

עונש הכיפה

על עונש הכיפה אנו למדים משתי משניות בפרק תשיעי בסנהדרין (דף פא ע"ב), אשר כל אחת מהן מציינת מקרה אחר בו מכניסים את העבריין לכיפה:

- א. מי שלקה ושנה.
ב. ההורג נפש שלא בעדים.

מקרה שלישי מופיע בתוספתא (פרק יב, ד¹) ומובא גם בסוגיא התלמודית: "התרו בו ושתק; התרו בו והרכיז ראשו, פעם ראשונה ושניה מתריז בו, שלישית - כונסין אותו לכיפה".

"כיפה" היא מעין תא מאסר, וכפי שמפרש הרמב"ם²: "... והוא מקום צר כפי קומתו, ואינו יכול לשכב בו", ונקרא "כיפה" כנראה משום שתקרתו היתה מקומרת. (ועיין בפירוש קהתי למשנתנו שהביא את התרגום לפסוק בירמיהו (כט, כו) "ונתתה אותו אל המהפכת" - ותתן יתיה לכיפתא").

עונש הכיפה שונה משאר העונשים הידועים בהלכה, הן מבחינת מקורו - אין הוא מוזכר בתורה; הן מבחינת אופיו; והן מבחינת המקרים בהם הוא מופעל. ננסה לבאר את מהותו, מקורו ודיניו כפי שהם משתקפים מסוגית התלמוד וממשנה תורה לרמב"ם.

סוגית הגמרא

מפשוטן של המשניות נראה שיש הבדל בין עונש הכיפה למי שלקה ושנה, לבין עונש הכיפה למי שהרג נפש שלא בעדים. ביחס לראשון ברור שהמדובר בדרך עקיפה של המתה: "מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו שעורין עד שכריסו מתבקעת"; בעוד שביחס להורג נפש שלא בעדים, משתמע שאין המדובר אלא בעונש של מאסר: "מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ"³, אולם אין התלמוד מפרש כך, אלא מובאים דברי רב ששת: "אידי ואידי נותנים לו לחם צר ומים לחץ עד שיוקטן מעיינו (רש"י: בני מעיו) והדר מאכילין אותו שעורין עד שכריסו מתבקעת" (רש"י: שנופחין בתוך מעיו, ומתוך שהוקטן מעיינו הוא נבקע). במלים אחרות, לדעת רב ששת

1. מהד' צוקרמנדל: יב, ז.

2. הל' סנהדרין יח, ד.

3. ואמנם מביין החוקרים יש הסוברים שזה היה הדין המקורי בזמן המשנה. (אפטוביצר, Monatschrift fuer Geschichte u. Wissenschaft Des Judentums, 1908, 195-198, ע' 195).

וכן מ. אלון, "המאסר במשפט העברי", ספר היובל לפנחס רוזן, ע' 177) הנימוק לכך הוא, שלמרות שעבירת הרצח כשלעצמה הינה יותר חמורה, אעפ"כ מאחר ולא נתמלאה כל העדות והפרוצדורה הפורמלית, לא הוטל על עבריין זה עונש מיתה עקיף, כי סוף סוף יתכן שיש כאן טעות משפטית או עובדתית שלא תהא ניתנת לתיקון לאחר המתתו של העבריין (מ. אלון שם).

המשניות משלימות זו את זו, כך שבסיכומו של דבר בשני המקרים (ומן הסתם גם במקרה השלישי שבתוספתא⁴) העונש זהה, דהיינו עונש של גרימת מוות באופן בלתי ישיר.

הגמרא מצמצמת את תחולת דין מי שלקה ושנה באופן ניקרי. צמצום זה נובע בין היתר מן הקושי של הגמרא להבין כיצד יתכן לגזור עונש של מיתה - ואפילו בדרך של עקיפין - על עבירה שהתורה לא הענישה עליה אלא במלקות. על כך עונה ר' ירמיה בשם ר' שמעון בן לקיש, שהקשנה מדברת אך ורק על מלקויות של כריתות, דהיינו על לאו שעונשו הרגל הוא כרת, אלא שהתירו בעברייך על עונש של מלקות⁵, ועל כך מלקים אותו על עבירה זו: וכיון שפעמים כבר לקה ולא לקח מוסר, בפעם השלישית אין מלקים אותו אלא מכניסים אותו לכיפה ומקריבים מיתתו⁶. "דגברא בר קטלא הוא (רש"י: בידי שמים יכרתוהו) וקרובי הוא דלא מיקרב קטליה (רש"י: עדין לא נתקרבה מיתתו) וכיון דקא מוותר לה נפשיה (רש"י: דטפקיר עצמו לעבירות), מקרבינן ליה לקטליה עילויה" (- לשון הגמרא שם). צמצום נוסף לדין המשנה מלמד ר' יעקב; שרק אם לקה ושנה באותה עבירה לכניסוהו לכיפה, אך לא במקרה שעבר עבירות שונות שעונשן כרת.

