

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1313311/7

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

לפני כבוד הדיין:

הרב אברהם הרוש

המבקשת: פלונית

המבקש: פלוני

הנדון: הטלת קנסות וגדרי 'עונשין שלא מן הדין' ו'הפקר בית דין הפקר'

פסק דין

רקע

בני הזוג הופיעו בפני במסגרת אישור הסכם גירושין. דובר על ליבם לבחון שוב את דרכם ולשקול לשוב לשלו"ב, כפי שמוזכר בפרוטוקול הדיון, אף שחלופת הדברים נגררה לחילופי דברים שאינם נעימים למשמע אוזן אף ביניהם. לאחר שביה"ד נוכח שאין סיכויים לשלו"ב, נערך לצדדים הסכם העומד על העקרונות שהם רצו. בעניין מזונות הילדים האישה לא רצתה שביה"ד ייתן החלטה, כי בכוונתה לפתוח תיק בערכאה אחרת, ואילו האישה רצה לסיים את כל העניינים העומדים על הפרק לרבות עניין המזונות. נעשה ניסיון לעזור אף בעניין זה, ומסירבה האישה הגיעו הדברים לחלופת דברים קשים בינם ובין עצמם, ואף כלפי ביה"ד. משהבינה האישה שחוסר הסכמה להסכם תוביל לסגירת התיק ודחיית בקשת הגירושין ע"י הבעל, סירבה האישה לצאת מאולם ביה"ד, וביה"ד נאלץ להזמין את האבטחה על מנת להוציא את האישה.

ביה"ד נתן החלטה מתבקשת - להקפיא את תיק אישור הסכם לשלושה חודשים, על מנת לאפשר לצדדים להגיע להסכמה בעניין המזונות, ובהעדר פנייה יש לסגור את התיק.

אולם, עלתה השאלה האם אין התנהגות זו של האישה, שהייתה בלתי הולמת בפני ביה"ד, מחייבת הטלת קנס? זאת בפרט, מכיון שבמספר תיקים בהרכב דנן עלה נידון זה של חיוב הוצאות, מצד 'עונשין שלא מן הדין', סבורני שהגיע השעה לברר נידון זה, כך שיועיל אף לתיקים אחרים.

לא נעלם מעיני שיש מקום לחלק בין דיין יחיד ובין ביה"ד בהרכב שלשה שקונס, יעויין בשו"ת מהריט"ץ (חדשות) (סימן קפ) וביש"ש ב"ק (פרק ט סימן ז) וכן בשו"ת דעת כהן (סימן קצג) מה שכתבו. מכל מקום, למסקנת הדברים לענ"ד לא בזה נעוץ החילוק, ועל כן הארכת בהאי מילתא.

פתיחה

ראיתי שעל עקרונות החיוב בדין זה של ענישה שלא מן הדין בבתי הדין עמד הרה"ג בנימין בארי שליט"א, דבריו הובאו בספר כנס דיינים (שנת תשע"ט-תשפ"ב). שם הגיע למסקנה שיש מקום לעשות שימוש בדין של מכין ועונשין שלא מן הדין, עת בא ביה"ד לענוש ולקנוס את אלו המזלזלים ואינם נוהגים כשורה בפני ביה"ד. יסוד הסברא הוא "למיגדר מילתא", ומעתה קבע כלל שיש לביה"ד לעשות שימוש נרחב בכלל זה ולעמוד על כבודו של ביה"ד, וביד ביה"ד לקנוס

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מכח כלל זה. וכן ראיתי שכתב אב"ד דנן הרה"ג אליהו אדרי שליט"א בשו"ת שחר אורך (חלק א סימן כא). תוך איזכור אותן מקורות, ובעוד מספר תיקים שנידונו לפנינו.

אולם דעת עמיתי הרה"ג אבידן שפנייר שליט"א (תיק 1390100/1) שונה. עמיתי כתב ששימוש בכלל זה מצריך עמידה במספר תנאים, שלא תמיד ניתן לומר שמתקיימים. עיקר הטענה הינה בגדר הסמכות ההלכתית, שכן גדר זה צריך להיעשות ע"י גדולי הדור. וכן הוא לגבי הכלל של הפקר ב"ד יש לעשות דוקא ע"י גדולי הדור, וכפי שפוסק הסמ"ע, וכפי שקבעם להלכה הגרי"ש אלישיב זצ"ל. עוד ציין שעל ענישה של היחיד מבלי פריצה רחבה בדור, לא ניתן להעניש, וכפי ביאורו של התומים את דברי הסמ"ע, ועל פי פשט דברי הראשונים בסוגיית עונשין שלא מן הדין. סיכם הדברים, ששימוש בכלל זה צריך להיות בצורה מתונה.

יסוד הדין שעמיתי דנים בו הינו דין "עונשין שלא מן הדין", ודין זה מופיע בגמ' מסכת סנהדרין (דף מו ע"א) ובעוד מספר מקומות, וכפי שציין הב"י (חור"מ סימן ב). כדי לעמוד על גדרי הדין שיוצאין מזה, נביא את לשון הגמ', וז"ל:

"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."

הרי לן שיכול ביה"ד לענוש שלא מן הדין, ועל פניו, יש לנו הכח והסמכות לענוש כראות עיננו. אך לענ"ד לא ניתן להשתמש בכלל זה, וכפי שנוכיח להלן.

א. היכולת לענוש שלא מן הדין שייך למלכות

בתחילת העניין בנידון זה, יש לשאול איך לביה"ד – שאמון לפסוק כפי הדין – ישנה היכולת לסטות מהדין? האם היכולת לסטות מהדין אינה מפריעה לתחולת הדין? ואכן, שאלה זו שואל הר"ן בדרשותיו (דרוש יא), לא לפני שמקדים לומר 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 בעצמם¹. ומכאן הגיע למסקנה, וז"ל:

¹ ואיני יכול להימנע מלהזכיר את היסוד המופלא שמוליד מכאן הר"ן, וז"ל:

"אני סובר וראוי שיאמן, שכמו שהחוקים [הכוונה לחוקי התורה – א.ה.] שאין להם מבוא כלל בתיקון הסידור המדיני, והם סיבה עצמית קרובה לחול השפע הא-להי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאילו הם משותפים בין סיבת חול הענין הא-להי 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 והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו, שימשך ממנו הידבק ענין הא-להי 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 הא-להי בנו."

יש עימדי מספר הוכחות ליסוד זה ואכמ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"נמצא שמינוי השופטים היה לשפוט משפטי התורה בלבד, שהם צודקים בעצמם, כמו שאמר ושפטו את העם משפט צדק, ומינוי המלך היה להשלים תיקון סדר המדינה, וכל מה שהיה מצטרך לצורך השעה."

ומכח זה מתקשה הר"ן על מימרא זו של ר"א, הבאה ליתן תוקף לביה"ד אף הוא לדון שלא כפי שהדין נותן, וז"ל:

"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. שהרי מצינו בפרק נגמר הדין (שם מט א) אמר לו עמשא אכין ורקין קא דריש, אזיל אשכחינהו לרבנן דפתיח להו במסכתא, אמר כתיב (יהושע א יח) כל איש אשר ימרה את פיך וגו' יכול אף לדברי תורה תלמוד לומר (שם) רק חזק ואמץ, הנה שנתנו בכאן ליהושע כח מלכות אף על פי שלא היה מלך, וכן דרשו רבותינו ז"ל (מדרש רבה שמות על הכתוב שם ג ה) ויהי בישראל מלך (דברים לג ה), ירמוז למשה."

לימדנו הר"ן שאכן כוח זה של פסיקה שלא מן הדין אינו שייך לבית הדין, הן מצד התוכן והן מצד הצורה, אולם בצוק העתים ובהעדר מלך בישראל, ביה"ד הוא זה הנושא את שני הכוחות גם יחד.

חלוקה זו מצאה לה מקום אף בפסיקה, והדבר אברהם סבור שכח הפקר ביה"ד הפקר שייך לכח המלכות ולא לכח הדין, וכך לשונו (שו"ת דבר אברהם חלק א סימן א):

"והנ"ל דדעת רבנו יונה ז"ל היא דהא דד"מ דינא גם בקנינים ובדברים שבין אדם לחבירו ידעינן לה מההוא קרא גופי' דילפינן מיני' בגיטין (דף ל"ו ע"ב) הפקר ב"ד הפקר מקרא דוכל אשר לא יבא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו. וסבירא לי' דלא נאמרה הלכה זו על ב"ד של ישראל בתור ב"ד אלא בתור שררה וממשלה, שהרי שרים וזקנים כתיבי בקרא, ובאמת היינו הך והכי מתבאר להדיא מסנהדרין (דף ה' ע"א) פשיטא כו' ומהכא להתם מהני דהכא שבט והתם מחוקק כדתניא לא יסור שבט מיהודה אלו ראשי גלויות שבכבל שרודין את ישראל בשבט ומחוקק מבין רגליו אלו בני בניו של הלל שמלמדין תורה ברבים, ופירש"י שבט לשון שררה ויש להן רשות להפקיר דהפקר ב"ד הפקר דכתיב וכל אשר לא יבא כו' מחוקק שררה מועטת עכ"ל והתוס' (ד"ה דהכא שבט) כתבו וז"ל משמע דשבט עדיף והא דאמר בפ' מקום שנהגו אבל מא"י לבבל כיון דאנן כייפינן להו עבדינן כוותיהו אומר ר"ת דה"מ במילתא דאיסור והיתר דבני א"י חכימי טפי כו' אבל לענין הפקעת ממון ליפטר דהפקר ב"ד הפקר עדיפי בני בבל² דאיקרו שבט שרודין את העם

² נעיר על הדיוק שהובא בהמשך הדברים, וז"ל (שם):

ואחר שנסדרו הדברים העיר ע"ז חכ"א מירושת הגר שהיא דרבנן כמבואר בקידושין (דף י"ז ע"ב) וע"כ צ"ל שהפקיעו משל אחיו בהפקר ב"ד הרי דבא"י נמי שייך הפקר ב"ד. הנה רואה אני שלא בארתי כוונתי די צרכה, דדברי נאמרו רק בזמן שאין יד ישראל תקיפה בארץ ישראל דאז אין כח לדיני ב"ד כדד"מ ורק שאין יד ישראל יש כח בידם להפקיע ולכן שייך לומר דממון של א"י אין כח בידם להפקיע אא"כ קיבלום עלייהו, משא"כ כשיד ישראל תקיפה בארץ ישראל שהיו לדיני ב"ד כח דד"מ בודאי אין לחלק כלל בזה כמובין...

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

במקל עכ"ל והר"ן בחי' לסנהדרין כתב וז"ל דהכא שבט והתם מחוקק כלומר ראש גולה הוא עומד במקום מלך והפקרו הפקר ותקנתו ורשותו מתפשטת על כל ישראל אבל רשות הנשיא לא אלים כולי האי, וא"ת הא אמרינן בפ' מקום שנהגו כו' י"ל דה"מ לענין הוראה שהם חכמים יותר כו', וכן הביא לדברי ר"ת גם בחידושי לחולין (דף י"ח ע"ב) וכ"ה בנמוק"י. וז"ל רבנו יונה בחי' לסנהדרין דהכא שבט כו' איכא דמק' דהכא משמע כו' ובפ' מקום שנהגו כו' ואיכא למימר דגבי הוראה כיון דבני א"י חכמים יותר כו' יש לבני בכל להיות כפופים להם ולעשות כדבריהם אבל לגבי עניני נשיאות ומלכות והפקר ראש גולה שבבבל יותר חזק מנשיא שבא"י שהוא ראש גולה ולי' ראוי לרדות ולכוף עכ"ל. הרי מבואר דהפקר ב"ד מטעם שררה הוא, ולא מטעם ב"ד במובן ההוראה.³

להלן אי"ה נבאר גדר זה של הפקר ב"ד הפקר. אלא שקצת קשה על עיקרון זה ממה שמצינו בגמ' קידושין (דף עד ע"א) ובעוד מקומות, שם מובאת מחלוקת רש"י ותוס' בבאור דין של שוודא דינא, ולפי שיטת תוס' (שם ד"ה שוודא) דין זה של שוודא מתבסס על הפקר ב"ד הפקר, ומשמע מכאן דיש לביה"ד כוח להפקיר? ועל כרחך צריך לומר שכוונת הדבר אברהם היא שכח זה של הפקר ביה"ד הינו כח שנתון אף לשימושם של ביה"ד, אולם כח זה נאצל להם מכח הממלכה, היינו רק במקום שיש כח מלכות ומכח זה התמנו ביה"ד כי אז יש לביה"ד לעשות שימוש בכח זה וכפי המבואר בדבריו שבבל היה ריש גלותא וכח זה היה מהמלכות ועל כן יכול להשתמש בכח זה של הפקר ביה"ד הפקר ואולם בישראל באותם הימים לא היה מלכות וכח שילטוני על כן לא ניתן לעשות שימוש בהפקר ביה"ד.

יש להביא ראיה לדבר אברהם מדברי הרא"ש במספר תשובות, והקדימני לזה הציץ אליעזר (חלק טז סימן ג), וכך לשונו:

"הרא"ש בתשובותיו (כלל ו' סימן י"ט) פוסק דפשוט הוא דמה שטובי הקהל מסכימים לעשות שריר וקיים הוא בלא קנין, ובכל תקנות הקהל שמתקנים על יחידים ועל רבים ומציעין [אולי צ"ל: מסייעין, כלשון הגמ' בב"ב ד' ח' ע"ב] על קיצתם, כל דבריהם ככתובין וכמסורין דמו. וכך חוזר הרא"ש ופוסק כן בסי' כ"א שם, שבכל דבר שהקהל או טובי העיר שנתמנו מדעת הקהל מסכימים אין צריך קנין ולא שטר אלא דבריהם ככתובין וכמסורין דמו.

ושם בסימן כ"ז כותב הרא"ש ללמוד כח בני העיר בעונש והרדפה למאן דלא צאית להו מדברי הגמ' במו"ק ד' ט"ז ע"א וז"ל: רשאי בני העיר להסיע על קיצתן הכל לפי צורך השעה משום מגדר מילתא, ואם עני הוא ואין יכולין לענשו בממון רשאי לענשו ולקנסו במלקיות ובכל מיני הרדפות עד שיהיה צאית דינא ולעשות כשאר קהלות כדאיתא בפ' ואלו מגלחין מנלך דנצינן

³ אלא שעל עיקרון זה יש להקשות ממה שמצינו בדברי הרמב"ם בהל' מלכים, ואכן כך מקשה הדבר אברהם, וז"ל:

"והא דכתב הרמב"ם (פ"ג ממלכים ה"ח) לענין מלך ויש לו לאסור ולהכות בשוטינן לכבודו אבל לא יפקיר ממון ואם הפקיר הרי זה גזל, ומשמע דכח ההפקר ניתן רק לב"ד ולא לשררה, נראה לי ברור דזהו רק לכבודו ולצורך עצמו דאירי בי' ולמדה משדה נבות דנענש אחאב ע"ז, וכן תירצו התוס' סנהדרין (דף כ' ע"ב ד"ה מלך) בחד תירוץא למה שנענש אחאב משום דבפרשת המלך כתיב יקח ונתן לעבדיו ולא לעצמו, וכן מטינן דברי הרמב"ם (פ"ד ה"ו) ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כו' ונותן דמיהן, ועיי' בפ"י הרדב"ז, אבל להפקיר לצורך בתור ב"ד בודאי יכול ועיקר הדבר תלוי בשררה כמש"נ."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולייטינן ומחינן ותלשינן שיער ומשבועינן דכתיב (בעזרא) ואריב עמם ואקללם ואכם מהם אנשים ואמרטם ואשביעם, ומנלן דכפתינן ואסרינן ועבדין הרדפה דכתיב הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאיסורין, מאי לשרושי א"ר יהודה הרדפה, אלמא רשאין בית דין בכל עיר ועיר לרדות וליסר בכל מיני רדויין ונדויין המסרב על תקנתן ואם הוא אלים ופריץ חובטין אותו ע"י גויים ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך ע"ש.

מדברי רא"ש אלה נראה סייעתא לדברי ספר דבר אברהם ח"א סי' א' שמבאר דזה שילפינן בגיטין ד' ל"ו ע"ב דהפקר בי"ד הפקר מקרא דוכל אשר לא יבא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו, דלא נאמרה הלכה זו לבי"ד של ישראל בתור בי"ד אלא בתור ממשלה שהרי השרים והזקנים כתיב ע"ש, דהא הרא"ש יליף מזה גם לכח בני העיר להסיע על קיצתן, והיינו מפני שגם כח בי"ד בזה נובע מכח ממשל, ויעוין מזה גם בשו"ת הר"א מזרחי סי' נ"ז, וכן מ"ש בעצם הביאור של "ולהסיע על קיצתן" שבגמ' ב"ב בספרי שו"ת צ"א ח"ב סי' כ"ג יעו"ש.

תירוץ נוסף של הר"ן

אלא שהר"ן מביא תירוץ נוסף לשאלה שהעלה, מדוע לביה"ד ישנה הסמכות לענוש שלא מן הדין מאחר וסמכות זו נתונה למלך, כותב הר"ן (דרשות הר"ן דרוש יא), וז"ל :

"ואפשר עוד לומר שכל מה שנמשך למצות התורה, בין שהוא כפי (הפשט) [המשפט] הצודק, בין שהוא כפי צורך השעה, נמסר לבית דין, כאמרו ושפטו את העם משפט צדק, אבל תיקונם ביותר מזה, נמסר למלך, לא לשופט. והעולה מזה, שהשופטים נתמנו לשפוט את העם משפט צדק, ויהיו נמשכים מזה שתי תועליות, האחד שלם לגמרי, והוא שיחול השפע הא-להי וידבק בהם, השני לתקן סידורם, ואם יחסר מזה דבר כפי צורך השעה, ישלימנו המלך. נמצא ענין המשפט מסור רובו ועיקרו לסנהדרין, ומיעוטו אל המלך."

יעויין בשו"ת אבני נזר שתמך בתירוץ זה על פני התירוץ הקודם, והקשה על היסוד הראשון שתי קושיות: הראשונה, מאחר ולפי הר"ן אין למלך היכולת לדון דיני תורה אלא רק נמסרו לו ענייני המלכות והסדרת הנימוסים והחוקים, האיך דוד ושלמה המלך דנו בדיני ממונות. ולא ניתן לומר שזה היה בהוראת שעה, מאחר ובדיני ממונות אין זה מצד הוראת שעה. עוד הביא מהמדרש ששלמה חשש שמא יטעה בדין, וממשיך האב"נ להקשות והרי בהוראת שעה שאינה לפי התורה לא שייך לטעות.

ועל שני קושיות אלו יש לעיין, שכן מאחרי אמירה זו של האבני נזר עומדת נקודת הנחה הסבורה שאין בדיני ממונות משום הוראת שעה. וזה קשה לומר, שהרי מצינו בר"נ שקנס להווא גזלנא עתיקא, ומבאר הרי"ף שהוא משום עונשין שלא מן הדין, וא"כ מדוע פשוט לאבנ"ז שאין חיוב ממוני משום הוראת שעה. ואף על קושייתו השניה ניתן ליישב, ששלמה חשש שיקנוס שלא כפי גדרי מיגדר מילתא, וכפי שלהלן נביא שאף בגדרים אלו שייך הטיית דין אם נעשתה שלא מן הצדק. ובדוחק יש ליישב דבריו, שהבין שדוד ושלמה דנו דיני ממונות באופן קבוע, ולא שייך להחיל בזה דין הוראת שעה, והוכיח זאת ממה שחששו שמא יטעו בדין, שכן דין הוראת שעה אינו על אופן קבוע ועל כן לא ניתן לחוש שמא יטעה, וצ"ע⁴.

⁴ הקושי הגדול בדברי האבני נזר הוא שקושיות אלו גרמו לו לומר שהר"ן אמר זאת לדרשה, ולא דקדק בה להלכה, ומסקנה זו מרחיקה לכת עד מאוד. אמנם, בהמשך האבני נזר מביא את דברי האברבנאל שמחלק בין מלכי בית דוד למלכי ישראל, ורק במלכי ישראל ניתן לומר שלא עסקו בדינים, אולם מלכי בית דוד דנו דיני תורה. וכתב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שיטת האברבנאל

יעויין באברבנאל פרשת שופטים (דברים יז, ה) שאף הוא תמך בתירוץ השני של הר"ן, וז"ל:

"ההודעה הה' היא שב"ד הגדול לא לבד היה בידו לבאר את דבר המשפט ולהכריע את המחלוקת והספקות, אבל גם לשפוט שלא כדין, לא לעבור על דברי תורה כ"א להוראת שעה, וכבר חשב הר"ן סותר לזה באמרו שלא היה בידו הגדול להכות ולהעניש להוראת שעה כי אם ביד המלך, ושאלו מצאנו זה בב"ד הגדול, היה לפי שלהעדר המלך יהיה להם כח ב"ד וכח המלך ומאותו צד יהיו דנים כפי צורך השעה, וחוז' ממעלת כבוד תורתו אין הדבר כן, כי לא היה דבר ביד המלך שלא יוכלו הסנהדרין עשותו... כי הנה המשפט הצודק נמסר כפי התורה לבתי דיני' שבכל עיר ועיר, והמשפט הראוי לפי צורך השעה נמסר לסנהדרין, ולכן ארז"ל בפ' נגמר הדין רבי אליעזר ב"י אומר שמעתי שב"ד הגדול שבא"י היה מכין ועונשין שלא מן התורה ושלא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה וכו', ולא היה זה אליהם מיד המלך או בכח המלכות כי אם מעצם אומנותם... וכבר הרגיש הרב בחולשת דעתו, וכתב שאפשר לומר שכל מה שנמשך למצות התורה בין ע"פ משפט הצודק בין כפי צורך השעה היה מסור לב"ד הגדול. אבל במה שבין אדם לחבירו היה בב"ד המשפט הצודק בלבד. ומה שיהיה להוראת שעה היה ביד המלך."

הרי לן שסבר שביה"ד הגדול לו הסמכות לדון שלא כדין בהוראת שעה, ואין זה שייך למלך. אולם, יש להעיר שאף לפי סברת האברבנאל ישנה חלוקה בין בתי הדין הרגילים – שעליהם מושתתת החובה לדון רק לפי דיני התורה – לסנהדרין, שרק לו נוספה חובה לענוש שלא כדין.⁵

האב"נ שבזה ניתן ליישב את דברי הר"ן בדרשות, והכוונה שהר"ן איירי רק במלכי ישראל שלגבם ניתן לומר שלא דנו דיני תורה.

⁵ עקרון זה יש בו כדי לבאר פסוק במגילת אסתר (פרק א פסוק יג), וכן ללמד את הנהוג בעת הקדומה. כתוב בפסוק: "וַיֹּאמֶר הַמֶּלֶךְ לְחַכְמָיִם יְדֻעֵי הָעֵתִים, פִּיכֶן דָּבַר הַמֶּלֶךְ לְפָנָי כְּלִיְדֵעֵי דֵת וְדִין". יש לשאול מה פשר בפנייה זו של המלך לחכמים 'יודעי העתים', וכן, מהי ההבחנה בין 'יודעי העתים' ל'יודעי דת ודין'?

כותב המלבי"ם לבאר עניין זה בטוב טעם, שהמלך לא רצה שידונו את ושתי משפט מיתה אלא רצה שיקלו מעונשה, ועל כן פנה המלך לערכאה הגבוהה שאמונה על דיני המלך והשלטת הסדר המדיני, וערכאה זו קרויה יודעי העתים, על שם שדנו כפי צורך השעה, וביקש המלך שלא הם שידונו כיון שאין כאן סכסוך על בסיס מרידה היכול להוביל לגזר דין מוות, אלא יש כאן סכסוך אישי בין איש לאשתו, ומי שצריך לדון בזה היא ערכאה נמוכה יותר, הקרויה 'יודעי דת ודין', היינו אמונים על הפסיקה בין איש לרעהו, וז"ל:

"והנה יש הבדל בין משפט אשר ישפטו בין המלך ובין אחד מעבדיו, למשפט אשר ישפטו בין כל האדם בין איש לרעהו, כי אל משפטי המלך היו קבועים שופטים מיוחדים הנקראים יודעי העתים, שהשופטים האלה מלבד שהיו צריכים לדעת הדתות וחוקי המשפט, היו צריכים לדעת את העתים, לדון לפי השעה והזמן, שאם חטא מי נגד המלך בעת שישב על כסא מלכותו ענשו יותר גדול מאם חטא נגדו בעת שעובר ממקום למקום, וכ"ש אם חטא נגדו בעת כזאת שכל גדולי המדינה היו לפניו שענשו גדול וכבד יותר, אבל משפטים שבין איש לרעהו ידונו לפני כל יודעי דת ודין לבד לפי חוקת המשפט והמלך ראה שאם יצוה לדון משפט זה במשפט יודעי העתים, שבזה מחשיב כאלו הדיוט חטא נגד המלך ידינוה משפט מות, ע"כ אמר המלך אל החכמים יודעי העתים שמשפט זה אין ענינו לבא לפנייהם רק יכול לשפוט לפני כל יודעי דת ודין, כי אין זה משפט של הדיוט שחטא נגד המלך כי היא מלכה כמוהו, ואין לו יתרון עליה, ואחר שהוא מלך והיא מלכה מצד תולדתה, הוא רק משפט שבין איש לאשתו כי שניהם שוים במעלה, וכל יודעי דת ודין יכולים לשפוט דבר זה כשאר משפט שבין איש לאשתו, וז"ש ל'יודעי העתים' שדבר המלך הלז יכול להשפט לפני כל יודעי דת ודין דעלמא."

ביאור זה מתאים לאברבנאל שכותב שישנם שני סוגי ערכאות, המטפלות בשני הדברים, הראשונה בידי הוראת שעה והערכאה השניה שמכריעה בסכסוכים בין בנ"א.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

להלן נביא קושיא נוספת בדברי האבני נזר על יסודו הראשון של הר"ן בדרשות.

הבדל נוסף בן המלך לביה"ד

עוד על ההבדל בין דינו של המלך ודינו של ביה"ד יש למצוא בדברי הרמב"ם.

פוסק הרמב"ם בהל' רוצח ושמירת נפש (פ"ב הל"ד):

"וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בי"ד אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו וכן אם ראו בי"ד להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו."

עוד פוסק הרמב"ם בהל' מלכים (פ"ג הל"י), וז"ל:

"כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה אפילו בע"א או שונא שהרג בשגגה יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה."

וכן בהל' סנהדרין (פכ"ד הל"ד) כתב:

"יש לבי"ד להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על ד"ת אלא לעשות סייג לתורה וכיון שרואים בי"ד שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לבי"ד וסקלוהו ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה והחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה."

וזהו שכתב בהל' רוצח: "וכיוצא בהן", שכלל כל הנך המבוארים שם, דכולם נהרגין בהוראת שעה או ע"פ המלך.

ועל ההבדלים שבהלכות אלו עמד בספר משאת המלך (סימן תקיא), וז"ל:

"והנה לענין מלך כתב שאם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו, ובבי"ד כתב שיכולים להרוג בהוראת שעה. ולכאורה חד ענינו הוא וכן היה משמע ממש"כ בהל' מלכים שהבאנו יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה. אלא דממש"כ בהל' רוצח הל"ה ז"ל הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר כו', הרי מבואר דב' ענינים הם דאף באופן שלא היתה השעה צריכה להן מ"מ היה המלך יכול להרגם מתקנת העולם אם רצה, וכפה"נ מש"כ בדין המלכות ותקנת העולם הוא ענין אחר, ונראה דמה"ט הוא דחלוקים בי"ד ממלך דבבי"ד משמע דאין תלוי ברצונם ופשוט הוא דכיון דהשעה צריכה הרי מחוייבים בי"ד דרמי עליהם לגדור מילתא להרגם, אבל לענין מלך תלוי ברצונו כמוש"כ אם רצה מלך ישראל להרגם, וכן בהל"ה שכ' הרי שלא הרגם המלך ולא כתב הרי שלא היה בזה תקנת העולם ע"ד שכתב לענין בי"ד שלא היתה השעה צריכה, דנראה דבמלך אף במקום שתקנת העולם הוא זה שנהרגם מ"מ תלוי הדבר ברצונו והוא דתקנת העולם הוא ענין אחר ואינו הענין האמור לענין בי"ד שהיתה השעה צריכה לכך."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עיון נוסף בדברי הר"ן וביאור דבריו

להשלמת נקודה זו יש להעיר על קושיה של הדבר אברהם (שם) שהראה שעל פניו כוחו של ביה"ד הינו גדול יותר מאשר למלך, ואף לענוש שלא מן הדין, כיון שמהרמב"ם נראה שאין למלך אלא להרוג בסייף, ואילו לביה"ד יש כח לענוש בד' מיתות בית דין אף שלא מן הדין, וכפי שמוכח מהגמ' בסנהדרין שסקלו את מחלל השבת שרכב על סוסו בשבת. ואם אכן כנים הדברים, הרי שמכאן שדברי הר"ן ביסודו הראשון אינו נכון, מאחר וכוחו של המלך הוא פחות מביה"ד בגדר זה של ענישה שלא מן הדין, וא"כ איך ניתן לומר שסמכות זו של ביה"ד יונקת מכוחו של המלך, וז"ל:

"כעין זה ראיתי בהגהות הגרי"ב שנדפסו בסוף הרמב"ם, שהק' על מ"ש הרמב"ם (פי"ח מסנהדרין ה"ו) שאין ממיתין ב"ד ולא מלקין את האדם בהודאת פיו אלא ע"פ שנים עדים, וזה שהרג יהושע עכן ודוד לגר עמלקי הוראת שעה היתה או דין מלכות הי', והרי כתב הרמב"ם (פ"ג ממלכים שם) דאין למלך רשות להרוג אלא בסייף בלבד ועכן נשרף ונסקל ותירץ דהמלך שעושה לכבוד עצמו דמורד בו אין לו רשות אלא בסייף אבל לעשות גדר וסייג לתורה דאף הב"ד סוקלין מכ"ש המלך יש לו רשות להרוג בכל המיתות.

[איברא דיש לפקפק ע"ז. דהן אמנם דבהלכות מלכים מיירי במורד, ויש לומר דרק ע"ז קאי דאינו הורג אלא בסייף, אבל דברים אלו נשנו גם בהלכות סנהדרין (ריש פי"ד) ארבע מיתות נמסרין לב"ד כו' ואין רשות למלך להרוג באחת מהן אלא בסייף. ונראה דבכל אופן אינו הורג במיתה אחרת וקשה מעכן ומשמע נמי דכח בית דין יפה ממלך דהא ב"ד סוקלין לצורך השעה אפילו שלא מן הדין כמבואר בסנהדרין (דף מ"ו ע"א) ומעשה באחד שרכב והביאהו לבית דין וסקלוהו."

