

# מדור משפט עברי - בעריכת השופט נעם סולברג - מאמרו של השופט משה דרורי

השופט משה דרורי\* - המקורות התלמודיים של הדוקטרינה "מלכותא לא הדרה ביה" - מעמד הרשות השלטונית בדיון הציבורי של המשפט העברי

## א. הקדמה

מקורות המשפט העברי - עשירים המה.

ברגיל, מתחילים אנו במקרא ובמשנה, כאשר המרכז הוא הסוגיה התלמודית, וממנה פינה וראש לספרות הפסיקה והקודיפיקציה, ובחינה - כיצד הופעלו הנורמות המשפטיות, הלכה למעשה, בספרות השאלות והתשובות (השו"ת).

בדורנו, כמשפטנים וכשופטים במדינת ישראל, מבקשים אנו לראות, כיצד, אם בכלל, יושמו הנורמות או העקרונות הללו במשפט הישראלי, בחקיקה או בפסיקה.

\* סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים.



במאמר זה, אדון בשתי סוגיות תלמודיות, העוסקות בנושאים שונים, אך בשתייהן יש מימרה שווה: **"מלכותא לא הדרא ביה"** [ובתרגום לעברית: המלכות איננה חוזרת ממנה]; ולאחריה, היגד כללי על נחישותו של הגוף השלטוני - שבמקור התלמודי הוא מלך - לעמוד במשימותיו, גם אם קשות הנה, כמו: עקירת הרים.

מאמר זה הוא החלק הראשון מתוך מחקר מקיף יותר שבו, על בסיס הסוגיות התלמודיות - שבהן עוסק מאמר זה - אבדוק את ספרות השו"ת, שבה מצאתי עמדות שונות, כיצד, ואם בכלל, ניתן להפעיל, הלכה למעשה, את הכללים הללו. החלק השלישי של המחקר יוקדש למשפט הישראלי, ובו אראה כיצד בפסיקה - ובעקבותיה מובאים הדברים גם בספרות המשפטית - יש יישום של דברי הגמרא.

נתחיל במסע, בתלמוד.

### ב. תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, דף ג, עמ' ב

ראיתי להחיל את העיון במסכת בבא בתרא (הארוכה בתלמוד הבבלי; 175 דפים), שהינה "השער האחרון" [תרגום המילים הארמיות "בבא בתרא"] של מסכת נזיקין המצויה בסדר נזיקין (אחד משה סדרי משנה, הסדר השלישי) וכוללת נושאים משפטיים רבים, שעיקרם הוא המשפט האזרחי, שהיינו מסווגים היום כ"משפט פרטי"<sup>1</sup>.

1 כך, למשל, מתאר הרמב"ם, בהקדמתו לפירוש המשנה, את מסכת בבא בתרא: **"עניינה במשפטי חלוקת הקרקעות, ודינים השייכים בבתים משותפים, ודיני שכנים, וביטול קשרי מסחר בהיגלות מום, ודינים המסופקים בענייני מקח וממכר והיאך לדון בהם, ודיני ערבות והירושות"**.

במקום אחר<sup>2</sup>, הצגתי מספר נושאים משפטיים מודרניים, המדברים אל המשפטן הישראלי, בעשור השני של המאה ה-21, אשר שורשם במסכת בבא בתרא, ואשר הפסיקה הישראלית, התייחסה אליהם, על פי המשפט העברי, ובהם, אלה: פרטיות, שלפי הסוגיה הראשונה במסכת, מכונה "היזק ראייה"<sup>3</sup>, כאשר הובאו בפסיקה הישראלית בסוגיות של תכנון ובנייה<sup>4</sup>; חיפוש בגוף<sup>5</sup>; הטרדה במשלוח פקסים<sup>6</sup>; פרטיות שמות בעלי הדין המפורסמים בפסקי הדין שבאינטרנט<sup>7</sup>; עוצמת דיני היזק ראייה

