

מ ס פ ר

22

ירושלים, אלול תש"ס, ספטמבר 2000

נ י י ר ע מ ד ה

מדינה, משפט והלכה

**א. מנהיגות ציבורית
כסמכות הלכתית**

ידידיה צ' שטרן



המכון הישראלי לדמוקרטיה

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 הספרייה: אורי דרומי

עריכה לשונית: יעל מושיב

עיצוב ועריכה גרפית: דינה שר-רהט

נדפס בתש"ס בדפוס העיר העתיקה, ירושלים

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה

- פרופסור ידידיה צ' שטרן הוא מרצה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, עורך עמית של כתב העת **תרבות דמוקרטית** ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה.
- דברים אלה התפרסמו, בשינויים, בספר **יהדות פנים וחוץ: דיאלוג בין עולמות** (א' שגיא, ד' שוורץ וי' צ' שטרן – עורכים) הוצאת מאגנס, תש"ס.
- תודה לשמשון אטינגר, חנינה בן-מנחם, יצחק ברנד, צבי זהר, יעקב חבה, דרור ינון, רון קליינמן, עמיחי רדזינר, אבי שגיא, ליאור שמעוני וחיים שפירא על קריאה ביקורתית של שלבים שונים של פיתוחו של הטקסט שבנייר העמדה.

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



תוכן העניינים

5 עמ'	פרק ראשון: הקדמה
11 עמ'	פרק שני: הטיעון
11 עמ'	א. דין תורה ודין שלטון כמסלולים משלימים
13 עמ'	ב. המטרה
14 עמ'	ג. הטכניקה
17 עמ'	פרק שלישי: תיאור התופעה
17 עמ'	א. בין עובדה לנורמה
18 עמ'	ב. על שניות מוסדית בהלכה
21 עמ'	ג. מלך וזקנים – תקופת המקרא
23 עמ'	ד. נשיא וראש גולה – תקופת המשנה והתלמוד
26 עמ'	ה. ראש הגולה – תקופת הגאונים
27 עמ'	ו. אורגנים קהילתיים – תקופת הראשונים והאחרונים
35 עמ'	פרק רביעי: התמונה הכוללת
39 עמ'	פרק חמישי: סיכום
43 עמ'	הערות
71 עמ'	רשימת ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה



עמוד ריק



למשפט ולמערכות המשפט תפקיד חשוב ומרכזי בשתיים מהתרבויות המרכזיות המאכלסות את מדינת ישראל, התרבות המערבית – ליברלית והתרבות היהודית – מסורתית.

המשפט הנוהג משמש חלוץ, ההולך לפני המדינה והחברה, והסולל להן דרך לעיצובן ברוח התרבות המערבית – ליברלית. הכנסת בחקיקתה, ויותר מכך בית המשפט ביישמו את החוק וביצירתו השיפוטית האקטיבית, משמשים כקטר תרבותי המושך אחריו את קרונותיה המגוונים והמסוכסכים של החברה הישראלית לתוך טריטוריות ערכיות המצויות בלבו של הליברליזם. הרתמות המשפט למשימה ומרכזיותו במימושה היו סמויות בעבר, אך כיום הן גלויות ומוחצנות.¹ כבתמונת ראי, גם התרבות היהודית – מסורתית רואה במשפט ההלכה את המייצג המרכזי שלה כיום. רבנים ופוסקים הם העומדים בראש המחנה הדתי והשפעתם הפוליטית, הרוחנית והחברתית באה לידי ביטוי בעיקר באמצעות הכרעות נורמטיביות שהם מקבלים ומכוח הסמכות ההלכתית ששמורה להם.

שתי התרבויות מתייצבות, ללא מנגנונים ביקורתיים מספקים, מאחורי מערכות המשפט "שלהן". הן שותפות בנפרד, אך באופן זהה, למיתוס מוסכם בדבר ערכו העליון של המשפט בעיצוב של כל אחת מהתרבויות ובחשיבות של שליחות המשפט בהשתתף ובהטמעה של עולם הערכים הפנימי לכל אחת מהתרבויות במציאות הישראלית. כל אחת מהן מייחסת למשפט "של" התרבות האחרת ערך מכונן ומגדיר זהות לגבי תרבות זו. כתוצאה מכך **השניות התרבותית** של החברה הישראלית מתגלמת גם **בשניות נורמטיבית** מעיקה: מצד אחד – חוק המדינה, מצד שני – משפט ההלכה.

כידוע, שתי המערכות הנורמטיביות מהפכות ברעיון של כוליות תחולתן בהסדרת המציאות ושתייהן – לפחות ברמה הרטורית – גורסות בלעדיות בהסדרת המציאות.² התוצאה היא, שמציאות חיינו מוסדרת על ידי שתי מערכות משפט שאינן מתואמות ביניהן ונתפסות על ידי קהלי היעד שלהן כצרות זו לזו. אכן, השניות הנורמטיבית, שהיא ביטוי אחד של



השניות התרבותית, ממקדת באופן חד וחרifi את העימות על דמותה התרבותית של המדינה ועל זהות החברה היהודית בישראל.

הטיפול בשניות הנורמטיבית הוא אחת המשימות הדחופות והקשות העומדות לפני החברה שלנו. מיפוי גס של אפשרויות ההתמודדות עם הבעיה מצביע על כך שעל החברה הישראלית להידרש למאמץ תלת-ראשי:

ראשית, **כללי משחק**. יש להקטין את המתח הנורמטיבי בחברה הישראלית. המשפט (חוק והלכה) הכרחי לשם יישוב סכסוכים והכרעה במחלוקות בין בעלי דין, אולם הוא איננו כלי אופטימאלי ליישוב מחלוקות תרבותיות ולעיצוב סולם עדיפות ערכי עבור החברה בכללותה.³ לשם כך קיימים כלים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים. את בית המשפט ואת בית הדין צריך להחליף שוק רעיונות.

שנית, **השיח הליברלי**. תפיסות רווחות בהשקפת העולם הליברלית מחייבות "מתן מקום" לאחר ולתרבותו.⁴ שיניה החדות של השניות התרבותית תוקהנה כאשר המסע לאיתור ולהגדרה של הזהות (או הזהויות) שלנו יתנהל במסגרת של דיון סובלני (הכרה בזכות של האחר לדעה שונה; אף שבעיני היא מוטעית), פלורליסטי (הכרה בכך שלעמדה של האחר יש לא רק לגיטימיות, אלא גם ערך פנימי; אף שדעתית שונה) ואולי אף רב-תרבותי (אשר איננו שופט תרבות אחת באמצעות קריטריון-על של תרבות הגמונית כלשהי, ולכן מגן על זכותה של כל אחת מהתרבויות למימוש עצמי מלא של הווייתה במרחב הפוליטי-חברתי).⁵ גם עוקציה של השניות הנורמטיבית יכולים להיות מרוככים תוך שימוש ברעיונות המצויים בליבת עולם הרעיונות הליברלי. כך, למשל, ראוי לבחון את היתרונות והחסרונות שבהחלפת המוניזם המשפטי הנוהג במקומותינו (בית המשפט העליון כמנצח יחיד של תזמורת נורמטיבית הרמונית) במודל של פלורליזם משפטי. על פיו יתאפשרו דרכי ביטוי נורמטיביות מגוונות, שתתפקדנה זו בצד זו, תוך שהן נעזרות בכללי תיווך מוסכמים. מכוחו תעשנה בחירות פרשניות שתתנה ביטוי תוכני מהותי למורכבות החברה הישראלית בדורנו.

שלישית, **השיח הדתי**. שיח זה מתנהל בימינו בין קטבים חרדיים, המתייחסים בניכור למדינה, למוסדותיה ולחוקיה, לבין קטבים דתיים-לאומיים, הרואים במדינה התחלה של גאולה משיחית ולכן הם מייחסים לה משמעות דתית. כך או אחרת, באשר למעמדם ההלכתי של בתי

המשפט של מדינת ישראל, הדעה הרווחת בקרב כלל רבני דורנו, מכל הזרמים כולם, היא, שאין היתר לפנות לבתי המשפט של המדינה וכי יש לראות בהם "ערכות של גויים." כידוע לכל, הרוב המכריע של הציבור הדתי איננו נרתע מלהיזקק למערכת בתי המשפט על אף האיסור המפורש ולכן אחד מגדולי הדור קובע כי "...אפילו במקום שנהגו להתדיין בזה אצל הערכאות, מנהג זה אותיות גהנם הוא, ואין לסמוך עליו כלל..."⁷ היינו, גם האמון המעשי המתמשך שמביע צבור שומרי המצוות במערכת בתי המשפט איננו מקהה את ההתנגדות הרבנית למערכת זו. האם ההתנגדות הגורפת הכרחית, מתבקשת או, למצער, לגיטימית מתוך השיח הדתי? או שמא ההפך הוא הנכון: למשפט המדינה יש ערך דתי פנימי והוא מהווה ביטוי למקורות סמכות שההלכה מכירה בהם:

בנייר עמדה זה לא אעסוק בפוטנציאל ההקלה של השניות הנורמטיבית באמצעות שני הראשים הראשונים: כללי משחק ושימוש בשיח הליברלי. זאת אעשה בעתיד. אף אינני מתיימר לטפל כאן בספקטרום הקליידוסקופי של אסטרטגיות הפעולה הלגיטימיות שניתן להפיק, לדעתי, מתוך מקורות היהדות (הלכה והגות) כלפי השניות האמורה. גם לכך בכוונתי להידרש בעתיד. **נייר עמדה זה יתמקד בשיח הפנים – דתי, מתוך זווית ראייה אחת: עובדתית – היסטורית.** עיקר הדיון יוקדש לתיאור ולאפיון של **השניות המוסדית** שבמסגרתה התפתחה ההלכה היהודית.

מאז ומעולם, העם היהודי הונהג על ידי שני ממסדים: דתי וציבורי. כל אחד מהם היה בעל אספירציות נורמטיביות, ותפקד, במובנים ובהקשרים מגוונים, כרשות מחוקקת ו/או רשות שופטת. מאחר שגם במציאות של גלות נהנו היהודים מאוטונומיה שיפוטית ניכרת, התנהל תמיד משא ומתן – לעיתים בשיתוף כוחות ולעיתים תוך עימות ומאבק – בין שתי ההנהגות, הדתית והציבורית, באשר להיקף ולתוכן של תרומת כל אחת מהנהגות לקיום הציבור היהודי במישור המשפטי – נורמטיבי. בנייר עמדה זה אמפה את מערכות היחסים בין מערכות המשפט הדתיות לבין מערכות המשפט האזרחיות שפעלו במהלך ההיסטוריה בתוך החברה היהודית. את המשמעות של מאמץ זה אפשר לבטא במונחים שונים:

במונחים של **מחשבה פוליטית** אשאל מה היה המעמד הראלי של מקורות סמכות לא דתיים שחוקקו את כללי ההתנהגות של היהודים במהלך הדורות ויישמו אותם באמצעות מערכות שפיטה. האם



הפרקטיקה של חיי היהודים מלמדת על שלילת הלגיטימיות של ריבונות אזרחית שאיננה על בסיס דתי?

במונחים **משפטיים** אברר את הטכניקה שמכוחה נוצרה שיטת המשפט העברי. האם ההלכה ניזונה אך ורק מנורמות שנוצרו על ידי ממסד שמקורן סמכותו המוצהר מעוגן בדת או שמא היא הפנימה לתוכה נורמות שמקורן במוסדות חוץ-דתיים? ואולי ההלכה מעניקה משמעות משפטית פנים-הלכתית לשיקול הדעת של המוסד החוץ-דתי עצמו (ולא רק לנורמות שהוא מייצר)?

במונחים **דתיים** תעלה מבין שורות הדיון אפשרות למתן משמעות פנים-דתית לריבונות אזרחית. לפיכך תתעורר השאלה האם ההלכה היא אך ורק יצירה אלוקית, שמיושמת באמצעות מתווכים דתיים, או שמא יש לה היבט רציונלי, מוסרי ותכליתי, שהוא במהותו אנושי, ומקורו ביצירה ובהכרה האנושית?

במונחים **תרבותיים** אעסוק ביכולת של מערכת כללי התנהגות – הלכה – להגיב למציאות משתנה, על אף שלכאורה האתוס ההלכתי המרכזי הוא שמרני ביסודו, דתי – רוחני במהותו ודוגל לכאורה בנצחיות ובחד-פעמיות של מקורו. האם ההלכה היא מערכת אוטורקית טהורה וסגורה, המתעצבת מתוך עצמה? האם ההלכה היא תולדת שיח פנימי של חכמי תורה או שהיא מבטאת דיאלוג רב-דורי ומתמשך, ששותפים לו יחידים, ארגונים וקהלים המתפקדים בהקשרי משמעות מגוונים? אם ההלכה היא תוצר של שיח בין-תרבותי, כיצד מחלחלת תרבות נתונה, על טעמיה, אורחותיה וערכיה המתחלפים, לתוך אורח חיים המונהג על ידי תורה שניתנה בסיני על תגיה ודקדוקיה?

התיאור העובדתי – היסטורי עשוי לתרום לדיון בדבר הקונפליקט בין חוק והלכה בכל אחד ממישורי הדיון הללו. יש בתיאור כדי לפרוס יריעת הקשר רחבה לדיון המתנהל היום בתקשורת, במערכות החינוך וההשכלה הכלליות והדתיות ובזירה הפוליטית בדבר **היחס שבין דין התורה לדין השלטון**. התמונה המצטיירת סותרת את הטבעיות שבה מתקבל כיום הטיעון, המושמע על ידי רבים ממחזיקי ההלכה, בדבר העדר הלגיטימציה הדתית של היבטים רחבים של דין השלטון.

הטיעון שייפרש להלן נועד לשני קהלי יעד גם יחד: שומרי מצוות וחילונים. עבור הציבור הדתי הטיעון מציג אופציה חדשה להתבוננות במערכות המשפט הנוהג מנקודת ראות דתית. יש בו פוטנציאל להקלה במתח



הקבוע שבו נמצא ציבור זה כתוצאה מהפער שבין ההלכה (פסיקה רבנית, הקובעת איסור על היזקקות לערכאות המדינה, שהן ערכאות של גויים) לבין המעשה (היזקקות מלאה, שתוצאותיה משביעות רצון, בדרך כלל). עבור הציבור החילוני, יש בטיעון כדי להבהיר שהמסורת היהודית מורכבת יותר ועשירה יותר מהדימוי שיש לה בקרב ציבור זה. ההלכה, כך יתברר, רגישה לצורכי החיים ומכירה באחריותה להתאים את עצמה למציאות משתנה. לשם כך היא מאפשרת חלחול מתמיד של נורמות, שמקורן במוסדות הנהגה חוץ-רבניים לתוך הקורפוס ההלכתי.

וזהו מהלך הדיון: בפרק השני אציג את עיקרי טיעוני בדבר התרומה המשותפת של דין התורה ודין השלטון להיווצרות ההלכה, כהופעתה היום. בתוך כך אעמוד בקצרה על **הפונקציה** שדין השלטון שימש במסגרת עולם ההלכה ועל **הטכניקה** שבאמצעותה אומצה תנובתו הנורמטיבית. בפרק השלישי, אוכיח את טיעוני. אערוך סקירה היסטורית ובה ארשום בקווים כלליים את המתאר הרב-דורי של מוסדות אלטרנטיביים לרבנות, המוכרים בתולדות ההלכה כבעלי סמכות משפטית. בפרק הרביעי, אצייר את התמונה הכוללת של מקומה המשמעותי והרציף של הנהגה הציבורית בפסיקת ההלכה ובחקיקתה. בפרק הסיכום אדגיש את חשיבות המחקר העתידי בתחום לא רק מהבחינה התיאורטית – לשם הבנה טובה יותר של דרכי התפתחותה של ההלכה ושל מערכת היחסים בין דת ושלטון ביהדות, אלא גם מהבחינה היישומית – לשם לימוד מהעבר על ההווה וכמפתח אפשרי ליצירת מודל התייחסות הלכתי לתוצר הנורמטיבי של שיטת המשפט הנוהגת במדינת ישראל. בתוך כך אעמוד על המגבלות הלא-טריטוריאליות של יישום המודל ההיסטורי האחד על מציאות חיינו, שבה מוסדות השלטון ורוב המאיישים אותם נעדרים מחויבות דתית.



עמוד ריק



א. דין תורה ודין שלטון כמסלולים משלימים

על פי המסורת, התורה שבכתב ניתנה, במעמד הר סיני, לכלל ישראל. לעומתה, התורה שבעל-פה נמסרה ליחידים, אישים נבחרים בעם ישראל: "משה קיבל תורה מסיני ומסרה ליהושע, ויהושע לזקנים, וזקנים לנביאים, ונביאים מסרוה לאנשי כנסת הגדולה."⁸

פועלה המונומנטלי של התורה שבעל-פה הוא גישור בין הנצחי לבין המתחלף; יישום התורה שבכתב, שהיא תורה קבועה בעלת ממדים על-היסטוריים, במציאות חיים משתנה, המתפתחת בתוך היסטוריה ריאלי. זהו מהלך אדיר היקף ועדין ביטוי של עיבוד ויצירה תוך שימור של "תורה בלתי מוחלפת", כך שתתפקד כ"תורת חיים." תורה, אשר בו זמנית, 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 חווית קיומם, ברוחה שלה.

כיצד מתבצע עיבודה של התורה, תוך שימורה, על ידי ה"מקבלים" הנבחרים של התורה שבעל-פה, מסיני ועד ימינו? בעקרון, זוהי משימה פרשנית מתמשכת. מלאכת קודש של גילוי, חשיפה וקיבוץ של שמועות, ביאורים, פירושים ודינים שהועברו מדורות קודמים, שבצידה שקלא וטריא בדבר הבנתם, יישומם וחידושם (באמצעות מכשירים משפטיים כגון גזירה, מנהג, תקנה ודרשה).⁹ התוצר הנורמטיבי של פעולתם של האישים, מופקדי התורה שבעל-פה, בא לידי ביטוי בפסיקה ובחקיקה שתכונה להלן "דין תורה."¹⁰

מי תפקדו בפועל, במהלך הדורות, כ"מקבלים" של התורה שבעל-פה, תוך הפעלה של סמכות שיפוטית וסמכות חקיקתית לשם יישומו של דין תורה? האם ניתן לזהות תבנית קבועה של זיקות-שייכות של פוסקים ושל מחוקקים לממסדים כלשהם שתפקדו במהלך ההיסטוריה היהודית?

האחראים על יישומו ועל חידושו של דין התורה הן הדמויות הרבניות המרכזיות שעלו על במת ההיסטוריה שלנו – "חכמים", שזיקת השייכות



שלהם, הן במובן הארגוני – פונקציונאלי והן במובן התודעתי, היא למנהיגות הדתית והרוחנית של העם. אכן, דמויות תורניות נתפסות על ידינו כמתווך אנושי טבעי בין התורה, "כנתנתה בסיני", לבין המציאות הקונקרטית.

ברם, אין להסיק מכך כי חכמים היו בעלי סמכות משפטית אקסקלוסיבית בחברה היהודית וכי דין תורה היה המרכיב הבלעדי של מערכת הנורמות על פיה חיו יהודים שומרי תורה ומצוות. למעשה, שיטת המשפט שהסדירה את חייהם של היהודים במהלך ההיסטוריה – שיטת משפט שנקראת בשם "הלכה" (וכלול בה גם מה שמכונה כיום "משפט עברי" או "משפט יהודי") – שהפעילה, כאמור, את דין התורה והנהגה ציבורית – שלטונית של הקיבוץ היהודי, שהפעילה מערכות שיפוט וחקיקה שתוצרם יכונה להלן "דין שלטון".

ההלכה, כפי שנתפסה על ידי צרכניה מדור דור וכפי שהיא מוכרת לנו כיום, היא תוצר משולב של נורמות שמקורן בשני הממסדים ובשני המסלולים הנורמטיביים – דין התורה ודין השלטון. שני הממסדים התקיימו במקביל (כרונולוגית וגיאוגרפית), תוך שהם מפגינים רמות משתנות של הכרה הדדית ושל בקרה הדדית, האחד בתוצר הנורמטיבי של האחר. התמונה הכוללת של פועלם המשותף היא מתן לגיטימיות דו-צדדית, דתית וציבורית, למערכת הנורמות ההלכתית.

הטיעון המרכזי שיעלה מנייר עמדה זה הוא, **שיישומה של ההלכה במסלול של הנהגה הציבורית, במקביל למסלול התורני, הוא מהלך קבוע בהיסטוריה של ההלכה**. הצטברות העובדות ההיסטוריות מלמדת על כך שמהלך זה איננו תלוי תיאוריה או צורך שהתפתחו בזמן או במקום מסוימים, אלא הוא **הכרח הטבוע בתהליך התפתחותה של ההלכה**.

זאת ועוד, אגב חשיפת מקומה של המנהיגות הציבורית בהפעלת ההלכה, מתגלה לעינינו פנומן תרבותי מרתק של דיאלוג רב-דורי עקיב ומתמשך בין מערכת דתית למערכת שלטונית, המתנבאות שתייהן בשפה הנורמטיבית של ההלכה. תופעה זו ראויה לתשומת לבם של המעוניינים לעמוד על טיב היחסים בין דת ומדינה במסורת היהודית.

העובדות מלמדות על קיומה של תבנית קבועה של מסלול נורמטיבי משלים לדין התורה הרבני, באמצעות ממסד חוץ-רבני. קביעותה של התבנית במהלך הדורות, על אף ייחודיותם של פרטיה, מסתברת עקב **המטרה** הפונקציונלית הקבועה שהממסד החוץ-רבני מילא במהלך



ההיסטוריה של ההלכה ולאור הטכניקה הקבועה שבה נקטה ההלכה לצורך מימוש המטרה.