להלן נביא את ישובו של הדבר אברהם, אלא שיש להקשות קושיה נוספת מדברי האבני נזר (חלק יורה דעה סימן שיב), וז"ל:

"גם מש"כ שלא הי' כח ביד ב"ד לדון הוראת שעה בזמן שהי' מלך רק בזמן שאין מלך יש בהם גם דין מלכות. קשה לי הרי ביבמות [צ ע"ב] מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לב"ד וסקלוהו. ובדין המלכות אין לו רשות להרוג כי אם בהורג נפש לתיקון המדינה אבל לא בחילול שבת וכמ"ש הרמב"ם סוף פ"ג מה' מלכים וז"ל כל ההורגים נפשות שלא בראי' ברורה כו' יש רשות למלך להורגו. הנה מבואר דבשאר מחויבי מיתות אין למלך עסק בהן. וע"כ לאו מדין מלך הרגוהו. ושמעון בן שטח הרג שמונים מכשפות ביום אחד בלא התראה ובלא עדות ברורה וכמ"ש הרמב"ם פכ"ד מה' סנהדרין ה"ד ואעפ"י שהי' בזמן מלכי בית חשמונאי. מיהו אלו יש ליישב עפימ"ש הר"ן באפשר שכל מה שנמשך במצוות התורה אף שהוא לצורך שעה יש רשות לב"ד להורגו."

כדברי האבני נזר ברמב"ם, הסבור שאין למלך לדון בהוראת שעה אלא רוצח, כך נראה שמדייק אף באור שמח (הלכות מלכים פרק ג הלכה י), וז"ל:

"ולמדנו חדשות, דכמו דלסנהדרין בזמן הבית היה רשות להרוג ולענוש מפני הוראת שעה, כמש"כ רבינו בפרק כ"ד מסנהדרין הלכה ד', רק ששם כתב לעשות סייג לתורה, וכאן יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם, והיינו דוקא לרוצח, אבל בענינים שבין אדם למקום, כמו בהטיח את אשתו תחת תאנה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(יבמות צ' ע"ב) או רכב על סוס בשבת, שזה אינו נוגע לתקון המדינה כלל, אין זה שייך למלכי ב"ד, רק לסנהדרין, וברור.⁶

ואם כנים הדברים שוב חוזרת הקושיא על יסודו הראשון של הר"ן, איך ניתן לומר שביה"ד שואבים סמכות של המלך לענוש שלא מן הדין, אם למלך עצמו אין יכולת לעשות זאת אלא רק ברוצח?

הדבר אברהם מיישב קושייתו, שאכן יש למלך סמכות לענוש שלא מן הדין אף במיתה אחרת ולא גרע מביה"ד, ורק מדיני המלך יש לו הגבלה, וכך לשונו:

"וצ"ל דכל שעושה משום גדר וסייג בודאי לא גרע מבית דין ובאמרו שאין רשות למלך היינו בענין שנוהג מתורת מלך ולא כבית דין כלומר לכבודו ולמורד בו ובזה דינו רק בסייף."

תירוץ זה של הדבר אברהם יש בו כדי ליישב את מה שהקשה, ובזה גם ניתן ליישב את קושיית האבנ"ז, שאכן למלך ישנה סמכות גם של בית דין. אולם, עדיין אין בזה מזור כדי ליישב את דברי הר"ן ביסודו הראשון.

אשר על כן, נראה לענ"ד שהגדרת היסוד של הר"ן הינה נכונה, אולם אין בה כדי לחסום את המלך מלדון במיתות אחרות, וכמו כן אין בה כדי לחסום את בית הדין מלדון בעניינים אחרים ומשום מיגדר מילתא, אלא עיקר ההבדל הינו בתכונת היסוד של הדין של כל אחד. המלך עניינו ליצור סדר בממלכה, וזאת הוא עושה בהתקנת חוקים וגזרות על מנת להשליט סדר, וכלפי תכונה זו יש למלך הסמכות להעניש מפני מפירי סדר כדי שלא יפרצו פריצות. אולם ביה"ד, בשונה מהמלך, עניינם הוא אחר. הם אמונים על הדין והמשפט ועל ענייני בן אדם למקום, ואלו הדברים בתחום סמכותם, ועל כן לצורך זה הם זקוקים לעיתים רחוקות להעניש שלא מן הדין אם אכן נפרצה הגדר בתחום בין אדם למקום. אשר על כן ניתן לומר שתכונת היסוד במלך הוא להעמיד את הדברים ולהעניש שלא מן הדין, וכך זה הוא שייך למלך, ומכח זה שואב ביה"ד את כוחו אף שהיישום שלו הוא שונה. למלך, עיקר הדגש הוא על ענייני המדינה, אולם לביה"ד הדגש הוא על ענייני הרוח, לרבות ענייני המשפט הכלולים בתחום זה. ולכן גם מלך יכול לדון דין כי כעת זה מסייע למטרה של המלך, וכמו כן לביה"ד יכולת להעניש שלא מן הדין, כי זה מסייע למטרת ביה"ד. נמצא שלשניהם סמכויות גם לזה וגם לזה, אלא שהמטרה היסודית של כל גוף הוא שונה בתכלית, ולהגשמת מטרה זו ניתנו היכולות ההדדיות לשניהם.

ובזה ניתן ליישב את הקושיות שהבאנו בהערה 6, ודעת הריטב"א שניתן למלך הסמכות להרוג אף על גניבה ולא רק על רצח. לפי דברינו הביאור ברמב"ם הוא שעניין הרציחה הוא דוגמת קצה, בה יש למלך להפעיל סמכותו על מנת שלא ישנו דברים מעין אלה, ואין בזה כדי לשלול כל הפרת סדר קיצונית הקשור לענייני ניהול המדינה, בה גם יאמר הרמב"ם שיש על המלך להעניש שלא מן הדין. וה"ה לביה"ד שאמונים על הופעת התורה דרך המשפט, ועל כן מקרים כגון אלו

⁶ אמנם האור שמח מסיים דבריו שזה ברור, אולם הוא עצמו בהמשך מקשה על יסוד זה שני קושיות: הראשונה, מהירושלמי מוכח שלא כך, שהרי שם נראה שלמלך יש יכולת להרוג אף בחטא אחר. עוד הקשה מהגמ' בב"מ (דף פג ע"ב) שם רואים בראב"ש שדן גנבים על פי המלכות. וכן הריטב"א כותב שם להדיא שדנים למיגדר מילתא למיתה מכח המלכות, ודברי הריטב"א נעלמו מהאור שמח. וז"ל האור שמח (שם):

"אך צ"ע מירושלמי סנהדרין פרק נגמר הדין (פ"ו) ה"ג גברא חסידא אזיל ומסהיד עלן ומרן דוד קטל לן, הרי דעל עריות היה הורג עפ"י עד אחד, ואולי הכוונה דהיה מעמידו בקשרי המלחמה כמו שעשה לאוריה החתי. ומריש פ' הפועלים (ב"מ פ"ג ע"ב) מוכח דאף לגנבים היה רשות להרגן מדין המלכות לתיקון העולם (בזמן הבית). ואולי יש לומר שהדיוק של האבנ"ז ברמב"ם אינו מוכרח."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המוזכרים בגמ' בסנהדרין המהווים הפרה קיצונית ויכולים לגרום לפריצה בדור בתחום שבו ביה"ד אחראי, כי אז יש על ביה"ד לענוש שלא מן הדין.

ביאור זה מצאתי שכותב האבני נזר כביאור שלו, שלא מתיישב עם דברי הר"ן, אולם לענ"ד ניתן לטעון שיש ליישב ביאור זה אף עם דברי הר"ן. וז"ל האבני נזר (שם):

"ולדעתי נראה כי השופטים והמלכים ענין אחד הי' עושין במה שבין אדם לחבירו ובכל הדברים הצריכין לתיקון המדינה. ובודאי משפט שצריך לעשות בחילול שבת אין למלך עסק בהן כמו שמשמע מדברי הרמב"ם בפ"ג מה' מלכים כנ"ל. וע"כ אף לענין משפטי המדינה אף שהמעשה אחד. מ"מ לענין הכוונה חלוקין הן. דהנה בברכות (ו' ע"א) מנין לשלשה שיושבין בדין ששכינה שרוי' עמהם שנאמר בקרב אלקים ישפוט ומנין לשנים שעוסקין בתורה ששכינה עמהם שנאמר אז נדברו יראי ה' איש אל רעהו וגו' וכי מאחר דאפי' תרי תלתא מבעיא מהו דתימא דינא שלמא בעלמא הוא קמ"ל דינא היינו תורה וע"כ הדיין עיקר הכוונה התורה. להופיע משפטי ד' בעולם. אך המלך נהפוך הוא כי אין לו עסק במשפטים בעצם. דא"כ גם בחילול שבת הי' דן. רק כל עסקו להעמיד ארץ כדכתיב מלך במשפט יעמיד ארץ. והמשפט הוא כלי שבו הוא דן ומעמיד תיקון המדינה. אבל כל כוונתו הוא תיקון המדינה וע"כ נקראו הדיינין בשם המלך ג"כ כדאיתא בשבת (דף י' ע"א) עד מתי יושבין בדין אמר רב ששת עד זמן סעודה אמר ר' חמא מאי קרא דכתיב אי לך ארץ שמלכך נער ופירש"י מלכך דיינך כדכתיב מלך במשפט יעמיד ארץ. שהרי במשפט הוא מתקן הנהגת המדינה. הגם שעיקר כוונתו להופעות תורה. וכן המלך נקרא שופט כנ"ל הגם שכוונתו להנהגת המדינה מ"מ הוא שופט. ומ"מ דיינ עיקר שמו הוא שופט. והמלך עיקר שמו מלך."

לענ"ד בדברים אלו יש ליישב את קושיותיו של האבני"ז עצמו ואת קושיית הדבר אברהם, וכמו שכתבתי.

אלא שלפי ביאורנו דברי הר"ן לא דייקי שכן לפי הר"ן לא ניתן לבאר את הגמ' בסנהדרין מו מהא דעונשין שלא מן הדין אלא כאשר אין מלך ואולם לדברינו ניתן לבאר זאת אף כאשר יש מלך אולם בחלוקת התפקידים ביניהם המלך מאציל סמכות זו של ענישה שלא מן הדין לדברים שביה"ד אחראי להם, זאת ועוד לדרך הר"ן כאשר יש מלך אין לביה"ד לעשות שימוש בענישה שלא מן הדין מאחר וזה קנוי רק למלך ולא לביה"ד ולדרכינו אין סתירה בין הדברים.

קושי זה מסביר מדוע ראה האבני"ז לראות בביאור הנזכר לעיל כביאור שלו ולא רצה לטעון זאת בר"ן וכפי שאנו עשינו.

אלא שעל אף הדוחק ניתן לומר שהכוונה בר"ן שכשאין מלך כח זה נמסר בשלימותו לביה"ד אף על הדברים שהמלך אמון עליהם להסדיר ענייני החברה, אולם כשיש מלך אזי כח הסמכות הוא למלך אלא שהוא מאציל מכח זה לביה"ד לעשות שימוש בכח זה ובתחום אחריות ביה"ד בדיני בין אדם למקום וכפי שהבאנו לעיל בדין הפקר ביה"ד שניתן לעשות זאת ע"י ביה"ד אולם רק מכח הממלכה, ועדיין צ"ע.

סיכום שתי השיטות ביסוד הסמכות להעניש שלא מן הדין והצורך בשימוש זה

א"כ ראינו עד עכשיו שתי הבנות של סמכות זו להעניש שלא מן הדין. הר"ן בדרשות בהסברו הראשון סובר שזו סמכות ייחודית למלך, וכשאין מלך היא עוברת לביה"ד, ועל פי הבנה זו אין ביה"ד זקוק בשימוש בסמכות זו לצורך ניהול המשפטים, וכל מה שהועבר אליו זה סמכות נוספת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

השייכת בעיקרה למלך כאשר אין מלך, והשימוש בסמכות זו היא בהתאם לתנאים בה מלך יכול להשתמש בסמכות זו.

אולם לאברכנאל ישנה הבנה שניה, שסמכות זו של ענישה שלא מן הדין קנויה לביה"ד הגדול, וכן נראה אף מהדבר אברהם, אלא שהוסיף שאף למלך ישנה סמכות זו.

אנו הבאנו את הנראה לענ"ד בבאור דברי הר"ן, ויש בזה כדי להתיישב עם דברי הדבר אברהם, ולדברינו הנידון אינו הסמכות, אלא מהו הדגש ועיקר עניינו של כל דבר, ומכח זה נגזרים הסמכויות וכפי שכתבנו. כלי זה של ענישה שלא מן הדין קנויה לשניהם, וכל אחד עושה בו שימוש להוציא מהכח אל הפועל את עיקר עניינו: המלך לעניין דיני המדינה, וביה"ד לעניין השכנת התורה בישראל. עוד נעיר שלדברינו ההבדל בין שני הדרכים בר"ן עצמו הוא השאלה: האם היה על ביה"ד לשאוב סמכות זו של ענישה שלא מן הדין מהמלך? לתרוצו הראשון, לכתחילה כח זה נמסר למלך, ולאחר מכן נמסר לביה"ד. לישוב השני, לכתחילה ביה"ד יכול להשתמש בסמכות זו להוציא מהכח אל הפועל את עניינו. נעיר שלפי דרך זו יש לבחון שימוש בכח זה אף כיום, כיון שלדברינו הביאור הוא שאכן ביה"ד זקוק לשימוש בכח זה על מנת להוציא מהכח אל הפועל את העניינים בו הוא מופקד, ויש להיעזר בענישה שלא מן הדין אף לבתי הדין. להלן אי"ה נשלים נקודה זו בשאלה האם בתי הדין של היום יכולים להשתמש בכח זה של ענישה שלא מן הדין.

יעויין מש"כ בעניין זה בשו"ת היכלי שן (ח"א סימנים י-יא), וכן בספר משפטי שמואל (ורנר) סימן מ.

שיטה שלישית בצורך הענישה שלא מן הדין וגדרו

ישנה שיטה שלישית להבנת גדר זה של עונשין שלא מן הדין ובצורך שלו, וכך כותב בספר התרומות (שער סב אות ו):

"ומ"מ אף על פי שאין דנין דיני קנסות בבבל למסור הדבר בידי גוים יש לדיינין שבאותו זמן לענוש ולקנוס האדם כפי צורך שעתם ולנדותם אם שנו ושלשו כדי להסיר המכשלה מביניהם ולכלות את אלו המכין את חבריהם באגרוף רשע, כדי שלא יאמר המוכה והנחבל דילמא חס ושלום שונאי ישראל לאו לשום שמים קא מתעסקי, וכדאמרינן בסנהדרין שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. כללו של דבר יהיה דעתו של דיין וכוונתו לרדוף אחרי הצדק כי אין לדיין אלא מה שעניו רואות."

נראה מדברי ספר התרומות שהצורך בשימוש בכח זה של ענישה שלא מן הדין נוצר לאור אי היכולת לדון דיני קנסות, וזה עלול להביא לפגיעה ביכולת ביה"ד מפני כאלו שינצלו פרצה זו, ועל כן ניתנה לביה"ד אפשרות כזו להעניש אף אותם שלא על פי הדין הרגיל. וכן למד בדעתו הרב גידולי תרומה שם. כתפיסה זו מובא אף בתשובת הרשב"א, הביאה הבית יוסף (חושן משפט סימן ב), וז"ל:

וכתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' שצג) רואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הם לקנוס ממון או לענוש עונש הגוף כפי אשר יראה להם וזה מקיום העולם שאם אתם מעמידים הכל על הדינים הקצובים בתורה ושלא לעשות אלא במה שענשה תורה בחבלות וכיוצא בהם נמצא העולם חרב שהיינו צריכים עדים והתראה וכמו שאמרו ז"ל (ב"מ ל:): לא חרבה ירושלים אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה וכל שכן בחוצה לארץ שאין דנין דיני

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קנסות ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם ונמצא העולם שמם וכבר קנסו ז"ל קנסות במכה את חברו ביד או בארכובא כדאיתא ריש פרק המניח (ב"ק כז:). ואף על פי שאלו דיני קנסות ואין דנין אותן בבבל מכל מקום בכל מקום ומקום דנין לעתים לכיוצא בהן לגדור את הדור.

וכן מוכח מדברי הטור (חו"מ סימן ב), לאחר שהביא בסימן א שלא דנים דיני קנסות כיום, המשיך בסימן ב לכתוב, וז"ל:

"אף ע"פ שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ודיני מכות ולא קנסות אם ראו בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל מיני עונש."

נראה משיטה זו שלא רק שזה נתון לסמכות ביה"ד, אלא שלאור הגדרות היסוד של ביה"ד לדון היום, ואין לנו לדון דיני קנסות, ישנו הכרח להשלים זאת ע"י מתן סמכות להעניש שלא מן הדין וכדי לגדור פרצה זו. להלן נדון באיזה דיין מדובר, האם בעיני גדול הדור או סנהדרין, ועוד. על כל פנים מדברי התרומות והטור נראה שלא צריך סנהדרין ולא דיין סמוך, כפי שאכן דייק בגידולי תרומה.

עוד נעיר מדברי ספר התרומות עצמו, שעל פניו הינו משקף גישה רחבה בשימוש בכח זה של ענישה שלא מן הדין, מכל מקום נראה מדבריו שמסתייג משימוש תכוף בכח זה. דהנה מביא ספר התרומות (שער א חלק ג) את דברי הרי"ף בתשובה, וכך כתב להעיר על דבריו:

"ובתשובה לרבינו אלפסי ז"ל שאם הלואה אלם ורע מעללים ומעזי פנים מלפרוע חובו מותר ליכנס לביתו לדעת את מצפוניו ואפילו על ידי שליח גוי, כדאמרינן ממשכנין על הצדקה, וכן אנו עושין בצרכי קהל ובגורמות, ע"כ. ואין לעשות כן אלא מדוחק, דצדקה ומס שאני שלא באו עליו דרך הלואה ולא נאמר עליהם בחוץ תעמד והאיש, אבל מלוה שהזהירה תורה עליו בכך אין כח בידנו לעקור מצוה אלא בקושי גדול ושיהא בכונת הב"ד לשום שמים, כדאמרינן ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעקור דבר תורה אלא לעשות סייג לתורה."

ב. שימוש שאינו נכון בגדר זה והגדרתו

לעיל הובא דינו של ר"א שמכין ועונשין שלא מן הדין, ובהמשך נכתב לא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה.

ויש לעיין במה שכתוב: "שלא לעבור על דברי תורה", ומהי המשמעות של הדברים? רש"י על אתר מפרש כך:

"ולא - שיתכוונו לעבור על דברי תורה לבוד מלבם חיוב מיתה לשאינו חייב, אלא מפני צורך השעה."

לפי רש"י, עיקר האיסור הינו במה שקובעים הלכה חדשה ומחייבים מיתה במקום שאין חיוב מיתה ובלא צורך שעה. אולם לא התברר מה הצורך בזה, ומספיק אם היה כותב שעיקר הבעיה היא לחייב מיתה היכן שלא קיים חיוב, ומה באה להוסיף התוספת של "לבוד מלבם"? יעויין בר"ן על אתר שכתב לבאר דבריו, וז"ל:

"פי' לפירושו שאין להם לחכמי' לחייב מיתה על איסור של דבריה' כדרך תקנה עולמית לפי שזה יהי' כמוסיף על דברי תורה אבל יש להם לענוש איזה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עונש הן עונש מלקות הן עונש מיתה לפי צורך שעה כשהדור פרוץ. וכך הם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' ממרים.

נמצינו למדים שעיקר הדגש בדברי רש"י הוא לא לקבוע הלכה לדורות אלא רק כהוראת שעה, שאם יקבע בזה הלכה לדורות הרי יהיה בזה בדיית מיתה שאינה כתובה בתורה. ואכן כך היא משמעות הדברים ברמב"ם (הלכות ממרים פרק ב הלכה ד), וז"ל:

"ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו לפי שעה אף על פי שהוא קטן מן הראשונים שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה 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..."

וכן הוא ברמב"ם (הלכות סנהדרין פרק כד הלכה ד) שכותב:

"יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות."

ובזה יש ליישב את קושיית הט"ז (חושן משפט סימן ב), וז"ל:

"קשה מהי תיתי שיעברו על ד"ת. ונ"ל דאף שיש כח לחכמים לאסור המותר מדברי תורה, היינו דוקא בדבר שאינו מפורש לא לאיסור ולא להיתר דאז הוא מותר ממילא, בזה יש כח לחכמים להחמיר, משא"כ בדבר מפורש בפסוק להיתר, כגון היתר הנאה מן חלב דמפורש בקרא, בזה אין כח לחכמים לאסור, על כן אמר ולא לעבור על ד"ת, שבדברי תורה מפורש מיקרי עובר על ד"ת, וביר"ד סימן קי"ז [סק"א] הארכתי בזה."

לא כאן המקום לעסוק בחידושו של הט"ז, וכבר עסקו בזה רבים, יעויין שו"ת חוות יאיר (סימן קמב), ושו"ת דברי יוסף (סימן מח). הדברים עתיקים ואכמ"ל.

מכל מקום, לדברי רש"י על פי באורו של הר"ן, זה עצמו מה שבאה הגמ' לומר, שלא ניתן לחקוק זאת כהלכה לדורות, ומבלי להיזדקק לחידושו של הט"ז.

אולם יש להעיר על דברי הר"ן במה שכתב "כמוסיף על דברי תורה", ומה שייך לכאן איסור בל תוסיף? הרי אם מפרשים שכך הוא מחמת הגדר שהוסיפו והוא מדרבנן, לא שייך איסור בל תוסיף, וכפי המבואר ברמב"ם (פ"ב מהלכות ממרים ה"ט). על כרחינו יש לדחוק בדבריו שכוונתו שכלפי הציבור, אם ינהג הדבר דרך קבע יראה הדבר כמוסיף על דברי תורה, ולא שיש בזה איסור להוסיף, ועל כן כתב הר"ן כמוסיף עם כ' הדמיון.

יעויין בבאר אליהו למרן הגרא"י קוק (חו"מ סימן ב) שהביא את תמיהתו של הט"ז, וכתב שדבריו מחודשים והקשה עליהם. וביאר הוא את הגדר על פי סיומת השו"ע בהלכה זו, שכתב: "וכל מעשיהם יהיו לשם שמים". הגר"א ציין לגמ' בסנהדרין דף מו, וביאר הגרא"י שזה הביאור במה שכותבת הגמ' "ולא לעבור על דברי תורה", לומר לנו שצריך שתהיה מחשבתם לשם שמים בשביל סייג לתורה, ובחוסר כוונה זו חסר ביסוד ההיתר שהוא למיגדר מילתא.

יעויין בקרית ספר על הרמב"ם (פכ"ד מהל' סנהדרין) שאף הוא הביא דין זה להלכה זו, וז"ל:

"לעשות גדר וסייג לתורה לפי מה שיראה הדיין שהשעה צריכה לכך בכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהי כבוד הבריות קל בעיניו."

למעשה נוקטת הקרית ספר את דברי הרמב"ם עצמם שם (הלכה י).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

וכן סיים הריב"ש (סימן רפא) את הדין שהורה שם לגדור גדר, ובכל אופן כתב: "וראוי לכל דין שתהיה כוונתו לשם שמים כדי להוכיח לא כדי לבייש ולהכלים."

עוד יעויין בדברי המהר"ל בספרו דרך חיים על אבות (פרק ב משנה יב) על המשנה: "וכל מעשיך יהיו לשם שמים", ומובאים דבריו בשו"ת ציץ אליעזר (חלק יט סימן מט).

ביאור נוסף ראיתי בדברי הסמ"ג (לאוין סימן רח), וז"ל:

"אף על פי שאמרה תורה (דברים טז, יז) לא תטה משפט הרשות ביד בית דין לגדור פרץ להוראת שעה כפי הצורך, דתניא בפרק נגמר הדין (סנהדרין מו, א) א"ר אליעזר בן יעקב שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה."

ולדבריו צריך לומר שכל ואין השעה צריכה לכך ועושה גדר, הרי יש בזה משום הטיית דין, ובזה יש לבאר את המשך הגמ' "ולא לעבור על דברי תורה", והיינו משום שבזה מטה משפט, והיא עבירה יסודית בביה"ד היושב על מידן.

יעויין בשדי חמד (אסיפת דינים אות ה הטיית דין) מה שכתב בזה.

ג. דין מכין ועונשין שלא מן הדין הרי הוא עקירת התורה

בגמ' במסכת יבמות (דף צ ע"ב) בסוגיא העוסקת ביכולת של חז"ל לעקור דברי תורה מביאה הגמ' ראייה ליכולת זו של חז"ל לעקור דברי תורה מהא דמכין ועונשין שלא מן הדין. ואכן הגמ' כותבת שיש בזה משום עקירה, אולם כותבת שכך הוא למיגדר מילתא, הרי לנו שיסוד דין זה של מכין ועונשין שלא מן הדין יש בו משום עקירת ד"ת, אלא שאם נעשה על פי דין למיגדר מילתא – כי אז הותר לחכמים לעקור באופן כזה של מיגדר מילתא. אולם, אם אינו בדרך של מיגדר מילתא ולא לצורך השעה, הרי שוודאי יש בזה משום עקירת התורה.

אולם יש להעיר בענייננו שעסוקים בחיוב קנסות על ידי ביה"ד, ולא בעונש הגוף, ונראה שיש לחלק בזה. בקנס ממוני לא שייך הגדר של עקירת התורה, מאחר וכאן השימוש הוא בהפקר ב"ד הפקר, ובכה"ג אין עקירת דבר מן התורה כדמוכח מהסוגיא. שכן הקשטה הגמ' מירושת הבעל שהוא מדרבנן על פני ירושת אביה שהוא מה"ת, ומכאן שיש כח לחכמים לעקור מצוה מה"ת, וכתבה הגמ' ליישב שהפקר ביה"ד הפקר, הרי שבזה אין עקירה מחמת הפקר ביה"ד. לאחר מכן על הקושיא ממכין ועונשין שלא מן הדין, כתב הגמ' שהוא מפני דהוי מיגדר מילתא, ועל כרחך ששני תירוצים שונים הם. לגבי ממון אין זה נחשב עקירה מחמת הפקר ביה"ד, אולם במכין ועונשין הוי עקירה לצורך מיגדר מילתא, יעויין ברש"י (יבמות דף פט ע"ב), וז"ל: "הפקר ב"ד היה הפקר - וכל מידי דממונא לאו עקירה היא".

ומכאן ניתן להבין את החילוק שפוסק לפיו הנמוק"י (יבמות דף כח ע"ב מדפי הרי"ף), וז"ל:

"וכל כה"ג שהוא מגדר מילתא ותקנה לישראל מותר לעקור דבר מן התורה לפי השעה כי הא וכמעשה דאליהו בהר הכרמל שהקריב בבמה ושעת איסור במות היתה ואיכא כרת דשחוטי חוץ וכת דהעלאה והתיר הכתוב דכתיב אליו תשמעון משום דהוה מגדר מילתא שהיא גדר ותקנה לישראל שהשיבן ע"י כך מעבודת כוכבים. והכי מסקנא דמילתא ... או אם יש בדבר ממיגדר מילתא כמעשים אלו דאמרי' הכא וכהווא דאליהו עקרינן לא תעשה ממש בידים שאינו אלא לצורך שעה אבל לעקור דבר מן התורה לדורות לא אבל הפקר ממון אפילו לעולם יש יכולת בידם כדאמרן לעיל דהפקר ב"ד היה הפקר."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היינו שבכלל של הפקר ב"ד הפקר ניתן לעשות שימוש לעולם ולא רק כהוראת שעה, ולענ"ד הביאור בזה הוא מפני שאין בזה עקירה ועל כן אין הוא מוגבל להוראת שעה.

ואכן יעויין בדבר אברהם (חלק א סימן יא אות יא) שמבאר את הדברים היטב, וז"ל:

"חזינן מזה דחלוק הפקר ב"ד בממון ממכין ועונשין בשתיים שהן אחת, (א) דבממון אין זו עקירה מן התורה ובעונשין יש כאן עקירה מן התורה אלא דהותר מקרא דאליו תשמעון (ב) דבממון כח ב"ד יפה לעשות תקנה גם לדורות ובעונשי הגוף רק לצורך השעה ומיגדר מילתא, והא בהא תליא דבממון שאין כאן עקירה מן התורה ממילא יש להם רשות לתקן גם לדורות ובעונשי הגוף שיש כאן עקירה רשאים רק לצורך שעה ומיגדר מילתא. והסבר הדבר מה שבממון לא מיקרי עקירה אף על גב דמתירין איסור הגזל להזוכים הוא משום דב"ד הוה לענין זה כעין בעלים על הממון, ולכן אין הפירוש דהותר להם רק להפסיד ממון אחרים או להתיר איסור הגזל אלא דשווינהו רחמנא כעין בעלים ומהני הפקרם וממילא אין הזוכה עובר באיסור גזל דמהפקירא קא זכי, משא"כ בעונשי הגוף דאפי"ת שהם כעין בעלים גם על הגוף מ"מ איכא איסורה דרציחה דהורג עבדו נמי עובר בלא תרצח בע"כ עקירה מן התורה יש כאן, ועקירה לא הותרה אלא לצורך שעה ומיגדר מילתא ולפי"ז ממאי דב"ד מכין ועונשין ומקרא דואכה מהם אנשים ואמרטם כו' לא מוכח כלל דכח ב"ד מתפשט גם על הגופים כעין בעלים, דכיון דביכו"כ עקירה מן התורה יש כאן והותר להם מעשה זה רק לצורך שעה ומיגדר מילתא ממילא י"ל דלא הוה כלל כעין בעלים על הגופים אלא דלצורך שעה הותר להם להשתרר על גוף אחרים כמו שהותר איסור רציחה..."

