



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

**מדינה, משפט והלכה**  
**ג. דת ומדינה:**  
**תפקידה של ההלכה**  
**ידידיה צ' שטרן**

נייר עמדה 48

ירושלים, שבט התשס"ד, ינואר 2004

**המכון הישראלי לדמוקרטיה** הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסף לכך מממש המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על-ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה, ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי  
ראש מינהל מחלקת פרסומים: עדנה גרניט  
עורכת הספרייה: יעל מושיוב  
רכז הפקה: נדב שטכמן  
עריכת לשון: תמי אילון-אורטל  
עיצוב גרפי: רון הרן  
סודר ונדפס בהתשס"ד ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב 965-7091-77-2 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה  
Copyright by the Israel Democracy Institute  
Printed in Israel 2004

**פרופ' ידידיה צ' שטרן** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה; מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; עורך עמית של **תרבות דמוקרטית**, ושל סדרת הספרים "יהדות ישראלית".

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

# תוכן העניינים

7	<b>פרק ראשון: שתיקת ההלכה</b>
13	<b>פרק שני: על השמרנות ההלכתית</b>
19	<b>פרק שלישי: המציאות החדשה</b>
19	א. אבדן הדומיננטיות של משפט ההלכה
22	ב. מדינת ישראל
26	ג. חילוניות
29	ד. בחזרה ל"דת ומדינה"
31	<b>פרק רביעי: על האפשרות של הסתגלות הלכתית</b>
32	א. באין מקדש
37	ב. נוכח הפזורה
41	<b>פרק חמישי: פתחים להתחדשות הלכתית</b>
41	א. שתיקה מכוונת: היעדר שפיטות הלכתית
42	1. היעדר שפיטות עקרונית
43	2. היעדר שפיטות מוסדית
44	3. קשיים
46	ב. יצירת מכנה משותף: הכרה הלכתית במדינה ובתוצריה
46	1. טיעון עובדתי-היסטורי
48	2. טיעון עיוני-רעיוני
50	3. הקשיים
56	ג. אקטיביזם שיפוטי
57	1. פרשנות הקטגוריה ההלכתית
58	2. קביעת הקטגוריה ההלכתית
61	ד. אלטרנטיבה מוסדית
61	1. ניסיון העבר
64	2. מבט לעתיד
69	<b>פרק שישי: סיכום</b>
78	<b>English Summary</b>



תודה לידידיי, שקראו, העירו ותרמו מחכמתם:  
שמשון אטינגר, יצחק ברנד, יצחק כהן,  
שוקי פרידמן ועמיחי רדזינר.



החברה הישראלית מתחבטת בשאלות דת ומדינה מגוונות ומורכבות: הגדרת היהודי;<sup>1</sup> גבולות התא המשפחתי;<sup>2</sup> עיצוב הפרהסיה במדינת ישראל;<sup>3</sup> פלורליזם דתי;<sup>4</sup> מיסוד הדת והאחריות לאספקת שירותי דת<sup>5</sup> ועוד ועוד. כובדן המצטבר של סוגיות המחלוקת המונחות תדיר על השולחן הציבורי שלנו – זה יובל שנים – מרועע את יציבותו.

הכרוניות והחריפות המאפיינות את המתח שבין דת ומדינה בישראל מבטאות קשיים עקרוניים שמעורר המפגש בין דת יהודית מסורתית ובין מדינה ליברלית מערבית. בכלל אלו שאלת המשמעות האידאולוגית והתפקודית של קיום כל אחד משני המרכיבים לגבי האחר,<sup>6</sup> שאלת מקורות הסמכות וההתמודדות עם השניות הנורמטיבית,<sup>7</sup> שרטוט גבולות חופש הדת והחופש מדת,<sup>8</sup> מקומה של קהילה דתית בחברה אזרחית המאורגנת במסגרת מדינית ליברלית<sup>9</sup> ושאלות תשתית נוספות.

- 1 להגדרת היהודי השלכות נורמטיביות לגבי שבות, אזרחות, גיור ורישום.
- 2 תוכנם של דיני נישואין, גירושין, החזקת ילדים, זכויות האדם של נשים ועוד.
- 3 הסדרים הנוגעים לשבת ולמועדים, כשרות במטבחים ציבוריים, סמלי המדינה, תפקוד חברות ממשלתיות, אורגנים של המדינה ועוד.
- 4 שאלת הפלורליזם נוגעת הן למתח בין-דתי והן למתח פנים-דתי בין זרמים שונים ביהדות.
- 5 שאלות הנוגעות למועצות דתיות, לרבנות ממלכתית (ראשית, מקומית וצבאית), למשרד דתות, למימון ישיבות ועוד.
- 6 כגון: מקומה של הדת בהגדרת המדינה, בעיצוב זהותה ובכיוון פעולותיה, מצד אחד, והשלכות של קיומה של המדינה על עיצוב תכנים דתיים נורמטיביים והגותיים, ובכלל זה שאלת המשמעות הדתית של המדינה, מצד שני. ראו, למשל, C. S. Liebman, **Religion, Democracy and Israeli Society** (Harwood Academic S. N. Eisenstadt, "Cultural Publishers, 1997), ch. 1 Traditions and Political Dynamics" 32 **British Journal of Sociology** (1981), pp. 151-181; יי ליבוביץ, "הדת במדינה והמדינה בדת" בתוך: יי ליבוביץ, **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל** (תשל"ו), עמ' 121-145.
- 7 לתיאור המתח בין משפט המדינה ובין משפט ההלכה, ראו: Y. Z. Stern, "Living with Normative Duality: The Values at the End of the Tunnel" 12 **Jewish Political Studies Review** (2001), p. 95.
- 8 ראו, למשל: ר' גביוון, "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" **משפט וממשל** ב (תשנ"ד), עמ' 55; מ' נגבי, "עקרון החופש מדת" בתוך: **חופש המצפון, הדת והתרבות בישראל** – **הבט המשפטי** (1998); G. Sapir, "Religion and State – A Fresh Theoretical Start" 75 **Notre Dam L. Rev.** (1999), p. 579.
- 9 לאוסף מאמרים שדנים בהיבטים מגוונים של רב תרבותיות, ראו: **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל** (מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר [עורכים], תל-אביב, 1998).

הדיון בסוגיות של דת ומדינה מתנהל בשני מישורים בו בזמן: חוץ-דתי ופנים-דתי. השותפים לשיח החוץ-דתי ערים בדרך כלל לריבוי הפנים של הנושא. מורכבותו וגיוונו התחומי של שיח זה באים לידי ביטוי בעובדה שהשותפים לו הם משפטנים, פילוסופים, מדעני מדינה, פוליטיקאים, סוציולוגים, אנתרופולוגים, חוקרי תרבות ועוד. מנגד, היקף השיח הפנים-דתי על דת ומדינה מצומצם יחסית. הקולות הדתיים השכיחים הם פוליטיים או הגותיים-מחשבתיים. אף שישנם גם שברי קולות נוספים, **בולט בהיעדרו עיסוק הלכתי מסודר בשאלות של דת ומדינה.**

מערכת היחסים בין דת ומדינה בישראל נזילה ומשתנה מעת לעת יחד עם התמורות הדמוגרפיות,<sup>10</sup> הכלכליות,<sup>11</sup> הערכיות,<sup>12</sup> הגאוגרפיות,<sup>13</sup> הפוליטיות<sup>14</sup> והסוציולוגיות.<sup>15</sup> אולם, האינסטינקט של המתדיינים בדרכי התגובה לשינויים אלו, לגבי מכלול הסוגיות הרלוונטיות, הוא לחפש פתרונות והסדרים (משפטיים, חברתיים, פוליטיים, תרבותיים ואחרים) שיתמודדו (בין אם בדרך של התאמה ובין אם בדרך של עימות, וכל מה שבין השתיים) עם ה"תשובה ההלכתית" לשאלות הנוגעות ליחסים שבין דת ומדינה. הנחת המוצא הבסיסית של המשתתפים בדיון המקצועי ובדיון הציבורי היא שכמעט כל חלקי הפסיפס המתעתע המרכיבים את תמונת יחסי הדת והמדינה בישראל

- 10 למשל, עלייה במספרם של הישראלים שאינם יהודים, בעיקר עקב העלייה המואצת ממדינות חבר העמים. יש לצפות כי בעתיד יפסיק החיכוך סביב דת ומדינה להיות נושא פנים-יהודי, כפי שהיה עד היום.
- 11 עלייה ברמת הרווחה הפרטית, גידול בתחרותיות המשקית, עלייה באבטלה, חשיפה להיבטים שונים של הגלובליזציה ועוד.
- 12 תמורות בולטות הן השתרוותם של ערכים ליברליים בקרב הציבור החופשי ואימוץ השקפת עולם חרדית או מעין-חרדית על ידי חלק לא מבוטל מבני הציונות הדתית.
- 13 כך למשל, יציאה של החרדים מריכוזיהם המסורתיים בבני ברק ובירושלים לערים מעורבות מרחיבה את חזית החיכוך ברמה המקומית. מאידך, התהליך המתמשך של שאיבת דתיים ליישובים שמעבר לקו הירוק יוצר קהילות הומוגניות. לתיאור ולניתוח התופעה של ההתבדלות החרדית, ראו: י' שלהב, **עיירה בכרך: גיאוגרפיה של התבדלות והשלמה** (ירושלים, 1991).
- 14 העצמת הכוח החרדי בכנסת באמצעות גיוס קולות רבים של מסורתיים ושל קהילות המבקשות ביטוי לזהות עדתית, מחד גיסא והתגובה החילונית שמתבטאת, למשל, במקום המרכזי שותפסים נושאים של דת ומדינה במצעה של מפלגת שינוי, מאידך גיסא.
- 15 בהקשר זה חשוב להדגיש את המעבר של החברה הישראלית מחברה הסכמית לחברה משברית, עובדה שמשליכה על הפוליטיקה הישראלית ועל יחסי הדת והמדינה. ראו, למשל: א' כהן, ב' יזסר, "בין הסכמיות שבירה לשבירת הסכמיות: תמורות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליזם להכרעה" בתוך: **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, לעיל הערה 9, עמ' 675.



— עובדות, נורמות ואידאות — הם נתונים העומדים למשא ומתן ענייני בין החלקים השונים של החברה הישראלית, למעט אחד: ההסדר ההלכתי. בהתייחסות זו להלכה מקופלת, לדעתי, הנחה כפולה לגבי עצם טבעה: ראשית, ההלכה היא מערכת נורמטיבית מוניסטית, המדברת בקול אחד בלבד, הרמוני וחד משמעי. לכל שאלה יש תשובה "נכונה" אחת ויחידה ותפקיד הפוסק הוא לחשוף אותה. מחלוקת הלכתית מבטאת, על פי קו מחשבה זה, עימות בין עמדה נכונה לעמדה מוטעית.<sup>16</sup> שנית, ההלכה היא מערכת שציווייה קבועים, באופן שאיננו אמור להגיב על תנאים מתחלפים ומציאות אנושית משתנה. הנחה זו תואמת לכאורה את האינטואיציה הדתית המבוטאת במילים "זאת התורה לא תהא מוחלפת".<sup>17</sup> על פי פרשנות זו, השיטה המשפטית הדתית, על פרטיה ודקדוקיה, היא נצחית ובלתי תלויה בנסיבות.<sup>18</sup>

בעיני רבים, דתיים כחופשיים, ההלכה היא חד משמעית בהתייחסותה

16 לתיאור ולניתוח של הגישה המוניסטית בהלכה, ראו: א' שגיא, 'אלו ואלו' – משמעותו של השיח ההלכתי (תל-אביב 1996), חלק א.

17 עיקר ט לייג עיקרים של הרמב"ם, בניסוח הפופולרי, קובע: "אני מאמין באמונה שלמה, שזאת התורה לא תהא מוחלפת, ולא תהא תורה אחרת מאת הבורא יתברך שמו" (ראו סדור תפילה, לאחר תפילת שחרית והקדמת הרמב"ם לפרק חלק, פירוש המשניות, סנהדרין פרק י). העיקר התאולוגי מקבל בפסיקת ההלכה משמעות נורמטיבית קונקרטית, ראו להלן הערה 19.

18 כך לדוגמה, הרב יצחק יעקב וויס (אב בית דין בעדה החרדית שהלך לעולמו בשנת 1989) מביא בספרו **שו"ת מנחת יצחק** (חלק ג, סימן לח), בכותרת "הרצאה על בעיות הלכיות מעשיות בזמן הזה אשר הרציתי לפני אסיפת רבנים" את הדברים הבאים:

אמנם רצוני להדגיש בנוגע להדברים הנזכרים, דבר אחד, שאף אם היא מן המתור להזכיר פרט זה, מ"מ (מכל מקום) שערורית הזמן, דורש ממני הדגשה זאת, שהגם שתנאי הזמן התקדמו, והמציאו חדשות לבקרים, אבל אנחנו מאמינים באמונה שלימה שכל התורה שקבלנו מהר סיני, לא תהא מוחלפת ולא תהא תורה אחרת מאת הבורא ית"ש (יתברך שמו), ואין שום שאלה, שנשואה ונתאים את התורה"ק (התורה הקדושה), לתנאי החיים שלנו, רק שנתאים אותנו ותנאי החיים לתורתנו הקדושה, שאך ורק אז, יש קיום לתורה, ולהיפוך ח"ו (חס ושלום) יש הפרת התורה, וכדברי הגאון הכתב סופר ז"ל (בתשובות חאו"ח סי' כ'), לפרש הקרא, עת לעשות לד' הפרו תורתך, על אותם שחושבים מחשבת פגול לא ירצה, אשר רבו כמו רבו אלו החכמים בעיניהם, יודעי עתים לקבוע עתים לתורה, וזהו — עת לעשות לד' — לומר לאו כל העתים שוים, עיי"ז (על ידי זה) — הפרו תורתך, שהמה תועים ומתעים רבים, ורבים חללים הפילו, וקובעים בקבעיהם עתים לתורה, נפשות רבות ר"ל (רחמנא לצלן), שהתורה נצחית בכל מקום ובכל זמן, ועל כן בכל עת אשר יבוא לפנינו שאלה ובעי (ובעיה) חדשה מההמצאות החדשות, יש לנו לפתור אותה רק עפ"י התורה הקדושה, ובסיעתא דשמיא למצוא המקור הנכון בשי"ס ופוסקים, להוציא הלכה לאמיתה.

למציאות (כלומר מוניסטית), על-היסטורית ובלתי מתחשבת במציאות (כלומר קבועה). אפיון כפול זה בא לידי ביטוי בתיבה השגורה בפי כול, "זאת ההלכה", שבדרך כלל מופיע בעקבותיה סימן קריאה, והיא אקורד הסיום של כל דיון הנוגע לנושאים הלכתיים. גם בהקשר לסוגיות המשפיעות על יחסי דת ומדינה, רווחת ההשקפה שהעמדה ההלכתית המקובלת מקדמת דנא, היא גם אקסקלוסיבית וגם איננה תלויית זמן, מקום, תרבות או העדפות חברתיות עתיות.

לפיכך, אין דרישה ציבורית, פנים-דתית או חוץ-דתית, לחיפוש פתרונות ומענים הלכתיים לסוגיות של דת ומדינה. אכן, קולם של הרבנים נשמע בדיון הציבורי והמקצועי בדרך כלל רק בכשרם כמנהיגים חברתיים או כראשי תנועות פוליטיות, אך לא בכשרם כפוסקי הלכה. דומה שהכול מסכימים שההלכה היא נתון יסוד שמסביבו יש לארוג את רקמת החיים השזורה קונפליקטים בין דת ומדינה, אך בהלכה עצמה אין לגעת. התוצאה מוזרה: אף שההלכה עומדת במוקד החיכוך בין דת ומדינה, היא איננה רלוונטית לדיון על הקלת החיכוך.

לטעמי, שתיקת ההלכה לא רק שאיננה הכרחית, היא גם לא ראוייה מנקודת ראות דתית. אין לקבל את האפיון הכפול של ההלכה, שפורט לעיל: ראשית, תפיסה מוניסטית של ההלכה היא רק אחת מהאפשרויות שהוכרו על ידי עולם ההלכה. מולה קיימת מסורת הלכתית ארוכה, חשובה ומושרשת היטב שתופסת את ההלכה כמערכת פלורליסטית, שמהדהדים בה קולות רבים ומגוונים. על פיה ההלכה איננה מציעה תשובה הכרחית לכל שאלה אלא מרחב תגובה הלכתית (שכלוא, כמובן, בתוך מתחם לגיטימיות הלכתית) לשאלה נתונה, הכולל מגוון של פתרונות לגיטימיים.<sup>19</sup> שנית ועיקר, הבנת

19 ודוק: כל אחד מהפוסקים מציע את הפתרון המועדף עליו. הפלורליזם מתבטא במתן לגיטימיות לעצם קיומה של המחלוקת ולהפנמה של האפשרות ש"אלו ואלו דברי אלוקים חיים". וכך כותב הריטב"א (**חידושי הריטב"א**, עירובין יג ע"ב) לגבי פשרו של מאמר זה:

שאלו רבני צרפת ז"ל: האיך אפשר שיהו שניהם דברי אלהים חיים, וזה אוסר וזה מתיר? ותוצו, כי כשעלה משה למרום לקבל תורה הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר, ושאל להקב"ה על זה, ואמר שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם.

והר"ן בדרשותיו, דרשה ה, (מהדורת פלדמן, ירושלים תשל"ז) עמ' פד קובע: "הרי שנתן רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקת החכמים כפי הנראה להם ... שכן נצטוונו ללכת אחרי הסכמת חכמי הדורות, שישכימו לאמת או להפכו". מקורות אלו ואחרים מובאים ומנותחים במאמרו של ש' אטינגר, "מחלוקת ואמת – למשמעות שאלת האמת בהלכה" **שנתון המשפט העברי** כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 37.

נצחיותה של ההלכה כמי שפועלת מחוץ להיסטוריה ואיננה מושפעת על ידי המציאות מעוותת את גן היסוד של ההלכה. זו הייתה, מאז ומתמיד, בעלת אופי חיוני וראלי אשר אפשר לה להגיב על המציאות המשתנה, להשפיע ולהיות מושפעת, בבחינת "תורת חיים".<sup>20</sup>

### **בדברים הבאים ברצוני לנתח את השתיקה ההלכתית ולכפור בהיעדר הרלוונטיות של הדיון ההלכתי בפתרון שאלות של דת ומדינה.**

להלן אציע ניתוח בסיסי של המתח שבין השמרנות ההלכתית (פרק 2) לבין המציאות החדשה שההלכה אמורה להסדיר בדורנו (פרק 3). אגב כך אגדיר את שלוש התופעות המרכזיות שהשיח הפנים-הלכתי הכללי, וודאי זה העוסק בשאלות של דת ומדינה, אמור להתמודד עמן. לטעמי, ההזנחה של העיסוק ההלכתי בתופעות אלו מציבה איום של ממש על יציבות ולכידות החברה הישראלית, מחד גיסא ועל תפקודה של ההלכה כ"תורת חיים", מאידך גיסא. אין חלקי עם הגורסים שההלכה איננה יכולה, מעצם טבעה, להסתגל לשינויים מכריעים בסביבת תפקודה. על אף השמרנות הטבועה בהלכה, חכמי ההלכה ידעו בעבר להתמודד עם מצבים דומים, שהתחלפה בהם ללא הכר תמונת המציאות עקב מאורעות שמחוץ לשליטת פוסקי ההלכה (פרק 4). התמודדות דומה, לאו דווקא באותם אמצעים, נדרשת גם היום. עיקרו של מאמר זה הוא ניתוח שיטתי של שורה של פתחים להתחדשות הלכתית בדורנו. חלק מהאסטרטגיות המוצעות הן בעלות אופי מטה-הלכתי (פרק 5 סעיפים א'-ב') וחלקן מתמקדות בדרכי הפעולה של ההלכה ברמת ההסדרים (פרק 5 סעיפים ג'-ד'). יש להודות, כל אחת מהאסטרטגיות מעוררת קשיים לא טריוויאליים עבור נאמני ההלכה, אולם אין בכך כדי לפטור אותם מבחירה במי מהן (או בתמהיל כלשהו ביניהן). סרבנות הלכתית להתחדשות עלולה למנוע מההלכה לחזור ולתפוס את מקומה הראוי בהסדרה של החיים היהודיים בישראל ותקשה על החברה שלנו להתמודד עם המתח המובנה שבין הדת לבין המדינה.

20 לתיאור כללי של אופייה החי של ההלכה ושל דרכי התפתחותה כתגובה למציאות היסטורית משתנה, ראו: מ' אלון, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ב), פרק ראשון ושני.



שיטות משפט, באשר הן, נוטות לשמרנות. המשפט, ככלל, איננו הכוח המשנה את המציאות אלא הוא האמצעי שמאפשר ביטוי של שינוי קיים וזאת באמצעות ניסוח של ההסכמות החברתיות החדשות בדרך של נורמות. המשפט איננו מהפכני מטבעו. הוא איננו יוזם סדרי עדיפויות חדשים, הוא נמנע מלהוליך מהפכות חברתיות ונזהר מלשמש קטליזטור וכוח מניע לתמורות תרבותיות. המשפט מונע על ידי השינוי ואיננו מניע אותו. הוא נגרר אחרי המציאות ואיננו בורא אותה. המשפט משקף שינוי בעובדות, בהעדפות, בטעמים ובהכרעות של קבוצת ההתייחסות שלו, אך אין הוא בית היוצר של השינוי.

נקל לאבחן את השמרנות המשפטית ביחס לשני חלקי המערכת המשפטית: בית המחוקקים, שהוא מקור הנורמה ובית המשפט, שהוא בית היוצר לפרשנותה וליישומה של הנורמה.

החברים בבית המחוקקים מנהלים משא ומתן פוליטי, שתוצאתו מנוסחת על ידיהם כחוק. כל אחד מהחברים מנסה להפעיל את כוחו הפוליטי על מנת שהאינטרסים והערכים של הקבוצה שהוא מייצג בבית הנבחרים יבואו לידי ביטוי בנורמה המתגבשת. כתוצאה מכך, המוצר החקיקתי מהווה, בדרך כלל, ביטוי אותנטי של ההעדפות המצרפיות של החברה ושל רצון קהילת הבוחרים. הערובה הברורה לשמירת הרמוניה בין רצון הציבור לבין הנורמה המחוקקת בפרלמנט מקורה בעובדה שחברי הכנסת שאינם מתפקדים בדרך זו לא ישרדו את הבחירות הבאות. במילים פשוטות: לו הגורם שמחולל את הנורמות לא היה חשוף לבחירה חוזרת ונשנית של הציבור, אפשר שהמשפט היה מתפקד באורח עצמאי המכתיב למציאות את העדפות המחוקק. ברם, מאחר שבפועל הגוף המחוקק הוא גוף נבחר, ברור שהחקיקה שלו תהיה בעלת אופי שמרני, המבטא העדפות נוכחיות של החברה.

מה באשר לשופטים? בחלק משיטות המשפט (ובהן גם זו הישראלית), שופטים אינם תלויים בבחירה חוזרת ונשנית של הציבור. לכן, מנקודת ראות של עצמאות פוליטית, פתוחה לפנייהם הדרך להשתמש בסמכות המסורה להם בדרך לא שמרנית, שלעתים היא שקולה לחקיקה יוצרת. בתי משפט שנוקטים דרך זו לעתים תכופות, בהקשרים של סוגיות מגוונות הנתונות למחלוקת ציבורית רחבה, יסווגו בדין כמובילים חברתיים וכמחוללים של תמורות ערכיות, על כל המשתמע מכך. על אף שבהקשר

הישראלי הנוכחי יש המציירים את בית המשפט העליון כעונה לתיאור שלעיל, חשוב להדגיש כי אין בכך כדי להמחיש את האופי הבסיסי ואת האתוס של הפעולה השיפוטית, באשר היא. לפעולה השיפוטית מגבלות טבעיות: זוהי פעולה נלווית ונספחת לפעולה המשפטית הראשית הנעשית בבית המחוקקים.<sup>21</sup> השופט איננו בעל סמכות ישירה לקביעת נורמות יש מאין, אלא הוא מחויב לילך בשביל הנורמטיבי שבית המחוקקים סולל וכובש עבורו.<sup>22</sup> אמנם, כידוע, יש בין השופטים אשר נוטים לפסיביות שיפוטית ויש שנוטים לאקטיביות. ההבדל בין שתי התפיסות של התפקיד השיפוטי רלוונטי לדין כאן, אך אין הוא משנה את התמונה הכללית. גם מסורת שיפוטית אקטיביסטית איננה נוטלת לעצמה מנדט לערוך מהפכות חברתיות וערכיות. אקטיביזם שיפוטי, גם על פי פרשנות שמאפשרת לשופט לחרוג מהתפיסה המצמצמת (יישוב סכסוכים) אל עבר תפיסה מרחיבה (קביעת נורמות כלליות),<sup>23</sup> הוא דרך פעולה מקצועית הבוחרת מבין מגוון אפשרויות הפרשנות הלגיטימי של דבר המחוקק את הפרשנות המשנה (יותר מפרשנויות אחרות) את הדין הנוהג.<sup>24</sup> אולם, שופט אקטיביסט, אם הוא חפץ לשמור על הלגיטימיות ועל האמון של החברה בו, מבין, שכמו חוני המעגל, פרשנותו היצירתית את הנורמה החוקקה (על הקיים ועל החסר בה), אף אם לעתים

21 בפתח הספר העוסק בפרשנות חקיקה קובע פרופ' ברק: "...קיים שוני מהותי בין חקיקה על ידי הרשויות הפוליטיות (המחוקקת והמבצעת) לבין חקיקה על ידי הרשות השופטת. החקיקה הראשונה (של הרשויות הפוליטיות) נעשית במישרין לשם יצירת נורמות משפטיות. החקיקה השנייה (של בית המשפט) נעשית אגב שפיטה, וכתוצר לוואי שלה". א' ברק, **פרשנות במשפט, כרך שני – פרשנות חקיקה** (1993), עמ' 41-42. גם הביקורת השיפוטית, שהיא הביטוי הבולט לעצמאות בפעולתו של בית המשפט, עוסקת רק בבדיקת תוקפה של נורמה שנחקקה על ידי בית המחוקקים (נוכח נורמה אחרת, עליונה ממנה במדרג החוקתי, שגם היא נקבעה על ידי בית המחוקקים). בית המשפט איננו מחליף את בית המחוקקים בקביעת תוכנו של ההסדר הנורמטיבי, אלא רק קובע את גבולות הלגיטימיות של השימוש של הרשות המחוקקת בסמכות שלה.

