

## תורה ומדינה הלכה למעשה - תקנות הקהל

### ראשי פרקים

1. דין הפקר בית דין הפקר ומקורו
2. ענישה שלא ע"פ דיני תורה
3. יכולתם של בתי הדין ונבחרים ציבור לתקן תקנות ומגבלות יכולת זו
4. חיוב קבלת יעוץ תורני-משפטי מהרבנות הראשית לישראל בחקיקת חוקים
5. תוקפם ההלכתי של חוקי הכנסת כאשר לא קיבלו יעוץ תורני לחקיקת החוקים

### 1. דין הפקר בית דין הפקר ומקורו

במסכת גיטין, הגמ' מביאה את תקנתו של הלל הזקן בעניין הפרוזבול, המאפשרת לבטל את שמיטת הכספים הנהוגה בשנת השמיטה. במהלך הדברים מביאה הגמ', שהיסוד ההלכתי עליו נשענת תקנת הפרוזבול הינו: הפקר בי"ד הפקר. היינו, שיכול בית הדין להפקיר ממון האנשים, ומכח זאת יכול גם לבטל במצבים מסוימים, אף את מצות שמיטת הכספים ולהפקיעה. בהמשך, הגמ' מנסה לברר, מהו המקור ליכולתו של בית הדין להפקיר ממון, במקרים שהתורה לא אמרה לעשות כן, ולעתים אף במקומות בהם התורה מורה להיפך, כגון במצוות שמיטת הכספים. הגמ' מביאה לכך שני מקורות. רבי יצחק סובר, שהמקור לדין זה הינו הפסוק מספר עזרא, בו מובא שכל אשר לא יענה לקריאה הגדולה לכנס את כל ישראל, יוחרם כל רכושו. מהפסוק ניתן לראות, שמי שלא יגיע לכינוס יפקירו את רכושו, למרות שאין כל סימוכין מהתורה למעשה זה. משמע, שאכן ניתן ללמוד מפסוק זה, שישנו כח ביד בית הדין להפקיר ממון לפני ראות עיניהם. רבי אליעזר לומד דין זה מפסוק אחר. לדעתו ניתן ללמוד דין זה מהפסוק מספר יהושע, האומר: "אלה הנחלות אשר נחלו... ראשי האבות". לכאורה אין קשר בין הראשים לאבות, מדוע אם כן התורה מחברת אותם בפסוק זה. מכח קושיה זו מבין רבי אליעזר, שהתורה מלמדת אותנו, שכשם שאבות מנחילים את בניהם כפי שירצו, שהרי הקרקע שייכת להם, וברצונם יכולים לחלק את נכסיהם כראות עיניהם, כך גם הראשים - יהושע ואלעזר הכהן, יכולים להנחיל לעם כראות עיניהם, ולהפקיע ממון לפי דעתם, במקום שישנו צורך לכך. הרמב"ם מביא דין זה של הפקר בי"ד להלכה, ומביא כמקור לדין זה את הפסוק מספר עזרא בלבד. לעומתו הרשב"א מוכיח, שאכן דין זה של הפקר בי"ד הפקר הינו מהתורה, וזו הסיבה שיכול הלל לתקן פרוזבול, גם לדעת הסוברים ששמיטת כספים בזמן הזה הינה מדאורייתא, אך את המקור לכך שדין זה הינו מדאורייתא, אינו רואה כדברי הרמב"ם בפסוק מספר עזרא, אלא בפסוק השני המובא בגמ' מספר יהושע. כמותו גם סובר הרשב"ם, אשר מבין אף הוא, שהמקור המרכזי לדין זה הינו הפסוק מספר יהושע. הים של שלמה מסביר את שיטתם של הרשב"א והרשב"ם, אשר רואים בפסוק מספר יהושע כפסוק המרכזי ממנו לומדים דין זה. להבנת הים של שלמה, מהפסוק מספר עזרא ניתן ללמוד, שבידי בית הדין כח להפקיר ממון בלבד, שהרי זהו האיום המובא בפסוק על מי שלא יבוא לכינוס, אך לא ניתן ללמוד מפסוק זה, שבית הדין יכול להעביר ממון מאדם לחברו. לעומת זאת, מהפסוק המובא בספר יהושע ניתן ללמוד במפורש, שיכולים בית הדין להעביר ממון מאדם לחברו, ולא רק להפקירו. שהרי בפסוק מדמים את ראשי הקהל - בית הדין, לאב המחלק נכסיו ומעביר הנכסים בין בניו. לכאורה ע"פ דברי הים של שלמה, לא מובן מדוע הרמב"ם מביא את הפסוק מעזרא כמקור לדבריו, ולא מביא את הפסוק מספר יהושע, ממנו אפשר ללמוד את דין הפקר בי"ד באופן נרחב יותר. את אותה השאלה יש לשאול על רבי יצחק בגמ' המביא את הפסוק מעזרא כמוק להפקר בי"ד, למרות שמהפסוק מספר יהושע ניתן ללמוד את גבולות דין הפקר בי"ד, באופן נרחב יותר. הקרן אורה מסביר אף הוא את הצורך בפסוק השני המובא בגמ' מספר יהושע. לדבריו, מהפסוק מספר עזרא ניתן ללמוד, שיכול בית הדין להפקיר ממון אדם לצורך שעה בלבד. לעומת זאת, מהפסוק מספר יהושע ניתן ללמוד באופן נרחב יותר, שגם לטווח ארוך ניתן לבי"ד לתקן תקנות ממוניות, אף שהינן נוגדות במידה מסוימת דיני תורה. גם ע"פ דבריו יש לשאול על הרמב"ם ורבי יצחק בגמ', מדוע מיאנו להביא את הפסוק מספר יהושע כמקור לדין הפקר בי"ד.

