

הרב יוחנן גבאי
ר"מ בית המדרש, ישיבת למרחב, פ"ת

עונשין שלא מן הדין

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. מקור הדין
- ג. מי רשאי להעניש?
- ד. להעניש שלא כדין רשות או חובה
- ה. מקור הסמכות והכוח להעניש
- ו. ענישה בזמן הזה

א. הקדמה

בסמכות בתי הדין הסמוכים מדור לדור עד משה רבינו היה לשפוט ולדון בכל תחומי המשפט דיני ממונות, קנסות ונפשות.

לאחר שפסקה הסמיכה נשארה הרשות לביה"ד לדון בדיני ממונות אך לא בכל תחומי דיני הממונות אלא רק בדברים השכיחים ויש בהם חסרון כיס וזאת מכוח "שליחותיהו דקמאי עבדינן" דהיינו שאנו עושים שליחותם של הראשונים.

בטור (חו"מ ב) מובאת ההלכה, שיש כח ורשות לביה"ד לדון שלא עפ"י הדין לצורך השעה ולמיגדר מילתא ויכולים לדון אף בדיני קנסות ונפשות. להלן ננסה לבחון מה המקור והכוח לשפוט ולדון שלא עפ"י כללי ההלכה המוכרים, והשאלה האם בזמן הזה ישנה אפשרות ליישם הלכה זו.

ב. מקור הדין

בעל העקידה (שמות שער מג) כותב, שהמקור הוא מן הפסוק "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" ודרשו בספרי שאפילו נראה בעיניך על שמאל שהוא ימין ועל ימין שהוא שמאל, מכאן שיכולים להורות הוראת שעה

שלא עפ"י הדין הרגיל¹ וכדי ליפות כוחם בזה להסיר מעליהם כל שוטן וטוען מהמשפטים הכתובים אמרה התורה "והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע... ומת האיש ההוא ובערת הרע מקרבך". המאירי (סנהדרין נב, ב) לומד מתחילת הפסוק הנ"ל כמקור להוראת שעה ולומד זאת מהנאמר "ואל השופט אשר יהיה בימים ההם".

במגילת תענית (סוף פרק ו) מובא הפסוק: "ובערת הרע מקרבך", בעוד שבעל העקידה ראה פסוק זה כמקור לענישת מי שאינו מקבל עליו את מרות ביה"ד ולא כדברי המגילת תענית שזו הסמכות לביה"ד לדון כהוראת שעה.

בעל האשל על מגילת תענית כותב שכל הדרשות הן בגדר אסמכתא בעלמא והמקור הוא הלכה למשה מסיני.

הרב פרעלא בפתיחה למניין הפרשיות אות טו כתב מקור אחר ולמד זאת מהפסוק "ועשו משמרת למשמרת".

1.ב מקורות בגמרא

ממקורות בדברי הגמ' נראה שהצורך להעניש שלא כדין קיים בכל תחומי המשפט בדיני ממונות, קנסות ואפילו נפשות כדלהלן (סנהדרין מו, א): מעשה באחד שרכב על סוס בימי יוונים בשבת וסקלוהו. וכן מעשה באחד שהטיח את אשתו תחת התאנה והביאו לבי"ד והלקוהו. ובסנהדרין (נב, ב) בת כהן שזינתה הקיפוח בחבילי זמורות ושרפוח וכן בנידה (ג, א) אדם אחד שהיה רגיל להכות חבירו ורב הונא הענישו וקצץ ידו ובגמ' סנהדרין (כו, א) אי קטל נפשיה ליכוהו לעיניה ובסנהדרין (מה, ב) שמעון בן שטח תלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד.

3. מי רשאי להעניש?

הנמו"י סובר, שלא לכל בי"ד יש את הכוח לדון שלא עפ"י ההלכה אלא רק לבי"ד שהם סמוכים. הוא ציין זאת אגב דברי הגמ' סנהדרין (נב, ב) מעשה באימרתא בת טלי בת כהן שזינתה אקפה רב חמא בר טוביה חבילי זמורות ושרפה אומר ר' יוסף בתרתי טעה, באחד טעה ששרפה שהקיפה בחבילי זמורות ואילו דין שריפה נידון שמכניסים לתוך פיה, ועוד טעה בדתניא "ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" בזמן שיש

¹ עיין ברש"י וברמב"ן שם, שמסבירים שאם נראה בעיניך שהם טועים חייב אתה להישמע להם ובעל העקידה לומד מכאן שמוותר להם לדון שלא כהלכה.

