

## סימן לג

### חיוב מאסר וקנס על הפרת צווי בית-דין

ראשי פרקים

א. עונש מאסר כצורך שעה או כתקנה לדורות

ב. דעת הרשב"א שמועיל כח ביי"ד להקנות ממון

ג. בדעת הסוברים דהוי רק הפקר ולא הקנאה

ד. שני סוגים של הפקר בית דין

ה. לאיזה ביי"ד ניתן כח להפקיר ממון

על הפרת צווי בית דין רשאי בית הדין ע"פ החוק להטיל עונש מאסר או קנס כספי, והתעוררנו לשתי שאלות: א. אם ניתן ע"פ ההלכה לתקן עונש מאסר על הפרת צווי בית דין. ב. אף שלבית דין יש כח להפקיר ממון, האם יכולים לקנוס שיהיה הקנס ניתן לצד השני (ולא לקופת ביה"ד).

א. עונש מאסר כצורך שעה או כתקנה לדורות

איתא בסנהדרין מו, א: 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, והביאו 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. ומבואר בגמרא שביד חכמים להעניש עונש של מלקות, ואפילו עונש של מיתה, אפילו שלא במקום שדין תורה מחייב זאת אלא מפני צורך השעה לעשות סייג וגדר. ועיי"ש ברש"י בסוגיא. ובנימוק"י (יבמות כח, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"והכי מסקנא דמילתא דמצות עשה דחינן בשביל גזירה דרבנן היכא דלאו עקירה בידיים הוא ... או אם יש בדבר ממיגדר מילתא כמעשים אלו דאמרינן הכא וכהוא דאליהו (בהר הכרמל), עקרינן לא תעשה ממש בידיים שאינו אלא לצורך שעה, אבל לעקור דבר מן התורה לדורות לא, אבל הפקר ממון, אפילו לעולם יש יכולת בידם כדאמרינן לעיל דהפקר בית דין היה הפקר."

מבואר מדבריו שבניגוד למלקות ועונש מיתה שיכולים חכמים לענוש רק למיגדר מילתא וכצורך שעה וכהוראת שעה אך לא הלכה לדורות, הרי שבממון יכולים בית דין לענוש אפילו לא לצורך שעה ומדין הפקר בית דין הפקר.

וצריך באור היכן עלינו למקם את עונש המאסר, האם ענינו כמלקות וממילא אין להעניש בעונש זה אלא לצורך שעה (במקום ובענינים שע"פ ההלכה לא ניתן להענישם במלקות), או שמכלל מלקות נפק ואף שלכלל ממון לא הגיע, מ"מ דין זה שמותר להעניש רק לצורך שעה נאמר במלקות ומיתה החמורים, ומאסר הוי פחות חמור לענין זה ושרי לענוש אף בגדר של תקנה לדורות.

ענין זה של מאסר גופו נדון בראשונים בהתיחסות למאסר מי שחייב ממון ואין לו לשלם. הרא"ש בתש"י סח, י דן בספקם של חכמי ברגש; "אם יהיה רשאי שום יהודי מוציא שט"ח על יהודי אחר לתפוס גופו בכח אותו שט"ח". ודעת הרא"ש שאין המלוה רשאי לתפוס גופו של הלוה ולהשתעבד בו או למכרו בעבור חובו, דדוקא לענין גניבה התירה התורה מכירתו; "וא"כ למה יתפסוהו, להשתעבד בו אינו רשאי, ליסרו אינו רשאי". וכך פסק המחבר בשו"ע חו"מ צו, טו. אמנם הריב"ש בתש"י סי' תפד התיר לאוסרו, וז"ל:

"ובאמת כי בעירנו זאת נוהגין הדיינין לתפוש הלוה בגופו כשנתחייב כן (כשהתחייב לשלם בתפיסת הגוף), והוא מצד תקנת הקהל. ועוד תקנו הקהל, שאף בלא חיוב יתפש כל אדם על כל תביעה שיתבעוהו, או יתן ערבים על התביעה הנקרא קיום ב"ד. ואני רציתי למחות בידם על התקנה ההיא, באשר היא שלא כדין תורתנו, ואמרו לי כי זו תקנת השוק מפני הרמאין ושלא לנעול דלת בפני לוויין, והנחתים על מנהגם. ומכל מקום אפשר לומר שאם הלוה מוחזק שיש לו מטלטלין ומבריהן, אפשר לב"ד לכופו ולאוסרו וגם להכותו בגופו ..."

מבואר דבזמן הריב"ש היתה תקנת הקהל לאסור חייבים, ורצה הריב"ש למחות בתקנה זו, אך הואיל והתקנה היתה מפני הרמאים, הניח אותם הריב"ש על מנהגם. ועדיין צריך להבין מכח מה הניח אותם הריב"ש על מנהגם, האם לדעתו אחר שאמרו שתקנה זו מפני הרמאין ע"כ מעיקר דין של מכין ועונשין רשאים הדיינים לאוסרם. וא"כ אפ"ל דלא השלים לגמרי עם התקנה ולא עם הפסיקה, דהיינו שלדיינים מותר לאסור אך לתקנה עצמה התנגד. או דס"ל דעונש מאסר אין דינו כמלקות ושרי אפילו בתקנה שאינה הוראת שעה, אלא דס"ל דעדיין עונש זה חמור באופן יחסי למעשה של אי פרעון חוב. אמנם מהמשך דבריו שכתב דכאשר מבריה נכסיו "אפשר לבית דין לכופו ולאוסרו וגם להכותו בגופו", נראה שדימה את עונש המאסר למלקות (כן נראה בפשטות, אף שאפשר להסביר גם לאידך גיסא - דלא זו אף זו, מ"מ טפי נראה שדימה העונשים להדדי), וא"כ צ"ל דלא ניחא ליה לריב"ש לא במה שענשו לצורך שעה אלא בתקנה שעשו. וממשיך הריב"ש בתשובתו:

"אבל לכ"ע בפריעת בע"ח מצוה איכא, ואי אמר לא בעינא למיעבד מצוה וא"א לב"ד לירד לנכסיו, בודאי מכין אותו עד שתצא נפשו."

לאמור - כאשר הלוה אינו רוצה לפרוע, מלקין אותו מדין כופין על המצוות, והיינו מעיקר הדין ולא מן התקנה, משא"כ באין לו לשלם, שאין בזה דין של כופין על המצוות, נראה דלא רק מדינא אי אפשר לכופו אלא אף מן התקנה. ואין לומר דכל דברי הריב"ש לעיל מינה איירי באופן שהלוה לא רוצה לשלם אף שיש בידו, דא"כ מדוע רצה למחות בידם. אלא נראה דהתקנה היתה באופן שלא ידוע היה

אם יש בידו לפרוע אם לאו, וע"כ אין כאן עיקר דין כפיה.

והנה מדברי רש"י (פסחים צא, א ד"ה בית האסורין) מוכח שבזמן שבית המקדש היה קיים, היו אוסרים על אי תשלום חוב, וז"ל:

"כגון לכופו להוציא אשה פסולה או לשלם ממון."