### 2. ענישה שלא ע"פ דיני תורה

מעבר ליכולת של בית הדין להפקיר ממון, ואף להעבירו לפי שיקול דעתם מאדם אחד לחברו, ישנה יכולת משמעותית יותר, הנתונה לבית הדין. הגמ' ביבמות דנה באריכות, בעניין היכולת של בית דין לעקור דבר מן התורה, כחלק מסוגיה זו לומדת הגמ' מן הפסוק "ואליו תשמעון", שישנה מצווה לשמוע לציית לדברי הנביא, אפילו אם אומר לך לעבור על דברי תורה, במידה ועושה זאת לפי שעה, ולא מבטל מצווה לצמיתות. הדוגמא שהגמ' מביאה למצב בו הנביא הורה לעבור על דברי תורה, הינה אליהו הנביא, שבמעמד הר הכרמל, התיר איסור שחוטאי חוץ והקריב מחוץ לבית המקדש כהוראת שעה, למרות האיסור החמור הכרוך בכך. הגמ' מנסה ללמוד, מנביא שיכול לבטל בהוראת שעה מצווה ממצוות התורה, שגם בית



הדין יכול לעשות כן. על כך אומרת הגמ', שלא ניתן ללמוד זאת מפסוק זה, משום שמגדר מילתא שאני- כדברי הגמ'. היינו הנביא יכול לבטל דין בהוראת שעה בלבד. בהמשך הגמ' מובאת ברייתא אשר אומרת מפורשות, שבי"ד יכול להעניש בעונשים שלא בהכרח תואמים את הענישה שבתורה, ומביאה הברייתא מספר מקרים, בהם למרות שאדם עשה איסור קל יחסית, נענש בעונש מוות, משום שכך היה נראה לבית הדין באותה התקופה לתקן, מפאת פריצות הדור באותו עוון. מברייתא זאת עולה מפורשות, שאכן למדו חז"ל מהפסוק "ואליו תשמעון" העוסק בנביא, שלא רק הוא יכול לעשות דברים כהוראת שעה בניגוד לדיני תורה, אלא גם בית הדין. הראשונים נחלקו בשאלה, מה בדיוק למדו מדברי פסוק זה, אחר שמלשון הגמ' נראה שהניסיון ללמוד מן הפסוק נדחה כליל. התוספות אומרים, שמשמעות דברי הגמ' בעניין מגדר מילתא שאני הינה, שאכן ניסיון הגמ' ללמוד מן הפסוק ואליו תשמעון, שבי"ד יכולים לעקור דבר מן התורה אכן לא צלח, ומדובר שם בהוראת שעה בלבד. שהרי נביא כלל לא יכול לעקור מצווה מן התורה לצמיתות. ממילא לבית הדין ניתנה האפשרות לתקן תקנות הנוגדות דיני תורה, אולם חובה על תקנות אלו להיות זמניות ולהוראת שעה בלבד, ולא לצמיתות. דבר זה אכן מובן ממהלך הגמ', שמצד אחד נדחה הניסיון ללמוד מפסוק זה לבית דין, משום שהסוגיה עוסקת בתקנות לאורך דורי דורות הסותרות דיני תורה, אותם לא ניתן ללמוד מפסוק זה. אך כפי שרואים ממהלך הגמ', להוראת שעה ניתן ללמוד מפסוק זה, שלא רק נביא יכול לתקן תקנות הסותרות דיני תורה בהוראת שעה, אלא גם בית דין. לכן סקלו אדם שבא על אשתו בפרהסיא בהוראת שעה, למרות שאין בכך איסור כלל, משום שהדור היה פרוץ בנוהג פסול ולא צנוע זה. לכאורה ניתן לשאול על דברי התוספות הללו, ואולי גם על פשט דברי הגמ', מדוע ניתן בכלל ללמוד מנביא לבית דין. שמא ניתן לומר, שאכן התורה מתירה לנביא לעבור על דברי תורה, משום שהרי כך אמר לו ה' בנבואה. אולם לבית דין, שלא היה להם כל גילוי אלוקי על תקנה זו, מניין שמותר להם לעבור על דברי תורה אפילו להוראת שעה. התוספות מבינים, שלמעשה ניתן ללמוד מנביא שמותר לעבור על דברי תורה בהוראת שעה, משום שכלל נוסף בענייני חובת הציות לדברי הנביא אומר, שנביא לא יכול לחדש דבר בדיני התורה. ממילא מבינים