

ולהיתך עם קדוש וסמוך לו ויצו משה — אזהרה לבית דין שיעשוך לקדש עצמך. (בעל הטורים — תבא)

דף פט

'קנסוה רבנן... רישא דעבדא איסורא קנסוה' — וטעם קנס זה, כדי לעגנה שלא תנשא בלא גט. אי נמי, כמו שפרשו בירושלמי והוא הנכון, צריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון. כלומר, עושים קיום לקדושי שני כדי לאוסרה על הראשון ולעשות הולד ממנו ממזר קודם גירושי שני. (עפ"י נמוקי יוסף)

דפים פט — צ

סיכומי כללים ושיטות

עקירת דבר מן התורה על ידי החכמים; הוראת שעה 'למיגדר מילתא' (צ)

החילוק בין עקירה ב'שב ואל תעשה' לעקירה ב'קום ועשה'
א. מסקנת הסוגיא (ע' ב"י או"ח סוף תיח), שאין בית דין מתנים לעקור דבר מן התורה אלא ב'שב ואל תעשה'. פירושו: שמדין התורה חייב לעשות דבר פלוני, ואומרים לו חכמים שב ואל תעשה אותו דבר. כגון ביטול תקיעת שופר בראש השנה שחל בשבת, שאין כאן 'עקירה בידים' (רש"י כאן. וע' תוס' בסוטה (ח). שכתבו שאין זה בגדר 'עקירה'). וכן הביאו הפוסקים להלכה (ע' סמ"ג עשין ריב; ב"י או"ח סוף תיח; שו"ע יו"ד שעב, א; מג"א יג, ח, ועוד).
אין הבדל בכל זה בין תקנה או גזרה שכל עיקרה ביטול דין תורה, כדוגמת תקיעת שופר בשבת, לבין איסור דרבנן, שנפגש במקרה מסוים כנגד דין תורה, שפעמים ראו צורך להעמיד דבריהם כנגד דין תורה, ב'שב ואל תעשה', כדוגמת 'ערל הזאה ואיזמל' המובאים בסוגיתנו. אמנם בכגון אלו, אין כלל תמידי בדבר, ופעמים לא העמידו דבריהם, כמבואר בכמה מקומות בש"ס. (ע' למשל במשנה בראש השנה לב: ובגמרא שם; סיכה מב ובתוס'; תוס' ורא"ש ביצה ח. ועוד רבות).

מתי עקרו אף ב'קום ועשה'

ב. כתבו התוס' בכמה מקומות (פט: פח. ובגה"ש שם צי"ן לעוד מקומות) שכשיש פנים לדבר ו'קצת טעם וסמך' עוקרים הם דין תורה אף ב'קום ועשה'.

(זו לשון החזו"א (אה"ע כב, ג) בהסבר דברי התוס': 'ודעת תו' דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה'ת בדבר שיש בו טעם, והיינו, דמתחילה ניתנה תורה על דעת חכמים להכריע מה נקרא ידיעה ועד להתיר אשת איש, וחכמים יקבעו בזה חוקים קבועים לכל ישראל, או כל בית דין לבני עירם, וכל שלא קבעוה בית דין, לא מקרי עדות, זולת שני עדים שאמרה תורה בפירוש, אבל כשישבו ב"ד והסכימו על מופת מן המופתים שיהא חשוב כעדים, הרי זה רצוי לפני המקום על פי התורה. וכן כתבו תו' בניזיר... ע"ש שהאריך. ויש ללמוד מדבריו שכשאין שייכת הגדרה זו, שהכתוב מסר הענין לקביעת החכמים — אין בכחם של חכמים לעקור דין תורה. וכן משמע מדברי הגמרא (צ, ב) דפריך מ'אליו תשמעון'... 'זליגמר

מינה' משמע שהשאלה היא במידת הסמכות שהתורה מסרה לחכמים [ואין הנידון אם רצו חכמים לעקור, אלא אם יכולים לעקור אם לא].
 ע"ע: ר"ן ושאר נדרים צ: (ובשטמ"ק שם פו: שו"ת הרדב"ז ח"ב תרמא; חתם סופר — גטין לב; שבט הלוי ח"ח רצז, א).

