



ספריית תורה ומדינה

משפט וצדק תראה במדינה

מבוא למשפט המנהלי העברי

עדו רכניץ

עורכים:

הרב ד"ר ירון אונגר

הרב אייל רזניקוביץ

משפטי מכוון
ארץ

© כל הזכויות שמורות למכון משפטי ארץ (ע"ר) עפרה, תשרי תשפ"ז

ספר זה אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

מערכת: הרב חיים בלוך, הרב ד"ר איתמר ורהפטיג, הרב אורי סדן

עריכת לשון: אב"י ונגרובר

עיצוב ועימוד: דוד הלל – רשימו

ספר זה יצא לאור בתמיכת משרד התרבות – מנהל התרבות

לפניות: מכון משפטי ארץ www.dintora.org

מסת"ב: 7-55-7646-965-978

תוכן העניינים

הקדמה	יא
הקדמת הרב יעקב אריאל	טו
המשפט שחיכה למדינה – הקדמת פרופ' יובל אלבשן ...	יט

מבואות

פרק ראשון משפט ציבורי מן התורה – מניין?	1
פרק שני מבוא לדיני תקנות הקהל	9
פרק שלישי דין 'אדם חשוב' ומשמעותו	33

העקרונות החוקתיים של המשפט המנהלי העברי

פרק רביעי ההחלטות הראויות	57
פרק חמישי עקרון השוויון	83
פרק שישי משוא פנים וניגוד עניינים	97
פרק שביעי תחולה למפרע	125

נוהג ומנהג במשפט המנהלי העברי

פרק שמיני מקור הסמכות של מנהג ליצור תקנה ולבטלה	137
פרק תשיעי כוחם של נהג ומנהג והראיות לקיומם	157
פרק עשירי מדרג הסמכויות: תקנה, מנהג ונוהג	171
פרק אחד עשר שתיקת הציבור כהסכמה	187

עקרונות המשפט המנהלי העברי

פרק שנים עשר עקרון חוקיות המנהל	203
פרק שלושה עשר זכות השימוע	217
פרק ארבעה עשר חזקת התקינות המנהלית	229
פרק חמישה עשר שינוי ותיקון החלטות מנהליות	237
סיכום	253
מפתח	257

תוכן מפורט

הקדמה יא
הקדמת הרב יעקב אריאל טו
המשפט שחיכה למדינה – הקדמת פרופ' יובל אלבשן ... יט

מבואות

פרק ראשון
משפט ציבורי מן התורה – מניין? 1
א. המשפט הציבורי והקהילה היהודית • ב. הקהילות היהודיות בימי הביניים • ג. המקורות

פרק שני
מבוא לדיני תקנות הקהל 9
א. מקורות מן המקרא • ב. מקורות מספרות חז"ל • ג. תורתם של הראשונים • ד. דיני תקנות הקהל על פי הגישה המרחיבה • ה. ביקורת שיפוטית על תקנות הקהל • ו. שיפוט על פי תקנות הקהל • ז. סיכום

פרק שלישי
דין 'אדם חשוב' ומשמעותו 33
א. הקדמה • ב. מיהו 'אדם חשוב'? • ג. היקף הפיקוח • ד. מינוי 'אדם חשוב' – רשות או חובה? • ה. תכלית הפיקוח • ו. סמכות החקיקה של 'אדם חשוב' • ז. סיכום
נספח: עמדת הרב יעקב אריאל שליט"א בעניין אדם חשוב

העקרונות החוקתיים של המשפט המנהלי העברי

פרק רביעי
ההחלטות הראויות 57
א. "כל ענין שיהיה תיקון הקהל" • ב. הגדרת תיקון הקהל • ג. דוגמאות ל'תיקון הקהל' • ד. ביקורת שיפוטית • ה. סיכום ומסקנות

פרק חמישי

83..... עקרון השוויון

א. מבוא • ב. שוויון פורמלי • ג. חריגה מעקרון השוויון הפורמלי • ד. האם יש לחתור לשוויון בתוצאות? • ה. העדפה מתקנת • ו. סיכום

פרק שישי

97..... משוא פנים וניגוד עניינים

א. הקדמה • ב. הכוונה הראויה: לשם שמים • ג. כוונה ראויה בקביעת תקנות • ד. ההשוואה בין נבחרי ציבור לדיינים • ה. שוחד • ו. קרבת משפחה • ז. נגיעה אישית • ח. ניגוד עניינים כאשר מקבל ההחלטה חיווה דעתו בעבר • ט. הסכמה לקבלת פסולים • י. הבחנה בין ניגוד עניינים כללי ואישי • יא. אמצעים לפתרון בעיית ניגוד עניינים • יב. סיכום

פרק שביעי

125..... תחולה למפרע

א. מבוא • ב. תחולה רטרואקטיבית: הטלת עיצומים למפרע • ג. חוק תשריר: אישור למפרע לחוק שהיה בו פגם • ד. תחולה אקטיבית והפקעת זכויות • ה. חיוב מס בגין חובות שנוצרו טרם הגעת התושב לעיר • ו. סיכום

נוהג ומנהג במשפט המנהלי העברי

פרק שמיני

137..... מקור הסמכות של מנהג ליצור תקנה ולבטלה

א. מבוא • ב. מנהג מהווה ראייה לתקנה של חכמי התורה • ג. מנהג מהווה ראייה לתקנת הציבור או נבחריו • ד. נהג כהתחייבות • ה. נהג כנדר • ו. נהג מעצב את גמירות הדעת • ז. מעמדו הייחודי של מנהג במשפט הציבורי • ח. סיכום

פרק תשיעי

157..... כוחם של נהג ומנהג והראיות לקיומם

א. מנהג המכריע מחלוקת או המנוגד להלכה • ב. פרשנות תקנות על פי הנוהג • ג. ראייה לקיומו של מנהג וחזקתו • ד. האם נהג שלא לאכוף תקנה מעיד על ביטולה? • ה. סיכום

פרק עשירי

171..... מדרג הסמכויות: תקנה, מנהג ונהג

א. הסמכות לקבוע תקנה בניגוד למנהג • ב. נהג המתעלם מתקנה • ג. הסתירה בדברי הרא"ש ויישובה • ה. סיכום