התוספות, אם היה אסור לבית דין לתקן תקנות בהוראת שעה, גם לנביא היה אסור לעשות כן, מפאת העובדה, שהיה בכך משום חידוש דין, האסור להבנת התוספות אפילו להוראת שעה. אלא שניתן להבין מכך שלנביא מותר לחדש דין בדיני תורה אפילו להוראת שעה, שהסיבה שאין במעשה זה משום חידוש דין הינה, שהנביא אינו מחדש כלום, משום שגם לבית דין מותר לעשות כן, וממילא הוא רק משווה את יכולותיו ליכולות בית הדין, ואין במעשהו משום חידוש דין. הרשב"א מביא את הבנת התוספות בסוגיה, אך ממאן להסכים עמה. להבנתו לשון הגמ' הינה דחייה מוחלטת של ניסיון הלימוד מנביא לבית דין, ולהבנתו באופן פשוט רק לנביא מותר לתקן תקנות בהוראת שעה. להבנתו, מה שניתן ללמוד מהפסוק "ואליו תשמעון", שרק למגדר מילתא מותר הדבר. בדברי הרשב"א לא נמצאת אמירה מפורשת, לפיה אסור לבית דין לתקן תקנות בהוראת שעה. נראה לומר, שהסיבה לדבר זה הינה, הברייתא המפורשת המובאת בהמשך הגמ', לפיה בית דין העניש שלא ע"פ כללי הענישה המובאים בתורה, עד כדי הוצאת אדם להורג למרות שמדין תורה לא היה חייב בכך. משמע שבית דין אכן יכול לתקן תקנות בהוראת שעה, כאשר הדבר נצרך מאוד. אם כן לכאורה לא ברורה המחלוקת בין דעת הרשב"א לדעת התוספות. שהרי לכאורה לפי שתי השיטות בראשונים הנ"ל, בי"ד לא יכול לתקן תקנות לאורך ימים ושנים, אלא רק לצורך גדול, כהוראת שעה בלבד. יש לציין שלא ניתן לומר שאינם חולקים, משום שמדברי הרשב"א עולה במפורש, שהינו חולק על דברי התוספות. עוד יש לשאול, אחר שמוסכם לדעת כולם שבי"ד באופנים מסוימים יכול לתקן תקנות ולהעניש שלא ע"פ דיני תורה, אם כן מה החידוש הנלמד מהפסוקים הנ"ל המובאים במסכת גיטין, כמקור לדין הפקר בית דין הפקר. לכאורה בית דין יכולים לעקור דבר מן התורה להוראת שעה, בין אם מדובר בדיני ממונות ובין בדיני נפשות. ממילא אין כל צורך ללמוד זאת מן הפסוקים של הפקר בי"ד הפקר, אלא די בלימוד מהפסוק "ואליו תשמעון". הקרן אורה מסביר את החילוק היסודי הקיים בין היכולת של בית דין לעקור דבר מן התורה, לבין חידוש הדין הנלמד מהפסוקים בעניין הפקר בית דין הפקר. לדברי הקרן אורה, בית דין יכול לעקור דבר מן התורה, רק כאשר מדובר על הוראת שעה בלבד, ואינם יכולים לתקן תקנה קבועה הנוגדת דיני תורה, כשם שלנביא ממנו לומדים דין זה, אסור לעשות כן. מהחידוש הנוסף הנלמד מהפסוקים בעניין הפקר בית דין הפקר ניתן ללמוד, שבענייני ממונות יכול בית הדין לתקן תקנות ולהפקיע ממון, אף כתקנה לדורות, אף שלתקנה זו אין כל זכר בתורה, וממילא לפי התורה אסור לבית דין להפקיע ממון מאדם זה. כפי שהבאנו לעיל הקרן אורה סובר, שחילוק זה מועיל רק ללומדים את דין הפקר בי"ד מן הפסוק מספר יהושע המובא בגמ' בגיטין הנ"ל, אך מהפסוק מספר עזרא אשר מביאו הרמב"ם כמקור להפקר בי"ד, אומר הקרן אורה, שלא ניתן ללמוד ממנו שהפקר בי"ד מועיל גם כתקנות קבועות לדורי דורות. ממילא חוזרת וניעורה השאלה על הרמב"ם, מדוע לא ניתן ללמוד דין הפקר בי"ד מהדין הכללי המתיר לבי"ד לתקן תקנות הסותרות דיני תורה בהוראת שעה.

