

חלום המשפט

הרב הרצוג והרב גורן על יחסי משפט והלכה בישראל

אריה אדרעי

א. מבוא: ההלכה ומשפט המדינה

א.1. רקע והקדמה לדיון ההלכתי

במאמר זה אני מבקש לשוב ולבחון את השיח בקרב פוסקי ההלכה בשאלת היחס הראוי בין משפט המדינה ובין המשפט העברי. אתמקד בתקופה שלפני הקמת המדינה וסמוך לאחריה, נושא שזכה להתייחסות מחקרית לא מבוטלת, אך אני סבור שלא מוצה.¹

המשפט עומד במרכזו של חלק גדול מן הספרות הקנונית היהודית. מסכתות שלמות כמשנה ובתלמודים עוסקות במשפט לענפיו השונים, והן תופסות מקום מרכזי בספרות הרבנית ובתוכנית הלימודים המסורתית. לכאורה מרכזיות זו משקפת תפיסה הרואה במשפט ביטוי חשוב לעולם הערכים היהודי, ולא רק כלי אינסטרומנטלי להסדרת החיים בחברה. נראה שמכאן נובעת גם החובה שקבע התלמוד לקיים מוסדות משפט יהודיים

המאמר מוקדש למורי וידידי חנינה בן-מנחם בהערכה מרובה על תרומתו הייחודית למחקר ולהוראת המשפט העברי ובתודה עמוקה על הידידות והתמיכה האישית והמקצועית לאורך שנים רבות "כי בי ירבו ימיה; ויִוְסִיפוּ לָךְ שְׁנוֹת חַיִּים".

* חברים רבים קראו גרסה מוקדמת של המאמר והקדישו לי זמן רב בשיחות שהשביחו ודייקו מאוד את המאמר. אני מודה מאוד לשמשון אטינגר, לליאורה בילסקי, לאיציק בנבגי, לחנינה בן-מנחם, לשי וזנר, לרון חריס, לאסף לחובסקי, לאדם פרויגר ולרועי קרייטנר. כמו כן נתונה תודתי לעוזרי המחקר רועי כדורי וגל חנינגלי, ולחברי מערכת כתב העת, במיוחד איתן טלמור-לבקוביץ', שיר ווינטר ובר גויטע, על השקעתם המרובה במאמר.

1 ראו לאחרונה למשל: חיים שפירא "מעמדם של בתי המשפט בישראל: הלכה, אידיאולוגיה ומציאות" הלכה ציונית: המשמעויות ההלכתיות של הריבונות היהודית 276 (ידידיה צ' שטרן ויאיר שגיא עורכים) (2017); ALEXANDER KAYE, THE INVENTION OF JEWISH THEOCRACY: THE STRUGGLE FOR LEGAL AUTHORITY IN MODERN ISRAEL (2020) (להלן: אלכסנדר קיי). מחקרים נוספים יוזכרו לאורך המאמר.

נבדלים, להיוזק רק להם, ולהימנע מפנייה ל"ערכאות של נוכרים", בתי המשפט של המדינה או הקהילה שבתוכה חיים היהודים. אכן, מערכת שיפוט יהודית נבדלת אפיינה את הקהילה היהודית הן במרחב הנוצרי הן במרחב המוסלמי לכל אורך ימי הביניים ועד לסוף המאה ה-18 לערך. עובדה המעידה לא רק על החשיבות הרבה שייחסו היהודים למשפט ולשיפוט הנבדלים, אלא גם על כך שהעמים שבתוכם חיו הכירו וכיבדו שאיפה זו.² משפט פרטי וציבורי העומד בלב מערכת חוק דתית – שבדרך כלל מסתפקת בפנייה אל היחיד ובהדרגתו – איננה עובדה המוכנת מאליה, וקשה למצוא לה מקבילות.

מרכזיות המשפט בספרות ובעולם התוכן היהודי הייתה הגורם לכך ששאלת המשפט במדינה היהודית עוררה עניין ומתח רב כבר בשלב מוקדם בשיח הלאומי המודרני. אין זה מקרה שראשיתו של רעיון תחיית המשפט העברי בא מחוגי הציונות התרבותית ברוסיה, פעילים ומשכילים שבחלקם הגדול לא היו שומרי מצוות.³ עובר להקמת המדינה היה השיח על המשפט תוסס מאוד בחוגים דתיים וחילוניים כאחד. בדיון ההלכתי הציוני-דתי על הלכות מדינה, תפס נושא זה מקום מרכזי לפני הקמת המדינה, ולמעשה עד היום.⁴

2 הספרות בנושא זה רבה וקשורה בדרך כלל בזיקה למחקר בתקופה ומקום מסוימים. גדעון ליבזון ריכז ספרות רבה בנושא, ראו: גדעון ליבזון "על איסור פניה לערכאות והטלת חרמות" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 265 (אריה אדרעי ואחרים עורכים) (2018) (ראו במיוחד הספרות המובאת בה"ש 1-12). לדוגמה מצוינת של מחקר מן השנים האחרונות ראו ספריו של JAY BERKOVITZ על המשפט והשיפוט היהודי בעיר מץ בצרפת בעת החדשה המוקדמת: *PROTOCOLS OF JUSTICE: THE PINKAS OF METZ RABBINIC COURT 1771-1789* (2 vols., 2014); *LAW'S DOMINION: JEWISH COMMUNITY, RELIGION, AND FAMILY IN EARLY MODERN METZ* (2019).

3 על חברת המשפט העברי נכתב הרבה מאוד. ראו: ניר קידר **משפט כחול לבן: זהות ומשפט בישראל מאה שנים של פולמוס פרק ג** (2017); Assaf Likhovsky, *The Invention of "Hebrew Law" in Mandatory Palestine*, 46 Am. J. Comp. L. 339 (1998) ותמצות הדברים: אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים** כט, 689, 713-716 (1998); רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977** 26-55 (2014); רונן שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט הישראלי" **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** 592 (מנחם מאוטנר ואח' עורכים) (1998).

4 פרט לרבנים הרצוג וגורן, שדבריהם נידונים במאמר זה, עסקו בכך רבים. ראו למשל: הרב שאול ישראלי **עמוד הימיני סימנים ח-ט (התש"ע)**; הרב עובדיה הדאיה "האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא?" **מחשבות על דמוקרטיה יהודית** 47 (אביעזר רביצקי ובנימין פורת עורכים) (2010) (נדפס לראשונה בשו"ת **ישכיל עברי** חלק ו חושן משפט, סימן כח); הרב יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" **תחומין א** 319 (התש"ס). הפניות לעמודותיהם של הבולטים מבין רבני הציונות הדתית בשנים שמאז הקמת המדינה ניתן למצוא במאמריהם של אליאב שוחטמן, יצחק ברנד, וחיים שפירא (ראו: אליאב שוחטמן "מעמדתם ההלכתי של בתי המשפט בישראל" **תחומין יג** 337 (התשנ"ב-התשנ"ג); הנ"ל, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** טז-יז 417 (התש"ן-התשנ"א);

יחד עם התעוררות "חלום המשפט", חלום חידוש המשפט והשיפוט העברי, היה גם ברור לכול שבתחומים רבים, בוודאי במשפט הציבורי, ישנו פער גדול בין ההכרחי במדינה מודרנית, ובוודאי דמוקרטית, ובין מה שההלכה מכירה מן המציאות הקהילתית שבה תפקדה בעבר. עובדה מרכזית אחת שבשלה ברור היה שאין מערכת המשפט ההלכתית מתאימה היא היותה בלתי שוויונית כלפי נוכרים, נשים, ושאינם שומרי מצוות, הללו אינם יכולים לשמש כדיינים, ואף כעדים מעמדם שונה. כלפי נוכרים חוסר השוויון בעייתי אף יותר, משום שלא ברור כלל אם המערכת ההלכתית רואה עצמה מוסמכת לדון בסכסוכים שבהם מעורב נוכרי. אף בתחום המשפט הפלילי נטען על מכשלות גדולות בדרכה של ההלכה להוות שיטת משפט נוהגת, זאת משום שהלכה למעשה משתקת דרישותיה הראייתיות של ההלכה כל אפשרות הרשעה, וכמו כן העונשים הקיימים אינם מספקים ואינם מותאמים לצורכי המלחמה בפשיעה והבטחת שלומם של האזרחים.

המתח שבין ההלכה ובין משפט המדינה ליווה את היהודים לאורך ימי הביניים, אך באופן השונה מהותית מזה שהתעורר עם תקומת מדינת ישראל. בפסיקה ובהגות התקיים דיון עשיר באפשרויות ובדרכים להתאים את המשפט ההלכתי למציאות הפוליטית, הכלכלית והחברתית שבה התקיימו קהילות יהודיות. ברור היה שבמקרים ובהקשרים רבים לא ניתן לחיות במנותק מן הסביבה ולהתעלם מהמשפט המדינתי. ואכן, ספרות ההלכה יצרה כללים ומנגנונים להכרעה בהקשרים שונים שבהם שתי מערכות המשפט – היהודית והמדינתית – אחזו במקרה אחד, ובשלהל הקשרים אחרים של התנגשות בין המערכות. בהקשר זה קבע התלמוד את הכלל "דינא דמלכותא דינא", העוסק בתיחום הגבולות שבין השיטות, ונותן תוקף למשפט המדינה במקרים מסוימים. כלל זה עומד לכאורה במתח מסוים עם האיסור התלמודי על פנייה ל"ערכאות של נוכרים". כמו כן נוצרו מנגנונים לחקיקה קהילתית ולחקיקה שיפוטית הסוטה מן הדין התלמודי הקלאסי. הדין ההלכתי וההגותי המצדיק ומבסס מנגנונים שונים אלו, התקיים בעיקר ביחס

יחזק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים (2010); חיים שפירא, לעיל ה"ש 1. גם כמה מן השופטים עסקו בכך, ראו: יעקב בזק "בתי-משפט בישראל: האמנם 'ערכאות של גויים'?" תחומין ב 523 (התשמ"א); בשנת תשכ"ט ריכז השופט יעקב בזק מאמרים בנושא זה מאת כמה הוגים בולטים, ראו: המשפט העברי ומדינת ישראל (יעקב בזק עורך, התשכ"ט). שופט בית המשפט העליון משה זילברג התייחס לכך בכמה מפסקי הדין הבולטים שלו והקדיש לכך את הפרק "על פרשת דרכים" בספרו כך דרכו של תלמוד (עמ' 139, התשכ"ב). השופט אלון היה ממובילי המאבק בעניין זה, ראו על כך: אריה אדרעי "מנחם אלון והמשפט העברי: ציוני דרך" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 13 (אריה אדרעי ואח' עורכים 2018); הנ"ל "לא פוסק אני?! מנחם אלון: שופט או פוסק הלכה", שם, בעמ' 45. עניין נוסף הקשור לבעיה זו, אך לא נדון בו במאמר זה, הוא התפתחותם של בתי דין פרטיים הדנים על פי ההלכה.

למציאות הקונקרטי שבה חיו היהודים, אך גם כתיאוריה פוליטית העוסקת במדינה היהודית המקווה.⁵

המאבק האידיאולוגי על המשפט בישראל התקיים בהקשר חדש ושווה: "מדינה יהודית". באמתחתם של ההוגים והפוסקים בני הזמן מטען כפול: הם ירשו שיח וכללים משפטיים העוסקים בעולם שכור, ומחייבים הבדלות אל מול משפט המדינה ("ערכאות של נוכרים"), אך גם מייצרים מגבלות וגבולות להיבדלות זאת ("דינא דמלכותא דינא"), ומאפשרים פעילות וחיים בתוך המסגרת המדינית. מאידך גיסא באמתחתם גם ירושה של שיח והגות לעולם מקנה, "חלום המשפט", המדינה היהודית ומשפט ההלכה שישלוט בה. עולם הלכתי והגותי זה על שני צדדיו משקף את חשיבות ומרכזיות המשפט היהודי הפרטיקולרי. כדי להמשיך ולאחוז בשיח זה על שני צדדיו – מציאות שבורה וחלום מקנה – גם עכשיו לאחר הקמת מדינת ישראל, יש לכאורה שתי אפשרויות. האחת: להתייחס אל המציאות החדשה – מדינת ישראל – כאל המשכה של המציאות הישנה: חיים בצל משפט המדינה, מתוך שאיפה להיבדלות ופרטיקולריות משפטית, ושמירת החלום על עתיד מקנה שיתקיים בו "ואשיבה שופטיך כבראשונה". השנייה: לעדכן את החלום ולומר שגם במדינה היהודית המקווה תמשיך להתקיים הדואליות שבין משפט המדינה ובין ההלכה.⁶

הפוסקים וההוגים הציונים־דתיים שיעמדו במרכזו של מאמר זה הפנימו את המציאות והרעיונות החדשים והזדהו איתם מאוד, אך רובם לא יכלו לקבל אף לא אחת משתי האפשרויות הנזכרות. הם סירבו לראות במדינת ישראל "המשך הגלות", ולהתהלך עם המטען הגלותי הכפול, הממדד בין החלום והמציאות. רובם התקשו גם לקבל את האפשרות השנייה, שמשמעותה היא שהמשפט היהודי אינו מעשי בשום מצב, ולא ניתן לקיים חברה על פיו. עם זאת, הם הכינו שכשם שהמציאות השתנתה, גם המשפט חייב

5 כך, גם התיאוריה הפוליטית של הרמב"ם בהלכות מלכים, וגם התיאוריה הפוליטית של הר"ן בדרשותיו (שתידון בנספח למאמר) עוסקות במציאות האוטופית העתידית של המדינה היהודית. ראו: מנחם לורברבוים פוליטיקה וגבולות הלכה (2005). מחקר הפוליטיקה היהודית התרחב מאוד בעשורים האחרונים. חלוץ המחקר הוא דניאל אלעזר. לסקירה מוערת של מחקריו ראו את מאמריהם של משה הלינגר ושל בן מולוב הפותחים את הספר המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה: ספר זיכרון לדניאל י' אלעזר (משה הלינגר עורך התש"ע). ראו גם: Julie E. Cooper, *The Turn to Tradition in the Study of Jewish Politics*, 19 ANN. REV. POL. SCI. 67 (2016). לספרות נוספת ראו: המסורת הפוליטית היהודית א-ב (מיכאל וולצר ואח' עורכים 2007); בדרך הדמוקרטיה: על המקורות ההיסטוריים של הדמוקרטיה הישראלית (אלון גל ואח' עורכים 2012); מחשבות על דמוקרטיה יהודית (בני פורת עורך, התש"ע).

6 הגותו הפוליטית של הר"ן, בן המאה ה-14, שתידון להלן בנספח, גויסה כתנא דמסייע לשיטה זו. לפחות לפי הקריאה הקיצונית של דבריו, הציע הר"ן הפרדה בין ההלכה ובין משפט המדינה.

להתערכך. "חלום המשפט" כן, אולם על השאלה מה יהיה תוכנו של אותו משפט יש לקיים דיון מעמיק.

פוסק ציוני המתנגד לשתי האופציות הנדרשות חייב לפרש מחדש את המושגים והכללים התלמודיים "ערכאות של נוכרים" ו"דינא דמלכותא דינא". עליו לפתח עמדה אידיאולוגית עקרונית בשאלה אם כללים אלו הם כללי הגלות, ובאילו תנאים פג תוקפם, ובשאלת מעמדה ההלכתי של המדינה היהודית החילונית, ושל מוסדותיה ומשפטה. על כל הפוסקים הציונים-דתיים היה מקובל שהמדינה שתקום צריכה להיות דמוקרטית, זאת הייתה הנחת עבודה שאינה ניתנת לערעור, כעובדה רצויה, ולא רק הכרחית.⁷ הם שאפו להציג שיטת משפט שניתנת ליישום במדינה דמוקרטית מבחינת ערכיה, ומבחינת תפקודה ויכולתה לקיים את החברה, ולפתח משנה סדורה בשאלת המשמעות והרלוונטיות של המשפט ההלכתי.

*

בחינת היחס שבין משפט מדינת ישראל ובין ההלכה צריכה להיעשות בשני כיוונים – אפשרות לשילוב המשפט ההלכתי במשפט המדינה, ואפשרות להכרה הלכתית במשפט במדינה – וכל אחד מהם מעורר שאלות מעשיות ואידיאולוגיות.

אפשרות שילוב המשפט ההלכתי במשפט המדינה מחייבת לבחון אם יכולה ההלכה להציע מערכת משפט רלוונטית למדינה דמוקרטית ומודרנית. האם התיאוריה הפוליטית שהוצעה בימי הביניים על ידי מי מן ההוגים יכולה לספק ולהתאים למציאות החדשה? אלו "מחירים" – שינויים והתאמות אידיאולוגיים או משפטיים – "מוכנה ההלכה לשלם" תמורת הכרה והשתלבות זו? והאם יש לה כלים לשם כך? ואם אין היא יכולה או מעוניינת לפתור את הקשיים הנוכחים, מה אומרת עובדה זו על ההלכה עצמה? אפשרות הכרה הלכתית במשפט המדינה מחייבת לברר באילו כלים הלכתיים נפרש ונצדיק הכרה זו. האם ניתן לפתח כלים הלכתיים המצדיקים הכרה במשפט מדינת ישראל, או שמא הכללים שנקבעו בתקופת הגלות, ועבור קהילות מיעוט של יהודים, יהיו רלוונטיים גם במדינת ישראל? כיצד נפרש ונגדיר את איסור הפנייה ל"ערכאות של נוכרים" כך שלא יחול על בתי המשפט של המדינה היהודית, ומנגד: האם נחיל את הכלל "דינא דמלכותא" גם על משפט מדינת ישראל? תהא אשר תהא התשובה לכל אחת מן השאלות הנזכרות, תחייב ההכרה ההלכתית במשפט המדינה היהודית בירור ערכי ואידיאולוגי הן ביחס למדינת ישראל הן ביחס למשפט ההלכתי.

7 ראו למשל: אשר כהן הטלית והדגל: הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה (התשנ"ח); מחשבות על דמוקרטיה יהודית, לעיל ה"ש 4; הרב יואל בן נון "מקור כפול לסמכות השלטונית: בסיס רעיוני למשטר הדמוקרטי על פי התורה" בדרך הדמוקרטיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 111; אליעזר שביד דימוקראטיה והלכה פרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשזון (1997).

השאלות הנידונות כאן מתעוררות גם לגבי המשפט הפרטי, אף שבתחום זה ישנה אפשרות לקיומה של מערכת משפט וולונטרית נבדלת, כפי שבדיעבד הציעו לא מעט פוסקים, וכפי שאף מתקיים כיום בפועל בקהילות שונות בישראל.⁸ אך אף-על-פי-כן, לא ניתן להטיל ספק במרכזיותו ובחשיבותו של משפט המדינה גם בתחום המשפט הפרטי.⁹ במובן מסוים מעורר המשפט הפרטי פולמוס משמעותי אף יותר משום שתחום זה פעיל ומפותח מאוד בספרות ההלכה, ויש בהזנחתו התרסה המעוררת פולמוס.

מן הנמנע שהשיח ההלכתי בנושא זה יהיה מנותק מן השיח ההגותי והאידיאולוגי על מהותה של מדינת ישראל במושגי ההגות היהודית. ברורה הזיקה שבין תמיכה ברעיון הצינוני המדיני וראיית מדינת ישראל במושגים יהודיים פנימיים, ובין התנגדות למושגי הגלות ביחס למשפט המדינה, וכן להיפך. כל הפוסקים הצינוניים-דתיים התחבטו בשאלה שבה עוסק מאמר זה והציגו גישות שונות. אנו נתמקד בעיקר ברבנים יצחק אייזיק הלוי הרצוג ושלמה גורן, נבקש לבחון את המניעים והמשמעויות של גישתם, את ההבדלים שביניהן, את האופן שבו השיבו על השאלות שהעלינו לעיל, ולעמוד על הזיקה שבין עמדתם ההלכתית וההגותית.¹⁰

*

8 במדינת ישראל פועלים עשרות בתי דין לממונות העוסקים במשפט אזרחי בהסכמת הצדדים. בתי הדין משתייכים למנעד רחב של מגזרים בזרם היהודי אורתודוקסי, ראו באתר דין תורה dintora.org, תחת הלשונית "בתי דין". ראו גם: אדם חפרי-וינגרדוב "התעצמות הפלורליזם המשפטי בישראל: עלייתם של בתי הדין ההלכתיים לדיני ממונות במגזר הצינוני – דתי" עיוני משפט לד' 47 (2011); אריה אדרעי "רב תרבותיות בגרסה חרדית מוקדמת: יצחק ברויאר ממדינת התורה לקהילת התורה דיני ישראל לב' 187 (2018); עמיחי רדוינר "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית-הדין הרשמי" משפט וממשל יג' 271 (2011); הנ"ל "גט בהשגחת הבד"ץ: ענייני נישואין וגירושין" בבתי דין חרדיים פרטיים" משפט חברה ותרבות: המשפט והחרדים בישראל 69 (2019). מאז הקמת המדינה ועד שנת 2006 מוסכם ומקובל היה שניתן לפנות בהסכמה לבית הדין הרבני הרשמי בסכסוך אזרחי, ולבית הדין יש מעמד חוקי כשל בורר. סמכות זו בוטלה על ידי בית המשפט העליון (להלן ה"ש 17). כמה ניסיונות להחזיר בחקיקה את הסמכות לבית הדין הרבני לא צלחו.

9 ראו: HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION: THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION 38 (1983); איריס קנאור "על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט הישראלית ובאיחוד האירופי – לקחים הרדיים" משפט ועסקים ד' 499 (2006).

10 גם בקרב הפוסקים בני הצינונות הדתית ישנן כידוע גישות אידיאולוגיות שונות ביחס למדינה ומהותה במושגי ההגות היהודית, וייתכן שאף לכך יש חשיבות לענייננו. על צינונות דתית פרגמטית וצינונות דתית משיחית ראו אביעזר רביצקי הקץ המגולה ומדינת היהודים (התשנ"ג).

עיון בכתבי רבני התקופה מעלה כי ניתן להציע חלוקה טיפולוגית לשלוש עמדות עקרוניות, חלוקה שתסייע בהבנת העמדות והגישות השונות, אף שאף לא אחת מן הדעות נענית באופן מלא למודל, ולמעשה אצל רובם יש יסודות של יותר מגישה אחת.

עמדה אחת מוותרת על ההלכה. הבעיה אינה פתירה, ולכן על ההלכה לתמוך בהסתמכות על משפט המדינה במלואו, ולסגת מחזית המאבק על המשפט. פוסקים אלו מסתמכים בעיקר על תקדימים שבהם אישרה ההלכה הסתמכות על משפט שיוסכם על ידי הציבור. גישה זו מאמצת, לפחות בתחום המשפט, את עמדתו של פרופ' ארנסט סימון שהציע להלכה לסגת מן הדרישה לדריסת רגל במרחב הציבורי. סימון הכיר בעובדה שמדובר בחידוש ביחס לעמדה ההלכתית המסורתית, אך טען שהוא הכרחי במציאות זמננו.¹¹

עובדה מפליאה היא שהרב שלמה גורן היה אחד הרבנים שהוביל גישה זו. הרב גורן היה זה שמתוך שאיפה ומחויבות להחיל את ההלכה במרחב הציבורי הקדיש כתיבה רבה ומעמיקה, המתאפיינת ביצירתיות וחדשנות, לבעיות הלכה ומדינה בתחומים אחרים, והנה דווקא במשפט החליט לוותר ולסגת. להלן ננסה להציע לכך הסבר.

אלכסנדר קיי סבור שהרווח הגדול של מי שאחז בגישה זו הוא בשמירת ההלכה בטהרה, זאת משום שהוא אינו נזקק לשינויים שאותם יצטרכו להציע התומכים בהחלת ההלכה במרחב הציבורי.¹² עמדה זו מזוהה בעיניי, שהרי השיח ההלכתי משתבח בעיני עצמו בגמישותו וביכולתו להתאים עצמו למצבים מתחדשים. העמדת ההלכה באופן

11 ראו עקיבא ארנסט סימון "האם עוד יהודים אנחנו" **לוח הארץ** (התשי"ב), חזר ונדפס: עקיבא ארנסט סימון **האם עוד יהודים אנחנו: מסות** 9 (1983). במאמר קלאסי זה הודה סימון כי ליהדות ההיסטורית מבנה וצורת חשיבה של דת "קתולית", המקיפה את מכלול תחומי החיים של היחיד והחברה, ואינה מכירה בתחומים אוטונומיים המתקיימים במנותק מן המחויבות להוראות הנורמטיביות של ההלכה. אולם בנסיבות שנוצרו, טען סימון, על היהדות לסגת מעמדתה המסורתית ולאמץ תפיסת עולם מינימליסטית, "פרוטסטנטית", המכירה בתחומים הנמצאים מחוץ לשליטתה, ומתעניינת רק ביחיד ובחיי הרוח שלו, אך לא בעיצוב פניה של החברה. הוא הצביע על כך שבמציאות החיים שלנו כחברה, תחומים רבים ומרכזיים הם תוצר של העולם החילוני, שאין לדת תרומה של ממש לגביו. סימון סבר שבמציאות שבה הרוב מעוניין במדינה חילונית, יוכלו החיים הדתיים לחזור ולשגשג באופן אותנטי רק כאשר תסולק השאיפה הדתית מן המרחב הציבורי. בעמדתו של סימון יש חידוש ביחס להגות הציונית דתית אך לא ביחס להגות האורתודוקסית הגרמנית. למעשה הצעתו של סימון הולכת בעקבות רעיונותיו של משה מנדלסון, שאומצו הלכה למעשה על ידי הרש"ר הירש. גם מנדלסון וגם הירש הציעו ליהדות להתכנס לרשות היחיד ולתחומי האמונה והמעשה הדתי, אך להיבדל מתחומים שבאחריות המדינה. ראו בהרחבה: LEORA BATNITZKY, *How Judaism Became A Religion: An Introduction to Modern Jewish Thought* 52 (2011). ראו גם אבי שגיא "האם עוד יהודים אנחנו" **תיאוריה וביקורת** 12-13, 79 (1999).

12 ראו אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70.

שאינן היא מסוגלת לקיים את המציאות אין בה כל יתרון במושגיה של ההלכה עצמה.¹³ אכן, כפי שנראה להלן, הרב הרצוג סבר שהתאמת ההלכה במידת האפשר למציאות הריבונית החדשה היא ההזדמנות והרווח של ההלכה ולא "המחיר" שהיא תשלם.

עמדה שנייה מבקשת לגשר בין משפט המדינה ובין ההלכה, ולאמץ חלקים ועקרונות מן המשפט ההלכתי, ובתמורה היא מוכנה "לשלם מחיר", לאמץ שינויים והתאמות בהלכה. המשפט ותכניו חשובים ומרכזיים בעולם התוכן היהודי, ולכן לאימוץ חלקים ממנו על ידי המשפט ובתי המשפט של המדינה יש משמעות וחשיבות מרובות. לשיטה זו תוכני המשפט חשובים יותר מן המוסדות המשפטיים, ולכן אימוץ חלקים מן המשפט העברי יסיר ממשפט המדינה את איסור "ערכאות". במרכז הדיון שלנו על גישה זו יעמוד הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, הרב הראשי לארץ ישראל, שעסק במשפט באופן נמרץ ביותר, וראה בו עניין עקרוני והכרחי למדינה היהודית. כאיש הלכה צריך היה הרב הרצוג לנמק את העדפת התוכן על המוסד, וכן לכסס את הגבולות וההצדקות לשינויים בהלכה. חסידיה של הציונות התרבותית, או היהדות כתרבות, יוכלו בנקל לתמוך בגישה זו. אכן, על עמדה זו מבוססת אסכולת "המשפט העברי" שהעמידה רשימה מכובדת של חוקרי משפט ושופטים.¹⁴

הגישה השלישית, אותה אכנה גישת הקהילות, מוותרת על החלת המשפט ההלכתי במדינה. הַבְרִיָּה מבינים שהפסידו במאבק, או סבורים שהדבר אינו אפשרי ולא יתקבל, אך דורשים מן המדינה לאפשר הקמת קהילות נבדלות שבהן ניתן יהיה להחיל את משפט התורה. משמעותה העמוקה בהקשר הישראלי היא היבדלות ושותפות חלקית בלבד.¹⁵ יצחק ברויאר העלה הצעה זו ערב הקמת המדינה, ולמעשה מדובר ביישום מהפכני ומרתק של תפיסת הקהילה הנבדלת מבית מדרשו של הרש"ר הירש בגרמניה.¹⁶ לאחר

13 זו גם טענתו של ישעיהו ליבוביץ כפי שבאה לידי ביטוי בספרו **תורה ומצוות בזמן הזה** (התשי"ד). ראו אשר כהן **הטלית והדגל**, לעיל ה"ש 7; ראו גם אדרעי, "לא פוסק אני", לעיל ה"ש 4, שם עמדתי על כך שמנחם אלון טוען טענה זו, ועמדתי על הזיקה שבין עמדותיהם של השופט אלון והרב הרצוג.

14 ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 56-68, 78-88 (2008); על רעיון המשפט העברי בהקשר זה ראו את הספרות המצוינת בה"ש 3; על דרכו של מנחם אלון בהקשר זה ראו אדרעי, ציוני דרך, לעיל ה"ש 4; אדרעי, לא פוסק אני, לעיל ה"ש 4; על חוק יסודות המשפט התש"מ 1980 והצעות לחדשו ראו: בנימין פורת "המשפט העברי בישראל אתגרי העתיד והיערכות מחודשת" **חוק יסודות המשפט הצעה לתיקון ודברי ביקורת** (הצעה לסדר 11, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2016).

