

אפליה בנטל המס

א'. כוחו של המנהג בדיני המס

ב'. כלל השוויון

ב'1. פסילת 'דינא דמלכותא' משום אפליה

ב'2. פסילת תקנות הקהל משום אפליה

ב'3. פסילתה של ענישה קבוצתית וענישת חפים מפשע

ג'. פסילת תקנה הנגועה בפגיעה בזכויות המיעוט

א. כוחו של המנהג בדיני המס

בפתח עיוננו בעניין אפליה בנטל המס, ראוי לעמוד על שתי נקודות חשובות הקשורות זו בזו. האחת היא, כי הלכות מועטות בתחום המס, יסודן בתלמוד, ועיקרן בספרות השאלות והתשובות. והנקודה השנייה הראויה לציון היא שכאשר נשאלו חכמים שאלות בנושא המסים, הם הדגישו כי דינים אלה נחתכים בעיקרם על פי **המנהגים והתקנות** שבכל קהילה וקהילה.

כשנשאל הרשב"א בדבר מחלוקת הנוגעת לחיוב במס, הוא כותב¹: 'דיני המס בכל מקום, אין יסודותן בהררי קודש התלמוד, ובכל מקום ומקום תמצא בו דינים מחולפים על פי הנהוג והסכמת גדוליהם אשר גבלו ראשונים'.

ומספרד – לאשכנז. מהר"ם מרוטנבורג, כשהשיב בנושא זה, כותב²: 'ענייני מס אינם תלויים לא בסברא ולא בגמרא אך כפי מנהג המדינה'.

יתרה מזו – אף כוחו המחייב של הרוב לכופף את המיעוט בתקנותיו, אף הוא יסודו במנהג. זאת מדגיש חתם סופר כשהוא קובע כי דעתו של רבנו תם, בדבר המגבלה

1 שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רס.

2 שו"ת מהר"ם ב"ב (דפוס פראג), סימן קו.

שבכוחו של הרוב לכוף את המיעוט, אינה אמורה בענייני הנהגת הקהילה, בה – המנהג הוא הקובע. וזה לשונו:³

כבר נהגו בכל גלילות הללו למיזל בתר רובא בכל ענינים כאלו. ואם נמתין עד שיסכימו כולם – לא ייגמר שום ענין, ויהיה השחתת הכלל. ומהאי טעמא נראה לי דגם לרבנו תם, דסבירא ליה דאינם יכולים להסיע על קיצתם אלא כשהסכימו כולם מתחלה, מכל מקום היינו מדינא, אבל מודה הוא ממנהגא דהרוב כופין היחיד לעשות כמו שהם אומרים. והן הנה דברי הרמ"א שכתב בשולחן ערוך חושן משפט, סי' ב, וז"ל: 'וכן נוהגין בכל מקום, שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול וכו' אעפ"י שיש חולקין וכו' מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר וכו'. רצונו לומר כן לדעת רבנו תם נמי מודה שהולכים אחר מנהג העיר.

האם יש להסיק מתוך כך, שכוחו של הרוב בהתקנת תקנות המס, אינו מוגבל? עיון בספרות השאלות והתשובות מראה כי אין הדבר כן. כאשר באה בפני החכמים שאלה בדבר חוקיותה של התקנה, בחנו אם אין בה פגיעה בכללי הצדק, ולא אחת קבעו כי תקנה הנגועה בפגם כזה – תיפסל. תקנת המס שיש בה משום אפליה בין התושבים היא ללא ספק תקנה הפוגעת בכללי הצדק, ולכן לא תוכר כתקנה בעלת תוקף מחייב.⁴

ב. כלל השוויון

את כלל השוויון במשפט למדנו כבר מן המקרא (במדבר טו, טו): 'הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר, חוקת עולם לדורותיכם ככם כגר יהיה לפני ה'. תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם'.

ב.1. פסילת "דינא דמלכותא" משום אפליה

והנה, אחת הדרישות, שלאורן נבדקו חוקי המלך, קובעת כי הדין חייב להיות אחיד, ואסור להפלות בין קצת התושבים לקצתם. ואם יימצא הדין מפלה לרעה חלק מהציבור, נפגם הדין בגלל אי חוקיות, וניטל ממנו התוקף המחייב כדינא דמלכותא.⁵ וכך קובע הרמב"ם:⁶

3 שו"ת חתם סופר, חושן משפט, סימן קטז.