בהלכך נפש שלא בעדים מבואר בגמרא שהמדובר במקרה שאין עדות כשרה לגמרי, אבל שני עדים בודאי הו, שהרי לא יעלה על הדעת להעניש אדם בעונש חמור בלי ראיות מוצקות לביסוס אשמתו, אלא מדובר במקרה של פסול טכני כלשהו בעדות. מובאים בגמרא שלושה מצבים:

"אמר רב בעדות מיוחדת". עדות מיוחדת היא מונח הידוע ממסכת מכות (ו ע"ב), שפירושו שני עדים מעידים על המעשה, אלא שאחד ראה אותו מחלון זה ואחד מחלון אחר, ואין העדים רואים זה את זה, שבכגון זה אין בית דין יכול להוציאו להורג בדרך הרגילה, אע"פ שאין לו ספיקות בנוגע לאשמתו (והרי עדות זו כשרה בדיני ממונות - גמרא שם). "ושמואל אמר שלא בהתראה". אף דרישת ההתראה בעבירת רצח הינה טכנית למדי, משום שקשה להעלות על הדעת שאדם אינו יודע שאסור לרצוח, ושעל רצח יהיה צפוי לעונש מוות (בזמנם).

"ורב חסדא אמר אבימי, כגון דאיתכחוש בבדיקות ולא איתכחוש בחקירות" הבדיקות במהותן הינן טפילות לעצם העדות, וכפי שעולה מן המשנה המובאת בסוגיא (מדף מ ע"א שם): "מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים", ועל כן יסתירה בין עדויות העדים בנקודות לא מרכזיות, לא

4. מהמילים "כיוצא בו" בתוספתא, ניתן לדייק שגם במקרה השלישי המדובר בהמתה עקיפה.

5. רש"י ד"ה של כריתות.

6. לדעת אבא שאול (בתוספתא שם, ובגמרא): בפעם הרביעית.

מטילה ספק של ממש באמינותם, ומכל מקום יש בכך פסול טכני מספיק כדי למנוע מבית הדין להוציא לפועל את עונש המיתה הרגיל של התורה. כדי להבטיח שרוצחים מענן אלו לא יהלכו חופשיים בשוק, אלא יבואו על עונשם ניתנה לבי"ד סמכות זו של עונש הכיפה.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם פוסק בעקבות הגמרא: כל עונשי כיפה זהים, והיגס גרימת מיתה בדרך שתוארה בגמרא⁷. דין "מי שלקה ושנה" הוא בחייב כרת שלקה, ובשונה באיולתו הראשונה עצמה⁸. בענין הורג נפש שלא בעדים, פוסק הרמב"ם כשלוש הדעות⁹, משום שלמד ששלושת האמוראים אינם חולקים זה על זה, אלא נותנים דוגמאות לפסולים טכניים בעדות¹⁰. יתר על כן, מפירוש המשניות לרמב"ם ניתן להבין ששלושת המקרים הללו אינם מהווים נשימה סגורה, אלא בכל מקרה שיש שני עדים המשכנעים את הדיינים באמיתת אשמת הרצח, אך יש פגם טכני בעדותם - מכניסים את הרוצח לכיפה. וזה לשון הרמב"ם בפרהמ"ש: "שלא בעדים, רוצה לומר שלא בעדות שחייב בה מיתה, כגון שלא נתקימה העדות מחמת איזו סיבה מן הסיבות המונעות מלהרוג באותה עדות, ואע"פ שהיא אמת, כגון שלא היתה שם התראה, או שנפלו סתירות בבדיקות ובחקירות וכיוצא בזה"¹¹. הביסוס לתפיסה זו היא כנראה העובדה שהמשנה עצמה לא נתנה גדרים קבועים אלא אמרה רק "שלא בעדים"; וא"כ דברי האמוראים הם דוגמאות בלבד והוא הדין במקרים אחרים כיוצא באלו. ומ"מ הדעה שאפילו סתירות בחקירות ניתן להתעלם מהן, סותרת במפורש את דברי הגמרא, וע"ע¹².

7. הל' רוצח ד, ח; הל' סנהדרין יח; ד-ה.

8. הל' סנהדרין שם.

9. הל' רוצח שם.

10. וכך כתב בכסף משנה שם.

11. פירוש המשנה לרמב"ם, פרק ט, משנה ה'. מהדורת הרב קאפח.

