

מלך כשופט ומחוקק - דרשות הר"ן א

א. בדף הקודם התחלנו לעסוק בשאלת תפקיד המלך במערכת המשפט ונפגשנו בעיקר עם דברי הרמב"ם. תפקיד המלך לדעתו הוא להשלים את מערכת המשפט הרגילה, ולסייע לה במצבים מיוחדים כעבירות שמתעורר צורך להעניש עליהן ואי אפשר לעשות זאת לפי הדין הרגיל¹. בדף זה ניפגש עם דרשות היסודית של הר"ן הנותנת למלך מקום רחב וקבוע יותר במרחב החקיקה והענישה. הר"ן פותח את הדרשה בהתבוננות בפסוק הראשון של פרשת שופטים (דברים טז):

שפטים ושטרות תתן לך בכל שעריך אשר ה' אלהיך נתן לך לשבטיך ושפטו את העם משפט צדק: לא תטה משפט לא תכיר פנים ולא תקח שחד כי השחד יעור עיני חכמים ויסלף דברי צדיקים: צדק צדק תרדף למען תחיה וירשת את הארץ אשר ה' אלהיך נתן לך. מהו החידוש בציווי לשפוט את העם משפט צדק, הרי הפסוק הבא מזהיר על כך? הר"ן מפרש שהפסוק מאפיין את מטרת המשפט, צדק ולא רק תיקון העולם (דרשות הר"ן, הדרוש הי"א):

אבל בעיני פשט הכתוב כך הוא. ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשפוט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה העולם נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר. וישראל צריכין זה כיתר האומות. ומלבד זה צריכין אליהם (לשופטים) עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם, [ולהעניש] חייבי מלקיות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה, עם היות שאין באותה עבירה הפסד ישוב מדיני כלל. ואין ספק כי בכל אחד מהצדדים יזדמנו שני ענינים, האחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי, אבל יחוייב להענישו כפי תיקון סדר מדיני וכפי צורך השעה. והשם יתברך ייחד כל אחד מהענינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי, והוא אמרו ושפטו את העם משפט צדק, כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו, ובמה כוחם גדול. ואמר שתכלית מינויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עובר ביותר מזה. ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים האל תיקונו במצות המלך.

יש אפוא שתי מערכות משפט: של חכמים שתפקידה 'לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו', ושל המלך שתפקידה לדאוג לסדר החברתי ויישוב העולם. הר"ן מבסס

1. וכדבריו (רוצח ב, ד): "וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו". ובהלכות מלכים (ג, י): "כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה... יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה".

את הטענה שמטרת משפט התורה אינה הדאגה לתיקון העולם ושמירת הסדר החברתי בלבד, ולכן יש צורך במערכת נוספת (שם):

ונבאר עוד כשנניח צד אחד מהצדדים, הרי שנינו בפרק היו בודקין (סנהדרין מ ב) תנו רבנן מכירים אתם אותו כו' התריתם בו קיבל התראה התיר עצמו למיתה² המית בתוך כדי דיבור וכו'. ואין ספק כי כל זה ראוי מצד משפט צדק, כי למה יומת איש, אם לא שידע שהכניס עצמו בדבר שיש בו חיוב מיתה ועבר עליו, ולזה יצטרך שיקבל עליו התראה, וכל יתר הדברים השנויים באותה ברייתא, וזהו משפט צדק אמיתי בעצמו הנמסר לדיינים. אבל אם לא יענש העובר כי אם על זה הדרך (בהתראה ושני עדים) יפסד הסידור המדיני לגמרי, שיתרבו שופכי דמים ולא יגורו מן העונש, ולכן צוה השם יתברך לצורך ישובו של עולם במינוי המלך, כמו שכתוב בפרשה זו (דברים יז יד - טו) כי תבא אל הארץ וגו' שום תשים עליך מלך וגו', שהיא מצוה שנצטוו בה למנות עלינו מלך, כמו שבא בקבלת רבותינו ז"ל (סנהדרין כ ב), והמלך יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני. נמצא שמינוי המלך שוה בישראל וביתר אומות שצריכים לסידור מדיני, ומינוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל, וכמו שהזכיר עוד ואמר (דברים טז יח) ושפטו את העם משפט צדק, כלומר שמינוי השופטים ויכלתם, הוא שישפטו העם במשפטים צודקים אמיתיים בעצמם.

מטרת משפט התורה לדעתנו היא דבקות עם ישראל בשפע האלוקי, כמטרת הקרבנות ושאר המצוות (שם):

ואני מבאר עוד זה, ואומר שכמו שנתיחדה תורתנו מבין נימוסי אומות העולם במצות וחוקים, אין ענינם תיקון מדיני כלל, אבל הנמשך מהם הוא חול השפע האלהי באומתנו והידבקו עמנו, בין שיראה הענין ההוא לעינינו כעניני הקרבנות וכל הנעשה במקדש, בין שלא יראה כיתר החוקים שלא נתגלה טעמם, מכל מקום אין ספק שהשפע האלהי היה נדבק בנו, וחל בפעלים ההם... וזה שנתיחדה בו תורתנו הקדושה מנימוסי האומות הנ"ל, שאין להם עסק בזה כלל (בחלות השפע האלוקי), כי אם בתיקון ענין קיבוצם.

ודאי אמנם שחלק מרכזי ממטרת משפט התורה הוא הדאגה לקיום העולם, אך זו לא מטרתו היחידה, ולכן יתכן שהוא ימלא אותה בצורה פחות טובה ממערכות משפט אחרות שתפקידן אך ורק הדאגה לתיקון העולם (שם):

ולפיכך אני סובר וראוי שיאמן, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתיקון הסידור המדיני, והם סיבה עצמית קרובה לחול השפע האלהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאילו הם משותפים בין סיבת חול הענין האלהי באומתנו ותיקון ענין קיבוצנו. ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתיקון קיבוצנו, כי התיקון ההוא, המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו, אבל השופטים

2. בית דין מעניש אדם רק אם התרו בו סמוך למעשה והזהירו אותו שיענש אם יחטא ואמר 'על מנת כן אני עושה' - אני מודע לעונש.

והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הידבק ענין האלהי בנו, יושלם ממנו לגמרי סידור ענין ההמוני או לא יושלם. ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות הנ"ל, מה שהוא יותר קרוב לתיקון הסידור המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתיקון הנזכר, היה משלימו המלך. אבל היתה לנו מעלה גדולה עליהם, כי מצד שהם צודקים בעצמם, רוצה לומר משפט התורה, כמו שאמר הכתוב ושפטו את העם משפט צדק, ימשך שידבק השפע האלהי בנו... ונמצא שמינוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם, כמו שאמר ושפטו את העם משפט צדק, ומינוי המלך היה להשלים תיקון סדר המדיני, וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה.

ב. תפקיד החכמים לפי הר"ן הוא אפוא 'לשפוט משפטי התורה בלבד', 'שהם צודקים בעצמם'. תפקיד המלכות הוא 'להשלים תיקון סדר המדיני'. הר"ן מקשה על עצמו מכוחם של חכמים להעניש בהוראת שעה לצורך תיקון העולם (שם):

ואל תקשה עלי מה ששנינו בפרק נגמר הדין (סנהדרין מו א) תניא ר' אליעזר [בן יעקב] אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה וכו', שנראה ממנו שמינוי הבית דין הוא לשפוט כפי תיקון העת והזמן.

הר"ן עונה שתי תשובות (שם):

ואינו כן, אבל בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, הסנהדרין [הם] לשפוט את העם במשפט צדק לבד, לא לתיקון ענינם ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כוחו. אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כח השופט וכח המלך. ואפשר עוד לומר שכל מה שנמשך למצות התורה (כלומר למצוות שבין אדם למקום), בין שהוא כפי [המשפט] הצודק, בין שהוא כפי צורך השעה, נמסר לבית דין (ויש להם בזה כוח עצמי ולא רק כממלאי מקום המלך ומכוחו), אבל מה שבין אדם לחבירו³ - הצודק בלבד נמסר לבית דין, כאומרו "ושפטו את העם משפט צדק". אבל תיקונם ביותר מזה, נמסר למלך, לא לשופט.

מהן שתי תשובות הר"ן? מה ההבדל בניהן?

הקושיה היתה איך הברייתא נותנת לחכמים כוח להעניש בהוראת שעה, הלא זהו תפקיד המלך וזה ההבדל בין משפטו ובין משפט החכמים. התשובה הראשונה היא שאכן אין לחכמים כוח עצמי להעניש בהוראת שעה וכל כוחם בתחום זה מגיע מהמלך - כשיש מלך בהתאם להחלטתו למסור להם כוח זה, וכשאינ מלך הם מחליפים אותו ויורשים ממנו את כוחו. התשובה השנייה מחלקת בין

3. לפי גרסת מוסד הרב קוק.

מצוות שבין אדם למקום ובין מצוות שבין אדם לחברו: במצוות שבין אדם למקום זהו תפקיד החכמים ובמצוות שבין אדם לחברו זהו תפקיד המלך.

חשוב היטב: אם בית הדין אכן יכול להעניש בהוראת שעה על מצוות שבין אדם למקום בשעת הצורך, מדוע שהוא לא יעשה זאת גם במצוות שבין אדם לחברו? מדוע התורה הטילה את התפקיד הזה על המלך בלבד ולא על החכמים? מהי תרומתו הייחודית האפשרית של המלך לתפקיד הזה? ומה יכולות להיות הבעיות בכך שחכמים ימלאו אותו?

ג. באילו עבירות המלך יכול לחוקק עונשים שחורגים מהדין הרגיל? הוא יכול להעניש גם על עבירות שבין אדם למקום או רק על עבירות שבין אדם לחברו?

התבונן שוב בתשובתו השנייה של הר"ן שלמדנו לעיל וענה לאורה על השאלה. התבונן גם במטרת משפט המלך לפי הר"ן, 'להשלים תיקון סדר המדינה'.

הר"ן מחלק בתשובתו השנייה בין עבירות שבין אדם למקום שמסורות לבית דין ובין עבירות שבין אדם לחברו שמסורות למלך. עולה מכך שהמלך יכול להעניש על עבירות כרצח וגזל בלבד ולא על עבירות שבין אדם למקום כשבת וכשרות⁴. כך עולה גם ממטרת משפט המלך, האחריות לתיקון הסדר המדיני. אולם, מסקנה זו קשה לכאורה: לפי התשובה הראשונה אין לבית דין כוח עצמאי של ענישה בהוראת שעה, וכוחו מגיע מהמלך – כשאינו מלך או על ידי החלטתו. והנה, בית דין בוודאי יכול להעניש גם על עבירות שבין אדם למקום, הדוגמאות עוסקות הרי בענישה על חילול שבת וחוסר צניעות⁵, ואם כוחו מגיע מהמלך אז גם המלך יכול להעניש על עבירות שבין אדם למקום! וכך הקשה הרב שמואל שמעוני שלמד מכך שגבולות סמכות המלך מורכבים יותר ונלמד את דיונו⁶:

לאלו סוג של עבירות נותן משפט המלך מענה? האם המלך אמור לקבוע מערכת שפיטה שתוכל לפקח באופן אפקטיבי על עבירות השייכות לחלקי אורח חיים ויורה דעה בשולחן

4. והתשובה הראשונה הרי אינה חולקת על כך, והמחלוקת היא בכוח בית הדין – האם הוא מגיע תמיד מהמלך או שיש לו כוח עצמי בעבירות שבין אדם למקום.

5. סנהדרין מו: "תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים. והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך".

6. בית המדרש הוירטואלי, משפט התורה בימינו, משפט המלך ב'.

