נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות

ידידיה צ' שטרן*

א. הקדמה. ב. נגישות עקרונית: 1. משפט נוהג – סמכות ושפיטות נורמטיבית; 2. הלכה; 3. סוגיות מדיניות וההלכה. ג. נגישות מוסדית: 1. משפט נוהג – שפיטות מוסדית; 2. סוגיות מדיניות וההלכה; 3. סיכום. ד. נגישות מעשית: 1. ההעדר הנורמטיבי; 2. יצירה שיפוטית – האפשרויות התיאורטיות; 3. יצירה שיפוטית – הקשיים המעשיים. ה. סיכום.

א. הקדמה

המאמץ המדיני של מדינת ישראל להשלמה עם שכנותיה משמש מאורע מפעיל וקטליזטור של חשיבה דתית, הבאה לידי ביטוי במישורים שונים – פוליטיים, הגותיים ונורמטיביים.[1] במסגרת זו נשמעות בשנים האחרונות עמדות תורניות בנושאים מדיניים מובהקים מפיהם של מורי הלכה מזרמים שונים.[2] עמדות אלו לובשות צורות מגוונות

---

* פרופסור חבר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן. תודה לשמשון אטינגר, אריאל בנדור, יצחק ברנד, סיני דויטש, יהודה הנקין, משה חלמיש, בני להמן, מנחם לורברבוים, קלמן נוימן, משה קופל, אבי שגיא ויוסף שלהב.

1. ההבחנה בין מישורים אלו אינה פשוטה ואולי אף אינה אפשרית. ראו למשל יצחק אנגלרד, "הבעיה ההלכתית של מסירת שטחים מארץ־ישראל: משפט ואידיאולוגיה", הפרקליט מא (תשנ"ד) 13.

2. כך, למשל, המחלוקת שבין הרב עובדיה יוסף לרב שאול ישראלי בעניין מסירת שטחי ארץ־ישראל במסגרת התהליך המדיני זכתה להד ציבורי רב. ראו עובדיה יוסף, "מסירת שטחים מארץ־ישראל במקום פיקוח נפש", תחומין י (תשמ"ט) 34; שאול ישראלי, "מסירת שטחים מא"י במקום פיקוח נפש", תחומין י (תשמ"ט) 48.
לאחרונה פורסמה בעיתונות מודעה בתשלום שכותרתה "דעת תורה מגדולי הרבנים הגאונים שליט"א בעניין מסירת שטחים מארץ־ישראל לנכרים", ובה, בין היתר, נקבע: "התורה שהיא 'תורת חיים', נותנת תשובה לכל שאלה בחיי יום יום, ובוודאי בשאלה כה חשובה ועקרונית הנוגעת למיליוני יהודים כ"י. ישנו פסק־דין ברור בשולחן ערוך, המאיר לנו את הדרך איך צריך להתנהג עפ"י התורה, ופסק־הדין הוא שאסור בשום אופן להעביר חלקים מארץ־ישראל לנכרים, כנ"ל". בשולי הדברים מופיעה רשימה של למעלה ממאתים רבנים, שעל־פי לשון המודעה "חתמו על פסק ההלכה 'פיקוח נפש של מיליוני יהודים בארץ הקודש'", ובהם רבנים ראשיים של מדינת ישראל, חברים בוועצת הרבנות הראשית לישראל, רבנים של ערים, יישובים, שכונות ועוד. ראו למשל הארץ (11 באוקטובר 1996,

nevo.co.il

בז'אנר (פסק הלכה פורמלי, הבעת עמדה פולמוסית, מאמר אנליטי, וכדומה), בדרך הפרסום (פומבי או לעיני השואל), במידת הקונקרטיות של ההכרעה (הוראה כיצד לנהוג במצב ספציפי קיים או צפוי, או הוראה כללית ביחס לנושא העומד במחלוקת ציבורית), ובפרמטרים נוספים. האוזן התרגלה לשמוע ש"גדול דור" או "רבנים מתנחלים" או "מועצת חכמים" פוסקים פסוק מדיני השואב את כוחו ממעמדם הדתי. התופעה של מנהיג דתי הקובע הנחיה בנושאים מדיניים לציבור הנוהה אחריו מתקבלת על־ידינו כדבר מובן.

עניינו של מאמר זה מצומצם לבחינתה של אחת מדרכי הביטוי של מנהיגים דתיים בנושאים מדיניים – פסק ההלכה. אף שהפסק הוא דרך ההבעה הדתית הנתרצת ביותר, רבנים שונים אינם מהססים לפסוק גם בסוגיות מדיניות מובהקות, כגון היחס להסכמי שלום; שאלות הנוגעות למסירת שטחי ארץ־ישראל לזרים, למלחמה ושלום, לריבונות ולעניינים שונים של מדיניות חוץ וביטחון. מסתבר שרבנים אלו מניחים שיש לגיטימיות פנים־הלכתית לפסיקה בנושאים מדיניים. תוקפה של הנחה זו ראוי לבדיקה.

בירור מקיף של הסוגיה, מנקודת ראות הלכתית, אמור לעורר, בין היתר, שאלות של פורום[3] ושל דין.[4] העיסוק בשאלות חשובות אלו יידחה להזדמנות אחרת. תחת זאת אתמקד כאן בהערכת הנגישות של הפוסקים אל השאלה המדינית, קרי: אחשוף את התנאים המוקדמים שחייבים הפוסקים לענות בהם בטרם ישמיעו דעה הלכתית מחייבת בסוגיות מדיניות.

התיבה הלא־משפטית "נגישות" תשמש אותי כמונח מסגרת להעלאת שורה של שאלות משפטיות הנוגעות לסמכות הפוסק, לשפיטות הנושא, ולאפשרויות היצירה השיפוטית של

עמ' 84). למקרא המודעה מתעוררים ספקות: ראשית, האם מדובר בעמדה נורמטיבית מחייבת (פסק הלכה) או, כפי שעולה מכותרת המודעה, בהנחיה תורנית של מנהיגי הציבור שאיננה עולה כדי קביעה נורמטיבית – "דעת תורה" (לפירוש המונח ראו הערה 28 להלן)? שנית, אם כוונת התותמים היא לקבוע נורמה משפטית, האם זו נורמה בעלת אופי שיפוטי או בעלת אופי חקיקתי? אם המודעה קובעת פסק־דין – את מי הוא מחייב? האם כל קורא עיתון הוא צד לפסיקה או שמא רק מי שקיבל על עצמו את הסמכות של הרבנים החתומים או למצער רק מי שביקש את פסק־הדין מאותם רבנים? מנגד, אם המודעה קובעת תוצר חקיקתי – מהו מקור הסמכות והיקף הסמכות של כל אחד מהחתומים כמתוקק והאם סמכותם חלה גם על הנושא הנדון? שאלות אלו ואחרות מקשות על הערכה של משמעותה המשפטית של המודעה. אכן, קיימת עמימות יחסית בשאלות חשובות הנוגעות לתיאוריה של ההלכה ולסוציולוגיה שלה, כגון: מהו מקור הסמכות של רב? מהו היקף סמכותו? האם סמכותו מוגבלת לשאלות המועלות לפניו או לא? את מי פסיקתו מחייבת?

3. ביחס לפורום יש לברר מהי הערכאה השיפוטית או המערכת השלטונית שההלכה מפקידה בידיה את הסמכות להכריע בשאלות מדיניות. במישור העקרוני אין מניעה שההלכה תסמן פורום לא רבני – דוגמת משפט המלך או דינא דמלכותא – כמוסד מכריע.

4. ביחס לדין יש לברר אם ההלכה מכירה בקיומן של נורמות ייחודיות בנושאים מדיניים. למשל, ראוי לבדוק אם ההלכה מבחינה בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי באופן שאיננו מאפשר תחולה אוטומטית של נורמות פרטיות על שאלות ציבוריות.

nevo.co.il

הפוסק ההלכתי. המאמר יחולק לשלושה חלקים: בפרק ב אבדוק אם שאלות של מדיניות הן נושא לנורמה הלכתית או שמא הן מצויות מחוץ לתחום ההלכתי (שפיטות נורמטיבית) והאם פוסקי ההלכה מוסמכים לדון בכך; זוהי "הנגישות העקרונית". בפרק ג' אבית קיומה של נגישות עקרונית, ואבחן אם ההלכה נוקטת מדיניות שיפוטית המבטאת עניין להכריע בנושאים מדיניים (שפיטות מוסדית). זוהי "הנגישות המוסדית". בפרק ד' אבית קיומן של נגישות עקרונית ונגישות מוסדית, אך אבדוק את הקשיים המעשיים העומדים על דרכו של פוסק המעוניין להכריע בשאלה מדינית; זוהי "הנגישות המעשית".

במקובץ אשאל אם סוגיות מדיניות הן מציאות שלפוסק ההלכה יש אפשרות (נגישות עקרונית), עניין (נגישות מוסדית) ויכולת (נגישות מעשית) להתייחס אליה. מימצא התומך בהעדר נגישות לסוגיות מדיניות באחד משלושת המובנים האמורים די בו כדי למנוע, או למצער, להרתיע מנקיטת עמדה הלכתית מחייבת. במילים אחרות, תנאי הכרחי לפסק הלכה בשאלות מדיניות הוא התמודדות עם שאלת הנגישות בכל אחד משלושת המובנים.

מאמר זה איננו מתיימר להציב יתדות בנושא. תכליתו היא להצביע על גיוון העמדות הפנים־הלכתי בשאלות הנדונות ולסמן דרך אנליטית לדיון הלכתי לצורך הכרעה בהן.

ב. נגישות עקרונית

האם ההלכה, לשיטתה, היא מערכת נורמטיבית בעלת היקף תחולה בלתי מוגבל, קרי: האם היא מסדירה את כל ההיבטים של הקיום האנושי ואין אתר הפנוי ממנה? או שמא קיימת מציאות אנושית ממשית שלהלכה, כמערכת משפט, אין עמדה א־פריורית לגביה? דיון אנליטי מסודר בשאלה מרכזית זו איננו שכיח בספרות ההלכה ובהגות הדתית.

אפתח בתיאור תמציתי של דיון עדכני המתנהל בשאלה מקבילה במשפט הנוהג בישראל. הקטגוריות המודרניות שתיחשפנה תעמודנה לרשותנו לשם סיווג, איפיון והבנה של עמדות שהושמעו בשאלת היקף השגתה של ההלכה בכלל, ובסוגיות מדיניות בפרט.[5]

1. משפט נוהג – סמכות ושפיטות נורמטיבית

היקף השגתו של המשפט עשוי להיתתם הן על־ידי גורם חיצוני והן על־ידי המשפט עצמו. ההגבלה החיצונית מקורה בהסכמה חברתית, שלפיה אין לתת למשפט ולמערכת השיפוטית נגישות להכרעה בנושא מסוים. זוהי שאלת הסמכות. ההגבלה הפנימית, זו שהמשפט משית על עצמו גם מקום שיש לו סמכות, נוגעת בנושא השפיטות

5. יודגש כי "ייבוא" הקטגוריות המודרניות למגרש ההלכתי איננו מניח שההלכה עושה בהן שימוש או שהיא מודעת להן. ההיזקקות להן היא כאל כלי־עזר אנליטי חיצוני שתועלתו בחידוד ענייני ומתודולוגי של הבירור ההלכתי הפנימי.

nevo.co.il

(Justiciability).[6] בית־המשפט מפעיל את שיקול־דעתו על־מנת לקבוע אם הנושא הנדון בסמכות לפניו מתאים להכרעה שיפוטית.[7]

בישראל מתנהל שיח ער בשאלת היקף תחולתו של המשפט הנוהג. הדיון מתמקד סביב פסיקת בית־המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ), שלפניו נדונים מרב הסכסוכים המעוררים שאלות של נגישות עקרונית. חוק־יסוד: השפיטה[8] קובע שלבג"ץ יש סמכות שיורית לדון בעניינים אשר אינם בסמכותו של בית־משפט או של בית־דין אחר.[9] הייגו, ההגבלה החיצונית איננה קיימת משום שבג"ץ נהנה מנגישות עקרונית בלתי מוגבלת מנקודת הראות של סמכות. לפיכך השיח מתמקד בשאלת השפיטות (או אי־השפיטות) הנורמטיבית.

