

מקורות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א – ו.

הרב חיים יואל בלוך

ר"מ במכון משפטי ארץ

א. הקדמה

בלקט שלפנינו השתדלתי ללקט דינים, סברות או מחלוקות, השייכים להלכות דיינים (בינתיים על סימנים א - ו), שנראו לי יסודיים ועקרוניים (לפעמים, רק בגלל העניין שבהם). מטרתו של לקט זה היא, להקל על הלומדים, שמצד אחד מעוניינים להרחיב את היריעה מעבר ללימוד דף השולחן ערוך, ומצד שני, זמנם אינו מאפשר להם לסקור את כל מה שנכתב על הסימנים הנלמדים.

לשם עריכת הלקט, נעזרתי בליקוטים הקיימים. אולם, לא הסתפקתי בציון הדין או הקביעה העקרונית של הפוסקים השונים, אלא השתדלתי להביא את המקור עצמו, לעתים את כל המקור, ולעתים רק את תורף הדברים, על מנת שהידעה לא תהיה רק ידיעה יבישה, אלא דין בטעמו, באופן המאפשר לרדת לעומק דברי הפוסק, ואף להתמודד עמו ועם ראיותיו.

מדי פעם הערתי או הארתי, וכמובן שלא ללמד הלכה באתי, אלא לעורר את הלומד. איני מתיימר לומר שרק מה שלוקט כאן הוא יסודי וחשוב, וייתכן אף שבין הדברים המובאים כאן, ימצאו נושאים שאינם יסודיים. אולם, דומני שיש בלקט זה על מנת להעשיר את ידיעותיו ורוחב דעתו של הלומד העוסק בהלכות אלו, ולגרות את סקרנותו, כדי להוסיף ללמוד ולהעמיק בנושאים הנסקרים בו.

במהלך הלימוד של הלכות דיינים במכון, הובאו בפני הלומדים מקורות אלו, לשם לימוד והרחבה. כיוון שהדבר הביא תועלת ללומדים, חשבנו שכדאי להביא את הדברים לפני ציבור רחב יותר של לומדים, ואם יהיה זה לתועלת, והיה זה שכרנו.

סימן א

סעיף א

(א) 'שליחותייהו' מדאורייתא או מדרבנן?

סמכותם של דיינים שאינם סמוכים לדון בזמן הזה, נובעת מן העיקרון שפעולותיהם נעשות ב'שליחותייהו' – בשליחותם של הסמוכים. בעניין זה, מן הראוי לעיין בנתיבות המשפט (ביאורים, א), הסבור שהעיקרון של 'שליחותייהו' הוא מהתורה, אך הביא שהראשונים סוברים שהוא מדרבנן.

אמנם הרמב"ן (יבמות מו, ב בסוף דבריו) העלה את האפשרות ש'שליחותייהו' הוא מהתורה -

ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין:

ועיין במה שכתב בפירושו על התורה (במדבר לה, כט) -

בכל מושבתיכם - לימד שתהא סנהדרין נוהגת בחוצה לארץ כל זמן שנוהגת בארץ ישראל, לשון רש"י. וכן הדבר שלאחר החורבן אינה נוהגת לא בארץ ישראל ולא בחוצה לארץ, כמו שאמרו רבותינו בפרק ארבע מיתות בית דין (סנהדרין נב, ב), ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם (דברים יז, ט), בזמן שיש כהן יש משפט בזמן שאין כהן אין משפט. ושנו במכילתא, מנין שאין ממיתין אלא בפני הבית, שנאמר מעם מזבחי תקחנו למות (שמות כא, יד), אם יש לך מזבח אתה ממית ואם לאו אין אתה ממית. אבל לא מצאתי במצוה שתלויה בזמן הבית שיאמר בה "לדורותיכם בכל מושבותיכם", כי זה יורה אפילו על זמן הגלות בחוצה לארץ, כמו שנאמר בשביתת חג השבועות (ויקרא כג, כא) ובאיסור החדש (שם פסוק יד), לחייב בהם בחוצה לארץ בזמן הזה, שלא נתלה אותו בעומר ובמנחה חדשה, וכן בחלב (שם ג, יז), שלא נתלה אותו בקרבנות. ואולי הם דורשים "אלה לכם לחקת משפט" על הסנהדרין הנזכרים בפרשה תמיד שנאמר לפני העדה למשפט (פסוק יב), ושפטו העדה (פסוק כד), ויאמר שתהיה לנו לדורות עדה שופטת אפילו לאחר חורבן, לדון דיני קנסות וגזלות וחבלות וכל דבר שבממון ושל מלקות ארבעים:

שוב, בסוף דבריו עולה האפשרות שתמיד צריכה להיות דרך לדון, מן התורה.

(ב) מהות השליחותייהו'

מהי מהות השליחותייהו'? האם זו ממש שליחות? לעניין זה, עיין בשו"ת הריב"ש (רכח) -

והא דאמרי' בפרק החובל (בבא קמא פד, ב), ובפרק המגרש (גיטין פז, ב), דבהודאות והלואות עבדינן שליחותיהו, ההוא לאו שליחות גמור הוא, אלא רוצה לומר, דבמילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס, אנחנו נעשה עצמנו כאלו אנחנו שלוחיהם. וכאלו בית דין הגדול שבארץ ישראל, הממונין על כל ישראל מימות משה רבינו ע"ה, תקנו דבהנהו מילי יוכלו לדון מחכמי חוצה לארץ בלא סמיכה.

(ג) קבלת גרים בזמן הזה

'שליחותייהו' קיים רק בדיונים שכיחים, שההימנעות מהם עלולה לגרום חסרון כיס. לאור זאת, שאלו רבים, כיצד מקבלים גרים בזמן הזה? הרי הנושא אינו שכיח, וההימנעות מגיור לא תגרום חסרון כיס!

כמה פתרונות הוצעו לשאלה זו:

1. אין צורך במומחין לקבלת גרים כיוון שכתוב 'לדורותיכם'. כך מבואר בתוספות (קידושין סב, ב) -

וא"ת אם כן ליבעי מומחין כמו גזילות וחבלות ויש לומר דשליחותייהו עבדינן כדאמרינן בגיטין (פח, ב) עוד אמר הר"ר נתנאל דבגר כתיב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אע"ג שאינן מומחין דעל כרחך השתא ליכא מומחין שהרי אין סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם.

וכן מבואר בראשונים (רמב"ן, רשב"א וריטב"א על יבמות מו, ב). נראה את לשון הרמב"ן -

ובעי שמעת מינה נמי דבעינן מומחין דילמא דאיכלעו. וקשיא לן כיון דגר דצריך שלשה משום משפט דכתיב ביה ליבעי נמי מומחין, שהרי אפילו עשרה והן הדיוטות שדנו אין דיניהם דין מן התורה, וליכא למימר משפט דכתיב ביה אסמכתא דרבנן הוא דהא מכאן אמר ר' יהודה נתגייר בינו לבין עצמו אינו גר, ואיכא למימר מדאורייתא הכי נמי אלא אנן שליחותייהו קא עבדינן מידי דהוה אגיטי דמעשינן ואקדושי דדיינינן בהו משום שליחותייהו כדאיתא בפרק המגרש (פח, ב), דלא דאיך דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קדושין וגיטין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אבל גבי גר היכי מנסבינן ליה בת ישראל? ואפשר דגר צריך שלשה גמרא ומשפט כתיב ביה אסמכתא וכי גמירי שלשה גמירי מומחין לא גמירי, ואי קשיא למאי דאמרינן

דבעינן מומחין בזמן הזה דליכא מומחין בעונות היכי מקבלינן גרים, איכא למימר נפקא לן הא מהיכא דנפקא לן הרצאת דמים דגרסינן בכריתות בפרק ד' מחוסרי כפרה (ט,א) אלא מעתה האידנא דליכא קרבן לא נקבל גרים, אמר רב אחא בר יעקב וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם כתיב, ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותיהו דמומחין:

2. חשיבות קבלת גרים גדולה יותר מממון ולכן דנים, מקל וחומר. כך מבואר ב**חידושי הר"ן** (גיטין מט,ב) וב**בית יוסף** (ד"ה ומסקינן) בשמו.
3. **נתיבות המשפט** (חידושים, ב) בשם אורים ותומים: גרות היא נחשבת 'שכיחא', ולענין דאין בזה חסרון כיס, כתב שדווקא בענייני ממונות צריך חסרון כיס, אך בשאר עניינים הכל תלוי אם זה שכיח.

(ד) נזיקין בזמן הזה – 'אש' ו'בור'

האם דנים נזקי 'אש' ו'בור' בזמן הזה? **הש"ך** בשם מהרש"ל כתב שאין דנים, וכן פסק ב**נתיבות המשפט** (חידושים, ג). לעומת זאת, **הקצות החשן** (ב) ועוד הרבה אחרונים פסקו שדנים. **הגר"א** (יד) הוכיח שזו דעת השו"ע. וכן הבין **החידושי הרי"ם** (י) בדעתו. אך עיין שם, שלמעשה, לא ניתן לכוף את הנתבע לשלם, כיון שיכול לטעון 'קים לי' כחולקים, הסבורים שאין לדיינים סמכות לדון בזמן הזה בנזקים מסוג אש ובור, וגם לדיינים הוא ספק איסור של 'השתמשות בכתר מומחים', בהנחה שגם לדיינים יש את האיסור אפילו בקבלו עלייהו. וזו לשון הרי"ם -

אך מ"מ מסתימת הש"ע נראה דדנין. וכן בהג"א בשם ר"ח דדנין וכן מבואר במרדכי בשם אבי עזרי. אולם בראב"ן ריש ב"ק כתב להדיא דנזקי בור ותולדותיו כיוון דלא שכיחי אין דנין בבבל וגם הבער כיוון דאשו משום חציו הוי נזקי אדם ואין דנין ע"ש דהוא מפרש נזקי אדם דהמזיק הוא אדם ע"ש פירושו נזקי שור בצרורות ע"ש. ולכך לע"ד מאחר שהראב"ן פסק כן והמרי"ח ג"כ מספקא ליה, ומהרש"ל והש"ך פסקו כן קשה להוציא מהמוחזק ולדון בע"כ. וג"כ לגבי בית דין ספק איסור הוא למ"ש רמב"ן ור"ן דלפניהם ולא לפני הדיוטות אסורא הוא מהתורה רק דעבדינן שליחותיהו בדברים שנתנו רשות משאם כן במה שלא נתנו רשות. ועוד דספק גזל הוא אם אין דין בית דין כמבואר בסנהדרין פ"ז ע"ב בזקן ממרא בב' שדנו אי אין דינם דין הוי גזל ע"ש ברש"י גם הבע"ד אין צריך לקיים הפסק שלהם אף אם דנו דיכול לומר קים לי. וגם לא שייך בזה דיינא דעביד כמר עביד מאחר שהספק אם יש להם דין בית דין כלל כו'. והיכא דאשו משום ממונו מבואר דדנין בזה"ז וכן גמל הטעון פשתן כו' כשהוא בפשיעתו הוי כמזיק ממש דדנין ע"ש רק דהיכא

שהיה לו לגודרה אף דהחויב משום ממנו ע"ש (בבא קמא כג, ב) מ"מ לא שכיחא ואין דנין ע"ש.

סעיף ב

(א) משמעות הסכמת בעלי הדין

האם קבלת הסכמה של בעלי הדין (=קבלה), מועילה בזמן הזה, כדי לאפשר לדיינים לדון בנושאים שעל פי הדין, אין הדיינים מוסמכים לדון בהם?

בהקשר זה, עיין פתחי תשובה (ג), והדבר שנוי במחלוקת ראשונים. הר"ן (סנהדרין ב, ב) כתב במפורש שלא תועיל קבלה. כך גם ברמב"ן (סנהדרין כג, א), והביאו סתירה לכך מהרמב"ן על התורה (שמות כא, א) -

ולכך אמר בכאן שהמשפטים האלה ישימו אותם לפני האלהים שיזכיר, ולא לפני גוים, ולא לפני מי שאינו שופט על פי התורה, והוא הדיוט לזה, שאסור לבא בפניו כשם שאסור לבא לפני הגוים ואע"פ שידוע שההדיוט הזה יודע שורת הדין וידין לו כהוגן, אבל הוא אסור לשומו דיין ולצעוק לו שיכוף את בעל דינו לדון לפניו, וההדיוט עצמו אסור לדון להם. ואף על פי שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא, ובדקבלום עילויהו דינו דין, אבל לפני הגוים אסורין הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדיננו באותו ענין.

בחידושי הרי"ם (יב) כתב שאכן מוכח מדברי הרמב"ן, שמותר לדון בנושאים שאין לדיין סמכות לדון בהם על פי דין, אם הסכימו על כך בעלי הדין. ואכן **המאירי** (בבא קמא פד, ב) הביא שיטה שהסכמת בעלי הדין מועילה גם לדון דינים אחרים -

ויש מתרצין בכל אותם המעשים שהוזכרו בתלמוד שדנין אותם בבבל ענינם בשבאו לפנינו לדין והואיל ומקבלים עליהם את הדין דנין בכל מה שיבאו לפנינו עליו אבל כל שאין שניהם באין לפנינו אין דנין את האחד אף על פי שחברו קובל עליו מתורת דין אלא שבאין בזו מכח תקנה חדשה, והוא שמ"מ הסכימו הגאונים לדון עכשו בכל דיני גזלות וגנבות וחבלות מפני תקון העולם וגדולי הפוסקים כתבו כן אף בדיני קנסות שאף על פי שאין דנין אותם בבבל מנדין אותם עד שיפייס את חברו וגדולי הגאונים כתבו אף לקנוס בממון ומלקות בכל שהשעה צריכה לכך ואומרים שהמקומות שהורשו מצד מלכותם לדון בדיני ישראל והיתה הסכמת כל העם לעשות כן הרי הוא מן הסתם כמי שקבלו עליהם בעלי דבר לדון בדיני ישראל ואף בדיני נפשות דנין בהם מכח

הסכמתם לפי צורך שעה ובפרק גוזל קמא יש ראייה לקצת דברים אלו בשמועת גזלן עתיקא כמו שנבאר בע"ה ומקצת גדולי הדורות כתבו זה הדין מפני שכל שהצריכו מומחין לגזלות וחבלות לא נאמר אלא בזמן שיש בעולם מומחין אבל כל שאין שם מומחין דנין בהם כבאים בשליחותם שאם לא כן בטלו כל הדינין והעולם חרב:

דעת **השער המשפט** (א) היא, שהסכמת בעלי הדין מועילה כדי לתת לדיינים סמכות לדון בעניינים ממוניים שעל פי דין אינם בסמכותם, למעט דיני קנסות, שעליהם נאמר: 'אשר ירשיען א-לקים' -

והנה בדברים שאינם מצויין ויש בהן חסרון כיס פשיטא לי דמהני הקבלה דמה"ת נחלק לבין קבלת קרוב או פסול דמהני הקבלה בשאר דיני ממונות וכן דייני דלא גמירי כלל ה"ה הכא מהני הקבלה במקום סמוכין, כי קא מספקא לי בדיני קנסות דכתיב אשר ירשיעון א-לוקים דילמא לא חייבה התורה קנס אלא ע"פ בית דין סמוכין דווקא, אבל היכא דנתחייב ע"פ דיינין שאינן סמוכים אף שקבלו עליהם לא נתחייב קנס כלל על פיהם.

אך בעל **חשן אהרן** (א) חולק על דבריו, וסובר שגם בדיני קנסות מועילה הסכמת בעלי הדין -

ולפלא בעיני על מפרשי השו"ע שלא הזכירו זה בפירוש, דבזמה"ז [=בזמן הזה] שהציבור יקבלו רב קבוע, שיש לו הרשות לדון גם הדינים שאינם שכיחים וגם דיני קנסות, והן אמנם שמצאתי לי חבר שהודה לי במקצת, דבס' שער המשפט העלה לדבר פשוט דלענין הדברים שאינם מצויים דמהני הקבלה, וכמו דמהני בדיני ממונות השכיחים כשקבלו עליהם שלשה רועי בקר אף שודאי פסולים הם לכל דין, וכן קרוב או פסול מהני הקבלה כמבואר לקמן (סי' כ"ב), הוה"ד [=הוא הדין] הכא דמהני הקבלה במקום סמוכים, ורק בדיני קנסות מספקא לו, דכיון דנתחייב מכח קבלתו עליו לדון, שמא הוי בזה כמרשיע את עצמו, ואף שאינו מרשיע את עצמו בהחלט רק רוצה לדון, מ"מ כיון שע"י עצמו נתחייב מיקרי מרשיע את עצמו ע"ש שהניח בצ"ע, ולענ"ד הדבר פשוט, דמודה בקנס לא מיקרי הודאה לפטור כ"א כשמרשיע את עצמו בעצם החיוב, ואשר בלי הודאתו לא היינו יודעים שיש כאן חיוב, אבל בכה"ג דהכא, דעצם החיוב יתברר ע"י עדים ובית דין, אלא שהפטור יוכל לבוא מצד אחר, מפני שהבית דין אינם רשאים להזדקק לדין זה, ולכן כשמקבל מרצונו הדיינים עליו אין זה מרשיע את עצמו לפטור, וכמו שהסביר כעין זה התומים לקמן (סימן פח) דמודה בקנס תנן ולא מודה בתשלומין, והגע עצמך אם יש עדים שגנב ומוחזק בערטילאי שאין לו מה לשלם והוא בא לבית דין וגילה

את מצפוניו שאפשר להשתלם ממנו, הזה יקרא מודה בקנס, דזה מודה בתשלומו בקנס מיקרי ולא בקנס עצמו ע"ש, ולבד שזה מאומת מן השכל והסברא, עוד יש לי להביא ראיות מן הש"ס על זה.

עיין שם שהביא כמה וכמה ראיות לכך.

(ב) נזיקין בזמן הזה – 'שבת' ו'רפוי'

לגבי הסמכות לדון בנזיקין מסוג 'שבת' ו'רפוי', יש מחלוקת בין הפוסקים, בהבנת דברי הרמב"ם. הבית יוסף הבין שמעיקר הדין גובים 'שבת' ו'רפוי' בזמן הזה, ודחה את האפשרות שהאפשרות לדון בכך נובעת מתקנה, מפני תיקון העולם. אך בים של שלמה (בבא קמא, ח, סד) כתב שכך אמנם משמעות הסוגיא, אך יתכן שזו תקנה שבאה לאחר התלמוד -

ומסיק אחר כך (=הרמב"ם) אבל רפוי ושבת דנין כלומר מאחר דאין צריך לשום כעבד דנין עליו. וקשה דהא אחר כך מסיק תלמודא על הא דנישום כעבד רבא לטעמיה דאמר נזקי אדם כו' אין דנין בבבל. אלמא דסתמא נזקי אדם קאמר והיינו כל ה' דברים. וכל הנישום כעבד קאמר. בודאי לאו למעוטי שבת ורפוי בא. אלא כלומר כל מה שצריכה לשום כעבד. והיינו חבלה דאדם לאפוקי חבלה דבהמה. ותדע דהא מסיק טעמא דאין דנין נזקי אדם משום דלא שכיחא. אם כן מאי שנא רפוי ושבת מהאי טעמא? וכן הרי"ף והרא"ש לא חילקו בין רפוי ושבת לנזק. והר"ן גם כן פירש להדיא על הא דאמרינן נזקי אדם כו' אף על גב דאית ביה חסרון כיס כו' פירש כגון רפוי ושבת וכן נ"ל עיקר. אבל מ"מ אחר שכתב וכן הורו הגאונים. ואמרו שמעשים בכל יום שגובין רפוי ושבת אין לסור מדבריו. דבודאי מדברי התלמוד לית ליה ראייה כלל. אלא אדרבא משמע דגם רפוי ושבת אין דנין כמו שהוכחתי. רק שהוראת הגאונים היא ואפשר דנתקנה אחר התלמוד משום דראו הפסד גדול וחבלות איש באחיו נתרבו ולגדר מילתא דלא יתרבה תקלה בישראל תיקנו לדון רפוי ושבת לפי שהוא מילתא דאית חסרון כיס ודבר ברור. מה שאין כן בנזק דצריכא שומת העבד ומילתא דחיקא היא. ואפילו בימים הקדמונים בתלמוד מצינו שמחלו על זה. דאמרו זילא ביה מילתא לשום כעבד כנעני. ע"כ אין דנין אלא רפוי שבת. וכן פסק הסמ"ג והמרדכי.

ועיין במה שכתב בדרישה (א, ד, ד"ה וכתב הרמב"ם) בהסבר שיטת הרמב"ם. ועיין **בחדושי הרי"ם** (יט, בסופו) בעניין נזק שלא בכונה -

הראב"ן פסק בב"ק דדווקא דאזיק אדם בכוונה לא שכיח אבל שלא בכוונה שכיח ודנין נזק בזה"ז. ונראה מכל הפוסקים שכתבו סתמא דלא סבירא כדבריו.

סעיף ג

(א) דיון בענייני גזל וגנבה בזמן הזה

בדיני גזילות, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם דנים כיום דיני גזילות, ואם כן, באיזה גזילות דנים (בענין גניבה נראה שיש תמימות דעים, שדנים). נחלקו מפרשי השולחן ערוך בבאור דעתו. ראה **קצות החשן** (ג), שהסכים במסקנה לבאור **הש"ך** (ט), אם כי העיר על כך שבכסף **משנה** ביאר את דברי הרמב"ם כדברי **הסמ"ע** (ד), אך גם הקצות החשן וגם **נתיבות המשפט** (ב) הסכימו שהביאור הנכון בסוגיא הוא כשיטת הר"ן והרמב"ן, שהיו שלבים בתקנה. שלב ראשון: כל עוד שהיו סמוכים, ושלב שני: מאז שלצערינו כבר אין סמוכים כלל.

כדאי להזכיר בהקשר זה גם את דברי **היד רמ"ה** (סנהדרין ג,א) אחר שהביא את השיטה שהיו שתי תקנות -

ואיבעית תימא כולא חדא תקנתא היא מעיקרא תקון כל מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס ולבסוף נמי מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס הוא דבעינן אלא מיהו מעיקרא לא הוה שכיח גזלות וחבלות ולבסוף הוה גזלות וחבלות (אולי צריך להוסיף כאן - שכיחי).

משמע אם כן, שבכל דור ודור צריך לבדוק מהם המקרים השכיחים, ואותם אפשר לדון, למרות שמעולם לא דנו אותם. ועיין **חידושי הרי"ם** (כו) שכתב כיוצא בזה -

והחולקין ס"ל דנתנו חכמים סתם רשות במה שיראה להם לחכמי הדור שיש צורך יוכלו למיעבד שליחותיהו רק ממילא אנן לא עבדינן שליחותיהו אלא במה דשכיח ויש חסרון כיס שיש צורך בזה משאם כן במאי דלא שכיח או אין חסרון כיס... מ"מ עכשיו שאין מומחין גם בא"י ואם לא יגבו יהא שכיח שפיר עבדינן שליחותיהו והוא בכלל התקנה למעבד שליחותיהו כשיהיה צורך ושכיח כנ"ל. אכן נראה דדעת הרמב"ן ור"ן אין ראייה לזה... ונראה שאין צריך לזה רק כיוון שראו כשאין מומחין בא"י דעי"ז שכיח שחובלין כמ"ש שוב היו יכולין לדון דעל כל מה דשכיח עבדינן שליחותיהו וכן גזילות כנ"ל... ואפשר דגם התוס' ס"ל כן אבל הנמוקי יוסף והרמ"א נראה דסוברים כמ"ש שמה שלא היו דנין בזמן הגמ' אין דנין לעולם.

לכאורה ניתן להסביר את שיטת הרמב"ם בדומה לשיטתו בשבת וריפוי, שלמרות שמקרה שחיסר בו איבר אינו שכיח, אך כיוון שבאופן עקרוני הצורך בשבת וריפוי הוא שכיח, אם כן צריך לשלם גם במקרים הנדירים, כך נאמר גם אצלנו, שלמרות שגזילות שע"י חבלות אינן שכיחות, כיון שגזילות הן שכיחות, אם כן צריך לדון גם במקרים הנדירים של גזילות שע"י חבלות. וכך ניתן להבין את דברי השיטה מקובצת (כבא קמא פד, ב) -

וגדולי המחברים נראה שדעתם שלא לומר בדיני גזלות וגנבות שאין דנין אותם בחוץ לארץ וכן כתבו כמה שפסקנו אלא בשיש שם כפל כגון ליסטים מזויין שנקרא גזלה וכבר פסקנו שהוא גנב. הא לענין הקרנות, דנין אותם בחוץ לארץ. וכמו כן במה שפסקנו בנזקי אדם באדם שאין גובין אותו בחוץ לארץ דוקא בנזק וצער ובושת, הא שבת וריפוי גובין.

סעיף ד

(א) דינא דגרמי

הדעה המקובלת היא, שדנים דינא דגרמי. הש"ך (י) הפנה למה שכתב בסימן סו (קד). נביא את דבריו, כיון שלכאורה כוונתו לומר, שלפי מה שכתב שם אין דנים כיום 'גרמי', כיון שלהרבה דיעות הוא קנס (אמנם יש מבארים בדעתו שלמרות שזה קנס, קנס כזה דנים בזמן הזה) -

ואם מת ישלמו יורשיו - דדינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא, כ"כ הטור [סעיף ל"א] והוא מדברי בעל התרומות שער נ"א [ח"ו ס"ח], וכתב שכן דעת הראב"י והראב"ד ע"ש, ולא הביאו בב"י ובד"מ שום חולק בדבר. ובאמת הרבה פוסקים מאד חולקים ע"ז וס"ל דדיני דגרמי קנסא ולא קנסו בנו אחריו, וכ"כ מהרי"ל [סימן פ"ו] ומהרי"ו [סימן כ"ח] ושאר הרבה אחרונים, ודבריהם נראה עיקר כמו שהוכחתי לקמן ריש סימן שפ"ו, וגם הי"א שמביא הר"ב לקמן סימן שפ"ח סעיף ב' דדוקא שעמד בדין כו', הוא דעת מהר"מ שכתב ששמע שכן פסק ריצב"א, עכ"ל, וכדאיתא במרדכי פרק החובל [סימן צ"א] ובתשובת מהר"מ מרוטנבורק דפוס פראג סימן תקצ"ט ע"ש. עוד איתא בתשובת מהר"מ דפוס פראג סימן ת"ס שפסק מורי הרב דכל דיני דגרמי משום קנס ולא קנסו לבנו, ע"ש, ואם כן קשה על הר"ב שלא הביא דעת היש אומרים וסתם כהמחבר, ועיין לקמן ריש סימן שפ"ו שהארכתי בזה:

(ב) עדים שהעידו עדות שקר – מה הדין בנמצאו פסולים בגולנות?

ב**חידושי הרי"ם** (לא) נסתפק בזה והכריע שיכולים עדים אלה לומר אמת העדנו -

ובפסלינהו בגולונתא יש להסתפק אי חייבין אף בלא הזמה כיוון דחשבינן כאילו העידו שאינם פסולים פ"ב דכתובות דחשוב תרי ותרי כו' אם כן כשמעידים שעדיין פסולים דנאמנים אחרונים לגמרי, שוב חשוב העידו שקר מה שהעידו בסתם לחייבו וא"י לומר אמת העדנו דאין נאמנים כוון דפסוליין. וההיזק לפנינו א"נ לפטור אף בטענת ברי ואינו מוכרח. ובמרדכי פרק הגוזל גבי ישראל דידע סהדותא לכותי כתב דיכול לומר אמת העדתי ופטור ע"ש ולקמן סימן כ"ח ומוכח דנאמן בכהג בטענת ברי אף שההיזק לפנינו ממילא כן בהנ"ל, אף שפסוליין יכולין לומר אמת העדנו כנ"ל.

אך בקצות החשן (כח, ד) חולק על כך -

אמת העדתי - נראה לי היכא דהוא עד כשר אעפ"י דעד אחד אינו נאמן כשנים מכל מקום עד מיהא הוי ויכול לומר אמת העדתי ומשום הכי פטור מלשלם, אבל אם אין עליו שם עד כלל כגון שהוא קרוב או פסול אינו נאמן לומר אמת העדתי. והגע בעצמך מי שנטל בזרוע בפני עדים חפץ של חבירו ונתנו לאחר והאחר ליתי' לחזור לאחרי ודאי צריך לשלם מה שהזיק לחבירו ולא מצי אמר אמת של חבירי הוא כיון דלית ליה מגו אינו נאמן וגזלן הוא וצריך לשלם והכא נמי בזה שאין עליו שם עד וכגון שהוא קרוב או פסול אינו אלא מסור בעלמא ואינו נאמן לומר אמת כדברי אלא היכא שהוא עד כשר, אלא שלא מצאתי בזה מפורש ושיקול הדעת נוטה כמ"ש:

ועיין באמרי בינה (עדות, ז) לאחר שהביא את דברי קצות החשן, חולק עליו -

ולא משמע כן מדברי המרדכי ב"ק דכתב ל"ח אלא כחד עי"ש וביש"ש (פ"י סימן כג) דשני קרובים והוא במקום שמוציאין הגויים ממון על פי קרובים משמתנין לתרוייהו, ומשמע אף דהיו מוציאין רק ע"י שני עדים דאל"כ אמאי משמתנין להשני הא לא גרם כלום דגם בלא עדותו ל"ה מוציאין ואם כן אינו בגדר עדות שניהם ביחד כלל עפ"י דת התורה ואעפ"כ אינו חייב לשלם.

סעיף ה**(א) תפיסה – מן התורה או מתקנת חכמים?**

בנושאים בהם אין סמכות לדיינים לדון בזמן הזה, רשאי התובע לתפוס בתנאים מסוימים מן הנתבע את המגיע לו. בהקשר זה דנו בשאלה, האם התפיסה מועילה

מהתורה או מתקנת חכמים? עיין **טור** שכתב: "שכבר נפרע מנזקו **כתקנת רז"ל** שאמרו ואי תפס לא מפקינן מיניה". ועיין **בט"ז** (בד"ה שכבר נפרע, עמ' ד במהדורת 'מורשה להנחיל') שהוכיח שהרא"ש סובר שהוא מן התורה, ורק הרמ"ה סובר שהוא מדרבנן.

(ב) תפיסה בקנסות

הרא"ש (בבא קמא, א, כ) סובר שמועילה תפיסה גם בקנסות, מעיקר הדין. דעה זו קשה, משום שלכאורה, חיוב הקנס נוצר רק בשעת העמדה לדין? הרבה אחרונים עסקו בסוגיא זו. נביא כמה מתוכם. כתב **הדברי משפט** (א, א) -

ולפי"ז קשה לי על הרא"ש ב"ק הנ"ל דלא תקנתא היא דמהני תפיסה רק דינא מדאורייתא הוא דהא חייב קנס רק דל"ל דיין למידן, וכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה, ואמאי הא מדאורייתא כיון דל"ל דיין למידן דהא האידנא ל"ל דיינים מומחים ואם כן א"א לגמור הדין דחייב קנס וקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין וכיון דל"ל בית דין לגמור את הדין אינו חייב קנס כלל. וצ"ל דהרא"ש סובר כמבואר ברש"י ב"ק דף עד דהא דאמרינן דגברא לאו בר חיובא הוא היינו משום דדלמא מודה ומפטר ע"ש וכיון דהאידנא ל"ל בית דין מומחין א"א להודות וליפטר ועמ"ש סק"ג ומש"ה כתב הרא"ש מדאורייתא מהני תפיסה דהא חייב הוא מדאורייתא אלא דל"ל דיין למידן וכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה כסברת הרא"ש הנ"ל אבל לשיטת הראב"ד ותוס' הנ"ל דקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין ואם כן לא מהני בקנס תפיסה רק מתקנת חכמים דמהני תפיסה כשיטת הרמ"ה בהרא"ש ב"ק דף טו הנ"ל.