משמע שהמאסר היה מדין כופין על המצוות. ומהרב המגיד (מלוה ולוה ב, א) ס"ל דאין לאסור מי שאין לו לפרוע חוב, וז"ל:

"זה פשוט שלא מצינו בשום מקום חיוב גוף מחמת ממון ולא שבועה שאין לו."

ודברי הרב המגיד מתייחסים למש"כ הרמב"ם שם דאין אוסרים את הלוחה אם לא נמצא לו לשלם. ומבואר דס"ל לרב המגיד דעונד מאסר הוא עונש גוף, וע"כ אין נותנים על הלוחה עונש גוף בעבור ממון, ולפי"ז לכאורה אין לתקן תקנה לדורות בעונש מאסר. אמנם בפלפולא חריפתא פ"ה דב"מ (על הרא"ש הל' לח אות ב) הביא דראוי לתקן תקנות לפריעת בע"ח אפי' שלא מן הדין, וכגון לתפוס גופו במאסר, ואף בחוב עיסקא שיש למלוה רוח שייך הטעם שלא תנעול דלת בפני לוין. הרי דשרי לתקן תקנות של מאסר. וע"ע בחקקי לב חחו"מ סי' ה דיש לשים מסרב בבית האסורים, דעדיפא ממכין אותו עד שיאמר רוצה אני, ועי"ש באיזה בית סוהר יש לאסרו, צר או מרווח. ומ"מ משמע דעדיפא ממלקות, ולפי"ז אין מניעה לתקן תקנת מאסר במקום שיראה לחכמי הדור.

והנה מצאנו בראשונים שהענישו בעונש מאסר, אך בנידון שם היה המאסר לצורך שעה. כך מוצאים אנו בתש" הריטב"א סי' קנט, וז"ל:

"הסכימו הקהל יצ"ו והתקינו תקנה על יצחק ב"ר אברהם מדרו ועל אברהם בן יוסף בן פלאס, שנמצאו בבית הכנסת הנה בדרוקה בלילה בעוד שישנים הקהל על מיטותיהם, והתחילו לשבר דלתות ההיכל אשר בתוכו ס"ת כדי לגנוב הכסף שעליהן, ושמנו אותם במשמר וברחו שניהם מן המשמר."

ומבואר שם בריטב"א שעשו הקהל תקנה שלא ידורו הגנבים חמש שנים בדרוקה, עי"ש. וכך כתב הריטב"א בסי' קעט בענין אחד שרוצה לשאת אשה האסורה לו מדברי סופרים, ומאים שאם לא יתירו לו הקהל לשאתה, ישתמדו הוא והיא. והשיב הריטב"א לא להתיר להם להנשא. ומה שמאים שישתמדו, כותב הריטב"א:

"ואף על הדיבור הרע שמוציא מפיו, ראוי ליסרו ולתנו בבית האסורים או בשאר מיני יסורין לפי ראות בית-דין."

(וע"ע בריב"ש סי' רנא מש"כ בענין עונש מאסר ועונשי גוף אחרים). ומ"מ הריטב"א מיירי בענישה לצורך שעה ולא כתקנה לדורות שכל מי שגונב או מאיים להשתמד ישימו אותו בבית האסורים. אמנם בנידון מי שעובר על צווי בית דין נהגו בתי הדין לכופים לעיתים ע"י עונש מאסר, וכן נהגו לכופם להתיצב בפני ביה"ד ע"י עונש מאסר (צו הבאה בלא שחרור בערבות). ואף אם לענין עצם החקיקה צ"ע אם יש כח לכך, אך הואיל והמדינה נתנה לדיינים כח לאסור, רשאים הדיינים להפעיל את כח החוק כהוראת שעה לכל מקרה שימצאו לנכון. דמהנימוק"י משמע

דפרוש הגמרא שהשעה צריכה לכך, היינו שלא עשאוה תקנה לדורות, אבל במקום שעושים זאת כמקרה לגופו, אין בכך לכאורה מניעה אם הדבר נעשה מתוך שיקול הדעת.

ומהגמ' ביבמות (צ,ב) משמע דשרי לענוש שלא מן הדין רק בענין דהוי למיגדר מילתא, וכההיא דאליהו בהר הכרמל שהשיבם ע"י כך מעבודה זרה, עיי"ש ברש"י. ועיין במהרי"ק שורש קפ דדוקא למיגדר מילתא במילי דשמיא ושהדור פרוץ בכך שרי לענוש שלא מן הדין, וכההיא דאליהו בהר הכרמל. ובשורש קפח כתב דשרי לענוש רק היכא דאיכא קצת דררא דאיסורא, וכעובדא דהגמ' בסנהדרין במי שהטיח אשתו תחת תאנה או מי שרכב ע"ג סוס בשבת, אבל במקום דליכא דררא דאיסורא אין כח ביד בי"ד לענוש בהוראת שעה. וכן הביא להלכה השער אפרים (סי' עב) בענין מי שביטל שידוכין ודיבר סרה במבוטלת, שעשו אנשי הקהל הסכמה שלא ינהג בבת ישראל מנהג בזיון שלא כדת לבישה ולהכלימה, וגזרו בכל אלות התורה ששום אחד מהם אינו רשאי לשדך עצמו עם הבחור. וכתב השער אפרים דאף דהוי איסור לבייש בת ישראל, מ"מ לא הוי מילי דשמיא כ"כ ואין לנו אלא הקנס שמחייב צד העובר לצד המקיים, וא"כ כיון שיש בדינו לעונשו לא הוי מיגדר מילתא ובפרט שאין הדור פרוץ בכך. אך י"ל דבנידון שלפנינו בית דין משתמש בעונש המאסר רק לצורך שעה, דהיינו כאשר הוא רואה שהדור פרוץ באי שמיעה לדברי בית דין, כאשר החוק אינו בבחינת התקנה אלא האמצעי החוקי להפעיל את עונש המאסר לצורך שעה, ומ"מ בית דין אינו מפעיל את סמכותו אלא לצורך שעה בענינים שהוא רואה שהדור פרוץ בכך.

אמנם נראה דיש לחלק בין הנידון הנ"ל לנדו"ד. בנידון הגמרא בסנהדרין היה עונש המיתה בבחינת עונש על מעשה שעשה כאשר המעשה מצד עצמו אינו ראוי לענוש זה. והוא הדין לענין שאלת המאסר שדנו בה לעיל, כאשר נידון המאסר בא כעונש, וכן עונש הממון בא כעונש. אך כאשר עונש המאסר לא בא כעונש אלא כאמצעי כפיה לשמוע דברי בית דין, הדבר נובע מכח בית דין שיש לו כח לכופ את הצדדים להופיע בפניו (בהוצאת צווי הבאה בלא שחרור בערבות) וכן כאשר צד למשפט אינו שומע לקול בית דין, ביה"ד משתמש באמצעי הכפיה שיש לו כדי לכופ לבצוע פסק הדין, וכההיא דמעשינן אגיטין (גיטין פח,ב), והוא הדין בכל ענינים שכופין אנו בזמן הזה את הצדדים להתדיין בפנינו, ועיין בנתיבות א,א. וכן מבואר בדברי הריב"ש הנ"ל דשרי לכופו בעונש מאסר כאשר יש לו ללוח ואינו רוצה לפרוע, והיינו מכח הדין של כופין על המצוות, משא"כ כשאין לו לשלם שעונש המאסר הוא בבחינת עונש ולא כפיה לדין או למצוה, הדין תלוי בני"ל.

