**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 שנים תחת ריבונות לא 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**. **היחס למדינה**- כאשר היהודים חיו בתקופת הגלות, המסגרת המדינה אליה השתייכו הייתה **הקהילה** ואילו **המדינה** הייתה **גורם זר** שלא הזדהו איתו. ליהודים הייתה 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, כמו כן ההלכה הכירה בהלכות חורגות בכל ענייני הציבור, ובדיני עונשין, סמכות הקהילה להעניש שלא ע"פ ההלכה, 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, 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 **והגבלות** לכך. יש הבדל ביחס של היהודים לשלטון בארץ אל מול בבל- בבל ראו בשלטון כדבר חיובי ולכן קיבלו את דין המלך ואילו בארץ ראו בעוינות את השלטון הרומאי ולכן ההלכה שם התירה לרמות את המוכסים. עם הקמת מ"י יהודית לכאורה, המוקמת ע"י יהודים עבור יהודים אשר לא נוהגת ע"פ 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?** אם נרצה לראות במדינת ישראל התגלמות של **מלכות ישראל** יש ליישב שורה שלמה של **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 מותרת 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? למשל כיצד במדינה מודרנית ממשיכים לספק מים וחשמל בשבתות ומועדים. **היחסים ללא יהודים**- המסגרת הקהילתית הייתה מסגרת יהודית הומוגנית- כולם היו יהודים. הלא יהודי, שייך לסביבה הזרה ובד"כ העוינת. בוודאי שאינו אזרח שווה זכויות בתוך הקהילה. 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. **יחס ליהודים עצמם**- 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 החקלאים היהודים יאבדו את פרנסתם. 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. הבחירה בין שני ההסדרים משקפת התמודדות עם העניין הממלכתי- מציאת הסדר שיתאים לכלל הציבור ולא רק לציבור שומרי המצוות לעומת הסדר הבד"צ שדואג רק לשומרי המצוות. **היחס העקרוני לציונות ולמדינה**- שאלה אידיאולוגית השקפתית. האם הציבור או פוסק ההלכה הוא ציוני או אנטי ציוני- האם הגישה למדינה חיובית ושלילית. 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- זהות דתית הקשורה בשמירת מצוות. 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.

יש 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 **ציוני פוליטי** ותו לא- **'הציונות אין לה דבר עם הדת'**, 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'. 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 אהרו 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 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. הפוסקים הממלכתיים התמודדו עם העניין לא רק מנק' מבטו של היהודי שומר המצוות אלא מנק' מבט ממלכתית. **הבעיה הראשונה שבפניה ניצבו פוסקי ההלכה היא בעיית הכרת ההלכה במשטר מ"י:** האם המשטר הוא **רצוי** או בדיעבד יכולה להכיר בו ההלכה, או שהוא **בלתי לגיטימי** מנק' מבט הלכתית. ההתייחסות הראשונה, רואה את המשטר כחיצוני להלכה- כמו מע' השלטון הזר. 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, המודל של מלך הוא המתאים לשלטון המדינה מבחינת עוצמת והיקף סמכות המלך, שאין לקהילה: לדוג' הוצאה למלחמה. עם זאת הוא **תיאורטי:** במשך כל השנים הרבות בהן נוצרה ההלכה ופותחו דיני המלך- לא היה מלך.

הסגנון שבו מתארת התורה את **מצוות מינוי המלך** 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) 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'. 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 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) 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) . בספרי הדרישה למנות מלך מגונה- היא נובעת מכל הגויים. 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, 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. התורה מזהירה את העם. 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. [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. 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**. 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. **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 אין את אותו כח. לעומת זאת אם מקבלים את הקביעה כי שלטון המלך אינו חובה- סמכויות המלך צריכות להינתן לכל שלטון- גם זה הדמוקרטי. **תנאים למינוי מלך**- הרמב"ן קובע כי מינוי מלך נעשה ע"י **הסנהדרין ונביא**- אלו תנאים שמתאימים רק לימי בית ראשון. הרב קוק דן בסוגיית סמכות השלטון באופן תיאורטי טרם הקמת המדינה. לטענתו מלכות 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, המדינה והאומה. הקו של הרב קוק הופך להיות קו מאוד מרכזי אצל פוסקים מסוג זה. הרב שאול ישראלי, מהפוסקים החשובים שהתייחסו לסוגיית הלכה ומדינה. שייך לזרם הציוני דתי- והוא אחרי קום המדינה מפרסם סדרת מאמרים שיכונסו בהמשך לספר בשם –עמוד הימיני. הוא מתייחס לדבריו של הרב קוק 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 שאין בה נביא ואין סנהדרין הסכמת הציבור היא מכוננת המינוי בהיעדר מוסדות אלו. מלך צריך פרוצדורה מסויימת משום שמדובר על הענקת סמכויות שלטוניות, לא רוצים שאדם ישתלט על הציבור וייקח בכח את הציבור. הדרך הלגיטימית ביותר להעניק סמכות שלטונית היא הסכמת העם. 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 אנושית היא צריכה סמכויות שלטוניות כי כשאין שלטון יש אנרכיה, אם 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 ברורה ואינה חידוש. אחת מהטענות שעולה מדברי הרמב"ן היא ש**מלך 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**.

**דגם הקהילה**- לאורך כל ההיסטוריה העם היהודי היה מאורגן במסגרות קהילתיות, והפיתוח הרחב ביותר של המוסד הזה מופיע בהלכה. המשטר של הקהילה התפתח כמשטר מעין-דמוקרטי. יש בו כמה מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי שבו אנו מחזיקים: ההכרה של הסמכות של השלטון נתונה בקהילה וההכרה בעקרון הכרעת הרוב. **ההכרה של ההלכה בסמכותה של הקהילה**- בבא מציעא יא- דגם הקהילה מזכיר את דגם הפוליס של היוונים. לעיר יש הנהגה, וההלכה מכירה בסמכות של בני העיר 'להתנות'- לחוקק בתחומים של שערים (=מחירים), מידות ושכר פועלים וסמכות לאכוף את החלטותיהם. 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. דיני הנזיקין קובעים פיצוי בדיעבד, אם בעל-חיים הזיק את חברה. כאן יש סמכות של בני העיר לקבוע **מראש** איסור כדי למנוע נזקים. **שלטון העם** מבטא את התפיסה שמקור הסמכות השלטונית מצוי בעם, בנשלטים ולא בשליטים. הוא מתבטא באופן מובהק בסמכות החקיקה של העם ובאפשרותו לבחור את מנהיגיו. **עקרון הרוב** הוא העיקרון הפרוצדוראלי המרכזי בכל שיטה דמוקרטית. חכמי ההלכה הכירו בסמכות החקיקה של הציבור ובכוחו לבחור את נציגיו. הם פיתחו את עקרון הכרעת הרוב, ששימש תחילה כדרך הכרעה בבית דין בלבד ואומץ בהמשך כדרך הכרעה בשאלות ציבוריות. מבחינה פורמלית ומוסדית פעולת החקיקה של החכמים נעשית במסגרת בית הדין, סמכות החקיקה של החכמים רחבה ועשויה לגבור אף על דין תורה. בסמכות החקיקה של בית הדין ביטוי לסמכותו של הציבור. ישנו העיקרון התלמודי שאם לא קיבל הציבור על עצמו את דבר החקיקה אין היא תקפה. ההלכה הכירה בסמכותה של הקהילה המקומית לנהל את חיי תושביה, ובכלל זאת גם לעסוק בחקיקה. הקהילה המאורגנת בתקופת המשנה והתלמוד באה לידי ביטוי בדמותם של בני העיר. בני העיר היו מאורגנים במסגרת גוף רשמי שנקרא מעמד אנשי העיר. בראש העיר עמדה הנהגה אזרחית שמנתה בד"כ שבעה אנשים, המכונים בתלמוד שבעה טובי העיר. לצדם נזכרים מנהיגים אחרים המכונים ראשים, זקנים, פרנסים. אלה הם בעלי התפקידים הביצועיים, שפעלו לצד ההנהגה האזרחית. העיר היהודית הייתה מסגרת עממית יותר. היא גבתה מסים מכלל התושבים, קיימה מערכת חינוך עממית ומערכת צדקה שהייתה מכוונת לכלל התושבים. נוסף על סמכות החקיקה יש לבני העיר גם סמכות אכיפה כלפי מי שמסרב לציית להם. **לחכמים נתונה סמכות חקיקה כללית ואילו לבני העיר יש סמכות חקיקה בתחום חיי העיר בלבד.** חכמי ימי הביניים הראשונים הרחיבו את סמכות החקיקה של הקהילה מעבר לתחום שההלכה התלמודית הכירה בו. הם הכירו בסמכות חקיקה רחבה של הקהילה, שהשתרעה על פני כל תחומי המשפט. בתקופה זו התאפיין ארגונן של הקהילות היהודיות במידה רבה של ריכוזיות. הקהילות הפזורות ברחבי המזרח התיכון היו נתונות להשפעתם ואף לשליטתם של שני המרכזים הגדולים בארץ ישראל ובבבל. חכמי ההלכה במאות ה10 וה11 הכירו בסמכות החקיקה של ראשי הקהילה וביססו את סמכותם על סמכותו של בית הדין. מנחם אלון נימק את הדבר ביתרון המשפטי שיש לבית הדין על בני העיר. סמכותו של בית הדין רחבה יותר והוא יכול בין השאר לתקן תקנות המנוגדות לדין תורה. סמכות החקיקה הראשית נתנה בידי החכמים. בעוד בתקופת התלמוד הסמכות הציבורית הייתה נתונה בידי גורם מרכזי אחד, בימי הביניים היא מועברת לקהילות המקומיות. **עקרון הכרעת הרוב** היה עיקרון מרכזי בעולמם של חכמי התלמוד אך הם הפעילוהו בבית הדין ובבית המדרש בלבד. ההלכה התלמודית לא החילה את העיקרון במחלוקות ציבוריות. הטענה המרכזית של חוקרים אלו היא שעקרון הכרעת הרוב מושרש היטב במסורת התלמודית וחכמי ישראל לא נזקקו למלומדים הנוצרים כדי ללמוד אותו מהם. לשיטתם הפעלתו של עקרון הרוב בענייני ציבור היא תוצאה של התפתחות יהודית פנימית שארעה עוד קודם למאה ה13. בסוף המאה ה12 ובמהלך המאה ה13 התבסס עקרון הכרעת הרוב והתרחב מעגל השותפים להחלטות הקהילה. מעגל זה לא היה מוגבל כבעבר לשכבה מצומצמת של גדולים וטובים אלא לגלל משלמי המס. במאות ה10 עד ה12 הנהגת הקהילה הייתה מורעבת מאוליגרכיה שלא נבחרה לתפקיד ולא התמנתה מטעם הקהילה, אלא מטעמי ייחוס. המאה המאה ה13 תפסה הנהגה נבחרת את מקומם. **היחס בין סמכות החקיקה של בני העיר לסמכות החקיקה של חכמים**. 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- במקרה שספינה של סוחרים יהודים טבעה בנהר הריין. התקבלה החלטה שכל מי שמוצא אבידה צריך להחזיר לבעלים. יהודי אחר החליט שהוא לא רוצה לסמוך על העניין הזה והחזיק את הזהב לעצמו. כשתבעו ממנו להחזיר את האבידה, אמר שהדין התלמודי בעניין אבידה הוא שאדם 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. רבנו גרשום קבע כי 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. **כיצד בני העיר מקבלים את החלטתם**? עיקרון הרוב מופעל רק בהקשר של בית הדין. עיקרון זה לא מופיע בהקשר של חיי הציבור. אם נסתכל בתשובות בתקופת הגאונים, נראה שהגורם שמקבל החלטה הוא לא הרוב אלא הוא **ההנהגה המסורתית**. תשובת רב חנניה גאון- במקרה בו 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. הרב 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. באיזשהו שלב, חדר עיקרון **הכרעת הרוב** והעיקרון שהסמכות לא נתונה באופן בלעדי להנהגה אלא **תלויה בציבור.** שו"ת הרי"ף- 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 פותח בכך שברור שיש לקהל להתקין תקנות. האם לבני העיר יש סמכות ציבורית. 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. מכירים ב**סמכות השלטונית** של הציבור ובתפיסת **עיקרון הרוב**. **כיצד סופרים את הרוב**? לפי הגישה הראשונה, מקבלים הכרעה אריסטוקרטית; לפי הגישה השנייה, יש צורך בהכרעה קונקרטית. התשובה הניתנת מאמצת את הגישה הראשונה. לרוב יש סמכות להתקין תקנות גם בעניינים דתיים וגם בעניינים אזרחיים. אך ה"רוב" הוא בעצם הנציגים של הציבור, ולא הסכמה רחבה של הציבור. לעומת זאת הרב חנניה גאון, כלל לא מסתכל על הרוב והציבור. 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, באריסטוקרטיה.שו"ת מהר"ם מרוטנבורג- 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-'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. הוא מפתח בעצם את עמדתו של המהר"ם מרוטנבורג, שהיה רבו. את אותו עיקרון מקבל גם הרשב"א. שו"ת מהרשד"ם, אורח חיים- 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- חולק על המהרשד"ם. קובע שרוב הוא רוב מספרי.