ערוך, להמית מחללי שבת, להלקות אוכלי בשר בחלב ולובשי שעטנז וכו', כאשר הוא משוחרר ממגבלותיהן של דרישות ההתראה, העדים הכשרים וכו'? הדבר אינו מסתבר, ואף אינו נובע מטענתו של הר"ן כי "אם לא יענש העובר כי אם על זה הדרך (=דין תורה על כל מגבלותיו; ש"ש), יפסד הסידור המדיני לגמרי, שיתרבו שופכי דמים ולא יגורו מן העונש". על כן, נראה לכאורה שעיקר עניינו של משפט המלך הוא בעבירות שבין אדם לחברו. הוספתי "לכאורה", משום שקביעה זו אינה מדויקת. הלוא הדוגמאות מהש"ס שהביא הר"ן לכך שמענישים שלא על פי דין תורה (אמנם בידי בית דין, אך הר"ן הלוא היה מוכן לומר שבית דין עושה זאת בכובעו כמוסמך לדון במשפט המלך) נגעו למעמד השבת (הרוכב על הסוס בשבת) ולערכי הצניעות (המטיח באשתו תחת התאנה). ואולם, מסתבר שאכן אין עונשים במסגרת משפט המלך (או בית דין שעונשין שלא על פי דין תורה) אדם שבשבת בורר בביתו פסולת מתוך אוכל או שמנקה מפה מוכתמת בסמרטוט לח, אף שמדובר באיסורי סקילה. העונשים המדוברים התייחסו לאדם שפוגע פגיעה חברתית בצביון הציבורי של חברה יראת שמים. צביון ציבורי זה כולל כמוכן איסור על פגיעות שבין אדם לחברו, אך לצד זה כולל גם הגנה על אופייה הציבורי של השבת, שנפגע אנושות על ידי רוכבי הסוסים, וכן הגנה על צניעות מינית במרחב הציבורי. יש לזכור שהמלך שהר"ן רואה לעיני רוחו הוא מלך שמתמנה על פי נביא, מכוח צו התורה, ומצווה לשאת עמו ספר תורה לכל אשר הוא הולך, ומסתבר אפוא שמערך הערכים שהוא מגן עליהם נטוע בציבוריות תורנית. ועם זאת, אין מדובר בהגנה על חלקי אורח חיים ויורה דעה בשולחן ערוך בתור שכאלו. פעולה ציבורית כרכיבה על סוס תגרור סנקציה על אף הומרתה ההלכתית הנמוכה יחסית (איסור דרבנן) ואילו פעולות חמורות יותר לא "תזכינה" לסנקציות.

מה היקף סמכות המלך לפי הבנתו של הרב שמעוני בר"ן?

ד. הר"ן מפרש לאור יסודות אלו את התנגדות שמואל לבקשת העם למנות מלך. התנגדותו קשה לכאורה: הרי התורה מצווה על עם ישראל למנות מלך ומדוע שמואל מתנגד לבקשתם? מדוע הוא כועס על העם? הר"ן מפרש שהדברים נובעים ממטרת הבקשה, ושהבעיה היא הרצון שמשפט המלך יהיה המשפט המרכזי והיחיד⁷ (שם):

וזה היה חטאם של ישראל בדבר המלוכה אשר שאלו, והוא ענין נתקשו בו הרבה מן הראשונים, כי אחרי שהיו מצווים להקים עליהם מלך, כמו שנאמר כי תבא אל הארץ וגו' ואמרת אשימה עלי מלך, ואמרו רבותינו ז"ל שהיא אחת משלש מצות שנצטוו ישראל בכניסתן לארץ, אם כן מה פשעם ומה חטאתם כששאלוהו. אבל על דעתי הוא כך, שהם

7. עוד על דברים אלו ועל השאלה, ראה בדף 'היחס למלוכה ב - מחלוקת התנאים והתומכים'.

רצו שעיקר המשפט במה שבין אדם לחבירו יהיה נמשך מצד המלכות, והוא אומרו ויתקבצו כל זקני ישראל ויבואו אל שמואל הרמתה ויאמרו אליו הנה אתה זקנת ובניך לא הלכו בדרכיך עתה שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים, ופירושו אצלי הוא כך, שהם ראו שמה שצריך לסידור המדיני, יהיה מתוקן כשימשך מצד המלכות, משימשך מצד השופט, ולכן אמרו הנה זקנת ולא תוכל לשפוט עוד, ובניך אינם ראויים שיחול בנו השפע האלהי על ידיהם, כי אינם הולכים בדרכיך, ולכן ראוי שיהיה לנו מלך, ושיהיה משפטנו על פיו, והוא אמרם שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים... אלא שישראל נטו בעת ההיא יותר לתיקון קיבוצם המדיני. ואילו שאלו להם מלך בסתם שיאמרו שימה לנו מלך, או שיבקשוהו לסיבת תיקון מלחמותיהם, לא ימצא להם בדבר הזה עון [אן] חטא, אבל מצוה, אך היה חטאתם באמרם שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים, שרצו שיהיו משפטיהם נמשכים מצד המלכות, לא מצד שופטי התורה. ויורה על זה מה שכתוב אחריו וירע הדבר בעיני שמואל כאשר אמרו תנה לנו מלך לשפטנו, לא אמר כאשר אמרו תנה לנו מלך בלבד, כי לולי אמרו כן לא היה רע בעיניו, אבל מה שהוקשה לו, באשר אמרו לשפטנו. ומפני זה אמר ה' לשמואל לא אותך מאסו כי אותי מאסו ממלוך עליהם, כי הם בוחרים בתיקון ענינם הטבעי, משיחול בהם ענין האלהי.

מה היתה הבעיה בבקשת העם לפי דברי הר"ן? נסה להתבונן בדברים: הרי זהו תפקיד המלך במערכת המשפט לפי הר"ן, לדאוג לתיקון העולם ושמירת הסדר החברתי, ומהי אפוא הבעיה בבקשת העם?