- 2 ראו: משה דרורי, "עקרונות משפטיים במסכת בבא בתרא ויישומן בפסיקה הישראלית", שו"ת ועוד, עלון המשפט העברי, מחוז תל אביב והמרכז של לשכת עורכי הדין בישראל, גיליון 16 (תשרי תשע"ח - ספטמבר 2017), עמ' 7-12.
- 3 המשנה הראשונה במסכת קובעת: "השותפין שרצו לעשות מחיצה בחצר, בונין את הכותל באמצע". ובגמרא (תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא, דף ב, עמוד ב), מוסבר: "בונין את הכותל בעל כרחו, אלמא: היזק ראייה שמיה היזק". וכך נפסק ברמב"ם, הלכות שכנים, פרק ב, הלכה יד: "חצר השותפין שיש בה דין חלוקה, או שחילוקה ברצונם, אע"פ שאין בה חלוקה, יש לכל אחד מהן לכוף את חבירו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו, שהיזק ראייה היזק הוא". וראה גם את הסוגיה במסכת בבא בתרא, דף ס, עמ"א, אשר מתייחסת למסופר בספר במדבר, פרק כד, על בלעם, שנתבקש לקלל את ישראל ונמצא מברכם. נאמר שם, על בלעם: 'וירא את ישראל שוכן לשבטיו'. לאחר מכן, בירך בלעם את ישראל, לאמור (שם, פסוק ה): 'מה טובו אהליך יעקב משכנותיך ישראל'. נכתב על כך מפי חכמי התלמוד: 'מה ראה בלעם? ראה שאין פתחי אוהליהם מכוונים זה לזה. אמר: ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה'. חברי, פרופ' ירון בן נאה, ראש מכון משגב ירושלים, ופרופסור לתולדות עם ישראל, העירני כי גם בדיני האסלם יש עיסוק ב"היזק ראייה", והוא אף חמור יותר, בגלל האיום על צנעת הגוף, ובמיוחד צנעת הנשים. הנושא ראוי למאמר נפרד, ואין כאן המקום להרחיב.
- 4 השופט יצחק עמית, נזקק לדיני היזק ראייה, בפרשנות של דיני התכנון והבניה בפסק דינו, בעמ"מ 317/10 אהוד שפר נ' מורן סיקאלינוב (2012), בפסקה 23. בפסק הדין ידוע, העוסק בבנייה ברכוש המשותף (רע"א 6339/97 משה רוקר נ' משה סלומון פ"ד נה(1) 199 (1999), מביא השופט פרוף יצחק אנגלרד את סוגיית היזק ראייה (שם, בעמ' 227, מול האות ב). וראה גם מש"כ בתא. 3348/01 מוניק טובול נ' טובה גרינברג (2005); מקורות המשפט העברי מזכירים שם החל מפסקה 33 ואילך.
- 5 דברי המשנה לנשיא, השופט, מנחם אלון, בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' משה ועקנין, פ"ד מב(3) 837, בעמ' 61-862 (1988).
- 6 השופט, כתוארו אז, אליקים רובינשטיין, ברע"פ 10462/03 הלינור הראר נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 70, בעמ' 89 (2006).
- 7 המשנה לנשיאה, השופט אליקים רובינשטיין, בבג"ץ 5870/14 חשבים ה.פ.ס. מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט (2015), בפסקה לא. וכן ראה מש"כ בעמ"מ 29553-12-12 פלונית נ' משרד ראש הממשלה / נציבות שירות המדינה (2014).

מול התנהגות הפוכה<sup>8</sup>; היזק ראייה במשפט הפלילי<sup>9</sup>. היזק ראייה, בדורנו, התרחב אל האזנת סתר, שכונתה במינוח "היזק שמיעה"<sup>10</sup>.

במאמר זה אעסוק באמירה תלמודית, המופיעה במסכת בבא בתרא, אשר אנו היינו מסווגים אותה, על פי המינוח דהאידינא, כחלק מן המשפט הציבורי.

הסוגיה התלמודית על המשנה הראשונה במסכת בבא בתרא, העוסקת בהקמתה ובבנייתה של מחיצה בחצר<sup>11</sup>, "גולשת" לתחומי בנייה נוספים, ומביאה את אמרתו של רב חסדא<sup>12</sup>, לפיה אין לסתור ולהרוס בית כנסת, לפני שבונים בית כנסת אחר, במקומו<sup>13</sup>.

התלמוד נותן שני הסברים, המנוסחים כ"איכא דאמרי", דהיינו: יש מבני הישיבה שהסבירו את דברי רב חסדא באופן אחד, ויש מהם שפירשו בדרך אחרת:

- 8 דברי השופט ניל הנדל בבג"ץ 9029/16 עו"ד יצחק אבירם נ' שרת המשפטים (2017), בפיסקה 10.
- 9 דברי שופט בית משפט השלום באשדוד, ח' נחמיאס, בת"פ 1454/92 מדינת ישראל נ' יוסף וירטגייס, פ"מ תשנ"ג (4) 503, בעמ' 514, 515 (1994).
- 10 ראו המקורות שהובאו בהחלטתי בב"ש 4301/08 ליאורה ברקו נ' מדינת ישראל (2008). וכן ראה את פסק דינו של השופט ניל הנדל, עת כיהן בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, בע"פ 7336/97 מדינת ישראל נ' שי אבוקסיס (1998), בפיסקה 11.
- 11 ראו הציטוט ברישא של הערה 3 לעיל.
- 12 רב חסדא, היה אמורא בדור השני והשלישי של אמוראי בבל, במאה השלישית והרביעית. למד תורה מפי רב ותלמידיו, ומפי תלמידי שמואל, והיה תלמיד-חבר של רב הונא. לאחר פטירתם של האמוראים רב הונא ורב יהודה, ראשי ישיבות סורא ופומבדיתא, כיהן רב חסדא כראש ישיבת סורא, במשך 10 שנים. על רב חסדא ראו הדיון בספרו המקיף של הרב בנימין (בני) לאו, חכמים - כרך חמישי: ראשית הישיבות בבבל ובארץ ישראל (ראשון לציון, תשע"ז-2017), עמ' 73-51.
- 13 בלשון התלמוד הבבלי, מסכת בבא בתרא, דף ג, עמ' ב, בארמית: "לא ליסתור איניש בי כנישתא עד דבני בי כנישתא אחריתי".