השופט אהרן ברק, נשיא בית־המשפט העליון, הגדיר מונח זה:

> סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתרונו. סכסוך אינו שפיט במובנו הנורמטיבי, אם אין קיימים קני־מידה משפטיים להכרעה בו. השפיטות הנורמטיבית עוסקת, איפוא, ביכולתו של המשפט ושל בית־המשפט להכריע בסכסוך.[10]

השופט זילברג תיאר זאת כך:

> בלתי שפיט יכול להיות רק משהו אשר, בגלל היותו עניין שפועלים בו שיקולים לבר־משפטיים, כגון שיקולים פוליטיים, קונסטיטוציוניים, יחסי חוץ וכדומה, אינו ניתן "להיכלא" במסגרת משפטית....[11]

---

6. למושג זה ראו G. Marshall, "Justiciability", in *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford, Clarendon Press, 1961); וכן Robert S. Summers, "Justiciability", 26 *Modern Law Review* (1963) 5.
7. לדיון ביחס שבין שפיטות וסמכות ולמראי מקומות של פסיקה ישראלית המבחינה בין השתיים ראו אריאל בנדור, "השפיטות בבית־המשפט הגבוה לצדק", משפטים יו (תשמ"ח-1987) 592, עמ' 595-596.
8. ס"ח תשמ"ד 78.
9. ראו סעיף 15 (ג) לחוק־יסוד: השפיטה.
10. בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: בג"צ רסלר), עמ' 475.
11. בג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה, פ"ד כג (2) 141, עמ' 158.

nevo.co.il

מדבריו של השופט זילברג עולה שורה של נושאים שאינם שפיטים מבחינה נורמטיבית. גם השופט זוסמן סבר ששיקולים של מדיניות הרץ אינם שפיטים,[12] והשופט ויתקון הביע עמדה דומה ביחס לעניינים הנוגעים לפעולות הצבא.[13]

השופט ברק, מנגד, הציג עמדה עקרונית חדה, שלפיה המציאות כולה מוסדרת על־ידי עולם המשפט:

> נקודת המוצא העיונית לבחינתה של השפיטות (או אי השפיטות) הנורמאטיבית הינה התפיסה, כי המשפט הוא מערכת של איסורים והיתרים. כל פעולה הינה מותרת או אסורה בעולם המשפט. אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט... כל פעולה ניתנת "להיכלא" במסגרת המשפט. אין "חלל משפטי", שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה.[14]

במקום אחר ביטא השופט ברק עמדה זו באמצעות מטבע לשוני: "בעיני, מלוא כל הארץ משפט",[15] ובהמשך דבריו קבע:

> כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי תברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על ידי המשפט. לולא הכרה זו, היתה נתונה תירות לכל אחד לפלוש לתחום זה.[16]

לדידו, אי־התערבות של בית־המשפט במצבים מסוימים איננה תולדה של מגבלות על שפיטותם הנורמטיבית של נושאים אלו, אלא היא תולדה של בחירה של בית־המשפט, שמקורה במדיניות משפטית ושיפוטית. זוהי אי־השפיטות המוסדית.[17]

שופרה של הדעה האחרת הוא המשנה־לנשיא בית־המשפט העליון, השופט מגחם אלון, אשר הכיר בקיומן של הגבלות על המציאות המשפטית:

---

12. בג"צ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד יט (2) 485, עמ' 487.
13. בג"צ 302/72 חילו ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז (2) 169, עמ' 182.
14. בג"צ רסלר (לעיל, הערה 10), 477.
15. אהרן ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 475, עמ' 477.
16. שם, שם.
17. בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749 (להלן: בג"צ ז'רז'בסקי), עמ' 856. ראו הדיון להלן, בפרק ג.

> עולמו של המשפט... מצומצם הוא, במודע ובכוונה מראש, לפעולות שהן בעלות משמעות משפטית נורמאטיבית בלבד; לעומתן פעולות רבות ומגוונות מוסדרות על פי נורמות מוסריות וחברתיות, למיניהן ולסוגיהן, המצויות מחרץ לחלל עולמו של המשפט.[18]

והוא מדגים:

> הרי אין אתה אומר שהמשפט "מתיר" לאכול, לשוחח בטלפון, לטייל, לרוץ ולרקוד משום שאין הוא "אוסר" פעולות אלה. גם אין לומר שהמשפט "מתיר" עשיית חסד והצנע לכת, משום שאין הוא "אוסר" פעולות אלה. לכל הפעולות האמורות אין המערכת המשפטית מתייחסת כל עיקר, היא מתעלמת מהן, משום שהן מחוץ לתחום התעניינותה.[19]

נושאים שמערכת המשפט איננה מתייחסת אליהם נתפסים על ידי השופט אלון כ"חללים משפטיים".[20]

ניתן לסכם את המחלוקת כך: השופט ברק גורס שהמציאות כולה שפיטה וניתנת לסיווג בקטגוריות נורמטיביות של איסור והיתר, ואילו השופט אלון גורס שהמציאות הממשית רחבה מהמציאות המשפטית והיא כוללת תחומים שהם במהותם בלתי שפיטים. שני השופטים ערים לקיומה של פעילות אנושית שאיננה מוסדרת בפועל על־ידי המציאות המשפטית, אלא שהאחד מייחס זאת לבחירה מודעת של בית־המשפט, בחירה שהיא תולדה של מדיניות משפטית ושיפוטית (אי־שפיטות מוסדית), ואילו השני תולה את הדבר בקוצר היד העקרוני של המציאות המשפטית (אי־שפיטות נורמטיבית).

2. הלכה

שתי הסוגיות – היקפה של שיטת המשפט ההלכתית והיקפה של שיטת המשפט הנוהגת – דומות אנליטית, אך שונות ברבדים מגוונים. ההבדלים נגזרים מאי־הזהות במטרותיהן של שתי המערכות המשפטיות, מהשוני שבמערך הפילוסופי והערכי שבתשתיתן, מהשקפותיהן השונות ביחס למקור סמכותן: האל או רצון העם,[21] מהפער הגדול שבין

18. בג"צ ז'רז'בסקי, שם, 767.
19. שם, 766.
20. לסיכום נוסף של המחלוקת ראו מנחם אלון, "תוקף־יסוד: דרכי הקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?", מחקרי משפט יב (תשנ"ו), 253, עמ' 298-302.
21. התפיסה שלפיה האל הוא מקור הסמכות לשיטת המשפט הדתית שכיחה, אך לא אקסקלוסיבית. לזרם חשיבתי הרואה ברצון העם את מקור הסמכות ההלכתית ראו אליהו מזרחי, שו"ת ר' אליהו המזרחי (הוצאת דרום, תרצ"ח), סימן נז: "כי זה הכת שנתן לבית־

nevo.co.il

דרכי אכיפת הנורמות הקבועות בהן[22] ועוד. לפיכך אין הכרח לחפש קשר עניני ישיר בין היקף המציאות המשפטית במערכת משפט דתית ובמערכת משפט חילונית.[23] עם זאת, נראה לי שניתן לעדן את הבנתנו בדבר היקף השגתה של ההלכה באמצעות הקטגוריות האנליטיות המשמשות את הדוברים בשיח המודרני סביב שיטת המשפט הנוהגת.

הדעה התורנית השכיחה גורסת שהמציאות כולה נתפסת בקטגוריות הלכתיות. בהקשר זה מושמעות אמירות רוגמת "ליכא מידי דלא רמיזי באורייתא",[24] "הקדוש ברוך הוא

הדין הגדול שבירושלים ולכל בית־דין ובית־דין שבכל דור ודור... אינו אלא מפני שבית־דין הגדול שבכל דור ודור כל אנשי דורו הם סומכין דעתן על־ידו בגזירות ובתקנות ובמנהגות ומפני זה ניתן להם כח הגזירות והתקנות והמנהגות יותר מכל שאר בתי דינין שבאותו הדור... ואף על פי שלא במרוחו ולא התנו עמו בפירוש, אנן סהדי דכולהו סומכין על־ידו שבכל מה שיעשה שיהיה עשוי"; הראי"ה קוק, אדר היקר יעקבי הצאן (מוסד הרב קוק, תשכ"ז), עמ' לט: "כל מצוות חכמים שאנו מקיימים היסוד העיקרי שלהם היא קבלת הגוי כולו ... ואף על גב דאסמכונהו רבנן על לא תסור מכל מקום היסוד הברור הוא קבלת האומה"; ח' הירשנזון, מלכי בקודש, סנט לואיס: Moinester Printing Co., תרפ"ג, חלק ג, עמ' 80-81:

"שחובותינו בהתורה והמצוה עיקרו הוא מצד הקשר והברית אשר עשאנו על כל מצוות ה' ... ורק אחרי הכנסת העם בברית וקבלתם ברצון את השבועה אז בוחרים מהם שופטים וזקנים אשר יעמדו על משמר קבלתם, ככל קאנסטיטוציאן המתקבל מקודם להעם, ואחר כך נותן הכח על פיהו לשופטי העם וזקניו. והכח הזה לא היה רק אז בעת קבלת התורה רק נשאר הכח הזה לישראל לעולם.... עיקר כח הב"ד [הבית־דין] הוא כח הציבור ובלעדי כח הציבור אין כח לה"ד [הבית־דין] מאומה."

22. על הפסוק "אל אלהי הרוחת לכל בשר, האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצף" (במדבר טז, כב) אומר רש"י: "יודע מחשבות, אין מידתך כמידת בשר ודם; מלך בשר ודם שסרחו עליו מקצת מדינה, אינו יודע מי החוטא, לפיכך כשהוא כועס נפרע מכלם ביד [בשר ודם]; אבל אתה, לפניך גלויות כל המחשבות ויודע אתה מי התוטא".

23. עם זאת ראו הרמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק לד, שניתן להתפרש כגורס קיומו של קשר ישיר כזה, שהוא תולדה של העובדה שהתורה נמסרה בצורה של מערכת נורמטיבית (חוק).

24. ככל שידיעתי מגעת, מכתם שגור זה אינו מופיע במשנה, בתוספתא, בתלמודים, במדרשי ההלכה ובמדרשי האגדה. לאמירה התלמודית הקרובה ביותר – "מי איכא מידי דכתיבי בכתובי דלא רמיזי באורייתא" (בבלי, תענית ט ע"א) – שהיא כנראה מקורו, מובן שונה לחלוטין. רש"י במקום מסביר: "שהחומש הוא יסוד נביאים וכתובים ובכולם יש סמך למצוא מן התורה".

nevo.co.il

הסתכל באורייתא וברא עלמא",[25] ו"הפך בה והפך בה דכלא בה".[26] אף שאמירות אלו אינן מתייחסות לקטגוריות הלכתיות ואינן בעלות אופי משפטי, הן חלק מהתשתית ההגותית התומכת ומפרנסת תפיסה הלכתית כולית.

מהרפרטואר הרחב של המצדדים בכוליות ההלכה, בחרתי להביא שתי ציטטות מודרניות, שמקורן בדוברים של זרמים שונים ביהדות האורתודוקסית.

