

בית-דין מכין ועונשין שלא מן התורה

א. מקור הדין

גרסינן בסנהדרין (מ"ו, א'): "תניא ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה". זוהי גרסת הבבלי לפי רש"י, הרמב"ם, הרי"ף, הרא"ש והר"ן. אבל מפירושו הר"ח נראה דלא גריס "ולא לעבור על דברי תורה", שו"ל: "תניא אמר ר"א: שמעתי שבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה לעשות סייג לתורה, ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת וסקלוהו בי"ד, לא מפני שראוי לסוקלו אלא לעשות סייג, שהשעה היתה צריכה לכך". עוד יש להעיר, שהר"ח לא הביא את העובדה השניה המוזכרת בגמ' "מעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת האילן" וכו'. ובירושלמי חגיגה (פ"ב סוף הלכה ב') הגירסא נוטה לגירסת ר"ח, דאיתא שם: "תני אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה". ולא הובא בברייתא של הירושלמי, לא המאמר "ולא לעבור על דברי תורה" ולא המאמר "לעשות סייג לתורה". ואולם, גירסת הירושלמי צריכה ביאור, מה נקרא לענוש שלא כהלכה, ומה נקרא לענוש שלא כתורה.

ב. גדר הדין

בביאור דברי הברייתא "ולא לעבור על דברי תורה" נחלקו הראשונים. רש"י, הרמב"ם והר"ן פירשו, ש"לעבור על דברי תורה" מובנו - לתקן עונש, שכל עבריין, בכל הדורות יענש בו, אע"פ שלפי דין תורה הוא פטור. אבל לצורך השעה, יכולים חכמים לענוש שלא מן התורה, ואינם עוברים בזה על דברי תורה. וז"ל רש"י (סנהדרין מ"ו, ע"א): "ולא שיתכוונו לעבור על דברי תורה לבוד מלבם חיוב מיתה לשאינו חייב, אלא מפני צורך השעה". וכתב על זה הר"ן בפירושו לסנהדרין, וז"ל: "פירוש לפירושו - שאין להם לחכמים לחייב מיתה על איסור של דבריהם כדרך תקנה עולמית, לפי שזה יהיה כמוסיף על דברי תורה, אבל יש להם לענוש איזה עונש, הן עונש מלקות הן עונש מיתה, לפי צורך שעה כשהדור פרוץ. וכן הם דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ב מהלכות ממרים". וכן כתב הר"מ מסרקסטא בש"מ (ב"ק צ"ו, ב), וז"ל: "דקיימא לן בי"ד מכין ועונשין ממון שלא כדין תורה, לא לעבור על דברי תורה שיקנסו ויקבעו כן לדורות, אלא כדי לעשות סייג לתורה" וכו'.

מתוך דברי הר"מ מסרקוסטא נראה, שהוא מבאר שבי"ד עונשין ממון, ובודאי ליכא למימר דרק מלקות וממון יכולים בי"ד להעניש שלא כדין אבל מיתה לא, שהרי הברייתא מבאיה מעשה באחד שרכב על סוס בשבת והביאוהו לבי"ד וסקלוהו. אלא וודאי של-שיטתו של הר"מ מסרקוסטא "עונשין" כולל עונש מיתה וממון. אמנם מרש"י נראה שממון אינו מדין בי"ד מכין ועונשין, אלא מכח הפקר בי"ד, דז"ל (שם בסנהדרין): "שבי"ד מותרין להיות מכין מלקות ועונשין עונש מיתה שלא מן התורה". וכן נראה מדברי הרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין הל' ד' שכתב: "יש לבי"ד להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה".

בשטמ"ק (שם) הובא בשם רבינו יהונתן פירוש אחר לכוונת הברייתא "לא לעבור על דברי תורה" - ר"ל, לא רק למי שעובר על דברי תורה יכולים בי"ד להענישו שלא מן

* המאמר נערך והובא לדפוס על ידי בן המחבר הרב אברהם יצחק כלאב שליט"א

התורה, "אלא כדי לעשות סייג לתורה" - אלא אפילו אם עבירתו היא מעבירות של סייג לתורה, כלומר, גזירות רבנן, יכולים בי"ד לענשו. וז"ל: 'וכתב הרי"ף ז"ל - ועוד דגרסינן בפרק נגמר הדין, תניא אמר רב"י: שמעתי שבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא וכו', כלומר, עובר על עשה ועל לא תעשה שניתק לעשה, דאע"ג דלאו בר מלקות הוא מן התורה מלקינן ליה, שהרי עובר על דברי תורה ממש, אלא אפילו "לעשות סייג לתורה" - אלא אפילו מי שעובר על דבר שתקנו חכמים לסייג לדורות, או לסייג ליחיד ורבים, אלא אפילו בסייג יחיד כגון זה דגזל תורי שלא היה לנגזל למשקל מידי בשבחא, אפילו הכי שקיל כמותו הנגזל, הר' יהונתן ז"ל". ומה שכתב הרב רבי יהונתן "או לסייג ליחיד ורבים" אין זה המשך דברי הברייתא, אלא זה המשך דברי הרי"ף - דמענשין לא רק כאשר צורך השעה הוא צורך רבים, אלא אפילו אם צורך השעה הוא צורך יחיד. והלשון עמומה. וכשיטת רבינו יהונתן הביא גם הר"מ מסרקסטא (שם), וז"ל: "ואית דמפרשי, 'ולא לעבור' - כמו ולא לעבור על דברי תורה". ונראה שצריך להיות "כמו ולא לעבור על דברי תורה", וזהו כשיטת רבינו יהונתן, דלולא זאת אין דברי האית דמפרשי מובנים כלל.

הטור בחושן משפט (סימן צ"ז סעיף כ"ז), הביא את דברי בעל התרומות, שהשיג על הרי"ף, בענין אם הלוח לא רוצה לשלם את חובו אם מותר להכנס לביתו, וז"ל: "ובעה"ת כתב, דאין אנו עושין כן אלא בדוחק גדול, דצדקה ומס שאני שלא באו עליו דרך הלואה, אבל שהתורה הזהירנו עליו - אין כח בנו לעקור מצוה זו אלא בקושי גדול, ושיהא כוונת בי"ד לשמים, כדאמרינן בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, ולא לעקור דבר מן התורה אלא לעשות סייג לתורה". והנה בעה"ת אינו גורס כלל "ולא לעבור" אלא "ולא לעקור". ודברי בעה"ת מתבארים כך: ישנם שני תנאים - א) שלא יהא אלא בקושי גדול, וזה מקביל למה ששנינו בברייתא "אלא לעשות סייג לתורה", רצונו לומר שיש הכרח גדול להעניש על מנת לגדור פרצה. ב) שתהא כוונת בי"ד לשמים, וזה מקביל למה ששנינו בברייתא "ולא לעקור דבר מן התורה". דלפי גירסת רש"י, רמב"ם והר"ן, דגרסינן "ולא לעבור על דברי תורה" - יש לפרש כמו הר"ן, דאם יתקנו לתמיד הרי עוברים בי"ד על התורה בזה שמוסיפים עליה, כלשונו של הר"ן ש"זה יהי' כמוסיף על דברי תורה". וכן כתב הר"ן בסנהדרין (פ"א, ב') במשנה "מי שלקה ושנה" בא"ד, וז"ל: "דטעם מכין ועונשין ליתיה אלא לצורך שעה למראית הדין, אבל לעשות תקנה קבועה אין לנו, שאין נביא רשאי לחדש דבר ומצוה עולמית" וכו'. אבל לפי גירסת בעה"ת "ולא לעקור דברי תורה", מיירי באיסור שבי"ד מתירין אותו מפני הצורך של השעה, ומבאר בעה"ת, שהכוונה היא שלא יעקרוהו מצד עצמו מחמת הצורך של השעה, אלא יעשו את זה מתוך כוונה לשם שמים, שהתורה תשתמר. וכמו שכתב הרמב"ם (בפ"ב מהל' ממרים הל' ד'): "כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בי"ד מורין בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם". ובעה"ת מפרש את דברי הברייתא "ולא לעקור דברי תורה", שהכוונה שלא לעקור דברי תורה היא הקובעת את ההיתר לעבור על דברי תורה. אבל אם הכוונה היא לעקור דברי תורה אין כאן היתר כלל, ועברו בי"ד עבירה אם הכו או הרגו אדם מישראל, וחיביבים משום מכה ומשום רציחה.

הסבר בשיטת בעל התרומות

במנחות (ס"ד, א') גרסינן: "איתמר - לא שמע (כן היא גירסת השטמ"ק, הרמב"ם בפ"ב מהל' שבת הלכה ט"ז, ועוד, וכן מוכח מהגמ') שטבע תינוק בים ופרש מצודה להעלות דגים והעלה דגים - חייב. להעלות דגים והעלה תינוק ודגים - רבה אמר:

פטור, זיל בטר מעשיו. ורבא אמר: חייב, זיל בטר מחשבתו. אמר רבה: חולה שאמדהו לגרוגרת אחת, ורצו עשרה בני אדם והביאו עשרה גרוגרות בבת אחת - פטורין, אפילו בזה אחר זה, אפילו קדם והבריא בראשונה". נמצא, דלרבא היתר פיקוח נפשות תלוי ב- עיקר בכונתו ולא במעשיו, דאם כונתו בחללו את השבת להציל - מותר, ואם אין כונתו בשביל פקוח נפש, אעפ"י שלמעשה הוא הציל את חייו של התינוק - הרי הוא חייב משום שבת. ולדעת רבה, שני דברים הם הקובעים את ההיתר של פקו"נ: א. כוונה - אע"פ שלא היה למעשה פקו"נ, כמו חולה שאמדהו לגרוגרת אחת ורצו עשרה בני אדם והביאו עשר גרוגרות והחולה הבריא בראשונה. ב. הציל נפש בפועל - אע"פ שכונתו היתה לחלל שבת, כגון שלא שמע שטבע תינוק והשליך מצודה להעלות דגים והעלה דגים ותינוק - פטור, כי למעשה הציל את חייו של התינוק. וכן פסק הרמב"ם בהל' שבת (פ"ב הל' ט"ז) וז"ל: "שמע שטבע תינוק בים ופרש מצודה להעלותו והעלה דגים בלבד - פטור מכלום. נתכוין להעלות דגים והעלה דגים ותינוק - פטור, ואפילו לא שמע שטבע הואיל והעלה תינוק עם הדגים פטור". ומדברי השגת הראב"ד נראה, שהוא נוטה לפסוק, דאם לא שמע שטבע תינוק והשליך מצודה להעלות דגים והעלה תינוק ודגים שחייב, משום דאזלינן בטר מחשבתו ולא בטר מעשיו. וז"ל הראב"ד: "הנך מילי פלוגתא דרבה ורבא נינהו במנחות, ורבא לקולא דאמר זיל בטר מעשיו, והוא פסק כרבא אע"ג דתלמיד הוא לגביה דרבה". ועיין שם במ"מ דכתב, שהראב"ד גורס "רבה אמר חייב ורבא אמר פטור".

