

ענישה שלא מן הדין*

חנינה בן מנחם

א. מבוא

תופעה מצויה היא, שחוקרים העוסקים במשפט העברי מבקשים להראות שאותם העקרונות של המשפט המערבי, שהמשפט הישראלי הוא חלק ממנו, קיימים גם במשפט העברי. ולא זו בלבד, אלא שיש במשפט העברי יותר משיש במשפט המערבי. הוא נאור יותר, חדשני יותר וצודק יותר.

גישה זו אינה נכונה. שיטת המשפט העברי שונה בתכלית משיטת המשפט המערבי, ועקרונותיה אינם דומים כלל לעקרונות המנחים את המשפט המערבי.

ביטוי בולט לכך מוצאים אנו בגישת המשפט העברי לעיקרון יסוד במשפט המערבי, הוא עיקרון "שלטון החוק". עיקרון זה קובע בין השאר, שהשופט כפוף לחוק, ואין הוא עצמאי בפסיקותיו. תפקיד השופט הוא לגלות את זכויותיו של התובע, או הנתבע, בהתאם להוראות החוק. משום כך ניתן גם לערער על פסק הדין, שכן, פסק דין שסותר את החוק, משולל יסוד ותוקף, וממילא, דינו להתבטל.² במילים אחרות, גורלו של בעל הדין נמסר לכללים, לחוק הכתוב, ולא לידיהם של אנשים בשר ודם.

לא כן גישתו העקרונית של המשפט העברי, הגורס שגורלו של בעל הדין נמסר בידיהם של אנשים, לא בידי הכלל והחוק היבש, אף שגם במשפט העברי קיימים כללים וחוקים כמובן. תפיסתו העקרונית של המשפט העברי היא, שלדיין יש חופש פעולה נרחב, ולעיתים, הוא רשאי לסטות ממערכת הכללים הקבועה של המשפט

* הכותב הוא פרופסור, המלמד בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. המאמר הוא שכתוב של הרצאה, שניתנה במכון הגבוה לתורה ומשפט, 'משפטי ארץ', בעפרה. הערות השוליים, רובן ככולן מאת העורך. במקום שבו הערת השוליים היא של הכותב, הדבר צויין.

2. אמנם, מוסד הערעור מקובל היום גם במערכת בתי הדין הרבניים, אולם זהו חידוש של הדור האחרון, שמקורו בלחץ של ממשלת המנדט על הרבנות הראשית, לקיים בית דין לערעורים. ואף על חידוש זה, יש עוררים. על כך ראה: ז' ורהפטיג, "תקנות הרבנות הראשית", תחומין, טו (תשנ"ה), 86-83; הרב ח' ד' הלוי, "בית דין לערעורים", שם, 187; הרב א' שרמן, "מקור הסמכות של בית הדין הגדול", שורת הדין ג (שער המשפט, תשנ"ה), רכ"ה; הרב י' מ' לאו, "תוקפו של בית דין הגדול לערעורים וסמכויותיו", ספר הזכרון לגאון רבי שילה רפאל זצ"ל (ירושלים תשנ"ח), עמ' תצח.

העברי. אמנם, בדרך כלל יכריע הדיין על פי כללים וחוקים קבועים, אך עדיין, באופן עקרוני, הוא משוחרר מעולו של הכלל המשפטי. אין הדיין מחויב לדין, אלא לצדק, אף שברוב המקרים, לא יסטה השופט מן הכלל.

כוחה של גישה עקרונית מתבטא בדרך כלל דווקא באותם מקרים נדירים, שאינם רגילים, בהם נוצר צורך לסטות מן הכלל. במקרים אלו יעמוד השופט בפני דילמה: האם ייצמד לכלל או שמא יסטה מן הכלל לטובת הצדק או צורך השעה? לכשנסקור את ההלכות השונות המובאות בתלמוד, ונבקש לבחון האם סטו חכמים מן הדין כשהיה לדעתם צורך בכך, נגלה שלעיתים רבות אכן עשו כן, ומקרים אלו אינם זניחים כלל.³

המשפט העברי גורס שבעל דין אינו עומד בפני הדיינים כמי שתובע זכות, אלא כמי שתובע מן הדיינים חסד. כאשר יבקש השופט בדין העברי להכריע את הדין לפי אמות המידה של הצדק, כאשר אין הן עולות בקנה אחד עם החוק היבש, הוא לא יהיה חייב לאנוס את החוק לדעתו, אלא הוא יהיה רשאי לסטות מן החוק, בגדר הוראת שעה.

