

האם היתר הריגת גנב הבא במחתרת נוהג בזמן הזה?*

גנב הבא במחתרת ורודף
מהי ההגדרה ההלכתית של היתר הריגת הגנב?
האם היתר הריגת הגנב נוהג אף בזמן הזה?
נספח - תשובת הרב זלמן נחמיה גולדברג

גנב הבא במחתרת ורודף

כתוב בפרשת משפטים (שמות כב, א): "אם במחתרת ימצא הגנב והוכה ומת אין לו דמים, אם זרחה השמש עליו דמים לו". ובגמ' בסנהדרין עב, ב מובא: "ואמר רבא מאי טעמא דמחתרת? חזקה אין אדם מעמיד עצמו על ממונו, והאי [=הגנב] מימר אמר אי אזילנא קאי לאפאי ולא שביק לי ואי קאי לאפאי קטלינא ליה, והתורה אמרה הבא להורגך השכם להורגו". ובמשנה שם: "הבא במחתרת נדון על שם סופו", ופירש רש"י "דהא לא קטל, ומקטיל משום דסופו להרוג בעל הבית כשיעמוד כנגדו להציל ממונו... הרי הוא לך כמי שאין לו דם ונשמה ומותר להורגו".
בהמשך שם (עג, א) נידון היתר הריגה נוסף שהתחדש בתורה, שמותר להציל הנרדף בנפשו של רודף: "ואלו הן שמצילין אותם בנפשם, הרודף אחר חבירו להורגו" וכו'.
ודין זה למדה הגמ' מנערה המאורסה (דברים כב, כה-כז): "ואם בשדה ימצא האיש את הנערה המאורסה והחזיק בה האיש ושכב עמה ומת האיש אשר שכב עמה לבדו, ולנערה לא תעשה דבר אין לנערה חטא מות כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה, כי בשדה מצאה צעקה הנערה המאורסה ואין מושיע לה", ודרשו חז"ל שם "וכי מה למדנו מרוצח, אלא הרי זה בא ללמד ונמצא למד, מקיש רוצח לנערה המאורסה ונערה המאורסה לרוצח, מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו, אף

* [המאמר הוגש למערכת 'המעין' לפני זמן רב, אך הוא נעשה אקטואלי מתמיד בעקבות פרשת שי דרומי, שהרג פורץ בדווי שחדר לחוותו בלילה, נעצר והואשם ברצח. אמנם גם לפי חוק המדינה נקבע ש"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו..." (חוק העונשים סע' 34 י), אלא שעל בעל הבית הנגנב מוטל להביא ראיה שנשקפה לו 'סכנה מוחשית' ושהוא השתדל להציל את הפורץ 'באחד מאבריו', וההכרעה בענין נמצאת בידי הפרקליטות ובית המשפט... י"ק].

רוצח ניתן להציל את הנרדף בנפשו של רודף. ונערה המאורסה גופה מנלן? כדתנא דבי ר' ישמעאל, ואין מושיע לה, הא יש לה מושיע מושיעה בכל דבר שיכול להושיעה".

מקור נוסף לדין רודף מצאנו בספרי לפרשת כי תצא (פיסקא קס) על הפסוק (דברים כה, יא) "כי ינצו אנשים יחדו איש ואחיו וקרבה אשת האחד להציל את אישה מיד מכהו ושלחה ידה והחזיקה במבשיו, וקצתה את כפה לא תחוס עינך": "אין לי אלא מבשיו, מנין לרבות כל דבר שיש בו סכנה? תלמוד לומר והחזיקה, מכל מקום. וקצותה את כפה - מלמד שאתה חייב להצילו. מנין שאם אין אתה יכול להצילו בכפה הצילו בנפשה? תלמוד לומר לא תחוס עינך". וביאר המלבי"ם שם: "אף שכבר נלמד לעיל מנערה המאורסה, בא לחדש בכאן שבאם אפשר להציל באחד מאבריו אין רשאי להמיתו". וברמב"ם הלכות רוצח (פ"א ה"ז) העדיף את מקור הספרי על פני המקור בגמ', או מפני טעמו של המלבי"ם, או מפני שאין הכרח לדייק מהפסוק "ואין מושיע לה" שיכול להושיעה אף בנפשו, ולכן הביא מקור יותר מוצק, כדרכו.

והנה הקשו התוס' (סנהדרין עג, א ד"ה אף) מדוע יש צורך לחדש את דין רודף, הרי כבר למדנו הלכה זו מדין גנב הבא במחתרת? ותירצו שהריגת הגנב היא רשות, וברודף התחדש שחובה להציל את הנרדף¹. אך עדיין קשה, אם נניח שהגנב הינו רודף - מדוע יש צורך לשתי פרשיות בתורה בענין זה? דיינו בדין נערה המאורסה! ואולי כך כוונת התוס': אילו התחדשה רק פרשת גנב הינו חושבים שהריגת הרודף היא רשות בלבד; אך כעת שהתחדשה פרשה נוספת, היא באה ללמדנו שחובה ומצוה להציל את הנרדף או את בעל הבית אפילו במחיר הריגת הרודף או הגנב. וכן, אילו התחדשה רק פרשת רודף הינו חושבים שקיים רק היתר ולא חובה, ובא זה ולימד על זה, ובשניהם זו חובה².

אבל אפשר להבין אחרת את דעת התוס', שאף לאחר תירוצם עדין יש חילוק בין גנב לבין רודף, שרק ברודף חובה להורגו, מה שאין כן בגנב הבב"מ שהריגתו רשות בלבד, כי גנב אינו ממש רודף. קושיית התוס' הייתה מדוע שלא נלמד את היתר הריגת הרודף בקל וחומר מגנב, והם תרצו שאין הכי נמי, אילו למדנו בק"ו מגנב היינו חושבים שאף הריגת הרודף היא רשות, קמ"ל שברודף זו חובה אך בגנב זו רשות. ולפי זה מקור הדין שרודף חובה להורגו הוא מייטור הפסוקים, או ממשמעות הכתוב "אין מושיע לה"³.

