

המשפט הישראלי והמשטר הראוי בהגותו של הרב שאול ישראלי

אריה אדרעי*

פתיחה

הרב שאול ישראלי (1909-1995), מחשובי הפוסקים הציונים-דתיים בעשורים הראשונים למדינה, ומעמודי התווך הבולטים של העיסוק ההלכתי בשאלות שהעמידה המדינה, היה מן היחידים שעסקו באופן ישיר ושיטתי בשאלת מבנה המשטר והיחס למוסדות הפוליטיים והמשטריים של המדינה. מאמריו בנושא זה פורסמו ברובם בעשור הראשון למדינה בכתב העת התורה והמדינה שבעריכתו, ולאחר מכן קובצו בספרו עמוד הימיני.¹ היבול הספרותי שלו בשאלות אלו הוא מקורי ופורד במיוחד, ואכן כתביו של הרב ישראלי זכו לתשומת לב מחקרית,² וכפי שהתבטא יעקב בלידשטיין ז"ל, חלוץ

מוקדש לסוון בידידות ובהערכה.

- * אריה אדרעי, פרופ' מן המניין הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקש להודות לעוזרי המחקר דידי מרגלית ורועי כדורי על לימוד משותף ומפרה, לתמר נגר על עזרה מעולה במחקר, ולחבריי שמשון אטינגר, בני בראון ושי וזנר על שהקדישו זמן לקריאה ולדיון, הערותיהם השביחו את המאמר והצילוני מכמה טעויות.
- 1 שאול ישראלי עמוד הימיני: כולל בירורי הלכה בעניני מדינה, שו"ת וביאורי סוגיות בכמה מקצועות התורה שער א: קרושה ומלכות, סימנים א-יז (ירושלים: ארץ חמדה התשנ"ב) (הודפס לראשונה בתל אביב התשכ"ו). רובם של הפרקים בחלק זה פורסמו בשנותיה הראשונות של המדינה כמאמרים בכתב העת התורה והמדינה בעריכת הרב ישראלי.
- 2 ראו יצחק רונס משנתו ההלכתית של הרב שאול ישראלי (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר אילן התשע"ב); בני פורת "סמכות הנשיא ומוסדות ממשל נבחרים" (סיכום מאמרו של הרב ישראלי), מחשבות על דמוקרטיה יהודית 37-47 (בני פורת עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010); אריאב יוסט פסיקתו ההלכתית של הרב שאול ישראלי נוכח אתגר הריבונות היהודית במאה העשרים (עבודת תזה, אוניברסיטת תל אביב 2020); חיים בורגנסקי "קהילה וממלכה: יחס ההלכתי של הרב י"א הרצוג והרב שאול ישראלי למדינת ישראל" דת ומדינה בהגות היהודית במאה העשרים 267 (א' רביצקי עורך, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2005); יעקב בלידשטיין "תורת המדינה במשנת הרב שאול ישראלי" שני עברי

החוקרים: "אף לא דמות רבנית עסקה בשעתו בצורה שיטתית כמוהו בשאלת היחס בין ההלכה והמדינה היהודית החדשה".³

באופן מפתיע דווקא בשאלת המשפט – מעמד המשפט ובתי המשפט של המדינה, הלגיטימיות שלהם או לחלופין חובת הפנייה לבתי הדין של ההלכה – שהייתה במרכז החשיבה והעיסוק ההלכתי של רבים מן הפוסקים הציונים, לכאורה לא נתן הרב ישראלי את דעתו באופן מלא ומסודר, ועמדתו עמומה. במאמרו המקיף על היחס למשפט המדינה בהגותם של הפוסקים הציונים-דתיים כתב חיים שפירא בצדק: "מהו בדיוק מעמדם של בתי המשפט? האם ובאילו תנאים אפשר לפנות אליהם, על שאלות אלו הרב ישראלי לא השיב".⁴ ברשימה קצרה זו אני מבקש לברר את עמדתו של הרב ישראלי ביחס למשפט. עמדתו היא בעיניי ייחודית וחשובה, ואבקש להראות כיצד היא משתלבת היטב בתפישותיו על מוסדות המדינה והמשטר הראוי שבהם הוא דן בעיקר בסימנים ז-יא של ספרו עמוד הימיני. בדרך כלל נידונו בספרות המחקר פרקים חשובים אלו בלא שייחסו חשיבות מספקת לפרק ח' שכותרתו "גבולות הסמכויות של דינא דמלכותא דינא". זהו פרק למדני וסבוך, המבקש לברר ולהגדיר את גבולותיו של הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" לאור ניתוח והמשגה מעמיקים של המקורות ההלכתיים. הדיון לא מעלה במפורש את שאלת מעמדו של המשפט הישראלי מבחינה הלכתית, ואינו מזכיר כלל את מדינת ישראל או את המציאות והשאלות העכשוויות. עובדות אלו תרמו בוודאי לכך שהחוקרים לא התמקדו בפרק זה כבואם להבין את עמדתו של הרב ישראלי ביחס למשפט הישראלי. מנגד, יש לזכור שפרק זה פורסם אך ורק בספר עמוד הימיני, העוסק כולו במפגש של תורה ומדינה בישראל, הוא ממוקם בין הפרקים העוסקים במעמדם ההלכתי של השלטון ומוסדותיו בישראל ובמחויבויות ההלכתיות שהם מעמידים, ולפיכך קשה להניח שהרב ישראלי לא חשב על המשפט הישראלי כשכתב פרק זה. לפי דעתי השאלה שאכן הרב ישראלי מברר בפרק זה, וכך אנתח אותו להלן, היא מעמדו ההלכתי של המשפט הישראלי.⁵

הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 350 (מרדכי בריאון וצבי צמרת עורכים, יד יצחק בן צבי 2002); ראו גם אברהם וסרמן, אריאב יוסף ואריה כץ פרקי תורה ומדינה: עיונים במשנתו של הרב שאול ישראלי זצ"ל (אברהם ישראל שריר עורך, המכון התורני אור עציון התשע"ז); נריה גוטל "איש על העדה – משהו לדמותו של הגר"ש ישראלי זצ"ל במלאת עשור לפטירתו" צהר כב 9 (התשס"ה).

בלידשטיין, לעיל ה"ש 2.

3 חיים שפירא "מעמדם של בתי המשפט בישראל: הלכה אידאולוגיה ומציאות" הלכה ציונית: המשמעויות ההלכתיות של הריבונות היהודית, 276, 306 (ידידה שטרן ויאיר שלג עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2017).

4 במאמר קודם עסקתי ביחסם של הרב הרצוג והרב גורן למשפט הישראלי, מאמר זה מהווה המשך ומוסיף דיון בעמדתו של הרב ישראלי. ראו אריה אדרעי "חלום המשפט: הרב הרצוג והרב גורן על יחסי משפט והלכה בישראל" דיני ישראל לה-לו 31 (התשפ"ב).

כידוע, התלמוד קבע חובה לקיים מוסדות משפט יהודיים נבדלים, להזיק רק להם, והטיל איסור לפנות ל"ערכאות של נוכרים", למערכת המשפט של השלטון הזר. איסור זה עמד בדרך כלל במרכז הדיון על מעמדו של המשפט הישראלי.⁶ הפוסק הציוני-דתי מצא עצמו במבוכה משום שעצם ההשוואה בין מדינה נוכרית בגלות ובין מדינת ישראל, ועצם ההגדרה של בתי המשפט בישראל כ"ערכאות של נוכרים", הגלומים בדיון על המשפט הישראלי על פי כלל זה, מעוררים תסיסה והתנגדות אינטואיטיבית אצל כל ציוני-דתי. מנגד, הכרה בבתי המשפט החילוניים של המדינה מביאה למעשה לוותר מוחלט על המשפט ההלכתי, עובדה המטרידה מאוד כל פוסק ציוני-דתי. איסור "ערכאות של נוכרים" עמד במוקד הדיון של הפוסקים הציונים-דתיים בשאלת המשפט הישראלי, הם ניסו לתחם אותו ולצמצם או לבטל כליל את תחולתו בישראל. והנה בדיונו של הרב ישראלי כלל תלמודי זה לא נזכר, והוא דן אך ורק בכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא". ייתכן שעובדה זו תרמה לכך שחוקרים לא נתנו תשומת לב מספקת לפרק זה ולכך שלמעשה הוא דן במעמדו של המשפט הישראלי.

הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" נותן תוקף למשפט המדינה, אך גבולותיו ומטרותיו מעורפלים. הכלל נידון בהרחבה בספרות ההלכתית ונוצרו סביבו גישות ואסכולות שונות. יסודו ככל הנראה בהכרה בכך שלמרות חשיבות משפט יהודי נבדל, הזיקות הרבות בין יהודים וסביבתם בתחומים שונים לא תמיד מאפשרות להתעלם ממשפט המדינה ולחיות במנותק מן הסביבה. המתח שבין המשפט ההלכתי ובין משפט המדינה, ליווה את היהודים לאורך ימי הביניים, וספרות ההלכה יצרה כללים ומנגנונים למקרים שבהם נדרשה הכרעה בין השיטות. הכלל "דינא דמלכותא דינא" מתחם במקרים מסוימים את תחולתו של המשפט ההלכתי, ונותן למשפט המדינה תוקף.

6 דיון מסודר באיסור "ערכאות של נוכרים" ראו אליאב שוחטמן "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל" תחומין יג 337 (התשנ"ב-התשנ"ג); יצחק ברנד ערכאות של נוכרים במדינת היהודים (מחקר מדיני 83, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2010). ראו גם אדרעי, לעיל ה"ש 5; שפירא, לעיל ה"ש 4. בעת החדשה, בה השתלבו יהודים במוסדות המדינה ובטלה האוטונומיה השיפוטית, התרבו ככל הנראה פרשנויות מרכזות, ואף מבטלות את איסור "ערכאות" בימינו. ראו על כך בהרחבה: מרטין ססלר עמדת פוסקי ההלכה כלפי מערכת המשפט של מדינת ישראל 42-50 (עבודת דוקטור, אוניברסיטת בן גוריון התש"ס). השופט מנחם אלון אימץ עמדה זו כאשר קבע שעל פי ההלכה מותר למדינת ישראל להסגיר עבריין יהודי למדינה אחרת. ראו בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987). פסק הדין של אלון בחלקו העוסק בעמדת המשפט העברי פורסם בכתב העת תחומין (ראו מנחם אלון "דיני הסגרה במשפט העברי" תחומין ח 263 (התשמ"ז)), וזכה לקיתונות של רותחין מפיו של הרב ישראלי, ראו שאול ישראלי "הסגרת עבריין לשיפוט זר" תחומין ח 287 (התשמ"ז) (עמדתו של הרב ישראלי חזרה ונדפסה בספרו: שאול ישראלי חוות בנימין כרך ראשון, סימן כג (נריה גוטל עורך, מכון התורה והארץ התשנ"ב). יודגש כי הנושא בוויכוח זה הוא תחולתו של איסור "ערכאות של נוכרים" בחוץ לארץ.