שתיקת הציבור כהסכמה.....187

- א. מבוא • ב. השיטה ששתיקה מהווה הסכמה לתקנה פגומה • ג. השיטה ששתיקה אינה נותנת תוקף לתקנה פגומה • ד. שיטת הביניים: הבחנה בין נסיבות שונות • ה. סיכום • ו. נספח: קבלת החלטות מנהליות בשתיקה

עקרונות המשפט המנהלי העברי

עקרון חוקיות המנהל.....203

- א. עקרון חוקיות המנהל והקושי ביישומו • ב. חוקיות המנהל בהלכה • ג. היקף הסמכות המנהלית תלוי באומדן דעת הציבור • ד. גישת ההסמכה הבלתי מוגבלת • ה. סיכום ודיון

זכות השימוע.....217

- א. מבוא • ב. מקורה של זכות הטיעון במשפט המנהלי העברי • ג. הצגת התקנות והעדויות בפני האזרח • ד. מעמדה של החלטה מנהלית שהתקבלה ללא מתן זכות שימוע • ה. שימוע מאוחר במשפט הפרטי והמנהלי • ו. אופן הביצוע של השימוע • ז. סיכום

חזקת התקינות המנהלית.....229

- א. מבוא • ב. חזקה על עצם קיומה של תקנה • ג. חזקת התקינות המנהלית בהלכה • ד. מקרים בהם חזקת התקינות המנהלית נסתרת • ה. פוסקים שחלקו על חזקת התקינות המנהלית • ו. סיכום

שינוי ותיקון החלטות מנהליות.....237

- א. מבוא • ב. מחלוקת הפוסקים בעניין תיקון החלטה מנהלית • ג. תיקון שומת מס עקב טעות בשומה • ד. ביטול פטור ממס עקב שינוי נסיבות • ה. סיכום

סיכום.....253

מפתח.....257

הקדמה

“משפט וצדק תראה במדינה” (קהלת ה, ז)

הראי"ה קוק כתב (אורות המלחמה, פרק ג) :

עזבנו את הפוליטיקה העולמית מאונס שיש בו רצון פנימי,
עד אשר תבא עת מאושרה, שיהיה אפשר לנהל ממלכה
בלא רשעה וברבריות... עד אשר עת הזמיר הגיע וקול התור
ישמע בארצנו.

דומני שעת הזמיר אכן הגיעה, וניתן לנהל ממלכה באופן הגון וצודק, כפי
שמחייב המשפט הציבורי העברי.

לגבי משפטי המלוכה הנוגעים לניהול מלחמות כתב הראי"ה קוק (שו"ת
משפט כהן, סימן קמג) :

ואולי הוא מכלל משפטי המלוכה, שהיו ודאי רבים ונמסרים
באומה, כמו שכתב הרמב"ם... וכל אלה ועוד כיוצא בזה,
הם שרידים שנשארו לנו ממשפטי המלוכה, שהם אינם על
פי גדרי התורה של הלכות יחיד.

הרב קוק חידש שעל המלך חלים כללים השונים מאלה שחלים על היחיד,
אלא שכללים אלה אבדו לנו לאחר אלפיים שנה ללא ריבונות.

כאשר יצאתי לדרך לכתיבת ספר זה הנחתי שגם ההלכות והכללים של
המשפט המנהלי העברי אבדו לנו. ולכן כעת מוטל עלינו לחדש אותם בדרך
של היקש מהמקורות המעטים שבידינו העוסקים במלכות ישראל. אולם,

מיד לאחר שהתחלתי לעיין במקורות התברר לי שטעות בידי וההלכה כוללת התייחסות רחבה ועמוקה לסוגיות אלה.

קהילות ישראל בגלות, במיוחד בימי הביניים, היו מסגרת פוליטית מחייבת, שבה לאזרח היו חובות וזכויות. כדרכו של עולם, התגלעו לעיתים מזומנות מחלוקות בין האזרח לבין הקהילה, ואלה הובאו להכרעת פוסקי ההלכה. אלה נדרשו לחדש את עקרונות המשפט המנהלי העברי, בדרך של היקש מהכללים החלים על בית הדין או על בסיס סברה ועקרונות הצדק הטבעי. התוצאה היא מאות רבות של פסיקות בנושאים ציבוריים, היוצרות תחום משפטי-תורני עשיר.

המשפט המנהלי העברי זכה לתקופות של עדנה ופריחה באימפריה העות'מנית, ובמיוחד בעיר סלוניקי שביוון בה היה קיבוץ של פוסקים חשובים לאורך תקופה ארוכה. עם תחילת האמנציפציה, החל תהליך מהיר של דעיכה, שהביא לכך שנושא זה נשכח מליבם של רוב פוסקי ההלכה.

בימינו, פוסקי ההלכה ומשפטנים נדרשים שוב לשאלות משפטיות ציבוריות במחלוקות בין פרט לקהילה, והצורך בהיכרות עם תחום זה הפך לדחוף וחשוב. כך למשל התעוררה מחלוקת בנוגע למינויים במרכז של המפד"ל שהגיעה לפתחו של בית הדין הרבני. כך נחלקו השופט (בדימוס) משה דרורי וד"ר מיכאל ויגודה לגבי תוקפה של הבטחה שלטונית. וכך עסק ועוסק בית הדין לממונות "ארץ חמדה – גזית" בשורה של מחלוקות בין הפרט לבין הציבור. לפיכך, אני תקווה כי ספר זה יהווה פתח למחקר תורני רחב יותר ומעמיק יותר בתחום של המשפט הציבורי העברי.

תחילת כתיבת הספר במסגרת תוכנית לפוסט דוקטור בפורום קהלת, שאף סייע בהוצאתו, ועל כך תודתי העמוקה. המשך המחקר נעשה במסגרת מכון משפטי ארץ, עפרה. על הספר שורה רוחו של המכון שעיקרה שילוב בין מסורת ויצירה, ובין אחריות ציבורית לנאמנות הלכתית. תודה העמוקה לראשי המכון, ובהם הרב חיים בלוך, ראש הכולל, הרב אברהם גיסר, יו"ר המכון, מר דובי דינר ומר משה בטיש חברי הוועד, בלעדיהם הספר לא היה רואה אור.

