

הרב יהודה דוד בלייך  
ראש הכולל להוראה

## יטוד סמכותם של ז' טובי העיר

— א —

איתא ברמ"א, חו"מ סימן ב' סעי' ב', וז"ל: וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג אע"פ שיש חולקין וס"ל דאין כח ביד טובי העיר באלה רק להכריח הציבור במה שהיה מנהג מקדם או שקבלו עליהם מדעת כולם, אבל אינן רשאי לשנות דבר במידי דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כולם מ"מ הולכין אחר מנהג העיר וכ"ש אם קבלום עליהם לכל דבר, כן ג"ל. ע"כ.

אמנם לא נתברר בדברי הרמ"א לדעת היש חולקין למה ז' טובי העיר אין כוחם יפה אפילו במידי דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי. דאי בכוחם להעניש ולהפקיר מ"ש באיזה אופן מפקירים, וא"כ קשה במה פליגי הני ב' דעות שהובאו ברמ"א, ועוד קשה באם נאמר שז' טובי העיר מפקירים ממון מכוח הפקר ב"ד הפקר, זהו שייך רק אם כשרים הם לדון, אבל אם טובי העיר אינם כשרים לדון, אפילו מחמת קורבא, שיש מהם שקרובים זה אצל זה, נמצא שאין הפקדם הפקר, ומסתימת לשון הרמ"א שלא כתב שז' טובי העיר בכוחם להפקיר ממון רק אם כשרים הם לדון, משמע שלעולם יש להם סמכות להפקיר, אף אם אינם כשרים לדון, וא"כ קשה אם אינם כשרים לדון איך שייך לומר שהם כב"ד הגדול בעירן?

ועוד קשה שהרי המחבר כתב וז"ל: כל ב"ד אפילו אינם סמוכים בא"י אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין דין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש ואפילו אין בדבר עדות גמורה וכו' ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס ב"ד עליהם, ועיין בסמ"ע שפירש שר"ל שהמחוס הצבור לב"ד עליהם, וקשה דאם סמכות זו להעניש למיגדר מילתא בזמן שאין סמוכים היא לאו דוקא סמכותו של גדול הדור לבד אלא של כל ז' טובי העיר שהמחוס לב"ד ומדין ב"ד קאתו, א"כ למה דוקא ז' טובי העיר ולא כל ב"ד שהמחוס הציבור עליהם? אמנם בדברי הטור איתא טובי העיר שהמחוס רבים עליהם, ומשמע שס"ל שאין זה מדין ב"ד כלל אלא דין אחר לגמרי, וצ"ע ביסוד הדבר.

הנה במגילה דף כ"ו. איתא לא שנו אלא שלא מכרו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר אבל מכרו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר אפילו למישתא ביה שיכרא שפיר דמי ע"ש. הרי מצינו שהפקעת קדושת בית הכנסת אינה בסמכותם של ז' טובי העיר זולת במעמד אנשי העיר ואילו להעניש למיגדר מילתא ולהפקיר

ממון לא מצינו שיהיו צריכים למעמד אנשי העיר, אלא שלזה סגי בו' טובי העיר לבד, ויש להבין מ"ש הפקעת קדושת בית הכנסת מהפקר ממון. ובכדי לעמוד על עצם הסמכות של ז' טובי העיר יש להקדים דברי המרדכי בפרק השותפין וז"ל: כיון שכח בידם להפקיע בית הכנסת מקדושתו אע"פ שיש לכולם חלק בה כדאמרינן בנדורים בפרק השותפים הריני חרם עליך כו' ושרי למישתי ביה שיכרא כדאיתא במסכת מגילה ה"ה בכל מעשה הקהל מעשיהן קיים ופי' במעמד אנשי העיר שעושין בפרהסיא ואין מוחה [בידם] שאם תפרש שצריכין לומר הן א"כ לא עשו [שבעה] טובי העיר אלא כולם ואפילו בכרכין נמי. ונראה שאם אחד מהקהל מוחה בדבר שהם רוצים ראשי הקהל לעשות או לגזור חרם אם רוב הקהל היו מסכימים עם ראשי הקהל היה חלה החרם כאשר אברר ואם לא הסכימו רוב הקהל ומיחו אך הראשים עשו יכולין למחות דמה לי קבלו בתחלה מה לי בסוף וכו'. הרי שאף שמשמע מדברי המרדכי שאם הרוב מוחים בדבר אין בידם של ז' טובי העיר להפקיע קדושת בית הכנסת מ"מ מתבאר מדבריו, שזה דבעינן מעמד אנשי העיר אין זה משום דבעינן הסכמת אנשי העיר אלא כל שלא מיחו רוב בני העיר טובי העיר לבידם הם המוכרים והמפקיעים קדושת בית הכנסת, ומה דבעינן מעמד אנשי העיר הוא בכדי שתהא המכירה בפרהסיא, אמנם זה גופא צריך הסבר למה בעינן שתהא מכירת בית הכנסת בפרהסיא דוקא.