ב. המטרה

בתהליך התפתחותה של כל שיטת משפט נדרשת מלאכת תיווך בין המציאות המשתנה לבין המערך הנורמטיבי המחייב באותה שיטת משפט. בשיטות משפט שאינן בעלות מאפיינים דתיים, אנו מורגלים לראות את ההנהגה הציבורית נושאת פונקציה זו. כך, למשל, בדמוקרטיה מערבית מערכות המשפט נוצרות ומתפתחות באמצעות אורגנים של המדינה – הרשות המחוקקת והרשות השופטת. הרשויות הללו הן ביטוי מודרני של ההנהגה הציבורית. יתרון של הנהגות ציבוריות (יחסית לאליטות אחרות) בעיצוב נורמות תואמות מציאות הוא רב פנים, מובן אינטואיטיבית ואיננו זקוק להסבר ולהוכחה.

כמובן, בשיטת משפט דתית התמונה יותר מורכבת: מטרת המערכת הנורמטיבית הדתית עשויות לכלול, בנוסף על הסדרה חברתית בבחינת מניעה של "איש את רעהו חיים בלעו", גם יעדים רוחניים. כך, למשל, הענף המשפטי ההלכתי העוסק ביחסים שבין אדם למקום מיוחד את ההלכה משיטת משפט רגילה, שאיננה דתית. לפיכך ברור, שלימודה ושימושה של מערכת משפט דתית חייבים להימסר גם לדמויות סמכות, שמקורות שאיבתם – במונחים של השכלה, ניסיון חיים ותודעה – קשורים באופן אינטימי בעולם רוחני – דתי. אולם, כאשר מדובר בהלכה, שהיא שיטת משפט דתית שאיננה מפרידה את הדת מהחיים, ושבבסיסה שאיפת תפקוד כ"תורת חיים", המסדירה מציאות אנושית דינאמית, אין להניח שהיא יכולה לוותר על התרומה הגדולה של ההנהגה הציבורית כמקור נורמטיבי.

ואכן, העובדות ההיסטוריות מלמדות כי בצד הרבנים, אנשי הרוח, בעלי היתרון היחסי בהבנת היסוד הדתי של ההלכה, התקיים תמיד מקור הלכתי שנבע מההנהגה הציבורית, בעלת היתרון היחסי בהבנת המשמעויות החוץ דתיות של ההלכה. השמירה המופלאה של הרלבנטיות של ההלכה לאורך הדורות היא תוצאה של אימוץ הכוחות המשותף והבקרה ההדדית של שני הזרמים שמהם מתמלא ים ההלכה: החכמים,



אשר מפתחים את ההלכה תוך הדגשה של הזיקה לעקרונותיה התיאולוגיים¹¹ והמנהיגים הציבוריים, אשר נוטלים על עצמם את הפן הריאלי של משימת התיווך בין ההלכה לבין המציאות המשתנה.¹²

שאלה נפרדת, ומעניינת, צריכה בירור: האם ההסבר המוצע על ידי לשניות המוסדית בהלכה, התקבל על דעתם של ה"מקבלים" הרבניים של התורה שבעל-פה? האם החכמים התייחסו למערכת הנורמטיבית השלטונית כהכרח בלתי יגונה או שמא ראו בה השלמה חיונית, בעלת אופי מאזן, למפעל ההלכתי?¹³ חשיפת התודעה של קברניטי מערכת המשפט ההלכתי הרבני ביחס לשניות המוסדית במערכת ההלכה צריכה להתברר באמצעות בחינה ביקורתית של ההצדקות האינטלקטואליות שנתנו חכמים למציאות זו. בכך אעסוק בהזדמנות קרובה.

ג. הטכניקה

המודל המשפטי, שבאמצעותו ניוונה ההלכה לדורותיה מהתוצר הנורמטיבי של מוסדות ההנהגה הציבורית, הוא בעל מאפיינים קבועים. שיטת המשפט הנוהג בקהילות ישראל הכירה בקיומן של קטיגוריות פתוחות לייבוא נורמות שמקורן איננו רבני. היא העניקה משמעות נורמטיבית, פנים-הלכתית, לתוצר של שיקול הדעת של מוסדות המנהיגות הציבורית.¹⁴

ודוק: אינני טוען שכל הכרעה של המוסד השלטוני תיקלט על ידי ההלכה, שהרי שיטת משפט חפצת זהות חייבת לשמור על התאמה בין הנורמות המיובאות לבין העקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט הקולטת. לפיכך, בקצהו של צינור היבוא קיימת מסננת שתפקידה החשוב הוא לסייג את ההשפעה הזרה בהתאם לעקרונות השיטה. אולם ראוי לבדוק את קוטרם של החורים במסננת ההלכתית: האם ההלכה לדורותיה נהגה להקשות על הייבוא הנורמטיבי או שמא נהגה פתיחות בקבלת השפעות מהחוץ? חשיבותה של נקודה זו גדולה¹⁵ וגם היא טעונה בירור נפרד.¹⁶

בכל מקרה, המאפיין הנידון כאן הוא, שהנחת המוצא ההלכתית היא, שהנורמה השיורית, שמקורה במוסדות משפט חוץ-רבניים, תיקלט. רק נרמה שתסונן החוצה, עקב אי התאמתה לשיטה, לא תתקבל. במקרים שהנורמה איננה נקלטת, הדבר נובע מפגם כלשהו בתוכנה של הנורמה



הספציפית ולא מפגם עקרוני, העולה מאי הכרה¹⁷ של ההלכה בעצם יכולת התפקוד של יוצר הנורמה במסגרת שיטת המשפט ההלכתית.¹⁸ כמובן, לא כל מוסד משפט חוץ-רבני ייטול את הדין. כפי שיוסבר בהמשך, המוסדות המשפטיים שההלכה מוכנה להיזקק להם לצורך פיתוחה, הם כולם, ללא יוצא מהכלל, גופים שלטוניים, המבטאים את בחירותיה של הנהגה ציבורית (לאומית, מקומית או קהילתית).

היינו, במהלך ההיסטוריה של ההלכה ניכר **צורך קבוע** בהשלמה ובהתאמה נורמטיבית של ההלכה על מנת לענות לאתגריה של מציאות משתנה. במהלך הדורות ננקטה **טכניקה אחידה** למימוש הצורך (הכרה בהכרעות של אחר) והיא הופעלה על ידי **אמצעי זהה** (מוסד שלטוני המבטא הנהגה ציבורית, ולא ממסד המבטא העדפות של אליטה אחרת, כגון כהונה או נבואה).

מסתבר, אם כן, שהתבנית שתוצג כאן, של מעורבות ההנהגה הציבורית בעיצוב ההלכה, איננה תלויית תיאוריה או צורך שהתפתחו בזמן או מקום מסוימים, אלא היא הכרח הטבוע בתהליך התפתחותה של ההלכה. אעבור להצגת העובדות.



עמוד ריק



א. בין עובדה לנורמה

כמוסבר לעיל, נייר עמדה זה איננו מטפל בשאלת מקומה של ההנהגה הציבורית ביישום וביצירת נורמות, מנקודת הראות של דין התורה הפוזיטיבי. לכן אדלג על הדיון ההלכתי המהותי בשאלה המעניינת האם דין התורה קובע נורמה, לפיה סמכות השיפוט או החקוק בסוגיה פלונית (או בכלל) מסורה לגוף אלמוני, שעל חבריו יכולים להימנות אך ורק בעלי תכונות מסוימות.¹⁹

תחת זאת אברר להלן מי היה בעל סמכות הפסיקה והחקיקה בפועל, **כעניין שבעובדה**, בקהילות ישראל במהלך ההיסטוריה. האם הניסיון ההיסטורי מלמד, שבנוסף להנהגה התורנית, גם ההנהגה הציבורית היוותה פורום קבוע שבמסגרתו התפתחה שיטת המשפט הנוהגת בין יהודים – ההלכה?

אכן, אין הכרח להסיק מקיומה של "עובדה" ("is") על קיומה של "נורמה" ("ought")²⁰ ויתכן, אנליטית, שעובדה תתקיים בהעדר נורמה או אפילו בסתירה לנורמה. לכן, ניתן לגרוס שגם אם יוכח מקומה החשוב של ההנהגה הציבורית בהפעלת ההלכה כעניין שבעובדה, אין לייחס לכך חשיבות נורמטיבית ואין להסיק מכך על התוקף "לכתחילה" של מציאות זו. אבל, לדעתי, הוכחה עובדתית של קיום רציף ועקיב של הקצאת סמכויות שיפוט וחקיקה למוסד בעל מאפיינים קבועים מלמדת על **הצורך** העולה מניסיון החיים הרב-דורי בהקצאה זו של סמכויות.

זאת ועוד, עובדות המעידות על הפעלה שיטתית של סמכות על ידי מוסדות בעלי מאפיין קבוע, כל אחד בזמנו, במקומו ובנסיבות הייחודיות לו, מסמלת גם הכרה מתמשכת בערך העצמי של המוסדות הללו ועל **הלגיטימיות** של הקצאת הסמכויות המשפטיות למוסדות אלה, בעיני דורות רבים. במובן זה יש לאופן תפקודם של המוסדות גם משמעות נורמטיבית.²¹ מכאן חשיבותו של הטיעון.



ב. על שניות מוסדית בהלכה

אחרים כבר עמדו על ריבוי מוסדי בהפעלת סמכות השיפוט והחקיקה במערכת ההלכה.

ב"תולדות ההלכה" מתאר רב צעיר (פרופ' חיים טשרנוביץ) שלושה מקורות ראשוניים להלכה:

... מכיוון שהמצוות היו נהוגות בישראל בכוח סמכותן העצמית, לא בכוח המלה הכתובה, בעל כורחנו אנו מוכרחים להניח מציאות איזו 'גזירה עליונה' המניעה את גלגל החוק, והם הם המחוקקים או 'המקבלים' בלשון חז"ל, שהם היו גוזרי גזרות ומייסדי הלכות על פי איזה כוח מכריע, מוסרי או גשמי, שפקודותיהם היו חוק ולא יעבור ושכוחם וגבורתם נוצרו הלכות ונתקנו תקנות ונגזרו גזרות.

מנהיגי המלוכה, הכהונה והנבואה הם שהיו מחוקקים והמקבלים והמוסדות הללו הם ששימשו בית היוצר של ההלכה (ההדגשה במקור).²²

לדעתו, המלוכה הנחילה להלכה את היסוד המדיני – משפטי;²³ מהכהונה השתלשל היסוד הדתי – תיאולוגי של ההלכה; ומהנבואה ירשה ההלכה את היסוד המוסרי – חברתי. משנכחדו המלוכה, הכהונה והנבואה כמוסדות עצמאיים, נתמזגו היסודות השונים להלכה, בצורתה לפנינו. אולם, ההבחנה בין שלושת המקורות השונים של ההלכה נשמרת גם לאחר הכחדת המוסדות הראשוניים: את המלוכה ירשו הנשיאים, ראשי הסנהדרין ואבות בתי הדין; את הכהונה ירשו בעלי מדרש התורה, החכמים מורי ההוראה והדיינים; ואת הנבואה ירשו הסופרים והמקבלים הראשונים ובעלי השמועות.

השקפה זו, מטעים המחבר, איננה תואמת את הדעה המקובלת:

מנויה וגמורה בבית מדרשם של חוקרי כה"ק האחרונים שכל התורה כולה עומדת על רגל אחת, רגל הכהונה, כי המגמה העיקרית שבתורה הייתה לדעתם היסוד הפולחני, ועל ידי כך הם באים להרים את היסודי הדתי – תיאולוגי שבתורה על היסוד המשפטי שבה ולהטעים בכלל את השפעת הכהונה על התורה ולהמעיט את השפעת הנבואה והמלוכה. כל ההשקפה הזאת ...



אינה עומדת בפני התבוננות פנימית ברוח התורה ובכל שאיפתה ומגמתה. האופי הכללי של מצוות התורה הוא גזירת מלכות, מצוות עשה ומצוות לא תעשה. הכוח המכריע שבתורה הוא כוח מחוקק של מגמה מדינית חברתית, והוא הדין לתורה שבעל-פה יורשת נחלתה...

בחיבור מתואר בהרחבה מקומו המרכזי של המלך כמקור להתהוות ההלכה בתקופת המקרא.²⁴

ערב הקמת המדינה הבינו חלק מרבני התקופה והוגיה את הצורך בהתמודדות עם האתגר המודרני של קיום יהודי, במסגרת דמוקרטיה ריבונית, המתנהלת על ידי רוב יהודי שאיננו שומר תורה ומצוות. בתוך כך הם התחבטו בשאלת המשמעות הדתית שיש ליתן לתוצר הנורמטיבי של מערכת המשפט הישראלית: חקיקה של הכנסת ופסיקה של בתי המשפט.

אחד המודלים שהוצעו לשם הכשרת 'משפט המדינה' מנקודת ראות דתית היה מבוסס על הכרה בעובדת השניות המוסדית של המשפט העברי. הדגש המרכזי הושם על השניות בין 'משפט התורה' ל'משפט המלך'. ביטוי לכך נתן הרב ד"ר שמעון פדרבוש:

... למעשה נסתעפו המשפט הממלכתי והתורני לשתי חטיבות מיוחדות עוד מראשית התהוותם. התבדלות זאת התבטאה גם בבחינה אירגונית וגם בבחינה מהותית. שני מוסדות נפרדים נתיחסו במדינה העברית לשיפוט הממלכתי והדתי, ואף הבדלים יסודיים היו ביניהם, אשר לבירורם יש חשיבות מיוחדת בעיקר בשביל אלה השואפים לחידוש החיים המדיניים בישראל ברוח חוקת התורה.

למלך או לשלטון המדיני הייתה סמכות מלאה של תחוקה ושיפוט בעבירות שבין אדם לחברו ובין האזרח והמדינה; ואף על פי שגם על התחוקה הממלכתית הזאת להיות חדורה ברוח התורה ומוסר היהדות, אולם הרשות ניתנה להנהגת המלוכה לחוקק חוקים משלה במשפט האזרחי והפלילי לפי צרכי השעה והמקום ולהטיל עונשים אף במקרים שהתורה הקלה. ההפרדה בין רשות התורה והמדינה היא על פי התורה עצמה...²⁵

הרב י" א' הרצוג, הרב הראשי לישראל, במאמרו "לקראת מדינה יהודית" שנכתב כחודשיים לאחר קום המדינה, היה ער לאפשרות הגלומה בהכרה בקיומה של שניות מוסדית בהלכה לצורך הקלת המתחים שבין משפט



התורה והמשפט יציר הריבונות הישראלית. אולם הוא איננו מוכן לילך בדרך זו, באשר קיומן של מערכות כפולות של סמכות נדמה לו בלתי אפשרי. זו לשונו:

והנה עד שאני טורח בפתרון בעיית ההתאמה בין משפט התורה למשטר הדמוקרטי, במדינה היהודית, אני כבר רואה תמהים עלי: כל הטורח הזה למה? הלא בא אחד מאחרוני הראשונים, רבינו ניסים ז"ל, והושיט לנו הכל בקנה, הר"ן ז"ל בדרשותיו דרשה יא מניח שיש שני מיני משפטים בישראל, משפט התורה ומשפט המדינה, או משפט המלך. ... קבלת דעתו ודאי שהייתה מקילה לנו בהרבה, אבל אני רואה קשיים גדולים ליישבה. ... אם באמת קיים סידור כזה בחוקת התורה, היה זה פותח גישה חדשה לכמה מהבעיות שעסקנו בהן ושנעסוק בהן, אבל במחקר היסטורי אין לנו עסק וגם לא יועיל לנו. מצד ההלכה לא באים בחשבון אלא מקורות מוסמכים של משפט התורה ועל פיהם אין יסוד להנחה זו של משפט כפול או מקביל של שתי סמכויות.²⁶

היינו, בניגוד לדעת הר"ן, הרואה ב"משפט המדינה" (דין השלטון) חלק מ"חוקת התורה" (הלכה), הרב הרצוג גורס שחוקת התורה כוללת רק את משפט התורה (דין תורה).

פרופ' מנחם אלון מציין גם הוא את עובדת השניות של המשפט העברי (שהוא, לדידו, חלק של ההלכה):

חכמי ההלכה ובתי הדין מילאו את התפקיד המרכזי בפיתוח מערכת המשפט העברי. נוסף על אלה פעל בכל דברי ימי המשפט העברי עוד גורם יוצר ומפתח, והוא – הסמכות השלטונית של העם, על הצורות השונות שלבשה סמכות זו בהיסטוריה העברית: ממנהיגי העם ומלכיו, הנשיאים וראשי הגולה ועד לציבור בדמות הקהילה, או בדמות איגוד של קהילות, שפעל באמצעות נציגיו הממונים או הנבחרים.²⁷

העקבות שהשאירו הרבנים והחוקרים שצוינו לעיל, כמו גם אחרים, בשדה המחקר של סוגיית השניות המוסדית במשפט ההלכה, מציבות ציונים לדרך עתידית, שטרם נכבשה. הפרוץ מרובה על העומד ושורה ארוכה של שאלות ממתונות לגואל ומשיב. יתירה מזאת, היקפה המלא של התופעה טרם התברר והתמונה העובדתית הכוללת לא התבהרה. בכך נעסוק להלן.



ג. מלך וזקנים – תקופת המקרא:

ניצנים לשניות המוסדית בהפעלת ההלכה ניתן לגלות כבר בתורה.

יעקב מברך את יהודה – "לא יסור שבט מיהודה ומחקה מבין רגליו" (בראשית מ"ט, י), ומשה מברך את לוי – "וללוי אמר... יורו משפטך ליעקב ותורתך לישראל" (דברים ל"ג, ח, י). מצירופם של שני המקורות עולה חלוקת תפקידים: ההנהגה השלטונית נמסרת ליהודה; ההנהגה הדתית מופקדת בידי לוי. החשוב הוא, שמפוט הפסוקים עולה, שאלו גם אלו בעלי סמכות משפטית.

בספר דברים מופיעה השניות כך: "כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע דברי ריבת בשעריך וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלהיך בו. ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם ודרשת והגידו לך את דבר המשפט" (דברים י"ז, ח-ט). לצד 'הכהן הלוי' מתפקד במערכת המשפט בעל סמכות אחר – 'השופט'. יש המזהים אותו כמלך ישראל.²⁸

כיצד מתממשת השניות הרמוזה במקרא, הלכה למעשה, במוסדות אלטרנטיביים לרבנות?

בתחילה, שתי הפונקציות ההנהגתיות בעם ישראל – ההנהגה הרוחנית וההנהגה השלטונית – התממשו באינדיבידואל בודד. כך במשה, כך ביהושע²⁹ וכך כנראה עד סוף תקופת השופטים. הנביא או השופט, בעלי התפקיד השליחי – כריזמטי, הם בו זמנית גם מנהיגים רוחניים וגם בעלי סמכות שלטונית, ככל שזו הייתה קיימת. ממילא ברור שהם גם בעלי סמכות שיפוטית.³⁰ רק מאוחר יותר, ככל שהעם הולך ומתבסס בארצו, כך גם נפרמות שתי הפונקציות זו ומזו וממילא הולכות ומתבדלות הסמכויות המשפטיות המקבילות האחת מרעותה ונחשפת לעין כל השניות המוסדית של משפט ההלכה.

בתקופת שמואל הנביא מתרחשת סיטואציית התשתית, הלא היא פרשת "משפט המלך". במונחים מודרניים מדובר במהפכה חוקתית: סמכויות הביצוע מועברות מההנהגה הרוחנית לזרוע חדשה של השלטון – המלך.

מהם הכוחות הדוחפים לפיצול הפונקציות ההנהגתיות דווקא בתקופה זו? ספקולציה מסתברת אחת, מתמקדת בהיבט הצבאי – מבצע: ³¹ בימי "שפוט השופטים", עם ישראל היה פדרציה של שבטים שאינם כפופים



לשלטון מרכזי. הם נהנו מההנהגתם הכריזמטית של שופטים ונביאים, אולם זו הייתה הנהגה מזדמנת, בלתי רציפה. העדר הרצף השלטוני סיכל את אפשרויות ההתארגנות הקולקטיבית של העם לאורך זמן. מנגד, האויבים שהקיפו אותם, ובמיוחד הפלשתים, הצטיינו בארגון מדיני יציב. רציפות השלטון אצל הפלשתים נשמרה, בדרך כלל, באשר השלטון עבר בירושה בשושלות משפחתיות. הריכוזיות וההמשכיות אפשרו לפלשתים פיתוח של נכסים ציבוריים לטווח ארוך: צבא קבע וחיל מרכבות. ההבדלים שבין המבנה השלטוני-ארגוני של עם ישראל ושל שכניו-צרי, הביאו את העם למצב של נחיתות צבאית שהטילה צל כבד על עצם יכולתו לשרוד. על רקע זה יש להבין את דרישת זקני העם משמואל הנביא: "שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים" (שמואל א, ח, ה). הדרישה המופנית למנהיג הכריזמטי נועדה ליצור מוקד כוח חדש, שלטון ריכוזי רציף. על פי ניתוח זה, עיקר הדרישה למלך מקורה בנחיצות של מנהיגות מבצעית.