15 אך ראו בהקשר זה את מאמרו פורץ הדרך של חנינה בן-מנחם "המשפט העברי והמשטר החוקתי במדינת ישראל: ההלכה, המדינה והמורל הקהילתי" **מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי** 461 (2003).

16 על הצעתו של יצחק ברויאר למשפט קהילות ראו: אריה אדרעי "רב תרבותיות בגרסה חרדית מוקדמת" **דיני ישראל** לב 187 (2018). הירש רצה קהילה רתית נבדלת, והתנגד עקרונית

שהקרב הוכרע וההלכה נדחתה מכל השפעה על המשפט הישראלי, ולאחר שהסיכוי למודל כלשהו של דיאלוג בין השיטות ירד מן הפרק, ובמיוחד לאחר שבית המשפט העליון ביטל בשנת 2006 את הנוהג שהיה קיים מאז הקמת המדינה, שלפיו ניתן לפנות בהסכמה לבית הדין הרבני הממלכתי בכל סכסוך אזרחי,¹⁷ הועלתה הצעה זו על ידי רבים מרבני הציונות הדתית. בשלב זה גם הועלה מן הגנזים הטיעון "ערכאות של נוכרים" על ידי חלקם, שסיברו להצהיר על מותו של המשפט ההלכתי ולוותר על קיומו. ההצעה להקמת בתי דין קהילתיים נועדה אפוא לאפשר להלכה מרחב פעולה בחיים המעשיים, ובכך להחיות את עצמה, ולא רק משום הרצון להימנע באופן פורמלי מאיסור ערכאות.¹⁸

לקהילה יהודית. הוא תמך בפרשנות ליהדות שניתקה אותה כליל מן המדינה והפוליטיקה. ראו בטניצקי, לעיל ה"ש 11, וכן Leora Batnitzky, *From Politics to Law: Modern Jewish Thought, and the Invention of Jewish Law*, 26–27 DINE ISRAEL 7* (2009–2010). בטניצקי מביאה את דבריו של איסמר שורש שלפיהם בבית המדרש לרבנים בברלין לא היה שום קורס שעסק בתחומים הלכתיים הקשורים למשפט האזרחי.

17 בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פורסם בנבו 6.4.2006.
18 כך למשל היא עמדתו של הרב יעקב אריאל. ראו הרב יעקב אריאל "מוסר משפט" הלכה בימינו: מורשתה, לימודה, הוראתה ויישומה 332 (התש"ע); וכן: הנ"ל, "איסור ערכאות" שו"ת באהלה של תורה, חלק א' סימן ט, 115 (התשנ"ח). על התרחבותם של בתי הדין הפרטיים לממונות בכל מגזרי הציבור הדתי ראו את המקורות המובאים לעיל בה"ש 8. הרבנים הרצוג וגורן, שיעמדו במרכז מאמר זה, התנגדו באופן עקרוני לרעיון זה. שניהם אחזו למעשה בעיקרון one state one law, אך בדיעבד שניהם היו מוכנים לקבל את רעיון הקהילה. הרב גורן הציע זאת כהצעה מקבילה להצעתו המרכזית, אך בלא לסגת מהצעתו המרכזית (ראו ההערה הבאה ובגוף המאמר). גם לרב הרצוג יש קו נסיגה שני אם הצעתו לא תתקבל. כך אמר בהמשך הרצאתו בפתיחת מכון הארי פישל למשפט התורה (הרצאה שנדון בה להלן): "על הציבור הדתי כולו בארץ ובגולה לדאוג לכך שתישאר על כל פנים קרן זוית למשפט התורה בארץ התורה. וזאת אומרת, לדעת, שתהא הזכות לכל יהודי הנטבע לדין בענייני ממונות, לא דוקא ברקע של המצב האישי, להשיב: לבית דין של תורה אני יורד" [...] זוהי לדעתי הדרך להשארת שורש וענף למשפט תורתנו הקדושה". הדברים באים גם במכתבו המפורסם לרב שמחה אסף מתמוז התש"ח: "אזי [=אם] לא יסכימו לקבל את דרישתו למשפט התורה ודאי וודאי שאין דרך אחרת להציל את תורתנו הק' מעלבון ופגם עולמי ח", אלא להלחם בכל ותקף עוז שהחוק ישאיר זכות לכל יהודי נתבע, לאמר לבית דין של הרבנות אני הולך, כלומר לאותו הבית דין הממשיך את מסורת הקודש של המשפט בישראל". מכתב זה מובא אצל הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה כרך א 229 (איתמר ורהפטיג עורך, התשמ"ט). פלורליזם משפטי וקיומה של אפשרות לפנות לבית דין רבני הוא בבחינת "קרן זוית", "שורש וענף", שתמנע חילול ה'. ודוק היטב: הרב הרצוג לא ביקש "בית דין של תורה" למעונייניו בכך כדי להציל אותו מאיסור ערכאות של נוכרים, לא זאת הנקודה כלל וכלל. הוא ביקש בית דין של תורה מטעם המדינה, כאפשרות למעוניינים, כדי להציל את כבוד התורה, ואולי אף את כבודה של המדינה בכך שאינה מחללת שם שמיים. הרב הרצוג ראה את בתי הדין הרבניים כחלק ממערך בתי הדין של המדינה, ולכן העובדה שיש להם סמכות מסוימת, ושארם יכול

מטבע הדברים תקפה גישה זו למשפט הפרטי, ובדרך כלל יש בה ויתור על המשפט הציבורי על כל הכרוך בו.

*

דיוננו יתמקד בהגותם ופסיקתם של שניים מן הפוסקים הציונים-דתיים הבולטים והמשפיעים ביותר: הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג (1888-1959), הרב הראשי לארץ ישראל ולמדינת ישראל משנת 1936 ועד ליום פטירתו. והרב שלמה גורן (1918-1994) הרב הראשי לצה"ל (1948-1970) והרב הראשי לישראל (1972-1983). העיון בהגותו של הרב הרצוג יהיה רחב הרבה יותר משום שהנושא העסיק אותו והיה מרכזי בהגותו. עיסוקו של הרב גורן בנושא המשפט היה באופן יחסי בשולי הגותו. עם זאת, הצגת שני פוסקים אלו מאפשרת לעמוד על מנעד האפשרויות שהועלו ועל המתח המשמעותי השורר בדיון. עמדותיהם של הרבנים הרצוג וגורן שונות בתכלית ועומדות בשני הקצוות של מנעד האפשרויות. הרב הרצוג נאבק למען השפעת המשפט העברי על המשפט הישראלי, הן במישור החקיקה הן במישור הפסיקה. הרב גורן, לעומתו, היה נכון לוותר כליל על השפעתו של המשפט העברי על המשפט הישראלי. הוא ביקש לבסס את המשפט הישראלי כמשפט המוסכם על הציבור, ולכן אין כל איסור הלכתי בפנייה אליו. שניהם הבינו כי המשפט העברי אינו בשל להיות משפט במדינה מודרנית ודמוקרטית, אך בשונה מהרב גורן, הרב הרצוג היה מוכן להציע שינויים משמעותיים בהלכה כדי להתאימה. בהמשך המאמר אבקש להציע ולהסביר את כל אחת מן הגישות, ולעמוד על התפיסות והמניעים האידיאולוגיים של כל אחת מהן.

א.2. אי-השוויון במשפט ההלכתי כנקודת מוצא לדיון

בבואם לעסוק בהלכה כמשפט למדינה הוטרדו מאוד שני הפוסקים הללו מחוסר השוויון – כלפי נשים, כלפי יהודים שאינם שומרי מצוות, וכלפי נוכרים – הקיים בבית הדין ההלכתי המסורתי. לשניהם היה ברור שלא ניתן להעלות על הדעת חוסר שוויון שכזה בבית הדין המדינתי. אצל שני הפוסקים הנושא מקבל מקום משמעותי בדיון, ושניהם היו נועזים, במושגים של השפה ההלכתית, באופן התמודדותם עם בעיה זו. אצל שניהם ניתן לעיתים לסבור שהם רואים כאן רק בעיה טקטית – המדינה ואומות העולם לא יסכימו לקבל חוסר שוויון – אולם לדעתי ברור ששניהם היו מעוניינים בתיקון

לפנות אליהם, היא כשלעצמה משחררת במשהו את בעיית חילול ה' של נטישת משפט התורה על ידי מוסדות המדינה. נקודה זו מעצימה את העובדה שבבעיית הערכאות הרב הרצוג לא מוטרד מבעיית המוסד – המחויבות לבית דין של ההלכה – אלא משאלת המחויבות לדין התורה. זאת, כאמור, ביחד עם הכרתו הברורה בכך שמשפט התורה עצמו חייב לעבור שינויים.

המצב לגופו של עניין, וסברו שאף אם בעבר ניתן היה לסבול את חוסר השוויון, לא כן הוא כיום, ובוודאי לא בהקשר המדינתי.

כאמור, מכמה התבטאויות שאציג להלן ניתן לכאורה להסיק שחתירתו של הרב הרצוג לשוויון בבית הדין היא עמדה שבליית ברירה, נובעת מכניעה למציאות, ולא מתוך הכרה ערכית. כך למשל כתב לקראת שנת התש"ד במסמך המתווה את תוכנית הלימודים בבית מדרש לדיינים בישיבת אוהל תורה, אותו יזם:

עד שיבוא גואל צדק כב"י [במהרה בימינו] לא נוכל לצייר לעצמנו שהממשלה וחבר העמים יסכימו לתחוקה (קונסטיטוציה) שעל פיה יהיו נוכרים או יהודים בלתי דתיים פסולים לגמרי לרון, וצריך לחפש עצות לזה שלא נדרוש את האי אפשר, יחד עם זה שלא יתבטלו ח"ו בתי דינים של תוה"ק.¹⁹

גם במקום אחר הוא כתב דברים שמהם משתמע שתמיכה בשוויון היא טקטית, כדיעבד ובלית ברירה, כרע במיעוטו:

זה יהיה בניגוד להחלטת האומות המאוחדות, שלא להפלות בעניני המשפט בין בני דת זו לבני דת אחרת [...] ומכיון שבדבר זה אנו כאנוסים, ואין כוונת האומות להעבירנו על הדת (אלא לטובת בני הדתות האחרות), אנו מוכרחים למנות גם גויים הפסולים לדיינות מעצם הדין ולתת להם כח השיפוט [...] ²⁰

ואף על פי כן אני סבור שלא כך הוא, וכי עיון במכלול כתיבתו יעלה שהוא סבר שזו בעיה אמיתית הדורשת שינוי, ולא בעיה טקטית שיש לפותרה בגלל לחצי חברת הרוב וכתנאי להגשמת חזונו להתבססות המשפט העברי. כתביו של הרב הרצוג אינם מלוטשים, והם רוויי מתחים וסתירות, ודורשים פרשנות וקריאה זהירה.

יש לשים לב לקונטקסט שבו נאמרו הדברים והקהל שאליו יועדו. הציטוט הראשון לעיל הוא מתוך מכתב פנימי אל הרבנים ובשפה הלכתית-פנימית שבה כל חידוש מוצדק תמיד כבדיעבד ובלית ברירה.²¹ בציטוט השני שהובא לעיל טוען הרב הרצוג שמדינה קמה במסגרת המשפט הבין-לאומי, ורק כך יכולה מדינה לקום, ואשר על כן, חוקי

19 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 273.

20 שם, כרך א 217.

21 משה הרשקוביץ אף הוסיף כאן נקודה חשובה בהפנותו את תשומת הלב לכך שבאומרו "שלא נדרוש את האי אפשר, יחד עם זה שלא יתבטלו ח"ו בתי דינים של תוה"ק", מבקש הרב הרצוג לחנך את הדיינים הצעירים "לחשיבה הלכתית המישירה מבט על המציאות כמות שהיא על גבולות האפשר והאי אפשר [...] מנהיגות רבנית, דיינים מוסמכים שידעו להתמודד עם אתגר ההלכה במציאות הראלית והמורכבת של מדינה דמוקרטית ומודרנית שרוב תושביה אינם שומרי תורה ומצוות" (משה הרשקוביץ הרב הרצוג כמשפטן: דרכי היצירה המשפטית בדיני ממונות לאור כתיבתו ההלכתית-משפטית של הגרי"ה

המשפט הבין-לאומי גוברים על ההלכה, ויש למצוא דרכים להתאמת ההלכה. הרב הרצוג ניגש למחקר הלכתי כאשר המטרה מסומנת, הוא מבקש להכשיר מבחינה הלכתית מינוי דיינים נוכרים ומינוי דיינים שאינם שומרי מצוות.

תמיכה בטענות אלו תתקבל מעיון במכלול כתיבתו של הרב הרצוג, המעלה תמונה אחרת. כך למשל כתב בספרו על החוקה שלא פורסם:

כשם שאנחנו לא נסכול שיהודי יהא נמנע מלהתמנות לשופט על ערבים,
כך בכל אופן לא יסבלו הם להיפך.²²

כאן ברור שדבריו משקפים מעבר מנטלי כן וישיר מהיות מיעוט נשלט או נסבל, להיות בעמדת השליט. מנקודת מבטו של היהודי המופלה – אותה הוא מכיר היטב – הוא מזדהה עם עמדתו של הערבי בארץ ישראל שירגיש מופלה על ידי המדינה היהודית המפלה.

ממכתבו אל הרב רבינוביץ-תאומים, שהיה אחד הכותבים הבכירים בפרויקט הקודיפיקציה שזם,²³ עולה שהם התדיינו על הניסוח שהציע הרב הרצוג בהלכות מכירה: "אסור להונות שום אדם", במקום "אסור להונות את חבריו" המופיע בשולחן ערוך. ההבדל בין הנוסחים ברור, הרב הרצוג ביקש להדגיש שאסור להונות גם נוכרי ("שום אדם"), ואילו הרב רבינוביץ חשש מסטייה מלשון השולחן ערוך.²⁴ מכתבו של הרב הרצוג

הרצוג 198-199 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", אוניברסיטת בר אילן 2014) (להלן: הרשקוביץ, עבודת דוקטור).

במסמך העוסק בהדרכות והנחיות שכתב הרב לקראת הכנת הקודיפיקציה שחלם עליה (ראו להלן), הוא כתב, בהקשר של כתיבה על אישיות משפטית: "אשה – לסכם את ההבדלים שבין אשה לאיש בנוגע לדיני ממונות ויחד עם זאת להעיר שהרבנות עוסקת בכמה תקנות בשטח ההוא. נוכרים – סיכום ההבדלים העיקריים בנוגע לדיני ממונות – להדגיש את ההבדל שבין הגויים הקדמונים עובדי האילים והאומות התרבותיות, להסתמך על המאירי [...] שכאילו נאמרו ברוח הקודש בשביל הזמן הזה [...] אשר לעדות להדגיש שיטת רבינו יקר שהיא בעצם שיטת רש"י שכשרים מן התורה ולהניח שמשום שלום המדינה ושלום ישראל בעולם ובשום לב לשיטה הנ"ל עוסקת הרבנות בתקנה ע"י קבלה לסלק את ההפליה היא כשאין הדבר נוגע 'לאיסורא', כלומר 'לדת' במוכן מצומצם וכן בנוגע למשימות חילוניות" (הרשקוביץ, שם, בעמ' 236, מתוך הארכיון של הרב הרצוג). לפנינו חלון הצצה מרתק לדרך פסיקתו של הרב הרצוג ולמטודת הגישור שהוא מציע בין ההלכה והמציאות, איתור כל עמדה, דעת יחיד, או הצעה פרשנית, בספרות ההלכה, והעצמתה, ואחר כך הכרעת הדין על פי דעה זו. וברור שהרב הרצוג סבור שזה הדין הנכון לזמננו ולא רק כאילוץ ומניפולציה (על השימוש של הרב הרצוג בדעות דחויים ודעת היחיד כדי לפסוק הלכה ולשנותה בהתאם למציאות המשתנה ראו גם: אריה אדרעי "חילוניות ולאומיות: השיח ההלכתי על פורקי עול ההלכה בהקשר הציוני דתי" זהויות 6, 55, 61-67 (התשע"ה)).

22 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 49.

23 שם, כרך ג 278. המכתב מחודש אב התשי"ב.

24 ראו שולחן ערוך, אורח חיים, רכז, א: "אסור להונות את חבריו, בין במקחו בין בממכרו". הרב רבינוביץ קיבל את עמדתו של הרב הרצוג, כך מופיע בספרו: "אסור לרמות בני אדם

מרתק, ויכול להעמיד אותנו על גישתו לשאלת השוויון. הוא הולך בין הטיפות, מאמין בשוויון, אבל גם זוכר את הנמענים שלו הנרתעים מרעיונות חדשים. למכתב שבעה סעיפים והוא בנוי "מן הקל אל הכבד", ככל שמתקדמים בקריאתו עוברים מהנמקות פורמליות, ומתגלה עמדתו של הרב הרצוג שלפיה אסור להונות שום אדם, ושרצוי לכתוב זאת במפורש בספר ההלכה, ולא רק כדי שבמדינה הדמוקרטית יסכימו לקבל את עמדת ההלכה. בסעיף ו הוא מדבר על כך שבמקום שיש חילול ה' אסור להונות אפילו עובד עבודה זרה ממש (ושלא לדבר על נוצרי או מוסלמי) ושבימינו המסחר פומבי ולפיכך חייבים בכל מקום להיזהר מהונאה. מושג חילול ה' בהקשר כזה אומר בעצם שזאת היא ההלכה במציאות שלנו. בסעיף ז הוא צועד צעד נוסף ואומר שאף במקום שההלכה מתירה הונאה, כמוכן אין היא אומרת "שאסור שלא להונות עובד אלילים", ואת זה אסר החוק במדינת ישראל שהוא מכוח הציבור, והוא בבחינת "מוסיף על דברי תורה": "כשהציבור מקבל עליו שלא להונות גם גוי עובד אלילים, אין זה כלל עוקר דבר תורה, אלא מוסיף על דבר תורה, הרחק משום חילול השם, ונמצא שהדין כבר כך, וברין היה שנכתוב בפירושו האונאה אסורה על הכל, בן ברית או אינו בן ברית אפילו עובד אלילים, שחוק זה של הכנסת ודאי שהוא זקק אלא שאין אנו רוצים לעורר את כל הענין". ובמילים אחרות ראוי ונכון לכתוב במפורש שאסור להונות שום אדם, ולכתוב במפורש שאף נוכרי במשמע, וכי המקור להלכה זו – הוא חוק הכנסת, שהוסיף על דברי תורה! אלא שעדיף שלא לעורר מרבצם קולות (בעולם הרבני) הפוחדים מכל שינוי. בסיכום המכתב הוא אף מרחיק לכת ואומר: "סוף דבר יפה תעשו להשמיט את ההפליה כולה", וטוען שאומנם בשולחן ערוך כתוב שאסור להונות את "חברו", והרי, אומר הרב הרצוג "מצינו חבירו גם בעכו"ם שבת קנ ע"א"²⁵. המכתב מסתיים, אם כן, בטענה שבמציאות שלנו אין מקום לכל אפליה, ואף המושג "חבר", יכול לחול על נוכרי, ואף אם סביר שלא לכך התכוון בעל השולחן ערוך, הרי שכך הוא במציאות שלנו, ויש לכך תקדים כבר בתלמוד.

גם בספרו על החוקה, שחלקים ממנו התפרסמו באוסף כתביו, עוסקים הפרקים השני והשלישי בזכויות מיעוטים, וניכר שהמטרה העומדת לנגד עיניו היא להכשיר שוויון זכויות על פי ההלכה.²⁶ אומנם הוא אינו נוקט שפה ליברלית מפורשת, אבל

ממקח וממכר [...] וכן אסור לגנוב דעת בני אדם [...]", ראו: הרב בנימין רבינוביץ תאומים חוקת משפט: הלכות מכירה עמ' קמב-קמג (התשט"ז).

25 ראו בבבלי, שבת קנ ע"א, במשנה "ולא יאמר אדם לחבירו לשכור לו פועלים" ובבבלי שם: "פשיטא [...] אמר רב פפא חבר נכרי".

26 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 12-30. כאן טוען הרב הרצוג שאין להסתפק בהבניית היחס לנוכרים על מושגים תלמודיים מסורתיים כגון החשש מאיבה, או על ניתוח מעמדם של מוסלמים ונוצרים כבני דתות שאין בהן עבודה זרה. לטענתו המדינה הוקמה בהסכמה בינלאומית, ולעובדה זו משמעות הלכתית. הריבונות הישראלית באה מן המשפט הבינלאומי, ולכן היא מחויבת לעקרונותיו (ראו שם, בעמ' 18-19). גם הרב שאול

הוא מתקרב לשם מאוד. כמובן, בהצעותיו לתקנות הלכתיות לירושה שוויונית בין הבן והבת, יבואו הדברים לידי ביטוי באופן משמעותי אף יותר, ונדון בכך בנספח למאמר. גם הרב גורן הישיר את מבטו לבעיית השוויון והכיר בעובדה שזהו האתגר המשמעותי ביותר העומד לפני ההלכה בהקשר למשפט:

הלכות שופטים ועדים יפגעו בזכויות המיעוטים והנשים ועוד, ויעוררו התנגדות חזקה הן מצד החלק החילוני של היישוב והן מצד האומות המאוחדות. תחוקת התורה פוסלת עוברי עבירה ואין צריך לומר שאינם בני ברית, מדיניות ועדות. היא פוסלת את הנשים מלהעיד חוץ ממקרים מסוימים. קשיים אלו מונעים כמעט את האפשרות שהמעשית של תחוקת תורנית מליאה לסידור בתי המשפט המחודשים.²⁷

הרב גורן רוצה בתי דין שבהם יוכלו לרונ ולהעיד באופן שוויוני גם "שאינם בני ברית", גם "עוברי עבירה" וגם נשים. עיון במכלול כתביו של הרב גורן מעלה שאף הוא מזדהה עם דרישה זו ורואה בשוויון ערך מהותי וראוי, ולא רק אילוץ חיצוני. כך למשל כתב בפתח מאמרו השני, שבו הוא חוזר ומביע את מטרתו:

בתי משפט מחודשים על פי התורה במדינה היהודית, בשוויון זכויות גמור לכל חלקי האוכלוסייה להתמנות כשופטים ולהתקבל כעדים.²⁸

ובמאמר השלישי כתב:

אופייה של כל מדינה ומוסריות של כל עם, נקבעים ונמדדים לפי יחסם אל המיעוטים אשר בתוכם. העם היהודי, שסבל במשך כל ימי גלותו על היותו תמיד מיעוט, יהא חייב לשמש דוגמא לעולם ביחסו הסבילני אל בני עמים אחרים שייאחזו בתוכו.²⁹

דברים חדים המגלים הזדהות מובהקת עם השאיפה לשוויון במערכת המשפט, אך גם מעידים על כך שהוא ראה במהלכיו הפרשניים תיקון ראוי ושיקום מעמדה המוסרי של מערכת המשפט היהודית. למעשה, טענות אלו הועלו כבר בשנת התרפ"א (1921), על

ישראלי הלך בדרך זו, ראו דבריו בספרו ארץ חמדה, שער א סימן ו, וראו גם אריה אדרעי "מקיבה עד בירות: תחייתם של דיני המלחמה ההלכתיים במדינת ישראל" יוסף דעת 95, 33 (התש"ע). סוזן סטון פיתחה גישה זו בהרחבה בקשר לעמדתו של הרב חיים דוד הלוי שטען שההכרה הבינלאומית היא שמעניקה למדינה את זהותה, ולכן היא גוברת על הכללים ההלכתיים הסותרים את תפיסת השוויון והאחוה בין כל האזרחים. ראו: Suzanne Last Stone, *Sovereignty and Ethics in the Thought of Rabbi Hayyim David Halevi, in SWIMMING AGAINST THE CURRENT: REIMAGINING JEWISH TRADITION IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* (Shaul Seidler-Feller & David N. Myers Eds., 2020)

27 שם, 146.

28 שם, 149.

29 שם, 153.

ידי הרב ראובן מרגליות (1889-1971), שראה ברעיון הציוני בשורה לא רק להתחדשות לאומית ארצית, אלא גם להתחדשות רוחנית והלכתית.³⁰

30 ברור לי שמאמרו של הרב ראובן מרגליות עמד לנגד עיניו של הרב גורן שעה שכתב את מאמריו, אך כמובן אין הדבר פוגע בחשיבותם, ולו רק משום הזמן והמקום שנכתבו, המדינה ממשמשת ובאה, והשאלה היא מעשית ולא רק תיאורטית. הרב מרגליות כתב את הדברים בספרו המוקדם קוי אור (לבוב, התרפ"א-1921), הפותח במאמר על המשפט (חזר ונדפס בספרו טל תחיה (לבוב, תרפ"ב-1922), ואח"כ בספרו של יעקב בוק המשפט העברי ומדינת ישראל: לקט מאמרים (1969)), ובו הוא דן, בפיקחון מרשים, במשמעויות ההלכתיות של המעבר מהיות מיעוט נשלט, להיות רוב השולט על מיעוטים. הוא מציב שאלה רטורית:

האם יוכל החוק המדיני להבדיל בין התושבים? [=יהודים ושאינם יהודים] [...] אמנם כי יש אתנו ספר חוקים הערוך על יסוד משפטי תורתנו [...] גם כאשר תתרבה אחוזת ישראל בארץ עור לא נהיה שם עם אשר לבדד ישכון ולא אך בני עמים שונים כי אם גם בני שלש דתות ישכנו שם. ולכן עלינו, הדורשים משפט המיעוטים בכל ארצות פזורינו ואשר עלינו להיות למופת להעמים בהרחבת זכויות בני עם אחר הדרים בארצנו, עלינו להתחשב גם עם דעתם הם [...] נניח כי כבר נמסר שלטון הארץ בידינו ועלינו למנות שופטים, האם לא נמנה גם אחד אשר איננו בן ברית, לאשר הם פסולים לדין? ומה גם בדבר עדות, האם יוכל החוק המדיני להבדיל בין התושבים? (קוי אור, שם, עמ' מא; בזק, שם, בעמ' 199).

היעדר השוויון הוא הנושא המטריד את הרב מרגליות ביותר. היהודים חייבים להיות מופת ודוגמה בכל הנוגע ליחס למיעוטים, הרי לאורך שנות היותנו מיעוט זה מה שדרשנו מן העמים האחרים. במאמר עצמו עוסק מרגליות גם בבעיה של המשפט הפלילי התורני שלא ניתן ליישום במדינה מתוקנת, וכן בחוסר הארגון ובצורך לעדכן את המשפט האזרחי. את מכלול הבעיות הוא פותר על ידי הפניה למשפט המלך וסמכויותיו כפי שקובע הרמב"ם במשנה תורה, הלכות מלכים ג, י. כלומר בתי דין וחקיקה שלטוניים. על בתי המשפט שיוקמו הוא אומר:

ולפני המשפט המדיני הזה ישתוו כל התושבים כי כאשר האדם הפרטי יוכל לקבל על עצמו עדות הנכרי ואז עדותו עדות [...] כן בכה הנשיא להנהג [וכך במקור] חוק כללי שכל תושב שאינו מוחזק לשקדן כשר להעיד והיודע אלו המשפטים כשר לדין והחוק המדיני הזה נתאשר ברשיון שנתנה התורה להנשיא לתקן כלל אשר יראה שיהיה לתועלת המדינה. אולם כל פעולת בית דין מדיני זה היא אך בדברים שבין אדם לחבירו אבל לא בחוקים תורניים כהלכות אישות שאין לזר חלק בהם וכולם מקבלה והלכה למשה מסיני (קוי אור, שם, בעמ' נא, הערה כא)

מרגליות הצעיר הושפע מאוד מהצהרת בלפור ובהקדמה לספר כינה את התקופה "הנחת אבני מוסד לחיים עבריים בא"י אשר עליהם תפתח האומה הישראלית בהתנערה מאבק הגלות המכלה בשר ורוח". בתקופה זו כבר שימש מרגליות נשיא המזרחי בגליציה המזרחית, והוא בראשית שנות השלושים לחייו. את הספר הקדיש "להוד נשיא ישראל אליעזר בן מנחם המכונה סיר הרברט סמואל נציב ארץ ישראל מוגש ברגשי כבוד ממני הצעיר בגולי ציון ראובן מרגליות".

בעיית השוויון היא בעיה עקרונית ורחבה המתייחסת למבנה ההלכתי של בתי המשפט. שינוי ותיקון מצב זה אינו תיקון נקודתי, אלא שינוי רוחבי, עקרוני ומהותי. התייחסותם הכנה והישירה לשאלה זו מעמידה אותנו על כך שהרבנים הרצוג וגורן הבינו לעומקו את הפער שבין מערכת המשפט ההלכתית ובין מערכת משפט במדינה דמוקרטית. הרב הרצוג והרב גורן ערים כמובן גם לבעיות נוספות ומוכרות באשר לתוכני המשפט, היעדרם של תחומים אחדים, ופער מהותי בין ההלכה לנדרש בתחומים אחרים. כך, למשל, במשפט הפלילי מדגישים שניהם את הדרישות ההלכתיות בתחום הפרוצדורלי והראייתי – דרישה לעדות ישירה ולהתראה – כבלתי אפשריות למלחמה בפשיעה, וכן את רשימת העבירות והעונשים ההלכתית שאינם תואמים את הצרכים העכשוויים לתיקון החברה. האם ההלכה כמות שהיא "יכולה לייצב את סדרי המדינה",³¹ שואל הרב גורן כשאלה רטורית. והרב הרצוג, אף הוא בפסקנות: "אי אפשר שלא נזדקק לדיני גניבות, גזילות וחבלות ולדיני נזיקין אף שלא היו נחשבים בימי חז"ל למצויים".³²

נעבור לדון בפתרונות שהציעו הרבנים הרצוג וגורן. אפתח בעמדתו של הרב גורן, אף שהרב הרצוג עסק בנושא הרבה לפניו, משום שסדר זה יקל על הבהרת הגישות השונות והמחלוקות ביניהן.