פוסק ציוני-דתי נדרש לפרש מחדש את הכללים התלמודיים "ערכאות של נוכרים", ו"דינא דמלכותא דינא", שנוצרו בהקשר של קיבוץ יהודי בגלות, ולפתח עמדה עקרונית בשאלת תחולתם במדינת ישראל. הוא התקשה להתייחס למדינת ישראל ולמשפטם כפי שהתייחס למשפט המדינה בגלות. מאידך גיסא, האם יסכים לוותר על המשפט ההלכתי? המשך המידור שבין החלום והמציאות נראה לעיתים כניפוץ החזון הציוני-דתי.

הכללים התלמודיים "דינא דמלכותא דינא" ואיסור "ערכאות של נוכרים" צהובים זה לזה ועומדים במתח. איסור ערכאות אוסר על פנייה לשיפוט זר, ואף אם הוא דן על פי דיני ישראל, ואילו "דינא דמלכותא דינא" נותן תוקף למשפט הזר, ואף בתוך המערכת ההלכתית גופה. מאמרו של הרב ישראלי "גבולותיו של דינא דמלכותא" אף שאינו מזכיר את איסור ערכאות, מטפל בדיוק במתח הזה, ומצמצם אותו באמצעות תיחום גבולותיו של הכלל "דינא דמלכותא דינא".

לכ הטיעון במאמר זה הוא שהרב ישראלי מסיט את הדיון מאיסור פנייה לערכאות אל החובה לפנות לדין תורה. לשיטתו, בישראל לא חל איסור "ערכאות של נוכרים", ואף על פי כן חלה חובה לפנות לדין תורה. גבולותיה של החובה הפוזיטיבית לפנות לדין תורה נגזרים מגבולותיו של הכלל "דינא דמלכותא דינא", ובכל מקום שאין לו תחולה קיימת חובה פוזיטיבית לפנות לדין תורה. הוא מנתח באופן חדש את גבולותיו של כלל זה, ומסקנותיו ואופן ניתוחו תואמים את תפיסותיו ביחס לשלטון ולמוסדות המדינה. כפי שנראה להלן, "דינא דמלכותא דינא", אליבא דהרב ישראלי, איננו "כלל הגלות", היינו כלל שבליית ברירה, שנועד להסדיר את היחסים עם השלטון הנוכרי. אלא זהו כלל יסוד בתורת המדינה, החל על כל מדינה או שלטון באשר הם, כולל על מלך ישראל, ומגדיר את סמכויותיו לקבוע חוקים לניהול המדינה. דין המלכות בגבולותיו אלו איננו סטייה מן ההלכה, אלא גבולות הגזרה שההלכה עצמה מעניקה למדינה.⁷

סדר הדיון שלנו יהיה כך, בפרק הראשון נעמוד על יחסו של הרב ישראלי למוסדות המדינה וחידושי המשמעותיים בתחום זה. בפרק השני נעמוד על כך שהוא הוציא מן הדיון על המשפט בישראל את הכלל "ערכאות של נוכרים". בפרק השלישי והעיקרי נעמוד על האופן שבו גזר את גבולותיו של הכלל "דינא דמלכותא דינא",

7 על הכלל "דינא דמלכותא דינא", התפתחותו ומנעד הפירושים שניתנו בתקופות שונות, ראו שמואל שילה **דינא דמלכותא דינא** (הדפוס האקדמי התשל"ה). על השאלה אם הכלל הוא כלל הגלות או שיחול גם במדינה יהודית ראו שילה, שם, בעמ' 99 ואילך. הגישה הנפוצה בקרב הראשונים היא שהכלל הוא כלל הגלות, ותחולתו רק בהקשר של יהודים החיים במדינה נוכרית. אולם בקרב האחרונים השתרשה גם תפיסה שונה שלפיה הכלל יחול גם במדינה יהודית. ראו גם אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** טז-יז 417 (התש"ן-התשנ"א). הרב ישראלי כלל לא מעלה שאלה זו ויוצא מנקודת הנחה ברורה שמדובר בכלל הנוגע למלכות באשר היא ולגבולות סמכותה בכל הקשר, כולל בהקשר של מדינה יהודית, ואף בהקשר של מלך ישראל.

על המשמעות של מסקנותיו ועל כך שמסקנותיו תואמות את האופן הייחודי והחדשני שביחסו למוסדות המדינה.

א. יחסו של הרב ישראלי למוסדות המדינה

מהו המשטר הראוי בעיני ההלכה, ומה יחסה כלפי הדמוקרטיה הישראלית שבה ריבונות העם מתבטאת בהכרעת הרוב באמצעות נציגיו. הנושא העסיק את הספרות התורנית עובר להקמת המדינה ובעשורים הראשונים. רוב הפוסקים לקחו כדבר המוכן מאליו שהמדינה תהיה דמוקרטית, ואף ראו בכך רעיון רצוי ומבורך. הכתיבה הרבה נועדה בדרך כלל לגשר בין המציאות לחזון, בין המדינה הקונקרטית והחזון ההלכתי, ולהסביר במונחייה של ההלכה מדוע המשטר הדמוקרטי ראוי ורצוי בעיניה, אף שלכאורה מלכות ישראל היא החזון. הרב ישראלי עסק בשאלות אלו באופן שיטתי יותר מכל פוסק אחר.⁸

דבריו של הרב קוק, במכתב לש"ז פּינס בזמן מלחמת העולם הראשונה בעת שהותו של הרב קוק בשווייץ, היוו נקודת מוצא לדיון של הרב ישראלי ושל רבים אחרים. התכתבות ארוכה וחשובה זו עסקה בעמדתו היסודית של הרב קוק, המבחינה בין דיני היחיד ובין דיני הציבור המסורים למלכות, הבחנה עקרונית העומדת ביסוד החשיבה הציונית-דתית כולה על הלכות מדינה.⁹ במהלך הדברים עלתה השאלה על מי, בזמנינו

8 למען האמת מי שעסק בשאלות בהרחבה קודם לרב ישראלי היה הרב חיים הירשנזון (1857-1935), בעיקר בספריו **שו"ת מלכי בקודש**, חלקים א-ו; ואלה דברי הברית, חלקים א-ג. ספריו, שפורסמו במהלך שהותו כרב בניו-ג'רסי ארה"ב, היו פחות מוכרים בשיח הישראלי ופחות השפיעו. על עמדותיו של הרב הירשנזון ראו אליעזר שביד **דמוקראטיה והלכה: פרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשנזון** (מהדורה שנייה, מאגנס 1997); דוד זוהר **מחויבות יהודית בעולם מודרני: הרב חיים הירשנזון ויחסו אל המודרנה** (הקיבוץ המאוחד התשס"ג).

שאלה נוספת שאין אנו עוסקים בה כאן היא יחס לערכי התרבות הדמוקרטית בכללותם. בעשורים האחרונים נושאים אלו מעסיקים יותר את החברה הישראלית ואת הספרות ההלכתית. ראו דב שוורץ "הציונות הדתית על דמוקרטיה ודת: היבטים היסטוריים ועיוניים" בדרך **הדמוקרטית: על המקורות ההיסטוריים של הדמוקרטיה הישראלית** 364 (אלון גל ואח' עורכים, מכון בן גוריון 2012). שוורץ עמד על פער הזמנים שבהם עלו שתי שאלות אלו על שולחן ההוגים הציוניים-דתיים.

9 הבחנה זו הייתה הנושא המרכזי שצריך היה להחיות בדיון ההלכתי לאור העובדה שבגלות בדרך כלל נידונו רק דיני היחיד. כך, למשל, דיני המלחמה המאפשרים "להכניס נפשות רבות בסכנה", משום שחלים עליה דיני הציבור, ולא דיני היחיד. הרב קוק אף הרחיק לכת ודרש את רעיון שני ספרי התורה של מלך ישראל כך שספר אחד לדיני היחיד והשני לדיני הציבור. לניתוח מפורט של ההתכתבות שבין הרב קוק והרב פּינס ראו נריה גוטל **חדשים גם ישנים: בנתיבי משנתו ההלכתית הגותית של הרב קוק 134-165** (התשס"ה).

אנו, חלים דיני המלוכה שנאמרו בהקשרו של מלך ישראל. על כך אמר הרב קוק את דבריו המפורסמים:

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך [...] חוזרים אלה הזכויות של המשפטים לידי האומה בכללה [...] למה שנוגע להנהגת הכלל, כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם.¹⁰

הרב ישראלי, שכתב את דבריו בימיה הראשונים של המדינה, ביקש לבסס ולהוכיח מתוך עיון במקורות ההלכתיים את הדברים שהרב קוק כתב באופן אינטואיטיבי. לדבריו, ההלכה מעדיפה את המשטר הפרלמנטרי, כוח הציבור, על פני המשטר המלוכני והמוסדות המקודשים של התורה. המוסדות המדיניים שקבעה התורה הם רק למצב בדיעבד, כשאין ציבוריות עממית.¹¹ הרמב"ם אומנם קבע שמלך ישראל מתמנה על ידי נביא וסנהדרין,¹² אך הרב ישראלי סבר שסמכות דתית ורוחנית זו נדרשת רק משום שהעם לא היה מעורב במינוי:

אבל כל שהעם עצמו מסכים למנותו ע"י דרך בחירות או באיזה שהיא צורה אחרת בזה אין צורך לשום נביא וסנהדרין, אלא ודאי חל המינוי ויש לו תוקף ודין מלך, כי מכיון שהעם מסכים לשררה זו, מה לנו עוד.¹³

הסמכות הדתית והכריזמטית למינוי המלך עוברת אל העם. מנהיג, או ממשלה, הנבחרים בבחירות דמוקרטיות, יש להם סמכויות הלכתיות כשל מלך ישראל. מסגנון דבריו של הרב ישראלי, כאן ולאורך המאמר, נראה שלשיטתו דרך בחירה זו אף עדיפה בעיני ההלכה, על פני בחירת המלך על ידי נביא וסנהדרין. לא יהיה זה מרחיק לכת לומר שהרב ישראלי לא ראה בדמוקרטיה הפרלמנטרית מציאות שיש להשלים איתה,

10 שו"ת משפט כהן, הלכות מלכים, סימן קמד, סעיף טו (מהדורת מוסד הרב קוק, שלז) מעניינים בהקשר זה גם דבריו של הנצי"ב מוולוז'ין, רבו של הרב קוק, ראו בפירושו העמק דבר לדברים יז 14 (מצוות מינוי מלך).