ולפי שיטת בעה"ת, הא דבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין כדי לעשות סייג לתורה, הוא אך ורק בטר המחשבה - אם מחשבתם היא לעקור דברי תורה, אעפ"י שלמעשה הם גודרים פרצה לפי מה שהשעה צריכה, מ"מ כיון שהם לא נתכוונו לזה, הרי אין להם היתר כלל, ועברו על "לא יוסיף", "פן יוסיף", ועברו על "לא תרצח".

ונראה, אולי, דהמחלוקת אם בטר מעשיו אזלינן או בטר מחשבתו, תלויה אם שבת הותרה בשביל פקו"נ או נדחתה מחמת פקו"נ, כמו עשה דוחה ל"ת, דאם הותרה - מה לנו ולמחשבתו, הרי הוצאת התינוק היא היתר, ואעפ"י שכונתו היתה לעשות עבירה, למעשה עשה מעשה המותר, והוה ליה נתכוין לאכול בשר חזיר ועלתה בידו בשר טלה. אבל אם נאמר ששבת נדחתה - צריך הוא לעשות בשביל פקו"נ, ואם עשה בשביל העלאת דגים אין לו דחיה, ומשום הכי חייב. ועיין ברא"ש (פ"ח דיומא סימן י"ד), שהביא מחלו-קת בין הראב"ד להרב רבינו מאיר, דהראב"ד ס"ל דשבת דחווה היא לגבי פקו"נ, ורבינו מאיר ס"ל דשבת הותרה לגבי פקו"נ. ואולי הראב"ד הולך לשיטתו, דפסק במחלוקת של רבה ורבא דמנחות (ס"ד, א) דאזלינן בטר מחשבתו ולא בטר מעשיו, דשבת דחווה היא לגבי פקו"נ, ורבינו מאיר פוסק כשיטת הרמב"ם דאזלינן גם בטר מעשיו דשבת הותרה לגבי פקו"נ. ועיין שם בקרבן נתנאל (אות ב'). וכן יש לדייק מדברי הרמב"ם (בפ"ב מהל' שבת הל' ב') שכתב: "וכללו של דבר - שבת לגבי חולה שיש בו סכנה הרי הוא כחול לכל הדברים שהוא צריך להן". וזו ממש לשון מהר"ם המובאת ברא"ש שם. (ואע"פ שכתב הרמב"ם בריש פ"ב: "דחווה היא שבת אצל סכנת נפשות כשאר כל המצוות", אין כאן קושיא גדולה, שהרי מצינו כעין זה לרבינו תם (מנחות מ', ב', תוס' ד"ה "תכלת אין בה משום כלאים"), וז"ל התוס': "ואומר רבינו תם, דהכא נמי אשמועינן דאפילו בלילה אין בה משום כלאים אע"ג דלא זמן ציצית היא, דלגמרי התיר הכתוב כלאים של ציצית וכו', ותדע, דאמרינן לקמן טלית שאולה כל ל' יום פטורה מן הציצית מכאן ואילך חייבת ואפילו של כלאים, ואע"ג דפטור מדאורייתא, דאין לחלק, כיון דלגבי גברא דהוי דידיה ליכא כלאים, וכן לנשים" וכו'. ואע"פ שביבמות (ד', א' ודף ה', ב') ילפינן דעשה דוחה לא תעשה מכלאים בציצית, וכוודאי לשיטת רבינו תם התורה התירה כלאים

בציצית לגמרי, אבל לא מפני שאין מקום לאסור כלאים, דוודאי צריך היה להיות אסור כלאים גם בציצית, מפני שקימת כאן סיבת איסור של כלאים כמו בכל כלאים דעלמא, אלא מחמת המצוה התורה התירה. נמצא שהתורה דחתה את איסור כלאים מחמת ציצית, ומזה ילפינן דגם אנו יכולים לדחות את הלאו מחמת העשה. וזהו גם ביאור דברי הרמב"ם שהשבת דחיה היא אצל סכנת נפשות, אע"פ שלמעשה שבת הותרה כשביל פקרו"ג.*

וכן בי"ד המכין ועונשין שלא מן הדין, ס"ל לבעה"ת שזה הוי בגדר דיחוי, כמו שכתב הרמב"ם (בפ"ב מהל' ממרים הל' ד'): "בי"ד מורין בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם". וס"ל לבעה"ת, דזה הוי כעין דגרסינן בפסחים (נ"ט, א'): "בשלמא לת"ק יבא עשה דפסח שיש בו כרת וידחה עשה דהשלמה שאין בו כרת". וכמו דגרסינן בברכות (מ"ז, ב'): "מעשה ברכי אליעזר שנכנס לבית הכנסת ולא מצא עשרה, ושיחרר עבדו והשלימו לעשרה". ופרכינן עלה, "והיכי עביד הכי, והאמר רב יהודה כל המשחרר עבדו עוכר בעשה, שנאמר 'לעולם בהם תעבודו'". ומשני, "לדבר מצוה שאני. מצוה הבאה בעבירה היא?". ומשני "מצוה דרבים שאני". וזהו היסוד דבי"ד מכין ועונשין שלא כדין בכדי לעשות סייג לתורה, וא"כ הוי ליה בגדר דחיה, ומשונה בעינין שתהא מחשבתם לשם שמים, כדי שיתקיימו כל המצוות. אבל אם עשה על מנת לעקור דברי תורה - אין כאן היתר כלל, ומיעברי על "לא יוסיף", "פן יוסיף".

ג. בירור המקרים (שהובאו בגמ') שבהם בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה.

1. דין מוסר ממון חבירו לעכו"ם

נמצא, לפי מה שנתבאר באות ב', דלפי שיטת הרמב"ם, רש"י והר"ן - ישנה הגבלה בברייתא לבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, שלא יתקנו תקנתם לדורות, דזה מה ששנינו בברייתא "ולא לעבור על דברי תורה". אבל לגירסת ר"ח, ואפילו לפי גירסתינו דגרסינן בברייתא "ולא לעבור על דברי תורה", לשיטת רבינו יהונתן (בש"מ ב"ק), ולשיטת בעה"ת (שהובא בטור ח"מ צ"ז) - אין הברייתא מדברת כלל בהגבלת כח בי"ד להכות ולהעניש שלא מן הדין.

איברא, דמצינו הרבה דברים שבי"ד הענישו עונש שלא כדין מחמת צורך שעה וקב-עוהו לדורות, בין במיתה, בין במלקות ובין בממון.

גרסינן בע"ז (כו, א'): "תני רבי אבהו קמיה דרבי יוחנן: העובדי כוכבים ורועי בהמה דקה לא מעלין ולא מורדין". ובתוס' שם (ד"ה "והרועים בהמה דקה"): "וא"ת, מאי האי דאחמור רבנן ברועים שאינם פסולים אלא מדרבנן, וגם הם כשרים לעדות אשה, כדאיתא בספ"ק דר"ה, ואילו בגולנים שהם פסולים מן התורה לכל עדות שבתורה לא אחמור כולי האי וכו' ואור"י, דהיא הנותנת, משום דלא פסילי אלא מדרבנן עשו חכמים חיזוק כדי שיתנו לב לשוכ, ובי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה".

וכן נראה מהרב המגיד והב"י, דהרמב"ם (פ"ח מהל' חובל ומזיק הל' י"א) כתב, וז"ל: "עשה המוסר אשר זמם ומסר - יראה לי שאסור להורגו, אלא אם כן הוחזק למסור - הרי זה יענש, שמא ימסור אחרים". וכתב על זה הרב המגיד, וז"ל: "דעת הרב ז"ל, ונכון הוא, שהרי לא מצינו היתר בגמרא אחר מעשה. עוד נראה לי כעין ראיה, מרודף אחרי חבירו להורגו וכו', כולן קודם מעשה נהרגים, אחר מעשה אין נהרגים אלא כבי"ד ובעדים ובהתראה" וכו'. והנה דקדק המ"מ, וכתב שמרודף אחרי חבירו להורגו הוי כעין ראיה ולא ראיה ממש, והב"י (בטור חו"מ סימן שפ"ח הלכה ט' י) הביא את דברי

* ע' ביאור הגר"א יו"ד ס' רסו, אות כה. וכדבריו מבואר בכס"מ שם פ"ב הל"א. וע' בתשבץ ח"ב ס' לו, באריכות.