תהא הפרשנות למתואר בספר שמואל אשר תהא, לשון הכתוב מלמדת שהסמכויות המבוקשות עבור המלך כוללות לא רק סמכויות ביצוע אלא גם סמכויות משפטיות. דבר זה עולה הן מההקשר של דרישת זקני העם³² והן מהלשון המפורשת של פנייתם לשמואל.³³ מסתבר אם כן, שהשניות המוסדית במסורת המשפטית שלנו החלה בד בבד עם קימומו וכינונו של משטר מסודר של הנהגה ציבורית ריכוזית. אכן, בהמשך, מוצג בתנ"ך, בהזדמנויות רבות, המלך – המנהיג, כבעל סמכות שיפוטית עליונה.³⁴

המנהיגות הציבורית של עם ישראל בתקופת המקרא נשענה לא רק על הדגם של מנהיג יחיד, אלא גם על דגם אחר של מנהיגות – מנהיגות קולקטיבית. בצד המנהיג הלאומי היחיד – משה, יהושע, שופט, מלך, התקיים במהלך כל התקופה מוסד הנהגתי נוסף – הזקנים.³⁵ כפי שעולה מהמקורות, הזקנים מילאו את תפקידי ההנהגה ברמה התת-שבטית וברמה המקומית (יישוב, עיר). הם תפקדו כמוסד קולקטיבי³⁶ שהיה נחות בהירארכיה ההנהגתית יחסית למנהיג הלאומי ואפילו יחסית למנהיג השבט (ראש או נשיא).³⁷ בדרך כלל הזקנים לא מילאו תפקידי הנהגה לאומיים (אף שנקראו "זקני ישראל" או "זקני העם" או "זקני הארץ"), אולם, התמונה הכוללת של תפקודם מלמדת על סמכויות ציבוריות נרחבות שמעניקות להם מעמד ברור של מנהיגות חברתית.³⁸

והנה, מעיון במקורות עולה, שכשם שהמנהיג היחיד היה בעל סמכויות שיפוטיות, כך גם ההנהגה הקולקטיבית של הזקנים. למעשה חלק מרכזי



מהמידע הישיר על תפקודם מתרכז בהפעלת הסמכויות שהיו להם בתחום המשפט. הזקנים עסקו בעיקר בדיני המשפחה והפרט על הסתעפויותיהם (כולל דיני ירושה, נחלה, יחסים פנים משפחתיים)³⁹ ובנושאים הנוגעים לשפיכת דם.⁴⁰ הם גבו עדויות, אישרו עובדות וכמובן גם פסקו. במקום מושבם, שער העיר, התנהל בית הדין המקומי בנושאים שבסמכותם.

עולה מהאמור, שבתקופת המקרא התנהלו בו זמנית שתי מערכות משפט: הנהגה לאומית שנמסרה ליחידים; והנהגה מקומית שנמסרה להנהגה הקולקטיבית של הזקנים. שני מוסדות המשפט הללו תפקדו בדרך כלל ללא חיכוכים מיוחדים, ואין עדות ישירה במקרא לניסיון של משפט המלוכה להחליף את המשפט המסורתי של הזקנים,⁴¹ על אף העצמאות המאפיינת את מוסד הזקנים. יש בעובדות שצוינו כדי לאושש את הטענה של קיומה של שניות מוסדית של מערכות משפט כבר בתקופת המקרא (אף שאין בידי סימוכין לסיווג נפרד של שתי המערכות על בסיס האבחנה שבין מנהיגות רוחנית למנהיגות ציבורית).

ליהושפט בן אסא מלך יהודה מיוחסת רפורמה משפטית מקיפה: בצד חידוש מערכת השיפוט המקומית, הוא הקים – כנראה לראשונה – גם בית משפט לערעורים בירושלים.⁴² גם כאן מתגלית השניות: לבית המשפט החדש לערעורים מונו על ידי יהושפט שני סוגי שופטים: מחד גיסא, לויים וכוהנים, ובראשם "כהן הראש", והם האחראים ל"דבר ה'". מאידך גיסא, ראשי אבות, ובראשם "הנגיד לבית יהודה", והם האחראים ל"דבר המלך". יתכן כי ראשי האבות, ששולבו במערכת המשפטית מטעם המלך, הם קבוצה נבחרת של זקנים.⁴³ כך או אחרת, שתי המערכות המקבילות – זו שעניינה "דבר ה'", ומסתבר שהיא הנהגה רוחנית וזו שעניינה "דבר המלך", ומסתבר שהיא הנהגה ציבורית – עוסקות ב"דבר משפט".⁴⁴

ד. נשיא וראש גולה – תקופת המשנה והתלמוד

בתקופת המשנה והתלמוד התקיים העם בעיקר בשני קיבוצים: ארץ ישראל ובבל. בכל אחד משני המקומות התקיימה דיארכיה: בארץ ישראל תפקדו, זה לצד זה, הסנהדרין והנשיאות; בבבל – ראשות הישיבות (סורא ופומבדיתא) וראשות הגולה. בהכללה ניתן לקבוע, שחלוקת התפקידים בין המרכיבים של כל אחד מהצמדים הייתה, שהנשיא וראש



הגולה היו, בעיקר, מנהיגים ציבוריים של קהילותיהם,⁴⁵ ואילו הסנהדרין וראשי הישיבות שימשו, בעיקר, כהנהגה דתית, רבנית באופייה.⁴⁶

החשוב לענייננו הוא, שגם בתקופת המשנה והתלמוד, סמכויות משפטיות, הן בארץ ישראל והן בבבל, לא היו שמורות אקסקלוסיבית בידי הממסד הרבני. ההנהגה הציבורית של התקופה, ראש הגולה והנשיא, הפעילה סמכויות משפטיות משמעותיות באמצעות בתי דין עצמאיים שהנשיא וראש הגולה, כל אחד במקומו, עמדו בראשם.⁴⁷ כך, למשל, קיימות בידינו עדויות לפיהן היקף סמכות השיפוט של בית דינו של ראש הגולה היה נרחב: הוא דן בעיקר בתחום המשפט האזרחי והתמחה בדיני ממונות.⁴⁸ אך מצויות גם עדויות על דיונים שהתנהלו בבית דינו של ראש הגולה ביחס לעונשי גוף ולדיני נפשות וביחס לדיני איסור והיתר.⁴⁹ הנשיא ובית דינו פסקו אף הם בדיני ממונות⁵⁰ והתכנסו לפסוק הלכות לכלל ישראל בשעה שלא נתכנסה הסנהדרין. יש הסוברים שבית הדין של הנשיא שימש כבית דין לערעורים.⁵¹ הכל מסכימים שהנשיאים עסקו בחקיקה ענפה בתחומים שונים.⁵²

מסיטואציות שונות המובאות בתלמוד עולה מערכת יחסים מורכבת בין שני הממסדים. לעיתים קיימת הכרה,⁵³ ואף התבטלות,⁵⁴ של הממסד הרבני בפני בית דינו של ראש הגולה ולעיתים מתגלה מאבק כוחות שבמסגרתו פועל כל ממסד על מנת להצר את רגליו של הממסד האחר.⁵⁵ דומה כי גם הסנהדרין והנשיא נאבקו לעיתים ביניהם.⁵⁶

מהו מקור סמכות השיפוט של ההנהגה הציבורית?⁵⁷ למען הסר ספק יש להדגיש שסמכות השיפוט לא הייתה תולדה של גדלותם התורנית של המנהיגים, שהרי מקובלנו שחלק מהם, בעיקר בקרב הנהגת בבל, לא היו מופלגים בתורה, וחלקם לא קראו ולא שנו.⁵⁸ נראה שניתן להבין את הרקע לסמכויות השיפוט של ההנהגה הציבורית מתוך עיון במקורות הסמכות הכלליים של הנהגה זו. מסתבר שהמוסדות של ראשות הגולה ושל הנשיאות נבנו, בו זמנית, משני מקורות סמכות מקבילים: סמכות דתית וסמכות פוליטית.

הסמכות הדתית עולה מהמסורת החז"לית הרווחת (אף שאיננה מוסכמת על הכל) לפיה ראשי הגולה והנשיאים הם ממשיכיו של בית דוד. אם ההנהגה הציבורית היא גלגול מיתי של המלך דוד, יש לייחס לה סמכויות וכוחות, בעלי אופי דתי-תורני, מעין אלו שהיו למלך. הסמכות הדתית עולה אם כן מכוח הייחוס.⁵⁹



הסמכות הפוליטית, לעומת זאת, נגזרת מהמעמד הריאלי שהיה להנהגה הציבורית היהודית מכוח המשטר הנוהג באותה תקופה.⁶⁰ הנשיאים וראשי הגולה היו בעלי כוח הייצוג הפוליטי והמנהלי של היהודים כלפי השלטונות.⁶¹ על ראשי הגולה, כמו על ראשים של עדות שונות במלכות פרס, הוטלו תפקידים מנהליים מטעם השלטון, כגון האחזקות לגביית המסים בקרב היהודים ופיקוח על המסחר. גם הנשיאים תפקדו כראשים של מנהל ציבורי (בקהילות בארץ ישראל ומחוצה לה) ובין היתר מינו את בעלי התפקידים הדתיים והאזרחיים בקהילות ופיקחו עליהם, גבו כספים למימון פעולות אדמיניסטרטיביות, מינו מפקחים על השווקים, קבעו מחירים ועוד.⁶²

שני מקורות הסמכות הכלליים של ההנהגה הציבורית משלימים זה את זה: הראשון, הדתי, שואב את עוצמתו מהקשר הפנים-יהודי ואילו השני, הפוליטי, מציב את ההנהגה כבעלת סמכות גם מכוח הקשר חוץ-יהודי. ריבוי מקורות הסמכות, והמשמעויות השונות שיש לייחס לכל אחד מהם, מטשטש במידה מסוימת את האפיון החד של ההנהגה הציבורית ושל מוסדותיה כ"חילוניים" לכל דבר או כ"דתיים". עם זאת ניתן לקבוע שבהשוואה לממסד הרבני של התקופה, עיקר מהותה של ההנהגה הציבורית – בוודאי זו של ראש הגולה – איננה דתית, אף אם הייתה לה בזמנו גם משמעות דתית.

באורח דומה, גם מתן סמכות שיפוט להנהגה הציבורית יכול להתפרש כתוצאה מתבקשת משני מקורות הסמכות הכלליים: מהבחינה הדתית, אם המנהיגים נתפסים כצאצאים של בית דוד, הרי שמועברות להם סמכויות ההפעלה של שלטון המלך⁶³ הכוללות גם את הפעלת "משפט המלך". מהבחינה הפוליטית, אם הם אמונים על תיווך בין הממשל המרכזי לבין העדה הישראלית, הם חייבים לקבל לידיהם יכולת שלטון מעשית, כולל קביעת נורמות ואכיפתן, ולצורך כך נדרשת סמכות שיפוטית.

בפועל, בתי הדין של ראש הגולה ושל הנשיא נעזרו ברשות המבצעת של השלטון לשם כפיית הכרעות הדין שלהם⁶⁴ ובכך נהנו מיתרון על פני בתי הדין של חכמים, שלא נהנו מכוח אכיפה דומה. הבדל זה הוא רב ערך לבעל דין, בעת שהוא בוחר את הערכאה השיפוטית לה יזקק, מלכתחילה. אין לפיכך תימה, שבכל הקשור לדיני ממונות, העדיף קהל צרכני הנורמה לפנות, בדרך כלל, לבית הדין של ההנהגה הציבורית, ולא לבית הדין של החכמים. כתוצאה מכך התפתחה בבית הדין של ראש הגולה התמחות



בדיני ממונות והדבר בא לידי ביטויים שונים בתלמוד המרמזים על עדיפותם של בתי הדין של ראשי הגולה על פני בתי הדין של חכמים.⁶⁵

ה. ראש גולה – תקופת הגאונים:

לאחר הכחדתו של היישוב היהודי בארץ ישראל, הקבוצה היהודית הגדולה ביותר התגוררה בבבל. עם כיבוש בבל על ידי הערבים המוסלמים לא נפגעה היכולת של הקיבוץ היהודי לתפקד במסגרת אוטונומית. החיים המאורגנים של היהודים המשיכו להתנהל, כמקודם, בשני צירים: ההנהגה הציבורית של ראשות הגולה ובצידה ההנהגה הדתית – בגלגולה החדש – במוסד הגאונות.

גם בתקופה זו מקורות הסמכות הכלליים של ההנהגה הציבורית של ראשי הגולה היו פנימיים – הסכמת היהודים לקבל את מרותם, וחיצוניים – כתבי מינוי של הח'ליפה המוסלמי.⁶⁶ סמכויותיו של ראש הגולה לאורך תקופת הגאונים, עד לסוף המאה ה-12, היו רחבות ומגוונות. בין היתר, הן כללו סמכות שיפוטית שנצטרפה לסמכות השיפוטית שהייתה, כמובן, חלק מרכזי מסמכויות הגאון. לראש הגולה היה בית דין משלו, הוא מינה את הגאונים לתפקידם ואף הדיח אותם, היה בעל סמכויות ענישה כלפי כל העדה וגם כלפי חכמים ועוד.⁶⁷

כללו של דבר, המוסד של "ראשות הגולה", התקיים במשך תקופה העולה על אלף שנים בפזורה היהודית החשובה ביותר באותה תקופה. באמצעותו נשמרה אוטונומיה יהודית שלטונית תחת משטרים שונים. ראשי הגולה, בהיותם נתפסים כממשיכי בית דוד וכסמל לתקווה לשלטון עצמאי של ממש לעדה היהודית, נהנו, בדרך כלל, מרמת לגיטימציה גבוהה בקרב אחיהם והיוו הנהגה ציבורית אותנטית של פזורת בבל.⁶⁸ בו זמנית הם שימשו כזרוע שלטונית מטעם האימפריה הפרסית ולאחר מכן המוסלמית. תפקידיהם ועוצמתם – כלפי פנים וכלפי חוץ – השתנו מתקופה לתקופה עקב מאבקי כוח פנימיים בינם לבין ההנהגה הדתית וההנהגה הכלכלית של הקיבוץ היהודי בבבל ועקב שינויים במערכת הפוליטית הכללית במסגרתה חיו. תפקידיהם כללו, בין היתר, הסדרה של המשפט העצמי האוטונומי באמצעות מערכות עצמאיות של שיפוט ושל אכיפת החוק. הם גם הפעילו, לעיתים, את עליונותם השלטונית ואף המקצועית נגד מערכת השיפוט הרבנית וראשיה, ראשי הישיבות



והגאונים. שתי מערכות השיפוט פעלו במקביל – לעיתים בהרמוניה ולעיתים בתחרותיות – מתוך הכרה הדדית עקרונית האחת בצרתה.⁶⁹ ניתן לפיכך לקבוע, באופן כללי, שקיומו של הקיבוץ היהודי הגדול בבבל, מתקופת המשנה והתלמוד ועד (לפחות) לסוף המאה ה-12, התאפיין בשניות מוסדית של מערכות המשפט.

1. אורגנים קהילתיים – תקופת הראשונים והאחרונים:

עם סיום תקופת הגאונים תם עידן הפיקוח הריכוזי – של ההנהגה השלטונית וההנהגה הרוחנית – על הפזורות היהודיות.⁷⁰ תחת הריכוזיות וההגמוניה מטעם המוסדות במזרח – בארץ ישראל או בבבל, בא עידן הביזור והאטומיזציה של מערכות השליטה השונות בפזורה היהודית בין קהילות שונות. הקהילות התפתחו אוטונומית, כל אחת במקום מושבה, במובנים מגוונים. הבט מרכזי – ואולי אף מגדיר⁷¹ – של האוטונומיה הקהילתית נגע לארגונה המשפטי העצמאי של הקהילה: כל קהילה היוותה, בדרך כלל,⁷² "משק סגור", יצרני וצרכני, של נורמות משפטיות במסגרת ההלכה. מציאות זו תאמה את המקובל בסביבה שבתוכה חיה הקהילה היהודית באותה תקופה.⁷³

במסגרת האופי המקומי והמסתגר של כל קהילה וקהילה, תפסה כל אחת מהן את עצמה כמהות מדינית שלמה. לפיכך, כל קהילה בקשה לקיים, במסגרתה שלה, המשך ותחליף למוסדות ההנהגה הקודמים, הכלליים – הנשיא/ראש הגולה והגאונים.⁷⁴ אולם, ביזור ההנהגה היהודית בין הקהילות הביא בכנפיו שינוי בדגם השלטוני הפנימי של הקהילה: את מקום המנהיג היחיד (דוגמת המלך, ראש הגולה או הנשיא) תפס מודל מנהיגותי קולקטיבי של נציגי ציבור המתפקדים כאורגן של הקהילה (דוגמת מוסד הזקנים).

בקהילות כיהנו, זה בצד זה, מוסדות רבניים קהילתיים,⁷⁵ שנושאי המשרה בהם היו רבנים פרופסיונאליים, ומוסדות מנהיגותיים קהילתיים, שאוישו על ידי פרנסים ומנהיגים שאינם רבנים. מאחר ו"המשפט התלמודי בהתפתחותו ההלכתית המאוחרת הוא הקובע את הדמות הנורמטיבית של החברה היהודית בכל תחומי החיים הניתנים להסדר חוקי,"⁷⁶ אך טבעי הוא לגלות שמשפט זה פותח ויושם, בו זמנית, על ידי שני המוסדות



גם יחד: הרבנות (יחד עם ראשי הישיבות, במקום בו הייתה הבחנה בין השניים) מחד גיסא, והמנהיגות הציבורית מאידך גיסא, בטריטוריות שבהם התקבלה סמכותם (עיר, אזור וכדומה).

ניתן להבין את הרקע לקיומן של שתי זרועות ההפעלה של ההלכה בתקופה המדוברת מכוחו של ניתוח סוציולוגי ומכוחו של ניתוח משפטי:

באשכנז, במחצית השנייה של המאה ה-14, חודשה הסמיכה לרבנות כעניין מוסדי שמעניק לנסמך תואר ("מורנו הרב"), סמכות ומעמד רבני. אחת ההשלכות להתמסדות הרבנות הייתה, שבניגוד למקובל עד אותה תקופה, היא מיעטה להתבסס על יחסים אישיים של רב-תלמיד ועברה לתבנית התנהגותית של יחסי רב-קהילה. בכך הורחב היקף השפעתה של הרבנות אל מחוץ לבית המדרש⁷⁷ והיא התגלגלה, במהלך המאה ה-15, מרבנות של מומחים ולמדנים, שעיקר תפקידם הוא במישור האינטלקטואלי והחינוכי ומחוזות השפעתם הם בעיקר בקרב תלמידיהם, לרבנות של בעלי מקצוע, הנושאים במשרה ציבורית והמתפקדים כמנהיגים דתיים של הקהילה כולה, כולל בעלי הבתים שבה.⁷⁸

אולם מיסודה של הרבנות הקהילתית גם יצר יחסים של תלות בינה לבין הקהילה.⁷⁹ בניגוד לרבנות הספונטאנית, רב הקהילה ממונה בדרך פורמאלית מבין מועמדים שונים באסיפה של בעלי הבתים או באי כוחם. הקהילה, שהיא גם המממנת של הרבנות, ממשיכה להחזיק בידה כוח כלפי הרב באשר היא צריכה לחדש את מינויו, לקבוע את שכרו, לשמור על המונופולין שלו מפני רבנות מתחרה וכדומה. לכן, אך טבעי הוא להניח, שכתוצר לוואי לכוח שהחזיקו הקהילה והנהגתה כלפי הרבנות, הם פיתוח מוקדי כוח עצמאיים, ובהם גם מערכת משפט.

ומהסבר סוציולוגי לניתוח משפטי: כפי שצוין לעיל, עם ירידת השפעתו של המרכז המנהיגותי בבבל, נתקבע הדגם המנהיגותי הקולקטיבי של הקהילה ואורגניה. ברם, בהיסטוריה של ההלכה לא היו תקדימים משמעותיים להכרה בסמכות השלטונית של הקהילה או של אורגניה, באשר המודל המנהיגותי הדומיננטי עד לאותה עת היה המודל של מנהיג אינדיבידואל.⁸⁰ עקב כך התעוררה בעיה נוקבת של העדר סמכות הלכתית של כפייה של רצון הצבור, כפי שהוא מתבטא בהחלטת האורגנים של הקהילה או רוב הצבור, על היחיד.⁸¹ כמו כן, עד לאותה תקופה נשמרה סמכות החקיקה בהלכה בידי ההנהגה המרכזית שהוכרה על ידי הלאום כולו ואילו עתה נעלמה הנהגה כזאת מזירת הקיום היהודי. במילים



פשוטות: נדרשה תגובה הלכתית שתתן תוקף מעשי לצורת ההנהגה החדשה שהשתרשה בקהילות.⁸²

הפתרון שניתן על ידי הפוסקים באשכנז, בספרד ובצפון אפריקה בימי הביניים הוא, מתן הכרה לצבור ולאורגניו כמי שבאים תחת המוסדות המנהיגותיים הקודמים – דוגמת נשיא ומלך.⁸³ יתירה מזו, באותה עת נתחדש חידוש המדמה את כוחו של הציבור לכוחו של בית דין.⁸⁴ כפי שמשביר אלון,⁸⁵ ההקבלה לבית דין נדרשת על מנת להאליים את כוחו של הציבור לחוקק גם בניגוד להלכה הנוהגת. היינו, כשם שהפקר בית דין – הפקר, כך גם הפקר הקהל – הפקר. יש הטוענים כי ניתן למצוא מקורות לכך, שההצדקה הרעיונית למתן הסמכות לאורגן של הקהילה היא בכך שהוא נציג ציבור ויונק את סמכותו מסמכות הציבור גופו.⁸⁶ כמובן, קשה להגזים בחשיבותו ההיסטורית של דיון זה לגבי התפתחותו של המשפט הציבורי בהלכה ושל המחשבה המדינית ביהדות. המשא ומתן שניהלו חכמי התקופה נסוב, במובן הצר, לגבי כללי ההכרעה הראויים לקבלת החלטות בקהילה, ובמובן הרחב, עסק במשמעויות של ניהול חיים ציבוריים ובמערכת היחסים של מיעוט מול רוב. מסתבר, שדרכי מחשבה אלו – שיתכן כי המוטיבציה הראשונית להן הייתה לאפשר את תפקודם של האורגנים בקהילה בצד השלטוני – הן שעזרו בפתיחתה של דרך רחבה לתפקודם של האורגנים הללו גם בצד המשפטי.