22 אין בכך כדי לסתור את העובדה שבפועל ישנם מצבים שבהם נדרש השופט לערוך יצירה שיפוטית. לזווית הראייה של שופט ביחס לקריטריונים שעל פיהם יש לבצע את היצירה השיפוטית וביחס לסמכות וללגיטימיות הפורמלית של כל אחד מהסוגים של יצירה זו, ראו: א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **הפרקליט** לט (תש"ן), עמ' 267.

23 כך למשל, לדעת פרופ' רות גביוון חל שינוי בתפיסה של בית הדין הגבוה לצדק את התפקיד השיפוטי: כיום הוא לוקח על עצמו אחריות לא רק לעשיית צדק בין צדדים במקרה נתון, אלא גם להובלה של החברה "בכיוון המוסרי הנכון". ראו: ר' גביוון, מ' קרמניצר, י' דותן, **אקטיביזם שיפוטי, בעד ונגד** (תש"ס), עמ' 75.

24 ראו: א' ברק, "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" בתוך: **אקטיביזם שיפוטי** (א' פורת [עורך], תל אביב תשנ"ג), עמ' 5-31.

היא מגיעה לידי חקיקה שיפוטית, חייבת להיות תחומה במעגל אפשרויות מצומצם יחסית, המשורטט על ידי מקור הנורמה, כלומר החוק יציר בית הנבחרים.<sup>25</sup>

דברים אלו, שיפים לגבי כל שיטת משפט, נכונים על אחת כמה וכמה לגבי שיטת המשפט ההלכתית, וזאת לאור דעות רווחות ביחס לאפיונים חשובים של ההלכה שאמנה להלן. חשוב להדגיש כי אפיונים אלו אינם מוסכמים על הכול, אולם הם מקובלים בשיח הכללי בתקופתנו ביחס להלכה ומכאן חשיבותם לצורך דיון זה. ואלה מקצת האפיונים המחזקים את ההשקפה שההלכה מחויבת לשמרנות משפטית גבוהה:

ראשית, מקור סמכותה של ההלכה הוא בהתגלות אלוקית חד פעמית – "משה קיבל תורה מסיני", וזו שונה בתכלית ממקור הסמכות של שיטת משפט רגילה. האלוקי, בניגוד לאנושי, הוא נצחי, בבחינת "צופה הדורות מראש". נורמות שזהו מקורן אינן יכולות לסבול מפגעי זמן. כיוון שההלכה נחצבה מאלוה ממעל, אין לראות בחד פעמיות של ההתגלות משום מגבלה או מכשול על דרכי תפקודה של ההלכה בכל שבילי הזמן – עבר, הווה ועתיד – עד סוף כל הדורות.<sup>26</sup>

שנית, ההלכה היא שיטת משפט דתית ולכן תכליתה כפולה. בצד התפקיד המסורתי של שיטות משפט רגילות, קרי: יצירת סדר חברתי, שיטת משפט דתית מעוניינת להשיג יעדים תאולוגיים. טווח חייה המוצהר איננו נמדד רק על פי נסיבות וצרכים ואין הוא בהכרח גזור ומותאם למידות אנושיות קונקרטריות. כך, למשל, בניגוד למערכת משפט רגילה, הכוללת שתי מסכתות נורמטיביות – בין אדם לחברו ובין אדם לציבור, משפט ההלכה כולל גם

25 להגדרה רחבה של תפקיד בית המשפט, ראו עמדתו של מ' קרמניצר, **אקטיביזם שיפוטי**, בעד ונגד, לעיל הערה 23, עמ' 177-179.

26 הרמב"ם, בהלכות יסודי התורה פ"ט, ה"א קובע: "דבר ברור ומפורש בתורה שהיא מצוה עומדת לעולם ולעולמי עולמים, אין לה לא שינוי ולא גרעון ולא תוספת, שנאמר: 'את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אתו תשמרו לעשות, לא תסף עליו ולא תגרע ממנו', ונאמר: 'והנגלת לנו לבנינו עד עולם, לעשות את כל דברי התורה הזאת'. הא למדת, שכל דברי תורה מצווין אנו לעשותן עד עולם. וכן הוא אומר: 'חקת עולם לדתיתכם' ונאמר: 'לא בשמים הוא'. הא למדת, שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה... שהוא ברוך שמו צוה למשה שהמצוה הזאת לנו ולבנינו עד עולם, ולא איש אל – ויכזב". לדיון נרחב בשאלה זו מצדם של הוגים שונים, ראו: ה' כהן, **דת התבונה במקורות היהדות** (1971), עמ' 365-395; ז' פלק, **דת הנצח וצרכי שעה** (ירושלים תשמ"ו), עמ' 10-67; P. Tillich, **Theology of Culture** (Oxford U. P. 1959), p. 7.

מסכת נורמטיבית שלישית – זו שבין אדם למקום.<sup>27</sup> התכלית והיעדים של חלק זה של המשפט (כמו גם הקשר הפנימי בינו לבין שאר חלקי משפט ההלכה) מייחדים את ההלכה משיטות המשפט שאינן דתיות.<sup>28</sup> שלישית, שיטת המשפט ההלכתית איננה ניזונה ממקור נורמטיבי מוסמך המקביל לבית מחוקקים והמייצר באופן רציף נורמות חדשות יש מאין. לאחר האקט המכונן של ההלכה בעת נתינת התורה בהר סיני, לא מתקיימת בהלכה הפרדה ברורה וחדה בין רשות מחוקקת לבין רשות שופטת. אמנם בהלכה קיימת אפשרות ליצירת נורמה חדשה – החורגת מהתקדים ההלכתי או אף עומדת בסתירה לו – בדרך של "גזרה" או "תקנה" הנקבעות על ידי מוסדות או אישים בעלי סמכות, אולם ודאי הוא שאין מדובר בשימוש רציף, קבוע, רחב היקף ובעל משמעות מבנית הדומה לזו של בית מחוקקים בשיטת משפט מודרנית.<sup>29</sup> ההסתמכות על התקדים ויישומו במקרה נתון באמצעים פרשניים היא דרך המלך של פיתוח ההלכה, בעוד שהגזרה או התקנה הם החריג.

27 ידועה המחלוקת באשר לעצם האפשרות להבחין בין החלקים ה"משפטיים" ובין החלקים ה"דתיים" של ההלכה: פרופ' מנחם אלון סבור כי "המשפט העברי כולל רק אותם התחומים של ההלכה, שבדומה להם, מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות דהיום, היינו העניינים המסדירים את היחסים בין אדם לחברו ולחברתו, ולא הוראות שעניינם במצוות בין אדם למקום". (מי אלון, **המשפט העברי**, לעיל הערה 20, עמ' 150). מנגד, פרופ' יצחק אנגלרד סבור כי הפרדה זו מלאכתית. ניתוחו מוביל למסקנה ש"..." מערערת את ההנחה כי אפשר לבדוד מתוך ההלכה היהודית חלקים 'משפטיים' ולנתקם מן המשמעות הדתית הנודעת לכל מקורותיה". [י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי, מהותו ומטרותיו" **משפטים** ז(1) (תשל"ו), עמ' 34-65, 36].

28 האלמנט הדתי הייחודי של מערכת היחסים שבין האדם והמקום איננו צריך הוכחה. כך למשל, המשנה במסכת יומא (פרק ח' משנה ט) קובעת, בהקשרם של דיני תשובה, דרכי פעולה שונות לתיקון ("כפרה") מעשים א-נורמטיביים ("חטאים") שנעשו בכל אחת ממערכות היחסים: קדושתו של יום הכיפורים די בה כדי לתקן מעוות שאופיו המרכזי הוא דתי ("בין אדם למקום"), אך אין בה כדי לתקן מעוות שאופיו המרכזי הוא חברתי-אנושי ("בין אדם לחברו"). עברות מהסוג האחרון מתכפרות רק על ידי נקיטת יזמה של החוטא כלפי הזולת הנפגע, בדרך שמחצינה קיום מחויבות אישית לתיקון דרכיו ("בקשת מחילה"). ובאורח דומה: הרב עובדיה יוסף פוסק כי קטן איננו אחראי לפעולות שעשה במישור היחסים שבין אדם למקום, אך הוא נושא באחריות בכל הקשור לפעולות שעשה במישור היחסים עם הזולת האנושי. ראו: שו"ת **יביע אומר**, חלק ח', חושן משפט, סימן ו'.

29 מנחם אלון מסווג את התורה שבכתב כחקיקה ראשית ואת התקנות והגזרות שנקבעו במהלך הדורות כחקיקת משנה. הוא גם מדגיש שבהלכה, בניגוד לשיטות משפט אחרות, המחוקק הראשי ומחוקק המשנה אינם פועלים זה לצד זה, שהרי, כאמור לעיל, החקיקה הראשית היא חד פעמית וקבועה לדורות. (מי אלון, לעיל הערה 20, כךך ראשון, עמ' 392-394).



עולה במקובץ כי הן מקור הסמכות של ההלכה (אלוקי, לא אנושי), הן תוכנה ותכליותיה (תאולוגיים, ולא רק חברתיים ומוסריים) והן דרכי התפתחותה (פרשניים בדרך כלל, ולא חקיקתיים) מייחדים אותה משיטת משפט רגילה. שלושת הפנים של הייחוד מעצימים את תחושת השמרנות המלווה את המעשה ההלכתי. המקור האלוקי החד פעמי והמשמעויות התאולוגיות (הלא מפוענחות) של ההלכה מכוונות לכאורה את הפרשן לטעון לנצחיות הנורמה ולניתוקה מטעמים והסברים אנושיים, לגרוס את אמתותה בלי תלות בעובדות ולנתק את הקשר בינה לבין תוצאותיה הראליות ובינה לבין מוסר אנושי אופנתי ומתחלף.

ודוק: עצם התקפות של האפיונים האמורים של ההלכה, ובחינת פרטיהם וההשתמעויות מהם, אינם מוסכמים על הכול, ואף בעלי ההלכה במהלך הדורות הביעו עמדות מגוונות וחולקות ביחס אליהם. לדידי, כל אחת מהקביעות הכלליות דלעיל, ששורטטו במכחול גס, מחייבת עיון רציני וקפדני נפרד מזוויות ראייה מגוונות (תאולוגיות, משפטיות, היסטוריות, וסוציולוגיות). דומני כי עיון ביקורתי זה יגלה תמונה פנים-הלכתית מורכבת לאין שיעור מזו שצוירה לעיל. אולם, וזה העיקר לענייננו, דווקא התיאור הגס של האפיונים המייחדים את ההלכה הוא השכיח והשולט בשיח ההלכתי הפופולרי ובשיח על ההלכה. אפיונים אלו, יהא תוקפם הענייני אשר יהא, הם הקובעים בדורנו את התודעה ההלכתית. כיוון שכך, התודעה ההלכתית מעצימה את תפיסת ההלכה כבעלת אופי שמרני יחסית לשיטות משפט אחרות (שכאמור, גם הן נוטות מעצם טבען לשמרנות). אם מקור הסמכות הוא בהתגלות אלוקית חד פעמית, אין הוא יכול להגיב לשינוי במציאות; אם להלכה גם תכלית תאולוגית, יש בכך כדי לכבול את ידי המעוניינים בשינוי נורמטיבי שיהיה עקבי עם השיטה עצמה; אם ההלכה חסרה בית מחוקקים מתפקד, נתיב התפתחותה חרוש לפניה ללא יכולת סטייה באמצעות ניסוח מחודש של העדפותיה בהתאם לדרישות הזמן; אם התפתחותה היא בעיקרה תלוית תקדים, יכולת התגובה שלה לשינוי המציאות מותנית בשכיחות התרחשותם של תקדימים רלוונטיים ובמידת האקטיביזם השיפוטי שנוקטים הפוסקים.



סביבת הקיום שלנו משתנה ודינמית. הדור שלנו חווה מציאות שלא שיערוה אבותינו. בצד ההשלכות של ההתפתחות המדעית והטכנולוגית, אנו עוברים טרנספורמציה מהותית ביחס לפרט (למשל המקום המרכזי של זכויות האדם), לחברה (למשל התפוררות התא המשפחתי), למדינה (למשל הגלובליזציה והירידה במעמדה של מדינת הלאום לטובת ארגונים רב-לאומיים ובין-לאומיים), לכלכלה (חלוקה מחדש של העושר עקב הגדלת הערך של נכסים רוחניים על חשבון ערכם של נכסים מוחשיים), לתפיסת המציאות (למשל, הנגישות הרחבה אך המניפולטיבית למידע) ועוד ועוד. שיטות משפט מודרניות משקיעות מאמצים נמשכים בהתמודדות עם המשמעות הנרחבות של שינויים אלו, ורבים אחרים, במציאות. אף ההלכה, למרות תודעתה השמרנית הנוכחית, איננה פטורה ממלאכה זו. רק כך תוכל לצאת "מאפלה של מוזיאון לאור גדול של השמש הזורחת".<sup>30</sup>

קשיי ההתמודדות הכלליים של נושאי ההלכה בדורנו עם תופעות חדשות מתחדדים ומקבלים משמעות קשה במיוחד בהקשר של המתח שבין דת ומדינה במדינת ישראל. החידושים במציאות בתחום זה, יחסית למציאות שנהגה בתקופות הפורמטיביות לעיצוב ההלכה, עצומי היקף עד כדי יצירת שונות כמעט מלאה בין שני המצבים. אמנה שלושה שינויים מרכזיים:

## א. אבדן הדומיננטיות של משפט ההלכה

ההלכה מתפקדת כשיטת משפט חיה לאורך כל הגלגולים של ההיסטוריה של העם היהודי. עם זאת ניכר תהליך ברור וחד כיווני של צמצום הסמכות המוסדית הדתית על בני העם היהודי במהלך הדורות. באופן כללי אפשר לחלק את ההיסטוריה היהודית, בהיבט הנבדק, לארבעה חלקים<sup>31</sup>:

30 כביטוי הציורי של חיים הי כהן, "דאגה ליום המחר" הפרקליט ג (1946), עמ' 38, 43.  
 31 לתיאור מפורט יותר של המהלך ההיסטורי ולמראי מקומות, ראו: י' צ' שטרן, "מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית" בתוך: **יהדות פנים וחוץ: דיאלוג בין עולמות** (א' שגיא, ד' שורץ, י' צ' שטרן [עורכים], ירושלים תש"ס), עמ' 235.

בתקופה הראשונה – המתחילה בזמן המקרא, נמשכת בזמן המשנה והתלמוד, וכוללת גם את עת הגאונים, התקיים העם באחד או בשני קיבוצים עיקריים (ישראל ובבל). בכל התקופה האמורה תפקד הקיבוץ היהודי במסגרת אוטונומית מרוכזת. קרי: החיים המאורגנים של היהודים התנהלו על ידי מקורות סמכות המוסכמים על הכול, הן על כלל היהודים והן על ידי השלטון הזר (במקרה שהיה כזה). לאורך התקופה כולה היו הסמכויות המשפטיות להפעלת ההלכה בידי שני ממסדים – ההנהגה הדתית (הממסד הרבני לגלגוליו, כגון סנהדרין וראשי ישיבות) והנהגה השלטונית (כגון מלך, זקנים, ראש גולה, נשיא).

בתקופה השנייה, עם סיום עידן הגאונים (אף שהדבר כבר מתחיל להתרחש עוד בשלהי עידן זה, במאה ה-11), דרך עידן הראשונים והאחרונים ועד למאה ה-18, תמה הריכוזיות וההגמוניה בעולם היהודי ותחתיה באים ביזור ואטומיזציה של מערכות השלטון בכלל, ושל הארגון המשפטי-הלכתי, בפרט. העם היהודי לפזורותיו התקיים במסגרת של קהילות אוטונומיות, שכל אחת מהן תפקדה כ"משק סגור" ועצמאי של ייצור ושל צריכת נורמות משפטיות במסגרת ההלכה. הסמכות המשפטית המרכזית הוסבה מהמרכז לפריפריה וכל קהילה תפסה את עצמה כמהות מדינית שלמה שקיימה בתוכה ממסדים עצמאיים של הנהגה ציבורית (כגון ראשי הקהל, דין המלכות הזרה, ועד ארבע ארצות) ושל רבנות, ואלה עסקו בפיתוח ההלכה בו בזמן, זה בצד זה.

התקופה השלישית, המתחילה במאה ה-18, מתייחדת בחולשה הולכת וגוברת של הקהילה היהודית, אשר סמכויותיה הכלליות מצטמצמות והאוטונומיה המשפטית שלה נפגעת. התרחשות זו היא תולדה של שני שינויים מכריעים במציאות החיצונית שבתוכה מתפקדת הקהילה: האחד, באותה תקופה מתפתח הרעיון של המדינה המודרנית. השליט הריכוזי של המדינה שואף להפעיל את הכוחות הריבוניים שלו באופן ישיר על כל האזרחים ולכן הוא מעוניין לפגוע באוטונומיה של גורמים מתווכים כגון קהילה, כנסייה, גילדה מקצועית וכדומה. שנית, באותה תקופה מתרחש בחלקים של הפזורה היהודית תהליך אמנציפטורי המבטיח לכול, כולל ליהודים, שוויון זכויות אזרחי וחברתי. כיוון שכך, האוטונומיה הקהילתית, ובכללה האוטונומיה המשפטית, מותקפת משני כיוונים: השלטון פוגע בכוחה של הקהילה לכפות את הנורמות המקובלות בה; חברי הקהילה מפסיקים להזדקק למוסדותיה, ובכלל זה למוסדות המשפטיים שלה, משום שאמונם במערכות המשפט הכלליות גובר. כתוצאה מכך אובדת, לראשונה, האוטונומיה המשפטית של

החברה היהודית, וההלכה מאבדת את מקומה האקסקלוסיבי, או, למצער, המרכזי, כשיטת המשפט המסדירה את חיי היהודים.<sup>32</sup>

התקופה הרביעית, שאנו חיים בה עתה, מתחילה עם הקמתה של מדינת ישראל. מנקודת הראות של משפט ההלכה, תקופה זו שונה אך במעט מהתקופה השלישית. ההלכה (למעט נושאים מסוימים של הדין האישי) איננה מתפקדת כשיטת משפט דומיננטית. עם זאת, תקופה זו נבדלת מקודמתה באופן מכריע, כיוון שמתקיימת בה ריבונות יהודית. על אף קיומה של פזורה יהודית משמעותית (מבחינה כמותית) בקהילות העולם, אשר איננה נהנית מאוטונומיה כלשהי, אפשר להכליל ולקבוע כי עם הקמת מדינת היהודים חזרה למקומה הריכוזיות וההגמוניה השלטונית בחלקים נרחבים של העם היהודי.

מתיאור זה עולה חידוש משמעותי לגבי מקורות הסמכות של ההלכה בדורנו: מהלך שתי התקופות הראשונות, שהן התקופות הפורמטיביות של ההלכה והנמשכות על פני רוב מכריע של ההיסטוריה היהודית, התקיימה ההלכה בתנאים של שניות מוסדית, כך שהיא ניזונה מהתוצר השיפוטי של הממסד הדתי ושל הממסד השלטוני. מקורות הסמכות היו מגוונים: בצד הרבנים, שתרמו להלכה את יתרונם היחסי בהבנת היסוד הדתי-רוחני שלה, נוצרה ההלכה גם על ידי ההנהגה הציבורית שהיה לה יתרון בהבנת המשמעותיות החוץ-דתיות של ההלכה. בתקופה השלישית הלך ונמוג הממסד השלטוני הפנים-יהודי וגם כוחו של הממסד הדתי נחלש מאוד. והנה בתקופה הנוכחית, לראשונה בתולדות עמנו, מתקיים ממסד דתי חלש בצד ממסד שלטוני חזק, שהוא לא רק אוטונומי אלא גם ריבוני.

לעובדה זו שני פנים רלוונטיים: ראשית, לראשונה מתנהל העם היהודי על ידי שלטון עצמאי שאיננו תורם את חלקו ליצירת ההלכה. כתוצאה מכך ההלכה מאבדת את האיזונים הפנימיים שעמדו לרשותה בעבר, כאשר אנשי מעשה, העומדים בראש הציבור, השפיעו על התפתחות ההלכה באופן שחיזק

32 "האמנציפציה וביטול האוטונומיה היהודית הביאו מיתת נשיקה על המסורת של הוראת הלכה למעשה בעניינים הנוגעים לחיי הציבור. חלקים רבים של ההלכה נעשו במשך עשרות שנים בלבד מנושאים מרכזיים הנוהגים יום-יום הלכה למעשה להילכתא למשיחיתא. בתנאים אלה הפכה האווירה של מרכזי הלימוד הגדולים לאווירה אקדמית. אופייני למציאות התורנית של סוף המאה התשע-עשרה והמאה העשרים הוא האחוז הגדול של ראשי הישיבה והאחוז הקטן באופן יחסי של מורי הוראה מובהקים בין הדמויות הלמדניות הבולטות. בדורות קודמים הייתה עצם הפרדה בין הרבנות וראשות הישיבה חיזיון נדיר למדי". א' גולדמן, "ההלכה והמדינה" בתוך: א' גולדמן, **מחקרים ועיונים** (ד' סטטמן, א' שגיא [עורכים], ירושלים תשנ"ז), עמ' 408.

את אפיונה כ"תורת חיים", המסדירה מציאות אנושית דינמית. שנית, לראשונה מתנהל העם היהודי על ידי שלטון עצמאי שאיננו מעוניין – מעשית, אידאולוגית וסמלית – בתוכנו של המשפט הדתי ובפתרונות שהוא מציע<sup>33</sup> ואין הוא מביא את הנורמות ההלכתיות בחשבון בעת ניהול ענייני הציבור.<sup>34</sup> שני הפנים הללו מהווים יחדיו גורם בעל משמעות בתהליך הדלדול התוכני של ההלכה בדורנו. כיוון שהמדינה איננה נזקקת לפתרונות הלכתיים, הללו לא נידונים והמחשבה ההלכתית בנושאים אלו מתרדדת. כיוון שההלכה איננה מושפעת על ידי אנשי מעשה האחראים לתפקוד הראלי של הקיבוץ היהודי, מתערער בה שיווי המשקל החיוני לשמירתה כתורת חיים.

## ב. מדינת ישראל

הקמתה של מדינת ישראל משנה באורח דרמטי את הסביבה שההלכה מתפקדת במסגרתה.

33 ודוק: מצב דברים זה איננו הכרחי. תיתכן מדינה שקברניטיה רוב אזרחיה חילוניים, אך מערכת חוקיה תינק, אם במעט ואם הרבה, ממעיינותיה של ההלכה. הביקוש אחר המשפט הדתי איננו חייב להיות תולדה של מחויבות לאידאולוגיה דתית; אפשר שמקורותיו יהיו ברגש לאומי, בזיקה היסטורית, בנהייה אחר זהות, מסורת או תרבות יהודית. זאת ועוד, בימים שנשכחו זה מכבר, ההלכה נתפסה כתשתית מייצבת ומלכדת בין בעלי השקפות שונות: בימי ראשית הציונות שאפו חלק מהמנהיגים החילוניים של חובבי ציון להימנע ככל האפשר מעימות חזיתי עם היהדות האורתודוקסית, גם במחיר קבלת עולה של ההלכה על הקיבוץ היהודי בארץ ישראל. א' לוז, בספרו **מקבילים נפגשים** (תל אביב תשמ"ה), מתאר את התופעה בפרק שכותרתו "דתיות מאהבה" (עמ' 59-64). כך למשל, אליעזר בן-יהודה, משכיל עברי בעל עמדה לאומית-חילונית מובהקת, סבר שחוקי הדת הם "חוקי המדינה שלנו" וכי "לא לעבור על מצוות התורה והתלמוד חפצנו. את ההלכה נחפץ לשית לאבן הפינה בכל מעשינו...". כל כך משום שבן-יהודה ואחרים סברו שכך תקודם תחיית האומה (שם). אמנם ניסיונות אלו כשלו בסופו של דבר הן משום ההתנגדות העזה מצד מצדדי הרפורמות ושלולי "הכניעה לקלריקליזם" בקרב חובבי ציון, והן משום שבמציאות בחרו תושבי המושבות שבארץ ישראל למרוד, בסתר ואף בגלוי, באורח החיים הדתי שנכפה עליהם מבחוץ. שם, עמ' 88, 101-146.

34 במאמר מוסגר ראוי לציין כי אין להתעלם מההשלכות של מציאות זו על עיצוב זהותה היהודית של המדינה. כידוע לכול, החלק הארי של ארון הספרים היהודי – שהוא התייעוד של המורשת שלנו – שייך ל"ספרות ההלכה" על גווניה השונים. המנהיגות המסורתית של העם היהודי הייתה מסורה, במידה רבה, בידי משפטי הלכה. ניכורה של המדינה היהודית, על שלוש רשויותיה, להיבט דומיננטי זה של המסורת היהודית שומטת, לפחות בעיני חלק משומרי המצוות בדורנו, את אחד מהמאפיינים החשובים של יהדותה של המדינה.