ב. הרב גורן: ויתור על המשפט ההלכתי

הרב שלמה גורן (גורונטשיק באותם הימים) פרסם את עמדתו בשאלת המשפט במדינה שתקום בשלושה מאמרים בעיתון הצופה, ביטאונה של תנועת המזרחי העולמית, בחודשים נואר-פברואר 1948.³³ למעשה מהווים מאמרים אלו חוות דעת הלכתית המשחררת את

מרגליות ראה את בניין הארץ כבניין של חומר ורוח. כרוך במהלכים חומריים, אך גם במהלכים תרבותיים וספרותיים הקשורים לתחיית הרוח, וחקר חיי ישראל בארצו בימי קדם. השפעתו של אחד העם על מרגליות ניכרת אפילו בשימוש בצירוף "בשר ורוח" הנזכר לעיל. לדבריו, על החוקר מוטל "לקשור החוט התולדתי ולהמשיכו", ליצור המשכיות בין העבר הרחוק בארץ ישראל ובין העתיד. לתפיסתו: "בת קול יוצאת מהר ה' שחרב וקורא לכל שדרות העם לעזור לבנין הארץ וליצירת מרכז הרוח לעם ישראל ותורתו". בספרו זה הוא רואה התגייסות ראשונה לבניין המרכז הרוחני, וכאמור, הוא פותח אותו במאמר על המשפט. על מרגליות בהקשר זה ראו אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34-37.

31 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 151-152.

32 שם, כרך ג 273.

33 המאמרים התפרסמו בעיתון הצופה תחת הכותרת "חוקה תורנית כיצד?", הראשון ביום 30.1.48 ("ט בשבט התש"ח); השני ביום 13.2.48 ("ג' באדר א' התש"ח), והשלישי ביום 27.2.48 ("ז' באדר א' התש"ח). שלושתם חזרו ונדפסו בספרו של הרב הרצוג תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 146-156. כל ההפניות להלן יהיו לספרו של הרב הרצוג. מאמרים אלו ועמדתו של הרב גורן נידונו במחקר. ראו חיים שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ'

המערכת ההלכתית מדאגה למשפט המדינה, ומעניקה לגיטימציה להפרדה בין ההלכה ובין מערכות המשפט והשיפוט במדינה.

במאמרים אלו התבטא הרב גורן לראשונה בשאלות הקשורות להלכות מדינה, תחום שיעסיק אותו מאוד בעשורים הבאים. בעיסוקו רב השנים טען הרב גורן שדיון בהלכות מדינה מחייב יצירתיות, כמו גם הזדהות אידיאולוגית עם הקמת המדינה, ועם הצורך בהלכה המתאימה לריבונות היהודית. ואכן, הוא עסק בהלכות מדינה, בענייני ביטחון, רפואה ועניינים אחרים, ביצירתיות וללא לאות.³⁴

בפתיחת מאמרו הראשון קבע הרב גורן:

הדעה המקובלת בצבור הדתי היא שיש לקחת את חוקי התורה הקיימים מקדמת דנא ולקובעם כבסיס לתחוקת בתי המשפט המיוחדים. למעשה אין הדבר ניתן להגשמה בנקל.³⁵

נקודת מוצא זו – ההלכה לא מתאימה ולא ערוכה למציאות הריבונית, תנחה אותו בכל מפעלו ההלכתי בעשורים הבאים. אך, לשיטתו, הדבר ניתן לתיקון, ויש להלכה כלים המאפשרים לה לקבוע נורמות למציאות הריבונית, ולפיכך חובה על פוסק ההלכה לפעול בכיוון זה, ולגייס לשם כך את היצירתיות והמוטיבציה הנדרשים.

276; אשר כהן, לעיל ה"ש 7; אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1. מעניין לציין שעורך הצופה באותו זמן היה הרב מאיר ברלין (בר-אילן), שהחזיק בדעתו של הרב הרצוג. החלטת החלוקה של האו"ם (29.11.1947) הניעה את המוסדות הזמניים של היישוב לפעול ולהיערך לקראת הקמת המדינה במישור המשפטי. הנהלת הסוכנות הטילה על המזכיר המדיני ד"ר יהודה פינחס (לאו) כהן, משפטן בעל השכלה רחבה, להכין הצעת חוקה לישראל. ועדת המצב החליטה ביום 22 לדצמבר 1947 (ט' בטבת התש"ח) על הקמת מועצה משפטית, וכעבור קצת יותר מחודש, ביום 30 לינואר 1948 (י"ט בשבט התש"ח) החלו ועדות המשנה של המועצה המשפטית לפעול. החלטות ומהלכים אלו היו ככל הנראה הורו שהניע את הרב גורן לפרסם את מאמריו. מאמרו הראשון פורסם באותו יום שבו החלו הוועדות של המועצה המשפטית לפעול. להצעת החוקה ראו: יהודה פינחס כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (התש"ט); על הוועדות המשפטיות ראו: רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948-1977-24-28 (2014); יהודית קרפ "המועצה המשפטית ראשית עלילות חקיקה" ספר אורי ידין ב' 215 (התש"ץ).

34 כתביו של הרב גורן בנושא זה רוכזו ברובם בספריו משיב מלחמה א-ד (התשמ"ג); תורת המדינה (התשנ"ו); משנת המדינה (התשנ"ט); תורת הרפואה (התשס"א). אף בספריו הדרשניים יש הד בולט ביותר לנושאים אלו, ראו למשל בספרו תורת המועדים (מהדורה חדשה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ו). ראו: אריה אדרעי "מלחמה הלכה וגאולה: צבא ומלחמה במחשבת ההלכה של הרב שלמה גורן" קתדרה: לתולדות ארץ ישראל ויישובה 125, 121 (התשס"ח) (להלן: "אדרעי, מלחמה הלכה וגאולה"). ראו גם: ירון זילברשטיין בין אדם למדינתו: מדינת ישראל במשנתו ההלכתית של הרב גורן (2021).

35 אדרעי, מלחמה הלכה וגאולה, לעיל ה"ש 34, בעמ' 146.

מפליא מאוד, אם כן, שדווקא במאמריו על המשפט לא הציע הרב גורן פתרונות, אלא גייס את למדנותו וכוחותיו האינטלקטואליים כדי להצדיק ויתור על ההלכה. מדוע דווקא במשפט, שאפיין את הקהילה היהודית בגולה, שבו קבע התלמוד נורמות הלכתיות ברורות המחייבות להיזקק לו – כגון איסור "ערכאות של נוכרים" – ויתור הרב גורן? ³⁶ ניתן היה לשער שמדובר במאמרים בוסריים, וכי בהמשך שינה הרב גורן את דעתו, אולם כפי שנראה להלן הוא המשיך להחזיק בדעתו זו, אף שכמעט ולא שב לעסוק בנושא.

ראשית אציג את עמדתו ואת מהלכיו ההלכתיים הפורמליים. בסוף המאמר – לאחר שאעמוד על גישתו המנוגדת של הרב הרצוג – אנסה להציע הסבר לכל אחת מן השיטות, ולפולמוס הנוקב.

ב.1. המחוקק והמשפט הישראלי כמוסדות יהודיים

הרב גורן מכיר בעובדה שהשינוי הנדרש מן ההלכה לשם קיום משפט ושיפוט המתאימים לצורכי הזמן הוא גדול ומרחיק לכת, ולפיכך מותר עליהם כליל. טענתו היא שאיסור "ערכאות של נוכרים" אינו חל על בתי המשפט של מדינת ישראל. המהלך ההלכתי מבוסס בעיקרו על חופש ההתנאה הקיים בהלכה בכלל, ותקף גם בהקשר להסכמת היחיד או הסכמת הציבור לקבל על עצמם את בית הדין של המדינה, הסכמה המתגברת על איסור "ערכאות של נוכרים". במאמר הראשון הוא מבסס את סמכות הציבור בהקשר המוסרי, לקבל על עצמו דיין או בית דין שאינו בית דין הלכתי, ובמאמר השני, את סמכות הציבור בהקשר הדין המהותי והתוכני של המשפט, לחוקק חוקים, לקבל ולהסכים שבתי הדין ידונו שלא על פי דין תורה. בתי דין אלו יוגדרו – מבחינה הלכתית – כ"בתי דין של פשרה", ³⁷ הם לא יהיו "בתי דין תורניים מלאים, כי אם כבתי משפט שקיבלו את סמכותם המשפטית בכוח הסכמת הציבור", ³⁸ לפיכך לא יחול עליהם איסור הפנייה לערכאות.

את קביעתו שאיסור "ערכאות" הוא בר התנאה ביסס הרב גורן על המושג התלמודי "ערכאות שבסוריה", המציין בית דין יהודי שאינו דן על פי ההלכה. המשנה בתחילת פרק "זה בורר" במסכת סנהדרין עוסקת בזכותו של צד לדיון לפסול את אחד הדיינים:

36 יש אומנם לציין שהרב גורן הוסיף כמה משפטים שאינם עולים בקנה אחד עם דבריו, כגון: "לקבל עלינו את כל אותם השופטים שיתמנו על ידי המדינה ואשר יתחייבו לדון על פי התורה", אך לאור מכלול הדברים נראה שאין כאן יותר ממס שפתיים שהרי המאמר כולו הולך בכיוון ההפוך. חשוב בהקשר זה גם לציין שהרב גורן מדגיש שבתי הדין הללו, אף שהם מותרים על פי הדין, אינם בתי דין הלכתיים: "על בתי המשפט האלה לא יחול השם 'בית דין תורני', כי סמכותם התורנית היא דרך הציבור. (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 149).

37 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 147.

38 שם, 149.

זה פוסל דיינו של זה, וזה פוסל דיינו של זה, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים, אימתי, בזמן שהוא מביא ראייה שהן קרובים או פסולים; אבל אם היו כשרים, או מומחין מפי בית דין – אינו יכול לפוסלן.³⁹

התלמוד מצמצם מאוד את תחולת דין זה וקובע שמחלוקת התנאים עוסקת רק ב"ערכאות שבסוריה". רש"י, הרשב"א, הר"ן והמאירי פירשו שמדובר בבתי דין של יהודים שגרו בסוריה אך לא דנו על פי דין תורה משום שלא היו בקיאים בו. מקור תוקפם וסמכותם של בתי דין אלו הוא בהסכמה ובקבלת הציבור. חכמים סבורים שאף שהם אינם דנים על פי דין תורה אין אדם רשאי לפסול דין, כלשון הר"ן:

משום דכיון דמירי במקומות שאינן בני תורה כל בני העיר קבלו על עצמן כל אותן שנתמנו להיות ערכיים [=דיינים] שלא יוכלו לפוסלן, ומ"ה [=ומשום הכי] קאמרי רבנן לא כל המינו לפסול דין שהמחוהו רבים עליהם ואף על גב דלא גמירי דינא דאורייתא.⁴⁰

במקום שלא ניתן לקיים דין תורה, מעדיפה הגמרא מוסד יהודי מוסכם שבו ידונו מאומד הדעת – ואולי אפילו על פי מערכת חוקים אחרת כשיטת המאירי – על פני ערכאות של נוכרים.⁴¹

מקור נוסף שמגייס הרב גורן הוא תשובת הרשב"א העוסקת בהסכמה על מינויו של דין פסול, ושהובאה בבית יוסף ובהגהת הרמ"א בשולחן ערוך.⁴² על דברי ר"י קארו שחובה על הציבור להעמיד דין "הגון" "החכם בחכמת התורה", מעיד הרמ"א: ועיירות שאין בהם חכמים הראוים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ, וצרכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של עובדי

39 משנה, סנהדרין, ג, א; בבלי, סנהדרין כג ע"א.

40 חידושי הר"ן, סנהדרין כג ע"א, ד"ה "א"ר יוחנן בערכאות שבסוריא"; מובא במאמרו של הרב גורן, לעיל ה"ש 33, בעמ' 150 [תרגום: משום שמדובר במקומות שאין בהם בני תורה, כל בני העיר קיבלו על עצמם אותם שנתמנו להיות דיינים שלא יוכלו לפסול אותם, ומשום כך אמרו חכמים שאין לו כוח לפסול דין שקיבלוהו רבים עליהם, ואף על גב שאינו יודע דין תורה]. ראו גם מאירי: "בערכאות שבסוריא שלא היו בקיאים בדין תורה אלא שדין לאומד הדעת ובחקים ונימוסים [...] בשאינו מומחה אלא שהוא מאותם שהמחוהו רבים דרך הנהגה מדינית" (בית הבחירה, סנהדרין כג ע"א; מובא במאמרו של הרב גורן, שם בעמ' 151).

41 בשולי הדברים הסתמך הרב גורן גם על משנתו של הר"ן, בן המאה ה-14 בספרד, בשאלת המבנה הפוליטי של המדינה, סמכויות השופטים ומשפט המלך, כפי שהוצגו בדרשתו הנודעת. בשונה מן המקורות המבוססים על הסמכת היחידים והציבור, הר"ן פיתח תפיסה פוליטית רחבה ומשמעותית המעניקה סמכויות לשלטון. בהסתמכות על שיטתו יש משום העמקת ההפרדה שבין הלכה ומדינה שמציע הרב גורן. כנספח למאמר ארון בקצרה בשיטה זו.

42 שו"ת הרשב"א, חלק ב, רצ; וכן שם, חלק ג, תלח; בית יוסף, חושן משפט, ח, א.

כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אף על פי שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן. וכן כל צבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה. (ב"י בשם תשובת הרשב"א).⁴³

ולכאורה בצדק מסיק מכאן הרב גורן: "קיימת גם אפשרות של הסכמה כללית של ציבור שלם למינוי דיינים פסולים עליהם".⁴⁴ מדברי הרשב"א והרמ"א עולה שישנם שני ערכים מוגנים על ידי איסור ערכאות, הדין והמוסד, או בלשון אחרת דין תורה ובית דין של ישראל. במקום שדין תורה לא אפשרי, משום שאין מי שידוע את הדין, עדיין אפשר להגן על "דין ישראל", ולמנות ישראל שאינו יודע דין תורה ולמנוע הליכה לערכאות של נוכרים. הליכה למוסד שיפוטי של נוכרים היא בעייתית אף ללא הבעייתיות של דין התורה עצמו, ולכן, בהיעדר אפשרות להגן על דין התורה, יש למצער להגן על בית הדין היהודי. הקושי שבהתבססות על דברי הרשב"א והרמ"א נובע מכך שהם מבססים את היתרם על העובדה שאין יודעי דין, אך לא כן הוא בישראל, שבה מרובים תלמידי חכמים!⁴⁵ הרב מ"צ נריה – שבעצמו העלה קושי זה מייד בסמוך לפרסום מאמרו של הרב גורן⁴⁶ – נחלץ להגן על שיטתו ולתמוך במסקנתו של הרב גורן באמצעות דעת

43 שו"ע והגהות הרמ"א, חושן משפט, ח, א. על סמכות יחיד לקבל על עצמו דין ראו שו"ע חושן משפט, כב, א.

44 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 147.

45 לגבי ערכאות שבסוריה, הר"ן הרי אמר במפורש שהם היו "במקומות שאינם בני תורה", והרשב"א התיר במקום "שאינם בהם חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ" (לשון הרמ"א המובא לעיל), ובתשובה אחרת כתב: "עיריות שאין בהם מי שידוע אפילו אות אחת" (שו"ת הרשב"א, חלק ב, רצ; בית יוסף, חושן משפט, סימן ח). אומנם בתשובה השנייה שמזכיר הבית יוסף (שו"ת הרשב"א, חלק ג, תלח) זה לא נאמר במפורש, אולם נראה לי שברור שכך מדגיש הרמ"א, ושכך מתחייב מתוך קריאה במכלול דברי הרשב"א. זאת ועוד, התשובה השנייה של הרשב"א לא עסקה במפורש בבתי דין, אלא בסמכות הקהל לתקן תקנות בכלל, ייתכן שמכאן מסיקים שהוא הדין לגבי סמכות הקהל להעמיד בתי דין שלא על פי דין תורה. מכל מקום זו לא מסקנה טריוויאלית, ולפיכך לא כל כך ברור מדוע בית יוסף, ובעקבותיו הרב גורן, מסתמך עליה. כך לשונו בתשובה השנייה (שם, סימן תלח), הנזכרת בבית יוסף:

תשובה: מה שתקנו הקהל, הרשות בידם, דכל דבר שבממון יכולים הצבור לקבל על עצמם להחמיר או להקל. שהרי שנינו בפרק זה בורר: אמר לו: נאמן עלי אביך, ר' מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אינו יכול [...] לא פליגי, אלא באם יכל לחזור בו, אם לא; אבל אם לא חזר בו עד לאחר גמר דין, כולי עלמא מודו דדבריו קיימים. וכ"ש קהל שקבלו ועשו תקנות מה שיראה בעיניהם שהוא מקובל להם; וכל צבור וצבור מקומם כגאונים לכל ישראל, שתקנו כמה תקנות לכל, וקיימום כל ישראל: כמטלטלי דיתמי, דמדינא לא משתעבדי, והם תקנו לגבות מהן; וכמה תקנות אחרות.

46 הרב מ"צ נריה "משפטי המלוכה הצופה כ"ד באדר א' (התש"ח) (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 190). הרב נריה פרסם אף הוא שלושה מאמרים בעיתון הצופה. השלישי,

יחיד של התשב"ץ, בן המאה ה-15 באלג'יר, שפסק שהסכמת הציבור וקבלתו מועילה אפילו במקום שיש מומחים.⁴⁷

הנדרון כאן, פורסם לאחר מאמריו של הרב גורן. מאמריו של הרב נריה פורסמו אף הם בספרו של הרב הרצוג תחוקה לישראל, שם, כרך א 181-191. המאמר הראשון עסק בהסדרים המדיניים, סמכות השלטון והמלך. הוא חתר לבסס את דבריו המפורסמים של הרב קוק "שבזמן שאין מלך חוזרים הזכויות של משפטי המלוכה לידי האומה בכללה" (אברהם יצחק הכהן קוק משפט כהן סימן קמד (התשכ"ו)) ועשה זאת ביושר אינטלקטואלי, הכיר בעובדה שזו אינה תפיסה יחידה והכרחית, והבחין בין שיטת הרב קוק, שסמכויות המלך מוקנות מאת העם, ובין שיטת הר"ן, האברכנאל והר"ף. במאמר השני עסק הרב נריה בסמכות החקיקה של הקהל, הוא חזר למחלוקת רש"י ור"ת בשאלה אם תקנת הקהל תקפה גם על יחיד שלא קיבל אותה במפורש על עצמו, אף שהרוב קיבלו. דעת רש"י, רמב"ן ורשב"א היא שהתקנה תקפה אף נגד היחיד, ולא כן דעת ר"ת והרמב"ם (על עניין זה ראו: יחיאל קפלן "רוב ומיעוט בהכרעות בקהילה היהודית בימי הביניים" שנתון המשפט העברי כ 213 (התשנ"ה-התשנ"ו)); חיים שפירא "עקרונות דמוקרטיים בהלכה ובמסורת הפוליטית היהודית: שלטון הקהל והכרעת הרוב" בדרך הדמוקרטיה על המקורות ההיסטוריים של הדמוקרטיה הישראלית 15 (אלון גל (גולדברג) ואחרים עורכים 2012)). הרב נריה הציע הסבר למחלוקת בשם ר' אליהו מזרחי, הרא"ם, וסיים בציטוט מתוך דברי הרב קוק באדר היקר: "כל מצוות חכמים שאנו מקיימים, היסוד העיקרי שלהם הוא קבלת הגוי כולו [...] (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 188). בשני המאמרים הגיע אפוא הרב נריה למסקנה שהיסוד החשוב ביותר – הן לגבי סדרי הממשל והן לגבי חקיקה – הוא קבלת העם, ואת שניהם ביסס על דברי הרב קוק. רק במאמר השלישי, שהתפרסם כאמור לאחר מאמריו של הרב גורן, עסק הרב נריה במערכת השיפוט ובבעיית "איסור ערכאות". אם כן, סביר לקרוא מאמר זה כתגובה למאמריו של הרב גורן. עם זאת ברור שבמאמריו הראשונים הונחה התשתית העקרונית לחשיבות ולמרכזיות עקרון ההסכמה והקבלה של העם בכל הקשור למערכת הפוליטית והמשפטית.

47 ראו שו"ת התשב"ץ, חלק א, קנט. התשב"ץ (ואחריו בנו הרשב"ש) הם היחידים מביין הראשונים שפסקו שקהילה יכולה לקבל על עצמה בית דין של הדיוטות גם במקום שיש תלמידי חכמים. על הרקע הריאלי לתשובה ראו שם בסימן קנה, וראו על כך בהקדמה לשו"ת התשב"ץ, עמ' 30 (מהדורת מכון ירושלים, התשנ"ח). תשובה זו נידונה במאמרו של אליאב שוחטמן, הסבור שגם לשיטה זו התקנה תקפה רק אם קיבלה אישור אדם חשוב (ראו: אליאב שוחטמן "מעמדתם ההלכתית של בתי המשפט בישראל" תחומין יג 337 (התשנ"ב-התשנ"ג)). נראה שבתי דין של הדיוטות, lay people, היו קיימים במקומו של התשב"ץ, ובתשובתו ביקש לאשרר מבחינה הלכתית את הנוהג. ראו שבתי טואף, "מחלוקת רבי יעקב ששפורטש ופרנסי ליוורנו על השיפוט האוטונומי באומה היהודית" בליוורנו בשנת תמ"א, ספונות ט, עמ' קסז (התשכ"ה). בכתב הזכויות של יהודי ליוורנו משנת 1593 נאמר: "רוצים אנו שלממונים Massari שלכם בבתי כניסיותיכם תהיה הסמכות, לגמור ולהטיל עונשים שייראו להם על פי תורתכם ומנהגיכם היהודיים, בכל דין ודברים שיעברו בין יהודי ליהודי. והם יהיו רשאים לכוף על קבלת פסקי הדין הרגילים ועונשים אחרים לפי ראות עיניהם. שכן רצוננו בזה הוא ששיפוטו וסמכותו של שופטכם הנזכר לעיל תוגבל והממונים יהיו רשאים להגלות את אותם היהודים שלפי ראות עיניהם הם גורמים

מדבריו של הרב גורן עולות שתי מסקנות עקרוניות וחשובות.

האחת: איסור "ערכאות של נוכרים", מתייחס בעיקר למוסד, ולא לדין, ובנושא זה, כפי שנראה להלן, יש לו מחלוקת מהותית עם הרב הרצוג.⁴⁸ הערך המוגן שביסוד האיסור הוא בעל גוון לאומי וקהילתי, שאיפת הבידול מן הנוכרים ומדרכיהם, ולכן פנייה למוסדותיהם היא הבעיה, ולא דווקאיות הדין. לפירוש זה לאיסור ערכאות יש רגליים בספרות חז"ל, אך אין הוא הפירוש המקובל והנפוץ בקרב הפוסקים, שבדרך כלל ביססו את האיסור על רצינות דתי, וראו בפנייה למשפט הנוכרי כפירה בתורת משה.⁴⁹ יש גם להודות שלאור המציאות הפוליטית בעת החדשה – שלילת סמכות האכיפה מן הקהילות – סר חינו של איסור ערכאות והוצעו פרשנויות מצמצמות לאיסור.⁵⁰ יש מקום להניח שעובדה זו הקלה על הרב גורן את מהלכו הפרשני.

לשערוריה". מדובר בבית דין של ממונים שיושבים בו הנבחרים של הקהילה. בהסכמות הקהילה נאמר במפורש שבית הדין הזה ידון "על פי הדין או קרוב לדין או כפי שייראה להם על פי הצדק". בהסכמות יש גם חלוקה מפורשת בין נושאים שיידרונו בבית דין של הממונים ובין נושאים שיידרונו בבית דין של הרבנים (הדברים גם הובאו אצל מנחם אלון **המשפט העברי תולדותיו מקורותיו עקרונותיו** א 26 (1988)). רואים אנו במפורש שמקובל היה שלבתי דין של הקהילה יש סמכויות נרחבות, וייתכן שכבר בתשובת התשב"ץ יש עדות לרבר.

48 יצחק ברנד העמיד על הרצינות השונים לאיסור "ערכאות" העולים בספרות ההלכה לדרוריה: לאומי, דתי-תרבותי, קהילתי, ראו יצחק ברנד **ערכאות של גויים במדינת היהודים** (מחקר מדיניות 83, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2010)).

49 הברייתא, בבלי, גיטין פח ע"ב, מוליכה לכיוון מיקוד האיסור בבית הדין ובדיין: היה ר"ט אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריאיות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: 'זאלה המשפטים אשר תשים לפניהם' (שמות כא 1), לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם – ולא לפני הדיוטות!". לעומת זאת מדרש התנחומא רואה בהליכה לערכאות משום כפירה בקב"ה: "ואלה המשפטים [...] שכל מי שמניח דיני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בהקדוש ברוך הוא תחלה ואחרי כן כפר בתורה שנאמר: (דברים לב 13) 'כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים' [...] 'זאלה המשפטים' אמר הקדוש ברוך הוא לישראל אם עשיתם את הדין ואין אתם מזדקקין לפני עו"ג אבנה לכם בית המקדש וישבו בה סנהדרין שנאמר (ישעיהו א 62) 'ואשיבה שופטיך כבראשונה' וגו' וכתוב (ישעיהו א 62) 'ציון כמשפט תפדה' וגו', וכתוב (ישעיהו נו 1) 'כה אמר ה' שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא' וגו'" (מדרש תנחומא, משפטים ג. וקורם במדרש תנאים (ספרי) על דברים טז, פסקה יח (עמ' 69, מהדורת הופמן התרס"ט)).

חלק גדול מן הפוסקים והמפרשים יצרו זיקה בין הברייתא בגיטין ומדרש התנחומא, והדגישו את ההליכה לבית דין נוכרי כהרמת יד בתורת משה: ראו משנה תורה, הלכות סנהדרין כו, ז; שולחן ערוך, חושן משפט כו; רש"י, שמות כא 1, ד"ה "אשר תשים לפניהם". ראו ברנד, לעיל ה"ש 48, בעמ' 20 ואילך.

50 המציאות המודרנית שבה אנשים פנו לבתי דין של נוכרים הביאה ככל הנראה לפרשנויות מרככות לאיסור גם בקרב פוסקים. מרטין ססלר אסף את המקורות בעבודת הדוקטור שלו.

השנייה: הכרה במדינת ישראל כגוף משפטי הנושא את הסמכויות המוקנות לקהילה היהודית על פי ההלכה. משמעות השימוש בתקדים התלמודי "ערכאות שבסוריה" היא שכשם שבסוריה "קיבלו עליהם" את בית הדין ולקבלתם יש תוקף, כך הוא לגבי החקיקה של מדינת ישראל. הוא הדין להסתמכות על תשובות הרשב"א והתשב"ץ שמקורן בדיני הקהל כפי שהתפתחו בספרד בימי הביניים, שמשמעותה שיש לראות בחקיקה של מדינת ישראל מקבילה לתקנת הקהל ההלכתית. למערכת המשפט והשיפוט של מדינת ישראל תוקף הלכתי כמוסדות יהודיים מכוח ההסכמה וקבלת הציבור, ולחקיקה של המדינה תוקף כתקנת הקהל.

במקום אחד הרב גורן הרחיק לכת אף יותר, וקבע שחקיקת המדינה היא בגדר מצווה וחובה: "בכדי להעמיד את הדת על תילה, ולקיים סדר מדיני תקין – שגם עליו הצטוונו מאת השם יתברך לצורך ישובו של עולם – מן ההכרח הוא לנצל את סמכותנו המלכותית הנובעת מהסכמת כלל המדינה ולקבוע נימוסים וחוקים נוספים מיוחדים".⁵¹ ייתכן שאת המצווה לקיים סדר מדיני תקין הוא רואה במצוות דינים שבשבע מצוות בני נח, המצווים להעמיד מערכת משפט צודקת, ולשיטתו היא חלה גם על ישראל!⁵² ואם אכן כך, משמעות דבריו היא שמכיוון שבעיית השוויון בבתי הדין, כמו גם הדין עצמו

כך למשל: הרב שלמה קלוגר שו"ת האלף לך שלמה חושן משפט ג (התמצ"ג), אמר במפורש שבזמננו מנהג פשוט הוא ללכת לערכאות. רבי עקיבא איגר, שולחן ערוך, חושן משפט, נ, א, אמר שבזמננו אין איסור ערכאות. כך גם אמר הרב מאיר פלאצ' בכלי חמדה פרשת משפטים 226 (התרפ"ז): "דין זה לא קאי על השופטים בזמנינו שאינם בכלל עכו"ם ח"ו ואינם בכלל ערכאות ופשוט דצריך לדון לפניהם דוקא כמו דינא דמלכותא". ראו בהרחבה מרטין ססלר עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בן גוריון, התשס"ט). בגישה זו הולך גם השופט אלון, ראו למשל בוויכוח על פסק דין נקש: הרב יהודה דוד בלייך "הסגרת פושע לעם נוכרי" תחומין ח 297 (התשמ"ז); מנחם אלון "ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה (תגובה להשגות) תחומין ח 304 (התשמ"ז).