את הספר ערכו בכישרון רב ידידי ד"ר ירון אונגר והרב אייל רוניקוביץ'. את עריכת הלשון עשה הרב אב"י ונגרובר, ואת העימוד והעישוב ביצע דוד הלל המוכשר. במהלך הכתיבה קיבלתי עצות מועילות רבות, שהשפיעו על התוכן ועל הסגנון. תודתי העמוקה לכל המסייעים.

תודתי להוריי יצחק ז"ל ותבלח"א שרה רכניץ, שהספר מוקדש לה לרגל הגיעה לגבורות. אמי חניכה אותי לאחריות ציבוריות, וספר זה הוא פרי חינוכה.

תודתי לאשתי, חברתי ואשת בריתי, אסנת, אשר יצאה עמי למסע לפני שנים, וכל אשר לי – שלה הוא. תודתי למשפחתי היקרה העוטפת אותי באהבה ומהווה חוף מבטחים יציב, ממנו אפשר לצאת למסעות שסופם אינו ידוע, דוגמת מחקר זה.

אחרון שהוא ראשון, השיר והשבח לבורא העולמים שזיכה אותי להיות מיושבי בית המדרש ובית הדין. בתפילה שנהיה ראויים לכל הטוב והשפע שהוא מרעיף עלינו.

החלק האחרון של העבודה על הספר נעשה במהלך מלחמת התקומה. מלחמה זו העמידה את דורנו במבחנים קשים וכואבים מאוד, וזכינו בה לסייעתא דשמיא מופלאה ולחסדים גדולים. מי ייתן שנהיה ראויים למה שהימים האלה דורשים, ועוד ידרשו, מעמנו.

”ה' עז לעמו יתן ה' יברך את עמו בשלום”.

עדו רכניץ

אלול תשפ"ו

הקדמת הרב יעקב אריאל

לכבוד

הרב עדו רכניץ שליט"א

שלו' רב לאוהבי תורתך

ספרך החדש "משפט וצדק תראה במדינה" מתווסף לסדרת ספריך הקודמים העוסקים ביישום משפט התורה בימינו. מפעל גדול וחשוב במסגרת מכון משפטי ארץ. ה' ייתן לך כוח להמשיך, להגדיל ולהרחיב את מפעליכם ולהרים את קרן המשפט העברי בישראל.

במחקרך העלית תשובות רבות מגדולי הפוסקים בכל הדורות שעסקו במשפט התורה הלכה למעשה. הדבר מראה עד כמה היה חי ופעיל משפט התורה בקהילות ישראל די בכל אתר ואתר. הלוואי גם עלינו.

עם זאת, אי אפשר שלא לברך על התרחבות הפניות לבתי הדין התורניים הרבים הפזורים בכל רחבי המדינה. בתי דין אלו עוסקים בכל הנושאים החדשים העולים על הפרק, הם יעילים, מהירים ואין צורך בייצוג של עו"ד. כל פנייה אליהם מרחיבה ומעמיקה את משפט התורה בישראל.

יש להתפעל מהצלחתך לרכז כמות כה גדולה של פסיקות, שאלמלא עבודתך החרוצה איש לא היה יודע על קיומן. יישר חילך.

לגבי תוכן הספר, אעיר רק כמה הערות.

פרק שלישי: דין 'אדם חשוב' ומשמעותו

העיסוק הרב של גדולי הפוסקים בנושאים של המנהיגות הציבורית בקהילות מראה מצד אחד את מעורבותם בהנהגת הקהילות, ומאידך את הימנעותם

מהתערבות בעבודה השוטפת של המנהיגות הציבורית. זו נבחרה בדרך דמוקרטית על ידי כל מעלי המס בקהילה. והייתה עצמאית בהחלטותיה, לא היה צורך להביא כל החלטה של המנהיגות (בדרך כלל ז' טובי העיר) בפני בית הדין לאישור.

רק כאשר יחיד או גוף סברו שהמנהיגות סטתה מדרך התורה או מכללי הצדק הם התלוננו בפני בית הדין ובראשם הרב המקומי. בעצם גם אדם חשוב לא היה מעורב בכל החלטה ציבורית, אלא רק במקום שנראה היה שהיא פוגעת, שלא כדין, בציבור או בחלקים ממנו. ההבדל בין אדם חשוב לבית הדין הוא שאדם חשוב היה מעורב לכתחילה, עובר להחלטה, בעוד שבית הדין התערב רק בדיעבד עקב תלונה כלשהי. אך בעצם המטרה זהה, להבטיח את הצדק והשלום בקהילה. האמת והשלום אהבו.

לכאורה גם לבג"ץ בימינו נועד מעמד דומה, אלא שבג"ץ רואה את עצמו כפוף בדרך כלל לחוק הפורמלי, שיישומו במקרים חריגים לא צודק בהכרח. דווקא משום כך נפגע הצדק. כשלעיתים הוא מרשה לעצמו לערער על החוק, דבר שבעצם אינו בסמכותו, לא ברור שהוא פועל באמת למען הצדק. מכיוון שמושג הצדק הוא יחסי, בג"ץ אינו בהכרח צודק יותר מאשר הרוב בבית הנבחרים, אך גם לא להפך. לפעמים שיקוליה של ההנהגה המעשית הם חכמים יותר מאשר צודקים. מבחינתה זהו הצדק במקרה הנדון. אך בג"ץ מחייב אותם לפעול לפי החוק היבש. כל אלו אינם מוסיפים שלום בחברה.

לעומת זאת, הרב ובית דינו אפשרו להנהגה המעשית לפעול לפי שיקול דעתם ולא דווקא לפי החוק היבש. "לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עשו לפני משורת הדין" (בבא מציעא ל ע"ב). הם היו מקובלים על הקהילה כמייצגים את הצדק האובייקטיבי.

