

# ענישה פלילית "שלא מן התורה"<sup>1</sup>

## מאמר תלמודי אשר עיצב שיטה משפטית

מאת

### אהרן קירשנבאום\*

מימרתו של ר' אליעזר בן יעקב: "שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה; ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה [...] לא משום שראוי לכך אלא משום שהשעה צריכה לכך" (בבלי, סנהדרין מו ע"א) משמשת בספרות ההלכה בסיס לפעולתו של בית דין יהודי-רבני בתקן של הוראת שעה. המאמר מבקש לנתח מימרה זו: נוסחאותיה, משמעותם של המונחים השונים הנכללים בה ומשמעותה המעשית והמסגרת של הוראת שעה. תחומו של המאמר הוא המשפט העברי ההרמנויטי-הקלאסי (היינו: "דין תורה" על פי הפרשנות המוסמכת של התורה שבעל פה), המשמש כפרוגרמה חינוכית לעם ישראל, ולא המשפט העברי הפרגמטי-יישומי שאיננו משועבד להוראות דין תורה (כדוגמת "דין מלך" ופסקי בתי הדין המכים והעונשים "שלא מן התורה"), שבו עוסק ספרו של המחבר בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה (התשע"ג).

פשוטה של המימרה הוא שבית דין רבני מוסמך לסטות מהלכות דין התורה הפלילי. דוגמאות לכך ניתן למצוא בסטייה מההלכה הקלאסית בדיני הראיות, בסדר הדין הפלילי ובדיני העונשין המהותיים (הגדרת העברות ודרכי הענישה). נוסף על כך רשאי בית דין, לפי שיקול דעתו, להטיל עונשים שאינם כתובים בתורה ושאינם מקובלים בתורה שבעל פה, כגון צורות מיתה שונות, מכת מרדות דרבנן, קנסות מדברי סופרים או על פי תקנות הקהילות, פגיעות בגוף המואשם, ביזיון, קלונן, גירוש וכדומה, העיקר שתהיה ההוראה "לשעה", לבל תיקבע כהלכה לדורות.

המאמר פותח בבדיקת הנוסחאות שבהן הובאו דברי ר' אליעזר בן יעקב. חקר הנוסחאות מוביל את המאמר להתעמק בסוגיית הסמכות של בית הדין לפעול שלא מן התורה, מסייע להבין את

1 ראו אהרן קירשנבאום הרשעה עצמית במשפט העברי 210–214, 230, 231 (התשס"ה) (להלן: קירשנבאום הרשעה עצמית). אכן, ספרי בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה (התשע"ג) מוקדש בעיקרו לתוצאות המעשיות של הברייתא גופא כטקסט משפטי ולא לתוצאותיה (להלן: קירשנבאום בית דין מכין ועונשין). המאמר משלב דיון ספרותי-טקסטואלי במקורות חז"ל עם ניתוח משפטי והיסטורי, הנוגע ליישום הדברים במשפט העברי. ברצוני להודות לידידי ד"ר עמוס ישראל על עזרתו המבורכת בחיבור מאמר זה.

\* הערת העורך: פרופ' קירשנבאום ז"ל הלך לעולמו בשבת פרשת "משפטים", כז בשבט התשע"ו (6.2.2016). זמן מה לפני פטירתו עדכן פרופ' קירשנבאום את המאמר, בצניעותו האופיינית, לפי ההערות של מערכת עלי משפט, אולם לדאבונו הוא לא הספיק לעבור על העריכה הלשונית והטכנית של מאמרו. את תיקוני העריכה אישרתי אני וכמו כן התקציר העברי נכתב על ידיי (א"ו), וכל השגגות שנפלו בכך הן באחריותי. וחבל על דאבדין ולא משתכחין.

הפירושים האפשריים של המאמר ומרכיביו השונים (למשל המושג הוראת שעה), תוך ניתוח מגוון רחב של עמדות ופירושים מהספרות הפרשנית הקלאסית, ומתוך כך פותח את הדרך בפני בחינת היחס שבין המשפט העברי המעשי לבין המשפט העברי ההרמנויטי-הקלאסי.

מבוא. א. הברייתא על שלוש נוסחאותיה; 1. נוסחאות; 2. לשון השמועה; 3. עצם ההלכה; 4. דיון. ב. פירוש ופירוט; 1. פירוש (המוסכם) של הנוסח הבבלי; 2. פירוש (המוסכם) של הירושלמי; 3. "בית דין"; 4. "מכין ועונשין"; 5. "שלא מן התורה"; 6. לעשות סייג לתורה – למיגדר מילתא. ג. המסגרת של הוראת שעה; 1. דיני "יושר"; 2. בית דין מכין ועונשין; 3. עת לעשות לה' ולעקור דבר מן התורה. ד. הערה. ה. הברייתא ומשמעותה המעשית; 1. דינא דמלכותא דינא, הורמנא דמלכא וענישה מדינתית; 2. מנהגי הקהילות; 3. שיקול דעתם של הרבנים-הדיינים-פרנסי הציבור. אפילו.

## מבוא

תניא – רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה; ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה [...] לא משום שראוי לכך אלא משום שהשעה צריכה לכך.<sup>2</sup>

בספרות ההלכה משמש מאמרו של רבי אליעזר בן יעקב בסיס לפעולתו של בית דין יהודי-רבני בתקן של הוראת שעה, היינו לפעול שלא על פי הוראות התורה כדי למלא אחרי צרכיו המיוחדים של הזמן. הברייתא מעניקה לבית הדין רשות וסמכות לנהוג כך, והיא משמשת אף מקור לחובת בית הדין לפעול לפי צורך השעה. ראוי אפוא לחקור מאמר זה: נוסחאותיו, משמעותם של המונחים השונים הנכללים בו, משמעותו המעשית והמסגרת של הוראת שעה. לפני שאנו פותחים את דיוננו השיטתי, יש להבחין בין המשפט העברי ההרמנויטי-הקלאסי ("דין תורה" על פי הפרשנות המוסמכת של התורה שבעל פה עם תקנות החכמים המסתכמים במשנה תורה של הרמב"ם) ובין המשפט העברי הפרגמטי-יישומי שאיננו משועבד להוראות דין תורה (דין מלכות בימי המלכים ופסקי בתי הדין המכים והעונשים "שלא מן התורה"). החוק הקלאסי לא היה קוד משפטי כי אם פרוגרמה חינוכית לעם ישראל.<sup>3</sup> יש להעיר שבין גדולי הראשונים לא הוגבל כללו של רבי אליעזר לתקופות שבהן היה המשפט העברי הקלאסי של התורה בטל, לאחר חורבן הבית. בהלכות סנהדרין יח ו, למשל, מביא הרמב"ם את שייכותה של הוראת שעה הסוטה מדין תורה אצל יהושע בן נון ואצל דוד המלך, שקיבלו את הודאת פיהם של נאשמים – בניגוד לדין תורה, כלומר אף כאשר היה דין התורה הפלילי אמור להיות השיטה המשפטית השליטה, היה כוח ביד בית הדין לסטות ממנה כדי להטיל חוק וסדר בציבור ולהתמודד עם תופעות עברייניות בחברה ("למיגדר מילתא").

2 בבלי, סנהדרין מו ע"א.

3 להעמקה ראו קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 61–69.

הואיל ויישום מאמרו של רבי אליעזר בן יעקב בימי הביניים מתועד יפה (בספר בית דין מכין ועונשין), אנו מתמקדים במאמר עצמו.

בתקופת הראשונים התאפיינה פרשנות הברייתא בשימוש בניואנסים שונים – כולל התייחסות לאופן ביצוע הפעולה של בית הדין. על פי שיטת הר"ן, משמעות הביטוי "אלא לעשות סייג לתורה" היא שלא ייעשו מעשיהם כדרך תקנה עולמית אלא בתורת סייג – "לשעה".<sup>4</sup> לפי המאירי, "אלא לעשות סייג לתורה" איננו סתם פירוש לדרך שבה דייני בית דין רשאים להכות ולענוש שלא מן התורה אלא נימוק לשאלה מדוע הם רשאים לעשות כך – משום שהם באים בתקן של הוראת שעה לעשות סייג לתורה.<sup>5</sup>

מכל מקום, פשוטה של שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב הוא שבית דין רבני מוסמך לסטות מהלכות דין התורה הפלילי, המכונה אצלנו "המשפט העברי הקלאסי-ההרמנויטי". דוגמאות לכך ניתן למצוא בסטייה מההלכה הקלאסית בדיני הראיות, בסדר הדין הפלילי ובדיני העונשין המהותיים – הגדרת העברות ודרכי הענישה: מותר להעניש על פי עד אחד, על פי אישה או קטן המסיחים לפי תומם, על פי קרוב, על פי הודאת פיו של החשוד עצמו או על פי ראיות נסיבתיות. וכן בדין שלפיו ניתן להעניש אדם שעשה את מעשה העברה ללא התראה וללא התרת עצמו למיתה. נוסף על כל המקרים הללו מוסמך בית דין להטיל עונשים שאינם כתובים בתורה ושאינם מקובלים בתורה שבעל פה, כגון צורות מיתה שונות, מכת מרדות דרבנן, קנסות מדברי סופרים או על פי תקנות הקהילות, פגיעות בגוף המואשם, ביזיונו, קלונו, גירושו וכדומה.<sup>6</sup> העיקר שתהיה ההוראה "לשעה", לבל תיקבע כהלכה לדורות.<sup>7</sup> הפעלת כוח הסטייה תלויה בשיקול דעתו של בית דין.<sup>8</sup>

והנה דוגמאות אחדות של פרטי דין התורה הקלאסי שבטלו בהתנהלות המשפטית המעשית:

- 4 חידושי הר"ן (מיוחסים), סנהדרין מו ע"א, ד"ה "בית דין מכין ועונשין". ראו רמב"ם, משנה תורה, הלכות ממרים; הלכות סנהדרין כד, ד.
- 5 בית הבחירה למאירי, מכות ז ע"א; סנהדרין מו ע"א (מהד' ר"א סופר, פרנקפורט ע"ג מיין, עמ' 197). ראו רמב"ם, שם.
- 6 רש"י, סנהדרין מו ע"א, ד"ה שב"ד; שו"ת הרשב"א, סימן שצג, מובא בבית יוסף, חושן משפט שפח (בסוף); שו"ת הרשב"א שיא; סמ"ג, עשין קב ולאויין רח (בסוף).
- 7 דברים אלה הם הרחבת דעת הרמב"ם משנה תורה, הלכות סנהדרין כד, ה; טור, חושן משפט, ב וכן היא דעת כל המפרשים. ראו דיון בשדי חמד, מערכת הבי"ת, נא. אכן, חיפוש בפרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר-אילן מניב את הממצא שהברייתא של רבי אליעזר בן יעקב מובאת להלכה אצל גדולי הפוסקים (כמו הרמב"ם, הטור והשולחן הערוך); הרבה מפרשים אחרים ומשיבים ראשונים ואחרונים נזקקים לה.
- 8 בשאלה שהעמיד "ספר המפתח" הלכות סנהדרין כד, ד (במהדורת פרנקל לרמב"ם) אם הלכת רבי אליעזר בן יעקב היא "חובה לבית דין או רשות", קבעו המפרשים פה אחד שהיא רשות. לשון רש"י (סנהדרין מו ע"א, ד"ה שב"ד) היא "שבית דין מותרין להיות מכין [וכו']". זו היא גם דעתם המפורשת של ה"ר משה מקוצי, ספר מצוות גדול (סמ"ג), לאויין, סימן רח; ה"ר מרדכי יפה, לבוש מרדכי, חושן משפט סימן ב; וה"ר שמעון דוב בר בן אברהם אנאליק, אורח משפט, הלכות דיינים, סימן ב. גם ה"ר דוד פרידמן עמק ברכה מאמר א (קונטרס המהווה בירור הלכתי מקיף בעניין חרמות) בדעה זו, אלא שהוא מוסיף חובה על בית הדין להודיע במפורש על הפעלת סמכות זו כדי שלא יטעו העם לחשוב שזהו הדין הקבוע בעוד שהוא "לשעה" ולא לדורות.

- על דיינים לגזור את העונש הקצוב בתורה גם אם נדמה להם שהעונש הוא חמור מדי. על זה קבע רבי עקיבא: "אין מרחמין בדין" (בבלי, כתובות פד ע"א). אכן ריחמו וריחמו בדין המעשי.
- את הכתוב בתורה: "לא תעשו עול במשפט" (ויקרא יט 15) מפרש הרמב"ם: "שלא יעברו על החוקים אשר הגדירה התורה בחיוב דבר או בפטור ממנו (הלכות סנהדרין כ, יב)", כלומר מנועים השופטים מלעבור על החוקים הכתובים בתורה ואינם יכולים להחמיר, או להקל, בעונשו של אדם. והנה, מעשים בכל יום מחמירים ומקלים בעונשו של אדם.
- הרמב"ם כותב: "אין עונשין באומד הדעת אלא על פי עדים בראיה ברורה, אפילו ראוהו העדים רודף אחרי חברו והתרו בו והעלימו עיניהם או שנכנסו אחריו ומצאוהו הרוג ומפרפר והסיף מנטף דם ביד ההורג, הואיל ולא ראוהו בעת שהכהו, אין בית דין הורגין בעדות זו; ועל זה ועל כיוצא בו נאמר: 'ונקי וצדיק אל תהרג' (שמות כג 7) (הלכות סנהדרין כ, א). גם כאשר ברור מיהו הרוצח, אך אין עדים כפי שדורשים חוקי התורה, אין הדיין יכול להפעיל שיקול דעת בשיפוט. ואילו במשפט המעשי אין הדבר כן.
- בעניין מקלל אומר הרמב"ם שאי אפשר להיפטר מעונש גם אם המקלל חזר בתשובה או שהנפגע מחל לו. ההסבר לכך הוא שאי אפשר למחול למי שנתחייב מלקות מדאורייתא (הלכות סנהדרין כו, ה). אבל שלא מן התורה מוחלים.
- שולחן ערוך (חושן משפט יב, ב) פוסק: "אין בית דין יכולין לכוף ליכנס לפני משורת הדין אף על פי שנראה להם שהיה מן הראוי", אבל שלא מן התורה בית דין כופים על כך.
- בעל ספר צרור המור (לשמות כא 1) כותב: "אין לשום דיין להטות מדין התורה ולסמוך על דעתו".<sup>9</sup>
- בקשר לדברי רבי עקיבא ש"אין מרחמין בדין", כתב הרב יעקב משה בן זבולון חרל"פ (ירושלים 1883–1951), תלמיד חבר של הרב קוק: "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 פקודיה ומצוותיה".<sup>10</sup>
- ובדורנו הרב אביגדור נבנצאל, רבו של הרובע היהודי בירושלים, אומר: "בבית דין נתנה תורה הלכה מיוחדת שלא להציל ממון אלא על פי משפטי הדין ולא בדרך אחרת, וכל דרך אחרת מיקרא שקר לגבי הלכות בית דין".<sup>11</sup>
- אכן, למסקנת הדין המעשי, את ההוראות יש לסייג: (1) כמה מהן מוגבלות לחוק הקלאסי ואינן שייכות לחוק הפרגמטי; (2) כמה מהן תוקפן יפה בדיני ממונות ובתחומי איסור והיתר – לא בתחום הפלילי; (3) כמה מהן באות ליישם את רוח החוק הקלאסי אף על פי שאותו חוק אינו מחייב.

9 הרב אברהם בן יעקב סבע (ספרד, נפטר בערך שנת 1508). הרב אברהם בן יעקב סבע צרור המור, שמות כא 1.

10 מי מרום, שיחות לשלשה רגלים, עמ' קסא.

11 ביצחק יקרא א, מה. את שמונה הדוגמאות שרשמתי כאן שאבתי מהעבודה הסמינריונית של תלמידי אברהם מופקדי "יושר ושיקול דעת של דיין" במסגרת של הסמינריון "דיני היושר במשפט העברי" 8 (מרכז הבינתחומי הרצליה, התשע"ג).

מדובר בדין הפלילי: מוענקת סמכות לבית דין לסטות מדין תורה של ענישה פלילית לצורך השעה. לא הייתה זיקה למאמרו של רבי אליעזר בן יעקב בדיני ממונות. בדיני ממונות לא החוק הוא הקובע כי אם רצון הצדדים. דיני ארבעת השומרים של תורה, למשל, מחייבים רק במקרה שהצדדים לא גילו את רצונם מפורשות (התניה על מה שכתוב בתורה) או מכללא (מנהג המקום, מנהג סוחרים, סיטומתא, תקנות החכמים או תקנות הקהילה), אבל במקום שרצונם ידוע, אין צורך בסמכות לסטות מדין תורה – דין תורה עצמו נקבע על ידי רצונם.<sup>12</sup>

בין השאלות השנויות במחלוקת הפוסקים מצויות אלה: (א) מה טיבו של אותו "בית דין"? (ב) אם מכין ועונשין ש"לא מן התורה", על סמך מה כן מכין ועונשין? (ג) "לעשות סייג לתורה [...] משום שהשעה צריכה לכך" – מה טיבו של אותו "צורך" שיש בו הצדקה לעונש שלא מן התורה? שאלה אחרונה מולידה שאלות מוסדיות: של סמכות והצדקה, ושאלות של היחס בין המישור הפוליטי-המדיני למישור המשפטי. דיונים בשאלות הללו מוליכים אותנו לבדיקת תורת המשפט שמאחורי המאמר, לתיאור ההשתלשלות ההיסטורית שלו, להבנתו ולשימוש בו (במסגרת מאמר זה לא נוכל להתייחס לכל השאלות הללו בשלמותן).