משום כך, נתפס השופט המערבי כטכנוקרט בעיני המשפט העברי. שופט זה יודע אמנם היטב את החוק, אך אין הוא מחנך, קובע נורמות חברתיות, ואחראי לתיקון העולם. לעומתו, הדיין נתפס כמחנך, קובע נורמות, ומכאן גם נובעת הדרישה לסגולות אישיות מתאימות של הדיין.⁴

לפי שיטת המשפט המערבי, ייתכן מצב שיובא בפני בית המשפט איש מאפיה שעומד בראש מערכת של פשע, אך בית המשפט לא יוכל להרשיעו בדין משום שהוא השכיל דרכיו ונמנע מלעבור על החוק. במקרה זה, יודה אמנם השופט שפסק הדין אינו מספק את מידת הצדק, אך יאמר: "קצרה ידי מהושיע". אמירה כזו לא תתכן לפי המשפט העברי. אם מידת הצדק מחייבת להרשיע את הנאשם, הוא יורשע, אם על פי חוק, ואם לפי ראות עיני הדיין.

ב. ענישה שלא מן הדין

ידועה ההלכה המובאת בשמו של רבי אליעזר בן יעקב, בכמה מקורות, הקובעת ש"בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין". שאלה משמעותית, עליה יש להשיב בטרם שנעסוק בפרטיה של ההלכה היא, מי הוא רבי אליעזר בן יעקב? בהמשך ניווכח

3. ראה למשל: **בבא קמא** צו, ב (גזלנא עתיקא); **סנהדרין** כז, ב (לכהיוה לעיניה).

4. על סגולות אלה, ראה: י' בזק, **השופט בדין העברי** (מהדורה שנייה, ירושלים תשמ"ה), 17-23.

שלזיהויו של בעל ההלכה והתקופה שבה הוא חי ופעל יכולה להיות משמעות מרחיקת לכת בכל הנוגע לקביעת היקף תחולתה.

כאמור, ההלכה מופיעה במקורות שונים, אולם עיון מדוקדק במקורות אלו מגלה שיש ביניהם הבדלים, הן בנוגע ללשון, הן בנוגע לסגנון והן בנוגע לסדר הדברים. נעמוד על הבדלים אלו, ועל משמעותם.

בכל המקורות, מופיעים אחר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב תקדימים, המוכיחים שאכן נהגו בתי הדין בישראל לענוש שלא מן הדין. האם רבי אליעזר בן יעקב הוא שהביא את התקדימים או שמא אחר? האם יש בתקדימים אלו כדי לחזק את הלכתו או שמא אין הם מחזקים אותה?

במערכת הענישה שבדין העברי, מכירים אנו שלושה סוגים של סנקציות: סנקציה ממונית (= קנס), סנקציה גופנית (=מלקות) ועונש מוות. את משמעות הביטוי "מכין" אין צורך להסביר. אולם, מהי משמעות הביטוי "עונשין"? האם הכוונה לעונש ממוני? או שמא הכוונה לעונש מוות?

כדי להבין היטב את משמעותם המדוייקת של דברי רבי אליעזר בן יעקב, יהא עלינו לתת תשובה ברורה לכל אחת מן השאלות. תחילה, נעסוק בהשוואת המקורות השונים שבהם מופיעה הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב.

(א) השוואת מקורות

דבריו של רבי אליעזר בן יעקב הוזכרו בשלושה מקורות שונים, בתלמוד הבבלי⁵, בתלמוד הירושלמי⁶ ובמגילת תענית⁷. ההבדלים בין המקורות דקים, אך כפי שניווכח להלן, משמעותיים. על מנת לאפשר לקורא להבחין בקלות בהבדלים אלו, נציג את שלושת המקורות זה לצד זה, ונדגיש את ההבדלים.

תלמוד ירושלמי

תני: אמר רבי אלעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה. ועונשין שלא כתורה? עד איכן? רבי לעזר בי רבי יוסי אמר: עד כדי זמזום. רבי יוסה אומר: בעדים, אבל לא בהתרייה. מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוסו בשבת, והביאוהו לבית דין וסקלוהו. והלא שבות הוית? אלא שהיתה השעה צריכה לכך. שוב מעשה באחד שיצא לדרך ואשתו עמו, ופנה לאחורי הגדר

5. סנהדרין מו, א; יבמות ז, ב; תנחומא משפטים, ו.

6. ירושלמי חגיגה ב, ב.

7. מגילת תענית (ליכטנשטיין) הסכוליון, ד"ה עשרים ושנים באלול.

ועשה צרכיו עמה, והביאוהו לבית דין והלקוהו. והלא אשתו הוות? אלא שנהג עצמו בבזיון.

תלמוד בבלי

תניא: רבי 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 (=בעל) את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו. לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך.

