**הלכה ומדינה- יחסה של ההלכה אל המדינה**

הקמתה של מדינת ישראל בשנת 1948 הייתה שינוי דרמטי בתולדות העם היהודי ומהמפכה של ממש בתולדות ההלכה. יהודים, חיו במשך לפחות 2000 השנים האחרונות בגלות, כלומר בד"כ מחוץ לארץ ובכל מקרה גם אותם יהודים שחיו באותה תקופה בארץ, חיו לא תחת ריבונות יהודית. כבר מנפילתה של מדינת החשמונאים בשנת 63 לפנה"ס ועד שנת 1948 לא הייתה ריבונית יהודית בארץ. עם הזמן לאחר מרד בר כוכבא הפכו היהודים בארץ להיות מיעוט ומתקופת הצלבנים כמעט ולא היו בכלל יהודים בישראל. רוב היהודים חיו במדינות אירופה בקהילות יהודיות לא בריבונות יהודית. גם הישוב שנשאר פה וגם אלו שעלו ארצה במהלך השנים לא חיו תחת ריבונות יהודית.

עם הקמת מדינת ישראל חל שינוי, יהודים עולים לארץ וחיים פה תחת ריבונות יהודית. זוהי מציאות חדשה של יהודים בכלל ולנו כעם במישור הפוליטי חברתי והלכתי.

השינוי הנ"ל יצר **אתגרים רבים** ודרמטיים מבחינה הלכתית. מה שמאפיין את המעבר מבחינה הלכתית הוא המעבר מקהילה למדינה. היהודים חיו בתקופת הגלות במסגרות של קהילות וצריכים לעבור למצב של מדינה:

1. **היחס למדינה**- כאשר היהודים חיו בתקופת הגלות, המסגרת המדינה אליה השתייכו הייתה הקהילה ואילו המדינה הייתה גורם זר שלא הזדהו איתו. הקהילה היהודית הוכרה ע"י ההלכה. ליהודים היתה לאורך התקופה אוטונומיה והם ניהלו את החיים שלהם במסגרת הקהילתית מבחינת משפט, חינוך ותרבות- וההלכה הכירה בלגיטימיות של הקהילה- היא ראתה בה כאחת ממוסדות החקיקה (תקנות הקהל). הקהילה לא זהה להלכה- יש נושאים שבהלכה יש להם הסדרים והקהילה קובעת הסדרים שונים מהם. למשל לתלמוד תרבות בדיני מיסים- הקהילות בימי הביניים קבעו דרכים שונות. הסדרים ממוניים- דברים הנוגעים לקניין, השבת אבידה, חוזים- הקהילות בימי הביניים שבראשיהם לעיתים עמדו רבנים תיקנו תקנות וקבעו את חייהם שלא בהכרח בהתאם להלכה, למרות זאת ראתה ההלכה בקהילה כמסגרת לגיטימית הגוברת על הסדרים הלכתיים ובמסגרת לגיטימית לתקן תקנות וקביעת חוקים. כמו כן ההלכה הכירה בכך שהקהילה קובעת הלכות חורגות בכל ענייני הציבור, כך גם בדיני עונשין, סמכות הקהילה להעניש שלא ע"פ ההלכה (בית דין מכין ועונשין שלא מהתורה), סדרי הדין, דיני הראיות וכו'. הקהילה **לא יכלה לגעת בכל הדינים הדתיים** "פר סה"- כמו הלכות שבת וחג וכן דיני משפחה למרות שגם באחרון היו חריגויות. המדינה הייתה גורם זר שבקרבה חיו היהודים- לכשעצמה המדינה לא עניינה את היהודים, ועניינה אותם רק בעניינים שנגעו אליהם. לעיתים אף הייתה עוינות של ממש למדינה. הממשק שבין השלטון והחוק ליהודים היה הדבר היחידי שעניין את היהודים וכאן עקרון **דינא דמלכותא דינא** הוא זה שקבע. באופן עקרוני הוא קובע כי דין המלך מחייב ותקף אך יש גם מצבי ביניים לכך. המשנה אל הכירה בדין הזה ואף קובעת כי מותר לרמות את המוכסים הרומאיים. התלמוד הבבלי לעומתה קובע ע"פ דינא דמלכותא דינא. יש כאן הבדל ביחס של היהודים לשלטון בארץ אל מול בבל- בבל ראו בשלטון כדבר חיובי ולכן קיבלו את דין המלך ואילו בארץ ראו בעוינות אץ השלטון הרומאי ולכן ההלכה שם התירה לרמות את המוכסים. בתלמוד התירו ציות למוכס אם הוא פועל בהתאם לנהלים, אך אם המוכס הוא 'מוכס שאין לו קצבה' או מוכס ללא רישיון (עצמאי) ניתן היה לרמותו. עם הקמת מ"י ישנה מדינה, יהודית לכאורה, המוקמת ע"י יהודים עבור יהודים וכו'- אך היא לא נוהגת ע"י ההלכה בשום מובן שהוא- לא המשטר, תוכן החוקים (למעט דיני משפחה) וכו'. כיצד אפוא יש להתייחס אליה? לפי המודל הקהילתי- וההכרה בלגיטימיות למרות שהיא לא פועלת ע"פ ההלכה- כל עוד אין סתירה לדין תורה, או שמא יש לראות את המדינה כגלגול אחר של המדינה הזרה? אלו הם שני הדגמים העיקריים. ברור לנו שהדגים הישראלי הוא משהו אחר, משום שיש פה מורכבות אחרת- מעמד הרבנים שונה כיום (לרעה), האוכלוסיה שאינה רק יהודית וכו'. לכאורה, נכון להתייחס ע"פ דינא דמלכותא דינא, אך מאידך אין כאן ממש מדינה זרה כי אם מדינה יהודית. ייתכן וניתן להתייחס בדרך שלישית- מלכות ישראל (ההלכה מכירה בסמכות המלך).

**האם המדינה נתפסת כמוסד הלכתי מוכר ומזוהה או מוסד זר?**

אם מנק' מבט הלכתית רוצים להתייחס מדינה כגורם לגיטימי, נרצה לראות במדינת שראל התגלמות של מלכות ישראל יש ליישב שורה שלמה של נושאים שלא ברור שהם מתיישבים- לדוגמא- סוגיית המשטר- האם המדינה הדמוקרטית המודרנית יכולה להישלט ע"י מלך- הצורה הראויה בהלכה, מהי סמכות הכנסת, תוכן החוקים שלא ע"פ ההלכה, סמכות בתיהמ"ש הפוסקים ע"פ ההלכה וכו'.

1. **נושאים שלא היו בטיפול הקהילה**- הקהילה בגולה לא טיפלה בנושאים רחבים מאוד שלא היו בסמכותה וכן לא עניינו אותה כמו ביטחון, ענייני חוץ, צדק חברתי, תעשייה, כלכלה וכו'- נושאים אלו לא טופלו בידי ההלכה לאורך הדורות מפני שאלו לא היו באחריות היהודים. את המלחמות ניהלו המלכים- לא היה צורך לקבוע מהי מלחמה ותרת אסורה צודקת או לא צודקת. יש במאגר ההלכתי מושגי יסוד הקשורים לנושא אך הדברים הללו תיאורתית מיום היווסדם המבוססים על ימי דויד המלך אך המשנה והתלמוד הגיעו זמן רב לאחר מכן וההלכות שנפסקו שם היו תיאורתיות בלבד מפני שלא באמת התעסקו בהם היהודים. משהוקמה המדינה נוצרה הבעיה של **מהי העמדה ההלכתית** בנושאים אלו? כיצד במדינה מודרנית ממשיכים לספק מים וחשמל בשבתות ומועדים. כשהיהודים ישבו בחו"ל זה לא היה עניינם. כאשר המדינה יהודית צריך להתמודד עם העניין הזה- צורכים חשמל ומים כי צריך להמשיך לייצר- זהו אתגר חדש שצריך להתמודד עמו.
2. **היחסים ללא יהודים**- המסגרת הקהילתית הייתה מסגרת יהודית הומוגנית- כולם היו יהודים. הלא יהודי- הוא זר- הוא שייך לסביבה הזרה ובד"כ העוינת. בוודאי שאינו אזרח שווה זכויות בתוך הקהילה- ואז קמה מדינה ריבונית ויש בה אזרחים יהודים ולא יהודים כאשר כולם לכאורה שווי זכויות. כיצד מנק' מבט הלכתית יש להסתכל על העניין הזה? כיצד מכירים בשוויון זכויות מלא בלא יהודים? ההלכה הכירה בלא יהודים- עובדי עבודה זרה, גר תושב וכו' אך הם אינם אזרחים שווי זכויות בקהילה- נוצרת מציאות חדשה הדורשת להכיר בהם כאזרחי שווי זכויות וכן כיצד יש להתייחס אליהם בעמדות מפתח בחברה?
3. **יחס ליהודים עצמם**- הקהילה היהודית באופן מסורתית דיברה על יהודים שומרי מצוות. לורףך התקופה היו גם יהודים שלא שמרו מצוות אך ההלכה לנגד עיניה ראתה את הדאגה ליהודים שומרי מצוות כאשר אלו שלא נחשבו לעבריינים. במדינה החדשה רוב היהודים אינם שומרי מצוות. כיצד על ההלכה להתייחס אליהם במסגרת הסדרים הלכתיים. האם יש להתייחס אליהם כשווים? למשל, סוגיית השמיטה- בשנת השמיטה, שנת שביעית, אסור לעבוד את האדמה ואם עובדים אותה אדמה זו הפקר וכל אחד יכול ליטול ממנה. במציאות של היום חקלאים ממשיכים לעבוד את האדמה בשנה השביעית אחרת לא יוכלו להתפרנס- יש שאלה מנק' הלכתית מה עושים יהודים שומרי מצוות שלא מעוניינים לקנות פרות שנת השמיטה (יש בעיה כי היהודים שחלו בחו"ל לא היו צריכים להתמודד עם מצוות התלויות בארץ קודם לכן)- התשובה הקלאסית ההלכתית היא לקנות מגויים מחו"ל- להם מותר לעבוד בשנת שמיטה- אבל מה עם החקלאים היהודים שמאבדים את פרנסתם? אם לא יקנו מהם בשנה שביעית הם יפשטו את הרגל- בעיה זו של היתר מכירה- הפתרונות שניתנו לה עוד בתחילת המאה ה-20 (ע"י הרב קוק) הם מכירת האדמה לנוכרים- זוהי מכירה פיקטיבית של האדמה לנוכרים וניתן לעבוד אותה בכל שנה ולהמשיך בחיים סדירים. הויכוח הוא את מי מביאים בחשבון במקרה זה- האם עומד לנגד עינינו היהודים שומרי המצוות או הסדרה ממלכתית לאומית של העניין- דאגה גם לחקלאים אינה שומרי מצוות. האם זהו גורם הלכתי שנביא בחשבון ולכן נעדיף את היתר המכירה. הבחירה בין שני ההסדרים משקפת התמודדות עם העניין הממלכתי- מציאת הסדר שיתאים לכלל הציבור ולא רק לציבור שומרי המצוות. לעומת זאת הסדר הבד"צ דואג רק לשומרי המצוות ולכן דואג להסדר ההלכתי המתאים לקהילה- ולא דואג לבעיות המדינה.

כל הסוגיות הללו מהוות מציאות חדשה מבחינה הלכתית של מעבר מקהילה למדינה, מחברת מיעוט לחברת רוב. היחס לנושאים שלא היו צריכים להתמודד איתם עד כה, היחס לאזרחי המדינה, הזרים, היחס ליהודים שאינם שומרי המצוות הם מציאות חדשה לגמרי.

פוסקי ההלכה והציבור הדתי עצמו מגוון מאוד, וברקע העניין ניצבת שאלה חוץ הלכתית והיא שאלת **היחס העקרוני לציונות ולמדינה**- שאלה אידיאולוגית השקפתית. האם הציבור או פוסק ההלכה הוא ציוני או אנטי ציוני- האם הגישה למדינה חיובית ושלילית. פסיקה במידה רבה נפרשת לפי הפרמטרים הללו. בתחילת הדרך היה ויכוח בעד ונגד הציונות. התנועה הציונית החלה להתפתח בתחילתה מאה ה-19- הויכוח לא היה מנק' מבט דתית- היו יהודים שחיו באירופה בתנאים טובים, עוד לא הרגישה את האנטישמיות אבל באופן עקרוני ראו את מקומם ועתידם באירופה. היו אחרים שהאמינו בציונות. היה כמובן גם ויכוח דתי- הסוגיה לובשת אופי מסוים- הציבור הדתי האורתודוכסי עומד בשאלת היחס לציונות- יש כמה **בעיות דתיות** שעל הפרק:

* שאלת ביאת המשיח- התפיסה המסורתית הייתה שלארץ ישראל צריך לחזור ולהקים מדינה רק כשהמשיח יבוא.
* התנועה הציונית בעיקרה הייתה תנועה חילונית והאינטרסים של החילונים שונים מהאינטרסים של הדתיים. שת"פ עם החילונים היווה בעיה והיה מנוגד להשקפתם של רבנים שהתנגדו לתנועה.
* מהי זהות יהודית? הזהות היהודית קשורה בזהות הדתית לפי התפיסה המסורתית- כלומר מה שמייחד את העם היהודי זה אורך החיים הדתי שלו- דבר זה בא לידי ביטוי בצורה ברורה בדרך שבה מצטרפים לעם היהודי- בתהליך הגיור- ללמוד דין תורה ולקבל עול המצוות. אין אחד בלא השני- אדם לא יכול לשמור מצוות בלא שיהיה יהודי ולא יכול להיות יהודי בלי לקבל עליו עול מצוות. הזהות היהודית היא זהות דתית בעיקרו של דבר- ע"פ הגישה המסורתית. התנועה הציונית מחוללת מהפך ואומרת כי הזהות היהודית היא בראש ובראשונה עניין לאומי- התנועה הציונית התוכנית שלה היא להביא את העם היהודי למדינת ישראל ולהקים פה מדינה. הרבנים האורתודוכסיים מתנגדים לתנועה בראש ובראשונה בגלל שהציונות רוצה להפוך את הזהות היהודית הדתית ללאומית חילונית.

כמובן שלא כל הרבנים חושבים כך ויש ויכוח גדול בין הרבנים בסוגיית היחס למדינה. העמדות שמוכנות לקבל את הציונות:

* הרב ריינס- שיתף פעולה ישיר עם הרצל, היה ראש ישיבה ברוסיה והוא מייסד את תנועת המזרחי- תנועת הציונות הדתית- בעיניו הפרויקט הציוני פוליטי ותו לא- 'הציונות אין לה דבר עם הדת'- הציונות אין לה עניין דתי ולא אנטי דתי- היא פוליטית בלבד ומטרתה להביא את העם היהודי למדינתו- היא אינה מנסה להביא את המשיח אלא זהו מפעל לאומי ניטרלי המנסה לקדם את האינטרסים של היהודים מבחינה חברתית כלכלית וכו'. עמדה אחרת בתוך הציונות דתית הייתה של הרב קוק- הוא גם קיבל את העמדה הציונית אך הטענה שלו הייתה שהיא פרויקט דתי- היא חלק מהגאולה, אותם חילונים העומדים בראשה לא ברור להם מה הם עושים- נדמה להם שזהו פרויקט חילוני אך למעשה זהו פרויקט דתי שמטרתו לקדם הגאולה. זו הייתה העמדה הדומיננטית בציונות הדתית.

בעמדה האורתודוכסית הייתה התנגדות- אצל ה**חרדים** גם אפשר לראות זרמים שונים.

* החרדים הלא ציוניים החזיקו בעמדתם אך גם שם השתנה המשקל בין **חרדים שאינם ציונים** לבין **אנטי ציונים**. עמדת האנטי ציונים שהתנגדו בתוקף למדינה- עמדת נטורי קרתא, סאטמר, תולדות אהרון והזרמים המאוד קיצוניים הפכה לעמדת מיעוט מאוד קטנה בעולם החרדי ועמדת הרוב היא עמדה שבסופו של דבר מקבלת את המדינה המתבטאת בהשתתפות בהווי המדינה (ש"ס וכו'). הם דואגים הרבבה לטובתם אך גם למדינה- אין יחס אל המדינה כאל מדינה עוינת שרוצים שתחרב זאת גם אם יש חילוקי דעות באשר לניהול ולשאלות מהותיות כמו גיוס וכו'.

השואה האירופאית למעשה טרפה את כל הקלפים מחדש והיה ברור כי אין ליהודים מקום בגולה.

רוב פוסקי ההלכה שעסקו בסוגיות היחס למדינה הם פוסקי ההלכה שגישתם למדינה יותר חיובית- ציונים או קרובים לזה. הפוסקים החרדים הלא ציונים עמדתם היא שהיחס למדינה הוא באמת כמו היחס למדינה הזרה בתקופת הגולה. כלומר, המדינה הזו אנו מכבדים אותה- 'ישמור הקדוש ברוך הוא את הצר רחוק מאיתנו' (שלום עליכם)- כלומר מקבלים את דינא דמלכותא דינא- כשלטון זר. הם לא עוסקים בשאלות של כלכלה שאלות מלחמה וכו'. הפוסקים החרדים אל יפתרו את הבעיה למדינת ישראל או לחברת חשמל לצורך העניין- לעומתם הפוסקים הממלכתיים התמודדו עם העניין אל רק מנק' מבטו של היהודי שומר המצוות אלא מנק' מבט ממלכתית.

קו הגבול לא בדיוק עובר בחלוקה הזו ליהדות אלא קצת אחרת- זאת משום שיש קבוצה גדולה של רבנים שמשתייכים למגזר החרדי אך מילאו תפקידים ממלכתיים- למשל הרב עובדיה יוסף שהיה הרב הראשי לישראל. בהגדרתו צריך לחשוב מבחינה ממלכתית- אך הוא משתייך למגזר החרדי ספרדי.

בעקבות השינוי, בעצם נוצרו תחומים חדשים בהלכה שההלכה המסורתית לא עסקה בהם. ענפים באו לידי ביטוי בפסיקה של פוסקים חשובים בדור הקמת המדינה ובשנים לאחר מכן וכן בכתיבה מאוד ענפה וכתבי עת.

**משטר המדינה: רצוי אל מול מצוי**

**הבעיה הראשונה שבפניה ניצבו פוסקי ההלכה היא בעיית הכרת ההלכה במשטר מד"י:** האם המשטר הוא רצוי או בדיעבד יכולה להכיר בו ההלכה, או שהוא בלתי לגיטימי מנק' מבט הלכתית. המציאות הזו היא חדשה מבחינת ההלכה- מציאות של מדינה ריבונית על כל מאפייניה חדשה. כלומר, יש לפתח ולבנות מדינה בלי שיש בידינו מסורת הלכתית. ההלכה בד"כ פועלת בתוך מסורת.

ההתייחסות הראשונה, רואה את המשטר כחיצונית להלכה- כמו מע' השלטון הזר. היחס אל השלטון הוא יחס של מע' פנימית, אז בהלכה נישאל על מידת ההכרה שלה בשלטון הזה ועל הלגיטימיות שלו. המודל העיקרי לשלטון בו מכירה **ההלכה הוא שלטון מלוכני.** באופן מסורתי, שליט המדינה הוא המלך. אבל, יש מס' מובנים בהם שלטון המלך עדיף על שלטון הקהילה. מבחינה תאורטית, המדול של מלך הוא המודל שמתאים לשלטון מדינה מבחינת עוצמת והיקף סמכות המלך, שאין לקהילה: לדוג' הוצאה למלחמה. היקף ועוצמת סמכויותיו של המלך- מתאים למדינה. עם זאת יש לזכור כי המודל של מלך מבחינת ההלכה הוא **תיאורטי:** במשך כל השנים הרבות בהן נוצרה ההלכה ופותחו דיני המלך- לא היה מלך באמת! להבדיל, הקהילה ובית הדין הם מוסדות ריאליים.

אם ההנחה, שההלכה והמשפט העברי רואה כצורת השלטון האידאלית והתקפה את המלך ולמלך מוקנות אותן הסמכויות הדרושות לניהול המדינה, האם ההלכה רשאית להכיר בצורת שלטון אחרת?

נעסוק במס' שאלות:

1. האם ההלכה דורשת להקים מלך?
2. האם בדיעבד כאשר מוקם כאן משטר דמוק' ההלכה יכולה להעניק לו את אותן הסמכויות שהעניקה למלך?

האם המלוכה נתפסת במסורת ההלכתית כחובה ולפי זה אולי יש בעיה בשלטון שאיננו מלוכני או לפחות הוא אינו זכאי לאותן סמכויות- או המלוכה נתפסת כרשות ולא כחובה.

המקור *–"כִּי תָבֹא אֶל הָאָרֶץ אֲשֶׁר ה' אֱלֹהֶיךָ נֹתֵן לָךְ וִירִשְׁתָּהּ וְיָשַׁבְתָּה בָּהּ, וְאָמַרְתָּ אָשִׂימָה עָלַי מֶלֶךְ כְּכָל הַגּוֹיִם אֲשֶׁר סְבִיבֹתָי. שׂוֹם תָּשִׂים עָלֶיךָ מֶלֶךְ אֲשֶׁר יִבְחַר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ מִקֶּרֶב אַחֶיךָ תָּשִׂים עָלֶיךָ מֶלֶךְ, לֹא תוּכַל לָתֵת עָלֶיךָ אִישׁ נָכְרִי אֲשֶׁר לֹא אָחִיךָ הוּא"-* דברים יז, יד-טו

הסגנון שבו מתארת התורה את מצוות מינוי המלך ("כי תבוא אל הארץ... ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגויים אשר סביבותי, שום תשים עליך מלך") הוא דו-משמעי, שכן ניתן להבין ממנו שהתורה מטילה חובה על העם להמליך עליו מלך, אך ניתן גם לראות את הפסוקים כמביעים הסתייגות. מהמילים "ואמרת אשימה עלי מלך" משתמע שהמינוי תלוי ברצון הציבור ואינו חובה, ובמילים "ככל הגויים אשר סביבותי" ישנה הסתייגות, כאילו הבקשה למנות מלך היא היסחפות לא ראויה אחרי העמים האחרים. כמו כן, ב[ספר שמואל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%A4%D7%A8_%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%9C) (שמואל א' פרק ח') מתוארת בקשת עם ישראל בימי [שמואל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%9C) למנות להם מלך, בקשה שנתקלה בהתנגדות של הנביא ושל ה'. מסיבות אלו ואחרות מצווה זו שנויה במחלוקת בין המפרשים.

רבים מהמפרשים פירשו זאת כ**רשות**- רמב"ן אומר כי הדברים מהדהדים את מה שיקרה בספר שמואל. חלק מ[הפרשנים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%A0%D7%99_%D7%94%D7%9E%D7%A7%D7%A8%D7%90) הקדומים, כמו [רב סעדיה גאון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A8%D7%91_%D7%A1%D7%A2%D7%93%D7%99%D7%94_%D7%92%D7%90%D7%95%D7%9F) ורבי [אברהם אבן עזרא](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%91%D7%A8%D7%94%D7%9D_%D7%90%D7%91%D7%9F_%D7%A2%D7%96%D7%A8%D7%90) מפרשים שהפסוק "שום תשים עליך מלך" אינו בא להטיל חובה למנות מלך, אלא לומר שהדבר מותר; לעומתם, סוברים רוב הפוסקים‏[[1]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%99_%D7%9E%D7%9C%D7%9A#cite_note-0) שמצווה מן התורה למנות מלך. תפיסה זו מבוססת על ה[ברייתא](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%99%D7%AA%D7%90) המובאת ב[תוספתא](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%95%D7%A1%D7%A4%D7%AA%D7%90) של [מסכת סנהדרין](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A1%D7%9B%D7%AA_%D7%A1%D7%A0%D7%94%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%9F) [[2]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%99_%D7%9E%D7%9C%D7%9A#cite_note-1) וב[תלמוד הבבלי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%AA%D7%9C%D7%9E%D7%95%D7%93_%D7%91%D7%91%D7%9C%D7%99) [[3]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%99_%D7%9E%D7%9C%D7%9A#cite_note-2)שלפיה " היה רבי יהודה אומר: שלש מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק, ולבנות להם בית הבחירה" מבחינת הפש"ט הלשון קרובה יותר היא רשות. אצל חז"ל יש מחלוקת המתבטאת גם בספרי (מקור 2). בעיניהם הדרישה למנות מלך מגונה- היא נובעת מכל הגויים.

תלמוד בבלי סנהדרין כ ע"ב

"וכן היה רבי יהודה אומר: שלש מצות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק, ולבנות להם בית הבחירה. רבי נהוראי אומר: לא נאמרה פרשה זו אלא כנגד תרעומתן, שנאמר ואמרת אשימה עלי מלך וגו'.

תניא, רבי אליעזר אומר: זקנים שבדור - כהוגן שאלו, שנאמר: "תנה לנו מלך לשפטנו" (שמואל א' ח'), אבל עמי הארץ שבהן קלקלו, שנאמר "והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו".

תניא, רבי יוסי אומר: שלש מצות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ: להעמיד להם מלך, ולהכרית זרעו של עמלק, ולבנות להם בית הבחירה, וכו'. (=ספרי דברים סז, תוספתא סנהדרין ד,ה)".

ע"פ רמב"ם הלכות מלכים פרק א

"א] שלש מצות נצטוו ישראל בשעת כניסתן לארץ, למנות להם מלך שנאמר שום תשים עליך מלך, ולהכרית זרעו של עמלק שנאמר תמחה את זכר עמלק, ולבנות בית הבחירה שנאמר לשכנו תדרשו ובאת שמה.

ג] אין מעמידין מלך בתחילה אלא על פי בית דין של שבעים זקנים ועל פי נביא, כיהושע שמינהו משה רבינו ובית דינו, וכשאול ודוד שמינם שמואל הרמתי ובית דינו".

ספרי דברים, פיסקא קנו

"ואמרת אשימה עלי מלך", רבי נהוריי אומר: הרי זה דבר גניי לישראל, שנאמר "כי לא אותך מאסו כי אותי מאסו ממלוך עליהם" (שמואל א, ח ז). אמר רבי יהודה: והלא מצוה מן התורה לשאול להם מלך שנאמר "שום תשים עליך מלך". למה נענשו בימי שמואל? לפי שהקדימו על ידם.

(מדרש תנאים, שם, עמ' 104: "שהקדימו על ידם וששאלו בתרעומת ולא בקשו להן מלך לשם שמים")

לפי שיטה אחת- ר' נהוראי קורא את הפסוקים וטוען כי הבקשה מגונה ולכן המינוי הוא רק רשות- אם רוצים האל מוכן להיענות לדרישה- וע"פ ר' יהודה זוהי בקשה מבורכת ולכן אין זה רשות. פרשנות נוספת אומרת כי הדרישה הייתה מוקדמת מידי- אך בתלמוד הבבלי נאמר כי יש שלוש חובות ציבוריות שחלו עם הכניסה לארץ- למנות להם מלך, להילחם מעמלק ובניית בית הבחירה.

ה[אברבנאל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A6%D7%97%D7%A7_%D7%90%D7%91%D7%A8%D7%91%D7%A0%D7%90%D7%9C)‏ נקט בעמדה ייחודית בשאלה זו- דברים יז.

הנה באמרו כי תבאו אל הארץ אשר ה' אלהיך נותן לך וירשתה וישבת בה ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבותי אין בזה מצוה כלל כי לא צוה הש"י שיאמרו זה וישאלו מלך. אבל הנה הוא הגדת העתיד, יאמר אחרי היותכם בארץ הנבחרת, ואחרי הכבוש והמלחמות כלם ואחרי החלוק וזהו אמרו וירשתה וישבת בה אני ידעתי שתהיו כפויים טובה כשתאמרו מעצמכם אשימה עלי מלך. לא מפני ההכרח להילחם עם העממים ולכבוש את הארץ כי כבר היא נכבשת לפניכם, כי אם להשתוות עם האומות הממליכים עליהם מלכים. ובזה מהסכלות כי היה לכם לשאול מלך בהכנסתכם לארץ ללחום את מלחמותיכם שאז היה הזמן הנאות לצרכו לא אחרי הכבוש והחלוק והישיבה בטח בדד בארץ, וזהו אמרו ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבותי רוצה לומר לא להכרח ולא לצורך כלל כי אם לעשותכם כמעשה הגוים. וזכר שכאשר יקרה זה לא ימליכו המלך ההוא כרצונם כי אם אשר יבחר ה' בו מקרב אחיהם וזהו עצם המצוה ואמתתה, רוצה לומר שום תשים עליך מלך מקרב אחיך לא שיצוה אותם שישאלוהו, כי אם שכאשר ישאלו אותם מרצונם לא יבחרוהו מעצמם כי אם אשר יבחר ה' מקרב אחיהם, ולפי זה יהיה ענין המלך מצות עשה תלויה בדבר הרשות, כאומר כאשר תרצה לעשות כן עם היותו בלתי ראוי, אל תעשה אותו כי אם בזה האופן.