בדיני ממונות ובקידושין

ג. כל זה לא אמור אלא בעניני איסור והתר. אבל בדיני ממונות, אין חילוק בין ביטול דין תורה בקום ועשה או בשב ואל תעשה, שאין זה עקירת דבר מן התורה, משום ש'הפקר בית דין הפקר'. ואף בית דין מאוחר מבטל דברי ב"ד חבירו בעניני ממונות כדמבואר להדיא בדברי רש"י לעיל עט: לענין התרת נתינים).

וכן בעניני קידושין, יש מקרים בהם 'אפקעינהו רבנן לקידושין' משום דכל דמקדש — אדעתא דרבנן מקדש, כמבואר בסוגיא. (יש כתבו שהם טעמים נפרדים, שאף במקום שלא מקדש אדעתא דרבנן, הפקיעו הקידושין).

עקירת דבר המפורש בתורה

ד. כתב הט"ז (או"ח תקפה.ה. ועיקר הדבר כתבו התוס' בכ"מ) שחכמים מעולם לא עקרו מצוה כלשהי מכל וכל, אף ב'שב ואל תעשה'. ולכן לא גזרו על תקיעת שופר בראש השנה, אף כשחל בחול, משום גזירת 'שמא יתקן כלי שיר' (וע"ש ובמג"א טעמים נוספים בדבר).

ולא עוד, אלא כל דבר המפורש בתורה — שיטת הט"ז (שם ובכ"מ) — לא עקרו חכמים, כגון: מילה בזמנה בשבת, לא גזרו שמא יעביר התינוק ד' אמות ברשות הרבים ללא צורך. לפי שנלמד הדבר מ'וביום השמיני' — אפילו בשבת, אין כח ביד חכמים לעקור דין זה מכל וכל.

ולא זו בלבד, אלא אפילו להחמיר על דין תורה, סובר הט"ז שאין חכמים עושים כן. וזו לשונו: 'דאין כח ביד חכמים לאסור דבר שפירשה התורה בפירוש להיתר, דאין כח ביד חכמים להחמיר אלא במקום שאין בו לא איסור ולא היתר מפורש מן התורה' (ט"ז יו"ד קיז, א; חו"מ ב. וכן נראין דברי התוס' בכמה מקומות: ע' תוס' ב"מ ע"ב סע"ב ושם סד, ותוס' פסחים ג. ובהגהו' רי"א חבר שם, ותוס' ערכין לא. ובמהר"ץ חיות שם). ויש חולקים על כלל זה. (ע"ע באריכות במובא בכ"מ ע — חוברת כה).

יש מי שכתב (החתם סופר בתשובה לה) שבגזרות משום 'מראית העין', גזרו אף בדבר המפורש בתורה להתר, כיון שהגזרה תלויה במקום ובזמן, ובנסיבות מסוימות. ויש מי שפקפק על חילוק זה (אגרות משה אה"ע ח"א לה. וע' בכורות מג: 'הכהנים' — לרבות הקרחנין' ואעפ"כ אסור משום מראית העין, ומוכה כהחת"ס. ושמא לא נקרא מפורש בתורה. אך בט"ז כתב גם על כגון זה דהוי כמפורש. אך בלא"ה נראה ד'מראית העין' דהתם, אינה ענין כלל לגזרת מראית העין שבכל מקום).

עקירת תקנת-חכמים קודמת

ה. אין בית דין עוקרים תקנה דרבנן קודמת, אף ב'שב ואל תעשה'. אלא אם כן גדול הוא בחכמה ובמנין ממתקני התקנה. (הדבר מבואר בכ"מ — ע' רמב"ם הל' ממרים פ"ב; אור זרוע לצדיק לר"צ הכהן מלובלין, 'החלק הראשון'—ב. וכוונתו עקירת התקנה מכל וכל, וע"ד שנתבאר לעיל גבי דין תורה. אבל דחית דין דרבנן במקרה פרטי, אינה בכלל זה, וכמבואר בסוגיתנו: 'תרומה דרבנן', ועוד רבות). וע"ע בשיטות הראשונים במובא בע"ז לו — חוברת נג).