מגילת תענית

אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבי"ד **מלקין והורגין** שלא מן התורה. **דבית לוי אמר רבי שמעון: שמעתי שבי"ד עונשין ממון ומכין שלא מן התורה**, לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שנאמר ובערת הרע מקרבך. ומעשה באחד שהטיח באשתו תחת התאנה והלקוהו בי"ד. וכי חיב היה? אלא שהיתה השעה צריכה לכך, כדי שילמדו אחרים, מפני שנהגו מנהג זנות. שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת, והביאוהו לבי"ד וסקלוהו. וכי חיב היה? אלא שהיתה השעה צריכה לכך.

עתה, נעמוד על ההבדלים העיקריים שבין המקורות:

- א. במגילת תענית, בניגוד למקורות האחרים, מוצאים אנו דיון בהבנת הביטוי "עונשין". לדעת תנא קמא, הכוונה לעונש מוות. לדעת רבי שמעון, הכוונה לעונש ממוני.
- ב. לפי התלמוד הבבלי, שמע רבי אליעזר בן יעקב שבית דין "**מכין** ועונשין שלא מן הדין", אבל במגילת תענית: "**מלקין**". בתלמוד הירושלמי, לא מוזכר "מכין" ולא "מלקין", אלא "עונשין".
- ג. בתלמוד הירושלמי, נשאלת השאלה: "ועונשין שלא כתורה?"⁸, ממנה עולה שעצם האפשרות לענוש שלא מן הדין אינה פשוטה, בניגוד למקורות האחרים, בהם לא מופיעה שאלה זו.

8. **פרופ' בן מנחם**: סימן השאלה לא מופיע כמובן בתלמוד הירושלמי. אנו מציעים לקרוא כך את המילים "ועונשים שלא כתורה", ולא כהמשך הכלל. דרך הירושלמי לחזור בלשון שאלה על מאמר שנראה לו מוקשה. ראה: **ירושלמי** סנהדרין טז, פאה א, א; **תענית**, ב.ח. קריאה זו מסלקת את הקושי שמוצא פרופ' אלון בהבנת המאמר. ראה: מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ח), כרך א, עמ' 422, ה"ש 94 (להלן: המשפט

ד. בתלמוד הירושלמי נשאלת גם השאלה: "עד איכן?" שמשמעותה, על פי איזו רמה של ראיות ניתן לענוש שלא מן הדין. גם שאלה זו אינה מופיעה במקורות האחרים.

ה. מבחינת סדר הדברים, בתלמוד הבבלי והירושלמי מופיע המעשה באדם שרכב על הסוס בשבת, לפני המעשה באדם שהטיח באשתו. במגילת תענית, מופיע המעשה באדם שהטיח באשתו בראשונה, ורק לאחר מכן המעשה באדם שרכב על הסוס בשבת.⁹

בפרקים הבאים, נעמוד על משמעותם של ההבדלים.

(ב) הקשר בין התקדימים לדבריו של רבי אליעזר בן יעקב

כאמור, במגילת תענית מופיע דיון עקרוני בהבנת שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב. האם יש לבית הדין סמכות גם להרוג שלא כדין, או שמא סמכותו מוגבלת לענישה ממונית? במגילת תענית אין אנו מוצאים הכרעה ברורה בין הדעות, אך נראה שעיון במקורות האחרים יוכל ללמדנו את הכרעת חכמים.

הביטוי המציין את עונש המוות במגילת תענית הוא "הורגין", ולא "עונשין". מכאן נוכל להסיק שכאשר המקורות האחרים אימצו את הביטוי "עונשין", הם הכריעו למעשה כדעה הסוברת שסמכות בתי הדין לענוש שלא מן הדין מוגבלת לענישה ממונית.

אם הסבר זה נכון, לא ייתכן שהתקדימים יצאו מתחת ידיו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן לשיטתו, לא ייתכן שבית הדין יסקלו את מי שרכב על הסוס בשבת.

גם הביטוי "מלקין", המופיע בדעה הראשונה במגילת תענית, אינו זהה לביטוי "מכין". הלקאה היא מעשה ענישה מקובל בבית דין, שיש לו הלכות מיוחדות וסדר ברור, במסגרת דיני העונשין הרגילים. הכאה היא ענישה שאינה כדרך הרגילה שעונשין בבית הדין. "מכת מרדות" היא דרך שתקנו חכמים להכאת העבריין,

העברי).

9. שני הבדלים נוספים הם:

- א. בתלמוד הבבלי ובמגילת תענית, מוסבר הדין שנפסק על מי שהטיח באשתו תחת התאנה בכך, שהשעה הייתה צריכה לכך. אולם בתלמוד הירושלמי, מוסבר שכך נפסק משום שנהג עצמו בבזיון. אולם, ראה בפירוש פני משה על הירושלמי, חגיגה, שם, שהסביר שגם ענישת הבעל שהטיח באשתו ברשות הרבים, נעשתה על מנת "להטיל אימה על המון העם".
- ב. בתלמודים מוסבר שהפסיקה אינה משום "שכתוב בתורה", אלא משום שהשעה צריכה לכך. לעומת זאת, במגילת תענית מוסבר שהסיבה לענישה היא משום ש"נאמר ובערת הרע מקרבך". כלומר, גם הענישה שלא מן הדין, יסודה בדין כללי שנאמר בתורה, והוא, "ובערת הרע מקרבך".