רבי דון יצחק בן יהודה אַבְּרַבַּנְאֵל ([1437](http://he.wikipedia.org/wiki/1437) - [23 בספטמבר](http://he.wikipedia.org/wiki/23_%D7%91%D7%A1%D7%A4%D7%98%D7%9E%D7%91%D7%A8) [1508](http://he.wikipedia.org/wiki/1508)), [מדינאי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%90%D7%99) יהודי, [פילוסוף](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%A1%D7%95%D7%A3), [פרשן מקרא](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A8%D7%A9%D7%A0%D7%99_%D7%94%D7%9E%D7%A7%D7%A8%D7%90) ו[כלכלן](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9B%D7%9C%D7%9B%D7%9C%D7%9F), ממנהיגי היהדות הבולטים בתקופת [גירוש ספרד](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9_%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%93). ידוע ב[פירושו על התורה](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%A4%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9_%D7%90%D7%91%D7%A8%D7%91%D7%A0%D7%90%D7%9C&action=edit&redlink=1) וכן בהיותו שר האוצר בממלכות [קסטיליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9B%D7%AA%D7%A8_%D7%A7%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%94) ו[אראגון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A8%D7%90%D7%92%D7%95%D7%9F) במשך שמונה שנים. דון יצחק אברבנאל נולד ב[ליסבון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9C%D7%99%D7%A1%D7%91%D7%95%D7%9F) שב[פורטוגל](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%98%D7%95%D7%92%D7%9C) לדון יהודה. למד תורה מרבו המובהק, רבי [יוסף בן אברהם חיון](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%99%D7%95%D7%A1%D7%A3_%D7%91%D7%9F_%D7%90%D7%91%D7%A8%D7%94%D7%9D_%D7%97%D7%99%D7%95%D7%9F&action=edit&redlink=1). למד [פילוסופיה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%A1%D7%95%D7%A4%D7%99%D7%94) לפי הספרים שהיו ידועים בימיו. דון יצחק סייע ל[פדיון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%93%D7%99%D7%95%D7%9F_%D7%A9%D7%91%D7%95%D7%99%D7%99%D7%9D) 250 שבויים יהודים אשר נמצאו בעיר ארזילה (Arzila) ב[מרוקו](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A8%D7%95%D7%A7%D7%95) עם כיבושה על ידי ה[פורטוגזים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%A4%D7%A8%D7%99%D7%94_%D7%94%D7%A4%D7%95%D7%A8%D7%98%D7%95%D7%92%D7%96%D7%99%D7%AA) בשנת [1471](http://he.wikipedia.org/wiki/1471). במהלך החיבור של פירושו ל[ספר מלכים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%A4%D7%A8_%D7%9E%D7%9C%D7%9B%D7%99%D7%9D) נקרא על ידי [המלכים הקתוליים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%9E%D7%9C%D7%9B%D7%99%D7%9D_%D7%94%D7%A7%D7%AA%D7%95%D7%9C%D7%99%D7%99%D7%9D) [פרננדו השני מלך אראגון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%A8%D7%A0%D7%A0%D7%93%D7%95_%D7%94%D7%A9%D7%A0%D7%99_%D7%9E%D7%9C%D7%9A_%D7%90%D7%A8%D7%90%D7%92%D7%95%D7%9F) ו[איזבלה הראשונה מלכת קסטיליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%96%D7%91%D7%9C%D7%94_%D7%94%D7%A8%D7%90%D7%A9%D7%95%D7%A0%D7%94_%D7%9E%D7%9C%D7%9B%D7%AA_%D7%A7%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%94)שמינו אותו לתפקיד שר האוצר של הממלכות [קסטיליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9B%D7%AA%D7%A8_%D7%A7%D7%A1%D7%98%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%94) ו[אראגון](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A8%D7%90%D7%92%D7%95%D7%9F). בתפקיד זה שרת שמונה שנים[[2]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A6%D7%97%D7%A7_%D7%90%D7%91%D7%A8%D7%91%D7%A0%D7%90%D7%9C#cite_note-A-1).

בשנת [1492](http://he.wikipedia.org/wiki/1492) ניסה יצחק אברבנאל לפעול למניעת [גירוש ספרד](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%92%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9_%D7%A1%D7%A4%D7%A8%D7%93) אך בסופו של דבר נכשל, והוא גלה יחד עם בני עמו ל[איטליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%98%D7%9C%D7%99%D7%94), והתיישב בעיר [נאפולי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%90%D7%A4%D7%95%D7%9C%D7%99). גם שם מונה לשר האוצר. בשנת [1495](http://he.wikipedia.org/wiki/1495) נאלץ להימלט ל[סיציליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A1%D7%99%D7%A6%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%94) וכל רכושו הוחרם. בהמשך הגיע לאי [קורפו](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A7%D7%95%D7%A8%D7%A4%D7%95) ללא כל רכוש. בשנת [1496](http://he.wikipedia.org/wiki/1496) עבר ל[מונופולי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%95%D7%A4%D7%95%D7%9C%D7%99) [עיירה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A2%D7%99%D7%99%D7%A8%D7%94) ליד [בארי](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%90%D7%A8%D7%99_%28%D7%A2%D7%99%D7%A8%29). כאן סיים בערב פסח [1496](http://he.wikipedia.org/wiki/1496) את כתיבת ספרו "זבח פסח". בשנת 1503 נקרא ל[ונציה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%95%D7%A0%D7%A6%D7%99%D7%94), שם ניסה לפשר בין מנהיגי העיר לבין סוחרי פורטוגל בנושא המסחר ב[בשמים](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%A9%D7%9E%D7%99%D7%9D), שם גם נפטר בגיל 71. הוא הובא למנוחת עולמים ב[פדובה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A4%D7%93%D7%95%D7%91%D7%94). ה[מצבה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A6%D7%91%D7%94) על קברו נהרסה בשנת 1509.

לדעתו מינוי מלך אינו רצוי כלל, שהרי היו ממלכי ישראל, כמו [ירבעם בן נבט](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A8%D7%91%D7%A2%D7%9D_%D7%91%D7%9F_%D7%A0%D7%91%D7%98), שהחטיאו את העם, ולעומת זאת הניסיון של ערי המדינה ב[איטליה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%99%D7%98%D7%9C%D7%99%D7%94), כמו [ונציה](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%95%D7%A0%D7%A6%D7%99%D7%94), מראה שמדינות יכולות להצליח ולשגשג ללא מלך. לדעתו, התורה אינה מצווה על העם למנות מלך, אלא היא חוזה שהם עתידים לבקש להם מלך לאחר כניסתם לארץ - בקשה שהתורה אינה רואה בעין יפה, ולכן היא אומרת שהבקשה תהיה לשים מלך "ככל הגויים אשר סביבותי"; אלא שהתורה מזהירה את העם שבשעה שיבואו למנות מלך הם יהיו חייבים למנות מלך "אשר יבחר ה' אלהיך בו" ולא מלך כרצונם. האברבנאל אף משווה את מצוות מינוי המלך למצוות [אשת יפת תואר](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%90%D7%A9%D7%AA_%D7%99%D7%A4%D7%AA_%D7%AA%D7%95%D7%90%D7%A8)- מצווה שבבסיסה מצב בלתי רצוי הנובע מ[יצר הרע](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%99%D7%A6%D7%A8_%D7%94%D7%A8%D7%A2), אלא שהתורה מצווה כיצד לפעול לאחר שהאדם בחר ללכת בדרך בלתי רצויה.‏[[5]](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%9E%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA_%D7%9E%D7%99%D7%A0%D7%95%D7%99_%D7%9E%D7%9C%D7%9A#cite_note-4) האברבנאל מסתמך על דעת התנא [רבי נהוראי](http://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%A8%D7%91%D7%99_%D7%A0%D7%94%D7%95%D7%A8%D7%90%D7%99&action=edit&redlink=1), שסבר אף הוא שאין מצווה למנות מלך, וכל פרשת מינוי המלך לא נאמרה אלא "כנגד תרעומתן" של ישראל.‏

אברבנאל אומר שלא מתחייב שריכוזיות השלטון- מלך בראש השלטון היא לא דבר טוב והיא מסוכנת. הכח הרב הוא לא יתרון והוא נותן לו כח גדול מידי. העובדה שהמלך שולט אינה יתרון גם כן ועדיפה מועצה שנותנת דין וחשבון על מעשייה. לדעתו משטר רצוי הוא משטר רפובליקני או דמוקרטי. למרות זאת במסורת ההלכתית משקל הרמב"ן יותר גדול אך למרות זאת דבריו השפיעו גם על האחרונים

גם [הנצי"ב מוולוז'ין](http://he.wikipedia.org/wiki/%D7%94%D7%A0%D7%A6%D7%99%22%D7%91_%D7%9E%D7%95%D7%95%D7%9C%D7%95%D7%96%27%D7%99%D7%9F)‏ מביע עמדה מחודשת. לדעתו ישנה מצווה למנות מלך, כפי הדעה הרווחת בתלמוד ובפוסקים, אלא שמצווה זו מותנית ברצון העם, ואינה חלה אלא כאשר העם "בשל" למלך, שכן "יש מדינה שאינה יכולה לסבול דעת מלוכה", "ודבר זה אי אפשר לעשות על פי הכרח מצוות עשה, שהרי בעניין השייך להנהגת הכלל נוגע לסכנת נפשות שדוחה מצות עשה, משום הכי [=ולכן] לא אפשר לצוות למנות מלך כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך".

"ואמרת אשימה עלי מלך". אכן לפי לשון זה היה במשמע שאין זה מצוה במוחלט למנות מלך אלא רשות [...]. והרי ידוע בדברי חז"ל דמצוה למנות מלך, ואם כן למאי כתיב "ואמרת" וכו'? ונראה משום דהנהגת המדינות משתנה אם מתנהג על פי דעת מלוכה או על פי דעת העם ונבחריהם. ויש מדינה שאינה יכול לסבול דעת מלוכה, ויש מדינה שבלא מלך הרי היא כספינה בלא קברניט. ודבר זה אי אפשר לעשות על פי הכרח מצות עשה. שהרי בעניין השייך להנהגת הכלל נוגע לסכנת נפשות שדוחה מצת עשה. משום הכי (משום כך) לא אפשר לצוות בהחלט למנות מלך כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך על פי שרואים מדינות אשר סביבותיהם מתנהגים בסדר יותר נכון, או אז מצוה לסנהדרין למנות מלך.

הנצי"ב רואה לנגד עיניו את צרפת של אירופה לאחר המהפכה הצרפתית בה הרגו את לואי ה14- היא רפובליקה. ומנגד יש מדינות שחייבות מלך (אנגליה). ההכרעה מהי צורת המשטר הראויה אי אפשר שתיעשה ע"פ כח של מצווה. לא ההלכה יכולה לקבוע את זה- שהרי עניין השייך להנהגת הכלל- נוגע לסכנת נפשות- הדוחה מצוות עשה. פוליטיקה- נושאים פוליטיים הם נושאים הנוגעים לסכנת נפשות- הטיעונים של כל צד הם טיעונים של סכנת נפשות, ואם הטיעון העומד על הפרק הוא סכנת נפשות הוא דוחה מצוות עשה. גם אם באופן תיאורטי יש מצווה למנות מלך- ובמידה ויש אנשים שמאמינים כי מינוי מלך יביא ליותר שפיכת דמים- כלומר סכנת נפשות, אז ברור אם כך שמצוות מינוי המלך תידחה. לכן לא ייתכן שהמצווה היא זו שתכריע בעניינים ציבוריים הנוגעים להנהגת הכלל. מצוות מלך לא ניתן להחילה בלא רצון העם.

נובעת מכך שאלה האם הסמכויות המלכותיות שניתנות למלך בהלכה הן סמכויות הניתנות למלך בלבד או לכל שלטון אחר- אם תופסים את שלטון המלך כחובה המשמעות המתפרשת מכך שלשלטון אחר איןאת אותו כח. לעומת זאת אם מקבלים את הקביעה כי שלטון המלך אינו חובה- סמכויות המלך צריכות להינתן לכל שלטון- גם זה הדמוקרטי.

אופן המינוי של מלך הוא גם מאוד מיוחד לעיתים נראה בעייתי בתקופות מסויימות- למשל הרמב"ן קובע כי מינוי מלך נעשה ע"י הסנהדרין ונביא- אלו תנאים שמתאימים רק לימי בית ראשון- מה קורה כשאין נביא וכשאין סנהדרין? מה קורה כשאין אפשרות למנות מלך לפי התנאים הללו? האם בהיעדר התנאים ניתן להחיל שלטון חלופי?

דוגמא- האם המלכים החשמונאים יש להם דין מלך ע"פ ההלכה? אין לנו תיעוד ההלכה מתקופת החשמונאים, האם המלחמות שהוציאו היו לגיטימיות?

כלומר עד כה דנו בהאם מינוי מלך הוא מצווה, האם ניתן למנות מלך בהיעדר התנאים ההלכתיים- סנהדרין ונביא והאם שלטון שאינו מלוכני יזכה לאותן סמכויות כמו אלו של המלך?

ההתמודדות הראשונה במאה ה-20 הייתה של הרב קוק בסוגיית סמכות השלטון. הדיון כאן הוא תיאורטי עם עמיתיו והוא טרם מתייחס באופן ממשי להקמת המדינה הציונית.

הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שו"ת משפט כהן, קמד-

"ומה שכתב כבוד תורתו, דאם מלחמות ממשפט המלוכה הן, איך נלחמו החשמונאים כנגד חיילות סוריא בלא מלך. הנה על המלחמה היסודית של החשמונאים, שהיתה ביחוד נגד השמד ושעת הגזירה של היונים, להשכיחם תורתך ולהעבירם מחוקי רצונך, על זה אין מה לשאול כלל, שהרי גם על מצוה קלה יהרג ואל יעבור, ואיך לא תהיה רשות וגם חובה להתחזק במלחמה, כדי לבטל את כוח השמד ולהעמיד את כללות הדת על תילה. ועל המלחמות הבאות אח"כ, שגם המלכים הכשרים שבהם נלחמו, אז הלא כבר היו מלכים מועמדים ע"פ הסכמת האומה. אמנם יש לדייק מלשון הרמב"ם [...] שדוקא על פי נביא הוא דהוי מלך, ולא על פי הסכמת האומה בלא נביא [...]. וצריך לומר דבזמן שיש נביא בישראל אין מלך עומד בלא נביא, אבל כשאין נביא אז מעמידין ע"פ ב"ד הגדול. [...] חוץ מזה נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל".

כלומר טוען הרב קוק שמלכות החשמונאים הייתה לגיטימית לשם ביטול כח השמד- לשם הצלת היהדות. על הלגיטימיות של המלכים החשמונאים שבאו לאחר מכן הייתה מבוססת על הסכמת העם. כלומר על אף דבריו של הרמב"ם- יש לדייק ולומר כי יש צורך בנביא רק כאשר יש כזה אך כשאין נביא מספיק בית הדין הגדול וכשאין גם זה מספיקה הסכמת האומה. על-פיו בזמן שאין מלך, סמכויות המלך הן בעצם לא נתונות בלעדית למלך, מצוות המלך באשר תהא, הן נתונות לכל מי שמחזיק בתפקיד שלטוני- שופט או כל צורת שלטון אחרת שהעם מסכים עליה- זאת מכיוון שהסמכויות השלטוניות הן מכשיר לבצע את הנהגת הכלל- הנהגת המדינה והאומה. אי אפשר לחשוב על קיום קולקטיבי ללא סמכויות שלטוניות ולכן אינן נתונות בלעדית למלך אלא לכל צורת שלטון אחרת. בנוסף, המינוי של מלך, או כל שלטון, נתון להסכמת הכלל. משתמע מכך שאם יש נביא או סנהדרין הם אלו שצריך ובהיעדרם נזקקים רק להסכמת האומה.

הקו של הרב קוק הופך להיות קו מאוד מרכזי אצל פוסקים מסוג זה.

הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן ז- מהפוסקים החשובים שהתייחסו לסוגיית הלכה ומדינה. שייך לזרם הציוני דתי- והוא אחרי קום המדינה מפרסם סדרת מאמרים שיכונסו בהמשך לספר בשם –עמוד הימיני.

"נראה לפי עניות דעתי, שכל דינו של הרמב"ם לעניין מלך לא נאמר אלא כשנתמנה שלא מדעת העם ושלא על ידי בחירה מידם, ובזה הוא שצריך נביא וסנהדרין של שבעים ואחד, ובלא זה לא חל המינוי. כי כיון שהיא שררה על הציבור לא יתכן שיוכל מי להרכיבו עליהם אם לא בהסכמת הנבואה ובית דין הגדול... אבל כל שהעם עצמו מסכים למנותו על ידי בחירות או באיזו צורה אחרת בזה אין צורך לשום נביא וסנהדרין אלא ודאי חל המינוי ויש לו תוקף ודין של מלך, כי כיון שהעם מסכים לשררה זו מה לנו עוד. [...] היוצא מדברינו, מכיון שהוכחנו לעיל בע"ה שכח המלך ניתן בהעדר המלך גם לשופט שהוא משמש כממלא מקום של תפקידי המלך, ולזה אין צריך שיהא דוקא גדול הדור וראש הסנהדרין, אם כי הדבר רצוי שיהיה גדול אחיו. ולאחר שנתברר שמינוי המלך והשופט שוים הם לעניין הרשות הממנה אותם. וזה יכול להיות בשני אופנים, באופן מינוי מלמעלה על ידי נביא וסנהדרין. ובדרך בחירה על ידי העם ואז אין צריך לא לנביא ולא לסנהדרין. מעתה יוצא שכל המינויים הממלכתיים שיעשו בישראל בדרך של בחירות שבהם יכריע רוב העם יהא להם תוקף וסמכות".

הוא מתייחס לדבריו של הרב קוק- 'נראים הדברים...', וטוען כי יש לבדוק את סברה זו. לפיו כשהמלך לא נמצא סמכויות המלך ניתנות לסנהדרין או לשופט, על-פיו אדם צריך להתמנות לתפקיד שלטוני- כלומר מבחינה פרוצדוראלית חייב שיהיה מינוי. בתקופה שין בה נביא ואין סנהדרין- אין הכרח לבחור על פיהן, כלומר הסכמת הציבור היא מכוננת המינוי בהיעדר מוסדות אלו.

הרב ישראלי טוען כי מלך צריך פרוצדורה מסויימת משום שמדובר על הענקת סמכויות שלטוניות- אנו לא רוצים שאדם ישתלט על הציבור וייקח בכח את הציבור- המוסדות האלו הדרושים- הסנהדרין והנביא הם למעשה מהווים את רצון העם- הדרך הלגיטימית ביותר להעניק סמכות שלטונית היא הסכמת העם- כדי להעניק עליך סמכות למישהו הסכמה היא הטובה ביותר. אם לא שואלים את הציבור אז צריך לעשות זאת באמצעות פרוצדורה מוסדית- נביא או סנהדרין. מכאן כי כל המינויים הממלכתיים שיעשו בדרך של בחירות תהא להם תוקף וסמכות. כשם שניתן למנות איש אחד ניתן כך למנות גם מועצת שתהיה לה סמכויות.

הרב ולנברג- מצטט בדבריו תשובה של החתם סופר (מאה 18-19 בבולגריה) הטוען כי ברור שכשיש חברה אנושים היא צריכה סמכויות שלטוניות כי כשאין שלטון יש אנרכיה, אין אין מלך או אין אופציה למנות מלך אין זה אומר שלא צריך להיות אדם עם סמכויות שלטוניות ועדיין צריך להיות מישהו שינתנו לו סמכויות אלו מפני שיש צורך בחברה במישהו שינהיג את העם ויקבע בנושאים פוליטיים. ועל כן ע"פ דבריו מסקנתו של הרב קוק היא ברורה ואינה חידוש.

אחת מהטענות שעולה מדברי הרמב"ן היא שמלך ישראל לגיטימי הוא מלך ההולך בדרכי התורה- טענת נגד היא שתנאי זה לא שלל את סמכות השלטון. ייתכן כי חלק מסמכויותיו מותנות בזה אך סמכויות השלטון הבסיסיות אינן נוגעות לכך.

שבוע הבא- מודל הקהילה. לקרוא מאמר של שפירא.

**דגם הקהילה**

דגם הקהילה היה דגם ריאלי לאורך כל ההיסטוריה של העם היהודי (תקופת התלמוד, ימי הביניים). העם היהודי היה מאורגן במסגרות קהילתיות, והפיתוח הרחב ביותר של המוסד הזה מופיע בהלכה. מה שמעניין עוד, הוא שהמשטר של הקהילה התפתח כמשטר מעין-דמוקרטי. יש בו כמה מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי שבו אנו מחזיקים: (1) ההכרה של הסמכות של השלטון נתונה בקהילה (לא באה מלמעלה – ע"י האל או נביא או שושלת); (2) ההכרה בעקרון הכרעת הרוב.

 **ההכרה של ההלכה בסמכותה של הקהילה**

תוספתא, בבא מציעא יא, כג:

"רשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המידות ועל שכר פועלים – רשאין לעשות קיצתן". דגם הקהילה מזכיר את דגם הפוליס של היוונים. לעיר יש הנהגה, וההלכה מכירה בסמכות של בני העיר 'להתנות' – המילה 'תנאי' בספרות ההלכתית היא 'חקיקה'. הכוונה היא שבני העיר רשאים לחוקק בתחומים של שערים (=מחירים), מידות ושכר פועלים. 'רשאין לעשות קיצתן' – הכוונה לסמכות לאכוף את החלטותיהם.

"כל מי שיראה אצל פלוני יהא נותן כך וכך וכל מי שיראה אצל מלכות יהא נותן כך וכך" – בני העיר מגבילים את סמכותם לנהל משא ומתן עם גורם זר. זה עניין פוליטי. בני העיר רוצים לייחד את סמכות המו"מ לנציגות המוסמכת של העיר.

"כל מי שתרעה פרתו בין הכרמים יהא נותן כך וכך" – דיני הנזיקין קובעים פיצוי בדיעבד, אם בעל-חיים הזיק את חברה. כאן יש סמכות של בני העיר לקבוע **מראש** איסור כדי למנוע נזקים.

הכרה כזו יכולה לבוא לידי חיקוק עם סמכות החכמים. מה קורה כאשר יש התנגשות? הרי גם ההלכה לא עוסקת רק בתחום הדתי. ברגע שמכירים בסמכות החקיקה של בני העיר מיד יכולה להתעורר השאלה מה **היחס בין סמכות החקיקה של בני העיר לסמכות החקיקה של חכמים**. הלכה זו לא נותנת על כך תשובה מפורשת. ניתן לראות שהדוגמאות בהלכה הזו היא דוגמאות שבהן אין להלכה עמדה. כלומר, ההלכה מכירה בסמכות בני העיר בשכר הפועלים, המידות, וכו'. רק בימי הביניים נקבע שבדיני ממונות סמכות החקיקה של הקהילה יכולה לגבור על דין תורה.

תשובת רבנו גרשום מאור הגולה (שו"ת רבנו גרשום סו):

מדובר על מקרה שספינה של סוחרים יהודים טבעה בנהר הריין. התקבלה החלטה שכל מי שמוצא אבידה צריך להחזיר לבעלים. באותו מקרה פנו גם לשליטים של הגויים וגם הם קבעו שמי שמוצא את האבידה צריך להחזיר לבעלים. אלא מה, שיהודי אחר – שהיה כנראה חמדן לא קטן – החליט שהוא לא רוצה לסמוך על העניין הזה והחזיק את הזהב לעצמו. כשתבעו ממנו להחזיר את האבידה, אמר שהדין התלמודי בעניין אבידה הוא 'אבידה ששטפה בנהר- מותרת'; אם אדם מוצא אבידה בנהר או בים היא שלו, אפילו שיש בה סימנים. ההנחה היא שהבעלים התייאשו. כאן יש התנגשות בין החלטה של הקהילה לבין הדין התלמודי. השאלה הזו הופנתה לרבנו גרשום מאור הגולה.

תשובתו כך: "כיוון שגזרו הקהל שהיו שם על כל מי שיבוא לידו כלום (משהו) מכל מה שנאבד באותה אבדה שיחזיר לבעלים צריך שמעון זה להחזיר אותו היותר לראובן אע"פ שהתורה זכתה לו, **שהפקר ב"ד הפקר**. [...] שאפילו [קל שבקלין] ונתמנה פרנס על הצבור הרי הוא כאביר שבאבירים. הלכך מה שעשו הקהילות גזירתם גזירה".

החלטת הקהילה גוברת על דין תורה. יש מקורות אחרים שמנמקים זאת בעיקרון אחר. אם כן, היסוד המרכזי הוא שההלכה הכירה בסמכות הקהילה **כולל בסמכות החקיקה** והכירה בסמכות החקיקה אפילו באופן שיכול לגבור על דין תורה.

שאלה אחרת שעולה מן ההלכה הזו, היא **כיצד בני העיר מקבלים את החלטתם**: מהי הפרוצדורה של קבלת ההחלטות, מי עומד מאחורי הביטוי 'בני העיר'.

עיקרון הרוב מופעל רק בהקשר של בית הדין. עיקרון זה לא מופיע בהקשר של חיי הציבור. עיקרון הרוב מופיע כעקרון הכרעה בתוך בית הדין:

מדרש הגדול, משפטים, כג, ב: נאמר 'אחרי רבים להטת' – סנהדרין שנחלקו בכל הדינין כולן, בין בטומאות וטהרות, בין בדיני ממונות, בין באיסורין, הולכין אחר הרוב.

אם נסתכל בתשובות בתקופת הגאונים, נראה שהגורם שמקבל החלטה הוא לא הרוב אלא הוא **ההנהגה המסורתית**.

תשובת רב חנניה גאון (בבל המאה הי'; אוצר הגאונים לכתובות טז ע"ב): אבדו שטרי הכתובה של העיר בעקבות בזיזת העיר. הפיתרון המוצע ע"י רב חנניה גאון הוא לקבוע תקנה עם שלוש רמות של כתובה, לפי רמת עושרו של האדם. **חקיקה במקום חוזה**. המחוקקים אלה 'זקני המדינה'. ברור כי זו לא החלטת רוב. רב חנניה גאון מפרש שהדרך לקבל החלטות היא ע"י אסיפת הזקנים, ההנהגה המסורתית. אין הוא מזכיר את הציבור כלל. הוא מפרש את ההחלטה הזו כהחלטה אליטיסטית, אריסטוקרטית, לא דמוקרטית. כנראה שזה היה המצב בבבל בימי הביניים המוקדמים (המאה ה-10).

באיזשהו שלב, חדר עיקרון הכרעת הרוב והעיקרון שהסמכות לא נתונה באופן בלעדי להנהגה אלא תלויה בציבור.

שו"ת הרי"ף, סימן יג (צפון אפריקה-ספרד, המאה הי"א): "עיקר המנהג שעושין על פיו והוא **שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל** ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה זהו המנהג". הוא מדבר על כך שתקנה צריכה לבוא ע"י הסכמה של רוב הציבור. לא ברור כאן אם יש פה 'פה אחד', ויותר מזה, לא ברור בכלל מה כוונתו ב"רוב". יכול להיות שמדובר היה על משהו מייצג של שאר הציבור.

ספר כלבו, סימן קמב (צרפת, מאה יא): "כשהקהל מסכימים יחד לעשות סייג וגדר לתורה אין היחיד יכול להוציא עצמו מן הכלל לבטל דברי המרובים לומר לא הסכמתי בהסמכה זו" – פותח בכך שברור שיש לקהל להתקין תקנות.

השאלה היא האם לבני העיר יש סמכות ציבורית. אם אנחנו תופסים את ההתארגנות של הקהילה במונחים של משפט פרטי, דהיינו, כשותפות, העיקרון בנוי על **הסכמה**. אם שותף אומר שאינו מסכים להחלטה מסוימת, היא לא חלה עליו. לא ניתן להחיל חיוב על אדם במשפט הפרטי בלא שהוא מקבל על עצמו את החיוב. לעומת זאת, משפט ציבורי מתאפיין בגורם שיש לו סמכות בלי הסכמה של הכלל. **עיקרון הרוב הוא** **תפיסה של הקהילה במסגרת** **המשפט הציבורי**, שהרוב יכול לכפות על המיעוט החלטה.