**דינא דמלכותא דינא- כבסיס להכרת מדינת ישראל**- זהו 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 הזה נמסר במקור ע"י **החכם שמואל מן הדור הראשון**, כלומר המאה השלישית לספירה. בשמו של שמואל מופיעה המסורת- **בבא** בתרא נה ע"א. 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. אריסתא דפרסאי עד 40 שנה**-** 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. לכאורה צריך להיות 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- כאשר על קרקע מוטל מס קרקע והבעלים לא משלם את המס המלכות מפקיעה את הקרקע ומוכרת אותה. 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. בבא קמא קיג-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- **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. **הבסיס המשפטי והיקף העיקרון דינא דמלכותא דינא:** רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה- מלך שפוסק מס כדין- מס קצבה ומעמיד מוכס מטעמו יש חובה לשלם את המס ומי שמעלים את המס גוזל מהמלך- עיקרון זה חל בשווה על מלך גוי ועל מלך ישראל. 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 לפי דין. אם **משתמשים במטבע של המלך** הרמב"ם רואה בזה הסכמה לשלטון ולכן יש הסכמה לדין המלך- אך אם לא משתמשים בכספו של המלך אין לסמכותו תוקף. יש **הסכמה** **של הציבור 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).רשב"ם- 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. 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. **בדיני הלוואה וכספים**- תיאוריה שנייה מבוססת על כך שלא מדובר בהסכמה אלא על כך ש**בעלות הקרקע היא של המלך**- הוא מחלק אותה לאנשים אחרים, אצילים וכך החלוק יורדת עד ליהודי הפשוט, זוהי תיאוריה פיאודלית. ר' אליעזר ממיץ. מובא באור זרוע- אומר כי הואיל והמלך הוא 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-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.** ר' שלמה לוריא (מהרש"ל), ים של שלמה- בעל 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- לטענתו זו בעצם הכרה פרקטית של המשפט העברי בסמכות השלטון. ההלכה הכירה בסמכות השלטון **מטעמים פרקטים רציונאליים**- כלומר בהרבה מקרים ההלכה מכירים בדברים למרות שהם מנוגדים לדין, כך גם מתייחסים **לסמכות השלטון הזר**- יש להכיר בו מטעמים פרקטיים.

**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 להשתלבות 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. **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. שולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה- חייבים לתת לחכמים קנה מידה ביקורתי לדינא דמלכותא דינא, 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 **מלווה** **בריבית**, 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**. 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. דין מלכות שאומר שניתן אחרי שנה לפדות את הפדיון. 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 גם בדין האזרחי. שו"ת הרשב"א- 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 בדיני 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. 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. שולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה- יש עיקרון ראשון לקבל דינא דמלכותא- כאשר המלכות קובעת חוקים שטובים לכולם או הנאה למלך יקבלו אותם. **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 תהה **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 **הבעלות 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. 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**.הרב הדאיה פוסק באופן ברור כמו הרמב"ם- יש לקבל את התיאוריה הרווחת בפסיקה- שדינא דמלכותא דינא מבוסס על עיקרון ההסכמה וחל באופן שווה בין הגולה לישראל. אם כך, האם דינא דמלכותא קשור **רק למלכות או לכל שלטון**? 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. 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: **גישה אחת** רואה בהם יסוד אחד- דין המלך בישראל דומה ביסודו לדינא דמלכותא. עקרון זה חל גם בגולה וגם בישראל. **גישה שנייה** רואה 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 להזהיר 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- משיחה או הסכמת העם**. 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. לדוגמא: 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. אפשר מבחינת ההלכה בדרך פשרה לתת ירושה שווה אך זאת בדרך פשרה ולא בדרך חוק. הרב גורן בתיאוריה הוא שונה מאוד מהרב עוזיאל מפני שהוא טוען שדינא דמלכותא ודין מלך בישראל 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. הוא מתבסס על **הר"ן** שאומר 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.** 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.** ע"פ הר"ן סמכות השלטון מכח דין המלכות זוהי סמכות חקיקה רחבה שתכליתה לעשות צדק ולהביא לחברה מתוקנת.

**מה מידת ההכרה במדינה חילונית ודמוקרטית?** 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 כי הנחיצות של המדינה בראש ובראשונה **להבטיח את הקיום החברתי**. תיקון הסדר המדיני בלשונו של הר"ן- שיהיה 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. צורת השלטון המדיני- מהי צורת השלטון הרצויה מנק' מבט הלכתית? 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. 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 האוכלוסייה. לגבי הסוגיה המרכזית ביותר של מדינה הלכה- מהי צורת השלטון שלה 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. אם 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 או מלקות. 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 ביצוע עבירה- הדבר מעלה קושי- אם נפעל בדרך זו לעולם לא נוכל להרשיע עבריינים ולכן יש לפעול מכח 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.** בתחום דיני הממונות- 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. 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. הם מדברים על כך שאין 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**. ערב קום המדינה, בין הפוסקים היו גישות שונות ביחס לסוגיה זו:

* **גישה אחת** של **הרב גרוז'ינסקי.** הרב הרצוג שהיה הרב הראשי לארץ ישראל והרב הראשי הראשון למדינת ישראל פנה במכתב לראש מועצת גדולי התורה החרדית באירופה, **חיים עוזר גרוז'ינסקי**, הרב החשוב ביותר בליטא שמת 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.
* **הרב הרצוג** לא קיבל את הגישה הזו. הוא טען כי המנגנון של שתי שיטות- הלכתית וחילונית ייצור 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. 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. 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**, רוצים 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. הם לא טוענים שהם הולכים לשנות את ההלכה וליצור חדשה אלא באופן ריאלי יותר מהרב הרצוג, הם חיפשו קטגוריות הלכתיות שבאמצעותן ניתן להכיר במשפט המדינה. אם זה קטגוריות של דין המלך, ועדת הקהילה וכו'- כאלו המאפשרות מבחינה הלכתית להכיר בחוקים חילוניים אזרחיים. 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.