שאינה זהה כלל למלקות של התורה.¹⁰ ייתכן שהקפידו חכמים להדגיש שכאשר הענישה איננה מן הדין, צריך שיהיה ביטוי לכך גם באופן הענישה, לא רק בסיבות המביאות לענישה.¹¹

בשני התלמודים, השתמר הביטוי "מכין", שמקורו בדעה הראשונה שבמגילת תענית, מה שיכול גם להוכיח שהכריעו חכמינו כדעה זו, שבית דין מכין ועונשים ממון שלא מן הדין, אך לא "מלקין והורגין".

מכאן ראייה נוספת לכך שהתקדימים לענישה שלא מן הדין, לא יצאו מתחת ידיו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן, יש בהם כדי לסתור את העולה מן התלמודים, שחכמים לא מסרו בידי בית הדין את הסמכות להרוג או להלקות שלא מן הדין.

לאור זאת, יש להניח ששינוי סדר התקדימים במגילת תענית נועד כדי להתאים את סדר התקדימים לסדר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב: המעשה באדם שהטיח באשתו, כנגד "מלקין", והמעשה באדם שרכב על הסוס בשבת, כנגד "הורגין". אולם לפי האמור, ההתאמה בכל מקרה לא קיימת, משום ש"עונשין" אינו "הורגין". אין גם צורך שתהיה התאמה בין התקדימים לסדר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן, לא מתחת ידיו הם יצאו. ואמנם, במקורות האחרים הסדר שונה.

נראה שהתקדימים הם קדומים לתקופתו של רבי אליעזר בן יעקב. רכיבה על סוס בשבת אינה אלא בגדר "שבות", שמא יתלוש זמורה בשבת.¹² העונש על עבירה זו, גם כשהיא נעשית בפני עדים, אינו הריגה. מדוע אם כן לא הלקו את הרוכב על סוס בשבת? מדוע לא קנסו אותו?

ממקורות רבים ניתן ללמוד שבתקופות קדומות, החמירו חכמים ביותר בהלכות שבת, ולעיתים אף חייבו עונש מוות על חילול שבת המוגדר בימינו כעברה "מדרבנן". ייתכן שהתקדימים ארעו בתקופה זו, ומשום כך, לא הססו חכמים להרוג את הרוכב על סוס בשבת. לפי הסבר זה, התקדימים אינם קשורים כלל לשמועתו של רבי אליעזר בן יעקב.¹³

10. בהקשר זה העיר הרב ח' י' בלוך, שנכון אמנם שלרוב, הביטוי "מלקים" מיוחד לדין המלקות שבתורה, בניגוד ל"מכין", שכוונתו לענישה גופנית אחרת. אולם, יש מקורות, בהם ההכאה מוחלפת בהלקאה. כך למשל, שמה של המסכת הדנה בעונש המלקות הוא – "מכות". וכן, במסכת סנהדרין י, א: "מכין אותו מכות הראויות להשתלש". גם שם, הכוונה למלקות ולא למכות.

11. ההגיון שבכך הוא, שכאשר בית הדין מעניש שלא מן הדין, לפי דרך הענישה המקובלת, עלול הציבור לטעות, ולחשוב שהענישה מן הדין. על כן, משנה בית הדין את צורת הענישה, כדי לגלות לציבור שהענישה איננה מן הדין. יסוד לכך יש בדברי הראשונים, ראה: נמוקי יוסף סנהדרין טז, א (דפי הרי"ף), ד"ה גרסי'.

12. ראה: משנה ביצה ה, ב, אך השווה לעמדת הירושלמי ביצה ה, ב.

13. אמנם, עדיין חסרה ההתייחסות לעונשו של הבעל שהטיח באשתו תחת התאנה. אולם, לפי

אולם, כאשר למדו חכמים את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב, עלו בזכרונם אותם תקדימים, בהם הרגו את הרוכב על סוס בשבת או הלכו את מי שהטיח באשתו תחת התאנה. תקדימים אלו היו תמוהים בעיני חכמים, שלא הבינו על מה ולמה החמירו הדיינים כל כך בעונשם של אותם עוברי עבירה. שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב שימשה לחכמים דרך ליישב את התקדימים עם ההלכה המקובלת בימיהם. הם עשו זאת, תוך שהם קושרים בין דברי רבי אליעזר בן יעקב בעניין ענישה שלא מן הדין לפסיקה באותם תקדימים, וקובעים שהענישה במקרים אלו היתה ענישה שלא מן הדין, לצורך השעה.