ב. דעת הרשב"א שמועיל כח בי"ד להקנות ממון

איתא בגיטין לו, ב: דאמר רבי יצחק מנין שהפקר בית דין היה הפקר, שנאמר; "וכל אשר לא יבוא לשלושת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה" (עזרא י, ח). רבי אליעזר אמר מהכא: "אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו'" (יהושע יט, נא), וכי מה ענין ראשים אצל אבות, לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילין העם כל מה שירצו. וע"ע ביבמות פט, ב. והרשב"א בסוגיא בגיטין, כתב וז"ל:

"ומינה שמעינן דכח בית דין יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבא לידו, וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני וזכה בו מיד ואף קודם שבא לידו, אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן

יהא לשמעון וזוכה בו שמעון מעתה.

מבואר מדברי הרשב"א דכח הפקר בית דין אינו רק להפקיר ממון של הבעלים אלא אף לזכותו לאחר עוד קודם שהגיע ליד האחר. ואף שמעצם הדין של הגמרא בגיטין בענין פרוזבול לא מוכח כן, דהא התם השביעית השמיטה את החוב והפקר בית דין (פרוזבול) מקיים את החוב ומחייב את הלוח לשלם למלוה ולא זכה המלוה קודם שהגיע לידו (וע"ע להלן), מ"מ מראית הגמרא מהפסוק ביהושע מוכח שהפקר בית דין (של ראשים) דמי לכח האבות בנחלה, ובכח האבות להנחיל ולהעביר את זכות הנחלה ולזכות אף קודם שיגיע ליד זוכה, וא"כ גם כח בית דין להפקיע מאחד זכות לאחר. אמנם מהפסוק בעזרא לא מוכח כן, דהא בפסוק בעזרא מיירי רק ביחרם כל רכושו ולא בזכיה של אחר. וכך נמצא בדברי הישי"ש (יבמות פ"י סי' ט), וז"ל:

"ונראה דהא דרבי אליעזר עדיף, דילפינן מיניה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לחבירו, ולא תימא דוקא שיכולים להפקיר אותו או להחרימו."

לפי"ז הדין אם יכולים בית דין לזכות או רק להפקיע, תלוי במחלוקת רבי יצחק ורבי אליעזר. ומוכח מהרשב"א הנ"ל דס"ל עיקר לדברי רבי אליעזר, מדהביאו בסתמא. וכן משמע ממש"כ בתש"י (ח"א סי' תשעה) דהביא רק את הפסוק מספר יהושע, ומשמע דס"ל כן להלכה. אמנם בתש"י אחרת שם (ח"א סי' אלף רו) הביא את הפסוק בעזרא, אך נראה דמהא ליכא למידק, כיון שהרשב"א שם ציטט את דברי הגמרא בגיטין וביבמות, ובגמרא הפסוק מעזרא הוא ראשון, ולא כרוחלא להביא את דברי הגמרא, משא"כ בס"י תשעה הביא את המקור ולא ציטוט מדברי הגמרא.

וע"כ גם אין להביא ראיה מדברי רש"י בר"ה כב,ב (ד"ה מאתים זוז) שהביא את לשון הגמרא בגיטין ואת הפסוק בעזרא. זאת ועוד, בגמרא שם מיירי דפעם אחת בקשו בייתוסין להטעות את חכמים, שכרו שני בני אדם בדי' מאות זוז וכו', והודה אחד שרצו הבייתוסים לשוכרו לעדות שקר להטעות את חכמים, ואמרו לו חכמים דמאתים הזוז נתונים לו במתנה, ואע"פ שלא עשה שכירותו, והיינו מדין הפקר בית דין, וא"כ חזינן דלא רק הפקירו חכמים אלא אף זיכו לאחר. אמנם משם אין ראיה כ"כ, דהא התם היו המאתים זוז צרורים בסדינו, וא"כ אף אם חכמים יש להם רק כח להפקיר, מיד שהפקירו זכה העד במאתים זוז, וצ"ע. אמנם רש"י בסנהדרין ה,א (בד"ה שבט) הביא דהפקר בית דין הפקר מהא דעזרא, ושם לא ציטט את דברי הגמרא אלא הביא את מקורה.

אך נראה דאין לדייק כן בדברי הראשונים, וכנראה הראשונים ס"ל דאין מחלוקת בין רבי יצחק לרבי אליעזר, וראיה מדברי הרמב"ם בהל' סנהדרין (כד,ו), שכתב וז"ל:

"וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה. והרי הוא אומר בעזרא 'וכל אשר לא יבוא....', מכאן שהפקר בית דין הפקר."

מפורש ברמב"ם שכח בית דין גם לאבד וגם לתת לאחר, ובכל זאת הראה הרמב"ם מקורו לפסוק בעזרא, הרי דס"ל לרמב"ם דרבי יצחק ורבי אליעזר לא פליגי לדינא ואף רבי יצחק מודה דמהני לזכות ממון לאחר, אלא דס"ל דטפי עדיף ללמוד מקרא בעזרא, אך עדיין צ"ע מנין לומד רבי יצחק דיכולים גם לזכות ממון. (ועיין

בנחל יצחק סי' ב שדייק דהרמב"ם פליג על הרשב"א מאחר והביא את הפסוק מעזרא, וצ"ע, דהא הרמב"ם ס"ל דיש להם כח גם לתת וכמפורש בדבריו).

אך ראיתי בתש"ר ע"א (תש"י מבנו הגר"ש) סי' רכ"א, ו שכתב; "דהפקר בית דין למדנו בגיטין מקרא דכל אשר לא יבוא יחרם כל רכוש, א"כ לא מצינו רק דיש כח לחז"ל לסלק רשות בעלים ממנו כמו שם דעשאוהו חרם, אבל שיהיה כח בידם לומר שיהיה קנוי לאחר, לא מצינו". ונעלמו מעיני קודשו דברי הרשב"א הנ"ל דמקרא דיהושע ילפינן דיש כח בידם אף להקנות. ואחר זה ראיתי שהגרע"א העיר זאת לבנו, עיין שם בתש"ר רכ"ב, כ"א.

ומש"כ לעיל דמדין פרוזבול לא מוכח דיש כח ביד חכמים להקנות מדין הפקר בית-דין - הנה הריב"ש בתש"י (סי' שצ"ט) הביא את הגמ' הנ"ל ואת ראיתה מהפסוק דאלה הנחלות וכהסבר הרשב"א הנ"ל, דזוכה בו אף קודם שהגיע לידו, והסביר דמשום הכי תירץ רבא גבי פרוזבול דהפקר בית דין הפקר; "ואפי" כרבנן דאמרי שביעית דאורייתא תקון רבנן דלא תשמט, ואע"פ שהחוב ביד הלוח זוכה בו מן התורה, חכמים זכו אותו למלוה בפרוזבול וזוכה בו מעתה". וצ"ל דאע"פ שהממון לא זיכו לו מעתה, מ"מ כיון שזיכו לו שעבודו, הרי שעבודו מעתה על הלוח. וס"ל לריב"ש דאם היה כח חכמים רק להפקיר ממון, א"כ מהיכי תיתי יזכה בממון המלוה, אלא שיש בקיום המלוה לא רק הפקעת ממון אלא גם זכיה למלוה.

