

פרק ע. שלטון החוק במשפט ובפסיקה

שלב. סדר הדין

סדר הדין עוסק בצד הניהולי של המשפט¹ וקובע מי רשאי לתבוע, כיצד מגישים תביעה, לאיזה בית משפט פונים ואילו הליכים יש לנקוט לבירור האמת. בדרך כלל קיים סדר דין שונה לדיונים מסוגים שונים, כגון דיון אזרחי, דיון פלילי ודיון מנהלי.

דיני ראיות הם חלק מסדר הדין והם קובעים מי כשר ומי פסול לעדות, אילו עדויות מתקבלות בבית דין, כמה עדים או אילו ראיות אחרות דרושים להכרעת הדין, ומה תוקף עדות חלקית או ממצאים אחרים כגון עד אחד או עדים החתומים על שטר.

חוקות אחדות קובעות שהשופטים כפופים לחוק.²

*

התורה קובעת את סדרי הדין - מי רשאי לתבוע, איזה בית דין בן בכל תביעה, אילו הליכים נעשים להגיע לחקר האמת,³ לפסוק על פי הבנתם,⁴ ללכת אחר הרוב ועוד.⁵

כל המשנה מסדר הדין עובר על איסורים מן התורה.⁶ פסוק מפורש בתורה: "לא תעשו עול במשפט",⁷ ומבאר הרמב"ם: "שלא יעברו על החקים אשר הגדירה תורה בחיוב דבר או בפטור ממנו".⁸ כותב צרור המור: "אין לשום דין להטות מדין התורה ולסמוך על דעתו".⁹ כותב הרב נבנצל: "בבית דין נתנה תורה הלכה מיוחדת שלא להציל ממון אלא ע"פ משפטי הדין ולא בדרך אחרת, וכל דרך אחרת מיקרא שקר לגבי הלכות בית דין".¹⁰

התורה קובעת את דיני הראיות. בין השאר, מצוה מן התורה לפסוק רק על סמך שני עדים כשרים ומה משקלה של עדות עד אחד,¹¹ לא מתקבלת עדות בכתב¹² ואין אפשרות לעד להעיד עדות חוזרת.¹³

¹ להבדיל בינו ובין הליכים שיפוטיים הוגנים, העוסקים בשמירה על זכויות הצדדים במשפט, ראה סעיף שמא. הבטוי סדר הדין מופיע בדבר"ר ה.ו.

² ראה ICL חוקת הונגריה 50 (3); חוקת ספרד 117 (1); חוקת יפן 31.

³ ראה רמב"ם עדות א.ד. וראה שם עדות ג.א.

⁴ ראה רמב"ם סנהדרין ו.א. וראה סעיף מח.

⁵ ראה סעיף קכו. בנוסף לכך קיימות הוראות רבות שהן מדאורייתא אף שאינן נמנות במנין המצוות, ראה בין השאר סעיפים כג-כו, קכז-קלב ועוד.

⁶ על מצוה המוטלת על הדיונים להציע לצדדים להתפשר ראה סעיף קלב.

⁷ ויקרא יט טו.

⁸ ספר המצוות לא תעשה רעג וראה רמב"ם סנהדרין כ יב; ספר החינוך רלג.

⁹ צרור המור שמות כא א.

¹⁰ ביצחק יקרא א מה.

¹¹ ראה רמב"ם עדות ה.א. וראה ספר החינוך תקכג. וראה בבלי שבועות ל ב ורש"י שם ד"ה מדבר שקר. וראה קובץ שעורים בבא בתרא אות תרמ: "ובדבר דצריך שני עדים לא מהני נביא, ואפילו משה ואהרן לא מהימני". וראה סעיף רצז.

¹² ראה רמב"ם עדות ג.ד.

פוסק הרמב"ם: "כל דיין שאינו דן דין אמת לאמתו גורם לשכינה שתסתלק מישראל... וכל דיין שדן דין אמת לאמתו אפילו שעה אחת כאילו תקן את כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל... ושמא יאמר הדיין מה לי ולצרה הזאת... אין לדיין אלא מה שענינו ראות".¹⁴

על דיינים להקפיד על תקנות חכמי ישראל ועל תקנות הקהילות הנוגעות לסדר הדין.¹⁵ כמו כן, עליהם לשמור על המנהג המקובל. לדוגמא, פוסק השו"ע: "כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ב"ד בעיר אין אחד יכול לכופ חבירו שילך עמו לבית דין אחר, כי אין לנו עכשיו בית דין הגדול או בית הועד".¹⁶

על דיינים להקפיד על סדר הדין אפילו אם נדמה להם שהתוצאות תהיינה לא רצויות. פוסק הרב עובדיה יוסף: "שאם רואה הדיין שכל חבריו חרצו משפט מות, והוא ירא פן יצא האיש זכאי בדניו, ומערים לומר זכאי ומטהר את השרץ כדי לחייבו ע"פ הרוב, עז"א מדבר שקר תרחק, אלא יקוב הדין את ההר... ואם תאמר הרי ירבו הרוצחים בישראל עז"א כי לא אצדיק רשע, והרבה דרכים למקום להפרע מן הרשעים. יבא בעל הכרם ויכלה את קוציו".¹⁷

גם כיום יש להקפיד על סדר הדין.¹⁸

בימות המשיח ידונו בתי הדין על פי התורה והחוקים. פוסק הרמב"ם: "המלך המשיח עתיד לעמוד ולהחזיר מלכות דוד ליושנה לממשלה הראשונה... וחוזרין כל המשפטים בימיו כשהיו מקודם".¹⁹

¹³ ראה ערוך השולחן חו"מ כט א.

¹⁴ רמב"ם סנהדרין כג ט. וראה גם א"ת ערך אין לו לדיין אלא מה שענינו ראות.

¹⁵ על תקנות חכמים הנוגעות לסדר הדין ראה, לדוגמא, רמב"ם עדות ג א.

¹⁶ שו"ע חו"מ סימן יד א.

¹⁷ שו"ת יביע אומר ב – חו"מ ג. וראה אור החיים שמות כג ב. וראה בבלי בבא מציעא ל ב: "דאמר רבי יוחנן לא חרבה ירושלים אלא... שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפני משורת הדין". וראה תורת חיים שם: "לאו אדיינין קאי דאין כח ביד הדיינין לכופ לבעל דין לפשר... אלא אבעלי דינין קאי שהיו שונאין ומקפידין זה על זה ולא רצו שום אחד לוותר על חבירו לפני משורת הדין". וראה סעיף קלב וסעיף שלג.

¹⁸ ראה תחוקה לישראל על פי התורה ג, הצעת החוקה של ד"ר כהן עמ' 5 – 16, סעיף 13 6: "לא ישפט אדם אלא בדרך הקבועה בחוק". וראה שם סעיף 73: "סדרי הדיון בבתי משפט אלה, יהיו כקבוע בחוק".

¹⁹ רמב"ם מלכים יא א.

שלג. גזר הדין

התורה קובעת מהו העונש לכל עבירה ועבירה וכל המשנה מבטל מצות עשה.¹

אסור להקל בענישה

- פסוק מפורש בתורה: "לא תחוס עינך ובערת דם הנקי",² ופוסק הרמב"ם: "אסור לבית דין לחוס על ההורג שלא יאמרו כבר נהרג זה ומה תועלת יש בהריגת האחר ונמצאו מתרשלים בהריגתו..."³ פסוק מפורש בתורה: "ולא תחניפו את הארץ", ומפרש הרמב"ן: "כי הזהיר מתחלה שלא נקח שוחד ברוצחים, וחזר והזהיר שלא נחניף להם למעלתם או לתקפם וכבוד משפחתם בלי מקח שוחד".⁴
- פסוק מפורש בתורה: "ולא תקחו כפר לנפש רצח אשר הוא רשע למות כי מות יומת".⁵
- פסוק מפורש בתורה: "ומכה אביו ואמו מות יומת", ומבאר הנצי"ב: "...משמעות אביו ואמו... שהוא יחיד לאב ואם... והייתי אומר דראוי לחוס שלא לכבות גחלתם... ולמדנו דמכל מקום מות יומת".⁶
- מבאר הרב חרל"פ: "ואם יש מקום להוקיר את החסד על האכזריות, אין לו מקום כי אם בדברים של רשות, אבל לא בדברים של תורה... ואין לכל הנימוסים היותר טובים שלנו רשות לנגוע בתורה, פקדיה ומצותיה".⁷
- פסוקים מפורשים בתורה: "ודל לא תהדר בריבו",⁸ "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול".⁹
- יש להעניש גם עברייני שכוונתו היתה לשם שמים.¹⁰
- על הענשת עברייני שחזר בתשובה פוסק הנודע ביהודה: "אלא ודאי גזירת הכתוב הוא שאלמלא כן בטלו עונשי תורה בכללן ואין אדם שיומת בב"ד כי יאמר חטאתי והנני שב וכיון שהקב"ה רצה ליתן עונש מיתה על קצת עונות כדי שיתירא האדם מלעבור לכן נחוץ הוא שלא תועיל התשובה להציל ממיתה ב"ד".¹¹
- הוא הדין במקרה שהנפגע מחל לו.¹²

¹ ראה, לדוגמא, ספר המצוות לרמב"ם עשין רכד – רכט. מלבד זאת, דיין המשנה את העונש שקובעת התורה עובר עבירה שבין אדם לחברו, ונענש בהתאם.

² דברים יט יג. וראה בבלי כתובות פד א, שאין מרחמים בדין. וראה שמונה קבצים ז כג.

³ רמב"ם סנהדרין כ ד. וראה חובל ומוזד א ד; רוצח ושמירת נפש א ז; פירוש הרמב"ן על התורה דברים ז יב; פירוש על דברים יט יג.

⁴ פירוש הרמב"ן על התורה במדבר לה לג.

⁵ במדבר לה לא. וראה ספר החינוך תיב. וראה שו"ת מהרי"ו סא, דינים והלכות בסוף, שגואל הדם אינו רשאי ליטול ממון ולמחול לרוצח בשגגה.

⁶ ראה העמק דבר שמות כא טו.

⁷ מי מרום, שיחות לשלשה רגלים עמ' קסא.

⁸ שמות כג ג. וראה רמב"ם סנהדרין כ ד. וראה מו"נ ג לו: "וכן מחמת חמלת בני אדם באופן טבעי על הריגת הנשים, ולפיכך באר גם בעבודה זרה דוקא איש או אשה...".

⁹ ויקרא יט טו. וראה רמב"ם סנהדרין כ ד. וראה אור החיים דברים כד טז ד"ה "לא תטה משפט גר וגו'": "פירוש שמא תאמר כיון שציוני ה' על הגר אטה דינו לזכותו ת"ל לא תטה...".

¹⁰ ראה שם משמואל פרשת פנחס ד"ה והנה מי שנתחייב מיתה בבית דין.

¹¹ שו"ת נודע ביהודה קמא או"ח לה. וראה בבלי מכות יג ב וגליוני הש"ס שם. וראה שו"ת זכרון יהודה מז.

¹² ראה רמב"ם סנהדרין כו ה. וראה תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת צד; שו"ת חיים ביד נז.