לעיל ה"ש 33, עמ' 152.

ראו: Suzanne Last Stone, *Law without Nation? The Ongoing Jewish Discussion*, in: LAW WITHOUT NATION 101 (Austin Sarat et al. eds., 2010). סטון הראתה שיש בספרות ההלכה הסוברים שמצוות דינים חלה גם על ישראל. אמירה זו חשובה ביותר, משמעותה היא שההלכה עצמה הכירה בכך שיתכן מצב שהיא לא מספקת ויהיה צורך בחקיקה נוספת. אפשר לתלות את סמכות הקהל לחוקק גם על מצווה זו, אולם בספרות חז"ל לא עשו זאת, ועד כמה שידוע לי גם לא הפוסקים והפרשנים המאוחרים. אולם הרעיון הוא אותו רעיון. סמכות וחובה לקבוע משפט שוויוני וצודק. במאמרה הנזכר מראה סטון כמה מקורות הלכתיים שלכאורה עולה מהם שמצוות דינים חלה גם על ישראל. ראו רש"י, גיטין ט ע"ב היוצר זיקה ברורה בין העיקרון "דינא דמלכותא דינא" ובין מצוות דינים החלה על בני נח. הרב קוק שו"ת עזרת כהן, סימן לח, אומר שדין בן נח על ידי יהודים שנישאו והתגרשו בערכאות; גם הרב דיכובסקי בפסק דינו המפורסם על בני נח בנה על רעיון זה (הרב שלמה דיכובסקי "ההכרה בנישואין אורחיים ע"פ ההלכה" תחומין כז 239

51

52

בתחום הפלילי והאזרחי, אינם מאפשרים להסתמך על ההלכה כדי להקים מערכת משפט צודקת ותקינה, ההלכה עצמה מצווה – במצוות דינים – על בניית מערכת חוק ומשפט.⁵³ בהמשך חייו ומפעלו הספרותי מיעט מאוד הרב גורן לעסוק במשפט. רק במאמר אחד: "דינא דמלכותא בישראל לאור ההלכה", שפורסם כעבור עשור, הוא חזר לעסוק במשפט, ומסתבר שלא זו בלבד שלא חזר בו, אלא אף חידד את עמדותיו המוקדמות. המאמר עסק בסמכות המדינה לחוקק "לתיקון סדרי המדינה הנחוצים לתועלת הכלל והפרט", הדגיש את עליונותם של חוקי המדינה על פני ההלכה, את החובה ההלכתית לציית להם, ומכאן גם את הלגיטימיות של מערכת השיפוט. המאמר פורסם לקראת הימים הנוראים, והמסר העיקרי שלו היה "נתוספה לנו מערכת חוקים חדשה מן התורה" ולפיכך מצוות התשובה בימינו חלה אף על עבירה על חוקי המדינה.⁵⁴

(התשס"ז). בעומק הדבר זו משמעות השיטה שהרחיבה את דינא דמלכותא, אף אם לא נימקו זאת בהתבסס על בן-נח, ראו שמואל אטלס **נתיבים במשפט עברי** (1978).
53 במאמר השלישי מציע הרב גורן הצעה אחרת, אך הוא מצהיר ומדגיש שמדובר בהצעה נוספת אך לא חלופית, וכי אין הוא חוזר בו מהצעתו הקודמת. הוא ער לכך שהמשמעות המעשית של הצעתו "יתערער תקפם המעשי של משפטי התורה בחיי המדינה היהודית ותורה מה תהא עליה?" (עמ' 149; וראו גם עמ' 151), ומבין שדבר זה יעורר קושי נפשי בליבו של מי שההלכה יקרה לו. מדוע אנו לומדים סדר נזיקין שבתלמוד וחלק חושן משפט שבשולחן ערוך, לשם מה נכתבו, ולשם מה יגעו בהם הדרושות, אם לא עשויה להיות להם משמעות בחיים הריאליים? הקושי מקבל משנה תוקף ברגע ההיסטורי שבו נתון הרב גורן, הקמת המדינה היהודית.

לפי הצעתו החלופית, במקביל למערכת המשפט הרגילה תקים המדינה לכל אחת מן הדתות בישראל מערכת משפט משלה, שהפנייה אליה תהיה וולונטרית. דווקא בשל כך שהחריפות והקושי שבוויתור על משפט התורה הניעו אותו להציע הקמת מערכת משפט מקבילה, מזדקרת לעין העובדה שרובו של מאמר זה מוקדש לחובת ההגנה על המיעוטים. כתנאי להקמת מערכת משפט הלכתית הוא דרש מערכת משפט אוטונומית לכל אחת מן הדתות, וראה בכך חלק מן החובה ההלכתית לשוויון והגנה על תרבות המיעוטים: "לספק למיעוטים את זכויותיהם האזרחיות. בתוך זכויות אלו נכללת גם הזכות להקים להם מערכת בתי דין מיוחדים לרון להם על פי דיניהם" (עמ' 155) למעשה מקדימה טענתו את הזכות לתרבות (ראו אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 3, בעמ' 93). אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, ראה במאמר זה ביסוס לטענתו כי הרב גורן דגל בפלורליזם משפטי. לא כן הוא. הרב גורן לא הציע להכפיף שום אדם לדין הדתי, אלא רק לאפשר לו לבחור באופן וולונטרי בבית דין זה, ולחייב את המדינה להעמיד בית דין זה עבור המעוניינים בכך.

54 הרב שלמה גורן "דינא דמלכותא בישראל לאור ההלכה" **מחניים** (התשי"ח), חזר ונדפס בספרו **משנת המדינה**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 75 (המאמרים המוקדמים שנידונו לעיל לא נכללו באסופת כתביו תורת המדינה ומשנת המדינה). המאמר חשוב משום שהוא מעיד על הלך מחשבתו, ומחדד את הנחות היסוד ואת התפיסות הבסיסיות שהובילו את הרב גורן לגיבוש עמדתו במאמרו המוקדמים. מבחינת ניתוח המקורות ההלכתיים המאמר אינו מחודד וקוהרנטי, הוא מתבסס ומערב בין עמדת הרמב"ם בין זו של הר"ן בשאלת מבנה

הנחת היסוד היא שמדינת ישראל מהווה יחידה של התגשמות פוליטיקה יהודית, וככזאת מוענקות לה סמכויות מלך ישראל, או למצער, סמכויותיה של הקהילה היהודית כפי שהוגדרו בימי הביניים. חובתו של היחיד לקיים את משפט המדינה נגזרת ממעמדה זה של המדינה. סמכויות החקיקה הוקנו למלך או לקהילה על ידי ההלכה עצמה משום שהיא מבינה שבלי חקיקה והתאמות לא ניתן לנהל חברה מתוקנת ובריאה. עובדה זו מבהירה גם מדוע הרב גורן לא מוטרד מן הבעיה ההלכתית של ערכאות של נוכרים. העובדה שמדינת ישראל מוגדרת כיחידה פוליטית יהודית, ושחלים עליה דיני מלך ישראל או דיני הקהל, שוללת מניה וביה את הגדרת בתי המשפט שלה כערכאות של נוכרים.

חיים שפירא כתב בצדק שהרב גורן לא המציא "עיקרון הלכתי חדש יש מאין", אלא יישם באופן רחב תקדים הלכתי קיים. הוא עשה זאת משום שסבר שהנסיבות החדשות של הקמת המדינה מצדיקות את יישומו של העיקרון ההלכתי בהיקף רחב יותר, וזאת בהתאם לתפיסתו הכללית של הרב גורן כי "הקמת מדינת ישראל מצדיקה פסיקה חדשנית"⁵⁵. נראה לי שההרחבה שמציע הרב גורן לתקדים ההלכתי היא משמעותית כל כך, והסטייה מן האופן שבו הובנה בעבר חובת ההיזקקות למשפט ההלכתי היא חדה עד כדי כך שספק בעיניי אם אכן ניתן לראות בעמדתו אך ורק יישום עיקרון הלכתי,

המדינה והיחס שבין הלכה ומדינה. כך, אף ששיטת ההפרדה של הר"ן היא לנגד עינינו, הוא מסיים את המאמר באוטופיה הרמבמ"ת על "מלכות שמיים" והתפקיד הדתי של המלך. את עמדת הר"ן בדבר תפקידה של ההלכה למרות קיומו של משפט המלך, הוא מגייס לביצורה של אוטופיה זו. זאת ועוד: משפט המלך, העיקרון התלמודי "דינא דמלכותא דינא", וסמכות הקהל, נידונים כאחד, ובלא ניתוח אנליטי ברור על הגבולות וההבדלים שבין הקטגוריות ההלכתיות הללו. לטענתו מוסכם על הכול שישנה "סמכות מן התורה לממשלת עם ישראל בארצו לתקן תקנות, ולחוקק חוקים לתקן סדרי המדינה הנחוצים לתועלת הכלל והפרט" (משנת המדינה, שם, עמ' 81), ולכן, מבחינה מעשית אין חשיבות רבה לדיוק מקור הסמכות. הברור הפורמלי על הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" ומידת תקפותו בישראל תופס מקום שולי במאמר. נראה ששאלה זו אינה חשובה בעיניו, חשוב העיקרון שלממשלה, כגוף פוליטי המנהיג את העם היהודי, יש סמכות חקיקה. על המחלוקת בשאלת תוקפה של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בארץ, ראו שמואל שילה דינא דמלכותא דינא 99-108 (1974). ר"ת ור' אליעזר ממיץ סברו שהוא תקף רק בחוץ לארץ, וכפי שמשמע לכאורה מעמדת האמורא שמואל. אולם האחרונים, במיוחד חכמי צפת במאה ה'16, סברו שחל אף בארץ ישראל, בוודאי כשהשלטון אינו יהודי. בקרב חכמי זמננו השאלה במחלוקת, אך לא מעט סוברים שיש לו תוקף אף במדינת ישראל. הרב עזריאל סבר שבישראל יש תחולה לדין המלך אך לא לכלל דינא דמלכותא החל רק בחוץ לארץ (ראו: הרב בצמ"ח עזריאל "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-1, עמ' יט (התשי"ג-התשי"ד)).

חיים שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 293. גם אשר כהן ראה בדבריו של הרב גורן פרשנות "נועזת ביותר [...] ביסוס הלכתי לדמוקרטיה במשמעותה הליברלית עקב מתן סמכות נרחבת לציבור בענייני חקיקה" (כהן, הטלית והדגל, לעיל ה"ש 7, עמ' 36-37).

או הרחבה של תקדים.⁵⁶ זאת ועוד, פסיקת הלכה היא תלויה הקשר, ולכן אף אם נקבל שלשיטת הרב גורן מדובר ביישום והרחבה של עיקרון או תקדים הלכתי, עדיין בעצם ההחלטה ליישמו בהקשר של מדינת ישראל יש משום חידוש מרחיק לכת. אין ספק ששפירא צודק בכך שהרב גורן טען שהוא אינו מחדש, אלא רק "מוכיח", שכך היא ההלכה. כך דרכם של פוסקים חדשנים. אך עדיין עלינו לשאול, ולנסות להבין, מדוע בחר הרב גורן ליישם את התקדים הזה בהקשר של מדינת ישראל.

השאלה מתעצמת לאור העובדה שהרב גורן חתר ליישום משפט ההלכה בתחומים אחרים של הלכות מדינה. הוא היה אידיאולוג בולט של "הלכות מדינה", וביקש לכתוב "חלק חמישי לשולחן ערוך", לחדש ולקבוע נורמות הלכתיות בתחומים רבים שהתעוררו עם הריבונות היהודית, והשקיע בכך את מרבית האנרגיה והיצירתיות שלו במשך עשורים.⁵⁷ כיצד ניישב, אם כן, את מה שנראה כפרדוקס וסתירה: בעוד הרב גורן ביקש להחיות תחומים הקשורים להלכות מדינה שהיו רדומים במהלך הדורות, כגון דיני מלחמה, הוא ויתר על המשפט, מאפיין מרכזי של הריבונות והמדינה. ויתור זה בולט אף יותר לנוכח העובדה שהמשפט אפיין את הקהילה היהודית במהלך הדורות, ושהתלמוד העמיד נורמות המחייבות להיזקק לו.

להלן, לאחר שנעמוד על שיטתו החולקת של הרב הרצוג, ננסה להסביר את המחלוקת העקרונית שביניהם ולהשיב על השאלות האמורות לגבי שיטתו של הרב הרצוג.

ג. הרב הרצוג: משפט כזהות

1.1. מרכזיותו וחשיבותו של המשפט כזהות ובתרבות היהודית

כבר מראשית פעילותו הספרותית, עוד בהיותו רב באירלנד, ניכרת חשיבות רבה למשפט ההלכתי בעיניו של הרב הרצוג.⁵⁸ הוא ראה במשפט התלמודי את ההישג הבולט ביותר של

56 כביטוי של חיים סולוביצ'יק, ראו: חיים סולוביצ'יק "ינים": סחר בינים של גויים – על גלגולה של הלכה בעולם המעשה 9-10 (התשס"ג).

57 ראו ה"ש 34 לעיל.

58 על תולדות חייו של הרב הרצוג ראו: שמואל אבידור הכהן יחיד בדורו: מגילת חייו של הגאון רבי יצחק אייזיק הלוי הרצוג, ראש רבני ישראל (1980); שאול מייזליש רבנות בסערת הימים: חייו ומשנתו של הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג (מהדורה מעודכנת 2018). מרכזיות המשפט בחשיבתו החל משנות העשרים בולטת באופן מובהק בעיון ברשימת כתביו (ראו: שמואל כץ "ביבליוגרפיה לכתבי הגרי"א הרצוג זצ"ל" משואה ליצחק: ספר זכרון לרב יצחק א' הלוי הרצוג 277 (התשס"ט)).

עולם הרוח והאינטלקט היהודי. בהקדמה לכרך הראשון של ספרו **המוסדות העיקריים של המשפט העברי** הסביר מה הניע אותו לכתוב את הספרים:⁵⁹

להעניק לסטודנט המצוי למשפטים מושג בסיסי על המבנה המשוכלל, המסיבי והמתנשא לגובה רב של המשפט העברי. [...] המשפט העברי שלמרבה הצער נזנח ואולי אף זכה ליחס של בוז, מכיל בתוכו את אחד הגילויים שובי המחשבה והמרתקים ביותר של המוח היהודי [...] ההזנחה המוחלטת של המשפט העברי [...] הגיעה לכלל פגיעה חמורה בהתפתחות התרבותית של האנושות.⁶⁰

לדבריו: "עוצמת האינטלקט היהודי התבטאה במידה הגדולה ביותר בצמיחת ההלכה והתפתחותה"⁶¹, היהודים המשיכו לפתח את המשפט העברי והקימו "מבנה בעל הוד ויופי נדירים"⁶² ואף על פי כן הוא לא זכה להכרה. בפער שבין ההכרה הבינלאומית במשפט רומי, לעומת היעדר ההכרה במשפט העברי, ראה הרב הרצוג ביטוי לעוולותיה של רומא כלפי ירושלים. הוא התגייס למשימת שיקום מעמדו של המשפט העברי. בספרו **המוסדות העיקריים של המשפט העברי** ראה צעד חשוב לקראת תיקון העוול ההיסטורי. אף שעיקר נמעניו בשלב זה הם הסטודנט והמשפטן האנגלי, שהוא מבקש להשיג את הכרתם במעמדו של המשפט העברי, אינני סבור שיש לראות בספריו המוקדמים הללו אך ורק ניסיון אפולוגטי להציג את המשפט העברי באור יפה לגויים.⁶³ כבר בשלב

59 RABBI DR. ISAAC HERZOG, THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW, Vol. 1. The Law of Property (1936); Vol. 2. The Law of Obligations (1939). תורגם לעברית: הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג **המוסדות העיקריים של המשפט העברי** כרך ראשון: דיני קניינים, כרך שני: דיני חיובים (תרגם וערך משה הרשקוביץ 2016). הספר תוכנן לחמישה כרכים, במתכונת המקובלת בספרות על המשפט הרומי, אך רק שניים אלו פורסמו. לאחר עלותו ארצה בשנת 1937 התמקד הרב הרצוג במשפט החוקתי ובדיני משפחה, תחומים שהיו חשובים יותר למעמד ההלכה בהקשר הישראלי המתהווה.

60 **המוסדות העיקריים**, לעיל ה"ש 59, כרך א 69.

61 הרב יצחק אייזיק הרצוג **יהדות חוק ומוסר** 87 (חיים הרצוג עורך, אליקים קרומביין מתרגם 2003).

62 **המוסדות העיקריים**, לעיל ה"ש 59, כרך א 69.

63 משה הרשקוביץ ועמיחי רדוינר עמדו על כך שהרב הרצוג ראה בספריו אלו בכחינת "אור לגויים" (ראו: משה הרשקוביץ, "הרב הרצוג: משפטן 'יחיד בדורו'" **המוסדות העיקריים**, לעיל ה"ש 59, כרך א 15; וגם Amihai Radzyner, *Jewish Law in London: Between two Societies*, 18 JEWISH L. ANN. 81 (2016). אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, פרק 2, עמד על הזיקה שבין ספרו של הרצוג ובין הספרים של הנרי מיין ושל ויליאם בקלנד. ספרו של WILLIAM WARWICK BUCKLAND, THE MAIN INSTITUTIONS OF ROMAN PRIVATE LAW (1931) משקף את ההתעניינות הגוברת באקדמיה האנגלית במשפט הרומי, והרב הרצוג ביקש לעורר התעניינות דומה במשפט העברי. בספרו המשפיע HENRY MAINE, ANCIENT LAW (1861) (יצא במהדורה חדשה ומוערת בשנת 1920), טען מיין שהמשפט העברי הוא שבטי

זה ניכר, מה שמאוחר יותר יתגלה בעוצמה רבה, כי לרב הרצוג שאיפה עמוקה לשיקום מעמדה של ההלכה כמשפט חי ונוהג. בספרו זה ביקש לא רק להציג את המשפט העברי כאור יפה, אלא לעשות לו את מה שעשו חוקרים בזמנו למשפט הרומי כדי להחזירו למרכז העניין: הצגת ההלכה באופן שיטתי ומאורגן, בשפה, בכלים, ובעולם מושגים של משפטן בן הזמן. כאדם החי בעולם המודרני ומבין אותו לעומק, ידע הרב הרצוג שבלא שיקום מעמדו של המשפט העברי בתודעה של משפטנים וחוקרי משפט חשובים, לא ניתן יהיה לדבר על יישומו. הרב הרצוג אכן מתגונן כנגד התקפות על המשפט העברי, במקרים רבים הוא דחה את הביקורת, ובאחרים, מתוך שהסכים והפנים את הביקורת, הציע פירוש חדש. אילו היה הרב הרצוג חוקר ההלכה ניתן היה לראות בפרשנות כזו אפולוגטיקה, אך הוא ראה עצמו כ"שחקן פנים", איש הלכה, פרשן הפועל בתוך המשפט העברי, ולפיכך ביקש לקדם ולשנות במקום שהביקורת מוצדקת. **מה שנחזה כאפולוגטיקה הוא כלי עבודה לגיטימי של פרשן הפועל בתוך השיטה.**

בשלב זה, בהיותו באירלנד, אין הרב הרצוג מדבר במפורש על התעוררות המשפט העברי במובן של החזרתו לתפקוד בארץ ישראל, אלא על עצם ההכרה בו כמשפט מפותח וחשוב, אף על פי כן כבר בשלב מוקדם זה הוא יצר זיקה ברורה בין החייאת המשפט העברי ובין בניין הארץ, וראה בשניהם הכרח לשיקום ולתקומת העם היהודי ולתיקון העוול ההיסטורי. כך סיים את הקדמתו הנזכרת:

כאשר ארץ האבות העתיקה של היהודים הנזכרת בדברי הנביאים נבנית מחדש בעזרת המאמץ המאוחד של בניה השבים אליה מכל קצות תבל, האם יהיה זה מוגזם לקוות שהמשפט העברי יתחיל שוב לעורר ענין ולמקד אליו תשומת לב.⁶⁴

אכן, שאיפותיו לשינויים ותיקונים בהלכה קיבלו תפנית עוצמתית לאחר שעלה ארצה והיה לרב הראשי לארץ ישראל. כאן הוא השקיע מאמצים רבים לקידום מעמדו של המשפט העברי כמשפט רלוונטי לחברה היהודית ולמדינה העתידה. הוא ניהל מאבק אל מול מוסדות היישוב והמדינה בדרישה לאימוצו כבסיס למשפט המדינה, אך עיקר מאמציו ומחשבתו הופנו פנימה, אל עולם ההלכה עצמו. הוא יזם מפעלים שונים שנועדו לעדכן את המשפט העברי ולהציגו בשפה וכלים מתאימים לזמן ולצרכים. מהלך מחשבתו ברור: אם בהכרת המשפט העברי על ידי הגויים יהיה משום תיקון עוול היסטורי, הלא קל וחומר הוא שהיהודים צריכים להכיר בו. ואם הזנחתו על ידי הגויים

ופרימיטיבי, ואילו הרצוג מנסה להציגו כמשפט העומד בדרישות של משפט מודרני. קיי לא הבין את עמדתו של הרב הרצוג כמי שרואה עצמו כאיש הלכה הפועל לתיקונה. **המוסדות העיקריים, לעיל ה"ש 59, כרך א 69.** הרב הרצוג היה חבר באגודה הבריטית למשפט עברי בלונדון. עמיחי רדזינר עמד בהרחבה על כך שמטרתה של אגודה זו היו שונות מאלו של האגודה הארץ-ישראלית, ולא דיברו בה על החייאתו של המשפט העברי בארץ ישראל, אלא על הכרתו וחשיפתו לעיני המשפטן הנוכרי המשכיל. ראו: רדזינר, שם.

מהווה "פגיעה חמורה בהתפתחות התרבותית של האנושות", הלא ברור הוא שחובתם של היהודים לאמצו, ליישמו ולפתחו. הרב הרצוג, שהיה מזוהה באופן מובהק עם הרעיון הציוני, ראה בתחייה הרוחנית-תרבותית היבט מרכזי והכרחי של הציונות, ולתפיסתו לתחיית המשפט מקום מרכזי ביותר בתחייה התרבותית. ברור לו ש"תחייה" אין פירושה אימוץ, אלא התחדשות, והוא מדבר על כך בגלוי ובאומץ רב. בעדותו המרשימה לפני ועדת אונסקו"פ ביולי 1947 אמר בין השאר:

מתחת כל המחלצות החיצוניות הללו של בנייה לאומית מחודשת, לוחשים געגועים עזים, לא רק אל מקלט, אלא גם אל תחייה רוחנית. געגועים אלה מצאו להם מבע בחידוש השפה העברית והספרות, ולא פחות בהתחדשות ראויה לציון של המחקר הדתי ומחקר במספר הולך וגדל של בתי ספר דתיים מצוינים [...] חיים רוחניים לא ישגשוגו אם יופרדו מהמציאות, עם אינו יכול להיות יוצר, אלא אם כן הכה שורש באדמה [...] שאיפתנו הרוחנית והלאומיות מתבטאות ביטוי רב משמעותי ביותר בבניית האקדמיות היהודיות הדתיות לצד יישובים חקלאיים [...].⁶⁵

אין הוא מבקש יישום, אלא תחייה ושגשוג של חיי הרוח. שיקום החיים היהודיים הריאליים ושגשוג רוחני הם בבחינת "צבת בצבת עשויה", שאיפת חיים ריאליים קשורה בשאיפה לחיי תרבות, וחיי תרבות יכולים לשגשג רק על רקע המציאות החיה. מכאן נובעת התנגדותו לרעיון ה"מרכז רוחני" של אחד העם.⁶⁶

המשפט במדינה העתידה העסיק את הרב הרצוג יותר משהעסיק כל דמות רבנית אחרת בתקופתו. חלק מהרצאותיו וכתביו בנושא פורסמו, וחלק מעיזבונו העשיר כונס ונערך כעבור עשורים אחדים על ידי ד"ר איתמר ורפהטיג בשלושת כרכי **תחוקה לישראל על פי התורה**.⁶⁷ מייד עם עלייתו ארצה, והתמנותו כרב ראשי בסוף שנת 1936, הוא החל לעסוק בהיבטים ההלכתיים של הקמת מדינה יהודית, המשפט היה במרכז מחשבתו ועשייתו בהקשר זה. בסופה של אותה שנה, בעקבות דו"ח ועדת פיל, כשחזון המדינה היהודית נראה היה ריאלי, הוא יזם כינוס ועדת רבנים שתדון בהיערכות דתית לנוכח אפשרות של כינון מדינה. בין השאלות שהעלה לקראת הכינוס היה: "החלת דין תורה

65 מובא אצל ד"ר שולמית אליאש "נאומים דרשות עדויות ורוחות" משואה ליצחק, לעיל ה"ש 58, חלק א' 99, 196-197.

66 באותו נאום בפני ועדת אונסקו"פ הוא תקף את השקפת אחד העם המבקש להסתפק במרכז רוחני, וראה בה השקפת עוכרי עמנו: "ישנם עוכרי עמנו, המעמידים פני ידידים הדואגים כביכול לצד הרוחני, לעתיד הרוחני, והם מתהלכים ואומרים כי מה שדרוש ליהודים אינו אלא מה שנקרא 'מרכז רוחני', אקדמיה דתית גדולה, אוניברסיטה, סנהדרין מרכזי של רבנים, אך לא אדמה, לא יישובים, לא ערים, לא תעשייה, לא קהילה. הנני ניצב כאן כדי להטיח את השקר בפני ההנחות המתחסדות הללו" (שם, עמ' 197).

67 **תחוקה לישראל**, לעיל ה"ש 18.

בתחום המשפט האזרחי והפלילי במדינה שחלק מתושביה יהיו בהכרח לא יהודים".⁶⁸ מכאן ואילך העמיק את עיסוקו בשאלת החוק והחוקה של המדינה. במהלך שנות מלחמת העולם השנייה ומייד לאחר השואה היה הרב עסוק בעיקר בניסיונות להציל יהודים ובטיפול בשארית הפליטה, אך לקראת סוף 1947 אנו מוצאים שהוא חזר לעסוק במשפט באופן אינטנסיבי.

ככל שרעיון המדינה היהודית קרם עור וגידים, ונראה היה שמבחינה מדינית ובין-לאומית סיכויי גדלים, ניכר אצל הרב הרצוג מתח גדל והולך בעיסוק במשפט. זיקה זו היא מהותית להשקפתו הרואה במשפט היהודי מרכיב מהותי בזהות הלאומית. בדברים שנשא בתמוז התש"ח במכון הארי פישל למשפט התורה אותו יזם והקים, הוא דיבר על מטרת המכון, ובין השאר אמר:

מכאן הבעיות העיקריות המזדקפות לפנינו היו במלוא קומתן, ואלו הן:
 [...] א. הבטחת שמירת שבת קדשנו [...] ב. הבטחת הכשרות הציבורית
 [...] ג. משפט התורה. ד. להבטיח שלא תהא אפשרות של נישואין
 וגירושין [...] אלא כדת משה וישראל. ה. הבטחת קיום החינוך הדתי
 ומוסדות התורה.⁶⁹

הדמיון שבין דברים אלו ובין "מכתב הסטטוס קוו" המפורסם, שנשלח כשנה לפני כן על ידי בן-גוריון וראשי הסוכנות אל ההנהגה החרדית, ניכר לעין ומרתק.⁷⁰ שאיפותיו של הרב הרצוג בנושאי דת ומדינה זהות לנאמר במכתב הסטטוס קוו, לפי אותו סדר, וכמעט באותה הלשון, אך בתוספת אחת: "משפט התורה", המופיע במרכז המכתב. את ההרצאה שממנה מצוטטים דברים אלו הוא הקדיש רק לנושא משפט התורה, קשה היה לו להשלים עם העובדה שנושא זה לא נכלל במכתבו של בן-גוריון.⁷¹ הרצאתו זו, כמו כל כתביו, משקפת תפיסה מורכבת המדגישה את הבעיה על שני צדדיה.

68 ראו שולמית אליאש, "הרבנות הראשית ותכנית החלוקה של שנת 1937" קתדרה 21, 155, בסמוך להערה 48 (1981).

69 הרב הרצוג "על משפט התורה בישראל" תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18 כרך א 210, הציטוט מעמ' 211 ההרצאה במלואה הובאה בכמה מקומות. ראו "גדרים בדין המלכות" התורה והמדינה ז-ח, עמ' ט (התשט"ו-התשי"ז); "על משפט התורה בישראל" הקדמה לספר הלכה פסוקה: משפט התורה למקורותיו בתלמוד ופוסקים על סדר שולחן ערוך (חושן המשפט סימנים א-ח) שיצא על ידי מחלקת החקיקה במכון הארי פישל בשנת תשכ"ב.

70 המכתב המקורי ניתן לצפייה בוויקיפדיה בערך "מכתב הסטטוס קוו".

