

"וכי הרבים גזלנים הם?" - על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי

..... אביעד הכהן*

פקעת מקרקעין בידי הרשות הציבורית מעוררת שאלות קשות של הפגיעה בקניינו של היחיד, והאיזון בינה לבין האינטרס של צרכי הציבור. סמכות ההפקעה, מטרותיה, ההליך הראוי ושיעור הפיצוי שניתן לבעל המקרקעין הוסדרו בחוק הישראלי ונדונו הרבה בפסיקה ובספרות המשפטית. רשימה זו בוחנת את שאלת הפקעת המקרקעין מנקודת מבטו של המשפט העברי, ומגלה כי קיימת בו נטיה לצמצם עד למינימום את יכולת ההפקעה, תוך העדפת האינטרס של השמירה על זכות הקניין והעדפתו על פני צרכי הציבור. גם במקרים החריגים בהם הותרה הפקעה, צומצם שיעורה, והוטלה חובת פיצוי לבעל המקרקעין המופקעים.



* תלמיד לתואר שלישי ומורה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים; מנהל המרכז להוראת המשפט העברי ולימודו ומורה, מכללת "שערי משפט", הוד השרון; מורה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת "בר אילן", רמת גן.



- א. פתח דבר
- ב. מקור הסמכות להפקיע מקרקעין
- ג. היחס בין סמכות ההפקעה הכללית ל"פריצת דרך המלך"
- ד. גישת הרמב"ם: "תכלית ראויה", "מידה שאינה עולה על הנדרש" וחובת הפיצוי
- ה. מן הכלל אל הפרט: פרשת נבות היזרעאלי
- ו. דרך הפיצוי
- ז. "כל הארץ - של המלך היא"
- ח. הפקעה מכוח העיקרון "הפקר בית דין"
- ט. מטרת ההפקעה ושיעורה
- י. צמצום הפגיעה בקניינו של היחיד: "וכי הרבים - גזלנים הם?"
- יא. תשובת חכמי איטליה: "אין זו מן השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליותיו בלא משפט"
- יב. סוף דבר



א. פתח דבר

בשאלת הפקעת המקרקעין והתנגשותה עם זכות הקניין של היחיד מנקודת מבטו של המשפט העברי.

ב. מקור הסמכות להפקיע מקרקעין

א-פריורי, מלכתחילה, ניתן לבסס את מקור סמכות הרשות השלטונית להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור על "משפט המלך"³ ועל העיקרון התלמודי הקרוב אליו, "דינא דמלכותא דינא". בסיס אפשרי נוסף לעיגונה החוקי של זכות הפקעת המקרקעין לצרכי ציבור במשפט העברי יכול לשמש כוחו של הציבור להפקיע את ממונו של הפרט מכוח העיקרון של "הפקר בית דין". עיקרון זה נגזר מהשוואתה של הרשות הציבורית לבית דין היכול לעשות שימוש בסמכותו להפקיע נכסים מאדם פרטי לצרכי הכלל במקרים מסויימים ובסייגים מוגדרים. על פי תפישות נוספות, יכולת ההפקעה - ככל שמדובר במקרקעין - נובעת מן התפישה שכל הארץ מצויה בבעלות המלך - או הרשות הציבורית בימינו ולמחזיקים בה אין זכות בעלות. אלא זכות של מעיך-חכירה או מעין "בר רשות" במקרקעין.

העיקרון הראשון הוא, כאמור לעיל, "משפט המלך"⁴ המתואר בספר שמואל א' (ח, יא):

הפקעת מקרקעין פרטיים לצרכי ציבור מעוררת שאלות קשות ביותר של הפגיעה בקניינו של היחיד, ונדונה בהרחבה על שלל היבטיה בחקיקה, בפסקי הדין ובספרות המשפטית העניפה שנכתבה עליה¹.

לאחרונה, עם חקיקת חוקי היסוד החדשים ועיגונה של "זכות הקניין" על ספר החוקים בצורה מפורשת, שבה הבעיה להעסיק את בתי המשפט. בפסק דין רחב יריעה שנפסק באחרונה בבית המשפט העליון בהרכב של שבעה שופטים², נדונה בהרחבה שאלת התאמתן של ההלכות הקיימות בדיני הפקעת מקרקעין לצרכי ציבור לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולזכות הקניין המעוגנת בו. דא עקא, שבניגוד למקום הרחב שהעניק בית המשפט לבחינת שאלת הפקעת המקרקעין ב"מדינה דמוקרטית", לא הוענק כל מקום שהוא לבחינת סוגיית ההפקעה ב"מדינה יהודית", הגם שעיון זה מתחייב מסעיף המטרה של החוק הבא לעגן את זכויות היסוד ב"מדינה יהודית דמוקרטית".

במסגרת צרה זו אין, כמובן, מקום להרחבת היריעה ופרישתה למלוא אורכה. נביא איפוא מקצת דברים לעיון

1 על נושא זה, ראה בהרחבה: ר' אלתרמן, מ' ויטק, **מהפקעות ועד הסכמים - דרכים להשגת הקרקע לצורכי ציבור** (חיפה, 1991); א' קמר, **דיני הפקעת מקרקעין** (מהדורה חמישית, תש"ן) [ביקורת: ח"פ שלח, **משפטים** (תשל"ט), 168-172]; וכן: ר' אלתרמן, "הפקעות קרקע לצרכי ציבור ללא תמורה לפי חוק התכנון והבניה", **משפטים** טו (תשמ"ה), 179-244; ר' בר, "הערות בדבר היחס שבין הפקעה ללא פיצוי לפיצויים בגין שינוי יעד", **מחקרי משפט** ה (תשמ"ז), 264-274; פ' דייקן, "זכות השוכר לפיצויים כשהנכס מופקע", **הפרקליט** יד, 107; ש' ויסמן, "עקרונות של שומת דמי שימוש ראויים במקרקעין תפוסים", **הפרקליט** (תש"ן), 548-606; נ' מאיר, "הצמדת פיצויי הפקעת מקרקעין למדד - תיקון העול והעול שבתיקון", **הפרקליט** לד, 77; י' פרוכטמן, "הביקורת השיפוטית על הוראות תכנוניות: ביטול הפקעת מקרקעין מחמת 'שיהוי' הרשות בביצוע ההפקעה", **הפרקליט** לט (תש"ן), 617-628; י' קלינגהופר, "צמידותה של קרקע מופקעת לייעודה", **עיוני משפט** ב, 874; א' קמר, "תפיסת חזקה במקרקעין שהופקעו", **הפרקליט** כז, 215; הני"ל, "חיוסב במס שבח מקרקעין של נכסי תושבי ישראל שהופקעו במזרח ירושלים", **הפרקליט** כז, 542; הני"ל, "פיצויים במקרקעין" **משפטים** כא (תשנ"א), 131-143.

2 דנג"צ 4466/94 **זכי נוסייבה ואח' נ' שר האוצר ואח'**, פ"ד מט(4)68.

3 זאת, כמובן בהנחה ש"משפט המלך" חל אף זמן הזה (ראה רמב"ם, הלכות סנהדרין ד, יג: "ראשי גלויות שבבבל - במקום מלך הם עומדים", ודברי הראי"ה קוק, שו"ת **משפט כהן** (ירושלים, תרצ"ז), סימן קמד: "כל שמנהיג הוא את האומה, דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם"), ושהוא יכול להכיל גם פעולות שאינן לצרכי האזרחיים של המלך, אלא ניתן לראות אף בהן פעולות ל"צרכי הציבור", שהמלכות - בכללם היא. על "משפט המלך" ותחולתו על משטר מדינת ישראל, ראה גם: **כתר** א (תשנ"ו), עמ' 344.

4 ראה: צ' בן-ברק, "משפט המלך ומשפט המלוכה", דיסרטציה, ירושלים, תשל"ב; ש' טלמון, "משפט המלך", **ספר בירם** (ירושלים, תשט"ז), 56-45; ש' טלמון, "משפט המלוכה בישראל", **עיונים בספר שמואל**, חלק ב (ירושלים, תשנ"ב) 397.



ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלוך עליכם... ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו. וזרעכם וכרמכם יעשור [=ייטול מהם מעשור] ונתן לסריסיו ועבדיו... וזעקתם ביום ההוא מלפני מלככם אשר בחרתם לכם.

בו.

רבי יהודה אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם⁹

רבי נהוראי אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כנגד תרעומתן

לדעת רבי יוסי הסמכויות הנזכרות בספר שמואל אכן מסורות למלך, והן מסוג "סמכויות הרשות"¹⁰, ואילו לדעת שני החולקים עליו, רבי יהודה ורבי נהוראי, סמכויות אלה לא נמסרו ממש למלך, ונועדו רק ליצור למלך מעמד שיביא ליראתו, או כדי להניא את לב העם מלבקש להם מלך.

אין צריך לומר שיצירת היקש בין סמכויות ה"מלך" המקראי והתלמודי ורשויות המינהל במדינת ישראל בימינו אינה נטולת קשיים¹¹, וכבר נידונה לא מעט בספרות המשפטית והמשפט העברי בת ימינו. הדברים שלהלן, שעניינם "משפט המלך" יהיו איפוא בני משמעות רק מתוך הנחה שלפיה אכן ניתן לראות ב"מלכות ישראל" של ימינו

"משפט המלך" המקראי⁵, כפי שהוא עולה מפשוטם של כתובים, מציג חזות קשה ביותר של פגיעה בזכות הקניין של היחיד. משפט הכתובים אף לא ברור האם המטרה שלשמה מופקעים הנכסים מרשות הפרט היא מטרה ציבורית או שמא המלך יכול לעשות כן אף מתוך שרירות לבו.