4 וראה י' בזק, הלכות מסים במקורות העבריים, ירושלים תשכ"ד, עמ' 83.

5 ראה המקורות שציין ש'שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 109, הערה 153.

6 רמב"ם, הלכות גולה ואבדה, פרק ה, הלכה יד. וראה י' בלידשטיין, עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם, ירושלים תשמ"ג, עמ' 179, הערה 65, לענין מקור דברי הרמב"ם, בפירושו של ר"י מיגאש לבבא בתרא נד ע"ב.

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.

שאלת תוקפו של דינא דמלכותא, שנפגם מחמת היותו מפלה, באה בפני בית הדין הרבני בירושלים. נשוא התביעה היה כתר תורה שנלקח מבעליו במלחמת העולם השנייה, והגיע לירושלים לאחר המלחמה. כשגילו הבעלים את הכתר בהר ציון הגישו תביעה נגד המחזיקים בו להשיבו להם. טענה הוועדה להר ציון כנגד הבעלים, שאיבדו התובעים את בעלותם על הכתר משום שדינא דמלכותא דינא. בית הדין דחה את ההסתמכות על דינא דמלכותא בהיותו דין מפלה. וזה לשון פסק הדין:⁷ "נידון דידן דומה למה שכתב הרא"ש בפירושו לנדרים כח ע"א, במוכס שאין לו קצבה: והאי לאו דינא הוא, דדוקא בדבר שהוא שוה לכל בני המדינה יש לו רשות לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה, למעט לזה ולהרבות לזה"; וכן כתב בשיטה מקובצת בנדרים שם: "ואומר ר' דלאו דינא דמלכותא דינא אלא כשמשוה מידותיו על כל בני מלכותו, אבל אם משוה למדינה אחת לא הוי דיניה דינא, כדתנן בגיטין: 'לא היה סיקריקון ביהודה מהרוגי מלחמה', ומפרש דין סיקריקון דאגב אונסיה גמר ומקני, ואי לא משום דאנוס – לא גמר ומקני, אף על פי שמצות המלך היתה".⁸

ב.2. פסילת תקנות הקהל משום אפליה

לאור בחינה זו, של אי-הפליה, נבדקו גם חוקיותן של **תקנות הקהל**. יש שביקשו להסתמך בנקודה זו על מקור קדום מתקופת הגאונים, והוא תשובתו של ר' חנניה בר ר' יהודה גאון, שכתב:⁹ 'כך הוא, שכל מקרה שיקרה לבני המדינה, וכולם שוים בו, ותקנה הוא להם, וצריכים לו – כופין זה את זה לאותו דבר'. ברם, רב חנניה אינו דן בהפליה **בתוכן** התקנה, אלא בשאלה אימתי יש **סמכות** להתקין תקנה. ובזה הוא קובע כי הסמכות להתקין תקנה היא כאשר המקרה שבשבילו מתקינים את התקנה הוא מקרה ש'כולם שוים בו', וכי רק בתקנה כזו יכולים לכוף זה את זה.

7 צבי לנדסמן נ' הוועדה להר ציון, 517/תשי"ד; פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, כרך א, עמ' 172. פסק הדין ניתן בהרכב הדיינים הרבנים י' עדס, י"ש אלישיב, ב' זולטי. פסק הדין נכתב על ידי הרב י"ש אלישיב, כפי העולה מקובץ תשובות, חלק א, ירושלים תש"ס, עמ' תלב.

8 בית הדין דן גם בדין 'כיבוש מלחמה', והוא סבור שמאחר שגזלת הכתר היתה לא על ידי מדינת אויב, אלא על ידי שוללים **מקומיים**, אין בזה דין של 'כיבוש מלחמה'. בנקודה זו, מעיר ר"ד בליך, 'ז' טובי העיר כבי"ד בעירם או כמלך בעירם', שערי צדק יג (תשע"ג), עמ' 258, כי יש לעיין בדברים אלה, לאור גישתו של 'דבר אברהם', שפירש שדינא דמלכותא דינא הוא מצד כיבוש מלחמה, שהרי לפי דברי בית הדין, אין דין כיבוש מלחמה אלא על ידי שלטון מארץ **אחרת**.