71 הצעת החוקה של ד"ר כהן פורסמה מספר חודשים לאחר הקמת המדינה, בחנוכה תש"ט. ראו: כהן, חוקה לישראל, לעיל ה"ש 34. סעיף 77 להצעה קובע:

המשפט הקיים בישראל ביום מתן החקיקה יעמד בתקפו, עד כמה שהוא עולה בד בבד עם דברי החקיקה, וכל עוד לא בטל או תקן על ידי בית הנבחרים. תחוקת המדינה תהא

הוא לא יכול היה להבין את המושג "מדינה יהודית" בלא משפט יהודי, אך בו בזמן הכיר במוצהר בעובדה שההלכה אינה ערוכה להיות משפט נוהג במדינה מודרנית ודמוקרטית. ומכאן מאבקיו הכפולים: מאבק כלפי חוץ, למען ביסוס משפט המדינה על המשפט העברי, ובמקביל מאבק פנימי, בתוך העולם הרבני, להתאמת ההלכה. הוא היה מוכן לערוך שינויים ולמתוח את ההלכה עד הקצה כדי להתאימה לעקרונות היסוד של הדמוקרטיה, ולצורכי הזמן מבחינת התוכן והצורה בכל התחומים האחרים. הרב הרצוג האמין שיש למשפט העברי הכלים הדרושים, ונקט יוזמות רבות שנועדו להתגבר על מה שראה ככשלים העיקריים העומדים בדרכה של ההלכה ומונעים ממנה אפשרות להיות חלופה אמיתית למשפט מדינה מודרנית ודמוקרטית.⁷² תודעתו כעוסק

משתתף על עקרוני-יסוד של המשפט העברי, ועקרונות אלה ידריכו את בתי המשפט בכואם למלא את החסר בחקים הקיימים.

בדברי ההסבר לסעיף זה נאמר בין השאר:

מוצע כאן, כי בעת הכנת חוקים חדשים יש להיזקק ליסודות המשפט העברי כאל עקרונות מדריכים, וכי עד לחקיקת חוקים חדשים יחוייבו השופטים לשאוב ממעין המשפט הזה בכואם למלא את החסר בחוק הקיים. ההנחה היא, כי בעוד אשר לא יתכן להחליף בין לילה את השיטה המשפטית של תקופת המאנדאט בשיטה אחרת, הרי יש להשתית את התחוקה החדשה בישראל על יסודות החוק העברי. חוק זה הוא אחד הגילויים המרתקים ביותר של רוח ישראל. בהיותו מושרש בתנ"ך ובתורה שבעל-פה, הרי פותח וגוון ע"י ספרות עשירה של שאלות ותשובות, שסיגלה אותו לתנאים המשתנים של חיי העם היהודי [...] מעולם לא קפא החוק העברי על שמריו, לימוד עיוני ושימוש מעשי הוסיפו לו גוון אחר גוון, משפט זה מהווה חלק בלתי נפרד ממסורתנו העברית הלאומית ויש לסגלו לצרכי חיינו הנוכחיים ולעשותו יסוד מוסד לחוק החדש של מדינת ישראל (שם, עמ' 83).

הצעה זו נכתבה באנגלית ותורגמה לעברית ע"י ד"ר משה זילברג, לימים שופט בית המשפט העליון (ראו שם, עמ' 1). בהצעה המקורית שהוגשה לוועדת החוקה של מועצת המדינה לא הופיע סעיף 77 באופן בו הוא נזכר לעיל בהצעה המתוקנת שפורסמה בחנוכה תש"ט. בהצעה המקורית לא היה כל ביטוי לזיקה בין החקיקה הישראלית ובין המשפט העברי (ראו סעיף 80 להצעה המקורית שנדפסה בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 16). הסעיף במתכונתו הסופית הוסף ככל הנראה על ידי ועדת החוקה בראשותו של זרח ורפהטיג, ולאור ביקורת הרבנים, ובמיוחד זו של הרב הרצוג. בספרו תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 19, מובא מכתב של הרב הרצוג אל זרח ורפהטיג מיום י"ט באב התש"ח, בו התרעם על הצעת החוקה של ד"ר יהודה פנחס (לאו) כהן, ועל כך שאין בה כל זכר למשפט התורה ולבתי דין של תורה (ראו גם שם, בעמ' 45, את סיכום דבריו של הרב הרצוג המופיע במסמך "סיכום תגובת הרבנים" שהכין ד"ר פלדמן). הוספתו של סעיף זה מעניינת במיוחד לאור העובדה ששאר העניינים היהודיים, כגון שבת, כשרות, חינוך, לא באו לידי ביטוי בהצעתו של ליאו כהן.

מאוחר יותר נואש הרב הרצוג מן החזון על שני פניו, מן הסיכוי לשיתוף פעולה הן מצד קברניטי המדינה, והן מצד העולם הרבני. ראו למשל דבריו המובאים בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג עמ' כ.

במרכיב מכונן והכרחי למהלך ההיסטורי של הקמת המדינה באה לידי ביטוי במכתבו לרב מימון, ככל הנראה סמוך לאחר הקמת המדינה, שבו הזמין אותו להתמנות לחבר הנהלת המכון למשפט התורה, לסייע בגיוס תקציבים, ובכך "להיות שותפי בדבר הגדול והנשגב ההיסטורי הלזה"⁷³, של התאמת ההלכה כמשפט מדינה. תוכניתו ודרישותיו מן ההלכה היו מהותיות וצורניות.

*

בלב השינוי המהותי שרצה עמדו תכנים שונים, שהמרכזי שבהם הוא שוויון. בלב השינוי הצורני שאליו חתר עמדה שאיפתו לקודיפיקציה חדשה של ההלכה,⁷⁴ אף כי לא מדויק לכנות זאת שינוי צורני משום שבמסגרת הקודיפיקציה רצה הרב הרצוג להכניס שינויים תוכניים משמעותיים. הוא ביקש לחדש את מסורת החקיקה ההלכתית, התקנת התקנות. יש מכנה משותף משמעותי בין השאיפות לקודקס והשאיפות לחידוש החקיקה. בשני המקרים מקרב המהלך את המשפט העברי לשפתו ודרך הילוכו של משפט מודרני, ובכך מבקש להפוך אותו לנגיש למשפטן בן הזמן. שינויים והתאמות אלו שרצה הרב הרצוג להכניס למשפט העברי הובילו אותו לפתרון שהציע לבעיית השיפוט ואיסור "ערכאות של נוכרים", פתרון השונה באופן מהותי מזה של הרב גורן, אך בו בזמן מכיר בכל הקשיים שהרב גורן עמד עליהם, ובראש ובראשונה – בעיית השוויון בבתי הדין של ההלכה. פעולותיו המשפטיות של הרב הרצוג היו, אם כן, בעלות שני ראשים. האחד – ספר חקיקה, קודקס הכולל ארגון וסידור, פרשנויות חדשות וחקיקה נדרשת, והשני, התחום החוקתי, שבמרכזו התמודדות עם בעיית השוויון.

בנושא החוקה הוא החל לכתוב ספר מקיף, העוסק רובו ככולו בשאיפת השוויון לכל אזרחי המדינה היהודית, נוכרים כיהודים, גברים כנשים, שומרי מצוות ושאינם.⁷⁵ בדרישות אלו ראה הזדמנות להלכה, ולא רק מחיר שעליה לשלם. השפעה בעולם האמיתי היא מטרתה של ההלכה, ולפיכך אם אין היא יכולה לעשות זאת, אזי יש בה פגם, אם פגם אסתטי, בבעיית הנגישות, ואם פגם מהותי בחוסר ההתאמה לעידן דמוקרטי בגלל

73 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 232, 233.

74 הרשקוביץ, עבודת דוקטור, לעיל ה"ש 21, עמ' 195-241. הרשקוביץ עמד בהרחבה על המהלכים וההתחלות שעשה לקראת הגשמת חזונו. בין השאר חבר לוועדת החקיקה של המזרחי, לשר הדתות הרב מימון, ולרב בראילין, והקים את המכון לחקיקה בתוך מכון הארי פישל. הרשקוביץ ניתח את הטיוטות והעבודות הראשונות של צוות העובדים שהתפרסמו ואלו שנותרו בארכיון הפרטי של הרב הרצוג, ועמד גם על הזיקה שבין עבודה זו ובין ספרו של הרב הרצוג על המוסדות העיקריים. ביסודו של דבר הקודיפיקציה אמורה הייתה להיות זיקוק לספר חוק של המפעל הראשון שפורסם באנגליה בספרו המוסדות העיקריים, קודיפיקציה של ההלכה מותאמת למדינה מודרנית ודמוקרטית.

75 חלקים מספר זה התפרסמו בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 2-119.

בעיית השוויון. מתוך אמונתו בהלכה סבר שלא תיתכן סתירה מהותית בינה ובין ערכי השוויון, וכי חובתו של מנהיג הלכתי בעידן הנוכחי לפתור סתירה זו.

הוא הדין כאשר לעמדתו בעניין קודיפיקציה וחידוש החקיקה, חובת המנהיגות ההלכתית להעמיד ספר הלכתי נגיש, מאורגן ומסודר, כדי שההלכה תוכל למלא את ייעודה. הערצתו הגדולה לרמב"ם קשורה בוודאי גם היא להדרגתו המרובה את עניין הסדר והארגון של ההלכה.⁷⁶ כבר בספרו הראשון על המוסדות העיקריים עמד הרב הרצוג על חוסר הסדר והארגון של הספרות ההלכתית, על הצורך בתיקון המצב במטרה שההלכה תהיה נגישה לקורא המודרני, ועל תפקידו של ספרו בכך:

מומחים בתחום שמכירים מתוך לימוד מכלי ראשון את אופיו המורכב, המבלבל והלא ברור, ואת מצבו הכאוטי של הרוב המכריע של החומר שמתוכו הופק ספר זה בעיבוד מודרני ומערבי [...].⁷⁷

בארץ הפך עניין זה למרכזי במפעלותיו, תוך שהוא מודע היטב לחדשנות שבעניין הצורני, ולכך שגם עובדה זו תעורר התנגדות בתוך העולם הרבני, אולם הוא איננו נרתע.⁷⁸ בהרצאה במכון הארי פישל למשפט התורה הנזכרת לעיל, דיבר על הצורך להכין קודקס חדש, מודרני, נגיש ועדכני, כאחת ממטרותיו המרכזיות של המוסד החדש: "התועלת תהיה כפולה: תועלת בשבילנו, וגם בשביל בתי המשפט של המדינה", הסיבה האחת פנימית: ההלכה לא מאורגנת, ובתחומים מסוימים, במיוחד כלכליים, אף לא מעודכנת. השנייה, בצורך להנגיש את ההלכה כדי שהמשפטנים יוכלו לעשות בה שימוש: "עלינו להכין מעין 'ערוך השלחן' בצורה העשויה להתקבל אצל היוריסטים [...] אם אנחנו

76 ראו בעניין זה את מאמריו המוקדמים של הרב הרצוג על הרמב"ם שפורסמו עוד בהיותו באירלנד. המאמרים נדפסו בספר המכנס כמה ממאמריו המוקדמים: הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג יהדות חוק ומוסר (חיים הרצוג עורך; מאנגלית אליקים קרומבין 2003).

77 המוסדות העיקריים, לעיל ה"ש 59, כרך א 67.

78 בקטע חושפני ומרתק במכתב הנזכר לרב מימון, המעיד על מודעותו לחדשנות שבמהלכיו, ועל היותו חדור תודעת שליחות היסטורית, כותב הרב הרצוג על שאיפתו למצוא עוד בחורים שיבואו למכון לדיינים שהוא יזום ויעסקו בחיבור הקודקס. הוא סבור שהמוסד שלו לא יכול להיות בתוך ישיבה משום שלא יאפשרו לו לפעול חופשי, ומאידך גיסא אם הוא יהיה בתוך מוסד אקדמי, אזי הוא יהיה טרף קל לעולם הרבני. הרב הרצוג משוכנע שמדובר במהלך "גדול ונשגב" של חידוש המשפט: "בכדי שהמכון למשפט התורה הלוח יוכל למלא כראוי את תפקידו בתור פקולטה עליונה להכשרת דיינים לבתי הדין של הרבנות דרוש להוציא מן הישיבות עוד כמה וכמה צעירים מבחירי הישיבות [...] זוהי הדרך היחידה. בתוך כותלי הישיבות אין מקום הולם למכון זה מפני טעמים ידועים, ומאידך גיסא אי אפשר לקבעו בתוך האוניברסיטה או אפילו במוסד הקשור אליה, ואין מפרשים לחבר המבין מדעתו" (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 233).

לא נוציא 'אוצר משפטים' בצורה ההיא, מה יעשו סוף סוף היוריסטים שאינם יכולים להתמצא בחושן המשפט?⁷⁹

המכון לחקיקה הנזכר, שאותו יזם הרב הרצוג, יזם ופרסם בשנת התש"י חוברת בשם "החקיקה על פי משפט התורה, ערכה בעיותיה ודרכיה"⁸⁰, ובה מוגדרת מטרת המפעל כך: "להקיף את כל הבעיות המשפטיות האזרחיות והפליליות וגם בעיות השלטון והמדינה ותחוקתה [...] להחזיר עטרת חושן המשפט למקומה"⁸¹. רעיון זה, החוזר הרבה בכתביו של הרב הרצוג, מבטא באופן יוצא מן הכלל את יחסו למשפט, את החשיבות והמשמעות שהוא מייחס לו, ואת שאיפתו להתחדשותו והחלתו. הרב הרצוג ראה בחושן המשפט נכס תרבותי המשקף את עולם הערכים היהודי, ויכול לגשר בין יהודים שומרי מצוות ושאינם שומרי מצוות. הוא הכיר בעובדה שאף שרוב הציבור אינו שומר מצוות הוא בעל תודעה וזהות יהודית עמוקה ומחפש בסיס לתרבות יהודית משותפת. ברור היה לו שהחלקים אורח חיים או יורה דעה שבשולחן ערוך אינם יכולים לתרום למשימה זו, אך הוא היה משוכנע שחושן משפט אכן יכול להיות כזה.⁸²

ניתן לומר שעיקר דגשו של הרב גורן היה בצורך לעצב הלכות מדינה, חלקים חסרים בהלכה, וכפי שכונה זאת – "חלק חמישי לשולחן ערוך", ואילו עיקר דגשו של הרב הרצוג היה בהחייאת חושן משפט, החלק הרביעי שבשולחן ערוך. במכתב אל דיניי ישראל מיום כ' בתמוז התשי"א, עמד הרב הרצוג על כך שמאז ביטול האוטונומיה השיפוטית בשלהי המאה ה-18 הונח "חושן משפט" ונתר במרחב הלימוד הבית-מדרשי, ובלא הכשרה מעשית, זאת בניגוד לחלקי "אורח חיים" ו"יורה דעה" הנלמדים הלכה למעשה, וכי לשם תיקון מצב זה הוא ביקש להקים בית ספר לדיינים: "למען לא יהיו חלקי תורה גדולים ועמוקים ורחבים אלה גרוועים מחלקי הוראת איסור והיתר אשר בהם יש הכשרה מוקדמת ברב או במעט"⁸³.

- 79 ראו לעיל ה"ש 68. הציטוט כאן מתוך תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 213.
- 80 החקיקה על פי משפט התורה, ערכה בעיותיה ודרכיה (הרב בנימין רבינוביץ-תאומים עורך, התש"י).
- 81 ההקדמה פורסמה באופן חלקי בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 268-272. הציטוט מעמ' 270.
- 82 אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, בפרק 2, טען שהרב הרצוג שאף ל"מדינת הלכה", או תיאוקרטיה, אך נמנע מלהתייחס להבחנה זו. האומנם הימנעות מכל ניסיון לאכוף את "אורח חיים" או "יורה דעה", החלקים הריטואליים של ההלכה, אך שאיפה להחלת "חושן משפט" יכולה להיחשב כמדינת הלכה, או תיאוקרטיה? למעשה ההיפך הוא הנכון, הרב הרצוג חיפש הגדרה לזהות היהודית של המדינה שיכולה להתקבל על ידי מי שאינם מחויב לתורה ומצוות. עצם ההתנגיטות למקום הזה מעמידה על כך שהרב הרצוג הכיר במציאות, ושיתף איתה פעולה.
- 83 המכתב נמצא בארכיון המדינה והתפרסם על ידי משה הרשקוביץ, עבודת דוקטור, לעיל ה"ש 21, בעמ' 206-207. על עמדתו בדבר אימוץ ההלכה והשתנות ההלכה עמד בתמצית

2.ג. מיזוג אופקים: המשפט העברי בבית המשפט של המדינה

נחזור עכשיו לדיון על מעמדם של בתי המשפט של המדינה, ולהתנגדותו העזה של הרב הרצוג לדברי הרב גורן. הרב הרצוג עמד על משמעות העמוקה של דברי הרב גורן – ויתור על דין תורה במדינה היהודית – ונחרד:

שהמדינה היהודית בארץ הקודש שהיא המקום היחיד שבה יתקיים משפט משלנו, בתוקף כח ממשלתי תקבל סידור משפטי כזה, הרי זה יעלה לדעתי ולפי הרגשתי ח"ו כניתנת גט כריתות לתוה"ק וממש הרמת יד בתורת משה רבנו ע"ה.⁸⁴

הביטוי "הרמת יד בתורת משה" לקוח מדברי הרמב"ם בהקשר איסור ערכאות,⁸⁵ וברמיזה הזו של הרב הרצוג יש חידוש משמעותי משום שהוא משרדג את האיסור מן היחיד למדינה. המדינה עצמה "מרימה יד בתורת משה" כשהיא נוטשת את דין התורה. איסורו של היחיד לפנות לערכאות, מוטל עכשיו על המדינה עצמה. אף אם ניתן מבחינה פורמלית לקבל את הסבריו של הרב גורן, הרב הרצוג לא יכול היה לקבל את המכלול, "מדינה יהודית" בלא משפט יהודי. זאת אף שהבין והסכים לגופו של עניין עם הסתירות המהותיות, שהצביע עליהן הרב גורן, בין בית דין הלכתי ובין מדינה דמוקרטית.

הצעתו הנוגדת של הרב הרצוג הייתה לוותר על המוסד ההלכתי, אך לאמץ את המשפט ההלכתי. בבתי המשפט של המדינה, שבהם ידונו דיינים גברים או נשים, חילוניים או דתיים, יהודים או נוצרים, ייעשה שימוש בתכנים המשפטיים של ההלכה, מוסד של המדינה הדמוקרטית עם משפט של ההלכה. הוא מציע שבתי המשפט השוויוניים של המדינה יאמצו תכנים של ההלכה, אימוץ כזה יסיר מעל בית המשפט של המדינה את איסור הערכאות. הרב גורן והרב הרצוג הבינו שניהם שכית הדין ההלכתי שאינו

כבר במסמך שהכין בערב ראש השנה תש"ד (ספטמבר 1943) ובו התווה ראשי פרקים להקמת מכון לדיינים (מובא בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 273, וראו סקירתו המעמיקה של הרשקוביץ, עבודת דוקטור, לעיל ה"ש 21, עמ' 196). בדבריו הדגיש את הדין הפלילי בהלכה שאינו מתאים למציאות, מבחינת העבירות, העונשים ודיני הראיות, וכן עמד על הצורך בבית משפט לערעורים, וכמובן את הצורך בשוויון בבית הדין. בסופו של דבר הוקם מכון לחקיקה הלכתית בתוך מכון הארי פישל רק בשנת 1948. חזונו הראשון להקמת בית ספר לדיינים וחזונו האחרון להקמת מחלקת חקיקה מלמדים על אותו הלך נפשי ואותה ראייה של הצרכים.

84 מתוך הטיוטה שרשם לעצמו בתגובה למאמריו של הרב גורן ושנשתמרו בעיזבונו, פורסמו בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 146-204, הציטוט מעמ' 164. בהמשך אף כינה את פתרונו של הרב גורן כפשע: "להושיב דיינים שידונו מאומד דעת ומנימוסים, במקום שיש תלמידי חכמים בעלי מדע, היינו בעלי כישרונות גדולים שיכולים בנקל להתאמן בדיינות מכל הבחינות, זהו בוודאי פשע" (שם, בעמ' 165).

85 "חרף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו" כינה הרמב"ם את מי שהפר איסור ערכאות (משנה תורה, הלכות סנהדרין כו, ז).

שווינוני אינו יכול להיות מקובל במשפט של המדינה. הרב גורן גזר מכך נסיגה וויתור, ומצא לכך את ההצדקות ההלכתיות. לעומתו, הרב הרצוג ראה בכך פורמליזם הבורח מן המהות, הוא היה מוכן להכניס שינויים מהותיים בהלכה, ועוד הציע פרשנות חדשנית נועזת לאיסור ערכאות. בבסיס חידושו עומד הרעיון להכניס את המשפט העברי לבתי הדין של המדינה, ובכך להכשירם. בתי המשפט לא יפעלו על פי כללי הדיון והשיפוט – כולל מינוי שופטים – של ההלכה, אלא על פי חוקי המדינה, אך מבחינת הדין המהותי יאומצו תוכני ההלכה.⁸⁶

על בתי הדין של מדינת ישראל לא יחול דין ערכאות של נוכרים משום שהם ישתמשו בהלכה. בית דין של יהודים, שאינו כשר על פי ההלכה, אבל מעיין בשולחן ערוך ומאמץ נורמות הלכתיות, אין בו משום איסור "ערכאות". בעוד הרב גורן מיקד את איסור ערכאות בבית הדין, מיקד אותו הרב הרצוג בדין. בתי המשפט של מדינת ישראל, לפי חלומו של הרב הרצוג, ידונו על פי משפט התורה, לפחות במוכר מסוים, ולכן פנייה אליהם לא יהיה בה משום איסור ערכאות. "איחוד" המערכות – ההלכתי והישראלי – ישיג מטרה כפולה: הסרת כתם הערכאות מבית הדין של המדינה, והסרת כתם הפגיעה בעקרונות היסוד הדמוקרטיים מבית הדין של ההלכה. הרב הרצוג אינו מבקש להפוך את בתי הדין הרבניים לבתי דין של המדינה, אלא לאשרר את בתי המשפט של המדינה – השואבים ממנה את סמכותם – כבתי דין הנמצאים "על הרצף" של בתי דין הלכתיים.⁸⁷

מכיוון שלשיטתו המוסר הרבה פחות חשוב מהדין המהותי הוא מוכן להכשיר דיינים ועדים פסולים, ובלבד שידונו על פי דין תורה. כך למשל בהרצאה במכון למשפט התורה הנזכר לעיל, שאת הקמתו יזם, הוא התלונן בכאב על מהלכיה של הממשלה שלא אימצה את משפט התורה, ובין השאר הציע שבכל הרבך יהיה לפחות שופט אחד היודע הלכה:

86 כבר בחודש שבט התש"ח, בימים בהם התחילה המועצה המשפטית לפעול, כתב הרב הרצוג שיש לפעול להתרה הלכתית של דיינים שאינם שומרי מצוות אם הם ראויים מבחינה מוסרית. ראו: הרב הרצוג "התחיקה והמשפט במדינה היהודית" יבנה ג 9 (התש"ט). וכן בתחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 205.

87 בצורה רדיקלית יותר אפשר לומר כך: הרב הרצוג חושש מן המשפט העברי בגלל חוסר השוויון, וכן מחוסר האפקטיביות – והטהרנות אם אפשר לומר – של המשפט הפלילי ההלכתי. אך באותה מידה הוא חושש גם מהתעלמות ממנו, מקריעת חבל הטבור ממסורת השיח המשפטי, הערכי והחברתי, שהולך מן המשנה ועד ימינו. הפתרון שלו הוא יצירת מתח בין שתי האפשרויות הקשות, המצוקות של המשפט העברי ייפתרו בבית המשפט הישראלי, ובו בזמן המשפט הישראלי יתפתח מתוך שיח פרשני של המשפט העברי.

כלום לא היתה צריכה [המדינה] להושיב בכל בית דין משלה, על כל פנים "חד דגמיר וסביר", תלמיד חכם היודע להתמצא בחושן המשפט שלנו להגיד לשופטים את דין התורה ולהטיל עליהם לדון על פיו [...].⁸⁸

דבריו בהרצאה חשובה זו משקפים את תפיסתו המורכבת. מחד גיסא חזון נלהב להשלטת משפט התורה, ומאידך גיסא הכרה באתגרים המוטלים לפתחו, ונכונות להתמודד איתם.

כל בר בי רב יודע כמה הרעישו אבות העולם החל מהתנאים ועד לאחרוני הפוסקים על ההתדיינות בערכאות של גוים ומה גדול החילול כשמדינת ישראל מסגלת לה ספר חוק ומשפט משל הגוים.⁸⁹

בו בזמן הוא הסכים שמשפט התורה אינו יכול להתקבל כמות שהוא:

ידעתי היטב היטב שיסתער עליו גל של טענות שאם נעמיד הכל על שורת הדין ככתבה, נתקל בקשיים עצומים ברקע של פסולי דינות ועדות, בגלל חוסר הכושר הדתי של הרבה מהדיינים והעדים, וכן מבחינת הדין עצמו, כגון עדות נשים וכו', ועל כן התחלתי לתור ולחתור אחרי תחבולות, עצות, ודרכים [...].⁹⁰

לא תיתכן מערכת משפט שרוב המתדיינים בה פסולים עקרונית מלשמש עדים או דיינים, כמו כן יש להשלים את המשפט העברי ולהתאימו מצד התכנים בתחומים שונים:

יש כמה שטחים שבהם אנו זקוקים להשלמות, בשים לב להתפתחות החיים הכלכליים וכו', וכן יש צורך בתקנות במסגרת תורתנו הקדושה. ולא זו בלבד, אלא שיש צורך להקל במידה הידועה על הלימוד והעיון והשימוש במקורות למעשה.⁹¹

הכלל התלמודי קבע שאיסור "ערכאות של נוכרים" חל אף במקום ש"דיניהם כדיני ישראל",⁹² אך לפי דעתו של הרב הרצוג דין זה שונה בהקשר של מדינת ישראל. במדינות הגויים לב האיסור הוא במוסד, ובישראל לב האיסור בדין, מוסד של מדינת ישראל איננו יכול להיחשב כערכאות של נוכרים, ולפיכך האיסור יוסר אם יאמץ את תוכני ההלכה. כאשר הסביר הרב הרצוג מדוע מינוי דיין נוכרי בישראל ושיפוט בפניו

88 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 210, הציטוט מעמ' 212. ראו הערה מפורטת לעיל. הדברים הובאו גם על ידי אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, עמ' 139.

89 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א, הציטוט מעמ' 211.

90 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 212-213. ראו גם במאמר "התחיקה והמשפט במדינה היהודית", לעיל ה"ש 86, בעמ' 207: "עצות ודרכים לתיקון המצב באופן שיותאם לדיני התורה על ידי קבל פסולים לדיינות מצד הציבור שעליו יתמנו".

91 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 212-213.

92 ראו בבלי, גיטין פח ע"ב: "ותניא היה ר"ט אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוריות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם [...]."

אינו בגדר איסור ערכאות של נוכרים, הוא עמד על ההבחנה האמורה שבין הדין לדיין. ישנם שלושה נימוקים לאיסור, ושלושתם אינם רלוונטיים במדינת ישראל, אף כאשר הדיין עצמו נוכרי, טען הרב הרצוג. שלושת הנימוקים הם:

- א. שמייקר שם האלילים לפי שמשפטיהם מתיחסים לאלילים בתור מקור. ב. שמייקר משפטיהם על משפטי תורת משה ורז"ל. ג. שמעדיף שופטים נוכרים על שופטים מישראל, כאילו השופטים הגויים יותר חכמים ונאמנים.⁹³

ואם נקבל את הצעתו, אומר הרב הרצוג, שלושת הנימוקים לא יהיו תקפים במציאות הישראלית. א. המשפט בימינו איננו משפט דתי ואין כאן ייקור האלילים; ב. הדין עצמו יהיה הרי דין התורה ואין כאן ייקור "משפטיהם"; ג. אין "מעדיפים" דיין נוכרי, אלא שהשלטון היהודי נוקט שוויון אזרחי: "שלטון עם ישראל עצמו נותן כח השיפוט גם לגויים והם מצדם נזקקים גם לדייני ישראל ואין כאן ענין של העדפת דיינים גויים".⁹⁴

הדין הוא דין יהודי. כוח השיפוט הוא המדינה היהודית שבה אין רלוונטיות למוצא האתני של השופט – ונסתלק לו איסור ערכאות. בדברים האמורים, ובמיוחד בנימוק השלישי, אוחז הרב הרצוג בקרני השור ומפנים לתוך הדין ההלכתי את המציאות הישראלית הריבונית. יהודי בגולה הפונה לבית דין של המדינה מבטא בכך העדפה לדין נוכרי. אך יהודי בישראל הפונה לבית הדין של המדינה ושם יש דיין נוכרי, הרי אין בכך כל ביטוי להעדפת דין נוכרי, אלא ביטוי לכך שהמדינה היהודית אינה מפלה בין אזרחיה. בית הדין הוא בית דין יהודי שמכהן בו דיין נוכרי. ונדגיש שוב: במדינת ישראל אין משום איסור "ערכאות" בעצם פנייה לבית הדין של המדינה, האיסור הוא משום שהמדינה מחילה דין זר.