11 שאול ישראלי "תוקף משפטי המלוכה בימינו" עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' עו (פורסם לראשונה התורה והמדינה ב, עו (התש"ו)). לדבריו המסורת היהודית וההלכה מכירות במעמד מנהיג שאינו "מלך", אך סמכויותיו כשל מלך ישראל. כך הוא לגבי משה, יהושע, השופטים, עמרי, יפתח הגלעדי, ומלכי בית חשמונאי. כל אלו קיבלו בספרות חז"ל לגיטימציה מלאה כשל מלכים. הדבר מוכיח גם שהלגיטימציה אינה מותנית באישיותו של השליט או בנאמנותו לתורה ודרכיה, אלא בקבלתו על ידי העם, שהרי חלקם היו כידוע רחוקים מדרך הישר. ההבדל היחיד בין "מלך ישראל" לבין מנהיג במעמד מלך שאינו מלך, הוא שהמלך מעביר את הסמכות השלטונית לבניו.

12 ראו רמב"ם, הלכות מלכים פ"א ה"ג, אך ראו הלכות סנהדרין פ"ה ה"א.

13 שאול ישראלי "סמכות הנשיא ומוסדות ממשל נבחרים בישראל" עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' סד (פורסם לראשונה התורה והמדינה א, עו (התש"ט)).

אלא אידיאל הלכתי, הגשמת החזון המקראי של מלך ישראל. המונרכיה המקראית אינה הכרח אלא אופציה, ואף לא האופציה העדיפה.¹⁴

פוסקים והוגים שונים נאחזו במודל הקהילתי כפי שהיה בתפוצה היהודית לאורך ימי הביניים ועד העת החדשה כדי להצדיק את הדמוקרטיה על פי ההלכה, והציעו לראות במדינת ישראל קהילה יהודית שפעולותיה לגיטימיות על פי דיני הקהל שעוצבו לאורך ימי הביניים.¹⁵ הרב ישראלי התנגד באופן עקרוני לרעיון זה. לשיטתו, ריבונות היא עניין עקרוני וחשוב המבדל את מדינת ישראל מקהילה, אוטונומית ככל שתהיה, אך לא ריבונית. מעל הקהילה הייתה מדינה שהעניקה לה אוטונומיה, ואילו ריבונות המסורה לעם, המקבילה לסמכות מלך, תיתכן רק במקום שאין מעל סמכות זו כל סמכות ריבונית אחרת. גם מודל המלוכה של הרב ישראלי בעקבות הרב קוק, וגם מודל הקהילה, מבוססים על הסכמת העם. אולם, הטענה של הרב ישראלי היא שכאשר ישנה ריבונות מדינה מעל ריבונות הקהילה, ההסכמה של העם היא חלקית בלבד ונתונה למרות המדינה שמעליה, ולגבולות שהיא מציבה. מדינת ישראל הריבונית והדמוקרטית, היא, אם כן, הגשמת מלכות ישראל באופן האידיאלי ביותר.

במאמר נוסף עסק הרב ישראלי בשאלת גבולות סמכות המלכות.¹⁶ דיונו מתבסס על הלכת הרמב"ם שהעניק למלך ישראל סמכויות רחבות, ובין השאר: "כל ההורגין נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה – יש

14 בהקשר זה כדאי לשים לב לכך שאחד המקורות הבולטים שעליהם נסמך הרב ישראלי הוא פירוש האברבנאל למצוות המלך בספר דברים ולבקשת העם מלך בספר שמואל. אברבנאל התנגד בחריפות למונרכיה, אותה הכיר היטב מניסיונו, ומנה את סכנותיה וחסרונותיה. הוא העדיף שלטון המוגבל בזמן ומורכב מקבוצה של אנשים: "ושיתר קרוב להיות הפשע באדם אחד [...] משיחטאו אנשים רבים בהוסדם יחד, כי אם האחד יטה מני דרך מחו האחרים בידו, ובהיות הנהגותיהם זמניות והם עתידים לתת את הדין אחרי ימים מועטים יהיה מורא בשר ודם עליהם [...] הביטו וראו הארצות שתהיה הנהגתם על ידי מלכים ועוד היום שררת ויניציא"ה הגברת רבתי בגויים [...]" (פירוש האברבנאל לדברים יז 14, "ההקדמה האחת"). מבחירתו של הרב ישראלי באברבנאל כמקור לביסוס תפיסתו יש ללמוד על השקפותיו בעניין העדפת דמוקרטיה פרלמנטרית. הסכנה שבהשחתה השלטונית פוחתת כשהשלטון נבחר על ידי העם, לזמן קצוב, ובנוי על יסודות שלטון רבים. על תורת המדינה של האברבנאל ראו אביעזר רביצקי חירות על הלוחות: קולות אחרים של המחשבה הדתית 70-78 (עם עובד 1999).

15 על התופעה ההיסטורית של הקהל היהודי, שבו התקבלו הכרעות ותקנות בהצבעה על פי רוב, ועל מעמדו ההלכתי נכתב רבות, ראו חיים שפירא "עקרונות דמוקרטיים בהלכה ובמסורת הפוליטית היהודית: שלטון הקהל והכרעת הרוב" בדרך הדמוקרטיה: על המקורות ההיסטוריים של הדמוקרטיה הישראלית 15 (אלון גל ואח' עורכים, מכון בן גוריון 2012); המסורת הפוליטית היהודית כרך א (מיכאל וולצר ואח' עורכים, מכון הרטמן 2007).

16 "תוקף משפטי המלוכה בימינו", לעיל ה"ש 11, בעמ' עו.

למלך רשות להרוג אותם, ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה [...].¹⁷ הרב ישראלי טוען שסמכות זו שהרמב"ם קבע אינה מבוססת על מקור הלכתי אלא על תורה מדינית. כמו בעמים, כך בישראל, סמכות המלך אינה נובעת מהוראה קונסטיטוטיובית בתורה, אלא מהכרה בסמכות המלכות וכוח המדינה באשר היא:

מכל זה נראה מוכרח שסמכות המלך אינה קבועה ועומדת בדיני התורה [...] וכל עם ועם, וגם ישראל בכלל זה, הרשות נתונה בידם למנות להם מלך ולמסור לו את הסמכויות שימצאו לנכון, על פי תנאי החיים שלהם [...] אין לנו לחפש כלל על כל פרט מקור בתורת משה, כי לא נמצאם, כי התורה מסרה את הדבר באופן כללי להחלטת העם.¹⁸

הרב ישראלי מנתק את השיח ממושג "מלכות ישראל" משיחי ואוטופי, ובו בזמן מזהה את המדינה כהגשמת חלום הריבונות היהודית. הוא מעניק לגיטימציה מוסדית למדינה, ומבחינה מהותית קורא עליה את שם מלכות ישראל.

מסקנותיו מרחיקות הלכת של הרב ישראלי מפליאות לא רק משום העדפתו את הפרלמנט על פני המלך, ואת העם על פני הנביא והסנהדרין, אלא בעיקר משום שלכאורה הוא מקבל את הממלכה היהודית הקונקרטיית הזו למרות תכניה הרחוקים מן התכנים ההלכתיים. יעקב בלידשטיין, שבחן את כתביו של הרב ישראלי, תהה בחריפות אם בדברים אלו לא שעבד הרב ישראלי את הדת לטובתה של המדינה. האומנם בהפנימו את צורת השלטון ותוקף החלטות העם ויתר הרב ישראלי על עמדות ההלכה בכל נושא?¹⁹

התשובה לשאלה נוקבת זו מצויה לדעתי בשני פרקים נוספים וחשובים – "החובה להשלטת התורה בישראל", "בהלכות קואליציה"²⁰ – בספרו של הרב ישראלי, ושבלעדיהם לא ניתן להבין את תפיסותיו במלואן. בשני פרקים אלו מפתח הרב ישראלי חובה להיאבק בכלים פרלמנטריים לקידום של ערכים יהודיים במדינת ישראל בכלל, ובמשפט הישראלי בפרט. הכרתו של הרב ישראלי במדינה ובמוסדותיה באה ממקום של תקפות

17 רמב"ם, הלכות מלכים, פ"ג, ה"א.

18 "תוקף משפטי המלוכה בימינו", לעיל ה"ש 11, בעמ' פג-פה (ההדגשות במקור). הרב ישראלי ביסס את חידושו על הציווי בתורה למנות מלך: "[...] ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגויים אשר סביבתי שום תשים עליך מלך" (דברים יז 14). ומכאן שגם בישראל, כמו בכל הגויים, הכול תלוי בסמכות שהעניק העם.

19 בלידשטיין, לעיל ה"ש 2, בעמ' 360. ביקורת נוספת משמיע בלידשטיין על הרב ישראלי על כך שלא השמיע קול ביקורתו המגביל את כוח המדינה וסמכותה. בהקשר זה, וכתשובה להערתו של בלידשטיין, כדאי לשים לב לתשומת הלב המיוחדת שמעניק הרב ישראלי לדברי האברבנאל בהקשר זה (ראו ה"ש 14 לעיל). ראו גם רונס, לעיל ה"ש 2, בעמ' 30-35.

20 "החובה להשלטת התורה בישראל", עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' פז (פורסם לראשונה: התורה והמדינה, ט-י, עמ' קט (התשי"ח-התשי"ט)). "בהלכות קואליציה", עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' קד (פורסם לראשונה: התורה והמדינה, יא-יג, עמ' עה (התש"כ-התש"ב)).

פנימית, ההכרה בשלטון כשלטון יהודי, ולא ממקום של תקפות חיצונית, שלטון נוכרי אליו כפוף היהודי, עובדה המחייבת מאבק על ערכים יהודים במדינה. אין מדינה אחרת לקוות לה, זאת היא המדינה היהודית שיש לקדם ולשפר.

