כתר

מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה

יד

תשפ"ג

עורכי הסדרה

הרב שלמה אישון הרב יצחק בזק

הרשות המקומית בהלכה

הכרך נכתב על ידי

הרב אורי סדן

מכון כתר

ע"ש משה ומעטל הלר

יוצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט - מינהל התרבות

עיצוב עטיפה: דורית צינמן
סדר ועימוד: שחרית

©
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

לפניות למחבר:
הרב אורי סדן 0545508287
urisadan@gmail.com

תוכן העניינים

חלק א מעמד הרשות המקומית

פרק א - יחסי הממשלה והרשויות המקומיות 11
פתיחה 11
תחומי העיסוק של השלטון המרכזי והשלטון המקומי בישראל 11
התשתית ההלכתית המשותפת לשלטון המרכזי והמקומי 14
מקור סמכות השלטון המרכזי והמקומי 17
חלוקת התפקידים בין מדינת ישראל ובין הרשויות המקומיות ואופן יצירתה 19
חלוקת התפקידים הרצויה בין מדינת ישראל ובין הרשויות המקומיות 21
מעמדן הראוי של המועצות האזוריות 22
השלטון המוניציפלי כזרוע של השלטון המרכזי 23
בין המצוי לרצוי דילמות והכרעות הלכתיות 24
מועצה אזורית וועדים מקומיים 25
סמכות מחוקקת או סמכות ניהולית 27

פרק ב - בחירות ברשות המקומית 32
דמוקרטיה יצוגית 32
בחירות יחסיות 34
חוק הבחירות לרשויות המקומיות 36
טוהר הבחירות 37
הזכות לבחור 39
מגורים במקום 40
תשלום מסים 41
זכות בחירה לנשים 44
הזכות להבחר 46
מעמד נבחרי הציבור 46
עבירות הפוסלות את האדם מלהבחר 47
מי שאינו יהודי 50
נשים 59
בעל ענין אישי 61
מילוי חובות עירוניות 64
התחשבות בדעת הציבור לאחר הבחירות 64

פרק ג - חוקי העזר 71
חוקי עזר – רקע הלכתי 71
היקפם של חוקי העזר 73
איכות הסביבה 74
נוי העיר ורחובותיה 74
בטיחות 75
בטחון התושבים 76
תברואה 76
חינוך ודת 77
הכנסות אגרות וסדר ציבורי 77
בקרה על חוקי העזר 77
מבחן הסבירות 80

נספח א - הרשות כתאגיד 84
נספח ב - מעמדם ההלכתי של חוקי מדינת ישראל 92
פתיחה 92
פרשת המלך ויסודותיה 92
סמכות המלך מכח העם 94
דינא דמלכותא מכח קבלת הציבור 95
דינא דמלכותא כאפשרות האכיפה 97
דינא דמלכותא במדינת ישראל 100
תוקפו ההלכתי של הדין האזרחי במדינת ישראל 101
הכרעת ההלכה 108
שיטת החתם סופר 109
דינא דמלכותא בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון 111
חובת הציות לחוקי המדינה 117

חלק ב – עקרונות עבודה

פרק א - קבלת החלטות: עקרונות, שיקולים ונהלים 123
קבלת החלטות ברוב דעות 123
כפיפות להלכה 124
שלטון החוק 124
הסכמה רבנית על החלטות המועצה המקומית 128
טובת הציבור 131
שיקולים פוליטיים 132
משמעת סיעתית 135
עקרון השוויון 139
אי שוויון על רקע מגזרי 141
פומביות הדיון וניהול פרוטוקול 146
עקרון הפומביות בחוק הישראלי 150

פרק ב - כללי אתיקה למועצת העיריה ולעובדיה 153
קבלת החלטות פסולה - הגדרות 153
אפשרות להוצרות ניגוד עניינים 154
ניגוד עניינים 157
ניגוד עניינים במערכת המשפטית 157
ניגוד עניינים במערכת השלטונית 158
שוחד 168
גדר שוחד – מתנה לאיש ציבור 170
הגדרת שוחד בחוקי מדינת ישראל 172
הפרת אמונים 174
תוקף החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים 174
חיוב אישי של מקבל ההחלטה בשל הפרת אמונים 175
הפרת אמונים בחוק הישראלי 177
ניגוד עניינים מוסדי 178

חלק ג - נהלי עבודה

פרק א - המכרז 185
חובת המכרז 185
החריגה מעקרון השוויון במכרז 189
ועדת המכרזים 192
אונאה במכרז – מכרז תפור 193
המתמודדים במכרז 194
ביטול מכרז 196

פרק ב - חוזים 202
דיני חוזים בהלכה 202
אופן כריתת חוזה על פי ההלכה 204
דיני חוזים ברשות המקומית 206
השתחררות מחוזה על ידי הרשות המקומית 213
"הלכת ההשתחררות" במשפט הישראלי ובהלכה 215
הבטחה מנהלית 217
הבטחה שניתנה בחוסר סמכות 219
נזק שנגרם בעקבות הבטחה שהופרה – טענת הסתמכות 219
הבטחה מנהלית בדין הישראלי 222
אופן חתימת חוזה בידי הרשות המקומית – דרישות החוק 223

פרק ג - הפקעת נכסים 228
הפקעה - הגדרתה 228
מקור סמכות ההפקעה 228
הפקעה מדינית 228
הפקעה מוניציפלית 232
שיקולי ההפקעה 235
פיצוי על הפקעה 237
פיצוי בגין הפקעה של נכס שכן 239
פיצוי על הפקעה בחוקי מדינת ישראל 241

פרק ד - הקצאת נכסים 243
פתיחה 243
ההקצאה ומקורה 243
שיקולי ועדת ההקצאות 244
נהלי ההקצאה 245
עקרון השוויון והשקיפות 246

חלק ד - עובדי הרשות המקומית

פרק א - כניסה לעבודה ברשות המקומית 251
פתיחה 251
מכרז לבחירת עובד 252
עובד שהתקבל שלא על פי הכללים 253
קנין בכניסה לעבודה 254

פרק ב - תנאי העבודה ברשות המקומית 257
יעילות העבודה 257
עבודה נוספת לעובדי ציבור 258
עדכון שכר עובדי ציבור 260
פרק ג - סיום העבודה ברשות המקומית 263
סיום תקופת ההעסקה 263
פיטורין של עובד ציבור 264
המוסמך לפטר עובד ציבור 267
פרק ד - נזקים במהלך העבודה ברשות 269
פתיחה 269
תוקף פעולה שבוצעה שלא כדין 270
שליח שהורחבו סמכויותיו 272
מודעות המתעסק עם השליח 272
מעמדו של נציג הציבור 274
ביטול פעולות שגרמו לנזק לרשות 278
חיוב אישי על פעולה שבוצעה שלא כדין 284
חיוב אישי בנזקי גרמא 288
אחריות הרשות המקומית לנזק שגרמו עובדיה 291
נספח - העברת תפקיד ציבורי בירושה 297
ירושה במשרה ציבורית 297
ירושה בתפקיד הרב 298
בין אשכנז לספרד 298
יסוד המחלוקת תפישת תפקיד הרב 300
שינוי ההלכה עם השינוי בתפישת התפקיד 301
הלכה למעשה במדינת ישראל 302

חלק ה - מיסים ברשות המקומית

פרק א - עקרונות במיסוי עירוני 305
הסמכות להטלת מסים 305
סוגי המיסים השונים – מסים, אגרות, דמי השתתפות וקנסות 305
מיסוי ישיר 306
מיסוי עקיף 307
אגרות 309
דמי השתתפות 309
אופן חישוב דמי ההשתתפות – עקרון ההנאה 311
קנסות 315
השפעת המנהג על אופן חלוקת נטל המס 316
המיסוי המוניציפלי במדינת ישראל לאור ההלכה 319
תמונת מצב המיסוי ברשות המקומית במדינת ישראל 320
קביעת יעדי המיסוי 323
חוקיות המיסוי 326
פרק ב - שומת המס 329
חיוב מס למפרע 329
טעות בקביעת גובה המס 330

חיוב ארנונה על נכס שאינו בשימוש בעליו 333
חיוב בארנונה על נכס שאינו בשימוש 333
חיוב שוכר בארנונה 334
מנהג המדינה בחיוב על נכס שאינו ברשות בעליו 335
שומא שאינה אחידה – אכיפה בררנית 336
מוכס שאין לו קצבה – אכיפה בררנית 337
דינא דמלכותא באכיפה בררנית 338
אכיפה בררנית בחוקי מדינת ישראל 341
הנחות בארנונה 342
פרק ג - גביית המס 346
אופן כפיית תשלום המס 346
כפיית תשלום מיסי ישוב במדינת ישראל 348
בעיות ריבית בתשלום מיסים 351
תפיסת נכסי החייב 357
הגדרת נכסי החייב 357
עומק הגביה מהחייב - מסדרין לבעל חוב בחוב הארנונה 361
מחיקת חובות לרשות המקומית 363
התיישנות בחוב ארנונה 364
מחילה על חוב שאינו ניתן לגביה 365
נספח א. שיטת המימון התואם (Matching) בהלכה 368
נספח ב. ריבית פיגורים בהלכה 371
קנס חד פעמי על איחור בתשלום 371
קנס מצטבר על פיגור בתשלום 374
נספח ג - היתר עסקה לרשות מקומית 377
חלק ו - תפקידי הרשות המקומית
פרק א - אחריות הרשות לביצוע תפקידיה 383
התרשלות הרשות משימוש בסמכותה - תופעה 383
חובת הרשות למימוש תפקידה 383
ביצוע חובות הרשות – חובה הלכתית 383
ביצוע חובות הרשות – חובה חוקית 387
ביצוע חובות הרשות – חובה חוזית 388
ביצוע חובות הרשות – חובה ציבורית ולא אישית 388
חיוב רשויות בנזק בשל המנעות משימוש בסמכות 389
השתתפות הרשות בפעולות אסורות 392
איסור לפני עור לא תתן מכשול 393
מסייע לדבר עבירה 395
מימון פעילויות אסורות - מסקנות להלכה 400
פרק ב - תכנון ובניה 409
סמכות התכנון ומקורה 409
שינוי יעוד 410
הגוף המתכנן 412
סמכות התכנון בחוקי מדינת ישראל 413
הטיפול בבניה בלתי מאושרת 415

הכשרת עבירות בניה בדיעבד 416
פינוי והריסה ללא צו של בית משפט 422
בניה ציבורית 424
הקמת מבני ציבור 424
עלות תפעול ותחזוקה של מבני הציבור 427
גינון ציבורי 428

פרק ג - תשתיות 433
תשתיות תחבורה 433
תכנון וסלילת כבישים ורחובות 433
סילוק מפגעים פרטיים מהדרך 435
תשתיות מים 436
תשתיות ניקוז וביוב 437
האחריות על בניית ותחזוקת הביוב 438

פרק ד – רישוי ותברואה 443
חובת הרשות המקומית לשלום הציבור 443
מניעת מפגעים תברואתיים 447
פינוי אשפה 448
נקיון הרחובות 451
רישוי עסקים 452
שעור הסיכון כפרמטר לרישוי העסק 455
רישוי עסקים במדינת ישראל – מצב חוקי והלכתי 460
שיקולים נוספים ברישוי עסקים 462

פרק ה - חינוך 466
לימוד תורה כחובה קהילתית 466
הדין מהתורה – חובה אישית משפחתית ולאומית 466
תקנות חז"ל - מלימוד פרטי ללימוד ציבורי 467
חובה מוניציפלית או חובה לאומית 471
מימון פרטי או מימון ציבורי 472
חובת תשלום האב ללימוד בנו 473
מימון ציבורי לתלמוד תורה 475
גדרי החובה הציבורית 479
כיתה תקנית 479
הסעות 482
מבנים 484
לימודי חול 486
ישום תקנת יהושע בן גמלא במדינת ישראל 489
שכר לימוד ומבני לימוד 489
הסעות 490

הערות הרב אריאל 492

מפתחות

מפתח ערכים 500
מפתח מקורות – שולחן ערוך 519
מפתח החוקים 521

לעילוי נשמת

ר׳ **משה** ב״ר אברהם **פרקש** ז״ל
איש תם וישר
אוהב תורה וארץ ישראל
מוקיר רבנן
שמח בעבודת ה׳

נלב״ע י״ג בשבט תשע״ט

ספר זה מוקדש
בהוקרה למכון כתר
על תרומתו החשובה והמשמעותית
לחיבור התורה למרחבי החיים הכלכליים

ולעילוי נשמת הסבים
ר׳ **מרדכי** ב"ר דוד **וולקן** ז"ל
ור׳ **חיים ישראל מרדכי** ב״ר ברוך **שפיגל** ז״ל
אודים מוצלים מנוראות השואה
שעלו ארצה ושילבו בחייהם תורה ועבודה
ומצאו חן ושכל טוב בעיני אלוקים ואדם

מוקדש ע"י המשפחה

הסכמת הגאון הרב יעקב אריאל שליט"א*

לכב' הרב אורי סדן שליט"א

שלו' רב לאהבי תורתך

ספרך המלא והגדוש "הרשות המקומית בהלכה" הגיעני ואני מלא התרשמות מכמות הדיונים הרבים והמגוונים, הקשורים ברשות המקומית, ומאיכותם. השפע ממלא את הספר ועולה על גדותיו ומתייחס גם לנושאים רבים אחרים, מעבר לרשות המקומית. אך השלד המרכזי הוא הרשות המקומית. דלית מקורות רבים ממעיינותינו העשירים, המשנה והתלמוד, הרמב"ם והשו"ע ונושאי כליהם ומספרות השו"ת הענפה לדורותיה. ובמקביל השוואות למערכת המשפט במדינת ישראל. מלאכת מחשבת גדולה ויפה.

מגיע לך יישר כוח גדול על ההשקעה הגדולה בעבודת האיסוף, הבירור והעיון והעריכה הנאה הבהירה והמסודרת של שלל הנושאים

וכן למכון "כתר" שתחת מוטות כנפיו נערך המחקר המקיף והוצאת הספר. כשמו כן הוא מכון "כתר" מעטר את חיי החברה הכלכלה בישראל בכתרה של תורה.

מן הראוי שספר זה יהיה מונח על שולחנו של כל איש ציבור בישראל, שישאב ממנו גם הדרכה מעשית וגם השראה איך לנהוג ולהנהיג ציבור עפ"י רוח ישראל.

בברכת התורה

הרב יעקב אריאל, ר"ג

*לדברי ההסכמה הואיל הרב להוסיף הערות משמעותיות רבות וחשובות אשר חלקן שובץ בגוף הספר ורובן הובאו בנספח בסופו. הפניות להערות מסומנות באמצעות ' * '.

דברי ברכה

פרופ' אביעד הכהן

נשיא המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט"

חיבורו של הרב סדן הוא דבר בעתו. יש בו תרומה חשובה להגברת העיון והדיון המעמיק בשילוב הראוי שבין ההלכה היהודית והמשפט העברי לבין "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", היא מדינת ישראל.

בפרקיו השונים של החיבור, נדונות בהרחבה סוגיות חשובות, המתעוררות חדשות לבקרים בדיני הרשויות המקומיות, ומנסרות בחלל עולמו של המשפט הציבורי דהאידנא. למעיין בתוכן העניינים של החיבור, כמו גם במפתח העניינים שבסופו, אין אלא להתבונן בהשתאות על קשת הנושאים שבהם עוסק החיבור. עשרות סוגיות מעולמו של המשפט הציבורי בכלל, ועולם הרשויות המקומיות בפרט, עוברות לפני המחבר כבני מרון, והוא מבקש למצוא את התייחסות המשפט העברי אליהן.

מי לא נפקד כהיום הזה? סוגיות בסיכון שלטון החוק וטובת הציבור; זכויות יסוד חוקתיות, כגון: הזכות לבחור ולהיבחר ופומביות הדיון; עקרון הרוב והשמירה על זכויות המיעוט; חקיקה ראשית וחוקי עזר; רישוי עסקים ותשלומי ארנונה; ענייני חינוך וסוגיות של בריאות ציבורית; תשתיות מים וחשמל, ניקוז ותברואה; הקמת מבני ציבור והחזקתם; דיני תכנון ובנייה ושכר עובדי ציבור; מכרזים וחוזי רָשות; הפקעת נכסים והקצאת נכסי ציבור; כללי אתיקה ואיסור ניגוד עניינים; עבירות בשירות הציבור וכלפיו כגון שוחד, מרמה והפרת אמונים. הכל, בכל, מכל, כל.

בכל אחת מן הסוגיות, מבקש המחבר לכבוש לו דרך מקורית, שתאפשר את מימוש החזון והאתגר הגדול שניצב בפני כל לומד וחוקר: "תרגום" ההלכות העתיקות, 'תרגומן' והתאמתן למסגרות מנהליות ומשפטיות בנות ימינו. לא אחת רובצת לפתחו של עיון ולימוד מעין זה סכנת ה'אנכרוניזם', ו'השלכה לאחור' של מוסדות משפט ומנהל מודרניים, ו'כפייתם' על המקורות העתיקים. המחבר מבקש להימנע מפח יקוש זה, ודן בנושאים השונים תוך ניסיון לעמוד על השווה והשונה בין התמונה שעולה ממקורות ההלכה והמשפט העברי, לבין מציאות ימינו. אגב כך, הוא מקדיש מקום רב וחשוב, כראוי וכנכון, גם לעקרונות היסוד של המשפט הציבורי העברי שנגזרים ממשפט המלך כמו גם מעקרון היסוד ההלכתי של "דינא דמלכותא דינא".

בהרבה מקרים סולל המחבר דרך חדשה, וחורש בקרקע שטרם דשו בה רבים. כך, במיוחד, באותם מקומות שבהם דעת ההלכה והמשפט העברי נוטה במובהק מדרכו של המשפט בן ימינו, אם ברב אם במעט. במקרים מעין אלה, יש הנוטים לאמץ מיד את דרך ההלכה, ומביאים את העימות וההתנגשות בין שתי שיטות המשפט לעימות חזיתי. אחרים, לעומתם, נוטים מיד לאמץ את המשפט המודרני גם במחיר זניחת ההלכה והמשפט העברי. המחבר דנן, נוקט בדרך ממוצעת, שקולה ומאוזנת. ראשית, הוא נותן דעתו להבדלים שבין שיטות המשפט השונות, ועומד על היתרונות והחסרונות שבכל אחת מהן. לאחר מכן הוא מבקש לברור לו מתוך שלל השיטות את הפתרון הנראה בעיניו ראוי

ומותאם למציאות בת ימינו, כמובן בדרך שלא תסתור עקרונות יסוד הלכתיים אלא תתיישב עמם, אם בדרך של פרשנות יצירתית ואם בדרך של אימוץ עקרון "דין המלכות". אין הוא חותר ליצור עימות וניגוד בין השיטות השונות, במקום שאין הכרח לכך, אלא תר אחרי הסינתזה ביניהן, עד ש"היו לאחדים בידיו".

דוגמאות אלה מרתקות במיוחד, ועשויות ללמד לא רק על עצמן. כך, למשל, בסוגית האיזון הראוי שבין ערך השוויון לבין טובת הציבור בדיני המכרזים; כך בנוגע ל"הלכת ההשתחררות" של הרשות הציבורית מהתחייבות חוזית שנטלה על עצמה, סוגיה שפוחה יפה לא רק לדיני השלטון המקומי אלא גם, ואולי לא פחות, לדיני השלטון המרכזי וישויות ציבוריות אחרות, דוגמת מפלגות ומלכ"רים-מוסדות ללא כוונת רווח.

לעתים, מציע המחבר פתרון מקורי לסוגיה עתיקת יומין, שנגזר בין השאר מהשינויים והתמורות בחיים המודרניים.

כך, למשל, בעוד שלפי ההלכה ומקורות המשפט העברי האחריות הבסיסית על טיפול באשפה ופינויה מוטל על "יצרנה", כשלרוב זהו אדם פרטי, עסק או מפעל בבעלות פרטית, במציאות בת ימינו מוטלת האחריות בעניין זה לרוב, אך לא תמיד, על הרשות המקומית. המציאות יוצרת גם הבחנה ברורה בין פסולת ביתית לבין "פסולת תעשייתית", או "פסולת בניין", שלא אחת היקפן מרובה ונזקן מרובה.

בעניין זה מציע המחבר לשקול קביעת חובת תשלום מדורג (דיפרנציאלי) לפינוי אשפה, וזאת, לא רק משיקולים של איכות הסביבה, אלא מטעמי צדק ויושר. בדיון זה יש לא רק סיכום של מקורות ודיוני עבר, אלא פתיחת פתח לדיון מרתק בהבחנה שבין "מס" לבין "אגרה", ויישומן על המקרה הקונקרטי שנדון בחיבור.

שפתו של החיבור חדשה, אך תוכנו - יינו, ישן ומשובח. הדברים ערוכים בסדר נאה והגיוני, דבר דבור על אפניו, ומונגשים גם למי שלא גדל משחר עלומיו בבית המדרש ומצוי בכל נבכי אוצרו הגדול של המשפט העברי.

קצרם של דברים: הופעת חיבור זה מהווה דבר בעתו ויש לברך עליה. אך ראוי הוא כי עקרונותיהם של ההלכה והמשפט העברי, כמו גם דרך הילוכם בסוגיות אלה יוטמעו במשפט המדינה, ויוסיפו את יינם הישן והטוב, שטעמו לא נמר, לקנקנו החדש, המתחדש והמתקדש של המשפט הישראלי.

פרופ' אביעד הכהן

נשיא המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט"

פתח דבר

עומדים אנו בפתחו של הכרך ה״ד בסדרת ספרי כתר – מחקרים בכלכלה ומשפט עפ״י ההלכה. כרך זה, כשמו כן הוא, מחבר אותנו עם ה״יד החזקה״ אשר, כדברי הרב זצ״ל, פועלת את פעולתה החל מגאולת מצרים ועד גאולת העתיד השלמה.

שורש מהותה של גאולת ישראל הינו המעבר מן היחיד אל הכלל. בעת הגלות מתפרד ומתפזר עם ישראל בארצות העולם, וכאשר זוכה להיגאל הוא מתקבץ יחד לגוי אחד בארץ. פעולתה של ה״יד החזקה״ הינה אפוא פעולה של קיבוץ וחיבור ומעבר מן היחיד אל הכלל. מעבר זה מחייב מינוי מלך המנהיג ומסדיר את חיי כלל ישראל בארץ ישראל.

אכן, התארגנות קהילתית חזקה ומבוססת היתה גם בזמן הגלות. ״טובי העיר״ ניהלו את הקהילות היהודיות בארצות פזוריהם, טיפלו בצרכי הקהילה, תקנו תקנות ודאגו לאכיפתם. גם בארץ ישראל פעלו הרשויות המקומיות עוד לפני הקמת המדינה, ולכן במידה רבה ניתן היה לראות את הרשויות המקומיות במדינת ישראל כממשיכות את פעולתם של טובי העיר.

אך התבוננות זו הינה חלקית בלבד: בתחומים לא מבוטלים משמשת כיום הרשות המקומית כזרוע של השלטון המרכזי שהתחדש עם שיבת ציון וחזרת ישראל לארצו, ואשר על כן קיים שוני גדול בין ההנהגה העירונית בעת הגלות לבין הרשות המקומית במדינת ישראל.

יש אפוא לברר מהו היחס הראוי על פי ההלכה בין השלטון המרכזי במדינת ישראל לבין השלטון המקומי. מהן הסמכויות של כל אחד מהגופים הללו ומהן החובות המוטלות עליהם, ובאופן כללי, כיצד ראוי שיתנהל שלטון מקומי על פי ההלכה.

בשאלות אלו של סמכות הרשות המקומית ודרך התנהלותה הראויה בשלל התחומים בהם היא עוסקת עוסק הספר שלפנינו.

ספר זה נכתב ע״י מכובדנו הרב אורי סדן, אשר זה לו הספר השני שנכתב בין כתלי המכון. הספר מהווה נדבך חשוב נוסף בהגשמת חזונו של מכון כת״ר להארת חיי החברה והכלכלה במדינת ישראל באורה של תורה.

אנו תפילה שיזכנו השי״ת להוציא לאור חיבורים נוספים שיש בהם מחקר ועיון מעמיק במגוון הנושאים שיש בהם משום מענה לאתגרים שמציבים חיי החברה והכלכלה העכשוויים לעולמה של הלכה.

שלמה אישון יצחק בזק

פתיחה

"וַיּוֹשֶׁב שָׁם רְעֵבִים, וַיְכוֹנְנוּ עִיר מוֹשָׁב"

(תהלים קז)

היצירה הראשונה של המין האנושי לא היתה כלי עבודה ולא כלי נגינה אלא יצירה חברתית: "וַיְהִי בֹּנֶה עִיר" (בראשית ד, יז). גם כאשר נחרבת האנושות שאיפתה הראשונה היא לבנות עיר "הָבָה נִבְנֶה לָּנוּ עִיר" (בראשית יא, ד). העיר היא נקודת היחוס החברתית הראשונה והמרכזית, ומידת מוסריותם של אנשיה נבחנת כאחת, לשבט ולחסד, מסדום ושכם ועד נינוה וירושלים: "וְהַמְטַרְתִּי עַל עִיר אֶחָת וְעַל עִיר אַחַת לֹא אַמְטִיר" (עמוס ד, ז). גם כאשר ה' שב את שבות עמו מעשיו הראשונים הם בניה מחדש את ערי ישראל "וְשַׁבְתִּי אֶת שְׁבוּת עַמִּי יִשְׂרָאֵל וּבָנוּ עָרִים נְשַׁמּוֹת וְיָשָׁבוּ" (עמוס ט, יד).

הסיבה לכל אלו היא, שהציבור אינו אוסף של פרטים החיים בפקעת של קשרים חברתיים וכלכליים אלא בריאה א-לקית המהווה ישות מובחנת, הנושאת בחובות מוסריות יחודיות ובמעמד משפטי עצמאי. העיר אם כן, אינה התאגדות של פרטים המבקשים לנצל את כוחם המשותף, על מנת לספק את צרכיהם, אלא המקום בו חיה הישות הציבורית, ובו היא עובדת את בוראה. העיר ניצבת בתווך שבין היחיד ובין העם והמדינה. בניגוד למדינת ישראל המביאה לידי ביטוי את הערך של כלל ישראל, שהינו ערך יחודי המחייב גם התייחסות הלכתית מיוחדת, הרשות המקומית מביאה לידי ביטוי את הערך של הציבוריות הישראלית, ועבור ביטוי ערך זה ברוחה של תורה נכתב ספר זה.

ספרי ההלכה הנפוצים נכתבים עבור האדם הפרטי, הם עוסקים בעבודת השם שלו למן הרגע בו הוא עומד מעל מיטתו ועד שכבו על ערש יצועו. רבים הספרים העוסקים במצוות שבין האדם למקום, תפילה, שבת או כשרות, ומעטים יותר בדיני הממונות, המלווים את האדם מרגע יציאתו לפועלו, ולעבודתו עדי ערב. ספר זה נכתב עבור הציבור, העובד את השם "בְּכָל עִיר וָעִיר" בהובלת ראשיו ומנהיגיו ראש הרשות המקומית וחברי מועצת הרשות.

לכאורה בספר שכזה אין שום חידוש. הרי עם ישראל פעל לאורך כל השנים במסגרות קהילתיות שנדרשו לתת מענה למגוון של צרכים, וקיבלו הנחיות הלכתיות מגדולי ישראל אשר שימשו ברבנות באותן הקהילות. אף על פי כן נראה שיש בספר חידוש בשלשה מובנים:

האחד, השפה בה הדברים נכתבים. ספרי השו"ת שעסקו בנושאים אלו נכתבו בשפה מיוחדת המוכרת לכל מי שעוסקים בתורה ובהלכותיה באהבה, אך היא אינה נהירה למי שלא זכו לעסוק בה מספיק.

השני, נוגע להיקף הנושאים העומדים לפתחה של הרשות המקומית ונידונים בספר. מאז שגלה העם היהודי מארצו ועד היום לא נדרש הציבור היהודי למכלול הנושאים הניצבים לפתחה של הרשות המקומית במדינת ישראל. העם היהודי חי בקהילות אשר היוו לרוב מיעוט מתושבי העיר, ומיעוט במדינה זרה לה מערכת חוקים משלה. הן אמנם ניהלו את

חייהן במידה רבה של אוטונומיה, אבל הן לא נדרשו למכלול האחריות שהוטלה על ההנהגה העירונית שהיתה אחראית על כל מכלול החיים של תושבי העיר, אך אלו לא היו מבני ברית. מידת הזיקה של קהילות אלו למדינה הצטמצמה לאחריות על גביית מיסים. עם חזרתו של העם היהודי לארצו הוא נדרש לנהל את חייו באופן עצמאי הן במישור המוניציפלי והן במישור הארצי. שינוי זה מחייב עיסוק במגוון רחב של נושאים.

השלישי, ההתייחסות למדינת ישראל ולחוקיה. מאז ומעולם ההלכה לא נכתבה בתוך חלל ריק. היא מתייחסת למנהג ולחוק ונותנת להם את המשקל המתאים בתוך פסיקת ההלכה. כתיבת הלכות מעשיות לרשות מקומית במדינת ישראל, אינה יכולה להסתפק ברצוי, ולחיות באשליה כאילו כל המערכת החוקית ניתנת לשינוי מן היסוד, ורק מחכה לכתיבתה מחדש באורה של ההלכה, אלא חייבת לקחת בחשבון את המציאות החוקית הקיימת, ולהטמיע בתוכה את הדגשים המיוחדים, המוארים באורה של ההלכה. במובן מסויים ספר זה לא בא לברוא יש מאין, אלא ליצור יש מיש.

לסיום, חובה נעימה היא לי להודות למכון כתר ולראשיו הרב שלמה אישון והרב יצחק בזק, בצילו חמדתי וישבתי במשך שנים עד צאת ספר זה לאויר העולם, ובפרט לרב אישון שקרא בספר שנה ושילש ומאות הערותיו שולבו בתוך דפי הספר; לאבי מורי ואמי מורתי אברהם ואסתר, מהם ינקתי אהבת תורה ויראת שמיים, ואברכם שיזכו לאורך ימים ושנים בבריאות טובה ונחת רוח מכל יוצאי חלציהם. למורנו הרב יעקב אריאל שליט"א, אשר פסיקותיו שזורות לאורך כל הספר, והואיל לעבור על כל הספר להעיר את הערותיו כגידולין שרבו על העיקר. לפרופ' אביעד הכהן שחלק מעצותיו בראשית כתיבת הספר, וזכינו וברך על המוגמר. ועל כולם תודה מיוחדת לאשתי היקרה, שירית, התומכת, מעודדת ומסייעת, אשר שלי ושלכם - שלה הוא. שנזכה לראות את כל ילדינו עובדי ה' ביראה ובאהבה, יבואו כולם על התודה והברכה.

אורי סדן
מושב נוב, רמת הגולן
אדר תשפ"ג

חלק א

מעמד הרשות המקומית

פרק א: יחסי הממשלה והרשויות המקומיות

פרק ב: בחירות ברשות המקומית

פרק ג: חוקי העזר

נספחים:

נספח א: הרשות כתאגיד

נספח ב: מעמדם ההלכתי של חוקי מדינת ישראל

פרק א - יחסי הממשלה והרשויות המקומיות

פתיחה

לאדם החי במדינת ישראל כיום נראית הרשות המקומית, העיריה, המועצה המקומית או המועצה האזורית[1], כאחת מזרועות השלטון המרכזי. היא אמנם נבחרת על ידי תושבי המקום אולם בתחומים רבים היא מהווה למעשה זרוע מבצעת של השלטון המרכזי, קרי, הממשלה[2], אשר, מממנת חלק גדול מפעילותה, ומפקחת על פעולותיה. תפישה זו משקפת למעשה את המציאות החוקית הנוכחית במדינת ישראל. אולם הדברים לא נראו כך מאז ומעולם. הרשות המקומית בישראל היתה קיימת עוד לפני ש"הומצאה" על ידי המדינה, ומבחינות מסויימות ניתן לומר כי היא היתה קיימת מייסודו של העם היהודי והתיישבותו בארצו, ותחומי עיסוקה וסמכויותיה היו נרחבים יותר מן המקובל היום.

בפרק זה, בו פותח ספרנו, נפתח בסקירה היסטורית של **תחומי העיסוק** של השלטון המרכזי ושל השלטון המקומי בעם ישראל. לאחר מכן נבחן את **התשתית ההלכתית** המשותפת לשלטון המרכזי והמקומי, וכן **במקור סמכותם** המשותף. מתוך הבנת מקור הסמכות נבוא לעסוק **ביחס הנכון** אותו משרטטת ההלכה בין השלטון המקומי והשלטון המרכזי, בהשוואה **ליחס הקיים היום**. לאחר מכן נעסוק באפשרויות שונות להבנת **אופי סמכות השלטון המקומי** ובהשלכות השאלה על אופן קבלת ההחלטות על ידי ההנהגה המקומית. לסיום ננסה להציע **יישומים** מעשיים לדיון עקרוני זה[3].

תחומי העיסוק של השלטון המרכזי והשלטון המקומי בישראל

כאשר עם ישראל שלט בארצו, כפי שהיה בימי המלוכה בבית ראשון[4] העניק הציבור

---

1. בספר זה יקראו כולן בשם כולל "הרשות המקומית". מבחינה הלכתית אין הבדל בין עיריה ובין מועצה מקומית בעוד המועצה האזורית מעמדה שונה במקצת. לעומת זאת החוק מחד אינו מבחין הבחנה עקרונית בין המועצה המקומית, המועצה האזורית והעיריה ומאידך שלשת סוגי הרשויות פועלות בשלש מערכות חוקים (פקודת העיריות, פקודת המועצות המקומיות ופקודת המועצות האזוריות) אם כי המערכות דומות מאד.
2. פעילות זו של הרשות המקומית והממשלה יכולה להיות באופנים שונים של שיתוף פעולה. בתחומים מסויימים, כגון התברואה, הרשות המקומית פועלת באופן עצמאי לחלוטין. בתחומים אחרים, כגון בתחום החינוך, פועלת הרשות עם הממשלה – הממשלה נותנת את המורים והרשות את ההסעות והמבנים. בתחומים נוספים, כגון בתחום הרווחה, פועלת הרשות במקביל לממשלה – המחלקות לשרותים חברתיים הינן אגף ברשות המקומית אולם התקציב לפעילותה מגיע הן ממשרד הרווחה והן מתקציב הרשות המקומית. בנוסף קיימת תנועה של תחומי האחריות מהרשויות המקומיות לממשלה, כגון במערך הכבאות.
3. לישום עקרונות אלו על מערכת היחסים בין גופים שונים במושבים חקלאיים ראו בהרחבה במאמרי "חלוקת סמכויות ותפקידים בין אגודה שיתופית ובין ועד מקומי", **תחומין לו**, עמודים 270-282.
4. יתכן ומצב דומה שרר בראשית תקופת החשמונאים בימי יוחנן הורקנוס, בנו ינאי וכלתו שלומציון

היהודי את האחריות והסמכות בידי המלך, אשר היה אחראי לכלל תפקידי ההנהגה הציבורית. בין התפקידים אותם מילאו מלכי ישראל ויהודה בולט כמובן העיסוק בבטחון וקשרי חוץ, אולם מאז ומעולם עסקו מלכי ישראל גם בתחומים "אזרחיים" כגון משפט וצדקה המכונה כיום בשם "רווחה"[5]. דוד המלך עוסק במשפט של אנשים פרטיים המגיעים אליו[6], וכן במשפט ציבורי[7] ובעיות רווחה: "וַיְהִי דָוִד עֹשֶׂה מִשְׁפָּט וּצְדָקָה לְכָל עַמּוֹ"[8]. כך גם עושה בנו שלמה: "וַיְשִׁימְךָ לְמֶלֶךְ לַעֲשׂוֹת מִשְׁפָּט וּצְדָקָה"[9], וירמיהו הנביא מעיד כי על כך היתה תפארתו של המלך יאשיהו[10].

במשפט וצדקה עוסקים גם מלכי ישראל[11], וכאשר הם אינם עושים זאת כראוי נביאי ישראל מבקרים אותם על כך[12]. בסופו של דבר נחתם דינה של ממלכת ישראל על כך שלא עשו משפט וצדקה[13]. ירמיהו[14] מנבא כי צדקיהו יהיה מלך אשר יעשה משפט וצדקה ולפיכך מתאכזב כאשר הדבר אינו קורה, ומבקר אותו על כך[15], ובפרט כאשר אינו מטפל כראוי בישום חוקי התורה העוסקים בשחרור העבדים[16]. עיסוק זה של מלכי יהודה וישראל במשפט וצדקה אינו מקרי שכן זוהי מטרת הבריאה כולה, ההליכה בדרכיו של הקב"ה ה"עושה חסד משפט וצדקה בארץ"[17].

בנוסף לעשיית משפט וצדקה עסקו מלכי ישראל גם בכלכלה[18]: על פי חז"ל[19] עיסוקו של דוד במלחמות נבע מרצון לפיתוח הכלכלה ולדאגה לצרכי רווחה והוא היווה את הכתובת

אולם אין לנו מספיק מקורות מתקופה זו העוסקים בעיסוקיו האזרחיים של שלטון זה.

5. בענין זה ראו בהרחבה הרב איתמר ורהפטיג, "הקמת המדינה כמצוה", **תחומין יח** עמ' 425; הרב יעקב חיים סרנא (ראש ישיבת חברון) **באר לחי ראי**, הלכות מלכים ד, י.
6. **שמואל ב**, טו, ב.
7. בכלל המשפט הציבורי נכלל גם העיסוק בבטחון פנים ראו **רמב"ם** מלכים ג, י: "כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה, והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחן תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי העולם".
8. **שמואל ב**, ח, טו.
9. **מלכים א**, י, ט.
10. **ירמיהו כב**, טו.
11. כגון יהורם, **מלכים ב**, ו.
12. **עמוס** ה כד, ו יב.
13. **ישעיהו** ה, ז.
14. **ירמיהו** כג, ה.
15. **ירמיהו** כב, ג.
16. **ירמיהו** לד.
17. ראה **מורה נבוכים** ג, נד.
18. ראו הרב שלמה גורן "קביעת קו העוני לפי ההלכה", **תורת המדינה**, עמ' 358 – 84; הרב חיים דוד הלוי, **שו"ת עשה לך רב** ז, רפח. הרב יעקב אריאל "אוצר בית דין – ביטוי למעמד הציבור בשמיטה", **תחומין כח**, עמודים 314 – 315.
19. **ברכות** ג, ע"ב.

הראשית לכך "נכנסו חכמי ישראל אצלו אמרו לו אדונינו המלך עמך ישראל צריכין פרנסה...". שלמה המלך פיתח רבות את הכלכלה הישראלית[20], שלוותה בדאגה (פסולה) לעושרו הפרטי.

על פי חז"ל עסקו מלכי ישראל גם בחינוך לתורה השומר על חוסנו המוסרי של העם כפי שמצאנו אצל חזקיהו אשר "נעץ חרב על פתח בית המדרש ואמר: כל מי שאינו עוסק בתורה ידקר בחרב זו"[21].

באופן כללי ניתן לומר שלמלך סמכות שיורית לעסוק בכל צורך של הציבור לפי שיקול דעתו[22] והוא רשאי לגבות מיסים על מנת לממש את מדיניותו הציבורית כפי שכותב הרמב"ם[23]:

> וכל כסף וזהב שירבה לאוצר בית ה' ולהיות שם מוכן לצרכי הצבור ולמלחמותם הרי זה מצוה להרבותו.

העובדה שהתורה והנביאים עוסקים במעמדו של השלטון המרכזי לא באה לייתר את השלטון המקומי. התורה רואה בעיר ישות משפטית נפרדת, הן בדיני שמים (כגון דין סדום מחד וצוער מאידך) והן בדיני אדם (כגון עיר הנידחת). כמו כן התורה רואה את המערכת המשפטית כמערכת היררכית המבוססת בראש ובראשונה על מערכת השיפוט המקומית "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך", האמורים לטפל בכל בעיה משפטית שהתעוררה בעיר[24] או בקירבתה[25], או בעבירה שבוצעה על ידי אחד מתושבי העיר[26].

בעת בה איבד העם היהודי את עצמאותו השלטונית, והשלטון המרכזי היה בידי הגויים, צומצמה הגדרת הציבור לתושבי המקום, הנהגת הציבור, על כל תפקידיה הצטמצמה להנהגת הקהילה המקומית, וזו טיפלה בכל ההיבטים של החיים הציבוריים, באותם תחומים בהם עסקו מלכי ישראל בשעתם.

אכן, החל מתקופת התנאים אנו פוגשים את "בני העיר" כגוף בעל סמכויות חקיקה, המטפל באספקת מים, בבניית מבני ציבור[27], בבטחון פנים[28], בתחזוקת כבישים[29] ובכלכלה מקומית המתבטאת בין השאר בפיקוח על מידות משקולות ומחירים[30]. בני העיר

---

20. **מלכים א**, י, כז: "וַיִּתֵּן הַמֶּלֶךְ אֶת הַכֶּסֶף בִּירוּשָׁלַם כָּאֲבָנִים".
21. **סנהדרין** צד, ע"ב.
22. **רמב"ם** מלכים ב, ו: "ויצא ויבא בחפציהם ובטובתם".
23. **רמב"ם** מלכים ג, ד.
24. כגון ניאוף, **דברים** כב, טו,כד.
25. כפי שניתן לראות בדין עגלה ערופה **דברים** כא.
26. כגון רוצח שברח לעיר מקלט מרוחקת "ושלחו זקני עירו ולקחו אותו משם" – **דברים** יט, יב.
27. **תוספתא בבא מציעא** יא, יז, כג.
28. **בבא בתרא** ז, ע"ב.
29. **בבא בתרא** ח, ע"א; על פי רבנו חננאל המובא **בתוספות** שם, ד"ה כריא פתיא.
30. **בבא בתרא** פט ע"א.

מתוארים כגוף בעל סמכות לקנות ולמכור נכסים עבור הציבור[31], האחראי על הטיפול בעניי העיר[32] וחינוך ילדי העיר[33], וכן על תחום קשרי החוץ של הקהילה אשר כללו לרוב את תחום גביית המס עבור השלטון המרכזי[34]. גם יוסף בן מתתיהו מתאר את הנוהג לפיו חייהם הציבוריים של היהודים לפני החורבן מנוהלים באמצעות שבעת טובי העיר[35], מושג המופיע בגמרא כגוף המייצג את בני העיר[36].

גם כאשר יצא העם לגלות, כל קהילה ניהלה את חייה, במסגרת האוטונומיה שהותיר לה השלטון המרכזי של המדינות בהם חיו[37], והיא עסקה בכל התחומים הנוגעים לחיים הציבוריים. אם כן הקהילה וההנהגה המקומית החליפה את זו המרכזית בכל התחומים הרלוונטיים.

התשתית ההלכתית המשותפת לשלטון המרכזי והמקומי

התחלוף שבוצע בין השלטון המרכזי ובין השלטון המקומי אינו מקרי. התורה, אשר ניתנה לכלל ישראל, מכירה בציבור כישות כשלעצמה, מצוה אותה במצוות[38], ומטילה עליה אחריות וסמכות. אולם הציבור לא חייב להיות כלל ישראל אלא גם ציבור של יהודים היושבים יחד במקום מסויים המוגדר מבחינת גבולותיו. קיים כמובן הבדל בין המונח ציבור במובן של 'כלל ישראל' החייב במצוות מסויימות[39] ובין המונח ציבור המתייחס ליושבי המקום היוצרים קהילה, ישוב או עיר אשר חייב במצוות אחרות[40]. מהגדרה זו נגזרות כמובן סמכויות שונות בתכלית שכן ביחס לשלטון המקומי הציבור מוגדר כתושבי

---

31. **משנה מגילה** ג, א.
32. **בבא בתרא** ח, ע"ב.
33. **בבא בתרא** כא, ע"א.
34. **מרדכי** בבא בתרא תקכב.
35. יוסף בן מתתיהו, **קדמוניות היהודים**, ד, עמ' 214.
36. **מגילה** כו, ע"א.
37. אפילו בגלות, בתקופות מסויימות היו גם ענייני בטחון מקומיים נתונים בידיה של הקהילה כגון בניית חומה לעיר, קיום פטרול רכוב, אחזקת כלי נשק וכדומה, ראו **בבא בתרא** ח, ע"א.
38. בין המצוות הפונות לציבור ניתן למנות מצוות שבין אדם למקום כגון קידוש החודש ושנת היובל, בנין המקדש ועבודתו, ומצוות מחיית עמלק, וכן מצוות שבין אדם לחבירו, כגון מצוות הקמת מערכת משפט, כל המצוות המוטלות על הדיינים במסגרת מערכת המשפט, מצוות כיבוש הארץ וחלוקתה ומצוות העמדת מלך. יש להעיר כי ישנן מצוות מסוימות הפונות ליחיד בהן הציבור מגיע כ"רשת בטחון" למלא את מקומו אם לא ביצע אותן ברשלנות או מחוסר יכולת. גם בתחום זה ניתן להבחין הן במצוות שבין האדם למקום כגון מצות מילה והן במצוות שבין אדם לחבירו כגון מצוות צדקה.
39. כגון במצוות מינוי מלך, בנין המקדש וכיבוש הארץ.
40. כגון במצוות הקמת מערכת משפט והמצוות המוטלות עליה.

המקום ותו לא, בעוד ביחס למדינת ישראל[41], הנמצאת בארץ ישראל[42], הציבור מוגדר ככלל ישראל[43] אשר לו מעמד מובחן מבחינה מהותית[44].

היכולת של הציבור למלא את מחויבויותיו ולהשתמש בסמכותו מותנית בקיומה של הנהגה. ללא הנהגה טבעית או נבחרת לא יוכל הציבור לעשות זאת. לכן חובה לומר שהתורה הכירה בהנהגת הציבור, ונתנה לה את הסמכות הנדרשת לשם מילוי חובות הציבור מחד וסיפוק צרכיו מאידך. הנהגה זו יכולה להיות הנהגה מרכזית או הנהגה מקומית, לפי הענין. הדברים עולים מדברי שורה של פוסקים המשווים בין סמכות ההנהגה המקומית ביחס לתושבי המקום ובין סמכות השלטון המרכזי ביחס לתושבי המדינה, ובלשון הרשב"א[45]:

> שכל ציבור וציבור היחידים כנתונים תחת יד הרבים על פיהם הם צריכים להתנהג בכל העניינים והם לאנשי עירם ככל ישראל לבי"ד הגדול או למלך.

דברים דומים כתב המהר"ם מרוטנבורג[46] כאשר ביאר את סמכות בני העיר לתקן תקנות הנצרכות עבור העיר ולכפות את קיום התקנות על כל תושבי העיר:

> דטובי העיר הוו בעירם למה שהוברר כמו גדולי הדור בכל מקום, כמו שגדולי הדור הפקרם הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא כך טובי העיר הפקרם הפקר.

---

41. באופן עקרוני הדבר היה נכון גם בזמן הגלות עוד טרם הקמת המדינה אולם הוא בודאי נכון אחרי הקמתה.
42. באופן עקרוני היה מקום לדבר על שלטון של עם ישראל גם בחו"ל, כגון שלטונו של ראש הגולה, מר זוטרא, בבבל בתחילת תקופת הסבוראים (מאה – 6 לספה"נ), או שלטון שושלת הגדעונים באתיופיה (מאות 4-17 לספה"נ). אלא שבמקרה שכזה לא היה השלטון מייצג אלא את נתיניו, היהודים ושאינם יהודים, אך לא את כלל ישראל.
43. בנוגע לאזרחי המדינה שאינם יהודים, וזכויותיהם לבחור ולהבחר נכתב רבות. וראה להלן חלק זה פרק ב, הזכות להבחר, מי שאינו יהודי.
44. מקור הדברים בלשון הגמרא **הוריות** ג, ע"א: "אמר רב אסי: ובהוראה הלך אחר רוב יושבי ארץ ישראל, שנאמר: ויעש שלמה בעת ההיא את החג וכל ישראל עמו קהל גדול מלבוא חמת עד נחל מצרים... שמע מינה: הני הוא דאיקרי קהל, אבל הנך לא איקרי קהל". דברים אלו נאמרו בגמרא במפורש רק ביחס לחיוב בפר העלם דבר של ציבור אולם **בפירוש המשנה לרמב"ם**, בכורות ד, ג, מבאר מכח דין זה את חידוש הסמיכה באמצעות הסכמת תושבי ארץ ישראל: "לפי שבני ארץ ישראל הם אשר נקראין קהל, וה' קראם כל הקהל ואפילו היו עשרה אחדים, ואין חוששין למי שזולתם בחוצה לארץ". כמו כן מקובל לבאר על פי יסוד זה את דעת הרמב"ם **בספר המצוות**, קנו, הסובר כי בהעדר יהודים בארץ ישראל יתבטל ח"ו דין קידוש החודש, ראו למשל **שו"ת תשובות והנהגות** ה, רעה.
45. **שו"ת הרשב"א** ג, תיא; שם, א, תשסט: "כמו שכל הקהילות משועבדות לבית דין הגדול או לנשיא – כך כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו".
46. **מרדכי** בבא בתרא, תפ.

הרשב"א[47], תולה סמכות זו של הקהל ושל המלך בדין החרם המפורש בתורה[48] בנביאים[49] ובכתובים[50]:

> גזירת ב"ד הגדול ותקנות המלך כחרם שאול...וכתוב אשר לא יבא לשלשת הימים יחרם כל רכושו וכו' וכן מה שיגזרו או יסכימו רובו של קהל... שכל צבור וצבור היחידים כנתונין תחת יד הרבים על פיהם הם צריכין להתנהג בכל ענייניהם והם לאנשי עירם ככל ישראל לב"ד הגדול או למלך ובין שיהיו במעמדם ובין שלא יהיו.

בכך הולך הוא בעקבות רבו הרמב"ן[51] הכותב:

> וכן הדין באנשי אותה העיר אם הסכימו כולם או רובם במעמד טובי העיר והחרימו כיון שהם רשאין להסיע על קיצתן ולהחרים בדבר, החרם שלהם חל על כל החייבים ללכת בתקנתם נמצא העובר על קיצתן עובר על החרם והוא כעובר על שבועה.

יש מן הפוסקים הרואים בדין "הפקר בית דין הפקר" ביטוי מקומי לסמכות שלטונית שבמקורה ניתנה לשלטון המרכזי. לדעת מו"ר הרב משה צבי נריה[52] כל סמכות בית הדין להפקיר ממון אינו אלא בהיותו מהווה הנהגה קהילתית, ומכח סמכותו של המלך לעשות כן. סמכות טובי העיר[53] נובעת אם כן מדין הפקר ב"ד הפקר, אשר מקבל את כוחו מכוח דיני חרמות שאותם חידשה התורה. סמכות זו אינם מסורה לבית דין כאינסטנציה תורנית-שיפוטית, אלא כאינסטנציה שלטונית, ומשום כך עשויה לעבור לגוף שלטוני אחר שאותו הסמיך הציבור להנהיגו. עם דבריו מסכים הרב שאול ישראלי[54], ומוכיח כי מלכתחילה לא ניתנה סמכות זו לב"ד אלא לנבחרי הציבור, בין אם אלו ראשי המטות כנזכר בספר יהושע, ובין ואם אלו השרים והזקנים כנזכר בספר עזרא. ובלשונו[55] "טובי העיר שהמחום רבים עליהם, דינם כדין מלכות".

באופן דומה כתב הרב אברהם שפירא[56] כי דין הפקר ב"ד לא נאמר לב"ד כסמכות תורנית אלא כסמכות שלטונית. לכן יכולה סמכות זו לעבור אפילו לשלטון גוי, וזהו היסוד התורני

---

47. **שו"ת הרשב"א** ג, תיא.
48. **ויקרא** כז כט "כָּל חֵרֶם אֲשֶׁר יָחֳרַם מִן הָאָדָם לֹא יִפָּדֶה מוֹת יוּמָת".
49. **שמואל א**, יד: "וַיֹּאֶל שָׁאוּל אֶת הָעָם לֵאמֹר אָרוּר הָאִישׁ אֲשֶׁר יֹאכַל לֶחֶם עַד הָעֶרֶב.. וַיֹּאמֶר שָׁאוּל כֹּה יַעֲשֶׂה אֱלֹהִים וְכֹה יוֹסִף כִּי מוֹת תָּמוּת יוֹנָתָן.. וַיִּפְדּוּ הָעָם אֶת יוֹנָתָן וְלֹא מֵת".
50. **עזרא** י, ח.
51. רמב"ן **משפט החרם**; כנראה שכך יש להבין את דברי **הירד רמ"ה**, בבא בתרא ח, ע"ב, המסיק כי מקור הסמכות של בני העיר "להסיע על קיצתן" הוא המקור ממנו לומדים שהפקר ב"ד הפקר.
52. הרב משה צבי נריה "תקנות ב"ד ותקנות צבור", **התורה-והמדינה** א, עמ' נז.
53. לכל הפחות לדעת הראב"ה אשר תובא להלן המאפשר לטובי העיר לתקן תקנות ולכפות את דעת הרוב על המיעוט.
54. **התורה-והמדינה** א, עמ' נו, בהערת מערכת.
55. **עמוד-הימיני** ט, עמ' פה.
56. הרב אברהם שפירא (אב"ד קובנא בשנות השואה), **שו"ת דבר אברהם** א, א אות ה ד"ה והנ"ל.

של דינא דמלכותא דינא.

הבנה זו של מקור סמכות תקנות הקהל מאפשר להבין את דעת השולחן ערוך[57] הסובר שלתקנת הציבור יש תוקף כדין תורה ממש:

הנשבע שלא להכנס תקנת הקהל הוי שבועת שוא ועל כרחו חלה עליו תקנת הקהל.

הגר"א[58] תמה על המקור לכך ומדוע עדיפה תקנת בית דין מקומי, שאין שבועה חלה עליה על תקנה שתקנו חכמים לכל ישראל ששבועה חלה עליה[59]. אולם לאור דברינו עד כה ניתן לומר[60] כי מקור הסמכות של ב"ד לתקן תקנה נובעת מסמכותם השלטונית, הקיימת מדאורייתא אך מחייבת רק את הציבור אותו הם מנהיגים, בעוד סמכות חכמים לתקן תקנה נובעת מסמכותם התורנית, המקנה להם אחריות על התורה המתבטאת גם בסמכות לתקן תקנות המחייבות את כלל ישראל שמטרתן היא שמירה על קיום התורה, שאינו אלא דרבנן[61].

מקור סמכות השלטון המרכזי והמקומי

בעם ישראל השלטון אינו בעל סמכות כשלעצמו, היא אינה מואצלת לו מהקב"ה אלא הציבור המתגורר במדינה כולה הוא שיוצר ומעניק את הסמכות לשלטון* המרכזי אשר

---

57. **שולחן ערוך** יו"ד רכח, לג. דברי השולחן ערוך מבוססים על דברי רש"י בתשובה, מובא **במרדכי** שבועות, תשנה, כי "הנשבע לעבור על גזרת הצבור נשבע לשוא הוא...שהרי נשבע לבטל את המצוה לסור מחוקי המצוות ודבר זה מושבע ועומד מהר סיני". אמנם אין זו מסקנה הכרחית שכן יתכן כי רש"י התכוון לתקנות בתחום מערכת היחסים בין האדם למקום ולא לתקנות קהילתיות וכך פוסק **הט"ז** שם, מב, למעשה. אמנם מדברי **תרומת הדשן** רפא, משמע במפורש כי גם לתקנה כלכלית כגון שלא יסחרו במטבע מסויימת שמעמדה החוקי מסופק, ישנו תוקף מדאורייתא. ניתן היה אמנם לומר שגם תקנה זו מטרתה היתה למנוע אנשים מאיסור הונאה, אלא שלפי זה היה צריך לעשות "צעד" נוסף ולומר שהיות וכל תקנה של הקהל באה לשמר עקרון או ערך של התורה אין לחלק בין סוגי התקנות השונות וכפי שכתב **המהרשד"ם** יו"ד קיז: "כל מילי דהוו תקנת הציבור הוו תורה ומצווה".

58. **ביאור הגר"א** יו"ד רכח, צד.

59. **יומא** עד ע"א; **שולחן ערוך** יו"ד רלט, ו. ואכן לדעת **שו"ת הרמב"ן** רפ; **שו"ת הרשב"א** ג, תיז, אין תקנות הקהל מחייבות אלא מדרבנן ולכן הנשבע שלא להכנס בחרם הציבור חלה השבועה אלא שחייב הוא לישאל עליה.

60. הרב נחמיה טיילור "מזכירות היישוב והלכותיה" **תחומין ט** עמ' 104.

61. חובת חכמים לגזור גזרות ותקנות לשם שמירת התורה נלמדת מהפסוק "עשו משמרת למשמרתי", **יבמות** כא, ע"א. **הרמב"ן בהשגות על ספר המצוות**, שורש א, מבאר, שאין הדבר הופך את דברי חכמים לחובה מדאורייתא אלא שחכמים פעלו ברוח פסוק זה ותקנו גזרות וסייגים אשר תקפם מכח סמכותם של חכמים ותו לא.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מבאר כי סמכות הציבור, יהודי ושאינו יהודי הוענקה לו מהקב"ה, אשר יצר את האדם בצלמו, וטבע בו חתירה לצדק חברתי.

יכול להיות מכונה בשם 'מלך' או 'ממשלה'[62]. בשל חשיבות הנושא וריבוי המקורות המבססים טענה זו הרחבנו אודותיו בנספח ב לשער זה[63]. ההבנה כי הציבור הוא הממנה את ראשיו ומנהיגיו ומכוחו הם שואבים את סמכותם לחוקק ולתקן תקנות נכונה הן במישור הארצי והן במישור המקומי וכשם שהציבור המתגורר במדינה יוצר ומעניק את הסמכות לשלטון המרכזי כך הציבור המתגורר בעיר יוצר ומעניק את הסמכות לשלטון המקומי. אכן, קיימים הבדלים כמובן בין המונח ציבור ביחס למדינת ישראל ובין המונח ציבור ביחס לתושבי רשות מקומית, הן ביחס למהות הציבוריות[64] והן ביחס לתפקידים המוטלים על ההנהגה[65], אך העקרון אחד והוא שהציבור הוא המסמיך את ראשיו ומנהיגיו והוא המקנה להם את סמכות הפעולה הרחבה יותר או פחות וכפי שכותב המבי"ט[66]:

> אין כח בבני עיר אחת לתקן תקנה על כל העיר כי אם ברשות ורצון כל בני העיר או רובה... ומה שיש להם רשות לשבעה טובי העיר בכל דבר הוא משום דחשיבי רובא משום דאתו מכח רובא דקבלום עליהם בסתם לפקח על כל עניני צבור... אבל אם לא קבלום עליהם אפילו בסתם אין להם רשות אפילו הם טובי העיר.

העולה מדברינו עקרון אחד והוא שכח השלטון נמצא אצל הציבור, והציבור הוא המאציל את שלטון למנהיגיו, אשר ביחס לציבור כולו נקראו מלך או "בי"ד הגדול" ובקהילה המקומית הם נקראו טובי העיר או "בית דין"[67].

לאור ההבנה כי הציבור הוא מקור סמכות השלטון המרכזי והמקומי ניתן להבין את צורות ההנהגה השונות שליוו את עם ישראל במהלך ההיסטוריה, אותן תיארנו בפתיחת דברינו כבבואה של הגדרת הציבור הרלונטית לאותה העת, ואת תפקידי ההנהגה הרלונטית:

כאשר עם ישראל ישב בארצו, כפי שהיה בימי המלוכה בבית ראשון, ובראשית תקופת החשמונאים, העניק הציבור היהודי את האחריות והסמכות בידי המלך, אשר היה אחראי לכלל תפקידי ההנהגה הציבורית. עם חורבן הממלכתיות הישראלית החליפה הקהילה וההנהגה המקומית את זו המרכזית בכל התחומים הרלוונטיים, בשל העובדה שמקור הסמכות נשאר אותו מקור סמכות – הציבור, וזה מסמיך את הנהגתו לעסוק בכל תחומי החיים הציבוריים בהם הוא מעוניין שתטפל.

---

62. במובנים מסויימים למלוכה ישנם מאפיינים יחודיים, המבדילים בינה ובין הנהגה שאינה מלוכנית. להרחבה בענין זה ראו הרב עדו רכניץ, **מדינה כהלכה**, עמודים 53-47.
63. נספח ב סעיף ג ואילך.
64. ראו לעיל במשמעות הציבורית של המושג כלל ישראל.
65. ראו להלן, תחומי העיסוק של השלטון המרכזי והמקומי בישראל.
66. **שו"ת המבי"ט** א, פד.
67. עוד בענין זה ראה במאמרו של הרב עדו רכניץ "סמכות הקהל לתקן תקנות כתקנת בית-דין", בתוך: **משפטי ארץ - דין דיין ודיון** עמ' 509 – 524, ובספרו של הרב רועי ז"ק **כתר יא** "הקצאת משאבים ציבוריים" פרק א' עמ' 104-101.

התהליך מתואר באופן נאה בדברי הרב שמואל טוביה שטרן[68]:

> יסוד הקהל בישראל נעשה תחת הממשלה ממשלת ישראל שחרבה ונתפזרו ישראל בין העמים וגם הנשארים בארץ ישראל היו מפורדים בלי ממשלה לאומית, לכן נקהלו היהודים בעריהם ועשו קהילות קהילות והיו ממנים שבעה טובי העיר עם ראש הקהל ופרנס וגזבר ועל גביהם היה חכם העיר וגדול היה כוחם והיו כופין את כל בני העיר להיות חברים בקהל כי הקהל היה מעין ממשלה של עם ישראל, ממשלה דתית-לאומית.

כך סבור גם מו"ר הרב יעקב אריאל[69] שבתחומים אלו אנו מוצאים את המושג בית דין כגוף העוסק בענינים מוניציפליים מובהקים. לדעתו, בית הדין המקומי הוסמך לעסוק בכך מכח סמכותו של השלטון המרכזי לעסוק בתחומים אלו. לדבריו בית הדין שימש בתפקיד נוסף על תפקידו השיפוטי:

> (בית הדין) אינו גוף פסיבי שדן רק כשהנידונים באים לפניו, אלא הוא יוזם בעצמו וקובע סדרים בחברה. הוא איננו רק גוף שיפוטי, אלא גם גוף שלטוני. הוא אביהן של יתומים, והוא אחראי להשליט את הצדק בציבור... בעצם דבר זה היה צריך להיות בסמכותה של המלכות, אלא שבהעדר שלטון הדואג לסדרי החברה ממלא ביה"ד את מקומו, וכמש"כ הר"ן בדרשה יא.

למרות דברים אלו לא מן הנמנע לומר שגם בעת קיומה של מלוכה בישראל היתה הדאגה לעניי העיר מוטלת על אנשי העיר והמדינה לא דאגה לכך ברמת הפרט גם אם דאגה ליצירת אטמוספירה כלכלית ומשפטית שתגרום לרווחה וצדק.

חלוקת התפקידים בין מדינת ישראל ובין הרשויות המקומיות ואופן יצירתה

במהלך המאה ה-19 שבו והופיעו מדינות הלאום שהיו קיימות בכל העולם בעת העתיקה כאלפיים שנים אחרי שפורקו על ידי האימפריה הרומית והכנסיה הנוצרית[70]. אלו החליפו את השלטון הפיאודלי המבוזר בו כל עיר ניהלה את עצמה באופן אוטונומי לחלוטין. מדינות חדשות אלו בחרו במודל של הנהגה ריכוזית בה המדינה אחראית על כל תחום החיים הציבוריים, לרבות התחום המוניציפלי, כאשר מידת הריכוזיות של התחום המוניציפלי עשויה להשתנות ממדינה למדינה[71]. המצב במדינת ישראל הינו תוצר של התהליך שהתרחש בארץ ישראל החל מאותה העת.

---

68. **חוקת עולם**, ביאורים הוספות ופירושים לתחוקת מדינת ישראל מוצעת על-פי התורה וחז"ל, מהדורה תניינא תשס"ה, יז, עמ' רלא (הרב שטרן שימש כאב"ד מיאמי וכראש אגודת הרבנים בארה"ב).
69. הרב יעקב אריאל, אוצר בית דין – ביטוי למעמד הציבור בשמיטה, **תחומין כח**, עמ' 314 – 315.
70. אסף מלאך, חקר הלאומיות והמקרה היהודי ישראלי, **עיונים בתקומת ישראל** 26, עמ' 146 אוניברסיטת בן גוריון.
71. בעולם קיימים מודלים של הנהגה ריכוזית (כגון זה הפועל בהולנד) בה המדינה מספקת באופן ישיר את כל השירותים לאזרח וברשויות המקומיות יושבים פקידים ממונים על ידי השלטון

לפני כמאה וחמשים שנה, בשנת 1864, חקקה האימפריה העות'מאנית, את "חוק הווילאיית", אשר הגדיר רשויות מוניציפלית ברחבי הארץ. חוק זה הוחלף על ידה ב"חוק העיריות המחוזיות" בשנת 1877 שהגדיר 22 ערים ברחבי ארץ ישראל. העקרון השלטוני שעמד מאחורי החוק היה הגברת הריכוזיות והפיכת השלטון המקומי לזרוע מבצעת של השלטון המרכזי[72].

באותן השנים החל העם היהודי לחזור לארצו ולהקים בה ישובים חדשים. בכל מקום בו החוק העות'מני לא הגדיר את קיומה של עיריה, קרי, במרחב הכפרי, התנהלו הישובים באופן עצמאי, באמצעות וועדים מקומיים אשר היו אחראים לכל תחומי החיים הציבוריים[73]. ועד המושבה ניהל את כל ענייני המושבה ועסק בכל תחומי החיים: חינוך, רפואה, משפט, שמירה, מים, רווחה, תכנון המושבה, דת, פיקוח על מחירים. ועד המושבה תפקד הן כרשות מחוקקת, שקבעה את מדיניות המושבה והתוותה את צורכי המושבה, הן כרשות מבצעת, שהוציאה לפועל החלטות שהתקבלו באסיפה הכללית ובאסיפות הוועד, והן כרשות שופטת, ששפטה את תושבי המושבה[74].

המנדט הבריטי שהחל בשנת 1917 אימץ את החוק העות'מאני ובשנת 1921 אף הרחיב אותו למועצות מקומיות. בשנת 1934 פרסם הנציב העליון את פקודת העיריות, פקודה מקיפה המסדירה באופן מפורט את פעילות העירייה[75]. פקודה זו אומצה על ידי מדינת ישראל עם הווסדה. סמוך להקמת מדינת ישראל (בשנים 1949-1951) הקימה המדינה את המועצות האזוריות אשר הוגדרו גם כן כמועצות מקומיות ובכך מבטלת את האוטונומיה הניהולית של הועדים המקומיים במרחב הכפרי. למעשה למעט תרגום רשמי של לשון הפקודה מאנגלית לעברית, בתוספת שינויים והתאמות לפי הצורך והענין, לא נחקק חוק חדש עד היום, והתפישה העות'מנית הרואה את הרשות המקומית כיציר כפיו של השלטון המרכזי וכפועלת מכחו לא השתנתה עד עצם היום הזה. לפי

המרכזי הדואגים לצרכים המקומיים. לעומתם קיימים מודלים של הנהגה מבוזרת (כגון אלו הפועלים בארה"ב) בה המדינה כמעט ואינה מתערבת בנעשה ברשויות המקומיות אשר מנהלות תקציב עצמאי, בהן אפילו האחריות לבטחון פנים היא של השלטון המקומי והמשטרה הינה גוף הפועל מכחו. אמנם מרבית העולם המפותח מעמד השלטון המקומי נמצא במקום כלשהו בין המודלים הקיצוניים הללו כאשר חלק מן האחריות מועברת לרשויות המקומיות, חלק נשאר בסמכות המדינה וחלק נעשה באופן משותף. ראו פרופ' רזין "רפורמה בארגון השלטון המקומי בישראל". פורסם ע"י **מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות**, ירושלים, מאי 2003.

72. חגי ארליך, **מבוא להיסטוריה של המזרח התיכון בעת החדשה**, א.

73. הועדים המקומיים פעלו במגזר היהודי בעוד היישובים הערביים הונהגו בידי מוכתרים.

74. ראה למשל בדברי אליהו זאב לוין אפשטיין על וועד המושבה רחובות (**זכרונותי**, תל אביב: האחים לוין אפשטין, תרצ"ב 1932. עוד ראו ארכיון העיר רחובות www.rehovot-archive.org.il.

75. דניאל י. אלעזר, הממד המקומי של השלטון והפוליטיקה בישראל, בתוך: דניאל י. אלעזר וחיים קלכהיים, עורכים, **השלטון המקומי בישראל**, המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, ירושלים 2001.

המצב החוקי נכון להיום במדינת ישראל, הרשות המקומית הינה ישות סטטוטורית, דהיינו פרי יצירתו של החוק, וממילא היא אינה מוסמכת לפעול אלא במסגרת הסמכות אותה העניק לה החוק[76].

חלוקת התפקידים הרצויה בין מדינת ישראל ובין הרשויות המקומיות

תמונת המצב אותה הצגנו אינה הכרחית. לו היתה מדינת ישראל בונה את סדרי השלטון שלה על פי ההלכה היא לא היתה מלאימה את השלטון המקומי על כל תחומי עיסוקו אלא מכירה בזכותו הטבעית של הציבור המקומי להנהיג את עצמו ולדאוג לצרכיו המקומיים לפי שיקול דעתו. את הקמתה של מדינת ישראל בחסדי השם, יש לראות כחזרה של מלכות לישראל, הקמתו לתחיה של השלטון המרכזי והשבתו לידי האומה. האומה היא שמעניקה את הסמכות לממשלת ישראל לקבוע באילו תחומים תטפל היא בעצמה, באילו תחומים תטפל ההנהגה המקומית על צורותיה השונות, ובאלו תחומים יטפלו השלטון המרכזי והשלטון המקומי במשותף. למותר לציין כי במקורות ההלכה אין סימוכין לעדיפות של שיטת שלטון אחת על פני חברתה ואין להוכיח דבר מהמקורות המעניקים סמכות לשלטון המקומי על העדר סמכות לשלטון המרכזי ולהפך, שכן אלו עסקו במציאות נתונה כפי שביארנו לעיל. הדבר מסתבר לאור העובדה ששינויים גלובליים מסויימים (כגון הקמת מדינות לאום והמהפכה התעשייתית) עשויים להכתיב צורך בריכוזיות בעוד שינויים גלובליים אחרים (כגון מעבר מכלכלה לאומית לכלכלה גלובלית) עשויים לחייב ביזור[77]. מדינת ישראל עצמה נקטה במדיניות משתנה לאורך שנותיה המועטות כאשר בשנותיה הראשונות בהן המדינה היתה בהקמה נקטה המדינה במדיניות ריכוזית מאד אשר הלכה ונחלשה עם השנים[78].

לפי תפישה זו השלטון המקומי אינו רק עושה דברה של הממשלה ופועל מכחה אלא הוא המממש את תפקיד "טובי העיר" אותו מימשה ההנהגה הקהילתית בגולה, והוא עושה דברו של הציבור אשר בחר בו ופועל מכחו[79], במסגרת התפקידים שהותירה הממשלה בידיו.

---

76. ראה למשל בדברי השופט ויתקון, **חת נ' עירית חיפה** בג"ץ 36/51 פ"ד ה 1553: "עיריה הרי זו גוף משפטי שנוצר על ידי החוק ושאין לו קיום אלא על פי החוק. היקף סמכויותיו מוגדר לפי החוק וכל דבר החורג מד' אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא... בבואנו לשקול אם דבר מסוים חורג מסמכויות המוענצה אם לא המבחן אינו אם פקודת העיריות אוסרת הדבר במפורש או מכללא אלא אם הדבר מותר לפיה...".
77. אמיר יובל, הכלכלה הפוליטית של ריכוז וביזור, **דמוקרטיה מקומית בישראל**, ירושלים 2015 עמ' 168 ואילך.
78. ראו, שינויים במעמדו של השלטון המקומי, **פרלמנט**, גליון 60, המכון הישראלי לדמוקרטיה נצפה באתר המכון בתאריך כב אלול תשפ"ב.
79. כפי שפסק הרב יוסף שלום אלישיב זצ"ל, **פסקי דין ירושלים**, ט עמ' רעב; הרב אליהו בקשי דורון **שו"ת בנין אב** א, חו"מ, עה; הרב מנשה קליין, **שו"ת משנה הלכות** יז, קז. לדעתם השלטון המקומי, קרי, העיריה, המועצה המקומית, או הוועד המקומי בישוב הקהילתי משמשים למעשה בתפקיד "שבעת טובי העיר". אמנם ביה"ד הירושלמי הנ"ל סבר שסמכות זו ניתנת

העקרון המנחה את חלוקת הסמכויות בין מנהיגי הציבור המקומי והלאומי הוא שלא יתכן ומנהיגי ציבור אחד יקבלו החלטות הנוגעות לציבור אחר. על פי עקרון זה לא יתכן כי שלטון מקומי אחד יבצע פעולות הנוגעות לתושבי רשות מקומית אחרת, או החלטות הנוגעות לכלל תושבי המדינה, שכן הם אינם נציגי ציבורים אלו. אולם בהחלט יתכן כי הממשלה הפועלת מכח הציבור כולו, תפעל בנוסף לפעולותיה המדיניות הנוגעות לאומה כולה, גם פעולות שמבחינה מהותית לרשות המקומית ישנה סמכות לבצען. בכל מקרה לא יתכן מצב בו תישאר חובה ציבורית ללא הנהגה שאמורה לבצעה שכן גם אם הרשות המקומית תתרשל במילוי חובתה ההלכתית תהיה למדינה אחריות וסמכות שיורית למלא כל תפקיד אותו מטילה הלכה על הציבור. מאידך בהחלט יתכן כי יווצר כפל סמכויות, דהיינו שאת אותם תפקידים יבצעו המדינה והרשות המקומית במקביל. מצב זה אינו רצוי שכן הוא עשוי ליצור נטל מיותר על הציבור ולכן על המדינה מוטלת האחריות למנוע אותו ולא לבצע פעולות הנמצאות גם באחריותה של הרשות המקומית ואשר ביכולתה של הרשות המקומית לבצען בכחות עצמה. לדוגמא: בהנחה שהדאגה לענייי העיר הינה באחריות הציבור המתגורר במקום, ובהנחה שהציבור המתגורר במקום יכול לכלכל את מספר העניים שבו, אין המדינה צריכה לכלכל את עניי אותו המקום ועליה לדאוג לכלכל עניי עיר אחרת אשר אין באפשרות הציבור לכלכלם. מאידך השלטון המרכזי אינו רשאי[80] להגביל את הרשות המקומית מלפעול כל פעולה הנוגעת לתושבי הרשות ובלבד שאין לה כל השלכה על תושבי רשויות אחרות או המדינה בכללה.

מעמדן הראוי של המועצות האזוריות

בין השלטון המרכזי ובין השלטון המקומי ניתן להכניס לעיתים עוד מעגלים, כגון מועצה אזורית המשמשת כשלטון מקומי, וכטובי העיר של אנשי האזור שבחרו בהם, ביחס לשלטון המרכזי, וכשלטון מרכזי ביחס לוועדים המקומיים הפועלים ביישובים, המשמשים כטובי העיר של היישוב שבחר בהם, אולם העקרון אותו העלנו נשמר לפיו הציבור המקומי בוחר את מנהיגיו, ואלו רשאים לפעול ולהנהיג את הציבור שבחר אותם בלבד. באופן דומה לכך מציג החזון איש[81] את אופן בחירת טובי העיר בעיר גדולה:

> בכרך גדול נראה דבוררים יחידים מכל בית הכנסת, והנבררים מכל בתי כנסיות יש להם דין בני העיר והם בוררים ז' טובי העיר ונחשבים כנבררים מכל בני העיר.

כמובן שסמכות זו מוקנית למועצה רק למצב בו היא נבחרת על ידי הציבור. במצב בו המועצה אינה נבחרת אלא ממונה אין לה מעמד של טובי העיר אך להחלטותיה ישנו מעמד של דינא דמלכותא[82] מכח היותה זרוע של השלטון המרכזי.

לעיריה רק רק אם הם נבחרו בהמלצת גדולי התורה אולם לתנאי זה אין כל מקור בהלכה.

80. זאת למעט מקרים בהם הרשות המקומית אינה מצליחה לתפקד, או אז אמורה המדינה להתערב, על מנת שלא יפגעו תושבי הרשות וכפי שיתבאר להלן.
81. **חזון איש** נזיקין, חו"מ, בבא בתרא ר, טו.
82. ראו להלן, פרק ג, שם הוכחנו מדברי **שו"ת חתם סופר**, חו"מ, מד, שהעניק לחוקי עזר של

השלטון המוניציפלי כזרוע של השלטון המרכזי

בנוסף לתפקידיה המקומיים עשויה ההנהגה המקומית למלא גם תפקידים המוטלים במקורם על השלטון המרכזי אם השלטון המרכזי הסמיך אותה לכך. לדוגמא: מתוך הנחה שמדינת ישראל אמורה לספק בטחון לאזרחיה אם המדינה הסמיכה את השלטון המקומי לעסוק בכך הדבר אפשרי והוא יכול אף לגבות לשם כך מיסים מהתושבים, במקום המדינה.

מערכת יחסים דומה ניתן למצוא בפוסקים אשר התייחסו למצב בו הנהגת הקהילה שימשה כזרוע של השלטון המרכזי לצורך חלוקת נטל המס וגבייתו. במקרים אלו בנוסף להיות טובי העיר אחראים על צורכי העיר, שבעבורם גבו תשלום מהתושבים, הם גם גבו את המס שהושת על הקהילה בעבור השלטון המרכזי. ההלכה מבחינה בין המס הנגבה על ידי הקהל לצורך השלטון המרכזי ובין מס הנגבה לצורכי הקהילה.[83] הדבר עולה מאופן התייחסות שונה של הפוסקים למסים אלו. הרמ"א[84] פוסק כי לציבור ישנו מעמד מיוחד ביחס ליחיד בכל הנוגע לגביית מיסים:

> הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד... והא דנקראים מוחזקים לגבי יחיד, דווקא בענייני מסים, אבל לא בשאר דברים.

אולם הסמ"ע[85] מבהיר כי מעמד מיוחד זה נתון לקהל רק כאשר הם משמשים כידו הארוכה של השלטון המרכזי ופועלים מטעמו:

> מה שמסיק רמ"א דוקא בענין מסים, טעמו דכיון דהמס הם גובין ליתנו למלך, הן יד המלך, וצריך היחיד לברר זכותו לפני המלך, אבל בשאר דברים אין נקראים מוחזקים לענין זה שתהיה ידם על העליונה.

כלומר קיימים שני סוגי תשלומים שאותם גובה הקהילה: האחד בעבור השלטון המרכזי שבו נחשבת הקהילה ומנגנון הגבייה שלה מוחזקים בסכום השומה. האחר נועד בעבור צרכים נוספים של הקהילה, שאותם השלטון המרכזי אינו מספק, ובו אין הקהילה נחשבת כמוחזקת בכסף, ועליה הראיה להוכיח את חבות הנישום. באותו אופן יש להסיק כי כאשר הרשות המקומית גובה מיסים עבור שירותים אותם המדינה אמורה לספק היא אמורה לעשות זאת אך ורק במסגרת הסמכות שניתנה לה, הן מבחינת צעדי האכיפה הננקטים על ידה והן מבחינת היקף הסכומים הנגבים מהתושבים.

מחוז בהונגריה שהיה תחת שלטון הקיסרות האוסטרו-הונגרית תוקף של דינא דמלכותא. וראו הרב טכורש, מערכת המים לאור ההלכה, **התורה והמדינה** כרך ה-ו.; ובספרו "**כתר אפרים**". הסבור כי לכל תקנות העיריות יש מעמד של דינא דמלכותא בהיותן מקבלות אישור משר הפנים על תקנותיהן. ועיינו, הרב יהודה שביב **תחומין** ו עמ' 275, הסבור שלמועצה אזורית ממונה אין כל סמכות הלכתית שכן היא אינה מלכות ואף אינה קהל.

83. בנושא זה נעסוק להלן ה, א. כן עסקו בנושא בהרחבה הרבנים יואל דומב וארי דובנר בקובץ **כת"ר ט** עמ' 122 ואילך.
84. **רמ"א** חו"מ, ד.
85. **סמ"ע** שם, ו.

בין המצוי לרצוי דילמות והכרעות הלכתיות

כפי שראינו קיים פער בין המצב הטבעי, בו מכירה ההלכה, לפיו השלטון המקומי שואב את סמכותו ישירות מהציבור ופועל מכוחו, בכפוף למגבלות אותם ציינו לעיל, ובין המצב החוקי השורר כיום בו השלטון המקומי פועל כישות קונסטיטוציונית שהוקמה מכח החוק ורשאית לפעול אך ורק במסגרת הסמכות שהקנה לו החוק והואצלה לו על ידי המדינה לבצע את התפקידים המוניציפליים המוטלים עליו. פער זה בין ההלכה ובין החוק מחריף עוד יותר כאשר מדובר במועצות מקומיות ואזוריות הפועלות בחלקי ארץ ישראל אשר שוחררו בשנת תשכ"ז, והמדינה טרם החילה עליהם את החוק הנוהג במדינת ישראל. באזורים אלו, על פי החוק, הריבון הוא הצבא[86], וזה אמור לנהל את חיי האזרחים הנמצאים תחת שלטון הצבא.

פער זה אינו מהווה רק פער הלכתי שכן ההלכה משקפת בנקודה זו את צורת החיים הטבעית לכל הפחות ברחב הכפרי, אלא פער מציאותי היוצר סוג של מרוץ סמכויות ומאבק בלתי פוסק בין הציבור ובין השלטון המרכזי על השאלה למי שייך השלטון המוניציפלי. יש להעיר כי מבחינה טבעית מרבית הישובים הקהילתיים הקטנים מנסים לתמרן בין המציאות החברתית המצפה מהם לדאוג לכלל העניינים הציבוריים ובין המציאות החוקית הרואה בהם פקידים האחראים על הספקת השירות אותו מעניקה המדינה לתושבי הישוב.

אמנם למעשה פער זה אינו מהווה סתירה בין החוק ובין ההלכה שכן אין מניעה לא הלכתית ולא חוקית לומר כי הרשות המקומית פועלת מכחם של שני מקורות סמכות אשר לכל אחד מהם כללים משלו. האחד, החוק, אשר מגדיר לה סל של שירותים עליהם היא אחראית ולשם כך הוא מעניק לה סמכות חוקית לגביית מסים וכדומה. השני, הציבור, אשר מצפה ממנה לפעול בתחומים נוספים ומעניק לה את האחריות והסמכות לעשות זאת. כלומר החוק אמנם קבע כי לרשות המקומית אין סמכות חוקית לפעול אלא במסגרת החוק, אולם אם היא קיבלה את הסכמת הציבור, הרי שסמכותה על פי ההלכה רחבה יותר. לכן ברשות שתושביה מקבלים עליהם את סמכות ההלכה, רשאים הם גם לקבל עליהם גם את גדרי הסמכות אותן מעניקה ההלכה לרשות המקומית[87].

---

86. צה"ל עושה זאת באמצעות מספר גורמים המחלקים את הסמכויות ביניהם והם מפקד האזור, קרי, אלוף פיקוד מרכז, והמנהל האזרחי, בראשו עומד קצין הכפוף למשרד הבטחון באמצעות מתאם פעולות הממשלה בשטחים. במנהל האזרחי קיים קצין הממונה על ענייני הפנים של האזרחים הישראלים ("הממונה"). האחרון משמש בתפקיד המקביל למעמדו של שר הפנים במרבית הוראות החוק במדינת ישראל. תקנון המועצות המקומיות (יהודה והשומרון) תשמ"א הוא למעשה המקבילה החוקית של פקודת המועצות המקומיות ופקודת המועצות האזוריות החלות בתחומי מדינת ישראל הריבונית (אשר נכון להיום מצומצמת לשטח שהיה מוחזק בידה בתחילת חודש אייר תשכ"ז) (בתחומי יהודה ושומרון אין מעמד חוקי מיוחד לעיריות ואלו מתפקדות למעשה כשאר המועצות המקומיות והאזוריות).

87. בנוגע לסמכותה ההלכתית של המועצה האזורית ראה במאמרו של הרב יהודה שביב מסים

באותו אופן יש לומר ברשויות המקומיות הפועלות באזורים הנתונים לשלטון צבאי וגם בהן התושבים הבוחרים ברשות המקומית הם המעניקים לה את סמכותה המהותית מבחינה הלכתית, כשלטון מקומי של טובי העיר, וזאת בנוסף לסמכות המוקנית למועצה מטעם הצבא.

כפל סמכויות זה לא יתקיים במקרה בו מתברר כי רשות מקומית אינה ממלאת את תפקידה כראוי. במקרה זה אמורה המדינה להתערב, על מנת שלא יפגעו תושבי הרשות. בפועל מתבצע הדבר[88], באמצעות הקמת ועדה קרואה, שאינה נבחרת על ידי הציבור, ו/או מינוי ראש רשות, שאינו נבחר ציבור, על ידי שר הפנים, והענקת הסמכות המוניציפלית להם. במקרים שכאלו אין למועצה הקרואה מעמד של טובי העיר, וסמכותה, ותחומי אחריותה, מוגבלים לתחומים אותם הגדיר עבורה שר הפנים באמצעות החוקים והפקודות הרלוונטים לפעילותה.

מועצה אזורית וועדים מקומיים

את המודל ההלכתי אותו הצענו להפעלת מערכת היחסים בין המדינה ובין השלטון המקומי, כשתי הנהגות הבאות מכחו של הציבור, הפועלות זו בתוך זו, ניתן ליישם גם על מערכת היחסים שבין המועצה האזורית ובין הוועדים המקומיים.

על פי החוק במדינת ישראל כל יישוב שאינו מוגדר כרשות מקומית או כעיריה מנוהל על ידי ועד מקומי[89], קרי, נבחרי ציבור אשר נבחרים בדרך של "דמוקרטיה ייצוגית" והם אחראים מטעם המדינה על אספקת השירותים המוניציפליים באותו יישוב בתחומים מוגדרים[90], אותם מאצילה לו המועצה האזורית[91]. הוועד המקומי נבחר על ידי הציבור פעם בחמש שנים אולם הוא גוף סטטוטורי הפועל לפי כללי משרד הפנים, בדומה לשאר הרשויות המקומיות. הוועד מקבל כספים מהמועצה האזורית, וכפוף לה, אך מאידך מוגבל מאוד בגביית מסים מהתושבים.

אולם, לאור דברינו כי על פי ההלכה להנהגה הנבחרת על ידי רוב הקהילה קיימת סמכות שלטונית לקבל החלטות המחייבות את כל בני הקהילה, נראה ברור כי הוועד המקומי, הנבחר על ידי כלל התושבים הוא בעל הסמכות ההלכתית להנהגת הקהילה,[92] החלטותיו

במועצה האזורית, **תחומין** ו עמ' 270 ואילך.

88. על פי **פקודת העיריות**, סעיף 143.

89. סעיף 90 ל**צו המועצות האזוריות**.

90. והם: פעילויות חינוך בלתי פורמאלי, אחזקת מבני ציבור, חינוך ודת, ניקיון, נוי, חשמל ושמירה. תחומים אלו משתנים מעט ממועצה למועצה ומיישוב ליישוב. לשם ביצוע אותם תפקידים עשויה המועצה להאציל לוועד את הסמכות לגבות אחוז מסוים מהארנונה ותו לא.

91. סעיף 132 ל**צו המועצות האזוריות**. יש לציין כי מערכת היחסים שבין הוועד המקומי ובין המועצה האזורית השתנתה עם השנים. מלכתחילה העניק החוק לוועד המקומי סמכות מוניציפלית מלאה, אולם בשנת תשס"ד שונה החוק וקבע כי הסמכות המוניציפלית היא של המועצה האזורית, והוועד המקומי רשאי לפעול רק בתחומים שיואצלו לו במפורש על ידי המועצה האזורית, והיא שתבקר את תקציבו.

92. ראה עוד הרב נחמיה טיילור, מזכירות הישוב והלכותיה, **תחומין ט**, עמ' 103 ואילך.

מחייבות את כלל התושבים, שכן כאשר הציבור מצביע על בחירת ועד מקומי, הוא למעשה בוחר לעצמו הנהגה קהילתית במובנה הרחב, ולא רק חבר אנשים אשר יבצעו את התפקידים שתטיל עליהם המועצה האזורית.

באופן זה שואב הוועד את סמכותו משני מקורות בלתי תלויים: המועצה האזורית, מכוח צו המועצות האזוריות, והקהילה, מכוח ההלכה, ולפיכך אין סמכותו מוגבלת לתחומים שאותם האצילה לו המועצה האזורית[93], כשם שעל פי ההלכה הרשות המקומית[94] רשאית לקבל החלטות הנוגעות לתושבי הרשות בלבד ואינן נוגעות לתושבי רשויות אחרות או המדינה בכללה.

השלכה מעשית להיות הוועד יונק את הסמכות מההלכה, מעבר לסמכות המוקנית לו מכוח החוק, תתבטא בגובה המסים שאותם הוא רשאי לגבות. בכל הישובים הקהילתיים מקובל לשלם מיסי ישוב וזאת למרות שהחוק אינו מאפשר לוועד מקומי לגבות ארנונה מעבר לסכום מסוים[95], ורק כאשר הואצלה לו סמכות זו במפורש[96]. לעומת זאת, ההלכה מאפשרת לטובי העיר לגבות מסים לפי שיקול דעתם והערכתם את צורכי העיר וכפי שפוסק השולחן ערוך[97]:

> כופין בני העיר זה את זה לעשות חומה, דלתים ובריח לעיר; ולבנות להם בית הכנסת; ולקנות ספר תורה נביאים וכתובים, כדי שיקרא בהם כל מי שירצה מן הצבור. הגה: והוא הדין לכל צרכי העיר.

כפי שראינו לעיל, עצם קיומם של שני מקורות סמכות לאותה הנהגת הקהילה הייתה קיימת גם בעבר שכן גם ההלכה מבחינה בין כספים שאותם גובה הנהגת הקהילה מכוח השלטון המרכזי ובין כספים שאותם היא גובה מכוח סמכותה ההלכתית כנציגת הציבור המתגורר במקום. המסקנה המתבקשת היא כי ועד מקומי בישוב קהילתי רשאי לגבות ארנונה מתוקף סמכות שהאצילה לו המועצה האזורית, לצורך ביצוע תפקידי המועצה האזורית שהואצלו לו אף הם, ומס זה יהיה מוגבל כאמור בהיקפו ובייעודיו. בנוסף לכך,

---

93. כפי שכתבנו לעיל ביחס לרשות המקומית גם כאן אין הדבר סותר את החוק, שכן החוק קבע כי לוועד המקומי אין סמכות **חוקית** לפעול, או לגבות מס בתחומים או בהיקף שלא האצילה לו המועצה האזורית. אולם גם אם סמכותו החוקית של הוועד המקומי מצומצמת, סמכותו ההלכתית רחבה יותר, ולפיכך קהילה המקבלת עליה את סמכות ההלכה, מקבלת עליה גם את גדרי הסמכות שאותם מעניקה ההלכה לוועד המקומי. בנוגע לסמכותה ההלכתית של המועצה האזורית ראה הרב יהודה שביב, מסים במועצה האזורית, **תחומין ו**, עמ' 270 ואילך.
94. תהיו זו מועצה מקומית או מועצה אזורית, וכפי שנתבאר לעיל
95. המלצת משרד הפנים היא כי הסכום לא יעלה על 30% מסכום הארנונה הנגבה על ידי המועצה האזורית (אתר משרד הפנים).
96. סעיף 133 ל**צו המועצות האזוריות.**
97. **שולחן ערוך** חו"מ קסג, א.

רשאי הוועד המקומי, מתוקף הגדרתו ההלכתית כהנהגה הקהילתית, לגבות מס נוסף, בעבור צרכים שאותם הוא מזהה כחשובים לקהילה.[98]

גם כאן, כפל סמכויות זה לא יתקיים במקרה בו מתברר כי הועד המקומי אינו ממלא את תפקידיו כראוי. במקרים אלו אמורה המועצה האזורית להתערב, על מנת שלא יפגעו תושבי היישוב. בפועל מתבצע הדבר[99], באמצעות הקמת ועד ממונה על ידי ראש המועצה האזורית, באישור הממונה מטעם משרד הפנים. לאור דברינו, לוועד מקומי שמונה על ידי המועצה, לא תהיה הסמכות של טובי העיר[100], אותה מעניקה ההלכה לוועד נבחר, ולפיכך אין לו סמכות יותר ממה שנתן לו החוק, דהיינו להיות זרוע ביצועית של המועצה האזורית, ולספק את השירותים שאותם אמורה המועצה לספק ליישוב, וזאת במסגרת התקציב שאותו תעניק לו המועצה או שתאפשר לו לגבות במקומה.

סמכות מחוקקת או סמכות ניהולית

בפרק זה הארכנו להוכיח כי הרשות המקומית שואבת את סמכותה מכח הציבור שבחר בה והסמיך אותה לפעול עבורו. אולם מהו אופיו של המושג ציבור בהקשר המקומי? האם זוהי שותפות של כלל תושבי המקום, הפועל בדומה לשותפות עסקית, או שמא מדובר בישות ציבורית עצמאית הפועלת לפי כללים אחרים. ההשלכה המעשית לשאלה עקרונית זו היא האם הציבור יכול לכפות את דעתו על היחיד ולמעשה האם החלטות קהילתיות או עירוניות יכולת להתקבל על פי רוב. בשאלה זו נחלקו הראשונים:

לדעת רבנו תם קהילה אינה אלא שותפות של מספר אנשים בנכסים, בחובות ובזכויות. המסקנה שמגיע אליה רבנו תם היא שכשם שבשותפות אין כל משמעות לקבלת החלטות על פי רוב,[101] הוא הדין ביחס לקהילה,[102] שאינה יכולה לקבל החלטות אלא בהסכמת כלל חברי הקהילה. אמנם הגמרא מעניקה סמכות ל"בני העיר" לכפות את היחידים למלא את החלטותיהם - "להסיע על קיצתן", אולם רבנו תם מסביר שהכוונה היא שהחלטות שנתקבלו פה אחד מחייבות את כולם, גם אם המיעוט מסרב לבצען[103]:

---

98. אמנם אם נישום יטען כי הוא שילם כבר את חובו, נטל הראיה יוטל על הוועד המקומי, כנזכר לעיל.
99. על פי **צו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות)** תשי"ח סעיף 127.
100. כך כתב הרב שלמה קלוגר, **טוב טעם ודעת** תליתאי יו"ד לד: "בזמן הזה שכל טובי העיר נתמנו על פי ערכאות עכו"ם אין להם דין ז' טובי העיר".
101. **רא"ש**, בבא-בתרא ב יא; **שולחן ערוך** חו"מ קנו, א: "ואפילו נתרצו לו כולם חוץ מאחד, אותו אחד מעכב עליו".
102. כמובן שכאשר השותפים, או בני העיר, מקבלים עליהם לקיים החלטות אשר התקבלו על פי רוב, הם מחויבים לקבלתם, אולם גם הסכמה עקרונית זו מוגבלת בכך שבאופן עקרוני בכל עת יכולים הם לפרוש מהשותפות בשל שיקולי רווחיות ולמעשה לפרקה, ראו **מרדכי** בבא קמא קפא; **שולחן ערוך והרמ"א** חו"מ קעו, כח על פי **בבא-קמא** קטז, ב.
103. **מרדכי**, בבא-בתרא תפ.

> רשאין בני העיר להסיע על קיצתן - האי 'רשאין' א'להסיע' קאי, פירוש, היכא דכבר התנו ביניהם, אבל אם לא התנו מתחלה - אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו.

עוד יש להעיר, כי גם לדעת רבנו תם יש להבחין בין שותפות טבעית, כגון קהילה או מדינה, ובין שותפות מבחירה כגון עסק, חברה או אגודה שיתופית, הן בתהליך הכניסה לשותפות הן בתוכן השותפות. אולם בסופו של דבר זוהי שותפות ותו לא[104], אשר אינה יכולה לקבל החלטות אלא בתחומי ההסכמות הקיימים במסגרת השותפות, הפועלת באותה מערכת כללים הלכתית החלה על כל אדם פרטי או על שותפות פרטית בין שני אנשים.[105]

מערכת כללים זו אותה מתווה רבנו תם אינה מתאימה כמובן לניהולה של קהילה הן מן הבחינה המשפטית, הן מן הבחינה המעשית שכן היא אינה מאפשרת לנהל באופן זה חיים ציבוריים של קהילה המונה כמה מאות משפחות, וכפי שכותב הרא"ש:[106]

> על כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים. דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם; לכן אמרה תורה, בכל דבר הסכמה של רבים: אחרי רבים להטות.

אי לכך סבור הראבי"ה[107] כי הקהילה היהודית אינה שותפות בעלמא, אלא היא מהווה ישות משפטית עצמאית המכונה בשם "ציבור". זו אינה צריכה לעמוד ברף ההלכתי שאותו

---

104. הרב אליהו בקשי דורון ב**שו"ת בנין אב** א, עה, ב, מוכיח משיבוצן של הלכות בני העיר בפרק ראשון של מסכת בבא בתרא העוסק בחיובם של השותפים לדאוג לרכוש השותפות את המקור לכך שיסוד חיוב התושב להיות שותף במימון צרכי הרשות המקומית הוא הלכות שותפין. באופן דומה כתב זאת לפניו הרב טכורש במאמרו "מערכת המסים לאור התורה", **בצומת התורה והמדינה** ב, תשנ"א עמ' 287, כן ראו **כתר ט** בין האדם לשלטון עמ' 115.
105. השותפים מצטרפים לשותפות רק באמצעות מעשה קניין רשמי, **רמב"ם**, שותפין ד, א; **שולחן ערוך** חו"מ קעו, א-ב; **נתיבות** שם, ג; השותפים מתחייבים כלפי אחרים רק באמצעות קניין, **שולחן ערוך** חו"מ קפט; השותפים אינם יכולים להתחייב התחייבויות עתידיות מותנות המוגדרות בהלכה בשם אסמכתא, **שולחן ערוך**, רז; וכמו כן אינם יכולים לחייב בהחלטותיהם מי שעדיין אינו חלק מהשותפות, ובוודאי שלא את מי שעדיין לא נולד, **שולחן ערוך** חו"מ רי, א.
106. **שו"ת הרא"ש** ו, ה. באופן דומה ואף חריף יותר כתב **הכלבו**, קמב: "אפילו בדבר הרשות כגון מס ושאר תקנות שמתקנים הקהל לעצמן אין היחיד יכול לבטל ולהוציא עצמו מתקנתן... הלכך לא יעלה דבר זה על לב איש לעולם...".
107. **במרדכי**, בבא-בתרא, תפב; **ריטב"א** עבודה זרה לו, ע"א, בשם רבו, הרא"ה, כי "כל תקנה שרוב הציבור... הסכימו בה, אע"פ שהמיעוט עומדים וצווחים הרי הם חייבים במה שהסכימו הרוב ובלבד שיהיה נראה לרוב ההוא דיש בגזירה ההיא תקנה לציבור, ומתקנים כן על הכל בשווה".

מציבות הלכות שותפין, שכן היא פועלת מכוח עקרונות אחרים,[108] כאשר אחד החשובים הוא שבציבור עמדת הרוב היא המחייבת גם את היחידים, ובלשונו של הראב"ה: "חלה הגזירה בהסכמת הרוב אף על פי שאין מיעוט יכולין לקבלה". כמובן שבכל קהילה ישנו גם ממד של שותפות כלכלית של כל אחד מהתושבים בנכסים הציבוריים,[109] אולם השותפות הכלכלית אינה מגדירה את מהותה של הקהילה[110] הרחבה כשותפות גרידא.

להבנה זו של משמעות הקהילה כשותפות או כציבור קיימת השלכה ישירה על הגדרת הנהגת הקהילה. כאמור, לדעת רבנו תם הקהילה אינה אלא שותפות ואם כן גם למנהיגי הציבור, אשר דעתם אינה יכולה להיחשב יותר מאשר דעת הרוב, אין כל סמכות שלטונית, והם אינם אלא **מנהלי שותפות**, שכן אין הם יכולים לכפות את דעתם על איש. יתכן לומר כי לדעת רבנו תם מעמד טובי העיר הינו כשל אפוטרופסין על הרכוש הקהילתי. מעמד שכזה מובא בדברי הרשב"א[111]:

> שבעה אנשים שהעמידום הצבור פרנסים סתם על עניני העיר והרי הן כאפטרופסין עליהם.

הואיל ולמעמד זה של אפוטרופוס ישנן השלכות מרחיקות לכת[112] בגדרי סמכות, נאמנות, מידת שיקול הדעת, חובת דיווח ושבועה, מדגיש הרשב"א כי אין זה מקור סמכותם של

---

108. ייחודיותו של ה"ציבור" על פני השותפות יתבטא בעוד שורה של הלכות שאינן קיימות בשותפות: לדעת מרבית הראשונים, תשובת מהר"ם, **במרדכי**, בבא מציעא תנז-תנח, **שולחן ערוך** חו"מ רד, ט; **רמ"א** קסג, ו, ציבור אינו צריך קניין על פעולותיו; ציבור יכול להתחייב התחייבויות עתידיות מותנות המוגדרות כאסמכתא, **שו"ת המבי"ט** ג, רכח; החלטות הציבור מחייבות גם את מי שעוד לא הצטרף לציבור, או את מי שלא נולד בשעה שבה נתקבלו ההחלטות, **שו"ת הרשב"א** ג, תיא; **שו"ת מים-עמוקים** סג.

109. כפי שאומרת הגמרא, **ביצה** לט, ב: "הריני עליך (חרם) ואתה עלי - שניהם אסורים זה בזה, ומותרין בשל עולי בבל, ואסורין בשל אותה העיר". ומפרש **רש"י**: "מפני שהן שותפים בהן, וזה אסור מפני חלקו של זה". וראה במאמריו של הרב נפתלי בר אילן, "הקיבוץ כשותפות וכקהילה בהלכה", **תחומין א**, עמ' 414; "החלטות קהל בעיר ובקיבוץ", **תחומין יא**, עמ' 73. בהקשר זה יש להעיר כי שותפות כלכלית אינה בהכרח שותפות קונקרטית, שכן בשותפות זו אין כל שותף יכול להגדיר את חלקו בשותפות, וראה חידושי **הרש"ש** ליומא יא, ע"ב, המבחין בין בית השותפים לבית כנסת של כפרים, **ובפסקי דין רבניים**, ז, עמ' 114.

110. עוד ראו "אגרות מאת הרב ש"ר הירש", **המעין** כט, א, תשרי תשמ"ט, עמ' 23-24: "ואף דודאי הדין עם הגאון זצ"ל דעל פי ח"מ קס"ג קהלה אחת דין שותפין להם, היינו לדון על עניני המס והערכה והזכות והשבועה וכיוצא שביניהם, אבל יסוד ומקור חבורתם יחדו ודאי חזק ועדיף מתורת השותפים. מקור השותפות הסכמה רצונית ומקור חבורת הצבור הוא חיוב הכרחי".

111. **שו"ת הרשב"א** א, תריז; ה, קפג; ר"ן מגילה ח ע"א מדפי הרי"ף ד"ה לא שנו; **שו"ת מהרשד"ם** יו"ד, קעה; **משנה ברורה** קנג, כט.

112. וראה להלן, ב, א, בדברי הרב אריה קרלין (התורה והמדינה) המובאים שם, הקושר בין מעמד טובי העיר כאפוטרופסין, ובין היכולת לקבל החלטה בקרב חברי מליאת המועצה על פי רוב.

טובי העיר אלא שסמכותם השלטונית מקנה להם מעמד מקביל לאפוטרופוס המאפשר לו למכור אפילו נכסי הקדש.

ואין צורך לפרנסין אלו אלא לדברים שיש להם קדושה בבית הכנסת ורחבה של עיר.

אולם כפי שציינו לעיל רבנו תם החולק עקרונית הן על ראיית הקהילה כציבור והן על מתן הסמכות לטובי העיר לתקן תקנות כבי"ד הגדול וכמלך, עשוי לראות את מעמדם של טובי העיר כאפוטרופסים לניהול הרכוש הציבורי במסגרת המנדט שניתן להם על ידי הציבור כולו.

לעומתו סבור הראבי"ה, כי להנהגת הציבור, המייצגת את דעת הרוב בקהילה, ישנה **סמכות שלטונית** בכל הנוגע לניהולה של הקהילה, המאפשרת להם לכפות את דעתם על המיעוט וזה לשונו:

> אם הוברר טובי העיר מתחלה להנהיג קהלם בכל דבר אפילו יחיד שביררו מה שעשה עשוי בתקנת הקהל ויפתח בדורו כשמואל בדורו... שכח בידם להפקיע בית הכנסת מקדושתו אף על פי שיש לכולן חלק בה כדאמרינן בנדרים בפרק השותפים... ה"ה בכל מעשה הקהל מעשיהן קיים. ופי' "במעמד אנשי העיר" שעושין בפרהסיא ואין מוחה בידם, שאם תפרש שצריכין לומר 'הן' אם כן לא עשו שבעה טובי העיר אלא כולם...

כלומר כאשר טובי העיר מחליטים החלטה הנוגעת לכלל הקהילה, בין אם ההחלטה נוגעת לענייני מיסים או לכל עניין אחר, היא מחייבת את כלל הציבור, כולל את המיעוט שאין התקנה מקובלת עליו, וגם את מי שבחר שלא להשתתף באספה שבה החליט הרוב את החלטתו.[113] למעשה, נהגו בכל קהילות ישראל שהרוב כופה את המיעוט, ולכן אף שהרמ"א[114] מביא את דעת רבנו תם הוא מכריע להלכה כמנהג העולם המעניק סמכות זו לטובי העיר:

> וכן היו נוהגים בכל מקום שטובי העיר בעירן כבי"ד הגדול, היו מכין ועונשין הפקרן הפקר כפי המנהג...

ולכאורה נראה כי העמדה שהתקבעה להלכה היא עמדת הראבי"ה, שהמושג "ציבור" קבוע וקיים, והוא מקור סמכותה של הנהגת הקהילה[115].

---

113. כך כתב **בשו"ת חתם סופר** חו"מ, קטז. הוא נימק זאת בכך שמי שלא הגיע לאספה ביטל את דעתו, ומינה את האספה להחליט בעבורו.

114. **רמ"א**, חו"מ ב, א; **שו"ת הרמ"א** עג; **שו"ת מהר"ם אלשיך** נט; **שו"ת חוות יאיר** פא, **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קטז; **שו"ת דברי-חיים**, ב, חו"מ נח, ס; **שו"ת מהר"ם שיק** חו"מ יט.

115. יש להעיר כי עקרונית ניתן לקבל את עמדתו של רבנו תם ולנקוט בעמדה מעשית כשל הראבי"ה. כלומר, ברמה העקרונית להגדיר את הקהילה כשותפות, אלא שבשל העובדה שהעמדת דרישה כי כל החלטה תתקבל פה אחד עשויה להוביל לשיתוקה של הקהילה, וכדברי הרא"ש לעיל, הסכימו השותפים שההחלטות בשותפות יתקבלו על פי רוב. כך מבאר **הדברי-מלכיאל** ח"א סי' לה אותיות ט-יא. כעין זה כתבו **שו"ת חתם סופר** חו"מ סי' קטז; **שו"ת מהר"ם שיק** חו"מ סי' יח. וראה במאמרו של הרב משה א' בר, "פיצויים אישיים ששולמו לחבר מושב שיתופי", **תחומין כ**, עמ' 100 ואילך).

יש להעיר כי לדעת הרב שאול ישראלי[116] גם רבנו תם מודה בקיומו של המושג "ציבור", ובסמכות השלטונית של הגוף שאותו המשיל הציבור על עצמו, אלא שהוא סבור כי אין סמכות זו נתונה לקהילה הפועלת תחת מערכת שלטון זרה, בניגוד לדעת הראב"ה הסובר כי גם תחת מערכת שלטונית זרה "טובי העיר שהמחום רבים עליהם, דינם כדין מלכות"[117]. על פי זה מסיק, כי בארץ ישראל, בה הרשות המקומית פועלת תחת שלטון יהודי גם רבנו תם יסכים כי לתושבים המתגוררים במקום מסוים יש דין ציבור, בו החלטות הרוב מחייבות את המיעוט.

כמו כן ראוי לציין כי לדעת החוות יאיר[118] רבנו תם לא בא לחלוק על כך שהנהגת הציבור שנבחרה על ידי רוב הציבור יכולה לקבל החלטות המחייבות את הציבור כולו, למרות התנגדות המיעוט, בתחומים שאינם סותרים את ההלכה. לדעתו, הראשונים הנ"ל נחלקו רק במקרה בו הנהגת הציבור מבקשת לקבל החלטה המנוגדת להלכה, ולהשתמש בסמכותה לתקן תקנות "למיגדר מילתא" בניגוד להלכה, שרבנו תם סובר שאינם רשאים לעשות כן אלא בהסכמת כלל הציבור ואילו לדעת הראב"ה וסיעתו בסמכות הרוב לכפות את דעתו על המיעוט גם בתחומים אלו. למחלוקת זו יהיו השלכות רחבות על דרך קבלת ההחלטות בקהילה, בהן אנו נעסוק בפרקים הבאים*.

באופן דומה ניתן להסביר כך את כל המאפיינים הייחודיים של הקהילה, כשותפות הנוהגת כ"ציבור": על הצורך בקניין עם ההצטרפות לשותפות, וכן על היעדר האפשרות לחייב את השותפים באסמכתא, וויתר המהר"ם מרוטנברג, מובא **במרדכי**, בבא-בתרא רמז תפא, על פי העיקרון של "בההיא הנאה דקא צייתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי איידי דקני גמר ומקני". יש להעיר כי על הצורך בקניין המהר"ם מוכן לוותר בכל שותפות על פי אותו העיקרון, וכך פסק **הרמ"א** קעו, ג, ע"פ **הש"ך**, ו.

116. **עמוד-הימיני** ז, עמ' סה. ועיין לעיל בשם הרש"ר הירש הסובר כי רבנו תם לא בא לטעון כי הקהילה אינה אלא שותפות, ואף הוא מסכים כי הקהילה מהווה ישות ציבורית, אלא שמימד השותפות מתבטא במערכת היחסים הממוניים שביניהם ולכן הוא מאפיל על היות הקהילה במהותה ישות ציבורית.

117. **עמוד הימיני** ט, עמ' פה.

118. **שו"ת חוות יאיר**, פא.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מבאר את המחלוקת באופן שונה.

פרק ב - בחירות ברשות המקומית

דמוקרטיה יצוגית

כפי שראינו בפרק הקודם, להלכה או למעשה השתרש הנוהג לפיו הקהילה יכולה לקבל החלטות על פי רוב, ולהנהגת הקהילה ישנה סמכות שלטונית לכפות את החלטות הרוב על המיעוט. בפרק הקודם הצבנו במוקד שאלה זו את הנהגת הקהילה תוך נסיון לבחון האם מדובר בגוף ניהולי שתפקידו ביצועי במהותו המממש את ההחלטות אותן קיבלו כלל חברי הקהילה או שמא ההנהגה מוסמכת גם לקבל החלטות מחייבות? במילים אחרות ניתן לנסח שאלה זו כך: האם על פי ההלכה הקהילה חייבת להתנהל בדרך של דמוקרטיה ישירה, שבה הציבור הוא 'הרשות המחוקקת' וההנהגה היא 'הרשות המבצעת' בלבד, או שמא קהילה, החפצה בכך, רשאית להתנהל גם בדרך של דמוקרטיה ייצוגית, שבה הציבור בוחר נציגים אשר יהוו גם כ'רשות מחוקקת'? בשאלה זו לכאורה נחלקו הראשונים.

לדעת הרמב"ן[1] למנהיגי הקהל אין סמכות לקבל החלטות בעבור הקהל, אלא בכל החלטה שאותה הם מבקשים לחייב את הציבור, עליהם להביא את העניין לאסיפת התושבים. לדעתו, האספה, המקבלת את החלטותיה באמצעות הרוב, היא הסמכות העליונה, לכל הפחות בעניינים המחייבים את הציבור:

> באנשי אותה העיר אם הסכימו כולם או רובם במעמד טובי העיר, והחרימו, כיון שהם רשאין להסיע על קיצתן ולהחרים בדבר, החרם שלהם חל על כל החייבים לילך בתקנתם.

כלומר שום גוף, כולל טובי העיר, אינו מקבל החלטות עבור הציבור, הציבור הוא המקבל את ההחלטות בעצמו, אלא שעל מנת למנוע מהרוב לקבל החלטות שאינן סבירות, שמורה לטובי העיר זכות הביקורת על החלטות הרוב. ביקורת זו מאפשרת לוודא, בין השאר, כי הרוב אינו מנצל את כחו על מנת לפגוע בזכויות המיעוט יתר על המידה[2]. לעומתו סבור הרשב"א[3] כי מצב זה בלתי אפשרי, שכן בקהילות גדולות דמוקרטיה אתונאית שכזו עשויה לשתק את יכולת קבלת ההחלטות בכלל. לדעתו נציגי הציבור מוסמכים לקבל החלטות, והחלטותיהם מחייבות את כל הקהילה:

> כי עניני הקהל מסורים הם לגדולים, ולמקצת מן הקהל, שהם כאפוטרופסים לשאר אחיהם שבמקום... שאם אין אתה אומר כן, לא יוכלו בשום קהל לעשות מלאכה,

---

1. רמב"ן, **משפט-החרם** ד"ה ויש צד.
2. כך הבין **בשו"ת המבי"ט** א, סימן פד, את דעת הרמב"ן: "דאפילו איכא רוב בעינן בהדיהו טובי העיר שהם ראשי העיר בחכמה ויראת חטא כי היכי דליחזו דתקנתיהו הויא תקנה ולא קלקלה". טובי העיר מהווים אן כן סוג של ביקורת שיפוטית על ההחלטה, המסורה בידי הציבור.
3. **שו"ת הרשב"א**, ג, תמג.

ולהוציא שום הוצאה, ולא לעשות שום תקנה כללית, עד שיתקבצו שם כל הקהל...

אם נשתמש בלשוננו כיום, נאמר כי לדעת הרמב"ן קהילה מתנהלת באמצעות דמוקרטיה ישירה, ואילו לדעת הרשב"א ניהולה של קהילה נעשה באמצעות דמוקרטיה ייצוגית. אולם מלשון המבי"ט בתשובה[4], נראה כי אין כל מחלוקת בין הראשונים הללו, שכן כל אחד מהם התייחס למציאות אחרת וזה לשונו:

לעולם בעינן רובא. ומה שיש להם רשות לשבעה טובי העיר בכל דבר, הוא משום דחשיבי רובא משום דאתו מכח רובא, דקבלום עליהם בסתם לפקח על כל עניני צבור, כמו שהביא שם הרשב"א ז"ל מן הירושלמי. אבל אם לא קבלום עליהם אפילו בסתם אין להם רשות אפילו הם טובי העיר, וזהו שכתבו הרמב"ן והריב"ש ז"ל 'רובם במעמד ז' טובי העיר' דבעינן רוב בהסכמת טובי העיר... ואפילו הוו טובי העיר בעינן רוב כיון דלא קבלום עליהם לפקח על כל צרכיהם כדאמרינן.

כלומר, אומר המבי"ט, הרמב"ן התייחס למנהיגי ציבור טבעיים שלא נבחרו על ידי רוב הציבור, וממילא אין הם יכולים לחייב את הציבור לפעול באופן כזה או אחר ללא הסכמתו, ואילו הרשב"א התייחס למנהיגים נבחרים על ידי רוב הציבור, וקבע כי בחירת רוב הציבור היא המסמיכה אותם לפעול, גם בניגוד לדעת המיעוט[5], והם אינם צריכים אשרור לכל פעולה ופעולה שבה הם מבקשים לנקוט.

ניתן אמנם לשאול: מהו האופן בו מאציל הציבור את סמכותו להנהגה? האם ההלכה עושה זאת באמצעות כללים מוגדרים? האם כל הציבור יכול להביע את דעתו או רק חלק ממנו? ואם כן איזה חלק מן הציבור? שאלות אלו, בהן עסקו הפוסקים, עם כל חשיבותן המעשית אינן מערערות על העקרון הבסיסי והוא שהיות וההנהגה שואבת את כחה מהציבור, היא חייבת להיות מקובלת על הציבור. הפוסקים[6] המביאים עקרון זה להלכה, לפיו מנהיגות שלא נבחרה על ידי הציבור, חסרת כל סמכות שלטונית, מסיקים אותו[7] מהגמרא במסכת ברכות[8] האומרת את הדברים הבאים:

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

---

4. **שו"ת המבי"ט** א, פד.
5. ראו **שו"ת פני משה** א, ד שכתב כי לטובי העיר שמונו שלא בבחירות כלליות אין סמכות לקבל החלטות הפוגעות בחלק מן הציבור (התשובה נכתבה על ידי רבי משה בנבנשתי, קושטא, ראשית המאה ה 17, סבו של רבי חיים בנבנשתי בעל "כנסת הגדולה", בעקבות רצונם של שועי העיר צפת לשנות את אופן חלוקת נטל המס המוטל על יהודי העיר באמצעות הטלת מס על שחיטת עופות, מס אשר יכביד את הנטל על עניי העיר).
6. ראו **שו"ת אבקת רוכל** קל"ז; **שו"ת רב פעלים** ד, כו.
7. הפוסקים הנ"ל לא התייחסו לגמרא זו כאל דברי אגדה, ואכן **הר"ף**, ברכות מג ע"א, הנמנע מלהביא בספרו מדרשים, מצטט גמרא זו. יש להעיר כי הרמב"ם לא הביא אותה להלכה ויתכן שסבר שאינה אלא עצה טובה שאינה מחייבת להלכה.
8. **ברכות** נה ע"א.

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?.

בחירות יחסיות

כל עוד הממלכה הונהגה על ידי מלך שלא הועמד לבחירה דמוקרטית, והעיר היתה רכוש פרטי של אדם עשיר[9] שבמקרים רבים גם שלט בה, היתה הנהגת הקהילה המקום היחיד בו הגיעה לידי ביטוי השיטה הדמוקרטית וזאת באמצעות בחירות אישיות של מנהיגי הציבור בידי חברי הקהילה וכפי שתיארנו לעיל[10]. החל במהפכה הצרפתית, במהלך המאה ה 19 עם עליית השיטה הדמוקרטית כשיטת ממשל ארצית ומקומית, השתנתה במרבית מדינות העולם צורת הבחירות הדמוקרטיות לבחירות רשימתיות-יחסיות[11]. בשיטה זו המועמדים לא נבחרים באופן אישי אלא על האזרח לבחור ברשימה אחת מקרב רשימות מועמדים. חברי המועצה ברשות המקומית ימונו מקרב כלל רשימות המועמדים באופן יחסי כלומר אחוז המקומות שתקבל הרשימה יהיה שווה לאחוז הקולות אותם קיבלה.

בשיטה הרשימתית-יחסית (כמו גם בשיטה האישית-אזורית) קיים חשש כבד שמא נציגי המפלגה או האזור יפעלו לטובת בוחריהם ולא לטובת הציבור כולו[12], ומשום כך יש מהפוסקים שסברו כי מדובר בשיטה פסולה מבחינה הלכתית השומטת את התוקף ההלכתי של שלטון הנבחר בבחירות באופן זה[13]. בנוסף לכך סברו כי בשיטה זו קיימת בעיה נוספת והיא שמפלגת השלטון תהיה מפלגה שרוב הציבור לא בחר בה ואינו מסכים לדרכה ולא מתקיים כאן הכלל "אחרי רבים להטות"[14].

לעומתם ניתן לומר כי כל הפוסקים אשר העניקו לשלטון המקומי במדינת ישראל, הנבחר בבחירות רשימתיות-יחסיות, מעמד של טובי העיר[15], סברו כי שיטה זו אינה פסולה ואינה

---

9. ה**משנה בבא בתרא** סח ע"א רואה בעיר רכוש פרטי וסחיר: "המוכר את העיר מכר בתים בורות...".
10. שיטת הבחירה האישית התאימה למוסדות דמוקרטיים בהם מספר האזרחים חברי הגוף הבוחר קטן יחסית, וכך נהוג כיום בבחירות לוועדים מקומיים בישובים קטנים.
11. השיטה הרשימתית–יחסית משמשת כשיטת בחירה דמוקרטית בחלק גדול ממדינות העולם שכן היא מאפשרת ייצוג הולם לכל קבוצות האוכלוסיה השונות מה שתורם ליציבות השלטון הדמוקרטי.
12. בחשיבות ההתנתקות מהשיקולים הסקטוריאליים ובשאלת התוקף ההלכתי של החלטות שנתקבלו ממניעים אלו בלבד ובניגוד מובהק לטובת הציבור נעסוק להלן ב, א.
13. הרב שמואל ווזנר, **קונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות** סימן קסג א עמ' מו; הרב נפתלי בר אילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** עמ' 594: "השיטה המפלגתית עומדת בניגוד לתורה"!
14. הרב חיים בראדי (רבה של פראג, בלשן ומו"ל של שירת ימי הביניים) הוא השואל מהראי"ה קוק **שו"ת אורח משפט** חו"מ ב.
15. ראה הרב יוסף שלום אלישיב זצ"ל, **פסקי דין ירושלים**, ט עמ' רעב; הרב אליהו בקשי דורון

פוגעת בסמכות ההלכתית השלטון המקומי, וזאת למרות הידיעה כי נציגי המפלגות רואים את טובת הציבורי מתוך נקודת המבט המפלגתית והצבעתם נועדה בין השאר לרצות את הציבור שבחר בהם. לדעתם[16] דומה הדבר לדין זבל"א ("זה בורר לו אחד") שם ההלכה מאפשרת לשני אנשים שאינם מצליחים להסכים על הערכאה השיפוטית בה ידונו להרכיב לעצמם בית דין כאשר כל אחד מהצדדים בוחר לו דיין אחד ושני הדיינים בוחרים את הדיין השלישי. במקרה זה ברור כי דיין שנבחר על ידי צד אחד יטה באופן טבעי לזכותו של אותו בעל דין שבחר בו, ואעפ"כ ההלכה אינה רואה בכך פסול, הואיל והדבר מתאזן עם הדיין הנבחר בידי הצד השני[17] ובלבד שגם הדיין הנבחר רואה לנגד עיניו בכל עת את הוצאת הצדק לאור[18]. באותו אופן מתנהלת הפוליטיקה המפלגתית כאשר כל אחת מהמפלגות רואה את טובת הציבור מזוית אחרת, המושפעת גם מהאינטרסים של הציבור שבחר בה, ומאיזון כלל הזויות והאינטרסים עולה טובת הציבור כולו, ובלבד שנציגי כל המפלגות חפצים בטובת הציבור כולו[19].

בנוגע לטענה כי השיטה היחסית מעניקה את השלטון לקבוצות שאף אחת מהן לא זכתה לרוב עונה הרב קוק כי אחרי גיבושה של קואליציה בה כל קבוצה מקבלת מידת השפעה מסויימת נוצר הרוב הדרוש להנהגה וזה לשונו:

שו"ת בנין אב א, חו"מ, עה; הרב מנשה קליין ב**שו"ת משנה הלכות** יז, קז.

16. ההשוואה לזבל"א נעשית על ידי הראי"ה קוק **שו"ת אורח משפט** חו"מ סימן ב, אולם הוא לא מוכיח באמצעותה את תקפותה של השיטה אלא את מעלותיה החברתיות.

17. וכפי שכתב **הירושלמי סנהדרין** פרק ג ה"א: "שמתוך שבירר מרדף זכותו". ו**בתוספות** סנהדרין כג ע"א ד"ה כדי הדברים מבוארים יותר: "שמתוך שבירר זה שלו וזה שלו השלישי יצא הדין לאמיתו בלא עוות שיהא הענין שקול ולא ירבו מהפכין לחובה על מהפכין לזכות ולא להפך". כלומר כל דיין אותו בחר אחד הצדדים נוטה דעתו לטובת זה שבררו וכן פסק ה**רמ"א** חו"מ יג, א.

18. וכן כתב **הרא"ש** סנהדרין ג, ב: "הדיין עצמו חלילה לו למצוא סברא לזכותו אם לא שיראה לו דין גמור אבל אם היה יכול להטעות את חבירו לקבל סברתו אף על פי הוא מסופק בה הרי זה בכלל מטה משפט אבל מתוך שזה ביררו מבין דבריו לאשורו ואם יש לו שום צד זכות נושא ונותן עם חברו וכן עושה הדיין האחר לשני נמצא לא נשאר זכות נסתר ונעלם לשניהם והשלישי שומע משא ומתן של שניהם ומכריע ביניהם ויוצא הדין לאמתו". כלומר בחירתו של הדיין יוצרת נטיה אך זו לגיטימית כל עוד היא אינה פוגעת ביושר הדיין לומר דבר שלא ברור לו כי הוא האמת וכמו כן עליה להיות מאוזנת באמצעות בחירתו של הצד השני.

19. מבחינה מעשית הדבר מורכב אולם מן הבחינה העקרונית אין זה מופרך לומר כי מפלגת החקלאים תסבור כי תמיכה של המדינה בחקלאות חשובה למדינה יותר מכל, מפלגה המייצגת קשישים תסבור כי אין חסד יותר גדול אותו יכולה לעשות המדינה מאשר תמיכה בקשישים, ומפלגת לומדי התורה תהיה בטוחה בכך כי עזרה כספית לציבור לומדי התורה תרים את קרן האומה כולה.

ע"י זה שהמיעוט יש לו גם כן איזה צד הכרעה ע"י הצירים הבאים לחלקו ע"פ מספרו... כשיתנו לבאי כחם לבא בסוד המנהיגים, שרק אז הם מצטרפים מדעתם עם הצבור בכללו, ואז אחרי הצירוף הלא כל דבר יעשה ע"פ הכרעת הרוב.

אכן לשיטה זו כמו לכל שיטה ישנם יתרונות וחסרונות, מחד השיטה גורמת לחידוד מחלוקות, לכוחניות, ולקבלת החלטות מתוך שיקולים אישיים או מפלגתיים[20] מאידך בשיטה הרשימתית-יחסית מתקבלת יציבות שלטונית המסייעת במניעת התקוממויות אזרחיות אלימות גם כאשר השלטון מקבל החלטות שאינן לרוח חלק מהציבור, בדומה למה שראינו בדין זבל"א היוצר הסכמה של בעלי הדין לקבל את תוצאות פסק הדין[21] וכפי שכותב הרב קוק (שם):

ואם הוא דרך משובח בעסקי יחיד לרדוף את דרך היושר והשלום ע"י שכל אחד יש לו בא כח מצדו, ק"ו בעסקי רבים, ושלום הציבור בכללו, שאין לנו דרך יותר רצויה כי אם שתהיה כל מפלגה מפוייסת ע"י מה שתדע שיש לה בא כחה ומהפך בזכותה בהנהגת הציבור, שזהו דבר שאי אפשר כ"א ע"פ הבחירה היחסית[22].

חוק הבחירות לרשויות המקומיות

החוק[23] קובע כי מועצת הרשות המקומית תיבחר על ידי תושבי הרשות המקומית. על פי החוק הבחירות תהיינה כלליות[24], ישירות[25], שוות[26], חשאיות[27] ויחסיות[28] וביחס לראש הרשות הבחירות תהינה אישיות. כללים אלו נועדו לוודא כי תהליך הבחירה נעשה באופן המאפשר לכל אחד להצביע כראות עיניו, והרכב מועצת הרשות ישקף באופן הנאמן ביותר את רצון התושבים. כפי שכתבנו עקרונות אלו מחייבים גם על פי ההלכה אם כי זו אינה מתעסקת באופן מימושם שיכול להשתנות מדור לדור ואפילו באותו הדור. אולם זאת קובעת ההלכה כי מאחר והתקבל נוהג מסויים, הוא מחייב גם על פי ההלכה. עקרון זה נאמר בירושלמי[29] ביחס לאופן קביעת גובה שכרם של עובדים שנקבע על פי המנהג

---

20. בשל טעמים אלו כתב הרב משה אביגדור עמיאל, **לנבוכי התקופה** עמ' 206, כי "מפלגות פוליטיות על פי דרך התורה - כלום אפשר לא יהיה בזה משום 'תרתי דסתרי'?!".
21. **רש"י** סנהדרין כג ע"א ד"ה יצא; **רמ"א** חו"מ יג, א.
22. הרב מוסיף להוכיח זאת מדרישת הקב"ה, **רש"י במדבר** יא, כו, שהסנהדרין, שמטרתה הנהגת האומה כולה, תורכב מנציגים מכל השבטים.
23. סעיף 2 **לחוק הרשויות המקומיות (בחירות) תשכ"ה.**
24. כלליות - כל התושבים רשאים לבחור ללא הבדלי מעמד. זאת בניגוד לעמדת ההלכתית לפיה מי שאינו משלם מס אין לו זכות בחירה, ראו **רמ"א** חו"מ קסג א, ולהלן, הזכות לבחור.
25. ישירות - התושבים בוחרים באופן ישיר את נציגיהם, באופן אישי או קבוצתי בהצבעה עבור רשימת מועמדי מפלגה.
26. שוות – לכל קול ישנו משקל שווה.
27. חשאיות – אופן הבחירה מאפשר לכל אדם להצביע מבלי שאחרים ידעו עבור מי הצביע.
28. יחסיות – התבאר לעיל.
29. **ירושלמי בבא מציעא** ז, א.

המקובל, ופוטר את העובדים מחובת ההוכחה על פי ההלכה. אולם בראשונים[30] מורחב עקרון זה גם לגביית מיסים בניגוד לעקרונות שנפסקו בגמרא, ובשו"ת משאת בנימין[31] מרחיב זאת גם לנהלי בחירת הנהגת הציבור:

> מאחר שנהגו כך מכמה שנים שבוררין שמאים ע"פ רוב הקהילה. ואף על פי שיש ביניהם קרובים אין מדקדקין בכך כאשר מבואר בשאלה. אם כן מנהג כזה מבטל ההלכה בלי ספק... אם נהגו כך תלתא זימני אזלינן בתר מנהג זה וכיון דהוקבע הוקבע.

כך כותב גם הרב קוק[32] ביחס לשיטת הבחירות היחסיות כאשר זו הותקפה בטענה כי היא אינה מממשת את העקרון ההלכתי של שלטון הרוב, וטוען כי יש לה תוקף הלכתי מעצם ההסכמה הציבורית עליה:

> אין שום מקום ספק בזה שכל הענינים שבין אדם לחברו שייך בהו מחילה וויתור בין ביחיד בין בציבור, ומאחר שכך עלתה הסכמת הרבים ומנהגם שהיו הבחירות ע"פ היחסות כדי להמנע ממחלוקת, שזהו דין תורה ממש.

וכך מסיק רבי אליעזר ולדנברג[33] בנוגע לבחירות לרשות המקומית:

> דיני מנהגי זכות בחירה וחות דעת בענינים ציבוריים ניתנים להשתנות ע"י כל הקהל או רובו, או ע"י הנבחרים מתקני התקנות שנבחרו לכך מדעת כל הציבור או רובו.

טוהר הבחירות

כפי שראינו לעיל בתהליך הבחירות נעשית למעשה האצלת סמכות מהציבור להנהגה הנבחרת. בכך מתפקד הפורום הרחב ביותר קרי, הציבור, כמקבלי החלטה עקרונית שעשויה להשפיע על חייהם ורכושם של כל התושבים. כיוון שכך את הדרישות המוסריות אותן דורשת ההלכה ממנהיגי הציבור עצמם[34], כלומר איסור שוחד, וקבלת ההחלטה ללא משוא פנים, תוך המנעות מניגוד עניינים[35], ואיסור השתתפות על אדם שאינו רשאי לכהן בפורום שיפוטי[36], יש מקום לדרוש גם מהציבור כולו בעת שעומד לבחור את נציגיו. כפי

---

30. **מרדכי** בבא בתרא, תעז, בשם רבי אביגדור כהן צדק: "מנהג בני העיר דוחה את דין חכמי התלמוד אף על פי שמצאו לו סמך מן המקרא ולא מנהג חכמים בלבד אלא אפילו מנהג חמרים יש לו לסמוך עליו". בתשובתו מסתמך רבי אביגדור כ"ץ על המנהג המטיל חיוב בתשלום מסים גם על תושב חדש בעיר, וזאת למרות שב**משנה בבא בתרא** ז ע"ב, מפורש שאין להטיל חיוב בתשלום מסים על תושב עד שיגור בעיר י"ב חודש. באופן דומה קובע **שו"ת תרומת הדשן**, שמב שהמנהג הוא המחייב ביחס לקביעת גובה המס.
31. **שו"ת משאת בנימין**, ז. המקרה אליו הוא מתייחס אירע בעיירה סטנוב באוקראינה בעקבות ערעור על תוצאות הבחירות בעיירה בשל העובדה כי הנבחרים היו קרובי משפחה, וזאת למרות שכך היה מקובל בעיירה.
32. **שו"ת אורח משפט** חו"מ סימן ב.
33. **שו"ת ציץ אליעזר** ב, כד.
34. דרישות אלו יפורטו להלן ב, ב.
35. **שו"ת נודע ביהודה** מה"ק, חו"מ, כ.
36. **שו"ת תרומת הדשן**, פסקים וכתבים, ריד; **רמ"א** חו"מ לז, כב, ביחס לפסול מחמת עבירה.

שנראה להלן דרישה זו מנציגי הציבור, המגיעים בהגדרתם מקרב הציבור המקומי, קשה ולכן יש לומר כי קיימת הסכמה לפיה גם אנשים שפסולים מלשבת בדין בין אם מדובר בפסול אישי מחמת עבירה[37] ובין אם מדובר בפסול מחמת קירבה משפחתית[38] או ניגוד עניינים[39] הנובע מעצם היותם תושבי המקום[40] יכולים לשמש כנבחרי ציבור. הצבת דרישות אלו מהציבור הרחב בלתי אפשרית ולכן על פי אותו עקרון של הסכמה יש לומר כי רשאי הציבור לבחור את מנהיגיו, למרות היותו נוגע בדבר במידה כזו או אחרת, מעצם היותו תושב המקום, ובלבד שכל אדם מאחורי הפרגוד יראה את טובת הציבור לנגד עיניו ולא את טובתו האישית. לדעת המהר"ם מרוטנבורג[41] אין להשאיר זאת רק ליושר לבבו של כל אדם ויש להשביע כל אדם קודם בואו לבחור את ההנהגה הציבורית כי "יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר".

אולם העולה מדברינו הוא שאם האדם קיבל באופן אישי טובת הנאה על מנת שיצביע באופן מסויים, או שהובטחה לו טובת הנאה אם יצביע באופן מסויים, או שעשוי הוא להנות באופן אישי מאופן הצבעה כזה או אחר, נפסל הוא מלבחור את ההנהגה הקהילתית ממש כדיין שקיבל שוחד, שהובטח לו שוחד או שיש לו נגיעה אישית בהחלטה אותה הוא אמור לקבל. כך פוסק החתם סופר וקובע כי שוחד בחירות אסור בדיוק כמו שוחד לדיינים[42]:

> אם המצא ימצאו ב' עדים כשרים שאינם מבני הקהילה ולא מקרוביהם... שיעידו שמאנשי הקהילה קבלו שוחד על הנ"ל אם כן פשוט כביעי בכותחא דהקבלה ההיא שע"י אותו המינוי בטלה מעיקרא שהרי היו צריכין לומר דיעותם לשם שמים כמו שכתב רמ"א חו"מ קס"ג, א והם אמרו ע"י שוחד שהוא חד ומעוור עיניהם.

החוק במדינת ישראל קובע הגבלות חמורות אשר אמורות לשמור על טוהר הבחירות והצבעתו של האדם תשקף את דעתו האישית ללא כל הטיה מכוונת באמצעות שוחד, טובת הנאה, או הבטחה לטובת הנאה. אמנם החוק אינו אוסר על מפלגה להסיע בוחרים לקלפי, וזאת למרות שמדובר בטובת הנאה שמטרתה ברורה והיא – לגרום למי שקיבל

בשו"ת פני יהושע ב, צט, מרחיב זאת גם לפסול מחמת קירבה.

37. מהרשד"ם, קונטרס תיקון עולם, **משפט שלום** רלא, כג.
38. **שו"ת הרא"ש** ה, ד.
39. **שו"ת הרשב"א** ו, ז; ה, רעג; **שולחן ערוך** חו"מ ז, יב; **ערוך השולחן** שם, כב.
40. ראה להלן ב, ב, שם הבחנו בין ניגוד עניינים פרטי שההחלטה נוגעת לנבחר הציבור באופן אישי בו נאסר עליו להיות שותף בקבלתה, ובין ניגוד עניינים כללי הנובע מעצם היותו של נבחר הציבור תושב המקום, ונוגע לכל תושבי המקום, שאינו מונע מהאדם להיות שותף בתהליך קבלת ההחלטות.
41. **הגהות מיימוניות** תפילה יא, א; **תשובות מיימוניות** קנין, כז; **רמ"א** חו"מ קסג, א, **לבוש** חו"מ קסג,א; או"ח קלג, א; **מגן אברהם** או"ח נג, כ.
42. **שו"ת חתם סופר** חו"מ קס. וראה עוד הרב עדו רכניץ שוחד בחירות, **מדינת הלכה דמוקרטית – עיון בסוגיות נבחרות,** עמ' 45-30.

אותה להצביע בעבור מי שנתן אותה ונראה כי על פי ההלכה פעולה זו אסורה[43].

הזכות לבחור

כפי שציינו לעיל בחירת ההנהגה נעשית על ידי רוב הציבור. לדעת מרבית הפוסקים[44] אין להעניק משקל יתר לאדם מסוים או לקבוצה מסויימת לא בשל חכמתו[45], ידיעתו בתורה או עושרו, אלא לכל הציבור, עניים כעשירים פשוטי העם כגדולי הדור. כך קובע הרא"ם בתשובתו[46]:

> בענינים השייכים לקהל שיך לומר בהם הלך אחר רוב דעות שהדין נותן שימשכו המועטים אחרי הרבים כפי השורש הגדול שכל התורה תלוייה בו וכמו שהשיב הרא"ש לכמה חלוקים שנפלו בין הקהלות שהדין הוא שנלך אחר רוב דעות משום דכל אנשי הקהל בכללם לענין ההסכמות והתקנות והגזרות שלהם הם נקראים בית דין ותורת בית דין עליהם בכל דבר אפילו לאפקורי הממונא...ואין חלוק בזה אם היה אותו הרוב

---

43. יש בפעולה זו עיוות נוסף והוא שמפלגה אשר הינה בעלת אמצעים כספיים גדולים יותר יכולה להשפיע על כמות בוחרים גדולה יותר ונמצאת מידת הדין הצדק והיושר לוקה.

44. ראו **שו"ת מהרשד"ם** או"ח לז, שכתב שרק לעשירים קיימת זכות הבעת הדעה ולא לעניים שכן הם נושאים במשא הציבור אולם כל הפוסקים חלקו עליו, ראו **שו"ת דברי מלכיאל** א, לה, אות יג, טז; **שו"ת משא חיים** מערכת מ, עז.
לדעת רבי משה פלאג'י, **שו"ת פני משה** א, ד, בנוסף להיות החלטה מקובלת על מרבית הציבור המכונה על ידו בשם "רוב מנין" נדרשת הסכמת מרבית חכמי התורה אותה הוא מכנה בשם "רוב בנין". אולם הדברי מלכיאל, שם, אות יג, חולק על דרישה ומוכיח כי אין לה מקור שכן בעניינים שאינם נוגעים כלל להלכה דעתם של חכמי התורה שקולה לדעת אחרון חלושי השכל, אחרי שיוסברו לו היטב השיקולים השונים. לענ"ד אין כוונת הפני משה לחרוג מהעקרון של הכרעה על פי רוב הציבור, חכמים כהדיוטות, אלא שהואיל ומצאנו "זכות וטו" לאדם חשוב, ראה להלן ב, א, ביקורת רבנית על החלטות המועצה, מסתבר להעניק למרבית החכמים בעיר זכות דומה שתכליתה לשקול את ההיבטים המוסריים של ההחלטה ואם ישנה סיבה ערכית להתנגד להחלטה (כפי שהיה במקרה שהובא לפניו, שביקשו להשית מס על העניים שעד כה היו פטורים ממס) אזי יש לקבל את דעתם.

45. אם כי הרב חיים דוד הלוי, **שו"ת עשה לך רב**, ט, צ, עמ' רפט, הסתייג מכך שאנשים שאינם מבינים דבר מכריעים בשאלות הרות גורל כאשר "במקרים הטובים ביותר הצבעתם היא מקרית, או מכוונת ע"י גורמים מעוניינים...".

46. **שו"ת הרא"ם**, נג. בהמשך דבריו הרא"ם מסייגם במקצת וקובע כי ההכרעה על פי רוב רלוונטית רק בתחומים הנוגעים לאופן הנהגת הציבור את דרכו ולא להלכה, שכן בעניינים הנוגעים להלכה יש להכריע על פי ההלכה ובמקרים בהם ישנה השקה בין התחומים כל תחום מחייב הכרעה כדינו זה על פי חכמי ההלכה וזה על פי הרוב: "אבל גבי נדרים והקדשות שאין לקהל שיכות בהם מאחר שאינם מהפעולות התלויות בידם לעשותם ושלא לעשותם אבל הם כשאר דיני התורה שהם נדונים כפי מה שהדין גוזר עליהם לא על פי סברות ודיעות הקהל אף על גב דלאותו חלוק שנפל ביניהם אשר מסבתו נפרדו והוצרכו להכנס בדיני ההקדשות... היה להם שימנו על אותו ענין שנפל החלוק ביניהם וילכו אחר רוב דיעות מכיון שאותו ענין היה מהענינים השייכים לקהל".

עשירים או עניים חכמים או הדיוטות מאחר שכל הקהל הם נקראים בית דין לענינים שביניהם.

דברים אלו נאמרו ביחס להתנהלותה של דמוקרטיה ישירה בה ההחלטות מתקבלות באופן ישיר על ידי הציבור אולם הפוסקים החילו אותם גם על אופן בחירת הנהגה - דמוקרטיה יצוגית, וקבעו כי גם בבחירת מנהיגים אין להעניק משקל יתר לשום אדם בשל חכמתו, ידיעתו בתורה או עושרו, ולכל הציבור, עניים כעשירים[47] פשוטי העם כגדולי הדור קיים משקל שווה בקביעת זהות ההנהגה.

מגורים במקום

ההלכה מקנה ל"בני העיר" חובות זכויות וסמכויות. כאשר המשנה[48] מבקשת לקבוע מי מוגדר כתושב העיר לענין היכולת להטיל עליו את החובות המוטלות על תושבי העיר קובעת היא כי רק תושב קבע, כלומר מי שגר בעיר חודש, נדרש לשאת בעול עם הציבור:

כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר? י"ב חדש. קנה בה בית דירה - הרי הוא כאנשי העיר מיד.

על משנה זו אומר הירושלמי[49]: "א"ר יוסי בי ר' בון לחיטי הפסח בין לישא בין ליתן" ומבארו רבנו ברוך בספר החכמה[50]: "פירוש בין ליתן משלו חטין לעניי העיר בין לישא משלהן אם עני הוא צריך שנים עשר חדשים" כלומר גם זכויות של תושב מקבל האדם רק אחרי שיהפוך להיות תושב קבע, כלומר אחרי י"ב חודש[51].

את העקרון הזה מסכם הנימוקי יוסף בדברים הבאים[52]:

אפילו לא ירד להשתקע אלא לגור כיון שעמד שם י"ב חדש הרי הוא כאנשי העיר לכל מסין ותשחורת ולפסי העיר ולכל ענינים כבני העיר ממש וכשלא עמד שם י"ב חדש אפילו ירד להשתקע לא הוי כאנשי העיר לכל מילי אלא לקופה ולתמחוי ולכסות ולקבורה בזמנים ידועין.

---

47. **שו"ת פני משה** א, ד; **שו"ת דברי מלכיאל** א, לה, אות טז; **שו"ת ציץ אליעזר** ג, כט; **שו"ת משא חיים** מערכת מ, עז:"אין מקום לחייב לכת העניים שיקבלו עליהם בעל כרחם הממונים הללו אשר ביררו מכת העשירים" (רבי חיים פלאג'י, איזמיר, המאה ה 19, התייחס למקרה בו המינוי של העשירים קיבל גושפנקא חוקית מטעם הסולטן).
48. **בבא בתרא** ז ע"ב ועוד.
49. **ירושלמי בבא בתרא** א, ה"ד.
50. הובא **במרדכי** בבא בתרא רמז תעז; **אור זרוע** ב, רנה; **בית יוסף** יו"ד רנו, ה; **מגן אברהם** תכט, ב; **משנה ברורה** שם, ה.
51. עקרון זה נלמד גם מה**תוספתא פאה** ד, ט; **בבא בתרא** ח ע"ב: "תמחוי לכל אדם קופה לעניי אותה העיר" כלומר לעני שאינו תושב העיר מחלקים מזון שיספיק למחייתו בלבד ואילו לעני תושב העיר מחלקים מקופת הצדקה את מחסורו בשעור נרחב יותר. תוספתא זו מובאת **בירושלמי פאה,** ח ה"ו ביתר הדגשה: "קופה אינה אלא לאנשי אותה העיר בלבד".
52. **נימוקי יוסף** בבא בתרא ה ע"ב מדפי הרי"ף.

בשולחן ערוך[53] מסכמים המחבר והרמ"א את גדרי הדין, מתי נעשה האדם תושב של קבע לו זכויות וחובות כשאר בני המקום:

> כל הדר בעיר י"ב חדש, או שקנה בה בית דירה, נותן עם בני העיר בכל הדברים הצריכים. ודוקא בסתם, אבל אם ידענו שרוצה לקבוע בעיר, מיד הוי כאנשי העיר. ויש אומרים דאם שכר בית דירה, כל ששכרה לי"ב חדש, הוי כאנשי העיר מיד. ויש אומרים דבעינן קנה דוקא להשתקע ויש אומרים אפילו לגור ולכולי עלמא אם נפל לו בית בירושה או במתנה, אינו כלום.

במשנה[54] בתוספתא[55] ובגמרא[56] מפורש כי לבני העיר ישנה גם סמכות לאכוף את דעתם לשם ביצוע מחויבויותיהם ולשם מימוש זכויותיהם. במקורות השונים לא מבואר מיהו המוגדר כ"בן העיר" לענין זה אולם בהערת אגב קובע החתם סופר[57] כי רק למי שגר במקום י"ב חודש קיימת הזכות לחוות את דעתו בעניינים ציבוריים. ומבארו הרב אליעזר ולדנברג[58]:

> מכיון שלבני העיר הוא שכופין והן המחויבים לדאוג לכל צרכי העיר, ממילא דבר המובן מאליו שלהם יש הדעה, שכל שחייבים, להם הדעה לחות דעת בענינים.

על פי החוק זכות הבחירה למועצת הרשות המקומית נתונה לכל מי שרשום במרשם האוכלוסין במשרד הפנים כמתגורר במקום. רישום זה אינו מותנה במגורים בפועל במקום, ולמרום שכלל זה מנוגד להלכה המנהג מחייב וזאת לאור דברי הרמ"א (שם) בסוף דבריו ש"אם יש מנהג, הולכין אחריו". היות והחוק מבטא את הנוהג המחייב במדינת ישראל הוא מחייב גם מבחינה הלכתית[59].

תשלום מסים

כתב המהר"ם מרוטנבורג[60]:

> על אשר שאלת אם יש קטטה בין הקהל ואינם יכולים להשוות דעתם לברור ראשים בהסכמת כולם זה אומר בכה וזה אומר בכה ומחמת חלוק לבם בטל התמיד ומדת הדין

---

53. **שולחן ערוך** חו"מ קסג, ב.
54. **משנה מגילה** ג, א.
55. **תוספתא בבא מציעא** יא, כג.
56. **בבא בתרא** ח ע"ב.
57. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קיז.
58. **שו"ת ציץ אליעזר** ב, כד.
59. אמנם במקום בו קיימת הנהגה מקומית שאינה מחוייבת מצד החוק, (כגון ועד אגודה קהילתית הפועל בישובים קטנים שלא מכח החוק אלא מכח ההסכמה וההתאגדות של כלל התושבים) ממילא לא חלים עליה גדרי החוק ויש להחיל עליה את גדרי ההלכה לפיהם רק תושבים המתגוררים דרך קבע בפועל במקום זכאים לבחור את ההנהגה הקהילתית.
60. **הגהות מיימוניות** תפילה יא, א; **תשובות מיימוניות** קנין, כז; **רמ"א** חו"מ קסג, א, **לבוש** חו"מ קסג,א; או"ח קלג, א; **מגן אברהם** או"ח נג, כ.

> לוקח ואין אמת ושלום בעיר ולא בכל המלכות הנגררים אחריהם איך יעשו נראה בעיני שיש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מסים ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר וילכו אחר הרוב הן לברור ראשים...

לדעת המהר"ם מרוטנבורג אם כן, ברור שסמכות "בני העיר" ובכללה זכות הבחירה "להעמיד ראשים" מוקנית רק לאנשים הנושאים בנטל המסים. אלא שניתן להבין את טעמו בשלשה אופנים: האחד, תשלום המס הוא הסיבה לזכות הבחירה, כלומר, שהדין נותן להעניק סמכות רק למי שישא באופן אישי באחריות לתוצאות החלטתו. לדעת המהרי"ט[61] כך יש להבין את דברי המהר"ם וזה לשונו:

> הוציא הרב ז"ל (המהר"ם) אותם שאינם פורעים כדין עניים או תלמידי חכמי' או עוסקים בצורכי צבור שאינם פורעים... אותם שאינם פורעים בערך אלו ודאי דלא מצטרפי לרובא כיון דלא שייכי בה ואולי לא יחושו לבזבז הואיל ואינהו לא מחסרי ממונא.

כלומר, הואיל ולמרבית ההחלטות המתקבלות ישנה השלכה כלכלית, אין זה מן הצדק להעניק סמכות לקבלת החלטות למי שאינו אחראי לשאת בתוצאות[62].

האופן השני להבנת דברי המהר"ם הוא שתשלום המס הינו סימן[63] המבחין בין תושב זמני שאין לתת לו זכות בחירה, ובין תושב של קבע, לו קיימת זכות בחירה מעצם מגוריו

---

61. **שו"ת מהרי"ט** א, סט. אם מקבלים הסבר זה באופן קיצוני ניתן להגיע למסקנת **שו"ת מהרשד"ם** או"ח, לז. כי יש לתת משקל לדעתו של האדם לפי מידת השפעת ההחלטות עליו ואם כן לדעתו של העשיר המשלם הרבה מס יהיה משקל גדול מדעתו של העני המשלם מעט מס. אולם המהרי"ט סבור כי מסקנה זו אינה נכונה שכן באופן יחסי המס מכביד על העני לא פחות ואולי אף יותר ממה שמכביד על העני "אותם שפורעים מס כולן שוין העשיר בעושרו והעני ממנו בעניו דלפום גמלא שיחנא וכ"כ יזהר אותו העני על פרוטה שלו כמו שהוא נזהר העשיר בדינר שנוגע לחלקו כיון שהפרעון הוא לפי חשבון ממון הילכך אזלינן בהו בתר רוב דיעות" וראו **שו"ת צמח צדק (הקדמון)** ב; בפתחי תשובה חו"מ קסג, ד. יתר על כן לדעת ה**חזון אי"ש** בבא בתרא, ה, א, הדבר יכול להוביל לעיוות לפיו העשירים הם שישתלטו על ההנהגה הואיל ורוב המס מגיע מהם. למגינת הלב ניתן לומר כי לאור המציאות, שלעשירים ישנה השפעה על החלטות ההנהגה הרבה מעבר לחלקם היחסי באוכלוסיה, חששו של החזון אי"ש יש לו על מה שיסמוך.
יש להעיר כי הרב חיים דוד הלוי "שלטון על פי התורה ודמוקרטיה", **שנה בשנה** תשנ"ח, מסיק מדברי המהרשד"ם כי "גם בגלות לא היה משטר פנימי דמוקרטי בקהילות ישראל" ודבריו צריכים עיון לאור העובדה שמרבית הפוסקים וכמעט כולם דוחים את דברי המהרשד"ם בשתי ידים.

62. ראו **חזון איש** בבא בתרא ה, א: "בני העיר לענין צרכי העיר כשותפין בדבר אבל זה שאין משתתף עמהן אינו בדין שיהיה שופט עליהן". מכאן מגיע החזון איש למסקנה כי בעניינים שאין להם כל השלכה כלכלית יש מקום לוותר על תנאי זה ולומר כי "אם הנידון למגדר מילתא במילי דשמיא דין הוא שגם העני נכנס במנין עמהם".

63. אמנם **בשו"ת המבי"ט** ג, לא, משמע כן שכתב כי במקום בו תשלום המס הוא למדינה ולא

במקום. ניתן להביא ראיה לכיוון מהגמרא הרואה בתשלום מס סימן לשאלה מיהו בן העיר לענין יכולתו לפתוח עסק היוצר תחרות עם בני עירו:

> פשיטא לי, בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא דהכא - לא מצי מעכב[64].

במקרה זה ברור שתשלום המסים "למושל העיר" (כדברי רש"י שם) אינו משפיע על התחרות במסחר אלא שתקנת חכמים היתה לשם הגנה על בני העיר[65] ותשלום המסים מהווה סימן להיות האדם בן העיר[66]. מסתבר אפוא כי זו גם כוונת המהר"ם שלא הדגיש את חובת תשלום המסים כתנאי להשתתפות האדם בתהליך הבחירה אלא כחלק מהגדרת תושבי המקום[67].

האופן השלישי להבנת דברי המהר"ם הוא שלכל תושב קיימת זכות בחירה מעצם מגוריו במקום, אלא שהמנעות מתשלום מס הינה סיבה לשלול מהאדם את הזכות להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות שכן הוא הוציא את עצמו מן הכלל[68]. לספק זה תהיה השלכה על השאלה האם להעניק זכות בחירה לתושבי קבע אשר מסיבות שונות אינם משלמים מסים.

כפי שראינו לעיל על פי החוק זכות הבחירה למועצת הרשות המקומית נתונה לכל מי שרשום במרשם האוכלוסין במשרד הפנים כתושב המקום, ורישום זה אינו מותנה בתשלום ארנונה או מס כלשהו. כפי שראינו לעיל למרות שכלל זה מנוגד להלכה היות והחוק מבטא את הנוהג המחייב במדינת ישראל הוא מחייב גם מבחינה הלכתית[69].

למושל העיר לכל אזרח קיימת את הזכות לפתוח עסק בכל עיר. ונראה כי הבין דין זה כפי שהציע ב**שו"ת חתם סופר** חו"מ, עט, שתשלום המס המשלמים בני העיר הינו תשלום על הזכות לסחור בעיר וממילא מי שאינו משלם מס גוזל מהמשלמים את הזכות אותה שכרו ממושל העיר. לפי דבריהם אין להוכיח מדין זה על תפקיד תשלום המס בקביעת זכות הבחירה.

64. **בבא בתרא** כא ע"ב.
65. **ר"י מיגש** בבא בתרא כא ע"ב; **בית יוסף** חו"מ קנו.
66. **סמ"ע** קנו,טז; **ש"ך** שם, ג: "כיון שנותן מס עמהן הו"ל כאילו דר עמהן".
67. כך הבין את דבריו גם הרב אורי דסברג בהערת העורך על מאמרו של הרב נפתלי בר אילן, **תחומין** יא עמ' 74 "החלטות קהל בעיר ובקבוץ".
68. **שו"ת שבות יעקב** א, עד (ר' יעקב ריישר, אשכנז, ראשית המאה ה 18): "איכא בזה תקנת וטובת הקהל כדי שלא ימנעו העמי הארצים מליתן מסים וארנונית שעליהם מוטל הכל". מכאן מסיק השבות יעקב כי אין לשלול את זכות ההצבעה מתלמידי חכמים למרות שהם פטורים מן המס. למסקנה דומה מגיע ב**שו"ת ציץ אליעזר** ב, כד, אלא שסברתו הפוכה: עקרונית תשלום המס הוא הסיבה לזכות ההצבעה אך אין זה סביר לפגוע בזכות ההצבעה של תלמידי החכמים שכן "יוצא שכרם בהפסדם. שמתוך כך שאינם פורעים אין להם שום זכות לחות דעה בענינים ציבוריים" ולכן יש לראות את הפטור שלהם כאילו בוצע תשלום בפועל "ולענ"ד נראה שאותם שפטורים מדינא כתלמידי חכמים, מכיון שפטרו אותם יש לומר דהו"ל מתוך כך כאילו פורעים".
69. אמנם במקום בו קיימת הנהגה מקומית שאינה מחוייבת מצד החוק, (כגון ועד אגודה

זכות בחירה לנשים

הדיון בדבר זכות הבחירה לנשים הינו חלק מהדיון בדבר זכותן של נשים להבחר לתפקידים ציבוריים, דיון אותו נקיים להלן כאשר נבוא לעסוק בזכות להבחר. שאלה זו, בדבר השתתפות נשים בתהליך בחירות דמוקרטיות בו הן יכולות לבחור ולהבחר, עלתה לראשונה בראשית ימי המנדט הבריטי בארץ ישראל[70]. באותה העת ממש בכל העולם כולו מקבלות הנשים זכות בחירה לראשונה[71] ופוסקי ההלכה נדרשו לתת מענה לשאלה חדשה זו. בין שני הרבנים הראשיים הרא"ה קוק והרב עוזיאל התגלתה מחלוקת עמוקה בשאלה זו, במחלוקת זו נטלו חלק מרבית מפוסקי ההלכה שהיו באותה העת בארץ ישראל. האוסרים[72] סברו כדעת הראשונים[73] הסוברים כי נשים אינן יכולות לשמש בתפקיד שיש בו שררה, בעיה הקיימת לדעתם בחברות במוסדות הלאומיים. את איסור

קהילתית הפועל בישובים קטנים שלא מכח החוק אלא מכח ההסכמה וההתאגדות של כלל התושבים) ממילא לא חלים עליה גדרי החוק ויש להחיל עליה את גדרי ההלכה לפיהם רק תושבים המשלמים מסים לאגודה הקהילתית זכאים לבחור את ההנהגה הקהילתית.

70. הבחירות הראשונות למוסדות הלאומיים נערכו בר"ח אייר תר"פ (19.4.1920) בשלהי השלטון הצבאי הבריטי כהכנת נציגות הישוב היהודי אשר תפעל מול הממשל האזרחי הבריטי לכשיקום (1.7.20).

71. ברוסיה בשנת תרע"ז (1917), באנגליה בתרע"ח (1918), בגרמניה בתרע"ט (1919), ובארה"ב בשנת תר"פ (1920).

72. **מאמרי הרא"ה** א, מכתבים, עמ' 189-194. המכתב הראשון נכתב בי"א תשרי תר"פ כתשובה לשאלה שהפנה אליו ועד הסתדרות המזרחי. המכתב השני נכתב בי' בניסן באותה השנה כקול קורא פומבי. אמנם על פי עדותו של מר חיים הרצוג (בנו של הרב הרצוג, כיהן כנשיא מדינת ישראל, בנאום שנשא בארוע לכבוד הופעת כרך ה 100 של העלון "סיני") **סיני**, קא, פתיחה, הרק קוק חזר בו בעקבות מאורעות תר"פ אשר התרחשו ימים ספורים אחרי פרסום הקול קורא ושבועים לפני מועד הבחירות בטענה כי יד ההשגחה העליונה הוכיחה כדעת המתירים.
הרב קוק מתייחס רק להיבטים הרוחניים והמוסריים של השאלה ואת ההיבטים ההלכתיים פוטר בתשובה לקונית כי על פי ההלכה אין לתת שררה לנשים וההצבעה מובילה לפגיעה בצניעות. את השיקולים ההלכתיים פירט הרב ישראל מינצברג, דיין בביה"ד של החסידים בירושלים וחבר מועצת הרה"ר הראשונה, **זאת חוקת התורה** ירושלים, תר"פ. יש להעיר כי יתכן והרב קוק סבר שאין לפרסם את היריעה ההלכתית הרחבה שכן היא יכולה להיות נתונה לביקורת ולמתקפות, גישה אותה ביטא גם הרב משה קלירס, רבה של טבריה המובאת בסוף החוברת "חוקת התורה". לעומתם סבר הרב מינצברג כי הלכה אינה גזירה ואין להסתיר את טעמה.
יש להעיר כי גם לדעת הרב הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** א, עמ' 111, מן ההיבטים הרוחניים והמוסריים אין מקום לערב את הנשים בתחום הפוליטי הן כבוחרות ובוודאי כנבחרות, אך מאחר ואין בדבר איסור הלכתי הוא קובע שאין להמציא איסור שכזה ועל פיו להתנגד לרוח הזמן.

73. אותם נראה להלן, הזכות להבחר, נשים.

הבחירה הסיקו האוסרים הן בשל העובדה שמצות מינוי מלך אינה מוטלת עליה[74], הן בשל העובדה שדעתה קלה[75] ולא ניתן לתת לדעתה משקל שווה למשקל הניתן לדעת הגברים[76], וזאת מלבד בעיית הצניעות שקיימת בעירוב של גברים ונשים במהלך קיום הבחירות[77].

לעומתם סברו המתירים כי אין איסור למנות אשה לתפקיד זה וממילא[78] עולה שמותר לאשה לבחור, ואין בדבר כל בעיה של צניעות שכן כדברי הרב עוזיאל[79]:

> איזו פריצות יכולה להיות בדבר הזה, שכל אחד הולך אל הקלפי ומוסר את כרטיס בחירתו, ואם באנו לחוש לכך לא שבקת חיי לכל בריה, ואסור יהיה ללכת ברחוב, או להכנס לחנות אחת אנשים ונשים יחד, או שאסור יהיה לישא ולתת עם אשה משום שעל ידי כך יבואו לידי קרוב דעת, וממילא גם לידי פריצות, וזה לא אמרו אדם מעולם.

למעשה המנהג שהתקבל[80] הוא כדעת המתירים לאשה[81] לבחור, וכפי שראינו לעיל בענינים ציבוריים מסוג זה המנהג מחייב.

---

74. **ספר החינוך** תצז.
75. לדעת הרב מינצברג, **זאת חוקת התורה** עמ' יא, מסיבה זו ומסיבות נוספות אשה אינה יכולה לשבת בהנהגת הציבור: "אין חברותן נאה...איכא נמי משום פריצותא ואף להרבות שיחה עמהן... ובמדרש רבה דברים פ"ו חושב כל המידות הגרועות שנמצא בנשים ומסיים כולהן הן בכשרות שבהן ובירושלמי רפ"ו שבת אמרינן נשים שחצניות הן פי גסי רוח וא"כ היאך יכולים למנותם למושב יחד עם אנשים לטובי העיר".
76. לדעת **ספר החינוך** עח, ההכרעה על פי הרוב נעשית רק כאשר "שני הכיתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה, שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים, אבל בהשוית החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המיעוט". מכאן מסיק הרב מינצברג שם, עמ' ל, כי הואיל ונשים דעתן קלה ונוחות להתפתות אין לתת לדעתן משקל שווה לדעתם של הגברים.
77. הראי"ה קוק **מאמרי הראי"ה** א, מכתבים, עמ' 194-189.
78. יש לציין כי לדעת הרד"צ הופמן, מובאת בתרגום מגרמנית לעברית בנספח למאמרו של הרב יוסף אפרתי "חברות נשים בועד מקומי בישוב שיתופי", **הקיבוץ בהלכה** שעלבים, תשד"ם, עמ' 277- 290, יש לחלק בין הזכות להבחר, אותה הוא מכנה בשם "זכות פאסיבית", שעל פי הרמב"ם אינה עומדת לאשה מכיוון שיש בתפקיד משום שררה, ובין הזכות לבחור, אותה הוא מכנה בשם "זכות אקטיבית", אותה לא ניתן לשלול מהאשה, אא"כ קיים מנהג ברור השולל אותה.
79. **שו"ת משפטי עוזיאל** חו"מ ו; הרב הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** א, עמ' 98.
80. יש להעיר כי לדעת הרב צבי פסח פרנק, מנחם פרידמן, **חברה ודת - האורתודוקסיה הלא-ציונית בא"י**, פרק ששי, הוצאת יד בן-צבי, ירושלים תשמ"ח, נוהג זה התקבל רק מתוך כורח בשל ההכרה כי שמירה על איסור זה תפחית את כחם הפוליטי של המפלגות הדתיות במחצית מה שלא יאפשר להן לשמור על האינטרסים של הציבור הדתי ועל אופיה היהודי של מדינת ישראל. יש להעיר כי קיימים חוגים מצומצמים שלא הסכימו להקל בנקודה זו ולפיכך הם אינם משתתפים כלל בבחירות.
81. **זכות בחירה לאדם שאינו שומר תורה ומצוות**

הזכות להבחר

מעמד נבחרי הציבור

במערכת השלטונית, בניגוד למערכת המשפטית, לא מתבצעת הכרעה בין בעלי דין, באמצעות מערכת של טענות וראיות. אולם אין זה אומר כי לא מתקבלות בה החלטות הנוגעות לממונם של אחרים. יתר על כן, בדרך כלל עיקר ההחלטות מתקבלות במערכת השלטונית, בעוד המערכת המשפטית נדרשת לטפל רק במקרים בהם אחד התושבים סבור כי ההחלטה אותה קיבלה המערכת השלטונית אינה עומדת במבחן הסבירות. אם כן מסתבר כי יש לראות את מועצת הרשות המקומית, הגוף העליון אשר לו הסמכות לניהולה של הרשות המקומית, כגוף מעין שיפוטי[82]. כך כותב לדוגמא המרדכי[83]:

> דטובי העיר הוי בעירם למה שהוברר כמו גדולי הדור בכל מקום כמו שגדולי הדור הפקרם היה הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא כך טובי העיר היה הפקרם הפקר.

יתר על כן לדעת הרשב"א[84] זהו מקור סמכות הנהגת הציבור - מכח היותה בית דין עבור כל בני העיר:

> כמו שכל הקהילות משועבדות לבית דין הגדול או לנשיא – כך כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו.

אכן, במספר סוגיות נראה כי מערכת שלטונית המופקדת על קבלת החלטות מחוייבת לעמוד בסטנדרטים משפטיים. כך שנינו במסכת בבא בתרא[85]:

הדברים האמורים נכונים גם ביחס לזכות אדם שאינו שומר תורה ומצוות לבחור, שכן כל מי שאינו רשאי להבחר להנהגת הציבור גם אינו יכול לבחור, שכן, כפי שביארנו לעיל, בתהליך הבחירות הפורום הבוחר, קרי, הציבור, מאציל את סמכותו לנבחריו, ומי שאין לו סמכות להיות שותף בקבלת החלטות אינו יכול לעשות זאת בין אם הוא מתמנה לנציג של אחרים, ראו להלן: הזכות להבחר – שומר תורה ומצוות, ובין אם הוא ממנה אחרים כנציגיו, **שו"ת תשורת ש"י** א, שג; הרב ישראל מינצברג, **שו"ת שארית ישראל** חו"מ, ד. לדעת הרב מינצברג אין לעמוד על קיומה של דרישה זו שכן שלילת זכות הבחירה מאנשים שאינם שומרי תורה ומצוות עשויה לגרום לפילוג ופיצול, שיקול שעל פיו מתירה הגמרא, **חגיגה** כא ע"א, לקבל עדות מעם הארץ, וזאת למרות שהוא פסול לעדות (יש לציין כי הרב מינצברג כתב את תשובתו בשנת תרפ"ד, לפני שנוצר נוהג בענין).

82. על מנת להמחיש את הדברים ניתן להביא את דבריו של בית המשפט בענין אדם שביקש מהעיריה רשיון עסק ולא קיבל, בג"צ 115/61 **יקירי נ עירית רמת גן** פ"ד טו 1880: "הרשות הממונה על מתן רשיונות ממלאה לאמיתו של דבר מעין תפקיד של מחוקק וגם מעין תפקיד של שופט... החלטת הרשות המוסמכת היא מעין פסק דין".
83. **מרדכי** בבא בתרא, תפ; **רמ"א** חו"מ ב, א.
84. **שו"ת הרשב"א** א, תשסט; ג, תיא: "שרוב כל עיר ועיר אצל יחידים הם כב"ד הגדול אצל כל ישראל". וראו בהרחבה לעיל פרק א, התשתית ההלכתית המשותפת לשלטון המרכזי והמקומי, שם הבאנו משמעויות נוספות להשוואה זו.
85. **בבא בתרא** ח, ע"ב.

> קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה, נגבית בשנים - שאין עושים שררות על הצבור פחות משנים, ומתחלקת בשלשה - כדיני ממונות.

כלומר, הואיל והגבאים צריכים לקבל החלטה כיצד יש לחלק את כספי הצדקה יש לקבל החלטה זו בפורום המתאים לקבלת החלטות שיפוטיות[86]. מכאן מסיק רבי יוחנן בירושלמי:

> אין מעמידין שני אחין פרנסים[87].

רואים אנו אם כן, כי ההלכה דורשת כי החלטות מעין שיפוטיות יתקבלו בפורום העומד בכל הקריטריונים בהם נדרש לעמוד פורום שיפוטי. נמצאנו למדים כי למועצת הרשות המקומית ישנו מעמד מעין שיפוטי ולפיכך יחולו עליה כל הדרישות האישיות והמוסריות[88] הנדרשות מפורום שיפוטי.

עבירות הפוסלות את האדם מלהבחר

מכח הגדרת פורום ההנהגה המקומית כבעל מעמד מעין שיפוטי מסיק רבי ישראל איסרליין[89]. כי לאדם שנשבע לשקר אסור להצטרף להנהגת העיר:

> טובי הקהל כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים, במקום ב"ד קיימי כדמוכח בהדיא במרדכי פ"ק דבבא בתרא (רמז תפ), דמדמי להו לגזירותיהם להא דכל אשר לא יבא לעצת הזקנים והשרים... וכיון דהכי הוא אפילו אי הוי מפורש בהדיא בכתב קיום שביניכם שמחלתם לו לגמרי על כל דבר פשע ההודאה לשמים ולבריות, חלקכם יהא לכם להתיר, חלק מזבח מי יתיר?... ואף על פי שנתקיים הכתב בחרם ובשבועה ביניכם, הרי הוכחנו דאזהרה מן התורה היא שלא להושיבו בקהל.

---

86. הברייתא אמנם דיברה על קבלת החלטות הנוגעות לעניים אולם באופן עקרוני אין סיבה להניח כי קיים הבדל בין החלטות מסוגים שונים ומסתבר שאין סיבה לחלק ביניהם. בהקשר זה מעניינים במיוחד דברי **הירושלמי פאה** ח,ו: "אנא חמי דיני ממונות בג' דיני נפשות לא כ"ש ויהיו עשרים ושלשה? עד דהוא מצמית להון הוא מסכן" הירושלמי מעיר כי ההחלטות המתקבלות בפורום מעין שיפוטי עשויות להיות נוגעות לחיי אדם, הרבה יותר מהחלטות המתקבלות בבית משפט רגיל, מה שמחייב להגיע למסקנה כי הפורום המקבל את ההחלטות הנוגעות לחייהם של העניים יהיה הפורום המתאים על פי ההלכה לקבל החלטות הרות גורל שכאלו – עשרים ושלשה דיינים. תשובת הירושלמי היא שדרישת פורום נרחב כל כך תפגום ביעילותה של המערכת ובסופו של דבר ביכולתה למלא את תפקידה. נמצאנו למדים כי המתח בין בירוקרטיה ורגולציה ובין יעילות אינו דבר חדש ויש למצוא את האיזון המתאים בין הקצוות השונים.

87. ב**פני משה**, שם, מבואר שמדובר בראשי הקהל אולם מהקשר הסוגיא משמע שהכוונה לגבאי צדקה וכן כתב **האור זרוע** א, ב, אולם כאמור אין הבדל עקרוני בין התחומים השונים.

88. אלו ידונו להלן ב, ב.

89. **שו"ת תרומת הדשן**, פסקים וכתבים, ריד; **רמ"א** חו"מ לז, כב.

כלומר הואיל ולגוף השלטוני ישנו מעמד של בית דין[90] אין לקבל לגוף זה אנשים שהורשעו בעבירות הפוסלות אותם מלשבת בבית דין. כך מסיק גם רבי יהושע עשיל בשו"ת פני יהושע[91] ופוסק כי קרובי משפחה פסולים מלכהן ביחד בהנהגת הציבור. המסקנה המתבקשת היא[92] כי מן הדין אין לאדם שאינו שומר תורה ומצוות[93] הזכות להבחר להנהגת הקהילה. אעפ"כ מסיק המהרש"ם[94] כי לא נהגו כן למעשה, והמנהג עוקר הלכה ולכן מותר לבחור לתפקיד הנהגת הציבור גם אדם שאינו שומר תורה ומצוות[95].

---

90. יש לציין כי הסיבה שתרומת הדשן דורש כי חברי הגוף השלטוני יעמדו בדרישות אותן אנו דורשים מחברי בית דין היא הסברה אותה חידש המהר"ם מרוטנבורג **במרדכי** בבא בתרא, רפ, שמבחינה הלכתית סמכות השלטון נגזרת מסמכות בית דין (הפקר בית דין הפקר) ואינה היות השלטון מקבל החלטות מעין שיפוטיות. אולם למעשה אין לכך נפקא מינה.
91. **שו"ת פני יהושע** ב, צט.
92. **שו"ת תשורת ש"י** א, שג (הרב שלמה טבק, רומניה המאה ה – 19).
93. **גדלות בתורה ויראת שמים כתנאי לכהונה בהנהגת ציבור**
לדעת חלק מן הפוסקים לא די בכך שהנבחר ישמור תורה ומצוות, אלא שהוא צריך להיות תלמיד חכם וירא שמים. על פי זה כתב **בשו"ת שבט הלוי** י, רסג, כי לתקנות העיריה ולחוקי העזר שלה ישנו תוקף רק בבני ברק כיוון ששם ראשי העיר יראי שמים ותלמידי חכמים. על דבריו הוסיף **ביה"ד לדיני ממונות ירושלים** ט, עמ' רעב, כי יש לעיריה סמכות של טובי העיר רק אם הם נבחרו בהמלצת גדולי התורה. אולם תנאי זה אינו מוסכם כלל ועיקר, שכן **בשו"ת הרשב"א** א, תריז; ז, תנ, כותב במפורש כי לא נדרש מטובי העיר להיות "המובחרים בחכמה", וכן משמע מלשון **שו"ת הרדב"ז** א, רצב. כך כותב במפורש **בשו"ת הרא"ם**, נג: "פירוש טובי העיר בכל מקום אינו רוצה לומר היותר חכמים או היותר זקנים או היותר עשירים אלא היותר משתדלים בצרכי צבור שכל צרכי הקהל נעשו על ידם ועיני כל הקהל תלוים בהם לכל צרכיהם" וראו **שו"ת בית יהודה** חו"מ א; **שו"ת ציץ אליעזר** טז, נ, ב.
אכן מלשון **שו"ת המבי"ט** א, פד, עולה לכאורה כי על טובי העיר להיות "ראשי העיר בחכמה ויראת חטא" אולם הבנה זו מוציאה את דבריו מהקשרם. התשובה (אשר הובאה לעיל, בתחילת פרק זה) עוסקת בהבנת דעת הרמב"ן הסובר כי הסמכות הנתונה לטובי העיר אינה אלא לבקר את החלטות הרוב. לדעת המבי"ט הסיבה לכך היא שטובי העיר, אליבא דהרמב"ן, אינם נבחרים אלא מנהיגות טבעית שזכתה למעמדה בשל חכמתה ויראת השמים שבה, והיא הראויה לבקר את החלטות אסיפת חברי הקהילה, ולקבוע האם הן מאוזנות דיין וזה לשונו במלואה: "דאפילו איכא רוב בעינן בהדיהו טובי העיר שהם ראשי העיר בחכמה ויראת חטא כי היכי דליחזו דתקנתיהו הויא תקנה ולא קלקלה ואפילו הוו טובי העיר בעינן רוב כיון דלא קבלום עליהם לפקח על כל צרכיהם". לעומת זאת לדעת הרשב"א, שסובר כי טובי העיר הינם המנהיגים הנבחרים על ידי הציבור אין כל צורך בסגולות אישיות של תורה ויראת שמים שכן הציבור מוסמך למנות את כל מי שיראה לנכון. למעשה, כותב המהרש"ם תיקון עולם, **משפט שלום** חו"מ רלא, ג, הואיל וטובי העיר בזמננו הינם מנהיגות נבחרת, אין לדרוש מהם גדלות תורנית, ויראת השמים כתנאי לבחירתם.
94. קונטרס תיקון עולם, **משפט שלום**, שם, כב.
95. לדעת הרב יוסף גולדברג, **טובי העיר** עמ' מה, מנהג זה מבוסס על האפשרות שעומדת לבעלי הדין לקבל עליהם דיין פסול בהסכמה, ובחירת של עוברי עבירה לזמן קצוב הינה הסכמה

אמנם ישנן עבירות אותן הציבור קבע במפורש כי מונעות הן מאדם להבחר למשרה ציבורית ובכללה חברות במועצת הרשות המקומית. החוק מגדיר עבירות אלו כ"עבירות שיש עמן קלון"[96]. בתי המשפט מתחבטים רבות בקביעת הגדרות ברורות[97] למושג זה אך מוסכם כי רכיב הקלון שבעבירה תלוי רבות בהיות העבירה מבטאת עשיית מעשה בלתי מוסרי בעיני החברה[98].

אבחנה דומה במקצת נעשית בהלכה בין פסול של אדם עובר עבירה המוגדר כ"רשע", לפסול של אדם שנכשל בגזל המוגדר כ"רשע דחמס"[99], וכן בין מי שעבר עבירות בשוגג ובין מי שעבר עבירות במזיד, שאף הוא אינו נפסל אלא אם כן יש להניח כי מדובר בעבירה גלויה ומפורסמת בחומרתה לכל אדם, לרבות עובר העבירה[100]. בעוד ההגדרה החוקית

לקבלם המועילה. אולם על דבריו חלקו הרב עזרא בצרי **דיני ממונות** ד, נז; הרב ניר ורגון, **עלון הלכה פסוקה**, גליון 30, י"א תמוז תשס"ז, שכן אין לדמות בחירה של אדם פסול לתפקיד של דיין, העוקרת את כל רצונה של התורה שלא ידונו הפסולים, להסכמה נקודתית של שני בעלי דין כי קרוב משפחה או פסול אחר ידון ביניהם. לכן אין מנוס מלומר כי המנהג מחייב לא בשל היותו עולה בקנה אחד עם ההלכה אלא על אף שאינו עולה בקנה אחד עם ההלכה, מעצם תוקפו של המנהג.

96. סעיף 120.8 ל**פקודת העיריות**; סעיף 7 ל**חוק הרשויות המקומיות (בחירות) תשכ"ה**. מקור דרישה זו הינה במשפט האנגלי שם מוגדרות העבירות הללו כ: "moral turpitud" קרי, שחיתות מוסרית.

97. ראה למשל בג"צ 436/66 **בן אהרן נ' מועצה מקומית פרדסיה**. ועיין במאמרה של פרופ' רות גביזון (נכתב בהיותה סטודנטית) "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית", **משפטים** א, עמ' 176, הקובע כי המושג קלון נגזר מתחום המוסר ולא מהתחום המשפטי הפלילי.

98. ראו בג"צ 143/71 **סעדון נ' ראש המועצה המקומית אור יהודה**: "עבירה שהיא בושה וחרפה לעושה בין אם הוא סתם אזרח ובין אם הוא מועמד לכהונה ציבורית". או **בלשון השופט ח' כהן (בענין בן אהרן דלעיל)** "הקלון האמור כאן הוא פגם מוסרי המניד על בעליו שאין הוא ראוי לבוא בקהל ישרים וממילא אין הוא ראוי לשאת באחריות ציבורית להחלטות ולמעשים אשר ענייני הכלל ושלום הציבור תלויים בהם".

99. הגמרא **סנהדרין** כז ע"א, מביאה מחלוקת אמוראים בענין זה: "מומר אוכל נבילות לתיאבון - דברי הכל פסול. להכעיס, אביי אמר: פסול, רבא אמר: כשר. אביי אמר: פסול, דהוה ליה רשע, ורחמנא אמר אל תשת רשע עד. ורבא אמר: כשר, רשע דחמס בעינן". הואיל ונפסקה הלכה כדעת אביי הרי שלכאורה אין מקום להבחין בין רשע לרשע דחמס. אולם אעפ"כ **הרמב"ם** עדות י, עושה אבחנה ביניהם וז"ל: "אי זהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליה מלקות זהו רשע ופסול... עבר עבירה שחייבין עליה מלקות מן התורה הרי זה פסול מן התורה, ואם היה החיוב שבה מדבריהם הרי זה פסול מדבריהם... ועוד יש שם רשעים שהן פסולין לעדות אף על פי שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות, הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולין שנאמר כי יקום עד חמס באיש" משמע אם כן כי רשע דחמס נפסל בלי קשר לשאלה האם העבירה אותה עבר מחייבת מלקות או לאו, **נתיבות המשפט** לד, א.

100. הגמרא **סנהדרין** כו, ע"ב; **שולחן ערוך** לד, ד, מכשירה לעדות אדם הכורה קבר ביום טוב, וזאת על אף שהוזהר שלא לעשות כן היות ויש להניח כי אינו מכיר בחומרת האיסור, ולא זו בלבד אלא שהוא אפילו חושב ש"מצוה עבדי". כמו כן הגמרא **בבא מציעא** ה, ע"ב, מכשירה

שמה את הדגש על האופן בו החברה תופשת את עושה העבירה מדגישה ההלכה את האופן בו האדם עצמו תופש את העבירה בעת ביצועה ותפישה זו היא הפוסלת אותו לעדות ולדין בשל העובדה שמערכת השיקולים שלו משובשת, ולא בשל העובדה שהציבור סבור כי המעשה בלתי מוסרי[101]. לפיכך נראה כי יש לקבוע כי מי שעבר עבירה שיש בה מימד של גזל, גניבה או מרמה, והעבירה ידועה ומפורסמת לכל או שיש להניח כי היתה ידועה לעובר העבירה יפסל מלהבחר כחבר במועצה מקומית.

מי שאינו יהודי

[102]בנוגע למינוי מלך התורה מגבילה באופן מפורש את היכולת למנות לתפקיד מי שאינו יהודי[103]:

> מִקֶּרֶב אַחֶיךָ תָּשִׂים עָלֶיךָ מֶלֶךְ לֹא תוּכַל לָתֵת עָלֶיךָ אִישׁ נָכְרִי אֲשֶׁר לֹא אָחִיךָ הוּא.

חז"ל[104] דרשו את דברי התורה ואמרו כי ההגבלה אינה חלה רק על תפקיד של מלך כוללת את כל תפקידי השררה:

> שום תשים עליך מלך, כל משימות שאתה משים - אל יהו אלא מקרב אחיך!.

וכך פוסק הרמב"ם[105] להלכה:

> ולא למלכות בלבד אלא לכל שררות שבישראל, לא שר צבא לא שר חמשים או שר עשרה, אפילו ממונה על אמת המים שמחלק ממנה לשדות, ואין צריך לומר דיין או נשיא שלא יהא אלא מישראל, שנאמר מקרב אחיך תשים עליך מלך כל משימות שאתה משים לא יהו אלא מקרב אחיך.

ברור אם כן שעל פי שורת הדין אין מקום למנות מי שאינו יהודי לתפקיד שיש בו שררה ואם כן יש לאסור לכאורה על בחירת שאינם יהודים לתפקידים שלטוניים, ובכללם רשות

לעדות אדם העובר על איסור לא תחמוד וזאת על אף שהוא מופיע בעשרת הדברות הואיל ובעיני העולם הבנת האיסור לקויה "לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו". ממקרים אלו אנו למדים כי כל הנפסל מחמת עבירה אינו נפסל עד שיהיה ברור כי עשה עבירה זו במזיד וכל שאפשר לתלות תולין בשוגג, וראו **רמב"ם** עדות יב, א; **שולחן ערוך** לד, כד; **רמ"א**, שם, ד. לדעת **הסמ"ע** לד, נז; **שו"ת רבי עקיבא איגר** מה"ק, צו, זו הסיבה שבגינה נדרשת התראה בפני העד בכל עברה כי עשוי הוא להפסל לעדות בגין העבירה הואיל וההתראה הינה הכלי המשמש את בית הדין להבחין בין עבירה שנעשתה בשוגג ובין עבירה שנעשתה במזיד, ועיין **בנתיבות המשפט** שם, טז החולק בדבר.

101. יתרון נוסף קיים בהגדרה ההלכתית על פני ההגדרה החוקית, שההגדרה החוקית, כפי שראינו, עמומה למדי ומנסה לענות על השאלה כיצד נתפס מעשה מסוים שנעשה בהקשר מסוים בעיני החברה בעוד ההגדרה ההלכתית בוחנת כיצד נתפש המעשה בעיניו של האדם שעשה אותו, וזאת, בין השאר, על פי מידת פרסומה של העבירה.

102. בענין זה ראו במאמרי, קואליציה עם לא יהודים, **תחומין מ**, עמ' 178-186.

103. **דברים** יז, טו.

104. **יבמות** מה ע"ב; **קידושין** עו ע"ב.

105. **רמב"ם**, מלכים א, ד.

המועצה המקומית וחברות במועצת הרשות המקומית. קביעה שכזו, סותרת באופן מהותי את ערכי המשטר הדמוקרטי הקיים במדינת ישראל[106] ועומדת בניגוד לחוקי מדינת ישראל הקובעים כי לכל אזרחי ישראל, ובכללם מי שאינם יהודים מוקנה שוויון זכויות אזרחי מלא ובכלל זה הזכות לבחור ולהבחר לכנסת[107] ולרשויות המקומיות[108]. מכיוון שחוק זה נמצא לחלוטין בסמכותה של המדינה יש להעניק לו גם תוקף הלכתי מחייב מדינא דמלכותא[109].

אולם מספר פוסקים סבורים כי מסיבות שונות, בצורת השלטון הדמוקרטי בה נבחר השלטון המרכזי והשלטון המקומי במדינת ישראל ההלכה מתירה לבחור גם במי שאינו יהודי להיות חבר כנסת, חבר מועצה או ראש רשות מקומית, שכן מסיבות שונות אין בתפקידו של נבחר ציבור במשטר הדמוקרטי מימד של שררה, לכל הפחות בחלק מן התפקידים, ולפיכך אין מניעה לבחור גם מי שאינו יהודי לתפקידים אלו. הפוסקים העלו סברות שונות, אשר כל אחת מהן בפני עצמה נתונה אמנם במחלוקת. אולם, בסיכומו של דבר, נראה כי בחלק מן התפקידים הדבר אפשרי לפי מרבית דעות הפוסקים, ובחלק מהתפקידים הדבר יהיה בעייתי יותר, וידרוש להסתמך על דעת פוסק יחיד.

מינוי בהסכמת הציבור

לדעת רבי חיים בנבנישתי[110], כל עוד לא מדובר על תפקיד של מלך אזי כאשר אשר הבחירה בהנהגה והענקת הסמכות נעשית באופן דמוקרטי, לזמן קצוב ובהסכמת הציבור, אין להגדיר את התפקיד כתפקיד שיש בו שררה במובנה ההלכתי:

---

106. **מגילת העצמאות מעניקה**:"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין".
107. **חוק יסוד הכנסת**. יתר על כן, סעיף 18.א.1 **לחוק החברות הממשלתיות** קובע כי אפילו בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות חובה להעניק יצוג הולם לאוכלוסיה הערבית.
108. סעיפים 6-7 ל**חוק הרשויות המקומיות (בחירות)** תשכ"ה.
109. ברור שקביעה זו לפיה תינתן לגויים הזכות לבחור ולהבחר הינה במסגרת סמכותה של המדינה היות והיא עשויה לנבוע לא רק משיקולי ערכים המנוגדים לתורה אלא גם משיקולים מדיניים המבינים כי אין אפשרות למדינת ישראל להתקיים במרחב העולמי מבלי להעניק זכות זו לכל תושביה, תהיה דתם אשר תהיה.
110. **כנסת הגדולה** חו"מ, הגהות בית יוסף, ז, א; **שו"ת בעי חיי**, ד; **תומים** ז, א; **שו"ת אבני נזר** יו"ד שיג, יט; הרב צבי הירש קלישר, **מאזנים למשפט** ז; הרב שמואל תנחום רובינשטיין, "זכויות המיעוטים לאור ההלכה" **קובץ תורה שבעל פה** ל, עמ' כב. סברא זו עולה לדיון בפוסקים בנוגע לבחירת נשים ועל פיה מתירים למעשה הרב יונה דברת, "בחירת ומינוי נשים לפקידי ציבור", **הקיבוץ בהלכה**, שעלבים תשד"ם, עמ' 308; הרב אליהו בקשי דורון **שו"ת בנין אב** א, סה, בחירת נשים לתפקידים ציבוריים. בהקשר זה גם כן כותב הרב מרדכי אליהו, מינוי אשה לתפקיד ציבורי, **תחומין ז**, עמ' 519, כי הסכמה זו מועילה כאשר מדובר בשלטון מוניציפלי אך לא כאשר מדובר בהנהגתה של מדינה. ומבאר הרב נבנצל, מובא ב**משטר ומדינה בישראל על פי התורה**, פרק כ, קי, הע' 24, כי ההבדל נובע מכך שדין מינוי מלך ממנו נלמד דין זה מתייחס לכלל ישראל ולא לקהילות בתוכו.

מה שאמר הכתוב "לא תוכל לתת עליך איש שנכרי", ופשטיה אפילו בקבלה, היינו דוקא במלך, כפשט הכתוב. אבל בשאר שררות, דמשום "שום תשים" מרבינן ליה – "כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך" או מ"לא תוכל לתת עליך איש נכרי", לא מרבינן להו לאיסורא אלא בלא קבלה אבל בקבלה מיהא מהני.

ומסתבר טעמו שכן כאשר הציבור מסכים לבחירתו של אדם כזה או אחר לתפקיד הנהגה, והציבור יכול לסלקו מתפקידו, שוב לא ניתן להגדיר את התפקיד כתפקיד שיש בו שררה שכן השררה היא בידי הציבור והוא שהעניק לבעל התפקיד את סמכותו אך לא את שררתו.

אמנם רבים חלקו על סברה זו וקבעו כי הסכמת הציבור אינה מעלה ואינה מורידה הואיל וכל מינוי לתפקיד שלטוני במהותו אמור להיעשות בהסכמת הציבור, ואם התורה אסרה למנות אדם מסוים לתפקיד, הרי שכוונתה לומר שאל לציבור להסכים למינוי זה. כדברים אלו כתב הרב יחזקאל לנדא (הנודע ביהודה)[111]: "מדכתיב "לא תוכל לתת" משמע שאפילו כל ישראל מרוצים, הכתוב מעכב".

מינוי המוגבל בזמן

לדעת הרב ישראלי[112] כיוון שבמשטר דמוקרטי הנוהג במדינת ישראל הבחירה מוגבלת בזמן ואינה עוברת בירושה, הרי שאין בה מימד של שררה הדומה לשררה הניתנת למלך, המתמנה לכל ימי חייו, הוא וזרעו אחריו, וממילא מותר לבחור לתפקיד גם לא-יהודי. לדעתו נבחרי הציבור בשיטה הדמוקרטית הינם שליחים ולא בעלי שררה. אמנם הרב עוזיאל[113] סבור כי למשך זמן הכהונה אין משמעות לעניין זה וכל עוד לתפקיד ישנו מאפיין של שררה אין למנות לו מי שאינם יהודים.

לדעת הרב יהודה זולדן, "מינוי נכרים לתפקידים ציבוריים", **תחומין כג**, עמ' 352, ניתן להוכיח זאת מדברי **הרמב"ם** מלכים א, ג: הקובע כי "אין מעמידין מלך בתחילה אלא על פי בית דין של שבעים זקנים", ובאותה הלשון קובע כי "אין מעמידן מלך מקהל גרים...אין מעמידין אשה במלכות". משמע שהאיסור חל רק על בית הדין. בהערה שם מאריך להוכיח כי השורש "ע.מ.ד" ברמב"ם מיוחס לפעילות של בית הדין דווקא ואם כן כאשר המינוי מגיע ביוזמת הציבור, ובהסכמתו אין בכך בעיה.

111. **דורש לציון**, סוף דרוש ג; החיד"א, **ברכי יוסף** חו"מ ז, א-ו, ומאריך לדחות את דברי כנסת הגדולה שהובאו לעיל; הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני** יב, ה; **שו"ת חוות בנימין** א, יב. ועיינו בדברי הרב וולדינברג, **הלכות מדינה**, ג, ה, עמ' קכט-קלד, הבונה מערכה ארוכה בשאלה זו ולבסוף נשאר בצ"ע ואינו מכריע.

112. הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, יב, ה, ח. למסקנה זו הגיע גם הריא"ה הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה**, ירושלים, תשמ"ט, א, ז, עמ' 101-95.

113. **תחוקה לישראל על פי התורה**, שם, עמ' ; הרב מאיר לרנר, **שו"ת הדר הכרמל**, חו"מ, ח.

סמכות שאינה אישית ובלעדית

לדעת הרב אליעזר וולדינברג[114] במשטר דמוקרטי נבחר הציבור מקבל החלטות רק בצירוף לנבחרי ציבור אחרים, כפי המקובל בדמוקרטיה פרלמנטרית, בה ההחלטות מתקבלות על פי רוב חברי הכנסת או חברי המועצה המקומית. ממילא אין בתפקיד זה מימד של שררה. נימוק זה נכון גם לגבי חבר מועצת רשות מקומית. הרב וולדינברג מוכיח זאת מדברי המאירי המבאר את דברי הגמרא בקידושין[115]: "רבי זירא מטפל בהו. רבה בר אבוה מטפל בהו" הנאמר על מינוי גרים לתפקידי שררה באופן הבא: "שמקצת שררות מצרפין אותן עם האחרים ומבליעין אותם ביניהם".

לפי סברה זו אין בעיה לבחור מי שאינו יהודי לחברות במועצה או בכנסת, אולם, עדיין תהיה בעיה בתפקידים בהם ישנה סמכות אישית כגון ראשות רשות מקומית, שר בממשלה ובוודאי ראשות ממשלה.

יש להעיר כי גם סברה זו אינה מוסכמת לכל הדעות והיא אף אינה הפרשנות המקובלת, כפי שמובא על ידי המאירי עצמו "שגדולי הרבנים פירשוהו בענין אחר" ואכן בהקשרים אחרים חלקו רבים, אשר סברו שאין די בחלוקת הכוח בין מספר אנשים בכדי למנוע את הגדרת התפקיד כתפקיד שיש בו שררה[116].

בחירת לא-יהודים על ידי לא-יהודים

סברה נוספת המאפשרת ללא-יהודים לבחור ולהיבחר, מביא הרב ראובן כ"ץ[117]. לדעתו זכות זו מבוססת על זכות הקיימת ללא-יהודים לשפוט את עצמם גם תחת שלטון יהודי[118], ולענייננו, ההלכה מכירה בסמכותם של נבחרי ציבור לא יהודים ברשות מקומית, אם גם תושבי אותה רשות מקומית אינם יהודים[119]. יישום של סברה זו ברשות מקומית "מעורבת", בה ישנו רוב יהודי ומיעוט שאינו יהודי, ידרוש לראות בנבחרי הציבור שאינם יהודים נציגים של הציבור הלא-יהודי. אמנם, לאחר הבחירות, ניתן, בשלב חלוקת התפקידים לתת להם תפקידים שונים, בהם יהיו מופקדים גם על האוכלוסיה היהודית, כדרכה של צורת שלטון הדמוקרטית בה כל בעל תפקיד דואג במסגרת תפקידו לכל תושבי

---

114. הרב שלמה גורן, **תורת המדינה** ב, עמ' קכז.
115. **קידושין** עו ע"ב.
116. הראי"ה קוק, **מאמרי הראי"ה** א, מכתבים, עמ' 189-194, בנוגע לבחירת נשים; הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות**, ד, א, ט, הערה בסוף הפרק.
117. הרב ראובן כ"ץ, "חוק ומשפט במדינת ישראל", **התורה והמדינה** ט, עמ' לא (היה רבה של פתח תקוה בעל שו"ת "דגל ראובן").
118. **רמב"ם** מלכים י, יא.
119. הנפקא מינה בין הסברות השונות תהיה במינוי לא-יהודי לתפקיד שאינו פרלמנטרי, כגון שר או ראש ממשלה. לדעת הרב וולדינברג, **הלכות מדינה**, ג, ה, עמ' קכח, בתפקידים אלו יש סמכות אישית ולפיכך יש בהם שררה ולא ניתן למנות להם לא-יהודי. לעומת זאת לדעת הרב ישראלי והרב כ"ץ ניתן למנות לתפקידים אלו לא-יהודים אם בשל העובדה שאין בתפקידים אלו משום שררה ואם בשל העובדה שהתפקידים ניתנו להם מכח סמכותם על בני עמם.

המקום, יהודים כשאינם יהודים. אמנם על דבריו יש להעיר כי בניגוד לדבריו, בפועל, מקובל לראות בשלטון בעל סמכות על כלל האוכלוסייה, שכן אין כל הבחנה בין סמכותו של חבר מועצה על הציבור שבחר בו ובין סמכותו על ציבור שלא בחר בו.

העיר והמדינה כשותפות

לדעת הריא"ה הרצוג יש להעניק זכויות פוליטיות ללא-יהודים כיוון שזה היה התנאי להסכמת אומות העולם להקמת מדינת ישראל[120]. ומסתבר שלהחלטה זו יש תוקף מחייב מ"דינא דמלכותא". מעבר לכך כתב הרב הרצוג[121] כי ללא-יהודים יש זכויות לבחור ולהיבחר כיוון שמדינה דמוקרטית שייכת לכל אזרחיה, כשם שלכל שותף בחברה יש זכות הצבעה. אם נניח כי הרב סברת הרב הרצוג נכונה גם ברשויות המקומיות[122]

120. הריא"ה הרצוג, "זכויות המיעוטים לפי ההלכה", **תחומין ב** עמ' 167 ואילך. דברים אלו נכתבו תקופה קצרה לפני הקמת המדינה בהם רואה הרב הרצוג את ההכרח למתן זכויות אזרח שוות ללא-יהודים אזרחי מדינת ישראל מצב נתון שיש הכרח לקבלו ואשר עצם האפשרות להקמת המדינה מותנית בו. במקום אחר כתב הרב הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה**, א, עמ' 18: "אנחנו לא כבשנו עד עכשיו ולא יכולנו לכבוש את הארץ כנגד רצונם של האומות המאוחדות, עפ"י הסכמתם, ואין שום ספק שעד שיבוא משיח צדקנו נצטרך להגנתם עלינו כנגד יש של אויבים מדיניים מקוימים מסביב שידם תגיע גם לתוך המדינה, וגם אין שום ספק שלא יתנו לנו את המדינה היהודית, אלא אם כן נקבע בתחוקה ובמשפט זכות המיעוטים...". נראה כי מצב זה לא נשתנה אחרי הקמת המדינה ושלילת זכויות אזרח מלא-יהודים תושבי מדינת ישראל תמנע ממדינת ישראל להתקיים בעולם כמדינה עצמאית.

121. מדברי הרב הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, שם, משמע כי מדינת ישראל אינה מלכות יהודית אלא שותפות אשר ניתנה לעם היהודי וללא-יהודים הגרים בתחומי מדינת ישראל על ידי האו"ם, בה ליהודים ישנה עליונות מסוימת ותו לא. את מסגרת השותפות לא קובעת ההלכה אלא האו"ם ולפיכך השתתפותם של לא-יהודים בהליך הדמוקרטי אינה נתונה לשיקול דעתה של ההלכה, אשר יכולה לחוות את דעתה רק בדבר השאלה האם מותר להסכים לשותפות שכזו.

על דברים אלו יש להעיר כי גם אם יתכן והדברים היו נכונים בעת כתיבת המאמר טרם הקמת המדינה אין דברים אלו נכונים לכל הפחות כיום שכן קיומה של מדינת ישראל איננו בזכות האומות המאוחדות אלא אולי למרות ארגון זה, ומכיוון שכך נראה כי נימוק זה אינו רלוונטי כיום.

בנוסף, יש לציין כי גם הרב הרצוג כתב באותה עת ולאחר מכן עשרות פעמים שמדינת ישראל היא מדינה יהודית המחויבת להלכה. לפיכך, מסתבר שלדעתו אזרחי ישראל היהודים חברים במסגרת ציבורית-פוליטית יהודית, אלא שמסגרת זו חברה לאזרחים הלא-יהודים להקמת מסגרת משותפת.

122. הרחבה זו אינה ברורה מאליו שכן יתכן והאו"ם לא התייחס בהחלטתו אלא למדינה ומוסדותיה, ומכוח החלטתו יש לראות בלא-יהודים כשותפים במדינה וממילא בהנהגתה, אולם, בתחום השלטון המקומי אין השלטון מכוח החלטת האו"ם והשותפות הנגזרת ממנו אלא מכוח הציבור, כפי שהיה מאז ומעולם בכל קהילות ישראל, ובתחום זה אמורים להישמר גדרי ההלכה. כפי הנראה הרב יעקב אריאל סבר בדיוק להפך, ולדעתו יש להחיל את סברת

הרי שיש להגיע למסקנה כי קיימת ללא-יהודים זכות קניינית להיות שותפים בהנהגת הרשות בהיותם תושבים ושותפים בה, זכות זו מתירה גם ליהודים לבחור בהם לשם הנהגתה.

תחומים ייחודיים ליהודים ולמי שאינם יהודים

הרב יעקב אריאל[123] סבור כדעת רבו, הרב ישראלי, שאין בשלטון דמוקרטי בעיה של שררה, הן ברשות המקומית והן בכנסת. לפיכך יש לראות את מי שאינם יהודים כאזרחים שווי זכויות וחובות, כולל הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, לממשלה ולמועצה המקומית.

מבחינת תחומי העיסוק של נבחרי הציבור הוא נוטה לסייג את הדברים בשני אופנים:

האחד - תחומים הנוגעים למאפיינים הדתיים הייחודיים לכל אחת מהדתות במדינה. לדעתו אין זה נכון שיהודים יקבלו החלטות ביחס לחייהם הדתיים של בני דתות אחרות, ובאותה מידה אין זה נכון שבני דתות אחרות יקבלו החלטות ביחס לחייהם הדתיים של יהודים, כגון במינוי רבנים ודיינים, בגיור, או בקביעת אופייה של השבת ביישובים היהודיים.

השני - תחומים הנוגעים להיות מדינת ישראל מדינת העם היהודי. לדעתו אין זה נכון שאזרחים שאינם יהודים יהיו שותפים לקבלת החלטות בתחומי חוץ וביטחון הנוגעים לעצם קיומה של מדינת ישראל ולזהותה כמדינת העם היהודי.[124] לכן יש להקים שתי מסגרות מקבילות של בית הנבחרים:[125] האחת - כללית, הדנה בכל הנושאים המשותפים לכלל האזרחים, כלכליים, חברתיים וכד'; והאחרת - נפרדת, ליהודים ולמי שאינם יהודים, שתדון בנושאים דתיים פנימיים ובנושאי חוץ וביטחון, עלייה וקליטה.

השותפות רק בשלטון המקומי, ולא בהנהגת המדינה שיש לראותה כהנהגתו של העם היהודי כולו.

123. בשורה של שיחות וחלופת מכתבים אותה קיימתי עם הרב שליט"א בשנת תשע"ט.

124. דברים אלו עולים בקנה אחד עם גישתו של הרצי"ה קוק; שיחה שניתנה בחודש אדר תשל"ד, **ארץ הצבי** עמ' סט ואילך. לדבריו, ממשלה שאינה זוכה לאמון של רוב חברי הכנסת היהודים, אך מקימה קואליציה עם חברי כנסת ערבים, גורמת לחילול השם שכן היא עוקרת את שם ה' המתגלה בשלטון יהודי על עם ישראל בארץ ישראל, והיא חסרת כל תוקף הלכתי ומוסרי. יש להעיר כי מדבריו משמע שאין מדובר בבעיה הלכתית, אלא בבעיה מהותית-ערכית, שכן הרצי"ה יצא נגד הצטרפותה של המפד"ל לממשלה זו והפיכתה לממשלה המכהנת תוך הסתמכות על רוב יהודי ברור (מה שאכן קרה לבסוף). כמו כן, ממכלול הדברים שפרסם הרב צבי יהודה בהקשר זה עולה כי הרב התנגד לממשלה זו בעיקר בשל האידיאולוגיה שלה, אשר תמכה במסירת חלקי ארץ ישראל למדינות ערב ובהחלת חוק השבות על גיורים רפורמיים. מעניין לציין כי גם הרב גורן, **גיליון רבני יש"ע** 16, ל' בשבט תשנ"ד, אחז בדעה דומה. לטענתו, כל החלטה של הממשלה הנוגדת את התורה חסרת תוקף שכן רוב דמוקרטי אינו התנאי היחיד הנדרש לשם הענקת תוקף הלכתי להחלטות הממשלה, ובלשון הגמרא, **סנהדרין** כו ע"א: "קשר רשעים אינו מן המנין".

125. בדומה ל'בית עליון' ו'בית תחתון' במדינות מסוימות.

הדבר נכון לדעתו גם ביחס לרשויות המקומיות, כיוון שהרשויות המקומיות עוסקות בשאלות טכניות בעיקרן. עיקר תפקידה של הרשות המקומית הוא רווחת התושבים, בינוי, ניקיון, רווחה וכד' - נושאים שיש בהם שותפות בין כל חברי הרשות המקומית, יהודים ושאינם יהודים, כמו ועד בית גדול. אמנם, בנושאי חינוך תורני ובנושאים דתיים שונים כגון מקוואות, בתי כנסת, שיעורי תורה וכד', שאינם נוגעים לציבור שאינו יהודי, יש להשאיר את הסמכות בידי יהודים בלבד ולמעשה יש להגיע עליהם להסכמה מראש עם נציגי האזרחים שאינם יהודים.

בדעה דומה החזיק הרב שלמה גורן,[126] שסבר כי הציבור שאינו יהודי רשאי לבחור לכנסת נציגים שאינם יהודים שייצגו אותו וינהלו את ענייניו, אולם שררתו של חבר כנסת שאינו יהודי מוגבלת לציבור שאינו יהודי ואין להעניק לו שליטה על הציבור היהודי בנושאים לאומיים.[127]

הרב אריאל ציין שנראה לו שגם הרב הרצוג היה מסכים לחלוקה בין שני בתי הנבחרים. בבית התחתון יש שוויון מלא לכל האזרחים כולל המיעוטים וכן במועצת עיר[128], אך הבית העליון המנהל את ענייניו של העם היהודי כולו, כישות לאומית קוהרנטית אמור להיות מורכב כולו מיהודים.

דעות החולקים

כאמור, כל אחת מהסברות אותן העלו הפוסקים אותם ציינו נתונה במחלוקת, ולפיכך יש מי שהגיע למסקנה כי גם בצורת השלטון הדמוקרטי בה השוררת במדינת ישראל, ההלכה נשארת כפי שהיתה ואסור לבחור מי שאינו יהודי לתפקיד הנהגה ציבורי[129]. אולם גם שיטה זו תסכים כי הואיל והחוק מאפשר זאת הרי שאם הוא נבחר גוי יש לקבל את סמכותו, בין אם נבחר לעמוד בראש הרשות ובין אם נבחר להיות נציג במועצת הרשות המקומית בין אם נבחר בקולות של מצביעים שאינם יהודים ובין אם נבחר בקולות של מצביעים יהודים שעברו על איסור זה, אם קיים. אולם היות וסמכות זו הינה סמכות מכח החוק ולא כשל טובי העיר על פי הגדרתם ההלכתית, אזי במקרה בו למועצת הרשות המקומית או לועד המקומי בישוב קהילתי נבחרו נציגים שאינם יהודים, אין למועצה

126. **גיליון רבני יש"ע**, שם; מובא ב**פניני הלכה - העם והארץ**, עמ' 269 ואילך.

127. הרב גורן פוסק (ביחס לרמה הלאומית) שמינוי כזה חסר תוקף אף בדיעבד, ולדעתו "אם בחרו בנכרים והעניקו להם סמכויות שלטון ובחרו אותם כחברי כנסת, לא מוענקת להם סמכות על הצבור היהודי, וממילא אינם מצטרפים לרוב כדי להכריע בנושאים לאומיים של ממשלת ישראל".

128. אמנם, לדעתו על יהודים לבחור יהודים לתפקיד ראש הרשות, ונראה כי לדעתו אין להסתמך על דעת הרב הרצוג אלא בצירוף דעת הרב וולדינברג המקלה בבחירת חבר מועצה שאינו יהודי ולא בבחירת ראש עיר.

129. הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות**, ד, א, ט, הערה בסוף הפרק.

סמכות מעבר לסמכות אותה מקנה לה החוק[130], והיא חייבת לפעול במסגרת הסמכות אותה מעניקה המדינה לרשות המקומית.

אם ההחלטות לא התקבלו על סמך קולותיהם של נציגים שאינם יהודים, נחלקו הפוסקים האם עצם ישיבתם במועצת הרשות פוסלת את הרשות מן הבחינה ההלכתית[131], ומשאירה לה את הסמכות החוקית בלבד, או שכל עוד וההחלטות לא נתקבלו תוך הסתמכות על קולות חברי המועצה שאינם יהודים, יש לרשות גם את הסמכות ההלכתית[132], מעבר למה שמקנה לה החוק.

הקמת קואליציה בשיתוף חברים שאינם יהודים

גם אם נקבל למסקנה את האיסור לבחור מי שאינו יהודי לתפקיד ציבורי הרי שאם נבחרו חברי מועצה לא-יהודים על מנת לייצג את הציבור שאינו יהודי, ניתן לכל הדעות להסתמך עליהם בבניית קואליציה, ובלבד שרוב הנציגים היהודים החברים במועצת העיר, גם חברים בקואליציה[133]. אשר על כן, מן הראוי שראש רשות מקומית יפעל לכך שרוב הציבור היהודי ברשות יבחר בו, וכן יפעל לכך שהקואליציה שלו תכלול את רוב הנציגים היהודים

---

130. ראו לעיל פרק א, בענין גישת ההלכה לעומת החוק בענין מקור סמכות הרשות המקומית
131. מכיוון שלרשות המקומית ישנו מעמד של בית דין הרי שהדבר תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים האם יש דין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול - עדותן בטלה" גם בבית הדין. לדעת **שו"ת הרשב"א** ו, ו: "כיון ששנים מן הג' קרובים זה לזה אין דיניהם דין. ומה שאמרת דלהוו כשנים שדנו שדיניהם דין אין הדבר כן... כיון שמקצת הב"ד פסול - בטל. דומיא דעדים דאפי' ג' אם נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותם בטלה". כך מובא גם בתשובה המיוחסת לרי"ף, הובאה ב**שו"ת פאר הדור**, קפו: "צריכים אותם שלשה לחתום, כדי שלא יצטרפו עם מי שאינו ראוי משום קרבות או פסלות... שהדבר א' בין לדון בין להעיד". וראו **שו"ת מהרש"ך** א, סז: "כיון שנמצא פיסול קורבה באלו הדיינים נתבטל כל הועד כולו ואין כחם כח ב"ד יפה שלא יוכלו העדים לחזור בהם"; **שו"ת מהרח"ש**, יח (רבי חיים שבתי, סלוניקי המאה ה-17); **משנה למלך** עדות, טז, ה, ושם בשם הרב אפרים נבון (בעל המחנה אפרים); **רבי עקיבא איגר** על השולחן ערוך חו"מ ז, ט. אמנם **בשו"ת רבי עקיבא איגר** קמא, עג, בהשמטות, היה מוכן להסתמך על השיטות המקלות המובאות בהערה הבאה לענין התרת נדרים דרבנן.
132. בתשובת הגאונים, **שערי צדק** ה, לו, כתב שאין דין נמצא אחד קרוב או פסול בדיינים. כדעה זו סבור גם **קצות החושן** לו, ז, ומוכיח זאת מהגמרא, **סנהדרין** ג ע"א, האומרת שאע"פ שרק דיין דגמיר - כשר אין מניעה מלבנות לכתחילה הרכב של ב"ד בו ישבו שלשה דיינים מתוכם שנים יושבי קרנות ואעפ"כ אינם פוסלים את הבי"ד בצירופם. באחרונים דחו ראיה זו וחילקו בין עם הארץ שאינו דיין כלל לדיין קרוב או נוגע ראה **שו"ת שם אריה** חו"מ, יג; **שו"ת שואל ומשיב** תנינא, ב, ד. בכל מקרה מוסכם כי אם בית הדין ידרש למסור דיווח אותו ניתן יהיה להחשיב כעדות (כגון הוצאת פסק דין וכדומה) יהיה בית הדין מנוע מכך שכן לענין זה מתפקד הוא כעדים, קצות, שם, **ונתיבות המשפט**, י.
133. לשם המחשה: אם נבחרו 10 נציגים יהודים ו-5 נציגים שאינם יהודים, רשאים 6 נציגים יהודים להצטרף לחמשה שאינם יהודים ולהקים קואליציה שכן גם לשיטות האוסרות למנות מי שאינם יהודים למועצה, מכל סיבה שהיא, הרי שבקואליציה ישנו רוב יהודי מקרב הנציגים היהודים.

ברשות. במצב כזה, בתמיכה של לא-יהודים אשר מטרתה לייצר רוב במועצת הרשות המקומית אין כל פגם.

מינוי לא-יהודים לתפקידים ציבוריים במדינת ישראל – סיכום ומסקנות

כפי שראינו, קיימות סברות שונות המאפשרות בחירת מי שאינם יהודים למועצת הרשות המקומית, אשר כולן נתונות במחלוקת:

- שיטת הרב ישראלי והרב הרצוג[134] - ניתן לבחור במי שאינו יהודי לכל תפקיד במדינת ישראל.
- שיטת הציץ אליעזר[135] - ניתן לבחור לא-יהודי לתפקיד של חבר מועצה או חבר כנסת אך לא ראש עיר, שר או ראש ממשלה.
- שיטת הרב יעקב אריאל - ניתן לבחור לא-יהודי לתפקיד של חבר מועצה ברשות מקומית אך לא כחבר כנסת.
- שיטת הרב ראובן כ"ץ - לא ניתן לבחור להנהגה מקומית או ארצית מי שאינו יהודי, אך אם נבחר כחבר מועצה על ידי מי שאינם יהודים יש לו כל סמכות המוענקת לו במסגרת תפקידו.
- שיטת הרב בצרי[136] - לא ניתן לבחור לא-יהודי לשום תפקיד בעיר או במדינה, ואם נבחר אין למועצה דין של טובי העיר[137].

גם אם נמנע מלהכריע בין דעות הפוסקים הרי שלדעת רוב הפוסקים אשר התייחסו לנושא זה נראה כי ניתן לבחור לתפקיד של חבר מועצה ברשות מקומית גם מי שאינו יהודי.

---

134. לדעת הרב ישראלי אין בעיה בתפקיד המוגבל בזמן ולדעת הרב הרצוג אין השלטון במדינה אלא שותפות בין עם ישראל ללא-יהודים, ולפיכך השותפות יכולה וצריכה להתנהל גם על ידם.
135. לדעתו אין בעיה של שררה בתפקידים חסרי סמכות ברמה האישית הדורשים צירוף דעות של אחרים. למסקנה מעשית זו מגיע גם הרב יעקב אריאל.
136. הובא לעיל במספר הערות כמי שחולק על הסברות המקלות השונות.
137. לפי שיטה זו אין להקל אף לא אחת מהסברות שנאמרו לעיל. גם לפי שיטה זו אין זה אומר כי למועצת רשות מקומית שחלק מחבריה לא-יהודים אין סמכות חוקית, שכן החוק במדינת ישראל מקנה סמכות לרשות המקומית יהיו חבריה אשר יהיו. היות וחוק זה תקף מ"דינא דמלכותא" הרי שצריך להגיע למסקנה כי במקרה בו למועצת הרשות המקומית נבחרו לא-יהודים, אין למועצה סמכות מעבר לסמכות אותה מקנה לה החוק, והיא חייבת לפעול במסגרת הסמכות אותה מעניקה לה המדינה.

נשים

יסודה של השאלה האם אשה יכולה להבחר להנהגת הציבור נעוץ במחלוקת הראשונים[138] האם מותר לאשה לשמש בתפקיד המטיל שררה על הציבור, שאינו תפקיד של מלך. לדעת הרמב"ם[139] זהו דין שמקורו מן התורה וזה לשונו:

> אין מעמידין אשה במלכות שנאמר עליך מלך ולא מלכה, וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא איש.

מקור דברי הרמב"ם בספרי[140]:

> שום תשים מלך, ולא מלכה... דבר אחר שום תשים עליך מלך, מצות עשה. לא תוכל לתת עליך איש נכרי, מצות לא תעשה. איש נכרי, מיכן אמרו האיש ממנים פרנס על הציבור ואין ממנים האשה פרנסת על הצבור[141].

מדברי הרמב"ם מסיק הראי"ה קוק ואחרונים נוספים כי נשים אינן יכולות להבחר לכהן במוסדות הלאומיים הואיל ויש בתפקיד שררה[142], וזאת מלבד בעיית הצניעות שקיימת בעירוב של גברים ונשים בישיבה מעורבת במוסדות הנבחרים, וההשקפה הרואה בהעברת התפקידים הציבוריים לאשה פגיעה בעדינות נפשה ובמעמד המשפחה היהודית[143].

אולם, רוב הראשונים, גם אם הסכימו לכך שאסור למנות אשה כמלך, חלקו על ההרחבה אותה עושה הרמב"ם וסברו שאין לאסור על אשה לשאת בתפקיד ציבורי אחר שיש בו שררה. כך משמע מדברי התוספות[144] המסתפק בשאלה האם אשה כשרה לדון, ודוחה ראיה אפשרית מדבורה הנביאה ששפטה את ישראל גם בנימוק הבא:

> ומדבורה דכתיב בה והיא שופטה את ישראל אין ראיה דאשה כשרה לדון... שמא קיבלו אותה עליהם משום שכינה.

---

138. ראו בהרחבה **שו"ת אגרות משה** יו"ד ב, מד; **שו"ת משפטי עוזיאל** חו"מ, ו.
139. **רמב"ם מלכים** א, ה.
140. **ספרי** (פינקלשטיין) דברים שופטים, קנז.
141. חלק זה אינו מופיע בחלק ממהדורות הספרי המודפסות מה שגרם לאגרות משה, הנזכר בהערה לעיל לחשוב כי את הרחבת האיסור ממלוכה לתפקידים אחרים בעלי שררה עשה הרמב"ם מדעת עצמו.
142. הרב מינצברג, **זאת חקת התורה**, עמ' ט, מוכיח זאת מפסיקת **הרמ"א** חו"מ ב, א, המעניקה לטובי העיר מעמד של בית דין הגדול הרשאי להפקיר ממון של אחרים, תפקיד שבוודאי שררה יש בו.
143. הראי"ה קוק, **מאמרי הראי"ה** א, מכתבים, עמ' 194-189. .
144. **תוספות** גיטין פח, ע"ב, ד"ה ולא. ועיין באגרות משה הנזכר בהערה לעיל שהביא ראשונים נוספים החולקים על הרמב"ם בנוגע להרחבה זו וביניהם בעל **ספר החינוך** מצוה תצז, שמציין את האיסור להעמיד אשה רק ביחס למלכות ולא ביחס לשאר השררות.

עצם המוכנות להסתפק בשאלה זו, מלמד כי התוספות סבר שאין כל מניעה שאשה תשמש בתפקיד של דיין וזאת למרות שזהו תפקיד שיש בו שררה, שגר אינו יכול לבצעו[145]. יתר על כן, ממסקנת התוספות עולה שכל הבעיה שקיימת בכך שאשה תשמש כדיין אינה אלא היותה פסולה להעיד וממילא לדון אך לא השררה שבתפקיד ולפיכך מסיק כי כאשר הדבר נעשה בהסכמת הצדדים ניתן למנות את האשה לתפקיד זה[146].

יתר על כן, כפי שראינו לעיל[147] יש מקום להסתפק האם בצורת שלטון דמוקרטית פרלמנטרית, בה ההנהגה נבחרת בהסכמת הציבור[148], לפרק זמן מוגבל, ותוך מתן הסמכות

---

145. הרב יוסף אפרתי, חברות נשים בועד מקומי בישוב שיתופי, **הקיבוץ בהלכה**, שעלבים, תשד"ם, עמ' 277-290, טוען כי התוספות מסכימים עם הרמב"ם שאין למנות אשה לכל תפקיד שיש בו שררה אלא שבתפקיד הדיין אין שררה שכן הוא אינו כופה על הצדדים את דעתו אלא את דעת התורה. אולם קשה על דבריו שכן בגמרא **יבמות**, מה ע"ב, מפורש כי בתפקיד הדיין יש מימד של שררה שכן איסור מינוי גר לדיין נלמד מהכתוב: "שום תשים עליך מלך, כל משימות שאתה משים - אל יהו אלא מקרב אחיך!". מלבד זאת שכידוע לכל היושב על מדין שדעת הדיין מאד משמעותית בפסיקת הדין ואין הדיין מעתיק שמועה כצורתה.

146. הסבר זה שונה מההסבר ב**שו"ת משפטי עוזיאל** חו"מ, ו, שמסיק מדברי התוספות הנ"ל שהסכמת הציבור ובחירתו פותרת את בעיית האיסור למנות אשה לתפקיד של שררה. לפי דברנו התוספות סבר שאין כל בעיה של שררה באשה ולא דרש הסכמה אלא לשם פתרון בעית דין הנעשה על ידי הפסולים לדון מן הדין, בדומה לאופן בו ניתן לקבל קרוב לדון. כך הבין את התוס' גם הרב ישראל מינצברג **זאת חקת התורה**, עמ' ח, ונדרש לחלק בין קבלה זמנית לקבלה קבועה שאינה מועילה לדעתו. אולם לדברינו לדעת התוספות יתכן וקבלה לא מועילה כלל, אך גם לא נדרשת.
כדעת התוספות סבר גם **הרמב"ן** שבועות ל ע"א; רשב"א שם; ר"ן שם, אשר תירץ את השאלה מדוע שפטה דבורה למרות שאשה פסולה לדון באופן הבא: "פירושו מנהגת שעל פיה ובעצתה היו נוהגין זה עם זה כדין מלכה ואף על גב דאמרינן בספרי שום תשים עליך מלך ולא מלכה נוהגין היו בה כדין מלכה". כלומר לשפוט אינה רשאית אך למלוך כן, אלא שבשל הבעיה של "מלך ולא מלכה" אינה יכולה למלוך מעצמה אלא שינהגו בה כמלכה. משמע מדבריו שדין "מלך ולא מלכה" אינו מונע את מינויה של דבורה לשופטת וזאת למרות שבתפקיד זה ישנה מידה של שררה. מסקנה זו עולה גם מהמשך דבריו של הרמב"ן שיכלה דבורה לשפוט שכן "מקבלין היו דבריה ברצונם", כלומר כל הבעיה אינה אלא היותה פסולה לדון ולא התמנותה של אשה למשרה שיש בה שררה (וכמדומני שאף כאן שגה הרב עוזיאל המובא בהערעה לעיל, שהסיק מדברי הר"ן והרשב"א (הלקוחים מתוך דברי הרמב"ן) שהסכמת הציבור עשויה לפתור את בעיית השררה הניטלת על ידי אשה, אם קיימת).
לדעת ר' משה פיינשטיין, **שו"ת אגרות משה** יו"ד ב, מד, כך סבורים גם רש"י יבמות מה, ע"ב; תוספות סוטה מא ד"ה אותו, אשר סוברים כי דין מלך חמור משאר תפקידים שיש בהם שררה, בהם הקלנו בגר שאמו מישראל.

147. בענין בחירת גויים לתפקידי הנהגת הציבור.

148. יתכן וביחס לנשים קיימת סיבה נוספת לאמץ סברא זו: הרב אריה פרימר, "נשים בתפקידים ציבוריים בתקופה המודרנית", **אפיקי יהודה - ספר זכרון להרב יהודה גרשוני זצ"ל**, הוצאת אריאל, ירושלים, תשס"ה עמ' 330-354, מביא חילוק דומה אותו עושה **המלבי"ם** דברים יז,

לקבוצה של אנשים ולא לאדם בודד, ישנו מימד של שררה, או שאין בדבר שררה ואם כן גם לדעת הרמב"ם ניתן לבחור אשה לתפקיד הנהגה ציבורי[149].

בנוגע לבעיית הצניעות העולה מדברי האוסרים כותב הרב עוזיאל[150] את הדברים הבאים:

> הסברא נותנת לומר דכל כנסיה רצינית ושיחה מועילה אין בה משום פריצות, וכל יום ויום האנשים נפגשים עם הנשים במשא ומתן מסחרי, ונושאים ונותנים, ובכל זאת אין שום פרץ ושום צוחה. ואפילו היותר פרוצים בעריות, לא יהרהרו באיסור בשעה שעוסקים ברצינות במסחרם. ולא אמרו רבותינו אל תרבה שיחה עם האשה (אבות א' ה') אלא בשיחה בטלה שלא לצורך, ושיחה כזאת היא הגוררת עון, אבל לא שיחה של וכוח בענינים חשובים וצבוריים; ואין הישיבה במחיצה וכפיפה אחת לשם עבודת הצבור, שהיא עבודת הקדש, מרגילה לעבירה, ומביאה לידי קלות ראש, וכל ישראל האנשים והנשים קדושים הם, ואינם חשודים בפריצת גדר הצניעות והמוסר.

למעשה המנהג שהתקבל הוא כדעת המתירים לאשה להבחר, וכפי שראינו לעיל בענינים ציבוריים מסוג זה המנהג מחייב[151].

בעל ענין אישי

כפי שנראה להלן[152] חבר מועצה אינו רשאי להיות שותף בקבלת החלטה אשר יש לה השלכה אישית עליו והדבר מוגדר כניגוד עניינים, וזאת לאור הגדרת המועצה המקומית כגוף מעין שיפוטי, שעליו לעמוד בדרישות אותן דורשת ההלכה מגוף שיפוטי. ישום מוחלט של עקרון זה ידרוש כי אנשים המקבלים את ההחלטות הנוגעות לתושבי עיר

טו, המדייק מההבדל באופן הניסוח של התורה את האיסורים השונים: "שום תשים עליך מלך... לא תוכל לתת עליך איש נכרי" וזה לשונו: "פה לא אמר לתת עליך מלך רק לתת עליך כל שאתה נותן עליך שיהיה לו איזה שררה עליך, ויש הבדל בין לשום ובין לתת, ששימה מציין הסדר והקביעות יותר מנתינה". מכיוון שאשה נתמעטה מהמילים "תשים עליך מלך ולא מלכה" הרי שלא נאסר אלא מינויה בקביעות. אמנם יש לדחות זאת ולומר כי בנוסח של הספרי שלפנינו (פינקלשטיין) שכנראה עליו הסתמך הרמב"ם אשה נתמעטה משררות אחרות דוקא מהמילים "לא תוכל לתת עליך איש נכרי".

149. הנפקא מינה בין הסברות השונות תהיה במינוי אשה לתפקיד שאינו פרלמנטרי, כגון שרה או ראשת ממשלה. לדעת הרב ישראלי, **עמוד הימיני**, יב, ה, ח, תפקידים אלו זמניים ולפיכך אין בהם שררה, בעוד לדעת הרב ולדנברג **הלכות מדינה**, ג, ה עמ' קכח, תפקידים אלו יש בהם סמכות אישית ולפיכך יש בהם שררה.

150. **שו"ת משפטי עוזיאל** ד, חו"מ ו.

151. בדומה לכך פסק המהרש"ם, תיקון עולם, **משפט שלום** חו"מ רלא, ג, שהמנהג הוא לבחור לתפקיד הנהגת הציבור גם אדם שפסול מלכהן כדיין ואפילו אינו שומר תורה ומצוות, והמנהג עוקר הלכה.

152. להלן ב, ב, שם הרחבנו בענין.

אחת יהיו דוקא אנשי עיר אחרת וכפי שאומרת התוספתא[153] ביחס לשיפוט בעניניה של העיר:

> האומר תנו מאתים דינר לבני עירי אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר.

יש לומר גם ביחס לקבל החלטות מעין שיפוטיות בעניניה של העיר ולהגיע אם כן למסקנה אליה מגיע הנודע ביהודה[154] השוללת כל סמכות הכרעה מהנהגת העיר:

> בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר אינם נקראים 'טובי העיר' בזה. ואטו טובי העיר כשרים לדון לעצמם?!... אם רוצים לתקן תיקון חדש בעסקי המסים אין להם שום התרוממות מצד היותם פרנסים וטובי העיר ואף שטובי העיר כבית דין הגדול, מכל מקום בעניני נתינת המסים אין להם יתר שאת ויתר עז משאר העם.

מאידך גיסא למינוי חברי מועצה מקומית שאינם תושבי המקום ואינם מושפעים לחלוטין מהחלטותיהם יש חסרון ניכר, שכן אלו אינם נמצאים בקשר עם הציבור ואינם מודעים מספיק לצרכיו[155]. את בעית ניגוד העניינים המובנית בבחירת תושבי העיר לתפקיד הנהגת העיר פתרו מרבית הפוסקים[156] באמצעות הסכמה מראש כי להנהגה יבחרו אנשים הנמצאים במובן מסויים בניגוד עניינים כלשהו וכפי שכותב המהרשד"ם[157] ביחס לקבלת פסולי עדות לעמוד בראש הקהילה:

> אם קבלוהו עליהם הרבים מהני שפיר גם בלא קנין כי אין דרך לעשות קנין במינוי הראשים וכל דבר שנעשה ברבים אין צריך קנין.

לאור דברי המהרשד"ם יש לומר כי על אותו בסיס הלכתי רשאי הציבור לבחור את מנהיגיו מקרבו, שיקבלו החלטות עבורו, למרות היותם נוגעים בדבר במידה מסויימת. אולם כפי שנראה להלן הסכמה זו קיימת רק במקום בו ניגוד העניינים נובע מעצם היות מקבלי ההחלטות מקרב הציבור, והעניין נוגע להם כמו שנוגע לכל אדם אחר בציבור. אולם בהחלטות הנוגעות באופן אישי למנהיג או לדיין, בהן הוא נמצא בניגוד עניינים אישי, שנקרא **"הנאה מיוחדת"**, מנוע אותו אדם מלהיות שותף להן מכל וכל[158]. בניגוד עניינים

---

153. **תוספתא** בבא בתרא ט, ט. הלכות דומות שנינו בברייתות המובאות בגמרא **בבא בתרא** מג ע"א: "בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן - אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר...האומר תנו מנה לעניי עירי - אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר".
154. **שו"ת נודע ביהודה**, מהדורא קמא, חו"מ, כ.
155. סעיף 120(1) ל**פקודת העיריות** קובע כי מועצת העיריה נבחרת מקרב תושבי העיר בלבד.
156. ראו בהרחבה להלן ב, ב, ניגוד עניינים כללי וניגוד עניינים פרטי.
157. מהרשד"ם, קונטרס תיקון עולם, **משפט שלום** רלא, כג.
158. **שו"ת דרכי נעם** חו"מ, כב. (ר' מרדכי הלוי, מצרים המאה ה 17, אביו של ר' אברהם הלוי בעל שו"ת גינת ורדים). חלוקה זו עולה כבר **בשו"ת הריב"ש**, קצה, אלא שאינו נדרש ליישם אותה להלכה. וכן כתב **שו"ת בית יהודה** חו"מ, יג המסתמך על תשובת רבו **בשו"ת פרי צדיק**, א, א (ר' רפאל ידידיה שלמה צרור, אלג"ר, המאה ה 17) המביא גם כן חילוק זה. יש לציין כי

שכזה יש להעמיד את הדין על כנו ולאסור מהאדם לקבל החלטות הנוגעות במישרין לעצמו או לקרוביו. הפתרון המקובל במקרים אלו הוא המנעות מאדם להיות שותף בהחלטה כזו או אחרת הנוגעת לענייניו האישיים. אולם מסתבר כי אין לבחור למועצת הרשות המקומית האדם שעשוי להמצא במצב של ניגוד העניינים נרחב בין חייו האישיים או מקום עבודתו[159] ובין תפקידו הציבורי במועצת הרשות המקומית.

מענה נוסף לבעיית ניגוד העניינים הכללי הקיים אצל כל חבר מועצה מוצע על ידי המהר"ם מרוטנבורג[160], והיא, קביעה שכל הצבעה על כל החלטה ובוודאי כזו שנוגעת למקבלי ההחלטות, תתקבל לשם שמים ולטובת הכלל בלבד. מכיוון שלא ניתן לבדוק או לאכוף דרישה זו, מציע המהר"ם להשביע את מקבלי ההחלטות כי כך ינהגו:

> יש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מסים ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר וילכו אחר הרוב הן לברור ראשים הן להעמיד חזנים הן לתקן כיס של צדקה הן למנות גבאים.

אמנם מכיוון שבזמן הזה נמנעים מלהשביע[161] כתב הרב עוזיאל[162] שיש להמנע מלהשביע את נבחרי הציבור על נאמנותם. מעין שבועה זו נוהגת גם במדינת ישראל בה חייב על פי החוק כל חבר מועצה מקומית עם תחילת כהונתו להצהיר כי ימלא באמונה את שליחותו[163].

הפוסקים התייחסו לחלוקה זו רק ביחס לדיינים אולם מסתבר שאין לחלק ולהחיל אותה גם על מנהיגי הציבור.

159. כך קובע גם החוק (פקודת העיריות סעיף 120) המונע מאדם שקיים ניגוד עניינים מהותי בין מקום עבודתו הקבוע ובין תפקידו במועצת הרשות המקומית אליה הוא מבקש להבחר. מכח עקרון זה פוסל החוק את האנשים הבאים: "עובד המדינה בשכר, שעבודתו קשורה בעניני המינהל המחוזי או השלטון המקומי, או שעבודתו עלולה להביא לידי סתירה או אי התאמה בין תפקידו בשירות המדינה ובין תפקידיו כחבר המועצה; עובד בשכר באותה עיריה; עובד בשכר בכל רשות מקומית אחרת, שעבודתו עלולה להביא לידי סתירה או אי התאמה בין תפקידיו בשירות הרשות המקומית ובין תפקידיו כחבר המועצה".

160. מהר"ם מרוטנבורג מובא ב**תשובות מיימוניות** קנין, כז; **הגהות מיימוניות** תפילה יא, ב; **רמ"א** חו"מ קסז, א.