ויתירה מדעת הרשב"א מצאנו בדברי הרשב"ם (ב"ב קלא, א ד"ה אלא תנאי בית דין). הגמרא דנה שם על כתובת בנין דיכרין, הכיצד יכול להקנות לבנים שאינם כעת בעולם. ותיראה הגמרא דתנאי בית דין שאני, ופירש הרשב"ם וז"ל:

"דאלים תנאי בית דין משום דהפקר בית דין הפקר להקנות אפילו לדבר שלא בא לעולם, והכא נמי אלים תנאי בית דין..."

מבואר מדברי הרשב"ם דכח הפקר בית דין הוא להקנות אפילו דבר שלא בא לעולם ואפילו לדבר שלא בא לעולם, והוא כח טפי מקנין שעושים בני אדם, וזה צ"ע מנ"ל לרשב"ם דין זה, דהא אפילו נאמר דילפינן לה מנחלות, הרי בנחלות אינו יכול להנחיל דבר שלא בא לעולם ובודאי שלא יכול להנחיל למי שלא בא לעולם. ונראה דס"ל לרשב"ם דהא דבית דין יש להם כח הקנאה באמצעות הפקר בית דין, אין הפירוש שבית דין פועלים פעולה של הפקר ואחרי זה פעולה של הקנאה אלא שלבית דין יש את כח הקביעה מי הוא הבעלים על החפץ או הכסף. בפעולת קנין בין אנשים שייד לומר שאין גמירות דעת בדבר שלא בא לעולם או שאין לקנין על מה לחול, אך כאשר קובעים שפלוני או פלוני הוא הבעלים, אין כאן פעולה קנינית שצריכה לחול על החפץ אלא קביעה משפטית הלכתית שפלוני הוא הבעלים, ובזה לא שייד הסברות המונעות לקנין לחול על דבר שלא בא לעולם ואין גם את המניעה של חלות הקנין כשהקונה הוא דבר שלא בא לעולם, דהא הבית דין יכולים לקבוע שהבעלים הוא מי שיבוא אח"כ לעולם.

ג. בדעת הסוברים דהוי רק הפקר ולא הקנאה

והנה המחנה אפרים (קנין משיכה סי' ב) הביא את דברי הר"ן בגיטין על הגמרא סד, ב דמהני זכית שפחה קטנה לאחרים בשיתופי מבואות, דשאני שיתופי מבואות דהוי מדרבנן, והקשה הר"ן שם (לא, א-ב בעמוה"ר) דאי מודה שמואל דזכיה מדרבנן, למה לגמרא לתרץ דשאני שיתופי מבואות דרבנן, הא אפילו הוי דאורייתא, כיון שזיכו לו חכמים מדין הפקר בית דין הפקר, מהני זכיתו לאחרים אף אם שיתופי

מבואות מדאורייתא. ותירץ הר"ן דאשכחן זכיה דרבנן דקלישא מזכיה דאורייתא, עיי"ש. וכתב עליו המחנה אפרים, וז"ל:

"ואיברא דאלולי דברי הר"ן הייתי אומר דקושייתו אינה קושיא, דטעם זה דהפקר בית דין הפקר לא סגי אלא להפקיע ממונא מרשותא דבעלים, אבל לעשות מי שאינו זוכה כזוכה כאילו הגיע לידו ממש, לא אמרינן."

וצ"ל דהמחנה אפרים פליג על הרשב"א דס"ל דזוכה מיד ואף קודם שהגיע לידו, אך לענין זה שיש כח ביד חכמים לזכות לאחר בכח הפקר בית דין לכשיגיע לידו וליתן לו הזכות לזכות מכח ההפקר, בזה נראה דלא פליג, דהא מוכח מהגמ' בגיטין לענין פרוזבול דיכולים לתת למלוה את זכות הגביה ולא הוי ההפקר בית דין רק לאפקועי ממונא. והתם בשיתופי מבואות שצריכה השפחה הקטנה לזכות לבני המבוי, א"כ אי הוי זכיתה מכח הפקר בית דין, לשיטת המחנה אפרים לא מצי בני המבוי להיות זוכים בשיתופי המבואות.

והמחנה אפרים ציין לעיין בדין מלקט בנו אחריו, והיינו מדברי הגמרא בב"מ יב,א, ואיתא שם דאליבא דרבי יוסי, אם שכר פועל לקצור שדה, יכול בנו של הפועל ללקוט אחר אביו את הלקט הנושר השייך לעניים, ואפילו קיבל אביו לקצור את השדה למחצה שליש ורביע, שדין האב כעשיר. וס"ל לשמואל דהלכתא כרבי יוסי. והקשתה הגמרא, דהא שמואל הסביר את המשנה שם שמציאת הבן לאביו, מפני שמריצה אצל אביו, וא"כ אמאי ס"ל לשמואל דהלכתא כרבי יוסי דיכול בן העשיר ללקוט לקט עניים. ותירצה הגמרא דשמואל הסביר את המשנה אך לא ס"ל כן להלכה. והקשתה הגמרא, דמוכח דס"ל לרבי יוסי דקטן יש לו זכיה מדאורייתא, והא במקום אחר למדנו דרבי יוסי ס"ל דמציאת קטן הוי גזל מדבריהם. ותירצה הגמרא דרבי יוסי ס"ל דיכול בנו ללקט אחריו מפני שהתיאשו העניים מהלקט ולא מפני דאית ליה זכיה מדאורייתא. ונראה דהמחנה אפרים רצה להביא ראיה מהא דהקשתה הגמרא דס"ל לרבי יוסי דאית ליה לקטן זכיה מדאורייתא, הא אפילו אית ליה זכיה מדרבנן, וכדס"ל דהוי גזל גמור מדבריהם, הא כיון דהפקר בית דין הפקר יכול הבן לזכות בלקט לעצמו, ואמאי התנתה הגמרא את יכולת זכית הבן בלקט בהא דאית ליה זכיה מדאורייתא. וע"כ מוכיח מכאן המחנה אפרים דכח הפקר בית דין הוא רק לאפקועי ממונא ולא לזכות ממון לאחר. אלא לכאורה נראה דאין משם ראיה לשיטת המחנה אפרים, דהא התם הבן המלקט זוכה בלקט בידיו, ואין כאן זכיה שלא אחר שנאמר שיעשה ההפקר בית דין אינו זוכה כזוכה, דהא הוא זוכה בידים ומיד, ובזה אף המחנה אפרים מודה דיש כח לחכמים להפקיר ולזכות למי שזוכה בידו. ואף שרש"י שם (בד"ה ונפקא מינה) כתב; "דכיון דמדאורייתא לית ליה זכיה, נמצא אביו גוזל את העניים", לאו ממימרא דמכח הזכיה אביו זכה ולכן גוזל האב את העניים, דהא אליבא דרבי יוסי זוכה הבן ולא האב. אלא ס"ל לרש"י דעצם הרשות שנתן האב לבן ללקט אחריו, הוי גזל לעניים ולא מכח הזכיה. ומ"מ כיון שזכה הבן בידיו ולא אחר זכיה לו, א"כ אפילו לשיטת המחנה אפרים מצי הבן לזכות.