12. ועיין במהר"ץ חיות על סנהדרין פא: המתירן שהמדובר בשני סוגי חקירות. ועוד עיין בבית אפרים אה"ע ח"א סי' כ"ד ד"ה "אך", ובשירי הקרבן, ירושלמי סנהדרין פ"ט ה"ו (מא: ד"ה "שלא", ובאמרי בינה ח"ב דיני עדות ס' ה' ד"ה אולם, ובליקוטי הלכות סנהדרין פא: עין משפט אות ז', שמהם העירו על כך ולא תירצו, ומהם אף תירצו בדוחק. מ"מ לפי דברי המהר"ץ חיות יצא שיש כאן הרחבה לסמכות הענישה בכיפה, כך שלא רק בהכחשות בבדיקות, אלא אף בחקירות שאינן משבע החקירות, ניתן עדיין לכנוס את הרוצח לכיפה. (עיין בדבריו.)

ואולם במשנה תורה חזר בו כנראה הרמב"ם - ואולי מסיבה זו - מכיון ששם מונה רבינו אך ורק את שלוש הראיות המובאות בגמרא, ואף פוסק במפורש: "...שהוכחשו העדים בבדיקות, ולא הוכחשו בחקירות..."¹³. זוהי כאמור הדעה של כל הראשונים. ועיין למשל בשו"ת הריב"ש שכתב: "... בעדות מיוחדת שכשירה בדיני טמונות, הא בעדות אחד לבד או בעדות נשים או קרובים אין כונסין אותו לכיפה"¹⁴. וכך גם דעת המאירי בסוגיה¹⁵. הנימוק לכך הוא ההפרדה הגמורה העולה מפשט הגמרא, בין סוגיית הוראת ישעה בדיני עונשין, לבין סוגיית הכיפה, כפי שנבאר להלן. משום שרק במסגרת הוראת ישעה ניתן לבית הדין שיקול דעת גמיש ביחס לדרך הפעלת הסמכות, ורק בה אין בית הדין כפוף לדיני הראיות החמורים שבתורה, ולכן אין להעלות על הדעת שכל דיין יוכל להוסיף מקרים, כאותם נפשו, בהם זוכל לגזור עונש כיפה על מי שמואש ברצח.

לאחר שמביא הרמב"ם דין ההורג נפש שלא בעדים, מקדיש הוא הלכה שלמה כדי להסביר ולהדגיש שסמכות זו מוגבלת אך ורק לרוצחים ולא לשאר מחוייבי מיתת בית דין וזה לשונו¹⁶:

"ואין עושין דבר זה לשאר מחוייבי מיתת בית דין, אלא אם נתחייב מיתה ממיתין אותו, ואם אינו חייב מיתה פוטרין אותו. שאע"פ שיש עונות חמורין משפיקות דמים אין בהן השחתת ישובו של עולם כשפיקות דמים. אפילו ע"ז ואין צרנך לומר עריות או חילול שבת אינן כשפיקות דמים. שאלו העונות הן מעבירות שבין אדם להקב"ה אבל שפיקות דמים מעבירות שבינו לבין חבריו. וכל מי שיש בידו עון זה הרי הוא רשע גמור, ואין כל המצות שעשה כל ימיו שקולין כנגד עון זה ולא יצילו אותו מן הדין שנ' אדם עשוק בדם נפש וגו'. צא ולמד מאחאב..."

מדברים ארוכים אלה של הרמב"ם אנו יכולים ללמוד שראה בכיפה עונש שנוצר לשם תיקון החברה ומניעת "השחתת ישובו של עולם" העלולה להוציא את בתי הדין ידונו לפי דיני הראיות הנוקשים של התורה. דיני הראיות

13. הל' רוצח שט.

הערת העורך: נראה לי שאין תלות בין ענין החקירות הבעייתיות, לבין הגדרת המקרים בהם יחול דין כלפה, ובענין האחרון הנ"ל, אולי ניתן לומר שאין כוונת הרמב"ם בפיהמ"ש לרבות גם מקרים שלא כתובים בגמ' אלא לרבות את המקרה השלישי; או לאידך גיסא, שכוונתו גם ביד החזקה לרבות מקרים נוספים, כפי שאולי ניתן לדייק מהמלים "כל אלו הרצחגין". בכל אופן נראים הדברים שגם הרמב"ם מחייב הימצאות שני עדים.

14. שו"ת הריב"ש סי' רנ"א.

15. בית הבחירה למס' סנהדרין דף פא ע"ב, ד"ה המשנה השביעית. המאירי סבור שאפילו בהכחות שבבדיקות יתכן שאי אפשר יהיה לכונסו לכיפה, אם המדובר בבדיקות ש"בגוף ההריגה", ע"ש בדבריו.

16. הל' רוצח ד, ט.

