

Separation of Powers in American and Jewish Law

A. The American Purpose

Federalist 51, James Madison, February 8th 1788

To the People of the State of New York:

TO WHAT expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, **by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places...**

But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. **But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.** In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself...

In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different

modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precautions. As the weight of the legislative authority requires that it should be thus divided, the weakness of the executive may require, on the other hand, that it should be fortified.

B. Jewish Modes of Leadership

משנה מסכת אבות פרק ד משנה יג

רבי שמעון אומר שלשה כתרין הם כתר תורה וכתר כהונה וכתר מלכות וכתר שם טוב עולה על גביהן:

Mishna Avot 4:13

Rabbi Judah said: be careful in study, for an error in study counts as deliberate sin. Rabbi Shimon said: There are three crowns: the crown of torah, the crown of priesthood, and the crown of royalty, but the crown of a good name supersedes them all.

פירוש רש"י על אבות פרק ד משנה יג

שלשה כתרין הם. והאחד אינו דומה לשנים לפי שאין השנים שוין בכל אדם שא"א לו לאדם להיות כהן אלא אם כן הוא מזרע הכהונה וכן אי אפשר להיות מלך אלא אם כן ראוי למלכות ולכתר תורה אפשר לו בכל מי שיעסוק בה כדאמר מר יגעתו ומצאתי תאמין לכך גדול כתר של תורה משנים הללו:

C. Separation of Domains – Kings vs. Kohanim

בראשית פרק מט, ח-יב

(ח) הַיְהוּדָה אֶתֶּהּ יוֹדוּךָ אֶתֶּיךָ יָדוּךָ בְּעֶרְףְּ אִיְבִיךָ יִשְׁמְתוּוּ לְךָ בְּנֵי אֲבִיךָ: (ט) גִּוַר אֶרְיָהּ יְהוּדָה מִטָּרְף בְּנֵי עֲלִיתָ כָּרַע רַבִּץ כְּאַרְיָה וּכְלָבִיא מִי יְקִימוּנוּ: (י) לֹא יָסוּר שָׁבֶט מִיְהוּדָה וּמִחֻקֵּק מִבֵּין רַגְלָיו עַד כִּי יָבֹא שִׁילָה שִׁילּוֹ וְלוֹ יִקְהַת עַמִּים: (יא) אֶסְרִי לְגִפְנֵי עִירָה עִירוֹ וְלִשְׂרָקָה בְּנֵי אֶתְנֹו כַּבֵּס בַּיַּיִן לְבָשׂוּ וּבָדָם עֲנָבִים סוּתָהּ סוּתָהּ: (יב) חֲכָלִילִי עֵינַיִם מִיָּוֶן וּלְכֹן שָׁנִים מִחֻלָּב: פ

רמב"ן בראשית פרק מט פסוק י

(י) לא יסור שבט מיהודה...

אבל ענינו שלא יסור שבט מיהודה אל אחד מאחיו, כי מלכות ישראל המושל עליהם ממנו יהיה, ולא ימשול אחד מאחיו עליו, וכן לא יסור מחוקק מבין רגליו, שכל מחוקק בישראל אשר בידו טבעת המלך ממנו יהיה, כי הוא ימשול ויצוה בכל ישראל, ולו חותם המלכות, עד כי יבא שילה ולו יקתה כל העמים לעשות בכולם כרצונו, וזהו המשיח, כי השבט ירמוז לדוד שהוא המלך הראשון אשר לו שבט מלכות, ושילה הוא בנו אשר לו יקתה העמים:....