המ"מ הנ"ל, וכתב וז"ל: "ובתשובות מיימוניות דסוף ספר נזיקין סימן ט"ו, נתן טעם למה אם עשה המסור אשר זמם תו לא רודף הוא, ואפילו בשעת רדיפתו למסור, נראה לי, אם יוכל וכשעשה אשר זמם תו לא רודף הוא, ואפילו בשעת רדיפתו למסור, נראה לי, אם יוכל להציל עצמו באחד מאיבריו או בחתיכת לשונו או בסימיו עינו אסור להרגו, וההורגו חייב מיתה, עכ"ל. ויש לתמוה עליו, מעובדא דרב כהנא דשמטיה לקועיה דהוא דאמר מחויבא ומחויבא, והרי היה יכול להצילו בחתיכת לשונו או בחתיכת רגליו, וכן בעובדא דרבי שילא". והנה תשובת מיימוניות בוודאי ס"ל, דזה שמצילין את הנרדף בפשו של רודף, היינו דווקא אם אי אפשר להצילו באחד מאבריו, אבל אם אפשר להצילו באחד מאבריו והרג את הרודף-רוצח הוי, ואינו מחלק כלל בין שהנרדף עצמו מציל את עצמו או אחר מציל את הנרדף, ולא כמו שהביא המשל"מ בסוף הלכות חובל ומזיק, וז"ל: "וכתוב שם (שו"ת הריב"ש סי' רל"ח) מכתב יד ש"י הרב המחבר, וז"ל: וכיוצא בזה כתבו ז"ל, דהא דאמר דאם יכולים להציל באחד מאיבריו של רודף שאין הורגין אותו, שדין זה לא נאמר אלא באיש אחר הבא להציל, אבל הנרדף אינו מדקדק בזה". וטעם הדבר, כמו שכתב המשל"מ בשם הריב"ש - מפני שהנרדף בהול על נפשו. ולכאורה בעל תשובות מיימוניות חולק על תשובת הריב"ש הנ"ל, שהרי כתב, שאם יוכל להציל עצמו באחד מאיבריו של המוסר לפני שהוא מסר שאסור להורגו, ואם הרגו חייב מיתה. אולם נראה דלא פליגי, דהרי המוסר אפילו ממון הוי רודף ומותר להורגו, וכאן אין הנרדף בהול, משא"כ הריב"ש מיירי שרודף אחריו להורגו ממש, ושמה הנרדף בהול, ולפיכך אינו מחויב לדקדק ולהציל את עצמו דווקא באחד מאיבריו של הרודף. ברם, בין דפליגי ובין דלא פליגי, אחר שבא להציל את הנרדף, בוודאי שאם הוא יכול להצילו באחד מאיבריו והרג את הרודף חייב מיתה, כמו שפסק הרמב"ם (בפ"א מהל' רוצח הל' י"ג), וא"כ הב"י שתמה על תשובות מיימוניות מעובדא דרב כהנא, שיכול היה רב כהנא להציל את הנרדף באחד מאיבריו של הרודף ולא הציל אלא הרג את הזומם למסור, ומזה הוכיח דלא כתשובות מיימוניות, הרי תקשה באמת על רב כהנא איך עשה כך.

אלא נראה, דמוכרחים לומר, דלהרב המגיד דכתב דרודף הוי רק כעין ראייה, ולהב"י דס"ל דאפילו יוכל להציל את הנמסר באחד מאיבריו של המוסר הותר דמו להריגה - מסור לא הוי רודף מן הדין, דאם מוסר ממונו או מוסר את גופו לנכרים שאין חושבין כלל להורגו אלא להושיבו בבית הסוהר, אינו רודף להורגו, ורחוק הדבר שבשביל ממון יבוא לידי נפשות, אלא תקנה היא זו שיהרגו את המוסר, כמו שכתבו התוס' בע"ז הנ"ל על רועי בהמה דקה, אלא שברועי בהמה דקה אמרו לא מעלין ולא מורדין ובמוסר אמרו מורדין ולא מעלין. אמנם תשובות מיימוניות חולק וסובר, שמוסר נהרג מדין רודף, ולכן ביכול להצילו באחד מאבריו אסור להורגו, וז"ל שם: "וב"ל דמסור הוי משום דרודף הוא, ואע"ג דלא מחויב אלא אממונא דחבריה מחמירין ביה טפי מהיכא דאזיק איהו גופא ממונא דחבריה בידים ושדייה בנהרא, או שורף גדישו של חבריו, דלא קטלי ליה, והכא דמחויב אחוויי כל דהו מממונא דחבריה קטלינן ליה? - אלא היינו טעמא, דמסור רודף הוא להרוג את חבריו דכתיב "כתוא מכמר" וכו', כלומר, כיון שהישראל נופל בידם כל דהו מעלינן עליו כל כך עד שהרבה פעמים בא לידי סכנת נפשות, הלכך עשה המוסר אשר זמם לא קטלינן ליה, דתו לא רודף הוא" וכו'*. ומתוך דברי תשובות

* ובספר "יראים" (הנדפס עם פירוש תועפות ראם, סי' קע"ה) כתב וז"ל: "וטעמא מפרש רבא ב-גמרא: אין אדם מעמיד עצמו ויודע שיעמוד בעל הממון, ועל דעת להורגו הולך, והמוסר חבריו ביד עכו"ם נקרא רודף מזה הטעם, כיון שיעמוד אדם עצמו על ממונו יהרגוהו כאלו להורגו מסרו". ועיין שם בתועפות ראם.

מיימוניות במצאנו למדים, שהרודף אחרי חבירו וספק לנו אם הוא יהרוג את הנרדף או לא - דמספיקא קטלינן ליה, שהרי על המוסר ממון חבירו כתב "עד שהרבה פעמים בא לידי סכנת נפשות", כלומר, שאין זה אלא ספק שהנמסר יבוא לידי סכנת נפשות, ומ"מ כתב שרודף גמור הוא מדין תורה וממיתים אותו.

ונראה, שזוהי מהלוקת בין רש"י ותוס' בסנהדרין (ע"ב, א'), דגרסינן התם: "ת"ר, אין לו דמים אם זרחה השמש עליו וכו', אלא אם ברור לך הדבר כשמש שאין לו שלום עמך - הרגהו, ואם לאו - אל תהרגהו. תניא אידך, 'אם זרחה השמש עליו דמים לו' וכו', אלא אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך - אל תהרגהו, ואם לאו - הרגהו. קשיא סתמא אסתמא! ומשני, לא קשיא כאן באב על הכן כאן בבן על האב". ולפי מסקנת הגמרא, מה יהיה בסתמא, שלא ברור לו אם שלום ואם לא שלום? נראה מפרש"י, שלפי מסקנת הגמרא - בספק אל תהרגהו. וז"ל רש"י: "בן על האב, וכ"ש איניש דעלמא - הרגהו מספק, דוודאי אדעתא דהכי אתא, דאי קיימית ליה לאפיה קטיל לך, עד שיוודע לך כשמש שהוא רחמני עליך כאב על הבן". נמצא דלרש"י מן הסתם באב הבא על בנו במחותרת ודאי הוא שלא יהרגהו, וכל זמן שלא ברי לך שהוא אכזרי ודאי שהוא רחמני, ובבן הבא במחותרת על האב, כל זמן שלא ברי לך שהוא רחמני ודאי שהוא אכזרי. ובמקום שאין כאן מן הסתם אלא יש לו ספק, צד לרחמני וצד לאכזרי, נראה מרש"י שהביאו התוס' (שם עמוד ב' ד"ה "כאן באב על הבן") וז"ל: ובשמעתא דמייתא דפסחים דדרשינן לאור יקום רוצח, אי פשיטא לך מילתא כנהורא דיממא דאנפשות קאתי - רוצח הוא וניתן להצילו בנפשו**. ופירש שם בקונטרס כגון בן על האב או כל אדם. ולא יתכן, כדאמרין הכא, דהני אפילו בסתמא רוצח הוא" וכו'. ונראה, שאולי זוהי מחלוקתם - דלרש"י, בסתמא בבן על האב ברור כשמש שאכזרי הוא, אבל במקום שזהו לא סתמא אלא שיש לו שני ספיקות שקולים, סובר רש"י דאסור להורגו. ולשיטת התוס', גם בספק רודף מותר להורגו, מפני שכן על האב מסתמא גם כן ספק הוא והתורה התירה דמו מחמת ספק רודף. ועיין בר"ן בסנהדרין (ע"ב, א' ד"ה "ואי קאי לאפיה"), דמשמע קצת, דכל בא במחותרת ספק הוא אם יבוא לידי הריגה.

ולפי זה, איכא למימר, דזוהי המחלוקת של המ"מ והב"י עם התשובות מיימוניות, שלדעת התשובות מיימוניות מחמת ספק הוי רודף מן התורה, דס"ל כשיטת התוס' בסנהדרין והנ"ל, וממילא איכא לדון את המוסר מטעם רודף דאורייתא. אבל המ"מ והב"י ס"ל כשיטת רש"י, דבספק לא הוי רודף שהותר דמו, ואם מותר להרוג את המוסר על אף שהוא ספק רודף כפי שכותב בתשובות מיימוניות, מוכרחים למימר, דתקנת חכמים היא שיהרגו את המוסר מטעם שבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין.

2. דין "מכניסין אותו לכיפה", ודין "קנאין פוגעין בו" (סנהדרין פ"א, ב').

כתב הר"ן בחידושו לסנהדרין (פ"א, ב', ד"ה "מתניתין מי שלקה ושנה") וז"ל: "יש לדקדק כוונתו ובכל השנויים במשנתנו - בכיפה ובקנאים פוגעים בו, אם הם מתקנת חכמים כענין שאמרנו בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, או אם הם הלכה למשה מסיני. ומשמע, ודאי דהלכה למשה מסיני הם, דהא אמרינן בבוועל ארמית שהיא הלכה למשה מסיני, כדאמר ליה פנחס למשה, דאם נאמר שהם מדבריהם מטעם מכין ועונשין, אי אפשר, דטעם מכין ועונשין ליתיה אלא לצורך שעה למראית הבי"ד, אבל לעשות תקנה קבועה אין לנו, שאין נביא רשאי לחדש דבר ומצוה עולמית וכ"ש לחדש מיתה, למי

** כן כתב היראים ג"כ (בסימן קע"ה): "זאפילו ספק (=מסופק) הנרדף אם יהרגהו - רשאי הנרדף להורגו, אחר שבא עליו כעין שהורגין באין". ועיי"ש בתועפות ראם.