161. ראה **השגת הראב"ד** שבועות יא,יג: "תקנו הגאונים שאין משביעין עכשיו לא בשם ולא בכנוי כדי שלא יהא העולם חרב על ידי החוטאים שרבו" וראו **רש"י** שבועות לח, ע"ב; **שולחן ערוך** חו"מ פז, יט.

162. הרב הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** ג, עמ' 33.

163. סעיף 24.א ל**פקודת העיריות**: "עם כינוסה של ישיבת המועצה הראשונה לאחר הבחירות יצהיר חבר המועצה אמונים; ואלה דברי ההצהרה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי במועצה". נוסח זה רחב מן הדרוש מחד ומצומצם מאידך. שכן מגמתו של חבר המועצה אמורה להיות טובתם של בני המקום, וכל בני המקום, לא טובתה של המדינה ולא טובתם של המצביעים ששלחו אותו בלבד. ואולי נראה שיש לחזור לנוסח המקורי בו מתחייב החבר לפעול 'לשם שמים ולטובת כל תושבי הרשות'.

מילוי חובות עירוניות

דרישה בסיסית מוטלת על מנהיגי ציבור והיא למלא בעצמם אחר החובות שהם מטילים על אחרים. הגמרא מספרת על תביעה שהגיעה לרבי ינאי בדבר חיתוך ענפים של עץ הנוטה לרשות הרבים. רבי ינאי שאף לו בעצמו היה עץ שכזה סירב לדון בתביעה קודם שיחתוך את ענפיו שלו מהטעם הבא:

> משום דריש לקיש, דאמר: התקוששו וקושו - קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים.[164].

על פי עקרון זה כותב השער אפרים[165] כי גבאי צדקה אינו יכול לגבות צדקה מאחרים טרם יפרע את חובותיו לצדקה[166]. מכאן יש להסיק כי חבר מועצה, וכל אדם שיש לו השפעה על קביעת וגביית מיסי המועצה חייב לשלם את כל חובותיו העירוניים לפני שיכול לעסוק בתפקידו[167].

התחשבות בדעת הציבור לאחר הבחירות

לכאורה, כיוון שנבחרה הנהגת הציבור באמצעות רוב הציבור ובדרך המקובלת על רוב הציבור, ואחרי שרוב הציבור נתן בה את אמונו, אין היא צריכה להמלך בציבור על כל החלטה אותו היא מבצעת, שכן לשם כך בחר הציבור בהנהגה שכזו, על מנת להסיר מעליו את הצורך לקבל את ההחלטות בעצמו. יש להעיר כי סמכות הנהגת הציבור לקבל

---

164. **בבא בתרא** ס, ע"ב.
165. **שער אפרים**, סו (רבי אפרים הכהן, ליטא, המאה ה 17, תלמיד ה"חלקת מחוקק", סבו של ה"חכם צבי", נמלט בפרעות ת"ח ות"ט מוילנא לבודפשט).
166. הגמרא ב**ערכין** ו, ע"ב, מביאה מקרה בו רבי ינאי לווה מעות מקופת הצדקה בנימוק שהצגת מצג של חסר בקופת הצדקה נעשתה לטובתם של העניים, על מנת לעודד גביה. המעשה מנוגד לכאורה לעקרון לפיו אין להשתמש במעות הצדקה לצרכים אישיים. מפירוש רש"י, המבאר כי רבי ינאי עשה זאת בסתר, מוכיח השער אפרים כי לו היה הוא אדם פרטי, ולחילופין לו היה דבר ההלוואה ידוע לכל, לא היה יכול עוד לגבות כספי צדקה, שכן היה הציבור מעכב את התשלום עד שישלם הוא את חובו לקופת הצדקה.
167. סעיף 120 ל**פקודת העיריות** מונע מאדם שרובצים עליו חובות עירוניים מלהבחר לכהונת חבר מועצה מקומית. אמנם החוק מונע זאת גם מאדם שהכריז כפושט רגל מה שאינו מוצדק על פי ההלכה. אדם שאינו יכול לפרוע את חובותיו לאחרים אינו צריך לשלם על כך מחיר ציבורי. אמנם אין הדבר מצדיק את השימוש בכלי זה של פשיטת רגל שאינו עולה בקנה אחד עם דרישת ההלכה מהלווה לפרוע את חובו עד תומו, ואם עני הוא היום יפרע את חובו לכשיעשיר, **שולחן ערוך** חו"מ, צז, אך מאחר והחוק מאפשר את השימוש בו מה לחוק כי ילין על מי שעושה בו שימוש?
אין כאן המקום לעסוק בשאלה האם פשיטת הרגל קבילה לכל הפחות מדינא דמלכותא, **שו"ת אגרות משה** חו"מ ב, סב, או שאין לה תוקף כלל, אפילו לא מדינא דמלכותא הואיל ואין היא באה לתקנת החברה אלא מרחמנות שאינה מוצדקת, **שו"ת חלקת יעקב** חו"מ, לב.

החלטות גם בנושאים שלא עמדו על סדר היום בעת בחירתם. דבר זה עולה מדברי הירושלמי[168]:

> ז' מבני העיר כעיר. מה אנן קיימין? אם בשקיבלו עליהן - אפילו אחד, אם בשלא קיבלו עליהן - אפילו כמה. אלא כן אנן קיימין – סתם.

ומבאר הר"ן[169] את כוונת הירושלמי:

> כלומר שהעמידו עליהם סתם ז' טובי העיר לפקח על עסקי צבור הלכך אף על פי שלא קבלו עליהן [בני העיר] בפירוש מכר דברים אלו אפ"ה ממכרן ממכר שלא תאמר דברים של תשמישי קדושה ובהכ"נ לא עלתה על לב דעת בני העיר שימכרו אלא מדעתן ולא תועיל מכירתן אא"כ נטלו רשות מבני העיר בפירוש קמ"ל.

כלומר סמכות טובי העיר, ולענייננו מועצת הרשות המקומית לקבל החלטות הנוגעות לחייב התושבים גם כאשר מדובר בהחלטות חריגות וגם כאשר הן לא עמדו על הפרק בעת בחירתם, והם אינם מחוייבים לשאול את דעת הציבור בענין וכן פוסק להלכה הרמ"א[170]:

> וכל שז' טובי העיר מוכרים בפרסום, מקרי במעמד אנשי העיר ואינן צריכין לומר הן או לאו.

אולם אין זה אומר כי נבחרי הציבור יכולים להתעלם מדעת הציבור גם לאחר שנבחרו. בתוך דברי הראבי"ה הנזכרים לעיל, מהם למדנו את עקרון הכרעת הרוב, בדרך של דמוקרטיה ייצוגית, ניתן ללמוד עקרון נוסף והוא שבמקרה שבו ידוע כי החלטת טובי העיר נעשתה בניגוד לדעת בני העיר, אין להחלטתם תוקף מחייב, שכן טובי העיר שואבים את סמכותם מכוח הסכמת הרוב, ואם הרוב אינו מעניק את הסכמתו בנקודה זו או אחרת, ממילא פקעה סמכותם וזה לשונו (שם):

> ופירוש "במעמד אנשי העיר" שעושין בפרהסיא ואין מוחה בידם, שאם תפרש שצריכין לומר 'הן' אם כן לא עשו שבעה טובי העיר אלא כולם... ואם לא הסכימו רוב הקהל, ומיחו, אך הראשים עשו, יכולין למחות דמה לי קבלו בתחלה מה לי בסוף...

לראבי"ה ברור כי המנהיגים אינם צריכים לקבל את אישור הציבור על כל פעולה, אלא שלציבור ישנה זכות וטו על החלטות ההנהגה. כלומר גם הנהגה נבחרת כפופה בסופו של דבר לציבור שבחר בהם, ולכן זכותו להעביר ביקורת על החלטות ההנהגה.

דברים דומים כתב הרשב"א[171] אשר נשאל אודות החלטה שהחליטו טובי העיר, שאף גובתה בחרם שהוטל על ידם, אשר עוררה מחאה ציבורית, ובוטלה על ידי אסיפה ציבורית

---

168. **ירושלמי מגילה** פרק ג ה"ב.
169. **ר"ן** מגילה ז, ע"ב, מדפי הרי"ף; **שו"ת הרשב"א** א, תריז.
170. **שולחן ערוך** או"ח קנג, ז.
171. **שו"ת הרשב"א** ב, רעט. התשובה עוסקת בחרם שהחרימו טובי העיר את אחד התושבים אשר השיג מהמלך סמכויות אכיפה בתחום הפלילי, סמכויות אשר בהחלט היו עשויות להיות לעזר לקהילה אך היוו איום פוליטי על מעמד ההנהגה המקומית.

אליה הגיעו רוב בני העיר. הרשב"א מסיק כי החרם שהחרימו טובי העיר בטל הואיל ובפועל רוב התושבים התנגדו לו[172], והחלטה שלא התקבלה בפועל על דעת רוב הציבור אין לה תוקף מחייב:

> אין הרוב חייב לנהוג על פי מיעוט. ואפילו תקנו תקנות וגדרו גדרים למצוה כל שלא קבלום הרוב יכולים הם שאר הקהל לבטלם. דגרסינן בע"ז פרק אין מעמידין. אמר רב שמן בר אבא אמר רבי ישבו רבותינו ובדקו על השמן ולא פשט איסורו ברוב ישראל. וסמכו על דברי רבן שמעון בן גמליאל ועל דברי רבי אלעזר בר צדוק שאין גוזרין גזרה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה. ואמר רב אדא בר אהבה מאי קראה, במארה אתם נארים הגוי כולו. אי איכא הגוי כולו אין, ואי לא לא... ואף על פי שעשאוה האנשים שרוב צרכי הצבור נעשין על ידיהם...

יש לציין כי בניגוד לראב"ה, הרשב"א מרחיב את הצורך בהסכמת הציבור להחלטות ההנהגה הרבה מעבר לתקנות מקומיות של טובי העיר וסובר כי מדובר בעקרון גורף הנכון גם בתחום ההלכתי לפיו אפילו תקפן של תקנות חז"ל מבוסס על הסכמת רוב ישראל.

על כל פנים מדברי שניהם למדנו כי על ההנהגה מוטלת החובה להיות קשובה לדעת הציבור ואם אכן רוב הציבור אינו מקבל החלטה מסויימת ההחלטה בטלה[173]. אמנם לא

---

172. סיבה נוספת בגינה לדעת הרשב"א החרם בטל היא שהואיל הואיל והסמכויות הושגו באופן אישי, החלטה של טובי העיר כי לאותו האיש לא יהיו סמכויות אכיפה, משמעותה שלא יהיו לציבור כלל סמכויות בתחום הפלילי. והואיל ואכיפה בתחום הפלילי היא מצווה הרי שהחלטת טובי העיר עומדת בניגוד לתורה ולפיכך היא בטלה ומבוטלת. אולם הרשב"א מנתק בין הטעמים השונים לביטול החרם ומוכיח כי כל אחד מהם עומד בפני עצמו.

173. ב**שו"ת מהרשד"ם** יו"ד, רכז, מביא את דברי ר' משה רושו (איטליה, המאה ה-16) הסובר כי כאשר טובי העיר מתמנים לתקופה קצובה, אין לציבור סמכות למחות על החלטותיהם. המהרשד"ם אינו דוחה את דבריו, ואף מחזק טענה זו: "אין כח אפילו בכל הקהל לבטל מה שיסכימו הברורים שהרי כתבו כתב שדבריהם ככתובים וכמסורים ואחר כתיבה ומסירה שוב אין תקנה". בעקבות דברים אלו מסיק ב**שו"ת ציץ אליעזר** כא, ט, שלא זו בלבד שאין הנהגת הציבור צריכה לקיים משאל עם אלא שגם אם ברור שכל העם מתנגד להחלטה כזו או אחרת רשאים מנהיגי הציבור לעשות ככל העולה על רוחם (ובלבד שהחלטתם אינה מנוגדת להלכה) מבלי צורך להתחשב עם דעת הציבור.
אולם סברתו קשה, שכן כפי שראינו לעיל גם המצדדים בדמוקרטיה יצוגית סוברים כי הנציגות אינה אלא ביטוי לרצון הרוב וכיצד זה יקום הגולם על יוצרו ויפעל בניגוד לדעת מי שמינה אותו והאציל לו את סמכותו? אכן, לדעת המהרש"ם, בקונטרס תיקון-עולם, **משפט-שלום** רלא, ד, אין לקבל דברים אלו הואיל והם עומדים בסתירה לדעת הראב"ה. לכל היותר יש לומר כי אם לא הייתה מחאה לפני קבלת ההחלטה, אין המחאה שאחר קבלת ההחלטה יכולה לבטלה אחר שנתקבלה.
הבנה זו מסתברת יותר לאור העובדה שר' משה רושו והמהרשד"ם התייחסו למקרה בו טובי העיר לפנטו שביוון, קיבלו החלטה מסויימת בעקבות חוות דעת הלכתית מחמירה שקיבלו, והציבור ביקש להפוך את ההחלטה תוך הסתמכות על חוות דעת מתירה של חכם ששימש כפוסק לרבים מבני העיר, אך לא היה הרב המקומי שכן לא התגורר במקום.

נתבאר בדבריהם באיזה אופן יביע הציבור את התנגדותו למעשי ההנהגה, ובאילו מקרים מוטל על ההנהגה להקשיב לדעת הציבור כולו. מסתבר שחובתה של הנהגה נבונה, החפצה שיתקיימו החלטותיה עפ"י ההלכה, להעביר החלטות עקרוניות השנויות במחלוקת להכרעת הציבור, אם באמצעות כינוס אספה[174] (דבר המתאפשר ביישובים קטנים) ואם באמצעות משאל בקלפי.

הציץ אליעזר מביא כראיה לדעתו את דברי **שו"ת הרמ"א**, עג, הכותב כי: "כל תקנותיהן שמתקנין שנראה בעיניהם שהוא לטובת הקהל תקנתן קיימת, אף אם היה בזה **פסידא לרבים**". מהמילים "פסידא לרבים" מסיק הציץ אליעזר כי הרבים מוחים בדבר ואעפ"כ אין מתחשבים בדעתם. אולם לענ"ד מהקשר דבריו של הרמ"א מוכח שכל כוונתו לומר שטובי העיר רשאים לפעול גם כאשר נגרם הפסד לרבים מהציבור אם לדעתם זוהי טובתו של הציבור אולם מי אמר שמרבית הציבור חושב שזוהי החלטה פסולה? הרי כל אדם מקבל החלטות כאלו ביחס לעצמו מדי יום כאשר מפסיד דבר אחר על מנת להרויח משהו אחר חשוב יותר.
מלבד הדיון ההלכתי מביא הציץ אליעזר שתי סברות נוספות מדוע אין לעשות משאל עם: האחת, שהדבר "יכול להכניס אנדרלמוסיא בקרב הציבור כשזה ימשוך לכאן וזה לכאן", והשניה "שבכל בענינים כלכליים ועולמיים, וכיוצא בזה, אין זכות להביע דעה עליהם כי אם לאנשים מומחים הבקיאים בטיב הענינים והנבחרים לשם כך, ודעתם היא המכרעת בזה, ולא מתחשבים על כגון זה ולא מביטים על הכרעת רוב מכני בלבד".
על טענתו הראשונה יש לומר כי איפכא מסתברא, שכאשר ישנה תחושה שרוב הציבור מתנגד להחלטת הממשלה ומתעלמים התעלמות מוחלטת מדעתו תוך הסתמכות על חודו של קול בכנסת יכול הדבר להביא לתחושה של תסכול ויאוש לבוקה ומבולקה ולביצוע צעדים המנוגדים למוסר ולתורה בתכלית וכפי שראינו בעינינו.
בנוגע לטענתו השניה כבר נודע כי לחברי הכנסת ולרוב גם שרי הממשלה, ובוודאי שלחברי מליאת המועצה אין הכשרה מקצועית וידע נרחב בנוגע להחלטות גורליות לחייה של אומה יותר מאשר לאדם הפשוט, אחרי שיובאו בפניו כל הנתונים הרלוונטים לצורך קבלת ההחלטה, וכפי שכתב **בשו"ת דברי מלכיאל** א, לה, יג: "היכן מצינו שישקלו דיעות הציבור אם הוא חכם או לא?! ובוודאי דעת כולם שוים!" על מנת לקבל החלטה מושכלת הוא מציע כי "ראשי העיר צריכים להיות כדי שהם יסבירו להם טוב הענין אם הוא תועלת או לא ואז יוכלו כולם לדון בזה ואז ידונו באמת אחר רוב דיעות".

174. כזו המתוארת בתשובת הרשב"א הנזכרת בהערה לעיל.

מסקנות להלכה

הצורך בבחירות

- הנהגה ציבורית שנבחרה על ידי רוב הציבור רשאית לפעול לפי הבנתה לטובת הציבור, והיא אינה מחוייבת להתחשב בדעת המיעוט כמו כן היא אינה צריכה אישרור מהציבור לפעולותיה.

שיטת הבחירות

- לדעת מרבית הפוסקים כל צורת בחירות המשקפת את דעת הרוב, המקובלת על הציבור, מחייבת גם על פי ההלכה, לרבות השיטה הרשימתית יחסית הנוהגת כיום במדינה וברשויות המקומיות, וחלק מהפוסקים אף מצאו בה יתרונות מסויימים, העולים בקנה אחד עם רוח התורה, אם כי יש מן הפוסקים שפסלו שיטה זו מסיבות שונות.

טוהר הבחירות

- על כל אדם לראות מאחורי הפרגוד את טובת הציבור בלבד ולא את טובתו האישית.
- שוחד בחירות אסור באיסור גמור.
- הסעת בוחרים על ידי מפלגה ברכב המזוהה עם המפלגה אשר נועדה לשדל אנשים להצביע עבור המפלגה אסורה כדין שוחד.
- אדם שקיבל באופן אישי טובת הנאה על מנת שיצביע באופן מסויים, או שהובטחה לו טובת הנאה אם יצביע באופן מסויים, או שעשוי הוא להנות באופן אישי מאופן הצבעה כזה או אחר, אסור לו לבחור ואם בחר קולו פסול.

הזכות לבחור

- לכל אדם גבר או אשה קיימת זכות הצבעה שווה ללא התחשבות במצבו הכלכלי, חכמתו, מידת הקפדתו במצוות, או גדלותו התורנית.
- שאלות ציבוריות שהינן שאלות הלכתיות טהורות צריכות להיות מוכרעות על פי ההלכה ולא בקלפי. שאלות ציבוריות שיש בהן מימד הלכתי על חכמי ההלכה להכריע בשאלה ההלכתית ובשאלה הציבורית יכריע הציבור ונבחריו.
- על פי ההלכה יש להעניק זכות בחירה לרשות המקומית רק לתושב קבע במקום המתגורר בפועל במקום למעלה משנה, ומשלם מיסים לרשות המקומית
- על פי החוק זכות הבחירה למועצת הרשות המקומית נתונה לכל מי שרשום במרשם האוכלוסין במשרד הפנים כמתגורר במקום. רישום זה אינו מותנה במגורים בפועל במקום או בתשלומי מיסים סדירים. למרות שכלל זה מנוגד עקרונית להלכה היות והוא התקבל כמנהג הוא מחייב גם על פי ההלכה.

הזכות להבחר

- למועצת הרשות המקומית ישנו מעמד מעין שיפוטי ולפיכך יחולו עליה כל הדרישות האישיות והמוסריות הנדרשות מפורום שיפוטי, מלבד העובדה שהם אינם נדרשים באופן אישי לגדלות תורנית כלל.
- למעשה מנהג העולם לאפשר גם לאדם שאינו שומר תורה ומצוות להבחר להנהגת הקהילה ובענין זה מנהג עוקר הלכה.
- למרות זאת, אדם שעבר עבירה שיש בה מימד של גזל, גניבה או מרמה, והעבירה ידועה ומפורסמת לכל או שיש להניח כי היתה ידועה לעובר העבירה יפסל מלהבחר כחבר במועצה מקומית.
- על בית המשפט לבחון לא את מידת הקלון הציבורי שבעבירה אלא את מידת המודעות של האדם לחומרת העבירה בעת ביצועה.
- נחלקו הפוסקים האם ישנו איסור לבחור מי שאינו יהודי כאשר הבחירה נעשית באופן דמוקרטי, כלומר בהסכמת הציבור, האם קיים איסור לבחור לתפקיד הקצוב בזמן, והאם האיסור חל גם ביחס לתפקידים בהם לנבחר הציבור לא מוענקת סמכות אישית אלא בצירוף לשאר נבחרי הציבור, ויש שהקלו כאשר הנבחר שאינו יהודי נבחר בקולותיהם של מי שאינם יהודים. כמו כן יש מי שהקל בדבר מפני שראה את השלטון הדמוקרטי כשותפות, ויש מי שהתיר בחירת מי שאינם יהודים לשם עיסוק בנושאים אזרחיים בלבד, כגון בבחירות לרשויות המקומיות.
- למעשה, לדעת חלק מן הפוסקים למי שאינו יהודי אין זכות להבחר למועצת הרשות המקומית או לעמוד בראשה. אולם לדעת רוב הפוסקים ניתן לבחור לתפקיד של חבר מועצה ברשות מקומית גם מי שאינו יהודי.
- גם לדעת הפוסקים המחמירים, אם נבחר למועצת הרשות המקומית או לעמוד בראשה מי שאינו יהודי, יש להחלטות הרשות תוקף מחייב. כמו כן גם לדעתם, ראש רשות מקומית המעוניין לבנות קואליציה רשאי לעשות כן תוך הסתמכות על חברים שאינם יהודים אם בקואליציה יושבים מרבית החברים היהודים במועצת הרשות המקומית.
- נחלקו הפוסקים האם לנשים עומדת הזכות להבחר ולמעשה נהגו להקל בדבר.
- אין לבחור למועצת הרשות המקומית האדם שעשוי להמצא במצב של ניגוד העניינים נרחב בין חייו האישיים או מקום עבודתו ובין תפקידו הציבורי במועצת הרשות המקומית.
- על כל חבר מועצה מקומית עם תחילת כהונתו להצהיר כי ימלא באמונה את תפקידו לשם שמים ולטובת כל תושבי הרשות.
- אין לבחור למועצת הרשות המקומית אדם שלא שילם את חובותיו העירוניים.
- אין למנוע ממי שהוכרז כפושט רגל את הזכות להבחר כחבר במועצת הרשות המקומית, זאת על אף הבעייתיות ההלכתית והמוסרית הקיימת בהליך זה.

התחשבות בדעת הציבור אחרי הבחירות

- מועצת הרשות המקומית רשאית לקבל החלטות גם בנושאים שלא עמדו על סדר היום בעת בחירתה, והיא אינה מחוייבת לשאול את דעת הציבור בענינים אלו.
- אעפ"כ סוברים רוב הפוסקים כי אם רוב הציבור אינו מוכן לקבל החלטה מסויימת שקיבלה ההנהגה המקומית ההחלטה בטלה. לפיכך על ההנהגה מוטלת החובה להיות קשובה לדעת הציבור במידת הצורך לקיים משאל בקרב הבוחרים אודות שאלות עקרוניות השנויות במחלוקת, ויש מי שחולק על כך.

פרק ג - חוקי העזר

חוקי עזר – רקע הלכתי

בפרק הקודם עסקנו בסמכות הרשות המקומית באופן כללי וראינו כי על פי ההלכה הרשות המקומית שואבת את סמכותה מכח הציבור שבחר בה. סמכות זו עשויה להתבטא הן בקבלת החלטות זמניות באופיין והן בתקנת תקנות קבועות. בתוספתא[1] המהווה את המקור הראשוני והמפורט יחסית לסמכויות "בני העיר" אנו מוצאים סמכויות משני סוגים אלו:

> בני העיר משעבדין אותו לחפור עמהן בורות שיחין ומערות ולתקן את המקוואות ואמת המים. כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים.

סמכות זו, לרכוש נכסים עבור הציבור, ולדאוג לתשתית עבור אספקת מים, הינה באופיה סמכות לקבל החלטה לביצוע, החלטה שיש לה כמובן השלכה כספית על כל בני העיר, אשר ידרשו לשאת בנטל[2]. אולם בנוסף לכך אנו מוצאים סמכויות שאמורות להיות מעוגנות בחקיקה של כללים קבועים לפיהם יפעלו כל בני העיר. כללים אלו נקראים בלשון הראשונים "תקנות הקהל"[3] ובלשוננו "חוקי עזר עירוניים". התוספתא נותנת לכך מספר דוגמאות הן מן החוק המכונה בלשוננו "אזרחי", כגון הגדרת כללי המסחר וקביעת שכר מינימום ומקסימום:

> רשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין רשאין לעשות[4] קיצתן[5].

והן מן החוק המכונה בלשוננו "פלילי", כגון קביעת כללי התנהגות נאותים והטלת קנסות על חריגה מהם:

> רשאין בני העיר לומר כל מי שיראה אצל פלוני 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 שירעה בהמת פלונית יהא נותן כך וכך רשאין לעשות קיצתן.

התוספתא אינה מבחינה בין סוגי ההחלטות, שכן מבחינה מהותית אין הבדל ביניהן, וכל ההבדל אינו אלא מעשי שכן בעוד החלטות משמעותן פעולה של ההנהגה, שעשויה לחייב

---

1. **תוספתא** בבא מציעא יא, יז ואילך (להלן בפרק זה: התוספתא).
2. דוגמאות נוספות לכך ניתן למצוא בגמרא, **בבא בתרא** ז ע"ב, ח ע"א, המסמיכה את "בני העיר" לכפות שותפות גם בדאגה לבטחון פנים ולתחזוקת כבישים, זאת על פי פירוש רבנו חננאל המובא **בתוספות** שם ד"ה כריא פתיא.
3. כך מכנים אותן הרשב"א והרא"ש בעשרות תשובות הלכתיות. ביטוי זה הפך להיות הביטוי המקובל להחלטות מעין אלו.
4. הכוונה היא לכפיה כמו "גט מעושה", **חסדי דוד** על התוספתא, שם.
5. בגמרא, **בבא בתרא** פט ע"א, מבואר כי בני העיר מוסמכים כמובן גם לפקח על ביצוע החלטותיהם בנושא המידות המשקלות ובמקרים מסויימים גם על מחירי המוצרים.

את הציבור, הרי שהתקנות, או בלשוננו היום חוקי עזר, מטרתם לייצר מערכת כללים לפיה פועל הציבור. מערכת תקנות אלו היתה נהוגה בכל קהילות ישראל במשך הדורות עד סיומה של הגלות[6]. עם סיומה של הגלות והגעתנו לארץ ישראל קמה מחדש מערכת תקנות הקהל בדמותם של חוקי העזר העירוניים הבאים להסדיר כללי התנהגות מקובלים ברשות המקומית, את אופן פעולת הרשות המקומית, ואת מערכת היחסים שבין האזרח ובין הרשות המקומית, חוקי עזר להם ישנו תוקף כדין תקנות הקהל[7].

אמנם מדברי החתם סופר[8] עולה כי לחוקי העזר הנחקקים על ידי הרשות המקומית ישנו תוקף מכח הכלל "דינא דמלכותא דינא". החתם סופר מתייחס בתשובתו לחוק עזר הנוגע לזכיונות ובלעדיות עסקים בתחום המסחר ביין אשר נחקק בעיר היין טוקאי על ידי השלטון המקומי (קומידאט) במחוז זמפלין שבהונגריה שהיה תחת הקיסרות האוסטרית אך נהנה באותה תקופה[9] מאוטונמיה ניהולית.

למרות שלא היו ל"שרי הקומידאט" סמכויות של מדינה, אלא רק סמכויות אזרחיות מקומיות מעניק החתם סופר לחוק זה תוקף של דינא דמלכותא. יתר על כן, החתם סופר מעניק לחוק תוקף זה דוקא בשל העובדה שהוא עוסק בתקנות שבסמכות הקהילה לתקנן:

> התיקון שתיקנו שרי הקומידאט שאיננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי... ומצינו כיוצא בזה בפרק קמא דבבא בתרא בהני טבחי ובשו"ע חו"מ סס"י רל"א....

מכאן ניתן להסיק שלדעת החתם סופר חוקי עזר של השלטון המקומי תוקפם כדינא דמלכותא[10]. למעשה נראה שאין כאן מחלוקת, שכן לאמיתו של דבר הין הבדל עקרוני בין דינא דמלכותא ובין תקנות הקהל, שכן שני המושגים שואבים את כחם מאותו המקור – הציבור.[11]

---

6. בדבר תקנות הקהילות במשך הדורות ובזמן הגלות ראו בהרחבה הרב ישראל שציפנסקי, **תקנות הקהילות**, ד הסוקר את כל התקנות שניתקנו במהלך כל דורות ישראל, זאת מבלי להבחין בין תקנות הנוגעות לחיים הדתיים ובין תקנות הנוגעות לחיים הציבוריים.
7. הרב יוסף שלום אלישיב, **בית דין ירושלים** ט, עמ' רעב; הרב אליהו בקשי דורון **שו"ת בנין אב**, א, חו"מ, עה; **שו"ת משנה הלכות** יז, קז; **שו"ת שבט הלוי** י, רסג, ו. לדעתם השלטון המקומי, קרי, העיריה, המועצה המקומית, או הוועד המקומי בישוב הקהילתי משמשים למעשה בתפקיד "שבעת טובי העיר", ולתקנות העיריה ולחוקי העזר שלה ישנו תוקף מדין זה.
8. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.
9. התשובה נכתבה בשנת תקצ"ו – 1836.
10. יתכן לחלק בין מחוז באימפריה הנהנה מאוטונומיה, אותו ניתן לראות כסמי-מדינה, ואת חוקיו כדינא דמלכותא, ובין רשות מקומית או מועצה אזורית המטפלת בעניני היומיום של התושבים להם ינתן מעמד של תקנות הקהל בלבד, אולם אין זה מסתבר וראה להלן.
11. ראו לעיל, פרק א, שו"ת דבר אברהם א, א, ה, ד"ה והנ"ל המבאר כי כי דין הפקר בי"ד לא נאמר לבי"ד כסמכות תורנית אלא כסמכות שלטונית, וסמכות זו לעבור אפילו לשלטון גוי בו היא תכונה בשם דינא דמלכותא.

היקפם של חוקי העזר

תקנות הקהל בעבר, וחוקי העזר בהווה נוגעים בכל תחומי החיים המוניציפליים. כמובן שבמהלך השנים התחומים המוניציפליים השתנו וזאת משתי סיבות, האחת, מהפכת העיור שהעבירה את מרבית האוכלוסיה מהכפרים והעיירות לערים הגדולות מה שיצר צורך להסדרת החיים בעיר, בין היתר באמצעות חקיקה. אעפ"כ העובדה כי תקנות הקהל עסקו בכל תחומי החיים המוניציפליים די בה בכדי להוכיח כי מקור הסמכות אחד, ויש לראות בחוקי העזר של היום את תקנות הקהל שנתקנו בארץ ישראל ובגולה החל מתקופת המשנה ועד לסופה של הגלות.

על מנת להוכיח זאת נערוך השוואה קצרה בין תקנות הקהל הידועות לנו ובין חוקי העזר הנפוצים ונראה כי בכל התחומים בהם עוסקים חוקי העזר מעניקה ההלכה סמכות לציבור למנהיגיו. את כלל חוקי העזר במדינת ישראל[12] ניתן לחלק למספר קטגוריות:

1. איכות הסביבה[13]
2. נוי העיר[14]
3. תברואה[15]
4. בטיחות הציבור[16]

לדעת הרב כתריאל פישל טכורש, מערכת המסים לאור התורה, **התורה והמדינה** ה-ו; **כתר אפרים**, טו, החלטות הרשות המוניציפלית מקבלות מעמד של דינא דמלכותא כיוון שהן מקבלות את אישורו של שר הפנים: "הואיל וכל חוקי העיריות ותקציביהן, זקוקים לאישור משרד הפנים, זאת אומרת: הממשלה המרכזית, אם כן גם המסים הנגבים על ידי המוסדות המוניציפליים, יסודם בכח הממשלה ואישורה, וחל איפוא שוב הדין של "דינא דמלכותא דינא", ומכח זה יש סמכות להנהלות המוסדות המוניציפליים, לפעול בעניני מסים ולגבותם מתושביה מכח השליחות של הממשלה-המלכות". אולם למעשה בהמשך דבריו מבסס הוא את סמכותה על דין תקנות הקהל, שאינו תלוי כלל בדינא דמלכותא, ולפיכך אינו תלוי במחלוקת הראשונים האם ניתן להחיל את דינא דמלכותא על השלטון במדינת ישראל. כאמור, לאור דברי הדבר אברהם אין צורך להיעזר בשר הפנים לצורך מתן תוקף של דינא דמלכותא לחוקי העזר והם יזכו בתוקף זה ממילא, מכח הציבור.

12. על פי אתר משרד הפנים, נצפה בתאריך 20.11.22.
13. הגנה על ימים ונחלים, הגנה על הצומח, מניעת רעש, שמירת טבע ושטחי ציבור.
14. שמירת הסדר והנקיון. שימור רחובות ישנים וסימון רחובות ובתים. מיקום מנועי מזגנים ומניעת נדידת חול לרשות הרבים.
15. אספקת מים והסדרת ביוב תיעול וניקוז. הוצאת אשפה, הדברת מזיקים, נקיון מדרכות, מגרשים וחצרות. הסדרת גידול בעלי חיים ושחיטתם. קביעת קריטריונים תברואתיים לפתיחת עסקים ושווקים. הסדרת בריכות שחיה ושירותי בריאות כבתי חולים ואמבולנסים.
16. סלילת רחובות, סילוק מפגעים, עצים מסוכנים וחפצים ישנים, שירותי כבאות, מניעת דליקות וביעור קוצים, שמירה על בעלי חיים, גידור דוכנים והסדרת גדר חיה, הריסת מבנים מסוכנים, הסדרת מעליות, אנטנות וארונות חשמל.

5. בטחון הציבור[17]
6. תורה ומצוות[18]
7. הכנסות אגרות וסדר ציבורי[19]

בכל התחומים הללו בהם עוסקים חוקי העזר במדינת ישראל עסקו תקנות הקהל השונות החל מתקופת המשנה אשר חלקן נוסחו ונקבעו במשנה בתוספתא או בראשונים וחלקן נותרו בסמכות הקהילה[20]:

איכות הסביבה

המשנה[21] קובעת קריטריונים מסויימים למניעת מפגעי ריח:

> מרחיקין גורן קבוע מן העיר חמשים אמה... מרחיקין את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר רבי עקיבא אומר לכל רוח הוא עושה חוץ ממערבה ומרחיק חמשים אמה.

באופן דומה שנינו בתוספתא[22] התובעת את שמירת איכות האויר של תושבי העיר:

> ר' נתן אומר מרחיקין את הכבשונות מן העיר חמשים אמה.

נוי העיר ורחובותיה

כאשר התורה מעניקה ערים ללווים היא מוסיפה דרישה לכלול בתוכנית העיר שטחים פתוחים על מנת לשמור על נויה של העיר[23]:

> וּמִגְרְשֵׁי הֶעָרִים אֲשֶׁר תִּתְּנוּ לַלְוִיִּם מִקִּיר הָעִיר וָחוּצָה אֶלֶף אַמָּה סָבִיב: וּמַדְתֶּם מִחוּץ לָעִיר אֶת פְּאַת קֵדְמָה אַלְפַּיִם בָּאַמָּה...

חובה זו שנאמרה ביחס לערי הלויים מקבלת ביטוי מסויים במשנה[24] ביחס לכל עיר ועיר:

> מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה.

---

17. החזקת מקלטים, שמירה, מלחמה בסמים, ובטחון עסקים.
18. חינוך, קבורה איסור גידול חזירים ומכירת בשר חזיר.
19. אגרת אישורים, רישוי עסקים, עבירות קנס, והסדרת חניה בתשלום. איסוף תרומות ברחוב, הסדרת רוכלים ושווקים, הסדרת אתרי תיירות, מקומות רחצה, ומקומות חניה, והסדרת תליית מודעות ושלטים.
20. במרבית הנושאים נעסוק בהרחבה באופן נרחב להלן חלק ו. הנושאים הובאו כאן רק לשם ההשוואה בין היקפן של תקנות הקהל להיקפם של חוקי העזר העירוניים.
21. **משנה בבא בתרא** כה ע"א.
22. **תוספתא** בבא בתרא א, י.
23. **במדבר** לה, ד-ה. **המשנה** סוטה כז, ע"ב, מבארת את מטרת השטחים הללו: "רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר אלף אמה מגרש ואלפים אמה שדות וכרמים" מטרת המגרש מבוארת ברש"י שם, ד"ה מגרש: "ריוח מקום חלק חוץ לעיר סביב להיות לנוי לעיר, ואין רשאין לבנות שם בית ולא לנטוע כרם ולא לזרוע זריעה".
24. **משנה** בבא בתרא כד, ע"ב.

בטיחות

המשנה אומרת כי אחד הדברים אותם מותר לעשות אפילו בחול המועד הוא תיקון הדרכים[25]:

> ומתקנין את קלקולי המים שברשות הרבים, וחוטטין אותן, ומתקנין את הדרכים ואת הרחובות ואת מקוות המים, ועושין כל צורכי הרבים.

בברייתא[26] מבוארת אחריות זו באופן מפורט יותר כאחריות המוטלת על הציבור[27] שמטרתה מניעת נזקים אפשריים:

> יוצאין לקווץ את הדרכים, ולתקן את הרחובות ואת האסטרטאות... ומנין שאם לא יצאו ועשו כל אלו, שכל דמים שנשפכו שם מעלה עליהם הכתוב כאילו הם שפכום? - תלמוד לומר והיה עליך דמים.

בגמרא[28] מבואר כי אחריות בני העיר להסדרת ותיקון הדרכים והרחובות מלווה הן בסמכות לגביית כספים מן הציבור אשר ישמשו למטרות הציבוריות השונות, והן בסמכות לחיוב התושבים להיות שותפים בעצמם בביצוע המשימות השונות:

> הכל לכריא פתיא, אפילו מרבנן. ולא אמרן אלא דלא נפקי באכלוזא, אבל נפקי באכלוזא, רבנן לאו בני מיפק באכלוזא נינהו.

ומבאר הרמב"ם[29]:

> לוקחין מכל אנשי העיר... לתקון הדרכים והרחובות[30] אפילו מן החכמים, ואם כל העם יוצאין ומתקנין בעצמן לא יצאו תלמידי חכמים עמהן שאין דרך תלמידי חכמים להזדלזל לפני עם הארץ.

כלומר הדבר נתון לשיקול דעת ההנהגה העירונית האם לבצע את המשימות המוטלות עליה בעצמה, תוך הטלת חובת המימון על הציבור, "לוקחין מכל אנשי העיר" או

---

25. **משנה** מועד קטן ב, ע"א.
26. **מועד קטן** ה, ע"א.
27. על פי פסקי ה**ראש** מועד קטן, א, ו. לדעתו הסיבה שבגינה התירו לעשות מלאכות אלו במועד היא שלא ניתן לגייס את הציבור אלא בזמן שהם פנויים מעבודה. משמע שהחובה להסיר את המכשולות מוטלת על הציבור ומנהיגי הציבור אמורים לגייס את הציבור לשם כך. חובה ציבורית זו הינה חלק מחובה כללית המוטלת על כל אדם להסיר הסכנות מרשותו וכפי שכותב **הרמב"ם** רוצח, יא, ד: "כל מכשול שיש בו סכנת נפשות מצות עשה להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר יפה יפה שנאמר השמר לך ושמור נפשך, ואם לא הסיר, והניח המכשולות המביאין לידי סכנה, ביטל מצות עשה ועבר על לא תשים דמים".
28. **בבא בתרא** ח ע"א.
29. **רמב"ם** שכנים,ו, ו.
30. כך מפרש רבנו חננאל, **בתוספות** שם ד"ה כריא, את המושג הנזכר בגמרא בשם "כריא פתיא": "להסיר גבשושית מרחוב העיר" ובעקבותיו נראה שהלך הרמב"ם הנ"ל.

באמצעות הטלת חובת הביצוע על התושבים "כל העם יוצאין ומתקנין בעצמן", כאשר תפקיד ההנהגה הציבורית מתמצה באכיפת הביצוע[31].

בטחון התושבים

בגמרא[32] מבואר כי באחריות בני העיר גם לדאוג לבטחון התושבים:

> הכל לאגלי גפא, אפילו מיתמי, אבל רבנן לא צריכי נטירותא... תניא:...שלשה חדשים – לקופה... שנים עשר - לפסי העיר!...אמר רב פפא: לשורא ולפרשאה ולטרזינא - אפילו מיתמי...

בראשונים מבואר כי מושגים אלו מתייחסים לתשתיות בטחוניות שונות[33] ולשירותי שמירה ואבטחה[34]. נמצאנו למדים כי תחומים אלו נמצאים באחריות הציבור והציבור רשאי לגבות מהתושבים מסים בגין תחומים אלו.

תברואה

התוספתא מאפשרת ל"בני העיר" לחייב את כל מי שמחזיק בנכס בעיר[35] להשתתף בהוצאות בניית תשתית אספקת והולכת מים, ביוב וניקוז ומקוואות:

> מי שיש לו חצר בעיר אחרת בני העיר משעבדין אותו לחפור עמהן בורות שיחין ומערות ולתקן את המקוואות ואמת המים.

תקנות דומות ניתן למצוא בספרות הראשונים לרוב. כך כותב למשל הרשב"א[36]:

> מימים קדמונים, תקנו הקהל תקנות בעניני העיר, ובכלל התקנות תקנו, לכל הדרים בעיר, שיסירו הבתי כסאות העשוים בקירוב חומת העיר, ומחוץ.

---

31. הטלת אחריות באופן זה מקובלת ברבים מחוקי העזר אשר חלקם מטילים על התושב את חובת הביצוע ורק אם הדבר לא מתבצע על ידו מבצעת הרשות את חובתו על חשבון התושב (כגון בתחום סילוק המפגעים), ובחלקם חובת הביצוע מוטלת מראש על הרשות והתושב רק משלם עבורה (כגון בסלילת כבישים או בבניית תשתית ביוב ותיעול).
32. **בבא בתרא** ח ע"א.
33. את המושג "אגלי גפא" מפרש **רש"י**, שם, ד"ה לאגלי גפא, כדלתות לשערי החומה. את המושג "פסי העיר" מפרש **הנימוקי יוסף**, בבא בתרא, ה ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה "לפסי העיר", כחפיר שסביב לחומות העיר "בקעות שסביב לחומה", את המושגים "פרשא וטורזינא" מפרש **רבנו גרשם**, שם ד"ה לטורזינא, ככלי נשק ו"רכבי בטחון": "שקונים סוסים לפרשים שיצאו חוץ לעיר... כלי זין שנושאין אותן שומרי חומות העיר".
34. את המושגים "פרשא וטרזינא" מפרש רש"י כמיועדים למימון העסקתם שם שומרים בתפקידים שונים.
35. התוספתא קובעת כי ההשתתפות בהוצאות הנדרשות לצרכי התברואה הינה דרישה בסיסית ביותר הנדרשת גם מתושב ארעי אולם אם האדם גם מתגורר בעיר דרך קבע אזי "משעבדין אותו על הכל".
36. **שו"ת הרשב"א** ד, רסח.

חינוך ודת

בהוצאות ציבוריות נוספות בהן מסתבר שחייב רק מי שמתגורר בעיר עוסק המשך הפרק בתוספתא:

> כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים.

כלומר "בני העיר" אחראים על בנייתם ותפקודם של מבני ציבור הנדרשים לשם קיום חיים יהודיים תקינים. החובה אינה מצטמצמת לתקינותם של מבני הציבור אלא גם לתפקודה הכולל של מערכת החינוך שמטרתה ללמד את הילדים תורה כפי שעולה מתקנת יהושע בן גמלא[37]:

> בא יהושע בן גמלא ותיקן, שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר, ומכניסין אותן כבן שש כבן שבע.

הכנסות אגרות וסדר ציבורי

התוספתא (שם) מעניקה לבני העיר סמכות בתחומי המסחר והתעסוקה:

> רשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין רשאין לעשות קיצתן.

בנוסף לכך מוענקת לבני העיר סמכות לגבות אגרות וקנסות במקרים בהם הופר הסדר הציבורי:

> רשאין בני העיר לומר כל מי שיראה אצל פלוני יהא נותן כך וכך וכל מי שיראה אצל מלכות יהא נותן כך וכך[38]. 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[39].

לסיכום, כפי שניתן לראות מכל הנ"ל ההלכה מעניקה סמכות לבני העיר לפעול ולחוקק חוקים וכללי התנהגות בכל התחומים בהם עוסקים חוקי העזר העירוניים במדינת ישראל, ומכאן שיש לראות בחוקי העזר העירוניים את תקנות הקהל בזמן הזה, להם מעמד מחייב על פי ההלכה כתקנות הקהל.

בקרה על חוקי העזר

כפי שנראה להלן[40] ההלכה קובעת כי חוקים ותקנות של הציבור מחייבים ביקורת של אדם אוביקטיבי אשר יוודא כי ההחלטה מאוזנת ואינה פוגעת פגיעה שאינה מידתית

---

37. **בבא בתרא** כא ע"א. נעסוק בנושא זה בהרחבה רבה להלן, חלק ו.
38. כפי הנראה מדובר בקנס על מי שמתלונן בפני השלטון הנכרי ומבקש את התערבותו בסכסוכיו עם בני הקהילה.
39. מדובר בשני קנסות המוטלים על מי שאינו שומר על בהמותיו מלהכנס לשטחים מעובדים, האחד מוטל על בעל הבהמות "מי שתרעה פרתו" והשני מוטל על הרועה שאחראי על הפרה "מי שתראה בהמה פלונית", **חסדי דוד**, פירוש על התוספתא, שם.
40. להלן ב, א, ביקורת רבנית על החלטות המועצה.

בזכויות של אחרים. אדם זה מכונה בגמרא בשם "אדם חשוב" וכפי שפוסק הרא"ש[41]:

ואפילו כל בני העיר לאו כל כמינייהו להתנות אם לא מדעת אדם חשוב.

אמנם למעשה בדרך כלל לדרישה זו, להסכמתו של אדם חשוב על תקנות בני העיר, אין השלכה מעשית כיום שכן כפי שכתבו הפוסקים האדם החשוב צריך להיות אדם הבקיא בחכמת התורה מחד[42] וגם ממונה על עניני העיר המעשיים מאידך[43].

כיום אנשים הממונים על הציבור אינם נדרשים להיות בקיאים בחכמת התורה, ומאידך רב העיר אינו בקיא בעניני העיר המעשיים לפרטי פרטיהם, ובוודאי שאינו אחראי עליהם, ולפיכך כתבו הפוסקים[44] כי בזמן הזה אין אדם שניתן לראותו כאדם חשוב.

אמנם החוק קובע כי על אף שחוקי עזר נחקקים על ידי מועצת הרשות המקומית[45], כחלק מסמכותה, לשר הפנים קיימת זכות[46] לפסול אותו או לדרוש לערוך בו שינויים[47]. החוק

---

41. **ראש** בבא בתרא, א, לג; **טור** חו"מ רלא; **רמא** שם, כח; גר"א שם; **ש"ך**, שם, ד. ועיינו להלן, חלק ו, שם הבאנו דעות אחרות בענין זה..
42. **יד רמה** בבא בתרא ט, ע"א: "דוקא ת"ח הממונה פרנס על הציבור אבל פרנס שאינו תלמיד חכם אי נמי תלמיד חכם ולאו פרנס אע"ג דאתנו בלא דעתיה תנאיהו תנאה".
43. **ר"י מיגש** שם; **רמב"ם** מכירה יד, יא: "תלמיד חכם שאינו ממונה פרנס על הציבור אע"ג דעבוד בלא רשותא דידיה תנאייהו תנאה".
44. **אגרות משה** חו"מ, א, נט; **מנחת שלמה** א, פז.
45. **פקודת העיריות** מהווה את הבסיס החוקי לפעולתן של הרשויות המקומיות:
250. מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעיריה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר או לעזור לה בביצועם, או כדי לדרוש מבעל נכס או מחזיקו לבצע באותו נכס עבודה הנחוצה למטרה האמורה.
251.בחוקי עזר רשאית המועצה לקבוע הוראות בדבר תשלום אגרות... מתן רשיון...
254. העובר על הוראת חוק עזר, דינו – קנס...
259. חוק עזר יכול לכלול הוראות שהעיריה תראה צורך בהן בכל הענינים האלה: מתן הודעות; הפקדת תכניות; דרכי הפיקוח של עובדי העיריה; סמכויות עובדי העיריה; הרשיונות שיש לקבל והתנאים לנתינתם; האגרות שיש לשלם בעד רשיונות ובעד שירותים.
סעיף 24.א לפקודת המועצות המקומיות קובע כי כללים אלו חלים גם על מועצות מקומיות.
46. **זכות זו מופיעה לראשונה ב[פקודת העיריות המנדטורית] משנת 1934, כזכותו של הנציב העליון מטעם ממשלת הוד מלכותו. השלטון הקולניאלי של המנדט נתן מידה מועטה של אמון בילידים, תושבי הארצות שנכבשו על ידי בריטניה, ולפיכך ביקש לשמור בידיו מידה מרובה של שליטה על החלטותיהן של העיריות, בד בבד עם רצונו להסיר מעצמו את האחריות לחייהם היומיומיים של התושבים. לכן מחד עודד והסדיר את סמכויותיהן של העיריות והמועצות המקומיות ומאידך השאיר את השליטה בידיו וחייב את אישור הנציב העליון על כל החלטה משמעותית לרבות אישור תקציב העיריה, סעיף 206.ג ל[פקודת העיריות].**
47. **סעיף 258 ל[פקודת העיריות]:**"אישרה המועצה חוק עזר, יחתום עליו ראש העיריה וחוק העזר יפורסם ברשומות... כעבור ששים ימים מהיום שהביא ראש העיריה את חוק העזר לידיעת השר; הודיע השר או מי שהסמיכו לכך כי אין לו התנגדות לחוק העזר, יפורסם חוק העזר אף לפני תום מועד זה... השר

אינו קובע כי שר הפנים הוא המחוקק את חוקי העזר ולפיכך אין הכרח להעניק לחוקים אלו מעמד של "דינא דמלכותא", וכמו כן אין צורך להגדיר אותם כסוג של "חקיקת משנה" של הרשות המחוקקת[48], שכן כפי שאמרנו לעיל, הסמכות לחקיקה הינה חלק מסמכותה הטבעית של הרשות המקומית, שאינה שואבת את כוחה או תלויה בהסמכתה של המדינה. מהו אם כן תפקידו של שר הפנים? ניתן לומר כי על פי ההלכה לשר הפנים שלשה תפקידים בהקשר זה:

האחד, לבחון את מידת סבירותו של החוק, האם הוא מידתי ושוויוני, האם הוא נוגד ערכים יסודיים, או את ההלכה, או שמא הוא פוגע בזכויות המיעוט באופן בלתי מידתי. במובן מסויים ממלא שר הפנים את תפקידו של "האדם החשוב" אשר, אם הוא קיים, נידרשת הסכמתו לכל החלטה וחקיקה של הרשות המקומית, על מנת לבחון את מידת הסבירות והאיזון של החלטותיה[49].

השני, לבחון את מידת השלכותיו של החוק על המדינה כולה. כאמור[50], סמכויותיה של הרשות המקומית מוגבלות לגבולות המוניציפליים של הרשות ומעבר להן, בין אם מדובר בעניינים שבתחומה של רשות אחרת ובין אם מדובר בעניינים בהם נפגע האינטרס הלאומי של המדינה כולה, אין לרשות המקומית כל סמכות. על שר הפנים לבחון האם חוק העזר פוגע באינטרס הלאומי או באינטרסים של רשויות אחרות.

השלישי, לבחון האם חוק העזר סותר את חוקי המדינה. הרשות המקומית והמדינה שתיהן יונקות את סמכותן מהציבור אלא שבעוד הרשות יונקת את סמכותה מתושבי המקום יונקת המדינה את סמכותה מכלל תושבי המדינה, אשר הרשות היא חלק ממנה. לכן כל אחד מאזרחי הרשות כפוף למעשה לשתי מערכות חוקים, פדרלית ומוניציפלית, ולפיכך אסור שתיווצר סתירה בין שני מקורות סמכות אלו ועל שר הפנים מוטלת החובה לשמור על התאמה בין מערכות חוקים אלו[51].

רשאי...לפסול את חוק העזר מנימוקים שיפרט...". סעיף 22 **לפקודת המועצות המקומיות** מקביל לסעיף זה.

48. המשפט הישראלי רואה את הרשות המקומית כיונקת את סמכותה המואצלת לה על ידי המדינה ראו ד"ר א. וינוגרד, **דיני רשויות מקומיות ב**, עמ' 6-485.

49. את הסברא המאפשרת לראות בשר הממונה מטעם הממשלה אדם חשוב כתב גם כן הרב כתריאל טכורש, **כתר אפרים** יט, ז, בהקשר של זכות ההתאגדות. שם רואה הוא בשר העבודה אדם חשוב: "הגדרה זו תתאים גם עם איש הממונה ע"י ממשלת ישראל שיש לו סמכות ממשלתית בתפקידו". אולם על פי הנאמר לעיל סברה זו בעייתית שכן לדעת ה**יד רמ"ה** בבא בתרא ט, ע"א ומרבית הראשונים, פרנס הממונה על הציבור שאינו חכם בתורה אינו יכול להיות מוגדר כאדם חשוב. דרישה זו מובנת ביותר, שכן הא בלא הא לא סגי, ואדם שאינו ספוג מחכמת התורה עלול לסטות לטובת הפרט או הכלל, כפי אשר תיטה רוח הזמן, שכן התורה היא המיישרת דרכנו שלא לסטות "ימין" ו"שמאל".

50. לעיל פרק א.

51. ואין צורך להסברו המפולפל של לורד ראסל (Kruse v. Johnson (1898) 2 Q.B. 91,78 L.T.R. 647;67 L.J.Q.R. 782 הובא בפס"ד ע"פ 49/40 **נחמיאס נ' י.מ.** פ"ד ג 127; ועל ידי פרופ' וינוגרד,

מבחן הסבירות

כאמור לעיל אחד מתפקידי האדם החשוב, ולענייננו שר הפנים, הוא לבדוק את מידת סבירותם של חוקי העזר. אולם מהי מסגרת השיקולים לפי יקבע האדם החשוב, או שר הפנים, את מידת הסבירות של החוק? ניתן לומר כי ההלכה[52] מחלקת את מבחן הסבירות יש לחלק לשלשה חלקים:

1. מטרת החוק לשפר את חייהם של התושבים

כפי שנכתב לעיל ההנהגה המקומית, ומועצת הרשות המקומית, מקבלת את סמכותה מהציבור שבחר בה ואינה בעלת סמכות כשלעצמה. אי לכך מחילים עליה הראשונים את העקרון המקובל בדיני שליחות[53] "לתיקוני שדרתיך ולא לעיוותי שדרתיך", לפיו אין השליח רשאי לעשות פעולות אלא כאשר הן לטובת המשלח. עובדה זו ניתן לברר גם לאחר מעשה, ואם התברר כי הפעולה לא היתה לטובת המשלח הפעולה אינה נזקפת למשלח אלא לשליח. ישומו של עקרון זה בנוגע להנהגה המקומית מוביל את הרשב"א[54] למסקנה כי הציבור אינו מחוייב למלא אחר החלטות שנתקבלו שלא לטובת הציבור:

> אם הוא דבר שאין גדר ותקון בכך אפילו עשו אותו ראש ציבור וגדוליו אין רוב הצבור מחוייבים לנהוג על פי רצונם.

יתר על כן, המהרי"ק[55] מסיק מדברי הראבי"ה[56] , כי גם פעולות שפעלה ההנהגה בשם הציבור, אם לא נעשו לטובת הציבור הרי הן בטלות שכן אין כח בידם לבצע פעולות אלו:

> השיב רבי אבי"ה וז"ל אם הוברר טובי העיר מתחילה להנהיג קהלם בכל דבר מה שעשו עשוי בתקנת הקהל ואפילו יחיד שבדורו דיפתח בדורו כו' והרי לך בהדיא

דיני רשויות מקומיות, עמ' 503, כי פסילה של חוק עזר תהיה מהטעם שלא לכך התכוון המחוקק כאשר העניק את סמכות חקיקת המשנה לרשות המקומית.

52. בתי המשפט מסתפקים כל העת במבחן הסבירות ביחס לחוקי עזר. לנגד עיניהם עומדים **דבריו של הלורד ראסל:** "אם ימצא בית המשפט שהם חד צדדיים ובלתי שווים בפעולתם כלפי מענמדות שונים, אם הם בלתי צודקים בעליל, אם הם מראים כוונה רעה, אם יש בהם משום התערבות מטרידה...עד שאין למצוא להם הצדקה בעיני אנשים הגיוניים". **אלו הם כמובן כללים נכונים והגיוניים** אך כפי שנראה הם הוגדרו היטב במקורות ההלכה מאות ואלפי שנים לפני שנאמרו על ידי השופט הנכבד. בכל מקרה נטיית בתי המשפט שלא לפסול חוקי עזר אלא אם הם לוקים בחוסר סבירות קיצונית, ראו בג"צ 428/72 **בונה נ' עירית ת"א** פ"ד כז (1) 398.

53. **כתובות** צט, ע"ב, ועוד.

54. **שו"ת הרשב"א** ז, קח. באופן דומה כותב **הריטב"א** עבודה זרה לו, ע"ב, בשם הרא"ה, שתקנה שאינה לטובת הציבור, או שאינה שויונית אינה מחייבת: "דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצווחין הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור מתקנין כן על הכל בשוה".

55. **שו"ת מהרי"ק** קפ.

56. **מרדכי**, בבא-בתרא, תפב.

שצריך שיתבררו מתחילה מאת הקהל וגם אין כח בידם לעשות כי אם דבר שהוא תקנת הקהל.

כמובן שהקביעה האם ההחלטה נתקבלה לטובת הציבור או שלא לטובת הציבור אינה פשוטה, אולם זאת שמענו כי אם הגוף המפקח על החלטות הרשות ועל חוקי העזר מגיע למסקנה כי חוק מסויים אינו לטובת התושבים אלא נחקק ממניעים אחרים עליו לבטלו.

2. החוק אינו פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכויות המיעוט

את הדרישה להסכמתו של אדם חשוב על החלטה של קרטל הקצבים מנמק הרמב"ן[57] בלשון זו:

נראה משום דילמא איכא פסידא ללקוחות דמייקרי זביני, הלכך לאו תנאה הוא עד דשקלי רשות מיניה ואף על גב דחזינן השתא דליכא פסידא לא הוי תנאייהו תנאה.

כלומר, היות והחלטה זו של הקצבים עשויה לגרום לעליית מחירים, עליה להיות מגובה בהסכמתו של אדם חשוב שיוודא כי לא ההחלטה לא תפגע בציבור ולכל הפחות הפגיעה תהיה מידתית. נמצאנו למדים כי על האדם החשוב לוודא כי גם כאשר מדובר בהחלטה שהיא לטובת הציבור היא אינה פוגעת במיעוט פגיעה שאינה מידתית[58].

3. החוק אינו נוגד את ההלכה

עקרון העל ביסודו של המשטר על פי התורה הוא הכפיפות של השלטון לתורה ולהלכה[59]. כך אומרת התורה[60] כאשר נותנת היא מנדט למלך:

וְהָיָה כְשִׁבְתּוֹ עַל כִּסֵּא מַמְלַכְתּוֹ וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר מִלִּפְנֵי הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם: וְהָיְתָה עִמּוֹ וְקָרָא בו כָּל יְמֵי חַיָּיו לְמַעַן יִלְמַד לְיִרְאָה אֶת ה' אֱלֹהָיו לִשְׁמֹר אֶת כָּל דִּבְרֵי הַתּוֹרָה הַזֹּאת וְאֶת הַחֻקִּים הָאֵלֶּה לַעֲשֹׂתָם: לְבִלְתִּי רוּם לְבָבוֹ מֵאֶחָיו וּלְבִלְתִּי סוּר מִן הַמִּצְוָה יָמִין וּשְׂמֹאול לְמַעַן יַאֲרִיךְ יָמִים עַל מַמְלַכְתּוֹ הוּא וּבָנָיו בְּקֶרֶב יִשְׂרָאֵל:.

כלומר המלך כפוף באופן אישי להלכה, ואף בהקפדה יתרה מכל אדם אחר. הגמרא[61] מביאה דרשה אותה היא מניחה בפיו של עמשא בן יתר, שר צבא של דוד המלך ע"ה

---

57. **רמב"ן** בבא בתרא ט, ע"א, רשב"א; ר"ן; נימוקי יוסף, שם.
58. עיין בספר **נפש הרב** עמ' רכז, בשם ר' חיים מבריסק שחוק שנועד להגן על העניים באמצעות ההקפאת מחיר הבשר בטל אם לאחר זמן התברר כי משמעותו היא הפסד של היצרנים למכור פחות ממחיר העלות שכן זוהי פגיעה שאינה מידתית.
59. עקרון דומה מצוי בצורת השלטון הדמוקרטית שם הוא מכונה בשם "שלטון החוק". אולם בעוד במערכת הדמוקרטית העקרון אינו יכול להיות מיושם באופן מלא שכן הן השלטון והן סמכות החקיקה מצויים שניהם בידי הרוב היכול לשנות את החוק לפי רצון השלטון, בהלכה עקרון זה הינו עקרון מוחלט שכן החוק אליו כפוף השלטון הינו חוק התורה שאינו נתון לשינוי על ידי איש, ובודאי שלא על ידי השלטון.
60. **דברים** יז, יח-כ.
61. **סנהדרין** מט, ע"א.

המרחיבה עקרון זה וקובעת כי החלטות השלטון אף הן כפופות להלכה, והחלטה הנוגדת את ההלכה בטלה:

> כתיב כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצונו יומת, יכול אפילו לדברי תורה - תלמוד לומר, רק חזק ואמץ.

דרשה זו נפסקה להלכה ברמב"ם[62] הקובע כי "אם גזר המלך לבטל מצוה שאין שומעין לו"[63]. וביחס לתקנות בני העיר פסק הרמ"א[64] שהן חייבות לעמוד בכללי ההלכה:

> דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד... ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה.

העולה מדברים אלו כי חוק עזר העומד בניגוד להלכה אינו תקף[65], וכמו כן אם יישומו של חוק עזר עומד בסתירה למחוייבות הלכתית אין חובה לקיימו באותה הסיטואציה.

---

62. רמב"ם מלכים, ג, ט; **שו"ת התשב"ץ** א, קנח.
63. מהעובדה שפסוק זה נאמר על ידי הקב"ה ליהושע בן נון היה ניתן להבין כי הדרשה פונה למלך ואוסרת עליו לחוקק חוק הסותר את דין תורה. אולם נראה בגמרא כי עמשא הבין את הדרשה באופן נרחב יותר כהוראה לעם שלא למלא אחר חוק אם ישומו סותר את התורה, גם אם החוק כשלעצמו אין בו סתירה לתורה. לדברי הגמרא הרקע לדרשה זו היא פקודה שקיבל עמשא מדוד לגייס כח צבאי, ועמשא החליט בגין דרשה זו לדחות את ביצוע הפקודה, בשל העובדה שהמגוייסים עסקו באותה העת בתורה, והגיוס היה מבטל אותם מלימודם. במקרה זה פקודתו של דוד לא באה בניגוד כלשהו לתורה ורק ויישומה חייב את ביטולה של התורה, ובכל זאת ראה עמשא את עצמו, ואת ציבור המגוייסים פטור מלמלא את הוראותיו של דוד.
אמנם, מלשון הרמב"ם נראה כי הבין את הדרשה באופן שלישי, לפיו הדרשה עמשא פונה לעם ומורה לו שלא למלא אחר חוק אם החוק נחקק בבסיסו באופן הסותר את התורה. יתכן כי לדעת הרמב"ם עמשא יישם את דרשתו באופן שהרחיב אותה מעבר לתחומה, ואולי בשל כך הרגו יואב, ולמעשה דרשתו נשארה אך הבנתו המרחיבה את הדרשה גם למצב בו פקודה שאינה עומדת בסתירה לתורה תגרום לביטול תורה לא נשארה להלכה. אכן, על פי ההלכה המסורה בידינו היה חייב עמשא לבטל את המגוייסים מתורתם, שכן הצלת מלכות דוד היתה מצוה עוברת שאינה יכולה להיעשות על ידי אחרים, שדוחה לימוד תורה, **רמב"ם** הלכות תלמוד תורה, ג, ד.
64. **שו"ת הרמ"א** עג. באופן דומה פסק ב**שו"ת אגרות משה** חו"מ א, נח, כאשר קבע כי הסכמות של התאגדות פועלים, הדומות במובנים רבים לתקנות הקהל, אינן תקפות כאשר הן מטילות על העובר עליהן סנקציות המנוגדות להלכה. ועיין ב**שו"ת התשב"ץ** ד, חוט המשולש, טור א, נז, שפסק כי לא ניתן להסתמך על קבלת רשיון בניה ולבנות בניגוד לדרישות ההלכה בהלכות שכנים, ועל עצם טענה זו כי מאחר וניתן הרשיון ניתן לפעול בניגוד לדרישות ההלכה "ראוי ללבוש שחורים ולהתכסות שחורים". ובעקבותיו פסק גם **בית הדין לדיני ממונות ירושלים** יב, עמ' רנו.
65. יש להעיר כי המשפט הישראלי קבע כלל הפוך, לפיו חוק עזר דתי אינו תקף וגם אם יש לו תוצאות דתיות הוא חייב להיחקק ממניעים חילוניים טהורים. ראה ע"פ 217/68 **יזראמקס**

אולם יש לציין כי נטיית הראשונים[66] היא שלא לפסול תקנות בעילה זו[67] ולפרש אותן באופן שלא יסתרו את ההלכה.

מסקנות להלכה

- לחוקי העזר העירוניים הבאים להסדיר כללי התנהגות מקובלים ברשות המקומית, את אופן פעולת הרשות המקומית, ואת מערכת היחסים שבין האזרח ובין הרשות המקומית, ישנו תוקף הלכתי כדין תקנות הקהל
- ההלכה העניקה בעבר ומעניקה בהווה סמכות חקיקה לציבור בכל התחומים בהם עוסקים חוקי העזר: איכות הסביבה, נוי העיר, תברואה, בטיחות הציבור, בטחון הציבור, קיום תורה ומצוות, הכנסות אגרות וסדר ציבורי.
- חוקי העזר כמו תקנות הקהל חייבים לעמוד לביקורתו של אדם אוביקטיבי אשר יוודא כי ההחלטה מאוזנת ואינה פוגעת פגיעה שאינה מידתית בזכויות של אחרים. במדינת ישראל המופקד על כך הוא שר הפנים אשר חייב לבחון את חוקי העזר ולבדוק האם בנוסף להיותם סבירים, מאוזנים, מידתיים ושיוויוניים, הם אינם סותרים את האינטרסים של המדינה וחוקיה.
- מבחן הסבירות בו חוקי העזר חייבים לעמוד מורכב משלשה חלקים:
  1. מטרת החוק לשפר את חיי התושבים ולא מניע אחר
  2. החוק אינו פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכויות המיעוט
  3. החוק אינו נוגד את ההלכה שכן חוק עזר העומד בניגוד להלכה אינו תקף. נטיית הראשונים היא שלא לפסול תקנות בעילה זו ולפרשן באופן שלא יסתרו את ההלכה.

בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 343. כללים אלו סותרים מבחינה מהותית שכן על פי ההלכה שמירת הדת היא בוודאי חלק מאחריותם וסמכותם של מנהיגי הציבור, ראו **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** (דפוס פראג) ד, תתקפ: "דבר פשוט הוא רשאין בני העיר להסיע על קיצותן כ"ש במגדר מלתא"; **מרדכי** בבא בתרא, תפא; **הגהת הרמ"א**, שם; **שו"ת הרא"ש** ז, ד; **שולחן ערוך** יו"ד רכח, כט; **ט"ז** שם, מב: "כי הכח והממשלה מן התורה ביד הצבור לעשות גדרים לעבירות"; **פתחי תשובה** חו"מ, קסג, א, בשם ה**משא מלך** ה, א, ג. אולם מבחינה מעשית אין סתירה בין הכללים שכן גם חוק שנחקק ממניעים חילוניים אינו צריך לסתור את ההלכה ועל כן ניתן בהחלט לתת לו תוקף גם על פי ההלכה.

66. ראה **שו"ת הרא"ם** יד, שדן בחרם דרבנו גרשם ומסיק שלא יתכן שתיקן גם במקום שתיבטל מצוה שכן הואיל ואין הדבר בסמכותו לתקן זאת הרי ש"מסתמא לא הסכימו לבטל המצוה". יש להעיר כי גם במקום בו אמרינן שמנהג מבטל הלכה, כגון בענייני מסים, ראה **שו"ת תרומת הדשן** שמב, כתב ב**שו"ת מהריט"ץ** (ישנות), נב, ש"כל מה שאנו יכולים גם כן לפרש המנהג שלא יבטל הדין וההלכה... מפרשינן ליה שלא יחלוק על דין תורה".

67. נטיה דומה תהיה גם לבתי המשפט שלא לפסול חוקי עזר בשל חשד לחוסר סבירות, למעט במקרים קיצוניים על פי השיקולים שתוארו לעיל בפס"ד נחמיאס ופס"ד בונה הנזכר לעיל.

נספח א - הרשות כתאגיד

ההלכה רואה בקהילה המקומית, וכפי שראינו לעיל ברשות המקומית, תאגיד[1] אשר רשאי לבצע כל פעולה משפטית אותה יכול לבצע אדם: לקנות, למכור[2] ולהחכיר[3], לקבל תרומות[4], ללוות ולפרוע[5], להעסיק עובדים[6], לתבוע ולהתבע[7] ולשמור[8].

אולם הגדרתו המשפטית של תאגיד זה מורכבת למדי שכן במקורות ההלכה השונים עולות שתי[9] אפשרויות[10], אשר לכאורה סותרות: בחלק מן המקורות רואה ההלכה את תושבי העיר כשותפות גדולה הן בנכסים והן באופן הפעולה[11], ואילו בחלק אחר של

---

1. כך מוגדרת הרשות המקומית גם בסעיף 7 ל**פקודת העיריות**.
2. **משנה מגילה** פ"ג מ"א.
3. **שולחן ערוך** חו"מ קכו, יז.
4. **רמ"א** או"ח קנג, ז בשם האור זרוע מובא ב**הגהות אשר"י** מגילה, ד, א.
5. **שולחן ערוך** יו"ד קעג, ה .
6. **שולחן ערוך** יו"ד רמה, טו; **שולחן ערוך** חו"מ שלה, א.
7. **שולחן ערוך** חו"מ ד, א.
8. **שולחן ערוך** חו"מ עב, ה.
9. כאמור לעיל החוק הלך באפשרות שלישית ורואה ברשות תאגיד ציבורי הקיים מכחו של החוק אשר סמכויותיו אינן אלא אלו שנתן לה החוק ותו לא. אולם כפי שהוכחנו לעיל, פרק א, גישת ההלכה שונה בתכלית, וזו רואה בקהילה ישות טבעית הקיימת מכח עצמה, ובהנהגת הקהילה הנהגה טבעית השואבת את סמכותה מן הציבור ולא מהחוק.
10. וכפי שמנסחן הרוגוצ'ובר ב**שו"ת צפנת פענח** רלא: "כל דבר שהוא מהציבור יש בזה אריכות אם זה לפרטים של הציבור או להכלל לא להפרטים... אם ציבור יש להפרטים זכות או לא דהוה שם חדש – 'ציבור'". ניסוח חד יותר מנסח הרוגוצ'ובר בחוברת שיצאה לאור בקובנה לפני השואה, ממנה הביא הרב ישכר שלמה טייכטל **שו"ת "ירושת פליטה"** סימן לז (בעל "אם הבנים שמחה". בספר זה מקובצות תשובות של חכמי הונגריה שנרצחו בשואה): "ענין ציבור מה הוא? אם הוא רק כפילת הפרטים כמו למשל קהלה שנקראה צבור שנתהווה מכח רבים היחידים שדרים שם אם כן לא הוי ענין ציבור רק כפילת היחידים שהיחידים שדרים שם השתתפו בדבר מה ונתכפלו כל יחיד ויחיד הרבה פעמים נמצא דבאמת דבעצם דבר לא נשתנו כלל רק בא כפילת היחיד בכלל אחד או דלמא ע"י השתתפותם יחד באמת נשתנה עצם הדבר ואותם רבים לא הווין אותן היחידים כשהן בפרטיות כלל וכלל". הרוגוצובר משווה את ההבדל בין שותפות לציבור להבדל שבין תערובת, לתרכובת כימית. מסקנתו היא כי ציבור מעמדו כ"תרכובת שכן "ציבור נתעלו ברוחניות עד שאינם היחידים שהיו בפרטות".
11. **הגדרת השותפות -** בהלכות שותפים אנו מוצאים שני סוגים של שותפויות: שותפות בנכס, בה לכל אחד מהשותפים חלק בנכס כחלקו היחסי בשותפות, ושותפות ברווחים מפעולות שתעשה השותפות בה הצדדים אינם שותפים בשום נכס ספציפי אלא שכל רווח שיגיע כתוצאה מפעולה של אחד השותפים או שלוחם יתחלק בין השותפים כפי חלקם היחסי בשותפות.

הרמב"ם שותפין ד, א; **שולחן ערוך** חו"מ קעו א-ב, אמנם סבור כי מהותית לא ניתן ליצור אלא שותפות בנכסים שכן לא ניתן ליצור שותפות אלא באמצעות קנין בו קונה כל אחד מהשותפים חלק בנכסים, אולם לדעת ראשונים רבים, אשר יפורטו להלן, **רמ"א** שם, ג, ניתן

המקורות רואה ההלכה בתושבי העיר[12] ישות משפטית עצמאית בשם "ציבור" שאינה פועלת לפי כללי השותפות הרגילים. ניתן לכך מספר דוגמאות:

המשנה במסכת נדרים[13] מתייחסת לאנשים שאסרו על עצמם ליהנות זה מזה, ומגדירה באלו נכסים ציבוריים מותר ואסור להם להשתמש:

> הריני עליך חרם - המודר אסור; הרי את עלי חרם - הנודר אסור. הריני עליך ואת עלי - שניהם אסורין, ושניהם מותרין בדבר של עולי בבל, ואסורים בדבר של אותה העיר. ואיזהו דבר של עולי בבל? כגון הר הבית, והעזרות, והבור שבאמצע הדרך; ואיזהו דבר של אותה העיר? כגון הרחבה, והמרחץ, ובית הכנסת, והתיבה, והספרים.

כלומר כאשר אדם נודר הנאה מחברו מותר לו להשתמש בנכסים המיועדים לכלל ישראל אך אסור לו להשתמש בנכסים הציבוריים של אותה העיר בה מתגורר האדם ממנו הוא מודר הנאה, הואיל ויש לו חלק בכל אחד מן הנכסים הציבוריים. הבדל זה מבואר בתוספות[14]:

ליצור שותפות גם ברווחים שיתקבלו מפעילות משותפת וזאת או בשל העובדה שהקנין אינו מהותי לשם יצירת השותפות, רבנו תם **במרדכי** בבא קמא, קעט; מהר"ם **במרדכי** שם, קעו, או בשל העובדה ששותפות מסוג זה למעשה הופכת כל אחד מהשותפים לעובד של חברו, **רמב"ן** בבא בתרא ט, ע"א; **ר"ן** בבא בתרא שם; **נימוקי יוסף** בבא בתרא ו ע"ב מדפי הרי"ף, או בשל העובדה שהשותפים משעבדים באמצעות הקנין זה את זה בשעבוד הגוף, **ראב"ד** שותפין ד, ב. למעשה פסק **נתיבות המשפט** קעו, ה, כי אם נעשה קנין נוצר שעבוד הגוף, כדעת הראב"ד, ואם לא נעשה קנין נעשו שכירים זה לזה, כדעת הרמב"ן. נפקא מינה למחלוקת זו תהיה אם יבקשו הצדדים לפרק את השותפות.

12. **מעמדו המשפטי של כלל ישראל**
בדברים למעלה התמקדנו בהגדרתם של יושבי העיר כציבור. אולם המושג "ציבור" ביחס לכלל ישראל עמוק יותר. הוא עולה ממספר הלכות הרואות בכלל ישראל ישות משפטית מוגדרת, ובנכסיו - נכסים ציבוריים השייכים לאותה ישות הציבורית, ולא רק נכסים המשותפים לכלל היהודים באשר הם.
לדוגמא, במסכת **הוריות** ו, ע"א, פוסקת התוספתא כי ניתן להקריב פר העלם דבר של ציבור גם אם חלק מהציבור נפטר בין זמן הפרשת הפר ובין זמן הקרבתו ואין בכך דין חטאת שמתו בעליה הואיל ו"אין ציבור מתים", זאת בניגוד לבי"ד שהתחייב בקרבן שאם מת אחד מבית הדין אין החטאת קרבה הואיל וזהו מעין קרבן שותפין, והחטאת הרי היא חטאת שמתו בעליה, ראו **רש"י** שם ד"ה מת אחד מבית דין.
דוגמא נוספת: הרוגוצ'ובר, **שו"ת צפנת פענח**, רלא, מוכיח את היות הציבור ישות חדשה בה לא נותר שריד לבעלות הפרט, מה**משנה שקלים** פ"א, מ"ד, שמכריעה כי הכהנים אינם פטורים מלשקול שקליהם, ודוחה את סברת בן בוכרי שביקש לפטור את הכהנים בטענה כי שותפותם במנחות הציבור אוסרת את המנחות באכילה כמנחת כהן. דחיה זו, טוען הרוגוצ'ובר מוכיחה כי לא נותר כל רושם לבעלות הפרטית בנכסי הציבור שכן הציבור הינו ישות נפרדת. כן ראו **רמב"ן** על התורה ויקרא א, ב, שמבחין אף הוא בין קרבן שותפין ובין קרבן ציבור.

13. **נדרים** מח ע"א.

14. **תוספות** נדרים מח ע"א, ד"ה מותרים.

מותרים בדברים של עולי בבל - לפי שהפקירוהו[15] לכל ישראל ולא נתנוהו להם להיות שותפין בו לענין שיוכל האחד לאסור חלק חבירו. אסורים בדברים של אותה העיר - שהם דרים בה שהן שותפין וזה אסור מפני חלקו של זה.

---

15. **מעמד נכסי כלל ישראל**
בענין נכסי עולי בבל שמותרים בו נחלקו הראשונים במחלוקת עקרונית המגדירה את אופי בעלות כלל ישראל על רכושו ואת מעמדו של היחיד מישראל ברכוש זה:
לדעת **התוספות** הנזכר בהערה לעיל, מעמד נכסים אלו כהפקר שכן מי שבנה אותם עשה זאת עבור כל ישראל ומכיוון שכלל ישראל אינו גוף משפטי שניתן להקנות לו נכסים, הרי שהעברת הנכס לרשות כלל ישראל משמעותה המשפטית היא הפקר. הבעייתיות בשיטה זו היא היותה שוללת את מעמדו המשפטי של כלל ישראל.
את בעיה זו בא לפתור רבי נתן בן יוסף (הרנב"י תלמיד הרמב"ן), **שיטה מקובצת** נדרים מז, ע"ב, ד"ה מתניתין. לדעתו הציבור הינו ישות משפטית מובחנת ונכסים אלו נמצאים בבעלות ציבורית של כלל ישראל. לכל אדם יש אמנם חלק בציבור אך אין לו מעמד של שותף, ולו שותף זוטר בנכסי הציבור. הרנב"י משווה בעלות זו לבעלות ההקדש וז"ל: "ודברים אלו של כל ישראל הם. ואף על פי שיש בהן חלק לנודרים לא מיקרו נכסים דידהו הואיל ולכל ישראל חלק בהם אלא הרי הן כאלו הן של הקדש". כמובן שרנב"י לא התכוון לומר שנכסים אלו הינם נכסי הקדש שכן בנכסי הקדש אסור לאף אחד להשתמש אלא שאופי הבעלות של כל ישראל דומה לאופי הבעלות של הקב"ה – ישות משפטית עצמאית בעלת יכולת ביצוע פעולת משפטיות שאינה שייכת לאדם בודד או לשותפות של מספר אנשים בודדים.
גישה שלישית עולה מדברי **הרמב"ם** נדרים ז, ב: "ומותרין בדברים שהם בשותפות כל ישראל, כגון הר הבית (והלשכות) והעזרות והבאר שבאמצע הדרך, ואסורין בדברים שהם בשותפות כל אנשי העיר...". הרמב"ם רואה בבעלות כלל ישראל שותפות ממש כמו שותפות בני העיר. לשיטתו עולה השאלה מנין נובע ההבדל שקיים בין נכסי בני העיר לנכסי כלל ישראל ביחס לזכותו של היחיד ברכוש זה? על שאלה זו עונה הרמב"ם במקום אחר, **פירוש המשניות לרמב"ם** נדרים, פרק ה מ"ד: "שאלו אף על פי שבונין אותן ומוציאין עליהן מממון כל ישראל ויש לכל אחד מהם בהן קנין אלא שהוא מועט מאד אין חוששין לו". כלומר אכן, אין הבדל מהותי בין בעלות כלל ישראל לבעלות תושבי העיר. לשתיהן יש מעמד של שותפות אלא שכאשר מדובר בכלל ישראל חלקו של היחיד בנכסי הכלל שואף לאפס ולכן יש להתעלם מבעלותו בעוד בנכסי העיר חלקו של היחיד ניכר יותר ויש להתחשב בבעלותו היחסית על הנכסים המשותפים. כך כותב גם המאירי, **בית הבחירה** נדרים, שם: "עולי בבבל...אף על פי שנבנו ונעשה ההוצאה מכלל ישראל ולכל אחד מהם בם חלק אבל החלק הוא מעט מזער אין לחוש עליו...דבר המשותף לאנשי אותה העיר לבד כגון רחבות שבעיר ומרחצאות ובית הכנסת ותיבה וספרים שכל אלו חלק שבהם אינו מועט כל כך וראוי לחוש בו".
לאור דברי הרמב"ם והמאירי יש מקום להסתפק במעמדה של עיר גדולה מאד, בת מליוני תושבים, הרבה יותר מכל עולי בבל, ואולי כל בני העם היהודי בזמן שיבת ציון. האם העובדה שהחלק היחסי הינו קטן ביותר חזר דין נכסי העיר להיות דין נכסי עולי בבל. או שמא קיים הבדל יסודי בין רכוש עירוני ובין רכוש השייך לכלל ישראל שכן אנשי העיר, גדולה ככל שיהיו מוגדרים ביותר ועל כן חלקו היחסי של כל אחד ידוע במדויק גם אם הוא קטן ביותר, וזאת בניגוד לרכוש של כלל ישראל שמספר השותפים כלל אינו ידוע.

כלומר נכסי הציבור נחשבים כנכסים משותפים[16] במובן הפשוט של המושג, הרואה בכל אחד מתושבי העיר כבעלים של חלקו היחסי ברכוש המשותף.

מקור נוסף ממנו ניתן ללמוד כי נכסים המשותפים לבני המקום מעמדם כנכס של שותפים נמצא במסכת מגילה[17]. המשנה מתירה לבני העיר למכור את בית הכנסת שלהם ולהפקיע בכך את קדושתו. ועל כך מוסיפה הגמרא את ההסתייגות הבאה :

> לא שנו אלא בית הכנסת של כפרים, אבל בית הכנסת של כרכין, כיון דמעלמא אתו ליה - לא מצו מזבני ליה, דהוה ליה דרבים.

בראשונים מובאים שלשה הסברים לאופן בו הפך להיות בית הכנסת של כרכים להיות של הרבים באופן שלבני העיר אין יכולת למכרו:

לדעת **הרא"ש**[18], בית כנסת של כרכים נבנה מתרומות חיצוניות ולכן הוא שייך לתורמים נוספים שאינם מבני העיר. לפיכך אין בני העיר יכולים למכור רכוש שאינו שלהם. הסבר זה מניח כי בית הכנסת שייך לתורמים לו ההופכים להיות שותפים בו כפי חלקם היחסי[19].

הרחבה נוספת של שיטה זו מאפשרת להבין את סברת הפוסקים המתירים קניית מניות של חברות מלוות בריבית ומחללות שבת בנימוק כי מספר המניות המועט שאינו מקנה כל השפעה על אופן פעולת החברה, אינו מקנה לבעל המניות מעמד של שותף בחברה מחללת שבת, לא מגדיר את העובדים בשבת כעובדיו, ולא את הרווח המופק מעבודתם כרווחיו. אולם כפי שאמרנו הרחבה זו אינה הכרחית ולענ"ד אף אינה מסתברת.

הסבר הפוך לחלוטין לדברי הרמב"ם מספק הרב יששכר טיכטל, **ירושת פליטה**, לז. בנכס ציבורי, יהיה הציבור עיר או כלל ישראל, אין לפרט כל בעלות כשותף ולכל היותר יש לו זכות שימוש. זכות השימוש די בה בכדי לאפשר לבעליה לאסור את השימוש על אחרים, אך רק אם היא משמעותית דיה. לפיכך בנכס של בני העיר, בו זכות השימוש ניכרת ומשמעותית רשאי היחיד לאסור את חלקו על אחרים בעוד בנכס של עולי בבל , בו זכות השימוש שואפת לאפס אין היחיד יכול לאסור את השימוש בנכס כולו על אחרים. גישה זו אינה מוכחת מן הגמרות והראשונים שכן כל ההוכחות לכך שלציבור ישנה ישות משפטית עצמאית המובחנת משותפות מתייחסות כולן לבעלות כלל ישראל, ועיין **בשו"ת מנחת יצחק** ג, א, יח, שדחה סברתו.

16. על פי עקרון זה מסביר **רש"י** ביומא יב, ע"א ד"ה דכפרים, מדוע הגמרא מעלה הוא אמינא, לפיה בית כנסת של כפרים מיטמא בנגעים מכיוון ש"הרי הוא כבית השותפין", בניגוד לבית כנסת של כרכים שאינו מיטמא בנגעים.
17. **מגילה** כו ע"א.
18. **תוספות הרא"ש** מגילה כו ע"א. הסבר זה מקורו **בירושלמי מגילה** פרק ג ה"א: "ר' שמואל בר נחמן בשם ר' יונתן הדא דאת אמר בבית הכנסת של יחיד אבל בבית הכנסת של רבים אסור אני אומר אחד מסוף העולם קנוי בו".
19. לפי הסבר זה אין הבדל מהותי בין בית כנסת של כפרים לבית כנסת של כרכים אלא שבזה האחרון קיימים בעלים נוספים שלא ניתן להשיגם. על פי זה מסיק **הרשב"א** מגילה כו ע"א ד"ה אבל, כי אם יבדקו המקורות הכספיים להקמת בית הכנסת, ויתברר כי אין מקורות מחוץ ליושבי העיר חזר דינו להיות בית כנסת של כפרים.

לדעת **הרמב"ם**[20], בית הכנסת של כרכים נבנה אמנם מכספי התושבים במקום אך יועד עבור כל הבאים לעיר, ובכך הפך הוא לרכוש כלל ישראל שאין בני העיר רשאים למכרו. גם לדעת **התוספות**[21], בית הכנסת של כרכים נבנה רק מכספי התושבים והפך להיות "של רבים" בשל החלטת הבונים אותו, אלא שלדעת התוספות לא נעשתה כאן פעולה קנינית של העברת הנכס לרשות כלל ישראל[22], וזה נשאר ברשות בני העיר כשותפים, אלא שאלו יעדו את בית הכנסת לשם כלל ישראל, ובכך הקנו לו קדושה בדרגה גבוהה יותר שאינה מאפשרת את מכירתו. על פי זה מסיק המאירי כי ככל שותפות ניתן לפרק גם שותפות זו על ידי הגדרת חלקו של כל אחד מהתורמים מבני העיר.

הצד השווה לכל דעות הראשונים הוא כי נכס השייך לתושבי המקום מעמדו כנכס של שותפים על כל המשתמע[23]. בני העיר רשאים להגדיר יעדים לשותפות זו, או לפרקה לפי שיקול דעתם, וזאת תוך הבחנה מנכס השייך לכלל ישראל אותו לא יכולים בני העיר למכור או להפקיע מקדושתו. כמובן שזו אינה שותפות רגילה שכן חלקו של כל אחד מבני הקהילה אינו מוגדר[24] אולם אין הדבר גורע מהיותה שותפות כלכלית לכל דבר וענין.

מכל המקורות שראינו עד כה עולה כי נכסי בני העיר דינם כנכסי השותפים, ואין לראותם כשייכים לישות משפטית עצמאית מובחנת. אולם אין להסיק מכאן בהכרח כי יש לראות בבני העיר שותפים ותו לא. הגדרת כלל התושבים כשותפים בלבד, היתה מחייבת להחיל עליהם את כל אותן ההלכות הנוגעות לאנשים פרטיים, כפי שהלכות אלו חלות על כל שותפות בין שני אנשים: צירוף אנשים לחברות בקהילת בני העיר היה צריך להיות כרוך בקנין כפי שכל צירוף שותפים חדשים מחייב ביצוע קנין[25], התחייבות של בני העיר היתה

---

20. **רמב"ם** תפילה יא, טז: "בית הכנסת של כרכין הואיל ועל דעת כל אנשי העולם נעשה שיבוא ויתפלל בו כל הבא אל המדינה נעשה של כל ישראל ואין מוכרין אותו לעולם".
21. **תוספות** מגילה כו ע"א ד"ה כיון: "כיון שרוב בני אדם רגילים ללכת שם להתפלל אף על פי שאין נותנים כלום בבנינו מכל מקום כיון דלדעת אותן רבים נעשה חמורה קדושתו ואינן יכולין למוכרו". בכיוון זה הלכו גם **הרשב"א**, שם; מאירי, **בית הבחירה**, שם.
22. יש להעיר כי לדעת **הרשב"א**, הנזכר בהערה לעיל, הרמב"ם והתוספות אמרו דבר אחד וכוונתם לומר כי בעלות כלל ישראל מעמדה הוא כהקדש.
23. כפי שהבאנו לעיל לדעת הרב ישכר טיכטל, בני העיר נחשבים כישות משפטית עצמאית, ונכסי הציבור נמצאים ברשות ישות זו, ואינם כנכסי שותפות ואין לחלק בין נכסי כלל ישראל ובין נכסי בני העיר.
24. לעובדה זו ישנה משמעות לענין טומאת נגעים שלמסקנת הגמרא חלה בבית השותפים ואינה חלה בבית כנסת של כפרים, **יומא** יב ע"א. ומבאר **הרש"ש** שם, יא, ע"ב, שיש לחלק בין נכס הנמצא בשותפות הניתנת לחלוקה ולהסדרת שימוש של כל אחד מהשותפים בפני עצמו, בו חל דין טומאת נגעים, ובין בית כנסת של כפרים, על אף שדינו כבית השותפים, שיכול כל אחד לאסור את חלקו על חברו, אין חלקו מבורר, או ניתן לבירור, ולפיכך אין בבית זה מישהו שניתן לומר עליו כי "לו הבית". וראה **בפסקי דין רבניים**, ז, עמ' 114, הדן במעמדו המשפטי של בית כנסת.
25. **רמב"ם** שותפין ד, א; **שולחן ערוך** חו"מ, קעו א-ב; נתיבות המשפט שם, ג.

צריכה לחייב ביצוע פעולת קנין כשם שהשותפים, כמו כל אדם מתחייבים כלפי צד שלישי רק באמצעות קנין[26], כמו כן היו בני העיר מוגבלים בהיקף התחיבויותיהם כמו שותפים ולא היו יכולים להתחייב התחייבויות עתידיות מותנות, המוגדרות בהלכה בשם אסמכתא[27] ובוודאי שלא היו יכולים לחייב בהחלטותיהם מי שעדיין אינו חלק מהשותפות, ובוודאי שלא את מי שעדיין לא נולד[28].

אולם, בחינה של הכללים הנוהגים ביחס לציבור מראה כי חלים עליו מספר[29] כללים משפטיים[30] השונים לחלוטין מן הכללים החלים בשותפות: לדעת מרבית הראשונים[31] ציבור אינו צריך קניין על פעולותיו שכן החלטותיו סופיות ואין בהן חסרון בגמירות דעת. מאותה הסיבה ציבור יכול להתחייב התחייבויות עתידיות מותנות המוגדרות כאסמכתא[32]. כמו כן החלטות הציבור מחייבות גם את מי שעוד לא הצטרף לציבור, או את מי שלא נולד בשעה שבה נתקבלו ההחלטות[33] שכן הציבור הינו ישות הכוללת את כל תושבי המקום בעבר, בהווה, ובעתיד.

תמונת המצב המתקבלת מכלל המקורות אותם ראינו היא כי נכסי הקהילה, בני העיר, הציבור או כל שם אחר שנקרא לכלל התושבים במקום מסויים, מעמדם כנכסי השותפים, ולכל אחד מתושבי העיר ישנו מעמד כשל שותף. מאידך, העיר, על כלל תושביה, הינה גוף עצמאי ומובחן מבחינה משפטית, הנקרא ציבור, אשר פרטיו בכל רגע נתון יכולים להשתנות ולהתחלף אך עצם קיומו של גוף זה נשאר כשהיה[34].

---

26. **שולחן ערוך** חו"מ, קפט, א.
27. **שולחן ערוך** רז, א.
28. **שולחן ערוך** חו"מ רי, א.
29. למותר לציין כי באופן כללי כפוף הציבור לכלל דיני הממונות שבתורה וכי "רבים גזלנים נינהו?" **בבא בתרא** ק ע"א; **רמ"א** חו"מ ד. רק במצוות הדורשות בעלות של אדם מסויים תלויה מידת חיובו בשאלת הגדרת הבעלות כשותפות או כישות משפטית עצמאית ואם נניח כי אין זו שותפות הרי שציבור יהיה פטור ממצוות אלו, וראו **ערוך השולחן** או"ח תלג, יב, שסבר כי בבית כנסת אין מי שעובר בבל יראה שכן אין על החמץ הנמצא בו בעלות מסויימת. כן ראו **שו"ת מנחת יצחק** י, ק, שנסתפק האם ישיבה המחזיקה באתון חייבת בפדיון פטר חמור.
30. יש לציין, את המובן מאליו, כי הציבור אינו פטור משמירה על כל איסורי התורה ולכן, לדוגמא, הוא אינו רשאי ללוות בריבית, **מגילה** כז ע"ב; **רמ"א** שולחן ערוך יו"ד קס, כב. יתר על כן, ישנן מצוות בהן רק הציבור חייב ואין כאן המקום להרחיב האם ובאיזו מידה הוא חייב בקיומן של מצוות המחייבות את האדם היחיד.
31. תשובת מהר"ם **במרדכי**, בבא מציעא תנז-תנח; **שולחן ערוך** חו"מ רד, ט; **רמ"א** חו"מ קסג, ו.
32. **שו"ת המבי"ט** ג, רכח.
33. **שו"ת הרשב"א** ג, תיא; **שו"ת מים-עמוקים** סג.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מבאר כי יש להבין את מעמדם של בני העיר, כציבור או כשותפין באופן שונה.

34. **תאגיד ציבורי ותאגיד פרטי – מעמדה של חברה בע"מ**
דומה הדבר במובנים מסויימים לאופן בו יגדיר המשפט הישראלי והבינלאומי את המושג:

מצב מורכב זה הוא שהוביל למחלוקת הראשונים אותה ראינו בפרק הראשון: לדעת הראב"ה, הקהילה, תושבי העיר, מהווה ישות משפטית חדשה אותה נכנה בשם 'ציבור', אלא שבין שאר פעולותיה של אותה הישות, היא גם מנהלת נכסים המשותפים לחבריה בשותפות כלכלית מסויימת[35]. שותפות כלכלית זו אינה מגדירה את מהותה של הקהילה הרחבה כשותפות גרידא. היטיב להגדיר זאת הרב משה עמיאל[36]:

> ההבדל שבין גדר שותפות לגדר ציבורי...הבדל איכותי יש בכאן והמושג דבר ציבורי הוא מכלל לפרט, כלומר, דהדבר שייך להכלל בתור סוג ומהות בפני עצמו ורק ממילא כיון דכל אחד היא פרט בהכלל יש לו זכות בהשייך לכלל.

המשמעות העקרונית של עמדה זו היא יכולת תושבי העיר לקבל החלטות על פי רוב. לדעת הראב"ה[37] היות והציבור הינו גוף עצמאי הרי שגוף זה אמור להיות מסוגל לקבל

חברה בע"מ, כישות משפטית בעלת קיום נצחי (עד שתפורק), לה זכויות, חובות ונכסים, אשר התחיבויותיה מחייבות רק את נכסיה ולא את נכסי בעלי המניות שלה, וזאת בניגוד לשותפות בה התחיבויות השותפות הינן התחייבויות אישיות של בעלי השותפות אשר קיומה אינו אלא כל עוד השותפים בחיים, ומעוניינים להמשיך את השותפות ביניהם.

רבות נכתב בדבר מעמדה ההלכתי של חברה בע"מ. האם היא ישות משפטית נפרדת, כתפיסת החוק או שאינה אלא שותפות בה השותפים הגבילו את מידת אחריותם למעשי השותפות, הגבלה שהתקבלה על דעת כל העוסקים עם החברה. ראה ב**פסקי דין רבניים** י עמ' 273 ואילך דעת הרב שלמה דיכובסקי ודיינים אחרים. סקירה נרחבת במאמרים הבאים: הרבנים ישראל בן שחר ויאיר הס, ריבית בתאגידים, **כתר א** עמ' 250-242; הרב שמחה מירון מעמד החברה בע"מ במשפט העברי, **סיני** נט עמ' רכח ואילך; הרב יעקב פרבשטיין, גדרי חברה בע"מ לדיני ממונות, **ישורון** כ עמ' תקעו; הרב אשר וייס, האם חברה בע"מ היא גוף משפטי עצמאי?, **תחומין** לג, עמ' 30; הרבנים אלעזר גולדשטיין ועדו רכניץ '**מעמדה המשפטי של חברה בע"מ' נייר עמדה מספר 12**, מכון משפטי ארץ. ישנם מקומות נוספים בהן נידונות השלכות משפטיות הנוגעות לדיני החברות על פי ההלכה: הרב סיני לוי, חבותה של חברה בע"מ כלפי צד שלישי, **תחומין** כו עמ' 169-262; הרב יועזר אריאל, הפרת חוזה על ידי חברה בע"מ, **תחומין** כו עמ' 161-357; בספרי, **דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**, כתר י, עמ' 177, נידונה חבותה של החברה למילוי התחייבויות נציגיה שחרגו מסמכותם.

יש מן הפוסקים אשר בנסיון להגדיר את מעמדה של חברה בע"מ השוו אותה למעמדו של הציבור בהלכה ראו **שו"ת מנחת יצחק** ג, א; הרב שמעיה אליעזר דייכובסקי, **נאות דשא**, א, עמ' מ-נו. תוך כדי ההשוואה מתחבטים הפוסקים מהו מעמדו של הציבור על מנת להשוות לו את החברה בע"מ אולם על כל פנים אין כל השפעה לאופן הגדרתה של החברה בע"מ שהינו מושג חדש הטעון הגדרה הלכתית, על האופן בו נגדיר את מעמדו של הציבור, מושג הקיים מדורי דורות.

35. וראו הרב נפתלי בר אילן, הקיבוץ כשותפות וכקהילה בהלכה, **תחומין א**, עמ' 414; החלטות קהל בעיר ובקיבוץ, **תחומין יא**, עמ' 73.

36. הרב משה עמיאל, **דרכי משה**, דרך הקודש, שמעתתא ה, י.

37. **במרדכי** בבא-בתרא, תפב; **ריטב"א** עבודה זרה לו ע"א בשם רבו, הרא"ה: "כל תקנה שרוב הציבור... הסכימו בה, אע"פ שהמיעוט עומדים וצווחים הרי הם חייבים במה שהסכימו הרוב

החלטות גם כאשר חלק ממנו מתנגד להן, כשם שאדם פרטי מקבל החלטות שאינו שלם עימן באופן מלא ובלשונו של הראב"ה:

> חלה הגזירה בהסכמת הרוב אף על פי שאין מיעוט יכולין לקבלה.

לעומתו סבר רבנו תם[38] כי תושבי העיר אינם אלא שותפים לכל דבר וענין. אלא שבנוסף לעובדה שמדובר בשותפות שאינה מוגדרת, זוהי גם שותפות שאינה נתונה לבחירה, שכן כל אחד מיושבי העיר נעשה שותף מעצם היותו תושב העיר וכלשונו של הרש"ר הירש[39]:

> קהלה אחת דין שותפין להם, היינו לדון על עניני המס והערכה והזכות והשבועה וכיוצא שביניהם, אבל יסוד ומקור חבורתם יחדו ודאי חזק ועדיף מתורת השותפים. מקור השותפות הסכמה רצונית ומקור חבורת הצבור הוא חיוב הכרחי.

עובדה זו מתבטאת בהרחבת השותפות ללא קנין, ובהחלת פעולותיה גם על מי שעדיין לא בא בשערי העיר, אולם בסופו של דבר זוהי שותפות וככזו כל החלטה בה מחייבת את הסכמת כל השותפים – תושבי העיר.

מסקנות להלכה

- ההלכה רואה ברשות המקומית, תאגיד אשר רשאי לבצע כל פעולה משפטית אותה יכול לבצע אדם: לקנות, למכור ולהחכיר, לקבל תרומות, ללוות ולפרוע, להעסיק עובדים, לתבוע ולהתבע ולשמור.
- על אף היותר הרשות המקומית גוף משפטי מופשט עצמאי ומובחן, נכסי הרשות המקומית, מעמדם המשפטי כנכסי שותפים, ולכל אחד מתושבי העיר בכל רגע נתון ישנו מעמד של שותף מוגבל בנכסים אלו.
- נכסים השייכים לעם היהודי בכללותו מעמדם שונה. הבעלות עליהם הינה לכלל ישראל בלבד, שהוא גוף משפטי מופשט, ואין הם נחשבים נכסים משותפים לכלל היהודים באשר הם.

ובלבד שיהיה נראה לרוב ההוא דיש בגזירה ההיא תקנה לציבור, ומתקנים כן על הכל בשווה".

38. כפי שהובאה **במרדכי**, בבא-בתרא, תפ.
39. אגרות מאת הרב ש"ר הירש, **המעין** כט, א, תשרי תשמ"ט, עמ' 23-24.

נספח ב - מעמדם ההלכתי של חוקי מדינת ישראל

פתיחה

בהגדרת מעמדם ההלכתי של חוקי מדינת ישראל בכלל נכתב רבות[1]. הואיל וספר זה עוסק רבות במערכת היחסים שבין האזרח והשלטון איננו יכולים שלא לקבוע עמדה ברורה בנוגע לשאלה זו, גם אם בדברים הבאים תהיה חזרה מסויימת על שנכתב במקומות אחרים. עמדתנו עליה אנו חוזרים פעמים רבות במסגרת ספרנו היא כי חוקי מדינת ישראל מחייבים גם על פי ההלכה. במסגרת נספח זה נבקש לבסס עמדה זו. כמו כן נבקש למפות את התחומים בהם עמדה זו מבוססת ויציבה ובאלו תחומים עמדה זו מבוססת פחות או תלויה במשתנים נוספים. בנוסף נבקש לבחון את מעמדן ההלכתי של פסיקות בתי המשפט העליון אשר מבחינה חוקית מחייבות את יתר רשויות המדינה כחוק הכתוב עצמו. לסיום נבקש לבחון שאלה הנוגעת לרבים בין היתר ביחס לחוקי התכנון והבניה, והיא, מהי חובת הציות לחוק. מתוך הנחה שלחוק ישנו תוקף הלכתי, נבחן האם יהודי שומר תורה ומצוות מחוייב לציית לחוק כמו כל אזרח אחר או שחובת הציות הפכה להיות חובה דתית.

הגמרא קובעת בכמה מקומות בתור כלל שעליו אין חולק כי 'דינא דמלכותא דינא'[2] ובעקבותיה כלל זה אומץ להלכה על ידי כל הפוסקים.[3] אולם בגמרא לא מבואר מהו היסוד ההלכתי ומהי הסברא שעליהם מסתמך כלל זה. על שאלה זו נתנו הפוסקים שתי תשובות עקרוניות. אולם לפני שנביא אותן ננסה ולהתחקות אחרי המקורות היסודיים ביותר החל מדברי התורה דרך דברי הנביאים ועד דברי הראשונים והפוסקים האחרונים.

פרשת המלך ויסודותיה

כאשר עם ישראל דורש להם מלך עומד הנביא שמואל ומזהיר את העם. בכלל דבריו מציג הוא להם את מעשיו של המלך[4]:

וַיֹּאמֶר זֶה יִהְיֶה מִשְׁפַּט הַמֶּלֶךְ אֲשֶׁר יִמְלֹךְ עֲלֵיכֶם אֶת בְּנֵיכֶם יִקַּח וְשָׂם לו בְּמֶרְכַּבְתּוֹ וּבְפָרָשָׁיו וְרָצוּ לִפְנֵי מֶרְכַּבְתּוֹ: וְלָשׂוּם לו שָׂרֵי אֲלָפִים וְשָׂרֵי חֲמִשִּׁים וְלַחֲרֹשׁ חֲרִישׁו וְלִקְצֹר קְצִירו וְלַעֲשׂוֹת כְּלֵי מִלְחַמְתּוֹ וּכְלֵי רִכְבּוֹ: וְאֶת בְּנוֹתֵיכֶם יִקַּח לְרַקָּחוֹת וּלְטַבָּחוֹת וּלְאֹפוֹת: וְאֶת שְׂדוֹתֵיכֶם וְאֶת כַּרְמֵיכֶם וְזֵיתֵיכֶם הַטּוֹבִים יִקַּח וְנָתַן לַעֲבָדָיו: וְזַרְעֵיכֶם וְכַרְמֵיכֶם

---

1. בין השאר ראו הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס, **כתר א** עמוד 341 ואילך; הרב ארי דבנר והרב יואל דומב **כתר ט** חלק א; פרופ' אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** טז-יז, עמ' 417.
2. **בבא בתרא** נד, ע"ב; **נדרים** כח, ע"א, ועוד.
3. **שולחן ערוך** חו"מ שסט ב, ז-ט. ועיינו **בריטב"א** נדרים כח, ע"א, ד"ה גמרא, שכתב שלא מצינו שום חולק על הלכה זו.
4. **שמואל א** ח יא-יז.

יַעְשֹׂר וְנָתַן לְסָרִיסָיו וְלַעֲבָדָיו: וְאֶת עֲבָדֵיכֶם וְאֶת שִׁפְחֹתֵיכֶם וְאֶת בַּחוּרֵיכֶם הַטּוֹבִים וְאֶת חֲמוֹרֵיכֶם יִקַּח וְעָשָׂה לִמְלַאכְתּוֹ: צֹאנְכֶם יַעְשֹׂר וְאַתֶּם תִּהְיוּ לוֹ לַעֲבָדִים:.

נחלקו התנאים והאמוראים בשאלה האם מדובר בנאום הזהרה מפני מלך אשר ינצל את מעמדו וינהג שלא כדין או בנאום המשקף לעם ישראל את סמכויותיו של המלך כפי שההלכה מעניקה לו[5]:

אמר רב יהודה אמר שמואל: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. רב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם, שנאמר שום תשים עליך מלך - שתהא אימתו עליך.

כתנאי, **רבי יוסי** אומר: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו, **רבי יהודה** אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם, שנאמר שום תשים עליך מלך - שתהא אימתו עליך.

רבי יהודה נתלה בדברי התורה המפורשים "שום תשים עליך מלך" אותם הוא מפרש כתוצאה וכעונש איום והזהרה מפני אימתו של המלך לפיהם העם יאלץ לספוג את הפחד מהמלך. אולם בברייתא לא מבואר כיצד מפרש רבי יוסי את דברי התורה הללו. אפשרות שעשויה להתאים לדעתו מופיעה בירושלמי[6]:

ר' חזקיה הוה מהלך באורחא פגע ביה חד כותי א"ל ר' את הוא רבהון דיהודאי. א"ל אין. א"ל חמי מה כתיב שום תשים עליך מלך אשים אין כתיב אלא תשים דאת שוי עלך (קרבן העדה: "לא כתיב אשים אלא תשים אתה תקבל אותו לך למלך").

כלומר לדעת רבי יוסי דברי התורה "שום תשים עליך מלך" אינם איום לפיו העם יאלץ לספוג את פחד המלך אלא שהעם יבחר לקבל על עצמו את המלך. לדעת הגר"א[7] זוהי משמעות המושג 'מלך':

מלך נקרא מי שממנים אותו ברצון העם והוא נגזר מלשון המלכה שמתייעצין למנות את זה עליהם למלך.

יתכן ובמחלוקת תנאים זו נעוצים שני מקורות סמכות של המלך. לדעת רבי יוסי מקור סמכותו של המלך הוא מכח העם ואילו לדעת רבי יהודה מקור סמכותו של המלך הוא עצמתו וכוחו לממש את הוראותיו. ננסה להרחיב בכל אחד מיסודות אלו.

---

5. **סנהדרין** כ, ע"ב.
6. **ירושלמי סנהדרין** פרק ב ה"ו. דברים דומים מופיעים במדרש **פרקי דרבי אליעזר**, "חורב" י: "אם אין עם ממליכים את המלך הוא ממליך עצמו?".
7. **קול אליהו** בראשית לז ח. וכן כתב **אור החיים** דברים, לג ה: "שהוויית המלך בישראל צריך שתהיה בהתאסף ראשי עם יחד, כאומרם ז"ל, תוספתא סנהדרין פ"ג, אין ממנין מלך אלא על פי בית דין של ע"א, והוא שנתכוון במאמר ראשי עם, ובאומרו יחד שבטי ישראל שצריך שיהיו ציבור מרוצים ממנו".

סמכות המלך מכח העם

לפי דעת רבי יוסי שמקור סמכותו של המלך הוא מכח העם ניתן להבין את פרשיות המלוכה שבספר שמואל ומלכים: שאול אינו מתחיל למלוך למרות שנמשח למלך על ידי נביא בציווי אלקי עד שהעם דרש זאת והמליך אותו[8], וכאשר קמים מערערים על המלוכה נדרשת הסכמתו המחודשת של העם[9]. באותו אופן מתמנה גם דוד, ועל אף שנמשח על ידי נביא בציווי אלקי הוא אינו נעשה למלך על יהודה[10] עד שאלו קוראים לו ומקבלים עליהם את מלכותו, ואינו הופך למלך ישראל עד שכלל ישראל מקבל עליו את מלכותו מרצון[11]. רחבעם רצה למלוך על העם תחת אביו ולשם כך ביקש את הסכמתם[12] וכאשר לא קיבלה לא נחשב עוד למלך ישראל אלא רק על מי שקיבלו – שבט יהודה.

מעקרון זה מסיק הנצ"ב מוולוז'ין[13] מסקנה מרחיקת לכת אך מתבקשת והיא שצורת השלטון המלוכנית אינה הצורה היחידה האפשרית על פי התורה, ובסמכותו של עם ישראל לעצב לו את צורת השלטון המתאימה לו וכן את היקף סמכותו. דברים אלו מתבארים לאור דברי תלמידו, הראי"ה קוק[14] לפיהם כח המלוכה נע הלוך ושוב מהאומה למלך ומהמלך לאומה:

> נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה.

יסוד הדברים נעוץ ככל הנראה בהבנה כי סמכות השלטון אינה מואצלת למלך מהקב"ה. התורה, אשר ניתנה לכלל ישראל, מכירה בציבור כישות כשלעצמו, היא מצוה אותו במצוות[15], ומטילה עליו אחריות וסמכות[16]. כפי שעמדנו על כך בפרק הראשון, במובנים רבים הציבור לא חייב להיות כלל ישראל אלא גם תושבי ישוב כזה או אחר יש להם

---

8. **שמואל א** י, כד.
9. **שמואל א** יא, יד.
10. **שמואל ב** ב, ד.
11. **שמואל ב** ה, ג; **דברי הימים א**, יא.
12. **מלכים א**, יב, א
13. **העמק דבר** דברים יז, יד.
14. **שו"ת משפט כהן**, קמד, טו.
15. בענין המצוות המוטלות על הציבור ראו לעיל פרק א-התשתית ההלכתית המשותפת לשלטון המרכזי והמקומי, בהערה שם. וראו הרב שמשון רפאל הירש, בתוך, הרב פרופ' מרדכי ברויאר, "אגרות מאת הרב ש"ר הירש", המעין כט(א), תשרי תשמ"ט, עמ' 24-23: "אין כח ליחיד בפני עצמו לשמור משמרת התורה והמצוה ביחידות ולבנות בית נאמן לתורה ולהנחיל דת מורשה לזרעו כי אם בהתחברותו לצבור... ולא ליחידים נתן הב"ה תוה"ק למשמרת, מורשה קהלת יעקב אמר האלקים." בהתאם להגדרה זו, סבר נכדו, הרב יצחק ברויאר, "שני מקלות הרועים", ציוני דרך (תשס"ז), עמ' 135, כי הקהילה היהודית היא: "התא הראשון של מדינת ה'...".
16. לאוצר מקורות העוסקים בתחומים שבאחריות ובסמכות המדינה ראו הרב רועי ז"ק, **כת"ר יא**, א.

מעמד של ציבור[17]. הציבור המתגורר במדינה כולה הוא שיוצר ומעניק את הסמכות לשלטון המרכזי המכונה בשם 'מלך', והציבור המתגורר בישוב יוצר ומעניק את הסמכות לשלטון המקומי[18]. מהבדל זה נגזרות כמובן סמכויות שונות בתכלית, אולם העקרון אחד והוא שהציבור הוא הממנה את ראשיו ומנהיגיו ומכוחו הם שואבים את סמכותם לחוקק ולתקן תקנות.

דינא דמלכותא מכח קבלת הציבור

להלכה פוסק הרמב"ם[19] כדעת רבי יוסי ושמואל הסוברים שמדובר בסמכויות המוקנות למלך על פי הדין:

> רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס, שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממונו או יהרג שנאמר ואתם תהיו לו לעבדים, ולהלן הוא אומר יהיו לך למס ועבדוך, מכאן שנותן מס וקוצב מכס ודיניו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין, שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו.

מעיון בלשון הרמב"ם עולה כי לא זו בלבד שלדעתו יש לפסוק כי פרשת המלך משרטטת את סמכויותו החוקיות של המלך על פי ההלכה אלא שהיא קשורה בטבורה לכלל "דינא דמלכותא דינא" ממנו לומדת הגמרא שאין "להבריח את המכס":

> להבריח בו את המכס מי שרי? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא![20].

ניתן להסיק מכאן כי לדעת הרמב"ם הכלל "דינא דמלכותא דינא" הינו כלל הנגזר מפרשת המלך[21]. כך כתב גם הרמב"ן[22]:

> דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא כגון הדינין הידועין למלך בכל מלכותו שהוא וכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי

---

17. כגון במצוות הקמת מערכת משפט והמצוות המוטלות עליה.
18. כך כותב **בשו"ת המבי"ט** א, פד: "אין כח בבני עיר א' לתקן תקנה על כל העיר כי אם ברשות ורצון כל בני העיר או רובה... ומה שיש להם רשות לשבעה טובי העיר בכל דבר הוא משום דחשיבי רובא משום דאתו מכח רובא דקבלום עליהם בסתם לפקח על כל עניני צבור... אבל אם לא קבלום עליהם אפילו בסתם אין להם רשות אפילו הם טובי העיר". וראה בהרחבה במאמרי "חלוקת סמכויות ותפקידים בין אגודה שיתופית ובין ועד מקומי" **תחומין לו** עמ' 270-282.
19. **רמב"ם** מלכים ד, א; **רמב"ן** בבא בתרא נה ע"א, ד"ה ומכל מקום; **ריטב"א** שם ד"ה הני. אמנם יש ראשונים שחלקו על מסקנה זו ראה **רשב"א** נדרים כח, ע"א ד"ה גמ'; **נימוקי יוסף** נדרים י ע"א מדפי הרי"ף. ראשונים אלו ביססו את הכלל דינא דמלכותא דינא על יסוד הכפיה, וכפי שנראה להלן.
20. **בבא קמא** קיג, ע"א.
21. על הקשר זה עמד כבר **הרדב"ז** בפירושו על הרמב"ם. אמנם יש שחלקו על כך ראו **שיטה מקובצת** נדרים כח, ע"א: "ואפילו למאן דאמר מלך מותר דוקא באמור".
22. **רמב"ן** בבא בתרא נה, ע"א.

המלכים... ואף במלכי ישראל הקדושים דיני המלך ידועים כמו שכתוב בקבלה על ידי שמואל הנביא, ואמרו רבותינו כל האמור בפרשת המלך מלך מותר בו.

וכן כתב המאירי ביחס לכלל דינא דמלכותא דינא[23]:

אסור לגזלו או לעבור על מה שתקן שכך הוא ראוי לו מצד מלכותו על הדרך האמור במלכי ישראל כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו.

אולם לכאורה יש לשאול הרי פרשת המלך נאמרה כלפי מלך ישראל בעוד הכלל דינא דמלכותא דינא נכון כמובן גם במלך גוי. אולם למען האמת הדבר אינו קשה כלל וכלל שכן פרשת המלך בתורה ובספר שמואל קשורה בטבורה לנוהג הקיים באומות העולם. בתורה נאמר[24] "אָשִׂימָה עָלַי מֶלֶךְ כְּכָל הַגּוֹיִם אֲשֶׁר סְבִיבֹתָי" ובספר שמואל נאמר[25] "שִׂימָה לָנוּ מֶלֶךְ לְשָׁפְטֵנוּ כְּכָל הַגּוֹיִם". פרשת המלך אם כן אינה מאצילה למלך סמכות משמים[26] אלא נותנת גושפנקה נבואית לסמכות קיימת, לפחות בכח, באומות ובעם ישראל.

מהו אם כן מקור אותה סמכות המקבלת הסכמה והסמכה אלקית בפרשת המלך? על שאלה זו עונה הרמב"ם במקום אחר[27] כאשר בא להגדיר מיהו מלך לגיטימי:

שהסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים.

כלומר לדעת הרמב"ם המלך שואב את סמכותו מהסכמת הציבור שבחר להפקיד בידיו סמכויות מסויימות. הדבר מסביר אם כן מדוע סמכויות אלו עומדות הן למלכי אומות העולם המולכים בארצותיהם והן למלך ישראל המולך בארץ ישראל*. הרמב"ם למעשה מבין את דעת רבי יוסי כפי שהצגנו אותה לפיה פרשת המלך לא באה ליצור את סמכות המלך ולהגדיר את גבולותיה אלא לשקף בפני העם את משמעותה הלגיטימית של החלטתם למנות להם מלך ולהעניק לו סמכויות שלטוניות.

כדעת הרמב"ם סבורים גם ראשונים נוספים כי הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מבוסס על הסכמת הציבור. כך כותב למשל הרשב"ם[28]:

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.

---

23. מאירי **בית הבחירה**, בבא קמא קיג ע"ב; ובנדרים כח ע"א; **קרית ספר**, גזלה, ה.
24. **דברים** יז, יד.
25. **שמואל א** ח, ה.
26. וראו להלן בדברי **התוספות** סנהדרין, כ ע"ב, ד"ה מלך, שמפריד בין פרשיית המלך המאצילה על המלך שנבחר משמים סמכות משמים, ובין דינא דמלכותא הנסמך על זכותו של המלך לשלוט בארצו.
27. **רמב"ם** גזלה ואבדה ה, יח. וראה **רדב"ז** מלכים ג, ח, שמבאר כי לדעת הרמב"ם הסכמת רוב ישראל היא שמקנה למלך את סמכותו גם מכח משפט המלך.
* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מבאר כי דינא דמלכותא מסתמך על דיני בני נח להם שותפים באופן בסיסי גם עם ישראל.
28. **רשב"ם** בבא בתרא נד ע"ב, ד"ה מי אמר; **שו"ת אור זרוע**, תשמה.

כך כותב הרב שאול ישראלי בספרו עמוד הימיני[29]:

> סמכות המלך אינה קבועה ועומדת בדיני התורה, וכל עיקרה תלויה היא במידת הסמכות שניתן לה מאת העם או באי הכח שלו (בישראל- הסנהדרין), בזמן המלכתו. וכל עם ועם, וגם ישראל בכלל זה, הרשות נתונה בידם למנות להם מלך ולמסור לו את הסמכויות שימצאו לנכון, עפ"י תנאי החיים...

רעיון זה יובע לראשונה אצל אומות העולם שנים רבות מאוחר יותר על ידי תומאס הובס[30] אשר יכנה אותו בשם "האמנה החברתית" לפיה סמכות השלטון נובעת מהסכמה רחבה של הציבור לוותר על זכויותיהם ולהעניק אותן למלך על מנת שזה ינצל את הכוח שניתן לו כדי לשמור על חייהם ועל רכושם של בני עמו. מאז הועתק המושג ופורש באופנים מרחיבים יותר או פחות על ידי פילוסופים רבים, ובהם ג'ון לוק וז'אן ז'ק רוסו והפך די מהר להיות מושג יסודי בפילוסופיה הפוליטית של העת החדשה. אולם כפי שראינו התורה חז"ל והראשונים ניסחו אותו באופן מורכב יותר אלפי שנים קודם לכן.

דינא דמלכותא כאפשרות האכיפה

אמנם יש ראשונים שביססו את הכלל דינא דמלכותא על הבעלות שיש למלך על הקרקע המאפשרת לו להתנות את החיים בארצו בכל תנאי שירצה. כך סבור הר"ן[31]:

> שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ.

ההסבר הפשוט לדברי הר"ן טמון בהבנת המציאות אותה הכירו הראשונים שצידדו בעמדה זו – בעלי התוספות, הרשב"א, הרא"ש והר"ן. ראשונים אלו חיו באירופה בימי הבינים שם צורת השלטון היתה פיאודלית. כלומר הקרקע באמת היתה שייכת למלך אשר חילק אותה באופן היררכי לדוכסים, אצילים וואסלים אשר החזיקו בקרקעות עיבדו אותן באמצעות אריסים ושילמו מיסים למי שאליו היו כפופים. מי שלא היו בעלי קרקעות היו למעשה תלויים לחלוטין בהחלטותיו של בעל הקרקע כאשר בראש פירמידת הבעלויות ניצב המלך. באופן ספציפי היהודים, כמי שאינם בעלי קרקעות ואף

---

29. **עמוד הימיני** ט, עמ' פג-פה, בהשמטות "תוקף משפטי המלוכה בימינו". באופן דומה כתב הרב אליעזר וולדנברג, **הלכות מדינה**, ג, ז, פרק א, אות ה, ביחס לסמכות הניתנת לציבור לגביית צדקה: "כח ציבורי זה נובע לא משלילת כח בעלות האדם על רכושו וגם לא מהשתלטות הציבור על היחיד אלא הוא ענין הסכמה שותפית של מנין אנשים להיות גוף צבורי משותף, כקהלה במובן המצומצם, או כמדינה במובן הרחב, והתחייבות לתת ולתרום לכל הנזקק לגוף משותף זה לתוך קופה משותפת, הן במובן המוסרי והן במובן הממוני. וזהו מבחינת אנן סהדי מבלי שיצטרכו התחייבות מפורשת על כך מכל יחיד ויחיד, בהיות האדם חברותי ומדיני בטבע, וזקוק לכך כאויר לנשימה בהכרה ומתחת לסף ההכרה".
דברים דומים כתב הרב שלמה גורן, "שיטת בחירות לאור ההלכה", **תורת המדינה**, עמ' 53 – 67; הרב אברהם חיים שרמן, "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה" **ספר הזכרון חסד לאברהם**, עמ' קלד- קמ; הרב שלמה דייכובסקי, "'דעת תורה' בהלכה", **תחומין ל**, עמ' 179.

30. תומס הובס, **"לויתן"**, פרק יז, אנגליה המאה ה-17.

31. **ר"ן** נדרים כח ע"א, בשם התוספות; **רשב"א** נדרים, שם, בשם הרא"ם; **רא"ש**, שם, ג, יא.

אינם עובדים בעבודת הקרקע אלא במלאכה, במסחר או בהלוואות בריבית נחשבו לנכס השייך למושל[32]. במציאות שכזו ברור שכשם שאדם רשאי לקבוע כללי התנהגות בביתו הפרטי רשאי המלך לקבוע כללי התנהגות בממלכתו. המציאות היתה כל כך ברורה עד כדי כך שלחלק מהראשונים היה ברור שלמרות שלמלך אסור להפלות אדם לרעה אם מדובר בהפליה קולקטיבית של כל היהודים היושבים בממלכתו הדבר לגיטימי כך כתב כתב המהרי"ק[33] שיש תוקף הלכתי גם לחוק אשר הפלה יהודים לרעה:

> אין לומר דהכא לא שייך למימר דינא דמלכותא כיון שהישראל פורע יותר מהכותי שהרי כתב המרדכי שם[34] דלא אמרינן אלא כשהמלך משוה מדותיו דודאי פשיטא דשפיר מקרי משוה מדותיו כיון שכל יהודי פורע בשוה דבר קצוב... דשפיר הוי דינא דמלכותא כיון שהדבר שוה וקצוב לכל היהודים.

ראשונים אלו, בניגוד למה שאמרנו בדעת הרמב"ם, יפרידו בין דינא דמלכותא ובין משפט המלך, ויאמרו שמדובר בשני יסודות שונים: דינא דמלכותא מסתמך על כוחו של המלך וסמכותו בארצו והוא באמת אינו נוהג בארץ ישראל בכלל ובמלכי ישראל בפרט. מלך ישראל שואב את סמכותו לא מכחו ובעלותו ואף לא מהסמכת העם אלא משמים וכפי שהסמיך שמואל הנביא את שאול, וזהו משפט המלך. לכן כותב התוספות בסנהדרין[35] שסמכות המלך מכח משפט המלך מוגבלת ל"מלך שנמלך על כל ישראל ויהודה ומאת המקום[36]". לפי דעה זו אין משפט המלך יכול להוות ביסוס הלכתי למלכות כלשהי מאז שלמה המלך ועד מלך המשיח וגם זה רק בתנאי שיהיה נביא שיכריז עליו כמלך. אולם מרבית הראשונים ואף הר"ן עצמו חלקו על דברי התוספות הללו[37].

על קשה לקבל הסבר זה בדעת התוספות והר"ן, שכן הבנה זו מחייבת אותנו להגיע למסקנה כי אחרי שהשתנתה צורת השלטון בכל העולם, ובודאי במדינות הדמוקרטיות, המלכים הפיאודלים סולקו, והמדינה אינה בעלים על הקרקע באופן המאפשר לה לסלק את אזרחיה משטחה, הכלל דינא דמלכותא דינא אינו נכון בשום מדינה בעולם. מסקנה זו אינה סבירה ואינה מקובלת על אף פוסק בארץ ובחו"ל מה שמעלה מחדש את השאלה מהו יסוד דינא דמלכותא לדעת ראשונים אלו.

---

32. ראו **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, ספר סיני וליקוטים, תרכה "תפסו המושל עם שאר יהודים שלו...".
33. **שו"ת מהרי"ק** קצד, הובא **בבית-יוסף** חו"מ שסט; **רמ"א** שם, שסט, ו.
34. לא מצאתיו במרדכי שלפנינו.
35. **תוספות** סנהדרין, כ ע"ב, ד"ה מלך.
36. יש להעיר כי יש ראשונים אשר דרשו מלוכה על כל ישראל כתנאי להחלת משפט המלך, אך לא הזכירו כלל את הצורך להסכמת נביא, ר' שמשון מאנוויל, מובא **בהגהות מיימוניות** מלכים ד, ו.
37. **ר"ן** סנהדרין כ ע"ב. וראו בתוספות הנ"ל המביא בעצמו הסברים נוספים מדוע לא עמדה לאחאב הזכות להסתמך על משפט המלך והנחת כל ההסברים החלופיים היא כי גם מלך כמו אחאב שלא הומלך מאת המקום ולא מלך על כל ישראל יכול היה להסתמך על משפט המלך אלא שאחאב חרג מהסמכויות המוענקות למלך.

על שאלה זו ניתן לענות בשני אופנים: האחד, להבין את דברי הראשונים הללו באופן רחב יותר, לאור דברי רבי יהודה בפרשת המלך ולומר שכשם שרבי יהודה מפרש את המונח "שום תשים עליך" כתוצאה טבעית של המלכת מלך והיא שכחו ועצמתו מאפשרים לו למלוך לשלוט ולתקן תקנות. כך יש לפרש את המושג דינא דמלכותא שסמכותו ההלכתית של המלך לכפות את דעתו דה-פקטו, נובעת מכוח העובדה שיש בידו את הכוח לכפות את דעתו על היחיד והציבור דה-יורו. כלומר, 'דינא דמלכותא' יונק את סמכותו מעצם כוחה של המדינה לאכוף את חוקיה.

השני, לומר שלדעת ראשונים אלו קיימים שני יסודות לכלל דינא דמלכותא דינא אשר האחד נשען על כחו של המלך לגרש את התושבים משטח המדינה והאחר נשען על קבלת הציבור את המלך וחוקיו. בכיוון זה הלך החתם סופר[38] שכתב שאין מחלוקת בין הגישות השונות אלא שהן מדברות ביחס לתחומים שונים:

> ומ"מ נ"ל דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם ס"ל לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ וא"כ יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי או"ה אבל במנהגי ונימוסי' כמו בבא בתרא נ"ד ע"ב מודה ר"ן דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל לאו"ה.

כלומר יש לחלק בין חוקים שמחוקק המלך לטובת המדינה ואזרחיה השואבים את תקפם מכח ההסמכה שהסמיך אותו העם לכך, ובין מסים שגובה המלך לטובת עצמו, אותם לדעת התוספות והר"ן המלך גובה מכח בעלותו על קרקע המדינה. במדינה המודרנית בה מתקיים עקרון שלטון החוק אין המלך רשאי לחוקק חוקים לגבות מיסים לקחת מהקופה הציבורית לכיסו הפרטי, ואם ימצא שעשה כן הוא ימצא את עצמו מאחורי סורג ובריח, וממילא כל הפוסקים יודו שבמדינה המודרנית החוק מקבל את תקפו מהסכמת הציבור בלבד.

לאור דברים אלו יש לומר שרבי יהודה ורב יוסי שניהם מסכימים על העקרון לפיו מלכות במובן של הנהגה הגובה מיסים, מתקנת תקנות ומבצעת פעולות לטובת העם שואבת את סמכותה מכח העם, ומאידך שניהם מסכימים כי מלך הרואה בתפקידו אפשרות לנצל את העם לטובתו האישית אין סמכותו מכח העם אלא מכח כחו ועצמתו והתורה לא יכולה לתת לכך הכרה אפילו לא בדיעבד, למעט במלכי אומות העולם המולכים בחוץ לארץ. לא נחלקו רבי יהודה ורבי יוסי אלא במצב המציאותי והמורכב בו המלך מבצע את תפקידו להנהיג את העם ולעסוק בטובתו ועם זאת מנצל את סמכותו החוקית על מנת להנות ממנעמי השלטון. לדעת רבי יוסי המלך רשאי לעשות כן שכן דרך המלכים והסמכתו על ידי העם לא היתה על דעת שיאכל וישתה משלו או שיסתפק בלחם צר ומים לחץ, ואילו לדעת רבי יהודה אלו פעולות שאינן יכולות להתקבל כלגיטימיות אפילו לא על ידי מלך שהומלך על ידי העם ופועל לטובתם.

---

38. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.

דינא דמלכותא במדינת ישראל

השאלה האם על מלכי ישראל ומדינת ישראל וחוקיה יש להחיל את הכלל דינא דמלכותא דינא תלויה לכאורה בשאלה מהו יסוד הכלל דינא דמלכותא דינא. הר"ן וסיעתו הסוברים שהכלל נובע מבעלות המלך על המדינה מסיקים שכלל זה חל רק בנוגע למלך גוי ואולי רק לדיני מקרקעין[39].

אולם אם נאמר כדעת הרשב"ם וסיעתו שכלל זה נובע מתוך הסכמת אזרחי המדינה הרי שהוא עקרון גורף שחל גם על מלכי ישראל,[40] ואינו מוגבל לתחומים מסוימים. להלכה פסק השולחן ערוך כדעת הראשונים הסבורים שכלל זה נכון גם במלכי ישראל[41].

עם קום המדינה נחלקו הדעות בקרב גדולי ישראל כיצד להתייחס למדינה אשר מרבית מנהיגיה חילוניים, ואשר מתעלמת מחוקי התורה, ומאידך מתממש בה חזון הנביאים לשיבת ציון וגאולת ישראל. הדים למחלוקת ניתן למצוא בשאלה האם נאמר "דינא דמלכותא דינא" גם ביחס למדינת ישראל.[42] מרבית הפוסקים קובעים כי יש לחוקיה תוקף הלכתי,[43] כל עוד הם אינם עומדים בניגוד להלכה, כשם שחוקי מלך ישראל לא יקבלו כל תוקף אם יעמדו בסתירה להלכה. אולם ישנם פוסקים אשר אינם נוטים להעניק לחוקיה כל תוקף הלכתי[44].

---

39. **ר"ן** נדרים כח, ע"א, ד"ה במוכס, בשם התוספות; רבי אליעזר ממיץ, **באור זרוע** בבא קמא, תמז.
40. **רמב"ם** גזילה ואבידה ה, יא; **שו"ת הרשב"א** ו, רנד; וכן כתב **הר"ן** בעצמו בבא בתרא נה,א, ד"ה דאריסא.
41. **שולחן ערוך** חו"מ שסט, ו.
42. הרב פרופ' רון קליינמן, "הלכה והשקפה: יחסי גומלין מאפייני פסיקות של דיינים חרדים במדינת ישראל בסכסוכים ממוניים", **משפט חברה ותרבות** א, עמ' 107-166, עמד על כך שלעתים יש זיקה בין עמדתו האידיאולוגית של הפוסק ביחס לציונות לבין פסיקתו ההלכתית בענייני ממון. במאמרו הוא מוכיח כי פוסקים אשר אינם מייחסים משמעות רוחנית חיובית למדינת ישראל, ולכל היותר רואים בה גוף שמנהל את ענייני אזרחי המדינה ותו לא, נוטים שלא להעניק לחוקיה תוקף הלכתי כ"דינא דמלכותא". לעומתם, פוסקים אשר רואים בשיבת ציון בעת החדשה את פעמי הגאולה, ואת מדינת ישראל כמימוש התחלתי של מלכות ישראל המתחדשת (אם כי לא כולם), נוטים לקבוע כי יש לחוקיה תוקף הלכתי לא רק "כמנהג" אלא גם כ"דינא דמלכותא".
43. הרב עובדיה הדאיה, **ישכיל עבדי** ו, חו"מ, כח; הרב בצמ"ח עוזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים", **בצומת התורה והמדינה** א, עמ' 84; הרב בצלאל ז'ולטי והרב יוסף ש. אלישיב, **פד"ר** ה, עמ' רנח); הרב עובדיה יוסף, **שו"ת יחווה דעת** ה, סד; הרב מרדכי אליהו, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", **תחומין ג**, עמ' 242; הרב אברהם שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו", **תחומין ג**, עמ' 238; **שו"ת בית אבי** ב, קמג.
44. הרב חיים פרדס, היש תוקף הלכתי לחוקי הכנסת?", **תחומין ז**, עמ' 520; ספר **סלע מדינה**, ד, ה בשם החזון איש. **דרכי חושן** א, עמ' שצו; וראו **דרכי משפט**, שכנים, עמ' ריד הכותב שכך

אולם לאור הדברים אותם ראינו לעיל קשה להבין סברא זו. הרי בכל מדינות העולם המודרני, ובודאי באלו המקיימות משטר דמוקרטי המדינה אינה בעלים על הקרקע באופן המאפשר לה לסלק את אזרחיה משטחה. ואם כן לשיטתם היה צריך להגיע למסקנה כי הכלל דינא דמלכותא דינא שאינו תקף במדינת ישראל אינו תקף בשום מדינה בעולם אולם מסקנה זו אינה סבירה ואינה מקובלת כאמור על אף פוסק בארץ ובחו"ל. יתר על כן, וכי יעלה על הדעת שלדעת הר"ן והתוספות בארץ ישראל תשרור אנרכיה? אין זה מסתבר כי זהו רצון התורה. זאת ועוד, הגמרא[45] מוכיחה כי דינא דמלכותא דינא מכך שאנחנו צועדים על כבישים וגשרים שנבנו תוך גביית מיסים והפקעת קרקעות שבוצעו על ידי השלטון, אשר אלמלי היה דינא דמלכותא דינא היה הדבר אסור[46]. ולא שמענו ולא ראינו אף אחד הנמנע מלנסוע על הכבישים שסללה מדינת ישראל תוך הפקעת קרקעות פרטיות מידי יהודים.

על כרחנו לקבל אם כן את דעת החתם סופר[47] כי גם הראשונים הסבורים שבארץ ישראל ובמלכי ישראל לא אמרינן דינא דמלכותא דינא (וכאמור, השולחן ערוך פסק שלא כדעתם), אין כוונתם לומר שאין סמכות לשלטון יהודי בארץ ישראל שכן ברור שמלך ישראל רשאי לחוקק חוקים לטובת המדינה ויש לו סמכות מלאה לכך, מכח ההסמכה שהסמיך אותו העם לכך, ואין כוונת הר"ן לומר אלא שבארץ ישראל אין לו סמכות לגבות מסים לטובת עצמו. למעשה בנוגע לארץ ישראל כל הראשונים יודו לשיטת הרשב"ם דלעיל, שמקור הסמכות של 'דינא דמלכותא' בארץ ישראל אינו במלך אלא בעם ובמוכנותו לקבל עליו את חוקי המלכות והואיל והסכמה זו התקבלה על ידי כל תושבי מדינת ישראל המשתתפים בבחירות לכנסת הממנה את השלטון במדינה הרי שהכלל דינא דמלכותא תקף גם במדינת ישראל וכך אנו נוהגים למעשה.[48]

תוקפו ההלכתי של הדין האזרחי במדינת ישראל

הכלל דינא דמלכותא נפסק להלכה ללא עוררין אולם מהו היקפו? האם כולל הוא רק עניינים הנוגעים לשלטון כגון דיני המסים או שמא גם את דיני הממונות שבין אדם לחברו? בשאלה זו מסתפקת לכאורה הסוגיה במסכת גיטין כאשר היא דנה בשאלה האם יש להעניק תוקף הלכתי מכוח דינא דמלכותא לשטרות שנעשו בערכאות:

פוסקים למעשה בבית דינו של הרב ניסים קרליץ.

45. **בבא קמא** קיג, ע"ב.
46. **שולחן ערוך** חו"מ שסט, ב.
47. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.
48. זוהי למעשה גישת הפסיקה המקובלת על רוב בתי הדין בישראל וכבר כתבו גדולי הפוסקים שאין לחשוש כלל לדעות הסוברות שאין להעניק תוקף הלכתי לחוקי המדינה, ואין אדם יכול לטעון אפילו "קים לי" כדעות אלו ראו **שו"ת ישכיל עבדי** ו, חו"מ, כח; הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות** ד, עמ' מו, א.

כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אף על פי שחותמיהם עובדי כוכבים – כשירים, חוץ מגיטי נשים.[49]

לכאורה, המשנה מכשירה את כל סוגי השטרות, על אף שאינם עומדים בדרישות ההלכה. על כך שואלת הגמרא:

קא פסיק ותני, לא שנא מכר לא שנא מתנה. בשלמא מכר, מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה, ושטרא ראיה בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו, לא הוו מרעי נפשייהו וכתבין ליה שטרא. אלא מתנה במאי קא קני? לאו בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא![50]

כלומר ניתן לקבל את השטרות **כראיה** לקיומה של עסקה העומדת בגדרי ההלכה, בשל האמינות לה זוכות הערכאות, אולם אין לקבל את השטר ככלי **ליצירת** עסקה, בזמן שזה אינו עומד בקריטריונים ההלכתיים הנדרשים לביצוע העברת הבעלות ההלכתית. על כך עונה הגמרא שם שתי תשובות שונות:

אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא.

ואי בעית אימא, תני: חוץ מכגיטי נשים.

לפי התירוץ הראשון אם על פי החוק מעשה מסוים די בו בכדי להעביר בעלות על נכס, אזי גם אם על פי ההלכה המעשה אינו מספק, יש תוקף הלכתי לחוק והבעלות תעבור. לעומת זאת, על פי התירוץ השני אכן אין להעניק תוקף הלכתי להעברת בעלות על פי החוק, אם היא אינה עומדת בדרישות ההלכה. שכן במובן זה אין הבדל בין גט, המיועד לגירושי אישה, לשטר מתנה, וכשם שגט חייב לעמוד בדרישות ההלכה, שהרי מדובר בעניין איסורי שחוק המלך אינו חל עליו על פי ההלכה, גם שטר מתנה חייב לעמוד בדרישות ההלכה. נמצא שהמשנה מעניקה לשטר העולה בערכאות אך ורק משקל ראייתי שהעסקה התבצעה על פי ההלכה.

למעשה נחלקו הראשונים בשאלה זו. לדעת **חכמי צרפת**[51] יש לאמץ את התירוץ השני להלכה ולהסיק כי דינא דמלכותא תקף רק לדינים הנוגעים באופן ישיר לשלטון, כגון, דיני מסים. לעומתם סבר **הרמב"ן**,[52] ולמעשה רוב הראשונים,[53] כתירוץ הראשון בסוגיה

---

49. **גיטין** י, ע"ב.
50. שם.
51. **בספר התרומות** מו, ח, ה, וכך נראה שסבר הרי"ף בתשובה, הובאה בחידושי **הרשב"א** גיטין י, ע"ב, ד"ה ואבע"א; **שו"ת הרשב"א** ב, ב. כך הבין **המגיד משנה** מלווה ולווה כז, א, את דעת הרמב"ם אשר סירב להעניק תוקף משפטי לשטרות שנעשו על פי החוק, אף כי היה מוכן לתת להם תוקף ראייתי. ועיינו **בביאור הגר"א** חו"מ סח, טו, שביאר את הרמב"ם באופן שונה, המבחין בין היכולת להסתמך על עובדות המתוארות בשטרי קניין, לעובדות המתוארות בשטרי ראיה וכך נראה שפירש **הר"י מיגש** ליקוטים גיטין י, ע"ב. עוד ראו: **רמב"ם** זכיה ומתנה א, טו, שאחרונים האריכו בהבנת שיטתו.
52. בתוך **ספר התרומות**, שם.
53. **רשב"א** גיטין י, ע"ב; **ריטב"א** שם, **עליות דרבינו יונה** בבא בתרא נה, ע"ב, ועוד.

ומכאן הם הסיקו כי הכלל דינא דמלכותא תקף גם לדינים הנוגעים ליחסים ממוניים שבין אדם לחברו.

אולם בהתבוננות נוספת בסוגיה נראה כי המרחק בין הדעות השונות אינו כה גדול כפי שנראה מלכתחילה. מחד, הסוברים שאין תוקף לדינא דמלכותא בדיני ממונות שבין אדם לחברו אינם מחלקים בין דיני מסים לדיני ממונות, אלא בין דינים שיש למלך תועלת[54] מקיומם לדינים שאין למלך תועלת בקיומם, כלשון המגיד משנה:

> דאע"ג דקיימא לן דדינא דמלכותא דינא כמבואר (=ברמב"ם) פרק ה' מהלכות גזילה ואבידה, הני מילי במה שהוא תועלת למלך בעניני המסין שלו ומה שהוא מחקיו, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין.[55]

הגדרה זו של "תועלת למלך" הינה הגדרה רחבה למדי אשר יכולה להכניס תחת כנפיה חלק מהדינים העוסקים בדיני ממונות. לדעת החזון איש הגדרה זו מאפשרת למעשה להעניק תוקף לעצם קיומו של חוק המדינה, המהווה תועלת למלך בעצם קיומו ותחולתו, לכל הפחות ביחס לאזרחים שאינם יהודים:

> דכל שנוגע לאומתו מקרי יש להם הנאה שהרי זו תעודתן לחוקק חוקים ולעשות משפט בין איש לרעהו.[56]

יתר על כן, לדעת חלק מן הראשונים, במקום בו המדינה מתעקשת על כך שידונו דווקא לפי חוק מסוים, מוכח שבקיומו ובביצועו יש "תועלת למלך" וממילא יהיה לו תוקף הלכתי. כך כותב רבנו יונה גם לשיטות המצמצמות את דינא דמלכותא:

> במקום שיש שם במשפטי המלך שלא יקנה אדם קרקע אלא בשטר, כדי שלא תהא מריבה והכחשה על המכירות, או שמשפט המלך שלא יקנה הלוקח את השדה עד שיכתבו לו סופרי המלך את השטר, ויטול המלך את המס מן המוכר [או מן הלוקח], אף על פי שנסתלק הגוי מן הנכסים משעה שקבל את הדמים, המחזיק אינו קונה כיון שלא כתבו לו את השטר, שהרי משפט המלך דין הוא נחשב.[57]

מאידך, גם הפוסקים הסבורים שיש תוקף לדינא דמלכותא בדיני ממונות, אין כוונתם

---

54. בספר התרומות המובא לעיל הניסוח שונה במקצת, ולדעתו אין אומרים דינא דמלכותא אלא "בדברים שהם עסקי המלך". לפי ניסוח זה מסתבר לצמצם יותר את מטרת החוקים להם ישנו תוקף, לחוקים מהם צומחת למלך הנאה כלכלית ובלשון **שו"ת התשב"ץ** א, קנח, "הנאת ממון". את התועלת הצומחת למלך מתיקון הדרכים יסביר **בעל התרומות** מו, ח, כהשבחת נכסיו "ענייני הדרכים המכסים והטסקאות שלו".
55. **מגיד משנה**, מלוה ולוה כז, א.
56. **חזון איש** חו"מ ליקוטים טז, ד. ועיינו **חזון איש** יו"ד רבית עד, ו, ד"ה שולחן ערוך, שהגביל זאת וכתב כי אם "אין הדבר נוגע למלכות אם ישראל נוהגין בדין התורה בינם לבין עצמם, ואף אם יקפידו אין זה רק רוע לב, ואין בזה דינא דמלכותא". כלומר אם מדובר בהגבלה שרירותית ללא כל הגיון אין לקבלה.
57. **עליות דרבינו יונה**, בבא בתרא נה, ע"א.

להחליף את ההלכה בחוק המדינה ולשפוט בבתי הדין על פי חוקי המדינה, כפי שכתב הרשב"א בתשובתו:

> ...לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם חס וחלילה לעם קדוש לנהוג ככה... ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש... ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא... ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל חס וחלילה שמא תחגור התורה עליה שק...[58].

לשיטת הרשב"א עולה השאלה כיצד יש להבחין בין חוק שיש לו תוקף של דינא דמלכותא לבין חוק שאין לו תוקף כזה. בראשונים ניתן למצוא כתשובה לשאלה זו שני תבחינים, האחד, מתייחס לאופן יצירת החוק, והשני, למידת ההקפדה של השלטון על אכיפת החוק.

1. <u>חוק שנוצר על ידי המלך</u>

תבחין ראשון נוגע לאופן יצירת החוק. כל הראשונים הסוברים שיש תוקף מכח "דינא דמלכותא" גם לחקיקה בתחום הממוני מגבילים את הדבר לחוקים שנחקקו על ידי השלטון ואינם מוכנים להחיל זאת על החוקים המקובלים בבתי המשפט.[59] כך כותב הרשב"א:

> כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה כמו שאמר להם שמואל לישראל דמלך מותר בו כך בשאר האומות **דינין ידועים יש למלכים** ובהם אמרו דדיניהם דין, אבל **דינין שדנין בערכאות** אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן **כמו שימצאו בספרי הדיינין**, שאם אין אתה אומר כן בטלת חס ושלום דיני ישראל.[60]

דרישה זו מתבארת בדברי רבי שלמה מקרקשונה:

> דהאי דמפקי ממונא אפומא דחד סהדותא לאו משום דדינא דמלכותא אך משום **דינא דבני נח הקדום** אותם שנצטוו על ז' מצות ובתוכם נצטוו על הדינין....ואנחנו זרע אברהם יצאנו מכללם ונתקדשנו בזה... ומאחר שזה הוא **מחקותיהם ונמוסיהם הקדומים** חלילה לנו לעשותם ולקרות זה דינא דמלכותא אך דינא דבני נח.[61]

---

58. **שו"ת הרשב"א** ו, רנד. כאמור לעיל ב**חידושי הרשב"א** גיטין י, ע"ב, ו**בשו"ת הרשב"א** א תתקמו; ג סג, סו עט, סבור באופן עקרוני כי דינא דמלכותא אינו מוגבל לדיני מסים אלא יש להחילו גם על דיני ממונות, ואעפ"כ ברור לו שיש לסייג קביעה זו, כדלהלן.
59. ראו דבריו של פרופ' אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", **שנתון המשפט העברי** טז-יז, עמ' 450: "אם נסקור את פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל מאז קום המדינה ועד עצם היום הזה (תש"ן) לא נמצא ולו מקרה אחד שבו הוכר חוק מחוקי המדינה בתחום המשפט הפרטי, כשאותו חוק קבע הסדר הסותר דין הקיים בהלכה, אלא אם כן מצאו בו בתי הדין יסוד של תקנת הציבור".
60. **שו"ת הרשב"א** ג, קט.
61. **תשובות חכמי פרובינציה** דיני שטרות, מח, עמ' 445 בשאלה שהופנתה לריב"ם.

וכן כתב המאירי:

> אף על פי שאמרו דינא דמלכותא דינא יש מי שאומר שלא נאמר כן אלא לענין ממון ועיקר הדברים שאף לענין ממון לא נאמר אלא **בחק שהמלך קובע מאיליו לפי מה שרואה צורך השעה** או דברים שהם עסקי מלכות כגון מסים ותשחורות ומכסים אבל מה שהם עושים מתורת **נימוס הידוע להם בספריהם** אין זה נקרא דינא דמלכותא.[62]

שלושת המקורות מתארים מציאות משפטית שונה בתכלית מן המציאות המשפטית המוכרת לנו היום. במציאות המשפטית בתקופת הראשונים באירופה בימי הביניים[63] השלטון המרכזי לא עסק כמעט בכלל בדיני הממונות.

לפי המשפט הרומי, שנהג באותה תקופה באירופה, המלך אינו כפוף לחוק[64] והוא לא מתערב בקביעת החוק, למעט חוקים שיש להם השפעה ישירה על מעמדו של בית המלוכה, ואפשרויותיו הכלכליות. המערכת המשפטית פעלה על פי קודקס החוקים הרומי, בתוספת של חוקים שמקורם בכנסיה ותקנות מקומיות. פרשנותו של החוק היתה מסורה בידי המערכת המשפטית המקומית והיתה דינאמית למדי. על הקודקס הרומי ויישומו במערכת המשפטית – "הערכאות" – דיברו הראשונים והבדילו בינו ובין חוקים שחוקק המלך, אשר גם אם נגעו לתחום הממוני, נבעו הם מצרכים שלטוניים.

נמצא אם כן, שבימי הביניים היתה הבחנה עמוקה וברורה בין חוק המלך ל"חוקי הערכאות", והרשב"א וסיעתו קבעו כי רק חוק המלך הוא בגדר דינא דמלכותא. מהמקורות האמורים עולה שההבדל בין חוק המלך ובין "חוקי הערכאות" אינו רק במקור הסמכות אלא גם מהותי – במטרה של אותם חוקים: חוק המלך בא **לפתור בעיה** מסוימת ולמלא צורך כלשהו, שלטוני, חברתי או כלכלי שנוצר באותו הדור, לעומתו, "חוקי הערכאות" מבטאים תפישה מסוימת של **צדק ומוסר** במקום זו של התורה, ואשר ממילא לעולם לא תקבל גושפנקא הלכתית.

בשולי הדברים מעניין לציין כי גם תקנות הקהל מוגבלות באותו אופן דהיינו שהן תקפות אם הן נוגעות לתיקון החברה והקהל, שכן כתב הרשב"א: "הציבור יכולין להכריח את היחיד להיותו בהסכמתם, בכל ענין שיהיה תיקון הקהל".[65]

---

62. מאירי **בית הבחירה** עבודה זרה טז, א.
63. מהכתבים האשוריים (כגון, חוקי חמורבי) נראה כי המערכת המשפטית בימיהם היתה דומה יותר לזו המוכרת לנו היום מאשר זו שנהגה בימי הבינים, ואכמ"ל.
64. כלל זה מכונה במשפט הרומי בשם: Princeps legibus solutus est, ראו בעניין זה את דברי **הירושלמי** ראש השנה א, ג .המביא אמרה זו בשם רבי אלעזר "פרא בסיליוס או נומוס אגריפוס" (גירסת הערוך). זהו פתגם יווני המתורגם **בערוך**, ערך 'אגרפוס' באופן הבא: "אצל המלכים דת (=חוק) לא נכתבת", דהיינו, עבור המלך החוק אינו כתוב.
65. **שו"ת הרשב"א** ז, שמ. בהחלט יתכן מצב בו החוק הינו חוק ממוני באופיו, המזכה לאחד ומחייב לאחר, אולם מטרתו היא סידור חיי הקהילה. גם במקרה זה סבור הב"ח כי נחשב הדבר לתקנה שנתקנה לתועלת הכלל, שכן כתב ב**שו"ת ב"ח** ישנות, ס: "יש כח להראשים שהמחום רבים עליהם מדעת כולן לתקן תקנות בכל דבר אף במדה דאיכא רווחא להאי

לעומת זאת, החל מהמהפכה הצרפתית, עם הקמתן של מדינות הלאום ועד ימינו אנו, התרחש תהליך של "הלאמה" בו המשפט הפך להיות בסמכותה הבלעדית של המדינה, קרי, של השלטון. זה נבחר על ידי העם המסמיך אותו לחוקק חוקים בכל תחומי החיים ובכללם בתחום הממוני. במצב החדש כל החוקים מחוקקים על ידי המלך או מחליפיו הדמוקרטיים.

בעקבות זאת יש להסתפק כיצד ליישם את המקורות האמורים בנוגע למעמדו של החוק כיום. מחד גיסא, ניתן לומר כי היות והחוק שואב את סמכותו מהמדינה באמצעות הרשות המחוקקת, הרי שמבחינה פורמאלית כל החוקים הממוניים הם בגדר חוק המלך. מאידך גיסא, ניתן לומר כי יש להיצמד להבחנה המהותית, וכיוון שמבחינה מהותית החוק מייצג את תפישת הצדק והמוסר של חברי בית הנבחרים, הוא איננו בגדר חוק המלך,[66] זאת, למעט חוקים שמטרתם לתת מענה לבעיה או לצורך של החברה. בהמשך נדון בתשובות שנתנו לשאלה זו.

2. <u>חוק שהמלך מקפיד על ביצועו (קוגנטיות)</u>

תבחין שני לחוק שיש לו תוקף הלכתי הוא כאשר למדינה ישנו אינטרס במימושו של חוק מסוים והיא אינה מוכנה לאפשר לצדדים לנהוג באותו עניין באופן חופשי על פי מערכת כללים אחרת המקובלת עליהם, מכל סיבה שהיא, הדבר מעיד כי מדובר בחקיקה שלטונית ולא בחקיקה שמקורה בתפיסה של צדק ומוסר,[67] ומשום כך יש להעניק לה תוקף הלכתי. עקרון זה עולה אף הוא מדברי הרשב"א שכתב:

> שטר העשוי בגופן של גוים דכשר ואפילו עשוי במתנה... ואפילו במה שאין תועלת למלך בדבר אמרינן דינא דמלכותא דינא כדמוכח בחזקת הבתים (דף נ"ה) הני תלת מילי אישתעי לי עוקבא ריש גלותא דינא דמלכותא דינא ודאריסותא דפרסאי עד ארבעין שנין. **אף על פי שזה לא מעלה ולא מוריד למלך.** אלא שדעתי שבמקום שהמלך נותן רשות לישראל לדון בדיני ישראל כל שמעמיד דין ישראל והוציא שטר מתנה וכיוצא בה אין דנין בה. אלא כל זמן שדנין בפני בית דין ישראל. דאז אינו מקפיד אדרבה נותן להם רשות לדון בדינם.[68].

ופסידא להאי או להפקיע ממון שיש לו בעלים ודלא כרבנו תם שבמרדכי פ"ק דבתרא מיהו נראה דלא נהגו אלא במה שהוא לתקנת הקהל דווקא וכסברת ראבי"ה שבמרדכי".

66. יש להעיר כי עצם הפרדת הרשויות בין הרשות המבצעת ובין הרשות המחוקקת מעידה כי החוק אינו שואב את כחו מהשלטון, קרי מהרשות המבצעת, ולפיכך מסתבר יותר לומר שמעמד החוק הממוני אותו מחוקקת הכנסת כמעמד דיני הערכאות בימי הבינים.

67. יש להעיר כי הקפדה (קוגנטיות) מהווה סיבה למתן תוקף הלכתי לחוק, גם לשיטת הסוברים כי אין למלך סמכות חקיקה בתחומים שאין בהם הנאה למלך, אלא שלשיטתם זו מעידה ההקפדה על קיומה של הנאה. לעומת זאת ראשונים אלו סבורים כי הקפדה אינה מעידה על הנאה ויתכן שזו אינה קיימת בכלל אלא שהיא מעידה על היות החוק חוק שלטוני ולא חוק מוסרי וראו להלן בדברי הרשב"א.

68. **שו"ת הרשב"א** א, תתצה; שם, **שו"ת הרשב"א החדשות**, שמב

כלומר, למרות שיש תוקף של "דינא דמלכותא" גם לחקיקה בתחום הממוני ואפילו אין בדבר תועלת ישירה למלך, הרי שהחוק יחייב רק אם השלטון יקפיד על קיומו של החוק ואינו מאפשר לצדדים להסכים לנהוג באופן שונה. הקפדה זו מלמדת על כך שהשלטון רואה ביישום החוק אינטרס שלטוני.

בתשובה נוספת ניתן למצוא ביטוי לשני התבחינים שהוזכרו:

> שעל **דיני הגוים** לא אמרו דינא דמלכותא דינא **שאין המלך מקפיד** על דינין ידועין שזה בא ומחדש ומפרש דינין לפי דעתו ושכלו ואחר בא ומהפך דבריו ואין למלך בזה הקפדה כלל. אא"כ הם **נימוסין ידועין עשויין מצד המלכות** וכמצוה שלא ידונו אלא כך וכאותה שאמרו ומלכא אמר לא ליכול איניש ארעא אלא בשטרא, הא בענין אחר לא. ולפי' אעפ"י שבדיניהם אפילו המלוה את חבירו בע"פ צריך לפורעו בעדים **זה מדיניהם הוא ולא מצד המלכות ודינא דמלכותא דינא. אבל דיני אומתו לאו דינא לנו.**[69].

נמצא שישנם שני תבחינים שדי שהחוק יעמוד באחד מהם בכדי שיוגדר כ"חוק המלך": האחד הוא שהחוק חוקק על ידי המלך כתקנה שנועדה למלא צורך מסויים, החלופי הוא, כאשר המלך מקפיד על אכיפת החוק, גם כאשר הוא לא חוקק על ידו.

ביטוי לשני תבחינים אלו שקבע הרשב"א, ניתן למצוא כבר בלשונו של הרמב"ן:

> דינא דמלכותא לומר שאינן נפסלין מפני שהם גוים אבל כל שחסר מהם דרך הקנאה שלנו אין דנין בהם בדיני גוים. **שאין דינין של מלכים אלא להכשיר שטרות שלהם ולעשות סופר שלהם כמאה עדים**. והיינו דמכשר שמואל שטרי מתנה בערכאות וחותמיהן גוים משום דינא דמלכותא. דהא חותמיהן דישראל לדידן כשרין ומלכים עושים נוטרין שלהם כעדים כשרים. אבל לענין דרכי ההקנאות לא עדיפי משטרות שלנו, **שאף הגוים במקומות הרבה בדינין חלוקין דנין אותן, וכשחסר מהן דרך מן הנימוסין שלהם לפי דעתו של דיין פוסלין אותן** וזה בורר דיין אחד וזה בורר לו דיין ונימוס אחד **כפי מחלוקת חכמיהם** ומנהגי המקומות. **ואין מלכים מקפידין** אלא בהכשר השטרות בלבד.[70].

הרמב"ן קובע שיש תוקף של דינא דמלכותא לדרישת הנוהל המעניקה תוקף ואמינות לשטר בחתימת הרשם מטעם המלך, כיוון שהמלך מקפיד עליה. לעומת זאת, אין תוקף לדין המהותי הנקבע בערכאות הנתון לשיקול דעתו של השופט והמלך אינו מתערב בעניינו.[71] יש להעיר כי העובדה שהרמב"ן מציין שהדין הנקבע בערכאות נתון למחלוקת,

---

69. **שו"ת הרשב"א** ו, קמט.
70. בתוך: **ספר התרומות** סז, ד.
71. בנקודה זו חלוק **בעל העיטור** ח, לג, א, הסבור שהשלטון מקפיד גם על הדין המהותי ואינו מוכן לקבל פסילת שטרות עליהם חתום הרשם מנימוקים שאינם מעוגנים בדין המהותי הנוהג (כגון, חשש לזיוף או היעדר מעשה קנין) ולפיכך הוא מעניק תוקף לשטר העולה בערכאות גם בהיעדר דרישות אלו. מחלוקת זו אינה מהותית אלא נקודתית בשאלה עד כמה מגיעה הקפדתו של השלטון על הדין הממוני המהותי.

אינה הסיבה להיותו בלתי מחייב, אלא הסיבה היא היעדר הקפדה של השלטון על חוק מסוים.

הכרעת ההלכה

למעשה נחלקו הפוסקים בשאלה זו, לדעת הרמ"א[72] דינא דמלכותא תקף גם ביחס לדיני הממונות, אם הוא נועד לצורך "תיקון בני המדינה", גם כאשר מדובר בסכסוך שבין שני יהודים המתברר בבית דין של תורה.[73] לעומתו סבור הש"ך[74] שגם אם יש לחוק תוקף ביחס לגויים, הוא אינו תקף בנוגע לענייני ממון שבין שני יהודים, במקום בו הוראת החוק שונה מהוראתה של ההלכה.

משמעות הדברים היא שהרמ"א פסק במפורש שרק התבחין המהותי הוא הקובע – ואם החוק הוא לתיקון המדינה יש לו תוקף. הרמ"א לא התייחס להבחנה אותה עושים הראשונים בין חוק המלך לחוקי הערכאות, מחד, ולא להבחנה בין חוק שהמלך מקפיד עליו לחוק אחר, מאידך.

הרב הרצוג עסק בקריטריון אחר להבחנה בין תקנה לבין חוק בסיסי:

> עולה בדעתי בנוגע למציאות שנתחדשה בעולם המסחר והתעשיה, דבר כללי, שמציאות כזאת ומצב כזה לא היה קיים בימי חז"ל, אף שאפשר לנו לקבוע הדין בזה על פי הכללים שאינם תקנות אלא משפטים ממש, מכל מקום מכיון שמציאות כזאת ומצב כזה לא היו קיימים בימיהם, ויש לנו יסוד לשער שאילו היה מתחדש בימיהם היו מתחשבים עם המציאות וקובעים תקנה משום תיקון העולם... יש לקבל דין המלכות בזה הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה.[75]

לדבריו, כאשר מדובר בחוק שנותן מענה לשינוי במציאות מדובר ב"תיקון בני המדינה", כיוון שהחוק נועד להציע פתרון לבעיה והיא המציאות שהשתנתה. זאת, בניגוד לחוקים הבסיסיים, כגון, מכר וחוזים, שאינם באים לתת מענה לבעיה מסוימת אלא מציעים תפיסה של צדק בהתעלמות מהתורה.

הרב שאול ישראלי עושה אף הוא הבחנה דומה בין חוקים הבאים למצות את תפישת הצדק והאמת של המחוקק, להם אין תוקף אפילו אם נחקקו על ידי המלך, או הפרלמנט, ובין חוקים שמטרתם לפתור בעיה כזו או אחרת להם יש תוקף מדינא דמלכותא, גם אם הם נוגעים לענייני שבין אדם לחברו. וכך הוא כותב:

> ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק... כל מה שתלוי בהכרעה שכלית כלול

---

72. **רמ"א** חו"מ שסט, ח; שם עג, יד, ע"פ **הגר"א** שם, מו. כדעת הרמ"א סבור כנראה **הסמ"ע** קד, ה.
73. על פי **מרדכי** בבא בתרא, קנד.
74. **ש"ך** חו"מ עג, לט; **קצות החושן** קד, ו; **נתיבות המשפט** קמט, ד.
75. הרב הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** ב, עמ' 72.

במשפט ערכאות, שהם הם חכמי המשפט של אומות העולם, ובזה אין דינא דמלכותא כלל, כי במה שנוגע להכרעת השכל יש לנו חכמת התורה והכרעתה והכרעת חז"ל, ומהם לא נזוז.

אולם, בדברים שהם מיסוד תקנתי לתיקון העולם, זה שייך מטבעו למלכות, ועליה לשקוד לתיקון אזרחיה ובזה דינא דמלכותא דינא.

ואם המלך חוקק חוק שהוא מסוג הדברים של דיני ערכאות, כלומר, שהוא שייך להכרעה שכלית, אף על פי שעושה לפי משפט המלוכה, וכגון שניתנה לו רשות לכך מטעם מדינתו, מכל מקום בזה אין דינו כלל.[76].

למעשה הפוסקים האחרונים חלוקים בשאלה עקרונית זו, יש הסוברים כרמ"א,[77] יש הסוברים כש"ך,[78] ויש שלא הכריעו.[79] הכרעה בשאלה עקרונית זו חשובה בתחומים משפטיים רבים.

שיטת החתם סופר

כאמור לעיל, נחלקו ראשונים מהו יסוד הכלל של דינא דמלכותא וכן האם הוא חל רק בנוגע למלך גוי או שמא אף ביחס למלך יהודי. יש שנימקו אותו בהסכמת הציבור ויש שטענו כי, בעלות המלך על קרקעות המדינה היא המעניקה לו את הזכות לדרוש את קיום החוק. השאלה האם חוקי המדינה מחייבים גם בתחום האזרחי תלויה לכאורה בשאלת מהו יסוד הכלל דינא דמלכותא. לפי הנימוק הראשון, שהאזרחים הם המעניקים למלך את סמכותו לחוקק, אזי אין סיבה לצמצם את כוחו של המלך וסמכותו לחוקק חוקים לתחום מסוים בלבד ואם האזרחים העניקו לו את הסמכות לחוקק חוקים בכל התחומים והוא מעוניין להרחיב את מוטת כנפיו על הדין הממוני, הדבר אפשרי, וכך אכן כותב הרשב"ם:

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 ע"פ חוק המלך הנהוג בעיר** משום גזל.[80].

לעומת זאת לפי הנימוק השני התולה את סמכות החקיקה של המלך בבעלותו על הקרקע, הרי שמן הסתם הסמכות מוגבלת לעניינים הנוגעים ל"הנאת המלך" ולא לכלל דיני הממונות. על רקע זה טען החתם סופר שהמחלוקת נוגעת רק לחוק שהוא לטובתו האישית של המלך, כגון, חוק המחייב את האזרחים בתשלום מסים לאוצר הממלכה[81].

---

76. **עמוד הימיני**, ט, ח.
77. **ערך שי** חו"מ עג, יד; **שו"ת להורות נתן** א, ע; **חזון איש** חו"מ, ליקוטים, טז, א; **אגרות משה** חו"מ, ב, סב; הרב אשר וייס, **דרכי הוראה** ו, קטז.
78. **מעדני ארץ** א, יח, יג.
79. **שו"ת דובב מישרים** א, עו; **שו"ת אמרי יושר** ב, קמז; **שו"ת מנחת יצחק** ב, פו.
80. **רשב"ם** בבא בתרא נד,ב, ד"ה מי אמר.
81. מסתבר שמעמדו של חוק המחייב בתשלום מיסים במדינת רווחה, כמו מרבית מדינות המערב ובהן מדינת ישראל, שונה, שכן כל המיסים נועדו לשם סיפוק צרכים ציבוריים ומתן שירות

אולם, כאשר מדובר בחוק לטובת האזרחים, שהאזרחים מעוניינים בו, גם הר"ן יסכים שיש תוקף לחוק מדינא דמלכותא על בסיס הסכמת האזרחים, ולפיכך הוא חל גם בתחומים אזרחיים:

> ומכל מקום נראה לי דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם, סבירא ליה לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ, ואם כן יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם. אבל **במנהגי ונימוסים, כמו בבא בתרא נ"ד ע"ב, מודה ר"ן דהטעם משום דניחא להו** ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם.[82].

כלומר כאשר התקנה מועילה לציבור, הציבור מקבל אותה ויש לה תוקף מכח דינא דמלכותא. בהמשך לכך קבע החתם סופר בנוגע לתקנה מסוימת שיש לה תוקף הלכתי, כיוון שהיא תקנה מועילה התואמת את עקרונות התורה ומסייעת בהעמדת עקרונות הצדק התורניים ויישומם במציאות החיים המשתנה:

> דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט[83] **שאינינו נגד דין תורה אלא כתורה עשו ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן** הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה. וכן הוא בכל מדינות מלכותו שיש מספר ומפקד לכל מיני אומניות כמה יהי' בעיר מאותו אומנות ולא יפסידו זע"ז ומכ"ש בסרסרי' שתקנה הוא בכל העיירות גדולות שהם מושבעים מהמלכות ושזולתם אסורים לסרסר ושיש להם מספר ידוע...
>
> ומצינו כיוצא בזה בפרק קמא דבבא בתרא בהני טבחי ובש"ע ח"מ סס"י רל"א וה"ה כל תקנות שתיקנו ביניהם דלא למיפסק חיותא...[84].

החתם סופר הוכיח את טענתו שמדובר בתקנה ברוח התורה מתקנה דומה המוזכרת בגמרא ונפסקה להלכה בשולחן ערוך (אליו מציין החתם סופר) בהקשר של תקנות בני העיר. על פי עיקרון זה, כל חוק של המדינה, שמבחינת תוכנו ניתן היה לקבלו כתקנה של בני העיר, תקף מדינא דמלכותא.

יש לציין כי החתם סופר מוכן להעניק תוקף לתקנות ולחוקים שקובע השלטון בתנאי שהם אינם עומדים בניגוד להלכה המתייחסת למקרה זה ומורה במפורש לנהוג אחרת:

> כל זה כשאינו מתנגד למה שכתבה תורה בהדיא. אבל כשמתנגד למה שכתבה תורה בהדיא אזי אפילו למלך אומות העולם אין שומעים, קל וחומר למלך ישראל... **דנגד דין תורה אפילו מלך אומות העולם אינו יכול, ומה שאינו מפורש בתורה אפילו מלך ישראל יכול להנהיג.**[85].

לאזרחים ואם כן גם חוק זה הינו לטובת האזרחים והוא יהיה תקף לדעת החתם סופר גם בארץ ישראל.

82. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד
83. בדבר הרקע ההסטורי של תשובה זו ומשמעותו ההלכתית ראו לעיל פרק ג.
84. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.
85. שם.

עקרון חשוב זה, לפיו אין תוקף לדינא דמלכותא במקום בו הוא סותר דין תורה הינו עיקרון מוסכם הנזכר כבר אצל הש"ך,[86] אך יש להעיר כי החתם סופר מפרשו באופן שונה מהש"ך. הש"ך מעניק לעקרון זה פרשנות נרחבת, ולדעתו בכל מקרה בו התוצאה המשפטית בדין תורה היתה שונה מהתוצאה המתקבלת בעקבות החוק, יש לראות בדבר סתירה ביניהם ואין לקבל את החוק. זאת גם אם ההלכה אינה מעניקה במפורש זכות ממונית לאחד הצדדים, אלא שאינה שוללת אותה.[87]

לעומת זאת החתם סופר מעניק לעקרון זה פרשנות מצומצמת, ולדעתו רק במקום בו ההלכה קובעת באופן מפורש כי יש לנהוג באופן מסוים, והחוק קובע כי יש לנהוג באופן אחר, רק אז יש לראות בדבר סתירה ואין לקבל את החוק. זאת, גם כאשר מדובר בתקנה מקומית שכן הערכים העומדים מאחוריה אינם עולים בקנה אחד עם ערכי הצדק של התורה.

נמצא שהחתם סופר מחדש כמה חידושים: האחד, שכאשר מדובר בחוק שהציבור מעוניין בו, הרי שיש לו תוקף גם במלך יהודי ובארץ ישראל. השני, שאחת הדרכים לקבוע שהחוק הוא טוב וראוי היא כאשר יש לו תקדים בהלכה, והשלישי, שאין תוקף לחוק הסותר במפורש את ההלכה.

לסיכום פרק זה נאמר כי ישנה מחלוקת ראשונים האם דינא דמלכותא חל גם בדיני ממונות שבין אדם לחברו, ולהלכה נחלקו בדבר הרמ"א והש"ך. הדעות המקבלות את דינא דמלכותא בדיני ממונות נוטות לצמצם את תחולתו ההלכתית של הכלל לחוקים שנועדו לטובת השלטון או החברה, ובפרט אם החוק קובע שקיימת חובה אזרחית לנהוג רק על פיו. במקרה בו המדינה מקפידה על קיומו של החוק, ואינה מוכנה לקבל הסכמות המנוגדות לחוק או להעניק אוטונומיה שיפוטית בעניינו, גם הדעות שאינן מקבלות את דינא דמלכותא בדיני ממונות עשויות לקבלו.

דינא דמלכותא בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון

גם אם נאמר כי חוקי מדינת ישראל מחייבים על בסיס דינא דמלכותא או כתקנות הקהל, יש לבחון מהו יחס ההלכה לתקדימים של בתי המשפט, ובמיוחד לאלו של בית המשפט העליון – האם הם מחייבים באותה מידה כמו החוק עצמו? בעניין זה מצאנו שלוש גישות.

הגישה הראשונה: אין תוקף לפסיקות בתי המשפט

לכאורה כבר הרשב"א התייחס לכך בתשובתו שהובאה לעיל המבחינה בין דיני המלך לדיני הערכאות:

---

86. **ש"ך** חו"מ עג, לט.
87. על תפישת הש"ך הקשה **החזון איש** חו"מ, ליקוטים טז, א, שכיוון שלפי תפישתו להלכה יש עמדה בכל שאלה, הרי לשיטת הש"ך כל חוק יוגדר בהכרח כסותר את ההלכה ואין לקבלו. אם כן, לא ברור כיצד יסביר הש"ך את דברי הראשונים שפסקו שיש לקבל את דינא דמלכותא בדיני ממונות?

> דינין ידועים יש למלכים ובהם אמרו דדיניהם דין, אבל דינין שדנין בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות דנין לעצמן כמו שימצאו בספרי הדיינין, שאם אין אתה אומר כן בטלת חס ושלום דיני ישראל.[88]

הרשב"א כאמור התייחס לחוק הנוהג בבתי המשפט ואשר לא נחקק על ידי המלך, וקבע כי אין לו כל תוקף הלכתי מחייב. קל וחומר שפסיקה שהורתה ולידתה בבית המשפט ומעולם לא הפכה לחוק, אין לה כל תוקף מחייב על פי ההלכה. למסקנה זו מגיע גם המהריא"ז ענזיל בתשובתו:

> כל מי שיש לו עיניים לראות ולב להבין בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים, יראה ויבין, שדעת כולם שווה, דלא שייך דינא דמלכותא אלא בדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושקול 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 בשקול דעתם - מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא. אבל הם הם ערכאות של נכרים, שהזהירה אותנו התורה הקדושה שלא לדון בפניהם, אפילו בדברים שדיניהם שווה לדיני ישראל...[89].

מפורש אם כן שאין לפסיקות בתי המשפט מעמד כשל דינא דמלכותא ואין לבית הדין לפסוק על פיהן. זוהי העמדה המקובלת בין פוסקי זמננו[90], וכך כותב לדוגמא הרב אוריאל לביא ביחס לפסיקה המעניקה תוקף קוגנטי (שלא ניתן להתנות עליו) לחוק מחוקי העבודה:

> אילו שלילת תוקף ההסכם [לויתור על הזכויות] היתה מעוגנת בחוק, הרי שהסכמת נבחרי הציבור בכנסת דינה כהסכמת טובי העיר... אך לפסיקה מסוג כזה שהיא יצירה של המערכת השיפוטית אין מעמד של הסכמת בני העיר...[91].

לדעתו[92] רק לחוק יש מעמד מצד דינא דמלכותא ואז יכול הוא גם להגביל את אפשרות ההתניה של הצדדים. לעומת זאת, פסיקה של בית המשפט העליון מחייבת על פי החוק עצמו רק את בתי המשפט (וכן גופים ממשלתיים), אולם היא אינה מחייבת את הציבור או את בתי הדין הרבניים של המדינה או את בתי הדין לדיני ממונות.

---

88. **שו"ת הרשב"א** ג, קט.
89. **שו"ת מהריא"ז ענזיל**, ד.
90. **שו"ת שבות יעקב** ב, קעו; **שו"ת מנחת יצחק** ב, פו; ביה"ד הרבני הגדול בפס"ד 774452/1 (מס' ישן: 1108-35-1) **ועד החינוך נ' פלונית** מיום כ"ה אייר תשנ"ט; **שו"ת תשובות והנהגות** ג, תנה.
91. הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה** ב, חו"מ, מח, עמ' 945-946.
92. כפי שהבהיר בשיחה בעל פה שערכתי עמו בתאריך ב בשבט תש"ף.

יתכן שההתנגדות לנתינת תוקף הלכתי בבית הדין לפסיקות בתי המשפט נובעת גם מדברי הרמב"ם הידועים האוסרים באיסור חמור התדיינות בבתי משפט של גוים וכן בבתי משפט של יהודים שאינם תלמידי חכמים:

> כל הדן בדייני גוים ובערכאות שלהן אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם לפניהם ולא לפני גוים, לפניהם ולא לפני הדיוטות.[93].

יתכן שיש להסיק מדברי הרמב"ם, שאם ישנו איסור להתדיין בבתי המשפט, בוודאי שאין תוקף לפסיקות שלהם.

לדעת הרב שלמה דיכובסקי יש לסייג את הדברים במקצת, לדבריו יש לתקדימי בית המשפט העליון מעמד של דינא דמלכותא, במקרים בהם מדובר בפרשנות של החוק, כיוון שבית המשפט העליון הוא המוסמך לפרש את החוק.[94] לעומת זאת, כאשר מדובר ב"חקיקה שיפוטית" אין לכך תוקף ועליה נאמרו דברי הרב ענזיל. ואלו דבריו:

> 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".[95].

הגישה השנייה: במשטר מודרני יש תוקף לפסיקות בתי המשפט

גישה שניה וחריגה בין הפוסקים מבטא הרב אשר וייס. לדעתו יש להבחין בין בתי המשפט בתקופת הרב ענזיל לבית המשפט העליון במדינת ישראל. הרב ענזיל עסק במציאות מסוימת בה לא היתה משמעות חוקית ל"תקדים" משפטי ולא היתה כל משמעות להיררכיה השיפוטית. כפי שכותב הרב ענזיל עצמו:

> ותדע שהרי כל פסקי דיניהם הנקראים סענטעצין (sentences) גם אצלם אינם

---

93. **רמב"ם** סנהדרין כו, ז.
94. כדוגמא לכך ניתן להביא את היחס של בתי הדין לדרישת הכתב בעסקאות מקרקעין. סעיף 8 ל**חוק המקרקעין** (תשכ"ט) קובע כי התחייבות לביצוע עסקת מקרקעין תיעשה בכתב. דרישה זו יכולה להתפרש כדרישה ראייתית בלבד אולם פס"ד של ביהמ"ש העליון, ע"א 726/71 **גרוסמן את ק.ב.ק. נ' עזבון בידרמן**, קבע כי מדובר בדרישה מהותית שבלעדיה גם אם תוכח גמירות דעת אין לעסקה תוקף חוקי. פסיקה זו התקבעה כמנהג בכל בתי הדין אשר קבעו כי עסקת מקרקעין שלא נעשתה בכתב אינה מחייבת אפילו לא כהתחייבות לעסקה. ראו פס"ד של הרב אברהם מיזלס **בבית הדין האזורי נתניה** תיק מספר 880038/18 ניתן בתאריך ה' ניסן תשע"ה.
95. הרב דיכובסקי, "'הלכת השיתוף' – האם דינא דמלכותא?", **תחומין יח**, עמוד 25.

> נחשבים לדינא דמלכותא. ואין להביא ראיה מפס"ד אחד שלהם על כיוצא בו ואפילו שלחו ממקום משפטי היותר גבוה כידוע מנימוסי משפטיהם... איך איפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטר' או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו דינא דמלכותא?! אם כן בטלו כל דיני תוה"ק, ואויבינו פלילים – ישתקע הדבר ולא יאמר.[96]

כלומר הסיבה לכך שאין לפסיקות בתי המשפט מעמד של דינא דמלכותא היא שבניגוד לחוק הקבוע והמחייב, הפסיקות משתנות ואינן מחייבות כלל זו את זו אפילו לא כתקדים. מצב זה שונה לחלוטין במדינת ישראל בה תקדימים של בית המשפט העליון מחייבים כל בית משפט אחר כאילו היו כתובים בחוק עצמו.[97] בעקבות זאת כתב הרב וייס כך:

> מקובל במדינות הנ"ל שהחוקים המתקבלים בבית המחוקקים לעיתים מנוסחים ניסוח כללי מאוד ופסקי הדין של הערכאות הגבוהות מתקבלים כגופו של החוק עד שכל בתי המשפט הזוטרים יותר מסתמכים עליהם ולפעמים יש סמכות אף לזרוע המבצעת לתקן תקנות ולהשלים את כוונת המחוקק ורצונו. ולכאורה מסתבר לפי זה דגם באלה נוהגת הלכה זו דדינא דמלכותא דינא.[98]

יש לציין כי אפילו את הסמכות שניתנה לבית המשפט העליון לבטל ולשנות את פסיקותיו שלו מהעבר, אין בית המשפט העליון נוטה לנצל אלא במקרים חריגים בהם התקדים "איננו מתיישב כלל ועיקר עם המילה הכתובה של החוק".[99]

---

96. **שו"ת מהריא"ז ענזיל**, ד.
97. סעיף 20(ב) **לחוק יסוד: השפיטה**, קובע כי "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט אחר זולת בית המשפט העליון". **עמדה זו של המחוקק מוסברת בדברי השופט מאיר שמגר בפס"ד בבלי** (בג"ץ 1000/92): "באמצעות הפרשנות וכתוצאה ממנה קמה ונוצרת המסכת המשפטית הרחבה יותר, המוסיפה כמידת הצורך את ההענשרה וההרחבה הדרושים לדין הקיים בכל עת מצויה, הנמזגת בו והופכת לחלק ממנו... ולהתאמת עקרונות אלו לנסיבות הקונקרטיות החדשות, שהחיים מזמנים מעת לעת לכל מי שחי תחת כנפיה של שיטת משפט נתונה... המבנה ההיראכי בכל הנוגע להכרעות שיפוטיות הוא הכרח הנובע מעצם הצורך לבנות ולקיים שיטת משפט חיה...".
98. הרב אשר וייס, **קובץ דרכי הוראה** ו, י, עמ' קכד. אמנם בסיום דבריו הרב וייס כותב בלשון מסתייגת "וצ"ע בזה". אולם בשיחה שקיימתי איתו (בתאריך ג בשבט תש"ף) הוא הבהיר כי זוהי אכן עמדתו העקרונית שלפסיקות בית המשפט העליון במדינת ישראל בנושאים אזרחיים בלבד יש מעמד של דינא דמלכותא (זאת למעט פסיקות בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, ועוסקות בעניינים פוליטיים ובענייני דת ומדינה). עוד הוסיף ואמר, כי לדעתו אין מקום להבחנה אותה עושה הרב דיכובסקי בין פרשנות להלכה חדשה וכי לכל פסיקה של בית המשפט העליון יהיה מעמד הלכתי של דינא דמלכותא.
99. לשון השופט זילברג, ע"א 150/50 **קאופמן ואחרים נ' מרגינס**. בתקופת נשיאותו של השופט ברק הותרה במקצת הרצועה והנ"ל הרשה לעצמו לחרוג מגישת בית המשפט העליון שהיתה נהוגה עד זמנו. אולם גם הוא אינו סבור שתקדימי קודמיו אינם מחייבים אותו כלל ועיקר, אלא ששינוי המדיניות השיפוטית מאפשר אף הוא להשתמש בסמכות זו, **פרשנות במשפט ב**, **עמ' 776**: "ביהמ"ש העליון מוסמך לסטות מתקדימיו הוא... ההכרעה בין השיקולים השונים היא גם ענין

בנוגע לטענתו של הרשב"א לפיה אין כל סמכות לדיני הערכאות אלא רק לדין שנחקק על ידי המלך, טוען הרב וייס כי עקרון הפרדת הרשויות במדינת ישראל חילק את סמכות ה"מלכותא" בין שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. וכשם שלתקנות של שר יש מעמד של דינא דמלכותא כך גם לתקדימי בית המשפט העליון יש מעמד של דינא דמלכותא.

> דהנה בכל מדינות המערב המתוקנות בעלות ממשל דמוקרטי יש שלשה זרועות ממשל: הממשלה שהיא הזרוע המבצעת, בית המחוקקים שבו נבחרי העם והוא הזרוע המחוקקת, מערכת בתי המשפט והיא הזרוע השופטת.[100].

גם הרב דוד בס[101] הלך בדרך זו והוסיף לומר, כי אם נקבל את ההנחה שלחוקי הכנסת והחלטות הממשלה יש מעמד של דינא דמלכותא, אזי הואיל ואחד מחוקי היסוד של הכנסת הוא שלתקדימים שנוצרו בבית המשפט העליון[102] ישנו מעמד זהה לחוק, ממילא יש לקבוע כי גם אלו מחייבים על פי ההלכה,[103] בהגבלות אותן ציינו המתייחסות למטרת החקיקה ולאופייה.[104]

כאמור גישה זו חריגה מאד בעולם הפסיקה, שעמד על ההבחנה בין חוק שמקורו בגוף פוליטי שאת את סמכותו לחוקק הוא מקבל ישירות מן הציבור, שהוא בעל תוקף, לבין פסיקת בתי המשפט שאין לה תוקף.[105]

הגישה השלישית: יש תוקף לפסיקת בתי המשפט שקבלה את אישור בית הדין

גישה שלישית עולה מדברי המנחת יצחק. המנחת יצחק התייחס להבחנה אותה ביקש השואל לערוך בתוך חוקי הגנת הדייר בארה"ב, בין חוקים שנחקקו על ידי הרשות המחוקקת ובין חוקים שהתקבלו כתוצאה מתקדימים של הרשות השופטת. ה"מנחת

של מדיניות שיפוטית". שינוי גישה זה ניתן לראות גם בדיני עבודה **בפס"ד צדקא**, ע"ע 300274/96, אשר שינה את אופן קביעת עובדת קיומם של מערכת יחסי עובד-מעביד.

100. הרב אשר וייס, **קובץ דרכי הוראה** ו, י, עמ' קכד.

101. הרב דוד בס, "חוזים על פי דיני התורה", **כתר א**, עמ' 104, הע' 223.

102. לפסיקות בתי משפט בערכאות נמוכות יותר מתייחסים דברי הרב ענזיל ואין להן תוקף כשל חוק מחייב.

103. זוהי גם מסקנתו של הרב דוד בס במאמר הנ"ל.

104. כלומר לא כל פסיקה של בית המשפט העליון תקבל באופן אוטומטי מעמד של דינא דמלכותא, כשם שלא כל חוק יקבל מעמד זה. כאמור לעיל מעמד זה מוענק רק לחוק אשר נועד לתקנת הציבור אולם חוק שנועד לקבוע מערכת יחסי ממון בין שני אנשים מכוחה של תפיסת צדק אך לא לתקנת הציבור אין לו מעמד מחייב כשל דינא דמלכותא. לכן גם פסיקת בית משפט עליון לא תקבל מעמד מחייב על פי ההלכה אם אין תכליתה תקנת הציבור, או שבאה על מנת להנחיל לציבור תפישת עולם ראויה לדעת שופטי בית המשפט. ועיינו בעניין זה בדברי הרב אברהם שרמן, "'הלכת השיתוף' לאור משפטי התורה", **תחומין יח**, עמ' 35 בנוגע להלכת השיתוף.

105. יתכן שמקור ההתנגדות נמצא בדברי הרמב"ם שהובאו לעיל ולא בדברי הרשב"א והמריא"ז ענזיל בהם עסק הרב וייס.

יצחק" השיב כי על בסיס דברי החתם סופר הנזכרים לעיל (עמ' 109), יש לומר שבכל מקום בו מדובר בתקנה שיש בה תועלת לציבור, הנעשית ברוח ערכי התורה, ואשר היתה יכולה להתקבל כתקנת בני העיר, יש להניח כי התקנה קיבלה את תקפה מכוח הסכמת הציבור וככזו היא זוכה למעמד של דינא דמלכותא:

> גם מה שהביא מהפוסקים שמחלקים בין חק מלכות הקבוע ובין גזרת הגמון לפי שעה, או בין דינא דמלכותא ובין דינא דערכאות. נראה בזה דלפי דברי החתם סופר בת' שם והובא בדברי כת"ה, דכתב על דברי הר"ן (בנדרים כ"ח) דדינא דמלכותא דינא רק במלך אומות העולם דיכול לגרש מן הארץ אם לא יעשו מצותיו. דכל זה רק במסים וארנונית שמטיל על כרחם, אבל המנהגים ונמוסים מודה הר"ן דהטעם משום ניחא להו, לא שייך לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם עי"ש. **אם כן כמו כן לא שייך לחלק כל החילוקים הנ"ל, כיון דניחא להו הרי המה מקבלים עליהם יהיה ממי שיהיה כנלענ"ד**.[106].

למעשה בתי דין רבים אינם נכנסים לעובי הקורה ולהכרעה בשאלה האם לפסיקות בית המשפט העליון מעמד מחייב כשל דינא דמלכותא. גם בתי דין שאינם מעניקים לפסיקות בית המשפט מעמד של דינא דמלכותא, מעניקים לפסיקות בית המשפט מעמד של מנהג העולם[107] שכן הכרעות אלו מחייבות את כל הציבור. ממילא, הכרעה בבית המשפט העליון תהפוך קרוב לוודאי תוך פרק זמן קצר יחסית למנהג העולם שבתחומים מסויימים הוא מחייב לכשעצמו.[108]

---

106. **שו"ת מנחת יצחק** ב, פו.

107. עיינו למשל בפסק **בית הדין האזורי בטבריה** בפני כבוד הדיינים הרב לביא, הרב בזק, והרב אריאל (מתאריך ב' תמוז תשס"ט, 24/6/09, בתיק מס' 80581-21-1) שם קיבלו את ההנחה כי לפסק דין של בית המשפט העליון ישנו מעמד כשל "תקדים משפטי מחייב" כלשונו, ובלבד שלא מדובר באמרת אגב אלא בעיקר פסק הדין ביחס למושא הדיון. בנוסף עיינו בפסק **בית הדין האזורי בנתניה** בפני כבוד הדיינים הרב עמוס הרב פרדס והרב ינאי, מתאריך כ"ה תשרי תשע"א, 03.10.10 תיק מספר 764411/1, אשר הסכימו עם קביעה עקרונית זו, ובלבד שמדובר "במנהג מדינה שפשט מתוך הסכמה של הציבור" ולא "כהנחלת ערכים מצידו של הבג"ץ באמצעות פסיקה אזרחית" כפי שנעשה בבג"ץ בבלי.

108. כאמור לעיל בהגדרה זו ישנם פנים לכאן ולכאן: מצד אחד, מעמד זה של "מנהג העולם" פחות ממעמדו של "דינא דמלכותא" שכן המנהג יחייב רק במקרים השכיחים ובמקום שפשט בציבור אך לא במקרים שאינם שכיחים. ממילא לעצם קיומו של התקדים אין משמעות רבה כשלעצמו, וזאת בניגוד לדינא דמלכותא התקף מעצם קיומו.
מצד שני, המנהג מחייב מעצם העובדה שנהגו כך, ללא כל ביקורת ענייינית על הסיבות בהן הוא נוצר, וגם כאשר הסיבות להחלתו של המנהג לא נועדו מראש לתקנת הציבור אלא נבעו מתוך מה שהיה נראה לשופטי בית המשפט באותה העת. בעוד דינא דמלכותא אינו מחייב אלא כאשר בית הדין השתכנע שמדובר בחוק או בפסיקה ששמה לנגד עיניה את הציבור כולו צרכיו וטובתו.

חובת הציות לחוקי המדינה

גם אם נניח כי חוק מסוים תקף במלואו מן הבחינה ההלכתית, וחל עליו הכלל 'דינא דמלכותא דינא', עדיין יש לבחון את אופיו של כלל זה. כאשר מדובר בחוקי המדינה ניתן לומר במידה מסוימת של ודאות, כי כמעט כל אזרח 'מעגל פינות' ומשאיר לעצמו מרחב מסוים של שיקול דעת, באיזו מידה של דקדקנות לקיים את החוק, לעתים תוך בחינה של מידת 'הכדאיות הכלכלית' של היותו 'עבריין קטן'. לדוגמא, חוקי התעבורה אוסרים על הולך רגל לחצות את הכביש באור אדום, בכל יום ובכל שעה, ואף על פי כן, רוב בני האדם לא יימנעו מלחצות את הכביש באור אדום ביום הכפורים, בשעה שאין כל מכונית באופק. בנושא עבודת הנוער, קשה למצוא אדם אחד שלא לקח מעולם שמרטפית אשר גילה צעיר מגיל 15, או שהקפיד לחזור לפני שתגיע השעה 20:00 כדי לשחרר את השמרטפית בת ה 17 לביתה, כפי שדורש ממנו החוק.

לעומת זאת, כאשר מדובר בהלכה, הרי שכידוע ההלכה אינה מאפשרת לאדם 'לעגל פינות', ואם ישנו מעשה אסור אזי ההלכה אינה משאירה שיקול דעת לאדם באיזה מקרים הוא יתיר לעצמו לעבור עליה. לאור דברים אלו יש להסתפק בשאלה האם הכלל 'דינא דמלכותא דינא', הנותן את הגושפנקא ההלכתית לחוקי המדינה, קובע כי כל מעשה שנאסר בחוק – הינו איסור הלכתי על כל המשתמע מכך, או לא.

לכן נבקש לבחון את השאלה המעשית והיא האם ההלכה מחייבת את היהודי שומר התורה והמצוות לציית לחוק יותר מכל אדם אחר, ולדבוק בלשון החוק גם במקרים שבהם הציבור כולו אינו מקפיד על כך, או שההלכה מחייבת את היהודי להיות אזרח נאמן ושומר חוק, אך בסופו של דבר מבחינתה של ההלכה, שמירת החוק הינה חובה אזרחית הזהה מבחינת תוקפה לכל אזרחי המדינה דתיים וחילוניים, יהודים ושאינם יהודים.

בנושא חובת הציות נראה שיש לעשות אבחנה ברורה בין חוקים המטילים על האזרח חובת עשיה או המנעות מעשיה ובין חוקים בעלי משמעות סטטוטורית. גם אם ניתן לקבל בדיעבד התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם החוק במקום בו החוק לא מיושם על ידי הציבור ולא נאכף על ידי המדינה, ולומר שהתנהגות זו אינה הופכת את האדם לעבריין מבחינת ההלכה אין הדברים אמורים אלא בחוקים המטילים על האדם חובה או אוסרים עליו לבצע מעשה מסויים. אולם חוקים בעלי משמעות סטטוטורית, דהיינו חוקים הקובעים זכות פרטית או ציבורית על ממון, אשר קיבלו גושפנקא הלכתית, מגדירים את הבעלות על הממון גם מבחינה הלכתית ועל פי ההלכה גזל של אותו ממון אסור מן התורה[109]. מכאן יש להסיק כי אם החוק קובע כי רכוש מסוים שייך לציבור,

---

109. עיין **בשערי יושר** לר' שמעון שקאפ שער ה פ"א, המתרץ את קושית המהר"י באסאן, מובאת **בכנסת הגדולה**, חו"מ סי' כה אות ז, ומבאר כי כאשר התורה אסרה באיסור חמור לגזול היא לא באה להתערב בשאלה כיצד קובעים בעלות, שאלה זו צריכה להיות מוכרעת במסלול משפטי נפרד. אחרי שהוכרעה שאלה זו ברמה המשפטית, באה התורה ואומרת כי החזקה בממון שמבחינה משפטית שייך לאדם אחר אינה אלא גזל.

ולחוק זה ישנו תוקף מ'דינא דמלכותא', הרי שהחזקה ברכוש זה על ידי אדם פרטי אסורה מדאורייתא מדין גזל. וכן נראה מפסק הרמב"ם:

> 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[110].

ומאידך גיסא פסק הרמב"ם:

> מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו וכן אם הרס בתים ועשה אותן דרך או חומה מותר ליהנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין[111].

כמו כן אם החוק קובע דרכים מסוימות להעביר בעלות, הרי שפגיעה בבעלות זו אסורה מדאורייתא משום גזל, כפי שפסק הרמב"ם[112]:

> אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו, עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין.

נעיר כי כל הדוגמאות המובאות בבבלי בנוגע ל'דינא דמלכותא' נוגעות לחוקים בעלי נפקות ממונית, הנוגעים לדיני קניינים או לדיני מיסוי, ואין דוגמאות כלל לדינים מהתחום הפלילי אשר אין להן נפקות ממונית.

לעומת זאת ביחס ליתר חוקי המדינה נראה שיש לבחון את שאלת הציות לאור הבנת הבסיס ההלכתי של הכלל 'דינא דמלכותא דינא':

כאמור, לדעת התוספות המובא בר"ן וסיעתם, סוברים כי הסברא שעליה מתבסס הכלל 'דינא דמלכותא דינא' היא: 'מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ'. המשמעות היא ש'דינא דמלכותא' יונק את סמכותו במובן המצומצם, מיכולתו של המלך לגרש את נתיניו ובמובן מורחב יותר מכוחה של המדינה לאכוף את חוקיה. לפי דעתם ברור שההלכה 'דינא דמלכותא דינא' אינה כוללת חובת ציות דתית, ואינה אלא גושפנקא הלכתית לסמכות השלטונית. משמעות הדבר כי אין לדין זה משמעות מבחינת האזרח הקטן, ואינו מחייב אותו לנהוג על פי החוק, יותר ממה שהמדינה מחייבת אותו בכך. יתר על כן, לדעת הרב יעקב אריאל[113] עצם העובדה שהמדינה אינה מנצלת את כוחה כדי לכפות את החוק, מסירה את מעמדו של החוק מלהיות נכלל ב'דינא דמלכותא'.

---

110. **רמב"ם** גזלה ואבדה ה, יא.

111. **רמב"ם** גזלה ואבדה ה, יז. לאור דברים אלו הקשה ה**משנה למלך** על דברי הכסף משנה, גזילה ואבידה ה, יא, הסובר כי אין בהעלמת מס משום גזל אלא רק משום חילול ה'.

112. **רמב"ם** זכיה ומתנה א, טו.

113. במכתב למחבר פורסם **באמונת עיתך** תשרי תשע"ג גליון 97 עמ' 86.

לעומתם, לדעת **הרשב"ם** וסיעתו, הסוברים כי 'דינא דמלכותא דינא' אינו מבוסס על 'משפט המלך' ולא על כוחו של השלטון אלא על הסכמת הציבור, יש לומר כי יש חובת ציות לחוקי המדינה, אך זו נובעת מהסכמת הרבים, כפי שכתב החתם סופר (שם):

> עוד פליגי להר"ן מותר להבריח ולהפקיע כחו ולרמב"ם אסור... ולזה יש קצת מקום לומר שזה בכלל קבלתם ומחילת' שלא להבריח ועדיין צ"ע.

לכן מסתבר לומר כי חובה זו תלויה אם הרבים אכן מסכימים על קיום 'חוקי המלך ומשפטיו', אולם אם בפועל הרבים אינם נוהגים לפי פרט כזה או אחר מקרב 'חוקי המלך ומשפטיו', ממילא פקע התוקף החוקי של פרט חוק זה[114]. לדעת הרב אריאל ניתן להוכיח זאת מדברי הרמב"ם, שסובר כי סמכותו של המלך נובעת מכך[115]:

> שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים (...שאם לא כן) הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין.

אם כן, אם הציבור אינו מקבל עליו פרט מסוים בחוק, ניתן לומר כי על פרט זה לא חל הכלל 'דינא דמלכותא דינא'.

יתכן וניתן למצוא מקור לחובת הציות ב"משפט המלך" הנזכר בספר שמואל המהווה לדעת חלק מהראשונים מקור ראשוני לכלל דינא דמלכותא דינא. כך כותב במפורש המאירי[116]:

> א ס ו ר לגזלו או לעבור על מה שתקן שכך הוא ראוי לו מצד מלכותו על הדרך האמור במלכי ישראל כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו.

דין זה במקורו אינו מוגבל למלך ולסמכויותיו, אלא נוגע גם להתנהלות שבה מחויב הציבור, כפי שכותב הרמב"ם (שם):

> ...שנאמר ואתם תהיו לו לעבדים... מכאן שנותן מס וקוצב מכס ודיניו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין, שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו.

לדעת ראשונים אלו נראה כי ההלכה 'דינא דמלכותא דינא' מטילה חובת ציות גמורה על האזרח לציית לחוק ולקיימו ככתבו וכלשונו, כעבד המחויב למלא אחר רצון אדונו[117]. כפי שראינו לעיל, לדעת הרמב"ם לדעת רבי יוסי הסובר ש"כל האמור במשפט המלך מלך מותר בו" במשפט המלך המקביל לעקרון של דינא דמלכותא המלך שואב את סמכותו מכח הסכמת העם. אך בניגוד למה שטענו לעיל, הסכמת העם אינה נבחנת ביחס לכל חוק והוראה אלא ביחס לעצם קבלת סמכות השלטון, ומאחר והעם קיבל עליו את סמכות השלטון הוא מחוייב לציית להוראותיו בבחינת "קיבלתם מלכותי? קבלו גזרותי".

---

114. בדומה לגישה המשפטית החילונית שהבאנו לעיל.
115. **רמב"ם** גזילה ה, יח.
116. מאירי **בית הבחירה,** בבא קמא קיג ע"ב; **נדרים** כח ע"א; מבי"ט, **קרית ספר** גזלה פ"ה.
117. אלא אם כן נאמר כי אם העבד יודע שישנם דברים שהאדון אינו מקפיד עליהם – הרי גם הוא פטור מלעשותם, אף אם מופיעים בלשון הציווי.

אולם עדיין אין הכרח לומר שזוהי חובת ציות הלכתית, וייתכן לומר כי קיימת חובת ציות, אך באופייה היא אזרחית. למה הדבר דומה? למצוות אשר תקנו חכמים מכוח דין התורה 'לא תסור', אשר אינן הופכות בעצמן להיות איסור דאורייתא, אלא נשארות בתוקף של איסורי דרבנן[118]. את ההשוואה הזו בין מעמדם של איסורי דרבנן ובין מעמדם של מצוות המלך עורך רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק[119]:

> מה שהחמירה תורה לשמוע בקול מלך יותר ממה שהחמירה לשמוע בקול חכמים, וחייבן מיתה בדברי קדשו (יהושע א, יח) 'כל אשר ימרה את פיך מות יומת'. ובכל זאת, לדוגמא, שמעי בן גרא, היה מצווה מן השם לשמוע בקול שלמה, לבלי לצאת מקיר העיר וחוצה, וחייב מיתה על זה. אבל האם רצה השם שיאמר זה שלמה, ואם היה חפצו יתברך בפרט הזה?! שמה איכפת לרחמנא אם יצא, הלואי לא אמר שלמה זה...

לסיכום סעיף זה נאמר כי לדעת חלק מן הראשונים, מסתבר ש'דינא דמלכותא' כולל חובת ציות, גם אם אינה חובה הלכתית, אולם לדעת רוב הראשונים, 'דינא דמלכותא' אינו כולל חובת ציות כלל, במקרה שבו המדינה מחליטה כי היא אינה אוכפת את החוק, והציבור הרחב אינו ממלא אחריו. משמעות הדבר היא כי ההלכה מכירה בסמכות השלטונית שיש למדינה לחוקק חוק זה, ולכפות את האזרח לשמור על החוק, אך חובת הציות האזרחית אינה מחייבת אזרח יהודי המציית להלכה יותר מאשר שהיא מחייבת את האזרח הגוי, וגם הוא חייב כמו כולם לציית לחוק באותה מידה של ציות[120].

---

118. **רמב"ם** ספר המצוות, שורש א.

119. **משך חכמה** דברים, יז, יא.

120. כך הורו בעל-פה הרב דב ליאור, בכנס דיינים לדיני ממונות, בנוגע לשאלה האם מותר לחנות במקום אסור מתוך מוכנות לשלם קנס אם האדם ייתפס או לאו, והרב יעקב אריאל בנוגע לחוקי תעבורה, במקרים שבהם נראה בעליל כי במעבר עליהם אין כל סיכון לאדם העובר ולאחרים (כגון הליכה על הכביש ביום הכפורים).

חלק ב

עקרונות עבודה

פרק א: קבלת החלטות – עקרונות שיקולים ונהלים

פרק ב: כללי אתיקה

פרק א - קבלת החלטות: עקרונות, שיקולים ונהלים

מועצת הרשות המקומית הינה הגוף אשר מבחינה הלכתית וחוקית עומד בראש ציבור תושבי הרשות המקומית ציבור והחלטותיו מחייבות ציבור זה. בפרק זה נבקש לעמוד על העקרונות אשר צריכים להנחות את מליאת המועצה בבואם לקבל החלטה בנושא כלשהו הנוגע לציבור, מהם השיקולים אשר היא חייבת לקחת בחשבון, אלו שיקולים היא אינה רשאית לקחת בחשבון, ומהם הנהלים הבסיסיים בהם היא חייבת לעמוד. פרק זה, כמו הספר כולו, לא בא להחליף את מערכת החוקים של מדינת ישראל המסדירה בעיקר את נושא נהלי העבודה של המועצה אלא לבחון את הדברים מן הזוית ההלכתית, ולהעמיד את הרף אותו דורשת התורה מחברי המועצה בבואם לקבל החלטות הנוגעות לציבור.

קבלת החלטות ברוב דעות

כפי שראינו לעיל ההלכה מכירה בדמוקרטיה ייצוגית כדרך קבלת החלטות המחייבות את הציבור, ולפיכך החלטות אשר התקבלו על ידי נציגי הציבור מחייבות את הציבור כולו. מאותה סיבה כתבו הפוסקים כי כשם שהולכים אחר הרוב בהחלטות המתקבלות באסיפה של כל הציבור[1] כך הולכים אחר הרוב בהחלטות המתקבלות על ידי נבחרי הציבור וכך כתב רבי יהושע העשיל מקרקא[2]:

---

1. העקרון לפיו הציבור רשאי לקבל החלטות על פי רוב ואינו חייב להגיע להסכמות פה אחד התבאר בהרחבה לעיל א, א.
2. **שו"ת פני יהושע** ד ((הרב יהושע עשיל מקרקוב הי"ד, בעל "המגיני שלמה", נפטר מרעב ומחלה בזמן פרעות ת"ח ות"ט כפי שהספידו תלמידו, הש"ך בחיבורו "מגילה עיפה". אין להחליפו עם נכדו רבי יעקב יהושע פולק בעל החיבור פני יהושע על הש"ס). וראו **בשו"ת מהר"ם שיק** חו"מ סימן כז.
אמנם מדברי **שו"ת הרשב"א** ה, רפט, נראה לכאורה שלא קיבל עקרון זה: "דעו שכל שקבלו הקהל עליהם דעות אנשים ד' או ה' או יותר אין הולכין אחר הרוב. שאין רוב אלא בבית דין. ואם לא הושוו כולם לדעת אחת הרי הנתבע פטור". כך הבין כנראה מדבריו **בשו"ת חתם סופר** חו"מ, קטז, אשר הסיק כי אם הציבור מינה וועדה אשר תחלק את נטל המס בצורה הוגנת על החלטות הוועדה להתקבל פה אחד. אולם חברו המהר"ם שיק, הנזכר בהערה לעיל, מבין אחרת ואומר כי גם הרשב"א יסכים לכך שהחלטות של טובי העיר מתקבלות ע"פ רוב והסיבה שנמנע מללכת אחר הרוב הוא שהפורום היה חסר. לענ"ד לא משמע כן בלשון הרשב"א אך מדבריו "הנתבע פטור" משמע שהנידון שהגיע לפניו לא היה סמכות טובי העיר לקבל החלטות הנוגעות לכל הציבור - ע"פ רוב, אלא סמכות בוררים אשר מונו ע"י הקהילה לפסוק דינו של יחיד ע"פ הרוב. במקרה זה אכן מסתבר כי הסכמת הציבור לקבל את מרות ההרכב היתה בתנאי שכל חברי ההרכב יסכימו להחלטה.
אמנם, גם לדעת החתם סופר הסובר שהדבר אינו מוסכם הרי ש"כבר נהגי בכל גלילות הללו למיזל בתר רובא בכל ענינים כאלו ואם נמתין עד שיסכימו כלם לא יגמר שום ענין ויהי' השחתת הכלל". יתר על כן, היות והמנהג הפשוט במדינת ישראל המעוגן בחוקי מדינת ישראל הוא שהחלטות מתקבלות במועצת העיריה ברוב דעות הרי שלכו"ע יש להחלטת הרוב תוקף

אם היו גם רוב המנהיגים מסכימים פשיטא דבכל התורה רובא ככולא ומקרי שבעת טובי העיר במעמד אנשי העיר דהמיעוט של בני העיר בטל אצלם והוי ככולם... דבר זה השכל מאמתו דפשיטא דלא הוי משתמיט חד מן הפוסקים למכתב דבעינן שיסכימו כולם דוקא... בני העיר כופין זה את זה אם רובן מסכימים... וא"כ כי היכי דכאן מהני רובא הוא הדין בשבעת טובי העיר דמאי שנא? ואין לומר דבשבעת טובי העיר נחית למנינא ואמר שבעת טובי העיר משמע ליה שבעת טובי העיר ולא רוב זה אינו דרוב הוי כמו כל כיון דרובא מסכימים ככולו דמיא כמו דיני ממונות.

כפיפות להלכה

כמו כל אדם, גם נבחרי כפופים להלכה. נושא זה התבאר באריכות לעיל[3] ולמעשה פסק הרמב"ם[4] כי אם גזר המלך בניגוד להלכה אין להחלטותיו כל תוקף, על אחת כמה וכמה שהדבר נכון ביחס להנהגה המקומית כפי שכתב הרשב"א[5]:

אף על פי שעשאוה האנשים שרוב צרכי הצבור נעשין על ידיהם תקנות הקהל נעשין על ידיהם ולא פרוצותיהן. ואינן רשאין לפרוץ גדרי התורה.

לפיכך מסיקים כל האחרונים[6] כי אין תוקף להחלטה ציבורית המנוגדת להלכה.

שלטון החוק

עקרון חשוב המהווה יסוד בהלכות ציבור הוא עקרון שלטון החוק אשר משמעותו היא כי השלטון עצמו כפוף לחוק ומחויב לפעול במסגרת החוק ואין הוא נמצא מעל החוק.

הלכתי שכן גם הרשב"א כותב במפורש שהסכמת הציבור לכך מועילה לחייב את הציבור לקיים את החלטת רוב נבחרי הציבור.

3. לעיל א, ג – בקרה על חוקי העזר.
4. **רמב"ם** מלכים ג, ט.
5. **שו"ת הרשב"א** ב, רעט. התשובה עוסקת בחרם שהחרימו טובי העיר את אחד התושבים אשר השיג מהמלך סמכויות אכיפה בתחום הפלילי, סמכויות אשר בהחלט היו עשויות להיות לעזר לקהילה במאבק בפשיעה המקומית אך היוו איום פוליטי על מעמד ההנהגה המקומית. לדעת הרשב"א החרם בטל היא שהואיל והואיל והסמכויות הושגו באופן אישי, החלטה של טובי העיר כי לתושב לא יהיו סמכויות אכיפה, משמעותה שלא יהיו לציבור כל סמכויות בתחום הפלילי. והואיל ואכיפה בתחום הפלילי היא מצווה הרי שהחלטת טובי העיר עומדת בניגוד לתורה ולפיכך היא בטלה ומבוטלת.
6. כך כתב **בשו"ת הרמ"א**, עג: "דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט"; רבי חיים פלאג'י בספרו **משא חיים**, מנהגים, מערכת ה, סב: "לא יתכן למי שהוא בעל תורה להיות מתקן ומייסד מנהג מחדש שיש לו פקפוק מצד הדין"; **שו"ת דברי מלכיאל** ו, יא. דברים דומים כתב ב**שו"ת אגרות משה** חו"מ א, נח, אשר מעניק סמכות רחבה ביותר לאגודי העובדים אך מתנה זאת בכך שלא ינקטו בפעולות המנוגדות להלכה, להן אפילו הסכמתו של אדם חשוב לא תועיל: "אבל ודאי לעשות דברים שלא כדיני התורה כגון להכות את אלו שיתרצו לעבוד כשהם יעשו שביתה אסור לא רק ע"י העכו"ם אלא אף ע"י עצמם דעל הכאה גם בהסכם אדם חשוב מסתבר שאסור".

עקרון זה כל כך בסיסי עד אשר הגמרא[7] אומרת שכביכול אפילו הקב"ה בכבודו ובעצמו גם כן כפוף לו:

> בנוהג שבעולם מלך בשר ודם גוזר גזירה. רצה מקיימה רצו אחרים מקיימים אותה אבל הקדוש ברוך הוא אינו כן אלא גוזר גזירה ומקיימה תחילה מאי טעמא "ושמרו את משמרתי אני ה'" (ויקרא כב ט) אני הוא ששימרתי מצותיה של תורה תחילה.

עקרון שלטון החוק אינו תלוי בהפרדת הרשויות שכן לדעת הרמב"ם[8] המלך המחוקק את החוקים כפוף להם באופן מוחלט כאחד האדם:

> מלך שלקח חצר או שדה של אחד מבני המדינה דרך חמס שלא כדינין שחקק הרי זה גזלן.

הרמב"ם מוסיף ואומר[9] כי עקרון שלטון החוק אינו רק עקרון פורמלי אלא עקרון מהותי לפיו השלטון אינו יכול לפעול באופן שרירותי שלא על פי עקרון של צדק ושוויון בפני החוק, אי לכך גם חוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו אין לו תוקף על פי ההלכה וזה לשונו:

> כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל.

הרמב"ן[10] מגדיר באופן נרחב עוד יותר את המושג שלטון החוק ברמה המהותית. על מנת שחוק יקבל את תקפו עליו לא רק לעמוד בדרישות המוסר והשוויון אלא להיות מקובל, ומפורסם, מעבר לגבולות הזמן והמקום של הגוף שחוקק אותו:

> נראין הדברים דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא כגון הדינין הידועין למלך בכל מלכותו שהוא וכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים, אבל מה שהמלך עושה לפי שעה או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם במה שלא נהגו בימי האבות, חמסנותא דמלכא הוא ואין אנו דנין באותו הדין... ודייקנא לה מדאמרינן דינא דמלכותא דינא ולא אמרינן דינא דמלכא דינא, אלמא דינא דידיע לכולהו מלכי קאמרינן ולא מה שהמלכים עושים מעצמם באונס.

---

7. **ירושלמי** ראש השנה פרק א ה"ג.
8. **רמב"ם** גזילה ה, יג; **תוספות** סנהדרין כ, ע"ב, ד"ה מלך: "בפרשת המלך כתיב (שמואל א ח) יקח ונתן לעבדיו ולא לעצמו". באופן דומה כותב **הריטב"א** בבא מציעא, פג, ע"ב, כי על אף שהמלך רשאי לדון שלא בכפוף לסדר הדין שקובעת ההלכה כפוף הוא לחוקי הממלכה המגדירים את סמכויותיו ולפיכך אסור לו לחרוג מהם, והוראה שיתן תוך חריגה מסמכויותיו אין לה כל תוקף הלכתי ולכן אם בנוסף לכך היא גם חורגת מגדרי ההלכה (כגון שההוראה מחייבת לפגוע באדם כלשהו) על כל אדם חובה לסרב לבצעה "במקום שאין כח למלך לעשות כן מחוקי המלכות אף הממונה שלו אינו רשאי ואם אמר לו המלך לעשות כן יהרג ואל יעבור".
9. **רמב"ם** גזילה ה, יד. להלן נעסוק בהרחבה בעקרון השוויון העולה מהלכה זו.
10. **רמב"ן** בבא בתרא נה, ע"א.

לדעתו רק חוק שמקובל כבר דורי דורות יש לו תוקף הלכתי. משמעותו המעשית של עקרון זה היא כי יכולתו של השלטון לחוקק חוקים חדשים אשר יעניקו לו סמכויות וזכויות נוספות מוגבלת ביותר, אם בכלל קיימת, ואלו יקבלו תוקף רק בעוד שנים רבות כאשר יעמדו במבחן הזמן והנסיון.

לדעת ר"י הזקן[11] שלטון החוק ברמה המהותית חייב לעמוד בשני הקריטריונים דהיינו גם להיות חוק הוגן ושוויוני (כדעת הרמב"ם) וגם להיות חוק מקובל ונפוץ (כדעת הרמב"ן[12]). הדברים נאמרו ביחס להחלטתו של מושל בורגוניה שבצרפת כי נכסי מי שברחו מחמת פרעות יעברו לרשותו. לדעת ר"י חוק זה חסר תוקף הלכתי כי הוא בלתי מקובל ובלתי הגון:

> אין זה דינא דמלכותא אלא גזילה כי **ראינו במדינה שסביבותינו** שמשפט היהודים לעמוד כמו פרשים בכל מקום שירצו ובדין מלכותא היו תופסין שלא יחזיק המושל בנחלת היהודים כשיצאו מעירו וכן היו נוהגין בכל ארץ בורגוני"א. ואם יש שר שבא לשנות את הדין ולעשות דין לעצמו אין זה דינא דמלכותא **שהרי זה הדין אין הגון כלל** ודמיא למוכס שאין לו קצבה.

יש לציין כי כפי שאומר הירושלמי אותו ציינו לעיל, עקרון זה לא היה מובן מאליו אצל מרבית המלכויות בעת העתיקה וכפי שאומר הביטוי היווני המופיע בירושלמי שם:

> א"ר לעזר פָּרָא בַּסִלֵיאוס אוֹ נוֹמוֹס אַגְרַפוס[13] (="למלך אין החוק כתוב").

עקרון שלטון החוק קיבל תוקף אצל אומות העולם רק בעת החדשה[14], אז הוגדר מעמדו של השלטון מחדש והשתרשה התפישה כי השלטון יונק את סמכותו מכח אמנה חברתית רחבה בה הסכים כל אחד ואחד מהציבור לוותר במידת מה על חירותו לשלטון אשר

---

11. **תוספות** בבא קמא נח, ע"א, ד"ה אי נמי.
12. הרמב"ן רואה בדעת ר"י סיוע לדבריו ואכן חלק מדברי ר"י הולך בשיטתו של הרמב"ן אלא שבעוד דברי ר"י מדברים על הדין המקובל אשר ניתן אולי לשינוי הרמב"ן מעמיד את הדרישה ומונע את אפשרות השינוי בחוק כמעט לחלוטין.
הרמב"ן טוען עוד כי גם דברי **הרשב"ם** בבא בתרא נד, ע"ב, האומר כי תוקף דינא דמלכותא נגזר מהסכמת הציבור מטין לדבריו שלא כל חוק שהחליט עליו השלטון מקבל אוטומטית תוקף של דינא דמלכותא אולם כפי שהרמב"ן עצמו רומז קיים פער גדול בין דבריהם שכן הדמיון ביניהם אינו אלא במובן הנגטיבי, אולם במובן הפוזיטיבי, בשאלה אלו תנאים נדרשים על מנת שלחוק יהיה תוקף הרשב"ם סבור כי הסכמה יכולה להכשיר כל חוק, ויתכן שמדובר על הסכמה לעצם השלטון ואולי אף על הסכמה שבדיעבד ולעומתו סבור הרמב"ן כי שום הסכמה לא תועיל אלא רק אחרי שנים ארוכות בהן היה החוק קבוע ללא כל קשר לזהותו של השלטון.
13. העתקות הירושלמי ע"י מעתיקים שלא הכירו את הלשון היוונית שיבשו את המקור היווני של המשפט ולפנינו הנוסח "פדא בסיליוס או נימוס או גריפות", בענין זה ראו פרופ' נחום רקובר **שלטון החוק בישראל**" עמ' 63.
14. יוער כי יש הרואים ב"מגנה כרטה" – כתב הזכויות שהעניק ג'ון מלך אנגליה בשנת 1215 כראשיתו של המשפט החוקתי בו רואה עצמו המלך ככפוף לחוקה ולחוקים.

יחוקק חוקים אשר יגנו על חייו ורכושו[15]. תפישה זו נמצאת בתשתית כל המדינות הדמוקרטיות[16] שכאשר השלטון מעמיד את עצמו מעל החוק הוא שומט מתחתיו את הקרקע עליה הוא עומד[17].

על כל פנים למדנו כי כל רשויות השלטון ובכללן הרשות המקומית כפופות לחוק ועליהן להקפיד כי כל החלטותיהן תתקבלנה במסגרת החוק. וכפי שכותב המהרשד"ם[18]:

> כיוון דמדינא דמלכותא דינא אין הפרנסים רשאים לעשות שום תקנה של ממון בלתי רשות הערכאות ואם כן אי נימא דכל המינוי הוא משום דינא דמלכותא לא נכשור יותר מהם וכמו שכתב הריב"ש הובא ברמ"א חו"מ, סח, א[19]. ועיין שם רצ, יז, באפוטרופוס שנתמנה בערכאות דצריך ליתן חשבון כמו שהוא בדיניהם.

שלטון החוק מובטח ברשות המקומית בשני אופנים האחד, הגדרת הרשות המקומית כישות סטטוטורית, דהיינו יצירתו של החוק, אשר מעצם הגדרתה אינה מוסמכת לפעול אלא במסגרת הסמכות אותה העניק לה החוק[20]. כפי שראינו לעיל[21] ההלכה מעניקה לרשות המקומית סמכות רחבה יותר אולם סמכות זו אינה עומדת בניגוד לחוק אלא בנוסף לחוק. השני, החוק דורש את מעורבותו של היועץ המשפטי של הרשות המקומית בכל החלטותיה על מנת לוודא כי הן עומדות בדרישות החוק.

---

15. עקרון האמנה החברתית נוסח ע"י תומס הובס (אנגליה המאה ה 17) אולם אומץ באופנים כאלו ואחרים כמעט ע"י כל הפילוסופים הפוליטיים שקמו אחריו כג'ון לוק, ז'אן זק רוסו, מונטסקייה ואחרים.
16. למעשה הוא התקבל לפחות באופן הצהרתי על כל מדינות העולם כאשר נכנס כעקרון במגילת זכויות האדם של האו"ם משנת 1948.
17. יש להעיר כי עקרון שלטון החוק בהלכה נובע ממקום יסודי הרבה יותר שכן הוא מושתת על היות העולם מיוסד על מידת הדין הקובעת את "כללי המשחק", בהם כפי שכתב הירושלמי אפילו על הקב"ה כביכול לעמוד. מכח זה האנושות כולה מחוייבת להתנהג על פי הדין והיושר. ביהדות נתייחדו לכך הלכות רבות ואצל בני נח נתייחדה לכך המצווה השביעית – מצוות דינין. זו הסיבה אם כן מדוע המלך, הממשלה, או כל צורה אחרת של שלטון, מחוייבים לעקרון זה, לא פחות, ואולי אף יותר, מכל אדם אחר, הואיל והם אמורים לוודא את קיומה של מערכת משפטית מסודרת המביאה את מידת הדין הצדק והיושר לידי ביטוי.
18. תיקון עולם, בתוך **משפט שלום**, רלא, ו.
19. **רמ"א** שם: "כל שטר שמכשירין משום דינא דמלכותא, אם לא נכתב כהוגן לפי דיניהם, אף על פי שנכתב כהוגן לפי דינינו, פסול, דלא נכשיר יותר מהם (ריב"ש סימן נא)"
20. ראה למשל בדברי השופט ויתקון, **חת נ' עירית חיפה** בג"ץ 36/51 פ"ד ה 1553: "עיריה הרי זו גוף משפטי שנוצר על ידי החוק ושאין לו קיום אלא על פי החוק. היקף סמכויותיו מוגדר לפי החוק וכל דבר החורג מד' אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא... בבואנו לשקול אם דבר מסוים חורג מסמכויות המוענצה אם לא המבחן אינו אם פקודת העיריות אוסרת הדבר במפורש או מכללא אלא אם הדבר מותר לפיה...".
21. לעיל א, א.

הסכמה רבנית על החלטות המועצה המקומית

כפי שנתבאר לעיל להחלטות מועצת הרשות אין תוקף אוטומטי שכן הן חייבות שלא לסתור לא את דרישות ההלכה ולא את דרישות החוק. אולם האם קיים גוף אשר מפקח על החלטות המועצה ומוודא כי הן עומדות בדרישות אלו? יש לציין כי גם אם יתברר כי מבחינה מעשית לא ניתן להקים גוף רשמי שכזה אין זה אומר כי דרישות אלו אינן קיימות אלא שהביקורת על החלטות מועצת הרשות, ובחינת מידת התאמתן להלכה ולחוק תיעשה על ידי הציבור עצמו.

בגמרא במסכת בבא בתרא[22] מובא המקרה הבא:

> הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי, דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה, קרעו למשכיה.

למסקנת הגמרא, מעשה זה הינו עקרונית לגיטימי מבחינה הלכתית, בתנאי הבא:

> היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב - לאו כל כמינייהו דמתנו.

לדעת מרבית הראשונים[23] כוונת הגמרא לומר כי קיימת זכות לבעלי אומנות להתאגד ולקבוע לעצמם מערכת של כללים המקבלים תוקף הלכתי, אפילו כאשר הם מנוגדים להלכה בהיותם כוללים מערכת של קנסות, אלא שכללים אלו טעונים את אישורו של "אדם חשוב". גם הדרישה לאישור זה אינה אלא לכתחילה, שכן בהעדר אדם חשוב מקבלים כללים אלו את תקפם למרות שלא אושרו על ידי שום גוף מלבד בעלי האומנות עצמם. כך פוסק גם הרמב"ם להלכה[24]:

> רשאין אנשי אומניות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור על התנאי יענשו אותו כך וכך. במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה, אבל אם יש בה אדם חכם חשוב אין התנאי שלהן מועיל כלום ואין יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קיבל התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם, וכל מי שהפסיד לפי התנאי שאינו מדעת החכם - משלם.

תפקידו של האדם החשוב הוא לוודא כי ההחלטה מאוזנת ואינה פוגעת פגיעה שאינה

---

22. **בבא בתרא** ט ע"א.
23. כך מסביר **רבנו גרשם מאור הגולה** עצמו בפירושו הראשון, בבא בתרא ט ע"א; **ר"י מיגש, הרמב"ן, הרשב"א, הריטב"א**, שם.
24. **רמב"ם** מכירה יד, י-יא; **ראי"ש** בבא בתרא א, לג: "דכל בעלי אומנות יכולין להתנות ביניהם והם הנקראין בני העיר בענין מלאכה". **ובשולחן ערוך** חו"מ רלא, כח: "רשאים בעלי אומנות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך".
כך גם קובעים סעיפים 12-20 ל**חוק ההסכמים הקיבוציים** תשי"ז כי הסכם קיבוצי מחייב את חבריו ומונע מהם לחרוג ממנו: "זכויות המוקנות לעובד בהוראות אישיות שבהסכם קיבוצי אינן ניתנות לויתור. זכויות עובד הקבועות בחוק יכול הסכם קיבוצי להוסיף עליהן אך לא לגרוע מהן".

מידתית בזכויות אנשים אחרים[25] ולכן דרשו כי אדם חשוב הינו אדם הממונה על הציבור האחראי על אופן התנהלותו[26], אם כי רובם סבורים שאדם זה צריך להיות גם חכם בחכמת התורה[27]. לכולי עלמא אין די בהיותו של האדם תלמיד חכם על מנת להחשיבו כאדם חשוב לענין התייעצות זו[28].

נחלקו הראשונים האם דרישה זו לאדם חשוב קיימת גם בתקנות שמתקנים מנהיגי הציבור כולו, ולא בעלי אגודות מקצועיות פרטיות[29]. לדעת **הריב"ש**[30] דרישה זו לביקורת של אדם חשוב מחייבת רק במקרה בו מדובר באגודות פרטיות הדואגות לאינטרסים שלהן בלבד, שהחלטותיהן עשויות לפגוע בציבור כולו, והאדם החשוב בא לוודא כי הפגיעה מידתית[31], אולם מנהיגי הציבור הדואגים לאינטרס הציבורי כולו אינם צריכים כל גורם אחר לאיזון החלטותיהם:

> ומה שאמרו בגמ' גבי הני טבחי: דה"מ? היכא דליכא אדם חשוב. אבל היכא דאיכא אדם חשוב, לאו כל כמיניהו דמתנו. כלומר: אא"כ, יסכים הוא עמהם. נראה: דהיינו דוקא בבני אומניות. דכל היכא דאיכא אדם חשוב, ולא עשו בהסכמתו, לא הוו כבני

---

25. ראה דברי **הרמב"ן**, שם; רשב"א; נימוקי יוסף, שם: "דילמא איכא פסידא ללקוחות דמייקרי זבינו".
26. כך כתב **הר"י מיגש**, שם " ודוקא היכא דהוי האי אדם חשיב תלמיד חכם הממונה פרנס על הציבור כמו רבא אבל תלמיד חכם שאינו ממונה פרנס על הציבור אע"ג דעבוד בלא רשותא דידיה תנאייהו תנאה". באופן דומה כתב גם רבנו יהונתן הכהן מלוניל (הובא בשטמ"ק שם). כך כתב גם הרמב"ם המובא לעיל אשר הגדיר אדם חשוב כ"חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה".
27. כך כתב **היד רמ"ה** בבא בתרא ט ע"א: "דוקא ת"ח הממונה פרנס על הציבור אבל פרנס שאינו תלמיד חכם אי נמי תלמיד חכם ולאו פרנס אע"ג דאתנו בלא דעתיה תנאיהו תנאה". כך כתב גם **הריטב"א**, שם, אם כי מדבריו נשמע כי הדבר נדרש רק מפאת כבודו של החכם. אולם ראה בלשון **הרשב"א**, שם, ממנו נראה שהבין בדעת הר"י מיגש כי הצורך בהיות האדם תלמיד חכם אינו מעכב ובלבד שיהיה זה האדם הממונה פרנס על הציבור: "פי' הרב אבן מיגש ז"ל אדם חשוב - ממונה על הצבור".
28. ראה לשון הרמ"ה המובאת לעיל.
29. ניתן לנסח את מחלוקתם כמחלוקת בשאלה האם העובדה שהאנשים המקבלים את ההחלטה עומדים בראש הציבור כולו, מכניסה את הצורך באיזון לתוך מערכת השיקולים שלהם וממילא מייתרת את הצורך באיזון מבחוץ על ידי אדם חשוב או שגם מנהיגי ציבור צריכים גורם חיצוני אשר יוודא כי החלטתם מאוזנת ואינה פוגעת בחלק מהציבור פגיעה שאינה מידתית.
30. **שו"ת הריב"ש**, שצט; **המהר"ם אלשקר** מט. הריב"ש מוכיח כי זו גם כוונת הרמב"ם אשר הזכיר את הצורך באדם חשוב (בהלכה יא) רק בנוגע לתקנות של אנשי אומנויות (שנזכרו בהלכה הקודמת, הלכה י) אך לא בנוגע לתקנות בני העיר (בהלכה ט). כדעת הריב"ש פסק להלכה **הכסף משנה** מכירה יד, יא. זה מביא ב**שולחנו הערוך** רלא, כח, את הצורך באדם חשוב רק ביחס לבני אומנויות, וכן משמע **בסמ"ע** שם, מה.
31. וכנזכר ברמב"ן המובא בהערה לעיל, אשר לטענת הריב"ש אף הוא סבור כן.

העיר; ואינם יכולין להתנות, אלא כיחידים ובקנין. אבל בבני העיר, לעולם יכולין להתנות, ואינן צריכין להסכמת אדם חשוב שבעיר.

לעומתו סבור **הרא"ש**[32] כי הצורך באדם חשוב קיים גם בתקנות של בני העיר[33]:

ואפילו כל בני העיר לאו כל כמינייהו להתנות אם לא מדעת אדם חשוב.

אמנם למעשה אין לדרישה זו השלכה מעשית כיום, שכן כפי שכתבו הפוסקים האדם החשוב צריך להיות אדם הבקיא בחכמת התורה מחד וממונה על ענייני העיר המעשיים מאידך. כיום אנשים הממונים על הציבור אינם נדרשים להיות בקיאים בחכמת התורה, ומאידך רב העיר אינו בקיא בענייני העיר המעשיים לפרטי פרטיהם, ובוודאי שאינו אחראי עליהם, ולפיכך כתבו הפוסקים[34] כי בזמן הזה אין אדם שניתן לראותו כאדם חשוב[35].

---

32. **רא"ש** בבא בתרא א, לג; טור חו"מ רלא; **רמ"א** שם, כח. וראו בגר"א שם; ש"ך שם, ד המוכיחים את דעת הרא"ש מהגמרא בבא בתרא, ט ע"א, ממנה נלמד הצורך באדם חשוב. הגמרא מקשה על רבא שפסל את החלטת הטבחים להפסיד את מי שעבר על תקנתם, מהמשנה המאפשרת לבני העיר לתקן תקנות ולכפות על ביצוען: "איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם!" רבא אינו מתייחס לקושיא זו "לא אהדר ליה רבא" ומסביר רב פפא את פשר התעלמותו של רבא "אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי, הני מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב - לאו כל כמינייהו דמתנו". כלומר רבא הבין כי רב יימר שהקשה מהמשנה התעלם מהצורך באדם חשוב שקיים אפילו ביחס לתקנות בני העיר וכל שכן שקיים ביחס לתקנת הטבחים ומשלא התקיים בטלה התקנה.
אולם הריב"ש התייחס לגמרא זו וביאר אותה באופן שונה. לדעתו רבא לא הוטרד מקושייתו של רב יימר בדיוק בשל הסיבה הזו: בני העיר יכולים להסיע על קיצתן ללא צורך בכל אדם חשוב, אולם כאן לא היו אלו בני העיר אלא בני האומנות, ועל מנת לתת להחלטתם תוקף של החלטת בני העיר עליהם לקבל את הסכמתו של האדם החשוב האחראי על כל העיר ומשלא קיבלו אותה אינם יכולים לכפות דעתם על המיעוט.