9 שו"ת הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער ד, סימן טז; מהדורת ירושלים, עמ' קכו.

ואפשר שזו גם משמעות דבריו של הריטב"א, כשהוא קובע את סמכות הרוב לתקן תקנה, שאומר בשם רבו, כי תנאי לתוקפה של התקנה הוא:¹⁰ "ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא, דיש בגזירה ההיא תקנה לציבור, ומתקנים כן על הכל בשווה".

שאלת תוקפה של תקנה שבאה להיטיב עם אדם מסוים, באה מפני מהרשד"ם, והוא קובע נחרצות ש"אין¹¹ כח בידם [= של ראשי הקהל] לעשות, כי אם דבר שהוא תקנת הקהל", והוא ממשיך: "שאינן כח אפילו בראשי הקהל, שאפילו שנתמנו מתחילה להנהיג הקהל, לעשות הסכמה זאת, כיון שאינה תקנה לקהל בכלל, כי אם לאלמנה ויתומים. ואם כן, אינם מחויבים יחיד או יחידים לקיים הסכמתם".

שאלת קיומה של הפליה אינה מן השאלות הקלות, והרבה דנו חכמים בבחינותיה השונות.

ב.3. פסילתה של ענישה קבוצתית וענישת חפים מפשע

שלילתה של אפליה, אין משמעותה שיש לנהוג עם כולם בשווה. הכוונה היא לשלילתה של אפליה שאינה מוצדקת. ולכן כאשר יש להבחין בין המקרים בוודאי שאין לנהוג עם כולם בשווה.

העיקרון הוא שענישה קבוצתית היא פסולה ואין להעניש אדם אלא על חטאו, ולא על חטאם של אחרים. עיקרון זה בא לידי ביטוי כבר במקרא, כשבא אברהם אבינו בטענה כלפי הקדוש ברוך הוא (בראשית יח, כה): "חלילה לך מעשות כדבר הזה, להמית צדיק עם רשע, והיה כצדיק כרשע. חלילה לך, השופט כל הארץ לא יעשה משפט?!" וכן במחלוקת קורח ועדתו, כאשר ה' אומר למשה ואהרן (במדבר טז, כא): "הבדלו מתוך העדה הזאת, ואכלה אותם כרגע". נאמר (שם, כב): "ויפלו על פניהם ויאמרו: אל אלהי הרוחות לכל בשר, האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?!"

ובתלמוד מסופר על טוביה שחטא, ובא זיגוד בפני רב פפא, והעיד על זיגוד שחטא. ענש רב פפא את זיגוד במלקות. שאל זיגוד את רב פפא:¹² "טוביה חטא, וזיגוד מינגד [=לוקה]?!" ועל כך השיב רב פפא, שהוא נענש משום שכתוב (דברים יט, טו): "לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת", ואתה עד יחיד (ואינך נאמן), ושם רע הוצאת עליו!

10 חידושי הריטב"א, עבודה זרה לו ע"ב, ד"ה במארה.

11 שו"ת מהרשד"ם, יורה דעה, סימן קכז.

12 פסחים קיג ע"ב.

הסתמכות על מקורות אלה אנו מוצאים בתשובתו של הריב"ש¹³. הוא נשאל, בדבר 'שנים או שלושה יהודים שהיו ממונים על בית המטבע של המלך, ונמצא אחריהם פסול במטבע; ויקצוף המלך מאד וחמתו בערה בו, לגרש את כל היהודים אשר בכל מלכותו, ואחר העמל והטורח התפשרו עם המלך לבלתי שלחם מזה, בכך ובכך אלפי זהובים'. כלומר, בעוונם של שניים או שלושה בני אדם נענשה כל הקהילה היהודית, והוטל עליה עונש כספי תמורת ויתור על עונש גירוש.