עיי' בתשובת הרמב"ם מובאה בשיטה מקובצת, בבא מציעא דף כ"ד: וז"ל: שאלת מי שקנה מן השוללים ספרי קודש לקצת בתי כנסיות שבמדינות אם נאמר שקנה או אם נכפהו על לקיחתו ממנו ואם נאמר שילקח ממנו בעל כרחו אם ינתן לו הסך שקנהו בו ואם יחזיר לאותו בית הכנסת או לזולתו? תשובה. אם ביזה זו היתה במצות המלך קנה ובטל דין הקדש ואפילו כלי המקדש כשנשללו בטלה קדושתן. אמרו: ובאו בה פריצים וחללוה. אמנם אם נשללו בלי רשות המלך או נגנבו ישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא ויטול ויחזור זה הספר למקומו כדין מי שנתברר לנו בו שנגנבו לו כליו וספריו, וכתב משה, ע"כ. הרי שלדעת הרמב"ם כל שנגנב הספר תורה במצות המלך קנינו קנין, אבל אם נגנב שלא על פי מצות המלך מחוייב הקונה להחזירו לבעליו הראשונים. עיי' דברי החלקת יעקב, חלק א', סי' קל"ו שנסתפק בכוונת הרמב"ם בציטוטו את ההלכה הנובעת מן הפסוק, "ובאו בה פריצים וחללוה", שנאמרה אצל כלי המקדש. וספיקו הוא אם כוונת הרמב"ם לומר שאם הספר הנגזל ספר תורה הוא, כל כה"ג אסור לקרות בו מפני ששוב אין בו קדושת ספר תורה, כיון שכבר נתחלל, נמצא שחידושו של הרמב"ם הוא חידוש דין בהלכות ס"ת שכל ס"ת שנשלל במצות המלך בטילה קדושתו, והיינו שדין ובאו בה פריצים וחללוה נאמר לא רק בענין קדושת כלי המקדש, אלא גם בקדושת ס"ת; או אם כוונת הרמב"ם רק לענין ממון ובא לחדש שכל שנגזל בפקודת המלך הוי כעין

כיבוש מלחמה שנקנה לשווד. וממילא מי שזכה מאת השוודים אינו חייב להחזיר. נמצא שאין זה דין מיוחד בס"ת, ובאמת לא בטילה קדושתו, אלא דין הוא בכל דבר הנשלל בפקודת המלך. אבל בסוף דבריו מסיק החלקת יעקב, „אכן לדינא לא מצינו מי שהעתיק תשובה זו להלכה“.

אמנם לפענ"ד דברי הרמב"ם שפיר מובנים ושיטתו זהה היא עם שיטת כמה מהראשונים. הנה בגיטין דף ל"ח. מבואר שעכו"ם קונה אפילו מישראל ע"י כיבוש מלחמה, ע"ש בדברי רש"י דה"מ בחזקה, שפירש שאין כיבוש מלחמה קנין חדש בקניני התורה, אלא שקונה בחזקה מאחר שהבעלים מתייאשים. הרי שלדעת רש"י עצם הקנין של כיבוש מלחמה בא ע"י יאוש ושינוי רשות ומה שהבעלים מתייאשים זהו מפני שכל שנלקח ע"י כיבוש מלחמה הוי כמו גברא אלים שא"א להעמידו לדין, ומאחר שמוכן לכל שלא יוחזר הרשות לידי בעליו מתייאשים הם ממנו, אבל ע"ש בדברי הרשב"א שס"ל שכיבוש מלחמה קונה אפילו בלא יאוש, וע"כ שס"ל שכיבוש מלחמה קנין חדש הוא ולכן אינו צריך יאוש בעלים.