כל שיטת משפט, וודאי שיטת משפט דוגמת ההלכה שהתקדים הוא האמצעי המרכזי לפיתוחה, משקפת את מציאות החיים הראלית של המשתמשים בה. לפיכך יש חשיבות מיוחדת להכרה בעובדה שהנסיבות הטרגיות של הקיום היהודי (בארץ ישראל, תחת כיבוש, או בגלות) גרמו לכך שמאז חורבן הבית השני לא התקיים שום משטר מדיני יהודי.<sup>35</sup> היינו, משך כאלפיים שנה תפקדה ההלכה בהסדרת חייהם של פרטים ושל קהילות (שהיו, כאמור, בדרך כלל אוטונומיות) שלא באמצעות מסגרת מדינתית. עובדה היסטורית מכרעת זו עיצבה גם את תכניה של ההלכה באופן שקיים בה כיום היעדר שיטתי של הסדרים משפטיים בנושאים שונים העולים מהקיום החברתי במסגרת מדינית ריבונית.<sup>36</sup>

היקפו של התחום הבלתי מוסדר בהלכה, כתולדה מהגלות המתמשכת, הוא רחב. דעת למבין שקיים פער אדיר ממדים בין הקיום המדיני בזמן המקרא וממלכות ישראל ויהודה ובין הקיום המדיני במאה ה-21. נורמות מעטות, כלליות ועמומות, הנוגעות לסוגיות משטריות, קיימות זעיר פה זעיר שם בים ההלכה, אולם אין בכך כדי ליצוק תוכן ממשי ל"הלכות מדינה" רלוונטיות לחיינו. גם החיבור הבולט בתחום – הלכות מלכים במשנה תורה לרמב"ם – איננו יכול לשמש עוגן לדיון הלכתי ספציפי כיום. כבר בעת חיבורן היו הלכות מלכים קודקס תאורטי, שחובר עבור עם הנמצא בגלות ראלית. למותר לציין שהן מעולם לא יושמו במציאות ההיסטורית, כך שאנו חסרים תקדימים משפטיים קונקרטיים שיבצעו תהליך אדפטציה ורדוקציה של הקוד האידאלי (ולדעת מסוימות – אף חוץ-היסטורי, משיחי) למציאות חיה. אסרטט, במילים קצרות, קווי מתאר ל"חור השחור" בקודקס ההלכתי שעלינו לחלץ מתוכו התייחסות (ולדעת רבים גם הסדרים נורמטיביים ספציפיים) למדינה היהודית הריבונית המודרנית ולדרכי תפקודה.<sup>37</sup>

35 יתרה מזאת, קיים ספק של ממש האם גם בתקופות קודמות, עת התקיימה ריבונות יהודית, היוותה ההלכה בסיס לתפקודה המדיני.

36 לתיאור ההיעדר הנורמטיבי בתחום זה, ראו: י' צ' שטרן, "נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות" **משפט וממשל** ד (תשנ"ז), עמ' 215, 237.

37 להתמודדות עם פנים שונים של סוגיה זו, ראו: א' גולדמן, **ההלכה והמדינה**, לעיל הערה 32, עמ' 396-423. בין היתר קובע גולדמן: "החושב כי אפשר להשאיר את מצב ההלכה המנוסחת כמות שהיא, לחכות עד שתתעוררנה שאלות ובכל מקרה ומקרה לחוד לשאול שאלת חכם, מגלה חוסר הבנה מינימלית לדרישות המדינה בתחום החוק. תנאי החברה והמשק המודרניים דורשים אפשרות הערכה מראש על מידת החוקיות של פעולות שונות. הדברים אמורים אף לגבי המשפט הפרטי, ואין צריך לומר לגבי המשפט הפומבי. (...) מן ההכרח לנסח כללי איסור והיתר בפעולות המדינה ניסוח ברור ומפורט ככל האפשר בצורת קודקס" (שם, עמ' 402).

מהי עמדת ההלכה באשר למהות המשטרית של המדינה? האם המדינה, ככזו, היא ערך הלכתי? האם יש למדינה סטטוס הלכתי? מהן מקורות הסמכות של המדינה (למשל, סמכות טבועה או הסכמת האזרחים או נוהג בין-לאומי)? מהן גבולות הסמכות של המדינה? האם להלכה יש עמדה באשר לצורת המשטר הראויה במדינה (למשל, העדפה בין מונרכיה, דמוקרטיה או משטר רפובליקני)? האם להלכה יש עמדה באשר להיבטים משטריים של המדינה, כגון קיומן של רשויות, הפרדה ואיזון ביניהן? מהו המעמד ההלכתי של האורגנים השונים של המדינה – משטרה, צבא, בתי משפט, ראש ממשלה, כנסת ורשות מבצעת? מהו המעמד ההלכתי של תוצר פעילותם של האורגנים – פסק דין, חוק, החלטת ממשלה, הבטחה שלטונית, חוזה שלטוני, פקודה צבאית או קנס? לרשימה ארוכה זו אפשר כמובן להוסיף כהנה וכהנה.<sup>38</sup>

ובמישור אחר: הניחו מנכ"ל של משרד ממשלתי המעוניין ליישם את "עמדת ההלכה" באמצעות הזרוע הביצועית הנתונה למרותו. האם בהלכה יש הכרעה (או אפילו דיון) בסוגיות שמהן מורכבת מדיניות ביטחון של מדינה ריבונית? ומה באשר למדיניות החוץ של המדינה? האם ההלכה גיבשה נורמות שאפשר ליישם ביחסים הדיפלומטיים של ישראל עם שאר העולם? מהי המדיניות החברתית של ההלכה – לא בהקשר הפרטי ולא בהקשר הקהילתי – אלא בהקשר השונה והנפרד של המדינה? האם דיני גמילות חסד וצדקה, שגובשו בקהילות, ניתנים לתרגום פשוט ביחס למדיניות סעד, ביטוח לאומי ותשלומי העברה? מהי עמדת ההלכה ביחס למשטר הכלכלי הראוי? האם עיון בהלכה יכול ללמד על העדפה כלשהי בין קפיטליזם, סוציאליזם, קומוניזם וכל מה שביניהם? כיצד מציעה ההלכה לאוצר המדינה להתייחס לרמת האספקה הנדרשת של מוצרים ציבוריים דוגמת חינוך, כבישים או ביטחון פנים וחוץ?

אף שספרות ההלכה בדורנו איננה מתעלמת מחלק מהשאלות האמורות,<sup>39</sup> המתדיינים בסוגיות השונות אינם עושים זאת על בסיס אנליטי רחב המכיל

38 גם האסלאם, בהיותו טוטלי בתפיסת עולמו הדתית, עומד מול אתגרים דומים. ראו: שי פרידמן, "מצרים – בין ליברליזם לאיסלאם" בתוך: **הקונפליקט, דת ומדינה בישראל** (ני לנגנטל, שי פרידמן [עורכים], תל-אביב תשס"ב), עמ' 319-328.

39 הדוגמאות הבולטות הן א"י וולדינברג, **הלכות מדינה** (ירושלים תשי"ב); **בצומת התורה והמדינה** (י' שביב [עורך], ירושלים תשנ"א); י"א הלוי הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** (א' וורהפטיג [עורך], ירושלים תשמ"ט); שי ישראל, **עמוד הימיני** (תל-אביב תשכ"ו); שי גורן, **תורת המדינה** (ירושלים תשנ"ו); שי גורן, **משנת המדינה** (ירושלים תשנ"ט) והקובץ ההלכתי "**תחומין**" (אלון שבות) שמדוריו הקבועים עוסקים, בין היתר, בנושאים כגון "חברה ומשפטי", "חברה וכלכלה" ו"צבא וביטחון".



תפיסת עולם הלכתית מגובשת בדבר היחס למדינה. למיטב ידיעתי אין בנמצא חיבור הלכתי מקיף המציג השקפה מלאה בדבר היחס שבין ההלכה והמדינה והמיישם אותה באורח שיטתי על תחומי מציאות מגוונים, כגון אלו שפורטו לעיל. כמובן, היעדר זה איננו הכרחי, ויש לקוות שהמצב ישתנה בעתיד. ראוי להדגיש את הקשיים המעשיים שיעמדו לפני מי שינסה לשלוח תקדימים רלוונטיים מים ההלכה התקדימית: ראשית, מתעוררת השאלה העקרונית למה יש לדמות את מערך ההלכות שיש להחיל על מדינת ישראל: להלכות מלכות, להלכות נשיאות וראשות הגולה או שמא להלכות קהילה? כל אחד ממערכי ההלכות הללו שונה מרעהו, באשר התגבש במציאות שונה, ולכן להיקש מכל אחד מהם יש תוצאות שונות. שנית, באורח מעשי, מרב התקדימים הנדמים כרלוונטיים נפסקו במסגרת התפקוד הקהילתי האוטונומי בגלות. אין לכחד שבחיי הקהילה התעוררו שאלות שנהוג לסווג אותן כיום לתחום המשפט הציבורי ונצטברו בתחום אלפי תשובות הלכתיות.<sup>40</sup> אולם הדרך להיקש ישיר מהקיום הקהילתי לקיום הריבוני רצופה בעיות שהרי קשה להשוות הנהגה של שלטון מקומי, המתקיים תחת ריבונות זרה ובחסדיה, עם שלטון ריבוני עצמאי. ההיקף והתוכן של תחומי הסמכות והאחריות של הקהילה רחוקים מאלו של המדינה. מערכות היחסים הפנים-קהילתיים שונות מאלו המאפיינות מדינה. כך למשל, הקהילה לא כללה חברים שאינם יהודים ואילו במדינת ישראל קרוב לרבע מהתושבים אינם יהודים. נוצר לפיכך קושי של התמודדות עם שאלות כגון האחריות של שלטון יהודי כלפי אזרחים נכרים, הזכויות שיש לתת להם ותוצאות השתתפותם בתהליכים הדמוקרטיים הנוהגים במדינה היהודית ובאורגנים שלה.<sup>41</sup>

עינינו הרואות, קימומה של מדינת היהודים מציב לפני ההלכה אתגר אדיר של גיבוש עמדה עקרונית ומעשית ביחס לשורה ארוכה מאוד של סוגיות משטריות וסוגיות ביצועיות הנוגעות לחיי היומיום שלנו. נקל לראות את הקשר הישיר שבין עיצוב עמדה הלכתית בנושאים אלו ובין האפשרות למתן מענה הלכתי לשאלות העומדות על הפרק ביחס ל"דת ומדינה".

40 ראו אצל מ' אלון, לעיל הערה 20, עמ' 10-11, 70.

41 לדיון ראשוני בשאלות מעין אלה, ראו: י' א' הרצוג, "זכויות מיעוטים לפי ההלכה" **תחומין** ב (תשמ"א), עמ' 169; י' גרשוני, "המיעוטים וזכויותיהם במדינת ישראל לאור ההלכה" **תחומין** ב (תשמ"א), עמ' 180; א' אבינר, "מעמד הישמעאלים במדינת ישראל" **תחומין** ח (תשמ"ז), עמ' 337.

## ג. חילוניות

בדורות האחרונים עומדת ההלכה לפני תופעה חדשה שאיננה מוכרת בתולדותיה: רוב היהודים אינם שומרי מצוות והם נעדרים מחויבות אישית כלפי שיטת המשפט ההלכתית. לא זו אף זו, רוב היהודים אינם בעלי היכרות, מודעות או יחס כלשהו כלפי ההלכה; הם פשוט אדישים כלפיה.

כל שיטת משפט חפצת חיים, המאבדת רלוונטיות בעיני מרבית הצרכנים הפוטנציאליים שלה, חייבת להגיב לתופעה זו. שיטת משפט רגילה הנונחת על ידי הציבור תסיק מכך שתוכן הנורמות שהיא מציעה איננו תואם את הערכים והצרכים של הציבור ולכן קברניטיה ישקלו עריכת שינויים והתאמה של הנורמות. ואכן, בחינה אמפירית מגלה שמקום שקיימת בחירה בין משטרים נורמטיביים אלטרנטיביים מתפתחת תחרות בין השיטות המשפטיות, בניסיון לעצב את המוצר הנורמטיבי באופן שיקלע לטעם הצרכנים הפוטנציאליים.<sup>42</sup> כמובן, שיטת משפט דתית איננה יכולה להגיב באופן זהה. היא איננה רואה בנורמות שלה מוצר שיש לו תחליפים, בבחינת נורמה מרשה שאפשר להתנות עליה על ידי אימוץ נורמה אחרת. שיטת משפט דתית דוגמת ההלכה תופסת את עצמה כמערכת מחייבת, כופה במהותה, באשר היא שואפת להשיג מטרות אידאולוגיות מוגדרות (חברתיות ותאולוגיות). עם זאת אין להסיק מכך שלהלכה אין צורך להגיב על תופעת החילוניות. ההפך הוא הנכון. על ההלכה מוטלת החובה להתמודד עם החילוניות בכמה מישורים מצטברים:

ראשית, מאחר שההלכה שואפת להסדיר את החיים של כל היהודים, דתיים כחילוניים, אין היא פטורה מלעצב עמדה נורמטיבית כלפי אורח החיים החילוני. ודוק: עצם העובדה שהציבור החילוני שווה נפש באשר לעמדת ההלכה ביחס לאורחות חייו (או אפילו דוחה אותה במפורש) אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק מדיניות הלכתית מתעלמת מהתופעה. ברמה

42 התחרות יכולה להיות בין-לאומית או פנים-לאומית. כך למשל, במישור הבין-לאומי, המשפט המסחרי הנוהג במדינת ישראל מתחרה עם מערכות דינים מקבילות בארצות זרות. התחרות נובעת מהעובדה שעלות ההגירה של עסקים ממדינה למדינה נמוכה יחסית ולכן מנהלי עסקים יכולים לבחור את מקום ההתאגדות שלהם ואת המקום שממנו ינוהלו העסקים בהתאם למעטפה הנורמטיבית הנוחה להם. הוא הדין במישור הלאומי: המדינות שבארצות הברית מתחרות זו בזו בעיצוב דיני החברות המדינתיות באורח שיהיה האטרקטיבי ביותר למנהלים של תאגידים גדולים. יש המכנים מירוץ זה, בהתאם להשקפתם לגבי יעילותו, כ"מירוץ לתחתית".

העקרונית נדרשת חשיבה הלכתית (אך לאו דווקא הכרעה משפטית) ביחס לכל היבטי הקיום האנושי וביחס לכל הפועלים במציאות, ובכלל זה גם למעגלים הפנימיים של ההוויה החילונית, אלו שציבור שומרי המצוות איננו נוטל בהם כל חלק. ברמה המעשית ההלכה נדרשת להסדיר את הפעילות המתרחשת באזורי ההשקה שבין שומר המצוות לבין החילוני. אזורים אלו הם חובקי כול ומשתרעים על פני מגוון נרחב של סיטואציות אנושיות.

שנית, מאחר שהמשטר בישראל דמוקרטי, הרוב החילוני הוא המחזיק בעמדות המפתח בשלוש הרשויות של המדינה. כתוצאה מכך מתעצבת המדינה, רשות הרבים היהודית, בהתאם לנורמות המקובלות על הרוב החילוני, האדיש להלכה ולערכיה. מהי העמדה ההלכתית ביחס למציאות זו, שהיא ככל הנראה חסרת תקדים בתולדות ההלכה? האם היא מתמודדת עם העובדה שהגשמת החלום, התקווה בת שנות אלפיים, נעשית על פי מצע אידאולוגי המנוכר להלכה? ש"המדינה ראשיה ויועציה" הם "תינוקות שנשבו", במקרה הטוב, או "רשעים" ו"ערב רב" במקרה הפחות טוב? שבדור זה המטרה המרכזית של הרוב הגדול של אלו שלהם "נפש יהודי הומייה" היא "להיות עם חופשי בארצנו", הא ותו לא?

שלישית, הרוב החילוני היהודי במדינת ישראל מקבל על עצמו עולם ערכים המתויג בשיח הציבורי כ"ערכים דמוקרטיים" והמשקף את המקובל כיום בציוויליזציה המערבית-ליברלית. ערכים אלו – למשל ערך השוויון – עומדים לעתים בסתירה לעולם הערכים המשתקף מהנורמות ההלכתיות. כיצד מטפלת ההלכה בסתירות אלו? ובאופן בסיסי יותר: האם ההלכה מוכנה להתיר – הן במישור הפרטי והן במישור הציבורי – סובלנות דתית כלפי יהודים לא הלכתיים וכלפי עולם הערכים שלהם? האם במציאות של רוב חילוני מוכנה ההלכה לעדן, שלא לומר לשנות, את עמדותיה המסורתיות כלפי עולם ערכים פנים-יהודי שאיננו הלכתי? האם האחריות שההלכה מטילה על שומר המצוות ביחס לזולת – הלוא היא הערבות ההדדית הבאה לידי ביטוי במצוות "הוכח תוכיח את עמיתך"<sup>43</sup> – תופסת ומחייבת במלואה גם כיום, ביחס לרוב החילוני? האם דתי שכוח בידו – דוגמת מפלגה דתית

43 הרמב"ם, הלכות דעות, פרק ו, הלכה ז, קובע: "הרואה חבירו שחטא או שהלך בדרך לא טובה מצוה להחזירו למוטב ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הרעים שנאמר 'הוכח תוכיח את עמיתך' (ויקרא יט, יז)...". ראו, למשל: א' שרמן, "היחס כלפי אחינו שפרשו מדרך התורה והמצוות" **תחומין** א, עמ' 311; ש' קוק, "מצוות תוכחה ביחיד ובציבור" **תחומין** ז, עמ' 121.

שקולותיה דרושים לשם יצירת קואליציה – יכול ואולי חייב להשתמש בכוח על מנת לכפות את עולם הערכים הדתי על הפרט, על הציבור ועל רשות הרבים החילונית?

תופסי ההלכה במאה האחרונה נזקקו לחלק משאלות אלו.<sup>44</sup> אולם כדרכה של ההלכה, הם עשו שימוש בקטגוריות הלכתיות ידועות מזמנים עברו, ויישמו אותן על התופעה המודרנית של חילון המוני תוך שהם נשענים על התקדים. מהיכן נשאבו התקדימים ההיסטוריים? הדת היהודית לדורותיה הכירה תופעה של פרישה מאורחותיה דוגמת הצדוקים, האפיקורסים, האנוסים והמתנצרים למיניהם. כיוון שכך היא פיתחה קטגוריות הלכתיות המתייחסות אליהם, דוגמת "רשעי", "מומרי", או "תינוק שנשבה". כל אחת מהקטגוריות הללו נטענה התייחסות הלכתית ספציפית בהקשרן של סוגיות שונות (למשל מתן תוקף לעדותם,<sup>45</sup> שתיית יינם,<sup>46</sup> ספירתם למניין<sup>47</sup> או עלייתם לתורה).<sup>48</sup> אולם גם ללא ניתוח מעמיק אפשר לחוש בחוסר ההתאמה

44 למקורות והפניות, ראו, למשל: יי אחיטוב, **על גבול התמורה** (ירושלים, תשנ"ה), פרקים טז-יז, יט; נ' רקובר, **אוצר המשפט** (תשל"ה), פרק ו.

45 ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לד, סעיף א: "רשע פסול לעדות, ואפילו עד כשר, שידוע בחבירו שהוא רשע, אין הדיינים מכירים רשעו, אסור לו להעיד עמו, אע"פ שהוא עדות אמת...". הגדרת "רשעי" בהקשר זה רחבה ביותר. כך למשל, הרמב"ם קובע כי "רשעי" הוא כל מי שעובר עברה שחייבים עליה מלקות מן התורה או על פי דברי חכמים (רמב"ם היד החזקה, הלכות עדות, פרק י'). הלכה זו יושמה לגבי חילוניים. ראו, למשל: מ' זילברברג, "עדות של תינוק שנשבה" **דברי משפט** ב, עמ' רלו.

46 לניתוח ולמקורות ביחס לאיסור יינם של יהודים חילוניים, ראו: צ' זוהר וא' שגיא, **מעגלי זהות יהודית** (תל-אביב, 2000); הרב עובדיה יוסף, **בשו"ת יביע אומר**, חלק א, יורה דעה, סימן יא: "...נשאלתי בד"ץ יין שנגע בו מומר לחלל שבת בפרהסיא, אם אפשר להתירו בשתיה, בכדי שלא לבייש את המומר, או יש לאסרו כד"ץ יין נסך...".

47 כך למשל, פוסק הרב יוסף (שו"ת **יביע אומר**, חלק ז, אורח חיים, סימן טו, ד"ה ו): "ו. ועינא דשפיר חזי בשו"ת מלמד להועיל (חלק אורח חיים סימן כט) שדן בענין צירוף למנין למי שמחלל שבת בפרהסיא, וכתב, שהמנהג באשכנז ובהונגריה להקל לצרף מחלל שבת בפרהסיא למנין, משום שהרבה מאד אינם יודעים חומר האיסור, ונחשבים קצת כתינוק שנשבה בין הגוים, וכמ"ש (וכמו שכתב) ג"כ (גם כן) בשו"ת בנין ציון החדשות (סימן כג). וגם הגאון בעל שואל ומשיב היה אומר, שבארצות אמריקה אין לפסול מחללי שבת בפרהסיא מלצרפם למנין, מפני שהם כתינוקות שנשבו בין הגוים".

48 הרב משה פיינשטיין, **בשו"ת אגרות משה**, חלק אורח חיים ג, סימן כב, ד"ה הנה בדבר: "הנה בדבר לקרא לתורה מי שמחלל שבת בפרהסיא ומי שכופר בתורה וכדומה, פשוט שאין לכבד לרשעים אף כשיש צורך לכבדם בכבודי קדושה דבבית הכנסת... אבל יש חלוק דלצורך גדול מאוד יש להקל בכבודים דאין להם ברכה אף לכופרים ולמחלל שבת כשידוע שהוא רק לתיאבון אף לעלות לתורה, ולכופרים אסור לקרא לתורה אף כשיש צורך גדול".

של החלת הקטגוריות הללו על החילוני המצוי בתקופתנו. האחרון איננו בעל עמדה תאולוגית אנטי-יהודית, אלא הוא אדיש לדת. בניגוד לפורש מהדת, כאשר זו סמלה את ההסכמה החברתית הבסיסית של הקהילה היהודית, החילוני של ימינו איננו בעל סטייה חברתית. בניגוד למומר או לרשע ההיסטורי, שהיווה, לעתים, סכנה מוחשית לאורח החיים הקהילתי ובהרבה מקרים ניהל אורח חיים לא נורמטיבי, החילוני הממוצע בן התקופה הוא אדם מוסרי, שוחר טוב בדיוק כמו שומר מצוות ממוצע. קשה גם לקבל את הסייג של "תינוק שנשבה" עבור החילוני המצוי, שהוא בן תרבות ובחר באדישות הדתית מתוך הפעלה אוטונומית של רצונו החופשי. אכן, בעבר הגיבה ההלכה בדרכים נורמטיביות כלפי מי שפרשו ממנה, אולם יש ללבן ולברר היטב את האפשרות של יישום דרכי תגובה אלו על ציבור שלם, המהווה רוב של העם, אשר בחר להניח את ההלכה בקרן זווית ולהתעלם ממנה.

## ד. בחזרה ל"דת ומדינה"

שלושת השינויים במציאות משפיעים השפעה מכרעת על השתיקה ההלכתית בסוגיות של דת ומדינה. כעולה מהניתוח, אנו חווים כיום תקופה יחידאית בהיסטוריה היהודית: עד לאחרונה היה קשר ברור בין מוטת הכנפיים של הציבוריות היהודית לבין מוטת הכנפיים של ההלכה. משזו נצטמצמה גם זו נצטמצמה, אולם הקשר בין השתיים לא נותק. במדינת ישראל נוסד דגם לקיום יהודי חדש, שההגמוניה השלטונית היהודית שבמסגרתו לא אימצה לעצמה את ההלכה כשיטת המשפט המרכזית שלה. זאת ועוד, עצם הקיום היהודי במסגרת מדינית ריבונית הוא חידוש עובדתי המייצר אתגר רב פנים עבור שיטת המשפט ההלכתית. גם לו הייתה המדינה מעוניינת לאמץ את ההלכה כשיטת משפט מחייבת, לא היה להלכה, כפיתוחה ברגע זה, מענה מוכן לחלק מרכזי מהשאלות המשטריות והתפקודיות שקיומה של המדינה מעורר. בנוסף, ההלכה עומדת מול אתגר החילוניות, שהיא הבחירה התרבותית-ערכית של רוב בני העם. כנגזר מכך, החילוניות היא גם בעלת הבית ברשות הרבים של המדינה היהודית.

**שתיקת ההלכה בסוגיות של דת ומדינה היא לפיכך תולדה של הלם מציאות.** האם קיים מוצא? בכך יעסקו שני הפרקים הבאים.

# 4

## על האפשרות של הסתגלות הלכתית

הדיון עד כה סרטט את האתגר ההלכתי הגדול עבור בני דורנו: מתן מענה לקיום דתי ראלי המתוח בין השמרנות הטבועה של ההלכה, שהוצגה בפרק 2 לעיל, לבין השינויים המפליגים במציאות, שפורטו בפרק 3 לעיל. הדיסוננס בין האתוס הפנימי השמרני של ההלכה ובין שינויים במציאות איננו חדש בתולדות ההלכה. אכן, ייעודה של התורה שבעל פה הוא טיפול בדיסוננס זה. במקום אחר כבר כתבת<sup>49</sup>:

פועלה המונומנטלי של התורה שבעל-פה הוא גישור בין הנחצי לבין המתחלף; יישום התורה שבכתב, שהיא תורה קבועה בעלת ממדים על-היסטוריים, במציאות חיים משתנה, המתפתחת בתוך היסטוריה ראלית. זהו מהלך אדיר היקף ועדין ביטוי של עיבוד ויצירה תוך שימור של 'תורה בלתי מוחלפת', כך שתתפקד כ'תורת חיים'. תורה, אשר בו בזמן, היא גם רגישה לעובדות הקיום של הפרט והקהילה, החשופים לתהפוכות עובדתיות וערכיות, תלויות זמן ומקום, וגם משפיעה על הפרט והקהילה ומעצבת את דרכי התמודדותם עם חוויית קיומם, ברוחה שלה.