שאינו מחויב לה, תקנה עולמית. לפיכך נראה, דע"כ כל אלו השנויות במשנתנו הלכה למשה מסיני" וכו'. וכן כתב שם רש"י (פא, ב' ד"ה 'והיכא רמיזא') וז"ל: "וודאי הלל"מ היא הך עונש דכיפה, ומיהו היכא רמיזא מקצת". וכן כתב שם היד רמ"ה.

אבל מהרמב"ם נראה, דס"ל דכל אלו הם מדרבנן, שהרי בפ"ח מהל' סנהדרין (בהלכה ד', ה', ו'), הביא את כל אלו ששנויים שם בסנהדרין פ"א ולא הזכיר כלל שהם הלל"מ, אע"פ שהזכיר שם (בהלכה ו') גם בועל ארמית, ובהל' איסורי ביאה פ"ב הל' ד' כתב וז"ל: "כל הבוועל כותית וכו', והוא שיבעול לעיני עשרה מישראל או יתר-אם פגעו בו קנאין והרגוהו הרי אלו משובחין וזריזין, ודבר זה הלכה מסיני הוא, ראייה לדבר זה מעשה פנחס בזמרי". וזה שלא הזכיר הרמב"ם בפ"ח מסנהדרין על בועל ארמית שקנאין פוגעין בו שזה הלל"מ, מפני שסמך על מה שכתב בהלכות איסורי ביאה. וכן בפרק ד' מהל' רוצח (הל' ח', ט') כתב הרמב"ם: "כל אלו הרצחנין כונסין אותן לכיפה וכו', ואין עושין דבר זה לשאר מחוייבי מיתת בי"ד וכו', שאלו עונות הן מעבירות שבין אדם ל-מקום, אבל שפיכות דמים מעבירות שבין אדם לחבירו" וכו'. והנה, הרמב"ם נותן טעם למה חילקו בין הרצחנין לבין שאר מחוייבי מיתת בי"ד, והוא - מפני שאילו הם מעבירות שבין אדם למקום ואלו הן מעבירות שבין אדם לחבירו, ובשאר מחוייבי מיתות בי"ד אין בהם השחתת העולם כמו ברציחה, ולא הזכיר כלל שזה הדין הוא הלל"מ שאז לא היה צריך לתת טעמים מה בין רצחנין לשאר מחוייבי מיתות בי"ד. אלא נראה דאין זה הלל"מ כלל. אלא שיש לעיין קצת, למה לא הזכיר שזוהי תקנה. אבל אין זה קשה כל כך, שהרי לא הזכיר זאת גם בענין מוסר לפי שיטת המ"מ וב"י. וכן מה שכתב הרמב"ם (פ"ח מהל' חובל הל' י"א): "וכן כל המיצר לציבור ומצערן - מותר למסרו ביד עכו"ם" וכו', כתב הב"ח (בטור ח"מ, סי' שפ"ח) שזהו מחמת בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין.

3. דין "מלקין על לא טובה השמועה", והלקאת מי שעבר עבירה.

וכן יש דיני מלקות שבי"ד קבעו לדורות, מטעם מכין ועונשין שלא מן התורה. שכן כתב הרמב"ם (פכ"ד מהל' סנהדרין הל' ד'): "יש לבי"ד להלקות מי שאינו מחויב מלקות, ולהרוג מי שאינו מחויב מיתה וכו', הכל הוראת שעה ולא שיקבע הלכה לדורות וכו', וכן יש לבי"ד בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה והעם מרננים עליו שהוא עובר על העריות" וכו'. ובקידושין (פא, א) גרסינן: "אמר רב מלקין על הייחוד ואין אוסרים על הייחוד", והביא הרמב"ם דין זה בהל' איסורי ביאה פכ"ב. ועוד גרסינן התם: "אמר רב: מלקין על לא טובה השמועה" ולא הביא הרמב"ם דין זה בהלכות איסורי ביאה, אלא הביאו בין הדינים של מכין ועונשין שלא מן התורה, והוסיף הרמב"ם שמלקין בכל מקום ובכל זמן.

ונראה, דחלוק דין המלקות על "לא טובה השמועה" ממלקות על הייחוד, מפני שהכלל שבי"ד עונשין שלא מן הדין, הוא כמו שכתב הרמב"ם: "וכיון שרואים בי"ד שפרצו העם בדבר, יש להם לגזור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם", וזה לא יתכן אלא דוקא במקום שפרוצים בעבירה זאת, ובזמן שפרוצים. משא"כ בעריות כבר כתב הרמב"ם (פכ"ב מהל' איסורי ביאה הל' י"ח): "אין לך דבר בכל התורה כולה שהוא קשה לרוב העם לפרוש אלא מן העריות והביאות האסורות וכו', ואין אתה מוצא קהל בכל זמן וזמן שאין בהם פרוצים בעריות וביאות אסורות" וכו'. משו"ה כתב הרמב"ם (פכ"ד מהל' סנהדרין הנ"ל) שבכל מקום ובכל זמן מלקין על "לא טובה השמועה", שתמיד בכל מקום ובכל זמן זהו צורך השעה, משא"כ בדברים הקודמים שדבר בהם הרמב"ם שם בהלכה ה', אי אפשר למימר שבכל מקום ובכל זמן מלקין עליהם, לפי שאין העם פרוץ בהם לעולם, אלא צריך להיות

צורך השעה דוקא. (בוודאי ס"ל להרמב"ם, שדין בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין מחמת הוראת שעה, כל בי"ד במשמע, ואפילו דיני חו"ל, כמו שתפס הטור בסימן ב', וכמו ש- כתב שם הדרישה). אבל דין מלקין על הייחוד הוא מכת מרדות מדרבנן, כמו שכתב ה- רמב"ם (בפ"ח מהל' סנהדרין הל' ה'): "וכל אלה שלא קבלו עליהן ההתראה מכין אותן מכת מרדות הואיל וחטאו מ"מ, אפילו על איסור של דברי סופרים מכין אותו מכת מרדות". הרי חזינו מדברי הרמב"ם, דמכת מרדות היא מחמת שחטאו, וזהו מלקין על הייחוד, ומשו"ה כתבו הרמב"ם במקומו באיסורי ביאה. אבל הא דמלקין על "לא טובה השמועה" היא משום צורך השעה, והעונש אינו על העבירה אלא כדי שלא יעשו כך בעתיד, ומשו"ה כתבו הרמב"ם בין דיני בי"ד מכין שלא מן התורה. וכן כתב הפרישה שיש הבדל בין עונש של למיגדר מילתא לבין עונש של עבירה, שכתב (בסמ"ע, סי' תכ"ה סק"ב) על דברי הטור (חו"מ שם) שהביא את דברי רב נטרונאי גאון: "ואפשר שלא כתב כן אלא מצד הדין וכו', אבל במה שצריך לעשות לו משום דמיגדר מילתא בזה לא דיבר". ועל זה כתב הפרישה וז"ל: "אלא מצד הדין - פירושו, כדי לעשות דין לרוצח, אבל כדי לעשות גדר מכאן ולהלאה - מכין ועונשין". נמצא שמה שאמר רב "מלקין על לא טובה השמועה" - זהו לדורות, מפני שתמיד זהו צורך שעה. ובמלקות של צורך שעה הרי לא מכים אותו בשביל המוכה אלא בשביל אחרים לגדור הפירצה, ומשו"ה בעינן הטעם שבי"ד מכין ועונשין ועוקרין מצוה מן התורה לשעה כדי שתתקיים שאר התורה, כדברי הרמב"ם בהל' ממרים. (פ"ב הל' ד').

ומה שלא הביא הרמב"ם דהכאת מכת מרדות היא ג"כ שלא מן הדין, שהרי מכין אותו במקום שאינו מחויב כלל, וקעברי משום "לא יוסיף", "פן יוסיף", וע"כ דעקרו דבר מן התורה, נראה שעונש מלקות מפני עבירה שעבר אינה בכלל האיסור של "לא יוסיף", וכמו שכתב בספר היראים (הנדפס עם תועפות ראם, סי' רי"ז), וז"ל: "אבל אם מתכוון וכו', לייסר חבירו ולהדריכו - מותר, שנאמר 'שוט לסוס ומתג לחמור ושבת לגוי כסילים', ותנן במכות באלו הן הגולין (ח', א), מה יער רשות אף כל רשות, יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח בי"ד שהם מצוה, וצא ולמד מכמה מלקות דרבנן שהם לייסר בני אדם אפילו לא עבר על דברי חכמים, למדנו שמתכוין מייסר ואינו עובר". וכן כתב רש"י (חולין קמ"א, ב'): "ומכת מרדות מדרבנן - רידידי בתוכחה שלא ירגיל בזה" וכו'. מפני שכמו שלרופא מותר לחבול באדם בשביל רפואתו של הנחבל, שהרי מטרת החבלה היא טובתו של הנחבל, כן אם חובל בו בשביל שילך בדרך צדיקים הרי זו חבלה לטובתו שמותר. וזהו שכתב הרמב"ם (הל' חובל ומזיק, פ"ה הל' א'): "אסור לאדם לחבול בין בעצמו בין בחבירו, ולא החובל בלבד אלא כל המכה אדם כשר מישאל בין קטן בין גדול בין איש בין אשה דרך נציון הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר 'לא יוסיף להכותו' " וכו'. הרמב"ם מגביל את איסור הכאה דווקא "דרך נציון". ומה נקרא להכות לא דרך נציון? - כל שהוא מכוין לטובת המוכה, וכדברי היראים. ויש גורסים ברמב"ם "דרך בזיון", משום שכל הכאה היא דרך בזיון, חוץ מאם היא מכוונת לטובתו של המוכה. ואי אפשר לפרש "דרך נציון" כפשוטו, דא"כ, מאי טעמא אסרה התורה להו- סיף על ארבעים, הרי כשהוא מוסיף הלקאה הרי ההוספה היא מחמת אותו הטעם של ההלקאות הראשונות שזהו עונש על החטא שעבר, וא"כ הרי איננו דרך נציון. אלא מוכרחים אנו למימר, שכל שהוא מכה את חבירו שלא לטובת המוכה, "דרך נציון" נקרא. ואולי מחמת זה הגיהו שם ברמב"ם "דרך בזיון", מפני שזה יותר מוגדר. אמנם, בי"ד המכה משום מיגדר מילתא שלמוכה אין שום טובה מזה - דרך נציון ובזיון מיקרי.