נתחיל בבדיקת הנוסחאות שבהן הובאו דברי הברייתא. חקר הנוסחאות יוביל אותנו ויעזור לנו להתעמק בסוגיית הסמכות של בית הדין לפעול שלא מן התורה, להבין את הפירושים האפשריים של המאמר, ואחרי כן לרדת ליחס שבין המשפט המעשי ובין המשפט ההרמנויטי. בדרךנו המחקרית נתייחס גם לשאלות הללו: מה מקור הברייתא? האם חלק ממרכיביה קודמים לה? מהן ההנמקות שניתנו לברייתא? האם השימוש בברייתא שווה בכל מרכיביה יחדיו או שהברייתא העניקה משקל שונה למרכיבים השונים?

## א. הברייתא על שלוש נוסחאותיה

### 1. נוסחאות

1. הנוסחה בעלת ההשפעה הדומיננטית על ההלכה הנמצאת בסנהדרין מו"ע"א (היא רשומה גם ביבמות צ"ב וגם במדרש תנחומא, משפטים ו) היא כדלקמן:

תניא – ר' אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה. ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לבית דין וסקלוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו, לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.

12 ראו למשל ה"ר יחזקאל אברמסקי דיני ממונות (התשנ"ד); שי וזנר חשיבה משפטית בישיבות ליטא – עיונים במשנתו של הרב שמעון שקופ (התשע"ו).

הברייתא מובאת כראיה לכוח בית הדין להעניש גם מעבר לדיני העונשין הכתובים, בקשר לפעולתו החריגה של שמעון בן שטח שהמית נאשמים רבים ביום אחד.

II. נוסחה זהה לזאת אשר הבאנו מסנהדרין נמצאת ביבמות צ"ב, ואנו מייחדים לה דיון מיוחד משום שבעלי התוספות זיהו אותה כמקור שונה לגמרי.

סוגיית הגמרא מחפשת מקור לכך שבית דין יכולים לעקור עולמית דבר מהתורה ב"שב ואל תעשה". היא מציעה את המעשה של נביא כאלהו בהר הכרמל ודוחה ראייה זו בכך ששם מדובר בנביא, ואשר לנביא יש מצווה מפורשת לשמוע לו – "דשאני התם דכתיב 'אליו תשמעון'". התלמוד חוזר ומקשה "ולגמר מיניה" – היינו ששייך ללמוד מנביא לבית דין, ולא תרץ אלא ד"מיגדר מילתא שאני", דהיינו ששם היה זה חד-פעמי לעשות גדר, וכאן מחפשים מקור לסמכות עקירה כללית וקבועה. נמצאנו למדים שדין השמיעה לנביא ("אליו תשמעון") הוא מקור לכוחו של בית דין. אך הדין מוגבל ל"הוראת שעה".

ואכן בהמשך מביאה הגמרא את הברייתא "שמעתי שמכין ועונשין" ורוצה להציע שהיא תהיה המקור לכוח עקירת דבר מן התורה, וגם שם היא דוחה: "מיגדר מילתא שאני". על כל פנים, הגמרא מביאה את הברייתא כניסיון ללמד שיש סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה בקביעות. ראייה זו מוצגת כבעלת סמכות הדומה לסמכות שהתורה נתנה לנביאים. גם לאחר דחיית הברייתא כראיה לא נשתנתה הבנת התלמוד בברייתא כמקור עתיק וסמכותי לכוח בית הדין.

התוספות (ד"ה וליגמר מיניה) מציעים שעצם הנכונות לראות בסמכות הנביא מקור לסמכות בית הדין מוכיחה שהתלמוד מניח שסמכותם של הנביא ושל בית הדין רחבה וקבועה. התוספות ישבו על המדוכה: היאך נלמד בית דין מנביא, הרי נביא כוחו על פי הדיבור? ותירצו שלא ייתכן שזה רק מכוח "על פי הדיבור", שהלא "אין נביא רשאי לחדש". נראית כוונתם שאילו לא היה מושג של הוראת שעה לבית דין, כוחו של נביא לכך היה מוגדר כ"לחדש דבר", שכן אין זה בדין הקלאסי, ובכך היה נפרץ הכלל ההלכתי, שאין נביא רשאי לחדש – אין זה מתוקף סמכויותיו. כך שאם מצינו אצל נביא כזה כוח, היינו אומרים שאין זה "חידוש" של נביא, ומוכרח שגם לבית דין יש כזה כוח. אם כן, יוצא שאנחנו לומדים מהתורה שיש סמכות לבית דין לעבור על דיני תורה מסמכות שנתנה תורה לנביא (אליו תשמעון).<sup>13</sup>

III. בתלמוד הירושלמי, חגיגה פ"ב ה"ב, ע"א (בסוף) מובאת נוסחה נוספת, וזו לשונה:

תני – א"ר אלעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה. עד איכן? רבי לעזר ב' רבי יוסי אמר: עד כדי זימזום. רבי יוסה אומר: בעדים אבל לא בהתרייה. מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוסו בשבת והביאוהו לב"ד וסקלוהו. והלא שבות הוית? אלא שהיתה השעה צריכה לכן. שוב מעשה שיצא לדרך ואשתו עמו ופנה לאחורי הגדר ועשה צרכיו עמה והביאוהו לבית דין והלקוהו. והלא אשתו הייתה? אלא שנהג עצמו בבזיון.

למרות הניסוח השונה (שעליו נעמוד להלן) ברור כי לפנינו אותה ברייתא המובאת בקשר לפעולתו החריגה של שמעון בן שטח.

13 ניתוח זה הוא מפני נכדי, הרב יעקב ישראל קירשנבאום.

IV. ב"גמרא" המכונה "סכוליון" למגילת תענית פרק שישי מופיעה נוסחה שלישית:

אמ' ר' אליעזר בן יעקב שמעתי שבית דין מלקין והורגין שלא מן התורה דבית לוי אמ' ר' שמעון שמעתי שבית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שנ' ובערת הרע מקרבך.

ומעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת [האת] התאנה והוליכוהו לב"ד והלקוהו וכי חייב היה אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו אחרים מפני שנהג בה מנהג זנות.

שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת והביאוהו לב"ד וסקלוהו וכי חייב היה אלא שהיתה השעה צריכה לכך. כדי שילמדו אחרים [...]14 אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו ממנו אחרות וכל ישראל ישמעו וייראו.

הטבלה הזאת מבהירה את הדומה ואת השונה בכל הנוסחאות:

תלמוד ירושלמי, חגיגה פ"ב ה"ב, עח ע"ב (על פי כ"י ליידין)	תלמוד בבלי, סנהדרין15 מו ע"א	מגילת תענית (מהדורת ורד נעם)16 הסכוליון נוסח הכלאיים (כ)17
הדא היא דתנינן מעשה בשמעון בן שטח שתלה נשים באשקלון [אמרו שמנים נשים תלה ואין דנין שנים ביום אחד אלא שהית' השעה צריכה לכך	אמ' להן ר' אליעזר והלא שמעון בן שטח תלה נשים באשקלון	
תני אמ' ר' אליעזר בן יעקב שמעתי	תניא א"ר אליעזר: שמעתי שבית דין מכין וחובשין18 שלא מן התורה,	אמ' ר' אליעזר בן יעקב שמעתי שבית דין מלקין והורגין19 שלא מן התורה20
שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה		

14 דילגנו על "מקרה 3 – המשנה על שמעון בן שטח.  
15 בבלי, סנהדרין מו ע"א, על פי נוסח כ"י יד הרב-הרצוג ירושלים. על מעלותיו של כתב יד זה ראו מרדכי סבתו כתב יד תימני למסכת סנהדרין (בבלי) ומקומו במסורת הנוסח (התשנ"ח).  
16 ורד נעם מגילת תענית, הנוסחים, פשרם, תולדותיהם (התשס"ד).  
17 שם, בעמ' 92–93.  
18 שאר כה"י כולל קטע גניזה [קיימברידג' (T-S F1 (1): "ועונשין"; כ"י קרלסרוהה רוכלין 2: "ועונשין מן הדין". "עונשין" – לשון שווה לירושלמי. אבל זו לשון סתומה. למה לסתום את סוג הענישה אחרי שפורט: "מכין ו [...]?" בכל אופן, הסמכות לחבוש, כלומר לאסור, היא רכה מהסמכות שבשמועה שבסכולין של מגילת תענית (נוסח כלאים).  
19 כ"י א [אוקספורד]: "מכין ועונשין" (אותה לשון שנמצאת בכה"י וכדפוס של הבבלי; ראו ה"ש קודמת).  
20 עד כאן עדות כ"י א.

<p>דבית לוי אמ' ר' שמעון שמעתי שבית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה</p> <p>לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שני' ובערת הרע מקרבך. ומעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת [האת] התאנה והוליכוהו לב"ד והלקוהו וכי חיב היה אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו אחרים מפני שנהג בה מנהג זנות. שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת</p> <p>והביאוהו לב"ד וסקלוהו וכי חיב היה אלא שהיתה השעה צריכה לכך. כדי שילמדו אחרים</p> <p>שמעון בן שטח תלה שמנים נשים באשקלון וכי חייבות הריגה ותליה היו אלא שהיתה השעה צריכה לכך כדי שילמדו ממנו אחרות וכל ישראל ישמעו וייראו.</p>	<p>ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה.</p> <p>ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים.</p> <p>והביאוהו לבית דין וסקלוהו. ולא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.</p> <p>שוב מעשה באחד שהטיח אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו ולא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך.</p>	<p>עד איכן רבי לעזר ביר' יוסי אמ' עד כדי זימזום רבי יוסה אר' בעדים אבל לא בהתרייה</p> <p>מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוסו בשבת</p> <p>והביאוהו לבית דין וסקלוהו והלא שבות היית אלא שהיתה השעה צריכה לכך</p> <p>שוב מעשה באחד שיצא לדרך ואשתו עמו. ופנה לאחורי הגדר ועשה צרכיו עמה והביאוהו לבית דין והלקוהו והלא אשתו היית אלא שנהג עצמו בביזיון</p>
---	---	--

סכוליה של מגילת תענית במהדורת נועם מוצגת בשלושה ענפים פ' א' וכ' [=כלאים, הפחות מהימן]. סכוליון כ"י פ' חסר; סכוליון כ"י א': "אר' אליעזר בן יעקב שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה"; כ"י כ' הוצג בטבלה.

ההשוואה:

ההקשר – ירושלמי ובבלי – התייחסות לר' שמעון בן שטח שהרג נשים באשקלון.



סכוליון – התייחסות לחג בכ"ב באלול שנחוג על הריגת ה"משומדים" נראה שר' אליעזר בן יעקב בא לענות על השאלה איך הרגו רבים ביום אחד.<sup>21</sup>

## 2. לשון השמועה

בכל המקורות ההלכה פותחת בתיבה "שמעתי".

קווים משותפים לתלמודים: דברי ר' אליעזר בן יעקב באים ליישב את מעשה שמעון בן שטח באשקלון. לעומת זאת במגילת תענית מעשה שמעון בן שטח באשקלון בא כדוגמה שלישית ליישום שמועתו של ר' אליעזר בן יעקב, והשמועה כנראה באה לפתור את מעשה החג איך "כשראו שאין עושין תשובה [רשעים שבהם = בישראל] נמנו עליהם והרגום".<sup>22</sup>

בתלמודים לשמועתו של ר' אליעזר בן יעקב יש שני יישומים, וסדרם שווה:

1. רכוב / רכב על סוס בשבת;
  2. ואשתו עמו ופנה לאחורי הגדר ועשה צרכיו עמה / שהטיח את אשתו תחת התאנה. לעומת זאת במגילת תענית יש שלושה יישומים, וסדרם כדלהלן:
    1. ומעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת התאנה [...];
    2. שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת;
    3. שמעון בן שטח תלה שמנים נשים באשקלון.
- בסכוליון קיים הבדל תבניתי בין שני המקרים הראשונים למקרה השלישי (מוזכר שם חכם, אין מוזכר המעשה ומעבר ללשון נקבה רבים) אבל מורגשת מגמת המחבר/שונה/עורך לשוות לסיפורו של שמעון בן שטח אופי שווה לכל אחת משתי השמועות הקודמות. על סמך הבדל זה נקל לשער שמדובר בתוספת מאוחרת שנתפרה תפירה גסה.

## 3. עצם ההלכה

שמועת הבבלי היא הפשוטה מבין השלוש: "שמעתי שבית דין מכין וחובשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה" – אין בה מחלוקת על עצם ההלכה ולא על פירושה.

במגילת תענית יש לנו מחלוקת לכאורה בעצם השמועה:

- אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבית דין מלקין והורגין שלא מן התורה.  
 דבית לוי אמר רבי שמעון: שמעתי שבית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה.  
 בירושלמי: השמועה מובאת ללא מחלוקת: תני אמ' ר' אליעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה,<sup>23</sup> אך קיימת מחלוקת אמוראים על חלותה:

21 החיבור בין "הריגת המשומדים" לשמועת ר' אליעזר מפקפק. שני העדים הנאמנים מכילים כל אחד מרכיב יחיד ושונה (פ' תולדות החג; א' שמועת ר' אליעזר).

22 מופיע בסכוליה של כ"י פ [פארמה] ושל נוסח כלאים. חסר בנוסח א.

23 הכפילות: "שעונשין שלא כהלכה ועונשין שלא כתורה" ייחודית לירושלמי, מהי אותה הבחנה שעושה הירושלמי בין "שלא כהלכה" ל"שלא כתורה"?

עד איכן? רבי אלעזר בי רבי יוסי אמר: "עד כדי זימזום". רבי יוסה אומר:  
"בעדים אבל לא בהתרייה".

מחלוקת על עצם השמועה קיימת בסכוליון תענית ותולה את שרשה בתנא (ר' שמעון).  
בירושלמי מחלוקת פרשנית המיוחסת לאמוראים (ר' לעזר ברבי יוסה; רבי יוסה).  
לעומת מגילת תענית שבה יש פער בין "מלקין והורגין" ל"עונשין ממון ומכים", בירושלמי  
יש רק "עונשין", אמנם משני סוגים: 1. שלא כהלכה; 2. שלא כתורה. בבבלי: מכין  
וחובשין/עונשין שלא מן התורה – וברור מהמשך ש"עונשין" אינו מוגבל לדיני ממונות  
(כדעת דבית לוי אמר רבי שמעון, במגילת תענית) אלא להפך, כולל גם דיני נפשות!  
כאמור, נוסח ענף כ' של סכוליית מגילת תענית לוקה בחוסר מהימנות, לדברי ורד נעם, ברם  
על ברייתא זו כותבת נעם:

"אולם הברייתא נמסרה בנוסח שונה מזה שבבבלי, ועוד יותר – מזה  
שבירושלמי, ובתוספת הרחבות. נראה לומר, שגם מסורת א גרסה במקורה את  
כל דברי ר' אליעזר בן יעקב, עם מעשה הסוס והתאנה, ולא היתה מתחילתה  
שבר ציטוט בלבד, כבכ"י אוקספורד לפנינו. ועוד: בעל נוסח הכלאיים נוטה  
להתאים גרסתיו לגרסת הבבלי. השינויים הגדולים שכאן, ובעיקר שם התנא  
הנוסף וסדר היחידות המוחלף<sup>24</sup> מלמדים שהקטע כולו נלקח מסכוליון א, ולא  
מתוך התלמוד. במקרה זה חשובה גרסתו של נוסח הכלאיים לשחזור נוסחו  
המקורי של סכוליון א, שמייצגו קטוע לפנינו. קשה לקבוע מסמרות באבחנה  
בין שינויי נוסח והרחבות שמקורם במסורת א ובין עיבודים ותוספות של אורג  
ארג הכלאיים [...]"