ידוע לכול כוח חיותה העצום של ההלכה ויכולת ההסתגלות שהיא מפגינה זה דורות רבים.<sup>50</sup> הדבר בא לידי ביטוי בעיבודם של תחומי משפט שונים מהתקופה המקראית – באמצעות המשנה, התלמוד, ספרות הראשונים, האחרונים והשו"ת – עד ימינו אלה. עבודות רבות של בני דורנו,

49 יי צ' שטרן, לעיל הערה 36, עמ' 235.

50 לתיאור התופעה, ראו, למשל: א"א אורבך, **על ציונות ויהדות – עיונים ומסות** (תשמ"ה), עמ' 311-345; יי ליבוביץ, **תורה ומצוות בזמן הזה** (תשי"ד); יי ד' גילת, **פרקים בהשתלשלות ההלכה** (תשנ"ב); א' גולדמן, לעיל הערה 32, עמ' 316-325. גם בעלי הלכה עצמם מודעים ואף מודים בצורך להגיב על שינויי המציאות. ראו, למשל: ר' יוסף אלבו, **ספר העיקרים**, מאמר ג, פרק יג; ר' נחמן קרוכמל, **מורה נבוכי הזמן**, שער יג; במאה ה-16, הרב יוסף בן דוד אבן לב (תורכיה, נפטר ב-1580) ב**שו"ת מהר"י בן לב**, חלק ד' סימן ד' קובע: "דור הולך ודור בא ומתירים כפי ראות עיניהם או כפי השתנות הזמן". ובמאה ה-20, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (הרב הראשי הספרדי הראשון לא"י, נפטר ב-1953) בספרו **שו"ת משפטי עוזיאל**, כרך ד' חושן ומשפט, סימן כח מפטיר: "מכאן אנו למדים שלפי השתנות הזמנים משתנה הדין".

מניחי היסודות של חקר המשפט העברי, מציגות בהרחבה הישגים משפטיים, תרבותיים ודתיים אלו, שמעטים כמותם בהיסטוריה האנושית.<sup>51</sup> יתרה מזאת, ההלכה התמודדה בהצלחה לא רק עם שינויים במציאות שהשפיעו על התוכן המהותי של ענפי המשפט ההלכתיים, אלא גם עם שינויים במציאות שהשפיעו על עצם דרך הפעולה שלה ועל דרכי הקצאת הסמכות ההלכתית. להלן אסקור שני שינויי מציאות דרמטיים לא פחות, לדעתי, מאלו שאנו חווים בדורנו:

## א. באין מקדש

חורבן בית המקדש השני הוא מאורע מפתח טראומטי בתולדות עם ישראל. בני התקופה חוו אסון רב ממדי<sup>52</sup>: דתי, מדיני, כלכלי וחברתי. העיר ירושלים, הפוליס המרכזית של היישוב היהודי בארץ ישראל, הוחרבה פיזית; הארץ כולה נכבשה; הופסק הקיום של עם ישראל כישות מדינית; אוכלוסייה נכרית,

51 עבודות אלו – פרות הביכורים של התחום – בונות, חוליה אחר חוליה, את חוט השדרה של המחקר המדעי של ההלכה. התחום עובר רנסאנס מדעי מרשים (אף אם איננו חף ממשברים) שעיקר תכליתו (בינתיים) הנחת יסודות ובניית תשתיות. קצרה היריעה מאזכור עשרות מונוגרפיות שחוברו בשני הדורות האחרונים, בקצב שגובר והולך מעשור לעשור, אשר שמות להן למטרה להשתמש במיטב המתודות המדעיות, ואף לפתח מתודות עצמאיות, לשם התחקות אחר דרכי התפתחותם של מוסדות משפטיים של משפט ההלכה. מנקודת ראות היסטורית, קבוצת החוקרים בתחום היא "דור מדבר" החורש תלם ראשוני בקרקע בור נוקשה, מוזנחת, בלתי מעובדת, אך בעלת פוטנציאל פוריות עצום. מכלול היצירה המדעית של קבוצה חלוצית זו, הזורעת בדמעה, יוכר בעתיד כמפעל חלוצי לאומי, הדומה למפעלו של בן-יהודה, מחיה השפה. עתידו של התחום לפניו, לא רק משום שהיקף העשייה העצום, הקיים, נוגע רק בקצה הפאה של הפוטנציאל הקיים בו, ולא רק משום שמטבען של עבודות תשתית שהן מייצרות עבודות המשך המסתעפות ומתפרטות מהן, אלא גם, ובעיקר, משום שהעיסוק בפיתוח המשפטי ההלכתי הוא כר נרחב ליצירה של זהות לאומית, תרבותית, חברתית ודתית יהודית. אם הזיכרון ההיסטורי של הזהות היהודית נשען, במידה רבה, על ארון הספרים היהודי, ואם ספרות ההלכה מחזיקה את המדף המרכזי בארון זה, ברורה מאליה חשיבותו של התחום. בנוסף, למחקר המדעי של התפתחות ההלכה ומוסדותיה המשפטיים יש חשיבות גם כמנוף ממריץ ליצירה הלכתית חדשה, שהיא גם עדכנית וגם אותנטית, עבור הדורות הבאים. הבנה מדוקדקת של אופני תפקודה של ההלכה בעבר סוללת דרך (במובן התוכני-מהותי) ומיישרת עקוב (במובן הסוציולוגי של "הכשרת" התהליך) בפני מי שרוצה להמשיך ולפתח את ההלכה גם בעתיד.

52 ראו, למשל: ג' אלון, **תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד** (תל-אביב, תשי"ט), כרך א, עמ' 26-31.

בהיקפים גדולים, התיישבה בארץ ישראל; היהודים איבדו את הבעלות על אדמותיהם ועבדו אותן כאריסים. בצד כל אלה, המרכז הרוחני והדתי של העם – בית המקדש – חרב. היבט אחרון זה נתפס על ידי דור החורבן והדורות הבאים כהרה אסון עוד יותר מקודמיו משום המשמעות המקפת – האישית, הציבורית והלאומית – שהייתה לחיים "בצלו של היכל", מאז תחילת ההיסטוריה הלאומית של העם, עת הוקם "אוהל מועד" עבור דור יוצאי גלות מצרים. בכל התקופה (למעט, כמובן, התקופה הקצרה שבין שני הבתים) נהנה העם מקיומה של נוכחות אלוהית ("שכינה"), שמצמצמת את עצמה אל תוך מתחם קדוש, בתוכו. היעלמות מתמשכת של נוכחות זו ערערה את שורשי הקיום היהודי באותה עת. סמל לחשיבות המאורע אנו רואים בתפילות ובמנהגים הרבים הנוהגים "זכר לחורבן" ובעובדה שעד היום אנו מסווגים את התקופות ההיסטוריות על פי ממד זה: תקופת בית ראשון, תקופת בית שני ותקופת החורבן.

כפי שאפשר לשער, התגובה של העם למציאות החדשה הייתה מגוונת.<sup>53</sup> היו שהגיבו באבל מכלה כול ובדיכאון;<sup>54</sup> היו שברחו מהמציאות החדשה אל תקוות לעידן אפוקליפטי שעתיד להפציע (חבורות מדבר יהודה וכתות נוצריות); היו שטיפחו תקוות תלושות מהמציאות לקימום מידי של בית המקדש (קבוצות של קנאים ומעמד הכוהנים) והייתה גם "דרך יבנה". דרך זו, שבראשה עמדו רבן יוחנן בן זכאי, רבן גמליאל ותלמידיהם, ביקשה להכיר בעובדת החורבן של בית המקדש ובקיום בתנאי שעבוד כמציאות שיש לחיות בה ולהסתגל אליה בדרך מאוזנת ומגיבה לעובדות. הם ביקשו לכונן מחדש את החיים היהודיים הדתיים בהתאם לנסיבות החדשות.

53 הדיון שלהלן נעזר רבות בספר המקיף של א' אדרת, **מחורבן לתקומה: דרך יבנה בשיקום האומה** (ירושלים תשנ"ח) ובמקורות המובאים שם. עיקרו של הספר הוא בניתוח מפורט של דרכי התגובה של ההלכה למציאות של חורבן בשלושה תחומים מרכזיים: חטא וכפרה, טומאה וטהרה ומצוות התלויות בארץ.

54 ביטוי נוגע ללב לתחושה זו עולה מדברי התוספתא בסוטה, פרק טו, הלכה יא: משחרב הבית האחרון, רבו פרושין בישראל, שלא היו אוכלין בשר ולא שותין יין. ניטפל להן ר' יהושע, אמר להן: בני, מפני מה אין אתם אוכלין בשר? אמרו לו: נאכל בשר, שבכל יום היה תמיד קרב לגבי מזבח, ועכשיו בטל! אמר להן: לא נאכל. ומפני מה אין אתם שותים יין? אמרו לו: יין נשתה שבכל יום היה מתנסך על גבי המזבח ועכשיו בטל! אמר להן: לא נשתה. אמר להם: אם כן לחם לא נאכל, שממנו היו מביאין שתי הלחם ולחם הפנים; מים לא נשתה, שמהן היו מנסכים מים בחג; תאנים וענבים לא נאכל, שמהם היו מביאין בכורים בעצרת. שתקו.



המשימה הדתית שעמדה לפני חכמי יבנה הייתה עצומה. לאבדן המקדש, "הבית", היו השלכות תאולוגיות-רוחניות והשלכות הלכתיות-משפטיות שקשה להגזים בתיאורן.

מבחינה רוחנית, המקדש היה מקור הקשר שבין העם ואלוקיו. דרכו, כך האמינו, שרתה השכינה בהם ובאמצעותו הם קיבלו המחשה של העדפת האל אותם על פני כל האומות. המקדש היה הביטוי הבולט להמשך קיומה של ברית האבות וברית סיני ולכן חורבנו עורר חשש להפרה של הברית המגדירה של הקיום היהודי.<sup>55</sup> כדברי בער, עם החורבן "פסקה פעולתם של המכשירים שהיו מקשרים את המציאות הארצית של האומה עם העולם של מעלה. מעתה לא נשארו בידי האומה אלא שברי שרידים וזכרונות לאותו מנגנון מטאפיסי גדול, המקשר את העולם של מטה עם העולם של מעלה".<sup>56</sup> מבחינה הלכתית, עם חורבן הבית אמורים היו להימחק חלקים נרחבים מאוד מקוד ההתנהגות היהודי. אורח החיים הנורמטיבי באותה תקופה היה קשור ומותנה בקיומו של המקדש. כך למשל, ביטולה של עבודת המקדש ובכלל זה, בין היתר, ביטול העלייה ההמונית לרגל שלוש פעמים בשנה, ביטול קרבנות הציבור וביטול מצוות הקהל ושאר הטקסים הלאומיים שנהגו במקדש – עלול היה לחתור תחת יסוד החיים הציבוריים של העם. יתר על כן, אתוס מכונן של הקיום היהודי הוא ההימנעות מחטא. עד לחורבן הבית, הרגישות לחטאים טופחה בעיקר באמצעות תהליך הכפרה שנעשה בבית המקדש. ביטול האפשרות לכפרה טקסית השאיר את העם במצב בלתי נסבל של חידלון רגשי ואין אונות מעשית מול נוכחות החטא בחיי הפרט והציבור. ועוד: היהדות מקדשת את הדרישה לקיום חיים טהורים במעגלים רחבים של המציאות (הטומאה מצויה למשל במת, בחיות טמאות, בנכרי, בעם הארץ, בעבודה זרה, בידיים, באישה נידה, ביולדת, בשכבת זרע, בנגעים שונים).<sup>57</sup> תחום המקדש היה מקום מרכזי (אך, כמובן, לא יחיד) שלשמו נדרשו הלכות טומאה וטהרה. הוא גם היה המכשיר המרכזי לשמירת ההבחנה בין טמא לטהור. בהיעדר הבית, כיצד תישמר הטהרה המאפיינת את העם היהודי משאר העמים? עניין נוסף: גם קדושת הארץ, שבאה לידי ביטוי

55 "מיום שחרב בית המקדש נפסקה חומת ברזל בין ישראל לאביהם שבשמים..." בבלי, מסכת ברכות, לב, ע"ב.

56 י' בער, **ישראל בעמים** (ירושלים תשכ"ט), עמ' 19.

57 ראו: ג' אלון, "תחומן של הלכות טהרה" **תרביץ** ט (תרצ"ח). הופיע גם אצל ג' אלון, **מחקרים בתולדות ישראל בימי בית שני ובתקופת המשנה והתלמוד** (תל-אביב תשי"ז), כרך א, עמ' 148-176.

בשורה ארוכה של מצוות התלויות בארץ, הייתה מותנית בחלקה במימוש המצוות בבית המקדש (בכורות), בכורים ומעשר בהמה – שהם קדשי מזבח; כרם רבעי ומעשר שני – שהיה חיוב להעלותם לירושלים). ובהקשר המוסדי: הכהונה, שהייתה אליטה סמכותית שההלכה קבעה לה מערכת שלמה של הלכות ייחודיות, איבדה את מקור כוחה ואת זירת תפקודה המרכזית. הסנהדרין, שהיה המוסד העליון לחקיקה ולפסיקה דתית, הוגלה ממקומו בלשכת הגזית שבהר הבית, דבר שהיה עלול לפגוע בסמכותיותו. זאת ועוד: הלוח היהודי, שנקבע על ידי פונקציות שהתבצעו במקדש, הועמד בסכנה. טקסים דתיים מרכזיים של חגי ישראל, כגון סדר העבודה ביום הכיפורים וסדר קרבן הפסח, בוטלו. בקצרה, החורבן היווה איום ממשי להפיכת חלקים נרחבים של התורה ושל אורח החיים ההלכתי לאות מתה.

כיצד הגיבו חכמי יבנה לאתגר? הם השכילו לעצב מחדש את החיים היהודיים באורח שיעקר מתוך ההלכה את תלותה בתנאים חיצוניים של מקום, זמן, אישיות או פולחן.<sup>58</sup> הם העתיקו את המרכז הרוחני מהעיר החרבה ליבנה. הם טיפחו את מוסד בית הכנסת, "מקדש מעט", במקום המקדש, כמרכז דתי שמתקיים בכל יישוב יהודי. הם שכללו ומיסדו את הרעיון של תפילה, "עבודה שבלב", במקום עבודת הקרבן, בדרך שמחייבת גם את היחיד וגם את הרבים. הם פיתחו וחיידשו תחליפים לנוהגי הכפרה שבזמן הבית, באמצעות העמקה והפנמה של רעיון התשובה, מתן תוכן חדש ליום הכיפורים ועוד ועוד.<sup>59</sup> בתחום של טומאה וטהרה, משבטל מוקד הקדושה בהר הבית, הועתק הציווי על שמירה של טהרה לחיים האישיים של כל אדם מישראל. כך, למשל, פיתחו חכמי יבנה את הלכות נטילת הידיים לסעודה, לתפילה ולתלמוד תורה. הם גם הרחיבו והעמיקו את דיני טהרת המשפחה מתוך מגמה ברורה להאציל את הקדושה על הבית היהודי. הם קבעו הלכות נוקשות ביחס לייך נסך כתגובה מגוננת מפני העולם הנכרי, שהשפעתו באזור גברה מאוד באותה תקופה. כך הפכו כל יהודי ויהודייה לאחראים באופן אישי על שמירת הקדושה בחייהם ובחיי העם.<sup>60</sup> גם בעניין המצוות התלויות בארץ פעלו חכמי יבנה: הם העצימו את חשיבותן של

58 על פי א' אדרת, לעיל הערה 53, עמ' 5, אלו מסקנות החיבור R.T. Herford, **The Effect of the Fall of Jerusalem upon the Character of the Pharisees** (London, 1917).

59 ראו: א' אדרת, לעיל הערה 53, שער ראשון.

60 ראו: שם, שער שני.

המצוות שבזמן הבית נחשבו פחותות ערך משום שהיה אפשר לקיימן גם מחוץ למקדש ולירושלים. כוחן של מצוות אלו, שנקראו "קדשי גבול", כמו גם ה"קדשים הקלים", הושווה לאחר החורבן לאלו של "קדשי קדשים". אבדנו של מוקד הקדושה שבהר הבית לא ביטל את קדושת הארץ, אלא הגביר אותה. קדושת המקדש התפשטה על פני כל ארץ ישראל.<sup>61</sup> עולה מהמקובץ כי תגובתם של חכמי יבנה לחורבן הייתה הדגשת האופי הדתי של אורח החיים היהודי מתוך זיקה לעצם קיומו, באשר הוא, גם במציאות נטולת מקדש.

מה היו האמצעים המשפטיים שעל ידם יישמו חכמי יבנה, הלכה למעשה, את הרעיונות ההלכתיים החדשניים שנרקחו בבית מדרשם? אחת מהדרכים הבולטות הייתה חקיקה. הדבר בא לידי ביטוי בתקנות המפורסמות של רבן יוחנן בן זכאי ושל רבן גמליאל.<sup>62</sup> התקנות כללו שתי מגמות מרכזיות: האחת עניינה קביעת נורמות, שהן בבחינת "זכר למקדש", ותכליתן לאפשר המשך קיום מצוות שנהגו במקדש, גם לאחר חורבנו (דוגמת קידוש החודש, עיבור השנה, נטילת לולב כל שבעת ימי הסוכות, ברכת כוהנים). השנייה עניינה יצירה (או למצער עיבוד) של נורמות שתסדרנה את החיים היהודיים באין מקדש (דוגמת סדר פסח, תפילה, כרם רבעי) ונוכח המצב הכלכלי והלאומי הדחוק של היהודים באותה תקופה (דוגמת איסור מכירת קרקעות ובתים לנכרים ואיסור גידול בהמה דקה בארץ ישראל).

התוצאה המדהימה של המהלך של חכמי יבנה היא שדווקא התקופה שלאחר החורבן הייתה התקופה הפורה ביותר עבור היהדות הנורמטיבית. בתקופה זו נתגבשו המדרש והאגדה, נחתמה המשנה ונכתב התלמוד. דווקא מתוך האבדן הרב ממדי פרצה היצירה הדתית וההלכתית והגיעה לשיאים היסטוריים. וכך מתאר זאב יעבץ את שאירע<sup>63</sup>:

נורא היה השבר, אשר השבר הגוי ביום החרבן וכו'. אך על לב איש כמעט לא יעלה, כי היה היום ההוא גם נצחון מאין כמוהו, כי בו נגלה מקור-חיים, שאין להם סוף, ואצר כח אשר לא ימד ולא יחקר

61 ראו: שם, שער שלישי.

62 לדיון בתקנות אלו, ראו: ג' אלון, **מחקרים בתולדות ישראל בימי בית שני ובתקופת המשנה והתלמוד**, לעיל הערה 57, כרך א, עמ' 61-71, 159-192; א' אדרת, לעיל הערה

53, עמ' 28-33.

63 ז' יעבץ, **תולדות ישראל** (ירושלים – תל-אביב תרפ"ח), חלק שישי, עמ' VII.

וכו'. אל הנצחון הנעלם, אל גלוי הכח האיתן, אשר לא יתן לישראל לתום ולמות גם אחרי נפלו, שמנו אנחנו את כל לבנו.

אנו בני דור התקומה, החזרנו חלק מהעטרות שאבדו בדור החורבן ליושן. אנו אמנם חיים במציאות של היעדר מקדש, אך אנו נהנים מריבונית עצמאית בארץ ישראל, שרוב תושביה יהודים. עניינו של מאמר זה הוא בבחינת המשימה המוטלת על חכמי דורנו, מקביליו של רבן יוחנן בן זכאי, נוכח התחדשות הריבונות היהודית ונוכח אופייה החילוני. מהי "דרך יבנה" של ההלכה בדורנו?

פרופ' ליבוביץ היטיב להגדיר את המשימה הדתית המונחת לפתחנו<sup>64</sup>:

מן הפרדוכסים הגדולים של ההיסטוריה הישראלית היא העובדה, שלא רק החורבן והגלות אלא גם השיחרור וקיבוץ גלויות הם בגדר מאורעות קטסטרופליים לתורה וליהדות התורה ונעשים נסיון ומבחן לשתייה. כשם שדורו של ר' יוחנן בן זכאי חייב היה לתת תשובה על השאלה הגורלית: הייתכן המשך לגיטימי לתורה בישראל באין עבודת המקדש? – והצליח לתת עליה תשובה חיובית לשעתה ולדורות – כך מחייב המפנה המהפכני של דורנו מתן תשובה על השאלה: הייתכן המשך לגיטימי לתורה בישראל שלא בגלות ובאין שלטון זרים עלינו?

## ב. נוכח הפזורה

לקראת סוף תקופת הגאונים עבר העם היהודי תהליך של ביזור פיזי שנלווה אליו ביזור של מקורות הסמכות השלטונית והסמכות ההלכתית. את מקום המרכזים בארץ ישראל ובבבל החליפו קהילות התפוצה היהודית ברחבי אשכנז וספרד.<sup>65</sup>

64 יי ליבוביץ, לעיל הערה 6, עמ' 121-122.

65 המעבר מהתקופה הראשונה לשנייה, ראו פרק 3 לעיל. וכך מתאר ד"ר זילברג את המעבר [מ' זילברג, "המשפט במדינה העברית" הפרקליטי, ספר היובל (1993), עמ' 150, 151]:

בסוף המאה ה-10 – תחילת המאה ה-11 לספירת הנוצרים, התפורר המרכז היהודי האוטונומי בבבל, וההגמוניה הלאומית עברה לארצות צפון אפריקה ואירופה המערבית. אחרי תקופת אלף שנים של אוטונומיה לאומית, משפטית-תרבותית, בארצות רומי האלילית, ביוזמה הנוצרית, פרס הסנידית והחליפות הערבית

ואלו שינויי המציאות המרכזיים באותה תקופה: ראשית, את מקום השליט היהודי היחיד (מלך, נשיא או ראש גולה) החליף, לראשונה בהיסטוריה של העם, שלטון הציבור (או נציגיו) בכל קהילה וקהילה. ההלכה, עד אותה עת, כלל לא הכירה בסמכות שלטונית של רוב וממילא לא אפשרה לקבוצה (ל"ציבור") לאכוף את רצונה על הפרט. לפיכך התעוררה שאלה קיומית של אפשרות התפקוד של הקהילה כיחידה חברתית. שנית, עד אותה עת היקף פעילות החקיקה היה שולי ועיקר הפיתוח ההלכתי נבע מפסיקה של סמכות רבנית או שלטונית מרכזית. עם היציאה לפזורה נרחבת אבדה הסמכות המרכזית ונדרש פתרון יצירתי להקמתו של מוסד הלכתי חליפי שיוכל לשמש מקור נורמטיבי מקומי שעונה באופן שוטף על צרכי המציאות. שלישית, עצם הפיזור של התפוצה היהודית עימת את עולם המשפט היהודי, ההלכה, עם מציאות מגוונת בהרבה מזה שהיה מורגל לה עד אותה עת: ההלכה נאלצה לספק פתרונות נורמטיביים לתפקודם של יהודים תחת משטרים שונים, באזורים גאוגרפיים רבים, במציאות חברתית ותרבותית מגוונת, והכל בעת ובעונה אחת.

כפי שגילה את עינינו פרופ' מנחם אלון,<sup>66</sup> המשמעות המצטברת של שלושת הפנים של שינוי המציאות באותה עת הייתה עצומה: ההלכה נדרשה לפתח משפט ציבורי באופן שלא היה לו תקדים עד אותה עת; ליצור לגיטימציה לסמכות רבנית מקומית שתוכל לתפקד באופן עצמאי בלתי תלוי בסמכות רבנית כלל יהודית; לפתח את ההיבט החקיקתי של היצירה ההלכתית הרבה מעבר למקובל עד אותה עת; להתמודד עם שורה ארוכה מאוד של מצבים עובדתיים, בתחום המשפט הפרטי והציבורי, שלא היו מוכרים לה עת תפקדה מהמרכז בבבל.

כוח החיות ההלכתי לא אכזב וחכמי הדור נתנו מענה מרשים לשינוי המציאות. הם חידשו שכוח הציבור הוא ככוח בית הדין ולכן, למרות היעדרו של יתרון רוחני מיוחד של הציבור ככזה, החלטותיו מחייבות את הפרט.<sup>67</sup>

(הבגדאדית), נתגלגל המרכז הלאומי לתוך סביבה זרה, עוינת, שאינה מכירה בשום ימעמד חוקי לשרידי העם הגולה. מן הזמן שהוא והלאה אין עוד שלטון יהודי ברחוב היהודי, בכל רחבי הגולה, חוץ מאי אלה קונצסיות עלובות, מוגבלות, מעוטות ערך, הניתנות מזמן לזמן ע"י השליט המקומי.

66 מ' אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית" בתוך: **עם ועדה: המסורת המדינית היהודית והשלכותיה לימינו** (ד"י אלעזר [עורך], ירושלים תשנ"א), עמ' 220.

67 ראו, למשל: י' בלידשטיין, "יחיד ורבים בהלכות צבור של ימי הביניים" בתוך: **עם ועדה: המסורת המדינית היהודית והשלכותיה לימינו**, שם, עמ' 246, L. Finkelstein, *Jewish Self-Government in the Middle Ages* (New York, 1920).

הם גם יצרו מוסד חדש של "תקנות הקהלי", שאפשר הסדרה בדרך חקיקתית, פנימית לכל קהילה וקהילה, מגוון רחב מאוד של נושאים. באמצעות התקנות תורגם ההסדר הראלי שנהג בקהילה – קרי המנהג – לנורמה הלכתית שנקבעת על ידי רשות מוסמכת.<sup>68</sup> אמצעים נועזים וחדשניים אלו אפשרו לציבור, בכל קהילה נתונה, גדולה כקטנה, מקצה אשכנז ועד לקצה ספרד, להגיב במסגרת הלכתית לצורכי השעה, אף אם הדבר חייב שינוי של פרטי ההלכה התקדימית שנהגה עד אז. הנה כי כן, היו דברים מעולם.