ה. נראה שעלינו ללמוד מכך שגם לדעת הר"ן משפט המלך צריך להשלים את משפט התורה ולא להיות מערכת מקבילה ושווה – אחרת מה הטענה נגד העם? מהי הבעיה ברצונם 'שעיקר המשפט במה שבין אדם לחבירו יהיה נמשך מצד המלכות'? מדוע 'היה חטאתם באמרם שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים, שרצו שיהיו משפטיהם נמשכים מצד המלכות, לא מצד שופטי התורה', מדוע אמירה זו היא חטא אם התורה ייסדה שתי מערכות משפט מקבילות, משפט המלך ומשפט התורה? אלא ודאי שהר"ן לא התכוון שמערכת המשפט של המלך תהיה מערכת חלופית מקבילה ושווה, שיכולה להתקיים בלא כפיפות למערכת המשפט התורנית. כך ניתן ללמוד גם מהמשך דבריו (שם):

שזה ההבדל בין השופט והמלך, שהשופט משועבד יותר למשפטי התורה מהמלך. ומפני זה הזהיר המלך וצוהו שיהא לו ספר תורה שני ויביא עמו, וזהו אמרו (דברים יז - כ) והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת וגו' והיתה עמו וגו' לבלתי רום לבבו מאחיו ולבלתי סור מן המצוה, כלומר שמתוך שהמלך רואה שאינו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, צריך אזהרה מרובה לבלתי יסור מן המצוה ימין ושמאל,

ולבלתי רום לבבו מאחיו, כפי היכולת הגדול שנתן לו השם יתברך... ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהיו, יבוא להפריז על המידות יותר במה שיתחייב לתיקון הכלל, צוהו שיהיה ספר תורה עמו תמיד, כאמרו (שם יח - יט) והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת וגו' והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו למען ילמד ליראה את ה' אלקיו לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם, ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצוה לצורך תיקון זמנו, לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת, ואת החוקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע, יכוין כדי שחוקי התורה, יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על דרך משל, כשיהיה הורג [רוצח] נפש בלא עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה, אבל יכוין בעשותו זה, כדי שמצות לא תרצח תתקיים יותר, ולא יפרצו עליה.

וכך כותב פרופ' אליאב שוחטמן הדן בשאלת המעמד ההלכתי של מערכת המשפט במדינתנו. האם ניתן להתבונן עליה כמימוש מערכת המשפט המלכותית שתפקידה לדאוג לסדר החברתי, כך שבית המשפט לא יוגדר כערכאות שאסור לדון בהן? לדבריו, ניתן לבסס על דברי הר"ן את המשפט הפלילי בלבד, אך לא את רוב המשפט האזרחי⁸:

האם יש בדברים אלה משום מתן בסיס הלכתי לכל התחום של המשפט הפרטי (דיני ממונות) במדינת ישראל על יסוד "משפט המלך"? דומה בעיניי שלא. כפי שמטעים הר"ש ישראלי, תנאי יסודי הוא השימוש בסמכות מכוח הסכמת העם לא יהיה אלא לתיקון העולם. ספק גדול אם ניתן לדעתו להצדיק את המרתו של חושן משפט בכללותו במערכת חוקים אחרת באמצעות הנימוק של "תיקון העולם". יחד עם זאת כאשר נמצא שבעניין מסוים - גם אם מדובר בתחום המשפט הפרטי - נחוצה חקיקה שתשנה מן הדין הקיים בהלכה היהודית, כגון הצורך ברישום עסקות במקרקעין כתנאי לתוקף העסקה, יתכן שניתן אמנם לבסס חוק כזה על משפט המלך. ואולם, חוקים שבהם אין למצוא שום יסוד של תיקון העולם (הערה 57 שם): היסוד של תיקון העולם מצוי באותם עניינים שבהם אין בדין הקיים כדי לתת מענה נאות לבעיות חברתיות שנוצרו כתוצאה מן המציאות המשתנה), אין לכאורה כל מקום לביסוסם על משפט המלך, שכן גם אם נרחיק לכת ונאמר שאף בתחום המשפט הפרטי - זה שבין אדם לחבירו - יש למלך סמכות לחוקק חוקים, מכל מקום אין להפריד בין סמכות זו ובין הציווי האמור בתורה ביחס למלך ושלפיו חלה עליו באופן מיוחד, בתוקף מעמדו כמלך, החובה "לשמור את כל דברי התורה הזאת"... מהסברו של הר"ן עולה שכל סמכותו של המלך - שהיא סמכות משלימה לזו שמצוייה בידי בית דין - כפופה למסגרת הבסיסית הקבועה בתורה ובדין תורה, והמטרה שלשמה הוקנתה למלך סמכות זו אינה אלא כדי ש"חוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר

8. שנתון המשפט העברי ט"ז-י"ז, הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל.

נשמרים". כלומר, התיקון המדיני שעליו מדבר הר"ן אינו תיקון מדיני לפי תפיסות אנושיות כלליות, אלא על פי התפיסה ההלכתית היהודית. דומה, שקשה מאוד לבסס את סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים בתחום המשפט הפרטי – גם אם היא מוסמכת לכך מכוח "משפט המלך" – כשמדובר לא על חוקים משלימים לתיקון המדינה אלא על החלפתו של דין תורה כולו, או כמעט כולו, במערכת שונה של חוקים שבוודאי אין לומר עליה שכל תכליתה הוא ש"חוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים".

מדוע אי אפשר לבסס את מערכת המשפט כולה על אדני דרשת הר"ן ומערכת המשפט של המלך? אילו חלקים בתוכה כן ניתן לבסס על דרשת הר"ן?

אי אפשר אפוא לבסס על דברי דרשות הר"ן את קבלת מכלול המשפט הפרטי במדינת ישראל, ולהתיר מכוחם את איסור ערכאות. אך נראה שאת קבלת הדין הפלילי אפשר לבסס על דרשות הר"ן, ולראות מכוחו בעבודת המשטרה ומערכת המשפט בתחום זה מימוש של תפקיד מלכות ישראל לדאוג לתיקון העולם, ונלמד למשל את דברי הרב אריה כץ שהולך בדרך זו (הגשת תלונה במשטרה על הטרדות, אמונת עת"ך 115):