כאן, השאלה שעומדת על הפרק היא, האם הרוב יכול לכפות את החלטתו על המיעוט. ראינו קודם שהשתמשו בסמכות בני העיר כשההנהגה מחליטה. כעת, מדובר על החלטת בני העיר. מכירים ב**סמכות השלטונית** של הציבור ובתפיסת **עיקרון הרוב**. לראשונה יש את העיקרון, שהרוב רשאי לקבל החלטות.

אמנם, עדיין את אימוץ מלא של עיקרון הרוב. השאלה השנייה שהועלתה היא, **כיצד סופרים את הרוב**: האם ניתן להניח שהנהגת הקהילה משקפת את הרוב או שמא צריך לעשות הצבעה ממשית ולשאול את כל בני הקהילה. ההבדל בין הגישות ברור: לפי הגישה הראשונה, מקבלים הכרעה אריסטוקרטית; לפי הגישה השנייה, יש צורך בהכרעה קונקרטית. התשובה הניתנת מאמצת את הגישה הראשונה: "דין הוא שהקטנים נשמעין לגדולים לכל אשר יגזרו עליהם... אפילו הם צועקים אין צעקתם כלום שהרי גדוליהם רבו עליהם...ואע"פ שהקטנים רבו על הגדולים דין הוא לשמוע לזקניהם ולגדוליהם". לרוב יש סמכות להתקין תקנות גם בעניינים דתיים וגם בעניינים אזרחיים. אך ה"רוב" הוא בעצם הנציגים של הציבור, ולא הסכמה רחבה של הציבור.

תשובה זו שונה מהתשובה של רב חנניה גאון, שכלל לא מסתכל על הרוב והציבור. שתי התשובות האחרונות מבטאות את התפיסה שהלגיטימציה מצויה בהסכמת הרוב. אך באופן מעשי, לא סופרים באמת כל אחד אלא רק את ההנהגה. בהרבה מאוד תשובות בימי הביניים, יש שימוש בביטויים 'גדולים', 'חשובים', 'מהוגנים', שמדברים על השכבה הגבוהה. המילה 'רוב' לא צריכה להטעות: מדובר באריסטוקרטיה.

שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (גרמניה מ' י"ג): בני העיר שעושים תקנת הקהל ותקנת העניים ושאר תקנות, **ורוב מן המהוגנים** מתרצים בדבר אין האחרים רשאים לבטל התקנה ולומר לבא לבית דין כי אין להושיב בית דין על כך, כי הכל לפי ראות טובי העיר, כמנהג הקדמונים, אי נמי צורך שעה.

אל המהר"ם נשלחה שאלה, מה לעשות כאשר יש ויכוח בקהילה בעניין של ניהול הקהילה ואין הסכמה. כל משלם מס רשאי להשתתף בישיבה ולקבוע. המהר"ם קובע עיקרון חדש והוא **עיקרון הרוב**. ישנו שינוי בסוף המאה ה-13, שאומר כי צריך ליישם את עיקרון הרוב: צריך לשאול את כל בני הקהילה שמשלמים מס לאסיפה שבה בוחרים את ראשי הקהילה.

שו"ת הרא"ש, ו ה (רבנו אשר, גרמניה- ספרד, מאות י"ג-י"ד): דע כי על כל עסק של רבים אמרה תורה: 'אחרי רבים להטות'. ועל כל עניין 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 כוח ביחידים לבטל הסכמתם.

'עסק של רבים' – כל עניין ציבורי. בתקופת התלמוד, 'אחרי רבים להטות' התפרש רק בתוך בית הדין. הרא"ש הוא הראשון שקובע ש**עקרון הרוב הוא עקרון היסוד בכל עניין ציבורי**. הרא"ש פוסק בצורה חד-משמעית שהעיקרון המנחה בהלכות ציבור הוא עקרון הרוב. הרא"ש מתנגד לאלטרנטיבה שהסמכות מצויה אצל ההלכה, ולאלטרנטיבה שצריך הסכמה פה-אחד. הוא מפתח בעצם את עמדתו של המהר"ם מרוטנבורג, שהיה רבו.

את אותו עיקרון מקבל גם הרשב"א (שו"ת הרשב"א, ה, קכו): "כל שהרוב מסכימין ומתקנין ומקבלין עליהם, אין משגיחין לדברי היחיד. שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם, הם כבית דין הגדול אצל כל ישראל. ואם גזרו הם גזירתם קיימת, והעובר ענוש ייענש".

שו"ת מהרשד"ם, אורח חיים, סימן לז (ר' שמואל די מדינה, סלוניקי - יוון, מאה ט"ז): מתלבט בשאלה איזה רוב קובע: 'רוב מניין או רוב בניין'. קובע שברירת המחדל היא ללכת על 'רוב בניין' – רוב החכמים. אם גם החכמים חלוקים ביניהם, אז נבצע רוב כמותי.

שו"ת הרא"ם, סימן נג (רבי אליהו מזרחי, תורכיה, מאות ט"ו-ט"ז): חולק על המהרשד"ם. קובע שרוב הוא רוב מספרי: "...ואין חלוק בזה אם היה אותו הרוב עשירים או עניים חכמים או הדיוטות מאחר שכל הקהל הם נקראים בית דין לעניינים שביניהם". ההלכה יוצרת אנלוגיה בין סמכות הקהילה לסמכות בית הדין: כמו שבית דין יש לו סמכות בענייני הלכה, כך לקהילה יש סמכות בענייני ציבור. המשמעות היא שכל אחד מהקהילה נכלל עם ה"רוב".

**לסיכום –** סקרנו את משטר הקהילה, בעיקר את עיקרון הכרעת הרוב. ראינו שההלכה הכירה בסמכות החקיקתית של הציבור. דיברנו על החלוקה בין עניינים הלכתיים לעניינים מסחריים, וכי ההלכה הרחיבה וקבעה כי הקהילה יכולה לגבור על ההלכה בעניינים מסחריים. עיקרון הרוב התחיל בתפיסה שההחלטות מסורות להחלטה, עובר בהכרה בלגיטימציה של הציבור ועובר לדבר על קבלת עיקרון הרוב כקבלת החלטות. לכן משטר זה מכונה 'משטר מעין-דמוקרטי', כי הוא מקבל בשלב מוקדם יחסית את הרעיון שלכל אחד בקהילה יש הזכות להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות בקהילה. יש כאן תשתית שאפשר יהיה להשתמש בה גם לצורך הכרה בסמכות המדינה, כי אם מכירים בסמכות הקהילה, על אותו בסיס ניתן לראות את המדינה כקהילה רחבה. בנוסף, יש התייחסות לשאלת המשטר: עמדנו על כך בשיעור שעבר שבעיה מרכזית בהכרת ההלכה בסמכות המדינה היא בעיית המשטר. משטר הקהילה יכול להוות בסיס, במובן כלשהו, למשטר דמוקרטי. י שהכרה שהסמכות השלטונית היא בידי הציבור והדרך לבטא אותה היא ע"י עיקרון הרוב.

**דינא דמלכותא דינא- כבסיס להכרת מדינת ישראל**

דינא דמלכותא דינא הוא אחד המקורות לתוקף ההלכתי של מדינת ישראל- חוקיה והלכותיה. זהו עקרון הלכתי בסיסי שנועד במקורו להסדיר את היחסים בין מערכת המשפט הכללית של המלכות המארחת- המלכות בה הקהילה היהודית חיה לבין הדין הפנימי של ההלכה היהודית. הדין עצמו מאוד מורכב גם מבחינת התיאוריה שלו- כלומר מהו הבסיס וכן מבחינת היקפו ותחולתו.

הדין הזה נמסר במקור ע"י החכם שמואל מן הדור הראשון, כלומר המאה השלישית לספירה. בשמו של שמואל מופיעה המסורת- **בבא בתרא נה ע"א**

"אמר רבה: הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל (שלשה דברים אלה אמר לי ראש הגולה עוקבן בר נחמיה משמו של שמואל):

דינא דמלכותא דינא (דין המלכות דין),

ואריסתא דפרסאי (עד) מ' שנין (וחזקת הפרסים (עד) ארבעים שנה)

והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זבינהו זביני (פקידי המלכות שמכרו קרקע בשל אי תשלום מס קרקע מכרם מכר).

והני מילי טסקא (מס קרקע) אבל כרגא (מס גולגולת) לא. מאי טעמא? כרגא אקרקפתא דגברא מנח (מס הגולגולת על ראשו של אדם מונח – חיוב אישי). "

ראש הגולה מוסר שלוש הלכות בשמו של שמואל. ראש הגולה היה המנהיג הפוליטי של יהודי בבל וכן נציגם מול השלטונות הפרסיים. הוא מוסר שלוש הלכות עקרוניות- מצד אחד הוא נציג היהודים ומצד אחד נושא משרה פרסית.

* **דינא דמלכותא דינא-**
* **אריסתא דפרסאי עד 40 שנה-** כלומר חזקת השדות של הפרסים עד 40 שנה- כלומר אדם שמחזיק שדה ואחרי תקופה מסויימת טוען לבעלות עליה- בדין היהודי- בהלכה יש חזקת שלוש שנים- מאוד קצרה אך היא בעצם חזקת ראיה, היא מגיעה ביחד עם טענה שאדם רכש את הקרקע. היום חזקת הבעלות היא מכח עצמה גם ללא ראיה- 30 שנה. דין זה אומר כי אם אדם מחזיק בקרקע 40 שנה הקרקע היא שלו. חזקת 40 שנה תעלה כאשר יהודי רכש קרקע מגוי שהוא רכש אותה מיהודי אחר באמצעות חזקת 40 שנה. כאן לכאורה אם אדם לפי המשפט העברי הפנימי- רכישה של גוי מיהודי צריכה להיות ע"פ שטר- אם לא רכש בשטר הוא לא יכול להחזיק בקרקע. אם הסכסוך הוא בין יהודי וגוי והסכסוך מוכרע ע"י הדין הפרסי ברור כי היהודי בעמדת נחיתות. מה קורה כאשר הגוי רוכש קרקע מיהודי בחזקת 40 שנה- מוכר אותה ליהודי אחר? כאן יש סיטואציה בה הבעלים המקורי עלול לטעון כי מעולם לא מכר את הקרקע וכי הגוי 'השתלט על הקרקע'- הוא עלול לטעון חזרה את הקרקע מהיהודי לו נמכרה הקרקע- מכוון שהמשפט העברי לא מכיר בחזקת קניין אז הגוי לא מוכר להלכה- יש לחזור ליהודי המקורי. במקרה כזה לכאורה הקרקע הייתה צריכה לשוב לבעליה המקוריים. דין זה אומר כי **אריסתא דפרסאי עד 40 שנה- כלומר הדין תקף ויהודי שרכש מגוי בחזקת 40 שנה הקרקע תשאר שלו.**
* **והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא זבינהו זביני-** פקידי המלכות שמכרו קרקע בגין מס קרקע מכרם קרקע- על כל קרקע היה מוטל מס קרקע (ארנונה). כאשר על קרקע מוטל מס קרקע והבעלים לא משלם את המס המלכות מפקיעה את הקרקע ומוכרת אותה. האם למכר הזה יש תוקף? המלכות מוכרת מחדש את הנכס- האם יהודי שקנה קרקע מן המלכות שהחרימה מבעלים מקורי זכה בקרקע או שהבעלים המקורי יכול לטעון כי הקרקע שלו. הדין של המלכות תקף- המכירה תקפה מבחינת הדין העברי.
* **והני מילי טסקא (מס קרקע) אבל כרגא (מס גולגולת) לא. מאי טעמא? כרגא אקרקפתא דגברא מנח**- נוגע כולו לדיני הקרקעות. כלומר חל רק על מס קרקע ולא על מס גולגולת

**בבא קמא קיג ע"ב- "**גופא: אמר שמואל דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו (תדע שכן הוא, שהרי הם כורתים עצים ובונים גשרים ואנחנו עוברים עליהם)".

המלכות מחרימה/ מפקיעה רכוש ובונה גשרים ודרכים. ואנחנו בלי בעיה הולכים על גשרים או- לא ניתן ללכת עליהם ולטעון כי אין מעשי מלכות תקפים ועל כן יש להכיר במעשי מלכות.

**נדרים כז ע"ב – כח ע"א-** "משנה: נודרים להרגין לחרמין ולמוכסין שהיא של תרומה אף על פי שאינה תרומה, שהיא של בית המלך אף על פי שאינה של בית המלך.

גמרא: והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא? אמר רב חיננא אמר רב כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה. דבי רב ינאי אמרי: במכוס העומד מאליו."

אם באים כל מיני טיפוסים לשם גביית מס-

* \*מוכסים- באים בשם המלכות
* הרגין וחרמין- לא ברור אם פועלים בשם המלכות או באופן פרטי ומאיימים לגבות או להחרים.

**המשנה** קובעת כי מותר לשקר למוכסים מטעם המלכות ולומר כי המס הוא תרומה ובוודאי לכל מיני מתחזים כדי להתחמק מתשלום המס. מתעוררת כאן בעיה ו**התלמוד** שואל כיצד ניתן להסביר דין משנה זה לאור העיקרון של שמואל? פרשת קבלת דין המלכות דין הוא שיש לשלם מס- לציית לחוק. אם כן כיצד מתירה המשנה לשקר?

**הסבר ראשון** הוא כאשר המוכס הוא מוכס שאין לו קצבה- אין לו מס קבוע מטעם המלכות כמה לקחת- הוא מחליט לבד ומשאיר לעצמו חלק. מוכסים בעבר היו מסכמים עם המלכות כי הם פועלים בשמם אך הם רשאים לגזור לעצמם חלק. מס כזה זהו מס שלא חייבים לשלמו. **הסבר שני**- מדובר בסיטואציה יותר קיצונית בה המוכס לא קיבל כל אישור מהמלכות, הוא לא מייצג אותה- גם אז מותר לשקר ולא לתת את המס.

* **מהו היקף דינא דמלכותא דינא?**
* **מהו הבסיס המשפטי לדינא דמלכותא דינא?**

**רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, ה, יח**

"יא] במה דברים אמורים שהמוכס כליסטיס בזמן שהמוכס גוי או מוכס העומד מאליו או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה, אבל מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שליש או רביע או דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה מפני שהוא גוזל מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל. "

ב] וכן מלך שהשים מס על בני העיר או על כל איש ואיש דבר קצוב משנה לשנה, או על כל שדה ושדה דבר קצוב, או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך... וכל כיוצא בדברים אלו אינו גזל, וישראל שגבה אותן למלך אינו בחזקת גזלן והרי הוא כשר, והוא שלא יוסיף ולא ישנה כלום ולא יקח לעצמו כלום. "

מלך שפוסק מס כדין- מס קצוה ומעמיד מוכס מטעמו יש חובה לשלם את המס ומי שמעלים את המס גוזל מהמלך- עיקרון זה חל בשווה על מלך גוי ועל מלך ישראל.

"יג] וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו אינה גזל ומותר ליהנות בה והלוקח אותה מן המלך הרי היא שלו ואין הבעלים מוציאין אותה מידו.

יד] 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. "

כלומר אם המלך החרים רכוש אין זה גזל- דין המלך נבחן גם לפי עקרונות של צדק- אם המלך קובע משהו ע"פ החוק זה דין אך אם הוא פועל שלא ע"פ החוק ומפקיע מאדם את אדמתו בניגוד לדין לא ניתן לומר על כך דינא דמלכותא דינא. במידה והוא מחרים באופן שרירותי אין לכך תוקף. מלך שכעס זה אכן מטעם הדין- זהו תגמול עונשי לפיד דין.

"יז] מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו וכן אם הרס בתים ועשה אותן דרך או חומה מותר ליהנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין.

יח] במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר."

אם משתמשים במטבע של המלך הרמב"ם רואה בזה הסכמה לשלטון ולכן יש הסכמה לדין המלך- אך אם לא משתמשים בכספו של המלך, לא משתמשים במטבע שלו אין לסמכותו תוקף- סמכות המלך למעשה מבוססת על כלומר אם המלך החרים רכוש אין זה גזל- דין המלך נבחן גם לפי עקרונות של צדק- אם המלך קובע משהו ע"פ החוק זה דין אך אם הוא פועל שלא ע"פ החוק ומפקיע מאדם את אדמתו בניגוד לדין לא ניתן לומר על כך דינא דמלכותא דינא. במידה והוא מחרים באופן שרירותי אין לכך תוקף. **הסכמה** של הציבור. יש הסכמה בדיעבד- המלך שולט מכח השושלת, החליף האפיפיור וכו'- לא באופן דמוקרטי- אבל בדיעבד בני המדינה מקבלים את סמכותו ע"י שימוש בכסף שלו. בזה הם מבטאים את הסכמתם ומכאן נובע גם החיוב בחוקיו.

בעמדה דומה החזיק גם רבי שמואל בן מאיר (נכדו של רש"י- פעל במאה ה12 בצרפת)-

**רשב"ם, ב"ב נד ע"ב (ד"ה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא)**

"כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להניג במלכותם דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו. הלכך דין גמור הוא, ואין למחזיק בממון חברו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל."

הוא מקבל את אותו עיקרון של הרמב"ם- דינא דמלכותא מבוסס על הסכמה. הוא לא משתמש במבחן הכסף אך העיקרון הוא אחד- בני המלכות ובכלל היהודים מקבלים מרצון את סמכות המלך ולכן חוקיו קובעים גם בדינים בין יהודים- הרי ברור שבסכסוכים עם הגויים ברור כי דיני המלכות תקפים (אין באמת ברירה). אם פלוני קיבל נכס מן המלכות ובא יהודי אחר שטוען כי הנכס הוחרם לו ורוצה אותו חזרה- זכותו של פלוני מבוססת על החרם הזה וזה אכן תקף כי מכירים בדין המלכות.

* **מה קורה בדברים שלא קשורים לקרקע אלא בדיני הלוואה וכספים?**

תיאוריה שנייה מבוססת על כך שלא מדובר בהסכמה אלא על כך שבעלות הקרקע היא של המלך- הוא מחלק אותה לאנשים אחרים- זוהי תיאוריה פיאודלית. המלך הוא הבעלים של כל הקרקע ומחלק אותה לאצילים וכך החלוקה יורדת בדרגות סמכות בשטחיו עד ליהודי הפשוט.

**ר' אליעזר ממיץ. מובא באור זרוע ב"ק תמז**

"והיינו טעמא דדינא דינא שהארץ שלו היא ואין רשאי אדם שיעמוד בארצו אם לא במצוותו."

כלומר הואיל והוא הבעלים של הקרקע- בעצם כל אדם שיושב וחי במדינה הדבר נעשה בהסכמת המלך והחוק הוא תנאי של המלך לחיי האזרחים במדינה. המלך מתיר להם לגור שם בתנאי שישמרו את חוקיו.

**רבנו ניסים, נדרים כח ע"א**

"וכתבו בתוספות דדווקא במלכי עובדי כוכבים אמר דינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה. "

דינא דמלכותא דינא חל בגולה על מלכים גויים משום שהארץ היא שלהם ושם הם יכולים להתיר ליהודים לחיות שם בתנאי שיקיימו את חוקיהם. אך מלך ישראל בארץ ישראל הקרקע לא שלו- לא מקבלים את התיאוריה הפיאודלית- כל ישראל שותפים בקרקע והמלך לא בעלים של הארץ ולכן דינא דמלכותא לא חל בארץ. זאת בניגוד לדינם של הרמב"ם והרשב"ם שטוענים כי הדין חל גם בישראל וגם בגולה כי דין זה מבוסס על הסכמה.

גישה אחרת- **ר' שלמה לוריא (מהרש"ל), ים של שלמה, ב"ק פו**

"נראה דיכול לעשות נמי חוקים ונמוסים במדינה שלו במידי (בדבר) דתלוי בתקנות ארצו ולהעניש העובר על קצתו. וכל שכן הדינין שבין אדם לחברו שדינו דין, דאם לא כן תעמוד הארץ ותהרס."

למהרש"ל יש תפיסה תועלתנית- חברה אנושית לא יכולה להתקיים בלי חוק כי אם המלך לא יפעיל חוק החברה תהרס. חייבים להכיר בסמכות השלטון אם לא החברה תתמוטט. תאוריה זו לא קושרת בין ישראל וגוי והיא חלה על הגולה וכן על מלך ישראל- אין לה קשר לארץ או למוצא המלך.

**רבנו תם, תשובות בעלי התוספות יב**

"דהפקיעו חכמים ממון במנהג המלכות כדרך שהפקיעו מפני תקנת השבים ומפני תיקון העולם ומפני דרכי שלום."

זה לא נובע מתיאוריה כללית על הסמכות השלטון הזר- זו בעצם הכרה פרקטית של המשפט העברי בסמכות השלטון. (בניגוד לתיאוריות האוניברסאליות האחרות שלו דווקא קשורות לתיאוריות הלכתיות) ההלכה הכירה בסמכות השלטון מתאמים פרקטים רציונאליים- כלומר בהרבה מקרים ההלכה מכירים בדברים למרות שהם מנוגדים לדין, כך גם מתייחסים לסמכות השלטון הזר- יש להכיר בו מטעמים פרקטיים.

לתיאוריות אלו כמה נפקויות:

**היקף דינא דמלכותא דינא**- לפי התיאוריה כי דין המלך קשור לבעלות שלו בקרקע זה מקרב את הסברה כי גם דין המלך קשור לקרקע- למיסים של הקרקע. חלק מהפוסקים העלו את הטענה כי דין המלך קשור רק לעניינם הקשורים קרקע ולא בעניינים אחרים.

הקבלה של עיקרון דינא דמלכותא דינא- מעוררת **שתי בעיות יסודיות**- מצד אחד היא מועילה וחלק מהשתלבות היהודים במדינה ובחיי המסחר. זה חוסך התנגשויות עם השלטון ואזרחים נוספים במלכות- קשה לחיות בלי להכיר בה כמו הדוגמא של הליכה על גשרים וכו'. אך מתן תוקף מלא מעוררת בעיות- הראשונה היא שלעיתים המלכות נוהגת שלא כדין, המלכות מפלה, מתעללת באוכלוסיה מסויימת, נוהגת בחוסר צדק- א מקבלים את העיקרון כעיקרון הלכתי דתי כיצד נפעל במקרים בה המלכות נוהג שלא כדין (במיוחד לאור כך שבימי הביניים היהודים נרדפים)?

בעיה שניה היא שהכרה בדין המלכות מכרסם בתוקף במעמד של דיני ישראל- יש את ההלכה הדתית ששם אין התנגשות אך ההלכה היהודית עוסקת גם במשפט האזרחי- דיני נזיקין, קרקעות וכו' אם בכל הנושאים האלו נקבל את דין המלכות אז איפה ההלכה תבוא לידי ביטוי? בעיות אלו הטרידו את החכמים ועל כן ניסו לצמצם את דינא דמלכותא דינא, לקבוע הגבלות.

**שולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה סימן שסט**

"ח] ... כללו של דבר, כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו, אינו גזל; וכל שיקח מאיש זה בלבד, שלא כדת הידוע לכל, אלא חמס את זה, הרי זה גזל. הגה (רמ"א): ואם המלך חקק לבעל אומנות אחד, כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, יש אומרים דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, הואיל ואינו חקוק לכל (מהרי"ק שורש ס"ו). יש אומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלוים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא (הרא"ש פ' ד' נדרים בשם הר"מ ומרדכי פרק הגוזל בתרא). ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא (מרדכי שם בשם התוס' ות"ה סי' ש"ט), ולכן המלוה על המשכון {יג} יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא (שם בשם ר"י בר פרץ); וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שנ"ו סעיף ז'. "

כלומר חייבים לתת לחכמים קנה מידה ביקורתי לדינא דמלכותא דינא. יש דין ביקורתי לראות האם הדין הוא צודק- לא מקבלים אותו במלואו. אם המלך שפועל לא ע"פ הדין שלו לא מקבלים את העיקרון. אם המלך גזל שלא ע"פ הדין של המלכות לא מקבלים הדין. דוגמא נוספת של מרבה בריבית נוגעת ליהודים שהו מרבים בליווית- אם למשל המלך קובע כי מרבה בריבית ישלם מס יותר גבוה- לאור העובדה כי היהודים היו מלווים בריבית ברור כי חוק מפלה- יש שאומרים שברגע שהדין מפלה אין לו תוקף. הרמ"א מביא הסתייגות- כלומר העיקרון צריך להיות שוויוני וצודק- לא רק לאדם אחד אלא גם לאוכלוסיה מסויימת או מקצוע מסוים.

סייג נוסף בשם הרא"ש- דינא דמלכותא קשור רק לדינים הקשורים בקרקע- נקשר לתיאוריית הבעלות בקרקע. כלומר אם התיאוריה היא שהסמכות נובעת מבעלות אז גם הדינים הם רק אלו הקשורים בקרקע.

דין נוסף שמובא ונוגע ליהודים הוא הלוואות- ע"פ הדין העברי אדם צריך לשמור את המשכון תמיד ואדם שמישכן תמיד יכול להגיע ולקחת את משכונו. הדין שאומר שניתן אחרי שנה לפדות את הפדיון הוא דין המלכות- יש פוסקים שקבעו כי דין זה תקף- זאת למרות שלא מדובר בדיני מס או קרקע- הרמ"א מסכם- כי כך נוהגים- ע"פ התפיסה המרחיבה של דינא דמלכותא דינא- כלומר לא רק על קרקעות ומיסים אלא ם בדין האזרחי.

ככל שמרחיבים את היקפו של דינא מלכותא דינא כך מכרסמים בכוחה של ההלכה- כל הנושאים האזרחיים בה מתעסקת ההלכה בעצם נפגעים ומאבדים מסמכותם לאור הסכמה לדין המלכות.

**שו"ת הרשב"א חלק ו סימן רנד**

"מעשה היה בפירפינייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנידוניא וילדה לו בת ואח"כ מתה לאה ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן.

תשובה. כל דבר שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה וכדאמרינן בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בנים תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפילו הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים שכל הנושא סתם ע"ד הנוהג שם בישראל נושא וזהו שקראוה בפ' המקבל דרישת הדיוט. ומכל מקום לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גויים. ואף על פי ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם. ולא עוד אלא אפי' לעמוד לפניהם לדין אפי' בדבר שדיניהם כדין ישראל. ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעירכם מקום תורה ויתרון דעת איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ...

וגדולה מזו אמרו שב"ד מתני' לעקור ד"ת וסמכו על מה שאמרה תורה אשר יורוך וכ"ש למגדר מילתא. אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. ... ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא וגזלה ישיב. ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים. חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק".

נוצרת בעיה כי הסבא השקיע הרבה כסף כדי לסדר את בתו- הוא לא מעוניין כי הבעל יקבל את הכסף. הוא לא רוצה כי הבעל יקח את הכסף יתחתן מחדש בכספו. לפי דיני ישראל הבעל יורש את אישתו- האבא של האשה תבע אותו בדני הגויים- על-פיו במצב כזה הרכוש צריך לחזור לאבא. יש הסכמה מכללא כי כל מי שמתחתן מתחתן בידיעה כי דיני הממונות שיחולו יהיה ע"פ דין מלכות.

העניין מכעיס את הרשב"א- הוא אומר שבעניין של הממון ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה וגם בסיטואציה ספציפית זו ומוסיף כי אם יש מנהג כזה ואף אין התנייה ספציפית- אם יש מנהג שינהגו לא ע"פ דיני ההלכה בדיני ממונות זה בסדר גמור. אך הוא מתנגד לאימוץ הדין הזר- מותר לעשות תנאי כזה- מותר לקבוע בהלכה הסדר שונה מדיני הירושה ההלכתיים בין בתנאי ספציפי בין הצדדים ובין כמנהג קהילתי- אסור לקבוע שדין הגויים תקף ובטח שלא בבתי דין של הגויים. זה מגביל את דינא דמלכותא דינא. אי אפשר לאמץ את עקרון דינא דמלכותא- הרשב"א יוצא בהתרסה על עקרון זה- אם אתה מרחיב את דינא דמלכותא ומאמץ את הדין הזר בכל דבר ועניין אתה למעשה מבטל את כל דיני ההלכה ולכן אי אפשר לאמץ בצינור זה את כל הדין האזרחי.

הגבולות עדיין לא ברורים כי אם מקבלים את דברי הרמ"א כ בדיני חוב כן מקבלים אז היכן הגבול? האם מקבלים גרסה רחבה או צרה?

**שולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה סימן שסט-** לאחר שציטט את דברי הקודמים

"דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק שורש קפ"ח /קפ"ז/)."

כלומר יש עיקרון ראשון לקבל דינא דמלכותא- כאשר המלכות קובעת חוקים שטובים לכולם או הנאה למלך יקבלו אותם.