**"איכא דאמרי, משום פשיעותא. רש"י מסביר שם: "דלמא מתרמי אונס ופשעי ולא בנו אחרית"**  
[שמא יארע אונס, ומתכנני בניית בית הכנסת יפשעו (=יתרשלו) ולא יבנו בית כנסת אחר];

**ואיכא דאמרי, משום צילויי.** לפי הסברו של רש"י, שם, לא יהיה להם מקום להתפלל בתקופת הבנייה של בית הכנסת החדש.

התלמוד מניח כי אמרתו של רב חסדא מחייבת<sup>14</sup>. על כן, מובאים, בהמשך הסוגיה, כמה "תקדימים" שכן נהגו, הלכה למעשה, מספר אמוראים. אם הם נהגו באופן שונה, הוסבר הדבר על פי נתונים מיוחדים באותו אירוע.

בהמשך שואלת הגמרא<sup>15</sup>:

"ובבא בן בוטא היכי אסביה ליה עצה להורדוס למיסתריה לבית המקדש? והאמר רב חסדא: לא ליסתור איניש בי כנישתא עד דבני בי כנישתא אחריתא!"

תרגום לעברית: כיצד נתן התנא בבא בן בוטא עצה להורדוס המלך להרוס את בית המקדש, והרי אמר רב חסדא את האמרה, לפיה אסור לאדם לסתור (להרוס) בית כנסת, עד שיבנה בית כנסת אחר.

לכאורה, קושיה זו לוקה ב"אנכרוניזם" משולש:

14 ואכן, דבריו נפסקו להלכה; ראה: רמב"ם, הלכות תפילה ונשיאת כפים, פרק יא, הלכה יב: "אין סותרין בית הכנסת כדי לבנות אחר במקומו או במקום אחר, אבל בונים אחר ואח"כ סותרין זה, שמא יארע להם אונס ולא יבנו, אפילו כותל אחד ממנו בונה החדש בצד הישן ואחר כך סותר הישן". וכך גם מובאים הדברים בשולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנב. הטעם המובא בספרות הפסיקתית, הוא ההסבר הראשון של ה"איכא דאמרי".

15 תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, דף ג, עמ' ב.

מבחינת הזמן - דברי רב חסדא נאמרו במאה השלישית-הרביעית לספירה<sup>16</sup>, בעוד הורדוס חי לפני הספירה (4-74), ובנייתו ושיפוצו של בית המקדש החלו, לבטח, לפני הספירה;

מבחינת המקום - רב חסדא חי בבבל, ואילו הורדוס פעל בירושלים, בארץ ישראל;

מבחינת תחולת הנורמה - דברי רב חסדא נאמרו על בית כנסת, ואילו הקושיה מהורדוס, עוסקת בבניית בית המקדש.

ברם, הגמרא אינה מתרצת אף לא אחד מתירוצים אלה, ומכאן משמע: אין הבדל, מבחינת ההלכה בין ארץ ישראל לבבל; אין הבדל בין בית מקדש לבין בית כנסת, המכונה "מקדש מעט"<sup>17</sup>; גם אם רב חסדא אומר דבריו במאה השלישית לספירה, גלומה בכך הנחה, כי זה הדין מימים ימימה, ואף התנא בבא בן בוטא, בימי המלך הורדוס, כ-300 שנה לפני כן, ידע על אמרתו של רב חסדא, ומצופה ממנו, כי יקיים אותה<sup>18</sup>.

התלמוד משיב על השאלה האמורה, מפי "סתמא דגמרא", תשובה כפולה:<sup>19</sup>

"אי בעית אימא: תיוהא חזא ביה;

16 ראה הערה 12 לעיל.

17 על הפסוק (ספר יחזקאל, פרק יא, פסוק טז) "לְכֹן אָמַר כֹּה אָמַר ה' אֱלֹקִים כִּי הִרְחַקְתִּים בְּגוֹיִם וְכִי הִפְצֹתִים בְּאַרְצוֹת וְאֵהִי לָהֶם לְמִקְדָּשׁ מֵעַט בְּאַרְצוֹת אֲשֶׁר בָּאוּ שָׁם", אומר רבי יצחק: "אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות שבבבל" (תלמוד בבלי, מסכת מגילה, דף כט, עמוד א).