והנה קמו כמה אנשים וטענו שהיות שיש לבתי המשפט במדינת ישראל דין ערכאות של נכרים, הרי שמי שמגיש תלונה במטרה על תקיפה כזו הוא בגדר 'מוסר', על כל החומרה שבדבר. כיצד ניתן לענות לאנשים אלו ולהעמידם על טעותם?... זאת ועוד, לדעת רוב הפוסקים גם לבתי משפט של מדינת ישראל שאינם דנים על פי ההלכה, יש דין של ערכאות של גויים, ואם כן לפי זה, לכאורה מי שיגיש תלונה למשטרה, שתגיע בסופו של דבר לידון בפני בית המשפט, יגרום למסירת האדם כלפיו הוגשה התלונה בפני ערכאות של גויים...⁹ אך נראה שיש לחלק בין המשפט האזרחי, שכלפיו דנו הפוסקים, לבין המשפט הפלילי, שאף שאיננו לפי דין תורה, יש לו תוקף על פי תורת ישראל. הר"ן בדרשותיו (ס' יא) כותב שהצורך למנות שופטים בעם ישראל הינו לשם משפט צדק אלוקי. אולם משפט זה, שהינו הצדק האמתי, אינו מספיק לשם התיקון המדיני של העולם, ולצורך כך נקבע מינוי המלך, וכפי שיש בכל אומה מתוקנת... כוונת הדברים הינה שעל פי דין תורה, על מנת להעניש יש צורך בראיות מוחלטות, וזהו הצדק האמתי... אולם דבר זה עלול לגרום להתרבות הפשיעה ולהריסת הסדר הציבורי, ועל כן יש צורך במינוי מלך שיוכל להעניש שלא על פי דין התורה הרגיל. בימינו אמנם אין מלך, אולם כבר כתב הרב קוק בשו"ת 'משפט כהן' (ס' קמד אות יד): חוץ מזה נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. ואם כן לכנסת ישראל, שנבחרה על ידי כלל התושבים בארץ ישראל, ישנה סמכות לחוקק חוקים בתחומי העונשין לשם שמירת הסדר

9. עוד על שאלה זו בהקשר של דינא דמלכותא דינא, ראה בדף 'הסגרה ומסירה ב'.

המדיני... עולה מכך שלחוקי מדינת ישראל במישור הפלילי יש סמכות על פי דין תורה, מתוקף היותם של נבחרים הציבור בעלי סמכות של מלך, שבסמכותו להעמיד מערכת משפטית פלילית, הגם שדיני הראיות והעונשין שבה אינם על פי הכתוב בתורה. זאת משום שמטרת הכתוב בתורה הינה דין צדק, ואילו מטרת המלך הינה תיקון העולם, ואין מטרת אלו סותרות זו את זו.

מלך כשופט ומחוקק - דרשות הר"ן ב

א. בשנים שלפני קום המדינה עסקו חלק מחכמי שיבת ציון בהיערכות לאתגרי השיבה. הרב הרצוג פנה אל **האחיעזר**, ר' **חיים עוזר גרודזנסקי**, בשאלה כיצד ניתן להתמודד עם האתגר שבכינון מדינה שתדון לפי דיני התורה. הוא העלה שתי בעיות: הקושי להפלות את הנכרים שפסולים לדון, והקושי בכך שגנבים פטורים מעונש משמעותי שירתיע פושעים¹. נלמד את תשובת **האחיעזר** (מכתב שהובא בספרו של הרב הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה ב' עמ' 75, הערה י שם):

על דבר עיבוד החוקה של שלטון התורה במדינת העברית. בנוגע להמשפטים – זהו באמת ענין קשה שראוי להתישב הרבה בזה, לפי מושכל ראשון חשבתי אולי שאפשר לסדר באופן כזה שהשופטים בדיני ממונות בין ישראל לחברו יהיו הרבנים... ובהנוגע למשפטים בין יהודי ואינו יהודי יהיה על פי משפט כללי (שבו גם נכרים יהיו כשרים לדון). בנוגע לגנבות וגזלות ושאר יסודות עונשין – כפי הנראה מתשובת הר"ן היה משפט מלוכה מיוחד לבד הבי"ד הדנים על פי דין תורה, כי באמת קשה הדבר לתקנת המדינה שהגנב יפטור את עצמו בכפל, ומודה בקנס יהיה פטור לגמרי, ועל כרחך שבענין זה צריך לתקן תקנות המדינה, כענין בי"ד מכין ועונשין וכו'.

מה האחיעזר לומד מדברי הר"ן?

רב נוסף שראה בדברי הר"ן מקור לכינון מערכת משפט מקבילה בתחום הפלילי הוא הרב **גורן**, ונלמד חלקים ממאמרו 'חוקה תורנית כיצד'²:

ברם מאידך יש לדון אם השלטה קפדנית ומדוייקת של כל חוקי התורה בחיי המדינה, ביחס לעונשי גוף וממון על עבירות פליליות וכדומה, בלי כל תוספת של חוקים ונימוסים ותקנות מיוחדות על דעת הקהל, יכולה לייצב את סדרי המדינה הפרטיים והכלליים. על מדוכה זו ישב הרשב"א בתשובותיו ח"ג סימן שצ"ג, והוא כותב: "ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף הכל לפי מה שיראה להם וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה בחבלות וכיוצא בזה נמצא העולם חרב שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל לא הרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה... ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם נמצא העולם שמים". וכן כתב הר"ן בדרשותיו: "וציווה שיתמנו

1. הגנב משלם כפל על פי שני עדים והגזלן פטור לגמרי.
2. המאמר התפרסם לראשונה בהצופה ובהמשך בספרו של הרב הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה א', עמ' 149.

שופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי... ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו השלים האל תיקונו במצוות המלך... אבל אם לא ייענש העובר כי אם על זה הדרך יפסד הסידור המדיני לגמרי, ולכן ציוה השי"ת לצורך ישובו של עולם במינוי המלכות, והמלך יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקיבוץ המדיני".

המדינה יכולה אפוא לחקוק משפט פלילי חדש ושונה ממשפט התורה, משפט שבו גנבים ייענשו בעונשי מאסר. **הרב גורן** ממשיך ודן בקושי שבענישה קבועה שכזו (שם): אמנם מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' ממרים ומחידושי הר"ן בסנהדרין נראה שאסור לקבוע עונשים נוספים כחוקים קבועים במדינה, כי אם להוראת שעה.

נלך בעקבותיו לדברי **הרמב"ם** (ממרים ב, ד):

שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו הוראת שעה, כיצד בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא.

וכך כותב הר"ן בחידושו (סנהדרין מו):

שאין להם לחכמים לחייב מיתה על איסור של דבריהם כדרך תקנה עולמית לפי שזה יהיה כמוסיף על דברי תורה, אבל יש להם לענוש איזה עונש הן עונש מלקות הן עונש מיתה לפי צורך שעה כשהדור פרוץ. וכך הם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות ממרים.