פוסקים רבים סייגו את חובת "תוכחה" בימינו, בנימוק שאין להוכיח במקום שאין סיכוי שהתוכחה תתקבל, או אף תגרום לאיבה.²¹ הרב ישראלי לעומתם מחייה אותה, אך מעביר את הזירה מרשות היחיד אל רשות הרבים, מיחסים שבין אדם לחברו אל המסגרת הפוליטית. הפוליטיקה הדתית והחקיקה הדתית משקפות לתפיסתו ערכות הדדית. מטרתם "ריסון עוברי עברה", מאבק קואליציוני למען ערכים ונורמות יהודיים של המדינה והציבור כולו. החקיקה הדתית והמאבקים הקואליציוניים לא נועדו לשרת את אורחות חייו של הציבור הדתי, אלא מבטאים חובה דתית להיאבק ולקחת אחריות על הקהילה כולה. מעבר לתפיסת האחריות ההדדית כלפי חברי הקהילה כיחידים, מדבר הרב ישראלי על המחויבות כלפי המדינה עצמה ככזו. האחריות כלפי המדינה וזכותה להתקיים מבחינה דתית מחייבת להיאבק על דמותה הרוחנית:

זהו מבחינת חובת כל יחיד לעשות הכל בכדי לאפשר מאיסורא. וזה נוסף על הידיעה הברורה שנמסרה לנו בתורה הכתובה והמסורה שכלל ישראל אינו יכול להחזיק מעמד בא"י רק [=אלא] ע"י שמירת התורה, ושומדינה ישראלית המוחקת שם שמים מעל עצמה אין לה זכות קיום. ידיעה זו מצד עצמה מכתיבה לנו את ההכרח לפעול במשותף בכדי להטביע עד כמה שאפשר את חותם התורה על אורח החיים של הציבור במדינה.²²

הרב ישראלי מחייב להיאבק באמצעים פרלמנטריים על "חותם התורה" – ערכים, סמלים וסממנים יהודיים, וכמובן חוקים – במדינת ישראל. הוא מעניק מעמד דתי ותיאולוגי לעובדה שברשות הרבים יהיה "חותם התורה", אף שהוא מתנגד בתוקף לכפייה דתית ולא רואה בה ערך. מוקד הדיון בשני פרקים אלו הוא עקרון הערכות ההדדית, לא רק כלפי יהודי אחר כמקובל במסורת, אלא כלפי המדינה היהודית. במקביל נקודת המוצא השנייה שלו היא שכללי הערכות כפי שהיו מקובלים בחברה מסורתית אינם יכולים לתפקד עוד בחברה המודרנית. הכללים שונים הן מבחינה טקטית והן מבחינה אסטרטגית. אין טעם לפעול בכלים הישנים משום שהם לא יועילו, ואין עוד טעם לשאוף למטרות הישנות – תיקון הפרט – יש לשאוף לעיצוב רשות הרבים המדינתית. הרב מעביר את חובת התוכחה מן הפרט אל הכלל, ואל מוסדות המדינה. המאבק הקואליציוני הוא מצוות התוכחה בעת הזאת.

21 למקורות ודיון מקיף על מצוות תוכחה בימינו, ראו אברהם וסרמן רעך כמוך: בירור הלכתי בסוגיות שבין דתיים וחילוניים (התשס"ח).

22 "החובה להשלטת התורה בישראל", עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' צח.

ב. איסור "ערכאות של נוכרים" בישראל

כבר באמצע שנות החמישים, במסגרת ויכוח בינו ובין הרב יהודה סגל מעל גבי כתב העת התורה והמדינה, קבע הרב ישראלי שבישראל אין תוקף לאיסור "ערכאות של נוכרים"²³. הרב סגל סבר שאיסור "ערכאות של נוכרים" ממוקד בדין, ולא בזוהת הדיין, ולפיכך הוא חל אף על בתי המשפט בישראל שלא דנים בהם על פי דין תורה. אומנם ישנו תקדים תלמודי – "ערכאות שבסוריה"²⁴ – שעל פיו יכולים בתי דין של ישראל לפעול שלא על פי דין תורה, אולם, הרב סגל דחה את תחולתו של תקדים זה בטענה שהוא מאפשר לבתי הדין הללו לפעול ולהכריע את הדין על סמך שיקול דעתם, אך הוא אינו מאפשר להם לאמץ מערכת חוקים שונה מדין תורה. בשולי המאמר העיר וביקר הרב ישראלי, כעורך כתב העת, את עמדת הכותב, והציג עמדה הפוכה, שלפיה איסור "ערכאות של נוכרים" מתייחס בעיקר לדיין ולא לדין.²⁵ למרות פרשנותו של הרב סגל את התקדים התלמודי "ערכאות שבסוריה" חלק הרב ישראלי, וסבר ששיקול הדעת המוקנה לדיינים כולל גם אפשרות לאמץ מערכת חוק אחרת המוכרת להם:

עיקר ההקפדה אינה בזה שדנים שלא לפי דין תורה אלא בזה שהנכרים הם הדיינים. ולכאורה גם פשוט שאם ערכאות שבסוריה יתחשבו עם הכרעת דייני עכו"ם ומשפטיהם שהם לפי הכרעת השכל אין בזה כל איסור, כי מאי נפקא מינה אם מכריעים בעצמם או שחוקרים את איך השכל נוטה אצל מומחים, והרי כלל בדינו: חכמה בגויים תאמין [...] ובוזה לא מצינו איסור כשסדר הדין הוא ממילא מצד ההכרעה השכלית של הדיינים.²⁶

- 23 ראו הרב יהודה סגל "על המשפט החילוני בארץ" התורה והמדינה ז-ח, עמודים עד-צה (התשט"ו-התשי"ז), והערה 3 מהערותיו של הרב ישראלי למאמרו של הרב סגל, עמודים עז-עח (הערותיו של הרב ישראלי למאמרו של הרב סגל פורסמו כלשונן בספרו: שאול ישראלי משפטי שאול: עיונים, תשובות, הערות וביאורים בהלכות הארץ והמדינה, סימן קיז, עמ' שעט (ישראל שריר עורך התש"פ).
- 24 ראו בבלי, סנהדרין כג, ע"א. הסבר מפורט על תקדים זה וחשיבותו בסוגיה שלפנינו ראו אדרעי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 48-49.
- 25 לשיטתו של הרב ישראלי הערך המוגן שביסוד איסור "ערכאות של נוכרים" הוא התרחקות ובידול מן הגויים, ולפיכך במקום שהדיינים הם דייני ישראל אין האיסור תקף: "ומכאן שבצעם הפניה לנכרי ועזיבת דייני ישראל יש משום ייקור שם ע"ז (ואפי' כשהגוי אינו עובד ע"ז)" (עמוד עז). על הרציונלים השונים לאיסור "ערכאות של נוכרים" ראו יצחק ברנד, לעיל ה"ש 6. במאמרי "חלום המשפט", לעיל ה"ש 5, בעמ' 65-70 עמדתו על חשיבות השאלה מה עומד ביסוד איסור "ערכאות של נוכרים", היבדלות מן הדין, מן החוק הזר, או שמא ההיבדלות מן הדיין, מן המוסד הזר.
- 26 "הערות העורך", לעיל ה"ש 23, הערה 3 בעמ' עז-עח. עמדה זו לא מקובלת על פוסקים רבים הסבורים שכל עניין "ערכאות שבסוריה" הוא כאשר הדיין פועל על פי שיקול דעתו, אך לא במקום שפועל על פי מערכת חוקים חלופית, ראו, למשל, עמדתו של החזון אי"ש,

ומכאן שאיסור "ערכאות" לא חל על בתי המשפט של מדינת ישראל. הערתו על מאמרו של הרב סגל התגבשה לעמדה קוהרנטית וברורה בסימן ח של ספרו עמוד הימיני. טענתו היא שאין להסתפק בהתמקדות בדחיית איסור "ערכאות של נוכרים", אלא יש לבחון את עניין היחס למשפט ההלכתי במבט רחב ועמוק יותר.

יש לדון בקיומה של חובה הלכתית פוזיטיבית לפנות לבית הדין ההלכתי אף במקום שאין תחולה לאיסור "ערכאות של נוכרים". דיון בחובה זו פיתח הרב ישראלי באמצעות ניתוח תשובת רשב"א מפורסמת שבה נשאל על אב שתבע השבת נדוניה מבעלה של בתו שנפטרה בלא ילדים. האב טען שכך הדין בחברה הנוכרית, ואף הקהילה היהודית אימצה אותו: "הכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן". בתשובתו, דחה הרשב"א את טענת האב, והציע מבט על כולל על חשיבות המשפט ההלכתי, מעבר לשאלת תוקפם של כללים הלכתיים פורמליים בעניין. נכון, אומר הרשב"א, שסמכות ההתנאה והתקנת התקנות בענייני ממונות היא רחבה, ולכן תנאי מסוג כזה תקף, אך מכל מקום לא ייתכן לנטוש את דין התורה באופן גורף לטובת המשפט הנוכרי.²⁷ כך אומר הרב ישראלי על המסקנה המתבקשת שאין מניעה מלפנות למשפט הישראלי בעקבות הכרעתו שאיסור "ערכאות של נוכרים" אינו חל במדינת ישראל:

זה ודאי אינו. שכאן שייכת טענתו השניה של הרשב"א בתשובה אחרת שהובא בב"י הנ"ל לענין דינא דמלכותא, שכל הסומך ע"ז זה בכלל עוקר כל דיני התורה השלימה. ומה לנו ספרי הקודש המקודשים וכו' ילמדו את בניהם דיני העכו"ם ויבנו להם במות טלואות וכו'. וטענה זו שייכת בנידון דידן, כשם שהיא שייכת גם אם ירצו להקים מערכת שלימה של שיפוט חילונית שיבא מצד הכרעה שכלית עצמית ולא בתור העתקה של משפטי הגויים וכגון ערכאות שבסוריא.²⁸

חזון איש, סנהדרין טו, ד. מובא אצל בנימין בראון החזון איש: הפוסק, המאמין ומנהיג המהפכה החרדית 693 (התשע"א).

27 שו"ת הרשב"א ח"ו, רנד: "אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף, והתורה מידו תבקש, ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש, ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגולן הוא וגזלה ישיב [...] ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמה תחגור התורה עליה שק".

28 "הערות העורך", לעיל ה"ש 23, בהמשך הערה 3, עמוד עז-עח. הכוונה לתשובת הרשב"א בח"ו, סימן רנו שחלקים חשובים ממנה צוטטו בהערה קודמת.

הטענה היא שביחס לחובת ההיזקקות למשפט ההלכתי יש כביכול "עשה" ו"לא תעשה", וכי נוסף על הכללים יש עקרונות. אף במקום שאין איסור "ערכאות" חל, כמו בישראל, יש תוקף לעקרון העל של חובת פנייה למשפט ההלכתי.

הרב ישראלי הלך בדרכו של הרשב"א, וקבע שיש לפרש את הכלל "דינא דמלכותא דינא" באופן שלא ישיג את גבול ההלכה באופן גורף. ליבת הטענה היא שאת היחס למשפט הישראלי אין לגזור מאיסור "ערכאות של נוכרים" שאינו תקף בישראל, אלא מן הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" וגבולותיו. את המעבר, או התיווך, בין איסור "ערכאות של נוכרים" ובין הכלל "דינא דמלכותא דינא" עשה הרב ישראלי בהערתו למאמרו של הרב סגל באמצעות תשובת הרשב"א שבה הוא ראה עיקרון מרכזי ביחס למשפט.