- על הענשת עברייני שיש לו זכויות רבות פוסק הרמב"ם: "כל המונע עצמו מהריגת נביא השקר מפני מעלתו שהרי הולך בדרכי הנבואה הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר 'לא תגור ממנו', וכן המונע עצמו מללמד עליו חובה או הפחד וירא מדבריו הרי הוא בכלל 'לא תגור ממנו'".¹³ כתב הראי"ה קוק: "משפטי התורה בעניינים שבין אדם לחבירו יעמידו תמיד את ערך המשפט רק לפי היחש שיש בין שני הנדונים מצד אותו הענין בעצמו בלבד, ואין לערב ערך הנושאים בעניינים אחרים. ואם יתחייב איש מיתה בידי אדם על כל חטא, לא יתכן לזכותו בשביל ערכו הכללי".¹⁴
- יש להעניש כדן, גם כאשר העבריינים רבים וגם אם העונשים כבדים. כתב הרמב"ם: "...ראוי שיתכונן סנהדרין לכך שיתישבו בדין וימתינו ואם לא יכלו ונתקיימה העדות על מי שנתחייב מזה הרי אלו הורגים ואפילו אלף איש יום אחר יום אם אירע כן והוצרכו לכך על פי הדין".¹⁵
- יש להעניש כדן, גם אם נדמה שהעונש אינו לתקנה. פוסק השלחן ערוך: "ומנדין למי שהוא חייב נדוי ואפילו יש לחוש שעל ידי כן יצא לתרבות רעה אין לחוש בכך".¹⁶ פוסק הרב כלפון משה הכהן: "אחד מבעלי דינים שנתחייב באיזה דבר שבינו ובין אשתו מה שיש כח ביד הב"ד לדון בו ואיים על הב"ד שאם יכריחוהו בזה יעשה הוא גם כן מה שלבו חפץ... אם הוא ממונה לרבים ישתדל לפשר ולמצוא דרך שלום ואם לא עלתה בידו יקוב הדין את ההר, ואין לחוש לזה כלל, דבכלל לא תגורו מפני איש הוא...".¹⁷ רוצח בשגגה לא יצא מעיר מקלט אפילו אם כל ישראל צריכים לתשועתו, כיובא בן צרויה.¹⁸

אסור להחמיר בענישה

פוסק הרמב"ם בדין חייבי מיתה: "כל חייבי מיתות שנתערבו זה בזה נדון כל אחד מהן בקלה שבה".¹⁹

פוסק הרמב"ם בדין חייב מלקות: "כיצד מלקין אותו, כופת שתי ידיו על העמוד אילך ואילך וחזן הכנסת אוהז בבגדיו... הגדול שבדיינים קורא כל זמן שזה לוקה אם לא תשמור לעשות... והשני שבדיינים מונה והשלישי אומר לחזן הכה, כל זמן שמכה על פיו הוא מכה. ואם הוסיף רצועה אחת... הרי החזן עבר על מצות לא תעשה שנאמר 'לא יוסיף'".²⁰

¹³ רמב"ם עבודה זרה ה ט.

¹⁴ עין איה ברכות ב פרק תשיעי רנו.

¹⁵ רמב"ם סנהדרין כ ד. ראה פירוש הרמב"ם על התורה דברים ז יג; ביאור הגר"א על משלי לא ט.

¹⁶ שו"ע יו"ד שלד ג בהגה. וראה בט"ז שם ובאחרונים. וראה בענין זה גם בשו"ת בנימין זאב ת.

¹⁷ שו"ת שואל ונשאל ד חושן משפט ו.

¹⁸ ראה רמב"ם רוצח ושמירת נפש ז ח. ונראה שהטעם להלכות אלו הוא שיש לנהוג כך ממדת דרך ארץ, וראה סעיפים מא סט, שלעיתים מדת דרך ארץ דוחה פיקו"י. מטעם זה נראה שהכלל נכון גם לגבי שאר נדונים, ולדוגמא, מי שחייב מיתה לא יפטר אפילו אם כל ישראל צריכים לו. וראה חשוקי חמד בבא קמא עמ' קז.

¹⁹ רמב"ם סנהדרין יד ו.

²⁰ רמב"ם סנהדרין טז ח ושם הלכות יא יב. וראה רמב"ם סנהדרין יד ו; משך חכמה על דברים כה טז.

חוטא שהתורה והחוקים פוטרים מעונש אסור להעניש

- פוסק הרמ"א: "אין בית דין יכולין לכופ לכתוב לפנים משורת הדין אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי".²¹
- פוסק הרב הרצוג: "על דברים שפטור בדיני אדם ואינו חייב אלא בדיני שמים אסור לבית דין לכופ באיזו צורה של כפייה ממשית, אלא בדברים, להוכיחו ולהשפיע עליו".²²

התורה מתירה לדיינים להחמיר או להקל בענישה על פי גדרי הוראת שעה.²³

גם כיום דיינים אינם רשאים להעניש אלא בכפוף לחוק.²⁴

²¹ שו"ע חו"מ יב ב בהגה. וראה אחרונים שם. וראה ערוה"ש חו"מ רנט ז.

²² שו"ת היכל יצחק אבהע"ז א ג. וראה פתחי חושן א דיני הלואה פרק ב אות עו, שמי שאינו משלם לצאת יד"ש נקרא רשע ואעפ"כ לא כופים אותו לשלם. וראה שערי ישר ה טז המחלק בין דין המוציא מחברו עליו הראיה ככלל משפטי בבית דין, ובין בעל דין שרוצה לנהוג על פי האמת כפי שגלוי קמי שמיא.

²³ ראה סעיף שלח.

²⁴ ראה סעיף שלח.

שלד. שלטון החוק כשמלך ופרנסים יושבים בדין**מלך יושב בדין¹**

סדר הדין² הנביא ישעיה אומר: "הן לצדק ימלך מלך", ומבאר רש"י: "הן אין משפט מלך למלך כי אם לעשות משפט צדק".³

פסוק מפורש בספר שמואל: "...ואנכי היום רך ומשוח מלך", ומבאר המלבי"ם: "... אעפ"י שאני משוח למלך בכ"ז אנכי רך... ולא אוכל לעשות בהם משפט... שלא היתה שם התראה".⁴ כותב האברבנאל על פרשת אמנון ותמר: "... דוד לא עשה משפט על זה... לפי שכפי הדין הבא על אחת מהעריות במזיד חייב כרת... וזה אם היו שם עדים והתראה...".⁵

אומרת הגמרא במסכת שבת: "בשעה שאמר דוד למפיבשת אתה וציבא תחלקו את השדה יצתה בת קול ואמרה לו רחבעם וירבעם יחלקו את המלוכה אמר רב יהודה אמר רב: אילמלי לא קיבל דוד לשון הרע לא נחלקה מלכות בית דוד, ולא עבדו ישראל עבודה זרה, ולא גלינו מארצנו".⁶

אומרת הגמרא במסכת ראש השנה: "ביקש קהלת לדון דינים שבלב שלא בעדים ושלא בהתראה יצתה בת קול ואמרה לו... על פי שנים עדים וגוי".⁷

אומרת הגמרא במסכת פסחים: "מפני מה זכה ירבעם בן יואש מלך ישראל להמנות עם מלכי יהודה? מפני שלא קיבל לשון הרע על עמוס".⁸

גזר הדין

הנביא נתן מוכיח את דוד: "... את אוריה החתי הכית בחרב ואת אשתו לקחת לך לאשה ואתו הרגת בחרב בני עמון",⁹ ומבאר הנצי"ב: "דבאמת אורי' הי' מורד במלכות כמבואר בפסוק, וכל החטא הי' שהרגו בחרב בני עמון ולא על ידי חרבו...".¹⁰

¹ ראה סעיף כד.

² המלך עשוי לדון מקרים שונים בסדרי דין שונים. הוא עשוי לדון במשפט המלך ועל סדר הדין במקרה כזה ראה סעיף כד הערה 7. הוא אף עשוי לדון כשאר כל דיין, ואז הוא מחויב לסדר דין רגיל, ראה שם הערה 27. וראה מנ"ח על מצוה רלג. מדוד ומשלמה למדנו לדורות שני עקרונות של סדר הדין הרגיל ראה בבלי סנהדרין לו א; רמב"ם סנהדרין כא ט.

³ רש"י ישעיהו לב א.

⁴ מלבי"ם שמואל ב ג לט. הערת הרב נבנצל: "המלך רשאי לענוש רוצחים. אם צוה את שלמה לדון את יואב הי' גם הוא יכול לעשות זאת. אבל הוא אמר על עצמו (שמואל ה' ג' ל"ט) 'בני צרתי קשים ממני'. וראה רלב"ג מלכים א ב כח שמורד במלכות אינו צריך התראה. וראה שו"ת אגרות משה יו"ד ד נו, שיואב עשה כדין בשעה שהוא הרג את אבשלום. הערת הרב נבנצל: "צ"ע שהרי המלך צוה שלא להרגו".

⁵ אברבנאל שמואל ב יג כב. האברבנאל הבין שתמר היתה אחותו של אמנון ולפיכך אמנון היה חייב כרת ומלקות אילו היו מתירים בו. הערת הרב נבנצל: "אונס א"צ התראה לגבי נ' כסף, וכן עשה ביולו תהי' לאשה. עונש אחר לא הגיע לו, שהרי לא היתה אחותו ממש, וכמו שאמרה לו: 'דבר נא אל המלך כי לא ימנעני ממך'".

⁶ בבלי שבת נו ב. וראה שם שלדעת שמואל דוד המלך לא נכשל באיסור לשון הרע. ראה חפץ חיים הלכות לשון הרע במ"ח ס"ק כ, ששאל נחשב כמקבל לשון הרע משום שלא דן את אחימלך לכף זכות.

⁷ בבלי ראש השנה כא ב. וראה מהרי"ף חיות שם.

⁸ בבלי פסחים פז ב.

⁹ שמואל א יב ט.

¹⁰ ספרי עם עמק הנצי"ב, עמק הנצי"ב על במדבר כז יד. וראה מנ"ח מצוה תצז א ה: "ודע דזה דאין לו רשות רק בסייף היינו אם הרגו בעבור כבוד עצמו, שמרד בו... אבל לחזק הדת... יש למלך רשות להרוג בכל דבר". וראה שיר השירים עם פירוש עבודת הגרשוני ב יב: "ושמעתי מדודי הגאון החסיד מוה"ר אליהו ז"ל

מלך המעניש יתר על מה שהתורה קבעה נענש בידי שמים. אומר המדרש: "אמר שלמה אני איני כשאר כל הדיינים מלך בשר ודם יושב על בימה דן להריגה דן לסקילה דן לצליבה אם חייב סלע יטול שתים, שתים יטול שלוש, אבל אני איני כן אלא אם חייבתי ממון נפשות אני נתבע בכך, נפשות הוא תובע מידי, והכתוב אומר 'אל תגזול דל כי דל הוא... כי ה' יריב ריבם וקבע את קובעיהם נפשי'".¹¹

פרנסים יושבים בדין¹²

סדר הדין פוסק הכלבו: "ואם הם יעוותו משפט - אינם טובי העיר ויתקנו על פי דייני אמת הסמוכים אליהם".¹³

גזר הדין כותב הפלא יועץ: "והמצוה הזאת על ראשי ומנהיגי העיר היושבים כסאות למשפט, שלא לרחם בדין ולהציל עשוק מיד עושקו ולגבות אפילו מגלימא דאכתפיה, ואם יתן כתף סוררת כופין אותו בכל מיני כפיות בין בדיני ישראל בין בערכאות של גויים".¹⁴ בקרקא החליטו: "פרנס החודש יחקור וידרוש את כל הממונים ואת כל הדברים על פי תקנות הקהילה יצ"ו שהכל יהא כדין וכראוי ושלא יוותר לאיש על קנס בעונש שנקבע בתקנות...".¹⁵ בליטא החליטו: "על כל פרנס הַחֲדָשׁ של כל קהלה וקהלה, להיות חל עליו ח"ו עונש חרם המדינה... באם לא יעמוד על המשמר קיום התקנות הרשומים בלוח התלוי בבית הכנסת... להעניש ולקנוס בעונשים וקנסות המבוארים בפנקס את כל הפורץ גדר דת תיקונים הנ"ל".¹⁶

כיום פרנסים אינם דנים.¹⁷

מוילנא על הפסוק 'וימת מלך מצרים ויאנחו בני ישראל מן העבודה'... ואמר דודי הגאון הנ"ל זלה"ה כי אין מדרכי המלוכה הגם שיהי' המלך אכזר גדול מאד בכל זאת אין בידו וברשותו לצאת מחוק המשפט... על כן צריך המלך להתנהג במשפט... אבל אחר שמת פרעה ולא היה מלך עדיין במצרים וכל איש הישר בעיניו יעשה אפילו בלא משפט... וראה העמק דבר בראשית מד יח: "...דהאחים אמרו מתחילה אשר ימצא אתו ומת, כדין ומשפט הגונב מבית המלך, והמושל אמר יהיה לי עבד, כלומר אינני מלך ואיני יכול להענישו יותר מנימוסי המדינה לכל אדם...".