וזה היה עונש החשמונאים שמלכו בבית שני, כי היו חסידי עליון, ואלמלא הם נשתכחו התורה והמצות מישראל, ואף על פי כן נענשו עונש גדול, כי ארבעת בני חשמונאי הזקן החסידים המולכים זה אחר זה עם כל גבורתם והצלחתם נפלו ביד אויביהם בחרב. והגיע העונש בסוף למה שאמרו רז"ל (ב"ב ג ב) כל מאן דאמר מבית חשמונאי קאתינא עבדא הוא, שנכרתו כלם בעון הזה. ואף על פי שהיה בזרע שמעון עונש מן הצדוקים, אבל כל זרע מתתיה חשמונאי הצדיק לא עברו אלא בעבור זה שמלכו ולא היו מזרע יהודה ומבית דוד, והסירו השבט והמחוקק לגמרי, והיה עונשם מדה כנגד מדה, שהמשיל הקדוש ברוך הוא עליהם את עבדיהם והם הכריתום:

ואפשר גם כן שהיה עליהם חטא במלכותם מפני שהיו כהנים ונצטוו (במדבר יח ז) תשמרו את כהונתכם לכל דבר המזבח ולמבית לפרכת ועבדתם עבודת מתנה אתן את כהונתכם, ולא היה להם למלוך רק לעבוד את עבודת ה':

וראיתי בירושלמי במסכת הוריות (פ"ג ה"ב) אין מושחין מלכים כהנים, אמר רבי יהודה ענתוריא על שם לא יסור שבט מיהודה, אמר רבי חייא בר' אבא למען יאריך ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל (דברים יז כ), מה כתיב בתריה לא יהיה לכהנים הלויים (שם יח א). הנה שנו בכאן שאין מושחין מלכים מן הכהנים בני אהרן, ופירש תחלה שהוא לכבוד יהודה, שאין השררה סרה מן השבט ההוא, ולפיכך אף על פי שישראל מקימים עליהם מלך משאר השבטים כפי צורך השעה אין מושחים אותן שלא יהיה עליהם הוד מלכות, אלא כמו שופטים ושוטרים יהיו. והזכירו הכהנים שאף על פי שהן בעצמן ראויים למשיחה, אין מושחין אותן לשם מלכות, וכל שכן שאר השבטים, וכמו שאמרו בגמרא (הוריות יא ב) שאין מושחין אלא מלכי בית דוד. ורבי חייא בר אבא פירש שהוא מנוע מן התורה שלא יהיה לכהנים הלויים כל שבט לוי חלק ונחלה במלכות. והוא דבר ראוי והגון:

D. Separation of Domains – Kings vs. Courts

(יח) וְשֹׁפְטִים וְשׁוֹטְרִים תִּתֶּן לָהֶם כְּכֹל שֶׁעָרִיף אֲשֶׁר יִקְנֶה אֱלֹהֵיהֶם נִתְּנָה לָהֶם לְשִׁבְטֵיהֶם וְשֹׁפְטֵי אֶת הָעָם מִשְׁפַּט צְדָק: (יט) לֹא תִטָּה מִשְׁפַּט לֹא תִפְרֹן פְּנֵים וְלֹא תִקַּח שֹׁחַד כִּי הַשֹּׁחַד יַעֲוֶר עֵינֵי חֲכָמִים וְיִסְלַף דְבָרֵי צְדִיקִים: (כ) צְדָק צְדָק תִּרְדֹּף לְמַעַן תִּתְקֶה וְיִרְשָׁתָּ אֶת הָאָרֶץ אֲשֶׁר יִקְנֶה אֱלֹהֵיהֶם נִתְּנָה לָהֶם: ס

דרשות הר"ן הדרוש האחד עשר

שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך וגו' ושפטו את העם משפט צדק. (דברים טז יח)...

אבל בעיני פשט הכתוב כך הוא. ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט 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 עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם, (ולהעמיד) [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.

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 למיתה 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, 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 שנצטוינו 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.

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, עם היותם רחוקים מן הקש השכל... וזה שנתיחדה בו תורתנו הקדושה מנימוסי האומות הנ"ל, שאין להם עסק בזה כלל, כי אם בתיקון ענין קיבוצם...

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.

ומפני זה היה ראש השופטים ומבחרם, עומד במקום אשר היה נראה בו השפע האלהי, והוא ענין עמוד אנשי כנסת הגדולה בלשכת הגזית (מדות פ"ה מ"ד)... ומזה הצד נמשך כל מה שאמרו רבותינו ז"ל (סנהדרין ז א) כל דיין שדן דין אמת לאמיתו ראוי שתשרה שכינה עמהם, שנאמר (תהלים פב א) אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט... 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. 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...