33. ניתן לומר כי הרא"ש וסיעתו מבינים כי הצורך באיזון קיים גם כאשר מדובר במנהיגי ציבור, וכפי שניתן לראות מדי פעם כיצד הרוב מנצל את כוחו על מנת לפגוע בזכויות המיעוט באופן שאינו מידתי. אולם הרשב"ץ, **שו"ת התשב"ץ** ד, חוט המשולש, טור א, טו (התשובה מיוחסת לנינו של התשב"ץ), מבין כי הסכמתו של האדם החשוב נדרשת מסיבה אחרת ולא בשל הצורך באיזון ובקרה על החלטות בני העיר: "גם בתקנות בני העיר ואיכא בינייהו אדם חשוב ממונה על כל ענייניהם דאין תקנתם תקנה בלא הוא ואין לענוש על מה שתקנו בלא הוא לפי שכבר קבלוהו עליהם להיות כל מעשיהם לפי ראות עיניו ואין להם לעשות דבר זולתו". כלומר האדם החשוב הכרחי רק מכיוון שהציבור קיבל עליו את דעתו והתנו ביניהם שלא לקבל החלטות ללא הסכמתו.

34. **שו"ת אגרות משה** חו"מ א, נט: " דוקא אדם חשוב הממונה פרנס על הצבור לעיין בתקנות בני העיר ובכל צרכיהם... לא רק להורות ולדרוש... ואם כן בערים שבמדינה זו לא ממונה שום חכם על כך ולכן הוא כליכא אדם חשוב שתנאיהם ותקנותיהם קיימים" כך סבור גם הגרש"ז אוירבך, **שו"ת מנחת שלמה** א, פז: "יש לצדד דבאותם המקומות שהרבנים והת"ח שבעיר אינם מכניסים את ראשם בעסקי פועלים ושכר עבודה, הוה ליה כאילו אין שם חבר העיר...".

35. יתכן ובישובים קטנים בהם הרב המקומי מצוי ראשו ורובו בעניני הנהגת הציבור והציבור

טובת הציבור

ההלכה מחייבת את נבחר הציבור לקבל את החלטותיו כאשר כאשר הדבר היחיד שצריך לעמוד לנגד עיניו הוא טובת הציבור. כך כותב הרא"ה[36]:

> דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצווחין הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור מתקנין כן על הכל בשוה.

כמובן שלא ניתן להציב מדד מדויק מהי טובת הציבור בכל דבר וענין, ולרוב לא ניתן לדעת מה גרם לנבחר הציבור לקבל החלטה כזו או אחרת, אולם הואיל והקב"ה יודע מה נמצא בלבו פונה ההלכה לנבחר הציבור ודורשת ממנו לפעול כאשר הוא מודע לכך או במילים אחרות לפעול "לשם שמים" וכפי שכתב המהר"ם מרוטנבורג[37]:

> יש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מסים ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר וילכו אחר הרוב.

חובה זו לפעול לשם תקנת העיר בלבד נובעת משני יסודות האחד אתי והשני משפטי. מבחינה אתית כפי שנראה להלן[38] למועצת הרשות המקומית קיים מעמד מעין שיפוטי המחייב את חבריה מהמנעות מכל סוג של ניגוד עניינים. החלטה שאינה לטובת הציבור נגועה בחשד כבד לניגוד עניינים, להפרת אמונים ואפילו לשוחד.

חובה זו נובעת גם מיסוד משפטי הנובע אף הוא משני מקורות: הראשון מדיני שליחות. נבחר הציבור הינו שליח של הציבור אשר שלחוהו לפעול לטובתם[39] וזוהי מסגרת שליחותו. פעולה שיפעל נבחר הציבור שלא לטובת הציבור בטלה לאור

רואה בו כאחראי על החלטות הישוב ניתן לראות בו "אדם חשוב" שחובה לקבל את הסכמתו על כל תקנה של הועד המקומי.

36. מובא ב**ריטב"א** עבודה זרה לו ע"ב, ד"ה במארה. בדומה לכך כתב **בשו"ת הרשב"א** ז, שמ: "שהציבור יכולין להכריח את היחיד להיותו בהסכמתם בכל ענין שיהיה תקון הקהל ואפי עומד וצווח".

37. מהר"ם מרוטנבורג, **תשובות מיימוניות**, קנין כז; וב**הגהות מיימוניות** תפילה יא, ב; **רמ"א** חו"מ קסז, א. וראו **שערי תשובות** למהר"ם, ברלין, תרנ"א, שער כ"י אמשטרדם השני, קכח, מיישם המהר"ם עקרון זה וקובע כי כל הסדר בענייני מיסים שנעשה על ידי נציגי הציבור מול הנישום חייב להעשות לטובת הציבור בלבד, שאל"כ מחייב הדבר את הסכמת הציבור כולו (התשובה ממוענת לתלמידו, הרא"ש, אותו מכנה המהר"ם בענוותנותו "רבי", שעמד אז בראש בית דין באשכנז).

38. להלן פרק ב. ראו גם במאמרי, הפרת אמונים וניגוד עניינים, **תחומין לז** 348-364.

39. ראו הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, הערה 49, אות ח, הרואה בנבחרי הציבור בשיטה הדמוקרטית שלוחי ציבור. יתר על כן, סעיף 24.א ל**פקודת העיריות** קובע כי על חבר המועצה להצהיר עם כניסתו לתפקיד כי הוא מתחייב "למלא באמונה את שליחותי במועצה". הצהרה זו מעידה כי נבחר הציבור רואה בעצמו שליח של הציבור ויכולה ללמד כי הציבור רואה בו את שלוחו, וככזה יחולו עליו דיני שליחות.

העקרון היסודי בהלכות שליחות הקובע כי כל פעולה שפעל שליח שאינה מיטיבה עם משלחו בטלה[40].

לדעת רבי שמואל די מדינה[41] החובה של נבחרי הציבור לפעול רק לטובת הציבור נובעת מיסוד משפטי נוסף והוא דיני הנהגת ציבור. המהרשד"ם מברר את יסוד מחלוקת הראשונים (אותה הבאנו לעיל) האם ציבור יכול לקבל את החלטותיו על פי רוב, לאור ההנחה כי ההליכה אחרי רוב הדעות הינה עקרון הלכתי המחייב מן התורה בתחומים הנוגעים לשמירת תורה ומצוות בלבד. לדעתו יסוד המחלוקת הוא האם הנהגת הציבור הינה ענין אזרחי בו אין הכרח ללכת אחר הרוב, או שהנהגת הציבור הינה מצוה חשובה המהווה חלק מעולמה הדתי של החברה[42]. מכאן מגיע המהרשד"ם למסקנה מעניינת:

> לא אמרינן בכל מילי שהרוב כופין למיעוט אלא בדבר שהוא תקנה לצבור הא לאו הכי – לא. דרך משל, אם יעלה לדעת רוב הצבור לפטור לפלוני מן המס לא מפני תקנת הצבור אלא שרצונם כך[43] ודאי בכי האי מלתא לא אמרינן שיש כח לרוב לכוף את המיעוט... דכל מילי דהוו תקנת הצבור הוי דבר תורה ומצוה...

כלומר הבסיס המשפטי המאפשר לנבחרי הציבור להשתמש בעקרון שלטון הרוב הוא היות ההחלטה לטובת הציבור. כאשר ההחלטה לא נעשית לטובת הציבור אלא מפאת שיקולים אחרים, יהיו אשר יהיו אין היא מחייבת מבחינה הלכתית.

שיקולים פוליטיים

מועצת הרשות המקומית נבחרת בבחירות יחסיות ולפיכך היא מורכבת מנציגי מספר סיעות. כל נציג של סיעה במועצת הרשות נבחר מטעם קבוצה אשר יש לה תפישת עולם מוגדרת ואינטרסים מסויימים, אותם הוא מבקש לקדם. כל עוד מדובר בתפישות שונות של טובת הציבור, בוודאי שהדבר אינו בעייתי ואפילו רצוי, שההחלטה על טובת הציבור תישקל מזוויות שונות וההחלטות יחתכו על פי הרוב. אולם לעיתים מדובר באינטרסים

---

40. **כתובות** צט ע"ב: "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי שדרתיך"; **שולחן ערוך** חו"מ קפב, ג.
41. **שו"ת מהרשד"ם** יו"ד, קיז.
42. מפאת חשיבות הדברים נביא את לשון המהרשד"ם "ונראה דסברת רבנו תם והנמשכים אחריו היא דאחרי רבים להטות לא מיירי אלא בדבר הנוגע לקיום תורה או מצוה... דקפיד רחמנא דניזיל בתר רובא מטעמא דאי לאו הכי אין קיום והעמדה לתורה אם כל אחד יבחר דרך לעצמו אבל בדבר הרשות לא איכפת ליה להקב"ה כלל דלמה יפסיד היחיד בשביל המרובים. אמנם רש"י והנמשכים אחריו סבירא להו... דכל מילי דהוו תקנת הצבור הוי דבר תורה ומצוה שהרי מצינו שהעוסקים בצרכי צבור פטורים מק"ש ותפלה וגם אנו מבטלים מצות ק"ש ותפלה מפני צרכי צבור אם כן נראה דעדיף צרכי צבור מק"ש וא"כ כל תקנה שהיא צורך לצבור הוי דבר תורה".
43. בוודאי שאם נבחרי הציבור מחליטים לפטור אדם כלשהו מן המס או משיקולי צדקה וחסד או משיקולים של עידוד השקעה הדבר לגמרי נמצא במסגרת סמכותם ועיין להלן, ה, ג, שם הרחבנו בענין סמכות לפטור ממיסים.

של סקטור[44] מסויים[45] העומדים בסתירה לטובת הציבור בכללותו[46] ונציג הסיעה נמצא בתווך בין רצונו לקדם את האינטרסים של מי שבחרו בו ובין חובתו לפעול לטובת הציבור כולו.

על פי שורת הדין ההכרעה בשאלה זו אמורה להיות ברורה ועל חבר המועצה מוטלת החובה לבכר את טובת הציבור על פני האינטרסים הסקטוריאליים של מצביעיו שכן לגבי נושאים אלו נחשב נבחר הציבור "נוגע בדבר". כך אכן סבור תרומת הדשן[47] אשר קבע כי כאשר בוחרים וועדה לקביעת גובה המס הוועדה יכולה להיות מורכבת מנציגי השכבות הסוציו-אקונומיות השונות וזאת על אף הידיעה כי הנציגים רואים לנגד עיניהם גם את האינטרסים של המגזר אותו הם מייצגים[48], ובלבד שבסופו של דבר החלטתם תבטא את הצדק והיושר ולא את רצון בוחריהם:

> יראה דמי שפוסק למיעבד כחפץ העשירים (שיתבררו ב' מן הה' שהן משלהן, שיש להן שייכות אליהם) שפיר קעביד, בדרך זה שרוב מן המעריכים אין להם שום שייכות כלל, דבדרך זה יצא הדבר לאמיתו יותר... אמנם דוקא בזמן שהעשירים רוצים לברור משלהם אנשי אמת, אבל אם מחזיקים להו ברמאים ובעלי תחבולות כלל וכלל לא.

---

44. **מינוי פוליטי** - העולה מדברים אלו כי מינוי פוליטי, קרי, מינוי אדם לתפקיד לא בשל כישוריו אלא בשל קשריו או השתייכותו המגזרית או המפלגתית פסול מכל וכל שכן הוא מנוגד ניגוד גמור לטובת הציבור, התובעת כי לעובדי הציבור ימונו העובדים המתאימים ביותר מבחינה מקצועית, ראו **ערוך השולחן** חו"מ ט, יב; הרב שמואל טוביה שטרן, **חוקת עולם**, סז, עמ' שעא; **שו"ת יביע אומר** ז, חו"מ א, ה. מקורות אלו ונוספים מובאים בספרו של הרב רועי ז"ק **כתר יא** עמ' 467 ואילך.
יתר על כן, מינוי פוליטי אשר נעשה כתמורה לתמיכה בעבר או בעתיד של מקבל התפקיד או מקורביו בנבחר הציבור עשוי לגעת באיסור שוחד בו נרחיב להלן פרק ב. אמנם אין הדבר שולל מינוי מקורבים למשרות אמון בהן נדרש נבחר הציבור לתת אמון מיוחד ואף אינו שולל מינויים אישיים של עובדים איתם יוכל נבחר הציבור לעבוד בשיתוף פעולה הדוק. לדוגמא: מנכ"ל מקצועי בעל נסיון רב עשוי להוות אבן נגף בפני נבחר ציבור אשר אינו מצליח לעבוד איתו בשיתוף פעולה ולקדם איתו מדיניות לטובת הציבור כולו.
45. סיעה סקטוריאלית עשויה להיות להווצר על רקע אזורי, כגון סיעה המייצגת אינטרסים של אנשים הגרים באזור מסויים של הרשות המקומית, או על רקע תרבותי, כלומר סיעה המייצגת קבוצת מיעוט אשר יש לה צרכים תרבותיים מסויימים, כגון סיעת גמלאים הדורשת הקמת מועדוני גיל הזהב נוספים.
46. כפי שכתבנו לעיל א, ב, בחירות יחסיות, אין מדובר בסתירה מובנית שכן בהחלט יתכן שלתפישת הסיעה מתן מענה לציבור אותו היא מייצגת הוא טובת הציבור כולו. אולם לעיתים, ובמועצה הבנויה על נציגי ישובים או אזורים שונים הדבר מודגש, האינטרס האזורי אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס של הציבור כולו.
47. **שו"ת תרומת הדשן** שדמ.
48. תרומת הדשן מוכיח זאת מדין זבל"א המאפשר לבחור דיין הנוטה מראש לטובת אחד הצדדים ובלבד שזה יהיה מחוייב לפסוק על פי שורת הדין. ועיין לעיל א, ב, בחירות יחסיות, שם הארכנו בהשוואה זו.

מכאן יש מי שהגיע למסקנה[49] כי נציג של סקטור מסויים בוועדה ציבורית או במועצה ציבורית חייב לקבל החלטות לטובת הכלל ולהתעלם מהאינטרסים של בוחריו.

אולם למעשה נראה כי אין הדבר כן וניתן לקבל הצבעה סקטוריאלית על ידי חברי מועצת הרשות המקומית וזאת על יסוד הסכמת הציבור, ונבאר דברינו. כפי שנראה להלן[50] היכולת למנות על הציבור אנשים מתוכו, אשר נמצאים בניגוד עניינים מעצם היותם תושבי העיר מבוססת על הסכמת הציבור. אמנם, כפי שנראה להלן, הסכמה זו תקפה רק אך ורק לניגוד עניינים הנובע מעצם היות מקבלי ההחלטות מקרב הציבור, והעניין נוגע להם כמו שנוגע לכל אדם אחר בציבור. ניגוד עניינים כללי שכזה נקרא "הנאה כוללת" ובו נהגו להקל. אולם בהחלטות הנוגעות באופן אישי למנהיג או לדיין, בהן הוא נמצא בניגוד עניינים אישי, שנקרא "הנאה מיוחדת", מנוע אותו אדם מלהיות שותף להן מכל וכל. בניגוד עניינים שכזה יש להעמיד את הדין על כנו ולאסור מהאדם לקבל החלטות הנוגעות במישרין לעצמו או לקרוביו.

כאשר אנו באים לדון בשאלה כיצד להגדיר את ההנאה שיש לנבחר הציבור כאשר מצביע עבור אינטרס סקטוריאלי-מפלגתי של הסיעה ממנה מגיע נבחר הציבור ואותה הוא מתבקש לייצג אנו נמצאים במבוכה. מחד, הדבר נוגע אליו באופן מיוחד[51], ומאידך הדבר

---

49. הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל ע"פ התורה** כב, קכ-קכא; הרב רועי ז"ק **כתר יא** עמ' 475. באופן דומה כתב הרב קלמן כהנא, הובא ע"י ר' שמואל עמנואל במאמרו "**הדרכות ועצות לעוסקים בצרכי ציבור**", בתשובה לשאלה שהופנתה אליו על ידי חברים מהנהלת בית הספר המשותף בשעלבים: "חברי ההנהלה, אם כי נבחרים על ידי כל יישוב בפני עצמו, בהיותם חברי הנהלה אין הם מייצגים את היישוב, ואין הם מכריעים לפי ראות עיני מזכירות היישוב או מוסדותיו, אלא מתוך ראיית טובת בית הספר, קידום חינוך הילדים ושלומם. אין הם מייצגים בעיות חברתיות או אחרות של משקם דווקא. טובת כל הילדים, קידום כל הילדים, ויצירת תנאים מתאימים לילדים כולם צריכים להיות דאגתה של ההנהלה כולה...". אמנם יש להעיר כי מסקנתו של ר' שמואל עמנואל כי יש ליישם מסקנה זו ולאסור על הצבעה סקטוריאלית "בכל רשות מוניציפאלית המורכבת מנציגים של יישובים, שכונות, עדות וחוגים" אינה הכרחית, שכן כפי שנראה להלן באלו עשויה להועיל הסכמה של כלל הציבור על צורת התנהלות סקטוריאלית שכזו מה שאין כן בהנהלת בית ספר.
מקורות אלו מביאים כראיה את דברי **החזון איש** בבא בתרא, ד, טו: "ואם שבעת טובי העיר שנבררו אינם טובים באמת, ובני העיר שבררו אותם לא היתה כוונתם לשם שמים, אלא כפי קירוב דעתם לאנשים מסויימים - אין להנבררים שום כוח." לענ"ד מדברים אלו אין להסיק דבר מלבד זה שהבחירות למועצת הרשות המקומית אסור שתהיינה נגועות באינטרסים אישיים של המועמדים או בוחריהם אולם אין הדבר נוגע לנדון דידן שהוא אינטרסים סקטוריאליים.
50. להלן פרק ב.
51. ודומה הדבר למה שכתב ר' יהודה עייש, **שו"ת בית יהודה** חו"מ, יג, כי דייני העיר פסולים לדון בצוואה בה היו המוטבים תלמידי החכמים שבעיר ובהם הדיינים, וזאת למרות שבעניינים ציבוריים כללים רשאים הדיינים לדון, על אף שהם חלק מן הציבור במקרה בו הדיינים מהווים חלק ממגזר מסויים שאמור ליהנות מההחלטה הם פסולים מלדון בה: "עדי

אינו נוגע לו באופן אישי אלא לכל הציבור אותו הוא מייצג מה שמאפשר לראות גם בכך "הנאה כוללת" בה תועיל הסכמת הציבור.

ונראה לומר כי הואיל וכל ההבחנה בין "הנאה כוללת" שאינה פוסלת את נציג הציבור ובין "הנאה מיוחדת" הפוסלת אותו מלכהן מבוססת על הסכמת הציבור הרי שניתן להסתמך על הסכמת הציבור לשיטת הבחירות המפלגתית בה כל חברי המועצה מייצגים סיעות שונות בעלות אינטרסים שונים. הסכמה זו מגיעה לידי ביטוי בכל פעם בו אדם בוחר למועצת הרשות סיעה מסויימת שכן משמעות הצבעתו היא הסכמה לכך ששאר חברי המועצה ייצגו את האינטרסים של שולחיהם מתוך תקווה שמאיזון האינטרסים תצמח טובת הציבור כולו. למסקנה זו מגיע הרב קוק[52]:

> ואין שום מקום ספק בזה שכל הענינים שבין אדם לחברו שייך בהו מחילה וויתור בין ביחיד בין בציבור, ומאחר שכך עלתה הסכמת הרבים ומנהגם שהיו הבחירות ע"פ היחסות כדי להמנע ממחלוקת, שזהו דין תורה ממש... והרי יש לנו הלכות מדינה שאינם כדין תורה... אלא שהוא דין תורה גמור מאחר שכך נהוג, וקל וחומר כשהציבור מסכים על זה בפירוש.

משמעת סיעתית

שנינו במכילתא[53]:

> ולא תענה על רב לנטות שלא תאמר דיי שאהיה כפלוני אלא אמור מה שלפניך.

נמצאנו למדים כי הדיין חייב לגבש את דעתו באופן עצמאי ונאסר עליו להסתמך על דיינים אחרים היושבים איתו לדין ולומר כמותם מבלי שגיבש את עמדתו בעצמו. טעמו של דין זה ברור שכן התורה ביקשה להרבות את הדיינים, ואסרה על דיין לדון לבדו על מנת להתרחק מן הטעות וכאשר אדם מביע עמדה שלא גיבש בעצמו לא נשמעו בדין דעות שונות ורצון התורה לא התממש. אמנם יש מקום להסתפק בשאלה האם זוהי דרישה איכותית או דרישה כמותית. היינו האם מבחינה פורמלית הדין נעשה בפורום מספק, שכן סוף סוף היו שותפים בו מספר הדיינים הנדרש אלא שהדיין עשה שלא כשורה,

---

ודייני העיר לא מהני, מטעם דדוקא בדבר שהוא שוה לכל נפש והנאתו כוללת כעם ככהן, משא"כ בכי האי גוונא שאינו נוגע אל הפרט שהיא המתנה שיזכו בה הת"ח ועטרותיהם בראשיהם הם הב"ד יצ"ו, דפשיטא דבכל אופן אין דנין בדייני אותה העיר בדבר שיש להם בו צד הנאה מיוחדת".

52. **שו"ת אורח משפט** חו"מ, ב. יש לציין כי הרב זצ"ל אינו מתייחס במפורש להסכמה על הצבעה על יסוד אינטרסים סקטוריאליים אלא רק לשיטת בחירת הנציגים אולם נראה שאין להבחין בין הדברים. עוד נראה לומר כי על אף שתרומת הדשן המובא לעיל הסתייג מהצבעה על פי אינטרסים סקטוריאליים הוא לא דיבר על טובי העיר אלא על וועדה מקצועית הממונה על ידי הציבור, בה ההסכמה להנהגה על בסיס סקטוריאלי רלוונטית פחות.

53. **מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי**, כג, ב. באופן דומה כותבת **התוספתא** סנהדרין, ג, ח: "אחרי רבים להטות שלא תאמר בשעת הדין דיי שאראה כרבי אלא אמור מה שבדעתך".

והטה את הדין כאשר לא עשה את המוטל עליו והביע עמדה בלתי מבוססת מבחינתו. או שמא דיין שעמדתו לא נתגבשה בעצמו אינו נספר כלל כדיין, וממילא אין כאן את הפורום המספק, וכשם ש"הרב ותלמידו אין מונין להן אלא אחד"[54] שכן התלמיד לא יבטא דעה אישית אלא יעמוד בצל רבו ויחזור על דבריו, כך דיין הרואה עצמו "תלמיד" לעומת דיין אחר אין מונים להם אלא אחד.

יתכן ובחקירה זו תלויה השאלה מהו היקפו של הדין. גירסת הרמב"ם[55] למכילתא זו שונה במקצת ומחלקת בין דיני ממונות לדיני נפשות:

> לא תענה על ריב לנטות שלא תאמר בשעת מניין דיי שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך יכול אף דיני ממונות כן תלמוד לומר אחרי רבים להטות.

לפי גירסתו של הרמב"ם דרישה זו לפיה הדיין יביע את עמדתו האישית קיימת רק בדיני נפשות[56]:

> אחד מן הדיינים בדיני נפשות שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו אלא נטה אחר דברי חבירו הרי זה עובר בלא תעשה, ועל זה נאמר ולא תענה על ריב לנטות, מפי השמועה למדו שלא תאמר בשעת מנין די שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך.

לכאורה משמע מדבריו שבדיני ממונות אין בעיה בכך שהדיין "ינטה" לדעתו של דיין אחר ויביע עמדה שאינה משקפת תהליך של ליבון ובירור אלא העתקה והסתמכות על אחר. כך אכן מבין את דבריו בעל ספר החינוך[57]:

> הטעם מפני שאפשר שמתוך כך יבא הדין כולו לפעמים על דעת אחד מהם, הבן הדבר כי כן הוא, ולא רצה השם יתברך למסור דין נפש לדעת אחד, אבל בדין ממון שניתן להשבון אין חוששין לכל זה, ואפילו לשלשה מוסרין אותו לכתחילה על סמך דאי אפשר דליכא בהו חד דגמיר.

כלומר התורה חששה מאד לטעות בדיני נפשות בשל חוסר היכולת להחזיר את הגלגל לאחור ולפיכך דרשה כי הדין יפסק בריבוי דעות ועמדה שאינה נובעת מבירור עצמי אינה דעה. לעומת זאת בדיני ממונות לא חששה התורה כל כך לטעות ולפיכך לא הקפידה על ריבוי הדעות.

על דבריו הקשה המנחת חינוך בחריפות כיצד יתכן שתתיר התורה לדיין לפסוק הלכה מבלי להיות בטוח שזוהי האמת?

> ודאי הוי הטיית דין והוא רשע וגס רוח דאם יאמר האמת יוסיפו דיינים... ומה שכתב הרב המחבר דלשלשה מוסרין דדאי אפשר דליכא חד דגמיר באמת זה דוקא בדיני

---

54. **סנהדרין** לו, ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ יח, ה.
55. **ספר המצוות לרמב"ם** לא תעשה רפג.
56. **רמב"ם** סנהדרין י, א.
57. **ספר החינוך**, מצוה עז.

ממונות להסוברים דחד כשר מן התורה אבל בגזילות וחבלות ודיני קנסות לכולי עלמא בעינן ג' מומחים אם כן היאך יעלה על הדעת דכולם יסמכו על א' והם אינם מבינים כלל, דבר זה לא יוכל השכל כלל לצייר.

עיון בדברי המנחת חינוך יראה כי לטענתו יש מקום לעשות אבחנה בין דיני ממונות לדיני נפשות במקום בו מצד הדין לא נדרש פורום של שלשה אולם במקום בו נדרש פורום אין מקום להבחין בין דיני נפשות ובין דיני ממונות הן מצד היושרה והן מצד הצורך הפורמלי בפורום מינימלי, שאינו מתקיים כאשר דיין מביע עמדה שאינו מסוגל לעמוד מאחוריה[58].

כאשר אנו באים לדון בשאלה האם נבחרי ציבור חייבים להצביע לפי שיקול דעתם או שרשאית הסיעה להטיל על חבריה משמעת סיעתית או משמעת קואליציונית נראה כי אין מקום לדמות דינים אלו זה לזה. הדיין תפקידו לברר את האמת לאמיתו ולהוציא את הצדק לאור אלא שמכיוון שהאמת מורכבת דרשה התורה שהאמת תתברר אצל כמה חכמים מתוך רצון להרחיק את הטעות. אולם נבחרי הציבור תפקידם להנהיג את הציבור ולקבל החלטות נכונות ומושכלות לטובת הציבור. החלטות אלו אינן נמדדות במדד של אמת וצדק אלא במדד של תועלת. במדד זה לעיתים נכון שקבוצה, סיעה או קואליציה של סיעות, תשתמש בכחה ולא תפזר אותו ועל היחיד יהיה לבטל את דעתו מפני דעת חבריו[59] על מנת להשיג את תועלת הציבור במובנה הרחב כפי שנראית למרבית חבריו[60].

יתר על כן, כאשר חבר מועצה אינו מקבל עליו את המשמעת הסיעתית ומצביע בנפרד מחבריו עלול הוא לפעול בניגוד להלכה, ויתכן ועל פי ההלכה אין תוקף להצבעתו בניגוד לעמדת הסיעה. בבחירות יחסיות הבוחרים אינם בוחרים, לרוב, באדם מסויים בגין תכונותיו האישיות וכושר הנהגתו אלא בדרך מסויימת המונעת מאידיאולוגיה מסויימת

---

58. לאור הדברים ניתן להבין את מחלוקת הראשונים בשאלה האם בדיני ממונות ישנה דרישה "להתחיל מן הצד", היינו להתחיל בשמיעת הדיין הקטן מכולם, כפי שדורשת **המשנה, סנהדרין** לב ע"א, בדיני נפשות. לדעת **התוספות** סנהדרין לו ע"א, ד"ה דיני, דרישה זו אינה קיימת אלא בדיני נפשות, בעוד לדעת **הנימוקי יוסף** סנהדרין יג ע"ב מדפי הרי"ף; **רמ"א** חו"מ יח, א, דרישה זו קיימת לכתחילה גם בדיני ממונות שכן כל טעמו של הדין הוא "שמא לא ירצה התלמיד לחלוק אח"כ על הרב כי יתבייש ממנו ויכניס דבריו ומפני כך חששו לזה בדיני נפשות מתוך חומר שבהם אבל בדיני ממונות אין אנו חוששין כ"כ לפיכך אם רצו מתחילין בגדול. ומיהו טוב הדבר להתחיל לעולם מן הצד". לדעת התוספות דין זה משקף בעיה פורמלית שאינה קיימת בדיני ממונות, בעוד לדעת הנימוקי יוסף מעבר לבעיה הפורמלית שיתכן ואינה קיימת בדיני ממונות, דין זה נובע גם מבעיה מהותית של חשש טעות הקיים במידת מה גם בדיני ממונות ולפיכך יש להרחיבו גם לשם למרות שהרחבה זו לא נזכרה בגמרא.

59. כל עוד אלו נאמנים למצע המפלגה ולכוונת הבוחרים בהם, וכפי שיתברר להלן.

60. אמנם הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל ע"פ התורה** י, מז; הרב רועי ז"ק **כתר יא** עמ' 478, משווים בין הדברים ומסיקים כי משמעת סיעתית וקואליציונית מנוגדת לתורה, אך לענ"ד אין להם על מה שיסמוכו, ואף לא הביאו כראיה אלא את תקנת קהילת שנייטך משנת 1790, ונראה כי הצורך של אנשי שנייטך לתקן תקנה שכזו מצביע על העובדה שהיא אינה מחוייבת על פי ההלכה אלא היתה נכונה במקום ובזמן מסויים.

ונוקטת ביחס לשאלות מסויימות בעמדות הברורות באופן כזה או אחר לבוחר. המציאות היא שבדרך כלל הסיעה נאמנה לדרך ואילו הנציגים עשויים להתפתות להצביע בניגוד לעמדה אותה נבחרו לייצג בשל הרצון להשיג הון פוליטי כזה או אחר. הצבעה של נבחר ציבור בניגוד לעמדת הציבור אשר נשלח ליצג אותו מנוגדת להלכה הרואה בו שליח ציבור וככזה מחוייב הוא לעמדת הציבור אשר שלחו כפי שמצאנו בהלכות שליחות[61]:

> האומר לשלוחו צא ותרום תורם כדעתו של בעל הבית אם אינו יודע דעתו של בעל הבית תורם כבינונית אחת מחמשים פיחת עשרה או הוסיף עשרה תרומתו תרומה אם נתכוין להוסיף אפילו אחת אין תרומתו תרומה.

כלומר כאשר שליח יודע כי משלחו מעוניין בפעולה מסויימת והוא ביודעין מבצע עבורו פעולה אחרת השליחות פוקעת ומעשיו של השליח חסרי משמעות[62] . באותו אופן יש להסיק כי נציג ציבור שמעמדו כשליח הציבור שפעל ביודעין בניגוד לעמדת הציבור ששלחו מעשיו בטלים והצבעתו פסולה[63].

יש לציין כי החוק גם כן אינו רואה בעין יפה פרישה של חבר סיעה מסיעתו, ואף מטיל על הפורש סנקציות פוליטיות מסויימות[64], שלא יצא חוטא נשכר, אך אין הוא פוסל את הצבעתו למפרע ונראה כי יש לתקן את החוק כך שיתאים לרוחה של ההלכה. כמו כן על פי החוק, לפרישה תיחשב הצבעה בניגוד לעמדת הסיעה בענין תקציב הרשות המקומית או בחירת ראש הרשות. כמובן שעל פי ההלכה כל הצבעה בניגוד מובהק לעמדתה העקרונית של הסיעה אמורה להיחשב לפרישה ולבטל את הצבעתו של נבחר הציבור.

---

61. **משנה תרומות** ד, ד.
62. **תפארת ישראל**, יכין, שם: "מדידע דעת בעה"ב והוסיף במזיד נתבטל כל השליחות".
63. כך כתב גם הרב שלמה גורן, שיטת הבחירות לאור ההלכה, **תורת המדינה**, עמודים 53 -67, בלשון חריפה כדרכו: "כאשר השליח סוטה מדעת שולחו, פוקעת שליחותו. כן הוא בשליח של יחיד וכל שכן בשליח ציבור. אם הציבור נתן בו אימון ומינה אותו שליח לייצג אותו בכל דיון בפורום והנהגה ציבורית, אסור לו לסטות מדעת שולחיו ובוחריו, שאם משנה הוא מדעת שולחיו, לא עשה ולא כלום, ומעשיו בטלין ומבוטלין, לא שרירין ולא קיימין כלל וכלל... נבחר שכזה שחוצה את הקוים ועובר למפלגה אחרת, הוא מועל בציבור, ואינו יכול להמשיך ולכהן כשליח ציבור, מאחר שהוא פועל בניגוד גמור לדעת שולחיו, ודינו כשליח שעבר על דעת שולחיו. וכל שהוא עושה אין לו תוקף ולא עשה ולא כלום כמו שפוסק הרמב"ם בהלכות שלוחין ואם אינו מחזיר את המנדט שלו למפלגת האם שלו הוא גוזל את הרבים ועובר על דעת בעל הבית ונקרא גזלן".
64. ראה סעיף 125(א) **לפקודת העיריות** "חבר המועצה שפרש מסיעתו ולא התפטר מכהונתו תוך שלושים ימים מיום פרישתו, לא ייכלל בבחירות למועצה שלאחריה ברשימת מועמדים שהגישה סיעה של המועצה היוצאת או סיעה של הכנסת. חבר המועצה שפרש מסיעתו לא יהיה במהלך כהונת אותה המועצה, לראש העיריה או לסגן ראש העיריה".

עקרון השוויון

[65] כפי שראינו לעיל עקרון שלטון החוק אינו רק עקרון פורמלי לפיו השלטון חייב לפעול במסגרת החוק אלא עקרון מהותי לפיו השלטון אינו יכול לפעול באופן שרירותי שלא על פי עקרון של צדק ושוויון בפני החוק, וחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו אין לו תוקף על פי ההלכה וכך כותב הרמב"ם[66]:

> כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל.

למעשה הרמב"ם מנסח במילים אלו את עקרון השוויון, היינו איסור הפליה לרעה על ידי החוק של אדם מסויים. לדעת הרמב"ם אם כן זהו "עקרון על" לאורו נבחן החוק, וחוק שאינו עומד בעקרון זה אין לו תוקף על פי ההלכה. עיקרון זה מובא על ידי הפוסקים כעיקרון מחייב גם ביחס לתקנות הקהל.[67] הריטב"א[68] מנסח את עקרון השוויון שבתקנות הקהל באופן פוזיטיבי:

> דכל תקנה שרוב הצבור והוא החשוב במנין ובחכמה הסכימו בה, אף על פי שהמיעוט עומדין וצווחין הרי הם חייבין במה שהסכימו הרוב, ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא **תקנה לצבור** מתקנין כן על הכל **בשוה**.

לעומתו הריב"ש[69] מנסח את עקרון השוויון בתקנות באופן נגטיבי, כאיסור אפליה:

> אמנם אין הקהל יכולין לעשות חק או תקנה שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל אא"כ הסכים הוא עמהם. לפי שאין הקהל יכולין להתנות לגזול אחרים.

כדבריהם פסק גם הרמ"א[70]:

> דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד.

עקרון השוויון אינו מתבטא רק בהימנעות מאפליה אקטיבית המטילה חובות על אדם או על מגזר באופן שרירותי אלא גם בהימנעות מאפליה פאסיבית, המונעת מתן שירות מאדם או מגזר באופן שרירותי. הדבר מתבטא בהלכה בראש ובראשונה בתחום הרווחה, וכאשר מדובר בשירות הניתן מטעמי צדקה וחסד קיימת חובה לפרנס את כל העניים

---

65. להרחבה בנושא השוויון בהלכה וההבחנה בין שוויון פורמאלי ושוויון מהותי ראו במאמרי, העדפה מתקנת לאור ההלכה, **תחומין מב**, עמ' 221-206.
66. **רמב"ם** גזילה ה, יד; **רא"ש** נדרים, כח ע"א, ד"ה במוכס: "האי לאו דינא הוא דדוקא בדבר שהוא שוה לכל בני המדינה יש לו רשות להקונה (את הזכות לגבות את המס) לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה למעט לזה ולרבות לזה".
67. **שו"ת הרשב"א** א, תשפח; **שו"ת מהרשד"ם** או"ח, לז; יו"ד, קיא, קיז; **שו"ת מהר"ש לניאדו החדשות**, ד; **פלא-יועץ**, ערך הסכמה.
68. **ריטב"א**, עבודה-זרה לו ע"ב ד"ה כתוב בשם.
69. **שו"ת הריב"ש**, תעז.
70. **שו"ת הרמ"א**, עג.

ובכללם עניים שאינם יהודים, מפני דרכי שלום וכפי שאומרת התוספתא[71]:

> עיר שיש בה ישראל וגוים הפרנסין גובין מישראל ומגוים מפני דרכי שלום מפרנסין עניי גוים עם עניי ישראל מפני דרכי שלום מספידין וקוברין מיתי גוים מפני דרכי שלום מנחמין אבילי גוים מפני דרכי שלום.

משמעות הטעם שאותו מציינת ההלכה למתן שירותי רווחה לכלל האוכלוסייה בשווה "מפני דרכי שלום", היא שהתנהגות לא שוויונית של הרוב כלפי המיעוט עשויה ליצור התרעמות מוסרית ותסיסה חברתית שלילית אשר עשויות להוביל אף לתגובות-נגד במקומות בלתי צפויים. היקף ההתרעמות והדרישה לשוויון מושפעים לכאורה ממידת הציפייה של המיעוט מהרוב, לפיכך יש לומר כי אין להגביל את הדרישה ההלכתית למתן שוויון אך ורק לשירותי רווחה, אלא יש להרחיבה לכלל השירותים שאותם הרשות מעניקה לתושביה, ובכולם חייב עקרון השוויון להישמר. אולי כך יש להבין את הירושלמי המרחיב את הדרישה לשוויון גם לפעילויות שאינן מוגדרות בדרך כלל כפעילות של צדקה וחסד, וגם בהן לא ראוי ליצור הפרדה אם הדבר יוביל להתרעמות: "ומכבסין כלי גוים וכלי ישראל מפני דרכי שלום".[72] יתר על כן, מהמשנה[73] עולה שהעיקרון של "דרכי שלום" מחייב לעשות כל פעולה על מנת למנוע איבה בין יהודים ושאינם יהודים, ובכלל זה הענקת יחס אנושי חם וכפי ששנינו: "ומחזיקין ידי עובדי כוכבים... ושואלין בשלומן מפני דרכי שלום".

שיקול זה קיים כיום במשנה תוקף לאור העובדה שהפליה על ידי השלטון נתפשת היום בעולם כעיוות מוסרי[74] ממנו סבלו היהודים שנים רבות. אולם התפיסה שלפיה יחס שוויוני במכלול תחומי החיים מונע תסיסה והתרעמות מוסרית, לא נולדה בעת האחרונה; היא הייתה קיימת ככל הנראה מקדמת דנא. יתר על כן, חז"ל לא ראו בה בעיה מוסרית או ערכית. להפך, גם אם חז"ל לא ראו בשוויון מטרה הם ראו בו אמצעי הכרחי להורדת מתח בין קבוצות שונות באוכלוסייה.

מהאופן שבו מנוסחת הלכה זו בירושלמי[75] ניתן להגיע למסקנה נוספת:

> עיר שיש בה גוים וישראל מעמידין גבאי גוים וגבאי ישראל וגובין משל גוים ומשל ישראל ומפרנסין עניי גוים ועניי ישראל מפני דרכי שלום.

מהירושלמי עולה שהיחס כלפי הגויים חייב להיות שוויוני הן בחובות: "גובין משל גוים ומשל ישראל", הן בזכויות: "ומפרנסין עניי גויים ועניי ישראל".

---

71. **תוספתא, גיטין** ג,יג-יד.
72. **ירושלמי, גיטין** ה,ט.
73. **משנה, שביעית** ד,ג.
74. כפי שראינו במובנים רבים ההלכה טענה זאת גם כאשר העולם היה רחוק מהבנה זו שנות אור ואחרי שנים בהם פשט אורה של תורת ישראל בעולם אימצו הגויים גם כן עקרון זה לפיו הפליה הנעשית על ידי השלטון אינה אלא גזל.
75. הנזכר לעיל.

מלבד הסיבה המובאת בירושלמי – מפני דרכי שלום, ברשות מקומית הנבחרת באופן דמוקרטי ומייצגת את כלל תושבי הרשות, חובת השוויון בחובות ובזכויות יסודית עוד יותר. הרשות המקומית הינה שותפות של כלל תושבי הרשות[76]. כשותפות גובה הרשות כספים מכל תושבי הרשות המקומית, ללא הבדלי דת ולאום, בכספים אלו כל תושבי הרשות שותפים ועל הרשות להשתמש בהם באופן שוויוני ולתת שירות לכלל תושבי הרשות, ללא הבדלי דת ולאום. נמצאנו למדים כי אין מקום לאפליה במתן השירותים של הרשות המקומית לתושביה, ועל הרשות המקומית להעניק בדרך כלל יחס שווה ליהודים ולא-יהודים הנושאים בנטל החובות של הרשות בכל הנוגע לקבלת שירות וזכויות שאותן מעניקה הרשות המקומית לתושביה[77].

אי שוויון על רקע מגזרי

כאמור, חוק המטיל חובות באופן יעודי וייחודי על אדם מסויים אינו תקף על פי ההלכה, לא מדינא דמלכותא ולא מתקנות הקהל. אולם האם הדבר אומר כי השלטון חייב להתייחס לכל הקבוצות באוכלוסיה בשווה או שמא מותר לשלטון להפלות באופן שרירותי מגזר שלם על רקע גזע, דת, לאום או כל רקע אחר. בשאלה זו נחלקו ככל הנראה הראשונים. לדעת רבנו תם[78] דינא דמלכותא מחייב שוויון מלא והפליה של קבוצה אחת פוגעת בתקפו של הדין:

> ואומר רבינו דלאו דינא דמלכותא דינא אלא כשמשוה מידותיו על כל בני מלכותו. אבל אם משוה למדינה אחת לא הוי דינאה דינא כדתנן בגיטין לא היה סקריקון ביהודה מהרוגי המלחמה. ומפרש דין סקריקון דאגב אונסיה גמר ומקני ואי לא משום דאנוס לא גמר אף על פי שמצות המלך היתה.

כלומר למרות שהשלטון הרומאי הפקיע את רכושם של היהודים כביכול על פי חוק לא היה לחוק זה תוקף הלכתי הואיל והוא הוחל על יהודה בלבד. זו גם דעת הרמב"ן[79] המציב מספר תנאים לשם הכרה הלכתית בחוק כאשר הראשון שבהם הוא היות החוק תקף נועד "בכל מלכותו". וכך כותב גם הטור[80]:

---

76. ראה לעיל חלק א נספח א.
77. אמנם הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", **תחומין ג**, עמ' 242 הסתפק בשאלה זו, אף שהכריע כי עקרון השוויון בפני החוק מחייב מבחינה הלכתית.
78. בספר **לחם רב**, רנז (רבי אברהם בוטון, בעל הלחם משנה) מביא את דבריו של רבנו תם כציטוט מתוך פירוש הרא"ש למסכת נדרים אך חיפשתיו ולא מצאתיו והבאתיו בשמו. כמו כן מצטט את לשון הרא"ם הסבור כדעת רבנו תם ומפנה למרדכי בבא קמא פרק הגוזל ואף שם יגעתי ולא מצאתי. יש לציין כי הציטוטים אותם מביא הלחם רב מופיעים בלשונם **בשיטה מקובצת** נדרים, כח ע"א, בשם "שיטה" ומשם העתקתיו. יוער כי השיטה מקובצת למסכת נדרים לא ראה ככל הנראה את פירוש הרא"ש למסכת זו שכן לא הביא משמו כלל, וזאת על אף שרבי בצלאל אשכנזי מצטט מחיבור זה בשיטה מקובצת למסכת כתובות ג ע"א, ד"ה ודע.
79. **רמב"ן** בבא בתרא נה ע"א; **שו"ת מהרי"ק**, שסו.
80. **טור** חו"מ, שסט; **רבנו ירוחם**, מישרים, לב, א: "דינא דמלכותא דינא כגון שתיקן דין שוה בכל

במה דברים אמורים בדבר כללי שגוזר על כל בני מלכותו כגון שמטיל מס דבר קצוב בכל שנה ושנה או על איש ואיש או שגזר כל מי שיעבור על דבר פלוני שיהיו נכסיו למלך וכיוצא בזה.

אמנם מלשון הרמב"ם[81] משמע כי הבעיה של חוסר השוויון קיימת רק כאשר ההפליה הינה אישית:

וכן מלך שהשים מס על בני העיר...כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל.

כלומר מלך יכול לקבוע לכל עיר ועיר משטר מיסוי שונה והדבר לגיטימי כל עוד כל בני העיר מקבלים יחס זהה היות והבעיה בהפליה הינה הפליה על רקע פרסונלי. מסתבר כי לדעתו הפליה של קבוצה באוכלוסיה הינה במסגרת סמכות השלטון שאינו חייב להתייחס לכל המגזרים בשווה. אמנם נראה כי גם לדעת הרמב"ם המלך ידרש להסביר מהו יסוד ההפליה, האם צרכי העיר מרובים יותר או שהיא משופעת במשאבים אולם הפליה של עיר אחת או של מגזר מסויים באופן שרירותי אסורה גם לדעתו.

באופן מובהק יותר כותב המהרי"ק[82] כאשר מעניק תוקף גם להפליה על רקע גזעי, המפלה יהודים לרעה:

אין לומר דהכא לא שייך למימר דינא דמלכותא כיון שהישראל פורע יותר מהכותי שהרי כתב המרדכי שם[83] דלא אמרינן אלא כשהמלך משוה מדותיו דודאי פשיטא דשפיר מקרי משוה מדותיו כיון שכל יהודי פורע בשוה דבר קצוב[84]... דשפיר הוי דינא דמלכותא כיון שהדבר שוה וקצוב לכל היהודים כדפי' לעיל.

כלומר לדעתו הפליה של יהודים לרעה אינה פוגעת בתוקפו של החוק ובלבד שהיא אינה אישית. כמובן שאין בדבר משוא פנים ולדעת הפוסקים הללו כל הפליה של מיעוטים אינה בעייתית מבחינה חוקית[85], ולמעשה אין יסוד לערך השוויון בהלכה, אפילו לא לשוויון הפורמלי.

מלכותו... אבל אם אינו שוה גזל הוא". **ראי"ש** בבא בתרא ג, סו: "כל משפט חרוץ שתקן והנהיג המלך על כל בני מדינתו דינא ואין בו משום גזל המחזיק בממון ע"פ המלך". אמנם הלחם רב, שם, מחלק בין "בני מלכותו" ל"בני מדינתו" אולם לענ"ד כוונתם אחת והיא שהפלית קבוצה אחת באוכלוסיה אסורה ומפקיעה את תוקפו של החוק.

81. **רמב"ם** גזילה ה, יב; כך הבין את דבריו גם בשו"ת לחם רב.
82. **שו"ת מהרי"ק**, קצד, הובא בבית יוסף חו"מ, שסט; **רמ"א** שם, ו.
83. לא מצאתיו במרדכי שלפנינו.
84. המהרי"ק מוכיח את דעתו מהגמרא הדנה באפשרות של יהודי להבריח את המכס באמצעות התחזות לגוי. משמע אם כן כי המכס מוטל רק על יהודים ואעפ"כ הגמרא מניחה כי המכס בעיקרו תקף מבחינה הלכתית מדינא דמלכותא, וזאת על אף שהוא מפלה יהודים לרעה.
85. כמבואר בספר **תשובות ישנות**, טז, מובא **בכנסת הגדולה**, הגהות הטור, שסט, כט: "כל שהדבר חוק שוה לאומה מיוחדת - אף על פי שאינו שוה לכל האומות, דינא דמלכותא דינא מקרי".

אמנם בחינה נוספת של היסוד ההלכתי של הכלל "דינא דמלכותא דינא" מעלה כי גם אם נקבל את דעת המהרי"ק שלפיה אפליה של מיעוטים הינה מותרת, הרי שבמשטרים דמוקרטיים אפליה על רקע קבוצתי ובכללה על רקע גזעי אסורה.

כפי שראינו לעיל[86] נחלקו הראשונים בשאלת יסוד הדין הקובע כי "דינא דמלכותא דינא". רוב הראשונים סבורים כי הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מבוסס על הסכמת הציבור[87], לעומתם סבורים חלק מן הראשונים כי הכלל שסמכותו ההלכתית של המלך לכפות את דעתו דה-פקטו, נובעת מכוח העובדה שיש בידו את הכוח לכפות את דעתו על היחיד והציבור דה-יורו כלומר, 'דינא דמלכותא' יונק את סמכותו מעצם כוחה של המדינה לאכוף את חוקיה ולגרשם במידת הצורך את תושביה.

אם נאמר כי סמכותו של המלך נובעת מהסכמת כל הציבור הרי שיחסו הבסיסי של המלך כלפי הציבור כולו חייב להיות שוויוני שכן הוא יונק את סמכותו מכל הציבור בשווה. אולם אם נאמר כי המלך יונק את סמכותו מבעלותו על הקרקע יש מקום להסתפק האם זכותו זו מעניקה לו את הסמכות לפעול בשרירותיות כלפי מיעוטים אותם הוא אינו מוכן "לארח" בארצו[88], או שגם בעלות אינה מתירה שרירותיות, וכשם שהיא אינה מתירה למלך לפעול בשרירותיות כלפי יחידים כך היא אינה מתירה לו לפעול בשרירותיות כלפי קבוצות מיעוטים[89]. על כל פנים מוסכם על כל הראשונים כי יסוד זה של דינא דמלכותא אינו קיים בארץ ישראל, ובכלל בשלטון דמוקרטי, שם מבוססת סמכות השלטון על הסכמת הציבור[90] וממילא ברור כי הפלית מיעוטים על ידי השלטון בארץ ישראל אסורה לכל הדעות.[91]

יתר על כן, לדעת המהרש"ם[92] בכל הנוגע לשלטון המקומי בו אין מקום לדבר על סמכות מכחה

(שמו של מחבר הספר אינו ידוע ובעל כנסת הגדולה מכנה אותו בשם "הרב בעל ת"י" אך הדבר אינו מונע ממנו להסתמך עליו פעמים רבות ולהביא בשמו עשרות פסקים וציטוטי תשובות ראשונים, בעיקר מהדור שאחר גירוש ספרד, מסלוניקי, קושטא והמגרב. מהן עולה כי מדובר בחכם שפעל ככל הנראה באזור זה במחצית השניה של המאה ה - 16).

86. להלן נספח ב.

87. **רשב"ם** בבא בתרא נד ע"ב, ד"ה מי אמר; **שו"ת אור זרוע**, תשמה.

88. **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** ד, אלף א, הובא בקצרה **במרדכי** בבא קמא, קעח, הסבור כי מותר למלך להפלות יהודים לרעה: "אם השר מעצמו אומר איני חפץ שידור שום יהודי כאן כ"א ברשות ראובן בהא ודאי מודינן לך שראובן יכול לעכב עליו מדינא דמלכותא אם אמר שום יהודי לא ידור בארצי אלא מדעתי" המהרי"ק מבסס את שיטתו בין השאר על ציטוט זה של המהר"ם.

89. כך נראה מדעת הרא"ם והרא"ש הסבורים מחד כי סמכות המלך נשענת על בעלותו על המדינה ומאידך סבורים כי הפלית מיעוטים לא לגיטימית.

90. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, מד.

91. אמנם **בשו"ת ציץ-אליעזר** טז, מט, ו, נראה כי הסיק שמחלוקת זו לא הוכרעה, אולם כאמור עיון בשורשה יראה כי בארץ ישראל אין כל מחלוקת והאפליה אסורה.

92. **שו"ת מהרש"ם** ז, לד. השאלה מתייחסת לעיר אחת במולדובה שם הוטל מס מקומי על שחיטה כשרה בלבד.

של בעלות על הקרקע כל הפליה של קבוצה אחת מקרב תושבי הרשות, אסורה לחלוטין, ואין לומר דינא דמלכותא דינא בחוק מקומי המפלה אנשים לרעה על רקע של מוצא:

> בנידון דידן שאינו נוהג בשאר עיירות שבמדינה רק בעיר דארהויי יש לומר שהשוחט ובודק יכול לומר קים לי דבכהאי גוונא לא אמרינן דינא דמלכותא דינא... דברי מהרי"ק והם מיירי בשר של עיר אחת דהוי ג"כ דינא דמלכותא דינא אבל בנידון דידן הממונים על הקאמינא אין העיר שלהם רק הם שלוחי הממלכה וכיון שאינו נוהג בכל המדינה י"ל דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא.

שוויון כלפי מי שאינם יהודים

מסקנתנו כי ההלכה מחייבת את הרשות המקומית במתן שוויון מלא לכל תושביה, יהודים ושאינם יהודים חריגה יחסית בעולמה של ההלכה אשר בכל הנוגע למערכות יחסים שבין גויים ויהודים ההלכה אינה שוויונית. היא אמנם אוסרת על גזל הגוי[93] אולם לכאורה הלכות רבות מפלות לרעה את מי שאינו יהודי על פני היהודי*[94]: ההלכה אוסרת על מכירת קרקעות לגויים[95], ומתירה הלוואה בריבית לגוי[96]. מחד מחייבת את הגוי לשלם

---

93. **תוספתא בבא קמא** י, טו; **בבא קמא** קיג ע"א.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר סבור כי ההלכות האמורות להלן אינן מבטאות קיפוח ויש להסביר כל אחת מהן באופן שונה.

94. **תקינות פוליטית** - Political correct - אין ספק שהלכות אלו אינן מתקבלות בקלות באוזניו של האדם המערבי בן זמננו הדוגל בערך השוויון אולם בעיה זו היתה ידועה אף בתקופת התנאים כפי ששנינו במסכת **בבא קמא**, לח ע"א: "וכבר שלחה מלכות רומי שני סרדיוטות אצל חכמי ישראל למדונו תורתכם, קראו ושנו ושלשו. בשעת פטירתן, אמרו להם: דקדקנו בכל תורתכם ואמת הוא, חוץ מדבר זה שאתם אומרים: שור של ישראל שנגח שור של כנעני - פטור, של כנעני שנגח שור של ישראל, בין תם בין מועד - משלם נזק שלם... ודבר זה אין אנו מודיעים אותו למלכות".
המהרש"ל, **ים של שלמה** בבא קמא, ד, ט, עוסק בשאלה מדוע חכמים לקחו את הסיכון, ולימדו את אותם סרדיוטות הלכה שלחלוטין אינה 'פוליטקלי קורקט' ואף עשויה לגרום לפקיעה ביהודים מצד הרומאים? מדוע לא התחמקו מהעיסוק בהלכה זו או שינו את ההלכה להלכה שתתקבל על דעת הרומאים? מדוע לא נהגו החכמים כפי שנהגו החכמים שכתבו את תרגום השבעים בתקופתו של תלמי ששינו ניסוחים כאלו ואחרים על מנת שיתאימו לאוזני הגויים, **מגילה** ט ע"א. תשובתו של המהרש"ל היא כי אם ההלכה אינה 'פוליטקלי קורקט' ניתן להתחמק מלעסוק בה, כפי שמציע **התוספות** שם, ד"ה אמרו, ואף ניתן לנסחה באופן המתקבל על השומע (כפי שעשו שבעים הזקנים) אולם בשום אופן אין לשנותה, אפילו לא למראית עין, לפי רוח הזמן אף שהדבר כרוך בסיכון ממשי "שמעינן מהאי ברייתא דאסור לשנות דברי תורה, אף כי הסכנה. וחייב למסור עצמו עליה... ואם ח"ו ישנה הדין הוה ככופר בתורת משה... מה לי דיבור אחד מה לי כל התורה".
להרחבה רוחנית פילוסופית ומעשית בענין התקינות הפוליטית ראו הרב חיים נבון, **לא תקין**, ידיעות ספרים, 2022.

95. **רמב"ם** עבודה זרה י, ג.

96. **רמב"ם** מלוה ולווה ה, א.

על כל נזקי בהמתו שהזיקה ליהודי ומאידך פוטרת את היהודי מלשלם כל נזק שגרמה בהמתו לבהמת הגוי[97]. אולם המעיין בהלכות אלו יראה כי הן נאמרו רק לאדם הפרטי ולא לציבור, אשר מחוייב לשמור על יחס שוויוני כפי שראינו לעיל. אפליה אקטיבית נאסרה מדין גזל שכן הגדלה שרירותית של נטל המס המוטל על קבוצה מסויימת נעוצה באיסור גזל, וזה כאמור נאסר מכל וכל גם כלפי יהודים וגם כלפי גויים[98]. חוק בלתי שוויוני אינו אלא ניצול לרעה של הכח השלטוני המצוי בידי הרוב, המונהג על ידי השלטון, על מנת לפגוע בזכויותיו של המיעוט וככזה מוגדר הוא על ידי הראשונים לעיל כגזל. כפי שראינו לעיל לדעת רוב הראשונים הפליה אסורה גם כאשר היא אינה אישית אלא מגזרית. כמו כן כל הראשונים אינם מבחינים בין הפליית גוי להפלית יהודי לרעה[99] וכל חוק המפלה באופן שרירותי אדם לרעה רק בשל גזעו או דתו, אינו תקף על פי ההלכה. כמו כן גם אפליה פאסיבית באמצעות המנעות ממתן שירותים לקבוצה באוכלוסיה אסורה הן בשל העובדה שהתושבים כולם שותפים במשאבי הרשות, הן בחובות והן בזכויות והן משום דרכי שלום.

הדבר נכון גם כאשר מדובר בהתקשרויות עסקיות בין הרשות המקומית ובין אנשים אחרים כגון עובדים, קבלנים או ספקים. כאשר מדובר באדם פרטי ההלכה מחייבת את היהודי להעדיף לקנות ולמכור דוקא מיהודי[100] וכפי ששנינו בספרא[101]:

> מנין כשהוא מוכר לא תהיה מוכר אלא לעמיתיך תלמוד לומר וכי תמכרו ממכר לעמיתך, ומנין כשהוא קונה לא תהיה קונה אלא מיד עמיתך ת"ל או קנה מיד עמיתך.

מכאן למד הרמ"א[102] שיש להעדיף מדפיס ספרים יהודי על פני מתחרהו שאינו יהודי. בגמרא[103] משמע שהחובה להעדיף יהודי קיימת גם כאשר הדבר כרוך בהפסד מסויים אלא שלדעת התוספות[104] חובה זו קיימת רק כאשר מדובר בפער קטן יחסית. מהספרא לומד הרב בן ציון חי עוזיאל[105] כי עדיפות זו ניתנת גם בתחום התעסוקה שם ישנה חובה להעסיק יהודים על פני מי שאינם יהודים:

---

97. **רמב"ם** נזקי ממון ח, ה.
98. אכן נחלקו התנאים האם גזל הגוי נאסר מן התורה, **בבא קמא**, קיג ע"ב, או שמותר מן התורה אך נאסר משום חילול השם, **ירושלמי בבא קמא** פ"ד ה"ג, אולם למעשה נפסק להלכה שאין הבדל בין יהודי וגוי בענין זה וכל גזל, מיהודי או מגוי אסור באיסור חמור, **רמב"ם** גזילה, א, ב;**שולחן ערוך** חו"מ שנט, א. יתר על כן, **בתוספתא בבא קמא** י, טו מובא: "חמור גזל הגוי מגזל ישראל...מפני חילול השם".
99. לדוגמא, הראשונים המתירים הפליה מגזרית עושים זאת גם כאשר המופלים לרעה הם יהודים.
100. בעינן זה ראה בהרחבה, **כתר ו**, "העדפת עבודה עברית ותוצרת הארץ".
101. **ספרא בהר** ג, סוף פרק ג.
102. **שו"ת הרמ"א**, י.
103. **עבודה זרה** כ ע"א.
104. **תוספות** עבודה זרה, שם; **שו"ת מנחת יצחק** ג, קכט.
105. **שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן**, מח; **אגרות הראי"ה** ב, תז.

בעבודה עברית יש מצוה נוספת שאינה רק מדין צדקה אלא משום חובה, לאומית אחואית, והוא מאמרם ז"ל: מנין כשתהא מוכר לא תהא מוכר אלא לעמיתך... מצות חכמים זו היא בנין אב לכל עבודה משותפת של מוכר וקונה או פועל ובעל הבית בין שהוא מעשית בצורה של משא ומתן מסחרי או שכירות זמנית שתהיה נעשית בישראל. ומצוה זו מחייבת גם את הפועל שיקדים לתת את עבודתו וזמנו לאחיו הישראלי... מכלל הדברים אנו למדים שמצות קדימת עבודה עברית אינה רק מצוה של צדקה מעולה, אלא היא גם אזהרה של חובה שבי"ד דנין עליה ומחייבים את המוכר היצרן בעל הבית והפועל להקדים את אחיהם.

אולם אין בכל זה סתירה לעקרון השוויון שנתבאר לעיל. כל ההלכות הללו נאמרו ביחס לאדם פרטי אשר אינו עומד תחת ביקורת ציבורית ורשאי להתקשר בקשרים עסקיים[106] או להעסיק כל אדם אשר יחפוץ[107] מבלי לתת דין וחשבון לאיש. אולם כאשר מדובר בהעדפה הנעשית על ידי השלטון המקומי הדבר אסור הן משום "דרכי שלום" והן משום העובדה הפשוטה שכל תושבי הרשות שותפים בה, ולכולם חלק שווה בחובות ובזכויות.

באופן ספציפי, עקרון השוויון אמור להתבטא גם בתחום ההתקשרות העסקית עם הרשות. הרשות המקומית הינה אחד המעסיקים הגדולים בשטח שיפוטה של הרשות, ומידת יציבותה הכלכלית גדולה באופן יחסי, אזי העבודה בשירות הרשות המקומית וכן המסחר עמה נתפשים, ובצדק, כזכות, אשר על פי העיקרון שאותו קבענו כעת עליו להיות זמין לתושבים באופן שוויוני.

פומביות הדיון וניהול פרוטוקול

לדיוני המועצה ולהצבעות קיימים נהלים רבים[108] העוסקים במועד ותדירות קיומם, אופן הזימון להן, מנין המשתתפים בהן, קביעת סדר היום, אופן ניהולן, אופן ההצבעה על החלטות המועצה, ועוד. באופן כללי אין התורה קובעת דבר בעניינים אלו ולפיכך כל חוק הקובע נהלים אלו היוצרים את הסדר הראוי, ומונעים פעולה שרירותית של חלק מחברי המועצה מחייב.

---

106. **חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א**, אוסר על אדם פרטי המוכר מוצרים או שירותים לכלל הציבור להפלות בין אנשים, ובכלל האיסור גם הפליה על רקע של גזע דת ולאום. חוק זה, מייצג גישה ליברלית המנסה לחנך את הציבור לערכים מסויימים, במקרה שלנו ערך השוויון, גם במחיר של פגיעה בזכותו של האדם לעשות ברכושו כרצונו. אעפ"כ היות וזה אינו חוק אזרחי אלא חוק פלילי, כבר קבעו הפוסקים שדינא דמלכותא דינא ולפיכך הוא מחייב גם על פי ההלכה. יש לציין כי החוק אינו חל על התקשרויות עסקיות פרטיות הנעשות באופן אקראי בין שני אנשים כגון מכירת רכב או דירה.

107. **חוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח**, אוסר כל הפליה בקבלה לעבודה, ובכללה גם הפליה על רקע של גזע דת ולאום, גם כאשר מדובר באדם פרטי. גם חוק זה, למרות היותו חוק המבטא גישה ליברלית, אינו חוק אזרחי אלא חוק פלילי ולפיכך גם הוא מחייב גם על פי ההלכה.

108. ראו **תוספת השניה לפקודת העיריות**.

אמנם מכל הנהלים הללו יש להעיר על עקרון אחד בו ככל הנראה מבטאים הנהלים קו מחשבה שונה מזו של התורה והוא עקרון פומביות הדיון. החוק קובע כי דיוני המועצה יהיו שקופים וחשופים לכל הן באופן ישיר באמצעות פתיחת האפשרות לצפות בדיון לקהל הרחב[109], והן באופן עקיף באמצעות תיעודם על ידי פרוטוקול המועמד לעיון הציבור[110]. היתרון שבנוהל זה ברור: הוא מאפשר לציבור לבקר את החלטות הרשות המקומית ואילו הסתרה עשויה לסייע לרשות המבקשת לעשות פעולות שאינן ישרות וצודקות. מאידך חשיפת עמדתו המדוייקת של כל חבר מחברי המועצה הופכת את חברי המועצה לחשופים לביקורת אישית על עמדה בלתי מגובשת אותה הביעו במהלך הדיון גם אם זו לא נתקבלה לבסוף על דעת רוב חברי המועצה, ואפילו אם בסופו של דבר החלטתם היתה שונה. שקיפות זו עלולה לרדד את הדיון ולהוביל את חברי המועצה, העומדים לביקורת הציבור ולבחירתו, לחשיבה שטחית ופופוליסטית החפצה באהדת הציבור ולאו דוקא בטובת הענין. האיזון אותו קובעת התורה בענינים אלו מבחין אבחנה כפולה בין עניינים ציבוריים לעניינים אישיים וכן בין תוכן הדברים לזהות הדוברים:

את עקרון השקיפות הנדרשת בהנהגת הציבור לומד המלבי"ם מהפסוק "כבוד מלכים הסתר דבר"[111]:

> כבוד מלכים בעניני הנהגתם, לחקור דבר ושלא להעלים, כי אחר שהנהגתם נימוסיית ומושגת ע"י הבחינה והחוש. טוב לפרסם טוב הנהגתם, כי ההעלם בזה יורה כי הנהגתם אינה ביושר וע"כ יעלימו דרכם, והחקר הוא כבודם.

כלומר השקיפות של עניני הנהגת הציבור חשובה ביותר ומסייעת היא להשגת צדק ויושר. יתר על כן, העובדה שהרשות מנהלת את נכסי הציבור כהנהלת שותפות, מחייבת אותה לרמה גבוהה של שקיפות שכן לשותפים הזכות לדעת מה נעשה בכספם, לאילו מטרות הוא הולך ומהם השיקולים שהובילו את מועצת הרשות לקבל החלטה כזו או אחרת הנוגעת לכספם של התושבים כולם. ההלכה מחייבת כל אחד מהשותפים לתת דין וחשבון

---

109. סעיף 18 לתוספת שניה ל**פקודת העיריות**.

110. סעיף 56 לתוספת שניה **לפקודת העיריות**.

111. **משלי** כה, ב; **מלבי"ם** שם. ונאים הדברים אותם כותב **הרש"ר הירש** בראשית י, ט: "אין הסוד יאה לחברה האנושית... אם אדם חייב לשמור סוד בלבו, סימן רע הוא לו או לסביבתו - או לסוד הכמוס בלבו. והדברים אמורים בייחוד בחיים הציבוריים... אין הסוד מוסיף כבוד למעשי השלטון. רוח ישראל אומרת: מדיניות סודית היא מדיניות גרועה. "כבוד מלכים חקור דבר": כבוד הוא למלך, שמעשיו ברורים, וכל אדם יכול לבוא עד חקרם. הפומביות היא אבן הבוחן למעשי השליטים.... השרשים "זוד", "סוד", "צוד" הם קרובים..."צוד" הוא מזימה, שזדו אותה בזדון, שמרו עליה בסוד, ובשעת הכושר מגשימים אותה בכח". יש לציין כי הדברים נכונים רק בנוגע לשאלה האם להרחיב או לצמצם את סודיות הדיונים אולם ברור שהדלפה מדיון שהוגדר כסודי, גם אם הגדרה זו נעשתה בטעות, אסורה מכל וכל וכפי שכותב **הרלב"ג** משלי כ, יט: "הולך רכיל מגלה סוד-כי זה סבה לרעות גדולות בדברים המדיניים".

לפי דרישה ואף ניתן להשביעו על כך[112] ונראה כי הדרישה לשקיפות של השיקולים וההחלטות הנוגעות לכלל הציבור ממלאת אחר הרעיון של דרישה זו.

אולם לעקרון השקיפות מצאנו בהלכה שתי מגבלות: האחת נוגעת לשמירה על כבודו של האדם אשר עניינו נידון. בענין זה ההלכה קובעת בצורה ברורה כי הדיון בעניינים בהם נידונו מעשיו של אדם פרטי, או מעשים אשר נעשו לאדם פרטי, אשר פרסומם עשוי לפגוע בו או בשמו הטוב, אמור להשאר סודי ורחוק מעין כל. הדבר נכלל באיסור לשון הרע הקובע[113]:

> אסור לספר על חבירו אפילו שלא פניו, והוא אמת, דבר שיתבזה על ידי זה, ולא מבעי בדברים של גנאי בעלמא כגון לזכור עליו מעשה אבותיו וקרוביו או מעשיו הראשונים, בין שהיו דברים שבין אדם למקום או דברים שבין אדם לחבירו... אסור לגנותו בזה ולשון הרע מקרי.

הגבלה נוספת נוגעת ליחוס הדברים שנאמרו במהלך הדיון, לכל אחד מהדוברים השונים אשר היה שותף לדיון ולקבלת ההחלטה.

מגבלה זו מוזכרת בהלכה באופן מפורש ביחס לדיון משפטי בעניינו של אדם פרטי בענין זה כותבת המשנה[114]:

> מנין לכשיצא אחד מן הדיינים לא יאמר אני מזכה וחבירי מחייבין אבל מה אעשה שחבירי רבו עלי על זה נאמר (ויקרא יט) לא תלך רכיל בעמך ואומר (משלי יט, יא) הולך רכיל מגלה סוד[115].

מפשט לשון המשנה נראה כי ההלכה קשורה בטבורה להלכות לשון הרע ורכילות. מכאן היה ניתן להסיק כי פרסום דעותיהם האישיות של הדיינים הנעשה בהסכמה של כל הדיינים, המחייבים והמזכים, מותר.

אולם הרמב"ם בפירושו על המשנה מבאר טעמה של הלכה זו באופן שונה, החורג מתחומי איסור רכילות:

> והטעם בכך כדי שלא יהא משוא פנים לאחד מבעלי הדין, ועוד כדי שלא ידע החייב מי הוא שחייבו כדי שיהיו הדיינים אהובים על הצבור ולא ידע שום אדם מי הוא אשר חייב ומי הוא אשר זכה.

ההלכה מבקשת לשמור הן על שיקול דעתם של הדיינים והן על מעמדם הציבורי. דיין אשר יודע כי דעתו האישית עשויה להחשף עלול הוא להירתע מלומר את דעתו, ולחילופין הדבר עשוי לגרום לו לומר דברים אשר יגרמו לו למצוא חן בעיני אחד הצדדים או ידידיו,

---

112. **משנה שבועות** מה ע"א; **רמב"ם** שלוחין ושותפין, ט, א.
113. **חפץ חיים**, הלכות לשון הרע, ד, א.
114. **משנה סנהדרין** ג, ז.
115. וראו הרב צבי יהודה בן יעקב, חובת ההנמקה של פסקי דין, **תחומין יט**, עמ' 235, כי הנפקא מינא לשאלה על איזה פסוק מתבססת ההלכה היא האם זהו איסור דאורייתא של רכילות או שזהו איסור דרבנן על דרך המוסר.

או לעודד אותו להשאר בדעת מיעוט על מנת למצוא חן בעיני מי שלדעת הרוב הוא החייב.

בפוסקים מבואר כי דין זה חל לא רק על דיינים אלא גם על טובי העיר, נבחרי הציבור ומנהיגיו כפי שכותב החפץ חיים[116] :

> צריך להזהר כשיושבין שבעה טובי העיר לעיין בדבר הנהגת אנשי העיר בענייני הערכות וכיוצא בזה, בדבר שהוא חוב לזה וזכות לזה ונחלקו בדעות ועמדו למנין והלכו בתר רובא כיצאו מחדר הקהל צריכין לזהר מאד כל אחד ואחד שלא לספר אחר כך דעתו או דעת פלוני שהיה מתחילה בענין זה להקל על אותו פלוני אך חבריו רבו עליו והכריחוהו לילך בתר דעתם.

יתר על כן לדעת הראנ"ח[117] העושה כן נפסל מלכהן עוד כנבחר ציבור:

> ונראה לעניות דעתי שכל העושה כן... אין להושיבו עוד עם טובי הקהל כשיושבין לפקח בענייני הקהל.

יש לציין כי הפוסקים לא הטילו את איסור פרסום דעות טובי העיר אלא במקרה בו טובי העיר עסקו בעניינו של אדם פרטי ולא במקום בו עסקו בנושאים הנוגעים לכלל הציבור אולם לאור דברי הרמב"ם הקובע שטעם האיסור לפרסם את דעות הדיינים הוא חשש מהטיית שיקול דעתם כאשר יחשפו דעותיהם האישיות, נראה כי יש להטיל איסור על קיום ישיבות פומביות או פרסום פרוטוקולים של ישיבות מועצת הרשות המקומית או וועדות המועצה[118] שכן כאשר מדובר במנהיגי הציבור החשש מהטיית דעתם בעקבות לחץ של בעלי אינטרסים גדול אפילו יותר. את עקרון השקיפות יש למלא באמצעות פרסום ההחלטה והשיקולים שהובילו לקבלתה תוך השמטת שמות המשתתפים בדיון*.

---

116. **חפץ חיים**, הלכות לשון הרע, ב יא; רבי אליעזר פאפו, **פלא יועץ** ב, ברורים: "בכל מין ועד שעושין בין מחכמי העיר בין מטובי העיר או ברורים וכדומה לאחר גמר דין ראוי למזכה בעצמו שיאמר להחייב פלוני אתה חייב שכך יצא הדין מביננו לפי היושר".
117. **שו"ת ראנ"ח**, קיא. הראנ"ח מוכיח זאת ממעשהו של מר זוטרא אשר סילק מבית המדרש תלמיד שגילה אחרי עשרים ושתים שנים את תוכנו של דיון פנימי. מעשה זה מובא במלואו ברי"ף וברמב"ם ומכאן מסיק הראנ"ח כי אין זו מידת חסידות אלא דין גמור. הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל על פי התורה**, קו, מביא שכך נהגו גם בפוזנא שאדם שגילה את תוכן ישיבות הקהל "לא יבא לכל דבר שבקדושה לעולם בשום התמנות כל ימיו".
118. ראו הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל על פי התורה**, מז, מביא שהיו מקהילות ישראל שהטילו איסור פרסום על תוכן ישיבות וועד הקהילה, כגון פנקס מדינת ליטא: "יעשו כל קהלה בפני עצמה תיקון גדול לפניהם שלא לגלות מועצות וסודי הקהל ושלא להרגיל עסקי הקהל בין יושבי הקהילה". כפי שניתן לראות רבני ליטא בשנת 1628 אינם קובעים כי זוהי שורת הדין אלא שכך ראוי לתקן בכל הקהילות.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר סבור כי כאשר מדובר בנבחרי ציבור המשמשים כשליחים של הציבור רשאי הציבור לדעת מה דעתם האישית על מנת שיוכל במידת הצורך להחליפם.

עקרון הפומביות בחוק הישראלי

כפי שאמרנו לעיל החוק קובע כי דיוני המועצה יהיו פומביים, ויתועדו באמצעו פרוטוקול אשר יועמד לעיון הציבור, למעט מקרים בהם פרסום הדיון עשוי לפגוע בצנעת הפרט או בבטחון המדינה[119]. כפי שראינו דרישה זו לפומביות אינה מנוגדת להלכה אך בהחלט מנוגדת לרוח ההלכה המבקשת לשמור על הדיונים משוחררים מלחצים חיצוניים.

מסקנות להלכה

קבלת החלטות על פי רוב

- במליאת המועצה מתקבלות ההחלטות על פי דעת רוב החברים המשתתפים בהצבעה

כפיפות להלכה

- החלטות הרשות המקומית אסור שיסתרו את ההלכה. אין תוקף להחלטה של הרשות המקומית המנוגדת להלכה, וגם הסכמתו של "אדם חשוב" לא תועיל להכשירה.

עקרון שלטון החוק

- כל רשויות השלטון ובכללן הרשות המקומית כפופות לחוק ועליהן להקפיד כי כל החלטותיהן תתקבלנה במסגרת החוק.
- עקרון שלטון החוק אינו רק עקרון פורמלי אלא עקרון מהותי לפיו השלטון אינו יכול לחוקק חוק שרירותי שלא על פי עקרון של צדק ושוויון בפני החוק, ולחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו אין תוקף. לדעת חלק מהראשונים על מנת שחוק יקבל את תוקפו ההלכתי עליו להיות גם חוק מקובל ונפוץ ויש שחלקו על דרישה נוספת זו.
- על החלטות הרשות המקומית להיות מלוות ביעוץ משפטי אשר ינחה את מועצת הרשות לפעול על פי החוק.

ביקורת רבנית על החלטות המועצה

- נחלקו הפוסקים האם נדרשת לכתחילה הסכמתו של "אדם חשוב" להחלטות המתקבלות על ידי ההנהגה הציבורית המקומית, אם קיים במקום אדם העונה להגדרה זו, אשר תפקידו לוודא כי ההחלטת ההנהגה סבירה ומאוזנת.
- היות והגדרת אדם חשוב מחייבת את היות האדם מצוי בפרטי הענינים הציבוריים ומאידך גדלות תורנית, ובימינו הרב המקומי אינו עונה להגדרה זו, יש להחלטות הרשות המקומית תוקף על אף שלא אושרו על ידי הרבנות המקומית.

---

119. יש לציין כי פקודת העיריות המחייבת את מועצת הרשות המקומית בפומביות מחמירה יותר מהדרישה אותה מעמיד סעיף 4.ב.9 ל**חוק חופש המידע** בפני יתר הרשויות הציבוריות שאינו מחייב פרסום של דיונים פנימיים.

טובת הציבור

- השיקול היחיד שאמור להנחות את נבחרי הציבור ומשרתיו בקלת החלטותיהם הוא טובת הציבור. החלטה שהתברר כי התקבלה שלא לטובת הציבור אין לה תוקף על פי ההלכה. לדעת חלק מן הפוסקים על נבחר ציבור בכר את טובת הציבור על פני טובת הסקטור אותו הוא מייצג במועצת הרשות המקומית. לעומתם סבורים פוסקים אחרים כי בשיטה המפלגתית בה הצבעה סקטוריאלית הינה דבר המקובל על הציבור כולו מותר לנבחר הציבור להעדיף את האינטרסים הסקטוריאלים של מפלגתו על פני האינטרס הציבורי וכך נוגים למעשה.
- מינוי פוליטי של אדם לא בשל כישוריו אלא בשל קשריו או השתייכותו המגזרית או המפלגתית פסול מכל וכל שכן הוא מנוגד ניגוד גמור לטובת הציבור. אם זה נעשה כתמורה לתמיכה בעבר או בעתיד של מקבל התפקיד או מקורביו בנבחר הציבור המינוי עשוי לגעת באיסור שוחד
- למרות זאת מותר לנבחר ציבור למנות מקורבים למשרות אמון בהן הוא נדרש לתת אמון מיוחד וכמו כן מותר לנבחר הציבור למנות לתפקידים הדורשים מידה מרובה של שיתוף פעולה אנשים המקורבים לו ובלבד שיש להם את הכשורים הנדרשים לתפקיד המדובר. הצבעה של נבחר ציבור בניגוד לעמדת הציבור אשר נשלח ליצג אותו מנוגדת להלכה
- כל הצבעה בניגוד מובהק לעמדתה העקרונית של הסיעה מעשיו בטלים והצבעתו פסולה
- על פי החוק לפרישה תיחשב הצבעה בניגוד לעמדת הסיעה בענין תקציב הרשות המקומית או בחירת ראש הרשות. על פי ההלכה יש לחוקק כי כל הצבעה בניגוד מובהק לעמדתה העקרונית של הסיעה אמורה להיחשב לפרישה.

שוויון

- השלטון אינו יכול לפעול באופן שרירותי שלא על פי עקרון של צדק ושוויון בפני החוק, וחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו כגון שמפלה באופן שרירותי אדם לרעה רק בשל גזעו או דתו, אינו תקף על פי ההלכה הן כלפי יהודים והן כלפי מי שאינם יהודים.
- לדעת רוב הראשונים הפליה אסורה גם כאשר היא אינה אישית אלא מגזרית ולמעשה הפלית מיעוטים על ידי השלטון בארץ ישראל אסורה.
- הגדלה שרירותית של נטל המס המוטל על קבוצה מסויימת נעוצה באיסור גזל אך כאשר מדובר בשירותים אותם מעניק השלטון המקומי לאזרחים גם כן חייב השלטון לנהוג באופן שוויוני כלפי הגויים תושבי הרשות המקומית ואין מקום לעשות הפליה כלשהי בכל שירות אותו נותנת המועצה לתושביה, ולהעניק יחס שווה ליהודים ולשאינם יהודים.

- גם במקום בו מצד הדין במגזר הפרטי היה מקום להעדיף יהודים על פני מי שאינם יהודים, כגון בתחום התעסוקה, יש להמנע מלתת ביטוי כלשהו להעדפה זו במכרזים ציבוריים אותם מפרסמת הרשות המקומית.

פומביות הדיון וניהול פרוטוקול

- השקיפות של עניני הנהגת הציבור חשובה ביותר ומסייעת היא להשגת צדק ויושר ובענינים העירוניים בהם כלל התושבים שותפים היא הכרחית.
- עם זאת עניניים בהם נידונו מעשיו של אדם פרטי, או מעשים אשר נעשו לאדם פרטי, אשר פרסומם עשוי לפגוע בו או בשמו הטוב, אמורים להשאר חסויים ואין לחשוף אותם לציבור הרחב.
- יש להטיל איסור על קיום ישיבות פומביות או פרסום פרוטוקולים של ישיבות מועצת הרשות המקומית או וועדות המועצה על מנת לאפשר לשמור על הדיונים משוחררים מלחצים חיצוניים.
- החוק קובע כי דיוני המועצה יהיו פומביים, ויתועדו באמצעו פרוטוקול אשר יועמד לעיון הציבור, למעט מקרים בהם פרסום הדיון עשוי לפגוע בצנעת הפרט או בבטחון המדינה.
- דרישה זו לפומביות אינה מנוגדת להלכה אך בהחלט מנוגדת לרוח ההלכה. כמו כן את המושג "צנעת הפרט" יש לפרש על פי ההלכה במובן מורחב, ככל דבר העשוי לפגוע בפרט או בשמו הטוב אותו אין לפרסם.

פרק ב - כללי אתיקה למועצת העיריה ולעובדיה

קבלת החלטות פסולה - הגדרות

לכל אדם באופן טבעי ישנו מכלול של אינטרסים אישיים הנוגעים לכבודו האישי, לרכושו, לרכוש קרוביו וכדומה. כאשר אותו אדם מתמנה על הציבור נוצרת התנגשות מסויימת בין האינטרסים הפרטיים שלו ובין האינטרסים הציבוריים אותם הוא נבחר לקדם. המודעות לעובדה זו עשויה ליצור יחס ציני כלפי נבחרי הציבור מצד הציבור, אך מצד שני לאפשר לנו לתת את האמון בנבחר הציבור שזה ידע לשים בצד את ענייניו האישיים ויתמסר לקידומו של האינטרס הציבורי[1].

הבעיה מחריפה כאשר נוצרת התנגשות ברורה בין האינטרסים הכספיים האישיים של האדם ובין האינטרסים הציבוריים עליהם הוא מופקד ואמור לקבל בהם החלטות לטובת הציבור בלבד. נהוג לכנות מצב זה בשם **"ניגוד עניינים"**.

פעמים רבות ניתן לזהות מראש מצבים בהם נבחר הציבור יהיה בניגוד עניינים, ותפקידים בהם הוא עשוי להמצא בניגוד עניינים. מצבים אלו יכונו בשם **"אפשרות להווצרות ניגוד עניינים"**.

קיים מצב בעייתי פחות, בו האדם מופקד על כמה תפקידים ציבוריים אותם הוא אמור לקדם, ובין תפקידיו מתגלה סתירה שמקשה עליו בביצוע של אחד מתפקידיו באופן הראוי[2]. נהוג לכנות מצב זה בשם **"ניגוד עניינים מוסדי"**.

קיים מצב אחר, בו באופן טבעי לא קיים ניגוד עניינים אולם אדם אחר מנסה ליצור אצל נבחר הציבור ניגוד עניינים מלאכותי, באמצעות מתן תמורה או הבטחה למתן תמורה, אישית או ממונית, הנקשרת, באופן גלוי או סמוי, עם ההחלטה הציבורית הנוגעת לענייניו של נותן התמורה. תמורה זו נקראת **"שוחד"**[3].

אם נבחר הציבור אכן פעל תוך ניגוד עניינים, וניצל את מעמדו הציבורי על מנת לקדם אינטרסים אישיים שלו, של קרוביו, של מקורביו או של נותן השוחד נקראת פעולה זו בשם **"הפרת אמונים"**. יש לציין כי בניגוד לבעיית ניגוד העניינים והשוחד, המהוות בעיה בתהליך קבלת ההחלטות, הפרת האמונים נבחנת לפי הפעולה אותה ביצע נבחר הציבור.

יש להעיר כי עקרונות אלו נכונים באותה מידה בעובד ציבור שלא נבחר על ידי כלל הציבור אלא מועסק בתפקיד כזה או אחר על ידי נבחרי הציבור, ומתוקף תפקידו מוסמך

---

1. הרב אברהם שרמן, "אחריות נבחרי הציבור על עניני הציבור", **שערי צדק** ד, עמ' 337 – 359.
2. לדוגמא: חבר ועדת ביקורת שעובד בגוף המבוקר על ידה, או בכיר במנהל מקרקעי ישראל המשרת גם ברשות ציבורית שתלויה בהחלטות המנהל, ראה לדוגמא בג"צ 293/64.
3. הצגה זו של הדברים מראה כי הבעיה הקיימת בניגוד העניינים קשה יותר מהבעיה הנוצרת עם מתן השוחד שכן בניגוד העניינים הבעיה קיימת באופן ודאי, אם כי יתכן והאדם עשוי להתעלות עליה, בעוד השוחד שתפקידו ליצור ניגוד עניינים ספק ישיג את מטרתו ספק לא ישיג. בהמשך נתייחס לאיסור השוחד באופן נרחב.

לקבל החלטות בתחומים עליהם הופקד. לפני עובד ציבור זה יוצבו כל הדרישות אותן דורשת ההלכה מנבחר הציבור[4].

אפשרות להווצרות ניגוד עניינים

כאשר אדם במסגרת תפקידו הציבורי אמור לקבל החלטות בתחומים שעשויים להיות נוגעים, בין השאר, לאינטרסים שלו עצמו אזי האדם נמצא באפשרות להווצרות לניגוד עניינים. למרות שמן הדין כל עוד האדם אינו פועל תוך ניגוד עניינים אין הוא עובר על איסור כלשהו, ואינו נחשב לנוגע בדבר, וכפי שיתבאר להלן, עצם ההמצאות במצב המעורר את חשדם של הבריות לכך שהאדם פועל שלא ביושר מהווה בעיה הלכתית שכן שנינו[5]:

> אדם צריך לצאת ידי הבריות כדרך שצריך לצאת ידי המקום שנאמר "והייתם נקיים מה' ומישראל" ואומר "ומצא חן ושכל טוב בעיני אלהים ואדם".

מצוה זו הוגדרה בירושלמי כמצוה חמורה מכל מצוות התורה[6], ויש מן הפוסקים הסבורים כי מעשה שעשוי להוביל את הבריות לחשוד באדם שעבר עבירה אסור מן התורה[7], אולם פשטות הדברים היא כי מדובר באיסור מדרבנן[8]. מטעם זה ממליצה ההלכה

---

4. מטבע הדברים נבחרי הציבור העוסקים בעיקר קבלת החלטות ופחות בביצוען, חשופים יותר לבעיית ניגוד עניינים ושוחד ופחות להפרת אמונים, בעוד עובדי הרשות האמונים על ביצוע פעולות הרשות חשופים יותר לבעיה של הפרת אמונים, ופחות לניגוד עניינים, שכן העובד עוסק לרוב בתחום אחד מוגדר. אולם מכיוון ששלשת הבעיות קיימות בשתי קבוצות משרתי הציבור אנו נעסוק כאן בכולן.
5. **משנה שקלים** ג, ב; **ירושלמי שקלים** ג, ב:"רבי שמואל בר נחמן בשם רבי יונתן בתורה ובנביאים ובכתובים מצאנו שאדם צריך לצאת ידי הבריות כדרך שהוא צריך לצאת ידי המקום בתורה מנין דכתיב [במדבר לב כב] והייתם נקיים מה' ומישראל בנביאים מנין דכתיב [יהושע כב כב] אל אלהים ה' וגו' וישראל הוא ידע בכתובים מניין דכתיב [משלי ג ד] ומצא חן ושכל טוב בעיני אלהים ואדם".
6. **בירושלמי** שם, על פי גירסת הראב"ד, הובא **בר"ש סירליאו**: "גמליאל זוגא שאל לרבי יוסי בר רבי בון איזהו החמור שבכולם אמר ליה והייתם נקיים מה' ומישראל" ועיין **תוספות יום טוב** שם, שפירש זאת כחומרא יחסית למקורות האחרים ולא יחסית לשאר מצות התורה.
7. **שו"ת רד"ך**, יז, על פי **שו"ת מים עמוקים** א, מב, הובא **בכנסת הגדולה** יו"ד הגהות בית יוסף, יח, סב. לדבריו חז"ל נימקו מספר מצוות עשה מן התורה, כגון: הנחת פאה בסוף השדה, או ההמנעות מלחבול בגד אלמנה, בטעם של המנעות מחשד הבריות. משמע כי נימוק זה עשוי ליצור איסור דאורייתא. מכאן מגיע למסקנה שלמרות שחיוב האשה להנשא הינו רק מפני החשד, ניתן לומר כי זהו חיוב דאורייתא. ונראה שגם לדבריו לא כל חשד אסור מדאוריתא אלא שבמקום בו אמרו חכמים שישנו איסור מפני החשד הדבר עשוי להיות אסור אפילו מדאוריתא.
8. **גר"א** אהע"ז יא, כד; **שו"ת פני יהושע** ב, ב; הרב שלמה אלפאנדארי, **שו"ת הסבא קדישא** ב, א.

כי כל התעסקות בכסף ציבורי תיעשה תחת ביקורת חיצונית[9] או פנימית[10] ותוך שקיפות מלאה[11].

החשד לניגוד עניינים מהווה חלק מן החשד שעשוי להיות מופנה כלפי אדם המתעסק בכספי ציבור ולכן דרשו הפוסקים מעובד ציבור לנקות את עצמו מכל חשד לניגוד עניינים בין תפקידו הציבורי לעסקיו הפרטיים וכפי ששנינו במסכת בבא בתרא[12]:

> גבאי תמחוי שאין להם עניים לחלק - מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן.

כפי שנראה להלן, כאשר מדובר באדם הנמצא בתפקיד שיפוטי או מעין שיפוטי ההלכה אוסרת על האדם לקבל כל החלטה בתחום בו הוא נמצא בניגוד עניינים. אולם גם לאחר שקיבל האדם החלטה במסגרת סמכותו ובנקיון כפים גמור מחייבת ההלכה את האדם להתרחק מכל מעשה ממנו עלול להתפרש כי ההחלטה אותה קיבל קודם לכן התקבלה תוך ניגוד עניינים, וכך שנינו בתוספתא[13]:

> חכם שדן את הדין טימא וטיהר אסר והתיר וכן העדים שהעידו הרי אילו מותרין ליקח אבל אמרו חכמים רחק מן הכיאור ומן הדומה לכיאור.

---

9. **משנה שקלים** ג, ב: "אין התורם נכנס לא בפרגוד חפות ולא במנעל ולא בסנדל ולא בתפילין ולא בקמיע שמא יעני ויאמרו מעון הלשכה העני או שמא יעשיר ויאמרו מתרומת הלשכה העשיר"; **תוספתא** שם, ב: "נכנס לתרום את הלשכה היו מפשפשין בו בכניסה וביציאה ומדברין עמו משעה שנכנס עד שעה שיצא לקיים [מה] שנ' והייתם נקיים מה' ומישראל".
10. לשם ביקורת פנימית והמנעות מחשד דורשת ההלכה כי מסירת כסף ציבורי תיעשה רק לשני אנשים, זה בפני זה כפי ששנינו, **בבא בתרא** ח ע"ב: "גבאי צדקה אינן רשאין לפרוש זה מזה"; **רמב"ם** מתנות עניים ט, ח; **שולחן ערוך** יו"ד רנז, א. יוער כי מלכתחילה ההלכה אינה מערערת על אמינותו של אדם בודד, אולם הואיל ולאדם יחיד חסרה סמכות גביה בכח, נהגו לגבות בשנים תמיד, וכאשר אדם חורג מן המקובל וגובה לבדו עלולה חריגה זו לעורר חשדות ולכן נאסרה, **ט"ז** שם, א.
11. מצד הדין אם על הכסף מופקד אדם המקובל כאמין אין הוא נדרש לתת דו"ח כפי ששנינו **בבא בתרא** ט ע"א: "אין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה, ולא בהקדש עם הגזברין, ואף על פי שאין ראיה לדבר - זכר לדבר, שנאמר: ולא יחשבו את האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה כי באמונה הם עושים". אולם לפנים משורת הדין ראוי כי גם אדם הנחשב לאמין ימסור דו"ח על הכסף הציבורי שקיבל כפי שעשה משה רבינו, **שמות רבה** פקודי, נא: "איש אמונות זה משה... אף על פי שהיה משה גזבר לעצמו הוא קורא לאחרים ומחשב על ידיהם, שנאמר (שמות לח) אלה פקודי המשכן אשר פקד משה אין כתיב כאן אלא אשר פקד ע"פ משה ע"י משה ביד איתמר" מכאן הסיק **הטור** יו"ד רנז; **רמ"א** שם, ב: "כדי שיהיו נקיים מה' ומישראל, טוב להם ליתן חשבון".
12. **בבא בתרא** ח ע"ב; **רמב"ם** מתנות עניים ט, יא; **שולחן ערוך** יו"ד רנז, ב. ניגוד העניינים האפשרי במקרה זה הוא בין תפקידו של הגבאי למכור את המזון המיועד לעניים במחיר הגבוה ביותר שניתן להשיג, ובין רצונו של הגבאי כאדם פרטי לקנות מזון במחיר הנמוך ביותר שניתן להשיג, מה שמעורר את החשד שמא הגבאי יקנה מעצמו את המזון המיועד לעניים בפחות משוויו האמיתי.
13. **תוספתא יבמות** ד, ז; **חולין** מד ע"ב.

את הדרישה להרחיק מן הכיעור רואים חלק מהפוסקים כאיסור ממש[14] אולם בשל העובדה כי המעשה שעשוי לעורר את החשד נעשה רק לאחר קבלת ההחלטה[15] כתבו הראשונים כי ההמנעות ממעשה זה אינה אלא מידת חסידות ואין להגדיר את המעשה כאסור[16]. אעפ"כ מדברי הראשונים עולה[17] כי במקרה בו ההחלטה נתקבלה על ידי אדם אחד[18], או במקרה בו מדובר בהכרעה שאינה הלכתית, ומשום כך אינה נתונה לביקורת אובייקטיבית[19], יש לאסור את המעשה באופן מוחלט, מתוך חשד כבד בקיומו של ניגוד עניינים בשעת קבלת ההחלטה.

בהקשר זה חובה להעיר כי לעיתים לאדם הסביר לא נראה כי קיים חשד לניגוד עניינים, ורק אדם חשדן במיוחד המבקש למצוא עילה לפסול את כהונתו או החלטתו של אדם אחר יצליח למצוא קשר כלשהו בין אינטרסים כלשהם של מקבל ההחלטה או קרוביו ובין ההחלטה שנתקבלה. במקרה שכזה נחלקו הפוסקים האם על האדם להתחשב גם בחשדות

---

14. **שו"ת חוות יאיר**, קכב. הוא מוכיח זאת מתמיהתה של הגמרא כיצד יתכן שרבה בר בר חנה נכשל בקניית בשר אחרי שפסק להורות בו להיתר.
15. על פי **ריטב"א** יבמות, כה ע"ב, ד"ה מאי שנא, המנמק מדוע עד שחתום על הגט לא נפסל למפרע אם ישא את האשה שנתגרשה בעדותו "כיון דבשעת העדות לא נתברר שהיו נוגעים בעדות לא פסלינן השתא למפרע מספיקא דדילמא ההיא שעתא לאו מהאי טעמא אסהידו, ואף על גב דקתני התם (חולין מד ע"ב) אבל אמרו חכמים הרחק מן הכיעור - ההיא לעצה טובה ומידת חסידות".
16. לדעת המהר"ם מורטנברג מובא **בתוספות הרא"ש**, יבמות כה ע"ב; **הגהות מיימוניות** גירושין י', טז: "אף על גב דשרו מ"מ בעל נפש ראוי להחמיר על עצמו... ומ"מ אם אינן רוצים להחמיר על עצמן אין איסור בדבר".
17. הדיון בראשונים מבוסס על נסיון לבאר את הסתירה בין ההיתר המבואר בתוספתא הנ"ל ובין האיסור המובא במשנה יבמות ב, י: "החכם שאסר את האשה בנדר על בעלה - הרי זה לא ישאנה".
18. הגמרא, **יבמות** כה ע"ב, מבארת כי האיסור תקף ביחס לדיין יחיד. כיון שכך מבארים חלק מן הראשונים, **תוספות** חולין, שם ד"ה וכן, בתירוצו השני; **רמב"ן**, שם, בתירוצו הראשון; **שו"ת הריב"ש** תצח, שיש לחלק בין החלטה שנתקבלה על ידי אדם אחד שנתונה לחשד כבד האוסר את המעשה מן הדין, ובין החלטה שנתקבלה על ידי יותר מאדם אחד בה החשד כבד פחות, ואין המעשה המעורר את החשד נאסר אלא ממידת חסידות.
19. לדעת הרמב"ן בתירוצו השני לסתירה ניתן להתיר את עשיית המעשה גם במקרה בו ההחלטה נתקבלה על ידי אדם בודד, ובלבד שהחלטה הנתונה לחשד היתה הכרעה הלכתית שהתקבלה על פי קריטריונים ברורים הניתנים לביקורת אובייקטיבית תמידית של פוסקים גדולים יותר, אך אם מדובר בקבלת החלטות המתקבלות על פי שיקול דעת וסברא שאינה ניתנת לביקורת אובייקטיבית, אין להתיר עשיית מעשה המעורר חשד בדבר הליך קבלת ההחלטה. מדברי הרמב"ן משמע כי תירוץ זה בא להחליף את התירוץ הראשון, ואם כן לדעתו מעשים מסוג זה יאסרו מן הדין גם כאשר ההחלטות התקבלו על ידי צוות של מספר אנשים.

מעין אלו, ודוקא על מקרים אלו דרש הכתוב "ומצא חן ושכל טוב בעיני אלקים ואדם"[20], או שהחובה להסתלק מן החשד מוטלת רק כלפי אנשים סבירים ולא כלפי שונאים מחרחרי ריב ומדון.

ניגוד עניינים

ניגוד עניינים במערכת המשפטית

שנינו בתוספתא[21]:

> האומר תנו מאתים דינר לבני עירי אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר.

הראשונים[22] מבארים כי הבעיה היא "משום שנוגעין בדבר הן" מדברים אלו מסיק השולחן ערוך[23] כי:

> כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו.

את מידת ההנאה שעשויה לפסול את האדם מלדון (או מלהעיד) מגדיר הרמב"ם[24] באופן נרחב ביותר:

> ודברים אלו אינן תלויין אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות, אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בה, וכדרך שלא יעיד בדבר זה שמא נוגע בעדותו הוא כך לא ידון באותו דבר, וכן שאר מיני פסולין כשם שפוסלין בעדים כך פוסלין בדיינים.

לסיכום, אדם אינו יכול לשמש כדיין[25] אם עשוי הוא להנות באופן קרוב או רחוק, ישיר או עקיף מפסיקתו לצד זה או אחר. אדם זה מוגדר בהלכה בשם "נוגע" וכיום מקובל לכנות מצב זה בו מהחלטה של הדיין עשוי לצמוח לו רווח אישי בשם "ניגוד עניינים".

---

20. **"מלאכת שלמה"**, שקלים, שם (רבי שלמה עדני, חברון, תלמידו של רבי בצלאל אשכנזי): "קרא דוהיתם נקיים משמע הסירו מעליכם החשד שהוא ברור וניכר...אבל מי שאין בו חשדא נכרת רק למתעקש לא שייך אלא מציאת חן דהוא טפי ומשום הכי מייתי קרא ומצא חן".
21. **תוספתא בבא בתרא** ט, ט; **בבא בתרא** מג ע"א: "בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן - אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר...האומר תנו מנה לעניי עירי - אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר".
22. **פירוש רבנו גרשם**, בבא בתרא, שם, ועוד.
23. **שולחן ערוך** חו"מ ז, יב.
24. **רמב"ם** עדות טז, ד.
25. בעיה זו קיימת גם ביחס למורה הוראה בתחום איסור והיתר שם אומרת המשנה, **בכורות** ד, ה: "הנוטל שכרו להיות רואה בכורות אין שוחטין על פיו אלא אם כן היה מומחה כאילא ביבנה שהתירו לו חכמים להיות נוטל ארבעה איסרות בבהמה דקה וששה בגסה בין תמים בין בעל מום" על כך שואלת הגמרא, **בכורות** כט ע"א: "בשלמא בעל מום - משום דקא שרי ליה, אלא תם אמאי? דא"כ, אתי למיחשדיה ואמרי: האי בעל מום - תם הוא, והאי דקא שרי

בעיה זו קיימת כאמור בין בעד ובין בדיין ובטעמה נחלקו הפוסקים[26]. יש מן הפוסקים[27] שסברו כי כאשר ישנו מצב של ניגוד עניינים קיים חשש כבד שמא הנגיעה האישית תגרום לאדם למעול בתפקידו ולא לומר את האמת, או לפסוק שלא כדין. הדבר אף נרמז בלשון התורה המבארת כי השוחד, שתפקידו ליצור ניגוד עניינים אצל הדיין "יעור פקחים ויסלף דברי צדיקים"[28].

לעומתם סבורים פוסקים אחרים כי במקרה של ניגוד עניינים נוצרת בעיה מהותית המונעת מהאדם להיות עד או דיין, גם אם לאדם ברור בוודאות כי הוא אומר רק את האמת[29]. גם העדות וגם הדיינות דורשות מהאדם לספר על שאירע או לקבל החלטה כאשר הוא עומד מן הצד, ואילו אדם המספר דברים הנוגעים אליו אינו נקרא עד אלא בעל דין[30] - אדם המקבל החלטה ביחס לעצמו אינו נחשב דיין אלא בעל דין המשתמש בסמכות לא לו. מבחינה זו דומה פסול הנוגע בדבר לפסול של קרוב משפחה שנפסל מלהעיד או מלדון, גם אם מדובר באדם אמין או שברור לנו שאין כאן כל חשש לשקר או להטית דין. וכפי שאומר הספרי[31] ביחס לדיין המקבל שוחד:

> ולא תקח שוחד, אין צריך לומר לזכות את החייב ולחייב את הזכיי אלא אפילו לזכות את הזכיי ולחייב את החייב.

ניגוד עניינים במערכת השלטונית

במערכת השלטונית, בניגוד למערכת המשפטית, לא מתבצעת הכרעה בין בעלי דין, באמצעות מערכת של טענות וראיות. אולם אין זה אומר כי לא מתקבלות בה החלטות

ליה - משום אגרא" כלומר הנאה כספית שתבוא לרב מהוראה מסויימת פוסלת אותו מלענות על השאלה ההלכתית הנידונת. וכפי שפוסק **שו"ת הריב"ש**, תק; **רמ"א** יו"ד, יח, יח: "הטבח צריך שיטול שכר מן הטרפות כמו מן הכשרות".

26. חקירה זו מופיעה באופן זה לראשונה כנראה **בשו"ת מהר"י ן' לב** א, יח.

27. **רשב"א** גיטין יד ע"א, ד"ה הנהו גינאי. בעקבות זאת הכשיר אדם להעיד לאחרים עדות שיש לה השלכות לרעתו של העד שכן בוודאי אין חשש שמא הוא משקר. ניתן לדייק זאת גם מלשון **רש"י** כתובות, כד ע"א, ד"ה גילוי מילתא, הבוחן את הנגיעה בדבר במושגי "חשד". וראו **סמ"ע** לז, א; **ש"ך**, שם, **נתיבות המשפט** שם, א; **תומים** שם, כא.

28. **שמות** כג, ח; ובדומה **דברים** טז, יט.

29. **ר"י מיגאש** בבא בתרא מג ע"א; **רמב"ן** שם, בשם רבותיו, שאין הנוגע בדבר נחשב לעד כלל וכלל. על פי זה מסביר הר"י מיגאש מדוע הנוגע כשר להעיד אם הצליח להתנתק מנגיעתו, ולא חל עליו פסול של תחילתו בפסלות וסופו בכשרות, וזאת בניגוד למי שהיה פסול בשעה בה ראה את העדות, שלא יוכל לעולם להעיד על מה שראה בהיותו פסול עדות. כך משמע גם מדברי **שו"ת הרא"ש** ו, כא, שאין הנוגעים בדבר כשרים להעיד אפילו לחובתם. וראו לבוש, **עיר שושן** לז, א; **קצות החושן** לד, ד; לז ה,ט.

30. קצות החושן, שם, מבחין בין רמות שונות של ניגוד עניינים: מי שהעדות עצמה נוגעת לענייניו הינו בעל דבר הפסול מן התורה. מי שהעדות אינה נוגעת לענייניו אלא שמקבל הוא תמורה כספית עבורה אינו נחשב לבעל דין אלא שחכמים פסלו את עדותו מחשש לעדות שקר.

31. **ספרי דברים** שופטים, קמד.

הנוגעות לממונם של אחרים. יתר על כן, בדרך כלל עיקר ההחלטות מתקבלות במערכת השלטונית, בעוד המערכת המשפטית נדרשת לטפל רק במקרים בהם אחד התושבים סבור כי ההחלטה אותה קיבלה המערכת השלטונית אינה עומדת במבחן הסבירות. אכן, במספר סוגיות נראה כי מערכת שלטונית המופקדת על קבלת החלטות מחוייבת לעמוד בסטנדרטים משפטיים. כך שנינו במסכת בבא בתרא[32]:

> קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה, נגבית בשנים - שאין עושים שררות על הצבור פחות משנים, ומתחלקת בשלשה - כדיני ממונות.

כלומר, הואיל והגבאים צריכים לקבל החלטה כיצד יש לחלק את כספי הצדקה יש לקבל החלטה זו בפורום המתאים לקבלת החלטות שיפוטיות. מכאן מסיק רבי יוחנן ש "אין מעמידין שני אחין פרנסים[33]".

הברייתא אמנם דיברה על קבלת החלטות הנוגעות לעניים אולם באופן עקרוני אין סיבה להניח כי קיים הבדל בין החלטות מסוגים שונים וניתן להסיק כי ההלכה דורשת כי החלטות מעין שיפוטיות יתקבלו בפורום העומד בכל הקריטריונים בהם נדרש לעמוד פורום שיפוטי. הרחבה זו נעשית ע"י רבי ישראל איסרליין (בעל שו"ת תרומת הדשן)[34]. הוא נשאל האם מותר לאדם שנשבע לשקר להצטרף להנהגת העיר:

> טובי הקהל כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים, במקום ב"ד קיימי כדמוכח בהדיא במרדכי פ"ק דבבא בתרא (רמז תפ), דמדמי להו לגזירותיהם להא דכל אשר לא יבא לעצת הזקנים והשרים... וכיון דהכי הוא אפילו אי הוי מפורש בהדיא בכתב קיום שביניכם שמחלתם לו לגמרי על כל דבר פשע ההודאה לשמים ולבריות, חלקכם יהא לכם להתיר, חלק מזבח מי יתיר?... ואף על פי שנתקיים הכתב בחרם ובשבועה ביניכם, הרי הוכחנו דאזהרה מן התורה היא שלא להושיבו בקהל.

כלומר הואיל ולגוף השלטוני ישנו מעמד של בית דין[35] אין לקבל לגוף זה אנשים שהורשעו בעבירות הפוסלות אותם מלשבת בבית דין. כך מסיק גם רבי יהושע עשיל בשו"ת פני יהושע[36] ופוסק כי קרובי משפחה פסולים מלכהן ביחד בהנהגת הציבור. באופן ספציפי

---

32. **בבא בתרא** ח ע"ב.
33. ירושלמי, שם. **בפני משה** שם מבואר שמדובר בראשי הקהל אולם מהקשר הסוגיא משמע שהכוונה לגבאי צדקה וכן כתב **האור זרוע** א, ב, אם כי כאמור אין לחלק ביניהם.
34. **שו"ת תרומת הדשן** פסקים וכתבים, ריד; **רמ"א** חו"מ לז, כב.
35. יש לציין כי הסיבה שתרומת הדשן דורש כי חברי הגוף השלטוני יעמדו בדרישות אותן אנו דורשים מחברי בית דין היא הסברה אותה חידש המהר"ם מרוטנבורג, מובא **במרדכי** בבא בתרא, רפ, שמבחינה הלכתית סמכות השלטון נגזרת מסמכות בית דין (הפקר בית דין הפקר) ואינה היות השלטון מקבל החלטות מעין שיפוטיות. אולם למעשה אין לכך נפקא מינה. רעיון זה לפיו השלטון פועל מכח סמכות של בית דין מופיע בראשונים נוספים כנזכר לעיל, חלק א פרק א.
36. **שו"ת פני יהושע** ב, צט.

לפסול נוגע בדבר, המכונה כאמור בשם "ניגוד עניינים" מתייחס רבי יחזקאל לנדא[37]:

> בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר אינם נקראים 'טובי העיר' בזה. ואטו טובי העיר כשרים לדון לעצמם?!.

כלומר הגוף השלטוני מנוע מלקבל החלטה הנוגעת לו באופן אישי. ובמילים אחרות: מי שנמצא בניגוד עניינים בין תפקידו הציבורי לענייניו הפרטיים מנוע מלקבל החלטות בתחום בו הוא נמצא בניגוד עניינים[38].

גדרי ניגוד העניינים

כאמור לעיל ניסח הרמב"ם את גדרי ניגוד העניינים ביחס לעד ולדיין והדברים נכונים גם ביחס לאדם בעל תפקיד שלטוני:

> אם ימצא שיש לזה... צד הנאה... אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה... לא ידון באותו דבר.

---

37. **שו"ת נודע ביהודה**, מהדורא קמא חו"מ, כ. הנודע ביהודה מזהה את הבעיה של ניגוד העניינים אצל מנהיגי הציבור בשל מעמדם כמעין דיינים. יתכן וקיימת בעיה נוספת שקשורה למהות תפקידם של טובי העיר. אלה מקבלים בידיהם את רכוש הציבור בתורת נאמנים ופועלים הם **כאפוטרופוסים** על נכסי הציבור., ראה **שו"ת הרשב"א** א, תריז; ג, שצד, תמג; ה, קכה ועוד. מעמדו של האפוטרופוס מאפשר לו להיות "מוציא ומכניס ובונה וסותר ושוכר ונוטע וזורע ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים", **שולחן ערוך** חו"מ רצ. ז. לכן לא רשאי האפוטרופוס להשתמש ברכוש היתומים לטובתו האישית. אולם חשוב לציין כי הגדרת טובי העיר כאפוטרופסין לא היתה מונעת מהם לפעול בניגוד עניינים אם הדבר היה נעשה בשקיפות ותוך גילוי נאות, כשם שאפוטרופוס רשאי להשקיע את כספי היתומים בנכסיו האישיים, אם הדבר בסופו נעשה לטובת היתומים, ובלבד שיעשה זאת בפני בית דין, ראב"ד, הובא ב**נמוקי יוסף** בבא בתרא, סז ע"א מדפי הרי"ף; **ריטב"א** בבא בתרא, קמד ע"א, ד"ה רב ספרא; **רמ"א** חו"מ, רצ, טו; **סמ"ע** שם, כ. לעומת זאת הגדרת טובי העיר כבית דין אינה יכולה להסתפק בגילוי נאות ועל האדם הנוגע בדבר לסלק ידיו לחלוטין מהעיסוק בנושא זה.

38. זוהי גם דרישת סעיף 122. א ל**פקודת העיריות**: "חבר מועצה שיש לו, במישרין או בעקיפין, בעצמו או על ידי קרובו, סוכנו או שותפו, כל חלק או טובת הנאה בכל חוזה או עסק שנעשה עם העיריה, למעננה או בשמה... לא ישתתף בדיונים על החוזה או העסק במועצה או בועדה ולא יצביע בהצבעה על כל שאלה בקשר להם". **אמנם בשל העובדה כי כיום אנשים רבים מחזיקים במניות של חברות רבות לפעמים אפילו בלי לדעת על כך (באמצעות קרנות נאמנות, קופות גמל וקרנות פנסיה) מחריג החוק בעלות שולית על מניות מדין נוגע בדבר וקובע כי**: "הוראות סעיף קטן (א) אינן חלות על חבר מועצה מחזמת זה בלבד שהוא בעל מניות... אם חלקו בהונו או ברווחיו של הגוף אינו עולה על חלק אחד מתוך עשרים חלקים".
החרגה זו אינו מחוייבת על פי ההלכה הפוסלת את האדם לדון אודות ספר תורה של העיר וזאת למרות שחלקו היחסי בספר התורה קטן הרבה יותר מ"חלק אחד מתוך עשרים חלקים". אולם כבר נהגו בקהילות ישראל לדון במקרה בו הנגיעה הינה בשעור קטן כל כך, **שו"ת הרשב"א** ו, ז; ה, רעג; **שולחן ערוך** חו"מ ז, יב. חוק זה משקף את המנהג בזה"ז שלא להחשיב לנגיעה בעלות שולית על חברה באמצעות מניות.

ניגוד העניינים יכול להווצר גם בשל השלכות שיהיו להחלטות על קרובי משפחה של אחד מחברי הגוף השלטוני, שכן כשם שהאדם פסול מלקבל החלטות ביחס לעצמו כך פסול הוא לקבל החלטות ביחס לקרובי משפחתו[39]. לצורך הענין קרוב משפחה הינו כל אדם המוגדר כ"קרוב" לענין פסולי עדות, ובכללם קרבת משפחה בדרגה שניה[40].

על פי שורת הדין אין האדם פסול מלקבל החלטות ביחס לשותפו כל עוד אין לאדם הנאה אישית בהחלטה זו[41]. לעומת זאת ההלכה אוסרת על האדם לקבל החלטות הנוגעות לחבריו הקרובים, שכן קיים יותר מחשש שמא החלטותיו לא יהיו אוביקטיביות וכך כותב הרמב"ם[42]:

> אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו אף על פי שאינו שושבינו ולא ריעו אשר כנפשו ולא למי ששונאו אף על פי שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שוין בעיני הדיינים ובלבם, ואם לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו אין לך דיין צדק כמוהו.

---

39. **השולחן ערוך** חו"מ ז, ט, פוסק זאת ביחס לדיין וראה לעיל בשם הנודע ביהודה שמנהיגי הציבור מתפקדים בתחומים שתחת סמכותם כמעין דיינים. באופן דומה פסק **השולחן ערוך** שם, יב: "עסקי המס אין דנין בדייני אותה העיר מפני שיש להם או לקרוביהם חלק בו".
40. גדרי "קרוב" פורטו בשולחן ערוך הלכות עדות סימן לג. נמנה אותם בכלליות (השימוש בלשון זכר מטעמי נוחות בלבד): ילדיו; הוריו והוריהם; אחיו וילדיהם; דודיו וילדיהם; אשתו ילדיה הוריה והורי הוריה; כולם נחשבים לקרובים לרבות בנות זוגם. יוער כי ברשויות המקומיות נוהגים כללי ניגוד עניינים שקבע מרכז השלטון המקומי, **ילקוט פרסומים** תשמ"ד 3114, אשר התקבלו כמחייבים על ידי היועמ"ש לממשלה ומפורטים ב"**חוות דעת של הוועדה למניעת ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות**". כללים אלו מצומצמים מכללי ההלכה. לפי כללים אלו (סעיף 1.5.א) לענין קבלת החלטות בנוגע לקרוב משפחה מוגדר קרוב: "בן זוג, הורה, הורי הורה, צאצא, צאצא של בן-זוג ובני זוגם של כל אחד מאלה, אח או אחות ובני זוגם". **לענין** התקשרות עם העיריה בחוזה סעיף 122.א.א ל**פקודת העיריות** מגדיר קרוב של חבר מועצת העריה באופן מצומצם אף יותר: "בן זוג, הורה, בן או בת, אח או אחות". רק לענין העסקת קרוב משפחה של ראש העיריה או סגניו מאמץ סעיף 174.א ל**פקודת העיריות**, הגדרה הרחבה אף מהגדרתה של ההלכה "בן זוג, הורה, בן, בת ובני זוגם, אח או אחות וילדיהם, גיס, גיסה, דוד, דודה, חותן, חותנת, חם, חמות, חתן, כלה, נכד או נכדה, לרבות חורג או מאומץ".
41. **בבא בתרא** מב ע"ב: "השותפין מעידין זה על זה" (כל עוד נושא הדיון אינו נכסי השותפות). בגמרא, שם מבואר כי הדבר נכון גם ביחס לדיין שיכול לדון את שותפיו, בענינים שאינם נוגעים לשותפות. יש להעיר כי הכללים המחייבים במועצות המקומיות מחמירים ביותר ביחס לשותף ומעמדו של שותף או סוכן מקביל למעמדו של קרוב משפחה וחבר מועצה אסור מלקבל החלטות הנוגעות לשותפו, גם בעניינים שאינם קשורים לנכסי השותפות, הודעת מרכז השלטון המקומי בדבר כללים למניעת ניגוד עניינים של נבחרי הציבור ברשויות המקומיות, **ילקוט פרסומים** תשמד 3114 סעיף 1(5). אזכור לך מופיע גם בסעיף 122(א)(א) ל**פקודת העיריות** האוסר על שותף של חבר מועצה להתקשר עם העיריה.
42. **רמב"ם** סנהדרין כג, ו.

כמובן שהשאיפה אותה מעלה הרמב"ם בסוף דבריו "לא היה מכיר את אחד מהם ולא מעשיו" אינה ריאלית כאשר מדובר על נבחרי ציבור, אולם הדרישה שנבחר ציבור לא יקבל החלטת הנוגעות לאוהבו או לשונאו הכרחית ולכן אדם פסול מלקבל החלטות ביחס אליהם[43].

ניגוד עניינים כללי וניגוד עניינים פרטי

ישום העקרון כי כל אדם מנוע מלהיות מעורב בקבלת כל החלטה הנוגעת לו באופן אישי במידה כזו או אחרת, פשוט למדי כאשר הוא נעשה ביחס לדיינים המתבקשים לדון בשאלה ספציפית הנוגעת לעניינם של אנשים ספורים. ישום עקרון זה הופך להיות מורכב ביותר כאשר הוא נעשה ביחס לנבחרי ציבור ומשרתי ציבור. אלו מקבלים החלטות עבור הציבור שהם מהווים חלק בלתי נפרד ממנו, ובשל כך ההחלטות נוגעות גם להם באופן אישי. מכאן ניתן להגיע למסקנה מתבקשת לפיה אסור להנהגת הציבור לקבל כל החלטה חדשה הנוגעת באופן כזה או אחר לחבריה ולמעשה אין ההנהגה רשאית אפילו לשנות את גובה המיסים העירוניים. כך מסיק למעשה הנודע ביהודה[44]:

> טובי העיר אם רוצים לתקן תיקון חדש בעסקי המסים אין להם שום התרוממות מצד היותם פרנסים וטובי העיר ואף שטובי העיר כבית דין הגדול, מכל מקום בעניני נתינת המסים אין להם יתר שאת ויתר עז משאר העם.

לדעתו על ההנהגה העירונית להביא החלטות כאלו לפתחו של הציבור עצמו. ההנהגה יכולה רק לממש מדיניות הנמצאת במסגרת התקציב שאישרה האסיפה הציבורית וכפי שכתב המהר"ם מרוטנבורג[45]:

> יש להושיב כל בעלי בתים שנותנים מסים ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר וילכו אחר הרוב הן לברור ראשים הן להעמיד חזנים הן לתקן כיס של צדקה הן למנות גבאים.

המשתתפים באסיפה הציבורית פועלים כשותפים וכבעלים ולא כדיינים[46] ולכן הם רשאים לקבל כל החלטה, גם אם יש לה השלכות על חלק מהם באופן אישי. כמובן שגם

---

43. בחוק ובכללי ניגוד עניינים שנזכרים לעיל לא נזכרת במפורש הגבלה זו אותה מגבילה ההלכה. אעפ"כ בתי המשפט במדינת ישראל רואים את עקרון ניגוד העניינים כעיקרון כללי החל גם מעבר למה שכותב החוק במפורש, ראו בג"ץ 3480/91, **אורי ברגמן נ' הוועדה לבניה למגורים**, פ"ד מז (3), 716. על פי עקרון זה נקבע כי "אסור לעובד הציבור לטפל גם בענייניו של חבר קרוב, והוא עלול אף להיות מורשע בפלילים אם ניצל את סמכויותיו כעובד הציבור על מנת לסייע לחבר, תוך ניגוד עניינים", מתוך חוות דעת של הועדה למניעת ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות מאפריל 2007. ראו **מדינת ישראל נ' שבס** פ"ד נט (4)385.
44. **שו"ת נודע ביהודה**, שם.
45. מובא ב**תשובות מיימוניות** קנין, כז; **הגהות מיימוניות** תפילה יא, ב; **רמ"א** חו"מ קסז, א.
46. לעומתו מסיק **בשו"ת חתם סופר** חו"מ, קס, מדברי המהר"ם כי יש לראות את הציבור כולו כדיינים, ולכן קבע כי שוחד בחירות אסור בדיוק כמו שוחד לדיינים. וראה עוד הרב עדו רכניץ, שוחד בחירות, **מדינת הלכה דמוקרטית – עיון בסוגיות נבחרות**, עמ' 29-45. לדברי

שותפים צריכים לנהוג בהגינות ולפעול לטובת השותפות ולא לטובתם האישית, כאשר האינטרסים מנוגדים, ולכן עליהם לומר דעתם רק "לשם שמים ולתקנת העיר".

פתרון זה אפשרי כאשר מדובר בקהילה המונה עשרות חברים אולם בעיר המונה מאות אלפי אנשים אין זה ריאלי להביא את התקציב השנתי ממנו נגזר גובה הארנונה לאישור הציבור בקלפי. הציבור אינו מעוניין בכך ולרובו גם אין את הנתונים המספיקים והפנאי הנדרש על מנת לקבל החלטה מושכלת. כמו כן למינוי חברי מועצה מקומית שאינם תושבי המקום ואינם מושפעים לחלוטין מהחלטותיהם יש חסרון, שכן אלו אינם נמצאים בקשר עם הציבור ואינם מודעים מספיק לצרכיו[47].

הפתרון המוצע להלן מתבסס על עקרון המוכר מתחום בתי הדין: ההלכה קובעת כי למרות ההגבלות על אותה היא מטילה על זהותם של הדיינים, יכולים כל שני אנשים להסכים כי ידון אותם דיין למרות היותו קרוב של אחד הצדדים[48], או שנפסל לדון מכל סיבה אחרת. כאשר מדובר בדיינים הדנים בין שני אנשים פתרון זה אינו הכרחי שכן הצדדים יכולים מן הסתם למצוא מי שרשאי לדון אותם על פי ההלכה. אולם כאשר מדובר בבית דין מקומי שדן בנושאים קהילתיים הופך פתרון זה להכרחי שכן בית הדין מסיבות טכניות חייב להתגורר במקום, וככזה אינו יכול להיות שלא נוגע בדבר ביחס לענייני קהילתיים שונים. אכן פתרון זה המתבסס על ההסכמה היה הפתרון המקובל בכל קהילות ישראל מאז ומעולם לפתרון בעיית איוש בית הדין המקומי וסדר הדין בו. הסכמת הציבור עשויה להיות מפורשת בתקנותיו או מתגלה במנהגיו וכפי שכותב הרשב"א[49]:

החתם סופר יש להבין כיצד יכולה לפעול דמוקרטיה שכן אם נקבל כי הציבור מעמדו כדיינים, ודיינים אינם יכולים לקבל החלטות בהם הם נוגעים בדבר הרי שישנו יותר מחשש שמא האינטרס האישי יגבר על הצורך לקבל את ההחלטה הצודקת ביותר. על כרחנו לומר כי בעצם ההסכמה על קיומו של הליך דמוקרטי על אף הבעיות הכרוכות בו, כרוכה הסכמה כי ההחלטות יתקבלו על ידי מי שבמהותם הינם נוגעים בדבר, אשר יעשו את כל שביכולתם על מנת לקבל החלטה צודקת ונכונה, כפי שיכולים כל שני אנשים להסכים כי ידון אותם דיין למרות היותו קרוב של אחד הצדדים וכדלהלן, ואעפ"כ על המצביעים לנטרל ככל האפשר את שיקוליהם האישיים בבואם להצביע על ההחלטה. אמנם יש מקום להסתפק האם דרישה זו מעכבת כאשר מדובר בהליך דמוקרטי שכן עקרונית יכולים כולם להסכים כי כל אחד יאמר את דעתו האישית גם אם היא מושפעת לחלוטין מהאינטרסים הצרים שלו אלא שמכלול האינטרסים האישיים כאשר הם מגיעים לרוב מייצגים את האינטרס של רוב הציבור. כמובן שגם במקרה שכזה שוחד בחירות יאסר ואף יבטל את תוצאות הבחירות למפרע הן בשל העובדה שהשוחד בא להשפיע על קבלת ההחלטה, ולעוות את התוצאה הסופית, והן בשל עצם השימוש באמצעים מניפוליטיביים.

47. סעיף 120(1) **לפקודת העיריות** קובע כי מועצת העיריה נבחרת דוקא מקרב תושבי העיר בלבד.
48. **שולחן ערוך** חו"מ כב, א.
49. **שו"ת הרשב"א** ו, ז; ה, רעג: "שורת הדין הוא, דאין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר, לא לחיוב ולא לפטור, דנוגעין בעדותם הם... אלא שאני רואה לכל צורכי צבור וצבור, בכל מקום,

נהגו כל הקהילות בעניני המסים שדנין באנשי העיר ומביאין ראיה מאנשי העיר... שהב"ד והעדים נוגעים בעדותן ובדינן ומעידין לעצמם וכל זה מדין הסכמת הקהל.

כדברים האלה כתב גם הרא"ש[50]:

מנהג פשוט הוא בכל ישראל שאין מביאין עדים מחוץ לעיר להעיד על תקנתם והסכמתם, אלא מקבלים עליהם עדי העיר להעיד על כל עניניהם, וכשרים אפילו לקרוביהם, כיון שקבלום עליהם אנשי העיר.

הדברים אף נפסקו להלכה בשולחן ערוך[51] וכן כתב בעל ערוך השלחן[52]:

וכן המנהג פשוט ומימינו לא ראינו ולא שמענו שבעסק הנוגע לעיר לא ידונו דייני העיר וכיון שהמנהג כן הוי כקבלו עליהם ויכולים הדיינים שבעיר לדון על כל ענייני העיר.

לדעת המהרשד"ם[53] לאור העובדה שלמנהיגי הקהילה ישנו מעמד מעין שיפוטי המחיל עליהם את המגבלות החלות על דיינים, ניתן להשתמש בפתרון זה גם ביחס אליהם, ולקבל קרובים או פסולי עדות **להנהגת הקהילה**, קבלה שאינה צריכה אפילו קנין[54]:

אם קבלוהו עליהם הרבים מהני שפיר גם בלא קנין כי אין דרך לעשות קנין במינוי הראשים וכל דבר שנעשה ברבים אין צריך קנין.

לאור דברי המהרשד"ם יש לומר כי על אותו בסיס הלכתי רשאי הציבור לבחור את מנהיגיו מקרבו, שיקבלו החלטות עבורו, למרות היותם נוגעים בדבר במידה מסוימת. אולם יש לסייג זאת בשתי הסתייגויות חשובות:

כתבו הפוסקים כי יש לסייג מנהג זה, לפיו הדיינים המקומיים, רשאים לקבל החלטות, למרות היותם בניגוד עניינים בהיותם חלק מהציבור אך ורק לניגוד עניינים הנובע מעצם היות מקבלי ההחלטות מקרב הציבור, והעניין נוגע להם כמו שנוגע לכל אדם אחר בציבור. ניגוד עניינים כללי שכזה נקרא **"הנאה כוללת"** ובו נהגו להקל. אולם בהחלטות הנוגעות באופן אישי למנהיג או לדיין, בהן הוא נמצא בניגוד עניינים אישי, שנקרא **"הנאה מיוחדת"**, מנוע אותו אדם מלהיות שותף להן מכל וכל. בניגוד עניינים שכזה יש להעמיד את הדין על כנו ולאסור מהאדם לקבל החלטות הנוגעות במישרין לעצמו או לקרוביו.

כך כתב רבי מרדכי הלוי[55] כאשר בא להכשיר עידי צוואה בה המוטב היו אנשי ירושלים:

בכל ענייניהם נוהגין לדון ע"י אנשי אותה העיר. שאם לא כן, לא מוצאין ידיהם ורגליהם לכל צרכיהם".

50. **שו"ת הרא"ש** ה, ד.
51. הדבר נאמר הן ביחס לדיינים מבני המקום, **שולחן ערוך** חו"מ ז, יב, והן ביחס לעדים מבני המקום שם, לז, כב.
52. **ערוך השולחן** חו"מ ז, כב.
53. מהרשד"ם קונטרס תיקון עולם, בתוך הספר **משפט שלום** רלא, כג.
54. ועיין **בשו"ת שארית יוסף**, ל, (ר' יוסף כ"ץ, גיסו של הרמ"א) המסכים אף הוא שקבלת הציבור קרובים להיות ראשיו מועילה אלא שהצריך קנין על כך.
55. **שו"ת דרכי נעם** חו"מ, כב. חלוקה עקרונית זו נזכרת כבר **בשו"ת הריב"ש** קצה..

דאין לפסול משום קדירה דשותפי דדוקא כשהוא דבר נוגע לו לעצמו פסלינן ליה אבל אם יש לו הנאה בשותפות אנשי העיר כגון ההיא דספר תורה או מנה לענייי עירי אזי מכח התקנה מכשרינן ליה.

מאותו הטעם פסל ר' יהודה עייש[56] את דייני העיר לדון בצוואה בה היו המוטבים תלמידי החכמים שבעיר ובהם הדיינים, כאשר הוא מבחין בין "הנאה כוללת" ל"הנאה מיוחדת":

עדי ודייני העיר לא מהני, מטעם דדוקא בדבר שהוא שוה לכל נפש **והנאתו כוללת** כעם ככהן, משא"כ בכי האי גוונא שאינו נוגע אל הפרט שהיא המתנה שיזכו בה הת"ח ועטרותיהם בראשיהם הם הב"ד יצ"ו, דפשיטא דבכל אופן אין דנין בדייני אותה העיר בדבר שיש להם בו צד **הנאה מיוחדת**.

באותו אופן יש לומר כי גם כאשר מדובר במנהיגים המקומיים רשאים הם לקבל החלטות הנוגעות לציבור למרות היותם בניגוד עניינים בהיותם חלק מהציבור אך ורק אם מדובר ב"הנאה כללית" דהיינו שהעניין נוגע להם כמו שנוגע לכל אדם אחר בציבור. אולם בהחלטות הנוגעות באופן אישי למנהיג, ובהן הוא נמצא בניגוד עניינים אישי, מנוע אותו אדם מלהיות שותף להן מכל וכל. בניגוד עניינים שכזה יש להעמיד את הדין על כנו ולאסור מהאדם לקבל החלטות הנוגעות במישרין לעצמו או לקרוביו.

הסתייגות נוספת, הועלתה בדברי המהר"ם שהובאו לעיל והיא שכל הצבעה על כל החלטה ובוודאי כזו שנוגעת למקבלי ההחלטות, תתקבל לשם שמים ולטובת הכלל בלבד. מכיוון שלא ניתן לבדוק או לאכוף דרישה זו, מציע המהר"ם להשביע את מקבלי ההחלטות כי כך ינהגו[57]:

...ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים ולתקנת העיר.

פתרון בעיית ניגוד עניינים

כאשר מדובר בניגוד עניינים כללי ראינו כי מנהג העולם להקל בדבר ולאפשר לדיינים ולמנהיגי הציבור לקבל החלטות למרות שבאופן כזה או אחר הן עשויים להיות מושפעים מהן, אם מידת ההשפעה על מקבלי ההחלטות אינה גדולה ממידת ההשפעה של ההחלטות על כל אדם אחר, אולם כאשר מדובר בניגוד עניינים פרטי, בו מקבל ההחלטות נוגע בדבר, או קרוב של אדם הנוגע בדבר אין לאפשר לאדם להיות שותף בקבלת ההחלטה. במקרים שכאלו עומדות בפני האדם שתי אפשרויות:

---

56. **שו"ת בית יהודה** חו"מ, יג. הוא מסתמך על תשובת רבו ב**שו"ת פרי צדיק**, א, א: "דליתיה להאי מנהגא אלא בהסכמות ותקנות וקנסות שאין בהם תביעת ממון בין הקהל ובין היחיד אבל בכל כהאי גוונא אין מקבלין עידי אותה העיר".

57. יתכן וזהו המקור לסעיף 24 (א) (א) ל**פקודת העיריות**: "עם כינוסה של ישיבת המועצה הראשונה לאחר הבחירות יצהיר חבר המועצה אמונים; ואלה דברי ההצהרה: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותי במועצה".

האחת, לסלק את עצמו או מעיסוקו הציבורי בנושא, ולהשאיר לאחרים את הטיפול בנושא.

השניה, להתנתק מנגיעתו האישית על ידי הסתלקות מחלקו במושא הדיון. פתרון זה מופיע בגמרא[58] ביחס לדיינים שרשאים הם להסתלק מזכויותיהם ברכוש הציבורי על מנת להיות כשרים לדון ביחס אליו, ואף כי במקורו ניתן הפתרון ביחס ל"הנאה כוללת", הראשונים[59] מאפשרים להשתמש בפתרון זה גם כאשר הנגיעה תוגדר כ"הנאה מיוחדת". הסילוק נעשה בדרך של הקנאת חלקו של הדיין לאחרים[60] , תוך דרישה כי ההסתלקות תהיה מוחלטת ולא למראית עין וכפי שכותב ר' שלמה בן ר' שמעון דוראן[61]:

> ומיהו העדים שיעידו בזה אחר שסלקו עצמם לא הם בלבד לא יהיה להם חלק בהם אלא אף זרעם וזרע זרעם עד סוף העולם, וכן קרוביהם והזרע הנולד לקרוביהם אחרי עדותם עד סוף העולם. ואותן הקרובים הם קרובים דפסולי עדות כפי הדין... וגם צריכים הקהל לישמר שאחר עדותן של עדים שלא יכתבו להם שיהיה בהם חלק ולא לקרוביהם לפי שיש בזה הערמה. מ"מ צריך בזה חקירת ב"ד חכמים נבונים יראי א-להים אנשי אמת....

כאמור לעיל, יש להחיל את אותם העקרונות על חבר מועצה או עובד עריה המכהן בתפקיד מעין שיפוטי ולאפשר לו הסתלקות מעין זו בתנאים אלו[62].

יש מן הפוסקים הסבורים כי יש לאפשר פעילות תוך ניגוד עניינים אם זו נעשתה באישור מראש על ידי בית הדין. מקור הדברים בדברי הנימוקי יוסף[63] המסיק מדברי הראב"ד כי:

> רשאי אפוטרופוס לתת ממון היתומים לאחרים לשום עסק או הוא בעצמו רשאי להתעסק בו וליטול השכר שהיה נוטל מתעסק אחר אם הודיע הדבר לב"ד.

מכאן רוצה הרב אברהם שרמן[64] להסיק כי:

---

58. **בבא בתרא** מג ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ לז, יח.
59. **נימוקי יוסף** בבא בתרא, כג ע"א מדפי הרי"ף; **שולחן ערוך** חו"מ לג, טו.
60. **בבא בתרא**, שם; **שולחן ערוך** חו"מ לז, יח.
61. **שו"ת הרשב"ש**, תקסח.
62. המשפט הישראלי גם הוא מאפשר את פתרון ההסתלקות אלא שבניגוד להלכה הוא מאפשר אחר ההסתלקות לחזור ולקנות את חלקו במושא הדיון, אם כי על הרכישה להיעשות במחיר מלא. ראה טנה שפניץ וורדה לוסטהויז, "ניגוד עניינים בשירות הציבורי", ספר **אורי ידין**, ב, עמ' 327-325.
63. **נימוקי יוסף** בבא בתרא, סז ע"א מדפי הרי"ף; **רמ"א** חו"מ, רצ, ח.
64. **שערי צדק** ד עמ' 343. הרב שרמן מרחיב בכך את מסקנת בית הדין בו ישב כדיין אשר פסק ביחס לאחראי על נכסי הקדש שפעל תוך ניגוד עניינים כי "כאשר הממונה על ענייני ציבור פועל בהם מתוך מצב של ניגוד אינטרסים, עלולים להפגע אותם עניינים ממנו עצמו ומהאינטרסים האישיים שלו, וזאת בניגוד למינויו ותפקידו להגן עליהם ולשומרם. ולשם כך חייבה ההלכה לממונים לציבור שפעולותיו במצב של ניגוד אינטרסים מותרים רק בפיקוח ואישור בית דין". וראו בהרחבה פרופ' רון ש. קלינמן "מאולמו של הדיין לעולמו של עובד

> קיימת דרך בה יוכל הממונה על הצבור לפעול בעניני הצבור במצב של ניגוד אינטרסים והיא כאשר יפעל בפקוח בי"ד ואישורו.

אולם נראה שקשה לקבל מסקנה זו משתי סיבות: האחת, לדעת הפרישה[65] היתר זה מצומצם רק למקרה בו אפוטרופוס מבקש מבית דין להשתמש בכספי יתומים:

> דדוקא הכא ביתומים מותר גם לו, כיון דמודיע תחלה לבית דין שהן אביהן, והוי ליה כאילו התנה עמו מתחלה, דגם במשכון מותר בהתנה עמו, ושאני התם במשכון ולקמן בפקדון, דאין שייך לומר הודיעו לבית דין דאין בית דין נזקקין לדברים כאלו.

כלומר, בית הדין מוסמך להתיר לאפוטרופוס לפעול תוך ניגוד עניינים לא מכיוון שבית הדין משמש כגוף ביקורת שיפוטית אלא מכיוון שבית הדין הוא בעל הדבר, בהיותו אביהם של יתומים, והסכמתו כמוה כהסכמת בעל הדבר כי יתעסק בענייניו מישהו הנוגע בדבר. לפי דבריו אין מקום להרחיב את השימוש בביקורת שיפוטית כבסיס לפתרון כל בעיה של ניגוד עניינים של איש ציבור בנושאים בהם בית הדין אינו ממונה עליהם.

זאת ועוד, בניגוד לאינטרסים של אדם פרטי ביחס לנכס מסויים אצל עובדי ונבחרי ציבור קיימת רשת רחבה ביותר של אינטרסים וקיים יותר מחשש שמא בית הדין לא יוכל לעמוד על מכלול האינטרסים והחלופות האפשריות ויאפשר פעולות שאינן לטובת הציבור[66].

יש להעיר כי החוק במקרים מסויימים מתיר ניגוד עניינים של חבר מועצה אם הדבר נעשה באישור של שני שלישים ממועצת העיריה ושל שר הפנים[67] אולם נראה כי ההיתר נובע דוקא מעובדת היות הגוף המאשר נציגי ציבור ולא ערכאה שיפוטית[68].

הציבור - שלושה דגמים לפתרון מצבים של ניגוד עניינים", **"עיונים במשפט עברי ובכלכלה - דיין ודיון"**, בעריכת יעקב חבה ועמיחי רדזינר, בהוצאת הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן עמוד 188-159.

65. **פרישה** חו"מ, רצ, טו; **סמ"ע** שם, כ.

66. הרב אשר וויס, מכתב לפרופ' קליינמן, שם, הערה 142:"אין פיקוח בי"ד פתרון לא הלכתי ולא מעשי לבעיתנו... וחושבני גם דיש להחמיר יותר... דהמציאות מוכיחה שפירצה קוראת לגנב. ועוד דבימי הגמ' לא הי' צורך בבי"ד אלא לקבוע שומה וכדו', אבל בזה"ז כמעט בלתי אפשרי לביה"ד לבדוק את כל הצדדים והחששות של גומלין ושוחד ואינטרסים שונים ומשונים שיש בכל דבר. ומשום כ"ז נראה דאין זה פתרון לעניין ניגוד אינטרסים של עובדי ונבחרי ציבור".

67. בסעיף 122 ב(3) **לפקודת העיריות** נקבע, כי אם חבר מועצה או "קרובו" מבקשים להיות צד לחוזה או עיסקה עם העיריה, עליהם להודיע זאת למועצת העיריה מראש ובכתב ואז רשאית המועצה להתיר זאת "ברוב של שני שלישים מחבריה ובאישור השר".

68. כאמור לעיל לפי דברי הפרישה הסמכות לאשר פעילות תוך ניגוד עניינים מסורה לבית הדין רק אם הוא מתפקד כנציג בעלי הנכסים – היתומים. החוק אינו סותר עקרון זה שכן החוק לא הסמיך את בית המשפט להתיר ניגוד עניינים אלא השאיר זאת אצל מליאת המועצה ושר הפנים אשר נבחרו על ידי הציבור והם נציגי הציבור ולפיכך רשאים הם למחול על זכותו של הציבור אם לדעתם ניגוד העניינים במקרה זה הינו לטובת הציבור.

שוחד

איסור השוחד נתפס בעיני רבים, ובצדק, כאיסור חמור מאד, התורה הזהירה על איסור מתן שוחד לדיינים פעמים מספר[69], קבעה זאת כאחת העבירות החמורות ביותר[70], וכך התקבע האיסור בתודעת עם ישראל. ההתייחסות החמורה של התורה ושל המוסר האנושי לשוחד אינה נובעת ככל הנראה מניגוד העניינים אליו הוכנס הדיין, שכן זה ספק אם נוצר, אלא מעצם הנסיון לבצע מניפולציה שתעוות את המציאות הישרה והטובה. בעיה זו קיימת במלא עוזה גם אם האדם בסופו של דבר קיבל את ההחלטה הראויה ביותר[71].

נביאי ישראל אשר ראו בעיניהם את השחתת מלכות ישראל ביקשו להתריע דוקא על מתן השוחד לאנשי שלטון המופקדים על קבלת החלטות הנוגעות לציבור כולו ובעיקר למסכנים הנדרשים לעזרת השלטון[72]. התייחסות זו מובנת לחלוטין לאור דברי הפוסקים שהבאנו לעיל המעניקים לגופים השלטוניים מעמד של בית דין. אולם בשל חטאינו גילונו מארצנו וסמכויות השלטון ניטלו מאיתנו ולכן בגמרא בראשונים ובפוסקים מתמקד העיסוק באיסור בדיינים והאיזכור לקיומו של האיסור במערכת השלטונית מועט ביותר[73].

---

69. **שמות** כג, ח: "וְשֹׁחַד לֹא תִקָּח כִּי הַשֹּׁחַד יְעַוֵּר פִּקְחִים וְיסַלֵּף דִּבְרֵי צַדִּיקִים". **דברים** טז, יט: "לֹא תַטֶּה מִשְׁפָּט לֹא תַכִּיר פָּנִים וְלֹא תִקַּח שֹׁחַד כִּי הַשֹּׁחַד יְעַוֵּר עֵינֵי חֲכָמִים וִיסַלֵּף דִּבְרֵי צַדִּיקִם".
70. **דברים** כז, כה: "אָרוּר לֹקֵחַ שֹׁחַד לְהַכּוֹת נֶפֶשׁ דָּם נָקִי".
71. לפי הסבר זה איננו נדרשים לדברי החזון איש **אמונה ובטחון** ג, ל, שכתב כי השוחד הינו מכלל החוקים חסרי הטעם הואיל והתורה איפשרה לאדם לקבל החלטות שאינן שיפוטיות גם כאשר יש לו אינטרס ממוני כבד.
72. **ישעיהו** א, כג: "שָׂרַיִךְ סוֹרְרִים וְחַבְרֵי גַּנָּבִים כֻּלּוֹ אֹהֵב שֹׁחַד וְרֹדֵף שַׁלְמֹנִים יָתוֹם לֹא יִשְׁפֹּטוּ וְרִיב אַלְמָנָה לֹא יָבוֹא אֲלֵיהֶם". **מיכה** ג, ט-יא: "שִׁמְעוּ נָא זֹאת רָאשֵׁי בֵּית יַעֲקֹב וּקְצִינֵי בֵּית יִשְׂרָאֵל הַמְתַעֲבִים מִשְׁפָּט וְאֶת כָּל הַיְשָׁרָה יְעַקֵּשׁוּ: בֹּנֶה צִיּוֹן בְּדָמִים וִירוּשָׁלַם בְּעַוְלָה: רָאשֶׁיהָ בְּשֹׁחַד יִשְׁפֹּטוּ וְכֹהֲנֶיהָ בִּמְחִיר יוֹרוּ וּנְבִיאֶיהָ בְּכֶסֶף יְקֹסֵמוּ וְעַל ה' יִשָּׁעֲנוּ לֵאמֹר הֲלוֹא ה' בְּקִרְבֵּנוּ לֹא תָבוֹא עָלֵינוּ רָעָה". **יחזקאל** כב, ו: "הִנֵּה נְשִׂיאֵי יִשְׂרָאֵל אִישׁ לִזְרֹעוֹ הָיוּ בָךְ". בכל המקומות הללו מסביר **הרד"ק** כי לא מדובר על שוחד הניתן לשופט אלא בשוחד הניתן לשר, לראש ולקצין שהם אנשי שלטון הפועלים לטובת העשירים נותני השוחד ולא לטובת האינטרס הציבורי שהוא הגנת היתום והאלמנה.
73. ניתן להסביר את העדר ההתייחסות לאיסור שוחד לאנשי ממשל בכך שבתקופת בית שני הסמכויות השלטוניות היו בידי בית הדין הגדול ראו **דרשות הר"ן**, יא: "אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כח השופט וכח המלך". מכחו של בית הדין הגדול, ובהעדרו, ממלאים תפקיד זה בתי הדין המקומיים כפי שכותב הרב יעקב אריאל אריאל, "אוצר בית דין – ביטוי למעמד הציבור בשמיטה", **תחומין כח**, עמ' 303- 315. חפיפה זו בין בתי הדין ובין השלטון המקומי עשויה להסביר את ההתמקדות של הגמרא והראשונים בבואם לעסוק באיסור שוחד בדיינים. עוד ביחס בין סמכות השלטונית לסמכות בית הדין ראה לעיל א, א. הסבר אחר לצמצום העיסוק באיסור השוחד לאנשי שלטון ועובדי ציבור הוא כי מפני חטאינו גלינו מארצנו וניטלו מאיתנו סמכויות השלטון וניתנו בידי מלכות הרשעה. הכרה זו כי "ארץ ניתנה ביד רשע" הובילה את פוסקי ההלכה לתת לגיטימציה למתן שוחד למלכים, שרים

הראשון המתיחס במפורש לקיומו של איסור שוחד, ביחס למי שמתמנה על הציבור, הינו רבי יעקב שור בספרו פלפולא חריפתא[74]. הוא מדייק מדברי הרא"ש[75] כי:

> שוחד אסור אף בדבר שאינו דין תורה אלא דרך קנס בעלמא... כתבתי זה להורות לנתמנים על הצבור אע"פ שאין דיניהם דין תורה ולא נתקבלו לכך, אפילו הכי יזהרו מלקבל מתנות על דיניהם.

הדברים אף נפסקו להלכה בפוסקים.[76]

ופקידי ממשל גויים מתוך הבנה כי כך מתנהלת המציאות. עקב כך נכתבו עשרות תשובות בכל גלויות ישראל אשר עסקו בשאלה את מי יש לחייב בתשלום הוצאות השוחד ההכרחיות, ראה לדוגמא **שו"ת הרשב"א** א, תרמד; ב, רמד; **שו"ת הרשב"א החדשות**, שה; **שו"ת התשב"ץ** ד, טור ב, כא; **שו"ת הרשב"ש**, תנד; **שו"ת מהרי"ל**, פו; **שו"ת תרומת הדשן**, רפד. אולם עם חזרתנו לארצנו וחזרת המלכות לישראל חוזר הצורך לעסוק בהרחבה גם בנושא כאוב זה.

74. **פלפולא חריפתא** סנהדרין,ג, אות ש/ס (רבי יעקב שור, בריסק, ראשית המאה ה-17).

75. הגמרא, **סנהדרין**, כז ע"א, מביאה את המקרה הבא: "בר חמא קטל נפשא, אמר ליה ריש גלותא לרב אבא בר יעקב: פוק עיין בה, אי ודאי קטל - ליכהיוהו לעיניה" בהמשך מספרת הגמרא כיצד רב בפי השותף לפסק הדין פוסק הלכה לפיה אחד העדים שהעידו על הרצח הינו עד פסול. תגובתו של הנאשם, בר חמא ספונטנית "קם בר חמא נשקיה אכרעיה, וקבליה לכרגיה דכולי שניה" כלומר הסכים לשלם עבורו מסים עבור כל השנה.
הרא"ש, סנהדרין ג, יז, מתקשה בהבנת מקרה זה שכן לכאורה מדובר כאן בתשלום שוחד מאוחר, שנעשה אחר פסק הדין שאף הוא נאסר ומתרץ כי "ובלאו הכי פטירי רבנן מכרגא הלכך לא הוי כשוחד מאוחר". לדעת הפלפולא חריפתא רבי אבא בר יעקב דן את בר חמא כבא כחו של ריש גלותא ולא כדיין ולפיכך השוחד עליו מדבר הרא"ש נאסר למרות שניתן לפקיד שלטוני ולא לדיין ומכאן מסיק כי נאסר לתת שוחד גם במערכת השלטונית ולא רק במערכת השיפוטית.

76. החיד"א, **ברכי יוסף** חו"מ ט, י; **פתחי תשובה** חו"מ ט, א; הרב זלמן נחמיה גולדברג, **משפט ערוך** לד, מח; **שו"ת עיר מבצר**, מה (הרב מרדכי צבי אדלר, תלמידו של הייט"ב לב). אחרוני זמננו עסקו בנושא זה באריכות במאמרים רבים אציין כאן לחלקם: הרב שלמה אישון, **תחומין כו** 335-340; **בכתר ו** 250-244; הרב יהודה זולדן, **תחומין כט** 65-75; הרב שלמה זעפרני, **אור תורה** תלב ט-יג; הרב אברהם צבי שינפלד, **תחומין ה** 322-341; הרב מנחם מנדל שפרן, **הישר והטוב** ב, עמ' כד-כו.
שוחד לשוטרים
בפיוט האזהרות הקדום "אתה הנחלת" (מיוחס לרבי שמעון הגדול, אשכנז, המאה ה 10) נאמר: "הַזְהֶרַת שׁוֹפְטִים בַּל שֹׁחַד רָשָׁע לָמוּת. וְצַוָּאַת שׁוֹטְרִים לְבַל הַכֵּר פָּנִים" מדברים אלו מסיק ה**כלי חמדה**, שופטים, ב, ד"ה ודע; **שו"ת בכורי שחר**, יד (הקדוש הרב שמואל חיים רוזנבלום הי"ד נספה בשואה), כי איסור שוחד חל על שוטרים האמונים על ביצוע הוראות החוק והמשפט כמו על השופטים האמונים על פסיקת הדין: "נראה דס"ל דקראי בפ' שופטים קאי על השוטרים דגם הם מוזהרים בלאוין אלו והסברא נותנת כן כיון רהשוטרים הם הכופין את הבעלי דין לקיים פסק השופטים ואם הם יקחו שוחד מהבע"ד יוכלו ג"כ לקלקל את סדר המשפט לבל הוציאו לפועל באמרם שזה אין לו לשלם ויסלפו את סדר הבעלי חובות וכיו"ב ולכן גם הם מוזהרים באסורים אלו ובאמת ע"י השוטרים והשופטים ביחד מתקיים המשפט

וכן כתב בספר ערוך השולחן[77]:

> כל הממונים בצרכי צבור אף שאין דיניהם דין תורה אסורים להטות הענין בשביל אהבה או שנאה וכל שכן על ידי לקיחת שוחד.

מרבית הפוסקים סבורים כי בכלל איסור שוחד נכלל גם שוחד שניתן לאחר קבלת ההחלטה בענינו של נותן המתנה[78], ובפרט אם נותן השוחד ציין כי הכסף ניתן ב"תמורה" לקבלת ההחלטה לטובתו[79], שכן יש לחשוש שמא בשעה בה עומד לקבל את ההחלטה, יראה מקבל ההחלטה לנגד עיניו את האפשרות לקבלת טובת הנאה בעתיד, אם יכריע באופן מסויים. לעומת סבורים חלק מן הפוסקים כי שוחד מאוחר לא נאסר, מכיוון שמצידו של הנותן הוא לא ניתן כנסיון להשפיע על תוצאות ההחלטה שכבר נתקבלה[80].

גדר שוחד – מתנה לאיש ציבור

ההלכה מגדירה שוחד שנאסר על מקבל ההחלטות לקחת ועל המשדלו לתת באופן נרחב ביותר: כל סכום כספי[81] או טובת הנאה ממונית[82] אותו נתן המשדל על מנת להטות את

ואם אין שוטרים אין שופטים". מדברים אלו ניתן להסיק כי כל אדם שמחזיק בתפקיד ציבורי שיש בו מידה של סמכות ושל שיקול דעת אסור בקבלת שוחד מן התורה כמו השופט עצמו.

77. **ערוך השולחן** חו"מ ט, א.
78. **רא"ש**, שם; **רמ"א** חו"מ לד, יח; **פלפולא חריפתא** המובא לעיל.
79. **פרישה** חו"מ, ט, א, משווה זאת לדין ריבית מאוחרת שנאסרה רק כאשר הנותן קשר אותה להלוואה שניתנה לו בעבר. מההשוואה לדין ריבית מאוחרת ניתן להסיק כי לדעת הפרישה איסור שוחד מאוחר הינו מדרבנן בלבד, וכך משמע ב"ברכי יוסף" המובא בהערה להלן.
80. לבוש, **עיר שושן** ט, ה. ה**ברכי יוסף** חו"מ, ט, ט מעיר כי אין כל מקור במשנה או בגמרא בו מפורש דין זה למעט הבנת הרא"ש בסיפור של בר חמא המובא לעיל.
81. **כתובות** קה ע"א "אמר רבי אבהו: בא וראה כמה סמויות עיניהן של מקבלי שוחד, אדם חש בעיניו נותן ממון לרופא, ספק מתרפא ספק אינו מתרפא, והן נוטלין שוה פרוטה ומסמין עיניהן, שנאמר: כי השוחד יעור פקחים". לדעת **המנחת חינוך**, פג, שוחד נאסר גם בפחות משווה פרוטה שכן שוחד נאסר גם בהנאה שאינה שוות ערך כספי וממילא אין כל הגבלה לערכו הכספי של השוחד.
82. **כתובות** קה ע"ב: "האי דיינא דשאיל שאילתא - פסול למידן דינא". כלומר דיין ששאל חפץ מאדם אחר נפסל לדון אותו שכן הנאה זו שוות ערך כספי.
יש לציין כי גם אספקת עבודה הנעשית בתמורה שאינה קצובה עשויה להיחשב לשוחד, **שו"ת ריח שדה**, יט, הובא **בברכי יוסף** ט, יג, פתחי תשובה שם, ו(הרב שמעון דוויך הכהן,סוריה, המאה ה-18). הדברים נאמרו ביחס לדיין שמשמש גם כסופר הכותב שטרות עבור אנשים תמורת מחיר שנקבע לפי מידת עושרו של מזמין השטר.
במקרה שלוקח שכר קבוע יש שהתירו, **ברכי יוסף**, שם ע"פ תשובת רב נחשון גאון, מובאת **בעיטור** בירורין, ב ע"א, ויש שאסרו בכל מקרה בו מקבל שכר מאנשים פרטיים ולא התירו אלא קבלת שכר מקופה ציבורית, שו"ת ריח שדה, שם. בכל מקרה אין הדבר ראוי, מובא בברכי יוסף, שם, בשם רבי ישועה שבאבו זיין, שנמנע מלקחת עבודה פרטית כלשהי מהיום בו נתמנה לדיין (בעל שו"ת "משמיע ישועה" ו"פרח שושן", מצרים, המאה ה-18, חתנו של רבי יוסף הלוי בעל ה"מטה יוסף").

ההחלטה לטובתו. יתר על כן, גם שידול בדרך שאינה שוות ערך כספי[83] אסור[84]. דרישה זו ניתנת למימוש כאשר מדובר בדיין המורם מעם אולם כאשר מדובר בדיין שיש לו שיג ושיח עם בני קהילתו ובודאי כאשר מדובר באיש ציבור שמנהל מערכת של קשרים חברתיים ועסקיים עם תושבי עירו דרישה זו בעייתית ביותר שכן כל אדם נעזר בשכניו וברעיו מדי פעם, וקשה מאד לדרוש כי האדם יפסל לקבל החלטות לכל אדם אשר אי פעם עשה לו טובה כזו או אחרת.

לכן מסייגת ההלכה את רוחב יריעת האיסור בשני אופנים:

א. כאשר הקשר בין מקבל ההחלטות ובין נותן ההטבה הינו קשר הדדי אין לראות את טובת ההנאה כנסיון שידול אסור[85].

ב. כאשר מדובר בטובת הנאה שנעשתה בעבר אך ברור שלא נעשתה בהקשר של קבלת ההחלטה אלא כחלק ממערכת יחסים קודמת שיש למקבל ההחלטות עם

---

83. **מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי** כג, ח: "ושחד לא תקח אינו צריך לומר שוחד ממון אלא אפלו שוחד דברים". הגמרא, **כתובות** קה ע"ב; **רמב"ם** סנהדרין כג, ג, מביאה מספר דוגמאות לשוחד דברים: "מעשה בדיין אחד שהיה עולה בדוגית קטנה לעבור בנהר ופשט אחד ידו וסייעו בעלייתו והיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין, ומעשה באחד שהעביר אברה נוצה של עוף מעל רדיד הדיין ואחר כסה רוק מלפני הדיין ואמר לו הריני פסול לך לדין, ומעשה באחד שהביא מתנה אחת ממתנות כהונה לדיין כהן ואמר לו פסול אני לך לדין, ומעשה באריס אחד של דיין שהיה מביא לו תאנים מתוך שדהו מערב שבת לערב שבת פעם אחת הקדים והביא בחמישי בשבת מפני שהיה לו דין ואמר לו הדיין הריני פסול לך לדין אף על פי שהתאנים משל דיין הואיל והביאן שלא בזמנם נפסל לו לדין".

84. נחלקו הראשונים האם שוחד דברים פוסל את מקבל ההחלטות מן הדין, **כסף משנה**, על פי הרמב"ם, שם; **שולחן ערוך** חו"מ ט, א, ומשמע שנפסל לדין מדאוריתא, **ברכי יוסף** חו"מ ט, ד, או שאינו פוסל אותו מן הדין אלא שמידת חסידות מצד הדיין לפסול את עצמו במקרים אלו, רבנו תם, מובא **במרדכי** סנהדרין, תרפג; ר"י הזקן, **בתוספות** כתובות קה, ע"ב ד"ה לא. ויש שנקטו בעמדת בינים לפיה שוחד דברים פוסל את הדיין מדאוריתא כאשר נראה כי הוא עשוי להשפיע על תוצאות הדיון, **תוספות** סנהדרין, ח ע"א, ד"ה פסילנא, על פי ה**ב"ח** ט, ד, או בשל העובדה שנעשה הוא באופן מוחצן כלפי הצד השני **רד"ך**, שם; **סמ"ע** שם, ז; **ש"ך** שם, ד, או כאשר הדיין עצמו מרגיש כי הדבר משפיע על קבלת ההחלטות שלו, **תפארת יעקב**, ב.

85. **כתובות** קה ע"ב: "האי דיינא דשאיל שאילתא - פסול למידן דינא. ולא אמרן אלא דלית ליה לאושולי, אבל אית ליה לאושולי לית לן בה". מבאר **הב"ח** חו"מ ט, ה, שאין צורך בכך שהדיין ישאיל לשכניו לפני שישאילו לו בתמורה על מנת לפתור את בעיית השוחד בהשאלה לדיין אלא שעצם אפשרות קיומה של מערכת יחסים הדדית היא המתירה את הפעולה: "אף על פי שהשכנים לא שאלו ממנו מעולם מכל מקום כיון שיש בידו להשאיל להם אם כן מעיקרא כששאל הדיין מהם לא היתה אלא על דעת שגם הם ישאלו ממנו כשיצטרכו ונמצא שלא היתה השאלה בתורת שוחד".

נותן המתנה הדבר מותר[86]. על מנת להוכיח זאת על המתנה לעמוד בארבעה תנאים[87]:

1. המתנה ניתנה לפני שהנושא הובא לדיון לפני מקבל ההחלטה.
2. נתינת המתנה לא הוזכרה על ידי הנותן בשום שלב משלבי הדיון בהחלטה.
3. מקבל ההחלטה עצמו[88] אינו חש בעת נתינת המתנה כי המתנה ניתנת לו בהקשר של החלטה צפויה בענינו של נותן המתנה[89].
4. מדובר בטובת הנאה שניתנה באופן חד פעמי ולא באופן קבוע[90].

הגדרת שוחד בחוקי מדינת ישראל

השוחד במדינת ישראל, כמו בכל המדינות המתוקנות, נחשב לעבירה פלילית[91] הן על מקבל השוחד[92] והן על נותנו[93]. כמו ההלכה, גם החוק אינו מבחין בין שופט לבין כל עובד

---

86. תשובת גאון, הובאה **בטור** חו"מ, ט: "היכא דמפרסמא תביעותא דאיניש גבי חבריה ובעי לאזמוניה לדינא וקדם תובע ושדר ליה מנחה אי אית ליה לנתבע למיפסל לדינא בהאי מילתא או לא מדת חסידות היא זו דאי חזי ביה דיינא דאיקרב דעתיה לגביה תובע לממנע הוא מדעתו מן ההוא דינא עד שמתרחק אבל מדינא לית ליה לנתבע למיפסליה".
87. לדעת **הב"ח** חו"מ ט, ו, מתשובה זו עולה כי מתנה שניתנה לדיין שלא בהקשר הדיון אינה פוסלת את הדיין, ובלבד שמוכח שאכן נתינתה נעשתה בתום לב ולכן ניסח תנאים אלו (התנאי האחרון עולה באחרונים דלהלן).
88. לדעת **שו"ת מהר"י ן' לב** ג, צז; **שו"ת עיר מבצר**, מה, בשם כסף הקדשים, גם אם נותן המתנה התכוון בליבו כי נתינת המתנה תעזור לו בעתיד בבואו להתדיין לפני מקבל המתנה אין הדבר נאסר שכן האיסור תלוי רק בתחושת המקבל.
89. אם מקבל ההחלטה מרגיש כי נתינת המתנה נעשית על מנת לשדלו לקבל החלטה כזו או אחרת אזי הדבר נאסר מדינא ולא רק ממדת חסידות, **ב"ח**, שם.
90. האחרונים, הובאו **בברכי יוסף** חו"מ ט, דין ב, יא,יד; פתחי תשובה שם, ד-ו, הסתפקו בכמה מקרי ביניים העונים עקרונית לשלשת התנאים הקודמים: רופא הרגיל לרפא בחינם את הדיין, **שו"ת דבר שמואל** נד (רבי שמואל אבוהב, ונציה, המאה ה-17); עשיר הרגיל לחלק תשורות לחכמי העיר לרגל חגים ושמחות אישיות , **שו"ת מהר"י קשטרו** מכת"י, קלא; נתינת מתנות לדיין קבוע שלא על רקע של דיון כלשהו, **שו"ת ריח שדה**, יט. בכל המקרים הללו טובת ההנאה ניתנה לפני שהגיע ענין כלשהו לדיון, ושלא על מנת להטות את הדין ואעפ"כ אסרו חלק מהאחרונים את הדבר במקרה בו הבינו כי הקביעות שבנתינת המתנה עשויה ליצור מחויבות אישית בין נותן המתנה לבין מקבל ההחלטות וכפי שמסכם הפתחי תשובה, שם: "שהוא דבר המצוי ורגיל כמה פעמים בשנה, איכא חשש טפי לאקרובי דעתא, ודומה לדיין דשאיל שאילתא דאם הוא רגיל בכך פסול מדינא".
91. **חוק העונשין** (תשל"ז) ט, ה.
92. **סעיף 290 לחוק הנ"ל**: "עובד הציבור הלוקח שוחד בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו מאסר עשר שנים".
93. **סעיף 291 לחוק הנ"ל**:"נותן שוחד לעובד הציבור בעד פעולה הקשורה בתפקידו, דינו – מאסר שבע שנים".

ציבור אחר, וגם אם מדובר בעובד שאין לו סמכות מעין שיפוטית[94]. כמו כן קובע החוק כי כל טובת הנאה בכל היקף שהוא נחשבת לשוחד[95].

בנוסף, קובע החוק הפלילי, כי אסור לעובד ציבור לקבל כל **מתנה** מאדם אחר, ועליו להחזירה לנותן או להעבירה לאוצר המדינה[96], למעט מתנות הניתנות בהזדמנות ובהיקף המקובל בחברה[97]. מטרת חוק זה הינה להרחיק את האפשרות לקבלת שוחד על ידי עובדי מדינה[98].

החוק במדינת ישראל אוסר על אדם שהיה בתפקיד ציבורי הכרוך בקבלת החלטות לקבל טובות הנאה ממי שקיבל החלטות בעניינו גם לאחר פרישתו מן התפקיד[99], מה שמוגדר בהלכה בשם שוחד מאוחר ונאסר על ידי מרבית הפוסקים[100] .

---

94. **סעיף 293 לחוק הנ"ל:** "אין נפקא מינה בשוחד אם תפקידו של הלוקח היה של שררה או של שירות, אם נלקח על מנת לסטות מן השורה במילוי תפקידו או בעד פעולה שעובד הציבור היה חייב לעשותה על פי תפקידו". **אמנם נראה כי קביעה זו אינה עומדת בניגוד להלכה שכן לכל עובד ציבור זוטר** ככל שיהיה ישנו מרחב של שיקול דעת וסדרי עדיפויות מקצועיים ובמרחב זה הוא מקבל החלטות שאסור לנסות ולהשפיע עליהן באמצעות שוחד.
95. **סעיף 293 לחוק הנ"ל:** "אין נפקא מינה בשוחד אם היה כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת".
96. **חוק שירות הציבור (מתנות) תש"ם, תקנות שירות הציבור (מתנות) תש"ם**. בנוסף נקבעו כללי משמעת נוספים שאינם מהווים עבירה פלילית על פי **חוק שירות המדינה (משמעת)** תשכ"ג **בתקנון שירות המדינה** ("התקשי"ר"), ב**כללי האתיקה של עובדי המדינה**, בפסיקת בית הדין למשמעת ובהנחיות נציב שירות המדינה.
97. **בלשון החוק הנ"ל:** "מתנה קטנת ערך וסבירה שניתנה לפי הנהוג בנסיבות הענין". **זוהי אינה הגדרה** מדויקת וב**תקנות ועדת האתיקה של הכנסת** נקבע כי לא יכללו במסגרת המתנות האסורות: "קבלת מתנה שנהוג לתיתה, לרגל מאורע חגיגי של חבר הכנסת (כגון בר–מצוה או חתונה) או של קרובו, קבלת מתנה סמלית הניתנת לשם פרסומת או מטעמי נימוס". **יודגש כי הסתייגות זו אינה חלה על** איסור שוחד אשר קיים בכל סוג גובה של תמורה. ההסתייגות חלה רק על חוק המתנות האוסר קבלת מתנה אף שברור שלא ניתנה לשם שוחד.
98. כך מנמק בית המשפט את מטרת החוק, בג"צ 7074/93 **מאיר סויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (2) 748:** "הוא בא להקדים תקופה למכה ולשלול רינונים כי המתנה נועדה להשפיע על שיקול–דעתו של עובד הציבור, ושהיא באה לא רק באשר הוא עובד ציבור אלא בעד פעולה הקשורה בתפקידו. ביסוד חוק המתנות מונח הרצון לקבוע כללי התנהגות של עובדי ציבור, שהם רחבים יותר מאלה המכוסים על–ידי עבירת השוחד או הפרת האמונים".
99. סעיף 4.א ל**חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה)** תשכ"ט, מגביל את יכולתו של מי שהיה בעבר עובד בשירות הציבור לקבל טובות הנאה ממי שההחלטות שקיבל נגעו לענייניו. על פי סעיף 4.ג לחוק פוקע האיסור בחלוף שנה מיום פרישתו של העובד או שנתיים מיום קבלת ההחלטה בעניינו של נותן טובת ההנאה.
100. כפי שראינו על פי ההלכה לא נקבעו פרקי זמן מסויימים לאיסור שוחד מאוחר אולם מדברי הפרישה שהובאו לעיל נראה כי שוחד מאוחר נאסר רק כאשר הנותן ניסה לקשור בינה ובין ההחלטה שנתקבלה בעניינו, ויש להניח כי פרקי זמן אלו נקבעו על מנת לוודא כי טובת ההנאה לא נעשתה בתמורה ישירה לקבלת ההחלטה ולא עמדה ברקע בעת קבלת ההחלטה

להלכה קבעו הפוסקים כי לכל הפחות בדין הפלילי והציבורי[101] דין המדינה הינו בעל תוקף גם על פי ההלכה[102]. אי לכך חוקים אלו מחייבים גם על פי ההלכה, ובפרט שמטרתם להגן ולקבוע סייגים אשר ירחיקו את איסור השוחד אותו אסרה התורה באופן חמור כל כך.

הפרת אמונים

כפי שאמרנו, כל האיסורים אותם מנינו, ובהם האיסור להמצא בניגוד עניינים ואיסור השוחד, באו למנוע מהאדם לפעול למען האינטרסים האישיים שלו, או של אחרים, במקום לפעול למען האינטרס הציבורי. כאשר הדבר נעשה, והאדם ניצל את מעמדו ותפקידו הציבורי על מנת לקדם אינטרסים אישיים שלו, או של אחרים, הדבר נקרא בשם "הפרת אמונים".

בהפרת אמונים קיימת בעיה נוספת והיא גנבת דעת הציבור וגזל כספי ציבור המופקדים בידי אותו נבחר ציבור, אותם גנב מהציבור ולקח לעצמו או לאנשים שחפץ ביקרם[103]. לאור עקרון זה פסק הרמ"א[104] כי מתן הקלות בתשלום כספי ציבור תוך משוא פנים מגדירה את מקבל ההחלטה כגזלן:

> שמאי העיר שמטילין מס על בני העיר לפי אומד הדעת צריכין ליזהר שלא יחניפו לאחד ויכבידו על האחר שלא יפסלו לעדות ולשבועה.

תוקף החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים

ההלכה מבטלת למפרע כל החלטה אותה קיבל אדם שנפסל מלדון בה[105]. אי לכך כל

על ידי עובד הציבור. יש להעיר כי חוק זה אינו משיג תמיד את מטרתו שכן פקידים בכירים עשויים למצוא את הדרכים לקצרה או לעקוף אותה (תופעה זו מוכרת ברחבי העולם בשם "הדלת המסתובבת"). בהקשר זה יש להעיר כי תקופת הצינון המקובלת במדינות OECD עומדת על 5 שנים. מאידך, פקידים זוטרים יותר עשויים למצוא את עצמם ללא עבודה שכן אחרי עזיבתם את שירות המדינה הם מנועים מלעבוד במקצוע שלהם בשוק הפרטי.

101. התקשי"ר, המחייב את כלל עובדי המדינה ואת מרבית עובדי הציבור במדינת ישראל מקבל את תקפו בהיותו הבסיס להסכם העבודה שבין עובד הציבור ובין המדינה או הגוף הציבורי המעסיק אותו.

102. · בענין זה עסקנו בהרחבה לעיל א, נספח ב.

103. ראו בהרחבה, הרב מנחם מנדל שפרן, "שוחד לאנשי ציבור, לעובדים ולפקידים", **הישר-והטוב**, ב, עמ' כד-כו; הרב יעקב שורצברט, **שיח-משפט** ב, עמ' ח; הרב איתמר ורהפטיג, "טובת הנאה לעובד מאחר - לו או למעביד", **תחומין יז**, בעמ' 298; הרב אלחנן פרץ, **חוקת-משפט**, עמ' קמח.

104. **רמ"א** חו"מ לד, יד; על פי **הגהות אשר"י** סנהדרין, ג, יא.

105. ראו **טור** חו"מ ז; **רמ"א** שם, ז, שאוהב ושונא במקרים מסויימים "אין דיניהן דין כמו שאר הפסולין".

החלטה אותה קיבל אדם שלקח שוחד בגינה[106] או שנעשתה תוך ניגוד עניינים[107] - בטלה. אם ההחלטה נתקבלה בפורום רחב אם אחד או יותר מהחברים בפורום היה מנוע מלהיות שותף בקבלת ההחלטה בשל העובדה שקיבל שוחד או שהיה נתון בניגוד עניינים נחלקו הפוסקים האם ההחלטה בטלה למפרע[108] או שניתן לקיימה תוך הסתמכות על דעת החברים בפורום שאינם מנועים מלקבל החלטה בנדון[109].

חיוב אישי של מקבל ההחלטה בשל הפרת אמונים

כפי שראינו כאשר נבחר ציבור או עובד ציבור מקבל החלטה ניגוד עניינים החלטתו

---

106. נוטל השוחד נכלל בפסולים לדון מן התורה, **שולחן ערוך** חו"מ ט, א. בגמרא ובשולחן ערוך לא נזכר במפורש כי דינו של הנוטל שוחד בטל למפרע, אולם הדבר פשוט, ראו **שו"ת החתם סופר** חו"מ, קס: "מי שלקח שוחד ש(דינו) בטל אפילו מן התורה". ועיין **שיירי קרבן** סנהדרין, א, א ד"ה כיני מתניתא. כך קבע גם בית המשפט העליון ביחס לשוחד בחירות שמהווה עילה לביטולן, רעא 94/83 **באדי יאסין חרזאללה ואח' נ' פקיד הבחירות למועצה המקומית זמר ואח'**.
107. **שולחן ערוך** ז, יב: "כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו... ואם עשו תקנה, או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים, דינם דין" משמע שאם לא עשו תקנה לא זאת בלבד שאינם יכולים לדון עליו בשל היותם נתונים בניגוד עניינים אלא שאין דינם דין. לכן פסק בית הדין הרבני הגדול, כי פעולות שפעל מנהל נכסי הקדש תוך ניגוד עניינים בטלות, הרב שרמן "אחריות נבחרי ציבור על ענייני הציבור", **"שערי צדק"** ד, עמ' 348-344.
108. הדבר תלוי לכאורה במחלוקת הראשונים האם יש דין "נמצא אחד מהם קרוב או פסול - עדותן בטלה" גם בבית הדין. לדעת **שו"ת הרשב"א** ו, ו: "כיון ששנים מן הג' קרובים זה לזה אין דיניהם דין. ומה שאמרת דלהוו כשנים שדנו שדיניהם דין אין הדבר כן... כיון שמקצת הב"ד פסול - בטל. דומיא דעדים דאפי' ג' אם נמצא א' מהם קרוב או פסול עדותם בטלה". כך מובא גם בתשובה המיוחסת לרי"ף, הובאה ב**שו"ת פאר הדור**, קפו: "צריכים אותם שלשה לחתום, כדי שלא יצטרפו עם מי שאינו ראוי משום קרבות או פסלות... שהדבר א' בין לדון בין להעיד". וראו **שו"ת מהרש"ך** א, סז: "כיון שנמצא פיסול קורבה באלו הדיינים נתבטל כל הועד כולו ואין כחם כח ב"ד יפה שלא יוכלו העדים לחזור בהם"; **שו"ת מהרח"ש**, יח (רבי חיים שבתי, סלוניקי המאה ה-17); **משנה למלך** עדות, טז, ה, ושם בשם הרב אפרים נבון (בעל המחנה אפרים); **רבי עקיבא איגר** על השולחן ערוך חו"מ ז, ט. אמנם **בשו"ת רבי עקיבא איגר** קמא, עג, בהשמטות, היה מוכן להסתמך על השיטות המקלות המובאות בהערה הבאה לענין התרת נדרים דרבנן.
109. בתשובת הגאונים, **שערי צדק** ה, לו, כתב שאין דין נמצא אחד קרוב או פסול בדיינים. כדעה זו סבור גם **קצות החושן** לו, ז, ומוכיח זאת מהגמרא, **סנהדרין** ג ע"א, האומרת שאע"פ שרק דיין דגמיר - כשר אין מניעה מלבנות לכתחילה הרכב של ב"ד בו ישבו שלשה דיינים מתוכם שנים יושבי קרנות ואעפ"כ אינם פוסלים את הבי"ד בצירופם. באחרונים דחו ראיה זו וחילקו בין עם הארץ שאינו דיין כלל לדיין קרוב או נוגע ראה **שו"ת שם אריה** חו"מ, יג; **שו"ת שואל ומשיב** תנינא, ב, ד. בכל מקרה מוסכם כי אם בית הדין ידרש למסור דיווח אותו ניתן יהיה להחשיב כעדות (כגון הוצאת פסק דין וכדומה) יהיה בית הדין מנוע מכך שכן לענין זה מתפקד הוא כעדים, קצות, שם, **ונתיבות המשפט**, י.

בטלה. אולם עד אשר יתברר העניין יתכן והרשות תפעל על פי החלטתו. אם מדובר בפעולות הפיכות ברור שיש לבטלן, להשיב את המצב על כנו, ולהחזיר את ההחלטות לגוף המוסמך לקבלן. אולם אם מדובר בפעולות שאינן הפיכות אשר גרמו נזק לציבור[110] יש לחייב את מי שקיבל את ההחלטה שלא כדין בתשלום מכיסו על הנזק שנגרם לציבור.

כפי שראינו לעיל ההלכה משווה בין נבחר הציבור הנמצא בתפקיד מעין שיפוטי ובין דיין היושב על כס המשפט. אי לכך נראה כי יש להחיל עליהם גם את אותה מערכת לחיוב נזיקין אישי על החלטות שקיבלו שלא בסמכות. השולחן ערוך[111] מתייחס למי שדן למרות שלא היה מוסמך לדון ופוסק:

> מי שאינו מומחה, ולא קבלו אותו בעלי דינים, אף על פי שנטל רשות, ה"ז בכלל בעל זרוע, ואינו בכלל הדיינים, לפיכך אין דינו דין, בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינים, אם רצה, חוזר ודן בפני ב"ד. ואם טעה ונשא ונתן ביד, חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין שנתן לו שלא כהלכה; ואם אין לו להחזיר, או שטימא, או שהאכיל דבר המותר לכלבים, ישלם כדין כל גורם להזיק, שזה מתכוין להזיק הוא.

ברי"ף[112], שהוא מקור הדברים[113], מבואר כי אותו מתחזה לדיין חייב בתשלום גם אם לא נשא ונתן ביד:

> ואם לא נשא ונתן ביד הדר מרי דינא לחבריה ושקיל מיניה מאי דיהיב ליה ואי ליתיה דלישקיל מיניה משלם ליה מדיליה דכיון דלאו דיינא הוא הוה ליה כגורם לאבד ממון חבירו וקי"ל דדיינינן דיני דגרמי.

כלומר מי שדן שלא בסמכות הוא האחראי הישיר לתיקון הנזק שגרם בין אם התיקון יעשה בדרך של החזרת המצב לקדמותו, אם הדבר אפשרי, ובין אם יעשה התיקון בדרך של פיצוי הצד שנפגע, ללא קשר לשאלה מהי מידת מעורבותו של המתחזה לדיין בביצוע פסק הדין. עצם מתן פסק הדין הינו נזק בגרמי שנעשה בכוונת נזק ולכן הוא חייב לשלם בגינו.

כפי שראינו לעיל יש להשוות בין נבחר ציבור הנמצא בצומת קבלת החלטות, ובין דיין, ולפיכך נבחר ציבור שהפר אמונים וקיבל החלטות שלא בסמכות תוך ניגוד עניינים החלטותיו בטלות ויש לחייבו בפיצוי הציבור על הנזק לו גרם. יש להעיר כי אם אותו נבחר ציבור היה שותף לקבלת ההחלטות באופן שבו אנחנו מכריעים כי החלטות שנתקבלו תוך

---

110. לדוגמא: נבחר ציבור שפעל לכריתת חוזה הספקה בין חברה שבבעלותו ובין העיריה, הסחורה כבר סופקה וכלתה ותמורתה שולמה, אך ניתן היה להשיג את אותה הסחורה במחיר זול יותר או באיכות טובה יותר. כמובן שאם לא נגרם נזק, אזי אין מקום לחיוב אישי וזאת למרות שההחלטה נעשתה שלא בסמכות.

111. **שולחן ערוך** חו"מ כה, ד.

112. **רי"ף** סנהדרין, יב ע"ב.

113. **הט"ז** חו"מ כה, א, כתב כי מהכסף משנה עולה כי זו היתה גם כוונת השולחן ערוך, שמי שדן בחוסר סמכות, וגרם לנזק שאינו ניתן לתיקון, חייב בתשלום, גם אם לא היה מעורב בביצוע פסק הדין ובלשון הפוסקים "לא נשא ונתן ביד" ונסוח השולחן ערוך משובש במקצת.

מעורבותו בטלות אזי הגוף כולו חייב לשלם הואיל וההחלטה נתקבלה בחוסר סמכות על ידי כולם. אולם הואיל והחיוב בנזקי ההחלטה מבוסס על דינא דגרמי יש לפטור את החברים בגוף שקיבל את ההחלטה אם לא היו מודעים לכך שביניהם נמצא אדם המצוי בניגוד עניינים, ושהחלטותיהם נעשות בחוסר סמכות, וכפי שפוסק השולחן ערוך[114] ביחס לדיין שטעה שפטור מלשלם הואיל ו"אף על פי שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק".

הפרת אמונים בחוק הישראלי

החוק הפלילי במדינת ישראל אוסר על עובד הציבור להשתמש בסמכותו לקדם אינטרסים פרטיים שלו או של מקורביו ואף מטיל על העושה זאת עונש מאסר[115]. במקביל קובע החוק[116] כי פעולה שבוצעה על ידי נאמן תוך ניגוד אינטרסים בטלה. כמו כן קבע בית המשפט העליון כי החלטה שנתקבלה בניגוד עניינים עשויה להתבטל[117] גם במקרה בו רק מיעוט מהחברים בפורום שקיבל את ההחלטה היה מצוי בניגוד עניינים[118]. בנוגע לחיוב אדם שפעל תוך ניגוד עניינים קובע החוק כי האדם חייב בתשלום על הנזק שגרם לרשות הציבורית[119]. ניתן אם כן לומר כי החוק הישראלי התאים עצמו ברבות השנים לדרישותיה

---

114. **שולחן ערוך** חו"מ כה, א.

115. סעיף 278 ל**חוק העונשין תשל"ז**: "עובד הציבור שיש לו מכוח משרתו סמכות שיפוטית או מינהלית לגבי נכסים מסוג מסוים או לגבי עיסוק בחרושת, במסחר או בעסק מסוג מסוים, והוא משתמש בסמכותו לגביהם בין בעצמו ובין על ידי אחר כשיש לו, במישרין או בעקיפין, זיקה פרטית בהם, דינו – מאסר שלוש שנים". **בסעיף 284 מקבלת עבירה זו מימד רחב יותר ונקראת בשם הפרת אמונים**: "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים". **החוק אינו מגדיר במפורש מהי הפרת אמונים שנאסרה על פיו אולם ההסבר המקובל הוא כי מעשה שנעשה תוך ניגוד עניינים בו ניצל עובד הציבור את מעמדו על מנת לקדם אינטרסים אישיים שלו או של מקורביו בודאי נכנס למסגרת העבירה, מדינת ישראל נ' שבס** פ"ד נט (4)385. בשנת 2009 הכין משרד המשפטים הצעה לשינוי סעיף 284 באופן שיתן הגדרה ברורה יותר לעבירה זו.

116. סעיף 13 ל**חוק הנאמנות** תשל"ט.

117. בג"צ מס' 21/66 **יצחק קעטבי ואח' נגד יר"ר המועצה המקומית קרית-עקרון ואח'**, פ"ד מז(3) 741. בבג"צ מס' 3132/92 **עלי מוהנא מושלב נ הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז הצפון ואח'** האריכה השופטת דליה דורנר להוכיח מדוע בכל הנוגע לניגוד עניינים "פסלותה של ההחלטה מתחייבת מפלילות האיסור" וכל מה החלטה שהחוק הפלילי אוסר לקבלה משום ניגוד עניינים הרי היא החלטה פסולה.

118. ראה בהערה לעיל; **ע"א חסון נ' מועצה מקומית דלית אל כרמל**, פ"ד יט (1) 17.

119. הדבר עולה הן מפקודת הנזיקין והן מפקודת העיריות. ב סעיף 7 (ו) ל**פקודת הנזקין (תשל"ז) נוסף תיקון בשנת תשס"ה בו נאמר כי אם** "פעל עובד ציבור בסטיה חמורה מהתנהגות ראויה של עובד ציבור, זכאית המדינה או הרשות הציבורית, אם ביצע כלפיה עובד הציבור מעשה המקים אחריות בנזיקין – לפיצוי ממנו; אם נמצאה אחראית למעשה שעשה עובד הציבור – לשיפוי ממנו". **התייחסות נוספת קיימת בסעיף 221 לפקודת העיריות** הקובע כי **נבחר ציבור אשר קיבל החלטה בניגוד לדין, וגרם בשל כך הפסד לציבור חייב לשלם את ההפסד לו גרם. בחוזר מנכ"ל מס' 6/2008 מבואר**: "הוצאה שלא כדין – הוצאה בדרך של התקשרות או בכל דרך אחרת שבוצעה בחריגה מהוראות

של ההלכה בדבר האיסור להמצא בניגוד עניינים וכן בדבר פסלות החלטה שנתקבלה תוך ניגוד עניינים, וחבות בנזקין של מי שפעל תוך ניגוד עניינים.

ניגוד עניינים מוסדי

ניגוד עניינים מסוג שונה עשוי להווצר כאשר אדם משמש בשני תפקידים ציבוריים כאשר החלטות אותן הוא מקבל בגוף ציבורי אחד עשויות להשפיע על אופן תפקודו של הגוף האחר בו או משמש גם כן. במקרה זה האדם אינו עשוי להרויח שום דבר באופן אישי אולם מערכת השיקולים המנחה אותו מושפעת משיקולים שאינם בהכרח טובת המערכת עבורה הוא נדרש לקבל את ההחלטה. הפוסקים אינם מתייחסים למקרה שכזה באופן מפורש אולם מקרה דומה מובא בתוספתא[120]:

> אין המלך יושב בסנהדרין ולא מלך ולא כהן גדול יושבין בעיבור שנה.

בגמרא מבואר כי טעם האיסור להושיב מלך בעיבור השנה הינו "משום אפסניא" ופרש **רש"י**[121]:

> מחלק ממון לחיילותיו כך וכך לשנה, ונוח לו שיהו כל השנים מעוברות.

נמצאנו למדים כי במקום בו ישנו חשש שמא תפקידו השלטוני של המלך[122] יטה את מערכת השיקולים שלו בבואו לקבל החלטות בענין עבור השנה, תחום בו מערכת השיקולים אינה אמורה לקחת בחשבון שקולים שלטוניים מעין אלו, יש למנוע מהמלך להיות שותף לקבלת ההחלטות בענין זה.

הדין, לרבות חריגה מהוראות הדין המהותי, חריגה מדרישות דין שבנוהל או כל חריגה מהדין הפוגמת בתוקפה החוקי של ההוצאה".

יתר על כן בסעיף 223 קובעת פקודת העיריות כי אם להחלטה היו שותפים מספר אנשים יראה החוק בכולם אחראים להפסד וידרשו לשלם זאת מכיסם. יש להעיר כי גם החוק אינו מחייב בתשלום אלא כאשר ההחלטה התקבלה תוך "רשלנות או התנהגות רעה". **הדברים מבוארים יותר בחוזר מנכ"ל הנ"ל , סעיף 10, כי החיוב האישי יוטל על חברי המועצה תוך התחשבות ב**"רמת המודעות לכך שמדובר בהוצאה בלתי חוקית (ביודעין/תוך עצימת עינים/ברשלנות)" **וכן ב**"קיומה של נורמה ברורה ממנה חרגה ההוצאה או ההתקשרות". **משמע כי אם מדובר במקרה בו אחד השותפים לקבלת ההחלטה נמצא בניגוד עניינים ולא הודיע על כך, ולשותפים לקבלת ההחלטה לא היתה דרך לדעת זאת גם המדינה לא תחייב אותם בתשלום מכיסם.**

120. **תוספתא סנהדרין** ב, יד; **סנהדרין**, יח ע"ב.

121. **רש"י** סנהדרין, שם. לפי רש"י החשש הוא שמא המלך נטייתו היא לעבר את השנה. **ברמב"ם** קידוש החודש, ד, יא, מובא חשש כי לעיתים המלך יטה שלא לעבר את השנה "מלך מפני חיילותיו ומלחמותיו שמא דעתו נוטה בשבילן לעבר או שלא לעבר". את החשש מבאר האדר"ת, **"בני בנימין"**, שם, בכך שעיבור השנה מאריך את הפטור הניתן לחיילים שנשאו אשה באותה השנה.

122. לדעת רש"י התפקיד אותו ממלא המלך הינו תפקיד אותו ממלא כיום שר האוצר. לדעת הרמב"ם התפקיד אותו ממלא המלך הינו תפקיד אותו ממלא כיום ראש אכ"א במטכ"ל. העקרון זהה.

אמנם בניגוד לניגוד עניינים אישי, המוגדר בהלכה כפסול "נוגע" הפוסל את האדם מלקבל החלטות, וכפי שראינו אף מבטל את ההחלטות אותן קיבל, לבד או בצירוף אחרים, הבעיה בניגוד עניינים מוסדי אינה נגיעה אלא חשד שעשוי להווצר שמא ההחלטה לא התקבלה באופן ענייני[123]. לכן גם אם לכתחילה מצב זה אינו רצוי ויש למונעו, אין לבטל החלטות אותן קיבל אדם שהיה בניגוד עניינים בין תפקידיו הציבוריים השונים[124].

מסקנות להלכה

- כל הנאמר להלן נכון לעובדי ציבור ונבחרי ציבור כאחד.
- התנגשות בין האינטרסים הכספיים האישיים של האדם ובין האינטרסים הציבוריים עליהם הוא מופקד נקראת בשם **"ניגוד עניינים"**.
- מצבים בהם עובד הציבור יהיה בניגוד עניינים, ותפקידים בהם הוא עשוי להמצא בניגוד עניינים יכונו בשם **"אפשרות להווצרות ניגוד עניינים"**.
- עובד ציבור המופקד על כמה תפקידים ציבוריים ובין תפקידיו מתגלה סתירה שמקשה עליו בביצוע של אחד מתפקידיו באופן הראוי נמצא ב**"ניגוד עניינים מוסדי"**.
- כל סכום כספי, טובת הנאה, אף שאינה שוות ערך כספי אותו נתן המשדל לעובד ציבור על מנת להטות את ההחלטה לטובתו האישית נקראת בשם **"שוחד"**.
- פעילות של עובד הציבור תוך ניגוד עניינים, בה ניצל העובד את תפקידו הציבורי על מנת לקדם אינטרסים אישיים נקראת בשם **"הפרת אמונים"**.
- על עובד הציבור להתרחק ממצב שבו הוא עשוי להיחשד על ידי הציבור הרחב והישר כמי שפועל בניגוד עניינים. חובה זו חלה הן לפני קבלת ההחלטה והן לאחריה. עם זאת רשאי האדם להתעלם מחשדות הנובעים מטהרנות מוגזמת.
- כל התעסקות בכסף ציבורי תיעשה תחת ביקורת חיצונית או פנימית ותוך שקיפות מלאה. דרישה זו מופנית גם כלפי אדם הידוע כאדם אמין.

ניגוד עניינים

- על כל נבחר ועובד ציבור להצהיר עם כניסתו לתפקיד הצהרה מחייבת כי הוא מתחייב למלא את תפקידו בנאמנות מלאה כלפי הציבור כולו.

---

123. **פני משה** סנהדרין ב, א: "שלא יהו חושדין אותו שרוצה בעיבור שנה משום אפסניא". וראה **שו"ת דברי יציב**, ליקוטים והשמטות, עב.

124. הבדל זה מתבטא גם בכללי האתיקה הנהוגים במדינת ישראל אשר אוסרים על ניגוד עניינים מוסדי (הדבר אינו מפורש בחוק אולם הוא מפורט ב**כללי הועדה למניעת ניגוד עניינים של נבחרי ציבור ברשויות המקומיות** המהווים נורמה מחייבת ברשויות המקומיות). אולם אינם רואים בפעולה שנעתה תוך ניגוד עניינים בין תפקידים ציבורים שונים משום עבירה פלילית (ניגוד עניינים מסוג זה אינו מופיע בפקודת הנזיקין, וכמו כן אינו מופיע בתזכיר החוק אשר בא להרחיב את הגדרת עבירת המרמה והפרת האמונים). אי לכך בתי המשפט מסתפקים בהפסקת הפעולות אותן הוא מבצע תוך ניגוד עניינים מוסדי, בג"ץ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' ראש עיריית פתח תקוה**, פ"ד לד (2) 566.

- נבחר ציבור או עובד ציבור הנמצא בניגוד עניינים בין תפקידו הציבורי לבין ענייניו הפרטיים, מנוע מלקבל החלטות בתחום שבו הוא נמצא בניגוד עניינים.
- יש להגדיר את ניגוד העניינים באופן נרחב ביותר. כל תועלת שעשוי האדם, קרוביו או חבריו הטובים להפיק מההחלטה - מעמידה את מקבל ההחלטות בניגוד עניינים.
- החלטות הנוגעות לענייניו הפרטיים של שותף עסקי (שאינו חבר קרוב) אינן נחשבות לניגוד עניינים על פי ההלכה. אמנם הפרשנות המקובלת של החוק רואה בכל פעילות לטובת שותף עסקי ניגוד עניינים.
- אם ההחלטה נוגעת לעובד הציבור כמו שהיא נוגעת לכל תושב אחר, רשאי הוא לקבל את ההחלטה בעניין זה.
- ניתן לפתור בעיה של ניגוד עניינים רק באמצעות ניתוק הקשר בין מקבל ההחלטות ובין מושא ההחלטה באופן מוחלט ובלתי הפיך.
- פיקוח בית המשפט על תהליך קבלת ההחלטה אינו פתרון לבעיית ניגוד עניינים. מאידך, פיקוח של נציגי ציבור נבחרים עשוי להוות פתרון לבעיה זו.

שוחד

- על פי ההלכה מתן שוחד לעובד ציבור אסור באיסור חמור ביותר.
- מתן טובת הנאה לעובד ציבור לא יחשב כשוחד כאשר הקשר בין מקבל ההחלטות ובין נותן ההטבה הינו קשר הדדי.
- טובת הנאה שנעשתה כחלק ממערכת יחסים קודמת בין עובד הציבור לנותן טובת ההנאה שלא בהקשר של קבלת ההחלטה מותרת. על מנת להוכיח זאת על המתנה לעמוד בארבעה תנאים:
  1. המתנה ניתנה לפני שהנושא הובא לדיון לפני מקבל ההחלטה.
  2. נתינת המתנה לא הוזכרה על ידי הנותן בשום שלב משלבי הדיון בהחלטה.
  3. מקבל ההחלטה עצמו אינו חש בעת נתינת המתנה כי המתנה ניתנת לו בהקשר של החלטה צפויה בענינו של נותן המתנה.
  4. מדובר בטובת הנאה שניתנה באופן חד פעמי ולא באופן קבוע.
- על פי החוק גם מתנות שעומדות בקריטריונים של ההלכה אסורות אא"כ מדובר במתנות קטנות סבירות ומקובלות בין ידידים שניתנו בהזדמנות בה מקובל להעניק מתנות מעין אלו.
- לדעת מרבית הפוסקים קבלת טובת הנאה אסורה גם לאחר פרישתו של נבחר הציבור מתפקידו והיא מוגדרת כשוחד מאוחר.

הפרת אמונים

- החלטה שקיבל האדם בהיותו במצב של ניגוד עניינים אישי - בטלה.
- אם הציבור ניזוק בגין החלטה שהתקבלה תוך הפרת אמונים, על מקבל ההחלטה לשאת בנזק באופן אישי.
- אם ההחלטה נתקבלה בפורום רחב כאשר אחד או יותר מהחברים בפורום היה מנוע מלהיות שותף בקבלת ההחלטה בשל העובדה שקיבל שוחד או שהיה נתון

בניגוד עניינים נחלקו הפוסקים האם ניתן לקיימה תוך הסתמכות על דעת החברים בפורום שאינם מנועים מלקבל החלטה בנדון או שההחלטה בטלה למפרע.

- אם ניתן להוכיח כי יתר החברים לא היו מודעים לפסלותו, אזי האחריות על נזקי ההחלטה תוטל על כתפי מי שהיה מנוע מלדון בהחלטה בלבד.

ניגוד עניינים מוסדי

- אדם המועסק בו זמנית במספר תפקידים, בבואו לקבל החלטות באחד מתפקידיו, מנוע מלקבל החלטות שיש להן השלכה על מילוי תפקידיו האחרים. אם האדם קיבל החלטות במצב זה, ההחלטות אינן בטלות.

חלק ג

נהלי עבודה

פרק א: המכרז

פרק ב: חוזים

פרק ג: הפקעה

פרק ד: הקצאה

פרק א - המכרז

חובת המכרז

החוק מחייב כי כל התקשרות של הרשות המקומית עם גורם מן החוץ, ספק שירותים, קונה או מוכר[1] תיעשה בצורה של מכרז[2]. באופן כללי ניתן לומר כי המכרז הינה דרך לניהול מו"מ בה הרשות מזמינה את כל מי שמבקש להתקשר עמה להגיש את הצעתו עד למועד מסויים בו נפתחות כל ההצעות ונבחרת ההצעה המתאימה ביותר לדרישות הרשות. האם ההלכה אף היא מציבה דרישה שכזו?

בהלכה קיים מושג דומה למכרז הנקרא בשם "הכרזה". על פי שיטה זו מוצע הנכס למכרז פומבי ונמכר למרבה במחיר. ההלכה מחייבת מכירה באמצעות הכרזה בכל מקרה בו בית הדין גובה מנכסיו של אדם אחר[3]. אולם כאשר נבחרי ציבור מוכרים מנכסי הציבור

---

1. קיים מושג נוסף של מכרז והוא פרסום בדבר הצורך של המועצה באיוש משרה. פרסום זה נקרא מכרז אולם זהו שיתוף השם בלבד שכן משרות אלו שכרן קבוע והמועצה אינה כבולה לכללים מוגדרים בבואה לקבל אדם כזה או אחר לעבודה. במכרז יתפרסמו דרישות הסף מהמועמדים ומכלל המועמדים אשר יעמדו בדרישות אלו עליה לבחור את המועמד הראוי ביותר. דיני מכרז זה יתבארו להלן בסעיף נפרד.
2. כך קובע סעיף 197 **לפקודת העיריות** (תשל"ד): "לא תתקשר עיריה בחוזה להעברת מקרקעין או טובין, להזמנת טובין או לביצוע עבודה אלא על פי מכרז פומבי". **יש להעיר כי בנקודה זו שונה** הרשות המוניציפלית משאר רשויות המדינה בהן לא היתה קיימת חובת מכרז עד לשנת תשנ"ב בה נחקק חוק חובת המכרזים (תשנ"ב). כמו כן תקנות המכרזים בעיריות מפורטות בקובץ תקנות נפרד -תקנות העיריות (מכרזים) תשמ"ח. תקנות אלו מבוססות במקורן על תקנות משנת תש"ך והקדימו את תקנות מכרזי המדינה - תקנות חובת המכרזים (תשנ"ג) בשנים רבות.
3. **תוספות** ערכין, כא ע"ב, ד"ה שום, על פי הגמרא **בבא מציעא** לה ע"ב; **רמב"ם** מלוה ולוה כב, ו.

משך המכרז

בדבר משך המכרז כותבת **המשנה ערכין**, שם: "שום היתומים שלשים יום". פרק זמן זה ארוך מן הדרוש על מנת לקבל מספר סביר של הצעות זמינות, אולם הוא מאזן בין הרצון להאריך את משך המכרז על מנת לאפשר להשיא את מחיר הנכס בכך שיתאפשר ליותר אנשים להגיש את הצעותיהם, ובין הרצון לקצר את משך המכרז על מנת שלא לגרום לאנשים אשר הגישו הצעות טובות לחזור בהם. ראו גמרא **ערכין** כב, ע"א: "כיוון דמשכא מילתא שמעי אינשי"; **ירושלמי כתובות** פי"א ה"ו: "ולמה שלשים כדי לייפות כחן של יתומין ויכריזו יותר עד שלשים את מייפה כחן מיכן ואילך את מריע כחן".

נחלקו הראשונים האם יש לקצוב זמן מינימלי של שלשים יום לכל מכרז שמטרתו למצות את אפשרות הגביה מהחייב **תוספות** ערכין, שם; **רמ"א** חו"מ קג, א, או שפרק זמן זה נקבע רק במקרים בהם החייב זכאי להגנה מיוחדת, כגון שמדובר ביתומים או בהקדש, או שהמכרז נועד למנוע את הצורך לפגוע בזכויות של אנשים נוספים מלבד החייב עצמו (כגון לקוחות שקנו ממנו נכסים), אך בגביה מן החייב עצמו ניתן לעצור את המכרז אחרי שלדעת בית הדין נתקבל מספר סביר של הצעות זמינות, **רמב"ם** מלוה ולוה כב, ו; **שולחן ערוך**, שם.

המופקדים בידם ההלכה אינה מחייבת ביצוע מכרז[4] שכן אין זו מכירה הנעשית בעל כרחו של אדם אחר אלא של נציגי הציבור מנכסי הציבור, והרי זה כאדם המוכר מנכסי עצמו, וכאפוטרופוס שקיבל רשות לקנות ולמכור עבור היתומים[5].

אולם החוק, שונה מן ההכרזה בשני מובנים: האחד, הוא מטיל חובת מכרז בכל התקשרות עם גורם מן החוץ ואינו משאיר את הדבר לשיקול דעת נציגי הציבור. השני, הוא בנוי ממערכת כללים נוקשה ביותר שאינם מסייעים בהכרח להשגת התוצאה הטובה ביותר עבור הציבור, ולעיתים אף מקשים על השגת מטרה זו[6]. הדבר נובע מן ההבדל שבין מטרות המכרז החוקי ובין מטרותיה ההכרזה ההלכתית. על פי ההלכה ההכרזה מטרתה אחת והיא - יעילות, קרי, השגת התנאים הטובים ביותר למכירת הנכס. לו היתה זו מטרתו של המכרז היה ניתן להשאיר זאת לשיקול דעתה של הרשות, וכמו כן לנהל את המכרז באופן הדומה למכירה פומבית עד להשגת התנאים הטובים ביותר לרשות.

אולם על פי החוק למכרז ישנן מטרות נוספות[7] והן שמירה על טוהר המידות ושוויון בחלוקת המשאבים הציבוריים. המציאות מלמדת כי נציגי ציבור עלולים לנצל את מעמדם על מנת להטיב עם עצמם או עם אנשים המקורבים להם. כפי שראינו לעיל, התורה אוסרת על אדם בעל תפקיד שלטוני לקבל החלטות כאשר הוא נמצא בניגוד עניינים, או כאשר הוא קרוב או מקורב לאדם בעניינו הוא עומד לקבל החלטה. באופן ספציפי אוסרת ההלכה על האדם המשמש בתפקיד ציבורי למכור את רכוש הציבור לעצמו, הואיל והדבר מעורר חשד שמא המחיר אותו שילם נמוך מערכו האמיתי של הרכוש. וכפי ששנינו במסכת בבא בתרא[8]:

> גבאי תמחוי שאין להם עניים לחלק - מוכרין לאחרים ואין מוכרין לעצמן.

---

4. **רמ"א** או"ח קנג, ז, על פי **שו"ת הרשב"א** א, תריז. לדעת הרשב"א, הואיל ומטרת ההכרזה היא אופטימיזציה של המחיר הרי שבמקום בו בסמכותם של נציגי הציבור לתת את הנכס ללא תשלום רשאים הם גם למכור את הנכס בפחות משוויו ולפיכך אין עליהם חובה לקיים מכרז.
5. **ראי"ה** מובא **בר"ן** מגילה, ח ע"א מדפי הרי"ף: "...מוכרין בלא הכרזה שלא מצינו הכרזה אלא בדבר שמוטל על ב"ד לעשותו...אבל בדבר שאנו עושין בדעתנו ואין אנו צריכין בו לב"ד לא הוזכרה בו הכרזה".
6. על פי כללי המכרזים אסור לנהל כל משא ומתן לפני הזכיה בו, כל ההצעות מוצגות במועד אחד, לא ניתן לתקן דבר בהצעה אחרי פקיעת מועד ההגשה, גם אם פסילת ההצעה תוביל לקבלת הצעה פחות טובה. לא ניתן להעדיף מגיש הצעה כזה או אחר אלא על פי קריטריונים שנקבעו מראש, על פי המשקל שנקבע לכל אחד מהקריטריונים. לעיתים החוק אף יגביל את הקריטריונים, שרשאית הרשות לדרוש כגון שיגדיר מהו הותק מקסימלי שניתן לדרוש מהמציעים, או מהו הנסיון הקודם המקסימלי הנדרש, תוספת ל**חוק חובת המכרזים**.
7. כמובן שבסופו של דבר המכרז אמור גם להשיג עבור הרשות תנאי התקשרות טובים כפי שמפורש בסעיף הראשון, 1.א.א ל**תקנות חובת המכרזים** (תשנ"ג): "גוף ציבורי יערוך מכרז... באופן שקוף ככל הניתן בנסיבות העניין, הוגן ושוויוני, המבטיח את מרב היתרונות לגוף הציבורי". **אולם** זוהי כאמור רק אחת מן המטרות, ולאו דוקא החשובה שבהן כפי שניתן לראות להלן.
8. **בבא בתרא** ח ע"ב; **רמב"ם** מתנות עניים ט, יא; **שולחן ערוך** יו"ד רנז, ב.

שיטת המכרז שהונהגה במדינת ישראל, על כלליה הנוקשים, באה במטרה[9] להערים קשיים על מעשים מושחתים ואנוכיים מעין אלו, בכך שהיא יוצרת שקיפות יחסית כלפי אופן קבלת ההחלטות של נציגי הציבור, ומחייבת את נציגי הציבור לנמק מדוע טובת הציבור היא להתקשר עם אדם כזה או אחר. ערך זה של שמירה על טוהר המידות ומניעת השלטון מלהעדיף את עצמו או את מקורביו הינו ערך חשוב ביותר על פי ההלכה, ולכן ניתן לומר כי תקנה לפיה בכל מקום בו קיים חשש שכזה מן הראוי לקיים מכרז[10], בו הקריטריונים, ההצעות ואופן בחינתם שקופים[11], הינה תקנה ראויה ותקפה על פי ההלכה.

אם שיטת המכרז וכלליו הנוקשים באו למנוע שחיתות, בא החוק וחידש דרישה לקיום מכרז בכל התקשרות עם רשות שלטונית וזאת על מנת לקדם ערך נוסף והוא ערך השוויון[12]. החוק מניח כי ההתקשרות עם הרשות הינה סוג של הטבה שלטונית העומדת

---

9. "היסוד לשיטת המכרזים של גופים ציבוריים, שנשתרשה בארץ, הוא הרצון והדאגה להבטיח התנהגות נאותה של שליחי הציבור במסירת עבודות וברכישת טובין ושירותים. כלומר: מניעת העדפה שרירותית, ולא-כל-שכן שחיתות או אנוכיות מתוך אינטרס עצמי של העוסקים בענינים אלה, שהפיתוי בהם הוא גדול ורב משקל. כל הדינים והכללים שנקבעו בתחום זה לא באו אלא כדי להבטיח בראש ובראשונה הגינות, טוהר מידות ונקיון כפיים" **בג"צ 101/74, בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון**.
10. ראה רבי חיים פלאג'י, **משא חיים**, מערכת ג, יט, שמביא כי נהגו באיזמיר (במאה ה - 19) למכור את הזכיון לגביית המסים באמצעות מכרז פומבי ופעם אחת שחרגו מכללי המכרז אכן ניצלו זאת הממונים על מנת למכור את הזכיון למקורבים במחיר נמוך. ר' חיים פלאג'י ביטל את המכרז הפסול ופסק כי יש לערוך מכרז חוזר כדין.
11. נראה כי הקביעה שהיתה מקובלת במשך שנים רבות (משנת תשל"ד אז נחקקה פקודת העיריות ועד שנת תשנ"ב אז נחקק חוק חובת המכרזים) לפיה רק רשויות מקומיות מחוייבות במכרז משקפת למעשה תפישה זו. היות והרשות המוניציפלית הינה חלק מהאוכלוסיה המקומית, קיים חשש סביר שמא ההכרות המוקדמת תוביל לקבלת החלטות שאינה לטובת הציבור, ולכן יש לחייבה לערוך מכרז על כל התקשרות עם גורם מן החוץ כאמצעי שבא לוודא כי ההחלטות בנוגע לכסף הציבורי אינן מתקבלות תוך משוא פנים. בשאר זרועות המדינה החשש נמוך יותר ולכן אין לחייב את המדינה להתקשר דוקא באמצעות מכרז.
12. בשנת תשנ"ב נחקק **חוק חובת המכרזים** המחייב את כלל רשויות השלטון להתקשר עם גורמים מבחוץ רק באמצעות מכרז. וזהו נוסח החוק: "המדינה, כל תאגיד ממשלתי, מועצה דתית, קופת חולים ומוסד להשכלה גבוהה, לא יתקשרו בחוזה לביצוע עיסקה בטובין או במקרקעין, או לביצוע עבודה, או לרכישת שירותים, אלא על-פי מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו. לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, גיל, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה". **החוק נחקק ביוזמת חבר הכנסת ורשבסקי, מסיעת מרצ, מתוך תפישת עולם הרואה בערך השוויון ערך עליון, הגובר על כל ערך אחר, ובכלל זה גם טובת הציבור, אשר אינה מופיעה בחוק ולו פעם אחת. יש להעיר כי גם קודם לכן היה ערך השוויון משמעותי ביותר באופן עריכת המכרז וכפי שכתב ראה בדברי השופט השופט לנדוי, בג"צ 47/68, עמ' 499:** "שוויון גמור – שוויון של תנאי התחרות בין המציעים ושוויון ביחסו של מוציא המכרז אל המציעים – הוא נשמת אפו של המכרז", **אך לא היה בו די בכדי לכפות מכרז בכל מקרה ועל כל גורם שלטוני.**

לחלוקה - הזכות לעבוד או לספק מוצר לרשות. חובת המכרז הוטלה על מנת לאפשר למירב האנשים לזכות בהטבה, ולמנוע מהרשות את האפשרות למנוע מאדם כזה או אחר מלזכות בה מסיבות שאינן מהותיות למכרז. על פי תפישה זו ערך השוויון הינו ערך עליון[13], אשר יגבר על ערך היעילות וטובת האינטרס הציבורי[14].

מנגד ההלכה רואה אף היא בשוויון ערך בהתנהלותו של השלטון, אולם השוויון אינו בזכויות כי אם בחובות[15]: השלטון אינו רשאי להטיל מס על אדם מסויים באופן שרירותי[16], כשם שדיני התורה חלים על כולם באופן שווה[17], אולם כשם שההלכה מעניקה

---

13. השגת התוצאה הטובה ביותר עבור הרשות עורכת המכרז אינה מופיעה בחוק חובת המכרזים אפילו פעם אחת כמטרה ממטרות המכרז. כך הדבר גם מתפרש על ידי מבקר המדינה, דו"ח בנושא מכרזים שאינם פומביים והיבטים בהתקשרויות בפטור ממכרז ברשויות מקומיות, במסגרת דוחות על הביקורת בשלטון המקומי לשנת 2013: "בבסיס חובת המכרז הפומבי עומדת החובה לנהל את ענייני הרשות באופן שיש בו תחזרות הוגנת המאפשרת לכל מועמד מתאים להתמודד באופן שווה ולזכות ליחס זהה והוגן". גם כאן, היעילות, והנאמנות לטובת הציבור אינה עולה כלל כשיקול בעת עריכת המכרז.
14. ראה לדוגמא, עע"מ 8284/08 **תעשיות אבן סיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל**: "מנגנון המכרז הציבורי נועד להגשים מספר תכליות ציבוריות חשובות. בין היתר, מבקש הוא ליצור תנאים המאפשרים שמירה על טוהר המידות בהתקשרויותיה הכלכליות של המדינה עם גורמים פרטיים, ולמנוע שחיתות ומשוא פנים מצד פקידי ציבור ... מטרה נוספת היא לאפשר לרשות המינהלית להתקשר בעסקה כלכלית מיטבית תוך התנהלות יעילה החוסכת כספי ציבור ... המכרז הציבורי נועד לוודא – בנוסף – כי הרשות מחויבת להעניק הזדמנות שווה לכל פרט בחברה, להתמודד על הזכות לקשור עימה עסקה. כפי שנפסק, עקרון השוויון הוא "נשמת אפו" של המכרז הציבורי, ויש להעדיפו גם במחיר של ויתור על השגת תוצאה כלכלית מיטבית, כאשר יש התנגשות בין שתי תכליות אלה".
דוגמא מקובלת להעדפת ערך השוויון על פני הערך של היעילות היא מקרה בו נפל פגם שולי, שניתן לתיקון בקלות, בהצעה הזולה ביותר. במקרה שכזה אוסרים בתי המשפט על וועדת המכרזים לקבל את ההצעה ה"פגומה" תוך דרישה לתיקון הפגם, ומטילים עליה חובה להעדיף הצעה אחרת גם אם עלותה גבוהה הרבה יותר. הסיבה היא שמתן האפשרות לתיקון ההצעה למציע אחד פוגעת בשוויון כלפי שאר המציעים. אולם כפי שראינו זו אינה פרשנות בחוק אלא זהו החוק עצמו, שאינו נותן כל משקל ליעילות המכרז.
15. יתכן והדבר נובע מהבדלים שבין תפישות עולם: אדם שסובר כי העולם נוצר מעצמו כתוצאה מרצף של תאונות התפתחותיות והוא מתנהל ללא מנהיג ומכוון יטען כי זכותם של כל בני האדם להנות מן העולם בשווה, לעומתו, אדם מאמין הסובר כי העולם נברא על ידי בורא העולם וזה מנהיגו בצדק ובמשפט יבין כי בורא העולם הטיל על אנשים שונים תפקידים שונים ומכח תפקידים אלו זכאים הם לכלים שונים אשר יעזרו להם לממש את תפקידם. רק מכחה של תפישה זו ניתן להבין את החובה אותה מטילה התורה להעדיף מסחר עם יהודי, ומתן עדיפות לעני בקבלת עבודה, אשר יתבארו להלן.
16. **רמב"ם** גזילה ואבידה ה, יד.
17. **בבא קמא** פג ע"ב: "משפט אחד יהיה לכם, משפט השוה לכולכם".

זכויות לקבוצות מסויימות[18], כך גם השלטון אינו חייב להעניק זכויות לכולם בשווה, והוא רשאי להעניק הטבות לאנשים מסויימים לפי שיקול דעתו ובלבד שכוונתו לטובת הציבור ולשם שמים[19]. אי לכך נראה ברור כי היעילות וטובת הציבור היא שצריכה לעמוד בראש סולם העדיפויות של הנהגת הציבור בבואה להתקשר עם גורמים מבחוץ, ועליה לבצע מכרז רק אם טובת הציבור דורשת זאת[20]. כמו כן נראה כי אם במהלך המכרז טובת הציבור דורשת חריגה מכלליו הנוקשים של המכרז יש לעשות כן, ובלבד שהדבר יעשה בשקיפות, בהגינות ותוך שמירה קפדנית על טוהר המידות[21].

למעשה, מאחר וחוק חובת המכרזים אשר קובע הן את חובת המכרז והן את מטרותיו, ותקנות המכרזים אשר קובעות את כלליו, נוגעים שניהם ליחסי האזרח והשלטון הרי שגם לו על פי ההלכה היה ראוי לנסח את החוק באופן שונה, יש להם תוקף מכח דינא דמלכותא דינא[22].

החריגה מעקרון השוויון במכרז

למרות העובדה שהחוק רואה בשוויון ערך עליון בכל הנוגע לנושא המכרז, קובע החוק כי יש לחרוג מעקרון השוויון במצבים מסויימים:

א. יש להעדיף תוצרת הארץ על פני תוצרת חוץ[23].

---

18. ראה **רמב"ם** תלמוד תורה ו, י: "תלמידי חכמים... אין מחייבים אותן ליתן המס בין מס שהוא קצוב על בני העיר בין מס שהוא קצוב על כל איש ואיש". גם בהקשר בו אנו עוסקים כותב הרמב"ם בהמשך דבריו כי קיימת עדיפות לתלמיד חכם "אם היתה סחורה לתלמיד חכם מניחים אותו למכור תחלה ואין מניחים אחד מבני השוק למכור עד שימכור הוא".
19. **רמב"ם** מלכים ד,י: "כל הארץ שכובש הרי היא שלו ונותן לעבדיו ולאנשי המלחמה כפי מה שירצה, ומניח לעצמו כפי מה שירצה, ובכל אלו הדברים דינו דין, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה'".
20. זאת ועוד, דרישה אולטימטיבית לקיום מכרז גם במקרה והדבר אינו דרוש לטובת הציבור, ואף מנוגד לטובת הציבור, הינה "גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה", ובפועל הוא ימצא את הדרך לעקיפתה באמצעות ביצוע "מכרז תפור", דהיינו קיום מכרז כאשר תוצאתו ידועה מראש. הדבר יכול להיעשות אם באמצעות הגדרת קריטריונים בהם רק המועמד הרצוי יוכל לעמוד, ואם באמצעות סיכום מוקדם בין חברי וועדת המכרזים. על פי **דו"ח מבקר המדינה** 56(ב), לשנת 2005, 55% מהמכרזים בשירות המדינה היו "מכרזים תפורים" בהם הזוכה במכרז היה אדם שכבר כיהן בפועל באופן זמני בתפקיד שהוצע למכרז. על פי נתון זה ניתן לקבוע במידה קרובה של וודאות כי אחוז כלל "המכרזים התפורים" גדול בהרבה.
21. לדוגמא במקום בו טובת הציבור היא עריכת מכרז אין סיבה למנוע ניהול מו"מ עם המציעים תוך כדי המכרז, או את תיקון ההצעות עד הרגע בו נכרת חוזה בין נציגי הציבור ובין הזוכה במרכז, ובלבד שהדבר יעשה בשקיפות ובהגינות מלאה, ותוך מתן האפשרות לכל מציעי ההצעות לתקן את הצעותיהם באופן שלדעתם יאפשר להם לזכות במכרז ונמצא הציבור נשכר.
22. ראה לעיל, חלק א, נספח ב.
23. בסעיף 3 ל**חוק חובת המכרזים** תשנ"ב ניתנת האפשרות למתן עדיפות לתוצרת הארץ. עדיפות

להעדפה זו ניתן למצוא מקור גם בהלכה המעודדת את האדם הפרטי להעדיף התקשרות עם יהודי[24] על פני התקשרות עם מי שאינו יהודי[25], גם אם הדבר כרוך בעלות נוספת[26] אם כי בשעור מוגבל[27].

זו מוגדרת ב**תקנות חובת המכרזים** תשנ"ה באופן הבא: "תינתן העדפה... להצעות לרכישת טובין מתוצרת הארץ שמחירם אינו עולה על מחיר הצעות לרכישת טובין מיובאים בתוספת של 15%" **העדפה** זו הוחלה על הרשויות המקומיות בסעיף 22 (א) **לתקנות העיריות (מכרזים)** תשמ"ח האומר **כי** "ועדת המכרזים תמליץ על מתן עדיפות לרכישת טובין מתוצרת הארץ, כל עוד מחיריהם אינם גבוהים ביותר מ–15% ממחיר הטובין המיובאים, ובתנאי שהטיב ויתר התנאים עונים על דרישות המזמין".

24. בשל העובדה שבארץ ישראל מתגוררים גם מי שאינם יהודים המייצרים ומוכרים מתוצרתם אין זה מחייב כי מוצר מתוצרת הארץ ירכש בהכרח מיהודי ולפיכך העדפת תוצרת הארץ אינה חופפת בהכרח עם הרצון להעדיף חקלאים יהודים. אולם ההלכה אוסרת על החברה היהודית להפלות בין יהודים ושאינם יהודים וכפי שאומרת הגמרא, **גיטין** סא, ע"א, בענין אחר: "מפרנסים עניי נכרים עם עניי ישראל, ומבקרין חולי נכרים עם חולי ישראל, וקוברין מתי נכרים עם מתי ישראל, מפני דרכי שלום". ו**ברמב"ם** מלכים י, יב: "אפילו העכו"ם צוו חכמים לבקר חוליהם, ולקבור מתיהם עם מתי ישראל, ולפרנס ענייהם בכלל עניי ישראל, מפני דרכי שלום, הרי נאמר טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו, ונאמר דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום".
25. **ספרא** בהר, ג: "מנין כשהוא מוכר לא תהיה מוכר אלא לעמיתיך תלמוד לומר וכי תמכרו ממכר לעמיתך, ומנין כשהוא קונה לא תהיה קונה אלא מיד עמיתך ת"ל או קנה מיד עמיתך אין לי אלא קרקעות שבהם דיבר הכתוב מנין לרבות דבר המטלטל ת"ל ממכר לרבות דבר המטלטל". דרשה זו אינה מובאת ברמב"ם ובשולחן ערוך ונראה שלא נפסקה על ידם להלכה. יתכן שהבינו כי העדפת יהודי במסחר אינה אלא מדין צדקה אשר בה יש לבחון האם היהודי זכאי לקבל צדקה והאם הנדרש להעדיפו חייב במתן צדקה. עוד יתכן לומר כי לדעתם אין זו אלא עצה טובה שלא "להסתבך" עם גויים כפי שמפורש **בפסיקתא זוטרתא** ויקרא, בהר, עא ע"ב: "למדה תורה דרך ארץ שלא תהא מוכר אלא לעמיתך ולא תהיה קונה אלא מיד עמיתך. מפני שהגוים אנסים הם ומתעללים עלילות ברשע". אמנם הר"י פערלא, **ביאור על ספר המצוות לרס"ג**, עשה צה כתב: "הדבר ברור דבפסיקתא זוטרתא לא בא אלא ליתן טעם לאיסור זה. שכן הוא דרך מוסר ודרך ארץ וגם יש בה עצה טובה אבל ודאי איסור גמור הוא מדאורייתא". על כל פנים **רש"י** בפירושו על התורה, ויקרא כה, יד, מביא דרשה זו וכן פוסקים נוספים פוסקים זאת להלכה: **שו"ת תשב"ץ** ג, קנא; **שו"ת הרמ"א** י; **שו"ת חתם סופר** חו"מ, עט.
26. לדעת חלק מן הפוסקים החובה להעדיף מסחר עם יהודי חלה רק במקום בו התנאים אותם מציעים היהודי וגוי זהים, מהרש"ם **משפט שלום** חו"מ, י, קפט; **שו"ת ציץ אליעזר** כב, יא; **דרכי תשובה** יו"ד קנט, ז. לדעת המהרש"ם ניתן להוכיח זאת מפסיקת ה**שולחן ערוך** חו"מ קעה, מא, שקובע כי אין להמנע מלמכור שדה לגוי, אפילו בשכנות לישראל אלא "כשיכול למוכרה או לשוכרה לישראל בדמים שנותן העובד כוכבים. אבל אינו חייב למוכרה לישראל בפחות" משמע אם כן כי אין כל חובה למכור לישראל בהפסד. אמנם ב**שו"ת הרמ"א** י, מוכיח מהגמרא ב**בבא מציעא** עא, ע"א, המחייבת להלוות לישראל בחינם אפילו שיכול להלוות לגוי תמורת ריבית, שהחובה למכור ולקנות מיהודי קיימת אפילו במקום בו היה יכול להרוויח לו היה סוחר עם הגוי.
27. **בשו"ת הרמ"א** י, לא מסייג את מידת ההפסד אותו צריך לספוג האדם הסוחר עם היהודי

ב. יש להעדיף תוצרת מאזורי עדיפות לאומית[28].

גם שיקול זה, שהינו שיקול שלטוני מובהק, הנמצא במסגרת סמכויות הממשלה לשמור על בטחון המדינה ואזרחיה, באמצעות מתן עדיפות כלכלית לאזורי הספר. לשיקול זה אין מקור מפורש בהלכה אם כי מצאנו בהלכה כי קיימת חשיבות למניעת כל פגיעה של אויב בכלכלת אזורי הספר[29].

ג. יש להעדיף התקשרות עם אשה על פני התקשרות עם איש[30].

להעדפה זו אמנם לא ניתן למצוא כל מקור בהלכה*, אולם אם ניתן לקבל את תוקף החוק כאשר הוא מעדיף את ערך השוויון, על פני האינטרס הציבורי הרי שניתן לקבל את החוק גם במקום בו הוא נובע מרצון להרחבת הפוטנציאל העסקי של המשק ולעידוד צמיחה[31] שאף הוא שיקול שלטוני הנמצא במסגרת סמכותה של המדינה להעצים את חוסנה הכלכלי.

במקום לסחור עם הגוי ובדבריו הוא מתייחס לסברא המקילה: "כשהכותי מוזיל טפי שרי ליקח ממנו כדי להרויח במקחו – הנה דברים אלו ג"כ הבל המה". אולם מ**שו"ת התשב"ץ** ג, קנא, לא משמע שיש להעדיף את הקניה מהיהודי בכל מחיר. למעשה כתב **בשו"ת מנחת יצחק** ג, קכט, שניתן להקל בדבר בהפרש אותו ניתן להגדיר כ"הפסד מרובה" אותו מעריך **בשו"ת נחלת שבעה**, נה, כשעור אונאה – שתות. כלומר, יש להעדיף קנייה מיהודי כל עוד המחיר אותו הוא מציע אינו חורג מהמחיר אותו מציע הגוי ביותר מ 20%. שעור זה דומה מאד לשעור אותו נוקט סעיף 22 (א) **לתקנות העיריות (מכרזים)** - 15%. ועיינו **כתר ו**, נב.

28. העדפה זו לאזורי עדיפות לאומית קיימת רק במכרזים ממשלתיים במסגרת **תקנות חובת המכרזים (העדפת תוצרת מאזורי עדיפות לאומית)**, תשנ"ח. העדפה זו אינה קיימת ביחס למכרזים ברשויות המקומיות. מטרתה של העדפה זו הוא חיזוק כלכלי של יושבי הספר, מה שתורם באופן ישיר לבטחונה של המדינה.

29. **עירובין** מה, ע"א: "ובעיר הסמוכה לספר, אפילו לא באו על עסקי נפשות אלא על עסקי תבן וקש - יוצאין עליהן בכלי זיינן, ומחללין עליהן את השבת".

30. כך נקבע ב**סעיף 2 (ב) לחוק חובת המכרזים** תשנ"ב "פורסם מכרז לפי הוראות חוק זה, ולאחר שקלול התוצאות, קיבלו שתי הצעות או יותר תוצאה משוקללת זהה שהיא התוצאה הגבוהה ביותר, ואחת מן ההצעות היא של עסק בשליטת אישה, תיבחר ההצעה האמורה כזוכה במכרז". **חוק זה אמנם אינו** מחייב את הרשויות המקומיות אולם חוק מקביל להחלת העדפה זו גם על רשויות מקומיות נמצא בתהליכי חקיקה.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מביא מקורות בהלכה להעדפת נשים.

31. את מטרה זו אמורה להשיג לשרת ההעדפה הניתנת לעסקים הנמצאם בשליטת נשים. בנימוקים להצעת החוק אמרה חברת הכנסת עליזה לביא כי אחת ממטרותיו היא "קידום עסקיהן של נשים יוביל לצמיחה כלכלית של המשק הישראלי". אמנם אין להתכחש לעובדה כי ישנם שיקולים נוספים בהצעת חוק זו שאינן נוגעים כלל לכלכלה אלא לרצון לפעול לקידומם של ערכים פמיניסטים, גם על חשבון טובת הציבור כפי שהסבירה חברת הכנסת הנ"ל מעל דוכן הכנסת "משהו לא נכון קורה בכלכלה הישראלית, יש בה עיוות מתמשך שחייבים לפרק אותו... שינוי זה עשוי לעודד נשים להתנסות ביזמות עסקית ובהובלת פרויקטים שמחוץ למקצועות הנשיים המסורתיים...".

ועדת המכרזים

וועדת המכרזים הינה הועדה הממונה מטעם הרשות המקומית על פרסום המכרזים ועל ההכרעה בהם. על פי ההלכה וועדת המכרזים צריכה לשקול את טובת הציבור בלבד. החברים בה הם נציגי הציבור ושלוחיו והחלטתם מחייבת את הציבור רק כל עוד פעלו לטובתו. אם יתברר כי חברי וועדת המכרזים קיבלו החלטה שלא לטובת הציבור הרי שהחלטתם בטלה[32].

הואיל והחוק רואה במכרז אמצעי לחלוקת המשאבים הציבוריים באופן שוויוני הרי שתפקיד חברי הועדה הוא גם לדאוג לחלוקת המשאבים הציבוריים באופן שוויוני, זאת בנוסף לתפקידם כשלוחי הציבור הפועלים לטובתו. תפקיד זה הינו תפקיד מעין שיפוטי[33], שכן הם המכריעים בעניינם של מגישי ההצעות למכרז. כפי שנתבאר בחלק הקודם[34] על אדם הנמצא בתפקיד מעין שיפוטי מוטלות כל ההזהרות המוטלות על הדיין. הוא חייב להמנע מכל ניגוד עניינים, נאסר עליו מלעסוק בקבלת החלטה ביחס לקרוביו וחבריו, ולמותר לציין כי אסור לו לקבל שוחד מכל סוג שהוא ביחס להחלטתו. כל הנחיות אלו תקפות ביחס לחברי וועדת המכרזים[35]. עוד עולה מכאן, כי אם יתברר כי חברי וועדת המכרזים הוטו באמצעות שוחד או שקיבלו החלטה תוך ניגוד עניינים החלטתם בטלה[36]. מאידך, קיים איסור על כל אדם הניגש למכרז לנסות להטות את ליבם של חברי וועדת המכרזים באמצעים פסולים, אם כי כמובן רשאי הוא לשכנע את חברי הוועדה ביתרונות הצעתו.

---

32. **רמב"ם** שלוחין ושותפין א, ב: "שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום, וכן אם טעה בכל שהוא בין בקרקע בין במטלטלין חוזר שהרי הוא אומר לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות".
33. ראה לדוגמא בג"צ 3751/03 **יוסי אילן נגד עירית תל אביבי יפו ואח'**, פ"ד נט (3), 817: "חבר ועדת מכרזים... יראה עצמו, ככל הניתן כשופט זוטא המנוער מכל זיקה לענין הנידון לפניו... אסור הוא חבר ועדת מיכרזים שישב למיכרז ודעתו מגובשת ונחרצת מראש מה אומר הוא להחליט... שלא זו דרכו של שופט ולו שופט-זוטא הוא. אסור הוא חבר ועדת מיכרזים שתהא לו דעה קדומה; שאם ישב לדין - ואכן לדין הוא יושב - ויתן לדעה קדומה להוליך אותו כי אז לא ימלא באמונה תפקיד שהוטל עליו למלאו, קרא, ליתן הזדמנות שווה לכל ההצעות שתעלינה לפניו להכרעה ביניהן... אסור לו לחבר ועדה ליתן ידו ל"מיכרז תפור"... מעשה רמיה הוא... רק אם יימנעו מכל אלה ינהגו חברי הוועדה בהגינות ויעשו צדק כמצופה מהם". מדברי בית המשפט נראה בעליל כי חברי ועדת המכרזים מתפקדים בתפקיד מעין שיפוטי וחלים עליהם כללי אתיקה בדומה לאלו החלים על שופטים.
34. לעיל ב, ב.
35. הרב אברהם צבי שיינפלד, **תחומין ה,** עמ' 333: "ממונה על רכש וקניות עבור הציבור... מעמדו כדיין" ולכן אסר על מתן שוחד לחברי וועדת מכרזים, אפילו גויים בחו"ל. ועיינו **בשו"ת "חבל נחלתו"** טז, עמ' 233, שם כותב הרב יעקב אפשטיין כי לדעתו אין איסור מתן שוחד אלא בדיינים ולפיכך אין איסור מתן שוחד לוועדת המכרזים ולכל היותר זו עוברת באיסור הונאה וגניבת דעת אם קיבלה החלטה שלא לטובת הממונים עליה.
36. לעיל ב, ב, תוקף החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים.

אונאה במכרז – מכרז תפור

כפי שכתבנו לכללים לעריכת מכרז המפורטים בתקנות המכרזים[37] יש תוקף מחייב מדינא דמלכותא. התקנות קובעות כיצד יש לפרסם את המכרז, כיצד על המציעים להגיש את הצעותיהם וכיצד על וועדת המכרזים לקבל הכרעה בין ההצעות. כמו כן קובע החוק ותקנותיו את המקרים הפטורים ממכרז באופן מוחלט ואת המקרים בהם המכרז נעשה בין קבוצת ספקים סגורה (מכרז זוטא).

אולם היות והמכרז בסופו של דבר הינו דרך לניהול משא ומתן בין הרשות ובין מגישי ההצעות, הרי שחלים עליו כל ההלכות הנוגעות לאופן ניהול משא ומתן. כדוגמא להתנהלות שאינה ישרה ניתן להביא מקרה נפוץ[38] בו מפרסמת הרשות מכרז כאשר תוצאותיו ידועות מראש, מכיוון שהרשות כבר החליטה עם מי היא מעוניינת להתקשר או את מי היא מעוניינת להעסיק ("מכרז תפור").