**סמכות החקיקה של הכנסת- משפט המלך**- 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. מדרש תנאים לדברים יז- המדרש מבחין בין חובת המלך להיות נאמן למצוות התורה לבין חובתו להיות נאמן לחוקי המלכות. מכאן אנו למדים שלמלך יש סמכות לחוקק חוקים. הרמב"ן גם קובע כי למלך 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. 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.** שו"ת חת"ם סופר- במקום שיש דין תורה, דין תורה מחייב. במקום שבו התורה לא קבעה חוק, ברור שמלך או לשלטון יש סמכות לחוקק חוקים. למדינה יש **סמכות חקיקה משלימה** ביחס לדין תורה גם בענייני ממון וגם בדיני 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. **פוסקים ציוניים הציעו הכרה רחבה בסמכות הכנסת.** הרב שאול ישראלי- היקף הסמכות תלויה בהסכמה. גם סמכות מלך ישראל וגם סמכות מלך כללי, למוסדות השלטון יש סמכות רחבה, בלתי מוגבלת, מבחינה הלכתית. שוחטמן לא יכול לקבל את דברים אלה במלואם. הוא 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.

**סמכות החקיקה של הכנסת- דינא דמלכותא דינא**- 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**. תשב"ץ- 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. רמ"א, חושן משפט-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. ש"ך לשולחן ערוך*-* 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. הרב יהושע בומבך- מציג 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. הרב אליעזר יהודה וולדנברג- על-פיו 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. **כלומר,** 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**.

**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. אם מכירים בחוקי הכנסת על בסיס תקנות הקהל המשמעות היא שבתחום שבו חוקי הכנסת אינם מתנגשים עם ההלכה, 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. בד"כ הכנסת איננה מחוקקת דברים שקשורים לנושאי איסור והיתר, אך למרות זאת יש תחומים בהם הכנסת מחוקקת בתחומי איסור והיתר- המתות חסד, לעיתים ירושה, ריבית הוצמדה, הפלות וכו'- הכנסת לא עוקרת דין תורה.

* ההלכה אמרה שתקנות הקהל שקולות לתקנות בית דין, אם כך עליהם לעמוד בדרישות דומות. זה מצב רף מאוד גבוה- למשל מנהיגי קהל יהיו פסולים אם הם **עבריינים**. האתגר הראשון שיש להתמודד עימו- הוא אם מעמידים עבריינים לפי ההלכה אז **אנשים שאינם שומרי מצוות לא יהיו זכאים בין מנהיגי הקהל**. 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-גם בימי הביניים הם לא עמדו בדרישות של דיינים- כלומר לא היו תלמידי חכמים. ניתן להמשיך בקו הזה ולפתח את ההפרדה הזאת. שוחטמן הולך בכיוון אחר- הוא מציע להבחין בין **דיינים ממונים לדיינים נבחרים**. רמב"ם, הלכות סנהדרין- 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 לבחור לעצמו מנהיגים שהם עבריינים או פסולים.
* **סוגיית הנוכרים שאינם יהודים**­ תקנות הקהל הן לכאורה 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 שמוגבל בזמן, הליך דמוקרטי, אין בעיה למנות איש נוכרי. באופן עמוק זה אותו רעיון של הסכמה.
* **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 חכם**- ההלכה התלמודית קבעה כי לתקנות של איגודים מקצועיים או של בני העיר צריך להיות אישור של תלמיד חכם. טור, חושן משפט- 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**. 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. 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. הרב הדאיה לא מפרש את התחום השני. 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 בבתי דין רבניים יפסקו לפי ההלכה ולא לפי דין המדינה בסוגיית הללו. כל חוקי המדינה העוסקים בדיני ממונות אין להם אישור של איש חכם. האישור ניתן רק לחוקים שאין בהם התנגשות עם ההלכה.

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 בדין המדינה. 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. הוא טוען כי ההלכה כלל לא מכירה במשפט הפרטי שהכנסת מחוקקת אך אם אנו נשארים במסקנה זו איך היא תכיר בסיטואציות בין דתיים לחילוניים?

**מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל**- 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. **בתחום האזרחי והפרטי**- מנק' מבטה של המדינה אין לה התנגדות שבני אדם יפתרו את הסכסוכים שלהם בבוררות, בבתי משפט פרטיים- תורניים. 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?** על בסיס מה יכולה ההלכה להכיר או לא להכיר בבתי משפט אזרחיים?

* **כשרות הדיינים**- ההלכה קובעת כללי כשרות אישיים שעל-פיהם כשרים לשמש כדיינים: גרים יהודים שומרי מצוות ובקיאים בדין תורה. נוכרים אינם כשרים לדון וכך גם נשים, יהודים שאינם שומרים מצוות וכן מי שאינם בקיאים בדין תורה. מעבר לכך נדרשות גם מידות טובות ובהן: חכמה ענוה יראה שנאת ממון אהבת אמת, אהבת הבריות ושם טוב. בעוד שהמידות הטובות נחשבות בוודאי ראויות בעיני כל התנאים האישיים שמעמידה ההלכה אינם חשבים ראויים בעיני הכל. החוק בישראל אינו מחייב עמידה בדרישות אלו, ורוב השופטים לא עומדים בהם.
* **כללי הדיון בבתי משפט**- שונים מאלה שנוהגים לפי ההלכה, ההבדלים המעריכים נוגעים לדיני העדות והראיות. לפי ההלכה יש הגבלות נוקשות על הגשרים להעיד. נוכרים, נשים, קטנים וען מי שעוברים על דברי תורה פסולים לעדות. בנוסף לכך קרובים ונוגעים בדבר פסולים להעיד. לעומת זאת לפי הדין הנוהג בישראל כל אלה כשרים להעיד. כמו כן יש אמצעים ראייתיים הנוהגים לפי ההלכה, כגון שבועה שאינם נוהגים לפי הדין הישראלי.
* **הדין המהותי**- לפי ההלכה בין הדין מחויב לדין תורה, ועליו לדון לפי כללי ההלכה. לעומת זאת בתי המשפט בישראל כפופים לחוק המדינה ודנים על פיו. כמו כן רשאים בעלי הדין להתנות על דין תורה באופן שהוא לא יחול בעניינם. אבל גם הפשרה וגם ההתניות על הדין נעשות במסגרת דין תורה וע"פ כלליו. ואילו בתי המשפט מחויב לחוק המדינה בלבד.

**כשרות הדיינים**- **כשרות אישית**- טור חושן משפט, הלכות דיינים- 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. **כשרות מקצועית**- רמב"ם, הלכות סנהדרין- הסוג הראשון של בתי הדין הם **בתי דין של מומחים**- 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**. **הזכות להתנות על כשרות**- רמב"ם הלכות סנהדרין- 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 פותחת פתח לשיטות משפט שונות. **בית דין של הדיוטות**- טור חושן משפט, הלכות דיינים- ההלכה מכירה גם בדיינים שלא עומדים ברף 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 אבל בסתם שלושה יש לפחות אחד שיודע את הדין- אם אין בהם אפילו אחד הם פסולים לדין. התור פוסק ששלושה הדיוטות 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. **ערכאות שבסוריא**- שו"ת הרשב"א- 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, מדובר על הדיוטות שלא יודעים את הדין כלל ולא ידונו ע"פ דין תורה ובכל זאת הצדדים רשאים לקבלם על עצמם. שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות דיינים- 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. **איסור הפנייה לערכאות גויים**- מדרש תנאים- 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. טענה נוספת היא "אין חוקותיהם טובים"- יש העדפה של דין תורה על פני דין אומות העולם. תלמוד בבלי מסכת גיטין- 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 עצמו**. 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. רמב"ם הלכות סנהדרין- 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- 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.  
ההלכה מכירה שלושה סוגים עיקריים של בתי הדין הנוהגים בזמן הזה.

1. **בתי דין של מומחים**- בתי דין של דיינים בקיאים הדנים לפי דין תורה. לפי הגדרת התלמוד המומחיות של הדיין מאופיינת בך שהוא בקי בדין ומבין את טעמיו. הציבור או הגורם הממנה דיינים מטעמו רשאים למנות דיינים מומחים בלבד, וחל עליהם איסור למנות דיינים שאינם מומחים ברם האיסור למנות הדיוטות לדיינים אינו אוסר על בעלי דין להתדיין לפניהם מרצונם.
2. **בית הדין של הדיוטות**- לבתי הדין שבם יושבים דיינים שאינם בקיאים בדין. במקומות שבהם לא היו תלמידי חכמים ובהם שימשו הדיוטות כדיינים. היו גם מקומות שבהם פעלו מערכות שיפוט מיוחדות לסוחרים שבהם היו הדיינים אנשים הבקיאים במנהגי הסוחרים ולא בדין תורה. לשיטתו של הרמב"ם כל דיין הכשר לדון חייב להיות חכם בחכמת התורה. לפי שיטה אחרת שבה מצדדים רוב הראשונים, הדיוטות שאינם בקיאים בדין כשרים לדון בדיני ממונות. ואולם גם לפי שיטה זו נדרש שבין הדיינים הללו יהיה לפחות אחד שהוא 'גמיר' וכך יוכל גם הרכב זה לדון לפי דין תורה.
3. **ערכאות שבסוריא**- בבתי דין שפעלו בפרובינציה הרומית סורית ולא דנו בהם ע"פ דין תורה, ואע"פ כן הוכרו ע"י חכמי התלמוד. על יסוד תקדים זה קבע הרשב"א שבנסיבות מסוימות ניתן להכיר בבית דין שהדיינים בו אינם בקיאים בדין תורה ואינם דנים על פיו. במקומות שבהן אין בנמצא דיינים ראויים רשאים אנשי העיר למנות דיינים שאינם בקיאים בדין תורה כלל. פסיקה זו מבוססת על העיקרון שבעלי דין רשאים להסכים ביניהם לדון לפני דיינים שאינם כשרים. כשם שבעלי הדין רשאים להסכים על כך רשאים להסכים על כך אף בני העיר כולם.
4. **ערכאות של גויים**- בתי דין של נוכרים, שבין שהם בתי דין רשמיים של המלכות של העיר או של כל בית דין אחר של נוכרים. לפי ההלכה **חל איסור לדון בפני ערכאות של גויים**. האיסור נזכר במדרש התנאים ובתלמוד, והובא ע"י כל הפוסקים. האיסור לדון לפני ערכאות של גויים חל **אע"פ שדיניהם כדיני ישראל**. מכאן נראה שיסוד הבעיה הוא **זהותו של הדיין** ולא זהותו של הדין, ונחשב לאיסור חמור. הדבר מבטא כפירה ועבודה זרה. בנוסף לכך ניתנו במשך הזמן טעמים נוספים לאיסור- כגון שהדיינים הנוכרים נגועים בשחיתות ורגילים ליטול שוחד. **על אף האיסור** בכל הזמנים וכמעט בכל המקומות היו יהודים שפנו לערכאות של גויים, בנסיבות שונות התירו פניה לערכאות, למשל במקרה שבעל הדין מרב לציית לבית הדין וכיוצא בזה. היו גם פוסקים שהתירו לפנות לשופט נוכרי אם שני הצדדים הסכימו לדון לפניו. הנוהג של פנייה לבתי משפט של המדינה התגבר מאוד בעת החדשה עם השינויים שחלו במבנה המדינה המודרנית ובמקומם של היהודים במסגרת המדינה.