ואילו **החידושי הרי"ם** (א, לח) כתב -

ונראה דע"כ התפיסה דמהני הוא מתורת משכון דהא נהי דאף לצי"ש פטור כשאין הבית דין מחייבין כדהוכיח בירושלמי מר"ג וטבי עבדו היינו משום דהא לא ישלם כלל מה שחייבתו תורה דמרשיע עצמו פטור אבל מ"מ יש חיוב עליו לשלם ע"פ בית דין דהיו משמתין ליה עד דאזיל לא"י שידונו ויחייבוהו ואסור לו להשמט מלילך לבית דין מומחין דחיוב זה שירשיעוהו אלקים יש עליו... ולכך ממילא כמו דמשמתין ליה עד דאזיל לא"י לפני מומחין וע"כ דע"ז נתנו רשות לבני בבל אף דהוי מילי דעישוי שנוכל לכופו שילך לבית דין שירשיעוהו אלקים כנ"ל. וכמ"ש לעיל כו' ממילא שייך בזה עביד אינש דינא לנפשיה ג"כ שיכול לכופו ע"י תפיסה היינו שיחזיק עד שילך לא"י למומחין שיחייבוהו ואף שהבית דין אין עושין כפיה זו להוציא ממנו ממון עד שילך לא"י רק משמתין ליה כו' מ"מ כמו בריבית וכה"ג דחייב

לצי"ש ומ"מ הבית דין אין כופין בממוץ למיחות לנכסיו ומ"מ כיון די ש חיוב לצי"ש יכול הבע"ד לתפוס ולא מפקינן מיניה כן בזה כיון דחיוב זה לילך למומחין לחייבו יש עליו ממילא אף בתורת כפיה לילך לא"י מ"מ הבע"ד עצמו אי תפס מהני כנ"ל מחמת החיוב שילך כו' שירשיעוהו אלקים כנ"ל ושפיר לא מפקינן מיניה עד שידונו בבית דין מומחין.

ומ"מ אינו מוכרח דבתורת משכון נראה דלא מהני התפיסה כיון דקודם דעמד בדין אין חיוב י"ל מנה אין כאן משכון אין כאן דא"א לזכות בתורת משכון כשאין חיוב וכן משמע בתוס' כתובות ריש פרק נערה שהקשו דבקנס לא משכח שיחד כלי לחייב ק"ש ע"ש. ורק בתורת כפיה שילך לבית דין שבא"י לדונו כנ"ל וגם זה אינו מוכרח אי מהני ע"פ דין דהנמוקי יוסף דייק ב"ק פרק המניה דשליח בית דין יכול להכות כו' מדעביד דינא לנפשיה כה"ג מוכח כו' דאין לו רשות יותר מע"פ דין ע"ש. ואם כן גם לענין התפיסה כיון דכפיה זו גם בית דין אין עושים למשכנו כדין שילך לא"י דלא נחתינן כו' רק משמתינן כיון שעדיין אינו חייב י"ל דגם הבע"ד א"י לעשות כפיה זו ע"י תפיסה ומ"מ אינו מוכרח דהא דאין עושין כפיה זו הוא משום דלענין ממוץ אין רשות לבית דין ח"ל וגם כפיה זו שהוא בממוץ שלו הוי מילי דעישוי כנ"ל ואין לנו דין בית דין ורק משמתינן, אבל בית דין מומחין ודאי דאם לא היה רוצה לעמוד לדין רשאיין בית דין לעשות כל מיני כפיה ואף בממונו למשכנו כדין שילך לדין אם לא יועיל ע"י שמתא וממילא לענין זה מצי בע"ד למיעבד דינא לנפשיה כבית דין מומחין לתפוס לכופו עי"ז שילך לבית דין כנ"ל ואף שעדיין אין חיוב מ"מ בתורת כפיה כנ"ל.

ובדומה כתב באמרי בינה (דיינים, ד) -

וי"ל דבאמת אין לדיין לדון בדיני קנסות בבבל, ונודע סברת הפוסקים דקנס אינו מחוייב כלל מעצמו בטרם שיחייבו אותו הבית דין דאשר ירשיעון אלקים כתיב וכ"ז דלא חייבהו הבית דין ליכא שום חיוב, לא שעבוד הגוף ולא שעבוד נכסים והא דמהני תפיסה היינו כיון די ש לפנינו עדים ואם היה לפנינו בית דין סמוכין היו מחייבין אותו בזה עביד אינש דינא לנפשיה ואין בכח הבית דין של אינן סמוכין להוציא ממוץ, כיון שידענו בבירור דאם היו סמוכין היו מחייבין אותו וכל כח לבית דין הדיוטות הוא משום שליחותיהו דקמאי ובקנס אף דלא ניתן להדיוטות כח לדון בשליחותיהו מ"מ אין להם ג"כ כח להוציא אם תפס הניזק. אבל מ"מ אינו יכול הניזק התופס לגבות ממה דתפס, דאמרינן מאן שם לך? וצריך גוביינא בבית דין. וכ"ז דלא חייבו אותו בית דין סמוכין, ליכא חיוב הגוף וממילא ליכא שעבוד נכסים רק שהבית דין א"מ מן

התופס דעביד אינש דינא לנפשיה להחזיק במה שתפס עד דמפייס ליה המזיק כיון דברור לנו אם היו כאן סמוכין היו מחייבין אותו לשלם ואז היו הבית דין מגבין ליה ממה שתפס אבל כ"ז דלא חייבו אותו הבית דין ליכא חיוב כלל ולא מגבינן ממה שתפוס ועומד. וכך נראה ממה דכתב הרא"ש ואם בא הניזק לפני בית דין ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס ממונו היום או מחר שלא יוציאנו מידי שאין בית דין נזקקין לקבל עדותו דכיון דאין דנין דיני קנסות בבבל גם אין נזקקין לקבל עדותו לזכותו אם יתפוס כדאמרינן דאין מועד בבבל דאין בית דין נזקקין לקבל העדאה אע"פ שאין עתה הוצאת ממון אבל אם תפס הניזק ותבעו המזיק לדין אמרינן לניזק שיביא עדים ואם יראה לדיינים שבדין תפס אומרים למזיק אין אנו דנין לחייבך קנס אבל אם תרצה לפדות מה שתפס משלך תן לו כך וכך ממון דהכי אמור רבנן אי תפיס לא מפקינן מיניה. ולכאורה אכתי אמאי אין מועד בבבל הא משכחת כשתפס בא אחר כך המזיק לתובעו ואז מקבלין עדותו וממילא השור מועד... ולמ"ש א"ש דע"כ הוכחת הרא"ש דלא מקבלין עדות בטרם שיתפוס ממה דאין מועד בבבל הוא משום כיון דכ"ז דלא תפס ליכא שום דבר לדרון השתא דעל השור אין בכח הדיוטות לדונו וגם לחייבו אין בכחם לדרון רק אם תפס אף דאז ג"כ אין בכח הבית דין לחייבו וגם לדרון להוציא מזה שתפס ועומד ואומרים להמזיק אם תרצה לפדות מה שתפס תן לו כך וכך ובכח דאמרו רבנן אי תפס לא מפקינן... ואם כן א"ש דלא משכחת מועד בבבל דאף בתפס מ"מ אין בכח הבית דין לדרון על השור ואף אם קבלו עדותן הוא רק שלא להוציא מזה שתפס אבל לא לעשות מועד להשור ואף לא לחייבו.

(ג) תפיסת תשלומי 'כופר'

בסעיף ב מבואר שאין דנים כיום כופר. אך האם ניתן לתפוס תשלומי כופר מאת הנתבע? בעניין זה כתב הטור (שפט) -

ואין הדין שוה בכלם יש שמועדין לכתחלה בכל מה שיעשו ויש שיש בהן דברים שמועדין בהם מתחלתן ויש בהן דברים שהן תמים בו מתחלתן ואחר כך נעשו מועדין ודין המועד שישלם בכל מה שיזיק ותם אינו משלם אלא חצי נזק לפיכך דבר שהוא תם מתחלתו ונעשה מועד בעודו תם משלם חצי נזק ולאחר שיעשה מועד משלם נזק שלם ועוד יש בין תם למועד מועד שהזיק חיוב הנזק הוא על נכסי בעליו לשלם לניזק כל היזקו אבל תם אין החיוב על נכסי בעליו אלא על גוף שור המזיק אפילו המית שור שוה אלף דינר והוא אינו שוה אלא דינר אינו נותן משלו כלום אלא נוטל השור ואם מת השור ואין הנבלה שוה כלום יפסיד הניזק הכל ותם נעשה מועד ע"י ג' נגיחות שיגח זה

אחר זה ואין רצוני להאריך בהעדאתו כיצד נעשה מועד או כיצד חוזר לתמותו שאין מועד בזמן הזה מפני שלא נעשה מועד אלא ע"פ סמוכין לפיכך נשאר לעולם בתמותו וגם אין רצוני להאריך בדיני שור שהמית אדם לפי שאין דנין אותו עתה מפני שצריך בית דין של כ"ג אע"פ שגם חצי נזק דתם קנס הוא ואין גובין אותו מכל מקום כיון שאין מוציאים אותו אם תפס הוצרכתי לפרשו:

יוצא מכאן שאי אפשר לתפוס כופר, שהרי השווה אותו לחצי נזק (שאמנם צריך לדון גם בו). ויש מקום לשאול, למה לא תועיל תפיסה, הרי זה ממון ולא קנס? על שאלה זו ניתן להשיב לאור סוגיית **בבא קמא (מ,א)**, הדנה בשאלה, האם ממשכנין על הכופר. הסוגיא אינה מכריעה בשאלה זו, אך **הרמב"ם** (נזקי ממון, י, ד) פסק שממשכנין. **הרמב"ן** (שמות, כא, ל) לעומתו, הכריע שאין ממשכנין על הכופר -

אם כפר יושת עליו - בעבור היות הכפר כפרה כענין הקרבנות, ואם הוא אינו חפץ בה אין מכריחים אותו לבא לבית דין לחייבו בכך, ואפילו אם חייבוהו אין ממשכנין אותו, בעבור זה אמר "אם".

וכשם שלא ניתן למשכן על הכופר, לא ניתן גם לתפוס תשלומי כופר, כיון שאי אפשר לכוף אדם לעשות כפרה. ועוד, שבאופן כזה, הדבר לא יכפר לו, כמבואר בסנהדרין (מ,ב) -

איבעיא להו: קבורה משום בזיונא הוא, או משום כפרה הוא? למאי נפקא מינה? דאמר: לא בעינא דליקברוה לההוא גברא. אי אמרת משום בזיונא הוא - לא כל כמיניה. ואי אמרת משום כפרה הוא - הא אמר לא בעינא כפרה.

וכתב **רש"י** (שם, ד"ה הא אמר לא בעינא כפרה): "ואי נמי קבריה ליה לא מתכפר".

(ד) תפיסה חוזרת

האם לאחר שתפס התובע את המגיע לו מן הנתבע, רשאי האחרון לחזור ולתפוס מן התובע מה שתפס ממנו? עיין **נתיבות המשפט** (ביאורים, ה) שהביא ים של שלמה הסובר שאינו יכול, כיון שזכה התופס במה שתפס, בדין. הנתיבות עצמו חלק עליו, וסבר שיכול הנתבע לחזור ולתפוס, וכן הסיק בחידושים (ב). **הדברי משפט** (סוף ס"ק א) כתב שבקנסות אם חזר ותפס לא ניתן להוציא ממנו -

ואם כן מה שכתב הרמ"א סימן שמח דאף בכפל ודו"ה מהני תפיסה וכשיטת הרא"ש הנ"ל היינו כיון דהוא תפיס ומוחזק יכול לומר קים לי כהרא"ש דאף ביותר מכדי היזק מהני תפיסה אבל אם חזר המזיק ותפס מניזק אפשר לומר דמהני תפיסת המזיק דיכול לומר קים לי כשיטת התוס' והראב"ד הנ"ל דקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין דחייב וכיון דבזמה"ז

ל"ל בית דין מומחין וא"א לגמור הדין אינו חייב קנס כלל, ואף דחכמים תקנו דאף בזה"ז מהני תפיסה בקנס היינו אם הוא כדי היזק, אבל ביותר מכדי היזק כגון כפל ודו"ה לא תקנו חכמים דמהני תפיסה וכשיטות הרמ"ה הנ"ל.

ראה גם במחלוקת קצות החשן (ו) ונתיבות המשפט (ג) ומש"כ עליו במשובב נתיבות לענין חב לאחריני בעבד.

סימן ב

(א) "ולא לעבור על דין תורה"

הענישה שלא מן הדין סויגה בכך שלא תהיה על מנת 'לעבור על דין תורה'. פירושים שונים נאמרו להסביר ביטוי זה. כדאי לעיין בט"ז (ד"ה תו איתא שם ולא לעבור על דין תורה) שהביא גם כאן את דינו המפורסם, שאין כח ביד חכמים לתקן ולגזור במקום שמפורש בתורה להיתר. האחרונים האריכו בדבריו, ליישב מקומות שונים הנראים כסותרים דבריו. נראה כדוגמא, את שו"ת חתם סופר (חלק ו, ליקוטים, נב) -

מה שהקשה לט"ז איך החרים ר"ג על מה שמפורש בתורה אדר"ג לק"מ דאע"ג אין חכמי יכולי' לאסור בתקנה מה שמותר בפירוש בתורה מ"מ אדם האוסר על עצמו בשבועה או בחרם בודאי אסור אפילו מה שהותר בפירוש בתורה ואדם המחריים עצמו אם ישא ב' נשים הרי חרמו חל עליו בלי ספק והנה יש לכל נשיא ישראל וגדול הדור להחרים ולאסור כמו שאדם נשבע לעצמו וזה ביאר רמב"ן בקונטרס משפטי החרם שלו ובתורה בפסוק וכל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה שמזה נתחייב יהונתן מיתה לולי שפדאווה ופירש שהתירו חרמו של שאול ע"ש בביאור ולא אמר ט"ז אלא דאי לא אסרו בחרם רק בתקנה ליכא לאו דלא תסור ואי קשי' קו' ט"ז אהש"ס ס"פ הבע"י למ"ד הנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה נהי אין קיי"ל כרבא דאי מצי למיקם בספוקא נושא לולי חרם דר"ג אבל הך מ"ד ס"ל אפילו מצי למיקם בספוקי כופי' אותו להוציא והלא קרא כתי' כי יהי' לאיש ב' נשים. אבל כבר כתבתי במקום אחר מה שקשה אהט"ז דחז"ל בפרק איזהו נשך אסרו רבית גוי שלא נלמוד ממעשיו וק' הלא קרא כתי' לנכרי תשיך אי הי' חז"ל אוסרי' רבית נכרי גזירה משום רבית ישראל זה הוא נגד התור' דכתי' לנכרי תשיך אבל הם לא באו לגדור גדר אריבית אלא על לאו אחר דכתי' לא תלמד לעשות כתועבות הגוים והם וראו חז"ל כי הלוואות ריבית מביא ללמוד ממעשיו אסרו לגדור הלאו ההוא לא לעשו' גדר לריבית וזה מותר וא"ש ולק"מ וה"נ דכוותי' אלו אסרו לישא ב' נשים שלא ירבה במשגל ותאווה זה התורה התירה

אבל הם ראו לעשות גדר ללאו שארה כסותה ועונתה לא יגרע אפילו מצי השתא למיקם בספוקי' דלמא לעתיד לא מצי למיקם ע"כ אסור להך מ"ד ומ"מ פליג רבא משום דאינו דומה ממש למ"ש לעיל בלאו דלא תלמוד לעשות הנ"ל דהכא הוה ממש אותו ענין עצמו שהתירה תורה.

ועיי' מג"א סימן תקנ"א סק"ז היכי דאיכא שום דיעה להחמיר אפילו לית הלכתא כוותי' מ"מ אם קבלו עלייהו כאותה של ר"ג טפי אפילו בלא חרם הוה כקיבל עליו חומרת אותו מ"ד בנחיצה רבה.

(ב) ענישת יחיד שלא מן הדין – רק כאשר קיים חשש שישפיע על הרבים לרעה?

האם בכדי להטיל על היחיד עונש שלא מן הדין, אף כאשר לא קיים חשש שמא ישפיע על הרבים לרעה? בעניין זה ראה פתחי תשובה (א) בשם האורים ותומים (האורים, סוף א) שכתב כדי לענוש מיתה צריך שהעם יהיה פרוץ ולא יחיד, דלא כמהר"ם מלובלין (קלח) -

הגיע לידי הפסק דין אשר חרצת על דבר המעשה המכוער והזר עון הרציחה שעשה אחד מפריצי בני עמינו כנזכר בהעדיות אשר שלח מכ"ת לידי. הגם שעד השני הוא עד מפי עד, מסתמא המעשה הרע הוא ידוע ומפורסם, והפושע הרוצח הוא במאסר ובמשטר ביד הפקיד כי לא פורש מה יעשה לו וביקש מכ"ת ממני לחוות דעתי להלכה למעש' בזמן הזה ואם יפה דנת ואם יפה זכי' מלהכותו נפש...

תשובה: שיסוד הכל שבנו עליו רוב הפוסקי' שפסקו שגם בזמן הזה יש כח ביד בית דין להעני' אחד בעונש גוף או מית' הוא מהא דאית בפרק נגמ' הדין ובפרק האשה רבה תניא: אמר רבב"י, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבו' על דברי תורה אלא לעשו' סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בימי יוני' בשב' והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שהדין כך אלא שהשע' צריכה לכך וכו'. ונרא' דמשמע להו להפוסקים שהבית דין דקאמ' רבב"י, פירושו, אפילו בית דין של חוץ לארץ אפילו לעונש מיתה שהרי משמע מדבריו שהוא משהו ומדמ' הכאה ושאר עונשי' לעונש מיתה דהא דקאמר שבית דין מכין ועונשין על כרחך בין שאר עונשי' ובין עונש מיתה קאמר, וכמו שמייתי עלה ומעש' באחד וכו' ובשא' עונשי' הוא פשוט בדברי הגמרא' שגם בחוץ לארץ יש כח ביד בית דין להעני' ולקנוס מפני צורך השע' כאש' יתבא' לפנינו בסמוך ואם כן, סבירא ליה לגמרא דבית דין דקאמ' רבב"י אפילו בית דין של חוץ לארץ קאמ', ואם כן, הוא הדין בעונש מיתה דהא בחד בית דין כלל להו רבב"י...

ואהא סמך גם כן הטור ח"מ, שכתב בפשיטות בסימן ב' שדייני חוץ לארץ דנין בין עונש ממון בין עונש מיתה בצורך השעה וגם בסימן תכ"ה כתב על דברי רב נטרונאי גאון שכתב דעל כל חייבי מיתות בית דין האידנא אין בידינו לא להלקותו ולא להגלותו וכו' כתב עליו הטור וז"ל ואפשר שלא כתב כן אלא מצד הדין וכו' אבל במה שצריך לעשות לו משום מגדר מילתא בזה לא דיבר, כי מי חולק על ראב"י שאמ' שבית דין מכין ועונשין כדי לעשו' גדר? עד כאן לשונו. הרי שכתב בפשיטות כי מי יחלוק וכו' אפילו בזמן הזה...

אבל לפי דרך זה יתיישב שפיר ומבואר בטוב טעם ודעת מן הגמרא, שאפילו בזמן הזה יש כח ביד בית דין להעני' בין בעונש גוף בין בעונש מיתה בצורך שעה לעשותם סייג וגדר וזה הוסכם מרוב הפוסקי והתשובו'. לכד זה מצאנו ראינו הנמוקי יוסף שכתב בפרק ארבע מיתו' אהא דאית' התם אימרת בת טל' בת כהן שזינתה הוה. אקפא חטא בר טובי' חבלי זמורות ושרפה. אמר רב יוסף טעה בתרתי. טעה בדרב מתנא דאמר פתילה של אבר מטילין לתוך פיו וכו'. וטעה בדתני' ובאת אל הכהנים ואל הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם. בזמן שיש כהן יש משפט בזמן שאין כהן אין משפט. וזו לשון הנמוקי יוסף שם: ואי קשיא והא קיימא לן דבית דין מכין ועונשין' שלא מן הדין ויש לומר דהת' סנהדרי גדולה הוו דרב גוברייהו, אבל בית דין דעלמא לא. ואע"ג דאמרינן בריש פרק ב' דנידה רב הונא קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכו' חבירו, ואמרינן בפרק זה בורר, אי ודאי קטיל נפשא ליכהיוה לעיני', היינו לעונשו בקצת מה שחייב' עליו תורה, כגון שיכהו עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בו. אבל לחייבו לגמרי בדין תורה, לא עד כאן לשונו.

איברא, אפילו אם תמצא לומר שדברי הנמוקי יוסף הם כפשוטן וסבירא ליה דאין כח להעניש בעונש מיתה כי אם לסנהדרין ולא לבית דין דעלמא, אפילו למגדר מילתא לצורך שעה, אין לחוש לדבריו נגד כל הני הפוסקים, מאחר דהוכחנו למעלה דסוגיית הברייתא והגמרא נראה כדבריהם, דאפילו על בית דין דחוץ לארץ לאמר ראב"י שמכין ועונשין שלא מן הדין וכו' כנזכר למעלה. וקושיית הנמוקי יוסף לא יקשה על כל הני הפוסקים דפשיטא דיכולים לתרץ דהא דקאמ' רב יוסף דטעה בתרתי וכו' הוא פשוט שהיה ידוע להם להאמוראי' שלא דן אותה חמא בר טוביא באותה מיתה לשום מגדר מילתא אלא נתכוון לדונה בדין תורה. ועוד יש לתרץ קושיא זו לדעת הפוסקי' בפנים אחרים, אלא שאין העת להאריך. ועוד, שנוכל לפרש דברי הנמוקי יוסף שר"ל דדוקא באותה מיתה שנתחייב בה בתורה אין כח לבית דין דעלמ' לדונו כי אם לסנהדרין. אבל לסבב ולגרום לו איזה מיתה שיהיה באופן שיהא מנוער מן העולם אין הכי נמי שמודה הנמוקי יוסף שיש כח בכל בית דין לעשות כן

ולכך דקדק הנמוקי יוסף בסיו' דבריו וכתב אבל לחייבו לגמרי בדין תורה לא. וחמא בר טובי', אם אית' דלצורך שעה ומגדר מילתא עבד הכי, הוי ליה להאבידה מן העולם באיזה ענין שיהיה ולא לדונה בשרפ' ממש כדין תורה לכך אמר רב יוסף דטעה בתרתי וכו'...

והשתא לפי דרך זה אפילו הנמוקי יוסף מצי שפיר סבר דיש כח ביד כל בית דין אפילו בזמן זה להעניש באיזה עונש מיתה שיהיה להאבידו מן העולם למגדר מילתא לצורך שעה ואין חולק בדבר. וכן נראה לי פשוט להלכה למעשה שיש כח לבית דין אפילו בזמן הזה להעניש בעונש מיתה משום צורך השעה אפילו בשאר עבירות וכל שכן בעון הרציחה שראוי להחמיר יותר להעני' מפני צורך השעה כמו שכתב הריב"ש הטעם מפני שמצינו שאפילו בזמן שהיו דנין דיני נפשות היו מחמירין ודנין בה שלא ע"פ דין תור' שהיו מכניסין אותו לכיפה כשהרג שלא בעדו' גמור' כדאית' בפרק הנשרפין ולא היו עושין כן בשא' מיתו' בית דין.

אך אמנם האמת הוא שצריך כל בית דין להתיישב בדבר ולשקול במאזני שכלם אם צורך השעה ההוא כל כך גדול שכדאי הוא להענישו בעונש מיתה כאש' מבוא' מעצמו מדברי כל הפוסקי' וביחוד בתשובת הרשב"א בב"י.

אבל נראה לי פשוט שלא לבד זה בשכבר רבים מן כלל העם פרוצי' באותה עבירה הוא נקר' צורך שעה כמה שעלה על דעתך כן כמו שנראה מדברי מעלתך והבאת לראיה מדנקט בברית' בימי יונים. ומטע' זה חרצת הדין שבנדון זה הנזכר לא שייך לומר בו שהשעה צריכה לכך. וזה אינו, אלא אפילו היכי שבשעבר לא היו העם פרוצי' בעבירה הזו, אלא שרואים הבית דין שאם לא יענשו זה בדינא רבה כמיתה וכיוצא בזה יהיה סברא שמהיום ולהבא יהיו העם פרוצים בעבירה זו וינהגו בה קלות גם זה מקרי שהשעה צריכה לכך, שהרי חזינו' דבההוא עובדא המכוע' מברכת השם שכתוב בתשובו' הרא"ש כלל שהתיר הרא"ש לבערו מן העולם פשוט הוא שלא היו העם פרוצים כבר בעבירה זו חליל' ולא התיר זה רק מפני כדי שיתקדש השם בין העכו"ם ששמעו מזה וגם למגדר מילתא להבא עשה כן. וכן בההוא מעשה מהאלמנה שנתעבר' מן העכו"ם שהתיר לחתוך חוטמה ולהשחית תואר פניה ולא מפני שהיו העם פרוצי' בעבירה זו עשו כן, אלא למען שלא יצא דבר הזונה על העכו"ם להבזות דתינו ולמען תשמענה כל הנשים ולא תעשנה כזאת כאשר מבואר שם באותה תשובה. וגם היכא דליכא לא זה ולא זה אלא שרואי' הבית דין שאיש זה הוא משורש ורגיל בעבירה זו בודאי שיעש' עוד לרבי' כמעשי' שעשה מבואר בגמר' שקנסו וענשו אותו שלא מן הדין משום מגדר מילת'

כדחזינן בההו' גולנ' עתיק' דקניס אותו רב נחמן אע"ג שאינו מפורש שהיו יתר העם או פרוצים בגזילה כמוהו רק שהשיב רב נחמן גולנא עתיק' ובעינא דאינס'. והיינו בלתי ספק כדי שלא יוסיף עוד לעשות מעשים כאלה לרבים. וכן ההוא גברא דקץ רב הונא ידיה מפני שהיה רגיל להכר' חבירו לא עשה רב הונא זה אלא כדי שלא יוסיף לעשות עוד כאלה וכיוצא בזה. ש"מ דזה מקרי גם כן שהשעה צריכה לכך.

(ג) עונש מוות בזמן הזה

האם ניתן כיום להטיל כיום עונש מוות שלא מן הדין? לרוב הפוסקים, גם בזמן הזה ניתן להרוג שלא מן הדין. כך דעת הרי"ף לפי ביאור המהרי"ק (שורש קפט) וכן כתב הרשב"א הלכה למעשה בכמה מקומות, וכן כתבו הריב"ש ור"י בן הרא"ש ועוד. נעיין לדוגמא בשו"ת הרשב"א (ג, שצג) -

עמדתי על כל טענות הקונדרס הזה, ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. וכל שכן בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שמם, וכבר קנסו ז"ל קנסות במכה את חבירו ביד או בהרכיבה, וכו', כדאיתא בריש פרק המניח את הכד. ואעפ"י שאלו דיני קנסות הן, ואין דנין אותן בבבל, כדאיתא התם בריש פרק המניח את הכד, מכל מקום, בכל מקום ומקום דנין לעתים בכיוצא בהן לגדור את הדור. וגדולה מזו אמרו בפרק נגמר הדין: בשמעון בן שטח שתלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד, ואעפ"י שאין תולין אשה, ושאין דנין שנים ביום אחד, ואעפ"י שאין טעמא: שלא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה. וכך אמרו ביבמות בפרק האשה רבה: באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לבית דין, וסקלוהו; ובאחד שהטיח את אשתו תחת תאנה, והלקהו; וכל זה שהיתה השעה צריכה לכך. וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום, שרואין שהשעה צריכה לכך, ולייסר השוטים והנערים המטים עקלקלותם. והנה אמרו: רב הונא, שהיה מבבל, קץ ידא, כדאיתא בריש פרק כל היד; ובסנהדרין, בריש גלותא, דאמר: אי ודאי קטל נפשא, לכהויה לעיניה; ואעפ"י שאין קציצת אבר בדיני התורה, אלא הכל לגדר ולצורך שעה. ולפיכך, ברורים אלו שעשו זה, אם ראו צורך השעה לענוש ולקנוס ממון או גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה, כדין עשו; וכל

שכן בדאיכא הורמנא דמלכא; וכענין ר' אלעזר בר' שמעון בריש פרק השוכר את הפועלים. ומכל מקום, הברורים צריכין להתיישב בדברים, ולעשות מעשיהן אחר המלכה, ולהיות כונתם בכל עת לשמים.

אך הנמוקי יוסף (סנהדרין, טז, א מדפי הרי"ף, מובא בבית יוסף) כתב שרק סנהדרין גדולה יכולה לענוש בעונש מיתה שלא מן הדין, וכן כתב רבינו יונה (סנהדרין נב, ב) -

ועוד היה יכול לומר טעיה אחרת שלא היה סמוך בבית דין וד"נ אינן אלא במומחין ואע"ג דאמרינן בית דין מכין ועונשים שלא מן התורה ואמרינן לעיל אי ודאי קטל נפשא וכו' ואמרי' נמי דרב הונא קץ ידא משמ' דכולי האי לא עבדי' אלא מקצת הדין עושין כגון רב דקאמר כחלינהו לעייני' ודלא דיינו בסייף ואע"פ שבאותו שרכב על סוס בשבת דנוהו בסקילה דילמא שאני רבנן דבימי יוונים שמשם תורה יוצאה לכל ישראל אי נמי בת כהן שזינתה לא שכיח.

המהר"ם מלובלין (הנ"ל) הבין שכל מה שחידש הנמוקי יוסף הוא שלא לדון באותו דין של תורה, אך בדין אחר - אפשר. וכן הוכיח שהבין הב"י, אך הדרישה (ד"ה ומה שכתב בשם הרי"ף) הבין שהרשב"א והנמוקי יוסף חולקים.

אך בחידושי הרי"ם (א) הביא שגם הרי"ן סובר כנמוקי יוסף ורבינו יונה, ומסיק שקשה להקל לנגדם -

הנה דין זה אינו מוסכם שהנמוקי יוסף פרק ד' מיתות אהא דאימרתא בת טלי כו' אקפה ר' חמא כו' חבילי זמורות כו'. וכתב הנמוקי יוסף ואי קשיא הא קימא לן דבית דין היו מכין ועונשין שלא מן הדין כו' יש לומר דהתם סנהדרי גדולה הי' ורב גוברייהו אבל בית דין דעלמא לא כו' ע"ש והובא בב"י גם כן. והרי שפסק שאין כח ביד בית דין אחר לדון מיתה כו'...