דעת הרמב"ם אינה משתמעת לשני פנים: בהלכות גניבה (פ"ט ה"ז) הוא כתב

- 1 ובחידושי הר"ן לסנה' שם הקשה ותירץ כתוס' הנ"ל ווע"ע באפיקי ים ח"ב סי' מ, ובאגודת אזוב ערך מחתרת סע' א, ולהלן הע' 7.
- 2 כעין זה הבין את התוס' בספר תוספת יום הכיפורים למס' יומא פב, ב.
- 3 כך הבין בדעתם הרב יחזקאל הלוי ברנשטין בספרו דברי יחזקאל סי' כג ס"ק י, וכן דעת בעל ספר בני חיי בחידושו לסנהדרין שם. ועי' בבית זבול לגרי"מ חרל"פ ח"ב ס"ק א, וביד דוד על סנהדרין שם ד"ה אף רוצח.

שהבא במחתרת אין לו דמים ורשות יש לכל אדם להורגו, ואילו אח"כ בהלכות רוצח (פ"א ה"ו) כתב שכל ישראל מצווים להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו, ובהל' טו ציין שזו מצוות עשה שנאמר "וקצותה את כפה", ויש בזה עוד שני לאוין "לא תחוס עינך" ו"לא תעמוד על דם רעך". ונראה שהרמב"ם לשיטתו שמקורו לדין רודף שונה מזה של הגמ' וכן"ל, ולכן לדעתו לא היתה הוה-אמינא שדין רודף הוא רשות, כי זו המשמעות הפשוטה של הכתוב ו"קצותה את כפה" - מצוה, ורק לפי הגמ' שמקור הדין מ"ואין מושיע לה" היה מקום להסתפק בכך.

לדעת הרמב"ם קיים הבדל נוסף בין דין רודף לגנב הבב"מ: בהל' רוצח (שם ה"ז) כתב הרמב"ם שברודף צריך להשתדל להציל את הנרדף באחד מאבריו של רודף, ורק אם אין ברירה מותר להורגו, ואדרבה - כל היכול להצילו באחד מאבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף הרי זה שופך דמים (הל' יג), ואילו בהלכות גניבה לא חילק הרמב"ם, וכתב סתמא שמותר להרוג את הגנב הבב"מ. ואמנם ניתן לומר שבהלכות גניבה הסתמך הרמב"ם על מה שיכתוב להלן בהלכות רוצח⁴, ואולי אף יש כאן קל וחומר - אם ברודף שיש חובה להציל את הנרדף בנפשו חייב לנסות להצילו באחד מאבריו של רודף - כל שכן שיש לנהוג כך בגנב שכל הריגתו אינה אלא רשות בלבד⁵; אך לענ"ד אין זה הפשט ברמב"ם, היות והלכות גניבה כתובים הרבה לפני הלכות רוצח לא היה לרמב"ם לסמוך על מה שיכתוב שם. ולכן נראה שאינם שווים בדין זה, ובגנב הבב"מ אין צריך לדקדק ולהשתדל לפגוע באחד מאבריו ובכך ולהימנע מהריגתו⁶.

ובספר דברי יחזקאל (הנ"ל הע' 3) חידש חילוק נוסף בדעת הרמב"ם: הרודף אינו נהרג בספק רדיפה לעומת הגנב שנהרג אף בספק, כגון שמותר לאב להרוג את בנו החותר אצלו למרות שאין ודאות שהבן בא על עסקי נפשות; ורק כשהאב חותר אצל בנו, שקרוב לוודאי שאינו בא על עסקי נפשות, אסור לבן להורגו, כפי שמפורש בגמ' שם בדרשת הפסוק "אם זרחה השמש עליו".

מהי ההגדרה ההלכתית של היתר הריגת הגנב?

ומעתה יש לחקור, האם היתר הריגת הגנב הוא הרחבה של דין רודף - או שזהו חלק עצמאי מדיני גנב הבב"מ?

בספר דברי יחזקאל שם הוכיח שגנב הבב"מ אינו ממש רודף, מכך שנצרכה פרשה מיוחדת לדינו, ועוד שהריגת הגנב הינה רשות ולא חובה, ונהרג אף בספק, מה שאין כן ברודף. וכן הוכיח הרב שך בספרו 'אבי העזרי' על הרמב"ם (הל' גניבה והל' רוצח

4 שו"ת חות יאיר סי' לא, וכ"כ באגודת אזור ערך מחתרת סע' י.

5 כנסת הגדולה חו"מ סי' תכה הגהות הטור אות לא.

6 וכך הכריע בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קפז, שגנב הבב"מ מוחזק כרוצח, ואין צריך להצילו באחד מאבריו. ועי' מנחת אשר על ב"ק סי' ג.

שם) שהריגת הגנב היא חלק מדיני הגנב ואינה מדין רודף, מהברייתא בעירובין (מה, א) שגוים שצרו על ערי ישראל בשבת אם באו על עסקי נפשות מחללין את השבת אך אם באו על עסקי ממון אין מחללין את השבת (אלא אם כן היתה זו עיר הסמוכה לספר שבכל מקרה מחללין); והקשה הרב שך, במה שונה דין זה מדין גנב הבב"מ שנידון על שם סופו, הרי גם הגנב בא על עסקי ממון, ואם בעל הבית לא יתנגד לו לא יהרגו, ובכל זאת התירה תורה להורגו בין בחול בין בשבת כפי שמפורש בגמ' שם, ומדוע הצלת העיר הנצורה על עסקי ממון אינה דוחה את השבת? אלא על כרחך שחידוש התורה לדון גנבים הבב"מ על שם סופם הוא רק בגנב ממש החותר להיכנס לביתו של בעל הבית מבלי שירגיש בו, אבל בגוים שצרים על עיר בכלי זיין בגלוי לא קיים דין זה. ועוד הביא ראה שזהו דין מיוחד בגנב, מלשון הרמב"ם בספר המצוות (מצוה רלט): "לדון בדין הגנב, שנקנס אותו תשלומי כפל או ארבעה וחמישה או נהרגו אם בא במחתרת או נמכרו, ובכלל כל משפטי הגנב כמו שהתבאר בכתוב"⁷.