הללו תפקידם למנוע בכל מחיר שירשע אדם חף מפשע¹⁷, ולעיתים הם אפילו גזרות הכתוב שאין להם טעם¹⁸, אולם בדיני רוצח גובר - במדה מסוימת - האינטרס הציבורי להענשת רוצחים על האינטרסים האחרים ואף על גזרות הכתוב. יושם לב שעקרון זה של הענשת רוצחים בעונש הכיפה, כאשר מתקיימים התנאים המתאימים, הינו עקרון שנכון בכל הזמנים ובכל המצבים, ואינו מותנה בשיקול הדעת של בית הדין או בהתקיים מצב מסוים של הדור¹⁹, וכפי שעוד יבואר להלן.

את דין מי שלקה ושנה ודין מי שהתרו בו ושתק, מביא הרמב"ם, כאמור, בהל' סנהדרין פרק יח, פרק העוסק בגדרי עונש המלקות. הנימוק לכך, כנראה, הוא שהרמב"ם ראה בעונש הכיפה עונש חריג חילופי לעונש המלקות, במקרה והדיינים הרגילים אין בכחם לפתור בעיה חמורה. ושוב הדברים אמורים במקרים מאד ספציפיים:

א. מי שעונש זה הפסיק להרתיע אותו, והוא ממשיך לעבור אותה עבירה חמורה (שחייבים עליה כרת) פעם אחר פעם.

ב. מי שכבר שלוש פעמים מצליח להתחמק ממלקות על ידי שמסרב לקבל את ההתראה ולהתיר את עצמו (ע"י שיאמר "אף על פי כן")²⁰.

כדי להפסיק תופעות אלו, שהן במידה רבה שמות ללעג את מערכת הענישה בחברה, וכדי שעבריינים אלה יבואו על עונשם הראוי להם, נוצרה הסמכות להכניסם לכיפה.

לשאלת מקור הסמכות בעונש כיפה

לעונש הכיפה אין מקור בתורה כלל ועיקר. כבר משאלת הגמרא בפתיחת הסוגיא: "משום דלקה ושנה בי"ד כונסין אותו לכיפה?!", עולה שיש כאן סמכות מיוחדת שחורגת מן הדין הרגיל של התורה. כמפורט לעיל הגמרא מתרצת קושיא זו ו"ממתיקה את הגלולה" באומרה שמיתה זו אינה באה יש מאין, אלא העבריין הביא אותה על עצמו כמו ידיו ושהוא עתיד ממילא להענש במיתה בידי שמים, וא"כ בי"ד רק מקרבים מיתתו, בבחינת "קמח טחון טוחנים". אלא שכמובן אין בדברים הללו כדי להוות מקור לעונש הכיפה, שהרי ברור שמי שיהרוג אדם החייב מיתה בידי שמים - יתחייב מיתה ככל רוצח, ולא שמענו שיהיה פטור משום ש"רק קרב מיתתו"²¹. ואמנם הגמרא עצמה

17. והשווה לדברי הרמב"ם בספר המצוות, ל"ת רצ ביחס לאיסור הענשה עפ"י ראיות נסיבתיות.

18. הל' סנהדרין, פי"ח ה"ו, בנוגע ל"הודאת פיין".

19. כמובן יכול ביה"ד להפסיק לדון דיני נפשות ע"י שיגלה מלשכת הגזית, כפי שעשו לפני חורבן הבית מפני שרבו הרוצחים (ע"ז ח ע"ב) ומסתבר שאז יפסיקו ג"כ לדון בכיפה מאותה סיבה, דלא כמו הוראת שעה.

20. הרמב"ם כותב גם בדין זה שהמדובר הוא בעבירה שעונשה כרת או מיתה בי"ד. ואף שלא מפורש כן בגמרא, מסתבר הדבר, שכן אחרת חוזרת שאלת הגמרא דגברא לאו בר קטלא.

21. ואולם ע' בחזון איש לסוגיין, ד"ה "ויש לעיין", שהסתפק במי ש"נגמר דינו לכיפה". ויש לחלק.

מרגישה בבעייתיות זו ושואלת בהמשך: "והיכא רמיזא? אמר ריש לקיש: 'תמותת רשע רעה' (תהלים לד, כב)", ומסביר רש"י: "מי שהוחזק רשע, תמיתתו רעתו, אלמא מוחזק רשע בר מיתה הוא". אין ספק שגם פסוק זה אינו מהורה מקור לסמכות הענישה בכיפה, ואין הוא משמש אלא אסמכתא בעלמא, וכפי שהגמרא עצמה מכנה אותו "רמז" גרידא.

על כך שהמקור אינו מן התורה שבכתב ניתן להסיק גם מהגמרא בדף הבא²², השואלת: "מי איכא מידי דרחמנא פטריה ואנן ניקום וניקטול ליה? ולא? והתנן מי שלקה ושנה בי"ד מכניסין אותו לכיפה...".²³ כלומר שלפי דין תורה מי שלקה ושנה פטור ממיתה בי"ד! וא"כ נשאלת באמת השאלה, מכח מה אנן קמים והורגים אותו?