וכן מצאתי להר"ן ז"ל בחידושו לסנהדרין מ"ו וז"ל ומעתה נראה שאלו הבית דין העונשין עונש מיתה למי שאינו מחויב לה בדרך הסייג ראוי שיהי' הבית דין מומחין וסמוכין כשמעון ב"ש וחבריו דיותר חמור הוא זה מעונש דין תורה כו' דהא בית דין אלקים בעינן כו' אלא דאי אית להו הרמנא דמלכא כו' אבל בדין שבדיניהם פטור כו' ודאי אסור דבית דין מומחין וסמוכין בעינן. אבל ברודפים כו' מדין רודף ע"ש. ואף שמדברי הרי"ף ז"ל לא משמע כן שהביא אהא דר"נ (ב"ק צ"ו) גזלנא עתיקא כו' ובעינן למיקנסי' כו' והוכיח דאף בחוץ לארץ יכולין לקנוס והביא עוד מהא דבית דין מכין ועונשין כו'. ואם כן מאי ראי' הא שם דוקא בסמוכין דמכין ועונשין, וע"כ שסובר דגם שם

קאי אכל בית דין אף אינם סמוכין. מכל מקום אין זה מוכרח דסובר כן גם במיתה, די ש' לומר דוקא בממון דילפינן (פרק השולח) הפקר בית דין כו' מראשי אבות דמנחילין, ולכך לא בעינן סמוכין, כמ"ש הר"ן ז"ל לענין הפרת נדרים דכתיב ראשי המטות דלא בעינן סמוכין רק כל ראשים במשמע ע"ש ולא הביא מהא דבית דין מכין כו' רק שיכולין לקנוס לצורך שעה. וממילא מהני מטעם הפקר בית דין כו' אבל במיתה, שפיר יש לומר דבעינן סמוכין...

ולכך נראה דקשה לעשות מעשה בדבר זה להמית מי שאינו חייב מיתה כיון שמצינו חולקים בדבר וכ"כ בס' בנ"ש הובא בכהאי גונא וז"ל ולדידי לא הייתי מיקל לענין מיתה אלא בחתיכת אבר ע"ש. וכן נראה. ואחר כך ראיתי בשו"ת מהר"מ לובלין סימן קל"ח שהאריך בענין זה והביא דברי הנמוקי יוסף הנראה לי וכתב שבטלה דעתו ע"ש ולא ראה דברי הר"ן הנ"ל שמפורש להדיא גם כן כדברי הנמוקי יוסף הנ"ל וגם פירושו שרצה לפרש בדברי הנמוקי יוסף א"א לפרשו בדברי הר"ן ז"ל ע"ש וכן בדרישה דחה הראי' מהרי"ף ע"ש...

(ד) הכישורים הנדרשים מ'שבעה טובי העיר'

מי ראוי להיות מזו טובי העיר? בשו"ע כתב: "או טובי העיר שהמחום בית דין עליהם", וכתב הסמ"ע (ט) "שהמחום לבית דין", ואילו הרמ"א (לז, כב) -

טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה.

ועיין במה שכתב בשו"ת הרשב"א (א, תריז) -

ואקדים לך הקדמה כי שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד. אלא שבעה אנשים שהעמידו' הצבור פרנסים סתם על עניני העיר והרי הן כאפטורופס' עליהם. ואין צורך לפרנסין אלו אלא לדברים שיש להם קדושה בבית הכנסת ורחבה של עיר. וכאותם המוזכרין במגילה שאם מכרו הפרנסין במעמד אנשי העיר ואפילו למשתי ביה שכרא רשאיין. ובתוספתא קורא אותם פרנסין דתניא התם רבי מנחם ברבי יוסי אומר בני העיר שמכרו בית הכנסת לא יקחו את רחבה. אמר רבי יהודה במה דברים אמורים בזמן שלא התנו עמהם פרנסי העיר. אבל התנו עמהם פרנסי העיר רשאיין לשנות לכל דבר שירצו. ואם תאמר אם פרנסי' ידועים הם למה לי שבעה? זו בירושלמי שאלו אותו דגרסינן שלשה מבית הכנסת כבית הכנסת שבעה מבני העיר בעיר ושאלו מה הן קיימין. אם כשקבלו עליהם אפילו אחד ואם כשלא קבלו עליהם אפילו כמה? אלא הן הן

קיימין בסתם. ופירוש ואם כשקבלו עליהם בני העיר כל מה שיעשו השבעה במכר זה, אפילו אחד נמי. ואם בשלא קבלו עליהם מה שיעשו בדבר זה אפילו היו כמה אין ממכרן מכר. והעמידוה בסתם כלומר כשהעמידו עליהם הציבור שבעה פרנסים סתם לפקח על עסקי הציבור. לפיכך כשהן שבעה יש להם רשות לכל דבר כאלו עשו כן כל בני העיר. אף על פי שלא העמידו אותם על דבר זה בפירוש. אבל פחות משבעה אין כחן שוה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר. וזכר לדבר שבעה רואי פני המלך. מעתה מה שנחלקו אלו כנגד אלו אם היו טובים שבעה או בינוניים שבהם.

(ה) גואל הדם בזמן הזה

בקצות החשן (א) דן בשאלה, האם דין גואל הדם קיים גם בזמן הזה? בהקשר זה כתב בדעת רש"י, שניתן להרוג גם רוצח בשוגג, לאחר גמר דין. על כך הקשו רבים, שרש"י דן רק במקרה שלאחר שרצח אדם בשוגג וברח לעיר מקלט, יצא מן העיר. וגם על מה שכתב בדעת הרמב"ם, שמותר להרוג רוצח בשוגג הקרוב למזיד הקשו, שמלשונו של הרמב"ם משמע שבדיעבד אינו נענש על כך, ולא שמותר לכתחילה. ראוי לעיין למשל ב**ישועות ישראל** (דיינים, עין משפט, סימן ב, א), ולשים לב גם למה שכתב שם בשם רבינו ירוחם -

עייין באורים שכתב דאין רשות ביד גואל הדם להרוג את הרוצח כ"א אחר שנגמר דינו בפני בית דין של כ"ג לכן בזה"ז אין רשות ביד גואל הדם להרוג את הרוצח, ובס' קצה"ח חולק עליו דלדעת רש"י בפרק נגמר הדין אף ברוצח בשוגג רשות ביד גו"ה להרוג ולדעת הר"מ בשוגג שהוא קרוב לפשיעה והביא ראייה מדברי הרמז"ל בפ"ו מה' רוצח, אלא דבזה"ז יש להסתפק אם שייך גוה"ד כיון דעכ"פ בעינן קבלת עדות ואנן הדיוטות ואין מקבלין עדות נפשות, או אפשר כיון דאפילו הכחישו עצמם בבדיקות נמי רשות ביד גוה"ד אם כן אף בזמן הזה לא גרע מהורג שלא בכוונה ע"כ ת"ד. והנה מצאתי ברבינו ירוחם בסוף חלק משרים שהביא בשם הר"ר אברהם [נראה שהוא רבו ה"ר אברהם בן אסמעאל] שדינים אלו צריכים גם בזה"ז ע"ש שהביא דבריו על דברי הר"מ ז"ל בהורג בלא התראה או בע"א אם כן לפי הבנת של בעל קצות החשן נפשט ספיקו מדברי רבנו ירוחם, דגם עתה רשות. אמנם לפי עניות דעתי מה שהוכיח בעל קצות החשן מדברי הר"מ ז"ל בפ"ו מה' רוצח אין ראייה, שהר"מ ז"ל לא כתב אלא שאינו חייב עליו מיתה, אבל אין לו רשות עד שיעמוד לפני בית דין לחייב אותו מיתה או שיצא חוץ לעיר מקלטו אחר שגלה, אפילו הרג בשוגג, גם מש"כ בעל קצה"ח דמדברי רש"י בפרק נגמר הדין דף מ"ה ע"ב עיי"ש שכתב שם על רוצח בשוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו

ובזה גם הרמז"ל מודה. אמנם עד שלא גלה לעיר מקלטו בפרט קודם שנתקבל עדות בבית דין נראה דנהי דאינו נהרג עליו הגו"ה מ"מ אין לו רשות לכתחילה אלא שהתורה פטרו ממיתה משום כי יחס לבכו והו"ל קצת כאנוס אבל אין זה עניין לרשות גדם לדעת רש"י אינו בשגגה וע"י היטב בהרמז"ל בפ"ה מה' רוצח ה"ט וה' יו"ד.

ועיין בתשובת חוות יאיר (קמו. כדאי לעיין בכל התשובה, הדנה בארוכה בענין גואל הדם בזמה"ז) -

מיהו נראה דבזמן הזה דבטלו ד"נ אפילו הורג במזיד לא יפה כחו של ג"ה מכח סנהדרין וכל בתי דיני ישראל. ונ"ל עוד דאפילו בזמן הסנהדרין מ"ש בקרא ג"ה ירצח הרוצח היינו אחר שיצא דינו למות בסנהדרין רצוני לומר שהוא חייב מיתה רק שמ"מ א"א להמיתו מצד חסרון התראה או עדות מיוחדת וכבגמ' גבי כונסין אותו לכיפה ומייתי ליה הרמב"ם שם פ"ד מ"ח.

ובהמשך דבריו דן אם חייבים להצילו מהשלטונות שנמסר להם -

ועוד אפשר לומר דכל שנתפס על דבר רציחת נפש מישראל שאילו הי' סנהדרין היה מצוה לכל אדם להביאו לבית דין לקיים ובערת הרע מקרבך ובזמן הזה שאין בידינו עכ"פ לא נפעל להצילו וכמ"ש חכמים אף הם מרבים שופכי דמים בישראל. ועוד מה שמפורסם ושגור בפי כל שנפש הנהרג לא ימצא מנוח עד שיעשה נקמה ברוצח ויש כמה ראיות לאמיתות הדבר ממעשים שהיו גם מדברי רז"ל על מקראי קודש גבי קין ודמי נבות ודם זכריה על צחיח סלע לבלתי הכסות. רק שמצד זה היה נראה לחלק ולומר דודאי אם נתפס על אותו רציחה אין להשתדל עבורו כי ודאי מן השמים הוא לקבל דינו דין תורה באדם דמו ישפך מש"כ אם נתפס אחר כך על גניבה שמשפטם לתלותו ואין זה מיתת הרוצח וע"כ מקרה הוא לו וכארז"ל בפרק אחד דיני ממונות דף ל"ז שדין ד' מיתות לא בטלו ואע"פ שאמרו שם מי שנתחייב הרג נמסר למלכות היינו שיזדמן שיתיזו ראשו וכ"פ רש"י בפירוש ואפשר כי כל מיתות מלכיות היה בימיהם כן וכבמשנה שם סנהדרין דף נ"ב מתזין ראשו כדרך שהמלכות עושה מש"כ תליית הגנב הוא חנק וא"א לומר שנזדמן לו זה בעון הרציחה והרי בש"ס שם פרק אחד דיני ממונות הקשו והאי בר נחש הוא וכו' ומ"מ אין זו הוכחה כמ"ש התוס' דלפעמים זכות מגין ולפעמים ע"י זכות נידון בקלה ואם כן י"ל להיפך ג"כ וי"ל שגם נפש המת תמצא מנוח באיזה ענין שיהרג לכן חזר הדין לומר שאין להשתדל עבורו אם ידעינן ביה שרצח נפש ישראל מקדם כל שכן לטעם שכתבנו שלא נתפעל לקיים בקרבנו מה שהיה מוטל עלינו לבערו. וא"ת אם כן כל רשע גמור שנתפס לא נשתדל

עבורו ועוד גם כי יחלה או בבואו לידי כל סכנה לא נזדקק לו והא ודאי לית' שלא אמרו לא מורידין ולא מעלין רק באפיקורסין ומסורות ורשעים להכעיס וכו' מש"כ שאר רשעי ישראל ובעלי עבירות. דל"ק דאנן לא אמרינן רק בעבירה שחייב עלי' מיתה בדין תורה ושכא לו סיבה חוץ למנהג עולם וגם זו רפיא בידי דלפי זה אם הבא על אשת איש או הרוצח טובע בנהר לא נצילהו ואין זה נכון כמ"ש הרמב"ם ספ"ד דרוצח והביאו טור ח"מ סימן תכ"ה ומעלין ואין מורידין כל שאינו עומד ברשעו תמיד ולא אמר חוץ מרצחנים דאין חילוק. ועוד אפשר לומר נהי דלטמרו בידים אסור מ"מ להשיאו עצה ולהראות לו מקום נהי דמצד דינא דמלכות' אסור מצד דין תורה מותר וקצת יש ראייה ממ"ש להו זילו אטמרו נפשייכו דנראה דהראה להם מקום דאל"כ מה אמר להם בזה ודו"ק וכך נראה ממה דשקיל וטרי וחיפש אחר הצלתם... ונחזור לענין שאלה שבאה לידינו הנ"ל שודאי שדין רוצח אינו רק כעובר לתיאבון ליתובי יצרי' הרע וכבגמ' דשבת גבי קורע בחמתו ואם אחר זה נתפס בשביל גניבה או דבר אחר כל שכן אם בא לידי סכנה מצוה להשתדל בעדו אם אינו ברשעו תמיד כדרך קצת גנבים שהמה בכלל מורידין ולא מעלין מש"כ בשהרע דרך מקרה דינו כישראל לכל דבר אבל אם נתפס בשביל זו הרציחה עצמו שרצח נפש נקי מזיד יש פנים לומר אחר שיש סברות לכאן ולכאן שב ואל תעשה עדיף שלא להשתדל בעדו ויש לומר אידך גיסא אחר שזה כבר אבד ולגבי זה הרוצח אם ספק בגמ' או בסברא וספק נפשות להקל ויש להשתדל לכן אין בידי להכריע לחייב השתדלות אפילו מממון הרוצח שזה בכלל מיטרח ואגורי דאצטרך ריבוי גבי ישראל דמלשון למיטרח דנקט נ"ל דגם זה לולי דאיתרבי ממ"ש תורה לא תעמוד על דם רעך ה"א אם אין בידו להצילו בעצמו אינו מחויב לטרוח ולשכור אחרים אפילו בממון של חבריו ... ובזה הרוצח אין לחייב להשתדל כלל. ומ"מ אין למחות ביד המשתדל אפילו מכיסו (מש"כ כל אותן שלא מורידין ולא מעלין אסור להשתדל עבורם למלטם ממות ואפילו בהשתדלות קנס ממון אם אפשר לישראל להתנצל אסור להשתדל עבורם דזה בכלל השבת אבידה וראיתי מקילין גם בראשון בשכר ולא ירד בני עמהם) ומי שבכחו להכריע ולבא עד תכונות בירור הדין אם יש איסור בשתדלנות או מצוה או רשות יכריע מה שאין עמדי, ולא בי היא.

(ו) הפקר בית דין הפקר

נעיר על כמה עניינים הנוגעים לכלל 'הפקר בית דין הפקר', העולים בדיונים הקשורים לסימננו.

1. האם בכח בית דין גם להעביר ממון אדם זה לאחר או רק להפקירו?

בשאלה זו ישנה מחלוקת ראשונים. ברשב"א (גיטין לו, ב) כתב -

רבא אמר הפקר בית דין הפקר. אקשיא קמייתא דאקשינן ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית ומתקני דלא תשמט קאי, ואוקמא אפילו כרבנן דפליגי עליה דרבי לומר דשמיטה בזמן הזה דאורייתא, ואפ"ה אתא הלל והתקין פרוזבול דהפקר בית דין הפקר כדדריש לה מקראי ואויל, והכא נמי אפקורה אפקר הלל ממונו של לוח לגבי מלוה ומגבי ליה, וכן פרש"י ז"ל דאקושיא קמייתא קאי. ומינה שמעינן דכח בית דין יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבאו לידו, וכן מוכח מקרא (יהושע יט, נא) דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני וזכה לו מיד ואף קודם שבא לידו, אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו מעתה שמעון:

וכן משמע ברמב"ם (סנהדרין כד, ו) -

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 לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר:

אך לעומת זאת עיין בשיטה מקובצת (בבא בתרא ק, א) בשם רבינו יונה -

ויש לומר בין לרב גידל בין לרבה בר רב הונא משום דהפקר הרבים הפקר בביררת הדרך אין אדם זוכה על ידי הפקר עד שיחזיק ויקנה וכל היכא דאמרינן הפקר בית דין הפקר בעל הנכסים איבד זכותו על ידי הפקר בית דין והרי הן כדבר שאינו שלו ויש רשות לחברו להחזיק בו ברשות בית דין אבל אינו זוכה בו בדבור בית דין עד שיחזיק ולרב גידל נמי דאוקמה למלתא דרבי אליעזר כשאבדה להם דרך באותה שדה כיון דיחיד שאבדה לו דרך בשדה חברו ילך לו בקצרה רבים ודאי צריכין הן קנייה בביררת הדרך ועד שיחזיקו לא קנו וכשהחזיקו מיהא קנו אף על פי שהחזיקו שלא ברצון בעל השדה לפי שנתנו להם בית דין כח.

2. האם כל בית דין רשאי להפקיר ממון?

גם בעניין זה קיימת מחלוקת ראשונים. ב'מרדכי' מובאות שתי דעות. בבבא בתרא, סימן תפ, דעת רבנו תם -

וה"ר מצא בשם ר"ת רש"י בני העיר להסיע על קיצתן, האי רש"י אלהסיע קאי פירוש היכא דכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו ודקאמר הפקר בית דין הפקר כגון **בי דינא דרב אמי ורב אסי** דאלימי הוו לאפקועי ממונא כדאיתא פרק השולח והא דאמרי' ובאת אל הכהנים וכי תעלה על דעתך וכו' היינו שבכל זמן **שבדורם אין גדול כמותו** אבל אם יש בדורם גדול כמותו אין בידינו להפקיע ממון.

ולעומת זאת בכבא מציעא, סימן רנז, בשם תשובת רבינו גרשום -

וליכא למימר דווקא בדורות של שמאי והלל או ר"ג, שהרי אמרו חכמים למה לא נתפרשו שמותם של שבעים זקנים שלא יאמר אדם פלוני כאלדד ומידד ופלוני כנדב ואביהוא וכתיב וישלח ה' את ירבעל ואת בדן ואת יפתח וגו' לומר לך יפתח בדורו כשמואל בדורו ומי שנתמנה פרנס על הציבור הרי הוא **כאביר שבאבירים**.

וכתב בשו"ת רבי אליהו מזרחי (=הרא"ם, סימן נז) -

והא דאמרינן בגיטין פרק השולח מניין שהפקר בית דין הפקר ר' יצחק אמר מהכא, דכתיב - כל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו. ורבי אלעזר אמר: מהכא - אשר נחלו אותם אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי אבות המטות לבני ישראל, וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך מה אבות מנחילים את הבנים כל מה שירצו, אף ראשים מנחילים את העם כל מה שירצו. ומשמע דהפקר שייך אפילו בעל כרחם היינו כגון בי דינא דרבי אמי ורבי אסי דאלימי לאפקועי ממונא כדאיתא התם אבל שאר בתי דינים לא, והא דאמרינן בעלמא ובאת אל הכהנים וכו' וכי תעלה על דעתך וכו' אלא יפתח בדורו כשמואל בדורו, ותניא בראש השנה פרק אם אינם מכירים וישלח ה' את ירבעל ואת בדן ואת יפתח ואת שמואל וכתיב משה ואהרן בכהניו ושמואל בקראי שמו שקל הקדוש ברוך הוא שלשה קלי עולם כנגד שלשה גדולי עולם לומר לך ירבעל בדורו כמשה בדורו בדן בדורו כאהרון בדורו יפתח בדורו כשמואל בדורו היינו שאין באותו הדור כלו כמותם אבל אם יש באותו הדור גדול כמותם אף על פי שאינו נמצא באותה העיר אין בידם להפקיע ממון. וכן כתב ראב"ה שרבו הזקן ממיץ היה מפרש לברייתא דרש"י בני העיר לקיים תנאם ולהסיע על קיצתן דמיירי בשנאותו כלם יחד והוא עמהם ושוב עבר על אותה הקציעה דומיא דהנהו תרי טבחי דאתנו בהדי הדדי ואחר כך עבר אחד מהם על אותו התנאי אבל בלא דעתו לא אלימי לעשות והפקר בית דין הפקר לא שייך הכא, והרמב"ם ז"ל כתב בפרק

אחד עשר מהלכות מכירה רשאי בני העיר לקוץ להם שכר לכל דבר שירצו ואפילו בשר ולחם ולהתנות ביניהם לכל מי שיעבור שיענישו אותו כך וכך וכן רשאי אנשי אומניות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה אבל אם יש בה חכם חשוב אין התנאי שלהם מועיל ואינם יכולים לענוש ולהפסיד על כל מי שלא קבל התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם, וכל מי שהפסיד לפי התנאי שאינו מדעת החכם משלם, הרי לך בפירוש שהרמב"ם ז"ל סבר שאינם יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קבל תנאם אלא דווקא כשהתנו עמהם מתחלה.

ולעומת זאת כתב בשו"ת תשב"ץ (ב, ה) -

שאלת צבור שהסכימו שכל מי שיקדש אשה שלא מדעת חבר עירם וזקני הקהל שלא יהיו קדושי קדושין אם דומה למה שנאמר בגמ' (גיטין לג, א וש"נ) כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ויהיו יכולין מכח הסכמתם להפקיע הקדושין וגם בהסכמה זו הטילו חרם לעובר עליה.

תשובה: כל מקום שאמרו בגמ' אפקעינהו לקדושי' מניה והקשו עלה תינח דקדש בכספא הפירוש הנכון הוא מפני שיש רשות ביד בית דין להפקיר הממון ההוא דקיימא לן הפקר בית דין הפקר וכיון שהפקרן הפקר אינו ממון שלו והרי לא קדשה בכסף שלו ואינה מקודשת כלל ואם כן אנו יכולין להמשיך הענין הזה להסכמת הצבור שהרי הצבור יכולין להפקיר ממון של כל א' מבני קהלם ובכל דור ודור יש לכל בית דין כח להפקיר ממון שיש לו בעלי' דיפתח בדורו כשמואל בדורו וכן הסכימו האחרונים ז"ל דלענין פרוזבול שהתקין הלל משום טעמא דהפקר בית דין הפקר דלא בעינן בי דינא כבי דינא דסור' ונהרדע' דאלי' לאפקועי ממונא אלא כל בי דינא רב' באתריה כתי' פרוזבול ומפקיר ממונא וכן כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל: יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותן כפי מה שיראה וכו' עכ"ל ואע"פ שהממון לא יצא מיד הבעלים ועדיין הוא ברשותם יכולין בית דין להפקירו ולומר שאינו שלו ולזכותו לאחר והכי מוכח בגמ' בפרק השולח (לו, ב) וכ"כ המפרשים ז"ל ואם כן הצבור שגזרו שכל מי שיקדש שלא מדעת גדוליהם שלא יהיו קדושי קדושין הרי הפקירו ממון המקדש וזיכוהו לאשה ע"מ שלא יזכה בה המקדש כיון שאינו שלו לא נתן לה כלום משלו ומה שנתן לה זכתה בו מן ההפקר אחר שיצא מרשותו ואינו מקודשת כלל ויכולין הצבור לעשות כן מפני גדר ותקנה כדי שלא יקפוץ הדיוט אחד ויפתה נערה בת טובים

ויקדשה בצנעא ואם היא הסכמה קדומה הרי הוא כאלו כל אחד קבל על עצמו כן והדבר יותר פשוט זהו הנראה משורש ההלכה אלא שמשום חומר העריות יש לחוש שמא בעינין בי דינא דאליים לאפקועי ממונא כבי דינא דר' אמי ור' אסי ואם לענין ממון אנו סומכין בהפקעה זו בכל בית דין אפילו הכי בענין קדושין יש להחמיר כדאמרי' בפרק המדיר (עג,ב) ובפרק המפלת (כה,א) ובפרק חזקת (נז,ב) ובפרק התקבל (סג,ב) ובפרק כל הגט דתנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא גבי איסור' לחומרא ומפני שאנו מדמין אין אנו יכולין לעשות מעשה. ועוד שהרי לא אמרו בהסכמת צבור בפירוש שהם מפקירין ממון וכן שמענו שלא נעשה מעש' לעולם בדבר אע"פ ששמענו ג"כ שהרמב"ן ז"ל נשאל זה על זה פה והשיב דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואם כן מה שראוי לדון בזה הלכה למעשה הוא שאם רוצה לכנוס צריכה קדושין אחרים ואם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם ואם גרש הראשון יכול לכנוס השני בקידושין אחרים אבל לגרש השני ולכנוס הראשון יש לחוש שמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין הוא וכדמוכח בסוף פרק המגרש (פט,ב) ולענין החרם צריך להתירו אחר שינהוג נדוי כראוי לכל עובר על חכמי צבור ואם לא פירשו בהסכמתן שאם עבר וקדש לא יהיו קדושיו קדושין בזה כתבתי בתשובה שיש להסתפק אם דעת הצבור היה להפקיע הקדושין ואין הדבר יוצא מידי ספק כן כתבתי ומלשון ההסכמה יוכל להתברר זה ואם יתברר מלשון ההסכמה שלא הי' דעתם להפקיע הקדושין הרי היא מקודשת גמורה ויתירוהו מנדויו בתשובה כראוי והרשב"א ז"ל כתב בתשו' שהצבור יכולין להפקיר כל ממון שינתן לשום אשה הפקעה גמורה והפקר גמור אאם כן תקבלם האשה מדעתה ומדעת אביה ובפני פלוני ופלוני הכל כמו שירצו ובתקנ' זו נתבטלו הקדושין לגמרי אם לא נעשו כמו שתקנו.

בשו"ת חת"ם סופר (ג, קח) הבריל בין אם המפקירים הם דיינים סמוכים לבין אם הפקירו בית דין שבזמן הזה, וקבע שבזמן הזה, הפקר בית דין הוא רק מדרבנן -

היות כן לא אאמין שהמהרי"ק יודה להרשב"א בזה כיון שהחמיר מאוד בהפקר בית דין ונ"ל דמשו"ה כל הראשונים ז"ל הי' קשה עליהם לעשות מעשה בענין זה חוץ רשב"א סימן אלף ר"ו העיד שפ"א עשה מעשה לפני רמב"ן בענין זה כי נ"ל אפילו הסוברים שהפקר בית דין הפקר גם בענין כזה וגם כל בית דין אפילו אינם כרב אמי ור"א מ"מ נראה דאין זה מן התורה ומקרא דיחרם כל רכושו דאם כן מנ"ל הא דלמא סמוכים בעינין כי התם ומגדר מלתא כי התם אע"כ מדרבנן בעלמא הוא ולא מן התורה ואסמכוה אקרא דעזרא ואם כן מנ"ל שתקנו להפקיע קידושין דמי עדיף ממכרן וקידש בדמיהן מקודשת דפירש"י דלהפקיע אשה מבעלה לא גזרו וחמץ דרבנן בשעות דרבנן

וכה"ג ואפילו אם כל הציבור יסכימו מ"מ כיון דמן הדין הוה אסמכתא רק מפני התקנה ובההיא הנאה דצייתו אהדדי מאן לימא לן דהני סברות דאורייתא נינהו?

3. הפקר ממונו של היחיד על ידי הציבור

נביא בענין זה כמה חלקי תשובות, אך כדאי לעיין בהן בשלמותן. בשו"ת מהרי"ק (שורש א) כתוב -

וראייה לדבר שהרי כתב המרדכי וז"ל רשאים בני העיר להכריע על קצתם. פירש ר"ת שנעשית מדעת כל טובי העיר כו' עד ופירש רבי מאיר הטעם דטובי העיר הוה בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום עכ"ל. הרי לך בהדיא שפירש רבינו מאיר שטובי העיר בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום. ואחר כך כתב המרדכי בשמו וז"ל: וששאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנות להטיל מס על שוה ליטר' קרקע וכו' עד אבל לשנות שלא מדעת כולם במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולא מגדר מילתא אין שומעין להם לעשות תקנה לעצמה שלא כתורה עכ"ל הרי לך שאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ואע"ג שכל ראשי הקהל היו רוצים לעשותו דע"כ בהכי מיירי מדהוצרך לעיל מינה לחלק בין הך להא דרשאין בני העיר להסיע על קצתן כו' משום שנהגו כבר קודם לכן כו' וכיון דאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי הכי נמי לגדולי הדור שהרי ר' מאיר פירש בעצמו לעיל דטובי העיר יש להם כח בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום ועוד יש להביא ראייה מהא דגרסינן בגיטין פרק השולח (דף לו) אמר שמואל האי פרוזבול עולבנא דדייני הוא אי אישר חילי אבטליניה כו'. משמע בהדיא דאפילו בי דינא דרב אמי ורב אסי אין יכולים להפקיע ממון במידי דאיכא רווחא להאי ופסיד' להאי דאי לא תימא הכי היכי קאמ' שמואל דעולבנ' דדייני הוא והא שמואל גופיה קאמר לעיל מינה דלא כתבינן פרוזבול אלא בבי דינא דסורא או דנהרדעא וכגון בי דינא דרב אמי ורב אסי לכ"ע לא כדמסיק ואע"ג דסוף סוף בבית דין דרב אמי ורב אסי כתיבי פרוזבול לכ"ע היינו משום מגדר מלתא זכר לשביעית כדתקין הילל. הרי דבעלמא אפילו בי דינא דרבי אמי כו' לא היו יכולים להפקיע ממון במלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי.

בשו"ת הרמ"א (עג) כתב -

דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד כמו שכתב מהרי"ק

שורש א' על מעשה כזה. וכזה כתב הרשב"א בתשובה (שו"ת הרשב"א ח"א סימן תשפח) והביאו בר ששת בתשובה סימן תע"ז: ועל קהל א' שרצו לעשות תקנה שיפרעו מס מכל נכסים שיש להם בעיר זו או בעיר אחרת, והיו עושין זה כדי לחייב יחיד אחד שדר ביניהם. שהיו לו נכסים מחוץ לעיר. והשיב, וז"ל: מה שאמרת שיש לקהל לעשות דינים וחוקים בדבר זה נ"ל שאין זה אלא גזל ואינן יכולין להתנות על הגזילות וכו', והאריך שם הרב בזה. ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה. ולכן נצרך בזו לירד לעומקא דדינא.