בהמשך היא מעלה את האפשרות שמשנת סנהדרין, ו, ד – המעשה בשמעון בן שטח – היא  
תוספת – גם אנו נסכים לכך – התפירה גסה.  
בירושלמי שני המקרים פותחים ב"אחד שיצא לדרך". המקרה שכולל סטייה של אישות  
מוסיף לדין הקזואיסטי: "ואשתו עמו" אחר כך בא החטא (במקרה של האישות "אשתו" אינה  
נזכרת במעשה החטא אלא רק "ועשה צרכיו עמה").  
בבבלי אין הזכרה של יציאה לדרך – "ומעשה באחד + שרכב על סוס בשבת"; "שוב  
מעשה באחד + שהטיח אשתו תחת התאנה". התוספת הקזואיסטית בסוף המקרה הראשון  
בתיאור התקופה "בימי יונים", כנראה להסביר את הנמקת הדין "אלא שהשעה צריכה לכך".  
הסכוליון מביא את שני המקרים בשיכול: קודם מקרה האישות, ואחר כך את רוכב הסוס  
בשבת: "ומעשה באדם אחד"; "שוב מעשה באחד" (שלוש מילים בכל כותרת).<sup>25</sup>

24 אנו נוסיף: שהחלפת סדר השמועות קוהרנטית ולא הותירה עקבות או "זנבות" של עריכה.  
25 בדפוסי הבבלי: "ומעשה באחד"; "שוב מעשה באדם אחד" – חוסר איזון ספרותי. אם זה היה  
הנוסח האמין והטוב, היה ניתן להוכיח משניות לנוסח הסכוליון: במקור "שוב מעשה באחד" –  
סוס בשבת; "מעשה באדם אחד" – אשתו בתאנה. שיכול סדר המקרים (השפעת הירושלמי?)  
הביא העתקת "ושוב" מסוס בשבת למקרה האישות, וכך נוצרו במקום שתי צלעות של שלוש  
מילים כמו בסכוליון: צלע אחת בעלת שתי מילים וצלע שנייה בעלת ארבע מילים. אבל כיוון

## ההיבט המשפטי במקורות:

ירושלמי: הקושי הראשון (שבת) – והלא שבות היית, והשני (אישות) – והלא אשתו היית.

ההסבר לקושי הראשון (שבת): אלא שהיתה השעה צריכה לכן; לשני (אישות): אלא שנהג עצמו בכיוון.

בבלי: בשני המקרים הקושי הוא – ולא מפני שראוי לכך (קושי לא מפורש),

וההסבר – אלא שהשעה צריכה לכך.

סכוליון: הקושי בשלושת המקרים שווה: וכי חייב היה (1, 2 – אישות; שבת). וכי חייבות הריגה ותליה היו (3 – שמעון בן שטח).

ההסבר: 1 – אישות: שהיתה השעה צריכה לכך; כדי שילמדו אחרים; מפני שנהג בה מנהג זנות. 2 – שבת: אלא שהיתה השעה צריכה לכך; כדי שילמדו אחרים. 3 – שמעון בן שטח: אלא שהיתה השעה צריכה לכך; כדי שילמדו ממנו אחרות וכל ישראל ישמעו וייראו.

הבבלי שונה מן המקורות בפשטותו הן בהצבת הקושי ההלכתי והן ביישובו – הוא אינו מציג את הקושי בלשון שאלה אלא מוסרו בניחותא: "ולא מפני שראוי לכך, אלא, ש [...]..." – כך בשני המקרים. והטעם שווה בשני המקרים: "אלא שהשעה צריכה לכך".

הירושלמי מציג בשני המקרים את הבעיה כקושי ומפרט בכל אחד מהם מהו הקושי: "והלא שבות היית?"; "והלא אשתו היית?". והתירושים בכל אחד מן המקרים שונה: "אלא שהיתה השעה צריכה לכן";<sup>26</sup> "אלא שנהג עצמו בכיוון".<sup>27</sup> נראה שהבבלי עשה עריכה גסה שיישרה את ההדורים ולא השאירה מקום לשוני בין שני המקרים.

כאן הסכוליון נראה אקלקטי מכולם: את לשון הניחותא של הבבלי החליף בלשון קושיה כמו הירושלמי, אבל בחר להשאיר את סיבת התמיהה סתומה:

"וכי חייב היה?!" (1; 2) "וכי חייבות הריגה ותליה היו?!" (3).

שהנוסח המועדף הוא של כ"י התימני – כ"י יד הרב הרצוג, הראייה הזו נחלשת (והכותרות כמו בירושלמי: "מעשה באחד"; "שוב מעשה באחד").

26 השעה גרמה לדין – כמו שגם הבבלי ייחד מקרה זה, ב"שעה" המיוחדת שלו: "בימי יונים" בהצגת המקרה.

27 מקרה חמור של חוסר צניעות "אלא שנהג עצמו בכיוון" פגיעה בכבודו כאדם מישראל ואולי בצלם אנוש שלו. השו"ס פרא, קדושים פרשה ב, סוף פרק ד: "ואהבת לרעך כמוך ר' עקיבה או' זה כלל גדול בתורה בן עזאי אומר זה ספר תולדות אדם זה כלל גדול מזה" (כ"י ותיקן 66). שיטתו של בן עזאי (עזי – בכתבי היד של ב"ר, עמ' ת') מתבארת בב"ר סוף פרשה כד: "שלא תאמר הואיל וניתבזיתי יתבזה חבירי עמי הואיל ונתקללתי יתקלל עמי חבירי. אמ' ר' תנחומה אם עשית כן דע למי אתה מבזה בדמות יי עשה אתו". (כ"י ותיקן 30, עמ' 20).

בהנמקה הוא שוזר כאן שלושה אלמנטים – מהבבלי הוא מעטר את שלושת המקרים: א. "אלא שהיתה השעה צריכה לכך"<sup>28</sup> – וזו גם לשון הירושלמי על סוס בשבת; ב. במקרה של אישות הירושלמי נותן טעם: "אלא שנהג עצמו בביזיון"; הסכוליון "מפני שנהג בה מנהג זנות"; אלמנט ג – ייחודי לסכוליון: "כדי שילמדו אחרים" (1; 2) "כדי שילמדו ממנו אחרות" (3) וחותרם נימוק זה ואת ה"סוגיה" כולה: "וכל ישראל ישמעו וייראו".

כך הוא משלים מהלך שהחל לפני הצגת שלושת המקרים: "לא מפני שכתוב בתורה, אלא משום שנ': 'ובערת הרע מקרבך'".<sup>29</sup>

היוצא מדברינו: אם היינו צריכים להסיק על סמך הרכיב המשפטי (קושי + הסבר) את ההשתלשלות ההיסטורית של שלוש הברייתות – היה קל להסיק שהירושלמי הוא מקור ראשוני, הבבלי שניוני, והסכוליון (נוסח כ) – שלישוני.

נראה ש"ובערת הרע [...] ישמעו וייראו" זהו אלמנט מקורי של נוסח סכוליון עתיק א, אבל ההנמקות האחרות נלקחו מהתלמודים למרות שינוי הלשון בין הירושלמי: "אלא שנהג עצמו בביזיון", לסכוליון: "מפני שנהג בה מנהג זנות" – אבל הלשון אינה רחוקה כל כך, מה גם שהיא תואמת את תכונתו להתאים לשונותיו לבבלי ולא דווקא לירושלמי. כך גם שיכול סדר המקרים, מה שנעם מכנה: "סדר היחידות המוחלף" משכנע שזהו מקור ייחודי ובוודאי הדעה הייחודית: "דבית לוי אמ' ר' שמעון שמעתי שביית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה". הצגנו את שלוש הנוסחאות השונות המזוהות עם העיקרון שלפיו בית הדין מוסמך להכות ולהעניש שלא על פי התורה.

#### 4. דיון

ואלה הפרטים הנובעים מחקר הנוסחאות השונות של מאמרו של רבי אליעזר בן יעקב: 1. שמו וזהותו של התנא של הברייתא אינם ידועים כל צורכם.<sup>30</sup> זיהוי התנא המוסר ולוונטי להבנת הצורך בניסוח המפורש של המסורת העתיקה, בפרשנותה ובפירושה הנימוקים למסורת והמקרים המובאים בתוכה. למשל, אם הדובר הוא תנא שחי אחרי החורבן (בזמנו של בר-כוכבא), אפשר לראות במאמרו דגש על גיוס מסורת עתיקה להתמודדות עכשווית; אם הוא

28 הנמקה זו מתקשרת לראשית דברי הבבלי: "ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה".

29 "ובערת" מופיע שש פעמים בספר דברים, חתימת הפסוק בדברים כא 21: "וכל ישראל ישמעו וייראו". השימוש בפסוק מהווה מעטפת לשלושת המקרים שמביא סכוליון כ'.

30 בעדי הנוסח השונים לפעמים חסר שם האב. פעמים אחרות נשמטה היו"ד והשם הוא ר' אלעזר – אך כל השינויים הללו אינם מציבים הצעה קונקרטיית לזיהוי חלופי לשם החכם, חוץ מגרסה בודדת למגילת תענית: אל[יעזר בן שמעון]. אם משמיטים את האות יו"ד, הרי זה רבי אלעזר בר' שמעון בר יוחאי המפורסם. דעתנו נוטה לנכונות הגרסה של כל יתר המקורות: בן יעקב, ונשתרבו כאן שמעון מציטוטו של ר' לוי. יש שני תנאים המכונים 'רבי אליעזר בן יעקב': אחד חי בתקופת חורבן הבית, והשני היה תלמידו של רבי עקיבא. לא מצאתי שהתייחסו לכל זה מפרשי הדורות, חוץ מבעל "עיון יעקב" ליבמות צ (אשר את דבריו לא הבנת). וכבר העיד ר"ח אלבק "ששה סדרי משנה", סנהדרין 220 (התשי"ט): "קשה כמה פעמים לברר אלו הלכות שייכות לראשון ואלו לשני".

תנא שחי לפני חורבן הבית, ניתן לראות במאמרו הוכחה שמערכת משפטית מקבילה לחוק הקלאסי-ההרמנויטי הייתה קיימת בזמן הבית (אך המניע לתייעוד דווקא על ידיו נשאר נתון בסימן שאלה).

2. "שמעתי": בכל שלוש הגרסאות<sup>31</sup> הברייתא איננה קובעת מי היא האישיות אשר קבעה מדיניות, נוהג או פרקטיקה זאת (רמז לאינהרנטיות של אותו כוח), ברם היא כן מציינת שמסורת רבי אליעזר בן יעקב היא עתיקת יומין, והיא עושה זאת באמצעות השימוש במונח "שמעתי". מונח זה, ללא כל תוספת (לא "שמעתי מ"), מצביע על מסורת עתיקה ומוסכמת לכאורה<sup>32</sup> (ראו יוצא דופן במשנה, נידה פרק א).

3. הברייתא, על פי שלוש הנוסחאות, מעניקה סמכויות רחבות לבית דין לסטות מדין תורה: "מכין וחובשין/ועונשין" (בבלי), "עונשין" ללא ציון "בית דין" (ירושלמי), "מלקין והורגין" (מגילת תענית), "עונשין ממון ומכים" (רבי שמעון, שם)<sup>33</sup>. שתי מסורות (ירושלמי ותענית) כוללות מחלוקת בתוך השמועה (אף שהמחלוקת שונות), ושתי מסורות (בבלי סנהדרין/יבמות ומגילת תענית) כוללות הנמקה או הגדרה לחרגה מהדין בתוך השמועה. כל הנוסחים כוללים תיעוד של שני מקרים המחברים במילית "שוב", הבאים להמחיש, לנמק, לבסס או לבאר את הברייתא. בין ניסוח המקרים על הנימוק המצוי בכל אחד מהם יש שונות, עם דמיון רב יותר בין הבבלי למסכת תענית.

4. המחלוקת במסורות הירושלמי ומגילת תענית

א. מסורת רבי שמעון ב"תענית": בכל הנוסחים אחד המקרים גורר עונש מלקות ואחד עונש מוות. ממילא מוכח שהביטוי "עונשין" כולל אף מיתה. יש לשער שרבי שמעון שולל עונש מיתה, על פי לשונו ("עונשין ממון ומכים"). פרשנות זו מתחזקת לנוכח המחלוקת במגילת תענית. אבל אם רבי שמעון הוא רבי שמעון בר יוחאי, ורבי אליעזר בן יעקב הוא זה שחי אחרי החורבן, יצא מפירוש זה ששני תלמידיו של רבי עקיבא מגייסים מסורות עתיקות (שניהם אומרים: "שמעתי") חולקות.<sup>34</sup>

ב. המחלוקת בירושלמי על גבולות הסטייה מדין תורה ומהותה של הסטייה

ה"מעשים" בשלושת המקורות מתארים החמרה בדיני עונשין: עברת רכיבה על סוס בשבת היא דרבנן, ועונשה מכת מרדות, ולצורך השעה הענישו את העבריין בסקילה. קיום יחסי מין של גבר עם אשתו בפומבי לא נאסר מפורשות במקורות, אבל מכיוון שהמעשה נחשב לפריצות

31 הדברים מוחלטים באשר לברייתות בתלמודים. אשר לסכוליון אנו נוטים להחילם על הברייתא המקורית; בברייתא שלפנינו הורכב מקרה שלישי על שמעון בן שטח.

32 שלא כדעת חנינה בן-מנחם "ענישה שלא מן הדין" משפטי ארץ: דין, דיין ודיין 152 (י' אונגר עורך, התשס"ב). המונח "שמעתי" כמסורת עתיקה קיים במקורות תנאיים נוספים: יבמות ח, ד (רבי יהושע), טז, ז (נחמיה איש בית דלי), כריתות ג, ט (רבי יהושע), נגעים ט, ג; יא, ז (שניהם רבי אליעזר ובאופן שלילי) ועוד.

33 אהרן אנקר "יסודות במשפט הפלילי העברי" משפטים כד 177 (1994), היטיב לתאר את היקף שיקול הדעת של הגוף השופט במערכת המעשית לעומת היקפו במערכת תורנית קלאסית.

34 אלא שמסורת זו (דעת ר' שמעון), כפי שהיא מובאת, מעידה על הכנסתה לברייתא כמסורת מנוגדת לאחר חיבורה של הברייתא – שהרי גם הנימוק "ובערת הרע מקרבך" וגם המקרים המובאים בסוף הברייתא מעידים שסמכות בית הדין כוללת את הסמכות להטיל עונש מוות.

הראויה לגינוי ולנזיפה – לצורך השעה הענישוהו במלקות.<sup>35</sup> ממילא נוסח הבבלי בתחילתו הולם את שני המקרים ואת ההנמקה "לעשות סייג לתורה". נוסח מגילת תענית (ללא רבי שמעון) מתאים גם הוא למקרים ולהנמקה: "ובערת הרע".

הירושלמי מביא מחלוקת אמוראים על מהות הסטייה מהדין ומידת הסטייה, תחת הכותרת ששואלת "עד איכן?", שם מובעות הדעות האלה: "רבי אלעזר ביר' יוסי אמ' עד כדי זימזום; רבי יוסה או' בעדים אבל לא בהתרייה"

לפי רבי (א)לעזר בר' יוסי בירושלמי, תוגדר הסטייה על פי הפירושים השונים לביטוי "עד זימזום":

1. על פי הפירוש הראשון של בעל "קרבן העדה" ("עד שנוכל לחשוב שעשה עברה") וכן לפי הסברו של פרופסור ליברמן ("עדות לא גמורה אלא רינון בעלמא"), הסטייה איננה בדיני עונשין אלא בדיני ראיות: על פי דין תורה נזקקים דווקא לשני עדי ראיה, ואילו לצורך השעה מענישים אדם על יסוד ראיות (נסיכיות?) – כגון רינון בעלמא (ליברמן) – או נסיבות המשכנעות אותנו "לחשוב שעשה עברה" (קרבן העדה).

2. לפי הפירוש השני של "קרבן העדה" ("עד שנוכל לחשוב [...] שבדעתו לעשות עברה") הסטייה אינה בדיני עונשין ואף לא בדיני ראיות כי אם במשפט הפלילי עצמו: יצירת עברה שלא הייתה חלק מהקאנון הרשמי של ספר החוקים, והיא עברת הניסיון. ברם יצוין כי סטייה זו מוגבלת למעשה (ניסיון) הקשור לעברה ידועה. לא יעלה על הדעת שאדם יענש על עברה מחודשת אשר בעת שעבר אותה בפועל לא היה לה כל יסוד בחוק הקיים. לפי פירוש זה, עמדתו של ר' לעזר אינה סוטה מ"שדה המעשים" אל "שדה הראיות".

לפי רבי יוסה, הקובע ש"בעדים אבל לא בהתרייה", הסטייה בדיני ראיות אינה גדולה עד כדי כך שיהא מותר להרשיע אדם ב"זימזום". על מנת להרשיע בן אדם חובה שיעידו שני עדים, אך החידוש פה הוא שהראיה על זדונו של העבריין אינה זקוקה להתראה של תורה (תוך כדי דיבור ובהתירו עצמו למיתה); דיים לעדים שמעשה העברה נעשה לדעתם במזיד, ותו לא.

הדוגמאות המובאות בירושלמי (סקילה על רכיבה על סוס בשבת ומלקות על קיום יחסי מין שלא במקום הראוי – שהן בתחום העונשין) אינן ממחישות את פירוש הברייתא לפי שני הצדדים במחלוקת על שלל פירושיהם. עובדה זו הניעה כמה חוקרים לקבוע שהדוגמאות שאובות מן הבבלי ואינן שייכות לירושלמי, כפי שנראה להלן.