אפשר שפגיעה זו עוררה מקצת חכמים, בדורות מאוחרים יותר⁶ לפקפק בשאלת אמיתות התיאור בספר שמואל כמשקף מציאות נורמטיבית, ולראות בה אך אמצעי לחץ ואיום על העם המדגיג את חסרונות המלוכה ומבקש להניא את העם מלהמליך עליהם מלך. וכך נחלקו תנאים בתוספתא במסכת סנהדרין⁷:

רבי יוסי אומר: כל האמור בפרשת מלך⁸ - מלך מות

5 ב"משפט המלך" שבספר דברים (ז', יד-כ), אין כל התייחסות לסמכותו של המלך להפקיע מקרקעין כמו גם לא לסמכויותיו האחרות. יש לציין עוד כי לפי פשוטו של מקרא, אפשר ש"משפט המלך" המתואר בספר שמואל מייצג את משפטי המלוכה של "כל הגויים" שהיו נוהגים בעת ההיא. ראה שמואל א, ח, ה. על הקבלה זו ומידת התאמתה למציאות ההיסטורית נכתב רבות. ראה, לדוגמה, המחקרים הנזכרים בהערה 4 לעיל.

6 בהקשר זה כמובן ייתכן שפרשנות חכמים את הכתובים נובעת מתפיסת עולמם שלהם ביחס למשפט הרצוי ולא דווקא משקפת את משמעם המקורי של הכתובים.

7 תוספתא סנהדרין, פרק ד, הלכה ה, מהדי' צוקרמנדל, עמ' 421. הרב משה שמואל צוקרמנדל (1836-1917), היה תלמידו של הרב שמשון רפאל הירש בניקלשבורג ואחר כך למד בבית המדרש לרבנים ובאוניברסיטה של ברסלאו. שימש ברבנות בכמה קהילות בגרמניה. הוציא לאור את כל התוספתא על פי כתב-יד וינה וארפורט עם חילופי גירסאות (1882). כמו כן חיבר ספר על היחס שבין המשנה, התוספתא והברייתא.

8 לדעת המפרשים "פרשת המלך" הנזכרת כאן היא זו שבספר שמואל ולא זו שבספר דברים (ז', יד-כ).

9 בתוספתא לא נתברר משמעותו של "איום" זה. בתלמוד הבבלי (סנהדרין כ, ע"ב) פירושו כמכוון כלפי יצירת מרחק ("דיסטנס") של כבוד בין המלך לבין נתיניו, והוסיפו: לא נאמרה פרשה זו אלא כדי לאיים עליהם שנאמר (דברים יז, טו): "שום תשים עליך מלך - שתהא אימתו עליך."

10 על האבחנה בין "סמכות רשות" ל"סמכות חובה" במשפט המינהלי, ראה: ב' ברכה, משפט מינהלי, חלק א (ת"א, תשמ"ז), 129-153; י' זמיר, הסמכות המינהלית (ירושלים, תשנ"ו), 221 ואילך. על חלוקה זו והשתקפותה במשפט העברי עמדתי במקום אחר.

11 ראה לעניין זה את הערתו הסרקסטית של הנשיא זמורה בעניין החסינות של הנשיא, בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה, 807: "לא נכריע בבעייה קונסטיטוציונית של מדינת ישראל בשנת 1951 בדבר החסינות של נשיא המדינה על סמך המשנה במסכת סנהדרין "המלך לא דן ולא דנין אותי", ולא על סמך מעשה בעבדו של ינאי המלך המובא בגמרא לאותה משנה..."



ניתן לקשר הלכה זו של "פריצת דרך" עם ההלכה שלפניה ושללאחריה, ולמצמם את תחולתה רק לשעת חירום, עת מלחמה, ולצורך המלחמה.

הראשונים נחלקו בשאלה זו. רש"י¹⁴ נוקט בפרשנות מרחיבה, ומפרש: "לעשות לו דרך - לשדה ולכרמו", היינו: לצרכי המלך ואפילו שלא בשעת מלחמה¹⁵. ביטוי נוסף לדרכו הפרשנית נותן רש"י בפירושו למסכת יבמות¹⁶: "שהמלך פורץ - גדרות של אחרים לעשות לו **דרך קצר** מביתו לפרדסו או לכרמו". היינו: אפילו יש למלך דרך גישה עוקפת לביתו, אלא שמבקש הוא לקצר את מסלול הליכתו על חשבון הפגיעה בקניין הזולת - הרשות בידו.

פרשנות זו זכתה לביקורתו של הרמ"ה - רבי מאיר הלוי אבולעפיה, מחכמי ספרד במחצית הראשונה של המאה היי"ג. בחיבורו "יד רמה" למסכת סנהדרין, הוא כותב:

יש אומרים "פורץ גדרות אחרים לעשות לו דרך לשדה ולכרמו". ולא מילתא היא מדקתני עלה [=אין זה דבר (שראו לאומרו), שהרי שנינו על הלכה זו] "דרך המלך אין לה שיעור", ואי סלקא דעתך דאית ליה רשותא למעבד דרך קבועה [=ואם יעלה על דעתך לומר שיש למלך רשות

בממשלת ישראל על ענפיה השונים, מעין תחליף שווה-ערך לזכויות ולחובות של ה"מלך" המקראי.

ג. היחס בין סמכות ההפקעה הכללית ל"פריצת דרך המלך"

מקור חשוב אחר לענייננו מופיע במשנה במסכת סנהדרין (ב, ד):

ומוציא [המלך] למלחמת הרשות¹² על פי בית דין של שבעים ואחד¹³, **פורץ לעשות לו דרך ואין ממחה בידו**. דרך המלך - אין לו שיעור.

יש כאן הלכה הקובעת כי המלך רשאי ל"פרוץ לו דרך" אף על חשבון הפגיעה בבעלי מקרקעין פרטיים. שאלת היחס בין הלכה זו לבין סמכויותיו הכלליות של המלך כפי שהן מופיעות במקרא אינה פשוטה כלל ועיקר. המשנה אינה מפרטת את המקור שעליו היא נשענת. ניתן לומר כי יש כאן הסתמכות על פרשת המלך שבספר שמואל, ואז לפרש את הסמכות "לעשות דרך" (תוך פגיעה בזכויות קנייניות) על דרך ההרחבה כמתייחסת לכל זמן. מנגד,

12 הלכה זו נשנתה, במנותק מהלכות המלך, אף במשנה הפורטת את סמכויות בית הדין. ראה משנה סנהדרין א, ה: "ואין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד".

13 שאלת ההימלכות בבית דין צריכה פרשנות. יש שראו בה חובת היוועצות, מעין הליך של ביקורת מינהלית על פעולות המלך, שמבלי לקבל את אישור בית הדין הינו מנוע מלצאת למלחמת הרשות. זאת, בניגוד ל"מלחמת מצווה" (כגון: מלחמת כיבוש הארץ בימי יהושע או מלחמת עמלק) בה אין צורך בנטיילת רשות מבית הדין. עדות לנוהג זה מצויה בתלמוד הבבלי (סנהדרין טז, ע"א) המתארת את דוד שנמלך בסנהדרין קודם צאתו למלחמה. לעומת זאת פירש ר' יהונתן מלוניל, בחידושי לסנהדרין כ, ע"ב (מהד' קופרברג, עמ' כז) כי מטרת ההיוועצות בסנהדרין היא "כדי שיתפללו עליו לפני הלחמו עם איביו". כך עולה אף מפירושו רש"י לבבלי ברכות ג, ע"ב.

14 סנהדרין כ, ע"ב, ד"ה לעשות לו דרך. יש לציין כי רש"י עקבי במתן פרשנות מרחיבה לסמכויות ההפקעה של המלך. השווה גם פירושו לשמואל ב, ט, א: "...והמלך יכול לקחת מזה ולתת לזה".

15 אף ראשונים אחרים הלכו בדרכו של רש"י. כך, לדוגמא, רבינו יהונתן הכהן מלוניל (פרובנס, המאה היי"ג) בחידושי למסכת סנהדרין (מהד' קופרברג, ירושלים, תשכ"ט), עמ' כז.

16 רש"י יבמות עו, ע"ב, ד"ה שהמלך פורץ.



ג. **מידת הפגיעה בקניינו של הפרט:** הפגיעה בקניינו של היחיד יכול שתיעשה, כאמור, רק בעת המלחמה, ואף בשעה זו יש לנקוט בה רק כמוצא אחרון, כשאין למלך ברירה אחרת: "אם אין להם מה יאכלו אלא משם". ממילא, מסתבר שאף כשהיא נעשית עליה להיעשות רק במידת הצורך ולא למעלה הימנה. זאת, בניגוד לפרשנות המרחיבה שהובאה לעיל ולפיה יכול המלך לעשות לו דרך חובה ככל שירצה מטעמי נוחות ולא לשם צורך ממשי¹⁸.

ד. **חובת הפיצוי:** הרמב"ם מוסיף כי הגם שההפקעה נעשתה כדין על המלך "ליתן דמיים", היינו לפצות את בעלי הרכוש שהופקע. אף הלכה זו לא נזכרת מפורשות לא במקרא ולא בדברי חז"ל.