¹¹ מדרש תנאים לדברים א ט.

¹² פרנסים דנים על פי סדר דין שנקבע על פי תקנות הקהילה, ראה סעיף כה הערה 4.

¹³ כלבו קיז. וראה סעיף כב, שיש סוברים שפרנסים הם שוטרים וממילא גם הם מצווים לשפוט בצדק.

¹⁴ פלא יועץ ערך לווח.

¹⁵ יהודי פולין וליטא עד שנת ת"ח (1648) עמ' 475, תקנה יז/א/א משנת שני"ה.

¹⁶ פנקס מדינת ליטא ועד שצ"ז לפ"ק שכה. וראה משא חיים, מסים וארנוניות, מערכת ע' לה (דף לד ב): ראובן היה חייב מס לכוללות העיר והיה רוצה לשלם... מה עשו הכריזו עליו ששום בר ישראל לא ישא ויתן עמו עד שישלם חוב המס... ועתה טוען ראובן... מה שכתוב בהסכמה הוא שלא מול את בנו ושלא לקבורו יע"ש אבל שלא לישא וליתן לא יש בהסכמה... תשובה: פשיטא ודאי דכדין עשו... משום תקנת הצבור שישלם כל אחד ואחד חוב המס שלו התקינו אפילו לעבור על דברי תורה, כל שכן בדבר ממון שתיקנו שלא לישא וליתן עמו... ונראה ששם שינו את העונש משום שהעונש המקורי לא היה בר ביצוע, ומחדש מהר"ח פלגי שמכיון שניתן עונש קל מן הנקוב בתקנה לל"ב.

¹⁷ ראה סעיף כה.

שלה. חנינה

אסור לתת חנינה למי שנענש על פי דין תורה.¹ פוסק הרב הרצוג ז"ל: "אין אני יודע מתקדים בדיני ישראל שפושע שיצא כנגדו פסק דין עונשי מבית דין של ישראל, יוכל לקבל חנינה מן המלך או הנשיא. זה אפשר בדין מורד במלכות וכדומה אבל לא בפושע פלילי מסוג אחר".²

חנינה אסורה מהטעמים הבאים

פגיעה במדינה כותב הרמב"ם: "ולא כקלות דעת מי שדימה כי זניחת העונשין רחמים על בני אדם, אלא היא עצם האכזריות עליהם והפסד סדר המדינה. אלא הרחמים מה שצוה בו יתעלה: 'שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך'".³

פגיעה בשופטים במצבים מסוימים, יש במתן חנינה משום הודאה שהענישה היתה לא מוצדקת.

פגיעה בשויון⁴**מותר לחון את מי שעבר על אחד מחוקי השלטון**

דינא דמלכותא הגמרא אומרת: "מה נגיד זה יש בו להמית ולהחיות...".⁵ כותב הרמב"ם: "אם היה יוצא להרג בפקודת המלך... אפשר שיחזור המלך מגזירתו".⁶ מובן מאליה, שלמלך סמכות לחון את מי שנשפט על ידי אחד השרים.⁷

חרם פוסק הריב"ש: "שאפילו חרם שהחרים מלך ישראל או סנהדרין אף על פי שהעובר חייב מיתה אם רצו כולם למחול לו מוחלים לו ומתירין".⁸

¹ ראה סעיף שלג. וראה רד"ק על ירמיה טז יג שפירוש המלה חנינה הוא רחמים.

² תחוקה לישראל על פי התורה ג עמ' 26. וראה שם עמ' 301 – 306. וראה שם עמ' 305, שמלך אינו רשאי לתת חנינה למי שנענש על ידי בית דין גם אם בית הדין מעניש על פי גדרי הוראת שעה. וראה רמב"ם רוצח ושמירת נפש ז ח: "אפילו כל ישראל צריכים לתשועתו כי יאבד בן צרויה אינו יוצא משם לעולם", ולא עלה על הדעת להציע למלך לחון את יואב. בני הרב טוביה שלמה העיר שיש לדחות ראיה זו, ויש לחלק בין חנינה הכרוכה בביטול העונש בשב ואל תעשה ובין חנינה המאפשרת יציאה מעיר מקלט, הכרוכה בביטול העונש בקום עשה.

³ מו"נ ג לה. וראה מו"נ ג לט; פירוש הרמב"ם על התורה דברים ז טו.

⁴ ראה סעיף צג וסעיף שיג.

⁵ בבלי שבת פח ב. וראה עיון יעקב על עין יעקב שם: "מתחילה שפוסק לאדם מיתה ואח"כ פוסק החיים".
⁶ משנה עם פירוש הרמב"ם ערכין א ד. וראה הקדמת האברבנאל לספר שופטים: "והמלך יוכל לבטל משפט השופט ולא יתהפך זה". וראה שו"ת בית יצחק יו"ד א בסוף: "ויש אשר יחטא אדם ואשם, אם יתודה על חטאתו ויטיב דרכו ושב ורפא לו אף אם לפי דבר המשפט ענוש יענש, קסם על שפתי מלך להחיותו ולתת לו חנינה". וראה בניהו על שבת פח ב המשיח לפי תומו שחק המלכים לחון מי שנדון בבית משפט. ונראה ששלשתם מתכוונים לחנינה למי שעבר על דינא דמלכותא. וראה צפנת פענח על התורה בראשית הפטרת ויחי המחפש שאם סנהדרין גוזר מיתה למי שעבר על דין המלך אין אפשרות למחול לו, ויש לנדון דין של גברא קטילא, אולם אם המלך גוזר מיתה יש אפשרות למחילה וממילא הנדון אינו גברא קטילא. וראה מרגליות הים סנהדרין מח ב אות יג; תורת המדינה עמ' 442.

⁷ ראה נפת צופים שער ד מח: "מפני שהמלך הוא היותר מעולה... חויב בהכרח שהמלך ראוי שיהיה יותר שלם, ולזה יחס לו הצדק... ויחס לשרים מה שהוא למטה ממנו והוא המשפט". וראה שו"ת רדב"ז א רצו.

תקנת הקהילה

פוסק הריטב"א: "ורואה אני שאם נראה לכם כי אברהם זה יהיה יוצא מן הכלל מפני קיום גזרה זו, וכי בביטולה יחזור למוטב ויקבל עליו עונש כפרה כראוי, שיכולים אתם להתיר הגזרה אשר גזרתם עליו כדי שיחזור בתשובה ושלא יצא לתרבות רעה לא הוא ולא אחרים בשבילו, דכל הפושעים שפשעו שחזרו בהם מקבלין אותם עולמית כדכתי' שובו בנים שובבים, ואע"פ שהוא מנודה ומוחרם יכולין אתם להתירו מחמת כן".⁹

בפרקנפורט היתה מחלוקת גדולה על שיטת בחירת הפרנסים, ובשנת שפ"ח חתמו הרב, בני הישיבה והפרנסים על פשרה ובה נאמר בין השאר: "כל הקטטות והמריבות ומחלוקת שעבר כבר בענין הפרנסים והמסתעף ממנו עד היום הזה, לית דינא ולית דיינא דלא יוכל שום בר נש לתבוע אותו, הן תביעות ממון הן תביעות גופו, כי כן הסכמנו יחד והפקרנו אותו ממון בהפקר בית דין הפקר...".¹⁰

הוראת שעה¹¹

מותר לתת חנינה רק על פי גדר הוראת שעה.¹²

במעהרין תקנו שלפרנסים סמכות לתת חנינה רק לאחר קבלת הסכמה של הערכאה שהטילה את העונש.¹³

במעהרין ובפאדוואה קבלו החלטות שהעובר על עבירות מסוימות לא יזכה לחנינה.¹⁴

גם כיום תקפות כל ההוראות הנוגעות לחנינה.¹⁵

*

⁸ שו"ת הריב"ש קעא. הריב"ש מביא לכך ראיה מיהונתן בן שאול.

⁹ שו"ת הריטב"א קנט. בנדוי וחרם בדרך כלל קובעים מראש שניתן להתירם כעבור זמן מה או לכשיטיבו העבריינים את דרכיהם.

¹⁰ יהודים ויהדות במזרח אירופה, "מחלוקת על ברירת הקהל בפראנקפורט דמיין וכו' ", עמ' 120.

¹¹ ראה בבלי חולין יח א שרבא בר חנינא נדה והעביר שוחט כעונש ואחר כך החזירו. וראה חידושי הריטב"א שם: "לכך פירש מורי ז"ל כי החמיר בדינו שנדמה לו שעשה דרך מרד ולפיכך כשראה שתולין בו טפלי רצה להחזירו, שאילו נתחייב להעביר מן הדין כגון שנמצאת סכיניו שאינו יפה אין מרחמין בדין, כן פירש מורי ז"ל. ראוי לציין כי פירוש הריטב"א הוא דלא כרש"י על הסוגיה שם. וראה סעיפים שלט שא.

¹² ראה רלב"ג שמואל ב יד יא: "... ואז נשבע דוד חי ה' אם יפול משערת ראשו... ואפשר עוד שאעפ"י שהיה בן מות לפי משפטי התורה הנה היה יכולת למלך להצילו להוראת שעה". הערת הרב נבנצל: "לא היתה שם התראה".

¹³ ראה תקנות מדינת מעהרין, ועד גאיי ת"י סא. וראה הערות 6 8.

¹⁴ ראה פנקס הכשרים של קהילת פוזנא עא החלטה משנת שפ"ח לפ"ק, שלא תהא חנינה לקנס שהוטל על פרנסים הרבים זה עם זה בשיבות הקהל. וראה פנקס ועד ק"ק פאדוואה ב החלטה משנת שס"ד לפ"ק.

¹⁵ ראה תחוקה לישראל על פי התורה ג בהצעת החוקה של ד"ר כהן עמ' 5 – 16 סעיף 59: "זכות מתן חנינה שמורה לנשיא והוא ישתמש בה על פי המלצת שר המשפטים". ומלבד תגובת הרב הרצוג שם עמ' 26, המובאת בהערה 2, שאר הרבנים לא העירו על סעיף זה, ומשתיקתם ניתן להבין שהם מסכימים לו.

מקובל במדינות רבות לחון נדונים בתנאים ובנסיבות מסוימים, או באמצעות העומד בראש המדינה, או באמצעות חוק.¹⁶ בנוסף לכך קיימת אפשרות שהיועץ המשפטי יתן בפועל חנינה, וזאת באמצעות החלטה שלא להעמיד עבריו כל שהוא לדין.¹⁷

ניתנו כמה נימוקים המצדיקים חנינה לכלל המורשעים בדין: א. באמצעות חנינה מעודדים אסירים להתנהג כראוי וכתמורה לכך הם יזכו בקיצור העונש. ב. באמצעות החנינה שלאחר המשפט אפשר לתגמל נדון שסייע למערכת אכיפת החוק. ג. יש הסוברים שבעת אירועים ציבוריים משמחים כגון נצחון במלחמה יש מקום לשתף גם את העבריינים בשמחה ולהכריז על חנינה כללית.

ניתנו נימוקים המצדיקים חנינה על בסיס שיקולים אישיים בתנאים ובנסיבות הבאים:¹⁸ א. כאשר לאחר המשפט התעורר חשש שהורשע אדם חף מפשע.¹⁹ ב. אם נדמה שהשופטים החמירו מדי בעונשו של הנאשם. ג. אם חלה הרעה במצב בריאותו של הנאשם, במצבו המשפחתי וכד'. ד. אם שיקום הנאשם יכול להתבצע רק מחוץ לכתלי בית הכלא. ה. אם העונש הקצוב בחוק על העבירה שנעברה שונה לקולא לאחר גזר הדין.²⁰ ו. אם שנים היו שותפים לדבר עבירה ואחד מהם זוכה בשל סיבות של פרוצדורה. ז. אם העבירה נעשתה משיקולים פוליטיים ובינתיים המצב הפוליטי השתנה.²¹

קיימים נימוקים כבדי משקל שלא להסכים לחנינה: א. במתן חנינה יש משום זלזול בשלטון החוק בכלל ובבית הדין שגזר את דינו של הנאשם בפרט.²² ב. החנינה מטבעה אינה שיוונית. ג. החנינה עשויה להיות מנוצלת לרעה על ידי האחראים לה, אשר יחוננו בעיקר אסירים "חשובים" או אלו שיש להם ענין אישי לחון.