חשוב על המשפט הפלילי במדינה: הוא נחשב כ'תקנה עולמית', כ'קביעת הלכה לדורות' או כהוראת שעה? מהו אפוא הקושי שבביסוס המשפט הפלילי על דין הוראת שעה?

האם וכיצד ניתן לאור דברים אלו לכונן מערכת משפט פלילי שמענישה בעונשים קבועים על גניבה וגזילה וחבלות הגוף? הרב גורן עונה לאור דברי הר"ן בחידושו על הגמ' בסנהדרין (כז):

כי הא, דבר חמא קטל נפשא, אמר ליה ריש גלותא לרב אבא בר יעקב: פוק עיין בה, אי ודאי קטל - ליכהיהו לעיניה (ינקרו את עיניו).

כיצד היה יכול ריש גלותא להעניש את בר חמא? רש"י ביסס את כוחו על אדני דין 'בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה', כוחם של חכמים להעניש בהוראת שעה שלא מן הדין (שם):

לכהיהו לעיניה - ינקרו את עיניו, דבטלו מיתות בית דין, והאי קנסא קא עבדין ביה, דבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה.

הר"ן התקשה בדברים (שם):

ותימה הוא דדין מכין ועונשין שלא מן התורה יותר חמור הוא ממה שהוא דין תורה (שהרי הוא חורג מהדין ולא רק מממש אותו) ויותר צריך דיינין גדולים ומומחין (כדי לחרוג מהדין, שכן חריגה דורשת שיקול דעת ברמה גבוהה יותר ויש צורך בזהירות שלא לחרוג יתר על המידה) והאיך אפשר לעשות זה בבבל שאין להם כח בדיני נפשות כלל אפילו במה שהוא דין תורה (שהרי בבבל לא היו דיינים סמוכים ודיינים שאינם סמוכים פסולים מלדון בדיני נפשות).

לדבריו, רק חכמים סמוכים יכולים להעניש בהוראת שעה³ ובבבל לא היו דיינים סמוכים. ממה נבע אפוא כוחו של ריש גלותא להעניש את הרוצח? עונה הר"ן (שם): לפיכך פירש הר"ר דוד ז"ל שריש גלותא לא מכח ב"ד היה עושה שהוא לא היה דין, אלא מכח המלכות (השלטון הבבלי) שדין המלכות לבער אנשי הרעות והיה נותן (מלך בבל) רשותו לריש גלותא לעשות הדבר כפי דעתו.

הרב גורן מסביר לאור הדברים כיצד ניתן לחוקק עונשים קבועים על גניבה וגזילה, ונחזור על תחילת דבריו (שם):

אמנם מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' ממרים ומחידושי הר"ן בסנהדרין נראה שאסור לקבוע עונשים נוספים כחוקים קבועים במדינה, כי אם להוראת שעה. זה אינו אלא כשבית דין קובע את העונשים הנוספים הללו על סמך סמכותו התורנית. אחרת היא שהמלכות קובעת אותם בכוח הסכמת הציבור או בכוח מלכותי ממש (ואז ניתן לקבוע ענישה קבועה) כמו שיש להוכיח כן מהרמב"ם הלכות מלכים ומדברי הר"ן עצמו בחידושו לסנהדרין כ"ז (הדברים שראינו לעיל) ובדרשתו הנ"ל.

הסבר את תשובתו של הרב גורן. חשוב היטב: מהי סברת הדבר? מדוע שיהיה הבדל בין בית דין תורני ובין המלכות?

הרב גורן מחלק בין בית דין למלכות: בית דין תורני לא יכול לחרוג מדיני התורה בצורה קבועה ולתקן עונשים קבועים, אך המלכות יכולת לתקן עונשים קבועים לצורך תיקון העולם. נשוב אל נימוקו של הר"ן לחוסר היכולת לתקן עונשים קבועים כדי להבין טוב יותר את סברת הדברים: 'לפי שזה יהיה כמוסיף על דברי תורה'. נראה שבעיה זו קיימת דווקא בבית דין תורני שדן לפי דיני התורה הרגילים: אז עונש קבוע חדש נתפס כהוספה וכשינוי התורה. פעולות המלכות, לעומת זאת, אינן נתפסות כחלק מהתורה וממילא הבעיה אינה קיימת בהן.

3. מעיקר הדין חכמים שאינם סמוכים לא יכולים לדון כלל, וחכמים תקנו שיוכלו לדון במקצת דברים שכיחים שיש בהם חסרון כיש. רצח הוא ודאי לא דבר שכיח ועל כן דיון שאינו סמוך לא יכול לדון בו. לדעת הר"ן חריגה מהדין דורשת מומחיות גדולה יותר מהדין מאשר פסיקה לפי הדין, וא"כ ודאי שדיין לא סמוך לא יכול להעניש בהוראת שעה, דבר שזוקק כוח גדול יותר. זאת ועוד, מדברי הנימוקי יוסף (סנהדרין דף טז. בדפי הרי"ף) נראה שרק ב"ד גדול יכול לחייב מיתה בהוראת שעה ובית דין סמוך יכול להעניש בעונש שאינו מיתה, וראה א"ת ערך הוראת שעה.

נסה לענות לאור הדברים על השאלה מדוע התורה לא הטילה את הדאגה לתיקון העולם על מערכת המשפט התורנית. נסה להסביר לאורם את הצורך בהטלת האחריות על תיקון העולם על המלך, את הצורך בהקמת שתי המערכות המשפטיות.

לאור הדברים ניתן להבין טוב יותר מדוע התורה לא הטילה את האחריות על תיקון העולם על מערכת המשפט התורנית: לעתים קרובות יש צורך בתחום הפלילי בענישה שלא לפי הדין, וחריגה קבועה של בית דין תורני מדיני תורה יכולה לפגוע בנאמנות לדיני התורה – הן בנאמנות החכמים עצמם שיתרגלו לשנות מדיני התורה, והן בתודעה הציבורית של העם שיתרגל לראות בתורה דבר שמשנתנה לעתים קרובות.