אין להסיק מן הדברים שהרב ישראלי הקל ראש בדרישה לפנות לבית דין הלכתי בענייני ממון. גם כאן, בדיונו על תשובת הרשב"א מדגיש הרב ישראלי את חשיבות הפנייה למשפט ההלכתי, וגם בדיונו על גבולות "דינא דמלכותא דינא", וכפי שנראה להלן.²⁹ במה אם כן חשיבותה המעשית של ההבחנה, האם מדובר בדיון הלכתי אנליטי

29 אם כי למען האמת נראה שעם השנים חל שינוי מסוים בגישתו ובמסריו. בהערותיו למאמרו של הרב סגל בשנות המדינה הראשונות, הוא כתב שאם קיימות במדינה שתי מערכות משפט, אחת מדינתית אחת הלכתית, אין איסור ללכת לבית הדין של המדינה כאשר הדבר נעשה בהסכמת שני הצדדים: "ולפי זה, כל שתהיינה קיימות שתי מערכות שיפוט, ולא יזקקו לשיפוט עפ"י הכרעה שכלית (ובכלל זה גם בהקשה מדיניי הגויים) אלא בהסכמת שני הצדדים, שוב אין כאן משום איסור כלל". אך מאוחר יותר מסריו קיבלו טון מפויס פחות. בשנת תשכ"א הוא כתב מאמר קצר בעלון של כפר הרוא"ה: "[...] עלינו להחדיר בתוכנו את ההכרה הבלתי מעורערת, שבית משפט חילוני, ששופטיו אינם בהתאמה למה שנדרש מדיין בדיני ישראל, ושדן לא לפי דיני ישראל, הוא בנגוד לתורה. הציבוריות הדתית צריכה להעלות בכל הזדמנות את התביעה להכיר במשפט התורה כמשפט המדינה. אולם גם עד שתוגשם תביעה זו, אין לאדם שומר תורה ומצוה לפנות לבית משפט חילוני בשום תביעה שהיא טרם הזמין את הצד שכנגד לבירור בפני מוסדות תורניים ורק אחרי סירוב של הלה להתדיין בפני דיני ישראל יש רשות בידו לפנות לערכאות. על החובה להתדיין בדיני ישראל ראו שאול ישראלי משפטי שאול: עיונים, תשובות, הערות וביאורים בהלכות הארץ והמדינה, סימן קכ, שפו (ישראל שריר עורך התש"פ). על פי תמליל של דבריו בכנס דיינים כעבור כעשרים שנה, בשנת תש"מ, התבטא ביתר חריפות, ובאופן שונה מהותית מן הדברים שכתב בראשית שנות המדינה, ואף חזר להשתמש במונח "ערכאות": "יש להדגיש שאיסור ערכאות אינו רק לפני עכו"ם ואין להביא ראייה מ'ערכאות שבסוריא' שהיו דנים לפנייהם אף על פי שלא דנו על פי דין תורה כלל – זה מפני שלא היו להם שם בתי דין אחרים כלל שיכלו לדון דין תורה, וכדי שלא ילכו להתדיין לפני עכו"ם העמידו להם בתי דין שידונו להם לפי ראות עיניהם בפשרות וכדומה וקיבלו אותם עליהם לכך. אבל במקום שדנים על פי דיני העכו"ם ממש – שהעתיקו מהם את חוקיהם – זה ממש ערכאות. והרי מה שכותב הרשב"א (שו"ת הרשב"א חלק ו, סימן רנד) [...] על כן מוטל על רבני ערים שהם גם אבות בתי הדין וגם על הדיינים עצמם להשפיע על הציבור שהם

עקרוני שחשיבותו המעשית, מבחינת החובה הממשית לפנות לבית דין הלכתי, מועטה? לעניות דעתי הרב ישראלי ראה חשיבות עקרונית בהעברת הדיון מגדרי "ערכאות של נוכרים" לגדרי "דינא דמלכותא דינא", אף אם מבחינה מעשית גבולות החובה לפנות לבית דין הלכתי יישארו דומים. "ערכאות של נוכרים" הוא כלל הגלות, הוא חל במציאות של קיבוץ יהודי בקרב נוכרים. "דינא דמלכותא דינא" לעומתו, לשיטת הרב ישראלי, הוא כלל הלכתי שעוסק ביחסי מדינה והלכה באשר הם, כולל במדינה היהודית, ואף, באופן תיאורטי, כאשר יש מלך בישראל. במסגרת יחסו למדינת ישראל ומוסדותיה, והחשיבות שהוא מייחס לה, חשוב לרב ישראלי שהדיון ההלכתי ייערך במסגרת הלכתית המפנימה את השינוי המהותי במעבר מן הגלות למדינה יהודית. שינוי המחייב נטישת הדיון ההלכתי במסגרת הכלל "ערכאות של נוכרים".

חשוב להדגיש שלגבי שני הכללים התלמודיים – "ערכאות של נוכרים" ו"דינא דמלכותא דינא" – התקיים דיון ער בין פוסקי הדור על מידת תחולתם בהקשר שלטון יהודי כמו בישראל. הרב ישראלי הכריע שהכלל "ערכאות של נוכרים" אינו תקף בישראל משום שהוא ממוקד בדין ולא בדין, ובישראל הדיינים הם יהודים. ואילו לגבי הכלל "דינא דמלכותא דינא" סבר הרב ישראלי שהוא הבסיס לדיון ביחס שבין דין המדינה ובין ההלכה בכל מקום וזמן, כולל בישראל, ואף באופן תיאורטי במלכות ישראל. לשיטתו, מכוחו של כלל זה יש תוקף הלכתי למשפט הישראלי. אולם – וכאן העיקר – יש לדון בגבולותיו של כלל זה. הדיון בגבולותיו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" – לו מוקדש פרק ח בספר עמוד הימיני – נועד לדון ביחס ההלכה למשפט הישראלי.

באים אתו במגע – שאין להזדקק בשום אופן לערכאות. ויש להדגיש להם, שגם אם יזכו שם בדין – אין זה דין אלא גזל וזה מלבד עצם האיסור שנעשה כמה שהולכים לפניו" (עיבוד מתוך תמליל בכנס דיינים תש"ם, הובא בשאול ישראלי משפטי שאול: עיונים, תשובות, הערות וביאורים בהלכות הארץ והמדינה, סימן קיט, עמ' שפד-שפה (ישראל שריר עורך התש"פ). קשה להלום את הדברים עם דברים שכתב בראשית שנות המדינה בתגובה למאמרו של הרב סגל. אף אם התמלול מדויק ואמין, יש להתייחס לדברים אלו שנאמרו בעל פה ובכנס סגור בזהירות. הדברים תומללו ונדפסו לראשונה למעלה מעשרים שנה לאחר פטירתו של הרב ישראלי וייתכן מאוד שהוא עצמו לא היה מפרסמם. מעניינת העובדה שהרב יעקב אריאל, תלמידו המובהק של הרב ישראלי, סבר שגם בישראל יש תוקף לאיסור "ערכאות של נוכרים", ראו הרב יעקב אריאל "איסור ערכאות" ש"ת באהלה של תורה, חלק א סימן ט (התשנ"ח), תשובה זו מבוססת על מאמרו של הרב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א 319 (התש"מ).

ג. "דינא דמלכותא דינא" וגבולותיו

הדיון בשאלה עד היכן אנו מאפשרים לכלל "דינא דמלכותא דינא" לגבור על ההלכה ולהצר את צעדיה הוא דיון מתוח מאז ראשית פרשנות התלמוד, ונשמעו בו דעות שונות לאורך ימי הביניים ובעת החדשה. אחת מנקודות המוצא לדיון היא ההבחנה בין המשפט הציבורי, "דיני המלכות", שבו הנטייה להרחיב את תחולת הכלל, ובין המשפט הפרטי, שבו הנטייה לצמצמו. השאלה היכן עובר הגבול בתוך המרחב הגדול שבין דיני מלכות ובין משפט פרטי היא שאלה הנתונה במחלוקת אידיאולוגית ופרשנית. אף הרב ישראלי טיפל בשאלה סבוכה זו, היכן עובר הגבול בין שני תחומים אלו, ובאמצעותה העלה את עמדתו על גבולות הכלל "דינא דמלכותא", ומכאן את השקפתו על היחס בין ההלכה ובין משפט המדינה בישראל.

המקורות העיקריים שבהם דן הרב ישראלי, ועל בסיסם ביקש לתחם את גבולות הכלל "דינא דמלכותא", הם: המחלוקת העזה שבין הרמ"א והש"ך על גבולותיו של כלל זה;³⁰ פירושו של רבנו יונה לסוגיית "דינא דמלכותא דינא" בכבא בתרא נה; ושתי תשובות רשב"א המובאות או נרמזות בדברי הרמ"א.³¹ למרות המחלוקות וחוסר ההסכמה שבין הפוסקים, ברור לכולם שהכלל התלמודי הכרחי לעיתים, ועם זאת הוא חותר תחת האוטונומיה של ההלכה, ולכן יש להגדירו ולתחמו. באמצעות מהלכים למדניים מבקש הרב ישראלי לארגן את המקורות הללו לשיטה אחת קוהרנטית. הוא קורא את המקורות ומפרשם כשלנגד עיניו המציאות והמשפט הישראליים. מבעד לפריזמה זו הוא מפרש את המקורות ומבקש להעמידם באופן קוהרנטי ושיתאים להשקפתו בדבר היחס הראוי בין המשפט הישראלי וההלכה.

1. "משפטי המלכים" או "תקנת בני המדינה": מחלוקת הרמ"א והש"ך על גבולותיו של "דינא דמלכותא":

א. מחלוקת הרמ"א והש"ך

אחד המקורות הבולטים והחשובים בדיון על גבולות הגזרה של הכלל "דינא דמלכותא דינא" הוא המחלוקת שבין הרמ"א והש"ך, ענקי פולין במאות ה-16 וה-17. ר"י קארו פסק בשולחן ערוך שיש להמתין שלושים יום אחרי מועד פירעון ההלוואה בטרם מכירת המשכון. הרמ"א העיר שבמקום שהמנהג בקרב הנוכרים הוא שיש להמתין שנה "דינין גם

30 ראו רמ"א, חושן משפט עג, יד; וכן רמ"א, חושן משפט ססט, יא. ש"ך, חושן משפט עג, ס"ק לט.

31 תשובת הרשב"א ח"ו, רנד; תשובת הרשב"א חג, קט (הובאה בין השאר על ידי הסמ"ע כמקור לדברי הרמ"א סימן ססט, כא).