68 הן המנהג והן התקנה משמשים כמכשיר משפטי ליצירת נורמה הלכתית חדשה. ההבדל ביניהם נובע ממקור סמכותם: התקנה מותקנת על ידי בעל הסמכות ואילו המנהג נקבע על ידי קבוצה לא מוגדרת מקרב הציבור. כעולה מהבדל זה, יש בין החכמים שסוברים שכוחו של המנהג לבטל הלכה מוגבל, כל עוד לא הפך להיות תקנה. אחרים גורסים שגם המנהג יכול לשמש מקור ליצירת דין חדש. ראו: מ' אלון, לעיל הערה 20, עמ' 713-717.



ובחזרה לימינו אלה: האם יש מקום להציע פתרונות ראליים אשר יאפשרו ההלכה לשוב ולהתחדש מתוכה, באופן שהיא תוכל לחזור ולתפוס את מקומה הטבעי בעיצוב החיים היהודיים בדורנו, גם במסגרת של קיום ריבוני, מבלי שתבגוד במסורתה ובערכיה הפנימיים? כיצד תוכל ההלכה להקל עלינו – דתיים כחילוניים – את משא המציאות הקשה השוררת ביחסי דת ומדינה כאן ועכשיו? כמובן, אין בדעתי לדון בגופם של פתרונות הלכתיים אפשריים לשאלות השונות, שהרי לכך מוכשרים ואחראים בעלי הסמכות ההלכתית. תרומתי היא רק בהצגה, ממבט על, של פרדיגמות אפשריות של התייחסות הלכתית אסטרטגית ומבנית לשאלות החדשות שהמציאות מעוררת בסוגיות של דת ומדינה.<sup>69</sup> להלן אפרט ארבעה דגמי התייחסות.

## א. שתיקה מכוונת: היעדר שפיטות הלכתית

שתיקה הנוכחית של ההלכה נוכח המציאות המשתנה, משמעה שהמרקם הנורמטיבי הקיים של ההלכה – זה שעוצב בגלות, במסגרת קהילתית, עד המאה ה-18 – אמור להמשיך ולחול ללא שינוי גם כיום. חוסר התוחלת של שתיקה זו תואר בהרחבה עד כאן. אולם אפשר להעלות על הדעת גם אפשרות אחרת של שתיקה נורמטיבית הלכתית, שתיקה שצופנת בחובה התייחסות פוזיטיבית ורלוונטית לשינוי במציאות. כוונתי היא לאפשרות שחכמי דורנו, לאחר הפעלה של שיקול דעת הלכתי, יכריעו שחלקים מסוימים של המציאות, שיוגדרו על ידם בקפדנות, אינם מוסדרים על ידי ההלכה (וממילא הם פנויים להסדר משפטי על ידי אחרים – למשל על ידי המשפט הנוהג במדינה). שתי דרכים נבדלות מובילות לתוצאה של היעדר שפיטות הלכתית: האחת קובעת שההלכה איננה מתיימרת להסדיר חלקים מסוימים של המציאות והללו מצויים מחוץ לתחומה. על פי עמדה זו ההלכה איננה חובקת כול

69 אמנם, אסטרטגיית הפעולה של ההלכה שיוצגו כאן אינן ייחודיות דווקא לפתרון שאלות בתחום דת ומדינה. אפשר לעשות בהן שימוש לשם מתן מענה הלכתי למציאות חדשה בכל תחום שהוא. עם זאת, במסגרת הדיון שלהלן אדגיש, הן בניתוח האפשרויות והן בדוגמאות שאביא, את ההיבט של דת ומדינה העומד במוקד הדיון הנוכחי.



אלא יש בה חללים. האפשרות השנייה, מתונה מהראשונה, קובעת שאף שמלכתחילה ובאופן עקרוני תחולתה של ההלכה היא בלתי מוגבלת, הרי שלמעשה וכעניין של מדיניות הלכתית עבור דורנו, חכמי ההלכה אינם מעוניינים ליישם את ההלכה על חלקים מוגדרים של המציאות.

במקום אחר<sup>70</sup> תיארתי בהרחבה את ההבדלים בין שתי הגישות: הראשונה, שעניינה "היעדר נגישות עקרונית", משמעה שהמציאות הממשית רחבה מהמציאות המשפטית כך שכלולים בה תחומי תפקוד אנושיים שהם על פי מהותם לא שפטיים. מנגד, הגישה השנייה גורסת שהיעדר הנגישות של ההלכה להסדרת חלקים של המציאות הוא תולדה של "היעדר נגישות מוסדית", פרי החלטה מודעת של אי מימוש הנגישות העקרונית. ההבדל המעשי בין שתי הגישות ברור: בעוד היעדר נגישות עקרונית מונע כל אפשרות של פסיקה הלכתית לגבי האזור שבתחום ה"חלל ההלכתי", היעדר נגישות מוסדית הוא הפיך ותלוי בהכרעה ביחס לשיקולי המדיניות הראויים שיש להחיל בנושא מסוים ברגע נתון. מדיניות משפטית הלכתית אקטיביסטית יכולה להרחיב את תחומי התחולה של הנורמה ההלכתית רק אם החלל ההלכתי הוא תולדה של היעדר נגישות מוסדית, אך לא אם הוא תולדה של היעדר נגישות עקרונית. אדון באפשרות היישום של כל אחת משתי הגישות האמורות:

## 1. היעדר שפיטות עקרונית

האפשרות של הכרזה הלכתית על היעדר נגישות עקרונית ביחס לשטחי קיום אנושיים נרחבים כרוכה בתעוזה הלכתית לא מבוטלת, באשר היא מתעמתת עם ההשקפה השכיחה שהאל "מעצם טבעו" יכול להסדיר את חלקי המציאות.

עם זאת, כמובן, אין מניעה תאולוגית עקרונית להסכמה דתית שהאל, מקור הסמכות, בחר לצמצם את תחולת ההלכה ולהשאיר שטחי מציאות להכרעה אנושית אוטונומית. אכן, נראה שיש דעות בודדות ההולכות בדרך זו. כך, למשל, פרופ' ליבוויץ סבר שההלכה היא במהותה פרטית ולכן איננה מסדירה את התפקוד היהודי במסגרת מדינית פוליטית ראלית.<sup>71</sup>

70 י' צ' שטרן, לעיל הערה 36, פרקים ב ו-ג. הדיון בתת פרק זה הולך בעקבות דבריי שם.

71 י' ליבוויץ, לעיל הערה 6, עמ' 195-196.

בפועל, התפיסה הכולית של ההלכה רווחת מאוד. האתוס התורני הגורס שכל המציאות נידונה בקטגוריות הלכתיות וכי "לית אתר דפנוי מיניה", השתרש בכל הקהילות האורתודוקסיות, חרדיות ומודרניות כאחד. ודוק: אין להסיק מכך שבפועל מתבצע ניסיון להשתתף של כל אורחות החיים על קטגוריות הלכתיות, אלא רק על הפנמתה העמוקה של השקפה עקרונית לגבי נכונותה של תפיסה הלכתית כולית.

להשקפה הכולית יסוד סמלי חזק: היא משמיעה למאמין שלציוויליזציה היהודית המסורתית יש עמדה מחייבת לגבי כל מעגלי החיים ועמדה זו היא המעניקה משמעות לקיום האנושי. לפיכך, דומני שאסטרטגיית הפעולה של היעדר שפיטות עקרונית של ההלכה, במיוחד לגבי הסוגיות הגדולות, המשפיעות והמושפעות על ידי מערכות היחסים שבין הדת לבין המדינה, איננה צופנת בחובה אפשרויות מבטיחות במיוחד לפתרון הבעיות הללו.

## 2. היעדר שפיטות מוסדית

פוטנציאל ראלי גדול יותר טמון באסטרטגיית הכרעה הלכתית של הימנעות מהכרעה הלכתית מעשית בסוגיות מסוימות (על אף הכרה בקיומה של אפשרות עקרונית להכרעה כזו), כתוצאה מבחירה עניינית של קברניטי ההלכה לגבי המדיניות ההלכתית הרצויה בתחום.

יש הנוהגים לפרש את השתיקה הנורמטיבית של ההלכה מאז קום המדינה, ביחס לספרות נרחבות של הקיום הציבורי והממלכתי שלנו, בדרך זו. לדידם, פוסקי ההלכה נמנעים מלהכריע בסוגיות מדיניות חוץ של ישראל או בסוגיות הנוגעות לאופי המשטר למשל, לא משום שהם אינם יכולים לעשות זאת במישור העקרוני ולא משום שהם סוברים שלהלכה אין תשובה מספקת העולה מפסיקה תקדימית בנושאים אלו, אלא משום שהם מכריעים באופן פוזיטיבי שהעמדה ההלכתית הראויה בתחום זה, כיום, היא שתיקה.<sup>72</sup>

72 דומה כי זו הייתה עמדתו של הרב הראשי הספרדי של תל-אביב, הרב ח"ד הלוי ז"ל, ביחס ל"משטר מדיני או כלכלי" נאות על פי ההלכה. וזו לשונו: "יש בתורה שטח מסוים, אשר בו הדברים באו במתכוון סתומים ועמומים. אין למצוא בתורה משטר מדיני או כלכלי ברור... ונשנה הדבר בכמה משטחי החיים הנוגעים לחיי חברה ומדינה. לדעתי, זה כוחה וגדולתה של תורה שאין בה משטר ברור ומוגדר, לא מדיני ולא כלכלי... "עשה לך רב (תל-אביב תשמ"א), חלק ד. לניתוח של עמדה זו ולהדגמתה בהגותו של הרב ח"ד הלוי בנושאים מגוונים, ראו: י' צ' שטרן, **הלכה קבועה בעולם משתנה: מדיניות וחברה ביצירתו של ח"ד הלוי**, עומד להופיע בספר על ח"ד הלוי.

הסוגיה הבולטת בתחום זה היא היחס של חלק מהפוסקים לגורל שטחי ארץ ישראל שעברו לשליטת ישראל במלחמת ששת הימים. בצד הרוב הגדול של הפוסקים שהביעו דעה הלכתית בשאלה (לשני הכיוונים),<sup>73</sup> ישנו זרם פסיקתי שגורס שעל ההלכה להימנע במכוון מלקבוע מסמרות נורמטיביים בשאלות מעין אלה. הנימוקים למדיניות זו מגוונים: מהותם של נושאים אלו היא כזו שהם משתנים באופן דינמי ולכן ההלכה מכבדת את הרצון המשתנה של העם לדורותיו;<sup>74</sup> כיוון שהשאלות נוגעות לסכנת נפשות של רבים, חשיבותן מצדיקה הכרעה דמוקרטית<sup>75</sup> או הזדקקות לכלל מומחה.<sup>76</sup> באופן כללי, מציאות מדינית הנגזרת מקולז' של שיקולים ביטחוניים, פוליטיים, חברתיים, כלכליים ואחרים נתפסת על ידי חלק מהפוסקים כמדיניות שאין לכלוא בסד נורמטיבי הלכתי הדוק וא-פריורי ולכן יש להותיר את ההכרעה בנושאים אלה לציבור הרחב, באמצעות נציגיו הנבחרים.

### 3. קשיים

עד היכן אפשר למתוח את יישומה של אסטרטגיית פעולה זו לגבי שטחים נרחבים של חיכוך בין דת ומדינה?

73 בין האוסרים מסירה של שטחים לידי אחרים נמנים, בין היתר, שי' די וולפא, **דעת תורה בעניני המצב בארץ הקודש** (קריית גת תש"ס); מי' צ' נריה, **ארץ מורשה** (כפר הרואה תשנ"ד), עמ' 23-27; שי' חי' הכהן אבינר, **עם וארצו** (ירושלים תשנ"ט), עמ' 26-49, 219-222; ב' זילטי, "החזקת השטחים המשוחררים" **תורה שבעל פה** יא (תשכ"ט), עמ' מג-נד; ש"י זיון, "ההגנה על שטחי ארץ ישראל – מלחמת מצוה", שם, עמ' 42-50; א' א' כהנא שפירא, "החזרת שטחי ארץ ישראל" **מורשה** ט (תשל"ה); י' אריאל (שטיגליץ), "ההבטים ההלכתיים של בעיית הנסיגה משטחי ארץ ישראל", שם, עמ' 31-47; צ' י' הכהן קוק, "תוקף ההחלטה לעזוב חלק של ארץ ישראל" **תחומין** יג (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 192; שי' גורן, "אדמות הקודש ופיקוח נפש" **תחומין** טו (תשנ"ה), עמ' 11-22; א' שוחטמן, "אדמה תמורת שלום?" (תגובה) **תחומין** יז (תשנ"ז), עמ' 107-120. על המתירים מסירה של שטחי ארץ ישראל נמנים ע' יוסף, "החזרת שטחים מארץ ישראל במקום פיקוח נפש" **תורה שבעל פה** כא (תש"ס), עמ' יב-כ; ח"ד הלוי, בתוך: **אף שעל – מצוה מן התורה?** (ירושלים תשל"ח), עמ' 7-9; מ' ברויאר, "הערות לענין החזרת שטחי ארץ ישראל ופיקוח נפש", בתוך: **אף שעל – מצוה מן התורה?** שם, עמ' 10-16; א' בזק, "וחי בהם" – **מבחן ערכים** (ירושלים, מהדורה רביעית, תש"ס); שי' ריסקין, "אדמה תמורת שלום" **תחומין** טו (תשנ"ו), עמ' 233-242.

74 ח"ד הלוי, שם.

75 הנצי"ב בפירושו "העמק דבר" לדברים יז, יד.

76 עמדה זו מיוחדת לרב יוסף דב סולובייצ'יק, ראו: א' רקפת – רוטקוף, "ביוגרפיה של הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק", בתוך: **אמונה בזמנים משתנים – על משנתו של הרב י"ד סולובייצ'יק** (א' שגיא [עורך], תשנ"ז, עמ' 17).

ראשית, מדיניות של היעדר התערבות הלכתית אפשרית במקום שלא קיים תקדים הלכתי רלוונטי לסוגיה הנידונה. ברם, שאלות רבות המשפיעות על יחסי דת ומדינה לקוחות ממרכז העשייה ההלכתית לדורותיה ולכן יקשה על פוסקי דורנו להחיל לגביהן אסטרטגיה זו. אמנם יש להבחין בין פריזמת התחולה הפרטית של ההלכה בסוגיות אלו לבין תחולתה בהקשרים ציבוריים ולכן החלטו של התקדים על הספרה הציבורית איננה נטולת ספקות ואפשר כי בהקשר זה תבוא לידי ביטוי ההעדפה של מדיניות מחושבת לשתיקה הלכתית. זו סוגיה חשובה ועקרונית שראויה לתשומת לב פסיקתית משמעותית.

שנית, יש להיות ערים לכך שככל שיתרחב היקף המציאות שההלכה תבחר שלא להסדירו, כך גם יצטמצם מרחב ההשפעה הדתית על המציאות ותוגבל המשמעות הדתית של הקיום האנושי. כך, למשל, מדיניות הלכתית שתבחר לסייג את תחולת ההלכה אך ורק לספרה הפרטית אמנם תקל מאוד על החינוך בין דת ומדינה, אולם מחירה הוא בכך שהספרה הציבורית של הקיום היהודי, ובכלל זה הריבונות עצמה, לא תעוצב על ידי ההלכה שהיא דרך הביטוי הבולטת של עולם הערכים היהודי. הגזמה ביישומה של מדיניות הלכתית לא מתערבת עלולה למקם את ההלכה בתפקיד השולי של "משגיחת כשרות" במטבח הריבונות שוקק החיים, כשהיא נמצאת מחוץ למעגל הקובע את עצם התפריט.

מהי המדיניות ההלכתית הראויה עבור פוסקי הדורות הבאים? האם יש להעדיף אסטרטגיית פעולה הלכתית בעלת אופי אימפריאליסטי ומתערב, שאף אם תנסה להתמודד עם המציאות החדשה של קיום ריבוני באופן מקורי, חזקה עליה שתחדד את הקושי לקיום הרמוני במדינה יהודית ודמוקרטית? או שמא יש להעדיף תגובה הלכתית מינימליסטית ומצמצמת, שתאמץ עמדה צופה מהצד ולכן תהיה יעילה בהפחתה של אש המחלוקת, אך תשלם תמורת זאת מחיר במטבע של רידוד אפשרי של המשמעות היהודית של המדינה היהודית והדמוקרטית? שתי האפשרויות קשות, אך פוסקי ההלכה חייבים להתמודד עמן במודעות מלאה ולבחור את האיזון הנכון בין שתיהן.<sup>77</sup>

77 כמובן, כל בחירה שתיעשה איננה סופית אלא רק מציינת את שיווי המשקל הנכון, בעיני הפוסק, במציאות נתונה.

## ב. יצירת מכנה משותף: הכרה הלכתית במדינה ובתוצריה

דרך אלגנטית להתמודד עם המתח שבין הדת והמדינה היא באמצעות יצירת מכנה משותף רחב, ככל האפשר, בין שני העולמות. תאורטית, לו הייתה המדינה מאמצת את ההלכה כמשפט המדינה הייתה מושגת תוצאה זו, והדת והמדינה היו מתנבאות בשפה משותפת. אולם מאחר שענייננו כאן מתמקד באפשרויות ההלכתיות, שומה עלינו לבדוק את הייתכנות של האפשרות ההפוכה: האם יש מקום לפיתוח הלכתי שייתן משמעות הלכתית, פנים-דתית, למדינה, למוסדותיה, לאורגניה ולתוצרה הנורמטיבי?

דומני כי פוסקי ההלכה יכולים למצוא קולבים על מנת לתלות עליהם דרך פעולה זו. הדבר תואם גם את הידוע לנו על דרכי ההתנהלות של ההלכה בעבר (להלן, הטיעון ההיסטורי-עובדתי) וגם את דרך המלך של החשיבה ההלכתית ביחס למקורות הסמכות שמכוון מתפתחת ההלכה (להלן, הטיעון הענייני-מהותי). עם זאת, כפי שנראה, גם יישומה של אסטרטגיה הלכתית זו עבור דורנו, מעורר קשיים ניכרים.

### 1. טיעון עובדתי-היסטורי

כפי שהוזכר כבר בסעיף א' שבפרק 3 לעיל, תולדות ההלכה מלמדים על שיתוף פעולה בין שני ממסדים, ההנהגה הדתית רבנית וההנהגה השלטונית ציבורית, במפעל ההלכתי. כך היה בזמן הקיום היהודי במרכזים בארץ ישראל ובבבל, עת תפקדו זה לצד זה החכמים והמלך, הסנהדרין והנשיא, ראשי הישיבות וראש הגולה. ובהמשך, בעת שפוּזר העם היהודי בין העמים, תפקדו בכל אחת מהקהילות רבני הקהילה ומנהיגיה ויצרו יחדיו את אורח החיים ההלכתי המוכר לנו כיום. ההנהגה הציבורית השאירה את טביעות אצבעותיה על הקורפוס ההלכתי הן באמצעות מערכות שפיטה והן באמצעות מערכות חקיקה שנוהלו על ידה או מטעמה. לענייננו חשוב להדגיש כי הלגיטימיות ההלכתית שזכה לה התוצר הנורמטיבי של ההנהגה הציבורית לא נפגעה מהעובדה שההנהגה הציבורית לא נבחרה לתפקידה על בסיס קריטריונים דתיים ולא תפקדה כפונקציה דתית. זאת ועוד: ההלכה גם השכילה לתת משמעות פנים-דתית לדין המלכות הזרה שבהתקיים תנאים מסוימים הפך להיות דין מוכר בתוך השפה ההלכתית. הטכניקה המשפטית שההלכה נקטה הייתה מעניינת: היא העניקה משמעות פנים-הלכתית לשיקול

הדעת של המוסד החוץ-רבני (או אפילו החוץ-יהודי) שיצר את הנורמות.<sup>78</sup> כפי שהצגתי לעיל, מודל זה של שניות מוסדית ביצירה וביישום של ההלכה פסק מלתפקד בעקבות נסיבות היסטוריות מאוחרות יחסית, מהמאה ה-18, שגרמו לירידה בכוח ההשפעה של הקהילה היהודית ומוסדותיה. אולם עד לאותה תקופה נהנתה ההנהגה הציבורית של היהודים ממעמד ראלי של מקור סמכות נורמטיבית במסגרת שיטת המשפט ההלכתית. הפרקטיקה של חיי היהודים מלמדת על מתן לגיטימיות הלכתית לריבונות אזרחית שאיננה על בסיס דתי. לפיכך מתעוררת השאלה האם אפשר לחדש ימינו כקדם באמצעות מתן הכרה הלכתית להנהגה הציבורית הנוכחית הבאה לידי ביטוי במדינת ישראל ובאורגניה? לכאורה, הדברים הם קל וחומר: אם הנהגה הממונה מטעם שלטון לא יהודי (כגון ראש הגלות), או הנהגה בעלת אופי של שלטון מקומי (כגון ראשי הקהל) או אפילו הנהגה לא יהודית ("דין מלכות") יכולות להשפיע על תוכנה של ההלכה, קל וחומר שהנורמות של הכנסת ושל הרשות השופטת במדינת ישראל, שהן תוצר של הנהגה יהודית עצמאית וריבונית, אמורות להשיג תוצאה זו.<sup>79</sup>

ואמנם, יש בין פוסקי דורנו שהפכו ברעיון זה. הרב ש' ישראלי העלה את האפשרות של זיהוי משפט המדינה עם "משפט המלך"<sup>80</sup>; הרב א"י

78 להצגה מלאה של הטיעון, ראו: י' צ' שטרן, לעיל הערה 36.

79 וידועים דבריו של הראי"ה קוק לעניין סמכות השלטון היהודי בארץ ישראל, שו"ת **משפט כהן** (ירושלים, תשכ"ו), סימן קמד, עמ' שלז:

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה, וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל. ... למה שנוגע להנהגת הכלל, כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם.

ומי"מ (ומכל מקום) הסברא קימת, דלענין משפט המלוכה, שנוגע להנהגת הכלל, ודאי גם שופטים מוסמכים ונשיאים כלליים במקום מלך הם עומדים...

הרב קוק לומד קל וחומר מהעבר לימיו. אם ראשי הגלויות שבבבל קיבלו סמכות כשל מלך –

קל וחומר שנשיאים, המוסמכים באומה, בזמן שהיא בארצה ובשלטונה, באיזו מדריגה שהיא, שהועמדו בשביל הנהגת האומה, לא רק בשביל הרבצת התורה... כ"א (כי אם) כח ב"ד (בית דין) יש להם, אבל אותם שהוסכמו בעמדתם לכתחילה בשביל האומה בהנהגת הכללית, גם הארצית, כמלכי בית חשמונאי, וגם נשיאים, פשיטא דלא גריעי (ודאי שאינם גרועים) מראשי גלויות שבבבל... כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, ע"פ דעת הכלל ודעת ב"ד, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל.

80 הרב ש' ישראלי, לעיל הערה 39, עמ' נט.

ולדינברג הציע להעניק למדינה מעמד הדומה לזה של "טובי העיר"<sup>81</sup> ואילו הרב ע' הדאיה התחבט בשאלה האם יש למדינת ישראל דין הזהה לזה של "דין המלכות"<sup>82</sup>. אף ששלוש האפשרויות המוצעות אינן זהות זו לזו, יש להן צד משותף: הן כולן מבררות אפשרות להחיות את המודל ההיסטורי הרווח של שניות מוסדית בהלכה ביחס למוסדות הממשל והחקיקה של מדינת ישראל. עם זאת ראוי להודות כי אסטרטגיית התייחסות הלכתית זו למדינה ולמשפטה לא השאירה רישום רב בתודעה ההלכתית של הציבור הדתי ונשארה, לפחות בינתיים, כהבטחה לא מוגשמת.

## 2. טיעון עיוני-רעיוני

בהיות מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, מקור הסמכות שלה ושל אורגניה נובע מהסכמת האזרחים לקבל על עצמם את עולה. האם עובדה זו רלוונטית בעולם המושגים של ההלכה? האם ההלכה מזהה את ההליך הדמוקרטי, שמכוחו מתעצב המשטר והמשפט במדינה, כבעל משמעות האוצלת על תוקפו הפנים-הלכתי של המשטר ושל המשפט הנוהג במדינת ישראל?  
הסכמת הציבור או הקהל היא פרמטר ברור ומרכזי במסורת פסיקת הלכה.<sup>83</sup> יש לה משמעות הן בדיעבד והן לכתחילה. בדיעבד, משום שפסק

81 הרב א"י ולדינברג, **הלכות מדינה**, חלק שלישי (תשט"ו) עמ' פט-צו (תשובה בעניין משאל עם בעניינים מיוחדים).

82 ע' הדאיה, "האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא" בתוך: **בצומת התורה והמדינה** (הרב י' שביב [עורך], תשנ"א), כרך א, עמ' 25, 32.