ב. הרב הרצוג עסק רבות בשאלה כיצד ניתן לייסד מדינה שמשפטה משפט התורה ובהכנות לכך. הוא חלק על המתמודדים עם הקושי באמצעות הסתמכות על דברי הר"ן (תחוקה לישראל על פי התורה ב, עמ' 74-75):

והנה עד שאני טורח בפתרון בעיית ההתאמה בין משפט התורה למשטר דמוקרטי, במדינה היהודית, אני כבר רואה תמהים עלי: כל הטורח הזה למה? הלא בא אחד מאחרוני הראשונים, רבינו נסים 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. לפי דיני התורה רחוק שייענש החוטא, ובנקל ייפטר הרוצח, והוא הדין שיש קשיים בדיני ממונות על הרקע של דיני העדות. כדי להשלים את משפט התורה בא משפט המלך. איני יודע אם מחבר הדרשות הוא רבינו נסים מגירונדי ז"ל, אחד מגדולי רבותינו ז"ל שלאחר חתימת התלמוד, אבל בכל אופן היה מגדולי הדורות. קבלת דעתו ודאי שהיתה מקילה לנו בהרבה, אבל אני רואה קשיים גדולים ליישבה... חזרתי וכתבתי לו שלדעתי אין זה מתקבל בתור פתרון, ושוב לא קיבלתי ממנו שום תשובה באותו ענין. נשארתי אני בדעתי, שלא יתכן שבמסגרת חוקי התורה נקבע מקום לשתי סמכויות מקבילות... 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.

הרב הרצוג התקשה רבות בדברי הר"ן. הקושי היסודי הוא עצם קיומן המקביל של שתי מערכות משפט, דבר שלא יתכן לדעתו (שם ג, עמ' 304-305):

אין הדעת דעת תורה נותנת שתהא אפשרות כזאת של סמכות כפולה, שהרי אם רוצה המלך (לפי הבנה זו) יכול הוא תמיד לדון שלא מן התורה ולחייב מיתה ע"פ אומדנות ובהודאת פי הנאשם, ונמצא שישנן שתי סמכויות משפטיות בלתי תלויות זו בזו קיימות בישראל, וזה לא יתכן מצד הסברא.

ובכרך א' (עמ' 166-167):

א"כ איך יהא הסדר? אם פושעים פליליים יובאו תיכף לדין המלך, חוזרת הקושיא א"כ ביטלת דיני התורה? אלא שתחילה יובא כל פושע לפני הבי"ד ויוציאו פסק דין, וכשיוצא פטור אז יביאו אותו לפני דין המלך, א"כ סוף סוף הבי"ד מה פעל ומה פועלו? ועוד שאם ברור מלכתחילה שייפטר בדין תורה, ויובא אחר כך לדין המלך, א"כ הרי זה כלל אטרופי בי דינא בכדי? ואפילו יוותרו בי"ד על טרחתם, איזו תועלת יש בהבאתו לבי"ד. ובכרך ב' (עמ' 78):

אם דיני התורה בגנב וגזלן ורוצח אינם מספיקים לתיקון החברה המדינית, וצריכים השלמה על ידי משפט המלך, כפילות זו למה? למה ידון בי"ד תחילה את הגנב או את הגזלן או את הרוצח ויפטרנו מפני שעל פי דיני העדות וכו' אין כח לחייבו כלל, ואם במקרה רחוק יש עדות ברורה וכו' עדיין אין כח להמית את הרוצח, שהרג בלי התראה או בלי התרת עצמו למיתה או לחייב את הגנב אלא בכפל ואת הגזלן בתשלום הגזילה, ואין בזה בכדי לנעול דלת בפני עושי עולה, ומוכרחים להביאו אח"כ לבי"ד של המלך לענשו כדי רשעתו ולרסן עושי עולה, היה צריך מלכתחילה להביאו לאותו הבי"ד (של המלך)?

איך הכפילות תתנהל בפועל להבנת הרב הרצוג? מהי קושייתו על התנהלות זו?

הדין יבוא תחילה לבית הדין התורני שיפטור אותו, ולאחר מכן אל בית הדין המלכותי שיחייב. אי אפשר להביא את הפושע רק לבית הדין של המלך, שכן תורה מה תהא עליה ויש בכך משום פגיעה בסמכות בית הדין התורני. על התנהלות זו של הכפילות מקשה הרב הרצוג: אם כך אז מה מטרת השלב הראשון של ההליכה לבית הדין? אם יודעים מראש שבית הדין יפטור את הגנב או הרוצח⁴ או יחייב בעונשים שאינם יכולים להרתיע⁵, ולכן יש צורך תמידי וקבוע בהמשך המשפט בבית הדין הממלכתי, אז מהי מטרת ההליכה לבית הדין, שילכו מראש רק לבית הדין הממלכתי! מהי אפוא מטרת הכפילות לפי הר"ן? מהו ההגיון בשלב הראשון של ההליכה לבית הדין התורני אם ידוע שהוא יפטור את הנאשם ושיש צורך בהמשך הדיון בבית הדין הממלכתי? **הרב הרצוג** מסביר את הדברים לפי היסוד שמוזכר בר"ן ומתקשה בהם (שם ב, עמ' 78):

לזה מרמז הר"ן באמרו שהגשת המשפט לבי"ד של חכמי התורה, והדיון בו והוצאת הפסק זהו ענין אלקי, כמו העבודה שבמקדש לקיים את הקשר האלקי בין הקב"ה והעם הקדוש, כלומר, זהו ענין סודי, וכשם שמצוה לקדש על פי הראיה, אע"פ שברור מתוך החשבון האסטרונומי שיתחדש החודש בזמנו ואין בזה ספק כלל, כך מצוה לדון את הנאשם תחילה לפני בי"ד של התורה אע"פ שברור מעיקרא שלא יצא חייב בדין התורה. **ואולם כמה קשה הדבר לאומרו כמובן.**

4. בשל החוסר בשני עדים או התראה.

5. כגניבה וגזילה וחבלות הגוף, שמחייבים רק עונש ממוני קטן ולא מאסר.

ובכרך א' (שם, עמ' 167):

ומן ההכרח לפרש כמו שפירשתי בדעת הר"ן על פי דברי עצמו, שזהו עניין של קיום העניין האלוקי לדון בדין התורה אף על פי שאין בזה דבר מעשי. אבל כמה זה קשה.