גרסינן ב"ב ח,ב: רשאי בני העיר להסיע על קיצתן וכו'. וכתב שם המרדכי (שם סימן תפב) בשם תשובת אבי העזרי, דיש כח ביד טובי העיר לתקן מה שירצו דמאחר שהובררו לתקן בעירן הנראה בעיניהם הפקר בית דין הפקר, ויש כח בידן לענוש על זה. אמנם ר"ת ור"י ממי"ץ ושאר הגאונים חולקים כמו שכתב שם המרדכי, וס"ל דאין כח ביד טובי העיר לתקן דבר שהוא מזיק לאיזה יחיד בלא דעתו. והא דאמרינן רשאי להסיע על קיצתן, היינו אם נעשה מתחילה מדעתו ועבר עליו אבל בלאו הכי לא, וכן נראה שם מסקנת המרדכי. וכן הוא דעת הרשב"א והריב"ש בתשובה דלעיל, וכן נראה דעת מהרי"ק שורש א' וי"ד. אם כן לפום ריהטא היה נראה דאין כח ביד בני העיר לתקן דבר דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי בלא דעת כולם, וכל שכן שאין לתקן דבר על בני העיר אחרת שאינן תחת ממשלתם. מכל מקום כי דייקנן בהך מילתא נראה דבנדון דידן מצו מעכבי מכמה טעמים, הן שיכולים לגזור על בני עירן שלא ישאו ויתנו עמהן הן על בני עיר אחרת שלא יעסקו אצלן. חדא, דהא מנהג קדום בעיר הגדולה שכל דיניה נעשים ע"י הקהל המבוררים, ומתקנין בעירן כל מילי. וכל תקנותיהן שמתקנין שנראה בעיניהם שהוא לטובת הקהל תקנתן קיימת, אף אם היה בזה פסידא לרבים כל שכן ליחידים. אם כן הוי טובי העיר ומבוררים בענין זה כאילו קבלו עליהם, דכל מקום הולכים בזה אחר מנהג בני המדינה אם לא היה מנהג גרוע שאין לילך אחריו, כמו שכתב ר"ת פ"ק דב"ב גבי הא דאמרינן התם לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא וכו' וכל שכן בעניני הקהל דכולן נידונין ע"פ המנהג, כמו שכתב מוהר"ם (בתשובות הש"יכות להלכות עדות, ברמב"ם סוף ספר שופטים סימן יג) שנוהגין להביא עידיה מתוך בני העיר אעפ"י שנוגעין בדבר מצד המנהג. וכן פסקו האחרונים ז"ל לילך בכל עניני הקהל אחר המנהג וכמו שהאריך בזה בת"ה ריש סימן שמ"ב. והוא פשוט דהולכין אחר המנהג בזה מאחר שיש להם על מה שיסמוכו, והם רבותינו האומרים שיש ביד טובי העיר כח לתקן

מה שירצו, וכמו שכתבתי לעיל דבריהם. וכן משמע בתשובת מהרי"ק סימן א' ובמקום דנהוג לרדות ולכוף היחידים שבבני עירם הרשות בידם לעשות כמנהגן.

ועוד, די"ל הא דאין רשות ביד הקהל לעשות תקנה להסיע על קיצתן במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, נראה דהיינו דוקא במקום שעושין תקנה נגד דברי תורה ושלא כדין תורה, כדמשמע לשון להסיע על קיצתן ר"ל שמסיעין הדין מדין תורה, כמו שפירש"י בגמרא. אך אמנם במקום שמתקנין דבר ואינו נגד דין תורה הרשות בידן. ותדע דהא בתשובת בר ששת סימן תע"ז פסק דאין כח לתקן דבר נגד היחיד מומחה בדבר אם לא שקבלו מדעתו כדעת ר"ת דלעיל.

בשו"ת המהרש"ך (נט) האריך בדינים אלו, וכך הוא מסכם -

כללו של דבר שאין חילוק בין עיר שיש בה ב"ה אחד לעיר שיש בה ב"ה רבים שבכללם הולכין אחר הרוב בין במה שהוא מיגדר מילתא במילי דשמיא בין במה שהוא לתיקון העיר במילי דעלמא שכיון שהוא תיקון לכולל לא חיישינן אם יהיה רווחא להאי ופסידא להאי דתקנת הכולל עדיף כענין להתנות על המדות וכו' וכיוצא מעניני צרכי העיר ותקנותיה ע"פ טובי העיר כי תקנות אלו במילי דעלמא לצורך הנהגת העיר חשובות לפני הקב"ה. כי בגלל הדבר הזה ירבה שלום בארץ ובשמוע המיעוט אל הרוב ישקוט מדון כי יהיו ישראל כאיש אחד חברים ומרבים שלום בעולם.

מומלץ לעיין במאמרו של הרב נחמיה טיילור, "מזכירות הישוב והלכותיה", תחומין ט, 103, הנוגע להרבה מן הבעיות והעניינים הנידונים בסימן זה.

סימן ג

(א) הכרעת שני דיינים הדיוטות נגד דיין תלמיד חכם

בגמרא נאמר שנדרשים שלושה דיינים דווקא, משום ש'אי אפשר דלית בהו חד דגמיר'. בהקשר זה עלתה השאלה, מה הדין אם 'גמיר' צרף אליו כאלה שאינם 'גמירי', והם הכריעו נגד דעתו? בעניין זה כתב **שו"ת שבות יעקב** (א, קל"ז) -

במותב תלתא הוינא עם שני יושבי קרנות דלא גמירי ולא סבירי ואחר ששמענו טענת הבעלי דינים ורציתי לשאת ולתת עמהם רבו והכריעו דלא כוותי וגמרו את הדין נגד דעתי וסברתי אי דיניהם דין כדכתיב אחרי רבים להטות או נימא דקשר רשעים ועמי הארצים אינו מן המניין?

תשובה: הנה השאלה סתומה מכל צד א' מיירו בקבלו עליהו או שדנו בעל כרחך של הנתבע או אם נתמנו להיות דיינים ואם לא נתמנו להיות דיינים ולא קבלו עליהו לכאורה יש לתמוה על מכ"ת [= מעלת כבוד תורתו] שלא דן ביחידי בעל כרחם ולא לצרף עם אנשים שאינם מהוגנים. על כן כדי לברר כל הספיקות שיוכל ליפול בזה הנדון אברר כל הדינים מש"ס ופוסקים ראשונים ואחרונים ויוסף לקח טוב ושכל לכל יוצאי שער עירך ואיש על מקומו יבא בשלום... ומה שנראה למכ"ת כיון שנגמר הדין ע"פ שנים דלא גמירי הדין בטל זה אינו, דמשמעות הש"ס והפוסקים דכיון דאית בהו חד דגמר ויודע סברות בדינים להציע לפני שנים האחרים והם רבו עליו מ"מ הדין קיים. אך מה שנראה מתוך לשון שאלתו שהב' המה רשעים הנה בודאי אם הם בכלל רשעים גמורים הפסולין לדין ולהעיד ודאי פסילי לדינא והדין בטל. אך אם עיקר שאלתו משום דלא גמירי, ודאי הדין קיים כמ"ש אך אם הם בני אדם שאינם מהוגנים מעיקרא דדינא פירכא ומתחלה היה לו למנוע מלהצטרף עמהם כי אין לאדם חכם לישוב בדין עד שיודע מי ישב עמו.

וז"ל הרמב"ם ספ"ב מה' סנהדרין ואסור לאדם חכם לישוב בדין עד שידע עם מי ישב שמא יצטרף עם אנשים שאינם הגונים ונמצא בכלל קשר בוגדים לא בכלל בית דין עכ"ל וכ"כ הטור חושן משפט לעיל סימן ג' משמע דמן הסתם אסור לישוב עם כל אדם מטעם שמא יהיה אנשים שאינם מהוגנים ויהי' בכלל קשר בוגדים וזה סותר לכאורה קצת למ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ב מה' סנהדרין ובטור סימן ז' וז"ל דיין שהוא יודע בחברו שהוא גזלן או רשע אסור להצטרף עמו שנאמר מדבר שקר תרחק וכך היו נקיי דעת שבירושלים עושין אין יושבין בדין עד שידעו עם מי הם יושבין עכ"ל משמע דליכא איסור אלא אם כן ידוע שהוא גזלן אך ורק נקיי הדעת מחמירין על עצמן מן הסתם ובסתירת הדברים כבר הרגיש הב"ח סימן ז' סעיף י"ד גם בתשובת בית יעקב סימן ל"ח מאריך בזה. ונכנס ע"י כן בפרצה דחוקה ע"ש ובספרי ישבתי הכל על נכון וכתבתי דלק"מ דרוקא אם דיין אחר אינו מכיר את שני הדיינים אזי אסור לישוב עמהם מן הסתם שאולי אלו השנים הם אינם מהוגנים דהי' בכלל קשר בוגדין כיון שהרוב מהבית דין יהיו אינם מהוגנים יהא הו' ג"כ נכלל בתוכה אבל אם שני דיינים מכירין זה את זה רק השלישי אינם מכירין אז ליכא איסורא רק נקיי' הדעת היו מחמירין על עצמ' ואין יושבין בדין וכו' והיכי שיודע הדיין שאחד מן הדיינים רשע או גזלן אין לו להצטרף עמו דאף שאינו נקרא קשר בוגדים כיון שהוא רק אחד מ"מ אסור משום מדבר שקר תרחק: אכן היכא דקבלו הבע"ד עליהם ליכא איסורא להצטרף עמו דאז ליכא מדבר שקר תרחק כיון שקבלו עליהם וגם קשר בוגדים ליכא כיון ששנים כשרים וכן

משמע בש"ס וסנהדרין ובטור חושן משפט סימן כ"ב ובש"ע אבל מ"מ נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן בכל ענין שלא לישב בדין אלא אם כן היו יודעין כל היושב עמו שהם כשרים וכן משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור ודלא כנראה מתשובת בית יעקב ששגג בכל זה.

לעומת זאת, בשער משפט (יח, א) חולק עליו (יש לשים לב גם למה שכתוב בסוף לגבי שנים שדנו אפילו מומחין אין דיניהם דין כיון שאינו בית דין נוטה) -

בתשוב' שבות יעקב ח"א סימן קצ"ז כת' בפשיטות דאם יושב חד דגמיר בדין עם תרי דלא גמירי והם רבו עליו הולכין אחריהם וכן משמעו' הפוס' עכ"ד והנה אף דמסתימת הפוס' משמע כן מ"מ הדבר תמוה מאוד דכיון דתלתא דלא גמירי פסילי לדון ובעינן חד דגמיר כדאמרינן בש"ק דסנהדרין לרב אחא בריה דר"א דמדאורייתא חד נמי כשר והא דתקנו רבנן ג' משום דא"א דלית בהו חד דגמיר ומיני' למדו הפוסקים דאף לר' אבהו דמדאורייתא בעינן ג' מומחים מ"מ משום נעילת דלת הקילו בהדיטו' ואית ביניהו חד דגמיר ואם כן כיון דבתלתא דלא גמירי פסולי לדון אף אם יסכימו כולם לדעת אחת אם כן היכי דיתבי חד דגמיר ותרי דלא גמירי היכי מצינן למדחי דעת הגמיר לילך אחר דעת התרי דלא גמירי כיון דפסילי לדון כלל אף אם ג' דלא גמירי יסכימו לדעה אחת...

וכן הרמב"ם בפירוש המשנה ובחיבורו פ"א מה"ס ד"ד פסק כרבי יוחנן דבעינן תלתא משום בית דין נוטה ואפילו הכי מצריך ג' מומחין דוקא וכ"כ הרמב"ם פ"א מה"ס ד"ח נחלקו הסנהדרין והוצרכו לסמוך אחד כדי להוסיף על מנינם סומכין מן הראשונה וכו' אלמא דאף לענין להטות אחר הרוב כיון דגזוה"כ דבעינן מומחין הסמוכין דוקא לא מהני הכרעת דין שאינו סמוך דאם כן יוגמר הדין באינן סומכין ואם כן ה"נ לענין הדיטות כיון דהרי דלא גמירי פסילי לדון האיך יגמר הדין בהם דפסילי לדין לדון אחר דעתם.

שוב מצאתי בס' החינוך להרא"ה במצוה ע"ח לנטות אחר הרוב שכתב ובתורת רוב זה לפי הדומה הוא כששני הכיתות החולקות יודעות בהכוונת התורה בשוה שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים אבל בהשוית החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדיעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המועט וכו' ע"ש משמע להדיא דאף בדיני ממונות דסגי בהו חד דגמיר כמ"ש הוא בעצמו במצוה ע"ז מ"מ לא תכריע דעת הרוב הדיעות דלא גמירי דפסילי לד"מ את דברי הגמיר דכשר לדון ד"מ וכן עיקר.

ואי לאו דמסתפינא הוי אמינא מילתא חדתא, דאף דקיימא לן דיחיד מומחה דן יחידי מ"מ שני מומחין שדנו אין דיניהם דין דהא הטעם דיחיד מומחה דן יחידי אף דקיימא לן דמן התורה בעינן ג' מומחין הוא משום דחז"ל תקנו דיחיד מומחה עומד במקום ג' הדיטות וכמו שתיקנו בג' הדיטות כן תקינו ביחיד מומחה כמ"ש התוס' בפ"ק דסנהדרין דף ה' ד"ה ואם היה יחיד מומחה ע"ש ואם כן י"ל דדוקא ביחיד מומחה תקינו חז"ל דלא שייך לומר בעינן בית דין נוטה דהא דן יחידי ומי יחלוק עמו ולכך עומד במקום ג' הדיטות, מה שאין כן בשני מומחין כיון דשני הדיטות או ד' הדין בטל משום דלא הוה בית דין מטה ה"ה בשני מומחין הדין בטל בין מדאורייתא ובין מדרבנן דחשיבי כשני בתי דינים והוי כששה דינים שהדין בטל כיון דליכא בית דין נוטה. אך אף שהסברא נכונה מאד מ"מ מדברי הרי"ף מבואר להיפך שכתב בפ"ק דסנהדרין וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהם דין היינו בשאינן מומחין ולא קבלינן בע"ד עליהו אבל אי הוו מומחין או קבלינן בע"ד עליהו הוי דיניהם דין ואפילו חד מומחה דינו דין ע"כ הרי להדי' דאף לרשב"ג בשני מומחין דיניהם דין. אך מדברי הרי"ף אין הכרח כ"כ, די"ל דאזיל בשיטת הרמב"ם דמדאורייתא אף יחיד הדיט סגי, ומ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין דאלמוהו רבנן לתקנתיהו ואם כן כיון דלא בעינן בית דין לא בעינן בית דין נוטה כלל. אך הטור בסימן כ"ה כתב וכן הדין ביחיד או שני מומחין ולא קבלו עליהם ולא נקיט רשות מר"ג וטעו בשיקול הדעת מה שעשו וישלמו מביתם אלמא ס"ל דבשני מומחין מה שעשו עשו אף דהרא"ש פסק בפ"ק דמדאורייתא בעינן ג' מומחין דוקא כמ"ש הש"ך בר"ס ג' והדבר צריך תלמוד:

באבני חושן (ג, א), "פישר" בין ה'שבות יעקב' ל'שער משפט', שהדבר תלוי בשאלה, האם פסק הדין יוכל ליצור תקדים -

וכל שלשה נקראין בית דין אפילו הדיטות דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר. השבו"י כתב דאם השנים דלא גמירי מכריעין נגד היחיד דגמיר הולכין אחריהם דהם הרוב וכן משמע מכל הפוסקים וכן נראה פשוט דאל"כ שלשה למה לי אם אין דעתם חשוב כלל ואך ראיתי שהשע"מ לקמן סימן י"ח חולק עליו וכתב כיון דהם פסולין לדון איך יכריעו נגד הגמיר והביא רא' דבסנהדרין (ג, ב) פריך לר' יאשי' דיליף שלשה מתלתא אלקים וכי לית לי' בית דין נוטה והקשה דאי משום בית דין נוטה הוי סגי דהשלישי לא יהי' מומחה ויהי' ג"כ בית דין שקול להכי צריך תלתא אלקים דכל השלשה יהיו מומחין אלא ע"כ דמי שאינו מומחה אינו יכול להכריע נגד המומחה וה"ה הדיטות נגד הגמיר וכן כתב בס' החינוך מצוה ע"ח דאף אלף בורים לא אזלינן בתר

רובא דידהו נגד ת"ח ע"כ. ודבריו לא נהירין מ"ש דהם פסולין לדון אינו נראה ויבואר זה לקמן ס"ק שאח"ז דאין עליהם שם פסול ועוד הרי חכמים תקנו שלשה ומדאורייתא אף הגמיר אין יכול לדון כיון דאינו מומחה ולמה הם פסולין יותר ממנו ואם כן כיון דצירפו תרי הדיוטות אל הגמיר הם דיינים כמוהו ולפ"ז פשוט דנדחה הראי' מסנהדרין דמדאורייתא ודאי כיון דאין נקראין בית דין רק מומחין מתרי אלקים ודאי פשוט דאף השלישי שהוא משום בית דין נוטה ואיך ההדיוט יכריע בין השני מומחין. אבל בתר תקנת חז"ל דאלו השלשה הם בית דין ודאי כולם שוין וגם מה שהביא מס' החינוך דבריו תמוהים, דלא עיין מ"ש החינוך תיכף אח"ז וז"ל אבל סנהדרין אף אם המיעוט חכמים יותר הולכין אחר הרוב כיון דהם במנין ע"פ מצוה התורה. כונתו שם דוקא לענין שאנו נסמוך ע"פ דעתם בדבר שיבוא אחר כך לפנינו ונרצה לסמוך ע"פ דעת מי שכבר פסק כן או שכתבו כן בספר, בזה ודאי אף אלף בורים אינן כלום נגד ת"ח אחד, אבל היכי דהם עוסקין בדין שבא לפנייהם בדיני ממונות או בדיני נפשות בזה ודאי כיון דהם במנין ע"פ מצות התורה כל אחד שקול כאידך ולעולם הולכין אחר הרוב. וכונת החינוך כמו שמצינו דלולי הבת קול היינו פוסקין כב"ש דחריפי טובא אבל בדין שבא לפנייהם לעולם הולכין אחר הרוב. וזה נראה גם במה שאמרו מפני מה זכו ב"ה לקבוע הלכה כמותן וכו' והיינו דלא קבלו דעתם לפסוק רק כמותן בדבר שבא לפנייהם ורק תיכף קבעו הלכה כמותן וקבעו שלדורות יהי' נקבע הלכה, והיינו כיון דאז נקבע הלכה גם לדורות הוי כהלכה שבא לפנייהם כמו כל תקנת חכמים ודו"ק:

(ב) כפיית בית דין

בענין הרשות לדון בכפיה, עיין **קצות החשן** (א) ו**נתיבות המשפט** (ביאורים, סוף ס"ק א) ו**משוכב נתיבות** (שם) שנחלקו למי היכולת לכוף על הדין ועל המצוות. ועיין מה שכתב בשו"ת **חת"ם סופר** (ה, קעז) לחלק בין הדברים -

ומה ששאל פר"מ אי כפיית בית דין בעינן דוקא מומחין כדמשמע בגיטין פ"ח דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו לפי עניות דעתי ב' מיני מצות שכופים עליהם הם, א' חוקים, ב' משפטים, וקיום חוקים ומצות כל ישראל ערבים זה בזה ונכנס מי שאינו מוחה ויש בידו למחות בכלל אשר לא יקים את דברי התורה הזאת כפירוש רמב"ן פרשת תבוא עפ"י ספרי ומ"ש אשר לא יקים זה בית דין שלמטה לאו דוקא בית דין אלא כל אדם מישראל קטן וגדול שוה הוא אם יש בידו לעשות וכת' ואם העלם יעלימו עם הארץ בתתו מזרעו למולך משמע שהי' על ע"ה שלא יעלימו וע"ה איננו בית דין כדמוכח בפרק חטאות דע"ה

בעשותה היינו הדיוט ובית דין היינו עיני העדה ואם כן על כל ע"ה הטיל הכתוב שלא יעלימו ומדכתב אחר כך והכרתי אותו למעט כל עולם ש"מ שהי' להם ג"כ בכרת כמותו אלא שמיעט הכתוב והיקל עונשם מכרת חוץ מעונש שבועות שוא דחמיר טפי ויש עיון בדבר קצת מש"ס פרק שבועות הדיינין מ"מ אמת נכון שאין בית דין ובין כל שום איש מישראל שיכול למחות ולפגוע בעוברי עבירה ולא כלום ואפילו תלמיד לפני רבו לא מיקרי אפקרותא לפגוע בהם ולהכות באגרופ רשע עד שתצא נפשו כנחמי' בן חכלי' ואכס ואמרטם ואמר יד אשלח בכם ובית דין שהזכירו בכל מקום לישנא בעלמא הוא ואורחא דמלתא שיש כח בידם כמו קטן אוכל נבילות בית דין מצווין להפרישו וכמו במילה בית דין מצווי' למולו ורמב"ם ס"ל בס' המצות אפילו דרבנן מה"ת ניהו מלא חסור ע"כ פסק אפילו באיסור דרבנן ככה כמ"ש פ"ו מהל' חמץ ומצה באוכל מצה בערב פסח ועיין תי"ט נזיר פ"ז משנה ג' ודברי חי' ר"ן חולין קל"ב תמוהים שכתב שיעור ההכאה ל"ט כמלקות דאורי' והוא תימא נחזור להנ"ל דדבר זה מוטל על כל ישראל ובית דין שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישראל ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח כי העמידו גברי רבירי בחריקוהו והיינו רישך בקרירא ורישא דרישך בחמימי ומ"מ קרירי איכא וכל זה בחלק חוקים ומצות אך משפטים הוא הכולל ב' דברים א' לעשות משפט כתוב שקצבה תורה למחלל שבת כך ולהורג נפש כך ולעובר לאו כך וכל דבר שקצבה תורה עונשו אחר שכבר עבר אין דמו מסור כי אם ביד בית דין מומחי' כעובדא דשמעון בן שטח שאמר אין דמך מסור בידי אפילו להביאו לבית דין לקיים בי' ובערת הרע כיון דליכא ב' עדים וחלק השני להוציא ממון מיד המוחזק בו אפילו גזילות וכדומה ובכלל זה להוציא אשה מיד בעלה המוחזק בקנין כספו כל הכפיות נקרא משפטים וכתוב אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות דאלהים כתיב בפרשה וצריכים מומחי' ולולי דעבדי' שליחותיהו דקמאי במידי דשכיחי לא הוי דנין גזילו' בזה"ז אבל לפגוע בעוברי עבירה לא נכלל בכלל זה.

ולפי עניות דעתי אחר שכבר פסקו דיינים דין שישלם פלוני מפלוני והוטל עליו מ"ע לשמוע אל השופט ולא אבה ונעשה סרבן אז נעשה עברייך על חק ומצוה שמיעה אל השופט והוטל על כל ישראל ומה שבית דין מנדין ע"ז הוא בשליחות כל ישראל ובזה מיושב ק' מהרש"א על תוס' מס' מ"ק י"ד ע"ב ד"ה מהן וכו' ע"ש והא"ש דמ"ע דרגל אין יחיד מוציא רבי' י"ח משאם כן הכא בית דין מוציא י"ח כל ישראל ועפי' מג"א סימן תמ"ו ע"ש ר"ת וק"ל.

בספר **אלפי מנשה** (ג, א) האריך בענין זה, והוסיף חילוק חשוב על דברי ה'חתם סופר' הנ"ל. נביא חלק מדבריו -

אלא דנראה לי מטעם אחר והוא על פי מה שכתב החתם סופר שם לחלק בין חקים ובין משפטים דבחקים לא בעינן בית דין ובמשפטים בעינן בית דין, וחקים היינו מ"ע ול"ת, ומשפטים הוי ב' דברים אחד לעשות משפט למחלל שבת ולהורג נפש ולעובר על לאו, ב' להוציא ממון מיד המוחזק אפילו גזילות וכדומה ולהוציא אשה מיד בעלה, בזה צריך בית דין מומחין ואנן שליחותייהו קעבדינן עיי"ש. ואם כן שפיר בפריעת בע"ח דלמ"ד של"ד כופין אותו לפרוע חוב משום מצוה ולמ"ד שיעבודא דאורייתא יורדין לנכסיו, דמוציאין ממון מיד המוחזק שפיר בעינן בית דין מומחין, ואם כן שפיר נוכל לפרש גם הסוגיא דפרק החובל וגם דברי הרמב"ם ז"ל פ"ח מה' סנהדרין דכונתם היא דלענין פריעת חוב עבדינן שליחותייהו ואף דרבא וגם הרמב"ם ז"ל ס"ל שעבודא דאורייתא ויורדין לנכסיו מ"מ בעינן בית דין מומחין כיון דמוציאין ממון מיד המוחזק ולזה עבדינן שליחותייהו, אבל לדון בלבד לא בעינן בהודאות והלואות בית דין מומחין כיון דבדין בלבד אין מוציאין ממון מיד המוחזק רק דהבית דין פוסקין את הדין.

(ג) מומחיותם של בית דין לצורך גביית עדות, לעומת זו של בית דין רגיל

עיינן בדברי האורים ותומים (תומים, יב) שפסק שלצורך גביית עדות זקוקים לשלושה דיינים גמירי, למרות שלהכריע את הדין די שיש בין השלושה גמיר אחד -

חד יודע סברות וכו' כאן סתם הש"ע כהרא"ש ודלא כרמ"ה דא"צ ג' גמירי רק בחד סגי ויש לדקדק דבסימן כ"ח סכ"א העתיק דברי תשובת הרי"ף דבקבלת עדות צריך ג' מומחים משמע דבחד דגמיר לא סגי ודוחה לחלק דשם צריכין להיות בקיאים בחו"ד לעדים ודקדוקי דברי העדים, דאף דבתשובת הרי"ף נזכר כן, מ"מ סתימות לשון מחבר שם ל"מ כן רק צריכים להיות מומחים, משמעות בעלי תורה ומדע. ולכן יותר נראה דכל טעמו של מחבר דפוסק דלא כרמ"ה הוא משום דס"ל כהרמב"ם דקיי"ל כר"א דדין תורה חד נמי עבר וכמש"ל ואם כן א"צ רק חד דגמיר דהא דמה דתקנו שלשה הוא משום יושבי קרנות דבשלשה ודאי איכא חד דגמיר וכהנ"ל, ואם כן בקבלת עדות ודאי דין תורה בעי שלשה דאל"כ הוי עד מפ"ע וכיון דדבר תורה בעי שלשה אף שלשה דגמירי בעינן כדעת הרמ"ה ולכך בקבלת עדות מצריך המחבר שלשה מומחים דהיינו שלשה דגמירי וא"ש.

ועיינן בחידושי הרי"ם (ג, ג) שחולק, וסובר שכל בית דין רשאים לדון, רשאים גם לקבל עליו עדות -

דלית בהו חד דגמיר כו'. בתומים הקשה דכאן פסק דסגי בחד דגמיר ולקמן

(סימן כ"ח) הביא הש"ע תשובת הרי"ף לענין קבלת עדות דמשמע דבעינן ג' דגמירי. ותירץ דדוקא בשאר דברים דפוסק כהרמב"ם ז"ל דמדאורייתא חד כשר לכך סגי בחד גמיר מה שאין כן בקבלת עדות דבעינן מדאורייתא ג' ממילא בעינן ג' גמירי ע"ש. אך הטור והרא"ש דמשמע דסברי דלא כהרמב"ם ז"ל דבעינן בכל מקום מדאורייתא ג' כמ"ש הש"ך ז"ל. ואם כן ע"כ דהא דסני בחד גמיר הוא דכך היתה התקנה שיהי' סגי בג' הדיוטות אף אי לית בהו אלא חד דגמיר אם כן ממילא אף לענין קבלת עדות יהי' סגי בחד גמיר וקשה עדיין כנ"ל. ומ"ש שלא סמך אהרא"ש הוא דוחק ע"ש:

ויש לישב דלכאורה קשה לשמואל דב' דיניהם דין ומהני אף לענין קבלת עדות כמבואר בש"ס כתובות (כ"ב) גבי בית דין דרבנא אשי ע"ש והנה לקמן ס' עדות (סימן ל"ג) פסק כהרי"ף ורא"ש דעדים הקרובים לדיינים פסולין משום דהוי עדות שא"א יכול להזימו דאותו הבית דין לא יוכלו לקבל הזמה עליהם שהם קרובים ואף שיכולין להזימם בפני בית דין אמר מ"מ לא מהני רק כשיוכלו להזימם בפני אותו בית דין דוקא ע"ש. ואם כן לענין קנס קיימא לן דודאי בעינן ג' ובשנים לא מהני כלל. ואם כן איך מהני לענין קבלת עדות בשנים הא הוי עדות שאאי"ל בפני אותו בית דין כיון דעדים דממין קנס ולא יהי' מהני כבשנים ולא יוכל אותו הבית דין לקבל הזמה עליהם וממילא לא מהני גם העדות עכשיו לשיטת הש"ך ז"ל דגם בממון בעינן עדות שאי"ל או דבעינן ראוי להזמה ע"ש. ואין לומר דמשום דיוכלו להצטרף אותן השנים עם עוד אחד ושפיר יקבלו גם הם ההזמה מקרי יכול להזימו בפני אותו בית דין. דז"א דגם אף העדים קרובים רק לדיין אחד ג"כ לא מהני ואף שיוכלו להצטרף אלא אם כן הב' הנשארים עם אחד. וכן גבי אין עד נעשה דיין דג"כ הטעם כנ"ל ולא מהני להיות אחד נעשה דיין כמבואר שם גבי ב' מכירין חתימת ידי עדים כו' (כתובות כא) ואף שיוכלו להצטרף לא מהני כנ"ל. אך באמת זה טעות דהתם דבעינן ג' אם כן אף שיוכלו להצטרף הב' שאינם קרובים עם אחר מ"מ זה הדיין הקרוב או העד שלא יוכל לקבל הזמה זה הוא דיין פסול וממילא אף שאותן הב' כשרים שיוכלו להצטרף מ"מ אין כאן רק ב' דיינים ולא מהני כיון שהג' לא יוכל להיות מכלל הבית דין המקבלים הזמה מה שאין כן הכא אף דלענין קנס לא יהי' מהני בב' ויצטרכו לצרף עמהם אחר מ"מ גם הם יהיו ממקבלי הזמה והם כשרים עכשיו ועכשיו סגי בב' כיון שהם כשרים ולענין הזמה דלא יהי' סגי בב' באמת יצטרפו עוד אחד כנ"ל ועתה ב' דיניהם דין כו'. מה שאין כן התם דבעינן ג' לדידן וכיון שאחד פסול לא מהני כנ"ל. אמנם לענין הא דבעינן ג' לדידן שיהי' בית דין רק דסני אף בחד דגמור אבל צריך עוד ב' אף שיהי' לא גמירי שיהי' בית דין. אם כן לענין קנס דבעינן

ודאי ג' גמירי דלא שייך התקנה כו'. ואם כן ממילא לענין קבלת עדות שפיר בעינן ג' גמירי דאי לית בהו אלא חד גמיר ממילא הוי עדות שאאי"ל לפני אותו הבית דין דהם לא יוכלו לקבל הזמה ואף שאותו הגמיר יוכל להצטרף עם עוד ב' מ"מ אותן הב' דלא גמירי לא יוכלו להיות מהבית דין שיקבלו ההזמה וממילא ליכא אלא החד ולא מהני. דאף דהכשירו שיהי' ב' דלא גמירי מ"מ שאר פסולין לא הכשירו דודאי אם העדים קרובים אף לאותן הב' דלא גמירי ג"כ לא מהני כנ"ל ולכך שפיר לענין קבלת עדות בעינו ג' גמירי כנ"ל. ואף דיכול להיות שיהי' אז גמירי כבר ויוכלו לקבל הזמה מ"מ כפי מה שהם עכשיו לא יוכלו לקבל הזמה כמו בקרובין בנשותיהן דיכול להיות שיתרחקו ע"ש. ואף דבל"ז גם הגמיר לא יוכל לקבל הזמה דבעי מומחין כמ"ש לעיל מ"מ הוא הטעם דחוקק כאילו הי' סמוכין וכמו דהי' מהני אם סימן סמוכין כמו כן תיקנו שיהי' מהני עכשיו כיון דליכא מומחין כמ"ש לעיל סימן א'. ולכך בקרובים דגם אז לא הי' מהני גם עכשיו לא מהני וממילא גם בלא גמירי לא מהני כנ"ל דלענין זה לא שייך התקנה כנ"ל וא"ש...