**לאילו מן הקטגוריות יש לדמות את בתי המשפט בישראל?** הכרה בבתי משפט של המדינה- בתי דין מכח הסכמת הציבור- **הרב שלמה גורן** הניח תשתית להכרה הלכתית בסמכותם של בתי המשפט של המדינה העתידה. גישה דומה ביטא באותה עת ומעל אותה במה **הרב משה צבי נריה**. עמדתם של שני הרבנים מבוססת על העיקרון ש**הציבור רשאי לקבל על עצמם דיינים שאינם ראויים לדון** לפי דין תורה ועל התקדים של ערכאות שבסוריא.הרב שלמה גורן- שיקולים של מדיניות הלכתית- הדרישה המוצהרת של הרבים ושל הציבור הדתי בכללו לכונן במדינה מערכת משפט לפי ההלכה איננה מעשית. לא ניתן יהיה לעמוד על כך שלבתי המשפט יתמנו רק דיינים כשרים וראויים לדון לפי ההלכה, יש צורך באימוץ חקיקה מקיפה בתחום הפלילי ובתחום האזרחי. בתי המשפט של המדינה לא יוכלו לפסוק לפי חוקי ההלכה בלבד, שבאופן מעשי לא ניתן יהיה להקים במדינת ישראל מערכת משפט לפי ההלכה. בתי המשפט המחודשים מסוג זה לא ייחשבו כבתי דין תורניים מלאים כי אם כבתי משפט שקיבלו את סמכותם המשפטית בכח הסכמת הציבור. ראייה נוספת לכך הוא מוצא בדברי ר' מנחם המאירי, שאף שהוא לא תלה את הדבר בנסיבות שבהן אין תלמידי חכמים וביסס את הדבר על קבלת בני המדינה. אותו עיקרון מאפשר לדעת הרב גורן להכשיר גם פסולים לעדות. לדעתו של הרב גורן, בתי משפט נוסדו מכח החלטת הציבור רשאים לדון ע"פ חוקים שקבע הציבור. עיקרון זה מובלע בתקדים של ערכאות שבסוריא, שאינם דנים ע"פ דין תורה אלא ע"פ דין חלופי. שילובם של דיינים נוכרים במערכת המשפט בישראל, יכול להיפתר על בסיס של הסכמה גרידא שכן באופן עקרוני הסכמה של בעלי הדין או של הציבור אינה מועילה להכשיר שופט נוכרי. הרב גורן מסתמך בעניין זה על דעת הפוסקים שאם בעלי הדין הסכימו לדון לפני נוכרי מסוים הסכמתם תקפה. הסיבה לכך היא שהסכמה על שופט מסוים נובעת מתוך אמון אישי בו, ולא מתוך אמונה בשיטה דתית ומשפטית אחרת. **הרב משה צבי נריה**- ההלכה יכולה לאפשר הכרה במערכת המשפט האזרחית של המדינה. טענתו העיקרית היא שלציבור יש סמכות חקיקה עצמאית מעבר לדין תורה. ומכאן שניתן להכיר בחוקי הכנסת בתחום הפלילי והאזרחי כאחד. לציבור מותר לקבל על עצמו בתי משפט מסוג זה בד"כ, וכן גם במקום שבו יש בית דין רבני. העיקרון היסודי לשיטתו הוא סמכותם של בעלי הדין ושל הציבור כולו להסכים על דיינים שאינם כשרים. על יסוד דברי הראשונים מפתח הרב נריה הבחנה בין מינוי של שופט לבין קבלה. מינוי מציין הענקת סמכות מכח הדין ולעומת זאת קבלה מציינת הסכמה. מדברי הראשונים עולה שהציבור יכול להסכים על קבלה של דיינים הדיוטות. החלטת הציבור מחייבת ומאפשר למנות דיינים שאינם מומחים גם במקום שיש שם מומחים. התנגדות ואי הכרה בסמכותם של בתי המשפט- קבוצה אחרת של פוסקים נקטה בעמדה מנוגדת, הכוללת מצד אחד תביעה לכינונה של מערכת משפט בהתאם להלכה, ושוללת מצד אחר את סמכותה של מערכת משפט אזרחית. **הרב אליעזר יהודה וולדנברג**- חשובי הפוסקים בישראל, היה קרוב לחוגי המזרחי והתייחס בחיוב לתנועה הציונית ולהקמת המדינה. עם זאת, כרבים אחרים הוא תבע את כינונה של מערכת משפט לפי ההלכה. הרב וולדנברג הסתייג מהאפשרות שתקום מערכת משפט חילונית וטען שמבחינה הלכתית לא ניתן יהיה להכיר בסמכותם של בתי משפט שכאלה. טענתו הראשונה היא שהכח של הציבור להסכים על דיינים שאינם כשרים תקפה רק במקומות שבהם אין תלמידי חכמים הראויים לדון. טעם נוסף הוא שגם כאשר ממנים דיינים שאינם בקיאים הם רשאים לדון ע"פ שיקול דעתם בלבד כדרך פשרה. הם אינם רשאים לאמץ מערכת חוקים זרה ולדון על-פיה. **הרב י"א הרצוג**- הרב הראשי של מדינת ישראל עת הקמתה, היה אחד המתנגדים התקיפים לכינונה של מערכת משפט אזרחית חילונית. התנגדותו לא הייתה מבוססת על טעמים הלכתיים פורמליים ולא על גישה שמרנית אלא על העיקרון שמפשט המדינה צריך להיות בהתאם למשפט התורה. **הרב גרודז'ינסקי** הציע להקים מערת משפט מפוצלת. מערכת אזרחית בתחום דיני הממונות שתנהג ע"פ ההלכה, וכנגד מערכת פלילית שתפעל ע"פ דיני המדינה ותהא מעין משפט המלך. **הרב הרצוג** לא קיבל את הצעתו וטען שיש לכונן מערכת משפט אחת שתכלול את כל ענפי המשפט, והכל בהתאם למשפט התורה. הוא סבר שיש לדרוש מהשופטים גם אם אינם שומרי מצוות ללמוד את עקרונות משפט התורה מתוך שו"ע או מתוך ספרי לימוד מיוחדים שיוכנו עבורם. מבחינת הסיווג ההלכתי, מדובר בבתי דין של הדיוטות שידונו ע"פ דין תורה. תקוותו של הרב הרצוג נכזבה, מדינת ישראל לא נוסדה על יסודות משפט התורה והרבנים לא היו מוכנים להיות שותפים למעשי חקיקה אלו.מעמדם של ת המשפט כערכאות של גויים- מנקודת מבטם של הפוסקים השוללים הכרה מבתי משפט של המדינה ניתן היה להגדיר את בתי המשפט או כבתי דין של הדיוטות או כערכאות של גויים. רוב הפוסקים בחרו באפשרות האחרונה.במסגרת מאבקו של הרב י"א הרצוג למנוע את כינונה של מערכת משפט חילונית השתמש הרב הרצוג ברטוריקה חריפה שכללה השוואה בין הקמתה של מערכת משפט כזאת לבין הליכה לערכאות של גויים. ברם השוואה זו נעשתה תמיד במישור הציבורי. הוא לא התייחס לפנייה של יחידים לבתי מהפשט אלא להכרעה הציבורית להקים מערכת משפט חילונית. אך עם זאת הם אינם ערכאות של גויים שהרי חבריהם יהודים. לכן הוא מכנה אותם בשם **ערכאות של יהודים**. שם זה מבטא את חוסר הלגיטימית של בתי משפט בעיניו. **החזון אי"ש** מנהיג היהדות החרדית בישראל בדור הקמת המדינה, התנגד באופן נחרץ להכרה בבתי משפט של המדינה משני נימוקים. הטיעון האשון הוא שהסכמה על דיין שאינו ראוי אפשרית רק במקום שאין בנמצא דיין שידין ע"פ משפטי התורה. הטיעון השני שגם במקום שבו רשאי ציבור למנות דיין שידון שלא ע"פ חוקי תורה, סמכותו של הדיין מוגבלת דון ע"פ שיקול דעתו בלבד ולא ע"פ מערכת חוקים זרה, בין שמדובר במערת חוקי העמים או בחוקים חדשים. **הרב אליעזר יהודה וולדנברג**- אין תוקף להסכמה על דיינים שאינם כשרים במקום שבו מצויים תלמידי חכמים הראויים. הרב נמנע מלקבוע שמדובר באיסור ערכות של גויים. הוא הסתפק בהגדרה דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה כדי לפסול את בתי המשפט, אולם שנים אחדות לאחר מכן הוא יאמץ את עמדתו של החזון איש שמדובר באיסור השקול לערכאות של גויים. ביקורת על השוואה זו נמתחה ע"י **הרב שאול ישראלי**, מבכירי הפוסקים של הציונות הדתית. לטענתו היסד הקובע לעניין ערכאות של גויים הוא זהותו של הדיין ולא זהותו של הדין. הראייה לכך היא שלפי המדרש הנזכר בגמרא, האיסור לפניהם ולא לפני גויים חל גם כאשר הגוי דן לפי דין תורה. מאידך כי ערכאות שבסוריא מדובר בישראל שאינו דן לפי דין תורה לא לפי הכרעת שכלתו או דין אחר ואין הוא בגדר ערכאות של גויים. **הרב עובדיה יוסף** יצא בחריפות נגד ההיזקקות לבתי המשפט וראה בהם ערכאות של גויים. בעקבות זאת אסר בתקיפות על עו"ד ירא שמיים לייצג תובע בבת המשפט, שכן יש בכך משום סיוע בידי עבור עבירה. לעומת זאת גילה הבנה לצורך של נתבע להשיב על התביעה ופסק שמותר לעו"ד לייצגו כדי להציל עשוק מיד עושקו. ההבחנה העקרונית הרב יוסף עושה היא בין התובע שיוזם את התביעה בבית המשפט לבין הנתבע שנאלץ להשיב עליה בעל כרוחו. ואולם גם תובע עלול לעמוד במצב שבו הנתבע מסרב דון עמו בדין תורה והדרך היחידה שלו לתבוע את זכותו היא בבית המשפט. לפי ההלכה, במצב כזה מוטל על התובע לתבוע תחילה בבית דין, ואם הנתבע יסרב לבוא יקבל התובע רשות מבית הדין לתבוע אותו בערכאות. במציאות הישראלית סרוב כזה שכח ואפשר להניח שרוב בעלי הדין בישראל יסרבו ברר את עניינם בבית דין תורני. האינטרס של הציבור הדתי מחייב שאנשים דתיים יפעלו בתוך המערכת כעו"ד וכשופטים די שיוכלו לפעול למענו ולייצג עניינים דתיים. מעבר לכך, המעורבות של הציבור הדתי בחיים החברתיים והמדיניים והאחריות שהם חשים כלפי החברה כולה אינם יכולים להרשות גישה בדלנית. **שוחטמן** מקבל את העמדה העקרונית של הפוסקים הסבורים כי יש להתייחס לבתי המשפט כערכאות של גויים, הגדרה זו אינה מבוססת רק על זהותו של הדיין אלא גם על זהותו של הדין. לפי זה, יש איסור לפנות לבתי משפט של המדינה בכל עניין שבו ניתן לפנות לבית דין ע"פ דין תורה. איסור זה הוא איסור מוחלט שאין הצדדים יכולים להתנות עליו וכן לא הציבור כולו. אין בטל מכח המנהג וכן אין בכוחם של חוקי הכנסת לבטלו. למרות זאת אין כך די לשלול את ההכרה ההלכתית במעמדם ובסמכותם של בתי המשפט של המדינה. הסיבה לכך נעוצה בהבדל שבין המישור הפרטי לציבורי. האיסור ההלכתי חל במישור הפרטי על כל יהודי הרואה את עצמו מחויב לדין תורה. אבל אין הדבר מונע מן ההלכה להכיר במעמדם הציבורי של בתי המשפט ובסמכותם כלפי הציבור והיחידים שאינם רואים עצמם מחוייבים לדין תורה ומקבלים אותם עליהם. השיקול העיקרי הוא החיוניות של מערכת שיפוט לחברה. במצב שבו רוב הציבור אינו רוצה בהשתת חוקי המדינה על דין תורה ואינו מקבל על עצמו את סמכותם של בתי הדין התורניים, חיבת להיות מערכת שיפוטית אחרת שתהא מוסמכת לדון וליישב סכסוכים בין בני אדם, אחרת תיווצר אנרכיה. על כן שוחטמן סבור שיש להכשיר את מעורבותם של שופטים ועו"ד במערכת השיפוט האזרחית.