כך או אחרת, יישומו של המשפט התלמודי למשפט הקהילות נתקל בקשיים, עקב שינוי העיתים והנסיבות. אם את דיני הממונות התלמודיים ניתן היה ליישם באמצעות גמישות פרשנית, דיני הקהילות בתחום המשפט הציבורי – עניינים הנוגעים לצורכי ציבור, ייצוג הקהילה מול הריבון וכיו' – לא יכולים היו להתנהל על בסיס התקדימים ההלכתיים המועטים המופיעים בתלמוד. לפיכך נאלצו הקהילות לקיים את דיניהם באמצעות מקור משפטי חשוב אחר, שאיננו תקדים תלמודי – המנהג. ההסדרים שנהגו בקהילות, בין אלו שנוסחו בספרי הפוסקים ובין אלו שהיו לגביהם עדויות אמפיריות אף אם לא היו חלק מהקודקס, הפכו להיות "מנהג" שקיבל תוקף הלכתי מחייב. בקהילות אשכנז הועלו המנהגים על הכתב ונוסחו באופן נורמטיבי באמצעות מערכת של תקנות המכונות "תקנות הצבור." גם החלטות של אסיפות בעלי הבתים או נציגיהם מנוסחות על ידי הקהילות והופכות ל"תקנות."⁸⁷ חשוב להדגיש כי התקנות לא באו להפקיע את תחולת דין התורה על הנושאים שלגביהם נתקנו, אלא הן נתפסו כמרכיב נוסף של ההלכה.⁸⁸



היקפה המספרי של הקהילה באשכנז הולך וגדל עם חלוף הזמן ובמאות ה-17 וה-18 הקהילות הגדולות מונות אלפי יהודים. לפיכך הן נצרכות למוסדות תפקודיים ולהירארכיות של אחריות בענייני ציבור. כך נוצרים מוסדות ארגוניים של פרנסים, ראשי קהל, ממונים, גבאים, טובים, שתדלנים וכדומה. הללו פועלים במסגרת התקנות הכתובות, שחוברו על ידי נציגי הציבור ואף מתפרשות ומיושמות על ידם לאורך הזמן. כמו כן משמשים הפרנסים כדיינים הן בעניינים הקרובים לפלילים והן בדיני ממונות.⁸⁹ עיננו הרואות, נציגי הציבור, שאינם בעלי סמכות רבנית ולעיתים קרובות אין הם לומדי תורה,⁹⁰ מתפקדים לא רק כרשות מבצעת אלא גם כרשות מחוקקת ושופטת.

הדואליות התפקודית של הרבנות ושל ההנהגה הציבורית באשכנז התקיימה תקופה ארוכה: לגבי המאות ה-14 וה-15 המלומדים חלוקים בשאלה של הערכת יחסי הכוחות בין שני המוסדות. בצד הגורסים שהנהגת הקהילה עברה באותה תקופה לידי הרבנים⁹¹ יש הגורסים ש"במאה ה-15 היו קהילות, ביניהן אף חשובות וותיקות, שפרנסיהן דחקו את רגלי הרבנים מהנהגת הקהל, או שענייניהן הציבוריים התנהלו בעיקר על פי הפרנסים. ברוב הקהילות שלטו הפרנסים, ולא הרבנים, בכל דבר שהיה קשור בקביעת שיעורי המיסים של בעלי הבתים ובגבייתם, ובמציאות החיים של התקופה היא היה זה הנושא המרכזי שבכל ענייני הציבור."⁹² את המצב במאות המאוחרות יותר, 16-18, מתאר יעקב כץ כך: "נמצא, ששתי ההנהגות – של הפרנסים ושל הרב – הדוקות ותלויות זו בזו, ואין האחת יכולה להתקיים ולפעול בלי עזרת הצד שכנגד."⁹³

ומאשכנז לספרד: במאות ה-11 וה-12 נהנו יהודי ספרד מפריחה רוחנית בתחומים רבים. אולם מה היה מצבו של לימוד התורה בקרב יהודי יתור הזהב? בניגוד לדעה המקובלת, מסתבר ששכבת תלמידי החכמים המומחים, בחברה היהודית הספרדית, באותה תקופה, הייתה דקה להפתיע, ובוודאי מדולדלת ממקבילתה ביהדות אשכנז באותה תקופה.⁹⁴ אף על פי כן, העדויות מלמדות כי למערכת המשפט העברי היה מעמד מרכזי בהווייתם של יהודי ספרד. אורח החיים הדתי של קהילות אלו היה תמים; הן כמעט ולא נזקקו לערכאות של גויים אלא צייתו להכוונה ולהכרעה על פי משפט התורה.

ברם, כיצד תפקד משפט זה באופן מעשי וחי בחברה שבה מעטים הם מורי ההוראה תלמידי החכמים? תא שמע, שמציג דילמה זו, עונה: "לצדם של מורי ההוראה המקומיים פעלו בהנהגת הקהל גופים אחדים,



שאנשיהם צמחו מתוך הקהל ונבחרו לתפקידיהם על ידיו. לגופים אלו נתן הקהל, בהסכמתו, סמכויות משפטיות מגוונות, בעידודם המפורש של חכמי ההלכה שבמרכז. כתוצאה מכך קם ועלה בספרד חזיון נדיר בתולדות ישראל, של קיום משפט עברי חי ופעיל בחברה שבה פעלה שכבה דקה בלבד של תלמידי חכמים מומחים.⁹⁵ הגופים המוסכמים – שכוננו, למשל, "ברורים", "זקני העדה", "רוב הקהל" – נעזרו במערכת משוכללת ומתעדכנת של תקנות קהל, שהקיפו את כל תחומי המשפט. הגופים המוסכמים פרשו ויישמו תקנות אלו ומיעטו להיעזר בחוות דעת של חכמי תורה, שבדרך כלל זמינותם המעשית הייתה קלושה. בצד ההכרח לפסוק, בהעדר סמכות הלכתית זמינה, ניתן ליחס את התופעה גם להעדפה של אנשי המקום להכריע בעצמם בענייניהם מתוך היתרון שיש לנבחרים המקומיים, בכל קהילה וקהילה, בהכרת החברה שבתוכה הם חיים, על תנאיה ונסיבותיה המיוחדים.

גם בספרד, התקנות שתוקנו על ידי רוב הקהל, בהתייעצות עם זקני הקהל, הפכו לימנהגי משעה שהחלו לנהוג בפועל על פיהן. לפיכך תוקפן לא הותנה בהכרח בהתאמתן לדין התורה הנהוג עד אותה עת.⁹⁶

בספרד הנוצרית, עם התפתחות מנגנון הקהילה במאה ה-13 וה-14, נהנים היהודים מאוטונומיה רבה והם האחראים על הארגון הפנימי של הקהילות, ובכלל זה על מערכת המשפט. בקהילות מתפקדת הנהגה דתית – דיינים ורבנים; ובצדם, אורגנים המהווים הנהגה ציבורית – זקנים או מוקדמין (בקסטיליה) או נאמנים (בקטלוניה) או גדולי הקהל (בטולדו) ועוד. כפי שקובע בער "במושב 'הזקנים' ישבו בני המשפחות המיוחסות, ובידיהם הנהגת הקהל, משק המיסים ותפקידי דין ומשפט, ללא הפרדה מדויקת בין סמכותם הם ובין רשות הדיינים."⁹⁷ לעיתים סמכויותיהם המשפטיות של המנהיגים רחבות ביותר וכוללות אפילו דיני נפשות.⁹⁸

הרב אסף מתאר את מקומו של "שלטון הקהל" במערכת המשפטית, תוך שהוא כורך יחדיו גלויות שונות, במילים הבאות:

תפקיד משפטי גדול מלא גם שלטון הקהל. יפוי כחו של הקהל בארצות רבות, כספרד, מורביה, פולין וליטא, היו גדול ורב והייתה לו הרשות לדון דיני קנסות ולפעמים גם דיני נפשות. ואמנם דינים אלה היו נדונים ברובם לא ע"י בתי הדין כי אם ע"י הפרנסים, הראשים ו"הטובים", שהיו דנים ע"פ תקנות המדינה, או ע"פ המנהג המקובל שנקבע במשך הזמן, ויש שהיו שואלים



את פי הרב כיצד להתנהג ע"פ דין תורה. גם במקומות שהיו בהם בתי דינים קבועים הצטמצמה פעולתם בעקב במקצוע הגדול של דיני ממונות, ושאר המשפטים נדונו ע"י פרנסי הקהל. ברוב קהילות ישראל היו אפוא שתי רשויות לענייני המשפט: בית הדין ושלטון הקהל.⁹⁹

במוצאי ימי הביניים החלו הקהילות היהודיות להתארגן גם במסגרות על-קהילתיות. קהילות שונות, שהתקיימו בתוככי מלכות אחת, שאפו לקיים קשר ארגוני ביניהן על מנת לפתור חלק מהבעיות שנבעו מקיומן האוטומיסטי.¹⁰⁰ והנה, מעניין לגלות, שהתופעה הנסקרת כאן, של הקצאת סמכויות שיפוט הן לרבנים הן לפרנסים, חוזרת על עצמה גם ביחס לארגונים החדשים, העל-קהילתיים.

כך, למשל, בפולין, משלהי המאה ה-16 ובמשך כמעט 200 שנה, תפקד גוף המכונה "ועד ארבע ארצות", אשר היווה הנהגה ריכוזית של הקהילות המבוססות שם. על הוועד נמנו גם רבנים וגם פרנסים והוא יכול לשמש דוגמא לפשרה שבין הכוחות המרכזיים שתפקדו בהנהגת הקהילות היהודיות. בראשו של הוועד עמד פרנס נבחר, שבדרך כלל לא היה רב. בצד תפקודיו של הוועד כגוף יציג וכמשל מרכזי של הקהילות האמון על תפקידים שונים דוגמת גביית מסים, הוא גם שימש בית דין עליון של יהדות פולין. לפתחו ניתנה ההכרעה בסכסוכים משפטיים שלא באו על פתרונם בקהילות. הוועד גם מתקין תקנות – כולל בענייני איסור והיתר (שמן הסתם נוסחו על ידי הרבנים) – שהיו מוכרזות בשם הוועד כולו, על הפרנסים והרבנים החברים בו.¹⁰¹ ישנן עדויות על הטלת חרמות על ידי הפרנסים חברי הוועד ללא היוועצות בבעלי ההלכה.¹⁰² מאלף התיאור האידילי של בן פולין: "... והיו יושבים בכל יריד לובלין בין פורים לפסח, ובכל יריד ירוסלאב בחודש אב או אלול, והפרנסים של ארבע הארצות היו כמו סנהדרין בלשכת הגזית והיה להם כוח לשפוט כל ישראל שבמלכות פולין ולגדור גדר ולתקן תקנות ולענוש אדם לפי ראות עיניהם. וכל דבר הקשה יביאו אליהם ושפטו."¹⁰³ באורח דומה תפקדו גם ועדי המדינה בליטא¹⁰⁴ ובמורביה כמוסדות פיקוח עליונים על ענייני משפט באותן מדינות.¹⁰⁵

במאה ה-18 חל שינוי היסטורי מכריע, המסמן נקודת מפנה בסיפור הנגול כאן. הקהילה היהודית נחלשה – סמכויותיה הכלליות צומצמו ונפגעה האוטונומיה המשפטית ממנה נהנתה עד עתה. יש לייחס עובדה זו לשתי



תופעות שהתרחשו מחוץ לעולמן של הקהילות: התפתחות הרעיון של המדינה המודרנית וגיבושה והתבססותה של האמנציפציה. הכיצד?

המדינה המודרנית של העת החדשה התאפיינה בשליט ריכוזי ששאף לקיים יחסים בירוקרטיים ישירים עם האזרחים. הקהילה היהודית, כמו גם הכנסייה, האצולה, הגילדה וקורפורציות ייחודיות אחרות, נתפסו על ידי המדינה כמכשול לניהול אדמיניסטרטיבי ולהפעלה של הכוחות הסוברניים של המדינה באורח הומוגני ובזיקה ישירה על כל האזרחים. כמו כן נוצר ניגוד בין המדינה המודרנית, שהיא חילונית באופייה, לבין הקהילה היהודית, שהכוח המארגן שלה הוא הזהות והפרקטיקה הדתית. נוצרו לפיכך נסיבות חדשות העוינות את עצם תפקודה של הקהילה היהודית ככזו.¹⁰⁶

האמנציפציה הביאה בכנפיה רווח והצלה ליהודים מבחינה אזרחית וחברתית, באשר מבשריה דגלו בשוויון זכויות בין כל האזרחים, ובכללם היהודים. אולם, במקביל, נטלה האמנציפציה מההלכה את כוח חיותה הממסדי. היא שמטה את הבסיס לקיום האוטונומי של קהילות היהודים, והחלישה את האוטונומיה המשפטית ממנה נהנו עד אותה תקופה. בית הדין היהודי איבד את כוח הכפייה שלו, ולכן לא היה טעם רב בפניה אליו מלכתחילה. כמו כן, העכבות מפני פנייה לערכאות של גויים הוסרו במידה רבה, הן משום שגבר האמון בערכאות אלה, שהתנהלו במסגרתם של משטרים נוחים יחסית, והן משום שהיהודים הושפעו מתנועת ההשכלה. כפועל יוצא, ההיזקקות לבית הדין היהודי הפכה נדירה יותר ויותר וכוחה המשפטי הממסדי של ההנהגה הציבורית של הקהילה היהודית, כמו גם של הרבנות, אבד.¹⁰⁷



עמוד ריק



ההיסטוריה של ההלכה מלמדת כי במקביל ליצירתה וליישומה על ידי חכמים ומוסדות רבניים שדנו דין תורה, היא ניוונה על ידי מערכת נורמטיבית משלימה, בעלת אופי חקיקתי ושיפוטי, אשר פותחה על ידי המסגרת השלטונית שבמסגרתה תפקד העם היהודי בכל דור ודור. כפי שהראיתי, כבר עם יצירתה של הזרוע השלטונית במסורת היהודית, בתקופת שמואל הנביא, היא תפקדה כבעלת סמכויות נורמטיביות. המוטאציות המתחלפות של הזרוע השלטונית – ציבורית של הציבוריות היהודית מאז ועד המאה ה-18 התמידו לפעול בדרך זו. אכן, למעשה, קשה לאתר בהיסטוריה היהודית הנהגה ציבורית שאיננה בעלת סמכויות משפטיות.

בעת קיומה של ריבונות עברית, שאורגנה באמצעות משטר ממלכתי, התפתח המשפט העברי על ידי ההנהגה הציבורית של התקופה – **”משפט המלך”**¹⁰⁸ במקביל, התקיימה מערכת של משפט מקומי שנוהלה על ידי מערכת ההנהגה הציבורית המקומית – **הזקנים**. משאיבד העם את ריבונותו, הן ביושבו עדיין בארצו והן בגלותו, לא שכך הצורך בהמשך התפתחות הנורמות המשפטיות במוקד הלא-רבני. בתחילה בא הדבר לידי ביטוי במוסדות יהודיים, מעין-שלטוניים, שהוכרו על ידי האימפריה הכובשת והוסמכו על ידה לתפקד כמוסדות שיפוטיים פנים-יהודיים. אלו הם ה**נשיאות** הארץ ישראלית ו**ראשות הגולה** הבבלית, תחת שלטון פרס והחילופות המוסלמית. הריבונות הזרה ששלטה בעם היהודי לא מנעה ממנו את יכולת ההתארגנות כקהילה אוטונומית במובנים מגוונים, כולל מובנים משפטיים. לפיכך, הקהילות המאורגנות, אף שהיו תחת ריבונות זרה, השתמשו בסממנים המסוימים של הנהגה ציבורית שנתרו בידם על מנת להמשיך ולפתח את הציר השלטוני של משפט ההלכה. זהו המוסד המוכר בשם **”תקנות הקהל”**¹⁰⁹.

במקביל, בתקופות ובמקומות שונים, התפתח הרעיון של **”דינא דמלכותא דינא”**, באמצעותו הכירה ההלכה בתוקפן של נורמות שנקבעו על ידי הנהגה ציבורית של אחרים, ואף הפנימה אותן.¹¹⁰ הניתוח של מוסד חשוב זה הוא מחוץ למסגרת הדיון כאן, באשר אנו מתמקדים בתרומה הנורמטיבית של ההנהגה הציבורית הפנים-יהודית להלכה. אולם, חשוב



לציין את הקשר הענייני בין שתי התופעות: הכלל ההלכתי "דינא דמלכותא דינא" קובע כי על אנשי ההלכה מוטלת חובת ההיזקקות – בהתקיים תנאים שונים – לנורמות שמקורן בהנהגה ציבורית (מלכותא). מסתבר, שהחשיבות של פיתוח נורמטיבי באמצעות מערכת שלטונית הייתה כה ברורה, עד שאפילו (אם כי יש מי שיסבור – דווקא) העובדה שמקור הנורמה הוא בהנהגה ציבורית לא-יהודית, ושהיא נועדה להסדיר קיום אוניברסאלי – לא בהכרח יהודי, לא מנעה מההלכה לצרוך אותה.

המוסדות האמורים – משפט המלך, זקנים, נשיאות, ראשות הגולה, תקנות הקהל וגם דין המלכות – אינם גזורים מעור אחד. הם נבדלים זה מזה באורח ניכר במובנים מגוונים הנוגעים לפרוצדורה של דרכי תפקודם, להיקף סמכותם העניינית, לתודעה שלהם ושל סביבתם לגבי מהות תפקודם ועוד. גם יחסם של חכמים אליהם איננו אחיד. ההבדלים הם, מן הסתם, תולדה של המציאות החברתית, המדינית והדתית שבהקשרה ובמסגרתה מוסדות אלו התפתחו. לא הרי היחס למלך ישראל כיחס לראש הגולה, שמונה מטעם השלטון הזר. לא הרי היחס לראש הגולה, שנתפס כממשיך שושלת בית דוד כיחס למלך זר. ובמישור אחר: לא הרי סמכותו של הריבון כסמכותו של השלטון המקומי. מהבדלים אלו וכיוצא בהם משתלשלים גם הבדלים לגבי המשמעות הנורמטיבית וההגותית שנותן השיח הפנים יהודי לנורמות שנוצרו על ידי כל אחד מהמוסדות.

אכן, דיון נפרד בכל אחד מהמוסדות האמורים רצוי ונדרש.¹¹¹ יש לייחס ערך רב לדיון היסטורי וסוציולוגי קפדני של הרקע הייחודי שבמסגרתו ומתוכו יש להבין את התפתחות ההלכה, באמצעות ההנהגה הציבורית, בכל אחת מהתקופות, המשטרים והטריטוריות. אף על פי כן, נטלתי לעצמי חירות לעמעם את ההבדלים ביניהם ובחרתי להתבונן בתכלית הכוללת של פעולתם מתוך מגמה להדגיש את המאפיינים העקרוניים הבסיסיים המשותפים לכל המוסדות.

זאת ועוד: בפתח הדברים הנחתי שכל אשר היה נהוג כמשפט מחייב בקהילה היהודית יש להגדירו כ"הלכה". כמובן, מנקודת ראות אנליטית, הנחה זו איננה הכרחית, שהרי ניתן גם לתחום את שדה מחייתה של ה"הלכה" רק לגבולותיו של דין התורה ובכך להתייחס לפועלה הנורמטיבי של ההנהגה הציבורית, דין השלטון, כאל מוצר חוץ-הלכתי (שנקלט על ידי ההלכה, או שההלכה מוכנה להכיר בו כמוצר אלטרנטיבי למוצריה שלה או אפילו כמוצר חוץ-הלכתי שהסדיר את חיי היהודים בפועל בלי שיקבל



גושפנקא הלכתית כלשהי). הזיהוי של ההלכה עם דין תורה יכול להיות מוגדר באורח פורמלי¹¹² או באורח מהותי.¹¹³

בכוונתי לערוך בעתיד בדיקה של המשמעות שנתנו חכמים, במסגרת דין התורה, לקיומן של המערכות המשפטיות המקבילות לאלו שבשליטתם ולדין השלטון. אולם, לצורך הדיון כאן, לא הבחנתי בין האפשרויות השונות ולא בדקתי את מידת ההכרה הפורמאלית או המהותית שיוחסה למערכות השלטוניות. כאמור לעיל, העדפתי להדגיש את העובדה המכרעת, שבין כך ובין כך אין ספק שהתוצר הנורמטיבי של המנהיגות הציבורית הכתיב למעשה את אורח החיים של היהודים, לא רק בדיעבד, אלא אפילו מלכתחילה, בעיני כל חלקי הקהילה, כולל רבניה.¹¹⁴ זאת ועוד, אף אם נניח שבזמן קביעתן של הנורמות על ידי הזרוע השלטונית, היה מי שקטלג אותן כמוצר חוץ-הלכתי (עקב מקורן הלא-תורני), יש לשער בסבירות גבוהה שבמשך הזמן הן חלחלו לתוך הקורפוס התורני באמצעות הפנמתן על ידי פוסקים רבניים אשר חוו את תוקפן המעשי של נורמות אלה במציאות חייהם.¹¹⁵ לבסוף, עצם ההנחה שבתודעת הציבור היהודי ומנהיגיו הרוחניים התקיימה הפרדה בין "הלכה" לבין נורמות אחרות, שהן תוצר של ערכאה פנים-יהודית, אך אינן "הלכה", טעונה ראיה ודרישה. מכל הסיבות הללו, נראה לי שיש הצדק ענייני להתייחסות אל התפקוד השיפוטי והחקיקתי של הזרוע הציבורית כאל הפעלה של סמכות הלכתית.



עמוד ריק



לכירור מקומה של ההנהגה הציבורית כמקור יוצר של משפט ההלכה חשיבות מרובה. ראשית, הוא מבהיר את דרכי התפתחותה של ההלכה ואת מערך ההשפעות שתרם לעיצובה. שנית, הוא מקדם את ההבנה של יחסי הכוחות בין הרשות הדתית והרשות השלטונית באשר לעיצוב הגורם המפעיל המרכזי במציאות היהודית לדורותיה – ההלכה. בנושא זה טמון פוטנציאל ממשי לשיעור רב-פנים בהיסטוריה של ההלכה ובהיסטוריה של יחסי דת ושלטון במציאות היהודית.