בשו"ת שאלת חיים (או"ח סי' ד) כתב שהבא במחתרת אינו ודאי רודף, ולכן הריגתו רשות. ובכנה"ג הנ"ל הסביר שהרודף בא להרוג, אבל הבא במחתרת בא על עסקי נפשות רק אם בעל הבית יעמוד כנגדו, ואם לאו יסתפק בשללו ויצא. ולדעתי זו הסיבה שהתחדשה פרשת גנב הבב"מ, כי יש כאן חידוש גדול בכך שנידון על שם סופו. ועוד, גם לשונו של רבא בסוגיית גנב הבב"מ "הבא להורגך השכם להורגו" צריך עיון, מהוא לשון "השכם"? אצל אברהם אבינו נאמר "וישכם אברהם בבוקר", ותרגומו "ואקדם אברהם בצפרא"; כלומר "השכם" משמעותו "הקדם", ומחדש רבא שהתירה תורה להקדים רפואה למכה, ולהרוג את הגנב עוד לפני שהוא מתחיל לסכן אותי, עוד בהיותו במחתרת [שהיא החפירה שמתחת לכותל הבית], ועל כך כתבה התורה "אין לו דמים" - שדמו מותר. וכן משמע בזהר לפרשת תולדות (קלח, א) על הפסוק "והנחש היה ערום": "תנינן בא להורגך הקדם אנת למיקטליה". וניתן ללמוד בקל וחומר, שאם גנב הבב"מ מותר להקדים ולהורגו - כל שכן ברודף ממש שמוותר. גם חז"ל בשני מקומות במסכת ברכות שייכו את דברי רבא 'הבא להורגך' וכו' לדין רודף: בדף נח, א במעשה דרבי שילא שהרג לאותו אדם שהתכוון להלשין עליו למלכות: "אמר האי רודף הוא והתורה אמרה הבא להורגך השכם להורגו", והשני בדף סב, ב: "אמר לו דוד לשאול, מן התורה בן הריגה אתה, שהרי רודף אתה והתורה אמרה הבא להורגך השכם להורגו". בשתי הדוגמאות מובאת האפשרות להקדים ולהרוג את הרודף, ובשניהם כתב רש"י שם שמקור הדין הוא בהיתר הריגת הגנב

7 גם בספר החינוך מצוה נד כתב כעין לשון הרמב"ם. ויש לדייק שבהל' גניבה שם כתב הרמב"ם שהוא כרודף, משמע שאינו ממש רודף. אמנם יש לציין שבסמ"ג (סוף לאו קס) כתב בשם ר' אליעזר ממיץ שהיה מדמה ענין המוסר לבא במחתרת לפי שאין אדם מעמיד עצמו על ממונו, ולפי דברי הרב שך לא ברור שאפשר ללמוד דין מוסר מהדין המיוחד של גנב הבב"מ.

הבב"מ: "אמרה תורה הבא להורגך השכם להורגו אם במחתרת ימצא הגנב". וכן פירש רב ניסים גאון ב'מפתח מנעולי התלמוד' בדף נח שם. אך במדרש תנחומא פרשת פנחס דרשו מן הפסוק "צרור את המדינים והכיתם אותם" (במדבר כה, יז) "מכאן אמרו אם בא להורגך השכם להורגו"⁸. מדוע לא אימץ המדרש את פרשת מחתרת כמקור לדין "הבא להורגך"? נראה לענ"ד שפרשת גנב הבב"מ אינה יכולה להוות מקור מושלם לדין "השכם להורגו", כי גנב הבב"מ שונה בכך שהתורה התירה את דמו לחלוטין, שנאמר "אין לו דמים", עד כדי כך שאין צורך לנסות ולהציל את בעל הבית באחד מאבריו של הגנב, מה שאין כן ברודף שיש לעשות השתדלות שלא להורגו. ולכן אין ללמוד קל וחומר מגנב, ואין לך בו אלא חידוש⁹.

ועוד ניתן להוכיח שגנב הבב"מ אינו נהרג מדין רודף מהברייתא המובאת בסנהדרין עב, ב "אין לו דמים בין בחול בין בשבת". ולכאורה קשה, אם הריגתו של גנב הבב"מ היא מדין רודף פשיטא שמוותר להורגו גם בשבת, ומה חידוש יש כאן? ועוד כתוב שם שאין מפקחין על גנב הבב"מ את הגל בשבת, ומנמק שם רש"י (ד"ה לפקח) "כיון דניתן להורגו בלא התראה גברא קטילא הוא משעת חתירה"; וקשה, אם הריגתו מדין רודף מדוע אין מפקחין עליו את הגל, הרי עתה הפסיק לרדוף, וכי דינו גרוע מרודף שנפל עליו הגל שיש להשתדל להצילו¹⁰? אלא על כורחך היתר הריגת גנב הבב"מ אינו לצורך הצלת בעל הבית גרידא, אלא גם לשם ענישת הגנב, ומרגע שהחל לחתור 'אין לו דמים' והרי הוא כמי שאין בו דם ונשמה¹¹, ולכן כשנפל עליו הגל יש להתייחס אליו כאדם מת שנענש בידי שמים ואסור לחלל עליו את השבת. וזהו דין מיוחד בדיני הגנב הבב"מ, שהתירה לנו התורה לעונשו כאילו אנו בעצמנו דייני הסנהדרין העושים בו משפט¹².