על פי ההלכה אסור לרשות לערוך מכרז שכזה הואיל ויש בכך אונאה של מגישי ההצעות הסבורים לתומם שיש להם סיכוי לזכות במכרז זה ומשקיעים מאמצים בהגשת הצעותיהם. וכפי שאומרת המשנה[39]:

> כשם שאונאה במקח וממכר כך אונאה בדברים. לא יאמר לו בכמה חפץ זה והוא אינו רוצה ליקח.

לדעת המאירי[40] מעשה זה אסור הואיל והוא גורם לאדם עוגמת נפש ועשוי לגרום לו גם להפסד כספי:

> שהרי מתוך שהוא בוש לומר שאינו רוצה ליקח משפיל לו מקחו לומר שאינו שוה כל כך ואחרים שומעים ונמצא גורם לו פסידא. ואפילו לא היה אדם שם מכל מקום הוא מטריחו ומצערו שחשב למכור ולא מכר.

גם במקרה שלנו כאשר הרשות מפרסמת מכרז תפור היא למעשה מבקשת מאנשים להגיש הצעות בעוד היא כלל אינה מתכוונת לבחון אותן ולכן הדבר נאסר מדין אונאה. יתר על כן, מגישי ההצעות זכאים לקבל החזר על ההוצאות שהיו כרוכות בהגשת המכרז

---

37. החוק הרלוונטי לגבי רשויות מקומיות הוא **תקנות העיריות (מכרזים)** תשמ"ח.
38. כפי שנכתב בהערה לעיל, על פי **דו"ח מבקר המדינה** 56(ב), לשנת 2005, מדובר ביותר מ 55% מן המכרזים לתפקידים בשירות הציבורי. שם הוכחנו כי מאופן בדיקת הנתונים עולה כי יש להניח ששעור המכרזים התפורים גבוה הרבה יותר.
39. **משנה בבא מציעא** נח, ע"ב; **רי"ף** לב, ע"ב; **שולחן ערוך** חו"מ רכח, ז. מעניין לציין כי הרמב"ם השמיט דין זה כאשר עסק בדיני האונאה, הלכות מכירה, יד. לדעת רבי יוסף בן אליהו חזן, **עין יהוסף** בבא מציעא נח ע"ב, ד"ה ר"י (קושטא המאה ה–17) הרמב"ם סבור כי הואיל ודין זה מובא **בספרא** בהר, ג, ד, המובאת כברייתא בגמרא, שם, בשם רבי יהודה, משמע שחכמים חולקים עליו וסבורים כי אין זו אונאה והלכה כחכמים. אמנם למעשה הואיל ורבי סתם במשנה כרבי יהודה כך נפסק להלכה.
40. מאירי, **בית הבחירה**, שם.

אם יתברר כי אכן היה מדובר במכרז תפור[41], או במכרז שנוהל שלא על פי כללי המכרזים[42].

המתמודדים במכרז

ככלל, ההלכה אינה מגבילה את התחרות[43], ואף מעודדת אותה שכן היא מסייעת להורדת יוקר המחיה[44]. לכן במקרה בו המכרז מתפרסם כחוק, לפני שהרשות התחילה במשא ומתן עם מאן דהוא, מותר לכל אדם לגשת למכרז ולהציע כל הצעת מחיר[45]

---

41. **חיוב בגין גרימת הוצאות מיותרות**
הפוסקים כתבו כי הגורם לחברו להוציא הוצאה מיותרת חייב, **רמ"א** חו"מ יד, ה. נחלקו הפוסקים האם זהו חיוב חוזי, מדין ערב, מהר"ם מרוטנבורג **במרדכי** סנהדרין ג, תשז; או חיוב מדינא דגרמי, **נתיבות המשפט** ר, יג; רלב, י. להרחבה בענין זה ראו להלן, פרק ב, נזק שנגרם בעקבות הבטחה שהופרה. מכאן יש להסיק כי אם הרשות פרסמה מכרז הכרוך בהוצאות כאשר לא היה בכוונתה כלל לבחון את ההצעות באופן אמיתי, חייבת היא לשלם למגישי ההצעות את ההוצאות שהוציאו על הגשת ההצעות. במקרה דומה פסק הרב שטרנבוך, **שו"ת תשובות והנהגות** ב, תשיג, כי מקום עבודה שהזמין עובד וחזר בו שחייב לשלם לעובד את הוצאותיו.
אמנם היה מקום לומר כי במקרה שלפנינו תהיה הרשות פטורה מלשלם שכן ברור לכולם שלא כל מי שיגיש הצעה יקבל את העבודה. אכן, אם נבין כי החיוב ב"לך ואני אבוא אחריך" הינו מדין חוזה, הרי שבין הרשות ומגישי ההצעות לא נכרת כל חוזה. אולם אם הפוסקים נוקטים להלכה כדעת הנתיבות, כי החיוב נובע מראיית הוצאה שנעשית בעקבות בקשה/הוראה/הסכמה/מעשה של אדם אחר מדין נזק, הרי שאין לחלק בין נזק שנוצר כתוצאה מבקשה אישית לנזק שנוצר כתוצאה מפרסום מכרז פומבי.
42. הגשת ההצעות נעשתה על דעת זה שהרשות תנהג על פי כללי המכרזים, ולו מגישי ההצעות היו יודעים כי הכללים שישמשו את ועדת המכרזים בבואה להכריע בי ההצעות אינם הכללים המקובלים על פי כללי המכרזים, לא היו מגישים כלל את הצעותיהם. לפי זה יש להסיק כי החזר ההוצאות מגיע לא רק לחברה שהיתה אמורה לזכות לו היו נשמרים כללי המכרז, אלא לכל החברות שהגישו את הצעתם.
43. **משנה בבא מציעא** ס, ע"א: "רבי יהודה אומר: לא יחלק החנוני קליות ואגוזין לתינוקות, מפני שהוא מרגילן לבא אצלו. וחכמים מתירין".
44. **משנה בבא מציעא**, שם: "ולא יפחות את השער, וחכמים אומרים: זכור לטוב". ומבארת הגמרא את היתרם של חכמים הנפסק להלכה "משום דקא מרווח לתרעא" כלומר התחרות רצויה בשל העובדה שהיא מורידה את יוקר המחיה.
45. **הצעה גרעונית**
הגמרא מבארת את היתרם של חכמים הנפסק להלכה "דאמר ליה: אנא מפליגנא אמגוזי, ואת פליג שיסקי". כלומר התחרות מותרת בשל העובדה שעקרון השוויון נשמר וכשם שהאחד יכול לעשות מבצע כך השני יכול לעשות מבצע. המבצעים המותרים אינם מוגבלים לחלוקת ממתקים לילדים אלא יכולים לכלול גם הורדת מחירים, ואפילו מתחת למחיר המקובל, וזאת על מנת למשוך קונים, **רמ"א** קנו, ה. אמנם נחלקו הפוסקים האם במסגרת התחרות מותר למכור במחיר הנמוך ממחיר השוק גם כאשר חלק מהסוחרים כפופים לרגולציה או מיסוי

אמיתית[46] שתגרום לו לזכות במכרז.

יתר על כן, גם אם הרשות היתה רגילה להתקשר עם אדם מסויים או שהיא מעסיקה אדם מסויים[47], אזי אם הרשות מפרסמת מכרז על מנת לאתר את האדם המתאים ביותר

גבוה יותר, **שו"ת דברי חיים** חו"מ א, יח, או שצעד זה מותר רק כאשר תנאי הפתיחה הרגולטוריים שווים, ראו **שו"ת אא"ז פנים מאירות** א, עח, מובא **בפתחי תשובה** חו"מ, קנו, ח. לכל הדעות יהיה מותר להגיש הצעה גם במחיר הנמוך מהעלות השולית המשתנה להפעלת העסק, מחיר איתו אף אחד מן המתמודדים במכרז, המעונינים להרוויח משהו אינו יכול להתחרות. הדבר יקרה במקרים בהם מגיש ההצעה מגיע למסקנה כי המחיר אותו הוא מציע יכסה את הוצאותיו הקבועות, ויאפשר לו לשמור על קיום העסק מבלי לפטר את עובדיו, או במקרים בהם מגיש ההצעה מעוניין לזכות במכרז על מנת לרכוש לעצמו נסיון ושם טוב באמצעותו יוכל לגשת למכרזים נוספים בעתיד. יש להעיר כי הצעה גרעונית עלולה לבוא על חשבון זכויותיהם המינימליות של עובדי הזוכה במכרז ובמקרה זה היא בודאי אסורה, ועל הרשות המקומית לפסול את ההצעה במקרה זה, ולא להיות שותפה לעושק של זכויות העובדים, ראו בספרי **כתר י, דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה,** עמ' 258; ובמאמרי, העסקת עובדים של חברת כח אדם, **תחומין כו**, עמ' 400-399.

לעומת זאת הרב יהודה פרומן, **כתר ה**, עמ' 19, מסיק מדברי **ערוך השולחן** חו"מ רכח, יד; **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קעה; **שו"ת אבני נזר** חו"מ, כד, כי לדעתם הורדת המחיר באופן בו שאר הצדדים אינם יכולים לעמוד אסורה. לענ"ד שגה המחבר בהבנת מקורות אלו, שכן ערוך השולחן לא אסר אלא את ההערמה ואת שבירת השוק, החתם סופר עסק במקרה בו התחרות מנוגדת לחוק, והאבני נזר אסר רק במקרה בו המתחרה ניצל את שליטתו בתחום אחד על מנת להפעיל לחץ פסול על קונים בתחום אחר. ואם כן אין כל ראיה מדבריהם למסקנתו שבמסגרת התחרות אסור לאחד המתחרים להציע מחיר אותו לא יוכלו שאר המתחרים להציע.

46. **הצעה תכסיסנית**
למרות ההיתר להגשת הצעה גרעונית קיים איסור למגיש ההצעה לנקוט בדרכי ערמה על מנת להוריד את מחיר ההצעה, פעולה המכונה גם בשם "הצעה תכסיסנית", ראה בר"מ 6926/10 **גילי ויואל עזריה בע"מ נ' חברת נמלי ישראל בע"מ ואח'**. הדבר אסור ולו בשל העובדה שדרך זו אינה פתוחה בפני שאר המשתתפים במכרז, וכפי שכתב **ערוך השולחן** חו"מ רכח, יד: "גם לעשות איזה הערמה שיפדה יותר משמע קצת מגמרא שאסור ואינו מותר לעשות רק דבר שגם האחר יכול לעשות כן". "תכסיס" ידוע הוא תמחור סעיפים מסויימים באופן נמוך מאד, וכנגדם תמחור סעיפים אחרים באופן גבוה מאד (Shifting) באופן שההצעה תיראה לוועדה כהצעה זולה מחברותיה בעוד שבפועל היא יקרה יותר.

47. מקור הדברים בדין "עני המהפך בחררה", **קידושין** נט ע"א: "רב גידל הוה מהפיך בההיא ארעא, אזל רבי אבא זבנה, אזל רב גידל קבליה לרבי זירא, אזל רבי זירא וקבליה לרב יצחק נפחא, אמר ליה: המתן עד שיעלה אצלנו לרגל. כי סליק, אשכחיה, אמר ליה: עני מהפך בחררה ובא אחר ונטלה הימנו, מאי? אמר ליה: נקרא רשע. ואלא מר מאי טעמא עבד הכי? א"ל: לא הוה ידענא". (תרגום: "רב גידל היה מהפך באותה שדה לקנותה. הלך רבי אבא וקנה אותה. הלך רב גידל וקבל עליו בפני רבי זירא. הלך רבי זירא והעלה את הקבילה לפני רבי יצחק נפחא. אמר לו רבי יצחק נפחא: המתן עד שיעלה רבי אבא אלינו לרגל. כשבא רבי אבא, מצאו רבי

עבורה, מותר לכל אדם לגשת אליו[48], בין אם מדובר באדם מתוך המערכת (מכרז פנימי) ובין אם מדובר באדם מחוץ למערכת (מכרז חיצוני), גם אם המשרה מאויישת כעת באופן זמני[49].

אולם אם ידוע למגישי ההצעות, כי אדם מסויים כבר עובד עם הרשות באופן זמני, והרשות מעוניינת להעסיקו, והמכרז אותו מפרסמת הרשות נעשה רק לשם העמידה בדרישות החוק הדורש ביצוע מכרז לפני מתן קביעות, אסור על פי ההלכה להתמודד מול אותו אדם שכן בכך הם גורמים לנשלו ממקור פרנסתו כדין "עני המהפך בחררה"[50].

ביטול מכרז

במקרים מסויימים עשויה הרשות לבטל את המכרז אותו פרסמה. הדבר יכול להתרחש או מתוך חוסר שביעות רצון מתוצאות המכרז[51] או עם גילוי נתונים חדשים שלא היו

יצחק נפחא ושאל אותו: **עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו** מה דינו? השיב לו: **נקרא רשע.** שאלו: אם כן אתה מדוע עשית כך, אמר לו: לא ידעתי שרב גידל מעוניין לקנותה). מכאן מסיק **התוספות** שם, ד"ה עני: "מכאן נראה למהר"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו לבעל הבית שיש לו מלמד אחר בביתו כל זמן שהמלמד בביתו שמאחר שהוא שכיר שם ילך המלמד במקום אחר להשתכר שם, אם לא שיאמר בעה"ב דאין רצונו לעכב המלמד שלו". ומבארו **בשו"ת המהרש"ל**, לו: "איירי שזה המלמד לא נשתכר לזה לב"ה אלא לשכיר יום או יומיים ולא עשה עמו עת קצוב עד כמה ימים אם כן אם בא אחר ליקח מחייתו ולדחותו מאחר שהפך הראשון זה בחררה להיות קשור בזה ב"ה אסור לדחותו" כלומר כאשר עובד זמני, ללא כל קביעות, מבקש להפוך להיות עובד קבוע אין לנסות ולהציע למעסיקו עובד אחר.

48. כפי שכתב התוספות הנ"ל, כי אם המעסיק עצמו אינו מבקש להתקשר בהכרח עם מי שעובד אצלו כעת, ומבקש לבחון אופציות נוספות, ההתמודדות מותרת. יתר על כן, לדעת המהרש"ל בתשובתו הנ"ל; ותלמידו **בשו"ת משאת בנימין**, כז, אם העובד נשכר לפרק זמן קצוב אין כל בעיה להתמודד מולו על העבודה אצל המעסיק לאחר אותו פרק זמן, שכן ביחס לפרק הזמן הבא העובד הנוכחי אינו נחשב אפילו "כמהפך בחררה". על מנת להיחשב למהפך בחררה צריך המו"מ בין הצדדים להיות גמור ומוכן לחתימה, וכל עוד לא סיכמו הצדדים על תנאי ההתקשרות אין כל בעיה להתערב ולהציע תנאים אחרים **רמ"א** חו"מ רלז, א, לא כל שכן כאשר הרשות מוציאה את עצם ההעסקה למכרז פומבי.

49. לאור האמור לעיל אם הרשות החליטה לצאת למכרז אמיתי לבחירת מועמד מתאים אין כל עדיפות לאדם האוחז במשרה באופן זמני או שרואה את עצמו כמועמד טבעי לתפקיד על פני כל מועמד אחר מתוך המערכת או מחוצה לה וראו **כתר ה'** עמ' 189 ואילך.

50. כך עולה מדברי התוספות והמהרש"ל שהובאו לעיל. למעשה, שכאשר מדובר בעובד זמני שהרשות מבקשת להפוך אותו לעובד קבוע אלא שחייבת היא לפרסם על כך מכרז הרי שאף כי מצידה של הרשות המכרז אינו ראוי הואיל ויש בו הונאה של מתמודדים החושבים לתומם כי משרה זו פתוחה בפניהם, אסור לכל אדם היודע מכך לגשת למכרז זה, והעושה זאת נקרא רשע.

51. כגון שציפתה להצעות טובות יותר או שמבקשת שאדם מסויים המקורב לה יזכה במכרז ומשלא זכה ביטלה את המכרז. במקרים אלו הרשות תפרסם ככל הנראה מכרז נוסף בו תנסה להשיג את התוצאה המבוקשת מבחינתה.

ידועים בעת פרסום המכרז[52]. במקרים אלו יש לבחון הן את מועד הביטול והן את עילת הביטול ולאור משתנים אלו לקבוע את עמדתה של ההלכה הן ביחס לתוקף הביטול והן ביחס לפיצוי לו זכאים מגישי ההצעות למכרז.

ביטול מכרז לפני המועד האחרון להגשת הבקשות, ולכל הפחות לפני שההצעות נפתחו, ינבע תמיד מכך שהתגלו נתונים חדשים אשר מחייבים את ביטול המכרז כפי שפורסם. במקרה שכזה אין סיבה למנוע מהרשות את האפשרות לבטל את המכרז הן בשל העובדה שתהליך המכרז הכולל פתיחת ההצעות וההשוואה ביניהן לא הושלם, והן בשל העובדה שביטול המכרז בשלב זה אינו מעלה כל חשד להטיית הדין ולהעדפת מקורבים. כמו כן הואיל והפגיעה היחידה[53] שנפגעו מגישי ההצעות היא ההוצאות שהוציאו בגין הגשת המכרז אשר התבררו כמיותרות, על הרשות יהיה להשיב למגישי ההצעות את הסכומים שהוציאו לשם הגשת המכרז[54] ותו לא.

ביטול מכרז אחרי פתיחת ההצעות מעורר חשש סביר כי הביטול נעשה לא בגין גילוי נתונים חדשים שמונעים מהרשות את ההתקשרות במכרז אלא מחוסר שביעות רצון מתוצאות המכרז עבור הרשות ואף מעורר את החשד לכך שהדבר נעשה כנסיון להעדיף את ההתקשרות עם אדם מסויים אשר גורמים ברשות חפצים ביקרו. במקרה ואכן יתברר כי ביטול המכרז, ופרסום מכרז חדש נעשו לשם העדפת אדם המקורב לרשות הרי שהחלטתה של הרשות על ביטול המכרז פסולה על פי ההלכה[55] והמכרז הראשון בעינו עומד. אולם אם ההחלטה אינה פסולה מבחינה הלכתית, והיא לא התקבלה ממניעים פסולים, אין ההלכה מחייבת את מי שפרסם מכרז להתקשר עם מי שזכה במכרז שכן אין ההתקשרות תקפה עד אשר יעשה קנין בין הזוכה במכרז ובין הרשות[56]. מקור הדברים בגמרא[57]:

---

52. כגון הבנה כי העלות האמיתית של הפרויקט שהוצע למכרז גבוהה מהתקציב המאושר לפרויקט, או קיצוץ בתקציב המאושר לפרויקט, ולחילופין עליה או ירידה משמעותית במחיר המוצרים או הנכסים הרלוונטים להתקשרות, אשר משנה באופן ניכר את כדאיות המכרז. במקרים אלו הרשות תבטל את המכרז כליל ולחילופין תוציא מכרז חדש ובו יעודכנו דרישות הרשות ו/או מחיר ההתקשרות.
53. כיוון שההצעות טרם נפתחו אין פגיעה בעקרון סודיות המכרז המהווה אחד מ"כללי המשחק" המרכזיים במכרז אשר נפגע בעת בה נחשפו ההצעות לעין כל.
54. כפי שנתברר לעיל בנוגע לפצוי בגין פרסום מכרז תפור ובהערה שם, חיוב בגין גרימת הוצאות מיותרות נעשה מתוך הנחה כי ביחס למרבית השינויים יכולה הרשות להעריך מראש את עובדת היותם עשויים להשתנות ועליה היה ליידע בכך את מגישי ההצעות. אכן אם ביטול המכרז נעשה בשל שינויים אותם הרשות מפרסמת המכרז לא היתה יכולה אפילו להעריך כי הם עשויים להשתנות, הרי שהרשות אנוסה היתה לבטל את המכרז ויש לפטור אותה מחובת פיצוי זו.
55. ביטול ההחלטה נתבאר לעיל ב, ב – תוקף החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים.
56. אם כי גם במקרה זה תידרש הרשות לפצות את מגישי ההצעות על ההוצאות שהוציאו עבור ההשתתפות במכרז.
57. **עבודה זרה** עב, ע"א.

ההוא גברא דא"ל לחבריה: אי מזביננא לה להא ארעא - לך מזביננא לה (רש"י: וקנו מיניה בקנין), אזל זבנה לאיניש אחרינא, אמר רב יוסף: קנה קמא. א"ל אביי: והא לא פסק!... מדד עד שלא פסק - שניהן יכולין לחזור בהן[58].

מכאן מסיק הטור[59]:

לא הזכיר סכום, רק אמר לו: "כשאמכרנה אמכור לך", לא קנה הראשון.

כלומר התחייבות למכור לאדם מסויים כאשר סכום העסקה אינו מוסכם מראש אינה תקפה אפילו אם נעשה קנין על ההתחייבות. בפרסום מכרז קיימת התחייבות להתקשר עם מגיש ההצעה הטובה ביותר אולם התחייבות זו אינה על סכום קצוב ולפיכך אינה תקפה מבחינה הלכתית. אכן היה מקום לדרוש דרישה מוסרית ממפרסם המכרז לעמוד בדיבורו שכן הגמרא[60] אומרת על מי שחוזר בו מהסכמתו בעל פה לביצוע עסקה כי "אין רוח חכמים נוחה הימנו" ומכנה אותו בשם "מחוסר אמנה". התייחסות זו כלפי האדם החוזר בו בדיבורו נלמדת מהפסוק[61] "אֵיפַת צֶדֶק וְהִין צֶדֶק יִהְיֶה לָכֶם" ממנו לומד רבי יוסי בר' יהודה "מה תלמוד לומר הין צדק...אלא לומר לך שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק".

אולם נחלקו הראשונים בהיקפו של דין מחוסר אמנה: לדעת **בעל המאור**[62] כאשר החזרה איננה שרירותית אלא נובעת משינוי הנסיבות ומחיר העסקה היא מותרת, ואין האדם נחשב למחוסר אמנה שכן לא חזר בו בשרירות לבו אלא בשל שינוי הנסיבות החיצוני:

ולי נראה הני מילי בחד תרעא אבל בתרי תרעי לית בהו משום מחוסרי אמנה דבתרי תרעי קלש ליה איסורא.

לעומתו סבור **רש"י**[63] כי כאשר אדם חוזר בו באופן שרירותי פשוט שהדבר אסור מעיקר הדין, שכן בשעה בה אמר את התחייבותו לא התחייב לעמוד בדבריו והרי זה כדובר "אחד בפה ואחד בלב"[64]. לעומתו, מהאדם הישר מצפה הצד השני, רמה גבוהה יותר של אמינות, ולעמוד בדיבורו גם כאשר התנאים השתנו. ממילא גם בעיני חכמים יחשב למחוסר אמנה אם לא יעמוד בדיבורו, גם כאשר התנאים השתנו. כך סובר גם הרשב"א:

---

58. תרגום: אדם אחד אמר לחברו אם אמכור קרקע זו – אמכור אותה לך. לאחר זמן הלך המוכר ומכרה לאיש אחר. אמר רב יוסף: קנה הראשון. שאל אותו אביי: והרי לא נקבו במחיר וכל עוד לא נקבו במחיר יכולים הצדדים לחזור בהם
59. **טור** חו"מ רו, **רמ"א** שם, א.
60. **בבא מציעא** מח, ע"א.
61. **ויקרא** יט, לו.
62. **בעל המאור** בבא מציעא כט ע"ב מדפי הרי"ף; **רא"ש** בבא מציעא ד, יד.
63. **רש"י** בבא מציעא מט ע"א ד"ה שלא ידבר; הראב"ד, כתוב שם, כט ע"ב מדפי הרי"ף; ר"ן מט ע"א. יש לציין כי הראב"ד מסכים לסברת בעל המאור אך כותב כי אע"פ ש"הדעת מורה כך, אבל אין פני ההלכה נראין כן, ואין מוציאין פני ההלכה ממראיתה בשביל הסברא".
64. כלומר רמה זו של הפכפכות אסורה גם לדעות הסוברות כי "דברים אין בהם משום מחוסר אמנה".

מאי שנא חד תרעא מאי שנא תרי תרעי? כל שאינו עומד בדבורו הרי הוא ממחוסרי אמנה דמאן דזבן ומזבין סמכא דעתייהו דלוקמו מקח זה לזה!.

להלכה מביא הרמ"א[65] את שתי הדעות, אך בסופו של דבר מכריע כדעת רש"י וסיעתו שאדם נחשב למחוסר אמנה גם כאשר הנסיבות לביטול ההתקשרות היו מוצדקות, ובלבד שלא מדובר בהפסד כספי ניכר שהאדם מתקשה לספוג אותו[66]. הב"ח, והש"ך[67] מסתפקים כיצד לפסוק במחלוקת זו והחתם סופר[68] מכריע כי יש לקבל את דעת בעל המאור שאין אדם נחשב למחוסר אמנה, אם נשתנו הנסיבות באופן שנגרם למתחייב הפסד בלתי צפוי. אי לכך יש להסיק כי ביטול מכרז במקרה בו הרשות גילתה כי אין לה תקציב לבצע את ההתקשרות עם ההצעה שזכתה במכרז אינו מהווה כל בעיה מוסרית ואינו מגדיר את הרשות כמחוסרת אמנה.

דברים אלו אמורים על פי שורת הדין. אולם על מנת למנוע מקרים של ביטול מכרז מטעמים פסולים נקבע בחוק כי ביטול מכרז מחייב את אישורו של ראש הרשות המקומית[69]. בנוסף לכך מטיל החוק איסור על פרסום מכרז נוסף אלא אם כן הוא יהיה שונה באופן מהותי מהמכרז שבוטל, או שהנסיבות שגרמו להחלטה לבטל את המכרז

---

65. **רמ"א** חו"מ רד, יא.
66. הגמרא **בבא מציעא** מט ע"א, עוסקת בשאלה האם מי שהבטיח לתת מתנה לחבירו יכול לחזור בו מהבטחתו או שיש בדבר משום מחוסר אמנה. הגמרא מבחינה בין מתנה גדולה למתנה קטנה שממתנה גדולה יכול לחזור בו ואין בזה משום מחוסר אמנה ואילו ממתנה קטנה אינו רשאי לחזור בו ויש בזה משום מחוסר אמנה. **התוספות** שם, ד"ה מודה, משווה בין אדם שחוזר בו מהבטחתו לתת מתנה, לאדם שחוזר בו מהבטחתו לקנות, ואומרים כי עלית מחירים אינה שיקול המצדיק אי עמידה בדיבורו שכן "יוקר נמי הוי כמו מתנה קטנה". לפי דרכנו למדנו כי המחויבות לעמוד בדיבורו אינה מוחלטת ותלויה היא מהי מידת ההפסד אותו מסוגל האדם לספוג ואם מדובר במה שנקרא "מתנה קטנה" אזי עליו לספוג זאת על מנת לעמוד בדיבורו, אך אם מדובר ב"מתנה גדולה" לגיטימי לשנות את דעתו בעקבות שינויי הנסיבות. למסקנה זו הגיע גם **בשו"ת שבט הלוי** ד, רו, על פי **שו"ת בית אפרים** חו"מ, ד,) שהתיר חזרה "אם נשתנה השער בשיעור גדול שאנו יכולים לתלות דעל כזה לא חשב אדם...כיון שהיא סיבה רחוקה ונפלאה י"ל דאונסא דלא שכיח לא הוי לאסוקי אדעתא".
67. **ש"ך** רד, ח. אמנם **בקצות החושן** רכא, א, כותב בפשטות כי "לדעת הש"ך בסימן ר"ד ס"ק ה דבתרי תרעי לית ביה משום מחוסרי אמנה" וזאת למרות שהש"ך כתב רק "ובב"ח נסתפק בזה לדינא" ולא הכריע כלל. ונראה שהבין כי בעצם הבאת הספק נתכוון לערער על הכרעתו של הרמ"א ולהכריע לגמרי כדעת בעל המאור. אולם לענ"ד מסקנתו הנחרצת אינה הכרחית ויתכן לומר כי אגב שיטפיה לא דק או שנתחלף לו ס"ק ח בס"ק ה (כפי שנראה מציון המקור, שם מכריע הש"ך כב"ח אך בענין אחר לגמרי (נוסח קללת מי שפרע). (ואין צורך בדיוקיו של **הדרכי חושן** עמ' שא, הנדחק לבאר הכרעת הקצות בכך שסבר כי ספיקא דרבנן או דממון לקולא).
68. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קב; **שו"ת שבט הלוי** ד, רו.
69. סעיף 23(א) ל**תקנות העיריות (מכרזים)** תשמ"ח; ל**תוספת הרביעית לצו המועצות המקומיות**; ו**לתוספת השניה בצו המועצות האזוריות**.

הראשון ישתנו באופן מהותי ויצדיקו את פרסומו מחדש[70]. כפי שנתבאר לעיל תקנות אלו תקפות מדינא דמלכותא, בפרט לאור העובדה שהוא בא למנוע שחיתות והעדפת מקורבים האסורה על פי ההלכה[71].

מסקנות להלכה

חובת מכרז

- על פי ההלכה אין הרשות המקומית חייבת לקיים מכרז בבואה לקנות או למכור נכסים או שירותים עבור הציבור. היעילות וטובת הציבור הן שצריכות לעמוד עומדות בראש סולם העדיפויות של הנהגת הציבור בבואה להתקשר עם גורמים מבחוץ, ועליה לבצע מכרז רק אם טובת הציבור דורשת זאת. כמו כן אם נעשה מכרז אם מתברר כי טובת הציבור דורשת חריגה מכלליו הנוקשים של המכרז יש לעשות כן, ובלבד שהדבר יעשה בשקיפות, בהגינות ותוך שמירה קפדנית על טוהר המידות.
- חוקי מדינת ישראל מחייבים את הרשות המקומית לקיים מכרז על כל התקשרות עם גורמים מחוץ לרשת. כללי המכרז שנקבעו בחוק מבכרים את ערך השוויון על פני היעילות וטובת הציבור. חוקים אלו מחייבים גם על פי ההלכה.

---

70. סעיף 23(ב) ל**תקנות העיריות (מכרזים)** "אין לפרסם מכרז אחר כאשר אין בין המכרז שבוטל ובין המכרז האחר שוני מהותי, זולת אם לדעת הועדה נשתנו הנסיבות שגרמו להחלטה על הביטול". ניסוח דומה מופיע בסעיף 29 ל**תקנות הרשויות המקומיות (מכרזים משותפים)** תשל"ג.

71. בתי המשפט במדינת ישראל מפרשים תקנות אלו לא רק כהגנה מפני שחיתות אלא כהגנה על עקרון השוויון והסודיות ועל זכות שקיימת כביכול למציעי ההצעות לזכות במכרז, ראה בג"צ 3224/91 **אלרם חברה לשיכון נ' מינהל מקרקעי ישראל** פ"ד מו. אי לכך הם נוטים לפרש את ההגבלות באופן מורחב ולאפשר את ביטול המכרז רק במקרים חריגים ביותר, ראה לדוגמא ע"א 5035/98 **משה"ב חברה לשיכון בניין ופיתוח נ' מנהל מקרקעי ישראל** פ"ד נו(4) 11, 27). פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה כפי שנתבאר לעיל, ואף אינה מחוייבת בלשון החוק. כמו כן היא עצמה נתונה לשיקול דעת של השופטים בכל מקרה ומקרה, שכן אם יוכחו השופטים לדעת כי טובת הציבור היא ביטול המכרז הם יסכימו לביטולו, ראה בג"צ 3224/91 הנזכר לעיל. לפיכך פרשנות זו אינה מחייבת מבחינה הלכתית שכן על פסיקות אלו אמר ב**שו"ת מהריא"ז ענזיל**, ד: "כל מי שיש לו עיניים לראות ולב להבין בדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים, יראה יבין, שדעת כולם שווה, דלא שייך דינא דמלכותא אלא בדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושקול 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 בשקול דעתם - מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא. אבל הם הם ערכאות של נכרים".

- על פי חוקי המכרזים יש לתת עדיפות לתוצרת הארץ על פני תוצרת חוץ ולתוצרת מאזורי עדיפות לאומית על פני תוצרת שאר הארץ. להעדפות אלו ישנם יסודות גם בהלכה והן מחייבות גם על פי ההלכה.

ועדת המכרזים

- חברי וועדת המכרזים חייבים לשקול את טובת הציבור בלבד. אם חברי וועדת המכרזים קיבלו החלטה שלא לטובת הציבור, אלא משיקולים אחרים - החלטתם בטלה.
- על פי החוק חבר ועדת המכרזים הנם בעלי תפקד מעין שיפוטי ולפיכך עליהם להמנע מכל ניגוד עניינים, נאסר עליהם מלעסוק בקבלת החלטה ביחס לקרוביהם וחבריהם, ולמותר לציין כי אסור להם לקבל שוחד מכל סוג שהוא ביחס להחלטתם. אם יתברר כי חברי וועדת המכרזים הוטו או שקיבלו החלטה תוך ניגוד עניינים החלטתם בטלה.

אונאה במכרז

- על פי ההלכה אסור לרשות לערוך מכרז תפור וכמו כן היא חייבת לנהוג על פי כל כללי המכרזים. פעילות הורגת מכללים אלו אסורה מדין אונאה של מגישי ההצעות. במקרים בהם הרשות נהגה באופנים אלו מגישי ההצעות זכאים לקבל החזר על ההוצאות שהיו כרוכות בהגשת המכרז על ידם.

ההתמודדות במכרז

- על כל אדם הניגש למכרז אסור לנסות להטות את ליבם של חברי וועדת המכרזים באמצעים פסולים.
- מותר לכל אדם לגשת למכרז ולהציע כל הצעת מחיר אמיתית שתגרום לו לזכות במכרז, גם אם הרשות מעסיקה כעת באופן זמני אדם אחר המעונין לזכות בתפקיד בקביעות, אלא אם כן אם ידוע למגישי ההצעות, כי מדובר במכרז למראית עין.

ביטול מכרז

- ביטול מכרז במקרה בו הרשות גילתה כי אין לה תקציב לבצע את ההתקשרות עם ההצעה שזכתה במכרז אינו מהווה בעיה מוסרית, אך עליה להשיב למגישי ההצעות את הסכומים שהוציאו לשם הגשת המכרז.
- ביטול מכרז אחרי פתיחת ההצעות ופתיחת מכרז חדש לאחר זמן מעלים חשד כבד לפגיעה בטוהר המידות ולפיכך החוק מתנה זאת באישור ראש הרשות ובנסיבות בהן מוכח שלא מדובר בהעדפה פסולה. אם אכן מדובר בהעדפה פסולה ביטול המכרז בטל ומבוטל והמכרז הראשון בעינו עומד.

פרק ב - חוזים

דיני חוזים בהלכה

רבות מפעולות הרשות המקומית נעשות באמצעות אנשים או חברות הפועלים עבורה. ההתקשרות עם אותם גורמים נעשית באמצעות חוזה.

ככלל, דיני חוזים על פי ההלכה שונים באופן מהותי מדיני חוזים המחייבים על פי החוק הישראלי[1]. פער זה קשה לגישור שכן ההלכה אינה מכירה בתקפותם של חוקי מדינת ישראל בתחום המשפט האזרחי הפרטי[2]. הפער נובע מהעובדה שההלכה בבסיסה מכירה רק בתקפותה של עסקה, דהיינו העברת רכוש מאדם לאדם[3], בעוד החוק הישראלי מכיר גם (ואולי רק)[4] בתקפותו של חוזה, קרי, התחיבות עתידית להתנהגות מסויימת[5]. מהבדל עקרוני זה נגזרות מספר השלכות:

א. אופן כריתת החוזה - ההלכה אינה מטילה חיובים כלשהם על הצדדים עד אשר יתקשרו ביניהם באמצעות קנין, מעשה פורמאלי המציין את גמירות דעתם של הצדדים לביצוע העסקה המתלווה להסכמת הצדדים, אשר מטרתו ליצור ולוודא[6], את קיומה של גמירות

---

1. בדיני חוזים על פי ההלכה, בהשוואתם לדיני החוזים על פי המשפט הישראלי, ובהנחיית אופן כתיבת חוזה על פי ההלכה עסקו בהרחבה ד"ר שילם ורהפטיג **"דיני חוזים במשפט העברי"**, הרב דוד בס במחציתו הראשונה של ספר כתר א', ובספר משפטי ארץ ד **"חוזים ודיניהם"**.
2. . בענין זה עסקנו בהרחבה לעיל א, נספח ב.
3. בנוגע לחוזה עבודה, המהווה לכאורה התחייבות להתנהגות ולא עסקה נחלקו הפוסקים האם הוא אכן יוצא מן הכלל. לדעת ה**תוספות** קידושין יז ע"א ד"ה חלה; **ש"ך** שלג, יז, שאין גופו של הפועל קנוי, מבאר **הנתיבות** רג, ז, שהסכם עבודה אינו אלא "התחייבות - שהפועל התחייב עצמו לעשות מלאכה". לעומת זאת לדעת **הריטב"א** בבא מציעא י ע"א; וראו **רמב"ם** מכירה יג, טו, שגופו של הפועל קנוי, יש לראות את ההסכם כעסקה בה הרכוש שעובר בעלות הוא העובד. ועיין באריכות בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה - כתר י** עמ' 61-63.
4. סעיף 1 **לחוק המכר** תשל"ח מכיר עקרונית בקיומה של עסקה שאינה מוגדרת כחוזה אולם מייד בסעיף הבא עובר החוק למושג "חוזה מכר", ואת כל חיובי המוכר והקונה מגדיר החוק הנ"ל כחיובים חוזיים.
5. כך הגדיר פרופ' גד טדסקי את המושג חוזה, **האנציקלופדיה העברית** "הסכם... שעל פיו מתחייב צד אחד כלפי השני להתנהגות מסויימת". התנהגות זו יכולה להיות מגוונת: התחייבות לפעולה, התחייבות להמנע מפעולה, התחייבות לשלם, התחייבות להסכים וכו'. גישה משפטית זו הופיעה לראשונה במשפט הרומי בראשית תקופת החשמונאים לפיה "הסכמים יש לכבד" (Pacta sunt servanda) ומאז התפשטה לכל גישות המשפט המערביות, פרופסור ראובן ירון, המשפט הרומי, ה**אנציקלופדיה העברית**. גישה זו אינה מקובלת על שיטות משפט שאינן מערביות כגון המשפט המוסלמי, עבודת הדוקטורט של הרב ד"ר איתמר ורהפטיג **"למהותו של החוזה במשפט העברי"** האוניברסיטה העברית ירושלים עמ' 329.
6. אלו הן שתי מטרות שונות של הקנין ואכן ניתן למצוא בדבר הבדלי נימות. להרחבה ראו הרב הרצוג **"פסקים וכתבים"** ט, חו"מ קיא; שלום אלבק **"יסודות בדיני הממונות בתלמוד"** עמ'

דעת מספקת לכריתת העסקה. ללא מעשה קנין לא קיימת מחוייבות של הצדדים לקיומו של החוזה, וממילא יכולים הם לחזור בהם מקיומו של החוזה. לעומת זאת התפיסה המקובלת במשפט הישראלי היא כי החוזה נכרת ברגע בו היה "מפגש רצונות" אשר נוצר באמצעות "הצעה" ו"קיבול" ללא כל מעשה פורמאלי[7].

ב. מהות ההתחייבויות - ההלכה אינה מכירה בתוקפה של התחייבות לביצוע פעולה. התחייבות שכזו נקראת בהלכה בשם "קנין דברים". קנין יכול לחול רק על רכוש ולא על התחייבות(למעט התחייבות בתשלום)[8]. לעומת זאת על פי חוק החוזים כל חוזה במהותו הינו הסכמה על ביצוע פעולה מסויימת אשר את קיומה ניתן לכפות על הצד השני, או לחילופין מקנה זכות לפיצוי על הפרתה.

בנוסף לכך קיימים הבדלים נוספים בין ההלכה ובין חוקי מדינת ישראל הנוגעים לתוכן החוזה:

ג. תנאים ואסמכתות – על פי הלכה הכללים על פיהם ניתן ליצור חיוב מותנה נוקשים למדי. הם נוגעים הן למהותו של התנאי והן לצורת ניסוחו המדוייקת[9]. בנוסף לכך ההלכה מגבילה מאד את האפשרות להשתמש במנגנון של קנסות מוסכמים על הפרת החוזה אותם היא תגדיר כאסמכתא[10], שאין לה תוקף מחייב בעוד החוק אינו מגביל זאת כלל.

192, שם צידד בכך כי הקנין **יוצר** את גמירות הדעת. לעומתו ראה זרח ורהפטיג **"מחקרים במשפט העברי"** עמ' 113 אשר צידד בכך כי הקנין **מוודא** את קיומה של גמירות הדעת.

7. כמפורט בחוק החוזים (חלק כללי) סעיף 1 (הדברים הוצגו בנוסח שונה במקצת במסגרת הקודיפיקציה בטיוטת חוק דיני ממונות סעיף 99 חלק משנה שני פרק שני). תפיסה זאת מקצינה עוד יותר לאור העובדה שבתי המשפט נוטים לחייב את מי שנהג במהלך המו"מ שלא בתום לב או ברשלנות כאילו הסכים לכריתת החוזה בתנאים אותם יכול היה הצד השני להשיג באותו פרק זמן. עיין למשל בפס"ד שכון עובדים נ' זפניק ע"א 829/80 וד"ר ש. רנר **"דיני חוזים מגמות והערכה"**. עוד על ההבדל בין ההלכה למשפט הישראלי בתחום החוזים עיין ב**כתר א'** במאמרו של הרב דוד בס פרק ב' הע' 91.

8. על פי רוב ככל הפוסקים התחייבות כספית לתשלום מחייבת, בהיותה יוצרת חוב ממוני, **שולחן ערוך** חו"מ מ, א; וכן התחייבות לספק מוצר ("קנין אתן") בה נחלקו הפוסקים האם מועילה ראו **שולחן ערוך** חו"מ רמה א; **רמ"א** שם, וכן האם ניתן לראות בה כהעברת בעלות על המוצר; **סמ"ע** שם, ב; **קצות החושן** שם, א; **נתיבות המשפט** רז, ב.

9. **קידושין** סא, ע"א: "ר' מאיר אומר כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי שנא'...אם יעברו...ואם לא יעברו ר' חנינא בן גמליאל או' צריך הדבר לאומרו..." להלכה פסק **הרמב"ם** אישות, ו, כר' מאיר המצריך את משפטי התנאים ומונה ארבעה כללים: תנאי כפול, תנאי קודם למעשה, הן קודם ללאו ותנאי שאפשר לקיימו. אמנם נחלקו הראשונים האם משפטי תנאים נדרשים גם בתחומים ממוניים, **רמב"ם** אישות ו,יד; שולחן ערוך חו"מ רמא יב; אהע"ז לח, ב, או רק בתחומים האיסוריים, השגות הראב"ד, שם. להלכה פסק השולחן ערוך, שם, כי ניתן להסתפק בתוספת משפט בסיומו של החוזה בו מודים הצדדים כי התנאים נעשו על פי דרישת ההלכה "וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקנינים העשויים כתיקון חכמים".

10. **אסמכתא – בעיה ופתרון**
הגדרתה המשפטית המדוייקת של האסמכתא מורכבת למדי ונתונה במחלוקת. יש האומרים כי אסמכתא הינה קנין עתידי הנעשה על תנאי, **רמב"ם** מכירה יא; **שולחן ערוך** חו"מ רז, ב,

ד. התחייבויות המנוגדות להלכה – אדם אינו רשאי להתחייב לבצע דברים האסורים על פי ההלכה. הדוגמה הנפוצה ביותר לכך היא איסור ריבית. התורה אינה מאפשרת לאדם לחייב או להתחייב בריבית[11], וכל התחייבות לריבית הרי היא כלא היתה[12], בעוד על פי החוק והמקובל, ריבית, והצמדה - שהיא סוג מסוים של ריבית, הינם מושגים שכיחים ונפוצים במרבית החוזים.

אופן כריתת חוזה על פי ההלכה

כפי שאמרנו ההלכה אינה רואה בעצם הסכמת הצדדים דבר מחייב כשלעצמו עד אשר יעשה קנין על ההתחייבות. אולם נראה כי גם חתימה על חוזה עונה על דרישה זו, למרות שאינה מובאת בגמרא כמעשה קנין אפשרי, וזאת מדין קנין "סיטומתא". הסיטומתא הינה מעשה אשר בני אדם מחשיבים אותו לקנין, ומכח הסכמת הציבור גם ההלכה מוכנה לתת

יג. יש אומרים כי גם קנין שאינו עתידי עשוי להיחשב לאסמכתא אם מימושו תלוי ברצונו של האדם **רש"י** סנהדרין כד ע"ב ד"ה אסמכתא; **תוספות** סנהדרין שם ד"ה כל; **רמ"א** שם, יג. ויש המצמצמים את הגדרת אסמכתא להתחייבות מותנית בקנס, **שו"ת הרשב"א** א תתקלג; **ספר החינוך** שמג.
למעשה גם את בעיית האסמכתא ניתן לפתור באמצעות תוספת בסיומו של החוזה לפיה כל הקנינים חלים ברגע עריכת החוזה "מעכשיו", **שולחן ערוך** שם, יד, היות וכך נפתרת בעית האסמכתא לדעת הרמב"ם שכן לא מדובר עוד בקנין עתידי, ובנוסף הודאה כי הקנין נעשה "בבית דין חשוב", **רמ"א** שם טו, היות וכך נפתרת בעיית האסמכתא לדעת התוספות, שכן בכך נפתרת בעיית גמירות הדעת שיצר האדם כאשר השאיר את השליטה בקיום התנאי בידו. יש לציין כי תוספת המשפט שהתנאים נעשו "דלא כאסמכתא" אין די בה בכדי לפתור את בעיית האסמכתא אם קיימת, אור זרוע מובא **בהגהות אשר"י** בבא מציעא ה, כט; **שולחן ערוך** שם, יח.

11. איסור ריבית נזכר פעמים רבות בתורה: **שמות** כב, כד: "אִם כֶּסֶף תַּלְוֶה אֶת עַמִּי אֶת הֶעָנִי עִמָּךְ לֹא תִהְיֶה לוֹ כְּנֹשֶׁה לֹא תְשִׂימוּן עָלָיו נֶשֶׁךְ"; **ויקרא** כה, לו–לז: "אַל תִּקַּח מֵאִתּוֹ נֶשֶׁךְ וְתַרְבִּית וְיָרֵאתָ מֵאֱלֹהֶיךָ וְחֵי אָחִיךָ עִמָּךְ: אֶת כַּסְפְּךָ לֹא תִתֵּן לוֹ בְּנֶשֶׁךְ וּבְמַרְבִּית לֹא תִתֵּן אָכְלֶךָ"; **דברים** כג, כ–כא: "לֹא תַשִּׁיךְ לְאָחִיךָ נֶשֶׁךְ כֶּסֶף נֶשֶׁךְ אֹכֶל נֶשֶׁךְ כָּל דָּבָר אֲשֶׁר יִשָּׁךְ: לַנָּכְרִי תַּשִּׁיךְ וּלְאָחִיךָ לֹא תַשִּׁיךְ...". **במשנה בבא מציעא** עה, ע"ב, מבואר כי איסורים חמורים אלו חלים הן על הלווה והן על המלוה: "ואלו עוברין בלא תעשה: המלוה והלוה והערב והעדים, וחכמים אומרים: אף הסופר, עוברים משום לא תתן ומשום אל תקח מאתו, ומשום לא תהיה לו כנושה, ומשום לא תשימון עליו נשך, ומשום ולפני עור לא תתן מכשול ויראת מאלהיך אני ה'". בראשונים מובא כי איסור זה חמור ביותר: "וכל הנותן ברבית נכסיו מתמוטטין וכאילו כפר ביציאת מצרים ובאלהי ישראל", **טור** יו"ד, קס.

12. **שולחן ערוך** חו"מ נב, א. יתר על כן, אם השטר אינו עושה אבחנה ברורה בין הקרן ובין הריבית הוא אינו מחייב אפילו ביחס לקרן, שולחן ערוך, שם. **הרמ"א**, שם, מביא מחלוקת ראשונים האם המתחייב בשטר צריך לשלם את הקרן בה הוא מודה, או שניתן להוכיח את קיומה באופן אחר, **ש"ך** שם, א, או שקנסו חכמים את המלווה שיפסיד אפילו את הקרן של ההלוואה **סמ"ע**, שם, א.

לו מעמד של קנין, למרות שאינו נזכר במקורות כקנין מקובל[13]. הסיבה שסיטומתא מועילה היא שמטרת מעשה הקנין היא גילויה ויצירתה של גמירות דעת, ואם כן אין זה משנה אם גמירות הדעת נוצרה כתוצאה ממעשה שנזכר בגמרא, או כתוצאה ממעשה שמוסכם בעולם שמשקף הוא גמירות דעת – אם גמירות דעת יש כאן קנין יש כאן[14]. בפוסקים מובא כי חתימה על חוזה בכתב, אפילו אין זו אלא חשבונית, או טופס הזמנה ממלאת דרישה זו והיא מחייבת על פי ההלכה מדין קנין סיטומתא[15]. כך כותב בשו"ת מהר"ש ענגיל [16]:

> אחד שהיו לו עצים להובילם מיער להבאהן (רכבת) והשווה את עצמו עם שני אנשים להוליכם להבאהן בשכר קצוב... ועשו 'שלאסצעטיל' (חשבונית) כנהוג...אף שלא התחילו המלאכה אפילו הכי לא היה יכול לחזור כיון שעשו 'שלאסצעטיל' והוא קנין סיטומתא... שהמנהג לקנות ב'שלאסצעטיל'.

יש לציין כי לדעת חלק מן הפוסקים קנין סיטומתא מועיל אף שלא נעשה מעשה ממשי כלל[17], אולם לדעת הרא"ש[18] את מעשה הקניין ההלכתי הקלאסי ניתן אמנם להמיר בדרכי קניין המשתנות מדור לדור, אך לא ניתן לוותר על הדרישה למעשה ברור, המובחן מן הדיבור שלעולם הוא ניתן לפרשנות כזו ואחרת. ויתור שכזה הוא 'מנהג גרוע', הנוגד מהותית את דרישת הקניין, וזה לשונו:

---

13. כך מסבירים רוב הראשונים את הגמרא במסכת **בבא מציעא** עד, ע"א: "אמר רב פפי משמיה דרבא האי סיטומתא קניא ...ובאתרא דנהיגי למיקני ממש קנו". מבאר **הרשב"א** שם; הובא **בנימוקי יוסף** מד ע"א, מדפי הרי"ף: "ושמעינן מינה כי המנהג מבטל הלכה וכל כיוצא בזה שבכל דבר שבממון על פי המנהג קונין ומקנין הילכך בכל דבר שנהגו התגרים לקנות קונין", **שולחן ערוך** חו"מ רא, ב. אין זה הסבר יחיד לסוגיא זו שכן **הריטב"א**, שם, מבאר כדעת רבו הרא"ה, כי לא מדובר בקנין חדש אלא בקנין סודר.
14. **תוקף קנין סיטומתא**
כך מסביר **בשו"ת חתם סופר** חו"מ, יב; יו"ד, שיד, ולכן מסיק כי קנין זה מועיל מדאוריתא. בכיוון זה ביאר גם **בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן**, רכה, והוסיף שאע"פ שמדינא דגמרא אין מעות קונות אם נהגו לקנות במעות חזר קנין מעות להיות מדאוריתא.
אולם **נתיבות המשפט** רא, א, חולק וסובר הקנין במהותו הוא מעשה פורמלי שנקבע ע"פ התורה ולכן רק הקנינים המובאים בגמרא מועילים מדאוריתא אך סיטומתא שאינה אלא ממנהג אינה מועילה אלא מדרבנן. ונראה כי לדעת הנתיבות יש להסביר את קנין סיטומתא באופן אחר ולומר כי אע"פ שמעשה זה אינו מועיל כקנין, שכן אינו עומד בקריטריונים של מעשי הקנין המקובלים, המנהג מהווה תנאי אותו מתנים הצדדים אשר מועיל לעצב את מעשה הקנין כרצונם, ולא עדיף תנאי של הצדדים מתקנת חז"ל.
15. לסקירה רחבה של כל הפוסקים המעניקים לחוזה תוקף מדין קנין סיתומתא ראה פרופ' רון ש. קלינמן **"דרכי קנין ומנהגי מסחר במשפט העברי"** עמ' 263-262.
16. **שו"ת מהר"ש ענגיל** א, פ.
17. **שו"ת הרדב"ז** א, פ.
18. **שו"ת הרא"ש** יב, ג.

סטומתא הינו דוקא שנעשה מעשה, כדפרש"י ז"ל, שרושמים על החבית. ואותו מעשה שעושין, הוי במקום סודר, אבל דיבור בעלמא, לא; אפילו אי נהוג, מנהג גרוע הוא, ולא אזלינן בתריה. .

על פי זה צריך לומר כי גם משלוח של הודעה בדואר אלקטרוני ("מייל") או מעשה שמשמעו הבעת הסכמה אשר נעשה באתר האינטרנט, כגון הקלקה או הקלדה, די בו בכדי להיחשב לקנין שכן נעשה כאן מעשה על ידי אחד הצדדים אשר ביטא את הסכמת שני הצדדים להתקשרות. לעומת זאת שיחה בעל פה לא תחשב לקנין מחייב והצדדים רשאים לחזור בהם*.

זאת ועוד, אם החוזה עוסק בהתקשרות לצורך מתן שירות הרי שאין צורך להסתמך על דין סיטומתא ואם זה עלה על הכתב ונחתם על ידי הצדדים ניתן להעניק לו תוקף מחייב מדין קנין שטר, המועיל בשכירות פועלים[19]. יש לציין כי שטר אינו חייב להיעשות כדיני שטרות ובחתימת עדים, אלא כל מסמך עליו חתומים העובד והמעסיק מעמדו כשטר ואין חתימת העדים מעכבת אלא לעניין גבייה ממשועבדים כפי שכותב הנודע ביהודה[20]:

הרי מפורש דקבלן בשטר אינו יכול לחזור בו, ובין שטר בעדים ובין שטר כתיבת יד הבע"ד ובחתימתו אין שום חילוק רק לענין פרעתי ולענין לטרוף ממשעבדי אבל לכל יתר הדברים אלימא מלתא דשטרא בחתימת ידו כמו שטר בעדים.

דיני חוזים ברשות המקומית

על אף האמור לעיל, ההלכה מתייחסת באופן שונה להתקשרויות אשר הרשות המקומית מהווה צד להן, ופוטרת אותן מהחובה למעשה הקנין, ועצם ההסכמה בין הרשות ובין היחיד מחייבת את שני הצדדים, גם ללא ביצוע מעשה קנין[21]. אולם ניתן למצוא בראשונים שתי נימות לעקרון זה.

---

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר סבור כי במסחר המודרני יש לקבל גם דיבור כמעשה קנין מחייב בתחומים בהם הדבר מקובל.

19. זו מסקנתו של רבי יוסף שטיינהרט רבו של המהר"ם בנט, מובאת ע"י חברו הרב יחזקאל לנדא **בשו"ת נודע ביהודה** מה"ק, חו"מ, ל, שהסכים עמו. כך נפסק גם **בפסקי דין רבניים** ב' עמ' 333, ועוד, כי חוזה הנחתם בין עובד ומעסיק מחייב את שני הצדדים באופן מלא. ראו בהרחבה בספרי "**דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**" כתר י עמ' 75 ואילך.

20. בתשובתו הנזכרת בהערה הקודמת; **שו"ת חלקת יעקב** יו"ד, עו: "כשיש שטר ביניהם ואף בלא עדים רק חוזה בחתימת ידו שוב לא שייך דינא דפועל חוזר". אם כי מ**שו"ת אגרות משה** חו"מ ב, כג, משמע שנסתפק בדבר, לכל הפחות לענין כניסה לשותפות: "והכא שנעשה החוזה ע"פ עו"ד בכח דיני המדינה וכולם חתמו **שאפשר** שהוא קנין מאחר דבדיני המדינה הוא קנין שאין צורך ליותר אף שלא נעשה בקנין סודר... או שנימא דעשיית החוזה בדיני המדינה אינו קנין ויכול לחזור בו...".

21. ראה פרופ' יחיאל קפלן, "אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי", **משפטים** כה, תשנ"ה, עמ' 377 ואילך.

המהר"ם מרוטנבורג[22] נשאל האם התקשרות בחוזה עבודה בין הקהילה ובין היחיד שלא נעשה עליה קנין מחייבת את הציבור, ותשובתו כי המנהג הוא שלא לדרוש קנין בהתקשרויות להן הציבור שותף, ובהן עצם ההתחייבות מחייבת את שני הצדדים:

> וששאלת, רבים שהשכירו מלמד אם יכולין לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא? הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר[23] כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד... ואפילו יחיד העושה ע"פ רבים אין יכול לחזור כגון נדר שנעשה ברבים או על דעת רבים[24] כ"ש רבים עצמם ולכך נ ה ג ו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין...

---

22. **הגהות אחרונות במרדכי** בבא מציעא, תנז-תנח. השאלה מופיעה בהגהות מרדכי כסדרת שאלות המיוחסות למהר"ם, ראו **כנסת הגדולה**, חו"מ הגהות ב"י, ב; חיד"א **בברכי יוסף** חו"מ יב, יב. אולם הן אינן מופיעות בקבצי תשובות אחרים של המהר"ם ואף אינן נחתמות בשמו של המהר"ם כדרכו בתשובותיו מה שמעלה ספק בדבר יחוסה למהר"ם, וכפי הנראה להלן, הרא"ש, תלמידו הגדול, חולק עליה. וראה במאמרו של פרופ' יחיאל ש. קפלן הנזכר עמ' 411 הע' 122 שערער על יחוסה למהר"ם. אולם למעשה אין לשאלת הזיהוי נפקא מינה שכן ההגהות מרדכי עצמן הינן מקור בר סמכא, אף שלדעת החיד"א ב**שם הגדולים** ספרים, מערכת ה, אות כד, כותב שלא ידוע מי חיברן, האם רבי שמואל שליטשטט, מגדולי חכמי אשכנז בדור שאחרי המגיפה השחורה, או חכם אחר בן אותה התקופה, שכן כפי שנראה להלן כל פוסקים הביאו תשובה זו להלכה. בהמשך הפרק נמשיך ונייחס שיטה זו למהר"ם.
23. כוונתו לגמרא **מגילה** כו, ע"א, המעניקה סמכות לטובי העיר למכור בית כנסת ולהורידו מקדושתו, סמכות שאינו ניתנת לאדם פרטי. יש להעיר כי לא ניתן להגיע מכאן למסקנה כי המכירה הנ"ל או כל עסקה אחרת אינה צריכה קנין אלא שבדרך כלל אין הזכות לבצע קנין מועילה לשם הסרת קדושת בית הכנסת ואילו כאשר נעשה המעשה על ידי רבים הדבר אפשרי.
24. כוונתו לגמרא **גיטין** לו, ע"א, שם אנו רואים כי נדר שנידר על דעת רבים לא ניתן להתירו. מכאן ניתן לראות כי למילים שנאמרו בפני הרבים ישנה משמעות מיוחדת. אולם, גם כאן יש להעיר כי לא ניתן להסיק מהלכה זו שמילים יוצרות גמירות דעת שאינה צריכה קנין, שכן נדר במהותו אינו צריך קנין, והכנסת הרבים לתמונה אינה אלא קביעה כי הפרת הנדר בעתיד תידרש את הסכמת הרבים.
כך הבין כנראה **הנתיבות** שלג, א, כאשר סייג את דברי המהר"ם להתחייבות כלפי מלמד תינוקות בלבד העיר: "ואפשר דדין זה אינו רק במלמד שהוא דבר מצוה, ודמי קצת לנדר שהודר ברבים ועל דעת רבים". אמנם יתכן כי הסתייגותו של הנתיבות אינה אלא מהפרשנות הרחבה אותה עושה הדרכי משה לדברי המהר"ם הנ"ל כאשר קובע כי ניתן לוותר על דרישת הקנין בכל שלשה אנשים שסיכמו עם פועל. נראה כי אכן מדובר בהרחבה ניכרת שכן מלשון המהר"ם נראה כי אין כוונתו לשלשה אנשים אלא לשלשה נציגי ציבור, ולא בא המהר"ם לומר אלא שאין צורך כי הסיכום יערך עם כל המליאה של שבעת טובי העיר שכך כותב בהמשך דבריו "ושלשה טובי העיר חשובים כמו כל העיר כדאמרינן פ"ב דמגילה בירושלמי וכל דבר תנאי וקנין די בג' טובי העיר... ומה שמצריך תלמוד ז' טובי העיר היינו דברים גדולים...". לדעת המהרש"ם **משפט שלום** רד, ט, כך יש להבין גם את דעת הרמ"א עצמו ובכך סרה ממנו תלונת הנתיבות.

כלומר חוזה שכרת הציבור עם אדם אחר מחייב אותו גם אם לא נעשה קנין, כאילו נעשה קנין[25].

יש שהבינו כי לדעת המהר"ם, כאשר הציבור מחליט דבר מה, הדבר מגיע מתוך שיקול דעת ולכן אמירתו מבטאת גמירות דעת. הבנה זו בעייתית שכן גם אם נאמר שהסכמת הציבור מבטאת את הגעתם לכלל גמירות דעת, אין הסכמה זו מחייבת את עובד הציבור הכורת עמהם הסכם, שהרי שום דבר לא גילה על גמירות דעתו. ואם עובד הציבור יכול לחזור בו מהסכמתו אם לא התלווה לה קנין, ממילא גם הציבור יכול לחזור בו שכן לא יעלה על הדעת כי הסכם כלשהו יחייב צד אחד בלבד[26]. לפיכך היו מן האחרונים שהתקשו לקבל את מסקנת המהר"ם[27]. אכן גם לדעת אותם האחרונים אם מדובר בשתי קהילות סיכמו ביניהן דבר מה, אזי מחייב הסיכום ביניהן כאילו נעשה עליו קנין[28].

אכן בהמשך דבריו מבקש המהר"ם לבסס את תוקף ההסכמה על מעמד טובי העיר המוכר מתחומים אחרים בהלכות הציבור:

---

25. הרב גורן, שביתת הרופאים לאור ההלכה, **אסיא** לט, עמוד 34, מבין כי משמעות העובדה שאין צורך בקנין היא כאילו נעשה קנין ממש, ולדעת הריטב"א וסיעתו אינו יכול לחזור בו, ומכאן מגיע למסקנה שכל עובד ציבור לא יכול להתפטר. לענ"ד הפריז הרב על המידה שכן סברת הריטב"א היא כי עשיית קנין נוסף במקום שאינו נדרש באה ללמד שכוונת הפועל לחייב עצמו באופן שלא יוכל לחזור בו, בעוד מדברי המהר"ם עולה רק שלמרות שלא נעשה קנין אפילו של תחילת מלאכה אנו רואים זאת כאילו נעשה קנין תחילת מלאכה אך לא מעבר לכך. אכן כל הפוסקים אשר הביאו את דעת המהר"ם הנ"ל לא כתבו שמי שנשכר ע"י הציבור לא יכול לחזור בו כמו כל פועל החוזר בו בחצי היום.

26. הגמרא **בבא מציעא** עז, ע"ב, אומרת ביחס לקנין קרקע בקנין כסף, שכאשר חלק מהתשלום התעכב כי "עייל ונפיק אזוזי - לא קני". כלומר, אם המוכר לא קיבל את מלא התשלום, והוא מתעקש על קבלת הסכום כולו, לא נעשה קנין. ומבאר **הרא"ש** שם, ו, ז, שאע"פ שמצידו של הלוקח אין כל מניעה לקיים את העסקה עצם העובדה שהמוכר עדיין רשאי לבטל את העסקה מאפשרת גם ללוקח לחזור בו דאין קניין לחצאין: "אנן סהדי דאדעתא דהכי לא מכר לו...ונתבטל המקח כנגד המעות שנתחייב לו עדיין, ומכאן ואילך אפילו לוקח יכול לחזור בו ונתבטל המקח לגמרי...ואין המקח קיים לחצאין". עקרון זה מובא להלכה גם בדברי **הנתיבות** קצה, א. מכאן מוכיח רבי יצחק אלחנן, **נחל יצחק** חו"מ, כב; **ערך ש"י** סו, א, כי בכל מצב בו עובד הציבור רשאי לחזור בו גם הציבור רשאי לחזור בו.

27. **בערך ש"י**, שם, הוכיח כן מפסיקות שונות בהן ניתן לראות שהאחרונים ובהם **שו"ת הב"ח הישנות**, יד; **שו"ת אמרי א"ש** יו"ד, צג, לא התחשבו בדעת המהר"ם ודרשו קנין גם מהציבור ונציגיו.

28. **ערך ש"י**, שם. ויש להסתפק האם הדין יהיה נכון גם ביחס לועד עובדים המסכם עם נציגי הציבור האם הסכמותיהם מחייבות גם ללא קנין, או שאין להשוות בין נציגי קבוצה מסויימת לנציגי הציבור כולו אשר הסכמתם תקפה כדין תקנות הקהל, כך משמע ב**משפט שלום** רד, ט, המובא לעיל.

ועוד ראיה דאין יכולין לחזור דלא גרע ממתנה דאם היו אומרים לאדם אחד אנו רוצים ליתן אינם יכולין לחזור דה"ל לגבי רבים מתנה מועטת דאמרי' בפ' הזהב מתנה מועטת אין יכול לחזור אפילו יחיד.

כלומר, מכיוון שההתחייבות שלוקח על עצמו הציבור מתחלקת בין רבים, ואינה מחייבת כל יחיד ויחיד בסכום גבוה נחשבת היא למתנה מועטת, אשר החוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו[29].

מקור נוסף עליו מבסס המהר"ם את דעתו לקוח מדיני נדרים:

ובשלהי מסכת שבועות קאמר דנעשה נדר וכל החוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו.

בעקבות מקור זה יש מן האחרונים שהבינו כי הבסיס לחיוב הציבור בשל אמירתו הוא מדין נדר שנידר על דעת רבים, ואם כן אין לוותר על הצורך בקנין אלא אם הציבור התחייב לעובד על מנת שזה יעשה עבודות הכרוכות בעשיית מצוה[30].

אולם נראה שעל אף מקורות אלו המהר"ם בוחר להשאיר זאת בגדר של "מנהג". הסיבה לכך היא שככל הנראה שאף אחד מן המקורות אינו מחייב את קיומו של המנהג, אלא שניתן להגיע מהם למסקנה כי רוח ההלכה תומכת בקיומו של המנהג לפיו התחייבויות שנעשו עם הציבור אינן חייבות בקנין היות ומדובר בהנהגה מוסרית ראויה[31].

אולם, מעיון בדברי הרא"ש נראה כי התמונה מורכבת יותר. מצד אחד כאשר נשאל[32] האם ישנו תוקף להתחייבות בעל פה של נציגי הציבור להמנע מגביית מס מאדם מסויים תשובתו היא:

---

29. לפי טעם זה כל שותפות גדולה גם כן תקבל מעמד של ציבור לענין העדר הצורך בקנין. כך אכן נראה ממסקנת בית הדין בתל אביב, **פסקי דין רבניים** ו, עמ' 163 ואילך, המעניקה להתחייבות מוסד ציבורי לאכסן אדם פגוע מעמד של התחייבות הרבים המחייבת ללא קנין, נראה שלא הגבילו את המושג רבים לציבור הכללי. אולם קשה לומר כן שכן נימוק זה אינו יכול אלא לומר שהחזרה אינה מוסרית אך לא למנוע אותה ברמה המשפטית. לפיכך נראה שאין לראות בכך קביעה תקדימית בענין הגדרת המושג ציבור שכן דברי בית הדין בנקודה זו מצטרפים כסניף לשיקולים נוספים לחייב את המוסד.
30. **נתיבות המשפט** שלג, א.
31. הלכה זו מובאת בגמרא **בבא מציעא** מט ע"א, ועוד, שקובעת כי התחייבות בעל פה לתת מתנה אינה מחייבת אפילו מבחינה מוסרית אלא אם כן מדובר במתנה מועטת שאז החוזר בו מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו. על אף שמקור זה הינו המקור הרלוונטי ביותר לא ניתן להסיק ממנו מסקנה מחייבת המאששת את המנהג הן בשל העובדה שהוא כלל אינו עוסק בהתחייבות של היחיד כלפי הציבור, והן בשל העובדה שהוא אינו מחייב מבחינה משפטית אלא רק מבחינה מוסרית. אמנם ממקור זה ניתן להסיק מסקנות בנוגע לחובה המוסרית לקיומה של הבטחה שהבטיחו נציגי הציבור ליחיד ועיין להלן בענין הבטחה מנהלית שם הרחבנו בדבר.
32. **שו"ת הרא"ש** ו, יט; כא.

מנהג פשוט הוא, מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, שריר וקיים הוא בלא קנין. ובכל תקנות הקהל, שמתקנין על יחידים ועל רבים ומסיעין על קיצותם, כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו.

הרא"ש מבסס את דבריו על כך שתקנות הציבור אינן צריכות קנין לשם אישרורן[33], והסדר מס שנעשה עם אדם מסויים דינו כהחלטה ציבורית שאינה צריכה קנין. יש לציין כי בכלל הויתור על דרישת הקנין[34], נכלל גם ויתור על דרישות נוספות הנדרשות אצל אנשים פרטיים[35], כגון האפשרות להתחייב לדבר שלא בא לעולם[36] וכפי שכותב הרשב"ש[37]:

עוד שאלת. צבור שדרכם להסיע על קיצותם ולמכור חק מחקי העזר להעזר בו כדרך הנהוגה בכל הקהלות והיה המנהג למוכרו לשנה ומכרוהו לארבעה שנים ורוצים לחזור בהם אם יכולין לחזור בהם או לא. תשובה. כבר כתבו הרא"ש ז"ל והרשב"א ז"ל בתשובותיהם דאלים כחא דצבורא בלא קנין כיחיד בקנין. ואני סמכתי דבריו בתשובתי דמשום הפקר ב"ד נגעו בה, אם כן צבור אפילו בלא קנין ובדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם מכירתם מכירה...

צא וראה בכל הקהלות הקדש איך הם מתנהגים בענין זה שלעולם אינם חוזרים לא משום דבר שלא בא לעולם ולא משום הונאה, ועל כל כיוצא בזה אמר הירושלמי כל הלכה שהיא רופפת בידך ראה איך הצבור נוהגים ונהג כמותם...

---

33. כפי שכותב רבנו תם בתשובה הובאה **במרדכי** בבא קמא קעט; המהר"ם בתשובה המובאת **במרדכי** בבא קמא, קעו; בבא בתרא, תפא. וראה **בביאור הגר"א** קסג, ט, קג, המבאר על פי דעות אלו את דעת הרא"ש הנ"ל. הראשונים הללו מבססים את סמכות הרבים לתקן ללא צורך בקנין על פי העקרון "הפקר ב"ד הפקר" והעקרון אותו טבע פעמים רבות ב**שו"ת הרשב"א** ג, תיא; תיז; ה, קכו; ז, תצ, **שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן** סימן רפ, לפיו לציבור ביחס לאנשי עירו ישנו מעמד המקביל למעמדו של ב"ד הגדול ביחס לכלל ישראל. לדעת **שו"ת מהרי"ק** קפא, קיים נימוק נוסף לחריגה משפטית זו והיא דרכי שלום: "שהסכמת הרבים דרכי ה' דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום ולכך אמרו שיהא דבריהם קיימין בזמן שכולם היו בהסכמה ובאגודה אחת ולא יוכל אחד מהם לחזור בו ולהרוס מצב האמת והשלום".

34. הכולל גם פתרון לבעיית "קנין דברים" שנתבארה לעיל וראה **פסקי דין רבניים** ו, עמ' 178-179.

35. לדעת **שו"ת הרשב"ש**, ריא (ר' שלמה בן ר' שמעון דוראן), ניתן לוותר גם על דיני הראיות ולקבל עדות קרובים בענינים הנוגעים לציבור.

36. והוא הדין למגבלת הקנין הקיימת בדבר שאינו קצוב, ראה **שו"ת מים עמוקים** ב, סג, וכן למגבלת האסמכתא בהסכמות שנעשו על תנאי, ראה **שו"ת מבי"ט** ג, רכח; **פסקי דין רבניים** ו עמ' 171.

37. **שו"ת הרשב"ש** קיב, תקסו. **שו"ת המבי"ט** ג, קנג; ב, עט; **שו"ת מים עמוקים** ב, סג, ד"ה ועוד נראה. וצ"ע בדברי אביו, **שו"ת התשב"ץ** (ב, טז, אשר דרש קנין בהתחייבות בין קהילות הנוגעת לענייני כפל מס.

לעומת זאת כאשר נשאל הרא"ש[38] האם ישנו תוקף להסכם בין הקהילה עם יחיד שלא נעשה עליה קנין תשובתו שונה בתכלית:

> ועל הסכמה שבין הקהל ובין אביך ולא היה בה קנין. דע, שכל עסק ממון שבין אדם לחברו בלא קנין, דברים בעלמא, ישנו בחזרה חוץ ממוחל ממון לחברו, דלא בעי קנין.

תשובות אלו של הרא"ש סותרות לכאורה[39] אולם בהשקפה שניה, ניתן לראות כי ההבדל בין תשובות הרא"ש ברור, אין כל סתירה בדבריו והרא"ש מבטא עמדה עקבית: היות והויתור על הדרישה לקנין מבוסס על כך שהחלטות שלטוניות אינן צריכות קנין[40], הואיל ובבסיסן הן חד צדדיות, יש לצמצמו רק להתחייבויות של הציבור אותן ניתן לראות כחלק משימוש או מהמנעות משימוש בסמכות השלטון, כמו ההמנעות מגביית מס. אולם בפעולות בהן הציבור פועל מול היחיד שלא במסגרת סמכותו השלטונית, כגון במכירת או קניית נכס[41] או שירות[42] על ידי הציבור, אין לראות בציבור אלא שותפות עסקית שאינה פטורה מכללי ההלכה המחייבים[43] ביצוע של קנין[44].

תפישה זו שונה מהותית מתפישתו של המהר"ם היות ולדעתו השאלה האם יש צורך בקנין אינה תלוית מנהג, יהיה ראוי וטוב ככל שיהיה, אלא תלויה בשאלה האם הציבור פעל במסגרת סמכותו השלטונית או כשותפות עסקית. אעפ"כ, יתכן כי גם על פי תפישתו

---

38. **שו"ת הרא"ש** ו, ה.
39. הראשון להצביע על הסתירה לכאורה בדברי הרא"ש הוא ככל הנראה רבי אהרן פרחיה, **שו"ת פרח מטה אהרן** ובעקבותיו המהרשד"ם **משפט שלום** רד, ט, המחלק בין מנהג למנהג, **שו"ת מים עמוקים** שם.
40. למסקנה זו מגיע גם הרב ד"ר איתמר ורהפטיג (בספרו: **ההתחייבות - תוקפה, אופיה וסוגיה** ירושלים, תשס"א – 2001 עמ' 402) "אנו חורגים מתחום המשפט הפרטי, ורואים בכל חוזה של קהל מעין תקנה...שהיא משוחררת ממגבלות המשפט הפרטי".
41. שכפי הנראה לכך התכוון הרא"ש בתשובה השניה אליה ציינו.
42. כך כתב גם ב**שו"ת מהרי"ל** החדשות, קעח. כאשר נשאל על מישהו שנשכר על ידי פרנסי הציבור על מנת שישמש טוען רבני עבורם ולאחר מכן חזרו בהם האם זכאי הוא לפיצוי. השואל ביקש לחזק את טענת התובע בכך שנעשה קנין סודר על השכירות. על כך עונה המהרי"ל כי בקנין זה אין ממש היות ו(לשיטתו) קנין סודר אינו מועיל בשכירות פועלים "וא"כ ה"ל קניין דברים בעלמא". כלומר למהרי"ל פשוט שלמרות שמדובר בציבור - דרישת הקנין על כל דקדוקיו עומדת במלא תקפה.
43. יש לציין כי הרא"ש אינו טוען כי אם יהיה מנהג לוותר על דרישת הקנין גם בתחומים אלו יהיה המנהג <u>מנוגד</u> להלכה, אלא שהוא <u>אינו מחוייב</u> על פי ההלכה, ולמעשה הוא, בניגוד למהר"ם, אינו מכיר מנהג שכזה.
44. כן כתב **בשו"ת בית יצחק** חו"מ סא, ג(רבי יצחק שמלקיש, גליציה המאה ה – 19, מגדולי הפוסקים בגליציה וממקימי תנועת 'המזרחי') ליישב באופן זה בין תשובותיו של הרא"ש. יש להעיר כי קיומה של אבחנה זו בין פעולותיה השונות של הרשות נתון במחלוקת בין המשפטנים ראה ד"ר אליהו וינוגרד **"דיני רשויות מקומיות" ב** עמ' 636; פרופ' דניאל פרידמן "תחולתן של חובות מן המשפט הציבורי על רשות ציבורית הפועלת במישור הפרטי", **משפטים**, 5.3, עמוד 598.

של הרא"ש, ניתן לראות מגוון של הסכמים בין היחיד ובין הרשות המקומית, כהסכמים אותם עושה הרשות במסגרת אחריותה וסמכותה השלטונית, ואין צורך לצמצם את ההסכמים הפטורים מגדרי הקנין לתחומי המיסוי בלבד. לדוגמא, אם נניח כי אחד מתפקידיה של הרשות הוא לדאוג למערכת חינוך, אזי ניתן לראות בהתקשרות בינה ובין המלמד כהתקשרות שלטונית המחייבת הן את הרשות והן את המלמד גם אם לא נעשה קנין וגם בדברים עליהם לא חל קנין[45]. כשם שיכולים הציבור לחייב אדם לשלם מסים כך יכולים הציבור לחייב אדם לעבוד עבורם ולהתחייב כנגדו לשלם את שכרו מקופת הציבור, שכן לנציגי הציבור יש סמכות כשל בית דין[46] המוסמך גם להפקיר ממון[47].

אולם על כל פנים, במקרים בהם הציבור ונציגיו פועלים מול היחיד כשותפות עסקית אין להסכם הנכרת עמם תוקף מחייב עד שיעשה קנין[48], ובגדרי קניינים, ודינם ככל אדם פרטי[49].

השולחן ערוך[50] אינו מביא את דברי הרא"ש כלל, וגם מדברי המהר"ם אינו מביא[51] אלא את ההלכה כי הבטחת הציבור למתנה מרובה מחייבת את הציבור מבחינה מוסרית, כמו

---

45. הרב יצחק אלחנן ספקטור, **נחל יצחק** חו"מ, כב.
46. יש להעיר כי ביסוס דעה זו על הגדרת נציגי כבית דין מגבילה את השימוש בה למקרים בהם הציבור ונציגיו אינם נוגעים בדבר ואינם נהנים באופן אישי מעבודה זו. לכן, מסביר הנחל יצחק, פסק המהר"ם שבמלמד שאין נציגי הציבור נהנים הנאה ממשית מעבודתו הסכמת הציבור מחייבת גם את הציבור וגם את המלמד, ובעקבותיו פסק **בשו"ת הרמ"א**, נ, כי הסכמת הציבור לקבל רב מחייבת גם ללא קנין, מאידך גיסא רבים שהתארגנו לקנייה מרוכזת, או ששכרו אדם ממנו נהנים באופן אישי גם נציגי הציבור, אין להם דין רבים.
לאור עקרון זה צריך לומר כי כאשר עובד ציבור הגיע להסכמה על חוזה אישי עם נציגי הציבור אזי אם לנציגי הציבור יש נגיעה אישית בדבר חייב להעשות קניין אולם אם אין להם נגיעה אישית מחייבת ההסכמה ביניהם גם אם לא נחתם חוזה בין הצדדים. יש להעיר כי כמובן שלגודל הציבור ישנו משמעות שכן אם אנו עוסקים בנציגי משרד ממשלתי הסוגרים חוזה עם עובד ציבור אזי בד"כ אין הם נוגעים בדבר שכן הוא לא משרת אותם באופן אישי. מאידך אם מזכירות ישוב סוגרת חוזה עם עובד בישוב סביר כי הם נוגעים בדבר שכן הם מתגוררים בישוב ונהנים משרותיו.
47. **רמ"א** חו"מ, לז, כב.
48. ולו בשל העובדה שהיחיד מולו נעשתה ההתקשרות רשאי לחזור בו עד שלא נעשה קנין, וכיוון שהיחיד רשאי לחזור בו גם הציבור רשאי לעשות כן, הרב יצחק אלחנן, **באר יצחק** יו"ד, ג.
49. לכן שונה דין זה מהנהוג במשפט הרומי בימי הביניים, כפי שפירשו המלומד ברטולוס, פרופ' קפלן, אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי, **משפטים** כה, תשנ"ה, עמ' 430, לפיו כל סוג של חוזה שנחתם עם הציבור מחייב את היחיד כאילו היה חוק.
50. **ערך ש"י** סו, א; **שו"ת הב"ח הישנות**, יד; **אמרי א"ש** יו"ד, צג.
51. וזאת למרות שב**בית יוסף** חו"מ שלד ,ד(ב), מביא את דבריו ואף אינו מציין כי מדובר במנהג.

מתנה מועטת שהובטחה על ידי יחיד[52], ויתכן לומר כי סבר שדבריו אינם מחייבים אלא משקפים מנהג טוב ותו לא[53].

לעומת זאת הרמ"א מביא במספר מקומות הן את פסיקת הרא"ש כי החלטה שלטונית ביחס ליחיד אינה צריכה קנין[54], והן את המנהג, אותו מביא ומחזק המהר"ם, לפיו כל התקשרות בין הציבור ובין היחיד פטורה מחובת הקנין ומחייבת הן את הציבור[55] והן את היחיד[56]. לדעת מרבית האחרונים[57] פסיקותיו מבטאות עמדה אחידה ומחייבת, לפיה כל התקשרות חוזית של הציבור, אשר באמצעותה מבקשים נציגי הציבור למלא את תפקידם הציבורי פטורה מן הדין[58] הן מדרישת הקנין והן מכל דרישה פורמאלית אחרת הנדרשת לשם קיומו של קנין.

השתחררות מחוזה על ידי הרשות המקומית

מסקנתנו אם כן היא כי התקשרות בין הרשות ובין אדם פרטי אשר באמצעותה מבקשים נציגי הציבור למלא את תפקידם הציבורי, פטורה מקנין ומיתר המגבלות אותן מטילה ההלכה על התקשרויות חוזיות. משמעות הדבר היא, כי ההתקשרות מחייבת את שני הצדדים באופן שהם אינם יכולים לחזור בהם. יתר על כן, בראשונים מובא כי יכולת הציבור לחזור בו מוגבלת עוד יותר מיכולתם של אנשים פרטיים, אפילו עשו קנין כדין. כך כותב למשל הרשב"ש[59]:

---

52. **שולחן ערוך** חו"מ רד, ט.
53. לדעת **ערוך השלחן** חו"מ כב, ז, כך יש להבין את דברי המהר"ם, ולכן גם דברי הרמ"א שהביא את דברי המהר"ם משקפים מנהג טוב שהיה בעבר אך נתבטל עם הזמן אינם מחייבים למעשה. יש להעיר כי מבחינה הסטורית גם המהר"ם וגם הרמ"א חיו בתקופה בה לקהילה באירופה היתה מבחינה חוקית אוטונומיה ניהולית ושיפוטית ופסיקה זו היתה רלונטית עבורם, בעוד ערוך השולחן חי בשלהי העידן המודרני אחרי מכלול של מהפכות ושינויים אשר פירקו את הקהילות היהודיות מכחן הסמכותי ונטלו מהן את עוצמתן ועצמאותן המשפטית, ופסיקה זו, בפרשנותה המחייבת, איבדה את משמעותה המעשית, עד להקמתה של מדינת ישראל.
54. **רמ"א** חו"מ קסג, ו.
55. **דרכי משה** חו"מ שלג, ה; **שו"ת הרמ"א**, נ.
56. **רמ"א** חו"מ כב, א.
57. **סמ"ע** כב, יב; **ש"ך** שם, יא; **רע"א** על השולחן ערוך שלג, א; **נתיבות המשפט - חידושים** יא, וצ"ע מדבריו ב**ביאורים** שלג, א שהובאו לעיל; **נחל יצחק** חו"מ, כב; **פסקי דין רבניים** ו, עמ' 163.
58. כפי שעולה מלשון **שו"ת הרמ"א** נ, הפוסק את דעת המהר"ם באופן נחרץ: "כתב המרדכי שם על רבים ששכרו מלמד ורצו לחזור דאינן יכולין לחזור אפילו קודם שהתחיל במלאכה, דכל דבר הנעשה ברבים או ע"י שלשה טובי העיר לא שייך בחזרה והאריך שם בזה, הרי דאין לזה חזרה". כך נראה גם מדברי הסמ"ע והש"ך, הנזכרים לעיל; **גר"א** כב, יא; קסג, קג, הקושרים בין פסיקת הרמ"א את דברי הרא"ש ובין פסיקתו את דברי המרדכי ואינם מבחינים בין פעולות שונות או בין מנהג והלכה.
59. **שו"ת הרשב"ש**, תקסו . חלקה הראשון של התשובה הובא לעיל, נביא כעת את חלקה השני.

צא וראה בכל הקהלות הקדש **איך הם מתנהגים** בענין זה שלעולם אינם חוזרים לא משום דבר שלא בא לעולם ולא משום הונאה... **ועוד** שנעשה כאומר להם על מנת שאין לכם עלי אונאה. **ועוד** שגנאי הוא לצבור לומר מוטעים היינו, דאי אפשר דליכא חד מנייהו דגמיר, ומסתמא גמירי וידעי אפילו יש בו הונאה, **ואלים כחא דצבורא** ככח ב"ד, ואם באנו לבטל מכירתם אם כן מה כח בית דין יפה. .

רשב"ש תומך את מסקנתו על ידי ארבעה טיעונים[60]: האחד, המנהג המקובל שאין הציבור חוזר בו. השני, כתוצאה מן המנהג נוצר תנאי מכללא שהמתקשר עמהם יצר את ההתקשרות על דעת שהרשות לא תחזור בה, גם אם יווצרו נסיבות בהן יחיד היה יכול לדרוש את ביטול ההתקשרות. השלישי, אינו תלוי בקודמיו, והוא, שלא תיתכן טעות אצל ציבור שכן בכחו של הציבור ונציגיו להתייעץ ולקיים דיון נרחב ומעמיק שאינו מותיר מקום לטעות. הרביעי, והוא אולי החשוב ביותר, ומבוסס על היסוד המעניק תוקף לעצם ההתחייבות: כפי שראינו לעיל, התוקף של התחייבות הציבור, מבוסס על היות מושא ההתחייבות נתון לסמכותו ואחריותו השלטונית של הציבור, וכשם שהציבור רשאי לקבל החלטות שלטוניות ללא מגבלות המשפט הפרטי כגון בויתור על הדרישה למעשה קנין, כך הציבור רשאי להתחייב לאדם אחר ללא מגבלות המשפט הפרטי. לכן גם כאשר הציבור מבקש לחזור בו מהתחייבותו הוא אינו יכול "לנצל" את המשפט הפרטי (כגון טענות אונאה וטעות[61]) ולחזור בו מהחלטותיו שכלל לא התבססו על עקרונות משפטיים אלו.

מאידך גיסא, מאותו הטעם בדיוק, אם יתברר כי חוזה מכל סוג שהוא, שנעשה עם אדם מסויים לא זו בלבד שמלכתחילה לא נעשה לטובת הציבור, אלא שפוגע הוא באינטרס

---

60. ראה הרב עדו רכניץ והרב ד"ר ירון אונגר **"חובתן של רשויות ציבוריות לעמוד בההתחיבויותיהן החוזיות על פי המשפט העברי"** (פורסם ברשת: http://www.dintora.org/article/405). במאמר זה מבחינים הכותבים בשלשה טיעונים אולם כפי שנראה הטיעון הרביעי עומד בפני עצמו.

61. כיוצא בדבר כתב הראנ"ח **בשו"ת מים עמוקים** חו"מ, סג, שנשאל בעניין יורש שנתן לציבור סכום מסויים מתוך ירושה שירש, וקיבל תמורתה פטור ממס. לאחר זמן, התברר לציבור שטעה בהערכת שווי הירושה, שכן אומדן נכון של כלל נכסי היורש אחרי קבלת הירושה היה אמור לחייב אותו במס גבוה יותר מהסכום אותו נתן. לפיכך ביקש הציבור לבטל את ההסכם ולקבוע שומת מס חדשה.

בתשובתו, דוחה הראנ"ח את טענות הציבור ואומר כי היות והויתור על דרישת הקנין בכל עניני הציבור, ובפרט בעניני מיסים, נובע לדעת הרא"ש מסמכותו של הציבור ש"מסיעין על קצתם" - אין הם יכולים להסתמך על היות הסכמתם בטעות, שכן החלטות הציבור אינן מעשה משפטי שניתן לבטלו בטענת טעות, כגון קנין, שליחות, או אפילו פסק דין הניתן בבית דין "לאו כל כמיניהו שכיון שאמדוהו בכך אפי' נמצא שיש לו יותר אינו פורע אלא לפי מה שאמדוהו אותם שהיה האומדנא תלוי בדעתם. ואף על גב דטובי הקהל יראה לכאורה דלא הוו אלא כשלוחי הקהל ושליח שטעה שליחותו בטל דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ואפי' תימא דטובי הקהל הוי כב"ד... ותנן שום הדיינים שפחת שתות או הותיר שתות מכרן בטל... מ"מ כבר כתב מהר"ם ז"ל בתשובה שכל מה שטובי הקהל עושים אפי' שעוברין אינו חוזר".

הציבורי כגון שהוא מגביל את הרשות המקומית מלפעול לטובת הציבור[62], הרי שחוזה זה בטל ומבוטל[63]. הסיבה לכך היא שחוזה שלא נעשה במסגרת אחריותו השלטונית של הציבור חלים עליו דיני המשפט הפרטי. על פי דינים אלו הרשות שימשה כשליחת הציבור, ולפיכך חלים עליה דיני השליחות הקובעים כי במקרה בו השליח פעל בניגוד לאינטרסים של משלחו השליחות בטלה ואין תוקף להתחייבויותיו ולמעשיו של השליח שנעשו במסגרת שליחותו[64].

"הלכת ההשתחררות" במשפט הישראלי ובהלכה

בבתי המשפט בישראל[65] מקובלת הפסיקה לפיה אין דינה של התקשרות חוזית של הרשות הציבורית כדין התקשרות חוזית רגילה. פסיקה זו מכונה בשם "הלכת ההשתחררות". "הלכה" זו מכירה בזכותה של הרשות המקומית[66] או המדינה[67] להשתחרר מקיום חובותיה החוזיות[68] כאשר אלו מתנגשות עם חובתה הציבורית.

---

62. לדוגמא: אדם פנה לרשות המקומית וביקש ממנה רשות להשתמש במבנה של הרשות לצרכיו הפרטיים לתקופת זמן בלתי מוגבלת. הרשות אישרה זאת ולאחר מספר שנים התברר כי הרשות צריכה כעת את המבנה לצרכים ציבוריים. במקרה זה ברור כי הקצאת הנכס לטובת האדם לא נעשתה במסגרת אחריותה הציבורית של הרשות, ולאחר מכן התברר כי היא פוגעת באינטרס של הציבור הצריך את המבנה לצרכיו.
63. וזאת מבלי להזדקק להלכת ההשתחררות בה נדון להלן שכן זו עוסקת ביכולת של הרשות להשתחרר מחוזה בעוד בנידון דידן החוזה בטל מעיקרו שכן מתברר כי מלכתחילה הוא עמד בניגוד לאינטרס הציבורי. זוהי גם עמדת בתי המשפט בישראל הקובעים כי הסכם שנכרת בין הרשות המקומית ובין אדם פרטי הנוגד את האינטרס הציבורי בטל ראה ד"ר אליהו וינוגרד, **דיני רשויות מקומיות,** עמ' 635, 984.
64. **שו"ת מים עמוקים**, שם: "דטובי הקהל יראה לכאורה דלא הוו אלא כשלוחי הקהל ושליח שטעה שליחותו בטל דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי". אמנם למעשה הראנ"ח דוחה סברא זו, אך כפי שהסברנו הדבר נעשה בשל העובדה שטובי הקהל פועלים מתוקף אחריותם וסמכותם הציבורית, אולם כאשר מדובר בחוזה שלא נעשה במסגרת אחריותם הציבורית, שבים ונידונים טובי העיר כשליחי ציבור, על כל המשתמע מכך.
65. הלכת ההשתחררות הורתה במשפט האנגלי, William Cory & Son Ltd. v. City of London Corporation; (1951) 2 All E.R. 85; (1951), 2 K.B. 476; (1915), 2 T.L.R. 174; 115 J.P. 371: 95 Sol. Jo. 465; (1951), 1 Lloyd's Rep. 475. ולידתה במתכונת המקובלת פחות או יותר במדינת ישראל, במשפט האמריקאי, Hudson County Water Co. v. McCarter; (1908); Stone v. State of Mississippi; (1879); Cincinnati v. Louisville & N. R. Co.; (1911).
66. בג"צ 30/51, **י. בלבן, ו-3 אח' נגד עירית תל-אביב, ואח'**; פד"י, כרך ו, תשי"ב/תשי"ג-1952, ע' 257.
67. בג"צ 311/60 **מילר נ' שר התחבורה** פ"ד טו 1989.
68. ובלשון השופט זוסמן (בפס"ד מילר הנזכר לעיל): "החוזה תופס, אך אכיפתו מוגבלת, שבידי המדינה הרשות לבטלו, כל אימת שצרכיה החיוניים שלה יחוייבו את ביטולו. צרכים אלה גוברים על קדושת החוזים".

לכאורה אין מקום ל"הלכה" זו במסגרת ההלכה, שכן זו האחרונה לא זו בלבד שאינה מקילה על הציבור בהשתחררות מהתחייבויותיו, אלא שמחמירה היא על הציבור יותר מכל אדם פרטי ומחייבת אותו לעמוד בהתחייבויותיו אף שנעשו ללא קנין, ואודות דברים בהם לא ניתן כלל לעשות קנין.

אמנם יש המעניקים תוקף הלכתי להלכת ההשתחררות מכיוון שזהו הדין הנוהג במדינת ישראל, כמעט מאז הקמתה, ולפיכך כאשר היחיד מתקשר עם הרשות המקומית בחוזה הוא מודע לעובדה שזו עשויה לפנות לבית המשפט ולבקש להשתחרר מהתחייבויותיה כלפיו, והתקשרותו עמה נעשתה על דעת כן. לדבריהם, יש כאן מעין תנאי מכללא להתקשרות ולפיו תוכל הרשות להשתחרר מהתחיבותה במקרים מסויימים, בתמורה לפיצוי נאות[69]. אולם קשה לקבל סברא זו שכן השימוש בהלכת ההשתחררות אפילו בבתי המשפט נדיר ביותר[70], וגם שם נתון הוא לפרשנויות שונות[71], ולפיכך אין לו תוקף של מנהג מחייב[72].

אולם דומני שניתן להעניק תוקף מוגבל להלכת ההשתחררות מסיבה אחרת הנעוצה בדברים אותם הבאנו לעיל בנוגע לחובת הקנין בהתקשרויות להן הציבור מהווה צד. הסיבה אשר בגינה פטרנו את הרשות מחובת קנין בהתקשרויות בהן הוא מבקש למלא את תפקידיו השלטוניים, היא השימוש בסמכות הציבור לשם יצירת התקשרות, כתחליף למסלול הקנייני המקובל בין אנשים פרטיים. השימוש בסמכות הציבור הוא הגורם לכך שלא יחולו על התקשרות זו כל הכללים החלים על התקשרויות קניניות, ובכללם החלתה על דבר שלא בא לעולם מחד, ושלילת טענת אונאה מאידך. כיון שכך, הרי שניתן לאפשר לציבור, כאשר השתנו הנסיבות, לממש את סמכותו ולחזור בו מההתקשרות. במילים אחרות ניתן לומר, כי בתחומים בהם ההתקשרות מבוססת על סמכות, כגון הסכמים אותם עושה הרשות בדבר הגבלת יכולתה להפקיע קרקע, או צמצום היקפי המיסוי, הרי

---

69. זוהי מסקנתם של הרבנים עדו רכניץ וירון אונגר במאמרם הנזכר לעיל.
70. ראה סקירתה של שופטת בית המשפט העליון דפנה ברק ארז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" (בתוך **המשפט** יא 2007 עמ' 122) שכתבה כי "תקדימיו של בית המשפט העליון בסוגיא חשובה זו הם ספורים ונדירים יחסית...".
71. בית המשפט העליון ברצותו מרחיב אותה (בפס"ד בלבן) וברצותו מקצר את מוטת כנפיה (בפס"ד מילר) (נזכרו לעיל).
72. כך כתב **בשו"ת הריב"ש**, תעה, כאשר באים לדון על פי מנהג "צריך שיהיה המנהג ברור לפטור אם בהסכמת הקהל או שנהגו כן משנים קדמוניות ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא" ובלשונו של **הרמ"א** חו"מ שלא, א: "ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג", ש"ך חו"מ לז, לח ועוד. ואם כן בדבר שלא אירע אלא פעמים ספורות וגם אז הדין נתון לשיקול דעתו של בית המשפט בוודאי שאין דין של מנהג. למסקנה זו הגיע גם בית הדין האזורי בנתניה בפני כבוד הדיינים: עמוס, פרדס וינאי, בתאריך כ"ה תשרי תשע"א, 03.10.10 תיק מספר 764411/1, אשר הסכימו עם הקביעה העקרונית שפסיקה של בית המשפט העליון עשויה לקבל תוקף כמנהג ובלבד שמדובר "במנהג מדינה שפשט מתוך הסכמה של הציבור".

הפה שאסר הוא הפה שהתיר וההתקשרות שנוצרה בסמכות בטלה בסמכות. אולם בתחומים בהם ניתן לעשות קנין, ואכן נעשה קנין, כגון שהרשות שכרה עובד, וזה התחיל בעבודתו, שוב לא יכולה הרשות להשתחרר מהקנין שנעשה, היות וכעת חלים על התקשרות זו כל הכללי החלים על אנשים פרטיים[73].

הבטחה מנהלית

הבטחה מנהלית הינה הבטחה של נציג ציבור הניתנת לאדם או לקבוצת אנשים, אשר לא הבשילה לכלל הסכם, בשום מובן שהוא[74]. כלומר, אם עד כה עסקנו בהתחייבויות של הציבור כלפי היחיד אשר חסרונן היחיד היה שהן נעדרות קנין, וקבענו כי תוקפן נגזר מסמכותו של הציבור, הרי שההבטחה המנהלית עוסקת במקרים בהם לא התקבלה כל החלטה של הציבור ולא הבשילו הדברים לכלל הסכם ולא היתה בדברים אלא הבטחה בעלמא[75].

הגמרא[76] אומרת על מי שחוזר בו מהסכמתו בעל פה לביצוע עסקה כי "אין רוח חכמים נוחה הימנו" ומכנה אותו בשם "מחוסר אמנה". התייחסות זו כלפי האדם החוזר בו בדיבורו נלמדת מהפסוק[77] "אֵיפַת צֶדֶק וְהִין צֶדֶק יִהְיֶה לָכֶם" ממנו לומד רבי יוסי בר' יהודה "מה תלמוד לומר הין צדק...אלא לומר לך שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק". הגמרא[78] מרחיבה את ההתייחסות הזו גם לאדם המפזר הבטחות ללא כיסוי שבמקרים מסוימים עשוי אף הוא להיחשב למחוסר אמנה:

---

73. אבחנה דומה עושים בתי המשפט בבואם לבחון האם לאפשר לרשות המקומית להשתחרר מהתחיבויותיה, ראה ע"א 250/88 **קופ"ח של ההסתדרות נ' עירית באר שבע** (פ"ד מג (4)); ע"א 394/82 **מייזלר נ' המועצה המקומית נשר** (פ"ד לז (4)).

74. בלשונו של י' דותן "הבטחה מינהלית לציבור", **משפט וממשל** ה, תש"ס עמ' 465, 470: "הבטחה מינהלית היא מכשיר שפותח בפסיקה כדי לתת הגנה משפטית לציפיות האזרח בשורה של מצבים מגוונים שבהם נוצרת הסתמכות של הפרט עקב מעשים, מצגים או אמירות של גורמים בתוך הרשות המינהלית, שאינם בגדר חוזה פורמלי... כגון מכתב המופנה מסגן מנהל בית-ספר להורי כיתה מסוימת, מכתב שגורם מסוים בתוך המינהל הציבורי מפנה אל גורם מינהלי אחר בעניינו של העותר, 'סיכום ראיון' שעורך קצין בכיר בעקבות ראיון עם קצין זוטר, או אף אמירה בעל-פה של גורם חינוך מקומי להורים אחדים בבית-ספר...".

75. ויש לתמוה על דברי הרב ד"ר מיכאל ויגודה ניתנה כחוות דעת לבקשת פרקליטות מחוז תל-אביב פורסם **באתר דעת**; והשופט משה דרורי, ת"א (י-ם) 1376/98 **אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל- משרד הבינוי והשיכון**, המשווים בין הבטחה מנהלית ובין הסכם שנעשה על ידי הציבור וחולקים בשאלה האם יש או אין להם תוקף משפטי, אך אינם מבחינים בין הסכם הנעדר קנין ובין הבטחה הנעדרת הסכם.

76. **בבא מציעא** מח, ע"א.

77. **ויקרא** יט, לו.

78. **בבא מציעא** מט, ע"א.

אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו מתנה אני נותן לך - יכול לחזור בו. – יכול? פשיטא! - אלא: מותר לחזור בו. - אמר רב פפא; ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו.

כלומר כאשר אדם מפזר הבטחות לחלוקת מתנות הרי שאם מקבל המתנה יודע שמדובר בהבטחה שאין לה בהכרח כיסוי היות ומדובר במתנה בסכום כספי משמעותי ממילא אין בעיה מוסרית בהפרתה, אולם אם מקבל המתנה יכול היה להעריך כי אין סיבה נראית לעין שההבטחה לא תמומש, הוא התייחס אליה ברצינות ויתאכזב אם תופר, ולפיכך הפרתה הינה מעשה שאינו מוסרי. בכל מקרה ברור לגמרא כי אין בהפרת הבטחה יותר מאשר פגם מוסרי שכן מבחינה משפטית פשוט שאין היא מחייבת.

המהר"ם המובא לעיל[79] כאשר מנסה להוכיח את תקפותה של התחייבות שנעשתה ללא קנין, מתייחס להבטחה מנהלית שניתנה על ידי נציגי הציבור:

דלא גרע ממתנה דאם היו אומרים לאדם אחד אנו רוצים ליתן אינם יכולין לחזור דה"ל לגבי רבים מתנה מועטת דאמרי' בפ' הזהב מתנה מועטת אין יכול לחזור אפילו יחיד ובשלהי מסכת שבועות קאמר דנעשה נדר וכל החוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו.

לטענת המהר"ם היות והשלכות של כל הבטחה של הרבים כלפי היחיד הינן בעלות השלכות כספיות מועטות ביחס לכל אחד מהיחידים המרכיבים את הציבור, הרי שלכל הבטחה לתת מתנה יש דין של מתנה מועטת, ולפיכך על אף שהבטחה של הציבור אינה מחייבת מבחינה משפטית הפרתה הינה מעשה לא מוסרי ועל הציבור לעשות ככל יכולתו לעמוד בדיבורו[80]. דברים אלו אף נפסקו להלכה בשולחן ערוך המצמיד את דין הבטחה למתנה מועטת לדין הבטחה מנהלית[81]:

ח. מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה, ולא נתן, הרי זה ממחוסרי אמנה. במה דברים אמורים, במתנה מועטת, שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו. אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה שהרי לא האמין זה שיתן לו דברים אלו עד שיקנה אותו בדברים שהם נקנים בהם.

ט. יש מי שאומר שאם רבים אמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה, אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם היא מתנה מרובה.

---

79. **הגהות אחרונות במרדכי** בבא מציעא, תנז-תנח.
80. את חוסר המוסריות שבביטול הסכמות שנקבעו על ידי נציגי ציבור ניסח בית הדין הרבני הגדול (בו ישבו הדיינים: הראשון לציון הרב הראשי לישראל יצחק נסים והרבנים יוסף שלום אלישיב, ואליעזר גולדשמידט **פסקי דין רבניים** ו, עמוד 173, בלשון זהב זו: "דיבור והתחייבות, ובעניני ציבור במיוחד, הם דברים שבקדושה, אשר יש לשמרם ולקיימם במלוא הכוונה כלשונם וכרוחם, וחלילה לחללם. בל יחל הציבור דברו וחס ושלום להחריב את הארץ על ידי העמדת דבריהם על דין תורה".
81. **שולחן ערוך** חו"מ רד, ח-ט.

לסיכום, להבטחה שלטונית אין תוקף מבחינה משפטית אך יש לה בהחלט תוקף מוסרי ועל הרשות השלטונית לעשות ככל שביכולתה על מנת שתעמוד בהבטחות שנתנו נציגיה.

הבטחה שניתנה בחוסר סמכות

לעיתים ניתנות הבטחות על ידי נציגי הציבור כאשר אין בידם לקיימן, מסיבות שונות: ההבטחה מנוגדת להלכה או לחוק, קיומה של ההבטחה כרוך בפגיעה בזכויותיו של אדם אחר, או שמי שהבטיח את ההבטחה לא היה בר סמכא לקיים את הבטחתו. פיזור הבטחות שכאלו אסור כמובן מדין שקר שכן הוא יודע בעצמו שלא יוכל לקיים את אשר הבטיח וכפי שכותב הרמב"ם[82]:

> אסור לאדם להנהיג עצמו בדברי חלקות ופיתוי, ולא יהיה אחד בפה ואחד בלב אלא תוכו כברו והענין שבלב הוא הדבר שבפה, ואסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת הנכרי... ואפילו מלה אחת של פיתוי ושל גניבת דעת אסור, אלא שפת אמת ורוח נכון ולב טהור מכל עמל והוות.

אולם, ברור שאין לדבר על חובה מוסרית של הרשות לקיים את ההבטחה שהובטחה בשמה שלא בסמכות ואין בכך משום מחוסר אמנה. למה הדבר דומה, להבטחה שהבטיח אדם לחברו להעניק לו את ביתו של אדם אחר. חיוב הרשות לקיומה של הבטחה זו דומה לדרישה מבעל הבית לצאת מביתו מכיוון שביתו הובטח לאדם אחר שעליו לעמוד בדיבורו...

נזק שנגרם בעקבות הבטחה שהופרה – טענת הסתמכות

למרות האמור כי הבטחה אינה מחייבת מבחינה משפטית אלא רק מבחינה מוסרית, אין זה אומר כי אין להבטחה תוצאות משפטיות. אם מי שהובטחו לו הדברים, קיבל החלטות, בעקבות ההנחה כי הרשות תעמוד בדיבורה ותקיים את הבטחתה, והוציא הוצאות כספיות על סמך ההבטחה, הרי שזכאי הוא לתבוע מהרשות פיצוי עבור ההוצאות שהוציא לחינם בגין ההבטחה שהופרה[83]. יסוד דין זה בדברי המהר"ם מרוטנבורג[84] הפוסק במקרה בו אדם נענה לדרישת חברו ללכת לדון עמו בבית דין מרוחק ואמר לו "לך ואני אבוא אחריך" ובסופו של דבר לא הגיע חייב בעל הדין שלא הגיע "לשלם כל יציאותיו" למרות שלא היה כל הסכם מוקדם ביניהם:

> אם ראובן אמר לשמעון נלך לב"ד הגדול ואמר שמעון ואני אבא אחריך לאותו ב"ד הגדול אם יחזור ראובן ויטעון על שמעון ויאמר אני פזרתי מעותי על שהלכתי לב"ד נגדך ולא באת אני שואל ממך יציאותי רבינו מאיר מחייב את ראובן לשלם כל יציאותיו. אף על פי שלא נדר לו... וכמה דברים יש שאין צריכין קנין.

---

82. **רמב"ם** דעות, ב, ו.
83. להרחבה בענין חיוב מדין הסתמכות ראו: הרב אבישי קולין, **חיוב ממון בתורת הסתמכות** משפטי ארץ, טרם פורסם.
84. **מרדכי** סנהדרין, תשז.

דברים אלו אף נפסקו להלכה ברמ"א[85]:

> מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר, ואמר לו: לך ואני אבוא אחריך, והלך, והשני לא הלך אחריו, צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו.

מסיום דברי המהר"ם "וכמה דברים יש שאין צריכין קנין" משמע כי החיוב לשלם הינו חיוב חוזי ובעצם ההסכמה על הדיון המרוחק טמונה הסכמה מכללא לשלם על ההוצאות אם אחד הצדדים יבטל את הדיון מבלי להודיע על כך. יתכן, ויש מן הפוסקים הבינו כי הסכמה זו מחייבת מדין ערב[86], בדומה למה שכתב הרא"ה[87]:

> אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורתו ואלמלא הוא לוקח על ידי עצמו או על ידי אחרים אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב... וזה דין גדול.

אולם **נתיבות המשפט**[88] מבאר כי החיוב הוא מדיני נזיקין. כך נראה גם מתשובות הרמ"א[89] המסיק כי חיוב זה לא יוטל על מי שנמנע ממנו מלהגיע עקב אונס. פטור זה מובן לאור העובדה שהמזיק בגרמי באונס פטור[90]. לדעת הכנסת הגדולה[91] כי במקרה של "לך ואני ואבוא אחריך חייב גם באונס[92], ויש מי שהסיק מדבריו כי לדעתו החיוב של האומר לך ואני אבוא אחריך אינו מדין מזיק בגרמי אלא מדין ערב[93] אולם גם לדעתו אין זו דעת רוב הפוסקים.

---

85. **רמ"א** חו"מ יד, ה.
86. בית הדין הרבני בת"א, **פסקי דין רבניים** ג, עמוד 29 ואילך, יובא בהערה להלן.
87. **ריטב"א** בבא מציעא עג, ע"ב, בשם רבו הרא"ה.
88. **נתיבות המשפט** ר, יג: "חייב מצד גורם היזק", ובמקום אחר, רלב, י: "היזק ממון גמור הוא ולאו גורם הוא". וראו **אמרי בינה** חו"מ, כא, המאריך מאד בדין זה ומסיק כי אם נבחן את מידת המעורבות של המזיק ביצירת הנזק נגיע למסקנה כי הנזק אינו עומד במדויק בקריטריונים של גרמי ואינו אלא גרמא, אולם את מעורבותו יש לראות כהתחייבות לשאת בנזק גם אם אינו חייב בו מן הדין.
89. **שו"ת הרמ"א** יב; פו. כך מסיק למעשה ב**פסקי דין רבניים** ג עמוד 18.
90. בין אם נאמר שהחיוב בגרמי משום קנס שלא קנסו על האנוס, רבי אביגדור, **במרדכי** בבא קמא, קפ; **ש"ך** חו"מ שפו, א, ו, ובין אם נאמר שהחיוב בגרמי הינו חיוב מדינא, אלא שחיוב זה קיים רק אם נתכוון להזיק, **רמב"ם** נזקי ממון ד, ב, ע"פ המגיד משנה. אמנם לדעת הרמב"ן, **קונטרס דינא דגרמי**, המזיק בגרמי חייב מדינא כאדם המזיק שחייב גם באונס, אולם גם לדעתו החיוב באונס יוטל רק אם האדם שהזיק בגרמי עשה מעשה של ממש ואילו כאן לא נעשה מעשה אלא הבטחה בפיו בלבד.
91. **כנסת הגדולה**, הגהות בית יוסף חו"מ, יד, לא.
92. וצ"ע שכן הוא טוען זאת בדעת הרמ"א, ואילו הרמ"א בתשובותיו כותב במפורש שפטור באונס.
93. בית הדין הרבני בת"א, **פסקי דין רבניים** ג עמוד 29 ואילך. בהרכב ישבו הרבנים רביץ, אילן ואליעזרי והפסק ניתן ברוב דעות. לענ"ד הסבר זה קשה להולמו ועוד להרחיבו לכל אדם

על יסוד דין זה פוסק הלבוש[94] כי אדם שהבטיח לחברו שיעשה לו טובה ויתן לו הלוואה ולאחר זמן חזר בו מהבטחתו, הרי על אף שרשאי לחזור בו חייב בתשלום הוצאות שהוציא הנ"ל בשל הבטחתו:

> ונראה לי שצריך להחזיר לו שכר הסופר שנתן מדינא דגרמי, כיון שמודה לדבריו.

כלומר למרות שההבטחה אינה מחייבת מבחינה משפטית זכאי מקבל ההבטחה לתבוע את המבטיח על הוצאות שהוציא על סמך הבטחתו על יסוד דיני נזיקין. יסוד חיוב זה מדינא דגרמי מבואר בשו"ת חוות יאיר[95] אולם הוא מחדש כי בניגוד לדין מזיק רגיל, טענת אונס תועיל לפטור אותו מתשלום במקרה זה:

> ומזה פסקתי שמי שכתב לחבירו שיבא עם בנו החתן וקבע לו זמן חתונה יום פלוני וחבירו השיבו שיהיה כן ושיבא ולא בא וזה הוציא הוצאות החתונה שאם אין לחבירו התנצלות מספיק שנאנס חייב לשלם לו היזקו.

על אף האמור, נראה שיש להגביל את החיוב בגין הבטחה שהופרה רק למקרים בהם קיום ההבטחה היה תלוי אך ורק במבטיח, אולם במקרים בהם קיום ההבטחה מחייב את הסכמתם של אנשים נוספים אין לחייב את המבטיח על הנזק שנגרם, אם בשל העובדה שהנזק נגרם באונס ממנו פטור המזיק בגרמי, ואם בשל העובדה שמקבל ההבטחה לא היה צריך להסתמך על הבטחה שאינה תלויה במבטיח, ואם עשה כן והתאכזב – הוא הזיק

שהבטיח לעשות מעשה שיתחייב מדין ערב על כל ההוצאות שיוציאו בגין הבטחתו שכן איזו הנאה באה לידו שישתעבד בגינה?

94. לבוש, **עיר שושן** לט, יז; **סמ"ע** שם, מו. באופן דומה פסק **בשו"ת נודע ביהודה**, תניינא, אבן העזר, צ, שמי שהבטיח גט לאשתו וזו הגיעה במיוחד לקבלו ולאחר מכן חזר בו חייב לשלם לאשתו על כל מה שהוציאה בנסיעתה לקבל את הגט.
יש להעיר כי לעומת כל הפוסקים הנ"ל, מובא **בשו"ת מהרי"ק**, קלג, בשם רבי אברהם זכש (חותנו של רבי יעקב לנדא בעל ה"אגור", חי באיטליה בראשית המאה ה -15 התכתב עם המהר"יק המכנה אותו בסימן צג "אוצר בלום בור סיד שאינו מאבד טיפה") אין הבטחה שהופרה מחייבת את המבטיח בתשלום נזק שנגרם למי שסמך על קיומה: "ועל דבר ראובן שהבטיח שמעון להשתדל בעבורו חנם... ואחר אשר הוציא הלה את מעותיו והיה הדבר עומד להגמר חזר בו ראובן מדיבורו...האם יש לדמותו לההיא דשוכר עליהם או מטען? לע"ד אין נראה לדמותו כלל דהתם דוקא הוא דשוכר עליהן או מטען משום דנשכרו לו לעשות מלאכתו וכי הדרי בהו עבדי שלא כדין... דין הוא שיהא הלה שוכר עליהן או מטען מדינא או מקנסא. אבל הכא בנדון הזה שלא היה ראובן נוטל שום שכר משמעון ולא נשכר לו לעשות מלאכתו כי הדר ביה אפשר דלאו שלא כדין עבד דנימא שישכור עליו כו'. ואף על גב שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן שמעון הוא דאפסיד אנפשיה דה"ל לאסוקי אדעתא דלמא הדר ביה ראובן". מדבריו עולה שטענת הסתמכות כשלעצמה אינה מספיקה בכדי לגבש חיוב לפיצוי במקרה בו לא היתה התקשרות חוזית בין המבטיח ובין מקבל ההבטחה. אמנם יש להסתפק האם ניתן להסיק מדבריו על כל הפרת הבטחה ובכל מקרה דבריו עומדים בניגוד לדעת כל הפוסקים הסוברים כי די בטענת ההסתמכות בכדי לתבוע הוצאות.

95. **שו"ת חוות יאיר**, קסח.

את עצמו[96]. אמנם במקום בו מקבל ההבטחה היה יכול להבין כי המבטיח מסוגל לקיים את הבטחתו חייב המבטיח בנזק שגרם[97].

הבטחה מנהלית בדין הישראלי[98]

חוקי מדינת ישראל אינם מחייבים באופן מפורש את רשויות המדינה לקיים את הבטחותיהן שכן הבטחה הינה מעשה חד צדדי ואינה עומדת בקריטריונים הברורים של חוזה הנעשה בין שני צדדים על ידי הצעה וקיבול. אולם פסיקת בתי המשפט במדינת ישראל העניקה להבטחה השלטונית תוקף מחייב הן בשל עקרון ההגינות השלטונית לפיו חובה על השלטון להתנהג בהגינות ולפיכך חייב הוא לקיים הבטחות שניתנו על ידו[99], והן בשל פגיעה באינטרסים של הסתמכות וציפייה[100] של האזרח לקיומה של ההבטחה.

על פי הדין הישראלי הבטחה מנהלית מחייבת כאשר היא עומדת בחמשה קריטריונים:

---

96. **שו"ת הרי בשמים**, חלק ב (תניינא) רד (רבי אריה ליבש הלוי, גליציה ראשית המאה ה- 20).

97. כך משמע מתשובת החוות יאיר שעל אף שקיום ההבטחה תלוי בהסכמת החתן, היות ובצורת החיים שהיתה מקובלת באותה התקופה (פולין המאה ה- 17) ההורים לא השאירו לבנם שיקול דעת בשאלה זו, אבי הכלה לא היה יכול להעלות על דעתו שהחתן לא יסכים ולפיכך זכאי הוא לפיצוי על ההוצאות שהוציא, אלא אם כן יוכיח המבטיח שנאנס באי קיום הבטחתו. חיוב דומה מטיל החוק הישראלי על חברה שנציג שלה פעל שלא בסמכות ולמי שהתעסק עם החברה לא היתה יכולת לדעת מכך. וראה בספרי **כתר י "דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה"** עמ' 177 כי חוק זה אשר נועד לתקנת הציבור מחייב גם על פי ההלכה.

98. על נושא זה נכתב רבות ראה י' דותן "הבטחה מינהלית לציבור", **משפט וממשל** ה, תש"ס, ר' הר-זהב, **המשפט המינהלי הישראלי**, תשנ"ז; ד' ברק **האחריות החוזית של רשויות המינהל**, תשנ"א 151-152; א' שטיין "הבטחה מינהלית", **משפטים** יד (תשמ"ה) 225.

99. ראה בג"צ 135/75 - **סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר** פ"ד ל(1), 673. "רשות ציבורית חייבת לכלכל את מעשיה בתום-לב, כלומר לנהוג ביושר ובהגינות ביחסיה עם האזרח. הבטחה שניתנה על-ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגינות הציבורית דורשת שההבטחה תקויים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה. כאשר ניתנת הבטחה חוקית על-ידי מי שהסמכות בידו לתתה ובידו גם למלא אחריה, היא מחייבת, ובאין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה – יש לכבדה".

100. אינטרס ההסתמכות נלקח מדיני חוזים שם על פי החוק זכאי הנפגע מהפרת החוזה לתבוע הוצאות שהוציא תוך הסתמכות על החוזה. אינטרס הציפייה לעומתו רחב הרבה יותר והוא מקנה לנפגע מהפרת החוזה זכות לתבוע את הרווחים שהיה מפיק לו היה מקויים החוזה שהופר. במובן זה החובה לקיומה של הבטחה מנהלית אינה מחייבת את ההסתמכות שכן כפי שנכתב באותו פס"ד האזרח אינו צריך להוכיח כי נגרם לו נזק כלשהו כתוצאה מהפרת **ההבטחה**: "לא נטען, ומבחינה מעשית גם לא נראית טענה כזאת, כי ברווח הזמן הקצר יחסית שעבר... נכנסו העותרות להתחייבויות... ברם אין לדבר זה חשיבות. ניתנה הבטחה ואין סיבה שלא לקיימה ככתבה וכלשונה...".

א. ההבטחה ניתנה ע"י בעל הסמכות[101] לתת אותה.
ב. המבטיח התכוון לתת תוקף משפטי מחייב להבטחתו.
ג. ההבטחה מפורשת די הצורך.
ד. ההבטחה ניתנת לביצוע.
ה. אין טעם סביר לשנות את ההבטחה או לבטלה.

כפי שראינו לעיל ההלכה שונה מפסיקות בתי המשפט בשני מובנים מרכזיים: האחד, חובת קיום ההבטחה. על פי החוק קיימת חובה בסיסית לקיומה של ההבטחה, בעוד על פי ההלכה החובה אינה אלא חובה מוסרית. השני, פיצוי בגין אי קיום ההבטחה. על פי החוק ינתן פיצוי אפילו על פגיעה באינטרס הצפיה של האזרח דהיינו, פיצוי ינתן גם בגין רווחים שלא מומשו עקב הפרתה של ההבטחה, בעוד על פי ההלכה לא ינתן פיצוי אלא על הוצאות שהוצאו בעקבות הסתמכות על ההבטחה. אכן, מבחינת הקריטריונים למתן הפיצוי מסתבר כי חמשת הקריטריונים הנ"ל רלוונטים גם מבחינה הלכתית במובן זה שבהעדרם לא ינתן פיצוי בגין ההסתמכות על ההבטחה.

אופן חתימת חוזה בידי הרשות המקומית – דרישות החוק

החוק במדינת ישראל דורש מהרשות המקומית בבואה להתקשר בחוזה עם כל אדם או חברה דרישות צורניות נוקשות למדי. החוק קובע כי חוזה עליו חתמה הרשות המקומית אשר יש לו השלכה כספית על הרשות, יחייב אותה רק אם מתנוססת עליו חותמת הרשות, וחתומים עליו גם ראש הרשות[102] וגם גזבר הרשות[103] אשר בחתימתו חייב לוודא,

---

101. במובן זה יש לחלק בין חוסר סמכות מהותית, כגון שההבטחה מנוגדת לחוק, שאז פשוט שאין להבטחה תוקף (בג"צ 111/89 **רובינשטיין נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, מחוז תל-אביב**, פ"ד מה(2) 133) ובין חוסר סמכות פונקציונלית שהגורם המבטיח אינו בעל הסמכות לקיימה. הדעה המקובלת היא כי גם זו הבטחה שניתנה בחוסר סמכות, בג"צ **סאי-טקס** שם, אולם יש משפטנים הטוענים כי אם האזרח היה יכול להבין כי המבטיח הינו בר סמכא לקיים את הבטחתו אזי אינטרס ההסתמכות והציפיה שלו מחייבים את הרשות לקיים את ההבטחה, הגם שזו ניתנה בחוסר סמכות, א' שטיין במאמרו הנ"ל; בג"צ 142/86 **"דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות**, פ"ד מ(4) 523. יש להעיר כי מחלוקת זו תלויה בשאלה האם ההבטחה המנהלית נשענת על חובתה של הרשות לנהוג בהגינות, אלא שהגינות אינה יכולה לבוא על חשבון מנהל תקין, או על זכותו של האזרח שהרשות תעמוד בציפיותיו, שאין זה מעניינו האם המבטיח התנהל על פי הספר או לא, עצם העובדה שהיה יכול להבין שההבטחה תקפה גרמה לו להסתמך עליה ולהיפגע. כפי שראינו לעיל החוות יאיר אף הוא מאמץ פרשנות זו בבואו לחייב את המבטיח בנזק שנגרם למקבל ההבטחה כתוצאה מהסתמכותו על ההבטחה.

102. סעיף 195(א) ל**פקודת העיריות**.

103. סעיף 203(א) ל**פקודת העיריות**: "חוזה, כתב התחייבות... שיש בהם התחייבות כספית מטעם העיריה, לא יחייבוה אלא אם חתמו עליהם בשם העיריה, בצד חותמת העיריה, ראש העיריה והגזבר". **וראה** ע"א 11/71 **עירית רחובות נ' גולדמן** (פ"ד כה (2)) שם הבהיר בית המשפט כי העמידה בדרישות הסעיף הנ"ל דווקנית ומחייבת ואין להעניק תוקף לכל חוזה שאינו ממלא אחרי דרישות אלו.

בין השאר, כי ההתחייבות שבחוזה נמצאת במסגרת תקציב הרשות המקומית. לחוק מספר מטרות אשר המרכזית שבהן היא שמירה על כספי הציבור והאינטרסים של הציבור[104], ולפיכך הוא מחייב גם על פי ההלכה מדינא דמלכותא, וחוזה שנחתם שלא על פי דרישות החוק – בטל[105]. אמנם, אין זה אומר כי הרשות המקומית אינה צריכה לשלם על שירות שקיבלה כתוצאה מחתימה על חוזה שלא על פי דרישות החוק, שכן גם אם נאמר כי החוזה בטל ומבוטל וכאילו לא נחתם מעולם, הרי שמדין היורד לשדה חברו[106] אנו לומדים, כי ישנה חובה לשלם על שירות גם אם נעשה ללא כל סיכום מוקדם בין נותן ומקבל השירות. אמנם התמורה שתשלם הרשות עבור השירות אינה התמורה שהובטחה בחוזה אלא המחיר אותו מקובל לשלם על שירות מעין זה[107].

---

104. כך כתבה למשל נשיאת בית המשפט העליון (דאז) השופטת מרים נאור בפסק דינה ע"א 6705/04 **בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים**: "תכלית דרישת הצורה שבסעיף 203 היא הבטחת שימוש זהיר ומבוקר בכספי ציבור... מטרתה ליצור מערכת בקרה שתוודא כי הגוף הציבורי המתקשר בעסקה במשפט האזרחי נהג בזהירות הראויה ובחן את העסקה כראוי. הדרישה מקורה באינטרס הציבורי והיא משקפת רצון להבטיח את חוקיות פעולות העיריה כמו גם הגנה על זכויות תושביה ואמון הציבור בה... אכן, סעיף 203 הוא ביטוי לעקרון שלטון החוק וחוקיות המינהל". **בפסק דין אחר ע"א 5210/08 עו"ד זרח רוזנבלום נ. מועצה מקומית חבל מודיעין**, מביא בית המשפט טעם נוסף לקיומו של **סעיף זה** "תכלית נוספת עומדת בבסיס הוראת סעיף 203 לפקודת העיריות ובבסיס ההוראות הדומות לה והיא הרצון למנוע התדיינות משפטית בנוגע להתחייבויותיה הכספיות של הרשות" **ולפיכך** "נקבע על ידי בית משפט זה פעמים רבות בעבר כי דרישת הצורה בסעיף 203 לפקודת העיריות היא דרישת צורה מהותית קונסטיטוטיבית ולא דרישה טכנית ראייתית". **ראה גם ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ**, פ"ד מ(3) 29, 69 (1986); ע"א 487/75 **עזרה ובצרון חברה לשיכון בע"מ נ' גליק**, פ"ד ל(2) 621, 626 (1976). יתר על כן היות וחוזה שנכרת שלא על פי דרישות אלו הינו חוזה **בלתי חוקי** "ועל כן הינו חוזה בטל, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים".

105. חוק דומה קיים גם בתחום המשפט הפרטי בענין עסקת תיווך. למרות שעל פי ההלכה, וכן על פי חוק החוזים, בחוזה תיווך אין דרישת כתב, קובע סעיף 9(א) ל**חוק המתווכים תשנ"ו** כי הסכם תיווך יערך בכתב ו**תקנות המתווכים** קובעות אלו פרטים חייבים להופיע בהסכם ובהעדרם לא יזכה המתווך לשכרו. גם ביחס לחוק זה מנהג בתי הדין של ארץ חמדה גזית, פסקי דין 70003; 73131, לקבל את דרישת הכתב כבעלת תוקף הלכתי. עם זאת במקרים מסויימים יחוייב הנהנה מהתיווך לשלם בגין הנאתו ראו **פסק דין ארץ חמדה-גזית** *82137 (טרם פורסם);* הרב אוריאל לביא, **עטרת דבורה**, ב, לח; על פי **שו"ת מים רבים** (הרב רפאל מלדולה, ליבורנו המאה ה-17).

106. לדין זה נתייחד סימן **בשולחן ערוך** חו"מ שעה, אשר נידון ארוכות במאמרים ובספרים שונים עיין בערך "יורד לנכסי חבירו שלא מדעתו" **אנציקלופדיה תלמודית** כג עמ' תטו ואילך; הרב איתמר ורהפטיג **שנתון המשפט העברי** יג עמ' 65; **תחומין י** עמ' 216; הרב יונתן בלס, **עשיית עושר ולא במשפט**; ספרי **כתר י "דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה"** עמ' 84 ואילך, שם דנתי בשאלה האם היורד לשדה חבירו מוגדר כעובד, ובאיזו מידה יש להשוות את מעמדו למעמדו של עובד הנשכר באמצעות הסכם מראש לו שותפים שני הצדדים.

107. הגמרא **בבא מציעא** קא, ע"א; **שולחן ערוך** שעה א, מבחינה בין מקרה בו העבודה היתה נדרשת

מסקנות להלכה

הלכות חוזים - כללי

- קיימים הבדלים עקרוניים ומעשיים בין חוזה שנערך על פי דרישות החוק ובין חוזה שנערך על פי ההלכה. אם החוזה אינו עומד בדרישות ההלכה ההלכה אינה מכירה בתקפותו על אף שהוא עומד בדרישות החוק. על מנת שחוזה יהיה תקף על פי ההלכה עליו לעמוד בדרישות הבאות:
- החוזה מעביר זכויות ולא מסתפק בהתחייבות לביצוע או המנעות מביצוע פעולות (שאינן תשלום או אספקת סחורה). התחייבות שכזו מוגדרת על פי ההלכה בשם "קנין דברים". אעפ"כ חוזה עבודה לא יוגדר כקנין דברים והוא מחייב.
- חוזה תקף רק אם הוא מלווה במעשה קנין. מקובל לראות חתימה על חוזה כתוב כממלאת אחר דרישה זו, ומסתבר שגם אישור הצעה במייל או באתר האינטרנט תיחשב לקנין מחייב.
- תנאים בחוזה חייבים להיערך באופן העומד בדרישות ההלכה.
- חוזה אשר בסיומו מודים הצדדים כי התנאים והקניינים נעשו על פי דרישת ההלכה עונה על שתי דרישות אלו. נוסח התוספת יהיה בסגנון זה: "וקנינו ממנו כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים".
- חלק מהתנאים אותם מקובל לצרף לחוזים מוגדרים בהלכה "אסמכתא". לרוב מדובר בחיובים אותם מקבל אחד הצדדים על עצמו במקרה בו העניינים לא יתפתחו בכיוון הרצוי על פי החוזה. גם בעיה נו ניתנת לפתרון באמצעות ניסוח

למקבל השירות, והיתה נעשית במוקדם או במאוחר על ידי אדם כזה או אחר, שאז משלמים את המחיר המקובל לעבודה זו; ובין מקרה בו אלמלי היתה נעשית העבודה על ידי נותן השירות, סביר שכלל לא היתה נעשית, שאז "שמין לו וידו על התחתונה" דהיינו שנותן השירות מקבל לכל היותר החזר הוצאות. אולם, במקרה בו נחתם בין הצדדים חוזה, אלא שכל חסרונו אינו אלא העובדה שהוא אינו עומד בדרישות החוק וההלכה, די בעצם חתימת החוזה בכדי להוכיח כי העבודה נדרשת לרשות המקומית, ולפיכך על אף שהחוזה בטל יש לשלם לנותן השירות את התמורה אותה מקובל לשלם עבור שירות מעין זה.

למסקנה דומה מגיע גם בית המשפט הסובר כי אם הרשות המקומית נהנתה מן השירות, אין היא יכולה להתנער מהצורך לשלם עליו תוך הסתמכות על העדר עמידה בדרישות סעיף 203 שכן הדבר עומד הן בניגוד לדרישת תום הלב הנדרשת על פי חוקי החוזים והן בניגוד לחוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט. ראה ת"א 15280/00 **מכלוף גדי נ' עירית נתניה ועמותת חב"ד**, ת"א2194/07 **מחיצות דרום נ' מועצה מקומית מצפה רמון**. יש לציין כי זוהי אינה מסקנה זהה מכיוון שקיים פער מסויים בין חוק עשיית עושר ולא במשפט ובין דין יורד ההלכתי עליו עמדתי בספרי הנ"ל, וכמו כן הדרישה לתום לב מתפרשת בחוק באופן מחייב מבחינה משפטית הרבה יותר ממה שמחייבת ההלכה. פער זה יבוא לידי ביטוי בגובה התשלום אותו תשלם הרשות במקרים מעין אלו בהם חתמה על חוזה וקיבלה שירות בגינו, ולאחר מכן טענה כי החוזה נחתם שלא כדין ולפיכך הוא אינו מחייב אותה.

תוספת בסיומו של החוזה לפיה כל הקנינים חלים ברגע עריכת החוזה "מעכשיו, בבית דין חשוב". נהגו להוסיף גם את משפט האומר כי התנאים נעשו "דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי" אולם אין די בתוספת זו כשלעצמה בכדי לפתור את בעיית האסמכתא אם קיימת.

- התחייבות לתשלום ריבית בחוזה (שלא בכפוף להיתר עסקה) אינה תקפה ולעיתים עשויה לפגוע בתקפו של החוזה כולו.

דרישות צורניות בניסוח החוזה

- כל התקשרות חוזית של הציבור, אשר באמצעותה מבקשים נציגי הציבור למלא את תפקידם הציבורי פטורה מן הדין הן מדרישת הקנין והן מכל דרישה פורמאלית אחרת הנדרשת לשם קיומו של קנין. במקרים בהם הציבור ונציגיו פועלים מול היחיד כשותפות עסקית דינם כאדם פרטי ואין להסכם הנכרת עמם תוקף מחייב עד שיעשה קנין.
- החוק קובע כי חוזה עליו חתמה הרשות המקומית אשר יש לו השלכה כספית על הרשות, יחייב אותה רק אם מתנוססת עליו חותמת הרשות, וחתומים עליו גם ראש הרשות וגם גזבר הרשות. חוק זה מחייב גם על פי ההלכה מדינא דמלכותא, וחוזה שנחתם שלא על פי דרישות החוק – בטל.
- אם הרשות קיבלה שירות הנצרך לה, מכל סוג שהוא, עליה לשלם עליו אע"פ שהחוזה שנחתם (אם בכלל) עם נותן השירות לא עמד בדרישות ההלכה או החוק. אמנם התמורה שתשלם הרשות עבור השירות אינה התמורה שהובטחה לנותן השירות אלא המחיר אותו מקובל לשלם על שירות מעין זה.

השתחררות מחוזה על יד הרשות המקומית

- הרשות אינה יכולה לדרוש את ביטולו של הסכם בטענה של אונאה או טעות.
- חוזה, מכל סוג שהוא, שנעשה עם אדם מסויים שלא לטובת הציבור, ומימוש החוזה פוגע באינטרס הציבורי, כגון שהוא מגביל את הרשות המקומית מלפעול לטובת הציבור, בטל.
- "הלכת ההשתחררות" המקובלת במשפט הישראלי, המאפשרת לרשות מקומית לחזור בה מהתחייבויותיה כאשר אלו מתנגשות עם חובתה הציבורית אינה מקובלת על פי ההלכה אפילו לא כמנהג מחייב, למעט תחומים בהם ההתקשרות מבוססת על סמכות, כגון הסכמים אותם עושה הרשות בדבר הגבלת יכולתה להפקיע או לצמצם היקפי המיסוי. אולם בתחומים בהם ניתן לעשות קנין, ואכן נעשה קנין (כגון שהרשות שכרה עובד, וזה התחיל בעבודתו) שוב לא יכולה הרשות להשתחרר מהסכם זה.

הבטחה שלטונית

- אסור לנציגי ציבור להבטיח הבטחות שאין בסמכותם לבצען ובוודאי שהרשות המקומית אינה חייבת לבצען.

- להבטחה שניתנה על ידי נציג ציבור ברשות ובסמכות אין תוקף מבחינה משפטית אך יש לה בהחלט תוקף מוסרי ועל הרשות השלטונית לעשות ככל שביכולתה על מנת שתעמוד בהבטחות שנתנו נציגיה.
- אם האדם או הציבור שהובטחו לו הדברים קיבל החלטות, בעקבות ההנחה כי הרשות תעמוד בדיבורה ותקיים את הבטחתה, והוציא הוצאות כספיות על סמך ההבטחה, הרי שזכאי הוא לתבוע מהרשות פיצוי רק עבור ההוצאות שהוציא לחינם בגין ההבטחה שהופרה (עילה זו מכונה בחוק בשם "הסתמכות"), אך אין הוא זכאי לתבוע רווחים שיכל לעשות לו ההבטחה היתה מקויימת (עילה זו מכונה בחוק בשם "ציפיה"). (עמדת בתי המשפט בסוגיא זו שונה).
- פיצוי זה ינתן בעקבות הבטחה של נציג ציבור רק אם הדבר היה נתון בסמכותו הבלעדית, ולא חייב את הסכמתם של אנשים נוספים, או שמי שהדבר הובטח לו היה יכול להבין כי ההבטחה ניתנה ברשות ובסמכות מספקת.

פרק ג - הפקעת נכסים

הפקעה - הגדרתה

לעיתים נדרשת הרשות המקומית לרכוש מבנה או שטח לטובת הציבור, אם לשם סלילת כביש ואם לשם כל שימוש אחר לתועלת הציבור. הרשות יכולה כמובן לנהל מו"מ עם בעל הנכס עד שתגיע איתו למחיר מוסכם ולביצועה של עסקת הרכישה, אולם לעיתים הרשות אינה מצליחה להגיע להסכמה על בעלי הנכס על מכירתו. על מנת שלא יפגע הציבור כתוצאה מסירובו של היחיד למכור את הנכס השייך לו מאפשר החוק לרשות לגשת למהלך של הפקעת הנכס ללא הסכמת הבעלים, ובמקרים רבים אף ללא תשלום תמורתו[1]. אנו נבקש לבחון את תקפותו ההלכתית של הליך ההפקעה ואת גדריו על פי ההלכה[2].

מקור סמכות ההפקעה

הפקעה מדינית

מכמה מקורות עולה כי בסמכות השלטון להפקיע קרקעות מן היחיד לצרכי הכלל. הראשון לדבר בנושא הוא שמואל הנביא אשר אומר לעם ישראל כי המלך אשר ישימו על עצמם סופו ש"אֶת שְׂדוֹתֵיכֶם וְאֶת כַּרְמֵיכֶם וְזֵיתֵיכֶם הַטּוֹבִים יִקַּח וְנָתַן לַעֲבָדָיו"[3]. הרמב"ם הפוסק[4] כי "כל האמור בפרשת מלך - מלך זוכה בו" מסיק[5] מדברי שמואל הנביא את סמכותו של המלך להפקיע נכסים לצרכים שלטוניים. הרמב"ם מביא כדוגמא לצרכי שלטון המצדיקים את ההפקעה, אספקת מזון לצבא בעת מלחמה:

> ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אלו אם אין להם מה יאכלו אלא משם.

מקרה נוסף העומד בניגוד לכאורה לדברי שמואל הנביא הוא הארוע שהתרחש סביב כרם נבות בו אחאב מבקש לרכוש את כרמו של נבות היזרעלי וכשזה מסרב מוצא להורג. מהביקורת המוטחת באחאב על מעשה זה עולה לכאורה שלמלך אין סמכות להפקיע רכוש פרטי של נתיניו שכן אם סמכות זו קיימת מדוע ביכרו איזבל ואחאב להרוג את נבות בתואנת שוא ולא השתמשו בסמכותם החוקית להפקיע את כרמו.

שאלה זו מתורצת בראשונים באופנים שונים. הר"ן[6] מסייג את סמכות המלך להפקיע רכוש פרטי וקובע כי הפקעה מותרת, רק אם היא באה לשרת את צרכי הציבור:

---

1. סעיף 20 ל**פקודת הקרקעות 1943** וסעיף 190 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה**.
2. נושא זה התברר בספרו של הרב רועי ז"ק, **כתר י – הקצאת משאבים ציבוריים** עמ' 407-430 שהביא אוצר בלום של מקורות העוסקים בנושא זה אלא שמסקנתנו שונה.
3. **שמואל א** ח, יד.
4. **רמב"ם** מלכים ד, א.
5. **רמב"ם** מלכים ד, ו.
6. **ר"ן** סנהדרין, כ ע"ב, ד"ה מתני'.

> דאחאב לא היה רוצה הכרם לצורך הצבור ולא לתתו לאחד משריו ועבדיו דבהא רשאי כדכתיב ונתן לסריסיו אבל ללקחו לעצמו לעשותו גן ירק כדכתיב להיות לי לגן ירק לא.

יש להעיר כי מעצם עיסוק הראשונים בכרם נבות[7] והנסיון להולמו עם משפט המלך עולה שמשפט המלך ממנו נגזרת סמכות ההפקעה אינו מוגבל לפירות הקרקע אלא תקף גם ביחס לגוף הקרקע[8].

מקור נוסף[9] ממנו ניתן ללמוד על סמכות המלך להפקיע קרקע ניתן להביא מהמשנה[10]:

> ופורץ לעשות לו דרך, ואין ממחה בידו. דרך המלך אין לו שיעור.

אמנם נחלקו הראשונים בהבנת סמכות זו. יש מן הראשונים שסבורים כי זהו היתר מיוחד אשר נועד לעת מלחמה ולצרכי מלחמה בלבד. כפי הנראה זו דעת **הרמב"ם** המביא דין זה בפרק חמישי מהלכות מלכים העוסק בדיני המלחמה בעוד את הדין הקודם אשר עסק בסמכותיות המלך בשדות ובכרמים של האזרחים הביא בפרק הרביעי[11]:

> ופורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו, ודרך המלך אין לה שיעור, אלא כפי מה שהוא צריך, אינו מעקם הדרכים מפני כרמו של זה או מפני שדהו של זה, אלא הולך בשוה ועושה מלחמתו.

כך כנראה הבין את דבריו המאירי[12] המצטט בפירושו על המשנה את דברי הרמב"ם בהלכות ומוסיף:

---

7. **תוספות** סנהדרין, כ ע"ב, ד"ה מלך.
8. וזאת בניגוד לדעת **הרד"ק**, שמואל א, ח, הסבור כי ההפקעה הותרה למלך רק ביחס למטלטלין, ולדבריו דברי הרמב"ם המתייחסים לאכילת הזיתים והכרמים נכתבו בדקדוק ולא כדוגמא בעלמא. אולם לענ"ד אין הכרחי לומר כי הרמב"ם חולק על כל הראשונים הנ"ל וניתן לומר שהרמב"ם נקט בפירות כדוגמא, ולא נתכוון לרמוז לקיומה של הגבלה מהותית של סמכות ההפקעה למטלטלין בלבד.
9. לדעת **שו"ת הרמ"ז**, מו (רבי משה זכות מגדולי המקובלים איטליה המאה ה 17. הביא לאירופה את קבלת האר"י, התאים בין הנוסח האשכנזי כך שיתאים לקבלת האר"י אותו אימצו מאוחר יותר החסידים בפולין המכונה בימינו "נוסח ספרד"), אין הבדל בין שני המקורות ופרשת המלך מהווה את התשתית לדין מלך פורץ גדר, אולם כפי שנראה להלן הן הירושלמי והן הספרי הביאו מקורות אחרים לדין זה ולא קשרו בין דין מלך פורץ גדר, העוסק במידת יכולתו של המלך לחרוג מהנורמה, ובין פרשת המלך, הקובעת את הנורמה.
10. **משנה סנהדרין** ב, ד; גמרא **סנהדרין** כ ע"ב.
11. הרב יעקב אריאל, **אמונת עיתך**, 25, תשנ"ט, עמ' 28, הוכיח זאת מן העובדה שבהלכה הנזכרת בפרק ד הנלמדת מפרשת המלך ואינה נוגעת בהכרח לעת מלחמה הזכיר הרמב"ם את חובת המלך לפצות את בעל השדה והכרם, חובה זו נעדרה מדין פריצת גדר לשם מעבר בעת המלחמה, ולא בכדי, שכן כל אחד באומה נותן את חלקו בעת מלחמה מי בממונו (בעל השדה) ומי בגופו (החיילים העוברים בשדה בדרכם למלחמה).
12. מאירי, **בית הבחירה** סנהדרין, כ ע"ב; **לחם משנה** מלכים ד, ו, בדעת הרמב"ם.

והולך עם חיילותיו כפי מה שצריך להן להלוך שוה לדברים אלו כלם בשעת מלחמה.

לדעת הרמ"ה[13] יש להרחיב במקצת את המטרות לשמן רשאי המלך לפלס לו דרכים, אולם בכל מקרה לדעתו אין לקבל את ההסבר לפיו מדובר בהפקעה מוחלטת של הקרקע שכן אין זה אלא היתר לשימוש זמני בשטח פרטי:

> לא מכרעא מילתא למימר דשקיל ארעאתא דאחריני לגמרי אלא הכין פירושא דהיכא דאזיל למלחמת הרשות אי נמי לכל היכא דבעי ולא אפשר ליה למיעבר... פורץ לעשות לו דרך והיינו דקתני עלה דרך המלך אין לה שיעור אלא פורץ והולך כדי שיוכלו מחנותיו והעם אשר ברגליו לעבור... והני מילי כולהו לפי שעה נינהו אבל לאחזוקי בגופה של קרקע לנפשיה כדי שיהא דרך קבוע לשדהו ולכרמו לא.

אולם יש מן הראשונים הסבורים כי גם משנה זו מדברת על סמכותו של המלך להפקיע קרקעות ולחלטן לצרכים אזרחיים לחלוטין. כך עולה מלשון **רש"י**[14] המפרש כי מדובר בדרך המובילה "לשדהו ולכרמו". וכן כתב רבנו יונה[15] המשווה בין סמכות הרבים להחזיק בדרך אשר עוברת בשדה פרטית[16] ובין סמכות המלך לפרוץ דרכים העוברות בשטחים פרטיים:

> היינו טעמא דר' אליעזר דקסבר הפקר רבים הפקר בברירת דרך לעצמן ברשות היחיד, שהוא תקון לעיר, וכעין מה ששנינו שהמלך פורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו, אלא שהמלך לכתחילה רשאי לעשות כן ואין הרבים רשאים לעשות כן לכתחלה, אבל בדיעבד אם ביררו דרך לעצמן מה שבירו ביררו.

יתכן ויסודה של מחלוקת זו במחלוקת תנאים במקור הדין "מלך פורץ גדר". בירושלמי[17] מפורש כי דין זה נלמד מהפסוקים העוסקים בשלל המלחמה של דוד בגדודי עמלק, ומסתבר אם כן לסייגו לפעולות מלחמתיות:

> פורץ לעשות לו דרך דכתיב (שמואל א, ל, כ) נהגו לפני המקנה ויאמרו זה שלל דוד.

לעומתו מבואר בספרי[18] כי מקור הדברים בלשון התורה המצמצמת את המגבלות המוטלות על המלך:

---

13. **יד רמ"ה** סנהדרין כ ע"ב, וכך מסיק הרב אריאל שם שאין מקום לדבר על הפקעה אלא על החכרה ארוכת טווח. אמנם לאחר מכן בעקבות דברי הגר"א הוא חוזר בו ופוסק כדעת הראשונים המאפשרים הפקעה לצמיתות.
14. **רש"י סנהדרין** כ ע"ב, ד"ה לעשות לו דרך. אמנם **רש"י בבא קמא** ס ע"ב, ד"ה מלך פורץ, מפרש באופן אחר ואומר שמעשי המלך נועדו "לעשות לו דרך ולאוכלוסין שלו" כלומר ההיתר לפרוץ אינו אלא לצורך מעבר זמני לצבא. וראה **בשו"ת הרמ"ז**, מו שמשער כי רש"י חזר בו.
15. **עליות דרבינו יונה** בבא בתרא, ק ע"א, ד"ה אי הכי.
16. סמכות זו אמנם לא נפסקה להלכה, אולם כך לדעת רבנו יונה יבאר רבה בר רב הונא את דברי ר' אליעזר המתיר לרבים להחזיק בדרך העוברת בשדה גם אם הוכח שדרך זו לא היתה קיימת בעבר: "אף על פי שלא אבדה להן דרך באותה שדה".
17. **ירושלמי סנהדרין**, פ"ב ה"ה.
18. **ספרי דברים** שופטים, קסא.

לפי שמצינו ששוה הדיוט למלך בדברי תורה ישוה לו בדברים אחרים תלמוד לומר לשמור את כל דברי התורה הזאת, לדברי תורה שוה לו ואין שוה לו לדברים אחרים מיכן אמרו מלך פורץ לעשות לו דרך ואין ממחים בידו להרחיב לו סטרטיאות ואין ממחים בידו דרך המלך אין לו שיעור.

כלומר המלך כפוף לחלוטין כלפי שמים, אולם כלפי האזרחים יש לו סמכות מלאה המאפשרת לו גם להפקיע את רכושם, סמכות שאינה מוגבלת לפעולות מלחמתיות בהכרח.

לדעת הראשונים הסוברים כי דין "מלך פורץ גדר" מאפשר למלך להפקיע קרקע פרטית לטובת סלילת דרך, צריך לומר כי דין זה אינו מוגבל למלך ישראל ונכון הוא גם במלכי אומות העולם אלא ששם יקרא דין זה "דינא דמלכותא דינא"[19] אשר כהוכחה לקיומו מביא רבא[20] את מנהג העולם להתייחס לדרכים הנסללות על ידי המלכות, תוך פגיעה ברכושם של היחידים, כדרך המותרת בשימוש:

אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו.

דברים אלו אף נפסקו להלכה בשולחן ערוך[21]:

אסור ליהנות בדבר הגזול... אבל מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהם גשר - מותר לעבור עליו... וכן אם הרס בתים ועשה דרך או חומה, מותר ליהנות בה, וכן כל כיוצא בזה, שדין המלך דין.

ואכן הגר"א[22] מביא כראיה לדברי השולחן ערוך את הגמרא במסכת בבא קמא המאפשרת לדוד המלך להשתמש בסמכותו "מלך פורץ גדר לעשות לו דרך".

לסיכום נאמר כי לדעת כל הראשונים זכותו של המלך להפקיע קרקע פרטית לתועלת הציבור אלא שנחלקו הראשונים האם ניתן לבסס זכות זו רק על סמכויות המלך המפורטות בפרשת המלך בספר שמואל או שניתן לבססן גם על דין "מלך פורץ גדר לעשות לו דרך"[23].

---

19. בענין יסוד הכלל דינא דמלכותא דינא ראו לעיל א, נספח ב.
20. **בבא קמא** קיג ע"ב.
21. **שולחן ערוך** חו"מ שסט, ב.
22. **ביאור הגר"א** שסט, ח. באופן דומה כתב **בשו"ת מהר"ם שיק** יו"ד, שנג; **שו"ת מהרש"ם** א, קעא, כי סמכותו של השלטון להפקיע קרקעות פרטיות השייכות לבית העלמין של הקהילה, סמכות הנלמדת במלך יהודי מדין "מלך פורץ גדר" ובמלך גוי מדינא דמלכותא ולדברי הגר"א שני דינים אלו חד הם.
23. נפקא מינא אפשרית בין המקורות השונים עשויה להתעורר בחובתו של המלך לשלם בתמורה לנכסים שהופקעו ולהלן נעסוק בשאלה זו בהרחבה.

הפקעה מוניציפלית

כעת יש לבחון, האם קיימת סמכות מקבילה לקהילה ולעומדים בראשה, ולענייננו, לרשות המקומית, להפקיע נכס של אדם יחיד לטובת הכלל? התשובה לכאורה שלילית שכן פרשת המלך לא נאמרה אודותיה, דין מלך הפורץ גדר לא נאמר ביחס אליה, ובוודאי שלא יחול בה דינא דמלכותא דינא. כך כנראה סבר החתם סופר[24] כאשר עסק בשאלה האם רשאי הציבור להפקיע שטח פרטי לטובת הקמת בית כנסת:

> אם יצטרך ציבור לבית הכנסת הכי יכולים להוציא אחד מביתו מנחלתו לבנות שם בהכ"נ?! ואפילו אם יתבטל הבנין לגמרי ולא יהיה להם בית הכנסת בכל זאת אינם יכולים ליקח קרקעו של שום יחיד בעל כרחו[25].

דברים ברוח דומה כתב רבי משה זכות[26] כאשר נשאל אודות זכותה של הקהילה להפקיע דירה של אנשים פרטיים לצורך הרחבת בית כנסת. בדבריו מתייחס הוא להבדל בין קהילה ובין מלך לענין זכות ההפקעה:

> דוקא רובא דעלמא דמקרו רבים אבל בציר מהכי יחידים מקרו[27].

כלומר, אין להרחיב את סמכות ההפקעה שניתנה למלך לשם שמירה על האינטרסים של כלל ישראל המכונים "רבים", ולתת אותה לקהילה היהודית שגדולה וחשובה ככל שתהיה אינה יכולה להיחשב ככלל ישראל ולפיכך יש להגדירה כ"יחידים"[28].

---

24. **שו"ת חתם סופר** או"ח, כט.
25. מדברים אלו מגיע הוא למסקנה מרחיקת לכת והיא שאחרי שנרכשו מקומות בבית הכנסת שוב לא רשאי הציבור לעשות כל שינוי פנימי בתוך בית הכנסת שיגרום לכך שמקום המשמש לישיבה ישמש למעבר: "אותן אנשים שקנו הקרקע להעמדת ספסליהם במקום שפותחים עתה הפתח החדשה מי יכול לגזול קרקע שלהם מידם בעל כרחם... וא"כ איך יפתחו פתחם במקום העמדת ספסל של אלו".
26. **שו"ת הרמ"ז**, מו.
27. את טענתו הוא מוכיח מדיני תעניות שאין משנים את נוסח שאילת הגשמים מפני צורך של קהילה מסויימת או אפילו מספר קהילות המתגוררות במדינה מסויימת.
28. הרמ"ז טוען טענה נוספת והיא שגם אם נגדיר את צרכי הקהילה כצרכי רבים המצדיקים הפקעה, הרי שלדעת המרדכי אין להעניק לקהילה סמכות שלטונית לכפות את דעתה ולפגוע בזכויותיהם של המיעוט: "אפי' אי כרבים דמו לא מצו למתקן מילתא דאתי פסידא להאי ובהדיא כתב המרדכי פ"ק דבבא בתרא דלא מצו הקהל למעבד תקנתא במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כ"ש ליטול ממון או קרקע של אחד מהם לתועלתם ולהנאתם דודאי לא שמעינן להו שאין זו תקנה אלא עושק וגזל ומוציאין מידם".
אולם יש לציין כי כפי שכתבנו לעיל, א, א, דעה זו המובאת במרדכי מייצגת את עמדתו של רבנו תם עליה חלק הראבי"ה וסבר כי זכות הרוב בקהילה לכפות את דעתו על היחיד גם במחיר פגיעה בזכויותיו. כפי שהבאנו לעיל מנהג העולם לפסוק כדעת הראבי"ה ולדעת **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קטז, גם רבנו תם יסכים כי המנהג מחייב. אי לכך נראה כי החתם סופר בתשובתו המובאת לעיל לא התבסס על חוסר סמכותה השלטונית של הקהילה אלא על צמצום זכות ההפקעה למלך, הדואג לצרכי כלל ישראל.

אולם מעיון בדברי הראשונים עולה שיש להעניק את סמכות ההפקעה גם לקהילה המקומית וזאת משתי סיבות: האחת, להנהגת הקהילה המקומית ישנה סמכות שלטונית כמו למלך ולפיכך כשם שסמכות המלך להפקיע ממון של יחידים לצורכי הציבור כך גם להנהגת לקהילה קיימת סמכות מקבילה. דברים אלו כותב הרשב"א[29]:

> דכל שלטון ישראל הממונה בעירו ומשל במקומו דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא[30] כל זמן שעושה כחוקי מקומו דומיא דמלך ממש. זה ברור. והראיה תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי כלומר הפקידים הממונים ואף במלכי ישראל בחוצה לארץ[31].

הסיבה השניה היא, שסמכות ההפקעה אינה מחייבת את הגדרת השלטון המקומי כמלכות בזעיר אנפין שכן היא מבוססת על דין הפקר ב"ד הפקר הקיים בוודאי גם בבית הדין, ולענייננו ההנהגה המקומית. ניתן לדייק דברים אלו מלשונו של רבנו יונה הנזכרת לעיל, המשווה בין סמכות הרבים להחזיק בדרך אשר עוברת בשדה פרטית, המבוססת על דין הפקר ב"ד הפקר, ובין סמכות המלך לפרוץ דרכים העוברות בשטחים פרטיים המבוססת על דין מלך הפורץ גדר:

> היינו טעמא דר' אליעזר דקסבר הפקר רבים הפקר בברירת דרך לעצמן ברשות היחיד, שהוא תקון לעיר, וכעין מה ששנינו שהמלך פורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו, אלא שהמלך לכתחילה רשאי לעשות כן ואין הרבים רשאים לעשות כן לכתחלה[32], אבל בדיעבד אם ביררו דרך לעצמן מה שביררו ביררו.

---

29. **שו"ת הרשב"א** א, תרלז. וצ"ע בדברי הרב יונתן בלס, **אמונת עיתך** 25, עמ' 21, שביקש להוכיח מהתשובה הנ"ל כי לקהילה אין זכות להפקיע ממון אלא בהיותה פועלת מכח השלטון של המלך הגוי. כנראה כי הוא דייק זאת מלשון התשובה המגבילה את סמכות זו בכך שעל הקהילה לפעול לפי החוק המקומי "כל זמן שעושה כחוקי מקומו" או מקריאתו לבוני הגשרים "הפקידים הממונים". אולם נראה שאין זו כוונתו של הרשב"א שכן ברור כי כאשר הקהילה מבקשת להשתמש בסמכותה השלטונית המקומית כ"מלכותא" עליה לפעול במסגרת החוק הכללי אליו היא כפופה. כמו כן מהמשך הדברים המכנה את הקהילה בשם "מלכי ישראל בחוצה לארץ" ברור כי כוונתו כדברנו. אכן הרב בלס לא ציטט את המשך הדברים ויתכן שזו הסיבה לטעותו.
30. בכך נאמן הרשב"א לשיטתו, **שו"ת הרשב"א** ג, תיא, אותה הבאנו מספר פעמים לפיה טובי הקהל ביחס לאנשי עירם כב"ד הגדול וכמלך לכלל ישראל "שכל צבור וצבור היחידים כנתונין תחת יד הרבים על פיהם הם צריכין להתנהג בכל ענייניהם והם לאנשי עירם ככל ישראל לב"ד הגדול או למלך". הרב בלס אכן מעיר כי הדבר עומד בסתירה למסקנתו מתשובת הרשב"א המובאת לעיל, ומתרץ כי גם אם יש להם סמכות כמלך אין זה ממש מלך אלא מלך עם סמכות מוגבלת. בהמשך מאמרו נחשפת שיטתו לפיה באופן כללי "הקהילה איננה יחידה אורגנית אלא ציבור של יחידים הדומה במספר דיניו לשותפות רגילה" אולם לעיל א, א, הארכנו לדחות עמדה זו ולהציג את עמדת רוב הראשונים והאחרונים הרואים בקהילה ישות ציבורית ולא שותפות גרידא.
31. הרשב"א מבאר בהמשך דבריו שסייג זאת בשל עמדת הראשונים הסוברים כי אין דינא דמלכותא בא"י, וממילא השאלה שנשאל היתה מקהילה בחו"ל.
32. דברים אלו של רבנו יונה עומדים לכאורה בניגוד לדבריו של הרב כתריאל פ. טכורש, מערכת

כלומר ההמון אינו רשאי לרמוס את רכושו של היחיד על מנת לקצר את דרכו, אולם באופן בסיסי היות וסמכות זו מסורה לציבור, בין אם מדובר בבית דין מקומי המשתמש בכחו "הפקר בי"ד הפקר", ובין אם מדובר במלך המשתמש בסמכותו השלטונית, אם הופעלה סמכות זו, גם אם לא באופן המסודר והראוי, הרי שבדיעבד יש להכיר בתוצאות פעולתה[33].

כדברי הראשונים הנ"ל כתב גם החזון איש[34] כאשר דן בסמכות בני העיר להפקיע רכוש של יחידים לצרכי הרחבת כביש וביסס סמכות זו על דין הפקר בי"ד:

> אם הציבור רוצה להרחיב את הרחוב ומוצאים הדבר לתיקון העיר, יש לדון אם יכולים להפקיע קרקעות היחידים שעל מצר הרחוב בכוח ז' טובי העיר, שהן כבית דין להפקיר ממונו של היחיד (כמבואר במרדכי). ומקום הספק דאפשר דזה כמס מן הקרקעות וכיוצא בזה ולא חשיב תיקון העולם כל כך, והכל לפי ראות עיני הדיין עד כמה נחיצות הדבר.

המסים לאור התורה, **התורה-והמדינה** ה-ו, עמ' רלג ואילך. (הרב טכורש היה חבר מועצת הרה"ר עמד בקשרי שו"ת עם הראי"ה קוק. שותף לרב ישראלי בהקמת חבר רבנים המזרחי, נסמך לרבנות בוולוצלבק ע"י רב העיר ותלמידו של הסוכוצ'ובר סבו של זקני הרב יהודה לייב קובלסקי). לדעתו דין הפקר בי"ד רחב יותר ומצביע על הדין לכתחילה בעוד דין "מלך פורץ גדר" פועל לדעתו מדינא דמלכותא ולפיכך מצומצם יותר והשימוש בו לעולם יעשה בדיעבד. אלא שנראה כי הסתירה נובעת משימוש שונה במילים לכתחילה ודיעבד. אצל רבנו יונה מונחים אלו באים לבטא את היות ההפקעה כרוכה בתשלום פיצוי, בעוד אצל הרב טכורש מונחים אלו באים לבטא את יכולת ביצוע ההפקעה במקום בו קיימת אלטרנטיבה. אשר על כן אין סתירה אמיתית שכן בהחלט יכול להיות שמרחב שיקול הדעת של הציבור רחב יותר אך יכולתו להפקיע מוגבלת לרכישה בעל כרחו של הבעלים בעוד המלך רשאי גם להפקיע ללא תמורה אלא שהוא רשאי לעשות כן רק בהעדר אלטרנטיבה סבירה להפקעה.

33. ועיין לעיל א, א, שם הבאנו את דברי **שו"ת דבר אברהם** א, א, אות ה, ד"ה והנ"ל, כי דין הפקר בי"ד לא נאמר לבי"ד כסמכות תורנית אלא כסמכות שלטונית. לכן יכולה סמכות זו לעבור אפילו לשלטון גוי, וזהו היסוד התורני של דינא דמלכותא דינא. על פי דבריו, הרשב"א המבסס את סמכות ההפקעה על דינא דמלכותא, ור' יונה המבססה על דין הפקר בי"ד הפקר אמרו דבר אחד.

34. **חזון איש** בבא בתרא, ד, טו; הרב יוסף גולדברג, **טובי העיר** ג, כב; הראי"ה קוק **שו"ת אורח משפט** חו"מ, י, נשאל על סמכות ועד התושבה רחובות להעתיק את הכביש על חשבון שטח של אנשים מסויימים שנפגעו מכך ומשיב: "ענין קביעות הדרך באופן המוסכם, היא תקנה כללית לכלל בני המושבה, והדחיה תוכל לגרום עיוות שלא יהיה אפשר אח"כ לתקנו. ע"כ בכל כה"ג, אפילו כ' הועד בעצמו הי' ג"כ יכול להחליט ענין כזה כפי דעות רבים מהפוסקים, דאפי' במקום רווחא להאי ופסידא להאי ג"כ יכולין טובי העיר לתקן". לפיכך צ"ע על דברי הרב רועי ז"ק **כתר יא**, עמ' 425, שתמה על דברי החזון איש הנ"ל וכתב כי "אין כל מקור קודם ולפיו חלה סמכות הלכתית זו במקרה מעין זה, ואף קיימים מקורות השוללים זאת במפורש" ובענייי חזרתי על כל מקורותיו ולמעט דעת רבנו תם שלא נתקבלה למעשה לא מצאתי ולו מקור אחד בראשונים השולל סמכות זו מבני העיר.

למסקנה אם כן הסמכות להפקיע קרקע לצרכי ציבור חיוניים נתונה הן בידי המדינה והן בידי הרשות המקומית וכפי שקובעים כיום חוקי מדינת ישראל[35].

שיקולי ההפקעה

כפי שראינו בסמכות המדינה והשלטון המקומי להפקיע רכוש של יחידים לטובת הציבור. אולם סמכות זו אינה בלתי מוגבלת וההלכה מטילה חובה על הציבור לשקול היטב האם זוהי הדרך היחידה להשיג את טובת הציבור או שישנן דרכים נוספות שאינן נשענות על צעד חריג זה. בסיס לדברים אלו מוצא הרב טכורש[36] בגמרא המתייחסת לסיפור תמוה המובא בסוף ספר שמואל[37]:

> וַיֶּאֱסְפוּ פְּלִשְׁתִּים לַחַיָּה וַתְּהִי שָׁם חֶלְקַת הַשָּׂדֶה מְלֵאָה עֲדָשִׁים וְהָעָם נָס מִפְּנֵי פְּלִשְׁתִּים: וַיִּתְיַצֵּב בְּתוֹךְ הַחֶלְקָה וַיַּצִּילֶהָ וַיַּךְ אֶת פְּלִשְׁתִּים וַיַּעַשׂ ה' תְּשׁוּעָה גְּדוֹלָה.

את הסיפור מסבירה הגמרא[38] באופן הבא:

> רב הונא אמר: גדישים דשעורים דישראל הוו דהוו מטמרי פלשתים בהו, וקא מיבעיא ליה: מהו להציל עצמו בממון חבירו? שלחו ליה: אסור להציל עצמו בממון חבירו, אבל אתה מלך אתה, [ומלך] פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.

כלומר דוד המלך ע"ה מקבל היתר להשתמש בדין "מלך פורץ גדר" לשם הצלחת הקרב אך הוא נמנע מלהשתמש בסמכות שהוקנתה לו, ומשום כך הוא מסתייע מן השמים – "ויעש ה' תשועה גדולה". המנעותו של דוד המלך ע"ה מובנת לאור הביטוי המסוייג בו בחרה הגמרא לסיים את תיאור סמכותו של המלך הפורץ גדר - "ואין מוחין בידו" כלומר על אף שהדבר אינו ראוי, הוא אינו זוכה למחאה.

רמז נוסף להיות סמכויותיו של המלך לפגיעה בקניינו של הפרט מוגבלת ניתן למצוא באוירה בה נאמרת פרשת המלך – כעס של שמואל על העם. נחלקו האמוראים האם מלך מותר או אסור להשתמש בסמכויות אותן מציג שמואל לעם אולם לא נחלקו על "הטון" בו נאמרו סמכויות אלו, ומסתבר שגם מי שסבור כי שמואל מעניק סמכויות אלו למלך, אין ספק כי הדבר נעשה בלב כבד מתוך הבנה כי מלך טוב אמור לעשות בסמכויות אלו שימוש במשורה.

הדבר מסביר מדוע כאשר ניגש דוד המלך ע"ה לבנות את ביהמ"ק הוא אינו מנסה להפקיע את מקום המקדש מידיו של ארונה היבוסי, וזאת למרות שלארונה ברור שדוד רשאי לדרוש

---

35. **פקודת הקרקעות** 1943 מקנה זכות הפקעה לשר האוצר. ואילו פרק ח' ל**חוק התכנון והבניה** תשכ"ה מעניק סמכות זו לועדה המקומית לתכנון ובניה שהיא למעשה חלק מן הרשות המקומית.
36. במאמרו הנזכר לעיל.
37. **שמואל ב** כג, יא-יב.
38. **בבא קמא** ס ע"ב.

זאת ממנו[39], אלא מבקש לרכוש אותו בכסף מלא שכן הפקעה נעשית רק בלית ברירה.

ממקרה זה מסיק רבי משה זכות[40] שתי מסקנות, האחת, כי סמכות ההפקעה אינה קיימת אלא כאשר בפני המלך לא עומדת כל ברירה אחרת, שכן אחרי נבואת גד הוא לא יכול היה לבחור מקום אחר להקים עליו את המקדש, והשניה, שגם כאשר ניתנת סמכות זו יש להשתדל להמנע מלהשתמש בה:

> דלא עביד הכי אלא היכא דלא סגי בלאו הכי... שהרי גד החוזה אמר ליה על פי הדבר ששם היה רוצה שיבנה ביתו ולכן היה רשאי לקחתו בע"כ משא"כ בשאר דברים.

נמצאנו למדים אם כן כי השימוש בזכות ההפקעה חייב להיות במשורה תוך בחינה של העדר אפשרויות חלופיות להפקעה. אולם באחרונים ניתן למצוא שתי נימות להגבלה זו. יש הסוברים כי הואיל וההלכה אינה מגדירה הגבלה זו באופן כלשהו הרי שהגבלה זו אינה יותר ממידת חסידות שננקטה על ידי דוד המלך ע"ה, שנהג תמיד במידה זו, אולם אין היא מחייבת כל שלטון אחר. לעומתם יש מן הפוסקים הסוברים כי הגבלה זו מחייבת, שכן כל עוד הציבור אינו מוכן לתת למדינה להפקיע קרקעות באופן גורף, וללא בחינה של חלופות נוספות, אין למדינה סמכות שכזו שכן בסופו של דבר השלטון, יונק את סמכותו מהעם[41] וזה לא העניק לו סמכות שכזו[42].

---

39. כפי שנאמר ב**שמואל ב**, כד, כב-כד: "וַיֹּאמֶר אֲרַוְנָה אֶל דָּוִד יִקַּח וְיַעַל אֲדֹנִי הַמֶּלֶךְ הַטּוֹב בְּעֵינָיו ...הִכֹּל נָתַן אֲרַוְנָה הַמֶּלֶךְ לַמֶּלֶךְ... וַיֹּאמֶר הַמֶּלֶךְ אֶל אֲרַוְנָה לֹא כִּי קָנוֹ אֶקְנֶה מֵאוֹתְךָ בְּמְחִיר".
40. **שו"ת הרמ"ז**, מו.
41. כפי שהארכנו להוכיח לעיל א, א. בהקשר זה כותב הרב שאול ישראלי, **עמוד הימיני**, ט, עמ' פג-פה: "נראה מוכרח שסמכות המלך אינה קבועה ועומדת בדיני התורה, וכל עיקרה תלויה היא במידת הסמכות שניתן לה מאת העם או באי הכח שלו (בישראל- הסנהדרין), בזמן המלכתו. וכל עם ועם, וגם ישראל בכלל זה, הרשות נתונה בידם למנות להם מלך ולמסור לו את הסמכויות שימצאו לנכון, עפ"י תנאי החיים... יוצא לפ"ז שכל עם הרשות בידו לבחור לו המלך ולמסור לידו סמכויות כראות עיניו... ובישראל למדו חז"ל מהתנהגות כשרי המלכים וממשפט המלוכה שנאמר בשמואל, ומזה למדו מה הסמכויות שנמסרו למלכי ישראל. וע"כ אין לנו לחפש כלל על כל פרט מקור בתורת משה, כי לא נמצאם, כי התורה מסרה את הדבר באופן כללי להחלטת העם".
42. הרב אליעזר וולדנברג, **הלכות מדינה**, ג, ז, א, ה: "כח ציבורי זה נובע לא משלילת כח בעלות האדם על רכושו וגם לא מהשתלטות הציבור על היחיד אלא הוא ענין הסכמה... וכל שהענין חורג ממסגרת זאת פג כח הציבור והשלטון ונשאר אין אונים מלהשתלט על רשות היחיד ורכושו, ואם מנסים להשתלט יתר על הסמכות בכח היד, הרי אין לפעולות אלה תוקף של סמכות חקית, אלא הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהם דין" ובהמשך דבריו, עמ' קצ, מסיק כי משום כך חשוב להבין "עד כמה צריכה להיות גדולה הזהירות מהשתמשות ברכוש הפרט או הפקעתו מרכוש בעליו ועד כמה מוגבלת ההנהגה המדינית להשתמש בכח ההשתמשות וההפקעה המסור לידה".

פיצוי על הפקעה

כפי שראינו, למדינה ולשלטון המקומי יש סמכות להפקיע רכוש של יחידים לטובת הציבור. אולם יש לבחון האם הפקעה זו מחייבת תשלום, או שמא היא נעשית כלל ללא תשלום. ונראה כי נחלקו הראשונים בשאלה זו: לדעת רבנו תם[43] סמכות המלך להפקיע קרקע אינה מחייבת כל תשלום בגין הקרקע שהופקעה[44]. על פי זה מבאר רבנו תם כי חטאו של אחאב היה שהלך הוא סחור סחור בנסיון לרכוש את כרמו של נבות, מה שהוביל אותו לתחושה של פגיעה בכבודו, ולא השתמש בסמכותו ולקח אותו ללא כל תשלום:

> דבחנם היה יכול ליקח אם היה רוצה אבל כשהיה שואל אחאב שימכרו לו חשב נבות שרשות בידו לומר לא אמכור.

לעומתו סבור הרמב"ם[45] כי על אף שמותר למלך להפקיע, הרי שכאשר המלך משתמש בסמכות ההפקעה שבידו חייב לשלם על כך:

> וכן לוקח מן בעלי האומניות כל מה שהוא צריך ועושין לו מלאכתו **ונותן שכרן**, ולוקח כל הבהמות והעבדים והשפחות למלאכתו **ונותן שכרן או דמיהן**...ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אלו אם אין להם מה יאכלו אלא משם, **ונותן דמיהן**...

אמנם כאשר הרמב"ם[46] מתאר את המלך היוצא למלחמה וצבאו רומס שדות וכרמים הוא אינו מזכיר כלל את חובת התשלום:

> ופורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו, ודרך המלך אין לה שיעור, אלא כפי מה שהוא צריך, אינו מעקם הדרכים מפני כרמו של זה או מפני שדהו של זה, אלא הולך בשוה ועושה מלחמתו.

ונראה לכאורה כי הדבר תלוי במטרתה של ההפקעה: אם מדובר בהפקעה הנעשית בסערת הקרב וכחלק מן המלחמה הרי שהיא פטורה מתשלום שכן גם לאדם פרטי היא היתה מותרת מדין פיקוח נפש, אלא שזה היה צריך לשלם עליה. אולם אם מדובר על הפקעה הנעשית באופן מחושב לצורכי הכלל, הרי שזו כרוכה בתשלום, בין אם נועדה לשרת מטרות שגרה (הנזכרת בהלכה ג), ובין אם נועדה לסייע למאמץ המלחמתי (הנזכרת בהלכה ו).

כפי הנראה, מקור לחובת התשלום מצא הרמב"ם בגמרא אשר את תחילתה הבאנו לעיל. הגמרא מביאה שני הסברים להבנת שאלתו של דוד[47] אשר על שניהם התקבלה התשובה – "מלך פורץ גדר":

---

43. **תוספות** סנהדרין כ ע"ב, ד"ה מלך.
44. אם כי גם לשיטה זו מסתבר שממידת חסידות ראוי למלך לשלם, וכך מסיק הרב יונתן בלס במאמרו הנ"ל ע"פ תשובת הרמ"ז.
45. **רמב"ם** מלכים ד, ג; ו.
46. **רמב"ם** מלכים ה, ג.
47. הסיפור המובא בספר שמואל מופיע בשינויים קלים בספר **דברי הימים א**, יא, יג-טו: "הוא

רב הונא אמר: גדישים דשעורים דישראל הוו דהוו מטמרי פלשתים בהו, וקא מיבעיא ליה: מהו להציל עצמו בממון חבירו? שלחו ליה: אסור להציל עצמו בממון חבירו, אבל אתה מלך אתה, [ומלך] פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.

ורבנן, ואיתימא רבה בר מרי אמרו: גדישים דשעורין דישראל הוו וגדישין דעדשים דפלשתים, וקא מיבעיא להו: מהו ליטול גדישין של שעורין דישראל ליתן לפני בהמתו, על מנת לשלם גדישין של עדשים דפלשתים? שלחו ליה: חבול ישיב רשע גזילה ישלם, אף על פי שגזילה משלם - רשע הוא, אבל אתה מלך אתה, ומלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.

ומבאר התוספות[48] כי ע"פ רב הונא דוד ניצב בסיטואציה בה היה נתון צבאו בסכנת חיים בה הוא נדרש להציל את צבאו באמצעות הצתת שדה פרטית ואז שאל האם הוא רשאי לעשות זאת ולשלם על כך. תשובת חכמים היתה כי אע"פ שלאדם המציל את עצמו בממון חברו יש חובת תשלום – חובה זו אינה מוטלת על המלך במלחמתו. ברוח דברים אלו מסביר הרשב"א, שם את דעת רבנן לפיה צבאו של דוד לא היה בסכנת חיים אלא שבהמותיו היו צריכות למזון ושאלתו היתה האם מותר לו לקחת שעורים לצורך מחייתן ולשלם תמורתן, והתשובה היתה כי אע"פ שלאדם רגיל הדבר אסור שכן זהו גזל[49] למלך הדבר מותר:

ההיא דקא אמרי אף על פי שמשלם גזילה רשע מיקרי לאו אהמציל עצמו קאי. אלא אאידך ללישנא דאמרי דשלח להו מהו ליטול גדישין של שעורין ליתן לפני בהמתו על מנת ליתן גדישין של עדשים, ועל זה שלחו לו דאסור דאין לו לקיחת ממון חבירו שלא מדעתו להציל ממונו ואפילו על מנת לשלם.

העולה מדברי הרשב"א הוא שאע"פ שלמלך קיימת סמכות הפקעה רחבה הרי שהוא חייב לשלם על מה שהפקיע אלא אם כן הדבר נעשה בסערת הקרב שאז פטור הוא מלשלם[50]. ממש כדברים הללו כתב כאמור גם הרמב"ם וכך מסיקים רבים מהאחרונים למעשה[51].

הָיָה עִם דָּוִיד בַּפַּס דַּמִּים וְהַפְּלִשְׁתִּים נֶאֶסְפוּ שָׁם לַמִּלְחָמָה וַתְּהִי חֶלְקַת הַשָּׂדֶה מְלֵאָה **שְׂעוֹרִים** וְהָעָם נָסוּ מִפְּנֵי פְּלִשְׁתִּים: וַיִּתְיַצַּבוּ בְּתוֹךְ הַחֶלְקָה וַיַּצִּילוּהָ וַיַּכּוּ אֶת פְּלִשְׁתִּים וַיּוֹשַׁע ה' תְּשׁוּעָה גְּדוֹלָה" שני ההסברים נחלקו ביסודם בשאלה הפרשנית האם מדובר בשני מקרים זהים אלא שבאחד הציל דוד עדשים ובני שעורים או במקרה אחד בו הוחלפו שעורים תמורת עדשים.

48. **תוספות** בבא קמא ד"ה מהו; **רא"ש** בבא קמא ו, יב; רשב"א, שם, ודלא כרש"י, שם, ד"ה ויצילה, שמבאר כי השאלה היתה האם מותר לאדם להציל את נפשו במחיר פגיעה ברכוש חברו, אפילו אם בכוונתו לשלם, שכן כפי שכותב ב**שו"ת הרשב"א** ד, יז, דרישה זו עומדת בניגוד לעקרון לפיו "אין לך דבר העומד בפני פקוח נפש", וכן בניגוד לחובה המוטלת על בעל הרכוש להציל את חברו במחיר רכושו (כל עוד הדבר אינו מגיע על חשבון חייו שלו עצמו).

49. על פי הגמרא **בבא קמא** סב ע"א, נקראת רכישה בעל כרחו של אדם – לא "גזל" כי אם "חמס".

50. וזאת בניגוד לאדם פרטי שלצורך הצלת רכושו אסור לו לקחת את רכוש חברו אפילו אם ישלם על כך לאחר מכן, ולצורך הצלת עצמו אע"פ שמותר לו להשתמש ברכוש חברו, יהיה חייב לשלם לאחר מכן.

51. **חזון איש** בבא בתרא, ד, טו; הרב יעקב אריאל, **אמונת עיתך** 25, עמ' 30; הרב עוזיאל מנסח

בנקודה זו יש להעיר נקודה חשובה והיא כי התשלום על ההפקעה אינו מתיימר להפוך אותה **למכירה**[52] שכן זו בהגדרתה צריכה את הסכמת הצדדים, וגם כאשר זו נעשית תחת לחץ חייבת בסופו של דבר להיות גמירות דעת "אגב אונסיה גמר ומקני"[53]. התשלום על ההפקעה אפוא הינו **פיצוי** על הנזק שנגרם לבעלים בגין ההפקעה, אשר באופן עקרוני יכול להעשות לפני או אחרי ההפקעה ובכל מקרה אינו מעכב אותה.

מקרה דומה ניתן למצוא מדין סילוק מפגעים סביבתיים על ידי הציבור במקרה בו המפגע נוצר זה מכבר, אך רק בעקבות ההתפתחות העירונית התחיל הציבור לסבול ממפגע זה. במקרה מעין זה רשאי הציבור לדרוש את סילוק המפגע אולם הוא חייב לפצות את בעליו וכך שנינו במשנה[54]:

> מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה... אם העיר קדמה קוצץ ואינו נותן דמים ואם האילן קדם קוצץ ונותן דמים.

חובת תשלום זו אינה מעכבת את הציבור מלממש את סמכותו, גם כאשר קיים חשש שמא האדם לא יקבל כל תשלום עבור הרכוש שנלקח ממנו וכדברי הגמרא (שם):

> ולימא להו: הבו לי ברישא דמי והדר איקוץ! אמר רב כהנא: קידרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא.

מכאן מגיע הרב יעקב אריאל[55] למסקנה כי על אף חובת התשלום, אם לא בוצע תשלום אין הרכוש שהופקע על ידי הרשות נחשב לגזול בידיה ומותר לכל האזרחים להשתמש בו עוד קודם שנתבצע. סברא זו לפיה ההפקעה לצורך הציבור נעשית לפני הפיצוי ובלי קשר לפיצוי מאפשרת להבין ולקבל את קביעת החוק[56] כי במקרה בו מעמדו של הבעלים בקרקע אינו מובהק תשלום הפיצויים יתעכב למשך שנה תמימה על מנת לאפשר לאנשים אחרים לתבוע מהפיצויים לעצמם.

פיצוי בגין הפקעה של נכס שכן

הבנת אופי התשלום בעקבות ההפקעה כתשלום על נזק שגרמה הרשות ולא כמכירה של הקרקע מחייבת לבחון האם יש מקום להרחיב את החיוב של הרשות גם לנזק שנגרם לערכם של הנכסים שלא הופקעו. נזק זה יכול להווצר באופן ישיר, כגון שהועדה המקומית קבעה שתכנון השטחים הציבוריים מטיל מגבלות בניה על השטחים הפרטיים

זאת בהצעתו לחוקה, **תחוקה לישראל ע"פ התורה** ב, עמ' 250: "לא תופקע כל אדמה אלא במחירה המלא או בתמורה קרקעית אחרת דומה לה".

52. יש להעיר כי שם החוק העוסק בסמכות ההפקעה הוא "**פקודת הקרקעות – רכישה לצרכי ציבור 1943**". שם זה אינו נכון על פי ההלכה שכן אין כל כל רכישה אלא הפקעה והוצאה מבעלות ללא כל הסכמה.
53. **גיטין** נה, ע"ב.
54. **בבא בתרא** כד ע"ב.
55. **אמונת עיתך** שם, עמ' 30.
56. סעיף 16 **לפקודת הקרקעות 1943**.

הסמוכים, ויכול הוא להווצר באופן עקיף, כגון ששינוי היעוד של קרקע סמוכה, גרם לירידת ערך הנכס[57] כגון שנקבע כי בקרקע סמוכה יסלל כביש.

בנוגע לנזק ישיר ראינו במשנה לעיל שבני העיר חייבים לשלם פיצויים במקרה בו היה אילן נטוע במקומו, ובני העיר שהתרחבה מבקשים כעת להסירו. פיצוי כספי זה אינו מוגבל לתשלום על מטלטלין שנפגעו בשל התרחבות העיר אלא גם על צורת שימוש במקרקעין שאינה מתאפשרת עוד בשל ההתרחבות. כך פוסק הרמ"א[58] בנוגע לחובת הרחקה של הגורן מהעיר:

> אם הגורן קודם לעיר, מסלקו ובני העיר נותנים לו דמיו.

מכלל הן אנו שומעין לאו כי אם העיר קדמה לגורן אזי אע"פ שנמנע כעת מהאדם לעשות גורן בשטחו אין הדבר מצדיק פיצוי מבני העיר. נמצאנו למדים כי אם בגין שינוי התב"ע העירונית נמנע מאדם להשתמש בשטחו כפי שעשה עד כה הרי שהעיר חייבת לפצותו על כך, מאידך אין העיר חייבת לפצות אדם בשל העובדה כי מעתה ואילך תמנע ממנו האפשרות להשתמש בשטחו למטרה כזו או אחרת.

בנוגע לנזק עקיף הנגרם בגין שינוי יעוד הקרקע הסמוכה, שגרם לירידת ערך הנכס הדברים מפורשים אף יותר. המשנה[59] מגבילה את האדם מלחפור בור בשטחו באופן שהדבר יגרום לפגיעה בבור של חברו הנמצא בשטחו שלו: "לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו". בגמרא מבאר רבא כי הגבלה זו מוטלת על האדם גם אם אצל חברו אין כל בור אלא חפירת הבור תמנע מחברו לחפור בור אותו הוא מתכנן לחפור בעתיד[60]. אלא שנחלקו הראשונים האם יש להרחיב הגבלה זו. לדעת **רש"י** וראשונים נוספים[61] יש להרחיב את המגבלה הזו, ולמנוע מאדם כל שימוש שעשוי לפגוע ביכולת השימוש של החברו בשטחו. לעומת זאת לדעת **ר"י הזקן**[62] מגבלה זו קיימת רק אם השימוש בשטח פוגע פיזית בשטח הסמוך ומונע את האפשרות להשתמש בו בעתיד אולם אם בשעה בו האדם משתמש בשטח הוא אינו פוגע בחברו אזי הוא רשאי לעשות כן גם אם בשל כך ימנע מחברו להשתמש באופן כזה או אחר בשטחו. למעשה פסק הרמ"א[63] כדעת ר"י הזקן וזאת על אף שהביא את דעת רש"י בשם "יש חולקים":

---

57. אבחנה דומה קיימת גם בבתי המשפט במדינת ישראל ראה ע"א 1188/92 **הוועדה המקומית ירושלים נ' ברעלי** פ"ד ט (1) 463.
58. **רמ"א** חו"מ, קנה, כב,
59. **משנה בבא בתרא** יז ע"א.
60. **בבא בתרא** יז ע"ב "בשדה שאינה עשויה לבורות - דברי הכל סומך, כי פליגי - בשדה העשויה לבורות, אביי אמר סומך... רבא אמר אינו סומך... אמר ליה: כל מרא ומרא דקא מחיית קא מרפית לה לארעאי".
61. **רש"י** בבא בתרא, יח ע"ב, ד"ה על המזיק; רי"ף ט ע"ב; **עליות דרבנו יונה**; **רמב"ן; רשב"א**, שם. **רמ"א** קנה, יט, בשם יש חולקים.
62. **בתוספות** בבא בתרא יח ע"ב, ד"ה וסבר, על פי גירסת רבנו חננאל, שם; **רא"ש** ב, א-ב.
63. **רמ"א** חו"מ, קנה, יט, לב.

> מותר לעשות בכל נזקין אלו בשלו, בשאין שם דבר הניזוק, חוץ מחפירת בור אצל שדה העשוייה לבורות ויש חולקין בזה.

לדעת הרא"ש[64] מהעובדה שלדעת ר"י שאין לאסור על אדם להשתמש בשטחו גם אם הוא מונע בכך את חברו מלעשות שימושים עתידיים מסויימים בשטחו, יש להסיק כי הדבר נכון גם אם הדבר גורם לירידת ערך של הנכסים שאינם ראויים עוד לשימושים מסויימים ומכל שכן שאין לחייב פיצוי בגין ירידת ערך זו:

> אדם הבונה בתוך שלו להשביח נכסיו ואינו מזיק לגוף ממון חברו אלא שמפחיתו מדמיו כי האי גונא לא הצריכו חכמים להרחיק. כההיא דפרק לא יחפור (כ"א ע"ב) עושה אדם חנות בצד חנותו של חבירו ומרחץ בצד מרחץ של חבירו ואינו יכול למחות בידו מפני שיכול לומר לו אתה עושה בתוך שלך ואני עושה בתוך שלי. ואף על פי שהדבר ידוע שהחנות של הראשון דמיו נפחתים שיותר היה נמכר ביוקר כשלא היה במבוי אלא חנות אחת אף על פי כן אינו יכול למחות בידו.

כלומר אם השימוש של אדם בנכס גורם לירידת ערכו של הנכס הסמוך אין הדבר מהווה אפילו עילה להפסקת השימוש וכל שכן שהדבר אינו מהווה עילה לתביעת פיצוי. אם ביחיד הדברים אמורים כל שכן שהדבר נכון ביחס לציבור שאם השימוש של הציבור בקרקע גורם לירידת ערך הקרקע אין על הציבור חובת פיצוי כלפי בעל הנכס שנפגע.

פיצוי על הפקעה בחוקי מדינת ישראל

כפי שראינו לעיל החוק במדינת ישראל מאפשר להפקיע מאדם את חלק מרכושו מבלי לפצותו על כך[65]. חוק זה אינו צודק ומנוגד להלכה[66] המחייבת תשלום פיצוי מלא על כל קרקע שהופקעה בלי קשר לחלק היחסי בשטח של הבעלים. עם זאת כפי שהסקנו אין הדבר מעניק לקרקע שהופקעה ללא מתן פיצוי הולם מעמד של קרקע גזולה ומותר לציבור הרחב להשתמש בה על אף שנושא הפיצוי טרם הוסדר.

---

64. **שו"ת הרא"ש** ה, ג.
65. סעיף 20 **לפקודת הקרקעות 1943** קובע כי במקום בו הופקעה קרקע מאדם לצורך סלילת דרך לא ישולמו פיצויים לאדם אם לא נלקח ממנו יותר מרבע משטח הקרקע הכולל שברשותו. בסעיף 190 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה** נקבע כי במקום בו הופקעה קרקע מאדם לצורכי ציבור שונים (גנים, שטחי נופש וספורט וכן לבניני חינוך, תרבות, דת ובריאות) לא ישולמו פיצויים לאדם אם לא נלקח ממנו יותר 40% משטח הקרקע הכולל שברשותו. לדוגמא: אדם המחזיק בשטח בן 5 דונם והרשות מבקשת לסלול כביש על גבי דונם משטחו לא יקבל כל פיצוי על הקרקע שהופקעה ממנו. אם היא מבקשת להקים שם מגרש כדורסל על גבי 2 דונם משטחו הוא לא יקבל כל פיצוי על הקרקע שהופקעה ממנו.
66. גם אם היה ניתן לקבל את השימוש בסמכות ההפקעה ללא מתן פיצוי בראשית ימיה של המדינה שהיתה ענייה ודלה, לא ניתן לראות זאת אלא כדחייה בתשלום וכפי ששנינו "קוצץ ואחר כך נותן דמים...קדרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא" אולם בזמן בו המדינה כבר אינה ענייה אין זה מסתבר לאפשר לה להפקיע קרקעות ללא מתן פיצוי הולם.

מאידך החוק מעניק לאדם שנפגע על ידי הועדה לתכנון ובניה פיצוי גם אם לא הופקע רכושו אלא שערך הנכס ירד בגין החלטות הועדה לתכנון ובניה של הרשות המקומית[67], בין אם הפגיעה בערך הנכס נעשתה באופן עקיף ובין אם נעשתה באופן ישיר[68]. פיצוי זה אינו מחוייב על פי ההלכה אולם בסמכות המדינה לקבוע כללים המזכים אדם בפיצוי מהמדינה או מהרשויות המקומיות הפועלות בה גם לפנים משורת הדין.

מסקנות להלכה

זכות ההפקעה

- על פי ההלכה לרשות המקומית ישנה סמכות להפקיע קרקע פרטית לתועלת הציבור.
- על הרשות המקומית להשתמש בסמכות זו במשורה ולהתשמש בה רק אם אין דרכים אחרות להשגת התועלת הציבורית הנדרשת. יש מן הפוסקים הסבורים כי זוהי חובה גמורה ולעומתם יש הסוברים שהגבלה זו אינה אלא מידת חסידות בה ראוי שהציבור ינהג וקיומן של חלופות אינו מונע את יכולת ההפקעה.

פיצוי בגין הפקעה

- כל הפקעה הנעשית על ידי הרשות המקומית מחייבת אותה לפצות את בעל הנכס. התשלום יכול להעשות לפני או אחרי ההפקעה ובכל מקרה אינו מעכב אותה ולפיכך גם אם לא בוצע תשלום אין הרכוש שהופקע על ידי הרשות נחשב לגזול בידיה ומותר לציבור להשתמש בו.
- אם בגין שינוי התב"ע העירונית או הפקעה של נכס שכן נמנע מאדם להשתמש בשטחו כפי שעשה עד כה הרי שהעיר חייבת לפצותו על כך
- על פי ההלכה אין הרשות חייבת לפצות אדם בשל העובדה כי פעולותיה בתחום התכנון גרמו לכך שמעתה ואילך תמנע ממנו האפשרות להשתמש בשטחו למטרה כזו או אחרת, או שנגרמה בגינו ירידה בערך הקרקע. אעפ"כ החוק מזכה את האדם בפיצוי גם בגין פגיעות אלו.

---

67. כך קובע סעיף 197 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה**: "נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית".
68. ראה ע"א 1188/92 **הוועדה המקומית ירושלים נ' ברעלי** פ"ד ט (1) 463.

פרק ד - הקצאת נכסים

פתיחה

הרשות המקומית מחזיקה במבני ציבור, ובשטחים ציבוריים, אשר אמורים לשמש את הרשות לטובת הציבור. נכסים אלו עשויים להיות מוחזקים בידי הרשות המקומית מתוקף הגדרתם כשטחים ציבוריים, בעקבות רכישתם/שכירתם על ידי הרשות או בעקבות הפקעתם על ידה.

את הנכסים הנמצאים בבעלות הרשות יכולה הרשות להעמיד לטובת הציבור באופן ישיר או באופן עקיף. העמדתם באופן ישיר נעשית בדרך של סלילת כבישים ומדרכות, בבניית גן משחקים, בהקמת גן ילדים בית ספר או מתנ"ס עירוני לטובת תושבי הרשות. בנוסף לכך יכולה הרשות להעמיד את נכסיה לטובת הציבור באופן עקיף, כגון במסירת מבנה שבבעלותה לגוף חיצוני אשר יפעל בנכס לטובת הציבור, כגון בהעמדת שטח או מבנה הנמצא בבעלות הרשות לרשות עמותה אשר תקים או תפעיל במקום בית כנסת, תלמוד תורה, מועדון גמלאים, סניף לתנועת נוער או כל שימוש אחר לטובת תושבי הרשות המקומית. מסירת שטח או מבנה לגוף חיצוני הפועל במקום לטובת הציבור נקראת בשם "הקצאה".

ברשות בה ישנה אוכלוסיה קטנה ואחידה יכולה הרשות להגדיר באופן חד צדדי את מטרת המבנה: לדוגמא היא יכולה להגדיר כי מבנה מסויים בבעלות הרשות ישמש כבית ספר עבור כלל הילדים שלומדים בשטח הרשות המקומית. ההקצאה הופכת להיות מורכבת יותר במקרה בו מדובר ברשות גדולה יותר בעלת אוכלוסיה מגוונת יותר. לדוגמא: עמותות שונות לבקש להקים בתי ספר לאוכלוסיות שונות המתגוררות בשטח הרשות המקומית. מכיוון שמשאב המבנים והשטחים המיועדים לבניה הנמצאים בשטח הרשות מוגבל, הרי שעל הרשות מוטלת החובה לקבוע איזו עמותה תקבל מהרשות מבנה לצורך הפעלת בית הספר שלה. במצב זה הרשות מבקשת להעמיד נכס מנכסיה השייך לכלל הציבור לצורך מתן שירות לחלק מן הציבור או עבור גוף אחד מני רבים המספקים שירות לציבור.

בחוק קיים נוהל ברור המסדיר את פעולת ההקצאה. על פי הנוהל לא ניתן להעביר נכסים ציבוריים לרשות גופים פרטיים אלא באמצעות נוהל הקצאה המוודא כי ההחלטה אינה שרירותית ולא נעשה ניצול לרעה של המשאבים הציבוריים. בדברים הבאים נבקש לבחון הן את מעמדה של ההקצאה, את תוקפו של נוהל ההקצאה בכללותו וחלק מפרטיו.

ההקצאה ומקורה

כפי שראינו לעיל[1], לדעת מרבית הפוסקים נכס ציבורי בניהולה של הרשות המקומית מעמדו כנכס של שותפים על כל המשתמע. הקצאה אם כן הינה העמדה של נכסי

---

1. לעיל א, נספח א.

השותפים לרשות חלק מהשותפים, או מי שאינם שותפים כלל. המשנה[2] קובעת כי חלק מהרכוש העירוני הם הפרטים הבאים:

> המרחץ, ובית הכנסת, והתיבה, והספרים.

על פריטים אלו מוסיף המהר"ם מרוטנבורג[3]:

> לקנות בית חתנות ולבנות ולסתור בו לקנות בית האופים לבנות ולסתור בו.

פריטים אלו אינם משמשים בהכרח את כל הציבור, שכן בעיר גדולה יתכנו מספר מרחצאות או בתי כנסת אשר כל אחד מהם משרת חלק אחר באוכלוסיה. יתר על כן יתכן וישנם אנשים שאינם משתמשים כלל במרחץ, כמו שישנם אנשים שאינם קוראים בספרים, ובוודאי שיש שאינם משתמשים בבית החתנות, ואעפ"כ הציבור רשאי לבנות או לקנות אותם מכספי כלל הציבור[4], ומעמדם כנכס של שותפים. נמצאנו למדים כי בסמכות בני העיר להקצות נכס עירוני לשימוש חלק מהתושבים, ובלבד שמדובר בצורך ציבורי המצדיק את השימוש במשאבים הציבוריים.

יתר על כן, בראשונים מבואר כי בני העיר רשאים לקבוע שמהנכס יהנו גם אנשים שאינם תושבי העיר ואינם חלק מהשותפות. כך מסביר הרמב"ם[5] את איסור מכירת בית כנסת של כרכים, בכך שהוא מוגדר כמבנה אשר נבנה מכספי התושבים השותפים במקום, אך יועד עבור כל הבאים לעיר, ובכך הפך הוא לרכוש כלל ישראל ולפיכך אין בני העיר רשאים למכרו:

> בית הכנסת של כרכין הואיל ועל דעת כל אנשי העולם נעשה שיבוא ויתפלל בו כל הבא אל המדינה נעשה של כל ישראל ואין מוכרין אותו לעולם.

לסיכום, בסמכותם של בני העיר להקצות את הרכוש הציבורי לשימוש של קבוצה מקרב בני העיר ובלבד שמדובר בשימוש ציבורי.

שיקולי ועדת ההקצאות

ההקצאה אינה פעולה אוטומטית שכן במצב בו המשאבים מוגבלים עולות שאלות רבות בדבר סדרי העדיפויות לשימוש בנכסי השותפות. חלקן נוגעות לסוג השימוש: מה יותר חשוב תיבה, ספר תורה או בית כנסת?[6] וחלקן נוגעות לזהות המשתמשים: איזו קבוצה

---

2. **משנה נדרים** מח, ע"א.
3. **תשובות מיימוניות** קנין, כז.
4. **רמ"א** חו"מ, קסג, ג, ע"פ **שו"ת מהר"י מינץ**, ז: "כל צרכי העיר, אף על פי שמקצתן אינן צריכין, כגון בית חתנות או מקוה וכדומה, אפילו הכי צריכין ליתן חלקן". וראו בהערת הרב אריאל המובאת בנספח בסוף הספר.
5. **רמב"ם** תפילה יא, טז.
6. לשאלה מעין זו התייחסה הגמרא, **מגילה** כה, ע"ב: "בני העיר שמכרו רחובה של עיר - לוקחין בדמיו בית הכנסת, בית הכנסת - לוקחין תיבה, תיבה - לוקחין מטפחות, מטפחות - יקחו ספרים, ספרים - לוקחין תורה. אבל אם מכרו תורה - לא יקחו ספרים, ספרים - לא יקחו

מבין התושבים תקבל מענה לצרכיה הציבוריים ואיזו תידחה? בגמרא מבואר כי בשאלות אלו מכריעים שבעת טובי העיר המייצגים את דעת אנשי העיר[7] וכפי שראינו, כיום מדובר במועצת הרשות המקומית אשר בנוסף להיותה ישות משפטית המכונה בשם 'ציבור', בין שאר פעולותיה, היא גם מנהלת נכסים המשותפים לחבריה בשותפות כלכלית מסויימת[8].

לכן קובע נוהל ההקצאות כי ההקצאה חייבת להעשות ע"י מועצת הרשות[9] אשר תקבע הן את סדרי העדיפויות של הרשות המקומית מבחינת יעודם הכללי של הנכסים כלומר אלו שטחים ישמשו למטרות מסויימות ואלו שטחים ישמשו למטרות אחרות[10] והן את אופן מימוש המטרות הללו כלומר איזה גוף או קבוצת תושבים תקבל את הנכס הציבורי לשם סיפוק צרכיהם הציבוריים[11]. בכל מקרה הקצאה שלא נעשתה באמצעות נוהל ההקצאות, ולא אושרה על ידי מועצת הרשות המקומית אין לה תוקף הלכתי, גם אם היא קיבלה אישור מפקיד כזה או אחר, והשימוש במבנה השייך לציבור במקרה זה אינו אלא גזל[12].

נהלי ההקצאה

כאשר באה מועצת הרשות להקצות את הרכוש הציבורי לקבוצה או לגוף מסויים עליה לוודא, ראשית כל, כי השימוש ברכוש הציבורי יהיה לצרכי הציבור בלבד ולא לצרכים פרטיים. חלוקת הרכוש הציבורי לצרכים פרטיים ולא לתועלת הציבור אינה בסמכותה של הרשות המקומית, שכן הרכוש הציבורי הינו רכוש של שותפים, ואין בסמכות הנהלת

מטפחות, מטפחות - לא יקחו תיבה, תיבה - לא יקחו בית הכנסת, בית הכנסת - לא יקחו את הרחוב".

7. ע"פ הגמרא **מגילה** כו, ע"א, את פעולות אלו מבצעים "שבעה טובי העיר" אלא שאם ביצעו אותן גם "במעמד אנשי העיר" סמכותם בלתי מוגבלת ו"אפילו למישתא ביה שיכרא שפיר דמי".

8. · וראו הרב נפתלי בר אילן, הקיבוץ כשותפות וכקהילה בהלכה, **תחומין א**, עמ' 414; החלטות קהל בעיר ובקיבוץ, **תחומין יא**, עמ' 73.

9. ע"פ **חוזר מנכ"ל משרד הפנים 05/2001** ההקצאה נעשית בשני פורומים, הראשון פורום מקצועי "ועדת ההקצאות", הדן בבקשות השונות להקצאה ומגיש את המלצתו, והשני פורום מועצת הרשות המקומית המאשר או דוחה את המלצת ועדת ההקצאות. הדבר תואם את דרישת ההלכה לפיה הקצאת קרקע של הציבור תיעשה על ידי טובי העיר, קרי, נבחרי הציבור, ולא על ידי פורום מקצועי שלא נבחר על ידי הציבור ולא מייצג אותו בהכרח.

10. ע"פ חוזר מנכ"ל הנ"ל הדבר נעשה באמצעות הוצאת פרוגרמה בה מפורטים כל נכסי הרשות ולאלו מטרות הם משמשים או אמורים לשמש.

11. ע"פ חוזר מנכ"ל הנ"ל הדבר נעשה באמצעות הגשת בקשה לועדת ההקצאות מטעם הגוף המבקש להשתמש בנכס או באמצעות פניה של ועדת ההקצאות לציבור על מנת לחפש גוף מתאים לניהולו של הנכס לטובת הציבור.

12. וראה להלן ו, ב, שם דנו בזכותה של הרשות להרוס מבנה שהוקם על קרקע שלא הוקצתה למטרה לשמה הוא משמש, העומדת אפילו במקרה בו מדובר בבית כנסת שנבנה שלא ברשות, על קרקע שכאמור מעמדה כקרקע גזולה.

השותפות לעשות בנכסי השותפות אלא פעולות לטובתה של השותפות. כמו כן אין להקצות נכס לגוף שיש לו מטרות רווח, שכן גם אם מדובר בצרכי ציבור, סוף סוף השיקולים אשר ינחו את אותו גוף עשויים שלא להיות טובת הציבור אלא טובתו הכלכלית של הגוף המשתמש בנכס, ונמצא הציבור נפסד.

יתר על כן, גם כאשר הרשות משתמשת ברכוש הציבורי עליה לעשות זאת באופן המיטבי המתעדף את הצרכים הדחופים וחשובים יותר לציבור. דבר זה מבואר בלשון המהר"ם מרוטנבורג המתייחס לסמכות בני העיר לכפות על תשלום מסים לשם רכישת נכסים:

> סוף דבר כופין בני העיר זה את זה לכל צרכי העיר שהם צריכין הרבה כי ההיא דתניא בתוספתא דבבא מציעא (פ"א ה"ב) כופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית הכנסת ולקנות להם ספר תורה נביאים כתובים וכופין בני מבוי זה את זה לעשות להם לחי וקורה למבוי וכו' אף על פי שאין זה צורך גדול כ"כ אפילו הכי כופין כל שכן שאר עניינים הצריכין להם יותר.

מסתבר אם כן כי כשם שהנהגת הציבור רשאית להטיל עול מסים על הציבור רק כאשר מדובר ברכישת נכסים "שהן צריכין הרבה... אע"פ שאין זה צורך גדול" כך כאשר משתמשים בנכסים הנמצאים ברשות הציבור אין לעשות זאת אלא לשם אותן מטרות, קרי "דברים שהן צריכין הרבה... אע"פ שאין זה צורך גדול". העולה מדברינו, כי כאשר ועדת ההקצאות בוחנת את הבקשות השונות לשימוש בנכס עליה להעדיף את השימוש הנצרך יותר לציבור, הן באיכות השימוש בו והן בכמות המשתמשים בו.

עקרון השוויון והשקיפות

העקרון המנחה בהלכות שותפין הוא עקרון השוויון כלומר, כל שותף אמור לשאת בנטל בחלקו היחסי וליטול ברווחים כחלקו היחסי, לא יותר ולא פחות. הדבר עולה ממקורות רבים ובהם הגמרא במסכת בבא קמא (יא ע"ב) האומרת את הדברים הבאים:

> האחין שחלקו - מה שעליהן שמין, ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין.

כלומר, היות ואחים שירשו את אביהם ועוד לא חילקו ביניהם את הירושה מתפקדים כשותפים, עליהם לחשב עם פירוק השותפות את כל מה שלקחו לשימושם הפרטי מנכסי השותפות, תוך התחשבות ברגשות בני משפחתם. על כך מעיר הרא"ש[13] כי הנחת היסוד של הגמרא היא שלקיחת נכס מנכסי השותפות לצורך שימוש אישי חייבת את הסכמת השותפים:

> כל זה שקנו סתם אבל מתחלה יכולין למחות שלא יקנה אחד מהם מתפיסת הבית אם לא שינכו מחלקו.

---

13. **רא"ש** בבא קמא א, יג; **שולחן ערוך** חו"מ קעו, ט.

ישום מלא של עקרון השוויון על הקצאת נכסי הרשות המקומית משמעותו היא כי הקצאת הנכסים הציבוריים חייבת להעשות לכל חלקי הציבור באופן שווה[14]. באופן מעשי ברור שהדבר בלתי אפשרי שכן לקבוצות שונות ישנם צרכים שונים ברמות דחיפות שונות וכפי שראינו בסמכות טובי העיר להחליט אלו צרכים יענו ואלו לא יענו אולם מדברים אלו עולה כי עקרון השוויון חייב לעמוד לנגד עיני ועדת ההקצאות ומועצת הרשות בבואם לקבוע למה ולמי להקצות את נכסי הציבור, וסטיה מעקרון זה שלא משיקולים עניינים כמוה כגזל הרבים. נהלי ההקצאה המפורטים בחוזר מנכ"ל, נועדו בעיקר למטרה חשובה זו, ולכן הם מחייבים ככתבם וכלשונם, בהיותם תקנה חשובה הבאה לעשות משמרת למשמרתה של תורה.

בנהלי ההקצאה ישנה דרישה גם לשמירה על שקיפות הליך קבלת ההחלטה. יש לציין כי ההלכה אינה מחייבת שקיפות בכל פעולה של הרשות המקומית. כך עולה מהגמרא במסכת מגילה[15] הקובעת כי רכישת או מכירת נכס ציבורי אינו מחייב שקיפות ולפיכך יכול הוא להתבצע על ידי טובי העיר גם שלא "במעמד אנשי העיר". מעמד אנשי העיר מוגדר על ידי הראב"ה[16] כפעולה שבוצעה תוך שקיפות מלאה וללא ערעור של מאן דהוא מהציבור: "שעושין בפרהסיא ואין מוחה בידם". אעפ"כ היות והשקיפות עשויה להוות צעד מרתיע כלפי הרשות מפני ביצוע פעולות הפוגעות בעקרון השוויון בנכסים הציבוריים, דרישתה במקרה זה עולה בקנה אחד עם דרישת ההלכה לחלוקת משאבים שווה. ולפיכך נהלי ההקצאה המחייבים שקיפות של ההליך מחייבים אף הם להלכה.

מסקנות להלכה

- הרשות המקומית רשאית להקצות את הנכסים שברשותה לשימוש של קבוצה מסויימת מקרב תושבי הרשות.
- מטרות השימוש עבורן הרשות רשאית להקצות את נכסיה חייבות להיות ציבוריות באופיין. הקצאת רכוש ציבורי לצרכים פרטיים ולא לתועלת הציבור אינה בסמכותה של הרשות המקומית.
- אין להקצות נכס לגוף הפועל למטרות רווח
- הקצאה שלא נעשתה על ידי נוהל ההקצאות ולא אושרה על ידי מועצת הרשות המקומית אין לה תוקף הלכתי, והשימוש במבנה אסור באיסור גזל.

---

14. השוויון כולל כמובן גם מי שאינם יהודים שכן על אף איסור "לא תחנם" האוסר למכור להם קרקע בארץ ישראל הרי שמעצם מגוריהם בעיר הם נחשבים לשותפים בכל הנכסים הציבוריים והקצאתם עבורם אינה אלא חלוקה צודקת של נכסים השייכים גם להם.
15. **מגילה** כו, ע"א.
16. **במרדכי** בבא בתרא, תפב; **רמ"א** או"ח קנג, ז.

- כאשר ועדת ההקצאות בוחנת את הבקשות השונות לשימוש בנכס עליה להעדיף את השימוש הנצרך יותר לציבור, הן באיכות השימוש בו והן בכמות המשתמשים בו.
- הקצאת הנכסים הציבוריים חייבת להעשות לכל חלקי הציבור באופן שווה, ואסור לה להפלות שום קבוצת תושבים, לטובה או לרעה, ולמותר לציין שאין להפלות נכרים מתושבי העיר.
- עקרון השוויון חייב לעמוד לנגד עיני ועדת ההקצאות ומועצת הרשות בבואם לקבוע למה ולמי להקצות את נכסי הציבור, וסטיה מעקרון זה שלא משיקולים עניינים כמוה כגזל הרבים. נהלי ההקצאה המפורטים בחוזר מנכ"ל נועדו בעיקר למטרה חשובה זו ולכן על פי ההלכה חובה לדבוק בהם ככתבם וכלשונם.
- ההלכה אינה מחייבת שקיפות בכל פעולה של הרשות המקומית. אולם זו יכולה להוות צעד מרתיע מפני ביצוע פעולות הפוגעות בעקרון השוויון בנכסים הציבוריים. לפיכך גם נהלי ההקצאה המחייבים שקיפות של ההליך מחייבים גם על פי להלכה.

חלק ד

עובדי הרשות המקומית

פתיחה: יחודיות עובדי הרשות

פרק א: הכניסה לעבודה ברשות

פרק ב: תנאי העבודה ברשות

פרק ג: סיום העבודה ברשות

פרק ד: נזקים במהלך העבודה ברשות

נספח: העברת תפקיד ציבורי בירושה

פרק א - כניסה לעבודה ברשות המקומית

פתיחה

עוד בתקופת המשנה נדרש הציבור המנהל את חייו באופן עצמאי להחזיק עובדים אשר ישרתו את הציבור ויקבלו את שכרם מקופת הציבור. בין העובדים שהועסקו על ידי הציבור היו עובדי רווחה[1], שוטרים[2] ואנשי הוראה[3] ולדעת חלק מן הפוסקים העסיקה הקהילה גם בעלי מלאכה שונים הנותנים שירותים להם נזקקים רבים[4]. גם כיום מעסיקה הרשות המקומית עובדים רבים באמצעותם היא מבצעת את תפקידה מפקידים ועד פקחים ממורים ועד גננים. בין העובדים הללו ובין הציבור, המיוצג על ידי הרשות, מתקיימת מערכת של יחסי עבודה בדומה לכל מערכת של יחסי עבודה בין שני אנשים פרטיים, ובאופן בסיסי דין הרשות כדין כל מעסיק אחר. אודות יחסי עבודה הרחבתי בספרי הקודם, כתר י, "דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה", ובספרי "אורות החושן", עבודה וקבלנות[5], ועובד או רשות המבקש לדעת את זכויותיו וחובותיו כעובד או כמעסיק יכול לעיין שם.

עם זאת קיימים מספר תחומים היחודיים לעובדי הרשות המקומית ואינם קיימים תמיד במגזר הפרטי. לדוגמא, כללי האתיקה המחייבים את עובדי הציבור שונים מכללי האתיקה במגזר הפרטי. כפי שכתבנו לעיל[6], העובדה כי חלק מן התפקידים אותן ממלאים עובדי הציבור מחייבים את העובד לקבל החלטות הנוגעות לאנשים אחרים מציבה את העובד במעמד מעין שיפוטי על המחויבות המוסרית הכרוכה בכך, הכוללת את איסור קבלת שוחד ואת האיסור להמצא בניגוד עניינים. בחלק זה נבקש לגעת בתחומים נוספים בהם קיימת יחודיות למערכת יחסי העבודה במגזר הציבורי ובהם אופן כניסתו לעבודה, תנאיו היחודיים, האחריות על נזקים שגרם וסיום העסקתו על ידי הציבור.

---

1. **משנה דמאי** ג, א, שם נזכרים גבאי הצדקה כמי שעוסקים לא רק בגביית הצדקה אלא גם בחלוקתה הצודקת בין עניי העיר לפי מידת עונים, וראו **בבא בתרא**, ח ע"ב: "קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה".
2. "שוטרי הרבים" נזכרים **במשנה קידושין** ד, ה. בתפקיד דומה עסקו גם שלוחי בית הדין שטיפלו בכל תחום ההוצאה לפועל של פסקי הדין הן בתחום שבין אדם למקום, **תוספתא בבא קמא** ו, יז, והן בתחום שבין אדם לחבירו שם מופקד על גביית הכסף מהחייב בדין, **בבא מציעא** קיג, ע"א.
3. ראו להלן, ו, ה מימון ציבורי לתלמוד תורה.
4. הגמרא **בבא מציעא** קט, ע"א, מונה רשימה של בעלי מלאכה אותם ניתן לפטר אחרי שטעו גם ללא התראה: "מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא, וס(ו)פר מתא". מבאר **הרמב"ם** שכירות, י, ז, כי הסיבה לכך היא היות בעלי מלאכה אלו עובדי ציבור "הואיל והעמידו אותן הצבור עליהם", וראה **העמק שאלה** קמב, ה.
5. בהוצאת מכון משפטי ארץ, עפרה, תשפ"ב.
6. לעיל ב, ב.

מכרז לבחירת עובד

החוק מחייב את הרשות המקומית לקבל עובדים חדשים רק באמצעות מכרז[7]. במסגרת הפרסום מפרטת הרשות מהי מהות המשרה ומהן דרישותיה מן המועמדים, ואחר קבלת הפניות בוחרת הרשות את המועמד המתאים ביותר מקרב כלל המועמדים שעמדו בדרישות שפורסמו. בניגוד למכרז למכירה או קניה של מוצר או שירות מהרשות, במכרז זה לא מתנהל כל מו"מ והבחירה בין המועמדים אינה אוטומטית ואינה מתמטית אלא לפי מידת התאמתם לתפקיד. ניתן לומר כי השימוש בשם "מכרז" להליך זה אינו אלא "שיתוף השם" עם המכרז לקניה ומכירה בו עסקנו לעיל. הסיבה שבגינה מחייבת המדינה את הרשות המקומית לבחור את עובדיה באופן זה היא בחירת האנשים הראויים ביותר לשירות הציבור מחד, והמנעות ממצב בו לתפקיד הממומן על ידי הציבור יבחרו מועמדים שאינם ראויים רק בשל קירבתם לנושאי תפקיד ברשות המקומית, מאידך[8]. מטרות אלו ראויות הן, ודי בכך על מנת להעניק להן תוקף מחייב מדינא דמלכותא אשר אוסר על הרשות להעסיק את העובד, גם במקום בו אלמלי החוק היתה הרשות מחויבת להעסיק את העובד[9].

דא עקא שהחוק אינו מושלם. שכן הוא קובע כי את המכרז יש לפרסם ראשית כל בקרב עובדי הרשות ולאחר מכן בקרב כלל הציבור[10], וגם שם מתפרסם המכרז באופן שאינו מגיע לידיעת עובדים מוצלחים פוטנציאלים[11]. כלומר רק אם לא נמצאו עובדים למשרה הנדרשת מקרב עובדי הרשות הקיימים תפנה הרשות לציבור הרחב בנסיון לאתר אדם מתאים לתפקיד[12]. מצב זה נותן עדיפות ברורה לעובדי הרשות, בלי שום קשר למידת

---

7. סעיף 13 ל**צו המועצות המקומיות (שירות עובדים) תשכ"ב**: "לא יתמנה אדם עובד רשות מקומית, למעט למשרת המנהל הכללי, אלא לאחר שראש הרשות המקומית או מי שהוסמך לכך על ידיו הכריז על המשרה בפומבי". **בנוסח דומה מופיעה חובה זו ביחס לעיריות בתקנה 2(א) ל<u>תקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים)</u> תש"ם**. יש להעיר כי חובה זו חלה גם על עובדי מדינה, סעיף 19 ל**חוק שירות עובדי מדינה (מינויים) תשי"ט**, ואפילו בתאגידים סטטוטוריים, ראה סעיף 210(ב) ל**חוק הביטוח הלאומי נוסח משולב** תשכ"ח.
8. ראה בג"ץ 703/87 **קראון נ' נציב שירות המדינה**, פ"ד מה(2) 512, 522; אלישבע ברק, ייחודם של דיני מכרזים לקבלה לעבודה, **שנתון משפט העבודה** ו (תשנ"ו) 145, 163.
9. לדוגמא, אלמלי החוק, הזמנתו של עובד על ידי נציג הרשות המקומית לעבוד ברשות המקומית, מחייבת, ולא ניתן לפטרו אפילו לפני חתימת חוזה, ואפילו שטרם התחיל בעבודתו. וראה להלן בפטור מקנין בהתקשרות הרשות המקומית עם עובדיה.
10. סעיף 40 ל**צו הרשויות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה) תשל"ז**.
11. סעיף 44 ל**צו הרשויות המקומיות** (נוהל קבלת עובדים לעבודה) **תשל"ז**: "המכרז יפורסם בלוח המודעות של הרשות המקומית הנוגעת בדבר ובשני עתונים יומיים לפחות". חוק זה ארכאי ומיושן ויש להחליפו בדרך פרסום יעילה יותר.
12. יש לציין כי הבעיה קיימת בכל המגזר הציבורי ומוכרת היטב על ידי נציב שירות המדינה אשר מזה מספר שנים מחולל שינוי מסויים לפיו על משרות בשירות המדינה יוכלו להתמודד כל עובדי המדינה, ובעתיד גם עובדי רשויות ציבוריות אחרות, ולא רק עובדי המשרד בו

התאמתם לתפקיד. הדבר אינו מועיל לציבור ונועד לשרת את האינטרסים של העובדים בלבד*. אמנם אין בכך בכדי לפגום בתקפותו של החוק שכן דינא דמלכותא מאפשר לשלטון לחוקק כל חוק שנראה לו הנוגע למערכת היחסים שבין האזרח והשלטון[13], אולם בוודאי שאין הדבר לרוחה של ההלכה הרואה בטובת הציבור העקרון הבלעדי על פיו צריכות להתקבל כל החלטות הרשות המקומית[14].

עובד שהתקבל שלא על פי הכללים

מלבד חובת קיומו של מכרז קובע החוק כללים ברורים כיצד מתקבל העובד לעבודה ברשות המקומית, מי אמור לבדוק את התאמתו לתפקיד[15], מי אמור לאשר את העסקתו[16], כיצד נקבע שכרו ובאלו מקרים ימונה עובד ללא מכרז, על ידי חוזה מיוחד[17]. כפי שהתבאר לעיל הן חובת המכרז והן שאר הכללים הקבועים בחוק מחייבים גם על פי ההלכה. לפיכך במקרה ועובד הועסק שלא על פי הכללים הקבועים בחוק, בין אם הובטח לו שכר ללא אישורו של החשב המלווה, בין אם מונה ללא מכרז, רשאית הרשות להפסיק את עבודתו בכל עת.

אעפ"כ הרשות חייבת לשלם לו שכר עבור העבודה שביצע העובד במהלך תקופת עבודתו. מקור הדברים בסוגיא במסכת בבא מציעא[18]:

> השוכר את האומנין והטעו זה את זה אין להם זה לעל זה אלא תרעומת.

המשנה מבינה כי מדובר במצב בו את ההטעיה ביצע נציג של בעל הבית, ולכן אין לפועלים זכות תביעה כלפי בעל הבית. בהקשר זה מביאה הגמרא את המקרה הבא:

> אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה...דאמר להו שכרכם על בעל הבית. ולחזי פועלים היכי מיתגרי!...ולחזי עבידתייהו!.

המדובר במקרה בו הנציג שזה הפריז בהבטחותיו כלפי הפועלים מעבר לתקציב שאושר

מוצעת המשרה. אין ספק כי שינוי זה מבורך אך הוא אינו מספק. כל שיטה שאינה בנויה באופן שלמשרה יגיע המועמד הטוב ביותר עבור הציבור אינה ראויה. אין ספק כי לנסיון שצבר העובד ישנו ערך רב והוא מקנה לו יתרון בהתמודדות על משרה אחרת ברשות בה הוא עובד, ועל וועדת המכרזים לקחת זאת בחשבון בבואה לאתר מועמד מתאים, אולם הענקת עדיפות מוחלטת לעובד המשרד על פני עובד מבחוץ אינה לתועלת הציבור.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מתבטא באופן חריף כנגד מנהג זה ודורש מבתי המשפט לבטלו בהיותו בלתי שוויוני.

13. **שו"ת הרשב"א** ב, שנו; ג, קט; ו, רנד.
14. כפי שהבאנו לעיל ב, א, בשם הרא"ה המובא **בריטב"א** עבודה זרה לו ע"ב ד"ה במארה; **שו"ת הרשב"א** ז, שמ.
15. סעיפים 28-15, 71-60 ל**צו הרשויות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה)** תשל"ז.
16. סעיף 203 ל**פקודת העיריות**: "חוזה... שיש בהם התחייבות כספית מטעם העיריה, לא יחייבוה אלא אם חתמו עליהם בשם העיריה, בצד חותמת העיריה, ראש העיריה והגזבר". **בדבר** מעמדו ההלכתי של סעיף זה ראה לעיל ג, ב –אופן חתימת חוזה בידי הרשות המקומית.
17. פרק שמיני (סעיפים 105-85) ל**צו הרשויות המקומיות (נוהל קבלת עובדים לעבודה)** תשל"ז.
18. **בבא מציעא** עה, ע"ב-עו, ע"א.

לו על ידי בעל הבית, והבטיח להם כי בעל הבית ישלם להם שכר גבוה מכפי שאכן התחייב לשלם. מסקנת הגמרא היא שהשליח חרג מסמכותו, וההסכם בטל, אך מכיוון שבכל אופן נוצרה מערכת יחסי עבודה בין העובד ובין המעסיק[19], יש לראות את העובד כמי שעובד ללא הסכם שכר, ששכרו נקבע על פי מנהג העולם בנוגע לגובה התשלום עבור איכות העבודה שבוצעה. עקרון זה נפסק להלכה בשולחן ערוך[20]:

> אמר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים בשלשה, והלך ושכרן בארבעה, אם אמר להם השליח: ...שכרכם על בעל הבית, נותן להם בעל הבית כמנהג המדינה.

אי לכך, כאשר נציג הרשות המקומית הזמין עובד לעבודה ללא מכרז, או שהבטיח לעובד בשם הרשות[21] שכר שלא ברשות ושלא בסמכות, הרשות אינה מחוייבת להסכם עבודה זה אך צריכה לשלם[22] לעובד את המחיר המקובל לעבודה מהסוג שביצע[23].

קנין בכניסה לעבודה

ההלכה קובעת כי על מנת ליצור התקשרות מחייבת בין העובד והמעסיק נדרשים הצדדים לעשות קנין[24]. אולם כפי שראינו לעיל[25] גם לכלל זה ישנו יוצא מן הכלל, והוא עובד הציבור אשר כעקרון חוזה ההעסקה עמו אינו מחייב מעשה קנין ועצם הסכמת הציבור להעסקתו מחייבת כאילו נעשה קנין. אכן בפוסקים ניתן למצוא כלל זה בשני ניסוחים: מדברי השולחן ערוך נראה שמדובר במנהג בלבד[26]. לעומת זאת הרמ"א מביא במספר מקומות הן את פסיקת הרא"ש כי החלטה שלטונית ביחס ליחיד אינה צריכה קנין[27], והן

---

19. ראו **ריטב"א** בבא מציעא, שם; **רא"ש**, שם, ו, א, המבין כי בין העובד והמעסיק נוצרו יחסי עבודה, אשר מרכיב השכר לא הוגדר בהם: "הרי אלו כפועלים שעשו מלאכה שלא בקציצה ששמין כמה ראויין ליטול". אמנם מדברי הפוסקים משמע שמכיוון שבטלה השליחות כלל לא נוצרה מערכת יחסי עבודה בין הצדדים והעובד זכאי לשכרו כמי שביצע מיוזמתו עבודה עבור חבירו ללא הסכם כלל, מדין 'יורד'. ראו **סמ"ע** שלב, ח: "כיון דשינה השליח בשליחותו הו"ל כאילו לא שכרן כלל אלא עשו מעצמן המלאכה זו אצל הבעל הבית ונוטלין מבעל הבית כפי שיווי מלאכתן או כשכירות כל הפועלים"; **ש"ך** שם, יב: "והרי כאלו לא שכרם בעל הבית כלל".
20. **שולחן ערוך** חו"מ שלב, א, על פי **הרי"ף**, מו, ע"א: "דכיון דשני שליח בשליחותיה, בטלה לה שליחותיה, והוו להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה".
21. גם אם הנציג לא אמר במפורש לעובד כי שכרו ישולם מקופת הרשות, היות והדבר היה ברור לשני הצדדים יש לראות זאת כמי שאמר במפורש "שכרכם על בעל הבית", **ש"ך** שלב, ד; **שו"ת בית יצחק** חו"מ, פא. ועיין **בפתחי חושן** שכירות, ח, הערה לב, שמסתפק בדעת החזון איש בשאלה זו.
22. יש לציין כי אין זה אומר שהרשות לא תוכל לתבוע את הנציג שפעל בשמה אך לא בסמכותה במידה בפעולותיו גרמו לה נזק. בנוגע לנושא זה נדון להלן, פרק ד.
23. עוד בענין זה ראה לעיל ג, ב - הבטחה מנהלית.
24. ראה בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה"**, כתר י, ב, א; ובספרי **אורות החושן, עבודה וקבלנות** עמ' 77.
25. לעיל, ג, ב – דיני חוזים ברשויות מקומיות.
26. ראו **ערך ש"י** סו, א; **שו"ת הב"ח הישנות**, יד; **אמרי א"ש** יו"ד, צג; **ערוך השלחן** חו"מ כב, ז.
27. **רמ"א** חו"מ קסג, ו.

את המנהג, אותו מביא ומחזק המהר"ם, לפיו כל חוזה עבודה בין הציבור ובין היחיד פטור מחובת הקנין ומחייב הן את הציבור[28] והן את היחיד[29]. לדעת מרבית האחרונים[30] פסיקותיו מבטאות עמדה אחידה ומחייבת, לפיה כל התקשרות חוזית של הציבור, אשר באמצעותה מבקשים נציגי הציבור למלא את תפקידם הציבורי פטורה מן הדין[31] הן מדרישת הקנין והן מכל דרישה פורמאלית אחרת הנדרשת לשם קיומו של קנין.

כפי שראינו לעיל מכלל זה יש להחריג חוזים בהם הציבור ונציגיו אינו שוכר את העובד או את הקבלן לשם ביצוע תפקידיו השלטוניים אלא לשם אספקת שירותים לציבור תמורת תשלום[32]. במקרה זה אין להסכם הנכרת עמם תוקף מחייב עד שיעשה קנין[33], ובגדרי קניינים, ודינם ככל אדם פרטי[34].

מסקנות להלכה

- על פי החוק הרשות המקומית חייבת לקבל עובדים חדשים באמצעות מכרז בלבד. במסגרת הפרסום מפרטת הרשות מהי מהות המשרה ומהן דרישותיה מן המועמדים, ואחר קבלת הפניות בוחרת הרשות את המועמד המתאים ביותר מקרב כלל המועמדים שעמדו בדרישות שפורסמו. חוק זה נועד למטרות ראויות והוא מחייב מדינא דמלכותא.
- הקביעה של חוק לפיה את המכרז יש לפרסם ראשית כל בקרב עובדי הרשות ולאחר מכן בקרב כלל הציבור חוק זה מחייב גם על פי ההלכה אך אינו לרוחה

---

28. **דרכי משה** חו"מ שלג, ה; **שו"ת הרמ"א**, נ.
29. **רמ"א** חו"מ כב, א.
30. **סמ"ע** כב, יב; **ש"ך** שם, יא; **רע"א** על השולחן ערוך שלג, א; **נתיבות המשפט - חידושים** יא, וצ"ע מדבריו ב**ביאורים** שלג, א שהובאו שם; **נחל יצחק** חו"מ, כב; **פסקי דין רבניים** ו, עמ' 163.
31. כפי שעולה מלשון **שו"ת הרמ"א** נ, הפוסק את דעת המהר"ם באופן נחרץ: "כתב המרדכי שם על רבים ששכרו מלמד ורצו לחזור דאינן יכולין לחזור אפילו קודם שהתחיל במלאכה, דכל דבר הנעשה ברבים או ע"י שלשה טובי העיר לא שייך בחזרה והאריך שם בזה, הרי דאין לזה חזרה". כך נראה גם מדברי הסמ"ע והש"ך, הנזכרים לעיל; **גר"א** כב, יא; קסג, קג, הקושרים בין פסיקת הרמ"א את דברי הרא"ש ובין פסיקתו את דברי המרדכי ואינם מבחינים בין פעולות שונות או בין מנהג והלכה.
32. כגון הפעלת חוגים במתנ"ס. במקרה זה הרשות המקומית אינה אלא שותפות המספקת שירותים מאורגנים לתושבים תמורת תשלום והיא אינה שונה מכל שותפות אחרת, הכפופה להלכות חוזים ככל שותפות עסקית פרטית.
33. ולו בשל העובדה שהיחיד מולו נעשתה ההתקשרות רשאי לחזור בו עד שלא נעשה קנין, וכיוון שהיחיד רשאי לחזור בו גם הציבור רשאי לעשות כן, הרב יצחק אלחנן, **באר יצחק** יו"ד, ג.
34. לכן שונה דין זה מהנהוג במשפט הרומי בימי הביניים, כפי שפירשו המלומד ברטולוס, פרופ' קפלן, אי כפיפותו של הציבור למגבלות המשפט הפרטי במשפט העברי, **משפטים** כה, תשנ"ה, עמ' 430, לפיו כל סוג של חוזה שנחתם עם הציבור מחייב את היחיד כאילו היה חוק.

של ההלכה שכן הדבר נותן עדיפות ברורה לעובדי הרשות, בלי שום קשר למידת התאמתם לתפקיד ופוגע באיכות עובדי הציבור ומן הראוי לשנותו.

- החוק קובע כללים נוספים באופן קבלת עובד לעבודה ברשות המקומית. כל הכללים הללו מחייבים גם על פי ההלכה לפיכך במקרה ועובד הועסק שלא על פי הכללים הקבועים בחוק, בין אם הובטח לו שכר ללא אישורו של החשב המלווה, בין אם מונה ללא מכרז, רשאית הרשות להפסיק את עבודתו בכל עת. אעפ"כ חייבת הרשות לשלם את השכר המקובל עבור העבודה שביצע העובד במהלך תקופת עבודתו.
- הסכם עבודה שנעשה עם הציבור מחייב גם כאשר נעשה בעל פה וללא קנין ועל אף שהעובד טרם התחיל בעבודתו.
- יש החולקים בדבר ואינם מעניקים תוקף להסכם זה אלא בעבודות הכרוכות בעשיית מצוה כגון הוראת מקצועות הקודש. כמו כן אין תוקף להסכם ללא קנין שעשתה הרשות המקומית עם ספק שירות הניתן בתמורה לתשלום אותו גובה הספק או המועצה מהתושב הנהנה ממנו.

פרק ב - תנאי העבודה ברשות המקומית

על תנאי העסקתו של עובד ציבור חלים אותם כללים החלים על תנאי העסקתו של עובד פרטי[1]. אעפ"כ בחרנו לציין מספר נקודות בהן קיימת יחודיות לעובדי ציבור בתחום הדרישות מהעובד, ובתחום הדרישות מהמעסיק – הרשות המקומית.