חלק מנושאי כליו של הרמב"ם (דוגמת ה"לחם משנה") רצו לגלות רובד נוסף, חמישי במספר, בדבריו. לשיטתם, לדעת הרמב"ם המלך אינו מוסמך להפקיע כלל את גוף המקרקעין אלא רק את ה"פירות" בלבד. עמדה זו קיבלה ביטוי בפירושו של הרד"ק, מפרשני המקרא וחכמי הדקדוק הבולטים בפרובאנס בסוף המאה הי"ב וראשית המאה הי"ג¹⁹:

"ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו... ורבותינו ז"ל פירשו: לא שיקח השדות והכרמים אלא פירותיהם, אם יצטרכו אותם עבדיו כשילכו למלחמה [ו]יפשטו על המקומות, **אם אין להם מה יאכלו שם** - יקחו אותם ונתנו את דמיהן... והראיה: כי לא אמר שיקח השדות והכרמים והזיתים לעצמו, אלא ינתן לעבדיו, כלומר: לאנשי מלחמתו כי כלם עבדיו... לא שיקח גוף השדות והכרמים לעצמו, שאם כן היה לוקח אחאב כרם נבות במשפט המלוכה..."

כאמור, חלק מנושאי הכלים ביקשו לעגן עמדה זו בדברי הרמב"ם, הגם שאינה מפורשת בדבריו. קבלת פרשנות

לעשות דרך קבועה] לשדה ולכרמו, אמאי [=מדוע] "אין לה שיעור?"

מכוח קושיה זו הוא נוטה לצמצם היתר רחב זה, של פריצת דרך "ללא שיעור", רק למלחמות הרשות כפירושו של הרמב"ם שיובא להלן.

ד. גישת הרמב"ם: "תכלית ראויה", "מידה שאינה עולה על הנדרש" וחובת הפיצוי

ניסוח חדש של ההלכה מצוי בדברי הרמב"ם בהלכות מלכים (ד, ו), וממנו עולה בבירור כי יכולת ההפקעה של המלך צומצמה במידה ניכרת:

ולוקח השדות והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה ויפשטו על מקומות אלו **אם אין להם מה יאכלו אלא משם, ונתן דמיהם**, שנאמר ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו, ויש לו מעשר מן הזרעים ומן האילנות ומן הבהמה, שנאמר יזרעיתם וכרמיכם יעשורו וכו'.

הצמצום מתבטא אפוא בארבעה רבדים:

א. **עיתוי השימוש בסמכות:** הרמב"ם מצמצם את יכולת השימוש בסמכות ההפקעה של המלך ל"שעת מלחמה" בלבד¹⁷, הגם שבמקרא עצמו הדברים לא נאמרו מפורשות.

ב. **תכלית ההפקעה:** ההפקעה אינה יכולה להיעשות "סתם כך", בשרירות לב, להרבות כספו ונכסיו של המלך, אלא רק לצורך האכלת חיילי המלך ההולכים למלחמה.

17 בדרכו של הרמב"ם הלך אף רבי מנחם המאירי (פרובנס, המאה ה-14), בחיבורו "בית הבחירה" למסכת סנהדרין (מהד' רלב"ג, ירושלים, תשל"א), עמ' ס.

18 תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בקביעה שלפיה "דרך המלך אין לו שיעור" (ראה להלן).

19 פירוש הרד"ק לשמואל א, ח, יד. נקל לשער שהרד"ק הושפע מחיבורו הנזכר של הרמב"ם, לתפיסת הרמב"ם בעניין זה ראה גם: הרב ג' אריאלי, **תורת המלך** (ירושלים, תשד"ם), עמ' קכקככו.



חלילה לי ה' מעשותי זאת הדם האנשים ההולכים
בנפשותם **ולא אבה לשתותם** אלה עשו שלושת הגיבורים.

חז"ל²³, שלא כפשוטו של מקרא, פירשו שבקשתו של
דוד ל"מים" לא היתה אלא לפתרון שאלה בתורה,
שנמשלה למים: האם במהלך המלחמה מותר למלך
ל"הציל עצמו בממון חברו", היינו: לפגוע בקניינו של אדם
כדי להציל עצמו? ותשובתם היתה: אסור לאדם להציל
עצמו בממון חברו, אבל אתה מלך אתה, ומלך פורץ
לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.

ה. מן הכלל אל הפרט: פרשת נבות היזרעאלי

יישום מעשי של הלכה זו בדבר יכולת ההפקעה של
המלך ניתן למצוא בפרשת נבות היזרעאלי המתוארת
בספר מלכים (מלכים א, כא)²⁴:

ויהי אחר הדברים האלה, כרם היה לנבות היזרעאלי
אשר ביזרעאל אצל היכל אחאב מלך שומרון. וידבר אחאב
אל נבות לאמור: תנה לי את כרמך ויהי לי לגן ירק.

כבר הראשונים, בעלי התוספות²⁵ נתחבטו בשאלה מדוע
נענש אחאב על הפקעת כרמו של נבות, והלוא מלך היה?
לדעתם, לקיחת השדות הותרה רק לצורך עבדי המלך,
ולא לצורך המלך עצמו וממילא פעולת אחאב שביקש
להפקיע את השדה לצרכיו-שלו נעשתה בחוסר סמכות
בהיותה נגועה בשיקולים זרים. לפי הצעת פתרון אחרת,

מעין זו מצמצמת עוד יותר את יכולת ההפקעה של המלך,
ומונעת כליל את הפקעת גוף המקרקעין כשהיא מלווה
בפגיעה בקניינו של היחיד, ואם ב"מלחמת רשות", שיכול
ותהא מוגדרת (למרות היותה מעין "מלחמת ברירה"²⁶)
כ"שעת חירום" כך, בשעת שלום ורגיעה על אחת כמה
וכמה!

לעומת זאת, לכל הדעות, כאשר מדובר ב"מלחמת
מצווה", בה עוסק הרמב"ם בפרק החמישי מהלכות
מלכים, יש הקלה מסויימת בדרישות: בהלכה ב' קובע
הרמב"ם כי במלחמת מצווה אין המלך נזקק לרשות
מוקדמת מבית הדין כדי לצאת למלחמה, ובהלכה ג' הוא
מוסיף:

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 בשווה
ועושה מלחמתו²⁷.

ה"לחם משנה"²⁸, מנושאי כלי הרמב"ם, מעיר כי מקורו
של הרמב"ם המצמצם את היתר פריצת הדרך תוך פגיעה
בקניינו של אדם הוא בסיפור שלושת גיבורי דוד (שמואל
ב, כג, טו-יז):

ויתאווה דוד ויאמר מי ישקני מים מבאר [=בור] בית
לחם אשר בשער. ויבקעו שלושת הגיבורים במחנה
פלישתים וישאבו מים מבאר בית לחם אשר בשער וישאו
ויביאו אל דוד **ולא אבה לשתותם** ויסך אותם לה'. ויאמר:

20 האבחנה בין "מלחמת רשות" ל"מלחמת מצווה" במשפט העברי אינה פשוטה כלל ועיקר ונאמרו בה דברים רבים, אלא שאין כאן מקומו של בירור זה.

21 על האפשרויות השונות להבנת גישת הרמב"ם בהלכה זו ראה: אריאלי, **תורת המלך, לעיל** הערה 19, קמ"ד-קמו.
22 ר' אברהם די בוטון, מחכמי שלוניקי במאה ה-16. ראה: מ' אלון, **המשפט העברי** (מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח) עמ' 1020. [להלן: אלון, המשפט העברי].

23 בבלי בבא קמא, ס, ע"ב.

24 לניתוח סיפור זה ומרכיביו השונים במחקר המקראי, ראה: ב' אופנהיימר, **הנבואה הקדומה בישראל** (ירושלים, תשל"ג), 206-228; צ' בר-ברק, "פרשת נבות היזרעאלי לאור תעודה חדשה ממיסופוטמיה - ראייה חדשה", **דברי הקונגרס העולמי התשיעי למדעי היהדות**, א (תשמ"ה), 15-20; הני"ל, "החרמת קרקעות בישראל ובמזרח הקדום", **שנתון למקרא ולחקר המזרח הקדום** ה' (1982) 101-117, וסקירת הספרות הלועזית שם, הע' 3; מ' א' בורנשטיין, "במקום הרשע שמה המשפט: מקומו של כרם נבות ומקום העונש של בית אחאב", **מגדים** כב (תשנ"ד), 69-77; מ' פרנקל, "המערכת השלטונית ומוחייבותה לקיום החוק והמשפט", **על הפרק** 59-77 (1994), 8; א' סמט, "עיונים בפרשת נבות", **מגדים** י (תש"ן), 55-91; א' רופא, "כרם נבות - מקור הסיפור ומגמתו", **בית מקרא** לג (תשמ"ח), 432-446; הני"ל, "מחקר המשפט המקראי לאור השיטה הפילולוגית-היסטורית", **משפטים** יג (תשמ"ד), 477-496 (ותגובת פרופ' אנגלרד, **משפטים** יד (תשמ"ה), 521-526).

25 תוספות, סנהדרין כ, ע"ב ד"ה מלך מותר.



מקבילה מעניינת, לא-יהודית, לעניין זה מצויה בכתובת ניאו-אשורית המתארת את סרגון השני, שהיה מעוניין ברכישת מקרקעין מסויימים בשעה שכוון את בירתו החדשה דר-שרוכין, והציעה לתושבי המקום לבחור בין שתי חלופות: "כסף ונחושת או שדה תמורת שדה"²⁸.

ז. "כל הארץ - של המלך היא"

כאמור בפתח הדברים, על פי תפישות מסויימות, יכולת ההפקעה - ככל שמדובר במקרקעין - נובעת מן התפישה שכל הארץ מצויה בבעלות המלך, ולמחזיקים בה אין זכות בעלות אלא זכות של מעין-חכירה או מעין "בר רשות" במקרקעין. תפישה זו מובעת בצורה חדה, בדבריו הנודעים של הר"ן²⁹ בשם בעלי התוספות הבאים להסביר את הגיונו של העיקרון שנקבע בתלמוד הבבלי על ידי האמורא שמואל³⁰: דינא דמלכותא דינא³¹.

מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם: "אם לא תעשו מצוותי - אגרש אתכם מן הארץ".

עם זאת, כבר בדורות ראשונים, סוייגה זכות זו למקרקעין בחו"ל ולא לאלה שבארץ ישראל³², לפי ש"ארץ ישראל - כל ישראל שותפין בה"³³. ממילא, אין בה בסיס נוח לעיגון רשות ההפקעה לצרכי ציבור ככל שמדובר במדינת ישראל ובשלטון ישראל.

גם במקום בו הותרה הפקעה היתר צומצם רק לשדה מסוג "שדה מקנה" [=שדה שאדם רכש בכספו] ולא בשדה אחוזה [=העוברת בירושה מאב לבנו]²⁶. לפי הצעה נוספת, היתר הפקעת מקרקעין נאמר דווקא במלך שהומלך על ידי שמים ומלכותו היא על כל ישראל ויהודה ואילו אחאב לא הומלך משמים ומלכותו היתה רק על ישראל ולא על יהודה.

לפי פרשנים אחרים, עיקר חטאו של אחאב לא היה בעצם ההפקעה אלא בפגם שנפל בהליך המשפטי שלא היה הוגן והתנהל שלא כראוי²⁷.

בהתאם לשיטה שהוצעה לעיל בפירוש דברי הרמב"ם, חלק מהפרשנים - דוגמת הרד"ק - סוברים שהיתר הפקעת נכסים מוגבל בכל מקרה ל"פירות השדה", לגידולים שבה בלבד, ולא לגוף המקרקעין, וממילא חטאו של אחאב היה בכך שביקש להפקיע את גוף המקרקעין ולא הסתפק בהפקעת פירותיהם.

ו. דרך הפיצוי

כפי שעולה מסיפור נבות, הפיצוי שניתן לבעל המקרקעין המופקעים היה יכול להיעשות באחת משתי דרכים, העמדת קרקע אחרת לרשותו או פיצוי בכסף: "ואתנה לך תחתיו כרם טוב ממנו. אם טוב בעיניך אתנה לך כסף מחיר זה" (מלכים א, כא, ב).

26 הצעה זו מבוססת על הדגשת הכתוב בפרשת נבות (מלכים א, כא, ג): "חלילה לי מה' מתתי את נחלת אבותי לך". הצעה למהות האבחנה בין "שדה מקנה" לבין "שדה אחוזה" העלה ג' אריאלי, (לעיל הערה 19), קכו.

27 ראה דעת רבינו תם (צרפת, המאה ה-12), כפי שצוטטה בהגהות מיימוניות, הלכות מלכים ד, י, אות ב, ובתוספות הרא"ש לסנהדרין כ, ע"ב (מהד' ליפקין, ירושלים, תש"ל, פב-פג);

28 ראה: בן ברק, נבות לעיל (הערה 24).

29 ר"ן, נדרים כח, ע"א ד"ה במוכס העומד מאליו. ר"ן - רבינו נסים גירונדי, מחכמי ספרד במאה ה-14. כתב חידושים ופירושים לתלמוד, לספר ההלכות של הר"ף, ותשובות רבות בהלכה.

30 נדרים כח, ע"א; גיטין י, ע"ב; בבא קמא קיג, ע"א-ע"ב; בבא בתרא נד, ע"ב-נה, ע"א. האמורא שמואל היה בן הדור הראשון של אמוראי בבל (המאה ה-3 לספירה).

31 "דינא דמלכותא דינא" - דין המלכות, השלטון, הוא דין ועל פיו יש לנהוג. על כלל זה תחולתו וסייגיו, ראה בהרחבה: ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה); מי אלון המשפט העברי, 58 ואילך.

32 לאבחנה זו, קיים שורש במשפט הרומי: לפי המשפט הרומי, קרקע בארצות חוץ ראוה כמוקנית למלכות - QUIRITIUM EX IURE ואילו קרקע רומית היתה עשויה להיות אף בבעלותו של היחיד. ראה ח' כהן (להלן, הערה 37), עמ' 187.

33 ר"ן, נדרים, שם. מעניין לציין כי תפישה זו שלפיה ארץ ישראל שייכת לכלל יהודי באשר הוא, ולא רק למלך או לאנשים פרטיים, היוותה - אמנם, בהקשר אחר - את הבסיס הרעיוני לחקיקת חוק השבות, תשי"ז-1950, הקובע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה". ראה: מי אלון, המשפט העברי, עמ' 1383; ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4)221.



רבות בספרות המשפט העברי³⁶ ולא נאריך בו כאן אלא לצרכנו.

על פי עיקרון זה, יכולה הרשות הציבורית - המייצגת את כלל הציבור - להפקיר את ממונו של היחיד. הד לתחולת העיקרון מצוי כבר בתקופת התנאים, בהלכה הקובעת כי לבית הדין סמכות להפקיר יכול שנעברה בו עבירה³⁷.

במקור ההלכה נחלקו בתלמוד³⁸:

אמר רבי יצחק: מניין שהפקר בית דין היה הפקר? שנאמר (עזרא י, ח): "וכל אשר לא יבא לשלושת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם"³⁹ כל רכושי והוא יבדל מקהל הגולה";

רבי אלעזר אמר מהכא [=מכאן]: "אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות למטות בני ישראל" (יהושע יט, נא), וכי מה ענין ראשים אצל אבות? אלא לומר לך: מה אבות מנחילין [=מורישים] בניהם כל מה שירצו, אף ראשים [=מנהיגי העם] מנחילין את העם כל מה שירצו.

תפישה מעין זו הרואה במלך שליט כל-יכול, הרשאי להפקיע ממונם של אזרחי מדינתו ככל שירצה משתקפת אף בהסברם של גאוני בבל לעיקרון "דינא דמלכותא דינא":

כי כאשר השליט הקדוש ברוך הוא את המלכויות בעולמו, כך השליטן על ממון בני אדם לשלוט בו כרצונם. ואפילו [=של] ישראל, ככתוב (נחמיה ט, לז): "ועל גוינתו משלים ובבהמתנו כרצונם"³⁴.

נקל לשער שגישה מעין זו ראויה, אולי, למשטר מלוכני כפי שהיה נהוג בתקופות קדומות, אך אינה יאה למערכת שלטון מודרנית במישטר דמוקרטי.

ח. הפקעה מכוח העיקרון "הפקר בית דין"

דרך סלולה נוספת שיכולה הרשות המינהלית ללכת בה היא בדרך העיקרון "הפקר בית דין הפקר", היינו: כוחו של בית הדין - וממילא של הרשות הציבורית שמעמדה השווה לזה של בית הדין³⁵ - "להפקיר" את ממונו של היחיד. עיקרון גדול זה בעולמו של המשפט העברי, נדון

34 יש לציין כי הפסוק מנחמיה מתפרש, כך לפחות על פי פשוטו של מקרא, למציאות שבאה **כעונש** על חטאי העם ולא כצורת שלטון אידיאלית. ואכן, בפסוק שלפני כן (פסוק לו) מתוארת מציאות בה בני העם וממונם, הם "עבדים" למלך.

35 השוואה זו נתבססה בידי הרשב"א (רבי שלמה בן אדרת, ספרד, המאה הי"ג), בתשובתו המפורסמת בה כתב כי שלטון הרוב, והרשות הציבורית המייצגת אותו, היא לאנשי הקהילה "כבית דין הגדול או כמלך" - שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימנים תיא, תיז, ועוד; וראה עוד תשובתו של בעל תרומת הדשן, פסקים וכתבים, סימן ריד: "טובי הקהל כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים - במקום בית דין קיימי [=במקום בית דין הם עומדים]" וראה: מ' אלון **המשפט העברי**, 574-569.

36 על עיקרון זה, ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך י (ירושלים, תשכ"ב), עמ' צה"ק; על החלתו כבסיס לדיני המשפט הציבורי במשפט העברי, ראה: מ' אלון, **המשפט העברי**, עמ' 564-565; 421-415; א' גרוסמן, "יחס חכמי אשכנז לשלטון הקהלי", **שנתון המשפט העברי** ב (תשל"ה), 199-175; ח' סולובייצ'יק, **שו"ת כמקור היסטורי** (ירושלים, תשנ"א), 73; ולאחרונה: א' גרוסמן, **חכמי צרפת הראשונים** (ירושלים, תשנ"ה), 57-56.

37 תוספתא שקלים א, ג: "בחמשה עשר בו [ט"ו באדר] שלוחי בית דין יוצאין ומפקירין את הכלאים, שהפקר בית דין הפקר ופטור מן המעשרות". וראה אלון, המשפט העברי, עמ' 421-415; ח' כהן, "הפקר בית דין הפקר: לשיטתם של רבי יצחק ושל רבי אלעזר", **דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות**, חלק א (ירושלים, תשכ"ז), 185-188.

38 בבלי יבמות פט, ע"ב; גיטין לו, ע"ב. בתלמוד הירושלמי (פאה פי"ה הי"א; שקלים פ"א הי"ב), מובאים רק דבריו של רבי יצחק. לענין מהות המחלוקת ראה עוד: ח' כהן (לעיל, הערה 37), שם.