- 8 וראה במאירי לסנהדרין שם ששאל "והיכן אמרה? פירשוה במדרש תנחומא" וכו'.
- 9 יש פוסקים שחילקו בין הנרדף עצמו לבין המצילים אותו, והתירו לנרדף להרוג את הרודף בלי להשתדל להציל עצמו באחד מאבריו. ויש שלא התירו זאת לגמרי, רק אמרו שמתוך שהנרדף בהול על נפשו אין מודקדקין עמו. עיין בשו"ת הריב"ש סי' רלח, ובמשנה למלך להלכות חובל ומזיק פ"ח ה"י. אך בגנב לא מצינו חילוקים כאלה לשיטת הרמב"ם שהובא לעיל. ועי' ברא"ם על התורה לפר' וישלח על הפסוק "וירא יעקב מאוד ויצר לו" (בראשית לב, ח), הובאו דבריו בשפתי חכמים על רש"י שם.
- 10 ועי' מאירי שם.
- 11 לשון רש"י עמ' א שם וז"ל לפי זה שמוותר אף לזרז את מיתתו. ועל פי זה דייק בספר ישועות ישראל בהשמטות לס' כז שגם מי שנגמר דינו למיתה בבי"ד אסור להצילו בשבת. אך המאירי שם מתייחס לכל אורך הדרך לגנב הבב"מ כלרודף.
- 12 וכן משמע ברמב"ם במו"מ, שם מצות הצלת הנרדף כלולה בין המצוות שהן לצורך מניעת עוול ונזק (ח"ג פרק מט, בעוד שדין הריגת גנב הבב"מ כלול בין דיני העונות החוטאים (פרק מא). ועי' בספר מנפת צוף, עיונים במורה נבוכים מאת הרב י"ש בלס רב היישוב נוה צוף, כרך ב עמ' 619 ואילך.

וראיה לכך אפשר להביא מקושיית הגמ' על הברייתא שחידשה שנהרג אף בשבת (שם עמ' ב): "אצטרך, סלקא דעתך אמינא מידי דהוה אהרוגי בית דין דבשבת לא קטלינן, קמ"ל דקטלינן". וקשה, מה שייד להשוות את הריגת הגנב להרוגי בית דין, וכי בעל הבית הפך לדיין? אלא על כורחך שיש כאן יסוד של ענישה כבית דין, והיה צורך לחדש שהותר לנו להציל את בעל הבית על ידי ענישת הגנב אפילו בשבת. ועוד שם בברייתא: "הוכה, בכל אדם; ומת, בכל מיתה שאתה יכול להמיתו". כלומר שיש עדיפות להורגו בהכאה¹³, ואם לאו אפשר להורגו בכל אופן, כפי שמצינו ברוצח שיש לכתחילה להורגו בסייף ואם לאו אפשר להורגו בכל מיתה¹⁴. וקשה, הרי בהריגת רודף אין כל עדיפות למיתה מסוימת! אלא הוא אשר אמרנו, שהיחס אליו הינו כאל מי שמומת ע"י בית דין.

קיים דין שכל מי שנהרג בבית דין צריך שיקבל עליו התראה, כלומר עליו להשיב לעדים שהוא שמע את ההתראה ואף על פי כן הוא מבצע את העבירה, ובלי קבלת התראה לא ניתן להורגו¹⁵, לעומת רודף שדי באזהרה בלבד על מנת לנסות למנוע ממנו את המעשה ואין צורך בקבלת ההתראה כדי להורגו¹⁶. והנה הגמ' שם מצטטת שתי ברייתות: הראשונה "אין לי אלא מחתרת, גגו חצרו וקרפיו מנלן, ת"ל ימצא הגנב, מכל מקום. אם כן מה ת"ל מחתרת, מפני שרוב גנבים מצויים במחתרת". והברייתא השניה שם אומרת "אם כן מה ת"ל מחתרת, שמחתרתו היא התראתו". כלומר החידוש הוא שמותר להרוג גנבים החודרים דרך החלונות או הגגות ולא דווקא כאלו שנמצאו במחתרת, אך אם נמצא במחתרת אין צריך התראה כלל, ואם חדר מהחלון אסור להורגו ללא התראה. וברש"י שם (ד"ה זו היא התראתו) כתב שאינו נהרג עד שיתרו בו התראה מלאה בעדים, וזה יקבל התראתו ויאמר יודע אני ועל מנת כן אני עושה שאם תעמוד לנגדי אהרוג אותך. וחלק עליו המאירי וטען שאינו צריך לקבל ההתראה כדי להתיר עצמו למיתה, שאין צורך בהתראה מלאה אלא במומת בית דין בלבד. א"כ ברור כשמש שלשיטת רש"י יש להתייחס לגנב כמומת בית דין, והריגתו הינה בגדר ענישה כפי שהדגשנו לעיל.

אך אי אפשר להתעלם מהרמזים השונים שלגנב יש דין רודף לכל דבר [וגם חלק מהראשונים מתייחסים אליו כאל רודף], והנה כמה מהם:

- א. הברייתא שם קובעת שכל אדם רשאי להורגו ולא דווקא בעל הבית.
- ב. הרמב"ם (הלכות גניבה שם הל' ט) פסק שאף גנב קטן נהרג כדין רודף, למרות שקטן אינו בר עונשין.
- ג. למסקנה נהרג הגנב הבב"מ אף בשבת.

13 במאירי כתב שהכוונה לסייף.

14 סנהדרין מה, ב.

15 רמב"ם הל' סנהדרין יב, ב.

16 סנהדרין עב, ב: רודף אין צריך התראה. ועי' רמב"ם הל' רוצח א, ז.