**האם אפשר לראות בבתי משפט 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. **האם אפשר לראות בבתי ערכאות שבסוריא?** 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. 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. ערכאות שבסורייא מדבר על **נסיבות בהם אין דיינים כשרים**. יסוד נוסף חשוב הוא היסוד של **הדין**. הר"ן- הפרוש של הר"ן מכיל את שני היסודות- הם קמים במקומות שבהם **אין מי שיודע תורה** והם פועלים ע"פ **שיקול דעתם**. הטענה היא ש**בתי** **המשפט בישראל לא עומדים בשני הקריטריונים** הנ"ל. כי אין הם קובעים ע"פ דעתם אלא ע"פ חוקים חקוקים ויש מי שיודע תורה במדינה. ר' מנחם המאירי- טוען שעליהם לשפוט לא רק על פי אומד דעתם של הדיינים אלא על פי חוקי המדינה. כלומר בבתי הדין שבישראל- הם נהנים מכח ההסכמה של הציבור שההלכה מכירה בו, והם אינם מוגבלים לנסיבות מסויימות, אלא יכולים להיות גם בנסיבות אחרות. ההלכה יכולה להכיר בסמכותם של בתי הדין האזרחיים לצד בתי דין אחרים. עמדה הזו הותקפה: 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- הוא טוען כי מבחינתו כל מהות הקמת מדינת ישראל הוא חידוש משפט התורה וההלכה, התרבות היהודית. אם נגיע לכאן ונמצא היתר לקבל משפט זר 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.** ההיתר לערכאות שבסוריא נעשה רק בקהילות **שאין בנמצא תלמידים 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. 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. 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- החזון איש היה מנהיג הציבור החרדי בישראל בשנות קום המדינה. לטענתו 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- הרב עובדיה יוסף לא יכול להתנגד חזיתית למדינה לאור תפקידו כהרב הראשי לישראל. על פיו- בתי המשפט הם כמו ערכאות של גויים. מי ש**תובע** את חברו בבית משפט אזרחי של המדינה עובר על איסור שלא לדון בפני ערכאות של גויים. ברור כי **נתבע** 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.** כאשר התובע חרדי והנתבע חילוני, אם החילוני לא מוכן לפנות לדין תורה, אין לחרדי ברירה. 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. 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- 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. תקנת רבנו תם- לטעמו יש איסור חמור להביא סכסוכים לידי ערכאות גויים, אם לא מדעת שני הצדדים. 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- לא מבטל את האיסור אבל הוא אומר מבחינת תוקפה של הפסיקה, אם היא נעשתה בהסכמת שני הצדדים הפסיקה תקפה. גם 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 במערכת 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. כל המבנה של ערכאות של גויים קשור למציאות של ימי הביניים ולא מתאים למציאות החברתית והפוליטית של התקופה המודרנית. היום התפישה כי **בתי המשפט הם ערכאות של גויים מקובלת בכל הזרמים** בדתיים ומרבית הרבנים מתבטאים כך בפומבי. שוחטמן במאמר מקבל את ההנחה של 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 יש ניגוד חריף בין הקטגוריה ערכאות של גויים לבתי המשפט. מצד אחד מקבלים את המדינה ומצד שני קוראים לבתי משפט ערכאות של גויים. שוחטמן מנסה להתמודד 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. **הבעייתיות** בדעה של שוחטמן היא שהסכמה לא מספיקה כדי להתגבר על האיסור להידיין בערכאות של גויים. שוחטמן מצד אחד רוצה להשאיר את האיסור ומצד שני להכיר בלגיטימיות של בתי המשפט. הרב שאול ישראלי- 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.

**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). **נשים בתפקידים ציבוריים**- **מלך ולא מלכה-** מפרשת המלך (דברים יז) אנו למדים שאסור להמליך גוי או גר כמלך, ואשה כמלכה; וכן אין ממנים גר או גוי כפרנס על הציבור. תפקידי מלוכה ושררה הם מטבעם לתקופות בלתי מוגבלות ("יאריך ימים"), ועוברים בירושה מאב לבן. בספרי נתמעטה האשה אך ורק ממלוכה ואילו הגר נתמעט גם ממלוכה וגם משררה, הטעם להבחנה זו שבין אשה לבין גר נעוץ בכך שאשה נתמעטה ממלוכה רק ע"י דיוקם של חז"ל "מלך ולא מלכה." הרמב"ם ממעט אשה **מכל תפקידי שררה**. יש הסוברים שאיסור זה הוא רק מדרבנן (משום צניעות או כבוד הציבור). אחרים סוברים שאיסור שאר שררות לאשה הוא מדאורייתא, והרמב"ם למד כן מאנלוגיה לגוי וגר. **"שררה"-** כל תפקיד שיש בו אלמנט של כפייה ויכולת לקבל החלטות שרירותיות ללא עוררין, נכלל בשררה. במערכת השגחת כשרות בה יש "משגיח" ו-"רב המכשיר." להאחרון, זכות החלטה ואחריות סופית גם נגד רצון בעל העסק ודעת המשגיח. במקרה כזה, פוסק הרב פיינשטיין, אין למשגיח שררה, ולכן מותרת אשה לשרת כמשגיחה. לעומת זאת, לתפקיד של הרב המכשיר יש שררה וכוח כפייתי; על כן אין לאפשר לאשה לשמש בתפקיד זה. תפקיד הגבר הוא יותר ציבורי ויותר אגרסיבי, תפקיד האשה הוא יותר פרטי ויותר משפחתי על ידי הגבלת תפקידיה הציבוריים, רמזה ההלכה שמקומה ואחריותה העיקריים של האשה אמורים להיות בביתה - ולא בבית הנבחרים. הרב יהודה גרשוני- אשה לא יכולה להיות לא מלך ולא דיין מפני שהן רחמניות ולא יכולות לנהג את העם במלחמות. בניגוד לנ"ל סובר הרב חיים דוד הלוישהלכה זו היא גזרת הכתוב ללא טעם. לדידו, אין מניעה הלכתית עקרונית שאשה תהיה מלכה. כהוכחה לכך מציין הרב חיים דוד הלוי שלמרות שאין למנות אשה למלכה, היא יורשת מלוכה.תוספות מסכת נדה- כל איש הכשר לדון כשר להעיד. אישה היא קטגוריה נפרדת, היא כשרה לדון ופסולה להעיד. לתוספות אין בעיה לקבוע שאישה כשרה לדון. דבורה מקרה חריג, והכלל הוא שאישה פסולה לדון, מייחסים לה לימוד משפטים ולא ממש שפיטה. התוספות לא נוקט עמדה ברורה. הדיון הוא פרשני ולא פסקני. התוספות מעלה את האפשרות שאישה תהיה כשרה לדון. התלמוד הירושלמי פוסל אישה לדון. תוספות מסכת בבא קמה- 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 והוא פוסק לאסור. הוא 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. 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. לגבי הזכות להיבחר: יש רעיון שאישה כמנהיגה מהווה פגיעה בציבור. אם מדובר בכבוד הציבור, מדובר בעניין חברתי (ולא הלכתי). 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. הרב יחיאל וויינברג- הרב וויינברג לא רוצה להכריע. ההנחה היא שהוא יודע שהזמן מכריע לטובת הזכות לבחור ולהיבחר לנשים. **זכות הנשים לבחור ולהיבחר, נימוקים לאסור:**