לאחר שבחן את גדרי ההלכה של "דינא דמלכותא דינא", הוא בא לכלל פסילת הענישה האמורה:

... כל שכן וכל שכן שקצבת המלך אשר קצב על כל היהודים היה גזל גמור אצלנו. וכי בשביל שנים או שלושה שקלקלו בענין המטבע, יקצוף על כל היהודים וביד חזקה יגרשם מארצו, עד שהוצרכו להתפשר בכמה אלפי זהובים? ! ועל כיוצא בו אמר אברהם רבינו ע"ה להקב"ה (בראשית יח, כה): 'חלילה לך [מעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע, חלילה לך השופט כל הארץ לא יעשה משפט]'; ומשה רבינו ע"ה אמר (במדבר טז, כב): 'האיש אחד יחטא [ועל כל העדה תקצוף]'; ויצדק גם כן על זה המאמר המורגל בלשון ארמי (פסחים קיג ע"ב): 'טוביה חטא וזיגוד נגד'; אם כן, זו הקצבה גזל גמור¹⁴.

אמנם, לכלל זה ישנם כמה יוצאים מן הכלל. אחד מהם הוא ענישה קבוצתית במלחמה, משום שלמלחמה – כללים משלה.

את ההיתר לפגוע באוכלוסיה אזרחית בשעת מלחמה, מבסס מהר"ל מפראג בחיבורו "גור אריה", כשהוא מסביר את מעשי שמעון ולוי באנשי שכם¹⁵:

קשה, אם שכם חטא, כל העיר מה חטאו להרוג? ותירץ הרמב"ם (הלכות מלכים, פרק ט, הלכה יד) דבני נח מצווים על הדינין, ועבירה אחת שעובר – נהרג על ידו, וכאן ראו המעשה הרע הזה ולא דנוהו, לכך היו חייבין מיתה שלא היו דנין אותם. ובאמת דבר תימה הם אלו הדברים, כי איך אפשר להם לדון את בן נשיא הארץ, כי היו יראים מהם, ואף על גב שנצטוו על הדינין – היינו כשיוכלו לדון, אבל אונס רחמנא פטריה¹⁶, ואיך אפשר להם לדון אותם?

13 שו"ת הריב"ש החדשות, סימן ט.

14 וראה תשובת מהר"ם בן ברוך מרוטנבורג, תשובות מיימוניות לספר קניין, סימן ב; תשב"ץ, חלק ב, סימן רלט; שו"ת צדקה ומשפט, חושן משפט, סימן ל.

15 גור אריה, בראשית לד, יג.

16 בבא קמא כח ע"ב.

ונראה דלא קשיא מידי, משום דלא דמי שני אומות, כגון בני ישראל וכנעניים, שהם שני אומות, כדכתיב (בראשית לד, טז): "והיינו לעם אחד" – ומתחלה לא נחשבו לעם אחד, ולפיכך הותר להם ללחום, כדין אומה שבא ללחום על אומה אחרת, שהתירה התורה. ואף על גב דאמרה התורה (דברים כ, י): "כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום", היינו היכי דלא עשו לישראל דבר, אבל היכי דעשו לישראל דבר, כגון זה שפרצו בהם לעשות להם נבלה, אף על גב דלא עשה רק אחד מהם – כיון דמכלל העם הוא, כיון שפרצו להם תחלה – מותרים ליקח נקמתם מהם. והכי נמי כל המלחמות שהם נמצאים, כגון (במדבר כה, יז): "צרור את המדיינים וגו'", אף על גב דהיו הרבה שלא עשו – אין זה חילוק, כיון שהיו באותה אומה שעשה רע להם – מותרין לבא עליהם למלחמה, וכן הם כל המלחמות.

רעיון דומה לזה, מסמיך הנצי"ב מוולוז'ין לביטוי "מיד איש אחיו", האמור בבראשית ט, ה: 'ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש... ומיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם'. וכך הוא אומר¹⁷: "פירש הקדוש ברוך הוא, אימתי האדם נענש? בשעה שראוי לנהוג באחווה, מה שאין כן בשעת מלחמה ו'עת לשנוא', אז 'עת להרוג', ואין עונש על זה כלל, כי כך נוסד העולם".