כמה מן החוקות קובעות שקיימת אפשרות לתת חנינה או לקצר את העונש.²³ בכמה מדינות קובעת החוקה הליך מיוחד הנוגע להכרזת חנינה כללית.²⁴ חוקות אחדות מתירות לרשות המבצעת להחליט שלא יוגש כתב אישום.²⁵ במדינה אחת נקבע בחוקה הליך מיוחד לחנינה של שר שהורשע בדין.²⁶ חוקת תאילנד קובעת שלמלך זכות לחון כל אחד.²⁷

¹⁶ ראה EB (2008), pardon

¹⁷ ראה EB (2008) procedural law, Criminal procedure, Procedure before trial, The decision to prosecute, Prosecutorial discretion על היועץ המשפטי ופרקליטות המדינה ראה סעיפים קלח רמג.

¹⁸ ראה הרב אורי דסברג "החנינה בהלכה" תחומין ז עמ' 414.

¹⁹ על חשש זה ראה סעיף רצט.

²⁰ ראה סעיף שלג.

²¹ על חנינה משיקולים פוליטיים ראה EB (2008), amnesty. וראה הפדרליסט פרק כב מס' 74: "בתקופות של מרידה או התקוממות יש לעתים קרובות רגעים הרי גורל שבהם הצעת מחילה מכוונת לשעתה למתקוממים או למורדים עשויה להשיב את שלווה הקהילה לקדמותה"

²² הרב אורי דסברג, "החנינה בהלכה", תחומין ז עמ' 422.

²³ ראה חוקת ארצות הברית של אמריקה סעיף ב פסקה 2 אות א; ICL חוקת איטליה 87 (10); שם חוקת הונגריה 29E (1); שם חוקת בלגיה 110.

²⁴ ראה ICL חוקת איטליה 79 שתנתן חנינה (כללית) רק בחוק שתומכים בו שני שלישי מחברי בתי הנבחרים.

²⁵ ראה ICL חוקת שבדיה 11 13 (1) שבתנאים יוצאים מן הכלל לממשלה הזכות להורות שלא ינקטו צעדים נוספים לחקור או להגיש תביעה על עבירה פלילית.

²⁶ ראה ICL חוקת לוקסמבורג 83 שהמלך (הדוכס) אינו רשאי לחון חבר ממשלה אלא לפי בקשת בית הנבחרים.

²⁷ ראה ICL חוקת תאילנד 225.

שלו. אסור להתיר את האסור

המדרש אומר: "זהו שאמר הכתוב 'בני אם ערבת לרעך', - בתלמידי חכמים הכתוב מדבר... שלא תאמר על הטהור טמא, ועל הטמא טהור, ועל ההיתר איסור, ועל האיסור היתר, ותתחייב באמרי פיך, שנאמר 'נוקשת באמרי פיך'".¹ פוסק המנחת יצחק: "ההוראה של הלכה למעשה, מקושרת עם אחריות גדולה. וצריך סיעתא דשמיא שלא להכשל ח"ו בדבר הלכה שלא להטות השורה בין לימין ובין לשמאל, כי בכל איזה צד שיפנה, אם להקל אם להחמיר, שלא כדת של תורה ח"ו הוא חטא המטרה".²

המתיר את האסור עובר על לא תעשו עול במשפט³ ועל ולפני עור לא תתן מכשול.⁴ אם המתיר הוא מורה הוראה המקבל שכר מן הציבור הוא עובר גם על איסור גזל.⁵

על מורה הוראה לאסור את האסור גם אם לפסיקה השלכות מרחיקות לכת. כותב המהרי"ק: "אין לנו להקל משום עיגונא אלא במקום שהקילו חכמים..."⁶ כותב הראי"ה קוק בענין חליבה בשבת: "ראיתי התאמצותו הנאמנה לטובת אחינו בעלי המחלבות, אבל אחרי כל זה קשה מאד לבנות יסוד להיתר, בדבר המוחזק ועומד על פי דעת רוב הראשונים שיש בזה איסור סקילה".⁷ כותב הרב זילבר בהלכות שביעית: "יגעתי בכל כחי להמציא קולות על אדמה, ובכמה דברים יגעתי ומצאתי תהלה לה', כאשר יראה המעיין, ובמקום שאי אפשר, אי אפשר להיות מתיר אסורים..."⁸

אסור להתיר את האסור גם אם ברי שהוא יתבטל לעתיד לבא.⁹

המתיר את האסור ראוי לעונש בידי בית דין. פוסק הרמב"ם: "כל בית דין שנוקקין לזה וכיוצא בו ומודיעין לאלו שמזלזלין בנדרים שאין חייבין מן התורה, או שיוור להן להקל או שיפתחו להן פתח, מנדין אותו בית דין ההדיוט".¹⁰ פוסק הרא"ש: "ואם לא יחזור בו, אני מתרה בך ואת כל הקהל שינהגו בו נדוי... וירחיקוהו ויבדילוהו מעדת ישראל... ואם יעמוד במרדו, ולא ינהוג דין מנודה בעצמו, אני גוזר עליו במצות אדונינו המלך יר"ה, שיתן אלף זוז למושל העיר... ומצוה לנדונו בכל הקהלות ספרד, וגם ידונו אותו למות בדין זקן ממרה; כי אנו חייבין למסור

¹ מדרש תהלים (בובר) ח ג. וראה הקדמה לתורת חטאת, שהרמ"א מקל בהפסד מרובה, לעני בדבר חשוב או לכבוד שבת רק במקרה שמעיקר הדין ראוי להתיר מכל וכל, וכ"כ ערוך השלחן יו"ד רמב סו. וראה מש"כ שו"ת מנחת יצחק א בהקדמה על הכלל של "כחא דהיתרא עדיף".

² שו"ת מנחת יצחק ג לח.

³ ראה סעיף שלו הערה 4.

⁴ ראה שערי תשובה לרבינו יונה ג נב.

⁵ ראה שו"ת דברי חיים א יו"ד ב בענין האוסר את המותר. דון מינה ואוקי באתרא.

⁶ שו"ת מהרי"ק לב. וראה לקט דרכים והנהגות בהתרת עגונות, אוצר הפוסקים ח עמ' קב – קו סעיף ח. על הלחץ הציבורי המופעל לעיתים על מורי ההוראה להקל ראה בבלי סנהדרין צט א: "אפיקורס... רבא אמר: כגון הני דבי בנימין אסיא, דאמרי מאי אהני לן רבנן? מעולם לא שרו לן עורבא ולא אסרו לן יונה", וראה רש"י שם ק ד"ה לא שרו לן וגו': "לא אמרו לנו שום חידוש שלא מצינו בתורה".

⁷ שו"ת אורח משפט אורח חיים סד. וראה קריינא דאגרתא א רמז, הכותב נגד האומרים שיש צורך בגישה ממלכתית לענייני ההלכה.

⁸ ברית עולם על הלכות שביעית עמ' קי בשם אחד מהאחרונים.

⁹ ראה עין איה שבת א פרק ראשון סז. על שינויים אפשריים לעת"ל ראה סעיפים עד עה.

¹⁰ רמב"ם נזירות ד טז.

נפשותינו על תורת האלהים, ולבער עושה הרעה מקרבינו".¹¹ פוסק המחבר: "חכם שהורה להתיר במים שאין להם סוף, חייב נידוי... וכן מי שעושה קלים וחמורים או גזירה שוה לעקור דבר מן התורה..."¹² פוסק המהר"י ברונא: "תלמיד חכם שהתיר אסור בענייני אישות וטעה בדבר משנה חייב שמתא".¹³

במקרים מסוימים על המתיר את האיסור לפצות את השואל.¹⁴

לבית דין סמכות לאסור על מורה הוראה זה להורות.¹⁵

המתיר את האסור נענש גם בידי שמים. המשנה אומרת: "חרב בא לעולם... ועל המורים בתורה שלא כהלכה", ומבאר הרע"ב: "... ולהתיר את האסור".¹⁶ כותב מחזור ויטרי: "ובעון עשרים וארבעה דברים המשפחות כלות והייסורים רבים... בעון... המתיר את האסור".¹⁷ פוסק ערוך השלחן: "שנו חכמים במשנה חלב שחלבו עובד כוכבים ואין ישראל רואהו אסור באכילה ואמרו בגמ' הטעם דחיישינן שמא עירב בו חלב טמא... יש הרבה מתפרצים באיסור זה בדורנו בעוה"ר כאשר ראינו ושמענו ותולים א"ע באיזה תלמיד חכם שעשה כן ולא ידעו ולא יבינו שחמורים דברי סופרים מדברי תורה והתלמיד חכם שעשה כן עונו ישא".¹⁸

גם כיום אסור להתיר את האסור. כותב הרב ואזנר: "על מנהיגי ישראל מוטל לא לחפש קולות ולא חומרות אלא להשתדל להעמיד דת על תלו ברצון ה' כפי המצב בדור עני זה".¹⁹

¹¹ שו"ת הרא"ש כא ט. הערת הרב נבנצל על דברי הרא"ש שידונו אותו למות בדין זקן ממרא: "וכי יש סנהדרין בלשכת הגזית?" נלע"ד לומר שהרא"ש סובר שניתן להעניש במקרה כזה שלא מן הדין, ראה לדוגמא, שו"ת הרא"ש יח יג וראה שו"ע חו"מ ב א שגם בתי דינים שאינם סמוכים דנים עונש מות גם אם אין בדבר עדות ברורה.

¹² שו"ע יו"ד שלד מד.

¹³ שו"ת מהר"י ברונא סט. וראה גליוני הש"ס יבמות קא א: "... ומי"ש דבענייני אישות דווקא לא ידעתי מנא ליה דנחיה דה"י העובדה כאן בענייני אישות מ"מ נ' מסבירא דה"ה דגם בעלמא הוא כן...". וראה תשב"ץ ב ח שמנדים דיין הכופה אשה לחזור לבעלה למרות שבעלה מאד ציער אותה. הערת הרב נבנצל על פסק מהר"י ברונא: "איך חייב שמתא על טעות?" הערת בני הרב טוביה שלמה: עיין השגת הראב"ד על הרמב"ם תלמוד תורה סוף פרק ו אות כג ד"ה א"א ויש אחרים הרבה, ויל"ע בקושייתו של גליוני הש"ס.

¹⁴ ראה פתחי חשן ה ד לו. וראה בהרחבה אות קא.

¹⁵ ראה באר היטב על שו"ע יו"ד יב, שמסלקים שוחט האוסר את המותר ק"ו למתיר את האסור.

¹⁶ רע"ב על משנה אבות ה ח.

¹⁷ מחזור ויטרי תקלא.

¹⁸ ערוך השלחן יו"ד קטו ה.

¹⁹ שו"ת שבט הלוי ו קעה.