**דינא דמלכותא דינא**

הקטגוריה הזו נוצרה במקורה ככלי התמודדות בממשק שבין המלכות הזרה ומשפטה לבין הדין היהודי. **האם ניתן להחיל קטגוריה זו ביחס למדינת ישראל?**

מבחינת פוסקי ההלכה זהו מהלך פחות דרמטי- לקחת תבנית ידועה שהייתה חלה לאורך הגלות ולהשליכה על הדין בישראל. יש הטוענים שהקטגוריה הזו לא מתאימה למדינת ישראל זאת בהסתמכות על דברי הראשונים.

הרב עובדיה הדאיה- ראש ישיבת המקובלים בת אל בירושלים והיה דיין שמוצאו מחלב וחבר בית הדין הרבני העליון נפטר ב1969. הוא עושה ניתוח מסודר של שתי המרכזיות:

* האם באופן עקרוני דינא דמלכותא דינא חל ביחס למלכי ישראל או מתאים רק למלכי האומות בגולה?

יסוד ההבחנה הוא בדברי הראשונים. רעיון אחר גורס כי הבסיס להסכמה למלך היא על בסיס ההבעלות בקרקע- אם כך זה חל רק בגולה. בארץ ישראל המלך הוא לא הבעלים של הקרקע- הוא לא הבעלים של ארץ ישראל והארץ נתונה בשווה לכל עם ישראל- ה' נתן את הנחלות לעם ולא למלך. יש שותפות של כולם בקרקע- לפי זה דינא דמלכותא דינא לא יחול בא"י. לעומת זאת לפי התפיסה של הרמב"ם והרשב"א- דינא דמלכותא דינא הוא על יסוד ההסכמה – התושבים מסכימים לקבל על עצמם את חוקי המלך- עיקרון זה יפה בחוץ לארץ וגם בארץ ועל כן אין עהבדל בין מלך ישראל למלך זר.

**הרב הדאיה** פוסק באופן ברור כמו הרמב"ם- צריך לקבל את עמדתו- מפני שזו המסורת הרווחת ביותר מבין הפוסקים (רמב"ם, הטור ורבי קארו בשולחן ערוך). כאשר יש מחלוקת בין פוסקים למפרשים יש להעדיף את הפוסקים. העמדה הרווחת בין הראשונים היא שיש עדיפות לפסיקה על פני הפרוש כי פרוש הוא מטבעו לא בא לפסוק הלכה אלא להציע פרוש טוב לסוגייה, למרות שמתוכו עולות נפקויות שונות. כאשר יש מחלוקת מהסוג הזה יש עדיפות לפוסקים. ע"פ עקרון זה יש לקבל את התיאוריה הרווחת בפסיקה- שדינא דמלכותא דינא מבוסס על עיקרון ההסכמה וחל באופן שווה בין הגולה לישראל.

* במידה ומקבלים את העיקרון שדינא דמלכותא יכול לחול בארץ ישראל, האם דינא דמלכותא קשור רק למלכות או לכל שלטון? (דין המלך- האם קשור למלך או שמלך זה מטאפורה?)

הוא טוען כי יש תקדימים לכך שדינא דמלכותא דינא חל לא רק כשיש מלך אלא גם לשלטונות שונים- ממילא זה לא משנה אם השלטון הוא מלך שר או דוכס או אסיפת אצילים או שלטון דמוקרטי- כל שלטון בהגדרה באשר הוא שלטון המשפט שלו מחייב מכח דינא דמלכותא דינא. עקרון פסיקה זו מובנת במיוחד על רקע התיאוריה של הסכמה בניגוד לתיאוריית הקניין. כי בתיאוריה של קניין מי שבעלים של הקרקע הוא המלך אבל בשלטונות כמו השלטון הדמוקרטי הוא חל על הסכמה. במלך אין לנו אינדיקציה ברורה על הסכמה למשפט שלו (הרמב"ם הסכמה למטבע).

הרב עוזיאל שהיה הרב הראשי הספרדי הראשון במדינת ישראל דן בשאלה של מדינת ישראל ביחס לקטגוריה של דינא דמלכותא דינא- הוא מנתח מה היחס בין עקרון דין המלך בישראל לבין עקרון דינא דמלכותא- האם הם דומים או שונים? יש בהלכה שתי גישות:

1. גישה אחת רואה בהם יסוד אחד- דין המלך בישראל דומה ביסודו לדינא דמלכותא. עקרון זה חל גם בגולה וגם בישראל.
2. רואים בזה שתי קטגוריות שונות- **כך גם הרב עוזיאל**. יש להבחין ביניהם- לדין מלך ישראל יש תפיסה שונה בהלכה ויש לבחון או בכלים אחרים. גם בתוך ההלכה לא כל מלך ישראל הוא בעל אותו מעמד- יש הבדל בין מלך ישראל שהתמנה ע"י ההליך הקלאסי שהתמנה ע"י נביא או הסנהדרין לבין מלך ישראל שלא התמנה כך כפי השלטון היום. מלך ישראל שהתמנה ע"י משיחה זוכה לסמכויות ייחודיות מעצם המעמד שלו. מהם היקף הסמכויות של מלך? 'כל אמור בפרשת מלך מלך מותר בו'- הכוונה לספר שמואל בו יש הענקת סמכויות מאוד רחבות למלך (גישה אחת אומרת ששמואל בכלל מתכון להזעיר את העם)- יש מחלוקת בתלמוד לגבי תוקף האיום הזה- כלומר גישה אחת אומרת שהדברים נאמרו כדי לאיים על ישראל- גישה אחרת אומרת כי 'כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו'- כלומר מותר למלך לפעול באופן הזה. הרמב"ם פסק כגישה האחרונה- כל עוד הדברים נעשים למטרה ראויה. **מה היסוד של הסמכויות הללו?** הדעה הרווחת אומרת כי סמכות זו נובעת מדינא דמלכותא דינא- זו סמכות אינרטית של השלטון. הרב עוזיאל חולק על גישה זו וטוען שסמכויות אלו של המלך לא נובעות מהסמכויות הכלליות שנובעות מכל שלטון בישראל ובעמים אלא סמכויות הנובעות מדין המלך- מלך ישראל שהומלך כדין כלומר ע"י נביא וע"י סנהדרין. לדעת עוזיאל יש אלטרנטיבה לכך והיא **ההסכמה.** סמכות המלך בעמים היא סמכות המבוססת על קניין המלך בקרקע והדבר הזה לא שייך לישראל- בישראל יש דין אחר שהוא דין המלך שיכול להיות מבוסס על שני אפיקים שונים. האפיק האחד הוא האפיק של הסמכות המיוחדת- סמכות הנבואה- אם המלך הומלך ע"י נביא או ע"י הסנהדרין הוא זוכה לסמכות המיוחדת- והאלטרנטיבה היא הסכמה. כלומר כשאין נביא המלך הפתוחה למנות מלך ישראל היא על בסיס ההסכמה (דומה לתפיסה של הרב קוק).

**הרב עוזיאל** מדגיש נקודה נוספת בסוף דבריו. **הרב הדאיה** אומר שניתן לקבל "דינא דמלכותא דינא" כל עוד הוא לא סותר דין תורה. הרב עוזיאל אומר שדין המלך, שמקורו בהסכמה בישראל, ההסכמה לא יכולה לסתור דין תורה. דברים אלה לא ברורים דיים. הקביעה שהחוקים לא יכולים לסתור דין תורה דורשת טיעון- הרי ראינו שדינא דמלכותא לפעמים שנה מדין תורה- האם דינים אלו מוכרים או לא? האם בדיני ממונות ניתן לקבוע דין ששונה מדין תורה או לא? החיכוך בין דין תורה לדין המדינה לא ברור. האמירה שאם זה נוגד לדין תורה לא ברורה- האם כל חריגה בדיני ממונות לא תקפה? מה קורה אם דיני הראיות של המדינה שונים מדין תורה? המשפט האזרחי באופן עקרוני שונה אם כן כיצד נוהגים?

* לפי ההלכה בת אינה יורשת. כשקמה מדינת ישראל עלתה שאלת הירושה ונאמר כי דין ההלכה לא מתייחס באופן שוויוני בין גברים לנשים ועל כן לא ניתן לקבלו. אחד הפתרונות היה דינא דמלכותא דינא ופתרון אחר היה תקנה פנימית שהבת תירש בשווה לבן.

הרב עוזיאל מתנגד לכך שחוק המדינה יקבע דין ירושה שווה לבנים ולבנות ומתנגד לעקרון דינא דמלכותא כאן- מלכות ישראל לא יכולה לשנות את הדין ולכן גם אם מקורה בהסכמה כמו המצב בישראל היא לא יכולה לשנות את דין תורה ולכן אין סמכות למדינה לחוקק חוק האומר כי הבנים והבנות יירשו באופן שווה. ההלכה למעשה לא מכירה בחוק הירושה. אפר מבחינת ההלכה בדרך פשרה לתת ירושה שווה אך זאת בדרך פשרה ולא בדרך חוק.

בתחום המשפט הפלילי, החברתי, הציבורי ומיסים הוא מקבל את סמכות המדינה אך למעשה בתחום דיני ממונות- במשפט הפרטי הוא לא מוכן לקבל סתירה בין דין תורה לדינא דמלכותא. בכל מקרה פרטי שבו יש להלכה עמדה ברורה דין המלך או דינא דמלכותא לא יחול.

**הרב גורן** שונה משני הפוסקים הקודמים. בתיאוריה הוא שונה מאוד מהרב עוזיאל מפני שהוא טוען שדינא דמלכותא ודין מלך בישראל זה הינו אך. הם ביסודם שווים- הסמכות האינרטית של השלטון להסדיר את ענייני החברה- סמכות זו קיימת גם בישראל וגם בעמים ואין ביניהם הבדל עקרוני. הצורך בשלטון מבוסס על תפיסה כי שלטון הוא דבר חיוני לחברה שבלעדיו החברה לא תוכל להתקיים. אין הבדל עקרוני בין הסמכות השלטונית שיש לישראל לזו שיש בגולה.

יתר על כן, הוא מתבסס על הר"ן שיש לו שיטה ידועה ומיוחדת בעניין של מעמד המלך. עמדתו שונה מזו של הרמב"ם- הר"ן אומר כי כל אומה צריכה סידור מדיני- יישוב מדיני. בישראל המעמד למשפט נמתח בין שני תפקידי המשפט- תיקון הסדר החברתי, כלומר יצירת חברה בה אין איום איש על רעהו, לבין תפקיד השני של המשפט בישראל- העמדת דיני התורה על טילם, כלומר הדין הדתי. בתי המשפט בישראל מצווים להפעיל שתי סמכויות- לראות לנגד עיניהם את הסדר המדיני והסמכות השניה הם דיני התורה. כלומר אדם שעושה עבירות תורה- חילול שבת וכו' לא מאיים על הסדר המדיני זאת למרות שההלכה רואה זאת כעבירות. יש שתי תכליות של המשפט – תכלית אחת של סדר מדיני ותכלית שניה של משפט צודק אמיתי- הכוונה לכך שאפשר להרשיע רק במצב של וודאות מאוד קרוב לוודאי שהעבירה בוצע ע"י אדם X- כלומר יש דרישות מאוד ברורות בדיני ראיות. בעקבות סתירה זו ומפני זה אפשר שבקצת משפטי ודיני האומות יהיה משהו יותר קרוב לתיקון הסדר המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה- מבחינת תיקון הסדר המדיני ייתכן שבחוקי העמים יהיו הסדרים יותר מתאימים מאשר אלו שבדיני תורה. אע"פ כן אין בזאת חסרון כי כל מה שיחסר בתיקון הנזכר המלך ישלימו- כלומר יש שני גורמים פעילים- הגורם האחד הוא ההלכה והגורם השני הוא המלך השלטון ותפקידו להשלים את כל החסרונות של דיני ההלכה. יסודם של הדברים כבר בפסיקת הרמב"ם- הר"ן הרחיב מעבר לזה. הרמב"ם קבע שאם יש מצב (עסק בעיקר בדיני רצח) בוא יש רצח אך לא היתה התרעה ולא ניתן להוציא להורג או שחסרים עדים כשרים אבל ברור לנו שהוא רוצח- כמובן לא מתקבל על הדעת שנפתור אותו מכל דין- במצב כזה המלך רשאי להענישו. הרמב"ם מדבר על זה בדין הפלילי- הר"ן מרחיב לשאר הדינים גם כן. המלך הוא תיקון והשלמה להלכה.

**הרב גורן**- משליך את דבריו של הר"ן למדינת ישראל. סמכות השלטון מכח דין המלכות (אין הבדל בין דין המלך או דינא דמלכותא)- זוהי סמכות חקיקה רחבה שתכליתה לעשות צדק ולהביא חברה מתוקנת. ההגדרה שלו רחבה הרבה יותר מזו של הרב הדאיה והרב עוזיאל- לטענתו מכח דין המלכות באשר תהא יש לשלטון סמכות רחבה לחוקק חוקים- אין להירתע מכך שהמלך או המדינה בוחרת בדין אח מדין תורה- כי דין תורה יש לו מטרה מיוחדת ואילו דן המדינה בעל מטרה אחרת- תיקון סדר חברתי, צדק יעילות הרתעה וכו'- יש שיקולים הרבה יותר רחבים שהמלכות עושה וצריכה לעשות ולכן היא יכולה לפעול במסגרת של חקיקה רחבה מאוד.

ש"ב- שוחטמן

**מה מידת ההכרה במדינה חילונית ודמוקרטית?**

מהי ההנחה המובלעת הזו של מדינת הלכה? האם אכן, במידה ולו היו מכשולים והכל היו מסכימים לכונן "מדינת הלכה"- האם הדבר אפשרי? האם בכלל ייתכן לכונן מדינה המתוארת ככה רצויה? הבעיה הראשונה היא בעיה שקשורה במתח פנימי בין שני אידיאלים של מדינה שנמצאים בתוך מסורת הלכתית גופא. האידיאל האחד הוא הוא האידיאל של השלטון הפוליטי- המשנה במסכת אבות אומרת- לו דווקא מלכות ישראל, שההנחה היא שתפקיד המלכות היא להבטיח את התפקיד הבסיסי ביותר של החברה האנושית. הנחיצות של המדינה בראש ובראשונה להבטיח את הקיום החברתי. תיקון הסדר המדיני בלשונו של הר"ן- שהיה לכל אזרח- הבטחת הזכויות הבסיסיות שלו, החיים, הרכוש, שלמות הגוף, הכבוד וכו'- בלי זה ייטרוף אדם את חברו.

מצד שני יש תפיסה אחרת שמתבטאת במקורות למשל בדברים של הרמב"ם- כשהוא מנסח את מטרות העל של המלך בעקבות מלכים הוא מתאר תמונה שבה אידיאל המדינה והמלכות איננו רק להבטיח את הקיום החברתי האנושי אלא להרים את דת האמת- לקדם את הדת הנכונה, להרים צדק בעולם ולהילחם את מלחמות השם.

יש מתח בין שני אידיאלים אלו- האידיאל הראשון רואה את הסדר המדיני השלטון והשגשוג של האזרחים ואילו האידיאל השני רואה ערכים גבוהים מאוד של צדק ומוסר. בין שני אידיאלים אלו יכול להיווצר ניגוד כפי שתיאר הר"ן- הצורך האוניברסאלי של כל בני האדם- כל המדינה וכן ישראל בתוכן- זאת מול הצורך להשלטת התורה. זהו מתח בסיסי כי השאלה מנק' מבט הלכתית מה האידיאל של השלטון- מה אתה מצפה מהשלטון? לפי האידיאל הראשון זה סדר חברתי ומדיני- לפי האידיאל השני אתה מצפה מהשלטון להרמת דת האמת, צדק וכו'- אידיאלים אלה לא מכילים זה את זה.

ברמות קונקרטיות יותר, אפשר לעמוד על כמה דברים:

* **צורת השלטון המדיני**- מהי צורת השלטון הרצויה מנק' מבט הלכתית? יש כאן מתח בין שני אידיאלים אלו- אם נק' המבט היא נק' של הסדר המדיני הנכון- יש לעשות שיקולים חילוניים או רציונאליים מהי צורת השלטון הראויה. אם האידיאל השני הוא המוביל- השלטת הדת והצדק- יש להגיע לצורת שלטון אחרת. יש כאן פרדוקס של הנציב שדיבר על פרשת המלך- בדבריו הוא טען כי לא ייתכן כי התורה תצווה על מלך כמצווה פוזיטיבית קטגורית כי בדבר זה דעות שונות- יש מדינות שרוצות מלך ויש מדינות שרוצות שלטון דמוקרטי- דעת העם ונבחריהם. אומר הנציב- בכל דבר הנוגע להנהגת העם זה קשור לסכנת נפשות ולכן לא ייתכן כי התורה תקבע הלכה היות וזה נחשב לפיקוח נפש. האידיאל הראשון הוא להבטחת שלומה וטובתה של האוכלוסיה- כל דברך אחרת נחשבת כסותרת את האידיאל הבסיסי הזה- זהו אידיאל של פיקוח נפש. מי שחושב שמלוכה היא צורת השלטון האידיאלית להבטחת ביטחונה של המדינה שלומה שגשוגה והוא רואה בדמוקרטיה איזו מן דרך אנרכיסטית- אז אי אפשר לחייב אותו דמוקרטיה כי היא בעיניו פיקוח נפש- ולהפך. על כן, בסופו של דבר מה שיכריע הוא השיקול הרציונאלי המדיני של פיקוח נפש ולכן לא ייתכן לצוות מכח מצווה את צורת השלטון- לגבי הסוגיה המרכזית ביותר של מדינה הלכה- מהי צורת השלטון שלה- בה אומר חכם ההלכה אין להלכה עמדה נחרצת כי כל עמדה תיסוג מפני פיקוח נפש.
* **משפט התורה או משפט המדינה**?מהו המשפט הפוזיטיבי שיש לנהוג במדינה הלכה? האם התורה התלמודית? או חוקים שהמדינה מחוקקת? מה צריך להיות במדינה הלכה אידיאלית. כמובן שתאמר כי ההלכה צריכה להיות. דעקא שאם אנחנו מסתכלים על ההלכה גופא איך שהיא הופעלה בהיסטוריה היהודית אנו רואים שגם היא לא הופעלה מעולם כמערכת חוק תיאורטית וטהורה. יש תחומים נרחבים של ההלכה שבהם פוסקי ההלכה הציעו לפעול בניגוד להלכה- או לכונן משפט משלים להלכה.
* **בתחום המשפט הפלילי**- להלכה יש מערכת מאוד ברורה. אפשר להבחין בסוגיה של הדין המהותי שכוללת מצד אחת את העבירות מצד שני את העונשים וכן את הדין הפרוצדוראלי שנוגע לראיות. חלק גדול מהדין המהותי לא ישים אחרי חורבן ביהמ"ק אין למשל עונשי מיתה יותר, גם עונש מלקות לפי התורה כבר לא מיושם אז יש ליצור עונשים אלטרנטיביים של מאסר/ קנסות וכו'. בתחום הפרוצדוראלי של דיני הראיות- כאן קובע הרשב"א כאשר הוא נשאל על כך במאה ה13- הוא נשאל לפי איזה דין יש לפעול? האם צריך שני עדים והתראה? אומר הרשב"א כי לפי דין תורה כדי להרשיע אדם בפלילי צריך שני עדים שרואים אותו (עדים כשרים) שיתריעו אותו לפני ביצועע עבירה- הדבר מעלה קושי- אם נפעל בדרך זו לעולם לא נוכל להרשיע עבריינים בדין והעולם ייחרב- כלומר וודאי בדין הפלילי לא ניתן להפעיל דין תורה אין מטעם חוסר האפקטיביות ומטעם חוסר היישום- ולכן יש לפעול מכך הסמכות שהמלכות ניתנת ומכח הקהילות- יש ליצור דין אלטרנטיבי. אם כן ברור כשמדברים על מדינה הלכה כל התחום הפלילי לא ישים לחלוטין ויש צורך בדין אחר.
* **האם בתחום דיני הממונות הדין ישים**? בחלק מהדברים גם כאן הדין לא ישים ויש צורך בדין משלים. יש תחומים שבהם הדין כלל לא עסק- דיני תאגידים בנקים וכו'- אלו המצאות של המאה ה19. בנוסף רבים מהדינים ההלכתיים מנוגדים למה שנהוג להאמין בו היום. למשל בתחום הנזיקין- ההלכה לא מכירה בנזק עקיף אלא רק בנזק ישיר. לכן לא ניתן לקבל דין הלכתי שלא עולה בקנה אחד עם מה שמקובל כיום.

יש כאן פרדוקס- הוגי ההלכה עצמם- מנק' מבט פנים הלכתית לא נתפסת ככזו שנותנת מענה מלא לצרכים החברתיים. ע"פ הר"ן- אם עומד לנגד עיני האידיאל הראשון של הגנה על החיים והרכוש ותיקון הסדר המדיני- מנק' מבט זו אפשר שימצא במשפטי אומות העולם הסדר טוב יותר מזה שבתורה כי הסדר התורה בא למלא את האידיאל השני. ההלכה מכירה בסמכות המלך- הואיל וגם התור מכירה במשפט המלך אז המלך יתקן משפט משלים בכל מה שנוגע לתחום הפלילי הזה- כלומר, מדינת הלכה היא לא מדינה שמפעילה את חוקי ההלכה אלא מפעילה חוק מדיני שהמדינה או המלך מחוקק שמתאים לאידיאל הפוליטי. זו תפיסה פנים הלכתית שלהלכה אין מענה שלם לצרכים של הסדר המדיני ולכן נדרשת השלמה של דין המלך. ע"פ הר"ן בית הדין בימי הביניים במציאות של אין מדינה ואין מלך פועל בשני כובעים כובע אחד הוא כובע בית הדין וכובע שני הוא כובע המלך. אם נפעיל את דין תורה נמצא עולם חרב- יש לפעול בפתרון אזרחי- הר"ן מפרט ואומר כי זה מתבטא בהבדל בין סמכות המלך לסמכות בית הדין.

פוסקי ההלכה בעצם הרשב"א והר"ן מכירים בכך שההלכה התלמודית לא נותנת מענה שלם להסדרים בתחום המשפט הפלילי. ניתן להחיל זאת לתחום המשפט הציבורי. כיצד מנהלים בחירות? איך ממנים את בעלי התפקידים בקהילה? כאשר מסתכלים על תשובות חכמים אנו רואים כי באופן עקבי הם מדברים על כך שאין לנו מחוייבות בתחום דיני הקהילה לפעול ע"פ הדין התלמודי- המשפט הציבורי כולו נעשה בהסכמה של הקהילות. המשפט הציבורי בכללו לא נעשה בכפיפות להלכה. ניתן להשליך זאת על דיני הממונות- כבר בימי הביניים קהילות נהגו לתקן תקנות שהיו מנוגדות לדין תורה והדבר נתפס כחלק מסמכותם בגלל העיקרון שאדם יכול להתנות על התורה. אם נסכם את כל המהלך נראה כי המושג של מדינת הלכה שמנח איזשהו מודל אידיאלי מבחינת צורת השלטון ומשפטה- למעשה לא קיים לאור המתחים הבסיסיים בתוך ההלכה בין האידיאל הפוליטי לאידיאל הדתי- כשבודקים את המשפט שהופעל בימי הביניים הוא לגמרי לא היה צמוד להלכה התלמודית. מושג של מדינת הלכה- כאילו קיים דבר כזה הוא מושג מפוקפק מאוד והרבה מהחוקרים המודרניים עמדו על זה.

שקמה מדינת ישראל התעורר ויכוח גדול בין הפוסקים בסוגיה זו של היחס בין משפט התורה למשפט המדינה. אפשר לתאר בשנת 1947-48- ערב קום המדינה, ניתן לראות בין הפוסקים גישות שונות ביחס לסוגיה זו.

**גישה אחת** של הרב הרצוג שהיה הרב הראשי לארץ ישראל והרב הראשי הראשון למדינת ישראל- החל לעסוק בסוגיה זו ב1937. הוא פנה במכתב לראש מועצת גדולי התורה החרדית באירופה –חיים עוזר גרוז'ינסקי- הרב החשוב ביותר בליטא ומת בשואה. הוא פנה אליו ושאל כיצד יש לנהל את משפט המדינה כשזו תקום- הרב חיים עוזר הציע להבחין בין תחומי משפט שונים- בין המשפט האזרחי והפרטי למשפט הציבורי והפלילי. לפיו המשפט האזרחי יהא לפי דין תורה- בהלכה יש דיני ממונות מעשיים שע"פ ניתן לפעול אך בתחום המשפט הציבורי והפלילי צריך להיות משפט חילוני- משפט המלך זאת בהזכירו את משפטו של הר"ן. למעשה יש ליישם את עיקרון זה- משפט המדינה. אין להלכה משפט פלילי משלה ולכן יש להפעיל כן את משפט המלך. גם בתחום הציבורי, מנהלי אין להלכה שיטת משפט יישימה ועל כן פה יש לקבל את עקרון הר"ן ולתת למדינה לקבוע משפט חילוני אזרחי וההלכה תכיר בזה. בתחום דיני הממונות- המשפט האזרחי יש להפעיל את דין ההלכה. **הרב הרצוג** לא קיבל את הגישה הזו. הוא טען כי המנגנון של שת שיטות- הלכתית וחילונית יצור אי בהירות מבחינה השיטה- כזו שיש בה סתירות ולכן יש לאמץ שיטה אחת כוללת- השאיפה שלו היא שההלכה תייצר שיטת משפט הן בתחום האזרחי והן בתחום הציבורי והפלילי. מנק' מבט חרדית אפשר להתייחס למדינה כמדינה ככל המדינות- הרב הרצוג שחשב שיש פה הזדמנות של גאולת הדורות רצה שההלכה תיענה לאתגר ותיצור משפט הלכתי לכל תחומי המשפט. הרב הרצוג רצה שיטה אחידה- מעין מדינת הלכה אך לא האמין כי ניתן להסתפק בתוכן ההלכתי- היה לו ברור כי למדינה זו החוק יהא דמוקרטי, ועל כן יהא בה שוויון זכויות גמורים לגברים נשים יהודים ולא יהודים. ההלכה כמובן לא מכירה בשוויון כזה- לפי ההלכה באופן עקרוני נשים פסולות לעדות וכך גם לא יהודים. אם כן כיצד?

הרב הרצוג ניסה לתת מענה לעניין זה וקבע עקרונות שעל פיהן ניתן יהיה להכיר בדיינים גם אם לא יהודים וגם בנשים שתמלאנה תפקיד של רבנים וכו'. מצד אחד הוא רצה שהדין יהא דין הלכתי אך מצד שני עשה בו שינוי דרמטי כך שההלכה תכיר בעקרונות הדמוקרטיים של שוויון- יש כאן דגם שמצד אחד מתחייב למדינת הלכה אך תוכנו משנה את תוכן ההלכה לכזה המתאים לעקרונות השוויון והצדק הדמוקרטיים.

מצד אחד יש פה שמרנות כי הוא רוצה מדינת הלכה מצד שני ההלכה אותה הוא מבקש להכיל שונה לחלוטין מההלכה האורגינאלית.

היו לו שתי התנגדויות- כשהוא ביקש שהרבנות תקבל סמכות לעסוק בדין הפלילי- כל הרבנים התנגדו לו והוא נאלץ לסגת לדעתו של הרב גרוז'ינסקי. בנוסף הוא כתב על כך שהירושה צריכה להינתן בשווה בן שנים לבנות- ההלכה העקרונית לא מעניקה לבנות ירושה רק לבנים- בפועל בתי דין מעניקים מכח פשרה- הרב הרצוג רצה להפוך זאת לתקנה קבועה- והרבנים התנגדו לו בצורה מאוד רחבה.

גישה שלישית, גישה רדיקאלית למדי הייתה גישה של רבנים צעירים- הרב שלמה גורן והרב נריה. הרבנים האלו שהיו בשנת 47' בשנות ה20-30 שלהם- פרסמו מאמרים שרוצים הכרה של ההלכה במדינה כאשר להבדיל מהרב הרצוג לא מתיימרים לשנות את ההלכה לגופא אלא בכך שההלכה תכיר במשפט המדינה. הם מדברים על כך שההלכה תוכל להכיר בחוקים אזרחיים של המדינה ובבתי המשפט של המדינה. להבדיל מהרב הרצוג, הם לא טוענים שהם הולכים לשנות את ההלכה וליצור חדשה אלא באופן ריאלי יותר מהרב הרצוג, הם חיפש קטגוריות הלכתיות שבאמצעותן ניתן להכיר במשפט המדינה. אם זה קטגוריות של דין המלך, ועדת הקהילה וכו'- כאלו המאפשרות מבחינה הלכתית להכיר בחוקים חילוניים אזרחיים. הם הלכו על המודל של הכרת ההלכה במדינה. הרב גורן והרב נריה הלכו על מודל של הפרדה- יש הבדל בין ההלכה למשפט המדינה- אך ההלכה תוכל להכיר במשפט המדינה. הם לא חשבו שזה מעשי שההלכה תחוקק את חוקי המדינה באיזשהו תחום אך רצו להוביל לכך שההלכה תכיר בדין האזרחי.