התמודדותו של הרב הרצוג עם המקורות שהרב גורן הסתמך עליהם, אף היא מאלפת ותעמיד אותנו על ייחודה של מחשבתו. את השימוש בתקדים התלמודי "ערכאות שבסוריה" דחה הרב הרצוג משום ששם היה מדובר במקום שאין תלמידי חכמים, ובכל זאת עשה בו שימוש מהותי ומרתק, השונה באופן מהותי מזה של הרב גורן. הוא ביקש לגזור מכאן עיקרון והוא שיש לצמצם את איסור ערכאות, אף במקום שלא ניתן לפעול באופן מלא על פי ההלכה, ולגבש מדיניות הלכתית שתשקול את המציאות ותציע את הפתרון המוצלח ביותר האפשרי.⁹⁵ מעיקרון זה הוא שב וגורן כלל חדש: בישראל יש לאמץ את בתי הדין של המדינה כמות שהם, ובתנאי שיאמצו את הדין ההלכתי המהותי.

93 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 24.

94 שם, עמ' 25.

95 ראו, שם, עמ' 163: "וכשם שהם ז"ל התקינו להושיב דייני בור כדי למנוע הליכה לערכאות של נוכרים, כך אנו ננהיג קבלה כוללת למנוע את המדינה היהודית מלקבל, ח"ו, ספר משפטים של גויים".

בסוריה ויתרו בלית ברירה על הדין והלכו לבית דין יהודי, בארץ יש לוותר בלית ברירה על בית הדין, אך לאמץ את הדין:

נקבל עלינו לדיינים יהודים שכשרותם עכ"פ [על כל פנים] מפוקפקת מחמת עבירות שבין אדם למקום, ושנקבל עלינו גם עדים מפוקפקים מחמת אותו הטעם, אבל מחוץ לזה ידונו אלא בדיני התורה ונמצא שמשפט התורה לא נתבטל ח"ו, שמדין 'קבלה' יכולים להתחשב אף אלה לדיינים ועדים, ואין זו הרמת יד ח"ו בתורת משה [...].⁹⁶

על השופטים יוטל "ללמוד במשך מספר שנים דיני התורה",⁹⁷ ובכל בית משפט יהיה שופט אחד שיוודע את הדין ויסייע לשופטים האחרים. אם כן, גם הרב הרצוג מתבסס על הסכמה וקבלה, כפי שעשה הרב גורן, אלא שהוא מחיל זאת על הדיין ולא על הדין.⁹⁸ יודגש שהרב הרצוג אינו מכנה את בתי המשפט בישראל "ערכאות של גויים", אלא "ערכאות של יהודים": "בתי דין שרובא דרובא של חבריהם אין בכחם אפילו להביך כהוגן הלכה בחושן משפט ואבן העזר [...] בתי דין שברור שמפאת היותם 'לא גמירי ולא סבירי' הם פסולים לדון בכפייה [...] אינם בתי דין התורה, אם כי אינם ערכאות של הגויים שהרי חבריהם יהודים, אינם 'בתי דין של ישראל' במובן האמיתי המקורי של שם זה, כפי שהוא בחז"ל ובפוסקים, אלא ערכאות של יהודים [...]."⁹⁹

96 שם, עמ' 160.

97 שם. בהמשך הוא מתייחס במפורש לשאלה כיצד יוכלו שופטים שלא למדו תורה לשפוט על פי ההלכה: "לא בשמים היא, יקבלו שיעורים ממומחים בדיני ישראל כמשך שנים אחדות וילמדו, כי ליוריסטים קל ללמוד, ואמנם אנחנו נצטרך לסדר בשבילים קיצור חושן משפט עם הקדמות ופתיחות שיכלול גם תקנות והשלמות נחוצות בדיני ממונות ובדיני עונשין, הרי אפשר ואפשר" (שם, עמ' 165).

98 את הקושי שבשימוש בתקדים ערכאות שבסוריה בגלל שבישראל יש תלמידי חכמים העלה כזכור כבר הרב נריה, והוא הציע את תשובת התשב"ץ כתקדים שבו גם בהיות תלמידי חכמים ניתן לפנות לבית דין קהילתי שאינו בית דין הלכתי (ראו לעיל ה"ש 46-47 ובטקסט הסמוך להן). הרב הרצוג עשה שימוש מרתק גם בתשובת התשב"ץ הזו, אף שדחה את מה שלמד ממנה הרב נריה. לדעתו, התשב"ץ קבע שהדיינים הממונים על ידי הקהל יבררו את העובדות, תפקיד שתלמידי חכמים השרויים באוהלה של תורה אינם יודעים לעשות היטב, ואילו את הדין עצמו הם יקבלו מתלמידי החכמים שאיתם יתייעצו, ובכך הצדיק פנייה לבתי הדין שהם בגדר "ערכאות שבסוריה" אף במקום שיש תלמידי חכמים (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 198-199). אלא שאצלנו התייעצות עם חכמים מחוץ לכותלי בית המשפט איננה רלוונטית, ולכן הדיין שיוודע ויושב בתוך בית הדין ישמש בתפקיד זה. בעקבות התשב"ץ אישר הרב הרצוג בתי דין שבהם הדיינים אינם עומדים בקריטריונים הלכתיים, ואת התלמיד חכם, "היועץ החיצוני", שאיתו הם אמורים להתייעץ על פי התשב"ץ, הוא הכניס אל בית הדין כאחד הדיינים.

99 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 19; ראו גם: אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל" תחומין יג 337 (התשנ"ב-התשנ"ג).

*

בצדק ראה חיים שפירא בדברי הרב הרצוג "עמדת ביניים". הוא ביקש משפט הלכתי, אך היה נכון לשינויים, ובכך מהווה עמדתו פשרה בין הקצוות. הוא אינו מוותר על המשפט ההלכתי כמו הרב גורן, ומאידך גיסא חזון "מדינת ההלכה" שלו אינו דומה לעמדה החרדית הדרושת אימוץ מלא של ההלכה ומוסדותיה. השינויים וההתאמות שהציע היו מרחיקי לכת, כולל בעצם הגדרת איסור "ערכאות של נוכרים"¹⁰⁰.

ועדיין אני חושב שמסגור שיטתו של הרב הרצוג כשיטת אמצע מחמיץ את הייחוד שבה. הרעיון שמבתי הדין של המדינה יוסר איסור "ערכאות" אם ישתמשו בספרות ההלכה, וזאת אף שהם בתי דין המקבלים סמכותם מן המדינה, ובתי דין שאין דבר באופן התנהלותם שהוא על פי ההלכה, הוא מהפכני. אף שהתלמוד קבע שאיסור ערכאות תקף אף במקום שבית הדין הנוכרי דן על פי ההלכה, קבע הרב הרצוג ששונה הדבר בבית משפט במדינת ישראל. הצעתו של הרב הרצוג ביקשה ליצור גשר בין עולמות, ולהעניק הכרה הלכתית במוסדות המדינה באופן שלא היה דוגמתו.¹⁰¹

ד. הרב הרצוג והרב גורן על משפט והלכה

לאור כל הנאמר עד כה אני רוצה לדון ולהציע הסבר למחלוקת שבין הרבנים בדור הקמת המדינה, גורן ונריה מזה, והרב הרצוג מזה, לברר את האידיאולוגיה ותפיסת העולם שהובילה כל אחד מהם לאמץ את עמדתו. לדעתי מדובר במחלוקת עקרונית כפולה: מחלוקת הגותית ואידיאולוגית על מהותה של המדינה והריבונות היהודית מבחינה הלכתית; ומחלוקת על השאלה העקרונית מהו המשפט, ובמקרה שלנו – מהי ההלכה. אין מדובר במחלוקת הלכתית שיש בה מקלים ומחמירים, ולא מחלוקת שהיא תוצאה של מידת ההפנמה את הריבונות היהודית, וגם לא מחלוקת שיש בה תומכים ומתנגדים לפלורליזם משפטי.¹⁰²

100 חיים שפירא, לעיל ה"ש 1, בעמ' 301.

101 הרב הרצוג מכין גם הצעה חליפית, למקרה שהצעתו לא תתקבל. כך למשל אמר בהרצאתו הנזכרת במכון למשפט התורה שהמינימום שיש לדרוש הוא לאפשר לכל יהודי לומר "לבית דין של תורה אני יורד" ולכפות את בר הפלוגתא שלו לבית דין של תורה, וערעור על פסק דין זה יהיה רק לבית הדין הרבני הגדול לערעורים (ראו תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 212-213). ובכלל מתקבל הרושם שלפחות בשלב מסוים הרב הרצוג מודע לאוטופיות ולסיכוי הקלוש שהרעיון שלו יתקבל, ובכל זאת חשוב לו לקדם אותו ולכתוב עליו: "ואמנם אפשר שלא נצליח בהתנגדותנו, אבל עכ"פ חובתנו להשתדל בכל כחנו, ולא [...] אנחנו את נפשנו נציל" (שם, כרך ג 19).

102 הצעותיהם של חיים שפירא (לעיל ה"ש 1), ידידיה שטרן (להלן ה"ש 130), ואלכס קיי (לעיל ה"ש 1), בהתאמה.

ד. 1. מדינה יהודית: הרב הרצוג והרב גורן

למרות הרושם שנוצר ממבט ראשון, רב המשותף על המפריד בין החולקים, עובדה המחדדת את התמיהה והסקרנות. נדגיש שלושה עניינים משותפים. ראשית, כולם ערים לבעיית אי-השוויון ההלכתי, ומקבלים שעובדה זו הופכת את ההלכה לבלתי קבילה במדינה דמוקרטית. כפי שטענתי לעיל, הרושם הכרוך הוא שהם מקבלים זאת גם מבחינה מהותית, ולא רק כמציאות מצערת. כולם מסכימים גם שיש בעיות רבות נוספות בהלכה – כגון במשפט הפלילי – המונעות ממנה לשמש כמשפט המדינה. שנית, כולם פונים אל ההלכה פנימה ומחפשים דרך להכשיר את בתי המשפט של המדינה. גורן ונריה בדרך של הצדקה הלכתית לויתור על המשפט ההלכתי, והרצוג בדרך של ניסיונות גישור. שלישית, והחשוב ביותר, הרבנים הרצוג וגורן מתנגדים לרעיונות המודרניים המפרידים בין הדת והמדינה בהלכה, רעיונות המבקשים להעניק ליהדות אופי פרוטסטנטי. יהדות כאתיקה, כתשועת נפשו של היחיד, היא יהדות מודרנית מבית מדרשו של מנדלסון, ושואמצה על ידי התנועה הרפורמית, ובאופן פרדוקסלי גם על ידי האורתודוקסיה של הרש"ר הירש בגרמניה. כל אלו ביקשו להפריד בין היהדות ובין הפוליטיקה, להוציא את היהדות מן המרחב הציבורי, ולהעבירה אל המרחב הפרטי כמערכת מוסרית ואמונית. לאורך ימי הביניים ראתה היהדות את עצמה כקהילה פוליטית, וכך גם הוכרה על ידי סביבתה. אולם היהודי המודרני, שהפך לאזרח במדינתו, נאלץ, כדי לקבל לגיטימציה לשמר הן את היהדות הן את אזרחותו, להציג את היהדות כדת פרוטסטנטית הפונה ליחיד.

משה מנדלסון בספרו ירושלים היה הראשון שהציב מודל תיאורטי התומך בהפרדה בין יהדות לפוליטיקה. הוא ידע היטב שהצעתו אינה נאמנה מבחינה היסטורית, אך העלה אותה משום שחשב שהיא עשויה להיות היחידה הרלוונטית לקיום היהודי במציאות של אזרחות שוויונית, שציפיה לה, וביקש להכשיר את הלכות לקראתה גם באמצעות פרשנות מתאימה ליהדות.¹⁰³ בהקשר הישראלי היה זה עקיבא ארנסט סימון במאמרו הקלאסי "האם עוד יהודים אנחנו", שהציע ליהדות ההלכתית לסגת אל מודל פרוטסטנטי גרמני המדיר עצמו מן המרחב הפוליטי ומרשות הרבים. סימון מודע לכך שהצעתו מהווה חידוש ביחס להבנת היהדות את עצמה לאורך הדורות, אך חשב שחידוש זה הכרחי.¹⁰⁴

הרבנים הרצוג וגורן היו מן הדמויות הרבניות הבולטות ביותר שהציגו עמדה קוהרנטית חד-משמעית המתנגדת להפרדה בין היהדות ובין המרחב הציבורי. שניהם ראו במדינת ישראל מרחב גיאוגרפי ופוליטי לחידוש המדינה היהודית, במובן זה

103 ראו בהרחבה: Leora Batnitzki, *From Politics to Law: Modern Jewish Thought and the Invention of Jewish Law*, 26–27 DINE ISRAEL 7* (2009–2010); LEORA BATNITZKI, HOW JUDAISM BECAME A RELIGION, AN INTRODUCTION TO MODERN JEWISH THOUGHT (2011); Suzanne Stone, *Law Without Nation?*, לעיל ה"ש 52. טטון מפנה גם לדבריו של מרדכי קפלן שטען שהבעיה של היהדות המודרנית היא בנייתוק מהפוליטיקה.

104 סימון, לעיל ה"ש 11.

שניהם רצו "מדינת הלכה". לשניהם היה גם ברור שהמושג "מדינת הלכה" תקף רק לגבי הכלל, המדינה והמרחב הציבורי, אך כפייה על היחיד לקיים ריטואלים דתיים לא עלתה על דעתם. בכתיבתו ההלכתית של הרב הרצוג באה תפיסת עולם זו לידי ביטוי ביחסו למשפט, ובדרישתו להעמיד את המשפט ההלכתי לרשות המדינה, כפי שראינו בהרחבה לעיל. בכתיבתו ההלכתית של הרב גורן באה תפיסת עולם זו לידי ביטוי בכל התחומים של המשפט הציבורי, אך רק לא במשפט!

ד. הרב גורן: משפט הסכמי, ישראל כקהילה יהודית

הרב גורן תמך באופן נלהב ברעיון הציוני ובשאיפה לחידוש הריבונות היהודית. הוא לא היה ציוני דתי "פרגמטי", אלא העניק למדינה משמעות משיחית וראה בה שלב בתהליך הגאולה.¹⁰⁵ בצה"ל הוא ראה "מכשיר רב העוצמה להגשמת חזון אחרית הימים של נביאי ישראל", ולכן "שומה עלינו לגלות ולפענח [...] את חוקי האלקים ותורתו לצבא ישראל ומלחמותיו".¹⁰⁶ הצבא הוא רק אחד ממוסדות המדינה שבה ראה שלב יסודי "במערכת החזון המשיחי וגאולת ישראל העתידה", והתנגד בתוקף לראות בה אך ורק שלב "ברברי ימי העם". ציטוטים אלו לקוחים ממאמר שכותרתו – "מדינת ישראל כשלב בחזון נביאי ישראל" – מדברת בעד עצמה.¹⁰⁷ וכך כתב שם: "מעמדה [=של מדינת ישראל] כמעמד שלטון ישראל בתקופת השופטים או המלכים הכשרים", והוסיף: "מדינה כזאת יכולה בסופו של דבר ע"י התקדמות ותכנון מושלם על פי התורה להיות שלב ראשוני מכריע להגשמת החזון המשיחי של נביאי ישראל, בתקופה המשיחית. הדבר תלוי בהתנהגותה ובאורח חייה של המדינה וראשיה ובהצלחותיה בקביעת המשימות הלאומיות הדתיות".¹⁰⁸

מיעודה זה וממהותה זו של מדינת ישראל גזר הרב גורן את חובתה של המדינה לפעול בכל תחום על פי ההלכה ולהגשים את חזון הנביאים. הוא דרש מן ההלכה להעמיד מערכת נורמטיבית לרשות המדינה, מערכת נורמטיבית שהמדינה תוכל לתפקד על פיה כראוי, ושבו בזמן תוביל להגשמת ייעודיה המשיחיים. אם ייעודה של המדינה היהודית הוא להגשים את הערכים היהודיים וההלכתיים, הרי ברור שההלכה חייבת להתאים למציאות זו ולאפשר למדינה לתפקד. וברור גם שהצבא, מערכת הבריאות, ושאר מוסדות המדינה חייבים לפעול בהתאם לחוקים ולערכי המוסר של ההלכה. אמירתו המפורסמת של רס"ג "אין אומתנו אומה אלא בתורתיה" חוזרת אצלו לרוב, והוא מסביר: "כלומר

105 ראו אדרעי, הלכה מלחמה וגאולה, לעיל ה"ש 33.

106 הרב שלמה גורן "מלחמת החשמונאים לאור ההלכה" מחניים כ 6 (התשי"ד).

107 הרב שלמה גורן "מדינת ישראל כשלב בחזון נביאי ישראל" מחניים מה 8 (התש"ך).

108 שם.

העם היהודי הוא עם במידה והוא נאמן לתורתו", הוא תוצר של הכרח מטפסי "להגשים את הערכים הגלומים במוסר הנביאים, בחזון התורה ובחזון האנושות".¹⁰⁹

אתגר ההלכה להעמיד מערכת נורמטיבית למציאות ריבונית עמד במרכז תפיסתו הצינונית והוא הקדיש לו את מרב שנותיו וכישוריו. על ספרו **משיב מלחמה**, שאלות ותשובות בנושאי מלחמה, הוא כתב שהוא "נועד להיות שולחן ערוך צבאי",¹¹⁰ והדגיש שמדובר בנושאים שאין בהם מסורת פסיקה, וכי דרושים פוסקים יצירתיים. רבנים רבים שעסקו בשאלות צבא והלכה התעניינו בדרך כלל בשאלות הקשורות לקיום אורח חיים הלכתי בתנאי מחנה צבאי, אך את הרב גורן העסיקו שאלות של מוסר המלחמה, משום שסבר שהצבא של ישראל צריך לפעול על פי ההלכה. הלכות המלחמה היו הנושא המרכזי שעסק בו, אך לא הבלעדי.¹¹¹ לא היחיד היה נמען פסיקתו של הרב גורן, אלא הציבור ומוסדותיו הפוליטיים, הצבא, המדינה ומוסדותיה. בלב חשיבתו ההלכתית עמדה התפיסה שמתוך העקרונות הבסיסיים שבהלכה ניתן לחלץ תשובה לכל שאלה עכשווית. כך סבר, ונטל על עצמו להגשים משימה זו.¹¹²

כדי להבין את ויתורו – התמוה, לאור הדברים לעיל – על המשפט, אני חושב שיש לעמוד על השקפתו העקרונית על מהות המשפט. תוכני המשפט משקפים לשיטתו הסכמה חברתית אך לא ערך אימננטי. המשפט הפרטי והציבורי באשר הם, כולל בהלכה, מבטאים הסכמה על ההסדרים המוצלחים ביותר לניהול החברה, אך הם אינם נושאים בחובם, מניה וביה, מטען ערכי מיוחד. כוחו ותוקפו של המשפט נובעים מהסכמת האזרחים או הקהילה, ואין בכך בהכרח אמירה ערכית על מוסריותו או אמיתותו. תפיסה תורת-משפטית פוזיטיביסטית זו נכונה כמובן לגבי המשפט אזרחי, ואולי אף הציבורי, אך לא לגבי התחומים הדתיים והריטואליים של החוק ההלכתי. יש הבדל תהומי בין דיני איסור והיתר וערכי המוסר היהודי, לבין המשפט. כמובן, גם לגבי המשפט, כשנבוא לעסוק בתכניו יהיה לגיטימי לנהל מאבק במקום שייראה שאלו סותרים ערך הלכתי מסוים, כשם שננהל, למשל, מאבק בחוק בריאות שאינו מגשים ערך הלכתי של שוויון ודאגה לחלש. אולם בדרך כלל אין תוקפו של החוק תלוי בהיותו משקף מטען ערכי מיוחד, ולפיכך רוב רובו של המשפט הוא ברי-התנאה. מכאן הסתמכותו העקרונית על המקורות התלמודיים המצביעים על הדיספוזיטיביות של המשפט. היות המשפט

109 "עם ישראל, תורת ישראל, מדינת ישראל והקשר ההדדי ביניהם" במה ליהדות ורוח 17-23 (התשכ"ז).

110 הרב שלמה גורן **משיב מלחמה** א 10 (התשנ"ד).

111 במיוחד בשנים שבהן כיהן כרב ראשי לישראל עסק בתחומים רבים נוספים, ראו למשל את פסקי ההלכה והמאמרים המכונסים בספרו **תורת הרפואה** (ישראל תמרי עורך, התשס"א).

112 ראו על כך בהרחבה במאמרי "מלחמה הלכה וגאולה", לעיל ה"ש 33, ובמאמרי: אריה ארדעי "מקיביה עד בירות: תחיתים של דיני המלחמה ההלכתיים במדינת ישראל" יוסף דעת 95 (התש"ע).

בר־התנאה – אם בין יחידים ואם על ידי הציבור כולו – היא תוצאה מתבקשת של עמדה תורת־משפטית זו.

במקביל, גישתו המשיחית למדינה ולריבונות היהודית הביאה אותו לתמוך במוסדות המדינה, והוא תמך בבית מחוקקים ובמערכת המשפט, כשם שתמך בהקמת צבא ומשטרה. אלו וגם אלו הם מוסדות של המדינה היהודית העתידה להגשים את ערכי הגאולה. מכאן נגזרה ראייתו את מדינת ישראל כגוף פוליטי יהודי אותנטי, כמעט מלכות ישראל, אשר לה סמכות חקיקה כשל קהל ישראל ומלך ישראל. כמו רבים מן ההוגים הציוניים, גם הוא ראה במדינה היהודית חזרה לחיים של עם "נורמלי" שיש בהם קשר לארץ, הגנה עצמית, שלטון עצמי, ומוסדות שלטוניים עצמיים בכל התחומים, כגון ביטחון פנים, בריאות, רווחה, וכו'. הוא סבר שכל המוסדות הללו צריכים לפעול על פי ההלכה. ואף על פי כן אין הוא סבור שעל בית המחוקקים לאמץ את המשפט ההלכתי, אלא עליו לאמץ את ההסדרים הטובים ביותר עבור החברה. הצירוף של תפיסה פוזיטיבית של המשפט עם ראיית מוסדות המדינה כמוסדות יהודיים אותנטיים הביא אותו לפרש את המקורות התלמודיים העוסקים בחופש ההתנאה של המשפט בצורה רחבה מאוד, מעבר למה שהיה מקובל, ולקבוע שהקהילה היהודית רשאית להסכים על ההסדרים בתחום המשפט הפרטי והציבורי כמעט ללא הגבלה. התעלמותו מן העובדה שהמקורות מדברים על מקום שאין תלמידי חכמים, ומן השאלה אם יש צורך באישור תלמיד חכם, אינה מניפולציה פרשנית, אלא תפיסת עולם על מהות ההלכה והמשפט ומקור תוקפם הנובע מהסכמה.

זו גם הסיבה שהרב גורן לא היה מוטרד מאוד מאיסור "ערכאות של נוכרים" במדינת ישראל. מדובר הרי בערכאות של יהודים, במדינה היהודית, שיש לה מעמד הלכתי כזאת. ואשר לתכנים של המשפט, אלו הרי פחות חשובים ופחות מרכזיים. מתפיסתו הפוזיטיבית על המשפט גזר גם את המיקוד של איסור ערכאות במוסד הנוכרי ולא בדין. אין האיסור נובע מתוכני המשפט ההלכתיים העדיפים בהכרח, אלא מן ההירבקות בנוכרים ובמוסדותיהם.¹¹⁵

113 הרב גורן מצא תמיכה ברעיון הזה במושג התלמודי "ערכאות שבסוריה", וראה בו פרשנות מהותית לאיסור "ערכאות", שלפיה האיסור הוא על הידמות מודעת ומכוונת לנוכרי, אך לדעתו אין הוא מטיל חיוב לאמץ משפט מסוים דווקא. גם לגבי הסטייה מתכני ההלכה, זו אסורה אם היא נעשית משום העדפה לחוק מסוים משום שהנוכרים אימצו אותו, אך אימוץ אותו החוק מסיבה עניינית אינו מהווה בעיה. המעניין הוא שגם הרב הרצוג, כאשר הוא מדבר על תקנות בירושה, חשוב לו מאוד לאמץ תקנות הלכתיות כדי שהסיבה לאימוץ השוויון לא תהיה ההידמות לנוכרי (ראו נספח), כלומר הוא מקבל פרשנות מצומצמת לאיסור ערכאות, המדגישה את ההיבט הנגיטיבי, ואף על פי כן הוא אינו מקבל את התפיסה הפוזיטיביסטית של היעדר ערך אימננטי לחוק, ולכן בכל מקום שאפשר חשוב לו מאוד שתאומץ ההלכה.

לדברים אלו יש להוסיף נקודה. הרב גורן השתלב בשיח הציוני של זמנו ברוח "השיבה אל התנ"ך", בנייתם של חיים יהודיים "שלמים" ברוח התנ"ך,¹¹⁴ וגם תפיסתו את המשפט משתלבת בתפיסת עולם זו. למעשה, הוא חזר למציאות יהודית טרום-רבנית, לעולם היהודי שקדם לחז"ל, שבו הזהות הקיבוצית היהודית לא התגבשה במשפט. עיצוב הזהות הקיבוצית היהודית באמצעות המשפט קשורה לתרבות היהודית כפי שגיבשו חז"ל בספרות המשנה והתלמוד, בהיעדר מסגרת מדינית. במרכזה של המציאות היהודית הריבונית ההיסטורית שגורן "חוזר" אליה עומד החוק המסדיר את השלטון, סמכויותיו וחובותיו, וכשם שהמלך יכול לחוקק, כך בעידן שלנו – יכול הציבור. במאמרו "דינא דמלכותא דינא" הנזכר לעיל, הוא קבע שבמסגרת חובת התשובה בימים הנוראים, יש לשוב גם מעבירות על חוקי המדינה משום שאלו מחייבים הלכתית. קבלת משפט המדינה על פני ההלכה אינה ויתור שעשה בלית ברירה, אלא חלק מתפיסה עמוקה על מהות הריבוניות היהודית, וממילא בשמירת חוקי המדינה יש מחויבות הלכתית. עובדה זו, בצירוף תפיסתו הפוזיטיביסטית של המשפט, עיצבה את עמדתו ביחס למשפט הישראלי.

ד. 3. הרב הרצוג: בית משפט ישראלי כפרשן הלכה

הרב הרצוג חלק על תפיסתו התורת-משפטית של הרב גורן, אך היה שותף לעמדתו המשיחית ביחס למדינה, אף אם היה מתון ממנו. שילוב זה הוא שהוביל אותו להיאבק על המשפט ולראות בו הכרח. הרב הרצוג נאמן למסורת החיים היהודיים במשך מאות שנים באירופה, שבהן היה למשפט תפקיד מרכזי בגיבוש הזהות היהודית הקיבוצית. הוא גם נאמן לעובדה שהמשפט עומד בלב הספרות התלמודית ותוכנית הלימודים המסורתית, עובדה המלמדת על חשיבותו ומרכזיותו בתודעת הזהות היהודית. הרב הרצוג זעם על ההצעה לאמץ את שיטת הר"ן ולהפריד בין המשפט ההלכתי והמדינה. זעמו זה משקף את הדילמה והקושי הנפשי המתעוררים אצל כל יהודי לומד תורה ושומר מצוות הלומד את דרשת הר"ן: מדוע נכתבו המסכתות העוסקות במשפט, מדוע נכתב "חושן משפט", ומה משמעותם וחשיבותם, אם ניתן לוותר עליהם בקלות?¹¹⁵

המתח הזה, המתעורר אצל הרב הרצוג לשמע ההצעות לויתור על המשפט, משקף את תפיסתו הרואה את המשפט כמכונן זהות מרכזי, וכעומד בלב התרבות היהודית,

114 ראו אניטה שפירא התנ"ך והזהות הישראלית (התשס"ו). וראו מאמרי, מלחמה הלכה וגאולה, לעיל ה"ש 33.

115 ראו דיון בנספח. לדעת הר"ן עצמו מתמודד עם קושי זה, ולפיכך הוא דרש שהסטייה מדין תורה תהיה מתוך הכרח, בהיעדר מנוס, ובמגבלות המינימום ההכרחי, אך אין הוא מציע ויתור כללי, ובוודאי לא ויתור על עצם השאיפה להחלת דין תורה, כפי שהציעו חוקרים בהבנת שיטתו, וכפי שככל הנראה הבין הרב גרודונסקי ולפיכך הציע הרב הרצוג להסתמך על שיטה זו, דבר שעורר את זעמו של הרב הרצוג. ראו: תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ב' 75.

ומשכך לא ניתן לוותר עליו במדינה היהודית. הרב גרודזנסקי לא ראה במדינת ישראל מדינה יהודית ולכן ויתר בנקל על המשפט, אבל דווקא האופן שבו ראה הרב הרצוג את מדינת ישראל כמדינה יהודית של ממש, כמעט משיחית, גרם לו זעזוע לחשוב על מדינה יהודית המתנתקת מלב התרבות והזהות היהודית.¹¹⁶

מכיוון שהרב הרצוג ראה במשפט התורה את לב הזהות היהודית ושבלעדיו אין משמעות למדינה כיהודית, הוא מוכן לעשות מהלכים שהם מבחינה הלכתית פורמליסטית מרחיקי לכת הרבה יותר מאלו של הרב גורן, ובלבד שלעולם ההלכה תהיה דריסת רגל במשפט הישראלי. מכאן נובעת שאיפתו לעריכת קודקס ולהתקנת תקנות בתחומים שונים של ההלכה. הרב הרצוג העדיף להידחק מבחינה הלכתית על פני התחמקות מאחריותו כפוסק. לשיטתו חובה עליו כפוסק וכמנהיג הלכתי להעמיד הלכה היכולה להתקבל על החברה היהודית בזמנו ובמקומו. באופן חמור אף יותר הוא ראה את ההסתמכות המפורשת או משתמעת של פוסקים על כך שהמחוקק יתקן חוק שיוכל להיות לרווניטי ובכך יתגבר על הבעיה שבחוק ההלכתי. התקנות למען שוויון בירושה שנאבק עליהן – שנעמוד עליהן בנספח – הן דוגמה לא רק לשאיפתו לשוויון, אלא בעיקר לתפיסת עולמו העקרונית על אחריות פוסק ההלכה להעמיד הלכה מקובלת וישימה.