שלו. אסור לאסור את המותר

הירושלמי אומר: "אמר רבי אלעזר: כשם שאסור לטהר את הטמא כך אסור לטמא את הטהור".¹ פוסק הש"ך: "כשם שאסור להתיר את האסור כך אסור לאסור את המותר אפילו בשל עובד כוכבים ואפילו במקום שאין הפסד".² כתב הסטייפלר: "צריך לזכור שכל התורה כולה הוא מהקב"ה ומי שאמר את החומרות אמר את הקולות שבשו"ע ופוסקים...".³

האוסר את המותר עובר על לא תעשו עול במשפט.⁴ אם הוא גורם הפסד כספי הוא עובר על לא תעמוד על דם רעך.⁵ הוא עלול לגרום לצער גדול,⁶ עלול לגרום לשכחת התורה,⁷ ולהוציא לעז על ראשונים שלא אסרו.⁸ הוא עלול לעבור את האיסורים עליהם עובר מי שמשתרר על הציבור.⁹ מוסיף הדברי חיים: "ותו אם קבל שכר... נמצא עבר על לאו דלא תגזול".¹⁰

להוראה האוסרת את המותר עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת¹¹

הכשלה בעבירות הגמרא אומרת כי המחמיר ואוסר לעשות עירוב חצרות במקום שעל פי דין מותר לתקנו, עשוי לגרום לכך שיהיו כאלה שיטלטלו בלא עירוב.¹² הש"ך פוסק: "אסור לאסור את המותר... מפני שעל הרוב יש בו צד הקל במקום אחר מחמת שנאסר והוא חומרא דאתי לידי קולא, ואף על פי שלפני הנראה לא יבא מזה צד קולא - אסור, שאפשר שיתגלגל ויבא קולא עד אחר מאה דברים".¹³ כתב הפלא יועץ: "... ואם הוא מטמא את הטהור רעתו רבה כי שמא חס ושלום יגרום שיבוא בעלה לידי עברה של קרי והוצאת שכבת זרע לבטלה".¹⁴ כתב הרב שפרן: "הנה נא ידעתי שכמה גדולים נהגו סלסול בעצמם ומשכו את ידיהם מלתקוע עצמם בענין היתר החרם דר"ג... אולם הרמ"ץ ז"ל שם בעצמו מביא כמה ראיות שאדברא מצוה גדולה להזדקק לזה בכדי שלא יהא ח"ו מכשול עי"ז עי"ש".¹⁵

¹ ירושלמי תרומות ה ט. ובתורתן של ראשונים שם מפנה לשו"ת בנימין זאב שגרס בירושלמי: "כשם שאסור להתיר את האיסור כך אסור לאסור את המותר". וראה שו"ת זקן אהרן קמד; א"ת ערך הוראה; שו"ת משנה הלכות ה קד וכן את הקדמתו לחלק ז.

² ש"ך שו"ע יו"ד רמב קיצור בהנהגת הוראות איסור והתר ס"ק ט.

³ קריינא דאגרתא ב רפה. ראה סעיף צא הערה 7.

⁴ ראה שו"ת דבר יהושע ג ב. וראה שו"ת אורח משפט קיב, שמי שאוסר ומחמיר בגזירת חכמים שלא כדין עובר על לאו הבא מכלל עשה לעשות משמרת למשמרת.

⁵ ראה שו"ת דברי חיים א יו"ד ב. הדברי חיים מכריע שעוברים על לא תעמוד גם בהפסד ממון.

⁶ ראה אגרות סופרים מ, תשובת החתם סופר להרב מקאליב: "ושמעתי כי פר"מ עודינו מחזיק בתומתו וחסידתו להחמיר שלא ליתן מקום לאיש עם אשתו לשוב לשבת בעיר... התמיה נשגבה מה ראה על ככה לגרש נשי עמי מבית תענוגיהם...".

⁷ ראה סעיף צ. ראה ויקר"ר ג ו: "תורת אמת היתה בפיהו... שלא אסר את המותר ולא התיר את האסור".

⁸ ראה בבלי גיטין ה ב

⁹ ראה סעיפים מו פד.

¹⁰ שו"ת דברי חיים א יו"ד ב.

¹¹ ראה פלא יועץ ערך הוראה שמוסיף גם נימוק על פי הסוד. וראה סעיף עג.

¹² ראה רש"י בבלי ביצה טז ב ד"ה כיון דמקלקלי בה רבים.

¹³ ש"ך שו"ע יו"ד רמב קיצור בהנהגות איסור והתר וכו' ס"ק ט.

¹⁴ פלא יועץ ערך הוראה.

¹⁵ שו"ת הרב"ז ב כו.

הפסד כספי כותב הפלא יועץ: "שאם הוא דבר המותר ואוסרו כמה רעות עושה... ועוד, שנמצא גוזל את בעל הדבר שמפסידו..."¹⁶.

מריבה ומחלוקת פוסק היביע אומר: "... ראיתי לאנשים אשר בשם חכם יכונן שמחמירים בזה שלא כדין, ונמשך מהתנהגותם הלבנת פנים ותקלות רבות".¹⁷

חילול השם כותב הראי"ה קוק: "וכבר כתבתי למעלת כבוד תורתם שאני יודע ברור תכונת בני דורנו, שדוקא על ידי מה שיראו, שכל מה שיש להתיר על פי עומק הדין מתירין אנחנו, ישכילו לדעת שמה שאין אנו מתירין הוא מפני אמיתות דין תורה... מה שאין כן כשיתגלה הדבר, שישנם דברים כאלה, שמצד שורת ההלכה ראויים הם להתיר ורבנים לא חשו על טרחם וצערם של ישראל, והניחו את הדברים באיסורם, יוצא מזה ח"ו חילול השם גדול מאד, עד שמתרבים המתפרצים לומר על כמה גופי תורה, שאם הרבנים רוצים היו יכולים להתיר, ועל ידי זה יוצא משפט מעוקל".¹⁸

במיוחד צריכים להזהר מלאסור את המותר אם הפסיקה גורמת להשלכות קשות. כותב הרב קליין על ההתר של החזו"א לאכול ירק שנזרע בסוף השנה הששית בשינוי מחזור: "... ואומרים שרצה בהיתר זה להקל על המשקים הרוצים לשמור שמיטה לפי הוראותיו ואינם משתמשים עם היתר המכירה".¹⁹ פוסק האגרות משה: "ודאי היתר ברור קשה לומר בזה, אבל אם נאסור הרי לא ישמעו לנו כי יתבטל הרבה עניני מסחר ונוגע לחיי נפש של הרבה מישראל, מוכרחין לחפש טעמים להיתר".²⁰

אסור לאסור את המותר אפילו אם ישנם נימוקים כבדי משקל לעשות כן

החמרה מספק מבאר הפני משה: 'שלא יאמר לא אטריח עצמי לעמוד על הדבר והואיל ומסופק אני אטמאנו, שאסור לעשות כן'.²¹ אומרת הגמרא במסכת סנהדרין: "אמר לחכמה אחתי את'. אם ברור לך הדבר כאחותך שהיא אסורה לך - אומרהו, ואם לאו - אל תאמרהו", ומבאר הרב מרגליות: "... שגם להורות איסור צריך שיהיה ברור לך, שאל תאמר כיון שיש לי ספקות אצדד לומר 'לא', אלא צריך אתה שיהיה ברור לך האיסור".²²

ראוי לפרוש פוסק הרמ"א: "על דבר שמן זית אשר העלה על כתבו לאסרו משום שמחליקים אותן החביות בשומן חזיר כדי להעמידו בחביות של עץ... ומש"כ מה שמשום מיאוס יש להרחיק ממנו... כבר אמרו בירושלמי דנדרים די לך במה שאסרה תורה ואמרו גם כן הפטור מן הדבר וכו'".²³ פוסק החתם סופר: "הדרן לדידן, בודאי הפרוש והחסידי לא יאכל

¹⁶ פלא יועץ ערך הוראה.

¹⁷ שו"ת יביע אומר א יו"ד יא. וראה סעיף קצ על האיסור לגרום מריבה ומחלוקת.

¹⁸ שו"ת אורח משפט קיב.

¹⁹ שו"ת משנת יוסף א סימן לה. וראה מעדני ארץ שביעית, קובץ הערות יא.

²⁰ שו"ת אגרות משה יו"ד ב סב.

²¹ פני משה ירושלמי תרומות ה ט.

²² מרגליות חים על סנהדרין דף ז ב אות ה, עמ' 34. הערת הרב נבנצל: "צ"ע ביצ' ב'. ורש"י שם בענין כוחא

דהתירה עדיף". וראה שו"ת אגרות משה יו"ד ב מה: "ובירור הדין אף לקולא הוא חיוב גדול".

²³ שו"ת הרמ"א נד.

שום דבר הצריך בדיקה לעולם ... אבל לאסור לרבים מה שכבר נהגו להתיר לא נ"ל.²⁴ פוסק השרידי אש: "שכל מורה הוראה צריך, אם תבוא איזו שאלה לפניו, להטריח את עצמו בתחילה למצא היתר, ואינו רשאי להחמיר על אחרים משום מדת חסידות ופרישות בדבר שאינו ע"פ הדין".²⁵ פוסק האגרות משה: "אחר מתן תורה אין לנו חיוב מדינא וגם לא מענייני זהירות ומוסר אלא מה שנצטוונו התרי"ג מצות לדורות".²⁶ כותב הסטייפלר: "יש כמה דברים שאין בכח החכם להורות איסור אף על פי שבאמת אינו נכון כלל".²⁷

קנאות כותב הרשב"א: "וצריך שיהא הדיין חושש את עצמו שמא אש קנאתו לשי"ת תבער בו ותהיה גורמת להעלם הדרך הטוב והנכון מעליו".²⁸ כותב החתם סופר: "דודאי מן התימה הוא שנאמר שיבוא לאדם מכשול מן דבר שהתירה תורה בפירושי".²⁹ כותב הסטייפלר: "וידע מע"כ שגם לצורך קנאות אסור לגלות פנים בתורה שלא כהלכה, ומה שאינו אמת אינו מצליח כלל".³⁰

חשש למכשול פוסק האגרות משה: "עוד נראה ברור שמחוייבין לברר הדין אף אם יש לחוש ליציאת איזה מכשול לאיזה טועים ושוטים כמפורש בב"ב דף פ"ט על הא דאריב"ז אוי לי אם אומר אוי לי אם לא אומר איבעיא להו אמרה או לא אמרה ופשיט ר' שמואל ב"ר יצחק אמרה ומהאי קרא אמרה 'כי ישרים דרכי ה' וצדיקים ילכו בס' ופושעים יכשלו בס'...".³¹

גדול שכרו של מורה הוראה המתאמץ שלא לאסור את המותר. כותב המהרש"א: "מי שבא לידו ספק טרפות והוא ירא את ה' ומחמיר על עצמו מספק לאכלה הנה אשריו בעולם הבא שמנע עצמו מספק טריפה. אבל יגיע כפיך כי תאכל גוי' יש לו מעלה יתירה, דהיינו שמייגע עצמו וכפיו למצוא היתר לספקו עד שאוכלה, הנה זה שזוכה ב' עולמות דכתיב ביה 'אשריך' – בעולם הזה שהרי אוכלה; 'וטוב לך' – וטוב לעולם הבא שהתיגע נפשו בתורה".³²

בית דין עשוי לחייב מורה הוראה שאסר את המותר לפצות על הנזק הכספי שנגרם.³³ ולסלקו מתפקידו.³⁴

האוסר את המותר נענש בידי שמים. שנינו: "חרב בא לעולם... ועל המורים בתורה שלא כהלכה", ומבאר הרע"ב: "לאסור את המותר".³⁵ כותב מחזור ויטרי: "ובעון עשרים וארבעה

²⁴ שו"ת חתם סופר יו"ד עז.

²⁵ שו"ת שרידי אש ב ד - הימום הבהמות ע"י חשמו"ל נספח ג, מכתב ט.

²⁶ שו"ת אגרות משה או"ח ד סו. וראה סעיף דש.

²⁷ קריינא דאגרתא א קלח. וראה כרך של רומי יז דף סד ב.

²⁸ שו"ת הרשב"א ה רלח.

²⁹ תורת משה, פרשת ניצבים ד"ה סנהדרין, וראה שם פרשת כי תצא ד"ה אמנם.

³⁰ קריינא דאגרתא א רג.

³¹ שו"ת אגרות משה יו"ד ב מה.

³² חידושי אגדות בבלי חולין מד ב.

³³ ראה א"ת ערך טעות הדינים. ראה שו"ת חבצלת השרון א יו"ד מט.

³⁴ ראה באר היטב על שו"ע יו"ד סימן א אות יב; שו"ת מעשה אברהם חו"מ יא; שו"ת חבצלת השרון א יו"ד מט.

³⁵ רע"ב על משנה אבות ה ח. וראה שו"ת שאילת יעבץ ב קמו.