כהן יש משפט, בזמן שאין כהן אין משפט וכו'. אומר הנמו"י שם: הגמי יכלה להוסיף טעות נוספת, שצריך ב"ד סמוך והוא העניש ואינו סמוך, וממשיך וכתב ואי קשיא והא קי"ל דבי"ד מכין ועונשין שלא מן הדין י"ל דהתם סנהדרין גדולה אבל בי"ד דעלמא לא. בד"מ (ח"מ, ב) הביא הרבה פוסקים שחולקים על נמו"י וס"ל שלצורך שעה ולעשות גדר שרי אפילו שאינם סמוכים. הב"י שם מביא דברי הרשב"א בתשובותיו (ג,שצג) וז"ל: ולפיכך ברורים אלו אם עשו וראו שצריך השעה היא לענוש ממון ולקנוס גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה כדן עשו... ומ"מ הברורים צריכים להתיישב בדברים ולעשות אחר המלכה ולהיות כוונתם בכל עת לשמיים.

בהגהות הפרישה ודרישה כתב, שמדברי הב"י מובן שישנה מחלוקת בין הנמו"י לרשב"א האם יש צורך בסמוכים וכתב הפרישה להוכיח בראיות ברורות שאף הנמו"י מסכים שאין צורך בב"ד סמוכים.

ועיין בתשובות מהר"ם מלובלין (סימן קלח) שכתב מה שהצריך הנמו"י ב"ד סמוכים זה דווקא לענוש מיתה כמשפטי התורה אבל לשוב ולגרום לו איזה מיתה באופן שיהיה מבער מן העולם גם הנמו"י יתיר בב"ד שאינו סמוך. הרי"ף בפרק הגוזל קמא (מובא בטור סימן ב) מצריך כמה תנאים אפשר לקנוס אף בחו"ל ודווקא גדול הדור כרב נחמן שהיה גם ממונה מטעם הנשיא אבל דייני דעלמא לא. ומדבריו עולה שאינו מצריך ב"ד סמוכים, מדברי הרמב"ם (הל' סנהדרין כד, ד) יש לדייק שאין צורך בב"ד סמוכים שכתב "יש לב"ד להלקות... וכיוון שרואים ב"ד שפרצו העם בדברי" ולא הזכיר ב"ד הגדול או ב"ד סמוך.

מאידך, מצאנו בריטב"א יבמות (פט, ב) לגבי סוגית הפקר ב"ד הפקר שהביא בשם הרמב"ם "דה"ה לכל ב"ד חשוב בכל מקום ובכל זמן" משמע שהבין שיש צורך בב"ד חשוב.

ויש שהעירו (הרב רפאל יפה'ן בהערותיו על הריטב"א) מנין לקח הריטב"א דין זה והרי הרמב"ם כתב (סנהדרין כה, ו) "יש לדין להפקיר ממונו". ולא כתב ב"ד חשוב, וכנראה למד זאת מהרמב"ם (שמיטה ויובל ט, יז) שכתב: "אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של ר' אמי ורב אסי שהן ראויים להפקיע ממון בני אדם אבל שאר בתי דינין אין כותבין." ועדיין יש להעיר שאולי שונה תקנת פרוזבול שהיא תקנה קבועה ויש צורך בב"ד חשוב, אבל הפקעת ממון מכוח הוראת שעה מניין שיש צורך בב"ד חשוב וצ"ע.

אמנם מצאנו בהלכות ממרים (ג,ז) שכתב הרמב"ם לגבי זקן ממרא וז"ל "וכל אלו וכיוצא בהן שהם פטורים מן המיתה יש לבי"ד הגדול לנדותן ולהפרישן ולהכותן ולמנען מללמד כפי מה שיראה להם שהדבר צריך לכך". בלשונו כאן, מצריך דווקא בי"ד הגדול ואפשר לומר שכיוון שכל דין זקן ממרא הוא דווקא בהמראה כנגד ביה"ד הגדול, ה"ה כאשר ישנם מקרים שאי אפשר להמיתו ויש צורך להענישו באופן אחר כאן יש את הצורך בבי"ד הגדול בדווקא מה שאין כן בשאר מקרים שיש סמכות לכל בי"ד להעניש לצורך השעה.

מצאנו שיטה בראשונים שמצריך בי"ד סמוך בדווקא והיא שיטת הר"ן בסנהדרין (מו,א) ומשמע שמצריך גם בי"ד של עשרים ושלושה וא"כ לדבריו יש לשאול הרי ישנם מקורות בגמ' שמדברים על אמוראים שהענישו והרגו שלא כדין וזה לאחר שבטלה הסמיכה, עיין בסנהדרין (כז,א ונח,ב) ותיירץ שהם דנו מכוח סמכות המלך אבל אם הם סמוכים אין צורך לקבל רשות מהמלך.