והנה איתא בגמ' ב"ב ק,א דלדעת רבי אליעזר רביש שבררו דרך לעצמם, מה שבררו בררו. והקשתה הגמ', דרביש גזלנים נינהו. ותירץ רב גידל בשם רב, כגון שאבדה להן דרך באותה שדה. והקשתה הגמרא, דאי הכי אמאי אמר רבה בר רב הונא אמר רב, אין הלכה כרבי אליעזר, וס"ל לגמרא דמאן דמיירי רבי אליעזר בכגון שאבדה דרך שדהו, לא מתני דאין הלכה כרבי אליעזר. וכיון דס"ל לרבה בר רב הונא דלית הלכתא כרבי אליעזר, מאי טעמא דמתניתין שם (צט,ב) בדין מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו, כיון דלא מצי לאוקמי סתם מתניתין כרבי אליעזר

דלית הלכתא כותיה. ותירצה הגמרא דסתם מתניתין מוקמינן לה כרב יהודה דמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו. והקשתה הגמ' על רבי אליעזר, במאי קני ליה רבים, כיצד קנו ללא חזקה (רשב"ם). ותירצה הגמרא דקני בהילוכא. ורבינו יונה בעליותו (שם ד"ה ורבי אליעזר) הקשה אליבא דמאן הקשתה הגמרא קושיתה, אי אליבא דרב גידל, כיון שאבדה להם דרך שדה לא בעי קנין, ואי לא מהני ברירתן, מה שייך לקנות בהילוכא. ואי אליבא דרבה בר רב הונא, הא כח הרבים הוא מפני דהפקרם הפקר. ותירץ רבינו יונה, וז"ל:

"ויש לומר, בין לרב גידל בין לרבה בר רב הונא, לרבה בר רב הונא משום דהפקר הרבים הפקר, בברירת הדרך אין אדם זוכה ע"י הפקר עד שיחזיק ויקנה, וכל היכא דאמרין הפקר בי"ד הפקר בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר בית דין, והרי הן כדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות בית דין, אבל אינו זוכה בו בדיבור בית דין עד שיחזיק. ולרב גידל נמי דאוקמא למילתא דרבי אליעזר כשאבדה להם דרך באותה שדה, כיון דיחיד שאבדה לו דרך בשדה חבירו ילך לו בקצרה, רבים ודאי צריכין הן קנייה בברירת הדרך, ועד שיחזיקו לא קנו, וכשהחזיקו מיהא קנו אע"פ שהחזיקו שלא ברצון בעל השדה, לפי שנתנו להם בית דין כח להחזיק ושתהא חזקתם קונה בדיעבד והפקר בית דין הפקר."

מבואר ברבינו יונה יסוד דלא כרשב"א, דלדעת רבינו יונה אין לבית דין כח לזכות לאחר קודם שיגיע לידו, דשם בגמרא דימו כח רבים בהפקרן לכה של בית דין, ולבית דין יש כח להפקיע את זכות הבעלים ולעשות רכושם להפקר, וכדין הפקר שיכול אחר לזכות בהפקר ואינו זוכה ללא קנין. אך עדיין צ"ע אי יש כח לחכמים להגביל ולומר דרק פלוני רשאי לזכות בהפקר ולא אחר. דמש"כ רבינו יונה; "ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות בית דין", בפשטות לא משמע שרק למי שיש רשות מבית דין להחזיק הוא היכול להחזיק, אלא הפשטות שכל מי שמחזיק אחר הפקר הרי הוא מחזיק ברשות בית דין, אך אין כוונת רבינו יונה שיהא יכול להחזיק רק מי שבית דין נתן לו רשות להחזיק. אך מדברי רבינו יונה אין ראיה, דנידון רבינו יונה הוא ברבים שהחזיקו, ובנידון זה לא שייך לומר שיבוא אחר ויזכה או שבית דין מגביל את כח הזכיה רק לאדם מסוים. אך מ"מ י"ל כן מכח הגמרא בפרוזבול, דהתם מוכח שבית דין הפקירו ממון הלוח עבד המלוה בלבד, ואף אם י"ל שלא זיכו לו קודם שהגיע הממון לידו, מ"מ זיכו דוקא לו. דרבינו יונה מיירי רק לענין דבעינן קנין כאשר יש הפקר בית דין, אך רבינו יונה לא מיירי על אופן ההפקר, אם הוא רק הפקעה או הפקעה שיכול לזכות בו אדם מסוים.

אך במקום אחר ברבינו יונה נראה יותר שכל בית דין הוא בהפקעה גרידא. על הא דאיתא בגמ' ב"ב נד, ב דדינא דמלכותא דלא ליקני ארעא אלא בשטר, פירש רבינו יונה דאף דהגוי איסתליק משעה דבאו המעות לידו, מ"מ אין המחזיק יכול לזכות בו עד כתיבת השטר כיון דדינא דמלכותא דאינו קונה אלא בשטר. וממשיך רבינו יונה, וז"ל:

"ואין לפרש דהכי קאמר, כיון דמלכא אמר ליכא דקני אלא בשטר, אין המוכר יכול להסתלק בקבלת הדמים לפי שעדיין זוכה בנכסים בדינא דמלכותא, שלא הוזכר דינא דמלכותא אלא להפקעה, שהנכסים מופקעים מבעליהם בדיני המלך וכענין הפקר בית דין הפקר, ומי שירד בהם במצות המלך זוכה בהם בחזקה, אבל כל זמן שלא החזיק בהם לא זכה בהן, הלכך כיון שהמוכר מסתלק מן הנכסים בקבלת הדמים, אינו זוכה



בהם ממילא בדינא דמלכותא.

ולכאורה שם אם נאמר דלביית דין יש כח להפקיע ולומר שיזכה בו רק פלוני, מדוע אי אפשר להסביר שהדינא דמלכותא השאירה את הקרקע עדיין ברשות הנכרי ולא בעי כלל קנין כיון דעדיין ברשותו. אך מ"מ אין ראיה כ"כ, כיון דדין הפקר בית דין בא כאן כדימוי ולא כדין, דהיינו שדינא דמלכותא דמי לדין הפקר בית דין, וע"כ אין לדייק כל-כך. ועיין עוד בקובץ שעורים לגרא"ו (בי"ב סי' רמג) דדייק מרבינו יונה דבהפקר בית דין "לא מהני אלא להפקיע מהבעלים ולא להקנות, אלא צריך להחזיק כדי לזכות בהן".

וכדעת רבינו יונה נמצא גם בגט פשוט (קכ,ה) דאף דיש כח ביד בית דין להפקיע את כספה של האשה שנתנה לסופר לכתוב גט, מ"מ איך יזכה בזה הבעל, "דלא מצינו בשום דוכתא דיש כח לבית דין לאוקמי ברשותו דבר שאינו שלו ולא החזיק בו עדיין". ואף כאן הנידון לזכות לו דבר שלא בא לרשותו, אך בעצם הדין להפקיע מאחד שיוכל לזכות בו רק אחר, בזה לא מצאנו דס"ל דאין כח לבית דין. ועיין באבני נזר (חיר"ד סי' תה) שהביא ראיה לדעתם מהירושלמי. וכן היא דעת החתם סופר בתשי' (חאו"ח סו"ס קיז) "דהפקר בית דין אינו אלא להפקירו מיד המקנה ולא להקנותו לקונה".