דברים המשפחות כלות והייסורים רבים... בעון האוסר את המותר.³⁶ כותב התשובה מאהבה: "מרגלא בפומי לאמר לתלמידי: צאו וראו איזהו עונשו מרובה המחמיר שלא כדין או המקיל שלא כדין? הוי אומר המחמיר שלא כדין עונשו חמור, כי המקיל שלא כדין חטאו בין אדם למקום ב"ה ושב ורפא לו, אבל המחמיר שלא כדין צריך להרצה (!) את חברו..."³⁷.

במקרים הבאים רשאי מורה הוראה לאסור את המותר³⁸

סייג לתורה אומרת הגמרא: "רב בקעה מצא וגדר בה גדר", ומבאר רש"י: "עמי הארצים היו ומזלזלין במצות והחמיר עליהן לעשות סייג להרחיקן מן העבירה, כאדם הגודר בקעה פרוצה לשמרה".³⁹

פוסק הרשב"א: "וגם המורה להיתר צריך שיהא זריז ובעל דעת וירא חטא שלא יתיר בכל מקום ובפני כל אדם כדי שלא יבואו לדמות דבר בדבר ויקל אפילו לאיסורין".⁴⁰

כותב החזו"א: "דבדבר דבקל לבוא לידי מכשול יש לאסור ואין צריך מושב בית דין לאוסרו אלא על כל דיין החובה לאסור".⁴¹ פוסק הרב נריה: "המורה הפוסק חייב ליתן את דעתו על המשך הדברים, כיצד תבוצע הוראתו למעשה, אם אין חשש של פתיחת פתח לפירצה, לשימוש לרעה, לפגיעה באיסורים גובלים וכו' וכו'".⁴²

הוראה תמוהה פוסק השו"ע: "... אסור לחכם להתיר דבר התמוה, שנראה לרבים שהתיר את האסור".⁴³

מניעת מריבה ומחלוקת⁴⁴

על אף שאסור לדיינים ולמורי הוראה לאסור את המותר, הם רשאים לפרש את התורה ואת החוקים לפי הבנתם, גם אם כתוצאה מכך הם יאסרו את מה שקודם לכן היה בחזקת מותר.⁴⁵

³⁶ מחזור ויטרי תקלא.

³⁷ שו"ת תשובה מאהבה קפא.

³⁸ למחוקקים פשיטא שמותר לאסור את המותר. ראה שו"ת ישכיל עבדי ג יו"ד יא: "אם מפורש בתקנת הקהל שהבשר משחיטת אחר יהיה אסור, בודאי אסור, דהרשות ביד הצבור לאסור את המותר". וראה סעיף שח.

³⁹ רש"י בבלי עירובין ו א ד"ה בקעה מצא. וראה בבלי שבת קלא א: "שלחו ליה בני בשכר ללוי וכו'".

⁴⁰ שו"ת הרשב"א א צח.

⁴¹ חזו"א או"ח סב כו. וראה כיו"ב בחזו"א זרעים כלאים ט יא שביד מורה הוראה לפרש גזירת חכמים באופן מרחיב.

⁴² צניף מלוכה עמ' 318. וראה שו"ת חתם סופר ו לו. וראה שו"ת בית שלמה או"ח נא ד"ה ועל דבר אשר כתבתי. וראה מ"ב או"ח רצג ס"ק ט.

וראה שמונה קבצים ד ב: "ישנם דיעות כאלה, שע"פ טבען הן משובבות דעתו של אדם... והן כשלעצמן יכולות להיות גם דיעות של אמת, ומ"מ יש להן כל חומר של דעות שקריות, מפני הנזק הכרוך בעקבן".

⁴³ שו"ע יו"ד רמב י. וראה שו"ע יו"ד קכד כד וכן סימן קס סעיף טז, סימן רד סעיף ב, סימן רה סעיף א, סימן רח סעיף ב וסימן ריב סעיף א. וראה שו"ת חוות יאיר קצו; א"ת ערך הלכה ואין מורים כן. וראה דברות משה כתובות תשובה ג ג, עמ' רמד: "ומה שהביא כת"ה ממה שאסור לחכם להתיר דבר התמוה שנראה לרבים שהתיר את האסור... הוא רק במקום דיש לחוש לתקלה... אבל כשליכא תקלה יש להורות אף שהעולם סוברים זה לאיסור".

⁴⁴ ראה, למשל, שו"ת שרידי אש ג צ.

גם כיום אסור לאסור את המותר. פוסק הרש"ז אויערבאך: "... אין לנו לבדות מלבנו פסולים חדשים שלא הזכירם הפוסקים".⁴⁶ פוסק הרב ואזנר: "... שאין זה דרך המקובל בהוראה מפי גדולי עולם ששמשתי אלא יקוב הדין את ההר בדעת תורה ודעת נוטה".⁴⁷ לאור ירידת הדורות בקרב הציבור הרחב,⁴⁸ אף ראוי למורי הוראה להקפיד על כך באופן מיוחד.⁴⁹

עם זאת, מהנימוק של ירידת הדורות חייבים מורי הוראה, לא אחת, לאסור את המותר סייג לתורה. פוסק המנחת יצחק: "עתה בדור הזה, שאמת נתמעט, צריך להיות רואה את הנולד, ואסור להעמיד על דין תורה בכל דבר ודבר, מכ"ש בשבת החמורה וכו', וזה היא כוונת סתירת חכז"ל, לא חרבה ירושלים, אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה, ולא עשו לפנים משורת הדין וכו', סופם שחיללו שבת בלא שום היתר עכת"ד".⁵⁰ פוסק האגרות משה: "בדבר אם יש להתיר לקרוע ולחתוך השק תפור שמונח בו הצוקער כשצריך להם בשבת... למעשה אין להתיר כיון שבני תורה מועטין בעוה"ר, עיין בשבת דף קל"ט שבמקום שאין בני תורה יש דברים שאין להתיר כדי שלא יבואו להקל, ורואה אני שכ"ש בזה וכ"ש בדור ובמקום פרוץ כבזמננו ומקומותינו שצריך להחמיר".⁵¹

⁴⁵ ראה סעיפים מח עו.

⁴⁶ הליכות שלמה חלק ב, מועדים, פרק עשירי ארחות הלכה 73 בענין פסול מראה באתרוג. וראה שם פרק שמיני דבר הלכה אות ח, עמ' קלב.

⁴⁷ שו"ת שבט הלוי ד עד.

⁴⁸ ראה סעיף עו.

⁴⁹ ראה סעיף צא הערות 45 - 47.

⁵⁰ שו"ת מנחת יצחק ג לא בשם הספר משכיל אל דל של ר' הלל מקאלאמייא.

⁵¹ שו"ת אגרות משה או"ח א קכב.

שלח. הוראת שעה

ליושבים בדין סמכות לדון על פי גדרי הוראת שעה - להחמיר או להקל בענישה ולהתעלם מסדר הדין הרגיל ומדיני ראיות.¹

מלך פוסק הרמב"ם: "כל ההורג נפשות... יש למלך רשות להורגו לתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה".² פוסק הרשב"א: "אבל בדינא דמלכותא אין משגיחין בכל אלו שאין דינם אלא אחר ידיעת האמת ונהרג בדיני המלכות אפילו על פי קרובים ואפילו על פי עצמו ושלא בהתראה ושלא בעשרים ושלושה שאין דין המלכות אלא אחר ידיעת האמת שאם אי אתה אומר כן אלא שאתה מעמיד הכל על דין תורה כדן סנהדרין היה העולם שמם שירבו הרצחנים וחבריהם".³

בית הדין הגדול כותב האגרות משה: "... וגם משמע מהקראי דהסנהדרין כבר הורו להם שרשאין ללכת למלחמה בשביל גודל החטא שנעשה בפלגש בגבעה... מצד הדין שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה למיגדר מילתא...".⁴

ריש גלותא רש"י כותב: "... ויש להם רשות להפקיר, דהפקר בית דין הפקר".⁵
פרנסים פוסק הרשב"א: "מי שעומד על תקוני מדינה, אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות, כפי השעה".⁶ פוסק הרמ"א: "וכן נוהגים בכל מקום, שטובי העיר בעירן כבית דין הגדול, מכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג".⁷

בית דין פוסק הרמב"ם: "יש לבית דין להלקות מי שאינו מחויב מלקות ולהרוג מי שאינו מחויב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה...".⁸
 הרשב"א פוסק: "אם הבית דין ידוע ומוחזק בכשרות וירא שמים ובית דין חשוב הוא יש בו כח לעשות כזה וכיצא בזה להוראת שעה, וכמדומה שעל זה אמרו דן דין אמת לאמתו".⁹

¹ משמעות הסמכות לפעול על פי גדרי הוראת שעה היא שהיושבים בדין אינם מחויבים להקפיד על סדר הדין או על גזר הדין הנקוב בתקנות הקהילות, בדין המלך ואפילו בדין תורה. לא זו בלבד אלא שהם אינם מחויבים לשמור אפילו על סדר דין שהוא עצמו התקבל על פי גדרי הוראת שעה, ראה סעיף ש.
² רמב"ם מלכים ג י. וראה שו"ת שואל ומשיב קמא א קעב; קובץ הערות על יבמות תרנה; קובץ שיעורים כתובות צב; עין איה ברכות ג לח. על סמכות המלך כשופט ראה סעיף כד.
³ בית יוסף חו"מ שפח. וראה חידושי הריטב"א בבא מציעא פג ב.
⁴ דברות משה שבת כ קלב. וראה מלבי"ם שופטים כ א. ויתכן שכוונתו לומר שבפרשת פלגש בגבעה לא נעשה מעשה שחייבים עליו עונש מות ולכן רק סנהדרין הגדולה היתה רשאית להעניש שלא מן הדין. במקרה שידוע בודאות שהנתבע עשה מעשה שחייבים עליו עונש מות, והוא עלול להפטר מעונש רק בגלל סדר הדין, רשאי כל בית דין להענישו שלא מן הדין. וראה סעיפים רצט ש שא שלט.
⁵ רש"י בבלי סנהדרין ה א ד"ה שבט.
⁶ שו"ת הרשב"א ד שיא. וראה שו"ת הרשב"א ג שצג; שו"ת הרשב"א ד שטו.
⁷ שו"ע חו"מ ב א בהגה. וראה שו"ע חו"מ קסג באור הגר"א אות ט.
⁸ רמב"ם סנהדרין כד ד – ט. וראה שם שם כו ו; שם גזילה ואבידה ג ו; ספר החינוך תרכא; שו"ע חו"מ ב א. וראה סעיף כג. יש סוברים שרק בית דין הגדול מעניש שלא מן הדין ויש סוברים שרק דיינים סמוכים מענישים שלא מן הדין, ראה א"ת ערך הוראת שעה; בירור הלכה סנהדרין דף מו א ציון ג.
⁹ שו"ת הרשב"א א אלף קמו. וראה שו"ת אבקת רוכל קעט קפו קפת. וראה א"ת ערך בית דין אות ז. בית דין חשוב. וראה שו"ת ציץ אליעזר יט נא.

פוסק השלחן ערוך: "כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש..."¹⁰ פוסק הרמ"א: "כל חייבי מיתות בית דין בזמן הזה... מנדין אותן ומבדילים אותן מן הקהל. וכל זה מצד הדין, אבל אם רואין בית דין שהוא צורך שעה ומגדר מילתא יכולין לענוש במה שירצו".¹¹

ניתן להעניש שלא מן הדין גם את מי שעבר על תקנות הקהילה. כותב הפלא יועץ: "ואם יהיה איש פורץ גדר ועובר על תקנות הקהל, יכתתוהו וירדפוהו בקנסיות או במכות עד החרמה, למען יהיה קיום והעמדה לתקנתם".¹²

המצוה לדיינים להחמיר בענישה בעת הצורך, היא היא המצוה המוטלת על המחוקקים לקבל חוקים המחמירים בענישה.¹³

משה רבינו הרג רבים מן העובדים לעגל, כהוראת שעה, למרות שלא היו עדים והתראה.¹⁴ השבטים נלחמו בשבט בנימין על פי גדרי הוראת שעה.¹⁵ כותב מהרי"ץ חיות: "הרג שלמה ליואב על דמי עמשא שלא היה כאן התראה".¹⁶

כותב האברבנאל: "השופטים... כלם מכים ועונשים פעמים שלא בדין ושלא מן התורה כפי צורך השעה... והממרה את פיהם חייב מיתה... הלא תראה שגדעון דש את בשר אנשי סוכות בקוצי המדבר והרג את כל אנשי פנואל, ואין זה על פי התורה. גם יפתח בכעסו על בני אפרים... היה אוחו בהם וישחטם אל מעברות הירדן, האם היה זה כפי הדין?"¹⁷

פוסק הרמב"ם: "מעשה והלקו אדם שבעל אשתו תחת אילן, ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יוונים 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".¹⁸

מעיד המרדכי: "פסק רבינו גרשום באחד שקנה סוס בשבת דצריך ללקות מכת מרדות מדרבנן ואם יעלו דמי מכירת הסוס על דמי לקיחתו שקלינו ויהבינן לעניים שלא יהא חוטא נשכר ואם אותו מקום פרוץ הוא לענין שבת לפי מה שראו יחמירו בו יותר".¹⁹

¹⁰ שו"ע חו"מ ב. א. וראה שו"ע חו"מ רפג א. וראה שו"ת ציץ אליעזר יט נא.