בצד המשמעויות התיאורטיות של הדיון, חשוב להדגיש את משמעויותיו המעשיות. ביישומה של התמונה הכוללת, שצוירה לעיל, על מציאות החיים בהווה, טמון פוטנציאל ממשי להקלת המתח בין דת ומדינה, במדינת ישראל.

חשיפת העובדה של תפקודם הרציף של מוסדות ההנהגה הציבורית כפועלים להשלמת המציאות הנורמטיבית, כל אחד בתקופתו ובנסיבותיו, הופכת את הציפייה להמשך ההשפעה של ההנהגה הציבורית על עיצוב משפט ההלכה הנוהג גם בימינו – לסבירה ביותר. והלא הדברים קל וחומר: אם בגלות (או בארץ ישראל, תחת כיבוש זר) התאפשרה התפתחות ההלכה באמצעות מערכת שלטון יהודית מרכזית או אפילו מערכת שלטון יהודית מקומית,¹¹⁶ על אחת כמה וכמה היום, כשזכינו לשלטון יהודי ריבוני, משאת נפש דורות רבים.¹¹⁷

כמובן, נדרשת זהירות רבה: **לשלטון הריבוני במדינת ישראל מאפיינים ייחודיים** שקשה למצוא להם תקדים בהיסטוריה היהודית. ההנהגה הציבורית של הקהילה היהודית התהדרה, כמעט תמיד, במחויבות דתית. גם אם נמנו על שורותיה אנשים חסרי השכלה תורנית ואף אם חלקם לא שמרו תורה ומצוות על תגיהן ודקדוקיהן, תודעתם הדתית הייתה מובנת מאליה. מצב בסיסי זה שוב איננו מתקיים לגבי החלק המרכזי של הנהגת המדינה הישראלית. בנוסף, ההנהגה הציבורית בישראל נבחרת לתפקידה גם על ידי שאינם יהודים. הללו גם ממלאים תפקידים כמחוקקים וכשופטים במסגרת הדמוקרטיה הישראלית. זאת ועוד, בתקופתנו –

בניגוד לתקדימים ההיסטוריים – הקבוצות הנמענות של ההנהגה הציבורית ושל ההנהגה הדתית, אינן אותן קבוצות עצמן.

הבדלים אלו ואחרים, מחייבים דיון נפרד בשאלה באיזו מידה ובאילו תנאים יכולים בית המחוקקים ומערכת בתי המשפט בישראל להיחשב לממשיכים אותנטיים של מוסדות ההנהגה הציבורית שנזכרו לעיל.¹¹⁸ זו שאלה קריטית, המחייבת, בין היתר, התייחסות הלכתית והגותית לתופעת החילוניות, והיא נמצאת מחוץ למסגרת של הדיון כאן. אולם תהא התשובה אשר תהא, היא איננה יכולה לבטל את המשמעות הרבה שיש לייחס לעצם קיומה של התופעה שנסקרה כאן לגבי יחסי דת ומדינה במדינת ישראל. ניתן להכליל ולקבוע: ההיסטוריה היהודית עיצבה לנו מודל שחובת יישומו, *mutatis mutandis*, במציאות חיינו, מוטלת לחיקנו.

לאור החשיבות העקרונית והמעשית של חשיפת המקור השלטוני של ההלכה, יש לציין את הדלות היחסית של העיסוק המחקרי בנושא זה. בעיקר ניכר העדר של תיאוריזציה של השניות המוסדית בהלכה, הן מבחינה תיאולוגית, הן מבחינה סוציולוגית והן מבחינה משפטית. ניתן לייחס עובדה זו לפחות לשתי סיבות:

הראשונה, אובייקטיבית – מדעית: קיים קושי לעמוד על מלוא היקף ההשפעה האמיתית של ההנהגה הציבורית על התפתחות ההלכה, משום שלגבי חלק הארי של התקופה, הנרטיב ההיסטורי, שממנו אמור החוקר לשאוב את חומרי הגלם לעבודתו, נכתב על ידי חכמים. סביר לפיכך להניח, שהמציאות, כפי ששורטטה כאן בהסתמכות על מקורות רבניים בעיקרם, מציינת את רף המינימום של המעורבות המעשית של ההנהגה הציבורית ביצירת ההלכה.

השנייה, סובייקטיבית – אידיאולוגית: יתכן כי דווקא הפוטנציאל היישומי הגדול של כיוון מחקר זה מרתיע חוקרים המזהים את ההבדל החשוב שבין טיבן של ההנהגות הציבוריות ההיסטוריות לבין ההנהגה הציבורית הנוכחית.

דומני שהתפתחויות אחרונות במציאות חיינו מחייבות את חידוש העיסוק בתחום זה מסיבות מעשיות ועקרוניות כאחד:

ראשית, הדבר נדרש לאור הניכור הגובר והולך של חלק מציבור שומרי המצוות מהמדינה ומהמשטר, בכלל, וממערכת המשפט הישראלית, ובראשה בית המשפט העליון, בפרט.



שנית, ההתבטלות המסוימת, של חלק מהפוליטיקאים הדתיים, שהם חלק חשוב בהנהגה הציבורית, כלפי שיקול דעתם של רבנים, מקורה בהשקפות הנוגעות להיקף תחולתה של ההלכה¹¹ ובשאלת הזיהוי של הממסדים הרשאים להפעיל את ההלכה. חשיפת מקומה החשוב של ההנהגה הציבורית היהודית בעיצוב המערכת המשפטית של עם ישראל עשויה לעזור למנהיגי ציבור בני דורנו, שומרי תורה ומצוות, להעריך מחדש, בפרספקטיבה רחבה יותר, תוך מתן משקל ראוי לשינויים המתחייבים, את הלגיטימיות ואת ההכרח של תפקודם האוטונומי.

שלישית ועיקר, בדורות האחרונים קיימת תחושה של קפיאה מסוימת של ההלכה על שמריה; של שמרנות מחשבתית ושל אסטרטגיה "קיפודית" של ההלכה נוכח המציאות. תחושות אלו, אם הן מתארות נכוחה את המצב, מלמדות על כשלון יחסי של המופקדים הנוכחיים של התורה שבעל פה במשימת השימור והעיבוד של התורה שבכתב כתורת חיים, רלבנטית תמיד. אחד מההסברים הסבירים לכך הוא הצירוף המסוכן של שתי העובדות הבאות: מחד גיסא, קצב ההשתנות של המציאות הריאלית והערכית של החברה בה מתפקדת ההלכה גדל מאד. מאידך גיסא, כאמור, ביטול האוטונומיה של הקהילה בתקופת האמנציפציה, גימד את יכולת ההתארגנות של הקהילה היהודית מבחינה ציבורית-שלטונית ועקב כך יבש מקור ההשפעה של ההנהגה הציבורית על התפתחות ההלכה. ניתוק שלשלת התפקוד של ההנהגה הציבורית כסוכן מתווך בין ההלכה למציאות, פגע ביכולת ההתחדשות של ההלכה וברלבנטיות שלה. דהיינו, להוותנו, בצד הצורך הגובר והולך בהתמודדות עם המציאות, נגרע מההלכה יסוד מאזן המופקד על כך.

נדרש לפיכך, בירור יסודי של הפנים השונות של העובדות שנחשפו לגבי מקומה של ההנהגה הציבורית ביצירת ההלכה. אפשר שתצמח ממנו התייחסות הלכתית מודרנית, אך אותנטית, למערכות ההנהגה הציבורית הקובעות את הקוד הנורמטיבי הנוהג במדינת ישראל. אפשר שהוא יבסס, מתוך הבנת הדינמיקה של התפתחות ההלכה ובתיאום לה, מערכת משמעויות הלכתיות, רלבנטית לימינו, לתוצר החקיקתי והשיפוטי של רשויות החקיקה והמשפט בישראל.



עמוד ריק



הערות

1. ראו מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (מעגלי דעת, תשנ"ג), פרקים ד-ה. לדידו, בעבר, כאשר היה פער בין התרבות הכללית הקולקטיביסטית לבין תת-התרבות הליברלית של בית המשפט, מילא בית המשפט תפקיד אוונגרדיסטי ובעייתי בקידום ערכים ליברליים ולכן הצניע את פועלו באמצעות פורמליזם משפטי. החל משנות ה-80 בית המשפט ממקם עצמו בגלוי במרכז הכוחות הפועלים לעיצובה של מדינת ישראל כמדינה ליברלית, 122-123, 120.
2. ראו י' צ' שטרן, **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**, המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 18, 1999, 13-7.
3. ראו י' צ' שטרן, **משפט, הלכה ופלורליזם: על החיים בשניות נורמטיבית**, פרסום מטעם הקתדרה לחברה ויהדות מיסודה של קרן אבי חי באוניברסיטת בר-אילן, תש"ס, פרק 8.
4. ראו טיעונו של W. Kymlicka, **Liberalism, Community and Culture** (Oxford University Press, 1989). הושמעה על ידי וולדרון, אשר מציין כי לפי קימליקה הזכות לתרבות איננה מחייבת מתן הגנה על תרבות כלשהי, ראו G. Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative," in W. Kymlicka, **The Rights of Minority Cultures** (Oxford University Press, 1997), 106.
גם א' מרגלית ו-מ' הלברטל חולקים על קימליקה. לדידם, ההגנה על תרבות האחר לא נובעת מעקרון החירות אלא מהערך של התרבות עבור הקהילה נושאת התרבות, ראו A. Margalit and M. Halbertal, **Liberalism and the Right to Culture** (1994), 491.
5. לאפיון זה של שלוש מערכות המושגים המכוננות את היחסים בין קבוצות תרבותיות ראו א' שגיא, "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם," **עיון**, מד (1995) 175 וכן א' שגיא, "החברה והמשפט



בישראל: בין שיח זהות לשיח זכויות, " בתוך המשפט בישראל
ביובל הבא (ני צי שטרן, יי זילברשץ – עורכים, הוצאת אוניברסיטת
 בר-אילן, ייצא לאור בתשס"א).

6. פרופ' שוחטמן, שערך דיון מקיף בסוגיה זו, מסכם:

הדעה הרווחת בקרב חכמי ההלכה בני זמננו היא, שבתי המשפט של מדינת ישראל – אף על פי שיושבים בהם יהודים – מכל מקום הם אינם דנים ע"פ דין תורה אלא ע"פ מערכת של חוק, שמבחינת דין תורה היא חוק זר. בכך יש אפוא משום סיכול מגמת התורה לפתור כל שאלה משפטית על יסוד דיני ישראל, ולפיכך חל עליהם לא רק איסור "לפניהם ולא לפני הדיוטות", אלא גם איסור "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים."

אי שוחטמן, "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל", **תחומין**, יג (תשנ"ב- תשנ"ג) 337, 346. לדעתו אין באיסור האמור כדי לשלול את הלגיטימציה של מערכת בתי המשפט באופן כללי. לאיסור הכללי יש יוצאים מהכלל, נסיבות שבהן אין אפשרות לקיים דין תורה, משום אי ההסכמה של הצדדים להתדיין על פי דין תורה או משום שהחוק הנוהג איננו מאפשר זאת (כמו, למשל, בתחום דיני העונשין) **שם** 354-360.

7. הרב עובדיה יוסף, **שו"ת יחוה דעת**, חלק ד', סימן ס"ה.

8. **משנה, אבות**, פ"א, א. הרמב"ם, בהקדמה **למשנה תורה** (מוסד הרב קוק, תשכ"א), מונה בשמותיהם 40 אישים נבחרים, איש איש בדורו, שקבלו ומסרו את התורה שבעל פה, ממשה רבינו ועד רב אשי ורבינא חותמי התלמוד. בין השמות מופיעות דמויות הידועות ככוהנים, נביאים, מלכים, נשיאים ועוד. הרמב"ם מכליל כך: "כל אלו החכמים הנזכרים הם גדולי הדורות. מהם ראשי ישיבות ומהם ראשי גליות ומהם סנהדרי גדולה." כמוכן, "ועמהם בכל דור ודור אלפים ורבות שמעו מהם ועמהם." במסורת הרבנית יש המפרשים משנה זו כמי שמאצילה אותנטיות לתורה שבעל פה, ויש המפרשים אותה כמי שמעניקה לגיטימיות לאישים הנבחרים עצמם, ראו

G. J. Blidstein, "Mishna Avot 1:1 and the Nature of Rabbinic Authority," in **Judaism and Education** (H. Marantz ed., Ben-Gurion University of the Negev Press), 55.



9. הרמב"ם **שם**, מתאר את התהליך כך:

וענין שני הגמרות הוא פירוש דברי המשניות וביאור עמקותיה ודברים שנתחדשו בכל בית דין ובית דין מימות רבינו הקדוש ועד חיבור הגמרא. כמו שהעתיקו איש מפי איש מפי משה רבינו מסיני. גם יתבאר מהם דברים שגזרו חכמים ונביאים שבכל דור ודור לעשות סייג לתורה כמו ששמעו ממשה בפירוש וכן יתבאר מהם המנהגות והתקנות שהתקינו או שנהגו בכל דור ודור כמו שראו בית דין של אותו הדור וכן משפטים ודינים מופלאים שלא קיבלום ממשה ודנו בהם בית דין של אותו הדור במדות שהתורה נדרשת בהן, ופסקו אותם הזקנים וגמרו שהדין כך הוא.

ר' יוסף אלבו **בספר העקרים** (הוצאת מחברות לספרות בסיוע מוסד הרב קוק, תרגום: ר' יהודה אבן תבון), מאמר ג, פרק כג, מציג זאת בדרך הבאה:

לפי שאי אפשר שתהיה תורת השם יתברך שלמה באופן שתספיק בכל הזמנים, לפי שהפרטים המתחדשים תמיד בענייני האנשים, במשפטים והדברים הנפעלים הם רבים מאוד משיכללם ספר, על כן נתנו למשה בסיני על פה דרכים כוללים נרמזו בתורה בקצרה כדי שעל ידם יוציאו החכמים שבכל דור ודור הפרטים המתחדשים.

10. ראויים לאזכור דבריו של ישעיהו ליבוביץ:

תורה-שבעל-פה ... לא הייתה מוגדרת מבחינה מטריאלית אלא מבחינה פונקציונאלית: היא היתה העיסוק הממוסד בתורה לשם פירושה, הבנתה והסברתה, העמקתה והרחבתה, ואף חידושה לפי הצורך, בהתאם למה שהתחייב מהבנתה. מה שהתכוונו לו חכמים במשנה שלנו ב"משה קיבל תורה מסיני ומסרה ל" לא הייתה תורה שבעל פה בחינת תוכן מסויים אלא תורה-שבעל-פה בחינת הסמכות – ואף החיוב – לפסוק ולחוקק על-פי התורה, ושלשלת "המקבלים" ו"המוסרים" אינה אלא שלשלת נושאי הסמכות ומקימי החיוב של חקיקה ופסיקה לכל ישראל.

ראו י' ליבוביץ, **שיחות על פרקי אבות ועל הרמב"ם** (שוקן, 1979),

16.



11. ודוק: אינני טוען שחכמים סילקו ידם מהתאמה דינמית של ההלכה למציאות תוך שימוש בדין תורה. עיון בספרות השאלות והתשובות מפריך טענה זו. ברם, כפי שעולה מהעובדות, פועלם של חכמים, חשוב ככל שיהיה, איננו יכול להוות תחליף להסדרה נורמטיבית של חברה ריאלית על ידי מערכת שלטונית מתמחה, שלכך נוצרה וזהו עיקר תעודתה.

12. ההלכה איננה מסתפקת בבקרה ההדדית של המנהיגות הציבורית והמנהיגות הדתית. בנוסף, היא מכירה בחשיבות של בקרה המופעלת על ידי הצבור כולו (להבדיל מנציגיו בהנהגה) כלפי נורמות המנותקות מהמציאות שבה חיים צרכני הנורמה. לפיכך, החקיקה בהלכה – גם זו של חכמים – מושפעת תמיד מעמדות הציבור, צרכני הנורמה. הסכמתם נדרשת הן מלכתחילה והן בדיעבד, לאחר מעשה החקיקה, ראו הערה 19 להלן.

13. זאב ספראי מציג את עובדת קיומן של מערכות משפט מקבילות – האחת הופעלה על ידי חכמים והאחרת על ידי הנהגת העיר – אשר תפקדו בו זמנית בחברה היהודית בתקופת המשנה והתלמוד. הוא מעלה את התמיהה בדבר ההימנעות של חכמים מתקיפה ישירה של מערכות השיפוט האחרות אשר אוישו, לעיתים, על ידי עמי ארצות, ומשיב:

... בעולם הקדום היה השיפוט חלק מהשליטה והנהגת הציבור. באופן כללי תמכו חכמים בפעולות הקהילה ורצו בעידודה. הקהילה הייתה כלי מרכזי לביצוע וליישום ערכיהם של חכמים. הקהילה ארגנה למשל את מערכת החינוך והצדקה, והייתה המסגרת, ואולי גם התנאי, ליחד יהודי. מאבק נגד זכות השיפוט של המועצה, היה מתפרש בהכרח כמאבק נגד הפרנסים ונגד סמכותם, וללא ספק היה מתפתח לכך. ... הפרדת הרשויות טרם הפכה לרעיון מדיני ובתנאים אלו חכמים צריכים היו להחליט בין אנרכיה או מועצה חסרת עוצמה חברתית, ובין הכרה דה-פאקטו בזכות השיפוט של המועצה, ובליגיטימיות של חקיקה עירונית מוגבלת, כחלק וכמרכיב בעצמתם של הציבור ומוסדותיו. ייתכן גם שקצרה ידם של חכמים מלנשל את שכבת הפרנסים מעמדות הכוח שלהם.



14. כך, למשל, כפי שיובהר בהמשך, משפט המלך או בית הדין של ראש הגולה או תקנות הקהל הם מוסדות שההלכה נותנת משמעות משפטית לשיקול הדעת של העומדים בראשם. גם ההכרה בדינא דמלכותא איננה הכרה במערך נורמטיבי ספציפי אלא בצינור שמזרים נורמות מהחוץ אל הפנים ובכך מאפשר התחדשות נורמטיבית נוכח מציאות חדשה.

15. דעת למבין: באופן תיאורטי, לו היה מוכח שמערך הבקרה שמפעילה ההלכה כלפי הייבוא הנורמטיבי הוא נוקשה ביותר, כך שכל נורמה שאיננה תואמת את דין התורה, כפי שנתקבל על ידי חכמים, תידחה, כי אז משמעותה של מערכת המשפט השלטונית, כגורם מעצב של ההלכה, הייתה מתאפסת. אולם, היפותזה זו איננה מסתברת מעצם העובדה שהמערכת המשפטית החוץ-רבנית – הגם שתפקדה, בדרך כלל, על ידי מי שאינם בעלי השכלה תורנית (ראו, למשל, הערה 58 להלן) ולכן לא יכלו לפסוק בדרך שפסקו רבנים – שרדה משך כל התקופה.

16. עמדה מעניינת בנושא זה (בהקשרן של סוגיות ציבוריות הנוגעות למדינה ולחברה) הציג הרב חיים דוד הלוי ז"ל, רבה הראשי הספרדי האחרון של תל-אביב, ראו יי' צ' שטרן, "הלכה קבועה בעולם משתנה: מדיניות וחברה ביצירתו של הרב ח"ד הלוי (עומד להתפרסם בספר שייצא לזכרו של הרב ח"ד הלוי בעריכת צ' זוהר וא' שגיא).

17. האם שני הממסדים תפקדו במקביל ובאופן עצמאי זה מזה, או שמא האחד היה נתון לכפיפות הירארכית כלפי האחר ולכן נזקק ל"הכרה" בו? האם תנאי לתוקפה של ההכרעה הנורמטיבית של ההנהגה הציבורית היה אישורה על ידי חכמים? ניתן לאושש במקורות חז"ל תשובות מגוונות לשאלות אלו, כולל תשובות הסותרות זו את זו. הדוגמאות המופיעות בפרק הבא תוכחנה. ביטוי נוסף לחיכוך הכתפיים בין שני הממסדים בנושא זה בא לידי ביטוי בשאלה של קיומה של חובת ההיוועצות של הקהל, לגבי תקנותיו, ב"אדם חשוב" (סמכות רבנית). ראו ההפניות בהערה 87 להלן.

18. קיימת גם אפשרות ביניים, לפיה ההלכה מגבילה את היקף הסמכויות שהוענקו לכל אחד, או לחלק, מהממסדים יוצרי ההלכה (אך ראו ה"ש 19 להלן, ביחס לעצם הנושא של הקצאת "סמכות"



בהלכה). האם הרבנות וההנהגה הציבורית שימשו כסמכות מקבילה וחופפת, או שמא המוסדות הדתיים והציבוריים חלקו ביניהם סמכויות משפטיות במסגרת ההלכה? כך, למשל, במשפט הנוהג בישראל, קיימת חלוקה תוכנית של סמכויות בין בתי הדין הרבניים לבתי המשפט של המדינה. הראשונים מופקדים על היבטים מסוימים של הדין האישי ואילו האחרונים מופקדים על שאר מחוזות המשפט. האם ניתן לאתר, במסגרת ההלכה, הקצאה בלעדית של סמכות עניינית לרבנים בנושאים מסוימים והקצאה של נושאים אחרים, באופן בלעדי להנהגה הציבורית? לדוגמא: האם העובדות מלמדות כי הנושאים המכונים בהלכה "איסורא" נמסרו לסמכות שיפוט וחקיקה רבנית, ואילו ענייני "ממונא" נמסרו לסמכות הלא-תורנית? האם עניינים שבין אדם למקום הם מחוץ לסמכותו של בית הדין הלא רבני ואילו עניינים שבין אדם לציבור הם מחוץ לסמכותו של בית הדין הרבני? הדיון בפרק הבא מאזכר, במספר מקומות, אפשרות זו, אך לא נטלתי על עצמי את מלאכת יישובה.