הגישה הרביעית, היא גישה של פוסקים שמרניים יותר שהתנגדו למהלכים הללו וטענו כי ההלכה צריכה לעמוד בטהרתה כפי שעמדה מעולם וזו יכולה לספק את חוקי המדינה- הרב וולדנברג, חזון איש ביניהם- טען כי ההלכה יכולה לספק הסדרים הלכתיים מלאים למדינה. גישה זו מאמינה כי מדינה הלכה יכולה להיות כשמה. זהו מודל אחדותי- שחושב שמשפט המדינה צריך להיות מבוסס על משפט התורה וזהה לו- יש פה מערכת משפט אחת הלכתית והיא תתמודד עם כל הבעיות החדשות שיש.

המודל האחדותי של הרב הרצוג גם כן אחדותי אך שונה לחלוטין- הוא קובע גם כי משפט המדינה יהא משפט ההלכה אך בעיניו משפט התורה משתנה לגמרי- חדשני שמתאים את עצמו לעקרונות הדמוקרטיים. המודל המפריד של הרב גרוז'ינסקי- בתחום דיני הממונות הם מחזיק במודל אחדותי ובתחום הציבורי צריך להיות מערכת חילונית.

שלושת המודל הראשונים מפנימים את הטענה כי מדינתה לכה כפשוטה אינה ברת קיימא זאת לעומת האחרון שמאמין כי אכן זה אפשרי. יש להפריד בין הדיונים שנערכו לפני הקמת המדינה ואחריה. דיונים אלו נערכו בטרם קום המדינה. זאת מתוך הנחה שניתן יהיה לאמצם. כשקמה המדינה נטרפו הקלפים והמדינה לא אימצה בשום מובן את ההלכה כבסיס לחוקיה.

**סמכות החקיקה של הכנסת**

פוסקים שונים מראשית קום המדינה דנו בנושא סמכות החקיקה של הכנסת לאור העקרונות הכלליים של משפט המלך, "דינא דמלכותא מלך" ותקנות הקהל. נבסס את הדיון בשיעור על מאמרו של שוחטמן.

**א. משפט המלך**

מחייב דיון מוקדם בשאלה, האם משפט המלך שמדבר על משטר מלוכני חל על מדינה דמוקרטית. פוסקים מודרנים החילו את העיקרון הזה, מכיוון שהסמכות נתונה **לשלטון**, והשאלה איזה סוג שלטון פחות חשובה. השאלה שמעסיקה את ההלכה היא האם למלך סמכות לחוקק חוקים. הסמכות היא של התורה, מצד אחד, ושל הסנהדרין, מצד שני. המלך החילוני, לכאורה, נעדר סמכות חקיקה. אולם מבט מעמיק מראה כי למלך יש סמכות כלשהי בעניין הזה.

1) **מדרש תנאים לדברים יז**: "לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם" (דברים יז).

"ואת החוקים האלה" – אלו חוקי מלכות. אתה אומר חוקי מלכות או אינו אלא דברות? וכשהוא אומר: 'לשמור את דברי התורה הזאת' הרי דברות אמורות הא מה אני מקיים: 'ואת כל החוקים האלה'- אלו חוקי מלכות".

* 'כלפי המלך החוק אינו כתוב' – התפיסה הקלאסית שהייתה מקובלת בעולם היווני. היהדות מתנגדת לגישה הזו.

🡨 המדרש מבחין בין חובת המלך להיות נאמן למצוות התורה לבין חובתו להיות נאמן לחוקי המלכות. מכאן אנו למדים שלמלך יש סמכות לחוקק חוקים.

2) **רמב"ן "על התורה": כל חרם אשר יחרם מן האדם (ויקרא, כז כט)**

מן הכתוב הזה יצא...שכל מלך בישראל, או סנהדרין גדולה במעמד כל ישראל שיש להם רשות במשפטם, אם יחרימו על עיר להלחם עליה, וכן אם יחרימו על דבר, העובר עליו חייב מיתה.

🡨 למלך יש סמכות חקיקה.

**מה היקף סמכות החקיקה?** אם אנו מכירים בסמכות מקיפה של הכנסת, בכל תחומי המשפט (פרטי וציבורי), המשמעות היא למעשה של ייתור של דין תורה. זו הדילמה שבפניה עומדים הפוסקים: מצד אחד, חוסר הכרה בסמכות השלטון הוא חוסר הכרה במדינה, מצד שני, הכרה מלאה בחקיקת הכנסת עלולה ליצור איזה תחליף להלכה כך שההלכה לא תהא רלוונטית יותר בתחום המשפט.

יש מקורות המעידים על סמכות רחבה של המלך.

3) **שו"ת חת"ם סופר, אורח חיים רח**

ונראה לי דרשות ביד המנהיגים להרוג ולענוש מקרא 'והיה עליך דמים' ומסתמא גם אילו לא ניתנה תורה, וקודם מתן תורה, היו דינים ונימוסים, וכל מלך במשפט יעמיד ארץ...וניתנה תורה וחידשה: /אלה המשפטים', וקבעה חוק: גנב ישלם כפל, ושור תם חצי נזקו, שומרים – כך וכך. אבל מה שלא הזכירה תורה, כגון היזק שאינו ניכר, לא הותר?! חלילה, דרכיה דרכי נועם, אלא איננו בכלל משפטי תורה, והמלך וסנהדרין יראו לפי המקום ולפי הזמן, ואין להתורה עסק בזה, והוא הדין ומכל שכן להסיר המזיקין הרבים הרוצחים בלא עדים וכדומה, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

🡨 במקום שיש דין תורה, דין תורה מחייב. במקום שבו התורה לא קבעה חוק, ברור שמלך או לשלטון יש סמכות לחוקק חוקים. בעיני החת"ם סופר, ברור שלמדינה יש **סמכות חקיקה משלימה** ביחס לדין תורה. לא ייתכן שהתורה, בגלל המגבלות של דין ההלכה (למשל: דיני ענישה קפדניים) צריך להניח שיש חקיקה משלימה. החת"ם סופר מדבר גם על ענייני ממון וגם על דיני נפשות. מהחת"ם סופר נשמע, שסמכות החקיקה של השלטון היא רחבה והיא איננה מוגבלת לתחום הפלילי או הציבורי, אלא חלה גם בתחום הפרטי.

שוחטמן מסתייג מעט מההשלכות של דברי החת"ם סופר. הוא מפרש את דברי החת"ם סופר 'המלך וסנהדרין יראו לפי המקום ולפי הזמן' כסמכות נפרדת למלך ולסנהדרין: המלך בתחום הציבורי והסנהדרין בתחום הפרטי. אם ההלכה תכיר בסמכות החקיקה של המחוקק החילוני במלוא היקפה (גם בתחום הפרטי), בזה היא מייתרת את ההלכה. לכן, בעיני שוחטמן בלתי אפשרי שההלכה תחתור תחת עצמה ולכן צריך להניח שההכרה ההלכתית היא סלקטיבית ביחס לתחום הפרטי.

פוסקים ציוניים הציעו הכרה רחבה בסמכות הכנסת.

5) **הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני**

הנה כי כן נפשט הספק שהתחלנו בו את בירורנו, שכל הסמכות שמוצאים במלך, בין בענייני ממונות בין בענייני נפשות, עיקרה תלוי בהסמכות העם שמינוהו על עצמם בסמכויות אלה. סמכויות אלה, כיוון שכל עיקרם בהסכמת העם, יכולות להינתן גם למשלה ולנשיא. ואין לסמכויות אלה שום גבולות מוגדרים, רק שיהא בהם משום תיקון העולם. וכל עוד הם פועלים בגבולות הסמכות שנמסרה להם, דינם דין ותקנתם תקנה, בין במה שנוגע לממונות ובין מה שנוגע לענייני נפשות.

🡨 היקף הסמכות תלויה בהסכמה – גם סמכות מלך ישראל וגם סמכות מלך כללי ("דינא דמלכותא דינא"). למוסדות השלטון יש סמכות רחבה, בלתי מוגבלת, מבחינה הלכתית.

שוחטמן לא יכול לקבל את דברים אלה במלואם. הוא מצביע על היסוס של הרב ישראלי עצמו לגבי ההשלכות של דבריו אלה. שוחטמן מציע לתת לדברים אלה פירוש מצומצם. שוחטמן מציע להניח שמשפט המלך חל בתחום הציבורי והפלילי, אך בתחום הפרטי כוונת הרב ישראלי היא ענייני ממונות הדרושים להשלמת דברי התורה, או כאשר יש צורך לחדש מעבר ההלכה, אין הכוונה לסמכות בלתי מוגבלת.

יש סתירה, בין הנטייה של הרב ישראלי להרחיב את הסמכות לבין המגמה של שוחטמן לטעון שמדובר בסמכות מוגבלת.

**ב. דינא דמלכותא דינא**

השאלה המקדימה הראשונה לנושא זה היא, שאלת התחולה שלה על מדינה יהודית. דינא דמלכותא דינא באופן טיפוסי הוא כלל שמדבר על ההכרה של ההלכה בסמכות הדין הזר. מסקנתו של שוחטמן היא שבאופן עקרוני דינא דמלכותא חל במדינת ישראל. השאלה השנייה היא **היקף התחולה**.

6) **תשב"ץ – תשובות ר' שמעון בן צמח**

מילתא פשיטה היא שבכל דבר שיש בו איסור, אי אפשר לומר דינא דמלכותא דינא להתירה, דבעניין ממון הוא דאמרינן הכי...אבל דבר שיש בו איסור, זה לא אמרו אדם מעולם.

🡨 דינא דמלכותא דינא לא יכול לסתור דין תורה בענייני איסור והיתר. זו מגבלה שלא קשה לחיות איתה, כיוון שבד"כ הדין האזרחי לא מתעמת עם דין תורה. בד"כ דין המדינה לא מתיר או מחייב דברים שאסורים מן התורה. דוגמה: פסיקת ריבית – דין המדינה קובע שחוב נושא ריבית. דבר זה מנוגד להלכה. לפי ההלכה, אסור לחייב אדם בריבית על חוב, גם אם לא שילם אותה במועדו. בפועל, דתיים גובים ריבית על חוב שמחזירים להם באיחור.

8) **רמ"א, חושן משפט, שסט, יא**

לא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן – בטלו כל דיני ישראל.

🡨 הרמ"א מטיל שתי מגבלות: (1) תועלת למלך – מסים וכדומה; (2) 'לתקנת בני המדינה' – שיש בה תועלת ציבורית. הגדרה זו היא הגדרה רחבה מדי. ההלכה לא מציעה דין פלילי ולכן ברור שתקנת בני המדינה כוללת את הדין הפלילי. אבל 'תקנת בני המדינה' עוסקת גם בדין הפרטי, **בעניינים שבהן ההלכה לא דנה**. דוגמה: רישום עסקת מקרקעין בטאבו.

9) **ש"ך (שפתי כהן לר' שבתי הכהן), לשולחן ערוך, חושן משפט, עג, ס"ג לט**

לא מיבעיא לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך ולא בין איש לחברו...אלא אפילו לשאר פוסקים הסוברים דאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר, היינו דווקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני העכו"ם בכל דבר נגד תורתנו – חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל.

🡨 הש"ך מזכיר מחלוקת, שדינא דמלכותא חל במשפט הציבורי ולא במשפט הפרטי. לגבי הפוסקים שטוענים שדינא דמלכותא חל גם במשפט הפרטי, צריך לומר שהוא חל רק בעניינים שלא סותרים דין תורה. במקום שיש דין תורה מפורש, אי אפשר לדון בדיני העכו"ם. **רק במקום שדין המלכות לא סותר דין תורה**, דינא דמלכותא דינא יחול במשפט הפרטי.

דברי הש"ך מניחות קיומן של לקונות.

**מסקנת ביניים:** הכרה מלאה במשפט הציבורי והפלילי ובמשפט הפרטי באותם נושאים שבהם אין הסדר מפורש בתורה או שיש סיבה מיוחדת לבצע חקיקה בנושא הספציפי.

10) **הרב יהושע בומבך, אוהל יהושע, א, יא**

דברי הש"ך לא נאמרו רק בדורות הראשונים שכל נימוסי המלכות נחתכו ונקבעו על ידי המלך ויועציו, מה שאין כן בדורות הללו, שכל מדינה יש לה בית נבחרים מכל המדינה וכל החוקים נחתכים על פי הנבחרים האלה, מעתה כל מה שעושים ומתקנים לטובת המדינה, הוה כקיבלו עליהם כל החוקים, יען שכל אנשי המדינה בוחרים צירים לבית הנבחרים ושולחים אותם לתקן להם תקנות טובות ומועילות, אשר על כן בדברים שבממון – אף שהוא היפך מדין תורה, יש להם הכוח והעוז לתקן תיקון המדינה.

🡨 עמדה מהפכנית. דין תורה הוא דין דיספוזיטיבי בתחום דיני ממונות. התהליך הדמוקרטי הוא תהליך של התנאה על דין תורה. הופך את דין המדינה לדין החליפי לדין תורה.

12) **הרב אליעזר יהודה וולדנברג**

(בנוגע לתחולת חוק המקרקעין בעניין הסכמת כל בעלי הקרקע לבנייה ברכוש המשותף)

לפי דעתי בכגון נידוננו יש שפיר להתייחס באופן חיובי אל החוק האמור, הן מפני שהוא איננו נוגד דין תורתנו הקדושה, ועל כל פנים לא מפורש אצלנו דלא כן...והן מפני שזה מעין קבלוהו עלייהו ונהפך למנהג המדינה.

🡨 יש אפשרות לקבל את דינא דמלכותא דינא מכוח הסכמה, כלומר **לראות בדין המלכות עניין של הסכמה**. מזכיר קצת את דברי הרב בומבך, אך לא בהיקף הזה. הרב וולדנברג אומר שיש תחומים מסוימים שבהם נתייחס לדינא דמלכותא במקום שכולם נוהגים על פיו. נצטרך לשאול מתי מדובר בהסכמה ומתי לא. הרב וולדנברג משתמש בשני קריטריונים: (1) לא סותר דין תורה; (2) קבלה, הסכמה. מדובר על **הסכמה ספציפית להסדרים מסוימים**. הוא לא מקבל את דברי הרב בומבך שהסכמה מחליפה את דין תורה.

**לסיכום:** מכוח עיקרון דינא דמלכותא דינא, אפשר וניתן להכיר בסמכות החקיקה של הכנסת בתחום הציבורי, ובתחום הפרטי תחת התנאים הבאים: (1) לא סותר דין תורה; (2) תוך סיבה מיוחדת; (3) בהסכמה. הקושי בכל השיטות הוא יצירת מצב של **חוסר ודאות**. זו מגבלה עצומה של מערכת המשפט. לכן למרצה יש קושי עם ההמלצה של שוחטמן בעניין הזה.

**תקנות הקהל- הכרה בחוקי הכנסת**

העמימות שהושארה אצל חלק מהפוסקים נועדה להכיר בחוקי הכנסת- לבטא הכרה עקרונית אך השאירה דברים פתוחים מפני שהכרה מלאה מייתרת את ההלכה. שוחטמן מנסה למלא את החלל הזה ולומר מה בדיוק היקף ההכרה בחוקי הכנסת.

לקהל יש סמכות להתקין תקנות. בני העיר רשאים להתקין תקנות שונות שנגעו בד"כ לחיים המסחריים, סחר המידות, סחר הפועלים וכו'. על בסיס עיקרון תלמודי זה הוכרו תקנות של הקהילה לאורך כל ימי הביניים. תקנות הקהילה מבחינת נושאם ותחומם- ניתן להבחין בהן בשלושה תחומים עיקריים:

תחומים שאינם מתחככים באופן ישיר עם ההלכה- תחומי מסחר למשל.

תחום הממונות- תקנות הקהל יכולות להתגבר על דין תורה בדיני ממונות- נובע מכך שבדיני ממונות יכול אדם להתנות על מה שכתוב בתורה וכמו שאדם פרטי יכול לעשות כן כך גם קהילה שלמה.

איסור והיתר בתחום הדין הדתי- אין בכוחן של תקנות קהל לשנות את ההלכה.

מכאן כי הכנסת יכולה במעין סמכות של תקנות קהל לחוקק חוקים בשני התחומים הראשונים בלבד.

ניהול ענייני המדינה שאיננו מתנגש עם ההלכה- התחום הציבורי, פלילי, האזרחי במקום שאין דין תורה כגון דיני בנקאות, ביטוח וכן בתחום דיני הממונות- כיצד שם מוכרים דיני הכנסת? למשל דיני הנזיקין? דיני הקניין והחוזים? האם ההלכה תכיר בחקיקה של הכנסת בתחום הממונות? משמעות הדבר שחקיקה של הכנסת בתחום האזרחי- תגבר על דין תורה בראייה הלכתית.

 אם מכירים בחוקי הכנסת על בסיס תקנות הקהל המשמעות היא שבתחום שבו חוקי הכנסת אינם מתנגשים עם ההלכה (התחום הראשון שמנינו)- זוהי ההכרה הנוחה ביותר מבחינה הלכתית מפני שהיא לא יוצרת התנגשות עם דין תורה ולא מטילה קושי. התחום השני הוא התחום של דיני הממונות- בהם יש להלכה אמירה- אם מכירים את חוקי הכנסת גם בתחום זה משמעות הדבר שהם ייגברו על ההלכה. התחום השלישי של איסור והיתר- בו לכל הדעות- גם אם נכיר בסמכות הכנסת אין לה שום סמכות בתחום זה. בד"כ הכנסת איננה מחוקקת דברים שקשורים לנושאי איסור והיתר.

בכל זאת יש תחומים בהם הכנסת מחוקקת בתחומי איסור והיתר- המתות חסד, לעיתים ירושה, ריבית הוצמדה, הפלות וכו'- הכנסת לא עוקרת דין תורה.

הועיל ובהלכה נעשתה אנלוגיה בין תקנות הקהל לתקנות בית דין- כלומר ההלכה אמרה שתקנות הקהל שקולות לתקנות בית דין- ממילא מנהיגי הקהל הושבו לדיינים- אם כך עליהם לעמוד בדרישות דומות. זה מצב רף מאוד גבוה- למשל מנהיגי קהל יהיו פסולים אם הם עבריינים. זה דבר שהופעל גם בימי הביניים באופן עקרוני-

האתגר הראשון שיש להתמודד עימו- הוא אם מעמידים עבריינים לפי ההלכה אז אנשים שאינם שומרי מצוות לא יהיו זכאים/ רשאים לשבת בין מנהיגי הקהל- כלומר אם יש בכנסת מנהיגים שהם עבריינים לפי ההלכה האם ניתן להכיר בהם כמנהיגי קהל? אפשר להגיד כי נכון שעבריינים לא רשאים להתמנות ולהיות מנהיגי קהל אך ניתן להפריד בין סוגים שונים של עבריינות- בין מי שעבר על דין בין אדם לחברו לבין מי שלא שומר מצוות.

**הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, לז כב-**

**"**אלו טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים, ואסורים

להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה".

גם בימי הביניים הם לא עמדו בדרישות של דיינים- כלומר לא היו תלמידי חכמים- אלא לא היו עבריינים בתום שבין אדם לחברו. ניתן להמשיך בקו הזה ולפתח את ההפרדה הזאת. שוחטמן הולך בכיוון אחר- הוא מציא להבחין בין דיינים ממונים לדיינים נבחרים. יש יסוד דיספוזיטיבי מאוד חזק ביחס לדיינים-

**רמב"ם, הלכות סנהדרין, ז, ב-** "מי שקבל עליו קרוב או פסול... להיותו דיין... אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה... כשלושה בית דין מומחין לדון לו... שקבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהם... אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו".

בעלי דין יכולים להסכים ביניהם לקבל על עצמם דיינים פסולים. הם יכולים לומר שדיינים מסויימים פסולים מסיבה מסויימת ובעלי הדין יסכימו להישפט מולם בכל זאת. יש כאן הבחנה בין דיין ממונה מכח הדין שחייב להיות כשר לבין מצב שבו בעלי הדין בוחרים בעצמם. אפשר להרחיב את הבחירה הזו לבחירה כללית- במיוחד כאשר מדובר על אנשי ציבור- הועיל והציבור בוחר בהם- הציבור יכול לפי אותו עיקרון- כך הציבור יכול לבחור לעצמו מנהיגים שהם עבריינים או פסולים. ברגע שמדברים על בחירה של בעלי הדין יש להם חופש לבחור מנהיגים שהם פסולים וההבחנה הזו בין דיינים נבחרים לממונים מאפשר להתיר גם לדיינים לא כשרים לדון .

**סוגיית הנוכרים שאינם יהודים**­ תקנות הקהל הן תלכאורה תקנות של קהילה יהודית ולפי ההלכה לא יהודים לא זכאים להתמנות למשרות ציבור. לפי ההלכה הרמב"ם פוסק שאסור למנות לתפקיד 'שררה' מי שלא יהודי והרב הרצוג הבחין בין מי שממונה מכח הדין וזו שררה לבין בחירה דמוקרטית. בחירה דמוקרטית מוגבלת בזמן ותלויית הסכמה ולכן אין לראותה כשררה. 'לא תוכל למנות עליך איש נוכרי'- הרמב"ם פוסק שזה לא מלך אלא כל מינויים- כל משרות אסור למנות איש נוכרי. הרעיון היה שאיש נוכרי עלול להתעמר בציבור היהודי ולכן אסרו על מינוי מלך נוכרי. במדינה דמוקרטית לא שייך לעשות הבחנה כזו והרב הרצוג אמר שמדובר במינוי של שררה- כזה שלא מוגבל בזמן ומכח הדין- אין לו הסכמה לכאורה כמו מינוי מלך. אך כאשר מדובר על מינוי מהסכמה- כזה שמוגבל בזמן- הליך דמוקרטי אין בעיה למנות איש נוכרי. כאשר יש מינויים בירוקרטים המוגבלים בזמן, מינויים דמוקרטים אל ניתן לראותם כשררה ובהם ניתן למנות לבעלי תפקיד גם נוכרים. ההלכה לא צריכה לשלול חברות של לא יהודים בכנסת וניתן לראות בהם חלק מהציבור. באופן עמוק זה אותו רעיון של הסכמה, שעמדנו עליו לעיל.

**ההליכים הפרוצדוראליים**- הכרעת הרוב היא רובו מתוך כולו. הרוב נבחר מתוך כלל פורום של ח"כים- ולכן כל רק כנסת מחייב צריך להיות של 60+ ח"כים. הכנסת למעשה לא עובדת כך אלא ברוב של מי שנוכחים. גם אם מקבלים את הדרישה הזו של רובו מתוך כולו- שוחטמן מציין כי ניתן להתגבר עליהם מכח מנהג או מכח ההסכמה עצמה על ההליך. לכן גם בסוגיית ההליכים הפרוצדוראליים של הרוב ניתן לקבל אותם.

עניין מרכזי יותר בעייתי הוא סוגיית **אישור אדם חשוב או אישור ת חכם**- ההלכה התלמודית קבעה כי לתקנות של איגודים מקצועיים או של בני העיר צריך להיות אישור של תלמיד חכם.

**טור, חושן משפט, רלא**

"רשאין בני העיר לפסוק על השערים... וכן כל בעלי אומנויות רשאין לתקן תקנות בענין מלאכתם... במה דברים אמורים כשאין אדם גדול וחכם בעיר לתקן עניינם, אבל אם יש חכם ומנהיג, אפילו כל בני העיר אין רשאין לתקן כלום זולתו, ואם תקנו והתנו דבר בלתי ידיעתו ־ אינו כלום"

הסיבה העיקרית של אישור אדם חשוב היא על מנת לוודא שהוא לא פוגע בזכויות של מישהו מהצדדים או אף בציבור. יש מחלוקות בין הראשונים האם אישור של אדם חשוב הוא רק על הסכמים מסחריים או גם בתקנות ציבור. יש מי שאומר שבתקנות ציבור יש הסכמת הציבור ולכן אין צורך באדם חשוב. דעה אחרת אומרת שגם בתקנות ציבור עלולה להיות פגיעה בציבור ולכן יש צורך גם כאן באישור אדם חשוב. המקור לאישור אדם חשוב מגיעה מהסיפור התלמודי של שני שוחטים שעשו ביניהם חלוקה של ימים- וכשאחד מהשניים חרג ליומו של האחר הדיין אמר להם שההסכם ביניהם לא מקובל כלל כי לא קיבל אישור של אדם חשוב.

**האם חקיקה של הכנסת נהנית מאישור של תלמידי חכמים?**

אין פרוצדורה שבה זה נעשה- אך אם רוצים שההלכה תכיר בזה הרבנים צריכים להכשיר את הליכי הכנסת מבחינתם. דרך אחת היא באמת לומר כי הרבנות תבחן את החלטות הכנסת ותכשיר אותם. באופן עקרוני אין מניעה שזה יעשה. אך פרוצדורה כזו לא קיימת בפועל- האם בהיעדרה אפשר לראות באדם חשוב? מי הוא אדם חשוב? הרבנות הראשית יכלה להיות גוף מתאים אך כאמור אין פרוצדורה כזו.

פס"ד של הרב עובדיה הדיה שהיה חבר בבית דין הרבני הראשון במדינה- שבו הוא מכיר בחוקי הכנסת מכח דינא דמלכותא דינא. הוא אומר כי הרי כל חכמי ההלכה עצמם משתתפים בבחירות עצמם בישראל- אלו הם הפוסקים החשובים- השתתפותם בבחירות מהווה הסכמה בהליך- כשפוסק משתתף בבחירות הוא למעשה מוכן לקבל את מה שלא סותר דין תורה. מה ההיקף של הדבר? הרב הדאיה אומר שהתחום השלישי של איסור והיתר ברור כי דין מדינה לא יכולה לעקור דין תורה וזה ברור שאין לו סמכות- אי אפשר לייחס לרב הסכמה להכשר כזה. מצד שני ברור כי זה כן נותן הסכמה לתחום הראשון- לתחום בו אין בכלל התנגשות בין דין תורה למדינה. מה לגבי דיני ממונות? בהם חקיקת הכנסת מתנגשת עם דין תורה? האם בהם הסכמה של הרב כוללת את הנ"ל? הרב הדאיה לא מפרש. שוחטמן מציע לפרש זאת בצימצום- לראות בדברים אלו אישור רק לתחום הראשון שאין בו בכלל התנגשות עם ההלכה אך כל תחום שיש בו התנגשות לא לראות בכך הסכמה.

לפי דעתו ההכרה של ההלכה בחוקי הכנסת מתייחסת בעיקר לתחום הציבור, לתחום הפלילי וכן לתחומים ציבוריים בהם אין התנגשות בין חקיקת מדינה לחקיקת ההלכה. אך בתחומים שבהם ההלכה יש לה את העמדות שלה- אז חקיקת הכנסת איננה מורת ע"פ ההלכה- כלומר פירושו של דבר בבתי דין רבניים יפסקו לפי ההלכה ולא לפי דין המדינה בסוגיית הללו. בתחומים הללו אי אפשר להניח שיש אישור של תלמיד חכם- אישור של תלמיד חכם לא ניתן בפועל אך ניתן להסיק כי יש אישור לכל הנושאים הראשונים שדיברנו עליהם בהם אין מחלוקות עם דין תורה- יש אישור מכללא- לכאורה בהסכמת הרבנים להשתתפות בבחירות, הסכמה להליך הדמוקרטי- נציגים שלהם יושבים בכנסת ושותפים לחקיקה- ניתן לראות בזה כאישור להסכמתם להליך- לכאורה זה מהווה אישור של איש חכם לכל חוקי המדינה שאין בהם סתירה לדין תורה.

כל חוקי המדינה העוסקים בדיני ממונות אין להם אישור של איש חכם. האישור ניתן רק לחוקים שאין בהם התנגשות עם ההלכה.