כן בישראל"³². בכך הרחיב הרמ"א באופן ניכר את תחולת מנהג המדינה על פני ההלכה. במקום אחר חזר הרמ"א על דין זה ואף הסתמך במפורש על הכלל "דינא דמלכותא דינא". הוא גם קבע במפורש שיש לדחות את הדעה שתחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" היא רק בעניינים הקשורים באופן מובהק לשלטון ולמלכות:

י"א דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במיסים ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא. ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא וכן הוא העיקר.³³

הש"ך דחה בתוקף את שיטת הרמ"א, טען שהיא מכפיפה את דין תורה לדין המלכות ונותנת לו עליונות, רעיון בלתי נסבל לשיטתו. הש"ך סבר שהכלל "דינא דמלכותא דינא" תקף רק בדיני השלטון במובן הצר, ואף את שיטת הסוברים שהוא תקף גם בעניינים אחרים יש לפרש בצמצום:

דכיון דעל פי דין תורה יכול למכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו לא תהא כזאת בישראל [...] ואפילו למאן דאמר דינא דמלכותא דינא בכל דברים, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים, אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו.³⁴

32 שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות הלואה סימן עג, סעיף יד, והגהות הרמ"א. אומנם הרמ"א לא הזכיר כאן במפורש את הכלל "דינא דמלכותא דינא", אלא רק את המנהג. אולם בסימן שסט המובא להלן, הוא אומר במפורש שדין זה הוא משום "דינא דמלכותא דינא". גם הש"ך תקף את הרמ"א על תפישתו בעניין "דינא דמלכותא דינא" בדבריו כאן בסימן עג.

33 שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות גזילה סימן שסט, סעיף ח.

34 מתוך דברי הש"ך, חושן משפט עג, לט. יש לשים לב במיוחד לדברי הש"ך שלפיהם אף בתחומי המלכות דין המלך תקף רק במקום "שאינו נגד דין תורתנו". בתוככי הדברים, בקטע שלא צוטט לעיל, מוסיף הש"ך שגם לסוברים שהכלל "דינא דמלכותא דינא" תקף בכל עניין "היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל". כלומר, גם את דעת המרחיבים את תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" מפרש הש"ך בצמצום. הכלל תקף רק במקרה של חסר (לקונה) בהלכה, אך נעדר כל תוקף במקום שיש הלכה סותרת. אני חושב שאין לייחס להבחנה זו של הש"ך – המכירה בקיומן של לקונות הלכתיות – תפיסת ההלכה כמערכת פוזיטיביסטית נוקשה של כללים, ובמקום שאין כלל יש לקונה. קשה להלום תיאור כזה של ההלכה עם אופייה כמערכת פרשנית מובהקת. נראה לי נכון יותר להבין שהש"ך דוחה כל אפשרות להעדיף דין המדינה על פני כלל הלכתי מפורש, אך מוכן לקבל את דין המדינה במקום שאין הלכה מפורשת, אף על פי שהוא מודע לכך שניתן היה לחלץ תשובה הלכתית על ידי פרשנות.

הרמ"א ער לקושי ולמתח שמעוררת הרחבת תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא", ולכך שמשמעותה היא לכאורה ביטול מעשי של משפט ההלכה. ואף על פי כן הוא לא נסוג עקרונית, ונשאר בעמדתו שתחולת הכלל רחבה יותר מאשר רק בתחום השלטוני, אם כי הוא מסייג את דבריו מעט:

דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים, דאם כן בטלו כל דיני ישראל.³⁵

הש"ך, שדחה בתוקף את שיטת הרמ"א, סבר שדברים אחרונים אלו שבאו לסייג – נמצאו מרחיבים, משום שהמשיגו באופן עקרוני את ההרחבה של הרמ"א, והעניקו תוקף לדין המלכות בכל מקום שנעשה "לתקנת בני המדינה", ולא דווקא בתחום השלטוני כפי שהוא סבור:

דוקא לענין ארנוניות שנוגע למלך, דאז כל הדין נוגע למלך עצמו והזוכה בו הוא כבא מכח המלך, או במנהגות של מלכים אף על פי שאינו נוגע במלך עצמו, כיון שהוא משפט המלך במדינה ואינו נגד דין תורה, אמרינן "דינא דמלכותא דינא", אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, ואף שיפסקו בדיניהם כן משום תקנת בני המדינה.³⁶

המחלוקת שבין הרמ"א והש"ך היא הרכבה יותר ממחלוקת דוקטרינרית על תחולת הכלל התלמודי, ויש להבינה כמחלוקת עקרונית בשאלת חשיבות הפרטיקולריות של המשפט. הש"ך מדגיש מאוד את חשיבות המשפט ההלכתי, ורואה בכלל "דינא דמלכותא דינא", כלל מצומצם שכל עניינו הוא לאפשר לשלטון לתפקד. הוא דוחה כל פרשנות שלפיה כלל זה חותר למעשה תחת ההלכה. הרמ"א, לעומתו, מצמצם יותר את חשיבות המשפט הפרטיקולרי, ומעדיף את אחידות המשפט. מבחינה רטורית כולם מדגישים את חשיבות המשפט ההלכתי, ואת דברי הרשב"א התווה לשם מה נכתבו משפטי התורה אם מאמצים את דין המלכות.³⁷ הרב ישראלי עשה שימוש במחלוקת זו. הוא אימץ את שיטת הרמ"א, ופירש אותה באופן יצירתי וחדש המסיר לדעתו את טרוניות הש"ך. את

35 רמ"א, חושן משפט שסט, יא.

36 ש"ך, חושן משפט עג, ס"ק לט. וכן שם: "ואפילו למאן דאמר דינא דמלכותא דינא בכל דברים, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים, אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו". על מחלוקת הרמ"א והש"ך ראו בהרחבה אצל שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 147-150.

37 שו"ת הרשב"א ח"ו, רנד, הובאו לעיל בה"ש 27: "ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם כמות טלוואת בבית מדרסי הגויים".

המושג "תקנת בני המדינה" שבדברי הרמ"א הוא פירש באופן שמרחיב את השימוש בכלל "דינא דמלכותא דינא" בשני מישורים, וכפי שנראה להלן.

ב. אחריות המדינה לשלום ולסדר החברתי

הרב ישראלי סבר שכאשר הרמ"א דיבר על "תקנת בני המדינה" לא הייתה כוונתו ל"תקנות רגילות בעניני משא ומתן שבין אדם לחבירו וסכסוכים הנולדים בקשר עם זה", כפי שהבין הש"ך. כוונת הרמ"א, לשיטת הרב ישראלי, היא למקרים הדומים ל"תיקון העולם" התלמודי, היינו הסדרת החיים החברתיים:

כשהאחד פגע בשני פגיעה בין בגוף בין בממון בדרך אסור. כגון גניבה וכיו"ב, והוא הנקרא כיום משפט פלילי, בזה הוא שניתנה הרשות למלך לדון ולתקן, כי רק ענינים אלה הם הדורשים בעיקר כוח השתלטות ממלכתי, ולשם ביעור העבריינים והעבריינות הוא שניתן תפקיד למלך.³⁸

חשיבות הדברים למציאות הישראלית ברורה ומובנת. הרב ישראלי סבור שהשלטון אחראי על הסדר והשלום בחברה, עניינים "הדורשים כוח השתלטות ממלכתי". בתחומים אלו אין מקום לדבר על פרטיקולריזם משפטי, ויש להעניק לשלטון סמכות לתקן ולחוקק בכל תחומי "המשפט הפלילי", "ביעור עבריינים" ועוד, עניינים הקשורים לסדר החברתי כמובן הרחב. אכן, ממשיך הרב ישראלי ומחדד את ההבדל בין תחומים אלו לבין ענייני בין אדם לחברו, בהם יש להגביל את תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא":

בכל מה שנוגע לשבירת זרוע הרשעים בין שהוא בעניני ממונות, בין בעניני נפשות, הרשות בידו [=של השלטון], אבל בעניני משפטים רגילים שזה אינו מתפקידו אין לו לתקן תקנות ואם תיקן אין דינו דין.³⁹

38 "גבולות הסמכות של דינא דמלכותא", עמוד הימיני, לעיל ה"ש 1, בעמ' עו. לצורך פרשנותו גייס הרב ישראלי תשובה נוספת של הרשב"א שגם בה הציע הרשב"א שיקוליי-על עקרוניים בהקשר לחשיבותו של המשפט ההלכתי, שיקולים המתעלים מעבר לשאלת תוקפו הפורמלי של הכלל "דינא דמלכותא דינא". הרשב"א הציע הבחנה לא ברורה בין דיני המלכות ובין דינים שבערכאות: "כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר להם שמואל לישראל, דמלך מותר בו, כך בשאר האומות, דיני ידועים יש למלכים, ובהם אמרו: דיניהם דין. אבל דיני שדנין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינים; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלום דיני ישראל" (ש"ת הרשב"א ח"ג, סימן קט). הרב ישראלי הציע להסביר את הבחנת הרשב"א, שנראית כסתומה ולא מובנת, באמצעות הבחנת הרמ"א, וטען שהבחנת הרשב"א היא הבחנת הרמ"א לעניין "תקנת המדינה", וכי הרמ"א ירד לסוף דעתו של הרשב"א באופן מוצלח יותר מן הש"ך.

39 "גבולות הסמכות של דינא דמלכותא", לעיל ה"ש 38, בעמ' עו.

במרחב הגדול שבין דיני מלכות במוכן הצר ובין דיני ממונות נכנס הרב ישראלי ומגדיר מחדש היכן עובר הגבול. למלכות אחריות על שלום החברה ועל הסדר החברתי במוכן הרחב, וכאן יש תוקף מלא למשפט המדינה. את דברי הרמ"א שכתב שיש תוקף לדין המלכות בכל מקום שהוא ל"תקנת בני המדינה" יש לפרש בצמצום. אין מדובר בכל חוק המועיל לאזרחים, אלא רק על חוקים העוסקים בשמירה על הסדר והשלום בחברה. הרב ישראלי דחה את שיטת הש"ך, ואימץ את שיטת הרמ"א, לפי פרשנותו החדשה. ייתכן שהוויכוח שבין הש"ך ובין הרב ישראלי בשאלה מה נכלל בדין המלכות משקף נקודות מבט שונות, זו של יהודי החי בקהילה יהודית במאה ה-17, לעומת זו של יהודי החי בישראל הריבונית. אחריות השלטון לסדר החברתי העסיקה מאוד את הרב ישראלי, משום שהוא חשב על מדינה יהודית מודרנית שבה האחריות על הסדר החברתי כולו מוטלת על כתפיה. לשיטתו ההלכה קובעת שהאחריות לסדר החברתי במוכן הרחב חייבת להיות בידי השלטון ומעניקה לו סמכויות אלו. חשוב בהקשר זה לציין שאף שעמדתו של הרב ישראלי הגיונית מאוד לגופו של עניין, לא פשוט להלום אותה בדברי הרמ"א. הרמ"א הרי אמר את דבריו בהקשר של מכירת משכון, ואם כן נראה בבירור שלדעתו תחולת הכלל אף בענייני "משפט רגילים", שעליהם אמר הרב ישראלי שלא יחול הכלל. אכן, ר' מרדכי יפה, בעל הלבוש, ומתלמידיו של הרמ"א הדגיש שהוא מבין את מושג "תיקון בני המדינה" באופן רחב: "לא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש לו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בעניני משא ומתן שביניהם".⁴⁰

במהלך דבריו ביצר הרב ישראלי את עמדתו בהתבסס על הרמב"ם:

כלשון הרמב"ם (מלכים ד, ט) "ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת ולמלאת העולם צדק ולשבור זרוע הרשעים, ולהלחם מלחמות ה', שאין ממליכים מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות", הרי מבואר שתפקיד המלך לעשות משפט, היינו, "לשבור זרוע הרשעים", אבל משפטים רגילים זהו באמת רק מתפקיד בית הדין.⁴¹

והדברים חשובים עד למאוד משום שהרב ישראלי מקיש בין מלך ישראל והכללים החלים עליו, ובין הכלל "דינא דמלכותא דינא" החל על כל שלטון. לדעתו הרציונל בשניהם אחד הוא, סמכות המוקנית לשלטון לנהל את הממלכה ולדאוג לשלום הציבור ולסדר החברתי. הכלל התלמודי "דינא דמלכותא דינא" איננו "כלל הגלות" בשיטתו של הרב ישראלי, אלא כלל יסוד בתורת המדינה באשר היא, המעניק לשלטון, בכל מקום וזמן, סמכויות לשלוט ולנהל את החברה. דיני מלך ישראל הקלאסיים שבהלכות מלכים זהים לעקרונות "דינא דמלכותא דינא", ואלו ואלו זהים למעמדו של המשפט הישראלי.