¹¹ שו"ע חו"מ תכה לפני סעיף א.

¹² פלא יועץ ערך תקון. על עונשי גוף קשים ראה סעיף שמוט.

¹³ ראה סעיף ש.

¹⁴ ראה פירוש הרמב"ן על התורה שמות לב כז. הערת הרב נבנצל: "ע"י יומא ס"ו".

¹⁵ פירוש הרמב"ן על התורה בראשית יט ח. וראה העמק שאלה קמב אות ט שהשבטים דנו את שבט בנימין כרודף.

¹⁶ כל ספרי מהרי"ץ חיות א תורת נביאים ז. וראה רלב"ג מלכים א ב מו התועלת היג'. וראה סעיף שלד

ששלמה הרג את יואב על פי גדרי הוראת שעה.

¹⁷ אברבנאל, הקדמה לספר שופטים.

¹⁸ רמב"ם סנהדרין כד ד. על רבי אלעזר בן ר' שמעון שמסר גנבים לשלטון ראה בבלי בבא מציעא פג ב. וראה

שו"ת הרשב"א ב רצ; שם ה רמג; ספר החינוך לד וכן רלו; בית הבחירה על ב"מ שם; שו"ת הריב"ש רנא.

¹⁹ מרדכי בבלי שבת רמח. וראה תשובות חכמי צרפת ולותיר צג. וראה העונשין אחרי חתימת התלמוד.

- רק כאשר מתמלאים כל התנאים הבאים מותר לדיינים להעניש שלא מן הדין²⁰
- א. **לחיזוק הדת ולתיקון העולם** פוסק הריב"ש: "יש לבית דין לחוש, לכל מה דאפשר, כדי שלא יצא מתחת ידם, דבר שאינו מתוקן".²¹ המהרי"ט צהלון פוסק: "שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין במקום שהדבר נחוץ, וכשאין הכרח להורגו אסור גם להורגו".²² פסוק מפורש בספר שמואל: "ותאמר האשה התקועית אל המלך עלי אדני המלך העון ועל בית אבי והמלך וכסאו נקי", ומבאר המלבי"ם: "מה לך לדון בזה בדין המלכות ומפני תקנת העולם, זה לא הרג איש נכרי, רק את אחיו... ואין בזה תקנת העולם כי מי ילמד ממעשיו להרוג את אחיו ולהחטיא את בית אביו".²³ פוסק ספר הלכה פסוקה: "אם לפי שיקול דעת בית דין העם פרוץ כל כך עד שהענשת הפושע הזה לא תועיל ולא תציל, אין להעניש את היחיד לבדו".²⁴
- ב. **אין מנוס** מענישים שלא מן הדין רק כשמתמלאים שני תנאים.
- א. מדובר בעבירה המצדיקה הכבדה בענישה.²⁵ פוסק הרמב"ם: "וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה... כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך ושהשעה צריכה...".²⁶ פוסק הרב הרצוג: "ובנוגע למשפט העשיר שדן דוד מלכנו שהוא בן מות ואת הכבשה ישלם ארבעתים... וזה היה בעיני דוד למגדר מילתא, שבמקרה שפושע אכזרי כזה יסתפק בפסק רק לשלם דמי הכבשה, זה ישפיע לרעה על הציבור בכלל".²⁷
- ב. ברור לדיינים שהחשוד חטא. כותב ספר החינוך: "... מצות מינוי מלך עלינו... ושהוא יכול לדון בני אדם כפי מה שיראה לו האמת ואפילו בלא עדים ברורים".²⁸ פוסק הריב"ש: "ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין לפי צורך השעה, ואף שלא בעדות גמורה, כל שידעו באמתלאות ברורות שעבר העבירה".²⁹
- ג. **עונש מדתי** פוסק הריב"ש: "... מכת מרדות... מכין אותו לפי ראות ב"ד לתוכחות מוסר, ואף אם יכול לסבול יותר, אין מכין אותו אלא לפי חומר הדבר שעבר בו".³⁰
- ד. **לא יתר על הנחוץ** בפוזנא החליטו: "למחוק מפנקס הקהל יצ"ו שמץ ודופי הנרשם על האנשים אשר כבר מתו ואין ראוי לבזה המתים בדברים כאלו".³¹ עוד החליטו

²⁰ ראה סעיף שא.

²¹ שו"ת הריב"ש רט. וראה שו"ת הריטב"א רו.

²² שו"ת מהריט"ץ החדשות מב. וראה שו"ת חו"מ ב א.

²³ מלבי"ם על שמואל ב יד ט.

²⁴ הלכה פסוקה סימן ב ציון 12.

²⁵ ראה סעיף שא.

²⁶ רמב"ם סנהדרין כד ד - י. יתכן מאד שהויכוח בין ראב"ש ובין חכמים בבלי בבא מציעא פג ב היה בהערכת המצב, האם היה צורך למסור גנבים למלכות, וראה הערה 18.

²⁷ תחוקה לישראל על פי התורה ב עמ' 78.

²⁸ ספר החינוך תצז. וראה רמב"ם מלכים ג י; שם סנהדרין יח ו; מו"נ ג מ; שו"ת הרשב"א המיוחסות רעט.

²⁹ שו"ת הריב"ש רלד. וראה שו"ת מהר"ם די בוטון שאלה יט, שגם אם המשפט נערך על פי כללי הוראת שעה יש לקבל עדים בפני הנאשם.

³⁰ שו"ת הריב"ש צ. וראה שו"ת הרב חו"מ הלכות נזקי גוף ונפש ודיניהם טז שהעונש תלוי בחומרת החטא.

שם: "והנה התרינו בהם בבתי כנסיות ברבים דרך סתם כי לא רצינו לגלות שמותם בפרהסיא מפני כבוד משפחתם..."³².

ה. **לשם שמים** פוסק הרמב"ם: "כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוונו לרדפו... ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים"³³. פוסק המהרי"ק: "כי ידעת שביד הדיין לפעמים לעשות דבר יראה כנגד היושר אם יראה לו שהבעל דין דוחה או מרמה, דבר זה תלוי בראות עיני הדיין רק שיעשה לשם שמים"³⁴. פוסק הראי"ה קוק: "... במה שבית דין עושין שלא כדין תורה צריך לעיכובא שתהי' כוונתם לשם שמים, כי בלא כוונה לשם שמים, לעשות סייג לתורה, כיון שבעצם הדבר עושים שלא כדין, וכל עיקר כוחם הוא מפני שמכוונים לעשות סייג, הא אם תחסר הכונה הרי הם כאלמים בעלמא"³⁵.

ו. **"והייתם נקיים"**³⁶ מבאר הרלב"ג: "שאין ראוי למושל שיעשה בכוחו מה שאפשר שתפול בו טענה שלא יעשה בצדק ואף על פי שצווה בזה מפי הגבורה, אך ראוי שיתחכם להסיר הטענה ההיא באופן שלא תתחדש בזה מריבה וקטטה כי אולי יגיע מזה הפסד רב ובזה יקיים מה שבאתהו המצוה עליו מאת השם ולזה תמצא שכבר התחכם יהושע שיודה עכן חטאו לסלק מעליו הטענה והמחלוקת..."³⁷. כותב האברבנאל: "אמיתת הענין הזה לדעתי והוא ששלמה השיג אמיתת הדבר הזה קודם הנסיון והבחינה הזאת, כי מהכרת פני הנשים הזונות ומפרצופיהן כשעייין בהן ואופן דבריהם כששמע אותן, השיג מצפוני לבותן וירד לאמת הענין... אמנם עשה הבחינה ההיא בהם שהרואים היושבים ראשונה במלכות לפניו יכירו חכמתו... וידעו שהוא עושה משפט וצדקה בזה"³⁸.

ז. **תמיכה ציבורית**³⁹

כדי להבטיח שענישה שלא מן הדין היא לחיזוק הדת ולתיקון העולם על הדיינים לבחון גם את ההבטים הבאים⁴⁰

זכויות הנאשם פוסק מפורש בנביא: "ויקרבו ימי דוד למות ויצו את שלמה בנו לאמר... וגם אתה ידעת את אשר עשה לי יואב בן צרויה... ועשית כחכמתך..."⁴¹, ומבאר הרד"ק: "כלומר שלא תהרגהו עד שתמצא עליו עֲוֹלָה אע"פ שהוא חייב מיתה כי מלחמות ה' נלחם וטובות נמצאו בו אלא שהרג לאלה שני השרים חנם לפי תעשה כחכמתך שתביאהו לידי עילה

³¹ פנקס הכשרים של קהילת פוזנא שצח החלטה משנת ת"א לפ"ק.

³² פנקס הכשרים של קהילת פוזנא תשסב החלטה משנת תי"ד לפ"ק. כיוצא בזה שם תתקעא.

³³ רמב"ם מלוה ולוה ב ד. וראה פירוש הרמב"ן על התורה ויקרא כה כג: "... כי כאשר דבר משה אל בני ישראל הוציאו מיד את המקלל ורגמו אותו, ועשו כן כל בני ישראל לשמור ולעשות כאשר צוה השם את משה ולא לשנאת בן המצרי שנצח עם ישראל, אלא לבער הפגום מתוכם".

³⁴ שו"ת מהרי"ק יד.

³⁵ באר אליהו חו"מ ב ס"ק ו. וראה סברה דומה בסעיף מז.

³⁶ ראה סעיפים נ שא.

³⁷ רלב"ג, יהושע סוף פרק ח התועלת השנים עשר. וראה מעין זה אברבנאל מלכים א ג כח.

³⁸ אברבנאל מלכים א ג כח.

³⁹ ראה ספרי על דברים כא כא: "ורגמוהו כל אנשי עירו". וכי כל אנשי עירו רוגמים אותו אלא במעמד כל אנשי עירו, ומבאר המלבי"ם: "במעמד אנשי עירו ובהסכמתם".

⁴⁰ ראה לעיל סעיף שלג, שבשעה שהם מענישים מעיקר הדין אין לדיינים שיקול דעת להחמיר או להקל.