### 3. יכולתם של בתי הדין ונבחרים ציבור לתקן תקנות ומגבלות יכולת זו

כפי שנראה מדברי הגמ', הדורשת מהפסוקים הנ"ל את היכולת של בי"ד להפקיר ממון ולעקור דיני תורה, לא ניתן היה ללמוד דין זה מסברה בלבד, ולכן נצרכו הפסוקים הנ"ל. נראה שחלק מרכזי מהסיבה שבגינה מסברה לא היינו מאפשרים לבית דין לתקן תקנות כהוראת שעה, הינו המציאות המורכבות מאוד, העלולה להיווצר כתוצאה מחוסר הגבלה ביכולותיו של בית הדין לתקן תקנות ולהפקיע ממון כראות עיניהם, בלא כל



חיוב להוכיח דבריהם מהתורה. הראשונים אכן נדרשו לשאלה, מהן גבולות הגזרה של שימוש ביכולת בלתי מוגבלת זו ע"י בית הדין. הרא"ש מביא את דברי הרי"ף על הגמ' בב"ק, לפיהם אין ללמוד מהגמ' ביבמות הנ"ל, שלכל הרכב ב"ד באשר הוא, יש יכולת לתקן תקנות כנגד דיני תורה, אלא רק לגדול הדור, שהוא להבנת הרי"ף מקביל לנביא, ממנו לומדים יכולת זו. שאר בתי הדין מחויבים להיצמד בפסקם לדין התורה, ולא לחרוג ממנו בלא אישור של גדולי הדור. הרי"ף מוסיף בדבריו, שלא רק גדול הדור יכול לתקן תקנות, אלא גם טובי העיר שהינם נבחרים הציבור. לכאורה יש להקשות, שבניגוד לגדול הדור שהינו דיין, ועליו מובאים המקורות הנ"ל, שמכוחם יכול הוא לתקן תקנות כנגד דיני תורה, טובי העיר כלל לא הובא כל מקור ליכולתם זו, ומניין לרי"ף, ולמעשה לכל הראשונים העוסקים בסוגיה זו, המביאים סברה זו גם כן להלכה, שגם לנבחרים ציבור יש כח לתקן תקנות כנגד דיני תורה. לעומת דברי הרי"ף, מהריב"ש עולה, שלא רק לגדול הדור ישנה את היכולת הנ"ל לתקן תקנות ולהפקיר ממון, אלא גם לכל בתי הדין באשר הם. כמובן שעל דבריו חוזרת וניעורה התמיהה הנ"ל, שהרחבה של דין זה העולה מדבריו, יוצרת מצב בעיני מאוד, כאשר כל הרכב ב"ד באשר הוא יכול לתקן תקנות, ואינו צריך להיות מחויב לדיני התורה. מדברי המהרי"ק והים של שלמה עולה, שגם דברי הריב"ש עם הגבלה מסוימת, ואין בכוונתו שכל הרכב באשר הוא יכול לפסוק כראות עיניו, ואינו מחויב לדיני התורה באופן מוחלט. להבנתם בדבריו, היכולת של בית הדין לפסוק כנגד דיני תורה, מוגבלת רק לבי"ד שהתמנה כבי"ד ע"י הציבור. ולמרות שאין חיוב שדיינים בבי"ד זה ימנו על גדולי הדור, ישנו צורך שבית דין זה יתמנה ע"י הציבור כבי"ד קבוע. ניתן לומר, שמחלוקתם של הרי"ף והריב"ש, היא המחלוקת הנ"ל בין התוספות לרשב"א. התוספות שלמעשה מתיר לבי"ד לתקן תקנות להוראת שעה בלבד, מתיר זאת לכל ב"ד באשר הוא, ולא רק לגדול הדור. לעומת זאת הרשב"א, שמתיר רק כאשר ישנו צורך גדול למגדר מילתא, למעשה סובר שדיינים הקבועים בכל אתר ואתר, אינם יכולים לרדת לעומקם של דברים, ולהבין היטב מתי נחשב הדבר כצורך גדול. שיקול דעת זה, שהינו סבוך מאוד, ראוי שיתבצע ע"י גדולי הדור בלבד, שרק הם יכולים להבין כיצד יש לתקן תקנות מסוג זה, באופן שיועילו, ולא חלילה יזיקו לציבור, שהרי הינן מנוגדות לדיני התורה, וממילא באופן פשוט, אינן ראויות. באופן זה ניתן גם לפרש את דעת הרמב"ם שהובאה לעיל. לדעתו כאמור דין הפקר ב"ד נלמד מהפסוק בעזרא ולא מהפסוק בספר יהושע, למרות שכפי שהביאו האחרונים, ניתן ללמוד דברים נוספים מהפסוק בספר יהושע, אותם לא ניתן ללמוד מהפסוק אותו מביא הרמב"ם להלכה, כמקור לדין הפקר ב"ד. לדעת הרמב"ם דין הפקר ב"ד, אינו מתחיל מבית הדין, אלא למעשה מתחיל מכוחו של הציבור לתקן