כבר רש"י בפירושו לסוגיא כותב שהמקור לסמכות זו היא "הלכה למשה מסיני"²⁴. זוהי הדעה המקובלת בין הראשונים²⁵, וכך גם עולה מסמכות משניות כיפה למשנה: "הגונב את הקסוה, והמקלל בקוסס, והבוועל ארמית קנאים פוגעים בו", שעליה מפורש בגמרא שהיא הלכה למשה מסיני (עיין דף פב ע"א). לפי גישה זו יהיה פירוש הגמרא בדף פב ע"ב כך: וכי יש דבר שהתורה שבכתב פטרה עליו, ואנחנו על סמך מסורת שבעל פה נקום ונהרוג אותו? ומסביר הר"ן בחידושו, ש"אינו נכון לומר שתהא מיתה בידי אדם נאמרת למשה בסיני, ולא יהיה בו או רמז מיתה בתורה או חיוב מיתה בידי שמים". על כך הסבירה הגמרא ביחס למי שלקה ושנה שגם על פי הדין הרגיל הוא מחויב מיתה בידי שמים. כמו כן יש רמזים בכתובים לכל אחד מן העונשים הללו: מי שלקה ושנה - "תמותת רשע רעה" כפי שהביאה הגמרא, וביחס להורג נפש שלא בעדים משלימים הראשונים ומביאים את הפסוק "ולארץ לא יכפר לדם אשר שפך בה, כי אם בדם שפכו" (במדבר לה, לג). רמזים בכתובים מובאים ג"כ ביחס לדינים ש"קנאים פוגעים בו", כפי שמפורט בהמשך הסוגיא התלמודית.

22. סנהדרין פב ע"ב.

23. והגמרא עונה את התשובה שענתה בסוגייתנו, שהיות וחיוב כרת - בי"ד רק מקרבים מיתתו.

24. ד"ה "והיכא רמיזא".

25. עיין למשל בחידושי ר' דוד בונפיל (הובאו ב"סנהדרין גדולה" למס' סנהדרין, כרך א', ע' ס-סה), אשר דן באריכות בשאלה, וכך גם הר"ן בחידושו, ושניהם שוללים את האפשרות שדין כיפה הוא מתקנת חכמים, מכוח "בי"ד מכים ועונשים שלא מן הדין", וע' להלן. וע' בצפנת פענח, ובס' מרגליות היס.

אמנם ר' מאיר הלוי אבולעפיא בספרו יד רמה כותב במקום אחד בפירושו לסוגיותנך שדין כיפה הוא מדברי סופרים, אלא שידוע שההבחנה בין "הלכה למשה מסיני" לבין "דברי סופרים" אינה ברורה במקורות ובראשונים, ורבים קראו גם ל"הלכה למשה מסיני" בשם "דברי סופרים", משום שאין זה מדין התורה כתובה, ומי שמסר לנו את המסורת הזו הם החכמים²⁶. ואמנם הרמ"ה בעצמו בהמשך דבריו כותב: "דהא פשיטא לן דהלכה למשה מסיני היא..."²⁷. ועל כן אין כאן מחלוקת כלל. מ"מ בלן כל הראשונים והאחרונים לא מצאתי אף אחד שיקשר את עונש הכיפה לדין "בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה", ומטעמים שיבוארו להלן²⁸.

האם עונש הכיפה הוא מדין "בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה?"

פרופ' מנחם אלון בספרו "המשפט העברי"²⁹ מונה את דין הכיפה בין תקנות חכמים בגדר הוראת שעה, מכוח העקרון "בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה". כך גם כותב ביתר פרוט במאמרו "המאסר במשפט העברי"³⁰. לדעתי אין לקבל דעה זו בשום אופן, לא כהסבר בסוגיא התלמודית ובודאי שלא כהסבר לתפיסתו של הרמב"ם בענין, ואנסה להוכיח את דעתי:

בתלמוד: בכל הסוגיא בתלמוד לא הוזכר כלל ענין "בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה". סוגיא זו על הוראת שעה של בית דין בדיני עונשין נדונה במקום אחר לגמרי - בדף מו ע"א, וכפי ששם לא הובא דין כיפה בתור דוגמא נוספת להוראת שעה, כך גם בסוגיא כיפה לא הוזכרה סוגיא הוראת שעה כמקור לדין כיפה. אדרבא, התלמוד מתלבט בהבנת הסמכות של בית הדין בענין כיפה, כנזכר לעיל, ועונה שדין המיתה כאן אינו יש מאין כיון שהעובר חייב כרת, וכמו כן הגמרא מחפשת רמז בכתוב לדין זה; ואילו היה מדובר על הוראת שעה מדוע לא ענו בפשטות שזוהי הוראת שעה? והרי הוראת שעה היא סוגיא ידועה בכל התלמוד³¹, וגם בדף מו ע"א כשדובר על עונש מוות למי שאינו חייב מיתה לא שאלה הגמרא דבר על מקור סמכות זו!