ונראה שהרמב"ם בתשובתו הנ"ל ס"ל כדעת הרשב"א שכיבוש מלחמה קונה אפילו בלא יאוש והוכיח כן מסוגיא דע"ז דף נ"ב: דמבואר שם שאבני מזבח ששקצו אנשי יון לעבודת כוכבים נאסרו, ואף שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו נאסרו מטעם „ובאו בה פריצים וחללוה“ (יחזקאל ז', כ"ב), אלא דקשה איך נתחללו האבנים אם לא יצאו מרשות הקדש, שהרי לגבי הקדש לא מהני קניני גזלה להוציא מרשות הקדש, דלה' הארץ ומלואה, כמבואר שם בבעל המאור. ומזה הוכיח הרמב"ם שע"כ כיבוש מלחמה הוא דין חדש לגמרי ואינו כשאר קנינים, וע"כ שאינו קונה מטעם יאוש, שהרי אצל הקדש ל"ש יאוש, ולכן בנוגע לספרים שנשאל עליהם השיב הרמב"ם דכל שנשלל במצות המלך בטלה ממנו בעלות הראשונה וא"צ להחזיר, ולא איירי כלל מענין קדושת ספר תורה, אלא מדין בעלות של הספר תורה, אם עדיין היא ברשותה של בית הכנסת שממנה נשללה, וכדמצינו שמהני כיבוש מלחמה להוציא אבני המזבח מקדושתן הראשונה מוכח שקונה השולל אף בלא יאוש, וע"ש ברש"י שפירש „מכיון שנכנסו עובדי כוכבים להיכל יצאו כליו לחולין וכיון דנפקי לחולין קנינהו בהפקירא והווי להו דידהו וכשנשתמשו בהן לעבודת כוכבים נאסרו“, והיינו שרש"י פירש כפי שיטתו בגיטין דף ל"ח. שס"ל שכיבוש מלחמה אינו קנין חדש, אלא קנין מטעם יאוש, ולכן הוצרך לומר שבהקדש יש דין מיוחד של ובאו בה פריצים וחללוה שיש בכחו להוציא הקדש מקדושתו, ומאחר שפקע קדושתו שוב קונה מהפקר. אמנם לדעת הרמב"ם אין כאן ב' ענינים: חדא, הוצאה מרשות הקדש ע"י ובאו בה פריצים וחללוה; וב' זכייה מהפקר, אלא ס"ל שעצם כיבוש מלחמה הוא קנין חדש לגמרי, שמהני אפילו אצל הקדש. וזהו הראיה שהביא הרמב"ם מאבני המזבח, שאם מהני כיבוש מלחמה לגבי הקדש לקנותו לשחד להוציאו מיד קדושתו, כ"ש שמהני לשאר דברים, ולכן „אם ביזה זו



היתה במצות המלך קנה", וממילא אלו שקנו מאת השוללים אינם מחוייבים להחזיר. עכ"פ מדברי הרמב"ם בתשובה זו מבואר שכיבוש מלחמה מהני לא רק להפקיע קדושת אבני המזבח אלא גם להפקיע קדושת ס"ת, ולכאורה הוא הדין שמהני גם להפקיע שאר עניני קדושה, כגון קדושת בית הכנסת.