18 גם בפרשנות חז"ל לאירועים בתנ"ך, מקשים הם, כיצד הם מתיישבים עם דברי תנאים או אמוראים שחיו מאות, ולעיתים גם אלף ויותר שנים לפני כן. בקושיות אלה טמונה ההנחה כי התורה היא נצחית, והעלאת דברים על הכתב, במשנה או בגמרא, אינה מעידה שאז רק באו לעולם, אלא הם היו מקדמת דנא, ורק אנו רואים אותם פעם ראשונה במשנה, בתוספתא או בתלמודים. נושא זה חורג ממסגרת רשימה זו, וראוי למאמר נפרד, שאולי תגיע עתו, אי"ה.

19 תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, דף ג, עמ' ב.

איבעית אימא: מלכותא שאני, דלא הדרא ביה, דאמר שמואל: 'אי אמר מלכותא:  
'עקרנא טורי' - עקר טורי ולא הדר ביה."

תרגום לעברית:

אם רצונך אמור שמצא בבית המקדש ביקוע [או סדק], שהוא מזומן ליפול (רש"י, שם).

אם רצונך אמור: המלכות - שונה, שאינה חוזרת בה מהבטחתה, כפי שאמר האמורא שמואל, בן הדור הראשון לאמוראי בבל<sup>20</sup>: אם אומרת המלכות: "אני עוקרת הרים" - תעקור את ההרים, והמלכות לא תחזור בה מדבריה.

התירוץ הראשון הוא נקודתי, ומתייחס לנתון ספציפי שהיה, והוא מצב התחזוקה של בית המקדש, שהצדיק שיפוץ מייד, ועל כן, לא ניתן היה ללכת על פי אמרתו של רב חסדא, אלא היה צורך בשיפוץ דחוף, הכולל הריסה (ובלשון דורנו, היינו מכנים זאת "פינוי-בינוי"), גם כאשר אין חלופה אחרת.<sup>21</sup>

הגמרא אינה מסתפקת בתירוץ זה ומציעה תירוץ אחר, נוסף.<sup>22</sup>

התירוץ השני, נותן מעמד מיוחד למלך או למלכות. לגביהם, החשש שלא יהיה מספיק כסף לסיים את הבנייה, אינו רלבנטי, כי המלכות אינה חוזרת בה מדבריה. כראיה, מובאת אמרה של שמואל, אמורא

20 שמואל (165-257), היה ראש ישיבת נהרדעא, ויחד עם רב, ראש ישיבת סורא, נחשבים השניים כ"מייסדי" התלמוד הבבלי. ראה על האמורא שמואל, בספרו של הרב בנימין (בני) לאו, חכמים - כרך רביעי: ממשנה לתלמוד (תל-אביב, תשע"ב-2012), עמ' 150-134, ובעמ' 166 ואילך.

21 גם בסוגיה עצמה, בחלק המתייחס לתקדימים של אמוראים שונים, אחד התירוצים היה אוקימתא כי בית הכנסת באותו אירוע היה רעוע ("ולא אמרן אלא דלא חזי בה תיוהא, אבל חזי בה תיוהא - סתרי ובני" - ולא אמרנו כי יש לילך על פי אמרתו של רב חסדא אלא כאשר לא נראה בבית הכנסת ביקוע, אבל כאשר רואים אנו שבית הכנסת במצב של ביקוע - מותר לסתור ולבנות).

22 והשוו לספר הכללים, יד מלאכי, כללי התלמוד, כלל סג: "איבעית אימא ואיבעית אימא, קאמר לפעמים מפני שמסתפק בהדיה מילתא אי הוי הכי או הכי, ולא קים ליה בודאי בכל חד לחודיה" (המתרץ מסתפק האם המצב המשפטי הוא כמו התירוץ הראשון או השני, ולא ברור לו בוודאות, אם הדין הוא לפי אחד התירוצים לבדו).

מן הדור הראשון, לפיה, החלטת המלכות, אפילו במשימה קשה לביצוע, כגון: לעקור הרים - תבוצע, והעיקר שהאמינות של השלטון תישמר, והוא (השלטון או המלכות) - יתייצב אחר החלטותיו, ויבצע אותן.

ניתן להתבונן על שני התירוצים של הגמרא, מנקודת מבט אחרת: מדוע לא הסתפקה הגמרא בתירוץ השני? על כך עונה אחד האחרונים<sup>23</sup>:

**"... נראה דהאי מלתא דאמר שמואל: אי אמר מלכותא עקונא טורי עקר טורי - לית מאן דפליג עליה [אין מי שחולק על דברים אלה]. והא דמשני שינויא קמא דחזא ביה תיוהא, ולא ניחא ליה בשינויא בתרא [והטעם לכך שהגמרא מתרצת את התירוץ הראשון, שראה סדק בבית המקדש, ולא נוח לגמרא בתירוץ השני], י"ל [יש לומר]: משום דהורדוס היה כפוף למלכות רומי, ולא הוי מלכות ממש, אבל במלכות שאינו כפוף, נראה דודאי איתא למימרא דשמואל [ברור וודאי כי יש לקבל ולפסוק כאמרתו של שמואל]."**

ג. תלמוד בבלי, מסכת ערכין, דף ו, עמ' א

מצינו את האמרה "מלכותא לא הדרא ביה", בהקשר תלמודי אחר, במסכת ערכין.