והנתיבות רלה, יג כתב; "דהפקר בית דין אינו רק הפקר מדאורייתא אבל לא הוי קנין מדאורייתא רק קנין מדרבנן", וצ"ע שהאריך בזה במקום אחר, והוא בספרו מקור חיים תמח, ט (דף לב טור ג), וז"ל:

"לכן נראה דהנה הטעם דמקודשת מדאורייתא בקנין שהוא מדרבנן, הוא דהא ילפינן מקרא בגיטין לו דהפקר בית דין הפקר, וכיון דמדאורייתא הפקר בית דין הפקר הוי הקידושין ג"כ מדאורייתא, כיון דהוי הפקר מדאורייתא והוא בידה הרי זכתה מדאורייתא כזוכה מן ההפקר, וכיון דמחמתו קא זכתה, מקודשת. משא"כ בקידשה במעמד שלושתן, דנהי דתיקון רבנן דליקני, אפ"ה לא הוי רק הפקר דאורייתא, וא"כ במאי תקדש מדאורייתא, הא לא קנתה מידי מדאורייתא רק שנעשה הפקר מדאורייתא והיא לא עשתה זכיה שיהיה קנין מדאורייתא. וכן משמע לשון הש"ס דקאמר מנין להפקר בית דין הפקר ולא אמר קנין בית דין קנין, מוכח דרבנן אין להם כח מדאורייתא רק להפקיר הממון מרשות בעלים, ומ"מ צריך לעשות קנין כזוכה מן ההפקר."

מוכח מדברי המקור חיים דס"ל דאין לחכמים כח יותר מאשר הפקר, ומשמעות דבריו דאפילו לומר שיזכה רק פלוני בהפקר, ג"כ אין להם כח דהוי טפי מהפקר, דכל כח חכמים הוא להפקיר, וכדין הפקר - לאפשר לזוכה לזכות, יהיה אשר יהיה. ואף שאפשר להסביר גם לאידך גיסא, כך נראה מפשטות דבריו. ובהמשך דבריו הביא המקור חיים דצווחו עליו בבי מדרשא דהא ילפינן דין זה מנחלות, והתם הוי קנין. וע"ז תירץ המקו"ח; "דמ"מ יליף שפיר, כיון דע"י הפקירא דידהו יכולין לזכות בו". וצ"ל, דס"ל דנחלות יש שני חלקים, האחד הפקעת הנחלה מהיורש, והשני הקנאה לאחר, וילפינן ראשים מאבות רק לענין ההפקר ולא לענין ההקנאה. ומ"מ מבואר מדבריו דבית דין יכולים להפקיע ולא להקנות.

ולכאורה קשה על כל הני דס"ל דהפקר בית דין אינו אלא הפקר ולא הקנאה, דמהגמרא בגיטין בענין פרוזבול משמע שיש בכוחם להקנות, שהרי רק המלוה יכול

לזכות בכסף הלוה ולא כל אחד. ולעיל כת' דאפשר דחכמים הגבילו את כח הזכיה והפקירו רק כלפי המלוה. ואף שלכאורה קשה דהא קיי"ל כדעת בית הלל במשנה בפאה פרק ו משנה א דהפקירו רק לעניים ולא לעשירים, אינו הפקר עד שיופקר לכל כשמיטה, וכן נפסק בשו"ע חו"מ רע"ה, וא"כ כיצד הוי הפקר שמפקירו רק למלוה ולא לאחרים. אלא שלענין זה נמצא בנודע ביהודה (תנינא, חו"מ ד סי' קנד) שכתב לחלק בין מפקירו לכל העניים ולא לעשירים לבין מפקירו לאדם מסוים דמהני, וז"ל:

"נלענ"ד דהיינו בהפקירו לכל העניים ולא לעשירים, שאז שום עני לא יוכל לזכות בה, אבל במפקיר זכותו נגד אחד או שנים לנוכח, מהני שהם יכולים לזכות בו."

ועי"ש שהביא ראה מהמג"א באו"ח תמח"ד דהפקיר את החמץ רק אדעתא דנכרי ולא אדעתא דכ"ע, לכן לא מצי אחר לזכות בחמץ אם קנה מהנכרי לאחר הפסח. ועוד הביא ראה מהגמרא בנדרים מה, א דמהני הפקר רק אדעתא דאחד, עיי"ש. לפ"ז גם בנידון שמיטת כספים מהני מה שחכמים יפקירו רק כלפי המלוה.

ונראה דהוא הדין גם בנדון שלפנינו שקונסים את הצד המפר צו בית דין, דאם נאמר דכל כח בית דין הוא להפקיר גרידא, א"כ יש מקום לומר דאין להם כח לקבוע שהקנס יעבור לצד שכנגד, ומה שקונסים לתת לקופת בית דין לא חשיב הקנאה, דאל"כ איך יצא הממון המופקר מחמת יד החייב, מה עוד דבקופת ב"ד אין כאן זוכה. משא"כ לתת לצד שכנגד מהני רק אם יש כח ביד בית דין להקנות או להפקיר רק שיזכה לפלוני מסוים. (ועיין בתרומת הדשן פסקים סי' סד שמבואר מדבריו דבתש"ה הרא"ש התיר לקנס קנס לטובת קופת המלך כדי לקיים פסק דין. וכאמור דקנס לקופת המלך - ובנדו"ד קופת ב"ד - אינו בבחינת הקנאה ע"י הפקר בית דין אלא בתורת קנס).

עוד ראיתי סברא לישב כיצד יהיה כח ביד חכמים רק להפקיר ושיזכה בו רק פלוני, בדברי המחנה חיים (לגר"ח סופר, ח"ב סי' מא). המחנה חיים כותב דכל ענין הקנין שלא יוכל אדם לזכות בחפץ זולת הקנין, הוא דוקא בחפץ שיש לו בעלים או שלאחרים יש ג"כ זכות כשלו, כגון במציאה, שרוצה לזכות וע"י זה למנוע מאחרים לממש את זכותם ולזכות במציאה ובהפקר, וע"כ צריך מעשה קנין. אבל בדבר שום אדם בעולם לא יוכל לזכות בו אלא אדם פלוני, כגון מי שאסר כל נכסיו על כל העולם חוץ מראובן, ואח"כ הפקיר נכסיו, דבר פשוט הוא שיזכה ראובן בנכסים בלי קנין, דכיון דרק ראובן לבדו יכול ליטול את החפץ, ממילא אין צריך קנין. וכן הוא הדין בירושה שיש יורש יחיד, שאין היורש צריך לעשות קנין כדי לזכות בירושה, ולכן אפילו יורש קטן זוכה מהתורה, דכיון שהתורה מנעה מאחרים את היורשים וקבעה שרק לו לבדו היא, אין צריך קנין. וכן כתב הבית אפרים במכירי כהונה, דכיון דשאר כהנים אסחי אדעתייהו, הוי כמו שאין כהן אחר בעולם וזכו המכירי כהונה. וזה גם כח של הפקר בית דין, שבית מפקיר ואינו מקנה, אך כיון שבית דין קובע שרק לפלוני הזכות, אין הזוכה צריך קנין. הפשט בדבריו - שבית דין אכן אין לו כח אלא להפקיר, אך יש בידו כח להפקיר שיזכה בו רק פלוני, וכיון שרק פלוני יכול לזכות, הוא זוכה ללא קנין, אבל אליבא דכ"ע אין לבית דין כח להקנות, ואי הצריכות לקנין נובעת מכח ההפקר המוגבל לזכיה של אחד. לפ"ז אפשר גם שאין מחלוקת בין הראשונים והאחרונים הנ"ל, אך בפשטות דברי הרשב"א משמע שכח בית דין הוא כח האבות המנחילים למי שירצו, וא"כ זהו כח להקנות. אך ע"פ דרכו של המחנה חיים מיושבת הקושיא על הסוברים דאין כח אלא להפקיר, הכיצד מהני כח הבית דין שיזכה המלוה בחוב