4. להעניש שלא כדין רשות או חובה

הסמ"ג (לאוין רח) כתב וז"ל "אע"פ שהתורה אמרה לא תטה משפט הרשות ביד בי"ד לגדור פרץ להוראת שעה כפי הצורך דתניא א"ר אליעזר בן יעקב שמעתי שבי"ד מכין ועונשים וכי'".

הר"י פרעלא (בפתיחה למניין הפרשיות אות טו) העלה מדברי הסמ"ג, שישנה רשות לבי"ד לגדור את הפרצות ותמה עליו שהרי זה מחובת ביה"ד ולא רשות בידו ולמד זאת מהפסוק "ושמרו את משמרתי". ודרשו חז"ל עשו משמרת למשמרתי ואפילו אינו דורש זאת מדאורייתא אלא שלומד זאת כאסמכתא בעלמא מ"מ מדרבנן חובה היא וכתב שדעת הרמב"ם (ספר המצוות שורש ד) והרמב"ן ושאר ראשונים שלומדים זאת כדרשה גמורה ולא רשות. והביא ראייה לשיטתם מהגמ' ב"מ (צו,ב) בעי רב"ח בעל בנכסי אשתו מי מעל (פירש רש"י כגון שנפלו לאשה נכסים מאביה משנשאת ועמהם מעות של הקדש ואין ידועים שהם של הקדש ואמרו רבנן בעל זוכה בנכסי אשתו להשתמש ולאכול פירות והו"א שמועל בפירות ואפילו בעודם צרורים) והגמ' מעלה אפשרות שאולי הבי"ד מועל וזאת מפני שתיקנו לבעל שיכול לאכול את הפירות, ועיי"ש ברש"י שכתב וז"ל שכל תקנות המשפט תלויה בהן וע"י נוהגת חוקות המתקנים לציבור מאז והוי כמי שתקנו לו הם קניין זה. "מכאן רצה להוכיח שיש חובה לבי"ד לתקן, לכן היתה הו"א שהבי"ד מועל אבל אם נאמר שיש

רשות לבי"ד ואינה חובה מדוע יחשבו כמועלים הרי כל זמן שלא גילו דעתם שיש להם רצון בתקנה אי אפשר לחייבם במעילה.

ויש להוסיף ולדייק מלשון הרמב"ם שיש חובה על בי"ד ואינה רשות שכתב בהלכות סנהדרין (כד, ד) וז"ל: יש לבי"ד להלקות מי שאינו מחויב מלקות ולהרוג מי שאינו חייב מיתה לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה" מלשונו שכתב "יש לבי"ד להלקות" משמע שחובה ומצווה בדבר.

ועיין בב"י סימן ב שהביא בשם מדרש רות הנעלם וז"ל "דיינא דלא עבד סייג לתורה אין לו סייג בעוה"ז ובעוה"ב" עיי"ש.

מדברי רוב הפוסקים עולה שיש חובה על בי"ד להעניש שלא כהלכה לצורך השעה כדי לעשות סייג לתורה.

5. מקור הסמכות והכוח להעניש

אנו מוצאים בשיטות הראשונים, שיש סמכות לבי"ד לקנוס ולהעניש ולהרוג (תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן רעט) ואין צורך בעדים ואפשר להעניש ע"י עדים קרובים ועד מפי עד במקום שנראה להם שכך האמת וכן כתב הרמב"ם בהלכות רוצח ב, ד "יש להם רשות כפי מה שיראו" ויש להבין מניין דין זה וכיצד פועלת הלכה זו.

א. הרמב"ם בהלכות ממרים (ב, ד) מאיר מעט כיצד מקיימים הלכה זו וז"ל ויש לבי"ד לעקור אף דברים אלה לפי שעה... ובהמשך דבריו כתב כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בי"ד מורין בזמן מן הזמנים לעבור על מקצת מן המצוות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל שבת אחת² כדי שישמור שבתות הרבה" עכ"ל

יוצא איפוא שכמו שיש היתר חילול שבת ופיקוח נפש כדי שישמור שבתות הרבה ה"ה עוברים הדיינים על דיני התורה כדי לקיים שאר העם. הרדב"ז שם כתב שאין המשל דומה לנמשל אא"כ אנו רואים את כל ישראל כאילו הם גוף אחד ואע"פ שגופים מחולקים הם, כיוון שנשמותיהם מגוף אחד חוצבו הרי הם כגוף אחד כי הנשמה היא העיקר.