הרי לנו דברים ברורים יוצאים מדברי הדבר אברהם, שאם משתמשים חז"ל בעיקרון של הפקר ב"ד הפקר אין בזה משום עקירת התורה, אף שהטילו חיוב שאינו כתוב בתורה ואין הוא כפי שורת הדין.⁷

נראה שעל פי אותו יסוד ניתן גם להבין את דברי הציץ אליעזר (חלק יט סימן מט) שבדבר שבממון אין דין של מבטל ב"ד חבירו שצריך גדול ממנו בחכמה ומניין, וז"ל:

⁷ יעויין בשו"ת דבר אברהם (חלק א סימן טז) ששב על טענתו זו והוכיח מסוגיין, וז"ל:

"ועדיפא הו"ל לכת"ר להביא ממאי דב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין וממיתין מי שאינו מחויב מיתה לעבור על לא תרצח בכדי לעשות סייג לתורה כמבואר בסנהדרין (דף מ"ו ע"א) ומובא ברמב"ם (שם ה"ד) אבל כ"ז אינו שייך כלל להפקר ב"ד כדברי הרא"ש דמה שב"ד מכין ועונשין וממיתין שלא מן הדין עקירת דבר מן התורה היא אלא דיש כח ביד חכמים לעקור או דלמיגדר מילתא שאני והוא רק לפי שעה כמבואר ביבמות (דף צ' ע"ב) דמותבינן מהא דב"ד מכין ועונשין כו' ומשנינן מיגדר מילתא שאני, וילפינן לה מאליו תשמעון דכתיב גבי נביא אפילו אומר לך עבור כו' כדאמרינן לעיל מינה בסוגיא, כמבואר בחי' הרשב"א נדרים (דף צ' ע"ב) [והיינו לכו"ע או למ"ד אין ב"ד מתנין כו' ותליא בגירסא דמיגדר מילתא שאני או אלא מיגדר מילתא שאני, יעוי' בחי' הרמב"ן יבמות ובחי' הרשב"א נדרים שם], ועיין ברמב"ם (פ"ב מהלכות ממרים) משא"כ בהפקר ב"ד שאין כאן עקירת דבר מן התורה כל עיקר כמ"ש רש"י יבמות שם (דף פ"ט ע"ב) וז"ל הפקר ב"ד הי' הפקר וכל מידי דממונא לאו עקירה היא, והוא מבואר בסוגיא דעל פירכא קמיתא מאדם יורש את אשתו קטנה משנינן הפקר ב"ד הפקר ועל מכין ועונשין משנינן מיגדר מילתא, והיינו משום דבהפקר ב"ד אין שום עקירת איסור מה"ת דב"ד בהפקרם לא עברו בכלום ומי שזוכה ע"פ הפקרם נמי לא עבר בלא תגזול כיון דאין כבר בעלים לממון זה, [או דב"ד הוה כבעלים ממש על הממון] והלכך בהפקר ב"ד יכולין לתקן גם לדורות ולא רק לפי שעה בלבד, עיי' על כ"ז בראשונים ואחרונים ז"ל ומזה מבואר דהפקר ב"ד ועקירת איסור מן התורה שני ענינים נפרדים הם..."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ובכלל בעניני ממון די"ל הפקר בית דין הפקר ניתן לומר דלא מיקרי זה בכלל מבטל דברי ב"ד חבירו כדמוכח בתוס' ביבמות ד' ע"ב ע"ב ד"ה בימי רבי עיין שם."

כל המקדש על דעת חכמים מקדש

לחיבת הקודש נעיר מהמשך הסוגיא ביבמות על פי עיקרון זה. הגמ' בהמשך מביאה להקשות מדין בעל ששלח גט ושוב ביטלו, שלדעת רשב"ג אינו יכול לבטלו, ואיך חכמים ביטלו קידושין מיניה? עיי"ש שהגמ' כתבה ליישב שכל מאן דמקדש אדעתיה דרבנן מקדש. ויש לשאול מדוע לא סגי להשתמש בנימוק של הפקר בי"ד הפקר, וכפי שהביא רש"י להא דהפקעת קידושי כסף ובוזה סגי ונמצא שכסף הקידושין לא היה שלו⁸, ולא צריך להגיע למקדש על דעת רבנן? ואכן עמד על זה בשו"ת גינת ורדים (חלק יורה דעה כלל ב סימן ד), וכתב שכלל זה נצרך לקידושי ביאה, שכן לקידושי כסף סגי בהפקר בי"ד הפקר, וז"ל:

"ויש לדקדק דלענין הפקעת ממון לא בעי שיקדש על דעתם דחכמי' כי כח זה מסור לעולם ביד ב"ד להפקיע ולהפקיר ממונו של אדם אפי' בעל כרחו כדאמר קרא ואשר לא יבא בעצת הסגנים כו' יחורם כל רכושו וא"כ מה צורך לתלמוד לומר בתחלת דבריו כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש הא אפי' בעל כרחו מפקעו ממוניה ונראה לתרץ דכונת התלמוד לתרץ תי' כולל אפי' למקדש ע"י ביאה שכיון שהוא תולה בדעתם הרי כל פעולותיו תלויות ועומדות שאם ירצו לבטל קדושו תהיינה בעילותיו בעילת זנות וכדי שלא תטעה שטעם זה יצטרך גם בקידושי כסף לפיכך הוסיפו דברים ואמרו ואפקיעו רבנן לקידושי מיניה שר"ל דבקדושי כסף לא צריכנא שיקדש אדעתא דרבנן כי יש כח בידם להפקיע קדושו אפי' שלא כרצונו ורבינא לא הבין כונת דברים הללו וחשב דתרי מילי בעינן בקדושי כסף שיקדש על דעת ב"ד ושיהיו ג"כ בקדושי כסף ולכן שאל ואמר תינח דקדיש בכספא כו' ותירץ לו רב אשי דבקידושי בעילה איכא למימר דשווינהו רבנן לבעילתו בעילת זנות ועל הך הוא דקאמר תלמודא דהמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואין להקשות על זה מדברי התוס' שכתבו וז"ל אדעתא דרבנן מקדש לכן אומרים בשעת קידושין כדת משה וישראל עכ"ל דאיכא לאקשווי מלתייהו שכדי שלא ישתנו קידושי כסף מקדושי בעילה ושמה יבא אחד מחוץ לעיר ויקדש בקידושי ביא' ויצטרכו לבטל קדושו והא לא סגיאלא בקבלה שיקדש על דעתם דרבנן לפיכך התקינו לומר אפי' בקידושי כסף כדת משה וישראל אף על פי שאין לשון זה מצטרך גבי קידושי כסף."

נעיר שלפי ביאורו של הגינת ורדים בדברי הגמ' נפלה הראיה של הב"ח במה שרצה לחדש, שכן דן הב"ח (שו"ת הב"ח הישנות סימן נא) בשאלה באיזה אופן ניתן לדיין ליטול שכר מבעלי הדין. והעלה הב"ח הצעה ולפיה תקצה הקהילה מספר דיינים שידונו בעת הצורך, וייתקנו תקנה שכל נידון ישלם על דינו לצורך זה, ויש כח ביד הקהילה לתקן כך מכח הפקר בי"ד הפקר. בזה כותב הב"ח לחדש יסוד שהפקר בי"ד הפקר לא יכול לפתור בעייה איסורית, אלא הוא נותן פיתרון מקומי לגבי הממון שאין זה גזל, אולם אם ישנו איסור – כגון כאן שיש איסור לדיין ליטול ממון על מנת לדון – אין ביד הפקר בי"ד הפקר לתקן זאת. לראיה הביא את הסוגיא בהפקעת קידושין, שם הגמ' לא מסתפקת בכלל של הפקר בי"ד הפקר ומגיעה ליסוד של כל דמקדש על דעת דרבנן מקדש, ומבאר הב"ח שכך הוא מפני שהפקעת קידושין הינו מעשה איסור, שכן מתבטלים קידושו וקידושין הינו מעשה מצווה. ואמנם ביד הפקר בי"ד הפקר להפקיר את מעות הקידושין ומתבטלים

⁸ ועיין באפיקי ים שמחדש שניתן להפקיר אף למפרע, וא"כ סגי בזה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קידושיו, אולם סוף סוף יש כאן איסור. בזה מבאר הב"ח מדוע הגמ' הביאה את היסוד של כל המקדש על דעת רבנן מקדש, ובזה גם שולל הב"ח את ההצעה לגבי שכר הדיינים, וכך לשונו:

"ואין ליישב המנהג דיש כח לראשי הקהל לתקן שיתן כ"א כך וכך שכר בעד הפסק מתורת הפקר ב"ד הפקר לצורך שעה כדי שיהיו דיינים בקהל מזומנים לדון בין איש ובין רעהו דהלא אין כח בשום תקנה להתיר האיסור וכמ"ש הריב"ש במה שתקנו בחרם המנדה לכבודו שאין נידיו/נידויו/ נידוי שאין להם כח על זה להתיר האיסור.

ותדע דבפ"ק דכתובות קאמרינין ומי איכא מידי דמדאוריית' לא הוי גיטא ומשום צניעות ומשום פרוצות שרינן אשת איש לעלמא ומשני אין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה אמר ליה רבינא תינח דקדיש בכספא קדיש בביאה מאי איכא למימר ומשני שווייה רבנן לבעילתו בעילת זנות וכתבו התוספות תינח דקדיש בכספא דהוי הפקר ב"ד הפקר והוי מעות מתנה כו' ויש לדקדק א"כ למה לן לממר/למימר/ כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש תיפק ליה דרבנן מצי למיעקרא משום דהפקר ב"ד הפקר אלא וודאי היכא דאיכא עבירה דמקודשת היא בכספא לא מצי רבנן למיעקרא משום הפקר ב"ד אם לא דאמר' כל המקדש אדעת' כו' דהשתא ליכא עבירה מאחר שמתחלה תלה בדעתם במאי דקאמר כדת משה וישראל וכך מבואר לשם בתו' וא"כ מכ"ש דאין לתקן בתחלה לעשות עבירה ולסמוך אהפקר ב"ד הפקר ותו דווקא התם הוצרכו הקהל לתקן משום צניעות ומשום פריצות אבל כאן מי מצריכנו ליקח שכר מבעלי דינים ולמה לא יתנו להם שכרם משל צבור."

בעניין זה נעיר שיתכן ועקרון זה של הב"ח נכון הוא אף לדברי הגינת ורדים, אולם הראיה שהביא הב"ח מהגמ' בכתובות לפי הגינת ורדים אינה הכרחית.

להשלמת הדברים נאמר שעל ביאורו של הגינת ורדים יש קושי פשוט, שאם כדבריו מדוע הגמ' לא הביאה את הישוב השני של כל דמקדש אדעתיה דרבנן, ומבלי לחלק בין קידושי כסף לקדושי ביאה. ישוב זה יש בו כדי לענות על שניהם, ולא היה על הגמ' להביא את דין הפקר ב"ד הפקר ולדחותו מכח קידושי ביאה וכו'. לדברי הב"ח מיושבים הדברים היטב, שכן הגמ' סברה שיש ביד הפקר ב"ד הפקר ליישב, אולם דחתה זאת הגמ' מטעמו של הב"ח ומדין קידושי ביאה, ועל כן הביאה שגם בקדושי כסף יש להיזדקק לכל דמקדש אדעתיה דרבנן מקדש. ואכן מצאתי שעל קושיא זו עמד בשו"ת מהר"י בן לב (חלק א סימן קכו), וז"ל:

"וכן נמי בכל הנהו דוכתיה דקאמר אין דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקיענהו רבנן לקידושין מיניה צריך לעיין דלמאי איצטריך לן תרי טעמא וארכבא אתרי ריכשא טעמא דהפקר בית דין הפקר כפי מה דפירש רש"י ז"ל בפרק האשה רבה וטעמא דתלה הדבר בדעת חכמי ישראל ונהי דטעמא דהפקר ב"ד הפקר לא סגי למקדש בביאה מ"מ טעמא דתלה הדבר בדעת חכמי ישראל סגי לתרוייהו למקדש בביאה ולמקדש בכסף ולמאי איצטריך לן טעמא דהפקר ב"ד הפקר ויש לי בזה תרוץ נכון דברים נכוחים וישרים ומצאתי להם רמז מדברי התוספות וכשיהיה לי שעת הכושר אוסיף עוד שנית ידי לכתוב ולהרחיב הדברים בנדון הלז וכעת לא אוכל להאריך."

ד. החילוק בין מיתה לחיוב ממון

מהגמ' המובאת לעיל ראינו שיש כח לביה"ד להעניש שלא מן הדין ולמיגדר מילתא אף בחיוב מיתה, וכפי המקרה שהובא בגמרא, וכן נפסק ברמב"ם (פכ"ד מהל' סנהדרין ה"ד) ולהלן נדון בדברי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרמב"ם. איברא שראיתי בנמוק"י שהגביהה את המחיצה על דין מיתה, דהנה בסוגיא בסנהדרין (דף נב ע"ב) מובא כך:

"אימרתא בת טלי בת כהן שזינתה הואי, אקפה רב חמא בר טוביה חבילי זמורות ושרפה. אמר רב יוסף: טעה בתרתי, טעה בדרב מתנה, וטעה בדתניא: ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם, בזמן שיש כהן - יש משפט, בזמן שאין כהן - אין משפט."

והקשה הנמוק"י (מסכת סנהדרין דף טז ע"א מדפי הרי"ף) מדוע לא יכול היה רב חמא להעניש עונש מיתה שלא כדין, ובכך ניישב שלא טעה. ואכן יעויין בחכמת שלמה על אתר שכך כתב, שאכן רב חמא לא טעה ועשה כן מדין עונשין שלא כדין בהוראת שעה,⁹ וז"ל הנמוק"י:

"ואי קשיא לך והא קי"ל [דף מו א] דב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין כגון אותו שרכב [על] סוס בשבת והביאוהו לב"ד וסקלוהו י"ל דהתם סנהדרי גדולה הוא ורב גובריהו אבל ב"ד בעלמא לא ואף על גב דאמרינן קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכות את חבירו ואמרינן נמי לעיל אי קטל נפשא ליכהיהו לעיני היינו לענשו בקצת מה שחייבה עליו תורה כגון שיכהו עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בזו אבל לחייבו לגמרי כדין תורה לא."

הרי לנו מדברי הנמוק"י שכלי זה של עונשין שלא מן הדין בכל דבר הנוגע למיתה לא יכול להתקיים אלא בסנהדרין גדולה, ובזה סתם את הגולל על שימוש בכלי זה, ולפחות בכל הנוגע למיתה.

וכן ראיתי שהביא הברכי יוסף (ח"מ סימן ב ס"ק ג) תשובת מהר"י זיין בתשובות כ"י הנקרא שערי ישועה להוכיח זאת מרש"י, וז"ל הברכ"י:

"תו חזיתיה למהר"י זיין בתשובה הנזכרת שכתב, וז"ל, וכן נראה מדברי רש"י שכתב פרק זה בורר דף ז"ך, גבי עובדא דבר חמא דקטל נפשא ליכייזיה לעיניה, ינקרו עיניו, דבטלו מיתות בית דין, והאי קנסא קעבדינן ליה, דבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה. ויש לדקדק בדברי רש"י שכתב דבטלו ד' מיתות והאי קנסא דבית דין מכין וכו', משמע דס"ל דבית דין מכין וכו' ר"ל עונש הגוף ולא מיתה, והוא עצמו פרק ד' מיתות דף מ"ו (ע"א ד"ה שבית דין), פירש עונש מיתה. ולכן נלע"ד דס"ל לרש"י דההיא דבית דין מכין ועונשין בסנהדרין מיירי, אבל בזמן הזה כיון דבטלו ד' מיתות אין בנו כח, אלא דילפינן מההיא דיכולים לענוש שלא מן התורה עונש הגוף וכו'."

כך הם דברי מהר"י זיין, אולם הברכ"י כותב שאין הכרח ברש"י, יעויין שם. אולם האמת חייבת להיאמר שלשון רש"י מתאימה יותר לדברי מהר"י זיין.

אלא שבדרכי משה על אתר כתב שרוב הפוסקים חלוקים על הנמוק"י, וכן מוכח בטור וברא"ש, וכן מהרשב"א בתשובותיו הנזכרות בב"י, דלא כדברי הנמוק"י.

עוד יש להאריך בדברי הנמוק"י ולתהות האם דבריו נסובים רק על חיוב מיתה או על כל גדר הדין של מכין ועונשין למיגדר מילתא שצריך שיהיה ע"י סנהדרין. אולם, לפי דברינו בחילוק בין עונש הגוף לעונש ממון, יש לומר שדברי הנמוק"י יהיו רק כלפי עונש מיתה, מאחר ובזה יש עקירת התורה וזה שייך לסנהדרין, בניגוד לחיוב ממון הנשען על כח בית הדין להפקיר ממון –

⁹ ואכן יעויין בברכי יוסף (סימן ב ס"ק ג) שתמה על הרש"ל האין הרהיב עוז בנפשו לומר שחכמי הש"ס לא ידעו על עיקרון זה של עונשין שלא מן הדין בהוראת שעה, עיי"ש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בזה יש ליתן את הכח גם לבתי הדין של היום. כעין דברינו מצאתי כתב בחידושי הרי"ם (סימן ב אות א), וז"ל:

"ואף שמדברי הרי"ף ז"ל לא משמע כן שהביא אהא דרב נחמן (ב"ק צו ב) גזלנא עתיקא כו' ובעינן למיקנסיה כו' והוכיח דאף בח"ל יכולין לקנוס והביא עוד מהא דב"ד מכין ועונשין כו'. וא"כ מאי ראי' הא שם דוקא בסמוכין דמכין ועונשין, וע"כ שסובר דגם שם קאי אכל ב"ד אף אינם סמוכין. מ"מ אין זה מוכרח דסובר כן גם במיתה, די"ל דוקא בממון דילפינן (גיטין לו ב) הפקר ב"ד כו' מראשי אבות דמנחילין ולכך לא בעינן סמוכין כמ"ש הר"ן ז"ל לענין הפרת נדרים דכתיב ראשי המטות דלא בעינן סמוכין רק כל ראשים במשמע ע"ש, ולא הביא מהא דב"ד מכין כו' רק שיכולין לקנוס לצורך שעה, וממילא מהני מטעם הפקר ב"ד כו', אבל במיתה שפיר י"ל דבעינן סמוכין."

עיי"ש שמדייק כן בדעת הרמב"ם, ולהלן נעסוק בבאור שיטת הרמב"ם. וכן כתב הר"ן בסנהדרין (דף מו ע"א), וז"ל:

"ומעתה נראה שאלו הב"ד העונשי' עונש מית' למי שאינו מחוייב לה בדרך הסייג ראוי שיהיו הב"ד מומחין וסמוכין כשמעון בן שטח וחביריו דיותר חמו' הוא זה מעונש דין תור' וכמו שכתבנו למעלה בפר' זה בורר גבי בר חמא קטל נפשא ליכהיון לעיניה. אבל במקומות שדנין דיני נפשות בח"ל לא יספיק להם טעם זה של מכין ועונשין דב"ד אלהים בעינן כדכתיבנא. אלא דאי אית להו הרמנ' דמלכא לדון דיני נפשות כפי דיני ישראל נראה לומר שכל דין נפשות שדיניהם חייב מיתה מצד דין המלכות ובדינינו ג"כ חייב מית' בזה יכולין הם לדון מכח דהרמנותא דמלכא וכדאיתא בפ' השוכר את הפועלים גבי ר' אלעזר ב"ר שמעון אבל בדין שבדיניה' פטור ממיתה ובדינינו חייב בכה"ג ודאי אסור דב"ד מומחין וסמוכין בעינן."

ב' יסודות עולים מדברי הר"ן: היסוד הראשון, שכל דין מכין ועונשים שלא מן הדין איירי בביה"ד סמוך ובא"י. יסוד נוסף שמחדש, והוא לשיטתו בדרשות, שישנו כח נוסף לענוש שלא כדין והוא מדין המלכות, ובחול' ניתן לענוש מיתה רק בהרשאת המלך ובתנאי ואכן כך הם דיני המלך.

הר"ן הביא ראיה מהגמ' בב"מ לגבי ראב"ש, עיי"ש, וכדבריו כתב הריטב"א (שם), וז"ל:

"והא דדאין בלא עדים והתראה ושלא בזמן סנהדרין, שאני הכא דשליחא דמלכא הוא ומדיני המלכות להרוג בלא עדים והתראה לייסר העולם כמו שראינו בדוד שהרג גר עמלקי ושלוחו של מלך כמותו, ומ"מ במקום שאין כח למלך לעשות כן מחוקי המלכות אף הממונה שלו אינו רשאי ואם אמר לו המלך לעשות כן יהרג ואל יעבור."

הרי לנו עוד ראשונים ההולכים בשיטת הנמוק"י וסוברים שלא ניתן לחייב מיתה אלא מכח סמיכה או מכח המלכות.

יעויין בשו"ת שבות יעקב (ח"א סימן קל) שאף הוא חילק בדברי הנמוק"י בין חיוב מיתה לחיוב אחר, וכן כתב לחלק בשו"ת מהר"ם מלובלין (סי' קלח) בדברי הנמוק"י וכן מסיק המהר"ש חיון בבני שמואל (ח"מ סימן ב) הביאו הכנה"ג (הגב"י ס"ק א).

וכן מסיק בחידושי הרי"ם (ח"מ סימן ב אות א), וז"ל:

"ולכך נראה דקשה לעשות מעשה בדבר זה להמית מי שאינו חייב מיתה כיון שמצינו חולקים בדבר, וכ"כ בספר בני שמואל הובא בכנסת הגדולה וז"ל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ולדידי לא הייתי מיקל לענין מיתה אלא בחתיכת אבר ע"ש. וכן נראה. ואח"כ ראיתי בשו"ת מהר"מ לובלין סי' קל"ח שהאריך בענין זה והביא דברי הנ"י הנ"ל וכתב שבטלה דעתו ע"ש ולא ראה דברי הר"ן הנ"ל שמפורש להדיא ג"כ כדברי הנ"י הנ"ל, וגם פירושו שרצה לפרש בדברי הנמוקי יוסף אי אפשר לפרשו בדברי הר"ן ז"ל ע"ש. וכן בדרישה דחה הראיה מהרי"ף ע"ש.

כאן המקום להעיר ששיטת השו"ע על פי הטור הרא"ש, הרשב"א, הריב"ש הינה שיש לביה"ד לענוש אף באופן מיתה ולא בענין ביי"ד סמוך.

ה. באור שיטת הרמב"ם

פוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק כד הלכה ד-ה), וז"ל:

"יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא שיקבע הלכה לדורות, מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן, ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, ומעשה ותלה שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד באשקלון ולא היו שם כל דרכי הדרישה וחקירה וההתראה ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה.

וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות והוא שיהיה קול שאינו פוסק כמו שביארנו ולא יהיו אלו אויבים ידועים שמוציאין עליו שמועה רעה, וכן מבזין את זה ששמועתו רעה ומחרפין את יולדתו בפניו."

הרמב"ם פותח את הלכה ד העוסקת בדין מיגדר מילתא וכותב "יש לבית דין...". אולם, לאחר מכן בהלכה הבאה, שמקורות הדין לגביה הם לא מחמת דיני מיגדר מילתא האמורים בגמ' בסנהדרין מו, שם כותב הרמב"ם: "בית דין בכל מקום...". ברור איפוא בדברי הרמב"ם שהלכה זו של מכין ועונשין שלא מן הדין הינו דין יחודי הנוגע רק לסנהדרין, ואילו בהלכה הבאה כותב הרמב"ם שזה נוגע לכל ביה"ד בכל דור ודור. דקדוק זה כתבו רבים מהאחרונים, כך הוא בגידולי תרומה, ובברכ"י הביא זאת בשם מהר"י זיין, וכן הביא התדושי הרי"ם, ועוד.

דקדוק נוסף יש להביא ברמב"ם, דהנה הלכה זו מובאת ברמב"ם בלשון זהה אף בהלכות ממרים (פרק ב הלכה ד). המעיין שם ברמב"ם יראה שלכל אורך הפרק עוסק הרמב"ם בביה"ד הגדול, וכפי הפתיחה לפרק זה בהלכה א.

עוד יש ללמוד זאת מגוף ההלכה של הרמב"ם. לעיל הבאנו שלהלכה זו ישנה הגבלה "שלא לעבור על דברי תורה", והביאור לזה ברמב"ם הינו שלא יתקנו זאת לדורות ויאמרו שכך היא ההלכה. בהתאם לכך יש לשאול על איזה ביי"ד עוסק הרמב"ם? על כרחך ביי"ד שיש בידו היכולת לתקן כך בדרך קבע, שאותם בא הרמב"ם להזהיר שלא יעשו כן. מעתה אין ברירה אלא לקבוע שהרמב"ם עוסק בביה"ד הגדול, שלו היכולת לקבוע תקנות לדורות והציבור יקבלו עליהם תקנות אלו, ובכלל זה יש להם למיגדר מילתא כהוראת שעה.

אלא שעל עניין זה יש להעיר ב' הערות: הראשונה, על אף הדיוקים הנראים לענ"ד ברמב"ם, מכל מקום להלכה קבעו רבים מהראשונים בדעת הרמב"ם לא כך, וכך היא שיטת טור והרא"ש, הרשב"א והריב"ש, ועוד, וכן סתם השו"ע להלכה. נמצא שלפי השו"ע אין על דין זה של מכין ועונשין הגבלה זו של ביה"ד הגדול.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הערה נוספת ברמב"ם היא שכך הוא בחיוב מיתה או חיוב אחר בגופו, אולם לעניין חיוב קנס קבע הרמב"ם הלכה נפרדת באותו פרק (הלכה ו), וכלפי זה אין איזכור אף לביה"ד, וכך היא הלשון:

"וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר."

הרי שנקט לשון של הדיין, ובודאי אם אנו מקבלים את הדקדוק הראשון ברמב"ם שעסק בביה"ד הגדול ולאחר מכן עוסק בביה"ד באותו הדור, כאן לגבי חיוב קנס כותב הרמב"ם "דיין", ולימדנו שלא צריך ביה"ד הגדול, ולכאורה משמע שעוסק אף בדיין יחיד. כמוכן, הערה זו ברמב"ם אף היא מחזקת את הטענה שישנו חילוק לדינא במדרגת החומרא בין עקירת דיני תורה ובין שימוש בכוח הפקר ביה"ד. לעיל הבאנו שעל חילוק זה רמז חידושי הרי"ם ברמב"ם, וכעת הושלמה היריעה.

1. הגדרת השעה צריכה לכך

עמיתי הגר"א שפנייר שליט"א הביא ציטוטים מדברי רבותינו הראשונים בגדר השעה צריכה לכך המורים על פריצת גדר גדולה בדור, שבעקבות כן יש מקום למיגדר מילתא ולדון שלא כפי הדין. כך נראה מרש"י, וכך הוא מהרמב"ם ומעוד ראשונים.

לענ"ד מעבר לדברי הראשונים יש להתבונן על גדר זה להלכה, איך שנקבע ע"י גדולי הפוסקים האחרונים.

מהאחרונים עולה תמונה ברורה, שהגדרת מיגדר מילתא צריכה לעמוד בשני תנאים: הראשון, לגדור במילי דשמיא. השני, כשהדור פרוץ.

2. מיגדר מילתא במילי דשמיא

הראשון שדן בזה הלכה למעשה הוא המהרי"ק בתשובה (סימן קפ) והוכיח גדר זה מהראשונים, וז"ל:

"ופשיט' דלא מקרי מגדר מילת' אלא במילי דשמי' שהדור פרוץ לעבור על דברי תורה ורוצים לגדור גדר ולעשות סייג כי ההיא דפרק האשה רבה (דף צ) דבעי לאוכוחי דבית דין מתנים לעקור דבר מן התורה מדהקריב אליהו בהר הכרמל בשעת איסור' הבמות ודחי ואומר מגדר מילת' שאני וכן גבי הא דמייתי ראייה נמי בתר הכי ממעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאו לבית דין וסקלוהו. וכן באחד שהטיח אשתו תת/תחת/ תאנה והביאוהו לבית דין והלקוהו ודחי נמי מגדר' (ב) מלת' שאני ופי' שם רש"י מגדר מילת' לעשות תקנה וגדר לישראל כי התם שהשיבם ע"י כך מע"ז וכי האי גוונ' הוא דאומ' מהר"ם שיש כח ביד בני העיר לעשות שלא מדעת כולן רק מדעת רובן אבל בע"א לא אם לא שכבר נהגו מימי קדם או שבאים להתנות מדעת כולן כדכתוב שם. ותדע בודאי שכן הוא דסביר' ליה לרבי' מאיר דדוק' במגדר מילת' דהיינו לגדור פרצה במילי דשמיא כדפי' הוא דיש כח לעשות בלא הסכמו' כולם אבל לא בשום ענין השייך לתקנת העיר או הקהל לבדם דאם אית' דבשום ענין יוכלו הקהל לעשות שלא מדעת כולם ואף על גב דלית ביה משום גדר דמילי דשמי' וכדפי' א"כ יקש' למה הוצרך מהר"ם לפרש החדוש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דרשאין בני העיר להכריח כו' דקמ"ל דבדיבור' בעלמ' נתקיימו הדברים ושלא כמשמעו' דרשאי'."

הרי לנו שכתב שמיגדר מילתא היינו במילי דשמיא ופריצה הפוגעת בדור, וכן דייק מדבריו בשו"ת שער אפרים (סימן עב), וז"ל:

"ודייק מוהריק"ו דלא מיקרי מיגדר מילתא אלא דוקא במילי דשמיא ושהדור פרוץ בזה ולאפוקי אם אין הדור פרוץ לא מיקרי מיגדר מילתא באשר שהוא דבר שאינו שכיח אף שהוא נוגע במילי דשמיא וזהו דוגמת אליהו בהר הכרמל שהיה הדור פרוץ לעבוד ע"א וכן בא' שהיה רוכב על הסוס בשבת בימי יוונים היה ג"כ הדור פרוץ לחלל שבת וכן בא' שהטיח את אשתו תחת התאנה היה ג"כ הדור פרוץ בזנות אף שאין שם איסור גדול רק באשר שהיו פרוצים בזה וכן בעירובין פ"ק גבי מבוי שנפרץ מצידו א"ל רב הונא לא תיפלוג עלאי דרב איקלע לדמחרי"א ועבד עובדא כוותי א"ל רב בקעה מצא וגדר בה גדר ופירש"י בקעה מצא עמי הארצות היו מזלזלים במצות והחמיר עליהם לעשות סיג ע"ש דמשמע ג"כ משום דהיו מזלזלים במצות ופרוצים בזה."

וכן כתב הרב שער אפרים (סימן סג), וז"ל:

"אמנם כד מעיינת בגוף הגזר' תמצא שזה לא מקרי מגדר מילתא פשיטא לדברי מוהריק"ו שור' ק"פ דלא מקרי מיגדר מילתא כי אם במילי דשמיא לאפרושי מאיסור פשיט' דזה לא מקרי מגדר מילתא דתיקון הלז לא נעשה כ"א מפני כבוד החברה ואין זה מילי דשמיא לאפרושי מאיסורא ואף שמבואר בתיקון הנז' וז"ל אך מקרוב חדשים באו ג' אנשים ובטלו בכח כבוד החברה וכבוד הס"ת כו' וא"כ י"ל דכבוד הס"ת הוא מיגדר מילתא משום אפרושי מאיסורא אבל כד מעיינת במקור התיקון וגזירה תמצא שעיקר התיקון נעשה שלא לבטל כבוד החברה כו' ע"ש."