בבית המשפט שהרב הרצוג מדמיין יכהנו שופטים יהודים חילוניים ושופטים נוצרים, אנשי יושר ואמת, אך ללא שמירת מצוות כנדרש על פי ההלכה. שופטים אלו יכירו בצורה כלשהי את עמדת ההלכה, וישקלו אותה בבואם להכריע את הדין. השופטים יפרשו את ההלכה מתוך הקשר הזהות והתרבות הישראלית, ולא מתוך מחויבות להלכה, ובמסגרת שיפוטית שאינה מסגרת של בית דין של ההלכה. מה חשיבות יכולה להיות למהלך כזה, והאם מבחינה הלכתית באמת הוא הרוויח משהו? נראה לי שהפרשנות המוצלחת ביותר למהלכו של הרב הרצוג קשורה לחשיבתו על הזיקה שבין מדינת ישראל, ובהקשר זה המשפט הישראלי, ובין התרבות היהודית ועולם התוכן היהודי. לזיקה זו שני כיוונים, האחד – המוכר והפשוט – עוסק במקומה של התרבות היהודית במדינת ישראל, ומבקש להביא אליה משהו מערכי התרבות היהודית. הכיוון השני, רדיקלי יותר, ומעניק למדינת ישראל כוח ותפקיד בעיצוב התרבות ועולם התוכן היהודי.

בפרי הכלאיים שהרב הרצוג יצר יש לדעתי עניין עצמאי ותכלית ייחודית. ניתן להבין את התוצר של הצעתו באופן שיש בו הרבה יותר מאשר (רק) פשרה. הוא מודע לכך שבמתכונתו הנוכחית המשפט העברי אינו מוכשר למציאות, ושהבעיות הן

116 אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, הציע שהרב הרצוג כפורמליסט התנגד לפלורליזם משפטי ולכן לא יכול היה לקבל את שיטתו של גורן. לדעתי זו החמצה של עיקר טענתו הרואה בזניחת משפט התורה כנטישת לב הזהות היהודית. העמדת שיטת הרב הרצוג על צנטרליזם פוזיטיביסטי מחמיצה את תפיסת המשפט כתרבות וכזהות. אילו היה הרצוג פורמליסט היה יכול לסמוך על הצעותיו של הרב גורן המעוגנות בפרשנות פורמליסטית למקורות. ראיית המשפט כתרבות היא אנטי פוזיטיביסטית בעליל.

מהותיות. ואת הבעיות הללו הוא רצה לפתור באמצעות שילובה של ההלכה במשפט המדינה.¹¹⁷ השינויים המתבקשים – למשל שילוב נשים ונוכרים – הם צורך של ההלכה, טען הרב הרצוג, ולכן שילובה של ההלכה במשפט המדינה יקדם אותה עצמה.¹¹⁸ דומה שמבחינה הלכתית טהורה – בחשיבה פורמלית על המשפט – הפתרון של הרב גורן מוצלח יותר. אולם הרב הרצוג חושב על המשפט בגישה תרבותית היסטורית ומכאן הביסוס למהלך שלו. הוא חיפש גשרים ורצה לבנות מערכת הלכתית שתתאים לעולם הערכים של החברה. בין שאר הדברים שעשה לשם כך הוא הפך את מוסדות המשפט הישראלי למרחב פעולה של ההלכה. כאשר ביקש שבבית משפט ישראלי יהיה שופט יודע משפט עברי ושישתמשו בו, ובכך יימנע איסור ערכאות, הלכה למעשה הוא הפך את בית המשפט הישראלי לפרשן של ההלכה, והנמיך את המחיצות שבין השיטות. הוא רצה לראות את המקורות ההלכתיים בלב השיח המשפטי בישראל, ובכך ימלאו הן את תפקידם הערכי הן התרבותי והזהותי.

העולה מן הדברים שהוויכוח על המשפט כזהות וכתרבות כשיטת הרב הרצוג, לעומת תפיסה פוזיטיביסטית של המשפט כשיטת הרב גורן, הביא למחלוקת עמוקה בשאלת היחס שבין המשפט הישראלי וההלכה. בניגוד לאופן שבו מקובל להבין את הוויכוח שבין הרצוג ובין גורן ונריה, הפתרון של הרב הרצוג הוא רדיקלי ועמוק יותר וגם מודרני יותר. גם הרב הרצוג וגם הרבנים גורן ונריה רואים בבתי המשפט של מדינת ישראל בתי משפט של מדינה יהודית על כל המשתמע ומחויב מכך. אולם הרבנים גורן ונריה יצרו, על סמך עקרון דיספוזיטיביות המשפט, נתק בין השיח ההלכתי לדורותיו ובין המשפט הישראלי, ובכך ויתרו על המהות. הרב הרצוג, לעומת זאת, הגדיר את בתי הדין בישראל, המורכבים מדיינים שאינם שומרי מצוות, כבתי דין יהודיים, ובתנאי שידונו על פי ההלכה. לאור תפיסתו המהותית והמתנגדת לתפיסה הפוזיטיביסטית

117 אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, פרק 2 ראה בגישתו של הרב הרצוג לאמץ את המשפט העברי שאיפה "למדינת הלכה". נקודת העיוורון שלו היא בכך שהרב הרצוג דיבר על המשפט אך לא על התחומים הריטואליים של ההלכה שעליהם אנחנו בדרך כלל מדברים כאשר מדברים על מדינת הלכה הכופה על היחיד נורמות דתיות. ושלא לדבר על כך שהרב הרצוג הציע שינויים מהותיים בהלכה עצמה.

118 הרב הרצוג הלך רחוק מאוד "בויתורים" (קבלת שופטים על ידי הציבור, על ידי הכנסת בשם העם, קבלת שופט חילוני, ועוד). אלכסנדר קיי סבר שהרב הרצוג הציע ויתורים אלו מחוסר ברירה. אולם גם כאן הוא טועה, ברור שהייתה לו ברירה, אלא שהוא אינו מעוניין בה. קיי טוען גם שמהלכיו של הרב הרצוג הם אקרובטיקה פרשנית בלתי ברירה. אך אני סבור שהחלטה לעשות אקרובטיקה נובעת מהשקפת עולם. פרשן עושה אקרובטיקה רק כאשר הוא רוצה להגיע למקום לא טריוויאלי. אקרובטיקה היא כלי עבודה לגיטימי ומובהק של פרשן משפטי שעושה שינוי. שום פרשן משפטי מסורתי לא עושה שינוי בקול תרועה. אם הרצוג מבין שמדינה יהודית סובלנית היא הכרח, כלשונו של קיי, אזי זאת היא האידיאולוגיה שלו: מדינה יהודית סובלנית.

של המשפט הוא מיקד את משמעות איסור "ערכאות של נוכרים" בדין, ולא בדין או בבית הדין, משום שראה חשיבות רבה בעצם אימוץ נורמה הבאה מן העולם ההלכתי. ברור שהצעתו להכשיר את שופטי המדינה במשפט עברי לא נועדה להפוך את המערכת המדינית ל"הלכתית", אלא להשיג את מה שהיה חשוב בעיניו, והוא – עצם הטמעת אוצרות הרוח ועולם הערכים של המשפט העברי במסגרת משפט המדינה.¹¹⁹

בית הדין והשיטה המשפטית של הרב הרצוג מייצרים משפט הבנוי על רצף עם השיח המשפטי לאורך הדורות. בית המשפט הישראלי מפרש את ההלכה ומעמיד קומה נוספת בשיח ההלכתי עצמו. הרב הרצוג מכיר בעובדה שחלק גדול מן היהודים אינם שומרי מצוות, והוא מקבל אותם כעדים, כדיינים, וכמחוקקים, אולם הוא רוצה לשמר את התכנים. הוא נכון להכיר בכתי דין המוקמים על פי חוק מדינת ישראל, שואבים ממנה את סמכותם, ושרוב הדיינים בהם פסולים מבחינה הלכתית, ככתי דין יהודיים על פי ההלכה שאין בהם איסור "ערכאות". עובדה זו מבטאת, לדעתי, לא רק את פתיחותו של הרב הרצוג, אלא בעיקר את שאיפתו העמוקה ועיקר מטרתו לגשר בין המציאות החדשה ומדינת ישראל הריבונית לבין המסורת ההלכתית.¹²⁰ בניגוד לפתיסות שהועלו במחקר, הרב הרצוג לא ביקש מן המשפט הישראלי לציית למשפט ההלכתי, אלא להתייעץ אתו. שאיפתו הייתה שחושן המשפט יהיה מונח על שולחנו של השופט הישראלי, והוא יבחן ברצינות את אופציית השימוש בו. מהלך כזה ישחרר את בית המשפט הישראלי מאיסור 'ערכאות', ובעיקר ימקם אותו על רצף היצירה והזהות היהודית. הצעתו של הרב הרצוג לשופט אחד בכל הרכב היודע 'חושן משפט' אין משמעה ציות ואימוץ ההלכה, אלא הבאתה בחשבון. עצם דו השיח עם ההלכה כמקור רלוונטי היא מבחינתו של הרב הרצוג הנקודה העיקרית והחשובה.¹²¹

119 לרב הרצוג היה גם קו נסיגה שני, אם לא תתקבל הצעתו, המחדד את תפיסתו כי הדין עיקר ולא המוסד. כקו נסיגה שני ולפיו ניתן יהיה לפנות לבית דין של תורה באופן וולונטרי, ראו המקורות לעיל ה"ש 18. ודוק היטב: המטרה איננה להינצל מאיסור ערכאות, אלא להציל את כבוד התורה, ואת כבוד המדינה המחללת שם שמיים בנושאה את התורה. באיסור ערכאות הרב אינו מוטרד משאלת המוסד, בית דין של תורה, אלא משאלת המחויבות והזיקה לדין. בעצם העובדה שיהיה בית דין של המדינה שידון על פי דין תורה, ולו רק במצב שאדם בוחר בכך, הוא רואה הקלה מסוימת בחילול ה' שבנטישת דין התורה על ידי המדינה.

120 יש לזכור שהרב הרצוג ראה גם בחקיקת הכנסת חקיקה יהודית הלכתית תקפה, על סמך תקנת קהל. כלומר הוא קרא את המוסדות הריבוניים של מדינת ישראל במושגים ובמונחים הלכתיים, ראו מאמרי "חילוניות ולאומיות", לעיל ה"ש 21, בעמ' 64.

121 ראו: חנינה בן-מנחם, "חוק יסודות המשפט תש"מ-1980 – חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי יג 257 (התשמ"ז). בן-מנחם מציע הבחנה זו כפרשנות המוצלחת ביותר לחוק יסודות המשפט, בניגוד לפרשנויות שהוצעו על ידי השופטים ברק ואלון.

כשהרב הרצוג הכיר בבית המשפט הישראלי, ובתנאי שיעשה שימוש בספרות ההלכה, הוא לא היה נאיבי לחשוב שההליך השיפוטי הוא הליך של יישום חוק על מקרה. גם כאיש הלכה וגם כמשפטן בריטי שהכיר היטב את שיטת ה־Common Law, הוא ידע היטב את טיבו של ההליך השיפוטי, וידע שהוא מחייב בחירה בין מקורות, פרשנויות, והכרעות. ואף על פי כן הוא ראה בעצם השימוש בהלכה בבתי הדין ערך משמעותי הגובר על איסור ה"ערכאות".¹²²

חוקרי המשפט העברי עסקו הרבה בתורת המשפט של פרידריך סביני, ומצאו בה תנא דמסייע לרעיונותיהם על המשפט העברי כמשפט לאומי. תורת משפט זו גם תיווכה בין רעיון המשפט העברי ובין תפיסותיה של הציונות התרבותית מבית מדרשו של אחד העם, אך בהסתפקות בה יש החמצה משמעותית. בהשפעת תורתו של סביני נערך מחקר מקיף בגרמניה שנועד לתעד את המשפט הנוהג ולארגן אותו, זה שהבשיל לבסוף לספר החוקים הגרמני הנודע, ה־BGB. אכן אין ספק שהשקפה זו מכירה בערכה ובחשיבותה של פרטיקולריות תרבותית. הנחת היסוד היא שהמשפט בא "מלמטה", מתפתח ונוצר על ידי העם ומשקף את "רוחו האמיתית". עיקר טענתו וחידושו של אחד העם אינו בעצם הדבקות במורשת התרבותית, אלא בהפניית המבט קדימה, אל העתיד, אל הערכונים הנדרשים להישרדותה של התרבות. אחד העם לא הסתפק בדרישה לשימור התרבות, אלא דרש מן האליטה הרוחנית והתרבותית לבנות על בסיסה את השלב הבא בתרבות. הוא לא הסתפק בתיעוד ובעממיות, אלא רצה "להוציא את היהדות מן הגטו",¹²³ לייצר שלב עדכני של התרבות, וראה בכך את עיקר ייעודה של הציונות. אני מודע לכך שיש בדבריי משום השלכת רעיונותיה של הציונות התרבותית על חשיבתו של הרב הרצוג. אך אני חושב שיש בהם פרשנות מוצלחת לשאיפתו להכניס את המשפט העברי אל בית המשפט החילוני ולהתגבר בכך על איסור הערכאות ההלכתי. לא רק שהרב הרצוג מכניס את ההלכה לבית המשפט החילוני, אלא שהוא גם מעניק לו את הכוח לפרש אותה.

122 פעילותו של מנחם אלון כשופט בבית המשפט העליון משקפת תפיסת עולם הקרובה לרעיונותיו של הרב הרצוג. אלון, כמו הרב הרצוג, ובניגוד לכמה משופטי המשפט העברי שקדמו לו, ראה ערך הלכתי, ומשמעות שהיא מעבר למשמעות תרבותית אחד־העמית, בפסיקה על פי המשפט העברי. ראו אדרעי, "לא פוסק אני", לעיל ה"ש 4, בעמ' 45.

123 "לא היהודים בלבד יצאו מן הגטו, כי אם גם היהדות". ראו: אחד העם, "מדינת היהודים ויצרת־היהודים" כל כתבי אחד העם קלח (התשי"ט). נדפס במקור בהשלח טבת התרנ"ח כמאמר ביקורת חריף על הקונגרס הציוני הראשון.

ה. אחרית דבר:

הרב הרצוג, מן "המוסדות העיקריים" אל המשפט הישראלי

בספרו המוסדות העיקריים של המשפט העברי תיאר הרב הרצוג את המוסדות המשפטיים, את דרכי פעולתם ואת הגיונם הפנימי. שאלת התפתחותם ההיסטורית או זיקתם אל שיטות משפט עתיקות אחרות אינה מענייניו, והוא אף מתנגד למתודת מחקר זו. וכפי שתיאר משה הרשקוביץ בהרחבה את גישתו הדוגמטית-פוזיטיבית והתנגדותו לגישה היסטורית משווה.¹²⁴ ואף-על-פי-כן, כאשר הוא מתאר את המוסדות המשפטיים הוא נזקק לעולם המושגים המוכר לו מן המשפט האנגלי והרומי, ומהיכרותו את הספרות המשפטית המקובלת באנגליה של זמנו.¹²⁵ לדעתי, שאיפותיו ומטרותיו של הרב הרצוג במחקרו מסבירים יפה את ההיגיון המתודי שלו, והם גם מקדמים את הבנתנו את עמדתו כעבור שנים בעניין המשפט הישראלי. שאיפתו של הרב הרצוג הייתה להעמיד את המשפט העברי כמשפט חי ובר יישום, שאינו נופל ברמתו מן המשפט הרומי או האנגלי. הוא רצה לשכנע בכך את המשפטן האנגלי, ומאוחר יותר את המשפטן הישראלי. אם כן, ברור מדוע יסביר אותו במונחים המוכרים למשפטן בן הזמן. מאותה סיבה בדיוק ברור גם מדוע מחקר היסטורי על זיקה והשפעות של שיטות משפט עתיקות אינו יכול לתרום מאומה להיותו בר יישום, מועיל, או צודק.

הרב הרצוג לא ביקש לתרום למחקר על המשפט העברי, אלא, כמו שלום, במאמרו הנודע על חכמת ישראל,¹²⁶ לפתח את המשפט העברי. לתרום לחיים הריאליים, לקיום היהודי, ולפיתוחה של תרבות יהודית בהווה. שלום בחזונו לאוניברסיטה העברית רצה "מגע עם קרקע עולם של האומה, מתוך היניקה המחודשת ממקורות נצח. בניית הווה אגב העלאת העבר ככוח חיוני".¹²⁷ גישה זו – העבר ככוח חיוני בבניית ההווה – הנחתה את הרב הרצוג בספרו על המוסדות העיקריים של המשפט העברי, והיא תוביל אותו בעתיד כשיחשוב על המשפט בישראל. במאמרו הנזכר ציטט שלום את מוריץ שטיינשניידר, מגדולי חוכמת ישראל, שאפיין באירוניה את ההישג העיקרי של מדעי היהדות בכך שהצליחו להביא את היהדות "לקבורה מכובדת".¹²⁸ אירוניה זו אפיינה גם את עמדתו של הרב הרצוג ביחס לגישה ההיסטורית, העשויה להעמיד על חשיבותו של המשפט

124 הרשקוביץ, יחיד בדורו, לעיל ה"ש 63. ראו גם עמיחי רדזינר "יחסו של הגר"א הרצוג למשפט השוואתי למשפט העברי" משואה ליצחק, לעיל ה"ש 58, בעמ' 506.

125 אכן, אלכסנדר קיי ראה כאן סתירה פנימית וחשב שהצירוף הזה אירוני (ראו קיי, לעיל ה"ש 1, פרק 2).

126 גרשום שלום "מתוך הרהורים על חכמת ישראל" דברים בגו 385 (1975).

127 שם, בעמ' 385.

128 שם, בעמ' 390.

העברי בעבר, אך בניגוד למחקר פוזיטיבי, לא תתרום מאומה ליישומו, לשגשוגו, או להיותו כלי משמעותי בחיים היהודיים בהווה.

דברים דומים אמר ביאליק, במכתבו "על חכמת ישראל", שבו השווה בין חוכמת ישראל במזרח אירופה ובין זו שבמערב. חוכמת ישראל המערבית עזבה את הלשון העברית, וביאליק ראה בכך את חטאה הנורא מכול, ומנגד משכילי מזרח אירופה:

עיניהם הם היו לפנים ולא לאחור. הם לא רק חקרו את ה"עבר" [= כמו משכילי מערב אירופה, "חוכמת ישראל"], אלא חיו אותו, בנו על יסודו את ההוה, ולשם העתיד. הם נשאו את עברם על כתפיהם כנשוא הכהנים את ארון אלהים. ראש מעינם הם היתה לא החקירה ב"מאי דהוה", אלא היצירה, היצירה החדשה, החיה, המתמדת. ובאו וראו: כמעט לא עברו ארבעים שנה, ומה רבה הברכה! צנורי שפע סתומים מתמול שלשום פתחו פיהם פתאם ומקורי חיים חדשים זנקו מתוכם. בת־טפוחיה של היהדות המזרחית, הספרות העברית, המצערה בראשיתה, הרחיבה את גבולותיה הלך והרחב, והאדירה כחה הלך והאדר, עד היותה באחרונה כמעין ברכה וישועה לדור שלם. קמו לה סופרים ומשוררים, תרבות אנשים חדשים, אשר בשתותם גם מבארות עולם וגם ממקורות חייה של האומה, השיבו חיים שבעתיים אל חיקה. הלשון העברית שבה להיות כמעין המתגבר, ובהסתגלה לכל צורות המחשבה העולמית, הבשילה פרי לא פלל לו איש; והשירה העברית, שנעלמה במערב אֵלם מות, צהלה במזרח בגאון קולה כאשר לא צהלה אולי מיום חתום חזון בישראל.¹²⁹

שלום וביאליק מנגידים את התשוקה לידע אל מול זיקה אל החיים עצמם. הם מבקשים "מיזוג אופקים" בין הלומד ומקורותיו, לא כמיהה אל ידע אובייקטיבי, אלא בקשת מענה לשאלות הקיום – שאלות מעשיות כמו גם הגותיות ופילוסופיות – מתוך עיון בעבר.

האופן שבו הציג הרב הרצוג את ההלכה בהשוואה למשפט האנגלי הוא דוגמה למיזוג אופקים, ניתוח והצגת העבר באופן שיוכל להיות כלי לקיום בהווה. מחקר המכוון את החיים, ולא רק מתאר אותם, כפי שעשה גולאק, ושבשל כך התנגד לו הרצוג.¹³⁰ מי שממזג אופקים פועל בתוך השיטה, מייצר פרשנות חדשה, כותב את הפרק הבא בסיפור. מיזוג אופקים הוא דינמי מטבעו, מעמיד על הבמה תופעה חדשה, אך כזו הנובעת מקודמתה. מיזוג אופקים לעולם אינו חד־צדדי. במודע או שלא במודע, הפרשן המתמזג כופה עצמו, זמנו, מקומו, דעותיו ורעיונותיו, על הטקסט המתפרש.

129 חיים נחמן ביאליק "על חכמת ישראל" מכתב לעורכי עיתון הדביר 1923 (כל כתבי ח. נ. ביאליק, רל"ז, רל"ט (התרח"ץ)). שלום (לעיל ה"ש 126, בעמ' 395) מתייחס למאמרו זה של ביאליק.

130 ראו רדוינר, יחסו למשפט השוואתי, לעיל ה"ש 124.

כאשר הרב הרצוג מקבל בית משפט ישראלי כבית משפט שיישם את ההלכה הוא מבין שכדי להישאר במרחב הציבורי הוא מתמוג. הוא עושה זאת במוצהר, הוא נכנס לתוך בית משפט חילוני-ישראלי ומעניק לו את ספר התורה, וליתר דיוק את "חושן משפט". אולם במקביל הוא העניק להלכה, אף אם בלא גילויי התלהבות, ערכים של שוויון. מעבר לכך הוא העניק להלכה פלטפורמה להגיב למציאות הריאלית, להתעדכן ולהיות רלוונטית.¹³¹

131 על עמדת הרבנים הרואים במשפט הישראלי "ערכאות של נוכרים" כתב ידידיה שטרן שיש להבינה: "ככזאת שמקורה בחוסר הפנמה של המשמעויות ההלכתיות של המעבר מגולה לריבונות" ("כל ישראל אין להם חלק בעולם הבא? על יחסה של ההלכה למערכת המשפט הישראלי" על דעת הקהל: דת פוליטיקה בהגות היהודית ספר היובל לכבוד אביעזר רביצקי כרך ב 897, 901 (הנ"ל ואח' עורכים 2012)). טענה זו מובנת, שהרי איסור ערכאות הוא כלל שנוצר עבור קהילה המבקשת להתכנס ולהיבדל מהחברה ומן המדינה ומוסדותיה. הגדרת משפט המדינה כ"ערכאות" מבטאת לכאורה זרות ומרחק נפשי בין היהודי ומדינתו, ומתעלמת מהיות המשפט אמצעי ביטוי מרכזי לריבונות. עם זאת, טענתו של שטרן מתעלמת מן העובדה שעניינם של פוסקים אלו נבע מן הרצון להשפיע על משפט המדינה, ומכך ששאיפה זו כשלעצמה מבטאת דווקא הפנמה עמוקה של המעבר מגולה לריבונות. בשום מקום בגולה לא עלתה על דעתם של פוסקי הלכה שאיפה להשפיע על משפט המדינה שחיו בה. הפוסק הציוני דתי איננו מתקשה להפנים את הריבונות ומשמעותה, אלא את העובדה שהמעבר לריבונות מחייב ויתור טוטלי ומראש על המשפט היהודי וערכיו. הוא נאבק על זהותה של המדינה ומבקש ליצור זיקה אל רצף התרבות היהודית. עובדת היותו של המשפט אחד המוסדות והביטויים המובהקים של הריבונות מוליכה את הפוסק המזדהה עם המדינה להתנגד להתנתקותה ממקורות התרבות היהודית, שהמשפט במרכזם. זהו מאבק על זהותה היהודית של המדינה שאינו נובע מתודעת בידול, אלא מהזדהות ותודעת שותפות עמוקה.

הרב הרצוג היה מזוהה עם המאבק למדינה ועם הקמתה, ובו בזמן הוא הדמות הרבנית הבולטת ביותר במאבק על המשפט בתקופת המעבר מיישוב למדינה ובראשית שנות המדינה. לשיטתו, המחויבות של הקולקטיב למשפט עולה על חובת היחיד, והמחויבות של קולקטיב ריבוני עולה על זו של קהילה בגולה, ולפיכך חובת המשפט מועצמת דווקא בשל המעבר לריבונות. כך למשל אמר: "ומעתה אני אומר שעם ישראל בתור שכך ובארץ קודשו, שזכה שוב למלכות, כשהוא עוזב את תורתנו הקדושה ודן על פי חוק זר [...] הרי הוא בוטח בתורת אלוהים חיים [...]". (תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך א 212, וראו גם את הציטוט החשוב שמביא חיים שפירא לעיל ה"ש 1, בעמ' 302). הרב הרצוג אכן לא כינה את המשפט הישראלי "ערכאות של נוכרים", והוא גם הכיר במגבלות ההלכה, וביקש להפעיל את כל הכלים כדי לתקנה ולהתאימה. אך דרש ממשפט המדינה ומרשויות המדינה דיאלוג עם ההלכה ובידור המקומות שבהם יכולה עמדת ההלכה להילקח בחשבון.

ידידיה שטרן טען עוד כי: "יש בנמצא 'דרכי מילוט' הלכתיות לא מעטות שאפשר היה להשתמש בהן" כדי לשחרר את "בתי המשפט הישראליים מהאפיון הפוסל של 'ערכאות של גויים'" (שם, עמ' 902). דברים אלו מתמקדים בטקטיקה ההלכתית ומתעלמים מן האסטרטגיה. בפסיקת הלכה אכן נעשה לעיתים שימוש ב"דרכי מילוט", בכלים וטקטיקות

נספח א: הפרשנויות לשיטת הר"ן

הזכרנו את גישת "משפט המלך" של הר"ן, רבנו ניסים ב"ר ראובן גירונדי (נפטר 1376), מפרשני ההלכה והוגיה הבולטים ביותר בספרד. גישה זו מעניקה סמכויות נרחבות לשלטון, ומעמיקה את ההפרדה שבין ההלכה והמדינה. יש לה מקום מרכזי בטיעוני ההוגים והפוסקים שהציעו להמשיך במודל הדואלי של הגלות ולהפריד בין ההלכה ומשפט המדינה. הרב גורן הסתמך עליה, בשולי דבריו, ואילו הרב הרצוג, שהעיד כי הרב חיים עוזר גרודזנסקי מוילנה הציע לו שיטה זו כפתרון, דחה מכול וכול את הרלוונטיות שלה.¹³²

עמדתו של הר"ן שונה באופן מהותי מזו של הרמב"ם, השואף לאחדות ההלכה והמדינה. לשיטת הר"ן, ההלכה היא בבחינת "המשפט הצודק האמיתי", ואף על פי כן הסמיכה התורה את המלך לחוקק חוקים אחרים "כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני",¹³³ נראה שעמדתו נובעת מהכרתו בקוצר ידה של ההלכה לנהל מדינה. גישתו מהווה הרחבה והמשגה של משפט הקהל שהתפתח בהלכה הספרדית בדורות שקדמו לו, בעיקר בתורתם של הרמב"ן והרשב"א, והמעניק מעמד משפטי אוטונומי לקהילה היהודית, הכולל סמכות חקיקה וענישה.¹³⁴ על בסיס דברים אלו הציג הר"ן תפיסה הלכתית

שונות, כדי לעקוף או ליתר נורמה הלכתית. אולם כדי להשתמש "בדרכי מילוט", צריך הפוסק להגדיר את האסטרטגיה שלו, את המדיניות ההלכתית שאליה הוא חותר, ואותה הוא מבקש ליישם. הוא צריך להסביר בשפה הלכתית אילו ערכים הלכתיים הוא מקדם תמורת המילוט מן האחרים, לנמק את הבחירה וההעדפה, ולהסביר את הערך שבאיוון הנדרש למרות המחיר. בכל שיטת משפט נדרשים לעיתים שופטים לדרכי מילוט מן החוק, אך לשם כך עליהם לנמק, בשפתה של השיטה שבה הם מדברים, את בחירתם, להראות מדוע דווקא המילוט מן החוק מגשים נכון יותר את מכלול ערכיו ומטרותיו של החוק. "דרכי מילוט" מן החוק הן הכלי, השפה המשפטית המצדיקה את הוויתור על החוק. קודם לשימוש בכלי זה חייבת לבוא הכרעה על עצם הוויתור, הגדרת ערך הלכתי אחר שיושג באמצעות הוויתור, והצדקת ההעדפה.