בכרוז החתום על־ידי "תלמידי מרן החזון איש זצוק"ל" מופיעה מובאה המיוחסת למכתב ששלח ה"חזון איש" לרב קלמן כהנא, מנהיג מפלגת פועלי אגודת ישראל (בעניין הפולמוס סביב שירות לאומי של בנות). המכתב מגנה בחריפות כל אפשרות של הפלאה בין עניינים הלכתיים לעניינים אחרים, וזו חלק מלשונו:

> השיטה לעשות את התורה לחלקים שנים. הוראה באיסור והיתר חלק אחד, והוראה בשוק התיים חלק שני. להיות נכנעים להוראות חכמי הדור בחלק הראשון ולהשאיר לחפש בחירתם בחלק השני, היא השיטה הישנה של המינים בירידת היהדות באשכנז אשר הדיחו את עם ישראל עד שיתערבו בגוים ולא נשאר לפליטה.[27]

חביטוי "שוק החיים" הוא כנראה הגדרה שיורית לכל חלקי המציאות שאינם נתפסים על־ידי הכול כנוגעים באופן ישיר בשאלות הלכתיות מובהקות. הפוסק החרדי קובע שהשארת חופש בחירה לציבור בחלקי מציאות אלו היא שיטה של מינים. גם שוק החיים הוא חלק מהתורה, ומטילא הסמכות לפסוק לגביו מסורה למורי ההלכה ("חכמי הדור").

התבטאות פולמוסית חדה זו מבטאת היטב את השקפת העולם החרדית. אכן, בקרב חלקים מהציבור החרדי ההכרעה בנושאים רבים – כגון שידוך, עסקה, טיפול רפואי – מסורה לשיקול־דעתו של הפוסק, שאמור ליישם נורמה הלכתית, או של המנהיג הדתי המביע את "דעת התורה".[28]

---

25. מקורה של אמירה זו כנראה בבראשית רבה א (וילנא): "התורה אומרת אני הייתי כלי אומנתו של הקב"ה, בנוהג שבעולם מלך בשר ודם בונה פלטין, אינו בונה אותה מדעת עצמו אלא מדעת אומן, והאומן אינו בונה אותה מדעת עצמו, אלא דיפתראות ופינקסאות יש לו, לדעת היאך הוא עושה חדרים, היאך הוא עושה פשפשין, כך היה הקב"ה מביט בתורה, ובורא את העולם, והתורה אמרה בראשית ברא אלהים, ואין ראשית אלא תורה".
26. משנה, פרקי אבות, ה'.
27. צילומו של הכרוז אצל המחבר. הפיסוק הוסף.
28. "דעת התורה" איננה בהכרח עמדה הלכתית. המנהיג הדתי, מכוח קִרבתו הבלתי־אמצעית לתורה ויָקב תבונותיו האישיות, נתפס כבעל יכולת עריפה – עד כדי חסינות מטעות – לבצע הערכת מציאות ולתגחות את השואלים בכל ההיבטים של חיי המעשה. ראו גרשון בקון, "דעת תורה וחבלי משיח לשאלת האידיאולוגיה של 'אגודת ישראל' בפולין", תרביץ נב (תשמ"ג), 497; מנחם פרידמן, החברה החרדית (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1991),

nevo.co.il

שונות אורחותיו של הציבור המשתייך לאורתודוקסיה המודרנית. "שוק החיים" שלו כולל שטחים נרחבים שבהם אין הוא נזקק לפסיקה רבנית.[29] חלקים לא מבוטלים מציבור זה מקיימים אורח־חיים הלכתי, על־פי פרשנותם הם, אף שיתקשו להצביע על רב אשר למרותו הם נשמעים או – אף אם עשו להם רב – יתקשו להיזכר בשאלה הלכתית שבה נזקקו לעזרתו של הרב (למעט בנושאים הלכתיים קלאסיים כגון שאלות של כשרות, נידה ושבת). המקורות הנורמטיביים של ציבור זה הם ספרי ההלכה הסטנדרטיים שבדרך כלל אינם כוללים התייחסות מפורטת להיבטים רחבים של "שוק החיים".[30]

האם השוני באורחות מלמד על שוני בהשקפות ביחס להיקפה של ההלכה? נראה לי שהתשובה שלילית:[31]

104-114; יעקב כץ, ההלכה במיצר, (מאגנס, תשנ"ב), 18-20. לפיכך הפנייה אליו, לעתים, איננה מלמדת על תפיסה של כוליות ההלכה, אלא על ייחוס "כוליות של חוכמה" למנהיג הדתי.

29. מאלף להנגיד את הציטטה המיוחסת ל"חוון איש" עם דבריו של הרב י"ל פישמן (לימים – הרב מימון), ממנהיגי תנועת המזרחי. בשנת 1920 ניתן פסק־דין רבני, שקרא להחרמת הבחירות לאסיפת הנבחרים עקב מתן זכות הבחירה לנשים. הרב פישמן תקף בחריפות את הפסק, וקבע: "בענייני איסור והיתר ... נשאל את הרבנים, אבל בענייני החיים שבשוק עליהם לשאול אותנו". ראו דואר היום, ז' באייר תר"ף, 26 באפריל 1920. הפולמוס מתואר אצל מנחם פרידמן, חברה ודת: האורטודוקסיה הלא־ציונית בארץ־ישראל (יד בן צבי, תשל"ח), 166.

30. אכן, העדרה של נורמה מפורשת איננו מסייג בהכרח את היקפה של ההלכה. בהקשרם של הפסוקים "שמור תשמרון את מצות ה' אלהיכם ועדתיו וחקיו אשר צוך. ועשית הישר והטוב בעיני ה'" (דברים ו', יז-יח) מעיר הרמב"ן שיש להבדיל בין נורמות הלכתיות שעם ישראל צווה עליהן ספציפית ("מצות השם ועדותיו וחקותיו") לבין ענייניים שלגביהם אין נורמות הלכתיות מפורשות, אך ניתן להסיק אותן מהעקרונות והערכים המופיעים בתורה, וראוי לתת את הדעת לקיימן ("פשרה ולפנים משורת הדין"). וז לשונו: "מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו כי הוא אוהב הטוב והישר, וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה על הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוניו הישוב והמדינות כלם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה כגון 'לא תלך רכיל', 'לא תקום ולא תטור', 'ולא תעמוד על דם רעך', 'לא תקלל חרש', 'מפני שיבה תקום' וכיו"ב, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין". כן ראו פירושו של הרמב"ן לשמות טו, כו ולויקרא יט, ב.

31. ניתן, לדעתי, לייחס את השוני באורחותיהם של שני הציבורים הדתיים לשוני בהשקפה ביחס לשפיטות המוסדית. המריניות השיפוטית של פוסקי הציבור החרדי נוקטת גישה הלכתית אימפריאליסטית יותר מזו הנהוגה בקרב הציבור האורתודוקסי המודרני. אולם שני הציבורים מסכימים ביחס לכוליותה העקרונית של ההלכה. הסבר נוסף להבנת השוני באורחות נוגע למעמד ההנהגתי השונה שיש לרבנים בשני הציבורים, כראשי הקהל.

השופט אלון, אשר בזכור מתנגד לעמדה הגורסת את כוליות המשפט הנוהג, אימץ עמדה כולית ביחס להלכה. בהתייחסו לעמדתו של השופט ברק ש"אין פעולה שהמשפט לא חל עליה", קבע השופט אלון:

> דבריו של חברי נכונים ונכוחים הם, אם יוכנס בהם שינוי "קטן" אחד בלבד, והוא, שכל מקום שנאמר בהם המונח "משפט", יבוא במקומו המונח "הלכה". אכן, ההלכה היא מערכת של איסורים והיתרים, ההלכה מתייחסת היא לכל פעולותיו של האדם. על כל פעולה ניתן לומר ויש לומר שהינה מותרת או אסורה בעולמה של הלכה, ולא קיים "חלל הלכתי". משום כך מערכת ההלכה, לפי עצם מהותה, משתרעת היא – גם מבחינת היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו – על ענייני משפט ומוסר, על תהומי חברה ומדינה, והמערכת המשפטית, כפי שמושג זה מקובל אצלנו כיום, מבחינת התייחסותה ואי־התייחסותה לתחומים השונים, מהווה חלק ממכלול מערכת ההלכה. בעולמה של מחשבת היהדות קיים המושג של "לית אתר דפנוי מיניה, לא בעילאין ולא בתתאין" (אין מקום שפנוי הימנו, לא במה שלמעלה ולא במה שלמטה – תיקוני הזוהר, תיקונא חמשין ושבע[ו].[32]

מהו מקור ההסכמה שבין ה"חזון איש" לשופט אלון?

אין לחלוק על כך שעקב ההבדלים המהותיים שבין שיטת משפט דתית לשיטת משפט חילונית, תפיסה כולית של המשפט נראית טבעית יותר בשיטת משפט דתית: אם ניתן להעלות על הדעת נושאים שהמשפט איננו מסוגל מעצם טבעו להסדיר, קשה לראות ביצד מערכת שמקורה ברצון האל "מעצם טבעה" אינה יכולה להסדיר נושא כלשהו.[33]

זאת ועוד: קשיים מעשיים עלולים לעמוד בדרכה של שיטת משפט חילונית, אך אין הם מפריעים לשיטת משפט דתית. כך, למשל, דברים המסורים לפנימיותו של אדם – חלומות, רגשות, אמונות וכדומה – מציבים אתגר מעשי קשה לפני מי שמעוניין לאכוף נורמה חילונית בגיגם.[34] שיטת משפט דתית, לעומת זאת, איננה מוגבלת על־ידי דיני

---

32. בג"צ ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 17), 767.

33. ראו חיים ה' כהן, "בין הלכה למשפט", מחניים 12:א (תשנ"ה) 8. עם זאת, יש הסוברים שרצון האל איננו סובריני אלא תואם למערכת של הכרה רציונלית־אוטונומית (אל דעות) ו/או שהוא נובע מהנחות אודות איכותו המוסרית של האל. ראו דניאל סטטמן ואבי שגיא, "תלותו של המוסר בדת במסורת היהודית", בין דת למוסר, דניאל סטטמן ואבי שגיא (עורכים), אוניברסיטת בר־אילן, תשנ"ד), 115; אבי שגיא, "הרב משה ישראל חזן, בין פרטיקולריזם לאוניברסליזם", דברי האקדמיה האמריקאית למדעי היהדות, ס"א (תשנ"ו), 23.

34. מערכת מוסר חילונית יכולה לצוות בתחומים אלו, אך מערכת המשפט החילונית תתקשה לאכוף אותם.

nevo.co.il

ראיות אנושיים. אין לה מניעה להפקיד "בידי שמים" את כל הנוגע לנורמות הנוגעות לעניינים שבלב – החל בקביעת אחריות בגין הפרתן ועד לאכיפתן באמצעות סנקציות (למשל, "מיתה בידי שמים"). אכן, לכאורה, ההלכה מתערבת, כדבר שבשיגרה, בנושאים אלו, שהרי אנו מצווים לאהוב,[35] לא לשנוא,[36] לירא,[37] לידע[38] וכדומה. אמנם, יש הסוברים שלמעשה ההלכה איננה מתערבת באוטונומיה האישית של האדם,[39] אולם נראה שמהבחינה העקרונית, קבוצת הנושאים שההלכה איננה מפוגלת להסדיר באמצעות נורמות בנות אכיפה היא קבוצה ריקה.

אלה, מן הסתם, חלק מהסיבות למיעוט הדיון ההלכתי בסוגיית היקף השגתה העקרוני של ההלכה ולהסכמה הפנים־הלכתית הרחבה לגבי כוליות ההלכה.

ברם, ברצוני להדגיש שהיקף השגתה של ההלכה תלוי לא רק ביכולתה להסדיר כל נושא אלא גם בעניין שיש או שאין למעניק הסמכות ההלכתית, האל, בפריסת מצודתה של ההלכה על כל חלקי המציאות.[40] השופט אלון וה"חזון איש" מניחים שרצונו הוא בהלכה חובקת כול. אולם האם הנחות אלו הן הכרחיות?