39 משמעותו של מונח זה בהקשרו הנוכחי יכול להתפרש לכמה משמעויות. כפי שהעיר השופט ח' כהן (לעיל, הערה 37), לצד פירושו של בעל "מצודת ציון" שפירש כי הכוונה היא להשמדת הנכס, ניתן לפרש שהנכס "הוחרם" - הוקדש לצרכי הציבור ולחזיון "בדק הבית" של בית המקדש. אם כנים דבריו, הרי שיש מכאן עדות להפקעת נכסים לצרכי ציבור שאף כי ראשיתה באה כסנקציה עונשית, תכליתה מכוונת ל"צרכי ציבור" במשמעות המודרנית של דיני הפקעה.



יתר על כן: לכאורה, הפקעה זו אף אינה מוגבלת מצד מטרותיה: "מה אבות מנחילים בניהם **כל מה שירצו**, אף ראשים מנחילים בניהם **כל מה שירצו**". השוואת מעמד הרשות הציבורית לאדם המוריש נכסיו ליורשיו במשפט הפרטי מעניקה, כביכול, לרשות הציבורית שיקול דעת בלתי מוגבל: כשם שמוריש אינו מוגבל בהורשת נכסיו, אף הרשות הציבורית כן!

אכן, כפי שהעיר כבר השופט חיים כהן⁴³, למסקנה זו אין בסיס: "ראשית, אין אבות מנחילים בניהם כל מה שירצו, שהרי דין הוא⁴⁴ שהאומר 'בני בכורי לא יטול פי שניים, בני פלוני לא יירש עם אחיו' - לא אמר כלום, שהיתנה על מה שכתוב בתורה⁴⁵... ושנית, אין אבות מנחילים אלא מה שיש להם, ואין הם מנחילים מה שיש לזולתם, שלגבי דידם בגדר דבר הוא שעוד לא בא לעולם"⁴⁶.

על בסיס העיקרון האמור, והשוואת מעמד הרשות הציבורית לבית הדין⁴⁷, הורחב העיקרון ואף נוסח מחדש: "הפקר ציבור - הפקר"⁴⁸.

חלק מחכמי המשפט העברי הביאו כמקור להלכה את הפסוק שנזכר בדברי רבי יצחק⁴⁰, וחלקם הביאו את מקורו של רבי אלעזר⁴¹.

כבר העירו חכמים ראשונים על כך שאפשר ולמקור השונה יש השלכה אף על תחולת העיקרון: הפסוק שהביא רבי יצחק מספר עזרא מאפשר החרמת רכוש מבעליו **כסנקציה עונשית**, אבל אין בה כדי להסמיך את הרשות להקנותו לאחר. לעומת זאת, הקשרה של האסמכתא שמביא רבי אלעזר מספר יהושע אינו עונשי דווקא, והיא מאפשרת לא רק את הפקעת הנכס מבעליו **אלא אף את הקנאתו לאחר**, והציבור בכלל זה⁴².

זאת ועוד: הפקעת הנכסים בשיטתו של רבי יצחק נראית כשייכת לתחום "פעולות המגן", היינו: הרשות אינה יכולה ליזום אותה אלא אם בעל הנכס המופקע עובר עבירה. לעומת זאת, לדעת רבי אלעזר המתבסס על חלוקת שטח הארץ בין תושביה יכולה הפקעת המקרקעין להיות יזומה על ידי הרשות הציבורית.

40 כן, לדוגמא, רמב"ם, משנה תורה, הלכות סנהדרין כד, ו; רש"י ראש השנה כב, ע"ב ד"ה מאתים; רש"י סנהדרין ה, ע"א ד"ה שבת; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רו; שו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן א. ועוד. ראה אנציקלופדיה תלמודית שם, עמ' צו, הערה 9.

41 רשב"ם, בבא בתרא קעא, ע"א, ד"ה בשלמא; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תשעה; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רנו; שו"ת הריב"ש, סימן שצט.

42 מכאן אף נובעת מחלוקת הפוסקים האם הכלל של "הפקר בית דין" יכול גם להקנות את הממון המופקע לאחר. ראה ים של שלמה, יבמות, פרק עשירי, סימן יט: "ונראה דהא דרבי אלעזר עדיף, דילפינן מינה [=שלמדים מדבריו] שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט [=ולהעבירו לבעלות] לחבירו", וראה עוד: אנציקלופדיה תלמודית, שם, עמ' צט, והמקורות שנזכרו שם; מ' אלון, **המשפט העברי**, 417.

43 במאמרו הנזכר לעיל (בהערה 37), 186.

44 בבלי, בבא בתרא קכו, ע"ב.

45 לפי דין תורה הבן הבכור נוטל חלק כפול בירושה, וכל שאר אחיו יורשים אף הם את חלקם. דין זה הוא דין שאינו בר התניה (קוגנט), ואף אם היתנו עליו - התנאי בטל מעיקרו, שהרי "היתנה על מה שכתוב בתורה" (לפירוש מונח זה, ראה: מ' אלון, **המשפט העברי**, עמ' 110, 112).

46 לפי המשפט העברי אדם אינו יכול להקנות נכס שטרם נמצא בבעלותו, אף אם בעתיד ירכוש בו בעלות. ראה מ' אלון, **המשפט העברי**, 329-328.

47 ראה הערה 35 לעיל.

48 ראה מ' אלון, **המשפט העברי**, 570, שם, הערה 53.



ט. מטרת ההפקעה ושיעורה

דין בו מכהנים דיינים בשיעור קומתם של גדולי האמוראים⁵². לעומתם, יש המקילים וכותבים שדי בגוף שחבריו בקיאים בהלכה ורוב אנשי העיר קיבלו את סמכותו. מכל מקום, לדעת רוב הדעות אין למסור סמכות זו בידי "סתם הדיוטות", שאינם בקיאים בפרטי הדין ובטעמו⁵³.

על דרך ההקבלה נוכל לומר כי עיקרון זה מקביל לעיקרון שנקבע במשפט המינהלי ולפיו כיוון שמדובר בהפעלת סמכות הפוגעת באחת מזכויות האדם, זכות הקניין, ראוי לה שתיעשה - אם בכלל - רק על ידי הסמכות העליונה, בחקיקה ראשית, ולא בחקיקת משנה; על ידי העומד בראש הרשות ולא על ידי אחד מפקידיו לו הואצלה הסמכות⁵⁴.

אפשר אף שביסוס סמכות ההפקעה של הציבור במשפט העברי - ולמעשה, ביסוס כל דיני המשפט החוקתי והמינהל הציבורי במשפט העברי - על העיקרון של "הפקר בית דין", ועל השוואת הרשות הציבורית ל"בית דין", יש בהם יותר מאשר רק סימן בדרך התפתחותו של הדין. יש כאן רעיון **מהותי**, ולא רק היסטורי⁵⁵. שימור המונח המקורי, "הפקר בית דין", ואי המרתו⁵⁶ במונח התואם יותר את המציאות שלפיה הרשות הציבורית, ולא דווקא בית הדין, עשו בו שימוש, יש בו מעין רמז לכך שאף הרשות הציבורית, בפועלה בתחום המשפט, ובהפעילה את סמכויותיה, צריכה להחיל על עצמה את הנורמות המחמירות החלות על דרך פעולתו של בית הדין: מתן זכות שמיעה לצד העלול להיפגע קודם שיוכרע דינו, מתינות, שיקול דעת, וכל כיוצא באלה.

הקושי הניצב לפתחו של הבא לעשות שימוש בעיקרון "הפקר בית דין הפקר", כבמשפט העברי כולו, הוא שמסגרתם אינה מעוצבת בדרך של כללים ומסגרת נורמטיבית, אלא באמצעות מקרים בודדים (קזואליסטיים)⁴⁹. שומה איפוא על המשפטן לצלול בעומקם של ספרות המקרא וחז"ל, הפסקים והחידושים, ספרי השו"ת וספרי הכללים, על מנת לנסות ולמצות מתוכם ובם את החומר העשיר והמגוון בסוגיה זו, ולהציב קווים בדרך החלת העיקרון "הפקר בית דין" הלכה למעשה.

במסגרת מצומצמת זו לא נוכל, כמובן, להידרש לכלל המקורות, אך נציב מספר תמרורי דרך. הראשון שבהם נוגע לעניין הגוף המוסמך להפקיע את רכושו של היחיד. כאמור לעיל, הכלל מדבר על "הפקר בית דין" (הפקר "ציבורי"), אך אינו מגדיר מיהו אותו "בית דין" או אותו "ציבור".

שאלה זו עלתה לדיון בתלמוד בהקשר לדין ה"פרוזבול"⁵⁰ בו נעשה שימוש נרחב בעיקרון של "הפקר בית דין הפקר". לדעת האמורא שמואל, סמכות הפרוזבול - הכורכת עמה סמכות להפקיע רכוש של יחיד - מסורה רק לבית דין בו מכהנים גדולי חכמי ההלכה⁵¹, מעין "בית המשפט העליון" של ימינו, אבל בית דין "רגיל" אינו מוסמך להפעיל סמכות זו. עד כדי כך שחלק מחכמי המשפט העברי בימי הביניים סברו שבזמן הזה אין עוד יכולת להפעיל את תקנת הפרוזבול מאחר שאין לנו בית

49 לעניין זה, המאפיין את דרך יצירת המשנה ראה: מ' אלון, **המשפט העברי**, 879 ואילך.

50 פרוזבול - תקנה שתיקן הלל ותכליתה עידוד מלווים להלוות כספים לללוים הנזקקים לכסף גם בסמוך לשנת השמיטה. בית הדין מעניק למלווה כתב הרשאה המאפשר לו לגבות את חובו בכל שעה שירצה ודין שמיטת כספים אינו חל על הלוואתו. לעניין זה ראה בהרחבה: מ' אלון, **המשפט העברי**, עמ' 418 ואילך.