19. עצם השימוש במונח "סמכות" בהקשר של דין התורה הפוזיטיבי, ואפילו בהקשר הרחב יותר של משפט ההלכה הפוזיטיבי, טעון הסבר והבהרה: במשפט המודרני נוהגים כללי סמכות. ההנחה היא, שכאשר צדדים לסכסוך מוכנים לקבל את מרותו של מאן דהוא כמכריע בסכסוך, אין לדין סיבה להתערב בשאלת הסמכות. אולם במקרים אחרים – כגון, כאשר הצדדים אינם מסכימים ביניהם, או כאשר מי מהם חושש שחברו לא יכבד את ההכרעה לכשתתקבל, או מקום שעשויות להיות להכרעה השלכות על צדדים שלישיים שלא קיבלו את מרותו של המכריע שנבחר על ידי הצדדים – נדרשת השיטה המשפטית לקביעת כללי סמכות. על פיהם, הכרעה בסכסוך מקבלת תוקף משפטי המחייב את הכל, רק אם הגוף המכריע מוסמך על ידי הדין הפוזיטיבי להכריע באותו סכסוך. השיטה המשפטית קובעת כללי הקצאה של סמכות ההכרעה בסכסוכים שונים, בין מוסדות שונים, באופן שכל סכסוך יקוטלג על פי קריטריונים מגוונים (כגון אופיו של הסכסוך, הצדדים לסכסוך, חשיבותו הכלכלית או הציבורית או מקום התרחשותו) וינותב אל המוסד שהוא בעל הסמכות להכריע בו. סטייה מכללי הסמכות הופכת את ההכרעה לפגומה מבחינת תוקפה ומבחינת יכולת האכיפה שלה.

האם משפט ההלכה (ובכללו גם דין התורה) מכיר ברעיון של "סמכות" במובן האמור? האם בהלכה יש כללי הקצאה של סמכות



שיפוטית על פי קריטריונים כלשהם בין מוסדות או אינדיבידואלים, באופן שרק למוסמך יש כוח לקבוע את הדין ולאכוף אותו ואילו הכרעה של אחרים, שלא על פי כללי הקצאת הסמכות, מאיינת את תוקפה של ההכרעה להלכה ואת יכולת היישום והאכיפה שלה? שאלה גדולה זו לא תידון כאן. גם לא אניח הנחות כלשהן לגביה ואני מותיר את הטיפול בה לאחרים. בצד האפשרות הברורה מאליה – של קיומה של מערכת להקצאת סמכויות בהלכה בדומה למקובל במשפט מודרני – קיימת אפשרות הפוכה המסרבת להכיר בעצם קיומה של סמכות בהלכה. לפי השקפה זו ההלכה מסורה לכל, הן מבחינה אקדמית (לדרוש) והן מבחינה מעשית (לפסוק). כל הרוצה ליטול סמכות יבוא וייטול. כך, למשל, שלום אלבק קובע כי

למעשה לא היו בימי התנאים והאמוראים בתי דינים קבועים וממונים, שבני אדם שבעירם היו חייבים לבוא ולהתדיין דווקא לפניהם ולא לפני דיינים אחרים שלא נתמנו לשם כך; ואין זה נכון שבני אדם אחרים, שאינם דיינים ממונים, לא היו רשאים לדון ולאכוף את הדין בעל כורחם של הבריות. ולא זו בלבד שלמעשה לא היה הדבר כן, אלא שאף מן הדין אין לכוחם של דיינים ממונים וקבועים שום יסוד בהלכה, ועיקר הלכות הדיינים ויסוד כוחם לא נתייחס להם בלבד, והוא נתון לכל אדם מישראל ומשותף לכל בני האומה בשווה.

ראו ש' אלבק, **בתי הדין בימי התלמוד** (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, תשמ"א), 15.

קיימת גם אפשרות שלישית, אפשרות ביניים, לפיה בצד כללים ראשוניים של חלוקת סמכויות מציבה ההלכה מגבלות להפעלת הסמכות ומוסרת את יכולת הפעלתם (קרי: כוח ווטו) לאחר. מגבלות אלו עשויות להיות מהותיות עד כדי כך שעצם השאלה למי ניתנה הסמכות חוזרת ומתעוררת. כך, למשל, במסורת ההלכה מודגשת החשיבות של הסכמת הציבור בכללותו כקובעת את תקפות הנורמה. החקיקה מושפעת מהציבור מלכתחילה ("אין גוזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה", בבלי, **עבודה זרה**, לו, ע"א) ובדיעבד ("כל גזירה שבית דין גוזרין ואין רוב הציבור מקבלין עליהן, אינה גזירה", ירושלמי עבודה זרה פ"ב, ה"ח). וכן קובע הרמב"ם בהלכות ממרים, פ"ב, ביחס לסמכותו של בית הדין הגדול לגזור ולתקן ש"צריכין להתיישב ולידע תחלה אם רוב הציבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד" (ה"ה) ואף לאחר שגזרו



והסתבר בדיעבד, מיידית (ה'ו) או לאחר שנים (ה'ז), שהנורמה לא פשטה ברוב הקהל – הרי הנורמה בטלה (אם לא נתקבלה מיידית) או ניתנת לביטול (אם בתחילה פשטה הגזירה בציבור ורק לאחר מכן נדחתה). מדברים אלו עולה, שגם לו מיצינו הלכה פוזיטיבית בשאלה של הקצאת הסמכות, תוקפן של ההכרעות של בעל הסמכות איננו תלוי בו בלעדית אלא הוא מותנה בקריטריון חיצוני קודם ומאוחר כאחד להכרעתו – הסכמת הציבור. במילים אחרות הסמכות החיובית של האחד (למשל, בית הדין המוסמך) מותנית באי הפעלת הסמכות השלילית של האחר (הציבור). מיהו, אם כן, בעל הסמכות?

20. אם כי יש עובדות שהן עצמן נורמטיביות (institutional facts).
21. ודל משפטי הלכתי, המדגים את הטענה כי קיומן של עובדות עשוי ללמד על הערך העצמי שלהן ועל הלגיטימיות שיש לייחס להן, עשוי להימצא ביחסה של ההלכה ל"מנהג". שאלה היא מהו מעמדו של המנהג (או המעשה) בהירארכיה ההלכתית. לדיון בעניין זה ולמראי מקום רבים, שמיעוטם מובא להלן, ראו י' מ' תא-שמע, **מנהג אשכנז הקדמון – חקר ועיון** (ירושלים, תשנ"ב). בצד הדעה שהמנהג כפוף להלכה הנורמטיבית ולכן אם הוא סותר אותה הוא "מנהג רע", מקורות שונים בירושלמי מציגים את המנהג באור נורמטיבי שונה: "כשם שקונסין להלכה כך קונסין למנהג" (ירושלמי, **פסחים**, ד, ב); "אין הלכה נקבעת עד שתהא מנהג" (**מסכת סופרים**, יד, טז) ואפילו "מנהג מבטל את ההלכה" (ירושלמי, **בבא מציעא**, פ"ז, ה"א; יא, ע"ב וירושלמי **יבמות**, יב, א; יב, ע"ג). המקור האחרון מושך תשומת לב מחקרית: חליצת נעל, המתירה את הקשר בין יבמה ליבם, צריכה להתבצע באמצעות נעל. בפועל נהגו לחלוץ בסנדל. אומר הירושלמי שם: "רי בא בר יהודה בשם רב: אם יבוא אליהו ויאמר שחולצין במנעל שומעין לו, שאין חולצין בסנדל אין שומעין לו, שהרי הרבין נהגו לחלוץ בסנדל, והמנהג מבטל את ההלכה. רבי זעירא רבי ירמיה בשם רב: אם יבוא אליהו ויאמר שאין חולצין במנעל שומעין לו, שאין חולצין בסנדל אין שומעין לו, שהרי הרבין נהגו להיות חולצין בסנדל, והמנהג מבטל את ההלכה." פרשנות אחת תקרא באמור עמדה לפיה למנהג יש ערך נורמטיבי שעולה על ערכה הנורמטיבי של ההלכה גופה. הראיה: אליהו הנביא יכול לשנות את ההלכה; אולם אפילו הוא איננו רשאי לפגוע בתוקפו הנורמטיבי



המחייב של המנהג, תא-שמע, **שם**, 66. אחרים מציעים פרשנויות אחרות: ראו מ' אלון, **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ב) עמ' 737, הערה 48; ב' לפשיץ, "מנהג מבטל הלכה", **סיני** פו (תש"ס), ח (המנהג מבטל את ההלכה במובן שהוא משכיח אותה); א' א' אורבך, **ההלכה – מקורותיה והתפתחותה** (גבעתיים, תשמ"ד), 244 ד' הנשקה, "מנהג מבטל הלכה? (לאישושה של השערה) " **דיני ישראל**, י"ז (תשנ"ג- תשנ"ד) קלה (בדבר שבממון, ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה, ולכן בעניין זה המנהג מבטל עובדתית את יישומה של ההלכה. בענייני איסור והיתר ההלכה לא ניתנת להחלפה במנהג, אף כי אין לתקן תקנה חדשה הנוגדת מנהג המקובל על רוב הציבור). למקורות נוספים המבטאים את הרעיון של עליונות נורמטיבית של המנהג על ההלכה ראו, למשל, ירושלמי, **בבא מציעא**, ז, א; יא, ב. באשר לתוצאות הנורמטיביות של הפרת המנהג חלוקים שני התלמודים: הירושלמי סובר, כאמור, שכשם שקונסין להלכה כך קונסין למנהג (**פסחים**, ד, ב; ל, ד) ואילו הבבלי סובר שאין קונסין ועונשים על המנהג (תא-שמע, **שם**, 61-62).

22. ח' טשרנוביץ (רב צעיר), **תולדות ההלכה**, כרך ראשון (הוצאת המחבר, ניו יורק, תרצ"ו) 8.

23. העניינים ההלכתיים הכלולים, לדעת רב צעיר, ביסוד המדיני – משפטי, שמקורו במלוכה, הם "משפט בתי הדין וסדריהם, הלכות סנהדרין, דיינים ושופטים, דיני קנסות ועונשין ומיתות ביי"ד וכל הדינים השייכים לחזקת מדינה, נחלת שבטים ובתי אבות וחזקת קרקעות ונכסים, סדרי נזיקין, וכמו כן הנהגת סדרי המדינה, דיני מלחמות, גרים, נכרים ועבדים ויחוסים בין לאומיים," ח' טשרנוביץ (רב צעיר), **שם**, 2.

24. ח' טשרנוביץ (רב צעיר), **שם**, 55-11, 108-122. בחיבור מטשטשת ההבחנה הנדרשת בין סקירה היסטורית לבין ניתוח רעיוני של מקורות ההלכה, שאין הכרח להעמידו על מחקר היסטורי. ההפרש בין השניים בולט דווקא בעניין של "משפט המלך", אשר פיתוחו הרעיוני החל רק לאחר סיום תקופת המלוכה, ראו הערה 100 להלן.

25. ראו ש' פדרבוש, **משפט המלוכה בישראל** (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ג), 44, 46.



26. המאמר הודפס בכמה מקומות. ראו, לאחרונה, יי א' הלוי הרצוג, "לקראת מדינה יהודית," הופיע **בצומת התורה והמדינה** (עורך הרב יי שביב, כרך א, תשנ"א), 3, 7, 8 וכן יי א' הלוי הרצוג "זכות חנינה לנידונים במשפטי המלוכה," התורה והמדינה **שס**, 90, 94: "אבל אין הדעת, דעת תורה, נותנת שתהא אפשרות כזאת של סמכות כפולה"

27. ראו מ' אלון, הערה 21 לעיל, 49.

28. אבן עזרא במקום. בצד השניות בסמכות, מתגלה גם שניות בדין: "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה" (**דברים**, י"ז, י"א).

29. ביהושע הדברים מפורשים: סמכותו הרבנית נובעת מסמיכתו על ידי משה – "ויהושע בן נון מלא רוח חכמה כי סמך משה את ידיו עליו וישמעו אליו בני ישראל ויעשו כאשר צוה ה' את משה" (דברים ל"ד, ט). בנוסף, ליהושע גם סמכות שלטונית הנובעת מהסכמת העם לקבלת מרותו: "ויענו את יהושע לאמור כל אשר צויתנו נעשה... כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצוונו יומת..." (**יהושע**, א', טז-יח). החת"ם סופר (**אורח חיים**, תשובה רח) מדגיש את המשמעות השלטונית של סמכות יהושע. הוא תמה על מקור הסמכות של יהושע להמית ומשיב שהסמכות היא תולדה של כוח השלטון שנתן העם ליהושע (אף שאיננו משבט יהודה, ואיננו בעל סטאטוס של "מלך", אלא של "שופט"). בעניין זה ראו גם הרב שי גורן, **תורת המדינה** (האידרא רבה, תשנ"ו), 24-27. על פי התלמודים, סמכותו המשפטית של יהושע כללה גם סמכות חקיקה. הם מייחסים לו תקינה של נורמות חדשות (עשרה תנאים התנה יהושע" – בבלי, **בבא קמא**, פ, ע"ב; **עירובין**, י"ז, ע"א; ירושלמי, **בבא בתרא**, פ"ה, ק"א), שנדרשו לשם הסדרה של המציאות החדשה בעת כיבושה של ארץ ישראל וחלוקתה לשבטים. הרמב"ן, בהתייחסותו לנאמר לגבי משה ("שם שם לו חוק ומשפט" – **שמות**, ט"ו, כ"ה), וחוזר ומהדהד לגבי יהושע ("ויכרת יהושע ברית לעם ביום ההם, וישם לו חוק ומשפט בשכם" – **יהושע**, כ"ד, כ"ה) מפרש: "אינם חוקי התורה והמשפטים, אבל הנהגות ויישוב המדינות, כגון תנאים שהתנה יהושע שהזכירו חכמים, וכיוצא בהם" (**רמב"ן על התורה**, **שמות**, ט"ו, כ"ה)..

30. אין הם הנושאים היחידים באחריות ההנהגה ובמשא השיפוט. ביחס להנהגה מתלונן משה "לא אוכל לבד לשאת את כל העם הזה כי כבד



ממני" והקב"ה מגיב: "אספה לי שבעים איש מזקני ישראל ... ואצלתי מן הרוח אשר עליך ושמתי עליהם ונשאו אתך במשא העם ולא תשא אתה לבדך" (**במדבר**, יא, יד; טז). ביחס לשיפוט זכורה עצתו של יתרו שבעקבותיה מפתח משה מערכת שיפוטית נרחבת שתפקידה מוגדר כך: "ושפטו את העם בכל עת, את הדבר הקשה יביאון אל משה וכל הדבר הקטן ישפטו הם" (**שמות**, יח, כו).

31. ראו ש' טלמון, "משפט המלך", **ספר בירם** (פרסומי החברה לחקר המקרא בישראל, ירושלים, תשט"ז), 45-56.

33. מההקשר המיידי של פרשת המלך עולה, שעצם הדרישה למלך היא גם תוצאה של השחתת המידות של המערכת השיפוטית של התקופה – בניו של שמואל ("ויטו אחרי הבצע ויקחו שחד ויטו משפט" – **שמואל א**, ח, ג). זקני העם מקשרים מפורשות את הביקוש למלך עם השחתה זו: "ויאמרו אליו הנה אתה זקנת ובניך לא הלכו בדרכיך עתה שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים" (**שם**, ה).

33. גם בתום דבריו של שמואל חוזרים הזקנים ומפרשים את התפקידים שהם מייעדים למלך בצורה המבהירה את שני הפנים של אחריותו – אחריות מבצעית ואחריות משפטית: "וימאנו העם לשמע בקול שמואל ויאמרו לא כי אם מלך יהיה עלינו. והיינו גם אנחנו ככל הגוים ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמותינו" (**שם**, יט-כ).

34. ראו למשל את תפקידי השיפוט שמילאו דוד (**שמואל ב**, יד, ד ואילך); **שם**, טו, ב – "ויהי כל האיש אשר יהיה לו ריב לבוא אל המלך למשפט..."), שלמה (**מלכים א**, ג, טז) ואחאב (**מלכים א**, כ, לט ואילך). קיימים אזכורים רבים המייחסים למלך את כוח השיפוט, כגון **תהלים** עב, א-ב ("לשלמה אלהים משפטיך למלך תן וצדקתך לבן מלך. ידין עמך בצדק וענייך במשפט").

35. מוסד הזקנים מופיע בעיקר בארבעה מחמשת ספרי התורה (למעט ספר בראשית) ובספרי **יהושע**, **שופטים**, **שמואל**, **מלכים** ו**דברי הימים**. העניין המחקרי במוסד זה מועט יחסית, ראו ח' טשרנוביץ (רב צעיר), הערה 15 לעיל, 32-35; ח' רביב, **מוסד הזקנים בישראל** (מאגנס, תשמ"ג). רביב קובע שהזקנים היו הנהגה קולקטיבית שהורכבה מנציגים של "בתי האב" השונים שהיו מרכיבי ה"משפחה", שהיא היחידה התת-שבטית הבסיסית. מקורו של המוסד בחברה בעלת תכונות נומאדיות למחצה, שהתקיימה במסגרת שבטית



ופטריארכאלית. המשכו, גם לאחר יישובו של עם ישראל בכנען, התאפשר עקב השתמרותן של המסגרות השבטיות והמסגרות הפטריארכאליות (לעיתים ללא זיקה ביניהן) שם, 10-11.

36. אין בידינו ידיעות מרובות על דרכי תפקודו של הקולקטיב, כללי ההכרעה שהיו נהוגים בו, הכוח היחסי של החברים בו וכדומה. אפילו מניינם של הזקנים איננו ברור (פרט למספר הסכמאטי – 70). מעניין לגלות שהמקרא מסתיר דרך קבע את זהותם האישית של הזקנים (למעט, אולי, **בדברי הימים ב**, כח, יב), מן הסתם מתוך מגמה להדגיש את דרך פעולתם כקולקטיב.

37. ככל שהלכה והתמוססה המסגרת השבטית, כך גם ירד מעמדו של המוסד של ראשות השבט והתחזק האופי ההנהגתי של הזקנים, עד שלעיתים הפכו להנהגה שבטית של ממש, ראו ח' רביב, הערה 35 לעיל, 39-40.

38. מספר דוגמאות: לזקנים היה מעמד ייחודי בהתכנסויות ציבוריות בעלות אופי פולחני (למשל, מסירת התורה ממשה ליהושע – **דברים**, לא, ט; המעמד שניהל יהושע בשכם שעניינו בניית מזבח, כתיבת תורה וברכה וקללה – **יהושע**, ח, ל-לה; המעמד של המלכת דוד – **שמואל ב**, ה ג שהפך דגם אב להמלכת מלכים באמצעות הזקנים; העלאת ארון ברית ה' לירושלים על ידי דוד – **דברי הימים א**, טו, ג; חנוכת בית המקדש בירושלים על ידי שלמה – **מלכים א**, ח, א). הם שימשו בתפקידים שונים כראשי המסגרות היישוביות (למשל, זקני יבש גלעד המתמודדים עם נחש העמוני – **שמואל א**, יא); הם נטלו חלק בהתמודדות עם בעיות צבאיות ומדיניות (למשל מלחמת העי – **יהושע**, ח, י; בחירת יפתח – **שופטים** י; ההתמודדות עם כשלון המערכה נגד הפלשתים באבן העזר – **שמואל א**, ד, ב-ג; החזר השביה ששבה ישראל מיהודה בימי אחז – **דברי הימים ב**, כח, יב-טו). יתכן כי לעת מצוא, כאשר נוצר פער זמנים בין מנהיגי יוצא ומנהיגי נכנס, מילאו הזקנים גם תפקיד לאומי של מנהיגי הציבור כולו (**יהושע**, כד, לא; **שופטים** ב, ז; **מלכים ב**, י, א-ז). הזקנים היו גם אלה שפנו אל שמואל בבקשה לכוון מלכות בישראל (**שמואל א**, ח, ד-ה).

39. עלילות דברים לגבי נערה בתולה – **דברים**, כב, יג-יט; ייבום וחליצה – **דברים**, כה, ה-י; ירושה וגאולה – **רות** ד, א-יא; בן סורר ומורה – **דברים**, כא, יח-כא.



40. עגלה ערופה – **דברים**, כא, א-ט; ערי מקלט וגאולת דם – **דברים**, יט, יא-יג, **יהושע**, כ, א-ט.

41. רביב טוען שאבשלום במרדו שאף לצרף אליו את לב הזקנים ובכך כנראה ביטא את חוסר הנחת של האחרונים ממשפט המלך, כפי שנוהל על ידי דוד, (ח' רביב, הערה 35 לעיל, 87-90). אכן מעניין שאבשלום לא טען נגד מעשים אחרים של המלוכה – עריצות כלשהי – מלבד טענותיו נגד משפט המלך: "... ויהי כל האיש אשר יהיה לו ריב לבוא אל המלך למשפט ויקרא אבשלום אליו ויאמר אי מזה עיר אתה ויאמר מאחד שבטי ישראל עבדך. ויאמר אליו אבשלום ראה דבריך טובים ונכחים ושמע אין לך מאת המלך..... ויעש אבשלום כדבר הזה לכל ישראל אשר יבאו למשפט אל המלך ויגנב אבשלום את לב אנשי ישראל" (**שמואל ב**, טו, ב-ו).

42. ראו הפסוקים המצוטטים בהערה 37 להלן.

43. לאפשרות זו ראו ח' רביב, הערה 35 לעיל, 96-101. לפי פרשנות זו מצטרפים לראשונה השופטים על פי המשפט המסורתי לערכאה אחת עם השופטים בערכאת המלך.