עיון במכלול הנוסחאות מאפשר, בזהירות הראויה, להציע כי הנוסחה המקורית של תחילת המסורת ("שמעתי") של רבי אלעזר בן יעקב הייתה בתבנית: [בית דין] [עונש] שלא [מן ה/כ] תורה.

35 ייתכן שמדובר במעשה מותר שנאסר עם הענישה ללא אזהרה. ה"ר י"מ גינצבורג מעלה השערה הפוכה: שיש בהטחת אשתו תחת התאנה (מקום גלוי) משום איסור תורה. ראו הרב יעקב משולם גינצבורג משפטים לישראל יב הערה פד (התשט"ז). בזה מתבטל החידוש שייחסנו לרבי אלעזר בן יעקב שיש כוח ביד בית דין לחדש עברה בהוראת שעה. בה בשעה מתגברים אנו על קושיה שאפשר להקשות על יסוד הצדק הטבעי: בשלמא אם אין אדם יודע את העונש המדויק של העברה, מכל מקום יש בכוחה של הוראת שעה לחייב את העבריין; אבל אם המעשה – בשעת עשייתו – אינו מהווה עברה, אפילו בהוראת שעה, אין להעניש את עושהו רטרואקטיבית!

1. בית דין מכין ועונשין/והורגין שלא מן התורה.
2. עונשין שלא כהלכה,
- ועונשין שלא כתורה.
3. בית דין מלקין והורגין שלא מן התורה.
- בית דין עונשין ממון ומכים שלא מן התורה.

החלק השני (הקודם למעשים) בבבלי ובמגילת תענית הוא נימוק, סייג או הבהרה, כאשר כל מקור הדגיש נקודה שונה במסורת – הבבלי הדגיש את העיקרון של "לא לעבור על התורה אלא לעשות סייג לתורה"; הירושלמי תהה "עד היכן?" (מחלוקת אמוראים המגדירה "עד איכן"); מגילת תענית חקרה מהו הבסיס המקראי למסורת. אחרי חלק זה מגיעים בכל המסורות לשני המעשים המשמשים דוגמאות (או אולי מקור?) למסורת (ראו להלן).

5. הביטוי: "ימי יוונים" – שהבבלי מייחדו לרוכב בשבת – לא נזכר בירושלמי<sup>36</sup> ולא במגילת תענית. ברם נראה שאין לייחס לכך חשיבות מיוחדת, שהרי מקרה נוסף, שבו יש הענשה חמורה מדין תורה, קרה בוודאות גמורה בשלהי "ימי היוונים", בימי ינאי המלך החשמונאי (משנה, סנהדרין ו, ד): מעשה ותלה רבי שמעון בן שטח שמונים נשים ביום אחד – והלא אין אישה נתלית, אלא שהשעה הייתה צריכה לכך, שהיו בנות ישראל פרוצות בכשפים, והוא עשה סייג לשעה ותלה אותן כדי לפרסם את הדבר.<sup>37</sup> הרמב"ם בדעה שהסטייה מדין תורה הייתה בזה שלא היו שם כל דרכי הדרישה והחקירה, נהרגו אף על פי שלא הותרו כהלכה ולא הייתה עדות ברורה,<sup>38</sup> (כגון יש רגליים לדבר, ידיעה הנובעת מקלא דלא פסיק, עדות קרובים, עד מפי עד – דנים בהם ובעוד מקרים) ומרשיעים לצורך השעה.<sup>39</sup>

6. לאור תחילת הברייתא "שלא מן התורה" או "שלא כתורה" נראה ברור שאין סיוע מקראי למסורת של רבי אליעזר בן יעקב, וסיוע כזה איננו גם בבבלי וגם בירושלמי, ואילו במגילת תענית מובא: "לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שנאמר 'ובערת הרע מקרבך' (דב' כא, 21)". משפט זה הוא אוקסימורון (בהנחה שאין הבדל אמתי בין "כתוב" לבין "נאמר"). הסתירה מעידה שהפסוק לא נחשב מקור דיני לסמכות בית הדין, וציטוט הפסוק מעיד רק שהתורה נתנה כוח לבית דין לסטות משורת הדין. מהסתירה עולה שענישה מתוקף הוראת שעה וענישה "מן התורה" משלימות זו את זו.

יש פער בין הניסוח שלא מן התורה – המדגיש את היעדר המקור לסמכות – לבין הניסוח שלא כתורה או שלא כהלכה – המדגיש את היעדר ההתאמה של הפעולה לדין הפורמלי.

36 אבל נמצא הנימוק "אלא שהיתה השעה צריכה לכן".

37 בבלי, סנהדרין מה ע"ב, וירושלמי, חגיגה פ"ב ה"ב (לקראת הסוף).

38 משנה תורה, הלכת סנהדרין כד, ד, וגם בפירוש המשניות על אתר.

39 "הוראת שעה" אנציקלופדיה תלמודית כרך ח 141–142.

והנה, במועד קטן טז ע"א האמוראים (כנראה רבא) הביאו שני פסוקים: אחד מנחמיה יג 25: "ואריב עמם ואקללם ואכה בהם אנשים ואמרטם ואשביעם", ואחד מעזרא ז 26: "הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין", המלמדים שבית דין מכים ועונשים ללא התייחסות לדין תורה וללא התייחסות לברייתא של רבי אליעזר בן יעקב. ספק אם הסוגיה תופסת פסוקים אלה כמקור לכוח בית דין או כרשימת דוגמאות לכוח בית דין.<sup>40</sup>

7. שימוש כללי: לביטוי "הוראת שעה" יש שני משמעוים: הוראה זמנית והוראה לצורכי השעה. המשמע הראשון מצביע על עראיות של הפעולה המשפטית, שלא תהא קבועה לדורות, ואילו המשמע השני נוגע לנימוק שהצריך את הצעד המשפטי שנקט, דהיינו מצבו המוסרי של הדור, רמתו הדתית והסכנה הכרוכה בחשיפת בני הדור למעשים כגון אלו.<sup>41</sup>

8. כל המקורות תמימי דעים בכך שענישת הרוכב על סוס בשבת (סקילה תוך סטייה מדין תורה) מנומקת בנימוק "משום שהשעה צריכה לכך". הבבלי משאיר אמירה זו ללא פירוט. מגילת תענית מפרשת את צורך השעה כהרתעה כללית, כבעלת משמעות ציבורית-חברתית, שנועדה להשפיע על אחרים לבל ינהגו כן. רק במקרה השני (הטחת אשתו תחת התאנה) בירושלמי מוצגת הענישה כענישה תגמולית על שנהג עצמו בכיזיון (ולא "צורך השעה" הנתפסת כהרתעתית).

חקר המקורות השונים הניב כמה מסקנות:

1. כוח בית דין להכות ולענוש שלא כדין תורה לצורכי הזמן נראה נובע מסמכות אינהרנטית (או כפי שמוכח מהעובדה שכמה נוסחאות לא טרחו לציין מקור מקראי לכך, או מלשון הכתוב של "ובערת הרע מקרבך", פסוק כללי כל כך שניתן לפרשו כמביע כוח אינהרנטי). אם כן, מילת "שמעתי" אינה רק מקור היסטורי, אלא גם משמשת מקור הסמכות גופה שיש לבית דין.
2. הואיל וכוח זה הוא אינהרנטי לממסד המשפטי באשר הוא שם, ולא לבית דין מסוים (כמו למשל הסנהדרין), סמכות בתי דין לפעול כך קיימת גם "בזמן הזה", היינו לאו דווקא בתקופות אידאליות אלא בכל מיני נסיבות (שלא בזמן שבית המקדש קיים, בחוץ לארץ ישראל, בידי חכמים שלא הוסמכו בסמכות השיפוטית המתייחסת למשה רבינו).

40 "ב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה כדי לעשות סייג לתורה, שנאמר: 'הן למות הן לשרושי' ("מדרש השכם" אוצר מדרשים כרך א 141 (י"ד אייזנשטיין עורך). מלשון זו, משמע שמדרש (מאוחר) זה תפס את הפסוק כמקור. י"א הרצוג תורת האוהל נו א (התש"ח); וכן "תורת נביאים" כל ספרי מהר"ץ חיות (1958), פרק שישי, דנים ב: (א) מדרש חז"ל: "ושמרתם את משמרת" (ויקרא יח 30) – עשו משמרת למשמרת" (מועד קטן ח ע"א; יבמות כא ע"א); (ב) דברי הרמב"ן לכתוב: 'כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה, מות יומת' (ויקרא כז 29). ומסיקים שאין לראות במדרש הזה ובפירוש הרמב"ן הזה מקור להלכת ר' אליעזר בן יעקב.

41 פרשנות זו אינה במקורות התלמודיים; היא נובעת מהשימוש שעשו הדורות המאוחרים במאמרו של רבי אליעזר בן יעקב. ראו תיעוד אצל קירשנבאום הרשעה עצמית, לעיל, ה"ש 1, בעמ' 207 ה"ש 23.



## ב. פירוש ופירוט<sup>42</sup>

לברייתא יש שלושה מרכיבים שלכל אחד מהם היסטוריה נכבדת במשפט העברי:

1. בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה;
  2. לא לעבור על התורה, אלא לעשות סייג לתורה;
  3. צורך השעה – עם שתי הדוגמאות.
- הסתכלות על הברייתא יכולה להיות אחת משתיים: האם כל מרכיב עומד בפני עצמו וכוחה של הברייתא הוא בהצמדת המרכיבים ובצירופם? או להפך: אולי המקור הסמכותי הוא הברייתא בשלמותה, והמרכיבים שואבים את כוחם מהיותם חלק מהברייתא?

### 1. פירושו (המוסכם) של הנוסח הבבלי

כן פירש רבינו יהונתן מלוניל את הברייתא פירוש המסכם אותה ומשקף את הקונצנזוס של המפרשים:

גמרא. תניא אמר ר' אליעזר שמעתי [שב"ד] מכין ועונשין שלא מן התורה וכו' – כלומר שמעתי מרבתי שהיו מותרין ב"ד להיות מכין דהיינו מלקות, ועונשין דהיינו עונש מיתה שלא מן התורה.

'ולא לעבור על דברי תורה' – כלומר ולא שיתכוונו לעבור על דברי תורה לבדות מלבם חיוב מיתה למי שאינו חייב אלא מפני צורך השעה.

'לעשות סייג לתורה' – גדר שלא יהיו פרוצין לעבור אפי' על מצוה קלה. 'לא מפני שראוי לכך' – דהא שבות בעלמא הוא מדרבנן, דהא קיימ' לן [חז"ל] הנושא את נפשו, ואפי' לאו דמחמר ליכא.

'אלא שהשעה צריכה לכך' – כלומר שהיו פרוצין בעברות שהיו היונים לוחצים את ישראל וגוזרים עליהם גזירות והיו מצות בזויות בעיניהם. 'הטיח את אשתו'

42 משנה תורה, הלכות סנהדרין כד, ד; שולחן ערוך, חשן משפט ב. ספרות בסיסית בנדון: (א) לתמצית ההלכה של רבי אליעזר בן יעקב ראו "בית דין: כח בית דין" אנציקלופדיה תלמודית חלק ג, קעג; (ב) בעיות שונות בהלכה הזאת: ר"ח חזקיה מדיני שדי חמד השלם א, כללים מערכת הבי"ת, סי' מו-נב (ניו יורק, התשכ"ב); (ג) מחקרים מקיפים: גינצבורג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 1-70 Hanina Ben-Menachem, *Exigency Authority*, WINDOWS ONTO JEWISH LEGAL CULTURE; 70 (H. Ben-Menachem, A. Edrei & N. Hecht eds., 2011); 85 (ד) מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 421 ואילך (התשנ"ב); (ה) דיון באנגלית: HANINA BEN-MENACHEM, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES (1991) 82-84, 142-149. בן-מנחם מסיק שאף שתפקידו של בית דין יהודי הוא כפול, רשות מחוקקת ורשות שופטת, הכלל הזה פונה לבית הדין בתפקידו השיפוטי ומסמיך אותו להטיל הענשה פלילית כללית.

– בא עליה. 'תחת התאנה' – שלא ידעו שאשתו היתה, דהיינו במקום מגולה והלקוהו, שהרואין חשדוהו שבא על הערוה. 44,43

מאשרת סמכותו של הממסד המשפטי לסטות מן הדין הפלילי הפורמלי של התורה בדיני עונשין ובדיני הראיות ("מכין ועונשין") בתקן של הוראה לצורכי השעה – סטייה לא מתוך עבריינות ולא מתוך טעות כי אם סטייה מכוונת ומחושבת לצורכי הגנה על הרוח של התורה. פשוטם של הדברים הוא שהסמכות הזאת והשימוש בה הם נדירים, בגדר חריגים.<sup>45</sup>

## 2. פירוש (המוסכם) של הירושלמי

בעל פירוש "קרבן העדה" נתן פירוש המשקף אף הוא את הבנתם של מפרשי הירושלמי:

'שעונשין שלא כהלכה ושלא כתורה' – אם השעה צריכה לכך. 'עד איכן' – ניתן רשות לב"ד לענוש? 'עד כדי זמזום'<sup>46</sup> – עד שנוכל לחשוב שעשה עבירה או שבדעתו לעשות עבירה אפ"ה מותר לענושו.<sup>47</sup>

'בעדים אבל לא בהתרייה' – הוא דמותר לענוש אבל אמחשבה לחוד לא. 'זהלא שבות היה?' – מדרבנן בעלמא, כדתנן (משנה, ביצה ה, ב): ואלו הן משום שבות [...] דלא רוכבין ע"ג בהמה; אפ"ה סקלוהו כמחלל שבת במלאכה גמורה.

'צריכה לכן' – שהיתה שעת גזירה והיו פרוצין בעבירה.

נוסף על היסודות שאותם סיכם רבינו יהונתן מלוניל על הבבלי, הירושלמי דן במגבלות של סטייה בית דין מדין תורה. ושתיים הן הדעות: הראשונה מרשה הרשעת אדם על סמך מחשבתו לבצע עברה, על סמך כוונתו המתגלה על ידי רינון של הבריות. הדעה השנייה חולקת: אין לענוש אדם על מחשבה גרידא, אבל רשאי בית דין לסטות מדין תורה בתקן של הוראת שעה ולהרשיע אדם אפילו אם לא הותרה ולא "התיר עצמו למיתה". הבבלי מדגיש את הסטייה בחומרת העונש, ואילו הירושלמי מוסיף את הסטייה בדיני הראיות.

43 פירוש זה של רבינו יהונתן שונה מהמפורש בירושלמי ("שנהג עצמו בבזיון").  
 44 סנהדרין גדולה למסכת סנהדרין (מהד' ירשלמי קופרברג), ב, ירושלים התשכ"ט, צו.  
 45 על הנקודה האחרונה נדון בנפרד, בסוף המונוגרף הזה.  
 46 מו"ר פרופ' שאול ליברמן מפרש את הביטוי "עד זמזום" כעדות לא גמורה, כרינון בעלמא (hearsay and rumor). שאול ליברמן "תיקוני ירושלמי" תרביץ ה' 99 (התרצ"ד). השו"ג גינצבורג, לעיל ה"ש 35, בעמ' יז בהערות. אולי משמעות זו של "רינון" מקורה בערבית: זמזום = דיבור בקול נמוך (ערוך השלם, ערך "זמזום") או אולי דרך אונומוטופאה, דיבור לא מובן (gibberish) (מילונים מקראיים, ערך "זמזומים"). ראוי להוסיף את הירושלמי הזה למקורות שמביאים נושאי הכלים לרמב"ם, הל' סנהדרין כד, ה.  
 47 "בדעתו לעשות עבירה" – על עבירת ניסיון במשפט העברי ראו גינצבורג, לעיל ה"ש 35, בעמ' יג הערה פו; אהרן קירשנבאום "ניסיון פלילי והמזל שבמוסר (Moral Luck) במקורות היהדות" מחקרי משפט כ' 98 (התשס"ג).

## 3. "בית דין"

מה טיבו של אותו בית דין המוסמך לפעול "שלא מן התורה"? האם אותה הסמכה חלה רק על בית דין רבני או גם אצל בית דין של טובי העיר? האם יש דרישות מיוחדות שההלכה מטילה על ערכאה יהודית כדי שתהא היא מוסמכת להורות הוראות שעה "בניגוד" לדין תורה? מצינו מחלוקת הנטושה בין רבותינו הראשונים והאחרונים אם ההלכה של "בית דין מכין ועונשין" חלה "בזמן הזה" (כאשר אין בית המקדש קיים ואין דיינים סמוכים)<sup>48</sup> אפילו אם מדובר רק בצורכי השעה. לדעת בעל "נימוקי יוסף"<sup>49</sup> הסמכות הנזכרת בברייתא לידן דיני נפשות בתקן של הוראת שעה<sup>50</sup> נתונה רק לסנהדרין של סמוכים, ויש אומרים שכן דעת הרמב"ם.<sup>51</sup> אם מגבילים את הסמכות לסנהדרין ולדיינים סמוכים, יש להבין את הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב כמשקפת את הסמכות לחרוג מדין תורה מן הממד הפוזיטיבי של דין תורה.