51 בבלי גיטין לו, ע"ב; רמב"ם, משנה תורה, הלכות שמיטה ויובל ט, יז: "חכמים גדולים ביותר".

52 ראה אנציקלופדיה תלמודית (לעיל, הערה 36), קה, והערה 113.

53 אנציקלופדיה תלמודית שם, קו, והערות 118-119.

54 ראה הערה 29 לעיל.

55 על דרכי התפתחותו ההיסטורית של המונח במקורות התלמודיים, וזיקתו - במקורו - לבית הדין דווקא, עמד בהרחבה רעי ע' רזיניר במאמרו "הפקר בית דין הפקר" במקורות התלמודיים" (טרם פורסם). תודתי נתונה לו על שאיפשר לי לעיין במאמר קודם פירומו.

56 למיטב ידיעתי הרשב"א הוא היחיד שביקש להמיר את המונח השגור ל"הפקר ציבור - הפקר", אך חידושו זה לא נשתרש ונשתקע מעולם העולם.



י. צמצום הפגיעה בקניינו של היחיד: "וכי הרבים - גזלנים הם?"

ביטוי חריף לזהירות שעל הרשות הציבורית, כנאמן הציבור, לנהוג בפגיעה בזכויותיו הקנייניות של הפרט, מצוי בתלמוד הבבלי (בבא בתרא ק, ע"א), אגב דיון בסוגיית זיקה הנאה של זכות מעבר במקרקעין פרטיים, ו"עשיית דין עצמית" לשם מימוש זיקת ההנאה:

רבי יהודה אומר משום רבי אליעזר: רבים שברו דרך לעצמם [=דרך שדה אחר - רשב"ם] - מה שבירו בירו [=אף על פי שלא נטלו רשות מבעל שדה - רשב"ם].

לרבי אליעזר, **רבים גזלנים ניהו** [=הם]:

אמר רב גידל אמר רב: כגון שאבדה להן דרך באותה שדה⁵⁷.

בבואו לפרש את דברי רב גידל, מסביר הרשב"ם⁵⁸: מכל מקום אורחא אית להו גביה (יש להם "דרך", זכות מעבר, בשדה זו), יפה כוח רבים מכוח יחיד, שהיחיד שאבדה לו דרך בשדה חבירו - לא יברור מעצמו⁵⁹, אלא או בבית דין או ברשותו של בעל השדה, אבל רבים - **כבית דין דמו**⁶⁰, דמאי מינייהו מומין להאי לבי דינא [=מי מהם יזמין את זה, בעל השדה, לבית הדין]?"

בניגוד לפשוטם של דברי דברי רבי אליעזר, הרי שעל פי מסקנת הסוגיה, מדובר כאן על דרך שהוקנתה בה זה

מכבר זיקת הנאה ל"רבים", לציבור, ופעולת ה"רבים" נועדה רק לשמר זכות קניינית זו ולא ליצור אותה. ממילא אין מקרה זה דומה למקרה רגיל של הפקעת מקרקעין המבקש ליצור לראשונה את הזכות הקניינית של הציבור הבאה על חשבון פגיעה בזכויות היחיד.

למרות זאת, דומה שניתן למצות מסוגיה זו עקרונות מנחים לזהירות שיש לנהוג בפגיעה בזכות הקניין של היחיד, ובראש ובראשונה אותו כלל גדול הזועק חמס: "וכי הרבים, גזלנים הם!"

שימוש מושכל בעיקרון זה נעשה בידי שלושה מחכמי מגנצא (מיינץ, גרמניה) במאה ה-12, שנשאלו מהו תוקפה של תקנת קהל הקוצבת סכום מס שעל כל אחד מבני הקהילה לשלם, ללא מתן אפשרות ערעור גם לאותם שאין ידם משגת לשלם את המס⁶¹. חכמי מגנצא פסלו את התקנה, וקבעו שגם העיקרון של "הפקר בית דין הפקר" שנדון לעיל, יהא תקף רק אם "גוזרין דבר על האדם שהוא יכול לקיים, ואם הוא [=נוהג] במרד ובמעל - מפקירים נכסיו⁶²", אבל כאשר הרשות הציבורית מבקשת להפקיע ממון ולחייב אדם לתת ממה שאין לו - אין תוקף לתקנת הקהל, "דאטו [=וכי] רבים - גזלנים ניהו? חלילה!".

גם רבי מנחם המאירי⁶³, בפירושו לסוגיה, מדגיש כי זכות הרבים ל"ברור להם דרך" תוך פגיעה בקניינו של היחיד נובעת רק מן העובדה שרכשו כבר בעבר זיקת הנאה של זכות מעבר באותם מקרקעין:

57 היינו: שזכות המעבר של הרבים במקרקעין הפרטיים היתה קיימת בעבר, אלא שברבות הימים טושטשו עקבותיו של השביל והרבים מבקשים לחדש את זכותם לעבור דרך השדה.

58 רבי שמואל בר מאיר, נכדו של רש"י, מגדולי בעלי התוספות. ראה: א"א אורבך, **בעלי התוספות** (ירושלים, תשמ"ו), עמ' 45-59.

59 איסורו של היחיד ל"עשיית דין עצמית" מושרש היטב במשפט העברי. על היקפו של האיסור, מהותו והחריגים לו, ראה בהרחבה: ש' אטינגר, העושה דין לעצמו במשפט העברי (דיסרטציה, ירושלים, תשמ"ב); הנ"ל, "לביור פסקי הגאונים וראשוני הראשונים בשאלת העושה דין לעצמו", **שנתון המשפט העברי** יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), 41-53. וראה עוד: י' יובל, "תלמידי חכמים עושים דין לעצמם", **דברי הקונגרס העולמי התשיעי למדעי היהדות**, חטיבה ב, כרך א (ירושלים, תשמ"ו), עמ' 113-120; א' שטרזמן, "העושה דין לעצמו", **ספר לובנברג** (ת"א, תשמ"ח), עמ' 94-107; י' דינרי, "עביד איניש דינא לנפשיה", **דיני ישראל** ד (תשל"ג), 91-107.

60 הגם שלא נתפרש כאן מיהם אותם "רבים" ומי מייצגם, דימוי ה"רבים" ל"בית דין" מקביל להשוואת מעמדה של הרשות הציבורית ונבחרי הציבור עם בית הדין, על כל המשממע מכך. ראה לעיל, הערה

61 שאלה זו, שנדפסה בשו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רכב, נדונה בהרחבה אצל מ' אלון, **המשפט העברי**, 617-620.

62 השימוש בעיקרון "הפקר בית דין" נעשה כאן, כפי שנתבאר לעיל, כסנקציה עונשית בעיקרה, ולא כבימוני, כשההפקעה מיועדת לצרכי ציבור בלי קשר הכרחי להתנהגות בעל הנכס המופקע או לעבריינותו.

63 רבי מנחם המאירי, מחכמי פרובנס במאה ה-14, כתב פירושים וחיידושים לתלמוד וספרי הגות. ראה: מ' אלון, **המשפט העברי**, עמ' 927. הדברים מופיעים בפירושו "בית הבחירה" למסכת בבא בתרא, ק, ע"א ד"ה רבים (מהד' א' סופר, ירושלים, תשל"ב) 445.



השיפוטית העברית באיטליה בתקופה זו. כאמור לעיל, הדין היהודי אינו מתייחס באהדה לפגיעה בקניינו של היחיד אפילו כשזו נעשית "לצרכי ציבור". לעומת זאת, הדין הזר, האיטלקי, העניק תוקף חוקי להפקעת מקרקעין המיועדת ל"צרכי ציבור". כיוון שראו פרנסי הקהילה שככה להם, ביקשו להימנע מללכת לבית הדין היהודי והעדיפו שהסכסוך יוכרע בבית הדין הזר. אפשר שבשל חשיבותה, והפולמוס שעוררו מעשייה של הנהגת הקהילה, נזקקו לעניין זה לא פחות מעשרה חכמים (!)⁶⁸. וזה סיפור המעשה⁶⁹:

ראובן ושמעון ובנות יתומות לוי אחיהם ז"ל השותפים משכירים בית הכנסת אחד לק"י [=קהל קדוש ישמרם צורם ויגאלם] זה כמה ימים ושנים. ויהי אחרי ימים רבים נפלו ביניהם דברי ריבות על דבר בניין אחד שהיו רוצים ממנוי בית הכנסת הנ"ל לעשות בתוכו, וקראו האחים הנ"ל לפני בית דין שבעיר, אך לא היטו הממונים את אזנם, ומיאנו לדון בדיני ישראל והלכו בערכאות עכו"ם.

שמה טענו גם כן האחים שירדו [=בני הקהילה] עמהם לדין ישראל, כי כן הוא משפט בני ישראל הכשרים, ובדיקריטי⁷⁰ [=צוים] שניתנו מאת המלכות לק"י בכללם הורשו להעמיד בית דין ישראל בעיר, ולכוף כל בעל דין לירד לפניהם... כל זה טענו התרו והודיעו להם האחים כמה וכמה פעמים, ועל כל אלה ביטלו התמיד⁷¹.

ומכל מקום, כל שלא אבדה להם דרך - אין רשאי לעשות להם דרך שם, ואפילו החזיקו⁶⁴ - אין חזקתם כלום. לא נאמר⁶⁵ "מצר [=גבול, דרך] שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו", אלא שהחזיקו ברשות בעלים... הא כל שהחזיקו דרך גולה - אינו כלום!