* הרמב"ם שולל מנשים את הזכות לשרת בתפקידי שררה משום "מלך - ולא מלכה". לכאורה, עצם תפקיד השררה אסור לנשים. הרמב"ם אינו מציין בשום מקום שמנגנון המינוי לתפקיד שררה משנה במהות התפקיד. כמו כן, יש מקום לשלול מנשים אף את הזכות לבחור, מכיוון שבהצבעתה, אשה יכולה להפוך את דעת המיעוט לדעת הרוב, ולכפות את דעתה על הציבור.
* במהלך הדורות, לא נהגו קהילות ישראל לבחור נשים לתפקידים ציבוריים, וכן לא היו הנשים מעורבות בתהליך הבחירה. מנהג ישראל דין הוא.
* ההלכה מנסה כמה שאפשר למנוע התנהגות שעלולה להביא לפריצות. דיון פוליטי מחייב חברה פתוחה והחלפת דעות באופן חופשי. מיזוג חופשי של המינים אינו לפי רוחה של היהדות.
* המשפחה הינה יסוד אומתנו, יותר מתרבויות אחרות. באמצעות המשפחה האשה היהודיה אמורה להגשים את עצמה - וביתה הוא מקור גאוותה והדרה. מעורבות פוליטית של האשה תפקיע את הבית ממרכז התעניינותה.
* מעורבות פוליטית על ידי נשים עלולה לקלקל את שלום הבית. יתכן שלאשה תהיה דעה שונה מבעלה והמחלוקת תשרור ביניהם. מחשש לשלום בית היא עלולה להצביע נגד מצפונה וכדעת בעלה ובכך להביא לתסכול ולמרירות.

במחלוקת שהתקיימה ב-1918, רוב רבני היישוב הישן בארץ ישראל נטו לאסור על הנשים לבחור או להיבחר, הרב צבי פסח פרנק הדגיש שלדעתו המצב הוא שעת הדחק - שאם לא תוענק זכות הבחירה לנשים דתיות, לא תהיה לקהילה הדתית שום השפעה על עתיד המדינה. העדה החרדית, החמירה ואסרה על הנשים לבחור או להיבחר, התבדלה וניתקה קשר עם העולם החילוני. **זכות הנשים לבחור ולהיבחר, נימוקים להיתר:**

* "שררה" - האסכולה המתירה מציינת, לעומת זאת, שרוב הראשונים חלקו על הרמב"ם, ולא פסלו אשה אלא למלכות - אבל לא לשאר שררות. בנוסף לכך, קיים יסוד לטעון שבחירות דמוקרטיות עוקפות את בעיית השררה, המינוי שלה לא נחשב כשררה מכיוון שמינויה מההתחלה לא נכפה על העם "מלמעלה" על ידי החלטת הסנהדרין או באמצעות משיחה על ידי הנביא, אלא מההסכמה הכללית של העם עצמו.  לפי הכלל השני של דמוקרטיה, מוסכם מראש על ידי הבוחרים והנבחרים שהבחירה הינה לתקופה מוגבלת. משום כך, יוצא שמינוי דמוקרטי מעצם מהותו אינו מינוי של שררה.  לדעת כמה פוסקים, אין איסור שררה כשהנבחר אינו מחליט סופית לבדו. משום כך, אין בעיה עם המינוי הוא לוועדה שמחליטה יחד כקבוצה - כגון מינוי ל"כנסת"או למועצה דתית,או כחברה בהנהלת בית הכנסת.כמו כן, אין זה נחשב כשררה כשהחלטותיו של הנבחר חייבות אישור של גוף מעליו - כגון מנהל בית ספר. חריג- אם גר או אשה מתאימים לתפקידים ביותר, ואין כמותם, מותר למנותם לתפקידי שררה.
* "מנהג" - קיים היה מנהג במשך דורי דורות שנשים לא היו מעורבות בבחירת נציגי הקהילה כבוחרים או נבחרים. אולם עד לתחילת מאה ה-20, גם בעולם הרחב, לא עלתה לדיון רציני זכות הנשים לבחור ולהיבחר, אי-אפשר לקבוע מנהג בדבר שאינו שכיח. רק לפני כ-250 שנה התחיל המעבר האיטי בעולם משלטון אוטוקרטי לשלטון דמוקרטי ולכן לא התקיימו התנאים הבסיסיים הדרושים ליצירת מנהג.
* "פריצות וצניעות" - במאה ה-21 אנו חיים בחברה פתוחה. גם נשות ישראל, הצנועות ביותר, יוצאות יום יום מבתיהן לרשות הרבים "המעורב" בכדי לפרנס את משפחותיהם. בחירת מנהיגות ונציגות הולמת וראויה היא חשובה כמו ללכת לעבודה. כמו כן, ניתן לקיים חיים פוליטיים בצניעות ורצינות.
* אם חוששים לערעור שלום בית בין בעל ואשתו וקלקול מידות הנשים עקב מעורבות ציבורית, א"כ יש למנוע מהילדים הגדולים בבית להצביע, או להתמודד בבחירות, שמא יתערערו יחסיהם עם ההורים ויתקלקלו מידותיהם. על כורחנו שאין לחשוש למגרעות אלו בין בני משפחה.

השופט מנחם אלון, בג"ץ לאה שקדיאל- העתירה נסבה על החלטתם של המשיבים לפסול את העותרת מלכהן כחברה במועצה הדתית ביישוב ירוחם. העותרת, מורה למקצועות היהדות ושומרת תורה ומצוות, היא חברה במועצה המקומית ירוחם. נתמנתה ועדת שרים לדון בכישוריהם של המועמדים השונים לתפקיד המוצע. כשהסתיימה מלאכת ההרכבה של המועצה הדתית, נתברר לעותרת, כי היא לא נכללה בהרכבה. ועדת השרים סמכה את החלטתה על כך שבשנות קיומה של המדינה נוצרה מסורת בין כל הגופים הקשורים לנושא, לפיה בשל הקשר האמיץ בין מועצה דתית לבין הרבנות וההלכה המנחה אותה, אין להציג נשים כמועמדות לחברות במועצה הדתית. כן הועלה החשש, שמא חברותה של העותרת במועצה הדתית בירוחם תגרום לשיבושים בסדרי עבודתה של המועצה הדתית. **ביהמ"ש העליון**: ועדת השרים בשמשה כגוף הממלא תפקיד ציבורי כפופה לביקורתו השיפוטית של בג"צ, וככל גוף מינהלי-ציבורי אחר עליה להפעיל את שיקול-דעתה בתום- לב, ביושר, ללא שרירות וללא הפליה בלתי מוצדקת. שירותי הדת היהודיים, המסופקים על-ידי מועצה דתית, מהווים חלק מהותי מהצרכים המוניציפאליים שבאותו מקוםה, המועצה הדתית מופקדת על סיפוקם ונתינתם בלבד ולא על איזו שהיא הכרעה הלכתית דתית בקשר אליהם. אין המועמדים לשמש כחברי מועצה דתית נדרשים להיות בעלי כישורים מוכרים מבחינת דין ההלכה. לא היה מקום לשלול מהעותרת את זכותה היסודית שלא להיות מופלית לרעה בנסיבות דנן, האיזון יכול להיעשות רק אם תהא ראיה לכך, כי אכן האינטרס הציבורי בקיום שירותי דת ייפגע. **מנהג 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. **לבחור, לא להיבחר**, לציבור החרדי אין מועמדות לכנסת. אך יש התקדמות גם בעניין הזה, נשים תופסות תפקידים ציבוריים אחרים.

**לא- יהודים בתפקידים ציבוריים**- "לא תוכל לשים עליך איש נוכרי"- מופיע במפורש בתורה. הרעיון הוא שהמלך צריך להיות חלק מהעם אחרת יתעמר בו. איסור זה הורחב גם למינויים אחרים והתפיסה שנוכרי לא רשאי למלא כל שררה, 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:

* **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) ו**גוי** 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 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.
* **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.