תקנות, ממילא הגורם שיכול לתקן תקנות באופן המובהק ביותר, אינו ב"ד, אפילו לא גדולי הדור, אלא המלך, ובהעדרו נבחרים הציבור. למעשה מכח דברים אלו מבין הרמב"ם, שהפסוק מספר עזרא, ממנו לומדים את דין הפקר ב"ד, אינו מלמד דין מיוחד לבי"ד, אלא לנבחרים ציבור-טובי העיר, שהם יכולים להפקיר ממון כראות עיניהם. ניתן להבין זאת גם מהקשר הפסוק, אשר לא עוסק בבי"ד כלל, אלא ברצון ראשי הציבור לכנס את העם לצורך מסוים. ממילא הרמב"ם מבין, כפי שנראה מפורשות מדברי הריב"ש שנראה שהולך בשיטתו, שאין צורך בגדולי הדור ע"מ להפקיר ממון, אלא די בבי"ד באשר הוא. להבנת הרמב"ם ניתן לומר שזהו הלימוד המיוחד שניתן ללומדו מן הפסוק בספר עזרא, אשר מהווה מקור להפקר ב"ד שלא היה ניתן ללומדו, אם היינו לומדים את כל יכולת תקנת התקנות מהפסוק "אליו תשמעו". מהתנאי הבסיסי ליכולת בית הדין לתקן תקנות ולהפקיר ממון להבנת הרמב"ם והריב"ש הינו, שמי שימנה אותם הינם טובי העיר או המלך משום שרק מכוחם ניתן לתקן תקנות שלא כדיני תורה, וכ"ש כפי שאומר הריב"ש במפורש, שטובי העיר עצמם יכולים לתקן תקנות אלו, שהרי בעניינם נאמר הפסוק, ממנו לומדים דין הפקר ב"ד. ע"פ דברים אלו ניתן לומר, שהרמב"ם אכן חולק על הראשונים האחרים, ולא סובר שניתן לתקן תקנות ולהפקיר ממון לטווח ארוך, אלא רק כתקנות זמניות בלבד. שהרי כפי שאמר הקרן אורה, שע"מ ללמוד שהפקר ב"ד מועיל גם לתקנות לטווח ארוך, יש לראות בפסוק מספר יהושע מקור לדין הפקר ב"ד, ומהפסוק מספר עזרא אותו המביא הרמב"ם כמקור לדין הפקר ב"ד, לא ניתן ללמוד זאת. ע"פ יסוד דברי הרמב"ם מובן, מדוע אין יכולים לתקן מדין הפקר ב"ד תקנות לטווח ארוך, משום שיכולת זאת מכוונת כלפי המלך ונבחרים הציבור, וברור אם כן, שיכולים הם לתקן תקנות זמניות בלבד. לעומת זאת, החולקים על הרמב"ם, הלומדים דין הפקר ב"ד מהפסוק ביהושע סוברים, שעיקר הלימוד מהפסוק לדין הפקר ב"ד נאמר ביחס לבית הדין, ולא לנבחרים ציבור. הסיבה לפיה טובי העיר יכולים להפקיע ממון, הינה רק ע"פ דברי הרשב"א, אשר רואה כפי שראינו בעבר בדרשות הר"ן, את משפט המלך כמשלים הכרחי לדיני התורה, המתקן תקנות זמניות, ולא מכח הפקר ב"ד, אלא מכח סברה בלבד. כפי שעולה מדברי הרשב"א ודרשות הר"ן. לשיטתם אכן יכול ב"ד לתקן להפקיר ממון לטווח ארוך ולא רק כהוראת שעה, שהרי זהו החידוש הנלמד מהפסוק מספר יהושע לשיטתם, כפי שביאר הקרן אורה. נמצא שישנה מחלוקת ראשונים האם ב"ד יכול לתקן תקנות בדיני ממונות הסותרות דיני תורה לטווח ארוך, או שמא גם בדיני ממונות יכולים ב"ד לתקן תקנות הסותרות דיני תורה רק באופן זמני. כ"כ נחלקו הראשונים, האם יכול ב"ד קבוע אשר מונה ע"י הקהל בכל אתר ואתר, לתקן תקנות אלו, או שישנו צורך דווקא שגדולי הדור יתקנו תקנות אלו, הסותרות דיני תורה. ע"פ דברינו לכל הדעות ביחס לטובי העיר, יכולים הם לתקן תקנות ולהפקיע ממון, רק באופן זמני בלבד ולא לטווח ארוך, או מפני שזהו תפקידו של משפט המלך, או מפני שרק דין זה ניתן ללמוד מדין הפקר ב"ד, ומן הפסוק אליו תשמעו. מהסכמת כל הפוסקים בסוגיה זו עולה, כי מכיוון שחוקי הכנסת מקבלים תוקף הלכתי מכח תקנות הקהל, אשר יסודם הינו מסוגיה זו, יש לוודא שאכן חוקים אלו יהיו בהגדרתם זמניים בלבד וברי שינוי, ואין לאפשר חקיקת חוקים אשר באופן ראלי לא ניתן יהיה לשנותם. לעומת