יעילות העבודה

הדרישה הבסיסית מהעובד היא שבאותו זמן בו העובד אמור לעבוד הוא רק יעבוד ולא יתעסק בדברים אחרים. דרישה זו עומדת בבסיס הקשר שבין המעסיק ובין העובד - עבודה תמורת שכר. דרישה זו כל כך בסיסית ואלמנטרית עד כדי כך שהמשנה והגמרא כלל אינן מציינות אותה במפורש. הראשון שניסח דרישה זו היה הרמב"ם[2]:

> כדרך שמוזהר בעה"ב שלא יגזול שכר עני ולא יעכבנו, כך העני מוזהר שלא יגזול מלאכת בעה"ב ויבטל מעט בכאן ומעט בכאן ומוציא כל היום במרמה, אלא חייב לדקדק על עצמו בזמן.

ההתעסקות של חז"ל בחובה זו של העובד מתמקדת בהגדרת השוליים של הדרישה הזו ועד היכן היא מגיעה. התעסקות זו באה לידי ביטוי הן בהגדרה מדוייקת של פעולות שונות אותן מותר או אסור לפועל לבצע על חשבון זמנו של בעל הבית, והן בסיפורים שונים אודות חכמי ישראל[3] אשר הקפידו שלא לבטל מזמנו של מעסיקם אפילו רגע קל[4].

---

1. ראו בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה" כתר י** חלק ג; ובספרי **אורות החושן - עבודה וקבלנות** עמ' 107 ואילך.
2. **רמב"ם** שכירות יג, ז; **שולחן ערוך** חו"מ שלז, כ. כאשר נדרש המגיד משנה למצוא מקור לדברים אלו כותב הוא שתי מילים בלבד, שהן מעט המחזיק את המרובה: "זה פשוט".
3. ההתמקדות בסיפורים על גדולי ישראל מעלה את השאלה האם חובה זו הינה מעיקר הדין או שאינה אלא מידת חסידות. ונראה לומר כי ההתמקדות בסיפורים אלו עשויה לנבוע משתי סיבות: האחת, בכל הסיפורים ביטול הזמן היה לשניות ספורות, וכפי שנראה להלן דרכם של מעסיקים שלא להקפיד על זוטות שכאלו וממילא העובד אינו עובר אל איסור גזל. השניה, המציאות בפועַל שונה מההלכה ודרכם של פועלים שלא להקפיד על זמנו של בעל הבית כפי שכותב המדרש, **בראשית רבה** ע, כ: "א"ר יהודה בר סימון בנוהג שבעולם פועל עושה מלאכה עם בעל הבית שתים ושלש שעות באמונה ובסוף הוא מתעצל במלאכתו..." והמציאות היא שבאופן השלם הקפידו על האיסור רק חסידים ואנשי מעשה, אך אין זה נותן כל לגיטימציה לאחרים לבטל את זמנו של בעל הבית אפילו לדקה אחת.
4. **תענית** כג, ע"א: "אבא חלקיה... זימנא חדא איצטריך עלמא למיטרא, שדור רבנן זוגא דרבנן לגביה למבעי רחמי דניתי מיטרא... אזול בדברא ואשכחוהו דהוה קא רפיק. יהבו ליה שלמא ולא אסבר להו אפיה... אמרו ליה:... מאי טעמא כי יהבינא למר שלמא לא אסבר לן מר אפיה? - אמר להו: שכיר יום הואי, ואמינא לא איפגר" (תרגום: פעם אחת נצרך העולם לגשם. שלחו זוג תלמידי חכמים אליו שיתפלל שירד גשם. הלכו לשדה ומצאו אותו עודר. שאלו בשלומו ולא הפנה אליהם פניו. שאלו אותו מדוע כאשר שאלנו בשלום כבודו לא התייחס אלינו? אמר להם שכיר יום אני ואמרתי 'לא אבטל ממלאכתי'). ועוד במדרש **שמות רבה** בא, יג, א: "שאל אבנימוס הגרדי את רז"ל אמר להם הארץ היאך נבראת תחלה, אמרו לו אין אדם בקי בדברים אלו

מדברי ר' יהודה בתוספתא[5] משמע שפועל המבטל את זמנו גוזל את בעל הבית[6]:

> העושה בכל גופו אוכל בכל שעה שירצה ר' יהודה אומר אינו אוכל אלא בשעה שפורק ובשעה שטוען מפני גזל מלאכתו של בעל הבית.

לדעת המסילת ישרים[7] הגדרת בזבוז הזמן כגזל נובע מכך שמרגע התחלת המלאכה זמנו של הפועל קנוי לבעל הבית, וכאשר הפועל משתמש בזמן זה הרי הוא משתמש במשהו שאינו שייך לו:

> השכור אצל חבירו לאיזה מלאכה שתהיה, הנה כל שעותיו מכורות הן לו ליומו, כענין שאמרו ז"ל: "שכירות מכירה ליומיה"[8]. וכל מה שיקח מהן להנאת עצמו באיזה אופן שיהיה, אינו אלא גזל גמור.

דברים אלו נכונים בעובד פרטי כמו בעובד ציבור[9] אולם הנסיון מלמד כי בקרב עובדי ציבור הנגע של בזבוז זמן על ידי העובדים גדול יותר שכן המעסיק בלתי נראה, העבודה אינה אמורה להניב תשואה כלכלית, והפיטורים כמעט בלתי אפשריים, ולפיכך על עובדי הרשות המבקשים להיות נקיים מה' ומישראל להקפיד בנושא זה שבעתיים.

עבודה נוספת לעובדי ציבור

ההלכה אינה מסתפקת בכך שהעובד יעבוד במשך 60 דקות בשעה, אלא דורשת היא מהעובד למצות בכל דקה את מירב מאמציו ואת כל כושרו המקצועי לטובת ביצוע עבודתו באופן המיטבי.

כך עשה יעקב אבינו כאשר עבד אצל לבן כפי שאומרת התורה "ואתנה ידעתן כי בכל כחי

אלא לך אצל אבא יוסף הבנאי, הלך ומצאו שהוא עומד על הקרויא (=הקורה) אמר לו שאלה יש לי לשאול אותך אמר לו איני יכול לירד מפני שאני שכיר יום..."

5. **תוספתא בבא מציעא** ח, ט.
6. ההקשר של התוספתא הינו ההיתר אותו נותנת התורה לפועל לאכול בשעת המלאכה מהפירות בהם הוא מתעסק. על כך אומר ר' יהודה שאין לממש היתר זה באמצע העבודה משום גזל מלאכתו של בעה"ב. אכן נחלקו הראשונים כיצד לפסוק, ראו **רמב"ם** שכירות, יב, ב, ולעומתו **רמב"ן** בבא מציעא פז, ע"ב; **שולחן ערוך** חו"מ שלז, יא, אך מוסכם על הכל כי פועל שמתבטל סתם כך עובר על איסור גזל.
7. **מסילת ישרים**, יא, מידת הנקיות.
8. **בבא מציעא** נו, ע"ב: "בעי רבי זירא שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה, ממכר אמר רחמנא אבל לא שכירות, או דלמא לא שנא? אמר ליה אביי מי כתיב ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב, והאי נמי ביומיה מכירה היא". הגמרא עוסקת בדין אונאה בשכירות ומסיקה שדין השכירות כמכירה לזמן. הגמרא עוסקת בהשכרת חפצים ולא בשכירות פועלים (שאין להם אונאה), אך למרות זאת עושה הרמח"ל את ההשוואה בין הדברים, מה שמוכיח כי לא ראה הבדל בין השכירויות השונות, שכן זמנו של הפועל הוא שקנוי למעסיק, ועיין בהערה הקודמת.
9. ראו, **דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**, עמ' 149 ואילך.

עבדתי את אביכן"[10]. המדרש[11] רואה בהתנהגות זו נורמה מחייבת הרמוזה בלשון התורה:

"ואליו הוא נשא את נפשו" - הרי זו אזהרה לפועל שיעשה בכל כוחו.

וכך פוסק להלכה הרמב"ם[12]:

וכן חייב לעבוד בכל כחו שהרי יעקב הצדיק אמר "כי בכל כחי עבדתי את אביכן, לפיכך נטל שכר זאת אף בעולם הזה שנאמר ויפרץ האיש מאד מאד.

בנוסף לאמירה כללית זו מפרטת ההלכה דוגמאות רבות למעשים אשר עשייתם (או אי עשייתם) עשויה להשפיע לרעה על איכות העבודה של העובד, ביניהם ניתן למנות גם ביצוע עבודה אחרת או מלאכת עצמו, בנוסף לעבודתו אצל המעסיק. וכך שנינו בתוספתא[13]:

אין הפועל רשיי (=רשאי) לעשות מלאכתו בלילה ולהשכיר את עצמו ביום...לא יהא מרעיב ומסגיף את עצמו[14] ומאכיל מזונותיו לבניו מפני גזל מלאכתו של בעל הבית (רמב"ם - שהרי תשש כחו ותחלש דעתו ולא יעשה מלאכה בכח[15]).

אמנם כותב הרשב"א[16] כי אם היה סיכום מוקדם בין העובד למעסיק, המאפשר לעובד לעסוק בעבודות נוספות אפילו במקביל לעבודתו אצלו, הדבר מותר ואין לנכות משכרו. היות במקום שלא היה סיכום מפורש יש לראות במנהג העולם תחליף לסיכום זה, פוסק רגמ"ה[17] כי במקום בו מנהג העולם לקחת עבודה נוספת במקביל או בנוסף לעבודה העיקרית - הדבר מותר:

---

10. **בראשית** לא, ו.
11. **מדרש תנאים**, דברים, כד.
12. **רמב"ם** שכירות יג, ז; **שולחן ערוך** חו"מ שלז, כ.
13. **תוספתא בבא מציעא** ח, ב, **ברי"ף** בבא מציעא נב ע"ב; **ירושלמי דמאי** פ"ז ה"ב; **רמב"ם** שכירות יג, ו; **שולחן ערוך** חו"מ שלז, יט.
14. בדברי רבן גמליאל **במשנה דמאי,** ז, ג, אנו רואים עד כמה ראו חז"ל כל פגיעה שפוגע העובד בתנאי מחייתו כפגיעה בכושר העבודה הפוגעת באופן עקיף במעסיק: לדעת תנא קמא רשאי הפועל שאינו מאמין לבעל הבית בעניני תרומות ומעשרות להחמיר על עצמו ולהפריש שוב אחוז אחד מסעודתו. רבן גמליאל חולק על כך ואומר "לא יחשוך מפני שהוא ממעט מלאכתו של בעל הבית" כלומר, אכילת אחוז אחד פחות ממה שהוקצב לפועל עשויה לפגוע בכושר עבודתו ועל כן נאסרה!
15. ראו **שו"ת שבט הלוי** ד, ריח, שהאיסור לעסוק בעבודה נוספת והאיסור להתבטל בשעות העבודה נובעים מאותו היסוד, והוא היות העובד משועבד למעסיק למשך כל היום והלילה אלא שהיום ניתן לעבודה והלילה למנוחה. הוא מוכיח זאת מדרשות המהרי"ל, הובא **בכנסת הגדולה** הגהות הטור, שלז ה: "שכיר יום היינו כ"ד שעות חייב לעשות מלאכתו" לדעת שבט הלוי כוונתו לומר כי "בכל כ"ד שעות מחויב להשתדל להיות נאמן בעבודת בעה"ב".
16. **שו"ת הרשב"א** א, אלף מב.
17. **שו"ת רבינו גרשום מאור הגולה,** עב.

ואם נוהגין שאר מלמדי תינוקות להתעסק בצרכי עצמן לפי שעה, אף זה מתעסק, ואינו יכול לעכב עליו... וזה ראובן אם כתב לעצמו ספרים בשעה ששאר [מלמדי] התינוקות עוסקין בעניניהם הרשות בידו... אם שאר מלמדין של אותו המקום רגילין לעשות כן.

כיום, ניתן לומר כי מנהג העולם הוא שאין להגביל עובד במגזר הפרטי מלעסוק בעבודות פרטיות נוספות שלא במסגרת שעות העבודה ככל שיחפוץ[18], ובלבד שעיסוקיו הפרטיים לא יפגעו בפועַל במחויבותו למעסיקו. לעומת זאת, במגזר הציבורי בכלל[19] וברשויות המקומיות בפרט[20] מקובלים נהלים נוקשים יותר וניתן לומר כי הנהלים דומים מאד לדרישות המקוריות של ההלכה מהעובד[21].

עדכון שכר עובדי ציבור

כאשר העובד מגיע עם דרישה להעלאה בשכרו, למשל עקב העובדה שמחיר העבודה בשוק עלה, אין הדבר מחייב כלל את המעסיק אשר יכול לקבל או שלא לקבל דרישה זו. כך כותבת הגמרא[22]:

דאייקר עבידתא ואימרו פועלים, ואזל בעל הבית ופייסינהו. מהו דתימא; מצו אמרי

---

18. את השינוי במנהג ניתן לתלות בשלש סיבות: האחת, באופן כללי מעסיקים מקפידים פחות עם עובדיהם כפי שראינו לעיל בפסיקת השולחן ערוך בנוגע לתפילה ולברכת המזון. השניה, כיום עובד אינו עובד שתים עשרה שעות ביממה שכן חוק שעות העבודה והמנוחה מגביל את זמן עבודתם של העובדים, וממילא משאיר להם זמן פנוי לעצמם ולעבודות נוספות. השלישית, חוק יסוד חופש העיסוק מגביל מאד את יכולתו של המעסיק לקבוע לעובדיו מה לעשות בזמנם הפנוי. כל הסיבות האלו גם יחד יצרו את המנהג שעובד רשאי לעשות ככל העולה על רוחו בזמנו הפרטי ובלבד שעבודתו אצל המעסיק לא תפגע בפועַל, מה שעשוי להצדיק את פיטוריו, ראו **פתחי חושן** שכירות ז, הערה כז שכיום "מסתמא אין בעל הבית מקפיד בכך, שכך דרך העולם".
19. במגזר הציבורי חלים כללי התקשי"ר הקובע את כללי העבודה של עובדים בשירות המדינה.
20. בהרשויות מקומיות מחייבות פקודת העיריות, המועצות המקומיות והמועצות האזוריות. כמו כן מקובלת "**חוקת העבודה לעובדים ברשויות המקומיות בישראל**". חוקה זו מהווה הסכם קיבוצי בין כלל הרשויות המקומיות המאוגדות במרכז השלטון המקומי ובין ההסתדרות הכללית החדשה בה מאוגדים כלל עובדי הרשויות המקומיות. יש לציין כי חלק מעובדי הרשויות המקומיות מועסקים על פי כללי התקשי"ר השונים במקצת בנושא זה.
21. סעיפים 177,180 ל**פקודת העיריות**: "עובד עיריה לא יעסוק ולא ישתתף, במישרין או בעקיפין, בעבודת-חוץ...רשאית מועצה, במקרים מיוחדים, להתיר לעובד העיריה לעסוק בעבודת-חוץ גם על מנת לקבל פרס... אם היא לטובת הכלל; אינה עשויה לפגום לרעה בתפקידו של עובד העיריה; אין בה כדי ליצור התקשרות בין העובד לבין אדם, תאגיד או מוסד העומדים במגע כספי, מסחרי או עניני עם העיריה; העובד הצהיר על הפרס שיקבל בעדה". **יש לציין כי בניגוד להוראות התקשי"ר החלות על עובדי מדינה, אין הגבלה להיקף העבודה הפרטית אותה רשאית המועצה לאשר לעובד לבצע.**
22. **בבא מציעא** עז, ע"א.

> ליה: כי מפייסינן - אדעתא דטפת לן אאגרא, קא משמע לן; דאמר להו: אדעתא דטרחנא לכו באכילה ושתיה...

אולם כאשר חל פיחות בערך המטבע או שיוקר המחיה האמיר רשאי העובד לתבוע העלאה בשכרו מאת המעסיק על מנת לשמור על שכרו הריאלי, ואף ראוי שהמעסיק יעשה זאת ביוזמתו, מתוך חובה מוסרית[23], ועל בית הדין לשקול את מידת סבירותה של דרישה זו[24].

לדעת בית הדין הרבני בירושלים חובה מוסרית זו אינה הופכת לחיוב משפטי מכיוון שהמעסיק יכול לפטר את העובד בכל עת, וממילא יכול גם לפחות בשכרו וכל שכן שאינו חייב להוסיף על שכרו[25]. על פי זה מסיק בית הדין כי כאשר למעסיק מסיבה זו או אחרת לא עומדת הזכות לפטר את העובד, הופכת החובה המוסרית להתאים את משכורתו של העובד לצרכיו המינימליים – לחובה הלכתית גמורה:

> אין התביעה יכולה להיות ממשית בכדי להוציאה בדיינים, אא"כ התביעה תוכל להתבסס גם על זכות העבודה שיש לפועל על עבודתו מבלי להיות תלוי בזה ברצות המעסיק.

הואיל ופיטורי עובד קבוע ברשות המקומית אינם אפשריים, וכמו כן אין הרשות יכולה לפחות משכרו, מוטלת על הרשות לעדכן את שכר עובדיה אשר נשחק עקב אינפלציה וכדומה באופן ששכרם יתאים לצרכיהם המינימליים. יש להעיר כי חוקת העבודה החלה על עובדי הרשויות המקומיות מחייבת את הרשויות לשלם לעובדיהן תוספת יוקר אשר נקבעת מפעם לפעם[26].

---

23. **בית הדין הרבני בירושלים** ב, עמ' 318: "כל תביעה של עובד לתוספת משכורת מחמת עליית יוקר המחיה מזמן שהסכימו על שיעור המשכורת, היא מצדקת לפי הדין, והמעסיק כשהוא לעצמו צריך להעלות על הסכום שהסכים לשלם את התוספת של יוקר המחיה".
24. לדעת הר"י מולכו, **שו"ת אהל יוסף** חו"מ, הלכות אומנים, ה, כאשר השתנתה המציאות לפיה הושגו ההסכמות ניתן לבטל את תוקפן של ההסכמות. כך סבור גם הרב פידלינג, **תחוקת העבודה**, עמ' סג, כי במצב של אינפלציה בו כח הקניה נפגע, או בשל עליה ביוקר המחיה, או בשל ירידה בערך המטבע, רשאי בית הדין לחייב את הצדדים לחתום על הסכם חדש אשר יקיים את כוונת הצדדים בשעת חתימת ההסכם המקורי. לדברי הרב פידלינג כך סבור גם הראי"ה קוק, כפי שכתב בשמו רש"ז שרגאי בעלון **הנתיבה** א' ניסן תרצ"ג, אשר התיר לצאת לשביתה על מנת לחייב את המעסיק לציית לפסק בית דין המעלה את שכר העובדים. באופן דומה פסק **בשו"ת מחזה אברהם** ב, חו"מ ב (הרב אברהם שטיינברג סב סבו של הרב פרופ' אברהם שטיינברג) כי במקרה של עליה ביוקר המחיה ואי עדכון השכר מותר לעובד לשבות.
25. הובא בהערה לעיל: "מציאותו במקום העבודה תלויה תמיד ברצון המעסיק, והוא רשאי לפטרו או להשבית את העבודה בכלל, וממילא יכול המעסיק לקבוע את תנאי העבודה והמשכורת כרצונו, וכאילו נתקבל לעבודה רק עתה, והשינוי ביוקר המחיה מזמן התחלת העבודה אין לו כל חשיבות במקרה זה".
26. תוספת יוקר הינה העלאה בשכר העובדים, הניתנת בעקבות עליה חדה באינפלציה אשר גורמת לשחיקתו הריאלית של השכר. במדינת ישראל לא קיים חוק המחייב באופן אוטומטי

מסקנות להלכה

- עובד ברשות המקומית, כמו כל עובד, מחוייב לנצל את זמן עבודתו באופן המיטבי, ואסור לו לעסוק בעיסוקים אחרים בזמן עבודתו. עיסוק בעיסוקים פרטיים ללא הסכמת הממונה עליו אינו אלא גזל.
- על פי ההלכה והחוק עובד ברשות מקומית אינו יכול לעבוד בעבודות נוספות גם מעבר לשעות עבודתו אלא בהיתר מיוחד ממועצת הרשות, המותנה בכך שעבודתו לא תפגע באינטרס הציבורי והעובד יצהיר על גובה הכנסתו מעבודה זו.
- במצב הנוכחי של הסכמי העבודה ברשויות המקומיות בו הרשות אינה יכולה לפטר עובד קבוע באופן שרירותי או לפחות משכרו, חייבת הרשות להעניק תוספת יוקר לעובדיה אשר שכרם נשחק עקב אינפלציה, בכפוף לחתימת שר העבודה על צו הרחבה להסכם קיבוצי.

כל מעסיק לשלם תוספת יוקר כאשר השכר נשחק. הדבר מתרחש בשני שלבים: השלב הראשון מבוסס על הסכם קיים או הסכם שנוצר בין ארגוני העובדים ובין המעסיקים. בשלב השני מוציא השר הממונה צו הרחבה המחייב את כלל המעסיקים במשק לשלם תוספת יוקר לעובדים. בשלב זה קובע סעיף 26.7 ל**חוקת העבודה** כי תשולם תוספת יוקר לעובדי הרשויות המקומיות.

פרק ג - סיום העבודה ברשות המקומית

סיום תקופת ההעסקה

כעקרון, תקופת ההעסקה נקבעת על ידי הצדדים ומחייבת את שני הצדדים. אם לא נקבעה, אזי אם מדובר בעובד רגיל, שאינו עובד ציבור אנו מניחים כי תקופת ההעסקה הינה התקופה המינימלית. אולם, בפוסקים מבואר כי כאשר מדובר במשרה ציבורית, אזי אם לא נקבעה תקופת ההעסקה, יש להניח כי תקופת ההעסקה הינה מקסימלית, ולמעשה תפקידים ציבוריים מעניקים לנושא בהם קביעות שאינה מאפשרת לפטרו ללא עילה מוצדקת[1].

הלכה זו תלויה בהיות הקביעות מנהג מקובל[2], ולפיכך כתב הרשב"א[3] כי במקום בו המנהג שונה, והנושאים במשרה הציבורית מוחלפים מדי פעם, כפי שמקובל היום, וכל שכן אם סוכם עמם במפורש כי הכהונה הינה לתקופה קצובה[4], אין הם יכולים לטעון כי החזיקו במשרה לעולם, וכמו כן אין לחשוש שמא יעלה אודותם חשד שמא פוטרו באשמתם:

> עכשיו נהגו כל הקהלות, למנות אנשים על כל צרכי צבור לזמן. ובהגיע הזמן, יצאו אלו, ונכנסים אחרים תחתיהם... ואפילו לא קבעו להם זמן, סתמן כפירושן, אחר שנהגו כך, והמנהג כהלכה. שכל הדברים תלו אותם במנהג. ואם מפני החשד, כיון שנהגו לבוא חליפות, נסתלק החשד. שכשרים שבדורות נושאים במשא הרבים, ובצרכי צבור, ואח"כ מסתלקין ובאים אחרים תחתיהם אם כן דין ממון אין כאן, חשד אין כאן.

וכך פוסק הרמ"א[5] ביחס לנושאי משרה ציבורית בכלל ורבנים בפרט:

> שיש מנהג לקבל רב על זמן קצוב, או שמנהג לבחור במי שירצו, הרשות בידם.

---

1. ראה בהרחבה בספרי **דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**, כתר י, עמ' 128 ואילך.
2. דין זה נובע משלשה יסודות שונים: חזקת שררה, פגיעה בשמו הטוב של העובד והעקרון הכללי לפיו מעלין בקודש ואין מורידין. שלשה יסודות אלו תלויים במנהג שלא לפטר עובד ציבור, אשר חריגה ממנו פוגעת בעובד במובנים רבים, מעבר לעצם אובדן מקום עבודתו ולפיכך היא אסורה.
3. **שו"ת הרשב"א** ה, רפג; **שולחן ערוך** או"ח נג, כו.
4. אמנם **בשו"ת מהר"ח אור זרוע**, סה, משמע כי גם כאשר סוכם מראש עם בעלי השררה לא ניתן לסלקם: "הגבאים שבעירכם נתמנו... ואעפ"י שקבעו זמן ולא בררום כי אם לשנה כאשר שמעתי, מ"מ בצאת השנה אם לא פשעו בכלום אלא תיקנו את הצדקה וענין הקהילה למה יעבירום?...". ועיין **בפסקי דין רבניים** ח, עמוד 144, שם הדיינים מעמידים את דבריו במקום בו המנהג הוא שלא לקצוב זמן, שם לדעת הר"ח או"ז המנהג גובר על ההסכמה. על כך הקשה בית הדין על דבריו, מדוע לא תגבר ההסכמה על המנהג כבכל דבר שבממון. ונראה לומר כי המנהג גורם לכך שפיטורין יהיו פגיעה אישית בעובד, שמחילתו עליה אינה מחילה, ראו **בבא קמא** צב, ע"א; **רמב"ם** חובל ומזיק, ה, יא.
5. **רמ"א** יו"ד רמה, כב.

פיטורין של עובד ציבור

ההלכה מאפשרת לרשות לפטר את העובד גם באמצע תקופת ההעסקה, אם העובד הפר את החוזה בינו ובינה. אולם לא כל טעות של העובד תיחשב להפרת חוזה, שכן גם אם עשה העובד טעות אשר הסבה נזק לרשות, יכול העובד לתקן את הטעון תיקון, אם באמצעות עבודה נוספת אשר תיעשה על חשבונו, ואם באמצעות תשלום שיפצה על הנזק שנגרם, ואין הכרח לפטרו בשל כך.

אולם כאשר הטעות מהווה הפרה יסודית של החוזה, מהווה הפרה זו צידוק לפיטורין. מצב זה יכול להתרחש אם הטעות חזרה על עצמה, או שהסיכון הכרוך בטעות נוספת גדול מדי, שכן מדובר בטעות שלא ניתנת לתיקון באמצעות פיצוי כספי. במצבים אלו יש מקום להצדיק את פיטורי העובד גם באמצע תקופת העסקתו. במקרים אלו עוסקת הגמרא[6]:

> רוניא שתלא דרבינא הוה, אפסיד, סלקיה. אתא לקמיה דרבא, אמר ליה: חזי מר מאי קא עביד לי! - אמר ליה: שפיר עביד. אמר ליה: הא לא התרה בי! - אמר ליה: לא צריכא להתרות. רבא לטעמיה, דאמר רבא: מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא, וספר מתא - כולן כמותרין ועומדין דמי. כללא דמילתא: כל פסידא דלא הדר - כמותרין ועומדין דמי[7].

הכלל הנלמד מן הסיפור הוא, שניתן לפטר עובד שפשע[8] ופעל באופן שגרם נזק למעסיקו, גם באמצע תקופת העסקתו, ובלבד שבעל הבית התרה בעובד על רשלנותו[9], והוכח כי זה המשיך לפעול באופן שגורם נזק לבעל הבית[10]. היוצא מן הכלל הוא, שישנן מלאכות בהן

---

6. **בבא מציעא** קט, ע"א.
7. תרגום: רוניא היה השתלן של רבינא. כשגרם לו הפסד פיטרו. בא ותבעו לפני רבא ואמר לו: ראה מה עשה לי! אמר לו: טוב עשה. אמר לו: והרי לא התרה בי. אמר לו: לא היה צריך להתרות, שכן מלמד התינוקות, שתלן שוחט מקיז דם וס(ו)פר העיר נחשבים כמותרים ועומדים ובכלל כל עבודה שההפסד שנוצר בגינה אינו ניתן לתיקון אינה צריכה התראה.
8. אין הכוונה לפעילות שנעשתה במזיד ודי ברשלנות להגדרתה כפשיעה, בדומה לשימוש במונח פשיעה ביחס לשומר. ראה **דברי חמודות** חולין ז, טז, אות סט, המגדיר כך את פשיעת המנקר.
9. **מרדכי** בבא מציעא, שמג; **רמ"א** שלג, ה, ביחס למלמד: "וכל המשנה ידו על התחתונה ומעברינן ליה", ומביא **הגר"א** שם, לב, כי הדבר נלמד מסוגיא זו. אכן דברים אלו נאמרו ביחס למלמד שעובד במלאכה בה טעות הינה "פסידא דלא הדר" אולם הגמרא עושה הבחנה זו רק לענין התראה משמע שמלבד זאת אין לדבר משמעות, ובכל מלאכה ניתן לפטר את העובד אחרי התראה, **פתחי חושן** שכירות י, ט.
אמנם היה מקום לומר כי לדעת **הרמב"ם** שכירות י, ז, הסובר שכל הסוגיא עוסקת רק בעובדי ציבור אין מקור לכך שיחיד יכול לפטר באמצע הזמן עובד שפשע אפילו בהתראה, אולם הדבר אינו סביר כלל, **העמק שאלה** צב, א; וקמב, ה. ומבאר **החזון אי"ש** בבא קמא כג, ב ד"ה והא, שהפסקת ההעסקה אפשרית אפילו באמצע תקופת העסקתו הואיל ו"על מנת כן לא שעבד בעל הבית נפשיה".
10. מהר"ם, **שערי תשובות** ג, נה: "ראובן טוען המלמד לא לימדת בני כדין ובטלת כך וכך שבועות

הנזק בלתי הפיך "פסידא דלא הדר" בהן ניתן לפטר עובד ציבור[11] גם ללא התראה, ובלבד שמדובר בדפוס פעילות החוזר על עצמו[12]. לנזק בלתי הפיך יחשב כל נזק שהמעסיק לא יפוצה עבורו בכסף, או בשל העובדה שהנזק אינו כספי[13], או בשל העובדה שמסיבות משפטיות שונות לא ניתן לתבוע נזק זה בבית דין[14].

נראה לי אחר שראובן מוחזק בשכירות ישבע שכדבריו כן הוא ויפטור". כלומר בעל הבית הוא המוחזק בכסף השכירות. לפי דרכנו למדנו כי כאשר העובד והמעסיק חלוקים בשאלה האם העובד פעל באופן רשלני ידו של בעל הבית על העליונה.

11. לדעת **הרמב"ם** שכירות י, ז; **שולחן ערוך** חו"מ שו, ח, היכולת לסלק עובד שפשע ללא התראה עומדת רק כנגד עובדי ציבור: "...מסלקין אותן בלא התראה שהן כמותרין ועומדין עד שישתדלו במלאכתן הואיל והעמידו אותן הצבור עליהם". כך הבינו את דבריו רוב האחרונים, **ב"ח** חו"מ שו, יב, ועוד. ועיין להלן בדברי הנצי"ב, העמק שאלה הנזכר לעיל. אמנם לדעת **הראב"ד** בהשגות, שם; **טור** חו"מ שו; מאירי **בית הבחירה** בבא מציעא, שם; **רמ"א**, שם, במקרים האמורים ניתן לפטר גם עובד במגזר הפרטי ללא התראה.

12. ראב"ד, הובא ב**רשב"א**, בבא מציעא קט, ע"א **ובמגיד משנה** שכירות י, ז. לדעת **הנימוקי יוסף**, בבא מציעא, סו, ע"א מדפי הרי"ף, לכך הסכימו גם הרשב"א הר"ן: "התראה הוא דלא צרוכי אלא מיהא בעינן חזקה דעד שיהו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו". הנימוקי יוסף מוכיח את הצורך בחזרה מהעובדה שאפילו בהמה המזיקה את הרבים אין מסלקין אותה עד שתזיק שלש פעמים, **בבא קמא** כג, ע"ב. כך פסק גם ה**רמ"א** חו"מ שו, ח: "וי"א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו".

13. כך מסבירים הראשונים את מהות ההפסד ב"מקרי דרדקי" שפשע (מורה גרוע) או בכך שההרגלים והטעויות שהשריש בתלמידים לא ניתנים לשינוי, **רש"י** בבא מציעא קט, ע"א, ד"ה מקרי, או בשל העובדה ששנות הלימודים לא ניתנות להשבון, **תוספות** בבא בתרא, כא, ע"ב, ד"ה ומקרי, **וברמב"ם** שכירות י, ז, הביא את שתי האפשרויות. כך גם מבאר **רש"י** בבא בתרא כא, ע"ב, ד"ה פסידא, את הנזק באומנא (מקיז דם) שגרם לפטירתו של המטופל, **והנימוקי יוסף** שם, י ע"ב מדפי הרי"ף, מבאר שגם אם לא נפטר המטופל "אינו משלם לו צער חליו".

14. את הנזק של ה"שתלא" מבאר **התוספות** בבא בתרא, כא ע"ב, ד"ה שתלא, שאינו מתבטא רק בירידת ערך השתילים, שאם כן "מאי פסידא איכא? אי יפסיד – ישלם!" אלא במניעת אפשרות לרווח גדול יותר "דאינו מפסיד אלא שפושע שאין הנטיעות גדילות כמו שהיו ראויות ליגדל", ומבאר **הסמ"ע** שו, כ, "שאילו נטעו כהוגן כבר היה מגדל הפירות, ובאותו שבח שהיה ראוי לבוא לא שייך תשלומין דלא ידעינן כמה הוה".
הראב"ד הובא ב**רשב"א** בבא מציעא, קט ע"א, ד"ה טבחא, מבאר את אופי הנזק בשוחט "אף על גב דמשלם דמי בהמה, דמי בשתו ודמי בשת אורחיו לא משלם, ואי נמי זימנין דמצטריך לבשרא טובא ולית ליה אלא האי". באופן דומה מבאר רבנו יהונתן **בשיטה מקובצת** בבא מציעא, קט ע"ב, כי הנזק של הספר שעשה תספורת גרועה אינו ניתן להשבון שכן "אם יגלח יותר מדאי לא יוכל לשלם הבשת שמתבייש המתגלח בשום ענין".

אמנם בין עובדי הרשויות המקומיות ובין הרשויות המקומיות קיים הסכם מחייב[15] לפיו פיטורין יתאפשרו בכל "סיבה מספקת". ההסכם אינו קובע מהי "סיבה מספקת" אולם הפרשנות הפשוטה לכך היא שהפיטורים קשורים באופן מובהק לאופן תפקודו של העובד בעבודתו[16]. כמובן שרשלנות חוזרת ונשנית של העובד יכולה להוות עילה מוצדקת לפיטורין, ולא תיחשב לפיטורין שרירותיים.

בנוסף לכך, בנוגע לעובדי רשויות מקומיות קיימת חקיקה[17] המאפשרת לבית הדין המשמעתי של הרשויות המקומיות לקנוס ואף לגזור פיטורין על עובד[18] בגין עבירת משמעת שביצע[19]. מלבד העובדה שגם ההלכה מחשיבה לעיתים עבירת משמעת כמצדיקה פיטורין[20] הרי שחוק זה מחייב גם על פי ההלכה שכן כל עובד שהתחיל לעבוד ברשות המקומית עשה זאת על פי התנאים אותם קובע החוק לפיהם ניתן יהיה לפטרו או לקנסו על עבירת משמעת ולמעשה בעצם ההסכמה לעבוד ברשות המקומית מגולמת ההסכמה לכללי המשמעת הנהוגים ברשות ולסנקציות הננקטות בגין הפרתן.

ככלל, יחסי אנוש מעורערים בין העובד ומעסיקיו הישירים אינם יכולים להוות עילה לפיטורין[21] זאת למעט עובד הנושא תפקיד שיש בו מימד של שליחות ציבורית שאם הוא אינו זוכה עוד לתמיכת הציבור ולאמונו לא ניתן להמשיך ולהעסיקו[22].

את הנזק של "סופר מתא" מבאר רבנו חננאל **בתוספות** בבא בתרא, כא ע"ב, ד"ה סופר, ככותב שטרות העיר שטעה בכתיבת השטר, ומבאר רבנו יונה הובא **ברשב"א** בבא בתרא, כא ע"ב: "לפי שאינו משלם ההפסד שהגיע לו בריעות השטר דגרמא בעלמא הוא".

15. סעיף 70 ל**חוקת העבודה לעובדים ברשויות המקומיות בישראל**: "פיטורי עובדים... יינעשו רק מסיבה מספקת ותוך הסכמה הדדית בין הרשות ובין ועד העובדים... ובאין הסכמה עוברת ההכרעה לבוררות מוסכמת בהתאם לסעיף 84."
16. ד"ר אליהו וינוגרד **דיני רשויות מקומיות** עמ' 324.
17. **חוק הרשויות המקומיות (משמעת),** תשל"ח. (להלן "חוק המשמעת")
18. סעיף 17 לחוק המשמעת, מונה את אמצעי המשמעת שניתן לנקוט כנגד עובד שעבר עבירת משמעת, החל מהתראה וכלה בפיטורין ללא פיצויים ואף איסור עתידי לעבודה ברשויות מקומיות אחרות.
19. סעיף 9 לחוק המשמעת מונה את ההתנהגויות המוגדרות כעבירת משמעת החל מאי ביצוע המוטל עליו וכלה בהרשעה בעבירה שיש עמה קלון.
20. ראה **בשו"ת אמרי א"ש** א, יו"ד, צב, לפיו הפסקת העבודה באמצע ולקיחת חופשה ללא תיאום מראש נחשבת להפרת חוזה המצדיקה פיטורין "ש"ץ שנסע בלי רשות אלופי הקהל... היה לאל ידם לדחותו לגמרי מבלי תת לו מאומה". עוד ראה **בשו"ת מהרי"א הלוי** א, קעג, ברב שנסע לצדיק ונעדר מקהילתו ללא אישור.
21. כך כותב ר"י **בתוספות שאנץ** בבא מציעא, דף עו ע"א; בשינויים **בתוספות**, שם: "פעמים שחוזר בו לפי ששונאם או אינו חפץ במלאכתם או יניח פעולה זו עכשיו וקמשמע לן תנא דאם חוזר בו ידו על התחתונה". כלומר שנאה כשלעצמה אינה מהווה שיקול מוצדק לפיטורו של הפועל.
22. כך כותב **שו"ת מאיר נתיבים** א, לג (רבי מאיר מרגליות, אוקראינה המאה ה- 18): "שליחות ציבור, מאחר והקהל אינם חפצים עתה בשליחותו אי אפשר לומר שיהיה הוא שלוחם בעל

בנוסף לכך קובע ההסכם כי גם במקרה בו הפיטורים היו מסיבות מספיקות הם חייבים להיעשות במו"מ בין ועד העובדים ובין הרשות המקומית, ולאחר עריכת שימוע לעובד המפוטר. משמעות הדבר היא כי יש לתת לעובד זכות להשמיע את טענותיו[23] וזאת לאחר שהרשות הודיע לעובד על כוונתה מראש ובכתב[24]. למרות שההסכם מגביל במידת מה את יכולתה של הרשות לפטר עובד שהתרשל בתפקידו, ככל הסכם, הוא מחייב גם על פי ההלכה.

המוסמך לפטר עובד ציבור

על פי החוק פיטוריו של עובד הרשות המקומית מתבצעים על ידי ראש הרשות המקומית או ועדת פיטורין של העיריה[25] בהתאם לעילת הפיטורין. מן הבחינה ההלכתית נוהל זה אינו מובן מאליו שכן על פי ההלכה פיטורין יכולים להיעשות רק על ידי מקבל השירות ולא על ידי מי שמשלם את שכרו. על פי עקרון זה פסק המהר"ם כי אב ששכר מלמד לבנו אינו מוסמך לפטרו למרות שהוא זה שהזמין אותו והוא שהתחייב לשלם לו[26]:

> כיון שהשכירו לבן הרי כבר נשתעבד לבן ללמוד ולאו כל כמיניה דאב למחול שעבודיה דבן דזכין לקטן ואין חבין לו[27].

כרחם". יש לציין כי לא כל תפקיד ציבורי יש בו מימד של שליחות ולכן פסק **בשו"ת מהרש"ך** ב, פ, אודות רב שמבקשים בני הקהילה לסלקו באמצע תקופת העסקתו "לסבת שטנה או משטימה אשר היתה לאחד מן העם עם החכם" ופוסק "שחייבים בני ק"ק... לשלם להחכם השלם הנזכר כל פרטי הפרש שנתחייבו לתת לו עד סוף הזמן הנזכר". ויש לעיין באופן הגדרת תפקיד הרב המשתנה מדור לדור ומקהילה לקהילה וראו להלן בנספח לחלק זה בענין שינויים שחלו במשך הדורות בהגדרת תפקיד הרב.

23. "**חוקת העבודה**", **שם**: "בהתאם להוראות החוק לפני שהרשות מחליטה לפטר את העובד היא חייבת לתת לו הזדמנות להשמיע טענותיו". **ההסכם** אינו מציין לאיזה חוק הוא מתכוון אולם יש להניח כי הכוונה היא לתיקון 14 לסעיף 46א ל**חוק שירות המדינה – מינויים** תשי"ט, הקובע ביחס **לעובדי מדינה כי פיטורים בגין חוסר התאמה יתאפשרו רק** "לאחר שנתן לעובד הזדמנות להשמיע את טענותיו, לפטרו או להפסיק את עבודתו".

24. נקודה זו של הודעה מראש **ובכתב** אינה מפורשת בחוק ולא בחוקת העבודה אולם היא **מקובלת בשירות המדינה, תקשי"ר 82.233**: "שוקל בעל הסמכות לפטר עובד, ימסור לו בכתב האחראי את הסיבה לפיטורים המוצעים..." **ואומצה על ידי בתי המשפט במדינת ישראל כחלק מהזכות לשימוע.**

25. **סעיף 171 א ל<u>פקודת העיריות</u>**: "עובד העיריה יפטרו ראש העיריה על פי החלטת בית דין למשמעת...רשאית לפטרו ועדת פיטורים שחבריה הם: גזבר העיריה, המנהל הכללי של העיריה וכן היועץ המשפטי של העיריה אם הפיטורים היו שלא מחמת עבירת משמעת..."

26. **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג**, עז.

27. המהר"ם מוכיח את דבריו מה**תוספתא כתובות** י, ב: "כתב לזון את בת אשתו ושברה לו (כתבה לו אשתו שובר בו מוחלת היא על תנאי זה – א"ס) לאו כל הימנו - שזכין לקטן ואין חבין".

כלומר, לדעת המהר"ם[28], סמכותו של האב שואבת את כחה מהיותו שליח לבנו, ובתור שליח, מוגבל הוא לביצוע פעולות לטובת המשלח בלבד ולפיכך לאב אין סמכות לפטר את המורה של בנו הקטן. באופן דומה כתב בשו"ת בנימין זאב[29] אודות שליח ציבור אשר פוטר על ידי פרנסי הקהילה בניגוד מפורש לרצון הקהילה, שאין תוקף לפיטורין אלו:

> אתה נשכרת לכל הקהל בכללות והממונים לבדם הם שלא נתרצו אז ולאו כל כמיניהו להפקיע שיעבוד כל הקהל ממך.

אמנם כיוון שיסוד הגבלה זו היא דין "זכין" הקובע כי רק פעולות שנעשו לטובתו של מקבל השירות הינן בעלות תוקף הרי שברור כי אם הפיטורין נעשו לטובתו של מקבל השירות, על מנת למנוע ממנו נזק או בשביל לתת לו שירות טוב יותר הדבר אפשרי[30]. משמעות הדבר היא כי פיטורי עובד רשות מקומית שנעשו משיקולים שאינם נוגעים לאיכות השירות אותו נותן העובד לציבור[31], אינם תקפים גם אם נעשו כדין על ידי ועדת פיטורין.

מסקנות להלכה

- משך זמן העסקתו של נבחר ציבור העובד ברשות בשכר מוגבל מראש עד לבחירתו של עובד אחר במקומו.
- משך זמן העסקתו של עובד רשות מקומית שאינו נבחר ציבור אינו מוגבל אך ניתן לפטרו בתנאים הבאים:

א. תפקוד לקוי של העובד או עבירת משמעת. יחסי אנוש מעורערים אינם מהווים סיבה מספקת לפיטורין, אלא אם כן מדובר בתפקיד שיש בו מימד של שליחות ציבורית והועבד פעל באופן שאינו זוכה עוד לאמון הציבור.

ב. הפיטורין נעשו בהסכמה של ועד העובדים. אם לא הגיעה הרשות להסכמה עם ועד העובדים היא יכולה לפנות לבוררות מוסכמת.

ג. הרשות הודיעה לעובד על כוונתה לפטרו מראש ובכתב ונערך שימוע לעובד המפוטר.

- פיטורי עובד רשות מקומית שנעשו משיקולים שאינם נוגעים לאיכות השירות אותו נותן העובד לציבור, אינם תקפים גם אם נעשו כדין על ידי ועדת פיטורין.

---

28. **רמ"א**, חו"מ שלג, ח.
29. **שו"ת בנימין זאב**, רכה.
30. ומעשים שבכל יום שמערכת החינוך מפטרת מורים רשלנים על מנת למנוע פגיעה בתלמידים.
31. וכל שכן שאם נעשו משיקולים פוליטיים, עימותים בין העובד ובין הרשות, או ח"ו רצון למינוי מקורבים אין הפיטורין תקפים.

פרק ד - נזקים במהלך העבודה ברשות

פתיחה

עובדי העיריה מופקדים על כספי הציבור. הם מוסמכים לשלם ולהתחייב סכומים גדולים וקטנים בשם הרשות. אולם מכיוון שמדובר בכסף ציבורי אנשים עלולים לגלות כלפיו חוסר אחריות, הנובעת מאדישות של האדם לממון שאין לו בעלים מסויים המקבלת ביטוי בלשון חז"ל: "קדרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא"[1], או במקרה היותר גרוע – חמדנות. לפיכך נקבעו בחוק כללים ברורים הקובעים מי בדיוק יכול להוציא כסף מקופת הרשות, באלו תנאים ולאלו מטרות[2]. לפי כללים אלו כל תשלום של העיריה חייב להיות מאושר במסגרת תקציב העיריה[3]. התשלום חייב להיעשות על פי כללי המכרזים, ותוך שמירה קפדנית על כללי האתיקה והמנהל התקין. כמו כן ביצוע התשלום נעשה רק בחתימתם הכפולה של ראש הרשות ושל גזבר הרשות[4]. במקרה בו עובד של הרשות פעל שלא כדין[5] ושילם[6] מקופת הרשות, או שנתן רשות שימוש בנכסי הרשות, מבלי לעמוד

---

1. **בבא בתרא** כד ע"ב.
2. במסגרת הדיון אנחנו עוסקים בתשלום שבוצע על ידי אדם בשם העיריה שלא כדין. יש לציין כי מבחינה הלכתית (וחוקית) אין זה משנה אם מדובר בתשלום שבוצע בתמורה לחפץ, נכס או שירות, בתמיכה שניתנה לגוף שלא זכאי לכך, או כל הטבה שוות כסף שניתנה בשם העיריה כגון הקצאה של נכסי העיריה ללא תשלום, הנחה בארנונה למי שלא זכאי לכך וכדומה.
3. סעיף 190 **לפקודת העיריות**. על פי החוק, תקציב שוטף או בלתי רגיל חייב להיות מאושר על ידי מועצת העיריה, ולרוב גם על ידי שר הפנים, ראה סעיף 206 ל**פקודת העיריות**.
4. סעיף 191 ל**פקודת העיריות**. לחילופין, מועצת הרשות רשאית להסמיך פקיד אחר שיחתום בשם ראש הרשות, ועובד של גזבר הרשות שיחתום בשם גזבר הרשות ואלו יהיו למעשה מורשי חתימה מטעמה של הרשות.
5. תשלום בניגוד לכללים יהיה למעשה תשלום של סכום שלא אושר כחוק בתקציב העיריה, תשלום שבוצע לספק שלא באמצעות מכרז, או כל תשלום אחר שבוצע שלא כדין באופן שפגע בקופת הרשות המקומית. הנוהל המחייב במשרד הפנים העוסק בנושא זה נקרא "נוהל לחיוב אישי של נושאי משרה ברשויות מקומיות", **חוזר מנכ"ל 1/2009** מיום י טבת תשס"ט.
על פי נוהל זה יוטל חיוב אישי במקרה בו האדם גרם ל"הוצאה בדרך של התקשרות או בכל דרך אחרת שבוצעה תוך חריגה מהוראות הדין... הפוגמת בתקפה החוקי של ההוצאה" **כדוגמאות לכך מביא הנוהל את ההוצאות הבאות:** "התקשרות או פעולה ללא אישור המועצה.... התקשרות או פעולה טרם אישור תקציב בלתי רגיל או מבלי שנערך מכרז... מתן הנחה או תמיכה מבלי שהתקבלה על כך החלטה בגופים המוסמכים לכך, מתן הנחה בחריגה מתקנות...מתן תמיכה לגוף שאינו עומד בקריטריונים...הוצאה בענין שהרשות המקומית אינה מוסמכת לפעול".
6. הואיל וחתימת ראש הרשות והגזבר הכרחית להוצאת הכסף מקופת העיריה שכן אלמלי חתימתם של מורשי החתימה הבנק אינו רשאי לפרוע את הסכום הנקוב בשק שניתן בשם הרשות סעיף 191.א **לפקודת העיריות** תחול האשמה על ההוצאה שנעשתה שלא כדין עליהם. אמנם במקרה בו ראש הרשות אמור לסמוך על אנשים אחרים שבדקו את הצורך בתשלום

בכללים הנדרשים יש לבחון הן את תוקפו ההלכתי של המעשה שנעשה שלא כדין, והן את מידת אחריותו האישית של מי שהוציא את ההוצאה שלא כדין, וחובתו לשלם על הנזק שנגרם כתוצאה מכך לקופת הרשות.

תוקף פעולה שבוצעה שלא כדין

מבחינה הלכתית אדם המבצע פעולה בשם הרשות המקומית הינו שליח ציבור. הלכות שליחות מחייבות את השליח לפעול על פי הנחיותיו המדויקות של המשלח, ובמקום בו ניתן לשליח שיקול דעת – לפעול רק לטובתו של המשלח. לפיכך קובעת ההלכה, כי במקום בו השליח פעל בניגוד להוראות המשלח, או שלא לטובת המשלח[7], המעשה שעשה בטל ומבוטל, אפילו נעשה הדבר בשוגג. וכך פוסק הרמב"ם[8]:

> שליח שעבר על דברי משלחו לא עשה כלום, וכן אם טעה בכל שהוא, בין בקרקע בין במטלטלין – חוזר, שהרי הוא אומר: לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות.

לדעת רוב הראשונים[9] ביטול השליחות נעשה באופן אוטומטי ואינו נתון לשיקול דעתו של המשלח וכך פסקו האחרונים[10].

יש להעיר כי חריגה מהוראות מהווה בעיה רק כאשר היא פוגעת במשלח. אם התברר כי השליח "הגדיל ראש" ופעל ביוזמתו תוך חריגה מההוראות שקיבל, והדבר היטיב עם המשלח, ברור שאין הדבר מפקיע ממנו את מעמדו כשליח, שכן הוא יחשב כשליח לכל הפחות מדין "זכין לאדם שלא בפניו". הדבר מתבאר לכאורה בגמרא[11] העוסקת בשליח

ואת חוקיותו כגון וועדת המכרזים, היועץ המשפטי, מהנדס הרשות ועוד, יש לבחון בכל מקרה את מידת אחריותם לנזק שנגרם. וראה להלן האם יש לחייב על נזקים אלו גם במקרים בהם הם מוגדרים מבחינה הלכתית כנזקי גרמא.

7. ואין צריך לומר שאם השליח ראה את טובתו האישית ולא את טובת משלחו שאין למעשהו תוקף. ראה לעיל ב, ב – תוקף החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים.
8. **רמב"ם** שלוחין ושותפין א, ב.
9. כך משמע מלשון הרמב"ם, שם, וה**שולחן ערוך** חו"מ, קפב, ב, כי שליח ששינה מדעת המשלח "לא עשה כלום". אמנם לדעת **הראב"ד** שלוחין א, ג, הדבר נתון לבחירתו של המשלח אך כבר **הב"ח** חו"מ קפב, יא, כתב שכל הראשונים חלקו על דעתו זו. יש לציין כי לדעת **כנסת הגדולה**, הגהות טור, חו"מ קפב, סג, בשם בעל **התשובות ישנות**, הראב"ד אינו בודד לגמרי בדעתו וכדבריו ניתן להסיק מלשון התוספות: "אין מי שעומד בסברת הראב"ד ז"ל דאם רוצה המשלח בקרקע יתקיים המעשה אלא תוספות בפרק אלמנה נזונת ופרק האיש מקדש, ואף על פי כן יש חילוק ביניהם כשאין המשלח רוצה בקרקע להראב"ד ז"ל המקח בטל ומחזיר הדמים למשלח ולתוספות המקח קיים ומשלם דמי עוות". כעין דבריו כתב ב**דברי חיים** שלוחין, ד (הרב יצחק אוירבך, אביו של הרב מאיר אוירבך, בעל ה"אמרי בינה") שלדעת **התוספות** בבא קמא, קב, ע"ב, ד"ה שאני, הנותן מעות לשלוחו ליקח בהן חיטין ולקח בהן שעורים, השליחות אינה בטלה באופן אוטומטי, ולכן אם פחתו פחתו לו, אפילו כאשר המוכר ידע שהוא שליח.
10. עיין **שו"ת דברי חיים** א, אהע"ז, פו; **ט"ז**, קפב, ב, שאם שינה מהוראות המשלח אזי גם אם המשלח יסכים בדיעבד לשינוי אין הדבר יכול לקיים את השליחות למפרע.
11. **בבא מציעא** עו ע"א.

שנשלח לשכור פועלים במחיר מוגדר, ובמקום זאת הלך ושכר את הפועלים במחיר אחר. הגמרא מביאה שתי דוגמאות לשינוי מהוראות בעל הבית:

> אי דאמר ליה בעל הבית בארבעה, ואזיל איהו אמר להו בתלתא - תרעומת מאי עבידתיה? סבור וקביל!.
>
> אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה... דאמר להו שכרכם על בעל הבית. ולחזי פועלים היכי מיתגרי!.

במקרה הראשון, בו השליח נתבקש לשכור פועלים במחיר מסויים ובמקום זאת הלך ושכר אותם במחיר נמוך יותר, פשוט לגמרא שהשליח לא חרג מסמכותו. לעומת זאת במקרה השני בו השליח שכר פועלים במחיר גבוה יותר ממה שנאמר לו איבד השליח את מעמדו ולמעשה כל אחד מהפועלים יקבל שכר כאדם שעבד אצל חבירו מיוזמתו מבלי שסיכם איתו דבר[12]. הבעיה אם כן, מסביר הריטב"א[13] אינה עצם השינוי מדברי המשלח, שכן מסתבר שהמשלח נתן מנדט לשליח לשפר את מצבו מעבר למה שחשב בעצמו, אלא רק שינוי שהרע את מצבו של המשלח, בו השליח חרג מהמנדט שניתן לו, מה שגרם לביטול השליחות[14] באופן אוטומטי[15].

---

12. **רי"ף** בבא מציעא, מו ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ, שלב, א: "דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה והוו להו כמאן דעבדי ליה סתמא דדינא דשקלי כמנהג המדינה". וראו לעיל, פרק א, עובד שהתהקבל שלא לפי הכללים.
13. **ריטב"א** בבא מציעא, עו ע"א: "דכיון דשליח שינה בשליחותו **לגריעותא** אין בקציצתו כלום".
14. אמנם בהמשך דברי הריטב"א משמע כי במקרה זה בין העובד והמעסיק נוצרו יחסי עבודה, אשר מרכיב השכר לא הוגדר בהם וז"ל: "הרי אלו כפועלים שעשו מלאכה שלא בקציצה ששמין כמה ראויין ליטול". וראו רא"ש בבא מציעא ו, א, ויש לעיין.
15. ראו **מחנה אפרים** שלוחין, א: "דעד כאן לא אמרו דשליח ששינה נתבטל שליחותו היינו היכא ששינה ולא לתועלתו של המשלח אבל היכא שהשינוי היה לתועלתו של המשלח לא נתבטל שליחותיה... משום דהשליח נתכוון לזכות לבעל המעות ולהכי כל שרוצה המשלח לזכות בהם זכה בהו מעיקרא כדין כל הזוכה בשביל חברו שלא מדעתו...אע"פ ששינה השליח בשליחותיה כיון דלהרווחת המשלח ולתועלתו נתכוון לא בטיל שליחותיה".
לדעת **המשנה למלך** שלוחין א, ב, הדבר מוכח מדברי ה**יד רמ"ה**, בבא בתרא, עו ע"ב: "אי עבד ביה מילתא דעדיפא ממשיכה כגון הגבהה דקניא בכל מקום, אי נמי שכירות מקום קנה. מאי טעמא דעלויי עלייה לקנייתו". ה**טור** חו"מ קצז, ט, מבאר ואומר שהבעיה של שינוי מדעת המשלח קיימת "דוקא היכא דשני לגריעותא".
לדעת **הפתחי חושן**, פקדון ושאלה, יב, הערה א, ניתן לדייק זאת מדברי המחבר אשר שינה את לשון הרמב"ם שהגדיר את השינוי של השליח כמי "שעבר על דברי משלחו" והגדיר זאת בלשון "שעבר על דעת משלחו". לדעתו כוונת המחבר היתה לומר שהעיקר בשינוי הוא שינוי הדעת ולא שינוי לשון המשלח ולפיכך כל עוד שהשינוי נעשה לטובתו של המשלח – השליחות קיימת והמעשה מיוחס למשלח.
אמנם בספר **צור תעודה** שלוחין, א, ב (רבי מנצור מרזוק, ירושלים המאה ה 18) מדייק מדברי הרמב"ם שכל שעבר על דברי המשלח אפילו אם השינוי אינו משמעותי – השליחות בטלה.

שליח שהורחבו סמכויותיו

במקרה בו המשלח העניק לשליח שיקול דעת נרחב, וגילה מוכנות לספוג טעויות של השליח, ברור שהתנאי מועיל והשליחות קיימת ולפיכך פוסק הרמב"ם[16]:

> אם התנה עליו שעשהו שליח בין לתקן בין לעוות - אפילו מכר לו שוה מאה בדינר, או לקח שוה דינר במאה, אינו יכול לחזור בו, וחייב המשלח ליתן לו כפי התנאי.

לדעת חלק מן האחרונים[17] הרחבה זו של סמכות השליח תועיל גם למקרים בהם השליח פעל בניגוד להוראותיו המפורשות של המשלח, אולם מרבית האחרונים[18] סבורים כי כאשר המשלח הרחיב את סמכות השליח "בין לתקן בין לעוות" הדבר מועיל להעניק תוקף לשליחות רק במקרה בו החריגה היתה מן הסוג השני – טעות בשיקול דעת, אולם כאשר החריגה היתה מהסוג הראשון, קרי, חריגה מהוראות המשלח לא תועיל הרחבת סמכות המעניקה לשליח שיקול דעת נרחב, שכן שבדבריו המפורשים של המשלח צומצם שיקול הדעת לפעילות במסגרת ההוראות אותן נתן בלבד[19].

מודעות המתעסק עם השליח

בגמרא[20] מובא מקרה שלכאורה אינו מתאים לעקרונות אותם ראינו עד כה:

> ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי להההוא גברא למיזבן לה ארעא. אזיל זבן לה שלא באחריות. אתיא לקמיה דרב נחמן אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי - זיל זבנה

---

16. **רמב"ם** שלוחין א, ג.
17. **שער משפט** קפב, ג, הובא **בפתחי תשובה**, שם, ה. לדעתו הדבר מוכח מדין המורשה לתבוע בשם מרשו, אודותיו פוסק **השולחן ערוך** חו"מ קכג, ה, שאם קיבל מנדט בין לתיקון ובין לעיוות ומחל לגמרי על החוב מחילתו מחילה על אף שהדבר לא נאמר לו במפורש בכתב המינוי.
18. **סמ"ע** קפב, ז; **נתיבות חידושים**, ו: "דשם בפיו לעשות כך וכך והוא עבר על דבריו ותו לא שייך לומר שהתנה עמו בין לתיקון וכו' כיון ששם בפיו לעשות כך וכך". בגוון אחר מסביר **הט"ז**, שם "לא מהני כאן אם התנה בין לתיקון כו', דאנו רואין דלאו שלוחו הוא כלל, משא"כ בסעיף ג' דאין שם רק טעות".
19. לענ"ד נראה לכאורה שיש לדייק מלשון הרמב"ם כדעת השער משפט שכן הרמב"ם מתייחס בלשונו לשני סוגי חריגות שעשויות לבטל את השליחות: האחת חריגה מהוראות המשלח "שליח שעבר על דברי משלחו", והשני טעות בשיקול הדעת שפגעה במשלח "או שטעה", ואת שניהם מנמק באותו הנימוק "שהרי הוא אומר לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות". משמע לכאורה כי כאשר הוסיף המשלח ואמר "שעשהו שליח בין לתקן בין לעוות" הדבר מועיל בין למקרה בו עבר על דבריו ובין למקרה בו טעה בשיקול דעתו. לעומת זאת השולחן ערוך הפריד את שני סוגי החריגות לשני סעיפים שונים: סעיף ב עוסק בשליח שעבר על דברי משלחו, ואילו סעיף ג עוסק בשליח שטעה. אולם את ההלכה לפיה הסכמה מראש של המשלח בין לתקן בין לעוות הביא השולחן ערוך רק ביחס לשליח שטעה ולא ביחס לשליח שעבר על דברי משלחו וכפי שמסיקים מרבית האחרונים.
20. **בבא בתרא** קסט ע"ב.

מיניה שלא באחריות והדר זבנה ניהלה באחריות.

כלומר כאשר השליח שגה ופעל בניגוד למצופה ממנו (במקרה המדובר הוא פעל בניגוד למקובל קנה קרקע ללא אחריות) רב נחמן אינו קובע שהעסקה בטלה אלא שהעסקה קיימת אך על השליח לקחת אחריות על הטעות שעשה ולדאוג על חשבונו לביצוע העסקה באופן המיטבי כפי שהיה אמור להיות אלמלי שגה. בראשונים ניתנו הסברים רבים לסוגיא זו[21]. הסברו של הר"ן הוא שדבר השליחות לא היתה ידוע למוכר הקרקע שמבחינתו מכר את הקרקע לשליח עצמו, ולפיכך העסקה התייחסה מלכתחילה לשליח ולא למשלח, ולכן אין מקום לבטלה בהמצא שהשליחות בטלה. הסבר זה מבוסס[22] על ההנחה הבאה אותה קובע הרמב"ם[23]:

> השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני אף על פי שמשך או שהמשיך ונמצא שעבר על דעת המשלח בטל המקח ומחזיר, ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו.

את הטעם בדרישה זו, לפיה על המתעסק עם השליח להיות מודע לשליחות על מנת שתתבטל השליחות בהעדר סמכות, מבארים האחרונים[24] כי במקרה בו השליח מתעסק

---

21. קיימות חמש שיטות בראשונים בהסבר סוגיא זו:
האחת, ר"ן, קידושין, יז ע"א מדפי הרי"ף; **נימוקי יוסף** בבא בתרא עח ע"ב מדפי הרי"ף. ביטול השליחות ומעשה השליח מחייב ידיעה מראש של המתעסק עם השליח כי הוא שליח, וקיימת אפשרות לביטול פעולתו, ובמקרה הנידון דבר השליחות לא היה ידוע למוכר הקרקע.
השניה, יד רמ"ה, שם; ר' יהודה בן קלונימוס, **במרדכי** קידושין, תקח. היות וביטול השליחות מחייב הוצאת ממון מהמתעסק עם השליח על השליח חובת הראיה להוכיח כי אכן היה שליח. את חובה זו ניתן לממש גם לאחר מעשה, והיא אינה אמורה להיות ידועה מראש אולם במקרה הנידון השליחות לא היתה מוכחת כלל.
השלישית, רא"ש בבא בתרא, י, כו. בכל מקרה בו נעשתה פעולה שלא לטובת המשלח הפעולה בטלה ומעות המשלח חוזרות לו, ורב נחמן רק נתן אפשרות לשליח לממש את שליחותו מבלי להעמיד את עצמו במצב לא נעים מול המוכר.
הרביעית, ריב"ם, באשר"י, שם; "יש דוחין" **במרדכי**, קידושין, תקח; **כס"מ** שלוחין א, ב בדעת הרמב"ם, שם. אם באופן מובהק הפעולה שנעשתה פוגעת במשלח הפעולה בטלה, אולם העדר אחריות אינו פגיעה מובהקת המצדיקה את ביטול השליחות, או מכיוון שסוף סוף העיסקה בוצעה (ריב"ם), או מכיוון שהאחריות הינה פרט שולי יחסית בעסקה (יש דוחין), או מכיוון שהפרט של האחריות ניתן לתיקון (כס"מ).
החמישית, ראב"ד שלוחין א, ג. גם שליחות מעוותת אינה בטלה באופן אוטומטי אלא רק לפי דרישת המשלח, ובמקרה זה האשה לא דרשה את ביטולה אלא את תיקונה של העסקה.

22. ראו בית יוסף קפב. למען האמת, הרא"ש המובא לעיל מקבל לחלוטין את ההנחה הזו אלא שבוחר לבאר את הסוגיא באופן אחר. לדעתו יש לעיין מהו המקור להנחה זו.

23. **רמב"ם** שלוחין ב, ד; **שולחן ערוך** חו"מ קפב, ב; קפה, ה.

24. **ש"ך** קפה, ז; **נתיבות המשפט** שם, ה. אמנם רבי יצחק ן' לב , מובא כסימן קסו ב**שו"ת אבקת רוכל** (מחכמי סלוניקי בדורו של מרן) מבאר את הצורך בהודעה באופן אחר: "מה שאמרו שליח ששינה או טעה בכל שהוא היינו כשהודיע שהוא שליח אבל קנה סתם הרי הוא כשאר

- קונה, מוכר או לווה מאדם אחר, חייב אותו אדם לדעת כי קיומה של העיסקה מבוסס על שליחות, ומותנה באישורו בדיעבד של המשלח[25] כי השליחות התבצעה על הצד הטוב ביותר, ואלמלי אישור זה יתכן והעסקה תבוטל לאחר שבוצעה. אין ספק כי זהו פרט מהותי העשוי להשפיע על מוכנותו של המוכר לבצע את העסקה[26]. חשוב לציין כי אם לא מדובר בקניה אלא במכירה, והשליח מכר חפץ שהמשלח לא נתכוון כלל למוכרו, ולא מינהו שליח למוכרו, או שהדבר נעשה תוך חריגה מסמכותו, ברור שלמכירה אין כל תוקף, גם אם הקונה לא ידע כי מדובר בחפץ שאינו שייך למי שאיתו הוא התעסק, שכן אין אדם יכול למכור מה שאינו שלו, ואין חוסר ידיעת הקונה משפיעה על עקרון פשוט זה.

מעמדו של נציג הציבור

עד כה עסקנו באופן כללי במעמדו של שליח שפעל בניגוד להוראות שקיבל. כעת יש לבחון האם כאשר הגזבר או ראש הרשות פועלים בשם הציבור הם מקבלים שיקול דעת נרחב המאפשר להם גם מרווח מסויים של טעות, או שדינם ככל שליח, וכל טעות שלהם מבטלת את ההתקשרות כולה? התשובה לשאלה זו תלויה ראשית כל בשאלה העקרונית האם מעמדו של הגזבר או ראש הרשות כשליח או שמעמדם שונה משל השליח ומאפשר להם לפעול כבעלים, לטב ולמוטב[27].

כל אדם...שהרי אומר לו המוכר לעצמך קנית ולך מכרתי ואין כאן ביטול מקח... אלא שיפייס את בעל המעות לפי שקנה במעותיו". כלומר, עיסקה הנעשית בין שני אנשים מחייבת מודעות ושיתוף פעולה של שני הצדדים, המוכר והקונה, לא רק לתוכן העסקה אלא גם לזהות הצדדים. ואם מודעות זו אינה קיימת, שכן אחד הצדדים אינו יודע שהקונה אינו אותו אדם שעומד לפניו אלא אדם אחר, אזי גם אם היה כאן מינוי שליחות כדין, העסקה לא תיזקף על שמו של המשלח אלא על שמו של השליח. לפי דבריו נראה כי השליח אינו צריך להודיע את זהות המשלח (ודלא כש"ך המובא בהערה הבאה) שכן כל עוד המתעסק איתו יודע כי מדובר בשליחות אינו "כשאר כל אדם" ואין המוכר יכול לומר לו "לעצמך קנית ולך מכרתי".

25. לדעת **הש"ך** קפה, ז, מעבר לחוות דיווח על היות העסקה מוגדרת כמותנית מתוקף ביצועה על ידי שליח, הדיווח חייב לכלול גם את זהותו האישית של המשלח שכן פרט זה עשוי ללמד את המתעסק עם השליח על מידת הקפדתו והסיכוי שהעסקה תבוטל אחר שידע כיצד נתבצעה בפועל. ועיין בדברי הגאון מליסא, **חוות דעת** יו"ד, קסט, יט, ממנו משמע שאין צורך בידיעת זהותו האישית של המשלח אמנם בספרו **נתיבות המשפט**, **חידושים** קפה, ט, הביא את דעת הש"ך ללא כל הסתייגות.

26. מכאן מסיק **החזון אי"ש** בבא קמא, כא, כי אם המתעסק לא היה שותף כלל לעיוות, ומכר לשליח בדיוק מה שביקש ממנו בשם המשלח, מבלי להעלות את המחיר כלל, והתברר בדיעבד כי השליח שינה ופעל בניגוד למה שנתבקש ממנו, מבלי שהמוכר יודע או יכול לדעת מכך, אזי גם אם ידע שמדובר בשליחות, מכיוון שלא יכל להעלות בדעתו את ביטול העסקה, דינו כמי שלא ידע מהשליחות והעסקה קיימת והשליח חייב בתוצאותיה. אמנם לא משמע כן בדעת **הקצות** קפג, ג, ועיין **פתחי חושן** פקדון ושאלה, יב, הערה ד.

27. ניתן להרחיב את היריעה של שאלה עקרונית זו ולשאול האם לאדם הפועל עבור גוף, ארגון, או קבוצה עשוי להיות בעל מעמד גבוה משל שליח, מעמד הדומה למעמדו של אדם הפועל

אם התשובה לשאלה זו תהיה שמעמד ראש הרשות הוא כשל שליח עלינו יהיה לברר מהי מידת הסמכות אותה נותן הציבור למנהיגיו, האם היא מצומצמת ואינה מאפשרת להם כל מרחב של טעות, או שהיא מורחבת, ונותנת למנהיגים מרחב מסויים של טעות,

---

בממונו שלו. בשאלה דומה עוסק הירושלמי כאשר מתייחס למעמדו של גזבר ההקדש והפעולות אותן הוא רשאי לבצע בשם ההקדש.

הירושלמי תרומות פ"א ה"א; **מעשרות** פ"ה ה"ג; **חלה** פ"א ה"ה, מביא את דעת רבי יוסי אשר לכאורה שולל הנחה זו ואומר כי "גיזבר הוא כאחר", כלומר, לגזבר ההקדש אין מעמד מיוחד ומעמדו ככל אדם אחר הפועל בשליחות חבירו. אגב, דעה זו נזכרת בשמו פעמים מספר בירושלמי, אף שבשום משנה או ברייתא לא מופיעים הדברים במפורש. ועיין **באור שמח** שקלים ב, ט, שעמד על נקודה מעניינת זו וניסה למצוא מקור לדברים ב**תוספתא שקלים** ב, ה. אולם מהירושלמי משמע כי דעת ר' יוסי אינה מוסכמת וישנם תנאים הסוברים כי "גזבר כבעלין".

האמוראים בירושלמי, מעשרות ה, ג, נחלקו כיצד לפסוק במחלוקת תנאים זו: הירושלמי הנ"ל מביא מחלוקת בין ר' יוחנן וריש לקיש בשאלה האם כאשר אדם מבצע את גמר מלאכת הפרי עבור אדם אחר ללא הסכמתו "הממרח כריו של חבירו שלא מדעתו" הוא גורם בכך לחיוב הפירות במעשרות. במהלך הדיון ביניהם נראה לכאורה כי ר' יוחנן סבר כמאן דאמר גזבר כבעלים ואילו ריש לקיש סבר כדעת ר' יוסי שגזבר כאחר.

מהירושלמי בתרומות א א, משמע שמסיק כדעה החולקת על רבי יוסי, הסבורה שגזבר כבעלים, ולכן יכול להפריש תרו"מ משא"כ בשליח. אם נשווה את מעמדו של הגזבר ביחס להקדש, למעמדו של גבאי הצדקה ביחס לעניים, הרי שלכאורה זוהי גם דעת הבבלי **בבא קמא** לו ע"ב, שם נראה כי גבאי צדקה רשאי לבצע בשם הצדקה סוגי קניינים ששליח אינו יכול לבצעם, כגון מעמד שלשתם.

ככל הנראה מחלוקת זו לא הוכרעה שכן יש מן הראשונים מהם עולה שגזבר מעמדו כבעלים. כך נראה מדעת **הרשב"א** חולין, קלט ע"א, שכתב כי יאוש של גזבר ההקדש מאבידת ההקדש הוי יאוש. לאור העובדה שיאוש של שליח אינו נחשב ליאוש, ראו **פרי מגדים** או"ח, אשל אברהם, קנג, מו, נראה כי לדעת הרשב"א מעמדו של הגזבר דומה למעמדו של בעלים ולא למעמדו של השליח.

לעומתם יש מן הפוסקים שכתבו במפורש כי גזבר דינו כשליח שאם עיוות מעשיו בטלים: כך כתב **המקנה** קידושין, כט ע"א, ד"ה והנה: " לא עדיף הגזבר משליח ... יכול לומר לו לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי". וכן כתב **התוספות יום טוב** מעילה, ג, ו: "גזבר גופיה שליח דהקדש הוא".

ב**שו"ת אבן שתיה** חו"מ, עו (הרב אליעזר דון יחיא, היה רב העיירה לוצ'ין שם נולד הראי"ה קוק, וזה למד אצלו בצעירותו), מגיע למסקנה זו מהשוואה בין שתי הלכות **ברמב"ם** המובאות בפרק ג' מהלכות מעשר: בהלכה ז פוסק הרמב"ם כדעת ר' יוחנן האומר ש"הממרח כריו של חבירו שלא מדעתו... נטבל". מאידך בהלכה כה פוסק הרמב"ם כי גם גזבר שמירח חייב את ההקדש במעשרות. מכאן מוכח שלדעת הרמב"ם אין כוונתו של ר' יוחנן לפסוק שמעמדו של הגזבר כבעלים, אלא להפך, כוונתו לומר שאין לחלק בין גזבר לאדם אחר וכל מה שיכול אדם זר לעשות בממון חברו יכול גם גזבר הקדש. משמע כי לגזבר אין מעמד מיוחד של בעלים ואין לראותו אלא כשליח של הקדש שאם עיוות מעשיו בטלים אלא שמירוח בהגדרתו אינו עיוות שכן כל תבואה עומדת למירוח.

וכאילו אמרו הציבור שהם שלוחיו "בין לתקן בין לעוות" במידה כזו או אחרת. אחרי שנענה על שאלות אלו נפנה לבחון את יישום העקרונות של דיני השליחות על הגזבר וראש הרשות המקומית.

בנוגע לשאלה העקרונית כתב הרא"ה[28] כי בני העיר המוכרים את נכסי העיר או את נכסי העניים אין להם מעמד של שליח אלא של בעלים ולפיכך אין במכירתם דין אונאה:

> אין במכירה זו דין אונאה כשליח המוכר אלא כמוכר משלו דקי"ל דאין אונאה לקרקעות לפי שאלו כמוכרין בשלהן.

לדעת המהר"ם די בוטון[29] גם אם נאמר שמעמדם של בני העיר אינו כבעלים אלא כשלוחים הרי הם כשלוחים שקיבלו מנדט נרחב מן הציבור "בין לתקן בין לעוות":

> כיוון דבזמננו הממונים והפרנסים נמנים מדעת כל הקהל על כל עניני בית הכנסת ותלו הכל בדעת עצמן הוה ליה כאילו התנו בפירוש בין לתקן בין לעיוות.

על דעתם חלוק הרב אליעזר דון יחיא[30] הסובר כי אדם הפועל בשם הרשות המקומית אינו אלא שליח לכל דבר וענין וחלים עליו כל כללי השליחות, ובכללם הכלל האומר כי כל פעולה שפעל השליח הפוגעת באינטרסים של המשלח, במקרה זה הרשות המקומית, בטלה מעיקרה. אולם כאמור כל הפוסקים חלקו עליו וסברו שאין לפסול פעולות שעשו נציגי הרשות המקומית רק בשל העובדה שנעשו בחוסר שיקול דעת מספיק, ונמצא בדיעבד כי הן פוגעות באינטרסים של הציבור[31].

במה דברים אמורים, אם מדובר בטעות בשיקול דעת של עובד הרשות המקומית, אולם, כפי שראינו לעיל, במקרה בו עובד של הרשות המקומית פעל בניגוד להחלטת מועצת הרשות המקומית, מוסכם על כולם שהמעשה חסר תוקף הואיל וכאשר השליח פועל בניגוד לדעת משלחו הוא אינו שליח כלל, אפילו אם מדובר בשליח שהורחבה סמכותו לפעול "בין לתקון ובין לעוות".

---

28. **בר"ן** מגילה, ח ע"א מדפי הרי"ף, ד"ה לא, וסבר כמותו; **כנסת הגדולה**, הגהות טור, חו"מ, רכז, עח. אמנם החכם השואל **בשו"ת מהר"ם די בוטון** נא, ד"ה אמנם, סבור כי הדברים אמורים רק בבתי כנסת של כפרים ולא בבית כנסת של כרכים, ומכאן מסיק כי לענין מכירת נכסי הקדשות אין להעניק לבני העיר מעמד של בעלים אלא כשל שלוחים בהם ניתן לומר "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי שדרתיך". אולם המהר"ם די בוטון חלק על דבריו והאריך להוכיח שהדברים נאמרו בכל סוג של רכוש ציבורי ואף בהקדשות (רבי מאיר די בוטון, בנו של רבי אברהם די בוטון, בעל הלחם משנה, סלוניקי–גליפולי ראשית המאה ה – 17).
29. **שו"ת מהר"ם די בוטון**, נא, ד"ה עוד נראה לי; כנסת הגדולה, שם.
30. **שו"ת אבן שתיה** חו"מ, עו.
31. הרב דון יחיא מסתמך בדבריו על דעות הפוסקים הסוברים כי גזבר הקדש אינו אלא שליח, אולם כאמור לא זו בלבד שדעות אלו אינן מוסכמות אלא שההשוואה בין גזבר הקדש לבני העיר אינה הכרחית, ולפיכך מסתבר לאמץ את דעת הרא"ה המובאת לעיל או את המהר"ם די בוטון הסוברים שמעמד בני העיר בנכסי הציבור כבעלים או כשלוחים שקיבלו מנדט מלא, ובכללו היכולת לטעות בשיקול דעתם.

עוד יש לומר כי כל פעולה המנוגדת לכללי העבודה של הרשות המקומית המוגדרים בחוק כמוה כפעולה המנוגדת להחלטות המועצה, שכן עובדי הציבור נתמנו על דעת שיפעלו על פי כללים מוגדרים, ועובד שפעל שלא על פי הכללים כמוהו כשליח שעבר על דעת משלחו והמעשה שעשה בטל[32]. יש להעיר כי אם עובד הרשות לא פעל בניגוד להחלטות המועצה וכללי העבודה המחייבים את עובדי הרשות, אלא שהתברר כי פעולתו היתה מנוגדת להלכה, אין הדבר מבטל את הפעולה אותה ביצע[33].

אם נסכם זאת נאמר כי את שגיאות עובדי הרשות ניתן לחלק לשלשה סוגים:

פעולה שבוצעה בניגוד להחלטות המועצה ולכללי עבודת הרשות ופגעה באינטרסים של הרשות המקומית – בטלה.

---

32. בדומה ל**שו"ת מהר"ם גלאנטי**, יא; **כנסת הגדולה** קפב, מג, שמי שהתנה שלא ימכור אלא בעצתו של פלוני ומכר שלא בעצתו שהדבר מהווה שינוי מהוראות המשלח והפעולה בטלה.

33. נחלקו הראשונים במקרה בו שליח של המוכר הונה את הקונה ומכר סחורה של המשלח במחיר מופקע. לדעת רב האי גאון **ספר המקח** שער ו, טז ע"א, הובא **בראי"ש** כתובות יא, טז, אם השליח הונה את הלוקח בשתות המקח בטל. לדעת רש"י במהדורא קמא, הובא **בשיטה מקובצת** כתובות, צט ע"ב, המקח בטל אפילו אם השליח עסק במכירת קרקעות שאין בהן אונאה. מבאר **ההפלאה** כתובות, ק ע"א, ובספרו **"פנים יפות"** ויקרא, כה, יד, כי לדעת רב האי גאון ורש"י אונאה הינה עבירה, והשליחות מתבטלת הואיל וביצוע השליחות נעשה בעבירה. הנחתו של בעל ההפלאה, אותה הוא מבאר באריכות, שם לג ע"ב, היא כי שליחות לדבר עבירה מתבטלת בכל מקרה בו התוצאה של השליחות הושגה באמצעות עבירה. הנחה זו אינה מוסכמת על חלק מן האחרונים ראו **משנה למלך** גניבה, ג, ו, הסבורים כי שליחות לדבר עבירה בטלה רק אם השליח נשלח על ידי המשלח לעשות עבירה, וזו היתה חלק מן השליחות, אולם אם השליח ביצע עבירה על דעת עצמו, מבלי שזו תהיה חלק מן השליחות אין הדבר נחשב לשליחות לדבר עבירה והשליחות לא בטלה בגין עבירה זו. מסיבה זו דוחה **השער משפט** חו"מ, קט, ג, את הרעיון של בעל ההפלאה ומבאר את דעת רב האי גאון באופן שונה. על כל פנים רבנו יונה **בשיטה מקובצת**, שם; **ראי"ש**, שם; **שולחן ערוך** חו"מ, קפב ה, חולקים על רב האי, וסבורים כי בכל הנוגע לאונאת האחר אין הבדל בין שליח למשלח וכל עוד על פי הלכות אונאה המקח קיים אזי העובדה שהדבר נעשה על ידי שליח אינה מבטלת אותו.
את דעת רבנו יונה ניתן להבין בשני אופנים: האחד, לומר כי סבר כדעת **בעל המאור** בבא קמא, מה ע"ב מדפי הרי"ף, שאונאה שאינה חוזרת (כגון שהיא פחות משתות או שנעשתה בקרקעות) אין בה איסור. כך מבאר את דעתו **רבי עקיבא איגר** חו"מ רכז, ו, וראו **תוספות** בבא מציעא, נב ע"א, ד"ה אמר, המתיר להונות בפחות משתות על מנת להחזיר.
דרך שניה להבין את דבריו היא לומר כי גם אם נאמר כדעת **הרמב"ן** ויקרא, כה, טו, שבכל אונאה קטנה כגדולה, בקרקעות כבמטלטלין, יש איסור תורה, אלא שלא דרשו חכמים להחזיר אלא במקרים מסויימים, אין לראות בעבירה אותה ביצע השליח שליחות לדבר עבירה, וכדברי המשנה למלך, הנזכר לעיל. הסבר זה מסתבר יותר בדעת הרא"ש והשולחן ערוך הסוברים במקום אחר כדעת הרמב"ן (הרא"ש בבא מציעא, ד, כ; שולחן ערוך חו"מ רכז, ו). לאור הדברים מסיק השער משפט כי אם המשלח היה שותף לתכנון השליחות, וידע כי ביצועה יהיה כרוך באיסור כזה או אחר, השליחות תיבטל גם לדעת השולחן ערוך.

פעולה שבוצעה בהתאם להחלטות ולכללי עבודת הרשות, אך תוך שיקול דעת שגוי שגרם לפגיעה באינטרסים של הרשות המקומית – תקפה*.

פעולה שבוצעה בהתאם להחלטות ולכללי עבודת הרשות, אך באופן המנוגד להלכה – תקפה.

לשם השלמת התמונה יש להוסיף לשלשה סוגים אלו סוג רביעי אשר התבאר לעיל[34]:

פעולה שבוצעה תוך ניגוד עניינים של מבצע הפעולה - בטלה, גם אם לא גרמה לפגיעה באינטרסים של הרשות המקומית.

ביטול פעולות שגרמו לנזק לרשות

כאמור לעיל כאשר ראש הרשות ו/או גזבר הרשות, או כל עובד אחר של הרשות פעלו בניגוד לאינטרסים של הרשות, ובניגוד להוראות החוק או החלטות מועצת הרשות הפעולה אותה עשו בטלה. במקום בו ביטול הפעולה אינו מעשי, על עובד הרשות שביצע את הפעולה לפצות את הרשות על הפגיעה שנגרמה לה. המשמעות המעשית של ביטול הפעולה שנעשתה משתנה לפי סוג הפעולה שעשו עובדי הרשות וכפי שנראה להלן:

ביטול הנחה בארנונה

כאשר ניתנה הנחה בארנונה שלא כדין, על מקבל ההנחה לשלם את הארנונה אותה היה אמור לשלם על פי שורת הדין. אם לא ניתן לגבות את חוב הארנונה מן החייב, מוטלת חובת תשלום החוב, על מי שנתן את ההנחה שלא כדין. הסיבה לכך היא שהארנונה מהווה, בין היתר, תשלום על שירות שנותנת הרשות המקומית לתושבים, ומי שנתן הנחה בארנונה שלא כדין, כמוהו כמי שמכר חפץ או שירות במחיר מוזל בניגוד להנחיתו המפורשת של המוכר. אודות אדם זה קובע הרמב"ם[35] כי הוא חייב לשלם עבור ההנחה במחיר אותה נתן שלא ברשות:

ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר לו מכור לי זה ואל תמכור בפחות ממאה והלך ומכרו בחמשים משלם החמשים מביתו.

יתר על כן, גם אם נראה את הארנונה כחוב שלא נוצר בגין מתן שירות מסויים[36], אלא כמס הנגבה מבעלי הנכסים אשר נועד לכסות את הוצאות הרשות המקומית, עדיין כתבו הפוסקים שמי שנשלח לגבות את חובו של חבירו, ובמקום לעשות זאת מחל עליו באופן שלא מאפשר עוד לגבותו חייב לשלם על כך[37].

---

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר זועק כנגד הנזק שגורמים לציבור נבחרי ציבור הפועלים למינוי מקורבים שאינם מתאימים בניגוד לאינטרס הציבורי.

34. נתבאר לעיל ב, ב – החלטה שנתקבלה תוך הפרת אמונים.

35. **רמב"ם** שלוחין ב, ו;**שולחן ערוך** חו"מ קפה, א.

36. שכן גובהה המדוייק של הארנונה נקבע לפי גודל הנכס שבבעלות התושב ולא לפי היקף השירותים אותם הוא צורך.

37. **שו"ת צמח צדק (הקדמון)**, קכד. ועיין **ט"ז** אהע"ז קד, ו, שאין השליח מוסמך למחול את מה שאינו שלו, אלא אם כן הורשה לכך במפורש או מכללא וראו **שולחן ערוך** חו"מ, קכג, ה.

ביטול הקצאה

כאשר מדובר בהקצאת קרקע או נכס שלא כדין, אזי על מקבל הנכס להשיב את הנכס שקיבל שלא כדין לרשות המקומית. בנוגע לתשלום בתמורה לשימוש בנכס, שהסתבר בדיעבד שנעשה ללא הסכמת הציבור, את נכסיו מנהלת הרשות המקומית, עוסקת הגמרא במסכת בבא קמא[38]:

> 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! לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מאי? מצי אמר ליה מאי חסרתיך, או דלמא מצי אמר הא איתהנית?...[39].

למסקנת הגמרא, במקרה הנידון לא תוטל על הדר בחצר חובת תשלום. וכך פוסק הרמב"ם[40]:

> הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר, אף על פי שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר, ואם החצר עשויה לשכר אף על פי שאין דרך זה לשכור צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון.

כלומר למסקנת הגמרא חובת התשלום מושפעת מיעודו המקורי של הנכס, ואינה מושפעת מהשאלה מה היו האופציות שעמדו לפני המשתמש בנכס. הגמרא[41] מביאה מקרה נוסף בו יש ליישם עקרון זה:

> א"ל רבה בר רב הונא, הכי אמר אבא מרי משמיה דרב: אינו צריך להעלות לו שכר, והשוכר בית מראובן - מעלה שכר לשמעון. שמעון מאי עבידתיה? הכי קאמר: נמצא הבית של שמעון - מעלה לו שכר. תרתי? הא דקיימא לאגרא, הא דלא קיימא לאגרא.

כלומר כאשר אדם השכיר לאדם אחר או נתן לו רשות שימוש בבית שלא היה שייך לו, והבית היה מיועד להשכרה תוטל על השוכר חובת תשלום לבעל הבית האמיתי. אם ניישם את הדברים על המקרה בו אנו דנים הרי שכאשר נציג הרשות המקומית הקצה

---

38. **בבא קמא** כ ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ שסג, ו.
39. תרגום: הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך? באיזה מקרה מדובר? אם המדובר בחצר שאינה עומדת להשכרה ואדם שהיה מוצא פתרון אחר שאינו כרוך בתשלום, זה לא נהנה וזה לא חסר ואין כל סיבה לחייבו בתשלום! מאידך, אם מדובר בחצר העומדת להשכרה ואדם שהיה מעוניין לשכור וחצר זו חסכה לו את הצורך בתשלום, זה נהנה וזה חסר - וישלם! אלא השאלה נשאלה, בחצר שאינה עומדת להשכרה אך האדם היה מעוניין לשכור וחסך בכך כסף. והשאלה היא האם יכל המתגורר בחצר לומר לבעל החצר הרי לא הפסדת בגיני דבר או שמא יכול בעל החצר לומר למתגורר בה הרי נהנת משירות שהיית משלם עבורו – ועליך לשלם על כך
40. **רמב"ם** גזילה ג, ט.
41. **בבא קמא** כא ע"א.

לארגון או לעמותה זכות שימוש בנכס מנכסי הרשות המקומית, שלא כדין, תוך חריגה מנהלי ההקצאה, הרי שמלבד החובה להשיב את הנכס לרשות המקומית, תוטל על המשתמש בנכס החובה לשלם עבור השימוש בנכס אם מדובר בנכס אשר אלמלי ההקצאה ללא תמורה, או במחיר סמלי, היתה הרשות משכירה אותו לאנשים פרטיים בתמורה לתשלום מלא. אם מדובר בנכס שאינו עומד להשכרה אלא שאלמלי הקצאה זו יתכן והרשות היתה מקצה אותו לארגון אחר ללא תשלום אזי מלבד החובה להחזיר את הנכס לרשות לא תוטל על המשתמש בנכס חובה נוספת לתשלום.

אולם לכאורה מהמשך הסוגיא הנ"ל עולה כי יש לסייג את הפטור מתשלום למקרים בהם השימוש בנכס היה בלתי מורגש ולא גרם לבעליו כל חסרון. בניסיון לענות על השאלה בה פתחה הסוגיא מביאה הגמרא את הדברים הבאים:

> ת"ש, רבי יהודה אומר: אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו - צריך להעלות לו שכר; ש"מ: זה נהנה וזה לא חסר - חייב! שאני התם, משום שחרוריתא דאשייתא... (רש"י: שמשחיל לו הכתליס הלכך חסר הוא).

כלומר, במקרה בו נגרם לבעל הנכס חסרון אפילו אם כתוצאה מהשימוש הנכס נדרש לסיוד, על המשתמש בנכס לשלם את מחיר השימוש בנכס[42]. אמנם נחלקו הפוסקים[43] בשאלה האם יש להטיל חיוב זה גם כאשר המשתמש בנכס לא היה שוכר נכס אחר ולמעשה מחמת הספק לא ניתן לדרוש מהמשתמש בנכס תשלום במקרה זה.

למעשה ארגון שקיבל נכס שהוקצה לו שלא כדין על ידי נציגי הרשות המקומית, חייב להחזיר את הנכס לרשות המקומית. החיוב בתשלום מושפע משלשה פרמטרים: האחד האם הנכס היה מיועד להשכרה בתמורה לתשלום. השני, האם נגרם חסרון כלשהו כתוצאה מהשימוש בנכס. השלישי, האם הגוף שהשתמש בנכס היה שוכר נכס אחר אלמלי היה מקבל את הנכס בהקצאה מהרשות המקומית באופן הבא:

נכס המיועד להשכרה – לעולם יגבה תשלום מלא.

נכס שאינו מיועד להשכרה, אך הגוף לא היה משלם עבור נכס חלופי – לא יגבה כל תשלום.

נכס שאינו מיועד להשכרה, אך הגוף המשתמש בו היה שוכר נכס חלופי – יגבה תשלום אם והשימוש גרם לפגיעה כלשהי בנכס.

---

42. **תוספות** כא ע"א, ד"ה ויהבי; רא"ש, ב, ו; רשב"א שם ד"ה שאני; **שולחן ערוך** חו"מ, שסג ז. את דעתם מבאר **הקצות** שם, ד, כי לא מדובר בחיוב על הנזק שאינו אלא גרמא, וניתן לתקנו בקלות על ידי סיוד, אלא שהפטור מתשלום על ההנאה מותנה בהעדר חסרון וכאשר ישנו חסרון מוצדק לתבוע תשלום על ההנאה. אמנם לדעת הרמ"ה, הובא **בנימוקי יוסף**, ט ע"א מדפי הרי"ף, אין לחייב במקרה זה אלא על החסרון שנגרם לבעל הנכס.
43. המחלוקת הובאה **ברבנו ירוחם**, נתיב יב; **בבית יוסף** שסג, ז; **רמ"א** שם, ולא הוכרעה.

ביטול רכישת מוצר

כאשר מדובר בתשלום שניתן בתמורה למוצר, על הרשות המקומית להחזיר את המוצר אותו קיבלה ובתמורה לקבל את התשלום שהוצא מקופתה שלא כדין וכפי שפסק השולחן ערוך[44]:

> טעה וקנה ביוקר, אפילו בכל שהוא, המקח בטל, בין בקרקע בין במטלטלין, שיאמר לו: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

אם מדובר במוצר שאינו בר השבה, מכיוון שכבר נעשה בו שימוש, על הרשות לשלם את עלות המוצר כפי שיקבע שמאי[45], ובעלות העודפת, אם היתה, ישא עובד הרשות אשר ביצע את הרכישה בניגוד לנהלים כפי שפוסק השולחן ערוך[46]:

> נתן מעות לשלוחו לקנות לו חטים, בין לסחורה בין לאכילה, והלך וקנה לו שעורים, או בהפך, אם היה בהם הפסד הוא לשליח.

ביטול התקשרות עם קבלן או ספק שירות

כאשר מדובר בקבלן שהשביח את נכסי הרשות, כגון שבנה או שיפץ עבורה מבנה ציבור, או בשירות שניתן לרשות[47], אזי גם אם ההתקשרות נעשתה שלא כדין סוף סוף הרשות המקומית נהנתה מהמוצר או מהשירות שניתן לה, ועליה לשלם על כך. את ההלכה במקרה זה ניתן ללמוד מהגמרא[48] העוסקת במקרה בהם פועלים נשכרו עבור בעל הבית באמצעות שליח אלא שזה חרג מסמכותו, והתחייב לפועלים לתשלום שגבוה מהתשלום אליו היה מוכן המעסיק להתחייב. במקרה זה אומרת הגמרא שיש לבחון מהי מידת המחוייבות האישית אותה נוטל על עצמו השליח כלפי העובדים:

> אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה... אמר להו שכרכם על בעל הבית. ולחזי פועלים היכי מיתגרי!...ולחזי עבידתייהו!.

כלומר כאשר השליח לא לוקח על עצמו כל אחריות אישית לתשלום השכר[49], הרי שמכיוון שהשליח חרג מסמכותו, ההסכם בטל, אך מכיוון שבכל אופן נוצרה מערכת יחסי עבודה

---

44. **שולחן ערוך** חו"מ, קפב, ג.
45. **נתיבות המשפט** קפב, ז.
46. **שולחן ערוך** חו"מ, קפג, ה.
47. הדברים נכונים גם ביחס לעובד שהתקבל לעבודה ברשות שלא כדין ועבד בה תקופה מסויימת.
48. **בבא מציעא** עו ע"א.
49. לדעת **הש"ך** שלב, ד; **שו"ת בית יצחק** חו"מ פא, בכל מקרה בו הפועל ידע כי הוא מתעסק עם שליח של המעסיק ולא המעסיק בעצמו, הרי זה כאומר במפורש "שכרכם על בעל הבית".. ועיין **בפתחי חושן** שכירות, ח, הערה לב, שמסתפק בדעת החזון איש בשאלה זו. מבחינה מציאותית ברור כי כל אדם המתקשר עם נושא משרה ברשות המקומית יודע בצורה ברורה כי לא מדובר בהתקשרות עם נושא המשרה באופן אישי אלא עם הרשות המקומית.

בין העובד ובין המעסיק[50], יש לראות את העובד כמי שעובד ללא הסכם שכר, ששכרו נקבע על פי מנהג העולם בנוגע לגובה התשלום עבור איכות העבודה שבוצעה. עקרון זה נפסק להלכה בשולחן ערוך[51]:

> אמר לשלוחו: צא ושכור לי פועלים בשלשה, והלך ושכרן בארבעה, אם אמר להם השליח: ...שכרכם על בעל הבית, נותן להם בעל הבית כמנהג המדינה.

למעשה במקרה בו נושא משרה ברשות, קיבל עובד שנתן שירות לרשות, בניגוד לנוהל המקובל, אזי הרשות אינה מחוייבת כלל לסכום שהוסכם בין נותן השירות ובין נושא המשרה שפעל בשמה, שכן הסכם עבודה זה נעשה כאמור שלא כדין, שלא ברשות ושלא בסמכות. הסכום בו מחוייבת הרשות הוא הסכום המקובל לתשלום עבור עבודה בהיקף ובאיכות שניתנה בפועל.

באופן דומה יש לקבוע כי קבלן שההתקשרות עמו נעשתה שלא כדין, באופן המבטל את תוקפה, יקבל תשלום על פי אותו עקרון – תשלום עבור התמורה ללא קשר לחוזה. בדין זה קובעת ההלכה כי אדם זכאי לתשלום כאשר ביצע ביוזמתו עבודה עבור אדם אחר, מבלי שזה יציע לו את העבודה אלא שלמפרע מקבל השירות מסכים כי פעולה זו מיטיבה עמו והוא מעוניין בקיומה[52] כפי ששנינו בתוספתא[53]:

> היורד לחורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות...ידו על התחתונה.

כלומר העובד זכאי להחזר הוצאות בלבד, בתנאי שאחרי עבודתו נכסיו של בעל הבית העלו את ערכם לפחות בשעור זה. כך גם מפרשים הראשונים[54] את המושג "ידו על התחתונה" הנזכר במקרה של היורד לנכסי חברו שכן מבחינת גובה התשלום הגמרא מבחינה בין שני מקרים[55]:

---

50. כך עולה מדברי **הריטב"א**, שם; **רא"ש** ו, א, המבין כי בין העובד והמעסיק נוצרו יחסי עבודה, אשר מרכיב השכר לא הוגדר בהם. וראו לעיל, פרק א, עובד שהתהקבל שלא לפי הכללים.
51. **שולחן ערוך** חו"מ, שלב, א, על פי דברי **הרי"ף** מו ע"א: "דכיון דשני שליח בשליחותיה, בטלה לה שליחותיה, והוו להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה".
52. שכן אם באמת ובתמים בעה"ב אינו מעונין בפעולה זו אפילו למפרע ועומד הוא בתוקף על החזרת המצב לקדמותו (ובלשון הראשונים "טול עציך ואבניך") רשאי לעשות כן שכן מי יחייבו לשלם על עבודה שאינו מעונין בה אפילו לאחר שנעשתה, וכך גם נפסק **בשולחן ערוך** חו"מ שעה, ב: "אמר ליה בעל השדה: עקור אילנך ולך, שומעין לו". ועיין בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה"**, כתר י, עמ' 85; **אורות החושן, עבודה וקבלנות**, עמ' 103, שם דנו בשאלה באיזו מידה ניתן להשתמש בטענה זו כאשר כאשר החזרת המצב כרוכה בטירחה גדולה או שהיא בכלל בלתי אפשרית.
53. **תוספתא כתובות** ח, ח.
54. **רש"י** בבא מציעא, קא ע"א, ד"ה ידו על התחתונה, ועוד.
55. **בבא מציעא** קא ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ, שעה, א: "היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על התחתונה".

היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות אמר רב שמין לו וידו על התחתונה ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה אמר רב פפא ולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע כאן בשדה שאינה עשויה ליטע.

כלומר בשדה העשויה ליטע, דהיינו במקרה בו העבודה היתה נעשית ממילא על ידי קבלן כלשהו, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, ואילו בשדה שאינה עשויה ליטע, דהיינו במקרה בו אלמלי היתה נעשית העבודה על ידי היורד, סביר שכלל לא היתה נעשית, שמין לו וידו על התחתונה. כלומר התשלום על העבודה משתנה לפי מידת נחיצותה לבעלים. לדעת רוב הראשונים[56] התעריף הגבוה אותו קובעת הגמרא "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה" שמשלם האדם על מלאכה שהיתה נחוצה לו, והיה משלם ממילא לאדם אחר עבורה, הינו תשלום על פי מנהג המדינה[57], ואינו תלוי במידת הרווח של הבעלים מפעולה זו[58].

---

56. יובאו להלן בהערה הבאה. וראו **סמ"ע** שעה, א. ראוי לציין את דעת רב האי גאון, הובאה ב**בעל המאור** בבא מציעא, נח ע"ב מדפי הרי"ף,): "ידו על התחתונה בפחות שישומו אותו בקיאים שבשומא... ידו על העליונה ביתר מה שישומו שמאים הבקיאים". כלומר גם כאשר היתה העבודה נחוצה לעולם לא יזכה היורד אלא בהנאה אותה נתן לבעלים, וכל ההבדל בין שדה העשויה ליטע ושאינה עשויה ליטע אינו אלא בצורת ההערכה של הנאה זו – מינימלית או מקסימלית. מאידך ראוי לציין את דעת ה**יד רמ"ה** בבא בתרא, מו ע"ב, קעג, לפיה היורד לשדה העשויה ליטע איו זוכה לשכר יותר משאר הפועלים: "דלא שקיל אלא כפועל בעלמא" ותו לא. וממילא היורד לשדה שאינה עשויה ליטע אינו מקבל אלא החזר הוצאות מוכחות ותו לא ובוודאי שאין משלמים לו על שעות עבודתו.

57. אמנם נחלקו הראשונים הנ"ל האם התשלום ליורד כולל כל צורת תשלום מקובלת: לדעת **רש"י** בבא מציעא, קא ע"א; **רא"ש** שם, ח, כב, היורד ברשות זכאי לקבל תשלום כמקובל אפילו אם לשם כך יוגדר הוא כאריס: "ידו על העליונה - כשאר שתלי העיר, כמנהג המדינה". לעומתו סבור **בעל המאור**, נח ע"ב מדפי הרי"ף, כי לא מסתבר ליצר מערכת יחסים של אריסות מבלי לסכם על כך מראש: "מי עשאו לזה אריס או שתלאו" אולם בהחלט מסתבר כי יש לו מעמד של קבלן: "ידו על העליונה - כמעולה שבשכירות כאדם שאומר לחברו בנה לי קרקע זה או נטע לי שדה זו שלא אצטרך אני לטרוח בה".

58. ראה **רמב"ן** בבא מציעא, ל ע"ב, ד"ה ולי נראה, שביאר כי המשיב אבידה זכאי לשכר: "דשכר פעולה ממונא דמטי לידיה דבעל אבידה ודמי לפועל שעשה מלאכתו בשל חבירו שלא מדעתו" ולא מכיוון שהשביח את נכסיו, מה שלא מתקיים בפורע חובו של חבירו. על פי עקרון זה פסק **בשו"ת הרשב"א** ד, קכה, כי הסרסור זכאי לשכר מדין יורד וזאת למרות שלא השביח את נכסי המוכר והקונה אלא רק גרם להם הנאה.
על פי עקרון זה סבור המהר"ם, בתשובה המובאת **במרדכי** בבא מציעא, שמו; הגהות מרדכי שם, תנו; **פסקי ריקאנטי**, מט, כי המלמד בן חבירו שלא מדעתו זכאי לשכר מהאב מדין יורד וזאת על אף שאין בפעולה זו השבחה של נכסי האב. אמנם בנקודה זו חולק ב**שו"ת הרשב"א** א, תרמה; **ש"ך** שלה, ג, וסובר שלימוד תורה עם בן חבירו לא מוגדר כלל כהנאה, ואפילו המודר הנאה מחבירו יכול ללמד את בנו תורה ואם כן פשוט שאינו זכאי לשכר על כך. שתי הדעות הובאו **ברמ"א** חו"מ שלה, א. אולם כאמור לעיל מדובר במחלוקת נקודתית ביחס

חיוב אישי על פעולה שבוצעה שלא כדין

כאשר עובד של הרשות, בכיר או זוטר, פעל בניגוד לכללים המקובלים, וגרם בכך לנזק לקופת הציבור עליו לשאת באחריות לנזק שגרם ולשלמו מכיסו[59]. את חיוב זה של נציג הרשות ניתן לבסס על ארבעה יסודות הלכתיים שונים[60]:

ללימוד תורה עם בן חבירו ולא במחלוקת ביחס לשאלה האם יורד זוכה לשכר על פעולה שאין בה שבח לנכסיו של בעל הבית בה כאמור הרשב"א עצמו (ד, קכה) סבור שהתשובה חיובית, וכך משמע מ**ביאור הגר"א** שם, ו.

יש להעיר כי **בשו"ת הרשב"א** ז, תקטז, הרשב"א לכאורה סותר עצמו וסובר שלימוד תורה עם בן חבירו אף הוא מחייב בתשלום מדין יורד אולם נראה נראה שתשובה זו לא יצאה מתחת ידו של הרשב"א ויתכן שיש ליחסה לבן דורו של הרשב"א - רבי מנחם רקאנטי, המביא בפסקיו, מט, ציטוט כמעט זהה לזה הנזכר בתשובה הנ"ל.

אולם **בשו"ת חלקת יואב** חו"מ, ט; **פני יהושע**, כתובות קח, ע"א, מסיק מדעת **התוספות** כתובות, שם, ד"ה הא מני, שיורד זוכה בתשלום רק אם נכסיו השביחו את נכסי בעל הבית. אולם הפוסקים (הן בנוגע למלמד, הן בנוגע לסרסור והן בנוגע להשבת אבידה) לא הביאו שיטה זו להלכה, ועיין **באנציקלופדיה תלמודית**, יורד לנכסי חברו שלא מדעתו, טור תמב-ג.

59. סעיפים 221,225, ל**פקודת העיריות**; סעיף 189 ל**צו המועצות המקומיות** וסעיף 84 ל**צו המועצות האזוריות**. יש לציין כי בחמשים שנותיה הראשונות של המדינה היתה הוראה זו אות מתה בספר החוקים של מדינת ישראל ולא נאכפה כלל, בג"ץ 1561/01 **משה דוד נ' שר הפנים**. רק בעקבות פסקי דין של בתי משפט שחייבו את משרד הפנים להפעיל את סמכותו ולחייב בחיוב אישי נושאי משרה שגרמו להוצאות שלא כדין, התחיל משרד הפנים לחייב זאת אם כי בעצלתיים, **דו"ח מבקר המדינה לשנת 2009**.

יש לציין כי בפקודת העיריות ניתנת אפשרות לשר הפנים לבטל או להקטין את הסכום לפי **שיקול דעתו**: "השר רשאי, לפי שיקול דעתו, אם נתבקש לכך על ידי האדם שחוייב, ועל אף היות הפסילה או החיוב נכונים וחוקיים, לבטל או להקטין את הפסילה ואת החיוב, אם ראה שלפי כל נסיבות המקרה ראוי לעשות כן". היה מקום לומר שסמכות זו מנוגדת להלכה שכן מדובר באדם שפגע בכספי הציבור המקומי ומדוע שר הפנים רשאי לבטל את חובת ההשבה? ויתכן לומר כי הציבור הסמיך את שר הפנים למחול בשמו במקרים בהם הדבר יראה לו צודק (כגון שהנזק נגרם כתוצאה מפעולה שנעשתה בשוגג). כמו כן ניתן לומר כי אלמלי אפשרות מחילה זו היו אנשים מתרחקים מכל תפקיד ציבורי שכן באופן עקרוני כל חריגה מהנוהל בהתעסקות בכספי הרשות עלולה לגרום להם להתחייב בתשלום בסכומי כסף אדירים ואם כן אפשרות זו למחילה היא כשלעצמה תקנת הציבור אותה רשאית המדינה לחוקק ויש למחילה זו תוקף הלכתי מדין תקנות הקהל או דינא דמלכותא.

60. במקרים רבים אין לריבוי יסודות החיוב משמעות שכן ראש הרשות הוא גם שליח ציבור, גם שותף, גם עובד של הרשות וגם נמצא בתפקיד מעין שיפוטי ודי באחת מן העילות לחייבו בנזקים שגרם לקופת הרשות אף כי כולן גם יחד. אולם לעיתים נוצרים מצבים בהם האדם אינו עונה לכל הקריטריונים ואעפ"כ יש לחייבו בגין עמידתו באחד מהם. לדוגמא, עובד של הרשות שאינו תושב הרשות ואינו בעל תפקיד מעין שיפוטי שחיובו יהיה מדין עובד בלבד. מאידך סגן ראש רשות שלא בשכר ניתן לראותו כשותף וכשליח ולעיתים כמבצע תפקיד מעין

חיוב מדין שליח

כפי שראינו לעיל כאשר שליח עיוות או שפעל שלא לפי הוראות המשלח, ומסיבות שונות לא ניתן לבטל את המעשה, אזי נושא השליח באחריות לכל נזק שיגיע למשלח בגין מעשיו. כך עולה מהגמרא במסכת בבא קמא[61] הקובעת כי:

> הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין... אם פחתו - פחתו לו ואם הותירו הותירו לו.

בגמרא מבואר כי לא מדובר בשליח בחינם אלא בשליח הנוטל עמלה בגובה מחצית מהרווחים בגין התעסקותו, ואעפ"כ נושא הוא בכל ההפסדים שיגרמו למשלח בגין טעותו. את הסיבה לחוסר איזון זה מסביר רש"י[62] באופן הבא:

> שינוי אינו קונה (ולכן אינו זוכה ביותר ממחצית מהרווחים) ומיהו אם פחתו פחתו לו דלאו לעוותיה שדריה.

מדברי רש"י (שם) עולה כי גם במקום בו התבטלה השליחות, אין הדבר גורע מאחריות השליח לשאת בנזקים שנגרמו למשלח בגין טעותו.

עקרון זה עולה מסוגיא נוספת[63] אותה הבאנו לעיל:

> ההיא איתתא דיהבה ליה זוזי להוא גברא למיזבן לה ארעא. אזיל זבן לה שלא באחריות. אתיא לקמיה דרב נחמן אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי - זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבנה ניהלה באחריות.

כלומר כאשר השליח שגה ופעל בניגוד למצופה ממנו, שכן בניגוד למקובל הוא קנה קרקע ללא אחריות, על השליח לקחת אחריות על הטעות שעשה ולדאוג על חשבונו לביצוע העסקה באופן המיטבי כפי שהיה אמור להיות אלמלי שגה. כאמור לעיל, בראשונים ניתנו הסברים רבים לשאלה, מדוע על השליח לתקן את העסקה על חשבונו, כאשר ניתן באופן פשוט לבטל את העסקה ולהשיב את המצב לקדמותו, אולם ההנחה המשותפת לכל ההסברים היא כי אם לא ניתן לבטל את העסקה נושא השליח בנזקים להם גרם למשלח[64].

חיוב מדין שותף

כל אדם החי ברשות המקומית הינו שותף בנכסי הציבור[65]. גם ראש הרשות הינו שותף בנכסי הציבור אשר הציבור נתן בו את אמונו כי ינהל את נכסי הציבור באופן הראוי. כאשר השותף חורג מהמוסכם, או מהמקובל וחריגה זו גורמת לפגיעה בנכסי השותפות

שיפוטי ולפיכך יש לחייבו בנזקים להם גרם לקופת הרשות גם אם לא מתקיימים בינו ובין הרשות יחסי עבודה.

61. **בבא קמא** קב ע"א; **שולחן ערוך** חו"מ, קפג, ה.
62. **רש"י**, שם ע"ב, ד"ה הא ר"מ.
63. **בבא בתרא** קסט ע"ב.
64. **פתחי חושן** שלוחין יב, יג.
65. ראה לעיל חלק א נספח א.

עליו לשאת בנזק שנגרם לנכסי השותפות. הדבר עולה מהגמרא[66] אותה הבאנו לעיל ובעקבותיה פוסק הרמב"ם[67] את הדברים הבאים:

> המשתתף עם חבירו בסתם לא ישנה ממנהג המדינה באותה הסחורה... ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה... עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח"כ הודיעו ואמר לו עשיתי כך וכך והסכים למעשיו הרי זה פטור. אחד מן השותפין שעבר ומכר בהקפה... וכן כל כיוצא באלו הדברים כל פחת שיבא מחמת שעבר חייב לשלם לבדו.

נמצאנו למדים כי ראש הרשות או כל תושב אחר ברשות המתעסק בנכסי הרשות שהוציא כספים שלא כדין, שלא על פי הנהלים שנקבעו, או שלא ברשות ובסמכות, חייב לשאת בנזקים שנגרמו לקופת הרשות.

חיוב מדין עובד

שנינו במסכת בבא קמא[68]:

> הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה - נותן לו דמי צמרו. צבעו כאור, אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח. לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום... ר' יהודה אומר: אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח.

המשנה מתייחסת לשלשה מקרים בהם עובד גרם לנזק למעסיקו: האחד, כאשר בשל רשלנות העובד גרם לקלקול חומרי הגלם-"הקדיחו יורה"; השני, כאשר בשל רשלנות העבודה התבצעה באיכות נמוכה מהנדרש-"צבעו כאור"; השלישי, כאשר העובד שינה מההוראות אותן קיבל ממעסיקו-"לצבוע לו אדום וצבעו שחור". הצד השווה בכל המקרים הללו כי העובד הוא הנושא בנזק שנגרם למעסיק[69]. את עקרון זה, התקף בין כל עובד ומעביד, יש להחיל גם ביחס לעובדי ציבור ולהשית עליהם חיוב אישי בנזק שגרמו לציבור במסגרת עבודתם.

חיוב מדין דיין

כפי שראינו לעיל[70] ההלכה משווה בין נבחר הציבור הנמצא בתפקיד מעין שיפוטי, ובין דיין היושב על כס המשפט. אי לכך נראה כי יש להחיל עליהם גם את אותה מערכת לחיוב

---

66. **בבא קמא**, קב ע"א.
67. **רמב"ם** שלוחין ה, א-ב; **שולחן ערוך** חו"מ קעו, א.
68. **בבא קמא** ק ע"ב.
69. נחלקו הפוסקים האם אחריותו של העובד הינה אחריות נזיקית או אחריות חוזית, כדין השומרים ועיין בהרחבה בספרי **דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**, כתר י' עמ' 407 ואילך.
70. לעיל ב, ב.

נזיקין אישי על החלטות שקיבלו שלא בסמכות. השולחן ערוך[71] מתייחס למי שדן למרות שלא היה מוסמך לדון:

> מי שאינו מומחה, ולא קבלו אותו בעלי דינים, אף על פי שנטל רשות, הרי זה בכלל בעל זרוע, ואינו בכלל הדיינים, לפיכך אין דינו דין, בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינים, אם רצה, חוזר ודן בפני ב"ד. ואם טעה ונשא ונתן ביד, חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין שנתן לו שלא כהלכה; ואם אין לו להחזיר, או שטימא, או שהאכיל דבר המותר לכלבים, ישלם כדין כל גורם להזיק, שזה מתכוין להזיק הוא.

ברי"ף[72], שהוא מקור הדברים[73], מבואר כי אותו מתחזה לדיין, חייב בתשלום גם אם לא נשא ונתן ביד, כלומר לא דאג למימוש פסק הדין במו ידיו:

> ואם לא נשא ונתן ביד הדר מרי דינא לחבריה ושקיל מיניה מאי דיהיב ליה ואי ליתיה דלישקיל מיניה משלם ליה מדיליה דכיון דלאו דיינא הוא הוה ליה כגורם לאבד ממון חבירו וקי"ל דדיינינן דיני דגרמי.

כלומר מי שדן שלא בסמכות הוא האחראי הישיר לתיקון הנזק שגרם בין אם התיקון יעשה בדרך של החזרת המצב לקדמותו, אם הדבר אפשרי, ובין אם יעשה התיקון בדרך של פיצוי הצד שנפגע, ללא קשר לשאלה מהי מידת מעורבותו של המתחזה לדיין בביצוע פסק הדין. עצם מתן פסק הדין הינו נזק בגרמי שנעשה בכוונת נזק ולכן הוא חייב לשלם בגינו.

הואיל ויש להשוות בין נבחר ציבור, הנמצא בצומת קבלת החלטות, ובין דיין, אזי יש להסיק כי נבחר ציבור שהפר אמונים וקיבל החלטות שלא בסמכות תוך ניגוד עניינים החלטותיו בטלות ויש לחייבו בפיצוי הציבור על הנזק לו גרם. יש להעיר כי אם אותו נבחר ציבור היה רק שותף לקבלת ההחלטות, אלא ששותפותו בהחלטות שנתקבלו תוך מעורבותו גרמה לבטלותן[74], אזי הגוף כולו חייב לשלם הואיל וההחלטה נתקבלה בחוסר סמכות על ידי כולם. אולם הואיל והחיוב בנזקי ההחלטה מבוסס על דינא דגרמי, יש לפטור את החברים בגוף שקיבל את ההחלטה אם לא היו מודעים לכך שביניהם נמצא אדם המצוי בניגוד עניינים, ושהחלטותיהם נעשות בחוסר סמכות, וכפי שפוסק השולחן ערוך[75] ביחס לדיין שטעה שפטור מלשלם הואיל ו"אף על פי שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק".

---

71. **שולחן ערוך** חו"מ כה, ד.
72. **רי"ף** סנהדרין, יב ע"ב.
73. **בט"ז** חו"מ כה, ד, כתב כי מהכסף משנה עולה כי זו היתה גם כוונת השולחן ערוך, שמי שדן בחוסר סמכות, וגרם לנזק שאינו ניתן לתיקון, חייב בתשלום, גם אם לא היה מעורב בביצוע פסק הדין ובלשון הפוסקים "לא נשא ונתן ביד" ונסוח השולחן ערוך משובש במקצת.
74. ראה לעיל שם קבענו באלו תנאים יש לבטל החלטות במקרים מעין אלו.
75. **שולחן ערוך** חו"מ כה, א.

חיוב אישי בנזקי גרמא

התורה חייבה את האדם המזיק את חבירו רק כאשר עשה זאת באופן ישיר. כאשר עשה האדם מעשה, והנזק נגרם כתוצאה של צירוף הנסיבות שלאחר המעשה, נקרא הנזק בשם "גרמא" והאדם פטור[76]. אולם יש מקום להסתפק, האם יש להחיל עקרון זה גם על נציג ציבור שפעל שלא ברשות ושלא בסמכות וגרם בכך לנזקים לקופת הרשות. הספק מתעורר לאור העובדה שיש לראות את נציגי הציבור המופקדים על קופת הרשות כשומרים, ובדיני שומרים אנו רואים כי התורה חייבה את השומר על עצם פשיעתו בשמירה, גם ללא כל מעשה מצידו[77]. עובדה זו מעוררת את הראשונים לחלוק בשאלה האם יש לחייב את השומר והעובד בנזקים המוגדרים כגרמא[78]:

לדעת הרשב"א[79] הסיבה ששומר חייב בהעדר שמירה אינה מדין מזיק, אלא מכיוון שקנה את החפץ והתחייב להחזיר אותו, או את תמורתו אם לא ישמור עליו כראוי. לכן אם שמר כראוי, אזי גם אם במעשה אחר שלו הזיק את החפץ באופן שיוגדר כגרמא אין לחייבו על כך:

> מי שפרע מקצת חובו, והשליש את השטר עד שיפרע השאר, והלך השליש והחזירו למלוה, וחזר וגבה בו כל החוב, והשליש מודה בכך - פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא בנזקין[80].

באופן דומה כתבו זאת חלק מהראשונים ביחס לעובד שהזיק בגרמא[81] שעובד אינו צריך לשלם על נזקים שגרם בגרמא[82] ואין ללמוד דבר מחיובי השומר באחריות הפקדון.

---

76. **בבא קמא** כג ע"ב; **בבא בתרא** כב ע"ב: "גרמא בנזיקין אסור".
77. דוגמא מאפיינת להשוואה: שומר אשר רק לא סגר את השער בפני בהמת חברו חייב על פשיעתו, שלא שמר כדרך השומרים, **בבא מציעא**, מב ע"א, ואילו מי שפרץ גדר בפני בהמת חברו פטור, **בבא קמא** נה ע"ב.
78. ראו בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה"**, כתר י' עמ' 419 ואילך. בשל חשיבותם הובאו כאן הפרטים הרלוונטים לנידון דידן.
79. **שו"ת הרשב"א** א, אלף נב.
80. לגופו של ענין, בספר **משאת בנימין**, פה; **ש"ך** נה, ד, הבחין בין שליש שמסר למלוה דהוי גרמא ובין שליש שמסר ללווה שטר שאינו פרוע שהוי כגרמי.
81. **עליות דרבנו יונה** בבא בתרא, כא ע"ב ; רשב"א ור"ן, שם, **נימוקי יוסף**, י ע"ב מדפי הרי"ף; **רמ"א** חו"מ נה, א; שפו, ג; **רדב"ז** א, צה; וראו **ערוך השולחן** חו"מ, שפד, ג, המבאר את דין הבנאי, ש"היה סותר מצד זה ונפלה כותל מצד אחר פטור" בנימוק "דזהו גרמא" ואינו מבחין בין גרמא בפועלים לגרמא בנזיקין.
82. דוגמא נפוצה לגרמא ממנה נפטר הפועל לשיטות אלו היא רווח שנמנע מבעל הבית בעקבות רשלנות העובד. כך פסק למעשה בספר **נחלת צבי** (רצב, ז, בסופו. ר' אברהם צבי הירש אייזנשטט, מחבר הפתחי תשובה, מופיע בסוף השולחן ערוך); **חזון א"ש** בבא קמא כב, ג; **במשפט שלום** קעו, יג, שעובד ששגה פטור על מניעת הרווח מהמעסיק. בכך חולק הוא על החתם סופר דלהלן, ומסיק מדעת הרא"ש דלהלן כי אין לחייב את השליח על מניעת רווח עתידי, אפילו כאשר מדובר ברווח וודאי.

לעומת ראשונים אלו סבור הרא"ה[83] כי יש מקום לחייב את העובד שפשע והזיק את מעסיקו בגרמא. מקור דבריו בסוגיא הבאה[84]:

> אמר רב חמא: האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למיזבן ליה חמרא, ופשע ולא זבין ליה - משלם ליה כדקא אזיל אפרוותא דזולשפט.

כלומר, לדעת רב חמא[85] מי שקיבל כסף על מנת לקנות יין, ופשע לא קנה, משלם לבעל המעות את הרווח אותו יכול היה להשיג לו היה היין נמכר כמתוכנן, וזאת למרות שביחס לכל אדם אחר היה נחשב הדבר כגרמא[86]. הסברו של הרא"ה[87] פותח פתח להבנה חדשה בחיובי נזיקין על רקע של יחסי אמון:

> שזה הבטיחו שיקח לו, וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו משתעבד ליה מדין ערב ... וזה דין גדול.

כלומר עצם ההתקשרות בין הצדדים הבנויה על יחסי אמון, יוצרת מחויבות גבוהה יותר בין השליח והמשלח הכוללת גם התחייבות בנזקי גרמא.

מדברים אלו מסיק נתיבות המשפט[88] כי כל פועל, שומר או שליח, חייבים גם על נזקים שעשו בגרמא, שכן בעצם התקשרותם עם בעל הבית כלולה הסכמה מכללא[89] לחייב את עצמם גם בדברים מהם כל אדם פטור, ובכללם גרמא, ואפילו מניעת רווחים עתידיים[90].

---

83. **בריטב"א** בבא מציעא, עג ע"ב; ראב"ד, **בשיטה מקובצת**, שם: "...משלם לו כפי מה שהוא נמכר שם, והוא כעין המשנה (בבא מציעא קד ע"א) המקבל שדה מחבירו והובירה - שמין אותה כמה ראויה לעשות, ונותן לו. שכך כותב לו: אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא".
84. **בבא מציעא** עג ע"ב.
85. הגמרא אמנם אינה מקבלת את פסיקתו של רב חמא להלכה, אך לא מכיוון שאינה נכונה אלא מכיוון שמניעת הרווח במקרה הנידון אינה וודאית "מי יימר דמזבני ליה ניהליה?". אולם עצם העלאת האפשרות מלמדת כי אם מניעת הרווח היתה וודאית, היה מקום לקבל את דעתו.
86. כפי שמבואר **בתוספתא בבא מציעא** ד, כב; **ירושלמי בבא מציעא** פ"ה ה"ג: "המבטל כיס חבירו אין לו עליו אלא תרעומת".
87. יש לציין כי אין זה ההסבר היחיד לסתירה. לדעת **הרא"ש** בבא מציעא ה, סט, הסיבה לחיוב היא שהיה סיכום מוקדם בין הצדדים להתחייב גם בגין מניעת רווח: "מיירי כשהתנה עמו שאם לא יקנה שימציא לו יין משלו. דאי לאו הכי הא קי"ל המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומת".
88. **נתיבות המשפט** קעו, לא; קפג, א; שו, ו.
89. אמנם **במרדכי** בבא קמא, קטו, משמע שאין אפשרות להתחייב בגרמא ללא הסכמה מפורשת: "ומכאן אתה למד לכל הגרמות אם יקבל עליו בפירוש לשלם אם יגרום לו הפסד שהוא חייב". לדעת **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קעח, הדברים עומדים בניגוד לדעת הריטב"א ולכן מסיק כי אין להכריע הכרעה ברורה בשאלה זו, האם ניתן לתבוע מניעת רווח ומסיק: "כשיבוא לידי אראה לפשר".
90. הפוסקים הנ"ל אינם מבחינים בין נזק בגרמא, ובין מניעת רווח עתידי אשר נחשבת לסוג של גרמא, ובדבריהם מסתמכים כולם על אותם המקורות, ולפיכך גם אנחנו לא הבחנו בין

הדברים מפורשים אף יותר בלשונו של החתם סופר[91]:

> דלא נאמרו דיני גרמי וגרמא אלא באיניש דעלמא המזיק חברו, אבל מי שבא הדבר לידו בתורת שמירה או שליחות חייב אפילו על צד רחוקה ונפלאה וכל פשיעת השומרים ועיוות שליחות כד מעיינת בהו איננו אלא גרמא בעלמא ואפ"ה חייב.

למסקנה זו מגיע גם המהרי"ט[92] אם כי מסייג את הדברים במקצת ואומר כי יש לחייב בגרמא במקרים אלו רק במקום בו הנזק ודאי "ברי היזקא".

לסיכום, נראה כי השאלה האם נציג ציבור חייב בנזקי גרמא נשארה בספק[93]. אעפ"כ למעשה אמר לנו הרב דב ליאור[94] בנוגע לחיוב עובדים, כי גם לדעת הפוסקים שאינם מחייבים את העובד בגרמא, יש מקום לחייב כיום בגרמא ממספר סיבות: האחת, רוב הנזקים המוגדרים כיום כגרמא הם הנזקים השכיחים ומחמת שכיחותם יש להגדיר אותם כגרמי ולא כגרמא[95].

הדברים. עוד בענין מניעת רווח בהקשרים נוספים ראו הרב חיים בלוך, **נייר עמדה 13: חיוב על מניעת רווח**, אתר דין תורה ובמקורות הרבים שהובאו שם.

91. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קמ; **שו"ת מהר"ש אנגל**, עח. החתם סופר מבאר את דעת **שו"ת הרא"ש** לט, ב, כי סופר שהעביר שטר לאדם המקורב למתחייב בו – חייב, שכן "הוי כמשליכו לאבוד בידים". ומבאר החתם סופר שלדעת הרא"ש למרות שבדיני נזיקין תוגדר הפעולה כגרמא בעלמא, שכן אפילו ה"שורף שטרו של חברו" אין זה אלא גרמי, **בבא קמא** צח ע"א, במקרה שמדובר בפועל, דהיינו הסופר, יש לחייב גם בגרמא. את הפטור של "סופר מתא" יבארו הפוסקים הנ"ל כ**קצות החושן** קנה, ב: "שעדיין לא היה הזכות ואינו אלא כמונע ומתעלם עין מלהחזיר אבידת אחיו דאין צריך לשלם", וראו **פסקי דין ירושלים** א, עמוד נט.

92. **שו"ת מהרי"ט** ב, חו"מ, קי: "אף על פי שהשומר חייב אפילו בגרמא כשהיה יכול להציל, כמו שאמרו בפרק הפועלים רועה שהיה יכול לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם – חייב, היינו היכא דברי היזקא". הסתייגות זו מופיעה גם בדברי החתם סופר עצמו, אשר כתב, **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קעח, שגם לדעת הריטב"א אשר הובאה לעיל, יש לחלק בין מקום בו הנזק ברור, שם מוצדק לחייב על מניעת הרווח, לבין מקום בו הרווח הצפוי לא היה ברור כלל, וממילא אין לחייב על מניעתו אפילו לא בגרמא וכך כתב: "מי שנתן מעות ליקח לו סחורה, והלה יושב לו ואינו עוסק כלום, והוא תובעו במעותיו ומברר שיכול להרוויח ריווח ברור, ומכל מקום זה מעכבו, הרי זה צריך לשלם לו כל הפסדו שע"י עיכובו".

93. שו"ת חתם סופר, שם, קעח: "כשיבוא לידי אראה לפשר ולבצע על כל פנים"; **שו"ת מהר"ש אנגל**, עח: "דבר זה במחלוקת הפוסקים וקשה להוציא ממון"; **בית דין ירושלים** יב, עמוד קצד.

94. כפי ששמעתי ממנו בשיחה בעל פה (ירושלים ג' כסלו תשעב). הדברים המובאים בשמו אושרו על ידו בתוספת הערות בכתב ידו.

95. לדעת הריצב"א **בתוספות** בבא בתרא, כב ע"ב; **ש"ך** חו"מ שפו, א, אע"פ שבגרמא פטור ובגרמי חייב, אין מקום לחפש הבדל מהותי בין גרמי לגרמא, ושניהם מסווגים כנזקים שאינם נוצרים בידים ע"י האדם עצמו. אלא שבאו חכמים וקנסו לחייב גם בנזקים כאלו אם הם שכיחים "שלא יהא כל אחד הולך ומזיק חבירו". אם כן גרמי זהו קנס מדרבנן על נזקי גרמא שנעשו שכיחים. אם נקבל הגדרה זו נוכל לומר כי כאשר חז"ל הגדירו נזקים מסויימים כנזקים שכיחים, לא עשו כן אלא לזמנם, אולם כיום כיוון שהאדם פועל באמצעים משוכללים מאד,

השניה, מנהג העולם עשוי לשנות את דין גרמא כשם שעשוי הוא לשנות את דיני הקניינים[96]. השלישית, במקרים מסוימים (כגון כאשר מדובר ברשלנות רפואית) יש לתת תוקף לחוק מדינא דמלכותא שכן יתכן שהמדינה חייבה בנזקים אלו על מנת למנוע מהרופאים להתרשל במלאכתם, והדבר מהווה תקנה לטובת הציבור. לדעתנו, יש להחיל עקרון זה גם על נציגי ציבור, ויש להטיל עליהם אחריות לנזקים שבוצעו בגרמא על מנת לגרום להם להתייחס בזהירות לכספי ציבור. הרביעית עצם הסכמתו של אדם לעבוד מתוך ידיעה כי החוק מטיל עליו אחריות עודפת, כוללת גם הסכמה לשלם בהתאם לחוק גם כאשר עפ"י ההלכה פטור, כשם שמצינו בדיני שומרים "ומתנה שומר שכר להיות כשואל..."[97].

אחריות הרשות המקומית לנזק שגרמו עובדיה

שנינו בירושלמי[98]:

הבנאי שקיבל עליו את הכותל לסותרו ושיבר את האבנים או שהזיק חייב לשלם.

כל הנזקים שהוא גורם גם כן אינם נעשים מכחו הישיר אלא בגרמתו, ולכן רוב הנזקים שמוגדרים כגרמא יש להגדירם כיום כגרמי ולחייב עליהם.

96. כידוע אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. אעפ"כ מצאנו כי יכול האדם להקנות את הגוזלות שיוולדו בשובכו לחברו, למרות שמדובר לכאורה בדבר שלא בא לעולם, **בבא בתרא** פ ע"א. ועיין **רמב"ם** מכירה, כג, ט, שמבאר שאין זה דבר שלא בא לעולם הואיל ומכר לו שובך לפירותיו.
וניתן לבאר הדברים לאור דברי הנצי"ב, **העמק דבר** בראשית כה, לג, בשם הריב"ש, שלפני מתן תורה לא היה נוהג דין אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ויש לשאול מדוע? וכי לפני מתן תורה השכל האנושי עבד באופן אחר? אלא על כרחנו לומר כי לפני מתן תורה זה היה מנהג העולם, להקנות דבר שלא בא לעולם, ואילו אחר מתן תורה שחידשה את דרכי הקנין לא נהגו עוד להקנות דבר שלא בא לעולם. על פי זה ניתן לומר כי כיום שאנשים נוהגים להקנות גם דבר שלא בא לעולם הקנין יועיל. באופן דומה פסק **בשו"ת חתם סופר** חו"מ, סו, ב, שסיטומתא קונה בדבר שלא בא לעולם, שכשם שמועיל המנהג לסוג הקנין כך הוא מועיל לתחולת הקנין. לכן לענייננו הואיל והמדינה קבעה לטובת הציבור שיש לחייב על גרמא בנזיקין וזהו המנהג, ישוב חיוב זה להיות חיוב מדאוריתא, כמו שמצינו בסיתומתא דמהני מדאוריתא, **שו"ת חתם סופר** חו"מ, יב; יו"ד, שיד; **שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן**, רכה.
לדעת הרב שלמה אישון אין להשוות בין דיני קניינים התלויים בהסכמת בני האדם, לדיני נזיקין אשר אינם תלויים בהסכמה אלא בקביעתה של התורה כי על נזק מסוג מסויים יש לחייב ועל נזק מסוג אחר אין לחייב. אמנם גם לדעתו לדעת הריצב"א (אשר הובאה בהערה לעיל) יש מקום לחייב כיום בסוגים נוספים של נזקי גרמא אשר הפכו להיות שכיחים.

97. **בבא מציעא** צד, ע"א. כך יש להבין גם את דעת **הרמב"ן** בבא מציעא, פב ע"ב, ד"ה ואתא, הכותב ש"אין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק" ואעפ"כ טבח אומן שטעה חייב לשלם אפילו באונס. וכפי שכתבנו דברים אלו מבוארים לאור דברי הריב"א, מובא **בשיטה מקובצת** בבא קמא, כז ע"א,שמחייב את האומן הטועה מדין שומר: "דכיון שמתעסקין הן לטובת הניזק לאו אדם המזיק הוא ויש להם דין שומר אם שומר חנם שומר חנם ואם שומר שכר שומר שכר".

98. ירושלמי בבא קמא פ"ט ה"ד. זוהי הנוסחה גם בדפוסים קודמים של הבבלי ובמספר כתבי יד,

מלשון הירושלמי עולה כי הבנאי חייב לשלם על נזק שנגרם לאחרים כתוצאה מעבודתו הלקויה[99]. אולם קיימות בראשונים שלש שיטות בנוגע להיקפו של חיוב זה: הרמ"ה סרקוסטה[100] מביא דעה אחת ששמע ביחס לשאלה זו:

> איכא מאן דאמר דוקא בנאי שהוא קבלן אבל פועל פטור אפילו נפלו האבנים מצד אחר מחמת המכה, שלא נסתלקו בעלים מנטירותא.

כלומר לדעה זו המשנה, המחייבת את הבנאי בנזקי צד ג', מדברת רק על קבלן, אך על נזקי צד ג' שגרם הפועל אחראי המעסיק, אשר אמור לומר לפועל בדיוק מה לעשות וכיצד, ולפקח על כך שהעבודה תתבצע באופן בנדרש, ואם לא עשה כן – חייב לשלם[101]. על כך שואל הרמ"ה (אבולעפיה):

> צריך עיון אמאי לא נדייניה כשומר יום ויום? וכיון דפשע משלם!.

כלומר לדעת הרמ"ה, גם כאשר מדובר בפועל לא ניתן לחייב את המעסיק, שכן העובד הוא זה שהתרשל וחייב הוא על הנזק ואין זה משנה אם הנזק נגרם למעסיק או לצד ג'.

צריך לומר כי לדעתו של הרמ"ה מחויבותו של המעסיק לשמור על העובד שלא יתרשל אינה פוטרת את העובד אם הזיק[102], שכן זה חייב כלפי צד ג' אפילו אם לא התרשל כלל[103].

ראו דקדוקי סופרים שם, ע. בנוסח המשנה בבבלי שלפנינו, **בבא קמא** צח ע"ב, הלשון שונה באופן משמעותי: "הבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל, ושיבר את האבנים או שהזיקן - חייב לשלם". על פי נוסח זה אין המשנה מדברת כלל על נזק נוסף שנגרם בעקבות פעולתו השגויה של הבנאי מלבד הנזק לאבנים עצמן. קיים נוסח נוסף למשנה זו כפי שמופיע בכתב יד המבורג והוא "או שהוזקו בהן" ומשמעותו שונה.

99. כך הבינו את הירושלמי כל הראשונים שיובאו להלן. שכן לו היה מדובר בנזק שנגרם לרכוש המעסיק לא היה בדבר כל חידוש.

100. רמ"ה סרגוסה, הובא **בשיטה מקובצת**, בבא קמא צח ע"ב. (רבי מאיר הכהן מסרגוסה, היה בן דורו של רבי מאיר הלוי אבולעפיה מטולדו, הלא הוא היד רמ"ה).

101. יתכן לבאר דעה זו ולומר כי היכולת לחייב את המעסיק תלויה בכך שאנו רואים את העובד כשלוחו של המעסיק להזיק לאחר, ואע"פ שבד"כ אין שליח לדבר עבירה, הרי שישנן דעות הסוברות כי כאשר מדובר בשוגג יש שליח לדבר עבירה, **רש"י** בבא מציעא, י ע"ב; **תוספות** שם; המהר"ם **במרדכי** בבא מציעא, רלז; **רמ"א** חו"מ, שמח, ח. מכיוון שכל הנזק נעשה כאן בשוגג בהחלט מסתבר לומר כי ניתן לראות את העובד כשלוחו של המעסיק להזיק והמעסיק הוא האחראי לנזק כמשלח.

102. **הרמב"ם** חובל ומזיק ו, יא, גורס אף הוא כגירסה זו וכתב "הבנאי שקבל עליו את הכותל לסתרו ושבר את האבנים או הזיק חייב". לדעת **הפתחי חושן** שכירות, ז הערה נח, הרמב"ם התכוון בוודאי לנזק שנגרם לאחר, וכמו כן לא חילק בין קבלן לשכיר, ולכן סובר כי גם שכיר חייב בנזקים שגרם לצד ג', וכדעת הרמ"ה. אולם לענ"ד אין דבריו מוכרחים כלל שכן הרמב"ם הביא את לשון המשנה כפי שהיתה בנוסח שלפניו ותו לא. וכשם שהמאירי, **בית הבחירה**, שם, העמיד את המשנה בקבלן כך אנו יכולים להעמיד הרמב"ם בקבלן.

103. לדעת המהרש"ל, **ים"ש** בבא קמא, ט, כא, הובא לעיל חלק זה פרק א בהערה, הסיבה לפטור את הבנאי על הנזק שגרם כאשר "היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר" הוא "מאחר שזה שכרו

דעת בינים ניתן למצוא במספר ראשונים הסוברים שיש לחלק בין קבלן ובין פועל. הקבלן חייב באופן בלעדי מול צד ג' ואילו בנזקים שנגרמו לצד ג' על ידי פועל יש לחייב במשותף הן את העובד, המתחייב בשל רשלנותו במעשיו, והן את המעסיק המתחייב בשל רשלנותו בהשגחתו. כפי שכותב רבנו יהונתן הכהן מלוניל[104]:

> הזיק אחרים בסתירתו הכותל חייב, דאיבעי ליה לעיוני דאדם מועד לעולם. אבל בעל הבית פטור שהרי כל המלאכה על האומן ובעל הבית מסולק הוא משם. ומשום הכי נקט דוקא 'קבל' אבל אם היה שכיר יום שלא נסתלק בעל הבית משם, ה ש מ י ר ה מוטלת על שניהם ושניהם משלמין[105].

למעשה הכריעו האחרונים כדעה זו[106] שהקבלן נוטל את מלא האחריות על נזקים שגרם לצד ג'[107] בעוד הפועל נושא באחריות לנזקים אלו במשותף עם בעל הבית. אמנם מסתבר לצמצם את חיובו של בעל הבית רק למקום בו בעל הבית היה אמור לממש את יכולת השליטה בפועל – ולא עשה זאת[108], אך אם בעל הבית שכר פועל שנהוג להעסיקו ללא

לסתור את הכותל, והוא עשה כמו ששכרו, פטור. אם לא שבפשיעתו נעשה". כלומר פועל אשר עשה פעולה בדיוק כפי שנתבקש וגרם בכך נזק למעסיק אינו חייב על הנזק שנגרם גם אם היה ניתן למנוע אותו על ידי פעולות מקדימות שכן מהפועל לא נדרש לעמוד על השלכות פעולתו. אולם, כותב **הקובץ שעורים** בבא קמא, קמב, כי טעם זה אינו רלונטי אלא ביחס למעסיק, אך את צד ג' לא מעניין האם העובד עשה כמו שביקשו ממנו או לא – סוף סוף הוא ניזוק בעקבות מעשה של העובד, ולכן יש לחייבו על כך.

104. רבי יונתן הכהן מלוניל הובא **בשיטה מקובצת**, שם. דברים דומים כתב המאירי, **בית הבחירה**, שם: "הבנאי שקבל עליו לסתור את הכותל ושבר את האבנים חייב לשלמן ...וכן אם הזיק בסתירתו שמועד הוא לעולם ובעל הבית כבר נסתלק משמירה זו הואיל וזה קבל מלאכה זו בדרך קבולת, הא אם עשה בה שכיר יום לא נסתלק בעל הבית משמירתה ושניהם משלמין".

105. יתכן לבאר הדברים לאור דין שליחות ולומר כי שליח ומשלח שגרמו לנזק מעמדם כשותפים. מקור לדבר ניתן לראות **בתוספות רי"ד** קידושין, מב ע"ב, על דברי הגמרא, שם, "שילח ביד פיקח הפיקח חייב. ואמאי? נימא שלוחו של אדם כמותו וניחייב המשלח!" על כך אומר הרי"ד: "ואע"ג דשליח לא מצי לאיפטורי כיון דהוא פיקח נפק"מ דאי ליכא לאשתלומי מיניה מפרע מן המשלח". את דברי הרי"ד מסביר הרב יעקב אריאל (בטיוטה שכתב עבור פס"ד בבית הדין של ארץ חמדה – גזית ברמת גן. הטיוטה נמצאת בידי. פסה"ד הסופי ניתן בכ"ז שבט תש"ע) "מכאן ניתן להסיק ששליח ומשלח הם כמו שותפים לעניין זה של אחריות התשלומין". ואם כן הוא הדין בנד"ד שהמעסיק והעובד הם שני שותפים ביצירת הנזק לצד ג' ולכן יש לחלק ביניהם את התשלום.

106. ראה **שו"ת קול אליהו** ב, חו"מ, כח; **בית דין ירושלים** יב, עמוד רעז.

107. וכן פסק ה**אמרי יושר** ב, כא, בענין קבלן בניה שהזיק לשכן בעת הבניה ופטר את בעל הבית מכל חובת תשלום.

108. יסוד האבחנה אותה עושים הראשונים בין קבלן לפועל הינו בשאלה האם המעסיק נסתלק מהעבודה או לאו. והנה יש מקום להסתפק בשאלה זו, האם זוהי שאלה מציאותית או שזוהי שאלה עקרונית. כלומר האם באופן קטגורי צורת ההתקשרות שבין בעל הבית וקבלן משאירה את בעל הבית מחוץ לתמונה וממילא גם פוטרת אותו מכל אחריות לאופן ביצוע העבודה,

פיקוח הבעלים והזיק לאחרים, אין לחייב בגין זה את בעל הבית[109] והאחריות כולה תהיה מוטלת על הפועל[110].

בנוגע למצב בו עובד הזיק לצד ג' במהלך עבודתו, החוק במדינת ישראל מבחין בין עובד פרטי[111] לעובד ציבור, הזוכה לחסינות על פעולות אשר ביצע במסגרת עבודתו הציבורית (אם לא היתה כוונתו להזיק)[112]. חוק זה נועד לעודד אנשים לעבוד כעובדי ציבור ולעשות את עבודתם במסירות, שכן הידיעה כי הם עלולים להתבע באופן אישי בגין פעולת ביצעו במסגרת עבודתם הציבורית תרחיק אנשים טובים מהשירות הציבורי ותרפה את ידי העובדים בשירות הציבור ותגרום להם שלא להשתמש בסמכותם עבור הציבור[113]. על מנת שלא להותיר את הצד הנפגע ממעשי עובדי הרשות ללא מענה קובע החוק[114] כי

או שבאופן מעשי בעל הבית אמור להיות מעורב פחות בעבודת הקבלן ויותר בעבודת הפועל. אולם בעבודות בהן מצופה מבעל הבית להיות מעורב בפעולת הקבלן, או לחילופין, בעבודות בהן לא מצופה מבעל הבית להתערב בפעולת הפועל, יתהפך הדין, ועיין בפתחי חושן שכירות פ"ז הערה נט ועדיין צ"ע.

109. **שו"ת נפת צופים** חו"מ, שצה (הרב פתחיה ברדוגו, מרוקו ראשית המאה ה – 19) בענין חמר שכיר שהתיז בהילוכו עם בהמת בעל הבית על בגדים של אדם שלישי, שהחמר חייב ולא בעל הבית. דברים אלו אינם סותרים את דעת רבנו יונתן אם נניח כי לדעת רבנו יונתן חיובו של בעל הבית הוא רק על כך שלא נסתלק משמירתו על העובד, ובמקרה זה בעל הבית נסתלק משמירתו.

110. שכן אם ישנו ספק האם לחייב גם את בעל הבית, יש לחייב את הפועל בתשלום מלא לאור העקרון המובא בתוספות רי"ד המובא לעיל האומר כי כאשר ישנם שני אנשים שאחראים לנזק אנו רואים אותם כשותפים ו"אי ליכא לאשתלומי מיניה מפרע מן המשלח".

111. בנוגע לחיוב עובד פרטי בנזק שגרם לצד שלישי במסגרת עבודתו ראה בספרי **"דיני עבודה במדינת ישראל ע"פ ההלכה"**, כתר י, עמ' 445.

112. כך קובע סעיף 7 ל**פקודת הנזיקין** (נוסח חדש) :"לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שנעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור".

113. כך כותב השופט לנדוי, **ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, פ"ד כ (4) 624:** "הטלת אחריות אישית על הפקיד עצמו עלולה לרפות את ידיו ולעשותו הססן ופחדן בשימוש בסמכויותיו מתוך מחשבה ש"שב ואל תעשה" היא תמיד הדרך הבטוחה ביותר. הציבור כולו אך יסבול מחוסר מעש כזה".

114. **בנוגע לחסינות הנזכרת בסעיף 7.א לפקודת הנזיקין קובעת הפקודה בסעיף 7.ב כי** "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי סעיפים 13 ו–14 ולפי כל דין". **סעיף 13 לפקודת הנזיקין קובע כי המעביד אחראי למעשה שעשו עובדיו במסגרת עבודתם:** "מעביד חב על מעשה שנעשה עובד שלו... אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו...אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד". **גם אם לסעיף זה אין תוקף הלכתי בכל הנוגע לעובד פרטי (שכן ההלכה קובעת אחרת ומטילה חובה חלקית או מלאה על העובד עצמו שגרם לנזק במעשיו) הרי שיש לו תוקף הלכתי בכל הנוגע לעובד ציבור שכן ביחס לעובדי ציבור יש למדינה ולרשות המקומית ענין שלטוני וציבורי במתן חסינות לעובדיה המטיל במקביל אחריות עליה.**

הרשות המקומית תהיה אחראית למעשה אותו ביצע עובד הרשות במסגרת עבודתו. חוק זה, בוודאי שיש בו ענין ציבורי הנוגע ליכולת המדינה לשלוט ויכולת הרשות המקומית למלא אחר תפקידיה ולפיכך יש לו תוקף הן מדינא דמלכותא (בכל הנוגע לעובדי מדינה) והן מתקנות הקהל (בכל הנוגע לעובדי הרשויות המקומיות).

מסקנות להלכה

פעולה שבוצעה על ידי נציג הרשות שלא על פי כללי המנהל התקין

- כל תשלום של העיריה חייב להיות מאושר במסגרת תקציב העיריה. התשלום חייב להיעשות על פי כללי המכרזים, ותוך שמירה קפדנית על כללי האתיקה והמנהל התקין. כמו כן ביצוע התשלום נעשה רק בחתימתם הכפולה של ראש הרשות ושל גזבר הרשות.
- במקרה בו עובד של הרשות פעל שלא כדין ושילם מקופת הרשות, או שנתן רשות שימוש בנכסי הרשות, מבלי לעמוד בכללים הנדרשים הפעולה אותה ביצע העובד בטלה.
- פעולה שבוצעה תוך ניגוד עניינים של מבצע הפעולה - בטלה, גם אם לא גרמה לפגיעה באינטרסים של הרשות המקומית.
- פעולה שבוצעה בהתאם להחלטות ולכללי עבודת הרשות אך תוך שיקול דעת שגוי שגרם לפגיעה באינטרסים של הרשות המקומית – תקפה.
- פעולה שבוצעה בהתאם להחלטות ולכללי עבודת הרשות אך באופן המנוגד להלכה – תקפה.
- במקום בו ביטול הפעולה, והחזרת המצב לקדמותו, אינו מעשי, על עובד הרשות שביצע את הפעולה לפצות את הרשות על הפגיעה שנגרמה לה וכפי שנראה להלן.

הנחה בארנונה שניתנה שלא כדין

- כאשר ניתנה הנחה בארנונה שלא כדין, על מקבל ההנחה לשלם את הארנונה אותה היה אמור לשלם על פי שורת הדין.

הקצאה שלא כדין

- ארגון שקיבל נכס שהוקצה לו שלא כדין על ידי נציגי הרשות המקומית, ללא תשלום או בתשלום סמלי, חייב להחזיר את הנכס לרשות המקומית. תשלום עבור השימוש בנכס יגבה על פי העקרונות הבאים:
- עבור נכס אשר אלמלי ההקצאה היה עומד להשכרה יגבה תשלום מלא.
- עבור נכס שאינו מיועד להשכרה, והארגון שקיבל את הנכס לא היה משלם עבור נכס חלופי לא יגבה כל תשלום. אם הארגון המשתמש בו היה שוכר נכס חלופי תמורת תשלום, יגבה תשלום רק אם השימוש גרם לפגיעה כלשהי בנכס.

רכישת מוצר שלא כדין

- כאשר נציג הרשות רכש עבור הרשות מותר שלא כדין, על הרשות המקומית להחזיר את המוצר אותו קיבלה ובתמורה לקבל את התשלום שהוצא מקופתה שלא כדין. אם מדובר במוצר שאינו בר השבה, מכיוון שכבר נעשה בו שימוש, על הרשות לשלם את עלות המוצר כפי שיקבע שמאי, ובעלות העודפת, אם היתה, ישא עובד הרשות אשר ביצע את הרכישה בניגוד לנהלים.

רכישת שירות מעובד או מקבלן שלא כדין

- במקרה בו נושא משרה ברשות, קיבל עובד שנתן שירות לרשות, בניגוד לנוהל המקובל, אזי הרשות אינה מחוייבת כלל לסכום שהוסכם בין נותן השירות ובין נושא המשרה שפעל בשמה, והסכום בו מחוייבת הרשות הוא הסכום המקובל לתשלום עבור עבודה בהיקף ובאיכות שניתנה בפועל.
- קבלן ששביצע עבודה שהיתה נחוצה לרשות אלא שההתקשרות עמו נעשתה שלא כדין, באופן המבטל את תוקפה, יקבל תשלום לפי המחיר המקובל בשוק עבור התמורה שסיפק ללא קשר לתנאי החוזה שנכרת עמו.

אחריות עובדי הרשות על נזקים שגרמו לרשות

- כאשר עובד של הרשות, בכיר או זוטר, פעל בניגוד לכללים המקובלים, וגרם בכך לנזק לקופת הציבור עליו לשאת באחריות לנזק שגרם ולשלמו מכיסו, וזאת גם אם הנזק מוגדר על פי ההלכה כנזק מסוג של "גרמא".

אחריות הרשות על נזקים שגרמו עובדיה לצד שלישי

- עובד ציבור, אשר פעל בתום לב במסגרת סמכותו ותפקידו, ובמסגרת עבודתו הציבורית גרם לנזק, אינו חייב לשלם על הנזק שגרם, ובנזק תישא הרשות המקומית.

נספח - העברת תפקיד ציבורי בירושה

ירושה במשרה ציבורית

ההלכה קובעת כי משרה שיש בה שררה על הציבור עוברת בירושה לבנו של בעל המשרה ולא ניתן להעבירה לאדם אחר. מקורה של הלכה זו הוא בדברי הספרי[1] המרחיב את דין ירושת המלוכה לכל תפקיד שיש בו מימד של שררה על הציבור:

> הוא ובניו, שאם מת בנו עומד תחתיו ואין לי אלא זה בלבד מנין לכל פרנסי ישראל שבניהם עומדים תחתיהם תלמוד לומר הוא ובניו בקרב ישראל, כל שהוא בקרב ישראל בנו עומד תחתיו.

מכאן מסיק הרמב"ם[2] את המסקנה הבאה:

> מאחר שמושחין המלך הרי זה זוכה לו ולבניו עד עולם, שהמלכות ירושה שנאמר למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל... ולא המלכות בלבד אלא כל השררות וכל המינויין שבישראל ירושה לבנו ולבן בנו עד עולם, והוא שיהיה הבן ממלא מקום אבותיו בחכמה וביראה.

מלשון הרמב"ם נראה כי הדבר הינו דין גמור מדאורייתא אולם מלשון הרשב"א בתשובה[3] משמע לכאורה כי הדבר מחייב מטעם מנהג בלבד:

> אם הבן ראוי לכך אף על פי שיש אחר טוב ממנו שורת הדין שיהא הוא קודם לכל אדם. כי לפי מה שאני רואה ממנהג אותן המקומות הבנים מתמנים מדעת הצבור חזנים תחת האבות... וכלל גדול אמרו ז"ל בכל עניני המנויין שאם היה הבן ראוי הוא קודם לכל אדם ואפילו כהן גדול אם היה בנו ראוי אף על פי שיש אחרים גדולים כמוהו או גדולים ממנו הבן קודם שנאמר (ויקרא ו) והכהן המשיח תחתיו מבניו.

משמע מדבריו כי על אף שהמנהג מבוסס על פסוק ודרשת חז"ל הוא אינו חורג מגדרו של מנהג בעלמא, העשוי להשתנות ממקום למקום ומזמן לזמן[4].

---

1. **ספרי דברים** שופטים, קסב.
2. **רמב"ם** מלכים א, ז; הלכות כלי המקדש ד, כ; **שו"ת הרשב"א** א, ש; **שו"ת הריב"ש,** רעא; **שו"ת התשב"ץ** ד, ז. יש להעיר כי הרי"ף והרא"ש לא הזכירו דין זה כלל ובעקבותיהם השולחן ערוך לא הביאו להלכה אולם נראה כי הדבר נובע מכך שהדין אינו מוזכר בבבלי וכידוע הרי"ף כמעט ולא הביא בספרו מעבר לבבלי ובכל מקרה לא פסק ישירות ממדרשי הלכה, והרא"ש הלך בסדר הרי"ף. יתר על כן דין זה הינו חלק מהלכות מלכים שבכללן לא נהגו בזמן הרי"ף והטור ולפיכך לא הביאום ומשום כך נשמטו גם מהבית יוסף ומהשולחן ערוך אולם אין זה אומר כי חולקים על עצם קיומו של דין זה.
3. שו"ת הרשב"א הנזכר בהערה לעיל.
4. אולם ב**שו"ת אבני נזר** יו"ד, שיב, לה כתב בשם **שולחן ערוך הרב** נג, לד, כי גם הרשב"א סבור כי הדבר מחייב מדינא, ולא בא אלא למעט במקומות בהם קיים מנהג ברור שונה.

למעשה נחלקו האחרונים בהשלכותיה של מחלוקת ראשונים זו יש הסוברים כי אם נאמר כדעת הרמב"ם שמדובר בדין דאורייתא הרי שבמקרי ספק יש למנות את היורש לתפקיד[5]. לעומתם יש הסוברים כי גם אם נאמר כי ירושת התפקיד היא מדאורייתא אין משמעותה שקיים איסור למנות אחר לתפקיד אלא שקיימת לבן היורש זכות ממונית במקום עבודתו של האב. לכן במקרה בו קיים ספק האם הזכות קיימת או לא יש ללכת אחרי המוחזק וזהו הציבור המעוניין למנות עליו אדם לפי שיקול דעתו ומידת התאמתו לצרכיו[6].

אמנם נחלקו הפוסקים אלו משרות נופלות בגדר של שררה על הציבור ואלו אינן אלו משרות של נותני שירות בלבד. לדוגמא: נחלקו הפוסקים האם שמש בית כנסת[7] זוהי משרה ציבורית שיש בה דין ירושה[8] או שאינה אלא שירות שכן כל גוי רשאי לעשותה[9].

ראוי לציין כי לדעת החתם סופר[10] כל מינוי שניתן למנות לו גר, אין בו דין ירושה מכיוון שאינו דומה למלך ואם כן אינו נחשב לתפקיד שיש בו שררה. לאור דברים אלו יש לומר כי מכיוון שעל פי החוק אין שום עבודה שלא ניתן למנות לה גר הרי שלא ניתן להגדיר שום משרה העומדת למכרז כמשרה שעוברת בירושה[11].

ירושה בתפקיד הרב

בין אשכנז לספרד

נושא ירושה במשרת הרבנות נידון רבות בפוסקים ונמצא במחלוקת בין הראשונים והאחרונים: נושא זה התעורר לראשונה בצרפת בשנת ק"ס (1400) שם פרצה מחלוקת חריפה אודות רבנות שארית יהדות צרפת ששרדה את הגירוש הגדול שנתרחש בשנת 1395. הצדדים למחלוקת היו הרב יוחנן בן מתתיהו שכיהן בפועל כרבה של צרפת מכח ירושת אביו, שנפטר בזמן הגירוש, ובין הרב שמעיה שבא להעבירו מתפקידו. מחלוקת זו הביאה למפגש מעניין בין מנהגי אשכנז ומנהגי ספרד.

רבי שמעיה הסתמך על כתב הסמכה אותו קיבל מגדול הדור, רבי מאיר סג"ל הלוי מוינה[12]. זה היה סבור כי באופן כללי אין דין שררה והשגת גבול ברבנות ולכן אמר על עצמו[13]:

> מי נתן או הוריש לי הגבול שלא ישיגנו אחר.

---

5. **שו"ת אבני נזר** יו"ד, שיג, על פי **שו"ת גינת ורדים** יו"ד ג, ז; **שו"ת חקרי לב** א, יט.
6. כך כתב הרב אשר וויס, **מנחת אשר** במדבר, נט.
7. כן ראה בנוגע לתפקיד השוחט של הקהילה ש**בדרכי תשובה** יו"ד א, ריב, הובאו דברי הפוסקים שיש בו דין ירושה ואילו **בשו"ת הלכות קטנות**, לט, כתב שאין בתפקיד דין ירושה.
8. **שו"ת המבי"ט** ג, ר.
9. **שו"ת צור יעקב**, קצה.
10. **שו"ת חתם סופר** או"ח, יב.
11. ראו בהרחבה רבה **שדי חמד** ח, חזקה במצוות, ז-ח; הרב ישראל מאיר לאו **תחומין כו** עמ' 9 ואילך.
12. על ידיו יצקו מים רבותיו של המהרי"ל ואף המהרי"ל עצמו.
13. מצוטט מפי תלמידיו **בתרומת הדשן פסקים וכתבים**, קכח

ואם כן כל שכן שאין הרב יכול להוריש שררה שאין לו לבניו, ולפיכך לא נמנע מלתת הסמכה לרבי שמעיה להיות רבה של צרפת ולמנות את כל רבני צרפת, למרות שבנו של הרב הקודם (רבי יוחנן) ביקש לשבת על כסא אביו (רבי מתתיהו).

עמדה דומה ביחס למשרת הרבנות ביטא תלמידו רבי שלום מנוישטט[14]:

> אני ואבותי ישבנו בישיבה לדון להורות בנויא"שטט, אם היה בא אחר אצלי להיות מנהיג כמוני לא הייתי מעכב על ידו והיה תמיה מאין הרגלים שטוענים המנהיגים השגת גבול בכהאי גוונא.

מסורת זו ביחס לרבנות ולשלילת היכולת להורישה הינה מסורת אשכנזית קדומה ביותר המופיעה עוד בספר חסידים[15] המבקר במילים חריפות את המנהג להעביר את תפקיד הרבנות מאב לבן

> על זה נענש עלי הכהן שהיה לו להעביר בניו ולבחור בכהנים צדיקים, וכתיב לא מיחה בהם לפני בני ישראל כי המצות אינן ירושה... אלא הזקן הצדיק בעיר הוא יקשור ספר תורה ולא אחר שנאמר (ירמי' ב' ח) ותופשי התורה לא ידעוני.

לדעת הרמ"ע מפאנו[16] המנהג להוריש את נשיאות התורה היה מנהג זמני שנהג בארץ ישראל בתקופת שלטון הרומאים בלבד אשר החל עם ביטול מלוכת בית חשמונאי על ידי הורדוס, שמטרתו היתה להעניק לנשיאות הסנהדרין מעמד הדומה למלוכה ולכן מהלל ואילך נשיאות הסנהדרין בארץ ישראל עברה בירושה. אולם מצד האמת אין מקום להעניק זכות ירושה בתפקיד פוסק ההלכה ומרביץ התורה[17].

בעלי המחלוקת בצרפת הרחיקו נדוד לאלג'יר ובקשו את התערבותו של גדול התורה באותה העת בצפון אפריקה – רבי יצחק בר ששת. הריב"ש פסק[18] באופן ברור כי משרת הרבנות שררה היא ולפיכך גם עוברת בירושה לבנו של הרב שנפטר אם ראוי הוא לרבנות.

למעשה השו"ע אינו מתייחס כלל לשאלה זו ואילו הרמ"א[19] פוסק את דעת הריב"ש ללא כל חולק:

> מי שהוחזק לרב בעיר, אפילו החזיק בעצמו באיזה שררה, אין להורידו מגדולתו אף על פי שבא לשם אחר גדול ממנו. אפילו בנו ובן בנו לעולם קודמים לאחרים, כל זמן שממלאים מקום אבותיהם ביראה והם חכמים קצת.

---

14. רבי שלום מנוישטט, היה רבו של המהרי"ל. מובא בתרומת הדשן שם, אשר אומר בעצמו כי "כתר ושררתה דידה הרי היא מונחת ומופקרת לכל מי שרוצה לזכות בה".
15. **ספר חסידים**, תשנז.
16. **עשרה מאמרות**, חיקור דין, ב, יט (רבי מנחם עזריה, איטליה המאה ה- 16).
17. לכן לדעת הרמ"ע מפאנו הירושה אינה אלא "בכתר כהונה וכתר מלכות וכל דדמי ליה כגון שררותא דמתא, אבל גבי נשיא ואב בית דין, כיון שכתר תורה מונח בקרן זוית, הרוצה יבא ויטול".
18. **שו"ת הריב"ש**, רעא.
19. **רמ"א** יו"ד, רמה, כב.

אולם האחרונים מקרב חכמי מזרח אירופה סוברים כדעת חסידי ורבני אשכנז הקדמונים שאין ירושה במשרת רבנות. ביניהם ניתן למנות את המגן אברהם[20] הפוסק כדעת הרמ"ע מפאנו המובא לעיל:

> דכל המינויין שהם כתר תורה אין בניהם קודמין רק מהלל הנשיא ואילך נהגו שבניהם קודמין.

כך כתב גם רבי שניאור זלמן מלאדי[21]

> כל המנויים שהבן שראוי לכך קודם אפילו לאחרים שגדולים ממנו חוץ ממנויים של כתר תורה כגון חכם הממונה להרביץ תורה או לדין שהתורה אינה ירושה.

יסוד המחלוקת תפישת תפקיד הרב

ונראה לענ"ד לומר כי מחלוקת זו אינה מחלוקת בהלכה כלל וכלל אלא מבטאת היא הבדלים הקיימים בהגדרת תפקיד הרב במקומות השונים. באשכנז שימש הרב כנושא התורה וכעמוד ההוראה ותו לא. זוהי מהות תפקידו וזהו כתרו – כתר תורה שאינו עובר בירושה. לעומת זאת בספרד, ממנה הגיע הריב"ש הרב לא שימש רק כפוסק הלכה אלא כמנהיג הקהילה, כמלך המנהיג את עמו. תפקיד זה שררה יש בו ולפיכך הוא עובר בירושה.

אם נבחן את עמדת פוסקי ההלכה לאורך הדורות נראה כי במשך מאות שנים נשמר ההבדל בין קהילות אשכנז לספרד הן במהות תפקידו של הרב פוסק או מנהיג והן בשאלה האם הוא פתוח לבחירה או עובר בירושה:

בין חכמי ספרד פשוט כי הרבנות עוברת בירושה. בין הסוברים כן ניתן למנות (לפי סדר הדורות) את המבי"ט[22] הקורא להלכה זו דבר "הלכה רווחת", את רבי שלמה אלקבץ אשר מיאן לתת את הרבנות לאלשיך הקדוש למרות התאמתו המובהקת לפקיד מכיוון שרבה של צפת רבי אברהם שלום השאיר אחריו יתום קטן שבוודאי אינו יכול למלא את מקום אביו באותה העת[23], את רבי חיים בנבנישתי[24], את רבי יוסף חזן[25], את רבי אברהם בן חיים אבן עזרא בספר בתי כנסיות המסיק כי אין לומר אפילו קים לי כדעות החולקות[26]. חריג בין רבני המזרח הוא המהרשד"ם הפוסק כי "מנוי התורה נשאר ליודעים אותה ואינה ירושה"[27].

---

20. **מגן אברהם** נג, לג.
21. **שולחן ערוך הרב**, נג, לג; ונראה שלכך נוטה גם דעת **המשנה ברורה** נג, פג.
22. **שו"ת המבי"ט** ג, ר.
23. **בשו"ת גינת ורדים** ג, ז.
24. **כנסת הגדולה** הגהת בית יוסף או"ח, נג.
25. **שו"ת חקרי לב** יו"ד, ק.
26. מובא **בשדי חמד** שם ז, לח.
27. **שו"ת מהרשד"ם** יו"ד, פה.

שינוי ההלכה עם השינוי בתפישת התפקיד

אבחנה זו מאפשרת להבין את שיטת החתם סופר אשר בתשובה אחת[28] פוסק שהרבנות אינה עוברת בירושה[29] ובתשובה עוקבת[30] הוא חוזר בו לכאורה וסובר שהרבנות עוברת בירושה:

> דודאי נשיא התורה בזמן חז"ל היה כעין מינוי קדושה לבד לא שירות וזה איננו בירושה, אך עכשיו הוא כמשועבד לקהל לעשות צרכיהם בשכר ולא גרע מש"ץ ואטו מפני שהוא ג"כ שר בתורה מגרע גרע?.

כלומר מבחינה עקרונית כתר התורה אינו ניתן בירושה ולכן תפקיד הרבנות לא עבר בירושה אולם כיום שהרב משועבד לקהל לעניינים שאינם נוגעים להרבצת תורה יש בתפקידו דין ירושה[31].

תפישה זו הובילה את הרב שמואל ואזנר[32] לקבוע את הדברים הבאים:

> אין מציאות של זמנינו דומה למציאות שבימי הח"ס שנתקבלו הרבנים מהעיר ומקהלה היחידה אשר בעיר והיו מרי דאתרייהו ממש שכל עניני העיר רובץ עליהם, והוא שעבוד גדול, מלבד תפקידם הרוחני, ולא גרע מש"צ וכו', משא"כ בקהלות כגון דא שהם קהלות פרטיות והתפקיד בעיקר רוחני להרביץ תורה להורות לעם באו"ה ובטהרות, לדרוש ולעורר ואינו מוכרח כלל שתפקידי העיר מונחים עליו בכזה י"ל דהעיקר שוב שררות דתורה שאינו ירושה.

באופן דומה כתב הרב שטרנבוך[33] כי:

> בזמננו נשתנה המציאות, שעיקר דין ירושה היינו ברבנות שהוא כמלך, שמולך כרצונו והוא השולט לבד כאילו הוא שלו ומוריש הלאה, אבל בזמן הזה הנה בארץ ישראל בהרבה מקומות מגבילים את סמכויות הרב.

המסקנה העולה מן הדברים היא כי דין ירושה ברבנות תלוי בהגדרת התפקיד. בקהילה בה הרב הינו מנהיג הקהילה וסמכויותיו בלתי מוגבלות אזי בניו יורשים אותו אולם

---

28. **שו"ת חתם סופר** או"ח, יב.
29. לדעתו זו גם דעת **הרמ"א** יו"ד, רמה, כב, ומה שכתב "בניו קודמים נמי אהחזיק עצמו בשררה קאי אבל לא אהוראה ורבנות". הסבר זה נתמך מהמשך דברי הרמ"א שפסק כדעת הכלבו כי כל נושא מועד אופן בחירתו וסיום כהונתו של הרב תלוי במנהג המקום.
30. **שו"ת חתם סופר** או"ח, יג.
31. יש להעיר כי לדעת **שו"ת אבני נזר**, יו"ד, שיב, קונטרס "שש מעלות לכסא", עקרונית יש ירושה ברבנות אולם בנו, השם משמואל, כתב בהערה על התשובה הנ"ל, אות כ-כט, כי הלכה למעשה אמר לו אביו שעל מנת לממש את זכות הירושה ברבנות צריך היורש לגייס את תמיכת הציבור או לכל הפחות של תלמידי החכמים ו"אין דין ירושה ברבנות אלא אם כן יש לו רוב בנין או רוב מנין אבל באין לו לא זה ולא זה בטלה דין ירושה" וכן כתב **בשו"ת מהר"ם שיק** יו"ד, רכח.
32. **שו"ת שבט הלוי** ד, קכח.
33. **שו"ת תשובות והנהגות** ב, תשיט.

במקום בו סמכויותיו הפורמליות של הרב מוגבלות לתחום ההוראה והפסיקה, כפי שנהוג כיום במדינת ישראל, אין בנו יורשו[34].

הלכה למעשה במדינת ישראל

למעשה החוק המחייב מכרז על כל תפקיד ציבורי שהתפנה, ובכלל זה תפקיד רבנות, משקף מנהג שלא להעביר שום משרה בירושה ובמקום שכזה אין יתרון ליורש על פני כל מועמד אחר[35] וכדברי הרמ"א[36]:

במקום שיש מנהג לקבל רב על זמן קצוב, או שמנהג לבחור במי שירצו, הרשות בידם.

.

מנהג זה מחייב לדעת הרמ"א או מכיוון שהוא סבור שכל הדין הקובע כי שררה עוברת בירושה אינו מבוסס אלא על מנהג, או מהעובדה שהמנהג מהווה תנאי מכללא שהתנה הציבור עם כל נושא תפקיד עוד קודם מינויו שאין התפקיד ניתן ליורשיו אלא רק לו עד מועד פרישתו או מותו ואז יעמוד שוב למכרז[37].

---

34. לאור דברים אלו דברי בית הדין האזורי בתל אביב אשר פסק **בפסקי דין רבניים** י, עמוד 35 ואילך, כי דין זה "נתקבל ע"י רובם המכריע של גדולי האחרונים, ונהגו לפיו בישראל, בארץ ובכל תפוצות הגולה, ללא יוצא מן הכלל" צריכים עיון.
35. אמנם בפד"ר הנזכר בהערה לעיל מסיק כי את החובה החוקית יש לקיים רק באופן פורמלי, דהיינו שאחר קיום המכרז אליו יגיש היורש את מועמדותו, על ועדת הבחינה תוטל החובה ההלכתית להעניק משקל מכריע לעובדת היות המועמד יורשו של הרב שנפטר, אם זה יעמוד בדרישות התפקיד כפי שמופיעות במכרז. אולם לאור כל המקורות אותם הבאנו בהערה לעיל, ובפרט לאור המנהג הברור שלא להעביר שום תפקיד בירושה, נראה כי אין לקבל דעה זו להלכה.
36. **רמ"א** יו"ד, רמה, כב.
37. הרב לאו, **תחומין** שם; הרב דוד דרוקמן (רבה של קרית מוצקין), **אהלי שם** ג, עמ' סה-סט.

חלק ה

מיסים ברשות המקומית

פרק א: עקרונות במיסוי עירוני

פרק ב: שומת המס

פרק ג: גביית המס

נספחים:

נספח א: שיטת ה-matching **בהלכה**

נספח ב: ריבית פיגורים

נספח ג: היתר עסקה לרשות מקומית

פרק א - עקרונות במיסוי עירוני

הסמכות להטלת מסים

בתחילת חיבורנו זה הארכנו בשאלת סמכותו של השלטון המקומי. סמכות זו מתבטאת בעיקר ביכולת להטיל מסים, באמצעותם מבצעת הרשות המקומית את המשימות עליהן היא אחראית. ואכן, על פי חז"ל לא ניתן לנתק בין אחריות טובי העיר ובין סמכותם: כאשר עוסקת התוספתא[1] באחריות טובי העיר על אספקת מים, ובניית מבני ציבור, היא עושה זאת באמצעות הענקת הסמכות לשעבד את היחיד לתת את חלקו לשם ביצוע מטרות אלו. כאשר עוסקת המשנה[2] באחריות טובי העיר על בטחון פנים מייד דנה הגמרא באופן הנכון לחלוקת הנטל בין תושבי העיר. את אחריות השלטון המקומי על תחזוקת כבישים, למדנו רק אגב העיסוק בשאלת הפטורים ממס הנגבה באופן יעודי למטרה זו[3]. כלומר אין סמכות ללא אחריות ואין אחריות ללא סמכות המתבטאת בראש ובראשונה בגביית מסים מתושבי המקום.

יש להעיר כי בתקופת הגלות היתה חריגה אחת מעקרון זה והוא גביית המסים עבור השלטון המרכזי שהיתה נתונה לרוב בידיה של הקהילה שם המס היה מועבר הלאה במלואו, וסמכותה של הקהילה התבטאה ביכולת לחלק את המס באופן הצודק ביותר. כפי שראינו לעיל[4] למסים אלו ישנו מעמד מיוחד[5] אולם מכיון שכיום הם אינם נוהגים שכן המסים נגבים היום מהאזרח באופן ישיר על ידי השלטון המרכזי ע"י מערכת השומא של מס הכנסה המנותקת לחלוטין ממערכת המס המקומית לא נעסוק בהם בספר זה[6].

סוגי המיסים השונים – מסים, אגרות, דמי השתתפות וקנסות

כאשר אנחנו מדברים על מסים מוניציפליים אנחנו עוסקים בכסף הנגבה מן התושבים בכפיה, בעל כרחם. כך פותחת המשנה[7] את העיסוק בנושא זה: "כופין אותו לבנות לעיר..." וכך מסכמת התוספתא את סמכות בני העיר "...רשאין לעשות קיצתן" ביטוי המתפרש בראשונים[8] כמבטא סמכות כפיה. בניגוד למס אותו גבה המלך שלא התחייב לספק

---

1. **תוספתא בבא מציעא** יא, יז, כג.
2. **בבא בתרא** ז ע"ב.
3. **בבא בתרא** ח ע"א, על פי פירוש רבנו חננאל המובא **בתוספות** שם, ד"ה כריא פתיא.
4. ראה לעיל א, א –השלטון המוניציפלי כזרוע של השלטון המרכזי; ובהרחבה **כתר ט** עמ' 122 ואילך.
5. מעמד זה מתבטא בכך שלדעת חלק מן הראשונים במס זה על הנישום לשלם את המס שהושת עליו ורק לאחר מכן לידון עם נציגי הציבור על אופן השומא, מהר"ם מרוטנבורג **במרדכי** בבא בתרא, תקכב; **רמ"א** חו"מ ד, ע"פ הסמ"ע, ו. ראה להלן פרק ג גביית המס.
6. במסים אלו עוסק בהרחבה רבה הספר **"בין אדם לשלטון – מסים חוקים ורשיונות"** כתר ט.
7. **בבא בתרא** ז ע"ב.
8. **רבנו גרשום** בבא בתרא, ח ע"ב; רש"י שם, ועוד.

לתושבי הממלכה שירות כלשהו והמס שגבה נועד לצרכיו האישיים, המס המוניצפלי נגבה על ידי "בני העיר" על מנת לאפשר לרשות המקומית לספק שירות – "מוצר ציבורי" אותו לא ניתן לרכוש בשוק החופשי בשל קיומו של "כשל שוק"[9].

אמנם במקורות השונים ניתן למצוא סוגים שונים של מסים אשר מקובל לכנות אותם כיום בשלשה שמות שונים: מסים, אגרות ודמי השתתפות[10]: מסים נגבים בלי שום קשר למידת הנאתו של התושב משירותי הרשות המקומית, אגרות נגבות מהתושב כאשר הוא בא להשתמש בשירות מסויים של הרשות המקומית אולם גובהן אינו פרופורציונלי לשירות אותו מקבל התושב, ודמי השתתפות נגבים מהתושב לפי מידת הנאתו מהשירות אותו מספקת לו הרשות המקומית, אם כי אין הדבר נעשה בתמורה לשירות שכן עדיין התשלום נעשה בכפיה[11].

מיסוי ישיר

בהלכה ניתן למצוא שני סוגי מסים: מסים ישירים, הנגבים מהאדם לפי מידת הכנסותיו, ומסים עקיפים הנגבים מהאדם בגין צריכה של מוצרים או שירותים, וביחס ישר להיקף המוצרים או השירותים אותם הוא צורך. כדוגמא למסים ישירים ניתן להביא את הכספים הנגבים מתושבי העיר למטרות צדקה וכפי שאומרת הגמרא[12]:

> תנו רבנן: קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה, נגבית בשנים - שאין עושים שררות על הצבור פחות משנים... מאי שררותא? דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: לפי שממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת... הא דאמינ...

הגביה לצרכי צדקה הינה מס המיועד לצורך אחזקת עניי העיר[13] הנגבה בכפיה מכל אחד מן התושבים באופן פרוגרסיבי, לפי מצבו הכלכלי[14], ועומד כמעט ביחס הפוך למידת

---

9. המושג "כשל שוק" בא להגדיר תחום בו כלכלת השוק המושפעת מביקוש והיצע אינה מספיקה על מנת לייצר את המוטיווציה הנדרשת לשם ייצורו של מוצר הכרחי, אדם סמית' **עושר העמים**, ספר חמישי פרק ראשון, מאמר 1. דוגמא לכך ניתן לראות במוצרים ציבוריים, כגון תשתיות או בטחון אשר אין אפשרות למונעם ממי שאינו משלם עליהם, ולפיכך המנעות מגביית תשלום בכפיה תגרום להעלמותם של המוצרים הציבוריים ולקריסתה של החברה.
10. ראה ד"ר אליהו וינוגרד **"דיני רשויות מקומיות"** עמ' 542 ואילך.
11. לעיתים עוסקת הרשות המקומית גם במכירת שירותים ומוצרים שונים בתמורה לתשלום כגון הפעלת קייטנות עירוניות, בריכת שחיה עירונית וכדומה, אולם במקרים אלו הרשות המקומית חסרת כל סממן שלטוני שכן התושב רשאי שלא לצרוך מוצרים אלו ולא לשלם עבורם. בעבר עסקו הרשויות גם באספקת מים אולם ערבוב התחומים בין מכירת שירות לאספקת מוצרים ציבוריים בכפיה גרם לחוסר יעילות, מה שהוביל להפרדה בין התחומים, ולהקמתם של תאגידי מים העוסקים באספקת מים ומתן שירותי סילוק ביוב לתושבים.
12. **בבא בתרא** ח ע"ב.
13. **תוספתא פאה** ד, ט.
14. **רמב"ם** מתנות עניים ז, י: "מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין

הנאתו של משלם המס מהשירות לשמו נגבה מס זה. אופן שומא זה משמש גם עבור מטרות סוציאליות שונות הנגזרות ממצות הצדקה בה בעלי הממון מסייעים לחסרי הממון וכפי שכותב הרשב"א[15]:

> הצדקה ופרנסת העניים לפי ממון הוא, וכההיא דרבא, דכפא לרב אמי ואפיק מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה, ולפום גמלא שיחנא, ומלח ממון חסר. וכבר אמרו בפרק מציאת האשה: בנקדימון בן גוריון, שאעפ"י שהיה עושה צדקה הרבה, כי לא עביד כדבעי.

בנוגע לקביעת מיסוי ישיר לשם מטרות אחרות נחלקו הראשונים[16]. לדעת רבנו תם וראשונים נוספים אין להרחיב את סמכות הקהילה לגביית מסים מעבר לגביה המתבקשת לצרכי צדקה אם לא בהסכמה של כל חברי הקהילה[17], ולמעשה לדעתם אין כח ביד הקהילה לכפוץ מס זה על חבריה. אולם כבר כתב הרמ"א בתשובה[18] כי גם לדעת ראשונים אלו הסכמה גורפת זו אינה נדרשת לצורך קביעת קנסות שנועדו למניעת נזק לתושבים שכן מניעת נזיקין הינה עקרון הלכתי חשוב, ואופן מימוש עקרונות הלכתיים נתון להכרעת טובי העיר, אף שלא על דעת כל בני הקהילה "חוקקין קנס להעמיד דין תורה שלא יזיק אחד לחבירו".

כמו כן מוסיף הרמ"א כי אם נהגו בעיר קבל החלטות להטלת מסים באמצעות רוב או באמצעות טובי העיר אין זה מנהג גרוע[19] והוא מחייב על פי ההלכה. לדעת החתם סופר[20] עצם קיומו של מנהג לגבות מיסים מסוימים מוכיח כי המס מקובל על כלל חברי הקהילה והוא מחייב אפילו אם האופן בו נטל המס מתחלק אינו עולה בקנה אחד עם ההלכה (וכפי שנראה להלן). לסיכום נראה כי למעשה מסכימים הפוסקים שבמקום בו מקובל כי הרשות המקומית מוסמכת להטלת מיסים בהסכמת רוב חברי המועצה, יש לה את הגיבוי ההלכתי לביצוע פעולה זו.

מיסוי עקיף

בגמרא אין מקור לקיומם של מסים עקיפים, אולם בקהילות ישראל[21] היה נפוץ מס הבשר

כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות".

15. **שו"ת הרשב"א** ג, שפ; **שולחן ערוך** יו"ד רנ, ה.
16. לעיל א, א - סמכות הרשות
17. **שו"ת הרמ"א**, עג; **שו"ת נודע ביהודה** קמא, חו"מ, כ; **שו"ת חתם סופר** חו"מ, סא, קטז, קיז, הובאו בפתחי תשובה חו"מ קסג, א.
18. **שו"ת הרמ"א**, שם.
19. שכן מנהג זה מתאים לדעת הראבי"ה הסובר כי כך ראוי לנהוג מן הדין.
20. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קיז. בכך מסביר החתם סופר את תוקפו ההלכתי של מס הבשר שנגבה על פי צריכה ולא על פי ממון כפי שמחייבת ההלכה.
21. מס זה היה נהוג עוד בתקופת הראשונים, **שו"ת הרא"ש** יג, כ, ונהג באירופה עד לסוף המאה התשע עשרה, **שו"ת רבי עזריאל הילדסהיימר** א, יו"ד, קל, ובארצות המזרח נהג עד לאמצע המאה העשרים, **שו"ת שואל ונשאל** ב, יו"ד, קסה; **שו"ת שמחת כהן** יו"ד, א, א.

אשר נגבה באמצעות השוחט או הקצב, מכל אדם אשר בא לקנות בשר[22] (בדומה למע"מ הנהוג כיום). את הכספים המתקבלים מגביית מס זה ייעדה הקהילה בסופו של דבר לאותן מטרות לשמן נגבה המס הישיר בתקופת הגמרא, קרי, למימון קופת הצדקה הציבורית[23] או לשם מתן שירותים,לרוב שירותי דת[24].

ההבדל הערכי שבין המיסוי הישיר ובין המיסוי העקיף הוא אופן חלוקת הנטל שכן בעוד במיסוי הישיר יכולה מערכת המס לשלוט באופן מלא בדיפרנציאליות ואף בפרוגרסיביות של המס, אותן דורשת ההלכה, ולדאוג כי כל אחד ישלם מס בהתאם למצבו הכלכלי, הרי שבמיסוי העקיף, הנגבה לפי צריכה, מערכת המס אינה שולטת עוד בדבר. יתר על כן, גם אם מבחינת היקף ההכנסות המתקבלות מן המיסוי העקיף, העשירים משלמים יותר כסף מן העניים[25] הרי שמבחינת נטל המס אחוז המס מכלל הכנסותיהם של העניים גבוה בהרבה מאחוז המס מכלל הכנסותיהם של העשירים ולפיכך הם יחושו יותר את נטל המס על כתפיהם[26].

אשר על כן נחלקו הפוסקים האם מס זה מוגדר כמס רוחבי (מה שיכונה להלן "לפי נפשות") שכן העני משלם אותו עבור הוצאות למחייתו[27], או שהעובדה שמס זה משלב באופן עקיף גם מרכיב דיפרנציאלי [28] תגדיר אותו כמס הנגבה "לפי ממון".

בכל מקרה מוסכם על הפוסקים **שאין להמיר** מיסוי ישיר במיסוי עקיף ללא הסכמת כל הציבור, או לכל הפחות בהעדר מנהג ברור, למרות הנוחות הקיימת בגבייתו, בשל הפגיעה בעניים. וכך כותב החתם סופר[29]:

> פשיטא דדינא הוא להעריך אותו חלק מס שעפ"י ממון יעריכו עפ"י עשרו ומשאו ומתנו של בן אדם לא על המאכלים ומשקים.

---

22. **שו"ת חתם סופר** יו"ד, ה; חו"מ, קיז.
23. **שו"ת שואל ונשאל** יו"ד, קלט, כתב שמס זה "מספקין ממנו הוצאות הב"ד והת"ח והעניים".
24. **כנסת הגדולה** הגהות טור, חו"מ, קסג, קג.
25. ר' משה טייטלבוים, **השיב משה**, חו"מ, צד.
26. על פי נתוני משרד האוצר (**מינהל הכנסות המדינה דו"ח שנתי 2009-2010**) חלקו היחסי של המע"מ מכלל הכנסותיו של העני (15%) גדול יותר מחלקו היחסי של המע"מ בהכנסות העשיר (10%) אולם בפועל חמשת העשירונים העליונים צורכים יותר ולכן משלמים יותר מע"מ מחמשת העשירונים התחתונים (ביחס של 1:2). הדברים אמורים כאשר מדובר במס עקיף הנגבה מכלל הצריכה של האדם אולם במס עקיף המושת על מזון בלבד, כגון מס הבשר יתכן והנטל על העניים גדול עוד יותר.
27. רבי חיים פלאג'י, **משא חיים**, מערכת הג, טז: "זה החוב הוא לפי ממון ולא לפי נפשות איך יתכן להטיל כל החוב הנזכר על הג'אבילה דהוי לפי נפשות לבד ולא לפי ממון דבר שהוא הפך תורתנו".
28. **השיב משה**, שם.
29. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, קיז.

אגרות

כדוגמא לאגרות, המשמשות כמקור הכנסה לציבור ונגבות בעת קבלת שירות אך שלא על מנת לממן את השירות, יתכן[30] וניתן להביא את דברי התוספתא[31] הבאים:

> רשאין בני העיר לומר כל מי שיראה אצל פלוני 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.

כלומר הציבור רשאי לגבות אגרה בגין פגישות עם אנשי ציבור, או בגין הזכות לרעות בשטח הציבורי[32]. יש לציין כי בחלק מהמקומות בהם היה נהוג מס הבשר נגבה המס כסוג של אגרת רישוי אותה שילם השוחט או הקצב[33] לקהילה תמורת הזכות למכור בשר במקום.

דמי השתתפות

נראה כי המס הנפוץ מכולם המובא בהלכה נכנס להגדרה של "דמי השתתפות", קרי, מס יעודי שמטרתו לאפשר לציבור לייצר[34] ולספק מוצר ציבורי, וגבייתו נעשית באופן דיפרנציאלי לפי מידת ההנאה של הנישום מהשירות הניתן על ידי הרשות המקומית. במקורות השונים ניתן למצוא גביית מסים יעודיים לצרכים הבאים:

---

30. לדעת **שו"ת הרמ"א**, שם; **שו"ת הריב"ש**, שצט, יש לפרש את התשלומים המוטלים על ידי בני העיר המתוארים בתוספתא זו כקנס המוטל על מי שפגע בציבור בהלשנה למלכות או בשילוח בהמתו לבער בשדות אחרים: "ודאי מיירי בכה"ג שענין ראייתו אצל פלוני מזיק לבני העיר ולכן הכח בידן לתקן היזקם כאשר יחפוצו. ודומיא דסיפא, כל מי שיראה פרתו של פלוני בין הזרעים יתן כך וכך, דהא ג"כ מטעם זה דחוקקין קנס להעמיד דין תורה שלא יזיק אחד לחבירו". הסבר זה מובן לאור שיטתו האוסרת הטלת מסים שלא בהסכמה של כל בני העיר.
31. **תוספתא בבא מציעא** יא, כג.
32. וכך משמע מלשון **הכפתור ופרח**, מד, כבודם של תלמידי חכמים, הרואה בדבר קצבה המוטלת על ידי בני העיר ולא קנס על פגיעה בתושבי העיר.
33. **שו"ת הרא"ש** יג, כ; **שו"ת הריב"ש**, תכו; **כנסת הגדולה** הגהות טור חו"מ, קסג , קג.
34. בתחומים מסויימים בתחום התשתיות ניתן למצוא חלופה לתשלום בדמות גיוס בכפיה של אנשים מהציבור לשם ביצוען. כך אומרת הגמרא **בבא בתרא** ח ע"א:"הכל לכריא פתיא, אפי' מרבנן. ולא אמרן אלא דלא נפקי באכלוזא, אבל נפקי באכלוזא, רבנן לאו בני מיפק באכלוזא נינהו", **וברמב"ם** שכנים ו, ו: "לתקון הדרכים והרחובות (גובים דמי השתתפות – א"ס) אפי' מן החכמים, ואם כל העם יוצאין ומתקנין בעצמן לא יצאו תלמידי חכמים עמהן שאין דרך תלמידי חכמים להזדלזל לפני עם הארץ". הוראות דומות קיימות גם כיום בחוקי מדינת ישראל המטילים על הרשות המקומית את חובת סלילת הדרכים, תוך אבחנה בין מדרכות אותן ניתן לבקש מן התושבים הגובלים בהן לסלול (סלילה ראשונית) בכוחות עצמם (סעיף 249 (12) ל**פקודת העיריות**), לבין כבישים שאת סלילתם לא ניתן להפקיד בידי אנשים פרטיים אלא רק בידי הרשות המקומית (סעיף 249 (11)) וזו תגבה מהציבור את עלות הסלילה (סעיף 250). אבחנה זו הינה אבחנה תיאורתית שכן בפועל העיריות ממשות את יכולתן לגבות תשלום גם עבור מדרכות (סעיף 251 (ג)).

אספקת מים - שנינו בתוספתא[35]:

בני העיר משעבדין אותו לחפור עמהן בורות שיחין ומערות ולתקן את המקוואות ואמת המים.

בניית בית כנסת - שנינו בתוספתא[36] "כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת".

בטחון פנים - שנינו במשנה[37]: "כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח" ובגמרא: "אמר רב פפא: לשורא ולפרשאה ולטרזינא - אפילו מיתמי" (רש"י: לפרשא – פרש שהולך סביבות העיר לשומרה ולידע מה היא צריכה. לטרזינא – שומר כלי זיין של בני העיר).

סלילת ותחזוקת כבישים - אומרת הגמרא "הכל[38] לכריא פתיא, אפילו מרבנן". (רבנו חננאל[39] : כריא פתיא - להסיר גבשושית מרחוב העיר)

העקרון המנחה לכל המסים הללו הוא שהם נועדים לשם הנאתם של בני העיר, ובלשוננו היום הם אינם מס, כפי שהגדרנו לעיל, אלא דמי השתתפות, ולפיכך כל בני העיר, ואפילו

---

35. **תוספתא בבא מציעא** יא, יז.
36. **תוספתא** שם, כג.
37. **בבא בתרא** ז ע"ב.
38. **השתתפות בעלות אגרת סלילה**
בגמרא מבואר כי בסלילת הדרך ובתיקונה משתתפים "הכל". ניתן היה להסיק כי כוונת הגמרא לומר שכל בני העיר מחוייבים לשאת בעלות הסלילה בשווה, זאת בניגוד לחקיקה המטילה את עלות הסלילה רק על בעלי הנכסים הגובלים בדרך המיועדת לסלילה (הדבר נקבע בסעיף 249 (12) ל**פקודת העיריות** ביחס למדרכות, ובחוקי העזר השונים ביחס לכבישים, ד"ר א. וינוגרד **"דיני רשויות מקומיות"** עמ' 349-350). אולם נראה כי אין כוונת הגמרא באומרה "הכל" לרבות את כל תושבי העיר אלא כפי שמפורש בגמרא לרבות תלמידי חכמים הפטורים דרך כלל ממיסים. יתר על כן, החיוב של בעלי הנכסים הגובלים ברחוב סביר יותר שכן הוא מגיע לשקף, לפחות במידת מה את עקרון ההנאה. בדומה לכך שמצאנו בגמרא, **בבא בתרא** ז ע"ב, אותה נביא להלן, שקירבת הבתים לחומה הינה פרמטר בקביעת גובה התשלום שיוטל עליהם בבנייתה.
אולם יש לציין כי מרבית חוקי העזר אינם נצמדים לעקרון ההנאה שכן הם מטילים את עלות הסלילה על בעלי הנכסים הסמוכים לכביש שנסלל, על פי אורך השטח הגובל בכביש או גודל השטח של הנכס הגובל בכביש וזאת על אף שמדד זה אינו משקף כלל את מידת ההנאה של בעל הנכס מהכביש (ואולי להפך). יתר על כן, חלוקה זו סבירה כאשר מדובר על דרך ללא מוצא המשרתת רק את דיירי הרחוב, ואולי אף ביחס למדרכות, אולם אם מדובר בכביש פתוח משני עבריו, המשרת את כלל תושבי העיר, חלוקת הנטל בין תושבי הרחוב על סלילת הכביש אינה סבירה ואינה משקפת לחלוטין את עקרון ההנאה שכן תושבי הרחוב אינם נהנים מהכביש יותר מכל תושב אחר בעיר, ויתכן שסלילתו אף תפגע בהם שכן תרבה עליהם את הדרך. אין זה אומר כי החוקים אינם תקפים על פי ההלכה שכן כפי שנראה להלן סמכותה של הרשות המקומית רחבה ביותר בעניני מיסים אולם רשות מקומית החפצה כי חוקיה יהיו קרובים להדרכתה של תורה ראוי כי תטיל את סלילת הכבישים המהווים עורקי תחבורה לכלל התושבים, על כל תושבי הרשות בשווה.
39. **בתוספות** שם, ד"ה כריא פתיא.

היתומים, הפטורים דרך כלל ממסים נוטלים בהם חלק וכפי שמסכמת הגמרא:

כללא דמילתא: כל מילתא דאית להו הנאה מיניה - אפילו מיתמי.

אופן חישוב דמי ההשתתפות – עקרון ההנאה

כאשר מדובר בדמי השתתפות ברור לגמרא כי חלוקת נטל המס אינה אחידה אלא מוטלת על כל אחד לפי מידת הנאתו מהמטרה לשמה נגבה המס. ניתן לראות זאת מהשיקולים של הגמרא[40] הדנה באופן חלוקת המס המוטל לצורך הקמת חומה לעיר:

בעא מיניה רבי אלעזר מרבי יוחנן: כשהן גובין, לפי נפשות גובין, או דילמא לפי שבח ממון גובין? אמר ליה: לפי ממון גובין, ואלעזר בני, קבע בה מסמרות.

איכא דאמרי, בעא מיניה רבי אלעזר מרבי יוחנן: כשהן גובין, לפי קירוב בתים הן גובין, או דילמא לפי ממון גובין? אמר ליה: לפי קירוב בתים הן גובין, ואלעזר בני, קבע בה מסמרות.

את השיקול לפיו יש לגבות לפי קירוב בתים מבאר רש"י:

בית הקרוב לחומה צריך לחומת העיר יותר מן הרחוק.

את השיקול הנגדי, לגבות לפי ממון, מבאר הר"י מיגאש באופן זהה:

אם יש שם שני בתים ששניהן קרובין ואין שוין בממון ודאי לפי שבח ממון הן גובין אי נמי אם יש שם בית קרובה ואין בה ממון כלל כלום עולה על דעת שגובין ממנה כלל כיון שאין בה ממון למאי חיישא אלא בוודאי אף על פי שקרובה היא כיון שאין בה ממון אין גובין ממנה כלום.

כלומר גם מי שמציע לגבות לפי קירוב בתים, וגם מי שמציע לגבות לפי ממון, שניהם מסכימים על העקרון לפיו שעור דמי ההשתתפות הנגבה מן האדם הוא לפי מידת הנאתו מהמוצר הציבורי אותו הוא מקבל[41].

---

40. **בבא בתרא** ז ע"ב.

41. עקרון ההנאה הוא היסוד להבנת אופן חלוקת הנטל גם על פי האפשרות אותה דוחה רבי יוחנן והיא שגביית הממון לשמירת העיר תיעשה "לפי נפשות" שכן כפי שמסביר **הנימוקי יוסף**, ה ע"א מדפי הרי"ף, במקום בו הבטחון לא נועד להגן מפני שודדים וגנבים הבאים לפגוע ברכוש אלא מפני פורעים ורוצחים הבאים ליטול נפשות אזי ההנאה של האדם היא בשמירה על חייו ובמובן זה אין לחלק בין מי שיש לו ממון רב למי שאין לו דבר – הנאת שניהם שווה: "לפי הנפשות שיש בביתו גובים ממנו ואפילו לא יהיה עשיר יפרע יותר מעשיר שאין לו כל כך נפשות בביתו ובעיא זו כמו שאומר אם גייסא באה מחמת ממון הם יגבו לפי שבח ממון או אם באה מחמת נפשות ויגבו לפי נפשות". לפי הסבר זה, מבאר הנימוקי יוסף, גם אם להלכה פסק רבי יוחנן כי חומת העיר נועדה להגן מפני התקפות שודדים ולפיכך יש לגבות את המימון להקמתה על פי ממון, במקום בו ברור כי מדובר בסכנת נפשות ולא בסכנת ממון יודה רבי יוחנן שגובין לפי נפשות בלבד: "אם ידוע שהיתה באה על עסקי נפשות מחשבין לפי נפשות וכדתניא בפרק הגוזל בתרא (דף קטז ב) שיירא שהיתה הולכת במדבר ועמד עליה גייס

עקרון זה נשמר גם בפוסקים הבאים לדון בדמי השתתפות המוטלים על ידי הקהילה למטרות נוספות, להן מספר הנאות מסוגים שונים המחייבות קיומם של מספר עקרונות חלוקה במקביל[42]. דוגמא נאה ניתן להביא מהרמ"ה[43] הדן באופן חלוקת הנטל של שכר שליח הציבור:

> שתי הסברות שהזכרת בשאלותיך מהיות השכר נחלק לפי נפשות בשוה כגון מחצית השקל או לפי ממון כגון הצדקות ושאר עולי הקהל שתי הסברות הם נכונות ואף על פי שהן סותרות זו את זו השכל יכריע ביניהן כי התפלה לפי שהיא כנגד תמידים ומוספין ושאר קרבנות ציבור וכל אלו אינן באות מן הנדבה אלא ממחצית השקל... כל זה יש לו להיות לפי נפשות בשוה.
>
> אבל לפי ששכר החזן בזמננו זה אינו בשביל חובות התפלה הצריכה בלבד אלא שרובה בשביל שיתעסק בהם ביוצרות ובקרובות בחופות ובמועדים וכיוצא בזה מתפארת ההמון ועוד כי בתפלות המחוייבות לא די להם בחזן שאין קולו ערב אבל מוסיפין בשכר החזן כשמוציאין אותו יודע נגן בנעימות וכיוצא בזה...ומה שמוסיפין על זה השיעור משכר החזן צריך לחלקו לפי ממון כמו שאר עולי הקהל כי התפארת והנדיבות בכגון אלו הדברי' שאינם הכרחיים הם הולכין אחר הממון.

כלומר מידת ההנאה המגיעה לכל אחד ציבור משליח ציבור המוציא את הרבים ידי חובתן שווה, ולפיכך בעלות שכרו המינימלי מתחלקים כולם בשווה. ולעומת זאת על כל מה

לטרפה מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות ואם שכרו תייר לפניהם מחשבין אף לפי נפשות לפי שהיה סכנת נפשות בדבר אם תעו במדבר".

לדעת הרב יהודה שביב, מסים במועצה האזורית, **תחומין ו**, עמ' 279, ניתן לדייק מהפירוש המיוחס לרבנו גרשם, וכך משמע מלשון **החזון איש**, ד, יט, שהאפשרות לפיה גובים להגנת העיר על פי נפשות אינה מקבלת את עקרון ההנאה כמחייב אלא את עקרון השוויון שכן את המושג "לפי נפשות" יבאר הוא כחלוקה שוויונית בין כל בתי האב בעיר. לפי פירוש זה רבי יוחנן מחליט לדחות את עקרון השוויון ולאמץ את עקרון ההנאה ובו "לקבוע מסמרות".

42. לדעת **שו"ת נודע ביהודה** תנינא, חו"מ, כב, יש להחיל את עקרון זה גם על אופן חלוקת המס המועבר על ידי הקהילה היהודית בגולה לידי המדינה, ולהתייחס למס זה באופן בו אנחנו מתייחסים לדמי ההשתתפות, דהיינו לפי עקרון ההנאה. מכאן מגיע הנודע ביהודה למסקנה הבאה "ופשיטא שהמס הוא על שאנו שוכנים בארצותם וכמו מעות דירה והיה ראוי ליתן הכל לפי הנפשות אך אחרי שנותנים לנו ג"כ מחיה לעסוק במו"מ ולכן ראוי ליתן גם לפי ממון".

43. **שו"ת הרמ"ה**, רמא. אמנם רבינו ירוחם, **מישרים**, נתיב כט, חלק ג, פא, טור ד, מובא **בבית יוסף** חו"מ, נג (כג); **דרכי משה** חו"מ קסג, א, מביא את תשובה זו בשם רבינו האי גאון אולם אין זה מסתבר ליחס תשובה זו לרב האי גאון הן בשל העובדה שסגנון התשובה זהה לסגנון שאר תשובות הרמ"ה, והן בשל העובדה כי התשובה מניחה כי אחד מתפקידיו של שליח הציבור הוא לומר יוצרות וקרובות ואלו לא נהגו באופן מחייב על פי המנהג הבבלי, ראה סדר רב עמרם גאון שמביא את המנהג לומר קרובות רק בתפילת יוה"כ, וגם שם הוא תולה אותו ברצון הש"ץ.

שמוגדר כמותרות מוכן האדם האמיד לשלם יותר מחבירו העני, ולפיכך אם הקהילה החליטה לשכור חזן אשר יסלסל בקולו ויערוך טקסים בצורה נאה ומכובדת, עליה לחלק את הנטל באופן פרוגרסיבי, לפי עושרו של כל אחד ואחד[44]. הרמ"ה למעשה מתרגם את עקרון ההנאה לקביעת המחיר אותו מוכן לשלם כל אחד מחברי הקהילה עבור אותו המוצר.

מתשובה זו מסיק החתם סופר[45] את האופן על פיו יש לחלק את הנטל של בניית בית כנסת בין חברי הקהילה:

> והנה בתחילת בנין בה"כ אין ספק שראוי לשלם לפי ערכי נפשות שבני עיר כופין זא"ז לבנות בה"כ וכ"ע צריכים לזה כגדול כקטן כאיש כאשה הבקי ואינו בקי... אך בודאי העניים סגי להו בבנין עצים והעשירים רוצים בבנין מפואר לפאר בית אלקינו... על כן יותן גם לפי ממון אבל עיקור הבנין הוא לפי נפשות כמו שנבנה בהמ"ק שגבה דוד המלך עליו השלום מהשבטים בשוה וקרבנות מתרומות הלשכה שהוא ממחצית השקל שהוא לפי נפשות ויש דברים מלשכת נדבת בדק הבית שהיה לפי ממון המנדבים.

כלומר הואיל והעניים יכולים להסתפק בבית כנסת בסיסי ופשוט ומהעשירים בלבד נדרש להדר ולבנות בית כנסת מפואר יותר אזי במחיר בית כנסת בסיסי ופשוט ישאו כולם בשווה - "לפי נפשות"[46], ומחיר התוספת הנדרשת על מנת לפארו ולרוממו יושת באופן פרוגרסיבי על פי מעמדו הכלכלי של כל אחד ואחד– "לפי ממון"[47].

---

44. לדעת **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** (פראג) ד, אלף טז, הסיבה שבימים נוראים יש ללכת לפי ממון היא שהעני יכול ללכת ממקומו למקום אחר שיש בו תפילה ואילו העשיר מחוייב להשאר ולשמור על רכושו. סברא זו גם כן רואה בעקרון ההנאה את עקרון המפתח אם כי ההנאה אינה נמדדת לפי היכולת לרכוש את המוצר אלא לפי היכולת שלא לרכוש את המוצר.
אמנם בתשובה אחרת, **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** (קרימונה) ג, רכח, כתב שגובים גם לפי ממון וגם לפי נפשות "כי התפילה היא נגד הכל". שתי התשובות מובאות בזו אחר זו **בהגהות מיימוניות** תפילה יא, א. את הסתירה לכאורה מתרץ **הדרכי משה** או"ח נג, ט; **משנה ברורה** שם, ע, שיש לחלק בין תשלום לחזן בשאר ימות השנה בהם העני נהנה מעצם קיומה של התפילה כמו העשיר ולפיכך בחלק יחסי זה של עבודת החזן עליו לשאת בנטל באופן שווה ובין תשלום לחזן בימים נוראים שם העני נהנה גם מטיב התפילה ונגינתה.
על כל פנים מכל התשובות עולה כי עקרון ההנאה ממנו נגזרת הן הגביה השוויונית והן הגביה הפרוגרסיבית מוסכם על הכל והשאלה בה יתלבטו הפוסקים היא כיצד לנתח את מרכיב ההנאה בכל מקרה ומקרה.
45. **שו"ת חתם סופר** ו, לב, בסוף התשובה מציין כי לקח השראה לפסיקה זו מתשובת הרמ"ה.
46. רעיון דומה מופיע **בשו"ת מהר"ם פדואה**, מב, אלא שלדעתו עלות הקמת בית כנסת שיספק את העניים אפסית "כי יספיק להם אהל עראי וצריפא דאורבנא להיות מקום תפלה" ולפיכך למעשה חלוקת נטל בנין בית הכנסת צריכה להיעשות באופן פרוגרסיבי – "לפי ממון" וכך פסק למעשה **הרמ"א** חו"מ קסג, ג.
47. הקביעה כי קיום חובה של הקהילה צריך להעשות תוך התחשבות במצבו הכלכלי של כל אחד מחברי הקהילה עשוי לנבוע מהעובדה שחובה זו מוגדרת כצדקה, אשר בה הגביה פרוגרסיבית

חריגות לעקרון ההנאה

עקרון ההנאה, לפיו דמי ההשתתפות מתחלקים לפי מידת ההנאה המגיעה לכל אחד מהתושבים, הינו עקרון על בקביעת גובה התשלום המוטל על התושבים. אף על פי כן ניתן למצוא בהלכה שתי חריגות לעקרון זה. האחת נוגעת לאופן חישוב מידת ההנאה והיא שאת חישוב מידת ההנאה צריך להעשות על דרך הכלל ולא על דרך הפרט. כלומר את גובה התשלום תקבע התשובה לשאלה העקרונית באיזו מידה המצב הכלכלי של האזרח משפיע על מידת ההנאה מהשירות. וכך כותב המהר"ם מינץ[48] בתשובה:

> בני העיר שכופין זה את זה לקנות ספר תורה נביאים וכתובים אם טוען אחד מהם לא אסייע לכם באילו כי יש לי כדי צורכי אין בדבריו כלום... דהרוב כופין המועט לקנות בית חתנות ולבנות ולסתור בו אף על פי שנופלין בזה טענות רבות דיש לזה טענה עדיין אין לי בנים או עדיין לא הגיעו לפרקן או כבר כל בני ובנותיי נשואין או באולי לא אשיאם בכאן או ההוצאה גדולה אפילו הכי אין שומעין לטענותיו אלא בונין בית חתנות כל שכן בעניין המקוה... וכן מה שטוענות הזקינות שאין צריכות למי טהור למי מקוה שהנידה טובלת בהן תואנות הן מבקשות.

כלומר הקביעה האם מוצר מסויים נדרש אינה נעשית באופן פרטני מי כעת צריך אותו ומי במקרה אינו צריך אותו, אלא אם הקהילה בכללותה צריכה אותו. לאחר מכן נבחנת השאלה הכללית האם ההנאה מהמוצר הציבורי הנדרש תלויה במצבו הכלכלי של הנהנים ממנו או לא.

חריגה נוספת מעקרון ההנאה עוסקת בהחרגת שירותים מסויימים מעיקרון זה. לדעת הרמ"ה בתשובה[49], אם שמירה על עקרון ההנאה תוביל לביטולו של שירות המוגדר כמצוה בה מחוייבת הקהילה, יש להתייחס אל השירות באותו אופן בו מתייחסים למצות צדקה, ולגבות מכל הקהילה באופן דיפרנציאלי, וזאת למרות שגביה זו מנוגדת לגמרי לעקרון ההנאה. כדוגמא לכך מביא הרמ"ה את נושא החינוך:

> מלמדי תנוקות שאמרו בהן מתקנת יהושע בן גמלא ואילך כופין בני העיר זה את זה שיהיו מושיבין מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר... נראה לי כי שכר מלמדי תינוקות בעיירות קטנות שאין יכולין היחידים לתת שכר מלמד כי היא על כל הקהל לפי ממון לא על אבותיהן של הנערים בלבד כי אינן יכולים זה על זה.

בהגדרתה, שכן מצוה זו מוטלת על כל אדם לפי מצבו הכלכלי שנאמר "וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו...". אולם אין קביעה זו מחייבת. שכן מדברי המהר"ם פדוואה, שם, נראה כי גביה פרוגרסיבית מהווה את ברירת המחדל בכל מקרה בו ההנאה מהקיום החובה אינה שווה וכך הוא מבין את דברי המהר"ם שהובאו לעיל "כלל גדול כתב מהר"ם שכל היכא שלא נוכל לתלות בנפשות אז פורעים וגובים לפי ממון".

48. **שו"ת מהר"ם מינץ** ז; **רמ"א** חו"מ קסג, ג.
49. **שו"ת הרמ"ה**, רמא; **רמ"א** קסג ג

קנסות

אחת הסמכויות המוקנית לרשות המקומית הינה הסמכות להטיל קנסות כאמצעי ענישה אשר נועד לה לממש את החלטותיה. וכך מבואר בגמרא[50]:

> ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים, ועל שכר פועלים, ולהסיע על קיצתן.

הביטוי "להסיע על קיצתן" אינו ברור דיו אך הוא מתברר בהמשך הסוגיא (ט ע"א) המביאה מקרה בו מספר שוחטים קבעו בינם לבין עצמם איסור תחרות אשר מי שעובר עליו יקנס בקריעת העור של הבהמה אותה שחט. כאשר מגיע הקנס לידי מימוש הוא מובא לפני רבא אשר אינו מאשר אותו:

> אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם!.

רב יימר מקשה על פסיקתו של רבא מהמשנה המאפשרת לבני העיר "להסיע על קיצתם", והגמרא מקבלת את דבריו (גם אם להלכה הסמכות הופעלה שלא כדין). משמע שהגמרא מבינה כי את הסמכות הניתנת לבני העיר "להסיע על קיצתן" יש להבין כהיתר להטיל קנסות על החלטותיהם[51]. כך אכן מפרש רש"י[52]:

> לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה.

כלומר אפשרות הקנס נתונה לבני העיר ככלי המאפשר להם לכפות את החלטותיהם. את הסמכות להטיל קנסות מבאר הריטב"א כמבוססת על הכלל "הפקר בי"ד הפקר"[53]. לאור דברים אלו פוסק הרשב"א בתשובה[54]:

> הציבור רשאים לגדור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות כפי מה שיראה בעיניהם והרי הוא קיים כדין התורה. ויכולים לקנוס ולענוש כל העובר בכל אשר יסכימו ביניהם.

---

50. **בבא בתרא** ח ע"ב.
51. את הביטוי "להסיע" מפרשים הראשונים כתנועה, שינוי מן המקובל, ובלשון **הריטב"א**, שם, "כלומר שיסיעוהו מדין תורה, או מממונו, או מן העיר". באופן שונה במקצת פירש ב**פסקי ריא"ז**, שם, יג: "להסיע ממלאכתו".
52. כך פירש לפניו גם **רבנו גרשם**, שם: "להסיע על קיצתן - לקנוס על מי שעובר על תנאי שקצבו אנשי העיר" ואחריו המאירי והריטב"א, שם. יש להעיר כי זוהי אינה הפרשנות היחידה שכן ראשונים רבים כגון **רבנו חננאל**, שם, ועוד, הבינו את סמכות בני העיר "להסיע על קיצתן" כסמכות כללית המאפשרת לבני העיר לתקן תקנות, לגבות מיסים ולאכוף דעתם "להסיע על קיצתן, להתנות ביניהן תנאים על מה שיסכימו ויתרצו", וראה לעיל א, א. אולם לאור השימוש אותו עושה הגמרא בביטוי זה נראה כי אין לראות בכך מחלוקת מהותית שכן אין עוררין על סמכות הרשות לקנוס על הסכמות שיש להן תוקף הלכתי, אלא רק מחלוקת בהבנת המונח "להסיע על קיצתן" האם כוונתו דוקא לקנסות או לסמכות כללית.
53. **יבמות** פט ע"ב.
54. **שו"ת הרשב"א** ד, קפה;**שו"ת הרא"ש** ו, כז.

יש להעיר כי השולחן ערוך מביא את האפשרות הקיימת לבני העיר לקנוס את העובר על דבריהם בהקשר של סמכות בני העיל לפקח על המחירים[55], אולם לא ניתן לדייק משתיקתו כי סמכות זו אינה עומדת לבני העיר גם בהקשרים אחרים, כפי שמבואר בראשונים הנ"ל וכך נהגו למעשה קהילות ישראל להטיל קנסות במקרים שונים[56].

השפעת המנהג על אופן חלוקת נטל המס

כפי שראינו עד כה בעניני מיסוי עירוני ההלכה מתווה עקרונות מסויימים על פיהם על הרשות המקומית לפעול. על פי עקרונות אלו, למעט מיסוי המוטל לצרכי רווחה, את שאר פעולות הרשות המקומית יש לממן באמצעות הטלת דמי השתתפות המתחלקים על פי עקרון ההנאה, כלומר, פעולות מהם נהנים הכל בשווה - יגבו באופן שוויוני, פעולות בהן מידת ההנאה תלויה במצבו הכלכלי של האזרח - יגבו באופן פרוגרסיבי, ופעולות בהן ניתן להבחין בין שירות בסיסי לשירות ברמה גבוהה יותר - יש לגבות בגין קיום השירות הבסיסי תשלום אחיד ואת יתרת הסכום לגבות באופן פרוגרסיבי.

עם זאת עקרונות אלו כשלעצמם לא היה די בהם על מנת לנהל בהן את קהילות ישראל בגלות ובוודאי שהם אינם מספיקים על מנת לקבוע באמצעותם את נטל המס ברשות מקומית מודרנית. אכן הראשונים היו מודעים לפער זה בין העקרונות ובין ישומם בשטח ולשם גישור על הפער השתמשו במושג הלכתי מקובל – המנהג.

מושג זה נזכר במספר מקומות בגמרא בין היתר ביחס לדיני פועלים[57], שם קובעת הגמרא כי למרות שהגמרא עוסקת בקביעת תנאי העבודה, אזי במקום בו יש מנהג אחר המנהג מחייב ולא דין הגמרא. מכאן מסיק רבי אביגדור כהן צדק[58] מבעלי התוספות באשכנז מסקנה ביחס למנהגי הקהילות בענייני מסים:

> איש הבא אל עיר נושבת יהודים אם צריך ליתן מס תוך שנים עשר: אם מנהג קבוע שם לחובה - איני יודע לפוטרו, כדתנן פרק הפועלים הכל כמנהג המדינה, וגרסינן עלה בירושלמי זאת אומרת המנהג מבטל ההלכה. ואמרינן נמי התם בגמרא דידן פועל בכניסתו משלו ביציאתו משל בעל הבית שנאמר תזרח השמש וגו' יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב ופריך וניחזי היכי נהוג, אלמא מנהג בני העיר דוחה את דין חכמי התלמוד אף על פי שמצאו לו סמך מן המקרא.

כך כותב גם תלמידו המהר"ם מרוטנבורג[59]

> עניני מס אינם תלוים לא בסברא ולא בגמרא אך כפי מנהג המדינה...

---

55. **שולחן ערוך** חו"מ, רלא, כז: "רשאים בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו, ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך".
56. הרב נפתלי בר אילן **"משטר ומדינה בישראל על פי התורה"** עג, שנד, הע' 19-17.
57. כגון שעות העבודה ראה **בבא מציעא** פג ע"ב. לסקירה בענין תחומי השפעתו הנרחבים של מנהג העולם ראו בספרי, **דיני עבודה במדינת ישראל על פי ההלכה**, כתר י' עמ' 26 הע' 4.
58. **במרדכי** בבא בתרא, תעז.
59. **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** ד, קו.

ובמקום אחר כותב[60]:

> למה אתם שואלים דיני מסים שמהלכות מדינה הם נהרא נהרא ופשטיה ורבו מהם חילוקי מנהגים ומה צורך להודיעכם מנהג מקומינו ושמא אין [מנהג] מקומכם כך.

באופן דומה כותב הרשב"א[61]:

> דיני המס בכל מקום אין יסודתן בהררי קודש התלמוד. ובכל מקום ומקום תמצא בו דינים מחונפים (מלוקטים - א.ס) 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.

יצויין כי למנהג יחשב רק נוהג קבוע[62] במציאות שכיחה[63]. כפי שכתב הריב"ש[64] בבואו לבחון האם קיים מנהג לפטור חזן ממס מסוים:

> צריך שיהיה המנהג ברור לפטור אם בהסכמת הקהל, או שנהגו כן משנים קדמוניות. ונהגו לדון ע"פ המנהג ההוא. דהא לא דמי למנהג פועלים, שכמה פועלים נשכרים בכל יום, ויכול אדם לראות איך נוהגים. אבל בפטור החזן, שאין בעיר כי אם חזן אחד, איך יקרא מנהג? מה שלא שאלו מס לחזן אחד או שנים?!.

אולם, מושג זה כשלעצמו אין די בו בכדי לגשר על הפער בין דיני המסים כפי שנהגו בקהילות ישראל ובין דיני המסים הנלמדים מהגמרא שכן לדעת פוסקים רבים לא כל מנהג מחייב מבחינה הלכתית. לדעתם רק מנהג העומד במבחן הסבירות וההגיון[65]. אולם

---

60. **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** ד, תתקצה.
61. **שו"ת הרשב"א** ד, רס; ג, תיב: "דיני המס בכל מקום ומקום יש להם ענינים משתנים כפי השתנות המקומות. ואין הקהלות נוהגין בהם כדיני התורה במשאות ומתנות דעלמא ובכל מקום דנין בהם לפי מה שנהגו".
62. נוהג קבוע נחשב ב**שו"ת תרומת הדשן**, שמב, לנוהג שפעלו על פיו לפחות שלש פעמים: "אמנם נראה דצריכים לידע דמנהג קבוע ופשוט הוא שנתנו כך בני העיר לכל הפחות תלתא זימנין, והרבה פעמים ציבור עושים להם מסקנא לפי הצורך ואין בדעתם לקבוע מנהג כלל".
63. הגדרה זו נכונה גם בעניני איסור והיתר כפי שכתב **הרמב"ם** שחיטה יא יג: "שדבר שאינו מצוי אין בו מנהג".
64. **שו"ת הריב"ש** תעה; **רמ"א** חו"מ שלא, א.
65. **התוספות** בבא בתרא, ב ע"א ד"ה בגויל, בשם רבנו תם: "יש מנהגים שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן הכל כמנהג המדינה"; **אור זרוע** ג, בבא מציעא, רפ, **במרדכי** בבא מציעא ז, שסו: "נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום... וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא אם כן הנהיגוהו וותיקים וחכמי הדור". וכך פסק **דרכי משה** חו"מ קסג, ט; **ש"ך** חו"מ עב, לה; **סמ"ע**, שם, כג; **גר"א** חו"מ מו, טו, שאין מנהג גרוע נחשב למנהג ואין לסמוך עליו, ויש לפסוק כפי שורת הדין אלמלי היה מנהג.
אמנם מסתבר כי אין כוונתו של האו"ז לומר כי המנהג חייב להיות כמו שכתוב בתורה שכן **הירושלמי בבא מציעא**, פ"ז ה"א, מביא כי יש חילוקי מנהגים בין מקומות שונים ושני

מנהג שבית הדין רואה אותו כבלתי סביר או בלתי הגיוני, או שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות ההלכה, אינו מחייב כלל.

עניני מסים לא עמדו כלל למבחן ההלכה הצרופה העולה מדברי הגמרא, ולו היו צריכים לקבל גושפנקא הלכתית רק על פי הדין המבואר בגמרא בספק רב אם היו מקבלים. יתר על כן, בענייני מסים נראה כאילו הזיקה בין הנוהג בקהילות ובין דין הגמרא קלושה ביותר וכלשונו של רבי מנחם מירזבורק[66] "דיני המס רובם תלויים במנהג".

על מנת להסביר את התופעה ההלכתית הזו ולתת גושפנקא הלכתית למערכת שלמה שאינה מבוססת כמעט בכלל על ההלכה קובע תרומת הדשן[67] כי אכן תחום המיסוי שייך לתחום הסמכויות החברתיות בו ההלכה מאפשרת לאנשים לעצב את המנהג כרצונם (כמעט) ללא כל התערבות וזה לשונו:

> יראה דהני מילי תלי טפי במנהג ממאי דתלי בדת תורה... דבענייני מסים וכה"ג כולהו מודו דאזלינן בתר מנהגם דבני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפילו אי לא הוקבע ע"פ חכמים.... וכל דבר שרבים מצורפים יחד צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי עניינם, דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, משום הכי מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו.

כלומר, בתחום החברתי ובלשונו "כל דבר שרבים מצורפים יחד", בהם השלום בין האנשים חשוב ביותר, קיימת הסכמה מכללא שלא להזדקק לדין תורה אלא לנהוג על פי ההסכמה והמנהג שהתקבע.

אכן, אין זה סותר את העובדה שלהלכה יש מה לומר, ודבריה מחייבים במקום בו אין מנהג מקובל או שאין הסכמה בשאלה כיצד ראוי לנהוג. כמו כן אם הציבור מתלבט בנוגע לנקודה כזו או אחרת מן הראוי שיעשה זאת על פי ההלכה, על אף שאם יגיע להסכמה בנושא המסים השונה מן ההלכה גם היא תקפה ומחייבת. לכן על אף שבפתיחת דבריו כותב המהר"ם מרוטנבורג שבעניני מסים הכל הולך אחרי המנהג ומתאר מנהג שראה הנוגע למעמדה המשפטי של הקהילה בהתדיינות מול היחיד, מוסיף ובוחן את הנוהג

המנהגים מחייבים כל אחד במקומו וכיצד יהיו שניהם תואמים את דין התורה? אלא על כרחנו לומר כי כוונת האו"ז היא שהמנהג צריך לעמוד במבחן האיזון הסבירות וחכמי הדור הם אלו שאמורים לוודא כי המנהג מאוזן וסביר ועולה בקנה אחד עם רוח התורה.
בענין זה ראה בהרחבה במאמרו של הרב שלמה אישון **"מקומו של מנהג המדינה בקביעת הנורמה ההלכתית"** אמונת עיתך 97 עמוד 88 ואילך.

66. **נימוקי רבי מנחם מירזבורק**, מובא בסוף **שו"ת מהר"י וויל**, עמ' קסח, ירושלים, תשי"ט. (רבי מנחם מייזבורק היה מנהיגה של יהדות גרמניה אחרי פרעות המגפה השחורה באמצע המאה ה 14. בחיבורו הוא מתעד ומקבע את המנהג האשכנזי ובפרט באופן הנהגת הקהילות בעת גזרה ולאחריה).
67. **שו"ת תרומת הדשן**, שמב.

בכלים הלכתיים[68] ומסיק כי היות ומנהג זה יש לו יסוד בהלכה ראוי לאמצו במקום בו אין מנהג מקובל:

> וזה חזיתי ואספרה זה נוהג בכל הקהילות שעברתי... ומקדם הייתי סבור דמלתא בלא טעם הוא מהלכות מדינה שנהגו מאליהן שלא ללמד מאותו מנהג בעיר חדשה דאכתי לית להו מנהג. והנה נתתי לבי ודקדקתי כי מנהג תורה הוא ויש לו על מה שיסמוך.

שמענו אם כן מצד הדין כל מנהג המקובל על כלל תושבי הרשות המקומית תקף מבחינה הלכתית, אם כי יש מקום לבחון מבחינה עקרונית את עמדת ההלכה במירב המקרים ובמקום בו נדרשת החלטה ואין מנהג מוסכם יש לנהוג על פי ההלכה.

המיסוי המוניצפלי במדינת ישראל לאור ההלכה

אחד מן החוקים היסודיים במדינת ישראל קובע שלא ניתן להטיל מס אלא על פי חוק[69]. הסמכות החוקית להטלת מסים עירוניים במדינת ישראל נתונה למועצת הרשות המקומית וקבועה בחוק העיריות[70]. מתשובתו של הרשב"א[71] עולה כי חוקי המדינה כשלעצמם משקפים למעשה את מנהג העולם. הרשב"א נשאל על מקרה בו נהגו בעניני ירושה כדיני הגויים ושואל השואל האם יש מקום להעניק תוקף למנהג אם מצד מנהג העולם ואם מצד דינא דמלכותא. הרשב"א מתייחס לשתי השאלות ועונה:

> כל דבר שבממון תנאו קיים... ומוסיף אני על זה שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפילו הנושאים שם סתם - גובין מהם אם מתה בלא בנים, שכל הנושא סתם על דעת הנוהג שם בישראל נושא וזהו שקראוה בפרק המקבל 'דרישת הדיוט'. ומכל מקום לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים.

מפורש בלשונו כי חוק המדינה עשוי לעצב מנהג, ומנהג זה יחייב לכל דבר ועניין. כך גם פוסק להלכה החזון איש[72] וקובע כי מנהג העולם מושפע מהחקיקה, ומחייב הוא בשל

---

68. באופן דומה פסק ב**שו"ת הרשב"א** ג, תיב, כאשר נשאל אודות מקרה בו הציבור לווה כסף וכעת נדרש לפורעו האם יש ללכת אחר מצבם של הנישומים בעת ההלוואה או בעת הפרעון ואחרי שעונה כי הכל תלוי במנהג מוסיף ואומר כי להלכה ישנה תשובה כיצד ראוי לנהוג "וזה משפט ישר וראוי לסמוך בו ודרך שאנו הולכין בה".
כך נוהג תרומת הדשן עצמו מייד אחרי שמסביר מדוע המנהג הוא המכריע: "אכן נראה אף על גב דאייתינן לעיל דבענייני מסים המנהג מבטל ההלכה, מ"מ ראוי ונכון לדקדק היטב אם נוכל להשוות כל המנהגים לדין תורה, אף אם לא לגמרי מ"מ עדיף טפי שנמצאו סעד וסמך מדברי חכמים ולאוקמינהו בטעם וסברא".

69. כך קובע סעיף 1 ל**חוק יסוד משק המדינה**: "מסים, מילוות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות."

70. בארנונה, שהיא המיסוי העיקרי עליו מתבסס תקציב הרשות המקומית עוסק פרק יד ל**פקודת העיריות**. הסמכות להטלת היטלים ואגרות קבועה בסעיף 251 לחוק זה.

71. **שו"ת הרשב"א** ו, רנד.

72. **חזון איש** בבא קמא, כג ע"ב, ד"ה וכל. וראה **שו"ת תשובות והנהגות** ג, תעב, כי לחוקי מדינת

העובדה שדעת בני האדם נקבעת על פיו, וזה לשונו:

> וכל זה בליכא מנהג, אבל אם איכא מנהג הולכין אחר המנהג, דסתמא הוי הפסיקה כמנהג המדינה, **וכן אם יש דינא דמלכותא יש לומר דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא.**

אמנם הרשב"א בתשובתו מבקר את אנשי הקהילה מדוע אומץ המנהג על ידי היהודים באותו מקום רק בשל העובדה כי זהו החוק ומבלי לבחון האם ראוי לתקן תקנה שכזו מכאן ולהבא, אולם אין הוא מערער על עצם קיומו של המנהג אף שהונהג מכח החוק, ואף לא על החיובים אותם הוא מטיל למפרע[73]. כפי שאמרנו, בניגוד לדיני ירושה, בדיני מיסים בעיה זו אינה קיימת, ואם כן, מכיוון שחוקי המדינה בעניני המיסוי המוניציפלי משקפים את מנהג העולם יש להם תוקף הלכתי, אפילו אם אינם תואמים לדיני מיסים המפורשים בהלכה.

תמונת מצב המיסוי ברשות המקומית במדינת ישראל

כאמור לעיל ראינו כי סוגי המיסים השונים, קרי, מיסוי ישיר, מיסוי עקיף, דמי השתתפות, אגרות והיטלים, עליהם מתבסס תקציב הרשות המקומית, היו קיימים גם בעבר. אולם אין ספק כי עריכת השוואה בין המיסוי הקהילתי שהיה נוהג בשנות הגלות הארוכות בקהילות ישראל השונות ובין המיסוי המוניציפלי הנוהג במדינת ישראל כמעט בלתי אפשרית וזאת משתי סיבות:

האחת, תמהיל המיסים המוניציפליים במדינת ישראל שונה באופן דרמטי מתמהיל המיסוי המוניציפלי אותו הטילו קהילות ישראל בשנות הגלות. ההבדל המרכזי נובע מכך שבתקופת הגלות מנגנון הגביה אותו הפעילו הקהילות גבה מס בנפרד עבור כל מטרה קהילתית. כלומר, למעט המס שנגבה על מנת להעבירו לשלטון המרכזי, הרי שעבור כל צורך קהילתי הוטל מס נפרד אשר נועד לממנו, ואם הקהילה התייעצה עם סמכות הלכתית לפני הטלתו על הציבור, קבעה זו את אופן חלוקת הנטל באופן שיתאים לשירות אותו המס מבקש לממן.

לעומת זאת נכון להיום הרשות המקומית גובה תמהיל של מסים אשר מטרתו לממן תמהיל של שירותים. **שינוי זה אינו מנוגד להלכה שכן הוא מחוייב המציאות.** אינה דומה הנהגתה של קהילה בת 100 חברים להנהגת מטרופולין בן מאות אלפי בני אדם. הרשות המקומית לא מסוגלת לנהל גביה סדירה באופן נפרד והדבר יוביל לשיתוק מוחלט של

ישראל ישנו מעמד מחייב משום היותם משקפים את מנהג העולם וזה לשונו בתשובה המתייחסת ליחס ההלכה לחוק הבתים המשותפים: "אנו מוכנים לקבל את המנהג המקובל כאן ביחסי העבודה אף אם נהגו כן ע"פ דיניהם" וראו בהרחבה בעניין זה: הרב דניאל כ"ץ, **נייר עמדה מס' 5: מעמד מנהג שיצר החוק**, אתר דין תורה.

73. ועיין בפסק הדין של הרב אריאל ינאי, ניתן בתאריך כ"ה תשרי תשע"א, 03.10.10, תיק מספר 764411/1, אשר העניק לאשה שנישאה בנישואין אזרחיים את כל הזכויות הממוניות המגיעות על פי החוק לאשה שנישאה כדת משה וישראל מכח הגדרה זו של מנהג המבטל הלכה.

המערכת. אכן במקומות בהם נגבה מן התושבים היטל מיוחד לצורך מטרה מסויימת נכון להגדיר את אופן חלוקת הנטל על פי עקרון ההנאה. דהיינו אם ההנאה תהיה שוויונית יש להטיל את חובת התשלום באופן שוויוני על כל התושבים ואם ההנאה לבעלי הנכסים או אנשי המעמד הגבוה גדולה יותר יש להטיל את המס באופן פרוגרסיבי.

הגביה העצמית של הרשות המקומית נובעת מארנונה למגורים, ארנונה לעסקים, מכירת שירותים, השכרת נכסים אגרות קנסות והיטלים שונים. קשה מאד לתרגם את סוגי המיסוי הללו למונחים ההלכתיים "לפי ממון" או "לפי נפשות" אולם ככלל ניתן לומר כי הארנונה למגורים (כ 13% מתקציב הרשות המקומית[74]) הינה מיסוי שרובו לפי נפשות ומיעוטו לפי ממון[75]. את הארנונה לעסקים (כ20% מתקציב הרשות המקומית) בוודאי שניתן להגדיר כמיסוי לפי ממון ואילו את האגרות וההיטלים ניתן לראות כדמי השתתפות הנגבים על פי עקרון ההנאה. שאר ההכנסות המגיעות מנכסי הרשות או מקנסות אותם היא מטילה אינם מוגדרים כמיסוי שכן האדם יכול שלא להשתמש בשירות, או להשתמש בו על פי הכללים הנדרשים, ולא לשלם כלל[76].

---

74. תמיר אגמון, אתר המחקר והמידע בכנסת "ניתוח מענקי האיזון ברשויות המקומיות 2014-2015".