83 כוחה המחייב של הסכמת הציבור בא לידי ביטוי, למשל, בהלכה שנפסקה בשו"ע (חלק יורה דעה, סימן רכח סע' לג) לפיה "הנשבע שלא להיכנס בתקנת הציבור הוי שבועת שוא". הגאון רבי אליהו מוילנא (הגר"א) מסביר את טעם הדין: "דהוי כנשבע לבטל את המצווה". לדיונים נרחבים בעניין זה, ראו: ח' טשרנוביץ (רב צעיר), **תולדות ההלכה** (ניו יורק, תש"ה), חלק א, עמ' 137, 142; ז' פלק, "סמכותה של ההנהגה הרוחנית בהלכה" בתוך: **איש על העדה: ספר הכינוס למחשבת היהדות ה-י"ג** (ניי איזנר [עורך], ירושלים תשכ"ג, עמ' 121-134); ז' פלק, "ההלכה ודעת הקהל הגות ד (תשמ"ג), עמ' 131-135; א' ברקוביץ, **ההלכה כוחה ותפקידה** (ירושלים תשמ"א), עמ' 166 ואילך; א' שרמן, "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה" **שנה בשנה** (תשנ"ח), עמ' 215-222; ש' ספראי, "הציבור כגורם בקביעת ההלכה" בתוך: **בין סמכות לאוטונומיה** (ז' ספראי, א' שגיא [עורכים], 1997), עמ' 493-500; מ' אלון, לעיל הערה 20, כרך ראשון, עמ' 49-55 וכמו כן חלקים נרחבים של פרק 19 והמקורות הרבים המובאים שם. מעניינת במיוחד עמדתו של הרב שלמה פישר, הגורס שתורת ישראל יש לה אופי של משפט, ומשפט שואב את כוחו מקבלת הציבור (ברית). לפיכך, הכללים השונים של דרכי התקבלות ההלכה – ובכלל זה למשל סמכות הסנהדרין, כוח הכפייה שלו, המערך ההירארכי של נורמות על ציר הזמן (לפיו האחרונים אינם יכולים לחלוק על פסיקת

הלכה שלא מתקבל על דעת הציבור – איננו תקף.<sup>84</sup> לכתחילה, משום שהציבור יכול לקבוע את תוכנה של ההלכה באמצעות דרך ההתנהגות המעשית שלו. כידוע, המנהג הוא אחד מהמקורות המשפטיים של ההלכה.<sup>85</sup> זאת ועוד, ועיקר לענייננו, הציבור מהווה מקור לקביעת ההלכה. הוא יכול לעשות זאת במישרין, כאשר הוא מתפקד כאינסטנציה, כבית דין, או בעקיפין, באמצעות כוח הייצוג שהוא מעניק לאחרים, הלוא הם המוסדות המתחלפים של ההנהגה הציבורית שפורטו לעיל. לקהל מסורה סמכות חקיקה המבוססת על אותם עקרונות שמשמשים יסוד לחקיקה של חכמי ההלכה.<sup>86</sup> הקהל, ישירות או באמצעות ההנהגה שלו, מוסמך לא רק לחרוץ דין בהתאם לתקדים הלכתי, אלא גם לסטות מנורמה הלכתית רווחת, בתחומים כגון דיני ממונות, דיני עונשין והיבטים של המשפט הציבורי.<sup>87</sup>

תקנות הקהל הן הדוגמה ההיסטורית הבולטת ביותר ליצירה משפטית, פנים-הלכתית, המבטאת את רצון הקהל באמצעות מייצגים הנמנים על הנהגתו הציבורית. כידוע לכול, חכמי ההלכה העצימו את כוחן של הנורמות שנקבעו בתקנות הקהל כאילו היו דין תורה ממש. הרשב"א מבטא זאת בבהירות: "דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגזור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות כפי מה שיראה בעיניהם, והריהו קיים כדין התורה, ויכולים לקנוס ולענוש כל העובר בכל אשר יסכימו ביניהם".<sup>88</sup>

כיוון שכך, נמצא לנו לכאורה בסיס עיוני רעיוני לעגן בו את התוקף ההלכתי של ההסכמה הציבורית בדורנו, הבאה לידי ביטוי במשפט המדינה.<sup>89</sup> לאור בסיס זה, אפשר שהמשפט הנוהג, יציר בית המחוקקים הישראלי

זורות קודמים) ועוד – כולם מקורם בקבלת הרבים (ולא ב"אמת" אובייקטיבית בדבר איכות הפסק או ראיויות הפוסק). ראו: ש' פישר, **דרשות בית ישי** סימן טו "בענין קבלת הרבים", עמ' קח-קטו.

84 "אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה" (תלמוד בבלי, עבודה זרה, לו, ע"א); "... כל גזירה שבית דין גוזרין ואין רוב הצבור מקבלין עליהן – אינה גזירה" (ירושלמי, עבודה זרה פ"ב, ה"ח).

85 על המנהג כמקור משפטי, ראו: מ' אלון, לעיל הערה 20, פרק 21; א' אורבך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** (גבעתיים תשמ"ד), פרק ג.

86 ראו: מ' אלון, שם, עמ' 564-580.

87 כך למשל: אלון (שם, עמ' 595) מעיד כי "מתוך עיון במקורות ההלכתיים, ובמיוחד בספרות השאלות והתשובות, נוכל לעמוד על יריעה רחבה ביותר של גופי הוראות במשפט העברי, שנקבעו ונתקבלו בתקנות הקהל, אף על פי שהן בניגוד מוחלט לתוכן של הוראות אלה בהלכה".

88 **שו"ת הרשב"א**, חלק ד, סימן קפה.

89 כמסובר בפרק 2 לעיל, משפט המדינה משקף את ההעדפות של הקהל ואיננו יוצר אותן.



ובתי המשפט, יהיה מוכר על ידי ההלכה הן בדיעבד, מכוח היותו משקף של נוהג, והן ובעיקר לכתחילה, כמי שיוצר את הדין באמצעות שימוש בכוח הייצוג שמעניק הציבור למדינה ולאורגניה, שממנו הם שואבים את כוחם ומקור סמכותם. הענקת תוקף ומשמעות דתיים למשפט הנוהג עשויה להוות גורם רב ערך בהקלת המתח בין דת ובין מדינה.

### 3. הקשיים

אף שהרעיון של מתן הכרה הלכתית למדינה ולמשפטה מעוגן בעולם העובדות ובעולם הרעיונות של ההלכה, הוא מעורר קשיי יישום ניכרים ביחס למציאות ימינו. אעמוד על שלושה אתגרים שפוסקי ההלכה חייבים לתת להם מענה, טרם יפנו למהלך זה:

#### • זהות ותודעה

בניגוד לכל הדוגמאות ההיסטוריות, ההלכה בדורנו נאלצת להתמודד על לב צרכניה הפוטנציאליים מול שיטת משפט שהיא אמנם פנים-יהודית (במובן שרוב היוצרים שלה ורוב המשתמשים בה הם יהודים) אך תופסת את עצמה כחוץ-הלכתית. ודוק: בניגוד לדין המלכות הזרה (שלא היווה בדרך כלל אלטרנטיבה תרבותית עבור הקהילה היהודית, אף אם נזקקו לו מרצון או מאונס) ובניגוד לדין שיצרה ההנהגה השלטונית של היהודים לדורותיה (שנתפס על ידי הקהילה כחלק אינטגרטיבי ממערכת הדינים הדתית, אף אם יוצריו לא היו דמויות שכוחן נובע ממעמדן הדתי), חוקיה של מדינת ישראל נתפסים על ידי הכול כאלטרנטיבה תרבותית להלכה. היות המשפט "אחר" להלכה ברור הן מכוח הנורמות הכלולות בו (שאינן מושפעות באופן משמעותי מנורמות הלכתיות, אלא משיטות משפט משווה או ממחשבה משפטית ישראלית מקורית),<sup>90</sup> הן מכוח העובדה ההיסטורית של הבחירה המודעת של קברניטי המדינה אשר העדיפו את המשפט על פני ההלכה בעת קום המדינה,<sup>91</sup> הן מכוח הצהרות של מנהיגים ומומחים מכל המעגלים –

90 ראו, למשל: א' ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ (תשנ"ב), עמ' 197.

91 ערב קום המדינה השמיע משה זילברג קריאה נרגשת לעצב את משפט המדינה בדרכו ועל פי עקרונותיו של המשפט העברי ולא בדרך של "קבלה מן החוץ" – של ספר חוקים אירופי, מודרני, מוכן – על דרך קמאל אטא טורק, הדיקטטור הטורקי. וכך הסתיים המאמר:

רבנים, משפטנים, פוליטיקאים ואחרים – המצביעות (בשמחה או בצער) על הניכור של המשפט מן ההלכה ועוד ועוד.

התודעה הלא הלכתית של בני דורנו מקשה על יישום התקדים ההיסטורי של שניות מוסדית בהלכה, על משפט המדינה. גם אם מנהיגי הדורות הקודמים לא היו דמויות תורניות, אין ספק שניחנו בתודעה דתית ופעלו, אובייקטיבית וסובייקטיבית, מטעם, בתוך ולמען קהילה שהדת, על מערכת הנורמות ההלכתית, היא המכנה המשותף הבסיסי שלה. לעומתם, רוב היוצרים של שיטת המשפט הנוהג, אף שהם יהודים, אינם מונעים על ידי ההיבט הדתי של יהדותם. אם יישאלו, ובמקום שההכרעה נדרשת, חלק גדול מהם יעדיפו נורמות שהן פרי זיקה ערכית ותרבותית לציוויליזציה הליברלית-מערבית על פני נורמות שזיקות התשתית שלהן קשורות לציוויליזציה היהודית-מסורתית.

הוא הדין בנוגע למשתמשים במשפט הנוהג: בעבר, הקבוצות הנמנעות של ההנהגה הציבורית ושל ההנהגה הדתית היו אותן קבוצות עצמן. כיום, משרוחה החילונית, קבוצת הרוב בחברה הישראלית מחויבת רק כלפי הנורמות פרי השלטון.

לכאורה, לפוליטיקאים דתיים ששואפים להשפעה דתית על המשפט הנוהג יש הצלחה מסוימת. הללו הביאו לכך שהתיבות "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עומדות כיום בראש הפירמידה הנורמטיבית של המשפט

כאלף ותשע מאות שנה נדד היהודי הנצחי על פני ארצות תבל – ידו האחת מחזקת במקל הנדודים, וידו השנייה לופתת את ספר החוקים. דרך הנדודים מתקרבת לקצה, הערפל נמוג, ולעיני הנודד העייף מופיע הנוף הנכסף. המקל נשמט מידו – הישמיט גם את הספר?...?

ראו: מ' זילברג, לעיל הערה 65, עמ' 153, 154. קריאה זו נדחתה על ידי הציבור הישראלי אשר גילה חשש ניכר מפני אי ההתאמה של המשפט העברי העתיק, על פרטי הלכותיו, לצרכיה של מדינה מודרנית, שבדרך. חיים כהן, אף שנמנה על ראשי התומכים בהפנמה של רוחו של המשפט העברי (לאחר שינוי והתאמה של פרטיו) למשפט המדינה, ביטא את החשש הרווח במילים הבאות: "האם על ידי השלמה והתאמה של הלכות ודינים שהיו נהוגים בגיטאות של ימי הביניים, שהיו מיועדים לצבור מדולדל ומדוכא החי חיים נבדלים ומובדלים מסביבתו בתוך חומות גבוהות ומחשיכות, ושהיו מושרשים כולם באמונה הדתית שהיא היא שאחדה וקיימה אותו, האם כך נוכל ליצור משפט מדינתנו למופת?...!" ח' ה' כהן, "דאגה ליום המחר" הפרקליט ג (1946), עמ' 38-46, 42. כהן קיווה שהציבור הדתי יתעשת ויתאים את המשפט העברי למציאות. משנכזבה תקוותו תמך במלוא כוחו הרטורי (והמעשי) בניתוק משפט המדינה מהמשפט העברי. ראו: ח' ה' כהן, "דאגה של יום אתמול" סורא ב' (תשי"ז-תשי"ח), עמ' 475-491.

הנוהג.<sup>92</sup> הם גם הצליחו לכלול בספר החוקים הישראלי את חוק יסודות המשפט,<sup>93</sup> המפנה את הפרשן, בין היתר, למורשת ישראל, בעת שהוא נדרש למלא חסר בחוק. אולם, באופן פרדוקסלי, הצלחה זו איננה משרתת את המגמה של צמצום הניכור בין המשפט לבין ההלכה, אלא להפך: היא מחזקת את תודעת הניכור בין שתי שיטות המשפט. המאבק בין דתיים וחילוניים, התופס מקום נכבד בסדר היום הציבורי, מאציל על הפרשנות המשפטית של המושגים "יהדות" ו"מורשת ישראל". הדתיים מעונינים לטעון אותם בתכנים קונקרטיים, הלקוחים בחלקם מעולם ההלכה,<sup>94</sup> ואילו החילוניים גורסים

92 השופט אלון קובע (ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ח (1) 87):

לרגל מעמדו וחשיבותו החוקתיים של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוראותיו של חוק זה אינן רק בבחינת ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, אלא הן מהוות את תשתית היסוד של מערכת המשפט בישראל, ומתוך כך יתפרשו חוקיה ודיניה של מערכת זו על פי מטרתו האמורה של חוק יסוד זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

י' קרפ, המנתחת את המאבק הפוליטי שמאחורי חוקי היסוד, קובעת:

מנוסח הסעיף עולה מטרר רחבה והיא 'לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. ההגנה על כבוד האדם וחירותו הינה לעניין זה – כהצהרת המחוקק עצמו – אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר ואינה מטרה סופית, העומדת בפני עצמה. שהרי המטרה, כפי שהצהיר עליה המחוקק אינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו' סתם, אלא להגן כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של המדינה. ולא ערכים של כבוד האדם וחירותו סתם, אלא ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. כלל ערכיה כולם... סעיף 1 לחוק היסוד יש לו, כך נראה, חיות משל עצמו, וכוחו נמשך והולך מכוח אמירתו המפורשת של המחוקק גם מעבר לתחומיה של ההגנה על כבוד האדם וחירותו, גם מעבר לתחומיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אל מרחב כלל ערכיה הדמוקרטיים והיהודיים של המדינה, בין שמקורם בחוק היסוד האמור ובין שמקורם מחוץ לו.

(י' קרפ, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א (1993), עמ' 323, 347). מנגד, פרופ' ברק מבקש לצמצם. לדידו, תכלית חוקי היסוד היא להגן על הזכות הקבועה בחוק היסוד (חופש העיסוק או כבוד האדם וחירותו) ואילו ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הם רק המסובב. ראו: א' ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית** (ירושלים 1994), עמ' 323-327.

93 חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980.

94 כך למשל, בעניין חוק יסודות המשפט, ראו: א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות" **עיוני משפט** י"א (1985), עמ' 117; מ' אלון, "עוד לענין חוק יסודות המשפט" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), עמ' 227; ח' בן-מנחם, חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 – חובת ציות או חובת היוועצות? שם, עמ' 257; א' שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980", שם, עמ' 307; ש' שילה, "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות" שם, עמ' 351. ובעניין חוקי היסוד, ראו: מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז (תשנ"ג), עמ' 659.

כי יש לטעון אותם בתכנים בעלי אופי ציוני כללי (מורשת ישראל) ובעלי אופי דתי-הלכתי (מורשת היהדות), עם העדפה של "תפיסות יהודיות" שהן בעלות "רמת הפשטה גבוהה"<sup>95</sup>. כתוצאה ממאבק זה, ועקב הדומיננטיות של העמדה הפרשנית האחרונה בפסיקה, חוזר ומודגש האפיון של המשפט כ"אחר" לעולם ההלכה.

## • תוכן

קושי נוסף באסטרטגיית פעולה המאמצת נורמות ישראליות אל תוך הקורפוס ההלכתי נוגע כמובן לשאלת התוכן. כיצד תתמודד ההלכה עם מצבים של סתירה ישירה בין נורמות המשפט הנוהג ובין נורמות הלכתיות? נהיר לכול שלהלכה יש עקרונות משפטיים וערכים יסודיים שמהם מורכבת זהותה הפנימית. זהות זו תטושטש עד כדי אבדן אם שיטת המשפט ההלכתית תהיה לאמץ, על בסיס א-פרירי ובלתי מותנה, את מכלול ההעדפות הערכיות והכרעות של המשפט הישראלי. היינו, גם התומכים ברעיון של מתן הכרה הלכתית לדין המדינה חייבים לסייג את תחולתו, אם הם חפצים בשימור האוטנטיות ההלכתית. נדרש, אפוא, פיתוח מחשבתי (שיש לו גם היבטים מוסדיים) שיאפשר הליך פיקוח – מעין ביקורת שיפוטית – של דין המדינה

95 בעניין פרשנות חוק יסודות המשפט, ראו: א' ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), עמ' 265. בעניין חוקי היסוד, ראו: א' ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א (1992), עמ' 9, 30; **פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית**, לעיל הערה 21, עמ' 331-334. בדברים מאוחרים יותר ערך פרופ' ברק קישור ברור יותר בין התיבות "ערכיה של מדינה יהודית" ובין ההלכה היהודית:

'מדינה יהודית' היא מדינה שערכיה שאובים גם ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב. 'מדינה יהודית' היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם חלק מערכיה הבסיסיים. ... נפתח בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית בהיבט המורשתי, הכולל גם את ההלכה. 'עולמה של ההלכה'. על ערכים אלו אנו למדים מתוך עולמה של ההלכה עצמה. אלה מים שאין להם סוף. הם כוללים ערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ברמות הפשטה שונות, החל בדין הספציפי בסוגיה פלונית, וכלה בערכים מופשטים, כגון 'ואהבת לרעך כמוך' ו'עשית הישר והטוב'; מצויים ביניהם ערכים פרוטוקולריים ואוניברסליים; הם כוללים ערכים שהתפתחו בהיסטוריה של עם ישראל לדורותיו, ביניהם ערכים המשלמים זה את זה וערכים הסותרים זה את זה. זהו עולם ומלואו.

(א' ברק, "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" **עיני משפט** כד (2000-2001), עמ' 9, 10).

על ידי אנשי ההלכה. תכלית ההליך היא לאפשר להלכה לסנן את כלל המשפט הישראלי דרך מערכת פילטרים הלכתית שתפלוט אל מחוץ להלכה את שאיננו תואם את רוחה, ותאפשר קליטה של אותם חלקים של המשפט הישראלי שהפרקטיקות הנובעות מהם והמשמעויות הערכיות שלהם מתלכדים עם המגמה ההלכתית הבסיסית.

חשוב להדגיש כי מתולדות ההלכה עולה, שמגמתה העיקרית של ביקורת שיפוטית כזו צריכה לדבוק בכלל שיורי הקובע כי כל עוד אין סתירה בין דין המדינה הנוהג לבין השיטה ההלכתית, יש לקלוט את דין המדינה. זאת ועוד, פסיקה הלכתית מסועפת מלמדת שלא כל סתירה בין התקדים ההלכתי לבין הדין הנוהג תחייב התנערות הלכתית מהמשפט הנוהג, שהרי פעמים שהמנהג<sup>96</sup> או המשפט הנוהג בערכאות החוץ-רבניות<sup>97</sup> משנה את התקדים ההלכתי. היינו, תהליך הביקורת אמור להשפיע על קליטת המשפט הנוהג רק מקום שהנורמות הישראליות, אם ייקלטו, יעמדו בסתירה לעקרונות הלכתיים.

יחסי הגומלין שבין ההלכה ובין משפט המדינה הם פן אחד, מקומי ועת, של דיאלוג מתמשך שהתרבות היהודית מנהלת עם התרבות הכללית, שלצדה היא מתקיימת בכל דור ודור. כשם שהדיאלוג מתקיים בעולם האידאות, הוא מתקיים גם בעולם המשפט. זהו ההקשר הנכון להבנה ולהערכה של המתח שבין השאיפה ההלכתית לשמור על צביון עצמאי וייחודי, "נאמן למקור", מחד גיסא, לבין ההכרח התרבותי והחברתי לאמץ ולהטמיע אל תוך העולם ההלכתי נורמות וערכים שמקורם במערכות חיצוניות, מאידך גיסא. עקב מרכזיותו של עולם המשפט בעיצוב הסביבה היהודית, אין לתמוה על העובדה שההלכה לדורותיה רוויה דיונים ותקדימים למכביר אשר מציעים דגמים להתמודדות עם המתח האמור. כך למשל, יש מגמה הלכתית לצמצם את תחולת הדין הזר באמצעות הגבלת הפנמתו רק לגבי ענפי משפט מסוימים.<sup>98</sup> אמצעי אחר הוא הדרישה, שנתקבלה על דעת רבים מהחכמים, להתנות את תוקפו ההלכתי של הדין הזר באישור תוכנו על ידי "אדם חשוב", המהווה מעין מוסד המפעיל את הביקורת השיפוטית.<sup>99</sup> דרך שלישית של

96 ראו המקורות שלעיל בהערה 85.

97 ראו, למשל: מאמרו של י' אריאל, "חוקי התנועה ופיצויים על תאונות דרכים" **תחומין** יט (תשנ"ט), עמ' 258 אשר מפנים חוק חילוני אל תוך העולם ההלכתי.

98 ראו: ש' שילה, **דינא דמלכותא דינא** (תשל"ה), עמ' 96-99, 131-191.

99 לדיון בעניין זה, ראו: א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417, 476.

ריסון ההשפעות הזרות, מבלי למנוע את עצם קיומן, היא קביעה של עקרונות הלכתיים מהותיים (שאינם נורמות ספציפיות) שהתאמתו של הדין הזר אליהם מהווה קריטריון חיוני לקליטתו.<sup>100</sup>

עינינו הרואות: שיטת המשפט הקולטת, ההלכה, יודעת להפעיל אמצעי פיקוח מגוונים על תהליך הקליטה של נורמות זרות. מערכת הסינון פועלת באמצעות צמצום ענפי המשפט שלגביהם מתנהלת הקליטה, הפעלה של ביקורת שיפוטית על ידי מוסד מתמחה, או בדיקה עניינית של התאמת הדין הזר לעקרונות תשתית של השיטה הקולטת.

חכמי דורנו רשאים לשקול אימוץ אסטרטגיית פעולה דומה ביחס למשפט הנוהג במדינת ישראל: הכרה בו כבעל משמעות הלכתית עקרונית ומעשית, תוך הגבלה עניינית של השפעתו על ההלכה בהתאם לדגמים הלכתיים ידועים שעוצבו למטרה זו (והתאמתם עבור מציאות דורנו). דומה שלמהלך כזה עשויה להיות משמעות רבה בהקשר של סוגיות של דת ומדינה (וכמובן, גם מעבר להן): הוא יבהיר, שמנקודת הראות הדתית אין כאן שתי מערכות משפט העוינות זו לזו, וכי הממסד הרבני איננו מבקש אקסקלוסיביות בהסדרת המציאות של אזרחי ישראל. אם לתוצר המשפטי של המדינה יש משמעות פנים-הלכתית, הוא איננו יכול להיתפס כיוצר אלטרנטיבה תרבותית נבדלת לחלוטין מהמסורת היהודית. כמובן, גמישות מקבילה מצד המשפט הנוהג, אשר תגלה רגישות ותימנע מקביעת נורמות הנוגדות חזיתית את עקרונות השיטה ההלכתית, נדרשת לשם מימוש מלא יותר של החזון המוצע. יש להודות בעובדה שאסטרטגיית הפעולה המוצעת לא תבטל את עצם העובדה של חיים בשניות נורמטיבית, אולם שימוש נכון בה, על ידי שני הצדדים, עשוי לרכך את המשמעויות המעשיות והסמליות של השניות.

### • הטרוגניות

משפט המדינה משרת חברה הטרוגנית מבחינה לאומית ודתית. הוא נוצר על ידי בית מחוקקים ומפורש על ידי בתי משפט שחברים בהם, אמנם כמיעוט, אזרחי המדינה שאינם יהודים. עובדה זו עלולה לעורר קושי מסוים, מנקודת ראות הלכתית, באימוץ נורמות של המדינה אל תוך ההלכה.<sup>101</sup>

100 מ' אלון מונה בין קריטריונים אלו את השאיפה ההלכתית "לגדר ולתיקון" (ולא "הריסת הגדרים וקלקול המתוקן") ואת הדרישה שהדין הזר, התקנה, תהיה בבחינת "תקנה שרוב הציבור יכול לעמוד בה", תקנה שהיא שווה לכל נפש ותקנה החלה מכאן ולהבא ולא למפרע. מ' אלון, לעיל הערה 20, פרק 19.

101 לדיון בהיבטים שונים של הבעיה, ראו המקורות שלעיל בהערה 44.

אף שאין כאן המקום להרחיב, דיניי שאציין שתי נקודות המשיבות על בעיית ההטרוגניות: ראשית, מהבחינה המהותית, הנורמות של מדינת ישראל אף שאינן מגובשות אך ורק על ידי הציבור היהודי, ודאי משקפות את אורח החיים שהרוב היהודי במדינה מעוניין לסגל לעצמו. היינו, מבחינה תוכנו, המשפט הנוהג הוא ביטוי אותנטי להעדפות של היהודים אזרחי מדינת ישראל. שנית, מהבחינה הפורמלית, ההלכה הייתה מוכנה לעכל אל תוכה נורמות שמקורן חוץ-יהודי לחלוטין: "דינא דמלכותא – דינא". הנורמות של מדינת ישראל ודאי עדיפות, מנקודת הראות הנבדקת, על הנורמות של המלכות הזרה.

## ג. אקטיביזם שיפוטי

האקטיביזם השיפוטי עומד במרכזו של ויכוח ציבורי ומקצועי ביחס לשיטת המשפט הנוהג. עיקר הוויכוח נסוב על שאלת מקומם של בתי המשפט בעיצוב המציאות, נוכח מוסדות אחרים המופקדים (כמובן, באמצעים אחרים) על אותה משימה. הדוגלים באקטיביזם שיפוטי מעדיפים להפקיד בידי בית המשפט אחריות גדולה יותר לקביעת אורחות חינוך, גם מעבר למשימה השיפוטית הקלאסית של מתן פתרון לסכסוך נקודתי בין צדדים. לעומתם, התומכים בריסון שיפוטי גורסים שמוסדות פוליטיים או חברתיים הם המתאימים יותר לבידור מחלוקות עקרוניות המפלגות את החברה.

בעולמה של ההלכה, הוויכוח על מקומו והצדקתו של אקטיביזם שיפוטי מקבל תפנית מעניינת. מאחר שמאז ומתמיד חסר עולם ההלכה רשות מחוקקת רציפה ומתפקדת, שיטת המשפט ההלכתית נשענת בהכרח על התקדים. היא נאלצה, כעניין שבשגרה, לעשות שימוש יצירתי בפסיקות קודמות ובקטגוריות הלכתיות קיימות לשם מתן מענה חדש לאתגרי ההווה המתחלף. תוצאה זו, שהייתה נכונה תמיד, מתחדדת עוד יותר בדורנו. אם בעבר, לצד הממסד הדתי פעל גם ממסד שלטוני שהתחרה בו על הסדרת חייה של חברה בעלת אופי דתי (דוגמת המלך או ראשי הקהל), היום הממסד השלטוני של המדינה נתפס כלא רלוונטי מנקודת ראות דתית. לפיכך, ההלכה, כגיבושה על ידי רבנים, נהנית ממונופולין כמעט מלא על עיצוב אורח החיים הדתי מנקודת ראות פנים-דתית. בהיעדר מוסד דתי אחר להסדרה חברתית ומאחר ששוק הרעיונות הדתי נשלט ביד רמה על ידי פוסקי הלכה, דומה שההלכה מתפקדת כמוקד כוח כמעט יחידי בעולם הדתי בתקופה זו. לפיכך,

בין אם הדבר ראוי ובין אם לאו, התחדשות דתית נוכח מציאות משתנה חייבת להיעשות באמצעות אקטיביזם שיפוטי. אכן, דרך המלך של האדפטציה ההלכתית היא האקטיביזם השיפוטי.