הדוגלים בהכרח של כוליות ההלכה חייבים לנמק את עמדתם באמצעות טיעון שלפיו יש מניעה (לוגית, תאולוגית או אחרת) לקיומם של נושאים שהאל, מקור הסמכות, בוחר (במובן של כוונת המחוקק) שלא להסדירן באמצעות נורמה הלכתית. בהעדר טיעון א־פריורי משכנע בכיוון זה, יש לשקול את ההיתכנות של בחירה אלוקית בצמצום סמכותה של ההלכה לגבי חלקים מסוימים של המציאות האנושית ובהיווצרות "חללים הלכתיים", שההכרעה בהם מסורה לבחירתו של אדם, ציבור או מערכת נורמטיבית אחרת.[41] היינו:

35. "ואהבת לרעך כמוך, אני ה'" (ויקרא יט, יח); "ואהבת את ה' אלהיך בכל לבבך ובכל נפשך ובכל מאדך" (דברים ו, ה); "ואהבתם את הגר" (דברים י, יט).

36. "לא תשנא את אחיך בלבבך" (ויקרא יט, יז).

37. "את ה' אלהיך תירא" (דברים ו, יג).

38. "צריך האדם שיכוון לבו וכל מעשיו כולם לידע את השם ברוך הוא בלבד" (רמב"ם, משנה תורה, מדע, הלכות דעות).

39. ראו חיים ה' כהן, "חופש הדעה והריבור", בתוך גדעון פרישטיק (עורך), ספר זכויות אדם ביהדות, (גרעון פרישטיק – עורך, מכון סנהדרין, תשנ"ב), 179, עמ' 195. החיובים לאהוב את הרע ושלא לשנוא את האח אינם מתייחסים לרגש כשלעצמו, אלא צריך להיות להם ביטוי אופרטיבי. הרמב"ם פוסק שהשנאה עצמה איננה חטא אלא ההימנעות מלהודיע ואת לשנוי (הלכות דעות ה), ושהאהבה צריכה להתבטא בכך שיספר שבחו של הרע ויחוס על ממונו (שם, הן, ג). ראו מיכאל צבי נהוראי, "מהי שנאת חינם?", עמודים 600 (תשנ"ו), 290.

40. ודוקו: ההגבלה שאני מציע כאן על היקף השגתה של ההלכה מקורה הפוטנציאלי הוא בהעדר עניין של האל ולא בהעדר עניין של השיטה המשפטית. היינו, זוהי מגבלה חיצונית של סמכות ולא מגבלה פנימית של העדר שפיטות.

41. למשל, הרמב"ם בפירושו למשנה מדגיש מספר פעמים שאין פוסקים הלכה בענייני אמונות ודעות שאינן באות לידי מעשה: "כשיש מחלוקת בין החכמים בסברת אמונה שאין תכליתה מעשה מן המעשים – אין אומרים הלכה כפלוני" (סוטה ג, ה); "כל סברא מן הסברות שאינה

שאלת הנגישות (או העדר הנגישות) העקרונית של הפוסק ההלכתי לנושא נתון הופכת רלוונטית.

כאמור לעיל, אין בכוונתי להציג עמדה עצמאית בסוגיות אלו. דייני שאעורר את הספק בדבר היקף השגתה של ההלכה בכלל ובסוגיות מדיניות בפרט.

3. סוגיות מדיניות וההלכה

האם ההלכה אמורה להסדיר היבטים מדיניים של המציאות השלטונית?

מאחר שתפיסה כולית של ההלכה רווחת ביותר, נקל לאתר קואליציה בין זרמים שונים ביהדות האורתודוקסית ביחס לשאלה ספציפית זו:

מיד לאחר כיבוש שטחי ארץ־ישראל במלחמת ששת הימים, התעורר הרב יעקב בצלאל זולטי (לימים רבה הראשי של ירושלים) להביע דעתו בדבר קיומה של סמכות הלכתית בעניין המדיני שמעוררת השאלה של מסירת השטחים שנכבשו. ואלה דבריו:

> [ב]כל בעיה מדינית כללית, יש מקום לקביעת עמדה הלכתית, כי אין שטח ביהדות אשר אינו נוגע להלכה, כנאמר: "הליכות עולם לו, אל תקרי הליכות אלא הלכות". כלומר, שכל הליכות עולם הם הלכות. רבינו ז"ל אומרים: "הקב"ה הסתכל באורייתא וברא עלמא" ובודאי שזה נאמר גם על כל ציבור ועל כל יתיד שבא לברוא את עולמו הוא, שחייב להסתכל באורייתא, כדי לבנות ולקיים את עולמו. בהלכה נמצאת תשובה לכל הבעיות המתעוררות, ואין כמעט בעיה שלא יהא כרוך בה ישירות, או בעקיפין, בדין ממש, או דיני איסור והיתר, או דיני ממונות.[42]

הרב זולטי השיב בחיוב לא רק באשר לנגישות העקרונית לבעיות מדיניות (וכל נושא אחר – "כל הליכות עולם הם הלכות") אלא גם ביחס להיבטים נוספים, שיידונו בהמשך: נגישות מוסדית ("יש מקום לקביעת עמדה הלכתית") ונגישות מעשית ("בהלכה נמצאת תשובה...").

גם פרופ' יצחק אנגלרד, שבחן באופן ביקורתי את הדעות ההלכתיות בעניין מסירת שטחי ארץ־ישראל, הניח בפתח דבריו נגישות עקרונית לשאלה, מבלי לבחון אותה

באה לידי מעשה מן המעשים, שתפול בה מחלוקת בין החכמים – לא נאמר בה הלכה כפלוני" (שבועות, א, א): "כל מחלוקת שתהיה בין החכמים שאינה באה לידי מעשה אלא שהוא אמונת דבר בלבד – אין צד לפסוק הלכה כאחד מהם" (סנהדרין, פרק י', ג). ייתכן כי ברבריס אלו של הרמב"ם ניתן למצוא סיוג של ההלכה – בבחינת "חלל הלכתי" – בנושאים השקפתיים שאין עמם מעשה. גם בין הגאונים היו שסברו שבעניני מוסר אין אומרים הלכה. ראו דוד לוריא, תשובות הגאונים שערי תשובה, סימן כג; תשובות הגאונים הרכבי, סימן שפ.

42. יעקב ב' זולטי, "החוקת השטחים המשוחררים", תורה שבעל פה יא (תשכ"ט) מג.

nevo.co.il

לגופה: "נוכח אופיה המקיף של ההלכה היהודית, אין להפקיע מתחומה אף עניין מענייני המדינה".[43]

ובהמשך: "גם מדיניותה של מדינת ישראל ביחסיה עם שכניה ותושביה הערביים אינה מצויה מחוץ לתחום הדתי־ההלכתי".[44]

לדעתי, שכיחותה של עמדה זו והטבעיות שהיא מתקבלת בה, אינן יכולות לבוא במקום הוכחתה. על כל פנים, קיימות גם דעות הולקות. פרופ' ישעיהו ליבוביץ גרס שההלכה היא פרטית ואין היא מכירה ומסדירה מציאות מדינית. ואלו דבריו:

> לפי תפיסה שהתגבשה בהלכה – עם ישראל "בזמן הזה" הוא ישות ציבורית שאין לה פונקציות ממלכתיות־פוליטיות, ואדם מישראל הוא אדם שאין עליו חובות אזרח ותפקידי אזרח במדינה. זהו יסוד היסודות והעמוד של ההלכה כולה.... העדר הפונקציה הממלכתית הריאלית לעם ישראל היה התנאי והנחת היסוד לעיצובה של ההלכה בצורת הגיבוש שהגיע לידינו. כל החוקה התורנית העוסקת במדינה ובחברה, באירגונן ובסידורן ובטיפוק־צרכיהן, לא נועדה מעולם למימוש במציאות ההיסטורית, אלא היתה ציור אידיאלי לימות המשיח, ציור שאי התגשמותו בהווה הריאלי היא אימננטית לו. מימי המשנה הקדומה ביותר עד לאחרוני הפוסקים לא עסקה ההלכה במציאות פוליטית־חברתית ישראלית כתופעה בעולם הטבעי־הריאלי ולא הסדירה את בעיותיה, מתוך ההנחה היסודית שמציאות כזאת אינה קיימת – ולא נועדה להתקיים – "בזמן הזה". היא חוקקה דיני מלוכה אידיאליים מתוך הנחה שאין מלך לישראל אלא המלך המשיח, היא חוקקה דיני מלחמה אידיאליים מתוך הנחה שעם ישראל "בזמן הזה" אינו לוחם... המשבר של היהדות הדתית בדורנו הוא במה שאין בידה אלא הלכה המושתתת על הנחת הגלות....[45]

פרופ' ליבוביץ היה ער לקיומם של גופי הלכה בנושאים מדיניים – דוגמת דיני מלחמה או דיני מלוכה – אשר לכאורה מלמדים על נגישות עקרונית לנושאים מדיניים. אולם הוא הבהיר שקיומם של הללו לא נועד ל"זמן הזה". "הזמן הזה" – להבדיל מ"ימות המשיח" – הוא הזמן ההיסטורי כולו: עבר, הווה ועתיד. לכן, על־פי עמדתו, אין צמצום גבולה של ההלכה אך ורק תולדה של נסיבות היסטוריות של קיום בגלות, שלא איפשר

43. אנגלרד (לעיל, הערה 1), 13.

44. שם, 15-16.

45. ישעיהו ליבוביץ, "דין תורה כמשפט למדינת ישראל?" סנדא, ספר שנה ג (תשי"ח), 498. הופיע גם בספרו של ליבוביץ, יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל (שוקן, תשל"ו), 195-196.

nevo.co.il

מימוש של נורמות מדיניות (העדר נגישות מעשי), ואף אין הוא תוצאה של החלטת מדיניות של פוסקי ההלכה שלא ליישם דינים אלו (העדר נגישות מוסדי). אי־ההתגשמות של המציאות המדינית בפרמטרים הלכתיים "היא אימננטית", "לא נועדה מעולם למימוש במציאות ההיסטורית", היא "התנאי והנחת היסוד לעיצובה של ההלכה" והיא "יסוד היסודות והעמוד של ההלכה כולה", היינו: היא משקפת עמדה של העדר נגישות עקרוני לנושאים אלו בעולם ההלכה.

הצד השווה לאסמכתאות שהובאו הוא מקורן המודרני. ניסיון לאתר מקורות מוקדמים המתייחסים לשאלת הנגישות העקרונית בסוגיות אלו נתקל בקשיים, כנראה עקב היות השאלה תיאורטית במציאות של גלות. עם זאת, ייתכן שניתן להסיק מדברי הרמב"ם עמדה מרומזת בשאלה זו:[46] בהקדמה למשנה, הרמב"ם מגדיר את איפיוניו ותפקידיו של הנביא. הנביא איננו ממלא תפקיד שיפוטי במערכת הנורמטיבית של ההלכה:

"ודע, שהנבואה אינה מועילה בפירושי התורה ובהוצאת ענפי המצוות בשלש־עשרה מדות". אלא: "יתרון הנביא ופעלו במצוה – אם תשאל עליו – הוא, חי נפשי, מן העקרים הגדולים העצומים, שעליהם משען הדת ויסודה,"[47] והוא "שיקרא לבני אדם לעבד את השם, ויצוה על מצותו ויזהיר לשמר התורה בלי תוספת ומגרעת... ויבטיח למי שיעשנה – בגמולות טובות, ויזהיר לכל העובר עליה בענש".[48]

היינו, המתנבא בשם הוא מנהיג הממלא פונקציות רוחניות וחינוכיות – אך לא משפטיות – ביחס להלכה. בכך ניכר נביא מחכם.

לאחר שהגדיר הרמב"ם את תפקיד הנביא וממקם אותו מתוך למערכת הנורמטיבית, הוא מונה בין תפקידיו את העניינים הבאים:

> ויצווה בצווים ויאסר אסורים בדבר שאינו מן התורה, כגון שיאמר: הלחמו על עיר פלונית או עם אמה פלונית עתה – כמו שצוה שמואל לשאול להלחם בעמלק; או ימנע מלהרג – כמו שמנע אלישע ליהורם מהרג חיל ארם הנכנס לשומרון, כפי הענין הנודע; וכמו שמנע ישעיה מלהביא המים מבית לחומה; וכמו שמנע ירמיהו את ישראל מללכת לארץ ישראל, וכדומה לענין זה.[49]

המכנה המשותף לכל ארבע הדוגמאות שמביא הרמב"ם לנושאים המסורים להכרעת הנביא – שכאמור איננו אותוריטה הלכתית (חקיקתית או פרשנית) – הוא, שהן מציגות

46. אני נוהר מלהסיק מסקנות לגבי עמדת הרמב"ם בסוגיה על בסיס מקור אחד וללא חקירה מסודרת ומקיפה של שיטתו. לכן, האמור כאן איננו מתיימר לקבוע מסמרות, אלא נועד לעורר את הספק בלב הקורא ולדרבנו לבירור הסוגיה.