**שוחטמן, סיכום**

"מסקנה זו שבדבריי, בדבר צמצומה של ההכרה ההלכתית בחוקי המדינה לתחום

המשפט הציבורי בלבד, פרט ליוצאים מן הכלל שבתחום המשפט הפרטי, אין לפרשה

כנטילת הבסיס החוקי מרובו של המשפט הפרטי של מדינת ישראל. אין לבוא חלילה

למסקנה, כאילו בתחום רחב וחשוב זה של המשפט לית דין ולית ריין באשר ההלכה אינה

מכירה בו כמחייב. אי ההכרה של ההלכה בתחום זה של המשפט הישראלי נוגע אך ורק

לאותו חלק בציבור הישראלי הרואה עצמו מחוייב לדין תורה, וביחס אליו קובעת ההלכה

שמערכת הנורמות החלה עליו היא זו של ״חושן משפט״, ולא הדין הישראלי. ואולם,

אותו חלק בציבור הישראלי שאינו רואה עצמו מחוייב לדין תורה, בוודאי שאינו יכול

״ליהנות״ מאי ההכרה של ההלכה היהודית בחלק זה של משפט המדינה, שהרי לא

תיתכן חברה ללא מערכת של משפט פרטי, ואם אין ההלכה מכירה בתחום זה של המשפט

הרי זה משום שהיא מבקשת להשתית את מערכת היחסים שבין אדם לחברו על הבסיס

של דיני ״חושן משפט״ ולא משום שהיא רוצה להביא להרס מסגרות החוק והמשפט

במדינה. אם נמצא איפוא בציבור הישראלי חלק מםויים שאינו מקבל על עצמו דינים אלה,

בוודאי שדין המדינה הוא שיחול עליו. מחוייבותו של הציבור החילוני למסגרות הקבועות

בחוק המדינה נובעת גם מיסוד ההסכמה, שכאמור בדברינו לעיל יכולה לשמש בסיס

לתוקפו המחייב של חוק המדינה גם ביחס למי שרואה עצמו מחוייב לדין תורה."

ההלכה מכירה בסמכות החקיקה של הכנסת באופן מוגבל- במשפט הציבורי, הפלילי ובחלקים מצומצמים של המשפט הפרטי- אך בתחומים בהם יש להלכה אלטרנטיבה- היא לא מכירה בחוקי הכנסת. כלומר בית דין תורני יפסוק בהתאם לכל תחום. שוחטמן אומר כי אין לפרש את דבריו כי ההלכה לא מכירה בחוק המדינה ועל כן חוק המדינה לא תקף בתחום המשפט הפרטי אלא זה תלוי- אם לאנשים שמחוייבים להלכה יש לפסוק ע"פ ההלכה ואם אנשים שלא מחוייבים להלכה יש לפסוק לפי משפט המדינה- התוקף הוא ההסכמה.

שוחטמן אומר כי בסיטואציה בה יש אדם דתי ואדם חילוני- אדם דתי לא יכול לכפות על אדם חילוני או דתי אחר שלא מעוניין בכך- אדם שמעוניין בדין תורה לא יכול לכפות על אדם שלא מעוניין ללכת לדין תורה- דין תורה דורש הסכמה. לעומת זאת אדם שמעוניין בדין המדינה יכול לכפות על מי שלא מעוניין ללכת. שוחטמן אומר כי בסיטואציה כזו- יש לגיטימציה לאדם דתי לידון בדן המדינה- מפני שאין לו ברירה. זה לא משולל יסוד- זה לא דינים שלא מכירים בהם- יסודם ההסכמה אך כאשר אם יש אפשרו לדין דין תורה יש עדיפות לעשות זאת.

העמדה של שוחטמן, בגלל הפירוט שלו, היא שונה במידה מסויימת ממה שמשתמע מחלק מהפוסקים שקדמו לו כמו הרב ישראלי, הרב הדאיה- נדמה כי הכירה הכרה יותר רחבה במשפט המדינה אם כי לא נתנו את הדעת עד הסוף ולא ציינו את המגבלות. הוא חידד את הדברים. הרב ישראלי למשל מכיר בסמכות הכנסת ללא סייג- משתמע מכך כי גם בתחום דיני הממונות- ההסתייגות הזו של שוחטמן לומר כי בתחום המשפט הפרטי ההלכה לא מכירה בתחומי הכנסת זו אמירה שהוא מחדד אותה ולא נאמרה ע"י פוסקים אחרים. היא בעייתית במובן הזה שהיא יוצרת מצב מאוד מוזר מבחינת ההלכה- ההלכה קובעת דין אחד לדתיים ודין אחד ללא דתיים. אם היא לא מכירה אז עליה לא להכיר בכלל- אך לא מתקבל על הדעת כי אנשים ייסרבו להתדיין בפני המדינה. הקושי נובע מכך שאם ההלכה לא מכירה בדין המדינה אז מדוע היא תכיר בזה באנשים שלא מאמינים. הוא גם לא אומר כי המדינה מכירה בדין המדינה אך מעדיפה את דין תורה- הוא טוען כי ההלכה כלל לא מכירה במשפט הפרטי שהכנסת מחוקקת אך אם אנו נשארים במסקנה זו איך היא תכיר בסיטואציות בין דתיים לחילוניים? המהלך לא ברור כל כך.

**מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל**

האם יכולה ההלכה להכיר במעמדם של בתי המשפט? בתוקף החלטותיהם? בלגיטימיות הפנייה אליהם? האם בני אדם שיש להם סכסוך אזרחי רשאים לפנות לדיון בבתי משפט אזרחיים והאם החלטה של בית המשפט האזרחי מוכרת מבחינה הלכתית?

מעמדם של בתי המשפט בתחום הפלילי הוא מוצק יותר מפני שההלכה עצמה לא מציעה אלטרנטיבה בתחום זה, ולכן אין מנוס אלא להכיר במעמדם של בתי המשפט בתחומים אלו. למרות זאת לעיתים נשמעים ערעורים מרבנים שונים, אך בתחום הפלילי התקפות אלו חסרות בסיס לאור חוסר אלטרנטיבות שונות. סמכותם נובעת מעיקרון דינא דמלכותא דינא.

השאלה מתמקדת אפוא במעמדם של בתי המשפט בתחום האזרחי והפרטי- מנק' מבטה של המדינה אין לה התנגדות שבני אדם יפתרו את הסכסוכים שלהם בבוררות, בבתי משפט פרטיים- רבניים או תורניים. הכוונה בעיקר לבתי דין תורניים, היות ובתי דין רבניים מתייחסים לאלו הממלכתיים. מנק' מבטה של ההלכה היא מציעה אלטרנטיבה- יש מערכת דין מפורטת בדין האזרחי ויש גם בתי דין המוסמכים ע"פ ההלכה לדון. יש תחרות בין מערכות השיפוט השונות ולכן מתעוררת השאלה **האם ההלכה מחייבת רק התדיינות בבתי דין תורניים?** האם היא אוסרת על פנייה לבתי משפט אזרחיים? האם היא מכירה בלגיטימיות של בתי משפט אזרחיים ובהחלטות שלהם.

* על בסיס מה יכולה ההלכה להכיר בבתי משפט אזרחיים?

בתי הדין שההלכה מכירה בהם הם בתי דין לפי ההלכה:

**כשרות הדיינים**

**1. כשרות אישית - טור חושן משפט, הלכות דיינים, סימן ז**

"כל ישראל כשרין לדון אפילו ממזר. [...]

קטן פסול לדון ויש אומרים שאינו ראוי לדון עד שיהיה בן י"ח שנים:

 סומא באחד מעיניו כשר לדון אבל הסומא בשתי עיניו פסול:

אשה פסולה לדון, ודבורה לא היתה דנה אלא מלמדת שופטי ישראל:

כל הפסולים להעיד מחמת קורבה ומחמת עבירה, כאשר יתבאר בעזרת השם בהלכות עדות, פסולין לדון".

* **לפי חלק מהפוסקים אישה יכולה להיות דיינת. מי שהם עבריינים ע"פ ההלכה פסולים לדון. אם לוקחים את ההלכה הזו ברור כי אישה פסולה לדון וגם עבריינים- שאינם שומרי מצוות. אם מתייחסים לנושא של הכשרות האישית ברור שלא כל שופטי ישראל עומדים במאפיינים כשרות אלו.**

**2. כשרות מקצועית - רמב"ם, הלכות סנהדרין, ג, ח**

"כל סנהדרין או מלך או ראש גולה שהעמידו להן לישראל דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה וראוי להיות דיין, אף על פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה".

**שם, ד, טו**

"מי שאינו ראוי לדון מפני שאינו יודע או מפני שאינו הגון, שעבר ראש גלות ונתן לו רשות או שטעו בית דין ונתנו לו רשות, אין הרשות מועלת לו כלום עד שיהא ראוי".

* **הסוג הראשון של בתי הדין הם בתי דין של מומחים- ה רמב"ם פוסק ע"פ כך ואומר כי יכול להתמנות דיין רק מי שחכם בחוכמת התורה והגון. זה לא רק חובה על הממנים אלא גם על מעמדו של הדיין עצמו- מינוי של דיין שאינו ע"פ שני תנאים אלו לא יהיה תקף.**

בתי דין שאינם עומדים בתנאים של כשרות אישית או מקצועית אינם מוכרים ע"פ ההלכה. למרות זאת המציאות הייתה יותר מורכבת ולא תמיד ניתן היה למצוא דיינים כשרים בחוכמה זו, בנוסף לשיקולים אחרים של אנשים לדון לפני מי שאינם דיינים מקצועיים. ההלכה כאן קובעת עיקרון האומר כי אנשים בעלי דין יכולים בהסכמה לקבל על עצמם דינים שאינם כשרים.

**3. הזכות להתנות על כשרות - רמב"ם הלכות סנהדרין, ז, ב**

מי שקבל עליו קרוב או פסול בין להיותו דיין בין להיותו עד עליו, אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו או כשלשה בית דין מומחין לדון לו, בין שקבל על עצמו לאבד זכיותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהן, בין שקבל שיתן כל מה שיטעון עליו חבירו בעדות זו הפסול או בדינו, אם קנו מידו על זה - אינו יכול לחזור בו, ואם לא קנו מידו - יכול לחזור בו עד שיגמר הדין. נגמר הדין והוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותו אינו יכול לחזור.

* **הרמב"ם מבחין בין שני סוגי הסכמה- הסכם משוכלל (נעשה קניין- חתימה על שטר-לא רק הסכם בע"פ)- כל צד רשאי לחזור בו עד שנגמר הדין והסכם לא משוכלל לא ניתן לחזור בו מההסכמה לדיינים. מזכיר את עקרון הבוררות – כשם שהמדינה אומרת שיש לה שופטים כשרים שהיא מעמידה כשופטים בשירות הציבור, כך עמדת ההלכה לגבי דיינים בלתי כשרים. עמדה זו פוחת ]פתח לשיטות משפט שונות.**

**4. בית דין של הדיוטות - טור חושן משפט, הלכות דיינים, סימן ג**

אין בית דין בפחות מג' וכל ג' נקראים בית דין ואפילו הדיוטות. וכתב הרמ"ה דוקא דגמירי דינא (שבקיאים בדין) אף על פי דלא סבירי [נוסח אחר: סמיכי]. ויראה מדבריו דבעי שלשתם גמירי. אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב בג' אי אפשר דלית בהו חד דגמיר ששמע או קרא בספרים ויודע סברות בדינין, אבל אם לית בהו חד דגמיר פסולים לדינא.

* **ההלכה מכירה גם בדיינים שלא עומדים ברב הגבוה- הם בדרגה נמוכה יותר של אנשים רגילים, אינם חכמים בכל חוכמת התורה אך רשאים לדון אם הם יכולים לדון דין תורה. כלומר בית דין שישפוט ע"פ דין תורה כמיטב ידיעתו. יש להם ידיעה של הדין אך הם לא מכירים- לא מדובר בבורי ארצות אלא כאלו שיש להם ידיעה מסויימת בדין. יש צורך ששלושה תהיה להם ידיעה מסוימת בדין אך אין הכוונה ששלושתם יהיו בקיאים בדין אבל בסתם שלושה יש לפחות אחד שיודע את הדי- אם אין בהם אפילו אחד הם פסולים לדין. לסיכום- התור פוסק ששלושה הדיוטות – אנשים שלא כשרים לדין יכולים להיות כשרים בתנאי שתהא להם ידיעה מסויימת של הדין. הידיעה המסויימת הזו נדרשת לפחות אצל דיין אחד מתוך שלושה והם מחוייבים לדון דין תורה.**

אפילו הדיוטות כאלו שיש להם ידיעה מסויימת גם לא היו נפוצים תמיד ולכן הכירו בבית דין נוסף- ערכה שבסוריא.

**5. ערכאות שבסוריא - שו"ת הרשב"א חלק ב סימן רצ**

"שאלת: הודיעני מה שאמרו: כל המעמיד דיין שאינו הגון, כאלו נוטע אשרה. כיצד נעשה בעיירות, שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת. ואנו צריכין להעמידן: לדון, ולפשר, על כרחן של בעל דבר. ואם לא נעמיד, נמצאו הולכין לערכאות של הנכרים, ורבו האנסין.

תשובה: שורת הדין: אי אפשר להעמיד דיינין שאינן מומחין, שלא מדעת בעלי הדין. אלא שהמומחין לבית דין שבעיר, יכולין לכוף בעלי הדין לדון לפניהם. ... על כן, צריכין אתם למנותם לדעת אנשי העיר, ואף על פי שאינן בקיאין, שהכל לפי השעה! וכל מעשיך יהיו לשם שמים. ואם קבלום עליהם אנשי העיר, מותר, ואין אחד מהם יכול לפסלן. דהני "ערכאות שבסוריא".

ומכל מקום, צריך לבדוק אחר אנשים כשרים, יראי א-להים, שונאי בצע, ואנשי מביני מדע".

* **כדי להעמיד דיינים שאינם מומחים יש צורך בהסכמה של בעלי הדין. ההבדל בין דיינים מומחים ללא מומחים הוא שלמומחים יש כח כפייה ולכאלו שלא מומחים יש הסכמה (על בסיס הרמב"ם). במידה ואין דיינים מומחים אפשר לקחת גם סתם דיינים במידה ואנשי העיר מסכימים. ברגע שיש הסכמה יש לדיין סמכות ואף אחד לא יכול לפסול את סמכותו. ההסכמה של הקהילה היא כמו הסכמה של שני אנשים פרטיים והיא מחייבת.** דהני ערכות שבסוריא- בתלמוד מופיע ביטוי זה מתפרש שמדובר בדיינים הדיוטות- כאן מדובר על הדיוטות שלא יודעים את הדין כלל ולא ידונו ע"פ דין תורה ובכל זאת הצדדים רשאים לקבלם על עצמם- הרשב"א אומר כי זה תחת אותה קטגוריה. נולדה קטגוריה חדשה של ערכאות שבסוריא שהם בתי דין של הדיוטות גמורים שלא יודעים כלל את הדין ולא מתיימרים לדון על-פיו. אלו יכולים להתמנות מכח הסכמת אנשי העיר. יסוד ההסכמה טוב לא רק למקרים אינדיבידואלים אלא גם להסכמה ציבורית ומכח זה ניתן להכיר בבתי דין אלו (חילוניים). בכל מקרה צריך לבדוק כי הם אנשים הגונים וישרים.

**6. שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים סימן ח**

"א] כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין, אף על פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה.

הגה (רמ"א): ואסור להעמיד עם הארץ לדיין על סמך שישאל כל פעם לחכם (ב"י). ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של עובדי כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אף על פי שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן. וכן כל צבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה. (ב"י בשם תשובת הרשב"א)".

* **אסור להעמיד דיין הדיוט שרק ייתן תשובות. בעיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים ממנים את הטובים והחכמים שבהם לדעת אנשי העיר. התקדים היה במקרים בהם אין דיינים ראויים ובהם אפשר לקבל בורים, אך הוא מוסיף כי כל הציבור יכול לקבל דיינים שהם הדיוטים. המשפט האחרון מרחיב- התשובות לקוחות משתי שאלות שונות של הרשב"א ועל כן ייתכן כי התשובה השנייה לקוחה מתוך הקשר מסוים ואין הכוונה להרחיב.**
* מה לגבי האיסור לפנייה לערכאות גויים?

**7. מדרש תנאים, דברים טז, יח (=תנחומא משפטים)**

""שופטים ושוטרים תתן לך" - מלמד שלא ניתנו הדינין אלא לישראל, וללמדך שכל ההולך לדין אצל אומות העולם כאלו עובד עבודה זרה. שכך הוא אומר "שפטים ושטרים תתן לך", וכתיב אחריו "לא תטה משפט", "צדק צדק תרדוף", "לא תטע לך אשרה". ולא עוד אלא שכל המניח דיני ישראל והולך לפני אומות העולם כפר בהקב"ה תחלה, שנאמר "כי לא כצורנו צורם ואויבנו פלילים", למה שאין חוקותיהם טובים".

* **הליכה לערכאות של גויים היא כמו עבודה זרה. זה קשור לכך שהדין בעולם העתיק בימי הביניים היה מעורב בדת. כל דת היה לה מערכת משפט משלה ולא הייתה הפרדה ברורה בין חוק דתי ולאזרחי. הדין נלמד ממקורות דתיים. לעיתים אף השופטים ישבו בבתי מקדש- היה קשור הדוק בין המשפט לדת. מי שהיה הולך לבתי דין של אומות העולם למעשה הלך למוסדות דתים- אז גם המוסד וגם הדין הוא דין דתי ועל כן זה נחשב עבודה זרה.**
* **יש טענה נוספת- אין חוקותיהם טובים- יש העדפה של דין תורה על פני דין אומות העולם.**

**8. תלמוד בבלי מסכת גיטין, פח ע"ב**

"תניא: היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאות (נו"א: ערכאות) של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" (שמות כ"א), לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם - ולא לפני הדיוטות".

* **הסמכות לפתירת סכסוכים צריכה להיות רק בבתי הדין של ישראל גם אם בתי הדין הנוכריים ישפטו ע"פ דין תורה. לפי מקור זה האיסור אין מקורו בבעיה שבדין אלא בדיין עצמ. זה מביא אולי גם לרציונאל נוסף- קהילתי/ לאומי- הקהילה היהודית רוצה לשמור על הזהות שלה ועל הארגון שלה ופנייה לערכאות של גויים היא בגידה בסמכות מוסדות הקהילה.**

**9. רמב"ם הלכות סנהדרין, כו, ז**

"כל הדן בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן אף על פי שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם לפניהם ולא לפני עכו"ם לפניהם ולא לפני הדיוטות. היתה יד העכו"ם תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להוציא ממנו בדייני ישראל יתבענו לדייני ישראל תחלה, אם לא רצה לבא נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו".

* **הרמב"ם מזכיר סייג המאפשר לפנות לבתי דין של גויים- אם בעל הדין הוא אלם- איש אלים שלא מציית להוראות בית הדין אז אפשר לפנות לבית דין של גויים לאחר קבלת רשות מבית דין ישראל. יש אנלוגיה בתלמוד בין הפניה לבתי דין של גויים לבתי דין של הדיוטות אך זה לא הולם את מה שראינו עד כה כי אין איסור מוחלט לפנות להדיוטות. הרמב"ן מדגיש עניין זה.**

**10. רמב"ן, פירוש על התורה, שמות כא, א:**

"ואף על פי שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא ובדקבליה עילוויהו דינו דין [ובכשקיבלו עליו דינו דין], אבל לפני הגוים אסורין הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדיננו באותו עניין".

* **למרות ההסמכה של הדיוטות הדין שונה לחלוטין. בדיני הדיוטות אסור לכפות אדם לדון בפני הדיוטות אך בבתי דין של חכמים יש חובה מוחלטת וכן ניתן לכפות אדם לדון שם.**

השאלה שעולה היא כיצד יש להתייחס למסגרת זו? אך מסגרת לא מתאימה בדיוק למצבנו כיום. ברור שבתי המשפט של ישראל אינם בתי דין ע"פ ההלכה. האם אפשר לראות בהם בתי דין של הדיוטות? קשה לראות זאת כדיינים שאינם כשרים אך פועלים ע"פ ההלכה מפני שבתי המשפט של ישראל לא מתיימרים לדון ע"פ ההלכה. לכן אינם עונים לקריטריונים לסוג בתי דין זה גם (הרב הרצוג בזמנו רצה לבסס את מערכת המשפט אז על בתי דין של הדיוטות- משפט המדינה יהא מושתת על ההלכה והדיינים יהיו שופטים שאינם כשרים ע"פ ההלכה, מכל שדות הציבור, אך הם ישפטו ע"פ משפט המדינה שיהיה מושתת על דין תורה, כידוע זה לא יצא לפועל היות והמחוקק לא רצה להשתית את משפט המדינה על משפט התודה וכן מצד הרבנים לא הייתה התלהבות להכשיר את כל הפסולים מבחינת ההלכה ולכן הרעיון נפל). הקטגוריה השלישית של ערכאות שבסוריא היא יותר ניתנת ליישום. אלו הם בתי דין של יהודים שאינם בקיאים בדין תורה ולא דנים ע"פ דין תורה אך הקהילה מקבלת אותם ולכן יש להם סמכות. זה יכול להתאים גם לבתי המשפט בישראל. אלו בתי משפט של יהודים (רובם לפחות) שאינם מחוייבים לדין תורה אך מקבלים את סמכותם מהציבור שבוחר בהם בהליך הדמוקרטי. מי שרוצה לקבל הכרה של ההלכה בבתי המשפט יכול לקבל זאת מכח הכרה בבתי דין שבסורייא. לצורך זה צריך לבסס את העמדה הזו. הרב שלמה גורן הראשון שביסס עמדה זו. ב48' הוא מפרסם סידרה של שלושה מאמרים בהם הוא טוען כי אפשר להכיר במערכת כזו- ההלכה תכיר בשתי מערכות שונות מערכת הלכתית דתית ומערכת אזרחית שההלכה תכיר בה על סמך הכרה בבתי דין שבסורייא. עמדה דומה ביטא הרב נריה וכן רבנים נוספים- הזרם היותר ציוני דתי.

האם העקרונות של ערכאות שבסורייא תופסות גם כאן? יש עוד שני מאפיינים לדין שיש לבדוק. אחד הוא מאפיין **הנסיבות**- ערכאות שבסורייא מדבר על נסיבות בהם אין דיינים כשרים.. האם רק בנסיבות אלו ניתן להכיר בערכאות מהסוג הנ"ל? יסוד נוסף חשוב הוא **היסוד של הדין.**

**13. הר"ן (ר' ניסים גירונדי), חידושים לסנהדרין כג ע"א**

ערכאות שבסוריא הם הדיינין שאין יודעין דין תורה אלא שהם ממונים באותן המקומות שאינן בני תורה [ודנים] כפי אומד דעתם.

* **הפרוש של הר"ן מכיל את שני היסודות- הם קמים במקומות שבהם אין מי שיודע תורה והם פועלים ע"פ שיקול דעתם. הטענה היא שבתי המשפט בישראל לא עומדים בשני הקריטריונים הנ"ל. כי אין הם קובעים גם ע"פ דעתם אלא ע"פ חוקים חקוקים.**

**14. ר' מנחם המאירי, בית הבחירה לסנהדרין, כג ע"א**

דנין לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים.

* **הרב גורן הסתמך על דעתו- כלומר לא רק על פי אומד דעתם של הדיינים אלא על פי חוקי המדינה.**

כלומר בכל זאת בבתי הדין שבישראל- הם נהנים מכח ההסכמה של הציבור שההלכה מכירה בו, והם אינם מוגבלים לנסיבות מסויימות, אלא יכולים להיות גם בנסיבות אחרות. למרות שזה נקבע לנסיבות מסויימות זה לא מוגבלת לאותן נסיבות, יש נסיבות אחרות שלא מאפשרות לקיים בתי משפט הלכתיים. כאשר יש קבלה- הסכמה אפשר לבחור כל אחד לדון כדיין. יכולת ההסכמה לא מוגבלת רק לצדדים ספציפיים אלא היא גם תופסת לגבי קהילות שלמות. לכן אפשר להכיל זאת על כלל המדינה. אם כך ההלכה יכולה להכיר בסמכותם של בתי הדין האזרחיים לצד בתי דין אחרים.

העמדה הזו הותקפה משני כיוונים. כיוון ראשון- מייצד הרב הרצוג וכיוון שני מכיוונו של חזון איש

* הרב הרצוג השתמש בעצמו בעיקרון של הסכמת הציבור כדי להכשיר דיינים שאינם ראויים ע"פ ההלכה. הוא הסכים ורצה למנות גם שופטים לא יהודיים, גם נשים, גם חילונים, גם כאלו שאינם תלמידי חכמים, זאת על יסוד ההסכמה. למרות זאת הוא עשה זאת כדי שהמשפט יהא מבוסס על דין תורה. ההתנגדות שלו כאן אינה פורמאלית אלא מטעמי מדיניות-

**15. הרב י"א הרצוג, תחוקה לישראל (עמ' 163-164)**

"אך אם בנוגע לאיזה ישוב של יהודים בסוריא, שאיננה בכל אופן ארץ ישראל מן התורה... אפשר לחשוב על מציאות כזאת, אבל שהמדינה היהודית בארץ הקודש שהיא המקום היחידי שבה יתקיים משפט משלנו בתוקף ממשלתי תקבל סידור משפטי כזה, הרי זה יעלה לדעתי ולפי הרגשתי ח"ו נתינת גט כריתות לתורתנו הקדושה וממש הרמת יד במשה רבנו ע"ה".

* **הוא טוען כי מבחינתן כרב כל עניין הקמת מדינת ישראל הוא חידוש משפט התורה וההלכה, התרבות היהודית. אם נגיע לכאן ונמצא היתר לקבל משפט זר- משפט אנגלי וטורקי- אם ניקח זאת במקום להקים שמפט יהודי שורשי- לא פעלנו נכון כי אין העניין הוא בהקמת ריבונות בלבד אלא בהחייאת התרבות והמסורת היהודית. הוא טוען כי העמדה שלעיל מקובלת והייתה נכונה רק בסוריא- לא בארץ ישראל. בארץ ישראל יש לאמץ דין תורה ולא לפנות לערכאות שבסוריא.**

**מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל**

עולה השאלה האם ניתן להשתמש בקטגוריה של ערכאות שבסורייא? עלו שתי בעיות:

* ההיתר נעשה רק בקהילות שאין בנמצא תלידים חכמים, ובקהילות שיש בהן תלמידים חכמים אסור להשתמש בערכאות שבסורייא אלא רק בחכמים.
* הדיינים הללו ידונו בהתאם לעומק דעתם, מעין פשרה, אך לא לפי חוק אלטרנטיבי זר..כאשר הם דנים לפי חוק אלטרנטיבי שאינו דין תורה אין זה מקובל.

מה משקל בעיות/ הגבלים אלו? מן הסתם הם מגבילים את ההיתר. כאשר קהילה מקבלת על עצמה דין אלטרנטיבי יש כאן למעשה חלופה לדין תורה ולכן רואים זאת בחומרה מ'עומד דעתם'.

**שו"ת תשב"ץ (ר' שמעון בן צמח), חלק א סימן קנט**

וכיון שבמעמד חכמי העיר וברשותן נתנו בני העיר כוחן לקצת מהם למנות אלו הדיינים הרי מינויין מועיל ונסתלק רשות כל דיינין אחרים בהסכמת בני העיר ובמעמד חשוביהון. [...] מכל מקום הרבים יכולין למנוע היחיד אפי' הוא מומחה מלכוף לדון לפניו שהרי רשאין הם לקבל שאר דיינים זולתו.

**שו"ת הרשב"ש (ר' שלמה בן שמעון) סימן תריא**

ובעניין דיינות, דבר ברור הוא שאין להעמיד על הצבור אלא דיין הגון, ועונש המעמידו ברור כמו שהאריכו ז"ל[...] אבל זו אינה אלא במעמידן על הצבור שלא ברצונם בראש גולה, וכן הוא במשמע כל המעמיד דיין שאינו הגון, אבל אם הצבור קבלו עליהם ברצונם לא דינא ולא דיינא דכשרים ודינם דין... והגע עצמך שהציבור שרצו לעשות תקנה או גדר להפקיר ממון צריך בה ב' תנאים, האחד שיהיה עמהם אדם חשוב ורוב הצבור נסמכים בה, או אין להם אדם חשוב בעיר, וכשיש להם אדם חשוב בלי ספק שלא יעמידנו על הצבור הנותרים שלא ברצונם ואם העמידו הרי בכלל המעמיד דיין שאינו הגון, ואם אין שם חבר עיר, שנזכר בגמרא בשם אדם חשוב, והוא תלמיד חכם כפירוש המפרשים ז"ל, גדול החכמים שבעירם צריך שתהיה התקנה ברצון כלם, ומי שלא היה בה לא נתחייב בה. וא"כ אם הקהל כל אחד ואחד נתרצה בזה הפסול והפגום והרשע והעמידוהו עליהם רצו ליזוק בנכסיהם, ולא יהיה אלא מפשר, וכיחידים דמו ואין ביניהם אלא שהיחיד בעי קנין ואלו כיון שנתרצו כלם הוי תחלת דינא כסוף דינא וכאלו נגמר הדין שאינם יכולין לחזור בהן כפי הוראת הרשב"א ז"ל בעדים וכן הרא"ש ז"ל.