והא דילפינן שמותר להכות כדי שלא יחטא מפסוק אחר, דגרסינן (ב"ק כ"ח, א'): "מגין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור - ת"ל

"לא תקחו כופר לשב", ומוקים לה רב נחמן בר יצחק בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא והשתא איסורא". ופירש רש"י: "ורשאי להלקותו ולהפרישו" וכו'. יש לומר, שהסוגיא במכות דילפא מיער, והסוגיא דב"ק הנ"ל, עוסקות בשני ענינים נפרדים, הסוגיא במכות דנה על ההכאה, אם מותר או אסור, והסוגיא דב"ק דנה אם חייב לשלם או פטור. דוגמא לזה – במקום פיקוח נפשות מותר להציל עצמו בממון חבירו, אבל צריך לשלם לו, ועיין ב"ק (ס', ב') בתוס' וברא"ש שם. משו"ה בחובל צריכינן שני פסוקים, שמותר לחבול ופטור מלשלם, וזה פשוט.

ונראה, שמהטעם הזה מכין מכת מרדות גם בזמן הזה, וכן כתב הטור (בסימן תכ"ה הלכה א') וז"ל: "והרב נטרונאי גאון כתב, דעל כל חייבי מיתות בי"ד האידנא אין בידינו לא להלקותו ולא להגלותו ולא להרגו ולא לחבטו, אלא מנדין אותו ומכין אותו מכת מרדות ומבדילין אותו מן הקהל". וכן כתב הפרישה (בטור ח"מ, ע"ג, ט'), שהביא שם תשובת הרא"ש, וכתב על זה בסוף דבריו: "ומה שכתב רבינו, ומכין אותו מכת מרדות, ולא כתב מלקות דאורייתא, משום דאיירי בנשבע ולא התרו בו. אי נמי, משום דבזמן הזה איירי, דליכא מלקות דאורייתא". והרמ"א (בריש סימן תכ"ה) הביא את דברי רב נטרונאי גאון שהביאו הטור וז"ל: "כל חייבי מיתות בי"ד בזמן הזה אין בידינו להלקותו וכו', אלא מנדין אותו ומבדילין אותו מן הקהל" וכו'. והנה השמיט הרמ"א את התיבות "ומכין אותו מכת מרדות", ואולי הושמט ע"י הצנזורה הרשעה.

4. "רב הונא קץ ידא"

וכן גרסינן בסנהדרין (נ"ח, ב'): "רב הונא קץ ידא", ופירש"י וז"ל: "מאדם אחד שהיה רגיל להכות את חבירו, וקנסו בכך כדאמר בפירקין דלעיל: בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, לעשות סייג וגדר לדבר". והתוס' (שם, ד"ה "קץ ידא") כתבו וז"ל: 'וי"ל, דדינא הוא, דהא מקרא דריש 'זורוע רמה תשבר'. ובפרק כל היד, גבי יד לאמה תיקצץ, אמר: דינא תנן, כדרב הונא, דרב הונא קץ ידא, אלמא דינא הוא. והא דאשכחן בפ' דו"ה, גבי חנון בישא, דרב הונא גופיה לא חייבו אלא ממון – שאני הכא, דמועד ורגיל היה בכך להכות באגרוף, דדיניה הוא בכך". ובוודאי אין כוונת התוס' דדין תורה שיקצצו לו יד, שהרי כל אלו (המובאים בסנהדרין פ"א) דמכניסין אותן לכיפה, או קנאין פוגעין בו, הגמרא מביאה פסוקים על כך, ומ"מ פירשו הראשונים דזהו הל"מ, או מתקנת חכמים. אלא וודאי כוונת התוס' היא, דיסוד ההיתר של קציצת יד הרגילה להכות, הוי מטעם דבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין לעשות סייג. אלא דרש"י ס"ל, שרב הונא עשה את זה בתור הוראת שעה, והתוס' ס"ל דזו הלכה לדורות, מכיון דדריש לה מקרא.

5. "במצוות עשה – מכין אותו עד שתצא נפשו" – הגדר והחלות

בספר "יראים" (הנדפס עם התועפות ראם, סי' קס"ד), כתב בענין שמיטת כספים וז"ל: "אלא לזה יזמין מלוה לדין שישמיט לו חובו כאשר צוה היוצר, ובי"ד יחייבו למלוה לומר משמט אני וכו', ואם אינו רוצה המלוה לומר משמיט אני יכפוהו בי"ד, כדתניא בכתובות בהכותב פ"ו, א', על פריעת בע"ח מצוה, 'אי לא בעי למיעבד מצוה מאיז א"ל: תניא בד"א במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאמרו לו עשה סוכה ולולב ואינו עושה – מכין אותו עד שתצא נפשו". ונראה לי, שאין הדברים הללו אלא בבי"ד של א"י, אבל בבי"ד של חוץ לארץ אינן רשאין לכופו במכין אותו, דהא דתניא "מכין אותו" קנסא הוא, וכל קנס דממון אין דנין בחו"ל, דאין קנין קנסות דממון בחו"ל אלא במידי

דשכיחא ואית בה חסרון כיס, כדאמרינן בב"ק בהחובל, ובגיטין בהמגרש, והא לא שכיחי". והא דכתב דאין רשאינן "לכופו במכין אותו", משמע קצת שכוונתו היא שמוותר לנדונו, אבל לכופו במכות לא, משום דקנסא היא, וקעבדינן שליחותיהו רק במידי דשכיחי ואית בה חסרון כיס. נמצא דבמצות שמיטת כספים יש בה חסרון כיס אבל לא שכיחא, ובסוכה ולולב גם לא שכיחא, או אפי' שכיחא אבל אין בה חסרון כיס, שכל ענינם

הוא בין אדם למקום ולא בין אדם לחבירו, וממילא לא קעבדינן שליחותיהו. ולכאורה, דבריו תמוהין, וכי בשביל להכות שיקיים מצוה בעינן למיתי עלה מטעם קנסא ומטעם בי"ד דשליחותיהו קעבדינן? הרי כתב היראים (בסימן רי"ז) שכל המכה את חבירו כדי ליסרו ולהדריכו מותר, וזהו היסוד של מכת מרדות מדרבנן, כמו אב המכה את בנו ורב הרודה את תלמידו, א"כ למה לן שליחותיהו בכלל. ומטעם זה גם אי אפשר לחלק בין מצות לא תעשה או מצות עשה, דהרי לא גריע מצות עשה מן התורה מאיסור דרבנן שמכין מכת מרדות, כמו שכתב היראים שם: "להדריכו בדרך טובה". ועוד, הרי גרסינן (ב"ק כח, א) "מנין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור וכו', ואוקי רב נחמן בר יצחק בשפחה כנענית דעד השתא היתירא והאידינא איסורא". ופירש שם רש"י, דרשאי להלקותו בכדי להפרישו מאיסורא. ועיין שם בתועפות ראם, שהביא מהמשובב נתיבות, דרק בשביל לא תעשה רשאי להכותו ולא בשביל עשה. וזה קשה ביותר, דאם אחרי שעבר עבירה מותר להכותו בכדי שילך בדרך טובה, כמו שכתבו היראים (שם) ורש"י (חולין, קמ"א, ב), ואם כן מאי טעמא לא יוכל להכותו לפני שעבר את העבירה בכדי שלא יעבור, דהרי היינו הך, ובודאי שמשום הסיבה שילך בדרך טובה - אין לחלק בין עשה ללא תעשה. ולא עוד, הרי לוח שאינו רוצה לשלם דיינינן בבבל, דחשיב שכיחא, ומדוע מלוה שאינו רוצה לשמוט החוב נחשב אינו שכיחא. ודוחק למימר מכיון שזוה מזדמן רק פעם לשבע שנים.

אבל האמת יורה דרכו, שאין היראים מדבר כלל על הכאה גרידא, דזה ודאי מותר לעשות גם בזמן הזה, כנ"ל, אלא דבריו מוסבים על מכין אותו עד שתצא נפשו, וזה בודאי לא שכיחא שאדם יתעקש לא לקיים מצוה אפי' שהוא ימות בגלל זה, שהרי רגיל הישראל למסור את נפשו בשביל קיום מצוה, אבל בודאי ובודאי לא מצוי שימסור את נפשו בשביל לא לקיים את המצוה. ועל זה כתב דהוי מילתא דלא שכיחא ולא עבדינן שליחותיהו.