וכדברים הללו כותב בשו"ת רבי אליהו מזרחי (הרא"ם) (סימן מו), וז"ל:

"דאין כח ב"ד אלא היכא דנפיק מינה מגדר מילתא וחזוק הדת וסייג לתורה אבל בנדון זה דליכא הכא לא סייג לתורה ולא חזוק הדת."

לגבי הגדר השני, שלא שייך למימר מיגדר מילתא כלפי חטאו של היחיד, כותב הגאון רבי אליהו מזרחי (הרא"ם) (סימן נז), וז"ל:

"שמע מינה דסבירה ליה לרש"י ז"ל שהקהל יכולים להחרים אפילו על דברי הרשות והחרם חל על כל מי שירצו אפילו בעל כרחו כדמשמע מלישנא דממשמשין עליו לגזור גזירתם דאלו במילי דמגדר מילתא ותקנתא לא שייך לומר ממשמשין עליו דמשמע שגזירתם היתה עליו לבד שהרי הגזירה שהיא על צד מגדר מילתא היא לכלל הקהל לא לאיש א' בלבד."

הרי לך שלמד שמיגדר מילתא לא ניתן להחיל על היחיד אלא על הציבור וכשהדור פרוץ.

כלפי הגדר הראשון, שדוקא במילי דשמיא, יש להעיר שעל פניו יש בזה מחלוקת בין הפוסקים, וכפי שהעיר על זה בשו"ת שער אפרים (סימן סג), וז"ל:

"ואפי' לפי דברי הרא"ש בתשו' כלל ז' דמשמע משם בסי' א' כלל ו' ובסי' כ"ו כלל ז' שהביא תוך התשו' הנז' ההיא דרשאין בני העיר להסיע על קיצותן וסיים בלשונו משום מיגדר מילתא כו' דמשמע משם שחולק על סברת מהרי"קו הנז' וסבר שאפי' בדבר שאינו נוגע במילי דשמיא לאפרושי מאיסורא אפ"ה מקרי מיגדר מילתא ועיין בזה בתשו' הרב בעל פני משה ח"ב סימן צ"ג שמביא שם בשם מוהריב"ע בספר משא מלך המחלוקת שבין הרא"ש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ומוהרי"ק ו' הנז' בענין אי מקרי מגדר מילתא דוקא במילי דשמיא או אף בשאר דברים כו' הנה גוף הספר משא מלך אינו בידי כעת ועיין במ"ש בזה קצת באריכות בא' מהפסקי' שלי."

יעויין עוד בדבריו (סימן עב) שהזכיר מחלוקת זו.

וכן ראיתי שכתב בשו"ת דרכי נעם (חלק חו"מ סימן לח), וז"ל:

"ומוהרי"ק בשרש א' וקפ"א וקפ"ב ... כתב דלא מקרי מגדר מילתא אלא במלי דשמיא ולא פרושי מאיסורא וכתב בספר פני משה בסימן ד' כי רבים לוחמים עליו וסבירא להו דכל ההסכמות והתקנות שמסדרים בכל מקום לתיקון העיר מגדר מילתא איקרי וכיון דרכו [צ"ל רבו – א.ה.] החולקים על מוהרי"ק כוותיהו נקטינן."

וכן העיר בזה בשו"ת ציץ אליעזר (חלק יט סימן מט), וז"ל:

"ויעוין בשו"ת תורת חיים (הספרדי) ח"ג סימן ל"ח שכותב לבאר דהגם שהמהרי"ק כתב דלא מיקרי מגדר מילתא אלא במילי דשמיא, אפשר דלא אתא רק למעט תיקון במילי בממונא כגון ההיא דרשאיין להתנות על המדות וכו' וכיוצא מדבר הרשות, אבל כשבאה לגדור פרץ קטנות ומריבות איכא למימר דאין לך מיגדר גדול מזאת דכבר נודע קושי המחלוקות והזיקו וגורם הסתלקות השכינה ע"ש."

וכיוון לומר בכנ"ז גם הגאון החזו"א ז"ל מד"ע בספרו על ב"ב וסנהדרין (סימן ד אות טו), דכותב שם שכל ענין שאי אפשר להכריע בו ע"פ תורה וירבה המחלוקת בעיר הוא בכלל מיגדר מילתא במילי דשמיא, דהרי מחלוקת שנאו ביותר לפני המקום ב"ה, ע"ש ביתר אריכות.

הרי לן שדברי המהרי"ק בהגדרת מיגדר מילתא דהוי רק במילי דשמיא אינו ברור, ונחלקו בה הפוסקים. אולם, יש לעיין על החולקים מה יעשו עם ראיית המהרי"ק מהגמ' בסנהדרין (דף מו ע"א), שם נראה בבירור שעניין מיגדר מילתא אינו רק ע"י עבירות חמורות הזקוקות לתיקון מידי, ולא על עניין אחר.

ביאור המחלוקת אם צריך מילי דשמיא בגדר מיגדר מילתא

לענ"ד יש לחלק בדברי רבותינו החולקים על המהרי"ק, שאין דבריהם נסובים על דין זה של מכין ועונשין, אלא על גדר תקנה שיש בכחם של טובי העיר לתקן, שגם שם שייך גדר זה של מיגדר מילתא. שכן ידוע שיש בכחם של טובי העיר לתקן תקנה, ובזה ישנה הבחנה האם התקנה היא במיגדר מילתא – דאז יש כח לרוב לחייב את היחידים – אולם בדבר הרשות, לא ניתן לכפות דעת הרוב על המיעוט אם לא הייתה הסכמה של כולם בתחילת התקנה. עניין זה נידון בארוכה בדברי המהרי"ק (סימן א וסימנים קפ, קפד, קפה, קפח) ודבריו הובאו דבריו ברמ"א (חו"מ סימן ב) וברא"ם (סימן נו וסימן מו) ובתשובות מהריב"ל (סימן קטו וקכו) ובשו"ת דרכי נעם הנזכר, ובשו"ת מהר"ם אלשיך (סימן נט) ועוד, ולהלן נרחיב קימעה בגדר זה.

נמצא לדברינו כך הם הדברים, שהמהרי"ק לא ראה לחלק בין שני הגדרים, והביא ראיה מדין מכין ועונשין שלא מן הדין להגדרת מיגדר מילתא, והחיל זאת אף בתקנות הציבור, ולכן הסיק שכל מיגדר מילתא שייך רק במילי דשמיא. ואילו בדעת הרא"ש והחולקים יש לומר שיש לחלק בין שני הדברים, ובגדר מכין ועונשין אכן כך יהא רק על מילי דשמיא ופריצת גדר, ואילו על גדר התקנות יש להרחיב את מילי דשמיא אף על תקנות בין אדם לחבירו, ובלעדיהן יהיה מריבות גדולות, במקרה זה יש לומר ששנואה המחלוקת בעיני המקום ויש מקום לגדור בזה ולתקן תקנות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואם כנים הדברים, לא ניתן להעניש במילי דבין אדם לחבירו, דהוי מילי דרשות, ורק במילי דשמיא יש להשתמש בהענשה שלא כדין.

ח. מיגדר מילתא כלפי חטאו של היחיד

כעת ניגש לגדר השני, האם שייך להגדיר את השעה צריכה לכך אף בחטאו של היחיד, או שמא יש להסתכל על פריצה המצויה בדור שיש לתקן?

כפי שראינו בדברי המהרי"ק, הרי שהגדיר המהרי"ק שהשעה צריכה לכך הוא דווקא ע"י פריצה של הדור ולא על היחיד. וכן הביא הרא"ם המובא לעיל, וביתר שאת כותב הרא"ם (שו"ת רבי אליהו מזרחי סימן מו), וז"ל:

"ואין הדבר כן שאפילו הבית דין הגדול שבלישכת הגזית לא היו יכולין לבטל אסור תורה בידים אפילו להוראת שעה אלא במקום שב ואל תעשה אבל (במקום עבור) [בקום ועבור] לא אלא אם כן היה נביא שיצא שמו בכל ישראל כאליהו בהר הכרמל והוא שיהיה סייג לתורה שאז אותו הביטול של תורה אינו בטולו של תורה אלא קיומו אבל בדבר שאינו סייג לקיום התורה אלא לתיקון העם וכיוצא בו אין יכולת לשום בית דין בעולם אפילו לנביא שיבטל מאיסורי תורה אפילו להוראת שעה ואפילו בדברים של קנס שיכולים בית דין לקנוס להוראת שעה אינו אלא בגדול הדור כמו רב נחמן חתניה דבי נשיאה או טובי העיר שהניחום רבים עליהם אבל דייני דעלמא לא כמו שכתב הטור בחושן המשפט בראשו וגם שיהיה הקנס ההוא גדר שהוא צורך לרבים לא בדבר שהוא גדר ליחיד כמו שכתב הטור בחושן המשפט בסופו."

ובמה שהפנה הרא"ם לדברי הטור בסופו, כוונתו לחו"מ סימן תכה, וז"ל הטור שם:

"וכן יש תשובה לגאון על אחד שקם על חבירו בפורים כטוב לבו ביין ויהרגהו ונשא ונתן בדבר שלא לדונו בדין רוצח וסיום דבריו ועתה רבותי אל תתנו יד לפושעים להיות כל איש צורר כמתלהלה היוורה זיקים ויאמר שוגג הייתי אך העמידו ב"ד והכו וענשו למיגדר מילתא כי הך וכגון שהיה רוכב בשבת (סנהדרין מו) ומטיח באשתו כמו שפירשו רבותינו דמשום דמיגדר מילתא דיחידאה לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה."

מלשון הטור כפי שהוא לפנינו משמע שלא ניתן להעניש שלא מן הדין על עבירת היחיד, ומשמעות הדברים בטור לפי זה שמציע הגאון שיעמידו ב"ד ויענישו אותו, אולם לא ניתן לחייבו מיתה מדין מיגדר מילתא כיון שהוי חטא שעשה היחיד ובכה"ג לא ניתן למיגדר מילתא.

אמנם לא אכחש שיש גירסא שונה ועל פי גירסא זו יש מחלוקת בין הראשונים בזה, ולפי גרסא זו דעת הגאון היא להיפך לדחות את אותן ראשונים ולחייב מיתה אף בעוון היחיד. הב"ח על אתר הביא גירסא זו, וז"ל:

"כך היא הנוסחא המדוייקת בתשובת גאון וזה לשונו אך העמידו בית דין והכו וענשו למיגדר מילתא כי הך וכגון שהיה רוכב בשבת ומטיח באשתו מיגדר מילתא ככל ישראל ולא כמו שפירשו רבותינו דמשום מיגדר מילתא דיחידאה לא קנסינן אלא אם כן לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה עכ"ל פירוש הגאון השיב שיכו ויענשו לזה שהרג את חבירו בפורים כדי שלא יתנו יד לפושעים שכל שונא לרעהו יעמוד ויהרגהו ויאמר שוגג הייתי והביא ראיה מהך עובדא דהיה רוכב בשבת וסקלוהו אף על פי שלא היה חייב מיתה ומהך דהטיח באשתו תחת התאנה והלקוהו אף על גב שלא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היה חייב מלקות אלא חוצפא בעלמא קעביד אפילו הכי משום מיגדר מילתא בכל ישראל שלא יתפרצו רבים לחלל שבתות ולהרגיל עצמם במדת העזות והחוצפא עשו שלא כדין תורה למיגדר מילתא ה"נ בהאי רוצח יעשו למיגדר מילתא להכותו ולענשו כפי ראות עיני בית דין ואמר הגאון על זה ולא כמו שפירשו רבותינו וכו' כלומר דמקצת גדולים סוברים דדוקא כשרואין בית דין שהעם פרצו בדבר והיינו שהתרבו פריצים בדבר זה עושין גדר אבל לא כשאין שם אלא יחיד דליתא אלא אפילו מילתא דיחידא נמי עושין גדר ועיין לעיל סימן (שפ"ז) [שפ"ח] סעיף י' (י"א) דמחלק הרמב"ם במסור בין מיצר לרבים למיצר ליחיד ועיין עוד לעיל סימן ב' ובמקצת נוסחאות כתוב אך העמידו בית דין וכו' כמו שפירשו רבותינו וכו' ולפי זה תופס הגאון לחלק במיגדר מילתא בין יחיד ובין צורך רבים וכמו שפירשו רבותינו."

מכל מקום הכרעת הרא"ם הינה כפי הגירסא לפנינו, בה הכרעת הגאון היא לא לענוש על חטאו של היחיד, וכן מסיק בשו"ת דברי נעם (חלק חו"מ סימן לח) שהביא את דברי הרא"ם שלא ניתן למיגדר מילתא על חטאו של היחיד, והסכים עימו.

גם בתשובת שער אפרים (סי' עב) כתב דלא שייך מיגדר מילתא אלא היכא דיש לחוש לקלקול רבים שהדור פרוץ, עיי"ש, הביאו הפת"ש (חו"מ סימן ב ס"ק א). וכן הביא בתשובת שער אפרים מדברי שו"ת תומת ישרים (סימן קסט), עיי"ש.

ט. שיטת הסמ"ע וביאורה

לעומת פוסקים אלו, כותב הסמ"ע (סימן ב ס"ק ג) לא כך, וז"ל:

"עייין בפרישה [סעיף א'], שם כתבתי דאף דאין כל העם פרוצים אלא יחיד מהם, יכולים לענוש אותו היחיד ולקונסו שלא מן הדין כפי ראות עיניהם, אלא כשהעם פרוצים יכולים לתקן ולגדור כלל העם ולענוש את כל אחד שיעבור על תקנתם, אף שלא ראו אותו האיש שהיה פרוץ במעשיו, אלא כדי לגדור העם, ע"ש וק"ל."

הרי לנו מדברי הסמ"ע שאף כשהיחיד פרוץ ניתן להענישו שלא מן הדין.

דברי הסמ"ע קשים הם, מאחר ובלשון הראשונים נכתב להדיא הדור פרוץ, וכן נראה שכך הוא הגדר, שאם עסקינן ביחיד – מה לנו לצאת מגדרנו ולדונו שלא כדין? ואכן שאלה זו שאל האורים (סימן ב ס"ק א), לא לפני שכתב שלא מצא ראייה לדברי הסמ"ע ממה שהפנה לספרו פרישה, וז"ל:

"ובפרישה (סעיף א) לא ראיתי ראייה, דודאי אין יכולים לעשות דבר חוץ לדין אלא בצורך שעה, ואם אחד פרוץ ולא רוב העם מה צורך יש שנעשה עם הפרוץ שלא כתורה, ולמה נעשה שלא כדין, בשלמא כשהרוב פרוץ יש כאן צורך שעה למען נוסרו שארי האנשים, אבל זולת זה לא הבנתי מה צורך שעה יש."

בעקבות קושיות אלו כתב להעמיד דברי הסמ"ע באופן הבא, וז"ל:

"וצ"ל דכוונת הסמ"ע דרואין אף שעדיין אין הדור פרוץ אם יניח להעובר בלתי עשות בו משפט חרוץ ילמדו ממנו קלי דעת ויבואו להתפרץ ולהרים יד בתורה חס ושלוש ואף זהו צורך שעה, והיא היא דפרוצים בעריות לאו דוקא רק חשש דיבואו להתפרץ בעריות ח"ו."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אמנם התומים מעיר שלא מצא ראייה לדברי הסמ"ע, אולם ברור שכוונת הסמ"ע היא לגמ' בב"ק (דף צו ע"ב) ולדברי הרי"ף על הגמ', וז"ל הגמרא:

"ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו: זילו שומו שבחא דאשבח. אמר ליה רבא: תורי אשבח, ארעא לא אשבח? אמר: מי קאמינא נשיימו כוליה? פלגא קאמינא. א"ל: סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה! אמר ליה, לא אמינא לך: כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי? דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא, האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה."

וכותב על זה הרי"ף (שם דף לד ע"א בדפי הרי"ף), וז"ל:

"מהא שמעינן דקנסינן בכי האי גוונא ואפי' בחוץ לארץ דהא רב נחמן בבבל הוה וקא קנס ועוד דגרסינן בפרק נגמר הדין [סנהדרין מ"ו ע"א] תניא אמר רבי אליעזר בן יעקב שמעתי שביית דין היו מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה."

מדברי הרי"ף מוכח שלמד שקנסיה ר"נ מתבסס על דין מכין ועונשין שלא מן הדין, ובכה"ג הוי מעשהו של יחיד, וכפי המבואר בגמרא, ועל כן מכאן ניתן להוכיח כדעת הסמ"ע. וכן כותב להוכיח בשו"ת מהר"ם מלובלין (סימן קלח), וז"ל:

"וגם היכא דליכא לא זה ולא זה אלא שרואי' הב"ד שאיש זה הוא משורש ורגיל בעבירה זו ושבודאי שיעש' עוד לרבי' כמעשי' שעשה מבואר בגמרא' שקנסו וענשו אותו שלא מן הדין משום מגדר מילת' כדחזינן בההו' גזלנ' עתיק' דקניס אותו רב נחמן אף על גב שאינו מפורש שהיו יתר העם אז פרוצים בגזילה כמוהו רק שהשיב רב נחמן גזלנא עתיק' ובעינא דאיקנס. והיינו בלתי ספק כדי שלא יוסיף עוד לעשות מעשים כאלה לרבים. וכן ההוא גברא דקץ רב הונא ידיה מפני שהיה רגיל להכו' חבירו לא עשה רב הונא זה אלא כדי שלא יוסיף לעשות עוד כאלה וכיוצא בזה. ש"מ דזה מקרי ג"כ שהשעה צריכ' לכך. וא"כ על כרחינו ההיא תשוב' הגאון' שכתב הטור סימ' תכ"ה וז"ל אך העמידו ב"ד והכו וענשו למגד' מילת' כי הך שהיה רוכב בשבת וכו' כמו שפירשו רבותינו דמשום דמגדר מילתא דיתידאי לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו גדר צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה וכו' עכ"ל. א"ל דר"ל דכשאותו היחיד לבד פרוץ באותו עבירה כבר לא קנסינ' משום מגדר מילתא אלא דוקא היכי שרבים פרוצים בה כאשר עלה על דעתך לפרש כן. אלא הכי פירושו היכי שלא יגיע מזה שום פרצה לרבים כי אם ליחיד לבדו אז לא קנסינ' אבל היכי שיגיע מזה פרצה לרבים אפי' היכי שלא היה פרוץ בה כבר אלא אותו יחיד לבדו אלא שע"י שלא יענישוהו יגרום שיהיו רבים פרוצי' באותה עביר' או יגיע מזה היזק ופרצ' לרבים כיון שצורך רבים הוא קנסינ' לעשו גדר לפי צורך השעה והכי דייקא לישנא דהגאון וכמו שהוכחנו מהנך עובדי הנזכרים בגמרא' כנזכר למעלה."

אלא שהמדריק מדברי המהרי"ק יראה שאף הוא מעמיד את דברי הרי"ף בדומה לאורים הנ"ל, שיהיה בזה פירצה לרבים מאחר ויבואו ללמוד ממנו אם ביה"ד לא יעניש אותו, וכן הרבים ניזקים ממנו, ובזה מיישב את דעת הגאון שהובאה בטור שרק אם היחיד פרוץ ולא יבואו ללמוד ממנו אז לא קנסינן. מכאן קצת קשה על דברי הפת"ש שכתב שדברי המהר"ם אינם כפי דברי התומים.

וכן העמיד את דברי הסמ"ע בשו"ת זקן אהרן (חלק א סימן קב), דהשואל הקשה על באורו של הסמ"ע מספר קושיות, וכתב הרב זקן אהרן שניתן להעמיד את דברי הסמ"ע בכה"ג שיצא מזה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פירצה לרבים מאחר ויבואו אחרים ללמוד ממנו, ואף הוא כפי התומים יישב בזה את קושיית הנמוק"י מהא דאימרתא בת טלי, עיי"ש, וז"ל:

"ועוי"ל דהא מה דב"ד מכין ועונשין היינו דוקא כשימצאו ב"ד שצורך השעה הוא לענשו, וכגון באם לא יענישוהו יש חשש שמא יבואו אחרים לידי פרצה זו או שהוא עצמו יבוא להתפרץ גם בשארי עבירות משום שיאמר לית דין ולית דיין, בכה"ג דוקא הוא דרשאים ב"ד לעונשו, אבל במקום שלא יוכל לבוא מזה לידי פרצה, לא לו ולא לאחרים ודאי דאינם רשאים לענוש שלא כד"ת וכלשון הש"ס סנהדרין דמ"ו ב"ד מכין ועונשין לצורך השעה ומפני שהשעה צריכה לכך, וגם בלשון הרמב"ם והשו"ע אם רואים שהעם פרוצים וכו' וא"כ ממקום שלא הענישו ב"ד אין להקשות למה לא הענישו, ד"ל משום שלא מצאו צורך לכך, ובהא מיירי נמי המשנה דב"ד מכניסין לכיפה, דצורך השעה לא היה, והוכרחו לענשו בד"ת דוקא."

ובזה יש לתמוה על חידושי הרי"ם (תו"מ סימן ב אות ב) שראה את תמיהת האחרונים על הסמ"ע, ומכל מקום דחה דבריהם בעקבות דברי הרי"ף. אולם לדברי התומים ועוד מיושבת הראיה מהרי"ף אף אם נעמיד כדברי התומים, וז"ל חידושי הרי"ם:

"ולענ"ד כוונת הסמ"ע פשוטה למ"ש פרישה דראיית הטור והב"י דאף בחוץ לארץ דנין מיתה כו' מהרי"ף ז"ל הוא משום שהביא הא שביית דין מכין ועונשין כו' אהא דרב נחמן והיינו להוכיח דמנ"ל לרב נחמן דקנסין היינו מהא דר"א דמכין ועונשין כו', וא"כ קאי אף בחוץ לארץ כמו בהא דגזלנא עתיקא כו' ע"ש. וא"כ ממילא מוכח כנ"ל דעדיין קשה איך הוכיח ר"נ מהא דר"א הא שם הוא דוקא במיגדר מילתא כשהעם פרוצים וכה"ג משא"כ בהאי עובדא דלא הוי מיגדר מילתא רק דגזלנא עתיקא הוי ואינו פרוץ רק הוא לבד, ומוכח דרב נחמן סובר ג"כ כנ"ל דהא דר"א דמכין ועונשין כו' היינו אף כשהוא לבדו פרוץ קונסין אותו לבד וכמ"ש הסמ"ע וכו'ל."

כדברי חידושי הרי"ם בדעת הסמ"ע, שאף על חטאו של היחיד יש לענוש שלא מין הדין, סובר גם הרב שבות יעקב, מביא דבריו הפת"ש (סימן ב ס"ק א).

י. ביאור דברי הרמב"ם בהא דקונסים את היחיד על חטאו

הנה הטור הביא את הרי"ף מהא דקנסיה ר"נ ומיד לאחר מכן כתב שכן פוסק הרמב"ם, ובודאי כוונתו להא דלא צריך סמוך, וכפי שנכתוב להלן. אולם ביחס לנושא הנזכר לעיל, האם אף בחטאו של היחיד ניתן להעניש ולקנוס שלא מן הדין, לא גילה דעתו הטור בסימן זה, ואין הכרח בדברי הרי"ף, וכפי שהראנו לעיל. אולם ראה בב"ח בסימן זה שכתב לדייק מלשון הרמב"ם שהובאה בטור שאף בחטאו של היחיד ניתן להענישו שלא מן הדין.

וכך היא לשון הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פרק כד הלכה ז):

"כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו שהרי הוא דוחה את לא תעשה של דבריהם וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקין בתורת האמת שיהיה זהיר שלא יהרס כבודם אלא להוסיף בכבוד המקום בלבד שכל המבזה את התורה גופו מחולל על הבריות והמכבד את התורה גופו מכובד על הבריות, ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כותב הרמב"ם שני תנאים: האחד, לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך. השני, שהשעה צריכה לכך. על משמעות תנאים אלו כותב הב"ח שכדי להענישו שלא מן הדין מספיק באחד משני התנאים, וז"ל:

"פירוש שזה העובר צריך לענשו בכך לפי שהוא רשע גמור כהא דרב נחמן דקנסיה לההוא גברא משום דגזלן עתיקא הוי אף על פי שאין השעה צריכה לכך אי נמי שהשעה צריכה לכך שהעם פרוצים בעבירות ומצות בזויות בעיניהם כעובדא דההוא גברא שרכב על סוס בשבת בימי היונים אף על פי שזה אינו צריך לכך שלא היה רגיל בכך אלא עכשיו הוא שעבר עבירה זו אפילו הכי קנסין ליה."

הרי שלמד שבתנאי הראשון הכוונה לקנוס את היחיד על חטאו, וכפי מה שראינו בר"נ דקנסיה לגזלנא עתיקא, והאופן השני בו ניתן העניש שלא מן הדין הוא אם ישנה פריצה בדור בעבירה מסויימת אע"פ שהחוטא אינו רגיל בכך יש להענישו.

הרי לן שלמד הב"ח מהרמב"ם, וכן מהטור שהביאו, שאף על חטאו של היחיד ניתן להעניש שלא מן הדין. נזכיר שהב"ח לשיטתו במה שכתב (סימן תכה), שם הביא גירסא שונה משלנו, וממנה ניתן ללמוד שניתן להעניש על חטאו של היחיד.

אולם אם ניתנה רשות לחלוק נאמר שלא כך פני הדברים, וניתן לדייק אחרת מדברי רמב"ם. טרם נאמר כן נביא את דברי הר"י מיגאש בתשובותיו (סימן קסא) העוסק בשכר עדי שקר להעיד כנגד חבירו, וכך כותב:

"ומה שאמר השוכר עדי שקר להעיד פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים דוקא אם שכר אותם לזולתו אבל אם שכר אותם לעצמו [חייב] ואפי' בדיני אדם ואף על פי שאמרו בו פטור שהכונה בו פטור לגמרי מ"מ אם היה בעיר דיין קבוע ונראה לו לענשו על כך עושה. כמו שאמרו שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה כו' ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך כגון שזה השוכר קדמה לו עשיית פעל כזה פעמים או שהיה במדינה שעושיין בפעל זה שיש לחוש שאם יתרשלו מלענשם על זה שירבו לעשות כיוצא בו אבל אם חסר אחד משני תנאים אלו אין ב"ד יכולין לחייב את העושה פעולה כזו שום דבר כ"ש מי שאינו ב"ד. והצבור אינם בזה כדיין קבוע."

נראה לפרש בכוונתו שכדי להעניש שלא כדין הצריך שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון, כגון שהשוכר עשה כן ביותר מפעם אחת או שנמצא במדינה שעושיין כך הרבה מהפעמים. התנאי השני, שיש חשש שאם יתרשלו מלענשם על זה ירבו לעשות כיוצא מזה.¹⁰

אחר שראינו את מורו של הרמב"ם שמבאר להדיא שצריך לעמוד בשני תנאים על מנת להחיל דין עונשין שלא מן הדין, כך ניתן לומר ברמב"ם שזו כוונתו, ועל כן כתב שני תנאים: הראשון,

¹⁰ יש לציין שמדברי פרופ' אליאב שוחטמן (תחומין כרך כב, עמ' 102-101) נראה שפירש את דברי הר"י מיגאש באופן אחר מאשר הסברנו. לדבריו כוונת הדברים בר"י מיגאש שצריך אחד משני התנאים (שזה השוכר קדמה לו עשיית פעל כזה פעמים; או שהיה במדינה שעושיין בפעל זה וכו'), ובכך יבואר אף הרמב"ם, וכפי הסברו של הב"ח, עיי"ש.

אולם לדעתי הפשט בדברי הר"י מיגאש יותר מתאים לדברים שכתבנו, מאחר והוא מזכיר לפני כן שני תנאים, ומיד לאחר מכן כותב שאם חסר אחד משני התנאים לא ניתן לענוש שלא מן הדין, ועל כרחך הביאור כפי שאמרנו שצריך שני תנאים מצטברים, ובהעדר אחד משני התנאים לא ניתן לענוש שלא מן הדין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לפי שיראה הדיין שזה ראוי לכך, היינו על פי חטאו של היחיד ששב על חטאו פעמים רבות או שישנה פריצה בדור בחטא זה, והתנאי השני שתהיה השעה צריכה לכך, היינו שיבאו ללמוד מזה.

לדברינו, נמצא שאף דעת הרמב"ם הוא כפי ביאורו של התומים בהעמדת דברי הסמ"ע.

ואכן, כעין דברינו ראיתי שכותב לבאר הגר"ח"ד הלוי בספרו דברי משפט (הלכות סנהדרין פרק כד), וז"ל:

"ואלמלא דברי כל הגדולים שהזכרנו לעיל, וביחוד הב"ח שמפרש כך דברי רבינו, הייתי אומר איפכא מיסתברא בדעת רבינו, שמ"ש בסוף הלכה י' "לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה", היינו דתרתו בעיניו, כלומר, גם בשעה שניתן היתר לבית-דין להכות ולענוש שלא מן הדין בהוראת שעה כשהעם פרוצים בעבירות, אל להם להעניש כל הבא ליד בעונשי גוף חמורים, אלא ישקלו הדבר גם לצורך השעה, וגם שזה החוטא ראוי גם הוא לכך, שעשה מעשיו בזדון וביד רמה, וראיה לדבר ההוא שהטיח תחת התאנה, או ההוא שרכב על גבי סוס בשבת, שהם דברים שבפרהסיא. אבל קשה לשווייה לרבינו חלוק על כל אותם הגדולים שהזכרנו, אף שפשוט דבריו מורה כן באמת."

הגר"ח"ד המעיט מדיוק זה למסקנה מאחר ולא ראה את דברי הר"י מיגאש, ואם היה רואה דבריו ללא ספק היה מניח הבנה זו ברמב"ם כדבר פשוט.

יא. ביה"ד הראוי לענוש שלא מן הדין

לעיל הבאנו מהנמוק"י שהוכיח מסוגיית הגמ' בסנהדרין שגדרו של עונשין שלא מן הדין נתון לסנהדרין, וכן הבאנו שכתב האברבנאל. עוד הבאנו שיטת הרי"ף שכתב שר"נ קנס לה הוא גולנא עתיקא מדין עונשין שלא מן הדין, אך לא ביאר לנו הרי"ף מיהו ביה"ד שיכול לענוש שלא מן הדין. אולם ברא"ש (בבא קמא פרק ט סימן ה) הביא את דברי הרי"ף, והוסיף, וז"ל:

"ודוקא גדול הדור כגון רב נחמן דחתנא דבי נשיאה הוה וממונה לדון על פי הנשיא. או טובי העיר שהמחום רבים עליהם. אבל דייני דעלמא לא."