אחד מסוגי הנדרים, המופיעים בתורה, הוא, כאשר אדם נודר להקדש סכום כסף המשקף את "ערכו" - **אִישׁ כִּי יִפְּלֵא נֶדֶר בְּעַרְכּוֹ נֶפֶשׁ לֵה'<sup>24</sup>.**

23 פני שלמה, מסכת בבא בתרא, דף ג, עמ' ב, ד"ה בגמ' איכא בינייהו דאיכא דוכתא לצילויי. חובר על ידי הרב שלמה גאנצפריד (הונגריה, 1884-1802), רב ומחבר ספרים רבים, שהתפרסם בזכות חיבורו "קיצור שולחן ערוך".

24 ויקרא, פרשת בחקותי, פרק כז, פסוק ב. הנושא פורט בפסוקים ג-ח.



מסכת ערכין, חלק מסדר קדשים (החלק החמישי של ששה סדרי משנה) דנה בנדר של ערך אדם ובחלק מדיני נדרים<sup>25</sup>. המשנה הראשונה, דנה בבעלי הכשירות לנדור ולערוך [לנדור סכום כספי שהוא כערכו של הנודר]:<sup>26</sup> **"הכל מעריכין ונערכין, נודרים ונידרים, כהנים ולוים וישראלים, נשים ועבדים"**. המשנה השנייה, דנה במעמדו של הנוכרי בענייני ערכים ונדרים:<sup>27</sup> **"הנוכרי - רבי מאיר אומר: נערך, אבל לא מעריך; רבי יהודה אומר: מעריך, אבל לא נערך"**. זהו זה מודים שנודרין ונידרין"<sup>28</sup>.

על רקע זה, נוכל לעיין בסוגיה. בתלמוד<sup>29</sup> מובאות שתי ברייתות סותרות. באחת נאמר: **"עובד כוכבים שהתנדב נדבה לבדק הבית - מקבלים הימנו"**, ובברייתא האחרת כתוב: **"אין מקבלין"**. ר' אילא<sup>30</sup> בשם ר' יוחנן מתרץ, כי הברייתא הראשונה, דנה במקרה של **"בתחילה"**, דהיינו: **"בתחילת**

25 לעצם דרכי יצירת הנדר, הפרתו וביטולו, מוקדשת מסכת שלמה - מסכת נדרים - הנמצאת בסדר נשים, החלק השני של שישה סדרי משנה.  
 26 משנה, מסכת ערכין, פרק א, משנה א.  
 27 משנה, מסכת ערכין, פרק א, משנה א. וראה הסוגיה בתלמוד הבבלי, מסכת ערכין, דף ה, עמ' ב, ואילך.  
 28 בהקשר אחר, בחלק השני של המחקר, בדיון בשו"ת בן ימין, תזכר המשנה הבאה במסכת ערכין, פרק א, משנה ג: **"הגוסס, והיוצא ליהרג - לא נידר ולא נערך. רבי חנינא בן עקיבא אומר: נערך, מפני שדמיו קצובין; אבל אינו נידר - מפני שאין דמיו קצובין. רבי יוסי אומר: נודר ומעריך ומקדיש, ואם הזיק - חייב בתשלומין"**.  
 29 תלמוד בבלי, מסכת ערכין, דף ו, עמ' א.  
 30 ר' אילא, הידוע גם בשם ר' עילאי, היה אמורא בדור השלישי לאמוראי ארץ ישראל, מצעירי תלמידיו של רבי יוחנן, ואמר את הדברים משמו של רבו, ר' יוחנן, גדול אמוראי ארץ ישראל, ומעורכי התלמוד הירושלמי. לאישיותו ופועלו של ר' יוחנן הקדיש הרב בנימין (בני) לאו כשליש מספרו הרביעי הנ"ל על **חכמים** (ראה הערה 20 לעיל). בעמ' 294-203 (וראו הדיון המעניין על יחסי ר' יוחנן וריש לקיש, שם, בעמ' 249-239, וכן ראו בהערות הרבות בסוף הספר, המזכירים את הספרות המחקרית ביחס לשני חכמי הלכה אלה, ובמיוחד את ספרו של קוסמן, המובא בהערה 357, בעמ' 324).

הבניין אין מקבלים מהם, דשמה לריפיון ידיים מתכוון<sup>31</sup>, ואילו הברייתא השנייה עוסקת במקרה של "לבסוף" - "לחזק את בדיק, דאין לומר רפיון ידיים - מקבלין"<sup>32</sup>.