הרב ש' ישראלי מסביר כי אוכלוסיה אזרחית המעודדת את האויב, ומשמשת לו מחסה להצלחת מלחמתם, "נוהגים"¹⁸ בזה כל דיני מלחמה, ואין שום חובה לדקדק בעשיית הפעולה שלא יפגעו בה אלא אלה שהשתתפו, כי זו דרכה של מלחמה שנספה בה צדיק עם רשע".

ג. פסילת תקנה הנגועה בפגיעה בזכויות המיעוט

נחזור לדיני המסים. בהטלת מס מפלה יש משום פגיעה בכללי הצדק, ובתור שכזו היא עשויה להיפסל. כך למשל, תוקפה של תקנה יהיה תלוי בשאלה אם אין היא פוגעת בזכויות המיעוט.

שאלת ההכרעה על פי רוב בשאלות ציבוריות שאינן מוסכמות על הכל, היא נושא שנדון אצל הראשונים, במסגרת הנהגת הקהילות. הקביעה שמקרא (שמות כג, ב) "אחרי רבים להטות", היא לעניין הכרעה כדעת הרוב במסגרת השיפוט בבית הדין. כיצד יש לנהוג במחלוקת המתעוררת בקהילה? לשאלה זו נזקקו הראשונים.

17 העמק דבר, בראשית ט, ה.

18 הרב ש' ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז, פרק ה, אות לא.

כשנשאל הרא"ש בשאלה זו, קבע קביעה מעניינת¹⁹:

וששאלת, אם שנים או שלושה מהבינונים שבעיר יכולין להוציא עצמן מן ההסכמה שיעשו הקהל, או מגזירת חרם שיעשו על שום דבר.

דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה (שמות כג, ב) 'אחרי רבים להטות', ועל 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'.

נראה שדעת הרא"ש אינה שהמקור להליכה אחר הרוב בהנהגת הקהילה, הוא בפסוק "אחרי רבים להטות", אלא שכיון שלעולם לא יסכימו לדעה אחת, אם כן בוודאי דין תורה הוא שהרוב יכריע את המיעוט, בדומה למה שאמרה תורה "אחרי רבים להטות". וכן הוא בתשובה אחרת²⁰, בה מנמק הרא"ש את ההליכה אחר הרוב, בהנמקה "דאי אל תימא הכי, אין תקנה לציבור לעולם, כי מתי יסכימו הקהל לדעת אחד?!".

זו כנראה גם משמעות דבריו של ר' אליהו ב"ר בנימין הלוי, הכותב²¹: "ואם תאמר, שרוצים להביא חכם אחר, הגע עצמך, שהיו שני חכמים ושנים בהלכה, ונחלקו הקהל בבחירה, על כרחך שבמקום שנטו הרבים צריכים להטות המועטים, דאם לא כן, לא יצא לעולם דין לאמיתו, ועל כן הזהירה תורה 'אחרי רבים להטות', אשר 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'". כלומר, התורה שדרכיה דרכי נועם, בודאי לא תאפשר שלא תהיה הכרעה.

דומה דרך זו, לפשרה שנקבעה בעניין שתי ספינות שעוברות בנהר, שעל כך לומדים חכמים מן הפסוק "צדק צדק תרדוף", שמאחר שאין פתרון להכרעה בין שתי הספינות, יש להטיל פשרה ביניהם²².

כדתניא (דברים טז, כ): 'צדק צדק תרדף' – אחד לדין ואחד לפשרה.

כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן - שתיהן טובעות, בזה אחר זה - שתיהן עוברות. וכן שני גמלים שהיו עולים במעלות

19 שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן ה.
 20 שו"ת הרא"ש, שם, סימן ז.
 21 שו"ת זקן אהרן, סימן קמג.
 22 סנהדרין לב ע"ב.

בית חורון ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן – שניהן נופלין, בזה אחר זה - שניהן עולין.

הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה - תידחה שאינה טעונה מפני טעונה. קרובה ושאינה קרובה - תידחה קרובה מפני שאינה קרובה. היו שתייהן קרובות, שתייהן רחוקות - הטל פשרה ביניהן, ומעלות שכר זו לזו.