וכ"כ רבינו ירוחם (נ"א ח"ב ח ע"ג). בבית יוסף (חו"מ סימן ב) הביא דבריהם. וכן הביא בשו"ת הרא"ם (סימן מו), הבאנו דבריו לעיל.

יעויין בטור שנראה ממנו שדברי הרא"ש אינם תוספת על דברי הרי"ף אלא דברי הרי"ף עצמם, שכן הביא את כל דברי הרא"ש כציטוט של דברי הרי"ף. וכן נראה בתשובת המהרי"ק (סימן קפח) שלמד שהיא שיטת הרי"ף, וז"ל:

"וגם אם יאמר האומר דב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה כדי לעשות סייג לתורה הלא כתב רב אלפס דדוק' גדול הדור כמו ר"נ דהוה חתניה דבי נשיאה או טובי העיר שהמחווה רבים עליהם ואפילו לדבר החולקים עליו ואומרים דה"ה ב"ד של ג' הדיוטות מ"מ בנדון הזה לא ראיתי שום רב שהבדילו לזה רבי אהרן כלל ואפילו מהר"ר יודא לנד"א יצ"ו לא כתב שהיה הוא מבדילו ולפי הנשמע כי אותם שהבדילו לא נתמנו דיינים לא מבעי' מומחה לרבים כמ"ש רב אלפס אלא אפילו להיות כב"ד דג' הדיוטות כמו שכתבו החולקים עליו דפשיטא דלכל הפחות בעינן שיהיו ממונים לדיינים כב"ד של ג' הדיוטות וזה פשוט ועוד דפשיטא ופשיטא דאפילו ב"ד הגדול שבירושלם אין כח להכות ולענוש שלא מן התורה אלא היכא שבודאי יש שם קצת דררא דאיסורא כי ההיא שרכב על סוס בשבת וכן ההוא שהטיח באשתו תחת התאינה וכו' "

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהיו עדים בדבר אלא שלא היו ראויין לאותו עונש אם לא מכח הוראת שעה אבל בלא עדות ברורה לא.

הרי לנו שמול המהרי"ק עמדה גירסא ברי"ף שהצריך דווקא גדולי דור, אולם מנגד הביא המהרי"ק שיטה החולקת על הרי"ף וסבורה שסג"י¹¹ בג' הדיוטות. אך אף בשיטה זו כותב המהרי"ק שאין הכוונה לג' הדיוטות, וכפי ההלכה הנוהגת בכל דין מדיני ממונות שכל ג' הדיוטות יכולים לדון אדם בעל כרחו, וכפי שנפסק בשו"ע (חו"מ סימן ג סעיף א), אלא כאן צריך שיהיו ממונים לדיינים ובאופן יחודי לזה.

עוד יעויין בהגהות דרישה ופרישה מה שלמד בדברי המהרי"ק בבאור שיטה זו, ואכמ"ל.

מעבר לדברי המהרי"ק שצמצם את הדעות החלוקות על הרי"ף והעמידם בביה"ד שנבחר לצורך כך, יש לענ"ד לבאר שאכן הגדר הוא בהתאם למה שביארנו לעיל את מיגדר מילתא, שעניינו הוא עיסוק בפריצת גדר של הדור או של היחיד העלולה להביא לפריצת חומות הדת בדור. ובהתאם לכך יש לומר שמי שאמון לעסוק בזה הוא ראשי הדור או ראשי הקהילה שנבחרו לצורך כך, ואין זה בכלל תפקיד ביה"ד שעסוק בדין.

וכן מבואר להדיא בתשובת הגאונים הרכבי (סימן קסה), וז"ל:

"ושאלת אם אין עונשין במקומות אלו בקנסות איך יהיה הסייג בענין זה שלא יעברו האנשים [על דברי התורה] ולא יטו מן הדרך. - הסייג בזה הדבר הוא שייך לדיין העיר וזקני קהלתו כפי שרואים [לנכון] בזה ומה שיעשו למיגדר מילתא הוא קיים. והקנסות לא ישלמו על פי הודאה ואם נשתלמו... ההודאה. אבל על דרך סייג ותקון עושין בזה כפי שימצאו לצורך השעה כמו שאמרו בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה וכו'".

בתשובה זו כתב במפורש את העיסוק בגדר זה שעניינו שלא יעברו אנשים על דברי תורה ולא יטו מן הדרך, והאחריות היא על זקני העיר והדיין האחראי לכך בעיר.

ומפורש כן להדיא בדברי הרשב"א בתשובה (מיוחסות לרמב"ן סימן רעט), וז"ל:

"בקהל שמנו ברורים, לבער העבירות. וכתוב בתקוני ההסכמה: שיוכלו ליסר ולענוש בממון, לפי ראות עיניהם. ויש להם עדים קרובים, או עד מפי עד, וכיוצא בהם, שנראה להם שהענין אמת, שיכולים לדון ולקנוס. שלא הצריכו עדים גמורים, אלא בדיני תורה, כסנהדרין וכיוצא בהם. אבל מי שעובר על תקוני המדינה, צריך לעשות כפי צורך השעה. שאם אין אתה אומר כן, אף הם לא יקנסו דיני קנסות, ולא בדברים שאין מצויין, שאין אנו עושים שליחותיהן, כגון גזילות וחבלות. וכן, יצטרך התראה. והרי אמרו: מכין ועונשין, שלא מן הדין. לא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג."

גם מתשובה זו אנו רואים שהגדיר את שעיקר הנידון הוא לבער את העבירות ובכאלה שבחרו לצורך כך.

עוד יעויין בשו"ת דרכי נועם (סימן לח) שכתב שביה"ד האמור במה שמצינו גדר של להסיע על קיצתן ונפסק בשו"ע חו"מ (סימן רלא) הכוונה לביה"ד האחראי על הציבור ותקנותיהם, ואין זה קשור לביה"ד שנבחר לדון בין האנשים.

¹¹ לא מצאתי שיטה זו אולם ראיתי בתשובת ב"י סימן קפח שנראה ממנו כשיטה זו עיי"ש, ואף שיטה זו תבואר כפי הדברים שהבאתי להלן בשם מהר"י עיי"אש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נמצא א"כ שיסוד זה של עונשין מן הדין עוסק בהלכה של הקהילה, ולא בהלכות ביה"ד. ואכן ביה"ד יכול לענוש שלא מן הדין אם נתמנה לצורך כך להסדיר את ענייני הציבור, אך לענ"ד אין זה המנדט שניתן לביה"ד הרבני.

ואכן בציץ אליעזר (חלק יט סימן נא) הגיע למסקנה זו, והביא את דברי המהר"י עייאש שכותב כן להדיא:

"ונראה דאפשר להתאים דברי המהר"ם לובלין עם דברי הרי"ף והרא"ש וטור ושו"ע הנ"ל על פי מה שראיתי בשו"ת בית יהודה למהר"י עייאש ז"ל בחחו"מ סימן א' שכותב לבאר ולומר שלא שללו הרא"ש והטור ז"ל דייני דעלמא אלא סתם דיינים שאין להם מבוא בדבר הנוגע לכללות הציבור כי אם להורות ולדון בין איש ובין רעהו, ודיינים כאלה כשיהיה נקרא להם לפעמים לתקן מה שאינו לפי הדין כי אם לצורך שעה אינן רשאים דלא נחתי מעיקרא אדעתא דהכי ולא קבלום הציבור עליהם במנויים אלא לדון דיני ממונות ודיני איסור והיתר ושאר דיני התורה ולא לרדות ולייסר מי שאינו חייב לפי דין תורה דזאת השלטונות לא ניתנה אלא לגדול הדור שיש בידו כח והממשלה והוא הממונה על תיקוני הדור וכן הוא הדין טובי העיר שהמחום רבים עליהם ר"ל שקבלום עליהם בני העיר על ענייני הנהגת המדינה ועל תיקוניה, ולגרסת הש"ע שכתב שהמחום ב"ד עליהם ר"ל שהב"ד גם הם הסכימו לבוררם ולהיות ברורי העיר ולאפוקי דלא תסגי להו בכרירת בני העיר לבדם שלא מדעת הדיינים שלהם עיין שם ביתר אריכות, ועפ"ז אפשר לומר שגם כוונת המהר"ם מלובלין בכתבו שיש כח לב"ד בזה להעניש כוונתו ב"ד שיש להם מבוא בדבר הנוגע לכללות הציבור, אעפ"י שפשטות דבריו משמע שסובר שיש כח לכל ב"ד שהוא."

ומכאן קשה לי על דברי הגר"ב בארי שליט"א שהסיק מדברי מהר"י עייאש לכיוון אחר לומר שדוקא מדבריו נראה שביה"ד כיום הוא זה שנבחר לעסוק בעניינים הללו, ועל כן יכול ביה"ד האזורי לקנוס. לענ"ד לא ניתן להסיק כדבריו, וכפי מה שאמרנו ההגדרה היא שצריך שיבחר ביה"ד שיעסוק בגדרי ענישה שלא מן הדין ובעבירה על מילי דשמיא, ואין דברי הגר"ב בארי שליט"א תואמים את מסקנת דברי מהר"י עייאש.

עוד נעיר על דברי הגר"ב בארי שליט"א שכתב שיש לקנוס בתביעות סרק כאשר זה גורם לסחוט את הצד השני, וכן הסכמה של האיש לתת גט לאחר יגיעת ביה"ד ולאחר מכן חוזר בו הבעל, וכתב שאם אכן האיש סיבב את ביה"ד בכחש ובמרמה כי אז יש מקום במקרים אלו לקנוסו שלא מן הדין מתוקף תפקידם, עיי"ש. לענ"ד במקרים אלו לא צריך להגיע לענישה שלא מן הדין, וכפי שהארכתי בפסק דין (תיק 1178541/9), שם הבאתי מהנוב"י להדיא שכתב לחייב במקרים אלו מדין לך ואבוא אחריך, וכן מסיק להדיא בציץ אליעזר, וכן בישועות ישראל (סימן יד סעיף ה), ולא העלו על דעתם לקנוס מדין מיגדר מילתא. לענ"ד מכאן הוכחה נוספת שלא באו לגדר זה של מכין ועונשין שלא מן הדין, אלא חייבו מצד הדין והכלילו זאת בגדרי הדין שבו אכן יש לבית הדין את הכלים ההלכתיים לחייב.

צד נוסף לומר שלא נכון לענוש שלא מן הדין, מפני שעיסוק זה מתאים כאשר הפרהסיה מתנהלת בהתאם לדרך ה' הישרה והתמימה, כי אז אם ישנה סכנה המאיימת על סיגנון חיים זה – יש לגודרו באופן מידי. אולם כאשר הפרהסיה עצמה אינה נקיה מכל רבב, לא ניתן לענוש שלא מן הדין, ודומה הדבר למה דאיתא שלהי סוטה (דף מז ע"א): "משרבו הרוצחנין - בטלה עגלה ערופה. ... משרבו המנאפים - פסקו המים המרים." ועיין בביאור הדבר במחלוקת הראשונים ברמב"ן עה"ת (במדבר ה, כ) ובחזקוני (שם ה, לא).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הגע עצמך שיבוא היום אדם אחד לכפות על אדם שני מישראל שלא יעבור על עבירות, ואף ע"י הלקאה מצד אפרושי מאיסורא, וכי נתיר לו דבר זה? אף שמצד הסמכות ההלכתית גם הקצוה"ח (סימן ג ס"ק א) וגם הנתיבות (שם ס"ק א) מודים שישנה סמכות של היחיד לכפיה זו, והוכיחו זאת מהגמ' ב"ק (דף כז). ולדעת הנתיבות יש ליחיד סמכות נוספת אף לכפיה על מצוות עשה, ומובן שכיום לא יעלה על לב אדם להשתמש בכפיה זו של מכין אותו עד שתצא נפשו, ומצד זה שלא שייך כיום להשתמש בסמכות זו.

מסקנת הדברים לענ"ד, ששימוש בהא דעונשין שלא מן הדין לצורך הדברים שהעלה כבוד האב"ד הרה"ג אליהו אדרי לעיל בספרו שחר אורח (חלק א סימן כא) לוקה בחסר משני הבחינות, הן מצד הגברא – היינו מצד ביה"ד שצריך להיות יעודי לכך, והן מצד החפצא – בהתנהלות הדור.

למסקנה זו שלא קונסים כיום, ראיתי שהגיע אף הראש"ל הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (חלק ח - אבן העזר סימן כז) שעסק בנושא שהוא ליבת העשיה בבית הדין הרבני, ועל פניו במקרה זה היה שייך יותר לקנוס. המקרה שהגיע אליו הוא ערעור על פסק הדין של בית הדין הרבני האזורי חיפה, בדבר יבמה אשר היבם סירב לחלוץ לה במשך שנים רבות, והלכה ונישאת לאיש ישראל בנישואין אזרחיים של הערכאות, ולאחר מכן השיגה כסף ושילמה ממון רב ליבם, ורק אז הסכים לחלוץ לה. ועתה באה לאתר החליצה ומבקשת להנשא בחופה וקידושין עם האיש שחיתה עמו, וביה"ד האזורי דחה את בקשתה. עיי"ש שם שהאריך להתירה לבעלה מנישואים אזרחיים אלו, ולקראת הסוף הביא מערוגות הבושם שהתיר אבל סייג זאת בהטלת קנס על הבעל שהזיד לשאת אותה בהיותה אסורה עליו. הגר"ע יוסף זצ"ל קיבל התירו, אולם לגבי הקנס שלל זאת מהנימוק שכיום לא שייך לקנוס, וכך לשונו:

"וראיתי להגר"מ בכרך בספר ערוגת הבושם על אה"ע (סי' יא עמוד קפו) שאחר שהאריך בזה, סיים, בהא סלקינן ובהא נחתינן שאנוסה מותרת לבועל, אפי' הוא מזיד, וכסתמא דהש"ס דכתובות. ואף הירושלמי ס"ל הכין לפי המסקנא, וכדעת הרמב"ם והתוס' והרא"ש. אלא דלכתחלה ראוי לקנוסו, ובדיעבד לא תצא. ע"כ. ומ"ש בסו"ד דלכתחלה ראוי לקנוסו, הנה בדורינו אין בידינו כח להעמיד משפטי הדת על תלם, (כמ"ש הרמב"ם בפכ"א מהל' סנהדרין ה"ה, ובש"ע חו"מ סי' יז ס"ג), וכל שכן לקנוס קנסות שאינם מצד ההלכה. ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות."

הרי לך ששלל שימוש בכלי זה ענישה שלא מן הדין, ולענ"ד השימוש בכלי זה אינו משתייך לבית הדין דנן ובאותם הגדרות שכתבנו.

למסקנה זו ראיתי שהגיע גם הגר"ח"ד הלוי זצ"ל בספרו "דבר המשפט" (הל' סהדין פכ"ד ה"ד אות ז), וז"ל:

"והנה בתי דין של תורה בימינו, אשר בעונותינו לא זכינו, אין הם רשאים לדון (חוץ מדיני אישות) לא מן הדין ולא שלא מן הדין. ולכאורה נראה שכאשר נזכה בע"ה לשיבת שופטינו כבראשונה ויועצנו כבתחלה עפ"י דיני תוה"ק ודאי הוא שכל סמכויות אלה של הוראת שעה למיגדר מילתא ואפילו לדון מיתה שלא מן הדין ושלא עפ"י עדות ברורה כנ"ל, יהי זה זכותם ואפילו חובתם של בתי הדין הגדולים והחשובים שבדור, לגדור פרצות הדור, וזו לכאורה מילתא דפשיטא טובא."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יב. המקור להפקר ביה"ד הפקר

אלא שהבאנו לעיל שעל פניו השימוש בקנסות ממוניים הינו קל יותר, ולא צריך להגיע לגדר עקירה מן התורה. זה כח הנתון לביה"ד, וכפי שהגדירו חז"ל: הפקר ביה"ד הפקר. לפי זה, יש לבחון את השימוש בענישה של קנס בהתאם לגדרי הפקר ביה"ד.

המקור לדין הפקר ביה"ד מופיע בגמרא מסכת גיטין (דף לו ע"ב) ובמסכת יבמות (דף צ ע"ב), וכך הוא לשון הגמרא בגיטין:

"רבא אמר: הפקר ב"ד היה הפקר, דאמר ר' יצחק: מנין שהפקר ב"ד היה הפקר? שנאמר: וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. רבי אליעזר אמר, מהכא: אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו', וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך, מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו."

יג. נפק"מ בין שני הלימודים לדין הפקר ביה"ד הפקר

יש לתהות האם ישנו הבדל בין שני הדעות או שמא אין מחלוקת ביניהם אלא משמעות דורשין גרידא? לעניין זה נזקק בספר ים של שלמה (מסכת יבמות פרק י סימן יט), וחידוש שיש נפק"מ בין שתי הדעות. לדעה הראשונה, כל מה שנלמד הוא שיש כח לביה"ד להפקיר ממון של ישראל, אולם אין ביה"ד יכול לחדש קניין אצל השני, ועל מנת שניתן יהיה לזכות ממון מופקר זה עליו לעשות קניין ולזכות בזה. מאידך, לדעה השנייה נלמד שאף יש לביה"ד כח להעביר ממון מאדם לרעהו ומבלי לעשות קניין, שכן כך הוא המשמעות של העברת נחלה.

וכן העיר על אתר בחידושי חת"ס, וכן כתב בתשובה (חלק יו"ד סימן רצה), עיי"ש, וכן העיר בשו"ת באר יצחק (חלק אה"ע"ז סימן י ענף א).

נידון זה מובא במקור חיים לנתיבות (סימן תמה ס"ק ט) ובספר גט פשוט (סימן קכ ס"ק ה). עוד יעויין בשדי חמד (כללים מערכת ה אות נט), ברכי יוסף (קו"א סימן ב), דבר אברהם (חלק א סימן א), ושו"ת רע"א (סימנים רכא-רכב), עיי"ש בדין ודברים בין רש"א ורע"א.

למעשה, נידון זה שנוי במחלוקת בין הראשונים. דעת הרשב"א בחידושו לגיטין (לו ע"ב) והריב"ש (סימן שצט) היא שביה"ד יכול אף להקנות לשני מכח הפקר ב"ד, ואילו דעת רבינו יונה בחידושו לב"ב (פרק חזקת הבתים), מובא בדבר אברהם (שם), היא שכח ביה"ד הוא רק להפקיע ממון ולא להקנות. עיין עוד בשיטמ"ק לב"ב (דף ק ע"א ד"ה א"ר אליעזר) שמוכח גם ממנו שכח ביה"ד אינו אלא להפקיר.

חילוק נאה וראוי למי שכתבו כתב הגר"ש שקאפ בספרו שערי ישר שער ה פרק ט כך שניתן ליישב את שיטות הראשונים בעניין זה, ולא כאן המקום להאריך בזה.

עיין בזה עוד בדרך הקודש לגרמ"א עמיאל בספרו דרך הקודש (חלק ב שמעתתא ח פרק טז) שמביא בזה מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד בהלכות שמיטה, וחלק עליו הגר"צ עוזיאל בספרו השופט והמשפט (שער ב פרק ב).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יד. פעולת הפקר ביה"ד בתקנות בענייני ממונות

יסוד הדין של הפקר ביה"ד נידון בפוסקים בהקשר של תקנות הציבור והיכולת לכפות תקנה כזאת על הציבור, וז"ל המרדכי (מסכת בבא בתרא פרק השותפין רמז תפ):

"רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן פר"ת שנעשית [הקיצות] מדעת כל טובי העיר (מדעתן או מחמתן) וטובי העיר הוו כחבר עיר וכל כמיניה ופירש ר"ם הטעם שטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום כמו שגדולי הדור הפקרום היה הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא כך [טובי העיר] היה הפקרום הפקר (*ואני) [*וה"ר] מרדכי מצא בשם ר"ת רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן האי רשאיין אלהסיע קאי פי' היכא דכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו מתחלה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו ודקאמר הפקר ב"ד הפקר כגון בי דינא דרב אמי ורב אסי דאלימי הוו לאפקועי ממונא כדאיתא פרק השולח והא דאמרי' ובאת אל הכהנים וכי תעלה על דעתך וכו' היינו שבכל זמן שבדורם אין גדול כמותו אבל אם יש בדורם גדול כמותו אין בידינו להפקיע ממון."

וכן מובא בהמשך המרדכי (רמז תפא), וז"ל:

"וששאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנות ולהטיל מס על שוה ליטרא קרקע כמו על ליטרא מעות בכל מלכותינו אין נותנין מס מן הקרקעות ופעמים רבות רצו בעלי כיסין לשנות ובא מעשה לפנינו ולא הנחנום דהא דאמרינן רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן היינו קיצתן שנהגו כבר מקודם לכן בעיר מימי קדם או שהן עצמן באין לתקן תקנות מדעת כולם כי הנהו טבחי דאתו לקמיה דרבא דאתני בהדי הדדי מדעת כולם וקמ"ל דנתקיימו הדברים ואף על גב דבדבורא בעלמא קא מתנו וגרע טפי מאסמכתא דכל דאי לאו כלום הוא הכא ודאי מהני בההיא הנאה דקא ציייתי להדדי במידי דאיכא רווחא להאי כמו להאי איידי דקני גמר ומקני כההיא דפרק הפועלים מתנה שומר חנם להיות כשומר שכר או כשואל ואפילו בדברים דבההיא הנאה דנפק עליה קלא דאיניש מהימן הוא גמר ומשעבד נפשיה אבל לשנות שלא מדעת כולן במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי¹² לא מיגדר מלתא היא אין שומעין להן לעשות תקנה לעצמו שלא כתורה והכי מוכח בתשובות רבינו יוסף ט"ע."

הקושי מהדברים עולה מאליו, שכן לא ברורה דעתו של ר"ת. לאופן הראשון נראה שיש כח לשבעה טובי העיר בעירם לתקן תקנה על העיר, ולהשתמש בכחם מדין הפקר ביה"ד. אולם הר"ם מביא שדעת ר"ת לא כך, אלא רק אם קיבלו עליהם מתחילה כל בני העיר, אז יש לכפות על כולם את התקנה אם חוזרים בהן מיעוט, אולם לתקן תקנה לכתחילה ויש בזה רווח לחלקם והפסד לחלקם לא ניתן לתקן תקנה, ומה שכתוב הפקר ביה"ד הפקר הכוונה דווקא לגדול הדור¹³ שאין

¹² כך היא הגירסא לפנינו. אולם בהגהות הרמ"א על המרדכי (רמז תפא הגהה) כתב להעיר כך: "ובמרדכי ישן כתב ולא מיגדר מלתא הוא אין שומעין להם וכו' עיין במהרי"ק שורש ק"פ שכן היה הנוסחא בספרו". נידון זה יש לו משמעות גדולה כפי שהעיר בסמ"ע (סימן ב ס"ק יג), ומהגהת רמ"א זו מוכח שלא הבין כפי שרוצה הסמ"ע ליישב את דבריו.

¹³ כאן המקום להזכיר דברי הרא"ם בתשובה (סימן נו), בביאור גדר זה הנצרך שיהיה גדול הדור, וז"ל:

ונראה לי לעניות דעתי דהני רבוואתא דאפליגו בפי' הך ברייתא דרשאיין בני העיר בפלוגתא דגדולי העיר בעירם אם הם כגדולי הדור בדורם קמיפלגי דהגאונים הראשונים סבירה להו דאותו הכח שנתן להם לבית דין הגדול שבירושלם לגזור ולתקן ולהנהיג כדנפקא לן מעל פי התורה אשר יורוך אלו הגזירות והתקנות והמנהגות שיוורו מהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם לא נתן לשום בית דין בעולם אלא לבית דין אחד בלבד בכל דור ודור והוא אותו שמדרגתו כמדרגת בית דין הגדול בירושלם בלבד כדכתיב ובאת אל הכהנים וכו' וכי

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כמותו, וכיון שלא ידעין אם איכא כזה הרי שמסקנת הדברים שלא ניתן לתקן תקנה כזו אם לא על דעת כולם.

עמד על סתירה זו בשו"ת מהריב"ל (ח"א סימן קטו), ולמען הביאור אביא את סיכום הדברים איך שכתבם בשו"ת דרכי נועם, וז"ל (חלק חו"מ סימן לח):

"והרב מוהריב"ל ז"ל בח"א סי' קי"ח באותה הסכמה דאנקונה ופיזאר"ו הביא המרדכי הנז"ל והקשה דנראה דדברי ר"ת סתרי אהדדי דברישא קאמר דטובי העיר הוו כמו גדולי העיר לאפקועי ממונא וכו'. ושוב כתב דאין כח בבני העיר להכריח א' מבני עירם למה שירצו וכו'. וכתב על זה ושמא י"ל דכוונת המרדכי במה שכתב והרב מרדכי כתב בשם ר"ת וכו' לומר שהוא חולק ע"מ שכתב לעיל בשם ר"ת. ר"ל שהרב מרדכי מצא בשם ר"ת הפך ממה שכתב בשמו לעיל ועוד האריך לזה יע"ש והרא"ם בסימן נ"ז תפס במושלם שדעת ר"ת כדברי הרב מרדכי שמצא דההיא דרשאין מיירי כשהתנו כלם מתחלה ושוב חזר בו א' או רבים מאותם שהסכימו כבר אבל א"ל [=אם לא] התנו כלם מתחלה אין כח לכל בני העיר להכריח לשום א' מבני עירם למה שירצו ורשאין דקתני לא קאי אלא להסיע דאי אלהתנות דקאי ברישא מאי רשאין דמשמע דיש מוחין הא אנהג [נדצ"ל אנהו] גופייהו אתנו בהדדי. א"נ אף אלהתנות קאי ורשאים דנקט היינו דיש להם כח לקיים תנאם בדבור בעלמא אף על גב דכל דאי לא קני משו' דבההיא הנאה דצייתי להדדי וכו'. ואף על גב דאמרינן ובאת אל הכהנים א"כ יפתח בדורו כשמואל בדורו להפקיע ממון ולמה אצטריך להתנות מדעת כלם תירץ לזה שצריך דוקא שלא יהיה באותו דור גדול כמותן אבל אם יש באותו הדור גדול כמותן אף על פי שאינו נמצא באותה העיר אין בידם להפקיע ממון ע"כ אם כן לפי זה א"א להתקיים התנאי אם לא בהתנו כלם מתחלה לדעת ר"ת ואף על פי שיהיה שם חכם גדול בעיר דמאן לימא לן דבקצור הגולה לא ימצא גרול/גדול/ ממנו לפי' כתב במושלם דלדעת ר"ת צריך שיתנו מדעת כלם כדכתיב'.

ועד"ז כתב הרא"ם ז"ל משם ראבי"ה שרבו הזקן ממיץ ז"ל היה מפרש בריתא דרשאין כשנאותו כלם יחד והוא עמהם ושוב עבר על הקציעה אבל בלא דעתו לא אלימי לעשות. ושגם הרמב"ם ז"ל מבעלי סברא זו דתרתיה בעינן התנו כלם ומדעת חכם שבעיר כדכתיב' לעיל.

אמנם בספר פני משה ח"א ס' ד' הוי כמסתפק בדברי הרמב"ם אי ס"ל כהני רבוותא דצריך שיהיה מדעת כלם או ס"ל כמאן דסבר דהרוב יש בהם כח להכריח המיעוט ולע"ד נראה דיותר הסברא מכרעת כדכתב הרא"ם וכן

תעלה על דעתך וכו' אלא יפתח בדורו כשמואל בדורו וכמו שבית דין הגדול שבירושלים לא היה דוגמתן בדור ההוא שהרי בית דין הגדול שהיה בימי משה רבינו עליו השלום והוא הנקרא סנהדרין גדולה הם השבעים זקנים שנבחרו מפי השם יתברך כדכתיב אספה לי שבעים איש מזקני ישראל ולא היו כמותן בדור ומשה רבינו רבן של כל ישראל על גביהן שנאמר והתיצבו שם עמך הרי שבעים ואחד כן בכל דור ודור אין מעמידין בסנהדרי גדולה אלא אנשים חכמים ונבונים מופלגים בחכמת התורה בעלי דעת מרובה שאין דוגמתן בדור כדכתיב אנשים חכמים ונבונים הרי בעלי חכמה ודעה אמורין כאן והגדול שבכולן בכל דור ודור מושיבין אותו ראש עליהן והוא ראש הישיבה והוא שקורין אותו החכמים נשיא בכל מקום והוא העומד תחת משה רבינו בדורו והגדול מהשבעים הוא הנקרא אב בית דין ומאחר שכן הוא איך יתכן מעתה לשום חכם מהחכמים הנמצאים בכל עיר ועיר ואף על פי שאינו באותו האקלים או באותו המלכות כמותו וכל שכן לטובי העיר שאינם לא חכמים ולא מנהיגים שיגזרו על שום אדם שבעולם להכריחו באותם התנאים שהתנו בם אף על פי שהוא מן המוחים בם ולקונסו בקנם/בקנס/ ממון וכל שכן להחרימו ולגדותו בדבר שאינו חייב בו חרם או נדוי כלל."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דקדקנו גם כן לעיל סוף דבר מבעלי סברא זו הם ר"ת והרמב"ם ז"ל ורבו של ראבי"ה והרא"ש ובנו בעל הטורים ז"ל.

יעויין ברא"ם (סימן נו) הנזכר בדברי הרב דרכי נועם שהאריך טובא בסוגיא זו, והעמיד סיעת ראשונים מול הסיעה שכנגד, ולמסקנה נוקט להלכה כפי דעת ר"ת איך שהביאם הר"ם. וכן נוקט להלכה המהריב"ל, וכן עולה מדברי המהרי"ק (שורש א ושורש קפ) ועוד, ובדרכי נועם נוקט שיכול לומר קים לי כדעת סיעה זו, עיי"ש. אולם מנגד, המהר"ם אלשיך (סימן נט) מסיק לא כך, ומבאר את הדברים באופן אחר ואכמ"ל, ועיין בשו"ת ציץ אליעזר ח"ב סימן כג שמסיק כמותו.

טו. הפקר ב"ד הפקר במיגדר מילתא

כאמור לעיל, המהרי"ק נוקט כסיעה ראשונה, והוליד מזה חדשות. לאחר שמביא את מרדכי ונוקט כמותו כותב כך:

"הרי לך בהדיא שפי' רבינו מאיר שטובי העיר בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום. ואח"כ כתב המרדכי בשמו ז"ל (א) ושאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנות להטיל מס על שוה ליטר' קרקע וכו' עד אבל לשנות שלא מדעת כולם במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולא מגדר מילתא אין שומעין להם לעשות תקנה לעצמה שלא כתורה עכ"ל הרי לך שאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ואף על גב שכל ראשי הקהל היו רוצים לעשותו דע"כ בהכי מיירי מדהוצרך לעיל מינה לחלק בין הך להא דרשאין בני העיר להסיע על קצתן כו' משום שנהגו כבר קודם לכן כו' וכיון דאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי הכי נמי לגדולי הדור שהרי ר' מאיר פי' בעצמו לעיל דטובי העיר יש להם כח בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום."