חקירות האחרונים בהגדרה המדויקת של 'קום ועשה' ו'שב ואל תעשה'

ו. יש לדון האם חכמים גם התירו איסור תורה ב'שב ואל תעשה', כגון לאו ד'לא תותירו' שאינו במעשה, או שמא רק ביטול מצוה?

ונחלקן אחרונים בדבר: הפרי מגדים (בפתיחה כוללת ח"א ט) כתב לדמות איסור למצוה. וב'זכר יצחק' (ח"ב ו) כתב שאין להם כח לעקור איסור. (ויש שם שיבוש באותו הקטע, וכנראה חסרים שם דברים. וצ"ע.) כעין החקירה הנ"ל דנו אחרונים באופן מופשט יותר, האם ההגדרות של 'קום ועשה' ו'שב ואל תעשה' נקבעות לפי פעולת או אי פעולת האדם בפועל, או שמא לפי סוג הדין וענינו, שכל מצוה שמוגדרת כחיוב לקיימה, יכולים חכמים לבטלה, גם באופן שביטולה בא על ידי מעשה האדם, וכל מצוה שעיקר ענינה שלא לעשות דבר פלוני, אין חכמים מבטלים אותה, גם כשהאדם בפועל לא עושה מעשה. — ע' דברי יחזקאל (יז) וקובץ הערות, שתלו חקירה זו במחלוקת הראשונים. (הדברים נוגעים בדברי התוס' בסוגיין לענין פטור סדין בציצית, אף שעושה מעשה כשמתעטף בו, חשיב 'שב ואל תעשה'. וע' אמרי בינה או"ח א. וע' חידו' הגרעק"א כתובות יא. ועוד.)

'בית דין מכין ועונשין שלא מדין תורה'

ז. מבואר בסוגיא שיש ביד בית דין להכות ולהעניש — אפילו עונש מוות — שלא מדין תורה, כדי לעשות סייג לתורה ולתקן פרצות הדור. וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך (ח"מ ב). [יש לציין כאן את תשובתו של הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל (ח"מ ח"ב סח, מיום פורים תשמ"א) לשר המדינה של ארה"ב, שנתבקש על ידי לחוות דעת תורת ישראל על עונש מוות לרוצחים. לאחר שהאריך בתנאים, בהגבלות ובחומרות שישנם במיתת בית דין על ידי הסנהדרין, כתב, וזו לשונו: 'וכל זה הוא כשלא הופקד איסור הרציחה... אבל מי שהורג נפשות מחמת שהופקד אצלו איסור הרציחה והוא אכזרי ביותר, וכן כשנתרבו הרוצחים ועושי רשעה, היו דנין למגדר מילתא למנוע מעשה רציחה שהוא הצלת המדינה!']

'עת לעשות לה' — הפרו תורתך'

ח. ... 'וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות 'עשה' או לעבור על מצות 'לא תעשה' כדי להחזיר רבים לדת, או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים, עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה, כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצוות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם'. (רמב"ם הלכות ממרים ב.ד. והוא ענין המבואר בגמרא פ' הערל (עט.) שהלינו את שבעת האנשים התלויים זמן רב, ש'מוטב שתעקר אות אחת מן התורה ויתקדש שם שמים בפרהסיא' ע"ש.)

אף בזמן הזה, יש רשות לבית דין להחמיר ולקנוס את המנודה שלא ימולו את בנו, ושלא יקבר אם ימות, הגם שיש בכך ביטול מצוה מן התורה. וגם זה כן נכלל בדין 'מיגדר מילתא'. ודוקא אם על ידי כן ישוב הרשע מרשעו, אך אם לגודל רשעותו לא יתפעל ולא ישים על לב כלל, חייבים למול את בנו (כמו שהאריך בשו"ת דובב מישרים ח"א סז).