כלומר, פעמים שבכוחו של הדיין להטיל פשרה, כאשר "אין מידת הדין שולטת בהם", שאז יש לדון לפי "מה שראוי יותר", כדברי ר' מנחם המאירי:²³

יש דברים שאין מידת הדין שולטת בהם, ואתה צריך לחזור בהם אחר מה שראוי יותר, ולהכריע את האחד למה שאין מידת הדין מחייבתו, דרך פשרה ומדה מעולה, והוא שאמרו: כתוב אחד אומר (ויקרא יט, יט) 'בצדק תשפוט עמיתך' וכתוב אחד אומר (דברים טז, כ) 'צדק צדק תרדף', כאן לדין כאן לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר... וכן כל כיוצא בה, כל שאנו רואים שיכול לסבול העכוב ביותר ידחה מפני חברו, וכן בריא מפני חולה, וכל היוצא בזה. אף לענין הדין אמרו, שאם היו לפני הדיין הרבה בעלי דינין, מקדימין יתום לאלמנה, ואלמנה לתלמיד חכם, ותלמיד חכם לעם הארץ, ואשה קודמת לאיש, מפני שבשתי מרובה. ואם הכל שוה מקדימין לקודם.

הימנעות מפשרה במקרה זה, תביא לתוצאות בלתי ראויות, שאם יפגעו זה בזה, "אם עלו שניהן – נופלין".²⁴ ומסביר הנצי"ב מוולוז'ין²⁵, שעל פי עומק הדין אין לנו לכופף את שאינה טעונה שתלך לאיבוד, אלא עומק הדין הוא שילכו שניהם ויהיו שניהם נטבעים, או מי שיגבר ויטביע את השני הוא ינצל, אבל אין זה משפט שלום, משום כך כופים ומחייבים לעשות פשרה. והוא מוסיף, "שכן הוא בכל מחלוקת בין רבים לרבים, שיש לפשר".

והשוה דברי הרא"ש האומר:²⁶ "כל זה סברתי והארכתי, להודיע שאין כח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידיו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכך נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו, במקום שאין הדבר יכול

23 בית הבחירה, סנהדרין, לב ע"ב.

24 וראה תורת חיים, סנהדרין, שם.

25 שו"ת משיב דבר, חלק ג, סימן י. וכן ראה העמק דבר, דברים טז, כ. והשווה משך חכמה, דברים טז, כ, שבמקום שיש דין תורה, אין מצווה על בעלי הדין להתפשר, ורק במקום שאין דין תורה, כמו בשתי עגלות טעונות, מצווה על הדיין להציע פשרה.

והשוה שו"ת חתם סופר, יורה דעה, סימן רלט, בתחילתו, לענין חלוקת נטל המס: 'הנה ידוע שדברים כאלו אי אפשר בשום אופן לדונם בדין תורה ממש, וכעין שכתב בתרומת הדשן, שו"ת, סימן שמב, אך בענין הקרוב לדין תורה וקרוב לשכל אנושי, לדמות מלתא למלתא בדמיון קרוב קצת".

26 וראה שו"ת הרא"ש, כלל קז, סימן ו.

להתברר בראיות ובעדויות, פעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה".²⁷

לכלל בדבר הליכה אחר הרוב ישנו סייג, והוא כי אין ללכת אחרי הרוב, אם הרוב מטה את המשפט.²⁸ וכן אומרת הגמרא²⁹ כי החלטת רוב הנגועה בפגם זה, היא בגדר 'קשר רשעים' וכי 'קשר רשעים אינו מן המניין'. וזאת על יסוד הפסוק (ישעיה ח, יב): "לא תאמרון קשר לכל אשר יאמר העם הזה קשר".

ואמנם תקנות רבות נפסלו בשל כך שהן פוגעות בזכויותיו של היחיד או בזכויות של המיעוט.

בפני הרשב"א באה שאלה בדבר אדם שנתבע לשלם מס בעיר שהוא גר בה, אבל הוא טען כי אין עליו לשלם מס במקום מגוריו משום שהוא משלם את המס במקום שרכושו שם. וזה לשון השאלה³⁰:

ראובן הדר בינינו, הוא וביתו, וממונו בעיר אחרת, שאינו מן המקומות הפורעים מס ממנו, ולא מן המקומות שתחת אדוני הארץ שלנו. והקהל תובעין אותו שיפרע מס עמנו מכל אשר לו, בין בעיר, בין בשאר המקומות. והוא טוען דאין עליו לפרוע עמנו על הממון שיש לו במקום אחר.