(ג) עמדתו של התלמוד הירושלמי כלפי ענישה שלא מן הדין

כאמור, התלמוד הירושלמי הוא המקור היחיד שבו אין מקבלים את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב ללא עוררין. כבר בתחילת הסוגיא נשאלת השאלה: "ועונשין שלא כתורה?".

בהמשך, מבקש התלמוד הירושלמי לצמצם את תחולת ההלכה: "עד איכן?". האם רשאי בית הדין גם לחרוג מדיני הראיות המקובלים במסגרת סמכותו לענוש שלא מן הדין? בהקשר זה מובאות בתלמוד הירושלמי שתי דעות. לדעת רבי לעזר, רשאי בית הדין לענוש שלא מן הדין, אף כאשר יש רק "זמזום", היינו, כאשר יש "רנון", שמועה לא טובה על האדם שנהג שלא כהוגן.¹⁴ רבי יוסה אינו מקבל זאת. לדבריו, לא ייתכן שבית דין יעניש ללא ראייה ברורה על מעשה העבירה, אף כאשר הענישה איננה מן הדין. אבל, כאשר יש עדות ברורה על מעשה העבירה, רשאי בית הדין לענוש שלא מן הדין, אף כאשר חסרה התראה.

המגמה לצמצם ככל שניתן את תחולת שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב, ואולי אף לערער עליה, תואמת את עמדתו העקרונית והשיטתית של התלמוד הירושלמי, שנטה להימנע מפסיקה שיש בה משום סטייה מן הדין הקבוע, בניגוד לתלמוד הבבלי, שלא נרתע מפסיקה שיש בה משום סטייה מן הדין, כאשר הזמן והמקום חייבו זאת.¹⁵

הירושלמי (ראה לעיל, הערת שוליים 9), ייתכן שהלכה זו, באמת אינה קשורה לשמועתו של רבי אליעזר בן יעקב.

14. ראה: ש' ליברמן, **תיקוני ירושלמי**, תרביץ ה' (תרצ"ד), 97, בעמ' 99.

15. הרחבה בעניין זה, ראה: ח' בן מנחם, "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין", **שנתון המשפט העברי** ח' (ירושלים תשמ"א), עמ' 113 ואילך. בסיומו של המאמר, מועלית השערה, התולה את ההבדל העקרוני בין התלמודים בהבדל ההיסטורי שבין מצב היהדות בגלות בכל למצב היהדות בארץ ישראל. בארץ ישראל, התנהל מאבק של הפרושים עם כל מיני כתות שהתפלגו מן היהדות, כנצרות, ואשר נתנו לגיטימציה לסטייה מן הדין. אחת מדרכי המאבק נגד כתות אלו הייתה, הדגשת עליונות ההלכה, ושליטת הסטייה מן הדין מכל וכל. בבבל, מצב זה לא היה קיים. יהודי בבל זכו למרכז תורני נבדל מן הסביבה הגויית, שלא

(ד) ענישה שלא מן הדין – סמכות חקיקתית או שיפוטית?

באופן עקרוני, ניתן היה להבין ששמועתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בסמכות חקיקתית של בית הדין. כלומר, כאשר בית הדין רואה שהשעה צריכה לכך, הוא רשאי להתקין תקנות או לחוקק חוקים לפי צורך השעה, ובמסגרת זו, הוא רשאי אף לחוקק חוקים בענייני ענישה, כדי לפתור בעיות חברתיות שמתעוררות מזמן לזמן.

משמעותה של הבנה כזו היא, שהענישה שלא מן הדין היא מעין "תקנות לשעת חרום", ולא סמכות חריגה שניתנת לשופט היושב בדין, להעניש, במסגרת סמכותו כשופט, שלא מן הדין, אף שאין כל יסוד שבחוק לעונש אותו הוא מבקש להטיל על הנאשם.

יש מבין חוקרי המשפט העברי שביקשו להבין כך את משמעות השמועה של רבי אליעזר בן יעקב. לפי דבריהם, אין כל סתירה בין ההלכה הקובעת ש"בית דין מכין ועונשים שלא מן הדין", לעיקרון שלטון החוק, שכן בכל מקרה, אין השופט רשאי לחרוג מן הקבוע בחוק. לכל היותר, כאשר השעה צריכה לכך, הוא רשאי להעניש על פי תקנות מיוחדות הקבועות בחוק, שנועדו לשעת חירום וכדומה.

זו דרכו של פרופ' אלון בהבנת סוגייה זו,¹⁶ באמצעותה הוא מבקש להימנע מן המסקנה, שקיימת סתירה בין גישתו העקרונית של המשפט העברי לזו של המשפט המערבי, הדוגל בעיקרון שלטון החוק.¹⁷

איימה על היהדות. משום כך, לא נרתעו חכמי בבל מן הסטייה מן הדין, כאשר היה צורך בכך.