דף צ

'ככתבם וכלשונם'

'... בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין, אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא. וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל

בדברים אחרים — עושין לפי מה שצריכה השעה. כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה. (רמב"ם ממרים ב,ד)

ע"ע: חכמה ומוסר ח"א רסח; כתבי הסבא מקלם עמ' קיא; מכתב מאלהו ח"ד עמ' 86.

'...ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיום העולם, שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה ושלא לענוש אלא כמו שנעשה התורה בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב שהיינו צריכים עדים והתראה... וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום שרואין שהשעה צריכה לכך ולייסר השוטים והנערים המטים עקלקלותם... ומכל מקום הברורים צריכין להתיישב בדברים ולעשות מעשהיהן אחר המלכה, ולהיות כונתם בכל עת לשמים'. (משו"ת הרשב"א ח"ג שצג. וע"ע ש ח"ה רלח)

'ועדיין כשהיתה נבואה בישראל, היה נביא רשאי לחדש דבר להוראת שעה לבד, ואף גם לעבור על אחת ממצות ה', כגון אליהו בהר הכרמל וכיוצא, אמנם זה עצמו הוא מאשר נצטוינו בתורת משה אליו תשמעון, שהוא ציווי ואזהרה לשמוע אל דברי הנביא גם כשיתנבא בשמו יתב' לעבור על איזה מצוה בשעה הצריכה לכך כמו שדרו"ל לבד מע"ז, אבל לא חלילה לחדש דבר לקובעו לדורות, שהרי אסתר שהיתה אחת משבע נביאות (מגילה יד.) עם כל זאת כששלחה לחכמים כתבונה לדורות, השיבה הלא כתבתי לך שלשים, עד שמצאו לה אחר כך סמך מן המקרא (שם ז.). וכן נר חנוכה ודאי שמצאו להם גם כן סמך מהמקרא. ועיין במדרש שהביאו הרמב"ן ז"ל בפרשה בהעלתך משם רבינו נסים גאון ז"ל.

ומעת שבעונותינו פסקה נבואה מישראל, אף אם יתאספו כל חכמי ישראל אשר נמסר להם מעשה בראשית ומעשה מרכבה, ויעמיקו השגתם וטוהר שכלם, לשנות אף איזה פרט מאיזה מצוה, או להקדים ולאחר זמנה ח"ו — לא נאבה ולא נשמע אליהם. ואף בבת קול אמרו (ב"מ נט:): לא בשמים היא. ועדיין בימי חכמי התלמוד היו רשאים לחדש מצות דרבנן כשמצאו סמך מהתורה, כגון נר חנוכה וכיוצא כנ"ל, וכן לגזור גזירות כמו י"ח דבר וכיוצא, וכאשר נחתם התלמוד הקדוש, אנו אין לנו אלא לשמור ולעשות ככל הכתוב בתוה"ק שבכתב ובעל-פה ככל משפטם וחקותם ובזמנם ופרטיהם ודקדוקיהם בלי נטות מהם נטיה כל דהו...! (מתוך נפש החיים סוף שער א.)

דף צא

'לוייה שנשבית או שנבעלה בעילת זנות נותנין לה מעשר ואוכלת' — מדברי הרמב"ם (מעשר א,ב) משמע שהדין האמור כאן הוא רק לפי ההלכה שמעשר ראשון מותר לזרים, אבל לפי הדעה האוסרת מעשר לזרים — לוייה שנבעלה לפסול אסורה באכילת מעשר. ואעפ"י שלא נתחללה מקדושת לוייה והריהי עומדת בקדושתה, [כמו שאמרו בבכורות מז. והוכיחו מבריייתא דידן, ממה שאמרו 'נותנין לה מעשר' — משמע שאינה מתחללת מקדושת לוייה, שא"כ לא היו נותנים לה מעשר אלא דינה כזרה], מכל מקום כיון שנבעלה לפסול נאסרה באכילת מעשר, ולא משום זרות. ע' בהרבה ב'חדושי הגר"ח על הש"ס; חדושי הגרנ"ט — יבמות יח, עמ' 78. וע"ע במובא בבכורות שם).