² ועיין בביאור הלכה בסימן שכט (ד"ה אלא) שמוכיח שאין זה עיקר הטעם משום "חלל שבת אחת" שהרי לפי זה אדם שלא ישמור שבתות כגון: שוטה או אינו שומר תורה לא נצטרך לחלל עליו שבת? אלא עיקר הטעם "וחי בהם" כמו שכתב הרמב"ם שבת ב, ג, "שאיין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלוש בעולם".

מדברי הרמב"ם עולה שדין זה של חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה זה לאו דווקא במצות השבת אלא בכל מצוות התורה.

ב. הסבר נוסף יש ללמוד מדברי הגמ' גיטין (ס,א) "עת לעשות לה' הפרו תורתך" מוטב שתיעקר אות אחת מן התורה ואל תשתכח תורה מישראל" דהיינו שישנם מקרים שמותר לבטל ולעקור דברי תורה כדי לעשות לשם ה' ועיין במשפט כהן ה' מלכים (קמד אות י) שהביא בשם בנו הרב צבי יהודה מקור לדין זה מרש"י מסכת ברכות (סג,א) ד"ה "מסיפא" וז"ל "עתים הם לה' לעשות משפט פורענויות בעוברי רצונו משום דהפרו תורתך". וכתב בהמשך הדברים כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב בבמה בשעת איסור הבמות משום דעת לעשות סייג וגדר בישראל לשמו של הקב"ה". עכ"ל ועיין תשובת גינת ורדים (ח"א או"ח כלל ב,כו) שדין זה לאו דווקא במצוות קלות אלא אפילו עבירות שיש בהן כרת כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב בבמה שרי, מדין עת לעשות לה'. יש לדון האם דין זה של עת לעשות לה' הפרו תורתך האם זה דין שיש רשות להפר או שזה דין מחייב לכאורה מהש"ס משמע שזה רשות ולא חובה עיין גיטין (ס,א) ברש"י שם שכתב "וכיוון דלא אפשר ויש צורך לכתוב משום שלא תשתכח תורה מישראל ואם בא עת לעשות תקנה לשם שמיים הפרו תורתך" ועיין עוד תוס' (שבת קטו,א). משמע לשון של בדיעבד ולא מחייב, ואילו בהסבר הראשון שהבאנו בשם הרמב"ם שסמכות ב"ד נובעת מדין "חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה", וזהו דין של פיקוח נפש שמחייב.

ואולי אפשר לומר שהמחלוקת הנ"ל בשאלה האם הכח לענוש שלא מן הדין – המסור לבית דין - רשות בידם או חובה לענוש שלא כדין, תלויה בשאלת מקור הסמכות. לפי הרמב"ם שלומד זאת מ'חלל שבת אחת', זה דין מחייב וכן פסק שיש חובה לבי"ד לדון לצורך שעה אבל אם נאמר שהמקור הוא משום עת לעשות לה' ונאמר שדין זה בדיעבד הוא, שיש רשות לבי"ד וזה אינו מחייב, אולי זה המקור לדברי הסמ"ג, שסבר שיש רשות לבי"ד ואינו חובה.

ג. מקור נוסף שאפשר ללמוד לסמכות ביה"ד מדברי הר"ן בדרשות (דרשה יא), שמסביר ומרחיב אודות תפקידי המלך והשופט והעלה שתפקיד השופט לשפוט כפי תיקון העת והזמן ובזמן שהיתה סנהדרין תפקידה לשפוט את העם משפט צדק לבד והמלך תפקידו לתקן סדר המדינה וכל מה שהיה

מצטרך לצורך שעה³ אבל בזמן הזה שאין מלך בישראל השופט יכול את שני הכוחות יחד כח השופט וכוח המלך.

וכן מצאנו סנהדרין (מט,א), שנתנו ליהושע כוח המלכות אעפ"י שלא היה מלך וכן דרשו חז"ל "ויהי בישראל מלך" ירמוז למשה רבינו ועיין מאירי סנהדרין (נב,א) שכתב כעין זה ממש וז"ל "כבר ידעת שאין דנים דיני נפשות אלא בזמן שביהמ"ק קיים ומי"מ דיני המלכות קיימים בכל זמן ואף בכל דור ודור יש רשות למנהיגי הדור גדולי הארצות לענוש ולהרוג דרך הוראת שעה על הדרכים שביארנו".