16. ראה בהרחבה: מ' אלון, **המשפט העברי**, שם, 425-421.

17. לשאלתנו, כיצד ניתן להשתית היום את דין התורה במדינת ישראל, שעה שיש תחומים נרחבים, בעיקר בתחום הענישה, בהם אין הדיינים יכולים לעסוק, מכוח דין התורה האוסר זאת עליהם, היות ואין הם "סמוכים"? השיב הרב זלמן נחמיה גולדברג, שבאופן עקרוני, אין בתי הדין היום מוגבלים בסמכות הענישה שלהם, מכוח הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב שכן, רשאים הם לענוש שלא מן הדין". בדבריו, הוא הזכיר את פסיקתו של הרא"ש (שו"ת הרא"ש יח, יג), שהורה לחתוך חוטמה של אישה שנאפה עם גוי.

על כך שאלנו, הרי הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בענישה של בית הדין, שיסודה בפסיקה לצורך השעה, ואילו הבטחת שלטון החוק והסדר במדינה, דורשת חקיקה קבועה וברורה בדיני העונשים.

על כך השיב הרב, שלא מן הנמנע שאף פסיקתו של הרא"ש התבססה על מסורת קבועה, שניתן לחתוך חוטמה של אישה נואפת. מדבריו ניתן ללמוד שאף לדעתו, הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב מקנה לבית הדין סמכות חקיקתית. אמנם, התקדימים שהובאו כסיוע להלכתו של רבי אליעזר בן יעקב וסגנונם, מעידים לכאורה שהשימוש בהלכה זו נעשה כתגובה למקרים שהובאו אל בית הדין, תוך שימוש בסמכות שיפוטית, ולא כחקיקה מסודרת, שהורתה ולידתה לפני שאירעו אותם מעשים. עיון נוסף בדבר, מגלה שייתכן שקיימת מחלוקת ראשונים בדבר. לדעת הרא"ש (גיטין פרק רביעי, סימן מא, הובא ברמ"א חו"מ א, ה) יש לחכמים שבכל דור סמכות לחדש קנסות, ולהטילם על העבריינים, מכוח הדין ש"מכין ועונשין שלא מן הדין". הרי"ף

אבל, דעתנו אינה כדעתו. לדעתנו, כפי שהוסבר במבוא, גישתו של המשפט העברי שונה בתכלית מזו של המשפט המערבי. ומשום כך, אין להתעקש להבין את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב במישור החקיקתי בלבד. להלן נוכיח שלא ייתכן להסביר את הסמכות לענוש שלא מן הדין כסמכות חקיקתית בלבד, כפי שמבקש להסביר פרופ' אלון.

לשם כך, נשוב לשאלה שצריכה הייתה לפתוח את הדיון בסוגיא זו: מי הוא בעל השמועה? מי הוא רבי אליעזר בן יעקב? מתי חי ופעל?

בדיקה בעניין זה מגלה שישנם שני חכמים ששמן היה רבי אליעזר בן יעקב.¹⁸ הראשון, חי בזמן הבית. השני, חי לפני זמנו של רבי. לזיהויו של רבי אליעזר בן יעקב, בעל השמועה בעניין הענישה שלא מן הדין, תהיה משמעות רבה, בבואנו לדון בשאלה, האם חידש רבי אליעזר בן יעקב סמכות חקיקתית או שמא חידש סמכות שיפוטית?

רבי אליעזר בן יעקב לא חידש הלכה משל עצמו. הוא השתמש בביטוי "שמעתי". ביטוי זה חוזר על עצמו בכל המקורות העוסקים בענישה שלא מן הדין, ולא בכדי. השמועה, בניגוד לעדות, היא דבר שאינו ברור לחלוטין. מסכת עדויות "בחירתא",¹⁹ שהלכה כמותה תמיד.²⁰ העדות היא דבר מוחלט וברור, ולא כן השמועה. ישנם כמה מקומות בתלמוד שבהם מובאת שמועה, אך כאשר מחפש התנא את התנאים בעלי השמועה או תנאים המסכימים עם השמועה הוא לא מצליח בכך, ומסיים: "ולא מצאתי לי חבר".²¹ מכאן שהגדרת הלכה כשמועה יכולה להעיד על כך שיש בעייתיות מסוימת בשמועה. ההלכה אינה ברורה דיה.