ונראה שהדבר פשוט הוא שקנין כיבוש מלחמה שייך לא רק אצל מלך ממש אלא נוהג הוא אצל כל מי ששלטון העם בידו, כעין מש"כ הרמב"ן בסוף השגותיו על ספר המצות בענין שאלת האורים ותומים שדבר זה מוטל,, על המלך או על השופט ומי שהעם ברשותו", ולכן שפיר יש מקום לומר שז' טובי העיר במקום מלך עומדים הם בעירם, ודבר זה שכל עיר ועיר יש לה סמכות ושלטון לעצמה כעין סמכותו של מלך מבואר הוא בתשו' הרשב"א, חלק ג', סי' תי"א, לענין כפייה על המסין והארנונות שכתב שם שכל שעשו רוב העיר עשוי,, והיחידים כנתונים תחת יד הרבים והרבים הם ליחידים שבעיר ככל ישראל למלך", וכ"כ בשו"ת תשב"ץ, חלק א', סוף סי' קנ"ט, ח"ל: כי בני העיר אצל יחידים כדין נשיא אצל כל ישראל".

וא"כ לפי דברי הרמב"ן שמלך לאו דוקא אלא המובן הוא כל שהעם ברשותו, וא"כ כשמינו בני העיר עליהם ז' טובי העיר דינם כמלך וסמכותם כסמכות המלך, וא"כ שפיר נוכל לומר שזה שז' טובי העיר מוכרים בית הכנסת ומפקיעים קדושתו שזהו מדין כיבוש מלחמה, שרק קנין של כיבוש מלחמה יש בכחו להפקיע קדושה. שזה שנפקעה קדושת אבני מזבח היה ע"י דין מיוחד של ובאו פריצים וחללוה, שזהו מצד כיבוש מלחמה. אבל לולי קנין כיבוש מלחמה לא היתה הקדושה נפקעת. וכ"כ גם לענין הפקעת קדושת בית הכנסת בעינן כיבוש ע"י מלך בכדי להפקיע קדושתה. אמנם מאחר שז' טובי העיר דינם כדין מלך יכולים הם להפקיע קדושת בית הכנסת ע"י כיבוש מלחמה, ובזה שהם מוכרים בית הכנסת, עצם המכירה יש בה משום כיבוש, בזה שהם מוציאים את בית הכנסת מרשות הקהל ומוסרים אותו לקונה. אלא שיש לעיין בזה שהרי במרדכי איתא שבכדי להפקיע קדושתה בעינן שהז' טובי העיר ימכרוה בפרהסיא, במעמד אנשי העיר. ונראה שכששבעה טובי העיר מוכרים בית הכנסת בצניעא, אף שיש להם דין מלך, מ"מ אין כאן מעשה כיבוש, שהרי הז' טובי העיר אינם כונשים את בית הכנסת לעצמם, אלא שמניחים לקונה ליכנס ולעשות בו כרצונו, אבל בית הכנסת עצמו אין בו כיבוש מצד ז' טובי העיר ואף שהקונה נכנס בו הרי הקונה אינו מלך. ואף שמבואר בתשובת הרמב"ם דכל שבזו במצות המלך יש במעשיו ג"כ משום כיבוש מלחמה, זהו רק בעל מלחמה וכדומה, שמוכח שבא לשם כיבוש, שמתוך מעשיו נראה בעליל שבא לשם כיבוש, אבל זה שז' טובי העיר מוכרים בצניעא אינו מוכיח על מעשה כבישה, אבל כשמוכרים בפרהסיא ובני העיר אינם מוחים בידם, זהו מוכיח שמה שז' טובי העיר מוכרים את בית הכנסת שזהו מכח סמכותם בתור ז' טובי העיר העומדים במקום מלך שבני

העיר מקבלים מרותם, ומזה גופא מוכח שבית הכנסת נכבש תחת יד הקונה ע"י אלימות של ז' טובי העיר שדינם כמלך שבני העיר כפופים למשמעתם ורק בכה"ג פקעה קדושתה.