**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. רמב"ם בהלכותיו קורא לכך הלכות מלכים ומלחמותיהם- כך גם בתנ"ך כשבני ישראל מבקשים למנות מלך הם מבקשים מלך שילחם את מלחמותיהם. היא נתפסת ככלי/ אמצעי לנהל את המלחמה וקיומה מאפשר לחשוב על מלחמה. במשך השנים הרבות של ההיסטוריה היהודית בה ליהודים לא היתה מדינה הם לא יכלו לקיים 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. כשקמה מדינת ישראל, היהודים שבים לארצם, חוזרים לריבונות וגם המדינה חוזרת לתמונה. והמלחמות הן הכרח בל יגונה של החיים שלנו כאן. בדיני המלחמה הכלליים מקובלת הבחנה מאוד ידועה בן 'יוס אד בלום'- **הצדקה למלחמה**- ו'יוס אין בלום'- **הצדק במלחמה עצמה**, וגם בהלכה ניסו להשתמש בקטגוריות אלו. כאשר העם היהודי נפגש מחדש במלחמה, אין לו כלים נורמטיביים משפטיים להתמודד עם העניין. כיצד מתמודדים עם לקונה זו? יש כמה **אסטרטגיות אפשריות:**

* לראות בהיעדר דיני המלחמה היהודים **אידיאל**- אנחנו לא רוצים ולא צריכים להילחם ואין צורך לפתח דיני מלחמה. אנחנו אנשי שלום ולא אנשי מלחמה. הם גם לא בעד ריבונות, מי שרוצה ריבונות צריך להיות מוכן להילחם מי שלא רוצה להילחם צריך לוותר על ריבונות. כל מלחמות המקרא הם מאורעות עתיקים מהעבר ולא תקפים עוד. זה בולט יותר אצל **החרדים הקיצוניים.** יש לראות בעצם החסר זה **הסדר שלילי**- אין בהלכה הנחיות נורמטיביות לשימוש בכח משום שבאופן עקרוני היא מתנגדת לשימוש בכח. ההתנגדות לרעיון הציוני החלה עוד כשאיש לא העלה על דעתו שימוש בכח, אולם הצורך שנוצר להשתמש בכח מזוין יצר עיגון נוסף ועקרוני להתנגדות למהלך הציוני. הרעיון הציוני פסול מעיקרו. העדרם של דיני המלחמה מן הקורפוס היה ראיה לכך שהמלחמה אינה לגיטימית. בשנות ה 30 פרשה מאגודת ישראל האנטי ציונית קבוצה קנאית ביישוב הישן בירושלים שכונתה **נטורי קרתא**, משום שלטעמה הפליגה אגודת ישראל בשיתוף פעולה עם המוסדות הציוניים. המונח נטורי קרתא הלקוח מן התלמוד הירושלמי טומן בחובו אמירה עקרונית. מסופר על חכמים שביקשו לראות את שומרי העיר (נטורי קרתא), אך אלו אינם שומרי העיר אלא מחריביה, שומרי העיר האמיתיים הם המלמדים, נושאי הספר. מלחמות ישראל הן חטא על פשע. על חטא החתרנות האסורה שבעצם הקמת המדינה נוסף הפשע של יציאה למלחמה ושפיכות הדמים הנלווית אליה. ליהודים אסור להשתתף במלחמות, על היהודים לשרוד בכל דרך שהיא מלבד ע"י מלחמות. עליהם לקחת איתם לכל מקום את תורתם ולהתקיים בזכותה. שכרון האמונה בכח מוביל למלחמה, והמלחמה מובילה למעשי רצח היוצרים הרס רוחני ומוסרי- טומאה של האנושות כולה. הויכוח על לגיטימיות השימוש בכח בקרב החברה היהודית התחולל בכל שדרות ההגות הציונית, לזרמיה השונים, וכן גם בקרב הרבנים הציונים הדתיים. **ייחודה של האורתודוקסיה החרדית** הינו בשניים: היא התנגדה עקרונית לעצם השימוש בכח ולא רק לפגיעה בחפים מפשע. שני היא התמידה בהתנגדותה לשימוש בכח הזרוע גם לאחר שאידיאל האקטיביזם הפוליטי הטהור שאינו מערב שימוש בכח קרס אל נוכח המציאות באמצע שנות השלושים.
* 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. זהו **תחום חוץ הלכתי**- אין מקום להתערב בדיון וזהו תחום אחריותו של השלטון המדיני.
* אפשרות נוספת היא למלא את החלל באמצעות נורמות משפטיות כלליות למשל המשפט הבינלאומי- לקחת עמדה בינלאומית מוסרית. **דרך זו** בה נקט **הרב שאול ישראלי**, הנה לבצע פנייה החוצה- אינקורפורציה של שיטה משפטית אחרת אל תוך ההלכה, יש כאן חוסר יומרה של ההלכה לייצר מערכת נורמטיבית משלה. **אימוץ המשפט הבינלאומי הנוהג תוך העברתו במסננת פנימית** שלה.
* 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. **אופציה אחת** היא לפנות אל המקורות ההלכתיים העוסקים בדיני פיקוח, הצלת נפשו והזעות להגנה עצמית. **'דין רודף'** העוסק בזכות הפגיעה באדם הרודף אחַר אחֵר ומבקש לפגוע בו. היא משקפת תובנה לפיה אין המלחמה קטגוריה נורמטיבית עצמאית. **אפשרות אחרת** היא **בניית מערכת נורמטיבית נבדלת** לדיני המלחמה, הרב גורן ביקש לממש שאפה זו, ודרש בנייתם של חוקי מלחמה יחודיים.

**עקרונות דיני המלחמה המסורתיים והניסיונות להתאים אותם למציאות המודרנית**- **ההבחנה בין מלחמת מצווה למלחמת רשות-** רמב"ם הלכות מלכים-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 לפי הרמב"ם הקטגוריה היחידה הרלוונטית למלחמת מצווה היא **מלחמת הגנה**. **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**. במלחמת 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- 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**. לעומתו הרב שאול ישראלי טען כי מצוות כיבוש הארץ תקפה רק לימי יהושע והיום זו מצוות התיישבות והיאחזות בקרקע. אם כך אם אין מצווה לכבוש את הארץ במלחמה- האם מותר לעשות זאת במלחמה? ע"פ הרב רבינוביץ אין לכבוש את הארץ אלא בדרכים המותרות אחרת יהא זה זלזול בשפיכות דמים, המערער את יסודות החברה ומסכן את הגאולה. הרב ש"י זוין- 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- במהלך הקרבות, בתחילת מלחמת השיחרור- הרב הרצוג טוען כי בהיעדר מלך הסמכויות מוקנות לעם. הוא קובע כי הגיוס הוא בגדר מלחמת מצווה. **מלחמות אסורות**- לפי תפיסה הלכתית רווחת אין להכריז מלחמה אלא עם גויים שעוברים עם שבע מצוות בני נוח, כלומר שאינם מקיימים את הדרישות הדתיות המוסריות מינימאליות- העושות האדם אדם. לעומת זאת אומות מתונות שביניהם נמנעים משפיכות דמים, גילוי עריות, עבודה זרה גזל וכו' יהיו חסינות מפני התקפה של הצבא היהודי. הרמב"ם מוסיף לכך שעבוד פוליטי וחברתי של האויב. החזון איש הציג את החסינות מפני התקפה יהודית כעמדתם של הראשונים והסתמך גם על הראב"ד והרמב"ן שלעומת הרמב"ם לא דרשו שעבוד ולטעמם מספיקה קבלת שבע מצוות נוח, ובכך קיצרו לכאורה הדרך לחסינות, אך הוסיפו החמרות משלהם- עליהם לקבל את שבע המצוות באופן רישמי, לפני בית דין מישראל. הרב קוק טען כי כדי להתיר למלך לצאת למלחמת רשות השיקול שהכריע הוא דרגת ההשחתה והסכנה המוסרית שנשקפת מן האויב. על כן לפי הגבלתו של החזון איש מלחמה התקפית נ' אומה שמתוקנת בשבע המצות היא אסורה ולפי הרב קוק מתקפה נ' אומה של עובדי אלילים שאינה מצויה בשפל המדרגה המוסרי תאסר ע"י הסנהדרין. **איסור מלחמה כנק' מוצא**- ההלכה יוצאת מנק' מוצא עקרונית הרואה את עצם פעולת המלחמה כפעולה אסורה, יש צורך בהיתר דתי מיוחד לניהול מלחמה אשר לא ימצא אלא במלחמת מגן. ע"פ הרב יהודה שביב מלחמה שאינה מלחמת רשות או מצווה היא בכל מקרה אסורה לכן אין לה איזכור. האיסור הוא שפיכות דמים. לפי מסורת הלכתית אחת אין להכריז מלחמה קטלנית שצפויים להיהרג בה חללים רבים מקרב האוייב ומישראל. מסורת זו מובאת בתלמוד הבבלי- היו שפרשו את האיסור לגבי חללי ישראל והיו שפירשוהו לגבי חללי האויב. ר' שלמה אידלס מייחס דברים אלו במאה ה17 לחללי אויב במלחמת רשות. אם חללי האויב עברו את היחס של 1 ל 6 מלך ישראל נענש, כלומר זהו חטא. להתראה כזו יש משקל בזמננו לנוכח פיתוחם של כלים להשמדה המונית. **האם מותר לעשות עבודות ביצורים בשבת?** הרב הרצוג 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- 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. הקטגוריה של מלחמת רשות הרבה יותר בעייתית- 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?**

* **הגישה הראשונה- המיתרנית**-מעם הנצי"ב- 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- 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 השנייה 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 וכלכליים יכולים להיות לגיטימיים אם זה מקובל בדין הבינלאומי. הלגיטימיות נובעת מהלגיטימיות של כל המלחמות בעולם.
* **גישה שניה- מנוגדת לחלוטין**- הרב חיים הירשנזון- כשנשאל האם ניתן להתגייס לגדודים העיבריים, הוא עונה כי 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. **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. במלחמת מנע, מלחמה יזומה יש זמן לבקש אישור של בית דין, במלחמת מצווה אין זמן לבקש אישור מבי"ד. הרב אהרן ליכטנשטיין-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.