ואולם אם ההלכה היא כללית ושייכת לכל בית דין ללא צורך בדיינים סמוכים, אז הברייתא מצביעה על אוריינטציה תועלתנית של ביעור הרע ("הסידור המדיני" בלשון הר"ן). כך למשל הרא"ש סבור שמעיקר הדין אפשר גם בזמן הזה לידן דיני נפשות לצורך שעה.<sup>52</sup> הר"ן מצד אחד מקצין: אפילו בדין המעשי לא רק חיוב מיתה אלא גם שאר עונשי גוף אינם יכולים להידון במשפט המעשי בבתי דין שאינם סמוכים;<sup>53</sup> מצד שני הוא בדעה שיש לבתי הדין הכוח לידן דיני נפשות בחוץ לארץ בהורמנא דמלכא (הענקת סמכות על ידי דינא דמלכותא) בזמן הזה, ובלבד שהעברה גוררת עונש מוות גם בדינא דמלכותא וגם בדיני ישראל.<sup>54</sup> רוב הפוסקים חולקים על בעל "נימוקי יוסף" וסבורים שגם בזמן הזה, ללא סמיכת חכמים, בית דין מכים ועונשים שלא מן הדין (למשל, בלי רמת הראיות הנדרשת על פי דין תורה). כלומר, חלות הברייתא בימי המקדש ובזמן קיום הסנהדרין היא ברורה, אבל בנוסף סבורים רוב הפוסקים שיש כוח להעניש בכל זמן, לכל בית דין. אכן, כך פוסקים מפורשות הטור ושולחן

48 ראו רועי-אביחי שויקה "מי שמך לאיש שר ושפט עלינו: עוד על מינוי דיינים" פרשת השבוע 413, שמות (התשע"ג).

49 נימוקי יוסף על הרי"ף על הגמרא, סנהדרין נד ע"ב. בעל שדי חמד, שם, אות מו, מוסיף כי כן דעת ה"בית יוסף", חושן משפט ב.

50 אבל בשאר דינים כולי עלמא לא פליגי שסתם בית דין מכה ועונש שלא מן הדין; שדי חמד, כרך א, מערכת הבי"ת, אות מז.

51 לפי רבי עזריה פיגו "גידולי תרומה" שער סב, אות ו, וכן יד מלאכי "כללי הדינים אות תטו". ראו גם ר' שמואל אבוהב ספר הזכרונות פרק ג (פראג, 1950).

52 הוא סובר שלמעשה יש להימנע מכך, להסתפק בקטיעת אברים ולא להמית אלא כשמדובר במקרים קיצוניים, כגון כשנשקפת סכנה של עקירת דינים מפורשים על ידי סילופי ההלכה. שו"ת הרא"ש יז, ח; השו"ש שם, יח, יג; שם, כא, ח-ט. מסכים למדיניות זו בעל "הלבוש" ובעל "בני שמואל", חושן משפט ב.

53 חידושי הר"ן (מיוחס), סנהדרין כז ע"א, ד"ה "אי ודאי קטל נפשא ליכיהינהו לעיניה".

54 שם, מו ע"א. והוסיף בעל מרגליות הים לסנהדרין (מו ע"א, אות ו): "אבל בענין מלשינות ומסירות כבר נתפשט המנהג להורגם כשהוחזקו במלשינים אפילו בחו"ל מדין רודף" – אין צורך לא בבית דין של סמוכים ולא בהורמנא דמלכא.

הערוך (חושן משפט ב<sup>55</sup>). עוד מסכימים לדעה זו: הרי"ף<sup>56</sup>, הרמב"ם אליבא דטור (שם), הרשב"א<sup>57</sup>, רבינו יהודה בן הרא"ש<sup>58</sup>, והריב"ש<sup>59</sup>; בין האחרונים: הרמ"א<sup>60</sup>, מהר"ם לובלין<sup>61</sup>, ורבי עזריה פיגו<sup>62</sup> ואכן כך נהגו בפועל – כפי שנראה להלן וכדמוכח ממקורות היסטוריים<sup>63</sup>.

ובכן, הדעה הדומיננטית היא שגם בתי דין שאינם סמוכים יכולים להכות ולענוש שלא כדין תורה. אלא שרמתו של אותו בית דין שנויה אף היא במחלוקת. יש אומרים שהרי"ף דורש דוקא "גדול הדור כגון רב נחמן דחתנא דבי נשיאה הוא וממונה לדון על פי הנשיא או טובי העיר שהמחום רבים עליהם, אבל דיינים בעלמא לא"<sup>64</sup>. וכן פסקו הטור והשולחן הערוך (חושן משפט ב).<sup>65</sup> ויש אומרים שהרי"ף מסתפק בשלושה דיינים מן השורה.<sup>66</sup> דעת המהר"ם לובלין היא שאכן כל בית דין של שלושה מוסמך להכות ולענוש שלא כדין.<sup>67</sup>

בעל שדי חמד מביא מספר גדול של ראשונים ואחרונים הסבורים שבית דין מכים ועונשים שלא מן התורה בזמן הזה, אחרי החורבן ובחוק לארץ,<sup>68</sup> ובלבד שהשעה צריכה לכך; וכדעתו של מהר"ם לובלין נאמרים הדברים על "כל בית דין".<sup>69</sup>

ראינו שחלוקות הדעות באשר לעמדת הרמב"ם: יש אומרים בשמו שבזמן הזה אין בית דין מכין ועונשים שלא כדין (יד מלאכי), ויש אומרים בשמו שבזמן הזה יכול בית דין להכות ולענוש שלא כדין (טור). במה דברים אמורים? במקרה של מיתה ומלקות שבהן יכול בית דין

- 55 רבי יוסף קארו קובע כך גם בספרו המאוחר: שו"ת אבקת רוכל קפח, ד"ה "ואף כ"י". כן ראו בהרחבה אצל בעל הלבושים, לבוש מלכות, עיר שושן, חושן משפט ב.
- 56 בבא קמא צו ע"ב על עובדא דרב נחמן. וכן מביאים בשם הרי"ף: שו"ת מהרי"ק, שורש קפה; ים של שלמה, בבא קמא ט, ז; שו"ת מהר"ם לובלין קלח. וברכי יוסף, חושן משפט ב.
- 57 שו"ת, הרשב"א ה, רמג ובכמה תשובות אחרות.
- 58 שו"ת זכרון יהודה נח ועוד.
- 59 שו"ת ריב"ש נא. בעל שדי חמד מוסיף גם את הר"י מיגאש, סימן קסא, את המאירי, את הסמ"ג ואת הרדב"ז.
- 60 שולחן ערוך חושן משפט בראש סימן תכה, וזו לשונו: "כל חייבי מיתות בית דין בזמן הזה, אין בידינו להלקותן או להגלותן או להורגן או לחובטן, אלא מנדין אותן ומבדילים אותן מן הקהל. וכל זה מצד הדין [=הקלאסי-ההרמנויטי], אבל אם רואין בית דין שהוא צורך שעה ומגדר מילתא יכולין לענוש במה שירצו".
- 61 שו"ת מהר"ם לובלין קלח.
- 62 גידולי תרומה, שער סב, אות ו.
- 63 המתועדים יפה בספרי קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1.
- 64 רא"ש בשם הרי"ף, בבא קמא ט, ה. כן גרס הב"ח על הרי"ף, בבא קמא צו ע"ב (לד ע"א בדפי הרי"ף). וכן הביא שו"ת המהרי"ק, שורש קפד, את הרי"ף.
- 65 טור ושולחן ערוך, חושן משפט ב. כן פסקו שו"ת רבי אליהו מזרחי מו, וערוך השולחן, חושן משפט ב.
- 66 שו"ת הרשב"א ד, רסד בשם הרי"ף.
- 67 ראו לעיל, הטקסט סמוך לה"ש 44.
- 68 וב"דעת חכמים מבעלי התוספות" על בראשית לח 24 אמרו שממעשה יהודה ותמר מוכח שהיו נוהגים לפי הכלל של בית דין מכים ועונשים שלא מן התורה גם קודם מתן תורה; שדי חמד, מערכת הבי"ת, מו.

של שלושה לדון בכך ולהעניש בהוראת שעה כדי לעשות סייג לתורה, ולעומת זאת ביתר סוגי העונשים – הפקעת ממון, הטלת חרם ווידוי, לקלל, להכות, לתלוש שער, לאסור במאסר וכד' – רשאי לדון בכך ולהעניש אפילו דיין אחד או פרנס אחד המתמנה על הציבור, ובלבד שתהיה השעה צריכה לכך.<sup>70</sup>

לאורך ימי הביניים לא הכיר המשטר הקהילתי את העניין של הפרדת הרשויות המודרנית של רשות מחוקקת לחוד, רשות שופטת לחוד ורשות מבצעת לחוד. "בית דין" היה דן עבריינים ומיישב סכסוכים; הוא היה גם יוזם תקנות, ואף היה מוציא את פסקיו (כגון "הפקר בית דין הפקר" וגביית מסים) ואת תקנותיו לפועל. לפיכך אין להבין את הביטוי "בית דין" כשווה לבית משפט (כמו שהיה בברייתא המקורית) כי אם כשווה ל"הממסד המשפטי". גרמו לכך כנראה צורכי ההתנהלות של ענייני הקהילה השונים, המגוונים והמרובים.<sup>71</sup> אכן, ב"בית הדין" היו יושבים לא רק רבנים ודיינים מקצועיים (שממילא לא היו סמוכים), אלא גם פרנסי הציבור, ראשי הקהל וטובי העיר (כל אלה ביטויים נרדפים<sup>72</sup>) היו יושבים ומשתתפים בהליכו.<sup>73</sup>

#### 4. "מכין ועונשין"

יש המפרשים את הירושלמי כקובע כוחו של הממסד המשפטי להטיל קנסות שלא כתורה, את הבבלי כמרחיב את כוחו להטלת מלקות ואת מגילת תענית כמרחיבה הרחבה דרסטית להטלת עונש מוות.<sup>74</sup> אנו איננו רואים חלוקה שכזו בין המקורות ולא התפתחות כזו בהיסטוריה. עם זאת רשימת העונשים האפשריים גדולה עד למאוד. נפרט את מגוון העונשים שהם "לא מן התורה" אך הברייתא נתנה רשות לבית הדין להטיל אותם על עבריינים.<sup>75</sup> עונשי גוף: משפט מוות, מכת מרדות, קטיעת אברים, תלישת שערות (גם התוויית אות קלון, גירוש מן הקהילה והגליה) ומאסר.<sup>76</sup>

70 רמב"ם, הלכות סנהדרין כד, א-ג, ד-ט. רשימה ממצה של הדעות השונות בעניין טיב בית הדין המוסמך לדון "שלא כתורה" נמצאת בספר המפתח (במהדורת פרנקל של הרמב"ם), הלכות סנהדרין, שם.

71 ואלה דברי הר"ן: "כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכחות, כח השופט וכח המלך"; דרשות הר"ן (מהר"א פלדמן), דרוש האחד עשר, עמ' קצב. על היחס בין דין המלך לדין בית דין בהוראת שעה, ראו קירשנבאום הרשעה עצמית, לעיל, ה"ש 1, בעמ' 219–223.

72 ראו אנציקלופדיה תלמודית ערך טובי העיר (בהתחלה).

73 אמנם גישה כזאת היא קצת פשטנית, בכל זאת היא נכונה. פירוט: G. Blidstein, *Individual and Community in the Middle Ages*, KINSHIP AND CONSENT: THE JEWISH POLITICAL TRADITION AND ITS CONTEMPORARY USES (D.J. Elazar ed., 1981).

74 טיעונים (נכבדים אבל לא משכנעים) מפורטים אצל Hanina Ben-Menachem, *Exigency*, HANINA BEN-MENACHEM, *Authority*, WINDOWS ONTO JEWISH LEGAL CULTURE 88 (2011) כן ראו HANINA BEN-MENACHEM, *JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES* (1991).

75 אנו מתעלמים מדעת המיעוט של רבי שמעון שלא היו לה השלכות על ההלכה ההיסטורית. כהשלמה לברייתא של רבי אליעזר בן יעקב יש לעיין בבבלי מועד קטן טז ע"א, המתבסס על שופטים כ 23, עזרא ז 26, עזרא י 8 ונחמיה יג 25.

76 ראו בהרחבה רמב"ם, הלכות סנהדרין כד, ו-י.

עונשי ממון: (קנסות), הפקעת ממון.

עונשים חברתיים ודתיים (הפעלת לחץ לצייתנות התנהגותית): הטלת חרם, קללת בית הדין.<sup>77</sup>

## 5. "שלא מן התורה"<sup>78</sup>

שתי שאלות עולות מן האמירה שפעולת בית הדין היא "לא מן התורה": השאלה הראשונה מתייחסת לתוכן השלילה הזאת. האם עיקר הכוונה היא שבית הדין פועל שלא כסדר הדין ושלא כדיני הראיות של תורה? או שמא הוא מוסמך לפעול אפילו שלא כדין מיתה של תורה, כלומר ש"צורך השעה" מצדיק הטלת עונש מוות (שלא לפי הצורות המפורטות במשנה) בגין עברות אשר במקורן התורני לא גררו משפט מוות? כדעה שנייה זו סבורים הרמב"ם,<sup>79</sup> הטור<sup>80</sup> והסמ"ע.<sup>81</sup> רבי יונתן אייבשיץ מסכים להם באשר לשאר עונשים לבד מעונש מוות. להטיל עונש מוות הוא מתיר לבית דין בזמן הזה רק בגין מקרה רצח ולא בעקבות שום עברה אחרת.<sup>82</sup> גם הם וגם הוא מסכימים שמלבד עונש מוות מוסמך בית דין בזמן הזה להכות ולענוש שלא כדין גם בדיני ממונות, כגון גזילות וכדומה, כל שכן לעניינים חמורים יותר, כגון עברות הקשורות לרציחה, לעריות או לנזקי גוף – הכול למיגדר מילתא (אשר יתבאר בהמשך).<sup>83</sup> השאלה השנייה מעניינת ביותר והיא שאלת הניגוד לשלילה אשר בפעולת בית הדין "שלא מן התורה": אם הפעולה היא "שלא מן התורה, מה היא "כן"?<sup>84</sup> לפי מגילת תענית הענישה "שלא מן התורה" מגשימה את הערך הגלום בפסוק "ובערת הרע מקרבך", שכנראה נתפס כאמירה כללית שאיננו דין תורה.

לפי הבבלי והירושלמי וכן לפי המקרים המובאים גם במגילת תענית, המטרה היא לעשות סייג לתורה, או התמודדות עם צורך השעה.

לפי הנימוק הראשון, המטרה היא לתמוך בדין התורה ובתורה עצמה באמצעות ענישה על איסורים שלא כתורה – אבל התורה היא שבמרכז. לפי הנימוק השני, הצורך החברתי הוא שנמצא במרכז – המשך קיום הקהילה – והשמירה על התורה היא ככל הנראה רק חלק מהשיקול. הנימוק של הירושלמי להענשת הגבר שקיים יחסים עם אשתו בפומבי מספק היבט

77 שדי חמד, מערכת הבי"ת, אות מט. במה דברים אמורים? ביחיד, אבל לא ציבור: "הייטב בעיני ה' לדהות עשרה בישראל או יותר בשתי ידים? חלילה לעשות כדבר הרע הזה!" שם, אות נ. לדיון מורחב על "מכין ועונשין" ראו Ben-Menachem, *Exigency Authority*, לעיל ה"ש 74, בעמ' 91–98.

78 לרקע כללי הכולל גם את הנביא הפועל שלא מן התורה ראו אנצקלופדיה תלמודית ערך הוראת שעה.

79 הלי' סנהדרין כד, ד.

80 חושן משפט ב.

81 חושן משפט ב, ס"ק ד.

82 ר' יונתן אייבשיץ, אורים ותומים ב, באורים, אות ב.

83 כך מפורש אצל שו"ת פנים מאירות: המהר"ם א"ש, שו"ת פנים מאירות ב, קנה.

84 וכמו שמצאנו אצל המשורר (תהלים א 1–2): אחרי הפסוק השלילי: "אשרי האיש אשר לא" הוא מציין את הצד החיובי: "כי אם".

שלישי של ענישה "שלא כתורה". דין תורה איננו מכוון לחינוך הפרט המוכן לבזות את עצמו. הענישה של אדם כזה הוא מחוץ למשפט הרגיל.

## 6. לעשות סייג לתורה – למיגדר מילתא

את הביטוי התלמודי "למיגדר מילתא" ניסח הרמב"ם (הל' סנהדרין, כד, ד) כן: "לגדור ולחזק את הדבר". לנגד הקורא מצטייר הדימוי של בניין שבונים גדר מסביב לו ומקימים מחיצה כדי להגן עליו. הגדר או המחיצה מרוחקות קצת מן הבניין; בכך הבית מוגן מפני מי שירצה לפגוע בו. את הגדר או המחיצה מכנים "סייג" והוא משמש משל לתוספת חומרה שהטילו חכמים בעניינים שונים לשם יתר זהירות מחטא, "להרחיק את האדם מן העבירה".