44. ראו **דברי הימים ב**, י"ט, ה-יא: "ויעמד שפטים בארץ, בכל ערי יהודה הבצרות לעיר ועיר. ויאמר אל השפטים: ראו מה אתם עשים כי לא לאדם תשפטו כי לה', ועמכם בדבר משפט. ... וגם בירושלם העמיד יהושפט מן הלויים והכהנים ומראשי האבות לישראל למשפט ה' ולרביב, וישבו ירושלם. ... והנה אמריהו כהן הראש עליכם לכל דבר ה' וזבדיהו בן ישמעאל הנגיד לבית יהודה לכל דבר המלך ... חזקו ועשו ויהי ה' עם הטוב". לניתוח קטע זה ראו נ' זהר, "סמכות רבנית וסמכות אזרחית", אצל ז' ספראי וא' שגיא, **בין סמכות לאוטונומיה** (הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1997), 253, 256.

45. התלמוד הבבלי, **חולין**, צב, ע"א, "כי שרית עם אלהים ועם אנשים ותוכלי (**בראשית**, ל"ב, כ"ט), אמר רבה: רמז לו שעתידים שני שרים לצאת ממנו, ראש גולה בבבל ונשיא שבארץ ישראל". על אופי התפקיד של הנשיא, כמי שמערב סמכות פוליטית עם סמכות דתית (תורה וגדולה במקום אחד, בבלי, **גיטין** נ"ט, ע"א) ראו L.I. Levine, "The Jewish Patriarch (Nasi) in Third Century Palestine," in **Aufstieg Und Niedergang Der Romischen Welt** 19.2 (Walter De Gruyter, 1979) 649, 681.



46. בדרך הטבע, החלוקה הפונקציונאלית בין המוסדות איננה נקייה: כך, למשל, קיימות עדויות על תפקידים בעלי אופי דתי של ראשי הגולה ושל הנשיאים (כגון, בענייני עיבור השנה, בבלי, **ראש השנה** י"ט, ע"ב וביחס לגזירה על תענית ציבור, בבלי, **תענית**, כד ע"א). אולם תפקידים קווי-דתיים אלו הם בבחינת יוצא מן הכלל בראיה הכוללת של מערך הסמכויות של ההנהגה הציבורית. ראו מי בר, **ראשות הגולה בבבל בימי המשנה והתלמוד** (סדרת האוניברסיטה בר-אילן, דביר, מהדורה שניה, תשל"ו), פרק שמיני. יש גם עדויות על תפקידים בעלי אופי מדיני-שלטוני של ראשי הישיבות, שהיו גם הם "קרובים למלכות."

47. בנוסף, בארץ ישראל, בתקופות מסוימות, התקיימו מערכות שיפוט נוספות במקומות שונים. מערכות השיפוט היו בחלקן פרטיות וארעיות ובחלקן מוסמכות מטעם ההנהגה המקומית וקבועות. יש שהיו בתי דין של הדיוטות ויש שהיו של מומחים – סמוכים. לתיאור התופעה והסיבות להתרחשותה ראו ג' אלון, **תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד** (כרך א, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1977), 136-144.

48. התלמוד מתעד שיחה בין רב הונא, ראש ישיבת סורא, לבין רב נחמן: "אמר ליה רב נחמן לרב הונא: הלכתא כוותין או הלכתא כוותייהו? אמר ליה הלכתא כוותיכו דמקרביתו לבבא דריש גלותא דשכיחי דיניי," בבלי, **בבא בתרא**, סה, ע"א. היינו, יש לקבל את העמדה ההלכתית של רב נחמן משום שהוא קרוב לבית דינו של ראש הגולה. בבית דין זה התפתחה מומחיות בדיני ממונות משום שאליו התנקזו מרבית הדיונים בתחום זה. ובלשונו של הרשב"ם: "רב נחמן חתנא דבי נשיאה הוה, ורגיל במקום הדיינים דשכיחי דיניי. וראה מעשים בכל יום היאך דיניי, אי נמי דיניי." ראוי להדגיש שמסוגיית התלמוד עולה שהעדיפות ההלכתית של בית הדין של ראש הגולה נקבעת על ידי ראש הישיבה עצמו. ראו גם י" גפני, **יהודי בבל בתקופת התלמוד** (מרכז שזר לתולדות ישראל, תשנ"א), 100.

49. ביחס להיקף סמכות השיפוט של ראש הגולה, ראו בהרחבה אצל מי בר, הערה 46 לעיל, פרק חמישי וכן אצל י" גפני, **שם**, 100.

50. ראו ח' ד' מנטל, הערה 45 לעיל, 256.

51. ראו י' ש' צורי, הערה 45 לעיל, חלק א, 62-65.



52. לדוגמא ראו רשימה של אקטים תחיקתיים שיצאו מכבשונם של הנשיאים במחצית הראשונה של המאה השלישית, Levine, הערה 45 לעיל, 674-676. על פי המסורת, המחלוקת הראשונה שחלקו בה חכמי ישראל, הייתה המחלוקת ההלכתית בין הנשיאים לבין אבות בית הדין בסוגיה ההלכתית של סמיכה ביום טוב. המשנה **בחגיגה** (פ"ב, ב, וראו רש"י ד"ה "יוסי בן יועזר אומר שלא לסמוך"), מתארת חמישה דורות של מחלוקת בין שתי הסמכויות המשפטיות הבכירות, דור אחר דור. מעניין לציין שהמשנה עצמה מזהה את החולקים לא רק בשםם אלא גם על פי הפונקציה התפקודית אותה מילאו: נשיא מול אב בית דין.

53. התלמוד מספר על מערכת היחסים שבין ראש הגולה, מר עוקבא לרבו – שמואל. כאשר עסקו השניים בלימוד, ישב מר עוקבא במקום נמוך, למרגלותיו של רבו, שמואל. לעומת זאת, כאשר תפקד מר עוקבא כאב בית דין בבית הדין של ראש הגולה, התחלפו השניים במקומותיהם, ושמואל ישב למרגלות מר עוקבא. כאשר סיימו השניים ללמוד, ליווה מר עוקבא את רבו לביתו, אולם כאשר סיימו את היום בבית הדין היה שמואל מלווה את ראש הגולה לביתו, ראו בבלי, **מועד קטן**, טז, ע"ב. על פי הסיפור, שמואל, שהיה הסמכות הרבנית של דורו, ייחס חשיבות גדולה למוסד "ראש הגולה" ולסמכותו השיפוטית של מוסד זה. מהסיפור גם עולה אי הרלבנטיות של גדלותו בתורה של ראש הגולה. בשולי הדברים ראוי לציין שמר עוקבא הוא ראש הגולה המאוזכר ביותר בתלמוד. האם עובדה זו קשורה לכך שהוא היה יוצא דופן, בין ראשי הגולה, בגדלותו בתורה?

54. בבלי, **סנהדרין**, ה, ע"א, מסופר על קביעה של רב ושמואל שדיין שטעה בדין ורוצה לפטור עצמו מתשלום חייב "ליטול רשות" מראש הגולה. בכך משתמעת הכפפה של הדיינות הרבנית לסמכות השיפוטית של ראש הגולה, בעניין הנידון.

55. מקרה קיצוני, המובא בבבלי, **עבודה זרה**, לח, ע"ב, מתאר את הוצאתו להורג של ראש ישיבת פומבדיתא, רב זביד, על ידי הממסד של ראש הגולה משום שראש הישיבה החמיר בפסק דינו בעניין בישולי נוכרים.

56. כך, למשל, התנהל מאבק על זכות המינוי של חכמים: האם היא מסורה לנשיא או לסנהדרין? לבסוף הוכרזה פשרה: "אמר רבי בא:



בראשונה היה כל אחד ואחד ממנה את תלמידיו... חזרו וחלקו כבוד לבית זה (= לנשיא, י.ש.), אמרו: בית דין שמינה שלא לדעת הנשיא – אין מינויו מינוי ונשיא שמינה שלא לדעת בית דין – מינויו מינוי. חזרו והתקינו שלא יהו בית דין ממנין אלא מדעת הנשיא, ושלא יהא הנשיא ממנה אלא מדעת בית דין" (ירושלמי, **סנהדרין**, פ"א י"ט ע"א). לניתוח קטע זה ראו Levine, הערה 45 לעיל, 665-669. הנשיא (עם בית דינו) והסנהדרין גם התחבטו בחלוקת הסמכויות ביניהם בנוגע לנושאים כגון קידוש החודש (משנה, ראש השנה, פ"ב, מ"ח-מ"ט), עיבור השנה (משנה, **עדויות**, פ"ז, מ"ז) והתרת בכורות (בבלי, **בכורות**, לא ע"א). קיימים אזכורים למחלוקות הלכתיות בין הנשיא לבין הסנהדרין שמהן מצטיירים שני המוסדות כשקולים זה לזה (ראו, למשל, **תוספתא ברכות**, פ"ד הט"ו) במאבק על זכות ההכרעה בהלכה. הדוגמא הבולטת ביותר לעימות חזיתי בין הנשיא וחכמים נוגעת לסיפור סילוקו הזמני של הנשיא רבן גמליאל מתפקידו על ידי הסנהדרין עקב המחלוקת ההלכתית ביניהם על השאלה האם תפילת ערבית רשות או חובה ועקב יחסו המבזה של הנשיא כלפי רבי יהושע (בבלי, **ברכות**, כז ע"ב-כח ע"א). לתיאור של מערכת היחסים המורכבת בין הנשיא והחכמים ראו Levine, הערה 45 לעיל, 678-680; ג' אלון, הערה 47 לעיל, פרק ז. מנטל מקבל את האפשרות שהייתה התגוששות בין הנשיא ובית דינו לבין הסנהדרין אולם הוא דוחה את הפרשנות של אלון על התעצמות מתמשכת בין שני המוסדות, הערה 45 לעיל, 280-288. המתיחות שהייתה בין חכמים למוסד הנשיאות, כמו גם שיתוף האינטרסים ושיתוף הפעולה בין השניים נוכח הלחצים שהפעילה האימפריה הרומית על היהודים, באים לידי ביטוי מעניין בניסיונותיו של רבי יוחנן לקדם את שילובם של חכמים במערכות המנהל ובמאמץ שנעשה להרחבת סמכויותיהם, ראו ר' קימלמן, "ר' יוחנן ומעמד הרבנות", **שנתון המשפט העברי**, ט-י (תשמ"ב-תשמ"ג) 329.

57. עקב כלליות הטיעון ומטרותיו, אינני מבחין בין מוסד הנשיאות הארץ-ישראלי ומוסד ראשות הגולה הבבלי. דיון קפדני יותר חייב להבחין בין השניים, ולשרטט בנפרד את סמכויות השיפוט של כל אחד מהם. במקורות חז"ל קיימות עדויות לתחרות שנהגה לעיתים בין שני המוסדות, שניסו להתעלות האחד על פני האחר (ראו, למשל, בבלי, **סנהדרין**, **שם**, ע"א). אכן, הדעת נותנת שקיומם של שני המוסדות במציאות פוליטית ומשפטית שונה יבוא לידי ביטוי



בהבדלים בין הסמכויות של כל אחד מהם. כך, למשל, ההנהגה היהודית בבבל נהנתה ממידה רבה יותר של אוטונומיה מאשר המקבילה שלה בארץ ישראל, וזאת מסיבות גיאוגרפיות יישוביות, פוליטיות ומנהליות, ראו מ' בר, הערה 46 לעיל, 127-128. ייתכן שהכוח העדיף של מנהיגות בבל משתקף גם במסורת (הבבלית, כמובן) לפיה ייחוסם של ראשי הגולה לבית דוד הוא מצד הזכרים ואילו ייחוסם של הנשיאים הוא מצד הנקבות של בית דוד (ראו בבלי, **סנהדרין** ה, ע"א, בתוס' ד"ה "הכא"). סביר להניח שהבדלים אלו השתקפו בריאליה הפונקציונאלית של כל אחד מהם. לענייננו חשוב לעמוד על הבדל עקרוני בין הנשיא וראש הגולה: ראש הגולה היה בעיקר מנהיג חברתי ואילו הנשיא היה, בנוסף על תפקידו המנהיגותי הכללי, גם ראש הסנהדרין ואחראי על ענייני דת שונים, ובכללם תפילות, הכרזת צומות ועוד (ח' ד' מנטל, הערה 45 לעיל, 200-203, 213). ממילא מתעוררות שאלות ייחודיות בהבנת סמכויות השיפוט של הנשיא: כלום סמכויות אלו מסורות לו עקב היותו מנהיג הציבור או עקב היותו ראש הסנהדרין, קרי: חלק מהממסד הדתי? ראו ג' אלון, הערה 47 לעיל, 197-198. לפיכך, הדיון כאן, הבודק את הסמכות השיפוטית המסורה להנהגה הציבורית ככזו, חייב להסתמך בעיקר על ניתוח המוסד של ראשות הגולה, המבודד את השאלה הנבחנת.

58. היימאן גורס שמכל ראשי הגולה המוזכרים בתלמוד, רק ארבעה היו גדולי הדור בתורה, ראו א' היימאן, **תולדות תנאים ואמוראים** (לונדון, תר"ע), ערך "רב הונא בריה דרב נתן," עמ' 355. הנשיאים, לעומת זאת, היו בדרך כלל מגדולי החכמים בדורם. רק במאה ה-4 החלו מתמנים נשיאים שגדלותם בתורה איננה מעל לכל וויכוח, **שם**, 320.

59. או שמא ההפך: הייחוס איננו המנדט לסמכות, אלא הוא מסקנה שנתבקשה מעובדת קיומה של סמכות? היינו, הסמכויות שהופקדו בפועל בידי ראשי הגולה והנשיאים דומות לפונקציות שמילא המלך, ולכן הן תרמו להיווצרותה של האמונה בקיומו של הייחוס. כך או אחרת, סדר עולם זוטא מייחס את שושלת ראשי הגולה למלך יהויכין ולצאצאיו שאלתיאל וזרובבל. נויבאור, **סדר החכמים וקורות הימים** (אוקספורד, תרמ"ח-תרנ"ג) 73-75. מסורת זו רמוזה גם ב**ויקרא רבה**, פרק י, סימן ה ובתלמוד הבבלי, **סנהדרין**, לו, ע"ב. גם **איגרת שרירא גאון**, קובעת "והוה אית להון ראשי גלואתא



מבית דוד" [מהדורת ב"מ לוי (חיפה תרפ"א), עמ' 73]. מקורות אחרים, התולים אף הם את סמכות ראש הגולה והנשיא בייחוס, קושרים בין ההנהגה הציבורית בזמן המשנה והתלמוד לבין יעקב אבינו, מתוך דרשת הפסוק המופנה ליעקב "כי שרית עם אלהים ועם אנשים ותוכל" (**בראשית** לב, כט), ראו תחילת הערה 45 לעיל.

60. כך, למשל, רב שרירא גאון קבע "... והוה אית להון לראשי גלותא מרות קשה ושלטנותא בימי פרסיים. ובראש ימי ישמעאלים נמי הוה זבנין ליה לראש גלותא בדמים מן מלכי ישמעאלים..." היינו: לראשי הגלות היה כוח שלטוני בימי שלטון הפרסים. בתחילת שלטון הערבים הם גם קנו כוח זה מהריבון הערבי (אגרת רב שרירא גאון, **שם**, 92). באשר למעמד המדיני של הנשיאים והקשרים שקשרו עם קיסרי רומא ומושלי הפרובינציות ראו אצל ח' ד' מנטל, הערה 45 לעיל, 269-280.

61. הנשיאים היו "קרובין למלכות" או "זקוקים למלכות" או "עולין למלכות" ולכן הותרו להם דברים שהיו אסורים לאחרים, כגון לימוד יוונית או עיצוב תספורתם בדרך שהייתה רווחת אז וכדומה, ראו, למשל, **תוספתא סוטה**, פרק ט"ו, הלכה ח ואצל ש' ליברמן, **יוונית ויונות בארץ ישראל** (ירושלים, תשכ"ג) עמ' 226. גם לגבי ראשי הגולה נקבע שהם "קרובין למלכות", בבלי, **גיטין** יד, ע"ב. למקבץ מקורות המתארים קשרים קרובים בין שורה של ראשי גולה לבין מלך פרס, ראו בר, הערה 46 לעיל, פרק רביעי.

62. ראו בהרחבה אצל ח' ד' מנטל, הערה 45 לעיל, 223-236.

63. הרמב"ם קובע: "ראשי גלויות שבבבל במקום מלך הן עומדים, ויש להן לרדות את ישראל בכל מקום ... וכל דיין הראוי לדון, שנתן לו ראש גלות רשות לדון, יש לו רשות לדון בכל העולם ... בין בארץ בין בחוצה לארץ," **משנה תורה**, הלכות סנהדרין, פרק ד', ה"י יג-יד. אך ראו, כמובן, הערתי בראש הערה 59 לעיל.

64. למראי מקומות ראו ח' ד' מנטל, הערה 45 לעיל, 249, ה"ש 305.

65. ראו הערה 48 לעיל, ואצל מ' בר, הערה 46 לעיל, 77-78.

66. לא נשתמר בידינו שום כתב מינוי של ראש גולה מתקופת הגאונים. אולם המלומדים מניחים שכתבי המינוי שניתנו לראשי העדות השונות על ידי השלטון המוסלמי היו דומים ולא נשתנו תדיר במהלך הדורות.



לפיכך יש המסיקים מכתב מינוי שניתן לראש העדה הנסטוריאנית- הנוצרית על הסמכויות של ראשי הגולה. כתב המינוי האמור כלל סמכויות פיקוח על החיים הדתיים, הנהלת כספי הקדשות, פיקוח על סדרי המשפט של העדה והענשת הסרבנים למרותו. ראו א' גרוסמן, **ראשות הגולה בבבל בתקופת הגאונים** (מרכז שזר, תשמ"ד), פרק שני.

67. לתיאור הסמכויות ולמגוון מקורות המוכיחים את קיומן, ראו א' גרוסמן, **שם**. קיימים ניסיונות לסייג את היקף סמכותו השיפוטית של ראש הגולה ולהתנותה בגדלותו בתורה. כך, למשל, ר' אברהם בן הרמב"ם קובע בתשובותיו:

... הואיל ואין מתנין במנויו חכמתו, אין מינויו להיות דן משפטי התורה בין ישראל, שלא ידונו החכמים בחכמת התורה שנשלמו בהם תנאיי הדיינים בלבד. ומקרא מלא הוא 'הבו לכם אנשים חכמים' וג' 'ואשימה בראשיהם'. ואם אינו חכם בחכמת התורה או חכם וחסר אחד מן התנאים שצריכים להם הדיינים אין לו לדון ואינו יכול לכונן ישראל לקבל דיניו.

מהדורת א"ח פריימן (ירושלים, תרצ"ח) 20-21. לפי עמדה זו סמכותו השיפוטית של ראש הגולה איננה נובעת מהסטאטוס שלו אלא מהתאמתו האישית לתפקיד. קשה למצוא תימוכין לדעה זו במקורות שבידינו. כאמור לעיל, רבים מראשי הגולה לא היו גדולי תורה (ראו הערה 58 לעיל) ואף על פי כן מהמקורות עולה שסמכותם השיפוטית לא נגרעה בשל כך. ר' ברודי, בספרו על תקופת הגאונים, מתאר את אחריותם וסמכותם השיפוטית של ראשי הגולה במילים הבאות:

Furthermore, the Exilarch, like the Geonim, also headed his own court; in fact, there may well have been two separate courts associated with his academy. The ultimate sanctions available to the Exilarch and his judges seem to have been those which commonly figure in Geonic responsa as well, namely lashes and the ban; Rabbi Nathan also speaks of monetary fines imposed on tax evaders.

R. Brodi, **The Geonim of Babilonia and the shaping of Medieval Jewish Culture** (Yale University Press, 1998), 73.



68. ראו א' גרוסמן, **שם**, 78.

69. מעניין לציין כי בספרות המתעדת את כל התקופה אין בנמצא עדות על ניסיון של הממסד הרבני לבטל את סמכותו של ראש הגולה על בסיס מוסדי (להבדיל מהניסיונות שהיו לפגוע במעמדו של ראש גולה ספציפי על בסיס אישי). ככל הנראה, הניסיון הראשון בכיוון זה נעשה רק ממש בשלהי התקופה, בחצי השני של המאה ה-12 על ידי הגאון ר' שמואל בן עלי. לדידו, הישיבה היא בעלת הסמכות ההלכתית האקסקלוסיבית, באשר היא "המקום הנועד ללימוד התורה ותלמודה ולמסירת ההלכה דור אחר דור עד שזה מגיע אל משה רבינו." הדרישה למלך בימי שמואל הייתה אך ורק לצורך ניהול מלחמות. עתה, בימי הגלות "אין להם מלך ולא מלחמה ולא שום דבר מהמזיקים למלך ואין להם צורך אלא במי שידריכם ויבוננם וילמדם מצוות דתם וישפוט משפטיהם ויפסוק להם הלכה" – וזהו כמובן הגאון וישיבתו. ר' שמואל בן עלי ממשיך במתקפה ישירה על ראשות הגולה של תקופתו: "ואיך אפשר לקבל ממי שאומר שהוא ממשפחתו (של דוד המלך, קרי: ראש הגולה – י.ש.) בשעה שכל העולם יודע שהוא לא קרא ולא שנה ולא שימש אלא התגבר בממון וביד המלכות ולא הסכים עליו האיש שהוא סמוך בדורו..." מובא אצל ש' אסף, "קובץ של אגרות ר' שמואל בן עלי ובני דורו", **תרביץ**, א, ספר ב, (תר"ץ), 43, 64-68. א' גרוסמן סובר שיש לראות במאבק זה המשך למאבק ההיסטורי בין הנבואה לבין המלכות, **שם**, 109. לתיאור של מערכות היחסים בין ראשי הגולה לגאונים ראו ר' ברודי, הערה 67 לעיל, 75-79. באופן כללי הוא קובע **שם**, 75:

on the whole, the balance of power shifted in the course of the Geonic period in favor of the scholars, now represented by their own well-defined institution, the Geonate; but there were ups and downs in the relationship, depending both on external factors and on the personalities involved.