שנשמט ביד הלוה.

#### ד. שני סוגים של הפקר בית דין

אמנם את הקושיא הנ"ל מפרוזבול (על הסוברים דלא הוי אלא הפקר ולא הקנאה) אפשר לישב ע"פ מש"כ בשואל ומשיב (תליתא, ח"ג סי' קסב), וז"ל:

"ובזה היה נראה לפענ"ד בזה ענין חדש, דודאי מעמד שלושתן דהוה הלכתא בלא טעמא יהיה רק הפקר בית דין הפקר, דכל דחז"ל ראו שהוא תיקון הסוחרים שיהיה מעמד שלושתן כמש"כ הרא"ש, א"כ הפקירו בית דין מעותיו של זה ונקנה לזה. ואף אם נימא דהפקר בית דין אינו עושה קנין, היינו כשהיה מקום לחז"ל להפקיר נכסים של זה, אמרינן דהוה הפקר ולא קנין, אבל כאן (במעמד שלושתן) דעל מה היה להם להפקיר נכסים של זה שלא פשע כלום רק דרצו לעשות תיקון העולם, וכל שלא יהיה נקנה לזה שוב אין מקום להפקר, וא"כ הוצרכו לתקן שיהיה ההפקר מזה לזה ועי"ז שיקנה הלוה יהיה הפקר ביד המקנה במעמד שלושתן, וא"כ ההפקר נצמח ע"י קנינו של זה, ובכהאי גוונא דאי דהפקר בית דין עושה קנין, וזה ברור כשמש."

מבואר מדברי השואל ומשיב דיש שני סוגים של הפקר בית דין. כאשר ברורה מטרת החכמים להפקיע ממון מיד אחד, או כאשר מטרתם היא לזכות לאחר. דכאשר כל ענינם הוא להפקיע מיד האחד, אין לבית דין כח להקנות לאחר. אולם כאשר אין להם כל ענין בהוצאת ממון מהאחד אלא רצונם שיזכה בו האחר, וכנידון מעמד שלושתן, א"כ מה יועיל כוחם אם לא יקנו, והרי כל ענינם הוא בהקנאה ולא בהפקר ובהפקעה של צד אחד. לפ"ז גם בנידון של שמיטת כספים אין ענין בהפקר כסף הלוה אלא בהקנאה של המלוה, וע"כ לסברת השו"מ יהני מכח הפקר בית דין הפקר לכ"ע. אמנם בנידון שלפנינו שענינם הוא לקנוס את הצד המפר דברי בית דין, לא יוכלו להקנות את הממון לצד שכנגד, כיון שענינם הוא בהפקר ובקנס, ואף שרצונם גם שיזכה אחר, מ"מ כיון שיש כאן ענין בהפקר לא מהני הקנאה מכח הפקר בית דין. (וע"ע בשואל ומשיב, חמישאה סי' לא, מש"כ בענין הפקר בית דין בפרוזבול).

וסברא מעין זו נמצא בדברי הגר"ש שקופ (שערי יושר ה, ט), דהכח שנתנה התורה לחכמים הוא להפקיר ולהקנות, כפי מה שיראו לצורך תקנתם והנהגתם, והקישא התורה כח הקנאתם לכח האבות שמנחילים ככל שירצו. וכמו שביד הבעלים לעשות הקנאתם באופנים שונים, כך הוא גם כח בית דין, ויכולים לעשות הקנאה גמורה, או הפקר גמור, או נתינת רשות שיהנה משל חברו, כל מקום לפי ענינו ולפי הדרוש להם לצורך התקנה המסוימת, עיי"ש.

#### ה. לאיזה ביי"ד ניתן כח להפקיר ממון

מדברי הרמב"ם בה' סנהדרין כד, ו (הנ"ל) משמע לכאורה שלכל דיין הראוי לדון דיני ממונות, יש כח להפקיר ממון. דהנה בהל' ו כתב הרמב"ם; "וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון", (ועיי"ש בכסף משנה דחידוש הרמב"ם במילה "תמיד" דאפילו בזמן הזה יכול להפקיר ממון). ומיהו הדיין - לכאורה הוא הדיין המדובר בפרק זה ברמב"ם, וכמש"כ הרמב"ם בריש פרק כד; "יש לדיין לדון דיני ממונות", והיינו בית דין הראוי לדון דיני ממונות הוא הראוי להפקיר ממון. אמנם צ"ע שלענין מלקות נקט הרמב"ם שם בהל' ה לשון "בית דין" ("וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם...), ואילו לענין הפקר בית דין נקט הרמב"ם לשון

יחיד - "דיין". ועיין בנימוק"י יבמות (כח, ב בעמוה"ר) שכתב על דברי הרי"ף שם (לענין הפקר בית דין הפקר):

"ופסק הרמב"ם ז"ל דהוא הדין לכל בית דין חשוב בכל מקום וכל זמן, וכדאמרינן במו"ק טז, א."

וכוונת הנימוק"י לנאמר שם בהל' ה לענין מלקות, ומינה יליף הנימוק"י גם לענין הפקר. אלא שבנוסחאות הרמב"ם שבידנו לא נזכר בית דין "חשוב". והגדרה זו של בית דין חשוב, נמצאת גם בדברי הרשב"א בתש" (ח"ג סי' ס) לענין בית דין שהכריחוהו לעשות קנס (אחד הצדדים בדברי הרשב"א) דהוי אסמכתא "אא"כ הוי הבית דין בית דין חשוב שיש בידו כח להפקיע ממון", וכפירוש קנין בבית דין חשוב לענין אסמכתא (ועיין שו"ע חו"מ רז, טו). ועיין עוד בתש" הרשב"א ח"ד סי' רמז שכתב דבית דין של עכשיו לא אלימי לאפקועי ממונא. ואפשר דהתם מיירי שהקהל מינו ג אנשים סתם, אבל בית דין קבוע בעירו גם בזה"ז אלימי לאפקועי ממונא. ואף מדברי רש"י (ב"מ לב, א ד"ה אם) משמע לכאורה דאפילו בית דין סתם יכולים לאפקועי ממון, וז"ל:

"וסתם בית דין שלשה, אלמא אין כח להפקיר ממון זה אצל זה בפחות משלשה."