וגם ע"ש בתומים דלענין קבלת עדות ודאי בעינן ג' מדאורייתא דאל"כ הוי עד מפי עד ע"ש. ג"כ לא ידעתי למה זה פשוט בעינינו. ולענ"ד לא נראה כן דכיון דמדאורייתא סגי בחד ונימא שיש לו דין בית דין אם כן למה הוי עד מפי עד דהטעם דלא מהני הוא משום כיון שאין העדים שראו מעידין לפנייהם ואותן העדים ששמעו מהעדים שמעו רק חוץ לבית דין דלא הי' עדות כלל ויוכלו העדים הראשונים לחזור ולהגיד בהיפוך ולכך לא מהני שאין כאן עדות לפנינו. אבל באומרים שראו עדים שנחקרה עדותן בבית דין באמת מהני לרוב הפוסקים כמבואר לקמן ס' עדות. ואם כן כיון דיש לא' דין בית דין מדאורייתא ממילא יכול לדון ע"פ שמעידים בפניו כיון שהוא בית דין גמור. ואיך נוכיח מזה שאינו בית דין משום דהוי עד מפי עד הא אי הוי בית דין לא הוי כלל עד מפי עד ומאי חילוק בין ג' לאחד. ומ"ש התוס' (ב"ב ד"מ) בקיום דלכך בעי ג' דלא להוי עד מפי עד היינו משום דבקיום אין פוסקין הדין כלל רק שמעידין וכותבין שהעדים העידו בפניהם ולכך כשבא לפני בית דין אחר הוי כעד מפי עד. וגם זה רק מדרבנן דמחזי כעד מפי עד. כמ"ש בשיטה שם. אבל היכא שפוסק הדין בעצמו ע"י העדים ודאי מהני כנ"ל מדאורייתא וממילא ודאי סגי בחד דגמיר כנ"ל. ומ"ש המחבר לקמן מומחין כו' היינו שיודעין קבלת עדות כמבואר שם להדיא ע"ש (סימן כ"ח). ואף למ"ש לעיל דגם הרמב"ם ז"ל סובר דבמידי דבעי בית דין בעינן ג' מדאורייתא. ואם כן גם לענין קבלת עדות בעינן ג' מדאורייתא. אך אי נימא כנ"ל ודאי מוכח דגם בקבלת עדות לא בעינן רק חד דגמיר מדכתב הש"ע אין בית דין פחות מג' וכל

ג' נקרא בית דין כו' דלית בהו חד דגמיר אם כן כיון שכתב דבאית חד דגמיר הוי בית דין ולענין שיהי' בית דין בעינן מדאורייתא ג' ומוכח דאף במאי דבעי מדאורייתא סגי בחד דגמיר אם כן גם לענין קבלת עדות כן כנ"ל.

בתוך דבריו שם הוא מביא גם את דברי שו"ת מהרי"ט (ב, חו"מ, מו), ממנו משמע שאדרכא, יותר בנקל לקבל עדים מאשר לדון, ואפילו למ"ד שתמיד צריך שלושה גמירי, לצורך גביית עדות אין צורך -

ומיהו בטור ח"מ סימן ג' כתב וז"ל וכתב הרמ"ה דוק' דגמירי דיני אע"ג דלא סמיכי ונרא' מדבריו דבעינן שלשתן גמירי אבל א"א הרא"ש כתב בג' א"א דליכא חד מינייהו דגמיר או קרא בספרים ויוד' סברות בדינים וכו' עכ"ל.

ותמה אני היאך אפשר שיסבור הרמ"ה דבעינן כלהו מאחר דבגמרא קאמר בההיא תלתא נמי מי לא הוו יושבי קרנות ומשני א"א דליכא חד מינייהו דגמיר ועל הטור יש לתמוה למה ייחס הדברים להרא"ש ז"ל והלא גמרא ערוכה בפיו היא.

ונראה שאין במשמע דברי הרמ"ה ז"ל דבעינן דכלהו גמירי שכל עצמו לא בא אלא לפרש לשון שלשה הדיוטות דלא תימה הדיוטות דלא גמירי דינא כלל אם כן אפילו ליכא חד מינייהו דלא גמיר להכי קאמר דכל דלא סמיכי קרי להו הדיוטות אע"ג דגמירי דינא כדאמרי' בהחובל דאמר רב יוסף והאנן דהדיוטות אנן אלא שלוחותיהו קעבדינן ומ"מ מסתמ' גמירי כדי שידעו היכן הדין נוטה וראיתי לרב מהר"י נ' לב ז"ל בח"א בסופו שכתב שיש בידו פירש נכון ליישב דברי הרמ"ה ואם ליישב אותו כפשטן דבעינן שלשה גמירי פליאה היא בעיני.

ובר מן דין נ"ל דלענין שתהא הודאה בפניה' כהודאה בבית דין ויהיה מוחזק כפרן בפניהם ודאי דין בית דין יש להם אפילו שלשתן הדיוטות ולא גמירי דינא תדע שהרי הרמב"ם ז"ל לא הזכיר ענין זה דבעי חד מינייהו דגמיר אפילו בדיעבד ואם איתא דאיכא עיכובא לא הו"ל לרב למשתק מיניה ולכתוב סתם שג' הדיוטות הרי הם כבית דין הסמוך לכל הדברים והא דאמרי' בגמ' א"א דליכא חד מינייהו דגמיר לא אתא לאפוקי דאי כלהו לא גמירי אין להם תורת בית דין אלא לענין שיתקיימו דיניהם ודאי בעו דלכל הפחות חד מינייהו גמיר כדי שידעו היכן הדין נוטה דאי ידיעת בית רבם לית להו איך ידונו דין תורה ואיך נסמוך על דיניהם והרי בעלי דיניהם יכולים כל א' מהם לדון במקום אחר ולהדר ולדייננה בדין תורה אבל לענין הודאה שבפניהם ומה שהוחזק כפרן בפניהם שאין הדב' תלוי בשיקול דעתם יש להם תורת בית דין וחשיב הודא' בפניהם כהודאה בפני בית דין חשיב דלהא מילתא אין אנו יכולים לסתור את דינם וראיה מדאמרינן בפרק זה בורר הודה בפני ב' וקנו מידו כותבי' ואם לאו

אין כותבין בפני ג' ולא קנו מידו רב אמר כותבין ומסקינן דזמנין כתבי' וזמנין לא כתבי' וכו' משמע מרהיט' דשמעתא דג' דומיא דב' דלא בעינן גמירי אלא כל ג' מן השוק יש להם תורת בית דין לענין הודאתו בפניהם וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שלשה עשאן בית דין והפקרן הפקר ויכולים לעשות מלוה בשטר.

ועוד אשכחן דכל מיילי דלא תלי בשיקול הדעת דאע"ג דלא גמירי מקרו בית דין שהרי לענין קיום שטרות כל ג' מן השוק יש להם תורת בית דין כיון דלהוא מילתא יודעים מיילי דקיום או לדמות החתימה זה לזה **וכן לקבולי סהדותא** דעדים ומשהגידו בפניהם שוב אינם חוזרין ומגידין וכי היכי דהעד אינו יכול לחזור ולהגיד כך בעל הדין אינו יכול לחזוק ולטעון הפך טענתו הראשונה ולהפרת נדרים נמי דבעינן שלשה או יחיד מומחה מכשרי' בג' דידעי לפתוח בנדריים ודין ולענין חליצה נמי דבעינן ג' כדחשיב ליה תנא בריש סנהדרין ותנן בפרק מצות חליצה ואפילו שלשתן הדיוטות ופרכינן בגמרא ומאחר שאפילו שלשתן הדיוטות דיינין למה לי הא קמ"ל דבעינן בשלשה שיוודעים להקרות כעין דייני' וכת' התוספות אבל בשאר דברים אין צריך שיהיו בקיאים בהם וכי לא עשו בטוב יוכלו לישאל לבקיאים אבל קריא' אם לא ידעי להקרות לא יוכלו לישאל לבקיאים אם הקרו יפה עכ"ל. הרי דלענין חליצה דשלשה בעינן אפילו בדיעבד כדאמרי' בההוא פרקא דאין הלכה כאותו הזוג אלא חליצה בשני' או בג' ונמצא א' מהם קרוב או פסול חליצת' פסולה ואפ"ה כשר' לכתחלה בג' הדיוטות דלא גמירי אלא שישאלו לבקיאים. ... **וכן לענין הודאה שהודה בפניהם או עדות שהועד בפניהם יש להם תורת בית דין דהא מלתא לא לגמריהו צריכנ' והא דאמרי' בגמ' כל בי תלתא א"א דליכא חד מינייהו דגמ' לא משו' דלא מקרו בית דין בלאו הכי אלא דאינהו לא מעיילי בדינא ומשכוני נפשייהו דאי טעו משלמי אם לא היו סמוכי' על אחד מהם דגמיר.**

עיין ש"ך (ב), שפסק שאינו יכול לומר 'קים לי', כדעת הרמ"ה שצריך שלושה דיינים גמירי. אמנם באחרונים יש בזה מחלוקת, שדעת **שער המשפט** (ב) שאפשר לומר 'קים לי' -

ומעתה יפה פסק בתשובת מהר"י בן כב הביאו הש"ך שהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן תלתא דגמירי וכן משמע מסתימות דברי הרי"ף והרמב"ם שלא כתבו דסני בחר דגמיר וכן משמע מלשון תשובת הרי"ף שהביא המחבר בסימן כ"ח סכ"א וכ"כ בכנה"ג שכן דעת הרבה מהמחברים.

ואילו בחושן אהרן (א) הכריע כש"ך -

שם בש"ך סק"ב הביא בשם מוהרי"ן לב דיכול המוחזק לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן שלשתן גמירי כו' ע"ש שהשיג עליו, ולמ"ש בדבור דלעיל דטעם דרמ"ה היינו משום דפוסק כרבא דמה"ת בעינן שלשה מומחין, ולכן אע"ג דמפני התקנה בטלו למומחין, דלא בעינן סמוכין, מ"מ שלשתן גמירי בעי, אבל למאן דפוסק כרב אחא דהא דבעינן ג' היינו משום יושבי קרנות, פשיטא דכי אית בהו חד דגמיר סגי וכדקאמר בש"ס להדיא ע"ש, וכיון דהוכחתי לעיל בשיטת הרמב"ם והרא"ש והטושו"ע דכולם פוסקין כרב אחא, פשוט דלא יוכל לומר קים לי כדעה היחידית לעומת כל הני עמודי הפוסקים.

בכנסת הגדולה (הגהות הטור, ג) הביא שבדבר ערווה ראוי להחמיר כרמ"ה -

בדבר שבערווה ראוי לחוש לדברי הרמ"ה דבעינן שלשתן דגמירי. מהר"ח באסן הובאו דבריו במהרש"ך ח"א סימן כ"ה, וקרוב לזה כתב בעל בית חדש דלכתחל' בעינן תלתא דגמירי, אבל בדיעבד כדאים הם הרמב"ם והסמ"ג לסמוך עליהם. ובעל משפטי שמואל בסימן קי"ח כתב דרבו החולקים על הרא"ש ז"ל בזה, אבל בעל בני שמואל ז"ל כתב דראוי לפסוק כהרא"ש ז"ל בין לקולא בין לחומרא. ומהר"ד בוטון ז"ל בתשוב' כתיבת יד כתב, דהויא ספק מקודשת, ועיין בהרש"ך ז"ל ח"א סימן כ"ח, אכתבנו בס"ד בסי' כ"ח אות קי"ו בהגהת בית יוסף.

אגב, עיין שם בכנסת הגדולה (שם, ה) מחלוקת בהגדרת 'גמיר' -

שטה ג': אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב בשלשה אי אפשר דלית בהו חד דלא גמיר ששמע או קרא וכו'. נ"ב: וכן פירש רש"י ז"ל. וביאר הר"ם מפדואה ז"ל בתשובותיו סימן מ"ג, שר"ל שקבל מאחרי' אלא דלא סביר, אבל בעל בית חדש חלק עליו וכתב דלאו גמיר ממש קאמר אלא בסתם לומדין שבזמנינו, ועיין עוד שם. ועיין במהריב"ל ס"ג סימן פ"ד.

הפתחי תשובה (א) הביא את התשובה הנ"ל של השבות יעקב בענין דרך הקבלה של הפסולים לדון -

ודעת הרא"ש והרי"ף וסייעתם וכ"כ הש"כ שכן עיקר ושכן דעת רוב הפוסקים דהלכת' כרב' דמדאורייתא בעינן תלתא מומחין' רק מדרבנן' סגי במומחה א' או שלשה הדיוטות דא"א דלי' בהו חד דגמיר אבל אי כולהו לא גמירי כלל פסילי לדינא (וכן הדי' בשנים או א' שאינו מומחה וכן פסק בש"ע בהג"ה ריש סימן ג') ואסור להו למידן אאם כן שקבלו עלייהו והיינו שצריך שיקבלו עליהם בפירוש כדין קבלו עליהם קרוב או פסול כמבואר בסימן כ"ה ובכ"ג בהגהותיו לטור בסימן ג' אות ט"ו כתב דהכי ג"כ סגי בבואו לפניו לדון לבד...

אך עיין שוב **בכנסת הגדולה** (שם, טו) החולק על כך, וסובר שאין צורך בקבלה מפורשת אלא כל שבאו לפנייהם נחשב כקבלה -

ירושלמי רבי אבהו הוה דין בלחודוהי, אמרו לו תלמידיו למדתנו רבינו אל תהי דן יחידי. אמר להם, כיון דאנא יתבינ' ודן בלחודוהי ואינון אתיין ודיינין קמן, כמן דמקבלין עליהם דמי, ע"כ. והובא במשפטי שמואל סימן צ"ג. ושמעין מיניה דלא בעינן קבלה בפירוש, אלא כל שהוא יושב ודן ובאים לפניו קבלה מיקרי. ונראה שמכאן סמכו בזמננו זה לדון יחידי לכל הבא ועמד לפניו. ויראה לי דאפילו הוציא כתב מהמלך שלא ידן אלא הוא ובאים לפניו לדון הויא כקבלה, וכל שכן אם אחר שהוציא כתב מהמלך קבלוהו עליהם דיכול לדון יחידי. וראיה לדבר ממה שכתב רבינו בעל הטורים ז"ל בסוף הסימן, דאף על פי שאינו מועיל רשות המלך כיון שמקבלין אותו הקהל על פי כתב המלך יכול לדון.

(ד) דין הסוחרים

עיין **במהרש"ך** המובא **בפתחי תשובה** (ב). אך עיין **בערך ש"י** (ד) החולק עליו.

בב"ה סק"ב בשם הרש"ך ח"ב סימן רכ"ט תובע אומר להתדיין בדין תורה ואחד אומר שאין לו להתדיין רק בדיני סוחרים שכך המנהג במקום שנעשה העסק הדין עם השני כיון דבמקום שעשו העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי דין תורה מנהג מבטל הלכה עיי"ש ולע"ד לא יצדק לפמ"ש בשו"ת רשב"א שהביא ב"י לקמן סימן כ"ו בנשא אשה במקום שנהגו לילך בדיני עכו"ם וכל הנושא שם אשה כאלו התנה כן שלא לירש אשתו ובסוף דבריו שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דמ"ד בכלל עוקר כל דיני התורה השלימה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ור"א ולמדו את בניהם דא"ה לא תהא כזאת בישראל שמא תחגור התורה שק עליהם עכ"ל טעם זה שייך גם בזה שנתנו רק בדיני סוחרים מה צורך בלימוד הש"ס ופוסקים בדיני ממונות וילמדו ביניהם דיני סוחרים ומה שאמרו ומנהג מבטל הלכה היינו בדבר פרטי ולא לעקור הכל.

וגם לדברי רש"ך דודאי נחית ע"ד המנהג דוקא כשידוע שזה ידע מהמנהג וכמ"ש הרש"ך בסימן ע"א ס"ק ל"ג על מ"ש הרש"ך במנהג כאמנות וכ"כ בס"ס מ"ב ובסימן ס"א ס"ה ואם כן צריך שידע מנהג הסוחרים בדין זה דאל"כ אף שידע שנהגו באותו מקום לדון בדין סוחרים ומ"מ לא נשתעבד עד שידע דין זה עצמו שנהגו בו לדון שלא כדין תורה אך י"ל דהוי כקבלו עליהם בני העיר דיינים דלא גמירי כדלקמן סימן ח' וסימן כ"ב ס"א אמנם התם דוקא

כשאין בעיר מומחים דידעו לדון דין תורה אבל כשיש בקיאי בדין תורה אסור למנות יושבי קרנות וכמבואר בשו"ת רשב"א שבב"י סימן ח' ובאורים סימן כ"ב ס"ק ט"ו ובחידושי ר"ן ר"פ ז"ב מבואר דכשהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות שא"י דין תורה ואין בעיר רק דיינים כאלו גם לוח י"ל נלך לחוץ לעיר לדון לפני הבקיאין בדין תורה עיי"ש בד"ה ואפילו לוח ובד"ה ולענין פסק הלכה וכ"כ בחידושי רמב"ן וכ"י שם והרי כיון שהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות ואין בעיר מומחים נהגו לדון שלא כדין תורה רק לפי דרך יושבי קרנות מ"מ גם לוח י"ל נלך מחוץ לעיר לפני מומחים דידעי לדון דין תורה אף דלוח במקום שנהגו לדון שלא כדין תורה הרי בזה אין מנהג מבטל הלכה.

(ה) זכותו של התובע לתבוע דיון בזבל"א במקום שקיים בית דין קבוע?

כתב רמ"א: 'אם יש דיינים קבועים בעיר וכו' – האם דין זה חל גם על התובע, שלא יוכל לדרוש זבל"א? עיין בדברי החזון איש (סנהדרין, טו, ז) -

בהגה' אבל אם דיינים קבועים בעיר לא יוכל לומר לא אדון בפניהם אלא בז"ב כו', נראה דדוקא בתיקנו בני העיר כן או שכבר נקבע כן מנהגם וכשמקבלים סתם ע"ד כן קבלו, וזה כשמוצאים תקנה זו לגדר בפני עושי עולה, דע"י נתינת רשות לברור דיין מוצאים מקום להשתמט מן הדין שמתארך הזמן עד שיסודרו הדיינים וגם לפעמים זה פוסל דיינו של זה, ולפעמים בורר אינו הגון וקשה לברר שאינו הגון, ובשביל זה תקנת הציבור לברור בית דין הגון ושלא יוכל לדחות לזבל"א, ונראה דכמו שאין דוחה לבקש זבל"א כן אינו יכול לומר שרוצה בבית דין אחר בעיר הזאת אפילו הם גדולים מבית דין הקבוע, מיהו נראה דהמלוה יכול לתובעו ללוח לבית דין הגדול דלמה לן לשלול מהמלוה זכות זו שהרי אין בזה מגדר מלתא, [וכן כל תובע אלא הנתבע אינו יכול לדחות], ואפשר שאין דינו של הרמ"א משום תקנת הקהלות אלא מעיקר הדין שהרי יש מקום לקבוע שכל בית דין יכול לכוף לבע"ד ולא מצי למדחי לבית דין אחר קאזילנא שהרי כל בית דין עושה כמשפט התורה להוציא עשוק מיד עושקו ולמה לן ליתן לו רשות להשתמט, אלא שמצאו חכמים להפיס דעתו שיתן אימון בהדין שיכול לבחור בית דין, אבל כל שבני העיר קובעין בית דין כחובתן אין מן הנכון שבני העיר עצמן לא יהיו זקוקין להן ולא יהיו חייבין לירד לפניהם לדין, וגם יש בזה משום כבוד הבית דין, ולפ"ז גם מלוה אינו יכול לתובעו לבית דין אחר, ונראה דדוקא בזמן שבית דין הקבוע הם תלתא וביניהו חד דגמיר ותרי דמסבר להו וסביר, או שביררו חד מומחה דגמיר וסביר [אף שאין בנו זה לענין לדון בכפיה מ"מ מהני קבלת הקהל] אבל בית דין של ערכאות, או חד גמיר, לא מסתבר שלא

יוכל לבקש לדון בפני בית דין כשר, ואין ראוי לציבור לתקן לכופו לדון בפני בית דין פסול, ואם תיקנו אין בתקנתם כלום, וכן אם קבעו דיינים שאינם הגונים שאינם נקיים ממדת החניפה והשקר או שהחזיקום בחזקת גמירי ואינם גמירי, אין במינוים כלום וכן אם לא הסכימו על מינוים הישרים שבעיר רק נתמנו באלמות אין להם דין בית דין קבוע.

וכך משמע בתוספות יום טוב (סנהדרין ג, א)

ומיהו בהא מודינא כשיש בית דין קבוע בעיר דלא מצי מדחי ליה הנתבע לתובע לדון בזבל"א לפי שמפני כן קבעו בית דין. [וכך פסק ר"מ איסרלש בהג"ה ריש סימן ג'].

(ו) דיון בזבל"א, במקום שיש בו דין קבוע

מה הדין כאשר יש דין אחד קבוע, האם גם באופן כזה אפשר לכוף לדון לפניו? עיין בשו"ת רדב"ז (ג, תקט) המביא גם את ההשתלשלות ההסטורית, וגם את הצד ההלכתי -

שאלה: על מה סמכו במצרים להיות להם נגיד אחד או דין אחד והא תנן אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי אלא אחד ית"ש וכן נהגו בירושלים תוב"ב ובכל המלכות. וכ"ת מפני שהוא מומחה או שנטל רשות והלא כתב הרמב"ם ז"ל אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין הרי זה מותר לדון יחידי אבל אינו חשוב בית דין ואע"פ שהוא מותר מצות חכמים הוא להושיב עמו אחרים שהרי אמרו אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי שאין דין אלא אחד:

תשובה: צריך שתדע שעיקר דבר זה נמשך כי קרוב לתחלת מלכות הישמעאלים מלך מצרים הנקרא אצלם חל כלי"פא נשא בת מלך בגד היא בבל וכשבאה למצרים שאלה על ענין היהודים ואם יש להם מלך או נשיא ואמר לה המלך אין להם לא מלך ולא נשיא אמרה לו והלא במלכות אבי יש ישראלים הרבה ויש להם נשיא נקרא ריש גלותא והוא מזרע דוד המלך ע"ה ואבי מתברך בו ועושה לו כבוד גדול לפי שהוא מזרע מלכים ונביאים ומיד צוה המלך להביא לו משם איש אחד מזרע דוד המלך ע"ה ושלתו איש נבון וחכם מר' פ' מזרע הנשיאים ומנה אותו לנגיד על כל היהודים אשר בכל מלכותו ומשם נתשלשל הנגידות במצרים והיה לו הרמנותא דמלכא ומאמר המלך לרדות את העם במקל ורצועה דכתיב לא יסור שבט מיהודה ואחר שנפסקה זרע דוד ממצרים או שלא היו זרעו ראויים למינוי חזר הנגידות למי שראויה לה מצד חכמתו ומעשיו והיה דין יחידי בדיני ממונות ומעניש ומכה ומנדה ומחרים כפי מה שצריכה השעה וכל הראשון שיהיה דין יחידי דין אחד

במקום הנגיד ובוררין להם הצבור מי שראוי לכך וממנין אותו לדיין עליהם וכיון שהם בוררין אותו הוי כאלו קבלוהו עליהם כולם אפילו אותם שלא היו בשעת הברירה שהרי הוברר מטובי העיר במעמד אנשי העיר ויכול לדון אפילו יחידי וכיון שהוא יושב ודן יחידי ובאין לדון לפניו הוי כאלו קבלוהו עליהם. והכי איתא בירושלמי דסנהדרין ר' אבוהו הוה יתיב דייין בכנישותא מדרתא דקסרין לגרמיה אמרין ליה תלמידוי ולא כן אלפן רבן אל תהי דן יחידי אמר לן כיון דאתון תמו לי יתיב דייין לגמרי ואתוון לגבאי כמי שקבלוהו עליהם ותני כן בד"א שלא קבלוהו עליהם אבל אם קבלוהו עליהם דן אפילו יחידי ע"כ. והכל חוזר לעיקר אחד שמן התורה יכול לדון אפילו יחידי דכתיב בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים הוא דבעינן שלשה וכיון שכן אם קבלוהו בעלי הדין או שביררו אותו הצבור הרי זה מותר לדון יחידי אפילו לכתחלה שחזר הדבר לדין התורה. והוי יודע שאע"פ שדן יחידי אינו חשוב בית דין ואין ההודאה לפניו הודאה עד שיהיו שם שלשה. וז"ל הרמב"ם ז"ל פ"ה מהל' סנהדרין יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן יחידי דיני ממונות אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין ואפילו היה סמוך ע"כ. מ"מ נ"ל דהנ"מ ביחיד מומחה או סמיך שדן אותם בעל כרחם אין הודאה בפני האחד הודאה עד שיהיו שלשה אבל אם קבלוהו עליהם בעלי דינין או שבררו אותו הצבור, ההודאה בפניו הויא הודאה דלכל דבר בירוהו ולכל דבר קבלו אותו עליהם, דאי לא תימא הכי אלא שאין ההודאה והכפירה כלום למאי קבלוהו? תדע שהרי מומחה שטעה בשיקול הדעת אם אפשר להחזיר הדין מחזירין ואם לאו משלם מביתו ואם קבלוהו עליהם פטור מלשלם מפני שע"מ כן קבלוהו אף לענין הודאה וכפירה נמי ע"מ כן קבלוהו וכן מעשים בכל יום במצרים. כללא דמלתא דקבלה מילתא רבה היא שהרי בפסולין לדון ולהעיד מן התורה כשרים ע"י קבלה כדתנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר וכו'. וכן נראה מדברי הטור חו"מ סימן שלישי כי הקבלה תועיל אפילו לענין הודאה וכפירה ולענין שלא יוכלו בעלי הדין להחליף טענותיהם ע"ש. ומכאן יש סמך ג"כ למה שנהגו לדון בלילה אפילו תחלת דין דהכי נמי אין מקבלין עדות בלילה ואם קבלו אין עושין עפ"י אותו עדות ואם בעלי הדין קבלו עליהם עדות לילה דנין עפ"י אותו עדות דלא גרע מכל פסולי עדות ותנו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר אף הכא נמי אע"ג דאין דנין בלילה אם קבלו עליהם בעלי הדין דין לילה כשר דמאי שנא וכיון דבעלי דינין באין לדון בלילה הוי כאלו קבלו עליהם דין לילה וכי האי דר' אבוהו דמייתנין לעיל. וכ"ת דלאו כ"ע דיני גמירי וטועין וחושבין שדנין תחלת דין בלילה ומש"ה אתו לדון בלילה הא ל"ק דהא ר' אבוהו נמי לאו כ"ע

גמירי דינא שאסור לדון יחידי ואפ"ה הוי כאלו קבלוהו עליהם הכא נמי לא שנא. ומיהו אם בא אחד מבעלי הדין לתבוע דין בלילה אין מזמנין את בעל דינו לבוא בלילה ואפילו כשבאין שני בעלי הדין ביחד אני רגיל לומר להם אתם מקבלים עליכם דין לילה. וכן אם צריך לעדות אני אומר להם אתם מקבלין עליכם עדות לילה והם אומרים הן ואני דן להם.

במחלוקת הרמב"ם והרא"ש האם יחיד מומחה נחשב כבית דין לענין הודאות וכד', כתב הש"ך (ח) שאינו מוכרח, שיכול להיות שהרא"ש יודה לרמב"ם. ועיין בנחל יצחק (ג, ב, ד"ה כל שאינם שלשה) החולק על הש"ך, וכותב למסקנה שיכול לומר קים לי כרא"ש -

כל שאינם שלשה ולא קבלום כו' אפילו הם סמוכים הודאה שמודים בפניהם כמו שמודה חוץ לבית דין ויכולים להחליף טענותיהם כו'. וכתב הטור דמדברי א"א הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר. והש"ך ס"ק ח' כתב דאין הכרע מן דברי הרא"ש זה.

ולענ"ד נראה דשפיר כתב הטור להוכיח כן מהרא"ש והוא דז"ל הרא"ש פ"א דסנהדרין סימן ב' דיחיד מומחה דן בע"כ ואם טעה ישלם וכן ג' הדיוטות ואי קבלוהו עלויהו פטורין דכיון דבע"כ יכולין לדון אהני הא דקבלוהו עלייהו לפוטרין עכ"ל הרא"ש וכה"ג כתב הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סימן ה' באה"ד שם ושלשה הדיוטות דקבלינהו וטעו בשיקול הדעת דינייהו דינא ואהני הקבלה דפטירי דכיון דאי לא קבלינהו נמי דינייהו דינא ואהני הקבלה למיפטרי ודינם כיחיד מומחה שדן בע"כ ואי קבלוהו פטור כו' עכ"ל הרא"ש. וע"פ דברי הרא"ש הנ"ל כתב הש"ך בסימן כ"ה ס"ק ט"ו דלהרא"ש עיקר הטעם דמומחה פטור משום דקבלוהו עלייהו דהא הקבלה הוא מילתא יתירא וע"כ אהני הקבלה למיפטריה. והביא שם שיטת הבעל המאור דס"ל דלכן מומחה פטור משום דה"ל כעין אונס וכמו הא דב"ק ד' ל"ט גבי טבח אומן שקלקל דמומחה פטור וכן הכריע הש"ך שם. אבל הרא"ש לא ס"ל כן:

וי"ל דמזה הוכיח הטור דס"ל להרא"ש דיחיד מומחה דינו ככל ג' הדיוטות לכל דבר ואף לענין הודאה בפניו דאל"כ קשה דמנלן להוכיח דהא דקבלוהו עלייהו היו הכוונה לפוטרו מתשלומין אם יטעה. והא מתנה ומחילה הוי טענה גרועה ובלא הוכחה ברורה אין לנו לומר כן. ויש לומר דהא דהוצרך לקבלו זהו משום דיהיה הודאה שמודה לפניו כמו שמודה לפני ג' הדיוטות ולא יהיה יכול להחליף הטענות שטען לפניו. דהא מבואר הכא בשו"ע דדוקא בלא קבלום עליהם בזה יכול להחליף הטענות. אבל בקבלו אינו יכול להחליף הטענות ודינם כבית דין כשר לגמרי ע"כ י"ל דהקבלה לא הוי מילתא יתירא

דהוי תועלת מן הקבלה לגבי זה. ומדחזינן דהרא"ש ס"ל דהוי לן הוכחה מן הקבלה דפטרו מתשלומין משום דה"ל מילתא יתירה. ע"כ שפיר מוכח מהרא"ש דס"ל דלא כשיטת הרמב"ם בזה אלא דין יחיד מומחה כמו ג' הדיוטות אף גבי הודאה ולכן הוי לנו הוכחה מעלייתא מדהוצרך לקבלו דפטרו מתשלומין אם יטעה. ושפיר כתב הטור בכוונת הרא"ש.