יא. תשובת חכמי איטליה: "אין זה מן השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליונות בלא משפט"

ביטוי מופלא לעמדת המשפט העברי בדבר השמירה הקפדנית על קניין היחיד וצמצום הפגיעה בו עד למינימום, אף כאשר הפקעת רכושו נחוצה ל"צרכי ציבור" מצויה בספר תשובותיו של ר' משה ברי מרדכי זכות, מחכמי איטליה במאה הי"ז⁶⁶, שו"ת הרמ"ז⁶⁷. השאלה נסובה אודות בית ששכן בסמיכות מקום לבית הכנסת של הקהילה, והיה בבעלותם של שלושה יתומים. לימים נתעורר הצורך להרחיב את בית הכנסת ופרנסי הקהילה ביקשו להפקיע את הבית מן היתומים בעל כרחם ל"צרכי ציבור". אגב כך גולג בפנינו פרק מרתק הן בסוגיות מרכזיות בדיני המשפט הציבורי במשפט העברי (אופיו של שלטון הרוב, יכולת הרוב ל"עשוק" את המיעוט, משוא פנים וניגוד עניינים של אנשי הרשות הציבורית, חקיקה מאוחרת וחקיקה מוקדמת, ועוד) והן לעניין האוטונומיה

64 היינו: אפילו "עשו דין לעצמם", וביקשו לרכוש חזקה במקרקעין בכוח הזרוע.

65 כלל זה, שלפיו "מצר שהחזיקו בו רבים - אסור לקלקלו", מופיע בתלמוד, בבא בתרא, שם. דברים דומים כתב המאירי בפירושו למסכת בבא קמא, כה, ע"א, ד"ה מתוך (מהד' שלזינגר, ירושלים, תשכ"א) 90.

66 ר' משה זכות (1620-1697) נולד באמסטרדם, למשפחת אנוסים. לימים נדד באירופה, שהה תקופת מה בישיבות פולין, ולבסוף קבע את משכנו באיטליה (ורונה, ונציה), והיה ראש וראשון למקובלי איטליה בדורו. ר' משה זכות (הרמ"ז) כיהן כרב במנטובה (1673) ולחם בשבתאות. פירסם ספרי הלכה, שו"ת, חיבורי קבלה ושירה. בין השאר, חיבר את המחזה המקראי הראשון, "יסוד עולם", וכן שיר דרמטי בשם "תפתה ערוך" שנכתב בהשראת דנטה. על דמותו הססגונית והמגוונת נכתבו עשרות מחקרים. ראה, לדוגמא: א' אפלבוים, ר' משה זכות (לבוב, תרפ"ו); ג' שלום, ציון יגיד (תשי"ט) 47-59; מ' בניהו, ירושלים ה (תשט"ו) 136-186.

67 ספר שאלות ותשובות הרמ"ז, סימן לו. הספר נדפס בונציה בשנת תקכ"א (1761).

68 מחתימת תשובותיהם עולה כי השאלה נשלחה לא יאחור משנת תכ"ז [=1667], המועד בו ענה עליה ר' יחיאל פינצי מפירנצה (סימן לו), והפולמוס נמשך כמה שנים, שכן רוב החכמים האחרים (למעט ר' שלמה אברהם גאליקי (סימן לח), שענה עליה בשנת תכ"ח (1668), שלחו את תשובתם בשנת תל"ב [=1672]. כמנהג התקופה, עשו החכמים המשיבים שימוש בפסוקים מפרשת השבוע בבואם לציין את מועד כתיבתה המדויק של התשובה, אלא שבחרו בפסוקים רבי משמעות כגון "השב תשיבם לאחיד", "לא תחמד בית רעך", "לשפוך עליהם כבוד ה'", ועוד.

69 תודתי נתונה לידידי מר יעקב לאטס על שסייע עמי בפתרון כמה סתומות בטקסט. ראה גם עבודתו על ר' משה זכות, עבודת גמר לתואר מוסמך, ר"ג, תשנ"ג. על הרקע הריאלי של התשובה, ראה חיבורו של ש' סימונסון, "תולדות היהודים בדוכסות מנטובה" (ירושלים, תשכ"ג).

70 דיקריטי⁷⁰ (decreti): צווים מאת השלטון. על איסור ההתדיינות לפני בתי המשפט הנוכריים והאוטונומיה השיפוטית היהודית ראה: מ' אלון, המשפט העברי, 13-17, 41.



שבחומה ההיא ואין עוד קמיי"ן זולתו בבית האחים שתחת בית הכנסת, הגביהו הגג והזיקו ראיית בית הכנסת אחרת שיש להם לאחים למעלה מבית הכנסת הקי"ק [=של הקהילה] בצדה, אף כי סתמו כמעט כל חלון מקום הקודש באופן שאין עוד סוגר אותו ופותח, ועל הכל הסירו קורה אחת גדולה שעליה היה מוצב ומיוסד ארון הקודש [של] בית הכנסת האחים שלמעלה כני"ל, ולעת עתה נטוי הוא ליפול בנזק גדול ורב במאוד מאוד.

לא שקטה אכן רוח האחים והיתומות הני"ל, אך היתרו והיתרו כדין וכהלכה בממונים, עד כי מת המלך ההוא. **אחר כך קם בנו תחתי**, ונתן רשות להאחים שיוכלו לתבוע פעם אחרת מהקי"ק [=קהילת קודש] לדין ישראל על כל מאי דכתיב [=על כל מה שכתוב] ומפורש לעיל. ועתה טוענים הממונים שכל מה שעשו - "דינא דמלכותא דינא"⁷³.

לאחר מכן העלו האחים היתומים טענות נוספות שנגעו לשאלה האם חקיקה מאוחרת חלה רטרואקטיבית ומבטלת מעשה מינהלי שנעשה קודם חקיקתה, ושאלת כשירותו של אדם שנתמנה כבורר בין הצדדים אך לימים הפך נגוע בפסול של חשש משוא פנים. כאמור לעיל, החכמים השונים התייחסו לסוגיות השונות, אלא שאין כאן מקום להאריך בתשובותיהם. נתמקד איפוא בשאלת רשותה של הנהגת הקהל להפקיע את ממון היחיד לטובת צרכי הכלל.

בבית הכנסת הגדולה, וצעקו מרה בוועד טובי העיר, כנראה באר היטב מהעדויות והפרוצסי"י [=processi], הליך משפטי] שבידם, ולא שוה להם ולא סרו הממונים מדרכם. בין זה ובין זה פסקו מעלות הסינאטי"ו [=בית הנבחרים של השלטון באותה מדינה] על ההפרשות [=המחלוקות] הני"ל ודנו לזכות האחים.

ואף-על-פי-כן שוב פעם אחרת חננו קולם הממונים וביקשו מאת המלך שיתן להם כוח ורשות ושלטנות לבנות כפי מה שחשבו לעשות, יען כי **בדיני אומות העולם דין הוא שאיש איש שיש לו בית או שדה הסמוך לבית תפלתם - חייב לתתה לו בדמיה כל זמן ועידן שתצטרך להבניין הבית ההוא**, ואם רוח אחרת עמו [=הוא מסרב], **לוקחים אותה ממנו ביד רמה ובחזקה**. אשר לכן, בהצטרך לבית הכנסת לעת עתה בית האחים והיך ראייתה לבנות ולהרחיב מקומה, דין הוא שתיתן להם ככח נגד רצון האחים.

ולהרדפת [=המרצת] בקשתם יצא כתב מאת המלך והדת ניתנה⁷² שיוכלו לבנות ולהרוס כרצונם, כל עוד שיפרעו להדר מלכותו חמשים כפולות ספרד [=סכום כסף מסויים]. הדבר יצא מפיו, והממונים פרעו הכפולות [=doppie, אחד מסוגי המטבעות] ואחר כך הרסו ובנו כרצונם בכוח השוטרים ובורוע נטויה, וזה נקו: הרסו חומת גבול האחים שהיתה מפרדת בין בתיהם ובתי שכנים הקרובים להם ונתצו קמיי"ן [=camino, תנור?] אחד

71 "ביטלו התמיד": הכוונה היא לתפילה שנמשלה לקרבן התמיד. מנהג זה, של "עיכוב התפילה" בבית הכנסת, היה רווח בימי הביניים, ושימש סנקציה חריפה בידי בעל דין שביקש למחות על עוולה שנעשתה לו. ה"מעכב" היה מפסיק את התפילה ולא מאפשר לציבור להמשיך בה עד שנשמעו קובלנותיו. ראה: א' גרוסמן, "ראשיותיו וייסודותיו של מנהג עיכוב התפילה", **מלאת** א (תשמ"ג), 199-219; מ' ברששוני, "הצעקה לציבור בבית הכנסת בארצות האסלאם בימי הביניים", בתוך: ש' אליצור ואחרים (עורכים), **כנסת עזרא** (ירושלים, תשנ"ד), 327-350.

72 ביטויים אלה ("יצא כתב", "והדת ניתנה", "הדבר יצא מפיו") שאולים ממגילת אסתר.

73 על תחולת עיקרון זה כמאפשר הפקעה לצרכי ציבור ראה לעיל. מובלעת כאן אף שאלת חסינותם של עובדי הציבור מפני אחריות בנייקין. סוגיה זו נדונה הרבה במשפט הישראלי. ראה: ח' אבנור, "אחריות המדינה למעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית והפר חובה שבחוק", **הפרקליט** כ, 233; י' גלעד, "האחריות בנייקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור", **משפט וממשל** ב, 339; ג, 55; י' דותן, "האחריות הנייקית של עובד הציבור המפעיל סמכות של שיקול דעת", **משפטים** טו, 245; ג' קלינג, "החיל בדיני הנייקין", **הפרקליט** לא, 83; א' רובינשטיין, ד' פרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנייקין", **הפרקליט** כא, 61. על עקרונותיה במשפט העברי ראה: נ' רקובר, "אחריות שופטים ואנשי מינהל ברשלנות", **סדנאות במשפט העברי**, קובץ שני (ירושלים, תשמ"ד), עמ' 40-9. אני מקווה להרחיב אי"ה דברים בסוגיה זו במקום אחר. ראה לפי שעה: א' הכהן, **דיני חוקה ומינהל ציבורי במשפט העברי** - קובץ מקורות, בהוצאת מכללת "שערי משפט", תשנ"ז [בדפוס].