40 לבוש עיר שושן, חו"מ שמש, יא. אני מודה לשמשון אטינגר על הפניית תשומת הלב למקור זה.

41 "גבולות הסמכות של דינא דמלכותא", לעיל ה"ש 38, בעמ' עו (ההדגשות במקור).

ג. אחריות המדינה לרגולציה הסדרית

עד כאן הרחיב הרב ישראלי את תוקף דיני המלכות אל המשפט הפלילי במובן הרחב, אל כל מה שקשור לסדר החברתי ולשלום הציבור. אולם הוא לא הסתפק בכך והרחיב את תחום התחולה של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בעוד מישור:

ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק. ענינים אלה אין לפעול בהם בדרך של הוצאת פקודות, אלא בדרך הכרעה שכלית, ע"כ ענינים אלה מסורים להכרעת חכמי המשפט הבקיאים בדבר, ועל פיהם יקום החוק. וישנם חוקים שכל עיקרם אינם אלא תקנות קבועות, שלא שייך בהם הכרעה שכלית, אלא קביעת נוהג וחק, בהתאם ליסודות הכלליים של הצדק.⁴²

האם המשפט הוא שרירותי ומבטא את סמכות המחוקק, כפי שסברה הגישה הפוזיטיביסטית למשפט? או שמא הוא משקף עולם ערכים, ותוקפו מותנה בעמידה בסטנדרטים מוסריים, כפי שסבורים מצדדי תיאוריית המשפט הטבעי? ויכוח יסודי זה בתורת המשפט על מהותו של המשפט עשוי להשפיע מאוד על העמדה ביחס לחשיבותו וייחודו של המשפט ההלכתי. ככל שנדרגיש יותר את עולם הערכים שבבסיס המשפט, כך תגדל חשיבותו של המשפט ההלכתי הייחודי. אכן, הרב ישראלי נאחז בהבחנה בסיסית זו, וטוען שיש חוקים משני הסוגים, וכי בהבחנה ביניהם תלויה מידת תחולתו של משפט המדינה, ולחלופין מידת חשיבות ההליכה על פי דין תורה. יש חוקים המבוססים על עמדה ערכית ייחודית, חוק שמקורו "בהכרעת השכל" בלשונו, ולגביהם יש חובה הלכתית לשמר ולפעול על פי החוק ההלכתי הפרטיקולרי. אך בנושאים רבים, הן במשפט הפרטי והן הציבורי, כל שצריך לשם הסדר החברתי הוא כלל אחיד ומוסכם: "שכל עיקרו אינו אלא לתקנות קבועות", כלל זה מטבעו הוא שרירותי וחסר היבט נורמטיבי. רגולציות מסוג זה הן חלק מתפקידי המלוכה ומסמכותה הטבועה. אין בהן היבט מהותי ערכי החותר תחת דין תורה, ולפיכך מוקנית למלכות סמכות לחוקקם, ויש להם תוקף מלא לפי ההלכה מכוחו של הכלל "דינא דמלכותא דינא".

הנה לנו דרך נוספת שדרכה הרחיב הרב ישראלי את תחולת משפט המדינה ואת תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא". גם כאן ניתן לומר שאלו תחומים של המשפט שנכנסים במרחב שבין משפט המלוכה המובהק ובין המשפט הפרטי, והאסטרטגיה של הרב ישראלי היא להרחיב את תחום תחולתו של משפט המלוכה. הרחבות אלו של הרב ישראלי אינן מלאכותיות אלא יש בהן היגיון תורת־משפטי מובהק.

הש"ך נזעק כזכור על דברי הרמ"א שהרחיב את "דינא דמלכותא דינא" גם לדבר "שהוא לתקנת בני המדינה". הש"ך ראה בשיטת הרמ"א חתירה נגד דין תורה, וסבר שהכלל חל רק בתחום דיני המלכות. על כך משיב הרב ישראלי שיש לפרק את המושג "תקנת בני המדינה" למצבים השונים הכלולים בו. ראשית הוא הציע, כפי שראינו לעיל, לכלול בו את כל מה שקשור לשלום ולסדר החברתי. ועכשיו הוא מציע הבחנה נוספת שלפיה כל רגולציה שנועדה לארגן ולשמור את הסדר החברתי, ואין לה היבט ערכי ומוסרי, עונה על ההגדרה של הרמ"א "לתקנת בני המדינה", ואינה נוגדת את דין התורה, משום שרק דבר שיש לו היבט מוסרי וערכי יכול להיות נוגד את דין התורה.⁴³

2. תוקפן של הכרעות שיפוטיות: שיטת רבנו יונה

עד כה נותר המשפט הפרטי, ליבו ועיקרו של המשפט התלמודי, מחוץ לתחום תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא", ובו מבקש הרב ישראלי לשמר מחויבות להדיין בבית דין הלכתי. מדובר בתחומים שגם דין המדינה רואה אותם בדרך כלל כדיספוזיטיביים, ומאפשר התנאה והכרעה על פי דין אחר המוסכם.

אולם הרב ישראלי צועד צעד נוסף ומוסיף נדבך חדשני לתחום חלותו של "דינא דמלכותא דינא" אף בתחום המשפט הפרטי, והוא מתן תוקף להכרעות שיפוטיות של בית הדין של המדינה. בהסתמך על דברי רבנו יונה, מפרשני התלמוד בספרד במאה ה-13, בפירושו לאחת מסוגיות התלמוד של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בכבא בתרא הסיק הרב ישראלי שזכות שנרכשה בבית הדין האזרחי של המדינה, מכוח חוק שהיא חוקקה, יהיה תקף, ואף ההלכה תכיר בו. נסביר תחילה את דברי רבנו יונה על דבריו של האמורא שמואל: "דינא דמלכותא דינא ואריסותא דפרסאי עד ארבעים שנין".⁴⁴

43 צורק אלכסנדר קיי שראה בקטע זה קטע מרכזי שבו הרב ישראלי מבחין בין חקיקה שנועדה להשיג סדר חברתי, ובין חקיקה המשקפת הכרעה נורמטיבית מוסרית. קיי דרש את הדברים לגנאי: הרב ישראלי אינו נותן תוקף לחוקי הכנסת במקום שמדובר בהיבט ערכי. ראו ALEXANDER KAYE, THE INVENTION OF JEWISH THEOCRACY: THE STRUGGLE FOR LEGAL AUTHORITY IN MODERN ISRAEL (2020). הוא התעלם מן ההקשר הרחב שבו הרב ישראלי מחד גיסא מתפלמס עם הש"ך ומבקש להרחיב את תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא", ולהעניק תוקף רחב לחוק המדינה, ומאידך גיסא מבקש לבדוק מה הם התחומים שבהם ניתן לשמור על הייחוד של המשפט ההלכתי בלא לפגוע ביכולתה של המדינה למשול, לנהל את החברה ולשמור על הסדר החברתי.

44 בתלמוד מופיעים הדברים כך: "אמר רבה הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד ארבעין שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסא – זבינהו זביני [=אותם פקידי מס שמכרו קרקע לצורך תשלום המס – ממכרם ממכר] [...]". (בבלי, בבא בתרא נה, ע"א). נראה שפשט הדברים הוא שיש כאן שלושה כללים העומדים כל אחד בפני עצמו, אך מסורת פרשנית היא שרואים אותם כאחד. כלומר, ששמואל לימד שדינא דמלכותא דינא חל בכל אחד משני המקרים הנוספים

פירוש כגון שהנהיג המלך שתועיל חזקה לעכו"ם בארבעין שנים, הלכך עכו"ם שלקח קרקע מישראל והחזיק בו ארבעין שנים הופקעה מישראל מדינא דמלכותא וזכה בה ישראל אפילו אם היא גזולה בידי העכו"ם [...]. אבל אין לפרש דישאל שמחזיק בנכסי חברו בארץ פרס דאין לו חזקה אלא בארבעין שנים, דסתם חוקי המלך על בני אומתו בלבד הם ואפילו אם פירש והטיל הנהגתו על ישראל כיון שיכול ישראל לכונף את חברו בדיני ישראל אין המלך כופה אותו לדרון באותם הדינים והמנהגות שהנהיג, נמצא שלא פקע זכות של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא אלא אם כן הלך חברו לדרון בפני ערכאות שלהם ודנו אותן בדינא דמלכותא [...]⁴⁵

על פי הדין הפרסי בעלות בקרקע נרכשת לאחר ארבעים שנות חזקה. לפי פירושו של רבנו יונה את דברי האמורא שמואל, אם פרסי גזל קרקע מיהודי ולאחר ארבעים שנה מכר אותה ליהודי אחר, תכיר ההלכה בבעלותו של היהודי הרוכש את הקרקע הגזולה. היהודי הנגזל לא יוכל לתבוע בבית הדין ההלכתי את היהודי שרכש את הקרקע, זאת משום שהפרסי הגולן רכש בעלות בקרקע מכוח דין המלכות, והוא מכר ליהודי את זכותו כדין, זכות שההלכה מכירה בה מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא".