47. הרמב"ם, הקדמה לפירוש המשנה (מוסד הרב קוק, תשכ"א), עמ' יד.

48. שם, עמ' יז.

49. שם, עמ' יח. והשוו לדברי הרמב"ם במשנה תורה, מדע, הלכות יסודי התורה ט, ב.

nevo.co.il

התרחשות היסטורית שבמרכזה שאלה מדינית הדורשת הכרעה. שמואל מצווה לשאול לצאת למלחמה על אומה אחרת – עמלק;[50] אלישע מורה למלך יהורם שלא להשמיד את צבא ארם אלא להאכילו ולשלחו לחופשי;[51] ישעיהו מתנגד לאמצעי ההגנה שהעם מבקש לנקוט לשם שמירה על ירושלים מפני האויב;[52] ירמיהו משכנע את העם שלא להמלט מפני איום ביסתוני על־ידי ירידה מצרימה.[53]

הרמב"ם השגית בתפקיד המדיני שמילאו הנביאים בהיסטוריה. התאמתם של ארבעת הנביאים להנחות את העם בנושאים אלו לא היתה תוצאה של מומחיות מקצועית, שדרה שלטונית או סמכות שיפוטית. מסתבר כי היא היתה תולדה של יתרונותיו הרוחניים של הנביא, המעניקים לו השראה מיוחדת או כוח אינטואיטיבי ("הכוח המשער", בלשון הרמב"ם) לברור את דרך התגובה הנכונה להתרחשות המדינית. בחירתו של הנביא היא גם אקט חינוכי למלך ו/או לעם האמור להישמע לציווי.

על כל פנים, לענייננו, חשוב להדגיש שהרמב"ם הסיק שההכרעה המדינית צריכה ליפול במסגרת שהצדדים לה הם "הרשות הרוחנית" – הנביא, ו"הרשות השלטונית" – המלך או העם עצמו. החכם (שבמסגרת ההלכה ממלא גם פונקציה שיפוטית וגם פונקציה חקיקתית) איננו מעורב בתהליך ההכרעה המדיני.

ניתן להתחבט בשאלה אם העדר הנגישות של החכם לסוגיות מדיניות – לפי הרמב"ם – היא תוצאה של מדיניות הלכתית שלא ליישם את ההלכה, מקום שהאל מביע עמדה באמצעות הנביא (העדר נגישות מוסדי), או שהיא מלמדת על העדר נגישות עקרוני.[54] נראה לי שנוסח דבריו של הרמב"ם מלמד על העדפה של האפשרות השנייה:

אילו הסתפק הרמב"ם באיזכור הסיטואציות המדיניות שבהן הנביא מעורב על חשבון החכם, ניתן היה ללמוד מכך לקח ביחס לריסון שיפוטי נוכח מנהיגות רותנית, ותו לא. אולם הרמב"ם הלך צעד נוסף: הוא הביע עמדה עצמאית ביחס לסיטואציות הנדונות. הוא סיווגן והכתירן בשם כולל המאפיין אותן בעיניו – "דבר שאינו מן התורה". האם ביטוי חריף זה זהה ל"חלל הלכתי" בשפתנו? תשובה חיובית תרמז על עמדה המצמצמת את תחולת ההלכה (=התורה) ומוציאה את הסוגיות המדיניות מגדר השגתה של תשיטה המשפטית התורנית.

---

50. שמואל א, טו.
51. מלכים ב, ו, כב.
52. ישעיהו כה, ט.
53. ירמיהו כט, ו־ט.
54. תפיסה זו משתלבת היטב עם כלל שיטתו של הרמב"ם ביחס לסוגיות פוליטיות. ראו מנחם לורברבוים, פוליטיקה וגבולות החוק בהגות היהודית של ימי הביניים: הרמב"ם ורבינו נסים גירונדי (עבודת דוקטורט שהוגשה לסנאט האוניברסיטה העברית בירושלים, תשנ"ב).

ג. נגישות מוסדית

עצם קיומה של נגישות עקרונית איננה מחייבת את מימושה. לכן, גם אם נגרוס קיומן של סמכות ושפיטות נורמטיבית בהלכה ביחס לנושאים מדיניים, שומה עלינו לברר אם חכמים, כפי שהתבטאו בפסיקה ובהגות ההלכתית, מעוניינים[55] לממש סמכות זו.

גם כאן אלעזר במשפט הנוהג, המבחין בין שפיטות מוסדית לשפיטות נורמטיבית.

1. משפט נוהג – שפיטות מוסדית

השופט ברק הבחין בין שפיטות נורמטיבית לשפיטות מוסדית. לדידו, סכסוך שהוא שפיט נורמטיבית – קרי: שבית־המשפט יכול להכריע בו כיוון שקיימות אמות מידה משפטיות להכרעה – עשוי להיות בלתי שפיט למעשה מקום שבית־המשפט בוחר, כעניין שבמדיניות, לסלק את ידיו מהכרעה בנושא הסכסוך. החלטה זו של בית־המשפט מגדירה את הסכסוך כבלתי שפיט מבחינה מוסדית.

ובלשונו של השופט ברק:

> סכסוך הוא שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שיוכרע על פי המשפט בבית־המשפט. סכסוך אינו שפיט מוסדית, אם ראוי לו לסכסוך שלא יוכרע על פי אמות מידה משפטיות בבית המשפט. השפיטות המוסדית עוסקת איפוא בשאלה, אם המשפט ובית המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה איגה אם ניתן להכריע בסכסוך על פי המשפט ובבית־המשפט; התשובה על שאלה זו היא בחיוב. השאלה הינה האם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמאטיבית – על פי אמות מידה משפטיות בבית־המשפט.[56]

ובמקום אחר הוא מזהיר:

> המקרים של חוסר שפיטות מוסדית צריכים להיות מועטים, שכן חוסר שפיטות מוסדית פוגע בשלטון החוק, באין דיין – לא נשמר הדין.[57]

הנשיא שמגר, הסכים עם ההגדרה וההבחנה שהציע השופט ברק, אך בניגוד לו הוא נתן נפת מעשי לקבוצת המקרים שבהם מתקיימת אי־שפיטות מוסדית. השופט שמגר הסביר, כי במבחן של שפיטות מוסדית –

---

55. להבדיל מהשאלה אם היא מממשת סמכות זו בפועל. שאלה זו תידון להלן, בפרק ד.
56. בג"צ רסלר (לעיל, הערה 10), 488-489.
57. בג"צ דרז'בסקי (לעיל, הערה 17), 856.

> ... נקרא בית־המשפט, להלכה ולמעשה, לשוב, לעצור ולשקול, אם הדיון בנושא על ידיו דווקא הוא אכן מעשה ראוי ורצוי, ואם הוא בגדר הצבת הפלוגתא לפני מי שצריך ומסוגל לדון בה. משמע, למרות שניתן ליישם מבחינה פורמאלית אמות מידה משפטיות, אין לראות בהן, בתחומים רבים, מענה לקושיה, כי לפי מהותה, איפיונה ותכונותיה נדרשות תשובות נוספות בתחומים, שבית־המשפט אינגו נפנה אליהם.[58]

השופט אלון גרס שהתוצאה של אי־שפיטות היא הקובעת, ולא ייחס חשיבות לסיבה של העדר השפיטות:

> נראה לי כי מקום יש להטיל ספק רב בכל המבנה שבנה חברי [השופט ברק] בסוגיית השפיטות ובהבחנה שהבחין בין השפיטות הנורמטיבית והשפיטות המוסדית. ... הבחנה זו יפה היא, אולי, לעיון אקדמי ולחידוד משפטי, אך נושא השפיטות עניינו, לפי עצם מהותו, בתחום עולם העשייה המשפטית והשיפוטית.[59]

לצרכיו של מאמר זה חשובה ההבחנה שבין הנגישות העקרונית, הכוללת כאמור גם שאלות של סמכות,[60] לבין הנגישות המוסדית, המטפלת בשאלה של שפיטות מוסדית: בעל סמכות להכרעה בסכסוך יכול להחליט על הימנעות משימוש בסמכות בנושאים מסוימים. ההימנעות יכול שתהא הימנעות מודמנת (בסכסוך נתון) או הימנעות קבועה (מהכרעה בנושא מסוים). לפיכך, גם הגורסים קיומה של נגישות עקרונית של המערכת המשפטית להסדרת כל מעגלי החיים, אין הכרח שידגלו במעורבות נורמאטיבית ממשית בכל נושא. השיטה המשפטית עשויה להעדיף – כעניין שבמדיניות שיפוטית ומשפטית – למשוך את ידיה מהסדרת נושא כלשהו ולא להפעיל את סמכותה בעניינו.

להבחנה שבין קיומה של סמכות לבין שאלת השימוש בה יש, בנוסף על הערך העיוני, גם נפקויות מעשיות חשובות. כך, למשל, בעניין שינוי סיווג של נושא מ"בלתי נגיש" ל"נגיש": כאשר העדר הנגישות מקורו בהעדר סמכות – קיום הדיון השיפוטי בנושא מותנה במתן סמכות על־ידי מקור הנורמה (רצון העם או האל) ואין הוא מסור בידיה של

---

58. בג"צ רסלר (לעיל, הערה 10), עמ' 520. ההדגשה הוספה. ובהמשך קובע השופט שמגר: "השאלה, שאותה יש להציג על הסף, היא, אם הנורמה המשפטית היא הרלוואנטית והישימה לגבי בעיה פלונית, ואם אין ללמוד מן ההקשר, מאופי העניין, ממהות הנושא וממכלול הכללים, שלפיהם מותווית מערכת היחסים הנכונה בין רשויות השלטון השונות, כי נושא פלוני מן הראוי שבית המשפט ימשוך ידו מן הטיפול בו, ... כדי שיימסר לטיפולו ולהכרעתו של מוסד שלטוני אחר" (שם, 523).

59. בג"צ ז'רז'בסקי (לעיל, הערה 17), 773.

60. ראו לעיל, פרק ב, סעיף 1.

השיטה המשפטית. מנגד, כאשר העדר הנגישות מקורו במדיניות של השיטה המשפטית, די בשינוי מדיניות – שהשיטה המשפטית, בעלת הסמכות, סוברנית לבצע – כדי להכשיר את הנושא לדיון נורמטיבי. הייגו, מדיניות משפטית אקטיביסטית או אימפריאליסטית יכולה להכשיר העדר נגישות מוסדי, אך אין בידה לרפא העדר נגישות עקרוני.

2. סוגיות מדיניות וההלכה

בדומה להבחנה האמורה, גם בהלכה יש המכירים בקיומה של סמכות הלכתית בסוגיות מדיניות, אך סוברים שההלכה נמנעת במכוון מלעשות שימוש בסמכות זו. אמיין דעות אלו בהתאם לשיקולי המדיניות המנחים אותן.