ומיהו בדברי המרדכי איתא בהדיא שרוב הקהל יכולים למחות,, בדבר שהם רוצים ראשי הקהל לעשות,, ומשמע שיכולים הם לעכב גם במכירת בית הכנסת. ולכאורה קשה, שהרי בדין כיבוש מלחמה הדבר פשוט הוא שאף אם רוב הציבור אינם מרוצים במלחמת המלך, ואפילו אם מוחים בידו שלא יצא למלחמה, מ"מ כל מה שעשה עשוי וכל מה שכבש אפילו שלא ברצון בני מדינתו כבוש הוא, ושפיר חל דינא דבאו פריצים וחללוה ופקעה קדושתה אף ע"י כיבוש בכה"ג, וא"כ איך יכולים רוב הקהל למחות ביד ז' טובי העיר ולבטל כיבושם. והנראה בזה הוא, על פי דברי הרמב"ם בהל' גולה ואבדה, פרק ה', הל' י"ח, ששם בפרק ה' פסק כמה דינים מדיני המלכות ודינא דמלכותא דינא ובהל' י"ח כתב וז"ל במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים, אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגולן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין, שאין דיניהן דין, וכן מלך זה וכל עבדיו גולנין לכל דבר, עכ"ל. הרי מבואר בדברי הרמב"ם שכל סמכותו של מלך הוא מחמת זה שבני המדינה קבלו עליהם למלך ואם חוזרים במ מהסכמתם שוב אינו מלך אלא גולן בעל זרוע. ומה שנקט הרמב"ם,, אבל אם אין מטבעו יוצא,, זהו סימן שלא סמכו דעתם שהוא אדוניהם, או שחזרו מהסכמתם ואינם סרים למשמעתו. אבל פשיטא שאם מרדו בו והורידוהו ממלכותו ודאי שאין בגזירותיו וציוויו משום דינא דמלכותא. וכן נמי לענין כיבוש מלחמה, עיין בדבר אברהם, חלק א', סימן א', שכתב לבאר שעצם ההלכה של דינא דמלכותא דינא מבוססת היא על דין כיבוש מלחמה, נמצא שלפי דבריו פשיטא דכל שאינו מלך לענין דינא דמלכותא דינא א"א לו לקנות מדין כיבוש מלחמה. וכן הוא בנוגע לז' טובי העיר העומדים במקום המלך, שודאי יש להם הסמכות של ז' טובי העיר רק כל זמן שבני העיר לא סילקום ממשמרתם. ועיין בשו"ת חת"ס, יו"ד, סי' ה' שכתב, שאם רוב העיר מוחים ביד ז' טובי העיר אין מעשיהם כלום, ואע"ג שבני העיר מינו אותם לכתחלה על כל דבר הקהל מ"מ יכולים עתה לחזור בהם. ולפי דברי הרמב"ם הנ"ל שפיר מובן הדבר שהרי אם אנשי העיר מוחים בידם שוב אין להם דין מלך והווי כמו מלך שעכשיו אין מטבעו יוצא. וזהו ממש מש"כ המרדכי,, ואם לא הסכימו רוב הקהל ומיחו אך הראשים עשו יכולים למחות דמה לי קבלו בתחלה מה לי לבסוף". וכוונתו לומר, שמה שרוב בני העיר מוחים נגד ז' טובי העיר חשוב כחזרה מקבלת סמכותם עליהם, ולכן אם רוב העיר מוחים במכירת בית הכנסת אין במכירתם של ז' טובי העיר משום כיבוש מלחמה שיהא נחשב ככיבוש ע"י מלך, וממילא אין במכירה כזו משום ובאו פריצים וחללוה שתפקע קדושת בית הכנסת על ידה.

## — ב —

הנה לפי הנ"ל יש מקום עיון בפסק דין של בית הדין של ירושלים מתאריך כ"ב אלול תשי"ד שהופיע בפסקי דין של בתי הדין הרבניים, כרך א' ע' 169-173, שעליו חתמו הרה"ג ר' בצלאל זולטי זצ"ל ויבלח"ט הרה"ג ר' יוסף שלום אלישיב. הנידון היה תביעה של אדם פרטי נגד „הועדה להר ציון" להחזרת כתר תורה, התובע היה יליד ארץ הגר מעיר מקוב, וכפי דבריו הנאצים האונגרים שדדו את כתר התורה עם הציץ יחד עם שאר הכסף והזהב ששדדו מכל היהודים. התובע, שניצל מהמלחמה ועלה לארץ ישראל, בביקור בהר ציון הכיר את כתר התורה שלו ומסר את סימניו, שם אביו ושם אמו חרוטים על הכתר, וכן העיד שמש הקהילה של עיר מקוב שהוא בעצמו שם את הכתר בשק למסור אותו להנאצים כפי פקודת הממשלה שחייבה את היהודים למסור להם כל הכסף והזהב, והשמש העיד בפני הב"ד שהכיר את הכתר שהוא הכתר של התובע.