...נחזור לעניינינו דיפה כתב הטור בשם א"א הרא"ש דמומחה דינו כמו ג' הדיוטות אף לענין הודאה וא"י להחליף הטענות שטען לפניו. ומתורץ קושיות הש"ך מעל הטור. ולכן לדינא כיון דנתברר על נכון לתרץ קושיות הש"ך ע"כ י"ל דיכול המוחזק לומר קים לי כהטור בשם הרא"ש בהזה. וכמש"כ הטור בסימן פ"א סעיף כ"ז בפשיטות דיחיד מומחה כג' הדיוטות אף לענין הודאה. ובפרט דהט"ז הכריע הכא דהעיקר כפשט הרמ"א דמומחה דינו כבית דין הדיוטות אף להודאה. וע"כ לכה"פ הוי זה ספיקא דדינא.

(ז) קבלת עדות ע"י מומחה

עיין בנתיבות המשפט (ביאורים, ג) לשיטת הרמב"ם, שגביית עדות שלהם מועילה לצורך שהם ידונו בעצמם, אך לא שידונו בבית דין אחר. ועיין בחזון איש (סנהדרין, טו, ג) שחולק על כך, אלא אם כן יש כאן תקנת חכמים -

בנה"מ סימן ג' כתב דיחיד מומחה, או חד, וקבלו עלייהו, מקבל עדות במה שנוגע לדין זה שהוא דן, אבל אי אפשר לו לקבל עדות לשלוח עדותן לבית דין אחר, ואין מקום לדברים אלו אלא אם כן הוא תקנת חכמים, אבל בדאורייתא ודאי לקבלת עדות בעינין ג' וכדאמרו כתובות כ"ב א' בקיום ותנן שבועות ל"א ב' שאין חייבין משום שבועת העדות עד שיכפרו בבית דין וסתם בית דין היינו ג' ולא חד, וקרא כתיב (דברים יט, יז), ועמדו שני האנשים וגו' ומשמע דוקא בית דין של שלשה, ולא שמענו שיהא דין עדים זוממים בלא העדאה לפני בית דין, ואין מקום לחלק בין משתמש בעדותן לדון בעצמו למקבל עדותן למסור לבית דין אחר, ואפשר דאין בזה תקנת חכמים שיקבל עדות יחידי, וביחיד מומחה לענין קיום הביא בש"מ כתובות כ"א ב' בשם ריטב"א דלא סגי ביחיד מומחה, והרמב"ן שם בחד תירוץ סובר דסגי ביחיד מומחה, ואפשר דהתם בקיום לחוד ואין דנין עכשו אבל אם דנין לפנייהן יכול לקיים, ואפשר דקיום חמיר טפי ובעינין ג', אבל בדין הבא לפניו יכול לקבל עדות, אבל כל זה מתקנת חכמים, ועיין חו"מ סימן מ"ו ס"ד בהגה' ובש"ך שם סק"ח.

(ח) מצוות חכמים שיושיב עמו אחרים' – האם גם כשקיבלו את הדין עליהם?

עיין ש"ך (י) שהביא בזה מחלוקת מהרש"ל ושארית יוסף, וראה שם הכרעתו. ועיין גר"א (כ, ליקוטים) שכתב כשארית יוסף. ונחלקו בזה גם הברטנורא והתוספות יום טוב, שכן כתב הרע"ב (אבות, ד, ח) -

אל תהי דן יחידי – אע"פ שיחיד מומחה יכול לדון. מדרכי החסידות הוא שאפילו מומחה לא יהא דן יחידי. ודוקא כשלא קבלוהו בעלי הדין עליהם לדיין אבל קבלוהו בעלי הדין עליהם. דן יחידי ואפילו מדרך חסידות.

ואילו בתוספות יום טוב (שם) העיר על דבריו -

אל תהי דן יחידי – אע"פ שיחיד מומחה יכול לדון כדפירש בריש פ"ג דסנהדרין [ומה שכתב הר"ב אבל קבלוהו וכו' דן יחידי אפילו מדרך חסידות ולא ידעתי טעמו דהא מ"מ מוטב שיחתך הדין ברבים ועוד שאם הם ג' לא ידע המתחייב מי שחייבו שעל כל אחד יחשוב שמא חבריו רבו עליו ומפני זה פירש [בליקוטי] מהרי"ל דמש"ה אמר שמואל [בריש סנהדרין שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו בית דין חצוף כלומר שמחציפים פניהם ולא אכפת להו אף שהמתחייב לא יוכל לחשוב על שום אחד מהם שזיכהו אבל לשון הטור ח"מ ריש סימן י' כי ברוב משא ומתן ירד לעומקו ע"כ וסתם משא ומתן לא עם עצמו אלא עם זולתו ואין נראה לחלק לענין זה בין הדיוטות למומחה].

ועיין באורים ותומים (אורים, ח) שהביא תקנה שנהגה בקהילתו -

ואם באו לפניו לדין בסתם בלא כפיה הוה כאילו קבלוהו עליו ומותר לדון יחידי, כן דעת בעל שארית יוסף וב"ח, וכן העיד הט"ז בשם זקינו הגאון שנהג כן דלא כמהרש"ל בתשובה. וראיה שלהם מירושלמי דמבואר דר"א היה דן יחידי ושאלו הא תנן אל תהי וכו' והשיב כיון שמעצמן באים הוי כאילו קבלוני ע"ש. והש"ך צידד כיון דסתם קבלה הוא לדון דין תורה ואם כן אינו מועיל קבלת בית דין בסתם לדון יחידי, אם לא שאמר בפירוש איני יכול לדון לכם דין תורה או שהדין פשוט למאד ודבריו נכונים. ופה ק"ק מיץ תקנת קהל מה שהוא פחות מכ"ה ר"ט שאבית דין ידון לבד שלא להרבות שכר דיינים וזהו לדעתי אין בו פקפוק כיון דהוא תקנות עיר וקבלו קהל ע"ע וכה"ג רש"אין בני העיר לתקן מ"מ כל שאין הדבר פשוט כביעתא בכותחה אני נזהר לדון יחידי כ"א בצירוף בית דין כי היכי דלימטי' שיבא מכשורא.

ובערוך השלחן ג, ו) העיד -

ולא ראיתי נוהגין כך (=כש"ך) ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דן בעצמו ואינו מתנה כלל וצ"ל דכיון שהכל יודעים שהוא יחידי לכתחילה

כוונתם כן שבאים לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא כקבלוהו בין לדין בין לטעות.

(ט) האם האיסור לדון עם דיינים שאינו מכיר, הוא ממש איסור או בגדר מידת חסידות?

לכאורה שאלה זו שנויה במחלוקת הראשונים מהגהות אשר"י (סנהדרין, ב, ד) משמע שזהו דין גמור, ולעומת זאת עיין בתשובת הרא"ש (נט, א) -

לא דמיא להא דאמר רב יהודה: אין העדים חותמים על השטר אם כן יודעים מי חותם עמהם; אינו כי אם עצה טובה קא משמע לן, כדקאמר בתר הכי: וכן היו נקיי הדעת שבירושלים עושין, אבל המון העם אין מקפידין. וכן מוכח בפ"ק דגיטין (י), דתנן: כל גט שיש עליו עד כותי, פסול, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים. ומפרש בגמ': כגון דחתים ישראל לבסוף, אי לאו דכותי חבר הוה, לא הוי מחתים ליה לקמיה. ודוקא גיטי נשים, שאין העדים חותמין זה בלא זה; אלמא, אינם מקפידים מי חותם עמהם, ושמא כותי עם הארץ חתם לפניו...

אמנם השו"ע (ד) נקט לשון 'איסור', אך בדעת הטור הב"ח (ז, יד) הביא סתירה -

ואיכא לתמוה דמדברי רבינו כאן משמע דביודע שהוא גולן איכא איסורא אבל מן הסתם אין כאן איסורא אלא מידת חסידות מדאמר רבי יודא אמר רב ריש פרק זה בורר דנקיי הדעת לא היו יושבין בדין אלא אם כן היו יודעין מי ישב עמהם דומיא דלא היו נכנסין לסעודה אלא אם כן היו יודעים מי מסב עמהם דאיתמר בהדיה ומשום דגנאי לתלמיד חכם לישב עם עם הארץ ולעיל בסימן ג' הביא לשון הרמב"ם (סנהדרין ב, יד) דמן הסתם נמי איסור לישב בדין עד שידע מי ישב עמו, ודוחק לומר דרבינו לא סבירא ליה כהרמב"ם בזה. ואפשר ליישב דבאדם גדול דחשוב כנקיי הדעת שבירושלים איכא איסורא אף במן הסתם לפיכך כתב הרמב"ם וז"ל ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע וכו' אבל כאן לא מיירי אלא בסתם דיינ דלא הורגל בפרישות ולפיכך אין איסור במן הסתם אלא אם כן ביודע שהוא גולן.

ועיין בדברי השבות יעקב (א, קלז) שביאר באופן אחר -

...אך אם עיקר שאלתו משום דלא גמירי ודאי הדין קיים כמ"ש אך אם הם בני אדם שאינם מהוגנים מעיקרא דינא פירכא ומתחלה היה לו למנוע מלהצטרף עמהם כי אין לאדם חכם לישב בדין עד שידע מי ישב עמו: וז"ל הרמב"ם ספ"ב מה' סנהדרין ואסור לאדם חכם לישב בדין עד שידע עם מי ישב שמא יצטרף עם אנשים שאינם הגונים ונמצא בכלל קשר בוגדים לא בכלל בית דין

עכ"ל וכ"כ הטור חושן משפט לעיל סי' ג' משמע דמן הסתם אסור לישוב עם כל אדם מטעם שמא יהיה אנשים שאינם מהוגנים ויהי' בכלל קשר בוגדים וזה סותר לכאורה קצת למ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ב מה' סנהדרין ובטור סי' ז' וז"ל דין שהוא יודע בחברו שהוא גזלן או רשע אסור להצטרף עמו שנאמר מדבר שקר תרחק וכך היו נקיי דעת שבירושלים עושין אין יושבין בדין עד שידעו עם מי הם יושבין עכ"ל משמע דליכא איסור אאם כן ידוע שהוא גזלן אך ורק נקיי הדעת מחמירין על עצמן מן הסתם ובסתירת הדברים כבר הרגיש הב"ח סי' ז' סעי' י"ד גם בתשובת בית יעקב סי' ל"ח מאריך בזה: ונכנס ע"י כן בפרצה דחוקה ע"ש ובספרי ישבתי הכל על נכון וכתבתי דלק"מ דדוקא אם דין אחר אינו מכיר את שני הדיינים אזי אסור לישוב עמהם מן הסתם שאולי אלו השנים הם אינם מהוגנים דהי' בכלל קשר בוגדין כיון שהרוב מהבית דין יהיו אינם מהוגנים יהא הו' ג"כ נכלל בתוכ' אבל אם שני דיינים מכירין זה את זה רק השלשי אינם מכירין אז ליכא איסורא רק נקיי הדעת היו מחמירין על עצמ' ואין יושבין בדין וכו' והיכי שיודע הדיין שאחד מן הדיינים רשע או גזלן אין לו להצטרף עמו דאף שאינו נקרא קשר בוגדים כיון שהוא רק אחד מ"מ אסור משום מדבר שקר תרחק: אכן היכא דקבלו הבע"ד עליהם ליכא איסורא להצטרף עמו דאז ליכא מדבר שקר תרחק כיון שקבלו עליהם וגם קשר בוגדים ליכא כיון ששנים כשרים וכן משמע בש"ס וסנהדרין ובטור סי' כ"ב ובש"ע אבל מ"מ נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן בכל ענין שלא לישוב בדין אלא אם כן היו יודעין כל היושב עמו שהם כשרים וכן משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור ודלא כנראה מתשובת בית יעקב ששגג בכל זה.

סימן ד

(א) הכאה במסגרת עשיית דין עצמית

עין בנתיבות המשפט (ביאורים, א) שכתב שההיתר להכות הוא רק כאשר יש חשש הפסד באם לא יכה. לכאורה דבריו מתבססים על דברי המאירי (סנהדרין כז, ב) -

כל שאונס דבר לחברו וחברו האנוס לשם ורואה באנסו ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו ענין אונס אצלו יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנעו בלא כך ואין צריך לומר במקום שאם יתעכב עד שילך לבית דין תהא לו פסידא כגון שהיה גוזלו או אונס את כליו או דולה בבור מים המכונסין שלו ומכלה את מימיו אלא אף בדבר שאין הליכתו לבית דין גורמת לו פסידא זו הואיל והוא לשם בעוד שזה אונסו עושה דין לעצמו ומכהו עד

שידחהו מעליו הא כל שעבר האונס כגון שכבר גזלו או גנב לו או שכבר הלוהו אינו רוצה לפרעו אינו בדין זה לא אמרוה אלא בעוד שהוא אונסו מעתה מי שראה את שלו בביתו של חברו ומתירא שזה יחזיק בו נכנס לשם לפני חברו כדי ליטול את שלו בחזקה ואם הלה מונעו שובר את שניו ואומר לו שלי אני נוטל ומ"מ אל יכנס שם דרך העלמה שמא יראה עליו כגנב אלא שאם עשה עשוי:

(ב) התגוננות נגד העושה דין לעצמו

עיין מה שכתב בישועות ישראל (עין משפט, א) -

יכול אדם לעשות דין לעצמו. ויש לעיין כשהשני אומר שרוצה לעמוד לדין נהי דרשאי להציל את שלו אפילו ע"י הכאה שאומר שאינו רוצה לטרוח בבית דין, מכל מקום כשהכה השני לו להציל עצמו אם חייב, ועיין משנה למלך בפ"א מהלכות רוצח ברודף שהכה את המציל ונהי דשם מסתבר דחייב, כאן יש לומר דפטור דהא היה יכול להציל ע"י בית דין וליכא פסידא, ועיין ב"י לקמן סי' כ"ז שהביא בשם רבינו ירוחם דהממשכן שלא ברשות דקני משכון כשחזר השני והכה דחייב כיון דקנה הראשון, וזה לא שייך בנידון דידן שהיה הראשון יכול לבוא לבית דין.

(ג) הדרך לעשות דין לעצמו

הגמרא הביאה את דברי בן בג בג (בבא קמא כז, ב): "אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל". האם דבר זה הוא לעיכובא? עיין באמרי בינה (דיינים, ט) שמקשה על הרמב"ם ושו"ע שלא הביאו דין זה, והרי לכאורה למסקנת הגמרא חכמים אינם חלוקים עליו?

קימא לן עביד אינש דינא לנפשיה בדין ברור אף במקום דליכא פסידא ובכל זאת לא הביאו הרמב"ם והטור ושו"ע דברי בן בג בג המובא בש"ס ב"ק (דף כ"ח) אל תכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל ואף דבש"ס שם מתרץ כשהקשה ר"כ מברייתא הזאת על רב יהודה דסבירא ליה דלא עביד איניש דינא לנפשיה היכא דליכא פסידא בן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה, זה אליבא דר"י אבל לדידן דקימא לן כר"נ דאף במקום דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה קימא לן כברייתא הזאת דשבור את שיניו ממילא לא פליגי רבנן עליה אם כן ליכא חולק גם כן על דינו שלא יגנוב את שלו דרך גניבה... ויקשה למה לא הביאו הרמב"ם והטור ושו"ע דין זה...

ובתורת חיים כתב שם דאין זה רק זהירות בעלמא ועצה טובה קא משמע לך. וכן נראה קצת ראייה לזה מש"ס ריש פרק איזהו נשך דקאמר רבא לא תגנבו דכתב רחמנא למה לי? נילף מרבית ואונאה? ומדחיק הש"ס את עצמו לאוקמי בגונב על מנת למיקט ולמה לא השיב בפשיטות, דמשם לא ידעתי איסור גניב' רק את של חברו אבל ליקח את שלו דרך גניבה לא לכך צותה התורה לא תגנבו אף אם גונב את שלו מחבירו? אלא ודאי דעל זה ליכא איסור תורה, ויש לומר דלכך לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע.

(ד) האם יכול לעשות דין לעצמו, גם כשלוקח חפץ שאינו מבורר לו שהוא שלו?

לכאורה דבר זה שנוי מחלוקת בין שני ה'יש אומרים' ברמ"א, ועיין בש"ך ס"ק ב, שלכאורה משמע ממנו שיכול לקחת גם מה שלא ידוע שהוא שלו. שאלה זו משיקה לשאלה חשובה בסימן זה, והיא, מה ההבדל בין דין זה של 'עביד איניש דינא לנפשיה' לבין דין 'תפיסה'. הדבר תלוי בעיקר בהסבר של דברי המהרי"ק בשורש קסא, שנחלקו האחרונים בביאורו. האריך בסוגיא זו באורים ותומים (תומים, ב), ועיין נתיבת המשפט (ביאורים, ג) שמחלק בין אם תופס לגוביינא או שתופס על מנת ללכת מיד לבית דין. כמו כן עיין בביאור הגר"א (טו).

(ה) האם יכול לתפוס על מנת ליצור מיגו?

בשאלה זו נחלקו האחרונים. הסמ"ע (ב) והש"ך (ג) סבורים שמוותר לו לתפוס בלא עדים. לעומת זאת הים של שלמה המובא בפתחי תשובה (ה), חולק. מעניין הדבר ששניהם מביאים ראייה מאותה תשובת הרא"ש (סד, א). ועיין בפתחי תשובה (א) המביא מחלוקת אם בהלוואה יוכל למשכנו בחובו, כאשר אין לו הוכחות לחייב את הנתבע, או שמא עובר בזה באיסור "לא תבא אל ביתו לעבט עבטו" (דברים, כד, י). עיין באמרי בינה (דיינים, י) שדחה ראיותיו של השער משפט המתיר -

והיכא דכופר לו חובו ואינו יכול למשכון על פי בית דין, כתב ה'קצות החושן' דאסור לתפוס ממנו ומביתו אף שלא בעדים דיהיה לו מגו, דכיון דהקפידה התורה בחוב הלוואה דלא למיעבד ליה דינא לנפשיה ומינתח ניתוחי אסור הוא הדין אף באיכא פסידא אסור. ובסימן ש"מ צידד להתיר והביא ראיות לזה ובקל יש לדחות כל ראיותיו. מה שהביא מדברי טוש"ע (סימן ס"א) בשטר שכתב כל שיש לו רשות למשכנו שלא ברשות בית דין אינו רשאי לעבור על דין תורה, אבל אם לא מצא דין לדונו יש לו רשות לעשות דין לעצמו והא דהוצרך לפרשו בשטר הוא משום שופרא דשטרא וכמו שאמר רמ"א בתשובה (סימן ק"ח). והכא נמי, כיון שאין המלווה נאמן רק ע"י תפיסה, הוי כמו שלא מצא דין לדונו, דמלבד דיש לחלק דדוקא בדין ברור הנודע לכולי עלמא

וגלוי, יכול הוא לעשות דין לנפשיה באם לא מצא דין, אבל בלא נודע ואינו גלוי לכל אסור, בלאו הכי, גם שם הרמ"א לא כתב זה שהוא משום שופרא דשטרא רק על לדון בפני עכו"ם אבל לעניין לכנס לביתו מבואר בפרישה (סימן ס"א) שהוא דווקא כיון ששעבד עצמו בשטר על כך, הא לאו הכי, לא. וגם נראה דווקא אם רגילין לכתוב כן בכל שטרות הא לאו הכי, הוי אסמכתא, וכמו שכתב הטור משם הרא"ש (סימן ל"ט) לעניין להשכיר את עצמו, דאף לרבינו אליהו הוא דווקא במזונות אשתו דמספר כתובה ילפינן ועיי"ש בפרישה דבשאר חוב, כיון שאין הכל כותבין כן, האי אף דכתוב אסמכתא הוא. על כל פנים מבואר מדבריו דאסור לתפוס בעצמו לעבור על דין תורה ועיינן באורים (סימן ק"ג ס"ק ח"י):

ומה שהביא רביה מש"ס פרק קמא דבבא מציעא דאביי אמר מיגו דחשיד אממונא חשוד אשבועתא והא דבב' אוחזין נשבע דשמא ס' מלוה ישנה עליו ותפסו בחובו ולדעת הרמב"ם בחוטף משכון מחברו שלא ברשות בית דין נקרא גזלן ונפסל לעדות ולשבועה הדרא קושיא: נימא מיגו דחשוד? אלא ודאי, כיון דלא מצוי לגבות רק ע"י תפיסה, מותר. גם זה אינו רביה למה שאמר הרמב"ן מלחמות שם על דברי בעל המאור, דהא דלא טוען כן על המלוה הישנה שהוא רוצה לחלוק עמו בגופו של טלית ואעפ"י שאמר על גופה כולה שלי לא חשוד דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו אם כן בזה אם תופס לגוביינא בשביל חובו ליכא איסור דלא תבא אל ביתו רק לאו דלא תחמוד וזה לא משמע להו דעובר איסור ולכך לא חשוד על שבועתא אבל מכל מקום יש לומר דלמשכון אסור לתפוס אף במקום פסידא... הרי דעובר ואסור אף אם הוא במקום פסידא ודוחק לומר דרק הוא סבר שיחזיקו אותו כרשע ובאמת לא כן הוא, דלא משמע כן ממרוצת דבריו.

(ו) האם יכול לתפוס גם דברים שלא היה זוכה בהם בבית דין?

למשל, האם יכול לתפוס קנס שמישהו נתחייב לו, בזמן הזה שבית הדין אינו מחייב קנסות? עיינן בדברי המהרש"ל בים של שלמה (בבא קמא, א, מג) -

וכן דעת הרמב"ם פרק חמישי מהלכות סנהדרין (הלכה יז) דאין לו לתפוס אלא שראוי ליה, ויש שכתבו, שאין שייך תפיסה אלא כשיעור נזקין, אבל כפל וד' וה' וכהאי גוונא, אי תפס מפקינן מיניה, דעשו תקנתא לניזק דלא ליפסד קרניה. אבל לא לארוויחי ממונא דאחרינא, ובהג"ה מיימוני פרק ה' דהלכות סנהדרין (אות ח) כתב בשם ר"ת דאפילו אם תפש המזיק עצמו אינה מועיל תפיסה. רק קודם שבא ליד בעלים, כגון ברשות הרבים, אבל לאחר שבא ליד בעלים לא מהני תפיסה. ונראה, דכל אותם החלוקים, היינו מחמת שמפרשים

הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה הוא משום תקנתא. ולכן חלקו באיזה עניין הוא ראוי לעשות תקנה. אבל לפי הנראה לנו שהוא דין תורה, דהא מחויב ליה לשלם בין קרן בין קנס מה שזכתה לו תורה. אלא שאין לו דין בבבל שיכוף אותו לשלם. ככהאי גוונא עביד דינא לנפשיה, ולא מפקינן מיניה, עד דיהיב ליה מה שראוי ליה, ואפילו כפל שזכתה לו תורה הוי ראוי לו, כן דעת הרא"ש.

(ז) מי נקרא 'תלמיד חכם' לענין פטור ממסים, האם יש לנו 'תלמיד חכם' כזה היום?

עיין מה שכתב בשו"ע (יורה דעה, רמג, ב) -

ודוקא תלמידי חכמים שתורתם אומנותם, אבל אין תורתם אומנותם, חייבים. ומיהו אם יש לו מעט אומנות, או מעט משא ומתן להתפרנס בו כדי חייו ולא להתעשר, ובכל שעה שהוא פנוי מעסקיו חוזר על דין תורה ולומד תדיר, נקרא תורתו אומנתו. הגה: ואין חילוק בין שהוא תופס ישיבה או לא, רק שהוא מוחזק לת"ח בדורו שיודע לישא וליתן בתורה, ומבין מדעתו ברוב מקומות התלמוד ופירושו ובפסקי הגאונים, ותורתו אומנתו כדרך שנתבאר. (ת"ה סימן שמ"ב). ואע"ג דאין בדורינו עכשיו חכם לענין שיתנו לו ליטרא דדהבא אם מביישו, מ"מ לענין לפטרו ממס מקילין להם בזה, רק שיהא מוחזק לת"ח, כמו שנתבאר.

(ח) עשיית דין עצמית ע"י אחרים

ברמ"א: 'ודוקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה, אבל אסור לעשות על ידי עובדי כוכבים' - האם יכול לעשות דין ע"י ישראל אחר? לכאורה יש כאן סתירה בין הרישא לסיפא. עיין במה שכתב השד"ח חמד (מערכת העי"ן, א) -

וכתב הרמ"א שם בשם הרב תרומת הדשן סימן ש"ד דדוקא הוא בעצמו מצי למעבד דינא לנפשיה אבל לא על ידי עובדי כוכבים וכו' ובכנסת הגדולה שם הגהות הטור אות א' הביא גם כן דינו של התרומת הדשן בלשון זה: וכתב בתרומת הדשן דדוקא הוא עצמו עביד דינא לנפשיה אבל אסור לעשות על ידי כותי וכו' וביד מלאכי בכללי הדינים אות תל"ז הביאו בלשון עכו"ם וזה לשונו: דוקא הוא בעצמו אבל על ידי עכו"ם אסור וכו' ובין הכי ובין הכי הדבר פשוט דאינו אסור אלא על ידי עכו"ם ממש במשמעות לשון עובדי כוכבים וכותי שבתרומת הדשן ובכנסת הגדולה, ואף לשון עכו"ם שביד מלאכי, רחוק מאד לפרש דרוצה לומר איש זר, דאין דרך הפוסקים לכתוב לשון נכרי כשכוונתם על איש אחר אף שהוא בן ברית. וכן מבואר במקור

הדין, בגוף דברי התרומת הדשן דעל עכו"ם ממש הוא דאמר דאסור, דלא כהרבנים קול שמואל ותולעת שני הביא דבריהם הרב תהלה לדוד בחלק ב' דף י"ג על כרחק שהעתיקו דברי הכנסת הגדולה בלשון אבל אסור לעשות על ידי אחרים. ומתבאר ממה שכתב הרב תהלה לדוד דסברי דעל ידי אחרים אסור אף שהם ישראלים ושמה שכתב בתרומת הדשן בלשון עכו"ם, ר"ל זרים, ולא עכו"ם ממש וכו' עיין שם. וכבר השיב על דבריהם הרב תהלה לדוד שם, ונראה מדבריו, דבתרומת הדשן וכנסת הגדולה שלפניו גם כן היה כתוב עכו"ם אך בתרומת הדשן אשר בידי (דפוס ויניציא שנת ש"ו) כתוב לא על ידי עובדים כוכבים. ובכנסת הגדולה (דפים פירדא ש' בת"ן) כתוב כותי כנזכר לעיל, ואין במשמעות לשון זה איסור על ידי ישראל אחר ובתומים שם מתבאר דדין זה אינו אלא בעכו"ם ממש (וכתב בשם המרדכי דאם העכו"ם הוציאו ומסרו לישראל שפיר דמי) עיין שם והוא פשוט.

(ט) האם בכל מקרה אסור להוציא ע"י גויים?

עיין במה שכתב המהרש"ל בים של שלמה (בבא קמא, ג, ו) -

וכבר היה מעשה בקלוניא באחד שהפקיד את חברו פיקדון. ואחר ימים כפר בו. והלך המפקיד בכח הגויים, ושבר הדלת, ולקח פקדונו, ועל הנפקד העלילו גויים, והפסיד הרבה. ותבע את המפקיד לדין, שעל ידו הפסיד. ופסקו הדין, אם לא היה יכול להציל בעניין אחר אז הוא פטור. אבל אם היה יכול להציל ממנו ע"י עניין אחר, חייב, דקימא לן כרבי מאיר, דדאין דינא דגרמי, עד כאן תשובת מהרי"ח (הג"א סימן ג'): וכן המרדכי (סימן ל"ז) בשם רבי יקר ז"ל.

ונראה לי דאפילו מהר"ם והרא"ש מודים בזה. אף על פי שכתב דוקא שיכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו. וזה לא היה יכול להוציא ממנו בדין. שלא היה לו עדים, או שטוען החזרתי לך. מכל מקום מאחר שהוא יודע אמיתתו, שעדיין בחדרו, ובבירור יקח את שלו, הוה כמאן דאית ליה פסידא, ומותר לדברי הכל. והוה כמו שרואה חפץ שלו ביד אחר. דכתב הרא"ש דעביד דינא לנפשיה.

ואף על פי, מי שיש לו דין עם חברו, והוא יודע אמיתתו, ובדין ישראל לא ירויח. שאסור לילך לפני ערכאות של גויים, אף שמוציא את שלו באמת. ואם כבר הלך, וחוזר זה ותובעו לפני הדין, חוזר הדין, ומחזיר לו מה שהרויח ע"י דיני גויים. היינו משום שאחר כך לא יכול לברר שבדין הוציא. אבל בנדון זה, שברר לסוף הדבר, שמצא פקדונו הידוע לכל שהוא שלו. וזה לא היה יכול

לטעון שום דבר כנגדו, אף שלא היה יכול להוציא בדין מקודם, מכל מקום היה יכול להציל את שלו ע"י שיכורר הדבר. ואם היה יכול להוציא ממנו בדין ישראל ע"י עדות והוכחות בטענות ברורות, בודאי ראוי לכפותו על העמוד, וישלם לו כל היזקותיו.

סימן ה

(א) מה טעם האיסור לדון בשבת?

עיי' סמ"ע (א) שכתב דהוא איסור דרבנן מחשש כתיבה כמבואר במסכת ביצה (לז,א), ועיי' בחידושי הרי"ם (ב) המברר מהו בדיוק החשש של 'שמא יכתוב' -

אסור לדון בשבת כו' והטעם גזירה שמא יכתוב פסק דין כו' ע"ש. וקשיא לי הא קיימא לן בא"ח סימן רע"ה בהא דאין קורין לאור הנר משום שמא יטה וקיימא לן דשנים מותרין לקרות משום שאם ירצה אחד להטות יזכירנו חבירו ע"ש. ואם כן כיון דקיימא לן דפחות מג' אין דיניהם דין וצריך שלשה ואם כן אמאי אין דנין משום שמא יכתוב הא הוי ממש כמו התם בשנים דג"כ אם ירצה האחד לכתוב יזכירנו חבירו...

אמנם זה לא קשה דכיון דהפסק דין רשאי גם אחד לכתוב אחר הדין אם כן שפיר שייך החשש שיכתוב אחד אחר כך שלא יהי' שוב הב' ולא יזכור כנ"ל כמו שם קודם שישב לרכוב דחיישינן כמו כן הכא אחר כך. דדוקא בקריא' דהחשש הוא דיטה בשעת הקריאה שפיר כנ"ל.