כיצד מציע הרב הרצוג להסביר את מטרת השלב הראשון של ההליכה לבית הדין התורני? חשוב: מה קשה לו בהסבר זה? אתה חש בקושי?

הרב הרצוג מסביר את הכפילות הקשה – השלב הראשון של הדיון בפני בית הדין התורני למרות שברור שהוא יפטור את הנאשם ושיהיה צורך בדיון נוסף בפני בית הדין הממלכתי – לאור העניין של דבקות השפע האלוקי בישראל שמוזכר בדברי הר"ן: מטרת הדיון היא עניין סודי, תיקון מיסטי של דבקות העניין האלוקי בישראל.

הדברים קשים לכאורה: 'חול השפע האלקי בישראל' מוזכר אמנם בדרשת הר"ן, אך לא כצידוק לדיון בפני בית הדין כאשר ברור שהוא יפטור את הנאשם שימשיך לבית הדין הממלכתי. סברה זו אכן קשה מאוד – קשה להתבונן על המשפט בפני בית הדין התורני כעל דבר חסר משמעות בעולמנו שכל משמעותו היא רק 'ענין סודי' של תיקון וקיום הקשר האלקי. דבקות העניין האלוקי בישראל מוזכרת כמטרת על נוספת של המשפט התורני, לצד הדאגה לתיקון העולם: "כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאילו הם משותפים בין סיבת חול הענין האלהי באומתנו ותיקון ענין קיבוצנו". למשפט התורה שתי מטרות אפוא, ואכן יתכן שהמטרה הדתית תפגע ביכולת לממש באופן מלא את מטרת תיקון העולם: "ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתיקון קיבוצנו, כי התיקון ההוא, המלך אשר נעמיד עלינו ישרים ענינו". אך אין בפגיעה זו במטרת תיקון העולם בכדי לאיין אותה, והיא לא יכולה להוביל אותנו לזיהוי מלא של משפט התורה הפלילי עם עולם הקרבנות. ונראה לומר שאכן, אם המלך החליט שיש צורך מציאותי בכך שהגנב יענש במאסר, ושאין צורך בשני עדים ודי לכך בעדות נסיבתית, אז לא יהיה צורך לדעת הר"ן בשני השלבים של הדיון, וידונו את הגנב ישירות בפני בית הדין הממלכתי, וכך בשאר המשפט הפלילי. ולשאלת הרב הרצוג תורה מה תהא עליה, נענה שחכמי ישראל ידונו בשאר מרחבי דיני הממונות שאינם פליליים, וכן בדיני אישות, וכמובן יורו לעם את ההלכה בדיני אורח חיים ויורה דעה.

ג. לדעת הרב הרצוג, המלך אינו יכול לכוון מערכת משפט מקבילה עם חוקים קבועים, אלא רק להעניש בשעת הצורך על רצח בלבד (שם ב, עמ' 76-77):

כל מה שיש לנו הוא דין המלך להרוג את הרוצח אף כשהוא פטור מדין הבית דין... אך המצב עפ"י ההלכה הוא כזה: לדון דיני נפשות הרי זה בסמכותה ותפקידה של הסנהדרין (כלומר סנהדרין קטנה; בי"ד של עשרים ושלושה סמוכין). אלא שאף לאחר שהסנהדרין פטרה את הנידון, יש כח ביד המלך – משום תיקון העולם לצורך השעה – להורגו. אבל אין

זאת אומרת שהמלכות בישראל היתה לה חוקה מיוחדת שלא כתורה, שעל פיה היא דנה, ועל פיה היא ממנה שופטים ומכשירה עדים. אלא שבדין הרוצה, הדבר מסור לשיקול דעתו של המלך עפ"י מה שרואה במצב המוסרי של העם. ואם הרוצחים מועטים מאד ואין סכנה שע"י זיכויים יתרבו שופכי דמים בישראל, אין למלך להזקק לזה כלל... ומן ההכרח לפי עניות דעתי להניח שהמשפט הקבוע הוא משפט התורה, ואעפ"י שברוב המקרים יצא הנאשם פטור, הפשעים לא היו שכיחים בישראל, ואכן כשיש צורך שעה, הבי"ד בעצמם יכולים לענוש יתר על דין התורה (בכל העבירות, גם בגניבה וגזלה). ובמקרים של רציחה, נתנה התורה כח למלך להעמיד ארץ במשפט המלכות.

לדבריו, מטרת משפט התורה היא תיקון העולם, ולא יתכן אפוא שיהיה צורך תמידי במערכת משפט מקבילה נוספת (תחוקה לישראל ג' עמ' 304-305):

אין הדעת דעת תורה נותנת שתהא אפשרות כזאת של סמכות כפולה, שהרי אם רוצה המלך (לפי הבנה זו) יכול הוא תמיד לדון שלא מן התורה ולחייב מיתה ע"פ אומדנות ובהודאת פי הנאשם, ונמצא שישנן שתי סמכויות משפטיות בלתי תלויות זו בזו קיימות בישראל, וזה לא יתכן מצד הסברא. ואי אפשר לאמר שיש ביד המלך לדון כך בתמידות על היסוד שלפי משפט התורה יהרס המעמד המדיני שלא תהא אימת המשפט מוטלת על עושי עול... וחס ושלום לומר כך שהרי כל התורה כולה מפני תקנת העולם, אבל הענין הוא שגם המלך אינו יכול לדון כך אלא למיגדר מילתא כשמתרבים הרצחנים.

ובמקום אחר (תחוקה לישראל א' עמ' 169):

להניח את ההנחה הזאת שאין הכי נמי שהיתה כאן כפילות ע"פ דברי הר"ן ז"ל, יקשה לנו מאד בענין היחס שבין תורתנו הקדושה והסידור המדיני, הלא כל התורה כולה מפני תיקון העולם ואיך קבעה התורה הקדושה לכתחילה משטר משפטי שצריך להשלימו ע"י דין המלך או הממשלה לשם תיקון העולם. בשלמא אם נניח שהעונשין מחוץ לדין התורה הם רק דבר שבאקראי ולצורך השעה ניחא אבל אם זהו סידור המדינה התמידי חוזרת הפליאה.