המסורת של רבי אליעזר בן יעקב קובעת שרשאי בית דין יהודי להתמודד עם עבריינות בצורות שאינן תואמות את דין התורה. ההצדקה לכך היא הצורך לעשות סייג לתורה, כלומר "לצורך השעה", היינו להורות הוראות זמניות כדי לתקן את החברה ולהגן עליה מפני עבריינות.

הביטויים "צורך השעה" ו"מיגדר מילתא" רומזים להידרדרות במוסר היהודי, בשמירת המצוות ובסדר חברתי. אמנם פשוטם של דברים הוא הכוונה ש"פרוצים העם", כלומר דווקא ההידרדרות של העם רובו ככולו יכולה להצדיק פעילותו של בית הדין "שלא כדין" "לגדור" את מה (או את מי) ש"פרוץ",<sup>85</sup> אבל יש מפרשים שאפילו יחיד הפרוץ במעשיו, אף בשעה שכל בני הקהילה נשארו שומרי חוק, הוא לבדו יכול להצדיק קנס שלא כדין כפי ראות עיניהם של ראשי הקהל.<sup>86</sup> יש מן הראשונים שכתב שמכים ועונשים לצורך שעה בתנאי שזה העובר קדמה לו עשיית פעולה זו כמה פעמים, או שהיו במדינה כאלה העושים כן – שיש לחוש שאם יתשלמו מלדון על זה ירבו לעשות כיוצא בו.<sup>87</sup> יש הסוברים שאף אם לא חלה הידרדרות ממשית אלא שדייני בית הדין צופים איום עתידי על הסדר הציבורי, כבר בשלב הזה רשאי בית הדין להכות ולענוש שלא כדין.<sup>88</sup>

בסיום פרק זה לא נשאר לנו אלא להעיר כי על סמך רמזי הגר"א בעניין זה, מדייק הראי"ה קוק ומחדש לנו חידוש גדול על תוכן פעולתו של בית הדין הפועל "שלא כתורה". לפי הרב קוק, דין הדין לפי דין תורה דינו דין ופסקו בתוקף, בדיעבד, גם בשעה שיש נגיעות פסולות בלבן. אולם אם הוא דין "שלא מן התורה", הרי שיש תוקף לדינו רק אם מטרת הפסק היא

85 הרב אפרים ב"ר יעקב הכהן מווילנא, שו"ת שער אפרים עב; פתחי תשובה, חושן משפט ב, ס"ק א. ועיינו שם בפתחי תשובה בשם שו"ת שבות יעקב שאפילו יחיד שעשה בפרסום וכדבר רגיל יש לגדור.

86 סמ"ע, חושן משפט ב, ס"ק ג. אולי זאת הסיבה שיש שתי דוגמאות. הרכיבה על הסוס היא עברה על נורמה חברתית בעלת משמעויות כלכליות או חברתיות, והתגובה עליה היא אולי רק אם יש חשש לריבוי התנהגות דומה. הטחת האשה, בוודאי לפי הירושלמי, באה לגדור את מה שאין אדם חסר בושה גודר לעצמו. הרב יהושע פלק כץ, סמ"ע, חושן משפט ב, ס"ק ג.

87 שו"ת הר"י מיגש קסא. ועיינו רש"י, סנהדרין נח ע"ב, ד"ה קץ ידא, שכתב שרב הונא קץ ידא של אדם אחד שהיה רגיל להכות.

88 שו"ת מהר"ם לובלין קלח, רלח. ראו גם שדי חמד, שם, אות מח, ואת הדין שם, אות נב.

לעשות סייג לתורה. בשעה שיש נגיעות בלבו, אין דינו דין – ואם היה משפט מוות, הריהו רוצח.<sup>89</sup> מדיוננו הספרותי-טקסטואלי במקורות חז"ל אנו עוברים לניתוח משפטי והיסטורי של הברייתא, ניתוח הנוגע ליישום הדברים במשפט העברי.

### ג. המסגרת של הוראת שעה

בספרו של סר הנרי מייין, ANCIENT LAW,<sup>90</sup> שהוא ביטוי קלאסי לאסכולת "מדע המשפט ההיסטורי" (historical jurisprudence), שהייתה מקובלת במאה התשע-עשרה, מוצעת התזה הטוענת שתשתיתו של החוק העתיק היא "מנהג אבותינו בידינו" (mores maiorum): החוק הוא קונסרבטיבי מאוד. לפי תזה זו, החוק שואף ליציבות ולצפיות שהאזרח ידע "איפה הוא עומד", והתאורטיקה של החוק מכוונת למניעת שינויים. ואולם, נגד התאורטיקה הזאת החיים משתנים ודורשים את התאמת החוק לתנאים, לאתגרים ולבעיות חדשות. מייין מציע שתהליך התפתחותו של החוק מתרחש מצד אחד דרך אמצעים הנענים לדרישות הזמן, אך מהצד השני אותם אמצעים אינם נתפסים כמשנים את עצמותו של החוק. הא כיצד? (א) פרשנות: החוק מתפרש בצורה הפותרת את הבעיות החדשות, ומעשה הפרשנות אינו נתפס כמחדש כי אם כמגלה מה שהיה בתוך תוכו של החוק מאז ומתמיד. הוא הדין ל(ב) יושר: בעיני הממסד השינויים הם רק לכאורה, ולמעשה האמצעים החדשים אינם "חדשים" כי הם נתפסים כמיוחסים למחוקק המקורי: "אילו היה כאן והמצב החדש היה מתייצב לפניו". כן היא ה(ג) הערמה המשפטית: פורמלית לא נשתנה כלום, הפיקציה שומרת על הכללים המקובלים.

בעקבות תורת סר הנרי מייין אני מרשה לעצמי לומר שגם הוראת שעה עקרונית לא שינתה כלום. החוק לדורות נשאר בעינו, וסוטים ממנו רק לשעה בגלל משבר שהתחולל. כאשר יעבור המשבר יבטל וייעלם החידוש.

לפי תזה זאת, חקיקה – הצהרה שאבד כלח על החוק שהיה תקף עד היום ועכשיו יש לחדש נורמה – היא מהפכה שקטה בתולדות המשפט של האומות, והיא תופעה מאוחרת של התפתחות המשפט.

89 וזו לשונו: "ולא לעבור על דברי תורה" – הכונה היא שזה מעכב שמחשבתם תהי' לשם שמים בשביל סייג לתורה. אף על פי שכל דבר שאדם עושה, ובייחוד בית דין, אפילו כשעושין כדין תורה ממש, צריך שיהי' לשם שמים, מכל מקום בכל דבר שהוא מן הדין אין הכונה מעכבת עצם הדבר לדינא, שהרי מכל מקום כדין הוא עושה, אף על פי שהוא מערב איזו פנייה, ויבוא בעל מחשבות ויפרע ממנו, מכל מקום מה שהוא עשה כדין תורה נעשה. אבל במה שבית דין עושין שלא כדין תורה צריך לעיכובא שתהי' כוונתם לשם שמים. כי בלא כוונה לשם שמים, לעשות סייג לתורה, כיוון שבעצם הדבר עושים שלא כדברי תורה, וכל עיקר כוחם הוא מפני שמכוונים לעשות סייג, הא אם תחסר הכוונה הרי הם כאילמים בעלמא, ואין להם דין בית דין כלל, ואסור להם בוודאי לעשות שום דבר שלא מן התורה מן הדין". הראי"ה קוק, באר אליהו, חושן משפט ב, ס"ק ו (בסוף). להרחבה ראו הר"ב רקובר, ברכת אליהו, חושן משפט א, פרק ב, אות קטן ו, 3, עמ' יט ואילך.

H. MAINE, ANCIENT LAW ch. I-II (1952) 90



והנה, בווריאציות שונות ניתן לראות בתורה היהודית שבעל פה קורפוס של פרשנות ורצף של מנהגים השומרים על קיומו ועל יציבותו של החוק העברי המקובל, השומרים על הקהילות הנושאות אותו חוק והשומרות על המוסדות המפרשים אותו והאוכפים אותו. בין המנהגים המרובים השומרים באותה תורה שבעל פה נכללות הנהגות של יושר, הערמות שהתפתחו במשך הדורות והוראות לשעה.<sup>91</sup>

מקומו ההיסטורי העיקרי של הכלל של רבי אליעזר בן יעקב הוא בחיי הקהילה היהודית משנת 1000 ועד (בערך) קצת לפני המהפכה הצרפתית עת התחילה הקהילה היהודית להתפרק. פרופ' מנחם אלון המנוח, לשעבר המשנה לנשיא בית המשפט העליון של מדינת ישראל, הצביע על הקהילה היהודית של ימי הביניים כישות מעין-מדינתית. וזו לשונו:

הקהילה היתה יחידה שהקיפה בסמכותה ובפיקוחה את כל תחומי פעילותם של תושביה, בה נרקמה הווייתם החברתית ודמותם הרוחנית, והיתה לה מידה ניכרת מאד של אוטונומיה: היו לה מוסדות הנהגה פנימיים, שכיהנו בהם נציגים נבחרים וממונים; היא סיפקה את הצרכים החינוכיים והסוציאליים של חבריה; כיהן בה בית דין בעל סמכות שיפוט בתחומי המשפט האזרחי והמינהלי ובמידה מסוימת גם בתחום השיפוט הפלילי; וכן הטילה וגבתה מיסים למימון המס לשלטונות ולמימון שירותיה לבני הקהילה.<sup>92</sup>

כתב פרופ' אלון: "גם בתחום השיפוט הפלילי" – דבריו כוללים את השיפוט הפלילי גם לאחר חורבן הבית השני עת בטלו דיני נפשות בישראל, וכן בזמן שגדל מספר היהודים היושבים בחוץ לארץ – שזה הוביל לפסיקה שאין קנסות "בבבל". לאחר מכן, בתקופת האמוראים, בטלה סמיכת החכמים המסורתית. בעקבות כל אלה התחזקה התבססות השיפוט הפלילי בעם ישראל על הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב. על סמך מסורת תלמודית זו ("שמעתי"<sup>93</sup>)

91 על יושר ראו לעיל ה"ש 83. על הערמה ראו משה זילברג "הערמה על החוק" כך דרכו של תלמוד 26 (התשכ"ד); שמואל שילה "הערמה בתלמוד" שנתון המשפט העברי ח 309 (התשמ"א). להרחבת העניין בכתיבה עכשווית ראו משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקום פרשניים במדרש הלכה (התשנ"ז), דיון ביחס בין הפרשן לבין החוק במשפט העברי; מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008), דיון במשפט והיסטוריה ובזיקה בין התרבות לבין המשפט. 92 מנחם אלון "סמכות ועוצמה בקהילה היהודית: פרק במשפט העברי הציבורי" שנתון המשפט העברי ג-8, 9 (התשלו-התשל"ז). יש ספרות ענפה על הקהילה היהודית בימי הביניים. על הקהילה בספרד בדורות הראשונים ראו שלום אלבק "יסודות משטר הקהילות בספרד עד הרמ"ה"; נתפרסם מחדש בשלום אלבק מחקרים בהלכה ובתולדותיה 148 (התשע"ב). מנקודת מבט אחרת (של תולדות מושג ה"ברית" בישראל), על שיטתו המיוחדת של רבנו תם בענייני קהילה ראו "יחס רבנו תם לבעיות זמנו", שם, בעמ' 129-141. כן ראו D.J. Elazar, *The Covenant as the Basis of the Jewish Political Tradition*, KINSHIP AND CONSENT: THE JEWISH POLITICAL TRADITION AND ITS CONTEMPORARY USES 31 (D.J. Elazar ed. 1981). ראו גם ד"ר מ פויכטונגר "על דעת המקום" – הציבור בשילוב תיאולוגי ופוליטי: לשאלת התיאוריה הפוליטית במשנת רבי שלמה בן אברהם אדרת" המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה: ספר זיכרון לדניאל י' אלעזר 145 (התש"ע).

93 השו"א לשון הירושלמי (שבת פ"א ה"ב, ג ע"א): "אם יכול את לשלש את השמועה עד משה – שלשלה".

התאפשרה מיתת בית דין, ובלבד שלא תבוצע בדרך של אחת מארבע מיתות בית דין של תורה (סקילה, שרפה, הרג וחנוק). בנוסף הוטלו קנסות מכל המינים (אך לא היו הקנסות המפורטים בתורה)<sup>94</sup> ואוכלסו ערכאות של בתי דין רבניים ברבנים-דיינים שאינם סמוכים: זקני העדה ופרנסי הציבור, אשר במקרים של שאלה קשה שעמדה לפתחם פנו לגדולי הדור לצורכי הנחיה והדרכה.<sup>95</sup>

המסגרת הכללית של "הוראת שעה" היא מקבץ של הלכות הבאות להשלים את התורה. אף על פי שבעיני חכמי ישראל הייתה התורה הכתובה והמסורה – על חוקיה ומצוותיה כפי שניתנו לישראל – שלמה (עד כדי איסור "בל תוסיף", דברים ד 2), ירידת הדורות, צרכים חדשים, התעוררותן של בעיות חדשות למצבים אשר נשתנו, גיוון פעולות האדם ואינסופיות הווריאציות במעשיו – כל אלה חברו יחדיו והצריכו את התמודדותה של ההלכה עם הנסיבות המשתנות, וכביכול לעדכונה. אכן, פעולה בתקן של הוראת שעה היא עצמה דאורייתא, שנאמר: "ובערת הרע מקרבך", שהלא היא הכרחית.

והנה דברי התורה והכללים ההלכתיים הנובעים מהם (וכלול בהם בית דין מכין וכו'), אשר כאמור שימשו אמצעים של התאמת התורה לצרכים חדשים מבלי לערער על יציבות החוק המקורי:

### 1. דיני "יושר"

על הכתוב: "ועשית הישר והטוב בעיני ה'" (דברים ו 18) כתב הרמב"ן:

מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך, תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו כי הוא אוהב הטוב והישר, וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כלם.

ורבי וידאל יום טוב מטולושא, שחי בספרד במחצית השנייה של המאה הארבע-עשרה (כמאה שנה אחרי הרמב"ן), בעל "מגיד משנה", הביע את הרעיון של הרמב"ן ביתר הרחבה:

תורתנו התמימה נתנה בתיקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים באמרה: קדושים תהיו (ויקרא יט 1), והכוונה כמו שאמרו ז"ל: "קדש עצמך במותר לך" (יבמות כ ע"א) – שלא יהא שטוף אחר התאוות, וכן אמרה: ועשית הישר והטוב, והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זאת לצוות פרטים לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל ענין וההכרח חייב לעשות כן ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים. והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם שעשו

94 מהרש"ל, חכמת שלמה לסנהדרין נב ע"ב. ההקפדה שהענישה המאוחרת תהיה שונה מזו של דין התורה באה לשמר את קדושתה המיוחדת של זו האחרונה.

95 ראו ברכיהו ליפשיץ "מעמדה המשפטי של ספרות השאלות והתשובות" שנתון המשפט העברי ט–265 (התשמ"ב–התשמ"ג).

אותם בדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל ולזה אמרו:  
 "חביבים דברי דודים יותר מיינה של תורה, שנאמר: כי טובים דודיך מייך (שיר  
 השירים א 2)" (עבודה זרה לה ע"א).<sup>96</sup>

ובכן נמנים בידי הרמב"ן ובידי בעל "מגיד משנה" פסוקים כמו אלה: "ועשית הישר והטוב" (היסוד לתקנות דינא דבר מצרא ושומא הדרא לעולם) ו"קדושים תהיו" (היסוד לאיסור התנהגות של נבל ברשות התורה); וכללים כמו אלה: "קדש עצמך במותר לך" ו"מידת חסידות", כמקורות וכאמצעים לחדש חיובים מעל ומעבר לדין תורה. ואנו באים בעקבותיהם ומוסיפים פשרה (במישור השיפוטי); "דרכיה דרכי נעם" (במישור הפרשני); מפני דרכי שלום, משום איבה, כופין על מידת סדום, זה נהנה וזה אינו חסר (במישור החקיקתי); "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר", וכן לפנים משורת הדין ודיני שמים (במישור המוסרי).<sup>97</sup>

## 2. בית דין מכין ועונשין

פסקה 1, דיני "יושר", שהובאה לעיל הייתה מוקדשת למכלול הדרכים שבהן ההלכה משלימה את דין תורה, ובעיקר בדיני ממונות, בענייני משא ומתן וכן בקצת מענייני איסור והיתר. שלא כדיני היושר, הכלל שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה הוא כולו פלילי. בתולדות ההלכה אנו מוצאים שהמנהיגים ובתי הדין (גם הנביאים) פעלו בתקן של הוראת שעה, סטו מסדרי הדין של תורה, מדיני הראיות שלה ומצורות הענישה הפלילית – כולל ענייני איסור והיתר – וחיידשו מעשים לצורכי השעה.<sup>98</sup>

בית הדין יכול לנקוט ענישה כלכלית לכפות התנהגות על יחידים ועל ציבור, כפי שמסכם בעל האנציקלופדיה התלמודית: "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק, או לקנוס אלם". הדברים נלמדים מעזרא הסופר "והרי הוא אומר בעזרא (י 8): 'וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו' וכן יש לדיין לנדות ולהחרים מי שאינו בן נידוי, כדי לגדור פרץ כפי מה שיראה לו והשעה צריכה לכך".