ובזה מיושב שפירש"י ז"ל ביצה ל"ז דחיישינן שיכתוב הפסק דין ולא כמ"ש הסמ"ע ס"ק א' דהחשש הוא שיכתבו הטענות ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דלענין החשש שיכתוב הטענות לא שייך כלל כיון שזה הוא בשעת הדין ממילא לא שייך כיון שהם ג' והוא ממש כמו בקריאה דמותר כנ"ל.

אך מצאנו שכתבו שהוא איסור תורה. עיי' בלשון הרמב"ם (ספר המצות, מצות לא תעשה, שכב) -

שהזהירנו מענוש הגדרים על החוטאים ולהעביר הדינין ביום השבת והוא אמרו לא תבערו אש וגו' ביום השבת ירצה בזה לא תשרוף מי שנתחייב שריפה והוא הדין לשאר מיתות ולשון מכילתא לא תבערו אש שריפה בכלל היתה ויוצאת ללמד מה שריפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות בית דין ואינה דוחה את השבת אף כל שאר מיתות בית דין לא ידחו את השבת והנה אמרו הבערה ללאו יצאת ואינה הלכה אבל היא לחלק יצאת והוא שיהיה חייב על

כל מלאכה ומלאכה בפני עצמה כמו שהתבאר במקומו ובגמרא דבני מערבא בכל מושבותיכם רבי אילא בשם רבי ינאי מכאן לבתי דינין שלא יהו דנין בשבת.

עניין זה מבואר על פי מה שכתב בספר החינוך (מצוה קיד) בשורש המצווה הזו (אמנם בהגדרה לא אסר כל דין, אלא הוצאה להורג) -

שלא יעשו בית דין משפט מות בשבת:

משרשי המצוה, שרצה השם יתברך לכבד היום הזה שימצאו בו מנוחה הכל גם החוטאים והחייבים, משל למלך גדול שקרא בני המדינה יום אחד לסעודה שאינו מונע הפתח מכל אדם, ואחר יום הסעודה יעשה משפט, כן הדבר הזה שהשם ברוך הוא ציונו לקדש ולכבד יום השבת לטובתנו ולזכותנו, כמו שכתבתי למעלה, וזה גם כן מכבודו של יום הוא:

ובשל"ה (פרשת ויקהל) כתב -

גם בית דין של מטה לא יעורר שום דין ועונש ביום השבת ואפילו דבר מצוה כי בא שבת בא מנוחה.

אך למעשה מוסכם שבדיני ממונות איסור הדין הוא מדרבנן, ואילו המחלוקת היא רק בדיני נפשות.

(ב) ענישה בשבת

פשטות הסוגיא בסנהדרין (לה,א) שדווקא 'רציחה' אסורה בשבת, וכן משמע בתוספות (שם, ד"ה אין רציחה), אך מהרמב"ם (שבת, כד, ז) לא משמע כך -

אין עונשין בשבת אף על פי שהעונש מצות עשה אינה דוחה שבת, כיצד הרי שנתחייב בבית דין מלקות או מיתה אין מלקין אותו ואין ממיתין אותו בשבת שנאמר (שמות לה) לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת זו אזהרה לבית דין שלא ישרפו בשבת מי שנתחייב שריפה והוא הדין לשאר עונשין.

משמע שכל העונשים לא דנים בשבת מהתורה. והקשה עליו במגן אברהם (אורח חיים, שלט, ג) ותירץ בדוחק -

אין דנין - כתב הרמב"ם פכ"ד אין עונשין בשבת שאע"פ שהעונש מ"ע אין דוחה שבת כיצד הרי שנתחייב מיתה או מלקות אין מלקין שנתחייב שבת לא תבערו אש וה"ה לשאר עונשין וכ' המ"מ שמנאה הרמב"ם במנין המצות ע"כ ובאמת במנין המצות סי' שכ"ב משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת אסור מדאורייתא וכ"מ בגמ' שבת דף ק"ו גבי הבערה ע"ש ואפשר דבמלקות נמי

איכא חילול שבת כגון שעושה חבור' וצ"ע ואפשר דמרבוי דקרא דבכל מושבותיכם נפקא לן שאין דנין כלל וצ"ע בסנה' דף ל"ה משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת וכ"מ בתו' שם ודיני ממונו' אין דנין גזיר' שמא יכתוב.

ובשו"ת אמונת שמואל (נד) באר באופן אחר -

עוד צ"ע מ"ש הרמב"ם פכ"ד מהל' שבת אין עונשין בשבת וכו' אין מלקין שנאמר וכו' וכתב המ"מ שמנאה במנין המצות וכו' ובגמרא בשבת ובסנהדרין מוכח בהדיא דדוקא בדבר שיש חילול שבת אין דנין שאינה דוחה שבת אבל מדרבנן אין דנין כלל. אמר שמואל לא ראה דברי הרמב"ם ז"ל במ"ש פ"א מהל' סנהדרין החילוקי' שבין ד"מ לד"נ לפיכך אין דנין לא בערב שבת כו' אד"מ וא' דיני מלקות ואחד דיני גלות כל הדרכים שווים בה וכו' וכתב הכ"מ דסבירא ליה הג"ש דרשע כו' או מלקות במקום מיתה עומדת ועיין בתו' סנהדרין דף ל"ג ע"ב ד"ה אתיא רשע כו' וס"ל להרמב"ם הא דאמרינן טעמא דכתב לא תבערו כו' הא ל"ה דחי כו' היינו דהתורה אסרה לשפוט שום עונש ולא מטעם נטילת נשמה דהא הוי מקלקל בחבורה ודלא כמ"ש התוספות בסנהדרין דף ל"ה ע"א ד"ה אין רציחה כו' ועיין בתו' דיבמות דף ז' ע"ב אלא מטעם דאסור לענות בשבת והבערה ל"ד וחדא מעונשים נקט וה"ה גלות ומלקות דנכלל בכלל והיתה לכם לחוקת משפט בכל מושבותיכם כיון דהכל ילפינן בג"ש או דעומד' במקום מיתה בעונש וק"ל ומ"ש הכותב ובסנהדרין מוכח בהדיא כו' הוא שקר מוחלט גם בירושלמי דסנהדרין פ' אד"מ דשום עונש אין דנין בשבת וזה לשונו הלכה ז' ר"ל בעי וידונו אותו ויהרג בשבת כו' ר"ל מכאן שבת דיני' שלא יהיו דנים בשבת מ"ט נאמר כאן בכל מושבותיכם כו' כנ"ל.

והביאו הפוסקים שישנה מחלוקת בענין זה בין הגאונים, שכן **בשבלי הלקט** (ענין שבת, ס) הובאה דעתו של **רב כהן גאון** שמי שעבר עבירה בשבת מלקין אותו בשבת, ולעומתו הובאה דעת **רב שרירא גאון** שלא ילקוהו בשבת -

מצאתי בשם רב כהן גאון זצ"ל: מאן דעבר עבירה בשבתא מלקינן ליה בשבתא, דמלקות במקום מיתה עומדת. וכד מלקינן ליה מיכפר ליה, דתנן כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן, וכת' (דברים כה, ג) ונקלה אחיך לעיניך. כשלקה הרי הוא אחיך. וכיון דמיכפר ליה מלקינן ליה דלינקי מעון דיליה, דאמ' קרא (שמות כ, ז) כי לא ינקה יי' וגו'. בית דין שלמעלה אין מנקהין אותו אבל בית דין שלמטה מלקין אותו ומנקהין אותו. **ונראה בעיניי שהדבר צריך עיון**, שהרי מלקות במקום מיתה עומדת, והיאך נדיננו בשבת? ואם אסור לדון דיני ממונות, קל וחומר לדיני נפשות. **וכן מצאתי שאילה לרב**

שרירא גאון זצ"ל: מי שעבר עבירה בשבת או בחול ולא נזכר אלא בשבת, ומתיראין ממנו שמא יברח למוצאי שבת יכניסוהו לבית הסוהר עד מוצאי שבת וילקוהו, או ילקוהו בשבת ומותרין בספירת מלקות אי לא. והשיב: כך ראינו, שאין מלקין ביום טוב ואין מכניסין לבית הסוהר ביום טוב, וכל שכן בשבת, דהני מילי כולהו דינא אינון. ותנן אילו הן משום רשות לא דנין ולא מקדשין כול'. ואם ברח אין עלינו כלום.

ועי"ש שם לגבי מעצר בשבת, ועי' בשו"ת שבות יעקב (א, יד), שים לב לראיה שלו מהפסוקים שאפשר לכלוא אדם בשבת -

ומהני טעמי שכתבתי הוריתי ג"כ באחד שהיה רוצה לברוח ולעגן את אשתו לחבשו ביו' השבת אף שלא נעל' ממני מ"ש הב"י בא"ח ס"ס רס"ג וז"ל שאלה לרב שרירא גאון מי שעבר עבירה בשבת או בחול ולא נזכר אלא בשבת ומתיראין שלא יברח למוצאי שבת יכניסו לבית הסוהר או ילקוהו בשב' והשיב אין מלקין ואין מכניסין לבית הסוהר ביי"ט וכל שכן בשבת דהני מילי דינא אינון ואין דנין ביי"ט ושבת ואם ברח אין עלינו כלום עכ"ל והובא ג"כ בש"ע סי' של"ט סעי' ד' לפסק הלכה מ"מ כיון שכבר כתבתי דמשום עגונא מותר לדון בשבת היכי דהוי כשעת הסכנה וזו ג"כ כשעת הסכנה דמיא מלבד שעיקר תשובה זו דרב שרירא לא בריר' כל כך דאף שאין עונשין שום עונש בשב' ויי"ט מדאוריית' וכמ"ש הרמ"בם פכ"ד מה' שבת ע"ש ובתשו' אמונת שמואל סי"ד מ"מ הא מצינו להדי' בקרא פ' שלח לך ויקריבו אותו המוצאים אותו מקושש עצים ויניחו אותו במשמר ודרשינן בגמרא דסנהדרין דף מ"א המוצאים אותו מקושש שהתרו בו ועדיין הוא מקושש משמע פשטא דקרא שהניחו אותו מיד במשמר אף ביום השבת כיון שעכ"פ אין עונשין אותו רק לחבשו ולענשו אחר השבת ומה שכתב דהוי דינא ואין דנין ביי"ט ושבת הא עיקר דינא דאסור בשבת ויי"ט הוא רק גזירת חכמים שמא יכתוב פסק דין וזה אפשר לא שייך בחבישה בעלמא עד שיצא דינו אחר שבת וכן ראיתי שהאריך מחותני המפורסם מהר"ר דוד אפנהיים בתשובה בספרו נשאל דוד יע"ש אך מי ימלא לבו לחלוק על דברי הגאון בלי ראיה ברורה ואין משיבין את הארי וכו' אך במקום צורך כי האי ודאי אף הגאון מוד' כנ"ל.

אמנם מצאנו בראשונים שעל פיהם נופלת ראיית השבות יעקב, כיון שהם פירשו שאת המקושש הביאו במוצאי שבת. עיין למשל באבן עזרא (במדבר, טו, לב) -

במדבר. לפי דעתי שהוא מדבר סיני וכבר הזכרתי למה נסמכה הפרשה גם יתכן שעשה המקושש ביד רמה והזהירוהו ולא הועיל. יש אומרים ויקריבו אותו ליל ראשון.

וכן כתב רבינו בחיי (שם, לג) -

ויקריבו אותו. ליל מוצאי שבת.

אגב, עיין בשערי תשובה (אורח חיים, שלט, א) בשם המור וקציעה, שודאי שמותר לדיין לעיין בפוסקים ולברר את הדין, אמנם לבעל הדין אסור, משום 'ודבר דבר'.

(ג) דיון בשבת, בשעת הדחק

ע"י באורים ותומים (תומים, א) שכתב על פי שיטת ר"ת שבשעת הדחק ניתן לדון בשבת -

אסור לדון בשבת וי"ט וכו' בגמ' דביצה דף ל"ו ע"ב פרכינן אין דנין והא מצוה קעביד לא צריכה דאיכא דעדיף מיני' ופירשו תו' לשיטת רש"י דהקושי' רק למה קחשבו בין אלו שאסרו משום רשות אבל באמת אף דליכא דעדיף אסור. ור"ת פירש דהקושיא למה באמת יהיה אסור הא ישנו מצוה ומשני דאיכא דעדיף אבל אי ליכא דעדיף באמת מותר. וכן פיר"ת גבי אין מקדשין ע"ש ולפ"ז בא"ח סימן של"ט הביא רמ"א דעת ר"ת ופסק בעת הצורך יש לסמוך ואפילו בכניסה לחופה יש להתיר כשאין לו אשה ובנים דהוא מצות פ"ו ואם כן ה"ה לענין דין בעת הדחק שעדי' חולין בשבת וי"ט ונוטין למות דמותר לקבל עדות אף דהוי כדין ודוקא בית דין הגדול שבאותו עיר דליכא דעדיף מנייהו ואדרבה דעת רמ"א בתשו' סימן קכ"ד דבדין רש"י ג"כ מודה לפיר"ת ע"ש. (כי נוסח' שלו בגמ' לא היה בנוסח' שלנו דדייק דרש"י לא פירש בקושי' הגמ' על אין דנין והא מצוה קעביד ולמה קחשב ליה רשות כמו שפירש על קושית גמ' גבי אין מקדשין. ואלו בנוסח' שלפנינו באמת פירש"י כן ע"ש) וגם באמת התם יש להחמיר טובא דמלבד חשש שמא יכתוב יש חשש קונה קנין בשבת ע"ש משאם כן כאן.

אך באחרונים חלקו עליו, שכן גם ר"ת לא התיר אלא לצורך גדול, כמבואר בשיטה מקובצת (ביצה לו, ב) -

אבל רבינו תם ז"ל פירש והא מצוה קא עביד ומותר לו לקדש וכן בכל הני דאקשינן. ופריק לא צריכא דאית ליה אשה ובנים דאין כאן מצוה אלא רשות דבבקר זרע זרעך ולערב אל תנח ירך. ולפי פירוש זה מותר לקדש ביום טוב או בשבת היכא שאין לו אשה ובנים והוא הדין לדון בדליכא דעדיף מיניה וליבם בדליכא גדול. ואלא מיהו כתב הרב ז"ל בתשובה שלא הורה כן אלא מתוך צורך גדול ואפילו ביום טוב שני גוערין וקונסין למי שעושה כן.

גם בבית יוסף (אורח חיים, שלט) הסיק שלא כמו ר"ת -

ולא דנין ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין. משנה בפרק משילין (ביצה לו:): וטעמא משום דגזרינן שמא יכתוב ופריך בגמרא (שם) והא מצוה קא עביד ומשני לא דנין בדאיכא דעדיף מיניה ולא מקדשין בדאית ליה אשה ובנים ולא חולצין ולא מיבמין בדאיכא גדול דמצוה בגדול לייבם (יבמות כד, לט) ומשמע דהיכא דליכא דעדיף מיניה שרי לדון והיכא דלית ליה אשה ובנים שרי לקדש והיכא דליכא גדול שרי לחלוץ ולייבם וכן כתב הר"ן (כ. ד"ה מתני') בשם רבינו תם (לו: תוד"ה והא) ומכל מקום כתב רבינו תם בתשובה (עי' ספר הישר תשו' סי' מח) שאין מקדשין אשה בשבת אלא מתוך דוחק גדול וכתבוהו הגהות פרק י' מהלכות אישות (הי"ד אות ל) וכתבו עוד ומכל מקום לא היה מורה כן הלכה למעשה וכ"כ גם בפרק ד' מהלכות יום טוב (דפוס קושטא הכ"ו) בשם סמ"ג (לאוין עה כז ע"ד): וכתבו עוד בשם סמ"ק (סי' קצד עמ' קעג) שאסור לכנוס ביום טוב וכן כתב הכל בו בהלכות יום טוב (סי' נח כב): ומשמע מדבריהם דאפילו לרבינו תם קאמרי דאסור לכנוס וכן משמע מדברי הר"ן שם ואכתוב דבריו בסמוך: אבל רש"י פירש והא מצוה קעביד כלומר והוה ליה למיחשבינהו בהדי הנך דמני התם שהם משום מצוה ומשני דהכא במאי עסקינן בדאיכא דעדיף מיניה וכו' ומשום הכי לא מני להו בהדי הנך [דמשום מצוה] אבל אין הכי נמי דאפילו ליכא דעדיף מיניה אין דנין ואפילו לית ליה אשה ובנים אין מקדשין ואפילו ליכא גדול לא חולצין ולא מיבמין וזה דעת הר"ף (כ. והרא"ש סי' ב) ז"ל שכתבו המשנה כצורתה דמשמע דבכל גווני אסור וגם הרמב"ם בפרק כ"ג (הי"ד) כתב סתם דאין דנין ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין.

(ד) תוקפו של דין שנפסק בשבת

'ואם עבר ודן דינו דין' - דנו בענין זה מכמה צדדים -

למה לא נפסל לדון כיוון שעבר על איסור דרבנן? עיין **בשער המשפט** (א) -

ואם עבר ודן דינו דין. הר"ף והרא"ש בפרק משילין הביאו הירושלמי דבין בשוגג ובין במזיד דינו דין וכ"כ הטור ואיכא למידק כיון דהא דאסור לדון בשבת וי"ט הוא משום גזירה שמא יכתוב ומה"ט נמי אסרו חז"ל מקח וממכר בשבת וי"ט כמ"ש רש"י ותוס' שם והיא הסכמת רוב הפוסקים ואם כן כשדן בשבת וי"ט יהא פסול להעיד ולדון כמו בעובר על שאר איסור דרבנן ומוכר ולוקח בשבת וי"ט דודאי נפסל מדרבנן וה"נ יפסל מדרבנן ואין דינו דין וליכא למימר דפסילי דרבנן בעי הכרזה זה ליתא דהא כתב הנמוקי יוסף פ"ב והביאו הסמ"ע וש"ך בסימן ל"ד דלאותו עדות שנפסל בשבילו פסול אף בלא הכרזה ואם כן ה"נ אותו הדין יש להבטל כיון שנפסל בשבילו בשלמא לפי שיטת

הרב רמ"א בסימן ל"ד ס"ג בהגה דפסול דרבנן בעינן דוקא שעבר משום חימוד ממון ניהא דהא לגבי הדיינים ליכא חימוד ממון אבל לשיטת המחבר שם דמשמע דלא מחלק בהכי וכמ"ש הכנה"ג שם קשה ואפשר לומר כיון דלדון בין אדם לחבירו הוא דבר מצוה כדפריך הש"ס בפרק משילין שם והא מצוה קעביד אם כן הוי כקוברי מת ביי"ט ראשון דלא מיפסלי לעדות משום דסברי מצוה קעבדי כדאיתא בסימן ל"ד ס"ד וה"נ סברי הדיינים דמצוה קעבדי ולא מפסלי ולפ"ז אף אי נטלו שכר לדון בשבת ויי"ט דעשו איסור בשביל חימוד ממון לא מפסלי מה"ט משום דסברי מצוה קעבדי אך מ"מ נראה דבכה"ג מ"מ אותו הדין בטל כמבואר בסימן ט' דדיין שנטל שכר לדון דינו בחנם שהוא מצוה והכא אדרבה עבירה הוא לדון בשבת ויי"ט מ"מ אותו הדין בטל ממ"נ דאם אתה אומר שהוא עבירה הרי עבר על איסור דרבנן משום חימוד ממון ונפסל ואם אתה אומר שלא נפסל בהכי משום שהיה סבור דמצוה קעביד אם כן הרי עבר על מה אני בחנם ושפיר יש לקנסו שאותו הדין בטל.

אמנם עיין בשיטה מקובצת (ביצה לז,א), משמע שכך היתה התקנה המקורית -

וגרסינן בירושלמי וכולן שעשו בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין מה שעשו עשו. כלומר ולא קנסו חכמים מעשיהם.

למה בעבר ודן הדין קיים, הרי מסתבר שבכהאי גוונא שיעברו על איסור לא תקנו 'שליחותיהו' עיין בעניין זה באמרי בינה (דיינים, יג) שנתנו לדיינים של היום את כל הכח שהיה לסמוכים -

ובס' שער המשפט כתב דלכ"ע יכולין לחזור מטענותיהם כיון דמיירי שדנו בכפיה ועשו שלא כדין יכולין לומר משטה היינו בהם ולמ"ש אף באם א"ח מטענותיהם מ"מ נתבטל הדין כיון דטעו ועותו ועשו שלא כדין לדון בכפיה בלילה לזה לא נתמנו לשלוחין. ואולי י"ל דלכל ענינים נתנו להם חז"ל הסמוכין הכח לדון בזה"ז במלתא דשכיחא וכל מה דתהני בסמוכין בדיעבד ועברו כן נמי מהני בהדיוטות. וכן מוכח מכמה דוכתי בש"ע כמו בשבת ויו"ט דאסור לדון ואם עברו ודנו דיניהם דין כמבואר (סימן ה') וכן (סימן ז') באוהב ושונא דכתב הרמ"א אם דנו דיניהם דין ועיי"ש בתומי' (ס"ק ח') מתשוב' חות איר די"ל אף דדנו בכפיה ועוד מצינו בכמה דברים מה דאסור לדון לכתחילה ואעפ"כ בדיעבד דיניהם דין וע"כ צריך לומר דכך הקנו חז"ל כל דנתנו רז"ל רשות להדיוטות לדון בשליחותיהו מהני אף אם עברו כמו דמהני בדיעבד לגבי סמוכין ואף די"ל דאין שליח לדבר עבירה ול"מ שליחות לד"ע הגם דהיכא דליכא עבירה גבי המשלחים וליכא ציווי שלהם ודומה לעושה שליח לשחוט ושחט בשבת והלך השליח וטבח בשבת כיון דלא עשאו שליח לזה

גוף השליחות לא בטל כמבואר במל"מ (פ"ג) מגניבה וה"נ המה נעשו שילוחים בסתם לדון עפ"י אופנים הראוי עפ"י התורה אף לכתחילה מ"מ אם עברו ודנו בשבת וכדומה מ"מ לא נתבטל גוף השליחות ומהני הדין מ"מ היה מקום לומר כיון דכל תוקף הדין הוא משום דעבדו שליחות דקמאי וכשמשו מדעת משלחם לא הרשוהו החכמים לדון כ"א עפ"י דעת חז"ל ושלא לעבור על תקנתם וכשעברו על דבריהם בטל השליחות וההרשאה מהם מ"מ מוכרח לומר מן מקומות הנ"ל דלא נתבטל. שוב ראיתי בתומים (סימן ג' סק"א) שכתב שם סברא הזאת ליישב דברי רמב"ם דמה"ט השתא שנים שדנו אין דיניהם דין אף אי מדין תורה חד כשר מ"מ כיון דלכתחילה צריך ג' כתקנת חכמים מ"מ שליחותיהו דקמאי ל"ש כשעברו דל"ש שליחות דקמאי הסמוכים דע"ז לא עשוהו לשלוח לדון פחות מג'. ולמ"ש מוכח דאף היכא דלא עשו כתקנתם מ"מ מה שהיה מהני הם עברו הסמוכין מהני ג"כ לגבי הדיוטות הבאים בשליחותם ויש ליישב שם דבריו עפ"י דרכו.

ועיין בנחל יצחק (א, ב), שרצה להוכיח מכאן כשיטת נתיבות המשפט (ביאורים, א, א) שהתוקף של 'שליחותיהו' הוא מהתורה -

אכן בעיקר דברינו מש"כ לדון בהא דשליחותיהו קא עבדינן להן כללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דיש לכאורה לסתור זה והוא דלקמן סימן ה' סעיף ב' אין דנין בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין ... והנה לפמ"ש"כ בשם הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אף אם האיסור אינו רק מדרבנן כמו ההם דהוי האיסור משום דמפסידים לחוב מזונות הבת דהוי מדרבנן ולכן לפי מה דנתבאר דמה דדנין בבבל דליכא סמוכין דאין זה רק מדרבנן אם כן הדין נותן דהיכא דכשו איסור ודנו בשבת דיהי' בטל דינם כיון דאינו רק מדרבנן מה דעבדינן שליחותיהו ... ולכן לכאורה יש להוכיח מזה כשיטת הנתיבות דהא דדנין בבבל זהו מה"ת:

אכן באמת אין זה הוכחה כלל לפמ"ש"כ המל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד לבאר דברי הר"נ בתשובה הנ"ל במש"כ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דז"א רק היכא דלא הי' יכול לעשות המעשה באופן המועיל. אבל היכא דהיה יכול לעשות זה באוה"מ אז לא דיינינן להך כללא דבמקום איסור לא תקנו רבנן ודינם דין גם במקום איסור דרבנן וכ"כ השער המלך שם. ולפ"ז הכא בעברו ודנו בשבת כיון דהיו יכולים לדון בחול ע"כ לא שייך הכא הך כללא. ... ועוד י"ל בזה ע"פ מש"כ המהרי"ט דלכן אמרו דאם דנו בשבת דדיניהם דין ולא דנין בזה להך דאי עביד לא מהני משום דהא לא יהי' מתוקן האיסור בזה ע"ש ... אבל במה שאמרו אין דנין בשבת משום שמא יכתוב דעיקר האיסור הוא

במעשה הדין שדנין וכיון דעבדו כבר ולא יתוכן דברי חכמים במה שיבוטל קיום הדין וכמש"כ המהרי"ט כנ"ל. ע"כ לא שייך לדון בזה להכליל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. לכן שפיר פסקו דאם עברו ודנו בשבת דיניהם דין אף בזמן דליכא סמוכים אף דנימא דשליחותיהו דקא עבדינן זהו מדרבנן.

ואפשר שהשיטה מקובצת הנ"ל מסביר גם שאלה זו. ואמנם עי' **בישועות ישראל** (עין משפט, א) שאומר שדינם דין רק אם דנו שלא בכפיה -

ואם עבר ודן דינו דין. ויראה דווקא כשדן בלא כפי' אבל אם כפאו לדין אין דינו דין ויתבאר בס"ק הסמוך ועיי' סמ"ע וש"ך והוא מדברי הר"ן בפ"ק דכתובות, ויראה לפי עניות דעתי דווקא בדבר מצוה כמו הא דרפ"ק דכתובות דיש חשש אקרורי דעתו ולאפרושי מאיסורא אבל בד"מ וודאי אין לקבל טענות דאיכא משום ודבר דבר כמבואר באו"ח סימן ש"ז:

וכן בערך שי (ה, ד"ה וצ"ע) -

וצ"ע אנן דהדיוטת אנן רק שליחותיהו עבדינן כדלעיל סימן א' אפילו תימא דאינו שליחות ממש רק נתינת רשות מ"מ לא נתנו רשות לדון בשבת דהא אסרו ותינת כשקבלום הבע"ד אפ"ל לשליחותיהו דיכולין לקבל רועי בקר אבל לדון בע"כ מנ"ל וירושלמי י"ל דמיירי בעיקר הדין וכשדנוהו סמוכין או קבלום בע"ד.

(ה) 'אין קובעין זמן בניסן ותשרי'

לפי טעמו של רש"י אין הכוונה דווקא לחודשים אלו, אלא רק לחודשים שבהם עסוקים מאד. כך עולה מדברי הברכי יוסף (ו) המביא שטמ"ק להוכיח זאת -

אין קובעין זמן בניסן ותשרי וכו' הרי"ף כתב סיון ובדרישה כתב משם גדול שהוא ט"ס. והרב גדין תורה דף כ"ג כתב דסבר הרי"ף כטעם רש"י שהם ימי קציר ובציר עש"ב וכן ראיתי בשיטה מקובצת לקמא שכתב בשם הר"ם מסרקסטה וז"ל ונראה לומר דהשתא לדידן ניסן לאו זמן קציר הוא אלא סיון אי אמר נתבע בסיון לא אזילנא וכו' דינא קאמר ליה עכ"ל וכ"כ בס' חוקות הדיינים סימן הנז' דלמ"ד שהטעם מקום קציר ובציר ל"ד ניסן ותשרי אלא כל זמן שהוא קציר ובציר.

מה הדין אם כן, אם רואה חשבון הנתבע לדין בחודש דצמבר, ימנע מלבוא לדין, בטענה שזה חודש עסוק מאד, בו עליו להגיש את הדיווחים השנתיים?

לשיטת הרמב"ם (סנהדרין, כה, ט) ודעימיה, שהטעם שאין מזמנים לדין בתקופה זו, היא בגלל שטרודים בחגים, נחלקו מה הדין לאחר החגים. מעניין לראות בפרישה (ד"ה מפני טרדת המועדות) מדוע שייך טרדה גם לאחר החגים.

(ו) דיון בלילה

כמו בקבלת פסולים, אם קבלו עליהם מהני. וחידש בשו"ת רדב"ז (ג, תקט) שעצם הביאה בפניהם נחשבת כקבלה -

כללא דמלתא דקבלה מילתא רבה היא שהרי בפסולין לדון ולהעיד מן התורה כשרים ע"י קבלה כדתנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר וכו'. וכן נראה מדברי הטור חו"מ סימן שלישי כי הקבלה תועיל אפי' לענין הודאה וכפירה ולענין שלא יוכלו בעלי הדין להחליף טענותיהם ע"ש. ומכאן יש סמך ג"כ למה שנהגו לדון בלילה אפילו תחלת דין דהכי נמי אין מקבלין עדות בלילה ואם קבלו אין עושין עפ"י אותו עדות ואם בעלי הדין קבלו עליהם עדות לילה דנין עפ"י אותו עדות דלא גרע מכל פסולי עדות ותנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר אף הכא נמי אע"ג דאין דנין בלילה אם קבלו עליהם בעלי הדין דין לילה כשר דמאי שנא וכיון דבעלי דינין באין לדון בלילה הוי כאלו קבלו עליהם דין לילה וכי האי דר' אבוהו דמיתנין לעיל. וכ"ת דלאו כ"ע דיני גמירי וטועין וחושבין שדנין תחלת דין בלילה ומש"ה אתו לדון בלילה הא ל"ק דהא ר' אבוהו נמי לאו כ"ע גמירי דינא שאסור לדון יחידי ואפ"ה הוי כאלו קבלוהו עליהם הכא נמי לא שנא. ומיהו אם בא אחד מבעלי הדין לתבוע דין בלילה אין מזמנין את בעל דינו לבוא בלילה ואפילו כשבאין שני בעלי הדין ביחד אני רגיל לומר להם אתם מקבלים עליכם דין לילה. וכן אם צריך לעדות אני אומר להם אתם מקבלין עליכם עדות לילה והם אומרים הן ואני דן להם.

גם הב"ח (ה, ו, ד"ה מיהו) כתב -

מיהו אם קבלו עליהם הבעלי דינין שיהיו דנין אפילו תחילת דין או שיקבלו עדות בלילה מהני דלא גרע מנאמן עלי אבא וכו', וכלקמן בב"י בסוף סי' כ"ח על שם הרשב"א בתשובה, ואפילו לא קבלו עליהם בפירוש אלא אתי מנפשייהו הוי קבלה כדמוכח בירושלמי שהבאתי לעיל בסימן ג סעיף ט. מיהו כשמזמנין אותם לבוא בלילה לא מקרי כלל קבלה כיון שמכריחין אותם לבוא לדון אלא שהראשים וטובי העיר נהגו לכוף בלילה ואיכא למימר דעל דעת מנהגם נתמנו להנהיג קהלם בכל הדברים כפי מנהגם מקדם, ומאחר שתקפה עליהם צרכי ציבור ביום הכרח הוא שידונו בלילה ובזה וכיוצא בזה וכיוצא בזה הפקר בית דין הפקר.