ועל כך השיב הרשב"א:

נראה לי שורת הדין, דאין פורעין מס בשום מקום על ממון הקבוע לאדם שיש לו במקום אחר...

יתרה מזו, הרשב"א מתבטא כי מאחר שבנידונו אין הקהילה רשאית להטיל את המס בלא הסכמתו, הרי יש בנטילת המס משום גזל, ואין סמכות לקהילה להתנות על הגזל.

27 וראה רז"נ גולדברג, 'שבחי הפשרה', משפטי ארץ א (תשס"ב), עמ' 78-84, בעמ' 81, ש"נראה שזה [ההלכה בשתי ספינות] מקור דינו של סומכוס, שסובר שממון המוטל בספק חולקין (בבא מציעא ב ע"ב). וזה בנדאי אינו דין, שהרי לא יתכן שיהיה הדין 'יחלוקו', כשאין החלוקה יכולה להיות אמת... אלא נראה שסברת סומכוס היא, שכל ספק שאין בידינו לברר, חזר הדין להיות נדון בדרך פשרה". וראה עוד שם, בעמ' 82, לעניין פשרה במי שנתחייב שבועה.

28 ראה רש"י לשמות כג, ב.

29 סנהדרין כו ע"א.

30 שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצח.

ואלה דבריו:

והטענה שאמרת, די ש לקהל לעשות חוקים ודינים בדבר זה - נראה לי, שאין זה אלא גזל, ואין יכולין להתנות על הגזלות. ומכל מקום, אם התנו כל בני העיר בכך, וקבלו עליהם כל הקהל, תנאם מועיל לאותם שבאו באותו תנאי, ולבאים אחריהם. אבל אם היה אחד בעיר שלא רצה באותו תנאי - אינו בכלל תנאם, שלא כל כמינו של קהל לגזול את ממונו של זה, וליקח אותו לעצמן.

וכך גם מתבטא הריב"ש³¹, ש"אין הקהל יכולין לעשות חק או תקנה שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל, אלא אם כן הסכים הוא עמהם, לפי שאין הקהל יכולין להתנות לגזול אחרים..."

על הכתוב (ישעיה ח, יב) "לא תאמרון קשר" וכו' שהובא למעלה, מסתמך הרמ"ה בהחלטתו לבטל גזירה שגזרו על אדם לתת את אשר אינו חייב לתת, או יותר ממה שחייב לתת³²: "אבל ודאי כי גזרו על אינש למיהב מאי דלא מחייב בגיניה, או טפי ממאי דמחייב בגיניה, לא חיישינן לגזירה דידהו, ועליהם הכתוב אומר (ישעיה ח, יב): 'לא תאמרון קשר לכל אשר יאמר העם הזה קשר' וכו'".

אף מהר"ם מרוטנבורג, שראינו למעלה את קביעתו, שדיני המס נחתכים על פי המנהג, מסייג את דבריו ומדגיש כי כאשר נוטלים מאדם שלא כדין, שהוא גזל, אין כוח לרבים בזה!³³ "לבד מהיכא דידוע שאין הדין עמהם, דמשום דרבים נינהו אין להעביר הדרך על שום אדם, אטו רבים גזלנים נינהו?!". כלומר, וכי לרבים הותר לגזול?!

וכך הרמ"א, באחת מתשובותיו בדבר תוקפה של תקנה המגבילה את זכות המסחר, קובע על יסוד תשובותיהם של הרשב"א, מהרי"ק והריב"ש, כי "דבר³⁴ פשוט, שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט, ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד"³⁵.

החלטת הקהל שהיפלתה אדם לרעה, בכך שלא הסכימה לקבל את שבועתו בעניין המס, בעוד שלא נהגו כן עם אחרים, נבחנה על ידי חכמי אשכנז, והם פסקו כי החלטה

31 שו"ת הריב"ש, סימן תעז.

32 שו"ת זכרון יהודה, בסוף הספר.

33 שו"ת מהר"ם ב"ב, דפוס פראג, סימן קו.

34 שו"ת הרמ"א, סימן עג.