הוי אפילו על מנת לשלם⁷⁶... וגדולה מזו כתב הרמב"ם [=הלכות גיילה א, ט] יכל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו, או כל דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו, והכביד עליו ברעים [=שלח אליו מכרים שישלחו למכור] והפציר בו עד שלקחו ממנו, ואף-על-פי שנתן לו דמים רבים - הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר ילא תחמודי וכו'. ולפי זה בנדון דנן נמצינו למדין דלדברי הכל קא עברי מעלת הממונים בלאו דלא תחמודי הואיל ולא נטרצו האחים הנ"ל, וחייבים להחזיר הכל לבעלים.

את הטענה הרווחת בדיני הפקעת מקרקעין שהדעת נותנת כי האינטרס החשוב של הציבור בהפקעת הקרקע לצורך ציבורי יגבר על האינטרס שבשמירת זכות קניינו של היחיד, דוחה ר' יחיאל פינצי בלשון חד משמעית וחריפה:

ואם יאמרו מעלת הממונים הנ"ל דיפה כח הקדש מכוח הדיוט, והלכך יוכלו לכופ להאחים הנ"ל לדבר מצווה כזו לרומם את בית אלקינו⁷⁷, אין זו מן השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליותיו בלא משפט⁷⁸, דאין עבירה [=יכולה להפך להיות] מצוה... וכל שכן שאין לרבים ולהקדש להזיק הקדש אחר ולא להדיוטות בשום הזיק שבעולם... ומצינו למדין בנדון דנן שכל מה שעשו מעלת הממונים בבית הכנסת הנ"ל, הכל הוא כנגד דין תורתנו הקדושה והלכך חייבים להחזיר עטרת בית הכנסת ליושנה ולמתכונתה הראשון...

רבי משה זכות, שתשובתו מופיעה אחרונה בקונטרס (וחלקה אבד ולא הגיע לידנו) מסכים עם התוצאה אליה הגיעו כל תשעת החכמים שקדמו לו, ומוסיף דברי תוכחה

ר' יחיאל פינצי מפירנצה, שהיה ראשון המשיבים, עסק באריכות בשאלות השונות תוך שהוא מדגיש בראש דבריו כי לאור העובדה שמדובר ברשות ציבורית, ביקש להעמידה - עד כמה שניתן - על "חזקת כשרותה", שפועלת היא לשם שמים ולא למטרות זרות: "אשר על כן צידדתי כל הצדדין האפשריים להפך בזכותם לאשר פעלו ועשו נגד האחים הנ"ל, כי היכי דלא ליחזו אינשי רשיעי [=כדי שלא ייראו כאנשים רשעים] חס ושלום". למרות מגמתו זו, הוא מגיע למסקנה שראשי הקהילה פעלו שלא כדין בבקשם להפקיע את קניינם של האחים:

מכל מקום ליכא מאן דסבר [=אין מי שסובר] דיכולין הציבור לגזול את היחיד כבנדון דנן, זאטו [=האם] משום דרבים [הם] - גזלנים ניהו [=הם]: ... ואם כן ליכא מאן דפליג בנדון דנן דחייבים מעלת ממוני בית הכנסת הנ"ל להחזיר הבית על מכונו הראשון לכל הוצאותיהם לקול האות הראשון⁷⁴ [=על פי תביעתם הראשונה] שיתבעום האחים הנ"ל, הואיל ועשו עמהם שלא כדין תורתנו הקדושה.

בהמשך דבריו הוא דוחה את הטענה שלפיה כיוון שהממונים מוכנים לשלם פיצויים תמורת הרכוש שהופקע, אין בכך פגיעה משמעותית ביתומים בעלי הנכס:

ואם יאמרו מעלת הממונים הנ"ל דלאו בכוח גולנות קא אתו [=הם באים], אלא רוצים לשלם כל מה שהם לוקחים משלהם... ועתה הנם מוכנים לפרוע הכל על ידי אנשים בקיאים בשומא, כל זה איננו שווה להם⁷⁵ כל עוד שהאחים הנ"ל אינם מתרצים ומתפייסים בזה דגולנותא

74 ביטוי שאול משמות ד, ח.

75 שאלה מקראית על דרך האמור באסתר ה, יג: "וכל זה איננו שווה ליי".

76 ראה בבא מציעא סא, ע"ב; בבא קמא ס, ע"ב.

77 ביטוי שאול מהמקרא: עזרא ט, ט.

78 ביטוי שאול מקינתרזעקתו של ירמיה כב, יג: "הוי בנה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט".



ההפקעה - הכנת מקום תפילה - גם באמצעים אחרים, על ידי קיומה בבתי כנסת אחרים - אין לפגוע בזכות הקניין של היחיד.

יב. סוף דבר

עקרונות גדולים למדנו מסוגיות אלה בעולמו של המשפט העברי. הרבים - גם כאשר יש בידם עילה מוצדקת להפקעת ממונו של היחיד ולפגיעה בקניינו - אינם יכולים לנהוג בקניינו של היחיד מנהג "גזלנים". עליהם לעשות כל מאמץ למיזעור הפגיעה בזכותו של היחיד, ואף הפיצוי הכספי אינו יכול תמיד לכפר על עוון ההפקעה. זאת ועוד: גם כאשר מדובר ב"צרכי ציבור", אפילו בכאלה המוגדרים כצרכי "בית ה'", אין המטרה מקדשת את כל האמצעים, שהרי "**אין זה מן השם לבנות בית ה' בלא צדק ועליותיו בלא משפט**", ואין לעשות כן תוך פגיעה שאינה הכרחית או מוצדקת בקניינו של היחיד.

גם במקום בו מבקשת הרשות להפקיע מקרקעין לצרכי ציבור, שומה עליה לעשות כן מתוך שיקול דעת מעמיק ובחינת חלופות אחרות שלא תגרורנה בעקביהן פגיעה כה קשה בקניינו של היחיד. רק כשאין כל אפשרות אחרת, ניתן להפקיע אבל גם במקרה זה - רק "במידה שאינה עולה על הנדרש", ותוך פיצוי מלא ואמתי לבעלי המקרקעין המופקעים. מן הראוי שהעקרונות דלעיל שהותו במקורות המשפט העברי ישמשו נר לרגליו, בשעה שאנו מבקשים להחיל את דיני הפקעת המקרקעין ב"מדינה יהודית ודמוקרטית".

משלו כנגד הממונים שביקשו, בשם "טובת הכלל", לקפח את זכות הקניין של היחיד:

פשיטא שכל מה שעשו הממונים הנזכרים נגד האחים הנזכרים, שלא כדן עשו, ואינו אלא עושק וגזל, כדכתיב (מיכה ב, ב): "וחמדו שדות וגזלו, ובתים ונשאו, ועשקו גבר וביתו, ואיש ונחלתו". וכן גם הם עשו בבית של אחרים כאדם העושה בשלו, סתרו והרסו כותל המבדיל בין האחים ובין השכנים... ואף-על-גב דיהבי דמי [=שמשלמים הם דמי פיצויים] - מכל מקום חמסני מקרו [=נקראים חמסנים, גזלנים]⁷⁹.

עד כדי כך החמיר רבי משה זכות על מנהיגי הקהילה שנהגו שלא כדן, שהוא מוסיף ואוסר על בני הקהילה להיכנס לנכס המופקע כל עוד לא ישיבוהו לבעליו. מאלפים הם גם דבריו בסוף התשובה, באשר לשוני הקיים בין דיני ישראל והמשפט הזר בעניין זה:

ואם בנימוסי העכו"ם ובחוקותיהם יש כוח ואל [=יכולת] לבית תפלתם לקחת קרקע שאינו שלו להרחיב גבולו, לא באלה חלק יעקב. צא ולמד מדוד מלך ישראל⁸⁰, שלבנות הבית לה' הוצרך ללכת הוא בעצמו לבקש מאת ארונה היבוסית שימכור לו שדהו כרצונו, דאפילו במתנה לא רצה לקחתו כדי שלא יהיה נראה כאונס⁸¹...

בהמשך התשובה מחיל רבי משה זכות את "עקרון המידתיות" על המקרה הנדון. לדבריו, אילו לא היה בית כנסת אחר בכל העיר - אפשר שההפקעה היתה מותרת בתנאים מסויימים, אך כיוון שניתן להשיג את מטרת

79 בהמשך תשובתו הוא מתמודד עם הטענה שלפיה במשפט העברי קיים כלל שמקרקעין אינם נכס שניתן ל"גזולו", כיוון שאינם נכסים דניידי. ראה שם.

80 היזקות זו למקורות מקראיים אופיינית היא לתחומי המשפט הציבורי, בו לא היו בידי המשיבים הרבה מקורות תלמודיים ובתור תלמודיים, ועמדתי עליה במקום אחר בהרחבה. ראה, לפי שעה, קובץ המקורות הנוכח בהערה 73.

81 יש כאן דוגמא יפה לחובתה של הרשות הציבורית "לצאת ידי הבריות" ולא רק "לצאת ידי שמים", היינו לחובתה שהצדק יראה כלפי חוץ ולא רק ייעשה.