* אם הציבור מרצון מקבל על עצמו דיין שאינו כשר, זה תקף. העיקרון שצריך למנות דיינים הגונים הוא מכח הדין, ומכח הסמכות השלטונית, אבל אם הציבור מקבל על עצמו מרצון דיין, ניתן למנות דיין שאיננו כשר, אף אם הוא עבריין, רשע, אינו תלמיד חכם וכו'. הסכמת הציבור טעונה באחד משני תנאים- או מכח הרו ואז צריך אישור של אדם חשוב או אם אין תלמיד חכם- בהסכמה פה אחד. במידה ועומדים באחת משני הדרכים הללו הציבור רשאי לקבל על עצמו דיינים פסולים. אין מוזכר כתנאי שלא יהיו תלמידים חכמים. הוא מדבר רק על כח ההסכמה למנות דיינים לא כשרים ולא מזכיר מה קורה כאשר יש דיינים כשרים- לא מועמד כאן התנאי. מדבריו משתמע כי ניתן להעמיד דיינים כאלו גם במקום שיש.

התנאי השני של דין אלטרנטיבי-

**הר"ן (ר' ניסים גירונדי), חידושים לסנהדרין כג ע"א**

ערכאות שבסוריא הם הדיינין שאין יודעין דין תורה אלא שהם ממונים באותן המקומות שאינן בני תורה [ודנים] כפי אומד דעתם.

לעומתו-

**ר' מנחם המאירי, בית הבחירה לסנהדרין, כג ע"א**

דנין לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים.

מקורות הלכתיים אלו מבססים כי שני התנאים אינם נדרשים, ומכאן ניתן לראות בבתי המשפט בישראל בתי דין שבהסכמה שאומנם לא ע"פ ההלכה אך ההלכה יכולה להכיר בהם מכח רצון הציבור.

הרב הרצוג לא חולק על התוקף ההלכתי של הטיעון ועושה בו שימוש לצרכים אחרים- ואף פעל להכשרת דיינים שאינם כשרים. הוא אינו חולק על העקרון של דעת הרוב והסכמת הרוב אבל הוא חולק והתנגד בכל תוקף לכך שהמדינה תאמץ חוק חילוני.

**הרב י"א הרצוג, תחוקה לישראל (עמ' 163-164).**

אך אם בנוגע לאיזה ישוב של יהודים בסוריא, שאיננה בכל אופן ארץ ישראל מן התורה... אפשר לחשוב על מציאות כזאת, אבל שהמדינה היהודית בארץ הקודש שהיא המקום היחידי שבה יתקיים משפט משלנו בתוקף ממשלתי תקבל סידור משפטי כזה, הרי זה יעלה לדעתי ולפי הרגשתי ח"ו נתינת גט כריתות לתורתנו הקדושה וממש הרמת יד במשה רבנו ע"ה.

* יש כאן מין אשליה כי גם אם יכשיר שופטים שאינם דיינים כשרים ע"פ ההלכה האם הם יפעלו ע"פ דין תורה? יש כאן אשליה שהשופטים ידונו ע"פ דין תורה. הדין הולך לפי הדין- זה לא יראה כמו דין תורה והם יפעילו קרוב לוודאי שיקול דעת משלהם שלא בהכרח יסתמך על דין תורה.

**חזון איש, סנהדרין, סי' טו, ד.**

יש עוד המחאה של אנשים שלא למדו כלל תורה, והם ידונו כפי משפט בני אדם בשכלם, והוא במקום שאין ביניהם גמיר כלל, ושלא יבואו בערכאות. תקנת הציבור כן, וכל זה מבואר בתשובת הרשב"א שהביא בית יוסף סי' ח', והרשב"א הזכיר דהיינו ערכאות שבסוריא. [...]

ואף על גב דליכא ביניהם דיין שידין ע"פ משפטי התורה, ומוכרחים להמנות בעל שכל לפי מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי העמים או לחוקק חוקים. שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו זהו בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים. אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, וכדאיתא בסי' כו. ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על פי חוקים בדויים. ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל. ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש. ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה.

* החזון איש היה מנהיג הציבור החרדי בישראל בשנות קום המדינה. הוא פותח בהזכרת הקטגוריה של ערכאות שבסורייא, שופטים שלא יודעים דין תורה ופוסקים ע"פ שכלם. אע"פ שאין ברירה, והנסיבות מתירות להעמיד דיין שאיננו מלומד- זה בתנאי שלא יקבלו את חוקי העמים. אם יקבלו דין זרים זה נחשב לחילול תורה! ההיתר הוא לפעול ע"פ פשרה בלבד אך קבלת דין אלטרנטיבי מהווה זילזול בדין תורה- **אין הבדל בין מי שבא לפני יהודי ששופט לפי חוקים בדויים למי שבא לשופט גוי**. בתי דין ששופטים לפי חוקים לא לגיטימיים הם במעמד של **בתי משפט של הגויים.** כלומר הוא עומד על כך שלא יהיו תלמידים חכמים ושהדין יהא פשרה ולא ע"פ דינים זרים. המסקנה היא שבתי משפט שדינים לפי חוקים אלטרנטיביים הם כמו ערכאות של גויים. הוא זה שטבע את האנלוגיה בין בתי המשפט האזרחיים של המדינה לבין ערכאות של גויים. עמדה זו בהמשך צברה לה השפעה עצומה, גם דיינים שלא היו בעמדה אנטי ציונית אימצו אותה, ועמדה זו למעשה תפסה מקום מאוד רחב בכל החוגים- החרדים והציוניים.

**הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחווה דעת, ד, סה**

ולא אכחד כי שמעתי דיבת רבים הטועים מדרך השכל, המתחכמים לומר שמכיוון שכעת השופטים יהודים, והממשלה העניקה להם סמכות לדון ולשפוט בדיני ממונות וירושות – דינא דמלכותא דינא, וחושבים שהותרה הרצועה להתדיין לפניהם. אולם הבל יפצה פיהם. ולו חכמו ישכילו זאת, שאדרבה היא הנותנת לחומרת הדבר, שהואיל והשופטים יהודים הם מושבעים מהר סיני לשפוט על פי התורה (עם בכלל ראויים הם לדון ולשפוט)... הרי המכשלה גדולה שבעתיים מאשר להתדיין בפני שופטים גויים שלא נצטוו מעולם לדון על פי התורה שלנו.

ברור כי לפי דין תורתינו הקדושה התובע את חבירו בבתי המשפט שלהם גדול עונו מנשוא, והוא בכלל מה שפסקו הרמב"ם (בפרק כ"ו מהלכות סנהדרין הלכה ז'), והטור והשלחן ערוך (חשן משפט, סימן כ"ו סעיף א'): שכל הדן בערכאות שלהם הרי זה רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו.

* הרב עובדיה יוסף לא יכול להתנגד חזיתית למדינה לאור תפקידו כהרב הראשי לישראל. על פיו- בתי המשפט הם כמו ערכאות של גויים. מי שתובע את חברו בבית משפט אזרחי של המדינה עובר על איסור שלא לדון בפני ערכאות של גויים. הוא אומר ש**התובע** את חברו בבית המשפט אסור- מה לגבי ה**נתבע**? ברור כי הוא לא יכול להימנע מלהגיע לביהמ"ש. אם הוא רוצה להגן על רכושו הוא חייב ללכת אין לו ברירה, ועל כן האיסור הוא רק על התובע ולא על הנתבע. גם אם מאמצים את הקטגוריה של ערכאות של גויים ברור שלנתבע הדבר מותר. מה קורה כאשר התובע חרדי והנתבע חילוני? אם החילוני לא מוכן לפנות לדין תורה? אין לו ברירה והוא גם חייב ללכת לדין תורה. יש לסייג כאן את הרב עובדיה, שרק כאשר שני הצדדים מוכנים לדון בפני דין תורה רק אז הם חייבים ללכת להתדיין בדין תורה, אך אם אחד הצדדים מסרבים לא ניתן לפנות לבתי דין תורניים. הרב עובדיה מכיר בפירוש בנתבע אך למעשה יש להכיר גם בתובע מסיבות אלו.
* אותה בעייה קיימת אצל עו"ד- גם להם אסור לייצג בערכאות של גויים. אך שוב אם אחד הצדדים חילוני יש התרה לייצג בבתי דין של המדינה.

**הרב יעקב אריאל, תחומין, ג**

יהודי דתי היודע על קיומו של משפט התורה ועל מציאותם של תלמידי חכמים יודעי דת ודין, ובכל זאת הוא מעדיף להישפט בפני הדיוטות אלו... נחשב למחרף ומגדף ולמרים יד בתורת משה, ואיסורו איסור חילול השם מדאורייתא ודינו כהולך לערכאות של נוכרים.

* מאמץ את העמדה שבתי המשפט של המדינה הם במעמד של ערכאות של גויים ואסור לפנות אליהם. הוא מראש אומר שהאיסור הוא על יהודי דתי- המשקף את המודעות שלו לכך שיהודים בישראל פונים לבתי משפט חילוניים ולכן הוא פונה רק לציבור הדתי.

יש כמה קולות בהלכה בין פוסקי ימי הביניים שמוכנים להתיר באיזשהו אופן גם פנייה לערכאות של גויים בהסכמה. אחד הטקסטים הידועים הוא תקנת רבנו תם. אחד מגדול חכמי צרפת במאה ה12- נכדו של רש"י.

**תקנת רבנו תם, כלבו, קיז**

גזרנו ונדינו והחרמנו על כל איש ואשה, הקרובים או הרחוקים, אשר יביא את חבירו בדיני עכו"ם או ע"י עכו"ם, הן שר הן מושל הן סרדיוט,אם לא מדעת שניהם.

* יש כאן איסור חמור להביא סכסוכים לידי ערכאות גויים, אם לא מדעת שניהם- כלורמ אם שניהם מסכימים הגזירה הזו לא חלה. אם שני הצדדים מוכנים לדון בפני ערכאות גויים הם יכולים לעשות זאת. יש המפרשים את דבריו בצימצום- הגזירה קובעת נידוי וחרם על מי שלוקח את חברו בלי הסכמה אך אם שני הצדדים מסכימים אז הנידוי לא חל אבל אין בכוחו להתיר את האיסור. בכל מקרה יש כאן סוג של הקלה או היתר לפנות לערכאה של גויים.

**ר' יצחק מוינה, אור זרוע, בבא קמא, א ג-ד**

נראה בעיני שאם קבלו עליהם את דייני גויים שניהם, התובע והנתבע מרצונם, ודנו אותם כדין ישראל - דיניהם דין... דדוקא היכא [היכן] שדנו אותם בעל כרחם לא הוי דיניהם דין, אבל היכא שקבלו מרצונם אף על גב דעברו על "לפניהם ולא לפני גויים", אף על פי כן, הואיל וישנם בתורת דיינים דיניהם דין בדיעבד.

* הוא לא מבטל את האיסור אבל הוא אומר מבחינת תוקפה של הפסיקה, אם היא נעשתה בהסכמת שני הצדדים הפסיקה תקפה.

שני קולות אלו מלמדים ל כך שגם בימי הביניים היו מקרים שבהם יהודים פנו לערכאות של גויים והדבר הוכר לפחות בדיעבד. בימי הביניים המדינה הייתה מאורגנת כפדרציה של מדינות, למעשה לא היה עיקרון של חוק טריטוריאלי- המדינה לא הייתה ריכוזית ולא היה חוק אחד החל בכל הטריטוריה, התפיסה העקרונית בימי הביניים הייתה של חוק אישי- חוק לכמורה, חוק לאצילים, חוק לצמיתים וכו'. קבוצות שונות באוכלוסייה נשפטו במערת משפט משלהן והמדינה הכירה בזה. במסגרת כזו היהודים פעלו במסגרת הקהילה ולא היה עניין לפנות לבתי הדין האחרים. ברגע שמבנה המדינה השתנה ונהייתה מדינה ריכוזית שיש חוק טריטוריאלי הפועל בכל המדינות, חוק חילוני אזרחי, לא חוק דתי- אז ברור כי החוק חל במידה שווה על כל הקהילות, וגם על היהודים. ביהמ"ש הוא של כולם. הדבר הזה יצר נגישות של היהודים לבתי המשפט, ולכן עוד לפני הקמת מדינת ישראל וגם היום פונים בכל העולם לבתי המשפט. לכן כל העמד הזה של ערכאות של גויים, כל המבנה הזה קשור למציאות של ימי הביניים ולא מתאים למצאות החברתית והפוליטית של התקופה המודרנית.

* איך זה נתפס מבחינת הלכתית?

נניח ואנו מקבלים את העמדה ההלכתית כי בתי המשפט הם בגדר ערכאות של גויים? כיצד מתמודדים עם הקשיים המעשיים? לפי הכניסה הקלאסית יש איסור לפנות לערכאות של גויים, אסור לאדם לתבוע את חברו בערכאות אלו וכן לייצג מישהו בערכאות אלו. לאור המציאות בישראל, במידה ונכיל קטגוריה זו- מה יקרה?

ראשית, ראינו כי במידה ואדם נתבע ע"י אדם חילוני לבימ"ש של המדינה- הנתבע יילך כי אין לו ברירה. כך גם אם תובע חילוני- ואין לו ברירה כי לא ניתן להכריח אדם לפנות לדין תורה. כך גם במידה ואתה עו"ד. שוחטמן ניסה להרחיב זאת:

היום התפישה כי בתי המשפט הם ערכאות של גויים מקובלת בכל הזרמים בדתיים ומרבית הרבנים מתבטאים כך בפומבי.

שוחטמן במאמר מקבל את ההנחה שך רוב הפוסקים שבתי המשפט של המדינה הם ערכאות של גויים. החרדים תופסים את המדינה כדבר אחר, כשקוראים לבתי המשפט ערכאות של גויים זה מבדל. הציונות הדתית רואה במדינה כשלנו ומזדהה עם המדינה וכאן שי ניגוד חריף בין הקטגוריה ערכאות של גויים לבתיה משפט. מצד אחד מקבלים את המדינה ומצד שני קוראים לבתי משפט ערכאות של גויים. שוחטמן מנסה להתודד עם עניין זה ולהציג תיאוריה שלא רואה דא לגיטימציה בערכאות המדינה. הוא טוען כי אין מה לעשות, ואכן הנושא נכנס לקטגוריה של ערכאות של גויים, אבל ברור שמנק' המבט של מדינה חילונית, שלא מעוניינת במשפט התורה, צריכה להיות מערכת משפט.

שוחטמן מצמצם את האיסור והחובה לדון בבית דין כך שכששני הצדדים מעוניינים לדון בדין תורה, רק אז ידונו בבית דין תורני, במידה ואחד הצדדים לא מעוניין לדון דין תורה, הוא רשאי להתדיין במערכת משפטית אחרת- זה לגיטימי. הוא נסמך בדבריו על תשובת הרשב"ש- כי מכח ההסכמה של הקהילה אפשר להסכים על דינים פסולים- זה תקף גם במדינת ישראל.

אם אחד הצדדים לא מעוניין לדון בבית דין תורני, אין ברירה ויש להתדיין בבתי משפט של המדינה, הוא נותן לגיטימציה לביהמ"ש ובכך גם לעו"ד ושופטים זאת על מנת לא להרחיק את הציבור הדתי ולפגוע בו.

**הבעייתיות** בדעה של שוחטמן היא שהסכמה לא מספיקה כדי להתגבר על האיסור להידיין בערכאות של גויים.- בערכאות שבסוריא יש תוקף להסכמה אך היא חסרת תוקף בערכאות של גויים. יש כאן סתירה פנימית שלא ניתנת ליישוב.

אם הולכים לפי רבנו תם- ביטלנו את האיסור כי הוא התיר ללכת לערכאות של גויים בהסכמה, זה מבטל את האיסור. שוחטמן מצד אחד רוצה להשאיר את האיסור ומצד שני להכיר בלגיטימיות של בתי המשפט.

**הרב שאול ישראלי (הערות למאמרו של הרב יהודה סגל, התורה והמדינה ו-ז)**

לענ"ד אחר כל האריכות עדיין הספק בעינו. כי נראה שעיקר איסור התורה בכתוב "לפניהם" הוא מצד ההתדיינות בפני העכו"ם ממש. שהרי גם אם דנים (=הגויים) בדין תורה ... נתמעט מקרא זה. ...מאידך, ערכאות שבסוריא, היינו ישראל עם הארץ שמתמנים לדון במקום שאין תלמידי חכמים בכדי שלא יזדקקו לבי"ד של גויים, ודאי לא לפי דין תורה הם דנים שהרי הם עמי הארץ, אלא לפי הכרעת שכלם. אם כן, רואים אנו שעיקר ההקפדה אינה בזה שדנים שלא לפי דין תורה אל בזה שנוכרים הם הדיינים.

* הרב שאול ישראלי, מראשי הציונות הדתית בתחילת שנותיה של המדינה, דחה בפירוש את החלת הקטגוריה של ערכאות של גויים. מה שקובע הוא מי הדיין- הזהות האישית של הדיין- האיסור ללכת לדיין זר ולא למערכת משפט זרה. הבעייתיות בכך היא שבישראל יש שופטים לא יהודים גם.

הפתרון הנכון כנראה הוא דרך הסכמה, של ערכאות שבסוריא וללכת לפי הרב גורן והרב ישראלי. בכל הדעות יש סתירות פנימיות.

ברנד- פתיחה וסיכום של המאמר.

נעסוק בדרך שבה פוסקי הלכה התמודדו עם סוגיית השוויון. עיקרון השוויון הוא לא עיקרון בעל אותו מעמד במסורת ההלכתית. יש בהלכה כמה יסודות שמכבדים עיקרון זה, אך ההלכה אינה מחויבת באופן מלא בעיקרון השוויון. ההלכה מבחינה בין יהודים לאלה שאינם יהודים ובין גברים לנשים. הדבר בא לידי ביטוי בראש ובראשונה בזכות השווה להשתתפות פוליטית (הזכות לבחור ולהיבחר), ובזכות לזכות באופן שווה במינויים ציבוריים (בעיקר מינוי לשופטים).

אם היו שואלים את ההלכה באופן בלתי תלוי, לא היו מדברים על שוויון מלא.

**נשים בתפקידים ציבוריים**

1. **ספרי דברים פרשת שופטים פיסקא קנז**: "שום תשים, מת מנה אחד תחתיו. מלך, ולא מלכה".

בעולם ההלניסטי, נשים היו מלכות. גם בהיסטוריה היהודית היו: שלומציון המלכה. הדבר המעניין שראוי לזכור הוא שהיא הייתה מלכה שמצאה חן בעיני הפרושים (בראשם, שמעון בן שטח). החכמים בדורה לא כפרו בלגיטימיות שלה.

2. **רמב"ם הלכות מלכים פרק א הלכה ה**: "אין מעמידין אישה במלכות שנאמר עליך מלך ולא מלכה. וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא איש".

הרמב"ם עושה הרחבה לכל "משימות שבישראל" – כלומר, מינויים. לתוספת הזו אין מקור שידוע לנו (לא מופיע במדרש או בתלמוד). לתוספת הזו של הרמב"ם יש משקל רב (כיוון שרק הוא ניסח הלכות מלכים).

3. **תוספות מסכת נדה דף נ עמוד א**

[משנה: כל הכשר לדון כשר להעיד, ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון]

כל הכשר לדון כשר להעיד – ואם תאמר והרי אישה דכשרה לדון כדכתיב בדבורה "והיא שופטת את ישראל בעת ההיא"...ואישה פסולה להעיד כדאמר בפרק שבועת העדות (שבועת דף ל.)?!

ויש לאמר דהכי קאמר: כל איש הכשר לדון כשר להעיד. אישה- קטגוריה נפרדת. כשרה לדון ופסולה להעיד. לתוספות אין בעיה לקבוע שאישה כשרה לדון.

אי נמי:...דבורה הייתה דנה על פי הדיבור. מקרה יוצא דופן – התגלות. לא לגזור מזה כלל שאישה כשרה לדון. דבורה מקרה חריג, והכלל הוא שאישה פסולה לדון.

אי נמי: לא הייתה דנה אלא מלמדת להם הדינים. הכוונה היא שהיא לא ממש שפטה, אלא הייתה מלמדת משפטים.

התוספות לא נוקט עמדה ברורה. הדיון הוא פרשני ולא פסקני. התוספות מעלה את האפשרות שאישה תהיה כשרה לדון.

ובירושלמי פוסל אשה לדון.

4. **תוספות מסכת בבא קמה דף טו עמוד א**

ומדכתיב (שופטים ד) "והיא שפטה את ישראל" בדבורה אין להביא ראיה דאישה כשרה לדון, דשמא היו **מקבלין אותה עליהם** משום שכינה.

מבוסס על העיקרון שבעלי דין יכולים לקבל על עצמם דיין פסול. כך ישראל יכלו לקבל על עצמם את דבורה. הכלל הוא שאישה פסולה לדון, אך בהסכמה אפשר גם לקבל נשים כשופטות. פתח להליך שיאפשר מינוי שופטות. העיקרון הקובע הוא ה**קבלה**.

בשנת 1900, ברוב מדינות העולם לנשים לא הייתה זכות בחירה. מסוף המאה ה-19 לגברים ניתנה זכות בחירה רחבה. בין מלחמות העולם התקבלה זכות הבחירה לנשים. עם התהליך העולמי הזה, מתחילים דיונים בקהילות היהודיות. קהילות ברחבי אירופה מתלבטים בשאלת זכות ההצבעה של נשים בקהילה. רוב הפוסקים נוקטים בעמדה אוסרת, ביניהם החפץ חיים והרב גרודזינסקי. יש רבנים בכיוון יותר אורתודוכסי-מודרני שנוקטים עמדת ביניים ומבחינים בין הזכות לבחור לזכות להיבחר. הם מרשים זכות פסיבית ולא מרשים זכות אקטיבית. רבנים הקרובים לעמדת המזרחי מתירים את שתי הזכויות. העולם האורתודוכסי המסורתי נמצאים בקוטב של האיסור.

הנושא מגיע לדיון בארץ ישראל בשנת 1920. התנועה הציונית שוקלת מיד להעניק זכות בחירה לנשים. פונים אל הרב הראשי באותה עת, הרב קוק. הוא פוסק לאסור.

5. **הרב אברהם יצחק הכהן קוק, מאמרי הראי"ה, עמ' 189**

"והנה בדבר הדין אין לי מה להוסיף על דברי הרבנים שקדמוני: א. בתורה בנביאים ובכתובים, בהלכה ובאגדה, הננו שומעים קול אחד, שחובת עבודת הציבור הקבועה מוטלת היא על הגברים ש"האיש דרכו לכבוש ואין האישה דרכה לכבוש" (יבמות, סח, ב)...וכל כבודה היא פנימה. ב. ההשתדלות למנוע את תערובת המינים בקיבוצים (היינו בציבור) היא כחוט חורז במהלך התורה בכללה, וממילא ודאי שנגד הדין היא כל התחדשות של הנהגה ציבורית המביאה בהכרח לידי התערבות של המינים בהמון, בקבוצה ובמסיבה אחת, מהלך החיים התדיריים של הכלל".

הרב קוק לא מפנה למקור מפורש אלא מעלה תמונה כללית שעולה מן המקורות. התפיסה היא שמרנית: חלוקה מסורתית של התפקידים בין הגבר לאישה.לא ראוי לתת לנשים זכות לבחור או זכות להיבחר. עמדתו הייתה מנוגדת לרוב רבני ועסקני המזרחי. הציונית הדתית היו בעד. בסוגיה הזו לא קיבלו את עמדת הרב קוק.

מי שניסח עמדה הלכתית חולקת היה הרב עוזיאל, שהיה הרב הראשי הספרדי במקביל לרב קוק.

6. **הרב עוזיאל, משפטי עוזיאל, ד, חושן משפט ו**

על הראשונה (זכות בחירה אקטיבית) לא מצאנו שום יסוד ברור לאסור, ואין הדעת מקבלת לשלול מן הנשים זכות אישית זאת. כי הלא בבחירות אלה מרכיבים אנו אלופים לראשינו ונותנים ייפוי כוח לנבחירנו לדבר בשמנו, לסדר את ענייני יישובינו ולהטיל מסים על רכושנו, והנשים בדרך ישר (=ישירה) או בדרך אי-ישר (=עקיפה) מקבלות עליהן את מרותן של נבחרים אלה ונשמעות לחוקיהם בציבוריים והלאומיים. ואיך אפשר לתפוס את החבל בשני ראשיו: להטיל עליהן חובה המשמעתית של נבחרי העם ולשלול מהן זכות בחירתם?

לגבי הזכות לבחור: אין איסור פורמאלי. מכיוון שאין סיבה מהצד האחד, ויש טעם מהצד האחר, יש להעניק את הזכות.

השאלה השנייה היא שאלת הנבחרים אם האישה יכולה להיות נבחרת. ובזה אמנם מצאנו לכאורה איסור מפורש (ספרי דברים כ"ט ט"ז): "'שום תשים' מת מתמנה אחר תחתיו, 'מלך' ולא מלכה". וממנו למד הרמב"ם: "אין מעמידים אישה במלכות, שנאמר: 'עליך מלך', ולא מלכה. וכן כל משימות שבישראל אין ממנים בהם אלא אישה ולא אישה"...אולם אני מסתפק בדבר אם הלכה זו היא משום פסול האישה לדיינות או משום כבוד הציבור...והנה ממה שכתב התוספות שדבורה הייתה שופטת משום שיקבלוה עליהם יש להוכיח שמועילה קבלתם...

לגבי הזכות להיבחר: יש רעיון שאישה כמנהיגה מהווה פגיעה בציבור. אם מדובר בכבוד הציבור, מדובר בעניין חברתי (ולא הלכתי). זו שאלה חשובה, קשור גם לדברי הרב קוק שהמסורת היא שנשים לא מעורבות בפוליטיקה, והיא: מתי נורמות הלכתיות הן בעצם נורמות חברתיות, ומתי הן נורמות הלכתיות שההלכה קובעת אותם? אם מדובר בנורמה חברתית המשתקפת בהלכה ולא בתביעה הלכתית, יכול להיות שלהלכה לא תהיה התנגדות אם הציבור יקבל נורמה חברתית אחרת.

הרב קוק ראה את זה כעניין הלכתי, בעוד הרב עוזיאל ראה את זה כעניין חברתי. הרב עוזיאל מסכם את דבריו וקובע שאישה רשאית הן לבחור והן להיבחר.

הבחנה בין מינויים מלמעלה-למטה לבין בחירות: צמצום הלכת הרמב"ם למינוים שהם מכוח שררה, אשר נכפים על הציבור. מינויים שהציבור בוחר בעצמו – ניתן לבחור גם פסולים.

7. **הרב יחיאל וויינברג, שו"ת שרידי אש, ח"ג קה**

על דבר שאלתו בבחירות נשים. הג"ד ד"צ הופמן ז"ל התיר את הבחירה האקטיבית ואסר את הבחירה הפסיבית; אולם רבני א"י, וכן בעל חפץ חיים ז"ל והגאון רבי חיים עוזר גרודזינסקי ועוד אסרו גם הבחירה האקטיבית; והרב הראשי עוזיאל בספרו משפטי עוזיאל מתיר את הבחירה לבחור ולהיבחר גם יחד. ולמה לי לתקוע את עצמי במקום מחלוקת של האוסרים ומתירים; נניח הדבר לזמן שיבוא ויכריע.

הרב וויינברג לא רוצה להכריע. ההנחה היא שהוא יודע שהזמן מכריע לטובת הזכות לבחור ולהיבחר לנשים.

8. **השופט מנחם אלון, בג"ץ לאה שקדיאל**

מינוי אישה למועצה הדתית בירוחם. הרבנות הראשית התנגדה. ביהמ"ש העליון קבע זכותה.

נאמר בתלמוד הבבלי, כאשר נשאלה השאלה כיצד להכריע בדין שלגביו נחלקו חכמים: "פוק חזי מאי עמא דבר" ("צא וראה כיצד העם נוהג"), ברכות מה, א; עירובין, יד, ב), או בלשונו של התלמוד הירושלמי: "צא וראה היאך הציבור נוהג". ה"זמן שיבוא ויכריע" באימרתו של הרב וויינברג, הוא אפוא דרך מקובלת של פסיקה לפי המנהג שהציבור נוהג.

מסירת ההכרעה בידי הציבור.