אם כי אנו מוצאים בתורה, שבי"ד מצווין לכפות שיקיימו את המצוות, כדאיתא בר"ה (ו', א'): "ויעשית' - אזהרה לבי"ד שיעשוך. 'יקריב אותו' - מלמד שכופין אותו". וכן ביבמות (פ"ח, ב'): "ומנין שאם לא רצה דפנו? - ת"ל 'וקדשתו' - בעל כרחו". וביבמות (שם) גרסינן עלה: "היכי דמי, אילימא דלא ניסת לאחד מעידיה ולא קאמרה ברי לי, צריכה למימר דדפנו?", ומנין פשיטא ליה לרבא דבלא ניסת לאחד מעידיה הדין הוא דדפנו גם בלי הפסוק 'וקדשתו'? וכן התוס' בר"ה (ו', א', ד"ה 'יקריב אותו') כתבו: "וכל מצות עשה נמי כופין, כדאמר בפרק הכותב 'מכין אותו עד שתצא נפשו'. והא דאצטריך קרא הכא, משום דסלקא דעתין דאין כופין הכא לפי שכתוב 'לרצונו'. וא"כ, הרי חזינן גם מהתוס' דפשיטא לן דגם בלעדי הפסוק 'יקריב אותו' ובלעדי הפסוק 'ועשית' - שכופין ומכין עד שתצא נפשו, ומנא לן האז וקשה למימר דהתוס' סמכו על הפסוק 'וקדשתו' דיבמות, שהרי הגמרא שם אומרת במסקנתה - 'איסור כהונה שאני', וא"כ אין ללמוד משם לאיסורים אחרים. אלא נראה, דהא דפשיטא ליה לרבא ביבמות, ולתו-ספות בר"ה, דבכל המצוות כייפינן שלא יעבור, זהו מחמת הסוגיא דב"ק (כ"ח, א'), שעבד שרבו חבל בו שלא יעשה איסור - שהוא פטור, מפני שמוותר לו להכותו בשביל כך, וכמו שכתב שם רש"י. וכן מהסוגיא דמכות (ח', ב): "התם אע"ג דגמיר - נמי מצוה

קעביד, דכתיב 'יסר בנך ויניחך' " וכו', וכמו שביאר היראים בסימן רי"ז (ועיין באות ג' סעי' 3 הנ"ל). אבל כל זה הוא רק לענין להכותו, אבל מנין לנו להורגו, ובמצות עשה אנו אומרים מכין אותו עד שתצא נפשו. דבשלמא להכותו, שהמטרה היא שיקיים את המצוה, זה נכלל במצות תוכחה, שהמטרה היא שיקיים את מה שהוא חייב. אבל אם הורגים אותו, ההריגה אינה אמצעי שיקיים את המצוה, כי אחרי מיתתו בוודאי לא יקיים. אלא מוכר-חיים אנו למימר, שההריגה היא המטרה. זאת אומרת עונש על זה שאיננו רוצה לקיים מצוה. והיכן מצאנו בתורה עונש מיתה, בלי פסק דין, על אי קיום מצוה?

ולא עוד, הרי הרודף אחרי חבירו להרגו, ואחרי הערוה, מצילין אותו בנפשו, לא בשביל שהרודף לא יעבור עבירה, אלא בשביל הנרדף להצילו, או להציל את האשה שלא תפגם. שהרי כשרודף לעבוד ע"ז, או לחלל את השבת - לא הורגים אותו, אלא מביאים אותו לבי"ד אחרי שעבר את העבירה, ובי"ד ידיוהו. וכן פסק בשו"ע (חו"מ סימן תכ"ה סעיף ג') וז"ל: "וכן הרודף אחר הזכר או אחר אחת מכל העריות לאנסה וכו', מצילין אותו אפילו בנפש הרודף" וכו'. הרי חזינו, דדוקא אם הוא רודף לאנסה, דמקפידה על פגמה - אז הורגין את הרודף, אבל אם זה ברצונה של האשה, דאינה מקפידה על פגמה - לא הורגין אותו. וכן בסעיף ד' (שם) כתב וז"ל: "רדף אחרי ערוה ואחרים היו רודפים אחריו להצילה, ואמרה להם הניחוהו כדי שלא יהרגני - אין שומעין לה" וכו'. וכתב על זה הסמ"ע (בס"ק י"ב) וז"ל: "משמע דדוקא בכה"ג דנוכל לומר דמקפדת על פגמה, אלא שחשה לנפשה שמא ימיתנה, ולכן אין שומעים לה וכו', אבל אם אומרת הניחוהו ואל תהרגוהו, דנראה מדבריה שאינה חוששת על פגמה - בזה שומעין לה וכו'. הרי חזינו, שלא בשביל העבירה שבין אדם למקום הורגים את הרודף, אלא בשביל בין אדם לחבירו הורגים אותו. ואם בעבירות חמורות כגון עריות לא הורגים אותו בכדי שלא יעבור, כ"ש שבשביל מצות עשה גרידא שלא יהרגוהו.

אלא מוכרחים אנו לומר, שרק מדרבנן מכין אותו עד שתצא נפשו. ואם תקשה מדוע תקנו רבנן להכותו עד שתצא נפשו רק במצוות עשה ולא במצוות לא תעשה החמורים כמו עריות? כעין קושיא זו הקשו התוס' בע"ז (כו, א ד"ה 'והרועים'): "וא"ת, מאי האי דאחמור רבנן ברועים שאינם פסולים אלא מדרבנן וכו', ואילו בגזלנין שהם פסולים מן התורה לכל עדות שבתורה לא אחמור כולי האי וכו'? ואומר ר"י דהיא הנותנת, משום דלא פסילי אלא מדרבנן עשו חכמים חיזוק כדי שיתנו לב לשוב, ובי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה". ולפי"ז ה"ה במצוות עשה, מכיון שהם קלים יותר מלאוין - החמירו בהם חכמים. וגם שבלאוין יש עונש בי"ד - מלקות או מיתה - משא"כ במצוות עשה. ולכאורה קשה, אם דין מכין אותו עד שתצא נפשו הרי מדרבנן, א"כ מהו היסוד שעליו התיירו להורגו, דאין לומר דהיינו משום מיגדר מילתא, שהרי דין תמידי הוא שמכין אותו עד שתצא נפשו? וי"ל בשני אופנים - א. כמו שכתבו התוס' (בעבודת זרה הנ"ל) שבכדי שתתקיים תקנתם עשו חיזוק, ותיקנו שרועי בהמה דקה לא מעלין, וזה נקרא צורך שעה, מפני שבאופן תמידי הוויא צורך שעה. וכן תיקנו להלקות על לא טובה השמועה, לפי שצורך שעה תמידי הוא. (ועיין אות ג' סעי' 3 הנ"ל). ב. כמו שכתבו התוס' (ביבמות פ"ח, א, ד"ה 'מתוך') וז"ל: "נראה לר"י, דלית לן למימר אנן סהדי דדייקא ומינסבא ונאמן עד אחד בכך מן התורה, אלא מתקנת חכמים הוא דנאמן. ואין זה עקירת דבר מן התורה, כיון שדומה הדבר הגון להאמין, כמו שאפרש לקמן בפירקין, שבדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מן התורה". ודומה לזה איתא גם ברמב"ם (פ"ב מהל' רוצח הל' ה'): "הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר - הרי בי"ד חייבין מ"מ להכותם מכה רבה הקרובה למיתה, לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות, ולצערן בכל מיני צער, כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים, שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול,

ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר". חזינן מהרמב"ם הנ"ל, דיש שני מיני צורך השעה: א) לעצור ולסתום את הפירצה שנתהוהה. ב) לעשות שלא תפתח פירצה. וזהו שכתב הרמב"ם "ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר" - ר"ל, שאין כאן פירצה לסותמה, אבל מייסרין אותן שלא תפתח פירצה. וזהו גם יסוד התוס' בע"ז הנ"ל, וזהו ג"כ יסוד דברי היראים הנ"ל. ואם רבנן העריכו שתפתח פירצה, עמדו וגדרו להעניש שלא מן הדין, בכדי שהפירצה לא תפתח.

והנה כתב הרמב"ם: "חייבין בי"ד להכותם מכה רבה" וכו', ובהל' ד' (שם) כתב: "וכל אלו הרצחנין וכיוצא בהן שאינן מחויבין מיתת בי"ד וכו', וכן אם ראו בי"ד להרגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו". הרי חזינן, דבעת שהשעה צריכה לכך כתב הרמב"ם "יש להם רשות לבי"ד לעשות כפי מה שיראו", וכשאין השעה צריכה לכך - שזוהו מצב תמידי - כתב הרמב"ם "חייבין". הרי מוכרחים אנו למימר, שזוהי תקנת חכמים, ותקנתם חלה על מצב תמידי בלבד, אבל מה שקשור במצב בלתי רגיל הקורה לעתים רחוקות - בזה רבנן לא תקנו אלא השאירו את זה ברשות, ודבר המסתבר הוא זה. ולפיכך כתב היראים ולא מכין אותו בזה" משום קנסא, מפני שזוהי תקנת רבנן מדין קנס. וס"ל כשיטת הר"ף בגיטין (פ"ד) גבי המוכר עבדו לעכו"ם - שקנסוהו עד עשרה בדמיו, שכתב הר"ף דלא מגבינן האי קנסא אלא בא"י, אבל בחו"ל לא, דלא מגבינן קנסא בבבל.

אכן, הרא"ש (שם) חולק, שכתב (בסימן מ"א): "ותמהתי על דברי הגאון, דמה ענין זה לקנסות דאין גובין בבבל, דהיינו קנסות שחייבה תורה משום דבעינן מומחין ואין סמיכה בבבל, אבל אם חכמים תקנו קנסות לעשות סייג לתורה, למה לא יגבר אותם בבבל. וכן כתב המרדכי (בגיטין, פרק ד', סי' שפ"ד) וז"ל: "חזינן לגאון דאמר לא מגבינן האי קנסא אלא בא"י, אלפסי. והרא"מ כתב בספר יראים, גבי שמיטת כספים, גבי אם המלוה אינו רוצה לומר משמט אני וכו' - בי"ד של חו"ל אין רשאים לכופו, וכו'. ור"ב אומר, דהא דאין דנין דיני קנסות בבבל היינו קנסות הכתובות בתורה, וכו'. אבל דברים שבאו חכמים לקנס מעצמן וכו' - קונסין בכל מקום, כדאיתא "מכין ועונשין שלא מן הדין", "אמר רב נחמן: האי גזלנא עתיקא הוא", ופרק זה בורר - "לכהווי לעיניה". והרמ"א, לפי שפסק (בסוף סימן א') כהרא"ש, וז"ל: "וכל זה דווקא בקנסות הכתובים, אבל קנסות שבאים חכמים לקנס מעצמם על תקנתם - גובין בכל מקום, וכמו שיתבאר בסימן ב'". לכן פסק (בסימן צ"ז סעיף ט"ז) וז"ל: "אבל אם יש לו ואינו רוצה לשלם - בי"ד חובטין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו וכופין אותו לשלם" וכו', דלא כדברי היראים.