א"כ משמע שכוח השיפוטי בזמן הזה מקבל את סמכותו מכוח המלך וכמו שהמלך יש בכוחו להעניש ולדון אפילו שלא בהתראה ולא לפי כללי ההלכה (עיין סנהדרין כ) ה"ה רשות השופטת בזמן הזה. וכן כתב הרמב"ם (מלכים ג,י) "כל ההורגים נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה אפילו בע"א או שונא שהרג בשגגה יש למלך רשות להרוג אותם ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחם תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבור יד רשעי עולם" עכ"ל.

ויש לשאול מהו מקור לרמב"ם שיש כוח וסמכות למלך לדון ולענוש שלא כהלכה הכס"מ שם אינו מביא מקור לרמב"ם.

בספר יצחק ירנן (מובא בליקוטים על הרמב"ם מהדורת ר"ש פרנקל) מביא מקור לזה מספר שמואל ב,א שהרג דוד את המבשר על מותו של שאול ולא דנו לפי עדים והתראה וקי"ל שאין אדם משים עצמו רשע. ועדיין אנו צריכים לברר האם בכל תחומי המשפט יש סמכות למלך לדון ולענוש מצאנו באו"ש (מלכים ג,י) שכתב למדנו דין חדש מהלכה זו של הרמב"ם כמו שסנהדרין בזמן הבית היתה רשות בידו להרוג ולענוש מפני הוראת שעה (עיין רמב"ם מלכים כד,ד) כן יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם והיינו דווקא על ענייני רצח או בעניינים שבין אדם לחבירו אבל בעניינים שבין אדם למקום כמו בהטיח את אשתו תחת התאנה או רכב על סוס בשבת שזהו אינו נוגע לתיקון המדינה ממילא אין כוח וסמכות למלך אלא לסנהדרין.

³ עיי"ש בדבריו שכתב שעיקר המשפט צדק היא הסנהדרין והמעט הוא המלך וזה היה חטאם של ישראל שביקשו מלך שרצו שעיקר השיפוט יהיו בידו של המלך ככל חוקות הגויים והמעט ביד השופטים.

וא"כ אם ביה"ד מקבל את הסמכות להורות שלא כדין מכוחו של המלך זה דווקא בעניינים של בין אדם לחבירו ולא שאר המקרים וא"כ מהיכן המקור לשאר ענייני המשפט, ויש להוסיף ולהביא דברי החמדת ישראל (קונטרס נר מצווה אות עב) שכתב שיש שני סוגי הנהגות יש הנהגה טבעית שהיא שייכת לבני נח ויש הנהגת התורה ששייכת לעם ישראל לאחר קבלת התורה והיא הנהגה למעלה מן הטבע. הנהגה טבעית פירושה שבן נח נהרג בעד אחד בלי התראה וכו' ועניין המלך הוא הנהגה טבעית לפיכך יש לו היתר לדון עפ"י ע"א ובלי התראה⁴ ומוסיף לחדש שכל דיני המלך הם דווקא במקרים של שבע מצוות בני נח בלבד שהם מפני תיקון העולם אבל במצוות שנצטוו ישראל ממתן תורה ואילך צריכים לידון בשני עדים והתראה בבי"ד ולפי זה מובן פסק הרמב"ם בהלכה ח, יש רשות למלך להרוג דווקא במיתת סייף שהיא המיתה שמתחייב ב"נ.

וכך מסביר את מעשהו של דוד המלך שהרג את המבשר בסייף ללא עדים והתראה אלא מכוח הודאת בע"ד.

וא"כ אם נאמר שהסמכות ביה"ד באה מכוח סמכות המלך הרי זה מצומצם רק למקרים שבן נח חייב בהם.

6. ענישה בזמן הזה

השו"ע (ח"מ ב,א) פסק כל בי"ד אפילו שאינם סמוכים באר"י אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (והוא צורך השעה) דנים בין מיתה בין בממון ואפילו עדות גמורה ודווקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס ביי"ד עליהם וכן הסכים עימו הרמ"א (ח"מ תכה,א).

וכתב הסמ"ע שם, דלאו דווקא כל העם אלא אפילו יחיד. ובתומים פקפק בזה אם יחיד פרוץ מה צורך שעה יש בכך ולמה נעשה ונפסוק שלא כדין תורה והסביר שכוונת הסמ"ע היא שאם העם יראה את היחיד וילמדו ממנו יש להענישו.