יעויין שם שמביא ראייה נוספת לדברים מהסוגיא בגיטין (דף לו ע"ב) העוסקת בתקנת פרוזבול.

נמצא למסקנת דבריו שלא ניתן להשתמש בכח זה של הפקר ב"ד הפקר אלא רק במיגדר מילתא או שבשעת התקנה לכולם יש רווח מזה ואין אחד שיש לו הפסד והוי מילתא דלא שכיחא, ואכמ"ל.

כמסקנה זו הסיק אף בשו"ת דרכי נועם (שם), וז"ל:

"כתב עוד [בפני משה סימן ד] ובמקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי אית פלוגתא דרבנותא אי מצו הרוב לכפות את המיעוט והם מערכה לקרא' מערכה מוהרי"ק שהו' מן האחרונים כבר כתבתי שהוא מן הסוברים דאין הרוב יכולין לכפות את המיעוט גם מוהרד"כ בשיטה זו קאי ומוהריב"ל והאריך שם בזה יע"ש. וכתב בסוף פלפולו דליכא מאן דסבר בפירוש דבמלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי דמצו רבים לכופף את המיעוט במלתא דליכא ביה מגדר מלתא. ואין מדברי הראשונים מי שינגד בדבר זה למוהריב"ל זולתי מדברי הריב"ש בסימן שצ"ט."

ועיין בשו"ת הרי בשמים (חלק ב סימן קלז) שמביא את הסוגיא בגיטין (שם), ומעיר על מחלוקת הראשונים בביאור הסוגיא בין רש"י והרמב"ם, ומביא את דברי המהרי"ק הללו ומבאר בטוב טעם מחלוקתם, ומסיים וז"ל:

"עכ"פ זכינו לדין דהיכי שהוא למיגדר מילתא יכולין זט"ה לתקן אפי במקום דאיכא רל"ה ופסידא להאי ובמהרשד"ם ומהרי"ק הנ"ל מבואר דתקנה כמו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שהיא למיגדר מילתא הוי' מה"ת וכ"ה בט"ז יו"ד סי' רי"ח ועט"ז סי' רכ"ח
ס"ק מ"ב.

הרי לנו שקבע המהרי"ק כלל שהפקר ביה"ד הוי הפקר יש להשתמש בו למעשה רק למיגדר מילתא, וכבר הבאנו לעיל בהגדרת מיגדר מילתא לדעת המהרי"ק שהינו רק במילי דשמיא, שכן הסוגיא ביבמות העסוקה במיגדר מילתא מדברת רק על מילי דשמיא, והמהרי"ק כאמור השווה מיגדר מילתא של ענישה שלא מן הדין למיגדר מילתא של תקנה. ולעיל הבאנו שאף החולקים על דבריו והרחיבו את מיגדר מילתא על בין אדם לחבירו נראה שהרחבה זו ניתן לעשות רק בגדרי תקנה ולא על ענישה, והחילוק ברור מסברא, שכן בתקנות הבאות למנוע מריבות בין איש לרעהו הוי עצמו מילי דשמיא, וכפי שהבאנו לעיל (סוף אות ז) בשם שער אפרים והחזו"א, ראיה לזה היא הסוגיא של פרוזבול שהיא תקנה, ומבאר שם רש"י שהיא תקנה למיגדר מילתא, הרי לך שישנה הרחבה לתקנות אף בדבר שאינו מילי דשמיא אלא לאפשר שילוו העשירים לנזקקים.

טז. נפק"מ נוספת בין ר' יצחק לר"א בין הפקר ב"ד הפקר

על יסוד זה של המהרי"ק הקשה בשו"ת מהר"י בן לב (חלק א סימן קטו) קושיא חזקה, וז"ל:

"וקשה לי טובא בדברי הרב זלה"ה דהא אמרינן בגיטין בפרק השולח על מאי דתנן הלל התקין פרוזבול (רבה) [רבא] אמר הפקר ב"ד הפקר דאמר ר' יצחק מניין שהפקר ב"ד הפקר שנא' [עזרא י'] כל אשר לא יבא לשלשה ימים בעצת השרים (והסגנים) [והזקנים] יחרם הוא וכל רכושו וגו' ר"א אמר מהכא אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וכי מה עניין ראשים אצל אבות לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו ובוודאי דהיכא דהאב מחלק נכסיו על פיו איכא רווחא להאי ופסידא להאי אם לא שנאמר דסבירא ליה למהר"י קולון דבהא פליגי רבי יצחק ורבי אלעזר דלרבי יצחק דמפיק ליה מקרא דכל אשר לא יבוא לשלשה ימים בעצת השרים (והסגנים) [והזקנים] וכו' לא הוי הפקר ב"ד הפקר אלא דוקא במילתא דליכא רווחא להאי ופסידא להאי ולרבי אלעזר דמפיק ליה מהכא דאלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וכו' הוי הפקר בית דין הפקר אפילו במילתא דאיכא רווחא [להאי] ופסידא להאי דומיא דאבות דמנחילין את בניהם אבל מכל מקום קשה דריהטא דשמעתא משמע דליכא ביניהו אלא משמעות דורשין ועוד דמנא ליה למהר"י קולון ז"ל דהלכה כר' יצחק ולא כר' אלעזר ועוד דאינו נזכר כלל מזה בדברי הרב הנזכר ז"ל."

ובסימן קכו הוסיף לבאר, וז"ל:

"ונהי דמדברי ר' יצחק לא מוכח משום דמצינן למימר דשאני התם דלא הוי דבר הרשות אלא מלתא דסייג וגדר וקנסא למי שיעבור על גזירת השרים (והסגנים) [והזקנים] וההוא קרא באנשי כנסת הגדולה כתיב וכפרש"י ז"ל אבל בדבר הרשות לא מוכח מההוא קרא דהפקר ב"ד הפקר מ"מ מקרא דמייתי רבי אלעזר מוכח בהדיא דאפילו במלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ואפילו בדבר הרשות הפקר בית דין הפקר."

הרי לנו שבגדר זה של המהרי"ק תלוי במחלוקת האמוראים שראינו בין ר' יצחק לר"א, דר' יצחק שלומד מהא דקנס עזרא הסופר יש לומר שהוא רק במילתא דמיגדר מילתא, אולם לדעת ר"א מוכח שאף דאיכא רווח לחד והפסד לשני יש לביה"ד היכולת להשתמש בהפקר ב"ד הפקר אף ללא מיגדר מילתא.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לא נעלמו מעיני דברי המבי"ט (חלק ב סימן רלז) שחולק על דברי המהריב"ל וס"ל שאין כל מחלוקת בין ר' יצחק לר"א, וכתב שם לחלק בין סוגי התקנות עיי"ש. ולענ"ד חילוקו אינו נהיר, וכבר כתב להשיג עליו החת"ס בתשובה (חלק א מאבן העזר סימן קח), עיי"ש.

יז. דעת הרמב"ם בגדר זה של המהרי"ק

יסוד זה של המהרי"ק מצאתי שקדם לכתוב הריטב"א בתשובה (סימן קפ), והביא שכך אף דעת הרמב"ם שהביא רק את הלמוד של ר' יצחק להלכה בגדר זה של הפקר ב"ד. אלא שהקשה על יסוד זה מדברי הגמ' ביבמות (דף פט ע"ב), הבאנו לעיל דיוק זה, שמוכח בסוגיא שם שהפקר ביה"ד לא הוי עקירה ועל זה הגמ' לא כתבה משום מיגדר מילתא, ורק על דין ענישה שלא מן הדין יישובה משום מיגדר מילתא, ועל כרחק שביסוד של הפקר ב"ד ניתן להשתמש אף ללא מיגדר מילתא. וכתב ליישב זאת, וז"ל:

"ומיהו מה שכתוב בטענות (טוען) [הטוען של] קלארה שאין ב"ד עושין [תקנת הפקעת] ממון אלא לעשות שום גדר וסייג, זה אמת הוא, וכן כתב הרמבמז"ל והרבה מן הגדולי ז"ל, וגם הדעת מכרעת כן ואע"ף שיש מקום קצת להשיב על זה מההיא סוגיא דפ' האשה רבה דלכתר דאותיבו מההיא ירושה ופריקו הפקר ב"ד הפקר הדר אותיבו מאידך מתנייתא ותירצו אמסקנא עלייהו מיגדר מילתא שאני, דש"מ דלגבי ממון דשייך הפקר ב"ד בלא מיגדר מילתא נמי היא, אלא שבדרך אמרי אין זו קשיא אף לפי גירסא זו, וכ"ש לגרסא שגורסין שם אלא מיגדר מילתא שאני, שאין החלוק שם אלא דגבי ממוןא מתקנין אפי' לדורות ובאידך לא מתקנין אלא למיגדר מילתא לפי שעה, כההיא דמיתו מאליה' בהר הכרמל וכמו שפי' שם גדולי רבותי ז"ל ורבותי נ"ר."

הרי שכתב שאכן גם הפקר ב"ד הינו משום מיגדר מילתא, וההבדל הוא שבהפקר ב"ד ניתן לעשות זאת באופן קבוע ולא רק כהוראת שעה, ועל כן הביאה הגמ' את הפקר ב"ד הפקר, אולם גם בכלל של הפקר ב"ד ניתן לעשות שימוש רק למיגדר מילתא.¹⁴

ואכן יעויין במהרש"ם בקונטרס תיקון עולם (חו"מ סימן רלא אות ז) שגם כותב כך, וז"ל:

¹⁴ אלא דלקושטא דמילתא יש להקשות על תקנה זו של ירושת הבעל העוקרת ירושת האב לטובת הבעל, מה שייך למימר דהוי מיגדר מילתא, והדר קשיא על שיטת המהרי"ק. ואכן ראיתי שעמד על קושיא זו בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה תליתאה חלק ג סימן קסב), וז"ל:

"שוב ראיתי שהוא תימה מהך דיבמות דף פ"ט ע"ב דאמרו והא מדאורייתא אביה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל ומשני הפקר ב"ד הפקר והביא הך דר' יצחק ור' אלעזר ופירש"י שם וכל מידי דממונא לאו עקירא היא והוי שם אינו רק ממון גרידא ולא סייג ומגדר מילתא אם לא ירשנה בעלה ואפ"ה אמרינן הפקר ב"ד הפקר והרי למהרי"ק לר"י לא אמרינן הפקר ב"ד הפקר רק במקום דאיכא סייג ומגדר מילתא וצע"ג ובשלמא להדיעה הסוברת דדוקא ר"א ור"א דהי' גדולי הדור יכולין לתקן ל"ק דא"כ היאך אמרינן דירית לה בעל והא בזמן הזה ליכא חשובים משום דאחרי שכבר תקנו חז"ל שירש הבעל והם הי' להם אותו כח א"כ אנחנו שליחותייהו דקמאי קעבדינן וכבר הפקירו חז"ל אותו הממון אבל למהרי"ק ולמהריב"ל גם ר"א ור"א אין להם כח בכל שאין למגדר מילתא ולסייג ואיכא רווחא להאי ופסידא להאי וא"כ קשה."

אולם לענ"ד יש ליישב שביה"ד דאז אכן היה הגדול בדור ומכח תקנה זו של גדולי הדור אנן ממשכין עד היום, וכפי שכתב לר"א. וכעין זה ראיתי בשו"ת מהריב"ל (סימן קכו) שהביא ליישב בזה שיטת הרמב"ם מתקנת פרוזבול שאינה למיגדר מילתא לשיטת הרמב"ם, וא"כ איך תיקנו אותה, ויישב כנ"ל שביה"ד שבאותו הדור היה גדול בדורו ומכח זה התקנה מחזקת עד היום.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"והנה הרמב"ם פרק כד מהלכות סנהדרין הלכה ו כתב וז"ל: וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר עכ"ל ומשמע מדבריו דדוקא למיגדר מילתא לחזק הדת אמרינן הפקר בי"ד הפקר אבל לצורך תיקון וטובת העיר אין כח ביד בי"ד להפקיר ובאמת דבהש"ס דיבמות פט ובכמה דוכתא יליף ר"י דין הפקר בי"ד הפקר מהא דעזרא שהביא הרמב"ם ז"ל, אבל ר"א יליף לה מאלה הנחלות וכו' מה אבות מנחילים וכו' אף הראשים, לכאורה נראה דאי יליף מאלה הנחלות הרי התם לא היה למיגדר מילתא רק לתיקון הכלל ואפ"ה אמרינן הפקר בי"ד הפקר וא"כ תליא בפלוגתא זו, וכה ראיתי בשו"ת חת"ס חלק יו"ד סימן רצה..."

עייין שם (אות ח) שמעיר על כלל זה ומקשה עליו, ויש ליישב קושיותיו לפי מה שכתבנו, ואכמ"ל.

ועייין בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה תליתאה חלק ג סימן קסב) שגם הוא מסיק כן מהרמב"ם, וז"ל:

"והנה מדברי רבינו בפרק כ"ד מסנהדרין ה"ו שכתב וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן לפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבא וגו' מכאן שהפקר ב"ד הפקר הנה מבואר לכאורה כהמהרי"ק וכפי מ"ש המהריב"ל דלר' יצחק אינו מועיל הפקר ב"ד רק למגדר מלתא ולפרצת הדת ולכך הביא הך דר"י ולא הביא הך דר"א אבל בחידושי ריטב"א ביבמות דף פ"ט מצאתי שהביא דברי הרמב"ם אלו ומסיים ע"ז וכתב מכאן סמך להכרזות שנהגו במלכותינו כי מפני שיש בו תיקון לקוחות ולמוכרים מפקיעים זכותו של מערער מפני שלא מיחה ע"ש הרי בהדיא דב"ד שבכל דור ודור יכול להפקיר אף בדבר רשות ויש בו רווחא להאי ופסידא להאי וזה מבואר בהדיא דלא כמהרי"ק."

מה שהקשה מהריטב"א ביבמות הוא קשה, ועייין בברכ"י שהעיר על סתירה בדברי הריטב"א, ואף אנו יכולים להעיד על סתירה זו מהריטב"א בתשובה (סימן קפ) שהבאנו לעיל, וצ"ע.

כאן המקום להעיר על שיטה אמצעית, הרי היא מהמשנה למלך, שמסיק כדברי המהרי"ק ומחלק בין הפקר בי"ד מהתורה - שהוא רק למיגדר מילתא - ובין הפקר בי"ד מדרבנן שהוא מדרבנן, ועל חילוק זה זועק בשואל ומשיב הנזכר, וז"ל:

"שוב מצאתי במלמ"ל פ"ד ממלוה ולוה שבהי"ד מביא דברי המרדכי הנ"ל ופירש דדוקא בדרבנן הפקר ב"ד הפקר אף בלי מגדר מלתא אבל בדאורייתא בעינן מגדר מלתא דוקא ע"ש ובמחכ"ת הוא לא נזכר לא מדברי המהרי"ק ולא מהאלשיך הנ"ל וצ"ע ג."

יח. דעת הרמ"א וקושיית הסמ"ע

הנה הרמ"א בחו"מ (סימן ב) על דין ענישה שלא מן הדין הביא - כהמשך ישיר לפסיקת השו"ע להא דעונשין שלא מן הדין - גם את היכולת של ביה"ד להפקיר ממון ולאבדו, והוסיף: "כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור", והמקור שהביא הוא מהטור בשם הרמב"ם. מיד לאחר מכן הביא הרמ"א את שתי הדעות המופיעות בדברי המרדכי על מס' ב"ב שהבאנו בריש הדברים, וז"ל:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"...וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג; אעפ"י שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה, רק להכריח הצבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם (מרדכי פ' הגוזל בתרא), מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר; וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר, כן נ"ל."

הסמ"ע (ס"ק יא) מבאר את הדעה השניה המובאת ברמ"א שהיא תואמת את השיטה השניה במרדכי שציידד בה המהרי"ק, ולפיה אין יכולת של ביה"ד כיום להפקיר ממון באיכא רווח והפסד כיון שצריך גדול הדור ואין אנו יודעים מיהו הגדול, וכפי שבארנו לעיל. וכך לשון הסמ"ע:

"אף על פי פי שיש חולקים וס"ל כו'. וכ"כ מהרי"ק בשורש א', ובשורש י"ד כתב דאפילו למ"ד טובי העיר יכולים לתקן מה שירצו, היינו דוקא מה שהוא צרכי הקהל, אבל להפקיע ממון מאחד לחבירו שאינו צורך הקהל, פשיטא דלא. וכן משמע בפסקי מהרא"י [תרומת הדשן ח"ב] סי' (רע"ג) [רנ"ג], ודלא אמרינן הפקר ב"ד הפקר אלא בגדול שאין בדור כמוהו."

הרי לן שהסיק כדברי המהרי"ק עצמו. אלא שאם אכן יש צדק בדבר, מיד יקשה על דברי הרמ"א שהביא נידון זה בסימן ב שעוסק כולו במיגדר מילתא, והרי במיגדר מילתא ניתן אף לביה"ד שבדור להשתמש בהפקר ביה"ד הפקר וכפי שהבאנו לעיל, וכל דברי המהרי"ק איירי רק בליכא מיגדר מילתא?

ואכן הסמ"ע גופיה (ס"ק יג) הקשה זאת על הרמ"א, וז"ל:

"בד"מ [שם] כתוב, המרדכי [פ"ק דב"ב סי' תפ"א ובהגה שם] סיים וכתב בזה, ולאן למיגדר מילתא הוא אין שומעין להן, עכ"ל. ומשמע מזה דלמיגדר מילתא כו"ע מודים דיש כח לטובי העיר..."

וכתב ליישב בשני דרכים, וז"ל:

"ולפ"ז צ"ל דמור"ם לא כתב דיש חולקין אלא אמ"ש שכן נוהגין, ור"ל דנוהגין כן אפילו בלי צורך שעה דמיגדר מילתא, וא"כ קיצר במקום שהיה לו להאריך ולפרש. ודע שראיתי שכתב במרדכי לאו מיגדר מילתא, ולא "ולאו" בוי"ו, ולא "למיגדר" בלמ"ד, ולפ"ז נראה דר"ל כל כה"ג אינו בכלל היתר מיגדר מילתא ואין שומעים להן, ואפשר דלזה נתכוין מור"ם ז"ל ומשום הכי לא הזכירו כאן כלל, אבל הוא דוחק לפרש כן, וצ"ע."

יעויין לעיל בהערה ששללנו את תירוצו השני של הסמ"ע, מאחר והרמ"א בהגהותיו הביא את גירסת המהרי"ק במרדכי שהוסיף ואו, ואזלה ליה תירוצו השני של הסמ"ע.

יט. דברי הגרי"ש אלישיב זצ"ל, הקושי בדבריו וישוּב הדברים

יעויין בשו"ת קובץ תשובות (ח"ד סימן קסח) של הגרי"ש אלישיב זצ"ל שפוסק כדברי הסמ"ע (ס"ק יא) הנשענים על דברי המהרי"ק, וז"ל:

"מכל האמור אנו למדים, שבמקום שהדין נותן לכופף את הבעל לגט, אבל אין עליו חיוב מזונות, אי אפשר לחייב את הבעל במזונות מדין כפיה, ואין לזה כל בסיס בהלכה.

הן אמנם אם היה כח לבית הדין להפקיר ממנו שלא מן הדין, היה מקום להשתמש בהטלת מזונות עליו בתור כפיה. אולם עיין סמ"ע חושן משפט סימן ב' סעיף יא: "דאפילו למאן דאמר טובי העיר יכולים לתקן מה שירצו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

היינו דוקא מה שהוא צרכי הקהל, אבל להפקיע ממון מאחד לחבירו שאינו צורך הקהל פשיטא דלא, וכן מבואר בפסקי מהרא"י סימן רע"ז, ודלא אמרינן הפקר בית דין הפקר אלא בגדול שאין בדור כמוהו".

ואם כן הרי פשוט שאין הדבר הזה מסור בידינו, אם לא בדבר שיש תקנה מיוחדת, עיין חושן משפט סימן ס"ג סעיף ג' ובסמ"ע שם ס"ק ט'.

הקושי בדברי הגרי"ש אלישיב זצ"ל פשוט, שכן הראנו לעיל שדברי הרמ"א והסמ"ע (ס"ק יא) איירי רק במציאות שאינו מיגדר מילתא, אולם אם הוי מיגדר מילתא יכול ביה"ד להשתמש בכח ביה"ד להפקר ממון. וא"כ דברי הגרי"ש אלישיב זצ"ל, העוסקים באדם שיש מקום לכפותו לגירושין ולכאורה הוי מיגדר מילתא – שכן הוא מסרב לגרש בנישואין אזרחיים (עיי"ש דמיירי בהכ"י) והכפיה אינה נכנסת לגדר גט מעושה – וא"כ מדוע לא להשתמש בהטלת חיוב מזונות האישה עליו ומדין מיגדר מילתא, וכפי שאכן מתייחס לזה הגרי"ש זצ"ל, ודוחה זאת מכח דברי הסמ"ע שצריך הגדול בדור?

אין מנוס אלא לומר שסבור הגרי"ש אלישיב זצ"ל שאף כפיה זו אינה נכנסת בגדר של מיגדר מילתא מאחד משני הנימוקים הבאים: או כיון שלא הוי מיגדר מילתא במילי דשמיא או שהוי חטאו של היחיד ולא פריצה הפוגע בדור ואז לא הוי מיגדר מילתא.

נמצינו למדים מדברי הגרי"ש זצ"ל שאף הוא שלל קנס, ואף במקום הנוגע לליבת העשייה כביה"ד הרבני מפני שאין זה נוהג אלא בגדול בדור.

האמת חייבת להיאמר, ושוב חזיתי מדברי החת"ס בתשובה (חלק ג (אבן העזר א) סימן קח), שם משמע שאף במיגדר מילתא צריך שיהיה הגדול בדור שאין כמוהו, וכפי עזרא הסופר, אך פשטות דברי המהרי"ק משמע שזה דווקא במילתא דלא הוי מיגדר מילתא, וכפי מה שכתבנו לעיל, וכך מהסמ"ע. וז"ל החת"ס:

"ומהרי"ק שרש א' תופס במושלם כלישנ' בתרא דר"ת ואף על גב דמהר"ם אלשיך בתשובה סי' נ"ז שפך סוללה על המהרי"ק מ"מ נראה פשוט בכוונת מהרי"ק ז"ל דההוא דיחרם כל רכושו דעזרא היינו לקנוס במגדר מילתא ולזה הורשה דוקא גדול שאין כמוהו כמו עזרא ובזה בעצמו מרמז לן הקרא ואלה הנחלו' אכל כי האי גוני אף על גב דנחלות גופי' שהנחילו אז לא הי' מענין זה אלא שמינוהו כל ישראל עליהם לדבר זה והי' אפטרופסי' על היתומי' כדאי' פ"ב דקידושין מ"מ מייתורא דקרא ילפי' נמי שיש להם רשות להפקיר והיינו גדולים כנשיאי' ובמגדר מילתא דוקא שהרשות נתונה להם מסיני אבל להרוויח להאי ולהפסיד להאי לא עד דאיכא כל העיר ומ"מ אם עבר א' אין בהם כח לקנוס אם לא הותנה בתחלה שכך וכך יהי' קנס העובר כהנהו טבחי דקרעו למשכיי' פ"ק דב"ב ולזה צריכי' ג"כ טובי העיר דאל"כ הוה אסמכת' כמ"ש המרדכי שם רמ"ג ע"א."

אלא שיש ליישב דברי החת"ס ולומר שאכן ישנו שוני בין מיגדר מילתא ובין קנס אחר וכפי שכתב המהרי"ק, אלא החת"ס סבור שאף במיגדר מילתא יש הכח להפקיר דווקא לגדול הדור, אולם במילתא דלא הוי מיגדר מילתא צריך שאין גדול כמוהו ודומה למשה רבינו וזה לא ניתן למצוא, ועל כן לא הוי הפקר ביה"ד הפקר בכח"ג, וצ"ע.

כ. ביה"ד בעל הסמכות לשימוש בהפקר ביה"ד הפקר

עד השתא עסקנו בגדר זה של הפקר ביה"ד, מתי ניתן לעשות שימוש בדין זה ומה הן גבולות השימוש בזה. אולם יש לשאול: מי הוא ביה"ד היכול לעשות שימוש בכלל זה?

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לעיל הבאנו תשובת חת"ס ממנו משמע שצריך שיהא ביה"ד חשוב בדור. עוד הוסיף שאף שאם יש מקומות שמצאנו שמועיל הפקר ביה"ד אף בביה"ד שאינו סמוך ואינו גדול בדור, יש לומר שהוי דין דרבנן ולא מה"ת, מאחר ומעזרא ליכא למשמע אלא בסמוכין ובגדולי הדור, עיי"ש. ולעיל הזכרנו סברא דומה בגדרי הפקר שלא למיגדר מילתא, שהמשנה למלך חילק בין אם זה חל מה"ת לבין דרבנן, והשואל ומשיב דחאו מאחר ולא מצינו חילוק זה בפוסקים. א"כ, באותה סברא יש לדחות חילוק זה של החת"ס.

כא. ג' דעות בביה"ד הראוי לתקנת פרוזבול

האמת ניתנת להיאמר שישנה מבוכה בין הפוסקים בגדר ביה"ד שראוי להפקיר, ומצאנו בפוסקים מנעד רחב, וכפי שהבאנו לעיל בדין מיגדר מילתא וביה"ד הראוי לענוש. יסוד העניין מתחיל בדברי המהרי"ק שהשווה דין זה לדין פרוזבול, והסכימו איתו רבים מהפוסקים: הרא"ם (סימן נז), המהריב"ל (סימן קכו) והריב"ש (סימן שצט), ועוד.

בדין פרוזבול ישנה מחלוקת בביאור דעת הרמב"ם, וכך הוא לשונו של הרמב"ם (הלכות שמיטה ויובל פרק ט הלכה יז):

"אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רבי אמי ורבי אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם, אבל שאר בתי דינין אין כותבין."

המשמעות הפשוטה בדברי הרמב"ם היא שצריך דוקא ביה"ד של רב אמי ורב אסי, ולפי"ז כיום שאין לנו כזאת, לא ניתן לעשות פרוזבול. כהבנה זו סובר הר"ם המובא בב"י (חור"מ סימן סז) וכן הביאו הב"ח, וז"ל הב"י:

"כתב הר"ם בתשובה (ד"פ סי' תתקעב, ד"ל סי' קצח) רבנן דבי רב אשי מסרי מילתייהו להדדי וכן רבי יוחנן מסר לרבי חייה בר אבא וכן הלכה כאלו אמוראי בתראי ולא כאמוראי דאמרי דוקא בי דינא דרב אמי ורב אסי אבל מדברי הרמב"ם בפרק הנזכר נראה דדוקא בית דינו דרב אמי ורב אסי שכך כתב אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רב אמי ורב אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם אבל שאר בתי דינין אין כותבין עכ"ל."

אלא שהב"י עצמו ביאר דעת הרמב"ם לא כך, אלא שצריך שיהיו ביה"ד גדול בדור, ולא דוקא כרב אמי ורב אסי, וז"ל:

"ומכל מקום בי דינא דרב אמי ורב אסי לאו דוקא אלא הוא הדין לכל בית דין חשוב שבדור וכן כתוב בתוספות (לו: ד"ה דאלימי) שרבינו תם כתב פרוזבול מטעם זה עכ"ד."

וכן הוכיח משיטת הר"ם עצמו, וכן ביאר הב"י בספרו כס"מ על הרמב"ם בהלכות שמיטה, עיי"ש.

אולם בסה"ת (שער מה חלק א) כתב שיטה שלישית בהאי דינא, וז"ל:

"ומסתברא שכל ג' בקיאי בדין ובענין פרוזבול ויודעין מצות שמטה והמחזהו רבים עליהם באותה העיר שהן דריין בה הרי הן באותה העיר ובאותו זמן כבי דינא דרב אסי וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם כמו הם בדורם. וכדגרסינן במסכת ר"ה ויעל משה ואהרן ושבעים מזקני ישראל, למה לא נתפרשו שמותם של זקנים ללמדך שכל ג' וג' שנתמנו ב"ד על ישראל הרי הן כב"ד של משה."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יעויין בריב"ש (סימנים תצא ושצט) שאף מדייק כשיטה זו ברמב"ם, והשווה לרמב"ם בהלכות סנהדרין שעוסק בהפקר ב"ד הפקר, וז"ל הריב"ש (סימן שצט):

"ועוד, שכתב ר"ת ז"ל: דלאו כבי דינא דרב אמי ורב אסי דוקא, קאמר. אלא: בי דינא רבה, באתריה. ויפתח בדורו, כשמואל בדורו. ולא אתא לאפוקי, אלא כגון: רבנן דבי רב אשי; דלא הוו בי דינא רבה. דהא הוי רב אשי באתרייהו, דאלימ מינייהו. אבל כל ב"ד קבוע בעירו, יכול להפקיע ממון, וכ"ש הקהל. וכן נראה בפ' ואלו מגלחין (ט"ז), דאמרינן התם: מנא לן: דמפקרינן נכסי? דכתיב: ואשר לא יבא לשלשת הימים, בעצת השרים והזקנים, יחרם כל רכושו. וכן כתב הרמב"ם ז"ל (פרק כ"ד מהלכות סנהדרין): וכן יש לדיין תמיד כו', כפי מה שיראה לגדור פרצת הדת, ולחזק הבדק, או לקנוס אלם. והרי הוא אומר בעזרא: וכל אשר לא יבא לשלשת הימים, בעצת הזקנים, יחרם כל רכושו. מכאן: שהפקר ב"ד הפקר. ע"כ."

וכן מסיק בתשב"ץ (חלק ב סימן ה), וז"ל:

"דקי"ל הפקר ב"ד הפקר וכיון שהפקרן הפקר אינו ממון שלו והרי לא קדשה בכסף שלו ואינה מקודשת כלל וא"כ אנו יכולין להמשיך הענין הזה להסכמת הצבור שהרי הצבור יכולין להפקיר ממון של כל א' מבני קהלם ובכל דור ודור יש לכל ב"ד כח להפקיר ממון שיש לו בעלי' דיפתח בדורו כשמואל בדורו וכן הסכימו האחרונים ז"ל דלענין פרוזבול שהתקין הלל משום טעמא דהפקר ב"ד הפקר דלא בעינן בי דינא כבי דינא דסור' ונהרדע' דאלי' לאפקועי ממונא אלא כל בי דינא רב' באתריה כתי' פרוזבול ומפקיר ממונא וכ"כ הרמב"ם ז"ל וז"ל יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותן כפי מה שיראה וכו' עכ"ל."