ואע"פ שכתב היראים דאין דיני חו"ל מכין משום קנסא, אין להוכיח שיסבור דכל דין בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין הוי דווקא כסמוכין, כשיטת הר"ן בחידושו ב-סנהדרין (כו, א) גבי "לכיהוי לעיניה", כי כבר נתבאר שישנם שני דינים: האחד - תקנה קבועה, והשני - סתימת פרצה לפי צורך השעה. וא"כ י"ל דבדין האחרון שהוא מיגדר מילתא ממש, יסבור היראים כהר"ף, הרמב"ם, הרא"ש, הטור, הרשב"א והריב"ש, דאין צורך לסמוכין. (ומה שכתב היראים דאין דנין דיני קנסות דממוז* בחו"ל אלא במידי דשכיחי ואית בה חסרון כיס, יסבור בזה כמו הרשב"א (ב"ק - קי"ז, א'-ד"ה

* וכלשון הזה כתב גם החינוך במצוה מ"ט "חובל בחבירו", וז"ל: "ושם נתבאר שיש חילוק בין דיני קנסות, בין מילתא דשכיחא ואית ביה חסרון כיס - דבהא עבדינן שליחותיהו, למילתא דלא שכיחא ואע"ג דאית ביה חסרון כיס, אי נמי דשכיחא ולית ביה חסרון כיס - דבהא לא עבדינן שליחותיהו". וצ"ע, דמשמע מדבריו דכל דין ממוז קורא קנס.

"א"ל אי דינא גמרינן מיניה", בסוף דבריו) עיין שם, ודלא כהרא"ש (בהחובל סימן ב') עיין שם).

כל הנאמר לעיל, הוא לשיטה הסוברת ש"מכין אותו עד שתצא נפשו" - פירושו - ממש עד שימות. אכן, זו מחלוקת ראשונים, דאיתא בשטמ"ק (כתובות פו, א ד"ה "לדידך דאמרת") וז"ל תלמידי רבינו יונה בא"ד: "אבל מצות עשה - מכין אותו עד שתצא נפשו, ה"נ אם אינו רוצה לפרוע לבע"ח - מכין אותו עד שיפרע, ואם אינו בעיר - משמתין אותו, ובכל מקום שאמרו מכין אותו עד שתצא נפשו - רוצה לומר - שאין שם שיעור ידוע, אלא שיחלישו כוחו". נראה מדבריהם, שאין הכוונה "עד שתצא נפשו" - הריגה, אלא שמכים אותו עד שנחלש מרוב המכות. ואילו מסתימת לשון הטור (בסימן ע"ג ט'; צ"ז כ"ט), ומדברי הרמ"א (בסימן צ"ז סעיף ט"ו) נראה, דהדברים כפשוטם - עד שימות, וכן מסתימת מפרשי השו"ע - הסמ"ע והש"ך - שלא העירו כלום על דברי הרמ"א משמע שנקטו דברים כפשוטם.

גרסינן במסכת חולין (קלב, ב): "אמר רבה בר רב שילא: הני טבחי דהוצל, קיימא בשמתא דרב חסדא הא עשרין ותרתי שנין. למאי הלכתא-אילימא דתו לא משמתין להו, והא תניא במד"א - במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, ציצית ואינו עושה - מכין אותו עד שתצא נפשו". ופיר- ש"י וז"ל: "והתניא בד"א - דתו לא משמתין להו. 'במצות ל'ת' - דאית ביה מיתה וכת דקם ליה בדרכה מיניה. 'כגון אומרים לו עשה סוכה עשה לולב' - שאין בהם חסרון כיס כולי האי". למדנו מדברי רש"י שלוש הלכות מחודשות: א. שהברייתא לא מדברת כלל בהכאת הגוף, אלא בשמתא, שכתב "כמה דברים אמורים דתו לא משמתין להו". ב. דלא בכל לא תעשה מיירי דלא מכין, אלא דווקא בל"ת שיש בה מיתה או כרת, שכתב "במצות ל'ת דאית ביה מיתה וכת". ג. דלא בכל מצות עשה מכין, אלא רק במצות עשה שאין בהם חסרון כיס הרבה, שכתב "שאיין בהם חסרון כיס כולי האי", כגון סוכה ולולב. ורש"י השמיט דוגמת ציצית והעתיק רק סוכה ולולב, וכן בכתובות (פ"ו, א') אין שם ב- ברייתא תיבות "ציצית ואינו עושה", שהרי הגמרא במנחות (מ"ד, א') קאמרה שהתכלת דמיו יקריין. וכן שם (מ"ג, ב') משווה הלבן דקל הבאתו - לחותם של טיט, ואת התכלת דקשה הבאתו - כחותם של זהב. ונראה, שרש"י סובר דמנדין רק על מצוות דאין בהם הוצאה מרובה, משום דאם אינו רוצה לקיים מצוה שאין בה חסרון כיס כולי האי, נראה מזה שמזלזל בתורה, והוי כמו שאמרו בברכות (י"ט, א'): "ואמר ריב"ל: בכ"ד מקומות בי"ד מנדין על כבוד הרב". משא"כ אם זוהי מצוה שעולה בדמים מרובים והוא אינו רוצה לקיימה, לא נראה בזה כל כך הזלזול בתורה, כמו שאמרו במנחות (מ"ג, ב'): "תניא היה ר"מ אומר: גדול עונשו של לבן יותר מעונשו של תכלת. משל למה הדבר דומה - למלך בשר ודם שאמר לשני עבדיו, לאחד אמר הבא לי חותם של טיט, ולאחד אמר הבא לי חותם של זהב, ופשעו שניהם ולא הביאו, איזה מהן עונשו מרובה - הוי אומר - זה שאמר לו הבא לי חותם של טיט ולא הביא". לשיטת רש"י זו, הכפיה במצות עשה היא נדוי, ואילו בב"ק (כ"ח, א) אמרינן, דמותר להכות בכדי שלא יעבור עבירה. וצריך לומר, שרש"י יחלק בין ל'ת ובין עשה. ועדיין צ"ע מהגמ' במכות (ח', ב'), האומרת שמותר להכות בשביל לחנך את המוכה שילך בדרך טובה.

6. דיני קנסות שמטעם בי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, ומטעם דינא דמלכותא דינא.

הרמב"ם (הל' גזילה, פ"ג, ה"ו) כותב וז"ל: "הגזול בהמה ונשא עליה משא, או רכב עליה או דש בה וכיוצא בזה, והחזיר לבעליה - אעפ"י שעבר בלא תעשה אינו חייב לשלם

כלום, שהרי לא הפסידה ולא הכחישה. ואם הוחזק אדם זה לגזול, או לעשוק, או לעשות מעשים אלו פעם אחר פעם – קונסין אותו, ואפילו בחו"ל, ושמין השכר או השבח שהשביח בבהמה ומשלם לנזגל". וכן כתב הטור (חו"מ, סימן שס"ג, סעיף ב'). וכתב על זה בפרישה וז"ל: "וכתב שם הרא"ש: ומיהו דווקא גדול בדורו כר"ג, או טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, אבל לא דיינים בעלמא. ועיין לעיל סימן ב', כי שם מקומו, דמיירי בקנסות למיגדר מילתא לפי השעה והזמן והאישה". וכן בשו"ע (חו"מ סימן שס"ג סעיף ג') הביא את לשונו של הרמב"ם, וכתב שם הסמ"ע (בסק"ט): "כבר נתבאר זה בטור ובדברי המחבר בריש הספר בסימן ב', ושם מסקי וכתבו – דהיינו דווקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחוס ב"ד עליהם".

ודברי הסמ"ע קשים מאד – מדוע הביא הטור את העובדא דרב נחמן, שקנס לגזול שהוחזק לגזול, בסימן שס"ג ולא בסימן ב', ששם מיירי הטור בדין ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, ושם מיירי גם בקנסות ממון, ושם הביא את דברי הרמב"ם שדיין יכול לקנוס את האלם ולהפקיר ממונו, ואילו כאן בסימן שס"ג, בין דיני גזילה שנושאים העיקרי הוא דינים קצובים, שהדין הוא כך וכך ואין הדיין פוסק דין קנס לפי ראות עיניו, הביא את דין גזול מועד. וכן הרמב"ם הביאו בהלכות גזילה בין דינים קצובים, ולא הביאו בפכ"ד מסנהדרין ששם מיירי בדין ב"ד עונשין שלא מן הדין.

ועוד, שבדין ב"ד עונשין שלא מן התורה, נקט הרמב"ם לשון: "יש לבי"ד להלקות" וכו', וכן: "יש לבי"ד בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה" וכו', וכן: "יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים" וכו', וכן: "יש לדיין לנדות" וכו', וכן: "יש לדיין לעשות מריבה" וכו', וכן: "יש לו לכפות ידים ורגלים" וכו', וכן בפ"ב מהל' ממרים: "יש לבי"ד לעקור אף דברים אלו וכו', שאפילו דברי תורה יש לכל ב"ד לעקור הוראות השעה" וכו', וכן בפ"ב מהל' רוצח כתב הרמב"ם: "וכן אם ראו ב"ד להורגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו". משא"כ כאן, ב-עובדא דרב נחמן, שהרמב"ם הביאה בפ"ג מגזילה כתב: "ואם הוחזק אדם זה וכו'. קונסין אותו ואפילו בחו"ל". וכלשון הזה כתב הרמב"ם בהלכות שבת (פ"ב הל' ג') וז"ל: "אסרו חכמים למכור בהמה גסה לנכרי וכו', ואם מכר קונסין אותו עד עשרה בדמיה ומחזירה" וכו'. ושם בוודאי זוהי תקנת חכמים כדאיתא במס' גיטין בפ' השולח. והרמב"ם בהלכות עבדים פסק כהר"ף, דהמוכר עבד לא קונסים אותו בחו"ל, מפני שאין דנין דיני קנסות בבבל. ובדין ב"ד עונשין שלא מן הדין כתב הרמב"ם, שעושים את זה גם בחו"ל.