בדחיית הטענה שהנאצים קנו את הכתר ע"י כיבוש מלחמה כתבו הב"ד „אמנם נראה כי בנ"ד לא שייך כלל ענין כיבוש מלחמה, שהרי הנאצים האונגרים ימ"ש פשטו ידיהם הטמאות באותם היהודים אשר ישבו לבטח בארצם תחת ממשלתם, ושדדו מהם כל חפצי ערך שנמצאו אצלם, וא"כ אין זה שלל מלחמה כלל, אין זה אלא מעשה שוד, גזל וחמס. גם אחרי כן, כשנפל כל השלל בידי חיל כיבוש האמריקאי לא שייך לדון מדין קנין כיבוש מלחמה, כי הרי הם לא רצו ולא כיוונו כלל לזכות בשלל, והם אספו את השלל על מנת למוסרם לנציגי היהודים". ועל תשובת הרמב"ם שהזכרנו לעיל, כתבו הב"ד „נראה ג"כ דהכוונה הוא וכו' בזמן מלחמה שלקחו במצות המלך ממדינת האויב וכו'", והיינו שלדעת הב"ד של ירושלים כיבוש מלחמה שייך רק כשאיזו אומה יוצאת למלחמה נגד האויב, נגד עם זר, משא"כ כשהמלכות יוצאת למלחמה נגד חלק מאוכלוסיה שלה ומיושביה כל כה"ג אינו בגדר מלחמה כלל ומאחר שאין בזה משום כיבוש מלחמה וגם אין בכה"ג משום דינא דמלכותא, נמצא שאין בזה אלא מעשה גזל וחמס, משא"כ בנידון שהגרמנים נכנסו לארץ הגר וכדומה ושללו שלל בכה"ג שפיר שייך כיבוש מלחמה אבל כשהשוללים הם מאותה המדינה אף ששללו במצות המלכות לא שייך בזה כיבוש מלחמה.

אמנם לדידי חידוש זה של הב"ד של ירושלים יש לעיין בו טובא. שהרי לפי דברי הדבר אברהם הנ"ל כל יסוד של דינא דמלכותא דינא הוא, מצד כיבוש מלחמה, ואם נאמר שאין כיבושו של מלך מועיל נגד בני מדינתו, א"כ איזה תוקף יש לדינא דמלכותא שלו נגד בני מדינתו, שכנגדם אין לו קנין של כיבוש מלחמה.



ואין לומר שכל עיקרו של דינא דמלכותא הוא אך ורק כשהמלך הוא מעם זר שבא וכבש את הארץ, אבל מלך שהעמידו מתוך בני אותה אומה אין דינא דמלכותא נהוג בו, שהרי חילוק כזה לא נמצא בשום פוסק.

ע"ע דברי הגרי"א הנקין זצ"ל בפירושי איברא, סימן ג', אות י"ב, שכתב לבאר שהקנינים נחלקים לקנינים טבעיים, וקרובים לטבעיים, וחוקיים וז"ל: דהנה התפיסה ביד וכן הכבישה הוא קנין מורגש בטבע, וגם קטנים מכירים בו, כן בעלי חיים שאינם מדברים בקרא כתיב ידע שור קונהו וחמור אבוס בעליו וכו', אבל הקנינים החוקיים כל הרגשת הקנין בא מהכוונה, ובלי כוונה אין שייך בהם ענין קנין, ונמשך מכל זה דקנין יד וחצר וכיבוש קונים בלי כוונת קנין וכו'. הרי לפי דברי הפירושי איברא כיבוש מלחמה שייך הוא להקנינים הטבעיים ובעלותו של הכובש הוא מצד שהדבר מורגש בטבע. ואף שודאי מורגש החילוק בין כבישה על ידי איזו מלכות למעשה גזל וחמס של שוללים בודדים. אבל לכאורה לפי דבריו אין שום נפקותא בין כבישת האויב מעם זר ובין כבישה על ידי המלכות של אותה מדינה, שהרי הכבושים מרגישים הכבישה באותה המדה ממש בין אם הכובשים זרים הם או אם הם השרים של אותה המדינה, ועוד יותר מורגש הכבישה לדבר מוחלט וסופי כשהכבישה היא על ידי אותה המלכות שהרי אין אפילו לקוות שתבא המלכות לעזרת הכבושים לנקום נגד האויבים הכובשים.