(א) הדינמיות של המציאות

הרב חיים דוד הלוי, רבה הראשי של תל־אביב, קבע:

> יש בתורה שטח מסוים, אשר בו הדברים באו במתכוון סתומים ועמומים. אין למצוא בתורה משטר מדיני או כלכלי ברור. אפילו פרשת המלך באה כה סתומה עד שגרמה למחלוקת רבותינו בתלמוד, אם מצוה או רשות... ונשנה הדבר בכמה משטחי החיים הנוגעים לחיי החברה ומדינה. לדעתי, זה כוחה וגדולתה של תורה שאין בה משטר ברור ומוגדר, לא מדיני ולא כלכלי, ושתי סיבות לדבר: 1. לפי מהותם של שטחי חיים אלה, ניתנים הם לשינוי מתקופה לתקופה ותורת ה' תורת נצח היא, ונמנעה תורה במתכוון מלקבוע בהם תחומים ברורים ומוגדרים. 2. לא רצתה תורה לכוף את העם לנהוג בחייו החילוניים על־פי משפט מסוים, לא כלכלי ולא מדיני, והשאירה את הבחירה לרצונו החופשי בשטחים אלה. אך, לעומת זאת נתנה תורה מצוות, שבהן בחינת עקרונות ויסודות, אשר יכולים להתאים לכל משטר בכל דור ובכל צורת חיים, ותכליתן למנוע את השלילי שבכל משטר אפשרי.[61]

שלא כפרופ' ליבוביץ, הרב הלוי סיווג את הנושאים המדיניים כחלק מהתורה ("יש בתורה..."). בכך הוא הכריז על קיומה של גישות עקרונית. אולם לדידו, ההלכה מצמצמת את השימוש בסמכות שנמסרה לה רק לקביעת "עקרונות ויסודות", ואין היא מגדירה את המותר והאסור לגבי "משפט מסוים" בנושאים המדיניים. זאת היא משאירה לרצונו החופשי של העם בכל דור ודור. ההחלטה שלא להתערב איננה נובעת מהזנחת הנושא או מרשלנות פסיקתית וכיוצא באלה, אלא היא החלטה מודעת, בכוונת מכוון, ולכן היא מייצגת מדיניות שיפוטית הלכתית. הרב הלוי נימק את הריסון השיפוטי, שהגיע כדי אי־

61. חיים דוד הלוי, "עשה לך רב" (תל־אביב, תשמ"א), חלק ד'.

nevo.co.il

שפיטות מוסדית, באופיים הגמיש והדינמי של שטחי חיים אלו ובהעדפה הלכתית לכבד את רצונו המשתנה של העם לדורותיו.[62]

שלא כ"חזון איש", הגורס שתופש בתירה של העם הוא "שיטה של מינים",[63] ושלא כפרופ' ברק הסובר שאי־שפיטות מוסדית "פוגע בשלטון החוק",[64] הרב הלוי רואה במדיניות העמימות ההלכתית (בשטח הנדון) עדות ל"כוחה וגדולתה של היהדות". השלושה מסכימים על קיומה של סמכות, אלא שהשניים הראשונים סוברים שיש או ראוי שיהיה דין מפורט ולכן הם מגנים את העדר יישומו, ואילו השלישי מאמין שאין דין ושכך יאות.

(ב) שאלות גודליות

הרב הלוי יכול למצוא סיוע בעמדת הנצי"ב. בפירושו לפסוקי המקרא העוסקים בפרשת המלך, הנצי"ב הסביר שהתורה לא פירשה אם מינוי מלך הוא רשות או חובה משום –

> דהנהגת המדינה משתנה, אם מתנהג עפ"י דעת מלוכה, או עפ"י דעת העם ונבחריהם... שהרי בעניין השייך להנהגת הכלל נוגע לסכ"נ שדוחה (מ"ע) מצות עשה, (מש"ה) משום הכי לא אפשר ללוות בהחלט למנות מלך, (כ"ז) כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך.[65]

עניינים הנוגעים להנהגת הכלל – ובכללם סוגיות מדיניות – אינם מוכרעים בעולמה של ההלכה על־ידי הכתבה נורמטיבית קונקרטית. לדעת הנצי"ב, ההלכה בחרה להשאיר שאלות אלו פתוחות על־מנת שתתקבל לגביהן – או לגבי ההליכים לפתרונן – הסכמת העם. שיקול המדיניות המכתיב אי־שפיטות מוסדית הוא חשיבות הנושא אשר "נוגע לסכנת נפשות".

(ג) כלל מומחה

דרך אחרת, העשויה להוביל לאי־שפיטות מוסדית בעולמה של ההלכה, מדגישה את המקצועיות והמומחיות הנדרשות לצורך קבלת הכרעה בנושא מסוים.[66] קיים קו בפסיקה

---

62. הרב הלוי קובע שתי סיבות לאי־השפיטות, אולם הסיבה השנייה ("לא רצתה התורה לכוף את העם לנהוג בחייו החילוניים וכו'"), על פניה, מתארת תוצאה של אי־שפיטות ולא סיבה לאי־שפיטות. לכן, בכוונתי לעיל העדפתי להדגיש את הסיבה הראשונה – הדינמיות של המציאות. עם זאת, ניתן לצקת תוכן ממשי לסיבה השנייה אם כוונתה להציע אי־שפיטות מוסדית בעניינים הנוגעים ל"חיים החילוניים" עקב חילוניותם.
63. ראו לעיל, הטקסט סמוך להערה 27.
64. ראו לעיל, הטקסט סמוך להערות 56-57.
65. הנצי"ב בפירושו "העמק דבר" לדברים יז, יד.
66. גם במשפט הנוהג נשמעת עמדה זו. השופט שמגר קבע כי "נושאים הקשורים לארגונו של

nevo.co.il

הרבנית, שלפיו בנושאים מקצועיים יש להימנע מהפעלת שיקול־הדעת השיפוטי ולקבל את הכרעת המומחה.

למשל, בספרות השאלות והתשובות ידועה ההתחבטות בשאלת מידת הנאמנות שיש לייחס לחוות־דעת רפואית שממנה נגזרים נושאים הלכתיים. הגמרא מספרת "מעשה באשה אחת שהיתה מפלת כמין קליפות אדומות ובאו שאלו את אבא [=אביו של המספר, ר' אלעזר ברבי צדוק] ואבא שאל לחכמים והכמים שאלו לרופאים".[67] הפוסק "שבות יעקב" מכליל ופוסק ש"סומכין על דברי הרופאים אף במקום דלית לן למבדק... ואפילו רופא מומחה שאינו מישראל היה נראה לי דראוי לסמוך עליו...".[68] "עבודת הגרשוני" מפרש שלעולם סומכים על דברי רופא אלא אם כן יבולים החכמים להבחין בדבר בעצמם.[69] התייחסויות אלו עניינן שאלות הלכתיות קלסיות, שאין כל קושי בהגדרתן כנושאים נגישים מבחינה עקרונית. לכן הפנייה לרופאים יכולה לרמז, לכל היותר, על אי־שפיטות מוסדית.

בשולי הדברים ראוי לציין כי מיוחסת לרב יוסף דב סולובייצ'יק עמדה המסתייגת ממעורבות הלכתית בנושאים מדיניים־בטחוניים בישראל, עקב הישענותו על כלל מומחה.[70]

תצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו, אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות שיפוט ... אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית־מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול־דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול דעתה היא" (בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל (3) 309, עמ' 319). השופט אלון, בצטטו דברים אלו, הוסיף: "מי אנו ומה אנו, מה כוחנו ומה גבורתנו, כשופטים, שנכריע בשאלה פוליטית וצבאית כה מובהקת? הרי אלה נושאים שמעצם מהותם ושיבם רק גופים אחרים ראויים ומיומנים לעטוק בבדיקתם ... אך אנו, השופטים, אפילו כולנו חכמים וכולנו נבונים, מה לנו ולרזי יציאה למלחמה וכניסה לדיפלומטיה?". ראו בג"צ דירדבסקי (לעיל, הערה 17), 771. ומנגד, השופט ברק: "תשובתי היא זו: כוחנו ביכולתנו להבין שיקולים שהמומחיות בהם נתונה לאחרים, וגבורתנו בכישורינו להעריך את המשקל היחסי שיש ליתן לשיקולים אלה על רקע המבנה הנורמאטיבי והשיטתי ועל בסיס עקרונות היסוד של השיטה. הבנה זו של השיקולים וכישרון זה ליתן להם את המשקל הראוי הם המומחיות שלנו כשופטים. זהו לחם חוקנו" (שם, 858).

67. בבלי, נידה, דף כב ע"ב.

68. ספר שבות יעקב (שאלות ותשובות), חלק א סימן סה ד"ה "תשובה אף דלפום". לתשובות נוספות ברוח זו ראו סימנים סו ו־צו בחלק א'; סימנים סה ו־עו בחלק ב' וסימים כ, עה, עח, פ, קד, קה, קו בחלק ג'.

69. עבודת הגרשוני (שאלות ותשובות), סימן כב.

70. ראו אהרון רקפת־דוטקוף, "ביוגרפיה של הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק", אמונה בזמנים משתנים – על משנתו של הרב י"ד סולובייצ'יק (אבי שגיא – עורך, ספרית אליגור,

3. סיכום

עולה במקובץ זרם חשיבתי הסבור שההלכה כוחרת שלא להסדיר את ענייני הכלל בתחומים מדיניים.

השיקולים המסתמנים מייחדים את המציאות הציבורית והמדינית – הנגזרת מגורמים בטחוניים, פוליטיים, חברתיים, כלכליים ואחרים – כדינמית, הרת חשיבות ומורכבת. עקב כך, אין לכלוא מציאות זו במערך נורמטיבי הדוק ויש להשאיר לציבור, בנקודת זמן ובמקום נתונים, את הבחירה החופשית בעניינים אלו.

הרמב"ם נתן דעתו באופן מיוחד להיבטים הלכתיים של מציאות ציבורית וביטא זאת, בין היתר, בחיבורו "הלכות מלכים". האם גופי ההלכות המשתלשלים מהלכות מלכים חושפים עמדה מיימונית של נגישות מוסדית לנושאים מדיניים?

ב"ספר המצוות" הרמב"ם מונה את מינוי המלך, על כל פרטיו ההלכתיים, כמצווה.[71] כפי שקובע פרופ' בלידשטיין "ומעיקרי שיטתו, שרק מצוות בעלות תוקף לאורך הדורות כולן נמנות בתרי"ג".[72] לכן, שלא כמשתמע לכאורה מהקדמתו למשנה,[73] ניתן להסיק שהרמב"ם גרס שהעניינים המדיניים הנגזרים ותלויים במצוות המלך הם שפיטים נורמטיבית. אולם, האם לדעת הרמב"ם המדיניות ההלכתית חותרת למימוש מערכת נורמטיבית זו או שמא היא גורסת אי־שפיטות מוסדית?

בקוד ההלכתי יש נורמות תלויות תנאי. לעתים ההתניה נובעת מהעדר אפשרות מעשית לקיום המצווה.[74] אולם מקום שמבחינה מעשית־טכנית אין מניעה למימוש הנורמה ההלכתית, ההתניה ההלכתית על מימוש הסמכות עשויה לסמן מדיניות הלכתית מכוונת המבקשת להימנע ממימוש הנורמה במציאות נתונה.

ממשנת הרמב"ם עולה שהמלכות – המסמלת את הנורמות המדיניות ביהדות – עתידה להתממש רק בעתיד, והיא מותנית בגאולה. ב"ספר המצוות" הוא קובע:

> כל מצות עשה או לא תעשה התלויה בקרבנות או בעבודות או בסיתות בית־דין או בסנהדרין או בנביא ומלך ... לא אצטרך לומר בהן: ומצוה זו אינה נוהגת אלא בפני הבית, כיון שזה ברור לפי מה שהזכרנו.[75]

תשנ"ז. במאמר מובא ראיון עם הרב, שנדפס בעתון מעריב (5 בספטמבר, 1975, עמ' 49) ובו הרב קובע שהטומחים הביטחוניים הם הצריכים להכריע בעניין גורלם של השטחים, בדמותו את העניין להכרעת רופא מומחה בעניינים הנוגעים לפיקוח נפש.

71. ראו ספר המצוות, עשה קפו.

72. יעקב בלידשטין, עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם (אוניברסיטת בר אילן, תשמ"ג), 224.

73. ראו לעיל, הטקסט בסמוך להערה 47.