לאור זאת, אם נפרש שהלכתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בסמכות החקיקתית של התנאים, לא יעלה על הדעת שרבי אליעזר בן יעקב, הראשון או השני, שחי ופעל לפני תקופת רבי, יהיה מסופק בשאלה, האם יש כוח לחכמים לעקור דבר מן התורה לצורך שעה כחידוש חקיקתי, ויגדיר סמכות זו כשמועה. הסמכות של חכמים לחוקק

(גיטין כג, א בדפי הרי"ף). חולק על כך, וסובר שדין זה אינו מאפשר להטיל קנסות קבועים, אלא להטיל קנסות ועונשים מתאימים לצורך השעה, בדרך של פסיקה מקומית, ולא בדרך של הוראה קבועה. נראה שביסודו של דבר, המחלוקת עוסקת בהיקף התחולה של הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב. הרא"ש סבור שהלכה זו כוללת אף סמכות חקיקתית, בעוד שלפי הרי"ף, וככל הנראה גם לדעת השולחן ערוך (ראה בהרחבה, בבאור הגר"א חו"מ שם, כה, ובמקורות המצוינים שם), ההלכה קובעת סמכות שיפוטית בלבד, ולא חקיקתית.

18. ראה: מ' מרגליות, **אנציקלופדיה לחכמי התלמוד והגאונים**, מהדורה רביעית (תשי"ב), 104-102.

19. ראה למשל: **ברכות כז, א**; **קידושין נד, ב**; **בכורות כו, א**.

20. ראה: **רש"י ברכות, שם, ד"ה בבחירתא**.

21. ראה: **משנה עירובין ב, ו**, והשווה גם **למנחות, יח, א**.

חוקים ולתקן תקנות לצורך שעה מעוגנת היטב בדברי התנאים, בני דורו של רבי אליעזר בן יעקב, והתנאים אף עשו שימוש נרחב בסמכות זו.²²

אמנם, אם נסביר שרבי אליעזר בן יעקב עסק בסמכות שיפוטית, הרי שיש בדבריו חידוש גדול, אותו לא שמענו מעולם, עד שבא רבי אליעזר בן יעקב ומסר בידינו את השמועה המלמדת שיש כח ביד השופט לענוש שלא מן הדין, וסמכות זו אינה סמכות חקיקתית אלא סמכות שיפוטית.

(ה) הכרעת ההלכה

הרמב"ם פסק להלכה את דבריו של רבי אליעזר בן יעקב, כלשונם, לפי הדעה הראשונה במגילת תענית -

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה.²³

בעקבותיו, הולך ה'שולחן ערוך', שאף מדגיש, על מנת להסיר כל ספק -

כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש, ואפילו בדבר שאין עדות גמורה וכל מעשיהם יהיו לשם שמים.²⁴

שאלה מעניינת המתעוררת בהקשר זה היא, האם הסמכות לענוש שלא מן הדין מסורה אמנם ביד "כל בית דין"?

לפי חלק מן הנוסחים, לא אמר רבי אליעזר בן יעקב "שמעתי שבית דין עונשים", אלא "שמעתי שבית דין הגדול עונשים". אבל לפי חסרונות הש"ס, מדובר בשינוי נוסח על ידי הצנזורה, שנועד להוציא מיד בתי הדין של היהודים את הסמכות לענוש לאחר ביטול הסמיכה.

ללא קשר ל"תיקונים" אלו, התפתחה במהלך השנים מסורת בקרב חכמי ספרד, מסורת שמוצאת את ביטוייה בדבריהם של הנמוקי יוסף,²⁵ אברבנאל,²⁶ ורבנו ניסים,²⁷ לפיה, הסמכות לענוש שלא כדין, מסורה דווקא לידי בית הדין הגדול שבירושלים.

22. דוגמאות, ראה באנציקלופדיה תלמודית, ח, תקא-תקכה, ערך 'הוראת שעה'.

23. רמב"ם סנהדרין כד, ד.

24. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

25. נמוקי יוסף, לעיל, הערה 11.

26. אברבנאל, דברים יז, ח.

27. חידושי הר"ן, סנהדרין מו, א, ד"ה בי"ד מכין ועונשין.

כזכור, בהל' סנהדרין פתח הרמב"ם את ההלכה בעניין ענישה שלא מן הדין במילים: "יש לבית דין להלקות". האם כוונתו לכל בית דין, מכל סוג שהוא? הדבר לא ברור.

ייתכן, שהנאמר בהלכה הבאה: "וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה"²⁸, עשוי ללמד שהדברים נוגעים גם להלכה הקודמת, ואף בית הדין בעל הסמכות לענוש שלא מן הדין הוא בית דין שבכל מקום ובכל זמן, כלומר, בית דין שאינו בהכרח בית דין הגדול. אבל, אין זו ראייה מספקת.