35 וראה מ' אלון, המשפט העברי, ירושלים תשל"ג, עמ' 617-624.

זו בטלה. בתשובה זו עיקרים חשובים הנוגעים לסמכות בהטלת המס ובדבר ההגבלות בסמכות זו, ונביא את עיקריה: ³⁶

...ראובן תקף את הקהל לדין... והנה ראובן טוען: הקהל שאלו מני ליתן להם מס כאשר נתנו למלך ממון הרבה. ואמרתי להם: אנכי אשבע שאין לי ממון שאתן להם. ולא רצו לקבל שבועתי... והביא עדים שהקהל רצו לקבל שבועה ממקצת מן הקהל, אלא שנתפשרו שנתנו מה שקצבו עליהם. ועתה צועק ראובן: למה לא קבלו שבועתי? או עדיין אשבע על פי הדברים האלה.

הורונו רבותינו המשפט בראיותיכם, כי מפיתכם אנו חיים. אליעזר הקטן ברבי יהודה, קלונימוס בר' גרשם, מרדכי בר' יוסף...

נראה לנו שהדין עם ראובן. דהא דאמרין הפקר בית דין הפקר, זהו כשגוזרין דבר על האדם שהוא יכול לקיים, ואם הוא במרד ובמעל, מפקירים נכסיו, כדאמר בהגוזל בתרא (ק"ז, א) ובמועד קטן, דומיא דכל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת הזקנים והשרים יחרם כל רכושו. אבל אם יארעו אונס, חלילה להפקיר נכסיו, דאונס רחמנא פטריה. וכל שכן הכא, שגוזרים ומחייבים אדם לתת מה שאין לו. דאטו רבים גזלנים נינהו חלילה? כדאמר בב"ב פרק המוכר פירות (ק, א): ולר' אליעזר רבים גזלנים נינהו, בתמיה? ומתוך דבריכם הבינו שהקהל לא גזרו על שום אדם לתת, כי אם משלו המיוחד לו ולא משל אחרים. ואם כן למה נחייב את ראובן לתת מה שאין לו? והא דאמרין בהשותפין (ח, ב) רשאי בני העיר להסיע על קיצתן - זהו נמי בדבר שהוא תקנת הצבור ויש בידם לקיים הדבר. ואי איכא אדם חשוב, לאו כל כמיניהו להתנות ולהסיע בלא דעתו, כדאמר התם גבי הנהו טבחי...

וכל שכן הכא, שלא יועיל מה שגוזרין על האדם לעשות ולתת מה שאין בידו. והא דאמר (ב"ב ס, ב) אין גוזרין גזירה על הציבור אלא אם כן יכולין רוב הציבור לעמוד בה, ומשמע, הא אם יכולין רוב הציבור לעמוד בה, גוזרין אפילו על המיעוט שאין יכולין לעמוד בה? י"ל דהיא לא מיירי להוציא ממון מיד אדם. אבל להוציא ממון כי הכא - לא. ועוד, שצוות כנגדם ואומר: איני יכול לכנוס בגזרתם. ועוד, דהכא בעובדא דקמון, אין שום אדם יוכל לעמוד שיתן מה שאין לו...

ודאי אם ראובן גברא דאמיד הוא, והקהל עשו תקנה שלא לקבל שבועות מפני תקנת הקהל, יתכן לכוף את ראובן לתקנתם. אבל אי לא אמיד, למה ירדפוהו בחנם, לקונסו ממה שאין בידו? השתא מדידהו יהבינן ליה להחיותו ואת בניו עמו, איך יקחו ממנו? ואם אינו חשוד על השבועה, למה לא ישבע ויפטר,

מאחר שצווח מתחלה ועד סוף? ועוד, שהקהל רצו לקבל שבועה מאחרים, ולמה יגרע מהם? ואפילו אם יש להטות הדברים על פי ההלכות לחובתו של ראובן, מאחר שהוא דחוק, טוב הוא להקהל ליכנס עמו לפנים משורת הדין. ועל זה נאמר 'למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור', כדאמר שלהי השוכר את האומנים כהאי גוונא.

ושלום לכם עשרת מונים. יהודה ב"ר קלונימוס, משה ב"ר מרדכי, ברוך ב"ר שמואל.