בית הדין לפי המשפט העברי איננו גוף פסיבי המחכה לדון רק את המשחרים לפתחו. בהיעדר מנהיגות אחרת הוא נוטל לעצמו סמכויות של מנהיגות חברתית, הוא הופך לגוף דינמי, המתקן תקנות, גוזר גזרות, מטיל קנסות ומורה דרך לציבור. כל זאת משתקף מהמקורות הרבים שהבאת.

פרק ז, סעיף ה: חיוב מס בגין חובות שנוצרו טרם הגעת התושב לעיר

יש להעיר שבימינו אין לפטור אזרח חדש מחיובים שנוצרו טרם בואו. יש הבדל גדול בין ימינו לימי קדם, בעבר לא היה לעיר תקציב שנתי מתוכנן מראש, אלא כל הוצאה חדשה חייבה מס חדש. כגון, כשהיה צורך לחפור באר הוטל מס עבודה או הוצאות, כשהיה צורך לבנות בית כנסת חדש, הוטל מס חדש, וכן כל הוצאה חדשה. לכן יכול היה אזרח לטעון שהוא אינו זקוק לאותה הוצאה שנעשתה בעבר, או שאינו חייב לפרוע חוב ישן.

אך בימינו העיר קובעת מראש תקציב גלובלי, המתוכנן לכל שנה ובו פרטי פרטים של כל צורכי העיר הנצפים מראש, פרעון חובות ישנים, וכן זרובה למקרים חריגים. כשלפתע יש צורך בהוצאה חדשה העיר נוטלת הלוואה ופורסת את פרעונה למשך שנים. פירעון זה נכלל בתקציב השנתי, אך לא חורגים מהתקציב. אם כן, אזרח אינו יכול לטעון שסעיף זה או אחר אינו נוגע לו. אי אפשר לנהל עיר על סמך טענות פרטיות, שאם כן, לא שבקת חיי לכל בריה. ייתכן שהעיר תיקח עתה הלוואה חדשה לצורך אזרחיה, אך הפירעון ישתרע על פני כמה שנים שבהן ייתכן שחלק מהאזרחים כבר יעזוב את העיר בינתיים ויבואו במקומם אזרחים חדשים. כשם שהאזרח החדש משלם את החובות של האזרחים הוותיקים, כך האזרחים שיבואו אחריהם ישלמו את החובות שנוצרו בעת מגוריו הוא.

פרק יב, סעיף ד: גישת ההסמכה הבלתי מוגבלת של נבכרי ציבור

נבחר ציבור לקדנציה מסוימת רשאי להפעיל את שיקול דעתו בכל נושא העולה על הפרק, ואינו חייב להיוועץ עם הציבור ששלחו. הציבור מינהו על סמך האמון שנותן בשיקול דעתו, גם אם הנושא העולה על הפרק לא עלה כלל בשעת המינוי. אך אין בסמכותו של הנבחר להפוך את עורו ולקבל החלטות הפוכות מאלו שהיו מוסכמות עליו ועל משלחיו בשעת המינוי. זו אונאה גמורה ועליו לחזור ולקבל את הסכמת משלחיו.

במרכת הצדק והמשפט

הרב יעקב אריאל

הרב הראשי לרמת-גן לשעבר

המשפט שחיכה למדינה

הקדמת פרופ' יובל אלבשן

יש סיפור הצלחה אחד שכל ישראלי מכיר בעל פה: איך שפה שגססה במשך אלפיים שנות גלות קמה לתחייה, ותוך דור-שניים הפכה ללשונם החיה של ילדים במגרשי המשחקים. אכן, תחיית השפה העברית היא אחד ההישגים המכוננים של הציונות. איש היום אינו זוכר את הספקנים ואת המתנגדים. לא את החרדים שהתנגדו לחילון לשון הקודש, לא את אנשי "עזרה" שחלמו בגרמנית, ולא את הבלשן הגרמני שכתב בביטחון גמור, ב־1911, שלחלום הציוני על תחיית העברית "אין אפילו את הסיכוי המועט שיש לחזון הקמת אימפריה יהודית בארץ הקודש". העברית ניצחה את כולם והספר הזה הוא עוד הוכחה לכך.

לצד סיפור ההצלחה הזה יש סיפור תאום פחות מסופר. סיפורו של המשפט העברי. גם הוא היה אמור לקום לתחייה. כבר ב־1918 הוקמה "החברה למשפט העברי", מתוך האמונה שמה שקורה לשפה חייב לקרות לחוק: שהמשפט העשיר, המפותח, בעל היסטוריה רצופה של אלפי שנים, יהפוך למקור המחייב של הדין במדינה היהודית שתקום. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, הרב הראשי הראשון של המדינה, לא האמין שתיתכן מדינה עברית בלי משפט עברי.

והוא התאכזב. פעמיים.

הרב הרצוג עצמו תיאר זאת במילים שכואב מאוד לקרוא. הוא כתב שכמעט לא היה יכול לעלות על דעתו של יהודי שהמדינה תעזוב את "מקור המים החיים" שלה ותאמץ לה משפט של עם אחר שיחולל "מהפכה איומה מבפנים". הוא ציפה שעם כינון המדינה הדבר יקרה אבל כבר בישיבתה

השנייה של מועצת המדינה הזמנית, ב־19 במאי 1948 – חמישה ימים בלבד אחרי שבן־גוריון הכריז על המדינה – התקבל דבר החקיקה הראשון – פקודת סדרי השלטון והמשפט – שסעיף 11 בה קבע שהמשפט שהיה נהוג בארץ ישראל ערב הקמת המדינה – כלומר המשפט המנדטורי הבריטי, שבעצמו נשען על הדין העות'מאני ועל המשפט המקובל האנגלו־סקסי – יישאר בתוקפו. לא התקיים שום דיון עקרוני, לא התקבלה שום הכרעה מהותית. בהחלטה טכנית לכאורה, נבחרה המשכיות על פני מהפכה.