זאת, חוק שניתן לשנותו בתנאים מסוימים, גם אם נותר על כנו לאורך זמן אין הוא נחשב כחוק קבוע, אלא ניתן לראות בו חוק שלמעשה מקבל אישור בכל תקופה מחדש, מפאת העובדה שלא שינו או ביטלו אותו. מפאת עקרון זה של חיוב הפיכת חוקי המדינה לחוקיים זמניים בלבד, יש להתנגד לכינונה של חוקה במדינת ישראל, אשר למעשה מהווה את אבני היסוד לחקיקת החוקים. חוקה זו הנהוגה ברוב המדינות המודרניות, כמעט ולא ניתנת לשינוי או ביטול, וממילא אינה אפשרית ע"פ יסוד התוקף ההלכתי של תקנות הקהל. המצב בו אין חוקה במדינת ישראל כאמור, הינו מצב ראוי ונכון. החוקה היחידה שע"ג ומכוחה יש לתקן תקנות ולחוקק חוקים הינה תורת ישראל, לא רק מפאת הרצון שחוקה זו או אחרת לא תסתור דיני תורה, אלא מעצם העובדה שהינה בלתי ניתנת לשינוי, וממילא אינה אפשרית מכח העולה מסוגייתנו בדין תקנות הקהל. השו"ע מביא להלכה, את יכולתם של בי"ד להפקיע ממון ולהעניש כראות עיניהם שלא ע"פ דיני תורה כאשר יש בכך צורך, ומסייג את דבריו ואומר, שרק בי"ד הגדול יכול לעשות כן, ולא כל בי"ד. כ"כ לדעתו יכולת זו נתונה גם לטובי העיר. הרמ"א מוסיף, שטובי העיר נחשבים כבי"ד הגדול, ויכולים לתקן תקנות בהוראת שעה, רק מדין מנהג. נראה שהסיבה לכך הינה, שכיוון שפוסקים הוא והשו"ע כדעת הרי"ף, שלדעתו מדין הפקר בי"ד לא ניתן ללמוד לטובי העיר, שלא כרמב"ם והריב"ש, לכן הסיבה שישנו כח לטובי העיר להשתמש לתקן תקנות מעין אלו, הינה מכח הסברה הפשוטה המובאת בדברי הרשב"א, הסובר שמשפטי המלך משלימים את משפטי התורה כתקנות זמניות לפי צורך השעה והדור.