75. הארנונה למגורים נגבית מהדייר ולא מבעל הנכס ונקבעת על פי גודל הנכס, ללא כל התחשבות במבחן הכנסה. מכיוון שמשפחה קטנה יכולה להסתפק בבית קטן ומשפחה גדולה צריכה בית גדול ולעומת זאת אדם המרויח הון ואדם המרויח בקושי את פת לחמו צריכים לשלם על אותו נכס את אותו סכום ניתן לומר כי הארנונה הינו מס הנגבה לפי נפשות. אולם המנהג המקובל בערים הגדולות הוא להגדיר תעריפים שונים לפי אזורים שונים בעיר, וגובים יותר מאזורים בהם מרוכזת אוכלוסיה מבוססת ופחות מאזורים בהם מרוכזת אוכלוסיה שאינה מבוססת, ויש שמגדילים לעשות ומגדירים תעריפים שונים לבתים מאיכות שונה. כמו כן ברור שגודל הדירה משקף במידה מסויימת גם את מעמדה הכלכלי של המשפחה שכן משפחה עניה גדולה תעדיף להדחס לדירה קטנה ואילו משפחה עשירה תתגורר בדירה גדולה ומרווחת. אי לכך ניתן לומר כי למרות שהארנונה הינה מס על פי נפשות יש בה מרכיבים המאפיינים מיסוי על פי ממון.

76. **דמי חניה**
דוגמא לתשלום נפוץ מסוג זה ניתן להביא מתשלום דמי החניה הנגבים מכל אדם החונה ברחוב במקום חניה המסומן על ידי העיריה כמקום חניה בתשלום. שולי הכביש, רוחב המדרכה, שטחים פתוחים וכל מקום ציבורי אשר עשוי לשמש לחניה, שייכים לציבור ומנוהלים בידי הרשות המקומית הבחורת להשכיר אותם לצרכי חניה.
אמנם לדעת הרב יעקב אריאל, הסכמה לספר **כתר ט,** דמי החניה אינם אלא אמצעי הנתון בידיה של הרשות המקומית באמצעותו היא דואגת לכך "שאף אחד לא יתפוס מקום לזמן רב וימנע מחברו לחנות אף הוא באותו מקום לצרכיו". לעיתים, כך מגדירות גם הרשויות עצמן את העילה לגביית דמי חניה. אולם לדעת הרב דב ליאור, תשובה מיום י' תמוז תשס"ז פורסם באתר "ישיבה", דמי החניה אינם מס אלא תשלום בעבור השכרת מקום החניה השייך לציבור. כך סבורים גם הרבנים דומב ודאבנר בספר כתר ט, עמ' 439 המאריכים בענין זה.

כפי שראינו לעיל, במקום בו ההנאה מורכבת, דהיינו שבמובן מסויים הנאת כולם שווה ובמובן אחר הנאת בעלי הממון גדולה יותר, קבעו הפוסקים שיש לגבות חלק מהמס באופן שוויוני "לפי נפשות" וחלק באופן פרוגרסיבי "לפי ממון". היות והשירותים אותם נותנת הרשות עונים להגדרה זו שכן חלקם שוויוניים (כגון נקיון רחובות, פינוי זבל וזיקוקים ביום העצמאות), מחלקם נהנים בעלי ממון יותר מחסרי האמצעים (כגון סלילת כבישים ושפ"ע המעלה את ערכם של הנכסים), ומחלקם נהנים דוקא דלי האמצעים (כגון רווחה) הרי שמן הראוי כי המיסוי המוניציפלי ישלב שיטות גביה שונות ואכן כך המצב במיסוי המוניציפלי במדינת ישראל.

לסיכום יש לומר כי גם אם מסיבות שונות תמהיל המיסוי המושת כיום על תושבי הרשות המקומית שונה מזה שההלכה מציעה, העקרון לפיו הרשות רשאית לגבות מן התושבים מסים מסוגים שונים, אגרות היטלים ודמי השתתפות, על מנת לממן את מכלול השירותים הניתנים לתושבי הרשות – זהה, ולפיכך התמהיל הנוכחי מחייב גם על פי ההלכה.

לענ"ד מסתבר יותר כדעת הרב ליאור כי דמי החניה אינם מס אלא מחיר עבור מוצר אותו מספקת העיריה, שכן העיריה אינה מבחינה בין תשלום עבור חניה בחניון מוסדר ובין תשלום בשולי הרחובות. כמו כן מחיר החניה נקבע לפי כללי ביקוש והצע: אזורי חניה בתשלום יסומנו רק ברחובות בהם ישנו ביקוש הגדול על ההיצע, ומחיר החניה נקבע לפי כללי ביקוש והיצע. בערים באזור המרכז בהם הביקוש גבוה (כגון תל אביב וירושלים) יכול מחיר שעת חניה להגיע לסכום הגבוה עד פי חמש מערים בהם הביקוש נמוך (כגון אשקלון וצפת). באזורים בהם הביקוש בשבת נמוך (במרבית אזורי הארץ) תהיה החניה בחינם, בעוד באזורי תיירות בהם הביקוש בשבת גבוה (כגון אזור ים המלח ואילת) תהיה החניה בתשלום. כמו כן מחיר החניה נמוך במידה כזו שאינו מפריע לאדם להחנות את רכבו במשך כל היום ובאמצעות תשלום סלולרי הוא לא צריך להפסיק את שגרת יומו לשם כך, מה שמקשה לראות את דמי החניה כאמצעי לויסות לחץ על מקומות חניה.

הנפקא מינה לשאלה האם דמי החניה הינם כלי לשמירה על הסדר הציבורי או תשלום דמי שכירות תהיה בשאלה כיצד רואה ההלכה את מי שחונה מבלי לשלם דמי חניה. אם נראה בדמי החניה דמי שכירות אותה גובה העיריה עבור מקום החניה הרי שמי שמשתמש במקום חניה מבלי לשלם על כך דינו כמי שמשתמש בחצר חברו העומדת להשכרה מבלי לשלם דמי שכירות אותו מגדיר ב**שו"ת הרא"ש** צה, א; **בטור** חו"מ, שעא, כגזלן: "נשתמש בבית ולא העלה שכר לבעלים ועובר משום בל תגזול". ועיין **בפתחי חושן** גניבה ו, הערה מז, שגם אם נאמר שקרקע אינה נגזלת ולפיכך "העושה סוכתו ברשות הרבים הרי זו כשרה", **רמב"ם** סוכה, ה, כה, ע"פ **סוכה** לא ע"א, אם מדובר בקרקע העומדת להשכרה הסוכה פסולה אפילו בדיעבד משום מצוה הבאה בעבירה ואין לברך עליה. הגדרתו של האדם כגזלן מחייבת אותו לשלם לעיריה את דמי החניה גם אם לא "נתפס" ולא חויב בכל קנס. (ניתן לעשות זאת בקלות באמצעות רישום הרכב בישומון נייד כמשתמש בחניה באותו משך זמן בעיר בה בוצעה החניה ללא תשלום). אולם לדעת הרב אריאל, הרואה בדמי החניה כלי לשמירה על הסדר הציבורי הרי שהחניה כשלעצמה אינה שוות כסף ומי שחנה אינו חייב לשלם דבר לעיריה, אלא שאם פגע באנשים אחרים שחיפשו חניה ולא מצאו נחשב הוא למזיק הרבים, שאין תקנה יעילה למעשיו.

הסיבה השניה היא שבניגוד גמור לקהילות ישראל שמימנו את השלטון המרכזי, הרשויות המקומיות במדינת ישראל נתמכות על ידי השלטון המרכזי, קרי, המדינה, ותקציב הרשות המקומית מבוסס באופן ניכר על תקציבים אותם מקבלת הרשות ממדינת ישראל. תקציב זה ניתן הן עבור שירותים ממלכתיים אותם אמורה לספק המדינה באמצעות הרשות המקומית (אשר ניתן בשיטת המימון התואם -"matching"[77]), והן באמצעות מענקי איזון אשר נועדו לאפשר לרשויות חלשות לספק סל שירותים בסיסי לתושביהן (אשר מחולק לפי נוסחה מסויימת)[78].

כפי שראינו לעיל[79] על פי ההלכה המדינה רשאית להגדיר אלו תפקידים שלטונים תבצע הרשות המקומית, אלו תבצע המדינה, ואלו יבוצעו במשותף[80]. כמובן שלהחלטה זו תהיה השפעה על אופן גביית המיסים כאשר מדינה הבוחרת בשלטון ריכוזי תגבה את כל המיסים בעצמה ואילו מדינה הבוחרת בשלטון מבוזר בו על הרשות לממן את השירותים אותם היא נותן בעצמה, תגבה פחות מיסים בעצמה, ותאפשר לרשויות המקומיות לגבות מיסים באופן נרחב אשר יאפשר להן לממן את כל השירותים אותן היא אמורה לתת. בכל מקרה ההלכה קובעת כי החלטה זו נמצאת בסמכותה של המדינה ולפיכך היא תקפה על פי ההלכה.

קביעת יעדי המיסוי

סמכותה של הרשות המקומית להגדיר יעדים, ולגבות מסים אשר יאפשרו לה לעמוד ביעדים שקבעה לעצמה, אינה מוגבלת באופן מפורש בגמרא, מה שמאפשר עקרונית להגיע למסקנה קיצונית והיא שהרשות יכולה להגדיר כל מטרה או שירות אותו היא מעוניינת לספק לתושבים, ועל מנת לספקו היא תוכל לגבות מסים ללא הגבלה. הבנה זו תיצור מצב בלתי אפשרי בו הרוב יוכל לכפות את המיעוט לשלם על שירות בו הוא אינו

77. בענין המימון התואם (matching) בהלכה ראה בהרחבה להלן בנספח א.
78. משמעות הדבר היא כי כל שיטת בניית התקציב השתנתה. בשיטה שהיתה מקובלת בקהילות ישראל היה נשמר איזון בין הכנסות להוצאות מה שגרם להגדיר את סעיף ההוצאות בהתאם לסעיפי ההכנסות, בעוד כיום סעיף ההוצאות מוגדר על ידי סל שירותים קבוע על ידי המדינה, וההכנסות מתיישרות על פיו באמצעות תקציבי המדינה.
היה ניתן להגיע מכאן למסקנה קיצונית כי למעשה אין כל משמעות לרשות המקומית וזו אינה אלא פקידות נבחרת לביצוע מדיניות המדינה האחראית על אספקת שירותים לתושבים אולם אין הדבר הכרחי שכן ניתן לראות במענקי האיזון אותם מעניקה המדינה רק רשת בטחון לרשויות בהן המצב הסוציו אקונומי נמוך, וממילא שעור מקבלי ההנחות גבוה וההכנסות פוחתות, ואת חלקם מגיעה המדינה למלא במענקי האיזון, אולם באופן בסיסי האחריות נשארת על הרשות המקומית.
79. לעיל א, א- חלוקת התפקידים הרצויה בין השלטון המרכזי והשלטון המקומי במדינת ישראל.
80. שם ביארנו כי בעולם קיימים מודלים שונים של חלוקת סמכויות בין השלטון המרכזי והשלטון המקומי ממודלים ריכוזיים ביותר ועד מודלים מבוזרים ביותר (כאשר מדינת ישראל נמצאת בתווך ביניהם). במקורות ההלכה אין סימוכין לעדיפות של שיטת שלטון אחת על פני חברתה.

מעוניין או שאינו מסוגל לשלם עליו. לכן הראשונים מגבילים את סמכות הציבור לגבות מסים לכל מטרה העולה על רוחו אפילו אם הדבר נעשה בהסכמת הרוב.

הגבלה זו מופיעה בשתי תשובות שונות של המהר"ם מרוטנבורג. בתשובה אחת[81] המתייחסת ליכולת לכפות אדם להשאר בעיר או לשכור עבורו מחליף למנין בימים נוראים כותב המהר"ם:

> נראה ודאי דאם אין להם מנין אלא עמו דכופים אותו או לישאר או להשכיר במקומו דאמרינן בתוספתא דבבא מציעא כופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית הכנסת ולקנות להם ס"ת כו' **אלמא דכופין אותו לכל שיש להם צורך גדול** הכי נמי **כיון שהמנהג הוא בכל הגולה** במקום שיש להם אפילו א' או ב' פחות ממנין שמשכירין להשלים מנינם בימי הנוראים שאין דרכן לצאת מבתיהם יכולים לכופו לישאר או להשכיר בחריקיה.

כלומר ניתן לכפות אדם על כל דבר המוגדר כ"צורך גדול" וכמו כן הוא מקובל ונהוג במקומות רבים אחרים. בתשובה נוספת[82] המתייחסת באופן כללי לאופן הנהגת קהילה מרחיב המהר"ם את הגדרת "צורך גדול", ואף נותן לו דוגמאות מספר:

> וילכו אחר הרוב הן לברור ראשים הן להעמיד חזנים הן לתקן כיס של צדקה הן למנות גבאים הן לבנות הן לסתור בבית הכנסת להוסיף ולגרוע ולקנות בית חתנות ולבנות ולסתור בו ולקנות בית האופים ולבנות ולסתור בו סוף דבר **כל צרכי הקהל** יעשה על פיהם כאשר יאמרו ואם ימאנו המיעוט ויעמדו מנגד מלעשות ככל הכתוב יש כח ביד הרוב או ביד מי שימנו הרוב עליהם לראשים להכריחם ולכופם... סוף דבר כופין בני העיר זה את זה **לכל צרכי העיר שהם צריכין הרבה** כי ההיא דתניא בתוספתא דבבא מציעא (פי"א הי"ב) כופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית הכנסת ולקנות להם ספר תורה נביאים כתובים וכופין בני מבוי זה את זה לעשות להם לחי וקורה למבוי וכו' **אף על פי שאין זה צורך גדול כל כך** אפילו הכי כופין כל שכן שאר עניינים הצריכין להם יותר.

המהר"ם מרוטנבורג אינו מגדיר בצורה מוחלטת מהו "צורך גדול" או "צריכים הרבה" אולם ברור למהר"ם כי מחד הציבור אינו יכול להשתמש בסמכותו לכפות את דעתו על היחיד ללא הגבלה ומאידך כי הציבור אינו חייב להסתפק בהכרחי בלבד ורשאי הוא לכפות ולגבות מסים מהיחיד גם עבור צרכים שאינם "צורך גדול כל כך", היות ובאופן תיאורטי היה ניתן להסתדר גם בלעדיהם. על פי זה מסיק רבי יהודה בן אליעזר הלוי מינץ[83] כי ניתן לכפות את הציבור לשלם על מנת לממן שירות "שהוא תועלת או תיקון לקהל או לרוב הקהל" וגם אם יהיו אנשים שיטענו שאין הם משתמשים בשירות זה אין לקבל את טענתם:

---

81. **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** ד, אלף טז.
82. **תשובות מיימוניות** קנין, כז.
83. **שו"ת מהר"י מינץ** ז; **רמ"א** חו"מ קסג, ג.

וכי לענין לחי וקורה אם טען 'למה אתן לתקנם כדי להכניס ולהוציא בשבת אני איני רוצה להכניס ולהוציא' או 'אינו צריך להכניס ולהוציא' או 'לכלנו אין צריך לנו כל כך בתקנה זו'... אין מקבלים טענותם ואין שומעין אליו... ודבר גדול כתב הגאון לעיל דהרוב כופין המועט לקנות בית חתנות[84] ולבנות ולסתור בו אף על פי שנופלין בזה טענות רבות דיש לזה טענה עדיין אין לי בנים או עדיין לא הגיעו לפרקן או כבר כל בני ובנותיי נשואין או באולי לא אשיאם בכאן או ההוצאה גדולה אפילו הכי אין שומעין לטענותיו אלא בונין בית חתנות. כל שכן בעניין המקוה שאינה הוצאה כל כך וצריכות לקהל הרבה יותר ויותר מלחי וקורה ובית חתנות. וכן מה שטוענות הזקינות שאין צריכות למי טהור למי מקוה שהנידה טובלת בהן תואנות הן מבקשות.

יש להעיר כי הן המהר"ם מרוטנבורג והן המהר"י מינץ אינם מדגישים בדבריהם את היות הדבר נצרך למרבית הציבור כמדד יחיד להגדרת צורך המצדיק מימון קהילתי באמצעות גביית מסים בכפיה. העובדה שמרבית הציבור נדרש לשירות מסוים עשויה לשמש סימן לכך שמדובר בצורך גדול אותו על הקהילה לספק, אולם אם יהיה שירות שאינו ציבורי באופיו אלא אישי, אזי גם אם מרבית הציבור נצרכים לו אין זה מוצדק לממנו מכספים שנגבים מאנשים שאינם צריכים לו[85]. מאידך משמע מדברי המהר"י מינץ[86] כי צורך שאינו נדרש למרבית הציבור[87] מסתבר שאינו ציבורי באופיו ואף אותו אין לממן מכספי המיסים הנגבים בכפיה[88].

---

84. הכוונה לאולם שמחות קהילתי.
85. על פי עקרון זה מסביר **הסמ"ע** קסג, לב, את **שו"ת הרא"ש** ו, ט; **רמ"א** שם, ו: "אם הוצרכו להוציא הוצאות שיעזור להם השר עם שטרי חובותיהן, אותם שאינם נושאין ונותנין בשטרות אין חייבין ליתן לזה". ועיין **בפתחי תשובה** שם, כח, המחזק את מסקנתו ומדייק אותה מלשון הרמ"א אשר שינה במקצת את נוסח תשובת הרא"ש מלשון "אם מקצת הקהל הוצרכו להוציא שיתקיימו שטרי חובותיהן" והשמיט את המילים "מקצת הקהל". מהשמטה זו מסיק הפתחי תשובה כי לדעת הרמ"א הסיבה שצורך זה אינו מצדיק כפיה אינה העובדה שאינו משרת את רוב הציבור אלא העובדה שצורך זה אינו ציבורי באופיו.
86. על פי **פתחי תשובה** חו"מ קסג, כג.
87. יש לציין כי מדברי המהר"י מינץ בענין הצורך במקוה או באולם שמחות עולה כי את השאלה האם הדבר נדרש למרבית הציבור יש לבחון בהסתכלות רחבה וארוכת שנים. לדוגמא: גן ילדים נדרש רק להורים לילדים קטנים ולפיכך ציבור המורכב מאנשים בגילאים שונים ברובו אינו מזדקק לו אולם היות ומרבית הציבורי יצטרך זאת בשלב כלשהו בימי חייו ניתן להגדיר זאת כצורך ציבורי גדול. באותו אופן יש להצדיק גם את הקמת מרכז יום לקשיש וזאת על אף שהמרכז משרת בכל רגע נתון מיעוט של הציבור.
88. ועיין להלן ו, ב, שם עסקנו בשאלה ההפוכה, איזה צורך מוגדר כצורך חיוני אותו על הרשות לספק גם לדרישת המיעוט, ולמרות התנגדות הרוב. אשר הוביל לדיון בשאלה באלו תחומים הרשות המקומית מקבלת החלטות על פי הרוב ובאלו לרוב אין משמעות.

חוקיות המיסוי

החוק הישראלי[89] קובע כי רשות מקומית רשאית להטיל מסים רק אחרי שתחוקק חוק עזר שיקבע את המס, מטרתו, אופיו וגובהו, וזה יאושר על ידי שר הפנים, כשאר חוקי העזר. יתר על כן עקרון יסודי במשפט הישראלי הוא שכחלק מעקרון שלטון החוק רשות מקומית אינה רשאית לגבות מסים שלא במסגרת החוק והדבר נכלל במסגרת עקרון "חוקיות המנהל"[90]. הדבר נובע מהתפישה כי אין ברשות המקומית אלא מה שיצק לתוכה המחוקק[91].

הדבר סותם את הגולל לכאורה על גביית מיסים על ידי הרשות המקומית שלא במסגרת המשפט הציבורי. אולם אין הדבר שולל בהכרח כי אותה הנהגה ציבורית המוגדרת כרשות המקומית תקבל סמכות מקבילה ממערכת משפטית חלופית. הדבר מתרחש דבר יום ביומו בועדים מקומיים המוגדרים כרשות ציבורית ופועלים במסגרת סמכותם הסטטוטורית ובמקביל אותם אנשים מוגדרים כוועד הנהלת אגודה קהילתית או אגודה שיתופית וגובים מיסים לא מכח מערכת המשפט הציבורית אלא מכח מערכת המשפט הפרטית.

באותו אופן יש לומר כי רשות מקומית אשר נבחרה על ידי התושבים, אינה רק יציר כפיו של החוק אלא גם יציר כפיה של ההלכה אשר מעניקה סמכות הלכתית להנהגה נבחרת לכפות את דעתה על המיעוט ולגבות מיסים על פי שיקול דעתה, אף שלא במסגרת החוק. כמובן שמיסים אלו יחייבו רק על פי ההלכה ולא על פי החוק ולפיכך במציאות החוקית והחברתית במדינת ישראל כיום לא ניתן יהיה לגבותם אלא מיהודים הרואים את עצמם מחוייבים להלכה. העולה מדברינו הוא כי רשות מקומית (או ועד מקומי בישוב קהילתי) שנבחרה על ידי הציבור, המייצגת ציבור הרואה את עצמו מחוייב להלכה, רשאית להטיל מיסים אף שלא במסגרת החוק (כגון גבוה מן הקבוע בחוק). מיסים אלו אינם בניגוד לחוק אלא שהחוק אינו מכיר בהם ולפיכך אינו נותן מסגרת המאפשרת לכפותם, אך ניתן יהיה לתבוע אותם במערכת שיפוטית המחוייבת להלכה.

כפי שראינו לעיל[92] מצב בו הנהגת הקהילה מהווה זרוע של השלטון המרכזי בנוסף להיותה אחראים מכח ההלכה על צורכי העיר היה מקובל גם בקהילות ישראל בגולה אלא שההלכה מבחינה בין המס הנגבה על ידי הקהל לצורך השלטון המרכזי ובין מס הנגבה לצורכי הקהילה[93]. בסכומים אותם גובה הקהילה בעבור השלטון המרכזי נחשבת הקהילה ומנגנון הגבייה שלה מוחזקים בסכום השומה ובסכומים אותם גובה הקהילה בעבור

---

89. סעיף 251-250 ל**פקודת העיריות** .
90. ראה בג"צ 1640/95 **אילנות הקריה בע"מ נ' ראש עירית חולון** פ"ד מט (5) 582.
91. **בג"צ הנ"ל**: "רשות ציבורית כמו העיריה בענייננו היא גוף אשר הוקם על ידי החוק ואשר אמורה לפעול רק על פי האמור בחוק מולידו דהיינו במסגרת הסמכויות והכוחות המוענקים לו בחוק... הדין הוא אביה מולידה של זו ואין לה אלא מה שהראשון קצב לה".
92. א, א – השלטון המוניציפלי כזרוע של השלטון המרכזי.
93. · ראו בהרחבה **כתר ט**, עמ' 122 ואילך.

צרכים נוספים של הקהילה, שאותם השלטון המרכזי אינו מספק, אין הקהילה נחשבת כמוחזקת בכסף, ועליה הראיה להוכיח את חבות הנישום[94].

מסקנות להלכה

- הרשות המקומית, בהסכמת רוב חברי המועצה, רשאית להטיל מסים, אגרות, היטלים וקנסות על תושבי הרשות המקומית ובכפוף לחוק.
- אין להמיר מיסוי ישיר הנגבה באופן דיפרנציאלי ופרוגרסיבי במיסוי עקיף על צריכה של מוצרים הנצרכים לכלל הציבור.
- מס אשר נועד לספק מוצרים ציבוריים (היטל) אמור להיות מושת על התושבים לפי עקרון ההנאה. על פי עקרון זה גובה המס אותו ישלם התושב יעמוד ביחס ישר למידת הנאתו מן המוצר. במקרה בו לא ניתן לזהות מתאם מובהק יש להטיל את המס על כל התושבים באופן שווה. לדוגמא, את היטל סלילת כבישים המשמשים את כל תושבי העיר, יש להטיל על כלל התושבים ולא רק על התושבים אשר בתיהם גובלים בכביש.
- היטל עבור מוצר ציבורי המוגדר כמצוה אותו לא ניתן להשית על הנהנים ממנו בלבד (כגון לימוד תורה לילדים) יושת על כל הציבור.
- העקרון לפיו יש תוקף למנהג העולם הינו עקרון כללי הנכון באופן מיוחד לתחום המיסוי המקומי. לפיכך בכל מקרה בו על פי המנהג המקובל יש חלק את נטל המס באופן כזה או אחר, יש תוקף למנהג ואין חובה להתאים את אופן חלוקת נטל המס דוקא לעקרון ההנאה או כל עקרון הלכתי אחר הנזכר לעיל. אי לכך יש תוקף הלכתי לצורת המיסוי המוניציפלי במדינת ישראל.
- נחלקו הפוסקים מהו מעמדם של דמי החניה הנגבים על ידי הרשויות המקומיות האם הם מס שמטרתו לשמור מקו פנוי בעיר או דמי שימוש עבור השכרת מקום חניה השקייך לרשות המקומית, וכך מסתבר. לפיכך מי שחנה בחניה עירונית (כחול לבן) ולא שילם עליו לשלם גם אם לא נתפס על ידי פקח.
- רמת השירות אותה צריכה הרשות המקומית להעניק, ועבורה היא רשאית לגבות מיסים אינה בלתי מוגבלת. עליה לכלול מוצרים ציבוריים המוגדרים כציבוריים באופיין ונדרשים באופן ניכר למרבית התושבים. אין לגבות מיסים עבור שירות שאינו הכרחי בהווה או בעתיד למרבית התושבים.

---

94. להלן פרק ג– אופן כפיית תשלום המס.

מיסי ישוב וקהילה

- קהילה או ישוב רשאים להטיל מסים על חבריהם בכפוף לגדרי ההלכה. למסים אלו אין תוקף חוקי לפיכך לא ניתן לתבוע אותם בבית המשפט ולא יהיה ניתן לגבותם בדין תורה אלא מיהודים הרואים את עצמם מחוייבים להלכה.
- עקרון ההנאה חלק גם על קהילה המבקשת לחלק הוצאה משותפת עבור מוצר או שירות ציבורי באופן צודק בין חבריה. עבור מוצר ציבורי ממנו נהנים כולם בשווה ישלמו כולם בשווה. עבור מוצר ברמה הגבוהה מהמינימום ההכרחי יש לחלק את עלות מוצר מינימלי באופן שווה בין כל החברים ואת הסכום הנוסף יש להשית על החברים לפי מצבם הכלכלי.

פרק ב - שומת המס

חיוב מס למפרע

כפי שראינו עד כה, כלל המסים אמורים לממן את כלל השירותים אותם מקבלים התושבים מהרשות המקומית. אי לכך ההגיון נותן כי לא יגבה מאדם תשלום עבור שירות שלא קיבל מעולם. מצב זה עלול לקרות במקרה והרשות מטילה מס המחייב תושבים לשלם בגין שירות שניתן בתקופה בה כלל לא היו תושבי הרשות המקומית. כך גם עולה מלשון המשנה[1] הקובעת כי חיובו של אדם במסים יעשה רק מכאן ולהבא:

> כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר? י"ב חדש. קנה בה בית דירה - הרי הוא כאנשי העיר מיד.

וכך פוסק הריב"ש (סימן תעז):

> לפי שורת הדין אין הבאים מחוץ לעיר חייבין לעולם בחובות שהיו חייבין הקהל טרם בואם ולא בפירותיהם.

אמנם יש להעיר כי פעמים רבות הרשות מבקשת להגדיל את מקור הכנסותיה ולהטיל התחיבויות ישנות גם על תושבים חדשים[2], או לעשות שומא חדשה בגין התחייבויות ישנות[3]. לדעת הריב"ש נוהג זה:

> בלתי ישר, וחוץ מן הדין... מנהג מעוקל.

לדעת הראשונים[4] גם אם שורת הדין אינה כן הרי שבענייני מיסים ההלכה מעניקה תוקף רב למנהג, גם כאשר הוא אינו עולה בקנה אחד עם השכל הישר, וכמו כן ההלכה מעניקה סמכות רחבה לרשות המקומית לתקן תקנות בעניני המיסוי גם כאשר אינן עולות בקנה אחד עם שורת הדין. אמנם, לדעת הריב"ש, גם במקרה זה בו הרשות קבעה תקנה בה היא מטילה חיוב למפרע על כל תושב חדש תקנה זו חייבת להיות ידועה לתושב לפני שמגיע להתגורר בעיר ורק אם הדבר היה ידוע ניתן לומר כי על דעת זה הגיע לגור בעיר והסכים לקבל עליו את ההתחייבות*:

> כל שיש חק קבוע בעיר ומוסכם מן הקהל שכל הבאים מחוץ לעיר לקבוע דירתם בעיר יהיו חייבים בחובות הקהל הקדומים, בזה יש לומר שכל הבא לשם בא על דעת הסכמת הקהל וחקם. וידע ומחיל.

---

1. **בבא בתרא** ז ע"ב.
2. כך היה המנהג בקהילה ששאלה את הריב"ש. יש להעיר במקרים מסויימים התנהגות זו אינה בלתי סבירה כגון שההתחיבויות המוטלות על אנשי העיר גדולות מאשר יוכלון שאת ועלולות לגרום ליציאה של תושבים מן העיר והותרת חובת התשלום על קבוצה ההולכת ומצטמצמת. לעיתים הדבר מתרחש במקרים בו הישוב הגיעה לפשיטת רגל ובמסגרת פריסת החובות מבקש הישוב השתתפות מכל תושב חדש המצטרף לגור בישוב.
3. כך נהגה קהילת ברצלונה כפי שמעיד **בשו"ת הרשב"א החדשות**, שב, וזאת על אף שלדעתו יש מקום לשמר את השומא כפי שהיתה בעת יצירת ההתחייבות.
4. הריב"ש והרשב"א בתשובותיהם הנזכרות לעיל.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מעלה סברא נוספת להטלת חיוב זה.

יש להעיר כי על אף שבמדינת ישראל אין חוק מפורש המונע מיסוי למפרע, הנוהל שהתקבל כתוצאה מפסיקת בתי המשפט עוד בראשית ימי המדינה הוא כי לא יתבצע חיוב נוסף רטרואקטיבי ביחס לשנת מס שכבר עברה[5], אולם יתכנו שינויים באותה שנת מס אשר יחולו למפרע מתחילת שנת המס[6], ובלבד שמדובר בחיוב רטרואקיבי המתקבל על הדעת. לדוגמא, לא יוטל חיוב לתשלום מס עבור שירות שהנישום לא זכה ליהנות ממנו, שיתכן והיה נמנע מלצרוך אותו, או שהיה מכלכל את צעדיו הכלכליים באופן שבו לא יתחייב בתשלום המס[7]. מאידך, אם מסיבה כלשהי אדם לא קיבל הודעת חיוב בתשלום מס אין הדבר פוטר אותו מתשלום והרשות המקומית תהיה רשאית לחייב אותו רטרואקטיבית למן היום בו הוא החל להחזיק בנכס לקבל בגינו שירותים מהרשות[8].

טעות בקביעת גובה המס

ההסתייגות מהטלת מיסוי למפרע אינה כוללת תיקון שומא שנעשתה בטעות, או זיכויים שהתקבלו בגין תשלומים שנעשו בעבר. במקרים אלו נחלקו הראשונים האם יש לתקן את הטעון תיקון, או לקבוע שמה שנעשה - נעשה, ואין לפתוח שומא אחרי שנערכה ונגבתה. לדעת **הרא"ש**[9] אין לבטל פטור ממס, למרות שהתברר למפרע בוודאות שהשומא בגינו ניתן היתה מוטעית[10]:

> אם הקהל בררו שלשה אנשים להטיל שמונה זהובים על כל מי שיראה להם שיש לו מאה וכ' זהובים והיו מקצת אנשים שלא היו סבורים שיש להם מאה וכ' זהובים וכתבו שמם חלק. יראה שאפילו אם ימצא אחר כך שיש להם ממון פטורין מאותו המס[11]... כיון שהשלשה שנבררו להטיל שמונה זהובים על מי שיראה להם שיש לו מאה ועשרים זהובים פטרום סייעתא דשמיא היא ופטורין לגמרי.

לעומת זאת מסידרה של תשובות אותן השיב **הרשב"א** עולה כי גובה התשלום אותו נדרש הנישום לשלם, הוא הסכום האמיתי אותו היה חייב במועד החיוב במס. על פי עקרון זה

---

5. בג"צ 173/55 **מקליס נ עירית פתח תקוה** פ"ד י 264.
6. בג"צ 21/51 **ביננבוים נ' עירית תל אביב** פ"ד ו 275.
7. ע"א 10/55 **אל על נ' עירית תל אביב** פ"ד י 1586.
8. ע"א 8417/09 **עיריית ירושלים נ' ששון לוי**, ניתן ביום 21.08.12.
9. **שו"ת הרא"ש** ו, ד.
10. הרקע לשומא: השלטון דרש מהקהילה לגבות מס בסך 8 זהובים מכל אדם המחזיק ברכוש של 120 זהובים ומעלה ואת היתרה לגבות מעשירי הקהל. אחרי ששמאי הקהילה פטרו מספר מסויים של אנשים מכיוון שלהערכתם הם אינם עומדים ברף המס, התברר כי על השמאים טעו וישנם אנשים העומדים ברף המס שנפטרו ממנו בטעות.
11. לדעת הרא"ש הוא הדין במקרה בו החיוב במס יחסי להיקף נכסיו של אדם והתברר כי נכסיו החייבים במס גדולים הרבה יותר, שאין לחייבו בתשלום נוסף על פי היקף נכסיו האמיתי: "קהל 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".

חייב הרשב"א[12] את קהילת סרגוסה להשיב ליהודים שעזבו את הקהילה ריביות אשר קיבלה הקהילה בעבור הלוואות שנטלו בהן חלק גם התושבים שעזבו את הקהילה. על פי אותו עקרון חייב הרשב"א[13] את קהילת טרזונה הסמוכה לה להשיב גביה עודפת אחרי שתוקנה השומא (אם כי שם הדבר היה מוסכם מראש)[14]. בעקבות הדברים הללו פוסק המהרשד"ם[15] כי אם מתברר כי האזרח (המכונה בתשובה: ר' יוסף) חויב בשל שומא גבוהה מדי יש להחזיר לו את כספו, ואין לטעון כי מדובר במחילה של הנישום (או של הרשות):

> ואני אומר שלכאורה נראה שהדין עם ר' יוסף שהרי ראובן ושמעון שהיה ביניהם משא ומתן וטעו בחשבונם שחשבו שהיה חייב ראובן לשמעון סך מעות ופרע לו ואח"כ דקדקו הטב וראו שטעות חשבון היה נאמר מפני שגבה שמעון יאכל וחדי?! הא ודאי לא! דהא קי"ל דכל דבר טעות לא מהני קנין בטעות או אפילו הקדש בטעות לא הוי הקדש וא"כ מה לי זה ומה לי זה שאין לך טעות גדול מזה שיוסף חשב שהיה חייב לקהל והקהל ג"כ חשבו כן ופרע להם ואח"כ נתגלה הדבר שלא היה חייב למה תלקה עליו מדת הדין שיגבו הקהל ממנו מה שאינו חייב כפי האמת? ...אך בזאת שיתברר הדבר שבשעת העריכה היה טעות דאלולי כן אין כאן טעות כלל...

יש להעיר כי כל הפוסקים שהוזכרו ציינו במפורש כי נושא זה תלוי במנהג הקהילה[16]. שכן הכרעה בשאלה זו מחייבת להכריע בין הרצון לעשות צדק, מחד, ובין הרצון לשמור

---

12. **שו"ת הרשב"א** ג, תה.
13. **שו"ת הרשב"א** ג תיג.
14. על פי אותו עקרון קבע **שו"ת הרשב"א החדשות**, שב, כי הלוואה אותה נטלה הקהילה, וקבעה את החיוב האישי אותו על כל אחד לשלם, צריכה לשמור על גובה החיוב גם אם במועד פרעון ההלוואה מצבם הכספי של חלק מהתושבים השתנה באופן שהיה מצדיק לחלק את החוב באופן שונה.
15. **שו"ת מהרשד"ם** חו"מ תה.
16. כך קובע הרשב"א המובא בהערה לעיל "כל ענייני המסין אני רואה בכל מקום ומקום הולכין אחר המנהג לא על פי דין הגמור, ולפיכך כל שיש מנהג ידוע הולכין אחר המנהג. אבל אם באו לדון בזה אחר הדין הגמור..." ובעקבותיו המהרשד"ם, שם "דבר ידוע הוא מה שפסקו הפוסקים כי בענין המסים והארנוניות המנהג עיקר אך במקום שאין מנהג או בדבר שאין בו מנהג כזה שלפנינו צריך לדעת כפי הדין מה דינו של ה"ר יוסף...". גם הרא"ש, שם, אחר שפסק כי לדעתו אין מקום לתקן טעויות בשומא לא עשה זאת לפני שהתייעץ עם עורכי השומא וכתב כי "נמלכתי בפורעי המס ונראה להם כך גם לי נראה כן".
מדברים אלו הסיק המהרשד"ם כי דעתו של הרא"ש היתה בכלל הפוכה ולא פסק כן אלא מכח אותה התייעצות "משמע מתוך דבריו שלא היה פוסק כן אלא מכח מה שנמלך בפורעי המס ובודאי שהיה נראה יהודה ועוד לקרא אלא שאפשר לומר שהיה דרך פורעי המס כך ומשום הכי נסמך על סברא זו" מאותה סיבה דוחה הוא את מסקנת הרא"ש היות ו"בזמן הזה נראה בעיני שאין דרך הקהלות אלא שלעולם כשמתברר הטעות בין לזכות בין לחובה חוזרים ומתקנים הדבר גם בנ"ד זה כך ראוי לעשות".

על היציבות הניהולית והוודאות הנדרשת להתנהלות הכספית, האישית והציבורית, מאידך. גביה למפרע של חוב גדול, גם אם מתברר שהיה מוצדק עשויה למוטט אדם מבחינה כלכלית[17]. כמו כן האפשרות כי בכל עת עשוי להתברר כי על הקהילה להחזיר סכומי מס לנישומים אחרי שחשבה כי הסכומים עומדים לרשותה מעיקה על יכולת הרשות לממש את תוכניותיו באופן סדיר[18]. באשר למצב במדינת ישראל הרי שאם פסיקת בתי המשפט עשויה לעצב מנהג יש לומר כי המנהג הוא שאם הטעות היתה לטובת התושב לא תתוקן שומא באופן רטרואקטיבי[19].

---

17. במשפט הישראלי נקרא שיקול זה גם בשם "עקרון ההסתמכות". מסיבה זו פסק בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים (עתמ (ים) 8918/08 **רחל צמחוני נ' עיריית ירושלים- מנהל הארנונה**, ניתן ביום 5/4/09) כי הנחה שניתנה בטעות לא ניתנת לביטול רטרואקטיבית. מאידך כאשר אדם בנה בניה בלתי חוקית וממילא לא דיווח עליה, ולא שילם עליה ארנונה, רשאית העיריה לתקן את הטעות בחישוב ולגבות מהתושב את הארנונה על פי השטח אותו הוא החזיק בפועל ולא על פי מה שחשבה בטעות (עת"מ 1603/06 **אולמי דולפין בע"מ נ' עיריית רמלה** .ניתן ביום 17/1/07).

עקרון ההסתמכות

עקרון ההסתמכות הינו עקרון אשר מגיע לידי ביטוי בהלכה בעיקר בתחומי הנזיקין, אם כי במציאות החיים המודרנית בה אנשים תלויים זה בזה באופן עמוק ורחב הוא נעשה שכיח הרבה יותר. בענין הסתמכות על חוות דעת מקצועית שגרמה לנזק ראו **בבא קמא** צט ע"ב; **ש"ך** חו"מ שו, יא. בענין הסתמכות על סיכום בלתי מחייב שגרמה לנזק, כגון מעסיק שהודיע לפועל אותו הזמין שאין צורך בעבודתו ובכך מנע ממנו השתכרות במקום אחר, ראו דברי ר"י הזקן **בתוספות** בבא מציעא עו ע"ב, ד"ה אין; **שולחן ערוך** חו"מ שלג, ב. בענין הסתמכות על פעולה שלא בוצעה ובכך נמנע רווח ("חמרא דזולשפוט") ראו **בבא מציעא** עג ע"ב; **ריטב"א** שם. בענין הסתמכות על הבטחה שגרמה להוצאה מיותרת ("ואני אבוא אחריך") ראו מהר"ם מרוטנבורג **במרדכי** סנהדרין תשז; **רמ"א** חו"מ יד, ה; **אמרי בינה** דיינים כא. וראו בהרחבה לעיל ג, ב, נזק שנגרם בעקבות הבטחה שהופרה – טענת הסתמכות.

18. מפאת שיקול זה קובע חוק הרשויות המקומיות, **ערר על קביעת ארנונה כללית** - תשל"ו, כי ניתן לערער על טעות בקביעת גובה הארנונה על ידי הרשות המקומית עד 90 יום בלבד ממועד קבלת החיוב. הדברים מנומקים בפסק דין של בית המשפט העליון (ע"א 415/59 **דוידוב נ' עיריית תל אביב** פ"ד טז 648: "שהרשות הציבורית רשאית להניח שהאזרח לא יבוא נגדה אחרי עבור זמן ניכר בדרישה להשבת הכסף שנכנס לקופה, והוצא בינתים לשם יספוק צרכי הציבור... בנסיבות אלו דורשת טובת הציבור שלא להתערב בעסקאות שהושלמו".

19. כך קבע בית המשפט העליון ע"א 975/97 **המועצה המקומית עלבון נ' מקורות**, פד"י נ"ד (2) 433: "בפקודת העיריות לא הוקנתה סמכות לתקן שומת ארנונה באופן רטרואקטיבי. כיון שכך ולאור האמור לעיל ידנו תהיה קפוצה במתן אפשרות לתקן שומת ארנונה באופן רטרואקטיבי". יש להעיר כי מסקנה זו מבוססת על כך שהארנונה אינה אלא מס הנגבה מכח החוק ואין שום חוזה מכללא העומד מאחורי החיוב בה. כפי שראינו לעיל גם הרא"ש מחד וגם הרשב"א, מאידך, סברו כי המס הנגבה מתושבי המקום ניתן בעבור תמורה כלשהי ולפיכך לטעות בגביה יש להתייחס כמחילה, שיש להסתפק בשאלה אם היתה או לא.

חיוב ארנונה על נכס שאינו בשימוש בעליו

חיוב בארנונה על נכס שאינו בשימוש

לאור העובדה שהמס נגבה מתושבי העיר על פי עקרון ההנאה, היינו צריכים להגיע למסקנה כי לבעלות על נכס אין כל משמעות לענין עצם חיובו בתשלום עבורם, שכן הנכסים כשלעצמם אינם נהנים מהשירותים העירוניים אלא האדם המתגורר בהם. אעפ"כ שנינו בתוספתא[20]:

> מי שיש לו חצר בעיר אחרת בני העיר משעבדין אותו לחפור עמהן בורות שיחין ומערות ולתקן את המקוואות ואמת המים ושאר כל הדברים אין משעבדין אותו ואם היה שרוי עמהן באותה העיר משעבדין אותו על הכל.

משמע מהתוספתא שאדם שאינו מתגורר במקום אך מחזיק נכס בעיר חייב במיסים, לכל הפחות באופן חלקי. הראשונים מבארים נקודה זו ואומרים כי גם אדם שאינו מתגורר במקום עשוי להנות משירות הניתן לנכסים שברשותו*, וזאת בשני מובנים:

לדעת הרמ"ה[21] ניתן לחייב בעלים של נכס בכל שירות שאלמלי היה ניתן היה הנכס בלתי ראוי לשימוש:

> והני שעבודי כולהו דקתני גבי מי שיש לו בית בחצר אחרת וגבי מי שיש לו חצר בעיר אחר מטעמא דלא מיתגר ליה לבעל הבית ביתיה אלא היכא דעבדי לה לחצר דלת ונגר ומנעול. ולא מיתגר ליה לבעל החצר חצרו אלא היכא דאית בה בעיר בורות שיחין ומערות ואמת המים למשתי מינייהו מיא דאי לא לא חזיא לישוב.

הסבר שונה מספק הנימוקי יוסף[22]. לדעתו יש לחייב את בעלי הנכס בכל שירות המעלה את ערכו של הנכס[23], למכירה או להשכרה:

> אם אינו דר שם לא הוי כאנשי העיר אלא לדברים שהם תועלת הבית... שמתוך שיש בעיר בורות שיחין ומערות באין לדור שם ושוכרין אותה ואם רצה למכרה מוכרה ביותר.

---

20. **תוספתא בבא מציעא** יא, יז.
* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר דן בראיית המלב"ם לחיוב זה.
21. **יד רמ"ה** בבא בתרא ז ע"ב, עו.
22. **נימוקי יוסף** בבא בתרא, ה ע"ב מדפי הרי"ף.
23. השלכות המחלוקת בין היד רמ"ה והנימוקי יוסף מרובות שכן בהגדרתו של היד רמ"ה נכנסים שירותים מצומצמים ביותר, והאדם לא יתחייב אלא על שירותים שאלמלא הם הנכס היה בלתי ראוי למגורים כגון ביוב, אספקת מים זורמים ואולי אף פינוי אשפה. לעומת זאת לדעת הנימוקי יוסף סל השירותים בהם ניתן לחייב בעלים של נכס שאינו מתגורר במקום נרחב ביותר, ויתכן וניתן לחייב את הבעלים בכל פעולה המשפרת את איכות החיים בעיר ומעלה את הביקוש למגורים בה, לרבות נוי, תאורה, סלילת כבישים ומדרכות (אם כי מסתבר שבדרכי גישה הכרחיות ניתן לחייב גם לדעת הרמ"ה).

חיוב שוכר בארנונה

המשנה במסכת בבא בתרא[24] עושה אבחנה בין תושב של קבע, החייב בכל החובות העירוניים ובין תושב זמני שאינו חייב במיסים העירוניים[25]:

> כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר? י"ב חדש. קנה בה בית דירה - הרי הוא כאנשי העיר מיד.

כפי שניתן לראות במשנה לעצם הבעלות על הנכס אין משמעות לענין החיוב במס אלא רק לפעולת רכישתו המהווה סימן לכוונת השתקעותו במקום. מאותה סיבה כתב הריטב"א[26] שאדם שקיבל בירושה נכס בעיר לא יתחייב במיסי העיר שכן בעלותו אינה מלמדת דבר על מידת קביעותו.

אמנם נחלקו הראשונים האם ניתן להסיק מדין זה כי בכל מקרה בו יגלה האדם את דעתו שבכוונתו להשתקע במקום ניתן יהיה לראותו כתושב של קבע ולחייבו בכלל המיסים העירוניים, או שההגדרה של האדם כתושב קבע המתחייב בכלל המיסים העירוניים חייבת להתממש במציאות ולא די בהצהרת כוונות. לדעת **רבנו ברוך** די בכוונת השתקעות בכדי לחייב אדם במיסי העיר וכך כותב המרדכי[27] בשמו:

> פירש רבינו ברוך בספר החכמה דמיירי דוקא דומיא דחמרת וגמלת העוברת ממקום למקום ונשתהה שם אבל אדם הבא לדור להשתקע שם הוי כקונה בית דירה שם דתנן בהדיא הרי הוא כאנשי העיר מיד.

מדברים אלו מסיק הריב"ש[28] כי די בעריכת חוזה שכירות למשך שנה על מנת להוכיח את קביעותו של השוכר ולחייבו בתשלום מלא של כל המיסים העירוניים למן היום הראשון בו האדם מתגורר במקום:

> כל שנתחייב מתחלה לדור כאן י"ב חדש הרי הוא כאנשי העיר מיד... דלאו דוקא קנה בה בית דירה, דהוא הדין עם שכר בה בית דירה, כל ששכרה לי"ב חדש, דמיד הוא כאנשי העיר.

לעומת גישה זו סבור **הנימוקי יוסף**[29] כי כתושב של קבע יוגדר רק אדם שבפועל נמצא במקום דרך קבע, קרי, י"ב חודש. כוונה כשלעצמה לא די בה בכדי להגדיר את האדם

---

24. **בבא בתרא** ז ע"ב.
25. בגמרא שם, ח ע"א, נעשית אבחנה בין חיוב השתתפות בהוצאות לצרכי צדקה שנגבות כמעט באופן מיידי עם התחלת מגורי הנישום בעיר ובין השתתפות בהוצאות עירוניות שמתחילה יותר מאוחר.
26. **ריטב"א** בבא בתרא, ח ע"א; **רמ"א** חו"מ קסג ב: "נראין הדברים דדוקא נקט קנה דטרח אבתריה אבל ירש או שנתנוה לו במתנה אין כאן גילוי דעתא, והיינו דלא קתני ואם יש לו שם בית דירה"..
27. **מרדכי** בבא בתרא , תעז.
28. **שו"ת הריב"ש**, תעה.
29. **נימוקי יוסף** בבא בתרא ה ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה גמ'.

כתושב של קבע ולחייבו במיסים:

> אין הענין תלוי בין אם ירד להשתקע או לגור אלא בזמן שאם עמד שנים עשר חדש הוי כאנשי העיר ממש ואי לא – לא, אלא למילי דאמרינן בסמוך.

ונראה לומר כי לדעתו קניה של בית מגורים מהווה מציאות של מגורי קבע ולא רק סימן לכוונה למגורי קבע[30]. כדעת הנימוקי יוסף סבור גם המרדכי[31] ומסיק שאין חוזה שכירות מהווה ראיה מספקת ולו בשל העובדה שהוא אינו מונע מהאדם לנדוד ולעקור את דירתו וזה לשונו:

> ואפילו שכר בית... אולי אין דעתו להשתקע ואין לחייבו וגם התלמוד מוכיח כן דלא מחייבינן ליה בתוך שנים עשר חדש אלא למילי דצדקה ולפייסי העיר לא מחייבינן עד שנים עשר חדש ומסתמא תוך שנים עשר חדש שכר בית ואפ"ה ליכא חיובא.

מנהג המדינה בחיוב על נכס שאינו ברשות בעליו

למעשה הפוסקים[32] הביאו שתי דעות אלו להלכה ונמנעו מלהכריע ביניהן. אולם על אף המחלוקת, מוסכם על כולם[33] כי למעשה הדבר תלוי במנהג ואין לשנות מן המנהג. על פי מנהג המדינה, כפי שנקבע בחוקי מדינת ישראל[34], בארנונה יחוייב בעל הנכס או המחזיק בו. אם הנכס הושכר לאחר לתקופה העולה על שנה, יהיה השוכר חייב בארנונה במקום הבעלים, אך רק אם ההשכרה דווחה על ידי המשכיר לרשות המקומית. מי ששוכר את הנכס למשך תקופה הארוכה משלש שנים יחוייב בארנונה גם ללא דיווח לרשות המקומית. עקרונית קיימת חובת תשלום ארנונה גם בנכס שאינו מאוכלס אלא שבחלק מן הרשויות קיימת אפשרות לדווח על היות הנכס לא מאוכלס ולקבל באופן זמני הנחה חלקית או מלאה.

---

30. באופן שונה במקצת כתב **בשו"ת מהר"י בן לב** ג, א, שרכישה של בית מהווה מעשה גדול שיכול לשמש כסימן מובהק בניגוד להצהרת כוונות בעלמא וכעין דבריו כתב המרדכי.
31. **מרדכי** בבא בתרא, שם.
32. **רמ"א,** שם.
33. כך כתב המרדכי, שם "ואם מטעם מנהג באנו לחייבו כדאמרינן בירושלמי גבי מילתיה דרשב"ג זאת אומרת מנהג מבטל הלכה ...והרב ר' אביגדור כהן השיב וזה לשונו איש הבא אל עיר נושבת יהודים אם צריך ליתן מס תוך שנים עשר אם מנהג קבוע שם לחובה איני יודע לפוטרו...", וכן כתב הריב"ש שם.
בענין הכרעה במחלוקות בהלכה באמצעות מנהג העולם ראו **שו"ת הרשב"א** ד, קמה; **ש"ך** חו"מ ס, יב; **שו"ת רדב"ז** ד, קטז; אלף קפז. כן ראו **שו"ת כפי אהרן** יב, קב ע"ב (הרב אהרן עזריאל, ירושלים המחצית השניה של המאה ה 19, עמד בראש ישיבת המקובלים "בית אל") שכתב כי אין לומר קים לי כנגד מנהג, ולדעתו העקרון לפיו מחלוקת מוכרעת על פי מנהג זהו היסוד לעקרון המקובל לפיו הספרדים פוסקים כמרן והאשכנזים כרמ"א.
34. סעיף 1, וסעיף 326 ל**פקודת העיריות**.

שומא שאינה אחידה – אכיפה בררנית

שומת הארנונה מסתמכת על פרמטרים רבים ביניהם האזור בו נמצא הנכס, גודלו המדויק, גובה התקרה, יעודו העיקרי, ועוד[35]. ריבוי פרמטרים אלו עשוי לאפשר לרשות להפלות בעלי נכסים שונים לטובה או לרעה. כפי שראינו לעיל, עקרון שלטון החוק אינו רק עקרון פורמלי לפיו השלטון חייב לפעול במסגרת החוק אלא עקרון מהותי לפיו השלטון אינו יכול לפעול באופן שרירותי שלא על פי עקרון של צדק ושוויון בפני החוק[36], וחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכים אלו אין לו תוקף על פי ההלכה. כך כותב הרמב"ם ביחס למלך[37] וכך כותבים הריב"ש[38] והרשב"א[39] ביחס לתקנות הקהל, כדבריהם פסק גם הרמ"א[40]:

> דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד.

במקרה שלנו החוק אחיד ולכן יש לו תוקף לכאורה, אולם אכיפתו אינה אחידה. הדבר מעלה את השאלה האם אכיפה בררנית, בלתי שוויונית, הינה בעייתית כמו חוק בלתי שוויוני, או שמא די בעובדה שהחוק שוויוני, והתעלמותה המכוונת של הרשות מקיומם של עבריינים רבים, אינה פוטרת את האדם כלפיו נקטה הרשות בתביעה, מן הצורך לעמוד בדרישת החוק. בבואנו לעסוק בשאלה זו עלינו להבחין בין אכיפה בררנית ובין אכיפה חלקית. אכיפה חלקית נובעת בדרך כלל מחוסר באמצעי אכיפה, הגורמים לאכיפה להעשות על בסיס אקראי. באכיפה זו אין כל בעיה חוקית[41] ומסתבר שאף לא בעיה הלכתית, שכן חוק אחד לכולם ואכיפה אחת לכולם, והראשון ראשון נבדק ומחוייב לשלם

---

35. יש להעיר כי חוקיותו של הנכס אינה מהווה פרמטר לענין חיוב הארנונה וגם מבנה בלתי חוקי ואפילו המיועד להריסה חייב בארנונה שאם לא כן יצא חוטא נשכר וראה בהערה לעיל.
36. להרחבה בעקרון השוויון ראו לעיל ב, א.
37. **רמב"ם** גזילה ה, יד.
38. **שו"ת הריב"ש**, תעז; **בית יוסף** חו"מ, קסג, מחודש ה.
39. **שו"ת הרשב"א** א, תשפח.
40. **שו"ת הרמ"א**, עג.
41. אבחנה חדה בין אכיפה בררנית לאכיפה חלקית עושה השופט זמיר, בג"ץ 28/8128 **סימונה זקין ו-9 אח' נ' ראש עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289 עמ' 306 307: "אכיפה בררנית אינה היפוך של אכיפה מלאה. לעתים קרובות אין אכיפה מלאה, ומבחינה מעשית אף לא יכולה להיות אכיפה מלאה, של חוק או תקנות. אכיפה חלקית אינה בהכרח אכיפה פסולה. כך גם אכיפה מדגמית. שהרי המדינה אינה יכולה להקצות אלא משאבים מוגבלים לאכיפת החוק. כך גם רשויות מינהליות שונות, כמו רשויות מקומיות. לכן רק טבעי וראוי הדבר שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות, שיקבעו סדר עדיפות לאכיפת החוק. אכן, מדיניות או הנחיות כאלה צריכות לעמוד במבחנים המקובלים לגבי כל החלטה מינהלית, כגון, מבחנים של מטרה כשרה, שיקולים ענייניים, סבירות ועוד. אולם, אם הן עומדות במבחנים אלה, אכיפת החוק על פי מדיניות או הנחיות כאלה אינה אכיפה פסולה. אכיפה כזאת, אף שהיא אכיפה חלקית, אינה אכיפה בררנית".

לפי קריטריונים אחידים. אכיפה בררנית אשר את מעמדה אנחנו מבקשים לברר היא אכיפה שביסודה אפליה או לכל הפחות שרירותיות

מוכס שאין לו קצבה – אכיפה בררנית

ונראה לכאורה כי בשאלה זו הסתפקה הגמרא במסכת נדרים[42] ביחס לאיזה גובֶה מס מתירה המשנה[43] לנישום לשקר, בנימוק שלמעשיו אין תוקף הלכתי של דינא דמלכותא:

> אמר רב חיננא א"ר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה. דבי ר' ינאי אמר: במוכס העומד מאליו.

דעת רבי ינאי ברורה לכאורה, אדם שגובה מס מבלי שהוסמך לכך אינו אלא גזלן, גם אם הוא עושה זאת באופן שיטתי ומסודר. אולם מדברי שמואל עולה לכאורה שגם אדם הגובה מס ברשות ובסמכות עשוי להחשב לגזלן אם "אין לו קצבה". יש מן הראשונים[44] שהבינו כי מבחינה עקרונית מדובר באותה הבעיה, והיא שגובה המס חורג מהסמכות שניתנה לו, ולפיכך לכל הפחות ביחס לאותה החריגה הוא נחשב כמי שגובה ללא רשות וללא סמכות. אולם יש מן הראשונים שהבינו כי על אף שהגביה נעשתה כולה במסגרת סמכותו של גובה המס, גביה שאינה מונחה באמצעות קריטריונים בהירים, ואשר מאפשרת לגובה המס מרחב רב מדי של שיקול דעת אינה נסבלת מבחינה הלכתית. כך כותב למשל הרא"ש[45]:

> והאי לאו דינא הוא, דדוקא בדבר שהוא שוה לכל בני המדינה יש לו רשות להקונה (את המכס) לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה למעט לזה ולרבות לזה.

באופן דומה כותב הרמב"ם[46]:

> מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה, אבל מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שליש או רביע או דבר קצוב... אינו בחזקת גזלן לפי

---

42. **נדרים** כח ע"א.
43. **נדרים** כז ע"ב "נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא תרומה - אף על פי שאינו תרומה, שהן של בית המלך - אף על פי שאינן של בית המלך... והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא!" ומתרצת כדלהלן.
44. הסבר זה מובא לראשונה בפירוש **המיוחס לרש"י** נדרים, שם, המבאר כי מוכס שאין לו קצבה הוא מי "שנוטל כל מה שרוצה". בפירוש המיוחס ליראים, מובא **בשיטה מקובצת**, שם, מפרט את הדברים יותר ואומר כי "שמאחר שאין לו [קצבה] הוא מרבה לקחת שלא במצות המלך ואם היה יודע המלך היה קשה בעיניו ומשום הכי הוי גזלן". (בשיטה מקובצת נקרא הפירוש הנ"ל בשם "שיטה", וזה מביא פירוש זה בשם רבו "הקדוש". הרב דב בר צאמבער בהקדמתו למהדורת השיטה מקובצת מוכיח ממקבילות כי הכוונה היא לרא"ם שבעל ה"שיטה", שלדעתו הוא הראבי"ה, היה תלמידו). בדרך זו מבאר גם **הרא"ש**, נדרים, שם, בפירושו השני אך מוסיף שכאשר גובה המס חורג מסמכותו נחשבת הגביה כולה לגזל ולא רק הגביה העודפת: " כיון שאין לו קצבה מרבה ליקח יותר ממה שהמלך חפץ הלכך כולו גזל".
45. **פירוש הרא"ש** נדרים כח ע"א.
46. **רמב"ם** גזלה ה, יא.

שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה מפני שהוא גוזל מנת המלך...

הסיבה שגביה שאינה אחידה אינה תקפה מבחינה הלכתית ניתנת על ידי התוספות[47]:

ואין תאמר מכל מקום דינא דמלכותא הוא וי"ל כיון **שאין דרך המוכסין כך** אין זה דינא אלא גזילה של מוכס עצמו.

לדעת התוספות הבעיה בגביה שאינה אחידה היא שהדבר חורג ממנהג הגובים, ולכן מסתבר שגם אם הגובה לא הוגבל במפורש בסכום אותו עליו לגבות, עצם האפליה מהווה חריגה מסמכות. למעשה לדעת התוספות אין הבדל עקרוני בין שמואל לרבי ינאי ולדעת שניהם כל הבעיה היא חריגה מסמכות[48].

נימוק שונה בתכלית מובא בראב"יה[49]:

מוכס שאין לו קיצבה [ו]לוקח פעמים מעט ופעמים הרבה לכל רצונו. ואף על פי שמאת המלך הוא מאחר שלא השוה המלך מידותיו לא הוי כי האי דינא דמלכותא דינא.

כלומר גם אם ברור לנו לחלוטין כי מבחינתו המלך המוכס פועל במסגרת סמכותו, למלך אין סמכות לאכוף את חוקיו באופן בלתי שוויוני. עקרון השוויון חייב להיות לא רק להלכה אלא גם למעשה ואי ישום של עקרון השוויון בפני החוק הופך את החוק לבלתי חוקי ואת הגביה לגזל.

כאמור לעיל לדעת רבי ינאי המוכס ממנו מותר לגזול הוא "מוכס העומד מאליו", הפועל שלא ברשות וללא סמכות. אולם מהי דעת רבי ינאי על מוכס הפועל ברשות ובסמכות אך גובה באופן שרירותי וללא קריטריונים אחידים האם הוא אינו נחשב לגזלן? לדעת הרבי יצחק הצרפתי[50] אין הדבר הכרחי ויתכן כי גם רבי ינאי יודה לכך שגביה צריכה להיות גם ברשות, וגם באופן שוויוני:

נוכל לומר דר' ינאי לא פליג על שמואל אלא בא לאשמועינן דבכהאי גוונא נמי איכא לאוקמיה וכן נראה לי עיקר.

שמענו אם כן כי לדעת מספר ראשונים, גם מס שוויוני ביסודו, שאינו נאכף באופן שוויוני אלא באופן בררני ושרירותי, אינו מחייב מבחינה חוקית וגבייתו אינה אלא גזל.

דינא דמלכותא באכיפה בררנית

יתכן לומר עוד, כי גם מיסוד דינא דמלכותא עולה כי דין שאינו נאכף באופן שוויוני אינו

---

47. **תוספות** נדרים כח ע"א ד"ה במוכס.
48. המאירי, **בית הבחירה** בבא קמא, קיג ע"א, מסביר זאת באופן שונה במקצת: "שהוא מחמת המלך אלא שאין למכס שלו קצבה אלא ברצונו של מוכס ואי אפשר שלא להכביד על רצון המלך".
49. **בשיטה מקובצת**, שם, ראו בהערה לעיל.
50. **בשיטה מקובצת**, שם (רבי יצחק הצרפתי, בן דורו של הרשב"א, היחוס על פי הרב דב צאמבער הנ"ל).

מחייב על פי ההלכה ואין לו מעמד של "דינא דמלכותא". הכלל הבלתי מעורער "דינא דמלכותא דינא" נזכר בגמרא במקומות מספר בגמרא לא מבואר מהו היסוד ההלכתי והסברה עליה מסתמך כלל זה, ובמקום אחר עסקנו בשיטות הראשונים השונות בהבנת כלל זה[51]. נבקש לבחון את יכולת השלטון להשתמש באכיפה בררנית לאור ההבנות השונות ביסוד הכלל.

כפי שראינו שם, הרמב"ם וראשונים נוספים קושרים בין העקרון ההלכתי "דינא דמלכותא דינא" ובין "משפט המלך" שנאמר על ידי הנביא שמואל[52]. משפט המלך מסמיך את המלך להחרים רכוש פרטי לצרכי השלטון אך האם הוא גם מאפשר למלך לנצל סמכות זו באופן בררני על מנת לפגוע באדם מסויים או על מנת לקדם את מעמדו האישי? תשובה לדבר ניתן להסיק מהסיפור של החרמת כרם נבות בידי אחאב. על אף שהבעיתיות המוסרית במקרה זה זועקת הן מן הכתובים והן מגרונו של אליהו הנביא, דנו הראשונים בשאלה המשפטית מדוע לא הפעיל אחאב את סמכותו כמלך ולקח את הכרם בלי להסתבך ברצח נבות. התשובה אותה נותן רבנו תם[53] היא שכל עוד המלך פועל משיקולים ציבוריים הדבר מותר, אך ברגע שהמלך פועל מתוך מניעים אישיים הדבר אסור.

יש לציין כי אין בדברים כשלעצמם על מנת להוכיח את הבעיתיות שבאכיפה בררנית אך מדברי הרמב"ם עולה כי על מנת להשתמש בסמכותו זו צריכה להיות סיבה מדוע פנה המלך ליטול שדה זו ולא אחרת:

> ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אלו אם אין להם מה יאכלו אלא משם, ונותן דמיהן, שנאמר ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו.

כלומר, היכולת להשתמש בסמכות המלך, מלבד היותה מצומצמת לצרכים שלטוניים לאומיים בלבד ("לעבדיו כשילכו למלחמה"), ומלבד היותה מוגבלת עד כדי הכרח ("אין להם מה יאכלו"), היא גם מחייבת את המלך להיות מסוגל לתת הסבר טוב מדוע דוקא שדות אלו נלקחו ולא אחרים ("אלא משם"). סמכות מצומצמת זו עומדת בסתירה לכאורה לסמכות הנרחבת אותה נותן הרמב"ם למלך כאשר הוא עוסק בתחום המיסוי, שם הוא יכול להטיל מיסים "לצרכיו או לצורך המלחמות" ואין המס מוגבל "קוצב לו מס".

התשובה לסתירה זו נעוצה לכאורה בסלקטיביות שבשימוש בסמכות המלך. המיסים נגבים באופן רוחבי מכלל הציבור על פי קריטריונים אחידים, לכן הם לא מוגבלים. לעומתם החרמת שדה או כרם הינה מס המופנה כלפי אדם מסויים שהוא בעלי השדה.

---

51. בענין דינא דמלכותא והיסודות עליהם נסמך ראו בהרחבה ראו בהרחבה לעיל חלק א נספח ב. נביא כאן רק את הנדרש לצורך הנושא שלפנינו.
52. **רמב"ם** מלכים ד, א; **רדב"ז**, שם; מאירי, **בית הבחירה** בבא קמא, קיג ע"ב; נדרים כח ע"א; **קרית ספר** גזלה, ה.
53. **תוספות** סנהדרין כ ע"ב, ד"ה מלך. **בהגהות מיימוניות** מלכים ד, ב, מבואר כי זוהי דעת רבנו תם.

בשימוש סלקטיבי בסמכות קיימת בעיה ולכן הוא נעשה באופן אשר יתן מענה לשאלה מדוע בחר המלך להשתמש בסמכותו דוקא כלפי פלוני ולא כלפי הציבור כולו, ובכך שוב לא יהיה השימוש בסמכות בררני אלא אחיד – המלך לקח את השדה הקרובה ביותר למקום בו חנה הצבא בעת בה היה מחסור במזון. לפי דרכנו למדנו כי לדעת הרמב"ם משפט המלך ודינא דמלכותא אינו מאפשר שימוש סלקטיבי בסמכויות המלך ועליו להיעשות לפי קריטריונים אחידים.

זאת ועוד, רוב הראשונים סבורים כי הכלל "דינא דמלכותא דינא" (ואולי גם משפט המלך עצמו) מבוסס על הסכמת הציבור. כך כותב למשל הרשב"ם[54]:

> שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו.

דברי הרשב"ם אינם ברורים שכן לעולם יהיה מיעוט שלא יסכים למלכותו של מלך פלוני או אלמוני, וכי בכך יפקע תוקפו של החוק? וכי יעלה על הדעת שתידרש הסכמת כולם על מנת לתת למלכות תוקף הלכתי? ונראה כי הרשב"ם לא דיבר על המלך אלא על "חוקיו ומשפטיו". כאשר כל הציבור מקבל על עצמו את חוקי המדינה הם מקבלים את תוקפם, ואז גם אם ישנו אדם אחד שאינו מוכן לקיים את החוק ניתן לאכוף אותו שכן החוק הינו כללי ומחייב את כולם באופן שווה. אולם אם ישנו חוק הנאכף רק כלפי אדם מסויים או קבוצה מסויימת ברור שחוק זה לא יקבל את הסכמת אותה הקבוצה וממילא מאבד הוא את תוקפו ההלכתי.

אפשרות אחרת המוזכרת אצל חלק מן הראשונים היא כי הכלל סמכותו ההלכתית של המלך לכפות את דעתו דה-יורו נובעת מכח העובדה שיש בידו את הכח לכפות את דעתו על היחיד והציבור – דה-פקטו[55], ודינא דמלכותא יונק את סמכותו מעצם כחה של המדינה לאכוף את חוקיה. כפי שראינו בדעת החתם סופר גישה זו מסכימה שבארץ ישראל הסמכות לחוקק חוקים לטובת העם מבוססת על הסכמתו ולכן כשם כפי שאכיפה בררנית תהווה בעיה לדעת הרשב"ם והרמב"ם, בארץ ישראל היא תהווה בעיה גם לדעת הר"ן וסיעתו. אולם גם במקום בו דינא דמלכותא חל מכח סברא זו, היות ודינא דמלכותא מסתמך על אכיפת החוק בפועל הרי שאם המדינה אינה מנצלת את כחה על מנת לכפות את אותו חוק היא מסירה את מעמדו ההלכתי של החוק מלהיות נכלל בדינא דמלכותא[56].

---

54. **רשב"ם** בבא בתרא, נד ע"ב, ד"ה מי אמר. וראה במה שכתבנו שם שגם הרמב"ם הסכים לכך שזהו מקור הסמכות עליו מסתמך הן דינא דמלכותא והן משפט המלך.
55. **ר"ן** נדרים כח ע"א בשם התוספות ועוד.
56. כך סבור הרב יעקב אריאל במכתב שנשלח אלי, מובא ב**"אמונת עיתך"**, 97 עמ' 80.

חוק שלא נאכף – עמדת המשפט הישראלי

בפילוסופיה של המשפט יש מי שאומר (קלזן "התאוריה הטהורה של המשפט") כי חוק שהציבור הרחב אינו שומר והמדינה אינה אוכפת בטל גם אם הוא עדיין מופיע בספר החוקים. עקרון זה נקרא בשם DESUETUDE. עקרון דומה אנו מוצאים בהלכה בנוגע לגזרות חכמים שתקנה ש"לא פשטה בכל ישראל" למעשה בטלה, עיין **רמב"ם** ממרים ב, ו-ז. אולם היו הוגים רבים שחלקו על עקרון זה. הוא אינו מעוגן בחוק הישראלי, ואינו מקובל הלכה למעשה על

ממילא גם כאשר תרצה המדינה לאכפו אם היא אינה נוהגת לעשות זאת באופן אחיד, היא אינה יכולה לעשות כן באופן בררני ביחס לאדם מסויים.

אכיפה בררנית בחוקי מדינת ישראל

בנושא אכיפה בררנית חוקי מדינת ישראל עברו שינוי רב במשך השנים. מאז קום המדינה ועד ראשית שנות התשעים של המאה הקודמת הטענה לאכיפה בררנית לא מצאה אוזן קשבת[57].

בעקבות חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, והמהפכה החוקתית שבאה בעקבותיו, אשר העלתה על נס את ערך השוויון, חל שינוי בעמדת בתי המשפט אשר פסלו כל אכיפה בררנית המגיעה מכחה של אפליה[58], ולמעשה בנושא זה עמדת בתי המשפט זהה עם עמדת ההלכה ולפיה אכיפה בררנית הינה פסולה ובלתי חוקית ובלבד שהיא מגיעה בעקבות אפליה פסולה.

למסקנה, אכיפה בררנית אסורה, ואין לה גם תוקף הלכתי, ובמדינת ישראל אין לה גם תוקף חוקי. כפי שאמרנו בפתיחת דברינו, אין הדברים אמורים אלא בבררנות שביסודה אפליה או לכל הפחות שרירותיות אולם אכיפה חלקית הנובעת מחוסר באמצעי אכיפה, אינה אלא אכיפה אקראית שאין איתה כל בעיה חוקית או הלכתית.

מערכת המשפט הישראלית, בג"צ 86-428 **עו"ד יצחק ברזילי נגד ממשלת ישראל**: "התוקף של הוראת חוק... אינו מתבטל עקב אי השימוש בהוראותיו או עקב שימוש מועט בהוראותיו". **אי לכך, עצם העובדה שחוק מסויים אינו נאכף אינה מבטלת את תקפותו המשפטית אלא שהרשות המבצעת אינה שמה אותו בסדר עדיפות גבוה לאכיפה.**

57. כדוגמא לכך ניתן להביא מפסק דין שניתן בעקבות עתירה של אדם שקרקע שברשותו נישומה כדין קרקע לא חקלאית בעוד חלקות סמוכות נישומו כקרקע חקלאית, למרות שמצד הדין היה צריך לשום את כולן כקרקעות שאינן חקלאיות. במקרה זה פסק בית המשפט העליון בשנת 1963, **אדית לש נ' ועדת השומה שעל יד עירית נהריה**, פ"ד יח (1) 324, כי אין באכיפה זו **כל בעיה שכן** "הפסול אינו נעוץ בכך שנכס המבקשת נישום ביתר, אלא שנכסים אחרים נישומו בחסר. המבקשת לא הופלתה לרעה, אלא ממנה גובים לפי מידת הדין, ואחרים מופלים לטובה ונהנים מיחס של עדיפות שאינו מוצדק".

58. **השופט זמיר, נזכר בהערה לעיל**: "אפשר להגדיר אכיפה בררנית בדרכים שונות לצרכים שונים...ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון, הסמכות לעצור אדם או הסמכות להזהרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר".

הנחות בארנונה

מנהג מקובל בכל קהילות ישראל, לפטור את נעדרי היכולת מחובת המס, לפי מידת יכולתה של הקהילה לשאת בעול[59]. פטור זה היה נהוג ביחס למיסים המוטלים על הקהילה על ידי השלטון. אולם כפי שנתבאר לעיל הארנונה אינה אלא השתתפות של התושבים בכיסוי השירותים אותם הם מקבלים מן הרשות המקומית. ממס זה לכאורה אין מקום לפטור גם עניים שכן גם עני מרוד מחוייב לשלם על שירות אותו הוא מקבל. פטור ממס מסוג זה, אם הרשות המקומית מחליטה להחילו, אינו אלא צדקה אותה עושים בני העיר עם התושבים העניים המקבלים שירותים מבלי לשלם עליהם. עם זאת אין להסיק מדברים אלו כי מתן ההנחות אינו ראוי על פי ההלכה, שכן ההפך הוא הנכון. מצות הצדקה אינה רק חובה אישית אלא חובה קהילתית המוטלת על כל אנשי העיר. הדבר נלמד מן הברייתא[60] המתייחסת אל חובת הצדקה הקהילתית כחלק מן החיובים העירוניים המוטלים על כל תושבי העיר[61], לפי מידת קביעותם כתושבי המקום:

> שלשים יום - לתמחוי, שלשה חדשים - לקופה, ששה - לכסות, תשעה - לקבורה, שנים עשר - לפסי העיר.

בברייתא אחרת[62] מבואר עוד כי מקור ההכנסות של הצדקה הקהילתית אינו וולונטרי אלא חיוב המוטל על אנשי העיר:

> קופה של צדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה, נגבית בשנים - שאין עושים שררות על הצבור פחות משנים...ורשאים בני העיר לעשות קופה תמחוי ותמחוי קופה, ולשנותה לכל מה שירצו; ורשאין בני העיר להתנות על המדות ועל השערים, ועל שכר פועלים, ולהסיע על קיצתן.

הדברים נפסקו להלכה על ידי הרמב"ם באופן נחרץ ביותר[63]:

> כל עיר שיש בה ישראל חייבין להעמיד מהם גבאי צדקה אנשים ידועים ונאמנים שיהיו מחזירין על העם מערב שבת לערב שבת ולוקחין מכל אחד ואחד מה שהוא ראוי ליתן ודבר הקצוב עליו, והן מחלקין המעות מערב שבת לערב שבת ונותנין לכל עני ועני מזונות המספיקין לשבעה ימים, וזו היא הנקרא קופה...מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מישראל שאין להן קופה של צדקה.

נמצאנו למדים כי על בני העיר, ולענייננו, על הרשות המקומית, להציב כחלק ממטרותיה את מצות הצדקה, הכוללת עזרה לעניי העיר. העזרה יכולה להיות עזרה ישירה במתן

---

59. ראה **שו"ת הרא"ש** ו, יב; **שו"ת הרשב"א** א, תתפז; תשעז; **רמ"א** חו"מ קסג, ג
60. **בבא בתרא** ח ע"א.
61. כך משמע גם מן ה**תוספתא פאה** ד, י, המניחה כי הצדקה הקהילתית הינה חובה המוטלת על הכל למעט העניים עצמם: "עני שנתן פרוטה לקופה ופרוסה לתמחוי מקבלין אותן ממנו אם לא נתן אין מחייבין אותו ליתן".
62. **בבא בתרא** ח ע"ב.
63. **רמב"ם** מתנות עניים ט, א-ג.

סיוע כספי, במתן שירותים מיוחדים בתחומים המהווים נטל כלכלי יחודי לעני[64], או במתן אותו השירות הניתן לכלל התושבים ללא תשלום. סיוע זה מכונה בשם "הנחות בארנונה". אם הנחות אלו ניתנות לעניים, על פי הגדרתם ההלכתית[65], הרי שבהנחות אלו מקיימת הרשות המקומית את מצות הצדקה באופן ראוי ביותר, לא פחות, ואף יותר ממתן בסתר שכן לא נגרמת לעני כל בושה, וגם האזרח המשלם מיסים בשעור הרגיל, אשר מכספו ממנת הרשות את השירות לעני אינו מרגיש כל התנשאות על העני שאינו מכירו כלל וכלל[66].

---

64. כגון השירותים הניתנים על ידי המחלקות לשירותים חברתיים ברשויות המקומיות. לעיתים חריגות מסייעות המחלקות גם באופן של העברת סכומים כספיים לעניים.

65. בעולם קיימת מחלוקת האם יש למדוד עוני באופן אוביקטיבי או באופן סוביקטיבי עיין ד"ר דניאל גוטליב ורועי מנור, **בחירת מדד עוני כיעד למדיניות ישראל** - סדרת מאמרים לדיון, מרכז מונאסטר למחקר כלכלי, אוניברסיטת בן גוריון 2005. המדד האוביקטיבי המקובל בארה"ב מודד את האפשרות להשיג סל מזון בסיסי. המדד הסוביקטיבי המקובל במדינת ישראל מודד את ההכנסה לנפש ביחס להכנסה החציונית. בכל הנוגע לשאלה מיהו עני לו חובה לסייע ההלכה מצדדת במדד אוביקטיבי מורחב. כך עולה מהמשנה **פאה** ח, ח, הקובעת סכום מינימום שמי שמחזיק בו אינו נחשב לעני. סכום זה מוסבר על ידי הראשונים כסכום המספיק להוצאות העני ומשפחתו עבוד אוכל וביגוד, **ר"ש משאנץ** בפירושו למשנה, שם. לסעיף האוכל והביגוד מוסיפים הפוסקים גם את סעיף הדיור, **שו"ת משפטי עוזיאל** ב, יו"ד, מד, ואת סעיף השירותים הרפואיים, **שו"ת מהרי"ק**, קכח. ועיין הרב עדו רכניץ, מדידת עוני בהשראה יהודית, **תחומין כז**.
בחודש חשון תשע"ו פורסם במדינת ישראל דו"ח ועדת חריס יוצר למעשה ממד אוביקטיבי המתאים לצורת החיים הנוכחית במדינת ישראל. דו"ח זה נועד על מנת להגדיר את הסכום החודשי המינימלי אותו יש להשאיר בידי החייב בעת ביצוע פעולת גביה על ידי ההוצאה לפועל והוא התקבל כהנחיה מחייבת על ידי כונס הנכסים של מדינת ישראל. לאחרונה הביטוח הלאומי החל להשתמש במחשבון הוצאות מחיה בכבוד המבוסס על דו"ח זה. אמנם המחשבון אינו מתחשב בקיומה של דירת מגורים בבעלות המשפחה, פרט שמשמעותי ביותר כאשר באים לבחון את יכולותיה הכלכליות של המשפחה.

66. **הרמב"ם** מתנות עניים י, ז ואילך מונה: "שמנה מעלות בצדקה זו למעלה מזו" כאשר הצדקה השניה במעלתה היא "הנותן צדקה לעניים ולא ידע למי נתן ולא ידע העני ממי לקח, שהרי זו מצוה לשמה, כגון לשכת חשאים שהיתה במקדש, שהיו הצדיקים נותנין בה בחשאי והעניים בני טובים מתפרנסין ממנה בחשאי, וקרוב לזה הנותן לתוך קופה של צדקה". על פי הגדרתו את קופת הצדקה כצורת הנתינה הקרובה לנתינה שכולה בסתר, שכן בסופו של דבר גבאי הצדקה מכיר את העני, והעני מתבייש ממנו במידה מסויימת, נראה לומר כי מתן הנחה בארנונה קרוב עוד יותר לנתינה המעולה שכולה בסתר שכן הפקיד הבודק את הטפסים שהוגשו לו על פיהם ניתנות ההנחות אינו מכיר כלל את האנשים הנזקקים שהגישו בקשה להנחה, והם אינם מכירים אותו ואינם מתביישים כלל בצדקה זו (עד כדי כך שחלקם רואים בה זכות מוקנית המוטלת כחובה חוקית על הרשות המקומית ולא צדקה הנגבית מכלל תושבי הרשות ומחולקת לענייה).

מסקנות להלכה

- אין להטיל מיסוי עירוני עבור שירות שניתן עוד לפני תחילת מגורי הנישום ברשות.
- ניתן להטיל חיוב למפרע רק אם הדבר היה ידוע לנישום עוד קודם הגעתו להתגורר ברשות.
- המנהג המקובל בישראל הוא שלא להטיל חיוב למפרע עבור שירותים שהתקבלו בשנת מס שכבר עברה, אך כן להטיל חיוב למפרע מתחילת שנת המס, ובלבד שמדובר בשירות אותו הנישום לא היה נמנע מלצרוך לו היה יודע שיוטל עליו חיוב.
- אם מסיבה כלשהי אדם לא קיבל הודעת חיוב בתשלום מס אין הדבר פוטר אותו מתשלום והרשות המקומית תהיה רשאית לחייב אותו רטרואקטיבית למן היום בו הוא החל להחזיק בנכס לקבל בגינו שירותים מהרשות.
- נחלקו הפוסקים האם יש לתקן למפרע טעות בשומת המס ולמעשה המנהג הוא שלא לתקן למפרע טעות שהיתה לטובת הנישום, וטעויות לרעת הנישום ניתן לתקן רק עד 90 יום מיום קבלת החיוב.
- אדם שלא דיווח על בניה בלתי חוקית ולא נישום אודותה, ולאחר זמן תוקנה השומא חייב לשלם עבור השטח הנישום החל מהרגע בו התחיל להחזיק בו.
- אדם שאינו מתגורר במקום אך מחזיק נכס בעיר חייב במיסים, לכל הפחות באופן חלקי, וכך המנהג במדינת ישראל לחייב את בעל הנכס בארנונה, גם אם הוא אינו מתגורר בו אם כי בחלק מהרשויות ניתן לקבל באופן זמני פטור או הנחה על נכס שאינו מאוכלס.
- נחלקו הפוסקים האם לחייב את השוכר במיסים עירוניים ולמעשה המנהג בהעדר סיכום אחר בין הצדדים הוא כי בשכירות לטווח ארוך השוכר הוא שחייב בתשלום ארנונה עבור הנכס. לשכירות לטווח ארוך תיחשב שכירות העולה על שנה אם דווחה לרשות המקומית, או שכירות למשך זמן העולה על שלש שנים, אף אם לא דווח עליה לרשות.

אכיפה בררנית

- ההלכה מחייבת את השלטון לפעול על פי החוק.
- חוק המפלה לטובה או לרעה אדם מסוים חסר תוקף הלכתי. נחלקו הראשונים האם יש תוקף הלכתי מכח 'דינא דמלכותא דינא' לחוק המפלה מגזר שלם. בארץ ישראל, לדעת כולם אין תוקף הלכתי לחוק שכזה.
- בהיעדר משאבים מספיקים לאכיפה מלאה של החוק ניתן לאכוף את החוק באופן חלקי, ובלבד שהדבר יעשה בצורה אקראית או על פי שיקולים אחידים ושוויוניים.

- על הרשויות מוטלת החובה לאכוף את החוק באופן שוויוני ובלתי מפלה. אכיפה המפלה לרעה משיקולים פסולים או באופן שרירותי – פסולה הן על פי ההלכה והן על פי החוק.
- גביית מס שוויוני באופן בררני ובלתי שוויוני אינה אלא גזל.

הנחות בארנונה

- על הרשות המקומית, להציב כחלק ממטרותיה את מצות הצדקה, הכוללת עזרה לעניי העיר.
- עזרה לעניי העיר יכולה להיות עזרה ישירה במתן סיוע כספי, במתן שירותים מיוחדים בתחומים המהווים נטל כלכלי יחודי לעני, או במתן הנחות בארנונה.
- על ההנחות להנתן לאנשים העומדים במדד עוני אוביקטיבי מורחב הבוחן את יכולת המשפחה לספק את צרכיה הבסיסיים, כפי שהם מוגדרים באותה הרשות.

פרק ג - גביית המס

אופן כפיית תשלום המס

כפי שראינו בתחילת הפרק כאשר אנחנו מדברים על מסים מוניציפליים אנחנו עוסקים בכסף הנגבה מן התושבים בכפיה, בעל כרחם. משמעות הדבר היא שכאשר תושב אינו משלם את המס המושת עליו, לרשות המקומית קיימת הזכות והחובה לחייב אותו לעשות זאת ובכך לממש את סמכותה. לפיכך יש לבחון כיצד אמורה לנהוג במקרה של תושב שאינו משלם מסים.

בכל מקרה בו קיים חוב של אדם פרטי לאדם פרטי או לציבור, הדרך היחידה לכאורה[1] הקיימת בהלכה היא תביעה בבית דין, אשר יפסוק כי אכן קיים חוב שכזה, וזה בלבד יפעיל את סמכותו ויקח מהחייב את הממון בו הוא חייב בעל כרחו.

אעפ"כ הראשונים דנים ביכולת הציבור לגבות מהחייב את המס בכח, מבלי להזקק להליך משפטי, או למצער, לאפשר את קיומו כערעור בלבד על תשלום המס אחרי שזה יבוצע בעל כרחו של החייב. לדעת רבי אליעזר ממיץ[2] קיימת לקהילה זכות מיוחדת לקחת משכון מהתושב עוד לפני בירור הענין בבית הדין, על מנת להפעיל לחץ על התושב:

> יש כח לקהל למשכן היחיד קודם בבית דין כיון דרבים נינהו ואח"כ ירדו לדין.

יתר על כן, לדעת המרדכי[3] בכל מקרה שבו יחיד מערער על חבותו במס, על הנישום ראשית כול לשלם, ורק אח"כ להתדיין מול הציבור על חובתו בתשלום ונימוקו עמו:

> נוהגין בכל הקהלות שיחיד המדיין עם קהלו עבור עניני מסים שהקהל גובין ממנו המס תחלה ואחר כך אם ירצה ירדו עמו לדין ואם נטלו שלא כדין יחזירו לו ע"פ ב"ד והקהל רוצים להיות מוחזקין ותופסין, ונתבעין ולא תובעין, דאם לא כן לא היה תקנה לרבים שכל אחד יעשה עולה ויחשוב בלבו מי יתבענו לדין מאן פייס מאן שביק קדירא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא.

המרדכי מבסס את מנהג הקהילות על המשנה[4], המחייבת את האדם המתדיין עם הקהילה על זכותו להחזיק באילן הסמוך לעיר, ראשית לקצוץ את האילן, ורק אחר כך לתבוע את הציבור, וזאת מכיוון ש"קדרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא". לעומתו מבסס רבו, המהר"ם מרוטנבורג[5], את מנהג הקהילות על זכותו של המלך במס שאותו הוא משית על נתיניו:

---

1. קיים מסלול נוסף, בו האדם גובה מחברו בכחות עצמו, "עביד איניש דינא לנפשיה" ראו **שולחן ערוך ורמ"א** חו"מ ד, אולם מסלול זה מוגבל להשבת חפץ שנגזל, ואינו מאפשר להשתמש בכח על מנת לגבות חוב, בפרט אם יש מחלוקת בנוגע לקיומו.
2. **במרדכי** בבא בתרא, תקסט; **רמ"א**, שם.
3. **מרדכי** בבא בתרא, תקסט; תקכב.
4. **בבא בתרא** כד ע"ב.
5. **במרדכי** בבא בתרא, תקסט.

> חשיב המלך כמוחזק במס של כל אחד ואחד, וכל היכא דאיכא שום ספיקא ושום טענה שאינה ברורה ליחיד ליפטר מן המס, אמרינן דינא דמלכותא דינא.

הנפקא מינה בין שני הטעמים ברורה: אם מדובר בוויכוח על מס שלא המלך השית על התושבים, אלא הקהילה עצמה, אזי לדעת המהר"ם אין הקהילה יכולה לגבות את המס מיחיד הטוען לפטור, מבלי להוכיח בבית דין את חיוב הנישום במס, וזאת בניגוד למרדכי שיראה את הקהילה כמוחזקת במס של היחיד, גם אם מדובר במס שהשיתה הקהילה עצמה. למעשה פסק הרמ"א[6] כדעת המהר"ם:

> הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד... והא דנקראים מוחזקים לגבי יחיד, דווקא בענייני מסים, אבל לא בשאר דברים.

ומבארו הסמ"ע[7]:

> מה שמסיק רמ"א דוקא בענין מסים, טעמו דכיון דהמס הם גובין ליתנו למלך, הן יד המלך, וצריך היחיד לברר זכותו לפני המלך, אבל בשאר דברים אין נקראים מוחזקים לענין זה שתהיה ידם על העליונה כנ"ל, אבל בנתינת המשכון הם שוים, וזה שכתב ומכל מקום וכו'.

נמצאנו למדים כי אם החייב אינו משלם את המס המוניציפלי אשר נועד לקיום השירותים המוניציפליים, אין הרשות נחשבת כמוחזקת בכסף, ועליה מוטלת החובה להוכיח את חבות הנישום, אולם זכותה לתפוס מהנישום משכון בגובה חובו עד אשר יתברר הענין בבית הדין.

החוק במדינת ישראל מעניק סמכות לרשות המקומית לתפוס ולעקל את רכושו של החייב בארנונה וזאת במסגרת של גביה מנהלית ללא ביצוע של כל הליך שיפוטי[8]. לאור העובדה שמדינת ישראל משתתפת בתקציב הרשויות המקומיות באופן ניכר, וכן לאור העובדה ששיעור הארנונה נקבע במידה רבה על ידי המדינה, יש למס זה[9] תוקף של דינא דמלכותא

---

6. **שולחן ערוך** חו"מ ד, א.
7. **סמ"ע** שם, ו.
8. סמכות התפיסה מוקנית לרשות המקומית וקבועה בחוק בפרק החמשה עשר ל**פקודת העיריות**. על פי נהלי התפיסה, זו תיעשה אחרי 15 יום ממועד פרעון החוב, ואחרי שנשלחה לחייב הודעה בכתב ובה דרישה לתשלום (סעיף 306). לאחר מכן מוציאה הרשות צו הרשאה לגובה הארנונה (סעיף 309) אשר יכול להכנס לרשותו של החייב, לדרוש ממנו תשלום מיידי, ואם אינו משלם יכול גובה הארנונה לתפוס כל נכס שבבעלות החייב (סעיף 310). אם החייב מסרב, ודורש מן הגובה לצאת מרשותו, נדרש הגובה להביא צו נוסף המאפשר שימוש בכח ורק אז יוכל להכנס בכח לרשות החייב, ובלבד שהדבר יעשה בשעות היום ובנוכחות משטרה (סעיף 312). שבועיים אחרי התפיסה ימכרו הנכסים שנתפסו במכירה פומבית ומהסכום שיתקבל יכוסה חובו של החייב (סעיף 311).
9. מסיבה זו לא יהיה ניתן להקנות סמכות זו לעיריות בבואן לגבות תשלומים שאינם בגדר של מס ארנונה ואכן סעיף 306 לפקודת העיריות מגביל את סמכות זו של הרשות המקומית רק לצורך גביית הארנונה ולא לצורך גבית הטלים, אגרות או דמי השתתפות אחרים.

וממילא נכונים בו דברי המהר"ם המאפשר לרשות לגבות את המס מבלי להזדקק לכל הליך שיפוטי[10].

כפיית תשלום מיסי ישוב במדינת ישראל

[11]ישובים קהילתיים נדרשים לגבות מיסי ישוב גבוהים יחסית על מנת לספק לתושבים סל שירותים סביר הנדרש לחיים בישוב קהילתי[12]. אולם, הסמכות החוקית לכפות תשלום מס ניתנת רק לרשויות מקומיות בהגדרתן החוקית[13] ואיננה נתונה לועדים מקומיים בישובים קהילתיים[14], ומסים אלו הגם שהם מחייבים על פי ההלכה הם אינם קבועים בחוק[15].

---

10. אמנם הגביה צריכה להיות במסגרת הלכות "מסדרין לבעל חוב" אשר משאירות בידי החייב מינימום הנדרש לקיומו ולפרנסתו וכמבואר **בשולחן ערוך** חו"מ, צז. ועיין להלן בהרחבה.
11. בענין זה הרחבתי במאמרי "חלוקת סמכויות ותפקידים בין אגודה שיתופית ובין ועד מקומי", **תחומין לו**, עמודים 282-270.
12. ישוב קטן מצריך החזקת מערכת חינוך בלתי פורמלי עצמאית, אבטחה מספקת, גינון בשטח נרחב יחסית למספר התושבים, שירותי דת, ועוד. בעיר הגדולה, אספקת שירותים אלו, אם בכלל נדרשת, מתחלקת לכמות תושבים הגדולה מאות מונים, ולכן די בארנונה אותה משלמים התושבים על מנת לספק שירותים אלו ואף יותר מכך.
13. למותר לציין שסמכות זו אינה נתונה לקהילות עירוניות הנותנות לחבריהן שירותים קהילתיים שכן האדם יכול להצטרף אליהן או לפרוש מהן בכל רגע, ולפיכך מעמדן של קהילות אלו אינו כשל ציבור אלא כשל שותפים. בוודאי שבקהילות אלו נכונים דברי רבנו תם, לעיל א א, לפיהם אין הרוב יכול לכפות את המיעוט לקיים אחר החלטות המחייבות אותו להוציא כסף מכיסו. האדם הופך להיות תושב בישוב, ונהנה בעל כרחו, ובעל כרחו של הישוב, מסל השירותים אותו הישוב מספק, בעצם מגוריו במקום.
14. על אף שהחוק קובע כי "ישוב ינוהל על ידי וועד מקומי", הוא אינו מכיר באופן רשמי בקיומם של צרכים אלו ואינו מאפשר לועד המקומי המנהל את ענייני הישוב לגבות מסים כפי הצורך, גם כאשר הדבר מקובל על רובם המוחלט של התושבים. המלצת משרד הפנים היא כי הסכום אותו גובה הועד המקומי לא יעלה על 30% מסכום הארנונה הנגבה על ידי המועצה האזורית, על פי הקריטריונים המשמשים לגביית הארנונה, אתר משרד הפנים. היות ובפועל, כאמור, כל ישוב גובה מסים, גבית מסים זו אינה מעוגנת בחוק היא מוגדרת מבחינה חוקית כתשלום וולונטרי. יש להעיר כי על מנת לפתור בעיה זו, ולגבות מיסים באופן חוקי, הקימו ישובים רבים אגודות קהילתיות המחייבות את חבריהן בתשלום מסי אגודה, אלא שהן אינן יכולות לחייב את התושבים בישוב להתאגד באגודה מה שמציף שוב את הבעיה החוקית בגביית מיסי ישוב.
כפי שראינו לעיל א, א, - מועצה אזורים וועדים מקומיים, ההלכה מאפשרת לועד המקומי לגבות מסים בהסכמת רוב תושבי הישוב, מכח דין שבעת טובי העיר. פער זה, בין הסמכות המוקנית על פי ההלכה ובין העדר סמכות בחוק, יוצר מצב בו תושבים עשויים להסתתר מאחורי איצטלת החוק על מנת להמנע מתשלום בו הם מחוייבים על פי ההלכה.
15. על היחס בין החוק ובין ההלכה בשאלת מעמדם של הועדים המקומיים ראה לעיל א, א– מועצה אזורית וועדים מקומיים.

לאור דברי הסמ"ע אותם הבאנו לעיל משמעות הדבר היא כי הישוב לא יוכל לגבות מהתושב את חובו בעל כרחו, אם כי עדיין קיימת לישוב הזכות ליטול מהחייב משכון עד אשר יתברר הענין בדין תורה. אולם מכיון שהחוק הפלילי הנוהג במדינת ישראל, ומחייב מדינא דמלכותא גם על פי ההלכה, אוסר לאדם להכנס לרשותו של אדם אחר על מנת להפעיל עליו לחץ שיחייב אותו לשלם לו את חובו[16], לא יוכל הישוב לעשות גם פעולה זו בעל כרחו של החייב ועל הישוב יהיה לתבוע את התושב הסרבן בדין תורה.

כאשר הישוב תובע את התושב בדין תורה אין הבעיה מגיעה אל סיומה, שכן מלבד החובה ההלכתית המוטלת על התושב[17], אין דרך חוקית לכפות על התושב להסכים לדון בדין תורה, ועל פי החוק לא ניתן לכפות פסק דין שניתן בדין תורה ללא הסכמת הצדדים. למעשה כאשר התושב המסרב לשלם מיסי ישוב, מסרב גם לבוא לדין תורה, נוצר מצב בו הישוב עומד חסר אונים מול התושב הסרבן, בעוד התושב ממשיך להנות מהשירותים אותם מעניק הישוב לכלל תושביו[18].

למרות האמור נראה כי ההלכה מאפשרת לישוב לנקוט במספר אמצעים מול תושב המסרב לשלם מיסים המסרב לבוא ולדון בדין תורה*:

מניעת שירות

כפי שראינו לעיל, הבסיס ההלכתי העיקרי להטלת מיסוי מוניציפלי הוא תשלום אגרות דמי השתתפות בעבור שירות. אי לכך, ברור ומובן מאליו כי תושב שאינו מוכן לשלם דמי השתתפות אינו רשאי להנות מהשירות אותו מעניק הישוב, והישוב מצידו רשאי למנוע מהתושב מלהנות מהשירותים אותם הוא נותן[19]. אמנם מניעת שירותים אינה מהווה פתרון יעיל לניהול חיי הישוב שכן מרבית השירותים אותם נותן הישוב מוגדרים כ"מוצר

16. עברה זו תוגדר כהסגת גבול על פי סעיף 447 ל**חוק העונשין** תשל"ז: "העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס... דינו – מאסר שנתיים: נכנס לנכס או על פניו לאחר שנכנס כדין לנכס נשאר שם שלא כדין".

17. **חובת התדיינות בדין תורה**
על פי ההלכה כל אדם הנתבע בבית דין חייב להופיע בפניו. ראה **שולחן ערוך** חו"מ יא, א; כו, א. אולם היות ואין אפשרות חוקית לכפות פסק דין מבלי שיחתם הסכם בוררות, הרי שמעבר לחובה ההלכתית להתייצב בדין תורה קיימת לדעת הפוסקים גם חובה לחתום על הסכם בוררות. אדם שסירב לחתום על הסכם בוררות המאפשר לכפות עליו לקיים את פסק הדין שינתן כמוהו כאדם שסירב לבוא ולדון בדין תורה לדעת כל הפוסקים, **שו"ת נאות דשא** נא, נב (הרב שמואל אליהו אלקין, תלמידו של האדמו"ר הרש"ב); הרב יועזר אריאל, **דיני בוררות כללי הדין והפשרה** שער ראשון, ו, עמ' עח.

18. בענין ההגיון הכלכלי המצדיק הטלת מס לשם אספקת מוצר ציבורי ראו לעיל תחילת פרק א. בישובים קהילתיים מוצרים ציבוריים הינם בטחון, גינון, תברואה, שירותי דת וכדומה.

* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מציע אמצעי אכיפה נוסף בישוב דתי.

19. מפסיקות בתי המשפט השונות הנוגעות לישובים בהם האגודה הקהילתית מעניקה שירותים שונים, עולה כי האגודה רשאית למנוע מהתושב שאינו משלם את מיסי האגודה מלקבל שירותים מן האגודה ראה ת"א 5719-09-14 **גולן נסים משעלי ואח' נ' קיבוץ שריד**.

ציבורי" ממנו נהנים כל התושבים ביחד. אולם בעבור שירותים אלו ניתן יהיה לתבוע את התושב המסרב לדון בדין תורה, גם בבית משפט, וזה עשוי לחייב אותו בתשלום בגין מידת הנאתו משירותים אלו[20].

פרסום שמות חייבי המס (שיימינג)

באופן עקרוני השימוש בשיימינג אסור על פי ההלכה מדין לשון הרע וכפי שפסק הרמב"ם[21]:

> המרגל בחבירו עובר בלא תעשה שנאמר לא תלך רכיל בעמיך, ואף על פי שאין לוקין על דבר זה עון גדול הוא וגורם להרוג נפשות רבות מישראל... יש עון גדול מזה עד מאד והוא בכלל לאו זה והוא לשון הרע, והוא המספר בגנות חבירו אף על פי שאומר אמת.

אמנם כאשר אדם פועל באופן שגורם נזק לאחר מותר להזהיר מפניו, כחלק ממכלול הצעדים שיש לנקוט כדי למנוע את הנזק כפי שכותב רבנו יונה[22]

> ודע כי בדברים שבין אדם לחבירו, כמו גזל ועושק ונזק וצער ובושת ואונאת דברים, יכול לספר הדברים לבני אדם, גם היחיד אשר יראה יגיד, כדי לעזור לאשר אשם לו ולקנא לאמת. והנה אמרה התורה שיעיד עד אחד בבית דין על תביעת ממון לחייב את הנתבע שבועה, אמנם יש עליו להוכיח את האיש תחלה.

כאשר תושב נמנע מלשלם את נטל המס המוטל עליו, הוא עשוי לגרום לאחת משתי תוצאות: האחת, שהישוב יבחר להפחית את איכות השירות אותו הוא מספק לכלל התושבים. השניה, שהישוב יעלה את נטל המס על מנת לשמור על רמת השירותים המצופה ממנו. שתי התוצאות פוגעות בציבור בכלל, ובכל אחד מן התושבים בפרט. מדברי רבנו יונה עולה כי אחרי שהאדם הוזהר ונשאר בסרבנותו, מותר לפרסם את שמו בקרב הציבור הנפגע ממנו על מנת לגרום לו לשנות את התנהגותו וכפי שכותב רבי ישראל מאיר הכהן מראדין[23]:

> נכון הדבר לספר... אפילו אם התועלת לא תוכל להגיע על ידי סיפורו, רק שהוא מתכוין שיתרחקו בני אדם מדרך רשע כשישמעו שהבריות מגנות פועלי אוון[24], ואולי הוא בעצמו ישמע וישוב ממעשיו הרעים כשישמע שהבריות מגנות אותו, ונחשב לתועלת הסיפור לשון הרע.

---

20. בענין זה ראו בית המשפט העליון ע"א 2853/16, ניתן ביום י"ג חשון תשע"ח; בית המשפט המחוזי בחיפה, ה"פ 12568-03-12 **מיכל ולנסי נ' הררית**, ניתן ביום 28.08.13, ועוד. באופן כללי ניתן לומר כי מבחינת בתי המשפט במדינת ישראל עוד טרם גובשה עמדה סופית בנושא זה.
21. **רמב"ם** דעות, ז, א-ב.
22. רבינו יונה, **שערי תשובה** ג, רכא.
23. **שמירת הלשון**, הלכות לשון הרע כלל י, ד.
24. משמע מדבריו כי גם אם הסיפור לא יגרום לאדם לשלם את מיסיו אלא ירתיע אנשים אחרים מלנהוג בצורה דומה, הפרסום מותר.

אמנם, ברור כי צעד זה חייב לבוא רק אחרי תביעת התושב לדין תורה בבית דין[25], ואחרי שסירב להופיע בפני בית הדין ולברר שם את טענותיו, שכן אם האדם פטור מלשלם על פי ההלכה אין כל היתר לפרסם שמו ולביישו ברבים. כמו כן יש להגביל את הפרסום לאמצעים שאינם חשופים לעין כל במרשתת שכן פרסום באמצעים אלו יגיע בהכרח לאנשים נוספים שאינם רלונטים, ואינם נפגעים מהתנהגותו של התושב, והדבר יפגע בשמו של האדם ללא כל הצדקה.

לסיכום: כאשר אדם מסרב לשלם מיסי ישוב שאינם מחוייבים על פי החוק על הישוב לנקוט בצעדים הבאים לפי הסדר כדלהלן:

1. מסירת הודעת חיוב ולוודא את קבלתה.
2. תביעה בבית דין לדיני ממונות

אם האדם סירב להופיע בפני בית הדין ולחתום על שטר הבוררות של בית הדין, ניתן לנקוט בצעדים הבאים לפי הסדר הבא:

3. משלוח התראה לתושב בה הוא מוזהר כי עליו לשלם את חובו לישוב.
4. פרסום שמו של התושב הסרבן בין חברי הישוב בלבד.

בעיות ריבית בתשלום מיסים

התורה אוסרת באיסור חמור תשלום ריבית מכל סוג שהוא, ובכלל זה ריבית פיגורים, וכפי שפוסקים השולחן ערוך והרמ"א[26]:

> אם חייב עצמו לתת למלוה כך וכך בכל שבוע בעוד שמעכב ממנו, הרי זה רבית גמור. הגה: אע"ג דכתב לו כך דרך קנסא: אם לא אפרע לך לזמן פלוני אתן לך כל שבוע כך וכך, ואע"ג דאם היה פורע לו בזמנו לא הוי כאן רבית כלל, מ"מ הואיל וכתב לו ליתן לו קצבה בכל שבוע ושבוע, הוי רבית גמור וכן עיקר.

מאידך, על פי החוק[27] כל תשלום שחייב התושב לשלם לרשות המקומית[28] שלא נעשה במועדו מחייב את התושב בתשלום ריבית והצמדה:

> תשלום חובה שלא שולם תוך 30 ימים מהמועד שנקבע לשילומו, ישולם בתוספת תשלומי פיגורים[29].

---

25. לדעת ה"חפץ חיים", **שמירת הלשון** כלל י, ב, צעד זה אפשרי רק אחרי שיתברר היטב חובתו של האדם (התנאים הראשון והשני לסיפור לשון הרע לתועלת), ורק אחרי שנתברר כי לא ניתן להשיג את התוצאה באמצעים אחרים (התנאי השישי).
26. **שולחן ערוך** יו"ד, קעז, טז; **ש"ך** קעו, ח.
27. סעיף 2 ל**חוק הרשויות המקומיות (ריבית והפרשי הצמדה על תשלומי חובה) תש"ם**.
28. על פי סעיף 1 לחוק אין מדובר בתשלום ארנונה בלבד אלא כל סוג של "תשלום חובה", כלומר "תשלום המגיע לרשות מקומית על פי דין".
29. אלה מוגדרים בסעיף 1: "ריבית צמודה בשיעור של 0.5% לחודש, או בשיעור אחר כפי שקבעו שר הפנים ושר האוצר, ממועד החיוב בתשלום החובה עד יום שילומו, בהוספה או בהפחתה של הפרשי הצמדה". הפרשי הצמדה מוגדרים בסעיף זה "שיעור השינוי של המדד, מן המדד

המסקנה המתבקשת לכאורה כי כי תשלומי פיגורים על ארנונה אסורים על פי ההלכה, ועיריה המבקשת לנהוג על פי ההלכה אסור לה לגבות מתושב המתעכב בתשלום ריבית כלשהי, ולחילופין עליה לחתום על שטר היתר עסקה ולהסתמך עליו בגביית ריבית פיגורים מן התושבים וכך אכן פסקו חלק מן הפוסקים[30]. בעיה דומה[31] עשויה להווצר במקרים בהם הרשות מעניקה הנחה בארנונה למי שמקדים ומשלם את מלא הסכום בתחילת השנה[32].

אולם נראה כי יש מקום להתיר את גביית ריבית פיגורים על ארנונה, או מתן הנחה בארנונה בגין הקדמת התשלום, וזאת ממספר נימוקים[33]:

שפורסם סמוך לפני מועד החיוב עד המדד שפורסם סמוך לפני היום הקובע שלפני יום שילומו של תשלום החובה".

30. **ילקוט יוסף** ריבית, קנט.

31. **ריבית בהנחה על תשלום מוקדם**

הגמרא, **בבא מציעא** סג ע"ב, עוסקת בשאלה האם ישנו איסור למכור מוצר במכירה מוקדמת במחיר נמוך ממחיר השוק. וכך אומרת הגמרא: "אמר רב נחמן: האי מאן דיהיב זוזי לקיראה וקא אזלי ארבע ארבע, ואמר ליה יהיבנא לך חמש חמש איתנהו גביה - שרי, ליתנהו גביה – אסור". כלומר אם לא היה ניתן לספק את המוצר מיידית הרי שמתן הנחה בגין תשלום מוקדם הינו "אגר נטר" ואסור משום ריבית. דברים אלו נפסקו להלכה **ברמב"ם** מלוה ולוה ט, ו; **שולחן ערוך** יו"ד קעג, ז: "אם קונה דבר ששוה י"ב בי' בשביל שמקדים המעות, אם ישנם ברשות מוכר אלא שאינו מצוי לו עד שיבא בנו או עד שימצא המפתח, מותר. ואם אינו ברשותו, אסור". כלומר, אין להקדים תשלום בגין מוצר שאינו מסופק באופן מיידי בתמורה להנחה במחיר המוצר.

כפי שנראה להלן, חלק מן התמורה אותה מקבל התושב לתשלום הארנונה הינה תמורה בעין, כלומר מוצרים שווי כסף אותם קיבל התושב מהרשות המקומית כגון חשמל, מים, שימוש במבנים ציבוריים השייכים לרשות וכדומה. תשלום עבור תמורה בעין נקרא בהלכה בשם מכר. מכיוון שאת המוצרים אותם מקבל התושב בעבור התשלום לא ניתן לספק באופן מיידי הרי שהקדמת התשלום בגין הספקתם עשויה להיות כרוכה באיסור ריבית, ונדרש למצוא לה פתרונות במסגרת ההלכה, בדומה לפתרונות הנמצאים לשם גביית ריבית פיגורים.

אמנם ב**תחומין י,** עמ' 138, הובאה תשובה קצרה של הגרש"ז אוירבך (נשלחה לר' דב רוזן) לפיה אין בהנחה זו בעיה של ריבית היות ו"דבר זה מותר אף במלוה ולוה, ויכול המלוה לומר להלווה שיוותר לו על מקצת מהחוב אם יקדים פרעונו". אולם אם אכן יצאו הדברים מפיו של הגרש"ז הרי ששגבו הם מבינתי, היות ובמלוה החוב נוצר ברגע ההלוואה, וזכותו של המלוה למחול על חובו, כולו או קצתו. אולם חוב הארנונה נוצר רק בעת מתן התמורה, קרי השירות שניתן לתושב, והקדמתו למתן התמורה מהווה לכאורה הוזלה של התמורה, בתמורה להקדמת המעות וזו אסורה (אלמלי הפתרונות אותם נמנה להלן).

32. אופציה זו עומדת לרשות מכח סעיף 13 ל**תקנות הסדרים במשק המדינה (ארנונה כללית ברשויות המקומיות,** תשס"ז: "המועצה רשאית לקבוע הנחה בשיעור שלא יעלה על 2 אחוזים למי שמשלם ארנונה כללית בתשלום אחד בתחילת שנת הכספים ולא יאוחר מיום 15 בפברואר של אותה שנה".

33. יש מי שכתב נימוק נוסף לפיו רשות מקומית הינה גוף ציבורי שאיסורי ריבית אינם מחייבים

א. קנס על עיכוב בתשלום אינו ריבית[34]

לדעת חלק קטן מהפוסקים כאשר הריבית אין מטרתה לאפשר לחייב להמשיך ולהחזיק בכסף בהיתר, ואינה אלא קנס על גזלן שנמנע מלהשיב הלוואה שקיבל אין בדבר איסור ריבית[35].

ב. פיצוי בגין איחור בתשלום עבור שירות אינו ריבית אסורה

נחלקו הפוסקים בשאלה האם כאשר אדם העסיק אדם אחר, ועיכב את שכרו, האם מותר לפועל ששכרו עוכב לגבות ממקבל השירות ריבית, אותה יכל לקבל לו היה מקבל את הכסף במועד ומלווה אותו לגוי בריבית. הרקע למחלוקת היה ארוע[36] בו אחד מנכבדי קהילה באשכנז שכר את אחד מתלמידי ר"י בעל התוספות[37] בתור מלמד לבנו והלין את שכרו. בתגובה תבע אותו המלמד, כאשר בנוסף על שכרו המולן כללה התביעה גם דרישה לתשלום ריבית אותה יכול היה לקבל בעבור סכום זה, לו היה מלוה את הכסף לגוי. בנוגע לתביעה זו נחלקו הראשונים: הראב"ה סבור כי יש מקום לחייב את המלין, בריבית שהיתה עשויה להתקבל עבור המתנת השכר[38]. לעומתו סבור האור זרוע, תלמידו, שהדבר אסור באיסור ריבית ככל המתנת מעות[39].

אותו, בדומה לחברה בע"מ שלדעת חלק מן הפוסקים מותר לה ללוות בריבית. אולם נימוק זה אין בו ממש שכן הגמרא **מגילה**, כז ע"ב; **רמ"א** יו"ד קס כב, קובעת כי לציבור אסור לעשות עסקאות שכרוכות באיסור ריבית, שכן הוא אינו פטור מאחד מאיסורי התורה ובכללם איסור ריבית.

34. מפאת אריכות הדיון החורגת מהצורך להתמקד בנושא הנידון, דחינו את העיסוק בנושא זה לנספח לחלק זה.

35. **שו"ת מנחת שלמה** תנינא (ב-ג), עא. רעיון דומה הובא תוך הסתייגות ב**קונטרס הריבית**, לבעל הסמ"ע, בדרך הארוכה, כה.

36. מובא ב**אור זרוע** ג, בבא מציעא, קפא; **תשובות מיימוניות** משפטים, טו.

37. בתשובה נזכר שם החכם "רבי אליעזר דטול". בשל טעות דפוס (שנעשתה לראשונה ככל הנראה בהגהות מיימוניות דפוס קושטא) העתיק הבית יוסף ובעקבותיו האחרונים את שמו כרבי אליעזר מטוך עורך התוספות. אולם פרופ' א.א. אורבך, **בעלי התוספות** עמ' 336, הוכיח כי זיהוי זה מוטעה שכן המקרה הנ"ל נתגלגל לפתחו של הראב"ה, רבו של האור זרוע, ואילו ר"א מטוך הינו תלמידו של האור זרוע. לדעתו מדובר באחד מתלמידיו של ר"י.

38. הראב"ה מוכיח את דעתו מה**משנה, מכות**, פ"א מ"א: "מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחברו אלף זוז על מנת ליתנו לו מכאן ועד שלשים יום, והוא אומר מכאן ועד עשר שנים אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין נותנן מכאן ועד שלשים יום בין נותנן מכאן ועד עשר שנים". לדעת הראב"ה לא יתכן שמשנה זו עוסקת בהמתנת הלוואה או מכירה בהקפה, שכן זו נאסרה משום ריבית "ועתה אם שייך ריבית בשכירות אמאי משלמי עדים כמו שרוצה ליתן. דעל כרחיך לא מיתוקמא ההיא אלא בשכירות דאי מלוה ומכר לא יהיב ליה כלום משום ריבית". כדעת הראב"ה פסק המהר"ם, **ברבנו ירוחם**, נתיב כט, ג, פא ע"ד, ללא חולק. תשובה זו אינה מופיעה בדפוסים אך הובאה ע"י **הב"ח** יו"ד, קסא, ב, וזה דוחה את ראיות החולקים על עליו.

39. בתשובות מיימוניות, שם, מובא כי אחיו של רבי אליעזר מטול, אברהם, פסק נגדו והוכיח

למעשה לדעת הב"ח[40] השאלה נותרה בספק. הבית יוסף[41] מכריע כדעת האור זרוע שיש איסור ריבית גם בשכר שכיר. לעומתם כתב החתם סופר[42] שניתוח טעמן של שתי הלכות אלו - איסור ריבית ואיסור הלנת שכר מוביל למסקנה שאין להחיל את איסור ריבית בכל הנוגע לשכר שכיר: לדעתו סברת איסור ריבית אינה קיימת בשכר השכיר היות ואיסור ריבית בבסיסו מטרתו להחיות את הלווה, ולא לדרוש ממנו לשלם מעבר למה שלקח, ואילו בשכר שכיר המצב הוא הפוך שכן חייבה התורה את המעסיק להחיות את השכיר.

כאשר אנו באים לדבר אודות החיוב בארנונה יש להגדיר בשפה הלכתית מהי מהות החיוב לאור התמורה אותה מקבל התושב בעבור התשלום. את זאת עושה הרב זלמן נחמיה גולדברג[43]:

> תשלום ארנונה כולל בו לכאורה שני דברים: שכירות על עבודות השירות שהעיריות מעניקות לתושבים, כמו ביוב, איסוף אשפה וכיו"ב; ומכר, על החלק שהעיריה מעניקה מצרכי הנאה לציבור בפועל, כגון מים, תאורה וכיו"ב. ובכל ענין החובה לשלם יסודה מכח חצר השותפין... ואין אדם רשאי להשתמט מחובה זו.

מרבית התמורה אותה מקבל התושב מהרשות המקומית בעבור דמי הארנונה שהוא משלם הינם שירותים שונים אותם מספקים עובדי הרשות כגון פינוי הזבל, נקיון הרחובות, אבטחת בתי הספר ונקיונם. היות ופוסקים רבים התירו גביית פיצוי בגין הלנת שכר הרי שנראה כי מאותו הטעם נראה שיש להתיר גביית ריבית פיגורים על עיכוב

מהסוגיא ב**בבא מציעא**, עג ע"א, שקיים איסור ריבית גם בהמתנת תשלום שכר שכיר וכך פוסק **הרמב"ם** מלוה ולוה, ח, ז: "שומרי השדות שנותנין להם חטים בשכרן בזול מן הגורן, כשיבאו לגורן צריכין להתעסק עמהן במלאכה בגורן כדי שיהיו החטים האלו שנטלו בסוף זמן השכירות, ואם לא עשו כך נמצאת השכירות אצל הבעלים כמלוה וזה שלקחן בזול מפני שאחרו שכרן עד הגורן". את ראייתו של הראב"ה דוחים האור זרוע והבית יוסף כל אחד בדרכו.

40. **ב"ח** יו"ד קסא אות ב; **ברית יהודה** ב, יז ובהערה מ.
41. **בית יוסף** יו"ד, קס (כא); **דרכי משה** יו"ד קעו, ג; **פסקי דין רבניים** טו, עמוד 240 הדיינים הרב שלמה בן שמעון, הרב עזרא בר שלום, הרב אברהם שרמן שקבעו ביחס לחוק הקובע ריבית להלנת שכר: "לחוק המדינה שכל מהותו היא תוספת קנס ריבית על עיקר החיוב, אין תוקף הלכתי מכח דינא דמלכותא, וכך יש לנו לראות את חוק הגנת השכר, שקובע קנס ריבית שהולך ומתגדל ככל שמתמשך עכוב שכרו של העובד, מאחר ויש בו סתירה לאיסורי ריבית".
42. **שו"ת חתם סופר** ו, כו: "נהי דאין דורשין טעמא דקרא מ"מ היכי שהטעם מפורש בקרא אזלא בתריה... והכי נמי מפורש בקרא טעמיה וחי אחיך עמך שהקב"ה הטיל חיותו של הלוה על המלוה ומחוייב להלות לו הלואת חן וחסד ולא באגר נטר. וא"כ תינח במלוה ולוה דעלמא, אמנם בשוכר ושכיר נהפוך שהטיל הקב"ה חיותו של מלוה שהוא השכיר על הלוה השוכר ופקיד עליו לא תלין שכרו אתך עד בקר משום כדי חיותו של שכיר... וא"כ אם ירצה השכיר המלוה הזה לוותר על חיותו ולהשהותו שכרו מותר ליקח ממנו אגר נטר כדי להחיות נפשו וסברת ר"א מטוך נכונה וישרה"
43. הרב זלמן נחמיה גולדברג, **קובץ בית הוראה הישר והטוב** ג, עמ' יז.

בתשלום דמי הארנונה שבעיקרם מהוים תשלום על שכר עבודתם של הנשכרים על ידי הרשות בעבור התושב[44].

אולם טעם זה אינו מספק לכשעצמו שכן כאמור חלק מן התמורה אותה מקבל התושב לתשלום הארנונה הינה תמורה בעין, כלומר מוצרים שווי כסף אותם קיבל התושב מהרשות המקומית כגון חשמל, מים, שימוש במבנים ציבוריים השייכים לרשות[45] וכדומה. תשלום עבור תמורה בעין נקרא בהלכה בשם מכר המגולם אף הוא בארנונה. בניגוד לדמי שכירות פועלים, קיים איסור לגבות ריבית על עיכוב בתשלום דמי מכר, שכן ברגע אספקת המוצר הפך התשלום להיות חוב לכל דבר וענין וגבייה של תשלום נוסף אסורה משום ריבית. על מנת להתיר חלק זה של הארנונה מצרף הרב זלמן נחמיה גולדברג סברא נוספת:

ג. זו אינה ריבית אלא מס מוגדל

וזה לשון הגרז"נ גולדברג שם:

> כיון שהרשויות מגדירות את מהות תשלום הארנונה כתשלום "מיסים" אפשר לדון שעל שם מס אין בזה בכלל איסור ריבית. כי היות שאין שום רקע אמיתי של חיוב וכל החיוב נוצר מצד עצם הדבר שהרשות או השלטון מטילים מס על אנשים הרי רשאי המלך להורות על מס זול ומס יקר בהתאם למועד התשלום.

ונבאר דבריו: למרות שהארנונה הינה דמי שכירות ומכר, לא די בהגדרה זו על מנת לחייב את האדם בתשלום ארנונה. גם אדם שלא נהנה כלל מן השירותים אותם מספקת הרשות כגון אדם המחזיק בנכס בתחום הרשות המקומית אך אינו מתגורר בשטח הרשות המקומית[46], חייב לשלם ארנונה כמו אדם המתגורר ברשות עם ילדיו ונהנה רבות משירותי הרשות ונכסיה. כאשר הציבור בוחר לגבות את התשלום, באמצעותו הוא מסוגל

---

44. וכך מסיק הגרז"נ שם. כעין הוכחה ניתן להביא מהאופן בו רואה המחוקק את חובות הארנונה. סעיף 78 ל**פקודת פשיטת הרגל** קובע סדרי עדיפויות לגביית חובות מחייב פושט רגל. הקדימות הראשונה ניתנת בחוק לחובת פושט הרגל בתשלום שכר שכיר. לאחריה ניתנת קדימות לחובות ארנונה ורק לאחריה למערכת המס של המדינה. הדבר עשוי להצביע על כך שהמחוקק ראה בתשלום הארנונה מרכיב מסויים של שכר בעבור סל שירותים מסויים, בניגוד למס אותו משלם האדם למדינה שאינו ניתן עבור סל שירותים מסויים.
אין זה אומר שכך יש לנהוג למעשה שכן ההלכה רואה באופן שונה לחלוטין את כל דין קדימות בגביית חובות. העקרון המנחה מבחינה הלכתית בשאלה זו הינו מועד השעבוד, וחוב ישן יקדם לחוב חדש גם אם החוב החדש "חזק" יותר. לעומת זאת בעוד העקרון המנחה על פי החוק הוא עקרון העדיפות המוחלטת "Absolute Priority Rule" הנקבע על פי "חוזק" החוב.

45. בתי הספר וגני הילדים הינם בבעלות הרשות המקומית והתושב למעשה שוכר אותם בעבור ילדיו והארנונה בחלקה מהווה תשלום דמי שכירות אלו.

46. ולצורך הענין נניח כי פעולות הרשות המקומית לא השפיעו כלל על שווי הנכס שברשותו. יש להעיר כי החוק מאפשר להגיש בקשה לרשות להנחה או פטור מארנונה עבור נכס שאינו משמש למגורים אולם אישור בקשה זו נתון לשיקול דעת הרשות, אשר יכולה לקצוב את משכו ואת גובה ההנחה שתינתן, אם בכלל.

לתת שירות לתושבים, שלא לפי עקרון ההנאה, הוא נושא בחובו כבר את הגדרתו כמס. החיוב בתשלום מס שונה באופיו מהחיוב בתשלום דמי שכירות ומכר. הוא לא נולד מכחו של חוזה, ואינו מגיע כתמורה לדבר מה, אלא הורתו ולידתו בהחלטה של הציבור הקובע את גובה המס המושת על כל אחד מן התושבים. מלבד העדר הצורך לבחון מהי מידת הנאתו של התושב משירותי הרשות, ולהתאים את התשלום המוטל עליו למידת הנאתו, להגדרתו של התשלום כמס ישנה השלכה נוספת והיא שלא יחול עליו איסור ריבית החל רק על חוב כספי המהווה תמורה לכסף או לטובין, המוגדרת כתמורה עודפת. במקרה של ארנונה, הארנונה אמנם עשויה להחשב כתמורה אולם בשום מצב, בין אם מדובר בסכום המקורי, בין אם מדובר בסכום מוגדל, ובין אם מדובר בסכום המופחת בשל המוכנות לשלם מוקדם, לא ניתן להגדיר אותה כלל כתמורה עודפת שכן מעולם לא נבחנה השאלה מהי התמורה האמיתית[47].

ד. המשלם אינו מתכוון לשלם ריבית

הרב ניסים קרליץ[48] מתייחס לתשלום של ריבית פיגורים לחברות שונות מהן האדם מוכרח לקבל שירות, כגון חברת החשמל, הגז והטלפון. מרבית הנימוקים שהובאו לעיל אינם מועילים על מנת להתיר את הריבית במקרים אלו. אעפ"כ טוען הרב קרליץ, היות והמנעות מתשלום תמנע ממנו מלקבל שירות בעתיד הרי שיכול האדם לשלם את הריבית

---

47. הגרז"נ גולדברג מוכיח את דבריו מדין נדוניא ביחס אליה מתיר **בשו"ת הרשב"א** א, תתקפט; **רמ"א** יו"ד קעו, ו, להתחייב כי אם לא ישלם את הנדוניא במועד מסויים יתחייב לשלם סכום גבוה יותר ו"אין כאן רבית, כי זה כתוספת על נדוניא ואין זה אגר נטר לי. למה זה דומה? לנותן מתנה לחברו ואמר אני נותן לו כך וכך לזמן פלוני. עוד אני מוסיף לו כך וכך". ומוסיף הגרז"נ כי "כיון שאין זה חוב ממש... שהחוב אינו נובע מחמת איזו הנאה או שימוש וקבלת חפץ כמו מכירה ושכירות והכל נובע מעצם ה"התחייבות" של החותן...כך גם ניתן לומר ביחס למיסי עירייה ומיסי המדינה שמאחר והן חובות חדשות המוטלות על הציבור אין בהן משום ריבית".
אמנם, לענ"ד, יש מקום לחלק שכן אלמלי התחייבותו החותן אינו מחוייב כלל לתת דבר מה לחתנו ואילו במיסים האדם מחוייב לשלם עבור השירות והטובין שמקבל מהרשות אלא שגובה החיוב אינו מוגדר עד אשר יקבל האדם את השומא אולם אחרי שקיבל את השומא יתכן וחזר הסכום להיות דמי מכר ושכירות שאסור להעלותם משום ריבית.
עוד מוסיף הגרז"נ להוכיח מ**שו"ת הריב"ש** יט; **שולחן ערוך** יו"ד קעג, ג, המאשר את מנהג ברצלונה למכור את זכות גביית מס הבשר והיין בתשלומים, ומייד לאחר מכן למכור חוב זה במזומן, במחיר נמוך יותר מערכו הנקוב של החוב (הדבר נעשה גם כיום פעמים רבות על ידי סוחרים המקבלים שקים דחויים ומוכרים אותם בתמורה למזומן במחיר הנמוך מערכם הנקוב). להבנת הגרז"נ במקרה אליו מתייחס הריב"ש המס עצמו נמכר במחיר נמוך מערכו האמיתי מה שמוכיח שאין בעית ריבית במס, אולם אחר המחילה למיטב הבנתי הוזלה זו בתשלום המס לא נזכרה כלל בריב"ש אלא רק הוזלה במחיר החוב.
נראה כי הסתייגויות אלו עמדו לנגד עיניו של הגרז"נ גם כן, אשר בחר להשאיר היתר זה בצריך עיון.
48. **חוט השני** יד, ג.

אך לא בתורת ריבית על מה שצרך בעבר אלא בתורת דמי פיוס אשר יאפשרו לו לצרוך שירותים אלו בעתיד:

> חברת חשמל, גז, טלפון שתובעים ריבית משום פיגור בתשלום... יש בזה משום איסור ריבית... ואמנם אם לא ישלם הריבית ינתקו לו את זרם החשמל, מותר לשלם ולהודיע להם שאינו משלם בתורת ריבית, אלא משום שאם לא ישלם, הם ינתקו לו חשמל. וכיוון שמשלם מפני צורך העתיד, אין זה ריבית.

באותו אופן ניתן לומר כי גם אם נאמר שבגביית ריבית פיגורים יש משום איסור ריבית על הרשות המקומית, מסתבר שלאזרח המעוניין להמשיך ולקבל שירותים מלאים מהרשות המקומית, מותר לשלם את הסכום שהושת עליו.

תפיסת נכסי החייב

כפי שראינו לעיל החוק במדינת ישראל מעניק סמכות לרשות המקומית לתפוס ולעקל את רכושו של החייב בארנונה וזאת במסגרת של גביה מנהלית ללא ביצוע של כל הליך שיפוטי, וההלכה מכירה בסמכות זו[49]. אמנם גם במקרים בהם מתאפשרת תפיסה של נכסי החייב ישנן הלכות הנוגעות לכל חייב המגדירות מאיזה ממון ניתן לתפוס ומהו היקף הרכוש אותו יש להשאיר בידי החייב, ואלו מחייבות גם בגביית חוב הארנונה.

הגדרת נכסי החייב

הרשות הבאה לגבות את חוב הארנונה מגיעה באופן הבסיסי ביותר למקום מגוריו של האדם בנסיון להניח את ידה על רכוש בגובה החוב. אולם אז עשויים גובי המס להתקל בטענה כי הרכוש הנמצא ברשותו של החייב אינו שייך לו כלל אלא לאחרים. ההלכה עוסקת במקרים מעין אלו ומבחינה בין מקרים בהם הטענה בלתי מוכחת ובין מקרים בהם הטענה מוכחת, ובהגדרת מידת ההוכחה הנדרשת:

טענה בלתי מוכחת

אחד הכללים הבסיסיים ביותר בדיני הראיות בהלכה כי "חזקה כל מה שביד אדם - שלו הוא"[50]. כלומר חפץ הנמצא ברשותו של אדם יש לראותו כנמצא בבעלות המחזיק בו, כל עוד לא הוכח אחרת. עקרון זה במקורו בא לפטור את האדם מהצורך להתמודד עם מי שמבקש להוציא ממנו ממון, ונחלקו הראשונים האם ניתן להרחיב את יכולת השימוש

---

49. הרבנים המקומיים מנצלים את זכותו של ראש הרשות להכנס לרשות תושבי הרשות החייבים במס, בבואם לשכור ממנו רשות אשר נדרשת לשם ביצוע עירובי חצרות, **שולחן ערוך** או"ח שצא, א.

50. ניסוח זה אינו מופיע בגמרא אלא בלשון **הרמב"ן** כתובות, יט ע"א. בגמרא **בבא מציעא**, ג ע"א, מופיע עקרון זה בניסוח שונה "כיון דתפיס - אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא". "אנן סהדי" זה גורם לגמרא **בבא בתרא**, לד ע"א, לראות כל חטיפה של חפץ – כגזל. מבאר הרשב"ם, שם, שהסיבה לכך היא העקרון לפיו "העמד ממון על חזקתו וזה המוחזק בו אין אדם יכול להוציאו ממנו בלא ראיה והחוטף ממנו גזלן גמור".

בחזקה זו גם למקרה בו אדם מבקש לטעון שמה שנמצא תחת ידו אינו שייך לו, ולפיכך בעל חובו אינו יכול לגבות זאת ממנו:

לדעת רבי אביגדור כהן צדק[51] חזקה זו אינה שוללת כלל את יכולתו של האדם לטעון על ממון שברשותו כי אינו שלו, אפילו אם הדבר ימנע את האפשרות לגבות ממנו:

> הלוה נאמן לישבע שהממון שבידו משל אחרים הוא אף על פי שמלביש את עצמו ואת בני ביתו מאותו הממון שמא אחרים נתנו לו ע"מ שלא יפרע לבעל חובו.

אולם הרמב"ם[52] מרחיב את יכולת השימוש בעקרון זה גם למקרה בו אדם מבקש לטעון שמה שנמצא תחת ידו אינו שייך לו, ולפיכך בעל חובו אינו יכול לגבות זאת ממנו, ולאור הכלל הזה יש לדחות את טענתו:

> טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינן שלי אלא פקדון הם בידי או שכורין או שאולין אין שומעין לו או יביא ראיה או יגבה מהן בעל חובו.

בעמדת ביניים נקט לכאורה הרי"ף שכתב בתשובה [53] את הדברים הבאים:

> זה שטען שכל מה שבידו לאחר הוא, ישבע אותו אחר שהן שלו ונותנין אותן לו, ואם היה במקום אחר מעכבין הדבר עד שיבוא ויתברר למי הוא.

כלומר מחד נראה כי חזקה זו אינה מונעת מהחייב לטעון כי הממון שתחת ידו אינו שלו אלא שאין בית הדין מאפשר לו לעשות כן אלא אם כן ישנו באמת אדם הטוען לבעלות על רכוש זה ומוכן להשבע שהרכוש שלו ואין לגבותו מן החייב[54].

---

51. **במרדכי** בבא מציעא, תג (רבי אביגדור כ"ץ היה תלמיד הר"ש משאנץ, ורבו של בעל שבולי הלקט. תשובה זו של רבי אביגדור נשלחה לחותנו רבי חיים כהן, תלמידו של רבנו תם).
52. **רמב"ם** מלוה ולוה, א, ד, על פי המגיד משנה, שם; **הרמב"ן**, שם.
53. תשובת הרי"ף הובאה **בפסקי הריקאנטי**, שו; **בשו"ת מהר"י בן לב** א, נט; **בתרומות** שער ה' סוף חלק א. ועיין בתרומות ששיער שתשובה זו "הסופרים שבשוה" וכ"כ המהריב"ל, שם, וכך מסיק **הש"ך** חו"מ צט, ד, אולם יש מן האחרונים שפסקוה להלכה.
54. **יסוד חזקת מטלטלין – כל מה שתחת ידו של אדם שלו**
נחלקו האחרונים כיצד יש להגדיר את החזקה שכל מה שתחת ידו של אדם שלו, ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, חזקת מטלטלין – גדרה ומהותה:
לדעת **שו"ת הר"מ** אבן העזר, ב; הרב יצחק אלחנן, **נחל יצחק**, חו"מ, סב, חזקה זו אינה אלא **מוחזקות** בממון המאפשרת לאדם להחזיק ברכושו ומונעת כל אדם אחר מלקחת מה שנמצא תחת ידו. מבחינת בית הדין חזקה זו אינה אלא כלל פסיקה, אשר מנוסח לעיתים במילים "המוציא מחבירו עליו הראיה" ובשום אופן אין היא יכולה להוות הוכחה או ראיה כלשהי לשאלת הבעלות האמיתית על הממון. לכן, מסביר הר"מ היא אינה יכולה להוות כלל הוכחה לענין איסורים כמו זהות המחזיק בהם והיכולת להתיר את אשתו.
לעומתו סבור **אבן האזל** גניבה, ה, י, כי חזקה זו אינה מוחזקות בעלמא שכן היא מהווה הוכחה על בעלות: "אכן נראה דהם שני ענינים דין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו הוא **חזקת בירור** משום דסתמא דמילתא כך היא, ואלים כ"כ דלא אמרינן מיגו להוציא מחזקה זו,

למעשה הכריע השולחן ערוך[55] כדעת הרמב"ם שאין אדם נאמן לדחות את המלוה מלגבות מרכושו בטענה שהממון שתחת ידו אינו שלו[56]. ועליו להוכיח כי אכן מדובר ברכוש אחרים[57].

העברת בעלות למראית עין

ההלכה אינה מכירה בהעברת בעלות פיקטיבית, ואם יוכח כי החייב עשה פעולה "על הנייר" והעביר את הנכסים לבעלות אחרים רק על מנת למנוע מהחייב לגבות מהם, לא

ודין מוחזק הוא דין בעצם וכדאמרינן בבבא קמא (מו ע"א) דהמוציא מחבירו עליו הראיה סברא היא דמי שצריך עליו לברר".

שיטת ביניים מציע **האור שמח** מלוה ולוה, ב, ו, לדעתו מבחינה אוביקטיבית באמת אין בחזקה זו יותר מעצם המוחזקות, שכן יתכן ואדם יחזיק בידו רכוש גנוב, אולם יש בה בנוסף לכך גם **אמירה סובייקטיבית אולטימטיבית של המחזיק שהממון שהוא מחזיק בו שייך לו**, שכן אדם מן הישוב אינו מחזיק בידו דברים שהוא, לכל הפחות, אינו סבור שהם שלו: "אין זה בירור וחזקה על המעשה בממון זה, דעל זה אין בירור, דאימור אינו שלו, ורק כמו כל חזקת ממון שבכל מקום, דאיננה חזקה מכרעת ומבררת אופן הענין, רק דלא מצינן לאפוקי מחזקתו, רק דא ברור שהתפיסה של אדם בחפץ או בשטר מוכיח שלצורך עצמו הוא אוחז בה, ותפיסתו בה מברר בירור גמור שבחזקת שהוא שלו מחזיקה, וכן אמרינן, חזקה מה שתחת יד אדם הוא לחזקת שהוא שלו".

ונראה לכאורה כי רבי אביגדור כ"ץ והרי"ף הבינו בפשטות שחזקה זו אינה אלא חזקת ממון המסייעת לאדם להחזיק בממון אך אינה אומרת דבר ביחס לבעלות על הממון וממילא אין כל מניעה מהחייב לטעון שהממון הנמצא ברשותו אינו שלו ובכך למנוע מבעל חוב לגבות ממנו (ולכל היותר יש לדרוש שבועה ממנו או מהבעלים האמיתיים של הממון, כדעת הרי"ף). לעומת זאת יש להסתפק בדעת הרמב"ם, האם הבין כי החזקה הינה הוכחה על בעלות שאין החייב נאמן לסתור אותה (אבן האזל), או שהחזקה מעבר להיותה חזקת ממון גם מונעת מהאדם לטעון שהוא מחזיק עבור אחר (אור שמח), או שמא אין בחזקה אלא חזקת ממון אלא שברכוש החייב גם לבעל החוב יש מוחזקות (נחל יצחק).

55. **שולחן ערוך** חו"מ צט, א; **ש"ך**, שם. יש להעיר כי **הב"ח** צט, י, הכריע כדעת הרי"ף ופסק כי כאשר ישנו אדם הטוען לבעלות על הרכוש שבידי החייב ומוכן להשבע על כך שוב לא ניתן לגבות רכוש זה מן החייב. כדעתו כתב גם ב**שו"ת עצמות יוסף**, כט (רבי יוסף ן' עזרא בן דורו של הב"ח).

56. כנראה שזו גם עמדת סעיף 28.א ל**חוק ההוצאה לפועל**: "מיטלטלין שעוקלו כשהיו על גופו של החייב, בכליו או בחצרים שבהחזקתו, רואים אותם כנכסי החייב, כל עוד לא הוכח להנחת דעתו של רשם ההוצאה לפועל שאינם שלו".

57. נחלקו הפוסקים מהי מידת ההוכחה הנדרשת על מנת למנוע מבעל החוב לגבות את הרכוש שברשות החייב: לדעת **המהרש"ל**, ביאור לטור, צט; **ב"ח** שם, יא; **בדק הבית**, שם, די שהחייב יוכיח כי הרכוש המדובר היה <u>פעם</u> ברשותו של אחר, על מנת שיהיה נאמן לטעון כי אינו שייך לו.

אולם לדעת **הסמ"ע** שם, י; **ש"ך**, יב, היות ומדובר בחזקה גמורה אין החייב נאמן כנגדה כלל, עד שיוכיח בעדים כי הרכוש <u>כעת</u> בבעלות אחר ורק מופקד בידיו. כך משמע גם מהחוק הנזכר לעיל.

יהיה תוקף לפעולה זו, אפילו אם זו בוצעה לפני ההלוואה, ובעל החוב יוכל לגבות מהם כאילו היו עדיין בבעלות החייב. לדעת הרא"ש[58] אין להתרשם מהעובדה שהעברת הבעלות על הנכס עומדת בכללים הפורמליים, ועל בית הדין להפעיל את שיקול דעתו ובמידת הצורך לבטל את אותה העברת בעלות אם אכן יתברר לו שכל מטרתה היא לסייע לחייב להמנע מתשלום חובותיו. בשל חשיבות דברי הרא"ש למציאות הרווחת בימינו, בה הברחת נכסים באמצעות העברת כספים מהחייב לבני משפחתו הינה תופעה נפוצה, נביא את דבריו באריכות:

> תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקדוש ברוך הוא 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... 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 אף על פי שכתב נכסיו לאחרים הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו.... באתי 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....נמצא שאין אדם רשאי להלוות לחברו ונעלת דלת בפני לוין...

בעקבות דברי הרא"ש פוסק השולחן ערוך[59]:

> הכותב כל נכסיו לאחר, ואחר כך לוה מאחרים, ובבוא המלוה לגבות חובו מצוה להוציא שטר מתנה שקדם לשטר החוב, והכל רואים שאף על פי שכתב כל נכסיו לאחרים הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו, ולא נתכוון אלא להבריח מבעל חוב שלא ימצאו ממה לגבות, ויאכל ממון אחרים, המתנה בטלה וגובה בעל חוב ממנה, אף על פי שקדמה להלואה.

ועל כך מוסיף הרמ"א[60] את הדברים הבאים הלקוחים אף הם מתשובת הרא"ש:

> דכל מי שבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ובתחבולה, וכל שכן לגזול של חבירו, חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו, אף על פי שאין כאן ראייה רק אומדנות המוכיחות היטב.

---

58. **שו"ת הרא"ש** עח, ג. כפי הנראה מעשה זה הפך להיות תופעה של ממש בטולדו עירו של הרא"ש, נגדה יצא בפסיקה זו משנת ה' ע"ח (1315). פסק זה נכתב לא נכתב בסגנון המאפיין את שאר תשובותיו של הרא"ש אלא בלשון שנועדה לפרסום בקהילה.
59. **שולחן ערוך** חו"מ צט, ז.
60. **רמ"א** שם, ח.

דומה כי הדברים אשר נאמרו ביחס לחוב כלפי אדם פרטי נכונים לא פחות כאשר מדובר בחוב כלפי הציבור ועל הציבור להתמודד עם תופעה זו באמצעות הכלים אותם מעניקה ההלכה.

עומק הגביה מהחייב - מסדרין לבעל חוב בחוב הארנונה

עם כל הקפדה של ההלכה על קיום חובת האדם בתשלום חובותיו למלווה, יהיה זה אדם פרטי או ציבור, עשיר או עני, שומרת ההלכה על החייב ומונעת ממנו להדרדר לפת לחם ולמצב ממנו לא יוכל להשתקם כלכלית. מקור הדברים מהמשנה במסכת ערכין[61]:

> אף על פי שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חדש, מטה מוצעת וסנדליו ותפליו, לו אבל לא לאשתו ולבניו. אם היה אומן - נותן לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, חרש - נותנין לו שני מצעדין ושני מגירות; רבי אליעזר אומר: אם היה איכר - נותן לו צמדו, חמר - נותן לו חמורו.

בברייתא[62] מבואר כי דין זה (המכונה "סידור לבעל חוב") נכון לא רק במי שחייב להקדש, אלא גם כאשר החוב הינו לאדם פרטי[63]. דין זה המחייב אותנו להתחשב במצבו של החייב הינו דין דאורייתא כפי שאומרת הגמרא[64]:

> אשכחיה רבה בר אבוה לאליהו דקאי בבית הקברות של נכרים, אמר ליה: מהו שיסדרו בבעל חוב? - אמר ליה: גמר 'מיכה' 'מיכה' מערכין גבי ערכין כתיב 'ואם מך הוא מערכך' גבי בעל חוב כתיב 'וכי ימוך אחיך'.

מהפסוק מספר ויקרא המובא בגמרא כמקור לדין נראה כי ההתחשבות במצבו של החייב הינה חלק ממצות צדקה הרואה במבקש ההלוואה עני הנזקק לעזרה "וְכִי יָמוּךְ אָחִיךָ וּמָטָה יָדוֹ עִמָּךְ וְהֶחֱזַקְתָּ בּוֹ" ועצם ההלוואה הינה קיום של מצות צדקה, וממילא גם בגביה ממנו מחוייב המלווה להתחשב במצבו של הלווה ולא לגרום לו להגיע לעניות גמורה.

וכך פוסק השולחן ערוך[65] :

> כשגיע זמן הפרעון וכו' לגבות חובו, מסדרין לבעל חוב. כיצד, אומרים ללוה: הבא כל המטלטלים שיש לך, ולא תניח אפילו מחט אחת, ואפילו כלי מוכל נפש, ונותנין לו מהכל מזון שלשים יום... וכסות י"ב חדש; ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה, אלא

---

61. **ערכין** כג ע"ב.
62. **בבא מציעא** קיג ע"ב: "כדרך שמסדרין בערכין - כך מסדרין בבעל חוב".
63. יש להעיר כי דעה זו אינה בלעדית. לדעת רשב"ג דין "סידור" קיים רק ביחס להקדש המוכן לוותר על מנת לשמור על החייב אולם אם מדובר בבעל חוב הרי שהגנה על החייב תפגע בהכרח בבעל חוב ולפיכך אסור לנו להתחשב בלווה על חשבון המלווה. כדעת רשב"ג פסק רבנו תם, **ספר הישר חידושים**, תרב; **בתוספות** קיד ע"א, ד"ה מהו. אולם מרבית הראשונים, **רי"ף** בבא מציעא, סט ע"ב;, **רמב"ם** מלוה ולווה א, ז; **נימוקי יוסף**, שם; **מרדכי** שם תג, ועוד, סברו כדעת התנאים המחייבת סידור לכל בעל חוב.
64. **בבא מציעא** קיד ע"א.
65. **שולחן ערוך** חו"מ צז, כג.

מעבירים אותה ממנו ונותנים לו כסות הראויה לו לי"ב חדש, ומטה לישב עליה, ומטה ומצע וסמ"ק לכרי המטה הראוים לו לישן עליהם... ואין נותנין כלום כאלו לאשתו ובניו, אף על פי שהם קטנים שהוא חייב במזונותיהם, ונותנים לו סנדלו ותפיליו.

היה אומן, נותנים לו שני כלי אומנות מכל מין ומין... היה אכר או חמר, אין נותנין לו לא צמדו ולא חמורו. וכן אם היה ספן, אין נותנין לו ספינתו. אף על פי שאין לו מזונות אלא מאלו, אין אלו כלים, אלא נכסים, וימכרו עם שאר המטלטלים בב"ד, וינתנו לבעל חובו.

כללים אלו מחייבים גם כאשר מדובר ברשות מקומית הבאה לגבות את חובה מן החייב, ועליה להשאיר לחייב את המינימום אותו קובעת ההלכה הנדרש למחייתו ולהמשך יכולתו להתפרנס[66].

---

66. **מסדרין לבעל חוב בחוקי מדינת ישראל**
חוקי מדינת ישראל אימצו את דין "מסדרין לבעל חוב" כמעט מילה במילה מלא ובמקרים מסויימים באופן נרחב מעט יותר ממה שקבעה ההלכה (את החלקים בהם החוק שונה מן ההלכה סימנו בהדגשה) וכך קובע חוק ההוצאה לפועל:
ואלה מיטלטלין שאין מעקלים אותם: צרכי אוכל כדי מחיית החייב **ובני משפחתו הגרים עמו**, לתקופה של שלושים יום, מערכות בגדים, מיטות, כלי מיטה, ציוד רפואי, תרופות, כלי אוכל, כלי מטבח וכלי בית אחרים, והכל אם הם צרכים חיוניים לחייב **ולבני משפחתו הגרים עמו**; דברים הדרושים כתשמישי קדושה לחייב ולבני משפחתו הגרים עמו; כלים, מכשירים, מכונות ומיטלטלין אחרים, **לרבות רכב, וכן בעלי חיים**, שבלעדיהם אין החייב יכול לקיים מקצועו, מלאכתו, משלח ידו או עבודתו שהם מקור פרנסתו ופרנסת בני משפחתו, **מיטלטלין, שהתמורה הצפויה ממכירתם אינה מצדיקה את הפגיעה החמורה שתיגרם עקב עיקולם לחייב או לבני משפחתו הגרים עמו. מחשב אישי ומדפסת, מכשיר טלוויזיה או מכשיר רדיו, מכשיר טלפון נייח או טלפון נייד, מכונת כביסה.**
חוק זה מתחשב בחייב יותר ממה שקובעת ההלכה בשני מובנים: האחד, הוא מתחשב בצרכי בני משפחתו של החייב בניגוד להלכה שקובעת שאין להתחשב בצרכי בני משפחת החייב. השני, הוא קובע שיש להמנע מגביית חפצים שהתמורה הצפויה ממכירתם זניחה יחסית לפגיעה שתיגרם לחייב עקב עיקולם, בניגוד להלכה הקובעת שאין להמנע מלעקל את רכושו של החייב מבלי להתחשב במידת התועלת שתצמח לבעל החוב מכך וכלשון **הרמב"ם** מלוה ולוה,א, ז: "אומר ללוה הבא כל המטלטלין שיש לך ולא תניח אפילו מחט אחת".
זאת ועוד, סעיף 8 **לחוק הגנת השכר תשי"ח** קובע עוד: "משכר העבודה החדשי לא יהיה ניתן לעיקול... סכום השווה לגימלה... לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א, שהיתה משתלמת בחודש שקדם לתשלום השכר לאותו עובד לפי הרכב משפחתו אילו היה זכאי לגימלה כאמור; היה הסכום האמור יותר מ-80% משכר העבודה החדשי, יקטן הסכום שאינו ניתן לעיקול, להעברה או לשעבוד כדי 80% משכר העבודה החדשי". נראה כי חוק זה בא לוודא כי בכל חודש ישאר ביד החייב מספיק כסף לקיומו ולקיום בני משפחתו בצמצום ולפיכך גם סעיף זה קרוב להלכה (למעט ההתחשבות בצרכי בני משפחתו של החייב בהם כאמור ההלכה קובעת שאין להתחשב).
זאת ועוד, לפני מספר שנים, אייר תשע"ו, אימץ הכונס הרשמי של מדינת ישראל, הנחיות אשר בוחנות לפי מדד אובייקטיבי (דו"ח וועדת חריס, נזכר לעיל) את מצבו הכלכלי של החייב

מחיקת חובות לרשות המקומית

כשם שההלכה מאפשרת לרשות המקומית להטיל מיסים כך היא מאפשרת לה לפטור אדם מסויים מתשלום מיסים וכפי שפוסק הרמ"א: "קהל שפטרו אחד ממסים - פטור"[67]. הפטור עשוי להיות או בשל מצב כלכלי של הנישום[68], או בשל הערכה מחודשת של העובדות על פיהן נקבעה שומת המס[69], או סתם בעקבות מו"מ עם החייב[70]. אולם זאת יש לומר כי המחילה של המס על ידי נציגי הציבור חייבת להיעשות משיקולים ציבוריים ולטובת הציבור, כפי שאמורות להתקבל כל ההחלטות על ידי נציגי הציבור. כך כותב המהר"ם מרוטנבורג[71] כי כל הסדר בענייני מיסים שנעשה על ידי נציגי הציבור מול הנישום חייב להעשות לטובת הציבור בלבד. יתר על כן, מחילה על המס שלא משיקול

ומוודאות כי בעת גביית חוב מהחייב ישאר בידי החייב סכום המספיק לקיום בכבוד שלו ושל בני משפחתו.

סעיף 313 ל**פקודת העיריות** קובע כי גביית ארנונה תיעשה על פי חוקי ההוצאה לפועל הנוהגים בחובות לאנשים פרטיים. בנקודה אחת שונה מעמדה של רשות מקומית לענין גביית חובות והוא על פי סעיף 320 לפקודת העיריות, לא ניתן לגבות יותר מ 25% מהמשכורת של החייב לרשות המקומית. הגבלה זו אינה קיימת בחוק בחובות לאנשים פרטים ועל כל פנים היא נרחבת בהרבה ממה שמחייבת ההלכה את החייב.

למרות העובדה שהחוק מנוגד להלכה הוא מחייב מבחינה הלכתית. הסיבה לכך היא שהחוק קובע כי כל גביית חוב באמצעות שימוש בכח אפשרית רק על ידי ההוצאה לפועל, וביצוע פעולה שכזו על ידי אדם פרטי אסורה על פי החוק הפלילי הנוהג במדינת ישראל ומחייב מדינא דמלכותא. סעיף 383 (1) **לחוק העונשין** תשל"ז רואה בפעולה זו גניבה שהעונש עליה עשוי להגיע לחמש שנות מאסר, וסעיף 447 אוסר אפילו כניסה לרשות החייב שלא בהסכמתו על מנת להפחידו וללחוץ עליו להחזיר את חובו, ורואה בה הסגת גבול שהעונש עליה עומד על שנתיים מאסר. לכן ברור כי כל גביית חוב חייבת על פי ההלכה להיעשות רק במסגרת החוק ועל פי הכללים הקבועים בו ולא ניתן לגבות מעבר למה שמאפשר החוק, גם אם על פי דין תורה, אלמלי החוק, היה ניתן לגבות מעט יותר.

יש להעיר כי יש מן הפוסקים שחששו כי גביית החוב בידי ההוצל"פ עלולה להיות גבוהה ממה שמחייבת ההלכה בדין מסדרין לבעל חוב, **שו"ת שבט הלוי** י, רסג, ג, אולם עיון בחוק מלמד כי ההפך הוא הנכון, ודיני ההוצל"פ נוטים לטובת החייב הרבה יותר ממה שמחייבת אותו ההלכה, זאת למעט העובדה שההוצל"פ גובה ריביות, גם כאשר נטילתן אסורה על פי ההלכה, אולם אין הדבר נוגע לדין מסדרין אלא לעצם הגדרת גובה החוב העומד לגביה.

67. **רמ"א** חו"מ קסג, ו.
68. **שו"ת הרא"ש** ו, ד.
69. **שו"ת דרכי נועם** חו"מ, כא, שם הויתור על המס נעשה בעילה של חיוב הנישום במס במקום מגורים אחר.
70. **שו"ת הרא"ש** ו, יט; עג, ח.
71. **שערי תשובות למהר"ם** (ברלין תרנ"א), שער כ"י אמשטרדם השני, קכח.

ציבורי, אלא על מנת להרבות את הונו של אדם כזה או אחר, רק בשל שהאחראי על המס מטעם הציבור חפץ ביקרו - אסורה, פסולה ובטלה מעיקרה[72].

התיישנות בחוב ארנונה

על פי ההלכה, חוב אינו מתיישן ואינו נעלם. גם במקרים בהם ללווה אין לו ממה לפרוע את חובו הוא אינו נפטר מחובתו בגין זאת, ולכשיעשיר יהיה חייב לפרוע את חובו. יתרה מזו, אף אם נפטר הלווה מן העולם רובץ תשלום החוב על בניו המצווים לפרוע את החוב מן הנכסים שירשו מאביהם[73]. אותו דין יהיה נכון גם ביחס לחוב שחייב הנישום לציבור, וחובות לרשות המקומית אינם נעלמים גם בחלוף שנים רבות. נוסיף ונאמר כי על אף שלנציגי הציבור קיים שיקול דעת נרחב ביותר בבואם למחול על מיסים אותם חייב הנישום לציבור, התיישנות חוב, והמנעות מנקיטת הליכי גביה כשלעצמן אינן מהוות הוכחה על מחילת החוב. כך פוסק רבי יעקב קסטרו[74]:

שהא בעיר י"ב חודש ולא תבעו ממנו מס לא הויא מחילה ולכשיתבעו ממנו יתן למפרע.

פסיקה זו מוסברת באופן מפורט יותר בדבריו של בן דורו רבי בצלאל אשכנזי[75]:

> דאפשר להם לומר דלפיכך לא ערערו עד עתה לפי שהיו חושבים דמאחר שפורע בחברון דנפטר ממסי עזה ועתה נתגלה להם שלא נפטר ולפיכך קמו וערערו; וגם דהוה ליה יחיד המדיין עם הרבים דכל אחד יכול לערער מה שלא ערער חברו; וכ"ש אם נתחדש איזה דבר כגון שהיו פורעים מס בעבור מאה אנשים ושוב נתמעטו וצריכין לפרוע בעבור מאה דעתה יש טענה לשתיקה ולערעור[76].

---

72. ראה לעיל ג, א - טובת הציבור, שהחלטה שטובת הציבור לא עמדה בבסיסה אין לה תוקף הלכתי.
73. **שולחן ערוך** חו"מ קז, א.
74. **ערך לחם** חו"מ קסג, ב.
75. **שו"ת רבי בצלאל אשכנזי** לו; **שו"ת דרכי נועם**, שם.
76. מהפסק עולה כי עשויות להיות מספר סיבות לכך שאין דין התיישנות ומחילה בחובות מיסי הקהל:
המנעות מדרישה לתשלום עשויה לנבוע מטעות של גובי המס: "דאפשר להם לומר דלפיכך לא ערערו עד עתה לפי שהיו חושבים דמאחר שפורע בחברון דנפטר ממסי עזה ועתה נתגלה להם שלא נפטר ולפיכך קמו וערערו". בנוסף לכך, מכיוון שגובי המס פועלים בשם הציבור שמורה זכות הערעור על החלטות נציגי הציבור לכל אחד מן הציבור: "יחיד המדיין עם הרבים דכל אחד יכול לערער מה שלא ערער חברו".זאת ועוד, המנעות מהעמקת הגביה יכולה לנבוע מהעדר צורך דחוף המחייב התכתשות מול החייבים ונתון זה עשוי להשתנות: "אם נתחדש איזה דבר כגון שהיו פורעים מס בעבור מאה אנשים ושוב נתמעטו וצריכין לפרוע בעבור מאה דעתה יש טענה לשתיקה ולערעור".

מחילה על חוב שאינו ניתן לגביה

מנהג מקובל בכל קהילות ישראל, לפטור מחובת תשלום מיסים את נעדרי היכולת, לפי מידת יכולתה של יתר הקהילה לשאת בעול[77]. אולם מבין המיסים אותם גבו קהילות ישראל פטור זה נהג רק[78] במיסים שנגבו על ידי הקהילה על מנת להעבירם לשלטון, אולם ממיסים שנועדו עבור שירותים אותם נותנת הקהילה לתושבים, הנגבים על פי עקרון ההנאה שנתבאר לעיל, לא מצאנו מקור למתן פטור או מחילה, שכן גם עני מרוד מחוייב לשלם על שירות אותו הוא מקבל. הציבור רשאי כמובן להחליט ולתת לעניים שירות חינם אין כסף, בהנחה גדולה, או קטנה, במקום לתת להם כספי צדקה, אולם על הנחה זו חלים כל הכללים החלים על כספי צדקה[79].

אם במועד החיוב בארנונה התושב לא היה זכאי להנחה, ובמשך הזמן חובותיו הלכו והצטברו, ומצבו הכלכלי הלך והתדרדר, כתבו הפוסקים שאין חובה על הציבור לבצע הערכה מחודשת שתיקח בחשבון את השינוי שחל, וחובו נשאר כשהיה[80]. מקור הדברים בתשובת הרשב"א[81] הכותב את הדברים הבאים:

> משעה שפסקו הנאמנים אותו מס על הקהל והתחילו לגבותו, מאותה שעה ואילך נתחייב ראובן בכל מה שהוא מגיע לחלקו לפרוע ככל אותו מס. והרי זה חוב עליו כחוב אחר דעלמא. שאפילו נתן נכסיו או שאבדן ולא נשארו בידו רק כדי מה שהוא חייב למס גובין את הכל ממנו. ואינו יכול לטעון שלא יפרע אלא כנגד מה שנשאר.

כלומר, הרגע הקובע הוא רגע השומא[82], ומאותה העת בה האדם נישום, ונקבע כי עליו לשלם, הפך החוב הממוני לתפקד ככל חוב אחר שלא משתנה לפי מצבו הכלכלי המשתנה של האדם, ואינו נעלם עם הזמן.

---

77. **שו"ת הרא"ש** ו, יב; **שו"ת הרשב"א** א, תתפז; תשעז; **רמ"א** קסג, ג.
78. פטור זה נהג כמובן גם ביחס לגביה לצרכי צדקה, ממנה נפטרו אנשים הזקוקים לה בעצמם.
79. ראו לעיל פרק ב – הנחות בארנונה.
80. יש להעיר כי הפוסקים דנו אודות מיסים שמועברים לשלטון, שם הקהילה אינה אלא צינור להעברת הכספים לשלטון, ומשתמשת היא בשיקול דעתה כיצד יחולק עול המס באופן צודק בין חברי הקהילה, ואילו כאן אנחנו באים לדון אודות חובות שנוצרו בעקבות שירות אותו קיבל התושב, ולא שילם עבורו. להבדל זה עשויות להיות מספר משמעויות אולם נראה שלענין השאלה האם יש להחיל הנחה רטרואקטיבית בשל מצב כלכלי שהשתנה אין הבדל זה אמור לבוא לידי ביטוי.
81. **שו"ת הרשב"א** א, תתפז; **רמ"א** קסג, ג.
82. המקרה אליו מתייחס הרשב"א התרחש בקהילת מיורקה. הקהילה ערכה שומת מס לאדם מסויים ועל פיה נקבע גובה המס אותו ידרש לשלם. בבוא מועד התשלום היה האדם חולה והקהילה מתוך התחשבות נמנעה מלגבות את המס ממנו. בין כך ובין כך נפטר האדם לבית עולמו, והתעוררה השאלה מהו הרגע הקובע לענין קביעת גובה החיוב במס, מועד עריכת השומא, מועד תחילת הגביה, או מועד התשלום בפועל. האחרונים נחלקו בהבנת הרשב"א: לדעת **הט"ז**, שם, המועד היחיד אותו יש לקחת בחשבון הוא מועד עריכת השומא. לעומתו סבור **הסמ"ע** שם, כא, כי יש להתחשב גם ברגע בו התחילה הגביה. בכל מקרה מוסכם על

כמובן כי באותה מידה שהרשות יכולה (ואולי אף חייבת) לתת צדקה לעניי העיר, ומכח חובת הצדקה היא נותנת במידת יכולתה הנחות לעניים שאינם מסוגלים לשלם על השירותים אותם הם מקבלים, רשאית הרשות המקומית למחוק חובות לחייבי ארנונה אם מוצו הליכי הגביה, וכפי הנראה האדם לא יהיה מסוגל בעתיד הנראה לעין לשלם את המס[83]. מחיקה זו יש בה מן החסד והרחמים אולם אסור שתבוא על חשבון הנחות הניתנות לעניים אחרים[84].

אמנם יש להעיר כי אם הרשות נתמכת בממשלה, רשאית זו למנוע ממנה למחוק חובות לתושביה שכן הממשלה ערבה (באמצעות מענקי האיזון) למתן שירות מינימלי גם לתושבי רשות גרעונית, ומחיקת חובות על ידי הרשות עשויה להפיל את חובות הרשות על צווארה של הממשלה. בדומה לכך מצאנו בשולחן ערוך[85] שהערב יכול לדרוש מהלווה שלא יבזבז את נכסיו, באופן שיגרום לכך שהמלוה יבה את חובותיו ממנו וזה לשונו:

> ערב או קבלן שרואים שהלוה מבזבז נכסיו, יכולים לתבעו שיוציאם מהערבות, אף על פי שהוא בתוך הזמן.

כאשר מתרגמים דרישה זו לדרישה ממלכתית, משמעות הדבר היא שעל הממשלה לעמוד על כך כי רשויות שאינן מאוזנות, לא יוכלו למחוק חובות של תושבים על דעת עצמן, שכן מחיקת חובות של התושבים תגדיל את מידת התמיכה אותה מקבלת הרשות מהממשלה, ורשויות אלו יהיו חייבות את הסכמת הממשלה למחיקת חובות אלו, על מנת שזו תוודא כי מדובר בחובות אבודים שאין כל סיכוי לגבותם[86].

מסקנות להלכה

- כאשר תושב אינו משלם את המס המושת עליו, לרשות המקומית קיימת הזכות והחובה לחייב אותו לעשות זאת ובכך לממש את סמכותה.

שניהם כי מועד התשלום בפועל אינו מעלה ואינו מוריד והאדם אינו יכול לדרוש הערכה מחדש כאשר הוא זה שעיכב את התשלום עד כה.

83. החוק מאפשר מחיקת חובות שכזו וכך קובע סעיף 338 ל**פקודת העיריות,** ובדומה סעיף 131 ל**צו המועצות המקומיות;** סעיף 81 ל**צו המועצות האזוריות**: "כל סכום המגיע לעיריה בשל ארנונות או מסיבה אחרת, והוא בפיגור לא פחות משלוש שנים, ונראה שאינו ניתן לגביה, מותר, באישורו של הממונה, ובעירייה איתנה באישור המועצה, למחוק אותו מפנקסי העיריה". **חוקים אלו אינם ברורים** דיים וחוזרי מנכ"ל היוצאים מעת לעת מבהירים את התנאים הנדרשים לשם מחיקת חובות לרשויות המקומיות.

84. שכן מחיקת סכום גדול של חובות של אדם אחד עשויה למנוע מהציבור להעניק הנחה לתושבים רבים הזקוקים לה.

85. **שולחן ערוך** חו"מ קלא, ג.

86. דרישה זו קיימת בחוק אותו הבאנו לעיל, הדורש אישור הממונה על המחוז מטעם משרד הפנים לכל מחיקת חוב בעיריות שאינן איתנות. יש להעיר כי דרישה זו קיימת בחוק ביחס לעיריות בלבד אך לא ביחס למועצות מקומיות ומועצות אזוריות.

- ההלכה מבחינה בין הליך גביה של מסים אותם משלם האזרח למדינה ובין הליך גבית מיסים אותם משלם תושב הרשות המקומית. המדינה רשאית לפתוח בהליכי גביה לפי המידע המצוי ברשותה ואם הנישום סובר כי נעשה לו עוול הוא רשאי לבקש סעד משפטי. לעומת זאת קהילה המספקת שירותים קהילתיים חייבת להוכיח את חבות הנישום לפני שהיא נוקטת באמצעי גביה.
- הרשויות המקומיות במדינת ישראל גובות ארנונה מכח חוקי המדינה ובשעור שנקבע על ידי המדינה, והמדינה משלימה את תקציבן אם הגביה אינה מספקת לפיכך הן רשאיות לתפוס ולעקל את רכושו של החייב במסגרת של גביה מנהלית ללא ביצוע של כל הליך שיפוטי. אמנם לא ניתן להקנות סמכות זו לעיריות בבואן לגבות תשלומים שאינם בגדר של מס ארנונה כגון לצורך גבית הטלים, אגרות או דמי השתתפות אחרים
- ההלכה מאפשרת לועד המקומי לגבות מסים בהסכמת רוב תושבי הישוב, סמכות שאינה נתונה לקהילות עירוניות הנותנות לחבריהן שירותים קהילתיים. לעומת זאת החוק אינו מאפשר לועדים מקומיים בישובים קהילתיים לכפות תשלום מס על תושבי הישוב, ועל פי החוק התשלום נעשה באופן וולנטרי. אי לכך תביעה בגין אי תשלום מיסי ישוב יכולה להתברר אך ורק בפני בית דין שדן על פי דין תורה.
- קיימת אפשרות חוקית, לתבוע את התושב הסרבן לשלם עבור השירות אותו הוא מקבל גם בבית משפט, וזה עשוי לחייב אותו בתשלום בגין מידת הנאתו משירותים אלו. בתי המשפט בישראל טרם גיבשו עמדה ברורה בנושא זה.
- כל אדם הנתבע בבית דין חייב להופיע בפניו. מעבר לחובה ההלכתית להתייצב בדין תורה קיימת לדעת הפוסקים גם חובה לחתום על הסכם בוררות. אדם שסירב לחתום על הסכם בוררות המאפשר לכפות עליו לקיים את פסק הדין שינתן כמוהו כאדם שסירב לבוא ולדון בדין תורה.
- השימוש בשיימינג אסור על פי ההלכה מדין לשון הרע. אולם אחרי שהאדם הוזהר ונשאר בסרבנותו, מותר לפרסם את שמו בקרב הציבור הנפגע ממנו על מנת לגרום לו לשנות את התנהגותו. צעד זה חייב לבוא רק אחרי תביעת התושב לדין תורה בבית דין, ואחרי שסירב להופיע בפני בית הדין ולברר שם את טענותיו. יש להגביל את הפרסום לאמצעים שאינם חשופים לעין כל במרשתת.
- אי לכך כאשר אדם מסרב לשלם מיסי ישוב שאינם מחוייבים על פי החוק על הישוב לנקוט בצעדים הבאים לפי הסדר כדלהלן:

1. מסירת הודעת חיוב ולוודא את קבלתה.
2. תביעה בבית דין לדיני ממונות. אם האדם סירב להגיע לבית הדין ולחתום על שטר בוררות:
3. פרסום שמו של התושב הסרבן בין חברי הישוב בלבד.
4. תביעה בבית משפט לתשלום בגין שירותים מהם נהנה התושב.

נספח א. שיטת המימון התואם (Matching) בהלכה

שיטת המימון התואם (matching) מופעלת על ידי המדינה בתחומי הרווחה והחינוך. על פי שיטה זו במימון סל שירותים בחינוך וברווחה, משתתפות המדינה והרשות המקומית ביחס שנקבע מראש לכל מטרה, כאשר מימון המדינה מותנה במימון אותו נותנת הרשות. לדוגמא, על כל שקל אותו תקציב הרשות לכלל המטרות בתחום הרווחה, תתן המדינה 3 שקלים למימון אותן המטרות. השימוש בשיטה זו יוצר מוטיווציה לרשות המקומית להעמיד תקציב למטרות אלו, ולהעמיק את הגביה של הארנונה. אולם בפועל התוצאה המתקבלת מהשימוש בשיטה זו הוא שרשויות "חזקות" אשר מצליחות להעמיד למטרות רווחה סכומים גבוהים יותר יקבלו מהמדינה למטרות רווחה תקציב גבוה הרבה יותר מרשויות "חלשות" אשר יכולת ההשתתפות שלהן נמוכה יותר[1].

על פי ההלכה על המדינה לדאוג לצרכיהם של כלל התושבים הזקוקים לשירותיה, ובפרט לכלל העניים, באופן שווה*. אין זה אומר כי ההלכה מבקשת ליצור שוויון כלכלי בכלל ואפילו לא בין כלל עניי המדינה. ההלכה מפלה באופן ברור בין "עניי עולם ל"עניי העיר" כאשר קובעת כי "תמחוי לעניי עולם קופה לעניי העיר"[2]. קביעה זו כי קופת העיר תתחלק רק לעניי אותה העיר, יוצרת אי שוויון מובנה בין עניים בעיר עשירה בה הקופה גדולה, לעניים בעיר ענייה בה הקופה דלה.

אמנם, לדעת בעל ההפלאה[3], כנגד הכלל הזה עומד כלל אחר הגובר עליו, לפיו יש להעניק מכספי הצדקה למי שזקוק להם יותר, וצרכיו בסיסיים יותר, ודחופים יותר. וזה לשונו:

> דריש ספרי אביון התאב תאב קודם ושוב דריש עניי עמך קודמין וכו' ועניי קרוביך קודמין כ' ז"ל לכן הקדים התאב תאב קודם לומר עניי עירך קודמין לעניי עיר אחרת היינו אם שניהם צריכים למזון או לכסות אבל אם עניי עירך יש להם כדי חיותם אלא שאין להם הרוחה כלל לזה עניי עיר אחרת קודמין לעניי עירך דהתאב תאב קודם.

---

1. בדרך זו ההקצבה הממוצעת של המדינה לצרכי רווחה של רשויות באשכול 3 היתה כ1000 ₪ בעוד באשכול 8 היתה ההוצאה הממוצעת כ 2200 ₪. יש לציין כי הפערים בין האשכול הנמוך ביותר (1) לאשכול הגבוה ביותר (10) היו גבוהים הרבה יותר,**דו"ח מבקר המדינה 257ב** , 2006. יוער כי קיים נוהל במשרד הרווחה לפיו רשות מקומית שלא ניצלה את תקציב הרווחה שיועד לה מכיוון שלא יכלה לעמוד ביעדים המינימליים של המימון התואם תאבד את תקציבה והתקציב המיועד לה יחולק בין רשויות שיהיו מסוגלות להעמיד מימון עצמי נוסף. מימושו של נוהל שכזה עלול להחריף את הפערים עוד יותר אולם אין זה ברור האם נוהל זה מונהג בפועל כפי שנטען בפני מבקר המדינה או שנוהל זה הינו אות מתה וכל הרשויות מצליחות לנצל את תקציבן כפי שטוען משרד הרווחה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת **"מימון תואם של משרדי ממשלה ורשויות מקומיות"**.
2. ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר הוכיח כי תפקיד השלטון לדאוג לצרכי רווחה.
3. **בבא בתרא** ח ע"ב.
4. מובא על ידי תלמידו המובהק החתם סופר במספר מקומות ובהם **בשו"ת חתם סופר** יו"ד, רלא.

משמעות הדבר היא כי יש להעדיף את עניי העיר רק אם צרכיהם דחופים לא פחות מצרכי עניים שאינם תושבי העיר, אך אם צרכי עניי העיר אינם דחופים אזי יש לבכר את העניים במקומות אחרים, ורק לאחר מכן, אם נשאר כסף בקופה, לעסוק בהעלאת רמת המחיה של עניי העיר.

החלתו של עקרון זה אותו מציג בעל ההפלאה יוצרת למעשה שוויון בין עניי המדינה כולה (ואולי יהודים עניים מכל העולם), שכן כל עוד קיימים עניים שאין להם צרכים בסיסי יותר מצרכי העניים המתגוררים בעירי, אני מחוייב לדאוג לצרכיהם, לפני שאדאג להעלאת רמת המחיה המינימלית של עניי עירי.

לעומתו סבור רבי משה פיינשטיין[4] שהיכולת להעדיף את העניים הקרובים לאדם אינה מוגבלת וכל עוד הם מוגדרים כעניים וזכאים לקבל מכספי צדקה ניתן, ואולי אף חובה, להעדיף אותם על פני עניים מעיר אחרת, על אף שצרכיהם דחופים יותר:

> שלא מצינו שצריך לדקדק בדין הקדימות של הקרובים לומר שהוא רק כשהן שוין בהצורך בין להזמן בין להנחיצות אלא סתם משמע דאם אך שניהם רשאים ליטול צדקה צריך להקדים ליתן לקרובו אף שצורך האחר קודם לזמן וליותר דבר נחוץ כיון שעכ"פ הנתינה לתרוייהו הוא מצוה אחת דמצות צדקה.

כפי הנראה דעת האגרות משה מקובלת למעשה, שכן בפועל כל אדם עוזר לקרוביו הנזקקים באופן ניכר יותר ממה שהוא עוזר לעני שאינו מוכר לו ומגיע ממקום אחר. העדפה זו אינה אפשרית לדעת בעל ההפלאה שכן על האדם להעדיף תמיד לתת למי שצרכיו דחופים יותר אולם כאמור אין זה מנהג העולם.

לענייננו משמעות הדבר היא כי המדינה, אשר לגבי דידה כל העניים במדינה בעלי מעמד שווה, חייבת לתת סיוע שוויוני לכל העניים. עליה לקבוע מהם הצרכים הבסיסיים אותם היא מסוגלת לספק ולדאוג כי הם יסופקו לכולם בשווה. המסקנה המתבקשת מכך היא ששיטת המימון התואם (matching) לפיה העזרה של המדינה לעני תלויה בעזרה של הרשות המקומית לעני אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה[5].

כמובן שאין כל מניעה שרשות מקומית חזקה תעמיד לצרכי רווחה וחסד תקציבים גדולים יותר מאשר רשות מקומית חלשה, והדבר עולה בקנה אחד עם הכלל "עניי עירך קודמים". על פי הצעה זו תממן המדינה סל בסיסי של שירותי רווחה וכל רשות המבקשת ומסוגלת לתת לענייה יותר מכך – תעשה זאת.

---

4. **שו"ת אגרות משה** יו"ד, א, קמד.
5. אם המדינה מבקשת לאכוף על הרשויות לפעול בתחומי הרווחה היא יכולה לעשות זאת באמצעים חוקיים אחרים כגון איום בהחלפת ראש רשות שאינו ממלא את המוטל עליו בתחומים אלו, אולם אין זה נכון להשתמש בדרך היוצרת חוסר יחס שוויוני כלפי עניים ממקומות שונים רק בשל הרצון לאכוף את הרשויות את שעור ההשתתפות המוטל עליהן.

יתר על כן, לדעת חלק מן הפוסקים הכלל המחייב את האדם לטפל בעניים הקרובים אליו יותר לפני שמטפל בעניים הרחוקים ממנו, מאפשר לקהילה לחייב את הקרוב של העני לפרנסו, אם הוא מסוגל לכך, ולא להטילו על הציבור. כך פוסק השולחן ערוך[6]:

> מחייבין האב לזון בנו עני, ואפילו הוא גדול מחייבין אותו יותר משאר עשירים שבעיר. הגה: וכן שאר קרובים.

לדעת הגר"א מקור הדברים בגמרא הקובעת[7]: "כל הנופל אינו נופל לידי גבאי תחילה" ומבאר הר"ן[8]:

> כל הנופל אינו נופל לידי גבאי תחילה - אלא שואל מקרוביו ומתפרנס ואותה שעתא קעבר (הקרוב שאינו מפרנסו) אקרא דכתיב וחי אחיך עמך.

מכיוון שהכלל "עניי עירך קודמין" אינו אלא המשך והרחבה לכלל "ענייך ועניי עירך ענייך קודמין" מסתבר שיש להחיל עליו את אותו עקרון לפיו אנשי העיר מחוייבים לפרנס את עניי עירם לפני שיטילו אותם על שאר העולם.

העולה מדברים אלו הוא כי ככל שהעיר מבוססת יותר ומסוגלת לפרנס את ענייה בכחות עצמה כך צריך להיות חלקה בתקציב הרווחה גדול יותר, ותקציבה של המדינה קטן יותר. ולהפך ככל שהעיר עניה יותר היא תמצה את יכולתה מוקדם יותר והמדינה חייבת לבא לעזרתה באופן נרחב יותר. שיטה זו של תקצוב נקראת matching פרוגרסיבי[9]. לפי שיטה זו הקרובה יותר לעמדתה של ההלכה המדינה תקבע סל אחיד אותו חייבת כל רשות המקומית לספק לתושבים, אלא שככל שמעמד הרשות המקומית מבוסס יותר, כך יגדל חלקה של הרשות בסל זה, ובהתאם יקטן חלקה של המדינה[10].

---

6. **שולחן ערוך** יו"ד רנא, ד.
7. **נדרים** סה ע"ב.
8. **ר"ן** נדרים, שם ד"ה כל הנופל.
9. שיטה זו מקובלת בחלק מהמטרות המתוקצבות באופן משותף על ידי המדינה והרשויות המקומיות בתחום החינוך.
10. יש לציין כי השימוש בmatching במקרה זה לא נועד כלל על מנת ליצור לחץ על הרשויות לתת את חלקן אלא על מנת לחלק באופן נכון יותר את הכסף אותו מקדישה המדינה לסיוע למטרות צדקה וחסד.

נספח ב. ריבית פיגורים בהלכה

קנס חד פעמי על איחור בתשלום

למרות העובדה שריבית אסורה באיסור חמור נחלקו הפוסקים בשאלה מה דין קנס בו מתחייב הלווה כי אם לא יפרע את סכום ההלוואה עד לתאריך נקוב יתווסף לסכום ההלוואה קנס. לדעת בעל ספר התרומות[1] הדבר מותר ואין בו משום ריבית:

> יש דרך שנראה כאגר נטר לי ומותר. וכיצד, כגון שהלוהו אלף דינר וקבע עמו זמן עד שנה ומתנה עם הלוה ואמר לו אם לא תפרעני בזמני הרי אתה חייב לי מעכשו ולזמן העכוב באלפים דינרים, הרי זה מותר ואין זה רבית.

התרומות מבסס את חידושו על המשנה[2] המאפשרת לאדם להתחייב בתשלום כפול של חלק מההלוואה במקרה של פרעון מאוחר:

> מי שפרע מקצת חובו, והשליש את שטרו ואמר לו: אם לא אתן לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו, הגיע זמן ולא נתן - רבי יוסי אומר: יתן, רבי יהודה אומר: לא יתן. גמ'. במאי קמיפלגי? ר' יוסי סבר: אסמכתא קניא, ורבי יהודה סבר: אסמכתא לא קניא.

מדברי הגמרא הרואה בתשלום יתר זה לכל היותר בעיה של אסמכתא עולה לכאורה כי אין בתשלום זה בעיה של ריבית. את טעם הדבר מסביר הר"י מיגש בחידושיו[3]:

> וטעמא דמילתא דכי אמרי' ריבית הוא ואסור הני מילי היכא דהוה ההוא תוספת דקא שקיל אגר נטר ליה ובהא מילתא כד מעיינת בה לא משכחת בה אגר נטר ליה כלל דהא אילו פרע ליה לוה למלוה במשלם זימנא דקצב ליה מאי דאישתייר גביה מהאי שטרא הוה שקיל ליה מלוה בלא תוספת... אשתכח דלא מטיא ליה הנאה למלוה מחמת האי זימנא דארווח כי היכי דנהוי אגר נטר לי... אילו הוה מרווח ליה זימנא אחרינא הויא ליה ההוא תוספת אגר ההוא זימנא דקא מרווח ליה ...וכי מטא זימנא ולא פרע ליה דקא שקיל ליה כוליה שטרא לא קא מרווח ליה זימנא אחרינא ליכא הכא אגר נטר לי כלל.

יש להעיר כי הר"י מיגאש עסק במקרה בו החיוב בקנס נעשה <u>שלא במועד ההלוואה</u>, ואותו היה מוכן להחריג מאיסור ריבית, אולם התרומות מבקש לעשות צעד נוסף ולומר כי ניתן להגדיר את הקנס על העדר פרעון כבר <u>במועד ההלוואה</u> ובכך להתירו. לדעת החוות דעת[4] צעד זה אינו מקובל על התוספות ממנו משמע שכל תנאי שמתנה המלווה בעת ההלוואה שיש בו שווה פרוטה נחשב כשלעצמו לריבית[5], והואיל והתנאי לפיו בהעדר

---

1. **תרומות** שער מו, ד, לב; **שו"ת הריב"ש**, שלה הכותב כי במקרה בו "ברגע אחד בעבור קץ הזמן הוא מתחייב בבת אחת בכל התוספת ואין זה נקרא רבית אלא קנס ומותר אפי' לכתחלה" לדעתו אין בדבר אפילו לא משום הערמת ריבית.
2. **בבא בתרא** קסח ע"א.
3. **ר"י מיגאש** בבא בתרא, קסז ע"ב.
4. **חוות דעת ביאורים** יו"ד קעז, טו. כך משמע לכאורה גם מדברי **הגר"א** שם, לה, הסבור שמדובר בריבית גמורה "דאינו מותר כל זה אלא בזביני".
5. **מתן אופציות בתמורה להלוואה**

יכולת לפרוע את החוב במועדו יתחייב הלווה בקנס כספי, הינו תנאי שיש בו שווה פרוטה, מהווה תנאי זה לדעת החוות דעת איסור דאורייתא של ריבית קצוצה.

למעשה, חידוש זה של בעל התרומות, על אף שבתקופתו התקבל כנוהג נפוץ[6], אינו מקובל על הרשב"א[7] שכן לדעתו הדבר נראה לכל הפחות כהערמת ריבית או כריבית מאוחרת:

> שאלת: שהורגלו שם לכתוב בשטרי הלואה אם לא אפרעך לזמן פלוני אתן לך כך וכך. אם יש בזה שום רבית או לאו? תשובה: איברא מיפשטה של משנתי' שאין כאן משום רבית כלל.... וטעמא דמילתא משום דאין רבית אלא דבר שמתרבה משום אגר נטר לי וזה אינו כן. שאלו פרעו בזמנו לא היה מרבה לו כלום... אלא שאני אומר שאסור לעשות כן משום דלא גרע מרבית מאוחרת. שאף על פי שאין כאן אגר נטר לי כיון שהנאה באה לו מחמת הלואתו אסור. ואמרינן נמי תני רב ספרא ברבית דבי רבי חייא יש דברים שהן מותרין ואסור לעשותן מפני הערמת רבית... ואין מורין בדבר זה להקל. וכל שכן כאן שהדעת מכרעת שהם מתכוונים להערמת רבית.

בדרך בינים הלך הריב"ש[8] זה נשאל אודות המקרה הבא אשר ארע בקהילת סלמנקה שבמערב ספרד:

> שמעון מכר סחורה לראובן בששים זהובים שקבל מיד והתנה לתתה לו לחצי שנה ואם יעבור על זה שיתן בעבורה ק' זהובים.

בתשובתו פותח הריב"ש ואומר כי מבחינה עקרונית לדעתו היה ניתן להשתמש בפתרון של בעל התרומות המאפשר בחיוב קנס חד פעמי על פיגור בהחזר ההלוואה אפילו לכתחילה:

התוספות בבא מציעא סה ע"ב, ד"ה לא, משווה בין דברי רבא הפוסק, בבא מציעא, סה ע"ב, כי הלוואה שניתנה בתמורה לאופציה לרכישה במחיר מוזל נחשבת להלוואה בריבית: "משכן לו בית, משכן לו שדה, ואמר לו: לכשתרצה למוכרם, לא תמכרם אלא לי בדמים הללו – אסור" לדברי המשנה, שם, הקובעת כי מתן אופציה לרכישה במחיר מוזל (לדעת התוספות נקודה זו מוכחת מהגמרא בהמשך) אינו מהווה בעיה של רבית: "אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי – הרי היא שלו וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים" לדעת התוספות בשני המקרים ניתנה למלווה אופציה לרכישה במחיר מוזל אלא שיש לעשות אבחנה בין אופציה מובטחת – אותה אסר רבא ובין אופציה בלתי מובטחת אותה התירה המשנה: "וא"ת אמאי אסרינן הכא והא תנן הלוהו על שדהו וא"ל אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי הרי היא שלו ומסתמא איירי בלוקח בפחות משויה... וי"ל... התם הלוה היה יכול למכור מן השדה לאחר כנגד המלוה וליקח לעצמו המותר וכשהוא מניח לו כולה אינו עושה משום רבית אלא מילתא בעלמא הוא דעבד (מלוה לגביה) שמחל לו בחנם". מדברים אלו של התוספות מגיע החוות דעת למסקנה כי כל הטבה הניתנת בתמורה להסכמה להלוואה נחשבת לריבית.

6. **שו"ת הרשב"א** א, תרנא: "הורגלו שם לכתוב בשטרי הלואה אם לא אפרעך לזמן פלוני אתן לך כך וכך".
7. **שו"ת הרשב"א**, שם; **רבנו ירוחם**, מישרים, טז, א, מט ע"ג.
8. **שו"ת הריב"ש**, שלה.

ברגע אחד בעבור קץ הזמן הוא מתחייב בבת אחת בכל התוספת ואין זה נקרא רבית אלא קנס ומותר אפילו לכתחלה.

אולם בהמשך דבריו מוסיף הריב"ש ואומר כי במקרה הנידון אפילו הרשב"א האוסר קנס בהלוואה משום הערמת ריבית עשוי להתיר שכן החוב לא נוצר בדרך של הלוואה אלא בדרך של עסקת מכר:

אף הרב ז"ל לא אסר לכתחלה אלא במי שמלוה מעות ומתנה לתת יותר אם לא יפרע בזמנו דהויא הלואה גמורה והוי כהערמה. אבל בנדון זה שלא היתה הלואה מתחלה אלא מכירת סחורה ואפילו אם הוקרה בסוף ונתן לו דמיה מותר אפילו לכתחלה ואין כאן משום הערמה כלל ואף על פי שנוטל יותר ממה שנתן לו כיון שלא היה בדרך הלואה אלא בדרך מכירה, וא"כ כשהתנה בה בדרך קנס מותר אפילו לכתחלה.

בדרך זו הולכים השולחן ערוך והרמ"א אשר מחד אוסרים[9] לגבות כל קנס בגין איחור בהחזרת הלוואה, ומאידך מתירים[10] לעשות כן כאשר הקנס מוטל על עיכוב בתשלום עבור מוצר שסופק[11].

9. **שולחן ערוך ורמ"א** יו"ד קעז; שולחן ערוך שם, יד.
10. **שולחן ערוך** שם, יח; **רמ"א**, שם, יד.
11. אמנם נחלקו הפוסקים האם הדבר מותר גם אם תשלום הקנס דוחה בהסכמה את מועד החזר ההלוואה, **ש"ך** שם, לו; **חוות דעת**, שם, או שבמקרה שכזה מתברר שהקנס אינו אלא ריבית מוסכמת שאסורה, ולא אמר בעל התרומות את חידושו אלא במקרה בו תשלום הקנס אינו מאריך כלל את משך זמן ההלוואה ואינו מונע מהמלוה את היכולת לתבוע את הלווה לתשלום מיידי של כל כספי ההלוואה, **ב"ח** קעז; **שו"ת המבי"ט**, רחצ.

קנס מצטבר על פיגור בתשלום

לדעת הרשב"א[12] בעיה חמורה יותר עולה כאשר הקנס אינו חד פעמי אלא הולך ומצטבר עם הזמן. במקרים אלו סבור הרשב"א כי על אף שהצדדים הגדירו את התשלום המצטבר כקנס על אחור הפרעון, אין זו אלא ריבית "בתחפושת" האסורה מן הדין וכך מסביר הרשב"א את ההבדל בין המקרים:

> וטעמא דמלתא כדאמרן דליכא כלל אגר נטר לי. דאי פרע ליה בזמניה ארעא הדרה ליה. ואי לא פרע ליה בההוא שעתא הוא דזכו בה. אבל בנידון שלפנינו דאומר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני משם ואילך אתן לך כך וכך בחודש או לפ' ופ' בליטרא הרי זו רבית גמורה. ולא תהיה כזאת בישראל.

כלומר, כל תשלום בגין חוב, המצטבר עם הזמן, גם אם נקרא לו קנס, וגם אם לא יתחייב בו הלווה מייד אלא רק לאחר מועד הפרעון של עיקר ההלוואה, אינו אלא ריבית גם אם נקרא לו "קנס" אלא שנחלקו הפוסקים בחומרת האיסור בגביית קנס זה: לדעת המהרלב"ח[13], קנס זה, הינו ריבית קצוצה האסורה מדאורייתא המוצגת כאילו אינה מוטלת על התקופה הראשונה של ההלוואה[14]. לעומתו סבור הרא"ם[15] כי על אף שמדובר בריבית גמורה ולא בהערמת ריבית, הרי שבשל העובדה שהחיוב בה אינו וודאי, אין זו ריבית קצוצה האסורה מדאורייתא וכך משמע מלשון הבית יוסף שכתב על אפשרות זו "אין לך הערמת ריבית גדולה מזו"[16].

אמנם יש מן הראשונים אשר מדבריהם נראה כי התירו את הקנס גם במקרה בו הקנס מצטבר עם הזמן. כך עולה לכאורה מנוסח שטר הלוואה[17] שניסח הקדוש רבי יעקב מאורליינש[18]:

> הנני ח"מ מודה הודאה גמורה שאני חייב לפב"ב כך וכך מחמת שהלוה לי לירח פלוני שנת כך וכך לפרט למנין שאנו מונין כאן במתא פלוני והנני מחויב לפורעם לו תוך ט"ו ימים להזמנתו ולהגיע לידו בעיר פלוני באחריותו וכל זמן שאעכבם ולא אפרע לו עלי

---

12. **שו"ת הרשב"א** ב, ב; **שולחן ערוך והרמ"א** יו"ד קעז, טז.
13. **שו"ת מהרלב"ח**, קד.
14. בשטר שהובא לפני המהרלב"ח זיהה המהרלב"ח נסיון "להחביא" את הריבית שלא נגבתה על התקופה הראשונה, בשעור קנס גבוה מעט יותר על התקופה השניה. עובדה זו התגלתה כאשר בבדיקת המהרלב"ח עלה כי פריסה של שעור הקנס על כל התקופה הולמת להפליא את שעור הריבית המקובל בתקופתו. מעשה זה שכנע את המהלב"ח כי הגדרת הסכום הנוסף כ"קנס" פיקטיבית במהותה.
15. **שו"ת ר"א מזרחי**, כג, הובא **בפתחי תשובה**, שם, ד (לא מצאתיו בשו"ת הרא"ם הנדפס שלפנינו).
16. וראו **שו"ת המבי"ט** א, נא; גדולי תרומה, שם, שקנס מצטבר אינו יותר מהערמת ריבית.
17. **בהגהות מרדכי הנוספות**, בבא מציעא, תנה.
18. רבי יעקב מאורליינש היה תלמידו של רבנו תם ונהרג על קדוש השם ביום י"ב אלול תתקמ"ט (3.9.1189) בטקס הכתרתו של ריצ'רד לב הארי למלך אנגליה, עלי יסף **ספר הזכרונות: הוא דברי הימים לירחמאל** ,אוניברסיטת תל אביב, תשס"א, עמ' 418.

לתת לו במתנה כל שבוע ושבוע שאעכבן מיום ההלואה ולמעלה עד יום הפרעון כך וכך פשיטין ממטבע פלוני וכן בכל שבוע ושבוע והכל אני מחויב להביא בידו בעיר פלוני באחריותו תוך ט"ו ימים להזמנתו...

מרבית הפוסקים[19] הבינו ששטר זה מנסה להתיר קנס המצטבר עם הזמן[20], ולפיכך מיהרו לדחות דעה זו בשתי ידים[21], אם כי לדעת הסמ"ע[22] עצם המוכנות להביא דעה שכזו מכניסה אותה לתוך "המגרש ההלכתי" ומאפשרת לפסוק כמותה.

כיוון חשיבה חדש לכאורה מציע הגרש"ז אוירבך. לדעתו[23] כל מה שאסרו הפוסקים גביית קנס חד פעמי או מצטבר לא היתה אלא במקרה בו הסכמה לתשלום הקנס מצד הלווה מקנה לו זכות להמשיך ולהחזיק בכסף ללא יכולת תביעה מצד המלווה. אולם אם העיכוב בתשלום נעשה שלא בהסכמת המלווה, והסכמת הלווה לתשלום הקנס אינה מונעת את זכות התביעה של המלווה אין בדבר משום ריבית. לדעתו יש להתיר לגמ"ח הלוואות להתנות עם הלווים שבמקרה ולא תוחזר ההלוואה במועדה תשולם ריבית פיגורים:

לענין קנסות הנהוגים בגמ"חים אשר הקנס הוא לפי ערך הזמן, שכשמאחר בהחזרת ההלואה חצי שנה משלם שקל אחד, וכשמאחר שנה משלם שני שקלים. וטענו רבים שדינו כריבית ולא כקנס, י"ל דכיון שאחר שהגיע זמן הפרעון יכול הגמ"ח לגבות החוב, נמצא דלאחר הזמן הו"ל כגזילה אצלו, ואין כאן שכר המתנת מעות כי אם שיעור גודל

---

19. **בית יוסף** יו"ד קעז, ד"ה ומ"מ; **רמ"א**, שם, יד. לדעת המהרלב"ח, שם, דעה זו כה בלתי מסתברת עד אשר קבע בהחלטיות כי נוסח שטר זה לא יצא מתחת ידו הקדושה של רבי יעקב מאורליינש. לדעתו, בניגוד לספר המרדכי עצמו, הספר הגהות מרדכי אינו מקור נאמן, בפרט לאור העובדה שהגהות אלו הופיעו לראשונה בדפוסים ולא היו בכתבי היד שעמדו לנגד עיני המהרלב"ח, ולדעתו די בסיבה זו בכדי לערער על מהימנותם.
20. לדעת שו"ת המבי"ט, שם, בשטר זה אותו התיר רבי יעקב מאורליינש הקנס אינו מוטל מרגע ההלוואה, והוא אינו מצטבר במובן הפשוט של המילה, אלא שאם לא היה פרעון מוטל קנס על תקופת ההלוואה. קנס זה אינו מתרבה עם הזמן אלא שלקנס עצמו נקבע מועד פרעון חדש ואם הלווה לא עמד בו מתחייב הלווה בקנס נוסף וחוזר חלילה. בניסוח מורכב שכזה סבור המבי"ט שניתן להתיר את הקנס לכתחילה ואפילו בעיה של הערמת ריבית אין בו. יש להעיר כי לדעת הגידולי תרומה לכך יסכים גם בעל התרומות הנ"ל.
21. **רמ"א** שם, יד; שו"ת מהרלב"ח ,שם.
22. **קונטרס הריבית**, לבעל הסמ"ע, בדרך הארוכה, כה. לדעתו ניתן לעשות שימוש בדעה זו, ובלבד שיסוד ההיתר יוסבר היטב לצדדים לפני שיעשה בו שימוש וזה לשונו: "ואף שב"י פסק שאסור לעשות כן ושהרשב"א כתב דהוי ריבית קצוצה לכו"ע וגם מור"ם הביא שאסור לעשות כן מ"מ כיון דמצינו שהם הקילו ופרסמו הדבר כתיקון הנוסח והטופס לרבים שמע מינה דשרי ומצוה לגלות היתרים שהם אליבא דהלכתא לנאמנים הקהילה והם יורו דרך לאיש על פי ענינו וכך נראה לי. אך השמר ופן שלא יתירו הנאמנים שום היתר עד שיסבירו הענין להלוה והמלוה בענין שיבינו ההיתר וכן יכתבו על גבי השטר שנעשה באופן זה מההיתר הנ"ל".
23. **שו"ת מנחת שלמה**, תנינא, ב-ג, עא.

העוולה, ועל עוולה של חצי שנה משלם רק שקל אחד, ושל שנה שלמה משלם שני שקלים[24].

כלומר כאשר קנס מוטל על עצם האיחור, כפיצוי על הנזק לו גרם המאחר בתשלום, מבלי להעניק כל זכות ללווה הגזלן להחזיק בממון ולו יום אחד נוסף, אינו מהווה בעיה של ריבית. בעיה של ריבית מוקדמת עשויה להווצר רק כאשר המוכנות לתשלום הקנס על אי תשלום ההלוואה במועד מזכה את הלווה בזכות להחזיק בכסף פרק זמן נוסף.

אולם בעניי לא זכיתי להבין את דבריו שכן רעיון זה נבחן כבר על ידי המבי"ט[25], והוגדר גם אם לא כריבית גמורה – לכל הפחות כהערמת ריבית שאסורה (למעט במעות יתומים וכדומה). כמו כן גם האחרונים הנזכרים לעיל[26] היו מוכן להתיר על פי סברא זו רק במקרה של העלאת מחיר (חד פעמית) עקב עיכוב בתשלום על סחורה[27], אך לא במקרה בו מדובר בקנס על הלוואה שם יחשב הדבר כהערמת ריבית ואינו שונה בכהוא זה מן הקנס עליו מדבר הרשב"א אשר הוגדר כהערמת ריבית.

---

24. לשם השלמת הצגת שיטתו נביא את המשך דבריו בתשובתו הנ"ל: "ורק אם היתה תקנה שאם התנאי הוא שאם יתן את הקנס של שקל אחד שוב אין הגמ"ח יכול לתבוע ממנו עד סוף חצי שנה שפיר חשיב אגר נטר. ועיין בזה היטב בסי' קע"ז סעיף י"ד ובמפרשים ודו"ק היטב, כי אף על פי שבכל הלואות ריבית אפי' אם התנה המלוה שיוכל לגבות בכל שעה שירצה ואז יעשו חשבון לשלם עבור כל שבוע ושבוע ודאי חשיב ריבית, מ"מ הכא דשלא בהיתר הוא מאחר את הפרעון, שפיר שייך שם של קנס".
25. **שו"ת המבי"ט** א, רחצ: "נתינת הפרחים אינו אלא על העבר דרך קנס על שלא פרע בסוף תשרי לא על זמן העתיד שממתין לו עוד ג' חדשים על כל הס"ו פרחים ואם כן לא הוי אגר נטר שלא יאמר שאם לא יפרע לסוף תשרי שיתן לו ו' פרחים על ג' חדשים שימתין לו יותר ב' פרחים לכל חדש אלא על שלא פרע לו בסוף תשרי נתן הו' פרחים דרך קנס...וליכא איסורא אלא מדרבנן"
26. בדעת התרומות, **ב"ח** קעז; **ש"ך** לו, ע"פ החוות דעת שם.
27. ועיין **בשו"ת שואל ומשיב** תניינא, ד, קכג, ששמתיר ריבית הוצאה לפועל שנגבתה על פי פסיקת בית משפט ממי שלא רצה לעמוד בדין, אולם השואל ומשיב מוכן לעשות זאת רק במקרה בו החוב לא נוצר בדרך של הלוואה אלא כתוצאה מסירוב לתת תמורה לתשלום שקיבל שאינו אלא גזל.

נספח ג - היתר עסקה לרשות מקומית

היתר עסקה זה מבוסס על היתר העסקה של מכון כתר והוא מיועד עבור כלל העיריות והמועצות המקומיות[28].

הגדרות

"עסקה כספית" – כל סוגי אשראי ופיקדונות, כולל חיובים, התחייבויות, תשלום בגין שירות שסיפקה או שקיבלה הרשות המקומית, וכן קנס ריבית והפרשי הצמדה למדד יוקר המחיה ולכל מדד שהוא שהרשות המקומית מטילה על מסים שאינם משתלמים בזמן או מכל סיבה אחרת, ערבויות, משכנתאות, חסכונות, הנפקת מניות ואגרות חוב וסחר בהם, כולל פעולות ועסקי תיווך, נאמנות ושליחויות המבוצעות ע"י הרשות המקומית לרבות כל פעולה אחרת שהרשות המקומית צד לה. **"תנאי העסקה הכספית"** - אינם מפורטים בשטר זה אלא נמצאים במשרדי הרשות המקומית, במסמכיה הרשמיים, באתר האינטרנט שלה או בהסכם נפרד שנערך בין שני הצדדים לעסקה הכספית.

"המקבל" – אדם או גוף לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם המקבלים כסף במסגרת עסקה כספית.

"המפקיד" - אדם או גוף, לרבות חברה ותאגיד מכל סוג שהוא, ו/או באי כוחם הנותנים כסף למקבל במסגרת עסקה כספית.

הרשות המקומית – עיריה, מועצה מקומית, מועצה אזורית, ועד מוניציפלי , אגודה שיתופית המנהלת את עניינה המוניציפליים של _____.
בעסקאות מסוימות יכולה הרשות המקומית להיות מוגדרת כמקבל ובאחרות כמפקיד.

מועצת הרשות המקומית – מועצת העיריה, מועצת הרשות המקומית, מועצת הרשות האזורית, ועד מנהל של ישוב, ועד מנהל של אגודה שיתופית, לרבות אסיפת החברים של האגודה השיתופית ב_____.

"ריבית" – סכום אותו מחזיר הלווה הנוסף על סכום ההלוואה, ומבלי לגרוע מכלליות האמור לרבות ריבית דריבית.

"עסקא" – מונח הלכתי הבא לבטא סוג של עסקה בין משקיע ובין מקבל הכסף אשר מטרתה לאפשר למשקיע לקבל רווחים מכספי השקעתו מבלי לעבור על איסור ריבית. בעסקה זו מוגדר חלק מהכסף המושקע כהלוואה החוזרת בזמן הפרעון בדיוק כפי שנתקבלה ללא תלות בשאלה האם המקבל הרויח או הפסיד את כספי ההשקעה. חלק אחר של הכסף מוגדר כפקדון שאינו בבעלות המקבל אלא באחריותו. ברווח או בהפסד שיגרם לכספי הפקדון נושא המפקיד כאשר חלק מהסכום על פי מה שסוכם בין הצדדים ניתן למקבל כשכר על התעסקותו בכסף.

---

28. רשות מקומית המעוניינת לחתום על היתר עסקה בנוסח זה או דומה לזה אשר יהלום את צרכי הרשות יכולה לפנות למחבר: במייל urisadan@gmail.com או למכון כתר www.keter.org.il.

מבוא

המבוא לשטר **וההגדרות** מהווים חלק בלתי נפרד ממנו.

הכותרות בשטר נועדו להקל על הקריאה בו אינן מחייבות ואינן מהוות חלק ממנו כלל ועיקר.

הואיל ומועצת הרשות המקומית אינה רוצה לעבור על איסור ריבית.

והואיל והרשות המקומית עושה עסקאות כספיות רבות אשר בחלקן היא לווה כספים ובחלקן היא מלוה.

והואיל והרשות המקומית מעוניינת כי כל עסקאותיה גם אלו שנזכרת בהן ריבית יהיו כשרות על פי דיני ישראל.

והואיל והרשות המקומית הסמיכה את הח"מ להחליט ולחתום בשם הרשות המקומית על השטר.

לכן הח"מ מצהירים ומתחייבים בזאת בשם הרשות המקומית, על כל אגפיה והתאגידים השייכים לה כדלקמן:

1. <u>הגדרת ההלוואה כפקדון</u>

א. כל עסקה כספית שיש בה חשש ריבית מכל סוג איסור שהוא, ואפילו מוזכר בה לשון ריבית או ריבית דריבית תהיה ביד המקבל בתורת עסקא ע"פ הגדרתה במבוא לשטר. כמו כן מוסכם כי חלקו של המקבל יהיה מחצית מהרווח, ואם יהיה הפסד ישא המקבל ב30% ממנו והמפקיד ב 70%.

ב. המקבל יעסוק בדמי העסקה הכספית בכל עסקיו ונכסיו הטובים, המותרים והמובחרים ביותר, בין בעסקיו ונכסיו הקיימים ובין בעסקים ונכסים שמכאן ולהבא. כל הרכישות והקניינים בדמי העסקה הכספית ייעשו לטובת המפקיד באופן המועיל על פי דיני ישראל. המפקיד ישא בחלקו בהפסד המפורט לעיל בסעיף 1.א. רק אם המקבל מילא את הוראות סעיף זה.

ג. בכל מקרה, לרבות מקרה בו לוקח את דמי העסקה הכספית שלא למטרות השקעה ומסחר, מקנה המקבל למפקיד חלק בכל עסקיו ונכסיו הקיימים, עפ"י שמאים שזהותם תקבע ע"י הרשות המקומית.

ד. כמו כן, בכל עסק או נכס שיקנה המקבל מכאן ולהבא, יקנה למפקיד חלק בקנין מועיל ע"פ שומא כנ"ל. לפיכך כל רווח שיווצר למקבל מנכסיו ועסקיו, בין הקיימים ובין אלה שיהיו עד מועד השבת הכספים, ייחשבו כרווח העסקה הכספית.

2. <u>ברירת המחדל – תנאי ההלוואה המוסכמים</u>

א. לשם מילוי חובתו של המקבל האמורה לעיל (סעיף 1.א.) ישלם המקבל למפקיד את הסכום שהוסכם ביניהם במסגרת תנאי העסקה הכספית ומבלי לגרוע מכלליות האמור לרבות שיעור יחסי מהעסקה הכספית כולל הפרשי הצמדה למיניהם, הטבות, ומענקים חד פעמיים.

ב. אם ישלם המקבל למפקיד את הסכומים הנ"ל יהיה פטור מחובת הוכחה ומשבועה כפי שתובא להלן (סעיף 3) ומותר הרווח יהיה שייך למקבל לבדו.

3. <u>הראיות הנדרשות</u>

א. על המקבל להוכיח שנהג ועסק בנאמנות בדמי העסקה הכספית, ולא יהיה נאמן על הרווח או אי הרווח, כי אם בשבועה חמורה עפ"י דיני ישראל, ועל הקרן לא יהיה נאמן כי אם בשני עדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל, ובלבד שיהיו רואי חשבון במקצועם.

ב. כמו כן מותנה כי זמן פירעון הרווחים הוא בכל יום עסקים אחרון לחודש האזרחי. אם יטען המקבל כי העסקה לא הרוויחה או הפסידה, עליה להודיע למפקיד על כך בכתב, לא יאוחר מחמשה ימים מהתאריך הנ"ל, על רצונו להוכיח את טענתו זו באופנים הנזכרים לעיל. אם לא הודיע עד היום הנ"ל, הרי זה כאילו הודה בבית דין שהעסקה הרוויחה ולא יוכל עוד לטעון שהעסקה הפסידה או לא הרוויחה עד תום החודש החולף.

ג. אם ידווח המקבל כאמור, יהא חייב לשלם מיד לחברה, עם מתן ההודעה, את חלק ההלוואה ואת החלק שלא נפסד מהפיקדון לטענתו. אם לא יעשה כן, יחשב הדבר כהודאה מלאה שהוא חוזר בו מטענתו כאילו העסקה הפסידה או לא הרוויחה.

ד. אם לא יוכיח המקבל באופן האמור לעיל כי הסכום אותו נדרש לשלם על פי תנאי העסקה הכספית (הנזכר לעיל סעיף 2.א.) שונה מהסכום אותו נדרש לשלם ע"פ תנאי העסקא (המפורטים לעיל בסעיף 1.א.) ידרש לשלם את הסכום המוגדר על פי תנאי העסקה הכספית.

4. <u>תוקף השטר</u>

א. שטר זה חל על כל עסקה כספית אותה תעשה הרשות המקומית עם מפקיד או עם מקבל.

ב. שטר זה נתקבל כהחלטה גמורה ומחייבת בהנהלת הרשות המקומית, עפ"י כח והרשאה שיש לה בשם מועצת הרשות המקומית, ויש תוקף להחלטה והתחייבות זו ככל שאר התקנות הקובעות וחוקי העזר הנחקקים על ידי הרשות המקומית, ואין רשות לאף אחד לעשות בשם הרשות המקומית עסקה כספית שיש בה איסור ריבית.

ג. בפירוש הותנה שגם אם מאיזו סיבה שהיא לא ידע המפקיד או המקבל עניין היתר עסקא זה, או לא ידע בכלל מהו היתר עסקא, יהיו נוהגים בו תנאי היתר עסקא זה, זאת משום שעל פי החלטת הרשות המקומית, היא לא תעסוק בעסקה כספית שיש בה איסור ריבית, וכל המתעסק עם הרשות המקומית – על פי תקנותיה הוא מתעסק.

ד. שטר זה יחול מכאן ולהבא גם על אגרות חוב מוניציפליות שהונפקו בעבר על ידי הרשות המקומית, זאת בכפוף לחוקי מדינת ישראל, ולכללי הבורסה לניירות ערך. אם יתברר כי חוקים וכללים אלו אינם מאפשרים לשטר לחול על אגרות חוב

שהונפקו בעבר לא יגרע הדבר מתוקפו של השטר ביחס לאגרות חוב ושאר עסקאות כספיות אשר יבוצעו מכאן ולהבא.

ה. מועצת הרשות המקומית מצהירה בזאת, כי שטר זה מחייב בכל דיון משפטי ובכל פורום שיפוטי.

ו. למען הסר כל ספק; אין בשטר זה כדי לקבוע או להשפיע על הפורום השיפוטי בו יתבררו מחלוקות לפי שטר זה ואלה יוכרעו, אם תהיינה כאלה, בפורום המוסכם ע"י הרשות המקומית.

ולמען תת תוקף לכל האמור לעיל הננו כותבים שטר זה ומפרסמים לכל החלטתנו זאת.

לראיה באנו על החתום ע"פ הרשאה שיש לנו ממועצת הרשות המקומית.

היום _____

_____ _____

ראש הרשות גזבר הרשות

חותמת הרשות

חלק ו

תפקידי הרשות המקומית

פרק א: אחריות הרשות המקומית לביצוע תפקידיה

פרק ב: תכנון ובניה

פרק ג: תשתיות

פרק ד: רישוי ותברואה

פרק ה: חינוך

פרק א - אחריות הרשות לביצוע תפקידיה

עד כה דיברנו על סמכות הרשות לגבות מיסים ולבצע פעולות שונות לרווחת התושבים. אולם האם הרשות חייבת לבצע פעולות אלו? מכח מה חייבת הרשות לעשות כן? במילים אחרות השאלה אותה אנו מבקשים לברר כעת היא האם בנוסף **לסמכות** מוטלת על הרשות גם **אחריות** לביצוע פעולות מסוימות ואם כן, אלו פעולות? עוד יהיה עלינו לברר האם קיים פער בין סמכות הרשות לבין אחריותה? כלומר, האם הרשות מוסמכת לעשות פעולות שהיא אינן חייבת לבצען?

התרשלות הרשות משימוש בסמכותה - תופעה

המשנה במסכת בבא בתרא[1] מניחה כי קיימת חובה לדאוג כי השטח הצמוד לקו הבתים האחרון של העיר יהיה פנוי מעצים. עוד קובעת המשנה כי במקרה בו העיר התרחבה וקו הבתים התקרב לעצים שניטעו זה מכבר, חובה על בעליהם להסירם וחובה על תושבי העיר לפצותם על כך. אולם, קובעת המשנה כי סדר הדברים יהיה שראשית כל יסיר בעל העצים את עציו ורק לאחר מכן יתבע פיצוי מהציבור. סדר זה לכאורה אינו צודק אך הוא מנומק בגמרא,שם, במילים אלו:

> אמר רב כהנא: קידרא דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא.

כלומר התניית כריתת העצים בתשלום מראש עלולה לגרום לכך שהיא לא תמומש כלל שכן לא יהיה לאף אחד אינטרס מספיק חזק על מנת לגבות מהציבור כסף שיאפשר את ביצועה, וזכותם של בני העיר תיפגע. מתוך הנחה שגם בעיר המדוברת ישנם אנשים המוגדרים כ"בני העיר" ומופקדים על שמירת האינטרס הציבורי הרי שנמצאנו למדים כי ההלכה מודעת לכך ששמירת האינטרס הציבורי על ידי המופקדים עליו אינה ענין טריוויאלי, ולא תמיד משתמשים בני העיר בסמכותם[2].

חובת הרשות למימוש תפקידה

חובת הרשות המקומית לביצוע תפקידיה עשויה לנבוע משלשה מקורות סמכות: דתית, חוקית וחוזית.

ביצוע חובות הרשות – חובה הלכתית

התוספתא[3] עושה אבחנה בין דברים שבני העיר חייבים לעשות, ולשם ביצועם רשאים הם לכפות זה את זה להוציא כסף או לבצע בעין, ובין דברים אשר בני העיר רשאים לעשות, כלומר הדבר נמצא בסמכותם אך לא מוטלת עליהם חובה פוזיטיבית לבצעם בהעדר דרישה, ויש להם שיקול דעת האם לעשותם או שלא לעשותם:

---

1. **בבא בתרא** כד ע"ב.
2. במקרה זה הגמרא נותנת לכך מענה באמצעות הפיכת דרישת התשלום מאינטרס ציבורי (לכריתת העץ של היחיד, על ידי הציבור) לאינטרס פרטי (קבלת החזר כספי מהציבור).
3. **תוספתא בבא מציעא**, יא, כג.

כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים **ורשאין** בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין **רשאין** לעשות קיצתן.

המשנה[4] מכניסה לרשימת הדברים ההכרחיים את נושא בטחון הפנים:

כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח

בראשונים מובאים נושאים נוספים המוגדרים כנושאים אשר ניתן לכפות את הציבור לספקם. כך הוא כאשר מדובר בצורך בבניית בית כנסת אותו מנסח הרמב"ם באופן הבא בבואו לעסוק בהלכות בנין בית כנסת[5]:

כל מקום שיש בו עשרה מישראל צריך להכין לו בית שיכנסו בו לתפלה בכל עת תפלה ומקום זה נקרא בית הכנסת, **וכופין** בני העיר זה את זה לבנות להם בית הכנסת ולקנות להם ספר תורה נביאים וכתובים.

כך הוא כאשר מדובר בצורך בהקמת מערכת ללימוד תורה לילדים קטנים אשר הגמרא[6] קובעת כי היא נדרשת והראשונים[7] פסקו שניתן אף לכפות על הקמתה. כך הוא בנוגע לצדקה, הכנסת אורחים, והחזקת מנין כפי שקובע המהר"ם מרוטנבורג[8]:

כופין בני העיר זה את זה לבנות להם ביהכ"נ... הוא הדין להכניס אורחים ולחלק להם צדקה וכן אם אין מנין בעיר ורוצים להשכיר מנין ... **כופין** זה את זה לתת בתוך הכיס.

בראשונים מבואר כי משמעות הכפיה שכופין בני העיר זה את זה מתבטאת ביכולת של המיעוט לכפות את הרוב למלא אחר דרישתו למילוי צרכים אלו. כך כותב לדוגמא הריא"ז[9]:

ראוי לבני חצר לבנות בית שער ודלת לחצר וכופין כל א' מבני חצר לבנות עמהם בין בחצר הסמוכה לרה"ר בין שאינה סמוכה ואפילו היחיד כופה את הרבים.

באופן דומה כתב אחריו רבנו ירוחם[10]:

כופין בני חצר לבנות בית שער אם הוא סמוך לרשות הרבים וגם לעשות דלת לחצר אם דר בבית כופין אותו על הכל ואם אינו דר בבית אין כופין אותו אלא לדלת ונגר ומנעול ואפילו מועטין כופין למרובים. כופין אותו לעשות לעיר חומה דלתים ובריח בעיר הראויה לחומה כגון סמוך לספר אם הוא דר בעיר ואם אינו דר בעיר כופין אותו לחפירת בורות שיחין ומערות ולאמת המים... ואפילו מועטין כופין את הרבים וכן עיקר וכן הסכימו גדולי האחרונים.

---

4. **בבא בתרא** ז ע"ב; רמב"ם שכנים, ו, א, מביא שני תחומים אלו כחובות המוטלות על בני העיר.
5. **רמב"ם** תפילה יא, א.
6. **בבא בתרא** כא ע"א.
7. **שולחן ערוך** יו"ד, רמה, טו. להרחבה ראה להלן פרק ה.
8. **מרדכי** בבא בתרא, תעח; **רמ"א** חו"מ קסג, א.
9. **בשלטי גיבורים** בבא בתרא, ד ע"ב מדפי הרי"ף, א.
10. **רבינו ירוחם,** מישרים, נתיב לא, ו.

וכן פסק הרמ"א[11]:

> 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. וכופין בני העיר זה את זה להכניס לורחיס ולחלק להם לקוה וליתן בתוך כים של לקוה.

אולם יש לשאול, מכח מה יכולים המיעוט לכפות את הציבור לעשות פעולה כזו או אחרת? באופן אחר ניתן לנסח את השאלה ולשאול היכן בהלכה מצאנו רשימה של פעולות אותן על הנהגת הציבור לבצע, אפילו בניגוד לרצון רוב הציבור?

לדעת חלק מהאחרונים[12] התשובה לשאלה זו לקוחה מעולם המצוות המטילות חובות דתיות על הציבור, כשם שמטילות הן חובות דתיות על היחיד. בתחומים אלו, כאשר היחיד דורש את קיומה של ההלכה אין כל משמעות לעובדה שהרוב מתנגד לדעתו וכפי שאומרת המשנה[13]:

> הפאה ניתנת במחובר לקרקע בדלית ובדקל בעל הבית מוריד ומחלק לעניים... אפילו תשעים ותשעה אומרים לחלק ואחד אומר לבוז לזה שומעין שאמר כהלכה: בדלית ובדקל אינו כן אפילו תשעים ותשעה אומרים לבוז ואחד אומר לחלק לזה שומעין שאמר כהלכה.

לדעתם אם נבחן את המשותף לתחומים אלו בהם לבני העיר ישנה חובת ביצוע אשר אינה תלויה בשיקול דעתם, נראה כי כלולים בהם תחומים בהם מדובר בחובה המממשת ערך דתי, כגון תפילה ותורה, צדקה וגמילות חסדים. בתחומים אלו הציבור למעשה מחוייב בחובות דתיות אותן על נציגיו למלא ללא קשר לשאלה האם מרבית הציבור מעוניין לבצען או לאו. כשם שהיחיד מחוייב לקיים מצוות כך הציבור מחוייב לעשות כן, ובנושאים אלו שומעים לדעת היחיד כנגד הרבים. לעומתם, נושאים שאין בהם חובה דתית אין הכרח לבני העיר לספק אותם אם כי הדבר בהחלט בסמכותם, והם יכולים אף לכפות את הציבור לשלם מיסים על מנת לאפשר את אספקתם[14].

---

11. **רמ"א** חו"מ קסג, א. לדעת הגר"א, ב, זוהי המשמעות ההלכתית של הביטוי "כופין זה את זה".
12. הרמ"א, שם, על פי **שו"ת שבט הלוי** ט, שג. בתחילת דבריו מעלה השערה כאילו יכולת הכפיה מבוססת על תקנת חז"ל ומוגבלת לפיכך לרשימת פעולות סגורה המופיעה בלשון חז"ל במשנה ובתוספתא אולם הוא דוחה סברא זו: "שם (בתשובת מהר"י מינץ סי' ז' בשם הר"מ) משמע דדוקא הדברים שנזכרו במשנה ותוספתא בפירוש, לא כן שאר דברים כהכנסת אורחים וכו', איברא רהיטת שיטת רמ"א שכ' בתחלה אפילו מיעוט כופין וכ' אח"כ צדקה והכנסת אורחים וכיו"ב משמע דבכולם מיעוט כופין וכן לשכור מנין" ומכאן הוא מסיק כי "במקום שנוגע לאחד מיסודי היהדות כביהכ"נ, מקוה, הכנסת אורחים, בנין ת"ת ויש חשש לבטול תורה של תשב"ר שאז"ל כל העיר שאין בה תינוקות של בית רבן מחרבים או מחרימים אותם פשיטא דגם מיעוט כופין".
13. **משנה פאה** ד, א.
14. ראה לעיל ה, א,– קביעת יעדי מיסוי, שם הארכנו בהגדרת שירותים שניתן לכפות את הציבור לשלם מס אל מנת לספקם. רף זה אינו מספיק כאמור בבואנו לחייב את נבחרי הציבור לספק

על הסבר זה מקשה ה"דברי מלכיאל"[15], מרשימת הפעולות הנזכרת בראשונים אותם יכול המיעוט לכפות על הרוב קיימים מעשים אשר קשה להגדירם בכלל מצוה. אין חובה דתית לטלטל בשבת במבוי, ואין חובה דתית לספק שירותי מים וביוב או להעמיד בית שער ודלת לחצר[16]. ונראה לומר כי אכן חובות דתיות כשלעצמן מאפשרות למיעוט לכפות את דעתו על הרוב[17] אולם אין אפשרות זו מצומצמת לחובות דתיות בלבד ויש להגדירה באופן רחב יותר – כפעולות הנדרשות לכלל הציבור ותועלתן גדולה מאד. כך עולה מדברי רבי שמעון בן יצחק הלוי[18] בתשובתו המתייחסת לצורך למנות חכם המרביץ תורה ברבים בשבת אחר הצהרים. לדעתו המיעוט יכול לכפות את הרוב למנות חכם מרביץ תורה מכיוון שמדובר ב"קיום מצוה בקום עשה"[19]. אולם מהמשך דבריו מוכיח מלשון רבנו ירוחם והריא"ז המובאת לעיל שיכולת כפית הרוב על ידי המיעוט קיימת גם לבנין בית שער ודלת לחצר מוכח שיכולת הכפיה אינה מצטמצמת לתחומים אלו ומכאן מגיע למסקנה ש"לענין תועלת המגיע לכולם המועט כופין את המרובה".

אולם כאן עולה שוב השאלה מהו אם כן הצידוק ההלכתי לכפיית עמדת המיעוט על הרוב אם לא חובה דתית. על שאלה זו עונה ה"דברי מלכיאל" כי הדבר נעוץ בהלכות שותפות:

> עיקר הטעם משום שותפות שכולם שותפים בדבר ויכול אחד לכוף לחבירו לעשות מה שנצרך לטובת השותפות וכמפורש בסי' קס"ג ס"א בהגהה בשם רבנו ירוחם שאפילו מיעוט כופין את המרובין... ובוודאי גבי כופין בני חצר זא"ז הכוונה שאף אחד יכול לכוף את כולם לעשות כיון שהוא צורך השותפות וכמו בכל שותפין שכופין זא"ז לעשות כל מה שהוא לטובת השותפות...

הבעיה בגישה זו היא שלפי תפישה זו אין כל משמעות לרוב שכן מה שמוגדר כצורך הכרחי אפילו המיעוט יכול לכפות, ומאידך מה שאינו מוגדר כצורך הכרחי, אפילו הרוב אינו יכול לכפות את דעתו על המיעוט שכן מכח מה יכול הרוב לכפות את דעתו על המיעוט ולגבות ממנו כסף בכפיה? על מנת לענות על שאלה זו עושה הדברי מלכיאל השוואה להלכות שותפים:

שירות שלדעתם אינו נדרש, או שלא נמצא בסדר העדיפויות שלהם.

15. **שו"ת דברי מלכיאל** א, לה.
16. אא"כ נרחיב את המושג חובה דתית לכל צורכי רבים שנחשבים במידת מה למצוה, אולם לפי זה אין דבר שלא יכלל בכך.
17. כך כנראה יש להבין את יכולת הציבור לכפות על בנית בית כנסת וכפי שכותב רבי ירמיהו לב, **דברי ירמיהו** תפילה, יא: "לא נאמר כופין בני העיר לבנות ביהכ"נ כי לא על הב"ד בלבד רק כל מי שיכול לכפות כופה ע"ז. וכנראה הוי כמו הכפיה בכל המצות ולאו דוקא סוכה ואינו עושה וכו' ומשום דנוגע לכל יחיד יכול כל אחד לכוף לחבירו ע"ז ולא צריכין לטובי הקהל ע"ז וכל יחיד כבי"ד ע"ז ובי"ד בודאי כופין לכל בני העיר אם כולם אין רוצים לבנות ביהכ"נ". כך יש להבין את דברי **ערוך השולחן** אשר מחד, קסג, א, מרחיב מאד את יכולת המיעוט לכפות את הרוב "כופין לכל צרכי העיר כמו מרחץ" ומאידך, קסב, א, מסביר את הכפיה על עשיית העירוב כצורך מצוה עליו מוצדקת כפיה.
18. **שו"ת מהר"ש הלוי** יו"ד, ח ד"ה ועוד (רבי שמעון בן יצחק הלוי, סלוניקי המאה ה-16).
19. כך מבין אותו בן דורו, בעל **כנסת הגדולה** הגהות בית יוסף, או"ח, נג.

> ונראה שבאמת מה שהוא הכרחי לטובת הקהילה... בוודאי יכולים אף המיעוט לכוף את הרוב אף שהרוב אומרים שאין אנו רוצים בטובתו ולא בהוצאתו... אבל עיקר דין רוב הוא כשמחולקים בעיקר הדבר אם הוא לטובת העיר או לא אם כן ה"ז דומה לב"ד שיושבים ודנין ולזה שפיר שייך אחרי רבים להטות... והנה בשותפים נראה פשוט שאין יכולים לכוף זה את זה רק בדברים הכרחים כמו דלת או חפירת בור וכן לחי וקורה דבתוספתא הביאה מהר"ם בתשובה שם. אבל אטו נאמר אם יש לשותפים קרקע אחת והמקום מסוגל שם לבנות עליו איזה בנין וכדומה ודאי פשוט שאין אחד יכול לכוף חבירו לבנות עליו בנין הנ"ל אף אם ברור הדבר שירויחו על ידי הבנין וכדאיתא בח"מ ר"ס קס"א שא"י לכופו רק במה שנהגו ע"ש. ואין יכול לכופו רק בדבר שנדרש לטובת דבר שנשתתפו בו ולא זולת. ולזה נראה שגם בציבור הדין כן.

כלומר הלכות שותפות מחייבות את כלל השותפים לעשות את הדברים ההכרחיים לשם השמירה על נכסי השותפות[20], וזאת בניגוד לדברים אשר אינם מוכרחים לשם קיומה של השותפות שם אין מקום לחייב את אחד השותפים לקבל את דעת חבריו. באותו אופן, סבור הדברי מלכיאל, יש לקבוע כי הציבור חייב לבצע כל פעולה שניתן להגדירה כהכרחית לשם קיום חיים ציבוריים תקינים וביחס לפעולות אלו על הרוב לקבל את דעת המיעוט, לעומת זאת בפעולות שאינן הכרחיות לשם קיום חיים ציבוריים, אך לדעת רוב הציבור ניתן להגדירן כפעולות לטובת הציבור[21], רשאית הרשות המקומית לבצען, לכפות על המיעוט את דעת הרוב, ולחייב את כל הציבור לשלם בגינן[22].

ביצוע חובות הרשות – חובה חוקית

חוקי מדינת ישראל מטילים חובות[23] על הרשות המקומית. חובות אלו נרחבים למדי ולמעשה כוללים את כל סמכויותיה של הרשות, וניתן למעשה לומר כי מבחינת החוק אין פער בין חובות הרשות ובין סמכותה, כלומר סמכותה של הרשות ניתנת לה על מנת שתוכל לבצע את חובותיה. חיובים אלו הקבועים בחוק, המוטלים על הרשות המקומית מחייבים מדינא דמלכותא, שכן העניין הציבורי בחוק זה ברור. יתר על כן, היות ונבחרי

---

20. **נתיבות המשפט** קעח, ג.
21. ועיין לעיל ה, א – קביעת יעדי מיסוי, והסקנו כי הרוב אינו יכול לכפות את דעתו על המיעוט לכל הוצאה שירצה, אפילו אם היא לטובת הציבור, אלא רק עבור צרכים גדולים במיוחד וכפי שכתב **שו"ת מהר"ם מרוטנבורג** ד, אלף טז: "לכל שיש להם צורך גדול... שהמנהג הוא בכל הגולה". בניסוח אחר, **תשובות מיימוניות** קנין כז: "צרכי העיר שהם צריכין הרבה...אף על פי שאין זה צורך גדול כל כך". וב**שו"ת מהר"י מינץ**,ז; **רמ"א** חו"מ קסג,ג:"שהוא תועלת או תיקון לקהל או לרוב הקהל".
22. וגם יכולת הכפיה של הרוב את דעתם על המיעוט מותנית בהסכמה מכללא לקבל על עצמם את דעת הרוב, וראה לעיל א, א.
23. גם אם לא ניתן להמנע מתשלום ארנונה אם הרשות אינה מקיימת אותן. ראה בש"א נצ' 529/99 **משרד הביטחון נגד מ.א. גליל תחתון**.

הציבור נבחרים על דעת כן שימלאו אחר דרישות החוק הרי שחיובים אלו מחייבים את נבחרי הציבור ועובדי הרשות באופן אישי גם על פי ההלכה[24].

ביצוע חובות הרשות – חובה חוזית

על כל עובד מוטלת חובה למלא אחר הוראות מעסיקו ולעשות אותן כמיטב יכולתו לשביעות רצונו. חובה זו אינה צריכה ראיה אולם ראויים לציון דברי המדרש[25]:

> פועל שקיבל מלאכתו של בעל הבית, חובה עליו לעשותו כמות שהוא חפץ בו, ואם אינו עושה לו רצונו, עליו הוא אומר, ארור עושה מלאכת ה' רמייה.

מבחינה אישית עובדי הרשות, ונבחרי הציבור המקבלים שכר בעבור עבודתם, הינם בראש ובראשונה עובדים, וככאלה חלה עליהם החובה לבצע את המוטל עליהם. במקום שלא הוגדרו דרישות העבודה במפורש הדרישות המחייבות הן מנהג המדינה, וכפי ששנינו במשנה[26]:

> השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב. מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב - אינו רשאי לכופן.

מנהג המדינה מחייב בהיותו תנאי מכללא על דעתו נשכר העובד. גם אם הציבור לא הגדיר לנבחרי הציבור מה הן דרישותיו המדויקות, הרי שהדרישות אותן דרש המחוקק מהרשות המקומית מהוות תנאי מכללא, על דעת כן נשכרו עובדי הרשות. אם כן מלבד החובה החוקית, מוטלת עליהם גם החובה ההלכתית לבצען מכח יחסי העבודה בינם ובין הציבור[27].

ביצוע חובות הרשות – חובה ציבורית ולא אישית

יש לציין כי עצם תשלום המס אינו מקנה למשלם המס זכות אישית לקבל שירות מסויים מהרשות המקומית. כפי שאמרנו לעיל[28] ניתן אמנם לראות בתשלום הארנונה דמי שכירות ומכר הניתנים בעבור שירותים ומוצרים אותם מספקת הרשות לאזרח[29] אולם מכיוון שלא מדובר בגביה לצורך מטרה מסויימת אלא בגביה כוללת לשם אספקת סל של שירותים[30] אשר גובהה אינו מושפע[31] מעלות השירותים אותם נותנת הרשות, הרי שיש

---

24. גם אם משום מה נמנע מלהגדיר את פקודת העיריות כמחייבת מדינא דמלכותא.
25. **תנא דבי אליהו**, טז.
26. **בבא מציעא** פג ע"א.
27. נפקא מינה עשויה להיות במקרה בו מדובר במשרתי ציבור העושים מלאכתם בהתנדבות (כגון חברי מועצת הרשות המקומית שאינם מקבלים שכר או סגני ראש הרשות שלא בשכר) שאז מחויבותם לביצוע תפקידי הרשות כפי שנוסחו בחוק אינה אלא חובה אזרחית אך לא חובה הלכתית.
28. לעיל ה, ג – בעיות ריבית בתשלום המס.
29. הרב זלמן נחמיה גולדברג, **קובץ בית הוראה הישר והטוב** ג, עמ' יז.
30. ראה לעיל ה, א.
31. כמובן שישנו מתאם מסויים בין גובה הארנונה ברשות ובין היקף השירות הניתן שכן רשויות "חזקות" בדרך כלל גובות ארנונה גבוהה ונותנות שירות נרחב בעוד רשויות "חלשות" גובות

להגדיר אותו כמס[32], וממילא תשלום זה לא מסוגל ליצור חיוב של הרשות במתן שירות מסוים[33], שכן הרשות רשאית להחליט איזה שירות היא מעדיפה לתת והיכן להשקיע את כספי הציבור באופן המיטבי.