26. ועיין באנציקלופדיה התלמודית, ערך "הלכה למשה מסיני", ע' שע"ג. וכן בפיהמ"ש לרמב"ם כלים פי"ז מי"ב ומקוואות פ"ו מ"ז, ובתשובותיו מה' פריימן סי' קסו. וכן בתוספתא מקוואות פ"ה שאמרו על שיעורי תורה שהם מד"ס, אף שמקובל שהם הלכה למשה מסיני. (בבלי עירובין ד"ע א"רש"י. ואולם ע' ירושלמי חגיגה פ"א ה"ב שמשמע שזו מחלוקת.)
27. ועיין במשנת יעבץ, להרב ז' ולטי, סימן י"ב אות ג', שג"כ העיר על כך.
28. ועיין במרגליות היס, להר"ר מרגליות, לסוגיא (סי' יח), הלומד שדין כיפה להורג נפש שלא בעדים, הוא מדין גואל הדם, ע"ש.
29. הוצ' מאגנס, ירושלים, ע' 424, הערה 104, וכן גם במשנת יעבץ, להרב ז' ולטי, סי' ז"ב, אות ג'.
30. ספר היובל לפנחס רוזן, בעריכת ח' כהן, ע' 176-178.
31. בבבלי יבמות דף צ ע"ב, ובמגילת תענית סופ"ו, וירושלמי חגיגה פ"ב ה"ב, ועוד.

שנית, לא נאמר דבר על כך שסמכות זו היא רק כהוראת שעה, ולפי מה שהשעה צריכה (כפי שנאמר בסוגיא על הוראת שעה). אדרבא, הן מהמשנה והן מהגמרא משמע שזהו העונש הרגיל שבית הדין מפעיל בכל הזמנים ובכל המצבים, בלי הפעלת שיקול דעת לפי מצב הדור וכדומה, בדיוק כפי שמפעיל את הדינים המופיעים במשניות שלפני משנתנו ושלאחריה. על כך דין כיפה מופיע באופן סתמי בתור ההלכה הרגילה המחייבת, ולא בתור סיפור מעשה על מה שעשה בית דין מסוים בזמן מן הזמנים, כמו שמופיע בדף מו ע"א ביחס להוראה שעה (ע"ש). ואם העונש הוא תמידי איך יתכן שהוא מתקנת חכמים? הרי אין חכם או נביא רשאים לחדש הוראה לדורות אשר סותרת את דין התורה!³²

ולבסוף, התלמוד טורח להגדיר את התנאים המדויקים שרק בהתקיימם מתחייב אדם בעונש כיפה. איך אנו מוצאים כאן את אותה הגמישות שמאפיינת את הפעלת הוראת השעה, בין בדין המהותי - כנגד מי, ובין בדין הפרוצדורלי ובדיני הראיות. וביחס למי שלקה ושנה, למשל, התנאים נוקשים מאד: א. עבירות שעונשן כרת; ב. שעבר שלוש פעמים על אותה עבירה; ג. שהתרו בו למלקות בכל פעם³³ - כלומר שצריך שני עדים להתראה כמו בכל התורה (אמנם אין צורך בהתראה לכיפה).

גם ביחס להורג נפש שלא בעדים ראינו שהגדרים הם מדויקים וקפדניים: דוקא שני עדים, "אבל על פי עד אחד - מוציא דבה בעלמא הוא"³⁴, וכך דוקא כשלא הוכחשו בחקירות. משא"כ ביחס ל"בל"ד מכין ועונשין שלא מן התורה" כל עדות וראיה המשכנעת את ביה"ד באמיתות הדברים נתקבל, ויפעלו על פיה³⁵. מכל האמור לעיל ברור מדוע אף אחד מן הראשונים והאחרונים לא קישר סוגיא זו לסוגית הוראת שעה.

32. עיין בהל' סנהדרין כד, ד: "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... כפי מה שיראה להם, הכל הוראת שעה, לא שיקבע הלכה לדורות." והדברים אמורים אך ורק ביחס לעונשי גוף, כגון מלקות ומיתה. בעונשי ממון יש סמכות לתקן אף לדורות עונשים על עבירות מוגדרות. עיין בהל' ר' שם.
33. לשיטת רש"י בסוגיה, בד"ה "של כריתות", וברמב"ם לא ברור.
34. רש"י ד"ה "בעדות מיוחדת". ועיין רבינו יונה בשערי תשובה שער ג' רי"ט.
35. כפי שעולה במיוחד מהסוגיא בירושלמי מס' חגיגה (ב"ב) "תני אמר ר' אלעזר בן יעקב שמעתי שעונשין שלא כהלכה, ועונשין שלא כתורה. עד איכן? ר' לעזר בי רבי יוסי אמר עד כדי זימזום, ר' יוסה אומר בעדים אבל לא בהתראה." ובקרבן העדה שם, מבוארת דעת ר' לעזר בי רבי יוסי (שהלכה כמותו) שדי בכך "שנוכל לחשוב שעשה עבירה" כדי להענישן, ע"פ איזה ראיות שימצא הדיין לנכון.