#### 4. חיוב קבלת יעוץ תורני-משפטי מהרבנות הראשית לישראל בחקיקת חוקים

יכולת נבחרי הציבור לתקן תקנות ולהעניש באופנים זמניים, הנלמדת מסברה כשיטת הרשב"א, או מדין הפקר בי"ד כדעת הרמב"ם, המכונה תקנות הקהל, לכאורה מקבילה לחלוטין לדינא דמלכותא כפי שהסביר דין זה הרשב"ם, שהסיבה לתוקפו ההלכתי של דינא דמלכותא לדבריו, הינה הסכמה של הציבור על חוקי המדינה, מתוך הבנה שבלא חוקים אלו לא ניתן יהיה לנהל מדינה, וממילא כולם יפסידו מכך. ממילא לא מובן מדוע ישנה כפילות של מקורות לחובת הציות לחוקי המדינה, גם תקנות הקהל וגם דינא דמלכותא. לעומת זאת, מדין תקנות הקהל עולה באופן ברור, שגם אם הרשב"א חולק לחלוטין על דברי הרשב"ם, וסובר שאין דינא דמלכותא, כאשר אין מלך ששולט על כל הממלכה, ואדמות הממלכה והמדינה שייכים לו באופן בלעדי, ישנה חובה לציית לחוקי המדינה מכח דין תקנות הקהל, אשר הינם למעשה מחייבים גם לדעת הרשב"א. לדברי הרשב"ם, המחבר לכאורה באופן מוחלט בין דין תקנות הקהל לדינא דמלכותא יש לומר, שלמעשה את יסוד דינא דמלכותא וטעמו, אכן למד מדין תקנות הקהל, וזהו למעשה המקור שבגיננו יכול המלך לתקן תקנות. שהרי אם טובי העיר יכולים לעשות זאת, למרות שהסכמת העם על שלטונם מוגבלת, כ"ש שהמלך והממשלה הנבחרת, שהסכמת העם על שלטונם נרחבת ומשמעותית יותר, יכולים לתקן תקנות מסוג זה. אולם בסוגיית תקנות הקהל כפי שהיא מובאת בדברי הגמ' ב"ב, ישנו תנאי נוסף הנצרך לצורך תקפותם ההלכתית של תקנות אלו, אשר כאמור יהיה נצרך לכל הדעות, הן לרשב"ם הרואה בדין תקנות הקהל כמקור לדינא דמלכותא, והן לדעת הרשב"א, הרואה בדין תקנות הקהל דין נפרד מאשר דינא דמלכותא, הרלוונטי בשלטון דמוקרטי. לאחר שהגמ' אומרת שרשאים בני העיר וחברי איגודים מקצועיים, להתנות תנאים ולתקן תקנות בהסכמת כל אנשי העיר וכל חברי האיגוד המקצועי, מדין הפקר בי"ד כדברי הרב"ם וסיעתו, או מהסברה הפשוטה כמובא ברשב"א, אומרת הגמ', שלא די בהסכמה של כל הנוגעים בדבר על כללים ותקנות אלו, אלא ישנו צורך באדם חשוב, אשר יאשר תקנות אלו. הראשונים דנו בשאלה, מהם הקריטריונים הנדרשים לאדם חשוב זה. רוב הראשונים נקטו, שאדם זה צריך להיות ת"ח המשמש בתפקיד ציבורי. כלומר לא די באדם חכם באשר הוא, אלא ישנו צורך בת"ח. כ"כ לא די בת"ח באשר הוא, אלא ישנו צורך שת"ח ישא במשרה ציבורית כלשהי. הסברה בדין זה מובנת. הצורך באדם זה, הינו ע"מ לוודא שאין כל קלקול בתקנות הציבור המתקבלות ע"פ רצון הרוב, שלעיתים רבות גורמות נזקים והפסדים לחלק מהאנשים, ושתקנות אלו מתקבלות ע"פ היושרה ההגיונית והצדק, לא רק האנושי, כי אם ע"פ רוח התורה. בנוסף ישנו צורך שת"ח זה יהיה מעורה במציאות, וייקח אחריות מסוימת בניהול המדינה והעיר, ע"מ שיבין היטב את ההשלכות המעשיות הנובעות מקבלת תקנה זו או אחרת. במצב הרצוי במדינת ישראל של ימינו, נראה שהמוסד של ת"ח העונה לקריטריונים הנ"ל, שעשוי לתת מענה, ולהיות המבקר התורני של חקיקת החוקים במדינת ישראל, הינו הרבנות הראשית לישראל. לא רק שגוף זה אוגד בתוכו ת"ח גדולים, הראויים להכריע בסוגיות ציבוריות כבדות משקל אלו. אלא גם ת"ח היושבים במוסד זה כגון: מועצת הרבנות הראשית והרבנים הראשיים, הינם בעצם הגדרתם ומתוקף תפקידם נושאי משרות ציבוריות. ממילא מבינים הם את ההשלכות הציבוריות של קבלת חוקים מחד, ומאידיך את אי העברת חוקים מסוימים מסיבות אלו ואחרות. ע"כ יש להקים גוף בתוך הרה"ר, שיכלול בתוכו ת"ח, המתמחים בנושאים ציבוריים שונים כגון: כלכלה, משפט, חברה ומדע. אשר יתנו חוות דעת תורניות-מקצועיות לכל חוק אשר חברי הכנסת מעוניינים לקדם. בדומה מאוד למה שנהוג כיום, שכל חוק אמור לעבור לנגד עיניו של יועץ משפטי זה או אחר, אשר נותן את חוות דעתו לחוקיותו של אותו חוק. כאשר דעת אותו גוף מטעם הרה"ר לא יאשר חוק מסוים משום היותו בלתי מוסרי, לא יתאפשר לחוקק חוק זה, כפי היחס הנהוג כיום ליעוץ המשפטי



