

## פרופ' מנחם אלון

## תגובה למאמר "עונש הכיפה"

מקורו של עונש הכנסה לכיפה - אם בהלכה למשה מסיני או בתקנה של חכמים על לסוד העקרון של בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין - שנוי במחלוקת בין החכמים; והדברים מובאים בארוכה במרגליות הים, להר"ר מרגליות, על סנהדרין (פא ע"ב, סימנים ב ו-ג). עיין שם. מפשטות שאלת הגמרא בסנהדרין (פב ע"ב) "מי איכא מידי דרחמנא פטריה, ואנו ניקום וניקטול ליה", משמע שאותם מקרים שבהם מכניסים לכיפה מדין תורה הוא פטור ממיתה ולא הנה נהרג; וכן יש להסיק ממקומות אחרים, שכאשר לא נתמלאו כל הדרישות - לפי דין תורה - באשר להוכחת ודאות עבירת רציחה, לא היה הנאשם נהרג ולכן "מרבין שופכי דמים בישראל"; משמע שבמקרה כגון זה לא הוכנס לכיפה (ראה מכות, ו-ז, ומרגליות הים, שם). וכן כותב הריב"ש (שו"ת הריב"ש, רנא): "ואם בשאר העבירות היו הורגין שלא כדין צורך השעה, אין צריך לומר בשפיכות דמים שהחמירו בו חז"ל שכונסין אותו לכיפה כשהורג שלא בעדים...".

הר"ן בסנהדרין (פא ע"ב) סובר שדין כניסה לכיפה אין יסודו בעקרון של מכין ועונשין שלא מן הדין, ונימוקו הוא משום - "דטעם מכין ועונשין ליתיה אלא לצורך שעה למראית הבית דין, אבל לעשות תקנה קבועה אין לנו, שאין נביא רשאי לחדש דבר ומצוה עולמית, וכל שכן לחדש מיתה למי שאינו מחויב לה, תקנה עולמית". וזהו בעיקרן, גם נימוקו של מחברנו, אריה רייך. נימוק זה של הר"ן מעלה שאלה עקרונית בדבר מהותן של תקנות חכמים בכלל, שהרי לגבי רוב התחומים (ולא רק לענין דיני עונשין) נאמר שהתקנה לפי שעה, כהוראת שעה, לרגל נסיבות ותנאים מסוימים וכיוצא בזה, אך למעשה מהותה חלק מהותי וקבוע מכלל מערכת ההלכה, ונאמרו בהם פרטי דינים וסייגים כמו לענין כל דין והלכה אחרים (ודינים וסייגים כאלה נאמרו גם לענין תקנות בדיני עונשין על סמך העקרון של בית דין מכין ועונשין - ראה לדוגמה סייגים שנקבעו בשו"ת הריב"ש, שם). בשאלה זו דנתי בארוכה בספרי (המשפט העברי, עמוד 436-439), ולא כאן המקום להאריך.

דברים עקרוניים להסבר מהותן זו של התקנות בהלכה נאמרו על ידי הרמב"ם, הלכות ממרים, פרק ב, הלכה ט (ובמקומות נוספים, ראה המשפט העברי, עמוד 408 ואילך), ועל פי דבריהם אלה של הרמב"ם סיכמתי בספרי (עמ' 438), וארשה לי לצטט:

"סמכותם של חכמי ההלכה היא לפעול בתחום חקיקת-המשנה בלבד, ואיך הם רשאים להתקין ולגזור, כהוספה או גריעה, בתחום החקיקה הראשית, כדין מדיני התורה שבכתב. כל דין ומצוה שבתורה שבכתב "עומדת לעולם ולעולמי עולמים, איך לה לא שינוי ולא גרעון" (רמב"ם הל' יסוה"ת ט, א), היא נצחית ולא לשעה. ואילו תקנתם של חכמים, למעשה קבועה היא אמנם, ותמידית, אך אסורה להם "לקבוע הדבר לעולם שהוא מן התורה" (רמב"ם הל' ממרים ב, ט), וחייבים הם "להודיע לעם שהוא גזירה, שלא יבא מן הדבר חובה" (שם). "למיגדר מילתא" ו"לשעה" אינם אפוא בתמידותה למעשה של ההלכה שמקורה בתקנה, אלא במעמדה ובמקומה, מבחינה עיונית, בסולם הערכים של כלל דיני התורה שבכתב ושבעל פה: הדינים שהם מדאורייתא שורשם בתחום החקיקה הראשית, שלגביה לא קיים המושג "למיגדר מילתא" או "לשעה"; לעומתם, הדינים שמקורם בתקנות ובגזירות חכמים מקומם בתחום חקיקת-המשנה, שהרקע להתקנתם היה משום "מיגדר מילתא" ומשום צורכי השעה; אך "מיגדר מילתא" זה קבוע הוא וה"שעה" ארוכה ותמידית היא, והחקיקה הראשית גופה מצווה שלא לסור מהם".

(וראה בהערות שם - בעמוד 437-439 - דוגמאות מתקנות שונות). דברי הר"ן שהבאנו לעיל מעלים שאלה עיונית חשובה, ועוד צריך לדון בהם בארוכה. ועתה אסתפק במה שכתבתי, לכבודו של המחבר המלומד, ובהערה קצרה בסוגיה עקרונית חשובה זו, שלא רק ללמד על עצמה יצאה אלא על כלל סוגי התקנות בעולמה של הלכה יצאה. ואכמ"ל.