לפחות שתי רמות פעולה של אקטיביזם הלכתי, הנבדלות זו מזו, בין היתר ברמת איפוקן, עולות על הדעת: הראשונה, המרוסנת יותר, עושה מהלך פרשני יצירתי של קטגוריה הלכתית קיימת; השנייה, הנועזת יותר, נוקטת גישה פרשנית שתכליתה לקבוע קטגוריה הלכתית חדשה. שתי האפשרויות מוכרות בעולמה של ההלכה ושתיהן מציעות מהלך אבולוציוני (ולא רבולוציוני) של התאמת ההלכה להסדרה ולהתמודדות עם המציאות.

## 1. פרשנות הקטגוריה ההלכתית

כאשר פוסק הלכה בן דורנו נאלץ לפסוק בשאלה המעממת אותו עם מציאות חדשה, תגובתו השכיחה, הרפלקסיבית, תהיה לאתר קטגוריה הלכתית קיימת הניתנת ליישום בעובדות הנידונות לפניו ולהחילה עליהן. למעשה, זוהי דרך הפעולה הקלאסית של כל שופט בשיטת משפט מבוססת תקדים. כמובן, השימוש בקטגוריות הקיימות יכול ללבוש צורות שונות:

אפשר שהוא יהיה שימוש ישיר, בבחינת החלה של שיקול דעת של דורות קודמים שאין לסטות ממנו. זו פסיקה המאופיינת בפסיביות שיפוטית. השתרשותה של דרך פסיקה זו עלולה להפוך את ההלכה לתלושה לחלוטין מעולמם של הבריות. למרבה הצער, רבות הן הדוגמאות בדורנו לפסיקה הלכתית העושה שימוש בקטגוריה הלכתית תקדימית ללא התאמה של המהות הפנימית שלה למציאות הנידונה. כך למשל, משפט המדינה מקוטלג כ"ערכאות של גויים"; החילוני בן דורנו מסווג כ"רשע" או "תינוק שנשבה" והכול מבלי לבחון את מקור הקטגוריות ההלכתיות הללו ואת מידת התאמתן לתופעות המודרניות הנידונות.

אפשרי גם שימוש אחר בקטגוריות הקיימות, שימוש העושה כברת דרך פרשנית יצירתית שתכליתה עיבוד של הקטגוריה ההלכתית באופן שיישם את מהותה ואת הצדקותיה המקוריות על הצרכים החדשים.

האקטיביזם השיפוטי מאפשר לפוסק לצאת למסע פרשני של הכלל ההלכתי (הקטגוריה). קיומו של הכלל איננו מכתוב לפרשן תשובה הכרחית לשאלה הנידונה, אלא משמש הנחיה בידו לשם ברור התוצאה המשפטית הראויה לגבי הסדרת מקרה פרטי (מציאות פרטיקולרית ברגע נתון), תוך יישום עקרונותיו ותכליתו של הכלל בהתאם לשיקול דעתו של הפוסק. כך



למשל, אפשר לקבוע שעל ההלכה לדון במדינת ישראל ובאורגניה באמצעות הקטגוריה ההלכתית של "מלך" או של "ראשי הקהל", אולם נדרשת התאמה של פרטי ההסדרים הנגזרים מכך על מנת שיתאימו להסדרה של מדינה ישראל הראלית, בעלת מאפיינים דוגמת ריבונות, שלטון דמוקרטי, הטרוגניות לאומית ודתית באוכלוסייה וכדומה. גם הקטגוריה ההלכתית של "תינוק שנשבה" אפשר שתפרנס דיון הלכתי ראוי ביחס לחילוני בן ימינו ובלבד שהפרשן ההלכתי ידע וישכיל להבחין בין התינוק הנשבה המקורי, זה שהיה חריג חברתי ואנוס למעשה, לבין החילוני המשכיל, המעורב, העושה שימוש מלא באוטונומיה האישית שלו, בן התקופה. הפוסק האקטיביסט איננו רואה באיתור הקטגוריה ההלכתית נקודת סיום של המהלך הפסיקטי, אלא נקודת התחלה. הוא ממקד את מאמציו בהבנת הפרמטרים הרלוונטיים של המציאות, אשר ישפיעו על עיצוב התשובה ההלכתית לאור הקטגוריה ההלכתית הקיימת. שימוש באקטיביזם זה הוא אסטרטגיית הפעולה הטבעית ביותר והזמינה ביותר עבור פוסקי זמננו. הפסיביות השיפוטית, המאפיינת את ההלכה כיום, היא חריג בתולדות ההלכה. מנגד, פסיקה הלכתית אקטיביסטית בנוסח המוצע כאן היא המשך חרישה של תלם קיים, עמוק ויציב בעולם ההלכה. יישום קטגוריות הלכתיות קיימות תוך עיבודן, כוונונן והתאמתן לשם יישומן בראליה מתחלפת הוא מהלך הלכתי אותנטי, נפרץ והכרחי.

## 2. קביעת הקטגוריה ההלכתית

בצד יתרונו של האקטיביזם השיפוטי האמור – נאמנותו למסורת הפרשנית ההלכתית, הוא סובל גם ממגרעת מהותית: כל עוד קפיצות הדרך הפרשניות הנדרשות מהפוסק קטנות יחסית, אפשר לבצען באמצעות כוונון עדין של קטגוריה הלכתית קיימת. אולם, ככל שמתארכת והולכת תקופת הזמן שבה ההלכה איננה מתמודדת עם נושא מסוים – בין אם משום שהמציאות איננה מעוררת אותו ובין אם משום שההלכה קופאת בטיפול בנשוא מתוך תפיסה של פסיביות שיפוטית – כך גם הולך ומתרחב הפער בין הנורמה המחייבת (פירושה של הקטגוריה ההלכתית בדרך מסוימת – התקדים) ובין המציאות. מידותיו של הפער עלולות לעתים להיות כאלה, שתקשנה על פוסק אקטיביסט לפרש את הקטגוריה ההלכתית באורח שיענה על הנדרש. כך למשל, כפי שהראיתי לעיל,<sup>102</sup> היעדר ריבונות מדינית יהודית משך אלפיים

שנה, יצר "חור שחור" משפטי, שקשה להלכה להגיב עליו באמצעות אקטיביזם שיפוטי רגיל. מתיחתן של הנורמות הקיימות בהלכה ביחס לריבונות, נורמות שלא נעשה בהן שימוש מעשי מאז ימי בית שני, כך שיתאימו להסדרת ריבונות מדינית במאה ה-21, עתידה לעורר אי נחת מעשי ויש בה לפחות שמץ של היעדר יושרה אינטלקטואלית.<sup>103</sup>

לפיכך, מקום שהקפיצה הנורמטיבית הנדרשת גדולה למידות האקטיביזם השיפוטי המתמקד בפרשנות הקטגוריה, נדרש מהלך פרשני אחר, רדיקלי יותר. על פיו, על הפוסקים לבור את הכרעתם מתוך מאמץ דו-שלבי: ראשית, מן הפרט אל הכלל, עליהם לבצע הצרנה (קונצפטואליזציה) של הנורמה התקדימית (או הקטגוריה ההלכתית הקיימת) לכדי עיקרון הלכתי; שנית, מן הכלל אל הפרט, עליהם ליישם את העיקרון ההלכתי על העניין הנידון לפנייהם. מטרת המהלך היא להפיק מים ההלכה התקדימית (נורמות וקטגוריות) את המגמה המרכזית והחשובה שלהם, זו שיוודת לשורש העמדה ההלכתית בסוגיה. בשלב הצרנה של הדין, הפוסק מנתק עצמו מהקונקרטיזציה התקדימית של העיקרון ההלכתי, כפי שנהגה במציאות קודמת לא רלוונטית, ומזקק ממנה את עקרון היסוד של השיטה ההלכתית בתחום המדובר. בשלב השני, עושה הפוסק שימוש בעיקרון ההלכתי שנחשף באמצעות יישומו על מציאות עכשווית. המהלך כולו מאפשר לפוסק להגיע לתוצאה רלוונטית בהתאם לגן היסוד של השיטה ההלכתית, תוך ניקוי השטח מתוצאות משפטיות קודמות שאינן רלוונטיות כאן ועכשיו.

כך, למשל, אפשר שפיתוח עמדה הלכתית בדבר המדינה ואורגניה יתממש באמצעות ניתוח מעמיק של יחס ההלכה לדורותיה לתופעות דומות בעבר. הפוסק לא ינסה לענות על המציאות הנוכחית באמצעות יישום יצירתי של דיני מלכים כפי שנהגו בימי בית שני או כפי שנוסחו על ידי הרמב"ם על פי השראה מקראית ישירה, אלא הוא יפיק מהם את עקרונות היסוד של קיום ממלכתי יהודי על פי ההלכה. עקרונות אלה ישמשו בידוי ובידי הדורות הבאים של פוסקים החיים במדינה מודרנית אמת מידה לשם הסדרת חיים ריבוניים על פי ההלכה בימינו. הוא הדין בנוגע לחילוניות: אפשר שבדיקה

103 ודוק: קוטרו ועומקו של ה"חור השחור" גדולים במיוחד עבור פוסקי הלכה שממאנים להסיק מהקטגוריות ההלכתיות שתפקד לפיהן השלטון הציבורי בקהילה היהודית בגולה (ראשי הקהל לסוגיהם) על הטיפול ההלכתי הראוי במדינת ישראל. עמדתם, המדגישה את ההבדלים המשמעותיים שבין שתי התופעות, מחייבת אותם לאקטיביזם שיפוטי שתכליתו היא קביעה של קטגוריה הלכתית (להבדיל מפרשנות קטגוריה קיימת).

תעלה כי פרשנות יצירתית של הקטגוריות ההלכתית של "רשע" או של "תינוק שנשבה" תתקשה לתת מענה לתופעת החילוני בן התקופה. או אז יידרש הפוסק למהלך הרדיקלי יותר. יהיה עליו לזנוח את השימוש בקטגוריות אלו ביחס לחילוני, ולהציע קטגוריה חדשה שהבסיס לקביעתה יעוגן בחשיבה הלכתית ובעקרונות הלכתיים במישור גבוה יותר.

כיוון שתהליך זה מעורר קשיים מגוונים – תאולוגיים, ערכיים, משפטיים ואינטלקטואליים – יש לנקוט אותו רק במקרים שאין בידו של מהלך פרשני אקטיביסטי רגיל להשיג תוצאות ראויות. גם אז יש לסייג את השימוש בו רק לקבוצת ההנהגה הבולטת שבין פוסקי ההלכה בדורנו. אין ספק, מדובר באתגר פרשני ניכר, המתיימר לחשוף את העקרונות המעין חוקתיים של משפט ההלכה, ולכן יש להיזהר ולהישמר מפני שימוש לא אחראי בו. עם זאת, חשוב לציין שאין מדובר כאן בהצעה בעלת אופי רבולוציוני שאיננה מוכרת בעולם ההלכה.<sup>104</sup>

104 פוסקי ההלכה הבולטים נהגו לעשות שימוש בעקרונות כלליים, מטה-הלכתיים, במטרה לפתח את ההלכה לכיוונים חדשים, הן לשם השגת תוצאה רצויה במקרה נתון (פסיקה נקודתית) והן לשם יצירה מחודשת של קבוצות דינים שלמות. כך, למשל, העיקרון הכללי של "מפני תיקון עולם" שימש בידי חכמים כלי לפתרון יצירתי ומחודש לשורה של שאלות קונקרטיות בעלות אופי נקודתי. כידוע, בתקופתו של הלל נרתעו אנשים מפני מתן הלוואות מחמת החשש שבבוא שנת השמיטה יישמט החוב. הלל, פוסק ההלכה, נחלץ לפתור את הבעיה המעשית באמצעות טכניקה המכונה פרוזבול, אשר מפקיעה, מבחינת תוצאתה, את דין התורה של שמיטת חובות בשנה השביעית. את ההצדקה הדתית לחידוש ההלכתי הנועז הוא תלה בעיקרון של תיקון העולם (ראו משנה שביעית, י, ג). העיקרון כללי דיו כדי שישמש בידי חכמים לצרכים מגוונים, בלתי קשורים אחד לשני, כגון בסיס למתן פטור מאחריות בניזקין לרופא ולשליח בית דין שהזיקו בעת מילוי תפקידם (תוספתא, מסכת גיטין (ליברמן) פרק ג, הלכה ז), לקביעה כי קיימת חובה להחתיים עדים על גט (משנה גיטין ד, ג) או כדי להטיל חובה על הבאת ביכורים גם משדה שנמכר לגוי (משנה מסכת גיטין ט, ד). עיקרון כללי אחר הוא קיומו של "צלם אלוקים" בכל אדם, באשר הוא. מכוחו קבעו חכמים גופי הלכות מגוונים הנוגעים לדיני נפשות בהלכה, גזרו שימוש מצומצם בעונשי מוות, והסדירו את דרכי ביצועם של עונשים גופניים בעבריינים. העיקרון של צלם אלוקים גם שימש בסיס לפיתוחה של מצוות פרייה ורבייה ולצרכים הלכתיים נוספים. ראו: י' לורברבוים, "על רצח, עונש מוות והאדם כצלם אלוהים בספרות חז"ל" **פלילים** ז (1998), עמ' 223-272; י' לורברבוים, "צלם אלוהים ומצוות פריה ורביה: חז"ל והרמב"ם" **עיוני משפט** כד(3), עמ' 695-754. השימוש שעשו הפוסקים בתיבות "**ועשית הישר והטוב**" (דברים ו, יח) הוא דוגמה לעיקרון כללי שלישי. הרמב"ם בפירושו על אתר קורא בהן בסיס לקביעה של הלכות פרטיקולריות, כמו גם בסיס לסטנדרט כללי של התנהגות האדם בחברה. כך למשל, נפסק שבעת מכירת נכס מקרקעין יש לשכן (בר מצרא) זכות סירוב ראשונה לפני קונים פוטנציאליים אחרים משום העיקרון של "ועשית הישר והטוב". ראו: **תלמוד בבלי, בבא מציעא** דף קח, עמ' א; מ' אלון, לעיל הערה 20, עמ'

## ד. אלטרנטיבה מוסדית

בצד האפשרות של הסתגלות הלכתית באמצעות מהלכים בעלי אופי שיפוטי-פסיקטי, ראוי לברר אפשרות ליצירת מענה הלכתי למציאות החדשה על ידי חקיקה. לשם כך על אנשי ההלכה של דורנו להקים מוסד שיהיה מוסמך, על פי עקרונות הלכתיים, לייצר נורמות חדשות שתצטרפנה לקורפוס ההלכתי. בשפה ובמסורת ההלכתית, אסטרטגיית פעולה זו מוכרת היטב. אנו מכירים את התרומה העצומה של הסנהדרין כמוסד מחוקק להתפתחות ההלכה<sup>105</sup> ואת תהליך הייצור של נורמות חדשות באמצעות התקנת תקנות במהלך הדורות על ידי מוסדות ואישים. כיצד, אם בכלל, אפשר ליישם אסטרטגייה הלכתית זו בדורנו?

### 1. ניסיון העבר

בשלהי המאה ה-19, בהשפעת הקונגרס הציוני הראשון, הציע רב צעיר מלטביה, הראי"ה קוק, לחדש את מוסד הסנהדרין. בחונו, בצד התחייה הלאומית שמציעה הציונות, תתרחש גם תחייה דתית שבראשה תעמוד הסנהדרין הגדולה. הסנהדרין תכריע "בכל השכלולים המדיניים... המה יבחנו על כל דבר, על כל תקנה וכל מנהג, וכתורה יעשו"<sup>106</sup>. לימים, משעלה

513; א' ורהפטיג, **התחייבות** (ירושלים תשס"א), עמ' 225-228. העיקרון משמש מקור הלכתי לפוסקים בני כל הדורות, כגון המהריט"ץ במאה ה-17 (ר' יום טוב בן משה צהלון, פעל בצפת, נפטר ב-1638), אשר הטיל חובה על עשירים לסייע לעניים לשאת במס שהטיל המלך מכוח העיקרון (**שו"ת מהריט"ץ**, חלק א, סימן רלט), ובמאה ה-20, הרב יצחק יעקב וויס (נפטר בירושלים ב-1989), אשר קבע חובת תשלום של פיצויי פיטורין מכוח העיקרון הכללי של "ועשית הישר והטוב" (**שו"ת מנחת יצחק**, חלק ו, סימן קסז). דוגמאות אלו, מעט מזער, מלמדות על פוטנציאל הגמישות ההלכתית ביצירת חידושים הלכתיים תוך הסתמכות על עקרונות כלליים.

105 ראו: ח' ד' מנטל, **מחקרים בתולדות הסנהדרין** (תל-אביב 1969); ג' אלון, לעיל הערה 52, עמ' 121-128.

106 ראו: ראי"ה קוק, "על הציונות" **הדביר**, קובץ זי-יב (ירושלים תר"פ), עמ' לו (צילום מתוך המאמר נמצא אצל מ' צוריאל, "סנהדרין עכשיו" **תחומין** יח (תשנ"ח), עמ' 457-459. ראו לשונו:

כי עיקר תלונת המתקנים מעולם היתה שחשבו כי התקנות וההלכות שנאמרו זה מאות ואלפים בשנים ראויות להשתנות לרוח הזמן. והנה כשישיב ה' את שבותנו, אז הלא ישבו סנהדרין בלשכת הגזית. והמה יבחנו על כל דבר, על כל תקנה וכל מנהג, וכתורה יעשו... למען ידעו עת לכל חפץ וענין תקנות וגזרות, החדשות והישנות, איך צריך הדור להתנהג בהם... על הסנהדרין בהכרח יהיה לברר ע"פ רוב דעות

לארץ ישראל, חזר בו הרב קוק מהשאיפה לממש רעיון זה. הוא למד להכיר את המגבלות הראליות של יישומו במסגרת היישוב היהודי בארץ ישראל: הקושי בגיבוש חזית אחידה של חכמי ישראל שבדור, מצד אחד; וההתנגדות של הרוב החילוני ביישוב היהודי ליצירת מרכז כוח וסמכות דתי, מצד שני.<sup>107</sup> הרב קוק היה מייסד הרבנות הראשית לישראל (בשנת 1921) והרב הראשי האשכנזי הראשון. אפשר כי שאף להקמת מוסד זה מתוך כוונה שישמש שלב ראשון בדרך למימוש השאיפה לחידוש הסנהדרין.<sup>108</sup> כך או אחרת, משהוקמה מדינת ישראל והרבנות הפכה לאורגן של המדינה, היה אפשר לצפות כי תתפקד כמוסד הלכתי עליון שייטול על עצמו את האחריות למתן מענה למציאות החדשה. בפועל הדבר לא התרחש, ככל הנראה מסיבות דומות לאלו שמנעו את הרב קוק מלנסות ולקדם את חזונו המקורי. הרבנות הראשית, אף שמבחינה עקרונית הייתה אמורה לשמש סמכות דתית ורוחנית של כלל היהודים במדינת ישראל, דתיים כחילוניים, לא הצליחה לתפוס את המקום הראוי לה. ניתוח הסיבות לכך נעשה על ידי אחרים.<sup>109</sup> דיינו שנצביע על העובדה שמאז ומתמיד ועד עתה, הרבנות הראשית סובלת מהיעדר לגיטימציה כסמכות רוחנית והלכתית מצד שני ציבורים חשובים: המגזר החרדי, על מנהיגיו הרוחניים – "גדולי הדור", והמגזר החילוני, על מערכות השלטון המנוהלות על ידיו. הרבנות הראשית נמצאת במצר משום שהיא איננה מוכנה לפעול באורח משמעותי ללא גיבוי של "גדולי הדור" שאינם נמנים על שורותיה. היא גם מניחה, ככל הנראה בצדק, שפסיקה הלכתית חדשנית לא תוכל לספק את רצון הרוב החילוני במדינה, ולכן היא נמנעת מלעשות מעשה. התוצאה המעשית היא שהרבנות הראשית, על מוסדותיה

הרבה דברים התלויים ברפיון, הרבה מנהגים שמחולקים בהם בני הארצות, ע"פ סיבת הפיזור, שאלו אחזו בדעה אחת ואלה אחרת מן גדולי הפוסקים. בהכרח יהיו שבים הכל למנהג אחד, אם בית דין הגדול של כל ישראל כן יגזור אומר, לא ניתן פדות בין מהרס ומהרהר אחר ב"ד הגדול, בין אם חלקו עם המהרסים שירע בעיניו סייגים וחומרות שיראו שראוי להעמיד, או אם יהיה מן יראי ה' וחושבי שמו, וירם יד בב"ד הגדול מפני שיקשה בעיניו לפרוש מחומרא ומנהג, או הלכה שנקבעה בארצו ... והממרא ענוש ייענש...

107 לתיאור יחסו של הרב קוק לחידוש הסנהדרין כחלק מהשקפתו לגבי התחייה הלאומית וכחלק מציפייתו המשיחית, ראו: א' רביצקי, **הקץ המגולה ומדינת היהודים** (תל-אביב 1993), עמ' 119-129.

108 א' רביצקי, שם, עמ' 127.

109 ראו: מ' פרידמן, "הרבנות הראשית – דילמה ללא פתרון" **מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים** 3 (1972), עמ' 118.

ועל העומדים בראשה, איננה נוטלת על עצמה את האחריות לתפקד כ"בית  
הדין הגדול שבדור".<sup>110</sup>

תחושת ההחמצה שליוותה את תפקודה של הרבנות הראשית לא דיכאה  
את הרצון של רבים להביא לידי ביטוי מעשי את היכולת הפוטנציאלית של  
התחדשות הלכתית באמצעות מוסד מוסמך דוגמת הסנהדרין.

בתקופה שקדמה להקמת המדינה, עת היא הפכה מאופציה רחוקה  
לאפשרות קרובה, וודאי מיד עם הקמת המדינה, נשמעו בקרב מנהיגים של  
הציונות הדתית קריאות לחידוש הסנהדרין.<sup>111</sup> הללו חשו צורך בתגובה דתית  
והלכתית הולמת לחידוש שהתגלם בתחייה הלאומית ובריבונות הישראלית  
וסברו כי אפשר לממש את הדבר רק באמצעות יצירת מוסד תורני שזו  
תהיה עיקר תעודתו. הקריאה הבולטת ביותר בכיוון זה הושמעה על ידי  
הרב פישמן-מימון, מי שהיה שר הדתות ומנהיג תנועת המזרחי באותה עת.<sup>112</sup>  
בין היתר הוא תמך את טענתו באנלוגיה היסטורית: כשם שבתקופת תחייה  
לאומית קודמת, שיבת ציון בימי הבית השני, נזקקו המנהיגים עזרא ונחמיה  
ליצירת מוקד סמכות דתי – הלוא היא הכנסת הגדולה שתפקידה היה  
ליתן מענה לבעיות החדשות שנתעוררו, כך גם עם הקמת מדינת ישראל יש  
צורך במוסד דתי מוסמך – הסנהדרין.

רעיון חידוש הסנהדרין לא צלח. התעוררה נגדו קואליציה רחבה, שכללה  
לא רק את הציבור החרדי והחילוני, אלא גם רבים ממנהיגי הציבור הדתי  
לאומי. הרב הרצוג, הרב הראשי באותה עת, חשש מפני הפעלת מנגנון בחירות  
דמוקרטי לסנהדרין שיביא להשתלטות של גורמים לא רצויים בעיניו על  
הסנהדרין. בכיוון ההפוך הועלה חשש מפני השתלטות של גורמים חרדיים  
לא ציוניים על המוסד, דבר שיסכל את עצם המגמה שלשמה הוא יוקם. אם  
הסנהדרין יוקם על ידי המחנה הציוני דתי יש חשש כי הדבר לא יעלה ולא  
יוריד, משום שהציבור החילוני איננו בשל לקבל אפילו "הלכה מקוצצת"  
ומשום שגדולי הדור החרדים לא יכירו בסמכות המוסד. היו שטענו

110 סימפטומטית לעניין זה היא הקריאה של הרב עוזיאל, הרב הראשי הספרדי, לייסוד  
הסנהדרין. יש בכך הודאה מפורשת בחוסר התאמתה של הרבנות הראשית למלא את  
התפקיד. ראו: ב"צ מ' ח' עוזיאל, "התורה והמדינה" **יבנה – קובץ אקדמאי דתי ג**  
(תשי"ט), עמ' 41.

111 לסקירה מקיפה ולניתוח של הוויכוח על חידוש הסנהדרין, ראו: א' כהן, **הטלית והדגל:  
הציונות הדתית וחזון מדינת התורה בימי ראשית המדינה** (ירושלים תשנ"ח), פרק  
שלישי.

112 י' ל' כהן מימון, **חידוש הסנהדרין במדינתנו המתחדשת** (ירושלים תשכ"ז).

שהסנהדרין לא יצליח מקום שהרבנות הראשית נכשלה וכי הניסיון, אם ייכשל, יפגע בדמותו של המוסד המקודש למסורת היהודית.<sup>113</sup> סוף דבר, יד המתנגדים לחידוש הסנהדרין גברה והוויכוח גווע כבר בשנת תשי"ג.