זה לא היה מקרי. מי שהיה בין מעצבי הפקודה, המשפטן והרב זרח ורהפטיג, מנהל מחלקת החוק של הוועד הלאומי, איש הציונות הדתית, ביקש להימנע מהקושי הפוליטי הטמון בעימות סביב יחסי דת ומדינה ולכן בחר, במודע, בהמשך הסטטוס קוו. הוא לא הציע לדון בשאלת המשפט שלפיו תתנהל המדינה והעדיף שהנושא יוכרע בשתיקה, לכאורה בלי משים.

האכזבה השנייה של הרב הרצוג הגיעה שנים רבות אחרי מותו, כשנחקק חוק יסודות המשפט, התש"ס־1980. החוק ביטל את ה"צינור" בחוק המנדטורי שנותר בתוקף ושדרכו נקלטו החוק המקובל (Common Law) ו"עיקרי הצדק הנוהגים באנגליה" ותחת זאת קבע החוק שבמקרה של לקונה בית המשפט "יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". לכאורה דברים ברורים, אלא שגם כאן חיש מהר נטרקה הדלת. השופט (כתוארו אז) אהרן ברק קבע בהלכה מפורשת שאין להעדיף את המשפט העברי כמקור השראה על פני שיטות משפט אחרות. וכך, למרות מילות החוק וכוונת המחוקק, המשפט העברי שביקש מלוכה, נותר עם אתונות ככל שאר שיטות המשפט.

* * *

לכל אורך הדרך הזאת, לצד הדחייה הפוליטית, נרשמה תמיד גם דחייה עקרונית־אינטלקטואלית, שנשמעה כמעט מובנת מאליה: מה בעצם יש למשפט העברי לתרום לניהולה של מדינה ריבונית? הרי מאז חורבן הבית השני, המשפט העברי לא היה משפטה של שום מדינה. הוא התפתח בגלות, כמשפטן של קהילות פזורות, נטולות ריבונות ונעדרות כל מאפיין מדינתי. הפוסקים דנו בדיני אישות, בדיני ממונות שבין אדם לחברו, בדיני איסור

והיתר – אבל איך אמור משפט כזה, שמעולם לא נדרש לנהל ביורוקרטיה, למסות אזרחים, לפקח על רשויות מקומיות, או להכריע בסכסוכי סמכויות בין מוסדות שלטון להציע דין רלוונטי למדינה מודרנית?

חשוב לדעת שההיסוס הזה לא בא מהצד החילוני בלבד. גם בתוך העולם הדתי היו מי שחששו שמא הפיכת מערכת הנתפסת כקדושה וחיה – כזו הבנויה על דיאלוג מתמשך של שאלה ותשובה – לכדי קובץ חוקים סגור וקפוא בסגנון מערבי, היא כשלעצמה סוג של חילון, גם בלי כל כוונה שכזאת. אחרים ביססו את הטענה גם על מכשולים פנימיים למבנה ההלכה עצמה: כדי להשיב, למשל, את מוסד הסנהדרין למעמדו המלא, נדרשת שרשרת סמיכה רצופה שמקורה במשה רבנו – ש רשרת שלדעת רוב הפוסקים נותקה כבר לפני מאות בשנים. יהיו המניעים אשר יהיו המסקנה הייתה אחת: אין למשפט העברי מה לתרום למשפט הציבורי המנהלי.

וכאן בדיוק נכנס הספר שלפניכם, ומטלטל את ההנחה הזאת מהיסוד.

מה שספרו החדש של הרב ד"ר עדו רכניץ, "משפט וצדק תראה במדינה", מראה בשיטתיות, בבקאות, ובצורה מונגשת לכול, הוא שההנחה הזאת פשוט אינה נכונה. הקהילות היהודיות בימי הביניים, כפי שהספר מוכיח פרק אחר פרק, לא היו רק אספת מתפללים; הן היו, למעשה, "מדינות זוטא": עם נבחר ציבור, עם סמכות מיסוי, עם מנגנוני ענישה, עם חלוקת קצבאות לעניים וליתומים. וכדי לנהל את מדינות הזוטא הללו, פיתחו חכמי ההלכה – מתוך פרגמטיות ולא כפלפול תיאורטי מופשט – גוף שלם ועשיר של מה שהיום היינו מכנים בפשטות משפט מנהלי. עקרון השוויון בין אזרחים. איסור משוא פנים וניגוד עניינים אצל נבחר ציבור. כללי צדק טבעי והזכות להישמע לפני שמתקבלת החלטה הפוגעת בכך. איסור על תחולה למפרע של חובות חדשות. חזקת התקינות של פעולת הרשות. סמכותה של רשות "לחזור בה" מהחלטה שכבר קיבלה. יסודות המשפט המנהלי נמצאים, מפורשים ומנומקים, בתשובות הרשב"א, אצל הרמב"ם, מהר"ם מרוטנבורג ורבנו תם.

המשפט העברי אולי מעולם לא ניהל צבא או מדיניות חוץ אבל את חוויית החיים המשותפת של ציבור מול שלטון, את המתח שבין סמכות הרוב

לזכויות הפרט, את השאלה כיצד מרסנים כוח כדי שלא יהפוך לשרירותיות – את כל אלה הוא כן ניהל, במשך מאות שנים, ובפירוט מדהים. ואפשר שדווקא מפני שהיה זה משפט שנוצר תמיד מתוך תלות, מתוך היעדר כוח מוחלט וריבונות מדינית, פיתח המשפט העברי רגישות מיוחדת בדיוק לשאלות שהמשפט המנהלי המודרני מתמודד איתן: איך מגבילים את מי שיש בידיו כוח, כשאין לך צבא שיעצור אותו אם יחרוג מסמכותו או בית כלא להשליכו לשם. רק כלי משפט בידך.

ההשוואה למשפט הישראלי בן זמננו מלמדת גם שההנחה הרווחת, לפיה "המערכ" מקדים את המסורת ההלכתית בכל מה שנוגע להגנה על הפרט מפני השרירותיות של השלטון, אינה מדויקת. למשל, בסוגיית התחולה למפרע: בעוד שבמשפט הישראלי הנוהג יש מקום, במקרים מסוימים, להטיל למפרע חובות חדשות על מצב קיים, מראה הרב רכניץ שדעת רוב הפוסקים בעניין זה מחמירה יותר ואוסרת באופן כמעט גורף להטיל עיצומים למפרע, מתוך הגנה עקבית על זכויות שכבר נרכשו. וזו דוגמה אחת בלבד.