ואם כנים אנחנו בפירוש הנ"ל בדברי המרדכי אין מקום כלל לחילוק זה שחידשו הב"ד של ירושלים, והיינו שאם סמכותם של ז' טובי העיר היא מדין מלך ואם זה שקדושת בית הכנסת נפקעת ע"י מכירתם של ז' טובי העיר הוא מדין ובאו זרים וחללוהו, שהוא דין מיוחד בכיבוש מלחמה, הרי כל סמכותם וכיבושם של ז' טובי העיר הוא נגד אנשי עירם, וא"כ יוצא לנו במפורש שכיבוש מלחמה כח יפה לקנות אף לגבי בני אותה מדינה.

— ג —

ובזה מבוארים הם דברי השו"ע והרמ"א בחו"מ סי' ב' במה שכתב שז' טובי העיר מכין ועונשין שלא מן הדין, שכפי לשון הטור דין זה נהוג בטובי העיר שהמחוס רבים עליהם. ז"א, שמאחר שנתמנו ונחקבלו ע"י הרבים יש להם דין מלך וסמכותם להעניש לפי שעה היא מדין מלך, ואם סמכותם של ז' טובי העיר מדין מלך הוא, אז שפיר מובן במה פליגי ב' שיטות שהובאו ברמ"א שם בנוגע לאם סמכותם היא לכל דבר או אם מוגבלת היא בזה שאינם רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי. ונראה שפליגי במחלוקת הרמב"ם והתוספות.

והיינו שכתב הרמב"ם בהל' מלכים, פרק ג', הל' א', וז"ל: רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס וכו', ושם בהל' ג' כתב וז"ל: וכן לוקח מן בעלי האומניות כל מה שהוא צריך ועושין לו מלאכתו ונותן שכרן. והנה לכאורה קשה, אם בסמכותו של המלך להטיל מס למה מחוייב הוא ליתן שכרן של בעלי אומניות. הרי מה שהם עושין לו מלאכתו והוא מעכב שכרן לעצמו, הוי ג"כ ענין מס, אלא הדבר פשוט הוא שמה שיש לו למלך רשות להטיל מס זהו כשמטיל על כל העם לא כשבא להטיל על אנשים בודדים ומה שמטיל על איזה יחיד לבד אין זה מס אלא גזל וחמס. וכן מש"כ הרמב"ם שם בהל' ו', וז"ל: ולוקח השדות והזיתים והכרמים לעבדיו כשילכו למלחמה וכו' ונותן דמיהם, היינו ג"כ מטעם הנ"ל, דאסור לו ליקח רכושו של איזה יחיד או של איזו יחידים אלא אם נותן דמיהם, שכל שאינו מטיל על כל הציבור אין זה מס, אבל התוס', סנהדרין דף כ: דה"מ מלך מותר, חולק על שיטת הרמב"ם בזה, ששם הקשו תימה למה נענש אחאב על נבות, כיון שלא רצה למכור לו כרמו, ובתירוצם הב' תירצו, וז"ל: ועוד י"ל דבחנם היה יכול ליקח אם היה רוצה אבל כשהיה שואל אחאב שימכרו לו חשב נבות שרשות בידו לומר לא אמכור, עכ"ל. הרי מבואר ששיטת התוס' היא שהמלך יש לו רשות ליקח שדות וכרמים ולא ליתן דמיהן. ואדרבה, הרי סבר נבות שרק כשלוקח ללא תשלום דמים לוקח הוא מדין מלך ואין אדם יכול לעכב על ידו, אבל כשנותן דמים סבר נבות שאין זה מדין מלך וא"כ הרשות בידו לומר לא אמכור.