## 2. מבט לעתיד

עתה, כשאנחנו נהנים מפרספקטיבה של יותר מחמישים שנות קיום ריבוני, ולאור קריאת המציאות ביחס למעמדן של הדת ושל ההלכה במדינה, האם יש מקום לחזור ולעיין בנושא זה? האם מקבילית הכוחות החברתיים, הפוליטיים והתרבותיים שגרמה לגניזת הרעיון בימי הרב קוק ולאחר מכן עם קום המדינה, השתנתה?

במבט ראשון התשובה הברורה היא שלילית: הציבור החילוני מנוכר יותר מתמיד לנורמות דתיות. החשש מפני "מדינת הלכה" ו"כפייה דתית" והקריאות ל"הפרדת דת ומדינה" שכיחים היום יותר מאי פעם. משאלת הלב של הציבור הדתי ערב קום המדינה, לקיום חיים ציבוריים במדינה בזיקה למסורת ישראל, אבדה זה מכבר (למעט כמובן במישור האוטופי). גם מרכזיותו של הציבור החרדי בכלל החברה הישראלית ובמיוחד בהשפעה על הציונות הדתית – רק עלתה. היום כמו אז, המונח "גדולי תורה", ועמו הסמכות הרוחנית של מנהיגות בעולם הדתי, שמורים לדמויות חרדיות שאינן מחויבות לרעיון הציוני. גם מעמדה של הרבנות הראשית, הן בקרב הציבור הדתי והחרדי והן אצל הציבור החילוני, לא השתפר, יחסית למעמדה בעת הקמת המדינה. לכן, הסיכויים להצלחה נוכחית של אסטרטגיה המבקשת פתרון מוסדי לשמרנות ההלכתית קטנים לכאורה.

ואף על פי כן, ראויים הדברים בירור נוסף. ייתכן שאפשר לעקוף את צבת ההתנגדות העקרונית של החרדים ושל החילוניים באמצעות עיצוב המוסד ההלכתי המבוקש בדרך חדשה.

דומה שראוי להדק את ההבנה של הפונקציה שלשמה מבקשים להקים את המוסד. עבור הרב קוק הצעיר, בחידוש הסנהדרין היה משום מימוש הציפייה המשיחית.<sup>114</sup> ממוקם מושבו בגולה הוא כמה להתחדשות רוחנית

113 לתיאור ולמראי מקומות, ראו: א' כהן, לעיל הערה 111, עמ' 62-64.

114 א' רביצקי, לעיל הערה 107, עמ' 124-125. קדם לרב קוק, ה' יעקב בירב, מבעלי ההלכה הגדולים בארץ ישראל בשלהי המאה ה-16, אשר ביקש לחדש את הסמיכה הרבנית, באופן שיכשיר את הקרקע לחידוש תפקודה של הסנהדרין. פרופ' יעקב כץ גורס שהמניע של בירב וחבריו היה האמונה שחידוש הסמיכה הוא חוליה ראשונה

כוללת, מתוך סדר יום גאולי, וראה בסנהדרין מכשיר דתי בכיוון זה. אולם הוא נסוג מיישום הרעיון משהתבררה לו המציאות בארץ ישראל. התפיסה המשיחית של תפקיד הסנהדרין המשיכה לפרנס גם את הגותם של התומכים המאוחרים בחידושה.<sup>115</sup> הללו ביקשו לממש באמצעות הסנהדרין את החזון של "מדינת התורה" ולהגדיל את המשקל הציבורי של היהדות התורנית בשוק הרעיונות בישראל. היינו, אף שהסנהדרין לא הוצגה כמוסד בעל כוח חקיקתי כללי (כמשקל נגד לכנסת) או כחלק מהמערכת השלטונית של המדינה,<sup>116</sup> היא נתפסה כמכשיר אידאולוגי שיוצק תוכן דתי לרעיון הציוני.<sup>117</sup> תשתית רעיונית זו היא שמיקדה אליה את ההתנגדות החילונית והחרדית. החילוניים חששו מפני מוסד שיהווה שלב מקדים למימוש שאיפות להפוך את מדינת ישראל לתאוקרטיה. החרדים חששו מפני הפנמה דתית של השקפות לאומיות.<sup>118</sup>

אולם יש גם בסיס רעיוני אחר, שונה מהקצה אל הקצה, להקמתו של מוסד הלכתי שיקל על האפשרות של התחדשות באמצעות יזמות חקיקתיות פנים-הלכתיות. לשם כך על המוסד – שמסיבות ברורות עדיף לא לקרוא לו סנהדרין – להימנע מלהיות אורגן של המדינה. הוא לא ימומן על ידה, לא ייבחר על ידה (או על ידי כלל אזרחיה) וגם לא יחויב בדיווח כלפיה. בדרך זו הוא ינותק מהוויכוח הפוליטי הרגיל סביב נושאי דת וינותק גם מהזיקות לפוליטיקה הפנים-דתית (במובנה המפלגתי). בכך הוא ייבדל מהרבנות הראשית, מבתי הדין הרבניים המתפקדים כיום במדינת ישראל וממועצות החכמים וגדולי התורה המתקיימות כיום לצד חלק מהמפלגות הדתיות.

בשלשלת של מאורעות בדרך לביאת המשיח. הם הסתמכו על הפסוק "ואשיבה שופטיך כבראשונה ... אחרי כן יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה" (ישעיהו, א, כו). ראו: יי כץ, "האם חידוש הסנהדרין הוא בגדר פתרון?" **דעות** ח (תש"ט), עמ' 23.

115 א' כהן, לעיל הערה 111, עמ' 65.

116 א' ורהפטיג, י' ש"ץ, "מדינת התורה" **שנה בשנה** (תשנ"ו), עמ' 347.

117 כך למשל, הרב עוזיאל קובע: "ואחרי שזיכנו ה' לחרות משעבוד מלכיות, ותקומת ממשלה ישראלית עצמאית וריבונית, חלה עלינו [הזכות] להקים בצדה את בית דין האומה שישפוט על פי משפטי התורה", ב"צ מ' ח' עוזיאל, **הגיוני עוזיאל** (ירושלים, תשנ"ב-תשנ"ג), חלק א, עמ' 177. פרופ' כץ סובר שההצעה לחידוש הסנהדרין עם קום המדינה "באה על הרקע הרומנטי של הלאומיות להחזיר עטרה ליושנה על ידי הקמת המוסדות והסמלים של תקופת העבר הגדולה. כשם שר"י בירב ביקש לחדש את הסמיכה כאמצעי להבאת הגאולה כן ביקשו הם להחיות את הרוח הלאומי על ידו." יי כץ, לעיל הערה 114, עמ' 25.

118 על סיגול רעיון הלאומיות בהווה הציונית-דתית, ראו: ד' שוורץ, **אמונה על פרשת דרכים: בין רעיון למעשה בציונות הדתית** (תל-אביב, תשנ"ו), פרק 5.



המוסד הפרטי יתפקד באופן מקצועי לשם בירור סוגיות הלכתיות חשובות, ובעיקר אלו שנוגעות לנקודות החיכוך בין דת ומדינה. לנורמות שיתקבלו במוסד זה יהיה ערך רק מכוח הסמכות ההלכתית של החברים בו ומכוח ההתקבלות של ההכרעות שלו על ידי ציבור שומרי המצוות.

המוסד עשוי לתפקד כמערכת שיפוטית שתפעיל את האקטיביזם השיפוטי ההלכתי. אולם עיקר חשיבותו בעיניי תימדד ביכולתו להתקין תקנות, קרי: להסדיר את המציאות על ידי חקיקה הלכתית. בכך ילך מוסד זה בעקבות הלל הזקן,<sup>119</sup> רבנו גרשום מאור הגולה<sup>120</sup> וראשי הקהל בקהילות שונות באשכנז ובספרד.<sup>121</sup> כשם שהללו תפקדו שלא על מנת לקדם סדר יום משיחי או לאומי, אלא על מנת לממש את הפוטנציאל של ההלכה כ"תורת חיים" נוכח המציאות שתפקדו בה, כך גם המוסד המוצע.

תפיסה זו של מהותו ושל כוונותיו של המוסד ההלכתי איננה מהווה איום כלשהו על הציבור החילוני. בהיותו פרטי, אין הוא מקרין על אופייה של המדינה ואין הוא מקדם או מעכב תפיסות כלשהן של מהותה. הוא לא משמש אלטרנטיבה לכנסת ותוצרתו הנורמטיבית איננה מוגשת לפתחו של הציבור החילוני. אדרבא, מן הבחינה העקרונית, מתן הרשאה ואפילו העצמה של יכולתה של קהילת מיעוט (דתית, אתנית או תרבותית) בתוך חברה רב תרבותית, לעצב לעצמה את אורחות חייה בתוך המסגרת הקהילתית, תואמות

119 משנה, מסכת שביעית, פרק י, משנה ג: "פרוזבול אינו משמט זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן כשראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה ועוברין על מה שכתוב בתורה (דברים טו) השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וגוי' התקין הלל לפרוזבול". משנה, מסכת ערכין, פרק ט, משנה ד: "הגיע יום שנים עשר חדש ולא נגאל היה חלוט לו אחד הלוקח ואחד שניתן לו מתנה שנאמר לצמיתות בראשונה היה נטמן יום שנים עשר חדש שיהא חלוט לו התקין הלל הזקן שיהא חולש את מעותיו בלשכה ויהא שובר את הדלת ונכנס אימתי שירצה הלה יבוא ויטול את מעותיו".

120 רבי מאיר בן ברוך מרוטנברג (מהר"ם, נפטר באינשהיים, גרמניה ב-1293) מפרט את תוכנו של התקנות: "חרם תקנת הקהילות ששם רבינו גרשם מאור הגולה. דאין לישא שתי נשים... אם יש מנין מצומצם בביהכ"י והתחיל ש"ץ (שליח ציבור) להתפלל אין אחד מהם רשאי לצאת עד שיגמור... חרם שלא יתפלל ש"ץ (כשמוחזק) אדם [אחר] עד שיאמרו טובי העיר שיתפלל. חרם שלא ירחיק אדם מאשתו וישהה יותר מיי"ח חדשים בלא רשותה... תקנה שלא לתן גט לאשה בעל כורחה ואין הגט כלום... חרם שלא לבייש בעלי תשובה מעונם בפניהם. חרם שלא לראות בכתב חבירו ששולח לחבירו בלא ידיעתו אסור...". "שו"ת מהר"ם מרוטנברג, חלק ד (דפוס פראג) סימן אלף כב.

121 ראו: מ' אלון, לעיל הערה 20, עמ' 632-667.

היטב את תפיסת העולם הליברלית.<sup>122</sup> ממילא ברור שלציבור החילוני לא יכולה להיות ולא צריכה להיות השפעה כלשהי על תפקודו של המוסד. ומה באשר לציבור החרדי? כעניין שבעובדה ברור כי החרמה של המוסד על ידי הסמכויות התורניות הבולטות בקהילה החרדית תבטל במידה רבה את הערך של פסיקותיו מבחינת התקבלותן בקרב הציבור הדתי והחרדי גם יחד. לפיכך, חשוב במיוחד להבהיר לציבור החרדי את ההבדל שבין מוסד זה לבין הרבנות הראשית ומוסדות ממלכתיים אחרים. העובדה שהמוסד פרטי, אמורה למנוע את החשש החרדי המוכר מפני עירוב ההשקפה הלאומית במערכת הדתית-הלכתית. המוסד בתבניתו האמורה איננו יוצק תוכן דתי למדינה, כיוון שהוא חיצוני לה. במובן זה דווקא הקבוצה הדתית הלאומית, זו שמעוניינת במתן משמעות דתית למדינה, אמורה להתנגד למוסד. אולם דומני שעליה לוותר משום היתרונות הרחבים שתפקודו של המוסד אמור להפיק עבור כלל ישראל. ודוק: אף שהמוסד פרטי באופיו, הסוגיות ההלכתיות שעליו לדון בהן עוסקות במפגש שבין דת ומדינה. אם הפתרונות ההלכתיים שיציע המוסד יורידו את רמת המתח שבין השתיים, יושג הישג של ממש מנקודת הראות של הציבור הדתי-לאומי, המעוניין לנהל חיים דתיים הרמוניים מתוך הזדהות מלאה עם המדינה.

כמובן, הצלחת המוסד תלויה ביכולת של המנהיגים ההלכתיים, ובכללם החרדים, לעשות שימוש בהלכה למתן פתרונות ראליים למציאות החיים. האם כינוסם יחדיו של רבני הדור – במסגרת מוסד שהוא מצד אחד בעל אופי קהילתי, חיצוני למסגרת פוליטית ושלטונית, ומצד שני בעל משקל רוחני מכריע בתוך הקהילה הדתית והחרדית – עשוי לשנות את הדינמיקה של הפסיקה הרבנית בדורנו? האם העצמת כוחם של הרבנים באמצעים מוסדיים תקל עליהם, לטווח ארוך, לשקול חדשנות הלכתית מתוך אחריות לעתיד ההלכה ומתוך רצון להתאים את דרכי יישומה לקיום ריבוני במדינה

122 לטיעונים מגוונים בדבר הזכות לתרבות וההגנה עליה, ראו: מאמרים שונים בספר **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל**, לעיל הערה 9; W. Kymlicka, **Liberalism, Community and Culture** (Oxford University Press, 1989); G. Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative", in W. Kymlicka, **The Rights of Minority Cultures** (Oxford University Press, 1997), p. 106; A. Margalit and M. Halberthal, **Liberalism and the Right to Culture** (1994), p. 491; A. Sagi, Identity and Commitment in a Multi-Cultural World, **Democratic Culture** 3 (2000), p. 167

שרוב אזרחיה חילוניים? ראוי להדגיש: אין לשקול את התנובה המצופה מהתקנות שיתקין המוסד במונחים של "קולא" או של "חומרא". אפשר כי בנושאים מסוימים החכמה הקולקטיבית של המוסד תצדד בהתבצרות פנים-הלכתית שתדחה השפעות חיצוניות<sup>123</sup> ובנושאים אחרים היא תבחר במגמה פתוחה שתכליתה להיבנות מהסביבה. אכן, סביר להניח, שהלכה למעשה, המוסד יבטא התרוצצות בין שתי המגמות גם יחד, שתוביל בטווח הארוך לאיזון כלשהו בין המגמות לסגירות ולפתיחות. החשוב מכול הוא עצם קיומה של התמודדות הלכתית עם אתגרי המציאות באמצעות מרכז סמכות הלכתי בלתי תלוי שהוא בבחינת "בית הדין הגדול שבדור" ולכן יכול לעצב פתרונות הלכתיים, בין היתר, באמצעות חקיקה פנים-הלכתית. בעיני אחדים, לתפקודו של המוסד יהיה אופי לכתחילי – המשך ה"הליכה" של ההלכה תוך דחייה של הסטייה ההלכתית הגורסת ש"חדש אסור מהתורה". בעיני אחרים, המוסד יתפקד כפשרה שאופייה בדיעבד, כלומר כביטוי מודרני לפרגמטיזם הלכתי. כך או אחרת, תפקודו הנאות אמור להחזיר את ההלכה למקומה הטבעי כמבטאת תרבות רלוונטית לחיים מודרניים וכשיטת משפט המתמודדת עם המתח שבין דת ומדינה.

האם בשלה השעה להתפתחות זו? השאלה מוטלת לפתחם של קברניטי ההלכה בדורנו.

123 כך מניח פרופ' כץ: "ייתכן שבאסיפות הרבנים יוצעו אינטרפרטציות של החוק שיכילו פתרונות ממשיים לבעיות של ימינו, אולם אין כל סברה להניח שיימצא רוב לכל ההצעות שהן, שלא תעלינה בד בבד עם הלך-הרוח המחמיר של האחרונים. מלומדי נסיון אנו במאה האחרונה, שהצעות שהוצעו על ידי בעלי הלכה יחידים כדי לענות לצרכים שוטפים, נתבטלו על ידי מתנגדיהם המחמירים. איחוד רשמי של בעלי הלכה נבחרים יביא ללא ספק לחיזוקה של נטייה זו". י" כץ, לעיל הערה 114, עמ' 27.

ההלכה סתגלנית מטבעה. קיומה המתמשך בשינויי התקופות, המקומות וההשפעות התרבותיות הוא פנומן מדהים מבחינות מגוונות: היסטוריות, תרבותיות, תאולוגיות, פילוסופיות ומשפטיות. כבעבר גם עתה, המציאות הדינמית מחייבת את נושאי ההלכה בדורנו להתחדשות פנים-הלכתית. אמת כללית זו מקבלת משנה תוקף ביחס לסוגיות העומדות במוקד החיכוך בין דת ומדינה. דא עקא, לפחות שלוש עובדות מצטברות מקשות על היצירה ההלכתית בתחומים אלה: ראשית, העובדה הטראגית של היעדר קיום ריבוני יהודי משך תקופה ארוכה. עקב כך נפגעה המוכנות ההלכתית לאפשרות הראלית של קיום דתי במסגרת מדינית. שנית, העובדה שהריבונות היהודית, לכשהתחדשה, איננה מחויבת לדת ורוב האזרחים אדישים לה ומעדיפים לפנות לשיטת משפט לא הלכתית. שלישית, העובדה שזה מספר דורות צומצמה הסמכות העניינית של משפט ההלכה ולכן נושאי ההלכה בדורנו איבדו חלק מהאינסטינקטים שאפיינו את קודמיהם ואפשרו להם להתמודד בחיוניות וביצירתיות, אינטלקטואלית ורוחנית, עם ה"חוץ".

במאמר זה הצעתי ארבעה סוגים של אסטרטגיות פעולה פנים-הלכתיות להתחדשות דתית שתחליף את הצחיחות המחשבתית והפסיביות המשפטית של התגובה ההלכתית לסוגיות של דת ומדינה. כל אחת מדרכי הפעולה מציעה סוג אחר של פתרון וכל אחת מהן מאופיינת בקשיים לא פשוטים: האסטרטגיה הראשונה מציעה שתיקה מכוונת: "שב ואל תעשה" כדרך פעולה. זהו פתרון קל ליישום, אך יש בו יסודות אנרכיים מנקודת ראות דתית, באשר הוא מנער את חוצנה של ההלכה מאחריות לחלקים חשובים ומרכזיים של ההווה האנושית המודרנית. האסטרטגיה השנייה, לעומת זאת, מציעה שההלכה תאמץ אל תוכה ותפנים חלקים ראויים מהתרבות החיצונית לה. למודל התנהגות זה יש תמיכה רחבה ומצקה במסורת ההלכה, אלא שהוא מעורר קשיי יישום בדורנו, בין היתר משום הניכור הזהותי והתודעתי של הרוב היהודי מההלכה.

הצד השווה לשתי האפשרויות הללו הוא שהן מציעות פתרון על, מטה-הלכתי, לקשיי ההתמודדות של ההלכה עם המציאות: המתח בין דת ומדינה יפחת אם הדת תכווץ את מקומה (על ידי הכרזה על היעדר שפיטות עקרונית או מוסדית) או אם הדת תקלוט אל תוכה את ההסדרים המקובלים במדינה (כמובן, בהתקיים תנאים שונים). לעומתן, שתי האפשרויות האחרונות מתמודדות עם המציאות ברמת ההסדרים.

האסטרטגיה השלישית מתמקדת במתן מענה פסיקתי, בעל אופי אקטיביסטי, לשאלות המתעוררות. זוהי דרך המלך לפיתוח ההלכה, אלא שייתכן כי אין בה די במקום שהפער בין התקדים ההלכתי ובין המציאות גדול. או אז ראוי לשקול אקטיביזם שיפוטי שתכליתו אינה רק פירוש של קטגוריה הלכתית קיימת אלא קביעה של קטגוריה הלכתית חדשה, מתוך העקרונות ומגמות היסוד של ההלכה. האסטרטגיה האחרונה מתמקדת במסגרת ההפעלה של הסמכות ההלכתית והיא מציעה להשיב למערכת החיים היהודיים את מה שאבד לה: מוסד עליון לקביעת הסדרים הלכתיים בסוגיות מרכזיות העומדות על סדר היום הציבורי. כך תיפתח הדרך לא רק לפסיקה אקטיביסטית, אלא גם לחקיקה הלכתית שתכליתה ויעודה להסדיר את המציאות ברוח ההלכה.

לכל אחת מארבע אסטרטגיות הפעולה מגבלות ברורות. רק אפשרות אחת גרועה מהן: המשך השתיקה ההלכתית וההתבצרות מאחורי הכלל המנוון "חדש אסור מהתורה".

## ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

- **רפורמה בשידור הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגבי רחל לאל
- **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**  
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי
- **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**  
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**  
פרופ' אביעזר רביצקי
- **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**  
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני
- **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **הסתה, לא המרדה**  
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים
- **בנק ישראל: סמכות ואחריות**  
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי
- **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה**  
**בעידן שלום: א. החרדים בישראל**  
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי
- **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**  
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס
- **חופש העיסוק**  
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן
- **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**  
גדעון רהט ונטע שר-הדר

- **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**  
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (הופיע גם בערבית)
- **100 הימים הראשונים**  
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה
- **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**  
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר
- **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**  
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**  
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין
- **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**  
איל ינון ויוסי דוד
- **משאל-עם: מיתוס ומציאות**  
דנה בלאנדר וגדעון רהט
- **השסע החברתי-כלכלי בישראל**  
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון
- **מדינה משפט והלכה - א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**  
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות
- **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**  
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס
- **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**  
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגבי חני קומנשטר
- **זגמים של שיתוף אזרחים**  
אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן

**הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

- **אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל**
- **אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה**
- **הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002**
- **מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.**  
פרופ' ידידיה צ' שטרן
- **חקיקה פרטית**  
דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס

**הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002**  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

- **איום ביטחוני ומשבר כלכלי**
- **הגלובליזציה**
- **מדיניות הפנסיה**
- **המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002–2003**
- **רגולציה – הרשות המפקחת**  
אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן
- **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי**  
(בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)  
פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר
- **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת**  
ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר



- האומנם מדינת כבוד האדם?  
אלוף הראבן
- פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות  
רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר
- המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע  
יאיר שלג
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003  
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
- המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה
- הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור
- אמינות ושקיפות במשק
- מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב
- המונופוליסט כקרבן: על זכויות חוקיות בדיני ההגבלים העסקיים  
עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס
- מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה  
ידידיה צ' שטרן
- الصّدغ العربي اليهودي في اسرائيل: مميزات وتحديات  
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جبيزون

English Publications of The Israel Democracy Institute

- **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**  
By Prof. Aviezer Ravitzky
- **State, Law, and Halakha: Part One** – Civil Leadership as Halakhic Authority  
By Prof. Yedidia Z. Stern

- **Incitement, Not Sedition**  
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim
- **State, Law and Halakha: Part Two – Facing Painful Choices**  
Law and Halakhah in Israel Society  
By Prof. Yedidia Z. Stern

**אפשר לרכוש את ניירות העמדה  
במכון הישראלי לדמוקרטיה**

ת"ד 4482, ירושלים 91044

טלפון: 02-5392888, 1-800-202222; פקס: 02-5631122

Each of these strategies of action has clear limitations. The one possibility that is worst of all, however, would be a continuing halakhic silence and further entrenchment of Jewish law under the degenerate motif of “Anything new is forbidden from the Torah.”



nothing” as a course of action. This solution is easy to apply, yet there are anarchic aspects to it from the religious point of view, in that it exempts the halakhah of responsibility for crucial sectors of modern life. The second strategy, in contrast, proposes that Jewish law embrace and internalize worthy elements of the external culture. There is broad support in the halakhic tradition for this mode of action, yet there would be difficulties in applying it in our generation, among other reasons because of the alienation felt by a majority of Jews towards the halakhah.

What these two possibilities have in common is that they propose an overarching, meta-halakhic solution to the dilemmas the halakhah is faced with when confronting reality: The tension between religion and state will be minimized if religion contracts itself (through a declaration of non-justiciability, whether institutional or in principle), or if religion absorbs into itself the existing arrangements in the state (subject to various conditions, of course). By way of comparison, the latter two possibilities address reality on the level of the arrangements themselves.

The third strategy consists of providing a halakhic response of an activist character to the issues that arise. This is the preferred method of developing Jewish law, yet it may not suffice in cases where the gap between halakhic precedents and reality is very large. In such an event it might be worth considering a form of judicial activism, with the aim not only of interpreting an existing halakhic category but of propounding a new one, from within the principles and fundamental aims of the halakhah. The last strategy focuses on the operative framework of halakhic authority, proposing to restore to the structure of Jewish life that which it has lost: An institution of ultimate authority for determining halakhic arrangements on the key issues on the contemporary public agenda. This would smooth the way not only for halakhic activism, but for halakhic legislation whose purpose and goal would be to order reality in the spirit of Jewish law.

## Summary

### On the Role of Jewish Law in Matters of Religion and State

Prof. Yedidia Z. Stern

The halakhah (Jewish Law) is adaptive by nature. Its continuing endurance through the vicissitudes of time, place and cultural influence is an impressive phenomenon from a variety of standpoints: historical, cultural, theological, philosophical and legal. In the present as in the past, a dynamic reality compels the bearers of the halakhah in our generation to rejuvenate the law from within. This general axiom is doubly true with regard to the issues at the heart of the friction between religion and state. However, at least three obstacles present themselves to halakhic creativity in these fields. First is the tragic historical fact of the absence of Jewish sovereignty for a long period of time. Jewish law was consequently unprepared for the genuine possibility of religious existence within a political framework. Second is the fact that the renewed version of Jewish sovereignty feels no commitment to halakhah; most citizens are indifferent to it and prefer to avail themselves of a non-halakhic judicial system. Third, for a number of generations the practical authority of Jewish law has been diminished, with the result that halakhic scholars of our generation have lost some of the instincts characterizing their predecessors which enabled them to respond to the outside world with intellectual and spiritual vitality.

This position paper addresses four intra-halakhic strategies for religious renewal to replace the intellectual aridity and legal passivity of the halakhic response in matters of religion and state. Each of these plans of action proposes a different type of solution, while involving quite a few difficulties of its own.

The first strategy suggests a deliberate silence: “sit and do