הספר הזה, אם כן, אינו רק אוסף מרתק של מקורות היסטוריים הלכתיים ואחרים. הוא תיקון קטן, אך משמעותי, לאותה החמצה גדולה. אמת, הוא לא יכול למחוק לאחור את ההחלטה שהתקבלה בשתיקה ב־19 במאי 1948, ולא לבטל את הפרשנות המצמצמת שניתנה לחוק יסודות המשפט ב־1980. אבל הוא יכול, ובעיניי גם עושה זאת, לתת למי שעדיין שואל את השאלה הישנה – "מה בכלל יש למשפט העברי לתרום למשפט הציבורי?" – תשובה מפורטת, מנומקת, ומבוססת מקורות: יש לו הרבה מאוד לתרום. רק צריך לרצות ולדעת לאן להסתכל.

מבואות

פרק ראשון

משפט ציבורי מן

התורה – מניין?

א. המשפט הציבורי והקהילה היהודית

המשפט הציבורי עוסק בהסדרת היחסים בין הפרטים והמדינה, והוא כולל את המשפט הפלילי, המשפט המנהלי, המשפט החוקתי ודיני המס.¹ ספר זה עוסק ביסודות המשפט המנהלי העברי.

המשפט החוקתי מוגדר כ"מערכת הנורמות המסדירות את פעולתן של רשויות השלטון, את היחסים ההדדיים ביניהן ואת זכויות האדם והאזרח",² והיא מחייבת גם את הרשות המבצעת וגם את הרשות המחוקקת.

לעומת זאת, "המשפט המנהלי עוסק בפעולותיה של הרשות המבצעת על זרועותיה השונות: השלטון המרכזי (הממשלה ומשרדי הממשלה השונים), הרשויות המקומיות והתאגידים הסטטוטוריים. הוא מעמיד במרכז את הרשות המינהלית – אדם או תאגיד שהדין הקנה להם סמכות לפעול בעניין מסוים",³ ומבקש לקבוע כללים הנוגעים לאופן בו הרשות המנהלית מבצעת את תפקידיה.

1. לא אחת, הרשות הציבורית פועלת בשדה הפרטי, למשל, כאשר היא מתקשרת בחוזה מול תאגיד. במקרים אלו צפויה להישאל השאלה, האם חלים על הרשות עקרונות המשפט הפרטי, או שמא, מאחר שהעניין נוגע ליחסים שבין האזרח לרשות, ראוי שיוחלו על הרשות עקרונות המשפט הציבורי. בחיבור זה לא נעסוק בסוגיה זו.

2. אהרן ברק, "על החשיבה הקונסטיטוציונית", המשפט א, עמ' 45.

3. ברק-ארז, משפט מינהלי כרך א, עמ' 11–12.

בחיבור זה, נתמקד במשפט המנהלי לאור התורה, ובכלל זה, בעקרונות החוקתיים החלים עליו. משפט זה, כאמור, עוסק ברשויות המדינה המודרנית, כפי שהתפתחה במאות השנים האחרונות. בשל כך, יכול הקורא לתהות: כיצד יכול המשפט העברי, שנהג בעיקר בתקופה בה העם היהודי היה בגלות, ולא זכה למדינה ריבונית, לתרום לגיבוש כללי המשפט הציבורי בן זמננו?

התשובה לכך היא, שחרף אובדן הריבונות, קהילות ישראל בגולה זכו בדרך כלל לאוטונומיה משפטית, אשר אפשרה לקהילה לקיים מעין מדינה זוטא, בה בחרה הקהילה נבחר ציבור ואלה ניהלו את חיי הקהילה. הקהילה אף חוקקה חוקים פלייליים והענישה עבריינים, גבתה מיסים וחלקה קצבאות לנזקקים, ועוד ועוד.⁴ לצד המוסדות הפוליטיים של הקהילה פעלו פוסקי ההלכה כרשות שופטת שדנה בעתירות של התושבים כנגד הקהילה ולהפך.⁵ כך שמבחינה מהותית יש דמיון משמעותי בין הקהילה לבין המדינה הדמוקרטית המודרנית על רשויותיה השונות.⁶ ואכן הריא"ה הרצוג קבע כי הקהילה היהודית היא "הגוף הכי דימוקרטי בישראל על פי התורה".⁷ בשל כך, לרשותנו עומדים דיונים ההלכתיים בנוגע לניהול חיי הקהילה היהודית, המהווים כר נרחב להבנת המשפט הציבורי העברי.⁸

אמנם, על אף הדמיון שיש בין הקהילה היהודית האוטונומית למדינה המודרנית, יש הבדל כמותי בין קהילה למדינה, הבדל שיש לו השלכה

4. יצחק בער, "היסודות וההתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים", מחשבות על דמוקרטיה יהודית, עורך: בני פורת, ירושלים 2010, עמ' 682; מנחם אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית", שנתון המשפט העברי ג'ד (תשל"ו-תשל"ז), עמ' 7-34; מנחם אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, עמ' 561; 631-761.

5. ראו למשל: שו"ת הרשב"א ג, תט; שו"ת הריטב"א, קלד.

6. שלום אלבק, "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה (1180-1244)", מחשבות על דמוקרטיה יהודית, עורך: בני פורת, ירושלים 2010, עמ' 715.

7. תחוקה לישראל ע"פ התורה א, עמ' 11.

8. דניאל אלעזר, "הקהילה מראשיתה עד סוף העידן המודרני". בתוך: דניאל אלעזר (עורך). עם ועדה, ירושלים תשנ"א, עמ' 174-207.

מהותית. הקהילה מונה לכל היותר אלפי אנשים (ובדרך כלל קטנה בהרבה), והדבר אפשר קבלת החלטות ציבורית בדרך של דמוקרטיה ישירה, כשחברי הקהילה קיבלו את ההחלטות בהצבעה. שיטת משטר זו בלתי אפשרית במדינה המונה מיליוני אזרחים. בשל כך, במדינה שכזו חלק ניכר מן הכוח של חברי הקהילה מועבר למוסדות ציבוריים.