החיד"א²⁹ עסק בנושא זה בהרחבה, והסיק שניתן לענוש שלא מן הדין, אף בעונש מוות, ואין צורך לשם כך בבית הדין הגדול. אבל הרמב"ם עצמו, בספר מורה נבוכים³⁰ כתב במפורש שהסמכות להכות ולהרוג שלא כדין, מסורה לבית הדין הגדול בירושלים בלבד. אולם, מדבריו בתשובותיו, בכמה מקומות עולה שהוא סבור שהסמכות לענוש שלא מן הדין מסורה בידי כל בית דין בישראל, ולא דווקא בידי של בית הדין הגדול.³¹

הן בדברי ה'טור'³² והן בדברי ה'בית יוסף'³³ ניכרת המגמה להותיר את הסמכות לענוש שלא מן הדין בידי בית הדין הגדול או בידי גדולי הדור בלבד. אף על פי כן, ב'שולחן ערוך', לא נתן המחבר ביטוי למגמה זו, ואת ההלכה בעניין ענישה שלא מן הדין פתח בניסוח הכוללני: "כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל...".

למעשה, כאשר סוקרים אנו את השימוש בענישה שלא מן הדין בספרות התשובות, מוצאים אנו במשך כל הדורות, דוגמאות רבות לענישה שלא מן הדין, במסגרת הסמכות השיפוטית של בתי הדין בישראל, סמכות שנעשה בה שימוש לא רק על ידי בתי דין של גדולי הדור בלבד.³⁴

28. רמב"ם סנהדרין כד, ה.

29. ברכי יוסף חו"מ ב, ג.

30. מורה נבוכים ג, מא.

31. ראה: למשל שו"ת הרמב"ם שנג; שסח, וראה גם בברכי יוסף הנ"ל בהערה 29.

32. ראה: טור חו"מ ב, א.

33. ראה: בית יוסף חו"מ, שם.

34. ראה למשל (בתקופת הראשונים): שו"ת הרי"ף קמו; שו"ת הרא"ש, הנ"ל בהערה 17; שו"ת

זכרון יהודה סג; שו"ת הריטב"א קעט; שו"ת הרשב"א א, תקנא; שו"ת הריב"ש רלד; שו"ת

רדב"ז ב, תרנב; שו"ת ציץ אליעזר יט, נא.

בהקשר זה, העיר הרב ח' י' בלוך, שמעניין להשוות לעניין זה את הנאמר בסנהדרין יז, ב, ש"כל עיר שאין בה עשרה דברים הללו אין תלמיד חכם רשאי לדור בתוכה: בית דין מכין ועונשין, וקופה של צדקה...". משמע שבית דין מכין ועונשין קיים בכל עיר, וממילא, ברור שאין הכוונה לבית דין של גדולי הדור בהכרח.

ג. סוף דבר

במבוא, עמדנו על כך שעיקרון שלטון החוק, שקודש על ידי המשפט המערבי, אינו קדוש כלל ועיקר במשפט העברי, הגורס שצריך בעל הדין לעמוד בראש וראשונה מול הדיין בהתייצבו לדין, ולא מול ספר החוקים.

משום כך, רשאי הדיין לסטות מן הדין כאשר הצדק והיושר מחייבים זאת, או כאשר המקום והשעה צריכים לכך. ביטוי מאלף למימושה של סמכות זו מצאנו בסוגיית הענישה שלא מן הדין. סוגייה זו, בסופו של דבר, פתחה את הפתח אף בפני בתי דינים שאינם סמוכים, שעל פי דין, משוללים לחלוטין כל סמכות ענישה, בין בממון, בין בגוף ובין בנפש, לדון ולענוש "בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש".

באופן פרדוקסלי, דווקא בית המשפט העליון של מדינת ישראל, תחת הנהגתו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שכידוע, המשפט העברי בדרך כלל אינו משמש נר לרגליו, אימץ והפנים לתוכו את התפיסה העקרונית של המשפט העברי, הרואה בשופט לא רק מי שמחוייב לשלטון החוק, אלא גם מנהיג ורועה רוחני שהצדק ותיקונו של עולם לנגד עיניו, ולא דווקא החוק היבש.

אולם, הסמכות של השופט להיות מנהיג ורועה רוחני יכולה להתקיים רק בחברה הומוגנית, שכל חבריה מאוחדים באמונתם ובהשקפת עולמם. רק חברה כזו יכולה להצמיח מתוכה אדם אחד שיהיה מנהיג ורועה רוחני לכל.

במדינה מערבית פלורליסטית, שיש בה ריבוי של דעות, תרבויות והשקפות עולם, לא ייתכן שיוכל להיות שופט יחיד או אף שופטים אחדים שיוכלו להיות לעם כולו מנהיגים ורועים רוחניים.

במדינה כזו, עיקרון שלטון החוק הוא היחיד שיש בידו למנוע את פירוק החברה. זאת משום שרק ההסכמה הכללית על קביעת "כללי משחק" ברורים, לפיהם, השיפוט מבוסס על מערכת חוקים שהתקבלו באורח דמוקרטי עשויה להביא ללכידות חברתית ולאמון במערכת המשפטית.