ובזה מבואר במה פליגי הני ב' שיטות שמובא ברמ"א והיינו שב' השיטות אית להו שז' טובי העיר סמכותם מדין מלך הוא, אולם שיטה הראשונה ס"ל „שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר". כוונתם לומר היא כב"ד הגדול, באיכות סמכותם, אבל לא מדין ב"ד הגדול, אלא מדין מלך. ולשיטה זו בכחם להפקיר ממון אפילו במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, והיינו שס"ל כדעת התוס' שהמלך יש בידו ליקח שדה מזה בלא דמים וליתנו לאחד מעבדיו, אף דאית ביה רווחא להאי ופסידא להאי, ואילו שיטה הב' שהביא הרמ"א בשם יש חולקים ס"ל שאין בידם של ז' טובי העיר לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא כפי דעת כולם. היינו מפני שס"ל כדעת הרמב"ם שהמלך אסור לו להשתמש בבעלי אומניות מבלי ליתן שכרם ואין לו רשות ליטול שדה או כרם וליתנו לאחד מעבדיו אם לא שנותן דמיו, והיינו שהמלך אין לו לעשות מידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, וממנו שז' טובי העיר שסמכותם מדין מלך היא, ג"כ אינם רשאים להפקיר ממון במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי.



ויש להעיר שדברינו הנ"ל בביאור דעת המרדכי, השו"ע, והרמ"א הם שלא כפי דברי התוס' הנ"ל בסנהדרין דף כ': בתירוצם האחרון שכתבו: דפרשת המלך לא נאמרה רק על מלך שנמלך על כל ישראל ויהודה ומאת המקום ואחאב לא מלך על יהודה וגם לא מלך מאת המקום, והרי ז' טובי העיר אין סמכותם על כל ישראל וגם לא נמלכו מאת המקום.

ולפי דברינו הנ"ל מבואר עוד דבר שלכאורה מוקשה הוא בדברי הרמ"א, והיינו שבתחילת דבריו כתב השו"ע כל ב"ד אפילו אינם סמוכים בא"י אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש וכו', דוקא גדול הדור או טובי העיר, ועל זה הוסיף הרמ"א, שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר כפי המנהג. אולם היש חולקים שהביא הרמ"א לכאורה חולקים הם רק במה שנוגע לעונש ממון, שס"ל שאין בסמכותם של טובי העיר לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, אבל כפי הנראה אינם חולקים על האי דינא שהזכיר הרמ"א שמכין ועונשין והפקרן הפקר. וצריכים להבין אם ז' טובי העיר יש להם דין ב"ד הגדול ומכין ועונשין והפקרן הפקר מדין ב"ד הגדול א"כ למה לא מהני אף במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, שהרי דין הפקר ב"ד מהני אפילו בכה"ג.

אולם לפי הנ"ל ניתא, שהרי מבואר ברמב"ם בהלכות רוצח, פרק ב' הל' ד', וז"ל: וכל אלה הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו, עכ"ל, והיינו: שרשות יש לו למלך להרוג ולהעניש שלא מן הדין, משום תקנת העולם. ובזה שפיר מבוארים הן דברי המחבר והן דברי הרמ"א. והיינו שהמחבר פסק שמכין ועונשין שלא מן הדין אף בזה"ז, אבל דוקא גדול הדור שהוא עומד במקום ב"ד הגדול או טובי העיר שהם מכין ועונשין מדין מלך. והיש חולקים שהביא הרמ"א ג"כ מודים הם שז' טובי העיר דין מלך להם, ולכן מכין ועונשין והפקרן הפקר, דכל שהוא לצורך תקנת העולם נכלל בסמכותו של המלך. אולם לפי דעת הרמב"ם המלך אינו רשאי ליקח שדה או כרם וליתנו לאחד מעבדיו אלא אם נותן דמיו, שהרי מה שנוטל מזה ונותן לזה אין בזה משום עונש על שעבר על גזירת המלך, או משום תקנת העולם, ולכן בזה דוקא ס"ל להיש חולקים שאין סמכות לז' טובי העיר בדבר שיש בו רווחא להאי ופסידא להאי, מאחר שאין זה בכלל מכין ועונשין משום תקנת העולם.