74. למשל, מצוות הקשורות בעבודת בית־המקדש (עבודת הקורבנות) אינן נוהגות אלא בזמן שבית־המקדש קיים.

75. הרמב"ם, ספר המצוות, סוף כלל יד.

nevo.co.il

ועוד:

> וידוע גם כן שהנבואה והמלכות נסתלקו ממנו עד שנחדל מן החטאים שאנחנו מתמידים בהם, ואז יסלח לנו ה' וירחמנו, כמו שהבטיחנו, ויחזירן, כמו שאמר על החזרת הנבואה "והיה אחרי כן אשפוך את רוחי על כל בשר ונבאו בניכם ובנותיכם" ואמר על החזרת המלכות "ביום ההוא אקים את סוכת דוד הנופלת".[76]

ההשוואה שעורך הרמב"ם בין המלכות לנבואה ויצירת הקשר שבין מימוש המלכות לבין בניין בית־המקדש ותקומת סוכת דוד מלמדות על השקפתו, שנורמות הלכתיות התלויות במצוות המלך ונגזרות ממנה אינן מיועדות ליישום במציאות ההיסטורית של ימינו. ההסדרים הכלולים ב"הלכות מלכים" הם תלויי תנאי, שאיננו מתגשם במציאות הנוכחית. בחירתו של הרמב"ם בתנאי זה אינה מחויבת על־ידי מניעה מעשית כלשהי ואינה תוצאה הכרחית של פרטיהן הטכניים של ההלכות האמורות. לכן סביר, לדעתי, לייחסה להעדפתו, במסגרת של שיקולי מדיניות הלכתיים, למנוע נגישות הלכתית ענייינית לנושאים מדיניים ולהחיל עליהם כלל של אי־שפיטות מוסדית.

פרופ' בלידשטיין, העומד על הקשר בין נורמה וגאולה בשיטת הרמב"ם, סיכם:

> המלכות נדונה – למרות אופיה הנורמאטיבי – כחלק ממכלול הכולל את הנבואה, עובדה המחלישה את הדחף הנורמאטיבי של כינונה מחדש. למעשה מנתקת ההגמקה "ההלכתית" ("מצוה זו אינה נוהגת אלא בפני הבית") את קיום המצווה מן העשייה הנורמאטיבית, יותר משהיא מטפקת תיאור מדוקדק של המצב – תופעה בלתי־אופיינית לכתיבתו ההלכתית של הרמב"ם. וגם אם האופי הנורמאטיבי של מינוי מלך לא נתבטל, מובן מעכשיו כי קיומה מותנה בתהליכים היסטוריים מורכבים ועדיינים, והיא נדחית, למעשה, עד אשר יתחוללו שינויים מפליגים ונוקבים בישראל, אם לא בעולם.[77]

ד. נגישות מעשית

גם מי שסובר שההלכה מוסמכת ומעוניינת להסדיר נושאים מדיניים, תייב להידקק לקשיים המעשיים שבגיבוש נורמות פסיקה הלכתיות במציאות של הערר נורמטיבי.

---

76. שם, שם.

77. בלידשטין (לעיל, הערה 72), 249.

nevo.co.il

1. ההעדר הנורמטיבי

ההלכה מתקיימת זה אלפיים שנה במריטוריה על־משטרית. מאז ימי בית שני שום משטר מדיני לא קיבל את ההלכה כבסיס נורמטיבי להסדרת חיי המדינה. אמנם, היו משטרים שהתירו את יישומה במשפט הפרטי ואף בחלקים ניכרים של המשפט הציבורי,[78] אולם עיון בספרות השאלות והתשובות מלמד שהחלקים של המשפט הציבורי הנוגעים להיבטים מדיניים ולשאלות חוץ וביטחון לא נדונו.[79] פיתוחה של ההלכה בתחומים אלו נמנע, מן הסתם, משום המציאות היהודית של גלות מדינית מתמשכת.

הקמתה של מדינת ישראל כשלעצמה לא שינתה מצב זה, באשר המדינה לא אימצה את ההלכה כמערכת נורמטיבית מחייבת בנושאים מדיניים. גם תופסי התורה בני זמננו לא הרבו לעסוק בסוגיות מדיניות: הציבור החרדי בישראל (יעד לקום המדינה – גם הציבור הנמנה עם הציונות הדתית) אמנם מתחנך על האידיאל של מדינת הלכה, אולם העדר הסיכוי הריאלי למימוש האידיאל והאיסטרטגיה החינוכית של היבדלות מהמדינה, שנקטת על־ידי ראשי ציבור זה, מייתרת דיון הלכתי בשאלות מדיניות. מנגד, הציבור הדתי־הלאומי ממקד אנרגיות רעיוניות ומגייס משאבים בניסיון להיכלל בממלכתיות הישראלית ולהפוך את מערכת אמונותיו לחלק ממצעה של החברה בישראל. דא עקא, גדולי התורה של מחנה זה, אולי משום שלא היו מגובים על־ידי הרבנים החרדים ועל־ידי רבני התפוצות, לא השכילו – או שמא לא רצו – לפתח את ההלכה בסוגיות הנדונות. אכן, פסקי ההלכה של השנים האחרונות, בעניינים דוגמת מסירת שטחי ארץ־ישראל ופינוי התנחלויות, הם חידוש יחסי בעולמה של ההלכה.

---

78. ראו מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, מאגנס, תשנ"ב), 10.

79. מעניין לגלות, שזכרם של נושאים מדיניים ועניני חוץ וביטחון כלל לא בא ברשימה הארוכה של דוגמות שמציין פרופ' אלון להמחשת היקף היישום של המשפט העברי במשפט הציבורי: "בעקבות האוטונומיה הפנימית של הקיבוץ היהודי, נדונו בהרחבה דיני הנהגת השלטון המקומי של הקהילה ושל איגודי הקהילות. מבנה הקהילה היהודית ומוסדותיה היה מבוסס על דיני ההלכה, וחכמי ההלכה נדרשו להכריע בבעיות קונסטיטוציוניות של הקיקה על־ידי מוסדות הקהילה, בדיני בחירות למוסדות הקהילה, בדרכי הטלת מסים וגבייתם, ביחסים שבין האזרח לרשות הציבורית וכיוצא באלה. בבעיות אלה של המשפט הציבורי מצויות אלפי שאלות ותשובות, שבהן פיתחו חכמי ההלכה מערכת משפטית שלמה במשפט הציבורי העברי" (שם, 10-11), ובמקום אחר: "השלטון המקומי של הקהילה היהודית – וכן של איגודי קהילות שונות – ומוסדותיה המייצגים והנבחרים היה מבוסס על דיני המשפט העברי. חכמי ההלכה – וכן מנהיגי הקהל, באמצעות תקנות הקהל – נדרשו להכריע בבעיות רבות בתחום המשפט הציבורי והמינהלי, בעניין יחסים שבין האזרח לרשות הציבורית ושבין הרשות הציבורית לעובדיה; הרכב מוסדות הקהילה; דרכי הבחירה והמינוי למוסדות הקהילה ולתפקידים ציבוריים אחרים, דרכי החקיקה של הקהילה ודרכי הניהול המשפטיות של מוסדותיה, דרכי קביעת המס ואופן גבייתם ועוד שורה ארוכה של בעיות נוספות בתחום האספקטים המשפטיים שביחסים הכלכליים והפיסקליים של הקהילה" (שם, 70).

nevo.co.il

2. יצירה שיפוטית – האפשרויות התיאורטיות

ככלל, העדר נורמטיבי בסוגיה איננו מחייב הימנעות מהסדרתה על־ידי המערכת השיפוטית (כמובן, תריג לכך הוא המקרה שבו ההעדר הנורמטיבי עוצב מלכתחילה, על־מנת להשאיר את ההכרעה בסוגיה לבחירה התופשית של הפרט או של הכלל.[80] הפרקים הקודמים דנו באפשרות זו).

במשפט המודרני, העדר נורמטיבי ניתן למילוי על־ידי פעילות שיפוטית היוצרת את הדין (ולא רק מצהירה עליו) באחת משלוש דרכים: פרשנות, מילוי חסר (לאקונה) ופיתוח המשפט.[81]

"פרשנות" מחייבת את השופט לפרש טקסט נורמטיבי נתון ולפיכך היא מוגבלת במגבלות הטקסט. בהעדר טקסט רלוונטי – אין דרך לפעילות פרשנית יוצרת ועל השופט להיזקק לשתי הדרכים האחרות.

"מילוי חסר" אפשרי כאשר מתברר שאף אחת מהנורמות הנוהגות איננה עשויה להסדיר את העניין הנדון. שתיקת המחוקק עשויה לדמז על כוונה של "הסדר שלילי", קרי: כוונה של המחוקק שלא להחיל את הנורמות הקיימות בתוק על המקרה הנדון, או שהיא עשויה להתפרש כחסר אמיתי בתוק שעל השופט לנקוט פעילות יוצרת לשם מילויו. השופט הוא בעל הסמכות הפרשנית לקבוע אם מדובר בהסדר שלילי שאיננו דורש את התערבותו או בחסר שיש לטפל בו ולמלאו בתוכן נורמטיבי.[82]

ב"פיתוח המשפט" השופט קובע נורמות חדשות. אין הוא מתפקד כפרשן ואף לא כמתקן ליקויים בהסדר נורמטיבי קיים, אלא הוא נוטל על עצמו תפקיד חקיקתי ובמודע קובע הסדר חדש למציאות שלא הוסדרה על־ידי המחוקק.[83]

להבחנה בין הסוגים השונים של פעילות שיפוטית יוצרת יש חשיבות מעשית מגוונת, שלא כאן המקום לעמוד עליה.[84] עם זאת, לא כל שיטות המשפט המודרניות מקבלות

---

80. ראו גד טדסקי, "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה, הוצאת מ. נוימן בע"מ, תשי"ט) 132, עמ' 161-160: "עלינו לומר כי אין ליקוי בחוק ... אם ברצונו [של המחוקק] לייחד הסדרם של ענינים מסוימים לכוחות חברתיים אחרים, כגון הרת, המוסר וכו', או אפילו למרכז הוראות משפטיות עצמאי".

81. ראו אהרן ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט (תש"ן), 267.

82. מילוי הליקוי הוא באמצעות דין השיור הנוהג באותה שיטת משפט. ראו חיים ה' כהן, "דין שיור", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285. בישראל חל דין שיור הנקבע על־ידי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

83. בעניין זה ראו יוהר טל, "מחוקק כל־יכול: האמנם?", עיוני משפט י (תשמ"ד), 361.