בהמשך, מובאת קושיה של רב יוסף, מספר נחמיה<sup>33</sup>, כאשר מן הסיפור עולה שנחמיה פנה למלך (בספר נחמיה הוא נקרא אֶרְתַּחְשֶׁשְׁתָּא, וברש"י<sup>34</sup> - הוא כורש), וביקש ממנו שישלח אגרת לאסף

- 31 רש"י, שם, ד"ה בתחילה.
- 32 רש"י, שם, ד"ה לבסוף. וראה גם את פירושו השני של רש"י, שם: "בתחילה, כשלא הייתה אימתן של עובדי כוכבים עליהן - אין מקבלין; אבל לבסוף מקבלין - משום אימה". רש"י גם דוחה פירוש כי יש הבדל בין מקדש ראשון לשני, עקב קושיית הגמרא, המובאת להלן, בטקסט, אשר עסקה באירוע שהיה בבית המקדש השני. פירוש אחר מצינו בתוספות, מסכת ערכין, דף ו, עמ' א, ד"ה הא לכתחילה הא לבסוף: "ועוד פירש רבינו: לכתחילה - בתחילת הבניין יש לחוש פן יחזרו בהם ויערערו, לומר: 'יש לנו חלק בבית המקדש'; לבסוף - דבר מסוים. אין מקבלין, פן יהיו לשם ולתפארת; דבר שאין מסוים - מקבלין, דלא שייך תו ערעור, הואיל ונבנה ב"ה [בית המקדש] כבר, וניחא בזה הא דקאמר בסמוך 'שאני מלכותא דלא דרא, וליכא למיחש לעירעור'. על הסיפא, ראה הטקסט להלן, סמוך להערות 27-30, וציטוט דברי התוספות, בסיפא של הערה 34.
- 33 נחמיה, פרק ב, פסוקים (א) - (ט): " (א) וְיִהְיֶה בְּחֹדֶשׁ נִיסָן שְׁנַת עֶשְׂרִים לְאַרְתַּחְשֶׁשְׁתָּא הַמֶּלֶךְ יוֹן לִפְנֵי וְאִשָּׁא אֶת הַיַּיִן וְאֶתְנָה לְמֶלֶךְ וְלֹא הִייתִי רַע לִפְנֵי: (ב) וַיֹּאמֶר לִי הַמֶּלֶךְ מְדוּעַ פָּנֶיךָ רָעִים וְאַתָּה אֵינְךָ חוֹלֵה אִין זֶה כִּי אִם רַע לֵב וְאִירָא הַרְבֵּה מְאֹד: (ג) וַאֲמַר לְמֶלֶךְ הַמֶּלֶךְ לְעוֹלָם יַחֲיֶה מְדוּעַ לֹא יָרְעוּ פְּנֵי אֲשֶׁר הָעִיר בֵּית קְבָרוֹת אֲבֹתֵי חֲרֻבָּה וְשַׁעְרֶיהָ אֶכְלוּ בָּאֵשׁ: (ד) וַיֹּאמֶר לִי הַמֶּלֶךְ עַל מַה זֶה אַתָּה מְבַקֵּשׁ וְאַתָּה לֹא אֱלֹהֵי הַשָּׁמַיִם: (ה) וַאֲמַר לְמֶלֶךְ אִם עַל הַמֶּלֶךְ טוֹב וְאִם יִיטֵב עֲבָדְךָ לִפְנֵיךָ אֲשֶׁר תִּשְׁלַחְנִי אֶל יְהוּדָה אֶל עִיר קְבָרוֹת אֲבֹתֵי וְאֶבְנָנָה: (ו) וַיֹּאמֶר לִי הַמֶּלֶךְ וְהַשְׂגֵּל יוֹשֶׁבֶת אֶצְלוֹ עַד מָתִי יִהְיֶה מִהֲלַכְךָ וּמָתִי תָשׁוּב וְיִיטֵב לִפְנֵי הַמֶּלֶךְ וַיִּשְׁלַחְנִי וְאֶתְנָה לוֹ זְמַן: (ז) וַאֲמַר לְמֶלֶךְ אִם עַל הַמֶּלֶךְ טוֹב אֲגֻרֹת יִתְּנוּ לִי עַל פְּחוֹת עֶבֶר הַנְּהָר אֲשֶׁר יַעֲבִירוּנִי עַד אֲשֶׁר אָבּוּא אֶל יְהוּדָה: (ח) וְאֲגֻרֹת אֶל אֶסְף שֶׁמֶר הַפְּרָדֵס אֲשֶׁר לְמֶלֶךְ אֲשֶׁר יִתֵּן לִי עֲצִים לְקָרוֹת אֶת שַׁעְרֵי הַבִּירָה אֲשֶׁר לְבֵית וְלַחֹמַת הָעִיר וְלְבֵית אֲשֶׁר אָבּוּא אֶלֶּי וְיִתֵּן לִי הַמֶּלֶךְ כִּיֹּד אֱלֹהֵי הַטּוֹבָה עֲלַי: (ט) וְאָבּוּא אֶל פְּחוֹת עֶבֶר הַנְּהָר וְאֶתְנָה לָהֶם אֶת אֲגֻרֹת הַמֶּלֶךְ וַיִּשְׁלַח עִמִּי הַמֶּלֶךְ שְׂרִי חֵיל וּפְרָשִׁים."
- 34 רש"י, ערכין, שם, ד"ה ואגרת. וראה את הגישה החולקת של התוספות, אליבא דשיטתם, שהובאה לעיל, בהערה 32 סיפא; תוספות, ערכין, דף ו, עמ' א, ד"ה מיתבי ואגרת אל אסף שומר הפרדס: "ולא נראה. דהא כל הבנין, משל כורש היה, וכמה קראי איכא [פסוקים יש] ... ונ"ל [ונראה לי]: דודאי מזה אינו מקפיד, דהא היה בגזירה כך, וביד ישעיה (ישעיה מה) 'הוא יבנה עירי'. אבל אל אסף שומר הפרדס היה רחוק מכורש, ולא היה שלו ממש, אך היה גוזר שיתנו לצורך בדיק הבית, שהיה מוטל עליהם, שהיה מולך בכיפה - בהא איכא למיחש או לרפיון ידים או לערעור, כדפרישית."