- ד. אם חתר ממש אינו צריך התראה, דמחתרתו היא התראתו¹⁷.
 לעומתם נביא שוב את הרמזים המראים שגנב נהרג בתורת ענישה ולא כרודף:
 א. לדעת הרמב"ם כנראה שאין צורך לנסות ולהצילו באחד מאבריו.
 ב. הריגתו רשות ולא חובה.
 ג. הוא נהרג אף בספק רדיפה.
 ד. אין מפקחין עליו את הגל.
 ה. כשהוא מנסה לחדור לבית דרך החלון או הגג יש לדעת רש"י צורך בהתראה מלאה כהרוגי בי"ד.
 ו. קיימת עדיפות להרוג אותו לכתחילה בסייף.
 ז. יש הוה-אמינא שאסור להורגו בשבת.
 ח. התחדשה פרשה מיוחדת לדין גנב הבא במחתרת.
 נראה לי אם כן שקיימים שני דינים בגנב הבב"מ: הריגתו היא גם הצלה וגם ענישה. לעיתים יושם הדגש על הרדיפה וההצלה, ולעיתים יושם הדגש על הגניבה והענישה, והכל תלוי באופן שבו נתפס הגנב: אם נתפס ממש במחתרת, כיון שטרם כל כך ומסר נפשו לחרור¹⁸ מתייחסים אליו כרודף המסכן את בעל הבית, ובמקרה זה אף הקטן נהרג ונהרג ללא התראה [רק באזהרה]. אולם יתכן כי יסודות הענישה שהוזכרו לעיל לא יחולו על הקטן, כלומר שיש להשתדל להצילו באחד מאבריו ויש לפקח עליו הגל, מה שא"כ בגדול.
 מאידך גיסא אם חדר הגנב דרך החלון או הגג יש לברר היטב שבא אף על עסקי נפשות ולהתרות בו התראה מלאה¹⁹; במקרה כזה יתכן שלא יהיה ניתן להרוג קטן, כיון שאינו בר עונשין. כמוכן שחילוקים אלו אינם עולים בקנה אחד עם שיטת הרמב"ם, שלא חילק בין קטן לגדול²⁰.
 ועוד: הבריתא שם מחדשת ש"הוכה" הוא בכל אדם, ומסבירה הגמ' שיש צורך לחדש שכל אדם יכול להרוג את הגנב הבב"מ: "סלקא דעתך אמינא בעל הבית הוא דקים ליה בגויה דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו, אבל אחר לא, קמ"ל". ומפרש רש"י: היות שרק בעל הבית נתון בסכנה היתה הוה אמינא שאסור לאחר להרוג את הגנב כיון שאינו מסכן את הזולת, קמ"ל כיון שבא על עסקי נפשות של ישראל רודף הוא, וניתן להציל את בעל הבית בנפשו של זה. וקשה, שאם רודף הוא פשיטא שהכל מחוייבים להצילו, ומה חידוש יש כאן שגם אחר רשאי להורגו? ובספר מרגליות הים לסנהדרין הביא בשם 'אור הנעלם' פירוש אחר: רק בעל הבית יודע בעצמו כיצד ינהג,
- 17 ברש"י שם נימק זאת בכך שגנב שטרם כל כך ומסר נפשו לחרור תחת הבית ברור שאם בעל הבית יעמוד כנגדו יהרגנו הגנב, דבר שאינו ברור אם חדר מהחלון.
 18 רש"י שם ד"ה זו.
 19 רש"י שם.
 20 וכבר הרגיש בזה הרב שך באבי העזרי שם. הרמב"ם גם לא הזכיר התראה כלל, כיון שהוא פסק כברייתא הראשונה.

אם לא יעמיד עצמו על ממונו ויסתכן - או שיעדיף לוותר על ממונו ולא להסתכן, והתורה נתנה בידו את הבחירה להחליט האם להרוג את הגנב או לאפשר לו לגנוב, והיות שאין זולתו יודע מה בלבו של בעל הבית הרי שלפניו ניצב ספק רודף, וא"כ עליו להפעיל שיקול דעת אם תצא מכך רדיפה או לא; קמ"ל שגם אחר רשאי להרוג את הגנב בלי הגבלות. ויתכן שדברים אלו תואמים את מה שחידשנו לעיל, שהתורה התירה להעניש את הגנב.

לעיל הבאנו ברייתא ממסכת עירובין שמוותר לחלל את השבת כאשר גויים באו על עסקי נפשות, ואסרה לחלל את השבת כשבאו על עסקי ממון, וכך אכן נפסק בשו"ע (או"ח סי' שכט סע' ו), אולם בסע' ז שם כתב המחבר "יש מי שאומר שבזמן הזה אפילו באו על עסקי ממון מחללין, שאם לא יניחו ישראל לשלול ולבז ממון יחרגו, והיו ספק נפשות". והיקשה המגן אברהם (ס"ק ה) מדוע שלא יניחו להם ליקח הממון ולא יחללו את השבת? ותיירץ כיון שתיתכן אפשרות שמישהו מבני העיר לא יעמיד עצמו על ממונו ויסתכן, לכן מותר לכולם לחלל את השבת למנוע ספק סכנה²¹. עם זאת הוסיף המג"א, שאם מדובר באדם יחיד - יניח לגוי ליקח ממון ולא יחלל את השבת. ומכאן הסיק הגרש"ז אוירבך זצ"ל²² שגנב המנסה לחדור לבית בשבת אסור לבעל הבית להורגו, אלא יניח לו ליטול את ממון ולא יחלל את השבת; אולם אדם אחר יכול להורגו, שמא בעל הבית לא יעמיד עצמו על ממונו. עם זאת הוסיף שמוותר לבעל הבית להתנגד לגניבה, ואם תצא מכך רדיפה רק אז מותר לחלל את השבת ולהורגו. אך הדברים צריכים לי עיון גדול, לפי שנראה שהם סותרים גמרא מפורשת שמוותר להרוג את הגנב אפילו בשבת, ולא חייבה התורה את בעל הבית להתעלות מעל עצמו ולוותר לגנב, כיון שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שאינו מעמיד עצמו על ממונו; אילו היה יכול להציל ולהתנגד לגנב מבלי לחלל שבת ודאי היה עושה זאת, אך כיון שהגנב עלול לסכנו אם יתנגד מותר לדון אותו על שם סופו ולהקדים רפואה למכה, שנאמר "אין לו דמים" בין בחול בין בשבת. ואין להקשות מדברי המגן אברהם שהחמיר על היחיד שלא יתנגד לגוי השולל, לפי שאין הנדון דומה לראיה, שם לא מדובר בגנבים אלא בגויים שצרו על עיר, ובמקרה כזה לא התחדש שמוותר להרוג אף בשבת, וכפי שכבר הדגשנו לעיל שהיתר הריגת הגנב הוא חידוש בדיני גנב, ומותר לעונשו אף בשבת, ואין לך בו אלא חידושו. ויתכן שהיתר זה של התורה נועד להרתיע גנבים מלגנוב, כיון שחסה התורה על ממונן של ישראל הכשרים והתירה את דמו של הגנב אפילו בשבת, ואין ללמוד מכאן למקרים אחרים. ואף בגנב עצמו לא בכל מקרה מותר להורגו, שהרי הרמב"ם כתב שאם כבר הספיק לצאת מן הבית עם שללו אין היתר להורגו²³.