אכן, אף לקהילה היו מוסדות ציבוריים, אך אלו היו מעטים, ועל פי רוב הסמכויות השלטוניות הופקדו כולן בידי ועדה של נבחרים ציבור (טובי העיר). זאת, בניגוד למדינה המודרנית, בה סמכויות שלטון מופקדות בידי מנגנון מסועף של רשויות, המחייב הסדרה של היחסים ביניהן.

יחד עם זאת, דומה שחרף ההבדלים האמורים, ניתן לחלץ בזהירות מן המקורות העתיקים עקרונות וכללים של המשפט הציבורי העברי.

ב. הקהילות היהודיות בימי הביניים

הקהילה היהודית כקהילה אוטונומית המקיימת סדרי שלטון של מעין 'מדינה זוטא', החלה להתארגן ולתפוס את מעמדה במאה ה־10 (משנת ד' תרס"א ואילך) והמשיכה להתקיים עד האמנציפציה.⁹ קהילה זו פעלה כלפי פנים וכלפי חוץ. כלפי פנים – בארגון כל צרכיה של הקהילה ובכלל זה שירותים סוציאליים שונים, החזקת מוסדות הנהגה וחינוך, מערכת שיפוט ועוד. כלפי חוץ – בייצוג הקהילה בפני השלטון הזר.

אגב כך, התפתחה גם מערכת מיסוי קהילתית, שנועדה "הן לצורך השירותים השונים של הקהל והן לצורך המצאת המס לשלטון הזר".¹⁰ התפתחות זו "הביאה בעקבותיה לפיתוח מערכת משפטית ענפה בדבר אופן קביעת שיעורי המס, סוגי המס, דרך הערכתם, שיפוטם וגבייתם, קביעת פיטורים ממס וכיוצא באלה".¹¹

9. מנחם אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישית, עמ' 547 ועמ' 602 ואילך.

10. אלון, עמ' 602.

11. שם.

1. מיסוי למימון הוצאות השלטון הזר

בצד מאפיינים אלו, אשר היו משותפים לרוב הקהילות, ראוי גם לעמוד על הבדלים בין הקהילות, שחלקם נבעו מטיב המעמד שהוקנה לקהילות בידי השלטון המרכזי. אינה דומה קהילה בימי הביניים באשכנז לקהילה בספרד, ושתייהן אינן דומות לקהילה שפעלה תחת השלטון העות'מאני או במזרח אירופה.

ככלל, בניגוד למקומות אחרים, "השלטון התורכי לא התעניין בענייני ההנהגה הפנימית של העדות השונות". בשל כך, "הארגון הקהילתי היהודי בתורכיה היה, אפוא, כולו תוצאה של הרצון הפנימי, וארגון זה עוצב על יסוד המסורת ההלכתית, שהייתה דימוקראטית ביסודה."¹²

נראה גם, שנטל המס באימפריה העות'מאנית היה קל באופן יחסי, ושיטת גביית המס הייתה שונה מזו שהכירו יהודים שחיו תחת שלטון אחר. כך, בניגוד למקובל במקומות אחרים, באימפריה העות'מאנית המס לא היה מוטל על היחידים, אלא על הקהילה,¹³ כפי שמעיד רבי שמואל די מדינה, ש"הכל מוטל על הצבור שאין כל אנשי העיר המחוייבים כרג"א [מס גולגולת] מדינא דמלכותא ידועים למלך ולא לעבד השלוח מאתו, אלא הצבור מתפשרים עם עבד המלך, כל מקום ומקום כפי ערכו, ובזה אין צורך להאריך כי ידוע לידועים".¹⁴ בהתאם לכך, הקהילה היא שהחליטה מה יהיה שיעור המס שיוטל על כל אחד מבני הקהילה, ולא נציג השלטון הזר.¹⁵ דבר זה אפשר לחלק מן הקהילות לפטור את העניים מן המס.¹⁶

12. עזריאל שוחט, "ענייני מיסים והנהגות ציבור בקהילות יון במאה ה"ז", ספונות יא (תשל"א-ח), עמ' ש-שכא. (להלן: שוחט) אמנם, השלטונות לא הכירו במסודות היהודיים באופן רשמי, אך למעשה היה הכרח לשלטונות לבוא במגע עם נציגי היהודים (שם, עמ' שד).

13. שוחט, עמ' שב.

14. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, שסא.

15. "במלכות זה מלכי חסד יר"ה שאינו כן אלא שהוא מטיל על העיר כפי האנשים שבה ואנחנו עדת ישראל מעריכים בינינו למי כך ולמי כך" (שו"ת מהרשד"ם יו"ד, ריא. תשובה זו הובאה בספר משא מלך, חלק שלישי, שער שני, המשפט ה"ח (עמ' קכח-קכט)).

16. בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ, שצח) כתב שבסלוניקי היו "מטילים בכל קהל לפרוע

משטר המיסוי באימפריה העות'מאנית הפקיד סמכויות רבות בידי הקהילות, ולכן במיוחד בקהילות אלה התעוררו שאלות הלכתיות ומשפטיות רבות בהקשר של חלוקת נטל המס. העושר המצוי בשאלות אלה ובתשובות עליהן, הוא מאבני הבניין של חיבור זה.

2. מיסוי לטובת מימון פעילות רווחה, חינוך ובריאות

בנוסף למיסים ששולמו לשלטון, גבתה הקהילה מיסים גם לצורך מימון הוצאות לרווחת בני הקהילה (פרנסת העניים, תמיכה ביתומים, ופדיון שבויים) לחינוכם (מימון תלמוד תורה, שכר המלמדים ושכר לימוד לילדי עניים) ובריאותם (בתי חולים).¹⁷

ייתכן גם, שחלק מן ההוצאות מומנו באמצעות מגביות ותרומות, שהגיעו לקופה הציבורית באמצעות המוסד הקהילתי של ה'חברות', שיסודן בספרד. אלה הגיעו לתורכיה יחד עם מגורשי ספרד, כ'חברת קברים', 'חברות של גמילות חסדים, לסיוע עניים, לביקור חולים, להשיא בנות עניים ולספק צורכי הקבורה של העני המת'.¹⁸

לדעת שוחט, לא תמיד הוקמו הקהילות מתוך יראת שמיים ודאגה לזולת, ו'היו חברות שנתלכדו מתוך מניעים של אופוזיציה להנהגה שבקהלם או בקהילותיהם'.¹⁹

בשביל העניים והדלים אשר אין להם כוח לשלם מה שמחוייבים לשלם כפי דינא דמלכותא". וראו שוחט, עמ' שג.