הט"ז סייג מעט את ההענשה בכך שסובר לשיטתו שכל דבר שיש היתר מפורש בתורה אין כח ביד החכמים לאוסרו ולהענישו⁵ וכך מסביר את דברי

⁴ בכך רצה להסביר חטאם של ישראל שביקשו מלך ככל הגויים דהיינו שינהג בדרך הנהגה טבעית ולא הנהגת התורה.

⁵ עיין במשפט כהן (ה' מלכים קמג) ששאל על דברי הט"ז שסובר בדבר שכתוב מפורש להיתר בתורה אין כח ביד החכמים להתירו אפילו למיגדר מילתא ושאל כיצד אליהו

חז"ל ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה דהיינו שאם זה מפורש בתורה ומתקנים לצורך שעה זה נחשב עוברים על דברי תורה. ועיין במהר"ם מלובלין סימן קלח שנשאל מה נעשה בדינו של אחד שרצח ופסק בפשיטות שיש כח אף להמיתו בזמן הזה והדברים ידועים מתשובות הרא"ש.

הרב קוק במשפט כהן (קמד, יד) חידש שהסמכות הניתנת למלך לדון במשפט המלוכה אינו דווקא למלך אלא אף למועצת המדינה המנהלת ענייני המדינה וז"ל "נראים הדברים שבזמן שאין מלך כיוון שמשפטי המלוכה הם ג"כ במה שנוגע למצב הכללי של האומה חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה וביחיד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו לעניין כמה משפטי מלוכה".

ואם לפי דבריו אפשר שהיום נוכל להשתמש בדין זה גם מכוח מלכות, ועיין בתורה והמדינה ח"ג (עמ' נא) במאמרו של הרב שמואל ורנר שסייג דברי הרב קוק בכך שרצה לומר שהסמכות שניתנה למדינה זה דווקא שהולכת בדרך התורה והמצוות ורצה לדייק שם מדברי הרמב"ם שכל סמכות המלך קיימת רק כאשר הולך בדרך התורה והמצוות (רמב"ם מלכים א, ח') ועיין בתומים ז, א) ועיין בדברי הערתו של הרב ישראלי שם שאין מוכח מזה ברמב"ם וכתב שאין סברא לומר מכיוון שהוא רשע ועבר על מצוות התורה פטור ממצווה זו לשקוד על תיקון העולם בעשיית משפט לפי צורכי השעה, אמנם כבר הוכחנו שאף אם נגדיר שכח הממשלה בזמננו בא מכוח המלכות הרי האו"ש שהובא לעיל כבר כתב שכח המלך לדון רק דווקא בעניינים שבין אדם לחבירו כגון רצח ולא בעניינים שבו אדם למקום וכ"ש לדעת החמדת ישראל, שצמצם דין זה רק במצוות של ב"נ, אמנם אפשר להסביר שכוח ב"ד נובע מטעם אחר כמו שביארנו לעיל וממילא יש לדון בכל תחומי החיים ולפי ההגדרה של המהר"ם מלובלין יש בכוח לביה"ד לדון ולהעניש לפי צורך השעה והזמן.

הנביא בהר הכרמל ואיך הקל בדבר שמפורש בתורה (איך יהיה כוח הקולא עדיף מכוח החומרא) ולכן הסביר הסבר חדש בדברי הט"ז שעיקר יסודו שלא יבא הדבר לכלל טעות שאם יתירו דבר מפורש יבא העם לכלל טעות שיש כח ביד חכמים לשנות דבר בתורה כקביעות וע"כ אם הם מתירים איזה איסור למיגדר מילתא לא יבא הדבר לכלל טעות. ולכן מה שהתירו לחכמים בהוראת שעה זה רק דברים שלא דומים לשום תואר וצורה כמשפטי התורה ולפי זה צריך בזמננו להעניש עונשים שאינם דומים כלל לעונשי ומשפטי התורה (עיי"ש שמאריך להסביר דברי הגמ' בסנהדרין נב, בעובדא דאימרתא בת טלי בת כהן שרבי בר חמא העניש את האישה במיתה שדנה לשריפה כעין עונשי התורה וזו היתה טעות).

ויש להוסיף דברי הרשב"א בתשובה (מובא בב"י חו"מ סי' ב) שכתב "ולהיות כוונתם בכל עת לשם שמיים וכן כתב בתשובה אחרת "ולדיני נפשות צריך שיהיו מוזהרים לעשות בהסכמת זיקני עירכם כדי שיעשו אחר הצורך הגדול ובמיתון".