21 יתכן שגוי נהרג אף בספק רדיפה.

22 הובאו דבריו בספר שמירת שבת כהלכתה חלק א פרק מא הערה ח והערה ע. ועי' מנחת שלמה ח"א סי' ז.

23 הל' גניבה שם.

האם היתר הריגת הגנב נוהג אף בזמן הזה:

לכאורה פשוט שדין רודף נוהג בכל זמן; אך יש לדון אם גם בגנב הבב"מ הדין כך, כיון שכבר הוכחנו בראיות לא מעטות שהריגתו יש בה גם גדר ענישה, לפחות כאשר נכנס מהחלון או הגג.

הרי"ף השמיט את דין גנב הבא במחתרת מהלכותיו, וכבר תמה עליו הרז"ה במאור (יז, א בדפי הרי"ף) מדוע התעלם הרי"ף מכל סוגיית גנב הבא במחתרת? מדוע לא התייחס לגנב שנטל כלים והוא פטור מדין קים ליה בדבריה מנייה? גם הרמב"ן במלחמת ה' שם הרגיש בזה, וכתב שנראה שהרי"ף השמיט את הדין הזה כיון שכבר התייחס לדין רודף שהיה רודף אחר חבירו ושבר את הכלים שפטור (ב"ק מד, א בדפי הרי"ף). גם הרא"ש בפסקיו הלך בעקבות הרי"ף והזכיר רק את דין רודף, ואפילו מרן בשולחן (חושן משפט סי' תכה סע' א) לא הזכיר כלל את דין גנב הבא במחתרת והתייחס לדין רודף בלבד, ורק הרמ"א הוסיף על דבריו שהבא במחתרת דינו כרודף.

השמטת רוב הפוסקים את דין גנב הבב"מ יתכן שהיא מלמדת שדין הריגת הגנב אינה נוהגת בזמן הזה כיון שאין לנו היום דיני נפשות, וכמו דין הבעל ארמית קנאין פוגעין בו (סנהדרין פא, ב) שנפסק ברמב"ם בשני מקומות²⁴; בשו"ע אבן העזר (סי' טז סע' ב) לא התיר בפירוש לקיים את דין קנאין פוגעין בו, אלא כתב "הבא על הכותית אם לא פגעו בו קנאים ולא הלכוהו בי"ד עונשו מפורש בדברי קבלה". ותמה עליו החלקת מחוקק (שם ס"ק ד): "לא ידעתי למה השמיט דין של קנאין פוגעין בו שכתבו הרמב"ם והטור"²⁵.

ויש מי שתירץ²⁶ "ואפשר דדין קנאין הוא דווקא כשיש סנהדרין בלשכת הגזית ודנים דיני נפשות, ואז הקנאי דינו כסנהדרין; אבל בזמן הזה שאין סנהדרין בלשכת הגזית ואין דנים דיני נפשות - אפילו קנאי אסור להרוג". ומכאן אפשר להקיש לדין גנב הבב"מ, ויתכן מאוד שגם דין גנב הבא במחתרת הושמט מן השו"ע מאותה סיבה - שהריגת הגנב היא ענישה כאילו היינו אנו במקום בי"ד, וכיון שדיני נפשות לא נוהגים היום בעוונותינו לכן גם הריגת הגנב לא תותר; כמובן שרשאי בעל הבית לממש את זכותו ולהתנגד לגנב, ואם הוא משער שתפתח רדיפה יש לדון את הגנב כרודף לכל דבר, וכל כוונתי היא אך ורק לחלק הענישה שקיים בדין גנב הבא במחתרת. לכן הביאו הפוסקים הנ"ל רק את דין רודף, שכל מהותו הוא הצלת הנרדף גרידא, וכך גם יש להתייחס לגנבים בזמן הזה, ולהפעיל שיקול דעת אם ישנה סכנה אם לאו.

24 הל' סנה' פי"ח ה"ו, ובאיסורי ביאה פי"ב ה"ד.

25 וקשה לומר שלא הביאו דין זה כיון שהיא הלכה ואין מורין כן, שאם כך מדוע נכתבה ברמב"ם ובטור.

26 ספר עין אליהו, מובא במרגליות הים לסנהדרין פב, א עמ' 104 אות יט.