וכן שוחט בעמ' שכ: "לא כנוהג הרשמי להטיל המיסים 'אקרקטא דגברי', ולא כקהילות אשכנז שהטיל חלק ניכר מהמס על 'ראשי הבית', נהגו הקהילות להטיל את עול המיסים על הרכוש או בעיקר עליו. היה בכך משום הסדר סוציאלי רב חשיבות, כי מי שלא היה לו סכום מסויים לפרעון מס היה פטור כמעט לגמרי ממס. המס הוטל על פי שומה של ה'מעריכים', ומי שלא היה מרוצה מ'מעריכתו' היתה לו הזכות להצהיר בשבועה על רכושו, וערעורו היה מתקבל. כך נהגו גם בספרד".

17. שוחט, עמ' שיד-שטו.

18. שם, עמ' שטז. שוחט מפנה גם למשא מלך, חלק ג, שער ב, משפט יח (לד ע"ג).

19. שוחט, עמ' שזו.

חכמי ישראל נדרשו פעמים רבות להכריע בשאלות של מיסוי וחלוקת נטל המס בין חברי הקהילה. תשובותיהם הותירו בידינו אוצר בלום של עקרונות וכללים המשקפים את התפתחות המשפט הציבורי בקהילות.

ג. המקורות

אף שסוגיות הנוגעות למשפט ציבורי ניתן למצוא כבר בתקופת התנאים, עיקר הפריחה של המשפט הציבורי העברי מצוי בתקופת הראשונים, החל מימי הביניים באירופה. שיא הפריחה של המשפט הציבורי העברי הוא בחצי הראשון של תקופת האחרונים, בעיקר בתחומי האימפריה העות'מאנית.

פרק משמעותי בפיתוחו של המשפט העברי שמור לקהילות יוון, ובראשן קהילת סלוניקי בראשית תקופת האחרונים. קהילות אלו התאפיינו בגיוון אנושי, שהיה תוצר של הגעת יהודים רבים ליוון, חלקם בעקבות גירוש ספרד. רבים מהם הכירו שיטות מיסוי שונות בתכלית מאלו שהיו נהוגות ברחבי האימפריה העות'מאנית. חלקם הצליחו מאוד במסחר והפכו לאמידים, בעוד שאחרים לא מצאו מנוח כלכלי. מציאות מורכבת זו היוותה כר נוח להתעוררותן של שאלות מורכבות הנוגעות לדיני המס.

ואכן ישנו ריכוז מרשים של פוסקים שעסקו בסוגיות הציבוריות בתקופה זו בתחומי האימפריה העות'מנית, ובהם חכמי סלוניקי ויוון – מהר"י אדרבי (שו"ת דברי ריבות), מהרש"ש, רבי משה חיים שבתי (תורת משה, בנו של מהרש"ש), מהר"י בן לב, מהרש"ך, מהרשד"ם, ראנ"ח (שו"ת מים עמוקים), רבי אברהם די בוטון (שו"ת לחם רב), מהר"א ששון (שו"ת תורת אמת), רבי בנימין אהרן סלניק (שו"ת משאת בנימין), רבי שמואל קלעי (שו"ת משפטי שמואל), רבי מאיר מלמד (שו"ת משפט צדק). לצידם פעלו בתורכייה הרא"ם והראנ"ח, ובארץ ישראל המבי"ט, מהרי"ט, מהריט"ץ, מהר"ם אלשיך, ומהר"ם גאלנטי.

בתקופה זו נכתבו חיבורים שהוקדשו לליבון דיני המס, ובהם: ספרו של הרב יוסף בן עזרא תלמיד מהרשד"ם: **משא מלך**²⁰ וספרו של הרב

20. ההפניות לספר זה יהיו למהדורת יד הרב ניסים.

יהושע אברהם יהודה מאיזמיר: **עבודת משא**. חלק לא מבוטל מן ההלכות הנוגעות למשפט הציבורי העברי, רוכזו בספרו המקיף של הרב חיים בנבנישתי מאיזמיר – **כנסת הגדולה**. מאוחר יותר, בריחוק מקום, חיבר רבי שלום מרדכי הכהן שבדרון את קונטרס **תיקון העולם**, ובו עסק בחלק ניכר משאלות היסוד של המשפט הציבורי העברי.

עם ביטול האוטונומיה של הקהילות היהודיות, ירדה קרנו של המשפט הציבורי העברי. בשל כך, החל מהשליש האחרון של תקופת האחרונים (תחילת המאה ה-19), אנו עדים להתמעטות של המקורות העוסקים במשפט ציבורי עברי. מגמה זו השתנתה, רק עם הקמת מדינת ישראל, וכינון שלטון יהודי ריבוני בה. בשנים האחרונות החלו להיכתב מאמרים ופסקי דין העוסקים במשפט הציבורי, בהקשר של מחלוקות בין הפרט לבין הציבור, ומקצתם הובאו בספר זה.

ספר זה מסתמך על מחקרים וספרים שקדמו לו ופרצו את הדרך לעיסוק שיטתי בתחום זה. בהקשר זה חובה נעימה לי להזכיר את הספרים הבאים ולהודות למחבריהם: ספר **טובי העיר**, מאת הרב יוסף גולדברג; **המשפט העברי** (ובמיוחד פרק תשעה-עשר), מאת פרופ' מנחם אלון; ארבעת הכרכים של הספר **משטר ומדינה בישראל על פי התורה**, מאת הרב נפתלי בר אילן; וספרו של ידידי הרב אורי סדן, **כתר יד: הרשות המקומית בהלכה**.