לא זו בלבד, אלא שלפי תפיסתו של רבנו יונה אף אם אין פרסי בתוך, אלא רק שני יהודים, יחול הדין הפרסי, במקרה ששני יהודים הלכו בהסכמה לבית דין של המדינה. זאת אף על פי שבהליכתם לערכאות של נוכרים – בית הדין הפרסי – עברו על איסור. ואולם, מבהיר רבנו יונה, ברור שבבית דין של ישראל ימשיך לחול דין התלמוד, חזקת שלוש שנים שיש עימה טענה, ומכוחה של גזלה לעולם לא ניתן לרכוש בעלות. רבנו יונה מעמיד כאן תפיסה פלורליסטית של המשפט שלדעתו מאפיינת את המשפט הפרטי שבו אין למלכות אינטרס שמשפטה יחול בכל בתי הדין, ואינה מתנגדת להחלת דין אחר בבית דין של ישראל. למעשה משקף כאן רבנו יונה את המציאות המשפטית הרווחת באירופה כלפי קבוצות שונות, כולל הקהילות היהודיות, שהמדינה הכירה באוטונומיה שלהן. בבית הדין של ההלכה מחילים כמוכן רק את ההלכה. אך ההלכה מכירה בתוקפן של הכרעות שיפוטיות בבית דין של המלכות שהחיל את דין המלכות. ישראל שכפה את חברו להתדיין בבית הדין של המלכות עבר על איסור "ערכאות של נוכרים", אך עובדה זו לא פגעה בתוקפה של הכרעת בית הדין.

הנוכרים. בהתאם לכך מפרש רבנו יונה ש"דינא דמלכותא דינא" בהקשר של חזקת הפרסים (ארבעים שנה, ובניגוד לדין התלמוד של שלוש שנים, ולא עוד שבעלות נרכשת מכוח חזקה, בעוד בדין התלמוד חזקה היא רק ראייה על בעלות), ועל כך מפרש רבנו יונה שהדין החל תלוי בבית הדין בו מתקיים הדיון, של ישראל או של נוכרים.

עליות דרבנו יונה, כבא בתרא נה, הובא בשיטה מקובצת. מצוטט אצל הרב ישראלי "גבולות הסמכות של דינא דמלכותא", לעיל ה"ש 38, בעמ' ע.

הרב ישראלי מיישם עיקרון זה וקובע:

שזהו מתפקיד המלכות לשקוד על שלום הבריות [...] וכשם שבית דין בישראל רשאי לעשות תקנות בעניני ממונות לתקון העולם, כך ישנה זכות זו לאומות העולם במלכות. אלא שכל זה רק כלפי האומות עצמן, אבל כלפי ישראל כיון שיש דיינים העושים דין ושוקדים לשלום הבריות ותקנתן, וכל אחד יכול לכופף חברו בדין, והדיינים ידונו אותם לפי חוקי התורה אשר דרכיה דרכי נעם ונתיבותיה שלום, ממילא שוב אין כל צורך למלכות להתערב בדבר ולתקן את התקנות הנראות בעיניה לתקון העולם, כי לזה כבר ידאג הצבור הישראלי ודייניהם בראשם [...] וכל זה כשישראל מסדרין הדין, אבל כשהבעל דין, ומכל-שכן שניהם, פונים בעצמם לערכאות, אז יש באמת מתפקידו לרונם ולהחזיר את השלום על כנה וע"כ באופן זה דין המלכות דין.⁴⁶

כחלק מתקנת העולם חובת המלכות להעמיד בתי דין ולחוקק חוקים שיסדירו את היחסים בחברה גם בדיני ממונות ובעניינים שבין אדם לחברו. כוח המלכות שההלכה מכירה בו מופעל בשני מסלולים: האחד הכוח השלטוני, כוח המלכות, כלפי כל האזרחים, והשני כוח בית הדין. כוח בית דין בענייני בין אדם לחברו, שגם בהם המלכות מחויבת לדאוג לסדר וצדק. אך אף-על-פי-כן ברור שלא תהיה כל פגיעה בצדק ובסדר אם יתקיים במקביל בית דין אחר, לבית דין הלכתי. לבית הדין ההלכתי יש סמכות כלפי האזרחים היהודים הפונים אליו, והמלכות מקבלת שניתן להעמיד בתי דין אחרים לתחום זה ושיחול בהם דין אחר. כל עוד אנו עוסקים במשפט הפרטי אין עובדה זו פוגעת בסדר הציבורי או בתקנת העולם. ועל כן חובה על ישראל לפנות לבית דין הלכתי. ואולם אם ישראל לא פנה לבית דין הלכתי אלא לבית דין של המלכות, הכרעת בית הדין תקפה מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא".

יסוד חשוב ביישום הכלל "דינא דמלכותא דינא" שהרב ישראלי למד מפירושו של רבנו יונה הוא שהכרעה שיפוטית של בית הדין של המדינה תקפה ומחייבת בכל מקום שיהודי פנה לבית דין זה, אף אם בפנייתו עבר על איסור "ערכאות של נוכרים", או ביטל חיוב לפנות לבית דין של ישראל. אף שהמדינה עצמה מכירה באפשרות להקים בית דין הלכתי שאליו יפנו יהודים בהסכמה בתחומים שבין אדם לחברו, ואף שההלכה מחייבת לפנות לבית הדין ההלכתי, בכל זאת אם יהודי פנה לבית הדין של המדינה פסק הדין

46 "גבולות הסמכות של דינא דמלכותא", לעיל ה"ש 38, בעמ' עב. בכך גם מסביר את שיטת הש"ך על דרך הצמצום. גם הרמ"א, שכוזר הרחיב מאוד את תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא", הביא את דבריו רבנו יונה מתוך הסכמה (ראו רמ"א, דרכי משה הקצר, חושן משפט שסט, ג).

תקף ומחייב אותו. ההלכה מכירה באופן מלא בזכות שנרכשה בבית דין של המלכות, אף שהיא מתנגדת לפנייה לבית דין זה ומחייבת לפנות לבית דין הלכתי.

ד. סיכום ומבט־על

ההליכה הזהירה שהרב ישראלי מציע בין הכללים התלמודיים – איסור "ערכאות של נוכרים" מזה, ו"דינא דמלכותא דינא" מזה – משקפת את האתגר העומד לפני כל פוסק ציוני־דתי. לא מתקבל לראות בבתי המשפט הישראליים "ערכאות של נוכרים", ובו בזמן ויתור על המשפט ההלכתי בישראל אם נחיל בישראל באופן נרחב את הכלל "דינא דמלכותא דינא", לא מתקבלת אף הוא. האם נוותר על המשפט ההלכתי ועולם הערכים שהוא מגלם? כמובן, לא רק תחולתם או אי־תחולתם של הכללים התלמודיים הן שמאתגרות את הפוסק. האתגר העיקרי הוא בנאמנותו הכפולה, למדינה ומוסדותיה מזה, ולעולם הערכי והרוחני שבמשפט ההלכה מזה.

באתגר זה מבקש לטפל הרב ישראלי במאמרו "גבולות הסמכויות של דינא דמלכותא" שעמד במרכזו הדיון שלנו. אף שישראל או המשפט הישראלי לא מוזכרים במאמר במפורש, ברור שהוא לא נכתב בחלל ריק, ולנגד עיניו של הרב ישראלי עומדת מדינת ישראל הקונקרטי. באמצעות הבניית המקורות הוא מבקש להבנות את היחס הראוי למשפט המדינה ואת מעמדו הראוי של המשפט ההלכתי במדינה.

הרב ישראלי קבע ארבעה עקרונות, שילובם אמור להציע פתרון ולענות על אתגרו של הפוסק הציוני־דתי:

א. איסור "ערכאות של נוכרים" לא חל בישראל. ליבו של האיסור מתייחס לדין ולא לדין ולכן אינו תקף בישראל.

ב. הכלל "דינא דמלכותא דינא" הוא עיקרון הלכתי החל בכל הקשר מדינתי, כולל מלכות ישראל, ולפיו מכירה ההלכה במדינה, במוסדותיה, כולל המשפט, ובעיקר בנחיצותם.

ג. יש לדון בגבולות תחולת דין המלכות. דיון זה מקיים הרב ישראלי באמצעות ניתוח המקורות ופרשנותם. לנגד עיניו של הרב ישראלי בקבעו את גבולות הגזרה של הכלל "דינא דמלכותא דינא", שבו מעניקה ההלכה למלכות הכרה בחוקיה, עומד עיקרון־על במדינה מודרנית והוא שבכל הקשר ציבורי חייב לשרוד משפט אחד. לאור זאת הוא קבע קביעות אלה: 1. דין המדינה חל על כל מה שקשור לסדר ולשלום החברתי, המשפט הפלילי, וכל מה שבאחריות המשטרה. כל אלו תחומים שמדינה לא יכולה להפריט והם באחריותה. 2. דין המדינה תקף בכל מה שקשור לרגולציה בתחומים של סדר חברתי, שאינה משקפת הכרעות ערכיות אלא הסדרים והסכמות שחייבים לחול על כלל החברה. 3. בכל הקשר אחר, בעיקר כאשר מדובר בסכסוכים שבין אדם לחברו,

חובה לפנות לבית דין הלכתי בהסכמה. ואולם גם כאן, אם אדם עבר על חובתו ופנה לבית הדין של המדינה, פסק הדין תקף מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא".

ד. ההרחבה המשמעותית של תחום תחולתו של דין המדינה אינה מבטאת ויתור על המשפט ההלכתי. אלא העברת זירת המאבק למוסדות המדינה הלגיטימיים. בעוד כקהילה בגולה היברלות הייתה הכלי לשימור ייחוד המשפט, כאן בישראל, טוען הרב ישראלי, המאבק צריך להיעשות בתוך מוסדות המדינה ועל פי הכללים של מוסדות אלו.

גישתו של הרב ישראלי למשפט נגזרת מעמדתו כלפי מוסדות השלטון בישראל כפי שתוארו בתחילת המאמר. המשטר הפרלמנטרי המבטא את רצון העם הוא המשטר הרצוי בעיני התורה, ומדינה יהודית עם משטר פרלמנטרי עדיפה על מלך ישראל שנבחר על ידי סנהדרין ונביא. ברור אם כן שלא ניתן להתייחס לחוקים שיחוקקו ולפסקי הדין שיינתנו במדינה ככאלו של מדינה נוכרית בגולה, ולפיכך לא ניתן, לשיטתו, להתייחס לבתי הדין של ישראל כאל "ערכאות של נוכרים". האם המסקנה המתבקשת היא ויתור כליל על המשפט וערכי ההלכה? האם הרב ישראלי מתמסר כליל למדינה, כפי שתהה יעקב בלידשטיין? תשובתו של הרב ישראלי היא החובה הפוזיטיבית לקיום משפט התורה המהווה את תמונת המראה לאיסור "ערכאות של נוכרים". חובה זו מתקיימת בשני מישורים, כפי שראינו ברשימה זו. במישור האחד, ובו חידושו החשוב של הרב ישראלי, מוטלת החובה על המדינה עצמה, ועל היחיד חובה להיאבק למען ערכים אלו בתוך מוסדות המדינה ועל פי כלליה. במישור השני, חובה לקיים בתי דין הלכתיים ולפנות אליהם בהסכמה בכל אותם תחומים אזרחיים וממוניים, שבהם אין תוקף לכלל "דינא דמלכותא דינא".