ובשו"ע (חו"מ סי' ב סע' א) כתב שאף בזמן הזה אם היו רואים בית הדין שהעם פרוץ בעבירות מסוימות יש להם סמכות להעניש אפילו שלא על פי דין תורה בכדי לגדור פרצות הדור, בין בממון בין במלקות או במיתה. ובאורים ותומים (שם אות ב) כתב שאין לגואל הדם היתר להרוג בזמן הזה כיון שאין לנו בי"ד שיגמור את דינו של הרוצח, אבל למיגדר מילתא אמרינן שיש לכל אדם דין גואל הדם אף בזמן הזה.²⁷ ובספר קצות החושן (שם ס"ק א) הביא את דברי האורים ותומים, והעיר שלדעת רש"י אין צורך בפסק בי"ד, וכל דברי התומים הם לדעת הרמב"ם בלבד. ובסוף דבריו שאל האם דין גואל הדם נוהג אף בזמן הזה ונשאר בצ"ע; אך לענ"ד נראה שגואל הדם דינו כבי"ד, ובזמן שאין סמכות לבי"ד להרוג גם גואל הדם מוגבל בכך.

המורס מכל האמור הוא, שבכל מקום שההריגה יש בה גדר ענישה יתכן שהיא לא תותר בזמן הזה. רמז לכך ניתן למצוא בלשונו של ספר החינוך (מצוה נח), שם כותרת המצוה היא "מצוות בית דין לדון גנב בתשלומין או במיתה", ובתוכן המצוה כתב "דיניה: כגון תשלומי כפל וארבעה וחמישה ודין להרוג הגנב הבא במחתרת או למוכרו בגנבתו... ונוהגת בזכרים שעליהם לעשות דין, ובכל מקום שיש בית דין סמוכין בארץ מחוייבין לשלם תשלומי ארבעה וחמישה, ואם אין סמוכין אין להם כח לחייב אלא להחזיר הגנבה או דמיה, אבל מכירת הגנב עצמו אינה נוהגת אפילו בסמוכין אלא בזמן שהיובל נוהג"; אי אפשר שלא להתרשם מהתעלמותו של בעל החינוך מדין מיתת הגנב, שהרי בכל מצוה הוא רגיל לציין אלו פרטים נוהגים אף בזמן הזה, וכאן היה מן הראוי שידגיש שהריגת הגנב הבב"מ נוהגת בכל זמן, ויתכן שרמז כאן שגם הריגת הגנב תלויה בהמצאות סמוכין הדנים דיני נפשות.²⁸

27 ונראה שרק חכמי הדור רשאים להחליט מהו מצב של 'למיגדר מילתא'.

28 ובספר ערוך השולחן לחו"מ שם כתב את דין גואל הדם וגנב הבא במחתרת תחת הכותרת "דיני חיובי רוצחים בזמן הבית", אך כתב כך מאימת הצנזורה, והראיה שגם דין רודף כלול שם. ומצאתי בספר יחל ישראל (סי' מח) שדן הרי"מ לאו בדין רודף בזמן הזה, והסיק שלא כדעתנו. הוא התייחס גם לדין הריגת הגנב הבא במחתרת. מסקנתו הסופית היתה שדין זה נוהג אף בזמן הזה, וכראיה לדבריו הביא את דברי ספר חמרא וחיי שכתב "הדברים מוכיחים שכל דברים אלו של מחתרת ושל רודפים נוהגים בכל עיר ובכל זמן ואפילו בזמן הזה, שלא הקפידה תורה על סנהדרין אלא בדברים המסורים לבית דין, אבל דבר המסור לכל אדם נוהג אף בזמן הזה". ועוד הוסיף הרב לאו שתי ראיות לחיזוק עמדתו, האחת שמיתת גנב הבב"מ נוהגת בין בחול בין בשבת מה שא"כ מיתת בי"ד, ועוד שמיתת בי"ד אינה אלא בהתראה מה שא"כ אלו [לשיטת הרמב"ם בלבד; לרש"י יש מקום להתראה]. ולבסוף עמד על ההוה-אמינא שאין להורגו בזמן הזה: "והנה דין בא במחתרת נתבאר שאין זה ממש דין של רודף והצלה אלא הוא דין מיוחד בפני עצמו, וחזינו נמי במאירי שלכתחילה יש להורגו בסייף, ושמע מינא דהוי דין עונש ואע"פ שאין צורך בפסק דין וגמר דין, משום כך היינו סוברים שהריגתו תחשב כדיני נפשות ויהרג ע"י בעל הבית שנעשה עליו דיין... קמ"ל שאינו כן".

ב"ה, יום א' כ"א חשוון תש"ס

כבוד הרב משה נקש שליט"א.

קיבלתי מכתבו, ובו שואל כמה שאלות חכם בדין גנב הבא במחתרת. ועיקר השאלה הוא אם דין גנב במחתרת שמותר להורגו נוהג בזמן הזה, כיון שאין לנו בית דין סמוכין לדון דיני נפשות, ויש צורך גם שיהיה בית דין הגדול של שבעים ואחד יושב בלשכת הגזית שנמצאת חציה בעזרה אצל מזבח ה'.

לענ"ד נראה פשוט שנוהג דין הריגת גנב [הבב"מ] גם בזמן הזה. וכלל הדבר הוא, שכל מה שצריך בית דין אין דנים בזמן הזה שאין לנו סמוכים, זולת דיני ממונות שבזה תיקנו חכמים שידונו דברים השכיחים ויש בהם חסרון כיס. וכן דיני נפשות צריך בית דין, וגם שבית דין הגדול יושב בלשכת הגזית. אבל דין שאינו צריך בית דין נוהג בכל הזמנים.

ואם כן הריגת גנב [הבב"מ] שאין צריך לזה פסק בית דין פשוט שנוהג בכל הזמנים, וכמו דין של רודף. וכן דין גואל הדם נוהג גם בזמן הזה, וכמו שכתבו התומים וקצות החושן [חו"מ סי' ב]. והדין של הריגת גנב הבא במחתרת הובא בשולחן ערוך ברמ"א סי' תכ"ה סע' א'.