חיוב רשויות בנזק בשל המנעות משימוש בסמכות

בבואנו לבחון את חיוב הרשות המקומית על נזקים שנוצרו בשל המנעות הרשות מלממש את תפקידה עלינו להבחין בין המנעות הרשות מלפקח, לבקר ולאכוף על אדם לסלק נזיקין מרשותו הפרטית, ובין המנעות של הרשות מלסלק נזיקין מרשות הרבים. בכל הנוגע לנזיקין אותם יוצר האדם ברשותו, בין אם מדובר במבנה מסוכן שהרשות התרשלה מלהרוס, ובין אם מדובר בהתנהגות מזיקה שהרשות התרשלה מלמנוע, אין כל עילה על פי ההלכה לחיוב הרשות בנזק שנוצר, שכן כלל נקוט בידינו והוא שאין אדם חייב על מעשה שנמנע מלעשותו, ואין לחייבו אלא על נזק שעשה בידיו[34], אפילו אם נעשה המעשה לאונסו[35]. במובן זה אין מקום לחלק בין יחיד ובין ציבור ואין לחייב את הציבור על מעשה שלא נעשה על ידו, גם אם היה חייב לעשותו[36].

ארנונה נמוכה ומספקות שירות מצומצם. אולם היות ושעור הארנונה למגורים הינו חלק קטן מתקציב הרשות מסתבר שמידת השפעתו על היקף השירות המתקבל מוגבלת למדי.

32. לדעת הגרז"נ גולדברג, שם, הגדרת התשלום כמס מאפשרת לרשות המקומית לגבות ריבית פיגורים במקרה של איחור בתשלום, מה שבלתי אפשרי באיחור תשלום הניתן בעבור מוצר או שירות.

33. אמנם אם הרשות גבתה אגרה המיועדת לשם אספקת שירות או מוצר מסויים מסתבר כי היא חייבת לספק אותו למרות שלא נעשה על כך מעשה קנין שכן לדעת מרבית הראשונים ציבור אינו צריך קניין על פעולותיו. הטעם לכך הוא שהחלטותיו סופיות ואין בהן חסרון בגמירות דעת. ראה תשובת מהר"ם **במרדכי**, בבא מציעא תנז-תנח; **שולחן ערוך** חו"מ רד, ט; **רמ"א** קסג, ו, ובהרחבה לעיל, ג, ב- דיני חוזים ברשות המקומית) התחייבות זו מועילה גם אם נעשתה בדרך של אסמכתא שכן ציבור יכול להתחייב התחייבויות עתידיות מותנות המוגדרות כאסמכתא, **שו"ת המבי"ט** ג, רכח.

34. **שולחן ערוך** חו"מ שפד, א.

35. **שולחן ערוך** חו"מ שעח, א.

36. בנקודה זו, ובאופן כללי ביחס לדיני נזיקין, קיים הבדל יסודי בין ההלכה ובין חוקי מדינת ישראל. אלו מחייבים את האדם, על עצם רשלנותו, אפילו אם הנזק נגרם ללא כל עשיית מעשה מצדו של האדם. וכך קובע סעיף 35 ל**פקודת הנזיקין תשכ"ד**: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות – הרי זו התרשלות... והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה". **בשל הבדל זה בתי המשפט נוטים** לחייב את הרשות בנזקים אשר נגרמו כתוצאה מליקויים שהיו באחריות אנשים פרטיים, רק בשל העובדה שהרשות לא הפעילה את סמכותה לחייב את אותם אנשים לתקן את התקלות שברשותם. ראה ע"א 862/80 **עירית חדרה נ' זוהר** פ"ד לז (3). יש להעיר כי חלק מהשיקולים אותם לוקח בית המשפט בחשבון הוא "עומק הכיס" של הרשות, ויכולתה לבטח את עצמה, כדברי השופט אהרן ברק, שם. כמובן ששיקולים אלו פסולים מכל וכל על פי התורה אשר אינה מתירה כל התחשבות בעושרו של הנתבע וקבעה נחרצות (ויקרא פרק יט, טו) "לֹא תִשָּׂא פְנֵי דָל וְלֹא תֶהְדַּר פְּנֵי גָדוֹל בְּצֶדֶק תִּשְׁפֹּט עֲמִיתֶךָ".

אולם בכל הנוגע להמנעות הרשות מלסלק נזיקין אשר נוצרו בנכסים שברשותה או שבאחריותה כגון ברשות הרבים, אשר הוטלה עליה החובה לסלקן וזו התרשלה בביצוע תפקידה, יש מקום להסתפק לאור ההלכה הבאה: התורה מחייבת אדם על נזק שאירע ברשותו, עקב רשלנותו, וזאת על אף שהנזק נעשה ללא מעשה מצידו וכך אומרת התורה[37]:

> וְכִי יִפְתַּח אִישׁ בּוֹר אוֹ כִּי יִכְרֶה אִישׁ בֹּר וְלֹא יְכַסֶּנּוּ וְנָפַל שָׁמָּה שׁוֹר אוֹ חֲמוֹר: בַּעַל הַבּוֹר יְשַׁלֵּם כֶּסֶף יָשִׁיב לִבְעָלָיו וְהַמֵּת יִהְיֶה לוֹ.

היה מקום לכאורה לטעון כי החידוש של התורה מצטמצם להיות החיוב מוטל על האדם גם כאשר אין זיקה ישירה ומיידית בין המעשה "כי יפתח...כי יכרה" ובין הנזק "ונפל שמה שור", ובלבד שהנזק יגרם כתוצאה ממעשה שעשה האדם[38], אולם בגמרא[39] מפורש שניתן להתחייב בנזקי הבור גם ללא ביצוע כל מעשה מצידו של האדם:

> אמר רבא: הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות, וחפר בה בורות שיחין ומערות - בעל השור חייב בנזקי חצר, ובעל חצר חייב בנזקי הבור; אף על גב דאמר מר: כי יכרה איש בור - ולא שור בור, הכא כיון דאית ליה להאיך למלוייה ולא קא מלייה, כמאן דכרייה דמי.

כלומר עצם חיובו של האדם בכיסוי בורו הוא שמחייבו בנזק שנגרם כתוצאה מהשארת הבור פתוח בלי קשר לשאלה מי יצר את הבור. אמנם עדיין היה מקום לומר שעל מנת להתחייב בנזקי הבור על האדם להיות לכל הפחות בעלים על הבור. כך משמע לכאורה בירושלמי[40]:

> אין לי אלא בשחפר, לקח ירש ניתן לו במתנה מניין? שנאמר או כי יכרה איש בור.

וכך הבין לכאורה הרמב"ם[41] אשר חיבר לכאורה את הבבלי והירושלמי להלכה אחת:

> אחד החופר או שנחפר הבור מאליו או שחפרתו בהמה או חיה הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה הרי זה חייב בנזקיו, ואחד החופר או הלוקח או שנתן לו במתנה שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים מכל מקום.

בהלכה זו די בכדי להטיל את חובת התשלום בגין נזקים שיצרו בורות והמכשולים שנוצרו בשטחים ציבוריים וברחובות הנמצאים בבעלות הרשות המקומית[42], בין אם נוצרו על ידי תושבי הרשות ובין אם נוצרו מאליהם, אולם האם הרשות המקומית חייבת בתשלום

---

37. **שמות** כא, לג-לד.
38. כך משמע לכאורה מלשון **המכילתא דרבי ישמעאל**, משפטים, מסכתא דנזיקין, יא "אין לי אלא פותח וכורה, ציירו וכיירו וסיידו ועשה בו מעשה מנין, תלמוד לומר ולא יכסנו, **הא לא פתיחה גורם ולא כירה גורם, אלא כיסוי גורם**".
39. **בבא קמא** מח ע"א.
40. **ירושלמי בבא קמא** פ"ה ה"ו.
41. **רמב"ם** נזקי ממון, יב, ג.
42. כגון רחובות ירושלים הנמצאים בבעלות הקניינית של עירית ירושלים,כפי שניתן לראות ב**ספר הנכסים של עירית ירושלים**..

שיצרו בורות ומכשולים הנמצאים ברחובות ובשטחים ציבוריים שאינם בבעלות הרשות[43], רק בשל העובדה שמוטלת על הרשות אחריות שמירת הבורות ותיקון המכשולות?

מעיון נוסף בלשון הרמב"ם נראה כי התשובה לשאלה זו חיובית. הפסוק עליו הסתמך הרמב"ם "בעל הבור ישלם" אינו הפסוק עליו הסתמך הירושלמי "או כי יכרה איש בור". בדיקה של המקורות השונים מעלה כי הרמב"ם הסתמך בדבריו על דברי המכילתא דרשב"י[44]:

> כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור אין לי אלא הפותח והכורה מנין לרבות את שירש ולקח ושניתן לו במתנה ת"ל בעל הבור ישלם לרבות את שירש ולקח ושניתן לו במתנה.

אם נעיין במכילתא שמהווה לכאורה את הבסיס לפסיקת הרמב"ם נראה כי אין צורך כלל בבעלות קניינית על הבור על מנת להתחייב בנזקיו, ודי להיות במעמד של שומר על הבור על מנת להתחייב בנזקיו. אחריות השמירה עשויה להווצר כתוצאה מבעלות על הבור אך הבעלות אינה הדרך הבלעדית להטלתה, וניתן ליצור זיקת שמירה המחייבת בנזקי הבור גם ללא יצירה של בעלות קניינית על הבור[45]:

> אין לי אלא הפותח והכורה מנין לרבות שואל ושומר חנם ונושא שכר ושוכר ת"ל ולא יכסנו את שדרך כיסויו עליו לרבות שואל ושומר חנם ונושא שכר ושוכר.

נמצאנו למדים כי למעשה אין צורך בשותפות האדם בכריית הבור, ואפילו לא בבעלות על הבור, אלא די באחריות על שמירת הבור[46], וברשלנות שהגיעה לידי ביטוי בהמנעות מכיסויו של הבור על מנת להתחייב בנזק שנגרם על ידי הבור.

ההלכה מטילה על בני העיר את האחריות על תיקון התקלות ברחובות העיר[47], וכמו כן החוק מטיל על הרשות המקומית את האחריות שמירת תקינות הרחובות ושאר השטחים הציבוריים[48]. לאור דברינו עלינו להסיק כי אם הרשות התרשלה בתפקידה ולא שמרה על הבורות שתחת אחריותה חייבת היא בנזקים[49] שנגרמו כתוצאה מכך.

---

43. כגון רחובות תל אביב שאינם בבעלות עירית תל אביב, ראה **ספר הנכסים של עירית תל אביב**. יש להעיר כי בישובים שיתופיים קהילתיים קיים פיצול בין הבעלות על הקרקע הנתונה לאגודה השיתופית, ובין האחריות על תיקון הרחובות והשבילים המוטלת על הרשות המוניציפלית, קרי, על המועצה האזורית ובא כוחה - הועד המקומי.
44. **מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי**, כא.
45. המכילתא דרבי ישמעאל, שם, מגיעה למסקנה דומה באופן שונה במקצת "רבי יהודה בן בתירא אומר לא הרי פותח כהרי כורה ולא הרי כורה כהרי פותח, הצד השוה שבהן כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו, אף כל שהוא חייב בשמרו חייב בנזקו".
46. ועיין **בשו"ת המהרי"ט** חו"מ, פג, ששוכר חייב בנזק שנגרם בחצר אע"פ שלא עשה מעשה קנין בחצר אלא רק קיבל עליו את אחריות שמירת החצר במסירת מפתח.
47. ראה להלן פרק ב - תחזוקת דרכים.
48. סעיף 235 ל**פקודת העיריות**.
49. היקף החיוב בנזקים שנגרמו כתוצאה מבור או כל תקלה שלא טופלה כראוי תלויה בפרטים

השתתפות הרשות בפעולות אסורות

[50]הרשויות המקומיות במדינת ישראל עוסקות בשלל נושאים הנוגעים לחייהם היומיומיים של תושביהן. בחלק מן הנושאים נדרשת הרשות לשתף פעולה עם מעשים האסורים על פי ההלכה. שיתוף פעולה זה עשוי להיות מוגבל ביותר, כגון מתן רישיון לעסק הפתוח בשבת, או נרחב יותר כגון מימון פעילויות הכרוכות בפריצות או בחילול שבת. דרישה זו אינה עולה רק מקרב תושבי הרשות שאינם שומרי תורה ומצוות אלא הינה גם דרישה חוקית הנובעת מהחוק הנוהג במדינת ישראל,[51] והיא הופכת לאתגר הלכתי הניצב בפני ראש רשות מקומית הנאמן לקב"ה ומחויב לתורה.[52] בדברים הבאים נבקש לבחון את היקף האיסור בהיענות לדרישה זו וכן את אופן קיומו ברשויות המקומיות השונות במדינת ישראל.

הרשות המקומית מוגדרת בהלכה כ"ציבור" שהינו ישות משפטית עצמאית[53] אולם ברור ומובן מאליו כי אין הדבר הופך אותה לפטורה ממצוות. הציבור אינו פטור משמירה על כל איסורי התורה ולכן, לדוגמא, הוא אינו רשאי ללוות בריבית[54], הוא כפוף לכל דיני הממונות שבתורה[55], ומבחינות מסויימות הוא חייב במצוות אף יותר מהיחיד[56]. אשר על כן, הרשות המקומית אינה יכולה לפעול בניגוד להלכה, אסור לה לחלל שבת, לעבוד עבודה זרה, למכור טרף או כל איסור אחר.

כמובן, שהרשות כשלעצמה אינה יכולה לעשות את האיסורים בכוחות עצמה, אין לה ידים ורגלים, ובסופו של דבר יהיו אלו אנשים הפועלים מטעם הרשות אשר עשויים לעשות איסורים אלו או אחרים בשליחותה. עקרון חשוב בדיני שליחות קובע כי "אין שליח לדבר עבירה"[57], כלומר, אדם העושה איסור עושה זאת מבחירה חופשית ועליו מוטלת האחריות על מעשיו, ולא תוטל על המשלח כל אחריות על מעשיו הנלוזים של השליח. לאור כלל זה עלינו לקבוע כי כאשר הציבור שולח אדם לעשות עבירה אין הציבור נושא באחריות לעבירה והאחריות רובצת על כתפי השליח[58].

רבים בהלכה הנוגעים להיקף החיוב בנזקי בור, ופירוט החיובים השונים במקרים השונים חורג ממסגרת הדיון בספר זה.

50. בנושא זה עסקתי במאמרי, השתתפות הרשות המקומית בפעולות אסורות, **תחומין מא**, עמ' 97-110.
51. הכוונה לפסיקות של בג"ץ שלהן מחויבת הרשות המקומית, ראו להלן.
52. בעניין היקפו של האתגר ודרכי ההתמודדות השונות ראה אביעד הכהן, "דברי הרב, דברי הרעבע ודברי הריבון דברי מי שומעים", **משפט חברה ותרבות** א (2018) עמ' 169 ואילך.
53. עיין לעיל חלק א נספח א.
54. **מגילה** כז ע"ב; **רמ"א** יו"ד קס, כב.
55. **בבא בתרא** ק ע"א: "וכי רבים גזלנים נינהו?"; **רמ"א** חו"מ, ד.
56. כגון במצות בנית בית כנסת, ועוד, ולעיל, שם, הרחבנו בהגדרת מעמדו המיוחד של הציבור.
57. **קידושין** מב ע"ב.
58. כעין זה **בבא קמא** נא ע"א "בור של שני שותפין היכי משכחת לה? אי דשוו שליח תרוייהו, ואמרי ליה זיל כרי לן ואזל כרה להו, אין שליח לדבר עבירה!".

אולם אין זה אומר כי המשלח, ובמקרה זה הרשות, לא עשה איסור כלל, שכן גם אם את האיסור אותו עשתה הרשות אין להגדיר[59] כחילול שבת, עבודה זרה או אכילת טרף, עדיין במעשיה ובתמיכתה בעשיית איסורים אלו או אחרים, הרשות עשויה לעבור על איסור דאורייתא של "לפני עור לא תתן מכשול"[60], או איסור דרבנן של "מסייע לדבר עבירה". על מנת להבהיר נקודה זו נרחיב מעט בגדרי איסורים אלו:

איסור לפני עור לא תתן מכשול

בתורה נאמר[61]:"לֹא תְקַלֵּל חֵרֵשׁ וְלִפְנֵי עִוֵּר לֹא תִתֵּן מִכְשֹׁל וְיָרֵאתָ מֵאֱלֹהֶיךָ אֲנִי ה'". חז"ל למדו כי איסור זה אינו מוגבל להנחת מכשול פיזי לפני עור שאינו רואה בעיניו אלא גם להכשלת אדם בעבירה. וכך אומרת הברייתא[62]:

שליחות לדבר עבירה בעובר עבירות - יש להעיר כי אין הדברים מוחלטים, שכן לדעת **שו"ת תשב"ץ** א, קנו, כאשר האדם הוחזק לעבור עבירה, ולא לשמוע ל"דברי הרב", הרי ש"התלמיד", קרי המשלח, לא יכול להגן על עצמו בטענה כי לא העלה בדעתו שהשליח ישמע לדבריו וממילא יש שליח לדבר עבירה. וראה **רמ"א** חו"מ שפח, טו: "מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך...". לפי דברים אלו יש מקום לומר כי הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו מוחלט אלא נתון למידת עברינותו של מבצע הפעולה האסורה בהוראת ממוניו. אמנם למעשה **הש"ך** שם, כט, דחה את דבריו וקבע שהכלל אין שליח לדבר עבירה הינו כלל קטגורי המתייחס לכל העברינים. **קצות החושן**, שם, יב, על פי **הריטב"א** קידושין, מב ע"ב, ד"ה שאני התם, מבאר כי הכלל הקובע כי "אין שליח לדבר עבירה" לא נוצר מכח הסברא ש"דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין" אלא מגזירת הכתוב, שהסברא רק באה להטעימה ולפיכך נכון הוא גם במקום בו השליח מוחזק כמי שאינו שומע "לרב".

59. **הכשלה באיסור האם נחשבת לשותפות בעשייתו**
בקביעה שמדובר באיסור "לפני עור" בלבד, אין בכדי לקבוע כי אין מדובר בשותפות מסויימת בעבירות עצמן. שכן נחלקו הראשונים האם בהכשלת האדם באיסור הופך המכשיל להיות שותף בעבירה עצמה, או שמא מדובר באיסור נפרד שבין אדם לחבירו, שלא להכשיל אדם בין במכשול פיזי ובין במכשול רוחני, אשר אדם שעובר עליו אינו נעשה שותף בשום צורה לאיסור עצמו.
לדעת **בעל המאור** ,סנהדרין, יח ע"א מדפי הרי"ף, המוכר לגוי אביזרים אשר משמשים באופן מובהק לעבודה זרה לא זו בלבד שעובר על איסור לפני עור, אלא שבמעשה זה נעשה שותף לעבודה זרה עצמה ולפיכך הדבר נאסר אפילו אם המנעות זו תעלה לו בחייו. לעומתו סבור הרמב"ן, **מלחמות השם**, שם; **ר"ן** סנהדרין, עד ע"ב, שהואיל ואיסור לפני עור אינו מהווה כל שותפות בעבודה זרה עצמה, לא חל עליו העקרון של "יהרג ובל יעבור", ודינו כשאר הלאוין שבמקום סכנה מותר לעבור עליהם. מדברי האחרונים נראה כי צידדו בדעת הרמב"ן וסיעתו שאיסור לפני עור מובדל ועומד בפני עצמו, **רבי עקיבא איגר**, משנה, שבת א, א; **תפארת ישראל, בועז** שם, ב; **שו"ת ציץ אליעזר** יט, נג, ד.
60. בדין זה עסק בהרחבה רבה אאמו"ר אבי סדן, **בסוד העיון**, עמ' 617 ואילך.
61. **ויקרא** יט, יד.
62. **עבודה זרה** ו ע"ב.

אמר רבי נתן: מנין שלא יושיט אדם כוס של יין לנזיר, ואבר מן החי לבני נח? ת"ל: ולפני עור לא תתן מכשול.

הרמב"ם[63] מנסח זאת כעקרון:

שהזהירנו מהכשיל קצתנו את קצתנו... ולאו זה אמרו שהוא כולל גם כן מי שיעזור על עבירה או יסבב אותה כי הוא יביא האיש ההוא שעוורה תאותו עין שכלו וחזר עור ויפתהו ויעזרהו להשלים עבירתו או יכין לו סבת העבירה.

במקום אחר[64] מבהיר הרמב"ם את המובן מאליו, כי מי ששלח אדם לעשות עבירה, עובר גם כן על איסור זה, וזאת על אף שהדבר אינו פוטר את השליח שעשה את העבירה בעצמו מאחריות בלעדית על מעשיו:

הכלל אצלינו אין שליח לדבר עבירה. והעושה את העבירה בעצמו הוא שמענישין אותו בית דין. והמתעהו ומביא אותו לידי מכשול, **או שצוהו על העבירה**, או שסייעו עליה באיזה סיוע שהוא, אפילו בדיבור מועט, נענש בידי שמים כפי ערך מה שעשה בסייעו או בהוקישו את חבירו. ואינו מתחייב שום עונש מכל העונשים האמורים בתורה, אבל עובר הוא על מה שאמר ה' ולפני עור לא תתן מכשול אם גרם לעבירה. או שעובר על דבר ה' אל תשת ידך עם רשע אם סייע לחוטא.

עבירה היכולה להתבצע בעזרת אחר

הגמרא במסכת עבודה זרה[65] דנה בשאלה מדוע אין בעיה לספק בהמה לגוי עובד ע"ז (במקרה בו לגוי יש כבר בהמה משלו) כאשר ישנה סבירות שיקריב את הבהמה שסופקה לו לעבודה זרה:

וכי אית ליה לא עבר משום עור לא תתן מכשול? והתניא, אמר רבי נתן: מנין שלא יושיט אדם כוס של יין לנזיר, ואבר מן החי לבני נח? ת"ל: ולפני עור לא תתן מכשול; והא הכא דכי לא יהבינן ליה שקלי איהו, וקעבר משום לפני עור לא תתן מכשול! הב"ע - דקאי בתרי עברי נהרא.

כלומר באיסור לפני עור יש להבחין בין שני מצבים אשר ההבדל ביניהם הוא מידת הכרחיות הסיוע שניתן לביצועה של העבירה. במקרה בו האיסור יכול להתבצע גם ללא עזרתו של האדם, המסייע אינו עובר על "לפני עור", רק במצב בו העבירה לא היתה יכולה להתבצע ללא עזרה ("תרי עברי דנהרא") עובר המסייע באיסור "לפני עור".

אמנם נחלקו הפוסקים מה יהיה הדין כאשר האיסור אינו יכול להתבצע ללא סיוע, אולם אם האדם לא יתן את הסיוע יוכל עובר העבירה להשיג את הסיוע באופן אחר. לדעת רבי משה בנבנישתי[66] אם את הסיוע יוכל לתת אדם אחר, אין בסיוע שיעשה על ידו של האדם

---

63. **ספר המצוות לרמב"ם**, לא תעשה, רצט.
64. **פירוש המשנה לרמב"ם** תרומות, ו, ג.
65. **עבודה זרה** , שם.
66. **שו"ת פני משה** ב, קה (קושטא, המאה ה 17). כך כותב גם בן דודו ובן גילו, רבי חיים בנבנישתי, **כנסת הגדולה** הגהת הטור, יו"ד קנט, יג; חו"מ לד, לו, וראו **תוספות** קידושין נו ע"א, ד"ה אבל.

משום לפני עור, שכן העבירה יכולה להתבצע גם מבלי עזרתו שלו. לעומתו סבור המשנה-למלך[67] כי בכל איסור שאין החוטא יכול לעשותו ללא עזרה, חל על המסייע לו איסור "לפני עור", גם אם יכול היה לקבל את העזרה מיהודי אחר[68].

מסייע לדבר עבירה

כפי שראינו לעיל במקרה בו האיסור יכול להתבצע גם אלמלי הסיוע אין המסייע עובר על איסור דאורייתא של "לפני עור". אולם האם הדבר מותר לכתחילה? לדעת ראשונים רבים[69] התשובה לכך שלילית. התוספות[70] מבאר כי החובה ההלכתית להפריש אדם מאיסור אינה עולה בקנה אחד עם סיוע לביצוע עבירה, גם כאשר הסיוע יכול היה להגיע ממקור אחר ולפיכך מסקנתם היא כי המסייע עובר על איסור אחר של "מסייע לדבר עבירה"[71]:

---

67. **משנה למלך** מלוה ולווה ד, ב; **תוספות** חגיגה, יג ע"א. וראו **גר"א** יו"ד קנא, ח, שכתב שגם יכול היה להשיג את האיסור בכוחות עצמו, אם הוא אינו מחזיקו כעת בבעלותו יש בנתינתו לו משום לפני עור.
68. למעשה נראה כי הדבר נשאר במחלוקת בין האחרונים, וראה **בשו"ת יחוה דעת** ג, סז, אשר ערך מערכה לקראת מערכה את שיטות המחמירים והמקלים, והביא כי כדעת הפני משה, שאין איסור לפני עור כאשר עובר העבירה יכול להסתייע באדם אחר, סברו גם **שו"ת כתב סופר** יו"ד, פג; **שו"ת מחנה חיים** או"ח ב, יח). כדעת המשנה למלך, שאיסור לפני עור קיים גם כאשר אלמלי הוא היה מסייע אדם אחר, סבר **הברכי יוסף** חו"מ ט, ג; **מנחת חינוך** רלב, ג; **ובשדי חמד** מערכת ו, כו, ט, ולכך נוטה דעת היחווה דעת עצמו. לעומתו דעת **שו"ת ציץ אליעזר** כ, כ, נוטה להקל כדעת הפני משה.
69. **רמ"א** יו"ד קנא, א: "יש אומרים הא דאסור למכור להם דברים השייכים לעבודתם, היינו דוקא אם אין להם אחרים כיוצא בו או שלא יוכלו לקנות במקום אחר, אבל אם יכולים לקנות במקום אחר, מותר למכור להם כל דבר. ויש מחמירין. ונהגו להקל כסברא הראשונה". לדעת **הש"ך** שם, ו; **שו"ת ציץ אליעזר** כ, כ, הרמ"א לכל הפחות, סבור כי איסור מסייע כשלעצמו אינו מוסכם, ולדעת התוספות בעבודה זרה וראשונים נוספים הנזכרים להלן ביחס לאיסור מסייע לגוי, מעבר לאיסור "לפני עור", על גדריו המצומצמים, אין איסור נוסף לסייע לעשיית עבירה.
כפי שנראה להלן, הש"ך חלוק על הבנת הרמ"א ולדעתו לית מאן דפליג שאין בעיה של מסייע לדבר עבירה בגוי, ולדעתו הוא הדין ליהודי מומר. אולם לשם השלמת דבריו יש לומר כי לית מאן דפליג שקיים איסור מסייע לדבר עבירה ביחס ליהודי שאינו מומר, ואכן ככל שחיפשתי לא מצאתי אף לא אחד מן הראשונים אשר יאמר כי אין איסור לסייע לדבר עבירה (חד עברא דנהרא) שלא ביחס לגוי או לישראל מומר.
אמנם יש מן האחרונים שהבינו כי יש מחלוקת ביחס לעצם האיסור לסייע לדבר עבירה ("חד עברא דנהרא") ראה **שו"ת הרדב"ז** ג, תקלה (תתקע); חלק ה ללשונות הרמב"ם, רטו (אלף תקעט), המתעלם מאיסור זה וזאת למרות שבחידושיו לרמב"ם, נזירות ה, כ, כתב כי ישנו איסור מסייע בחד עברא דנהרא. על כל פנים **בשדי חמד** מערכת ו, כו, ג, ד"ה ואחר זמן, מסיק כי כל האחרונים נקטו כדעת התוספות האוסרים מדרבנן סיוע לעבירה גם במקום בו ניתן היה לעבור את העבירה ללא סיוע.
70. **תוספות** שבת ג ע"א, ד"ה בבא דרישא; **רא"ש** שבת א, א.
71. עוד בענין האבחנה בין איסור לפני עוור ואיסור סיוע לדבר עבירה, ראה הרב שלמה אישון, שמירת שבת בכלכלה המודרנית **כתר ב,** ט.

אפילו מירי שהיה יכול ליטלו אפילו לא היה בידו דלא עבר משום לפני עור דמושיט כוס יין לנזיר מוקי לה בפ"ק דמס' עבודת כוכבים (דף ו:) דקאי בתרי עברי דנהרא, מ"מ איסור דרבנן מיהא איכא **שחייב להפרישו מאיסור**.

נחלקו הפוסקים בשאלה מהו היסוד של החובה להפריש אדם מעשיית איסור ממנה גזרו חכמים את האיסור לסייע עוברי עבירה. לדעת הב"ח[72] החובה הינה חובה מדרבנן הנובעת מדין לפני עור לא תתן מכשול. לעומתו סבור השאגת אריה[73] כי זהו חיוב מן התורה הנגזר ממצות "הוכח תוכיח את עמיתך"[74]. המהרי"ץ חיות[75] סבור כי כך סבור גם הרמב"ם אשר כתב בספר המצוות[76]:

שצונו להוכיח החוטא או מי שירצה לחטוא ולמנוע אותו ממנו במאמר ותוכחה. ואין ראוי לנו שיאמר אחד ממנו אני לא אחטא ואם יחטא זולתי מה לי - דינו עם א-להיו. זה הפך התורה. אבל אנחנו מצווים שלא נֶמְרֶה, ולא נעזוב זולתנו מאומתנו שימרה ואם השתדל להמרות חייבים אנו להוכיחו ולהשיבו.

מסייע שלא בשעת העבירה

למחלוקת בשאלה מהו יסוד האיסור לסייע לעברה מספר נפקא מינות. אחת מהן היא השאלה אם מותר לסייע לאדם עוד לפני הזמן שבו הוא עשוי לעבור את העברה. אם נאמר כי איסור מסייע הינו הרחבה מדרבנן של איסור לפני עיוור, הרי שאם המכשול קידם את העברה הנחתו נאסרה, גם אם המכשול ניתן זמן רב לפניה.

---

72. **ב"ח** יו"ד שג, ב; **שו"ת פרי יצחק** א, כו; **מנחת חינוך** מצוה ח, ה ד"ה ואין להקשות: "אם אינו מפריש חבירו, אם אינו מכשילו בידים, אינו עושה שום איסור, אם יודע שאינו מקבל תוכחה".
73. **שאגת אריה**, נח; **שו"ת כתב סופר** יו"ד, פג.
74. **תוקף החיוב לאפרושי מאיסורא**
השלכה לשאלה מהו תוקף החיוב להפריש אדם מאיסור מובאת על ידי הב"ח, שם, באדם הרואה את חבירו המהלך ברחוב לבוש כלאים דאורייתא, וחבירו אינו יודע זאת. לדעת **הרמב"ם** כלאים י, כט, כיוון שלו האדם היה יודע היה חייב להתפשט מהכלאים אפילו ברחוב, גם הרואה את חבירו חייב להפשיטו מייד על אף הבושה שבדבר. לעומתו סבור **הרא"ש** נידה ט, הלכות כלאי בגדים, ו, כי למרות שלו היה נודע לאדם שהוא לבוש כלאיים היה חייב לפשוט את בגדיו ברחוב, הרואה אותו רשאי לשתוק ולא להפריש את חבירו מאיסור כלאים. לדעת הב"ח ההיתר של הרא"ש נובע מתפיסתו את החובה לאפרושי מאיסורא כחובה דרבנן הנגזרת מדין לפני עור, ואכן **הרא"ש** שבת א, א, כתב שאיסור מסייע לדבר עבירה הינו איסור דרבנן הנגזר מהחובה לאפרושי מאיסורא, אשר נדחית מפני כבוד הבריות (ולטענתו לכך יסכים גם הרמב"ם). אולם אם נקבל את הסברו של המהרי"ץ חיות (שיובא להלן) הרי שלדעת הרמב"ם בספר המצוות מדובר בדין דאורייתא הנגזר ממצות תוכחה, מובן מדוע הרמב"ם בהלכות כלאים מגיע למסקנה כי קיימת חובת הפרשה מאיסור גם במקום בו נפגע כבוד הבריות.
75. **מהרי"ץ חיות**, שבת ג ע"א. לדעתו התוספות חולק, אולם לדעת **השדי חמד** ב, מערכת ו, כו, ג ד"ה כתבו התוספות, יתכן וגם התוספות יודו לכך אלא שלדעתם קיים איסור דרבנן לסייע לעבירה גם במקום בו אינו יכול להוכיח כגון שתוכחתו לא תישמע.
76. **ספר המצות לרמב"ם**, עשה רה.

אולם אם נאמר כי איסור מסייע נגזר בקל וחומר מן החובה לאפרושי מאיסורא, הרי שייתכן שקודם למועד עשיית האיסור עוד לא חלה על האדם כל חובה להפריש את חברו מאיסור שהחוטא עוד לא החליט אם בכלל לעשותו. כך סבור הכתב-סופר[77], אשר כתב כי כאשר הסיוע לא ניתן בשעת העברה עצמה אלא קודם לכן, ובשעת העברה האדם אינו צריך סיוע כלל, אין כאן איסור, שכן בעת הסיוע חובת הפרשתו מאיסור עדיין לא חלה.[78]

איסור 'מסייע' לגוי, למומר ולעובר עבירה

נפקא מינה נוספת לשאלה מהו יסוד החובה להפריש אדם מעשיית איסור, עשויה להיות השאלה האם יש חובה להפריש גוי העובר על אחת משבע מצות בני נח. אם נאמר כי מדובר בחיוב הנובע ממצות תוכחה הרי שמכיוון שמצות תוכחה אינה חלה ביחס לגוי, שכן התורה אמרה "הוכח תוכיח **את עמיתך** ולא תשא עליו חטא", גם אין חובה להפריש גוי מאיסור, או לסייעו לעבור עבירה. אולם אם נאמר כי מדובר בחיוב הנובע מאיסור "לפני עור" הרי שיש מקום להסתפק[79] האם כשם שאסור להכשיל גוי בדבר עבירה משום "לפני עור", כך חובה מדרבנן להפרישו מאיסור, וממילא אסור מדרבנן לסייעו בעשיית איסור, או שמא חכמים לא הרחיבו את איסור לפני עור מעבר למה שחייבה התורה, היינו במקום בו לא היה יכול לעשות את העבירה בכוחות עצמו.

בשאלה זו נחלקו, ככל הנראה, הראשונים:

לדעת הר"ן[80] החובה להפריש את עובר העבירה מאיסור קיימת גם בגוי, ומכאן מסיק כי איסור דרבנן של מסייע לדבר עבירה יהיה קיים גם ביחס לגוי:

> ודוקא דקאי בתרי עברי נהרא. עובד כוכבים מצד זה וישראל מצד אחר דכי לא יהיב ליה האי לא מצי שקיל... משמע דהני מילי לענין איסורא דאורייתא אבל מ"מ מדרבנן מיהא אסור שהרי מחויב הוא להפרישו מאיסור והיאך יסייע ידי עוברי עבירה?.

לעומתו סבור בעל הלכות גדולות[81] כי בגוי אין איסור מסייע לדבר עבירה:

> מותר להלוותן בזמן הזה אף על פי שהן נותנין מן המעות תקרובת עבודת כוכבים לשמש ביום חגם לפי שאין נותנים לשמש כל כך שלא יוכלו למצוא אותו דבר מועט ללות מעובדי כוכבים אחרים.

למעשה הרמ"א[82] מביא את שתי הדעות:

> יש אומרים הא דאסור למכור להם דברים השייכים לעבודתם, היינו דוקא אם אין להם

---

77. **שו"ת כתב סופר** יו"ד, פג.
78. **שו"ת משיב דבר**, לא,לב; **שו"ת מהרש"ם** ב, צג; **שו"ת בנין ציון**, טו.
79. ראו **שו"ת אגרות משה** אהע"ז ד, סא, ב.
80. **ר"ן** עבודה זרה, א ע"ב מדפי הרי"ף, ד"ה מנין; **שרידי אש** ב, ט, על פי **רש"י** עבודה זרה נה ע"א ד"ה דורכין.
81. **בעל הלכות גדולות**, הובא **במרדכי** עבודה זרה, תשצה, כדעתו סבורים גם הראבי"ה והראב"ן.
82. **רמ"א** יו"ד קנא א. השאלה אליה מתייחס הרמ"א היא האם מותר למכור לגוי תשמישי ע"ז אותם יוכל להשיג גם במקום אחר. ועיין בהערה לעיל שם הבאנו את האופן בו מבין הש"ך את דברי הרמ"א הללו ואת התמיהה על דבריו.

> אחרים כיוצא בו או שלא יוכלו לקנות במקום אחר, אבל אם יכולים לקנות במקום אחר, מותר למכור להם כל דבר. ויש מחמירין. ונהגו להקל כסברא הראשונה, וכל בעל נפש יחמיר לעצמו.

כלומר הכרעת הרמ"א היא כי גם אם באופן אישי ראוי להחמיר הרי שמצד הדין ניתן להקל וכך המנהג אולם יש מן הפוסקים שהחמירו בדבר[83].

לשיטות הסוברות כי איסור מסייע חל גם ביחס לגויים ברור שאיסור זה חל גם ביחס לישראל מומר. אולם לשיטות הסוברות כי אין איסור לסייע לגוי לעבור עבירה, יש מקום להסתפק האם היתר זה יהיה נכון גם בישראל מומר, וזאת לאור הבנת איסור מסייע, והסיבה שבגינה התרנו לסייע לגוי. אם נאמר כי האיסור דרבנן לסייע לביצוע עבירה הינו הרחבה של איסור לפני עור, שלא נעשתה ביחס לגויים, הרי שאין סיבה לומר שההרחבה לא נעשתה ביחס ליהודי, יהיה יחסו לעבירות אשר יהיה[84]. אולם אם נאמר כי האיסור לסייע לביצוע עבירה נובע ממצות תוכחה הרי שיש לבחון בכל מקרה ומקרה האם קיימת חובת תוכחה או שתוכחה כבר לא תועיל, ובמקום זה גם לא תהיה חובה להפריש מאיסור או לסייע לעשיית איסור, ומומר לעשות עבירה, בהחלט יכול להיחשב למי שתוכחה לא תועיל לו[85].

דברים אלו כותב התוספות במסכת עבודה זרה[86] המבחין בין איסור לפני עור אשר קיים גם ביחס לישראל מומר, שכן העובדה שהוא עובר עבירה בבחירה וברצון, ובשום סיטואציה אינו נמנע מן העבירה, אינה מתירה לאפשר לו לעבור עבירה נוספת; ובין איסור לסייע ידי עוברי עבירה, הקיים גם במקרים בהם העבירה היתה יכולתה להתבצע גם ללא הסיוע, שאינו קיים באדם שלא ניתן להוכיחו:

> אסור להושיט למומרים לעבודת כוכבים דבר איסור אף על פי שהוא שלהם כי הדבר ידוע שיאכלוהו והוא נאסר להם דכישראל גמור חשבינן ליה, ומיירי בדקאי במקום שלא יוכל ליקח אם לא יושיט לו זה וכדמסיק דקאי בתרי עברי נהרא.

למעשה כך פוסק הש"ך[87] כי בישראל מומר אין איסור לסייע לדבר עבירה.

---

83. **מנחת שי**, כ, על פי **שו"ת התשב"ץ** ג, קלג, **ושו"ת הרדב"ז** ב, תשצו; גר"א יו"ד קנא, ח.
84. **שו"ת הרא"ם**, נג (רבי אלכסנדר מרגליות, היה חברותא בקלויז בברודי של בעל "הנודע ביהודה" ולבסוף נעשה מחותנו): "שמכיון שישראל אף על פי שחטא ישראל הוא, אף על פי שאין בידינו להפרישו, מכל מקום אין לנו לסייע ידי עוברי עבירה, אפילו הוא יכול ליטלו מעצמו".
85. בסגנון אחר מבאר **בשו"ת אבני נזר** יו"ד, קכו, כי איסור מסייע הוא מדין ערבות הנלמד מן הפסוק "וכשלו איש באחיו" ומומר אינו בדין "אחיו".
86. **תוספות** עבודה זרה, ו ע"ב, ד"ה מנין; בעל הלכות גדולות, מובא לעיל ע"פ **שו"ת מחנה חיים**, א, מה.
87. **ש"ך** יו"ד קנא, ו. לדעתו זו גם דעת הרא"ש אשר מחד פסק כדעת התוספות במסכת שבת שמהחובה לאפרושי מאיסורא אנחנו לומדים שיש איסור לסייע לדבר עבירה, ומאידך פסק כדעת התוספות במסכת עבודה זרה שמותר להושיט יין נסך למומר אם אין מדובר בתרי עברי דנהרא.

לדעת הרב יחזקאל לנדא[88] יש להרחיב עוד את ההיתר ולומר כי אין צורך להגדיר את האדם כמומר ממש, וככל שידוע כי האדם רגיל לעבור עבירה זו במזיד, וברור שלא תועיל הוכחתו והפרשתו מאיסור, ממילא אין צורך להמנע מלסייע לו, (ובלבד שיכול לעשות את העבירה בכוחות עצמו). אולם רבים מן האחרונים[89] לא קיבלו את דבריו, הן בשל העובדה שהראשונים שאסרו לסייע לעוברי עבירה ומסתמא משמע שהדבר נכון גם ביחס למזידים, והן בשל העובדה שאין "להרים ידים" מול עובר עבירה במזיד, ואף אותו יש להוכיח בדברים שיתקבלו על ליבו וממילא לא ניתן להשוותו למומר ואסור לסייעו לדבר עבירה.

"לפני עור" ו'מסייע' באיסור הנתון במחלוקת הפוסקים

הפוסקים התייחסו לשאלה אם קיים דין לפני עיוור במעשה שבו יש מחלוקת בין הפוסקים, כשמבצע המעשה נוהג כדעת המתירים והמסייע לו סבור כדעת האוסרים. לדעת המבי"ט[90] במקרה שבו עושה המעשה סבור שאין בדבר איסור, אזי המסייע לו אינו עובר באיסור לפני עיוור, כל עוד מדובר בעמדה הלכתית לגיטימית,[91] אף שלדידו של המסייע מדובר באיסור חמור וגמור. את דבריו מוכיח המבי"ט ממנהגם של בית שמאי ובית הלל לשאת נשים אלו מאלו על אף מחלוקתם בדיני העריות. יש להעיר כי המבי"ט

---

88. **דגול מרבבה**, שם; **שו"ת מחנה חיים** א, מה; **טורי אבן**, אבני מילואים, חגיגה יג ע"א, ועוד.
89. **שו"ת כתב סופר** יו"ד, פג; אעה"ז, מז; **שו"ת חתן סופר** ד, קמא, לד; **מנחת שי**, כ; **שדי חמד** מערכת ו, כו, ג. וראה **שו"ת חוות יאיר**, קפה שכתב כי הסיבה שאין חובת אפרושי מאיסורא כלפי מומר אינה שהוא מופקע מכך אלא שלעיתים המציאות החברתית הנוכחית אינה מאפשרת להפרישו אך בהקשרים אחרים היתה מצוה לעשות כן, ואפילו בעל כרחו, ואם כן בודאי שלא ניתן לסייעו לבצע את העבירה.
90. **שו"ת המבי"ט** א, כא; **שו"ת כתב סופר** או"ח, סו; יו"ד, עז; **שו"ת דברי יציב** יו"ד, נו; **שו"ת מנחת שלמה** א, מד. אמנם במהדורה תניינא, ב-ג, ק, ד"ה ובדבר השאלה, מחלק הגרש"ז אוירבך בין מי שמחמיר מכוח הכרעתו וסבור כי העמדה המתירה אינה אלא טעות, לבין מי שמחמיר מחמת הספק והכרעת רבותיו, אולם לענ"ד מתשובת המבי"ט מוכח שלא הסכים עם אבחנה זו.
91. בדברי המבי"ט נעוצה הנחה יסודית ביחס למחלוקות בהלכה, שלפיה תיתכן יותר מעמדה אחת לגיטימית. רק לאור הנחה שכזו יתאפשר מצב שבו הפוסק ינקוט באופן נחוש בעמדה הלכתית מסוימת, אך בה בעת יסכים כי עמדה אחרת הינה עמדה לגיטימית. הנחה זו אינה יכולה לצמוח על רקע תפישה שלפיה המחלוקות הינן 'תאונה' בשרשרת מסירת התורה, ובלשון הגמרא **סנהדרין** פח ע"ב: "משרבו תלמידי שמאי והלל שלא שמשו כל צרכן - רבו מחלוקת בישראל, ונעשית תורה כשתי תורות".
הנחה זו עשויה לצמוח על גבי גישה שונה ביחס למחלוקות, שלפיה המחלוקת מבטאת צדדים שונים של האמת ובלשון הגמרא **עירובין** יג, ע"ב: "אלו ואלו דברי אלהים חיים הן", וכפי שמבאר **הריטב"א**, שם: "שאלו רבני צרפת ז"ל היאך אפשר שיהו שניהם דברי אלהים חיים וזה אוסר וזה מתיר, ותירצו כי כשעלה משה למרום לקבל תורה הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר, ושאל להקב"ה על זה, ואמר שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור ויהיה הכרעה כמותם, ונכון הוא לפי הדרש ובדרך האמת יש טעם וסוד בדבר".

אינו דורש כי המקל יהיה מודע למחלוקת, ודי בכך שהמסייע יודע שהמסתייע נוהג כדעה לגיטימית כדי להתיר את הגשת הסיוע הנחוץ לו.

על דעת המבי"ט חלק בספר שער-המלך,[92] ולדעתו המחמיר כדעה אחת אינו רשאי לסייע לאדם אחר המסתמך על דעה מקילה, שכן בכך הוא יעבור על איסור לפני עיוור. אולם מרבית הפוסקים לא חששו לדעתו.

יש להעיר כי תחום זה, של הגדרת פעילות מסויימת כמותרת או כאסורה על פי ההלכה, מחייב את שיקול דעתו של הרב המקומי, ועל הרשות המקומית להתייעץ איתו בכל מקרה שבו מתעורר ספק ביחס לפעילות מסוימת, אם היא מותרת או אסורה.[93] בנוסף על הצורך להכריע בשאלה זו, יידרש הרב להכיר את מכלול הדעות השונות ביחס לשאלה ולהכריע באילו פעילויות קיימת מחלוקת הלכתית לגיטימית ביחס לאיסורן, המאפשרת לרשות לתמוך בקיומן תוך הסתמכות על דעת המבי"ט.

מימון פעילויות אסורות - מסקנות להלכה

השתתפות הרשות המקומית עשויה להיות באופן מוגבל ביותר כגון מתן רישוי לעסקים הפועלים בניגוד להלכה[94], אולם היא עשויה להיות גם נרחבת יותר כגון באמצעות מתן מימון לפעילויות המנוגדות להלכה. תחום המימון בעייתי הרבה יותר מבחינת דין "לפני עור". ככל שמדובר ברשות הומוגנית שבה הרוב המוחלט של התושבים הינם יהודים הרואים את עצמם מחויבים להלכה, יש ליישם את העקרונות הכללים אותם הבאנו עד כה באופן הבא*:

במקרים שבהם מימון הרשות המקומית הכרחי לקיומן של פעולות האסורות על פי ההלכה, באופן שללא המימון על ידי הרשות הפעולות לא היו יכולות לצאת אל הפועל, הרי שלרשות אסור מן התורה באיסור "לפני עור לא תתן מכשול"[95] להשתתף במימון פעולות אלו,[96] ובלבד

---

92. **שער המלך**, אישות ט, טז.
93. הרב המקומי הוא הנושא באחריות הציבורית לפסיקתו, והכרעתו בעניין מחייבת על אף קיומן של דעות אחרות מחמירות או מקילות יותר. ראה **רמ"א**, יו"ד רמה, כב: "אין לו להורות איסור והיתר... באתריה דחבריה". ומי לנו גדול כרב משה פיינשטין שעם היותו גדול הפוסקים בדורו באמריקה כתב: "אין בידנו מרחוק המקום להורות בדבר הזה החמור מאד כדיני נפשות, ורק מרא דאתרא יודע להחליט בזה הוראתו", **שו"ת אגרות-משה** יו"ד,ג, פא.
94. בענין זה שיקול דעתה של הרשות מוגבל ביותר, וראו להלן פרק ד, רישוי עסקים.
* ראו בנספח לספר, הערות הרב יעקב אריאל, אשר מבסס היתר לראש הרשות לממן פעולות אסורות אפילו ברשות בה רוב התושבים מחוייבים להלכה, על שיקולים שהבאנו ועל שיקולים נוספים, הלכתיים וציבוריים.
95. למעשה האיסור יזקף לחובת ראש הרשות, המנהלים הרלונטים ומועצת הרשות המקומית.
96. יש לציין, כי במצב המשפטי במדינת ישראל הדבר אינו פשוט, שכן לפי תפישת בתי המשפט תמיכות העירייה בפעילויות תרבות, ספורט וכדומה צריכות להיעשות על בסיס שוויוני ללא תלות בשיעורם של דורשי התמיכות באוכלוסייה. תפישה זו נוצרה על ידי נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרון ברק, זכויות אדם מוגנות - ההיקף וההגבלות, **משפט-וממשל** א, תשנ"ג, עמ' 261, ומומשה בשורה של פסיקות, עת"מ 219/06 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה**

שמדובר בפעולות האסורות לכל הדעות.[97]

אם הרשות שוכרת עובדים ושליחים אשר יבצעו פעולות אסורות, עוברת הרשות בעברה זו, ועל עובדי הרשות המחויבים להלכה להימנע מכל שיתוף פעולה עם פעולות מסוג זה, כשם שעליהם להימנע מביצוע של כל איסור במסגרת עבודתם.[98]

אם מבצע הפעילות האסורה היה יכול לבצעה גם ללא עזרת הרשות, יש להבחין בין מצב שבו לרשותו של מבצע הפעילות עומד הון עצמי הדרוש לשם ביצועה, ובין מצב שבו מבצע הפעילות זקוק למימון חיצוני לצורך קיום הפעילות באמצעות עמותות יהודיות[99] מהמגזר השלישי או באמצעות משרדי ממשלה:

במצב שבו לרשות מבצע הפעילות עומד מספיק הון עצמי לשם ביצוע הפעילות, באופן שקיומה של הפעילות אינו מותנה בסיוע שיתקבל מהרשות המקומית, אין בסיוע זה משום איסור "לפני עור" מדאורייתא.

לגבי איסור 'מסייע' מדרבנן, אם המימון ניתן הרבה לפני ביצוע הפעילות האסורה,[100] והפעילות מתבצעת לרוב על ידי מי שמוגדרים על פי ההלכה כמומרים לעברות אלו[101] (כגון שמדובר בפעילות הכרוכה בחילול שבת המבוצעת על ידי אנשים המגדירים עצמם כ'חילונים'), יש מקום לומר שגם איסור 'מסייע' לא יחול במקרים מעין אלו, וניתן להקל במתן סיוע כספי של הרשות המקומית לשם ביצוע הפעילות.

במצב שבו קיומה של הפעילות מותנה בסיוע חיצוני אחר, על ידי גורם שגם עליו חל האיסור לסייע לפעילות המדוברת, יהיה הדבר נתון במחלוקת בין הפוסקים, ולכתחילה ראוי להחמיר בדבר ולא לתת את הסיוע לפעילות האסורה.[102]

במצב שבו מימון הרשות המקומית הכרחי לקיומה של הפעילות, שבו כאמור נאסר על הרשות לממן את הפעילות, אך הדבר נכפה על הרשות על ידי בית המשפט, מסתבר כי

ולסובלנות [ע"ר] נ' עירית ירושלים; עע"מ 5905/06. על מנת לעמוד בדרישה זו על העירייה למצוא את הפתרון המשפטי המתאים אשר יאפשר לה להימנע מתמיכה בפעילויות הכרוכות באיסור (כגון בחירה במסלול של קניית שירות במקום מתן תמיכות), גם אם משמעות הדבר תהיה הימנעות מתמיכה בפעילויות מותרות ואף בפעילויות של מצווה, שכן עשיית המצווה הכרוכה בתמיכה בפעילות של מצוה אינה מכפרת על העברה שנעשית ביחד איתה בתמיכה בפעילות של עברה.

97. שכן אם מדובר במעשה שלדעת חלק מהפוסקים אין איסור בעשייתו, הרי שלדעת הפוסקים הנזכרים לעיל אין איסור לתמוך בו.

98. בעניין זה הרחבנו בנפרד. ראה להלן.

99. מימון על ידי עמותות זרות או שאינן בבעלות יהודית מעמדו כמימון באמצעות הון עצמי, שכן עמותות אלו אינן עוברות על איסור בבואן לתמוך בפעילויות האסורות על פי ההלכה היהודית. יש לציין כי לעמותות שאינן בבעלות יהודית אין איסור לתמוך בפעולות, אף שאלו אסורות גם למי שאינם יהודים, כגון שמדובר בפעולות הכרוכות בגילוי עריות או בעבודה זרה, שכן הגויים נצטוו באיסורים אלו אף לא נצטוו באיסור "לפני עור לא תתן מכשול".

100. ראה לעיל, מסייע שלא בשעת העבירה.

101. ראה לעיל, מסייע למומר ולעובר עבירה.

102. ראה לעיל, עבירה היכולה להתבצע בעזרת אחר.

יש לראות מצב זה כמצב שבו הפעילות תתבצע גם ללא עזרת הרשות,[103] אשר חומרתו קלה יותר, ובמקרים מסוימים האיסור אינו חל כלל.

תפקוד ברשות "מעורבת"

כאשר כל תושבי הרשות או רובם המוחלט הינם יהודים המחוייבים להלכה, ונציגיהם במועצת הרשות המקומית מייצגים את דעתם, קיום הדרישה ההלכתית להמנע מתמיכה בפעילויות אסורות אפשרי. הרשות יכולה לקבוע כי היא לא תומכת בפעילויות האסורות על פי ההלכה שכן פעילויות אלו נוגדות את תפישת עולמם של רוב ככל תושבי הרשות[104].

לעומת זאת, בערים בהן רוב הציבור אינו חש מחוייב להלכה והוא מעוניין לצרוך פעילויות תרבות, חינוך או דת אשר ביצוען מנוגד להלכה, והוא עושה זאת חרף התנגדותם של הנציגים הדתיים במועצת הרשות המקומית, הרי שאין הנציגים הדתיים עוברים בשום איסור. האיסור נעשה חרף דעתם ובניגוד לרצונם וממילא הם אינם עוברים אל על איסור לפני עור ולא על איסור מסייע לדבר עבירה. להפך, הם הזהירו את העוור מלשגות ואת עובר העבירה מלטעות, אך אלו לא שמעו להם, ועל אף היותם שותפים למועצת הרשות, אשר לכל חבריה אחריות על כל החלטותיה, אין לראות בהם שותפים לדבר עבירה[105].

---

103. שכן סירוב לביצוע פסיקת בית המשפט יגרור את פיטורי אנשי הרשות והעמדת אחרים תחתיהם אשר יעשו זאת במקומם.

104. בכפוף ליעוץ משפטי מתאים, כנזכר לעיל.

105. **שליחות לדבר עבירה בשותפות**

בבא מציעא ח ע"א: "שותפים שגנבו חייבים". ונחלקו הראשונים בהבנת הגמרא. לדעת **רש"י** כוונתה לומר כי בניגוד לשליחות בה תקף הכלל "אין שליח לדבר עבירה" הרי שבשותפות התמונה שונה, וגם אם "אחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, אמרינן בבבא קמא (עח, ב) דחייבין". לעומתו סבור **התוספות**, שם, ד"ה ושותפין, שדין זה נאמר רק ביחס לטביחה ומכירה אולם על עצם הגניבה אין שותף מתחייב במעשה חברו, שכן גם ביחס לשותפים תקף הכלל אין שליח לדבר עבירה.

מדברי **הרמ"א** חו"מ קעו, יב, משמע שהכריע כדעת רש"י: "וכן אם גנב או גזל, השותף צריך לחלוק עם חבירו". אמנם נחלקו הפוסקים האם הדברים אמורים גם ביחס לשאר איסורי תורה: לדעת **שו"ת לבושי מרדכי** או"ח, מדורא קמא, מג (הרב מרדכי וינקלר, הונגריה ראשית המאה ה 20) גם בענייני איסורי שבת יש שליחות לדבר עבירה בשותף העושה מלאכה על דעת שותפו, ולפיכך אין להשתתף בעסק עם מחלל שבת שכן חילול השבת יזקף לחובת כל השותפים.

אולם **שו"ת מעיל צדקה** טו (רבי יונה לנדסופר, פראג, סוף המאה ה-17), מובא **בפתחי תשובה** חו"מ קעו, יח; **שו"ת מנחת יצחק** ה, יח; **שו"ת הר צבי** או"ח א, קכד, סבור כי גניבה מעמדה שונה שכן הגנב מזכה בעת הגניבה לשותפו, אך באיסורים, כגון איסור שבת אין האיסור נזקף לחובת השותף ולפיכך אין בהם שליחות לדבר עבירה גם בשותפים. (השואל בשו"ת הר צבי סבור כדעת הלבושי מרדכי. כפי הנראה תשובה זו מהווה המשך לתשובה הקודמת, קכג, ואם כן הרב אליו ממוענת התשובה הינו הרב יוסף אליהו הענקין אשר היה "מרא דאתרא" באמריקה לפני הגעתו של הרב משה פיינשטיין).

יתר על כן, מותר לנציגים הדתיים להשתתף כמיעוט בקואליציה על אף שזו תומכת בפעילויות האסורות על פי ההלכה, באופן שהוגדר לעיל כתמיכה אסורה, במקרה בו בשל משקלם היחסי בקואליציה אין באפשרותם למנוע את תקצוב פעילויות אלו, ואין איסור בעצם השותפות בקואליציה[106].

בנידון דידן גם אם נראה את כל תושבי העיר או חברי המועצה כשותפים באיסור הרי שהם אינם יכולים לבחור האם לצאת משותפות זו שכן השותפות נובעת מעצם המגורים המשותפים בעיר ולפיכך גם הסוברים שאין להתיר שותפות עם מחלל שבת יודו כי אין בעיה להיות שותף במועצת הרשות המקומית, למרות שזו מקבלת החלטות לביצוע פעולות המנוגדות להלכה.

106. **שותפות עסקית עם עוברי עבירה**
שותפות עם עוברי עבירה עשויה להוביל את השותף למספר איסורים: לפני עור, מסייע לדבר עבירה, שליחות לדבר עבירה, מראית עין, והנאה מפירות העבירה כגון הנאה חילול שבת. איסור לפני עור קיים במקרה זה שכן במקרה בו לשומר השבת חלק מהותי בשותפות, הרי שהשתתפותו הכרחית לקיומה של השותפות ואלמלי הוא לא היה מתבצע חילול השבת. אמנם לאור האמור לעיל, במקום בו היה ניתן להשיג שותף אחר אין כאן בעיה של לפני עור, ולדעת חלק מהשיטות אפילו אם השותף החלופי יהודי אין בדבר איסור לפני עור. כאמור לעיל גם במקום בו אין איסור של לפני עור, קיימת בעיה של מסייע לדבר עבירה ובודאי שהשותף מסייע לחילול השבת הנעשה על ידי שאר השותפים, אלא אם כן נאמר כי השותפים מחללי השבת נחשבים למומרים ונסתמך על השיטות הסוברות כי אין איסור לסייע למומר. בעיה נוספת בה עסקנו בהערה הקודמת היא שליחות לדבר עבירה אשר עשויה להתעורר במקרה בו מדובר בשותפות. מכל הסיבות הללו מסיק הלבושי מרדכי (שם) כי אסור להיות שותף בעסק עם יהודי המחלל שבת בעסק המשותף ולדעת מרבית הפוסקים (אשר יובאו להלן) כך יש לנהוג לכתחילה.
אמנם במקום בו הפרישה מן השותפות כרוכה בהפסד מרובה יש מן הפוסקים המתירים אותה מן הטעמים הבאים: לדעת **שו"ת בית היוצ"ר** ז (הרב יואל צבי ראטה, הונגריה, אמצע המאה ה 19); **שו"ת ציץ אליעזר** כ, כ; **שו"ת הר צבי** הנזכר לעיל, במקום הפסד מרובה, מותר להשאר בשותפות עם מחלל שבת תוך הסתמכות על שיטות המקילות בכל אחד מהאיסורים אותם מנינו: "ולא מקרי שהוא מסייע ידי עוברי עבירה כיון דבלאו הכי הוא ג"כ מחלל שבת בפרהסיא וגם מהאי טעמא ג"כ ליכא משום לפני עור וא"כ אין שום חילוק כיון דמומר לחלל שבתות בפרהסיא הוא כנכרי לכל דבר. וממילא גם למראית עין אין לחוש בזה כיון שהוא ידוע לכל מה שיש חילול שבת בזה העסק הוא הכל מצד המומר הזה ולא מצד הישראל כשר". אמנם עדיין נשארה בעיה של שכר שבת אותה פותר בית היוצ"ר באמצעות פתרון המקובל בשותפות עם גוי והוא הסכם שותפות המקנה למחלל השבת את כל הרווחים מהעבודה בשבת, **רמ"א** או"ח רמה, א. שיקול נוסף אותו מעלה **בשו"ת חלקת יעקב** או"ח, קמא, ד, שכאשר מדובר בשותף שבכל מקרה יחלל שבת באופן כזה או אחר, כגון שבמקום לעבוד בעסק יסע לים, אין זה תרי עברי דנהרא אלא חד עברא דנהרא ושוב אין כאן לפני עור, וגם איסור מסייע אין שכן מדובר במומר.
על כל פנים נראה כי בנידון דין גם הפוסקים שיאסרו שותפות בעסק עם מחלל שבת יתירו את השותפות בקואליציה על אף שהיא מקבלת החלטות הכרוכות בחילול שבת או עבירות

שאלה קשה יותר תתעורר ברשות בה מרבית הציבור, או לכל הפחות ראש הרשות מחויב להלכה, אולם קיים מיעוט ניכר של יהודים שאינם מחוייבים להלכה המעוניינים לקבל פעילויות אשר ביצוען מנוגד להלכה, וההתנגדות לביצוען כרוכה בבעיות חברתיות ומשפטיות, שכן המיעוט המעוניין בהן יטען כי הוא מופלה לרעה ואינו מקבל פעילויות חינוך ותרבות המתאימות לאורח חייו ולהשקפתו.

ההכרעה בשאלה זו תלויה בשאלה כיצד לראות את הרשות המקומית כשותפות או כציבור. אם נראה את הרשות המקומית כציבור, ואת הנהגתה כהנהגת ציבור הרי שאין לכל אחד מהתושבים, או לכל קבוצה זכות בכסף באופן יחסי לחלקו באוכלוסיה. אולם אם נאמר כי הרשות המקומית הינה שותפות הרי שלכל אחד מן התושבים זכות בתקציב הרשות וממילא כאשר הרשות מחליטה לספק את צרכיו הרי היא נותנת לו משלו, לפי שיקול דעתה.

בשאלה זו עסקנו בתחילת חיבורנו[107] שם העלנו כי הרשות לעניינים מסויימים מתפקדת כציבור ולעניינים אחרים הרי היא כשותפות. שם העלנו כי נכס השייך לתושבי המקום מעמדו כנכס של שותפים על כל המשתמע. בני העיר רשאים להגדיר יעדים לשותפות זו, או לפרקה לפי שיקול דעתם, וזאת תוך הבחנה מנכס השייך לכלל ישראל אותו לא יכולים בני העיר למכור או להפקיע מקדושתו. כמובן שזו אינה שותפות רגילה שכן חלקו של כל אחד מבני הקהילה אינו מוגדר[108], ושיקול הדעת כיצד יעשה השימוש בנכסי השותפות נתון בידי הנהגת הקהילה, אולם אין הדבר גורע מהיותה שותפות כלכלית לכל דבר וענין. מאידך, העיר, על כלל תושביה, הינה גוף עצמאי ומובחן מבחינה משפטית, אשר פרטיו בכל רגע נתון יכולים להשתנות ולהתחלף אך עצם קיומו של גוף זה נשאר כשהיה[109].

כאשר מדברים על תקציב הרשות המקומית ברור כי ההלכה רואה בו קופה של שותפים בה לכל אחד חלק יחסי בלתי מובחן[110]. הדבר מוכח מאופן גביית המיסים המועברים

אחרות, שכן האלטרנטיבה לקואליציה זו הינה קואליציה שתעשה יותר איסור, בשם כלל תושבי הרשות ואם כן אין כאן גם לדעתם בעיה של לפני עור או מסייע לדבר עבירה.
שיקול נוסף אותו ניתן להעלות במקרה זה הוא שעצם החברות של אנשים יראי שמים בקואליציה עשויה להועיל לשמירת התורה והמצוה, ולמנוע מעשים גרועים הרבה יותר שהיו נעשים בהעדרם מהקואליציה. במקרים מעין אלו סבור **רבי עקיבא איגר** יו"ד, קפא, ו; הרב שלמה אישון, **כתר ב**, יח; הרב יעקב אריאל, הערותיו לספר הנ"ל, שאין איסור מסייע במקרים בהם כל מגמתו של המסייע הוא להפחית את חומרת האיסור והיקפו.

107. נספח לחלק א – הרשות כתאגיד.

108. יש לדבר נפקא מינה הלכתית לעניינים מסויימים כגון טומאת נגעים עיין שם.

109. דומה הדבר במובנים מסויימים לאופן בו יגדיר המשפט הישראלי והבינלאומי את המושג: חברה בע"מ, כישות משפטית בעלת קיום נצחי, לה זכויות, חובות ונכסים, אשר התחיבויותיה מחייבות רק את נכסיה ולא את נכסי בעלי המניות שלה, וזאת בניגוד לשותפות בה התחיבויות השותפות הינן התחייבויות אישיות של בעלי השותפות אשר קיומה אינו אלא כל עוד השותפים בחיים, ומעוניינים להמשיך את השותפות ביניהם.

110. לדעת **הרב יוסף שלום אלישיב**, הובאו בלשונם על ידי הרב דוד לאו, כנס כת"ר תשע"ז, כך יש להתייחס אפילו לקופת המדינה. דברים אלו נאמרו ביחס לתקציב סל התרופות של מדינת ישראל: "הכסף הזה אינו כספי קופת צדקה אלא כסף השייך לכלל ציבור תושבי המדינה ולכל

לקופה זו הנעשה על פי עקרון ההנאה[111]. על פי עקרון זה גובה המס אותו משלם כל אחד מתושבי הרשות אמור לעמוד ביחס ישר למידת ההנאה אותה הוא מפיק מפעולותיה של הרשות. אמנם עקרון זה אינו נשמר באופן הדוק בשיטת המיסוי הנהוגה כיום במדינת ישראל אולם מעצם העקרון אנו למדים כי מדובר בקופת שותפות בה כל אחד משלם לפי צרכיו ומקבל לפי צרכיו.

אם כנים דברינו הרי שכאשר קבוצת תושבים שאינם שומרי שבת מבקשת כי הרשות תשתתף בתקצוב של פעילות תרבות הכרוכה באיסור הרי שקבוצה זו את חלקה היא מבקשת והרשות רשאית לאפשר להם ליטול את חלקם היחסי בתקציב התרבות של הרשות ובו לממן את הפעילות האסורה.

למסקנה זו מגיעה הרב עוזיאל בתשובה[112]. התשובה מבוססת על ההנחה כי מותר לחלק שותפות בין שומר תורה למי שאינו שומר תורה, באופן שמי שאינו שומר תורה יטול בחלוקת השותפות חלק שאסור באכילה, וכפי שכותבת המשנה[113]:

> שנים שקבלו שדה באריסות או שירשו או שנשתתפו יכול הוא לומר טול אתה חטים (טבל) שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני אתה יין שבמקום פלוני ואני יין שבמקום פלוני אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים טול את היין ואני אטול שמן:.

מכאן מגיע הרב עוזיאל למסקנה הבאה:

> קופה שהיא נגבית בצורת מסים לפי ממון, היא קופת שותפים שכל הצבור נותן בה את מנתו המוטלת עליו, לפי ממונו, וחוזר ונוטל ממנה את מנתו לפי מספר התלמידים הזקוקים לחנוך, וכיון שכן כשאנו מצביעים לתת להם חלקם במדה צודקת אין אנו עושים כל פעולת חטא לחזק את ידם אלא הננו נותנים להם את חלקם במדה צודקת והם יעשו בו כרצונם ודעתם.

כלומר, הרשות המקומית אינה עוברת איסור בהעברת תקציבים למימון בתי ספר

אזרח יש זכות להתרפא מהכסף של הציבור שניתן לקופה ציבורית והיא עומדת כעת לחלוקה. ומאחר ולכל אדם יש זכות ממונית בכסף הזה להתשמש בו לרפואתו" ומוסיף הרב לאו "התפיסה הבסיסית שהנחתה את הגרי"ש אלישיב זצוק"ל היתה כי כסף של המדינה אינו אלא כסף של שותפים אותו מחלקים לשותפים הצריכים אותו בחזרה, ולפיכך לכל אזרח זכות ממונית בכסף זה, ולכן אין יכול לקחת מתקציב הסל ולייחד לאנשים ספורים". אמנם תפיסה זו קשה ביותר שכן בניגוד לרשות מקומית קשה לראות במדינת ישראל שותפות גרידא.

111. ראו לעיל ה, א.

112. **שו"ת משפטי עוזיאל**, ד, עניינים כלליים, ט. הרב עוזיאל נשאל על ידי הסתדרות הפועל המזרחי האם חברי מועצת הרשות המקומית רשאים לתמוך בהעברת תקציבים למערכת החינוך הממלכתית בתמורה לתמיכת הקואליציה בהעברת תקציבים למערכת החינוך הדתית. השאלה התעוררה בטבת תרצ"ו (תחילת 1936) בעקבות הקמת המוסדות המוניציפליים כשנה קודם לכן עם פרסום פקודת העיריות המנדטורית בשנת 1934. השאלה מניחה כי הקמה, תקצוב ותמיכה במוסד חינוכי שאינו מחנך לתורה ויראת שמים אסורה בתכלית.

113. **משנה דמאי** ו, ח.

שמלמדים בהם דברי כפירה, כיוון שההורים השולחים את ילדיהם לבתי ספר אלה בסך הכול מקבלים את חלקם במיסים ששילמו.

למסקנה זו מגיע גם הרב אשר וויס[114] בנוגע לשאלה בה אנו דנים:

> כיון דלפי חוק המדינה נציגים אלה אינם יכולים לעשות ככל העולה על רוחם כאדם העושה בתוך שלו אלא מוטל עליהם לדאוג ולשרת את כל חלקי הציבור לפי צרכיהם נמצא שהציבור החילוני, מחללי השבת, **שלהם** (ההדגשה במקור) הם נוטלים ואין בידינו למנוע מהם תקציבים אלה ואין מעשינו אלא בגדר מתן אפשרות בלבד ליטול את שלהם וכל כה"ג אין בזה לאו דלפנ"ע.

כלומר לראש הרשות המקומית קיים מרחב מסויים של תמרון בתקצוב פעילויות המנוגדות להלכה עבור תושבים שאינם רואים את עצמם מחוייבים להלכה, ומעונינים בקיומן. אמנם מעבר לתקצוב אסור לעובדי הרשות המקומית להיות שותפים בפועל בביצוע פעילויות אסורות אלו[115].

עובד רשות מקומית הנדרש להשתתף בפעילויות אסורות

במקרה זה יש להבחין בין דרישת הממונים עליו כי יעשה איסור בידים, כגון שנדרש לחלל את השבת על מנת לאפשר את קיום חילול שבת אותו מארגנת או מאפשרת הרשות המקומית, ובין מצב בו תפקידו הוא סיוע לפעילות הכרוכה באיסור כגון שנדרש לתלות שלטים המזמינים את הציבור להשתתף בפעילות הכרוכה בחילול שבת, או שנדרש מתוקף תפקידו להעביר כסף למימון פעילות שכזו.

במקרה הראשון, בו האדם נדרש לעשות איסור בידיו ברור שעליו לסרב גם אם הדבר יעלה לו במחיר מקום עבודתו.[116] זהו כמובן נסיון גדול בפני האדם אך רבים יכלו לו ועמדו בו. במקרה השני, בו העובד נדרש רק לסיע לביצוע הפעילות האסורה, אך לא נדרש לעשות את האיסור בעצמו יש מקום יותר להקל. במקרה זה, האיסור יתבצע עם העובד או בלעדיו שכן אם הוא לא יבצע את הפעולה הנדרשת ממנו מישהו אחר יבצע אותה. כאמור בהערה לעיל במצב שכזה נחלקו הפוסקים האם קיים איסור לפני עור. וכפי שהעלנו לעיל יש מספר סברות להקל בדבר[117].

---

114. **שו"ת מנחת אשר** ב, ל.

115. יש לציין כי גם לדעת הרב עוזיאל פתרון זה אינו אידיאלי, ועל הציבור ונציגיו לדאוג לשמירת ההלכה בכל רובדי הציבור, כמידת יכולתם, אולם במציאות החוקית במדינת ישראל, בה הרשויות המקומיות כפופות לבית המשפט העליון המחייב אותן לספק שירותים לכל תושבי הרשות, גם אם הם כרוכים באיסורים, יש מן ההכרח להסתמך על מענה הלכתי זה שכן החלופה לכך היא קביעה כי יהודי שומר תורה ומצוות אינו יכול לעמוד בראש רשות מקומית, (או בראשות המדינה) ועליו להשאיר את ההנהגה המוניציפלית לידי אנשים שאינם מחוייבים כלל להלכה.

116. ראב"ד, הובא ב**רשב"א** בבא קמא, ט ע"ב, ד"ה מהא; **רמ"א** או"ח תרנו, א: "במצות לא תעשה אפילו כל ממונו". ועיין **תורה תמימה** הערות בראשית כח, כג.

117. יש אומרים שאין בדבר איסור לפני עור, ויש אומרים שאפילו מסייע אין כאן, ויש אומרים

מסקנות להלכה

- על פי ההלכה קיים פער בין פעולות אותן הרשות מוסמכת לבצע ובין פעולות אותן הרשות חייבת לבצע.
- הרשות חייבת לבצע רק פעולות אשר מהוות מימוש של חובה דתית המוטלת על הציבור או פעולות אשר ניתן להגדירן כהכרחיות לשם קיום חיים ציבוריים תקינים
- על פי החוק לא קיים פער בין סמכות הרשות לחובותיה וכל פעולה אשר החוק מסמיך את הרשות לבצע הוא גם מחייב אותה לבצע. חובה זו הינה בעלת תוקף הלכתי.
- כאשר הרשות מוגבלת במשאביה הבחירה בידה אלו פעולות לבצע ואין לתושב זכות לדרוש לקבל שירות כזה או אחר מהרשות מכח היותו משלם מס כחוק (למעט שירות הניתן בתמורה לאגרה יעודית).
- הרשות אינה נושאת באחריות לנזק אשר נוצר בשטח פרטי ואשר האחריות על סילוקו היתה מוטלת על אדם פרטי, גם אם הרשות היתה אמורה לאכוף על בעל הנזק את סילוקו וברשלנותה נמנעה מלעשות זאת.
- הרשות המקומית נושאת באחריות לנזקים אשר נוצרו בשטחים הנמצאים בבעלותה או שבאחריותה היה לתקנם או לסלקם בעצמה.
- אם רשות מקומית תומכת בפעולה האסורה על פי ההלכה היא עשויה לעבור על איסור לפני עור לא תתן מכשול או סיוע לדבר עבירה.
- נחלקו הראשונים האם ההכשלה באיסור כשלעצמה נחשבת לשותפות של המכשיל בעבירה עצמה או שהיא מהווה עבירה עצמאית לחלוטין.
- כאשר עובר העבירה יכול לבצע את העבירה בעצמו לא יעבור המסייע לו על איסור לפני עור לא תתן מכשול מדאורייתא, אך לדעת כל הפוסקים עובר המסייע על איסור דרבנן של "מסייע לדבר עבירה".
- במקרה בו עובר העבירה היה חייב סיוע לשם ביצוע העבירה אך יכול היה להעזר במספר אנשים, נחלקו האחרונים האם המסייע לו עובר באיסור לפני עור מן התורה או באיסור מסייע לדבר עבירה מדרבנן.
- איסור סיוע לדבר עבירה קל יותר מאיסור לפני עור, ונחלקו הפוסקים בהיקפו:
  1. יש מי שכתב כי כאשר הסיוע ניתן שלא בשעת ביצוע העבירה עצמה הוא לא נאסר.
  2. נחלקו הראשונים האם ישנו איסור מסייע לדבר עבירה בגוי ומנהג הפוסקים להקל בדבר.
  3. נחלקו הפוסקים האם ישנו איסור מסייע לדבר עבירה במי שרגיל לעבור עבירה מסויימת ואין סיכוי שהמנעות מסיוע תגרום לו לשקול את מעשיו שוב או שתמנע ממנו מלבצע את העבירה.

שאין איסור מסייע אלא בשעת המעשה, ובגוף העבירה, ובמקרה שכזה בו מקום עבודתו של אדם נמצא בסכנה, ניתן להסתמך על כל אחת מסברות אלו, אף כי על כולן ביחד.

- עובד רשות מקומית הנדרש לבצע פעולות האסורות על פי ההלכה חייב להמנע מביצוען גם במחיר אובדן מקום עבודתו.
- עובד רשות מקומית הנדרש לבצע פעולת המעודדות, קוראות או תומכות בפעילות אסורה, אך מעבר לכך ביצוען אינו כרוך באיסור, רשאי להקל ולבצע את המוטל עליו במסגרת עבודתו.
- במקרים בהם הסיוע של הרשות המקומית אינו הכרחי לשם קיומה של הפעילות יש מקום להקל בהעברת התמיכה לשם קיום הפעילות האסורה.
- במקרים בהם סיוע הרשות הכרחי לשם קיומה של הפעילות האסורה, ואלמלי השתתפות הרשות הפעילות לא היתה מתקיימת, על ראש הרשות להמנע מלהעביר תקציבים לשם מימון פעילויות אלו, ועל הרשות להיעזר ביעוץ משפטי אשר ימצא את הדרך בה ההחלטה להמנע ממתן תמיכה לפעילות האסורה תעמוד בדרישות החוק. כך יש לנהוג ברשות בה הרוב המוחלט של תושבי הרשות רואה את עצמו מחוייב להלכה.
- ברשות בה קיים מיעוט ניכר של תושבים חילוניים המבקשת לקיים פעילות תרבות המנוגדת להלכה רשאית הרשות המקומית להשתתף במימון הפעילות מתקציב התרבות המקומי, בהתאמה לחלקם היחסי של התושבים הנהנים מפעילות זו.
- ברשות בה מרבית תושבי הרשות חילונים מותר נציגים הדתיים במליאת המועצה המקומית להיות שותפים לקואליציה התומכת בפעילויות אסורות, אם כי עליהם להביע את דעתם המתנגדת לפעילויות אלו.

פרק ב - תכנון ובניה

סמכות התכנון ומקורה

כאשר התורה מעניקה ערים ללווים היא מוסיפה דרישה לכלול בתוכנית העיר שטחים פתוחים:

> וּמִגְרְשֵׁי הֶעָרִים אֲשֶׁר תִּתְּנוּ לַלְוִיִּם מִקִּיר הָעִיר וָחוּצָה אֶלֶף אַמָּה סָבִיב: וּמַדּוֹתֶם מִחוּץ לָעִיר אֶת פְּאַת קֵדְמָה אַלְפַּיִם בָּאַמָּה...[1].

המשנה[2] מבארת את היעוד שנקבע לשטחים הללו:

> רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר אלף אמה מגרש ואלפים אמה שדות וכרמים.

מטרת **המגרש הפתוח** מבוארת ברש"י[3]:

> ריוח מקום חלק חוץ לעיר סביב להיות לנוי לעיר, ואין רשאין לבנות שם בית ולא לנטוע כרם ולא לזרוע זריעה.

לדעת בעל ספר החינוך[4] זוהי אחת המטרות[5] גם של **השטחים הנטועים** בשדות וכרמים המקיפים את המגרשים הפתוחים הסובבים את העיר:

---

1. **במדבר** לה, ד-ה.
2. **סוטה** ה, ג.
3. רש"י חוזר על כך במקומות רבים הן בפירושו על החומש והן בש"ס, ראו **רש"י** סוטה, כז ע"ב, ד"ה מגרש; עירובין נו ע"ב, ד"ה צא מהן; ערכין לג ע"ב ד"ה שדה". את פרשנות זו לקח רש"י מרבותיו וכך מופיע כבר בפירושי מגנצא, המיוחסים ל**רבנו גרשם מאור הגולה**, ערכין לד ע"א. אמנם יש להקשות יש לציין כי המושג "נויי העיר" מובא בגמרא, **בבא בתרא** כד ע"ב, אך כסיבה להרחקת האילנות למרחק מה מן הישוב ולא לטעם שמירת השטח הפתוח מסביב לערי הלוים ואולי אפילו בניגוד לו. לכן "לרבנן נמי דאמרי: אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה, הני מילי זרעים, אבל אילנות עבדינן, והכא משום נויי העיר לא". משמע שהאיסור לזרוע זרעים בשטח הסמוך לעיר אינו מן הטעם של נויי העיר אלא מטעם אחר וצ"ע.
4. **ספר החינוך**, שמב. לדעתו הסיבה להצבת דרישה זו דוקא בערי הלוים היא "מתוך כך שהחכמה בתוכם היה עסק כל ישראל תמיד עמהם, מלבד שהיו בתוך עריהם ערי מקלט הרוצח, ומתוך כך גם כן היו עיני כל ישראל על עריהם כי לא ידע האדם מה ילד יום. ולכן היה בדין להיות אותן הערים אשר יד הכל שוה בהן ולב הכל עליהם, להיותן בתכלית היופי והחמדה, ושבח כל עם ישראל בכך".
5. מסוף דבריו משמע ששטחים אלו נועדו מלבד למטרות אסטטיות גם למטרות פרקטיות - "מנויי העיר וממה שצריך לה". מטרות אלו מנוסחות ביתר פירוט ב**פירוש המשניות לרמב"ם** ערכין, ט, ח: "ומגרש, הם הישובים הקרובים לעיר והם הידועים אצלינו בשם שכונות החיצוניות **שבהם דרים הרועים והפלחים**". הדברים עולים בקנה אחד עם אחד מן התרגומים, **הפשיטא**, יהושע כא, ב, המתרגם מגרש כ"כפרא דקדים מדינתא". הר"י מיגש, מובא **בשיטה מקובצת**, בבא בתרא, כד ע"ב; מאירי, **בית הבחירה**, שם, מפרש את הצורך הפרקטי במגרש באופן שונה: ואלף אמה אלו שהם מגרש אין להם לזרעם ולא לנטוע בהם כלום **כדי שירעו שם בהמות".**

צותה גם כן להיות באותן ערים אלף אמה מגרש, כלומר מקום פנוי לרווחה ונוי לעיר, ואלפים אמה חוצה לה לצורך שדות וכרמים, וגם זה מנויי העיר וממה שצריך לה.

חובה דומה לשמירת שטחים פתוחים מצמחיה מופיעה במשנה במסכת בבא בתרא[6]:

מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה. מאי טעמא? אמר עולא משום נויי העיר.

השטחים הפתוחים אינם השיקול היחיד בתוכנית העיר הקדומה הלוקחת בחשבון גם שיקולים של איכות חיים ואיכות האויר כשיקולים המאפשרים להרחיק מן העיר עסקים הפוגעים באיכות החיים של התושבים: כך קובעת המשנה[7] קריטריונים מסויימים למניעת מפגעי ריח:

מרחיקין גורן קבוע מן העיר חמשים אמה... מרחיקין את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר רבי עקיבא אומר לכל רוח הוא עושה חוץ ממערבה ומרחיק חמשים אמה.

ובאופן דומה שנינו בתוספתא[8] התובעת את שמירת איכות האויר של תושבי העיר:

ר' נתן אומ' מרחיקין את הכבשונות מן העיר חמשים אמה.

מהתבוננות במכלול ההלכות הללו עולה כי ההלכה קובעת עקרונות מסויימים לפיהם אמורה להיות בנויה עיר, ולמעשה משרטטת קוי מתאר לתוכנית בנין עיר, הכוללת שטחים בנויים, המתחשבת בצורך בשטחי תעשיה וחקלאות, ומקדישה מקום גם לנויה של העיר.

שינוי יעוד

הדרישה המופיעה בתורה לשמירת שטחים פתוחים סביב ערי הלווים כוללת בתוכה גם איסור לשינוי יעוד הקרקע[9]:

וּשְׂדֵה מִגְרַשׁ עָרֵיהֶם לֹא יִמָּכֵר כִּי אֲחֻזַּת עוֹלָם הוּא לָהֶם.

אמנם נחלקו התנאים[10] בשאלה האם חובה זו לשמירת טבעת פנויה מסביב לעיר תקפה ביחס לכלל הערים בארץ ישראל[11], או שמצומצת לערי הלוים.:

אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה, ולא מגרש עיר ולא עיר מגרש. אמר רבי אלעזר: במה דברים אמורים - בערי הלוים, אבל בערי ישראל עושין שדה מגרש (ולא) מגרש שדה, מגרש עיר ולא עיר מגרש, שלא יחריבו את ערי ישראל.

---

6. **משנה בבא בתרא** פ"ב מ"ז.
7. **משנה בבא בתרא** פ"ב מ"ט.
8. **תוספתא בבא בתרא** א, י.
9. **ויקרא** כה, לד.
10. **ערכין** לג ע"ב.
11. לדעת **רש"י** שבועות, טז ע"א, ד"ה כל המצות, אין מצוה זו נוהגת אלא בערים המוקפות חומה. ועיין **משנה למלך** שמיטה ויובל יג, ה, שהתקשה למצוא מקור לדבריו, והקשה על דבריו.

למעשה פסק הרמב"ם[12] כי החובה הקיימת בערי הלוים מפורשת בתורה ובשאר ערי ישראל אף שאינה מפורשת היא מחייבת מדאורייתא כמסורת שנמסה בקבלה "מפי השמועה"[13]:

> אין עושין בערי הלוים עיר מגרש ולא מגרש עיר ולא מגרש שדה ולא שדה מגרש שנאמר ושדה מגרש עריהם לא ימכר. ומפי השמועה למדו שזה שנאמר לא ימכר לא ישונה אלא השדה והמגרש והעיר כל אחד משלשתן כמות שהוא לעולם, וכן בשאר ערי ישראל [אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה ולא מגרש עיר ולא עיר מגרש][14].

אמנם מלשון הרמב"ם עולה שקיים הבדל יסודי בין הדין המפורש בתורה שבכתב הנוהג בערי הלויים לדין הנלמד בתורה שבעל פה הנוהג בערי ישראל. הדין בערי הלויים מגדיר שטחים מסויימים כשטחים בעלי יעוד מוגדר, ובנוסף אוסר לשנות את יעוד השטחים. לעומת זאת הדין הנוהג בערי ישראל אינו כולל אלא את חלקה השני של ההלכה, קרי, שינוי יעוד שטחים שהוגדרו על ידי הציבור כמיועדים למגורים, לחקלאות או לנוי, אך אינו מגדיר את היקף השטחים המיועדים לכל אחד מן השימושים[15]. לפי הסבר זה[16] מבואר מדוע הרמב"ם אינו קובע כלל את שעור רוחב המגרש מסביב לערי ישראל[17], ומדוע ניתן היה להרחיב את ירושלים לפי הצורך.

מכיוון שדין זה נוהג בארץ ישראל גם בזמן הזה[18] משמעותו היא כי אחר שהגדירה הרשות המוסמכת את יעוד השטחים העירוניים והתחומים שסביבם, אין רשות לשנות את יעוד

---

12. **רמב"ם** שמיטה ויובל, יג, ד-ה.
13. ועיין בנושאי כליו שנחלקו האם פסק כדעת רבי אליעזר, רדב"ז, או כדעת חכמים, כסף משנה, להרחבה ראה **חידושי ר' שמואל רוזובסקי**, בבא בתרא, יט, א.
14. תוספת זו מופיעה בכתבי היד והושמטה בדפוסים. אלמלי תוספת זו ניתן היה להבין כי על עם ישראל להסתדר בערים אותן בנה בבואו לארץ ישראל עליהן אין להוסיף ומהן אין לגרוע, רבי אברהם דנציגר, **ביד נביאיך** עמ' קכ; הגרי"ז מבריסק מובא בחיבור "**דף על הדף**", ערכין לג ע"ב, שכל הקיום בארץ ישראל יהיה פלאי, וצ"ע. אולם על פי הגירסה הנכונה אין כל איסור להרחיב את ערי הארץ אלא שיש לשמור בכולן על טבעת היקפית מסביב לעיר, וככל שמגדילים את העיר יש להרחיק את הטבעת ההיקפית שסביבה, **שפת אמת**, ערכין, שם.
15. לדעת **רבינו גרשום** בבא בתרא, כד ע"ב, ההבדל בין הדין בערי הלויים לדין בערי ישראל הוא גודל המגרש שצריך להשאר פנוי: "לוים דכתיב ומגרשיהם יהיו לבהמתם וגו' להכי צריכי אלפים אמה מגרש אבל שאר הערים בכ"ה אמה מגרש סגיא" כלומר גודל המגרש הפנוי בערי ישראל מצומצם הרבה יותר – עשרים וחמש אמות ותו לא. כך מסביר רבנו גרשום את הפער בין הדין בתורה ובין הדין הנזכר בבבא בתרא הדורש הרחקת האילן לכ"ה אמה ותו לא. הסיבה לכך לדעתו היא שלשם נוי העיר די בהרחקת הצמחיה מבתי העיר מרחק קטן ואילו שאר השטח נדרש ללויים לשימושים נוספים ולכן הם צריכים שטח גדול יותר. לדעת הרב יהודה שביב, הנוי והנצח – פרק באקולוגיה, **תחומין יב** עמ' 477, הדבר נובע מקדושתן היתרה של ערים אלו המחייבת הקפדה יתרה על הנוי שבהן, וכך עולה מלשון בעל ספר החינוך המובאת לעיל.
16. **שו"ת משנת יוסף** א, נט (רבי יוסף ליברמן, ראש כולל שומרי החומות, בשם הרב מנחם פוקס).
17. ואכן **המנחת חינוך**, שמב, מסתפק בשאלה זו.
18. כפי שכתב **בספר החינוך**, שמב "ונוהגת מצוה זו בארץ ישראל, בזמן שישראל שם, בין בלויים

השטחים הללו באופן הפוגע באיכות חיי התושבים אולם אין הדין כולל הגדרה מדוייקת להיקפו של כל אחד מהשטחים, הבנויים, הפנויים לצרכים אסתטיים, והחקלאיים, ואלו נתונים להחלטת הציבור באמצעות נציגיו, אשר עשויה להשתנות מפעם לפעם בהתאם לגידול באוכלוסית העיר.

אופי האיסור לשינוי יעוד

התורה כאמור אסרה לשנות את יעודם של השטחים העירוניים השונים וזאת על מנת להמנע מפגיעה באסתטיקה של העיר ובאיכות חיי התושבים. אולם עיון במקור ההגבלה מעלה כי הפסוק ממנו למדו חכמים אודות האיסור[19], לא נאמר כלל בפרשה בה קובעת התורה את מבנה העיר (פרשת מסעי, במדבר לה), אלא בפרשת מכירת וגאולת נחלות (פרשת בהר, ויקרא כה). יתר על כן האיסור במקורו מנוסח באופן של איסור על מכירת קרקע השייכת לערי הלויים: "וּשְׂדֵה מִגְרַשׁ עָרֵיהֶם לֹא יִמָּכֵר".

את הסיבה לכך שאיסור שינוי היעוד מנוסח בלשון מכירה מבאר הרלב"ג[20] בכך שלשון מכירה מבטאת שינוי יעוד אלא שבעוד במכירה רגילה נעשה שינוי היעוד משימוש של המוכר לשימוש של הקונה, באיסור זה נעשה שינוי היעוד של הקרקע הציבורית משימוש לצורך מגורים לשימוש לצורכים אסתטיים או חקלאיים, ולהפך, ושינוי יעוד זה הוא שנאסר.

אין הדבר אומר כי הרשות המקומית אינה יכולה לפתח את שטחי הרשות אלא שכאשר הרשות המקומית מבקשת לשנות את יעוד הקרקע, עליה להתיחס לשינוי יעוד בתוכניות בנין העיר באותו אופן בו היתה מתייחסת להעברת בעלות בנכס שמופקד בידה, דהיינו בתמורה נאותה. למעשה שינוי יעוד יתאפשר רק אם הוא גם מסייע לפיתוחה של העיר, וגם אינו פוגע באיכות חיי התושבים, גם אינו פוגע בהיקף האיזור המאוכלס, וגם אינו מצמצם את היקף השטחים הפתוחים.

הגוף המתכנן

הגמרא אינה ממנה גוף מסויים אשר יהיה אחראי על תכנון העיר ועל הטיפול בחריגות ממנה אולם ברמב"ם[21] משמע כי האחריות מוטלת על הגוף הציבורי המכונה "בני העיר"

בין בישראלים, בזכרים ונקבות, שהכל חיבין שלא לשנות שלשה מקומות האמורין לעולם, העיר והמגרש ומקום השדות והכרמים, ומן הדומה כי כל מי ששנה בהן בעדים והתראה חייב מלקות. ולא ידעתי שיעור לשינוי זה כמה יהיה ויתחייב עליו, חכם בני ודעהו".

19. **ערכין** לג ע"ב.
20. **רלב"ג** ויקרא, כה, לד: "הרצון בו - שלא ישנו אותו לעשות שדה מגרש או הפך, או מגרש עיר או הפך. והנה הושאל לזה הענין שֵׁם המכירה, לפי שהמכירה ישתנה בה רשות בעל הקנין וישוב אל בעלים אחרים, ולזה הושאלה המכירה להשתנות הענין מן ההשתמשות לתכלית אחת אל ההשתמשות לתכלית אחרת... ומזה הענין השני נקרא בזה המקום 'מכירה' - העשייה מהשדה מגרש או הפך, ומה שידמה לזה, כי ישתמשו בו לתכלית מַקבלת אל התכלית אשר כוון בה".
21. **רמב"ם** שכנים י, א.

אשר בעת הצורך גם נושא באחריות למתן פיצוי לנפגעים מהשינויים בתוכנית הבניה העירונית:

> מרחיקין את האילן מן העיר כ"ה אמה... מפני נויי העיר, וכל אילן הנמצא קרוב לעיר פחות מזה קוצצין אותו, ואם האילן קדם נותנין לו בני העיר דמיו...

נמצאנו למדים כי על בני העיר, קרי על הרשות המקומית[22] מוטלת האחריות לתכנון העיר באופן שיאפשר את התפתחותה ושגשוגה החקלאי והתעשייתי, תוך שמירה על האסתטיקה של העיר וסביבתה וכן על איכות החיים של התושבים.

סמכות התכנון בחוקי מדינת ישראל

חוקי מדינת ישראל מעניקים לרשות המקומית סמכות נרחבת בכל הנוגע לתכנון מבנים פרטיים בתחומי הרשות המקומית. הרשות המקומית מוסמכת לפקח על יעוד המגרשים השונים בעיר, גודל המגרשים המיועדים לבניה, גודל השטח הבנוי על גבי המגרש, יעוד הבניינים, מרחק בין בנינים, גובה הבנין, סוג הבנין ומראהו[23], מספר הדירות בכל קומה ומספר החדרים בכל דירה[24], וכן מטרת השימוש של כל חדר וחדר[25]. החוק גם קובע כי כל בניה מחייבת קבלת היתר מהרשות המקומית[26] אשר תבדוק האם הבניה עולה בקנה אחד עם התכנית של הרשות.

סמכות התכנון של הרשות המקומית כפופה לתכנון של המדינה וצריכה לעמוד בתכניותיה[27]. תוכניות אלו באות לממש מטרות לאומיות אותן הציבה המדינה בתכניות

---

22. ראה לעיל א, א.
23. כך קובע סעיף 236 **לפקודת העיריות**: "בענין בנינים תעשה העיריה פעולות אלה:תפקח על הקמתם, הריסתם, שינוים ותיקונם של בנינים; תפקח על ריצופם של חצרות ושטחים פתוחים הקשורים לבנינים; תפקח על קו החזית של בנינים סמוכים ועל המירווחים בצדדים ומאחור, על מידתם של מגרשי בנין ועל שיעורם של שטחי המגרשים שמותר להקים עליהם בנינים; תפקח על הגבהת החזית של בנינים במקום שהם בתוך שורה של בנינים רצופים הגובלים עם רחוב; תפקח, אם על ידי הטלת איסור או בדרך אחרת, על הקמת בנינים מסוג, מדגם או ממראה מיוחדים, באזורים או ברחובות מיוחדים, או בחלק מהם".
סמכויות פיקוח אלו מגיעות לידי ביטוי בסימנים ג-ד לחוק התכנון והבניה תשכ"ה המעניק לועדה המקומית לתכנון ובניה סמכויות לתכנון תכנית מתאר ותכנית מפורטת ולמתן אישורי בניה העומדים בתכניות אלו.
24. סעיף 69 ל**חוק התכנון והבניה**.
25. סעיף 145 (א) (3) ל**חוק התכנון והבניה** (להלן). סעיף זה קובע עוד כי כל חריגה מהמטרות אשר נקבעו בתכנית שאושרה על ידי הועדה מחייבת בקשת היתר שימוש.
26. סעיף 145 (א) ל**חוק התכנון והבניה**: "לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו רשות הרישוי המקומית היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר: (1) התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה (2) הקמתו של בנין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבנין קיים וכל תיקון בו, למעט שינוי פנימי בדירה (3) כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית"
27. סעיף 131-130 **לחוק התכנון והבניה.**

הארציות והמחוזיות אשר מתחשבות בשיקולים נוספים כגון פיזור אוכלוסיה, מיקומן של דרכים ראשיות, שמירה על אינטרסים לאומיים כגון נמלי תעופה ומפעלים בטחוניים, משאבי טבע, אזורים מספיקים לחקלאות, ערכי נוף וטבע[28].

אין ספק כי עצם הצורך לכפוף את הבניה הפרטית לצרכי המדינה עולה בקנה אחד עם ההלכה. זהו אולי הביטוי המשמעותי ביותר של המלכות, הגבלת זכות קניינו של הפרט על מנת לשמור על האינטרסים הלאומיים. מסיבה זו בניה ללא היתר מהווה עבירה פלילית[29]. לכן ברור כי הצורך לבחון את מידת עמידת תוכניות הבניה לתכנית המתאר הארצית והאזורית מחייב גם על פי ההלכה.

כמו כן כפי שניתן לראות מטרות הסמכות המוענקת לרשויות המקומיות בכל הנוגע לתכנון דומות למטרות אותן מציבה התורה לציבור היינו מניעת מפגעים, שמירה על שטחים פתוחים ואזורים חקלאיים[30]. ולכן עצם קיומן מוצדק ראוי ומחייב על פי ההלכה. אמנם אין ספק כי מידת הפירוט הנגזרת ממנגנון זה, הדורש אישור והיתר על כל שינוי יעוד של חדר, כל בניית פרגולה וכל סגירת מרפסת, גם במקום שברור שהשפעת פעולות אלו על הציבור זניחה[31], אם בכלל קיימת, אין לה מקור בהלכה[32], ויתכן ולפי שורת הדין היא אינה נדרשת. אולם אין זה אומר כי חוקים אלו אינם תקפים על פי ההלכה שכן בודאי שניתן לכוללם בתקנות הקהל (או דינא דמלכותא)[33], אשר גם אם אין להן מקור

---

28. סעיף 49 **לחוק התכנון והבניה**.
29. סעיף 204 (א) **לחוק המקרקעין**.
30. כך קובע סעיף 61 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה**: "מטרות תכנית מיתאר מקומית הן: פיקוח על פיתוח הקרקע במרחב התכנון המקומי, תוך שמירה על ייעוד חקלאי של קרקעות המתאימות לכך; הבטחת תנאים נאותים מבחינת הבריאות, התברואה, הנקיון, הבטיחות, הבטחון, התחבורה והנוחות ומניעת מפגעים על ידי תכנון הקרקע ושימוש בה, ובכלל זה ייחוד אזורים למגורים, לתעשיה, למסחר ולמבני ציבור לרבות מבני דת; שמירה ופיתוח של מקומות חשובים מבחינת הטבע או היופי תוך הימנעות, ככל האפשר, מפגיעה בצמחיה, בערכי טבע, בנוף ובמורשת; ייחוד שטחים ציבוריים פתוחים, לרבות לפארקים, לגנים ולגינות, הנותנים מענה לצורכי האוכלוסיה החזויה במרחב התכנון המקומי באופן הולם".
31. לשינוי יעוד של מחסן והפיכתו לדירת מגורים עשויה להיות השלכה על מספר התושבים בבנין, המכביד על השימוש בתשתיות, ואם הדבר נעשה באופן נרחב עלול הדבר להוות מטרד של ממש, גם אם כעת החדר אינו משפיע כלל על רווחת הציבור.
32. לדעת ד"ר אליהו וינוגרד, **דיני רשויות מקומיות**, עמ' 769, גישה זו ירושה היא מאת החוק **המנדטורי**: "בחקקו את פקודת בנין ערים (1936) חתר המחוקק המנדטורי להגשים מטרות לטובת הכלל כגון שיפור בריאות הציבור, השבחת תנאי המגורים של התושבים, יפוי השכונות וכדומה על חשבון חופש הפרט לפתח את אדמתו כרצונו, היינו על חשבון הזכויות הנובעות מהבעלות הפרטית במקרקעין. חוק התכנון והבניה תשכ"ה הלך בעקבות פקודת בנין ערים עם אותן המגמות ואותה גישה בסיסית".
33. בית הדין הרבני הגדול ירושלים בפני הדיינים הרב שלמה גורן, הרב יוסף קאפח והרב מרדכי אליהו, **פסקי דין רבניים** יב ער/תש"מ/6/151 עמ' 15. אלו פסקו ביחס לחוקי התכנון והבניה האוסרים בנית חדר בחצר בניגוד לחוק: "בכגון זה בודאי דינא דמלכותא דינא, כמו שהעלה כן הגאון בעל "חזון איש" זצ"ל בחו"מ סי' ט"ז ס"ק ח'. אפי' לדעת חכמי הצרפתים המובאת בתשובת הרשב"א "תולדות האדם" סי' קל"ד ובר"ן נדרים כ"ח ע"א שבא"י אין אומרים דינא דמלכותא דינא, בניגוד לדעת הרמב"ם, זה רק בנוגע למסים וארנונות כמבואר שם בר"ן

מפורש בהלכה כל עוד הן אינן סותרות את ההלכה הן מחייבות גם על פי ההלכה[34], בפרט שבאו לממש את אותן מטרות אותן באה לממש ההלכה.

הטיפול בבניה בלתי מאושרת

בנוסף להיות הרשות מופקדת על תכנונה של העיר והאיזון בין האינטרסים הציבוריים השונים, מופקדת הרשות גם על אכיפת החלטותיה התכנוניות על הציבור, קרי, דרישה לפירוק מבנים ועקירת עצים אשר אינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, וביצוע דרישה זו אם העבריין מסרב לעשות זאת בעצמו. הדברים מפורשים במשנה במסכת בבא בתרא אשר אחר הצבת הדרישה להרחקת האילן מן העיר קובעת כי אם דרישה זו לא בוצעה על העבריין לסלק את המפגע ולקצוץ את האילן[35]:

אם העיר קדמה - קוצץ ואינו נותן דמים, ואם אילן קדם - קוצץ ונותן דמים.

וברשב"א, אבל בנוגע לחוקי בניה המוניציפאליים, בודאי שרשאין אפי' בני העיר לתקן תקנות ולקבוע חוקי בניה, כמבואר במס' בבא בתרא ח' ע"ב, ורשאין בני העיר להתנות על המדות וכו', ובשולחן ערוך חו"מ סי' רל"א סעי' כ"ז כ"ח". וכן דעת הרב אשר וויס, **קובץ דרכי הוראה**, ג, תשס"ו, עמ' קב-קג. אמנם במספר תשובות צירף לכך את היות חוקי הבניה מנהג שהתקבל, **שו"ת מנחת אשר** א, צח, ו. אמנם ישנם דיינים אשר נמנעים מלתת תוקף לחוקי המדינה בכלל ולחוקי הבניה בפרט. וראו פרופ' רון ש' קליינמן "יחס הדיינים לחוק ולפסיקה האזרחיים ובפרט לבניה בלתי חוקית" **תחומין לו**, עמ' 346 ואילך, וראו לעיל חלק א נספח ב שם הראנו כי אין זו דעת רוב מנין ורוב בנין דייני ישראל.

34. כאשר הבניה נעשית בבנין משותף ללא הסכמת השכנים, עשויה הבניה להיות כרוכה בגרימת נזק ובאיסור גזל. תוכניות הרשות המקומית מקצות לכל בנין אחוז מסויים של זכויות בניה נוסף על המבנה הקיים. כל בניה, חוקית ושאינה חוקית גורעת מאחוזי הבניה של הבנין המשותף ולפיכך בניה ללא היתר, הנעשית ללא הסכמת השכנים, פוגעת ביכולתם לבנות אם הם יבקשו לעשות זאת עם היתר. זאת ועוד, היות וזכויות הבניה נישומות כחלק מהדירה כאשר מעוניינים למוכרה הרי שבניה ללא היתר בהכרח מורידה את ערך דירות השכנים.
יש להעיר כי המונח "זכויות הבנייה" אוזכר בסעיף 71ב(א) לחוק המקרקעין אך לא הוגדר במפורש בחוק אלא בפסק דין של בית המשפט העליון אשר קבע כי "זכויות הבנייה הינן נכס בבעלות משותפת, אף-על-פי שאינו חלק מן הרכוש המשותף. הזכויות הללו נובעות מהבעלות בקרקע, וכיוון שהקרקע עליה ניצב בית משותף שייכת במשותף לדיירים, אף זכויות הבנייה עליה שייכות להם", ע"א 432/83 **מזרחי נ' חביב**, פ"ד מ(4) 673, 680 (1968). במסגרת זו אין צורך לדון במעמדן ההלכתי של זכויות בניה האם הן באמת "נכס" או שאינן אלא אויר ודבר שלא בא לעולם, ראה **שולחן ערוך** חו"מ, ריב, ב-ג; פסק דין "ארץ חמדה –גזית" תיק מספר 73046. יהיה מעמדן אשר יהיה הרי שהיקפן משפיע על ערך הנכס.

35. **בבא בתרא** כד ע"ב. במקרים מסויימים, בהם המפגע נוצר ברשות, אך בעקבות ההתפתחות העירונית הפך הדבר למפגע תדרש הרשות המקומית לפצות את בעליו על סילוקו. בענין זה ראה מה שכתבנו לעיל ג, ג - פיצוי על הפקעה.

באופן דומה עולה הדרישה[36] מאדם שענפים מעץ בבעלותו נוטים לרשות הרבים ומפריעים למעבר:

> אילן שהוא נוטה לרה"ר - קוצץ כדי שיהא גמל עובר ורוכבו.

זאת ועוד, בגמרא[37] מבואר כי במקרה בו הצורך דחוף ותהליך כפיית העבריין על סילוק המטרד יסכן את הציבור או ימנע את יכולתו להשתמש בשטח הציבורי לשימוש לו היה מיועד, רשאי הציבור לסלק את המטרד בעצמו והדבר נפסק להלכה ברמב"ם[38]:

> מניחין מקום פנוי משתי שפתות הנהר כרוחב כתפי המלחים שיורדין שם ומושכין הספינה וכל אילן הנמצא ברוחב זה קוצצין אותו מיד ואין מתרין בבעליו שהרי מעכב מושכי הספינה.

חוקי מדינת ישראל מטילים אף הם את האחריות על השטח הציבורי בידי הרשות המקומית ואף מחייבים אותה למנוע הקמת מכשולים ומפגעים אחרים ברחובות העיר, ולמנוע מאנשים פרטיים לזכות בהם[39]. כמו כן חוקי המדינה מאפשרים לרשות למנוע מאנשים לבנות ללא היתר[40], לדרוש מהם להרוס אותם, או להרוס אותם בעצמה[41]. כפי שראינו, חוקים אלו והסמכויות שניתנו בהם, מחייבים כמובן גם על פי ההלכה.

הכשרת עבירות בניה בדיעבד

על אף האמור מסתבר כי הרשות נתונה ביד הציבור לאכוף או לא לאכוף עבירות בניה אלא שעל פי ההלכה לענין זה יש להבחין בין סוגים שונים של עבירות בניה כאשר עקרונית ניתן להבחין בארבעה סוגים:

1. בניה ללא קבלת היתר מראש
2. בניה הגורמת למפגע ציבורי
3. בניה שנעשתה בניגוד להנחיות האסתטיקה העירוניות
4. בניה על שטח ציבורי

במקרים בהם הבעיה היחידה היא שהאדם בנה, מסיבות שונות, בלי לקבל את אישור הרשות מראש, אולם אין כל סיבה אמיתית למנוע ממנו את האישור לכשיבקשו, אין כל הצדקה הלכתית למנוע מהאדם את השימוש ברכושו רק בשל העובדה שהוא לא פעל על פי הנהלים המקובלים. הנהלים הדורשים קבלת היתר בניה בכל בניה שהיא, נדרשים על

---

36. **בבא בתרא** כז ע"ב.
37. **בבא מציעא** קז ע"ב "מכריז רבי אמי: מלא כתפי נגדי בתרי עברי נהרא – קוצו".
38. **רמב"ם** נזקי ממון יג, כו.
39. סעיף 235 ל**פקודת העיריות**: "בענין רחובות תעשה העיריה פעולות אלה: תפקח על השיוור, הרום, הרוחב והבניה של כל רחוב...תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב" **וראה בג"צ 47/51 קרושבסקי נ' עירית תל אביב** (פ,"ד כ"ה (1) 795) שם התברר כי העיריה אינה חייבת לשקול באיזו מידה מהווה הדבר מכשול או השגת גבול בשטח הציבורי והיא מוסמכת לסלק כל מבנה פרטי שאינו אמור להמצא בשטח הציבורי.
40. סעיף 216 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה.**
41. סעיף 217 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה.**

מנת לתת את האפשרות לציבור לבחון איזו בניה מפריעה לציבור ויש למונעה, ולפיכך הרשות יכולה כמובן לקנוס את מי שלא פנה אליה וביקש את אישורה[42]. אך בכל מקרה אם המבנה אינו מפריע לציבור בשום צורה שהיא אין כל הצדקה הלכתית להריסתו[43].

במקרים בהם מדובר בבניה הפוגעת באסתטיקה העירונית או העשויה לגרום למטרד ציבורי[44], ראינו בדוגמאות לעיל כי רשות ביד הציבור להרוס ולסלק את המטרד לציבור, ולצורך הענין את הבניה הבלתי חוקית. אולם, לענין היכולת להכשיר בניה שכזו בדיעבד סבור הרשב"א[45] שיש מקום להבחין בין בניה הפוגעת באסתטיקה של הישוב, אשר אינה ניתנת למחילה ולהכשרה אפילו בדיעבד, ובין בניה שעשויה לגרום למפגעים סביבתיים אותם יכול הציבור להסכים לקבל, בנסיבות מסויימות.

בכך מסביר הרשב"א את ההבדל בין דין הרחקת האילן המופיע במסכת בבא בתרא לדין שמירת מגרש פנוי המופיע במסכת ערכין וזה לשונו:

> וכל שהוא משום נוי אין בני העיר יכולין למחול וכדמייתינן עלה אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה ומשום נויי ארץ ישראל קמ"ל דהכא לאו משום נויי העיר הוא אלא משום שלא יזיק ואם רצו למחול ולמשבק עושין.

כלומר, בעוד בנושא הרחקת המפגעים יש מקום לאפשר להנהגת הציבור שיקול דעת ויכולת להסכים על קיומו של מפגע סביבתי מסויים, בשל סיבות כאלו ואחרות; בנושא האסתטיקה, היינו בחובת שמירת חגורה של שטחים פתוחים מסביב לעיר, אין לאפשר להנהגת הציבור להסכים על פגיעה באינטרס הציבורי, והם אינם רשאים למחול על הצרכים האסתטיים של תושבי העיר בהווה ובעתיד. פגיעה שכזו אינה נמצאת בסמכות הרשות, גם אם מסיבה כזו או אחרת הרשות המקומית הסכימה לוותר על האינטרס הציבורי שבדבר.

---

42. ואכן כך הנחה משרד הפנים, חוזר מנכ"ל מס' 1/2004, להקשות על קבלת היתרי בניה שמטרתם הכשרת עבירות בניה "במסגרת דיון במוסדות התכנון בתוכניות מסוג זה (המיועדות להכשיר בדיעבד עבירות בניה) מוטלת חובה על מוסדות התכנון... לתת את המשקל הראוי לאינטרס הציבורי המובהק שבאי עידוד עבריינות". ראה עוד עע"מ 3319/05 **אלגריה פונטה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה באר שבע**.
יש להעיר כי לעיתים התנהלות מסורבלת ביותר של מוסדות התכנון היא הגורמת לעבריינות הבניה שכן אדם שיודע כי סגירה של מרפסת, במקום בו הדבר נעשה בהסכמת כל השכנים, וללא כל חריגה מאחוזי הבניה המותרים, כרוכה בהמתנה של שנים עד לאישורה, ללא כל סיבה מוצדקת, ימנע מלנסות ולקבל היתר וימצא את עצמו עבריין בעל כרחו. במצב שכזה יהיה זה עוול על מוסדות התכנון שלא לאשר בדיעבד בניה זו, רק בשל העובדה שהאדם לא היה מעוניין להמתין שנים רבות עד לקבלת האישור לסגירת המרפסת.
43. אלא אם כן בהריסתו מבקשת העיריה לענוש ולהרתיע בפני עבירות על נהלים, אולם נראה לכאורה כי מדובר בעונש שאינו מידתי הואיל והנזק הנגרם לאדם אינו פרופורציונלי לחומרת העבירה.
44. כגון בנית בנין מגורים גדול באיזור שאין בו תשתיות מספקות.
45. **רשב"א** בבא בתרא, כד ע"ב.

אמנם בשל החידוש שבדבר מסתבר שאין להרחיב את דברי הרשב"א מעבר לדוגמא אותה נקט, של שמירת חגורה פנויה מסביב לעיר וביחס לכל פגיעה אחרת באסתטיקה של הישוב יש מקום לאפשר לרשות להכשיר את הבניה בדיעבד, אם לדעתם הפגיעה בציבור אינה כה גדולה, והנזק שיגרם לאדם הפרטי כתוצאה מהריסת המבנה שבנה גדול לאין שעור מהטובה שתצמח לציבור מהריסתו.

המשותף לכל עבירות הבניה אותן ראינו עד כה הוא שאין בהן כל בעיה משפטית, ולא נפגעו בהן זכויותיו הקניניות של אף אחד. שונה הדבר במקרה בו אדם בנה מלכתחילה מבנה פרטי על קרקע של אדם אחר או על קרקע ציבורית, שאינה אלא גזל בידו.

זוהי הפגיעה החמורה ביותר שעשויה להיות בבניה בלתי מאושרת ולפיכך יש לטפל בה בהתאם. אדם שגזל חייב להשיב את הגזילה לבעליה וכפי שאומרת התורה "והשיב את הגזילה אשר גזל". וכך פוסק השולחן ערוך[46]:

> כל הגוזל חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר: והשיב את הגזילה אשר גזל.

דין זה נכון בין בקרקע בין במטלטלין ולפיכך אדם שפלש לקרקע פרטית או ציבורית שאינה שלו, חייב להסתלק ממנה ולהשיבה לציבור כפי שהיתה. יתר על כן, אם אדם בנה על גבי הקרקע מבנה גדול או קטן חייב הוא להרוס את המבנה ולהחזיר את הקרקע כפי שהיתה, וכפי שכותב הרשב"א[47]:

> לא עשו תקנת השבים רק במטלטלין אבל בקרקע לא אמרו שימכור זה את שלו וישחית את נחלתו.

וכך פוסק הרמ"א[48]:

> גזל קרקע ובנה עליה בניינים גדולים, צריך לסתור הכל[49] ולהשיב קרקע לבעלים, דלא עשו תקנת השבים בקרקע.

כלומר, בניגוד למטלטלין שנגזלו ושימשו את הגזלן כחומרי בניה, בהם תקנו חכמים שאין להרוס את כל המבנה לשם השבתם ("תקנת השבים"), בקרקע לא תיקנו חכמים תקנה זו. אמנם נחלקו הפוסקים בטעם האבחנה בין קרקע למטלטלין לענין תקנת השבים. לדעת המבי"ט[50] הסיבה לכך היא שבקרקע בנוסף לעצם הגזילה עובר האדם על איסור

---

46. **שולחן ערוך** חו"מ שס, א
47. **שו"ת הרשב"א** ג, קפח; **רבנו ירוחם**, מישרים, נתיב ל"א, ו. לדעת **הגר"א** שם, ה, אבחנה זו בין מטלטלין לקרקע לענין תקנת השבים מופיעה כבר בלשון **התוספות**, בבא קמא צו ע"א ד"ה כל.
48. **רמ"א**, שם.
49. אמנם אם שני הצדדים מעוניינים בדבר יש מקום להשאיר את המבנה ברשות בעלי הקרקע בתמורה לתשלום עבור המבנה וכדין יורד לשדה חבירו שלא מדעתו, אולם במקרה בו מדובר בקרקע ציבורית הרי שאפשרות זו אינה רלונטית שכן לעולם הבניה הפרטית לא תתאים לשימושים אותם יעדה הרשות המקומית לקרקע.
50. **שו"ת מבי"ט** ג, קמג; **סמ"ע**, שם, ו: "לא עשו תקנת השבים בקרקע. דכיון דהוא דבר קבוע ועומד הו"ל למידע דשל הנגזל הוא ולא היה לו לבנותו".

נוסף של "לא תשיג גבול רעך" ועל מנת שלא ימצא חוטא נשכר קבעו חכמים שלא יהנה מהעבירה שביצע ויאלץ לוותר על הקרקע, גם במחיר של אבדן הבנין כולו. מכאן מגיע המבי"ט למסקנה כי אם מדובר בחריגת בניה שנעשתה בשגגה, יש להחיל עליו את תקנת השבים[51] ולא לדרוש מהגזלן את הריסת המבנה שבנה על הקרקע הציבורית:

> כי מה שהחמירו הוא מפני שעבר על לא תשיג גבול ריעך ובנדון דידן לא עבר אם הוא לא ידע.

לעומתו סבור הלבוש[52] שהסיבה לכך שלא עשו תקנת השבים בקרקע אינה קשורה לדין השגת גבול אלא לכך שבניגוד לגזל של מטלטלין הניתן להסתרה ולפיכך דורש תקנה אשר תעודד את חשיפתו, גזל של קרקע אינו ניתן להסתרה וממילא אינו מצדיק תקנה. לפי דברי הלבוש[53] ברורה מסקנת המשנה למלך[54], התמה על דברי המבי"ט, ואינו רואה מקום להבחין בין מי שבנה על גבי קרקע שאינה שלו במזיד, ובין מי שבנה בשוגג כל עוד מדובר בגזל יש חובה להשיבו, גם במחיר הרס של המבנה כולו. למעשה הואיל ומדובר במחלוקת בין הפוסקים, והדבר מסופק אין להוציא מיד הבונה בשוגג בקרקע[55] שלא שלו, ועליו לשלם עבור הקרקע אותה גזל בשוגג.

---

51. לדעת **שער המשפט**, שם, א, יש סיבה נוספת שבגינה יש להחיל את תקנת השבים במקרה שבו החריגת בניה נעשתה בשוגג והיא מצות השבת אבידה המוטלת על בעל הקרקע שכן אם הוא מקבל תמורה מלאה לקרקע שנלקחה ממנו ובכך הוא יכול למנוע מחבירו הפסד עצום בשל הבניה שבנה על אותה הקרקע, חייב הוא לעשות כן, בדומה למה שפסק **הרא"ש** בבא קמא, י, טז, אודות מי שרואה את חבירו נפסד הפסד גדול שמחוייב להפסיד עצמו הפסד קטן על מנת למנוע מחבירו הפסד גדול. וזה לשון השער משפט "אם הכניסו הבנאים חצי אמה של חבירו ובנה עליו בנין גדול שלא מדעת הבעל הבית אם יצטרך לסתור הבנין מחמת זה ויהיה לו הפסד גדול מחויב בעל הקרקע ליטול דמי קרקעו בכדי להציל חבירו מן ההפסד וכייפינן ליה לעשות כן משום תנאי בית דין דהשבת אבידה הוא".
52. **לבוש**, עיר שושן שס, א. באופן דומה כתב ה**ט"ז** ,שם, שקרקע אינה נגזלת ובמוקדם או במאוחר תחזור הקרקע לבעליה בניגוד למטלטלין שעשויים ליהרס ולפיכך תקנו בהם תקנת השבים. ו**בשו"ת אור שמח**, יא, הביא שהטעם שלא עשו תקנת השבים בקרקע הוא שתקנת השבים זוהי הרחבה של דין שינוי הקונה בגזילה ודין זה קיים רק במטלטלין ולא בקרקע שאינה נגזלת.
53. והוא הדין לטעם הט"ז והאור שמח.
54. **משנה למלך** גניבה, ח, יא; **ערך ש"י** שס, א; הרב ברוך שרגא **בקובץ שערי צדק** ג, 176 – 171.
55. עיין **בתקפו כהן**, צו; ובנתיבות **כללי תפיסה**, כא, שבפלוגתא דרבוותא אין מוציאים מיד המוחזק גם כאשר מדובר בתפיסה בקרקע. אמנם היה מקום לומר שלא תועיל תפיסה בנדון דידן שכן מדין תורה בוודאי שחייב להרוס את המבנה והיכולת לתפוס מסתמכת על קיומה של תקנת השבים, והואיל והדין ודאי והתקנה מסופקת יש להעמיד הדין על מכונו ולדרוש את פינוי המבנה, בדומה למה שכתב **המגיד משנה** גזלה, ד, ז, בענין היקף תקנה שלא הוכרע בגמרא "לפי שכל זה מן התקנה הוא ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוציאין מידו". אולם ראה **במשנה למלך** מלוה ולוה, כא ד"ה ועוד יש לחקור, שכלל זה אינו פשוט כלל וכלל וראו **נחל יצחק** כה, סוף ענף יא, שאף בספק תקנה מועילה תפיסה בטענת ברי. ועיין הרב

בית כנסת שנבנה ללא היתר על גבי קרקע ציבורית

מקרה בו בית כנסת נבנה ללא היתר או על קרקע ציבורית הינו מקרה פרטי של טיפול בעבירות בניה, אולם בשל רגישות הנושא, וכן האיסור הקיים בהלכה להריסת בית כנסת[56] בחרתי להקדיש התייחסות מיוחדת למקרה זה. בנוגע לבית כנסת שנבנה על קרקע גזולה כתב האשכול[57]:

> **ורב ישראל**[58] **אמר** אין אדם רשאי להתפלל בקרקע גזולה **ואומר אני** הואיל וקרקע אינה נגזלת ברשותיה דמריה קיימא ותפילתו תפילה וכמתפלל בקרקע דעלמא דמי. אבל לגזול קרקע ולבנות בה בית הכנסת מצוה הבאה בעבירה היא[59].

מוסכם אם כן על הכל כי אסור לבנות בית כנסת על קרקע גזולה. המחלוקת המובאת מוגבלת לשאלה האם התפילה במקום מותרת או אסורה[60]. אמנם עדיין יש להסתפק בכוונת דברי האשכול האם כאשר בנה על הקרקע הגזולה מבנה שישמש כבית כנסת

עזריאל ציון, **מקבציאל** לה, תשס"ט, תמא – תמו, שהאריך בדבר, והסיק שיש להשאיר המבנה על כנו.

56. ראה להלן בהרחבה בביאור האיסור, מקורו ותוקפו.
57. **אשכול**, ליקוטים מהלכות בית כנסת, מהדורת ש.אלבק ורשא תרצ"א לז ע"ב עמ' 100.
58. לדעת ר"ש אלבק בהקדמתו למהדורה הנזכרת לעיל הכוונה היא לרב ישראל גאון, בנו ר"ש בן חפני, מגאוני סורא האחרונים.
59. שם:"איכא למילף מדוד דכתיב ביה לא כי קנה אקנה מאתך במחיר ולאחמורי בהני מילי טפי עדיף".
60. לכאורה הדבר תלוי במחלוקת הראשונים המובאת **בריטב"א** סוכה, לא ע"א, ד"ה ת"ר. הגמרא במסכת סוכה, שם, מסיקה כי לדעת חכמים, שאינם דורשים בעלות קניינית על הסוכה, עקרונית גם אדם שתוקף את חברו ומגרשו מסוכתו יצא ידי חובת סוכה. על כך שואלים הראשונים מדוע אין כאן בעיה של מצוה הבאה בעבירה? ועונים תשובות שונות: "תירצו (התוספות) דלא אמרינן מצוה הבאה בעבירה אלא בדבר שהוא בא לרצות כגון קרבן שופר ולולב וכיוצא בהם, אבל בסוכה שאין בה ריצוי ליכא משום מצוה הבאה בעבירה, ולא נראה... אבל הנכון דהכא כיון דלא קני לה כלל וברשותיה דמאריה איתא ואין המצוה מוציאתה מרשות בעליה לא חשיבא מצוה הבאה בעבירה, והרי הוא כאילו היתה שדה דעלמא גזולה ברשותו שאע"פ שעבירה בידו אין הסוכה נפסלת בכך".
כלומר לדעת הריטב"א אין בעיה של מצוה הבאה בעבירה בגזילה של קרקע שכן קרקע אינה נגזלת ומבחינה משפטית לא קרה כאן שום דבר. לעומתו סבור התוספות (הדברים אינם נמצאים בתוספות שלפנינו אך היו בתוספות שלפני הריטב"א והר"ן) שעקרונית גם בגזל של קרקע יש בעיה של של מצוה הבאה בעבירה אך לא כל מצוה הבאה בעבירה פסולה אלא רק מצוה שבאה לרצות לפני ה' כמו קרבן שופר ולולב ואילו הסוכה אין מטרתה ריצוי לפני ה'.
אם נבוא לענייננו התפילה בודאי כל כולה ריצוי לפני ה' היא ואם כן צריך לומר שלדעת התוספות תפילה בקרקע גזולה אינה רצויה לפני ה' ואם כן אין להתפלל בקרקע גזולה או בבית כנסת שנבנה על גבי קרקע גזולה, וכדברי רב ישראל גאון. לעומתם יאמר הריטב"א שהואיל ולא ניתן לגזול קרקע הרי שהתפילה שם אינה פסולה וכדעת האשכול.

התפילה במקום תיאסר לכל הדעות[61], או שמא למרות שהבניה הינה פשע, והשארת בית הכנסת על כנו מוסיפה חטא על הפשע, לענין עצם התפילה במקום אין לחלק בין תפילה בשטח גזול, ובין תפילה במבנה שנבנה על גבי שטח גזול ולדעת האשכול התפילה שם מותרת[62].

יש להעיר כי במקרה בו הגזל הוא מהרבים, הדבר חמור אף יותר וכפי שכותבת התוספתא[63]:

> הגוזל את הרבים חייב להחזיר לרבים. חמור גזל הרבים מגזל היחיד שהגוזל את היחיד יכול לפייסו ולהחזיר לו גזילו הגוזל את הרבים אין יכול לפייסן ולהחזיר להן גזילן.

העולה מכאן הוא כי יש לעשות הכל על מנת להשיב את הגזילה בהקדם. אמנם יש לדון האם במסגרת השבת הגזילה מותר להרוס את בית הכנסת.

בגמרא[64] מבואר כי ישנו ישנו איסור להרוס בית כנסת, לפני שנבנה בית כנסת חלופי:

> אמר רב חסדא: לא ליסתור איניש בי כנישתא עד דבני בי כנישתא אחריתי. איכא דאמרי: משום פשיעותא, ואיכא דאמרי: משום צלויי.

מכלל הן אתה שומע לאו, שאין להרוס בית כנסת שלא במסגרת שיפוץ והרחבה. וכך כותב הרמב"ם במנין המצוות[65] הפותח את המשנה תורה:

> מצוה סה: שלא לאבד בית המקדש או בתי כנסיות ובתי מדרשות.

לדעת הראבי"ה[66] היקף האיסור מקביל לאיסור הקיים מדאורייתא על כל פעולת הריסה במבנה המקדש:

---

61. כך משמע מלשונו: "ואומר אני...תפילתו תפילה... אבל לגזול קרקע ולבנות עליה בית כנסת מצוה הבאה בעבירה היא".
62. כך מבין ר"ש אלבק בהערותיו על האשכול שם.
63. **תוספתא בבא קמא י**, יד.
64. **בבא בתרא** ג ע"ב.
65. יש לציין שאין הדבר אומר בהכרח שמדובר באיסור תורה שכן ב**ספר המצוות לרמב"ם** לא תעשה סה, לא נזכר במפורש איסור ביחס לבתי כנסת אלא באופן כללי ביחס ל"בתי עבודת הא-ל יתעלה". יתר על כן, **ברמב"ם** בית הבחירה, א, יז מגביל מאד את תחולת האיסור מדאורייתא למזבח להיכל ולחלק מן העזרה: "וכן הנותץ אבן אחת מן המזבח או מכל ההיכל או מבין האולם ולמזבח דרך השחתה לוקה שנאמר ונתצתם את מזבחותם". פער זה בין דברין במנין המצוות לדבריו בהלכות הוביל את האחרונים לדיון ארוך בשאלה האם האיסור בהריסת בית כנסת הינו איסור דאורייתא או איסור דרבנן. מכיוון שדיון זה אינו נוגע באופן ישיר בעניינו קיצרנו בדבר ולהרחבה ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, לא תעשון כן לה' אלהיכם, טור כו - בית-הכנסת.
66. **ראבי"ה** ב, מגילה, תקצ; **מרדכי** מגילה, תתכו; **רמ"א** או"ח, קנב, א. בעקבות הדברים התפתח דיון באחרונים בשאלה האם מותר להוסיף ריהוט לבית כנסת באופן הכרוך בחקיקת חריץ בקיר בית הכנסת או שמא הדבר כרוך באיסור תורה של נתיצת בית הכנסת.

> אפילו לנתוץ שום דבר מבית הכנסת אסור, דתניא בספרי מנין לנותץ אבן מן ההיכל ומן המזבח ומן העזרה שהוא עובר בלא תעשה תלמוד לומר ונתצתם את מזבחותיהם... לא תעשון כן לה' אלהיכם.

לאיסור זה של הריסת בית כנסת קיימים מספר חריגים: במקרה בו מתגלה סדק בבית הכנסת המסכן מבחינה בטיחותית את שלום המתפללים מותר ואף חובה להרוס את בית הכנסת ולבנותו מחדש באופן יציב[67]. מדין זה מסיק האליה רבה[68]:

> הוא הדין כשגזר מלכות שלא יתפלל עוד באותו בית הכנסת, ומן הנמנע להשתדל.

כפי שהסקנו לעיל במקרה בו בית הכנסת נבנה על קרקע גזולה הרי זו מצוה הבאה בעבירה, לדעת חלק מן הגאונים התפילה בו אסורה, ולדעת התוספות אין התפילה בבית כנסת זה מתקבלת לרצון לפני ה'. יתר על כן, בהשארת בית הכנסת על כנו מבטל הציבור בכל יום מצות עשה של השבת הגזילה. אם כן יש ללמוד בקל וחומר שאם בעקבות גזירת השלטון שלא להתפלל בבית הכנסת הותרה הריסתו, קל וחומר בן בנו של ק"ו שבגזירתו של מלך מלכי המלכים שלא להתפלל בבית הכנסת לא זו בלבד שאין איסור בהריסתו, אלא שיש בדבר מצוה של השבת הגזילה לבעליה, היחיד או הציבור.

היוצא מדברינו הוא כי אם בית הכנסת נבנה על גבי קרקע פרטית בוודאי שיש להרוס אותו מיידית, ומצד הדין הדבר נכון גם במקרה בו בית הכנסת נבנה על גבי קרקע ציבורית. אמנם על מנת להמנע מהריסת בית כנסת, שהינה פעולה בעלת השלכות נרחבות, ברמה הארצית והעולמית, יש לבחון באיזו מידה הציבור, קרי, הרשות המקומית, מוכנה למחול ולאשר את בית הכנסת בדיעבד, באמצעות הקצאת השטח לטובת בית הכנסת, ובוודאי שאם ניתן למצוא דרך להעתיקו למקום אחר אותו ניתן להקצות עבור בית הכנסת הדבר עדיף. אולם במקום בו הדבר בלתי אפשרי חובתה של הרשות לשמור על נכסי הציבור, להחזיר את הגזילה, ולהרוס את בית הכנסת הגזול[69].

פינוי והריסה ללא צו של בית משפט

באופן עקרוני ההלכה אינה מעדיפה את היחיד על פני ציבור או את הציבור על פני היחיד. במהלך הדיון המשפטי[70] אין כל עדיפות לכלל על פני היחיד וכולם שוים בפני ההלכה

---

67. **בבא בתרא** ג ע"ב; **שולחן ערוך** או"ח, קנב.
68. **אליה רבה** קנב, ב. וראה **ט"ז**, שם, ב, שמסיק כי גם נטישת האוכלוסיה מסיבות אחרות מצדיקה את הריסת בית הכנסת. נימוק זה יתקיים כאן גם כן שכן הישיבה במקום תיאסר משום השגת גבול וממילא ימצא בית הכנסת נטוש מיושביו.
69. יש להעיר כי על פי הנחיות היועמ"ש, **סימוכין 35-0067-2006**, אין להסתפק במקרה של הריסת בית כנסת בצו הריסה מנהלי ויש לבצע את ההריסה רק אחרי קבלת צו הריסה שיפוטי.
70. יש לסייג ולומר כי ההלכה מעניקה לציבור עדיפות פרוצדורלית בתחומי סדר הדין, ולא בדין המהותי, ומתירה לציבור לקחת מהיחיד המתדיין מולו ערבונות לקיום פסק הדין, עוד לפני תחילת הדיון, רבי אליעזר ממיץ, **במרדכי** בבא בתרא, תקסט; **שו"ת תרומת הדשן**, שמא; **רמ"א** חו"מ, ד. הלכה זו נובעת מרצון להגן על האינטרס הציבורי הקיים בעצם ניהול המשפט ומטרתה למנוע סחבת.

ובפני בית הדין וכפי שתמהה הגמרא[71] "רבים גזלנים נינהו?!". אעפ"כ ההלכה נותנת הקלה מסויימת לציבור לעומת היחיד והיא הזכות לאכיפה מנהלית.

בכל מקרה בו יש לאדם טענות כלפי אדם אחר עליו להביאן בפני בית דין אשר יפסוק בין שני הצדדים ורק לאחר מכן יוכל לפעול למימוש פסק הדין באופן מסודר. לעקרון יסודי זה מובאת בגמרא חריגה מהותית אחת - "עביד איניש דינא לנפשיה"[72]:

> רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא - כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי - היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא; ר"נ אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח.

כלומר לדעת רב נחמן, אשר נפסקה להלכה מותר לאדם לממש את זכויותיו בכחות עצמו מבלי להזדקק לבית דין אפילו כאשר לא יגרם לאדם נזק בעצם ההמתנה לדיון ובלבד שהוא בטוח בצדקתו ויכול להוכיח אותה בבית הדין[73]. לדעת ראשונים רבים[74] דין זה מוגבל ביותר שכן הוא אינו מתיר אלא החזרה של רכוש גזול ותו לא, ואינו מאפשר גביה של ממון אחר במקומו בתורת החזר חוב (ולכן שימוש בדין זה לא אמור להוביל למצב של "איש הישר בעיניו יעשה"). לדעת חלק מן הראשונים[75] הגבלה זו אינה תקפה ביחס לתלמיד חכם עליו אומרת הגמרא[76]:

> צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במילתא דפסיקא ליה.

כלומר תלמיד חכם היכול לדעת בוודאות כי חייבים לו כסף רשאי לגבות את חובו גם ללא קבלת פסק דין, שכן בוודאות יוכל הוא לברר את עמדתו בבית הדין. לדעת הרא"ש[77] יש להרחיב עקרון זה ביחס לכל התעסקות של הציבור מול היחיד:

> בדבר שידוע לרבים לרוב בני העיר או לטובי העיר נראה לי שמוציאין מיד המחזיק בלא בית דין ובלא עדים אחרים. ויש להביא ראיה ממועד קטן פרק ואלו מגלחין (דף יז) אמר רב יוסף צורבא מרבנן עביד דינא לנפשיה במילתא דפסיקא ליה, ופרש"י ז"ל דפסיקא ליה הדין ידין ומוציא מבעל חובו בעל כרחו ויכול לנדותו על דינו. ונראה לי דכל שכן אם ברור הדבר לרוב בני העיר או לטובי העיר שיוציאו מידו בעל כרחו.

---

71. **בבא בתרא** ק ע"א.
72. **בבא קמא** כז ע"ב.
73. **שולחן ערוך** חו"מ, ד: "יכול אדם לעשות דין לעצמו; אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחתו מידו; ואם האחר עומד כנגדו, יכול להכותו עד שיניחנו, אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין, והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין".
74. מהר"ם מרוטנבורג, הובא **במרדכי** בבא קמא, ל; **רא"ש** בבא קמא ג, ג; **נימוקי יוסף** שם, יב ע"ב מדפי הרי"ף. אמנם יש ראשונים שהרחיבו את השימוש בדין זה מעבר לכך, אך מלשון הרמ"א, חו"מ ד;**נתיבות המשפט,** שם, ד נראה שאין הלכה כמותם.
75. **פירוש המיוחס לרש"י** מועד קטן, יז ע"א ד"ה עביד: "עביד דינא לנפשיה - דאמר ליה: את מחייבת לי הכי והכי. דפסיקא ליה - שודאי הוא לו, ולא ספק".
76. **מועד קטן** יז ע"א.
77. **שו"ת הרא"ש** ו, כו.

מכאן פוסק הרמ"א[78] את הדברים הבאים:

> יחיד נגד רבים, והוא מבני העיר, עבדי דינא לנפשייהו אם יודעים שהדין עמהם, אף על פי שאין יכולים לברר לפני בית דין, כי אינם יכולים להעיד, שכולן נוגעין בדבר.

משמעות פסיקה זו היא כי על אף שבירור של עבירות בניה וחובת הריסתן אמור להיעשות בבית הדין[79], הרי שאם אדם בנה מבנה ללא רשות על גבי קרקע ציבורית, רשאית הרשות המקומית, הנחשבת לענין זה כציבור, להרוס אותו בהריסה מנהלית, מבלי להזדקק לבית הדין[80]. כמובן שעל פעולות מנהליות אלו להתבצע רק כאשר הרשות ערכה בירור ברמה גבוהה של וודאות[81] כי אכן מדובר בעבירת בניה המצדיקה הריסה. יש להעיר כי הסמכות להוצאת צו הריסה מנהלי יכולה לנבוע מעצם סמכות בני העיר לאכוף את החלטותיהם ותקנותיהם בכל דרך וכפי שאומרת התוספתא "ולהסיע על קיצתן". הסתמכות על סמכות כללית זו מאפשרת להשתמש בכלי זה בכל מקרה בו נעשתה עבירת בניה, גם אם העבירה אינה מהווה גזל של השטח השייך לציבור[82].

בניה ציבורית

הקמת מבני ציבור

בפרק הקודם[83] עסקנו בשאלה הכללית אלו פעולות **חייב** הציבור לבצע (אם לכל הפחות חלק מהציבור דורש את ביצוען) ואלו פעולות **רשאי** הציבור לבצע, כלומר פעולות הנמצאות בסמכות הציבור אך נתונות לשיקול דעתו (ולהכרעת הרוב). בעקבות פסיקתו של הדברי מלכיאל הסקנו כי בדומה לשותפות, הרשות חייבת לעשות כל פעולה שניתן להגדירה כהכרחית, גם אם מרבית הציבור אינו מעוניין בכך מסיבה כזו או אחרת, וזאת בניגוד לדברים אשר אינם מוכרחים לשם קיומה של השותפות, בהם הרוב קובע[84] ואם

---

78. **רמ"א** חו"מ, ד. לאור הדברים האמורים לעיל מסיק **נתיבות המשפט**, ד, שרבים יכולים לעשות דין לעצמם גם במקום בו אין להם תביעה על גוף הממון אלא על ממון אחר שחייבים להם.
79. כך קובע גם סעיף 254 ב ל**חוק התכנון והבניה**.
80. סעיף 4 ל**חוק מקרקעי ציבור** תשמ"א. אמנם החוק מגביל זכות זו לשנה אחת מעת הפלישה לשטח הציבורי. הגבלה זו אינה בלתי סבירה לאור העובדה שכל דין עביד איניש דינא לנפשיה בא על מנת לפטור את הנפגע מהצורך להמתין עד אשר יתברר עניינו בבית הדין.
81. כך קובע גם חוק התכנון והבניה כי צו הריסה מנהלי ינתן רק לאחר שראש הרשות המקומית בירר את העובדות על ידי מפקח, שהגיש לו דו"ח בכתב (סעיף 221) ואחרי שנועץ התייעצות משפטית עם הגורם המשפטי הרלוונטי (סעיף 225).
82. אמנם במקרה שכזה מסתבר שיש להגביל את השימוש בכלי זה למינימום ההכרחי שכן מן הראוי להפעיל אמצעי חריף זה, של הריסת מבנה רק אחר בירור העובדות כראוי בפני בית הדין. ואכן החוק מגביל את השימוש בסמכות לאכיפה מנהלית רק למבנים שנמצאים בתהליכי בניה או מספר ימים לאחר אכלוסם, סעיף 221 א **לחוק התכנון והבניה**.
83. לעיל פרק א.
84. יכולת הכפיה של הרוב את דעתם על המיעוט מותנית בהסכמה מכללא לקבל על עצמם את דעת הרוב, וראה לעיל א, א.

הרוב אינו מעוניין לבצעם אין מקום לחייב את הרוב לקבל את דעת המיעוט[85]. במקום אחר[86] הראנו כי סמכות הרשות לגבות כסף מהתושבים בכפיה, תוך הסתמכות על כח הרוב אותו היא מייצגת, אינה בלתי מוגבלת, והרשות רשאית לעשות כן רק עבור צרכים ציבוריים משמעותיים, אשר משרתים את מרבית הציבור.

למעשה ניתן להבחין בשלש רמות של הצדקה לבניה ציבורית:

א. צרכים הכרחיים, בהם אפילו המיעוט יכול לכפות את הרוב.

ב. צרכים ציבוריים חשובים במיוחד, אך אינם הכרחיים בהם יש ללכת אחר דעת הרוב.

ג. צרכים אשר לא ניתן להגדיר אותם כציבוריים או כחשובים במיוחד בהם אין הרוב יכול לכפות את המיעוט לממנם, ואין לבנותם אלא בהסכמה של כלל הציבור או נציגיו[87].

כאשר באים ליישם עקרונות אלו על בניה ציבורית עלינו להגיע למסקנה כי הרשות חייבת להקים מבנים אשר בנייתם הכרחית לתפקודו הנורמלי של הציבור, כגון בניה אשר נועדה לשמירה על שלום הציבור ורכושו[88], או לקיום מצוות אותן הוא חייב לקיים כגון בתי

---

85. ישום לאבחנה זו ניתן למצוא **בשו"ת חוות יאיר**, קפו. המקרה התרחש במהלך מלחמת תשע השנים,שלהי המאה ה-17. בעל תוקע הסכים להגיע לקהילה מרוחקת רק בתמורה לסכום גדול אשר יצדיק את הסיכון אותו הוא לוקח. בקהילה נחלקו הדעות ומרבית הציבור התנגד להזמנת בעל התוקע במחיר שדרש, על אף שמשמעות ההחלטה היתה שבאותה שנה לא ישמעו בציבור תקיעת שופר. המיעוט דרש להכריח את הרוב לשלם עבור המצוה. הכרעתו של הרב יאיר בכרך היתה כי אם הסירוב מוצדק הלכתית כגון שהרוב המתנגד חי בעוני, ומבחינתו מדובר בסכום שאין מחייבים אדם להוציא על מנת לקיים מצות עשה, אין המיעוט העשיר יכול לכפות את דעתו על הרוב.

86. לעיל ה, א– קביעת יעדי המיסוי

87. ישום מעניין לאבחנה משולשת זו ניתן מצוא ב**שו"ת אגרות משה** חו"מ א, מ, הדן במידת המחוייבות של הציבור במונסי לבנות מקוה טהרה: "כופין זא"ז **אף המיעוט את הרוב** לכל צרכי העיר שבכלל זה הוא גם ביהכ"נ ולקנות ס"ת ולהכניס אורחים וכיס של צדקה כדאיתא בחו"מ ר"ס קס"ג, וכ"ש לעשות מקוה שעדיף מביהכ"נ. ובדבר טענת האומרים שאין צורך למקוה הואיל ויש שתי מקואות בעיירות הסמוכות ואף שיש מהלך שני מילין הוא בתוך התחום מצד עיבורי הערים ורשאין לילך לשם גם בשבת, והרוצים במקוה טוענים שעכ"פ הוא דבר קשה לנשים לילך שני מילין וגם יש ימים שקרים טובא, הנכון לע"ד דרק **אם הרבים רוצים במקוה בשביל זה יכולין לכוף את המעטים אבל אם הם מעטים אין יכולים לכוף את הרבים**, מכיון דודאי יש שאין חושבין זה לצורך מאחר שבימי החול יכולים בקל לבא לשם ע"י נסיעה במונית ובאוטובוס ורק לימי השבת ויו"ט שלא יקפידו גם לדחות ליום אחד אם יקשה להאשה לילך מצד הריחוק מקום והקור... ולכן אין לכופם לבנות מקוה. אבל אם הרוב ירצו לבנות מקוה בשביל זה, בטלה דעת המעטים ונחשב זה צורך העיר מאחר שבעצם גם להמעטים יש טובה בזה, ויכולין לכוף את המעטים דגם כן יסייעו בבנין המקוה. ומצד הטענה שאין רוצים לסמוך על הרבנים המשגיחים במקואות הסמוכות **אין זה טענה אף לרבים לכוף את המעטים** הסומכים על הרבנים המשגיחים אם הם רבנים שיש להם היתר הוראה".

88. כפי ששנינו **בתוספתא בבא מציעא** יא, יח: "כופין בני בקעה זה את זה לעשות ביניהן חריץ

ספר, בתי כנסת[89] ומקווה טהרה לנשים[90]. חיוב זה מוטל על הרשות גם אם מרבית הציבור אינו מעוניין בהם מסיבה כזו או אחרת.

ובן חריץ...". ומבואר בגמרא, **בבא בתרא** קח ע"א, כי החריץ מטרתו להגן מפני חיות המזיקות לגידולים.

89. כפי ששנינו **בתוספתא בבא מציעא** יא, כג: "כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת". ויעויין ב**שו"ת ברית יעקב** או"ח, ח, שם קבע הרב ברוך מרדכי ליבשיץ כי בכלל חובה זו, יש לבנות גם עזרת נשים, שכן גם נשים חייבות בתפילה.

90. **שו"ת מהר"י מינץ**, ז; **רמ"א** חו"מ קסג, ג. ועיין בשו"ת אגרות משה המובא לעיל שפסק כי הקמת מקוה חשובה יותר מהקמת בית כנסת.

מקוה גברים וחומרות אחרות

כאמור לעיל כאשר מדובר בצרכים אותם ההלכה מחייבת נחשב הדבר לצורך הכרחי אותו חייב הציבור לספק גם אם הדרישה מגיעה מקרב המיעוט. אולם שונה הדבר ביחס לצרכים אשר אינם מחוייבים על פי ההלכה וניתן לסווגם תחת הכותרת "חומרא" או "מידת חסידות". כאשר חלק מהציבור מבקש לנהוג במידת חסידות (גם בנושא שהינו ציבורי באופיו) לא ניתן לחייב את כלל הציבור לשלם עבור צורך ציבורי זה. דברים אלו כתב הרב יאיר בכרך בתשובתו הנזכרת לעיל שם הוא מסיק שהמיעוט אינו רשאי לכפות את הרוב להוציא סכום מעבר למינימום אותו מחייבת ההלכה. לדעתו היכולת של המיעוט לכפות את הרוב שמורה רק למקרים בהם הדבר הכרחי על פי הדין "כי ודאי כל אותן השנויים שם (שכופין בני עיר זה את זה) הם תקנת חכמים לצורך חיבור ויישוב בני אדם שדרכן בכך... ומיירי גם כן כשההוצאה היא לפי הסדר והמנהג ואפשר שיש ללמוד משם כל דברי מצוה הנהוג ומצוי בדמים הראויים או מעט יותר... אם ציבור מבקשין אתרוג מהודר בדמי שליש יותר על הקטן המצומצם... לא ברירא לי שהדין עם המרובים אם יחידים מעכבים כ"ש למימר שהיחידים כופין המרובים. רק הירא וחרד יקיים מצוה מן המובחר בתוספות שליש...". באופן דומה כתב **ערוך השולחן** חו"מ קסג, א; **שו"ת שבט הלוי** ט, שג, ביחס לחומרא אחרת :"אף שהרבה מקומות קורין ההפטרה בנביאים הכתובים על קלף מ"מ אין ביכולת לכוף על זה".

אמנם מ**שו"ת האגרות משה** יו"ד ב, צ, עולה כי כאשר ישנם אנשים המעוניינים להחמיר בטבילת עזרא על הציבור להתגייס ולספק את מבוקשם: "ופשוט לע"ד שאף אלו שאין נזהרין בטבילת תקנת עזרא מחוייבין לעזור לבנין מקוה עבור טבילת האנשים משום דודאי יש להחשיב גם מקוה דאנשים מצרכי העיר מאחר שהוא דבר הראוי ליזהר בזה אף שאינו חובה, שאין לך צורך גדול מזה שכל מי שירצה לקיים כל מילי מעלייתא ומילי דחסידותא שיוכל לקיים". כך משמע לכאורה גם מ**סידור רבי יעקב עמדין**, הנהגת הבוקר, ד: "חובה על הציבור בכל עת לתקן מקוה חמה בשביל קרי". בפשטות דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם דעת הפוסקים אותם הבאנו קודם לכן.

אולם מסתבר שיש לחלק ולומר כי טבילת גברים לבעלי קרי אין מעמדה כמידת חסידות וכחומרא בעלמא. מדובר במחלוקת גדולה מאד בין הגאונים והראשונים, ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, בעל קרי, עמ' קמו-ז, שעל אף ש**הרמב"ם** קריאת שמע, ד, ח; **שולחן ערוך** או"ח, פח, א. פסקו שלפי שורת הדין טבילה זו אינה חיוב, הרי שלמעשה נהגו רבים כדעות הסוברות שטבילה זו הינה חובה. כך מעיד הרמב"ם בהלכותיו וכך נהג הרמב"ם עצמו כמבואר בתשובתו המובאת ע"י **תלמידי רבנו יונה** ברכות, יג ע"ב מדפי הרי"ף, וכך נהג גם מרן רבי יוסף קארו עצמו על פי הוראת המלאך המגיד לו כמובא **במגיד מישרים**, אמור.

בנוסף לכך הרשות מוסמכת להקים מבני ציבור אם לדעתה מדובר במבנים אשר נועדו לספק צורך גדול, ציבורי באופיו, וכפי שכותב המהר"ם מרוטנבורג[91]:

> וילכו אחר הרוב... ולקנות בית חתנות[92] ולבנות ולסתור בו ולקנות בית האופים ולבנות ולסתור בו.

רבי יהודה בן אליעזר הלוי מינץ מבאר מדוע יש להגדיר בניה של אולם שמחות כצורך ציבורי, מדבריו ניתן ללמוד לצרכים נוספים:

> דבר גדול כתב הגאון לעיל דהרוב כופין המועט לקנות בית חתנות ולבנות ולסתור בו אף על פי שנופלין בזה טענות רבות דיש לזה טענה עדיין אין לי בנים או עדיין לא הגיעו לפרקן או כבר כל בני ובנותיי נשואין או באולי לא אשיאם בכאן או ההוצאה גדולה אפילו הכי אין שומעין לטענותיו אלא בונין בית חתנות.

מדברי המהר"י מינץ עולה כי את השאלה האם הדבר נדרש למרבית הציבור יש לבחון בהסתכלות רחבה וארוכת שנים. לדוגמא: גן ילדים נדרש רק להורים לילדים קטנים ולפיכך ציבור המורכב מאנשים בגילאים שונים ברובו אינו מזדקק לו אולם היות ומרבית הציבורי יצטרך זאת בשלב כלשהו בימי חייו ניתן להגדיר זאת כצורך ציבורי גדול. באותו אופן יש להצדיק גם את הקמת מרכז יום לקשיש וזאת על אף שהמרכז משרת בכל רגע נתון רק חלק קטן מהציבור[93].

עלות תפעול ותחזוקה של מבני הציבור

כאמור לעיל הציבור חייב להקים מבני ציבור. אולם אין זה אומר בהכרח כי הציבור חייב לשאת בהוצאות החזקתם. ונראה כי בנושא זה יש לראות את הציבור כבעלים על המבנה ואת המשתמשים במבנה כשוכרים. לענייננו משמעות אבחנה זו היא שהציבור נושא בעלויות של תחזוקת המבנה (כגון שיפוצים), שכן החובה להקים מבנה, מתקיימת רק בהחזקת מבנה תקין וראוי לשימוש. אולם בעלויות התפעול (כגון נקיון, תאורה, מים וכו') אמורים לשאת המשתמשים במבנה ועל הציבור לגבות תשלום מכל המשתמשים במבנה

אי לכך הרגילים בטבילה זו סבורים כי מדובר בדבר הקרוב להיות חיוב גמור, עליו אמורים לדעתם להקפיד כולם, גם אלו שאינם נוהגים בטבילה זו ולפיכך יש לראות בדבר צורך ציבורי שעל הציבור לספק. ואכן גם החוות יאיר אשר פסק בתשובתו כי אין לחייב את הציבור למידת חסידות של המיעוט, כתב בהשמטות לספרו כי על הציבור לבנות מקוה טהרה לגברים. (אם כי יש להסתפק בשאלה האם זהו צורך הכרחי כמו בית כנסת או צורך בטחוני אותו יכול המיעוט לכפות על דעת הרוב, או שאין זה אלא כשאר הצרכים הציבוריים בהם יש להכריע על פי הרוב, וכך מסתבר).

91. **תשובות מיימוניות** קנין, כז.
92. הכוונה לאולם שמחות קהילתי.
93. לדעת שו"ת אגרות משה, שם, יש לסייג במקצת מסקנה זו ולומר כי הרוב יכול לכפות את המיעוט רק במקרה בו הרוב סבור שזהו צורך גם עבור המיעוט, אלא שהמיעוט אינו חושב כך (כגון מקוה טהרה לנשים), אולם אם הרוב מסכים שהמיעוט אינו זקוק לכך כלל (כגון שיש לו בית כנסת קטן להתפלל בו) אין הוא יכול לכפות את המיעוט לשלם עבור מבנה שאין לו צורך בו כלל.

אשר יכסה עלויות אלו[94]. כמובן שמבנה המשמש את כלל התושבים אם ווה (כגון בית כנסת בישוב דתי בו יש בית כנסת אחד בלבד) אמור הציבור כולו לשאת בעלויות התפעול[95].

גינון ציבורי

כפי שראינו בפתיחת הפרק, נוי העיר ואיכות חיי התושבים הינם שיקולים חשובים בתכנון העירוני. אמנם בתקופות שונות לובש המושג נוי צורות שונות. אם בימי קדם נוי העיר היה להמנע מגידול צמחיה כלשהי בשטח העירוני[96] והרחקתה למרחק של 1000 אמה מקו הבתים האחרון[97], הרי שכיום נויה של עיר הוא דוקא נטיעת עצים וגינות בתוך השטח העירוני עצמו. אין הדבר מהווה שינוי כלשהו בהלכה אלא שהמציאות כיום[98] דורשת ישום שונה של אותה ההלכה. אכן החוק במדינת ישראל רואה בהקמת גינות ציבוריות חשיבות גדולה, ומטיל על הרשות המקומית את התפקיד להקימן לפי שיקול

---

94. **שו"ת ויברך דוד**, ב, חו"מ, קלט (הרב ישראל דוד הרפנס, ברוקלין המאה ה-20) פסק כי על אף שחובה על הציבור לבנות מקוה הרי שהשימוש בו נעשה על ידי אנשים פרטיים ועל אותם האנשים לשלם את הוצאות החזקתו. ועיין **בשו"ת מהר"ם בריסק** ג, יא, ב, שהסיק כי אם ישנם אנשים שאינם מסוגלים לשאת בהוצאות אלו יש לעזור להם מדין צדקה, גם אם אין חובה על הציבור לממן הוצאות אלו מלכתחילה.
95. כך משמע ב**שו"ת מהרי"ק**, קכח, שהבין כי חובת הציבור לדאוג להדלקת נרות בבית הכנסת לכל הפחות במשך זמן מינימלי, ודן בשאלה באילו מצבים ניתן לשנות יעוד של תרומה שנועדה מלכתחילה למטרה זו.
96. וכפי שמשתבחת הגמרא, **בבא קמא**, פב ע"ב, בירושלים בכך ש"אין עושין בה גנות ופרדסות חוץ מגנות וורדין שהיו מימות נביאים הראשונים".
97. כפי שניתן לראות בדין ערי הלווים המובא לעיל בתחילת הפרק.
98. על פי הגמרא, שם, טעם המנהג שלא לגדל גינות ופרדסים בתוך העיר הוא "משום סירחא". את המונח "סירחא" מפרש רש"י, שם, בשני אופנים: "עשבים רעים הגדילים שם וזורקין בחוץ ועוד דרך גנות לזבלן ויש סרחון". כלומר השארת שטח חקלאי בתוך העיר גורמת לצמיחה של עשביה מיותרת ומזיקה וכן לשימוש בדשן אורגני בלתי מעובד בקרבת בתים מה שגורם לסרחון רב. מאידך הרחקת השטחים הנטועים אל מחוץ לעיר לא פגעה באיכות החיים באופן משמעותי שכן העיר הקדומה (בניגוד לכרך) היתה קטנה למדי ומרבית תושביה עסקו בחקלאות בשטחים החקלאיים שהיו סמוכים לעיר במרחק לא רב (כיום היינו קוראים לעיר של אותם הימים בשם "מושב עובדים"). אולם לפני כמאתיים שנים התחוללה המהפכה התעשייתית שהובילה לשני שינויים משמעותיים רלוונטיים: האחד, מהפכת העיור, אשר גרמה למרבית העולם לעבור להתגורר במטרופולינים גדולים מאד ששטחי החקלאות הירוקים רחוקים מהם מאד. השני המצאת הדשן הכימי (וכן ההדברה הכימית) אשר בנוסף לכך שהציל את העולם מרעב, יכל להוות אלטרנטיבה ידידותית יותר אשר מאפשרת הקמת גינות ושתילת עצים בקרבת מגורי אדם. שני שינויים אלו גרמו לשינוי בטעמה של האוכלוסיה בעולם הרואה בהקמת גנים, ונטיעת עצים ואפילו חורשות בתוך השטח העירוני כנויה של עיר, ושום עיר לא תשתבח כיום בכך ש"אין עושין בה גינות ופרדסים" אלא להפך, שיש בה הרבה גינות ופרדסים.

דעתה[99], ואף מתיר[100] לרשות להפקיע קרקע מאנשים פרטיים באופן מוחלט[101] או באופן זמני[102] לשם כך[103].

מסקנות להלכה

תכנית בנין עיר

- על הרשות המקומית מוטלת האחריות לתכנון הישוב או העיר באופן שיאפשר את התפתחותה ושגשוגה החקלאי והתעשייתי, תוך שמירה על האסתטיקה של העיר וסביבתה וכן על איכות החיים של התושבים.
- ההלכה אינה קובעת הגדרה מדוייקת להיקפו של כל אחד מהשטחים, הבנויים, הפנויים לצרכים אסתטיים, והחקלאיים, ואלו נתונים להחלטת הציבור באמצעות נציגיו, אשר עשויה להשתנות מפעם לפעם בהתאם לגידול באוכלוסית העיר.
- אחר שהגדירה הרשות המוסמכת את יעוד השטחים העירוניים והתחומים שסביבם, קים איסור להשתמש בשטחים המיועדים לנוי באופן הפוגע באיכות חיי התושבים.
- שינוי יעוד של הקרקע יכול להיעשות רק על ידי הרשות המקומית ורק אם הוא שומר על האיזון בין הצרכים השונים של העיר דהיינו גם מסייע לפיתוחה של

---

99. סעיף 249 (9-8) ל**פקודת העיריות**.
100. כפי שראינו לעיל ג, ב, הרשות אינה רשאית לוותר על זכותה זו שכן ההלכה רואה בנציגי הציבור שליחים של הציבור אשר אינם מוסמכים להתחייב בשם הציבור התחייבויות הפוגעות באינטרס הציבורי, וזאת מלבד העובדה שהתחייבות זו אינה אלא "קנין דברים". יש להעיר כי פסק דין מראשית ימי המדינה קבע ברוח הדברים כי התחייבות חוזית של הרשות המקומית שניתנה לאדם שלא תופקע הקרקע שברשותו לצורך הקמת גינה ציבורית "מנוגדת לטובת הציבור והיא בטלה מעיקרה" בג"ץ 30/51 **בלבן נ' עירית תל אביב** פ"ד ו 257.
101. סעיף 188 (ב) ל**חוק התכנון והבניה** קובע כי בכלל צרכי ציבור לשמם מותרת הפקעה נכללים **גם** "גנים, שטחי נופש או ספורט". עיין לעיל ג, ג, שם הסקנו כי השימוש בזכות ההפקעה חייב להיות במשורה תוך בחינה של העדר אפשרויות חלופיות להפקעה. כאשר מדובר ברחוב אזי מרווח שיקול הדעת של הרשות מצומצם למדי אולם כאשר מדובר בגינה ציבורית מסתבר שהפקעה תותר רק במקרים נדירים בהם אין לרשות המקומית כל שטח פנוי אחר במרחק סביר.
102. **חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים)** תשמ"ז, מאפשר לרשות המקומית להוציא צו גינון המאפשר לה להקים גינה ציבורית על מגרש פרטי. צו הגינון מוגבל לתקופה של חמש שנים ואז יש לחדשו. הצו אינו מקנה לרשות זכות קניינית במגרש הריק. יש להעיר כי על פי ההלכה כל הפקעה מחייבת תשלום פיצוי לבעל הקרקע, לעיל ג, ג. ולפיכך גם במקרה זה על הרשות המפקיעה את הקרקע לטובת גינון לפצות את בעל הקרקע על השימוש הזמני שנעשה בשטחו. נכון להיום החוק אינו מסדיר פיצוי זה והדבר מהווה בעיה אותה יש לתקן.
103. יש להעיר כי על פי דברי ההסבר לחוק מטרתו העיקרית של החוק אינה הגדלת מספר הגינות הציבוריות אלא מניעת מטרדים לציבור הנגרמים בשל המגרש הריק באמצעות הפיכתו לגינה ציבורית, היות וזהו האמצעי היעיל ביותר להרחקת מטרדים לציבור.

העיר, וגם אינו פוגע באיכות חיי התושבים; גם אינו פוגע בהיקף האיזור המאוכלס, וגם אינו מצמצם את היקף השטחים הפתוחים.

- החוק במדינת ישראל רואה בהקמת גינות ציבוריות חשיבות גדולה, ומטיל על הרשות המקומית את התפקיד להקימן לפי שיקול דעתה, ואף מתיר לרשות להפקיע קרקע מאנשים פרטיים באופן מוחלט או באופן זמני לשם כך.

מתן אישורי בניה

- חוקי מדינת ישראל מעניקים לרשות המקומית סמכות נרחבת בכל הנוגע לתכנון מבנים פרטיים בתחומי הרשות המקומית, וזאת בכפוף לתוכנית הארצית של מדינת ישראל.
- הדרישה כי כל בניה פרטית תיבחן לפי מידת התאמתה לתכנית המתאר הארצית והאזורית הינה מאושיותיה של המדינה ולפיכך היא מחייבת גם על פי ההלכה מחד והפרתה מהווה עבירה פלילית מאידך.
- הדרישה כי כל בניה אשר עשויה להיות לה השפעה על הציבור תיעשה רק באישור של הרשות המקומית מוצדקת ראויה ומחייבת גם על פי ההלכה. אמנם מידת הפירוט הנגזרת ממנגנון זה, הדורש אישור והיתר על כל שינוי יעוד של חדר, כל בניית פרגולה וכל סגירת מרפסת, גם במקום שברור שהשפעת פעולות אלו על הציבור זניחה, אם בכלל קיימת, אין לה מקור בהלכה. אמנם המדינה רשאית על פי ההלכה לחוקק חוק הדורש זאת והחוק יחייב גם על פי ההלכה או מדינא דמלכותא או מדין תקנות הקהל.

הריסת מבנים שנבנו ללא היתר

- על פי ההלכה, וגם על פי החוק, הרשות המקומית היא המופקדת על אכיפת החלטותיה התכנוניות על הציבור, קרי, דרישה מהתושבים לפרוק מבנים ולעקור עצים אשר אינם עולים בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, וביצוע דרישה זו אם האדם מסרב לעשות זאת בעצמו.
- במקרה בו הצורך דחוף ותהליך כפיית האדם הפרטי על סילוק המטרד יסכן את הציבור או ימנע את יכולתו להשתמש בשטח הציבורי לשימוש לו היה מיועד, רשאי הציבור לסלק את המטרד בעצמו
- הרשות רשאית להרוס מבנה שנבנה ללא היתר באמצעות הריסה מנהלית, וזאת מבלי להזדקק לבירור הענין מול העבריין בבית הדין, וזאת לאחר שערכה בירור ברמה גבוהה של וודאות כי אכן מדובר בעבירת בניה המצדיקה הריסה.

הכשרת עבירות בניה בדיעבד

- בבניה ללא היתר ניתן להבחין בארבעה סוגים:

1. בניה ללא קבלת היתר מראש

למרות שהדרישה לקבלת רשיון מוצדקת ומקובלת גם ההלכה, הרי שבדיעבד במקרים בהם הבעיה היחידה היא שהאדם בנה בלי לקבל את אישור הרשות מראש, והמבנה אינו מפריע לציבור בשום צורה, על הרשות לשקול את הבקשה להיתר כאילו הוגשה מלכתחילה ואין כל הצדקה הלכתית להרוס אותו למנוע

מהאדם את השימוש ברכושו רק בשל העובדה שהוא לא פעל על פי הנהלים המקובלים.

2. בניה שעשויה לגרום למפגע סביבתי או אסתטי
אם מדובר בפגיעה שולית, והנזק שיגרם לאדם הפרטי כתוצאה מהריסת המבנה שבנה גדול לאין שעור מהטובה שתצמח לציבור מהריסתו, הרשות רשאית לאשר את הבניה בדיעבד.
3. בניה המשנה את יעוד השטחים שנועדו לנוי
על הרשות להמנע מלאשר בדיעבד בניה הפוגעת בשטחים הציבוריים הפנויים המשמשים לנוי.
4. בניה על שטח ציבורי או פרטי

אדם שפלש ביודעין לקרקע פרטית או ציבורית שאינה שלו, חייב להסתלק ממנה ולהשיבה לבעליה כפי שהיתה, גם אם הדבר כרוך בהריסת מבנה קטן או גדול. אם בחריגת הבניה נעשתה בשגגה, יש לאפשר לבונה לשלם את תמורת הקרקע מבלי להרוס את המבנה.

בניה הנעשית על אחד הדיירים בבית משותף, ללא הסכמת השכנים, עשויה להיות כרוכה הן באיסור נזק והן באיסור גזל, ויש לראותה כבניה שנעשתה תוך פלישה לרכוש פרטי.

בית כנסת שנבנה ללא אישור על שטח פרטי או ציבורי

- אסור לבנות בית כנסת על קרקע גזולה מיחיד או מהרבים.
- יש מן הגאונים הסוברים כי קיים איסור להתפלל בו ולדעת חלק מן הראשונים תפילה במקום לא נענית.
- אם בית הכנסת נבנה על גבי קרקע פרטית יש להרוס אותו מיידית, ובהשארת בית הכנסת על כנו מבטל הציבור בכל יום מצות עשה של השבת הגזילה.
- מצד הדין נכון להרוס בית כנסת שנבנה ללא אישור על גבי קרקע של הרשות המקומית. אמנם על מנת להמנע מהריסת בית כנסת, שהינה פעולה בעלת השלכות נרחבות, ברמה הארצית והעולמית, יש לבחון באיזו מידה הציבור, קרי, הרשות המקומית, מוכנה למחול ולאשר את בית הכנסת בדיעבד, באמצעות הקצאת השטח לטובת בית הכנסת, ובוודאי שאם ניתן למצוא דרך להעתיקו למקום אחר אותו ניתן להקצות עבור בית הכנסת הדבר עדיף. אולם במקום בו הדבר בלתי אפשרי חובתה של הרשות לשמור על נכסי הציבור, להחזיר את הגזילה, ולהרוס את בית הכנסת הגזול
- על פי החוק אין להסתפק במקרה של הריסת בית כנסת בצו הריסה מנהלי ויש לבצע את ההריסה רק אחרי קבלת צו הריסה שיפוטי.

בנית ותחזוקת מבני ציבור

- למעשה ניתן להבחין בשלש רמות של הצדקה לבניה ציבורית:
1. צרכים הכרחיים, בהם אפילו המיעוט יכול לכפות את הרוב.

2. צרכים ציבוריים חשובים במיוחד, אך אינם הכרחיים בהם יש ללכת אחר דעת הרוב.
3. צרכים אשר לא ניתן להגדיר אותם כציבוריים או כחשובים במיוחד בהם אין הרוב יכול לכפות את המיעוט לממנם, ואין לבנותם אלא בהסכמה של כלל הציבור או נציגיו.

- למעשה הרשות חייבת להקים מבנים אשר בנייתם הכרחית לתפקודו הנורמלי של הציבור, כגון בניה אשר נועדה לשמירה על שלום הציבור ורכושו, או לקיום מצוות אותן הוא חייב לקיים כגון בתי ספר, בתי כנסת ומקווה טהרה לנשים. חיוב זה מוטל על הרשות גם אם מרבית הציבור אינו מעוניין בהם מסיבה כזו או אחרת.
- הרשות רשאית להקים מבני ציבור אם לדעתה מדובר במבנים אשר נועדו לספק צורך גדול, ציבורי באופיו. את השאלה האם הדבר נדרש למרבית הציבור יש לבחון בהסתכלות רחבה וולטווח ארוך. לדוגמא, הקמת מרכז יום לקשיש מוצדקת וזאת על אף שהמרכז משרת בכל רגע נתון רק חלק קטן מהציבור.
- בעלויות התפעול (כגון נקיון, תאורה, מים וכו') אמורים לשאת המשתמשים במבנה בלבד ועל הרשות לגבות תשלום מכל המשתמשים במבנה לשם כיסוי עלויות אלו. מבנה המשמש את כלל התושבים אם ווה (כגון בית כנסת בישוב דתי בו יש בית כנסת אחד בלבד) על הציבור כולו לשאת בעלויות התפעול.

פרק ג - תשתיות

תשתיות תחבורה

תכנון וסלילת כבישים ורחובות

כפי שראינו בפרק הקודם אחד מתפקידיה של הרשות המקומית הוא תכנון העיר לתועלת כלל התושבים. במסגרת התכנון חייבת העיריה לקחת כמובן את הצורך ברחובות אשר ישמשו את תושבי העיר ודרכים אשר יחברו בין עיר לעיר[1]. תכנון זה אמור להיות קודם לבניית העיר, וזו אמורה להבנות כולה על פי תכנון התואם את צרכיה העתידיים. בעיר ישנה, אשר נבנתה ללא תכנון התואם את צרכיו הנוכחיים של הציבור על הרשות המקומית לתכנן מחדש ולדאוג לקיומם של רחובות גם על חשבון הפקעת רכוש פרטי[2]. הגמרא קובעת מפרט מינימלי לרוחב דרך תקנית[3] אולם היא אינה קובעת מפרט סלילה מסוים שכן הדבר משתנה מדור לדור.

הרשות המקומית אינה ממצה את חובתה בתכנון הרחוב אלא עליה מוטלת האחריות על סלילתו, הכשרתו למעבר התושבים, ותחזוקתו באופן שלא יווצרו בו מפגעים העשויים

---

1. מסתבר שאת האחריות על תכנון סלילת ואחזקת הכבישים בתוך התחום העירוני יש להטיל על הרשות המקומית ואילו את האחריות על הדרכים הבין עירוניות יש להטיל על המדינה **שו"ת אגרות משה** יו"ד ד, נז, ב. בנושא זה עסק בהרחבה הרב רועי ז"ק, **כתר יא**, ב אשר סקר את המצב ההלכתי והחוקי בנושא והסיק כי על אף שהחוק מטיל את האחריות לסלילת הכבישים שבשטח הרשות המקומית על הרשות בפועל יש שיתוף פעולה בין הרשויות המקומיות לבין השלטון המרכזי בענין זה.
2. בנושא זה עסקנו לעיל ג, ג, שם הבאנו את דברי הפוסקים הסוברים כי יש סמכות לבני העיר להפקיע רכוש של יחידים לצרכי הרחבת כביש, **חזון איש** בבא בתרא ד, טו; **טובי העיר** ג, כב; **שו"ת אורח משפט** חו"מ, י.
3. **המשנה בבא בתרא,** צט ע"ב, קובעת כי ברירת המחדל לרוחבה של דרך היחיד הוא ד' אמות ולדרך הרבים שש עשרה אמות. בגמרא מבואר כי שעור זה אינו מהווה מפרט קבוע אלא הגדרת מוסכמות מקובלות בין אנשים. עוד מבואר כי שעור זה לא נקבע באופן שרירותי אלא לפי השימוש המקובל בדרך: "דרך היחיד... כדי שיעבור חמור במשאו". על פי שעור זה מסביר הרשב"ם את השעור אותו קובעת הברייתא ל"דרך מעיר לעיר - שמונה אמות" ומפרש כי הדבר נדרש מפני "שאם יפגעו שתי עגלות זו בזו שלא יתעכבו זו בזו". מכאן היה מי שהסיק מכאן כי כיום ראוי לסלול דרך בין עירונית ברוחב של לא פחות משני נתיבים ואין לסלול דרך מהירה ("דרך הרבים") בפחות מארבעה נתיבים, הרב ברוך ישר, קווים לחוקת תחבורה בישראל, **בצומת התורה והמדינה** ג, עמ' 184 ואילך, ובספרו **בירורים**, ת"א, תשי"ג ((רבה הראשון של עכו אחרי הקמת מדינת ישראל). אולם אין הדבר הכרחי ומסתבר שנתון הדבר לשיקול דעת של המתכננים ולאילוצי התקציב, שכן גם במקורם שעורים אלו לא היו יותר מברירת מחדל מסחרית במקום בו לא הוגדר אחרת. כמו כן בזמן הזה שהתחבורה נעשית באמצעים מודרניים ולמפרט הדרך השפעה מסויימת על בטיחות השימוש בה יש מקום לשקול גם שיקול זה בבחירת רוחב הדרך המתוכננת ואמצעי הבטיחות בהם היא מצוידת.

לגרום נזק לעוברים ושבים וכפי ששנינו במשנה[4]:

באחד באדר משמיעין על השקלים... בחמשה עשר בו... מתקנין את הדרכים ואת הרחובות...

הרמב"ם מפרש[5] כי תיקון הדרכים והרחובות כולל בראש ובראשונה סלילה:

ותקון הדרכים והרחובות, הוא שמכבשין אותן ומישרין אותן ועושין גשרים על הנחלים...

בתוספתא[6] מבואר עוד כי האחריות לביצוע פעולות אלו מוטלת על בית הדין[7], והיא כוללת מעבר לסלילה גם תחזוקה שוטפת ותיקון תקלות ומפגעים שנוצרו כתוצאה מבליה טבעית:

בחמשה עשר בו **שלוחי בית דין** יוצאין ומתקינין את הדרכים ואת הרחובות שחולחלו בימות הגשמים פרק למועד סמך לעולי רגלים[8] כדי שיהו מותקנין בשלשה רגלים אלו.

את פעולות התחזוקה, אם לא בוצעו במועדן, או שנוצר צורך לבצען בשנית, מתירה המשנה[9] לעשות אפילו בחול המועד:

מתקנין את המקולקלות במועד... מתקנין את קלקולי המים שברשות הרבים וחוטטין אותן ומתקנין את הדרכים ואת הרחובות... ועושין כל צורכי הרבים.

הברייתא[10] אף מטילה עונש על מי שהיה מוטל עליו לעשות זאת והתרשל ולא עשה:

ומנין שאם לא יצאו ועשו כל אלו, שכל דמים שנשפכו שם מעלה עליהם הכתוב כאילו הם שפכום? - תלמוד לומר והיה עליך דמים.

יש להעיר כי בניגוד למשנה במסכת שקלים העוסקת בדרכים בין עירוניות המשרתות את כלל האוכלוסיה בארץ ישראל, יהיו אלו עולי הרגלים או באי ערי המקלט, מהמשנה

---

4. **משנה** שקלים א, א.
5. **פירוש המשניות לרמב"ם**, שקלים א, א.
6. **תוספתא שקלים** א, א; **ספר החינוך**, תקכ.
7. כך מבאר המאירי, **בית הבחירה** מועד קטן, ה ע"א:"ודברים אלו כלם נעשים על ידי בית דין ועליהם חובה זו מוטלת"; **שו"ת הריטב"א**, קל"א: "והדיין יכול לדון בכיוצא בו בלא מתרעם כי הוא אביהם של ציבור וחייב לתקן זה כמו שחייב לתקן מכשולות הדרכים וכיוצא בהם שלא יזוקו בני אדם...".
8. משמע שאין זו סיבת הטלת החיוב אלא הסיבה לתזמונו באדר ולהחלתו על הדרכים. על פי זה ניתן להבין את הרמב"ם, פירוש המשניות, שם, המבאר כי מטרת תיקון הדרכים אינה בהכרח העולים לרגל אלא תיקון הדרכים המובילות לעיר המקלט: "ותקון הדרכים והרחובות, הוא שמכבשין אותן ומישרין אותן ועושין גשרים על הנחלים כדי שאם יברח מכה נפש בשגגה לא יהיו לו מעצורים לעכבו וירדפנו גואל הדם ויהרגנו, וזה הוא ענין אמרו יתרומם ויתהדר תכין לך הדרך". כסייעתא להבנת הרמב"ם יש להביא את הפסוק המובא בבריתא להלן "והיה עליך דמים" הלקוח מפרשת ערי מקלט שם הוא מנמק את החובה לתקן את הדרכים המובילות לערי המקלט.
9. **משנה מועד קטן** א, ב.
10. **מועד קטן** ה ע"א.

במסכת מועד קטן משמע שחובה זו מוטלת על מנהיגי הציבור גם ביחס לדרכים עירוניות המשרתות את תושבי העיר[11] והוא מוגדר כצרכי רבים הדוחים אפילו את קדושת חול המועד.

כך מובנת גם הגמרא במסכת בבא בתרא[12] העוסקת באופן חלוקת הנטל בביצוע "כריא פתיא" אותה מפרש רבנו חננאל[13] כתחזוקת כבישים - "להסיר גבשושית מרחוב העיר". מהקשר הדברים שם משמע שכשם שבני העיר אחראים לשמירת העיר מפני סכנות מבחוץ, באמצעות בניית מכשול[14] או הצבת שמירה[15], כך הם אחראים על מניעת מפגעים מבית ברחובות העיר[16], ובעלויות ישא הציבור כולו[17] וכך פסק גם הרמב"ם[18]: "לתקון הדרכים והרחובות (גובין) אפילו מן החכמים".

סילוק מפגעים פרטיים מהדרך

בין המפגעים השונים שעשויים להווצר בדרכים העירוניות ניתן להבחין בין מפגעים שהינם תוצאה של בלאי טבעי עליהם אחראי הציבור, ובין מפגעים שהינם תוצאה של מעשה או מחדל של אדם פרטי, שהחובה לסלקם מוטלת כמובן על האדם האחראי להם וכפי ששנינו[19]:

> אילן שהוא נוטה לרה"ר - קוצץ כדי שיהא גמל עובר ורוכבו.

כמובן שבמסגרת תפקידה מחוייבת הרשות לאכוף על בעלי מפגעים לסלקם, ואם מדובר בצורך דחוף ותהליך כפיית העברין על סילוק המטרד יסכן את הציבור או ימנע את יכולתו להשתמש בשטח הציבורי לשימוש לו היה מיועד, רשאי הציבור לסלק את המטרד בעצמו והדבר נפסק להלכה ברמב"ם[20]:

---

11. כך עולה מעיון בלשון התוספתא בשקלים והשוואתה לברייתא במסכת מועד קטן ה ע"א "יוצאין לקווץ את הדרכים, ולתקן את הרחובות ואת האסטרטאות...". ברייתא זו אף נפסקה להלכה ב**רמב"ם** יום טוב ז, י; **שולחן ערוך** או"ח, תקמד, א. הניסוח בשני המקורות דומה למעט קביעת המועד לעבודות התחזוקה לאדר.
12. **בבא בתרא** ח ע"א.
13. **בתוספות** שם, ד"ה כריא; **רמב"ם** שכנים ו, ו.
14. **משנה בבא בתרא** ז ע"ב: "כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתים ובריח".
15. **בבא בבתרא** ח ע"א: "לפרשאה ולטרזינא" ופירש רש"י "פרש שהולך סביבות העיר לשומרה".
16. יש להעיר כי גם החוק מטיל על הרשות המקומית את האחריות שמירת תקינות הרחובות ושאר השטחים הציבוריים כפי שקובע סעיף 235 **לפקודת העיריות**: "העיריה...תדאג לתיקונן, ניקויו, הזלפתו, תאורתו וניקוזו של רחוב שאינו רכוש הפרט... תמנע ותסיר מכשולים והסגת גבול ברחוב... תנקוט אמצעי זהירות נאותים נגד תאונות בשעת בנייתם או תיקונם של רחובות, ביבים או תעלות".
17. לעיל ה, א.
18. **רמב"ם** שכנים ו, ה.
19. **בבא בתרא** כז ע"ב.
20. **רמב"ם** נזקי ממון יג, כו על פי **בבא מציעא** קז ע"ב "מכריז רבי אמי: מלא כתפי נגדי בתרי עברי נהרא – קוצו".

מניחין מקום פנוי משתי שפתות הנהר כרוחב כתפי המלחים שיורדין שם ומושכין הספינה וכל אילן הנמצא ברוחב זה קוצצין אותו מיד ואין מתרין בבעליו שהרי מעכב מושכי הספינה.

עלות הטיפול במפגע מוטלת כמובן על האדם הפרטי שאחראי עליו כפי ששנינו במשנה[21]:

מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה ... אם העיר קדמה קוצץ ואינו נותן דמים.

תשתיות מים

התוספתא[22] מאפשרת ל"בני העיר" לחייב את כל מי שמחזיק בנכס בעיר[23] להשתתף בהוצאות בניית תשתית אספקת והולכת המים:

מי שיש לו חצר בעיר אחרת בני העיר משעבדין אותו לחפור עמהן בורות שיחין ומערות ולתקן את המקוואות ואמת המים.

בגמרא[24] מבואר כי אין כל פטור מהצורך להשתתף בהוצאות אלו:

אמר רב יהודה... הכל לכריא פתיא אפילו מרבנן ולא אמרן אלא דלא נפקי באכלוזא, אבל נפקי באכלוזא, רבנן לאו בני מיפק באכלוזא נינהו.

ומפרש רש"י שמדובר בהשתתפות בהוצאות כריית והובלת המים לשתיה[25]

לכרות מעין או בורות למים לשתות, אפילו מרבנן, שהרי גם הם צריכים לשתות, (אלא) שאין הן עצמם יוצאין בהכרזה לחפור אלא גובין מעות ושוכרין פועלים (ש) גנאי הוא להן.

נמצאנו למדים כי הרשות המקומית חייבת לטפל בתשתיות המים ויש לה את הסמכות לגייס לשם כך את המשאבים הדרושים מכלל התושבים. בנוגע לגובה ההשתתפות בהוצאות עבור התשתיות נראה כי הואיל וכל התושבים נהנים בשווה מחיבור דירתם לרשת המים[26] הרי

---

21. **בבא בתרא** פ"ב מ"ז.
22. **תוספתא בבא מציעא** יא, יז.
23. התוספתא קובעת כי ההשתתפות בהוצאות הנדרשות לצרכי אספקת מים בסיסית ביותר ונדרשת גם מתושב ארעי אולם אם האדם גם מתגורר בעיר דרך קבע אזי "משעבדין אותו על הכל".
24. **בבא בתרא** ח ע"א; **בבא מציעא** קח ע"א.
25. הסבר שונה מעט, המתמקד בשימוש חקלאי במים ולא בשימוש אישי, מופיע **בפירוש רבנו גרשם**: "חפירה גדולה שחופרין ליכנס שם מים הרבה להשקות ממנה שדות ע"י דלייה ודרך נגרים...".
26. ראה **שו"ת משפט וצדקה ביעקב** א, עד(רבי יעקב אבן צור, מרוקו, המאה ה-18) שפסק כי על כל בית המחובר לרשת המים לשלם בשווה עבור עלויות תחזוקת רשת המים (ובלבד שלחץ המים זהה). אמנם **בשו"ת צמח צדק (הקדמון)**, לד, פסק כי התשלום עבור שדרוג תשתיות המים אמור להתחלק לפי ממון, ולמעשה העשירים ישלמו יותר מהעניים, אולם מנימוקיו עולה שהשדרוג רק שיפר את זמינות וכמות המים בגטו היהודי, ממנו העניים נהנו פחות מן

שעל כולם לשלם את אותו הסכום עבור חיבור הדירה לרשת המים[27].

תשתיות ניקוז וביוב

בעיית ניקוז מי נגר הגשמים ומי השופכין של יושבי העיר עמדה בפני האדם עוד בראשית האנושות, החל מרגע שהתחיל לשבת בישובים עירוניים "ויהי בונה עיר". הפתרון שנמצא לכך עוד בתקופת המשנה הוא חפירת תעלות סגורות[28] מתחת לפני הקרקע המכונות בשם "ביבין" אשר הוליכו את מי הנגר[29] ומי השופכין[30] הביתיים לתעלות מרכזיות אשר עברו מתחת לרחובות העיר והוציאו את מי השופכין אל מחוץ לעיר[31]. הביבין נדרשו לתחזוקה שוטפת מדי פעם[32].

העשירים. נימוק זה אינו רלונטי כאשר מדובר בשתי דירות של עני ועשיר המחוברות לרשת המים מהם נהנים בשווה העשירים כמו העניים.

27. כמובן שעל צריכת המים נגבה תשלום בנפרד מכל משפחה לפי מידת השימוש שלה במים, ועל פי עקרון ההנאה.

28. על פי ה**משנה אהלות** ג, ז, לביב יש תקרה בגובה של טפח לפחות ולכן הוא מעביר טומאה ממקום למקום. והפתרון לכך **בתוספתא אהלות** יח, ט, הוא התקנת רשת עם נקבים רחבים פחות מטפח בנקודה אותה מעוניינים לחסום. בתוספתא שם, ה, ג, מצאנו שהביב הפרטי יכול להגיע גם לגובה של ארבע טפחים. עדויות ארכאולוגיות למערכות ניקוז וביוב המתוארות במשנה נמצאו ברחבי ארץ ישראל כגון בקיסריה ובירושלים, ראה **חדשות ארכיאולוגיות**, קח, עמוד 20, רשות העתיקות.
בשו"ת הרשב"א ב, רצב, שיער כי בתקופת המשנה הביוב הציבורי זרם בתעלות פתוחות, אך לא משמע כן **במשנה עירובין** פח ע"א, שם משמע שהביב מכוסה גם ברשות הרבים "ביב שהוא קמור ארבע אמות ברשות הרבים". על כל פנים גם הרשב"א עצמו כותב שכבר נהגו בכל העולם להזרים את הביוב הציבורי בתעלות סגורות העוברות מתחת לרשות הרבים.

29. ראה **רבינו יהונתן הכהן מלוניל**, בבא מציעא, סד ע"א מדפי הרי"ף: "מיא דמטרא, שאדם מוציא אותן מן העיר דרך ביבין שיש תחת הקרקע שלא יפילו הכותלים והבתים". וכך ביאר גם רבנו חננאל, מובא **בשיטה מקובצת** בבא מציעא, קח ע"א, את המושג ביב של מטר.

30. כך מבאר הראב"ד, **בשיטה מקובצת**, שם, את תפקידו של הביב "פירוש ביבין המוציאין קלקולי העיר וזבליהן".

31. כך מתאר המאירי, **בית הבחירה**, מועד קטן ב ע"א, את מערכת הביוב העירונית העתיקה: "שהיו ביבין גדולים בכל הדרכים מראש העיר ועד סופה והם סתומים וכל בית ובית יש לו ביב קטן פתוח לאותו ביב גדול ושופכי העיר יוצאין שם ויש שם חורין חורין כמלא יד כדי לנקותם". ביב ציבורי היה יכול להיות מספיק גדול עד כדי מעבר אדם כפי שמצאנו במערכת הניקוז העירונית בירושלים מימי בית שני, אתר האינטרנט של עיר דוד, וכפי שמספר **הירושלמי תענית** ד, ו, על האופן בו הצליח להסתנן אדם לתוך העיר ביתר דרך תעלת הביוב ולהוביל למפלתה.

32. זה נעשה על ידי בעל מלאכה בשם "גורף ביבין". ראה **שמות רבה** וארא, ו, א. לפי המאירי, המובא לעיל, המשנה מתירה לאדם לעשות פעולות מינימליות במערכת הביוב הביתית ופעולות נרחבות יותר במערכת הביוב הציבורית: "שמתקלקלין לפעמים על ידי שמסתתמין ברפש וטיט ואין המים עוברין בהם כראוי ואמר שמתקנין אותם לנקותם מטיט ורפש שבתוכן וחוטטין אותם אף מן הטיט הדבק שם ביותר עד שדומה לקרקע עולם ופי' בגמ' שאף שלא

האחריות על בניית ותחזוקת הביוב

בסוגיות הגמרא ניתן למצוא שלשה סוגים של מערכות ביוב: מערכת ביוב פרטית, מערכת ביוב משותפת ומערכת ביוב ציבורית.

ברור לכל כי מערכת ביוב פרטית הקמתה, ותחזוקתה הינה באחריות בעליה. מעין זה שנינו בברייתא[33]:

> כל אלו שאמרו: פותקין ביבותיהן (רש"י: פותחין צינורותיהן המקלחים שופכים ששופכין מחצריהן לר"ה) וגורפין מערותיהן, בימות החמה אין להם רשות, בימות הגשמים יש להם רשות, אף על פי שברשות, אם הזיקו - חייבים לשלם.

כלומר מערכת הביוב הפרטית הינה באחריות בעליה, אחריות הכוללת גם את הקמתה ותחזוקתה וגם את הטיפול בשופכין עצמם באופן שלא יגרום נזק לרבים. אדם המחזיק במערכת ביוב פרטית רשאי להעניק זכויות שימוש לשכניו, אשר הפוסקים עוסקים בהגדרתן[34] אולם בסופו של דבר הוא הבעלים המוגדר של מערכת הביוב, על כל המשתמע.

קיים סוג נוסף של מערכות ביוב והוא מערכת ביוב משותפת. זו מוליכה שופכין של מספר בתים או חצרות ומתחברת בסופו של דבר למערכת המרכזית[35]. בשאלת האחריות על מערכת ביוב משותפת עוסקת הגמרא במסכת בבא מציעא[36]. העקרון המנחה את הברייתא הוא עקרון ההנאה לפיו כל אדם משלם על כל קטע במערכת הניקוז ממנו הוא נהנה. מכיוון שהמים זורמים תמיד למטה, ולצורך הענין נניח כי מים שאינם זורמים במערכת הניקוז נקווים בחצר בה ירדו, הרי שיש להגיע למסקנה כי על כל אדם להשתתף בהקמת ותחזוקת מערכת הביוב הזורמת מחצרו ומטה בלבד:

לצורך המועד מותר לעשות כן אחר שצרכי רבים הם אלא שאין חופרין לכתחלה ולצורך המועד אף לכתחלה חופרין הואיל וצרכי רבים הם ויחיד לצורך חוטט אבל אינו חופר".

33. **בבא קמא** ו ע"א.

34. ראה **נימוקי יוסף** בבא בתרא, ג ע"ב מדפי הרי"ף, ד"ה גרסי'; **רמ"א** חו"מ קנג, יב: "מי שהחזיק על ביב חברו לשפוך שם מי כביסה אחת ממחין בידו שלא ישפוך בה חמש כביסות או אם החזיק למי גשמים לבד ממחין בידו שלא ישפוך בה מי כביסה והא דתניא בתוספתא [דבבא מציעא פרק י"א] העשוי לכביסה אין ממחין בידו לגשמים אין ממחין בידו לכביסה ההיא לענין דיוטאות המקלחות מים לביב תניא דכיון שנשתעבד הביב לקלוח הדיוטאות אין ממחין בידו לגשמים ולא לכביסה". ועיין **בסמ"ע,** שם, כח; באלו מקרים החזקה לשימוש במערכת הביוב מוגבלת ובאלו אינה מוגבלת.

35. כיום נראה כי מערכת ביוב של בית משותף עונה להגדרה זו. על פי שורת הדין היה אמור המחיר של הטיפול במערכת הביוב לעלות ככל שמדובר בקומה גבוהה יותר, שכן בקטע הביוב שכנגד הקומה הראשונה משתמשים כל הדיירים בבנין ולפיכך תחזוקתו אמורה להיות באחריות כל הדיירים בעוד בקטע הביוב של הקומה העליונה משתמשת הקומה העליונה בלבד והאחריות על תחזוקתו אמורה ליפול על כתפי הדיירים בקומה זו בלבד.

36. **בבא מציעא** קח ע"א. באופן דומה שנינו **בתוספתא בבא מציעא,** יא, כ, כי מערכת הביוב אמורה לשמש הן לניקוז מי נגר גשמים, הן להולכת מים שנעשה בהם שימוש לכביסה "העשוי לכביסה אין ממחין בידו לגשמים, לגשמים אין ממחין בידו לכביסה".

> חמש חצרות שהיו מקלחות מים לביב אחד ונתקלקל הביב - כולן מתקנות עם התחתונה, נמצאת העליונה מתקנת עם כולן ומתקנת לעצמה.

האחריות על תחזוקת הביב המשותף מתחלקת למעשה בין כל המשתמשים בו אך לא באופן שווה[37].

לעומת שתי מערכות אלו ניתן למצוא מערכת ביוב שלישית – המערכת הציבורית, אשר ההלכה מתייחסת אליה באופן שונה. מקור הדברים במשנה המתירה לתקן את "קלקולי המים" אפילו בחול המועד. לדעת הריטב"א[38] מדובר במערכת ביוב עירונית:

> ומתקנין את קלקולי המים. שהן הביבין המוציאין בהם כל שופכי העיר ואם נתקלקלו נמצאת העיר מקולקלת בטיט ובצואה ונקראו קלקולי המים מפני המים המלוכלכים שיוצאין בהם.

הסיבה להיתר זה המתייחס, בין השאר, גם לטיפול במערכת הביוב הציבורית רמוזה בירושלמי[39]:

> אין לא מתעבדא כדון לא מתעבדא עוד.

הנימוק מבואר יותר בדבריו של הרא"ש[40]:

> שצרכי רבים אינם נגמרים אלא בשעת הבטלה ומשום דדמי לקדירה דבי שותפי ובשעה שהן בטילין ומתחברין כולן ועושין אם לא יעשה אז לא יעשה לעולם.

---

37. מאופן חלוקת אחריות זו היה מקום להסיק על שירותים שונים בבית המשותף כגון מעלית שיש לחלקם לא באופן שוויוני כי אם לפי מידת השימוש הפוטנציאלי של כל אחד מהדיירים בהם. אמנם על פי סעיף 57 א ל**חוק המקרקעין** לכל אחד מן הדיירים חלק שווה ברכוש המשותף העומד ביחס ישר לגודל הדירה בה הוא מחזיק. מכיוון שאת עסקת המכר בין הקבלן ובין הקונה עושים הצדדים על פי מנהג המדינה המבואר בחוק הרי שלמעשה הבעלות של כל אחד מבעלי הדירות ברכוש המשותף הינה על פי המפורש בחוק. סברא זו אינה רלונטית בכל הנוגע להוצאות תחזוקה של הרכוש המשותף אשר על פי ההלכה יש לחלקן לפי מידת השימוש בעוד על פי החוק ובאופן ספציפי ביחס למעלית בבית משותף קובע סעיף 59 ו.ב לחוק כי בעלי דירות קרקע פטורים אמנם מתשלום עבור התקנת המעלית אך עליהם לשאת בשווה בהוצאות תחזוקת המעלית וזאת בניגוד לעולה מהדברים המובאים לעיל שבעלי הדירות בקומת הקרקע שאינם נהנים כלל מהמעלית אמורים להיות פטורים מהוצאות החזקתה ותפעולה. יש להעיר כי על פי עקרון הפסיקה אותו הבאנו במספר מקורות, במקרים בהם חוק העוסק במערכת יחסים ממונית בין אזרחים בלבד, סותר את הכתוב בהלכה הוא אינו תקף על פי ההלכה, אלא אם כן בעל הדירה הסכים לשלם את הוצאות הבית המשותף על פי המנהג המקובל.
38. **ריטב"א** מועד קטן, ב ע"א, מאירי, שם. יש לציין כי אין זה ההסבר היחיד בראשונים ורבים מן הראשונים מבארים כי מדובר במערכת המים העירונית, אולם כבר כתב הריטב"א שפירושו לא בא לסתור את הפירושים האחרים שכן "מסתברא דתרוייהו איתנהו בה".
39. **ירושלמי מועד קטן** א, ב.
40. **רא"ש** מועד קטן א, ו; **משנה ברורה** תקמד, א.

יש להניח כי הנימוק להיתר זה[41] יכול להוות בסיס להגדרת צורכי רבים ולאבחנה בין צורכי רבים לרכוש השותפים. ברכוש השותפים ישנם בעלים מוגדרים אשר לכל אחד מהם חלק מובחן ויחסי בנכס המשותף. אין כל היתר לעבוד בחול המועד לטובת שותפות קטנה או גדולה שכן חזקה על בעלי השותפות שיפעלו לטובתה בימות החול. לעומת זאת צרכי רבים מתייחסים לפעולות הנעשות ברכוש הציבור בו אין לאף אחד בעלות מסויימת[42]. כפי שראינו לעיל בביוב המשותף יש לכל אחד חלק מובחן ומוגדר בכל אחד ואחד מקטעי תעלת הביוב. בביוב הציבורי לעומתו אין לאיש בעלות מוגדרת והוא שייך למעשה לכל הציבור בשווה. באופן דומה הסיק בשו"ת צמח צדק[43] מדברי הטור שביחס להקמת מערכת הולכה ציבורית אין משמעות למיקומו של הנכס הפרטי על גבי מערכת ההולכה:

> יש לגבות גם לפי הבתים (אלא) דוקא בעשיית חומה דלתים ובריח ומחלק בין בתים הקרובים לחומה לשאין קרובים אל החומה. משום דחיישינן לגזילת ליסטים וכו'. אבל שאר דברים כגון בנין בית הכנסת וס"ת וכו' וחפירת בורות שיחין ומערות אין גובין אלא לפי הממון.

שמענו אם כן כי האחריות על בניית מערכת ביוב, תחזוקתה ותפעולה השוטף בכל מקום בו אין לאף אחד מהתושבים בעלות פרטית הינה באחריות הרשות המקומית[44] ועליה לגבות את עלות הטיפול בה מכל התושבים בשווה. אמנם עבור השימוש בה יש לשלם לפי עקרון ההנאה[45] ואכן התשלום עבור השימוש במערכת הביוב (אגרת ביוב) נגבה כיום על פי מידת השימוש[46].

---

41. בענין הבעייתיות ב"קדרא דבי שותפי" ראה במה שכתבנו לעיל ה, ג, גביית המס.
42. גם אם ניתן להגדיר אותו כממון השותפים וראה במה שכתבנו לעיל חלק א' נספח א'.
43. **שו"ת צמח צדק (הקדמון)**, לד, על פי **הטור**, חו"מ קסג.
44. הרב צבי יהודה בן יעקב, **פעמי יעקב**, נט – ס, תשס"ו: "השכנים... אינם שותפים ברחוב או בצנרת הביוב שמעבר לרשות היחיד. מה שמעבר לרשות היחיד הוא באחריות העירייה".
45. כאשר הביוב לא מטופל הנאת כולם שווה, אולם כאשר הביוב מטופל בבריכות חמצון הרי שהנאת המפנה 100 קוב גדולה פי אלף מהנאת המפנה 100 ליטר של ביוב. מכיוון שעל פי ההלכה התשלום נעשה על פי עקרון ההנאה הרי שעל כל אחד לשלם לפי כמות הביוב אותה הוא פינה מרשותו.
46. זו נמדדת לפי כמות המים הנצרכת, מתוך הנחה שהכמויות קרובות מאד. הנחה שאינה נכונה במקרים בהם כמויות ניכרות של מים משמשות להשקית הגינה ואינן נכנסות כלל למערכת הביוב, במקרים מעין אלו על העיריה לאפשר התקנת שעון נפרד באמצעותו יוכיח התושב מהי כמות המים אשר אינה עוברת כלל למערכת הביוב.

מסקנות להלכה

תכנון וסלילת רחובות ודרכים

- האחריות על תכנון סלילת ואחזקת הדרכים הבין עירוניות מוטל על המדינה
- הרשות המקומית אחראית לתכנון רחובות עירוניים, סלילתם, הכשרתם למעבר, ותחזוקתם ללא מפגעים העשויים לגרום נזק לעוברים ושבים, ובעלויות ישא הציבור כולו.
- בעיר ישנה, אשר נבנתה ללא תכנון התואם את צרכיו הנוכחיים של הציבור על הרשות המקומית לתכנן אותה מחדש לפי הצורך, ולדאוג לסלילת רחובות וכבישים גם במחיר הפקעת רכוש פרטי.
- ההלכה אינה קובעת מפרט סלילה מסוים והדבר לשיקול דעת של המתכננים ולאילוצי התקציב, תוך התחשבות בצרכי התושבים ובבטיחות הנסיעה.
- תחזוקת הדרכים וסילוק מפגעים
- תחזוקה נאותה של הדרכים והכבישים מוגדרת כצרכי רבים ומותר לעשותה גם בחול המועד.
- הרשות המקומית אחראית לסילוק ותיקון מפגעים בדרך שהינם תוצאה של בלאי טבעי
- החובל לסילוק מפגעים שהינם תוצאה של מעשה או מחדל של אדם פרטי, מוטלת על האדם האחראי להם.
- הרשות המקומית מחוייבת לאכוף על בעלי מפגעים לסלקם.
- אם מדובר בצורך דחוף ותהליך כפיית האדם שגרם ליצירת המפגע לסלק את המטרד עלול לסכן את הציבור או למנוע את יכולתו להשתמש בדרך בבטחה, רשאית הרשות לסלק את המטרד בעצמה ולהשית את עלויות הטיפול במפגע על האדם האחראי להווצרותו

תשתיות מים

- הרשות המקומית חייבת להקים ולתחזק תשתיות מים
- המימון להקמת ותחזוקת תשתיות המים יושת על כל תושבי העיר המחוברים לרשת המים בשווה.
- תשלום צריכת המים של כל משפחה נעשה לפי מידת השימוש שלה במים

תשתיות ביוב

- ההלכה מבחינה בין שלשה סוגי מערכות ביוב:
- מערכת ביוב פרטית - מערכת זו הינה באחריות בעליה, אחריות הכוללת גם את הקמתה ותחזוקתה וגם את הטיפול בשופכין עצמם.
- מערכת ביוב משותפת – מערכת זו משרתת מספר דיירים מוגדר (לדוגמא: בית משותף). אם לא נקבע בהסכם או במנהג אחרת, יש לחלק את האחריות על מימון הקמתה ותחזוקתה של המערכת באופן מדורג: על כל אדם להשתתף בהקמת ותחזוקת מערכת הביוב הזורמת מדירתו ומטה.

- ביוב ציבורי - במערכת זו אין לאף אחד מהתושבים בעלות פרטית והיא משרתת את כל תושבי הרחוב השכונה או העיר. האחריות על בניית מערכת ביוב, תחזוקתה ותפעולה השוטף הינה באחריות הרשות המקומית והיטל הקמתה ותחזוקתה מתחלק בין כל התושבים בשווה. עבור השימוש בביוב ישלם כל אדם לפי כמות השופכין אותה הוא מזרים.

פרק ד – רישוי ותברואה

חובת הרשות המקומית לשלום הציבור

שנינו במשנה הפותחת את מסכת מועד קטן[1]:

> ומתקנין את קלקולי המים שברשות הרבים, וחוטטין אותן, ומתקנין את הדרכים ואת הרחובות...

על כך מוסיפה הברייתא[2] את הדברים הבאים:

> יוצאין לקווץ את הדרכים, ולתקן את הרחובות ואת האסטרטאות... ומנין שאם לא יצאו ועשו כל אלו, שכל דמים שנשפכו שם מעלה עליהם הכתוב כאילו הם שפכום? - תלמוד לומר והיה עליך דמים.

פסוק זה לקוח מפרשת ערי מקלט. אולם בגירסת רבנו חננאל לברייתא זו מובא מקור נוסף:

> ומניין שאם לא יצאו ותיקנו כל אלו כל דמים שנשפכו שם מעלה אני עליהם כאילו הם שפכום שנאמר ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך וכתיב והיה עליך דמים.

מהפסוק הראשון אותו מביא רבנו חננאל משמע שחובת הציבור לתקון הדרכים נגזרת ממצות מעקה המוטלת על היחיד ומהווה הרחבה שלה בשני מובנים: האחד, החלתה על הציבור והשני, החלתה על סכנות אפשריות שאינן מצומצמות לגדרי "גג" ו"מעקה".

בעקבות הר"ח צעד גם הרמב"ם[3] אשר הבחין בין מצות עשה לבניית מעקה המוגבלת לגדרי גג ומעקה למצות לא תעשה של המנעות מבניית מעקה אותה יש להרחיב לאיסור התעלמות מקיומם של מכשולים שונים מסכני חיים הנכון הן לרשות היחיד והן לרשות הרבים:

> שהזהירנו מהניח המוקשים והמכשולות בארצותינו ובבתינו כדי שלא ימותו בהם בני אדם. והוא אמרו יתעלה (תצא כב) ולא תשים דמים בביתך, ולשון ספרי ועשית מעקה מצות עשה [מ"ע קפד] ולא תשים דמים מצות לא תעשה. וכבר התבארו משפטי מצוה זו בפרק ראשון משקלים ירושלמי ובמקומות מסדר נזיקין.

ממקורות אלו אליהם מפנה הרמב"ם, ומובאים בפרק הקודם, למדנו כי חובתה של הרשות המקומית לדאוג לכלל מפגעי הבטיחות שעשויים לגרום לפגיעה בשלום הציבור[4] וכי החובה מתייחסת לסילוקם של מפגעים הנמצאים ברשות הרבים בלבד. לעיתים המפגע הנמצא ברשות הרבים נוצר על ידי מעשה או מחדל של אדם פרטי[5], ובמקרה זה חובת

---

1. **משנה מועד קטן** ב ע"א .
2. **מועד קטן** ה ע"א.
3. **ספר המצוות לרמב"ם**, לא תעשה רחצ; **ספר החינוך**, תקמז.
4. **חתם סופר** עבודה זרה, ל ע"א: "כל סכנתא הוא איסור דאורייתא מקרא ונשמרתם מאוד לנפשותיכם כמ"ש רמב"ם בהלכות רוצח ומוטל על החכמים להשגיח על זה מקרא והיה עליך דמים".
5. **בבא בתרא** כז ע"ב.

הציבור היא לדאוג לסילוק המפגע על ידי בעליו או על ידי עובדי הציבור[6].

אולם מהמשנה במסכת בבא מציעא[7] עולה כי חובת הציבור רחבה יותר ומתייחסת גם למפגעים פוטנציליים הנמצאים לחלוטין ברשות היחיד אלא שעלולים בעתיד להוות מפגע ציבורי וכך שנינו שם:

> הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו - פטור מלשלם. נתנו לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל ונפלו, בתוך הזמן - פטור, לאחר הזמן - חייב.

המשנה אינה מתייחסת לשאלה מיהו הגוף שנתן זמן לבעל האילן הנוטה והכותל המעורער אך בגמרא משמע שמדובר בבית הדין המקומי "זמן בית דין שלשים יום". כמו כן המשנה אינה מתייחסת במפורש לשאלה מהו תפקיד בית הדין אלא שמכלל דבריה, המתייחסים לזמן אותו נתן בית הדין לסילוק המפגע עולה כי הנחתה היא שבית הדין אמור לבדוק מפגעים עוד בהיותם ברשות היחיד. הנחה זו נפסקה להלכה ברמב"ם[8]:

> הכותל והאילן שנפלו לרשות הרבים והזיקו פטור מלשלם ואף על פי שהפקירן, לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק, ואם היו רעועין בית דין קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, וכמה הזמן שלשים יום, נפלו בתוך הזמן והזיקו פטור לאחר הזמן חייב מפני ששיהה אותן.

עיון נוסף בדברי בעל ספר החינוך[9] מעלה כי חובה זו של בית הדין נגזרת אף היא ממצות מעקה:

> להסיר המכשולים והנגפים מכל משכנותינו, ועל זה נאמר [דברים כ"ב, ח'], ועשית מעקה לגגך. והענין הוא שנבנה קיר סביב הגגות וסביב הבורות והשיחין ודומיהן כדי שלא תכשל בריה ליפול בהם או מהם, ובכלל מצוה זו **לבנות ולתקן כל כותל וכל גדר שיהיה קרוב לבוא תקלה ממנו**, וזה שהזכיר הכתוב לגגך דבר הכתוב בהוה...

כאמור לעיל, חובה זו, הורחבה על כלל סוגי המכשולים מסכני החיים, והוטלה על הציבור ומנהיגיו, וכעת הורחבה הרחבה נוספת והיא הטלת אחריות על מנהיגי הציבור לדאוג ולפקח כי הציבור לא יפגע לא רק ממכשולים הנמצאים ברשות הרבים אלא גם ממכשולים הנמצאים ברשות היחיד ועלולים לסכן את הרבים[10].

---

6. **רמב"ם** נזקי ממון יג, כו.
7. **בבא מציעא** קיז ע"ב.
8. **רמב"ם** נזקי ממון יג, יט.
9. **ספר החינוך**, תקמו.
10. גם חוקי מדינת ישראל מטילים אחריות זו על הרשות המקומית כמובא בסעיף 236 (א) (1) (7-8) 249 (13) ל**פקודת העיריות**: "בענין בנינים תנשה העיריה פעולות אלה תפקח על הקמתם, הריסתם, שינוים ותיקונם של בנינים... תקבע אמצעי זהירות שיש לנקוט נגד תאונות בשעת הקמת בנינים, הריסתם, שינוים ותיקונם; תפקח על בנייתם ופעולתם של מעליות, פירי מעליות, מנופים ומסוקים בבנינים, תסדירם ותדאג לבדיקתם ככל שתראה צורך בה כדי להבטיח מפני תאונות בקשר אתם... לצוות כי ייהרסו בנינים מסוכנים".
חוק עזר עירוני לדוגמה, **הריסת מבנים מסוכנים** תשל"ב, המקובל בחלק גדול מן הרשויות, מטיל את חובת לביצוע על הבעלים של הנכס המסוכן ומשייר לרשות המקומית את האחריות

יתר על כן, מהמשנה עולה שפיקוח זה הינו בעל השלכות ממוניות הפוטרות את בעלי המפגע מתשלום, אם פעל על פי הנחיות בית הדין[11]. יש לציין כי פטור זה קיים רק אם הבניה מלכתחילה היתה תקינה וכך מבואר בתוספתא[12] :

> נפל הכותל מחמת הזוועות מחמת הרוח מחמת הגשמים אם בנאו כדרכו פטור ואם לאו חייב נתנו לו זמן ונפל לתוך זמן פטור לאחר זמן חייב וכמה הוא זמן אין פחות משלשים יום.

למעשה בתקופות בהן בית הדין שימש כסמכות שלטונית לפחות ברמה המקומית, בתי

ואת סמכות הפיקוח על הריסת המבנה "בעל בנין חייב להחזיק את בנינו במצב המבטיח את שלום המחזיקים בו ואת שלום הציבור...ראש העיריה יורה למהנדס או לרופא לערוך, מזמן לזמן... סקר על בנינים העלולים להיות סכנה ... סבור ראש העיריה... כי בנין מהווה סכנה למחזיקים או לציבור, רשאי הוא לדרוש בהודעה בכתב מבעל הבנין לבצע את העבודות המפורטות בה באופן ובתוך התקופה שנקבעו בהודעה. בעל בנין שקיבל הודעה כאמור חייב למלא אחריה. לא מילא בעל בנין אחרי דרישת ראש העיריה... רשאית העיריה לבצע את העבודות ולגבות מבעל הבנין את הוצאות הביצוע".

11. אמנם נחלקו הראשונים מדוע קודם שבית הדין איתרו את התקלה וחייבו לתת לה מענה, האדם פטור, ואילו אחרי שבית הדין התרו בו הוא חייב: לדעת **רש"י**, שם, ד"ה פטור, הפטור מתשלום לפני בדיקה של בית הדין נובע מדין אונס. הביקורת של בית הדין ודרישתם לסתור את הכותל ולקצוץ את האילן הופכים את האונס לפשיעה או לכל הפחות לשגגה, ובכך מחייבים אותו בנזקין. כיצד יש להגדיר אם כן את הימים שבתווך? הרי האדם יודע שהכותל רעוע? על שאלה זו ניתן לענות מתוך דברי **התוספות**, קיח ע"א, ד"ה זמן. לדעתם לא תמיד יתנו בית דין פטור של שלשים יום, שכן בנשברה כדו ולא סילקה החיוב מיידי הואיל ו"בשעה קלה יכול להסירם משם" בעוד בכותל ואילן הסילוק כרוך בהתארגנות, בשכירת פועלים, כלים, פינוי אנשים וכו' ולפיכך ניתנו לאדם שלשים יום. מדברים אלו עולה כי הפטור מתשלום בפרק הזמן אותו קצב בית הדין ימשיך להיות על בסיס היסוד של האונס אלא שכאן לא ידיעתו אנסתו אלא המציאות שאינה מאפשרת להתארגן לפינוי מיידי. לפי רש"י בית הדין אינו יוצר חיוב אלא מסיר את הלוט של האונס האופף את המפגע.
לעומת זאת לדעת **הרמב"ם** נזקי ממון, יג, יט הפטור מתשלום אינו נובע מיסוד האונס אלא "לפי שאינן דומים לבור שהרי אין תחילתן להזיק". לפי זה גם אם במשך הזמן נעשו רעועים, ואפילו הבעלים ידע מכך, עדיין לא יתחייב בנזקיהם שכן בניגוד לבור בשעה בה נבנו "אין תחילתם להזיק". אלא שעל טעם זה מקשה **הט"ז** חו"מ, תטז, א, מהגמרא שם, ו ע"ב, המביאה את הטעם הזה כהוא אמינא לפטור ובכל זאת מחייבת. קושיא זו מתורצת **בשעורי רבי פסח מקוברין**, בבא קמא, ג-ד (ליטא, ראשית המאה ה-20, רבו המובהק של ר' משה פיינשטיין) המבאר כי הפטור לדעת הרמב"ם כל עוד בית הדין לא התרו בו אינו מטעם אונס אלא מטעם שזה לא בור. התנאי הבסיסי לחיוב בנזקי בור הוא שהאדם יצר תקלה ברשות הרבים. רק כאשר בית הדין התרו בו והגדירו את הכותל כמפגע הופך האדם לבעל התקלה וחייב מדין הצד השווה של שור ובור. לפי הרמב"ם בית הדין תפקיד בית הדין אקטיבי יותר שכן בהתראתו הוא הופך את בעל הנכס להיות בעלים של מפגע בטיחותי, על כל המשתמע.
12. **תוספתא בבא מציעא** יא, ז.

הדין מימשו את תפקידם וערכו בדיקות אחר מפגעים בטיחותיים כפי שמספרת הגמרא אודות רב הונא[13]:

> כל יומא דעיבא הוו מפקין ליה בגוהרקא דדהבא, וסייר לה לכולה מתא, וכל אשיתא דהוות רעיעתא - הוה סתר לה. אי אפשר למרה - בני לה, ואי לא אפשר - בני לה איהו מדידיה.

וכך פסקו האחרונים[14] שאחד מתפקידיה הבסיסיים של ההנהגה[15] העומדת בראש הרשות המקומית[16] הוא לדאוג לשלומם של התושבים, הן ממפגעים הנוצרים ברשות הרבים והן ממפגעים הנוצרים ברשות היחיד.

יש להעיר כי על פי ההלכה חובה זו המוטלת על הציבור הינה חובה מוסרית ממעלה ראשונה אך אין בה אחריות פלילית או ממונית. כפי שכתבנו לעיל[17] בכל הנוגע לנזיקין אותם יוצר האדם ברשותו, בין אם מדובר במבנה מסוכן שהרשות התרשלה מלהרוס, ובין אם מדובר בהתנהגות מזיקה שהרשות התרשלה מלמנוע, אין כל עילה על פי ההלכה לחיוב הרשות בנזק שנוצר, שכן כלל נקוט בידינו והוא שאין אדם חייב על מעשה שנמנע מלעשותו, ואין לחייבו אלא על נזק שעשה בידיו[18], אפילו אם נעשה המעשה לאונסו[19]. במובן זה אין מקום לחלק בין יחיד ובין ציבור ואין לחייב את הציבור על מעשה שלא נעשה על ידו, גם אם היה חייב לעשותו[20].

---

13. **תענית** כ ע"ב. בתרגום חופשי: בימות הגשמים היה רב הונא יוצא בכרכרה של זהב ובודק בכל העיר וכל קיר רעוע היה הורס. אם בעליו יכול לבנות מכיסו – בונה ואם לא, היה בונה את הקיר מממונו.
14. **שו"ת שבט הלוי** י, רצא: "שכל בי"ד בעירו עם מנהיגי הצבור חייבים לעשות למנוע נזקין מהתושבים. ואין לזה שייכות אם יש דינא דמלכותא או אין דינא דמלכותא, דהתקנות שנעשו ע"י השלטון נעשו לטובת הצבור למנוע אסונות, ואם לא נעשו על ידם הי' חיוב עלינו לעשות כזה". כלומר גם לסוברים שככלל אין תוקף הלכתי לחוק, עליהם להסכים כי יש חובה להשמע לתקנות בענינים אלו. וראו לעיל חלק א נספח ב.
15. כפי שראינו לעיל א, א, בכל מקום בו אנו מוצאים חובה שלטונית המוטלת על בית הדין אין הכוונה בהכרח לבית הדין בו יושבים שלשה דיינים המתמחים בדיני ממונות אלא לשלטון המקומי "שבהעדר שלטון הדואג לסדרי החברה ממלא ביה"ד את מקומו", הרב יעקב אריאל "אוצר בית דין – ביטוי למעמד הציבור בשמיטה", **תחומין כח**, עמ' 314.
באופן ספציפי ביחס לאחריות השלטון לדאוג לבטחון הציבור הנגזרת מחובת בית הדין כתב הרב ברוך ישר, פרקי תחבורה, **התורה והמדינה** ג, עמ' סז- סט; הרב שמעון פדרבוש, **משפט המלוכה בישראל**, תשי"ב, עמ' 111 (מראשי המזרחי בארה"ב); הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה במדינת ישראל על פי התורה** נ, רנג; רפב; **שו"ת אגרות משה** יו"ד ד, נז.
16. לדעת הרב גורן, **שו"ת משיב מלחמה** א, א, עמ' לב-לג, אחריות זו מוטלת באופן אישי על העומד בראש ההנהגה, קרי על ראש הרשות המקומית.
17. לעיל פרק א– חיוב רשויות בנזק בשל המנעות משימוש בסמכות.
18. **שולחן ערוך** חו"מ שפד, א.
19. **שולחן ערוך** חו"מ שעח, א.
20. בנוגע להבדל בין גישת ההלכה וגישת החוק ביחס לחיוב בנזיקין והטלת האחריות על הרשות

מניעת מפגעים תברואתיים

עד להתפתחות הרפואה המודרנית ומדעי המיקורביולוגיה במאה ה-19 לא מודעות בעולם למשמעותם של מפגעים תברואתיים. הם נחשבו כמפגעי ריח בלבד. כך למשל, נחשבו הנבלות והקברים[21] כמפגע ריח הדומה לגמרי לבורסקי, מפעל העורות ואת שניהם היה להרחיק למקום בו לא יורגש ריחם וכפי ששנינו במשנה[22]:

> מרחיקין את הנבלות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה. אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר; רבי עקיבא אומר: לכל רוח הוא עושה, חוץ ממערבה, ומרחיק חמשים אמה. .

יתר על כן, מסמיכות משנה זו למשנה הקודמת במסכת בבא בתרא[23] הרואה את בני העיר[24] כנפגעים מאילן הניטע סמוך מדי לעיר וקובעת, כי בני העיר קרי, הרשות המקומית[25], היא הנושאת ונותנת מול הפוגע, והיא הדורשת ממנו להפסיק את הפגיעה בתושבים, עולה כי מפגע ריח כשלעצמו מהווה מטרד מספיק גדול על מנת שלרשות המקומית תעמוד הזכות לדרוש את הפסקתו והרחקתו[26].

יתר על כן, במאות השנים האחרונות התפתחה מודעות לכך שהשארת פסולת ממקור ביולוגי בקירבת בני אדם ללא טיפול מתאים עשויה לגרום להתפתחות של מגפות קשות. שינוי זה אמור להתבטא במידת מחויבותה של הרשות המקומית למניעת מפגעים שכאלו. מפגע תברואתי אינו רק מפגע ריח המאפשר לרשות לדרוש את הפסקתו, זהו מפגע בריאותי מן המעלה הראשונה, העשוי לפגוע בציבור לא פחות מכותל העומד לקרוס או מבור בכביש, ומאותו מקור ממנו אנו למדים כי על הרשות קיימת החובה ההלכתית לתקן את הדרכים ממכשולים ולמנוע נזק מן הרבים נמצאנו למדים כי חובה על הרשות לפקח

המקומית ראה בהערה לעיל פרק א.

21. יתר על כן, לדעת **הרלב"ג** דברים, כא, כב, מצות קבורת המת מטרתה למנוע את הריח שכרוך בהשארת גוויה ללא קבורה "ולא תטמא את אדמתך מפני העפוש שיתחדש אז במקום ההוא".
22. **בבא בתרא** כה ע"א.
23. **בבא בתרא** כד ע"ב: "מרחיקין את האילן מן העיר כ"ה אמה... מפני נויי העיר, וכל אילן הנמצא קרוב לעיר פחות מזה קוצצין אותו, ואם האילן קדם נותנין לו בני העיר דמיו..."
24. הגמרא אינה ממנה גוף מסויים אשר יהיה אחראי על שמירת האינטרסים של התושבים אולם **ברמב"ם** שכנים י, א, משמע כי האחריות מוטלת על הגוף הציבורי המכונה "בני העיר".
25. ראה לעיל א, א.
26. חוקי מדינת ישראל התיחסו למפגעי הריח **בחוק למניעת מפגעים** תשכ"א: "לא יגרום אדם לריח חזק או בלתי סביר, מכל מקור שהוא, אם הוא מפריע, או עשוי להפריע, לאדם המצוי בקרבת מקום או לעוברים ושבים". הטיפול בתחומים אלו מוענק בחוק לשלטון המרכזי המטיל על העובר עליו אחריות פלילית. הרשות המקומית רשאית רק להחריג במידת מה את הקריטריונים אותם קובעת הממשלה ל"ריח חריג" (סעיף 6). התייחסות זו שונה מהתייחסותה של ההלכה למטרדי הריח כענין אזרחי שבין האדם לרשות המקומית אך בהחלט ניתן הדבר בסמכותה של המדינה לחוקק חוקים בתחום זה.

על התחום התברואתי ולוודא כי התושבים אינם יוצרים מפגעים מסוג זה, וכך נקבע גם בחוקי מדינת ישראל[27].

פינוי אשפה

המושג "אשפה" במובן של כמויות פסולת המועברת להטמנה הינו מושג חדש יחסית. מושג זה מופיע במשנה אלא שהכוונה לאתר הנמצא סמוך לביתו של אדם[28] או ברשות הרבים[29] אליו משליכים בעיקר צואת בהמות[30], צואת אדם[31], נבלות[32] בכמות מוגבלת[33]

---

27. חוקי מדינת ישראל מטילים אחריות זו על הרשות המקומית בשני חוקים שונים: האחד הוא סעיף 242 **לפקודת העיריות** המתייחס לכלל הנושאים הנוגעים לתפקודה של העיריה:
"בענין תברואה, בריאות הציבור ונוחותו, תעשה העיריה פעולות אלה: תנקוט אמצעים להסרת כל מטרד או למניעתו ותדאג לבדיקות שמטרתן לברר מה הם המטרדים הקיימים; תורה בדבר בדיקתם, הסדרתם, החזקתם, ניקוים והרקתם של ביבים, נקזים, בתי כסא, אסלות, בורות שופכין, מיפלשים, מזחילות, מירוצי מים, בורות אפר ואביזרים סניטריים; תתקין ותקיים במצב טוב, מזחראות, משתנות ובורות שופכין ציבוריים ותדאג שיהיו בנויים ומוחזקים באופן שלא יהוו מטרד או מפגע לבריאות; תמנע הצטברות של סחי ואשפה במקום ציבורי או פרטי במידה המהוה סכנה לבריאות הציבור ותנקוט אמצעים להסרת כל מטרד ציבורי הנובע מבור שופכין או נקז, בין פרטיים ובין ציבוריים, או מכל מקור אחר; תמנע הזדהמותם של זרמים, תעלות, מירוצי מים או בארות והנחת אשפה על גדות זרם, תעלה או מירוץ מים או על פי באר, העלולה לגרום להזדהמותם; תמנע שצינורות המיועדים לסילוק מי גשמים ישמשו לסילוק שפכין או סחי מבית כסא או מאסלה ותאסור התקנתם של נקזים אל ביב ציבורי שלא ברשות; תורה בדבר בדיקת בתים ובנינים כדי לברר את מצב הנקיון שלהם או לענין אחר ובדבר אמצעים להשמדת עכברושים, עכברים ושאר שרצים.... סמכויותיה של עיריה הן:... לדרוש מבעלי מקרקעין כי יבנו ביבים, נקזים, בתי כסא, בורות שופכין, מחראות או משתנות, ולדרוש מבעליהם או מן המחזיקים בהם לקיים ולשמור במצב נקי את המיתקנים כאמור לאחר שנבנו, להסדיר מכירת תוצרת ובעלי חיים ולפקח עליה, על ידי איסור מכירתם במקום שאיננו שוק ציבורי או בדרך אחרת; להסדיר הכנסתו של בשר קפוא לתחום העיריה ומכירתו ולפקח עליהן; להיכנס לכל בית או בנין, שיש עליהם חשד סביר שהם בלתי סניטריים, כדי לברר את מצב הנקיון בהם או לצורך אחר, ולהוציא צו למחזיק בהם, שבו יידרש לנקוט את האמצעים המפורשים בצו".
בנוסף קיים חוק ספציפי מן התקופה המנדטורית הנקרא **פקודת בריאות העם 1940** סעיפים 54-63 המפרט את סמכויותיה של הרשות המקומית למניעת מפגעים תברואתיים ברשות הרבים וברשות היחיד (חוק זה מעניק סמכות רבה ביותר לנציב העליון ולבאי כוחו בקביעת אורחות חייהם של התושבים בפלסטינה. עם הקמתה של מדינת ישראל הוחל גם על חוק זה עקרון הרציפות ומאז לא נחקק כל חוק חדש, למעט תיקונים קלים.
כמו כן, קיים חוק עזר אשר נחקק במרבית הרשויות המקומיות, **תברואה וסילוק מפגעים תשל"ב**, המסדיר אף הוא את סמכויותיה של הרשות המקומית בהצבת דרישות תברואתיות מהתושבים.
28. **חולין** יב ע"א.
29. **משנה עירובין** י, ז.
30. **תוספתא פסחים** ג, יח.
31. **ביצה** לו ע"ב.
32. **תוספתא חולין** ב, ה; **תוספתא טהרות** ט, יד.
33. כמות גדולה יותר של נבלות, הגורמת למפגע של ממש היתה מורחקת אל מחוץ לשטח

ופסולת אורגנית אחרת[34] עד אשר זו תהפוך לזבל[35] (מה שמכונה היום בשם "קומפוסט"). בנוסף לכך היו נוהגים להשליך לאשפה גם שברי כלי חרס[36], בגדים בלויים[37] או סתם שטרות ישנים[38]. כאשר האשפה היתה מוכנה לזיבול או מלאה יתר על המידה היה בעליה מפנה אותה[39] אולם הדבר לא היה מתרחש לעיתים קרובות[40].

השארת האשפה למשך זמן רב מדי, באופן שתהפוך למטרד לאחרים אסורה. לכן קובעת ההלכה כי את הנבלות יש לפנות הרחק מן העיר[41], ואת המלאכות הגורמות לזוהמה היוצרת מטרד סביבתי יש להרחיק מחברת בני אדם וכפי שפוסק הרמב"ם[42]:

> מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומן ויבואו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו והרי הן מצרין לחבירו בקולם וצפצופם או בדם שברגליהם שהן יושבין על האילנות ומלכלכין פירותיהם[43]... חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו היזק מחמתו, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו...

אשפה המוטלת מחוץ לבית מבלי שתפונה גורמת למטרד עבור כל השכנים ובני רשות הרבים, ולפיכך אסור להניחה שם, אלא על בעליה לפנותה למקום שלא תזיק את הרבים.

עם תופעת העיור, אשר ליותה את המהפכה התעשייתית, משק הבית הפרטי לא היה מסוגל עוד להתמודד עם הפסולת הביתית[44] והטיפול בה עבר לידי ההנהגה העירונית, קרי, העיריה. במקביל, עם העליה המתמדת ברמת החיים, עלתה מאד כמות האשפה לנפש והטיפול בה הפך להיות עיסוק מרכזי של העיריות ובעקבותיהן צעדו שאר הרשויות

העירוני בטווח ממנו לא יורגש עוד הריח בעיר, **בבא בתרא**, כה ע"א:"מרחיקין את הנבלות... מן העיר נ' אמה".

34. **תוספתא דמאי** ד, ד.
35. **משנה בבא מציעא** ה משנה ז; **משנה בבא בתרא** ה, ג, **משנה מעילה** ג, ו.
36. **תוספתא שבת** יד, ב; **שבת** קכד ע"ב.
37. **שבת** כט ע"א.
38. **ראש השנה** יח ע"ב; **גיטין** ג ע"ב.
39. **רש"י** בבא מציעא כה ע"ב.
40. **עירובין** ח ע"א; **רש"י** בבא מציעא כד ע"א.
41. **משנה בבא בתרא**, כה ע"א.
42. **רמב"ם** שכנים יא, ה.
43. הרמב"ם מוסיף כי אין הדבר נחשב לנזק עבור כל אחד אלא רק עבור מי שהוא "קפדן או חולה שצפצוף הזה מזיקו או שפירות שלו נפסדין לו בדם" אולם כיום אין מי שלא נגעל מריחן של ערימות אשפה הנערמות ברחוב ליד ביתו.
44. שינוי נוסף שהתרחש הוא שהוטל איסור גורף על השלכת פרש בהמות בחוצות הערים, מה שהיה מקובל למדי החל מימות יהושע בן נון ועד תקופת המשנה והגמרא וכפי ששנינו, **בבא קמא** ל ע"א: "בשעת הוצאת זבלים, אדם מוציא זבלו לרה"ר וצוברו כל שלשים יום, כדי שיהא נישוף ברגלי אדם וברגלי בהמה, שעל מנת כן הנחיל יהושע את הארץ!", נאסר לחלוטין על ידי השלטון המנדטורי בארץ ישראל, סעיף 57 **בפקודה לבריאות העם 1940**: "הנחת כל זבל, בין זבל בהמות, ובין זבל מינרלי או זבל צמחים או כל פרש בכל רחוב, או שפיכת מים או נוזל מכל בית לכל רחוב, תהא עבירה לפי פקודה זו".

המקומיות. שינוי זה גרם למחוקק האנגלי, ובעקבותיו למחוקק הישראלי, לקבוע כי האחריות על פינוי האשפה מוטלת על הרשות המקומית ולא על האזרח[45].

לעומת זאת, חקיקה ברוח ההלכה היתה קובעת כי היחיד הוא האחראי הבסיסי על הטיפול ברכושו, ובכלל זה באשפה אותה הוא מסלק מרשותו. אין זה אומר כמובן שעל היחיד לקחת את שקית הזבל בכל ערב ולפנותה לאתר אשפה המרוחק מן העיר, ובוודאי שבאופן פרקטי יותר הגיוני כי הדבר יעשה באופן מרוכז על ידי אנשים המתמחים בפעולה זו, והרשות המקומית, מכח אחריותה לשלום הציבור, תהיה זו שמפקחת ומוודאת כי פינוי האשפה נעשה באופן הנדרש. כמו כן אין מניעה כי הרשות המקומית תהיה הגוף השוכר פועלים או קבלנים אשר יטפלו בפינוי האשפה, לה תשלם באמצעות אגרה אותה תגבה מהתושבים. אגרה זו תיגבה על פי עקרון ההנאה[46] הקובע כי ככל שכמות האשפה גדולה יותר כך האגרה אותה נדרש התושב לשלם גדולה יותר, ולהפך.