התלמוד הבבלי מוצא במסכת מועד קטן (טז ע"א) שסמכויות האכיפה של ההנהגה או של בית הדין בספר עזרא ונחמיה היו רחבים מעבר להחרמת רכוש. הדברים מסוכמים היטב באנציקלופדיה:

יש לדיין לעשות מריבה עם הראוי לריב עמו ולקללו ולהכותו ולתלוש שערו ולהשביע בא-להים. וכן יש לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף

96 מגיד משנה להלכות שכנים יד, ה.

97 כל הפסוקים, הכללים, המונחים והמושגים הללו מבוארים בהרחבה בספרי: EQUITY IN JEWISH LAW, vol. I: Halakhic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law; vol. II: Beyond Equity: Halakhic Aspirationism in Jewish Civil Law (1991).

98 ראו הרב צבי הירש חיות, ספר תורת הנביאים, פרק שלישי, כל ספרי מהר"ץ חיות כג-כח (ירושלים, דברי חכמים, התשי"ח). וראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הוראת שעה" – לרשימות של הוראות שעה שיצאו מפי הנביאים ומפי החכמים.

ולסחוב על הארץ, שנאמר (עזרא ז 26): הן למות הן לשרשי הן לענש ולאסורין.<sup>99</sup> ואם הוא אלם חובטין אותו על ידי עכור"ם ואמרים לו: "עשה מה שישראל אומרים לך. כל אלו הדברים לפי מה שיראה הדיין שזה ראוי לכך והשעה צריכה. ובכל יהיו מעשיו לשם שמים. ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו [...]".<sup>100</sup>

כלומר, הענישה משמשת כלי לאכיפת החלטות חשובות של בית הדין וההנהגה – וזו יכולה להגיע עד כדי עונש מוות. הצורך של השעה המוצג בפסקה זו הוא הצורך המוסדי של מוסדות שיפוט ושלטון שיצייתו לפסקיהם ולהחלטותיהם. אמנם ייתכן מאוד כי ההחלטות עצמן הן אכן צורך השעה, סייג לתורה או הוראת שעה, אבל ההדגשה בעזרא ובתלמוד היא של הצורך באכיפת סמכותו של בית הדין והדיין.

כאמור, ההוראות היו לצורכי השעה, ותאורתית היו "לשעה" ולא כהלכות דאורייתא שהן לצמיתות. אמנם, אם צורך השעה התמיד, האריך ימים והיה רלוונטי לזמן ממושך, הייתה אותה "שעה" ארוכה גם היא, ואף ההוראה התמידה והאריכה ימים ושנים. אבל בתאורטיקה של המשפט העברי ההוראה הייתה "לשעה", וכאשר פסק הצורך פסקה ההוראה. לבית הדין של המלך ולתקנות הקהל לא הייתה מגבלה כזאת; אין פסקיהם חייבים להיות "לשעה". את הדוגמאות של רכיבה על סוס בשבת ושל הטחת אשתו אפשר לתפוס כתקדימים המוכיחים את ה"שמעתי", ומדובר על ברייתא המסתמכת על מנהג, או שדוגמאות אלה הן מימושים מוקדמים שבהם בית הדין כבר נסמך על הברייתא.

הערת הבהרה: יש ראשונים (כגון הר"ן) השוללים כרגיל זכות בית דין להכות ולענוש שלא מן התורה אלא אם אותו בית דין היה הסנהדרין בימי הבית. חריג לסייג זה הוא בית דין אשר הוענקה לו "הורמנא דמלכא", היינו בית דין שאיננו סנהדרין ואשר איננו בזמן שבית המקדש קיים יפה כוחו לנהוג שלא מן התורה אם הוענקה לו סמכות שיפוטית על ידי המלך. שונה היא "הורמנא דמלכא" מ"דין מלכות". הראשונה היא של מלך לא־יהודי בחוץ לארץ, שבכוחו להפעיל את הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב ולייפות את כוחו של בית דין יהודי לנהל משפט בתקן של הוראת שעה. לא כן דין מלכות: כוחו של מלך ישראל בארץ ישראל לנהל משפט ומינהל לצורכי מלוכתו ללא מעצורי התורה נובע מן התורה עצמה – אין אותו כוח מוגבל "לשעה" ואין הוא קיים דווקא למיגדר מילתא. גם בית דין הפועל בתקן של הוראת שעה וגם המערכת המלכותית – כל אחד לחוד ושניהם ביחד – מהווים את המשפט העברי הפרגמטי־יישומי. דין המלך פועל ישירות לתיקון החברה והסדר המדיני. בית דין בהוראת שעה פועל לפי מטרות שחלקן אחרות – לעשות סייג לתורה ולפעול לפי צורכי השעה.

99 פירושו וניתוחו של פסוק זה נמצאים בספרי קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 402–403.

100 אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הוראת שעה" על פי הרמב"ם, הלכות סנהדרין כד, ו-י. לדיון על הרמב"ם ראו קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 401–406.

### 3. עת לעשות לה' ולעקור דבר מן התורה

מאפיין חשוב של הברייתא ניתן לחשוף מתוך השוואת הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב לגישה הקובעת שלפעמים מפרים דברי תורה כדי לקדם את רצון ה'. גישה זו מובאת בשני ביטויים הנפוצים בספרות:

א. במשנה (ברכות ט, ה) על פי הפסוק: "עת לעשות לה' הפרו תורתך" (תהלים קיט 126).

למשל, כדי שיהא שם שמים שגור בפיהם של הבריות, לא חששו חכמים לזלזל בכבוד שמים או להזכיר שם שמים לבטלה, ותיקנו שיהא אדם שואל את שלום חברו בשם ה'.<sup>101</sup>

ב. סמכות חכמים לעקור דבר מן התורה.<sup>102</sup>

אל מול ביטויים אלה עומד הביטוי המורכב שלפנינו: אמנם פעולת בית הדין היא "שלא מן התורה", אבל "לא לעבור על דברי תורה". הסמכות המוענקת בברייתא איננה בכלל עת לעשות לה' וכנראה גם לא בגדר (הנפרד) של "לעקור דבר מן התורה".

יצוין עוד כי הרמב"ם מדגיש בהלכות ממרים מן הפסוק: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (שהוא אמנם בהוראה ולא בחקיקה), כי גם אם חכמים סוטים לכאורה מן התורה כפי שאתה מבין אותה, חובה לשמוע להם.

כאן חז"ל מדגישים את כוחם של החכמים לעשות שלא כתורה, ולא הסתפקו בחיוב הציבור לציית להם כמו במקרה של "לא תסור".

### ד. הערה

כדי לרדת לעומק השלכותיה של מסורת רבי אליעזר בן יעקב ערך פרופ' חנינה בן-מנחם<sup>103</sup> חקירה יסודית על טיבו של אותו בית דין המוסמך להכות ולענוש שלא כתורה. כבר הזכרנו שהביטוי התלמודי "בית דין" משמש בשתי משמעויות שונות: משמעות מצומצמת של בית דין שיפוטי או משמעות מורחבת של ממסד משפטי בעל סמכויות חקיקתיות (כפי שהשתמשו בו בימי הביניים). מסקנתו, וכזכור היא גם מסקנתנו, שהכוונה בברייתא המקורית היא לממסד המשפטי. לשונות כמו "מכין", "עונשין", "מלקין והורגין" מורות על פעולות שיפוטיות. שתי

101 פירוש רש"י על אתר (והוא בניגוד לפירושו לספר תהלים, קיט 126, שבו נוקט רש"י פשוטו של מקרא ומקשרו לפסוק הבא לפניו, לאמור: הבינני ואדעה את אשר חייב אני לעשות לה' שעת שהפרו הרשעים את תורתך; כלומר, תן בלבי בינה וסייעני לעמוד כנגד הרשעים המפירים את תורתך). ועוד דוגמה: אף על פי שאסור לכתוב גמרא, הלכה או אגדה, משום שיש כלל: "דברים שבעל פה אי אתה רשאי לאומרן בכתב", כיוון שאי אפשר להימנע מכתובת אגדות ושאר תורה שבעל פה, משום שהלבבות נתמעטו ועלולה התורה להשתכח, התירו את הדבר לצורך השעה. וכן התירו לקרוא בספר הפטרות כי אי אפשר להימנע מלכתבו, שהרי אין לכל ציבור אפשרות לכתוב או לקנות ספר נביאים שלם. ראו גיטין ס ע"א. לדוגמה נוספת ראו ברכות סג ע"א.

102 לרקע לדיון בסמכות החכמים לעקור דבר מן התורה שנדון אצל רבים וטובים (אלון וגילת ועוד אחרים) הופיע לאחרונה מאמרו של אבישלום וסטרייך "הפקעת קידושין במקורות התלמודיים: לשורשיו של פולמוס ישן-חדש" סידרא כז-כח 111 (התשע"ג).

103 ראו לעיל ה"ש 74.

הדוגמאות, של רכיבה בשבת והטחת אשתו תחת התאנה, מורות אף הן על פעילות שיפוטית. הביטוי: "שמעתי" בשימושו המקורי בספרות התנאית מורה על הוראת רב לתלמידו ולא על "עדות" מומחה לנוכח בית דין במקרה ספציפי דוגמת זה שבמסכת עדויות. אותו ביטוי התפתח ולבש משמעות של שמועה בבית המדרש בקהילה ההיסטורית או העל-היסטורית באשר לסמכויות בית הדין.

ואכן, במסורת הזאת יש חידוש. הלא מקובל היה בישראל שהמסד המשפטי מוסמך לתקן תקנות העוקרות דיני תורה בצורות שונות בדיני ממונות ואף בענייני איסור והיתר. אבל שבת דין שלכאורה כל כולו מוקדש לשמירת החוק "כתורה" ולעמידה כנגד הפרתו "שלא כתורה", הוא שיפוט ש"לא כתורה"? מי שמע כזאת?! והיא היא הנקודה המחדשת של השמועה ששמע רבי אליעזר בן יעקב – בדיני עונשין, בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי!

המשפט של התרבות המערבית אינו סובל סמכות שיפוטית מרחיקת לכת כזאת. גורמים אישיים, חברתיים וכלכליים לא יבואו בקהל בית המשפט. ללא הוראות מפורשות לשעת חירום אשר נחקקו בידי המחוקק לא יעז בית המשפט לסטות מן החוק. לא כן במסורת של רבי אליעזר בן יעקב. אין הוראות מפורשות שיצאו מתחת ידי בית המחוקקים, אין הגדרה פורמלית מהי ה"שעה" ומתי הגיעה ה"שעה". על כל אלה מוסמך להחליט בית הדין עצמו.

אכן, יש סכנות נכבדות במסורת הזאת. "Quis custodiet ipsos custodiet?", לאמור: מי ישמור על השומרים בכבודם ובעצמם? בלשוננו: "ערבך ערבך צריך" (בבלי, גיטין כח ע"ב), כלומר הערב שלך צריך להביא ערב אחר שיערוב בעדו. ולענייננו: מי ישמור על בית הדין שה"שעה" אכן הגיעה לכך? שה"מיגדר מילתא" הוא אכן לגיטימי? שאותו "בית דין" אכן ראוי לסמכות שהוא מפעיל? שהענישה החריגה שהוא מטיל היא באמת לשם שמים? תשובות לשאלות הללו אינן. ובכל זאת, אין לנו עדות למקרים אשר בהם בתי הדין היהודיים ניצלו את הסמכות הרחבה שהוענקה להם על ידי הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב לרעה, ולא שמענו תלונות על כך (חוץ מהערה שלילית על שמעון בן שטח ושמונים המכשפות). אולי משום שבני הקהילה או הציבור בכללותו לא סמכו על הסמכות היבשה של בית הדין כי אם על הסמכות המוסכמת של אזרחות הומוגנית. וצריך הדבר עיון.

### ה. הברייתא ומשמעותה המעשית

איהישימות של המשפט הפלילי הקלאסי הטילה מגבלות כבדות על אכיפת החוק והסדר החברתי "על פי התורה". דין המלך, שהיה מערכת משפט מקבילה, חתר לסדר חברתי – אך לא דווקא לאכיפת התורה ולשמירת חוקיה. לכן דווקא לברייתא שבה אנו עוסקים היה תפקיד מרכזי בשימור הקהילה ושימור תרבותה. נראה שהתמסדות תפקיד זה אצל בתי הדין ואצל הקהילות כאחד היא שאפשרה את המשך קיומו של אותו תפקיד גם במשפט האומות. שהרי למרות המגבלות היורידיות הכבדות על הקהילות היהודיות בצל שלטון זר, הצליחה הקהילה להטיל חוק וסדר חברתי פנימי בין בניה. נבהיר עתה את השתלבות ההתדיינות והענישה על פי הברייתא בהשלטת הסדר בקהילות היהודיות.

בעת תפקוד המשפט הפלילי ההרמנויטי-קלאסי פעלו מערכות המשפט המקבילות לצד משפט זה, שנחשב אידאלי – אך לא מעשי. כבר הראיתי והדגשתי את העובדה כי לפי משפט

התורה, המשפט הקהילתי היהודי כולל ארבע מערכות משפט מקבילות כל הזמן: הדין הקלאסי-הרמנויטי, דין המלך (מלך ישראל), בית דין הדן בהוראת שעה ודין שמים. "בית דין הדן בהוראת שעה" – אפשר לנסח את התפקוד הזה של בית הדין כביטוי של הסתמכותו על הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב, ואפשר לנסחו כמשקף את הברייתא, ואולי שניהם גם יחד. "דין שמים" – אף על פי שלא הרחבנו את הדיבור על המערכת הזאת, אסור להתעלם מכוחו הרגשי ומעצמתו הפסיכולוגית של המצפון הדתי של היהודי לאורך הדורות.

עם אבדן העצמאות המשפטית גרסה התאוריה ההלכתית שנוסחה בידי חז"ל שעם חורבן בית שני בטלו דיני נפשות בישראל. לקראת התפתחותה של הגולה נקבע שאין דיני קנסות "בבבל". ובזמן האמוראים בטלה הסמיכה המסורתית, ואין שום חכם כשיר לנהל את המשפט הפלילי העברי. בעקבות זאת למן המאה הראשונה לספירה ועד המאה השמונה-עשרה – כאלף ושבע מאות שנה (!) – לא הופעל המשפט הפלילי של התורה. בה בעת התרגלה הקהילה להיותה כפופה למשפט המלך או למשפט המדינה שבה ישבה הקהילה.

המלכות אשר בצל קורתה חסתה הקהילה היהודית השליטה חוק וסדר, התמודדה עם עבריינות ופעלה נגד פשיעה. אבל היו הרבה וריאציות בשלטון הגויי. היו מלכים אנטי-שמיים, היו משטרים אדישים לגורל היהודים שבארצם, היו מלכים שהשוחד שיחק אצלם תפקיד חשוב, היו מלכים שהסדרת חוק ומשפט אצלם הייתה עניין שולי. והיו, ויש, מדינות מתוקנות בנימוסים, civilized nations. לפיכך יחס היהודים למלכות השלטת היה מגוון: היו רגשי יראה ופחד והיו ניסיונות רבים להסתיר מעשיהם מעיני השלטון שמא הוא יקלקל. המיסוי הכבד שהטילה המלכות היה ליהודים לרועץ. פרדוקסלית, מצד אחד (לרוב) היה איסור תורה להזדקק לערכאות של גויים, ומצד שני היו מקרים (מפעם לפעם) שראשי הקהל הזמינו את התערבותה של המלכות (ללא זיקה של "מכין ועונשין", אלא פשוט ההכרח לא יגונה) כאשר הם הרגישו שאין לאל ידם להתמודד עם אלמנטים שליליים בתוכם.