**ניהול המלחמה**- ישעיהו ליבוביץ­ תבע מרבני הציונות הדתית התמודדות הלכתית חזיתית ורצינית עם האתגר של מדינה יהודית. הוא כיוון **להתערבות חקיקתית דרסטית** מצד ההנהגה הרבנית. לשיטתו משמעותה הדתית של הקמת מדינת ישראל היא **בתחיית ההלכה**. ליבוביץ קבע כי השאלה איננה הצדקתה של המלחמה עצמה אותה יש לראות כרע הכרחי- אלא **אופן ניהול המלחמה**. קריאתו של ליבוביץ באה בעקבות פעולת תגמול של צה"ל ב**כפר קיביה**, שגרמה לפגיעה בילדים ובאזרחים רבים, ועוררה סערה ציבורית בארץ ובעולם. ספרי ההלכה כמעט ולא עסקו בבעיות הקשות האמיתיות של מוסר הלחימה. ע"פ ליבוביץ ניתן היה להצדיק את הפעולה בקיביה בטענה **שכך מקובל בין העמים**, וכי אנו בשנה השישית של מלחמה שנכפתה עלינו ושנהפכה סיוט מתמיד של אימת שוד ורצח. לטענתו **חלילה** לנו מלטעון טענות אלו ולאמץ בכך את הערכים המקובלים בעמים האחרים ובמלחמותיהם. יש למצוא הצדקה לפעולת קיביה אך **אל לנו להשתדל למצאה**, ויש להכיר **במועקה** שהיא מטילה עלינו. ליבוביץ מספר על תקדים לקיביה- **מעשיהם של שמעון ולוי בשכם,** שבו הרגו את אנשי העיר שכם בנקמה על אונס אחותם, ותגובת יעקב למעשה הם התקדים המקראי שעליו ליבוביץ מבסס את טיעונו כי בשעת המלחמה אף מעשה מוצדק עשוי להיות מקולל ובלתי מוסרי. ליבוביץ טוען, בעקבות הרמב"ם שלשמעון ולוי הייתה הצדקה למעשה אך למרות הצדקה זו קילל אותם יעקב- ההצדקה אינה חזות הכל ויש רובד נוסף מוסרי. לדבריו אין להקים את ביהמ"ק על קללתו של יעקב אבינו. הוא מציע שני עקרונות העשויים להוביל לניהול מלחמה מוסרית: האחד **הכרה בעובדה שיש עקרונות מוסר מעבר למותר ולאסור** ע"פ חוק, והשני **ניתוק כל משמעות דתית מן המלחמה עצמה**. ע"פ הרב ישראלי ההלכה מאמצת לתוכה את חוקי המלחמה הנהוגים בפועל בין העמים, אין כל מקום לתביעתו של ליבוביץ מן ההלכה שתחלץ מעצמה את שאין בה. **הכיוון הראשון** מתמקד בבחינת מעשה ההרג בשעת מלחמה כשפיכות דמים רגילה, ע"פ כללי המשפט הפלילי הרגילים. **הכיוון השני** בודק את תחולתם של חוקים מיוחדים למצב מלחמה. מבחינת **המשפט הפלילי**, הרב ישראלי מגיע למסקנה כי אי אפשר להצדיק פעולות תגמול כפעולת קיביה ע"י היעזרות ב'הלכות רוצח': אי אפשר להרשיע בהריגה את האוכלוסייה האזרחית שמתוכה יצאו המחבלים, לא בשל העובדה שעודדו את המחבלים ולא משום שלא העמידו אותם לדין. מבחינת זכות ההגנה העצמית שבדין הפלילי שאף אם אפשר לראות חלק מהאוכלוסייה כחייבת מדין זה עדיין ישנם רבים, במיוחד ילדים קטנים, שאין לראות בהם כרודפים. אין בדין 'רודף' כדי להצדיק את פעולת צה"ל ע"פ ההלכה. קיימת עוד גישה לראות זאת כ**פעולה מלחמתית**, זו הבחנה המבטאת הבנה מעמיקה בייחודיותן של הבעיות ההלכתיות במציאות הריבונית אל מול מציאות הגלות. ההלכה מכירה במושג מלחמה ומבחינה בין מלחמת מצווה ובין מלחמת רשות. ע"פ עקרונות ההלכה הקלאסית, מלחמת רשות יכולה להתקיים רק **ע"פ החלטת המלך ובהסכמת הסנהדרין**. לדעת הרב ישראלי יש ליישם על עניין זה את עמדתו של הרב א"י קוק, במציאות של שלטון דמוקרטי, **חוזרת הסמכות אל העם**- הממשל הנבחר מבטא את רצונו החופשי של העם, ואין צורך באישור הסנהדרין כדי לצאת למלחמה. הרב ישראלי טוען כי בתחומים מסוימים היהודי כפוף מתוקף ההלכה לחוקי המדינה שבה הוא חי, מכח עקרון ההסכמה וזה הצידוק שבבסיס העיקרון. **כשם שיהודי שחי בין הגויים היה מחויב לחוקי המדינה שבה הוא חי, כך המדינה היהודית מחויבת לחוקים הגלובליים של המשפט הבין לאומי** שבתוכם ומכוחם היא קיימת כמדינה ריבונית. העיקרון ההלכתי דינא דמלכותא שודרג ל**דינא דמלכויות**. אם יבואו העמים לידי הסכמה לאסור את המלחמה לא תהא המלחמה חוקית ולא הכיבוש. מכאן הגיע הרב ישראלי למסקנה כי פעולת קיביה הייתה מותרת, צה"ל פעל כפי שפועלים גם צבאות ועמים אחרים בעולם, וכך גם אויביה של ישראל. לדעת הרב ישראלי במלחמה נגד אויבים מבחוץ אין מקום לערכים יהודים ייחודיים, וזאת ע"פ העיקרון דינא דמלכותא דינא. הסייג היחידי שמטיל הרב ישראלי על פעולה מעין זו הוא פגיעה מכוונת בילדים. הרב גורן נענה לאתגר עליו דיבר ליבוביץ. לשיטתו אין להבין את המסורת היהודית כמתנגדת לשימוש בכח, ההפך- הכח הוא אלמנט הכרחי, אך הוא חייב להיות אמצעי ולא מטרה, הוא חייב להיות נשלט ומרוסן ע"י עולם הרוח. הרב גורן מסביר באופן שונה את **מעשיהם של שמעון ולוי בשכם**- בפרשנות ימי הביניים למקרא ישנה חלוקת נוקבת בשאלה כיצד להבין את הסיפור. הרמב"ם סבר שהאחים פעלו כדין בהרגם את כל אנשים העיר, הם היו בני ענישה משום שלא מנעו את האונס ואף לאחר המעשה לא העמידו את האנס לדין. הרמב"ן לעומת זאת תקף את המעשה באופן בוטה ולשיטתו אין כל דרך להצדיק את המעשה- מעשה האחים הוא 'חמס' וזוכה לקללת יעקב משום שהם פגעו באנשים חפים מפשע- הרב גורן מבקש ליצור **הרמוניה בין עמדת הרמב"ם ובין עמדת הרמב"ן.** לפירושו, הרמב"ם מדבר על הדין ואילו הרמב"ן מדבר על המוסר, על לפנים משורת הדין. הרב גורן טוען כי אי אפשר לנהל מלחמה רק ע"פ הדין, חייבים לנהל את המלחמה גם לאור עקרונות מוסריים. ייתכן שי אפשר להעמיד את שמעון ולו לדין על מה שעשו אולם עדיין אסור היה להם לעשות זאת. ע"פ הרב גורן זה קרה משום שלא החילו על המלחמה את מושג הקדושה היהודית. **מלחמת לבנון והמצור על בירות**- בשנת 1982 בעת מלחמת של"ג הטיל צה"ל מצור על העיר ביירות לאחר שאלפי מחלבים ששהו קודם לכן בדרום לבנון ברחו אליה. הרב גורן טען שהטלת המצור נוגדת את ההלכה, המחייבת להותיר דרך מילוט- כדי שכל מחבל הרוצה לנוס על נפשו יוכל לשות כן. לעומתו הרב ישראלי טען כי הטלת המצור חוקית ע"פ ההלכה. הרב גורן מתבסס על הלכת הרמב"ם בהלכות מלכים ומלחמותיהם וטוען כי היא רלוונטית גם למלחמות ישראל בזמן זה- "אין מקיפין אותה ארבע רוחותיה אלא משלוש רוחותיה, ומניחין מקום לבורח ולכל מי שירצה להימלט על נפשו". הרמב"ן קבע שהנחת רוח רביעית פתוחה היא מצווה לדורות בכל **מלחמת רשות**. והרב גורן קבע באין ספור מקומות שמלחמות ישראל בזמן זה עונות לקטגוריה של מלחמת מצווה, על כן לא ייתכן לומר שיש מצווה להניח רוח רביעית בעת מצור משום שכל מהותה של המצווה היא **שלא להחיות** את האויבים. הרב גורן מתעקש וטוען שדין השארת רוח רביעית חל גם במלחמת מצווה. לטעמו דברי הרמב"ן לפיהם דין רוח רביעית אינו חל במלחמת מצווה חלים רק במלחמות מצווה הראשונות- נגד שבעה עממין ומלחמת עמלק. בקטגוריה השלישית של מלחמת מצווה- הצלת ישראל מיד צר, הרמב"ן מגדיר מלחמה מעין זו מלחמת רשות, ולפיכך אף הוא יחיל עליה את דין רוח רביעית. הרמב"ם דן באותו פרק בחובה לקרוא לשלום. משום שמצוות קריאה לשלום נוהגת בין במלחמת רשות ובין במלחמת מצווה, ועל כן כך הדין גם במצוות הנחת רוח רביעית. ר' מאיר שמחה הכהן טען כי הנחת רוח רביעית פתוחה להימלטות תחליש את המוטיבציה של האויב להילחם, משום שיש בידו דרך הימלטות. גורן דוחה נימוק זה וטוען כי הנימוק הוא נימוק מוסרי- החובה המוסרית לחוס על חיי האויבים. הרב ישראלי סבר שלא ייתכן לייחס להלכה הטלת גורמה החותרת כנגד הגיון המלחמה- מתן אפשרות לאויבים להימלט כאשר ברור שישובו לתקוף.