שומר הפרדס, שייתן עצים לבניית בית המקדש וחומת העיר, והדבר הועיל, ונחמיה קיבל. הקושיה היא: הרי היה זה "בתחילת בנין, וקשקיל [קיבל] בדק הבית מכורש".<sup>35</sup>

וכך עונה הגמרא:<sup>36</sup>

"אמר ליה אביי: שאני מלכותא, דלא הדרא ביה, דאמר שמואל: אי אמר מלכותא עקרנא טורי, עקר טורי ולא הדר ביה".

כאן מובא רק תירוץ אחד, וממילא - הוא המחייב.<sup>37</sup> התירוץ אינו סתמא דגמרא (כמו בסוגיה בבבא בתרא), אלא מובא מפיו של האמורא אביי.<sup>38</sup>

על הטעם לקבלת דברי אביי, על כך שהמלכות איננה חוזרת בה, מצינו שתי דעות בראשונים:

רש"י:<sup>39</sup> "הואיל ותחילתו לטובה נתכוון, שוב אינו חוזר".

רבנו גרשום:<sup>40</sup> "שאני מלכותא דלא הדרא ביה, מאחר דיהבא לא חיישינן [שונה המלכות, שאיננה חוזרת בה, מאחר והמלכות נתנה את המימון, אין אנו חוששין] שיבקש שיחזירו לו, דאמר שמואל...".

#### ד. סיכום תמציתי של שתי הסוגיות בבבלי

בשתי הסוגיות, המקור הראשון, באופן כרונולוגי, שהוא ההיגד עליו מסתמכים בתירוץ, הוא דברי האמורא שמואל, על כך שאם המלכות אומרת שבכוונתה לעקור הרים, היא אכן תעקור את ההרים, ולא תחזור בה מדבריה.

35 רש"י, שם, שם.

36 תלמוד בבלי, מסכת ערכין, דף ו, עמ' א.

37 השו"ת המצב של שני התירוצים במסכת בבא בתרא; וראה דברינו לעיל, בטקסט הסמוך להערות 19-23.

38 אביי (165-257), אחד מגדולי האמוראים בדור הרביעי, ובר הפלוגתא של רבא. היה ראש ישיבת פומפדיתא.

אביי היה תלמידו של רב יוסף, וענה לשאלתו.

39 רש"י, מסכת ערכין, שם, ד"ה דלא הדרא ביה.

40 רבנו גרשום, מסכת ערכין, שם, על הדף.

בסוגיה במסכת בבא בתרא, הוחל היגד זה על המלך היהודי הורדוס, שבנה/שיפץ את בית המקדש השני, במאה הראשונה לפני הספירה, והאמינות היא כלפי דבריו שלו, בין הוא נחשב כמלך, בין אם הוא כפוף למלכות רומי<sup>41</sup>. בסוגיה במכת ערכין, מיוחסת האמרה למלך כורש, שישב בפרס<sup>42</sup>, או לשליט המקומי בארץ ישראל, נציגו<sup>43</sup>, ביחס להבטחה שניתנה לנחמיה, בקשר להקמתו של בית המקדש השני, במאה הששית לפני הספירה.

מעניין כי בשתי הסוגיות המלכות מבטיחה ומתחייבת לעניין הקשור לבית המקדש: מימון הבנייה - בתחילת הקמת בית המקדש השני, בסוגיה במסכת ערכין; שיפוצו - בסוגיה בבבא בתרא.