לדעת ברודי, את המקרים בהם נתעוררו קונפליקטים בין שתי המשרות ניתן בדרך כלל לייחס לעמעום של גבולות השפעת כל אחד מהמוסדות מבחינה גיאוגרפית או מבחינת היקף סמכות השיפוט, **שם**, 76.

70. תהליך הביזור היה מדורג. הוא החל עוד בתקופת הגאונים ולמעשה מהמאה ה-11 ואילך מתדלדלת ההשפעה המרכזית של הגאונים



בבבל על התפוצה והסמכות השיפוטית המרכזית מוסבת, בתחילה בפריפריה הרחוקה ולאחר מכן בשאר התפוצות, לבני המקום. אילוסטרציה יפה לתהליך הביזור של הסמכות הדתית מהווה האגדה המובאת בספר הקבלה של הראב"ד, לפיה בשלהי המאה ה-10 שבה מפקד הצי של קורדובה אניית נוסעים ובה ארבעה חכמים משיבת בבל. הוא מכר כל אחד מהם בארצות שונות והם מיד התבלטו, כל אחד במקומו, והפכו לדיינים, שסיבם התפתחו מרכזי תורה חדשים.

71. "האוטונומיה המשפטית היא שעשתה את האומה היהודית בגולה מדינה בתוך מדינה באמת." י' קויפמן, **גולה ונכר** (תשכ"ב), כרך א, 518.

72. במקרים חריגים התבלט גדול בתורה באופן שמוטת השפעתו חרגה מהגבולות הטבעיים של המרכז שבקרבו פעל, כגון רבנו גרשום מאור הגולה או רש"י. אולם בדרך כלל המוסדות המשפטיים של כל מרכז ומרכז תפקדו באורח עצמאי ללא השפעה מיוחדת של אחד מהמרכזים על האחרים.

73. השלטון שבמסגרתו תפקדה הקהילה לא התנגד, דרך כלל, לקיומה של הקהילה כמסגרת אוטונומית רבת סמכויות.

ארגונה של הקהילה היהודית ודרכי פעולתה התאימו למבנה של החברה וסדרי המדינה של הנוצרים והמוסלמים באותו הזמן, שכן הקהילה היהודית הייתה קורפורציה בין הקורפורציות הרבות מהן הייתה מורכבת המדינה הימית-בינימית ומילאה בה תפקידים כלכליים הדומים לאלו של קורפורציות אחרות.

ש' אטינגר, "קווים לתולדות המתח בין כהונה ומלוכה בהיסטוריה היהודית" מופיע **בכהונה ומלוכה: יחסי דת ומדינה בישראל ובעמים** (עורכים: י' גפני ו-ג' מוצקין, ירושלים, תשמ"ז), 9, 14-15. [לדעה אחרת ראו ק' סטאו, "הקהילה היהודית בימי הביניים לא הייתה קורפורציה," מופיע **בכהונה ומלוכה: יחסי דת ומדינה בישראל ובעמים**, שם, 141]. כך, דרך משל, במצרים, היהודים שהיו בני חסות של השלטון המוסלמי, קיבלו זכות לשלטון עצמי והממלכה האסלאמית לא התערבה, בדרך כלל, בחייהם הפרטיים והקהילתיים. בראש היהודים עמד נגיד (ראיס אליהוד), שהוכר על ידי השלטונות וקיבל מהם כתב מינוי רשמי. בין סמכויותיו היו לא רק שליטה על



כספי הציבור ופיקוח על תשלומי המס לשלטון, אלא גם – וזהו עיקר ענייננו – פיקוח על החוק והסדר ועל סדרי המשפט העצמי – אוטונומי של הקהילה בת החסות. אין וודאות אם המינוי היה על ידי היהודים באישור השלטון, או ההפך מינוי של השלטון שנכפה על היהודים. בכל מקרה, למשרה מונה, בדרך כלל, איש כספים או רופא שרכש את אמון הח'ליפה. הנגיד, ולא הגאון שבארץ ישראל, הוא שעמד בקשר ישיר עם השלטונות המוסלמים. קיימת מחלוקת אם ראשיתו של המוסד היא עם ראשית שלטון הפאטימים (המאה ה-10) על מנת לשחרר את את היהודים מתלות בראש הגולה שישב בתחום השלטון העבאסי או שמא הוא החל לתפקד רק בסוף המאה ה-11, לאחר שהתערערה סופית סמכותו של גאון ארץ ישראל. לסקירה ולמראי מקומות נוספים ראו א' ברקת, "ראש היהודים במצרים תחת שלטון הפאטימים: בדיקה מחודשת", **זמנים, רבעון להיסטוריה**, 64 (1998) 34.

74. ראו ח' ה' בן ששון, **פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים** (עם עובד, 1969), 86-87.
75. ראו, למשל, י' יובל, **חכמים בדורם** (הוצאת מאגנס, תשמ"ט), פרק ראשון הדן במקורות התופעה של רבני הקהל.
76. י' כץ, **מסורת ומשבר** (מוסד ביאליק, ירושלים, תשל"ח), 95.
77. ראו מ' ברויאר, "הסמיכה האשכנזית", **ציון**, לג (תשכ"ח), 15.
78. ראו י' יובל, הערה 75 לעיל, פרק שישי.
79. ראו מ' ברויאר, **רבנות אשכנז בימי הביניים** (ירושלים, תשל"ו), 18-19.
80. לכאורה ניתן היה לשאוב את הפתרון לבעיה זו ממוסד הזקנים. אולם, מסתבר בעיני, שהעדר ההסתמכות על הזקנים נבע מהעובדה שהזקנים תפקדו כמוסד מנהיגותי משני, ליד מנהיג אינדיבידואל דומיננטי. מוסדות ההנהגה של הקהילה יצרו דגם ייחודי עד לאותה עת של מנהיגות קולקטיבית שאיננה יכולה להיסמך על מנהיגות אינדיבידואלית אחרת, חיצונית לה.
81. "... סמכותו של הרוב הנכפית על המיעוט, כשאין לרוב תוקף רוחני מיוחד, היא שאלה חמורה. למה יישמע לו המיעוט?" ח' ה' בן ששון, הערה 74 לעיל, 111.



82. לתיאור הבעיה ודרכי פתרונה ראו מ' אלון, "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית", בתוך: **עם ועדה – המסורת המדינית היהודית והשלכותיה לימינו** (עורך ד' י' אלעזר, הוצאת ראובן מס, תשנ"א), 224-227, 220.
83. בלשונו של התשב"ץ: "שהרי כוח הצבור על היחידים ככח הנשיא על כל ישראל" (ח"א, קלג).
84. הרשב"א קובע: "... וכמו שכלל הקהילות משועבד לבית הדין הגדול או לנשיא, כך כל יחיד ויחיד משועבד לצבור שבעירו" (**שו"ת הרשב"א**, ח"ג, תיז; ח"ז, תצ).
85. מ' אלון, הערה 82 לעיל, 226.
86. ראו אצל L. Finkelstein, **Jewish Self-Government in the Middle Ages** (New York, 1920), pp.9-10, 33-44; י' בלידשטיין, "יחיד ורבים בהלכות ציבור של ימי הביניים", בתוך **עם ועדה**, הערה 82 לעיל, 246, 251-250.
87. בחלק מהמקומות נוסח התקנות היה צריך לקבל גם את אישורו של רב הקהילה. ראו י' בער, "היסודות וההתחלות של ארגון הקהילה היהודית בימי הביניים", **ציון** (תש"י) 39. לרשימת מקורות ולדיון בסוגיה זו ראו א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", **שנתון המשפט העברי**, ט"ז-י"ז (תש"ן-תשנ"א), 1, 60-79.
88. יעקב כץ קובע: "...הסרת עול ההכרעה של בעלי ההלכה מעל עצמם כפוסקי 'דין תורה' בהלכות ציבור, אין בה משום הפקעת חיי הקהילה מסמכות ההלכה; במשמעותה הרחבה של המלה נכלל ב'הלכה' גם המנהג המקומי והמקובל על הקהילות כולן." הערה 76 לעיל, 98-99.
89. י' כץ, **שם**, 119-121.
90. מ' פרנק, **קהילות אשכנז ובתי דיניהן מהמאה הי"ב עד סוף המאה הט"ו** (תל-אביב, תרצ"ח), 9-10.
91. ראו ח' ה' בן ששון, הערה 74 לעיל, 121; מ' פרנק, **שם**, 13, 17-18.
92. מ' ברויאר, "מעמד הרבנות בהנהגתן של קהילות אשכנז במאה הטי"ן", **ציון** מא (תשל"ו) 47, 61.
93. י' כץ, הערה 76 לעיל, 110.



94. כפי שמציין תא שמע, אנו מכירים מאות תלמידי חכמים שפעלו באשכנז ובצרפת במאות העשירית עד השתים עשרה. לעומת זאת בספרד, בתקופה המקבילה, מוכרים לנו לא יותר מ-50 שמות של בעלי הלכה. ראו י' תא שמע, **הלכה, מנהג ומציאות באשכנז** (מאגנס, תשנ"ו), 36. הופיע גם **בשנתון המשפט העברי**, א (תשל"ד), 353.

95. י' תא שמע, **שם**, 38.

96. י' תא שמע, **שם**.

97. י' בער, **תולדות היהודים בספרד הנוצרית** (עם עובד, 1965), 127.

98. י' בער, **שם**, 138.

99. ש' אסף, **בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד** (ירושלים, תרפ"ד), 86. יתירה מזאת: אסף קובע שבקהילות קטנות, שלא היה בהן לא בית דין קבוע ולא רב, היו הפרנסים דנים גם בדיני ממונות, **שם**, 88.

100. לתיאורם של הארגונים העל-קהילתיים ראו י' כץ, הערה 76 לעיל, פרק שלושה עשר.

101. י' כץ, **שם**, 154, ה"ש 10 מצטט התניה שערכו פרנסי מדינת פולין עם אב בית הדין ש"אין לו רשות לדבר ולמחות בתקנות שנעשו ע"פ רוב הפרנסים וטובים וקהל יצ"ו (ישמרם צור וינצרו – י.ש.), הן תקנות ישנות הן מה שנעשה מאז והלאה, אך האב"ד מחויב לקיים ולהחזיק אותם וכן כל דברי עסקי הקהל יצ"ו, אין להאב"ד רשות למחות ככל מה שנעשה ע"פ רוב הפרנסים וטובים וקהל יצ"ו".

102. י' כץ, **שם**, 155.

103. ח' ה' בן ששון, הערה 74 לעיל, 126-127 מביא ציטוט זה הלקוח מספרו של רבי נתן נטע הנובר **יוון מצולה**, ומזהיר את הקורא מפני האפשרות הסבירה שיש בתיאור זה משום אידיאליזציה של המצב.

104. ועד המדינה בליטא קבע **בפנקס המדינה**, סעיף שס"ד, בשנת 1639 (שצ"ט), חלוקת סמכויות מפורשת בין בתי הדין הרבניים לבין בתי הדין של המנהיגות הציבורית: "מנהיגי הקהילה ידונו דברי ריבות וקטטות... וקנסות ועונשים, ודייני הקהלה ידונו דיני ממונות. אין



להמנהיגים להכניס ראשם בדיני ממונות ואין להדיינים להכניס ראשם בדברים הבלתי שייכים להם כנ"ל."

105. סמכות השיפוט של הוועדים של המדינות השונות לא הייתה זהה: במורביה דן הוועד גם בסכסוכים שבין שני יחידים, כערכאה ראשונה, ובלבד שהתביעה הייתה גדולת היקף. לעומת זאת, עיון בפסקי הדין של הוועדים בפולין ובליטא מלמד כי הללו נמנעו מלשמש ערכאת דיון רגילה בסכסוכים שבין אדם לחברו. הפסקים עוסקים כמעט אך ורק בסכסוכים שהציבור צד להם, קרי: סכסוכים בין שתי קהילות או סכסוך בין יחיד לבין קהילה.

106. שי אטינגר, הערה 73 לעיל, 17.

107. כך מתאר את המצב הרב ש' אסף (הערה 99 לעיל, 6-5):

מסוף המאה ה-18 ואילך הולך מצבו המדיני והמשפטי של עמנו ומשתנה לטובה. ... אולם לבית הדין העברי לא באה הרווחה. אדרבה, הריסת הגיטו ופריצת הגדרים הקימים מדור דור גררו אחריהם את ירידתו של בית הדין וערוהו עד היסוד. תמורת הזכויות האזרחיות שנתנו לנו נלקחו מאתנו זכויותינו הלאומיות וביניהן גם הזכות הנותנת תוקף לביה"ד שלנו הדין על פי המשפט העברי. כמעט כל הממשלות שללו מבית דיננו את יפויי כחו וצמצמו את חוג שליטתו צמצום אחר צמצום. ... נתבטלו כל הסיגים שנעשו בכדי למנוע את היהודי מהליכה לעש"ג (ערכאות של גויים – י.ש.) ונפלו כל המחיצות שהוקמו במשך דורות רבים. בארצות המערב כמעט שערב בית דיננו ובטל מן העולם. במזרח אירופא הוא ממשיך עוד את קיומו העלוב, אולם גם שם אין לו, לצערנו, תקוה שיתנער בעתיד משפלותו ויחדש את ימיו כקדם.

108. עיקר השיח ההלכתי במוסד זה התנהל בתקופה מאוחרת, בה כבר לא היה קיים, עקב העדר ריבונות. היינו, זהו דיון הלכתי תיאורטי. ז' ספראי וא' שגיא, "מבוא: סמכות ואוטונומיה במסורת ישראל", מופיע אצל ז' ספראי וא' שגיא, הערה 44 לעיל, 9, 20.

109. האם תקנות הקהל הן ביטוי של סמכות ההנהגה הציבורית או שהן ביטוי של הסמכות הרבנית? מנחם אלון מבהיר שאף שחכמי ההלכה חולקים בשאלה זו, מבחינה היסטורית יש לראות בתקנות הקהל



גלגול של הסמכות השלטונית היהודית, ראו מ' אלון, הערה 21 לעיל, 580, ה"ש 105 וההפניות שם.

110. באמצעות העיקרון של "דינא דמלכותא דינא" הושפעה ההלכה מנורמות של דין זר הן על ידי הכרה בהן כנורמות זרות אך מחייבות והן על ידי קליטתן לתוך ההלכה, ראו מ' אלון, הערה 21 לעיל, 67-55.

111. כך, למשל, פרופ' שוחטמן בודק את האפשרות של הכרה הלכתית בחוקי המדינה על יסוד ניתוח נפרד של שלושה מהמוסדות, ראו א' שוחטמן, הערה 87 לעיל.

112. ההגדרה הפורמלית מקבלת את עמדתם של חכמים כאמת מידה בלבדית ל"הלכתיות" של נורמה משפטית כלשהי, ובהתאם לכך היא מסווגת את דין השלטון כהלכה או כנורמה חוץ-הלכתית. כך, למשל, כאשר אלון דן בתוקף תקנות הקהל הוא בודק את השאלה האם חכמים הקנו לדין שמקורו בתקנות הקהל (דין השלטון) תוקף כלדין תורה, ראו מ' אלון, הערה 21 לעיל, 580-579.

113. על פי ההגדרה המהותית, ככל שהתוכן של הנורמה השלטונית רחוק יותר מהתקדים הנוהג של דין התורה, לעיתים עד כדי סתירה, כך גם מתבררת העצמאות של ההליך הנורמטיבי שבסמכות ההנהגה הציבורית וניתן לסווגו כהליך חוץ-הלכתי (שאפשר שההלכה מכירה בו, או לא). לדוגמא לבחינה מהותית ראו מ' לורברבוים, "תיקון עולם" על פי הרמב"ם: עיון בתכליות ההלכה, "תרביץ" ס"ד (תשנ"ה), 67, 65.

114. ראו הדיון לעיל בפרק 3.1. ראוי ליתן את הדעת בדבר המשמעות, אליבא דדין תורה, לעצם קיומו של שקלא וטריא רב-דורי בין חכמים לבין הנהגה ציבורית בנושאים נורמטיביים, שתוצאתו הקבועה היא מתן תוקף מחייב, מעשית והצהרתית, לפסיקה ולחקיקה של ההנהגה הציבורית.

115. אכן, אין ביד איש לבדוק אלו נורמות ב"שולחן ערוך" מקורן הבלעדי הוא פסיקה רבנית ואלו מקורן בפסיקה של הזרוע הציבורית שאומצה על ידי רבנים (לעיתים תוך שימוש ברטוריקה של הסתמכות על מקורות רבניים קודמים, תוך התאמתה למבוקש באמצעים פרשניים).



116. יתירה מזאת: על פי הכלל ההלכתי 'דינא דמלכותא דינא', ההלכה מוכנה להבנות אפילו מתוצר נורמטיבי של אינם יהודים, ובלבד שהם מייצגים באופן אותנטי את ההנהגה השלטונית הרלבנטית לצרכני הנורמה ההלכתית.

117. אכן, יש מהפוסקים בני זמננו שהעלו את האפשרות של עיגון מעמדם ההלכתי של מוסדות הממשל הישראלי ושל חוקי מדינת ישראל בהיותם תחליף והמשך למוסד המלוכה [למשל, הרב שי' ישראל, **עמוד הימיני** (תל אביב, תשכ"ו) נט.]. או למוסד של טובי העיר [למשל, הרב אי"י ולדינברג, **הלכות מדינה**, חלק שלישי (תשט"ו) פט-צו, תשובה בעניין משאל עם בעניינים מיוחדים] או ל"דינא דמלכותא" (למשל, הרב ע"י הדאיה, "האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא", הופיע **בצומת התורה והמדינה**, הערה 26 לעיל, 25, 32). לדעתו, המשמעויות הגלומות בעמדות אלו לא חלחלו לפסיקה ולתודעה ההלכתית בצורה מספקת.

118. עם תחילת פעולתם של בתי משפט חילוניים בפלסטינה, עת שקיננה תקווה בקרב הוגים דתיים לתחייה של המשפט הדתי כחלק מהמעשה הציוני, הושמעו דעות השוללות את ההשוואה האמורה. מוקד ההתנגדות להשוואה הוא ההבדל הנטען, מבחינת המחויבות הדתית, בין המנהיגות הציבורית ההיסטורית לבין מערכת בתי המשפט החילונית בפלסטינה:

לבתי הדין החלוניים שלנו בימי הביניים לא הייתה שום מגמה מתנגדת אל המסורת המשפטית העתיקה, אדרבה תמיד השתדלו להתקרב אליה, ולעתים קרובות היו שואלים בעצת הרב או הדיינים המומחים. אמנם לא תמיד התאימו פסקיהם לדין תורה, אבל לא היה בזה דבר שבשטה. הם לא שאפו ליצור משפט חדש ולבטל את בתי הדין הקבועים של הדיינים המומחים. פעולתם הצטמצמה בעקר במקומות שלא היו בהם בתי דין מסודרים וחכמים בתורה. אולם מצדדי משפט השלום (קרי – בתי המשפט החילוניים, י.ש.) יצרו בקשר עם התיסדותו תיאוריה של חדוש המשפט, שאינו מתאים לפי דעתם לתנאי החיים בדורנו ולהשקפות בני זמננו, "חדוש" שיעשה בכונה מראש ובמחשבה תחלה על ידי אנשים שיעברו על "חשן המשפט", יבחרו את הטוב והיפה בעיניהם ויאמרו:



דין הנין לי ודין לא הנין לי. ויש בחוג זה גם כאלה המרחיקים ללכת עוד יותר וסוברים שעלינו לותר על המשפט העברי העתיק ולהתחיל הכל מבראשית; ... משפט השלום אינו בא איפוא, לפי דעת מיסדיו ומצדדיו, למלא את החסר בבד"ץ של הרבנים ולהשלימו, אלא הוא בא למלא את מקומו ולרשת אותו. אין מטרתנו להיות עזר לבית דיננו המקובל אלא לעמוד כנגדו. במאות השנים הקודמות לא עלו כלל דברים אלה על דעת מי שהוא מישראל.

ש' אסף, הערה 99 לעיל, 7-8.

דומני כי רבים יסכימו שיחסם של בתי המשפט החילוניים למשפט העברי בתקופתו של הרב אסף איננו שונה מיחסם של בתי המשפט הישראליים, כיום, למשפט העברי. אולם, לדעתי, טיעונו של הרב אסף לגבי "בתי הדין החילוניים שלנו", לפיו הללו פעלו בעיקר בהעדר בתי דין רבניים ורק כמנגנון עזר, איננו מדויק. התייחסותו לבתי הדין החילוניים בימי הביניים כתופעה ייחודית, מחטיאה את האמת, באשר היא מתעלמת מהעובדה שמדובר בפנומן היסטורי על-תקופתי. בניגוד לעולה מדבריו, פעולתה המשפטית של ההנהגה הציבורית איננו משני, אלא זוהי תופעה מרכזית שהלגיטימיות שלה איננה מעוררת ושיש לה ייעוד חשוב כגורם מאזן בהתפתחות ההלכה.

כמובן, העדר המחויבות הדתית, הן מעשית והן תודעתית, של בתי המשפט ושל הכנסת הוא נושא רציני לענות בו. יתכן כי התשובה לשאלה האם יש בכך כדי לפסול את תפקודם כממשיכי השושלת של ההנהגה הציבורית במסורת משפט ההלכה, יכולה להיגזר מההנמקות האינטלקטואליות שניתנו במהלך הדורות לסמכותה המשפטית של ההנהגה הציבורית. נדרשת, לפיכך, בדיקה האם כוחן של הנמקות אלה נשאב או למצער מותנה, במחויבות הדתית של ההנהגה הציבורית.

119. ראו י' צ' שטרן, הערה 2 לעיל, 10-13.