אמנם **הסמ"ע** (ז) הרחיק לכת יותר, שגם במקרה שזימנו בעל דין ובא, כיון שלא רצה לסרב, נחשב כקבלו עליהם. ובנקודה זו יש חולקים, כגון **בחוות יאיר** (ה) -

א"נ י"ל דודאי כשבאו יחד בלי שליח בית דין כלל הוי כקבלוהו מש"כ אם התובע הלך לבית דין והם שלחו שליח בית דין ובא אין סברא לומר שזה שלא רצה לסרב הוי קבלה ובזה ל"ק מידי על הש"כ רק על הסמ"ע כששולחין אחריו נשאר קשה דו"ק.

הכנסת הגדולה (הגהות הטור, ט), טען שבעצם אין מחלוקת בין הב"ח לבין הסמ"ע, אלא הכל תלוי במנהג, והוסיף שקבלה מועילה רק לענייני ממונות ולא לשאר דברים -

אם הבעלי דינים רוצים שידונו בלילה נראה דשומעין להם, דלא גרע מקבל עליו קרוב או פסול. ומיהו דוקא בדיני ממונות אבל בדיני נפשות אין שומעין להם, והוא הדין לדיני גיטין וקדושין וכל דיני נשים דדמו לדיני נפשו. בזה, אפילו למאן דאמר דדמו לדיני ממונות בדברי אחרים. ... וכתוב בספר בית חדש, דאפילו לא קבלום עליהם אלא אתו מנפשייהו הוי קבלה, מיהו כשמזמנין אותן לבא בלילה לא מקרי קבלה כלל. ובסמ"ע כתב דאפילו מזמנין אותם לבא בלילה ובאין הוי קבלה, ואפשר דלא פליג הסמ"ע עם הבית חדש, דהב"ח מיירי מדינא והסמ"ע מיירי ממנהגא, וכבר כתב בית חדש דכיון דהראשים וטובי העיר נהגו לכוף לדון בלילה איכא למימר דע"ד המנהג נתמנו להנהיג קהלם.

בשער משפט (ה, ב) חלק על יסוד דינו של הב"ח וכתב -

ואם כן ה"נ לענין לדון בלילה נמי נימא הכי דאף שבאו מעצמם לדון בלילה הם סברו דיכולין לדון בלילה דלאו כו"ע דיני גמירי ורחמנא אמר שלא לדון בלילה והוי קבלה בעת... על כן נראה עיקר דלענין לדון בלילה בעינן קבלה בפירוש דלא כהב"ח.

אך על סברתו שלא כל איניש דינא גמירי, הביאו הפוסקים שלא בכל מקרה ניתן לומר סברה זו. עי' **בשו"ת הריב"ש** (תפ) -

ומה שנסתפק: אולי האי גברא לא גמיר; דלאו כולי עלמא, דינא גמירי? והיה סבור: שיוכלו לכופה לקבל פרעון כתובתה, ולהפסידה מזונותיה; ולזה צוה שתהיה נזונת כל הזמן, אם תרצה: כל שלא תהיה נפרעת מכתובתה, ולא תתבענה בבית דין. אין כאן ספק! דהא אמרינן בפרק יש נוחלין (קל"ח:): תנו מנה לפלוני, בעל חובי, בראוי לו; נוטלן, ונוטל חובו. ומקשינן: משום דאמר: בראוי לו; נוטלן, ונוטל חובו? דלמא: בראוי לו, בחובו; קאמר? ומשנינן: הא

מני, רבי עקיבא היא, דדייק לישנא יתירא. דתנן: לא את הבור, ולא את הדות; אע"פ שכתב לו: עומקא, ורומא; וצריך ליקח לו דרך; דברי ר' עקיבא. וחכמים אומרים: אין צריך ליקח לו דרך. ומודה ר' עקיבא: בזמן שאמר לו: חוץ מאלו; שאין צריך ליקח לו דרך. אלמא: כיון דלא צריך, וקאמר: לטפויי מילתא קא אתי. ה"נ, לטפויי מילתא קא אתי. ואם היה ממש בטענה זו, איך אנו אומרין התם: כיון דלא צריך, וקאמר; לטפויי מילתא קא אתי? נימא: דהאי גברא לא גמיר, והיה סבור: שהמוכר את השדה, מכר את הבור ואת הדות. כדאמרין, בנותן: שנותן את כלן. ומשום הכי, פירש: חוץ מאלו; ולא לטפויי מילתא, קא אתי, משום דרך. וכן נמי, באומר: תנו מנה לפלוני, בעל חובי, בראוי לו; לא נימא: שיטול את שניהם. אלא ידו על העליונה, ויטול אי זה שירצה; לפי שזה היה סבור: דאי לא קאמר: בראוי לו; אלא שאמר סתם; שלא היה נוטל, כי אם חובו. כמו שאמרנו כן, באומר בחובו. ומשו"ה, אמר בראוי לו: שיהי' ידו על העליונה; אבל לא שיטול שניהם. אלא ודאי, האי טענה, ליתא! וליכא לספוקי בה כלל. וכל שכן בנדון זה, שהוא דבר תמיד, ומפורסם לכל: שמנהג העולם, כאנשי ירושלים. כמו שמפורש בתוספתא (כתובות פ"ד ה"ו): שאר כל הארצות, כותבין כאנשי ירושלים.

וכמו כן עיין בשו"ת הרשב"א (א, תרכט) -

נשאל ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנ' ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל.

והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה.

וכן עיין בש"ך (לקמן סו, נו) -

מכל מקום דבריו לא נהירין לי וקשיא לי בהו טובא שהם נגד הסברא ונגד דברי עצמו ונגד הרבה פוסקים ונגד הש"ס וכמו שאבאר. נגד הסברא, מה שכתב כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול כו'. הוא נגד הסברא, דהא אשכחן כמה מיגות חמורות יותר מזה שצריכים לימוד ועומק גדול בים התלמוד שהאשה נאמנת באותן מיגות, וכל הש"ס והפוסקים מלאים מזה בכמה מקומות, ולא אמרינן שמא אינה יודעת הדין. ואם מצינו לפעמים בש"ס אטו כולהי נשי דינא גמירי, היינו דוקא במקומות שאמרו הם ושם יש טעם

בדבר, משאם כן בשאר דוכתי, דאל"כ ביטלת רוב וכמעט כל המיגות שבש"ס ופוסקים...

עיי"ש בהמשך השער המשפט שהסתפק אם קיבל עליו דיין בלילה אם יכול לחזור בו קודם גמר דין -

אמנם יש לי מקום עיון בקבלוהו עליהם בפירוש לדון בלילה אי יכולין לחזור בהן קודם גמר דין כמו בקבלו קרוב או פסול דקיימא לן בסי' כ"ב דקודם גמר דין יכולין לחזור בהן או דלמא דהכא שאני כיון דאם התחילו לדון ביום גומריין אף בלילה, אם כן כשקבלו לדון בלילה והתחילו לדון, שוב אינן יכולין לחזור בהן כיון דתחלת הדין היתה ע"פ קבלה אם כן הוי כתחילו ביום דגומריין בלילה אף ע"י כפיה וה"נ התחילה בהיתר היתה ע"פ קבלתם ושוב יכולין לגמור הדין בלילה אף ע"י כפיה דגמר דין כשר בלילה. ולכאורה יש להוכיח דיכולין לחזור בו מהא דכתב המרדכי ר"פ ז"ב בשם רבינו מאיר והביאו בסמ"ע בסי' כ"ב ס"א דבקבל עליו שלשה רועי בקר לדון דקודם גמר דין יכול לחזור בו ולטעון בענין אחר אם כן הכי נמי בקבלו לדון בלילה כיון שחזרו קודם גמ"ד הרי יכולין לחזור אף ממה שטענו מקודם, ואם כן הדר ה"ל תחלת דין ואין דנין בלילה בכפיה ואף למ"ש בסי' ג' סק"ד דנראה דלמאי דקיימא לן כשיטת הרמב"ם דהיכא דהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים א"צ לומר אתם עדי דליתא לדברי ר"מ דכיון שקבלום עליהם ה"ל כהודאה גמורה מ"מ כיון דחזינן דר"מ ס"ל דיכול לחזור מהטענות שטען מקודם אף דבכל הודאה לפני בית דין קיימא לן דא"צ אתם עדי ע"כ צ"ל דר"מ ס"ל כיון דחוזר בו קודם גמ"ד נתבטל הקבלה למפרע ולא הוי כהודאה בבית דין, אם כן אף לדין דס"ל דהוי כהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים מ"מ כיון שנתבטל הקבלה למפרע לא הוי רק כאלו הודו לפני עדים באתם עדי ולא התחלת הדין מקרי כיון שוועד הבית דין נתבטל למפרע. אך מ"מ עדיין יש לפקפק בזה די"ל דאף ר"מ מודה דוועד הבית דין לא נתבטל אלא משעת החזרה ואילך אך מ"מ ס"ל דיכול לחזור אף מהטענות דכיון דטעמא דהודאה בבית דין א"צ אתם עדי הוא משום דלפני בית דין ודאי אינו טוען להשטאה בעלמא ואם כן בקבלו עליהם בית דין שפסולין לדון כיון שדין הוא שיכולין לחזור בהן קודם גמ"ד יכולין לומר שלהשטאה בעלמא טענו כן כיון שהיו יודעין שיכולין לחזור בהן אבל בקבלו לדון בלילה י"ל דלא נתבטל וועד הבית דין לא משעת החזרה ואילך ושוב א"י לחזור בהן דגמ"ד כשר בלילה, ואדרבא יש לדמותו להא דכתב הרמ"א בסימן כ"ב ס"א בהגה דלענין עדות כשקבל עליו פסול להעיד מיד שהעיד א"י לחזור בו אף קודם הגמ"ד, אלמא כיון שנגמר מעשה הקבלה א"י לחזור בו ואם כן ה"נ לענין לדון בלילה כיון שא"צ לקבלתו רק

לענין קבלת הדין דגמ"ד כשר בלילה אם כן כשהתחילו לדון בלילה מיד נגמר מעשה הקבלה ושוב א"י לחזור בהן וצ"ע לדינא בזה ודוק היטב.

(ז) זמן ישיבת הדיינים

הלבוש כתב שאסור לאכול עד סוף ישיבתם, ומקור לכך בזוהר, אך עיין בערוך השלחן (יא) שלא נהגו בזה -

ודע בזוהר משפטים הזהיר מאד שלא לישב בדין אחר סעודה וסמוך ל"י אקרא דדינו לבקר משפט ועל קרא דלא תאכלו על הדם ע"ש ומזה שנתבאר יש כעין סמך לזה ממה שאין יושבין אלא עד זמן סעודה אבל לא מצאנו זה בגמרא ובפוסקים ואדרבא דגם בדיני נפשות אמרו חז"ל [מ"ק י"ד:] דבחול המועד אוכלין ושותין ואחר כך גומרינן דינו ע"ש וכל שכן בד"מ אלא וודאי דחומרא בעלמא הוא ומשמע בגמ' [שבת י"ג.] דבזמן הש"ס היה כן שלא ישבו אחר הסעודה בדין ועתה לא ראיתי בבתי דינים שינהגו כן וגם סנהדרי גדולה ישבו בלשכת הגזית כל היום אמנם אין ראיה משם דעיקר סנהדרי גדולה היתה להורות כל הספיקות לכל ישראל כמ"ש כי יפלא וגו' ואין עיקרה לדינין וראיה דמצינו בירושלמי סנהד' פ"א שר' צדוק ואחיו ישבו שם ולדין קרובים פסולים ומגמ' דמ"ק ג"כ יש לדחות דמשום כבוד הרגל התירו לאכול קודם גמר דין ומכל מקום זהו וודאי דאם הבעלי דין מתרצים יכולים לישב בדין גם לאחר סעודה ולא גרע מקרוב או פסול.

סימן ו

(א) דיון בפחות משהו פרוטה

מה הטעם שאין דנים בפחות משהו פרוטה? עיין בסמ"ע (א), ועיין בלבוש (ו, א), שהוא מטעם מחילה -

אין הדיינים צריכין לישוב בדין על תביעה פחות משהו פרוטה דקיימא לן לגבי גזל דפחות משהו פרוטה אינו נקרא גזל ... וטעמא דסתם בני אדם מוחלין זה לזה על פחות משהו פרוטה ואין תביעתו תביעה, ואף כי זה התובע אינו רוצה למחול בטלה דעתו אצל כל אדם ואין משגיחין בו ובצעקתו, ואפילו הוזקקו כבר לישוב על שוה פרוטה אין גומרינן אותו על פחות משהו פרוטה, ויש אומרים שאם התחילו בפרוטה צריכין לגומרו בפחות משהו פרוטה, והיכי דמי כגון אם חוזר הנתבע ותבע מן התובע פחות משהו פרוטה נזקקים לו, דאי לתובע אחר הוה ליה תחלת דין לגבי דידיה ואף על פי שישבו כבר בדיינים

אחרים אין נזקקים לזה כלל שתובע פחות משה פרוטה אבל לנתבע שאינו אלא משיב על טענת התובע ומשיב זה בכללן לומר אדרבה הוא חייב לי וכי האי גוונא נזקקין לו.

ועיין באורח משפט (ו) בהג"ה מבן המחבר, שאינו מטעם מחילה -

ראיתי להגאון ר' לייב מפלאלק זצ"ל שהקשה בספרו גט מקושר דאיך יכולים שני עדים לחייב אפילו פרוטה הא הוי לה עדות שאי אתה ילה"ז דמשלשין בממון ואם כן אין על אחד שוה פרוטה ואינו יוצא בדיינים בפרט בעדים זוממין דקנסא היא. עיין שם שהניח זאת בצ"ע.

והנה ש"ב הראב"ד ר' יוסף ראפ מנאוידוואהר רצה לחדש מזה דכיון דלהתובע הוי פרוטה בית דין מזדקקין לזה וכן הדין בשנים שהזיקו פרוטה ג"כ בית דין מזדקקין וסברתו הוא משום דכיון דלהתובע הוי פרוטה לא מחיל, לכך שפיר ב"ר מזדקקין. אבל לא נראה לי לומר כן דלכך אין בית דין מזדקקין על פרוטה משום דמחיל אלא עיקר הטעם משמע בב"מ (דף נ"ה) משום דלא הוי ממון הניתן לגבות בבית דין. ונראה לי להביא ראיה לדברי דלאו במחילתו תליא מהא שהקשה הע"ש (בסימן זה) אהאי דינא דאם הוזקקו לבית דין לפרוטה גומרים דינם אפילו לפחות מפרוטה. והקשה הע"ש הא כבר מחיל ותירץ דמיירי שאומר דלא מחיל ואפ"ה זהו דוקא בשכבר הוזקקו בית דין לפרוטה אבל להזדקק לכתחילה לפחות משו"פ אפילו באומר שלא מחיל ג"כ בית דין אין מזדקקין הרי מוכח להדיא מהכא דלא במחילתו תליא ואף בלא מחיל בפירוש ג"כ אין בית דין מזדקקין.

עוד נ"ל להביא ראיה דלאו מטעם מחילה אין בית דין מזדקקין לפחות משו"פ מהא דמותיב רבא בב"מ שם לרב קטינא דבית דין נזקקין אפילו לפחות משו"פ מואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות משו"פ להישבון להקדש אין ולהדיוט לא ואי הא דאין נזקקין לפחות משה פרוטה הוי מטעם מחילה. אם כן למה צריך קרא לרבות הקדש להישבון דבית דין נזקקין אפילו לפחות מפרוטה כיון דהטעם הוי משום מחילה והקדש לאו בר מחילה הוא. אלא ודאי דלאו מטעם דפחות משו"פ מחיל לכך אין בית דין מזדקקין ואפילו בלא מחיל נמי אין בית דין מזדקקין משום דפחות משו"פ לא הוי ממון שניתן לנכות בבית דין וכמוש"כ.

ולפי עניות דעתי נראה ליישב קושיית הגט מקושר הנ"ל. דהנה הא דאמרינן דמשלשין בממון נראה לי דהביאור כן הוא דמן הדין כל אחד מחוייב לשלם כאשר זמם להפסידו בעדותו רק דבית דין משלשין הוא משום כיון דקיבל מה שרצו להפסידו אין לחייבם שיתנו בין שניהם כפל כאשר זמם כל אחד

להפסידו וכן פרש"י במכות (דף ה' ע"א) אהא דקאמר שם דמשלשין בממון ואין משלשין במכות משום דממון מצטרף ופרש"י לזה הטעם והרי קיבל מה שרצו להפסידו בין כולם וזה פשוט לדעתו. אם כן מעתה לק"מ ושפיר יכולים בית דין להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה כיון דהחיוב לשלם פרוטה שרצו להפסידו בעדותן הוא על כל עד כאשר זמם אלא כיון דבאו לבית דין ושלשו בין שניהם וקיבל מה שרצו להפסידו. מצטרפין ופטרין אותם בזה. אבל כל זמן שלא קיבל מה שרצו להפסידו החיוב הוא על כל עד לשלם הפרוטה כאשר זמם. ושפיר יכולים בית דין להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה והשילוש אינו אלא קולא להעדים וזה נכון.

ועיין בשער משפט (א) רצה להבין איך חצאי פרוטה מצטרפים, הרי כבר מחל על החצי? עי"ש חילוק בין גזל בתחילה חצי פרוטה לבין גזל פרוטה והחזיר מחציתה -

וק"ל טובא דאמאי מצטרפין גזל פחות משווה פרוטה, הא בש"ס דסנה' דף כ"ז ודף כ"ט משמע להדיא דלכך אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא כל פחות משווה פרוטה מחלי ישראל בתר הכי וכ"כ התוס' בעירובין דף ס"ב ובע"ז דף כ"א בהא דאר"י גופי' בן נח נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להישבון דבגזל מישראל איירי ולכך לא ניתן להישבון משום דישראל ודאי מחיל הגזילה בתר הכי ואם כן אמאי מצטרפין גזל בפחות מש"פ לתשומת יד ואבידה כיון דכבר מחל לו הגזל היכי מצי תבע ליה אחר כך אטו אם אדם מחל לחבירו שום דבר ואחר כך גזל הלה ממנו דבר אחד מי מצי לחזור ולתבוע ממנו מה שמחל לו קודם לכן, וגם לענין אבידה קשה טובא דמשמעות לשון הרמב"ם פי"א מה' אבידה והט"ו בר"ס רס"ב דאבידה שאין בה ש"פ אין שום חיוב להחזירה אף לכתחילה משום דקנה האבידה לגמרי במציאתה והתורה לא חייבה לקיים בה מצות השבה כלל ואם כן אמאי מצטרפין אבידה שנ' פחות מש"פ לחוב של הלואה כיון שקנה האבידה לגמרי והוי שנו ואפשר הא דאמרינן הכא דמצרפי גזל ואבידה בפחות מש"פ מיירי שגזל מתחילה יותר מש"פ והחזירה לו רק שנשאר אצלו פחות מש"פ שלא החזירו וכן באבידה מיירי בהכי ובהכה"ג לא נמחל לו המותר בגזל וכן באבידה לא קנה המותר.

ובעצם, חילוקו של השער משפט מבואר כבר בשיטה מקובצת (בבא קמא קג,א) בשם הרא"ש -

חוץ משוה פרוטה בקרן. וא"ת מרישא שמעינן לה מדקתני חוץ מפחות שוה פרוטה אין צריך הא שוה פרוטה צריך. וי"ל משום דמצינן למידק פחות משוה פרוטה פשיטא דאין צריך הא שוה פרוטה מספקא ליה כדאמרינן בפרק בתרא

דעבודה זרה תני רבי חייא שפחסתו צלוחיתו אבל לא פחסתו צלוחיתו מאי לא תפשוט מינה דניצוק אינו חיבור לא פחסתו צלוחיתו תפשוט לך ניצוק תיבעי לך. וא"ת מרישא שמעינן לה נמי הגזול את חברו שוה פרוטה דמשמע הא פחות אינו צריך לילך אחריו. וי"ל דסלקא דעתך אמינא הני מילי דלא גזל מתחילה שוה פרוטה אבל אי גזל מתחילה שוה פרוטה אפילו לא נשאר בידו אלא פחות משוה פרוטה צריך לילך אחריו קמשמע לן.

אמנם בסמ"ע (לקמן שטז, ז) משמע שאפילו בפחות משווה פרוטה יש חיוב השבה, אלא שאין בית דין נזקקים לכך -

אלא יבוא הנגזל ויטול השאר – כן הוא לשון הרמב"ם ור"ל אף שהוא פחות משו"פ בתורת השבה הוא כיון שמתחילה גזל יותר משו"פ ולא החזיר כולו אלא שאינו מחויב להוציא עליה הוצאה בהשבתה, ועוד דגם פחות משו"פ איסור גזל יש בו אלא שאין בית דין נזקקין לפחות משו"פ להוציאו מידו וכן עיקר.

'אין בית דין נזקקים לפחות משווה פרוטה' - האם הכוונה שאסור להם להיזקק או שאינם חייבים? עיין בשו"ת דברי מלכיאל (קע) -

ובהא דאין בית דין נזקקין לפחות מש"פ כתב הנתיבות בסימן ו' שאם נזקקו בית דין לפחות משווה פרוטה יש להם דין בית דין לענין הודאה והחזק כפרן. נראה מזה דאף שאין בית דין חייבין להזדקק לזה. מ"מ מותרים להזדקק אם ירצו. אבל הא גופא צריך ראייה והנתיבות לא הביא שום ראייה לדבריו. ובשטמ"ק בב"מ נ"ה הביא בשם הריטב"א שאם סברו שהתביעה ש"פ ונזקקו לדין ואחר כך נמצא שהוא פחות משווה פרוטה גומרין דינו. נראה מזה שהכוונה שהרשות בידם לגמור הדין דאין לומר שהכוונה שמחויבים לגמור הדין. דהא פחות משווה פרוטה אינה בהשבה ומה בצע בגמור הדין ואיך שייך לחייבם בזה. וע"כ צ"ל שהכוונה שמותרים לגמור הדין. וממילא מוכח דלכתחילה אסור להזדקק לפחות משווה פרוטה.

והעיקר נראה שאין ביד בית דין לומר שרוצים לטרוח בזה. דכיון שפסקו בש"ס הדין כן שוב אין כח ורשות לבית דין אחר לשנות הדין. וה"ז דומה לדבר שנאסר במנין ובטל הטעם שבשבילו אסרו דמ"מ צריך מנין אחר להתירו ועיין חיבורי ח"א סימן כ"ח בזה. ומכל שכן הכא שזיכו חז"ל בדין את האחד בשביל זה דבודאי אין רשות לבית דין לחייבו. ועדיפא מדין פחות משווה פרוטה. דבפחות משווה פרוטה נראה ודאי שאם בא לישאל אומרים לו בית דין שאף שאין אנו מזדקקים לזה מ"מ מוטל עליך לעשות כדין. משאם כן הכא אינו מחויב לעשות כלל. ... וכת"ר כתב דכיון שאמרו חז"ל דלא

מטרחינן בית דין. ממילא אף אם רוצים לטרוח לא עבדי שליחותייהו בזה. והיא סברא נכונה. אך י"ל דאם הדין שבית דין יכולים לטרוח לדון בזה. ממילא גם עכשיו אנחנו שלוחיהם לכל דבר שאפשר לדון כן. וגם יש לדון אם קבלוהו עליו לדיין דאז אינו דן מצד דעבדינן שליחותייהו. ומ"ש כת"ר לתלות זה בהא דיכול אדם לומר א"א בתקנת חכמים. נראה דאינו שייך בנ"ד דהכא אמרו דלהכי פסקינן הכי לפי דלא מטרחינן בית דין. וממילא נפסק הדין כן. ובית דין הרוצים לטרוח בזה הרי דנים שלא כדין. ולא הוטל על בית דין רק לדון כפי דקיי"ל בש"ס ולא יותר. דהא הדין הוא מצוה המוטלת על בית דין לשפוט בין איש לרעהו ולהציל את העשוק. והיכא שאין כאן דין מדינא דגמרא. יכול הלה לומר שאינו מקבל את דינם כי אינם דיינים בדבר זה. משאם כן בתקנה שנתקנה לזכות אנשים פרטיים. שפיר יכול לומר א"א בתק"ח [= אי אפשי בתקנת חכמים].

מה הדין בזמן הזה, שאין לפרוטה שום כח קנייה, האם גם כיום נדון על פרוטה (בערך חמש אגורות חדשות !?) עיין בסמ"ע (פח, ב) שכתב -

וק"ק לומר כן דשמינית מפעניק יחשב ממון לקדש בו האישה ולהיות הדיינים נזקקים לו, ואפשר לומר שבימיהם היו הפירות והקנינים בזול ובעד פרוטה היו קונים הרבה פירות ולכך היה הפרוטה נחשב כממון ולפי"ז בזמנינו דא"א לקנות בפרוטה כ"א מעט מזער מן הדין הל"ל דאין קדושי אישה סגי בפרוטה ולא פדיון הבן בשני זהובים וצ"ע.

אמנם המעיין בשו"ת הריב"ש (קנג) יראה שאמנם גם הוא התקשה בכך, אך לא שינה את הדין עקב כך -

תשובה: כבר כתבתי לך בארוכה בתשובות הראשונות, איך הסכימו כל האחרונים ז"ל, וגם הרמב"ם ז"ל, דכתובת אשה דרבנן, בין דבתולה בין דבעולה. ושהסכמת כלם, שהמאתים של בתולה, והמנה של בעולה, הם כסף מדינה, שהוא שמינית שבכסף צורי; ולזה, מאתים של בתולה אינם רק כ"ה דינר צורי, ושל בעולה י"ב וחצי. ושערו האחרונים ז"ל, שהדינר ג' ארגיניץ, והארגיניץ הוא חלק אחד מששה עשר באוקיא של כסף; וכ"כ הרמב"ן ז"ל בפירושי התורה (בפרשת כי תשא), וכן בהלכות בכורות בארוכה בענין ה' סלעים של פדיון הבן. והוקשה לך, איך תקנו חז"ל דבר מועט כזה לכתובת אשה, והם אמרו: כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה; והלא אפילו עני שבישראל, כשיהיה לו קטטה עם אשתו, תהא קלה בעיניו להוציאה בדבר מועט כזה! תשובתך: אתה שערת באנשי מיורקה, שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה ומטמוני מסתרים, מרגליות ורוב פנינים,

ומערות מלאות דינרי זהב. ואשר אין לו כל אלה, אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב, ואומנות נקייה להרויח בה פרנסתו והותר, נקרא עני. אבל תשער בתושבי הארץ הזאת, שאינם מספיקים ללחם צר ומים במשורה, ועל הארץ ישנים, או על שטיח עור, ובכסות יום מתכסים בלילה, ומלבושיהם טלאי על גב טלאי, ורובם הולכים יחפים. ובימי חז"ל כך היו, כמו ששערו במזונות האשה למשרה אשתו על ידי שליח (כתובות ס"ד:). וגם מגדולי חכמים היו בעלי אומנות; כמו שאמרו על רבי יהושע שהיה פחמי. והלל, שהיה מזרע דוד, היה משתכר בזו אחד להביא מן היער חבילת עצים. ורב כהנא היה מוכר סלים לנשים מחמת עניו, כדאיתא בפ"ק דקדושין (מ). ובדורו של רבי יהודה בר אלעאי היו חמשה מתכסים בטלית אחת ועוסקים בתורה. ואנשי כנסת הגדולה, המתקנים התקנות בישראל, כשעלו מן הגולה כבר היו עניים עד מאד; כמו שמוזכר בספר עזרא, שבימי נחמיה היו נושים איש באיש, וכובשים בניהם ובנותיהם לעבדים, מהם לוו כסף למדת המלך ומהם לקחת דגן ברעב. וגם מגורת בית המקדש, אשר עשה משה רבינו ע"ה ככר זהב טהור, יש מן החכמים ז"ל אומרים, שמלכי בית חשמונאי עשאוה מעץ; ויש מן החכמים אומרים, ששפודין של ברזל היו וחפום בבעץ; העשירו, עשאו של כסף, חזרו והעשירו, עשאו של זהב; כמוזכר במסכת ר"ה ובמנחות (כח:). וגם ההבדלה במוצאי שבת, קבעוה בתפלה, עד שהעשירו קבעוה על הכוס; כדאיתא בפרק אין עומדין (לג). ושנינו במסכת פאה (פ"ח): מי שיש לו ג' זוז והוא נושא ונותן בהן, הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, לפי שאינו בגדר עני; וחמשים זוז הם חצי כתובת אלמנה. ותמה על עצמך: איך אשה מתקדשת בפרוטה, שיש בדינר קצ"ב פרוטות, והוא דבר מועט עד מאד? וגם בית דין נזקקין לתביעת פרוטה, לפי שלא נתנה לימחל מן הסתם. וחכמים ז"ל קתנו כתובה לאשה לכלן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף; והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן. ועוד, שהרי אמרו חז"ל גם כן, שהגרשה אין שמין מה שעליה, אלא נוטלתן מלבד כתובתה; וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה, דבין בגדי חול ובין של שבת, שלא כדברי הרמב"ם ז"ל, שכתב: דוקא בגדי חול...

אמנם יש שמתחשבים בספיקו של הסמ"ע לפחות לחומרה. עיין בשו"ת מנחת שלמה (א, סו) -

אמנם נלענ"ד דמשמע דלהלכה חוששין גם דלעת הסוברים שבמקום שהכסף הוא בזול ואין יכולים לקנות בחצי שעורה כסף כי אם מעט מזעיר שאין זה חשוב פרוטה, וכמו"ש הסמ"ע בחו"מ סימן פ"ח ועיי"ש בש"ך וביו"ד סימן

רצ"ד וש"ה, דאל"כ נמצא שבזמנינו זה שדרע"ם אחד כסף שהוא משקל ס"ד שעורות אינו שוה אלא גרא"י אחד ולפי"ז כל מיל הוא י"ב פרוטות ומעולם לא נשמע כזאת, ולכן כיון שלפי דברינו הוא מוזיל את הכסף מערכו הו"ל שפיר כשאר פחות משו"פ שאינו תופס פדיון, ועוד נלענ"ד די"ל דכיון שסברא הוא שאין אדם יכול לומר על דבר שהוא שוה פרוטה שאינו שוה אצלו אלא פחות, משום דלאו כל כמיניה לומר על ממון שאינו ממון, ה"נ בנד"ד כיון שהמעשר אינו שוה פרוטה ונמצא שלפי דבריו שהוא מוזיל את הכסף ואומר שאינו שוה אצלו אלא כשויו של המעשר, הו"ל כאומר על פרוטה שהיא פחות מפרוטה ודו"ק.