אולם יש להעיר שבתשובת המהריב"ל (סימן קכו) חולק על הריב"ש, ומסיק שבדעת ר"ת סוברים רוב הראשונים שלא סגי בביה"ד החשוב בעיר, אלא צריך שיהא כבית הדין הגדול בדור, אלא שהביא תשובת רשב"א שלמדה בדעת ר"ת כפי שלמדה הריב"ש. עיי"ש שסובר שלא ניתן להקל בדין זה, וישנם ג' שיטות והבאנו אנו עיקרם.

כב. דחיית ההשואה לדין פרוזבול

אולם מנגד, ישנם כאלו שדחו השוואה זו של הפקר ביה"ד החל בשמיטה לדין הפקר ביה"ד המקובל בתקנות הציבור. הריב"ש עצמו (סימן שצט) כותב שהיכולת של בני העיר וראשיה לתקן בעיר גדולה יותר מאשר הפקעת ממון הנצרכת לדין פרוזבול, וז"ל הריב"ש:

"לא קשיא לנדון זה. דהתם הוא כגון: פרוזבול להפקיע ממון של זה, שלא כדין; לכתוב עליו פרוזבול. אבל מה שעושין בני העיר בעירם, לענין תקנותיהם, הרי הם: כבי דינא דרב אמי ורב אסי; ועדיפי מינייהו."

וכן כותב לחלוק על המהרי"ק ביסוד השוואה זו בשו"ת מהר"ם אלשיך (סימן נט), שתקנות העיר קלות הן מהפקעת פרוזבול, וז"ל:

"ועוד דחק עצמו מהרי"ק שכתב שמה שאמרו /בגיטין/ פרק השולח דילמא כי תקון הלל פרוזבול לדרי עלמא כגון בי דינא דידיה וכרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא כתב דלאפקועי ממונא דפרוזבול משום דהוי פרוזבולי ובוטי אלימי לאפקועי אבל לתקן תקנה כגון על המדות וכו' וכיוצא דאיכא רווחא להאי ופסיד' להאי לא אלימי ב"ד דר' אמי ור' אסי ונראה דהוי יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דהא בגמ' קא חשיב לפרוזבול כנוטל ממון

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שלא כדין בחזקה דאמר שמואל האי פרוזבול עולבנה דדייני ופרש"י ז"ל לשון חוצפא שנוטלין ממון שלא כדין בחזקה ע"כ ודבר ברור הוא שלהתנות על המדות וכו' שהיא תקנה דאית בה רווחא להאי ופסיד' להאי גריע מנטילת ממון שלא כדין בחזקה וגם ראייה מהרמב"ם ז"ל שפ"ט דשמיטה כתב שאין כותבים פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כר' אמי ור' אסי שהם ראויים להפקיע ממון בני אדם ובפ"ד דמכירה כתב דרשאין בני העיר להתנות על המדות וכו' דהיינו טובי העיר שאם הוא כל העם מקצה פשיט' ואם איתא דפרוזבול קיל מהתנות על המדות היכי התם לא סגי אלא בב"ד דר' אמי ורב אסי והכא טובי העיר שבכל מקום יכולים לעשות אלא ודאי דהפקעת פרוזבול אלימא. וכן הריב"ש ז"ל שהעתקנו לשונו למעלה חילק הפך מסברת מהרי"ק.

והוכיח זאת מדברי הרמב"ם כאמור בדבריו.

מדבריהם ניתן ללמוד שיש מקום לחלק בין שימוש בענישה בעל כרחו של אדם, שזה דומה יותר לכוח שצריך להיות בפרוזבול מצד הפקעת ממון של האיש בניגוד לרצונו, לבין תקנות הציבור ששם יש את רוב הציבור שמקבל מציאות זו של התקנה, ואז ניתן להשתמש בכח זה אף כנגד המיעוט.

ג. שיטת הרא"ש והטור בהשוואה לפרוזבול

מהרא"ש והטור משמע איפכא, בפרוזבול שיטת הרא"ש והטור שסגי בביה"ד של ג' ואפילו אינו קבוע, ואילו ברא"ש והטור (סימן ב, וכן היא פסיקת השו"ע) משמע שכדי להפקיר ממון צריך שיהא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, ולשיטתם צריך לומר שהשימוש בקנס כדי לענוש קשה יותר מאשר תקנת פרוזבול. ביאור הדברים הוא כפי ביאור המהריב"ל (סימן קכו) שיש בפרוזבול כח להשתמש בכחו של הלל שהתקין את התקנה, ועל יסוד תקנה זו יש כח לכל ביה"ד שבדורו לעשות שימש בתקנה זו, ואילו בשימוש של הפקעת ממון של בעל דין במסגרת ענישה שלא מן הדין צריך דווקא גדול הדור או מי שהסמיכו לכך.

עוד יעויין בשו"ת חת"ס (חלק ה' חושן משפט) סימן קיג) שכותב שרוב הפוסקים נוקטים בשיטה שצריך בפרוזבול ביה"ד היכול להפקיע ממון כרב אמי ורב אסי והיינו גדול הדור, ומכל מקום חידש שכיום ניתן לעשות פרוזבול, עיין שם חידושו, וז"ל:

"והנה אעפ"י דבעי' עכ"פ הגדול בדור ההוא לדעת רוב הפוסקים מ"מ נ"ל דהיינו טעמיה משום דלא אלימי לאפקועי ממוןא אלא ב"ד רב אמי ור"א וזה הי' בזמניהם שהי' נזהרי' בשמיטת כספים והדיין הפקיע ממון של לוח שלא מרצונו ולזה צריכי' בד"ח [=בית דין חשוב] אבל השתא שאין העולם נזהרי' ויודעי' מזה כלל ולא עלה על דעת הלוח כלל שיהי' השביעית משמטתו ואפי' אי נאמר לו הדין מ"מ ה"ל ממש אומדנא דמוכח כאלו התנה ע"מ שלא תשמטני בשביעית והצנועים העושים פרוזבול לא לאפקועי ממוןא אתו אלא לאפקועי איסורא דאפי' המתנה כן עביד איסורא עכ"פ ועובר עמ"ש בתורה פן יהי' דבר עם לבבך בליעל דאל"ה לא הי' צריך הלל לתקן פרוזבול מפני שהי' נמנעים להלוות הא אפשר להו להתנות כן בשעת הלואה אע"כ דהיא גופי' ה"ל דבר בליעל ויעי' בס' בכור שור בחי' שבסוף הספר במס' מכות וא"כ אין כאן אלא אפקועי איסורי' ואין אנו מפקיעי' ממון שלא מרצון המתחייב וזה נוכל גם אנחנו לעשות ע"כ קבלתי דבריו ורצון יראי השם אעשה."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כד. הכרעת הגרב"צ עוזיאל זצ"ל ונפק"מ נוספת בין שני הלימודים להפקר ביה"ד הפקר

עוד ראיתי במהרש"ם בקונטרס תיקון עולם (סימן רלא אות יב) שדן בנידון זה האם בעיני ביה"ד החשוב בדור או דילמא כל ביה"ד בעירו יכול להפקיר בכח בת דין, והוכיח מגדרי אסמכתא דבעיני בית דין חשוב ובכל ביה"ד שבעיר סגי, עיי"ש ובעוד הוכחות, ומסיק שם כדברי התשב"ץ שהבאנו לעיל שכל ביה"ד בעירו יכול להפקיר.

אולם יש להעיר שמדברי הריב"ש ראינו שגם אם נאמר כך, מכל מקום יש לעשות הבחנה בין תקנות הקהל ובין שימוש בכח זה לקנוס ולהפקיע ממון, ועל הבחנה זו ראיתי שעמד הגרב"צ עוזיאל זצ"ל, בספרו השופט והמשפט (שער ב פרק ה), וז"ל:

"ברם, אע"פ שהוכחנו דמן הדין רשאים כל ביה"ד שבדורו להפקיע קנין היחיד ולהפקירו ליחיד או לכל הזוכה בו, עדיין אני אומר דיש שני סוגים של הפקר: א. הפקר הנעשה מסיבת עונש או קנס, ב. הפקר הנעשה מסיבת תקנה לצורך השעה והזמן לקיום התורה, כגון פרוסבול או לתקנת החברה והשלום המשפחתי והציבורי.

הסוג הראשון הוא נלמד מהנאמר בעזרא "וכל אשר לא יבוא וכו' יחרם רכושו" והסוג השני נלמד מהיקשא דראשים לאבות מה אבות מנחילים וכו'.

וראיה לדבר דבמו"ק דף טז אמרינן ומנלן דמפקירין לנכסיה? דכתיב וכל אשר לא יבוא וכו' יחרם רכושו" ולא נזכר שם היקשא דראשים לאבות ואילו ביבמות (פ"ט) דעסקינן בדין תקנת ירושת הבעל בנשואי קטנה מייתנין נמי הך היקשא.

ולכן בהפקר של הסוג הראשון בעיני ביה"ד גדול וחשוב דומה לבית דינו של עזרא, אבל בסוג השני של הפקר מדין תקנה – הרשות לכל ביה"ד בדורו לתקן מדין הפקר, משום דכל ביה"ד העומד בראש הציבור נקרא לעניין זה ראש הציבור, ומה אבות מנחילין לכל מי שירצה אף ראשים מנחילים לכל מי שירצו, והסברא נותנת כן דאל"כ מה יעשה ביה"ד שבדורו שרואה צורך והכרח לתקן תקנותיו בהתאמה לצורך השעה ולקיום התורה."

הרי לנו נפק"מ נוספת בין שני הלימודים לדין הפקר ביה"ד הפקר. אולם בניגוד לפוסקים שכתבו שיש מחלוקת בין הלימודים, דעת הגרב"צ זצ"ל שאין מחלוקת ביניהם, אולם יש נפק"מ בין שני הלימודים וכפי שכתב.

נעיר שלא נעלם מעיני דברי הרב השיב משה שהובאו דבריו בשו"ת ציץ אליעזר שאזיל בתר איפכא, וכתב שיותר נקל לקנוס שלא מן הדין מאשר לתקן תקנה, ולא ברור מהיכן למד כן. בהערה הביאו דברי האלשיך (סימן נט) שמשם מוצא הדברים, אולם המעיין שם יראה שלא מוכח כן אלא מוכח להיפך, וכפי שהבאנו לעיל.

סוף דבר

ראינו ג' גדולי הוראה, הלא המה: הראש"ל הגר"ע יוסף, הגרי"ש אלישיב, הגרב"צ עוזיאל כולם זצוק"ל, ששימשו שנים רבות כעמודי התווך של עולם הדיינות ולא רק שנמנעו מנקיטת מעשה במסגרת סימן ב של ענישה שלא מן הדין, אלא יותר מזה שללו שימוש בכח זה של ענישה כל אחד מסיבותיו הוא, וכפי שהבאנו דבריהם לעיל. וכן משמע בדברי הגר"ח הלוי זצ"ל שהבאנו לעיל (סוף אות יא). לענ"ד הנימוק לכך הינו פשוט, שכח ענישה זה אינו עומד בתנאים שהציבו הרה"ג בנימין בארי שליט"א בספר כנס הדיינים וכבוד האב"ד הרה"ג אליהו אדרי שליט"א בספרו שחר אורך, ואין להם דמיון לדברים שהובאו בגמ' ובפוסקים, וכפי שפוסק המהרי"ק. כמו כן, אין

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זה בכלל הדברים שניתן לביה"ד האזורי הרשות הברורה והאחריות לעסוק בדברים הללו, וכפי דרישת הפוסקים, וכפי שהטיב להגדיר זאת הרב מהר"י עייאש, הובאו דבריו לעיל.

מסקנת הדברים

- א. כח זה של ענישה שלא מן הדין הינו כח גדול, ויש בו עקירה של דיני תורה. כח זה נמסר לגדולי הדור על מנת להעמיד את הדת על תילה, ושני תנאים יסודיים נאמרו בפוסקים אודות שימוש בכח ענישה זה: הראשון הוא למיגדר מילתא במילי דשמיא, והשני הוא השפעה על הכלל, היינו שישנו במעשה זה פריצה משמעותית הנוגעת לדברים בין אדם למקום העלולה להגיע להשפעה על כלל הדור.
- ב. דבר זה מסביר מדוע יש להקפיד ששימוש בכח זה יעשה דווקא ע"י גדולי הדור או מי שנשלחו לכך מפי טובי העיר לעסוק בדבר זה של גדירת הדור.
- ג. אף לשימוש זה של ענישה שלא מן הדין העומד בתנאים האמורים בסעיף א, יש לעשות בכח זה שימוש לשם שמים ובאופן מועט וחד פעמי על מנת שלא יהפוך לשימוש קבוע.
- ד. ענישה שלא מן הדין צריכה שתהיה מוכחת הנותנת מזור לשמה היא נבחרה, וכפי דברי הגרא"י קוק בבאר אליהו (סימן ב), ואם לא מוכח שענישה זו תוביל לפיתרון הרצוי – כי אז אין לעשות שימוש בכח ענישה זה.
- ה. שימוש בהפקר ביה"ד הפקר לצורך הטלת קנסות אינו נכלל בגדר עקירה של דיני תורה, אולם גם לשימוש בכח זה במסגרת ענישה שלא מן הדין יש לעמוד בתנאים הנזכרים בסעיף א.
- ו. בהתאם לסעיף א, לא ניתן לעשות שימוש בכח זה לצורך הדברים שהעלה כבוד האב"ד הרה"ג אליהו אדרי שליט"א בספרו שחר אורח (חלק א סימן כא) במסגרת ההפרעות ואי הופעה בפני ביה"ד. לענ"ד דברים אלו לא עולים לכדי רף הענישה של ענישה שלא מן הדין, ואיני רואה דמיון בין מקרים אלו למקרים שנישנו בפוסקים בהקשר זה של ענישה שלא מן הדין. כמו כן, איני בטוח שתגובה שאינה מידתית תשנה את היחס לביה"ד.
- ז. הרחבה זו של מיגדר מילתא אף על דיני בין אדם לחבירו יש לעשות רק במסגרת תקנה של הציבור וע"י שבעת טובי העיר, כדברי הגרי"ש אלישיב בקובץ תשובות (ח"ד סימן קסח) והחזו"א שהובאו דבריו בשו"ת ציץ אליעזר (חלק יט סימן מט).
- ח. אי התייצבות ביה"ד, במידה והיה זמן להודיע לבית הדין ו/או לצד השני והצד שכנגד הופיע, יש לחייב הוצאות במסגרת החיוב של "לך ואבוא אחרוך", וכפי שהארכתי בפסקי דין אחרים (תיק 1178541/9 ותיק 1381772/3).
- ט. אין באמור כדי למנוע שימוש במסגרת החוק לכפיית ציות בהגדרות המחייבות, ועמידה בתנאים המגבלים הכתובים בחוק עצמו.

מסקנה

בהתאם לדברים הנ"ל, סבורני שאין לעשות שימוש בכלל זה של ענישה שלא מן הדין, ויש להותיר את ההחלטה בענין הקפאת התיק מיום כ"ז באדר תשפ"ג (20.03.2023) כפי שהיא, מבלי לצרף לזה חיוב קנס.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נראה שהאישה הבינה לכבד שאין התנהגות זו מוסיפה לה כבוד.

פס"ד זה מותר בפרסום לאחר השטמת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום כ"ח באדר התשפ"ג (21/03/2023).

הרב אברהם הרוש – דיין

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1390100/1

בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

נימוקי הדיין:

הרב אבידן משה שפנייר

המבקשת: פלונית

המבקש: פלוני

הנדון: גדרי 'עונשין שלא מן הדין' ו'מיגדר מילתא' בהטלת קנסות והוצאות משפט

הקדמה

ביום ט"ז בטבת תשפ"ג (09.01.2023) ניתנה על ידי המותב הח"מ החלטה הדוחה לעת עתה את בקשת הצדדים למחוק את האזהרה של "טעון בירור" ממעב"ד האשה בענין בקשת נישואין למבקש. עם זאת, נקבע בדעת רוב שאין להשית הוצאות משפט על הצדדים על הגשת הבקשה. בהחלטה ניתנו נימוקים חלקיים בענין הוצאות משפט, בפרט מסביב לנושא "בית הדין עונשין שלא מדין", וכעת יש להשלים את הדברים בנימוקים מורחבים. אציין שנימוקים אלו הינם עקרוניים וכוחם היה יפה גם בפסה"ד הנ"ל. וזו לשון ההחלטה:

החלטה

[...]

לאור כל האמור, ביה"ד קובע בדעת רוב:

- א. הלכה כדעת הרוב. לכן אין ביה"ד אינו מטיל חיוב הוצאות בתיק זה.
- ב. על הצדדים להודיע האם מוכנים ללכת לבדיקת פוליגרף לבדיקת טענת הבגידה במהלך נישואיהם הקודמים.
- ג. בהעדר תגובתם תוך 14 יום יסגר התיק.

ניתן ביום ט"ז בטבת התשפ"ג (9.1.2023).

הרב אליהו אריאל אדרי – אב"ד הרב אבידן משה שפנייר – דיין הרב אברהם הרוש – דיין

נימוקי הרב אבידן משה שפנייר

פסק דין המובא לעיל ניתן ביום ט"ז בטבת תשפ"ג (9.1.2023) ונחתם ע"י שלושת חברי ההרכב. להלן אפרט את הנימוקים שהביאוני לעמדתי בהחלטה הנ"ל. יודגש כי נימוקים אלו הינם דעתי האישית בלבד ואינם בהכרח משקפים את דעת חבריי להרכב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פתיחה

בבתי הדין הרבניים יש הנוהגים לקנוס בעלי דין המפריעים למהלך הדיון או שמסרבים לציית לפסקי דין וכיוצ"ב, והשאלה אם ניתן לחייב זאת. כמו כן, יש לדון בחיוב הוצאות משפט לצד השני או לאוצר המדינה.

המעייין בכל כרכי פסקי הדין הרבניים שניתנו ברבות השנים בבתי הדין האזוריים ובבית הדין הרבני הגדול לערעורים, יראה כמעט תמיד את המשפט "אין צו להוצאות", וגם כשחייבו הוצאות הן היו לטובת הצד שכנגד בסכום נמוך.

כידוע, גם בתי הדין לממונות הידועים כמו הבר"ץ של העדה החרדית וביה"ד של הגר"נ קרליץ זצ"ל וכל בתי הדין לממונות הפרטיים, לא מחייבים קנסות.

בדברינו נתמקד בעיקר בנושא הוצאות משפט לטובת אוצר המדינה.

הוצאות משפט לטובת הצד השני - לך ואני אבוא אחרך

כידוע, יש שני סוגי חיוב הוצאות: סוג אחד, שצד אחד גרם ברשלנות הוצאות לצד השני, כמבואר בשו"ע חו"מ (סי' יד). בזה חששו לדברי הגר"א שם (ס"ק לא) שחולק על הרמ"א, שייתכן וחיוב הוצאות שנגרמו לאדם עקב כך שבעל דינו לא הגיע לדיון זה בגדר גרמא, ואין לחייב. ואף שהגר"א נשאר בצ"ע על דברי הרמ"א שמחייב ויתכן שאינו חולק, וכפי שהעיר הגר"מ שטרנבוך בשו"ת תשובות והנהגות (ח"ד סי' שג), אולם המנהג הרווח בבתי דין לא לחייב וכנ"ל וחוששים שכוונת הגר"א לחלוק. ואמנם כתב שם הגר"מ שטרנבוך שניתן לאיים על הגורם הוצאות לחבירו שידע שיחייבוהו בדין שמים, אך בפועל ביה"ד עצמו אינו מחייב.

עוד העיר שם הגר"מ שטרנבוך, שאין לחייב על הוצאות עורך הדין, שזה ודאי גרמא, דמאן יימר שצריך להביא עורך דין לדיון, ובפרט בתחילת תיק.

אמנם בתביעה שקרית או קנטרנית או שלא היה בה כל צורך אשר גרמה לצד השני הוצאות סרק, נהוג לחייב. (ראו בשו"ת ישועות ישראל (חו"מ סי' יד), הובא גם בפד"ר (ח"ח עמ' 15). וראו גם במשפטיק ליעקב (ח"א סי' יב), ועוד).

כידוע, בזמנו הראשל"צ הגר"מ אליהו זצ"ל הציע לתקן תקנה על דעת כל הרבנים שדין "לך ואני אבוא אחרך" יחשב לגרמי, אך הצעתו לא התקבלה (פד"ר ח"ג עמ' 34 ופד"ר ח"י עמ' 3).

הוצאות משפט לטובת אוצר המדינה

הסוג השני הוא הוצאות לטובת אוצר המדינה, מכח הדין המפורסם שביה"ד מכין ועונשין שלא מן הדין למיגדר מילתא, ואשתדל לברר גרמי דין זה ולבוא למסקנות. (ראה במאמרו של הרה"ג בנימין בארי שליט"א בספר כנס הדיינים התשע"ט, תש"פ, תשפ"ב עמ' 316, בכמה נקודות צעדנו בדרך שונה מדבריו).

מי הדיינים הרשאים להעניש שלא מן הדין לצורך שעה למיגדר מילתא

בגמרא בגיטין (דף לו ע"ב), בסוגיה של פרוזבול, מבואר שרק בית דין חשוב שבדור רשאי להפקיע ממון, כמו בית דין של רב אמי ורב אסי. וכן פסק הרמב"ם בהלכות שמיטה ויובל (פ"ט הי"ז).

ובגמרא בב"ק (דף צו ע"ב):

"ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדינהו למריה; אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו: זילו שומו שבחא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דאשכח. אמר ליה רבא: תורי אשבח, ארעא לא אשבח? אמר: מי קאמינא נשיימו כוליה? פלגא קאמינא. א"ל: סוף סוף גזילה הוא, וקא הדרה בעינא, דתנן: כל הגזלנין משלמין כשעת הגזלה! אמר ליה, לא אמינא לך: כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי? דאמר הונא חברין עלאי: אנא ושבור מלכא אחי בדינא, האי אינש גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה."

ומבואר שם ברי"ף (דף לד ע"א בדפי הרי"ף) וברא"ש (פ"ט סי' ה) ובמהרי"ק (סי' קפח) שלהעניש שלא מן הדין יכולים רק גדולי הדור כמו רב נחמן או טובי העיר שרבים המחוס עליהם, אך ג' הדיוטות שהציבור קיבלו עליהם לא מועיל.

גם הרי"ף על דברי הגמרא בסנהדרין (דף מו ע"ב) לגבי מכין ועונשין שלא מן הדין, כתב שדיינים שמכין ועונשין שלא מן הדין ראוי שיהיו מומחין וסמוכין כשמעון בן שטח וחבריו. ובחידושו לסנהדרין (דף כז ע"א) תמה כיצד אפשר להעניש בבבל מכח דין זה, הרי מכין ועונשין שלא מן התורה חמור יותר, וצריכים דיינים יותר גדולים ומומחים. ותירץ ששם בגמרא מדובר שהריש גלותא היה מעניש מכח סמכות מיוחדת שניתנה לו מהמלך לבער עושי רשעה.

והנימוקי יוסף בסנהדרין (דף ט"ז ע"א מדפי הרי"ף) כתב שדין בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין הוא דין בסנהדרין גדולה שכוחם גדול, אבל לא בית דין בעלמא.

אמנם, בדרישה (סי' ב ס"ק א) מבאר שמה שאמר הנימוקי" שצריך דווקא סנהדרין גדולה, זה דווקא כדי לדון את העבריין באותו עונש האמור בתורה על העבירה שעשה או דומה לה, כמו אותו שרכב על סוס בשבת וסקלוהו בגלל שעל חילול שבת יש עונש סקילה – על אף שרכיבה בשבת נאסרה רק מדרבנן, מ"מ לצורך שעה החמירו בדינו. והביא שם שהטור הרי"ף והרמב"ם חולקים על הנימוקי", וכל דייני מומחה ברשות הנשיא או ביד של ג' שקבלום עליהם בני העיר יכול לענוש בכל עונש.

גם בגידולי תרומה (שער סב אות ו) כתב שמדברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פכ"ד ה"ה) משמע קצת שדעת הרמב"ם כדעת הנימוקי", שרק לסנהדרין גדולה יש רשות להלקות שלא מן הדין, ולכן כתב שם הרמב"ם בתחילה "בית דין" סתם, ואח"כ כתב "בית דין שבכל מקום ובכל זמן".

אלא שיש לציין שדברי הנימוקי" הולכים על הגמרא בסנהדרין (דף נב ע"ב) על אימרתא בת טלי שהיתה בת כהן שזנתה, ושרפו אותה באופן שהקיפו אותה חבילי זמורות, ואמר על כך רב יוסף שטעו בכך שתי טעויות. על כך הביא הנימוקי" שיש מפרשים שהיתה עוד טעות, בכך שרב חמא בר טוביה שדן אותה למיתה לא היה דייני שסמכוהו, ולצורך עונש מיתה צריך סמוכין. ויתכן שהנימוקי" יודה שבעונש קל יותר כמו ממון ומלקות אין צורך בסמוכין.

ביש"ש (ב"ק פ"ט סי' ז) מבואר שאפילו ממונה עפ"י טובי העיר שגדול ומומחה בהוראה אינו יכול לקנוס יחידי אלא בהסכמת טובי העיר שישבו עמו בדין, וביד דייני רגיל אין רשות לקנוס אלא מומחה וגדול בהוראה. ובהגהות דרישה ופרישה (סי' ב אות ה) כתב כן בדעת הרי"ף.

ברמב"ם הלכות סנהדרין (פכ"ד ה"ו) כתב:

"וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם."

ומשמע לכאורה מדבריו דלא כהרי"ף והרא"ש שדווקא גדול הדור, אלא כל דייני יכול להפקיר ממון בכל זמן. אלא שהכסף משנה (שם) מדגיש שלמרות שאפשר גם בזמן הזה אבל צריך שיהיה בית דין חשוב או גדול הדור.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם, בריב"ש (סי' שצט) מבואר לענין תקנות בני העיר שכל בית דין במקומו נחשב בית דין חשוב שבדור שרשאי להפקיר ממון וכן הוא בתשובת הרשב"א (ח"א סי' רצג). וכן מבואר בתשב"ץ (ח"ב סי' ה) ובתשובות מיימוניות (קנין סי' כו) בשם תשובת רש"י (סי' רלח).

אם כן, יש מחלוקת בדעת הרמב"ם האם כל ב"ד קבוע במקומו נחשב ב"ד חשוב ורשאי להפקיע ממון או דווקא ב"ד החשוב שבדור גדולי הדור.

המגיד משנה (הלכות מכירה פי"א הי"ג) כתב בדעת הרמב"ם לגבי בית דין חשוב שהכוונה לבי"ד סמוכין, והביא את הרשב"א שאפילו לא סמוך אלא מומחה לרבים להפקיע ממון.

ובחתם סופר (אה"ע ח"א סי' קח) פסק להדיא שגם במקום מיגדר מילתא, רק גדול הדור שאין כמוהו רשאי להפקיר ממון, ואפילו טובי העיר אינם רשאים להוציא ממון, אך במהרי"ק (סי' קפ) מבואר שטובי העיר הם כמו גדול הדור.

הגר"ח פאלאג'י בספרו החפץ חיים (סי' ע), הביא בסעיפים יב ו-יט שתי נקודות בענין זה בשם ספר בשמים ראש. והנה, ספר בשמים ראש רבים פקפקו על מהימנותו, מ"מ כיון שכך פוסק הגר"ח פאלאג'י, מן הראוי להביאם.

א. עונש שלא כדין אינו מסור לכל בית דין של עיירה שבה ארבעים בעלי בתים אלא לגדולי הדור ולתלמידי חכמים מובהקים.

ב. אין לכופף בכל דבר שאין הלכה ברורה נהוגה מכל בתי דינים.

כלומר, לדבריו, ככל הניתן יש לקבוע כללים שיונהגו בכל בתי הדין בענין זה.

ביש"ש שהבאנו לעיל מבואר עוד שהעונש צריך להיות שקול ומידתי לפי שיקול דעת הדיין.

הנה עינינו הרואות שבנקודה זו, מיהו ביה"ד שרשאי למיגדר מילתא ישנה מחלוקת גדולה. אך בענין זה הכריע השו"ע שכל בית דין, אפילו לא סמוכים, יכול להעניש. והוסיף שדווקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, וכיאר הסמ"ע שהציבור המחוס להיות בית דין עליהם. אולם, גם השו"ע פוסק שמדובר שראו שהעם פרוצים בעבירות ושהוא צורך שעה. ובפוסקים דלעיל מבואר שטובי העיר לא חייבים להיות העשירים, החכמים, או הנכבדים בעיר, אלא אלה שהציבור מעוניין בהם שינהלו ויפקחו על עניני העיר (שו"ת הרשב"א ח"א סי' תריז), ובמובן מסויים יש להם אפילו כח יותר מדיינים.

נציין רק לדברי הגאון מברעזאן בעל שו"ת מהרש"ם בקונטרס תיקון עולם (הנדפס בספרו משפט שלום על חו"מ סו"ס רלא) שהאריך מאוד בגדרי דין הפקר בית דין הפקר.

יעו"ש (באות [ב]) שכותב בריש דבריו: "ואולם גוף דיני הפקר ב"ד הפקר לא נתבאר בשו"ע ויש לי בזה עיון רב ולכן אמרתי אשיחה וירוח לי". ולאחר שהביא דברי הרמב"ם הנ"ל ושאר ראשונים ונו"נ בזה כדרכה של תורה מסיק בזה (ריש אות ח): "והנה לענ"ד הדבר ברור דגם בלא מיגדר מילתא אמרינן הפקר ב"ד הפקר כו", וכן מסיק (אות יב): "ולכן נראה עיקר דסוגיא דעלמא כדעת הסוברים דהפקר ב"ד הפקר בכל ב"ד שהמחוס רבים עליהם ולא דווקא גדולי הדור כו", וכן מסיק (ריש אות יג): "העולה מכל זה דגם לצורך תקנת הקהל הרשות ביד ב"ד להפקיר נכסים וכל ב"ד בעיר הפקירן הפקר וכו".