ברמב"ם: הרמב"ם בענין זה נאמן לפשוטה של הגמרא, ועל ידי בחינת דרך הסידור של ההלכות, ולשונו המדויקת, נווכח בלי צל של ספק שהרמב"ם ראה בדין הכיפה סוגיא נפרדת לחלוטין מדין הוראת שעה. גם הרמב"ם אינו מזכיר את דין הכיפה בדונו בהוראת שעה של בית הדין, וכך אינו מזכיר בדונו בדין כיפה שמקור הדין הוא סמכות חכמים בהוראת שעה. את דין "בי"ך מכין ועונשין שלא מן התורה" מביא בפרק כד מהל' סנהדרין, שכל ענינו סמכויות חריגות של ביה"ד, בעוד שדין כיפה מוזכר במה שנוגע לרוצח - בהל' רוצח, ובמה שנוגע למלקות - בפרק יח מהל' סנהדרין, שענינו עונשי מלקות. על ידי כך מראה הרמב"ם שעונש הכיפה בשני התחומים הללו, הינו חלק בלתי נפרד מהדין המהותי הרגיל החל בהם, מה שאין כן במה שנוגע להוראת שעה של בית דין, שהיא בגדר סמכות כללית חריגה. ולא הוזכר, למשל, בדיני שבת שהרוכב על סוס בשבת עלול להתחייב סקילה³⁶.

שנית, וזה אולי החשוב מכל, לא הזכיר הרמב"ם - כפי שגם לא מוזכר בגמרא - שתנאי לתחולת דין כיפה הוא שהשעה צריכה לכך, ושהסמכות היא עפ"י שקול דעתו של בית הדין. מפרק כ"ד בהל' סנהדרין מוכח שבמה שנוגע לעונשי גוף חמורים, אין סמכות לחכמים לקבוע כהלכה לדורות עונש חריג על עבירה כלשהי³⁷. אף בשני המקרים החריגים שבהם נקבע עונש מסוים לדורות³⁸ הרי שהושאר הדבר לעולם לשיקול דעתו של בית הדין, בין במה שנוגע לעצם ההפעלה³⁹, ובין במה שנוגע לבחירת העונש⁴⁰. בדין הענישה כהוראת שעה כותב הרמב"ם: "יש לבית הדין...". - דהיינו יש באפשרותו לעשות כך לפי שקול דעתו, בעוד שבענין כיפה כותב: "כל אלו הרצחנין כונסין אותן לכיפה...". דהיינו שחייבים לעשות כן, וזו הלכה לדורות לכל זמן ומצב ולא כמו הוראת שעה שכשמה כן היא - לשעה בלבד.

ולבסוף, כמו בסוגיא התלמודית, אף הרמב"ם פוסק את כל הגדרים המדויקים והקפדניים הדרושים כדי שאדם יתחייב בעונש הכיפה, בעוד שבהוראת שעה יש לבית הדין לדון עפ"י כמעט כל עדות המשכנעת אותו,

36. ואולם עיין לשון רבינו בהל' איסורי ביאה כא, יד, ביחס לסוגיא בסנהדרין מו. ונראה ששם המדובר על מכת מרדות, לפי שעבר על דין דרבנן בענין זה, ועפ"י עדות ברורה, לפי כל דיני הראיות.
37. בהל' ד' שם: "לא שיקבע הלכה לדורות".
38. מלקות למי ששמועתו רעה (הל' סנהדרין, כד, ה) ובעונשי ממון (שם, ד') שבשניהם כתוב "בכל מקום ובכל זמן" או "תמיד".
39. "יש לבית הדין...".
40. כגון גובה הקנס בעונשי ממון.

בלי "כל דרכי הדרישה וחקירה (בכיפה החקירות מעכבות!) וההתראה, ולא בעדות ברורה אלא הוראת שעה כפי מה שראה"⁴¹.

מעתה תובן סתירה מדומה בין שני מקומות במשנה תורה, שתמהו עליה מקצת המפרשים⁴². בהלכות רוצח, אחרי הביאור את דין הכיפה לרוצח, כתב הרמב"ם: "ואין עושיין דבר זה לשאר מחוייבי מיתת בית דין. אבל אם נתחייב מיתה ממיתין אותו, ואם אינו חייב מיתה פוטרין אותו, שאע"פ שיש עונות חמורין משפיכות דמים, אין בהם השחתת ישובו של עולם כמו שפיכות דמים וכו'...". ולכאורה יש כאן תימא גדולה, שהרי בהל' סנהדרין (ט"ז) כתב הרמב"ם: "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות, ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה", והדוגמה המובאת לעונש לעונש מיתה היא דווקא חילול שבת ("מעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והביאוהו לב"ד וסקלוהו") ולא עבירת רצח!