**ה. העדר התייחסות לכלל של "מלכותא לא הדרא ביה" בספרות ההלכה והפוסקים לאחר התלמוד**

פרופ' מנחם אלון, בספר הבסיסי על המשפט העברי, בפתח הדיון על ספרות הפוסקים, תחת הכותרת "המהות והמבנה של ספרות הפוסקים ובעיית הקודיפיקציה", כותב את הדברים הבאים:<sup>44</sup>

"ענף עיקרי אחר במקורות הרישומיים של ההלכה בתקופה שלאחר התלמוד היא ספרות הפוסקים, או ליתר דיוק - ספרות ההלכות וספרי הפוסקים. המיוחד שבענף זה הוא מגמתו של המחבר-הפוסק להביא בספרו את המסקנה הסופית בתחום הלכתי מסוים, לפי סדר מסוים, כשלמסקנתו הגיע מתוך עיון מופשט בחומר ההלכתי, המצוי באותו נושא במקורות הרישומיים של ההלכה".

ספרות הפוסקים החלה בתקופת הגאונים,<sup>45</sup> המשכה בספר ההלכות של הרי"ף<sup>46</sup>, ועיקריה הם אלה: משנה תורה רמב"ם<sup>47</sup>, ספר הטורים<sup>48</sup>, והשולחן ערוך<sup>49</sup>.

41 ראו דברי פני שלמה, שהובאו לעיל, בטקסט לאחר הערה 23.

42 שיטת רש"י, כמובא ליד הערה 34

43 שיטת התוספות, המובאת בסיפא של הערה 34 לעיל.

44 מנחם אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, מאגנס, ירושלים, תשמ"ח), עמ' 938.

45 אלון, שם, בעמ' 949 ואילך.

46 שם, בעמ' 970 ואילך.

47 שם, בעמ' 977 ואילך.

48 שם, בעמ' 1058 ואילך.

49 שם, בעמ' 1087 ואילך.

בדף התלמוד על שתי הסוגיות - הן במסכת בבא בתרא<sup>50</sup> הן במסכת ערכין<sup>51</sup> - אין רמז ב"עין משפט נר מצוה"<sup>52</sup>, כי נפסקה ההלכה ברמב"ם או בשולחן ערוך, לא לכלל "מלכותא לא הדרא ביה", ואף לא להיגד של האמורא שמואל, על כך שהמלכות האומרת שתעקור הרים, אכן עומדת במשימה, ועוקרת את ההרים. גם בדורנו, בפרויקט של "הלכה ברורה", פרי חזונו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק ז"ל<sup>53</sup>, שבו מופיעה כל ספרות הפוסקים המעודכנת, לא מצינו במסכת בבא בתרא<sup>54</sup>, התייחסות לנושאים הללו.

בחלקיו הבאים של המחקר, יובאו שאלות ותשובות (שו"ת), בהם נעשה שימוש בכלל "מלכותא לא הדרא ביה". כמו כן, אבדוק כיצד יושם הכלל האמור בפסיקה הישראלית.

- 50 ראו לעיל, בטקסט, לאחר הערה 19, ואילך.
- 51 ראו לעיל, בטקסט, לאחר הערה 36, ואילך.
- 52 בדף התלמוד, כפי שהודפס על ידי האלמנה והאחים ראם, בוויילנא, בשנים 1880-1886 (שהוא הפורמט בו לומדים את התלמוד, מאז, במשך כ-150 שנה, והפך לדף ה"קלסי", ממנו מצטטים את התלמוד הבבלי). יש הפניות לספרות ההלכה והפוסקים: רמב"ם ("היד החזקה"), סמ"ג (ספר מצוות גדול), טור (ארבעת החלקים: אורח חיים, יורה דעה, אבן העזר, חושן משפט).
- 53 הרב הראשי הראשון (1865-1935), אשר, בין היתר, ייסד את מכון "הלכה ברורה", העוסק בהעמדת הפסיקה ההלכתית, מול מסקנות סוגיות התלמוד, עליהן היא מבוססת, עבודה שהקדיש לה חלק ניכר מזמנו ושראה בה בניין התורה לדורות. בפרויקט המשיך בנו, הרב צבי יהודה הכהן קוק (1891-1982). בראש הפרויקט עומדים, שנים רבות, הרב יוחנן פריד והרב אריה שטרן (יליד 1944, שמונה, בשנת 2014, כרב הראשי של ירושלים), וכיום מנהל הפרויקט הוא הרב דוד שלם. בנוסף להלכה הברורה, העיון והניתוח של המקורות מופיע כ"בירור הלכה", המודפס בסוף כל מסכת, בהוצאת "הלכה ברורה ובירור הלכה" [אני הזכרתי מקור זה בכמה פסקי דין שנתתי].
- 54 טרם הודפס "הלכה ברורה ובירור הלכה" על מסכת ערכין.