ונראה שמה שלא הביאו דין מחתרת ברי"ף וברא"ש והמחבר בשולחן ערוך, אפשר שכל שמפורש בתורה לא הביאו. ואומנם הבעל המאור בפרק בן סורר ומורה תמה על הרי"ף שלא הביא הדין של גנב במחתרת ששבר את הכלים שפטור מלשלם שקם ליה בדרכה מיניה, והרמב"ן תירץ במלחמות שם שהרי"ף סמך על זה שהביא הדין של רודף ששבר את הכלים שפטור מלשלם. אכן עדיין לא מיושב למה לא הביא הרי"ף הדין שאב שבא במחתרת על בנו אינו נהרג, ואולי גם זה מפורש בתורה "אם זרחה השמש עליו", או שמילתא דלא שכיחא אין הרי"ף מביאו. והטור [בהוצאת "אל המקורות" ובמהדורה החדשה של מכון ירושלים] הביא דין גנב במחתרת, ורק

29 אחרי שלמדתי סוגיא זו עם תלמידיי החלטתי לשלוח מכתב בעניינים אלו לגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, וזה תוכנו:

בס"ד, ט"ו מרחשון תשנ"ט. לרב שליט"א ברכה ושלוש. אחר דרישת שלום הרב וב"ב. בימים אלו עוסקים אנו בסוגיית "גנב הבא במחתרת" ובדין רודף בפרק בן סורר. בעקבות שאלות התלמידים רציתי לבקש מהרב שליט"א להשיב לי על כמה שאלות בענין זה: א. מה שהתירה התורה הריגת הגנב הבא במחתרת, האם הוא חלק מדיני גנב - או חלק מדיני רודף? ב. האם הריגת הגנב יכולה להיעשות מיד עוד לפני שנשקפת סכנה ממשית, שהרי זהו עיקר החידוש בדין גנב הבא במחתרת בניגוד לדין רודף הרגיל? ג. האם הדין הזה נוהג גם בימינו למרות שבעו"ה אין לנו דיני נפשות? האם שאלה זו תלויה בשאלה הקודמת? ד. האם העובדה שהרי"ף השמיט דין זה, וכן המחבר לא הביאו בשולחן [למרות שהובא בב"י בלי הסתייגות] ושניהם התייחסו רק לדין רודף, מעידה על דעתם שדין גנב הבא במחתרת אינו נוהג בזמן הזה? בברכה רבה, משה נקש, ר"מ בשיבת שעלבים.

בטורים [בדפוסים] אחרים השמיטו הצנזור. ועיין בגמרות עם 'הלכה ברורה' מה שהביאו בעניין גנב במחתרת בשבת. אבל על כל פנים אין להעלות על הדעת שלא נוהג בזמן הזה דין גנב הבא במחתרת.

מה שהעלה [מהו] חידוש התורה בגנב במחתרת, והרי זה דין רודף - מסברה נראה שבכל רודף צריך שיקול הדעת כשרודף אחר ממון אם יכול לצאת מזה סכנה, אבל במחתרת כתבה תורה דין כללי שכל גנב במחתרת נהרג, ואין צריך לחשוב במיוחד, זולת אב על בנו שכתבה תורה "אם זרחה השמש עליו", דהינו ברור כשמש שלא בא להרוג [עייין ריש פסחים בהערות של רבי אלחנן וסרמן זצ"ל].

ויתכן שבזה מיושב מה שדן המגן אברהם סי' שכ"ט ס"ק ה' באם מותר לחלל שבת כשבאו גויים לגזול תבן וקש, וקשה והרי מפורש בגמרא שמותר להרוג גנב במחתרת בשבת.

ויש ליישב: שבגנב יש היתר מיוחד בתורה [ואין ללמוד למקום אחר] שמותר להרוג גם בשבת, אף שבדיו לעזוב ממנו ביד הגנב.

ולגבי שאר פרטי דיני גנב במחתרת עיין ב'הלכה ברורה' סנהדרין ע"ב.

ואסיים בברכה

זלמן נחמיה גולדברג³⁰

30 ויש לענ"ד מה להעיר על דברי הרב שליט"א. מה שכתב בשם התומים והקצות שדין גואל הדם נוהג אף בזמן הזה צ"ע, כי התומים לא התיר אלא בזמן שהדור פרוץ למיגדר מילתא בעלמא, אך לא בזמן רגיל כפי שהיה נהוג אז; וכן הקצות לא הכריע לגמרי בעניין זה ונשאר בצ"ע. ומה שתירץ את הרי"ף ודעימיה שלא הביאו דין גנב במחתרת לפי שהוא מפורש בתורה צ"ע, שהרי לא כתוב בתורה במפורש שמותר להרוג לכתחילה את הגנב, אלא כתוב בלשון דיעבד "אם במחתרת ימצא הגנב והוכה ומת אין לו דמים". ולכן מן הראוי היה לפוסקים הנ"ל להביא את ההיתר של חז"ל שמותר לכתחילה להורגו, דלאו מלתא דפשיטא היא. ועיין בספר מרגליות הים לסנהדרין עב, א עמוד 74 אות ז שעמד על לשון דיעבד הכתוב בגנב. [הערת העורך: עוד יש להעיר, שפשוט כביעתא בכותחא שכל החידוש של דין גנב הבא במחתרת שמותר להורגו הוא בגנב יהודי; אך בגנב שאינו יהודי אין שום ספק שכל הקודם להורגו זכה ברגע שהוא מסכן אפילו במעט את בעל הבית, שהרי מעיקר הדין חייב מיתה גם על גזל של פחות משוה פרוטה, ואף על עצם החדירה לבית. ואכמ"ל ועי' רמב"ם מלכים ט, ט. ועי' שו"ע יו"ד סי' קנח וחז"מ סי' תכה סע' ה ובנו"כ]. וע"ע בענין גדרי הבב"מ בספר "בארות נתן" לרנ"ד רבינוביץ' שליט"א (בני ברק תש"מ) עמ' קמא ואילך. י"ק.]