"נניח הדבר לזמן שיבוא ויכריע", והזמן אכן בא והכריע. הנה כי כן, שלושת אבירי הרועים שבדור הקודם סברו ופסקו, שאין לאישה אף זכות בחירה אקטיבית...אך הזמן בא והכריע שלא כדעתם: בכל ציבור שומרי תורה ומצוות, ללא יוצא מן הכלל, חסידים כמתנגדים, חרדים כדתיים לאומיים, על אמנותיהם ופלגיהם,

המנהג פסק בניגוד לרבנים. המנהג היה בעד זכות בחירה לנשים, והיום אין אף רב מקום המדינה ועד היום שאומר לנשים לא להשתתף בבחירות. לכן אפשר לומר שהמנהג הכריע. **לשים לב: לבחור, לא להיבחר** – לציבור החרדי אין מועמדות לכנסת. אך יש התקדמות גם בעניין הזה, נשים תופסות תפקידים ציבוריים אחרים.

**לסיכום**: יש שתי שאלות – הזכות לבחור ולהיבחר והזכות למלא תפקידים ציבוריים. יש עמדות שונות בהלכה. בסופו של דבר, העמדה שבציבור המודרני גברה העמדה שמכירה בזכות פוליטית שווה לנשים: הן לבחור ולהיבחר והן למלא את כל התפקידים הציבוריים. בעולם החרדי הוכרה הזכות לבחור, להשתתף בבחירות, אך העניין של מינויים ציבוריים עדיין נמצא תחת איזשהו סימן שאלה. ההנמקות ההלכתיות מבוססות בעיקר על יסוד הקבלה, ההסכמה. הטענה היא שבמערכת דמוקרטית שבה הציבור שותף לבחירה יש את היסוד של הקבלה, כמו שבדבורה הנימוק מופיע כך גם היום במסגרת הבחירות יש עניין של קבלה.

**לא-יהודים בתפקידים ציבוריים**

 "לא תוכל לשים עליך איש נוכרי" – מופיע במפורש בתורה. הרעיון הוא שהמלך צריך להיות חלק מהעם והוא לא יתעמר בו. איסור זה הורחב גם למינויים אחרים והתפיסה שנוכרי לא רשאי למלא כל שררות (כמו אצל נשים).

ברור לכל הפוסקים הפרו-ציוניים שהיה צריך לקבל את עיקרון השוויון גם ביחס ללא-יהודים, השאלה היא מהי הדרך ההלכתית לעשות זאת. הראשון שהלך בדרך הזו הוא הרב הרצוג. אפשר לראות כמה דרכי פעולה בעניין הזה:

(1) **הדרך ה"הלכתית"** – שימוש בקטגוריה של "גר תושב". קטגוריה זו נבדלת מגוי שעובד עבודה זרה. כלומר, ההלכה התלמודית כבר מבחינה בין 2 קטגוריות של גויים: עובדי עבודה זרה (מעמד יותר עוין, מבחינת ההלכה להם לא מגיע שוויון זכויות) וגוי שהוא לא עובד עבודה זרה ומקיים שבע מצוות בני נח (גר תושב). מי שהוא גר תושב, חי בתוך החברה היהודית, יש לו שוויון זכויות חברתיות (ההלכה מדברת בפירוש על כך שצריך לתת לגר תושב צדקה וצריך לתמוך בו כאילו היה אחד מישראל) ופוליטיות. קטגוריה זו גם עברה בימי הביניים עוד תהליך של הרחבה, מימי הביניים הפוסקים דנו בשאלה מה מעמדם של בני הדתות המרכזיות. הרמב"ם קבע שהאסלאם הוא לא בגדר עבודה זרה, אך הנצרות כן. פוסקים אשכנזים לא ראו בנצרות עבודה זרה. המאירי קבע שהאומות הגדורות בדרכי הדתות בזממנו (המוסלמים והנוצרים) אינם בגדר עובדי עבודה זרה. נעזרים בקטגוריה ההלכתית של "גר תושב" שרואים בה קטגוריה שדרכה אפשר להעניק שוויון זכויות פוליטי לגויים, כולל מינויים ציבוריים.

(2) **מציאות חדשה** – יש לקונה הלכתית, כי ההלכה לא דיברה על מציאות של מדינה יהודית. במסגרת החלל ההלכתי, הציבור יכול להסכים להעניק לגויים זכויות שוות ולמנות אותם לתפקידים ציבוריים (ההבחנה המרכזית היא בין מינוי לקבלה).

הרבנים המודרניים אימצו את אחד המודלים האלה. יש כמה פוסקים שייחסו כוח מיוחד להכרזת העצמאות, המבטיחה שוויון זכויות מלא לכל תושביה בלי הבדל דת, גזע ומין. הטענה הייתה שלהכרזה זו יש תוקף הלכתי. ברגע שהמדינה התחייבה בשמו של הציבור להעניק זכויות שוות ללא-יהודים, יש לזה תוקף הלכתי.

מדי פעם צצה ועולה ההתנגדות הזאת שוב. האחרונה: פורסם בשמו של הרב אבינר שראוי לכתחילה שאישה לא תשתתף בבחירות, אבל ודאי ראוי שהיא לא תיבחר.

**דיני המלחמה**

סוגיית המלחמה היא אחת הסוגיות הקשורות באופן הכי ישיר עם מדינה, עם מלכות וגם באופן היסטורי וגם באופן מושגי. מדינה לפי הגדרה ידועה היא זו המחזיקה מונופול על הכח, היא זו שיכולה לנהל מלחמות ולכן בהיעדר מדינה לא ניתן לנהל מלחמה. כשחושבים על סמכות של מדינה או מלכות, אחת הסמכויות המרכזיות היא הסמכות לנהל מלחמה.

רמב"ם בהלכותיו קורא לכך הלכות מלכים ומלחמותיהם- כך גם בתנך כשבני ישראל מבקשים למנות מלך הם מבקשים מלך שילחם את מלחמותיהם. היא נתפסת ככלי/ אמצעי לנהל את המלחמה וקיומה מאפשר לחשוב על מלחמה..

מכאן כי במשך השנים הרבות של ההיסטוריה היהודית בה ליהודים לא היתה מדינה הם לא יכלו לקיים מחמות. מכאן כי ההלכה גם לא פיתחה דיני מלחמה היות וזה לא היה עניין אקטואלי. במקרא יש המון סיפורים על מלחמות ויש גם דיני מלחמה, ובמקרא גם היו מלחמות.

כשעוזבים את תקופת המקרא ואחרי הגלות מגיעים לימי הבית השני, ולאחר מכן היהודים כתוצאה של אונס, לא מרצון, בעקבות התבוסה במלחמות הגדולות, החורבן ובר כוכבא- היהודים הפסיקו להיות לוחמים, וממילא גם לא התפתחו דיני מלחמה.. יש איזכור קצר במשנה ובתלמוד בענייני דיני מלחמה אך אין הם אקטואליים ומצויינים קצרות, ובאופן לא מפותח.

כשקמה מדינת ישראל, היהודים שבים לארצם, חוזרים לריבונות וגם המדינה חוזרת לתמונה. והמלחמות הן הכרח בל יגונה של החיים שלנו כאן. אם אנחנו מדברים על אתגרים חדשים שניצבים בפני ההלכה כתוצאה מהמציאות החדשה של מדינה ריבונית אז מלחמה הוא אחד האתגרים המובהקים ביותר. זו תופעה חדשה בתולדות העם היהודי מאז מלחמת בר כוכבא.

כאשר העם היהודי נפגש מחדש במלחמה, אין לו כלים נורמטיביים משפטיים להתמודד עם העניין. המלחמה היא לקונה גדולה בתולדות ההלכה. כיצד מתמודדים עימה? האם משלימים אותה וכיצד? **יש כמה אסטרטגיות אפשריות:**

* אפשר לראות בהיעדר דיני המלחמה היהודים **אידיאל**- אנחנו לא רו צים ולא צריכים להילחם ואין צורך לפתח דיני מלחמה. אנחנו אנשי שלום ולא אנשי מלחמה, זו הייתה דעתם של החרדים. הם גם לא בעד ריבונות, מי שרוצה ריבונות צריך להיות מוכן להילחם מי שלא רוצה להילחם צריך לוותר על ריבונות. העמדה הבסיסית היא לא לפתח דיני מלחמה כי הם למדו מהיעדר דיני המלחמה וראו בזה כאידיאל. כל מלחמות המקרא הם מאורעות עתיקים מהעבר ולא תקפים עוד. זה בולט יותר אצל החרדים הקיצוניים.
* אלו שהכירו בהכרח לנהל מלחמות, להגן על המדינה ממלא את הלקונה בצורה שונה. **דרך אחת** היא לומר כי הלקונה הזאת אין פתרון בהלכה וכל עוד חכמי ההלכה לא נותנים לכך פתרון נמלא אותה בנורמות מוסריות חיצוניות להלכה. אם נחיל את ההלכה כפי שהיא אנחנו נגיע לתוצאות לא ראויות כי ההלכה מקורה בעולם שהנורמות המוסריות שלו היו אחרות ולכן יש למלא את זה בנורמות מוסריות כלליות.
* אפשרות נוספת היא למלא את החלל באמצעות נורמות משפטיות כלליות למשל המשפט הבינלאומי- לקחת עמדה בינלאומית מוסרית.
* אופציה רביעית היא לגשת ליסודות שבמקורות שמהם ניתן לפתח דיני מלחמה. אם נסתכל על הוגים דתיים ופוסקים דתיים נוכל באמת לראות שימוש בכל האסטרטגיות האלה.

הניסיון לפתח את דיני המלחמה היה המרתק ביותר והאטרקטיבי ביותר.

בדיני המלחמה הכלליים מקובלת הבחנה מאוד ידועה בן 'יוס אד בלום'- הצדקה למלחמה- ו'יוס אין בלום'- הצדק למלחמה עצמה, וגם בהלכה ניסו להשתמש בקטגוריות אלו.

**עקרונות דיני המלחמה המסורתיים והניסיונות להתאים אותם למציאות המודרנית**

* **ההבחנה בין מלחמת מצווה למלחמת רשות- רמב"ם הלכות מלכים פרק ה**

"[א] אין המלך נלחם תחלה אלא מלחמת מצוה, ואי זו היא מלחמת מצוה? זו מלחמת שבעה עממים, ומלחמת עמלק, ועזרת ישראל מיד צר שבא עליהם. ואחר כך נלחם במלחמת הרשות, והיא המלחמה שנלחם עם שאר העמים כדי להרחיב גבול ישראל ולהרבות בגדולתו ושמעו.

[ב] מלחמת מצוה אינו צריך ליטול בה רשות בית דין, אלא יוצא מעצמו בכל עת, וכופה העם לצאת, אבל מלחמת הרשות אינו מוציא העם בה אלא על פי בית דין של שבעים ואחד".

נותן שלוש קטגוריות, שלושה סוגים של מלחמת מצווה- מלחמת שבעת העממים ימי יהושע, המלחמה של השמדת עמלק והמלחמה השלישית היא מלחמת הגנה. באופן פרקטי מלחמת שבעת העממים ומלחמת עמלק הן לא רלוונטיות היום כי עמים אלו נעלמו מעל דפי ההיסטוריה. אין יותר טעם בהם. כלומר לפיה רמב"ם הקטגוריה היחידה הרלוונטית למלחמת מצווה היא מלחמת הגנה. מתעוררת שאלה לפי הרמב"ם מה מעמדה של מלחמת מנע? האם מלחמת מנע היא בגדר מלחמת הגנה או לא?

מלחמת רשות היא מלחמה יזומה שבאה מטעמים של הרחבת הגבול ומטעמים פוליטיים. יש מי שטוען שצריך לקרוא מלחמת מנע לתוך מלחמת רשות, יש כאלו שיטענו שהיא חלק ממלחמת מצווה. מלחמת מצווה המלך כרשות מבצעת יכול לזיום אותה באופן עצמאי ולא צריך **רשות מביה"ד-** הוא מגיב. במלחמת רשות צריך אישור של ביה"ד.

**יש לגיטימציה גם למלחמת מצווה וגם למלחמת רשות. אין פה קטגוריה של מלחמה צודקת ומלחמה בלתי צודקת. לכאורה המלך יכול ליזום ולהילחם כל מלחמה במלחמת רשות ואין כאן קטגוריה מוסרית.**

במלחמת מצווה יש **חובת גיוס** מוחלטת ואילו במלחמת רשות יש פטורים, לחתן למי שבנה בית ולא חנכו וכו'... יש ארבעה סוגי פטורים שרלוונטיים למלחמת רשות. במלחמת מצווה אין פטור לאיש.

**השגות הרמב"ן לספר המצוות, ד**

"שנצטוינו לרשת הארץ אשר נתן האל יתברך ויתעלה לאבותינו לאברהם ליצחק וליעקב, ולא נעזבה ביד זולתינו מן האומות או לשממה. והוא אמרו להם "והורשתם את הארץ וישבתם בה כי לכם נתתי את הארץ לרשת אותה והתנחלתם את הארץ"(דברים לג). **[...] וזו היא שהחכמים קורין אותה** **מלחמת מצוה** (סוטה פ"ח מ"ו)**.** וכך אמרו בגמרא סוטה (מד ב): "אמר רב יהודה מלחמת יהושע לכבש דברי הכל חובה מלחמת דוד להרווחה דברי הכל רשות". ולשון ספרי (שופטי' יז יד) "וירשתה וישבת בה בזכות שתירש תשב". ואל תשתבש ותאמר כי המצוה הזאת היא המצוה במלחמת שבעת עממים שנצטוו לאבדם שנאמר "החרם תחרימם". אין הדבר כן. שאנו נצטוינו להרוג האומות ההם בהלחמם עמנו, ואם רצו להשלים נשלים עמהם ונעזבם בתנאים ידועים, אבל הארץ לא נניח אותה בידם ולא ביד זולתם מן האומות **בדור מן הדורות"**.

הרמב"ן מוסיף מצווה חשובה- מצוות יישוב הארץ. מלחמה על הארץ היא מלחמת מצווה- אין להשוות למלחמת שבעת העממים, זה לא אותו הדבר. מלחמת שבעת העממים היא לא חובה קטגורית היא תגובה- אם העמים הללו יסכימו להישאר בשלום לא חובה להרוג אותם. לפי המקרא יש חובה להילחם ולהרוג את כולם. התלמוד אומר שהיו להם ברירות- או שיברחו, או שישארו וישלימו איתנו או שישארו להילחם. כלומר הלחימה היא אופציה שלישית- אם הם יקבלו שעם ישראל בא לארצו אין בעיה. **המיוחד בעמדתו של הרמב"ן זה שכיבוש הארץ היא מצווה והיא מצווה לדורות**.

דעות אלו היו תיאורטיות במשך 2000 שנה, וכאשר עם ישראל מתכנס לביתו מחדש ומקים ריבונות, פונים החכמים למקורות ומנסים להגיע למסקנה:

**הרב ש"י זוין (נפטר 1978), המלחמה, לאור ההלכה, עמ' סה**

"בימינו אנו, במדינת ישראל העצמאית, משוחררת מעול מלכויות ומשעבוד גלויות הרי מלחמת השחרור ברור שהיו לה כל דיני מלחמת מצוה וחובה.

ומשתי בחינות: ״עזרת ישראל מיד צר שבא עליהם״וכיבוש הארץ, שלדעת הרמב״ן זוהי מצות עשה מן התרי״ג (״והורשתם את הארץ וישבתם בה״), הנוהגת בכל זמן".

ר' לוקח את ההלכות המרכזיות ומיישם על זמן זה. מלחמת השיחרור לדוגמא היא מלחמה שחלות עליה שתי הקטגוריות של מלחמה מצווה- לפי הרמב"ם מלחמת הגנה- הותקפנו ע"י מדינות ערב וגם הגנה על כיבוש הארץ לפי הרמב"ן. הוא מוציא מכתב ידוע בעד גיוס בני ישיבות- אם זו מלחמת מצווה יש חובת גיוס מוחלטת. הוא מסיק מסקנות הלכתיות- שימוש בקטגוריות ההלכתיות וכי זו אכן מלחמת מצווה.

**הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, שו"ת היכל יצחק, אורח חיים סימן לז**

"ב"ה, אור ליום ב', כ"ה אדר ב', תש"ח ...

יש למאבק זה דין של מלחמת מצוה... ואם כי מלחמת מצוה צריך שתוכרז עפ"י המלך, ואין לנו מלך, אבל הציבור כולו, או רובו, כפי שביאר כבר קודמי הגאון זצוק"ל (=הראי"ה קוק) בשו"ת משפט כהן [סימן קמ"ד], יש לו הסמכות של מלך ישראל. והרי גיוס זה הוכרז מטעם הרוב הגדול של הישוב בארץ ישראל... ואפילו אותם החולקים על הנחה זו, וסוברים שאין כאן מלחמת ישראל, אלא מאבק לשם הצלת ישראל – פקוח נפש דרבים – יש להם להודות שכל התקפה שיש בה ממש, מחלישה את כח האויב, וסופה הצלת ישראל".

במהלך הקרבות, בתחילת מלחמת השיחרור- הרב הרצוג טוען כי בהיעדר מלך הסמכויות מוקנות לעם. הוא קובע כי הגיוס הוא בגדר מלחמת מצווה.

**הרב הרצוג, שו"ת היכל יצחק, אורח חיים סימן לא**

"שאלה: בימי מלחמת השחרור, בשנת תש"ח, בקשו להקים גדר בטחון מסביב לשכונת קרית שמואל בעיר טבריא, מחשש התנפלות הערבים על שכונה זו, אם מותר במקרה זה, להמשיך בעבודה גם בשבת. [...]

זאת עלי להעיר, שאני דברתי רק מנקודת ההשקפה של פיקוח נפש, אבל לדעתי מאבק זה שלנו, יש לו דין מלחמת מצוה, (מאחר שהאו"מ נתנו לנו חלק מארץ ישראל, ואם לא נתגונן כראוי נפסיד חלילה הזדמנות זו, וגם לא יהא לנו עוד מקלט מוכן לאחינו שבגולה במקרה של צרה, ר"ל, ודי לנו בנסיון האחרון, ודי לחכימא, וגם אם נפסיד הזדמנות זו, זה יביא ח"ו המוני ישראל לידי יאוש ויגרום ח"ו בהמשך הזמן ביטול דת קדשנו ברוב האומה וטמיעה והתבוללות, ודי לחכם שכמותו) ובמלחמת מצוה הלא צרים לכתחילה בשבת על עיירות של גוים, ומכל שכן לעשות פעולות של הגנה".

**האם מותר לעשות עבודות ביצורים בשבת?** הוא טוען שכן בשל קיפוח נפש שדוחה שבת. בסוף התשובה הוא אומר כי יש לכך מעמד של מלחמת מצווה על הארץ, שאם לא נפעל כך זה יביא על סכנת נפשות גמורה. היא מתאפיינת גם בכך שמותר ליזום מצור על הגויים ואחת כמה וכמה פעולות הגנה. לפיו מי שלא מכיר בשלטון כלגיטימי לא יכיר גם במלחמת מצווה, אך בכל מקרה יש כאן גם קיפוח נפש שלכך יסכימו כל הדעות.

**הרב שלמה גורן, תורת המדינה, עמ' 400**

"מועצת הרבנות הראשית בישיבתה מיום ט' תמוז תשמ"ב דנה במעמדה ההלכתי ובחוסנה המוסרי של מלחמת "שלום הגליל" בלבנון, ולאחר ששמעה סקירה מוסמכת ביותר על מהלך המלחמה, מבצעיה ויעדיה, מצהירה בזאת קבל עם ועולם: מלחמת "שלום הגליל" על כל שלביה נדונה עפ"י ההלכה כמלחמת מצוה לכל דבר, באשר מטרתה ויעדיה להגן על ישובי הספר של הגליל המערבי, עריה, כפריה וקיבוציה, אנשים נשים וטף שהיו נתונים במשך שנים בסכנת הפגזות ואיומי מרצחים מצד ארגוני הטרור".

הרב גורן אומר כי מלחמת של"ג היא מלחמת מצווה, למרות שהיא מלחמה יזומה אבל הרבנות הראשית מוכנה כאן לראות גם במלחמה כזו כמלחמת הגנה שכן מטרתה להגן על תושבי הצפון. אין ויכוח שהמטרה היא הגנתית..

* המלחמה היותר בעייתית היא מלחמת סיני היות ולא הייתה הגנתית- היא שת"פ של ישראל עם בריטניה וצרפת במטרה להשתלט על תעלת סואץ. בריטניה וצרפת גייסו את ישראל למלחמה, לישראל היה אינטרס לפגוע במצרים גם כדי לפגוע במסתננים- מבצע סיני היה הכי קרוב למלחמת רשות שמטרתו הייתה בעיקר להעצים את הכח הפוליטי של ישראל. ישראל זכתה בכור גרעיני מצרפת כתמורה לשת"פ שלה עם המדיניות הקולניאליות.

יש כאן שאלות פרקטיות של חילול שבת ובנוגע לגיוס. הכרה במלחמת מצווה חשובה כי יש כאן גיוס של הכל.

הקטגוריה של מלחמת רשות הרבה יותר בעייתית- השאלה הראשונה היא- כשקוראים את הגדרת הרמב"ם של מלחמת רשות נשמע שזו מלחמה לצרכים פוליטיים. זאת אומרת להרבות גדולתו ושמו של המלך ולהרחיב גבולות. זוהי מלחמה לגיטימית אבל פוליטית/ כלכלית.

האם זה מוצדק? במיוחד כשאין קטיגוריה שאומרת מתי לא?! האם כל עילה היא מוצדקת? לא מוטרדים כאן מכך שהמלחמה צריכה להיות מוצדקת- הם לא מגבילים את העילה למלחמה. אייך מתמודדים עם קטיגוריה פתוחה זו של מלחמת רשות? האם אומרים כי ההלכה מתירנית או ייתכן כי יש קטגוריות סמויות?

* **הגישה הראשונה- המיתרנית**

**מעם הנצי"ב (נפתלי צבי יהודה ברלין, נפטר 1893) פירוש העמק דבר לתורה**

"[ואך את דמכם לנפשתיכם אדרש מיד כל חיה אדרשנו ומיד האדם מיד איש אחיו אדרש את נפש האדם (בראשית ט ה)]

פירש הקב"ה אימתי אדם נענש, בשעה שראוי לנהוג באחוה, מה שאין כן בשעת מלחמה. ועת לשנוא אז עת להרוג, ואין עונש על זה כלל, כי כך נוסד העולם, וכדאיתא בשבועות (לה ע"ב) "מלכותא דקטלא חד משיתא לא מיענשא" [מלכות ההורגת אחד משישה אינה נענשת], ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות אף על גב שכמה מישראל יהרגו על ידי זה".

הנציב טוען כי מלחמה היא תופעה רווחת, היא חלק מהתופעה החברתית של העולם, יש בעולם מלחמות ועל כך ניצב העולם- במלחמה מותר להרוג. למדינה מותר להרוג אבל זה צריך להיות במידה 1/6- מותר לעשות מלחמת רשות גם אם ייהרגו תוך כדי מעם ישראל.

**הרב שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן טז**

"למה ואיך הופך להיתר מעשה של שפיכות דמים על ידי שאתה מגדיר את הפעולה כפעולה מלחמתית, ומה הכוח שבמלחמה להתיר איסורים? בפרט במלחמת רשות של "עמך ישראל צריכים פרנסה". מה טענה היא זו להתיר דמם של ברואים בצלם? [...]

אפשר לומר שמה שנהגו בו המלכים והמלכויות השונות נחשב כהסכמה כללית של באי עולם. ועל כן אף אם יש איזה עם שאינו מסכים לזה בטלה דעתו והרי זו ודאי הסכמה כללית היא בעולם, שמלחמה היא אחת הדרכים לפתרון סכסוים שבין עם לעם, ורק בדורותינו עמלים על זה שהמלחמה תוכר כבלתי חוקית ועדיין לא איכשר דרא, ואינם מוכנים להיכנס בהתחייבות הדדית מעין זו. ועל כן יש לראות הסכמת העמים שמלחמה היא אחד האמצעים החוקיים כל עוד העמים הנלחמים שומרים על הנוהג המקובל בעמים ביחס למלחמה".

נשאלת שאלה- אדם פרטי שהורג קוראים לו רוצח, מדינה פותחת במלחמה זה לגיטימי ואף מחייבת את צבאה להילחם. מה ההצדקה למלחמת רשות? מלחמה היא אחת הדרכים לפתירת סיכסוכים, הרב ישראלי ער לזה שאחרי מלחמת העולם השניה יש ניסיונות להגדיר מלחמה כבלתי חוקית אך ההסכמה טרם התקבלה ורווחת. המלחמה היא דרך לגיטימית לפתרון סיכסוכים, כל עוד שומרים על הנוהג המקובל בדיני מלחמה בעולם. הרב ישראלי פונה בכמה מקומות למשפט הבינלאומי- הוא אומר שיש הסכמה בינלאומית ללגיטימיות של מלחמה, זו הצדקה מוסרית כללית, הצדק במלחמה נובע מהסכמה וזה נכון גם להלכה, מלחמת רשות לא צריכה הצדקה מיוחדת, טעמים פוליטיים וכלככליים יכולים להיות לגיטימיים אם זה מקובל בדין הבינלאומי. הלגיטימיות נובעת מהלגיטיות של כל המלחמות בעולם.

* **גישה שניה- מנוגדת לחלוטין**

**הרב חיים הירשנזון, מלכי בקדש (נפטר 1935), תשובה ג'**

"אבל במלחמה שאמרו חכמים "במה דברים אמורים במלחמת הרשות אבל במלחמת מצווה אפילו חתן מחדרו" וכו' לא אמרו לשון רשות לעומת חובה [אלא לעומת איסור]. מפני שבמלחמה שלא בצדק יש איסור שוד ורצח וגזל ואבוד נפש עצמו. אם כן נאמר לשון רשות לעומת איסור, ולעומת איסור הוא רק רשות ולא מצוה כלל וכלל...

ומפני חשש איסור זה תנן אין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד. רצה לומר שצריכים הוראה להתיר על פי בית דין".

הוא נשאל האם ניתן להתגייס לגדודים העיבריים, הוא עונה ככי במלחמה יש עבירות הכי חמורות, שוד גזל, רצח והתאבדות- מלחמת רשות זה לא לעומת מצווה אלא לעומת איסור. אי אפשר להניח שמלחמת רשות היא בלתי מוגבלת כי מלחמה מנק' המוצא שלה היא נוראית- פונים לבית דין כדי לקבוע כי מלחמה היא מוצדקת, ואז להתירה אם היא לא מוצדקת אז לא לקיימה. הוא לא מציין מה הקריטריונים למלחמה מוצדקת. **מה יכול להיות קריטריון למלחמת רשות שהיא מלחמה צודקת אבל אל בגדר מלחמת מצווה?** מלחמת רשות צריכה להיות מוצדקת כי אם לא יש בה שפיכות דמים ועוד עבירות רבות, מלחמת רשות צריכה להיות מלחמה מותרת על רקע האיסורים. איזו מלחמה היא מותרת? ייתכן כי מלחמת רשות תהיה סוג של מטרה שהמטרות של הגנתיות אך לא נכנסות למלחמת מצווה למשל מלחמת מנע יכולה להיכנס בקטגוריה זו. במלחמת מנע, מלחמה יזומה יש זמן לבקש אישור של בית דין, במלחמת מצווה אין זמן לבקש אישור מבי"ד.

**הרב אהרן ליכטנשטיין, הלכות והלכים כאושיות מוסר**

"מלחמת הרשות איננה מלחמה אליה מותר לצאת כאורח שרירותי או על פי נימוקים פרגמטיים גרידא. הורגים ונהרגים, חובלים ומחבלים בה, לא פחות מאשר במלחמת חובה או מצוה. היתכן שתורת מי שהשלום שלו תראה במצבע הרס ואבדון תופעות סתמיות נטולות צורך להצדקה אוביקטיבית? מלחמת הרשות שונה ממלחמות אחרות בכך שלגביה חסרה דרשיה הלכתית חד-משמעית, והיציאה אליה טעונה שיקול דעת. אך זו בדיוק הנקודה – שיקול זה מוסרי לא פחות מאשר מדיני! ולכן קבעה המשנה אין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד. – המונחה גם על פי אמות מידה ערכיות שאינן מעוגנות בהלכות מפורשות אך מחיבות כחוק המצפון".

במאמר שנכתב לאחר מלחמת לבנון הראשונה, אומר הרב ליכטנשטיין כי לא יכול להיות מבחינה הלכתית להתייחס למלחמה בשיוויון נפש. הטענה שלו קרובה לטענת הרב הירשנזון, מלחמת רשות היא קטיגוריה פתוחה יותר אבל היא צריכה הצדקה מוסרית כי בהיעדר הצדקה כזו אסור לעשות את כל הדבר שנעשים במלחמה.

יש בסוגיה זו שימוש בקטגוריות ההלכתיות וניסיון לפתח אותן.