132 שיטת הר"ן נידונה הרבה במחקר הן באופן כללי, על היקפה והמתחים הפנימיים שבה, והן בהקשר ליחס ההלכתי למשפט מדינת ישראל. ראו מנחם לורברבוים פוליטיקה וגבולות ההלכה 107 ואילך (2005); אביעזר רביצקי "דת ומדינה: דגמים מתחרים במחשבה היהודית" חירות על הלוחות: קולות אחרים של המחשבה היהודית 49 (1999); לגישה המציעה פרשנות מינימלית יותר לעמדת הר"ן ראו: יצחק ברנד "משפט המלך שבדרשת הר"ן: הגות הלכה ופולמוס" ציון עה 393 (התש"ע). לעמדתו של הרב הרצוג והוויכוח עם הרב גרודזנסקי ראו תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך 5 ב.

133 דרשות הר"ן לרבנו ניסים בן ראובן גירונדי, דרשה יא (מהדורת פלדמן 2016, עמ' קפט) (ההפניות להלן למהדורה זו).

134 חכמי ימי הביניים הגדירו את הקהילה כישות משפטית ויצרו משפט קהילה. מהלך זה הגיע לשיאו בספרד בתשובות הרשב"א, ובאשכנז בתשובות המהר"ם מרוטנבורג. ראו

פוליטית שתחולתה מעבר למציאות הקהילתית הקונקרטית, אף במדינה היהודית המקנה. דיני העונשין ההלכתיים הם דוגמה החוזרת בכתבי הרשב"א והר"ן, כביסוס לטענה שאין להסתפק בהלכה, וכי במטרה לקיים את החברה יש להעניק סמכויות חקיקה לגופים הפוליטיים של הקהילה. כך למשל כתב הרשב"א בתשובה שמצטט הרב גורן: "שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה".¹³⁵ היעדר השוויון בבית הדין ההלכתי כמוטיבציה להישענות על משפט המלך מייחד כמובן את עמדתו של הרב גורן.

במודל הכפול של הר"ן: שופט ומלך, משפט התורה ומשפט המלך.¹³⁶ מודל שלטוני המעניק למשפט תפקיד כפול: סדר חברתי ("סידור מדיני"), ו"צדק אמיתי" (משפטי התורה). תפקיד השופט הוא "לשפוט את העם משפט צודק אמיתי", ואילו תפקיד המלך הוא "הסידור המדיני" שכדי להשיגו מוענקת לו סמכות לחוקק ולהעמיד את הדין הטוב ביותר הנדרש להשגת מטרה זו, אף תוך סטייה מדין תורה. תפקידם של כל חוקי התורה לשיטת הר"ן הוא "חול השפע האלוהי", אך יש חוקים שלהם תפקיד נוסף והוא השגת "סידור מדיני". עניין השפע האלוהי הוא ייחודי להלכה, ואילו הסידור המדיני הוא אוניברסלי. בחוקים הכוללים גם שאיפה לחול השפע האלוהי וגם סידור מדיני עשוי להיווצר קונפליקט, החוק המוצלח ביותר להשגת "חול השפע האלוהי" יהיה שונה מהחוק המוצלח ביותר להשגת סידור מדיני מיטבי. במקרה כזה יש לסגת ולוותר על השגת חול השפע האלוהי למען השגת סידור מדיני ("תקון ענייני קיבוצנו"), והמלך יחוקק חוק שיגבר על חוק התורה:

לורברבוים, לעיל ה"ש 132, בעמ' 110-112. הרמב"ן בספרו משפט החרם היה הראשון בספרד שקבע את סמכות הקהל באופן רחב והעניק לו את סמכות חקיקה. הספרות על כך רחבה מאוד. כפי שהראה ברמן בספרו (Law and Revolution, לעיל ה"ש 9), המדינה באירופה הפיאודלית של התקופה לא הייתה ריכוזית, היו גופים מגזריים שונים שחוקקו, ובמובן זה הקהילה היהודית משתלבת היטב בסביבתה. קהילות יהודיות תפקדו בפועל כ"מדינה בתוך מדינה", חוקקו, שפטו והענישו, אף שלא הייתה להם ריבונות מלאה. הרמב"ן והרשב"א עסקו בקהילה, במציאות הקונקרטית של זמנם, אך הר"ן לקח את הדברים למודל עקרוני, ועסק במדינה היהודית העתידית. את סמכות הקהילה כפי שהוגדרה על ידי הרמב"ן והרשב"א העניק הר"ן למלך. למעשה הוא טען שסמכות המלך ראשונית, והקהל ירש אותה ממנו בהיעדרו.

135 שו"ת הרשב"א ג, סימן שצג, וראו גם בדרשת הר"ן.

136 לשיטת הר"ן, הסמכות שמעניק התלמוד לשופט לסטות מן הדין היא סמכות המלך שהועברה לשופט בהיעדר מלך. אך אין הוא הסדר האידיאלי: "בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, הסנהדרין הם לשפוט את העם במשפט צדק בלבד, לא לתקן ענינים ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כחו. אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כח השופט וכח המלך" (עמוד קצב).

שכמו שנתיחדה תורתנו מבין נמוסי אומות העולם במצות וחקים, אין ענינם תקן מדיני כלל, אבל נמשך מהם הוא חול השפע האלהי באומתנו והדברקו עמנו [...] **כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאלו הם המשותפים בין סבת החול הענין האלהי באומתנו ותקון ענייני קבוצנו.** ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתקון קבוצנו, כי התקון ההוא המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו.¹³⁷

הר"ן, כמו הרשב"א, מודע לכך שלעיתים יעמדו חוקי המלך בסתירה לחוקת התורה, משום שלא ניתן להנהיג את החברה בצורה מתוקנת על פי משפט התורה:

ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה [=בחוק התורה] לברו, השלים האל תיקונו במצות המלך.¹³⁸

השאלות המגורות בראשו של כל לומד הדרשה הן מדוע יש צורך במשפט התורה, ובאיזה מובן ראה הר"ן בחוק התורה משפט צדק, אם לא ניתן לקיים חברה על פיו.¹³⁹ שאלות אלו, בצירוף העובדה שבהמשך הדרשה הדברים של הר"ן עמומים ומתונים הרבה יותר, היוו בסיס למחלוקת החוקרים בפירושו דבריו. אביעזר רביצקי ומנחם לורברבוים סברו שעמדת הר"ן רדיקלית, וכי הוא מציע הפרדה חדה וברורה בין ההלכה ובין המדינה.¹⁴⁰ אחרים ערערו והציעו פרשנות מתונה יותר, ואף הציעו שהר"ן חזר בו בהמשך הדרשה מעמדתו הרדיקלית בראשיתה.¹⁴¹ אינני סבור שיש בסיס לטענה שהר"ן חזר בו במהלך דבריו, אולם נראה לי שבהמשך הדברים הוא מדגיש את גבולותיו ומחיריו של המודל הדואלי, וכי ממכלול דבריו עולה מודל מתוח ומורכב, מרוכך יותר מן הנראה בקריאת החלק הראשון שבו נאחזו החוקרים שפירשו את שיטת הר"ן באופן רדיקלי.

- 137 דרשות הר"ן, קצ-קצא.
 138 דרשת הר"ן, קצ.
 139 ראו לורברבוים, לעיל ה"ש 132, בעמ' 66-68; לורברבוים, לעיל ה"ש 132, בעמ' 105. בעקבות רביצקי, לעיל ה"ש 132, בעמ' 66-68; לורברבוים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31-32, אלא שהוא הגדיל הפרשנות שלהם הלך גם אלכסנדר קיי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31-32, אלא שהוא הגדיל לעשות וראה בשיטת הר"ן, על פי פרשנות זו, את המסורת היהודית האוטנטית.
 141 ראו: Gerald Blidstein, 'Ideal' and 'Real' in Classical Jewish Political Theory, 2 JEWISH POL. STUD. REV. 43 (1990); באותו כיוון ראו גם: ברנד, לעיל ה"ש 132. ברנד טוען שמבחינה ספרותית ניתן לזהות בדרשה שלושה שלבים, וכי בכל שלב הר"ן הולך וממעיט מסמכות המלך. התוצאה לשיטתו היא שהעמדה שמציג הר"ן בתחילת הדרשה, ובה הפרדה דיכוטומית ברורה בין משפט השופטים ובין משפט המלך, היא רק נחזית, אך איננה עמדתו הסופית. קירשנבאום הלך רחוק אף יותר וצמצם את דרשת הר"ן למשפט הפלילי בלבד. ראו: Aaron Kirschenbaum, *The Role of Punishment in Jewish Criminal Law: A Chapter in Rabbinic Penological Thought*, 9 JEWISH L. ANN. 123 (1991)

נוכל לעמוד על הדברים מתוך עיון בהתמודדות הר"ן בהמשך הדרשה עם מצוות המלך שבדברים יז, ועם השאלה המתבקשת לשיטתו, במה חטאו העם בבקשם משמואל מלך (שמואל א', ח). על שני המקרים אמר הר"ן שבעת הפעלת חוק המלך הן המלך והן העם חייבים לקחת בחשבון את המחיר הכבד שבוויתור על חוק התורה, שיש בו משום יתור על חול השפע האלוהי. אכן, לעיתים אין ברירה, אולם צריך לעשות זאת במידה, ובזהירות, מתוך שקלול המחיר שבעצם ויתור זה.

בפרשת המלך בדברים נצטווה מלך לכתוב לו ספר תורה: "וְכָתַב לוֹ אֶת מִשְׁנֵה הַתּוֹרָה הַזֹּאת עַל סֵפֶר [...] וְהִיְתָה עִמּוֹ וְקָרָא בוּ כָּל יְמֵי חַיָּיו [...]" (דברים יז, יח-יט). הסביר הר"ן בדרשתו:

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהיו, יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכלל, צוהו שיהיה ס"ת עמו תמיד [...] אם יבטל שום מצוה לצורך תקון זמנו, לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת, ואת החקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכון כדי שחוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על צד המשל שכשיהרוג הורג נפש בלא עדים והתראה לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה. אבל יכוין בעשותו זה כדי שמצות לא תרצח תתקיים יותר ולא יפרצו עליה.¹⁴²

הסטייה של המלך מחוק התורה באה מתוך מחויבות ונאמנות לחוק התורה עצמו, ומתוך שאיפה להגשימו. המדינה של הר"ן אינה אפלטונית, אלא מדינה שבה שורר דרך קבע המתח שבין החוק האלוהי והחוק המדיני. יישום החוק המדיני הוא רק במקום שאי אפשר ליישם את החוק האלוהי, אך ברקע עומדת השאיפה לחוק האלוהי. מבטו של המלך המחוקק מופנה אל חוק התורה, הוא מחפש דרך שבה יהיו חוקי התורה "יותר נשמרים", גם במובן זה שתצומצם ככל האפשר הסטייה מהם, וגם במובן זה שחוקיקתו נועדה להגשים את מטרות התורה.

דברים דומים אמר הר"ן כאשר הסביר את חטאם של ישראל בבקשם מלך משמואל:

שישראל נטו בעת ההיא יותר לתקון קבוצם המדיני. ואלו שאלו להם מלך בסתם שייאמרו "שימה לנו מלך", או שיבקשוהו לסבת תקון מלחמותיהם, לא ימצא להם בדבר הזה עון אשר חטא, אבל מצוה. אך היה חטאם באמרם "שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים", שרצו שיהיו משפטיהם נמשכים מצד המלכות לא מצד שופטי התורה [...] ומפני זה אמר ה' לשמואל לא

142 דרשת הר"ן, רא-רב. וראו גם עמ' קצג-קצד, שם מסביר הר"ן שאזהרה זו היא למלך ולא לשופט דווקא משום היות השופט מחויב לדין יותר מהמלך שיש לו סמכות לסטות מהחוק.

אותך מאסו כי אם אותי מאסו ממלוך עליהם, כלומר כי הם בוחרים יותר בתקון ענינם הטבעי משיחול עליהם ענין האלהי.¹⁴³

המודל הדואלי בעינו עומד, גם בישראל וגם בעמים יש צורך בסידור מדיני ובמונרך. אלא שבישראל החלת משפט המלך יוצרת מתח, היא דוחקת את משפט התורה, ולכן בעת החלתו יש לבדוק את גבולות ההכרח שבדבר ולשאוף לצמצמו. ישראל חטאו בכך שהם רצו מלך מתוך התעלמות ממחיר הוויתור על "השפע האלוהי" ועל המשפט "הצודק באמת". הם ויתרו על השאיפה לחול השפע האלוהי, ועל בדיקת גבולות ההכרח בפנייה למשפט המדיני. מצב זה הוא מצב של "מלך ככל הגויים", מלך שאינו בא על חשבון דבר כלשהו, אינו מתחרה בדין אחר. שימור המשפט האידיאלי הוא שימור השאיפה להחלת הקודש, והיא תצמצם ממילא למינימום את הפגיעה בו.¹⁴⁴

נראה לי שעמידה על המתח הזה תסייע בידינו גם בהבנת הפולמוס שבין הרב גורן והרב הרצוג. הרב גורן רח"ע גרודזנסקי, כמו רביצקי ולורברבוים, התעלמו מן המצוקה הנפשית שהר"ן דורש מישראל ומלך ישראל כאשר סוטים מדין תורה. הם התעלמו מדרישתו של הר"ן מן המלך להחיל דין תורה בכל מקום אפשרי, ופשוט ויתרו על הדין. קושי זה עומד במרכז הגותו של הרב הרצוג.¹⁴⁵

143 דרשת הר"ן, עמ' קצג-קצד.

144 ייתכן גם שהר"ן מדגיש שעניינים שבין אדם לחברו בדרך כלל אינם נוגעים לסידור המדיני, ולכן אין כל הכרח להחיל את משפט המלך בתחום זה. ואף בזה חטאם של ישראל שביקשו מלך לשופטם אף בתחום זה: "שהם רצו שעקר המשפט במה שבין אדם לחבירו יהיה נמשך מצד המלכות [...] 'שימה לנו מלך לשופטנו ככל הגויים' (שמואל א, ח 5). ופירושו אצלי הוא כך, שהם ראו שמה שצריך לסדור המדיני יהיה מתוקן כשימשך מצד המלכות משימשך מצד השופט [...] (עמ' קצג). המושג "בין אדם לחברו" לא בא בשום מקום אחר בדרשה.

145 גם הרב גורן קרא את הר"ן באופן רדיקלי, אולם קריאה רדיקלית שונה מזו שהצגנו לעיל. לשיטתו הר"ן לא הפריד בין הדת והמדינה, אלא חיבר ביניהן. מכיוון שהמלך הוא מלך ישראל והמדינה היא מדינת ישראל, לשיטת הר"ן יש לחוקיה ערך ותוקף הלכתי.

נספח ב: שוויון בירושה, הצעת התקנה של הרב הרצוג

כאמור, הרב הרצוג רצה לחדש את מסורת החקיקה, התקנת תקנות הלכתיות, ראה בזה חלק מחתירתו לקודקס הלכתי מקיף, ומהחזרת עטרת חושן משפט, ויכולתו של המשפט ההלכתי לתפקד כמשפט מעשי:

א"א [אי אפשר] שלא נזדקק לדיני גניבות, גזילות וחבלות ולדיני נזקין אף שלא היו נחשבים בימי חז"ל למצויים, וצריך לקבוע בזה תקנות על יסודות מחז"ל.¹⁴⁶

התקנות נועדו להתאים את ההלכה למציאות, לצרכים העכשוויים, ולמציאות פוליטית שבה ההלכה צריכה להציע משפט שיכול לנהל את החברה. התקנות הן חלק מהותי מן "ההלכה" משום שהן נבקעות "על יסודות מחז"ל". בשפה תורת-משפטית דבורקיניאנית עכשווית מבחין הרב הרצוג בין כללים ועקרונות, וטוען שהתקנות החדשות הן בבחינת כללים הנחקקים עכשיו על בסיס העקרונות הקיימים בהלכה. למעשה כך פעלה ההלכה תמיד – חילוץ, ארגון והמשגת כללים מתוך עקרונות – אלא שבדרך כלל המעבר מעקרונות לכללים נעשה באמצעות מהלך פרשני. אכן, מתנגדיו בעולם הרבני ראו בהתקנת תקנות מהלך רדיקלי הנוגד את המסורת הפרשנית ההלכתית.

בזמן פעילותו של הרב הרצוג כרב ראשי קבעה הרבנות הראשית תקנות שעסקו בנושאים שונים בדיני משפחה, תקנות תש"ד ותקנות תש"י. חלקן הכניסו חידושים משמעותיים ביותר ואף מהפכניים. כגון, חיוב במזונות ילדים עד גיל 15, איסור נישואי ייבום ועוד. חקיקה באמצעות תקנות על ידי מועצת הרבנות הראשית לא חזרה עוד מאז ימיו של הרב הרצוג ועד היום.¹⁴⁷

בדברים להלן ארחיב מעט על יוזמת חוק ירושה חדש משום שבו באים לידי ביטוי כל המסלולים שבהם הלך הרב הרצוג: קודיפיקציה, חקיקה, זכויות ושוויון. גישתו המיוחדת תעמיד על היסוד העיקרי במחשבתו, הוא לא רצה "להתגבר", או למצוא "מעקף", לאיסור "ערכאות", אלא ליצור דו-שיח בין השיטות.

146 דברים שאמר בשנת תש"ד לקראת הקמת המכון לחקיקה שזים. ראו: תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ג 273; הרשקוביץ, עבודת דוקטור, לעיל ה"ש 21, בעמ' 196.

147 נוסח התקנות מופיע אצל בנציון שרשבסקי דיני משפחה 565-571 (1993). על התקנות ראו אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1385. כבר הבריטים הסכימו להעניק לבית הדין הרבניים סמכות ייחודית ביני ירושה אולם התנו זאת בהסכמת הרבנים להשוות בת לבן בירושה. אין צריך לומר שהסכמה זו לא התקבלה. ראו מנחם פרידמן חברה ודת: האורטודוקסיה הלא-ציונית בארץ-ישראל, תרע"ח-תרצ"ו (1918-1936) 115 (התשמ"ח). על התנגדותו העזה של החזון אי"ש להצעותיו של הרב הרצוג ראו בנימין בראון החזון איש: הפוסק, המאמין, ומנהיג המהפכה החרדית 670-673 (התשע"א).

הצעתו לתקנות של הרבנות הראשית בדיני ירושה, שעיקרן השוואת חלקה של הבת לחלקו של הבן, היא המוכרת ביותר וגם זו שהבשילה להצעה מפורטת וקונקרטיית.¹⁴⁸ הרב "מושקע" בנושא זה באופן עמוק, הן מבחינה אינטלקטואלית הן מבחינה רגשית, והקדיש דיון ארוך ומפורט לנושא על כל צדדיו, הקונטרס שכתב בנושא זה זכה לניתוח מפורט ומעמיק על ידי משה הרשקוביץ.

לאחר דיון הלכתי ארוך ומפורט, בו הוא מבסס את סמכות הרבנות הראשית לשנות את דיני הירושה באמצעות תקנות, מובאות בצורה תמציתית וקודיפיקטיבית התקנות שהציע. תורף התקנות שוויון בין הבנים והבנות:

מת איש והשאיר אחריו זרע, זכרים ונקיבות, ולא הניח צוואה, יחולק כל עזבונו (לא בתורת ירושה) בחלקים שווים לכל זרעו.¹⁴⁹

הוא שאף לשינוי מתוך שיח פנימי בתוך ההלכה, על פי מקורותיה ועל סמך הצדקות הלכתיות, והעדיף את הדוחק ההלכתי על פני התחמקות וזריקת אחריות על הממשלה. עובדה זו היא מפתח להבנת תפיסותיו ההלכתיות ועולמו הרוחני. על חכמי ההלכה מוטלת החובה להישיר מבט ולמצוא את הדרך להתאים את ההלכה למציאות הערכית והמעשית. כאיש הלכה וכמי שעומד בראש המערכת ההלכתית לא יעלה על דעתו לחמוק מאחריות ולהפילה על הממשלה, ולאחר מכן לפעול בליית ברירה על פי חוק המדינה. חובתם של דברי ההלכה למצוא את הדרך לקבוע הלכה שיכולה להתממש במציאות. ולעיתים תקנה הלכתית היא הדרך היחידה האפשרית. מכאן דיונו ההלכתי המפורט לביצור סמכות הרבנות הראשית להתקין תקנות בכלל, ובדיני ירושה בפרט. הרב הרצוג ראה באימוץ משפט זר על ידי מדינת ישראל כנציגת הציבור היהודי חילול ה' המחייב לנסות להימנע ממנו. לעומת זאת, הוא סבר שבחקיקת הרבנות יש משום היענות לצורך הקהילה, שהיא לא רק מותרת, אלא אף מחובתה של הרבנות. כך כתב

148 חלק מן הדברים פורסמו בחייו של הרב הרצוג וחלקם לאחר מותו, בכתב העת תלפיות, שהופיע בניו יורק בעריכת הרב מירסקי, כתב עת רבני ששימש במה גם לרבנים מן הארץ, אף בנושאי מדינה והלכה. החומר כולו כונס על ידי ד"ר איתמר ורהפטיג בחלק ב של תחוקה לישראל. הרב הרצוג היה מריר ופגוע מן העובדה שהעולם הרבני לא הגיב ולא התייחס ברצינות לעבודתו המקיפה בנושא זה. כך הוא כתב בפרק המבוא, שהתפרסם עוד בחייו: "בשנת תש"ט כתבתי קונטרס 'הצעת תקנות בירושות', והוצע לפני חברי הרבנות הראשית לישראל. אני התויתני את הגבולות הכי רחוקים, הכי קיצוניים, של אפשרות התקנות והיתה הרשות ביד הרבנות לקבל הכל או לקבל פחות ממה שהצעתי, או לדרות הכל. הדבר לא בא לידי הצבעה, אבל ניכר היה שרוב הרבנים שליט"א החברים לא היתה דעתם נוטה לתקן שום תקנה. [...] הסוף היה שהדבר נשתקע והממשלה עשתה מה שעשתה [...] על כל פנים כדאי שישאר זכר לדורות ממאמצי בענין זה שהיה באמת מכוון לשם שמים" (ראו תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ב 1). ראו גם הרשקוביץ, עבודת דוקטור, לעיל ה"ש 21, בעמ' 242 ואילך.

149 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ב 175 (תקנות ארץ ישראל תש"ט).

בעניין התקנה בירושה: "שרוב הנשים, והנשים הלא הן חצי הישוב בערך, דורשות את טובתן הן, ולא לעקור דיני התורה כוונתן, אלא לשפר את מצבן".¹⁵⁰ ואין להטיל כל פקפוק בלגיטימציה של חקיקה הנובעת מתוך הקשבה לצורכי הקהילה: "התקנות המוצעות אינן הנחה לשאיפה לחקות אל נימוסי הגויים, שאם כך היה לנו למשוך דינו מזה לגמרי, אלא הן פרי ההתחשבות עם המציאות של דרישה חזקה מצד הנשים, רובן הגדול, לשפר מצבן ברקע של ממונא [...]".¹⁵¹

ברור היה לו שאם הרבנות לא תתקן תקנות המעניקות שוויון בירושה, יעשה זאת המחוקק, ולפיכך סבר שזו חובתו כמי שעומד בראש המערכת ההלכתית. אך האם אכן לחץ חיצוני, החשש מחקיקה מדינית, הוא המניע אותו, ובשלו התאמץ והשתדל כל כך להתקין תקנות ירושה, או שמא תמך בתקנה לגופה. גם כאן, בנסותנו לחשוף את מניעיו של הרב הרצוג יש לקחת בחשבון שדבריו מכוונים אל עמיתיו הרבנים, הוא מודע למידת שמרנותם ולכך שקשה יהיה לו לשכנעם, ולפיכך הוא איננו מתמקד בהצדקת התקנות לגופן, אלא בטיעונים אסטרטגיים, כגון החשש ממעמדה של ההלכה במדינה אלמלא תפעל הרבנות לתקן את התקנות. גם בקהילת רבנים שמרנית פחות – השפה היא שמרנית, בשיח ההלכתי ההצדקה לשינוי תמיד תהיה שפה של בדיעבד, היא תמיד שמרנית יותר מן המוטיבציה.

עורך הכתבים, ד"ר איתמר ורהפטיג, סבר שהרב תמך בשוויון: "גם לגופן של ענין, לא רק במסיבות לחץ חיצוני צדד הוא בהתקנת תקנות כאלו".¹⁵² בהקשר זה מרתקת אמירתו של הרב הרצוג:

הרבה דנו כבר על האפשרות של התאמת חוקי התורה והתחוקה של מדינת ישראל המודרנית גם יחד. ואולם יש להעיר שבדרך כלל הבעיה מתחלקת לשתיים, א. כיצד להציל את המצב הקיים במדינה מבחינת השקפת התורה – כשהרוב הגדול של הכנסת הם לא יהודים נאמנים ליהדות המאמינה? ב. כיצד היינו אנחנו היהודים המאמינים בני מאמינים, מסדרים לנו את המדינה אילו היינו אנחנו הרוב הגדול והמכריע? אבל בשתי הבעיות, בין בראשונה ובין בשנייה חשוב לנו למאד הכלל הגדול הזה, והוא: "הפקר בית דין הפקר".¹⁵³

נראה שהוא מגלה כאן את צפונות ליבו: יש צורך בשינוי בהלכה, ללא קשר ללחץ מן החוץ. "אנחנו היהודים המאמינים בני מאמינים" מבינים שהדבר הכרחי, והיינו מתקנים תקנות ומסתמכים על העיקרון "הפקר בית דין הפקר". גם בדברים שצוטטו לעיל על

150 שם, עמ' 3.

151 שם, עמ' 170 (פתיחת פרק הסיכום, דיון הלכתי על התקנות).

152 שם, עמ' יח.

153 שם, עמ' 55.

לחץ הנשים כמניע, משררים תמיכה במהלך. "הן חצי מן היישוב" הוא אומר, ואם כך עלינו להקשיב לדרישתן, הנראית לגיטימית. הזדהותו עם התקנה לגופה, וראייתו את התקנתה כחובתו למען ההלכה, מבצבצת ועולה מבין השיטין של עוד מקומות בדבריו. הנה שלוש דוגמאות:

שרוב הנשים, והנשים הלא הן חצי הישוב בערך, דורשות את טובתן הן, ולא לעקור דיני התורה כוונתן, אלא לשפר את מצבן.¹⁵⁴

הרי כתובת בנין דכרין היתה מכוונת כדי שיפזר אדם נדוניא לבתו ויקפצו בני אדם הגונים לישאנה [...] ועישור נכסים לבת לצרכי נישואיה למה היתה מכוונת אם לא לשיפור מצבה בקשר לנישואין? ומזונות הבנות תיקנו חז"ל שאם הנכסים מעטים הבנות יזונו והבנים יחזרו על הפתחים באופן שהופקעה זכותם לגמרי בעזבון, וכלום אין זו תקנה שרשית לטובת הבת? אם נמצא תקנה שעל פיה בדרך של עקיפין תהא הבת זכאית לחלק "זכר שלם" בעזבון, כלום אין זה שיפור מצבה שיעזור לה בקשר לנישואין? והרי זה ברוח התקנות של חז"ל.¹⁵⁵

המקצוע של דיני ממונות התגדל והתרחב הרבה מאד ע"י התפתחות החיים המסחריים והתעשייתיים, ואין ספק שכשאנו באים כיום הזה להשליט את משפט התורה בארץ ככח ממלכתי עלינו לתקן בשטח הזה כמה תקנות ולהוסיף כמה השלמות על יסודות קבועים ועומדים הנמצאים בפוסקים ובספרות השאלות והתשובות כדרך שעשו חז"ל והכמי הדורות אחריהם במדינות שונות.¹⁵⁶

דומני שהתבוננות בשלוש פסקאות אלו כאחת מעמידה על הזדהות אמיתית עם התקנה לגופה. להזדהות זו שתי קומות. הקומה הראשונה מושתתת על תפיסתו העקרונית את חובותיו ואחריותו של פוסק הלכה. משהכיר בעובדה שבמציאות חייו אין כל אפשרות שהחברה תהיה מוכנה לחיות עם חוק המפלה בין איש לאישה, חובתו להיענות לדרישה זו במסגרת הכלים ההלכתיים הקיימים, וכפי שעשו חכמים בכל הדורות. ההלכה חייבת להעמיד נורמה הלכתית הניתנת ליישום, ואם ישנה דרישה אמיתית פנימית של נמעני ההלכה לשוויון, אזי מחויב הפוסק לראות אם הדבר אפשרי על פי ההלכה, ואל לו לחמוק מאחריותו. הקומה השנייה והמוצנעת יותר היא הזדהותו עם תקנה המשווה בנים

154 שם, עמ' 3. ראו גם הרב זלמן נחמיה גולדברג "ירושת הבת" תחומין ד 342 (התשמ"ג).

155 שם, עמ' 4; על כתובת בנין דכרין ראו משנה, כתובות ד, י. משנה תורה, הלכות אישות יט; על עישור נכסים ראו בבלי, כתובות סח ע"א; משנה תורה, הלכות אישות כ; על מזונות הבנות במיעוט נכסים ראו משנה, כתובות יג, ג. וראו על כל התקנות הללו אצל מנחם אלון מעמד האישה: משפט ושיפוט, מסורת ותמורה 259 (2005).

156 תחוקה לישראל, לעיל ה"ש 18, כרך ב 5.

ובנות בירושה היא בעצם קבלת עיקרון השוויון כערך, וכפי שראינו בראשית הדיון על תפיסתיו בעניין בתי הדין.