במילים אחרות, מכנה משותף לכל הפסיקה הענישתית של ימי הביניים הוא שבין השלטונות היהודיים ובין השלטונות של המלכות אשר בקרבה התגוררו היהודים היה קשר סימביוטי. המלכות היא האויב-העוין, היא המטילה את עול המיסוי הכבד, עול אשר השפיע על כל חלקי החיים – אמנם מיסוי אשר בזכותו ניתנה לקהילה זכות קיום, אבל עול כבד מנשוא. מנגד, אותה מלכות "עוינת" מבטיחה בדיעבד את יציבות החברה היהודית, מחזקת את ידי השלטונות היהודיים ומתגברת את המשמעת החברתית.<sup>104</sup>

מה היה מקומה של הסמכות המוענקת על פי הברייתא בתקופה ארוכה זו ומה היה תפקידה באכיפת החוק והסדר בקהילה בחיי היום-יום ובשימור הקהילה והתרבות לאורך זמן? בתקופה זו סמכותו של בית הדין על פי הברייתא פעלה בד בבד עם ארבע מערכות נורמטיביות וביחסי גומלין אתן:

104 מסירת מידע פנים-קהילתי לגויים על הפעילות הדתית הפנימית ועל המצב הכלכלי הביאה לנזקים מי יסורם ולסכנות לא-תמיד-צפויות; נחרץ דינו של מוסר-מלשין למוות. ממילא נוצר "צורך שעה" מיוחד אשר הביא להריגתו – למרות הנימוק הפורמלי שעל מלשין חל דין רודף ולמרות המנדט הכללי של "בית דין מכין ועונשין".

1. המשך חיוניותו של המשפט העברי הפלילי;
2. דינא דמלכותא דינא;
3. מנהגי הקהילות;
4. שיקול דעתם של הרבנים-הדיינים-פרנסי הציבור;<sup>105</sup>
5. המשך חיוניותו של המשפט העברי הפלילי.

השינויים ההיסטוריים גרמו שינויים בדיני העונשין של הקהילה, בסנקציות שהקהילה הטילה על עבריינין, בסדרי הדין ובדיני הראיות בשיפוטו של העבריינין. לעומת זאת כמעט שלא חלו שינויים במשפט הפלילי המהותי המגדיר איזהו המעשה האסור ואיזהו המעשה המותר. "לא תרצח, לא תנאף, לא תגנב, לא תענה ברעך עד שקר" – כולם במקומם עומדים. איסורי שבת, איסורי עריות, איסורי מאכלות אסורים – כולם בתוקפם. האיסורים חיים וקיימים עם כל חומרתם ועם כל קדושתם. המשך חיוניותו של משפט התורה שימר את סמכותו של בית הדין ככזו שמציבה גדר למשפט תורה קיים והבטיח שהגדר לא תהפוך להיות החוק עצמו. עיקר הפיתוח המשפטי התמקד תמיד במשפט התורה – בחוקיה, בכללי ענישתה ובדיני הראיות שלה. כך, כל חריגה הייתה באמת לשעתה ושירתה את התורה.

כך גם תכליות הענישה הפלילית המסורתיות – אשר שורשן בכתבי הקודש – כבודן במקומו מונח: נקם ותגמול, ביעור הרע, הרתעת עבריינים ומניעתם מלהמשיך במעשיהם והרתעת אחרים מללכת בדרכם הנלווה ושיקומו של הפושע – בין שהוזכרו מפורשות בין שנרמזו בעקיפין – כל מטרות ענישה אלו של משפט התורה הקלאסי עמדו לנגד עיניהם של חכמי ימי הביניים בבואם לחרוץ גורלו של העובר על החוק, מכוח הסמכות ש"לא כתורה". מטרת הענישה הפלילית של גדולי ישראל היו ל"מיגדר מילתא", עשיית סייג לחוק, מדיניות של נקיטת אמצעים של צמצום העבריינות. אבל שאר המטרות לא נעלמו מעיניהם, והם חתרו להשיגן כמיטב יכולתם.

גם העניין בחזרתו בתשובה, מירוק עונו וכפרתו של העבריינין לא נעלם.

### 1. דינא דמלכותא דינא, הורמנא דמלכא וענישה מדינתית

להבדיל מדין מלך ישראל, היה צורך בפיתוח הלכתי מיוחד כדי לכלול את דין המלכות בתוך תפיסת העולם המשפטית העברית. בדין הקלאסי הזדקקות לערכאות של גויים עוון פלילי היא, והעושה כן בוגד בתורת משה ומחלל את הגאון המשפטי של האומה, שנאמר: "לא עשה כן לכל גוי ומשפטים בל ידעום" (תהלים קמז 20). דין זה, כמו כל הדין הקלאסי, לא נמוג ולא נעלם אלא הושם בהקשר משפטי רחב, שיש בו הכרה במשפט המלך והמדינה שבה חיה הקהילה היהודית – הן בדיעבד וכדין חיצוני והן לכתחילה וכחלק מניהול הקהילה בשגרה. דינא דמלכותא דינא הוא כלל בעיקר בדין האזרחי.<sup>106</sup> ההלכה מכירה בתוצאות של הפעלת משפט המלך כתקפות בדין האזרחי העברי. יש הכרה גם בקיומו של המשפט עצמו (בתנאים

<sup>105</sup> תיעוד לדברים המובאים בפרק זה נמצא בספרי קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1, פרק יא, ב6, ופרק טז, במיוחד 3. ד-1.

<sup>106</sup> שמואל שילה דינא דמלכותא דינא (התשל"ה).



מסוימים) ובכלליו, אפילו לכתחילה. עם זאת פרשנותו של משפט זה לא נתנה מעמד כלשהו לדין הפלילי של המלך, וודאי שלא לענישתו.

עם זאת יש לזכור שמבחינת המלך סמכות השיפוט של בית הדין היהודי לא נבעה מהברייתא אלא מכוחו שלו. אכן, כפי שציינתי לעיל, דווקא הקשיים של הקהילה היהודית בימי הביניים, רצונו של המלך במסים ובשקט מצד נתיניו היהודים ואינטרסים נוספים הביאו לרוב את השלטון להעניק סמכויות רבות לקהילה, לראשיה ולבית דינה. מנגד, הקהילה ראתה חשיבות רבה באכיפה מוגברת של חוקיה הקהילתיים – בבחינת פיקוח נפש של ממש. במסגרת זו ניצלה הקהילה את נגישות השלטון לראשיה כדי לאכוף את מרותה ואת תרבותה על בני הקהילה. המלכות נתנה מעמד רם להנהגת הקהילה (הממרה את פיהם נידון לפני המלך), הכלכלית (המיסוי) והשיפוטית (עבריינים יהודים העוברים על החוקים היהודיים נדונים בידי שופטים יהודים ונמסרים לפקידים הגויים לאכיפת גזרי דינם). יותר מאלף שנים עברו מאז לימד רבי חנינא סגן הכהנים: "הוי מתפלל לשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב). הוא התכוון למלכות רומא הרשעה, אבל דבריו נכונים היו אף למלכות ספרד ולמלכות אשכנז.

## 2. מנהגי הקהילות

הלא דין תורה בטל, וכדי למלא את אשר החסירו הפוסקים בגין אי-תחולת המסורת הפורמלית, הברורה, הנוקשה והחד-משמעית בתחום הענישה, למנהג הקהילה היה תפקיד חשוב בתחום הפנולוגיה, שהרי שיקול הדעת לבדו הוא גמיש, מגוון ורב-משמעי מדי. בהרבה מקרים היה הפוסק מייעץ לדיין ומעודד אותו ללכת לפי הנוהג המקובל בקהילה ובקרב דייני האזור. בכך נוסף נופך של יציבות, הרגל וקורטוב של צפיות להתנהגות השיפוטית. ומכיוון שהרבה מקרים של ענישה היו תלויים בקהילה (חרם), הסכמת הקהילה הייתה חיונית מעבר לחיוניות הכללית של הזדהות הקהילה עם הענישה. עם זאת הוזהרו הדיינים שבשימושם בשיקול דעתם יתרחקו מנקמנות ומעודף קנאות לדבר ה'. כך הוגבל במידת-מה חופש הפסיקה.

מנהג הקהילות היה חשוב אפוא בשלושה מישורים: (א) סמכות בית הדין, הכוללת שימוש בענישה "שלא כתורה", הייתה מבוססת בחלקה על מנהג הקהילה; (ב) מידת החריגה מדין התורה, הסייג הנצרך כדי לקיים את התורה והגדרת הנורמות הניתנות לאכיפה והדרכים לאכיפה – כולם היו מבוססים על מנהגי הקהילה הספציפית או על מנהג הקהילות במרחב. לכל הפחות, לפעולת בית הדין היו תמיד יחסי גומלין עם מנהג הקהילה; (ג) ולבסוף חלק ניכר מהענישה בפועל היה ענישה קהילתית. על חברי הקהילה עצמם היה להחרים את הנדון או להשתתף באופן כזה או אחר בענישתו. לכן מנהג הקהילות – הן בדין המהותי והן בדרך הענישה – היה חשוב מאוד.

בצד החשיבות שהייתה למנהג שנוצר בקהילות, בפנקסי הקהילות ובספרות המנהגים – הייתה חשיבות לאורגנים של הקהילה שהביעו את רצון הקהילה.

## 3. שיקול דעתם של הרבנים הדיינים פרנסי הציבור

הפוסקים היו רבנים בעלי תפקידים מגוונים. מלבד היותם אנשי דת, מלומדים, מפרשי המקורות הדתיים הסמכותיים, מרביצי תורה ומקדמי ערכיה, דמויות מרכזיות אשר מאז ועד עתה שמותם

נישאים בעם בחרדת קודש – הם היו דיינים היושבים על מדין בקהילתם, לקיים מה שנאמר: "כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו" (שמות יח 16). הדיינים והשופטים היו חברי ערכאה מסוימת המורכבת מרב הקהילה, המכונה אב"ד, מזקני העדה ופרנסי הציבור, המכונים "מוקדמים", "ברורים", "ברורי עבירות" וכיו"ב, מקצתם רבניים ורובם לא. במקרים מסובכים הייתה הערכאה פונה לפוסקים גדולי הדור בבקשה להבהרת הדין ולהתוויית הדרך בשיפוט; אלה האחרונים היו אפוא מדריכי משפט ויועצי התורה.<sup>107</sup> הסמכות המשפטית הייתה בידי הערכאה; ברצותה הכריעה את המשפט, וברצותה הפנתה את שאלתה והגישה את ספקותיה לפוסק גדול הדור, לקיים מה שנאמר: "את הדבר הקשה יביאון אל משה וכל הדבר הקטן ישפוטו הם" (שם, 26). במקרה שפנה בית דין מסוים לפוסק גדול הדור שהיה בשיעור של יוקרה בין-לאומית, עבר שיקול הדעת לאותו בריסמכא, ובית הדין המקומי היה סר למשמעתו.

אכן, המאפיין המכריע בשיפוטם של השופטים הבתרת-למודיים – גאונים, ראשונים אחרונים – הוא שיקול הדעת המרבי שהוענק לדיין או למי שהיו נועצים בו: כמה משקל יש לתת להוכחות המוצגות לפניו כאשר הן אינן פרי ראייתם של העדים; איזה עונש להטיל, טיבו וגודלו; מידת הסלחנות שיש להראות למורשע; הערכת כוחם של השלטונות היהודיים לאכוף את גזר הדין; מדידת יחסם של שלטונות הגויים לעברה, הקפדנות, הרגישות והמודעות לה אצלם, ומדיניותם באשר להענקת סמכות שיפוטית ליהודים.

כלומר, לעתים כלל בית הדין את נציגי הקהילה (הפרנסים) ואת רב העיר, ואלה יחדיו החליטו על הענישה "שלא כתורה" תוך אימוץ מכלול שיקולים – דין התורה והסייג הנצרך לה, צורכי השעה, היחסים עם המלך והמלכות והיישום בקהילה. בזמנים אחרים היו אלה מוסדות נפרדים. הייתה הנהגת קהילה שלא הייתה חלק מהרכב בית הדין, ולעתים גם הרב לא ישב בבית הדין אלא היה גוף וערכאה חיצונית לבית הדין.<sup>108</sup> עם זאת אין זה אומר כי מוסדות חשובים אלה לא השפיעו השפעה ניכרת על בית הדין. טענתנו היא כי הפעלת סמכות בית הדין על פי הברייתא כללה בהכרח גם התחשבות במוסדות אלו, ואולי בעיקר, אם אלה היו חיצוניים לבית הדין. התחשבות זו יכלה לבוא לידי ביטוי בשיג ושיח וגם בדרך של הערכת עמדתם של גורמים אלה.

לבסוף – בית הדין התכתב עם גדולי הפוסקים. הסמכות להעניש שלא כתורה אמנם הייתה מצויה אך ורק בידי בית הדין, אבל בתי דין נזקקו כעניין שבשגרה לביקורת שיפוטית על פסיקותיהם, ובעיקר על פסיקות שבהן הם הפעילו שיקול דעת נרחב. הם התייעצו עם גדולי תורה לפני פסיקתם ושלחו להם את פסיקותיהם לחוות דעת לאחר הפסיקה. ממילא אופן

107 על ספרות השו"ת בכלל ובימי הביניים בפרט ראו מנחם אלון המשפט העברי כרך ב חלק ג, בעמ' 1235–1213 (התשמ"ח); ליפשיץ, לעיל ה"ש 95, בעמ' 265–300. בזה מקבילים הפוסקים ל-*iurisprudentes* הרומאים.

108 יעקב כץ "לתולדות הרבנות במוצאי ימי הבינים" ספר זכרון לבנימין דה-פריס 281, 294–281 (ע"צ מלמד עורך, התשכ"ט); ובאופן כללי ראו יעקב כץ מסורת ומשבר: החברה היהודית במוצאי ימי הביניים (מהדורה שנייה, 1963).

הפעלת שיקול הדעת ומידתה היו נתונים לביקורת של מישהו אשר נקודת מוצאו הייתה עולם התורה ולמענה. מנגנון זה היה חשוב לוודוא כי הסטייה מדין התורה היא אכן למען התורה. חלק של הביסוס התאורטי להצלחה זו הוא הברייתא של רבי אליעזר בן יעקב – על שלל הניואנסים בנוסחאותיה השונות – שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, לאמור: עקרונות הברייתא הכניסו גמישות בהנהגת הקהילות באמצעות הממסד ההלכתי, ובעקבות גמישות זו בהליכים משפטיים, בדיני הראיות ובענישה הפלילית לא היה אותו ממסד מוגבל בדרישות המסורבלות של דין תורה ואף היה חופשי לתמרן ולאלתר בהתמודדותו עם דרישות המשטר של הגויים אשר בתוכם חיו.

## אפילוג

חקירת המשפט העברי המעשי שהיה פרי התאורטיקה שמאחורי דברי רבי אליעזר בן יעקב מניבה כמה עקרונות, מסקנות וחידושים.<sup>109</sup> ואלה עיקרם:

בכל הדורות – גם בתקופה המקראית – פעלו בתי הדין, פרנסי הציבור וזקני העדה על פי מנהגי האבות ועל פי שיקול דעתם. ואף על פי שדנו "שלא מן התורה" (הכוונה לדין תורה הפורמלי), הם פעלו בהשראת אותה פרוגרמה חינוכית מקודשת. היו דורות שבהם מלכו המלכים אשר שפטו את העם על פי "דין מלכות". ובקצרה, בעוד שהחוק הקלאסי-ההרמנויטי שימש אידאל שאליו שאפו הנביאים, בחיי היום-יום למעשה שלט והתנהל החוק הפרגמטי-היישומי. מאפייניו של הלה הם אלה: גמישות בהנהלה ההלכתית של העם; שיקול דעת מרבי ביד הדיינים וערנות למנהגי הקהילות המאפשרים התמודדות עם בעיות החברה – ישנות וחדשות; עממיותם של הפוסקים, של הדיינים ושל פרנסי הקהל – בתוך עמם הם יושבים, עמם הם בצרה ורגישים הם לצורכיהם המרובים והמגוונים.

חומר למחשבה: למרות ריבוי העברות בחוק הקלאסי אשר עונשן מוות, הדרישות הפורמליות של דין תורה בהליך הפלילי, בדיני הראיות ובמשאם ומתנם של הדיינים חברו יחדיו לשים את עונש המות לאל. אבל מעולם לא שללו חכמי ההלכה את הצדק שבעונש מוות (לבד מרבי טרפון ולרבי עקיבא). תאורטית זכאית החברה – למעשה חייבת היא – להטיל עונש כזה. ואף על פי כן צירוף של שיקולים הביא את רובם לבטלו בזמן הזה: (1) היו כאלה שפירשו את כוחו של בית דין להכות ולענוש "שלא מן התורה" כמוגבל דווקא לסנהדרין הגדולה העומדת על תלה; (2) היו כאלה אשר חששו לבית דין טועה; (3) היו כאלה שחשו שאין בית דין היום ראוי להטיל עונש כזה. אמנם שיקולים אלה שנויים במחלוקת, ברם למעשה אין הרבנות של ימינו מעודדת נקיטת צעדים לקידום הרעיון של החזרת עונש מוות לקדמותו, ומבלי להודיע על כך מפורשות, היא מעדיפה שישאר כוח ענישה קיצונית כזאת בידי השלטונות החילוניים.<sup>110</sup>

109 המפורטים לעומק ובהרחבה בספרי ק קירשנבאום בית דין מכין ועונשין, לעיל ה"ש 1, ושם, תיעוד מלא.

110 אבל בפועל – מוסרים, רודפים – חלקם נדונו בבית דין ונמסרו על ידי הקהילה בהליך מעין-שיפוטי.