E. Checks on Power

תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף יט עמוד א – עמוד ב

מלך לא דן כו'. אמר רב יוסף: לא שנו אלא מלכי ישראל, אבל מלכי בית דוד - דן ודנין אותן, דכתיב בית דוד כה אמר ה' דינו לבקר משפט... אלא מלכי ישראל מאי טעמא לא? - משום מעשה שהיה. דעבדיה דינאי מלכא קטל נפשא, אמר

להו שמעון בן שטח לחכמים: תנו עיניכם בו, ונדוננו. שלחו ליה: עבדך קטל נפשא. שדריה להו. שלחו ליה: תא אנת נמי להכא, והועד בבעליו, אמרה תורה: יבא בעל השור ויעמוד על שורו. אתא ויתיב. אמר ליה שמעון בן שטח: ינאי המלך! עמוד על רגליך ויעידו בך. ולא לפנינו אתה עומד, אלא לפני מי שאמר והיה העולם אתה עומד, שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב וגו'. אמר לו: לא כשתאמר אתה, אלא כמה שיאמרו חבריך. נפנה לימינו - כבשו פניהם בקרקע, נפנה לשמאלו - וכבשו פניהם בקרקע. אמר להן שמעון בן שטח: בעלי מחשבות אתם, יבא בעל מחשבות ויפרע מכם. מיד בא גבריאל וחבטן בקרקע, ומתו, באותה שעה אמרו: מלך לא דן ולא דנין אותו לא מעיד ולא מעידין אותו.

Talmud Bavli, Sanhedrin 19a-b

The Mishna teaches: A king does not judge and is not judged. Rav Yosef says: They taught this halakha only with regard to the kings of Israel, who were violent and disobedient of Torah laws, but with regard to the kings of the house of David, the king judges and is judged, as it is written: “O house of David, so says the Lord: Execute justice in the morning” (Jeremiah 21:12)...

The Gemara asks: But what is the reason that others do not judge the kings of Israel? It is because of an incident that happened, as the slave of Yannai the king killed a person. Shimon ben Shataḥ said to the Sages: Put your eyes on him and let us judge him. They sent word to Yannai: Your slave killed a person. Yannai sent the slave to them. They sent word to Yannai: You also come here, as the verse states with regard to an ox that gored a person to death: “He should be testified against with his owner” (Exodus 21:29). The Torah stated: The owner of the ox should come and stand over his ox. The Gemara continues to narrate the incident: Yannai came and sat down. Shimon ben Shataḥ said to him: Yannai the king, stand on your feet and witnesses will testify against you. And it is not before us that you are standing, to give us honor, but it is before the One Who spoke and the world came into being that you are standing, as it is stated: “Then both the people, between whom the controversy is, shall stand before the Lord, before the priests and the judges that shall be in those days” (Deuteronomy 19:17). Yannai the king said to him: I will not stand when you alone say this to me, but according to what your colleagues say, and if the whole court tells me, I will stand. Shimon

ben Shatah turned to his right. The judges forced their faces to the ground out of fear and said nothing. He turned to his left, and they forced their faces to the ground and said nothing. Shimon ben Shatah said to them: You are masters of thoughts, enjoying your private thoughts, and not speaking. May the Master of thoughts, God, come and punish you. Immediately, the angel Gabriel came and struck those judges to the ground, and they died. At that moment, when they saw that the Sanhedrin does not have power to force the king to heed its instructions, the Sages said: A king does not judge others and others do not judge him, and he does not testify and others do not testify concerning him, due to the danger of the matter.