ועוד, הרי מצינו עוד עובדא בגמרא סנהדרין (נ"ח, ב'), דרב הונא קץ ידו של הרגיל להכות באגרופ רשע לישראל, ומדוע לא הביאו הר"ף והרמב"ם והטור את העובדא הזאת כמו שהביאו את העובדא דרב נחמן? אלא וודאי מוכח, דלא סבירי להו כשיטת התוס' (שם ד"ה "קץ ידא") שהסבירו את מעשהו של רב הונא: "דדינא הוא" – ר"ל, דהו דין קבוע שכך צריכין לקנוס בקציצת היד. אלא ס"ל כשיטת רש"י, דאין זה דין קבוע, ורב הונא עשה כן מטעם שהשעה צריכה. וא"כ, מאי טעמא הביאו את העובדא דרב נחמן? ומהר"ף לא קשה למה הביא את העובדא דרב נחמן, מפני שלמד מזה דב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, ואפילו בחו"ל. אבל הרמב"ם והטור, למה הביאו את זה בכלל, אחרי שכבר פסקו שב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין אפילו בחו"ל?

וכן במתנות זרוע ולחיים וקובה, פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' ביכורים) שחיביבים גם בחו"ל, ובין בפני הבית ובין שלא בפני הבית, (דלא כרש"י ותוס' (בחולין קל"ז, ב') ועיין שם ברא"ש בפרק ראשית הגז, סימן א'), ומ"מ לא הביא את העובדות שם בגמרא (קלב, ב) "כי הא דרכא קניס אטמא", "רב נחמן בר יצחק קניס גלימא", ובוודאי הקנס הזה

היה מדין ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, ומ"מ לא הביאם הרמב"ם לא בהלכות גזל ולא בהלכות ביכורים שם.

ועוד, למה חתכו הרמב"ם והטור בדין גזל תורי ועשה בהן עבודה שקונסין אותו בשכרו, או שישלם את השבח, הרי זהו דבר הנתון לבי"ד כפי מה שיראו, לפעמים יקנסו את הגולן בפחות מזה, ולפעמים יקנסוהו ביותר מזה, כדחזינו כמי שלא נתן לכהנים מתנות כהונה, דרבא קנסו אטמא, ורב נחמן בר יצחק קנס גלימא.

ולולא יראתי להרים ראש כנגד הסמ"ע, הייתי אומר מילתא חדתא. דאיתא בגמרא ב"ק (צ"ו, ב'): "בההוא גברא דגזל פדנא דתוריה מחבריה, אזל כרב בהו כרבא, זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה. אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו: זילו שומו שבחא דמ-שבח, וכו', פלגא קאמינא. א"ל: סוף סוף גזילה היא וקאי הדרא בעינא, וכו'. א"ל: לא אמינא לך כי יתיבנא בדינא לא תימא לי מידי, דאמר הונא - חברין עילאי אנא ושבור מלכא אחי בדינא, וכו', ופרש"י: "שמאל אתי בדינא". (ועיין ברש"י בסוף "הבית וה-עליה"). ובשיטה מקובצת (בב"ק כאן) הובא בשם גאון, וז"ל: "אנא ושבור מלכא אחי בדינא - דכי היכי דדינא דמלכותא דינא, כך דינא דידי דינא" וכו'. ולפי הגאון הנ"ל, לא היה כלל קנסו דרב נחמן מטעם דראב"י, דבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה, אלא מטעם שהוא אחיו בדינא דמלכותא. והיינו כדכתב הרא"ש (שם, בפרק הגזול, בסימן ה'): "כגון רב נחמן, דחתנא דכי נשיאה הוה, וממונה לדון על פי הנשיא". ר"ל, ראש גלותא שהיה לו דין מלך, וכדאמרינן בסנהדרין (ה', א'): "דהכא שבט והתם מחוקק, כדתניא: 'לא יסור שבט מיהודה' - אלו ראשי גלויות שבבבל שרודין את ישראל בשבט". וכן כתבו שם בתוס' (ד"ה 'דהכא שבט והתם מחוקק'): "משמע, דשבט עדיף. והא דאמר בפרק מקום שנהגו: 'אבל מבבל לא', כיון דאנן כייפינן להו - עבדינן כו-תייהו, ואומר רבינו תם - דה"מ במילתא דאיסור והיתר, דבני א"י חכימי טפי, דאירא דא"י מחכים, וכו', אבל לענין הפקעת ממון ליפטר, דהפקר בי"ד הפקר - עדיפי בני בבל דמיקרו שבט, שרודין את העם במקל". וכן פסק הרמב"ם (פ"ד מהל' סנהדרין הל' י"ג): "ראשי גלויות שבבבל, במקום מלך הן עומדין, ויש להם לרדות את ישראל בכל מקום". וזהו שכתב הגאון "דשבור מלכא אחי בדינא, כי היכי דדינא דמלכותא דינא, כך דינא דידי דינא", שזהו ג"כ דינא דמלכותא.

והרמב"ם (בפ"ה מהל' גזילה) פסק, דדינא דמלכותא דינא - בין מלך עכו"ם, בין מלך ישראל. וכן פסק הטור (בסימן שס"ט), וכן פסק בש"ע (חור"מ, סימן שס"ט, סעיף ו'). וברמ"א (שם, בסעי' ח') כתב וז"ל: "וי"א, דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במיסיס ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים לא. ויש חולקים, וסבירא להו, דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא, ולכן המלוה על המשכון - יכול למוכרו אחר שנה, הואיל וכן דינא דמלכותא. וכן הוא עיקר, וכמו שנתבאר לעיל סימן שנ"ו סעיף ז'". וכתב בבאורי הגר"א על דברי הרמ"א: "יש אומרים שדינא דמלכותא הוי רק במסים ומכסים התלויים בקרקע", וז"ל הגר"א: "לכן במלכי ישראל לא היה דין זה, כי ארץ ישראל לכל היא". מובן מתוך דברי הגר"א הנ"ל, שלדעה השניה שבכל דבר אמרינן דינא דמלכותא, ולא דווקא בדברים התלויים בקרקע, שגם במלכי ישראל אמרינן דינא דמלכותא דינא. וכן הכריח הרמ"א.

וא"כ, רב נחמן בכוח דינא דמלכותא שהיה בידו, שהיה שלוחו של ראש גולה, תיקן שמי שמוחזק לגזול ולעשוק פעם אחר פעם, שידונו בענינו כאלו אין דין שכל הגזולין משלמין כשעת הגזלה, אלא דינו יהא כמו מי שלקח בשכירות, ומשו"ה ישלם או את השכר או את השבח. וזאת היא תקנה לדורות, מחמת דינא דמלכותא דינא. אבל אילו היה רב נחמן עושה מטעם בי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין, היה עושה רק לשעתו

ולא לדורות, ומכיון שהוא עשה את זה מחמת דינא דמלכותא, ש"מ לדורות עשאו.
ואל תתמה על זה, איך יתכן שמחמת דינא דמלכותא תהי' אצלנו תקנה לדורות?
שהרי גדולה מזאת כתב הר"ן בדרשותיו (בדרוש אחד עשר), שכל התקנות שיש לנו
מפני תקון העולם כמבואר בראש פרק הנזיקין במסכת גיטין, שכולן מכח דינא דמלכותא.
עכ"ס, הרמב"ם תפס שזוהי תקנה לדורות. אבל דבר שעשו בגמרא מפני צורך שעה
לבד, ולא תיקנו אותו לדורות, לא הביא הרמב"ם כלל, כמו שלא הביא הא דרב הונא קץ
ידא (סנהדרין נ"ח, ב'), וכן לא הביא הא דרבא קנס אטמא ורב נחמן בר יצחק קנס גלימא
(חולין קל"ב, ב'), מפני שלא שייך כלל ליתן קיצבה כמה יקנסום מפני צורך השעה,
אלא כל מקרה ומקרה לפי מה שהשעה צריכה.

נמצא, דלשיטת רש"י (ב"ק צ"ו, ב'), דכתב, דשבור מלכא דהכא היינו שמואל (וכמו
שכתב רש"י בסוף ב"מ, דרגילים היו לכנות את שמואל בשם שבור מלכא), קנס רב נחמן
את הגולן מדין מכין ועונשין שלא מן הדין, כמו רב הונא שקץ ידא, שהענישו לפי צורך
השעה. אבל לדעת הגאון בשטמ"ק, שהיה מטעם דינא דמלכותא, וכן תפס הרמב"ם
ואחריו הטור, וכל דינא דמלכותא שלא נאמר עליו שהוא חד פעמי - הוא נשאר תמיד.
ומשו"ה פסקו הרמב"ם בתורת דין.

א'כ, סיכומו של דבר הוא - אנו מוצאים עונשי מיתה ועונשי מכות, חבישה בבית
הסוהר ועונשי ממון, לא רק לשעה אלא הוקבעו לדורות. וא"כ טעמא בעי, שהרי ה-
ברייתא אומרת "ולא לעבור על דברי תורה" - שלפי הרמב"ם ורש"י והר"ן פירושו
הוא: שלא יקבעו לדורות (וכמו שנתבאר לעיל אות ב'). אמנם, לעונשי ממון, אין זו
קושיא כלל, שיש לומר שזהו מטעם הפקר בי"ד הפקר. אבל בנוגע למיתה, ולהכות
ולחבוש בבית האסורים, ומלקות על לא טובה השמועה קשה. ובע"ה יבואר בסימנים
הבאים.

המשך בחוברת הבאה.