אלא שעל-פי דברינו העניין ברור, ואין כאן סתירה כלל. מפני שעונש כיפה אינו הוראת שעה, אלא הדין הרגיל שיש להפעילו בכל זמן, ובכל מצב - כאשר דנים דיני נפשות. בהל' רוצח עוסק הרמב"ם בדין הרגיל הזה, וקובע שעונש הכיפה קיים (בצורה שפורטה לעיל) אך ורק במחוייב מיתה משום עבירת רצח, ולא בשאר חייבי מיתות. כל זה אמור ביחס לדין הרגיל. ואולם על-פי הוראה שעה יש לו לבית-דין סמכות רחבה ביותר, כולל עונש מוות לכל עבריין שהשעה ומצב הדור דורשים את המתתו, ובסמכות זו לא עוסק הרמב"ם כי אם בהל' סנהדרין⁴³.

סיכום

העולה מדברינו ששתי הסוגיות שונות בתכלית, ואין להטיל את הגדרים החלים על הוראת שעה, על עונש הכיפה; הן המגבלות (לא לדורות, ורק כפי צורך השעה), והן הסמכויות הרחבות בדיני הראיות והפרוצדורה. עונש הכיפה חריג רק בזה שאינו מופיע בתורה שבכתב, וכולו במסורת בע"פ הלכה למשה מסיני.

41. הל' סנהדרין כד, ד.
 42. עיין אורים ותומים לחו"מ סי' ב' סק"ב, ובס' הלכה פסוקה שם, המצטטים הלכה זו כראיה לכך שאין להרוג בזמה"ז אלא על רצח.
 43. ומה שהזכיר סמכות זו במקום אחר בהל' רוצח (פ"ב ה"ד) הוא מפני שהזכיר את סמכות המלך להרוג רוצחים בדין המלכות, שהיא מיוחדת לעבירת רצח, ולא כללית לכל התורה כמו סמכות הסנהדרין.

ניתן להזכיר מספר נפקותות מעשיות למסקנתנו זו, מלבד אלה שכבר נזכרו. נראה למשל שבניגוד שסמכות הוראת השעה שמה גם בידיהם של בתי דין שאחרי הסנהדרין ואף אחרי חתימת התלמוד, כמכשיר ענישה לפי צרכי הדור⁴⁴, הרי שדין הכיפה - בתור שכזה ובלתי להזדקק לגדר של הוראת שעה - לא ניתן להפעילו בזמן שאין דניס דיני נפשות ומכות⁴⁵.

כמו כן נראה שיחולו בדין כיפה שאר המגבלות הפרוצדורליות החלות על בית דין הדן בדיני עונשים, כגון שחייב מישהו ללמד עליה זכות⁴⁶, ושאינן לדון שנים ביום אחד⁴⁷, וכך שאר החומרות שנשנו בראש פרק ד' במסכת סנהדרין, אשר לא חלות על בית דין הדן עפ"י הוראת שעה⁴⁸. ואמנם יש מקום להסתפק אם דין כיפה נחשב בכלל כדיני נפשות, או שמא נידון כדיני מכות, מאחר שאין הורגים אותו בידים. נפקא מינה לענין גודל בית הדין, הרכבו, ועוד ועוד.

-
44. ועיין דברי ר' יהודה בן הרא"ש בשו"ת זכרון יהודה, וכן ש. אסף "העונשין אחר חתימת התלמוד", ירושלים תרפ"ב, וכן י"מ גינצבורג "משפטים לישראל", במיוחד ע' כ"ב ואילך. נע' בטור חו"מ סי' ב'.
45. וע' במש"כ החזון איש, המובא בהערה הבאה.
46. משנה סנהדרין לב ע"א. וכך גם דף ק"ז ע"א. רמב"ם הל' סנהדרין ט, א.
- וכן כתב החזון איש, בהל' רוצח ושמירת נפש, לפ"ד ח - ט.
- וז"ל: "נראה דכיפה יש לן חומר של דיני נפשות בכל עשרה דברים שנשנו במתני' לב א' וכן אם ראו כולן לחובה פוטרין אותו וכו'." ע"ש.
47. משנה סנהדרין מה ע"ב.
48. עיין במשנה בסנהדרין שם, ששמעון בן שטח דן שמונים נשים ביום אחד, ואף תלאן, מכוח הוראת שעה לפי צרכי הדור, ועיין גם ברמב"ם הל' סנהדרין פכ"ד שם.