דברים פרק יז, יד-כ

(יד) כי תבא אל הארץ אשר יקנו אליה נמו לך וירשמה וישבתה בה ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבתי: (טו) שום תשים עליה מלך אשר יבחר יקנו אליה בו מקרב אחיה תשים עליה מלך לא תוכל לתת עליה איש נכרי אשר לא אחיה הוא: (טז) רק לא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה למען הרבות סוס ויקנו אמר לכם לא תספון לשוב בדרך הנה עוד: (יז) ולא ירבה לו נשים ולא יסור לבבו ונסף ונהב לא ירבה לו מאד: (יח) והנה כשבתו על פסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת על ספר מלפני הפהנים הלויים: (יט) והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו למען ילמד ליראה את יקנו אליהו לשמר את כל דברי התורה הזאת ואת החקים האלה לעשותם: (כ) לבלתי רום לבבו מאחיו ולבלתי סור מן המצנה מין ושמאול למען יאריה ימים על ממלכתו הוא ובניו בקרב ישראל: ס

דברים פרק יח, א-ה

(א) לא יהנה לפהנים הלויים כל שבט לוי חלק ונתלה עם ישראל אשי יקנו ונתלתו יאכלו: (ב) ונתלה לא יהנה לו בקרב אחיו יקנו הוא ונתלתו כאשר דבר לו: ס (ג) ונה יהנה משפט הפהנים מאת העם מאת זבחי הנזבח אם שור אם שן ונתנו לפהנו הנרע והלחיים והקבה: (ד) ראשית דגנה תירשף ויצהרה וראשית גז צאנה תתן לו: (ה) כי בו בחר יקנו אליהו מכל שבטיה לעמד לשבת בשם יקנו הוא ובניו כל הימים: ס

תלמוד בבלי מסכת שבועות דף ל עמוד ב

מנין לדיין שיודע לחבירו שהוא גזול, וכן עד שיודע בחבירו שהוא גזול, מנין שלא יצטרף עמו? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק.

שמות פרק יח, כא-כב

(כא) וְאַתָּה תִּתְּנֶנּוּ מִכָּל הָעָם אֲנָשֵׁי חַיִל יִרְאֵי אֱלֹהִים אֲנָשֵׁי אֱמֶת שֹׁנְאֵי כָצַע וְשֹׂמְתֵי עֲלֵהֶם שְׂרֵי אֲלָפִים שְׂרֵי מֵאוֹת שְׂרֵי חֲמִשִּׁים וְשְׂרֵי עֶשְׂרֹת: (כב) וְשִׁפְטוּ אֶת הָעָם בְּכָל עֵת וְהָיָה כָּל הַדְּבָר הַגָּדוֹל יָבִיאוּ אֵלֶיךָ וְכָל הַדְּבָר הַקָּטָן יִשְׁפְּטוּ הֵם וְהָקַל מֵעֲלֶיךָ וַיִּשְׁאוּ אֹתָךְ:

רמב"ן דברים פרק יט

(יט) כאשר זמם - ולא כאשר עשה, מכאן אמרו הרגו אין נהרגין, לשון רש"י מדברי רבותינו (מכות ה ב). והטעם בזה, בעבור כי משפט העדים המוזמין בגזרת השליט, שהם שנים ושנים, והנה כאשר יבואו שנים ויעידו על ראובן שהרג את הנפש ויבואו שנים אחרים ויזימו אותם מעדותם צוה הכתוב שיהרגו, כי בזכותו של ראובן שהיה נקי וצדיק בא המעשה הזה אילו היה רשע בן מות לא הצילו השם מיד ב"ד, כאשר אמר (שמות כג ז) כי לא אצדיק רשע. אבל אם נהרג ראובן, נחשוב שהיה אמת כל אשר העידו עליו הראשונים, כי הוא בעונו מת ואילו היה צדיק לא יעזבנו ה' בידם, כמו שאמר הכתוב (תהלים לז לג) ה' לא יעזבנו בידו ולא ירשיענו בהשפטו. ועוד שלא יתן ה' השופטים הצדיקים העומדים לפניו לשפוך דם נקי, כי המשפט לאלהים הוא ובקרב אלהים ישפוט. והנה כל זה מעלה גדולה בשופטי ישראל, וההבטחה שהקב"ה מסכים על ידם ועמהם בדבר המשפט. וזה טעם ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' (פסוק יז), כי לפני ה' הם עומדים בבואם לפני הכהנים והשופטים, והוא ינחם בדרך אמת, וכבר הזכרתי מזה בסדר ואלה המשפטים (שמות כא ו):