שבלעדי הסכמתו, אין אפשרות לקדם את החוק. בנוסף ע"פ דברים אלו יש לברך על הקמת ארגוני ת"ח העוסקים בסוגיות ציבוריות אלו ונותנים חוות דעת הלכתיות מקצועיות לחוקי הכנסת כגון פורום חותם וכדומה.

### 5. תוקפם ההלכתי של חוקי הכנסת כאשר לא קיבלו יעוץ תורני לחקיקת החוקים

לכאורה בימינו לא קיימת אותה התייעצות עם הרבנות הראשית, או כל תלמידי חכמים אחרים, לפני הגשת כל חוק. ע"כ מאבד השלטון במדינת ישראל, את ההיתר שלו לחוקק חוקים שלא כתובים במפורש בתורה. אלא שנחלקו הראשונים האם התייעצות זו עם ת"ח המובאת לעיל, הינה הכרחית גם במערכת שלטונית, או שמא רק באיגודים מקצועיים, שעשויים לדאוג לעצמם, אך להרע לשאר הציבור, בהם נצרך אישור של ת"ח בעל משרה ציבורית. אך במערכת שלטונית, בפרט זו הנהוגה כיום, המייצגת את כלל העם, וכלל דעותיו ורצונותיו, ממילא ישנו חשש קטן יותר שיחוקקו חוקים שיפגעו בציבור מסוים, באופן לא מידתי. ע"כ לא צריכים להתייעץ עם ת"ח ע"מ לחוקק את החוקים. סברה זו ביחס לחלוקה בין איגודים מקצועיים לממשלה ניתן לראותה בדברי הרמב"ן אשר מדבריו עולה חילוק זה. מדברי השו"ע עולה, שגם בני העיר והמדינה זקוקים לאישורו של אדם חשוב, ובלעדי אישור זה אין תוקף לחוקים המתקבלים במוסדות השלטון. אלא שניתן לומר שבימינו למעשה, החוקים כולם מקבלים בדיעבד תוקף מת"ח הממונים פרנסים על הציבור. משום שהחוקים המורכבים והשנויים במחלוקת בימינו, עולים תמיד לדיון ציבורי. ממילא בדיון זה לוקחים חלק גם ת"ח חשובים, ובכך ע"י הסכמת חלקם להעברת החוק, ישנה הסכמה של ת"ח הנושא משרה ציבורית לחוק. ממילא מדברים אלו עולה, שבמידה ורוב המוחלט של ת"ח מתנגדים לחוק מסוים הנחקק בכנסת או בשאר מוסדות השלטון, מאבד אותו חוק את כחו. משום שבאופן זה, לא רק שאינו כתוב בתורה, שמציאות זו לא מהווה בעיה בחקיקת חוקים של המערכת השלטונית כמובא לעיל, אלא גם נוגד את רוח התורה, וע"כ אין לו כל תוקף. זאת ועוד, גם לדעה הסוברת שישנו צורך בפיקוח של ת"ח גם על חקיקת חוקים של שלטון, ולא רק על איגודים מקצועיים, שכאמור התקבלה להלכה בשו"ע, אומר הרב עובדיה הדאיה שבעצם ההשתתפות בבחירות של ת"ח רבים, שחלקם אף נושאים משרות ציבוריות, יש משום הסכמה ואישור של אופן קבלת ההחלטות וחקיקת החוקים במדינת ישראל. ממילא נחשב הדבר כהתייעצות עם ת"ח על חקיקת החוקים, כל עוד לא הביעו רוב מוחלט של ת"ח במדינת ישראל הסתייגות מחוק מסוים.