84. פרופ' ברק מנתח את ההשיבות של ההבחנה ביחס לסמכות וללגיטימיות הפורמלית של סוגי היצירה השונים וביחס לקריטריונים שעל־פיהם יש לבצע את היצירה השיפוטית בכל אחד מהמקרים. ראו ברק (לעיל, הערה 81), 276-287.

nevo.co.il

אותה. כך, למשל, המשפט האנגלו־אמריקני, אשר אינגו מכיר בקטגוריה של "מילוי חסר", מתייחס לפעילות השיפוטית היוצרת, על כל גווניה, בחדא מחתא. כמובן, הדבר לא מונע ממנו להתיר פעילות זו.[85]

הדברים הנכונים בשיטות משפט מודרניות יפים – על אחת כמה וכמה – בשיטות משפט עתיקות המעוניינות להתאים עצמן לשינויי הזמן והמציאות. ההלכה, בהיותה מבוססת על נורמות חקיקתיות קדומות, שמקורן בהתגלות אלוקית חד־פעמית, התפתחה ומתפתחת כל השנים באמצעות פעילות יוצרת ענפה במיוחד. פרופ' אלון, המונה את המקורות המשפטיים של המשפט העברי, הבחין בין המדרש והפרשנות לבין התקנה והגזירה.[86] המקור הראשון מסתמך על טקסטים קיימים על־מנת ליתן תשובות משפטיות לבעיות חדשות. מקום שהפער בין הטקסט למציאות בלתי ניתן לגישור באמצעיים פרשניים, נוצר העדר נורמטיבי הדורש "מילוי החסר" או "פיתוח המשפט". ההלכה נותנת תשובות להעדר נורמטיבי זה, בין היתר, באמצעות התקנה והגזירה. כפי שציין פרופ' אלון:

> בפעולתם בדרך זו בתחום ההלכה, ידעו והכירו חכמי ההלכה, כי תקנותיהם וגזירותיהם אינן בבחינת גילוי התוכן הנסתר של פסוק מן התורה או של דין שבהלכה – כדרך יצירת ההלכה על ידי המדרש – אלא יצירה חדשה בתחום ההלכה, שאין להוציאה מתוך הוראה מפורשת קיימת.[87]

עולה מהאמור שאין מגיעה עקרונית, במסגרת ההלכה, לגיבוש נורמות חדשות שלא במסגרת החקיקה הראשית – בין אם בדרך של "מילוי חסר" ובין אם בדרך של "פיתוח המשפט" – לשם גיבוש מענה נאות למציאות חדשה.[88]

3. יצירה שיפוטית – הקשיים המעשיים

האפשרויות התיאורטיות ליצירה שיפוטית אינן פוטרות אותנו מהתמודדות עם קשיים מעשיים. הסדרתן של סוגיות חוץ וביטחון באמצעות פסיקה הלכתית מודרנית חייבת להיות ערה לרגישויות שונות שהן תוצאה של ההעדר הנורמטיבי בסוגיות אלו במהלך הדורות.

---

85. ראו אהרן ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט", משפטים כ, (תשנ"א) 233, עמ' 243-247.
86. ראו אלון (לעיל, הערה 78), חלק שני.
87. שם, 391.
88. פרופ' אלון מסווג את הפעילות של חכמים במהלך הדורות כחקיקת משנה וזאת עקב אצילת סמכות החקיקה שניתנה להם בתחיקה הראשית – התורה שבכתב. ראו שם, 394-398.

(א) היקף ההעדר הנורמטיבי

ככל שהיקפו של התחום הבלתי מוסדר גדול יותר, וריף יותר ניוונה של שיטת המשפט בתחום זה, ולכן הרצון למלא את החסר שאפתני יותר ואפשרות הביצוע מורכבת ומסובכת יותר.

גם אם אין מקבלים את הערכותיו של הרב הלוי ("הדברים באו במתכוון סתומים ועמומים"),[89] אין להכחיש את מימצאיו העובדתיים, שביחס לשטחי החיים הנוגעים לחיי המדינה אין למצוא בהלכה תשובה ברורה. גם בדורות שעקבו לזמן המקרא לא התפתחה ביהדות מערכת שלטונית ממלכתית שהשאירה לנו מורשת רעיונית ומשפטית בנושאים מדיניים. ההעדר הנורמטיבי בסוגיה הוא ללא ספק רחב ידיים ביותר. הפער שבין השאלות המתוחכמות המתעוררות במציאות המדינית המודרנית לבין הנורמות ההלכתיות המעטות, הכלליות והעמומות הוא גדול ממדים. גם אם יאתר הפוסק מקורות הלכתיים כלשהם – הבולט שבהם הוא "הלכות מלכים" במשנה תורה לרמב"ם – יישומם כקוד מחייב, לשם הכרעה בשאלות ספציפיות העומדות לפני דורנו, הוא קשה ובדרך כלל מאולץ.

אכן, גם הרמב"ם עצמו, בבואו לחפש מקורות ל"הלכות מלכים" שחיבר, נזקק במידה רבה למקורות מקראיים. סברה הגיונית היא ש"תופעה זאת משקפת את הצמצום שנהג התלמוד בנושא המדיני לעומת העניין שגילה בו המקרא – התפתחות שיסודה בגורל ההיסטורי של עם ישראל לדורותיו ולתקופותיו... המרחב הרעיוני והמעשי שהיה נחוץ לרמב"ם כדי שיוכל לחבר הלכות מלכים, נתגלה לו במקרא".[90] מאחר שגם לאחר חיבור הלכות מלכים לא נעשה בהן שימוש למעשה, מתברר שפוסק בן ימינו, הנזקק למציאות מדינית מודרנית, ייאלץ לשאוב את הרוח התורנית הנדרשת לפסקו (בדיוק כמו הרמב"ם) מהטקסט התנ"כי (ומהרמב"ם).

ברי, לפיכך, שאין מקום לדבר על יצירה שיפוטית בדרך של פרשנות בסוגיות של חוץ וביטחון, אלא הפוסק בן ימינו חייב להיות ער לאופיה של המשימה היצירתית הנדרשת ממנו: גיבוש נורמות הלכתיות חדשות כמעט בבחינת יש מאין.

(ב) השכלת הפוסק

הנושאים שתלמיד חכם נבחן עליהם בטרם יקבל סמיכתו כרב או כריין עוסקים אך ורק בחלקים הנלמדים בשלחן ערוך, ובהם הלכות שבת, שחיטה, נידה ועוד נושאים חשובים מהוויות החיים הפרטיים. אין דרישה לידע כלשהו בנורמות הלכתיות העוסקות בנושאי ציבור בכלל, ובסוגיות מדיניות בפרט.

ודוקו: אינני מעורר את הסוגיה החשובה של סמכותו וכשרותו הפורמליות של פוסק לפסוק בתחומים אלו ואינני מביע כל עמדה בשאלה אם ההליך הנוהג היום לשם סמיכת רב תוחם את גבולות סמכותו לפסוק רק לגבי הנושאים שנבחן עליהם. הטיעון כאן מתמקד בכשרותו העניינית של הפוסק להכריע בסוגיה.[91]

89. ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 61.

90. ראו בלידשטיין (לעיל, הערה 72), 16.

91. סוגיה בתלמוד הבבלי, סנהדרין, ה ע"ב, מלמדת על סיבות פוטנציאליות להגבלת סמכות

nevo.co.il

ועוד: השופטים אלון וברק מתחדדים סביב השאלה "מה כוחו ומה גבורתו" של שופט להכריע בסוגיות שאינן בתחום מומחיותו. הראשון אומר – אין לנו ידע ולכן אל לנו להתערב,[92] והשני משיב – אין לנו ידע אך אנו מסוגלים להעריך אם השיקולים ששקלה הרשות האחראית – בעלת הידע – הם סבירים ומאוזנים, אם לאו.[93] לכולי עלמא, הרשות השופטת איננה קובעת את תוכן ההתנהגות, אלא מאשרת או פוסלת הכרעה של בעל סמכות בתחום. לעומת זאת, הפסיקה ההלכתית המודרנית בנושאים מדיניים – דוגמת פסקי ההלכה בעניין מסירת שטחי ארץ־ישראל לזרים – איננה מתכוונת להעדיף את טיב ההכרעה של גוף שלטוני המוסמך לקבל הכרעות מדיניות, אלא היא מבקשת להכריע בעצמה בשאלות אלו לגופן. תפיסה זו של תפקיד הפוסק היא אימפריאליסטית: היא גם מבליטה שמבחינה משפטית יש לסווג פסקי הלכה אלו כתחיקת משנה (ולא כתוצר שיפוטי).

ההבחנה והסיווג המוצעים מבהירים ביתר שאת את הרלוונטיות, הנחיצות והתיוביות של השכלת הפוסק ומומחיותו בתחום הסוגיה המדינית בטרם יפסוק פסוקו.

(ג) מבנה השיטה

שיטות משפט מודרניות מתבססות, בדרך־כלל, על כללים ועקרונות שמהם נגזרות נורמות ספציפיות. הכללים הם חומרי היסוד לבניית השיטה ולפיתוחה. יצירה שיפוטית מאוחרת שואבת מהם – במישרין או בעקיפין – הצדקה רציונית ונורמטיבית. תהליך היצירה השיפוטית בשיטות משפט אלו משול להוספת קומה חדשה במבנה קיים, בעל יסודות איתנים ומוצקים.

מנגד, שיטת המשפט העברי היא קוואיסטית בעיקרה. ההלכה ממעטת להתנסח באמצעות כללים והתפתחותה נגזרת מפסיקות תקדימיות שהצטברו משך אלפי שנים. כך, למשל, דיני המשפחה והקניין התפתחו במסגרת שיח רב־דורי מתמשך בין צרכני הנורמה, החיים במציאות תברתית, תרבותית וכלכלית המשתנה טיפין טיפין לבין חכמי ההלכה הנענים לצרכים המשתנים בצעדים יצירתיים מדודים.

קל לראות ששיטת משטר המתפתחת באופן קאזואיסטי תשופה יותר משיטות אחרות לקשיים, עקב הנחתה לתקופה ארוכה בקרן זווית. שוו בנפשכם פוסק אשר ינסה להכריע

פסיקה. בעת שידד רב מארץ־ישראל לבבל סייג רבי את גבולות סמכותו לפסוק: "יורה? – יורה. ידיון – ידין. יתיר בכורות? – אל יתיר". הגמרא תוהה על פשר ההגבלה ומעלה את האפשרות שיש לייחס אותה לחוסר ידע הלכתי של הפוסק ("משום שלא חכים") או לחוסר ידע עובדתי בנושא ("משום שלא בקיע [=בקי] במומי"). אף שעובדתית הוכח שרב היה כשיר מבחינות אלו (רב היה בעל ידע הלכתי נרחב ורכש מומחיות בטיבם של מומים של בעלי חיים – "שמונה עשר חדשים גדלתי אצל רועה בהמה לידע איזה מום קבוע ואיזה מום עובר"), עצם הדיון מלמד על דרישה למומחיות של פוסק בתחומים ההלכתיים והעובדתיים של פסיקתו.

92. בג"צ וירדי־בסקי (לעיל, הערה 17), 771.

93. שם, 858.

nevo.co.il

בימינו בשאלות סטנדרטיות בדיני משפחה או קניין על־ידי הסתמכות על טקסט מקראי והתעלמות מוחלטת מים הפסיקה העצום ומכל המקורות הראשונים והאחרונים העוסקים בשאלות אלו במהלך הדורות. בקירוב, זהו המצב שבו עומד פוסק בן־ימינו המעוניין לפסוק בסוגיות של מדיניות חוץ וביטחון. אכן, האפשרות של שיטה קוואיסטית להתמלא מחולייתה בתנאים כאלה ולהשלים לאקונות או להתפתח – נתותה.

ה. סיכום

פסיקה רבנית בסוגיות מדיניות איננה דומה לפסיקה בתחומים אחרים. היא מעוררת שאלות ייחודיות ועקרוניות שפתרונן מתחייב לפני הדיון בגופו של הטעון הכרע. העובדות הן, שההיסטוריה החקיקתית והשיפוטית של המשפט העברי איננה משופעת בנורמות בתחומים אלו. אין ספק שההעדר המתמשך של עצמאות מדינית לעם ישראל תרם לכך, אך בהחלט ייתכן שאין זו הסיבה היחידה. אפשר שההלכה, כעניין שבעיקרון או כעניין שבמדיניות, איננה מחילה את עצמה על סוגיות אלו. הפוסק חייב לפיכך להכריע בשאלות מקדמיות של סמכות ושל שפיטות.

הפוסק גם חייב להכיר בכך שבחומה הנורמטיבית של ההלכה, בנושאים מדיניים, הפרוץ מרובה לאין ערוך על העומד. לכן, פסיקתו איננה יכולה להיות אבולוציונית אלא בהכרח רבולוציונית. כל פסק הלכה בתחום זה הוא חידוש גדול בעולמה של היהדות ויש לסווגו כחקיקה. לפסיקה יש לעתים משמעות גורלית – היא עוסקת במציאות משתנה ומורכבת שהבנתה והערכתה דורשות מומחיות ומקצועיות. המסקנה המתבקשת היא שפסיקה הלכתית עכשווית בשאלות מדיניות – גם אם היא מותרת וגם אם היא ראויה – חייבת להיות צנועה וזהירה.

nevo.co.il