ומשמע דבכל ג מהני להפקיר ממון. אך לכאורה דין זה תלוי בדעת הראשונים בהא דאיתא בגמרא בגיטין לו, ב: ת"ש דאמר שמואל לא כתבינן פרוזבול אלא אי בבי דינא דסורא אי בבי דינא דנהרדעא, ואי סלקא דעתך לדרי עלמא נמי תקין, בשאר בי דינא נמי לכתבו. דלמא כי תקין הלל לדרי עלמא, כגון בי דינא דידיה וכרב אמי ורב אסי דאלימי לאפקועי ממונא, אבל לכולי עלמא לא. ובתוס' שם (ד"ה דאלימי) כתבו דר"ת כתב פרוזבול "כי היה אומר דלא בעינן אלא בית דין חשוב שבדור". ולכאורה משמע מדברי התוס' דאף דבי דינא הראוי להפקיע ממון הוא רק בית דין של חכמים גדולים ביותר, וכמש"כ הרמב"ם בהל' שמיטה ט, יז, רק דס"ל לר"ת דלענין פרוזבול לא בעינן בית דין של חכמים גדולים. אלא שבעה"ת (שער מה, א, טז), כתב וז"ל:

"ומסתברא שכל ג בקיאיין בדין ובענין פרוזבול ויודעים מצות שמיטה והמחוהו רבים עליהם באותה העיר שהן דרין בה, הרי הן באותה העיר ובאותו הזמן כבי דינא דרב אסי וראויין להפקיע ממון בני עירם בתקנתם הנראה להם כמו הם בדורם, וכדגרסינן במסכת ר"ה (כה, א), ויעל משה ואהרן ושבעים מזקני ישראל, למה לא נתפרשו שמותם של זקנים, ללמדך שכל ג וגי שנתמנו בית דין על ישראל, הרי הן כבית דין של משה."

ומבואר דבית דין שהמחוהו רבים עליהם באותה העיר, יכולים להפקיע ממון והפקרם הפקר, ולאו דוקא בית דין חשוב שבדור. וכן כתב המרדכי (ב"מ סי' רנז), וכן מבואר בדברי הריב"ש בתש" (סי' שצט) דכל בית דין קבוע בעירו יכול להפקיע ממון. ועיי"ש בריב"ש שלמד כן בדברי ר"ת (הנ"ל) וכן בדברי הרמב"ם (הנ"ל), ועיי"ש ברא"ש גיטין פ"ד סה"ג. ומדברי הריב"ש הביא גם המהריב"ל (ח"ב סי' מד), ועיי"ש מה שהאריך בדין זה.

והנה איתא בגמרא בב"ק צו, ב: ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחבריה (צמד שוורים). אזל כרב בהו כרבא (חרש בהם), זרע בהו זרעא, לסוף אהדרינהו למריה.

אתא לקמיה דרב נחמן, אמר להו, זילו שומו שבחא דאשבת. ומבואר שם בגמרא דאף דע"פ הדין חזרה הגזילה לבעלים, בכל זאת הואיל והאי איניש גזלנא עתיקא, קנסו רב נחמן. וכתב הרי"ף שם (לד, א בעמוה"ר) דשמעין דקנסין בכהאי גוונא אף בחו"ל, והביא ראיה מדברי הגמ' בסנהדרין מו, א (הנ"ל) דבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין לעשות סייג לתורה. והרא"ש שם (ב"ק פ"ט ה"ה), כתב על דברי הרי"ף, וז"ל:

"ודוקא גדול הדור כגון רב נחמן, דחתנא דבי נשיאה היה וממונה ע"פ הנשיא, או טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, אבל דייני דעלמא לא."

מבואר דלא כל בית דין יכול להפקיע ולקנוס בממון, דדוקא גדול הדור או המחוס רבים עליהם יכולים לעשות כן ולא כל ג הדנים דיני ממונות. (ועיין ברשב"ש בתש"י ס"י ריא). וכך היא גם דעת המחבר בשו"ע חו"מ ב, א:

"כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון ... ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם."

ופתח המחבר בלשון "כל" בית דין, והיינו לרבותא בתי דין של חו"ל, וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק א, וסיים המחבר דדוקא גדול הדור או שהמחוס בית דין עליהם, והיינו שהמחוס הציבור לבית דין עליהם (עיין בסמ"ע שם ס"ק ט). ובמהרי"ק (שורש קפח) כתב דאפילו לסוברים דאף בית דין של ג הדיוטות הפקרן הפקר ויכולים לענוש שלא מן הדין, מ"מ גם לשיטתם "לכל הפחות בעינן שיהיו ממונים לדיינים כבית דין של ג הדיוטות". וע"ע במהרי"ק שורש א. לפ"ז כל בית דין שהם ממונים לדיינים, הן מכח המלכות וקל-וחומר כשקיבלו ציבור היראים עליהם את הדיינים לדון להם דין תורה והם ממונים לדיינים ע"פ רבני העיר וגדולי התורה, יש להם כח להפקיר ממון, ואף להפקיר מזה ולהקנות לאחר יש בידם כח לשיטות האחרונים הנ"ל.

וכאמור לעיל, בנידון שלפנינו יש טעם לשבח מאחר ואין ההפקר ממון למטרת ענישה אלא כדי לקיים פסק בית דין, ובכגון זה כל בית דין שבכוחו לכוף על המצוות ובענינים שהם בכלל המצוות, ובדאי קיום פס"ד הוא בכלל, יש להם כח להפקיר ממון כאמצעי כפיה ומדין כופין על המצוות.

#### מסקנות

- א. בית דין יכולים לענוש בעונש מיתה ומלקות רק למגדר מילתא וכהוראת שעה, משא"כ ממון יכולים לענוש אפילו לדורות מכח הפקר בית דין הפקר.
- ב. דעת הרא"ש שאין לאסור חייבים ממון, והריב"ש לא רצה למחות ביד הנוהגים כך ע"פ תקנות הקהל.
- ג. כאשר יש ללוה ואינו רוצה לשלם, מלקין אותו מדין כופין על המצוות.
- ד. ניתן לכוף ע"י מאסר כצורך והוראת שעה.
- ה. הדין אם יכולים בית דין לזכות או רק להפקיע, תלוי במחלוקת האמוראים. ויש

ראשונים שנראה מדבריהם דאין כאן מחלוקת אלא לענין מקור הלימוד, וכח בית דין יפה גם לזכות הממון לאחר.

ו. כאשר מטרת ההפקר כדי שיזכה אחר, יש כח לבי"ד לזכות לאחר. משא"כ כאשר כל המטרה להפקיע מיד הבעלים.

ז. מדברי הרמב"ם נראה דכל דיין היכול לדון דיני ממונות, יש לו כח להפקיר ממון. ויש ראשונים הסוברים דבעינן דוקא בי"ד חשוב. ויש הסוברים דסגי בהמחווה רבים עליהם באותה העיר.

ח. בית דין שיכול לכוף על המצות, יכול לקנוס כדי לקיים פס"ד.