והסיבה שיתחייב הריגה".⁴¹ כותב ר' חיים שמואלביץ: "בשעה שמענישים אדם ותובעים אותו על חטאו, יש אז להזכיר גם צדקותיו, וכשם שראינו במעשה מרים, שבתוך העונש והבזיון לא נשכח לה גם צדקתה וכבודה".⁴²

השלכות משפחתיות פוסק החתם סופר: "כתב בפסקי מהרא"י סי' קל"ח... שמחרימין ומנדין למי שחייב נדוי וחרם אף על גב דאיכא למיחש שמא עי"ז יצא לתרבות רעה... אמנם יש להסתפק היכא דאיכא למיחש שיצא לתרבות רעה זה הרשע ויקח גם בניו הקטנים עמו ויטמעו בין העכו"ם מהו לחוש לקטניי שלא חטאו... מאן לימא לן שלא נחוש על בניו שיהיה צדיקים ואיך נגרשם מהסתפח בנחלת ה'".⁴³

טובת הכלל התרגום למגילת אסתר כותב שדוד המלך לא הרג את שמעי בן גרא, כי ראה ברוח הקדש שמרדכי ואסתר עתידים לצאת ממנו.⁴⁴

הגמרא במסכת מועד קטן מספרת על התלבטות חכמים אם לנדות תלמיד חכם, ואחד השיקולים שלא לנדותו הוא: "צריכי ליה רבנן".⁴⁵ כותב העקידה: "... ואם למנוע הרע מהזכאין הנלוים אליהם כאשר אי אפשר שלא ימשך להם רע מרעתם, יחוייב לבא אצל אלו הפורענות בקושי גדול, כמו שבטענה זו בא אברהם אבינו באומרו: 'האף תספה צדיק עם רשעי'.⁴⁶ פוסק המהר"ם מלובלין: "ומה שאמרת לחסרו אברים הלא אפשר שיבוא מזה פרצה גדולה מזו שיבא להמיר דתו אחר כך ויהיה לקוף מכאיב לשונאי ישראל, כאשר זכורני בימי חורפי שאירע בימי הגאון מהר"ר שכנא ז"ל שהיה בימיו גם כן איש בליעל ורוע מעללים והתיר הגאון לנקר את שתי עיניו ולחתוך את לשונו, ואחר שעשו לו כל אלה המיר דתו ונשא עכו"ם אחת והוליד בני זרים והיה הוא וזרעו המרעים כל ימיהם לרצועה" (מרדות לישראל".⁴⁷

טובת המדינה האברבנאל מבאר: "ואמנם למה לא הרג דוד את יואב... לפי שלא היו שם עדים והתראה ולכן כפי הדין לא היו בני מות. האמנם היה מהיכולת המוחלט המסור למלך להרגם אם ירצה, ודוד לא רצה להרגם כפי אותו היכולת המוחלט כדי שלא לבלבל מלכותו... לכן הניח משפטן לפני ה'".⁴⁸

בכל החלטה ציבורית, ובמיוחד כשמדובר בהוראת שעה, על היושבים בדין להיות מתונים בדין. כותב הרשב"א: "... ואם לא ישמעו, ויעברו בשלח יעבורו, תלוש ומרוט, טול מקל והך על קדקדם, אלף ופרוטרוט... וצריך מתון והסכמה והמלכה... כי כל שהמעשה גדול, וחזקת היד

⁴¹ רד"ק מלכים א ב ו. הערת הרב נבנצל: "היכן קיים שלמה זה? לשמעי סבב עלה, אבל לא ליואב".

⁴² שיחות מוסר שנת תשל"א מאמר כד.

⁴³ שו"ת חתם סופר יו"ד שכב. וראה שו"ת הריב"ש רנא, שיש מקום להקל בהענשת רוצח שלא מן הדין אם קרובי הנרצח מסכימים לכך. וראה חשוקי חמד יומא עמ' רחצ – רצט, שראוי לבית דין להקל בעונשו של עבריין שיש לו בת גומלת חסדים.

⁴⁴ תרגום שני, מגלת אסתר ב ה.

⁴⁵ בבלי מועד קטן יז א. וראה ירושלמי ביצה ב ז: "... ואמרו לו אילולא שאת תודוס לא היינו מנדין אותך... דהוה משלח פרנסתהון דרבנן".

⁴⁶ עקידת יצחק שער יג.

⁴⁷ שו"ת מהר"ם מלובלין סימן קלח. ועי' שו"ת הריטב"א סימן קנט; שו"ת זכרון יהודה עט; שו"ת שבות יעקב א קל.

⁴⁸ אברבנאל שמואל ב סוף פרק ג. וראה חידו"א בבלי מועד קטן טז א ד"ה נהג נזיפותא: "... ועי"ל דהתם משום שלא יתעכבו ישראל עוד בשבילה כדכתיב והעם לא נסע עד גוי".

רצה, צריך יותר השגחה והסרת הכעס...⁴⁹ כותב הנודע ביהודה: "... ויכול להיות שנתחייב על זלזול כבוד הרב נר"ו ומכ"ש בצירוף זלזול כבוד הפרנסים... אך אני תמה על המהירות ועל הפרסום ברבים".⁵⁰

על שכרו של דיין המעניש שלא מן הדין כותב רס"ג: "כי השופט המיסר ומעניש מהכרע דעתו, אם היתה כוונתו שמירת הדת ומשפטיו יש לו שכר".⁵¹

גדול עונשם של היושבים בדין שאינם מענישים כראוי בעת הצורך. פוסק הריקאנטי: "אמר ר' יודן כל דיין שלא מחמיר מסתלק מן העולם קודם זמנו... (יש) דין אמת לאמיתו ונתפש כגון דיין מדקדק דקדוקין לזכות הרשע, דתן בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה כדי לעשות סייג לתורה או מפני שהזמן גורם, והדיין מסתלק עצמו מלהענישו ומדקדק בענין הדין למצוא פתח לזכות אותו מן הדין ממש... כשהקב"ה דן את העולם אותו דיין נתפש עליו ונסתלק עליו קודם זמנו".⁵²

לבית דין סמכות גם להקל על פי גדרי הוראת שעה.⁵³ כותב הדרישה: "... כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפניו משורת הדין לפי הזמן והענין וכשאינו עושה כן אף שהוא דין אמת אינו לאמתו וע"ד שאמרו חז"ל לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפני משורת הדין, ועל זה נאמר לא תסור מכל הדברים אשר יגידו לך ימין ושמאל...".⁵⁴

גם למורי הוראה סמכות להורות על פי גדרי הוראת שעה. כותב הראי"ה קוק: "... והרשות ניתנה לחכמים מובהקים להורות היתר להוראת שעה, מכ"ש כשיש בזה משום קידוש השם או מגדר מילתא, ויתר הגדרים הנצרכים לזה...".⁵⁵

הרמ"א דן בענין נשים נשואות שנשבו ופוסק: "אמנם בגזירת אוסטרייך הותרו על פי גדולים גם כן לבעליהם אפילו לכהנים ואפשר נתנו הני נשי אמתלאות לדבריהן וכו' וע"ש כי האריך. ול"נ דאפשר דהגדולים שהתירו לאו מדינא אלא משום צורך שעה שראוי שיש ח"ו לחוש לעתיד הנשים שאם ידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן שלא יקלקלו ולכן הקלוי".⁵⁶ פוסק הרב מרדכי כהנא מאפטא: "... שהרב הגדול הנ"ל סיפר לי איך שהמעשה הנ"ל... מקרה בלתי טהור.. ואמר אע"פ שלא היה הדין כך הוראת שעה צריכה לכך, והאמת לתת מקום לכ"ת שיחזירו בתשובה...".⁵⁷ פוסק היעב"ץ: "על המיעוץ והמשמוש כתבו דהעושה כן כאילו מאכיל טרפות לישראל הנה עתה יצא דבר הקצף גם על הב"ד ואם הם התירוהו לצורך שעה ומפני הדחק כך ב"ד יפה אינך רשאי להרהר אחריהם".⁵⁸

⁴⁹ שו"ת הרשב"א ה רלח. וראה שם ג שצד.

⁵⁰ שו"ת נוב"ק חו"מ כ.

⁵¹ הנבחר באמו"ד ה ח.

⁵² ב"י טור חו"מ ב (הריקאנטי מכונה בלשונו שם בשם "הר"מ מרקנ"ט"). וראה סעיף ש.

⁵³ על עקרונות ההקלה בענישה ראה סעיף ש.

⁵⁴ טור חו"מ א דרישה ס"ק ב.

⁵⁵ אגרות הראי"ה א פט.

⁵⁶ דרכי משה טור אבהע"ז ז ס"ק יג. וראה מצות ראייה אבהע"ז ז; תחוקה לישראל על פי התורה א עמ' 82.

⁵⁷ שו"ת דברי רננה סוף סימן סז.

⁵⁸ שו"ת שאילת יעבץ ב קמו.

פוסק מהר"ח פאלאג'י: "אם לפעמים באיזה פעם מבטלין איזה מנהג משום איזה צורך והכרח לא מפני זה מיקרי ביטול מנהג ויכולין לבטלו על צד ההכרח ולחזור ולנהוג אחרי כן".⁵⁹

גם כיום תקפים עקרונות הוראת שעה. כותב הרב חזן: "... בעניינים המדיניים... כיון שכל עיקרם הם שכליים ומחוייבים כגון גזילת וגניבה ואונאה ונזיקין וחבלות והדומה להנה, שטעמם הפשוט הוא לשוב המדינה, אזי הרשות ביד הדיין המומחה והכשר וירא שמים לרדוף הצדק כמו שיזדמן לפניו...".⁶⁰ פוסק מהר"ח פאלאג'י: "וכן הסכימו כל רבני האחרונים הלא בספרתם, דגם בזמן הזה כל בית דין בעירו דנים שלא מן הדין להוראת שעה ואפילו במיתה".⁶¹ פוסק הראי"ה קוק: "ובזמנה"ז דד"ת בטלים מה"ת משום דאנן הדיוטות אנן, לרוב הפוסקים יש לומר דעל כל פנים דיני יושר נוהגים מה"ת מטעם דינים דב"נ דלא גרעינן מיניהו, ובמקום שרואה הדיין שיש עיוות אשר ראוי לעשות למגדר מילתא בדרך שהדיעה הישרה, וכבוד שם השי"ת מחייב לפי מצב הדור, וכת"ר כחכמת לבבו יעשה".⁶² כותב הרב ואזנר: "וגם יש מקום לדון בזה עפ"י המבואר חו"מ סי' ב' שבי"ד מכין ועונשין אפילו שלא כהלכה אם רואים שהעם פרוץ באיזה דין נגד התורה".⁶³

*

המדינות המפותחות אינן מתירות למערכת המשפט לפעול על פי גדרי הוראת שעה. בתקופות שונות ובמדינות אחדות פעלה ערכאה עליונה שעיקר תפקידה היה לעשות צדק.⁶⁴ לערכאה זו היו סמכויות יתר לשפוט עבריינים על פי עקרונות הצדק ולא בהכרח על פי סדר הדין הרגיל.⁶⁵ אולם המלכים ניצלו לעיתים סמכות זו בשרירות לב, והענישו בעונשים אכזריים כל מי שלא חפצו ביקרו, ולפיכך זכות זו נשללה מהם במהלך הדורות.⁶⁶ בכמה חוקות קיימת הוראה כללית המאפשרת פגיעה קשה מהרגיל, במקרים מסוימים, בזכויות העבריין.⁶⁷

⁵⁹ משא חיים, תורת המנהגות יב.

⁶⁰ כך של רומי יז דף סה ב.

⁶¹ שו"ת חיים ביד צג. וראה שם צח.

⁶² שו"ת אורח משפט חו"מ ד. וראה פתחי חושן ה פרק ב טו; הלכות מדינה א שער א פרק ה; שו"ת ציץ אליעזר יט נא.

⁶³ שו"ת שבט הלוי ח ש.

⁶⁴ ראה Constitutional History of England עמ' 98, שזה היה אחד מתפקידי המלך באנגליה בימי הביניים, ולשם כך אף הוקצו לו סמכויות מיוחדות. וראה שם עמ' 155 שבתקופה יותר מאוחרת הועברו מרבית סמכויות המלך לאצילים.

⁶⁵ The Constitutional History of England עמ' 261-263.

⁶⁶ ראה The Beginning of the Constitutional Era עמ' 16-17, שזכות זו נשללה בפועל רק בתחילת המאה ה-19.

⁶⁷ ראה ICL חוקת קרואטיה 30, שחוק רשאי לאפשר איבוד זמני של זכויות או מניעתן לפרק זמן מוגדר, כאשר מדובר בעבירה חמורה ובזוויה במיוחד, והדבר נחוץ לשמירת החוק והסדר. ראה Talcott Parsons, "The Law and Social Control", The Sociology of Law, William M. Evan (Ed.) עמ' 66, שאם אי הציות לחוק הוא גס ושערורייתי באופן חריג, תהא דרישה לפעולה ישירה שמתעלמת מחוקי הפרוצדורה.