אך דעת הסמ"ע (סימן ב ס"ק יא) בשם המהרי"ק שאפילו למ"ד שטובי העיר יכולים לתקן מה שירצו, היינו דווקא מה שהוא צרכי הקהל, אבל להפקיע ממון מאחד לחבירו שאינו צורך הקהל,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פשיטא שלא. וסיים דלא אמרינן הפקר בי"ד הפקר אלא בגדול שאין בדורו כמוהו. וכן כתב המהר"ם שיק (חלק חו"מ סי' ב) שהפקר בית דין הפקר יכולים לעשות רק בית הדין הגדול.

כדברי הסמ"ע פסק התומים (שם). וכדבריהם פסק מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות (ח"ד סי' קסח) שלמד שהכל תנאי אחד, ובכללו שהדבר מסור לגדולי הדור, והוסיף א"כ קיימת תקנה.

כלומר אף שניתן היה לומר שהסמ"ע דיבר שלא ניתן לכל בית דין לעשות תקנה מדין הפקר בית דין אלא רק לגדולי הדור או בית הדין הגדול, מ"מ הרב אלישיב זצ"ל ודאי לא הביין כך, אלא שכשיש תקנה אז אכן כל בית דין יכול להפקיע ממון מדין הפקר בית דין, אך כשאין תקנה הדבר מסור לגדולי הדור בלבד.

יצוין שהגרי"ש אלישיב זצ"ל לא הזכיר זאת בהקשר הוצאות, אלא בהקשר מזונות קטינים.

כנס הדיינים תש"ם-1980

בספר כנס הדיינים תשע"ו (עמ' 458 ואילך), מובא בפרוטוקול מושב מכנס הדיינים תש"ם עם גדולי הדיינים דאז.

המושב עסק באכיפת פסקי דין ודנו בענין חוק לאכיפת פסקי דין האם כדאי להעביר אותו. גדולי הדיינים דנו מצד הדין של בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין למיגדר מילתא.

הרה"ג שמואל דיקמן זצ"ל הציע שאם כל הדיינים יסכימו לחוק זה ייחשב כמו גדולי הדור שתיקנו תקנה שיכולים לכפות בממון וכדו'.

הרב ציון אלגרבל שליט"א, למרות שסבר שיש מקום לכל בית דין למיגדר מילתא, בסוף דבריו חילק בין שני סוגים של מיגדר מילתא:

א. יש מיגדר מילתא שהציבור פרוץ, ואז כשרוצים לחזק פירצות הדת בזה אין צורך דווקא בגדולי הדור.

ב. אבל כאשר הפירצה היא בין הציבור והדיין בזה יש צורך בשיקול דעת אם זה באמת מיגדר מילתא כלפי הציבור, ושיקול דעת זה צריך להיות על פי גדול הדור.

הרה"ג שלמה שמשון קרליץ זצ"ל אמר שזאת חוכא ואיטלולא לדבר כמושגים של תקנה משום הפקר בית דין הפקר, מאחר וזה ורק בזמן הראשונים עוד היה להם כח לתקן תקנות מדין הפקר בית דין, אך לא לנו.

אמנם מדבריו בהמשך נשמע, כי כאשר בעל דין או עד מנסים להערים על בית הדין או לשקר, בהסתרת מידע וכדו', ניתן אפילו להגיש תלונה נגד העושה זאת על אף שיתכן שיקבל עונש מאסר, בפרט אם רצו להכשיל באיסור חמור של אשת איש.

גם הרה"ג ברוך רקובר זצ"ל הצטרף לדבריו של הרה"ג קרליץ זצ"ל.

רואים מדברי כולם שכדי להוציא ממון מדין מכין ועונשין, צריך תקנה או גדולי הדור, ואף לסובר שאין צורך בגדול הדור יש לומר שבמיגדר מילתא שבין הציבור לדיין צריך שיקול דעת של גדול הדור.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מהו מיגדר מילתא?

הכלל הראשון שבית הדין חייב לשקול בכואו לחייב קנס, הינו דברי רוב הראשונים וגדולי הפוסקים לקמן, האם יש בעונש של ביה"ד משום מיגדר מילתא? היינו, האם הציבור פרוץ בעבירה מסוימת או יחיד פרוץ בעבירה שנעשתה בפרסום או באופן שיכול לגרום לרבים להיכשל אף הם באותה עבירה?

גרסינן במגילת תענית (פ"ו):

"אמר ר"א בן יעקב שמעתי שבית דין מלקין והורגין שלא מן התורה. דבית לוי אמרו שמעתי שבית דין עונשים ממון ומכים שלא מן התורה, לא מפני שכתוב בתורה, אלא משום שנאמר "ובערת הרע מקרבך". ומעשה באחד שהטיח באשתו תחת התאנה והוליכוהו לבית דין והלקוהו, וכי חייב היה, אלא שהייתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו אחרים מפני שנהגו מנהג זנות. שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת והביאוהו לבית דין וסקלוהו, וכי חייב היה, אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו אחרים. שמעון בן שטח תלה שמונים נשים באשקלון, וכי חייבות הריגה ותליה היו, אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו אחרות "וכל ישראל ישמעו וייראו".

דברי ר"א בן יעקב הובאו אף בבלי בסנהדרין (דף מו ע"א) וביבמות (דף צ ע"ב), ובירושלמי חגיגה (פ"ב ה"ב), אלא שבתלמודים לא הובא המקור בפסוקים.

ופירש רש"י בסנהדרין (שם):

"אלא שהשעה צריכה לכך. מפני שהיו פרוצים בעבירות שהיו רואין לחצן של ישראל שהיונים הם גוזרים עליהם גזרות והיו מצות בזויות בעיניהם."

ובפירוש המיוחס לר"ן (שם) כתב, לאחר שהביא את דברי רש"י:

"אבל יש להם (לחכמים) לענוש איזה עונש הן עונש מלקות הן עונש מיתה לפי צורך שעה כשהדור פרוץ."

גם הרמב"ם כתב כך בהלכות סנהדרין (פכ"ד ה"ד):

"וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להם לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה."

ראה גם בספר ברית יעקב לגרי"ח סופר (סי' כג) שביאר שכן גם דעת רבנו חננאל והרמ"ה.

וכך כתב הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' קצג), הובא בב"י (ח"מ סי' ב):

"ואעפ"י שאלו דיני קנסות ואין דנין אותן בבבל מכל מקום בכל מקום ומקום דנין לעיתים לכיוצא בהן לגדור את הדור."

ובשו"ת הרא"ש (כלל יח סי' יג) נשאל על אלמנה אחת שהתעברה לישמעאלי ושוב המירה דתה ונישאה לו ונתן המושל שם רשות לבית דין לדונה כדין ישראל. וכתב השואל שבכל הקהילות מרננים על מעשיה, ויש עניין להרתיע נשים אחרות שלא יעשו כמעשיה בגלל שמדובר בדבר כ"כ מפורסם, והציע לעונשה בעונש גוף חמור:

והשיב על כך הרא"ש (שם):

"תשובה: ... יפה דנת ליסרה כדת [...] כדי שתתגנה על מנאפיה, ודבר זה יעשו פתאום כדי שלא תצא לתרבות רעה, ולפי עושרה לקנסה בממונה."

וכ"פ הרמ"א (אה"ע סו"ס קעז סעיף ה):

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"ורשאין הבית דין לקנוס הזונות, כדי לעשות גדר. ומעשה באחת שזנתה עם העובד כוכבים... (תשובת הרא"ש כלל י"ח).

החיד"א בברכי יוסף (חו"מ סי' לב ס"ק ג) העתיק תשובת הר"י מיגאש שדן במי ששכר עדי שקר, ובתוך תשובתו כתב:

"...כמו שאמרו (יבמות צ' ע"ב) שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה וכו', ובתנאי שתהיה השעה צריכה לכך, כגון שהשוכר קדמה לו עשיית זה פעמים, או שהיו במדינה שעושין כפועל הזה, שיש לחוש שאם יתרשלו מלענשם שירבו לעשות כן, אבל אם חסר אחד משני תנאים אלו אין בית דין יכולים לחייב לעושה זה שום דבר, כל שכן מי שאינו בית דין והצבור אינם בזה כדיין קבוע. רבינו מהר"י י' מיגש בתשו' כ"י סימן קס"א."

יוצא מדבריו שצריכים שני תנאים. האחד, אדם שעשה מעשה אסור פעמיים שהוחזק להיות פרוץ בכך או שיש במדינה עוד אנשים שעושים כן, והשני, שאם ביה"ד יתרשלו מלהעניש יש לחוש שירבו העושים כן. וכתב שצריך דווקא את שני התנאים האלה, אבל אם חסר אחד משני התנאים אין בביה"ד יכולים לחייב לעושה זה שום דבר.

ראו גם בשו"ת זכרון יהודה לרבי יהודה בן הרא"ש (סי' סג).

ובש"ך (חו"מ שם ס"ק א) ציין לשו"ת מהר"ם מלובלין (סי' קלה) שכתב, וז"ל:

אבל נרא' לי פשוט שלא לבד זה בשכבר רבים מן כלל העם פרוצי' באותה עבירה הוא נקר' צורך שעה ... וזה אינו אלא אפי' היכי שבשעבר לא היו העם פרוצי' בעבירה זו אלא שרואים הב"ד שאם לא יענשו זה בדינא רבה כמיתה וכיוצא בזה יהיה סבר שמהיום ולהבא יהיו העם פרוצים בעבירה זו וינהגו בה קלות גם זה מקרי שהשעה צריכה לכך שהרי חזינו' ... בתשובו' הרא"ש... כן בההוא מעשה מהאלמנה שנתעבר' מן העכו"ם שהתיר [...] להשחית תואר פניה ולא מפני שהיו העם פרוצי' בעבירה זו עשו כן אלא למען שלא יצא דבר הזונה על העכו"ם להבזות דתינו ולמען תשמענה כל הנשים ולא תעשנה כזאת כאשר מבואר שם באותה תשובה. וגם היכא דליכא לא זה ולא זה אלא שרואי' הב"ד שאיש זה הוא משורש ורגיל בעבירה זו ושבודאי שיעש' עוד לרבי' כמעשי' שעשה מבואר בגמר' שקנסו וענשו אותו שלא מן הדין משום מגדר מילת' כדחזינן בההו' גזלנ' עתיק'... וא"כ על כרחינו ההיא תשוב' הגאו' שכתב הטור סימ' תכ"ה.... דמשום דמגדר מילתא דיחידאי לא קנסינן אלא לעשות גדר לדבר שיש בו גדר צורך רבים... עכ"ל. א"ל דר"ל דכשאותו היחיד לבד פרוץ באותו עבירה כבר לא קנסינ' משום מגדר מילתא... אלא הכי פירושו היכי שלא יגיע מזה שום פרצה לרבים כי אם ליחיד לבדו אז לא קנסינ' אבל היכי שיגיע מזה פרצה לרבים אפי' היכי שלא היה פרוץ בה כבר אלא אותו יחיד לבדו אלא שע"י שלא יענישוהו יגרום שיהיו רבים פרוצי' באותה עביר' או יגיע מזה היזק ופרצ' לרבים כיון שצורך רבים הוא קנסינ' לעשו גדר לפי צורך השעה...

גם מה שכתבת וז"ל ואי משום שהרבה להחציף להרוג בשאט נפש וחילל שבת והרג שתי נפשות לא מצינו בשום מקום בגמרא ובפוסקים שיהיה הדבר תלוי בזה אלא הכל תלוי בצורך שעה לתקון הדור אם צריך לכך. לא בעני' אותו החט' אם גדול או קטן ואם במזי' עכ"ל. הלא מדברי הריב"ש סי' רנ"א מבוא' בהדיא דתלינ' ג"כ בזדון ובאשמ' החוטא וברוב פשעו בחטא ההוא שהרי כתב הרי"ב בשו"ת וז"ל ומ"מ משום מגדר מילת' כיון שמת מביניה' אם רואה אתם להמית' כיון שעשו כן בשא' נפש וביד רמה ובזדון כמו שנראה שארבו לו כלילה וגם ביום ובפרהסיא בפני טובי הקהל היו הולכין בכלי זיין כנגדו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרשות בידך עכ"ל. הרי מבואר שתלה הענין הרבה בגודל אשמת החוטא באותו חטא. והטעם נגלה ופשוט ומבואר מעצמו כי יותר שהחוטא הרבה להזיז ולפשוט לעשו' אותו מעש' הרע בזדון ובפרהסי' והרבה בחלול השם באותו מעשה הרע שעשה אז יות' ויותר צריכין למגדר מילת' השעה והשעה צריכה לכך לענשו אפי' שלא מן הדין שאם יקילו בעונשו על הפשעים הגדולים שעשה יהיה בזה חילול השם ויהיה סבה שמהיום ההוא והלאה יהיו העם פרוצים בעבירות כיוצא באלו ויגיע מזה פרצה לרבים וצורך רבים הוא לגדור הפרצה ההיא להרבות בעונשו כאשר הענין מבואר מעצמו. וזה נראה פשוט בעיני.

ועתה אהו' [=אהובי] בנדון דידן במעשה המכוער הנזכר... שמתוך דבריך נזכר שגם באשתק' נעש' באותו גבול מעש' רע כזה ויצא בולא כלום ויתרבו המתפרצי' ח"ו. נוסף על זה שכיון שנתפרס' זה הענין הרע בין העכ"ום וגם הפושע הנזכר יושב במאסר בין העכו"ם אם יניחוהו בחיים יהיה בזה חילול השם. דוגמ' הענין שבתשובת הרא"ש כנזכר למעל'. גם יבאו העכו"ם להקל בנקמת שפיכת דמם של ישראל חליל' וחס וק"ל. ומה שאמרת לחסרו אברים כנזכר בדבריך. הלא אפשר שיבא מזה פרצה גדולה מזו שיבא להמיר דתו אחר כך ויהיה לקוץ מכאיב לשונאי ישראל...

תשובה זו היא יסודית בדינים אלו, ויוצא מדבריו הנוגעים לענייננו:

- א. ביה"ד רשאי לתקן ולגדור את פרצת הציבור, או פרצה של יחיד שגורמת פרצה לציבור, אבל לא פרצה של יחיד שאינה גורמת פרצה לציבור.
- ב. ביה"ד רשאי לתקן ולגדור גם כאשר באותה שעה הציבור גדור באותו ענין, אך יש חשש שאם ביה"ד לא יענוש את העבריין, אנשים יראו כך ויעשו כמעשיו ואותו ענין יפרץ בעתיד.
- ג. על ביה"ד לתת משקל לדרך שבה נעשה המעשה בחוצפה ובפרסום, שיש לזה השפעה על הציבור שרואה אדם שנוהג כך ולא נענש כראוי.

מרן השו"ע (ח"מ סי' ב סעיף א) פסק:

"כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא", אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה) (טור), היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה."

והנה אף שהסמ"ע (שם ס"ק ג) והש"ך (ס"ק ב) והנתיבות (חידושים ס"ק א) כתבו שאף שאין כל העם פרוצים אלא יחיד מהם יכולים לענוש אותו יחיד ולקונסו, כבר ביאר שם באורים (ס"ק א) – תוך שהקשה איזה צורך שעה יש כשהיחיד פרוץ ולא רוב העם – את כוונת הסמ"ע, שכאשר המצב הוא שאם יניחו לעובר לעשות כרצונו זה יגרום פירצה בדור ויבואו קלי דעת ללמוד ממנו, אף זה צורך שעה.

ונראה שאין כל ספק שצריך כך לפרש גם בדברי הש"ך והנתיבות. שאם לא כן נמצא שרבותינו הסמ"ע הש"ך והנתיבות יחלקו על ביאורם של כל רבותינו הראשונים דלעיל בדברי הגמרא בסנהדרין, ויפרשו שגם יחיד לא פרוץ ניתן להענישו. וכיצד יתכן הדבר? איזו סברא יש בזה? הרי יצר לב האדם היה רע מנעוריו גם בימי חז"ל, ולצערינו נעשו עבירות בסתר, אבל לא שמענו שחז"ל הענישו עליהם לצורך שעה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ברור, איפוא, שכל ענישה מדובר ביחיד שפרץ גדר ואחרים יכולים ללמוד ממנו, ואין בזה כל מחלוקת בין כל רבותינו, שלצורך הענשה שלא מן הדין לגדור פרצה מדובר, בדור פרוץ או יחיד פרוץ שעשה מעשה בפרסום לפני כולם באופן שיכולים ללמוד ממעשיו הרעים, כמו אותו אחד שרכב לפני כולם על הסוס בימי יוונים. וברור שגם אותו אחד שהטיח אשתו תחת התאנה היה למקרה זה הד ופרסום בציבור.

על כך יש להוסיף, ואף שלא ראיתי מי שאומר זאת במפורש אבל נראה פשוט, שכל בית דין של תורה שהעניש אדם שלא מן הדין דאג היטב שיצא לזה פרסום למען ישמעו וייראו. אך אם בית דין מעניש וקונס בד' אמותיו ואין איש שם על לב וגם אין דואגים לפרסם את הדבר, אין בכך מיגדר מילתא והתועלת שבעונש זה נעדרת.

אמנם יש לומר, שבזמננו קנסות כאלה אשר ביה"ד משית על הפרעות וכדומה עוברים מפה לאוזן וחברך חברא אית ליה, והענין מתפרסם מאליו גם בלי להוציא לפרסום כל קנס שניתן.

וכן כתב הטור (סי' תכה) בשם גאון דמשום דמיגדר מילתא דיחידא לא קנסינן, אלא לעשות גדר לדבר שיש בו צורך רבים קנסינן לפי צורך השעה.

ובפרישה (ח"מ שם ס"ק ב) כתב:

"ונראה דהכי פירושה דגירסא זו דכן השיב אל תתנו יד לפושעים שלא לענוש כלל ולא כמו שפירשו רבותינו דאפילו משום מיגדר מילתא דיחידא קנסינן אלא דוקא לצורך רבים והאי מגדר מילתא לצורך רבים מתחלק לשני חלקים הן בדברים שבינו לבין המקום כההיא דרוכב בשבת והמטיח באשתו שאשתו מותרת לו אלא שעשה פריצות גדולה והן בינו לבין חבריו והיינו כי הך עובדא דקאי עלה שהרג לחבירו."

(ראה שם בהגהת המהדיר דלכאורה הפרישה סותר עצמו במש"כ אח"כ בסמ"ע. ראה שם מה שיישבו).

ובב"ח (ח"מ שם) כתב להדיא דגם כשאין צורך שעה מותר לענוש יחיד פרוץ. אך בשו"ת הרא"ם (סי' מו) כתב שהקנס יהיה גדר שהוא לצורך הרבים. ובמהריט"ץ החדשות (סי' קפ) גם כתב שאם נראה לדיין שאדם שהעיד לטובת חבריו בערכאות יגרום פירצה בציבור, מותר להענישו.

וראה בפת"ש (ס"ק א) שציין לשו"ת שבות יעקב (ח"א סי' קמה), שם דן באחד שטען ששכר עדי שקר ואחד העדים חזר בו ולא העיד, ותובע השוכר את העד שיחזיר לו את הכסף עבור עדות השקר. השבו"י דן אם יש לקנוס את התובע שלא יקבל כספו חזרה, וכתב:

"משא"כ בנידון דידן דליכא מיגדר מילתא דאם הוא הוחזק לשכור עדי שקר כל ישראל מי הוחזקו."

ועוד כתב שם:

"מ"מ בנדון דידן שלא עשה העבירה מתחילה כלל בפרסום וגם אינו מוחזק לכך, מי יימר דאיכא למיגדר מילתא לקנסו בכך."

והביא השבו"י את תשובת שער אפרים (סי' עב) שמיגדר מילתא זה רק כשיש לחוש לקלקול הרבים שהדור פרוץ ולא כשעושה עבירה שלא יודעים ממנה. וכן כתב השבות יעקב עוד (ח"א סי' קל) שמיגדר מילתא זה בדבר שהדור פרוץ או אפילו יחיד רגיל בדבר עבירה או שעשה דבר עבירה בפרסום.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובדברי הגר"ח פלאג"י יש לכאורה סתירה. שבספרו החפץ חיים (סי' ע – שם האריך מאד בכל כלל זה דבית מכין ועונשין שלא מן הדין בחמישים ואחד סעיפים), כתב בסעיף י"ג, שגם אם אין הדור פרוץ אלא היחיד פרוץ דנים בהוראת שעה, ואילו בספרו חיים ביד (סי' ס) משמע דבעינן תרתי, יחיד פרוץ ודור פרוץ. בכל מקרה בעינן לפחות יחיד פרוץ.

מן הראוי להביא את דברי הגאון רבי יצחק זילברשטיין שליט"א בספר חשוקי חמד (גיטין לו, ב) ששאל את חמיו מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל, האם רשאים בית דין להפקיר פירותיו של בעל מפעל המאכיל לפועליו טבל, כדי לעשרם. ומרן זצ"ל השיבו, שההיתר לקנוס שלא על פי דין הוא רק במקרים חריגים הבאים לגדור פרצות הדור.

כלומר שרק כאשר מתקיימים שני תנאים, שיש פרצה בדור וגם שהעונש יתן מענה לגדור את הפריצה. אך עונש שבא לטפל במקרה יחיד שאין לו השלכה רוחבית וגם הדור לא פרוץ בכך – אין סמכות לביה"ד להעניש שלא מן הדין.

חובה להיות מתון

צריך הדיין לשקול היטב לפני בואו לחייב בקנס האם זהו המקרה למיגדר מילתא. וגם אם סובר שהמקרה מתאים לחייב קנס שיגרום לנענש להבין שאינו יכול לעשות כרצונו, חלילה למוטטו כלכלית בסכומים גבוהים. ראו מה שכתב בשו"ת הריב"ש (סימן קעא) בענין מי שהשתתף בצחוק (כלומר, הימורים) נגד הסכמת הקהל, שאפשר לקנוסו, אך במידה מתונה, וז"ל:

"אלא הכא דינא אחרינא הוא ממ"ש הרמב"ם ז"ל (פ' כ"ד מה' סנהדרין) וז"ל וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותן כפי מה שיראה לגדור פרצת הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה. והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת הזקנים יחרם כל רכושו, מכאן שהפקר ב"ד היה הפקר, עכ"ל. ועוד האריך שם. אמנם ראוי לדיין שיהיו כל מעשיו לשם שמים ובמתון בעצת גדולי הקהל ושלא יהיה כבוד הבריות קל בעיניו ושלא יבא לכלל כעס ומה במקום שאפשר שיצא מחלוקת מתוך דינו בתוך הקהל אם רבים מחזיקין ידי הנדון. כי לעולם ראוי שתהיה שמאל דוחה וימין מקרבת לא לדחות בשתי ידים האבן אחר הנופל. ואחרי שלפי דעתי לא נאסרו עליו בהנאה המעות שהרויח בצחוק כמו שנתבאר למעלה די היה להענישו מפני שנתראה במקום הצחוק כנגד הסכמת הקהל בעשרים או שלשי' פרחים לא בסך הגדול והנורא שהוא אשר כל שומעו תצילנה אזניו. כי התורה חסה על ממונם של ישראל. זהו מה שנ"ל בזה ואתה תבחר ולא אני שאין לדיין אלא מה שעניו רואות."

וכן בשו"ת הרשב"א (חלק ג סימן שצג), לאחר שביסס רשות הברורים לקנוס (וכ"ש כאשר איכא הרמנא דמלכא), סיים:

"ומכל מקום הברורים צריכין להתיישב בדברים ולעשות מעשיהן אחר המלכה ולהיות כוונתם בכל עת לשמים."

וראו בשו"ת הרשב"א (חלק ה סימן רלח) על הנהגת המדינה ויסור העוברים, שלפעמים צריכים להעלים עין, ולפעמים לקנוס לעשות סייג.

ובשו"ת רדב"ז (חלק א סימן קפז) בענין להעניש כאשר מאיימים להשתמד, כתב שיש לנו לעשות המוטל עלינו ולא לחוש, ומ"מ מסיים:

"ואף על גב שכתבתי כל זה להלכה מ"מ יש למנהיג הדור להיות מתון בדברים כאלה לפי שאין כל האנשים שוין ולא כל העבירות שוות הא כיצד אדם שהוא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

רגיל בעבירות ובוטח בעצמו בטענתו אין חוששין לו ויהי' מה שיהי' ונעמד התורה ואם אינו רגיל וקרוב הדבר שישמע ממשיכין אותו בדברים עד שישוב מעט ואין ממהרין להענישו מפני התקלה וכן כל כיוצא בזה והכל לפי ראות עיני הדיין המנהיג ובלבד שיהיו כל מעשיו לשם שמים."

מה עושים עם כסף הקנס

בשו"ת חכם צבי (סימן קלא) דן בחשש פסול נוגע בדבר של אב"ד הקהילה לדון בקנס הקהילה, ובתוך דבריו כתב:

"ועינינו הרואות שפרנסי הקהלות בכל המקומות דנין דיני קנסות וקונסין ממון כאות נפשם ואומד דעתם ולוקחים הממון לכיס הקהל שהוא כאילו הטילוהו לכיס עצמם והם הם המרויחים אותו הממון הנקנס ואין מערער כיון שכך נהגו אף שאין בידם ראייה לא מהתלמוד ולא מהפוסקים על אותו הסך הנקנס."

כך גם כתב הסמ"ע (סי' ב ס"ק יא) בשם המהרי"ק, שאפילו למ"ד שטובי העיר יכולים לתקן מה שירצו, היינו דווקא מה שהוא צרכי הקהל, אבל להפקיע ממון מאחד לחבירו שאינו צורך הקהל, פשיטא שלא.

בבוא הדיין לחייב הוצאות, עליו גם לשקול האם תצמח מכך טובת הקהל שממון זה ישרת אותם. וממילא עליו לשקול האם ממון זה יגיע למטרות טובות או למטרות שאין רוח המקום ורוח חכמים נוחה מהם בלשון המעטה.

מסקנות העולות

א. בית דין של תורה חייב להיות מתון בבואו לחייב הוצאות משפט. לא כל התנהגות לא נורמטיבית באולם בית הדין מחייבת תגובה. העונש חייב להיות מידתי ומתחשב בהתאם לאופי בעל הדין ואופי המעשה שעשה. ובכל מקרה, אין לחייב בסכומים גבוהים, וכפי שכתב הריב"ש.

ב. מחלוקת גדולה בין חכמי הדורות האם לחייב עונש שלא מן הדין צריכים ביה"ד להיות סמוכים או גדולי הדור או ביה"ד הגדול, או מספיק טובי העיר שהמחום עליהם רבים. השו"ע פוסק שצריכים להיות גדולי הדור או טובי העיר שהמחום עליהם רבים, והסמ"ע פסק דווקא גדולי הדור יכולים, וכדבריו פסק הגר"ש אלישיב זצ"ל (קובץ תשובות ח"ד סי' קסח). ראה לקמן סעיף ה.

ג. בית הדין יכול להעניש שלא מן הדין אך ורק למיגדר מילתא. על מנת שבית דין יוכל להעניש למיגדר מילתא כדי להרתיע אחרים, חייבים להתקיים שני תנאים ביחד:

תנאי אחד, שהדור יהיה פרוץ בעבירה מסוימת, ואז ניתן להעניש את היחיד על מנת שאחרים ילמדו לקח או יחיד פרוץ ועשה מעשהו באופן שאחרים לומדים ממנו לזלזל בעבירות אזי יש להענישו (וזאת הכוונה בדברי הסמ"ע הש"ך והנתיבות שכתבו שגם לצורך היחיד יש לקנוס, וכפי שביאר האורים בדעת הסמ"ע).

התנאי השני, שביה"ד יפרסמו את העונש לרבים למען ישמעו ויראו. אבל יחיד העושה מעשה בסתר או שבית דין מענישו בלי שהציבור יודע מכך אין בזה למיגדר מילתא כלל, מאחר שהציבור לא ימנע מלהמשיך לעבור על מעשה זה.

ד. יש שכתב (הר"י מיגאש) שבעשיית מעשה עבירה פעמיים נחשב יחיד פרוץ.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

- ה. בהתאם לדברי הגרי"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות הנ"ל, כאשר קיימת תקנה, ניתן לחייב בהוצאות. ולפי זה יש שרצו לומר כי מאחר ונושא ההוצאות מוזכר הן בחוק והן בתקנות הדין, יתכן שיש בכך תקנה שניתן על פיה לחייב הוצאות. אך יש לעיין בדבריהם מאחר ואינן תקנה ממש כתקנת מזונות של הרבנות הראשית תש"ד שנתקנה על דעת כל הרבנים.
- ו. לדעת רוב הפוסקים המובאים לעיל (היש"ש ועוד) אין סמכות לדיין יחיד להעניש בקנס או בכל עונש אחר אא"כ הוא גדול הדור או שהוא מומחה שקיבל רשות מיוחדת מהמלך¹⁵ ויש מצריכים אף שיהיה דיין שנסמך איש מפי איש כדין סמיכה.
- ז. הקנסות שביה"ד קונס את החייב, חייבים ללכת לטובת הציבור. אך אם יתכן והקנס הולך למטרות שהינן נגד התורה צ"ע אם ניתן לקנס.
- ח. במקרה שבעל דין או עד שיקרו או העלימו מידע או ניסו להערים באופן שיכול לגרום להטות משפט יש מקום לשקול לחייבם בהוצאות משפט.
- ט. בתביעה קנטרנית שאין כל יסוד לחיוב והתובע גרם לחינם הוצאות לנתבע, יש מקום לשקול לחייב את התובע את ההוצאות שנגרמו לנתבע.

נימוקים אלו מותרים בפרסום לאחר השמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום כ"ח באדר התשפ"ג (21/03/2023).

הרב אבידן משה שפנייר – דיין

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה

¹⁵ יש לציין שבחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), תשט"ז-1956, בסעיף 7א.א. (א) נקבע: "לבית דין, כשהוא דן בענין שבשיפוטו, יהיו כל הסמכויות כל פי סעיפים 6 ו-7 לפקודת בזיון בית המשפט, בשינויים המחוייבים". יש להסתפק לפי זה האם ניתן להחשיב גם דיין יחיד כמי שקבל רשות מיוחדת מהמלך, אלא אם כן בעניינים בהם ניתן לדון בהרכב פחות משלושה כמפורט בתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, סעיף ד.2), כאשר לפי אות ג' שם כלול: "עניין שהסכימו עליו הצדדים, כשעל-פי ההלכה ניתן לוותר על הרכב של שלושה".

מאידך, בחוק בתי-דין דתיים (מניעת הפרעה), תשכ"ה-1965, סעיף 2.א. (א), נקבע: "אדם העושה ... בעת דיוני בית הדין, באולם בית הדין, בלשכתו של דיין ... רשאי בית הדין לצוות על הרחקתו, ורשאי הוא, לאחר שהתרה ... להענישו על אתר בקנס או במאסר על שלושה חודשים", הרי שהוזכר אף לשכתו של דיין.