כל עוד מדובר ביצירת כמות אשפה ממוצעת על ידי כל אחת מן המשפחות המתגוררות ברשות המקומית, הרי שאין משמעות מעשית לשאלה מי האחראי היסודי על פינוי האשפה, האזרח, המשלם לרשות המקומית עבור פינוי האשפה שלו, כפי שעולה ממקורות ההלכה, או הרשות המקומית, הגובה מהאזרח מס המשמש, בין השאר לפינוי האשפה, כפי שקובע המשפט המנדטורי. המחיר הנגבה מהתושבים עבור פינוי האשפה זהה בשני המקרים[47].

פער בין התפישות השונות בנוגע לאחריות על פינוי האשפה עשוי להווצר בו מספר תושבים (או בעלי עסקים) מייצרים כמות אשפה החורגת באופן ניכר מהכמות הממוצעת. אם נאמר כפי המקובל כי האחריות מוטלת באופן בסיסי על הרשות הרי שאין זה משנה מהי כמות הזבל אותו מייצר התושב – הרשות אחראית לפנותו, אולם אם נאמר כפי שעולה מהגמרא והראשונים כי האחריות מוטלת בראש ובראשונה על התושב, הרי שעקרון ההנאה מחייב כי מי שנהנה יותר משירות זה ישלם יותר ואם כן זכותה וחובתה של של הרשות לדרוש ממי שמייצרים כמות חריגה של אשפה לשלם אגרה נוספת על האשפה אותה הם מייצרים[48].

---

45. סעיף 242 ל**פקודת העיריות**: "בענין תברואה, בריאות הציבור ונוחותו, תעשה העיריה פעולות אלה: תורה בדבר פינוי סחי ואשפה מכל בית ותקבע את האגרות בעד פינוי כאמור...תתקין ותקיים במצב טוב ומותקן פחי אשפה ציבוריים ושאר כלי קיבול שמניחים ומאספים בהם אשפה ותדאג שיוחזקו באופן שלא יהוו מטרד או מפגע לבריאות...תמנע הצטברות של סחי ואשפה במקום ציבורי או פרטי במידה המהווה סכנה לבריאות הציבור". הפקודה מבחינה בין אשפה ברשות היחיד עבורה רשאית הרשות לדרוש אגרה, לאשפה שהוצאה לרשות הרבים, בה מחוייבת הרשות לטפל כחלק מתפקידה, ללא כל תוספת אגרה.
46. ראו לעיל ה, א.
47. הנחתנו היא כי כלל משקי הבית מייצרים את אותה כמות אשפה ומשלמים את אותו סכום ארנונה. הנחה זו אינה מדוייקת אולם יש להניח כי לפחות במרבית המקרים היא אינה רחוקה מן המציאות.
48. וראו בג"צ 1756/10 **עיריית חולון נ' שר הפנים** שקבע כי על אף שפינוי אשפה הינו שירות

לתפישה זו לפיה התושב הוא האחראי באופן בסיסי על פינוי האשפה עשויה להיות השלכה נוספת והיא היכולת להפוך את התשלום על האשפה ממס קבוע לאגרה הנגבית ביחס ישר לכמות האשפה אותה האדם משליך, שינוי אשר עשוי להוות תמריץ לתושבים לייצר פחות אשפה[49].

נקיון הרחובות

נקיון הרחובות נועד לשתי מטרות חשובות, האחת, מניעת הצטברות אשפה ברחובות העיר , העשויה למשוך בעלי חיים המפיצים מחלות, והשניה, שמירה על נויה של העיר. כמובן שמטרות שונות אלו מצדיקות אופני נקיון שונים, תדירות שונה ותקציב שונה. כפי שאמרנו לעיל חובתה של הרשות המקומית לדאוג למניעת מפגעים בטיחותיים מן התושבים. הנזק שעשוי להגיע לתושבים כתוצאה מהתגוללות אשפה ברחובות הערים גדולה לאין ערוך מהנזק עליו דיברו חז"ל בברייתא אותה הבאנו לעיל[50]:

> יוצאין לקווץ את הדרכים, ולתקן את הרחובות ואת האסטרטאות... ומנין שאם לא יצאו ועשו כל אלו, שכל דמים שנשפכו שם מעלה עליהם הכתוב כאילו הם שפכום? - תלמוד לומר והיה עליך דמים.

אי לכך ברור כי חובתה של הרשות המקומית לדאוג לנקיון בסיסי של רחובות הרשות[51].

בכל הנוגע לנקיון יסודי יותר של הרחובות מאבק, בוץ, עלים ופסולת יבשה ההלכה משאירה זו לשיקול דעתה של ההנהגה המקומית. אכן לא מצאנו חובה שכזו במקורות ההלכה אולם עיון נוסף מעלה כי בירושלים, היה הדבר נהוג וכך אומרת הגמרא[52]:

> אמר רב שמעיה בר זירא... שוקי ירושלים עשויין להתכבד בכל יום.

לדעת רש"י מטרת הנקיון היתה הסרת אבק מרחובות ירושלים בכדי לשמור על נויה של

שעל רשות מקומית לספק גם לבעלי העסקים ללא תשלום נוסף, רשאית הרשות המקומית להימנע מפינוי אשפה של בעלי עסקים ומפעלים המייצרים אשפה בכמות חריגה, אם הרשות המקומית תקבע קריטריונים ברורים בחוק העזר העירוני שיגדירו מהי כמות אשפה חריגה. בעקבות החלטה זו פרסם משרד הפנים (י"ב אלול תשע"ז ש"מ 19090-2017) תחשיב באמצעותו תוגדר כמות הפסולת העודפת בעבודה ניתן יהיה לגבות אגרה. למרות שקביעה זו מוגבלת בהגדרתה היא מהפכנית בתפישתה שכן הרשות המקומית הפכה להיות מאחראית על פינוי האשפה לספקית שירות בתמורה לאגרה, וכפי שעולה מן המקורות אותם הבאנו. וראה בהערה הבאה.

49. הדבר מקבל ביטוי מעשי בתחשיב אותו פרסם משרד הפנים הכולל מרכיב שנועד לעודד צמצום יצירת פסולת והגדלת היקף המחזור. מרכיב זה בלתי אפשרי אם רואים את הרשות כאחראית אולם הוא מתבקש אם רואים את הרשות כספקית שירות בתמורה לאגרה, מה שאכן מייצר תמריץ להקטנת היקף הפסולת. למעשה מבחינה חוקית הדבר קיים רק ביחס לאשפה עסקית אולם אין מניעה עקרונית להחיל זאת גם על האשפה הביתית.
50. **מועד קטן** ה ע"א.
51. וכך הונהג במכנאס שבמרוקו, **אוסף תקנות מכנאס**, נב, לנקות הזבל על מנת למנוע מחלות.
52. **פסחים** ז ע"א; **בבא מציעא** כו ע"א.

העיר[53] וזה נעשה באמצעות אנשים מיוחדים שזה היה תפקידם – מנקי רחובות העיר[54]. מדבריו למדנו שאין הבדל מהותי בין ירושלים ובין כל עיר אחרת, מלבד מרכזיותה וחשיבותה הציבורית[55], ובכל מקום אם בני העיר רוצים ברמת נקיון גבוהה יותר הדבר אפשרי ונמצא בסמכותה של ההנהגה המקומית[56] וכך נהוג כיום בכלל הרשויות המקומיות במדינת ישראל הדואגות לנקיון רחובות הערים הן בעצמן[57] הן באמצעות הטלת חובה על בעלי עסקים לנקות את הרחוב הסמוך אליהם[58], והן באמצעות הטלת איסור על השלכת לכלוך ברחוב[59].

רישוי עסקים

כאמור לעיל חובתה של הרשות המקומית למנוע פגיעה בבריאות הציבור ובאיכות חייו, גם כאשר הדבר נובע מפעולות אותן עושה האדם הפרטי ברשותו. אולם מהן גבולותיה של חובה זו? האם הרשות צריכה להתערב בכל פעולה אותה נוקט אדם ברשותו? מהו היקף הפגיעה המצדיק את התערבותה של הרשות? מהו עומק הפגיעה המצדיק התערבות זו? מהו הסיכון אותו רשאית הרשות לקחת בבואה להמנע מפיקוח על מפגע אפשרי? האם מבחינה מהותית יש מקום להעלות דרישה זו מבעלי עסקים יותר מכל תושב אחר?

התשובה לשאלות אלו נעוצה ככל הנראה באבחנה שבין נזק לרכוש ובין נזק לנפש וכן לאבחנה בין הלכות שכנים להלכות ציבור:

המשניות במסכת בבא בתרא[60] מתייחסות לנזקים סביבתיים אותם עשויים לייצר עסקים אותם מפעיל האדם ברשותו:

> לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו ולא רפת בקר...חנות שבחצר יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול

---

53. **רש"י** פסחים, שם "שווקי ירושלים עשויים להתכבד בכל יום מפני הטיט".
54. **רש"י** בבא מציעא, שם "שוקי ירושלים עשויין להתכבד בכל יום ואם נפלו שם (מעות) לפני הרגל כבר מצאום מכבדי השוק".
55. לדעת **התוספות** בבא מציעא, שם, ד"ה עשויין, ירושלים יחודית בכך שעשויה היא לאכול בה טהרות, במעשר שני וקדשים קלים ולפיכך נוצר צורך מיוחד בנקיון רחובותיה: "אין מתכבדות אלא בשביל שרצים שלא יטמאו הטהרות". לפי דבריהם אין מקור לכך שמותר להנהגת הציבור לגבות כסף מהציבור לצורך נקיון מדוקדק של הרחובות. אעפ"כ מסתבר שגם הנקיון לצורך אכילת טהרות אינו הכרחי אלא נועד להקל על אוכלי הטהרות, ותושבי ירושלים מעוניינים בכך, וממנו למדנו כי כאשר הציבור מעוניין ברמת נקיון מסוימת, אין זה משנה מהם מניעיו ועל ההנהגה לספק לו נקיון זה, ולגבות ממנו תשלום בגין שירות זה.
56. אכן מצאנו מקהילות ישראל שהנהיגו נקיון ציבורי ברחובות בהם ישבו היהודים, ואף מינו אנשים שיופקדו עליו. בפדואה שבאיטליה הונהג הדבר בשנת 1612, **פנקס פדואה** ב, רעט.
57. כך קובע סעיף 246 (6) ל**פקודת העיריות**: "תדאג לטאטואם וניקוים של רחובות שאינם רכוש הפרט".
58. חובה זו מוטלת במקרה בו מדובר בבית עסק כמבואר סעיף 249 (12א) לפקודת העיריות.
59. **חוק שמירת הנקיון** תשמ"ד (3).
60. **משנה בבא בתרא** ב, ג.

> היוצאין ...אינו יכול למחות בידו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הרחים ולא מקול התינוקות.

הגבלות אלו ניתנות לאכיפה אולם ברור כי הן אינן עניינן של הציבור אלא עניינו של הנפגע או הנפגעים מהפעלתו של העסק. בהמשך הפרק[61] עוסקת המשנה במקרים בהם לא מדובר בשכן נפגע אלא בציבור שלם שנפגע מפעילותו העסקית של היחיד:

> מרחיקין את האילן מן העיר עשרים וחמש אמה ובחרוב ובשקמה חמשים אמה...אם העיר קדמה קוצץ ואינו נותן דמים ואם האילן קדם קוצץ ונותן דמים... מרחיקין את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר חמשים אמה אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר רבי עקיבא אומר לכל רוח הוא עושה חוץ ממערבה ומרחיק חמשים אמה.

כפי שניתן לראות העקרון נשאר זהה והוא שחז"ל הטילו על האדם חובה לצמצם את מידת הנזק הנגרם בגין פעילותו בין אם הנפגע הוא אדם פרטי ובין אם הנפגע הוא הציבור כולו. יתר על כן מהמשנה[62] עולה כי מידת הזהירות הנדרשת מן האדם מגרימת פגיעה בציבור זהה למידת הזהירות הנדרשת ממנו מגרימת פגיעה לאדם פרטי:

> מרחיקין גורן קבוע מן העיר חמשים אמה. לא יעשה אדם גורן קבוע בתוך שלו אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח.

המשותף לכל המקרים הללו הוא שהפעילות אותה מקיים האדם ברשותו גורמת לפגיעה ממונית ברשותו של שכנו או ברשות הרבים, מה שמצדיק את הדרישה להפסקתה של הפעילות. לכאורה מכלל הן עלינו להסיק לאו ולומר כי כל עוד האדם אינו חורג מרשותו, והנזק אינו עשוי לחרוג מרשותו, אזי גם אם לבאים בתחומו עשוי להגרם נזק אין כל הצדקה להתערבות מצידו של איש.

אלא שמצאנו שתי חריגות לעקרון זה, אשר בכל אחת מהן עומדת לציבור הזכות והחובה לפעול גם כאשר מדובר בפעילות הנעשית ברשותו הפרטית של גורם הנזק:

האחת, אותה ראינו לעיל בדין הכותל הרעוע והיא מקרה בו קיים מפגע אשר עשוי להוות סכנת חיים לציבור. במקרה זה גם אם הסכנה נמצאת ברשות היחיד מוטלת המחויבות על הציבור להתריע בפניה ולמנוע אותה במידת יכולתם וכפי שפסק הרמב"ם[63]: "אם היו רעועין בית דין קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל", ואם לא עשו כן עומדים לנגד עיניהם דברי חז"ל הנזכרים לעיל "ומנין שאם לא יצאו ועשו כל אלו, שכל דמים שנשפכו שם מעלה עליהם הכתוב כאילו הם שפכום? - תלמוד לומר והיה עליך דמים". הברייתא אינה עושה אבחנה בין כותל הנמצא בסמוך לרשות הרבים העשוי לפגוע ברבים ההולכים לדרכם ובין כותל הנמצא ברשות היחיד במקום בו הציבור רשאי להכנס. כל מקום בו יש סכנה, מחוייב האדם למונעה, ואם הסכנה מאיימת על הציבור, מחוייבת הנהגת הציבור למונעה.

---

61. **משנה בבא בתרא** ב, ז,ט.
62. **משנה בבא בתרא** ב, ח.
63. **רמב"ם** נזקי ממון יג, יט.

השניה, נוגעת למפגעים ממוניים הנובעים מנותני שירות בלתי מקצועיים בפניהם המעמידים את שירותיהם לכלל הציבור בפניהם מציבה ההלכה רף גבוה יותר. מקור הדברים בגמרא במסכת בבא מציעא[64]:

> אמר רבא: מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא, וספר מתא - כולן כמותרין ועומדין דמי. כללא דמילתא: כל פסידא דלא הדר - כמותרין ועומדין דמי.

מרבית הראשונים לומדים מסוגיא זו היא כי ניתן לפטר עובד שפשע ופעל באופן שגרם נזק למעסיקו, גם באמצע תקופת העסקתו, ובלבד שבעל הבית התרה בעובד על רשלנותו[65] והוכח כי זה המשיך לפעול באופן שגורם נזק לבעל הבית, אלא שיוצאות מן הכלל מלאכות בהן הנזק בלתי הפיך בהן ניתן לפטר את העובד גם ללא התראה, ובלבד שמדובר בדפוס פעילות החוזר על עצמו[66].

לעומתם סבור הרמב"ם[67] כי כל הסוגיא שהובאה לעיל עוסקת רק בעובדי ציבור:

> הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד, וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקיז דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד או למד בטעות, וכל כיוצא באלו האומנים שאי אפשר שיחזירו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותן בלא התראה שהן כמותרין ועומדין עד שישתדלו במלאכתן הואיל והעמידו אותן הצבור עליהם.
>
> השגת הראב"ד: א"א וכן נמי אם שתלא דיחיד עכ"ל.

הנצי"ב[68] סבור כי לדעת הרמב"ם הנושא הנידון בסוגיא אינו הפיטורין אלא רשיון העיסוק וההבחנה המדיוקת אינה בין עובד המועסק על ידי הציבור לבין עובד המועסק על ידי

---

64. **בבא מציעא** קט ע"א. תרגום: רוניא היה השתלן של רבינא. כשגרם לו הפסד פיטרו. בא ותבעו לפני רבא ואמר לו: ראה מה עשה לי! אמר לו: טוב עשה. אמר לו: והרי לא התרה בי. אמר לו: לא היה צריך להתרות, שכן מלמד התינוקות, שתלן שוחט מקיז דם וס(ו)פר העיר נחשבים כמותרים ועומדים ובכלל כל עבודה שההפסד שנוצר בגינה אינו ניתן לתיקון אינה צריכה התראה.
65. כך כותב **המרדכי** בא מציעא, שמג; **רמ"א** חו"מ שלג, ה, ביחס למלמד "וכל המשנה ידו על התחתונה ומעברינן ליה", ומביא **הגר"א**, שם, לב, כי הדבר נלמד מסוגיא זו. אכן דברים אלו נאמרו ביחס למלמד שעובד במלאכה בה טעות הינה "פסידא דלא הדר" אולם הגמרא עושה הבחנה זו רק לענין התראה משמע שמלבד זאת אין לדבר משמעות, ובכל מלאכה ניתן לפטר את העובד אחרי התראה. כך מסיק להלכה גם **בפתחי חושן** שכירות י, ט.
66. כך כותב הראב"ד בהשגות על הרמב"ם, דלהלן, הובא **ברשב"א** בבא מציעא, קט ע"א, **ובמגיד משנה** שכירות י, ז. לדעת **הנימוקי יוסף** בבא מציעא, סו ע"א מדפי הרי"ף, לכך הסכימו הרשב"א הר"ן: "התראה הוא דלא צרוכי אלא מיהא בעינן חזקה דעד שיהו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו". הנימוקי יוסף מוכיח את הצורך בחזרה מהעובדה שאפילו בהמה המזיקה את הרבים אין מסלקין אותה עד שתזיק שלש פעמים, **בבא קמא** כג ע"ב. כדעתם פסק גם **הרמ"א** חו"מ שו, ח: "וי"א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו".
67. **רמב"ם** שכירות י, ז; **שולחן ערוך** חו"מ שו ח, וראו **ב"ח** חו"מ שו, י.
68. נצי"ב **העמק שאלה** קמב, ה.

אדם פרטי אלא בין עובד המספק שירות לכלל הציבור ובין עובד המספק שירות לאנשים פרטיים:

> אפילו לא היה מושכר לרבים אלא שהיה מוחזק בעיר לסופר ולבלן, מקרי שהוא של רבים, משום שהוא מוחזק לרבים יש לבי"ד להשגיח עליו שלא יזיק לאחרים[69], ואם הוא מפסיד לאיזה יחיד בי"ד או הציבור מסלקין אותו שלא ישמש עוד בעיר לאותה אומנות.

למסקנה דומה ראשונים נוספים הסבורים גם הם כי אנשים אשר עיסוקם מחייב הסמכה כלשהי אשר פעלו באופן הגורם לנזק עשויים לאבד את הסמכתם לעסוק במלאכה זו עד שיוכיחו מחדש את יכולתם לעסוק בכך[70].

מדברים אלו ניתן להגיע למסקנה כי כל אדם הפותח עסק הנותן שירות קלוקל לציבור אשר עשוי לגרום לפגיעה ממונית במקבלי השירות, נחשב הדבר כפגיעה בציבור שעל נציגי הציבור להתערב בה ולמונעה, וזאת על אף שהשירות ניתן ברשות היחיד של נותן השירות.

שעור הסיכון כפרמטר לרישוי העסק

כאשר אנו באים לבחון מהם הסטנדרטים לפיהם אמור הציבור לפקח על עסקים מהם הציבור עשוי להפגע, עלינו להבחין בין רמת פיקוח מינמלית אותה ההלכה מחייבת ובהעדרה אין מנהיגי הציבור יוצאים ידי חובתם בשמירה על שלום הציבור, ובין רמת פיקוח אותה ההלכה מאפשרת למנהיגי הציבור לדרוש מבעלי העסקים.

בנוגע לרמה המינמלית נראה מהמקורות שבידינו כי ההלכה דורשת ממנהיגי הציבור למנוע נזקים אשר הסתברותם גבוהה ביותר. הדבר עולה מן הדוגמאות אותם מצאנו לפיקוח של הציבור שהן בור ברחוב[71] וכותל רעוע[72]. תקלות אלו הינן תקלות אשר יגרמו לנזק באופן ודאי ואם לא נמנע אותן הרי זו שאלה של זמן עד הרגע בו יתרחש האסון.

---

69. למסקנה שונה הגיע הרב רועי ז"ק **כתר יא** עמוד 499, אולם אין הדבר נובע אלא מהערכתו כי רשוי שכזה אינו יעיל ואף גורם לנזק אולם העולם כולו סבור אחרת ופוק חזי מאי עמא דבר.
70. כך כותב לדוגמא הראב"ד הנזכר לעיל, שסילוקו של העובד שפשע אינו קשור כלל לשאלת קיומם של יחסי עובד ומעביד בין הצדדים שכן גם כאשר מדובר באדם שעושה פעולות בחינם "קנסינן ליה ולא עביד לא בחנם ולא בשכר". וראו **ריטב"א** בבא בתרא, כא ע"ב, שגם במקום בו מדובר בהפסד שניתן לתבעו "אין בני העיר רוצים שיקלקלו וישתלמו מהם". כמו כן יכול העובד לאבד את הסמכתו זו גם מבלי שיפשע בפועל, וזאת אם הוכח כי אין לו את הכישורים הנדרשים לשם כך. כך כותב **שו"ת הרשב"א** א, ריח, ביחס לשוחט: "ראובן שהיה ממונה על השחיטה ועל הבדיקה. ולאחר זמן בדקוהו אם יודע הלכות שחיטה אם לאו. ונמצא שאינו יודע... ברור הוא זה שראובן זה אין אוכלין משחיטתו". באופן דומה כתב **החזון אי"ש** בבא קמא, כג, ב, ד"ה והא, שהמנגנון של ההתראה והסילוק משמעותי גם לענין הפסקת עבודתו של העובד באמצע תקופת העסקתו, וגם לענין ביטול הרשיון לעסוק באותה המלאכה: "דזהו מצוה על כל פרנסי ציבור לסלקו לטובת הציבור ולהמנות את ההגון והישר...".
71. **מועד קטן** ה ע"א.
72. **בבא מציעא** קיז ע"ב. בפוסקים מבואר כי כותל רעוע הינו כותל שיפול בזמן הקרוב, אולי

הגדרת רמה מינימלית של פיקוח הכרחי אינה מחייבת אותנו להסתפק ברמה שכזו. בהחלט מסתבר כי אם הציבור מעוניין כי ישמרו על שלומו ברמה גבוהה יותר הוא רשאית הנהגתו לעשות זאת ולתקן תקנות אשר ידרשו מבעלי העסקים להמנע מיצירת נזקים אפשריים, גם אם הוודאות להווצרותם או לפגיעה מהם אינן מוחלטת[73].

אלא שכאן תעלה השאלה מהו הגבול? כאשר אנו מגיעים לענות על שאלה זו עלינו לשקול בין שני ערכים העומדים על כפות המאזנים, האחד שלום הציבור והשני זכותו של הפרט לעשות ברכושו ולהתפרנס כרצונו. שמירה על שלום הציבור באופן מוחלט וכערך בלעדי תוביל להטלת פיקוח שאינו מוכן לקחת כל סיכון, זעיר ככל שיהיה, עד לרמה שנוכל לומר בוודאות כי לא קיים כל סיכוי לכך שהציבור יפגע במידה כלשהי. הדרישות אותן יציב הציבור בפני בעל העסק יהיו דרישות אשר בקיומן לא תיתכן כל פגיעה בנפש לאיש[74] אולם המחיר שלהן עבור בעל העסק יהיה גבוה ביותר, עד שיהפוך את ההשקעה בעסק לבלתי משתלמת כלכלית וימנע לחלוטין את פתיחתו של העסק[75]. מאידך, עמידה על זכותו של הפרט להתפרנס כרצונו, המתעלמת מהערך של שמירה על שלום הציבור עשויה להוביל לאסונות עליהם ישלמו אנשים בחייהם ובבריאותם.

תהיה זו יומרה גדולה לקבוע כי במקורות ההלכה קיימת תשובה ברורה לשאלה מהי נקודת האיזון המדוייקת בין הערכים השונים בכל מקרה ומקרה, אולם נראה כי ניתן ללמוד מההלכה שנקודת האיזון חייבת להמצא בתווך שבין שני הקצוות. הדבר נלמד מתחום קרוב לנושא שלנו והוא תחום הרחקת נזיקין:

אפילו ברוח מצויה, **תוספות** בבא קמא, נה ע"ב, ד"ה אילימא, ובכל רגע האדם מצפה לנפילתו, **רשב"א** עירובין לד ע"ב, ד"ה נוטל, ולמעשה עומד הוא ליהרס תוך יום יומיים, **תוספות תלמיד רבנו תם**, בבא קמא ל ע"א, ד"ה לא שנו.

73. כפי שכתבנו לעיל, הרשות בוודאי רשאית גם שלא לעשות כן ולהסתפק ברמה המינמלית, ובכל מקרה לא תתחייב בנזק שנוצר בגין החלטתה זו.

74. לדוגמא, מחלק מדרישות שירותי הכבאות נראה כי ההנחה העומדת ביסודן היא כי כל התקלות העשויות להתרחש, אכן יתרחשו. לדוגמא, בחלק מהמפעלים קיימות דרישות הן ליכולת אספקת לחץ מספיק של מים, גם במקרים של הפסקת מים עירונית, כזו המתרחשת אחת לכמה שנים, המתבטאת בחובת הקמת מאגר מים בבעלות פרטית של המפעל אשר ישמש לכיבוי אש במפעל לכשתפרוץ. כמו כן חלק מדרישות שירותי הבריאות נראות ארכאיות, דוגמטיות ואינן תואמות למציאות. לדוגמא: גם עסק קטן מאד מחוייב במטבח בשטח וגובה מינימלי, ובשטחי מחסנים מוגזמים לצרכיו במספר חדרי שירותים, בהפרדות מבניות בתוך עסקים זעירים ועוד.

75. לחילופין עשוי להתפתח "שוק שחור" של עסקים הפועלים ללא רשיון ובלי כל פיקוח, אפילו לא פיקוח מינמלי. זהו המצב במדינת ישראל כיום. על פי מחקר שנעשה לפני מספר שנים עבור האגף לרישוי עסקים במשרד הפנים, שעור העסקים האמורים לפעול עם רשיון עסק, ואינם מחזיקים ברשיון עמד על יותר משליש מכלל העסקים הטעונים אישור. על פי המחקר הנ"ל 33% מכלל העסקים שאינם מאושרים לא יכולים לעשות זאת בשל העובדה שלעסק אין אישור משירותי הכבאות, ו20% מכלל העסקים שאינם מאושרים לא יכולים לעשות זאת בשל העובדה שלעסק אין אישור ממשרד הבריאות.

המשנה במסכת בבא קמא[76] מביאה מחלוקת תנאים בשאלה מהו האם חכמים קבעו טווח בטיחות קבוע לשימוש באש שאם אדם נקט בו, ובכל זאת השריפה עברה לרשותו של חבירו יהיה פטור מאחריות על נזקי האש אותה הצית או שמא טווח הבטיחות הנדרש צריך להבחן בכל מקרה ומקרה לגופו:

> מתני'. המדליק בתוך שלו, עד כמה תעבור הדליקה? רבי אלעזר בן עזריה אומר: רואין אותו כאילו הוא באמצע בית כור, רביע אליעזר אומר: ט"ז אמות כדרך רשות הרבים, רבי עקיבא אומר: חמשים אמה, רבי שמעון אומר: שלם ישלם המבעיר את הבערה - הכל לפי הדליקה.

בגמרא מבואר כי כוונת רבי שמעון, שהלכה נפסקה כמותו, לומר כי ישנו טווח בטיחות אשר אם האדם נקט בו נפטר הוא מתשלום על הנזק אם נגרם אלא שטווח זה לא הוגדר באופן קטגורי ביחס לכל סוגי השריפות אלא יש להגדירו ביחס לכל שריפה בפני עצמו ו"הכל לפי גובה הדליקה". אך על כל פנים אם הרחיק כראוי לדליקה ובכל זאת נגרם נזק יוגדר הדבר כאונס והאדם יהיה פטור מתשלום, וכך פוסק הרמב"ם להלכה[77]:

> הדליק בתוך רשותו צריך להרחיק מסוף המצר כדי שלא תעבור הדליקה לשדה חבירו, וכמה שיעור ההרחקה הכל לפי גבהה של דליקה, ואם לא הרחיק כראוי ועברה האש והזיקה חייב לשלם נזק שלם, הרחיק כראוי ועברה והזיקה פטור שזו מכה בידי שמים היא.

נמצאנו למדים כי טווח הבטיחות אותו קבעו חכמים, בין אם היו אלו חז"ל כדעת חכמים ובין אם אלו מומחים מקומיים כדעת רבי שמעון, אינו אמור לכלול את כל המקרים האפשריים שבעולם אלא את המקרים השכיחים בלבד, ואילו למקרים נדירים, אין הוא אמור לחשוש ורשאי הוא להתעלם מאפשרות התרחשום וגם אם התרחשו הם אינם באחריותו.

הוכחה נוספת לעמדה זו, המתייחסת באופן ספציפי למתח שבין הצורך להמנע מגרימת נזק ובין הרצון למצות את זכותו של האדם להשתמש ברכושו ולהתפרנס כרצונו, מופיעה בהלכות שכנים. ההלכה דורשת מאדם להמנע מעשיית פעולות ברשותו שלו על מנת להמנע מפגיעה בשכנו, או ביכולתו לעשות פעולות כאלו ואחרות ברשותו[78].

חכמים קבעו שיעורים שונים להרחקה של כל שימוש ושימוש משטח חברו. אולם מטבע הדברים לא כיסו הנחיות חכמים את כל השימושים האפשריים אותם השאירו לחכמי כל דור ודור אשר יפעלו לפי שיקול דעתם תוך התייעצות עם גורמים מקצועיים הבקיאים בנושאים אלו. כך כותב הרא"ש[79]:

> וכך היתה מדת חכמים שבדבר שידוע המדה והשיעור עד היכן ראוי להזיק נתנו המדה והשיעור והיכא שאינו ידוע נתנו עד בכדי שלא יזיק. כדתנן (בבא בתרא כד:) ומרחיק

---

76. **בבא קמא** סא ע"ב.
77. **רמב"ם** נזקי ממון יד, ב; **שולחן ערוך** חו"מ תיח, ג.
78. סוגיית הרחקת נזיקין נידונה בפרק השני במסכת בבא בתרא.
79. **שו"ת הרא"ש** ק , ד.

מנטיעות של חבירו ומנירו בכדי שלא יזיק, ורמזו בזה שאין לאדם לעשות בתוך שלו דבר המזיק לחברו אפילו הרחיק כמה וכמה. וכן כתב רב מתתיהו גאון בתשובה אחת באחד שחפר בית הכסא סמוך לבאר חברו והצריכו להרחיק חמישים אמה עד כדי שלא יזיק ויפסיד מי בורו של חברו.

דברים אלו נפסקו להלכה ברמ"א[80]:

וכל היזקות שלא נתבארו שיעור הרחקתן, בכדי שלא יזיק לפי ראות הבקיאין.

במקרה בו האדם הרחיק את המרחק אותו קבעו חכמים או המומחים שעמדו בדורו ובכל זאת התרחש נזק נחלקו התנאים במשנה[81]:

לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית - אלא אם כן יש על גביו גובה ארבע אמות. היה מעמידו בעלייה, צריך שיהא תחתיו מעזיבה שלשה טפחים, ובכירה - טפח; ואם הזיק - משלם מה שהזיק. ר' שמעון אומר: לא אמרו כל השיעורין האלו, אלא שאם הזיק - פטור מלשלם. .

המשנה מחייבת אם כן מרחק מינמלי בין תנור ובין התקרה שמעליו ומתחתיו אולם לדעת חכמים אשר נפסקה להלכה[82] אין הדבר פוטר את האדם מתשלום אם התרחשה שריפה, וזאת על אף שעמד בדרישות "התקן" אותו קבעו חכמים. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר, נפקא מינה ליכולת ללמוד ממקרה זה לשאר הפעילויות אותן יש להרחיק על מנת למנוע נזק מן השכנים:

לדעת בעל העיטור[83] חובת תשלום זו אינה יחודית לתנור ומדין התנור עלינו ללמוד לשאר הנזקים:

אם הזיק משלם מה שהזיק ומסתבר אכולהו שיעורי דתני עד הכא קאי ומשום דנורא מינכרא לכולי עלמא, וריע נזקיה, הוא דתנא הכא, אבל נזקין דעלמא לא ידיעי נזקייהו. אבל ידועי נזקייהו ומינכרא מילתא לדייני חייב דממונא דידיה אזיק וכיון שלא נתנו חכמים רשות והזיק חייב דכי פליגי ברשות אבל שלא ברשות דברי הכל חייב.

כלומר חובת ההרחקה מטרתה למנוע נזק וטירחא מהניזק ולהפחיתם למינימום הכרחי אולם גם אם המזיק הרחיק כראוי, ועמד בכל דרישות "התקן" אם בכל אופן נגרם נזק – חייב הוא לשאת בתוצאות. לעומתו סבור הרי"ף[84] כי דין תנור יחודי:

גבי תנור כיון דתדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני אי איכא היזקא לחבירו נסליק היזקא וכיון דלא עביד הכי פושע הוא ולפיכך חייב תדע דהא רבנן פליגי עליה דר' שמעון בתנור דקא יהיב שיעור לפטור והכא אינהו גופייהו קא יהבי שיעורא לפטור.

---

80. **רמ"א** חו"מ קנה, כ.
81. **בבא בתרא** כ ע"ב.
82. **רמב"ם** שכנים ט, יא; **שולחן ערוך** חו"מ קנה, לג.
83. **העיטור** מ, מחאה, נג ע"ב, הובא **בטור** חו"מ קנה.
84. **רי"ף** בבא קמא כה ע"ב; **שולחן ערוך** חו"מ קנה, א, על פי **נתיבות המשפט** שם, יז.

לדעת הרי"ף הפעלת אש באופן תדיר בתוך הבית מחייבת ביקורת שוטפת לפני כל הפעלה האם גובה הלהבות תואם את עובי הרצפה עליו הוא ממוקם ואת המרחק הקיים בין התנור ובין השכן מלמעלה, ובהעדר ביקורת שכזו חייבו חכמים את האדם בתשלום הנזק. מדבריו מסיק הנתיבות[85] כי בשאר התשמישים העשויים לגרום לנזק אצל השכן, הסתפקו חכמים בקביעת מרחק מסויים, ומעבר לו, גם אם נגרם נזק האדם פטור מתשלום. את סיבת הפטור מבאר הנתיבות בדברים הבאים:

> ד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.

כלומר במתח שבין הצורך להמנע מלהזיק ובין הרצון לאפשר לאדם למצות את זכותו להשתמש ברכושו ולהתפרנס כרצונו קבעו חכמים כי אין להכריע באופן מוחלט לטובת ההמנעות מגרימת נזק ויש לאפשר לאדם להשתמש ברכושו תוך נקיטת אמצעי זהירות מוגבלים, מתוך ידיעה כי יתכנו מקרים בהם אמצעים אלו לא יועילו ובכל זאת הגורם לנזק יפטר מתשלום רק בשל העובדה שהנזק נוצר כתוצאה משימושו השוטף ברכושו.

דוגמא נוספת להכרעה של לטובת הערך של זכות הפרט להשתמש ברכושו על חשבון הערך של המנעות מגרימת נזק או מטרד לשכנים[86] מופיעה בדברי רבי אהרן אביוב[87] המתייחס לדרישת אחד השכנים שחברו יסלק מרשותו חביות צבע הגורמות לריח רע:

> דבר זה רוב פרנסתנו תלויה בו ואי אפשר בלאו הכי ואי אתה בא לסלקן לא שבקת חיי לכל בריה.

כך כותב גם החתם סופר[88] כאשר מפאת הצורך להתפרנס התיר קיומם של עסקים, גם במקומות בהם על פי דינא דגמרא עמדה לשכנים הנפגעים הזכות למנוע אותם (במקום שכן הוא המנהג):

> תמהון בעיני העולם שיוכל אחד לעכב על חבירו בעשיית פרנסה למכור משקים בביתו ואם זה יזכה בטענתו למחות ביד העליון יהיו רבים שימחו לבעל שטח העליון שלא למכור אף יין... ואפשר שנשתנה הדבר שלא נהגו למחות ע"י אורך הגלות בעו"ה שנתמעטו הדיורים לבני עמינו ואם ימחה אחד בחברו בענינים כאלה יצטרך לבריות ח"ו אם אין לו במה להתפרנס וכד"א במקום שהלכה רופפת בידך הלך אחר המנהג.

---

85. **נתיבות המשפט** קנה, יז-יח.
86. יוער כי במקרים הבאים לא מדובר על שימוש ברכוש באופן שעלול לגרום לסכנת חיים אלא רק ליצירת מטרד לשכנים או לסביבה.
87. מובא ב**שו"ת מהרשד"ם** חו"מ, תסב, שהסכים לדעתו וכתב שכך המנהג וכך הורה גם מורו ורבו רבי יוסף טאיטצק והמהר"י ן' לב. (רבי אהרן אביוב, יוון המאה ה-16, בעל "שמן המור" על מגילת אסתר).
88. **שו"ת חתם סופר** חו"מ, צב.

כלומר, הערך אותו ראו הפוסקים במימוש זכותו של האדם להתפרנס, גובר לדעתם על חובתו למנוע נזק משכניו, אם לדעתם שלילת זכות זו מאדם פרטי עשויה להוות תקדים לשלילת זכותם של רבים אחרים להתפרנס באופן דומה[89].

מכלל המקורות אותו הבאנו עולה איפה כי הציבור חייב לפקח ולמנוע מקרים בהם הנזק שיגיע לציבור הינו ודאי ואינו אלא שאלה של זמן. יתר על כן, הציבור רשאי לקבוע קריטריונים אשר תכליתם מניעת גרימת נזק לציבור ובלבד שקריטריונים אלו לא יבקשו למנוע נזקים אשר עשויים להתרחש רק לעיתים נדירות וכמו כן הקריטריונים יאזנו בין זכותו של האדם להתפרנס ובין רצונו של הציבור להמנע מנזקים.

רישוי עסקים במדינת ישראל – מצב חוקי והלכתי

החוק במדינת ישראל מחייב כל[90] בית עסק בקבלת רשיון עסק על ידי הרשות המקומית[91]. אולם המציאות תמונת המצב שונה: בעלי עסקים רבים אינם מחזיקים ברשיון עסק, מסיבות שונות. במרבית העסקים הסיבה לכך היא אי עמידה בחוקי התכנון והבניה[92], בדרישות שירותי הכבאות בדרישות משרד הבריאות[93] או בדרישות המשטרה[94], וזאת בנוסף לבעיות הבירוקרטיות הקיימות בקבלת אישורים ממספר רב של גורמים[95].

---

89. לכן אין להקשות על פסיקות אלו מהדברים אותם הבאנו לעיל לפיהם הציבור נדרש לשלול מאדם הנותן שירותים לציבור להתפרנס ממלאכתו אם לדעתם הוא פועל באופן רשלני הגורם נזק לציבור, שכן קביעת קריטריונים לפיהם מי שבעבודתו הרשלנית גורם נזק לא יוכל לעבוד בעבודה מסויימת אינה פוגעת בזכותו של הציבור להתפרנס בכלל או מעבודה זו בפרט אלא רק בזכותו של היחיד להתפרנס מעבודה כאשר מוכח שהיא עצמה גורמת נזק.
90. לאחרונה התקבל תיקון לחוק לפיו סוגי עסקים מסויימים יהיו פטורים מחובת רישוי כלל.
91. החוק המסדיר נושא זה נקרא **חוק רישוי עסקים תשכ"ח**. החוק נועד להבטיח 7 מטרות (המוגדרות בסעיף 1 לחוק זה): הבטחת האיכות הנאותה של הסביבה, מניעת סכנות לשלום הציבור, בטיחות של הנמצאים במקום העסק ומניעת סכנת הידבקות ומחלות בעלי חיים, הבטחת בריאות הציבור, הבטחת קיום הדינים הנוגעים לתכנון ולבניה ולשרותי הכבאות.
92. על פי המחקר הנזכר בהערה לעיל 25% מכלל העסקים שאינם מאושרים לא יכולים לעשות זאת בשל העובדה שלמבנה בו הם פועלים אין אישור בניה. בחלק מהמקרים מדובר בחריגות בניה בחלק בבקשות לשימוש חריג ובחלק מהמקרים מדובר בשימוש שאינו חקלאי בקרקע חקלאית שלא ניתן להסדרה ברשות מקרקעי ישראל.
93. על פי המחקר הנ"ל בחלק מהמקרים מדובר בדרישות מוגזמות וארכאיות שלא עודכנו מזה עשרות שנים, ראו בדוגמאות המובאות שם.
94. על פי המחקר הנ"ל 10% מכלל העסקים שאינם מאושרים לא יכולים לעשות זאת בשל העובדה שלעסק אין אישור ממשטרת ישראל. האישור נדרש על מנת לוודא קיומם של אמצעי בטיחות ומילוט בעסקים הומי אדם ואמצעי אבטחה בעסקים המהווים פיתוי בתחום הפלילי.
95. החוק מסמיך את הרשות המקומית להעניק ולנהל את מתן הרשיון לעסק אלא שמתן הרשיון תלוי בהסכמתן של מספר רב של רשויות ארציות ובהן: המשרד לאיכות הסביבה, משרד הבריאות, משרד העבודה (התמ"ת), משטרת ישראל, הרשות לכיבוי והצלה, משרד התמ"ת, משרד התחבורה משרד החקלאות ועוד (לפי הענין).

כפי שראינו לעיל עצם הצורך במתן רשיון לעסק עולה בקנה אחד עם דרישתה של ההלכה מהנהגת הציבור לפעול למניעת קיומם של נזקים מהם הציבור עשוי להפגע באופן ודאי. יתר על כן ראינו כי זכותו של הציבור לתקן תקנות המונעות ממנו נזקים, גם על חשבון זכותו של האדם להתפרנס כרצונו.

חלק מן הקריטריונים אותן קובעות הרשויות השונות מממשת המדינה את דרישתה של ההלכה למנוע מהציבור סכנות אשר אלמלי קיומם תהיה הסכנה לשלום הציבור ובריאותו קרובה לודאי[96] אולם מרביתן שייכות להגדרה השניה, קרי, דרישות אשר התעלמות מהן לא תוביל לפגיעה ודאית בשלום הציבור ובבריאותו, אך בהחלט תעלה את הסיכון להווצרותו בעתיד[97] במידה גדולה או קטנה של סבירות[98]. כפי שראינו לעיל כאשר הרשות מציבה דרישות מסוג זה מבעלי העסקים עליה לשקול את מידת מידתיותן ועד כמה הן מתחשבות ברצונו של הציבור להקים עסקים ולהתפרנס מהם[99].

יש להוסיף ולומר כי חלק ניכר מן הדרישות אינו עונה לאף אחד מקריטריונים אלו. הדרישות לקיומו של היתר בניה, אישור לשימוש חורג או שינוי יעוד של קרקע, אינן קשורות כלל למידת הנזק אשר עלולה להווצר מפעילותו של העסק. זהו ניצול אותו מנצלות הרשויות את יכולתן שלא לאשר את העסק על מנת לאכוף את חוקי התכנון והבניה[100].

---

96. לדוגמא, כך ניתן להבין את דרישות משרד הבריאות לשמירת הגינה ברמה אלמנטרית או אחסון מזון בטמפרטורה מסויימת שכן המנעות מקיומן הקפדני של דרישות אלו יביא בהכרח להרעלת מזון אשר תפגע בבריאות הציבור.
97. לדוגמא, כמעט כל דרישות כיבוי האש עונות להגדרה זו. הן לא נועדו למנוע התפרצותה של שריפה אלא לאפשר את זיהויה, כיבויה וחילוץ אנשים מתוכה אם תתרחש. אי לכך התעלמות מהן לא תוביל לפריצתה של שריפה אך בהחלט תעלה את הסיכון לפגיעה אם זו תפרוץ. דוגמא נוספת, דרישות המשטרה למיגונם של בתי עסק המהווים פרצה הקוראת לגנב, אשר נועדו להוריד את רמת הפשיעה, או דרישותיה להצבת סדרנים ושומרים במקומות הומי אדם, אשר נועדו להתמודד עם פושעים או המולה מסוכנת אם זו תיווצר.
98. כפי שראינו במספר מקומות לעיל קיים הבדל יסודי בין ההלכה ובין חוקי מדינת ישראל. אלו מחייבים את האדם, על עצם רשלנותו, ולפיכך בתי המשפט נוטים לחייב את הרשויות בנזקים אשר נגרמו כתוצאה מליקויים שהיו באחריות אנשים פרטיים, רק בשל העובדה שהרשות לא הפעילה את סמכותה לחייב את אותם אנשים לתקן את התקלות שברשותם. לכך מצטרפת פסיקת בתי המשפט בענין השריפה בסופרמרקט "חביב" אשר האשימה מפקחים מטעם כיבוי האש בגרימת מות ברשלנות בגין העובדה שלא פיקחו כראוי על מידת הבטיחות במקום. במחקר הנזכר לעיל מודות רשויות הכיבוי כי מצב משפטי זה גרם להן להמנע מכל סיכון תהיה הסתברותו נמוכה אשר תהיה ובלבד שלא ישאו הם בתוצאותיו המשפטיות. שינוי המצב המשפטי, והתאמתו להלכה עשוי להסיר מהרשויות את אימת העונש ולאפשר להן לקבוע באופן שקול מפני אלו נזקים עליהן להגן ומפני אלו נזקים להשאיר לבעל העסק את ההחלטה האם להשקיע בהגנת העסק או בפיתוחו, שלא לומר פתיחתו.
99. כפי שהערנו לעיל מכל המחקרים אשר נעשו בנושא עולה כי המצב החוקי נכון להיום אינו מעניק משקל מספיק לצורך זה. אם כי בשנים האחרונות נעשים תיקונים בחוק ברוח זו (כגון תיקון 34 הנזכר להלן, אשר מידת יעילותו תיבחן בשנים הקרובות).
100. עד לאחרונה החוק היה דוקני באופן מוחלט דהיינו בית עסק לא יכול היה לקבל רשיון עסק

שיקולים נוספים ברישוי עסקים

כפי שראינו לעיל תכליתה של ההלכה המעניקה סמכות לציבור למנוע מאדם להתעסק בעיסוק מסויים היא החובה המוטלת על הציבור למנוע נזק מהציבור[101]. אי לכך כל שימוש בסמכותו של הציבור על מנת למלא אחר תכליות אחרות, אף אם עולות הן בקנה אחד עם ההלכה אינו ראוי. אדם העובר עבירה יש לשכנעו שלא לעשותה ולכן בוודאי שאין לסייע לו בעבירה[102] אולם מכיוון שרשיון העסק בהגדרתו אינו אלא הודעה כי העסק אינו מהווה סכנה לציבור הרי שהוא אינו מהווה כל סיוע בביצוע העבירה, ולפיכך הרשות אינה רשאית שלא לתת לו רשיון עסק מסיבה זו[103] כל עוד הוא עומד בדרישות הרשיון ואינו גורם כל נזק גופני לציבור. כמו כן אין הרשות רשאית למנוע מבעל עסק רשיון בגין טענות משפטיות העומדות כנגדו מצד אדם כזה או אחר[104]. על טענות משפטיות להבחן בבית הדין ואם נמצא כי הדין עם הטוען כנגד בעל העסק בית הדין יפסוק את דינו.

אם לא קיים את כל דיני התכנון והבניה. דרישה זו מנעה למעשה מרבע מבעלי העסקים קבלת רשיון עסק. לאחרונה התקבל **תיקון 34 לחוק** הקובע כי בית העסק לא נדרש לעמוד בדיני התכנון והבניה אלא בתכלית לשמה נועד חוק זה המפורטות בסעיף 61 **לחוק התכנון והבניה תשכ"ה**: "מטרות תכנית מיתאר מקומית הן: פיקוח על פיתוח הקרקע במרחב התכנון המקומי, תוך שמירה על ייעוד חקלאי של קרקעות המתאימות לכך; הבטחת תנאים נאותים מבחינת הבריאות, התברואה, הנקיון, הבטיחות, הבטחון, התחבורה והנוחות ומניעת מפגעים על ידי תכנון הקרקע ושימוש בה, ובכלל זה ייחוד אזורים למגורים, לתעשיה, למסחר ולמבני ציבור" **תיקון זה מגמיש במעט את היכולת של הרשות המקומית לתת רשיון לעסק למרות שאינו עומד בחוקי התכנון והבניה, אם לדעת הרשות מדובר בחריגה שולית שאינה פוגעת פגיעה מהותית במימוש מטרות החוק. כפי שראינו לעיל בפרק בו עסקנו בנושא התכנון והבניה מטרות אלו הינן מטרות ראויות גם על פי ההלכה, אולם עצם יצירת הזיקה בין מתן רשיון העסק ובין מילוי אחר חוקי התכנון והבניה אינה מוצדקת.**

101. **על פי סעיף 1.א לחוק לרישוי עסקים זוהי תכליתו**: "להבטיח בהם מטרות אלה או מקצתן: 1. איכות נאותה של הסביבה ומניעת מפגעים ומטרדים. 2. מניעת סכנות לשלום הציבור והבטחה מפני שוד והתפרצות. 3. בטיחות של הנמצאים במקום העסק או בסביבתו. 4. מניעת סכנות של מחלות בעלי חיים ומניעת זיהום מקורות מים בחמרי הדברה, בדשנים או בתרופות. 5. בריאות הציבור, לרבות תנאי תברואה נאותים".
102. **תוספות שבת, ג ע"א, ד"ה בבא דרישא; ספר המצות לרמב"ם**, עשה רה. וראה בהרחבה לעיל פרק א'– השתתפות הרשות בפעולות אסורות.
103. זוהי גם עמדת בתי המשפט ראה **קלו נ' עירית בת ים** פ"ד טו 1856; **יקירי נ' עירית רמת גן** פ"ד טו 1884; פ"ד יד 1015 **קריבושי נ' עירית רמת גן**, שם השופט זילברג שהיה שופט דתי רומז לעיריה כי על אף שאף הוא מסתייג עד מאד מהקמת מפעל ליצור בשר לא כשר היתה העיריה חייבת לתת לא את הרשיון אחר שעמד בדרישות החוק, ולא לחכות שבית המשפט יכפה אותה לכך.
104. כך מקובל גם בבתי המשפט. ראה לדוגמא **מידן נ' ועדה מקומית ת"א** פ"ד יד 800, שם בית המשפט אינו מוכן לקבל אפילו את טענתו של בעל הנכס בו נמצא העסק בשכירות וממנו הוא פועל הטוען כי הפעלת העסק מהווה הפרה של תנאי השכירות בטענה כי הרשיון אינו

עם זאת בגמרא מובאת סיפור ממנו עולה כי ההלכה מאפשרת לציבור להשתמש בכחו לרישוי עסקים לשם השגת מטרות נוספות, החורגות מן המטרות אותן ראינו עד כה. וכך מספרת הגמרא[105]:

> רב דימי מנהרדעא אייתי גרוגרות בספינה, א"ל ריש גלותא לרבא: פוק חזי אי צורבא מרבנן הוא נקיט ליה שוקא.

מסיפור זה אנחנו למדים כי ראש הגולה רשאי להשמש בסמכותו לאסור על אנשים למכור את מרכולתם על מנת לסייע ללומדי תורה[106]. אלא שנחלקו הראשונים האם מקרה זה הינו תקדים ממנו יש ללמוד הלכה[107] או מקרה חריג שאין ללמוד ממנו[108].

אמור לשקף אלא את התכלית לשמה הוא נועד קרי, שמירה על שלום הציבור ולא כל תכלית אחרת.

105. **בבא בתרא** כב ע"א. תרגום: רב דימי מנהרדעא הביא גרוגרות בספינה (וביקש למוכרן בעיר אחרת, ככל הנראה מחוזא, עירו של רבא, השוכנת על שפת החידקל) אמר לו ראש הגולה לרבא: לך וראה האם הוא באמת תלמיד חכם שאם כן נעצור את המסחר בשוק על ידי שאר הסוחרים ונאפשר לו למכור לבדו את סחורתו. (בסיומו של הסיפור המבחן אותו ערך שליחו של רבא לרב דימי היה בלתי הוגן מה שגרם לסכסוך עמוק עם תוצאות קשות).

106. הלכה זו הינה נגזרת של הלכה אחרת מתחומי איסור התחרות: ההלכה מעודד שוק חופשי ותחרות בין סוחרים אך מגבילה זאת לכוחות השוק המקומיים. עם זאת להלכה זו קיימות מספר חריגות אשר במקרים מסויימים מתירות לאפשר לאדם שאינו תושב המקום לעסוק במסחר במקום, וזאת על אף פגיעתו לכאורה בסוחרים המקומיים. אחד המקרים הם הוא תלמיד חכם המבקש למכור את סחורתו לו מאפשרים להתחרות בסוחרים המקומיים וזאת על מנת לפנותו ללימוד תורה וכך אומרת הגמרא **בבא בתרא** כב ע"א: "עזרא תקן להן לישראל שיהו רוכלין מחזירין בעיירות, כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל. והני מילי לאהדורי, אבל לאקבועי לא. ואי צורבא מרבנן הוא, אפילו לאקבועי נמי. כי הא דרבא שרא להו לר' יאשיה ולרב עובדיה לאקבועי, דלא כהלכתא, מאי טעמא? כיון דרבנן נינהו, אתו לטרדו מגירסייהו". למרות שבגמרא נזכר במפורש כי חריגה זו אינה הלכה – "דלא כהלכתא" אלא התנהגות לפנים משורת הדין הפוסקים הביאו אותה כהלכה למעשה, **רמב"ם** שכנים, ו, ט; **שולחן ערוך** חו"מ קנו, ו: "רוכלים המחזרים בעיירות... אינם קובעים מקום ויושבים בו, אלא מדעת בני העיר. ואם תלמיד חכם הוא, קובע בכל מקום שירצה".
אמנם, הלכה זו אינה נוגעת ישירות לענייננו שכן היא אינה נוגעת לרשיון עיסוק, זה קיים לכל אדם ובלבד שהוא תושב המקום. במקרה אותו הבאנו ראש הגולה משתמש בסמכותו ומנחה את רבא "הכרז שלא ימכור איש בעיר גרוגרות אלא הוא" , רש"י, שם. בכך הוא מייצר למעשה מונופול זמני של התלמיד חכם אשר יאפשר לו למכור את סחורתו במהירות ולחזור לתלמודו.

107. **ר"י מיגש**, שם: "ילפינן מינה דהאי צורבא מרבנן דאית ליה עיסקא מחייבי ביה בני מתא מן דינא לאנקוטי ליה שוקא ואי לא מנקטי ליה שוקא מענשי";**ראש** בבא בתרא, ב, יג; **טור** חו"מ קנו, יד: "ותלמיד חכם המביא סחורתו לעיר מונעין כל בעלי סחורה שלא ימכרו עד שימכור את סחורתו כדי שלא יתבטל מלימודו".

108. כך נראה לכאורה מהתעלמותם של הרי"ף והרמב"ם ובעקבותיהם השולחן ערוך ממקרה זה.

גם אם נאמר כי מקרה זה הינו תקדים להלכה הרי שיש להסתפק בשאלה האם הלכה זו הינה הלכה חריגה, או שניתן ללמוד ממנה עקרון לפיו הרשות רשאית לאסור על אנשים להתעסק בעיסוק מסויים לצורך פרנסתם על מנת לקדם ערכים נוספים, מלבד ערך לימוד התורה. לדוגמא האם הרשות המקומית רשאית לאסור על סוחר לסחור בעיר אם לדעתה פעילותו עשויה לפגוע בפרנסתם של תושבי המקום העניים המתפרנסים ממסחר באותו התחום? האם היא רשאית לעשות כן אם לדעתה התחרות תפגע בבעלי העסקים הקיימים גם אם אינם עניים[109]? או לדוגמא נוספת: האם רשות מקומית רשאית לשקול שיקולים חינוכיים בבואה להתיר או לאסור פתיחת מקום למשחקים בקוביה[110]?

העדר תשובה ברורה בהלכה על שאלות אלו, בצירוף העובדה כי הפוסקים אינם תמימי דעים ביחס לשאלה האם יש בכלל מקור המעניק סמכות כלשהי לרשות המקומית לפעול לשם השגת מטרות מעבר לשמירה על שלום הציבור, אמורה להוביל למסקנה[111] כי הרשות המקומית אינה רשאית להשתמש בסמכותה לרישוי עסקים אלא לשם שמירה על שלום הציבור, בטחונו ובריאותו ותו לא[112].

---

109. יש לציין כי מבחינה הלכתית מדובר בנושא מורכב הנידון ארוכות בגמרא בראשונים ובפוסקים, **שולחן ערוך** חו"מ קנו, והחונים עליו, אולם אין אנו נוגעים בשאלה האם הדבר מותר אלא האם הטיפול בנושא נתון בסמכותה של הרשות המקומית או של בית הדין אשר ישמע את טענות הצדדים ויכריע בדבר לפי שורת הדין.

110. גם כאן מדובר בעיסוק שאינו פשוט מבחינה הלכתית אשר השאלה האם הוא אסור או מותר נתונה במחלוקת בין הפוסקים אולם כאמור בהערה לעיל אין אנו נוגעים בשאלה האם הדבר מותר אלא האם הטיפול בנושא נתון לשיקול לדעתה של הרשות המקומית.

111. יש להעיר כי החוק אינו עקבי בנקודה זו והוא מאפשר לרשות המקומית לשקול שיקולים של מידת הפגיעה של העסק בבעלי עסקים אחרים בבואה להעניק רשיון עסק לרוכלות וכך נאמר בסעיף 2.א ל**חוק רישוי עסקים** "בעסק של רוכלות תהא רשות הרישוי... רשאית להשתמש בסמכותה גם לענינים אלה:... הגבלת מספר הרשיונות... לשם מניעת פגיעה בפרנסתם של רוכלים ובעלי עסקים אחרים..." **יתר על כן, בתחום זה הוסיף המחוקק ואיפשר לרשות המקומית להתיר עיסוק ברוכלות רק לאנשים הנזקקים לשיקום** "ייחוד סוגי רוכלות מסויימים והקצאת מספר מסויים של רשיונות בכל סוגי רוכלות, לאנשים הזקוקים לשיקום או לסעד מכוח חוק". **עוד הוסיף המחוקק (בתיקון 27 סעיף 7) וקבע כי הרשות המקומית רשאית למנוע מתן רשיון עסק אם לדעתה העסק מפריע** "הפרעה בלתי סבירה לאדם פלוני". **כמו כן הרחיב המחוקק את סמכותה של הרשות אף לשקילת שיקולים חינוכיים וכך קבע, סעיף 2.ב:** "בעסק של עריכת משחקים תהא רשות הרישוי שלו לפי חוק זה רשאית להשתמש בסמכותה, באופן קבוע או מזמן לזמן, גם מתוך התחשבות ב...טעמים חינוכיים".

בפועל בתי המשפט אינם עקביים בפרשנות סמכות זו, ישנם מקרים בהם קבעו בתי המשפט כי התערבות הרשות המקומית בשאלה האם פתיחת העסק תועיל או תזיק מבחינה כלכלית לבעלי עסקים מתחרים אינה בסמכותה, **יקירי נ' עירית רמת גן** פ"ד טו 1880; ובהקשרים מסויימים פסקו ההפך, בג"ץ 144/58 **ביגון נ' עירית לוד** פס"ע לח 72.

112. למסקנה זו הגיע מסיבות אחרות גם השופט וינוגרד **דיני רשויות מקומיות** 437 (4), המעביר ביקורת רבה על החקיקה בנושא.

מסקנות להלכה

- על הרשות המקומית מוטלת חובה מן התורה לפקח על מפגעים פרטיים שעשויים לסכן את הציבור.
- על הרשות למנוע כל מפגע תברואתי שעשוי לפגוע בבריאות הציבור.
- דרישה של הרשות המקומית לסילוק מפגע פרטי עשויה להטיל על בעל המפגע חובת פיצוי כספית אם המפגע לא הוסר.
- עם זאת, לא תוטל חובת פיצוי ממונית על הרשות המקומית אם התרשלה ולא מנעה נזק שנוצר כתוצאה ממפגע פרטי, או שנתנה רשיון לעסק שגרם לפגיעה בציבור.
- הרשות המקומית מוסמכת לדרוש את הרחקתם של מפגעים הגורמים לזוהמה, ריח רע או מטרד לציבור.
- פינוי האשפה הינו באחריות האדם שמייצר אותה והרשות המקומית משמשת כקבלן אספקת שירות הפינוי בלבד.
- ראוי כי הרשות המקומית תחלק את עלות פינוי האשפה באופן יחסי לפי כמות האשפה המיוצרת, ותקבע היטל אשפה לפי הכמות שהושלכה.
- אחריות הרשות המקומית לדאוג לנקיון הרחובות מלכלוך וזוהמה המפיצים מחלות. נקיון אסתטי אינו חובה הלכתית והוא תלוי במידת הדרישה של הציבור, וביכולתה של הרשות המקומית לספקו, ולפיכך הוא נמצא בסמכותה.
- חובתה של הרשות המקומית למנוע פתיחה של עסק שעשוי בסבירות גבוהה לגרום לנזק לציבור הבא בשעריו. עם זאת זכותה של הרשות להתנות פתיחת עסקים גם אם הסבירות לפגיעה בציבור נמוכה יותר אך אין היא רשאית להתנות מתן רישוי לעסק במקרה בו הסיכוי לכך שיגרם נזק לציבור אפסי, ועליה לאזן בין זכותו של האדם להתפרנס ובין רצונו של הציבור להמנע מנזקים.
- הרשות המקומית אינה רשאית להשתמש בסמכותה לרישוי עסקים אלא לשם שמירה על שלום הציבור, בטחונו ובריאותו ואינה רשאית לעשות כן לשם השגת מטרות אחרות, משפטיות, מסחריות, הלכתיות או אחרות.

פרק ה - חינוך

לימוד תורה כחובה קהילתית

הדין מהתורה – חובה אישית משפחתית ולאומית

מחובה משפחתית לחובה אישית - מצות לימוד תורה ביסודה הינה מצוה אישית בה מחוייב האב ללמד את בנו תורה[1] וכפי שאומרת הגמרא[2]:

> האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה... דכתיב: ולמדתם אותם את בניכם.

נחלקו התנאים[3] האם חובה זו מוטלת גם על הסבא ולמעשה מכריעים האמוראים כדעה המרחיבה את החובה ללמד תורה ומטילה אותה גם על הסבא ביחס לנכדיו[4]:

> ולמדתם אותם את בניכם - אין לי אלא בניכם, בני בניכם מנין? ת"ל: והודעתם לבניך ולבני בניך.

חז"ל בספרי[5] הרחיבו חובה זו והטילו אותה על כל אדם המסוגל בכך, ללמד כל אדם הצריך לכך:

> לבניך, אלו תלמידיך, וכן אתה מוצא בכל מקום שהתלמידים קרויים בנים שנאמר ויצאו בני הנביאים אשר בבית אל אל אלישע, וכי בני נביאים היו והלא תלמידים היו, אלא מיכן לתלמידים שקרויים בנים.

לדעת הרמב"ם מדרש זה אינו דרשה בעלמא אלא חובה גמורה מדאורייתא[6] המוטלת על כל חכמי ישראל ללמד את כל ישראל תורה:

> ולא בנו ובן בנו בלבד אלא מצוה על כל חכם וחכם מישראל ללמד את כל התלמידים אף על פי שאינן בניו, שנאמר ושננתם לבניך מפי השמועה למדו בניך אלו תלמידיך שהתלמידים קרויין בנים שנאמר ויצאו בני הנביאים, אם כן למה נצטוה על בנו ועל בן בנו, להקדים בנו לבן בנו ובן בנו לבן חבירו. .

מחובה אישית לחובה לאומית - על אף שמפורש במקור זה כי החובה ללמד תורה חורגת מתחום המשפחה הביולוגית הרי שעדיין מדובר לכאורה בחובה אישית המוטלת על

---

1. מעניין לציין כי המצוה ללמוד תורה באופן אישי הינה מצוה הנספחת למצוה ללמד את בנו תורה וכפי שאומרת הגמרא, **קידושין**, כט ע"ב: "והיכא דלא אגמריה אבוה - מיחייב איהו למיגמר נפשיה, דכתיב: ולמדתם" כלומר למרות שהמילה נקראת בתורה "ולימדתם" שמשמעה ללמד לבנים הרי שהיא נכתבת "ולמדתם" שמשמעה ללמוד בעצכם, ואף משמעות זו טמונה בלשון התורה. מאידך, את הפטור של נשים מלימוד תורה לומדת הגמרא, שם, מהפטור של האב ללמד את ביתו תורה "כל שאחרים מצווין ללמדו - מצווה ללמד את עצמו, וכל שאין אחרים מצווין ללמדו - אין מצווה ללמד את עצמו".
2. **קידושין** כט, ע"א-ע"ב.
3. **קידושין** ל ע"א.
4. **רמב"ם** תלמוד תורה א, ב; **שולחן ערוך** יו"ד רמה, ג.
5. **ספרי דברים**, ואתחנן, לד.
6. כך משמע גם מ**ספר החינוך**, תיח.

החכמים בלבד. אולם מעיון נוסף בספרי ניתן למצוא רמז לחובה לאומית וכך אומר הספרי בהמשך דבריו:

> וכן אתה מוצא בחזקיהו מלך יהודה שלמד כל התורה לישראל וקראם בנים שנאמר "בני עתה אל תשלו" (דברי הימים ב כט יא).

חזקיה בראייתם של חז"ל לא היה רק "חכם מישראל" אשר לימד תורה תלמיד אחד או אפילו תלמידים רבים, הוא היה מלך ישראל אשר כחלק מתפקידו דאג ללימוד תורה בעם ישראל, גם אם מסתבר שלא לימד את כל ישראל באופן אישי, וחז"ל ראו במעשיו קיום של חובת התורה "ושיננתם לבניך". דברים אלו רומזים לכך שקיימת חובה על כלל ישראל, לדאוג ללימוד תורה של כל ילדי ישראל חובה אשר מממשת את מצות התורה "ושיננתם לבניך". למסקנה זו, אם כי ממקור אחר, מגיע רבי מאיר שמחה הכהן מדוינסק[7]:

> ולדעתי יתכן, דפרשה ראשונה בלשון יחיד נאמרה, שהצבור חייבים ללמד בשכר לבני חבריהם, ולכן כל קהל מחוייב לקבוע תלמוד תורה בשכר לשכור מלמדים, שכשמדבר אל כלליות האומה מדבר בלשון יחיד, משום שהקהל מחוייבים לזה מן התורה, ולכן הפליגו בעונש כל עיר שאין תלמוד תורה (שבת קיט, ב) שמחרימין כו', ולא מתקנת יהושע בן גמלא לבד, כן נראה.

תקנות חז"ל - מלימוד פרטי ללימוד ציבורי

גם אם נאמר כי קיימת חובה מדאורייתא על כלל ישראל הרי שאין לה גדרים ברורים. כמו כן, יישום חובה זו על ידי כלל ישראל מחייבת את הכלל לתפקד כמערכת ברמה כזו או אחרת, מה שלא היה קיים בעם ישראל במשך מרבית שנות קיומו. הגמרא במסכת

---

7. **אור שמח** הלכות תלמוד תורה, א, ב-ג. הוא אינו לומד זאת ישירות מהספרי אותו הבאנו, אלא מדרשה עצמאית בפרשת קריאת שמע. למסקנה דומה, ממקור נוסף, מגיע הרב יששכר טיכטל, **שו"ת ירושת פליטה**, לז: "חוב זה מוטל על כל קהלה וקהלה בישראל לשכור מלמד ללמוד תורה לדור הצעיר מפני שהוא חיוב של קהלת יעקב שיירש התורה מדור דור ולא של יחידים..." הרב טייכטל מבסס את דבריו על דברי **הרמב"ן** דברים, כז, כו, המבאר כי בקללה "ארור אשר לא יקים את כל דברי התורה הזאת לעשות אותם" טמונה הטלת אחריות ציבורית על שמירת התורה וקיום המצוות. דברי הרמב"ן מבוססים על **הירושלמי סוטה**, פ"ז ה"ד: "אשר לא יקים, וכי יש תורה נופלת... רבי שמעון בן חלפתא אומר זה בית דין של מטן, דמר רב יהודה ורב הונא בשם שמואל על הדבר הזה קרע יאשיהו ואמר עלי להקים, אמר רבי אסי בשם רבי תנחום בר חייא למד ולימד ושמר ועשה והיה ספק בידו להחזיק ולא החזיק הרי זה בכלל ארור". ומוסיף הרמב"ן "ידרשו בהקמה הזאת, בית המלך והנשיאות שבידם להקים את התורה ביד המבטלים אותה, ואפילו היה הוא צדיק גמור במעשיו והיה יכול להחזיק התורה ביד הרשעים המבטלים אותה הרי זו ארור". אחריות זו מורחבת על ידי הרמב"ן עצמו במקום אחר, **רמב"ן** דברים, לג, ד גם ללימוד התורה "היא תהיה מורשה לקהלת יעקב, כי לדורות עולם כל בני יעקב יירשוה וישמרו אותה, כי לא תשכח מפי זרעו". יש להעיר כי לדברי הרב טייכטל חובה זו אינה כלולה במצות תלמוד תורה אלא באחריות של כלל ישראל לקיום התורה, אחריות שאינה יכולה להתממש ללא לימוד התורה לדור הצעיר.

בבא בתרא[8] מתארת את תהליך ההתמסדות של לימוד התורה לצעירים בתקופת בית שני, אשר בחלקו עוסק בנקודה זו:

> ברם זכור אותו האיש לטוב ויהושע בן גמלא שמו, שאלמלא הוא נשתכח תורה מישראל; שבתחלה, מי שיש לו אב - מלמדו תורה, מי שאין לו אב - לא היה למד תורה... התקינו שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בירושלים... ועדיין מי שיש לו אב - היה מעלו ומלמדו, מי שאין לו אב - לא היה עולה ולמד, התקינו שיהו מושיבין בכל פלך ופלך; ומכניסין אותן כבן ט"ז כבן י"ז ומי שהיה רבו כועס עליו - מבעיט בו ויצא, עד שבא יהושע בן גמלא ותיקן, שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר, ומכניסין אותן כבן שש כבן שבע.

את התהליך הנ"ל ניתן לחלק לכאורה לארבעה שלבים:

א. שבתחלה, מי שיש לו אב - מלמדו תורה, מי שאין לו אב - לא היה למד תורה...

השלב הראשון הוא השלב הבסיסי ביותר המתאר את אופן ההתנהלות של הלימוד במקום בו אין כל סממן של מערכת מרכזית, כזו או אחרת. האב מלמד את בנו הפרטי. החסרון שבלימוד הביתי הוא התוצאה החברתית. כלומר גם אם באופן תיאורתי כל האבות רצו למלא את חובתם האישית, הרי שמבחינת התוצאה היו ילדים רבים שלא למדו תורה אם בשל העדר פיזי של האב (אין לו אב) ואם בשל העדר יכולות למימוש חובה זו בכחות עצמו. חז"ל ראו במצב זה בעיה. יש לציין כי עצם העובדה שחז"ל ראו זאת כבעיה מצביעה על כך שהם ראו את מצות לימוד תורה לא רק כמצוה אישית המוטלת על האב[9] אלא כמצוה המוטלת על הציבור, אשר אוסרת עליו לקבל מציאות בה ילדים רבים אינם מקבלים חינוך תורני[10].

על מנת לפתור בעיה זו תקנו חז"ל תקנה שחוללה מהפך בתפישת לימוד התורה – הקמת מוסדות ללימוד תורה בירושלים. פתרון זה אמור לתת מענה לכל מי שאינו מסוגל ללמד את בנו תורה בכחות עצמו:

> ב. התקינו שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בירושלים...
>
> ועדיין מי שיש לו אב - היה מעלו ומלמדו, מי שאין לו אב - לא היה עולה ולמד.

---

8. **בבא בתרא** כא ע"א.
9. הראיה לכך היא שהם לא תקנו תקנה דומה במצוות אחרות שאין בהן מימד ציבורי – לאומי כגון ציצית ותפילין, סוכה ולולב.
10. לדעת הרוגוצ'ובר, **שו"ת צפנת פענח** ב, יז, לנקודה זו ישנה השלכה מעשית: כל עוד מדובר בחובת האב כלפי בנו הרי שיש משמעות לשאלה מהי מידת הכשרון של התלמיד, והאם עדיף שילמד הבן או האב, "אבל בציבור דשם הגדר גבי תינוקות של בית רבן משום תקנת יהושע בן גמלא... אי אפשר לסלקם אם מחזיקים בתורת ה' יתברך" ולכן מסיק שאין להוציא מהישיבה תלמיד חסר כשרון ולהכניס במקומו תלמיד בעל כשרון! בהמשך דבריו מוכיח מהבבלי והירושלמי כי לציבור ישנה אחריות על תלמוד התורה של ילדי הקהילה, אשר אמורה להתבטא גם במימון (בשאלה זו נעסוק להלן).

יש להעריך[11] כי תקנה זו "שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בירושלים..." היא[12] התקנה אליה רומזת הגמרא בהמשך אותה הסוגיא המיוחסת לאנשי כנסת הגדולה בראשות עזרא הסופר[13]:

עזרא תיקן להן לישראל שיהו מושיבין סופר בצד סופר.

הגמרא מביאה תקנה זו בהקשר של דיון במידת התחרות החופשית המותרת במקצועות השונים, ובכללם בתחום לימוד התורה, וממנה עולה כי על מנת לשמר את איכות הלימוד תיקן עזרא הסופר תקנה אשר תעודד את הסופרים לתחרות חופשית ותדחוק מלמדים פחות טובים אל מחוץ למעגל התעסוקה בתחום, אולם השוואה למקור הקודם מעלה כי לא זו היתה מגמתה היחידה של התקנה שכן מגמתה היתה רחבה הרבה יותר והיא מתן מענה לצורך בלימוד תורה לכלל ילדי ישראל.

הגמרא אינה מפרטת מי מימן את שכרם שם אותם המלמדים שישבו בירושלים, אולם ברור כי ההגעה לירושלים נעשתה באחריות האבות ולפיכך הבעיה לא נפתרה במלואה, שכן גם אם נמצא פתרון לעצם הלימוד, לא נמצא פתרון לצורך להביא את הילדים לירושלים ולשהייתם שם[14]. לפיכך תקנה זו לא נתנה מענה מלא לחובה הציבורית לדאוג לחינוכם התורני של ילדי ישראל.

בשלב זה מגיעה תקנה נוספת, אף היא אנונימית, לפיה הלימוד יצא מירושלים ויועבר לערי מחוז הפזורות ברחבי ארץ ישראל:

ג. התקינו שיהו מושיבין בכל פלך ופלך; ומכניסין אותן כבן ט"ז כבן י"ז.

ומי שהיה רבו כועס עליו - מבעיט בו ויצא.

פיזור הלימוד במחוזות מאפשר הגעה עצמאית יום יומית לבית הספר, אם כי בשל כך[15]

---

11. כך שיער גם הרב ישראל מאיר לאו, **שו"ת יחל ישראל**, ד.
12. החכמים, מלמדי התורה כונו בארץ ישראל בשם "סופרים", **שבת** לא ע"א; רש"י, שם, ד"ה סופר: "סופר – מלמד תינוקות". אם כן התקנות דומות מאד בלשונן שתיהן מדברות על "מושיבין" ושתיהן מדברות על מספר בעלי מקצוע מלמדי תינוקות הפועלים במקביל "סופר בצד סופר".
13. יש להעיר כי **התוספות** בבא בתרא, כב ע"א, ד"ה קנאת, אינו גורס בגמרא כי היתה זו תקנת עזרא אולם מלשון **הרמב"ם**, תלמוד תורה, ב, ז, מסיק בספר **עבודת המלך**, שם כי זוהי הגרסא שעמדה לפניו (הרב מנחם קרקובסקי, רבה של נוברדוק, ראשית המאה ה-20. אחי אמו של הגרי"ד סולובייצ'יק). כך גרס גם **הגר"א**, שם.
14. ניתן לשער כי בתקופת עזרא ונחמיה שהישוב היהודי התרכז סביב ירושלים נתנה ירושלים מענה מספק ואילו בתקופה החשמונאית אז התרחב הישוב היהודי לגליל ולעבר הירדן התקנה הפסיקה לתת את המענה המבוקש, מה שחייב מיידית לתקן תקנה אחרת אשר תפזר את מוסדות הלימוד ברחבי הארץ וכדלהלן.
15. **מהרש"א** חידושי אגדות, בבא בתרא, שם: "דהא בהא תליא דכיון דלא היו מושיבין אלא בכל פלך ופלך לא היו מכניסין הקטנים פחותים מבן ט"ז וי"ז מפני סכנה בדרך לקטנים, כדלקמן לא ממטינין ינוקא ממתא למתא, אבל מתקנת יהושע בן גמלא דהיו מושיבין בכל עיר ועיר היו מכניסין גם הקטנים מבן ו' וז'".

מוגבל ישום התקנה לילדים שיכולים לצעוד מהישוב הכפרי[16] לעיר המחוז[17] - "ומכניסין אותן כבן ט"ז כבן י"ז".

יש להעריך כי זוהי[18] תקנת רבי שמעון בן שטח המתוארת בירושלמי[19]:

> התקין שמעון בן שטח שלשה דברים שיהא אדם נושא ונותן בכתובת אשתו **ושיהו התינוקות הולכין לבית הספר** והוא התקין טומאה לכלי זכוכית.

יש לציין כי תקנה זו, הגם שבאה לפתור בעיה טכנית, נשארה בנקודת המוצא של תקנת עזרא והיא כי חובת לימוד התורה אינה רק חובה אישית אלא חובה לאומית האמורה להשיג תוצאה מבוקשת והיא שכלל ילדי ישראל ילמדו את התורה. החידוש שבתקנה הוא העברת האחריות ממערכת מרכזית המופעלת על ידי מנהיגי האומה כולה, למערכת מפוזרת המופעלת על ידי ההנהגות האזוריות.

חיש מהר הסתבר כי הפתרון של של שמעון בן שטח אשר העביר את האחריות לשלטון המקומי פתר אמנם את כל הבעיות הטכניות שהתגלו בתקנה הראשונה אולם יצר בעיה חינוכית והיא דחיית הגיל בו נכנס הנער בעול תורה לגיל הנעורים, גיל בו הנער כבר אינו מקבל מרות "ומי שהיה רבו כועס עליו - מבעיט בו ויצא". את הבעיה החינוכית פותר יהושע בן גמלא בשלב הרביעי, באמצעות פיזור נוסף של המערכת עד לרמת הישוב הבודד:

> ד. עד שבא יהושע בן גמלא ותיקן, שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר, ומכניסין אותן כבן שש כבן שבע.

פיזור זה איפשר ממילא את הורדת תחילת גיל החינוך לגיל המתאים ביותר - כבן שש כבן שבע. העולה מכאן הוא כי תקנת יהושע בן גמלא לא היוותה חידוש בשום מובן עקרוני[20] שכן אף היא השאירה את האחריות על לימוד התורה ביד הציבור, ואף היא ראתה בשלטון המקומי ככתובת המתאימה למימוש חובה זו, אלא שהחידוש הטכני הזה, התברר כבעל השפעה מכרעת על מימוש החובה הלאומית שלא "נשתכח תורה מישראל" וכפי שכותב רבי ישעיה דטרני[21]:

---

16. המכונה בלשון חז"ל בשם "עיר".
17. המחוז מכונה בלשון חז"ל בשם "פלך"", ועיר המחוז בשם "כרך".
18. כפי שראינו עיקר החידוש בתקנה המתוארת בשלב השלישי הוא פתיחת בתי הספר במרחק הליכה של נער מכל ישוב וישוב. כך גם מתוארת התקנה בירושלמי המדגישה את הליכתם של הנערים עצמם לבית הספר "שיהו התינוקות הולכים לבית הספר".
19. **ירושלמי** כתובות, ח, יא.
20. ועיינו הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, "שמעון בן שטח ותורתו", **סיני לב** (תשי"ג), עמ' שמח, אשר סבר כי תקנת יהושע בן גמלא היא זו שהפכה את המצוה האישית למצוה ציבורית והיא לא היתה כזו קודם לכן. למעשה אין לדבר נפקא מינה שכן מוסכם על הכל כי לכל הפחות אחרי התקנה מדובר בחובה ציבורית ולא רק בכלי עזר לאבות לממש את חובתם האישית.
21. **פסקי ריא"ז** קידושין, א, ז, י; שם, בבא בתרא ב, ב, יג. וראה להלן בדיון אודות מבנים לתלמוד תורה. כך עולה גם מ**שו"ת תורת אמת**, רד (רבי אהרן ששון, סלוניקי, המאה ה-16), בשם המהר"י ן' לב: "מצוה כוללת לכל בני העיר כקטון כגדול להיות בכל עיר ועיר מלמדי תינוקות".

תקנו חכמים הקדמונים שיהו מושיבין ב נ י ה ע י ר מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר ובכל מדינה ומדינה.

חובה מוניציפלית או חובה לאומית

כאמור לעיל, קיימת חובה על הציבור לדאוג ללימוד תורה של כל ילדי ישראל, חובה אשר תקנת יהושע בן גמלא מעניקה לה מסגרת קונקרטית. אולם מיהו הציבור עליו מוטלת חובה זו האם על אנשי הקהילה, העיר, או מדינת ישראל?

מכיוון שמאז שתיקן יהושע בן גמלא את תקנתו[22] ועד לפני כשבעים שנה לא זכה עם ישראל לתפקד במסגרת של מדינה אין זה פלא שכמעט כל ההתייחסויות לחובה הציבורית של לימוד התורה מתייחסות לקהילה המקומית[23]. אעפ"כ ניתן להוכיח כי בתקופה בה מעמד הנשיא בארץ ישראל היה משמעותי, כהנהגה פוליטית הפועלת עם ובמקביל להנהגה הרוחנית של חכמי ישראל, הנשיא השתמש בכוחו על מנת לפקח ולכפות את מימושה של החובה הציבורית, ברוח תקנות יהושע בן גמלא. הנשיא שביצע זאת היה רבי יהודה נשיאה (נכדו של רבי יהודה הנשיא). בנוגע לפיקוח מביא הירושלמי[24] את הסיפור הבא:

> רבי יודן נשייא שלח לרבי חייה ולר' אסי ולר' אמי למיעבור בקירייתא דארעא דישראל למתקנה לון ספרין ומתניינין עלין לחד אתר ולא אשכחון לא ספר ולא מתניין אמרין לון אייתון לן נטורי קרתא אייתון לון סנטורי קרתא אמרון לון אילין אינון נטורי קרתא לית אילין אלא חרובי קרתא אמרין לין ומאן אינון נטורי קרתא אמר לון ספרייא ומתנייניא הדא היא דכתיב [תהילים קכז א] אם ה' לא יבנה בית וגו'.

---

22. **יהושע בן גמלא – זיהויו -** יהושע בן גמלא מופיע בספרו של יוסף בן מתתיהו, **מלחמות היהודים** ד, ה, ב, כאחד ממנהיגי עם ישראל בימי החורבן שנרצח בזמן פלישת האדומים לירושלים שנתיים לפני החורבן. זיהוי זה נתמך **במשנה יבמות**, ו, ד, המזכירה את יהושע בן גמלא כמי שנישא למרתא בת ביתוס אשר שילמה למלך על מנת שזה ימנה אותו לכהן גדול. מרתא בת ביתוס עצמה מוזכרת במקורות אחדים, **כתובות** קד ע"א; **מדרש תנאים** דברים, כד, יז, כאלמנה עשירה, ובמדרשי החורבן, **גיטין** נו ע"א, נזכרת כאישה עשירה ביותר שמתה ממוראות החורבן. ואף שיש המפקפקים בזיהוי זה בשל הגמרא **ביבמות** סא ע"א, המזהה את המלך שמינהו לכהן גדול כינאי המלך, אך אין בכך ממש שכן חז"ל כינו כל מלך רשע בשם "ינאי" ובהחלט יכול להיות שהיה זה אגריפס השני שמלך באותה העת. כמו כן יש המתקשים לקבל את היות יהושע בן גמלא מחד חסיד המתקן תקנות ראשונות במעלה ומאידך כהן גדול המתמנה בעבור בצע כסף ,אך עיין **בריטב"א** בבא בתרא, כא ע"א, ד"ה ויהושע, הסובר כי דלתי תשובה לא ננעלו "ובתר דשמש בכהונה גדולה הכשיר מעשיו והיה חסיד".

23. ראה להלן, חובת המימון.

24. **ירושלמי** חגיגה א, ז. תרגום: "רבי יהודה נשיאה (נכדו של רבי יהודה הנשיא) שלח את ר' חייא ור' אסי ור' אמי, לעבור בערי ארץ ישראל, ולתקן להם סופרים (המלמדים תורה שבכתב), ומשננים (המלמדים תורה שבעל פה). הגיעו למקום אחד, ולא מצאו לא סופר ולא משנן. אמרו להם (לאנשי העיר): הביאו לנו את שומרי העיר. הביאו להם את אנשי הבטחון של העיר. אמרו להם: אלו הם שומרי העיר? אין אלו אלא מחריבי העיר! (אמרו להם): אז מי הם אם כן שומרי העיר? אמרו להם: הסופרים והמשננים. זהו שכתוב: "אם ה' לא יבנה בית".

בירושלמי לא נזכר מהן הסנקציות אותן היה עשוי לנקוט רבי יהודה נשיאה כנגד העיר שאינה מעמידה מלמדי תורה. סנקציות אפשריות, באמצעותן ניתן לאכוף את מימושה של התקנה, אותן העמיד ריש לקיש כאופציה בפני אותו רבי יהודה נשיאה מופיעות בבבלי[25]:

> אמר ריש לקיש לרבי יהודה נשיאה: כך מקובלני מאבותי, ואמרי לה מאבותיך: כל עיר שאין בה תינוקות של בית רבן - מחריבין אותה. רבינא אמר: מחרימין אותה.

העולה מכאן כי החובה הציבורית לכך שכל ילדי ישראל ילמדו תורה מוטלת על כלל ישראל אלא שההלכה לא ערכה חלוקת תפקידים ברורה וקבועה[26] בין השלטון המרכזי האחראי על כלל ילדי ישראל, ובכללם ילדי העיר, ובין השלטון המקומי האחראי רק על הילדים המתגוררים בעיר, ועל כל אחד מהם לבצע את תפקידו במידת יכולתו, ובלבד שקול התורה יהדהד בכל עיר ועיר[27].

מימון פרטי או מימון ציבורי

כמו חלק גדול מהמצוות, נושאת בקירבה החובה ללמד את הילדים תורה השלכות כספיות. אלו יכולות להגיע לידי ביטוי הן בעלויות גלויות והן בעלויות סמויות. כאשר האב אינו מסוגל ללמד בכוחות עצמו את בנו, הרי שאם הוא מעוניין לממש את חובתו עליו לשלם למישהו אחר שיבצע חובה זו במקומו. גם כאשר האב מקיים את חובתו ומלמד בכחות עצמו את בנו תורה מגיע הדבר על חשבון זמן בו היה יכול ואולי אף מוכרח

---

25. **שבת** קיט ע"ב.
26. מסקנה זו שונה מן המסקנה אליה מגיע הרב יהודה זולדן, "חינוך וצדקה היחיד הקהילה והמדינה", **שבות יהודה וישראל** עמ' 377-361. לדעתו "חובת הטיפול והאחריות בענייני רווחה וחינוך, מוטלת בעיקרה על המנהיגות המקומית, בסיועם של אנשי העיר, ואילו על השלטון המרכזי לשמש רשת ביטחון ובקרה... חובת כלל ישראל, ובכלל זה גם ההנהגה השלטונית כללית של המדינה, לסייע להקים מערכות חינוך ולהשתתף במימונן משום מצות צדקה ולא מכוח תקנת יהושע בן גמלא". הרב זולדן מוכיח זאת ממעשיו של רבי יהודה נשיאה שלא ביטאו לדעתו אחריות להקמת המוסדות ולמימונם אלא רק לפיקוח כללי על קיומם. אולם כפי שהראנו החובה בעיקרה אינה מוגדרת כחובה קהילתית או אלא כחובה לאומית אשר בהקשרים מסויימים הקהילה היא הממשת אותה, בהקשרים אחרים האומה כולה, ובהקשר בו היה נתון רבי יהודה נשיאה החלוקה האפשרית היחידה היתה ביצוע מקומי ופיקוח לאומי אולם אין ללמוד מכאן על החובה העקרונית ובוודאי שאין להסיק מכאן כי תקנת יהושע בן גמלא אינה מתייחסת כלל למדינה.
הגדיל לעשות הרב זולדן כאשר קבע כי החובה הוטלה על הרשות המקומית בשל קירבתה לאוכלוסיה והכרתה את צרכיה החינוכיים היחודיים. גם אם הדבר נכון לפעמים, ובהקשרים מסויימים, בוודאי שמרבית האנשים סומכים יותר על משרד החינוך מאשר על חבר של ראש העיר שנתמנה להיות ראש מחלקת חינוך.
27. ואם כן יש לעיין על מה נסתמך הרב עוזיאל, "שמעון בן שטח ותורתו", **סיני לב** (תשי"ג), עמ' שמח, אשר בנוסף לקביעתו כי תקנת יהושע בן גמלא היא זו שהפכה את המצוה האישית למצוה ציבורית, התקנה קבעה עוד כי "הממשלה עצמה מושיבה מורים ומכניסה תלמידים לבתי הספר".

לעבוד. כאשר מדובר בחובה ציבורית הרי שבוודאי הדבר מגיע לידי ביטוי בחובה לממן מורים, ולהקים ו/או לתחזק מבנים מתאימים.

חובת תשלום האב ללימוד בנו

מעיון בדברי הרמב"ם עולה כי החובה ללמד תורה אינה טומנת בהכרח תמיד גם חובה להוציא כסף על מנת לממשה. לדעתו[28] אמנם לחובת האב בהחלט ישנן השלכות כספיות מחייבות, אך לעומתה, המצוה המוטלת על כל אדם מישראל[29] ללמד את כל ילדי ישראל תורה, אינה כוללת חובה לשלם עבור לימוד תורה של ילדי אחרים:

> חייב לשכור מלמד לבנו ללמדו, ואינו חייב ללמד בן חבירו אלא בחנם.

חובה זו של האב לשלם את שכר הלימוד של בנו מוסכמת על כל הראשונים אלא שנחלקו הראשונים ביסוד החובה[30]. לדעת המהר"ם מרוטנבורג[31] חובה זו נובעת באופן ישיר מכח

---

28. **רמב"ם** תלמוד תורה א, ג. יש להעיר כי **הרמב"ן** בבא בתרא, כא ע"א, מביא דעה הסוברת שאין חובת מימון אפילו על האב אולם הוא דוחה אותה מכל וכל.

29. **חובת תשלום ללימוד בן בנו -** כאשר הרמב"ם מטיל את חובת לימוד התורה הוא עושה זאת בשלשה מעגלים: 1. האב את בנו 2. הסב את בן בנו 3. כל חכם מישראל את כל התלמידים. אולם כאשר הוא מתייחס לחובת התשלום מתייחס הוא רק למעגל הראשון, שחייב לשלם, ולמעגל השלישי, שפטור מתשלום, ומתעלם הוא מהמעגל השני, הסב את בן בנו, ואינו קובע האם הוא כרוך בתשלום או לאו. הדבר מוביל את הפוסקים לחלוק בשאלה האם חובת הסב ללמד את נכדו כוללת גם חובת תשלום:
יש מן הפוסקים הרואים בה הרחבה של חובת האב, הכוללת חובת תשלום, **לחם משנה**, שם; מהרש"ל, **ים של שלמה** קידושין, א, נח; המבי"ט, **קרית ספר** א, ד"ה מצוה יב; **שו"ת המבי"ט** א, קסה, בשם מהר"י בירב; **פרישה** יו"ד רמה, ז; **ש"ך** שם, א. לעומתם פוסקים אחרים סבורים שחובת הסב היא כבר חלק מן החובה של כל אדם ללמד כל אדם תורה, אלא שהקרוב קרוב קודם, והסב קודם לכל אדם אחר, אך בכל מקרה היא אינה נושאת עמה חובת תשלום בשכר, הרדב"ז **שו"ת ללשונות הרמב"ם**, שם; **מקנה** קידושין, ל ע"א; וכך סבור בפשטות **הכסף משנה**, שם.
לדעת רבי מאיר שמחה הכהן מדוינסק, **חידושי ר' מאיר שמחה**, קידושין, ל ע"א, החובה ללמד את בן בנו מוטלת על הסב רק בהעדר אב, ולפיכך יש להכריע בדרך ביניים לפיה "אם האב קיים, אינו מחוייב ללמד בן בנו בשכר... אבל אם האב אינו קיים בני בנים הרי הן כבנים וחייב ללמדו בשכר". לדעת **שולחן ערוך הרב** יו"ד, תלמוד תורה, א, ט, יש להכריע מספק: "כל אדם צריך להחמיר לעצמו אך אין לכוף לאחרים להוציא ממון בכפיות מספק".

30. **תוקף חובת התשלום לתלמוד תורה**
השלכה נוספת של מחלוקת זו היא האם החובה של האב לשלם עבור לימוד תורה של בנו היא חובה מדאורייתא או מדרבנן. רבים מן האחרונים הסתפקו בשאלה זו. **הלחם משנה** שם, ג, מעלה את השאלה ואחרונים רבים אשר על הרמב"ם מתייחסים אליה. למעשה מרבית האחרונים מסיקים כדברי המהר"ם שמדובר בחובה מדאורייתא, המבי"ט **בקרית ספר**, **בארות המים**, **זיו משנה**, **בן ידיד**, חוקי חיים, טורי אבן , דברי ירמיהו, עבודת המלך, ובשו"ת שערי ציון ג, כז, ב. אולם יש מן האחרונים שסברו כדעת רבנו שמחה שמדובר בחיוב מדרבנן, הרדב"ז **בשו"ת ללשונות הרמב"ם**, תלמוד תורה, שם, הלחם משנה שם, וה**ר"י פערלא על ספר המצוות לרס"ג** עשין, יד, טו.

31. **הגהות מיימוניות** שם, א.

החובה ללמד את בנו תורה, הזהה לחובה המוטלת על האדם להוציא מכספו על מנת לקנות לולב, לבנות סוכה ולפרוע את חובותיו:

> דמאי שנא האי עשה דולמדתם אותם את בניכם משאר עשה דכייפינן לקיים כמו עשה דסוכה וכן למאן דאמר פריעת בעל חוב מצוה אמר בפרק הכותב דכופין אותו לפרוע מידי דהוי אשאר מצות עשה וכשם שאב חייב בבנו למולו ולפדותו דכופין אותו לקיים הכי נמי כייפינן ליה ללמדו תורה.

על המהר"ם חולק תלמידו, רבי מאיר בן יקותיאל הכהן[32] אשר מסיק מדברי רבנו שמחה משפירא שהחובה לשלם שכר אינה אלא מכח תקנת יהושע בן גמלא. לדעתו צריך לומר כי כל עוד היתה האחריות על לימוד התורה אצל האב, היה חייב לזה לקיימה בגופו, ואם אינו יודע ללמוד וללמד לא הטילה עליו התורה כל חיוב להוציא מכיסו על מנת שמישהו אחר ילמד במקומו עד שבאו חכמים ומיסדו את הלימוד[33]. המיסוד מחייב מימון ואת המימון הטילו חכמים על האב[34].

---

32. **הגהות מיימוניות** שם, ג; הרדב"ז **שו"ת ללשונות הרמב"ם**, תלמוד תורה, שם.

33. רבנו שמחה מזכיר את תקנת יהושע בן גמלא אולם ולמעשה על פי מה שכתבנו לעיל הדבר נעשה עוד לפניו, כחלק מתקנות עזרא אך העקרון זהה.

34. **תשלום שכר לימוד - יסוד הדין**
ונראה לכאורה כי המחלוקת בין המהר"ם מרוטנבורג ורבנו שמחה משפירא (היה רבו של האור זרוע, רבו ומורו של המהר"ם) היא בשאלה האם המצוה ללמד תורה לבנו היא מצוה שבגופו של האב, המוטלת עליו באופן אישי ללמד תורה, כך סובר רבנו שמחה, וממילא בהעדר יכולת לבצעה האדם אנוס ופטור מן המצוה אך בכל מקרה לא ניתן להעבירה לאדם אחר שיקיימה עבורו, אפילו לא בתמורה לתשלום. לעומתו סובר המהר"ם כי תוכן המצוה הוא הטלת אחריות על האב לכך שהבן ילמד תורה, איתו או עם כל אדם אחר, בחינם או בשכר, ובלבד שילמד וכפי שכותב במפורש בן דורו של המהר"ם, רבי חיים אור זרוע **שו"ת מהר"ח אור זרוע**, יא: "נראה דאין האב חייב למול בנו בידיו אלא לעסוק שיהא נימול. דומי' דכל הני דקחשיב התם, ללמדו תורה, ללמדו אומנות, להשיטו בנהר. וכי לא ישכור מלמד לבנו לתורה?!... אלא כל הני עיקר מצוותן אינו העשייה, אלא שהמילה חתומה בבשרו. וכן ישיבתו בסוכה, וכן תפילין המונחין בראשו ובזרועו".
באופן דומה נחלקו האחרונים במצות מילה האם היא מצוה שבגופו המוטלת על האב שאינו יכול לקיימה על ידי שליח או שהמצוה הטילה אחריותו על האב שבנו ימול, וחדא היא אם ימול בעצמו או על ידי מוהל. ראה **ש"ך** חו"מ, שפב, ד; **קצות החושן** שם, ב; **כרתי ופלתי** כח, ג; **גליון מהרש"א** יו"ד רס; **שו"ת חתם סופר** או"ח, קנט; **פתחי תשובה** יו"ד רסד, א.
לדעת ר' צדוק הכהן מלובלין, **אוצר המלך**, הלכות תלמוד תורה, הדבר תלוי בשאלה עמוקה יותר והיא האם המצוה ללמד תורה (את בנו) היא ללמוד תורה או לדעת תורה. אם המצוה היא ללמוד תורה עם בנו, הרי שמדובר במצוה שבגופו אותה מחוייב האב לקיים עם בנו ושום אדם בעולם לא יוכל לקיימה עבורו, וכך מסיק ר' צדוק. אם נאמר כי המצוה היא שהבן ידע את התורה חדא היא אם אביו ילמדו או כל אדם אחר תמורת תשלום. ר' צדוק מניח כמובן שהמצוה ללמוד מתקיימת רק בין הבן לאב, מה שלענ"ד לא מוכרח וניתן לומר שהתורה ציוותה את האדם להיות אחראי ללימודו של הבן ותו לא.

מימון ציבורי לתלמוד תורה

אחרי שראינו כי על הציבור מוטלת חובה ללימוד כלל הילדים, עדיין יש לשאול האם חובה זו משליכה בהכרח על שאלת המימון[35]? כלומר, האם על מנת למלא את חובתו חייב הציבור לממן את קיומה של המערכת או שמא יכול הציבור להסתפק בפיקוח[36] ואכיפה על מימוש חובה זו, על ידי ההורים.

הראשונים[37] נותנים מענה לשאלה זו מכח התייחסות אגבית של הגמרא לשאלת מקור מימונם של עוזרי ההוראה וכך אומרת הגמרא[38]:

לדעת **הברכת שמואל**, כז, בתשובה הנוגעת ללימודי חול בישיבה, המצוה ללמד את בנו תורה הינה מצוה הנוגעת לשני מעגלי חיוב: האחד, מעגל החיוב במצות תלמוד תורה. מעגל זה מקיף מערכות יחסים מרובות: האדם חייב ללמוד בעצמו, האב חייב ללמד את בנו והרב את תלמידו. השני, מעגל החיוב במצוות הבן על האב, אלו הם חיובים המוטלים על האב כלפי בנו, אשר נמנו במסכת קידושין כט ע"א, בהם נכללו חיובים מדאורייתא ומדרבנן ובכללם לימוד תורה "למולו, ולפדותו, וללמדו תורה, ולהשיאו אשה, וללמדו אומנות; ויש אומרים: אף להשיטו במים". לדעת הברכת שמואל עצם החובה ללמוד עם הבן תורה הינה חובה מדאורייתא בהיותה שייכת למעגל מצות תלמוד תורה, אולם חובה זו אינה שונה מהותית מהחובה המוטלת על כל אדם אחר והיא אינה מחייבת הוצאה כספית כלשהי. החובה לשלם עבור לימוד התורה של הבן נובעת רק מהמעגל השני, בהיותה חלק ממצוות הבן על האב. לדעת תלמידו ר' דוד פוברסקי, **שיעורי ר' דוד** קידושין, שם, הכללתה במעגל זה נעשתה מכח תקנת חכמים אשר מטרתה היתה להטיל על האב חובת תשלום, שלא נכללת במעגל הראשון.

35. **בירושלמי** חגיגה פ"א, ה"ז, מבואר כי המימון הינו שאלת המפתח לקיומו של תלמוד תורה במקום "תני ר"ש בן יוחי אם ראית עיירות שנתלשו ממקומן בארץ ישראל דע שלא החזיקו בשכר סופרים ומשנים מה טעמא [ירמי' ט יא] על מה אבדה הארץ נצתה כמדבר מבלי עבר ויאמר ה' על עזבם את תורתי" אולם יש להסתפק האם כוונתו בהכרח שמקורו של המימון חייב להיות ציבורי, או שמא כל עוד קיים מימון, והוא מספק את צרכי לימוד התורה חדא היא לרשב"י אם יגיע מכיסם של ההורים או מכיס הרשות המקומית (הנגבה מכולם). ועיין להלן במה שהבאנו בשם הירושלמי פאה.

36. במסגרת הפיקוח נכלל גם פיקוח על רמת המלמדים הציבוריים וטיב עבודתם. לדעת הנצי"ב **העמק שאלה** קמב, ה, ע"פ הבנת **הרמב"ם** שכירות י, ז, את הסוגיא **בבבא מציעא** קט ע"א, פיקוח זה חל אפילו על המלמדים הפרטיים שכן עצם העובדה שהם מעמידים את עצמם לרשות הרבים מחייבת את ההקפדה על טיב עבודתם "אפילו לא היה מושכר לרבים אלא שהיה מוחזק בעיר לסופר ולבלן, מקרי שהוא של רבים, משום שהוא מוחזק לרבים יש לבי"ד להשגיח עליו שלא יזיק לאחרים, ואם הוא מפסיד לאיזה יחיד בי"ד או הציבור מסלקין אותו שלא ישמש עוד בעיר לאותה אומנות".

37. **יד רמ"ה** בבא בתרא, כא ע"א, נח.

38. **בבא בתרא** כא ע"א. רבא מגדיר את התקן של כיתת לימוד בתלמוד תורה. עוזרי הוראה, הנקראים בשם "ריש דוכנא" נדרשים על פי הגמרא הנ"ל בכיתות גדולות, במצב בו אין הצדקה לפתיחתה של כיתה נוספת. וראה להלן שם הבאנו שיטות שונות בהגדרת "תקן כיתה" ומשמעותו.

אמר רבא: סך מקרי דרדקי - עשרין וחמשה ינוקי, ואי איכא חמשין - מותבינן תרי, ואי איכא ארבעין - מוקמינן ריש דוכנא, **ומסייעין ליה ממתא**.

מהביטוי "מסייעין ליה ממתא" מוכיח הרמ"ה את חובת המימון המוטלת על הציבור כחלק מתקנת יהושע בן גמלא:

ושמעינן מינה דמחייבין ציבורא לאותוביה מקרי דרדקי בכל מאתא ומיתב ליה אגרא ומדציבורא, מדקאמר רבא מותבינן ליה ריש דוכנא ומסייעינן ליה ממאתא, דשמעת מינה דמקרי דרדקי גופיה מדבני מאתא הוא דשקיל מדציבורא. והכי נמי מסתברא, מדקתני התקין יהושע בן גמלא שיהו מושיבין מלמדי תינוקות, ואי דלא יהבינן להו אגרא מדציבורא מאי שיהו מושיבין, אלא לאו דיהבינן להו אגרא מדציבורא, והכין עדיף כי היכי דלילפו בני עניים כבני עשירים.

לדעת הרמ"ה אם כן תקנת יהושע בן גמלא אינה ניתנת להבנה ולמימוש, אלמלי כחלק מהתקנה הוטלה על הציבור חובת תשלום למלמדי התורה, וממילא הזכות לגבות מיסים על מנת לממשה[39]. דעת הרמ"ה נתמכת לכאורה בדברי הירושלמי במסכת פאה[40]. הירושלמי מונה צרכים שונים עבורם גובה הציבור מיסים, לפי מידת קביעות ישיבתו של הנישום בעיר.

למזונות שלשים יום לפסין ולצדקות י"ב חודש... מהו לפסין ולצדקות י"ב חודש בשכר סופרים ומשנים.

אחד הצרכים מכונה בברייתא בשם "פסים"[41] ומבאר הירושלמי שהכוונה לצורך לימוד תורה לילדים. מכאן מסיק הרוגוצ'ובר[42] כי לדעת הירושלמי שכרם של מלמדי התינוקות מגיע מן הקופה הציבורית הנגבית מכל בני העיר, ללא קשר למידת הנאתם מהשירות.

---

39. על כל פנים משמע כי תפקיד הציבור אינו רק לוודא את העובדה שההורים ממלאים את חובתם כלפי ילדיהם ושוכרים לילדיהם מלמדים טובים, כפי שרצה להבין הרב רועי ז"ק **כתר יא** "הקצאת משאבים ציבוריים", עמ' 124, אלא למנות את המלמד ולשלם את שכרו כעובד ציבור וכלשון הרמ"ה "דמחייבין ציבורא לאותוביה מקרי דרדקי" וכן לשון הריא"ז, הובא לעיל: "תקנו חכמים הקדמונים שיהו מושיבין בני העיר מלמדי תינוקות" וכך מסיק למעשה הרב זולדן במאמרו המובא לעיל.
יתר על כן, מדברי **שו"ת התשב"ץ** ג, קנג, משמע, שחובת הציבור המתממשת בתשלום למלמד מגדירה את מעמדו כעובד ציבור בדבר שבקדושה, הזכאי להטבות להן זכאים עובדי ציבור אחרים במעמד דומה, ובהן הפטור ממסים: "הצבור חייבים להושיב מלמדי תינוקות ביניהם מתקנת יהושע בן גמלא... וכיון שחובה זו מוטלת על הצבור להושיב מלמדי תינוקות כמו שהיא חובה עליהם להעמיד ש"ץ להוציא הרבים ידי חובתן לכל דבר שבקדושה אם כן מאותו דין שהחזן פטור (ממסים. א.ס) אף על פי שמדין ת"ח לא היה פטור אם לא היה ש"ץ, מאותו דין עצמו המלמד פטור ואין חיוב עליו בזה".
40. **ירושלמי פאה** ח, ו.
41. בגמרא **בבא בתרא**, ח ע"א, מכונה הדבר בשם "פסי העיר" צורך המבואר בראשונים כצורך בטחוני.
42. הרב יוסף ראזין (הרוגוצ'ובר), **צפנת פענח על הרמב"ם**, מתנות עניים ז, א; **שו"ת צפנת פענח** שני, יז: "בירוש' פאה פ"ח וזה בגדר פסי העיר ולכך רק יב"ח... שכר של בית תלמוד שייך

אלא שנחלקו הראשונים בשאלה מהו היקף חובת הציבור, וכיצד, אם בכלל, מתחלקת החובה בין הורי הילדים ובין הציבור הכללי. לדעת הרימ"ג[43] תקנת יהושע בן גמלא העתיקה את חובת המימון מכתפי האב והטילה אותה על הציבור, המכונים בגמרא בשם "בני מתא", וזה חייב לממן בעצמו את שכר מלמדי התינוקות ועוזריהם וכך סוברים גם רבנו יונה[44] והרמב"ן[45]. לדעתם אין מקום להטלת חובת מימון על כתפי ההורים באופן ישיר, אפילו כאשר העסקת המלמד בלתי משתלמת לציבור מבחינה כלכלית:

> שמעתי פירושו ש...אם לא היו שם אלא כ"ד אין כופין ומי שירצה ישכור רב לבנו, ולא נראה לי, אלא אפילו לשנים ושלשה מושיבין מלמד...

כדעה זו פסקו רבים מן האחרונים[46] וביאר אותה יפה הרב ישששכר טייכטל הי"ד[47] שכתב כי חובת הציבור אינה מתממשת אלא במימון ציבורי:

> חוב זה מוטל על כל קהלה וקהלה בישראל לשכור מלמד ללמוד תורה לדור הצעיר מפני שהוא חיוב של קהלת יעקב שיירש התורה מדור דור ולא של יחידים... אין יוצאין יד"ח מצוה זה עד שכל קהלה וקהלה יתעסק בזה מכסף הקהלה בעצמם ולא די במה שיגבו מכל יחיד ויתנו כסף זה להמלמד או להרב או שאר משועבדי הרוחניים שהעמידו עבור קיום התורה והמצות רק הכסף הנגבה מיחידים ילך לקופת הקהל ויתחלף בכסף אחר ואז ישלמו שכרם למקיימי התורה...

כמובן שגם לדעת ראשונים אלו האב לא נפטר מחובתו הבסיסית לדאוג שבניו ילמדו תורה ובמקום בו מסיבות שונות הציבור לא יוכל לממן את לימוד בנו או שהציבור לא יעסוק כלל בנושא זה, יהיה חייב האב ללמד את בנו בעצמו או לשכור מלמד לבנו וכפי שראינו לעיל.

אמנם יש מן הראשונים הסבורים כי תקנת יהושע בן גמלא לא פטרה את האב מן החובה לשכור מלמד לבנו ואכן באופן בסיסי חובת המימון של המלמדים מוטלת על כתפי

לציבור וזה בכלל הך דסוטה דף לז ע"ב ע"ש בתוס' בשם הירוש' ארור אשר לא יקים וכו'". בדבריו רומז לקשר בין הירושלמי פאה, לירושלמי חגיגה, הנזכר לעיל, בו מועברת ביקורת קשה על עיר שלא משלמת ל"שכר סופרים ומשנים". כאמור לעיל הירושלמי הנ"ל אינו חד משמעי אולם לאור הירושלמי בפאה יש לפרשו כביקורת על העדר מימון ציבורי למלמדי תורה לילדים.

43. **ר"י מיגאש** בבא בתרא, שם.
44. **עליות רבנו יונה**, שם: "בני העיר נותנים לו שכרו... כופין בני העיר זה לזה על כך".
45. **רמב"ן**, שם.
46. הרב יצחק אריאלי, **עינים למשפט** בבא בתרא, כא ע"א , מ-נ: "החידוש של תקנת יב"ג הוא שמשכורת המלמד מוטלת על בני העיר וקופת הציבור"; הרב יעקב רוזנטל, **משנת יעקב**, הלכות תלמוד תורה, ב, א בשם הגרי"ז מבריסק: "שתקנת יב"ג היתה שתהא הושבת מלמדים חובת ציבור וכל הצבור אף מי שאין לו בנים חייב להחזיק המלמדים וכמו כל חובות הציבור". וראה להלן בהערה כי זוהי הכרעתו העקרונית של שולחן ערוך הרב.
47. **שו"ת ירושת פליטה**, לז.

ההורים. לדעתם התקנה באה לספק "רשת בטחון" על ידי הציבור, במקרים בהם ההורים מתקשים לשאת בנטל הכלכלי הכרוך בלימוד בניהם. כך כותב למשל הריטב"א[48]:

> דאפילו אין בעיר כ"ה תינוקות דהוא סך מיקרי דרדקי כיון שיש שם תינוקות כלל כופין אבותיהם לבני העיר לשכור מלמד בני העיר ונותנים האבות הראוי להם והשאר בני העיר.

כלומר, לדעת הריטב"א במצב נורמלי בו מספר התלמידים במקום תואם תקן של כיתה, ההורים הם שמשלמים למלמד את בנם. רק במצב בו אין מספיק תלמידים משלמים ההורים את חלקם היחסי בתקן[49], ואת היתרה ישלם הציבור. מדבריו עולה כי תשלום שכר המלמדים על ידי הקהל וכפיית הציבור הרחב לשלם מיסים למטרה זו הינם אופציה ותו לא העומדת בפני הקהל המבקש לממש את חובתו בדרך זו[50].

מבלי להכריע בשאלה העקרונית[51], המנהג המקובל בכל קהילות ישראל[52] היה כי ההורים המסוגלים לכך מממנים את שכר הלימוד לבניהם והקהילה מממנת את שכר הלימוד של

---

48. **ריטב"א** בבא בתרא, שם, בשם רבו הרא"ה;. כדבריו כתב גם **שו"ת הרמ"ה**, רמא (תשובה זו יוחסה בכל מן המקורות לרב האי גאון, וראה במה שכתבנו על כך לעיל): "נראה לי כי שכר מלמדי תינוקות **בעיירות קטנות שאין יכולין היחידים לתת שכר מלמד** כי היא על כל הקהל לפי ממון לא על אבותיהן של הנערים בלבד כי אינן יכולים זה על זה" לדעת הרמ"ה הזו ניתן למצוא רמז ביד רמ"ה, שם, האומר כי הטלת חובת המימון על הציבור מטרתה "דלילפו בני עניים כבני עשירים". למותר לציין כי אין כאן סתירה בין דברי הרמ"ה בחידושיו לדבריו בתשובתו ו בתשובה ביאר כי כאשר כתב בחידושיו שחובת המימון מוטלת על הציבור כוונתו שהמימון הציבורי יהווה רשת בטחון ותו לא.

49. מכיוון שתקן של כיתה הינו 25 תלמידים מסתבר שעל כל הורה מוטל לשלם 4% משכרו של המלמד. זהו הסכום אותו על כל הורה לשלם גם אם אין מספיק תלמידים במקום, ואת היתרה ישלם הציבור.

50. כך ניתן לדייק מלשון **פסקי מהרי"ק**, לג, שלא הגדיר את המימון הציבורי **כחובה** אלא **ככח** שקיים לציבור אשר יכול הוא לבחור להשתמש בו או לא (ומסתבר שהמימון יגיע מכיסם של ההורים): "יש כח ביד הרוב לכוף את המיעוט במידי דאיכא מגדר מלתא כגון לקיום תלמוד, ואף בלא הסכמת רוב צבור יכולין לכוף זה את זה להעמיד מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר, ועל כל קהל וקהל ליתן שכר המלמד".

51. לכאורה היה נראה לומר כי השאלה העקרונית תלויה במחלוקת המהר"ם מרוטנבורג ורבנו שמחה משפירא אותה הבאנו לעיל, אשר נחלקו בשאלה האם חובת המימון על ידי האב הינה חלק ממצות תלמוד תורה או שאף היא נולדה עם תקנת יהושע בן גמלא. לדעת רבנו שמחה לא זו בלבד שהתקנה לא הסירה מעל ההורים את חובת המימון אלא היא זו שהטילה עליהם חובה זו והשאילה לציבור את התפקיד הארגוני ואת החובה להקים רשת בטחון לילדים שהוריהם אינם מסוגלים למלא את חובתם ולשלם על לימוד ילדיהם. אולם לדעת המהר"ם מרוטנבורג הסובר שחובת המימון היתה קיימת גם קודם לתקנת יהושע בן גמלא יש מקום להסתפק האם התקנה העתיקה את חובת המימון מההורים לציבור, כפי שטוען הרימ"ג, או שהשאירה חובה זו על כנה ורק סיפקה רשת בטחון לתלמודם של ילדי ישראל במקרים בהם ההורים לא ימלאו את המצוה המוטלת עליהם מדאורייתא.

52. ראה **כתר יא**, עמ' 134-130 ובהערות, הסוקר באופן נרחב את מנהגי הקהילות בתקופת הגלות,

ילדים שאין הוריהם מסוגלים לממנם בכוחות עצמם[53]. להלן נראה את המנהג במדינת ישראל היום.

גדרי החובה הציבורית

כיתה תקנית[54]

הגמרא[55] מתייחסת ליחס שבין מספר התלמידים ובין מספר המלמדים בכיתה:

> אמר רבא: סך מקרי דרדקי - עשרין וחמשה ינוקי,
>
> ואי איכא חמשין - מותבינן תרי,
>
> ואי איכא ארבעין - מוקמינן ריש דוכנא,
>
> ומסייעין ליה ממתא.

לפני הקמת מדינת ישראל ומסיק כי כך היה המנהג בכל הקהילות בגולה, במזרח ובמערב.

53. **הרמ"א** חו"מ קסג, ג, פסק כדעת הרמ"ה המובאת לעיל. לדעת **הגר"א** שם, ה; הרב חיים דוד הלוי, **שו"ת עשה לך רב** ג, כג, מדובר בהכרעה עקרונית כשיטת הריטב"א, לפיה חובת המימון הבסיסית מוטלת על כתפי ההורים והשתתפות הציבור אינה אלא מכח מצות צדקה, ועל פי גדרי מצות צדקה.
לאותה המסקנה מעשית, אך מתוך גישה הפוכה הגיע בעל התניא, **שולחן ערוך הרב** יו"ד, הלכות תלמוד תורה, א, ג. לדעתו באופן בסיסי מוטלת חובה על הציבור לממן לימוד תורה לכל ילדי הקהילה עשירים כעניים, וכדעת הר"י מיגאש וסיעתו. אמנם למעשה לא נהגו כן והעשירים מימנו ילדיהם והקהילה מימנה את בני העניים, וכפי שפסק הרמ"א: "ושכר מלמדי תינוקות תקנת חכמים היתה לפרוע מקופת הקהל בעד כל התינוקות שבעיר בני העשירים והעניים יחד ועכשיו במדינות אלו נוהגין שכל אחד פורע בעד בנו אם ידו משגת. ומי שאין ידו משגת חייבים הציבור לפרוע בעדו מתקנת חכמים והעניים יכולים לכוף את העשירים לפרוע בעד בניהם מקופת הקהל ואפילו העשירים יכולים לכוף זה את זה לפרוע שכר מלמדי תינוקות שלהם מקופת הקהל שנותנים בה גם מי שאין לו בנים כי כן היתה עיקר תקנת חכמים להושיב מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר בין גדולה בין קטנה ולהטיל שכר מלמדי כל התינוקות שבעיר בין עשירים בין עניים על כל הקהל שבעיר כל אחד כפי השגת ידו אפילו מי שאין לו בנים כשאר נתינות הקהל שהן לפי ממון ... אלא שבמקומות שאין נוהגין כן הוא מפני שהעשירים וגם הבינונים מוחלים זה לזה אבל חלק בני העניים אין בידם למחול וחייבים הכל לפרוע בעדם". כפי שניתן לראות מדבריו מסקנתו המעשית של בעל התניא זהה לזו של הרמ"ה (והרמ"א) אלא שבניגוד לרמ"ה שראה במימון ההורים חובה בסיסית ובמימון הקהילתי לעניים "רשת ביטחון" רואה בעל התניא את המימון הקהילתי כביטוי לחובה הבסיסית של הקהילה ואת מימון ההורים העשירים לבניהם כהתנדבות. לדעת הרב יעקב רוזנטל **"משנת יעקב"**, שם, אין זו התנדבות גמורה אלא ביטוי לחיוב של האב ללמד את בנו בשכר, שהיה קיים לפני התקנה. ועיין **בפסקי דין רבניים**, חלק ז עמ' 27, הטוען כי שילוב זה בין חובת הציבור לחובת ההורים מוסכם על כל הראשונים ולפיכך הוא שורת הדין ולא רק מנהג הקהילות (בדין ישבו הדיינים הרבנים יוסף בבליקי, אברהם שפירא, ומרדכי אליהו).

54. נושא זה קשור לכאורה לתחום הפדגוגי, ולפיכך לא היה מקום לכלול אותו במסגרת הדיון בתפקידי הרשות המקומית אולם הואיל וזהו נושא בעל השלכות תקציביות מובהקות, והשלכות ישירות על תחום מערך ההסעות בחרנו לעסוק בו במסגרת פרק זה.

55. **בבא בתרא** כא ע"א.

אלא שלכאורה יש להסתפק בשאלה מהי מטרתו של רבא בדבריו, האם הוא בא לעסוק בשאלה הכלכלית מהי כיתה תקנית, כלומר, מהו המספר **המינימלי** של התלמידים המצדיק תוספת של אנשי צוות, וקביעת אופיים והכשרתם של אנשי הצוות החינוכי, או שמא רבא בא לעסוק בשאלה הפדגוגית[56], מהו מספר התלמידים **המקסימלי** אותם יכול המחנך ללמד באופן יעיל[57]. ונראה כי נחלקו הראשונים בדבר:

לדעת התוספות[58] המספרים בהם נוקב רבא הינם מספרים מינימליים לצורך העסקת אנשי צוות:

> וכגון שיש כאן כ"ה ינוקי שראויין להשכיר להם מלמד... אבל פחות מכאן אין בני העיר יכולין לכוף זה את זה להשכיר להם מלמד.

הרא"ש[59] משלים את התמונה ומפרט:

> שיש בעיר עשרים וחמשה נערים כופין זה את זה להושיב ביניהם מלמד... אי איכא חמשין מותבינן תרי ואי איכא מ' מותבינן ריש דוכנא ומסייעין ליה ממתא. אבל עד מ' אין צריך ריש דוכנא ומארבעים עד נ' יספיק בריש דוכנא.

לדעת התוספות וסיעתם עד עשרים וחמשה תלמידים אין כל הצדקה לפתיחת כיתה (או כיתה נוספת). מעבר לעשרים וחמשה תלמידים יש להבחין בין כיתה רגילה (25-40 תלמידים) בה מלמד מורה לבדו ובין כיתה גדולה (40-50 תלמידים) בה המורה נדרש לתגבור של עוזר הוראה "ריש דוכנא". מעבר לחמישים תלמידים קיימת הצדקה לפיצול הקבוצה ופתיחת שתי כיתות רגילות שבכל אחת מהן לומדים למעלה מעשרים וחמשה תלמידים אצל מורה יחיד.

לעומתם סבורים ראשונים רבים[60] כי המספרים בהם נוקב רבא הינם מספרים מקסימליים ללימוד יעיל. לדעתם אין מספר מינימום שכן גם תלמיד אחד חייב ללמוד תורה ועל הציבור להעמיד לו מלמד בלי קשר למידת ההצדקה הכלכלית שבדבר וכך כותב רבנו יונה בעליותיו:

> אף על פי שאין בעיר כ"ה ינוקא, חייבין לשכור להם מלמד בעיר, ואינן יכולים לומר הרי אנו מוציאין אותן לעיר אחרת, כדי להושיבם עם תנוקות שבעיר לפני מלמד אחד. שלא תאמר כשתקן יהושע בן גמלא שיהיו מושיבין בכל עיר ועיר, דוקא כשיש שם סך תנוקות הנצרכים למלמד אחד, אבל בפחות מכאן ממטינן להו ממתא למתא.

---

56. כמובן שהשאלה הכלכלית מושפעת משיקולים פדגוגיים, כמו שלשאלה הפדגוגית ישנן השלכות כלכליות אולם הבדל הוא היכן נמצא מוקד השאלה.
57. ועיין **בשו"ת התשב"ץ** ב, סד; ג, קנג, שהגדיר את יסוד המחלוקת באופן שונה אולם אין לכך נפקא מינא למעשה.
58. **תוספות** שם ד"ה מתקנת; ד"ה סך; **הגהות מיימוניות** תלמוד תורה ב, ג; **רא"ש** בבא בתרא ב, ז; **טור** יו"ד, רמה; **שאילתות** קמב, ו.
59. רא"ש המובא בהערה לעיל.
60. כך כתב לראשונה בפירוש **רבנו גרשם** וכן משמע מ**רש"י** שם, ד"ה סך מקרי; **עליות רבנו יונה, הרמב"ן והרשב"א** שם; **נימוקי יוסף** י ע"ב מדפי הרי"ף.

לדעת ראשונים אלו הגמרא קובעת כי הרכב הצוות החינוכי היעיל ביותר צריך להיות מחולק באופן הבא[61]:

> אם שכרו מקרי דרדקי לתנוקות שבעיר, ונמצא שיש שם מ' תנוקות, חייבים לשכור לו ריש דוכנא... והא דנקט ואי ארבעים לאו למעוטי ל"ט, דהוא הדין דפחות מכאן מותבינן ריש דוכנא, דסך מיקרי דרדקי כ"ה ינוקי, אלא להכי נקט ואי איכא מ' לפי שאם יש שם יותר מארבעים, מותבינן תרי מקרי, אלא ה"ה למ"א.

כך סובר גם הרמב"ם שכתב[62]:

> עשרים וחמשה תינוקות למדים אצל מלמד אחד, היו יותר על עשרים וחמשה עד ארבעים מושיבין עמו אחר לסייעו בלימודם, היו יותר על ארבעים מעמידין להם שני מלמדי תינוקות.

כלומר, כל מספר של תלמידים מחייב את הקהילה לשכור להם מלמד, כאשר מספר התלמידים עובר את העשרים וחמשה יש לשכור עוזר הוראה למלמד וכאשר מספר התלמידים עובר את הארבעים יש לפצל את הקבוצה לשתי כיתות ולשכור להן שני מלמדים.

למעשה, פסק השו"ע[63] כדעת רוב הראשונים הסוברים כי אין מספר מינימלי לפתיחת כיתה ויש לפתוח תלמוד תורה בכל ישוב, ללא קשר למספר התלמידים במקום, וכמו כן[64] החל מעשרים וחמשה תלמידים יש להוסיף כח עזר בהוראה. ביחס לנקודה האחרונה סבור הש"ך[65] כי יש מקום להתחשב בדעת התוספות ולשקול מבחינה פדגוגית את הצורך בתוספת כח הוראה בהתחשב ביכולות המלמד, הכיתה, שעות הלימוד והחומר הנלמד.

---

61. עליות דרבנו יונה, שם ועוד.
62. **רמב"ם** תלמוד תורה ב, ה.
63. **שולחן ערוך** יו"ד, רמה, טו; **שו"ת אמונת שמואל**, כו (רבי אהרן שמואל קוידנובר שימש תקופה מסויימת, אחר פרעות ת"ח ות"ט כדיין בבית הדין בוילנא יחד עם החלקת מחוקק, הש"ך והשער אפרים, אביו של החכם צבי מחבר ה"תפארת שמואל"). ולפלא על ה**פתחי תשובה** שם, ח, שהבין בדבריו שכוונתו להכריע מחמת הספק כדעת התוספות המסירה מהציבור את האחריות לממן כיתה בתקן חלקי, שכן האמונת שמואל טען במפורש כי גם התוספות לא אמר את דבריו במקום בו הסרת האחריות מהציבור תוביל לביטול הילדים מלימוד.
64. אמנם מדברי הש"ך והרמ"א עולה כי הפרידו בין שתי השאלות. **הרמ"א** יו"ד רמה י, אינו מתייחס כלל לשאלת תוספת כח האדם אלא רק לשאלת הכיתה התקנית ומביא את דעת רבנו יונה ולעומתה את דעת התוספות "י"א דאם אין בעיר כ"ה תינוקות, אין בני העיר חייבים לשכור להם מלמד וי"א דאפילו בפחות מזה, חייבים" ואילו **הש"ך** שם, י, אינו מתייחס כלל לשאלת הכיתה התקנית אלא רק לשאלת תוספת כח האדם שם הוא מביא את דעת התוספות וקובע כי יש להכריע כי את המחלוקת באמצעות שיקולים פדגוגיים מקומיים. בשו"ת אמונת שמואל, שם, מתקומם על הפרדת השאלות זו מזו וטוען כי היא בלתי אפשרית "וכמעט שאחז החבל בתרין ראשין דזה תליא בזה".
65. **ש"ך** שם י: "ונראה שהולכין בזה אחר המלמד ואחר הנערים ואם הם לומדים מעט או הרבה והכל לפי הענין".

הסעות[66]

כפי שראינו לעיל תקנת יהושע בן גמלא באה להתמודד עם בעיית ניוד התלמידים ממקום למקום. התקנות הקודמות לתקנת יהושע בן גמלא נדחו והוחלפו רק בשל העובדה שלא הצליחו להתמודד עם בעייה זו. תקנת עזרא נדחתה בשל הצורך להביא אל הילדים מרחבי הארץ לירושלים, ותקנת רבי יהושע בן קרחה הוחלפה בשל העדר היכולת להוליך ילדים קטנים מכפרם לעיר המחוז. לעומת זאת תקנת יהושע בן גמלא הציבה דרישה לפתוח תלמוד תורה בכל עיר ועיר.

כאמור לעיל נחלקו הראשונים האם ישנו מספר מינימלי של תלמידים אשר מתחת לו אין הצדקה לפתיחתה של קבוצת לימוד. לדעת הראשונים הסוברים כי אכן ישנו מספר מינימלי לפתיחת כיתה, יש להסתפק כיצד יש לנהוג במקרה בו אין במקום את מספר התלמידים הדרוש. האם משמעות הדבר היא כי התלמידים יאלצו לכתת את רגליהם לישוב אחר על אף סכנת הדרכים[67] או שבמקרה שכזה, בו מתברר כי העסקת מורה נוסף אינה כלכלית יפול הנטל על העסקתו על כתפי ההורים, באופן מלא[68] או חלקי[69]. אמנם למעשה הכריע השולחן ערוך כדעת רוב הראשונים הסוברים שיש לפתוח קבוצת לימוד עבור כל מספר של תלמידים המתגוררים במקום. העולה מדבריהם הוא כי מוטלת על הציבור אחריות להקמת בית ספר בכל מקום ומקום. אולם עדיין עולה השאלה מהי הגדרת מקום? האם שני רחובות סמוכים באותה העיר נחשבים למקום אחד או לשני מקומות? ושתי שכונות? ומה דין שני ישובים סמוכים? בלשוננו נאמר כיצד יש להגדיר את אזור הרישום של בית הספר? לדעת הראשונים הנ"ל, בשאלה זו עוסקת הגמרא כאשר תשובתה היא כי יש אין המצדיקה פתיחת תלמוד תורה כמקום שאליו הילד הקטן יכול להגיע אליו מבלי להסתכן כלל[70]:

---

66. ראו הרב יהודה זולדן, "הסעת תלמידים למוסדות חינוך מחוץ למקום מגוריהם", **תחומין יב.**
67. ראו תוספות המובא לעיל; **ראי"ש** בבא בתרא ב, ז; **הגהות מיימוניות** תלמוד תורה ב, ג.
68. דעה זו מובאת (ונדחית) על ידי הרמב"ן, שם: "שמעתי פירושו שאם היו בעיר עשרין וחמשה כופין בני העיר זה את זה להושיב ביניהם מלמד תנוקות, ואם לא היו שם אלא כ"ד אין כופין ומי שירצה ישכור רב לבנו".
69. לדעת הריטב"א, שם, ההורים ישאו בעלות היחסית הנדרשת מהם בפתיחת כיתה תקנית וביתרה ישא הציבור: "דאפילו אין בעיר כ"ה תינוקות דהוא סך מיקרי דרדקי כיון שיש שם תינוקות כלל כופין אבותיהם לבני העיר לשכור מלמד בני העיר ונותנים האבות הראוי להם והשאר בני העיר".
70. **בבא בתרא** כא ע"א. תרגום: מתקנת יהושע בן גמלא ואילך, לא מביאים ילד מעיר לעיר אבל מבית כנסת לבית כנסת (באותה העיר) מביאים ואם הנהר חוצה את העיר לא מביאים ואם יש גשר מביאים אך אם הגשר רעוע לא מביאים. וראו **רמב"ם** תלמוד תורה, ב, ו; **שולחן ערוך** יו"ד רמה, טז: "מעיר לעיר או מצד הנהר לצדו אפילו באותה העיר אין מוליכין את הקטן אלא אם כן היה בנין בריא על גבי הנהר בנין שאינו ראוי ליפול במהרה". יש לציין כי הגדרה זו יחודית לתחום זה ואינה זהה לשום הגדרה אחרת של עיר המוכרת לנו מתחומים אחרים.

אמר רבא: מתקנת יהושע בן גמלא ואילך, לא ממטינן ינוקא ממתא למתא, אבל מבי כנישתא לבי כנישתא ממטינן, ואי מפסק נהרא לא ממטינן, ואי איכא תיתורא ממטינן, ואי איכא גמלא לא ממטינן.

כלומר, לפי הגדרה זו אזור רישום יוגדר כאזור אליו מסוגלים להגיע ילדים בבטחה (שלא בליווי הוריהם). לפי זה בכוחו של הציבור לשנות את הגדרת אזור הרישום באמצעות שינוי המצב בשטח. כלומר שני אזורי מקומות שביניהם היה מעבר בלתי בטוח ("גמלא") יכולים להפוך לאזור אחד אם המעבר יבנה בצורה בטוחה ("תיתורא"). משמעות הדבר היא כי מחד יתכן וכביש סואן בין שכונה לשכונה בתוך אותה העיר מצדיק פתיחת בתי ספר שונים, ומאידך הסעות תלמידים בטוחות יכולות לאפשר להגדיר ישובים במרחק של חצי שעה נסיעה זה מזה כאזור רישום אחד המצדיק הקמת בית ספר אזורי אחד. המדד היחיד לכך הוא באיזו מידה המעבר ממקום למקום כרוך בסיכון חיי התלמידים[71] הצעירים[72].

יש להוסיף ולומר כי לאור העובדה שהאחריות לפתיחת בית ספר גם במקום בו מספר התלמידים אינו מגיע לכדי פתיחת כתה תקנית מוטלת על הציבור, שאמור גם לממן זאת, אזי במקום בו הציבור אינו מעוניין לעשות זאת אלא להעביר תלמידים באופן בטוח ממקום למקום עליו להיות אחראי להקמת מערך הסעות בטיחותי ולממנו[73].

---

71. יש להעיר כי נכון להיום הסעות התלמידים אכן נחשבות לבטוחות ביותר. משרד החינוך אינו מנהל מעקב אחר תאונות דרכים בהם נפגעו תלמידים כתוצאה משימוש בהסעה, אולם מנתונים שנאספו על ידי הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים (שנים 2008-2012) עולה כי בממוצע מכלל 280000 הילדים הנוסעים לבית הספר בהסעה נהרג בכל שנה בממוצע תלמיד אחד ונפצעים הרבה פחות מ 25. למעט מקרה אחד בו התאונה התרחשה במהלך הנסיעה התרחשו כל שאר התאונות בזמן חציית הכביש בדרך להסעה או ממנה. לשם הפרופורציות יש להעיר כי מספר התלמידים שנפגעים בשנה בתאונות דרכים בדרך לבית הספר ללא הסעה עומד על כאלף בשנה (על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה 2013-2017) מתוך כ 2 מליון תלמידים. משמעות הדבר היא כי היחס בין מספר הנפגעים בהסעה ובין מספר הנפגעים ללא הסעה עומד על 1:5). במילים אחרות ההסעות בטוחות לפחות פי חמש מכל הדרכים האחרות המובילות לבית הספר. מבחינה הלכתית משמעות הדבר היא כי אם הרשות מוכנה להעמיד הסעה לרשות התלמידים אין כל הגבלה מבחינתה על הרחבת אזורי הרישום מהם יגיעו התלמידים לבית הספר האזורי.

72. הרב זולדן, שם, ביקש להוכיח מ**שו"ת אגרות משה** יו"ד ג, עה, שיש לחלק בתקנת יהושע בן גמלא בין ילדים מתחת לגיל 7 עבורם יש לקיים מסגרת לימודים במקום מגורי התלמידים ולא להסיעם למקום לימודים מרוחק יותר, ובין ילדים מעל גיל 7. אולם לענ"ד לא זו כוונת האגרות משה. לגיל 7 מגיע ר' משה כתוצאה משקלול היתרונות והחסרונות של מוסד פחות תורני קרוב לעומת מוסד יותר תורני רחוק. כחלק מן השיקולים הוא לוקח בחשבון את הקושי בנסיעה אך גם את מידת ההשפעה שיש לחברה על הילדים ומגיע למסקנה כי גיל 7 גם מצריך וגם מאפשר מעבר לבית ספר תורני יותר על אף ריחוקו.

73. יש להעיר כי לדעת התוספות וסיעתם שבמקרה זה הציבור מסיר את אחריותו, והאחריות על התלמידים נופלת על כתפי ההורים, הרי שאלו יכולים לבחור בין ניוד התלמידים או פתיחת בית ספר מקומי, ובלבד ששתי הפעולות יעשו על חשבונם.

מבנים

שאלת מיקומו של מבנה התלמוד תורה אינה שאלה צדדית כלל ועיקר שכן היא הפותחת את הדיון בגמרא[74] בענין תקנת יהושע בן גמלא. במשנה נמצאות הלכות סותרות לכאורה ביחס לשאלה האם מותר לאדם לפתוח בחצר שנועדה למגורים עיסוק המחולל רעש:

> חנות שבחצר - יכול למחות בידו ולומר לו: איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין...ואינו יכול למחות בידו ולומר לו: איני יכול לישן ... מקול התינוקות.

הגמרא עומדת על סתירה זו ומבארת אותה בשני אופנים:

> מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר אביי: סיפא אתאן לחצר אחרת.... אמר רבא: סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן, ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך.

כלומר לדעת רבא, שנפסקה להלכה, תקנת יהושע בן גמלא משפיעה על אופן ההתייחסות למקום בו יתבצע הלימוד. אלא שאת ההשפעה ניתן להבין בשני אופנים: אופן אחד להסביר זאת הוא כי התקנה משפיעה על מניעת המחאה באופן עקיף, כלומר, התקנה מגדירה את הלימוד לתינוקות כמצוה, וממילא זוכה היא להגנה מפני טענות השכנים. לפי זה לימוד תורה לתינוקות אינו הדבר היחיד המונע טענות מצד השכנים אלא כל עיסוק של מצוה, ולכל הפחות מצות לימוד תורה[75].

אולם ניתן להסביר באופן אחר ולומר כי התקנה משפיעה על מניעת מחאת השכנים באופן ישיר, כלומר, התקנה המטילה את חובת לימוד התורה לילדים על הציבור, היא זו שמונעת מהשכנים את זכות המחאה[76]. כך עולה לכאורה מלשון רבי ישעיה דטרני[77] המדגיש כי הטלת חובת הושבת מלמדי התינוקות על בני העיר היא זו שמונעת מהשכנים את זכות המחאה:

> היה אחד מבני החצר מלמד תורה לתינוקות של ישראל, אין בני החצר יכולין לעכב עליו ולומר אין אנו יכולי' לישן מקול התינוקות, לפי שכבר תיקנו חכמים הקדמונים שיהו בני העיר מושיבין מלמדי תינוקות בכל עיר ועיר.

ניתן לבאר את דבריו בפשטות ולומר כי מכיוון שלא ניתן לממש את התקנה ללא הקצאת מקום בו יתקיים הלימוד, באה התקנה ומנעה מהשכנים למקום שהוקצה לכך, את היכולת להתנגד להקצאה זו, שכן השארת הדבר להסכמת השכנים היתה יכולה למנוע את האפשרות לישם את התקנה.

---

74. **בבא בתרא** כ ע"ב.
75. **שו"ת הריטב"א**, כז: "לא דוקא מלמד תינוקות של בית רבן. אלא הוא הדין לעשות מדרש להרביץ תורה או לדרוש בו לרבים כדי להגדיל תורה ולהאדיר ולא תשכח תורה מישראל. דכליה חד טעמא הוא". השולחן ערוך חו"מ קנו, ג, פוסק כדבריו תוך הרחבה ניכרת "והוא הדין לכל מילי דמצוה, שאינם יכולים למחות בידו".
76. לפי זה צריך לומר כי מניעת יכולת המחאה יחודית למצות תלמוד תורה לילדים ואין להרחיבה למצוות אחרות כגון סופר סת"ם, **רמב"ן**, בבא בתרא, שם, ואף לא למצות תלמוד תורה, **רש"י** שם ד"ה סופר מתא. כך משמע גם מלשון **הרמב"ם** תלמוד תורה ב, ז.
77. **פסקי ריא"ז** בבא בתרא, ב, יג.

ביאור עקרוני יותר נותן החתם סופר[78]. לדעתו מחלוקת אביי ורבא עוסקת בשאלה היכן יממשו בני העיר את מחויבותם לקיומו של תלמוד תורה.

> נראה לי דאביי לא סבירא ליה הא דרבא דאע"ג דיהושע בן גמלא תיקן להגדיל תורה ולהאדירה, מכל מקום כל עיר ועיר יבנו להם בי כנישתא לכך... ורבא נמי לא אמר אלא מתקנת יהושע... אפילו טירחא כל דהו לא מטרחינן להסיעם משכונה לשכונה... משתיקנו יהושע ב"ג והוטל על הציבור אם כן ה"ה על כל יחיד אפילו מי שאין לו בן היטל חיובו של בן זה לסייעו לאביו או להציבור להניחו לגור בשכונתו.

לדעתו של החתם סופר רבא סובר כי התקנה המטילה את חובת לימוד הילדים על הציבור, מחייבת גם את אנשי השכונה בה מבקש הציבור לקיים את חובתו, ולפיכך אין השכנים יכולים להתנגד לקיומה של מצוה שהם עצמם חייבים בה. אביי אינו חולק על חובת הציבור אלא שלדעתו על הציבור לממש את חובתו באופן שאינו פוגע באיכות חייהם של תושבי העיר ולבנות או להקצות מבנה לתלמוד תורה המתאים לקיום חובה זו, שלא באמצע שכונת מגורים.

למדנו אם כן כי לשיטת הראשונים הנ"ל[79] בכלל חובת הציבור ללמד את הילדים תורה נכללת גם חובה על הציבור ליחד מקום בו יתקיים לימוד זה. חובה זו יכולה להתממש הן במבנה יחודי שיבנה או ירכש לטובת הענין, הן במבנה קיים אשר יוקצה לצורך זה בשעות הלימודים[80], הן מחוץ לאזור המגורים והן בליבה של שכונת מגורים.

---

78. **חתם סופר** בבא בתרא, כא ע"א.
79. מסתבר כי גם הריטב"א והשולחן ערוך אשר הסיקו כי כל עיסוק של מצוה מונע את אפשרות המחאה של השכנים לא חלקו על עצם החובה המוטלת על הציבור להקצאת מבנה מתאים לתלמוד תורה, שכן לא ניתן לקיים תלמוד תורה ללא הקצאת מקום כלשהו, אלא שלדעתם אין לכך קשר למניעת המחאה של השכנים. וצ"ע ספקו של **שו"ת שבט הלוי** ו, קמז "אני מסופק אם אנחנו יכולים לחייב מתקנת ר"י בן גמלא גם בני הקהילה בכל ההוצאות של היום כי הרבה ענינים בבנינים והספקת מזון - הסעה וכדומה שבודאי לא היו נכללים בתקנתו" שכן גם אם מזון לא היה בתקנתו הרי שהחובה להעמיד מבנה נכללה בתקנתו וכאמור לעיל גם ענין ההסעות לדעת רוב הראשונים נכלל אף הוא בתקנת יהושע בן גמלא.
80. כך כנראה היה מקובל בתקופת המשנה והגמרא שהלימוד התקיים בבית הכנסת המקומי או במבנה ציבורי הסמוך לו. ראו **בבא בתרא** כא ע"א: "מבי כנישתא לבי כנישתא" ו**בירושלמי מגילה** ג, א, שם מתאר רבי פנחס בשם רבו רבי הושעיה את היקף המערך החינוכי בירושלים שלפני החורבן: "א"ר פינחס בשם ר' הושעיה ארבע מאות ושמונים בתי כנסיות היו בירושלם וכל אחת ואחת היה לה בית ספר ובית תלמוד בית ספר למקרא ובית תלמוד למשנה". לעומת זאת ראה **כתובות**, קה ע"א, שם מתאר אותו מקור תאור דומה (בהקשר אחר) את המערך החינוכי בירושלים אולם ממנו משמע שהיתה הבחנה בין המקום שנועד לתפילה שנקרא "בית כנסת" ובין המקום שנועד ללימוד לילדים הנקרא "בית סופרים": "אמר ר' פנחס אמר רבי אושעיא: שלש מאות ותשעים וארבעה בתי דינין היו בירושלים, כנגדן בתי כנסיות, וכנגדן בתי מדרשות, וכנגדן בתי סופרים". ונראה כי אין סתירה בדבר וכפי שמצאנו בחפירות בתי כנסת עתיקים כגון בגמלא שבגולן שהיו מבנים ציבוריים הצמודים לבית כנסת ובהם ככל הנראה התקיים הלימוד.

אמנם השאלה מי צריך לממן את רכישת המבנה, את דמי שכירותו ואת הוצאות החזקתו לא נידונה בנפרד שכן היא חלק מהשאלה האם תקנת יהושע בן גמלא פטרה את ההורים מהצורך לממן את הוצאות הלימוד של בנם הפרטי תוך הטלת חובת המימון על הציבור[81] או שהתקנה לא הטילה על הציבור כל חובת מימון ועל המימון להיעשות באמצעות ההורים (למעט ילדי עניים אשר מימונם יעשה מהקופה הציבורית, מדין צדקה).

מכיוון שלמעשה מנהג קהילות ישראל היה כי ההורים המסוגלים לכך מממנים את שכר הלימוד לבניהם והקהילה מממנת את שכר הלימוד של ילדים שאין הוריהם מסוגלים לממנם בכוחות עצמם הרי שבכלל שכר הלימוד אותו משלמים ההורים עליהם לכלול את ההוצאות הכרוכות באחזקת המקום בו מתקיים הלימוד[82]. לפי מנהג זה מעבר להשתתפות הציבור בעלויות היחסיות של בני העניים במקום הלימוד, אין מקום להטיל חובת רכישה של מבנה קבע על הציבור[83] אולם בודאי שאם רוב הציבור יחליט כי הוא מבקש להקים או לרכוש מבנה אשר ישמש כבית תלמוד תורה הוא רשאי לעשות כן ואף יכול לכפות את דעתו על דעת המיעוט[84].

לימודי חול

כל עיסוקנו עד כה התמקד בתחום לימוד התורה אולם מערכת החינוך המודרנית אינה עוסקת (רק) בלימוד תורה. היא עוסקת במרבית הזמן בלימודים אשר תכליתם העיקרית היא להקנות לתלמיד כלים באמצעותם יוכל להתמודד במלחמת החיים[85], לרכוש השכלה גבוהה ולהשיג תעסוקה נאותה. השלכה ישירה של תקנות חז"ל אשר עסקו בהקמת מערכת ללימוד תורה על מערכת החינוך המודרנית בכלל ובמדינת ישראל בפרט אינה יותר מדמיון שווא. אולם, אין זה אומר כי להלכה אין מה לומר ביחס לתחומים אלו. להלכה יש עמדה גם ביחס ללימודי חול ולהכשרה מקצועית ואף שם קיימת אבחנה בין החובה האישית המוטלת על ההורה ובין החובה הציבורית המוטלת על הציבור.

---

81. כך מסיק הרוגוצ'ובר, **שו"ת צפנת פענח** ב, יז, אם כי לדעתו על פי ההלכה המבנה הכלכלי מורכב למדי שכן המבנה אמור להיות בבעלות הקהילה, אך זו תשכירו למלמדים אשר יכללו את הוצאות השכירות בכלל שכרם, אותו הם מקבלים כאמור מהקהילה "ושכר החדר צריך ליתן המלמד דזה בכלל שימוד דנדרים לז אבל שכר של בית תלמוד שייך לציבור וזהו בכלל הך דסוטה דף לז ע"ב".
82. הוצאות אלו הכרחיות שכן גם אם הלימוד מתקיים בבית המלמד ואפילו אם הוא מתקיים בבתי הילדים עצמם הרי שגם הדבר כרוך בעלויות סמויות וגלויות (כגון אבדן הכנסה אלטרנטיבית או פחת בעקבות שימוש ממושך של ילדים) ומסתבר כי המלמד אמור להחשיב אותן בשכרו, ושכרו מגלם גם את ההוצאות בגין מקום הלימוד.
83. אלא אם כן המבנה משרת רק את בני העניים.
84. **שו"ת מהרשד"ם** או"ח, כ, הובא **בשיירי כנסת הגדולה**, הגהות טור, יו"ד, רמה.
85. הראי"ה קוק, **אגרות הראי"ה** א, קיא (נשלחה לרב יצחק אייזק הלוי בעל "דורות הראשונים").

בכל הנוגע לחובה האישית הרי שמוטלת על האב חובה ללמד בנו אומנות, מקצוע באמצעותו יוכל להתפרנס באופן עצמאי ולפרנס את בני משפחתו וכפי ששנינו במסכת קידושין (כט ע"א)[86]:

> האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה, ולהשיאו אשה, וללמדו אומנות; ויש אומרים: אף להשיטו במים; רבי יהודה אומר: כל שאינו מלמד את בנו אומנות - מלמדו ליסטות. ליסטות סלקא דעתך?! אלא, כאילו מלמדו ליסטות[87].

ממקור זה וממקורות נוספים[88] עולה כי החובה ללמד את הבן מקצוע מוטלת אך ורק על

---

86. **חשיבות לימודי החול**
כתב **ערוך השולחן** או"ח קנו, א: "חייב אדם ללמד את בנו אומנות וכל שאינו מלמדו אומנות כאלו מלמדו לסטות וכמה טועים בזה לאמר שהאומנות הוא דבר של בזיון שהרי כמה תנאים ואמוראים שהיו בעלי מלאכות ואיתא במדרש רבה בראשית [פ' ע"ד] חביבה היא המלאכה מזכות אבות שזכות אבות הצילה ממון ומלאכה הצילה נפשות שנאמר [בראשית לא, מב] לולי אלקי אבי אברהם וגו' כי עתה ריקם שלחתני את עניי ואת יגיע כפי ראה אלקים ויוכח אמש כלומר שלא הרגו לבן ליעקב בפגעו בו ומעלה גדולה היא למי שמתפרנס ממעשה ידיו שנאמר [תהלים קכח, ב] יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך אשריך בעוה"ז וטוב לך לעוה"ב שכולו טוב". כדעתו כתב גם הרא"ה קוק באגרתו הנ"ל, והרש"ר הירש, **חורב** עמ' 399. באופן דומה כתב גם הבן איש חי, **אמרי בינה** קי ע"א, אשר פירוש את ההוראה "חנוך לנער על פי דרכו" כחובה ללמד מקצועות חול כגון: "דקדוק וחשבון וידיעות הטבע ועניני העולם כמו גיאוגרפיה וכיו"ב".
דברים אלו מקבלים ביטוי בפסיקת **השולחן ערוך** או"ח שו, ו, לפיה מותר לסכם עם מורה שילמד את בנו אומנות אפילו בשבת הואיל והדבר נקרא בלשון הגמרא, **שבת** קנ ע"א, בשם "חפצי שמים". מבאר **המשנה ברורה** שם, ל, כי כל פעולה אשר תגרום לבנו לרכוש מקצוע הינה מצוה והעוסק בה מוגדר כ"עוסק במצוה". על כך הוסיף **בבאור הלכה**, שם, שיש להזהר מפני מצב בו לימודי האומנות מחליפים את לימוד התורה "גם זה שמלמד לבנו אומנות צריך לכו"ע ללמדו מתחלה וגם בעת שהוא עוסק במלאכתו תורה ויראת שמים דאי לאו הכי ימצא במלאכתו גופא כמה ענינים מאיסור גזל וגם עוד תקלות רבות ופרצת הדת לגמרי ח"ו ובפרט בימינו שהכל מתפזרין במקומות הרבה אשר אין עם ישראל שומרי דת התורה מצויין שם... ואפילו בלמוד התורה אמרו כל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה וגוררת עון כל שכן בלמוד המלאכה בלא תורה בודאי גוררת עונות הרבה וגם פרצת הדת בכללו ח"ו". וראו הרב יהודה זולדן **תחומין יב** עמ' 135-137, שעמד על פן נוסף בלימודי החול והוא כאמצעי לעבודת השם.

87. בגמרא **קידושין** ל ע"ב, מבואר שהמחלוקת בין רבי יהודה לתנא קמא, היא האם חייב האדם ללמד את בנו מלאכה יצרנית או שדי בהכנסתו לשוק המסחר הבורגני, אשר פרנסה נאה בצידו: "מאי בינייהו? איכא בינייהו, דאגמריה עיסקא. (רש"י: אם למדו סחורה לת"ק הרי למדו חיים לרבי יהודה דאתי לטעמא אומנות דוקא דכמה פעמים שאין לו במה לעשות סחורה ועומד ומלסטם)". כלומר, לדעת תנא קמא המטרה היחידה היא פרנסה ולפיכך גם העיסוק במסחר יכול להשיג אותה. אולם לדעת רבי יהודה המטרה היא חינוכו של אדם יצרני המונע צמיחה של סטיה חברתית שתתבטא בעבריינות. לדעתו המסחר אינו עונה על מטרה זו ואין האדם יוצא ידי חובתו עד אשר ידאג כי לבנו ישנו מקצוע יצרני.

88. ראה למשל **קידושין**, פב ע"א: "רבי מאיר אומר: לעולם ילמד אדם את בנו אומנות נקיה

האב, ולא מצאנו בהלכה חובה ציבורית לכך. יתר על כן, בפירוש המשניות מבאר הרמב"ם[89] במפורש כי תקנת יהושע בן גמלא, והזכות אותה היא מעניקה ללמד ילדים באזור מגורים, אינה חלה אלא על לימוד תורה:

> והטעם שאינו יכול למחות בידו כניסת התינוקות ואף על פי שהם נכנסין ויוצאין כדי שתרבה התורה בישראל, ולפיכך אין הדין הזה אלא במלמד תינוקות תורה, אבל אם היה מלמד חשבון או הנדסה יכול למחות בו ולומר לו איני יכול לישן לא מקול הנכנסין ולא מקול היוצאין.

אעפ"כ בהחלט ניתן לראות את החובה ללמד אומנות לבני עניים כחלק ממצות צדקה, אשר במקרה זה מקיימת את מטרתה הנעלה ביותר של הצדקה וכפי שפוסק הרמב"ם[90]:

> שמנה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו, מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק ביד ישראל שמך ונותן לו מתנה או הלואה או עושה עמו שותפות או **ממציא לו מלאכה** כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר והחזקת בו גר ותושב וחי עמך כלומר החזק בו עד שלא יפול ויצטרך.

לימודים המאפשרים לבני עניים להתפרנס ברווח בוודאי שנכללים בדברי הרמב"ם של "ממציא לו מלאכה" ואף יותר מכן שכן עם מקצוע יוכל הוא להמציא מלאכה בכחות עצמו ולא יזדקק לבריות כלל וכלל. ראיית מימון לימודי חול לבני עניים אשר יאפשרו להם רכישת מקצוע כחלק ממצות הצדקה, מטילה מחוייבות על הקהילה המקומית לסייע במימון זה, במסגרת מחויבותה של הקהילה לתמוך בעניי העיר. אולם בכל מקרה מחויבות בני העיר אינה חורגת מהסיוע הסלקטיבי לבני עניים ולפיכך אין לציבור חובה לעסוק בהקניית מקצוע לילדי העיר. אכן, אם מרבית הציבור מעוניין בכך, הציבור רשאי לעסוק בכך, ולממן מוסדות לימודים ללימודי חול, ולא גרע מסמכות הציבור לעסוק בכל תחום שאינו חייב לעסוק בו[91] וכך נהגו[92].

וקלה... אבא גוריין איש צדיין אומר משום אבא גוריא: לא ילמד אדם את בנו חמר, גמל, קדר, ספן, רועה וחנוני, שאומנותן אומנות ליסטים... רבי נהוראי אומר: מניח אני כל אומנות שבעולם ואיני מלמד את בני אלא תורה...".

89. **פירוש המשניות לרמב"ם** בבא בתרא, ב, ג; **עליות דרבינו יונה** בבא בתרא, כא ע"א, ד"ה בתינוקות.

90. **רמב"ם** מתנות עניים י, ז.

91. הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל על פי התורה**, נד הביא מחלוקת אחרונים לכאורה בנושא. מחד הביא הוא את **דרשות הכתב סופר**, משפטים, ד"ה "ועבדתם", שמאריך בחשיבות לימוד מקצוע ככלי לקבלת ברכת השם ומציין כי דרשתו זו נאמרה בארוע שהתקיים בשבת לרגל חנוכת "בית לימוד נערי בני ישראל בעלי אומנות, אשר נתן ה' בליבות אנשי עדתי לפקח עליהם שלא ישכחו את ה' וידעו מה מאמונת ודת ישראל שמחתי באומרים לי בית ה' נלך...". ומאידך ציין לדברי הרוגוצ'ובר **צפנת פענח** בראשית, נ, ב ד"ה ויצו, שחילק בין לימוד חכמות חיצוניות באופן פרטי ואקראי ובין לימוד מסודר "לתקן את הפרט בשאר דברים כמו חכמות חיצוניות דגם זה נצרך... אך קביעות לעשות לא וכן לציבור אסור לעשות בית חכמה ואומנות". אמנם לענ"ד נראה משלשת המקורות אליהם ציין הרוגוצ'ובר כבסיס לדבריו נראה שאין כוונתו ללימודים מקצועיים אלא להשכלה כללית שאין להציבה במקום בה יכולה להיראות

אולם בכל הנוגע למישור הלאומי נראה כי למדינה קיימת סמכות לעסוק בנושא זה ואף לכפות את הציבור לשלם מיסים לשם מימון מטרה זו, שכן לימודי חול לאוכלוסיה עשויים להוות אינטרס לאומי. מדינה המבקשת כי האוכלוסיה שלה תהיה משכילה, שהתל"ג יעלה, ושהכלכלה תצמח צריכה להשקיע השקעות מרובות במוסדות לימוד לילדים צעירים ובוגרים והדבר נתון כמובן בסמכותה. בנקודה זו שונה סמכות המדינה מסמכות הרשות המקומית שכן בעוד המדינה אינה צריכה את הסכמת הציבור להקמת מוסדות לימוד שכן יכולה היא להפעיל שיקולים לאומיים בנושא זה הרי שהרשות המקומית אינה יכולה להפעיל שיקולים אלו ומשום כך מוגבלת היא בפעילותה בתחומים אלו בהסכמת הציבור.

במדינת ישראל כיום קיים רצון של מרבית הציבור כי המדינה והרשות המקומית יקימו מוסדות לימוד אשר ישיגו תוצאות לימודיות טובות, ולשם כך יקצו את המשאבים הנדרשים וכל שנותר למדינה ולרשות המקומית הוא לחלק את האחריות ביניהן על החזקת מוסדות אלו באופן היעיל ביותר[93].

ישום תקנת יהושע בן גמלא במדינת ישראל

שכר לימוד ומבני לימוד

המנהג שהיה מקובל בקהילות ישראל הוא שההורים המסוגלים לכך מממנים את שכר הלימוד לבניהם והקהילה מממנת את שכר הלימוד של ילדים שאין הוריהם מסוגלים לממנם בכוחות עצמם (וכך נוהגות קהילות ישראל בחו"ל גם כיום). כיום, המנהג במדינת ישראל השתנה והציבור, קרי, המדינה והרשות המקומית מממנות את עיקרו של שכר הלימוד עבור תכנית לימודים מינימלית וההורים המעוניינים בלימוד תורה באופן נרחב יותר מממנים את השלמת תכנית זו בכחות עצמם.

בכל הנוגע לחלוקת האחריות בין הרשות המקומית ובין המדינה החוק מעורפל באופן פנטסטי[94] מה שמשאיר מרחב רב לתמרון במסגרת החוק. למעשה במשך השנים התקבעה

כשוות ערך לתורה **ספרי**, לד "שלא תאמר למדתי חכמת ישראל אלך ואלמד חכמת אומות העולם..."; שם, מח "שתה מים מבורך ממים של בוראך אל תשתה מים עכורים ותמשך מדברי מינים"; **יומא** יט ע"ב "בם יש לך רשות לדבר ולא בדברים אחרים".

92. בתקנות קהילת קרקא בתקופת הרמ"א, **תקנות החברא קדישא לתלמוד תורה דק"ק קרקא**, ח (נתקנו בשנת 1551 והרמ"א התחיל לכהן ברבנות בקרקוב סמוך לשנה זו) נקבע כי החברא קדישא לתלמוד תורה תממן את שכר לימודי האומנות של "נוער השולים" של הקהילה: "ההולכים אחר בצעם ומזימם בדרך עקלקלות... שיתנו אותם לאיזה אומן שילמדם אומנות...יתן מקופת החברה לסייע...".

93. נכון להיום חלוקת האחריות היא שהמדינה אחראית על שכר המורים ועל התכנים הנלמדים הבסיסיים והרשות המקומית אחראית על הצדדים הטכניים שהם המבנים ותחזוקתם קיומו של מערך ההסעות וכן על לימודי ההעשרה.

94. סעיף 7 ל**חוק לימוד חובה** תש"ט-1949: "(א) המדינה אחראית למתן חינוך חובה לפי חוק זה. (ב) קיום מוסדות חינוך רשמיים למתן חינוך חובה חינם לפי חוק זה לילדים ולנערים הגרים בתחום שיפוטה של רשות חינוך מקומית מסויימת, יהא מוטל על המדינה ועל אותה רשות חינוך מקומית במשותף.

התפישה לפיה נושא משרד החינוך באחריות לצד הפדגוגי, בו המדינה קובעת את תוכנית הלימודים ומממנת את שכר המורים במלואו, ואילו הרשויות המקומיות נושאות באחריות לצד הפיזי[95] והתחזוקתי[96], וגם בצד זה משתתפת המדינה בהיקפים משתנים. כמו כן רשאית הרשות המקומית להוסיף שירותים נוספים בתחום החינוכי כגון תגבורים והשלמות שונות ולגבות עבורם תשלום, ואף פעולה זו נעשית בפיקוחה של המדינה[97].

הסעות

מדינת ישראל קבעה בתקנותיה[98] כי על הרשות המקומית להקים בכל אזור גיאוגרפי בית ספר אשר ישרת את התלמידים המתגוררים באותו אזור. קביעת האזורים תיעשה באופן שלכל תלמיד יהיה בית ספר עד למרחק של 2 ק"מ[99] ממקום מגוריו. ההנחה היא כי עד למרחק זה מסוגל התלמיד ללכת ברגליו. אם הרשות מעוניינת להרחיב את תחומי האזור, עליה לדאוג לקיומו של מערך תחבורה ציבורית המאפשר לתלמידים להגיע לבית ספרם בבטחה, ואם זה חסר עליה לדאוג לקיומו של מערך הסעות מתאים. התקנות אינן קובעות במפורש על מי לשאת בעלות הסעת התלמידים לבית הספר, האם על הרשות, על המדינה או על ההורים. חוק לימוד חובה[100] קובע כי לכל ילד תינתן הזכות ללימודים ללא צורך בכל תשלום נוסף (למעט שירותים נוספים שאינם נכללים במסגרת השירותים המקובלים אותם קבעה המדינה). אולם על פי בית המשפט העליון זכות זו אינה מונעת מהרשות לדרוש מההורים השתתפות במימון ההסעות[101]. עם זאת מדיניות משרד החינוך כי אם ההסעה נדרשת לשם מעבר מישוב לישוב היא לא תוטל על ההורים כלל[102].

שר (החינוך)... יקבע... את שיעור ההשתתפות של המדינה ושל רשות החינוך המקומית בקיום מוסדות החינוך... (ג) השר רשאי לחייב, בצו, רשות חינוך מקומית... לפתוח ולקיים מוסדות חינוך". **האחריות על** קיומו של החוק מוטלת על כתפי המדינה אולם האחריות על קיומם של מוסדות החינוך מוטלת על המדינה ועל הרשות במשותף, שיתוף המשאיר את ידה של המדינה על העליונה בנוגע להחלטה כמה מוסדות תקים הרשות במשותף עם המדינה.

95. כגון בניית בתי הספר, ראה סעיף 249 (29) **לפקודת העיריות**.

96. ראה בג"ץ 2910/04 **מרכז השלטון המקומי נ' משרד החינוך ומשרד האוצר**, פד נט (3) עמ' 630.

97. סעיף 6 ד ל**חוק לימוד חובה**, תש"ט-1949

98. סעיף 7 א-ב **לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום)**, תשי"ט-1959.

99. ב**חוזר מנכ"ל מס' 0153** מתאריך כה כסלו תשע"ט הובהר כי מדובר במרחק הליכה בדרך עבירה להולכי רגל. מכיתה ה ואילך עולה המרחק ל 3 ק"מ.

100. סעיף 6 ד ל**חוק לימוד חובה**, תש"ט-1949

101. **ועד ההורים של היישובים בנימינה וגבעת עדה נ' ראש המועצה המקומית גבעת עדה בנימינה עע"ם 1761/12**, "הזכות לחינוך חינם אינה כוללת את הזכות למימון הסענה לבית הספר".

102. **כך קובע חוזר מנכ"ל הנ"ל (סעיף 2.3.א.3)** :"במקרה של צורך בהסעת תלמידים מרשות מקומית אחת לרשות מקומית אחרת, הנובע מהיעדר בית ספר מתאים ברשות שבה התלמידים מתגוררים, לא תהיה גבייה מן ההורים בעבור ההסעה, זאת גם אם מדובר בשני יישובים שונים השייכים מוניציפלית לאותה רשות מקומית".

יש להעיר כי על אף הדמיון הרב לתקנת יהושע בן גמלא כפי שנתבארה לעיל, קיים הבדל בולט אחד והוא שבעוד תקנת יהושע בן גמלא מתייחסת ללימוד תורה בלבד, מתייחסת מדינת ישראל באותו האופן למערכת הלימודים הממלכתית, ולמערכת הלימודים החרדית, אך מחריגה ללא כל הצדקה את מוסדות החינוך הממלכתיים בהם לימוד התורה נמצא במרכז סדר היום[103].

מסקנות להלכה

- מצות לימוד תורה ביסודה הינה מצוה אישית בה מחוייב האב ללמד את בנו תורה אולם מעבר לכך קיימת חובה על כלל ישראל, לדאוג ללימוד תורה של כל ילדי ישראל, וחז"ל דאגו לקיומה בשורה של תקנות.
- נחלקו הראשונים האם האחריות הציבורית למימון לימוד התורה לילדים מוגבלת לילדים שהוריהם אינם יכולים לממן את לימודיהם, וכך המנהג בקהילות ישראל ברחבי העולם. או שהיא מוטלת במלואה על הציבור. המנהג במדינת ישראל הוא שהמדינה מממנת את לימוד התורה באופן בסיסי והורים המעונינים בלימוד תורה באופן מוגבר עושים זאת על חשבונם.
- ההלכה לא קבעה מהי חלוקת התפקידים הברורה בתחום לימוד התורה בין המדינה ובין השלטון המקומי. המנהג המקובל כיום במדינת ישראל הוא שהמדינה באמצעות משרד החינוך נושאת באחריות לצד הפדגוגי ומימון צוות ההוראה.
- על פי ההלכה הרשות המקומית אינה חייבת לבנות בתי ספר, או לתחזק אותם אולם היא רשאית לעשות כן ולהטיל מסים לשם כך וכך המנהג במדינת ישראל.
- על פי ההלכה אין מספר מינימלי לפתיחת כיתה ויש לפתוח תלמוד תורה בכל אזור רישום, ללא קשר למספר התלמידים במקום. אזור רישום יוגדר כאזור אליו מסוגלים להגיע ילדים בבטחה (שלא בליווי הוריהם), לרבות באמצעות מערך הסעות ציבורי עבור ילדים שאינם יכולים להגיע לבית הספר בביטחה בלעדיו. בתחום זה החוק והמנהג במדינת ישראל קרובים לדרישות ההלכה.
- החל ממספר של עשרים וחמשה תלמידים בכיתה יש להוסיף לכיתה כח עזר בהוראה. יש לשקול מבחינה פדגוגית את הצורך בתוספת כח הוראה בהתחשב ביכולות המלמד, הכיתה, שעות הלימוד והחומר הנלמד.
- לימודי חול אשר נועדו לרכישת מקצוע ופרנסה הינם מצוה ואף חובה המוטלת באופן אישי על ההורים. עם זאת למדינה קיימת סמכות לעסוק בנושא זה ואף לכפות את הציבור לשלם מיסים לשם מימון מטרה זו, שכן לימודי חול לתושבי המדינה הינם אינטרס לאומי, וכך המנהג.

---

103. כך קובע סעיף ז.2.3 לחוזר מנכ"ל הנ"ל: "המשרד אינו משתתף במימון הסעות של תלמידים הבוחרים ללמוד... בבתי ספר ממ"ד תורניים שמונהגת בהם הפרדה בין המינים".

הערות הגאון הרב יעקב אריאל שליט"א

הערה לעמ' 17 - מקור סמכותו של השלטון

עצם מעמדה של הרשות המקומית מחייב את השאלה, מה מקור סמכותה?

הבאת מקורות רבים לכך, אם כי לא מצינו לחז"ל עצמם שעמדו על כך. כנראה שהדבר היה פשוט להם כביעתא בכותחא, שלכל חברת אנשים הדרה במקום אחד יש מחוייבות אחד לשני. זהו חוק יסוד מאז שיש חברה אנושית בעולם.

מצאתי רק לר' אלחנן וסרמן הי"ד[1] ששאל מה מקור הסמכות? לדעתו, יש מקום לחייב כל אדם מישראל לקיים מצוות. מניין יהודים חייב ביכנ"ס, ס"ת, מקוה, בית מדרש, בעיקר לתינוקות של בית רבן, צדקה. וכן מניעת נזק ע"י חומה ודלתיים, יש בהצלת ממון ישראל מצות השבת אבדה, ובהצלת נפשות לא תעמוד על דם רעך. כל אלו מצוות הן וכופין על המצוות. אך צרכים אחרים מנלן? אכן בחלק ו פרק א הבאתם את דברי שו"ת דברי מלכיאל (א לה) שהעיר על כך שלא כול צרכי העיר הם מצוה דתית.

האמת ניתנת להיאמר שגם לפני מתן תורה היו ערים בעולם. חנוך בנה עיר, אך גם לפני כן, חברה אנושית הייתה מאז בריאת האדם. הסדר החברתי נעוץ בטבע האנושי כפי שקבע הרמב"ם "האדם מדיני בטבע – אי אפשר בשום פנים שישלם קיבוצו אלא במנהיג בהכרח... ולזה אומר שהתורה אע"פ שאינה טבעית יש לה מבוא בעניין הטבעי"[2]. זהו פן אחד מהצלם הא-להי שבאדם. הצלם אינו רק שכל, אלא גם צדק ומשפט. אלה שתי פנים של אותו צלם. כלומר, החשיבה האנושית הייחודית חותרת לא רק לאמת השכלית אלא גם לאמת החברתית, לחיות חיי צדק[3]. הצדק הוא בעצם מצות דינים עליה נצטוו בני נוח, דהיינו כל המין האנושי, עוד מלפני מתן תורה לישראל[4]. סדום נענשה כי סדריה היו מנוגדים לכללי הצדק האנושים הטבעיים. ומכאן "כופין על מידת סדום". כלומר חברות אנושיות נורמטיביות אינן נוהגות כסדום אלא מנהיגות סדרים טובים שלפיהן חיי החברה יהיו צודקים. מקור הסמכות הוא ה' שטבע את הטבע האנושי בצלמו, גם אם האדם לא מודע לכך ביודעין.

הערות לעמ' 31 - סמכות מחוקקת או סמכות ניהולית

כך אתם מסבירים את מחלוקת ר"ת וראבי"ה, האם יכול הרוב לכוף את המיעוט בתקנות חדשות. לפי הסברכם, לדעת ר"ת זו שותפות וא"א לקבל החלטות חדשות אלא על דעת כל השותפים, ולדעת הראבי"ה העיר אינה שותפות, אלא מעין "ציבור" ויש להנהגה סמכות

הערות השוליים נכתבו גם כן על ידי הרב:

1. **קובץ שעורים** בבא בתרא, מ-מא.
2. **מורה נבוכים** ג, מ ועוד. גם אריסטו אמר ש"האדם הוא בעל חיים פוליטי על פי הטבע" (אריסטו, הפוליטיקה, א).
3. בענין זה יש להשוות בין פתיחת הספר מורה נבוכים לסיומו.
4. . וראו לעיל חלק א, נספח ב עמ' 96 בענין דינא דמלכותא דינא.

להכריע נגד המיעוט.

לענ"ד שניהם סוברים שהעיר היא מעמד ביניים בין שותפים לציבור[5]. מחלוקתם תלויה בשאלה מהו המקור על פיו אנו הולכים אחרי הרוב.

את עקרון סמכות הרוב אנו לומדים ממסגרת בית הדין, בה נאמר "אחרי רבים להטות". מקור זה בנה אב להלכות רבות, כגון בתערובת של איסור והיתר וכן בחיי הקהילה. בביה"ד יש לרוב סמכות בשני מישורים, במישור הראשון – הליכה אחרי הרוב, עצם קבלת ההכרעה, זו נעשית ע"י רוב, משמעותה שאם רוב הדיינים סוברים כך כנראה שהצדק עמהם. במישור השני – רובו ככולו. אחרי בירור הדין בא גזר הדין. כאן פועל כלל אחר, רובו ככולו, בית הדין כולו, כולל המיעוט, גוזר את הדין. כוחו של המיעוט בטל מול כוחו של הרוב.

החיים הפוליטיים אינם דומים לבית דין אובייקטיבי, המברר את האמת המשפטית. הוא מורכב מבעלי אינטרסים. ולכן לדעת ר"ת אין בסמכותו של הרוב האינטרסנטי לפגוע באינטרסים של המיעוט. הראבי"ה סובר שאכן אין לרוב מעמד של בי"ד המברר את האמת. אך א"א לנהל חיי חברה ללא הכרעה בין הכוחות השונים. בעל כורחנו עלינו להתחשב יותר באינטרסים של הרוב מאשר באינטרסים של המיעוט, לא בגלל שהרוב צודק, אלא משום שלמעשה אין ברירה להשיג שלום בציבור בלי הסכמה לחיות במסגרת דמוקרטית שלפיה יש להתחשב יותר ברוב מאשר במיעוט. כאן פועל הדין של "רובו ככולו".

המנהג הוא כדעת הראבי"ה, כי היא מאפשרת יותר הכרעה מעשית בחיי הקהילה. אכן גם לא די במשטר דמוקרטי אלא יש צורך גם בתרבות דמוקרטית שבה יש לשמור במידת מה גם על זכויות המיעוט מפני עריצות הרוב. לכן לפי ההלכה היה ראוי ש"איש חשוב" - אישיות ניטרלית לא אינטרסנטית, המקובלת על כולם - תמנע את הדורסנות של הרוב לרמוס את המיעוט[6]. הדבר התאפשר בעיקר בקהילות קטנות והומוגניות בהן הרב היה סמכות מקובלת.

הערות לעמ' 89 - הרשות כתאגיד

אתה מתייחס רבות להגדרת החברה המוניציפאלית כאל שותפות[7]. ואכן בשולחן ערוך חו"מ בסימן קסג העיסוק בהלכות מוניציפאליות נמצא בתוך המסגרת של "שותפין בקרקע". אולם שותפות זו לא דומה למסגרת של שותפות וולונטרית. היא כפויה על כל מי שנמצא בתחום המוניציפלי, גם אם אינו מעוניין במסגרת זו. וכמו"כ, שלא ככל שותפות, מסגרת זו לא ניתן לפירוק. אדם העובר ממקום למקום לא יכול ליטול עימו את חלקו בשותפות הקודמת.

המורכבות של מבנה העיר באה ליד ביטוי בהלכה מצד אחד – שותפות, ומאידך – מסגרת ציבורית כוללת כעין אישיות משפטית. כך כותב השולחן ערוך[8]:

---

5. ראו לעיל חלק א נספח א הרשות המקומית כתאגיד.
6. ראו **פתחי תשובה** חושן משפט רל"א, ו.
7. וראו לעיל חלק ו פרק א.
8. **שולחן ערוך** הלכות נדרים יו"ד רכד, א.

> ראובן שאמר לשמעון: הריני עליך חרם...אסורין בדברים שהם בשותפות לבני אותה העיר, כמו בית הכנסת והתיבה והספרים.

אך זו שותפות שלא ניתנת לחלוקה ואכן: יש אומרים שהם מותרים בכל דבר שאין בו דין חלוקה. גם בדבר שאין בו דין חלוקה שותף שפורש רשאי לדרוש דין גוד או איגוד, כלומר או תתנו לי את חלקי בשותפות או את דמיה. אך לא כן בעיר. אין בה חלוקה בכלל ואין לעובר לעיר אחרת זכות לדרוש את תמורת חלקו. וכן תושב חדש בעיר לא נדרש לרכוש חלק בשותפות. צריך לומר שמוסכם על בני העיר שאין לאף אחד חלק אישי בעיר. בנקודה זו השוו את נכסי העיר לנכסי כלל ישראל, כגון הר הבית והלשכות. על רקע זה מוסברת התקנה שהביא הש"ך[9]:

> אבל מצד התקנה כתב ב"י בשם הא"ח שהורו הראב"ד וכל חכמי דורו שאין אדם יכול לאסור חלקו מב"ה ולא מספרים ואם אסר אין איסורו איסור וכן כתב הב"ח וכן כתב המחבר בא"ח סי' קנ"ג סט"ו.

וכמו כן כתב הר"ן[10]:

> המודר הנאה מאנשי העיר ובא אדם אחד ונשתהא עמם כל ששהא שם שנים עשר חדש אסור ליהנות ממנו ומדקתני לה סתמא משמע ודאי אפילו בא לעיר אחר שנדר אסור בו וכ"כ הרמב"ם ז"ל סתם בפ"ט מהלכות נדרים (הלכה יז)

כלומר, הנודר לא מתייחס רק אל בני העיר הנוכחים, אלא הוא רואה את העיר כמכלול מופשט הכולל את כל בני העיר בהווה ובעתיד כולל אלו שייולדו לאחר זמן. מאידך, בני העיר שהיו בעיר בזמן הנדר ועברו לעיר אחרת יצאו מכלל הנדר.

לפי זה יובן לנו כיצד פועל כיום בי"ד עירוני. לכאורה העדים והשופטים אם הם בני העיר הם פסולים לעדות ולדיינות, כשם שכל שותף פסול להעיד ולדון את שותפו שהרי הוא נוגע בדבר. ותלמוד מפורש[11]: "בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן - אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר". אך כבר נפסק בשו"ע[12]: "ואם עשו תקנה, או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו אף על ענין המסים, דינם דין". ובמקום אחר[13]: "עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם, ועל ההקדשות ועל כל ענייניהם". כלומר, עם התרחבותה של העיר, תחושת השותפות האינטימית הלכה והתמוגגה ואת מקום השותפות תפסה יותר ההתיחסות אל העיר כאל מסגרת ציבורית מעין "אישיות משפטית" מופשטת.

---

9. **ש"ך** יו"ד רכד, א.
10. **ר"ן** נדרים דף פד, א, ד"ה הראשון.
11. **בבא בתרא** מג, א.
12. **שולחן ערוך** חו"מ ז, יב.
13. **שולחן ערוך** חו"מ לז כב.

הערות לעמ' 96 - מעמדה ההלכתי של מדינת ישראל - דינא דמלכותא דינא

לדעת האור שמח[14] סמכויות המלכות מקורן בדיני בני נח הכלל-אנושיים. מתן תורה לא הפקיע את ישראל לגמרי מהרובד המשותף לו וליתר בני האדם. בעיקר יש למלכות סמכות להשתמש בדיני בני נח בשעת הצורך. "והוא לתיקון המדינה, דינם כמו שנתנה התורה הנימוסית לבני נח, וזה ענין מושכל."

ואולי לכך התכוונה התורה באומרה 'אשימה עלי מלך ככל הגויים אשר סביבותי'[15]. לפי זה הדברים לא נאמרו בהכרח כביקורת, אלא כהסכמה חיובית עקרונית, אם כי תוך כדי שמירה מפני סטייה מרוח התורה. וכן כתב ה'כלי חמדה' שמלך יכול לדון רק בדיני בני נח[16].

הערות לעמ' 144 - עקרון השוויון - אי שוויון לאומי

הבאתם כמה דוגמאות לאי שוויון כביכול ולקיפוח של הנוכרי. אכן יש בהלכה העדפה של ישראל על נוכרים. יש הסבר לכך. אך דווקא דוגמאות שהבאתם לא מעידות על קיפוח ויש להעמיד דברים על דיוקם:

ריבית מותרת לגוי משום שהגוי עצמו לווה ומלוה בריבית. לא ייתכן שאנו נלווה ממנו נשלם לו רבית בעוד שאנו מלווים לו נוותר עליה. זהו אי-שוויון בעליל.

וכן **תשלום נזק** הסביר זאת הרמב"ם[17]: "שור של ישראל שנגח שור של נכרי בין תם בין מועד פטור, לפי שאין הגוים מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהן".

וכן ההעדפה **לקנות מישראל** ולא מגוי, פרשה זו נאמרה בהקשר למצות צדקה. ואכן בצדקה יש העדפה למשפחה, לעניי עירך, לעניי עמך. בפרט על רקע התופעה שבה יהודים הופלו לרעה וקופחו בתחומים הכלכליים ונאסרו עליהם מקצועות רבים היה צורך לצוות על העדפה מתקנת. כמו"כ שמירת שבת גרמה לאי-שוויון במסחר העדפת קניה מסוחר יהודי החזירה את השוויון המאוזן.

הערות לעמ' 150 - פומביות הדיון

בעקרון עדיף שכל דיון ציבורי ייערך במסגרת פנימית, בה כל אחד יכול להביע את דעתו באופן חופשי, לשם שמים, מבלי לחשוש שדעתו תודלף החוצה ומאידך לא יוכל גורם חיצוני להפעיל עליו לחצים. אך מכיון שהציבור שמינה נציגים לנהל את ענייני העיר רוצה לדעת האם אכן עושה השליח את שליחותו נאמנה. שאם לא כן זכותו להחליפו באחר. לכן יש הצדקה לפומביות הדיון.

---

14. **אור שמח**, רוצח ושמירת הנפש ב, ז; מלכים ג, י.
15. ראו **ריטב"א** נדרים כח, א.
16. **כלי חמדה**, וילך אות א, ושם ציין לספרו 'חמדת ישראל'.
17. **רמב"ם** נזקי ממון ח, ה.

הערות לעמ' 191 - החריגה מעקרון השוויון המגדרי

גם במקורותינו מצינו מקרים של העדפת אישה כגון בצדקה, כפי שפוסק הרמב"ם[18]: "האשה קודמת לאיש להאכיל ולכסות ולהוציא מבית השבי, מפני שהאיש דרכו לחזר לא האשה ובושתה מרובה". מסתבר שגם במכרז לתעסוקה או רכישה אם לאישה קשה להתמודד מול מתחרים גברים בגלל אופיה הנשי עלינו לסייע לה על מנת שמעמדה יהיה שווה לגבר. וייתכן שנעדיף נשים בתעסוקות שהיקף משרתן חלקי, היות והן מתאימות יותר לנשים מאשר לגברים, אלו יוכלו למצוא תעסוקה מלאה יותר.

הערה לעמ' 206 - אופן כריתת חוזה

ייתכן קניין סיטומתא גם בדבור בלבד ללא מעשה כגון "מזל וברכה" בסינדיקט היהלומים. במסחר המודרני ייתכנו מצבים בהם אמירה מסוימת תתקבל כקניין גמור. וההלכה תכיר בהם. כגון אישור עיסקה בטלפון. כבר היום יש ענפים בהם הדבר קיים.

הערה לעמ' 244 - הקצאת נכסים

על הציבור להקצות נכסים גם לצרכים שאינם שימושיים למעשה לכל הציבור, אלא לחלקים ממנו, אך בתנאי שהם ראויים לשימוש לכולם. אך אין חובה להקצות נכסים למטרות המיועדות מראש אך ורק לחלק של הציבור ואינן מתאימות לכולם מעצם אופיין. עקרון זה מובא על ידיכם במקום אחר בחלק ה פ"א בשם מהר"ם מינץ סי' ז.

הערה לעמ' 253 - מכרז לקבלת עובד

לפי החוק, את המכרז יש לפרסם תחילה בקרב עובדי הרשות. זהו חוק לא שוויוני. טובת הציבור דורשת שהמכרז יהיה פתוח לכולם על מנת שיתקבלו המתאימים ביותר לתפקיד. מסתבר שחוק זה הוא תוצאת לחץ של ארגוני עובדים שהשיגו לעצמם טובות הנאה בכוח שביתות או הפעלות כוח אחרות. כאן יש מקום למערכת המשפט לעשות צדק עם כלל הציבור ולא להכיר בחוק לא שוויוני.

הערה לעמ' 278 - אחריות הרשות על נזקים שגרמו עובדיה

יש נושא כאוב שיש לתת עליו את הדעת – נזקים שנציגי ציבור גורמים בהחלטות שגויות בעליל, כגון העדפה של אישים וקבוצות משיקולים סובייקטיביים, וגורמים בכך נזקים חמורים לקופה הציבורית ולעיר כולה, לפעמים הנזקים בלתי הפיכים. האם דורשים מהם פיצוי על הנזקים שגרמו?

הערות לעמ' 329 - שומת המס, העלאת מסים בגין התחייבויות קודמות

לדברי הריב"ש[19] אין לחייב תושבים חדשים בגין התחייבויות ישנות מהעידן בו לא דרו

---

18. **רמב"ם** מתנות עניים ח, טו.
19. **שו"ת הריב"ש**, תעז.

במקום. ייתכן שלאור מה שכתבתי על העיר בימינו[20] שעם התרחבותה של המסגרת המוניציפאלית, הפסיקו להתייחס אליה כאל שותפות, בה יש התחשבנות פרטנית בין צריכה עכשווית של כל שותף לבין מימונה, אלא ההתייחסות לעיר היא כאל ציבור המוגדר כאישיות משפטית, שראייתו היא מרחבית, העבר והעתיד הכל בחוברת.

וכן להלן חלק ו פרק א[21] אתה מדגיש את עקרון השותפות בניהול העיר. מסופקני אם גם בעיר הגדולה דהיום אפשר להשתמש בעקרון השותפות.

הערה לעמ' 333 - חיוב ארנונה על נכס שאינו בשימוש

מי שמחזיק נכסים בעיר אחרת שאינה מקור מגוריו היכן משלם מס?

ידועה תשובתו המקורית של המלבי"ם שלמד אותה ישירות מהמקור המקראי על נבל הכרמלי שהיה "איש במעון ומעשהו בכרמל"[22] כלומר הוא נקרא על שם מקום עיסוקו ולא על שם ביתו. משמע שאת עיקר המס שילם במקום עיסוקו[23].

לענ"ד מקרה זה שונה ולא בכדי הפסוק מפרט פרט זה. דוד בא לגבות מנבל מס שהיה מגיע לו בזכות מה שנערי נבל עצמם העידו על היותו: "חוֹמָה הָיוּ עָלֵינוּ גַּם לַיְלָה גַּם יוֹמָם

---

20. הערות לעמ' 94 - הרשות כתאגיד.
21. לעיל עמ' 392.
22. שמואל א כה, ב
23. שמועה זו מובאת במקומות רבים בין היתר בשו"ת הרב"ז חו"מ, לה (הרב בנימין זאב שפרן): עוד בהיותו המורה לצדקה בעיר רוכלת העמים הר-המלך (קעניגסבערג) עשו הקהל הערכה על בעלי הבתים שבעיר, ותעל ההערכה על הסוחר פלמוני לתת חלקו כך וכך. וימאן לתת, בטענה כי עיקר דירתו בעיר פלונית ופה הוא יושב רק לרגלי מסחרו. ויתאוננו עליו ראשי הקהל לפני הגאון מלבי"ם ז"ל וישלח לקרוא אותו, וישאלהו הגאון למה זה לא ישא בעול עם הצבור, הלא גם הוא מיושבי העיר הזאת? ויענהו, אמת הדבר כי אני יושב בעיר הזאת אבל רק לרגלי מסחרי, ואולם עיקר דירתי וכל בני ביתי וכל קניני בעיר פלונית. ובכל זאת - ענהו הגאון ז"ל - על פי הדין המבואר בתלמוד ופוסקים אחרי שבתך פה ימים רבים לרגלי מסחרך אשר פרץ בעיר הזאת הנך נחשב ככל אנשי העיר לכל דבר שבצדקה. - אני אינני ממעריצי התלמוד והפוסקים ולא לאורם אסע ואלך, מבעלי מקרא אני ככל נאורי זמננו, אם יביא לי רבנו ראיה מן המקרא שאיש כמוני, אשר ביתו וכל קנינו בעיר אחרת, ושבתו בעיר הזאת הוא רק לרגלי מסחרו חשוב יחשב על שם העיר הזאת, אז נכון אני לשאת ולסבול ככל אשר יושת עלי, ואם גם ישת עלי כפל כפלים, - שיחק לו הסוחר בלבו, כי איך אפשר למצוא על זה ראיה מן המקרא?
שמע נא סוחר נכבד - ענהו הגאון - אני אביא לך ראיה מן המקרא, ואתה מוצא שפתיך תשמור! כתוב בספר שמואל (ש"א כ"ה - ב') "ואיש במעון ומעשהו בכרמל" וגו', שפירושו הפשוט, ביתו של האיש ההוא היה בעיר "מעון" [עיר בנחלת יהודה. יהושע ט"ו - נ"ה) ומסחרו היה ב"כרמל", וכאשר יציין הכתוב את האיש ההוא על שם מקומו לא יאמר עליו "נבל המעוני" כי אם "נבל הכרמלי". הנה לפניך ראיה ברורה שמקומו של אדם איננו המקום ששם ביתו כי אם המקום ששם מסחרו ומעשהו.

כָּל יְמֵי הֱיוֹתֵנוּ עִמָּם רֹעִים הַצֹּאן" (שם פס' טז). היה זה מס שמירה על עדרי הצאן שהיו בכרמל ולא במעון.

לדברינו, הטלת המס על נכסים תלויה באופייה של אחזקת הנכס בכל מקום ומקום.

הערות לעמ' 349 - כפייה על תשלום מס בישוב קהילתי

אם מדובר בציבור דתי יש אפשרות להטיל סנקציות דתיות וחברתיות על מי שאינו נושא בעול עם הציבור.

הבית יוסף[24] דן בשאלה זו, האם מי שלא פורע מס נחשב כפורש מדרכי ציבור? מצאנו במקורות רבים שמי שלא השתתף עם הציבור בנטל המס היה מוחרם ומנודה[25]. ובשו"ת הר"ן (סה) הביא בשם רש"י שמי שעבר על גזרת הציבור יכולים לנדותו ולא לצרפו למניין, לא להעלותו לתורה לא לאפשר לו לרדת לפני התיבה גם אם הוא בר חיוב וכדו'. גם ללא הכרזת נידוי אפשר למנוע ממנו כיבודים כאלו ואחרים. אין צורך בחתימה על שטר בוררות הדבר הוא בסמכותו של הרב המקומי, לאחר בירור יסודי ואזהרה מראש להורות לגבאי בתי הכנסת לממש סנקציות אלו.

מעשה שהיה באחד המושבים, חבר סירב לשלם חוב לוועד המושב והרב שלל ממנו את חזקתו להיות בעל תוקע בר"ה. הדבר פגע מאוד באותו חבר ולקראת יום כיפור שילם את חובו. בסוף תפילת נעילה מסר הרב את השופר לאותו חבר והלה תקע בו תקיעה גדולה...

הערה לעמ' 368 - שיטת המימון התואם

במקורותינו מצינו שגם השלטון המרכזי סייע במימון צרכי הצדקה המקומיים. מסר זה של מדינת צדקה ומשפט עובר כחוט השני בכל התנ"ך. זהו תפקידה העיקרי של המלכות. כגון, דוד שהעדיף את העיקר: "וַיְהִי דָוִד עֹשֶׂה מִשְׁפָּט וּצְדָקָה לְכָל עַמּוֹ וְיוֹאָב בֶּן צְרוּיָה עַל הַצָּבָא"[26]. וכן שלמה כשביקש: "לֵב שֹׁמֵעַ לִשְׁפֹּט אֶת עַמְּךָ"[27] הכוונה היא גם צדקה, כמבואר בתהילים (עב): "לִשְׁלֹמֹה...כִּי יַצִּיל אֶבְיוֹן מְשַׁוַּע וְעָנִי וְאֵין עֹזֵר לוֹ...יָחֹס עַל דַּל וְאֶבְיוֹן וְנַפְשׁוֹת אֶבְיוֹנִים יוֹשִׁיעַ".

הערה לעמ' 400 - מימון פעולות אסורות

אתה מעיר שאם נציג הציבור יסרב לממן פעילות אסורה הדבר ייכפה עליו ע"י בית המשפט. ואם הוא יאולץ להתפטר הסיוע יינתן ע"י רשות אחרת. רשות זו היא משרד הפנים שימנה ועדה קרואה שבין חבריה ייתכן שיהיו גם דתיים, מה עליהם לעשות?

---

24. **בית יוסף** יו"ד, שמה.
25. כגון **שו"ת הרשב"א** א, תרסד; ג, תמ; **שו"ת זכרון יהודה**, סד (רבי יהודה בן הרא"ש וממלא מקום אביו).
26. **שמואל ב**, ח, טו-טז.
27. **מלכים א**, ג, ה.

ואם שר הפנים עצמו דתי מה יעשה? אין לרשות המקומית ברירה, אלא לממן בעצמה את הדבר האסור. אלו מעשים בכל יום גם בערים שרוב תושביהן חרדים, יש בה מיעוט חילוני, שהכרח לספק לו שירותים התואמים את צרכיו.

מוסכם על כל הפוסקים בדורנו שיש לעודד נציגי ציבור דתיים להציג את מועמדותם לתפקידים בכירים הן בשלטון המקומי והן בארצי. למרות שבתוקף תפקידם הם ייאלצו לתמוך גם בפעילות אסורה, כי עיקר מטרתם למנוע קיפוח של נושאים ערכיים שמקורם בתורת ישראל, ואף לקדמם, לדוגמא, חינוך דתי. לכאורה יש בתמיכה בפעילות האסורה משום "לפני עיוור לא תתן מכשול" אך לדעת רבי עקיבא איגר[28] אם ע"י ההכשלה יתמעט חלק מהאיסור ייתכן שהדבר מותר. אומנם הוא נשאר בצ"ע, אך מכיון שברור לכול שללא נציגות דתית במערכות השלטון הערכים התורניים עלולים להידרדר מאוד, עדיף ספקו של רעק"א מוודאי של ביטול התורה חלילה בישראל. התועלת מרובה על הנזק.

אך במקרים רבים הבעיה אינה לפני עיוור, אלא רק מסייע לדבר עברה , ולדעת הש"ך[29] במומר לעברה אין איסור מסייע. דבריו מוסברים ע"י האבני נזר[30] שאיסור מסייע מקורו במצות הערבות שכל ישראל ערבין זה בזה. אומנם הוא מתמקד בעקר במשומד שפרש לגמרי מכנסת ישראל ואין לו חלק ונחלה בארץ ישראל, אך ניתן להסביר זאת גם במומר לעברה אחת, או לכמה עברות. מי שהפקיע את עצמו ממצוה מסוימת והוא מומר לאותה עברה הוא אינו "עמיתך" לאותה מצוה ולא חלה כלפיו המצוה "הוכח תוכיח את עמיתך" וממילא גם אין חיוב ערבות כלפיו (וראה אונקלוס ורמב"ן בפרשת קדושים על פסוק זה שמצות התוכחה קשורה בערבות. הראי"ה חקר בהסכמתו לקונטרס של הרב שמעון הלפרין מה הסיבה ומה המסובב, האם התוכחה היא סיבת הערבות, או שהערבות היא סיבת התוכחה).

---

28. **הגהות רבי עקיבא איגר** שו"ע יו"ד קפא, סו.
29. ש"ך יו"ד קנא
30. **שו"ת אבני נזר** יו"ד קכו, על סמך **ריטב"א** עבודה זרה ו ע"ב.

מפתח ערכים

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
אבטחה	אחריות הרשות המוניציפאלית	384 ,76
אגודה קהילתית		348(14)
אגרה	ארנונה ומיסים קבועים	ע"ע מס
	גביית תשלום עבור שירות ע"י הרשות	309 ,306(11) ,77
	גביית דמי השתתפות דיפרנציאליים	309-314
	אגרת חניה	120(120), 321(76), 327
	אגרת סלילה	76(31), 310(38), 327
"אדם חשוב" (לביקורת הרשות)	תפקידו והגדרתו	150 ,128-130 ,77
	הגדרתו בזמן הזה	130 ,78-79
	רב יישוב	130(35) ע"ע רב
אולם אירועים קהילתי	בנייתו	427
אונאה	במכרז	ע"ע מכרז תפור
אזור רישום (למוסדות חינוך)	הגדרתו	483
איבה		ע"ע דרכי שלום
איזון תקציב	ברשות המקומית	323(78)
	רשות שאינה מאוזנת	366
איכות הסביבה	אחריות הרשות המוניציפאלית	74
אינטרס אישי		ע"ע ניגוד עניינים
אינפלציה ותוספת יוקר		261
אישה	זכותה לבחור ולהיבחר	59-61 ,44-45
אכיפה	אכיפת חוקי העזר	77
	על תשלום מסים	357 ,346-348
	הסמכות למתן קנסות	ע"ע קנס
	אכיפה פלילית	65-66(171-172)
	אכיפה בררנית	336-341
	עבירה על חוק שאינו נאכף	120(120)
	שיחוד שוטר	169(76)
אמנה חברתית		126 ,97
אסמכתא	קניין מעכשיו	203(10)
אספת חברים	בהחלטות שנויות במחלוקת	64-67

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
אפוטרופוס	מעמד טובי העיר בנכסי ציבור	ע"ע נכסי ציבור
אפליה		ע"ע שוויון; שלטון החוק; אכיפה בררנית
אפרושי מאיסורא		ע"ע תוכחה; סיוע לדבר עבירה
ארנונה	מיסים קבועים	ע"ע מס
	אגרות פיתוח מקומיות וגבייה מונציפלית של דמי שימוש	ע"ע אגרה
אשפה		ע"ע תברואה; פסולת חריגה
בור ברה"ר		ע"ע מכשול
בחירות	קביעת השיטה ע"פ מנהג המדינה	36-37, 68
	שוויון כל חלקי הציבור בזכות הבחירה	39-57, 68
	זכות הבחירה לחסרי דעת	39(45)
	זכות נוכרים לבחור ולהיבחר	50-57, 68-69
	זכות נשים לבחור ולהיבחר	44-45, 59-61, 68-69
	התניית זכות הבחירה בתשלומי מיסים	41-43
	הצבעה על פי אינטרס אישי	163(46)
	טובת הנאה ושוחד בחירות	38, 68
בטיחות	סילוק מפגעים	ע"ע מפגעים
	רמת סיכון ועלויות מניעה	456-460
ביוב	אחריות הרשות ובני העיר לתשתיות	437-442
ביקורת	על תפקוד הרשויות	ע"ע אדם חשוב
בית הכנסת	מחויבות הרשות לבנותו	384, 426
	חלוקה בנטל בבנייתו	313
	האיסור להורסו	421(65)
	שנבנה על קרקע גזולה	420-422
	מעמדו המשפטי	87-88

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
בית המשפט	מילוי הרשות אחר הוראותיו הנוגדות את ההלכה	400(96), 401
בית המשפט העליון	התוקף ההלכתי של פסיקותיו	111-116
בן העיר		ע"ע תושב
בנייה	החובה לדאוג למבני ציבור	424-428
	בניית אולם אירועים קהילתי	427
	בניית גן ילדים	325(27), 427
	בניית מוסדות חינוך	484-485
	זכויות בנייה (אחוזי הרחבת בנייה)	415(34)
	תכנון בניית עיר (תב"ע) בהלכה	409-412
	ללא היתר	415-417
	רישיון המנוגד להלכה	82(64)
	הריסה מנהלית	423-424
	איסור שינוי ייעוד	409-412
	על קרקע פרטית	418-419
	פיצוי בעלי קרקעות עקב שינוי תב"ע	240-242
	סילוק פסולת בנייה	450
גבייה	מנהלית	347, 357
	פרטית	355(44), 363(66)
גוי		ע"ע נוכרי
גזל גוי		145(98)
גזל קרקע		ע"ע פלישה; בנייה ללא היתר
גזענות	אפליית נוכרים	ע"ע שוויון; דרכי שלום
גיוס לומדי תורה		82(63)
גינון	פיתוח נוי העיר	74, 409-410, 428
	תעריף מים להשקיה	440(46)
	גינת יחיד המזיקה את הציבור (גיזום ועשבייה)	444
גמ"ח	גביית ריבית פיגורים	375-376
גן ילדים	בנייתו	427
גרמא	חיוב עליה בזמן הזה	290
	חיוב על גרימת הוצאות מדינא דגרמי	194(41), 220-221
	חיוב עובדי ציבור עליה	291

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	חיוב שומר ועובד בנזקיו	288
דיין	שטעה	287
דין תורה	החובה להתדיין בו	(17)349
	כאמצעי כפיית תשלום מיסי יישוב	349
דינא דגרמי		ע"ע גרמא
דמוקרטיה	תוקפה ההלכתי	18
דינא דמלכותא	בחוקי מדינת ישראל	92-120, 143, 339-340
	בחוקי עזר מוניציפאליים	71-72, 79, 144
דמוקרטיה	היסוד ההלכתי של הליכה אחרי רוב דעות	123(2), 132
	הכרעה ע"י רוב יחסי	34-36, 138
	הליכה אחרי רוב נבחרים מייצגים	123-124
	מחויבות המנהיגים לרצון הציבור	64-67, 70, 138
דמי כניסה ליישוב		329
דעת קהל	התחשבות בה	64-67, 70
דרכי שלום		140-141, 144(94), 190(24)
האומות המאוחדות (האו"ם)	מחויבות מדינת ישראל לחוקיה	54(121-122)
הבטחה		ע"ע התחייבות
הברחת נכסי חייב		359-360
הדלפה	מדיונים סודיים	147(111)
	סנקציות בגינה	149
הוצאה לפועל	גביית ריבית	ע"ע ריבית
	עיקול נכסים	ע"ע עיקול נכסים
הזמנת עבודה	חיוב בהוצאות שנגרמו	194(41)
היתר עסקה	לרשויות	377-380
הכנסת אורחים	חובת הרשויות	385
הכשלה		ע"ע לפני עיוור
הלנת שכר	מתן פיצוי עליה	353
הנהגת הציבור	מצוה	132
הנחה במס		ע"ע מס
הסכם תיווך	בכתב	224(105)
הסעת תלמידים		482-483
הסתלקות (מנגיעה בדבר)		ע"ע ניגוד עניינים
הסתמכות	עיקרון במשפט מנהלי	219, 332(17)

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
העדפה		ע"ע שוויון
	העדפת יהודים במסחר ובתעסוקה	145, 190
	העדפת תוצרת הארץ	190
העלמת מס		ע"ע מס
הפסד	הימנעות מעבירה במקום הפסד מרובה	406
הפקעת נכסים	הפקעה מדינית	228-231
	הפקעה מוניציפאלית	232-235
	חובת הפיצוי	237-242, 429(102)
	כשניתן למצוא חלופות	135-236
הפקר בית דין	כמקור לסמכות הנהגה קהילתית	16
הפרת אמונים		ע"ע ניגוד עניינים
הצבעה בבחירות		ע"ע בחירות
הצהרת אמונים		ע"ע שבועת אמונים
הצעה וקיבול	כגורם המחייב בהסכמים	203
הקצאת נכסי ציבור	החובה לאזן הקצאות	243-247
	ביטול הקצאה פגומה	279-280, 295
הריסה מנהלית (של מבנה לא חוקי)		423-424
הריסת בית כנסת		ע"ע בית כנסת
הריסת מבנים מסוכנים		444(10)
השבחה	תשלום עליה כשנעשתה ללא סיכום	ע"ע יורד לשדה חברו
השגת גבול		418-419
השקפה חרדית וציונית	ביטוי הלכתי	100(42)
התחייבות	חזרה ממנה לפני קנין	198, 203, 217, 332(17)
	שניתנה ללא כוונה לקיימה	219
	שקיומה אינו בידו	221
התחייבות שלטונית	תוקפה (ללא קניין)	209-214, 254-255
	השתחררות ממנה עקב שינוי נסיבות	215-219
	שאינה קצובה	210(36)
	שניתנה בטעות	214(63-61)
	שניתנה בע"פ (הבטחה מנהלית)	217-219
	שנפל פגם חוקי בחתימת החוזה	224

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	בדבר שלא בא לעולם	210
	חיוב בגין נזקים מהפרתה	219-222
התיישנות	של חובות מס	364
התקשרות בשם הרשות	חובת גילוי	274
התראה לסילוק מפגע	משמעותה ההלכתית	445(11)
ועד מקומי	סמכותו ביחס לרשות האזורית	25-26, 348
ועדה קרואה	משמעותה ההלכתית	25
זיהום אויר		410
זכויות הפרט	חובת המידתיות בפגיעה בהם	81
זכות בחירה		ע"ע בחירות
זכות וטו		39(44)
זכות חתימה	ברשות	269
זמן עבודה	בזבוזו	257
חבר מועצה	מעמדו כדיין	46-50, 286
	מעמדו כשותף	285
חברה בע"מ		ע"ע תאגיד
חברה מעורבת (גברים ונשים)		44(72), 59, 61,
חוזה	ההבדל בין ההלכה והחוק	202-206
	תקפותו ללא קניין בעסקי ציבור	207-212
	ביטולו כשעובד ציבור חרג מסמכותו	281-283
	משמעות הקניין בחתימתו	ע"ע חתימה
חוזה עבודה	יחודיותו	202(3)
	בכתב	206
חוזה שכירות	הגדרתו כמגורי קבע	334
חוק	תוקפם ההלכתי של חוקי המדינה	92-120
	החובה ההלכתית על היחיד לציית לו	117-120
	תוקפו כשסותר הלכה	81-82, 110, 124
	תוקפו כשלא נאכף	120(120), 340
חוק איסור אפליה	תוקפו ההלכתי	146(106)
חוק שוויון הזדמנויות בעבודה	תוקפו ההלכתי	146(107)
חוקי התכנון והבנייה	תוקפם ההלכתי	409-414
חוקי עזר	תוקפם ההלכתי	71-72
	בענייני דת	82(65)

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	חובת עמידתם במבחן הסבירות	80-83
חוקיות המנהל		326
חזקת מטלטלין	חזקה או מוחזקות	358(54)
חילול שבת	השתתפות בעסק מחלל שבת	403(106)
	השתתפות הרשות בו	392
חילוני	חובת הפרשתו מאיסור	398-399
	תקצוב עוברי עבירה מכספי ציבור	392-408
חינוך	אחריות הרשות המוניציפאלית	77, 466-483
	תלמוד תורה	ע"ע לימוד תורה
חינוך חובה	ע"ע לימוד תורה	כחובה ציבורית
חניה	אגרת חניה	ע"ע אגרה
חסינות מתביעות	לעובד ציבור	294
חרם	כמקור לסמכות הנהגה קהילתית	16
חשד	חובת אנשי ציבור להימנע ממנו	154-157
	חשדות מופרזים	156
חתימה (על חוזה)	משמעותה הקניינית	205
	הקפדה על דרישות החוק בחוזה שלטוני	203-204
טובי העיר	הבסיס הלכתי לתוקף הרשות השלטונית	15-31, 160(37)
	האם צריכים להיות גדולים בתורה ובמידות	48(93)
	מחויבותם לרצון הציבור	46-67
טובת הנאה		ע"ע ניגוד עניינים
יורד לשדה חברו והשביחה שלא ברשות		224, 282
יחסי עובד מעביד		ע"ע פיטורין
ירושה	של משרה ציבורית	297-298
	של תפקיד רבני	298-301
כבישים		ע"ע סלילת כבישים
כיבוי אש	התקנת מערכות	456(74)
כיתת לימוד	תקן למספר תלמידים	480-481
כלל ישראל	מעמדו ההלכתי	15, 85(12)
כפיפות החוק להלכה		81
כשל שוק		306

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
ליב"ה		ע"ע לימודי חול
לימוד תורה	כחובה ציבורית	386, 466-481, 484-485
	חובת האב וחובת הרב	466
	תשלום שכר לימוד	473-474, 486
	חבות תשלום עבור הנכד	473(29)
	מספר תלמידים בכיתה	480-481
	גיוס לומדי תורה לצבא	82(63)
	העדפת תלמיד מוכשר	468(10)
	מתן מונופול עסקי לת"ח	463(106)
לימודי חול	מקור המצוה וחשיבותה	466(1), 487(86)
	חובה אישית או ציבורית	487
לפני עיוור	גדרי האיסור	393-395, 406
לשון הרע	פרסום דעות דיינים וחברי מועצה	146-150
	שיימינג לסרבן מס	350
מבטל כיסו של חברו		289(86)
מגורים בעיר		ע"ע תושב העיר
מדד העוני		343(65)
מדינת ישראל	תוקף חוקיה	ע"ע דינא דמלכותא; חוק
	מלכות או שותפות	58(121-122), 404
מומר	סיוע לו לדבר עבירה	396(69), 397-399, 406
מונופול (עסקי)	נתינתו לתלמיד חכם	463(106)
מוסדות חינוך		ע"ע חינוך; לימוד תורה
מורה	כמות תלמידים לכל מורה	ע"ע לימוד תורה
מחוסר אמנה		198
מחיקת חובות		ע"ע סידור לבעל חוב
מחלוקת	הגישה כלפי מחלוקות בהלכה	399(91)
מידתיות		81
מים	אחריות הרשות ובני העיר לתשתיות	436
מימון מערכת החינוך		ע"ע חינוך; לימוד תורה
מימון פעולות אסורות		392-408
מימון תואם (matching)		323, 368-370
מינויים פוליטיים		133(44)

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
מכירה פומבית		185
מכרז	מטרתו	186-189
	משכו	185(3)
	התנייתו בעבודה עברית	152
	ביטולו כשנעשה בפסול	187(134), 253-254
	מכרז תפור	189(20), 193-194
	הצעה גרעונית	195(45)
	הצעה תכסיסנית	195(46)
	חובת המכרז מבטלת הורשת שררה	302
	פיצוי על ביטולו	197
	מכרז זוטא	193
מכרז עבודה	אופן פרסומו	252-253
	התמודדות מול עובד קיים	196
מכשול	לפני עיוור	ע"ע לפני עיוור
	חיוב הרשות בגין נזקים ברה"ר	390-391
מלך	מקור סמכותו	92-95
	תפקידיו	11-13
	כפיפותו לחוק	125-127, 338-340
	תוקף החלטות הציבור בהעדר מלך	18
ממשלת מיעוט	הישענות על מי שאינם יהודים	55(124)
מנהג המדינה	תוקפו מכוח החוק	319
	הגדרתו כ"קבוע"	317
	מנהג גרוע	317
	שאינו ברוח ההלכה	317(65)
	שאינו שכיח	216(72)
	בחלוקת נטל המס	316
	בשיטת הבחירות ובזכאי היבחרות	37, 68-69
	הכרעה במחלוקת בהלכה באמצעותו	335(33)
מניות	החזקתם ע"י אנשי ציבור	160(38)
	מעמדה המשפטי של מניה בודדת	86(15)
מניעת רווח	חיוב בגינה	289

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
מס	אגרות מוניציפליות וגבייה מוניציפלית של דמי שימוש	ע"ע אגרה
	ארנונה, הגדרתה ההלכתית	321
	איסור העלמתו	118
	תוקפו של מנהג בענייני המס	331(16)
	מע"מ	308
	מיסי ישוב	26, 326, 328, 348
	מיסי קהילה עירונית	348(13)
	החזרי מס	330
	חלוקת נטל המס	311, 322-316
	קריטריונים אחידים בשומת המס	337
	החורג מסמכויות הרשות המקומית	326
	מיסוי עקיף (מיסוי לפי צריכה)	308
	מיסוי פרוגרסיבי ודיפרנציאלי	307, 313(47)
	מיסוי רטרואקטיבי	330-329
	תמהיל המס	320
	תקרת מיסוי	325-323
	הנחה לעניים	343-342, 361-361, 366-365
	הנחת תשלום מוקדם	352(31)
	הנחה שניתנה שלא כדין	174, 269, 278, 332(17)
	ערעור על שומת ארנונה	332-331
	ריבית פיגורים	ע"ע ריבית
	התיישנות חובות	364
	חיוב השוכר בארנונה	335-334
	גבייתו לצורכי צדקה	307-306
	זכויות תושב למי שאינו משלם מס	43-41, 68
	מינוי חייבי מס לחברות במועצה	64
	גביית ארנונה לפי שטח הדירה	321(75)
	גביית ארנונה על דירה ריקה	335-333

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	הטלתו על הציבור לשם רכישת נכסים	246
מעלית	חלוקת הוצאות הפעלתה	439(37)
מענקי איזון		323
מפגעים	מפגעי ריח	ע"ע תברואה
	אחריות הרשות המוניציפאלית לסילוקם	76, 416, 434-436, 443-447
	שמקורם ברשות היחיד	444-446, 461(98)
מפלגה	החובה להעדיף את טובת הציבור על פניה	132-135, 151
	משמעת סיעתית	135-138
מצוות דרבנן	תוקפן ההלכתי	120
מקווה גברים	חובת בנייתו	426(90)
מקווה נשים	חובת בנייתו	385(12), 425(87)
מרא דאתרא		ע"ע רב
משאל עם		64-67(173), 70
משכון	תפיסתו על פי ההלכה	346-347, 361-362
	תפיסתו על פי החוק	347(8), 349, 362(66)
משמעת סיעתית		135-138
משפט המלך		339
משפט רומי		105
משרד הפנים	סמכותו כמבקר הרשויות	79
משרת אמון		133(44), 151
מתנות לעובדי ציבור		ע"ע שוחד
נבחר ציבור	הגדרתו כשליח	131, 138, 274-278
	מעמדו כאפוטרופוס	160(37)
	מעמדו כדיין	159
נוגע בדבר		ע"ע ניגוד עניינים
נוי העיר		ע"ע גינון; בנייה; ניקיון הרחובות
נוכרי	השוואתו לישראל מפני דרכי שלום	ע"ע דרכי שלום
	אפלייתו לרעה	141-146
	זכותו לבחור ולהיבחר	50-58, 68-69
	סיוע לו לדבר עבירה	396(69), 397-399
	סיועו לאחרים לדבר עבירה	401(99)
נזיקין	בהלכה ובחוק	389(36)

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
נזק	חובת הרשויות לשאת באחריות נזקי עובדיה	291-295
	חיוב אישי של עובד ציבור	ע"ע עובד ציבור
	עילה לפיטור עובד	ע"ע פיטורין
	שנעשה בעקיפין	ע"ע גרמא
	כתוצאה מהימנעות משימוש בסמכות	389-390
ניגוד עניינים	במערכת המשפט ובהנהגת הציבור	153-167, 179-180, 278
	הפרת אמונים	174-178, 180
	מוסדי	178-179, 181
	ביחסי חברות	162
	בחירת בן העיר להנהגת העיר	61-63
	טעמים לפסילת ההחלטה	131-132
	ניגוד עניינים סקטוריאלי	132-135
	תוקף ההחלטות בדיעבד	174-175
	תחת פיקוח בי"ד או פורום רחב	167
	תקופת צינון למניעתה	173(100)
	תוקף ההסתלקות הנדרשת	166(62)
ניקוז מי גשמים		ע"ע ביוב
ניקיון הרחובות		451-452
נכסי ציבור	מעמדם המשפטי	88-89, 404
	זיקתם הממונית למנהיגי הציבור	160(37)
נראות ציבורית		ע"ע חשד
נשים	זכותן לבחור ולהיבחר	44-45, 59-61
סבירות	פסילת חוקים על פיה	80-83
סידור לבעל חוב	בהלכה ובחוק	361-363, 366
סיוע לדבר עבירה	יסוד האיסור	395-396
	כשמטרתו להפחית אותה	403(106)
	סיוע למי שמקל בהלכה לא מוכרעת	399
	עובד ציבור הנדרש לכך	406
סיטומתא		ע"ע קניין סיטומתא

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
סיעה (מפלגה)		ע"ע מפלגה
סלילת כבישים ומדרכות	אחריות הרשות המוניציפאלית	75, 435-433
	חלוקת נטל המס	76(31), 310(38), 327
סקטוריאליות		133
עבודה עברית		146-144, 152, 190
עבירה שיש עמה קלון	מניעה מהנהגת ציבור	49, 69
עבירת משמעת		266
עובד	חובתו להיזהר שלא להתבטל ממלאכתו	260-257
	חיובו בנזקים שעשה	286
	פיטוריו בגין נזקים שעשה	264
	תנאים מוצדקים לדרישת העלאת שכר	261-260
עובד ציבור	שנבחר ע"י הציבור	ע"ע נבחר ציבור
	חובת מכרז בהעסקתו	ע"ע מכרז
	קבלת מתנות	ע"ע שוחד
	מעמדו כשליח	270, 274, 285
	מחויבותו החוקית וההלכתית למילוי תפקידו	388
	קביעותו	263
	חסינותו מנזקים שגרם בעבודתו	294
	עילות מוצדקות לפיטוריו	ע"ע פיטורין
	פיטוריו ללא התראה כשהזיק	455
	פיטוריו כשהועסק בהליך לא חוקי	254-253
	מי מוסמך לפטרו	268-267
	תוקף מעשיו כשחרג מסמכותו	284-270
	חיובו בנזקים לקופה הציבורית כשחרג מסמכותו	291-285
	סיועו לעוברי עבירה מתוקף תפקידו	406
עובר עבירה	פסילתו לעדות	49
	שותפות עסקית עמו	403(106)
עוני	מדידתו	343(65)

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
עיקול נכסים	בשל חבות כספית לרשות	362(66), 357, 347
עמדה אישית	הצורך בגיבושה	135
	חשיפתה	147-148
עני	מדד העוני	343(65)
עני המהפך בחררה		195-196
עניין אישי		ע"ע ניגוד עניינים
עסקים	חובת רישוי עסק	ע"ע רישוי עסקים
ערכי אומות העולם	התחשבות בהם	54(120)
עשיית דין	עביד איניש דינא לנפשיה	423
עשיית עושר ולא במשפט		224, 282
פומביות הדיון		ע"ע שקיפות
פושט רגל	בחירתו למועצת הרשות	64(167), 69
פיטורין	של עובד ציבור	ע"ע עובד ציבור
	עילות ראויות	264-267, 454
	מי מוסמך לפטר עובד ציבור	268
	בגלל יחסי אנוש מעורערים	266
	מטעמים פוליטיים	268
פינוי פיצוי		ע"ע הפקעה
פיקוח	על מפגעים	ע"ע מפגעים
	על תפקוד הרשויות	ע"ע אדם חשוב
פלישה	בית שנבנה על קרקע גזולה	418-419, 421
פסולת חריגה (מפעלים ובנייה)		450
פרטיות		148
פרישה מסיעה		137-138
צדק	חוק שאינו שוויוני	ע"ע שוויון; שלטון החוק
צדקה	כחובה קהילתית-עירונית	342, 384
	חלוקתה בשוויון	368-370
	עניי עירך קודמים	368
	הנחה במס כצדקה	343, 366-365
	מימון לימודי מקצוע לבני עניים	488
	מימון שכר לימוד תורה לילדי עניים	ע"ע לימוד תורה כחובה ציבורית

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	שירותי הרווחה	ע"ע רווחה
צו הריסה		415-417
ציבור	משמעותו המשפטית-הלכתית	27-31, 84(10), 392
	תוקף החלטותיו בהעדר מלך	18
קביעות (בעבודה)		263
קהילה	מעמדה של קהילה עירונית	348(13), 392
	שותפות או ציבור	28, 386-387
קואליציה	עם נוכרים	57, 69
	בתמיכה חיצונית של נוכרים	58, 69
קוגנטיות		106
קזינו	מניעת הקמה ע"י הרשות	464
קלון	הגדרתו	49
קניין	אסמכתא באומר 'מעכשיו'	ע"ע אסמכתא
	מטרתו	202
	בחוזה עם רשות מקומית	207-214, 254-255
	קניין דברים והתחייבות לפעולה	203
	ללא מעשה	205
	באינטרנט	206
	בדבר שלא בא לעולם	291(96)
קניין סיטומתא	תוקפו	204, 205(14)
	בדבר שלא בא לעולם	291(96)
קנסות	כאמצעי אכיפה על החלטות הרשות וחוקיה	77, 307, 315, 371-376
קרוב או פסול	בדיינים ובמנהיגי ציבור	57(131), 159, 164, 175(108)
קרוב משפחה	הגדרתו ההלכתית והחוקית	161(40)
רב	הגדרתו כ"אדם חשוב" לצורך פיקוח	130(35)
	כמנהיג פוליטי	48(93), 300-301
	תפקיד מרא דאתרא	400(93)
	הנוגע בדבר	157(25)
רבנות	העברת המשרה ליורש	298-301

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
רגולציה ויעילות		47(86)
רוב	הליכה אחרי רוב דעות	ע"ע דמוקרטיה
רווחה	מחלקת רווחה	343
	שוויון נוכרים בקבלת סעד	139-140
ריבית	הפער בין הלכה והחוק	204
	על פיגור בתשלום מס	351, 355-357, 371-376
	בהוצאה לפועל	376(27)
	בהנחת תשלום מוקדם	352(31)
	היתר עסקה לרשויות	377-380
	בתשלום לחברה הנותנת שירות	356
	אופציות בתמורה להלוואה	372(5)
	פסילת הסכם הכולל ריבית	204(13)
	על איחור בתשלום שכר שכיר	353-354
	לסרבן דין	376(27)
ריח	הרחקת מפגעי ריח	410, 447-451
רישוי עסקים	מטעמי בטיחות	465-542
	עיכוב רישוי משיקולים חיצוניים	461(100), 462
	רישיון מקצועי	455
	לרוכלות	464(111)
	עסקים ללא רישיון	456(75)
	לעסק העובר עבירה	462
רישיון בנייה		ע"ע בנייה
רשות מוניציפאלית	תוקף שלטונה	ע"ע שלטון
רשות מקומית	שותפות או ציבור	84-91, 404
	ביו"ש	24
רשלנות	הימנעות מהפעלת סמכות	389-390
רשלנות רפואית		291
רשע	מינויו לשררה שלטונית	ע"ע קלון
שבועת אמונים	לנבחרי ציבור	63, 165
	נוסח הצהרת אמונים ומשמעותה	63
שבירת השוק		195(45)
שוויון	כערך הלכתי	139-146, 151, 187, 188(139), 341

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
	בפני החוק	336
	שוויון חובות או שוויון זכויות	188-189
	מטרה או אמצעי	140, 186-189
	כשסותר את טובת הציבור	187-189
	עקרון ההנאה ועקרון השוויון	311
	חוק מפלה ולא שוויוני	125-126
	אכיפה בררנית	336-341
	אפליה מתקנת	191
	אפליית אחרים לטובה כאפליה לרעה	341(57)
	בהקצאת נכסי ציבור	246-247
	בזכות הבחירה	39, 42(61), 45-44, 59-61
	במתן סיוע כלכלי	368-370
	במתן שירות	139-146
	חוקיות אפליית יהודים בארצות נכר	142-143
	פמיניזם כגורם לאפליית גברים	191(31)
שוחד	טעם האיסור	143, 168
	לחבר ועדת מכרזים	192(35)
	לשוטר	169(76)
	מאוחר	170, 173, 180
	מתנה לעובד ציבור	170-173, 180
	במתן עבודה	170(82)
שוחד בחירות		38, 58
שוחד דברים	האיסור	171
	הדין בדיעבד	171(84)
שוחד שלטוני	לגיטימציה בימי הבינים	168(73)
שוטר קהילתי		251
שוכר	חיוו בארנונה	334-335
שומת מס	ערעור עליה	ע"ע מס
שותפות	מעמד נכסי ציבור	ע"ע נכסי ציבור
	חלוקת נטל האחזקה של תשתיות משותפות	438-439
	בנכס או ברווחים	84(11)
	בעסק מחלל שבת	403(106)
	שותף שהזיק	285
שחיתות שלטונית		153

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
שטחים פתוחים		409, 428
שיטור		ע"ע אכיפה
שיימניג		ע"ע לשון הרע
שינוי ייעוד (בבנייה)		ע"ע בנייה
שירותי דת	חובת הרשויות	385
שכר	הלנתו	ע"ע הלנת שכר
	העלאתו כשחל פיחות במטבע	ע"ע אינפלציה ותוספת יוקר
שכר לימוד		473-474, 486
שלום		ע"ע דרכי שלום
שלטון	ריכוזי ומבוזר	14-15, 73(11), 78-79, 323, 326
	כפיפותן לחוק ולצדק ("שלטון החוק")	81(59), 105 -124, 127, 139, 150, 336
שלטון פיאודלי	כיסוד ל"דינא דמלכותא"	97-99
שליח לדבר עבירה	אחריות עובדי ציבור על עבירות הרשות	392
	בשותפות באיסור	402(105), 404
	באיסור אונאה	277(33)
	בשוגג	292(101)
	בעובר עבירה	393(58)
שליחות	מחויבות נציג הציבור לעמדת בוחריו	131-138
	עובד ציבור שחרג מסמכויותיו	270-278
	חובת ההתרחקות מן החשד	ע"ע חשד
שקיפות	בהליכי קבלת החלטות	146-150, 152, 247
שקר	שינוי מפני השלום בדברי תורה	144(94)
שר הפנים	הגדרתו כ"אדם חשוב"	79
תאגיד	האם רשות מקומית היא תאגיד	ע"ע רשות מקומית
	מעמדו המשפטי	89(34)
תב"ע		ע"ע בנייה
תברואה	אחריות הרשות המוניציפאלית	76, 385-386, 450, 447-451
תוכחה	תוקף החיוב לאפרושי מאיסורא	396(74)
תוכנית בניין עיר (תב"ע)		ע"ע בנייה
תוספת יוקר		ע"ע אינפלציה

ערך	ערך משנה	עמוד בספר
תוצרת הארץ	העדפתה	189-190
תושב	הגדרת "בן העיר"	40-41, 68, 334-335
	זכותו לבחור ולהיבחר	41, 61-63, 68, 164-165
תחרות	מעלתה	194
	שבירת השוק במחיר הפסד	194(45)
	מתן מונופול לת"ח	463(106)
תיווך	כשלא נחתם הסכם	224(105)
תלמוד תורה		ע"ע לימוד תורה
תנאי	אופן ניסוחו	203(9)
תפיסה	לקיחת משכון	ע"ע משכון
	במקום ספק הלכתי וספק בתקנה	419(55)
תקדים משפטי	מעמדו ההלכתי	111
תקופת צינון		173(100)
תקינות פוליטית		144(94)
תקנות הקהל	תוקפן	17, 71
תקנת השבים	הריסת בנייה על קרקע גזולה	418-419
תקצוב פעילויות אסורות		ע"ע מימון
תשתיות		ע"ע מים; ביוב; סלילת כבישים ומדרכות; מפגעים

מפתח הלכות - שולחן ערוך

אורח חיים

נג, כו 263[3]

פח, א 426[90]

קנב / 422[67]

קנג, ז 65[170]

שצא, א 357[49]

תקמד, א 435[11]

יורה דעה

קס, כב רמ"א 89[30]

קעג, ג 356[47]

ז 352[31]

טז 351[26], 374[12]

יד 373[9]

יח 373[10]

רכג, כט 83[65]

לג 17[57]

רלט, ו 17[57]

רמה, ג 466[4]

טו 384[7], 481[63]

טז 482[70]

רנ, ה 307[15]

רנא, ד 370[6]

רנז, א 155[10]

ב 155[12], 186[8]

חושן משפט

ד 346[1–2], 423[73]

א 347[6]

ז, ט 57[131]

יב 38[39], 160[38], 164[51], 175[107]

ט, א 171[84], 175[106]

יא, א 349[17]

יח, ה 136[54]

כב, א 163[48], 177[114], 287[75]

כה, ד 176[111], 287[71]

כו, א 349[17]

לג, טו 166[59]

לד, ד 49[100]

כו 50[100]

לז, יח 166[58, 60]

מ, א 203[8]

נב, א 204[12]

פז, יט 63[161]

צז 64[167]

כג 361[65]

צט, א 359[55]

ז–ח 360[59–60]

קג, א 185[3]

קז, א 364[73]

קכג, ה 278[37]

קלא, ג 366(85)
קנה, א 458(84)
לג 458(82)
קנו 464(109)
א 27(101)
קנו, ו 463(106)
קסא, ו רמ"א 389(33)
קסג, א 26(97)
ב 41(53)
ו רמ"א 28(108), 89(31)
קעו, א 286(67)
א–ב 28(105), 84(11), 88(25)
ט 246(13)
כח 27(102)
קפב, ב 270(9), 273(23)
ג 132(40), 281(44)
ה 277(33), 281(46)
קפג, ה 285(61)
קפה, א 278(35)
ה 273(23), 277(33)
קפט 28(105)
א 89(26)
רד, ח–ט 218(81)
ט 28(108), 89(31), 213(52), 389(33)
רז 28(105)
א 89(27)
ב 203(10)
יג רמ"א 204(10)
יד 204(10)
יח 204(10)
רי, א 28(105), 89(28)
ריב, ב–ג 415(34)
רכח ז 193(39)
רלא, כז 316(55)
רמא, יב 203(9)
רמה, א 203(8)
רצ, ז 160(37)
שו, ח 265(11)
שלב, א 254(20), 271(12), 282(51)
שלג, ב 332(17)
שלז, יא 258(6)
יט 259(13)
כ 257(2), 259(12)
שנט, א 145(98)
שס, א 418(46)
שסג, ו 279(38)
ז 280(42–43)
שסט, ב 92(3), 101(46), 231(21)
ו 100(41)
ז–ט 92(3)
שעה, א 224(107), 282(55)
שעח, א 389(35), 446(19)
שפד, א 389(34), 446(18)
תיח, ג 457(77)

מפתח לחוקי הכנסת

החוק	סעיף בחוק	עמוד (הערה)
חוק יסוד הכנסת		(107)51
חוק יסוד השפיטה	20.ב	(97)114
חוק יסוד משק המדינה	1	(69)319
חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס״א		(106)146
חוק הביטוח הלאומי נוסח משולב, תשכ״ח	210.ב	(7)252
חוק הגנת השכר, תשי״ח	8	(66)362
חוק ההוצאה לפועל	28.א	(56)359, (66)362
חוק ההסכמים הקיבוציים, תשי״ז	12–20	(24)128
חוק החברות הממשלתיות	18.א.1	(107)51
חוק החוזים	1	(7)203
	30	(104)224
חוק המכר, תשל״ח	1	(4)202
חוק המקרקעין	8	(94)113
	57.א	(37)439
	71.ב.1	(34)415
	204	(29)414
חוק מקרקעי ציבור, תשמ״א	4	(80)424
חוק המתווכים, תשנ״ו	9.א	(105)224
חוק הנאמנות, תשל״ט	13	(116)177
חוק העונשין, תשל״ז	278	(115)177
	290	(92)172
	291	(93)172
	293	(94,95)173
	383	(66)363
	447	(16)349, (66)363
	פרק ט, ה	(91)172
חוק הרשויות המקומיות (בחירות)	2	(23)36
	6–7	(96)49, (108)51
חוק הרשויות המקומיות (משמעת)	9	(19)266
	17	(18)266
חוק הרשויות המקומיות (ריבית והפרשי הצמדה על תשלומי חובה, תש״ם	1	(28–29)351
	2	(27)351
חוק הרשויות המקומיות (שימוש ארעי במגרשים ריקים), תשמ״ז		(102)429

החוק	סעיף בחוק	עמוד (הערה)
חוק הרשויות המקומיות, ערר על קביעת ארנונה כללית, תשל״ו		332(18)
חוק התכנון והבניה, תשכ״ה	49	414(28)
	61	414(30)
	69	413(24)
	131–130	413(27)
	145	413(26–25)
	190	228(1), 241(65)
	197	242(67)
	216	416(40)
	217	416(41)
	254	424(59)
	ג–ד	413(23)
	ח	235(35)
חוק חובת המכרזים, תשנ״ב	כללי	185(2), 187(12)
	2.ב	191(30)
	3	189(23)
	תוספת	186(6)
חוק חופש המידע	9.ב.4	150(119)
חוק לימוד חובה, תש״ט	6.ד	490(97, 100)
	7	489(94)
חוק למניעת מפגעים, תשכ״א		447(26)
חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל״ט		225(107)
חוק רישוי עסקים, תשכ״ח	1	460(91), 462(101)
	2	464(111)
	תיקון 27	466(111)
	תיקון 34	462(100)
חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ״ח		146(106)
חוק שירות המדינה - מינויים, תשי״ט	46.א	267(23)
	תיקון 14	
חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ״ג		173(96)
חוק שירות הציבור (הגבלות לאחר פרישה), תשכ״ט	4	173(99)
חוק שירות הציבור (מתנות), תש״ם		173(96)
חוק שירות עובדי מדינה (מינויים), תשי״ט	19	252(7)
חוק שמירת הנקיון, תשמ״ד	3	452(59)
חוקת העבודה לעובדים ברשויות המקומיות בישראל	26.7	262(26)
	70	266(15)

החוק	סעיף בחוק	עמוד (הערה)
פקודת בריאות העם, 1940	54–63	448(27)
פקודת המועצות המקומיות	22	78(47)
	24.א	78(45)
פקודת הנזיקין	7.ו	177(119)
	35	389(36)
פקודת העיריות		
	כללי	11(1), 20
	1	335(34)
	7	84(1)
	24.א	63(163), 131(39), 165(57)
	61	462(100)
	120	49(96), 62(155), 63(159), 64(167)
	120.1	163(47)
	122.א	160(38), 161(40), 163(41)
	122.ב	167(67)
	125.א	138(64)
	143	25(88)
	171	267(25)
	174.א	163(40)
	177	260(21)
	180	260(21)
	188	429(101)
	190	269(3)
	191	269(4, 6)
	195.א	223(102)
	197	185(2)
	203	223(103), 224(104), 253(16)
	206	78(46), 269(3)
	221	177(119), 284(59), 424(82)
	223	178(119)
	225	284(59)
	235	391 (48), 416(39), 435(16)
	236	413(23), 444(10)
	242	448(27), 450(45)
	246	452(57)
	249	309(34), 310(38)
	249	429(39), 444(10)
	249	452(58), 490(95)
	250–259	78(45)
	251	319(70), 326(89)

החוק	סעיף בחוק	עמוד (הערה)
	252	(89)326
	258	(47)78
	311–306	(8)347
	313	(66)363
	320	(66)363
	326	(34)335
	338	(83)366
	תוספת שניה 18	(109)147
	תוספת שניה 56	(110)147
פקודת הקרקעות - רכישה לצרכי ציבור, 1943	כללי	(52)239
	16	(56)239
פקודת פשיטת הרגל	78	(44)355
צו המועצות האזוריות	81	(83)366
	84	(59)254
	90	(89)25
	127	(99)27
	132	(91)25
	133	(96)26
צו המועצות המקומיות	13	(7)252
	131	(83)366
	189	(59)254