הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר שופטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות סנהדרין והעונשין המסורין להם

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות סנהדרין והעונשין המסורין להם

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-סנהדרין-והעונשין-המסורין-להם/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה א 5
פרק ב 6
הלכה י 6
פרק ה 12
הלכה ח 12
הלכה ט 14
הלכה טו 15
פרק ו 17
הלכה א 17
הלכה ב 26
הלכה ג 36
הלכה ד 45
פרק ז 54
הלכה ב 54
הלכה י 57
פרק ח 70
הלכה ב 70
פרק ט 83
הלכה ב 83
הלכה ג 91
פרק יא 93
הלכה ד 93
הלכה ז 93
פרק יד 101
הלכה ח 101
הלכה יא 102
פרק טז 104
הלכה ד 104
פרק יח 106
הלכה ב 106

פרק כד 114
הלכה א 114
הלכה י 116

פרק א

הלכה א

מצות עשה של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שנאמר שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך, שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם, שוטרים אלו בעלי מקל ורצועה והם עומדין לפני הדיינין המסבבין בשווקים וברחובות ועל החנויות לתקן השערים והמדות ולהכות כל מעוות, וכל מעשיהם ע"פ הדיינים, וכל שיראו בו עוות דבר מביאין אותו לבית דין ודנין אותו כפי רשעו.

מצות עשה של תורה וכו' כתב הכ"מ ברייתא פ"ק דסנהדרין דיליף מקרא שופטים ושוטרים, שמעמידין שופטים ושוטרים לכל עיר ועיר, ודע דהתם יליף מקרא שמעמידין שופטים ושוטרים לכל שבט ושבט, וצריך טעם למה השמיטו רבינו עכ"ל, ועיין בלח"מ שהקשה עוד מדברי הרמב"ם פ"ה הל' א' שכתב ואין עושין סנהדרי קטנה לכל שבט ושבט ולכל עיר ועיר אלא על פי בית דין של שבעים ואחד, והאריך הלח"מ בזה.

ונראה דיש חילוק בין דין ב"ד ובין דין סנהדרי קטנה דהתוס' שם בסנהדרין דף ט"ז שהביא הכ"מ כתבו במה דקתני שופטים לכל שבט ושבט וז"ל, אם יש בעיר אחת מב' שבטים עושין ב' סנהדראות, אבל יש לומר דזה הוא חידש רשב"ג שם דאמר מצוה בשבט לדון את שבטו, ומוכח דת"ק לא סבר הכי, אבל במתני' הא תנן אין עושין סנהדריות לשבטים אלא ע"פ ב"ד של שבעים ואחד, לכן יש לומר דאין צריך ב"ד אלא בכל עיר ועיר, ומה דתניא בדף נ"ו וכתב כן הרמב"ם להושיב בתי דינין בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר, פלך הוא מקום קיבוץ שבאים לשם בני העיירות לסחור זה עם זה, אבל לכל שבט ושבט אם יש שני שבטים בעיר אחת כמו שפירשו התוס' זה חידש רק רשב"ג דצריך שם ב' בתי דינים, אבל ת"ק לא סבר הכי, אלא דמ"מ כל שבט צריך שיהי' לו באיזה מקום שהוא קבוע ב"ד וסנהדרין שיוכלו בני השבט אם רוצים לדון אצל סנהדרין של שבטם לדון שם, ונמצא דאם שבט זה מפוזר בין השבטים ואין לו מקום קבוע שיהי' שם ק"כ מאותו השבט שבפחות מזה אין עושים סנהדרין, ויהי' נמצא ששבט זה אין לו, סנהדרין כלל, בזה אמרה תורה לשבטיך, שכל שבט צריך שיהי' לו סנהדרין באיזה מקום, אבל אם יש באיזה מקום סנהדרין של שבט זה, לא איכפת לו אם השבט מפוזר בין השבטים, וברוב המקומות שהוא מפוזר הוא מיעוט והסנהדרין הם משבט אחר, דלא קיי"ל בזה כרשב"ג, ולכן לא כתב כאן הרמב"ם דכל שבט צריך שיהי' לו סנהדרין שהי' משמע בכל המקומות שנמצאין בני השבט אף שיש שם סנהדרין משבט אחר, וסמך על זה שכתב

בפ"ה דעכ"פ אנו יודעים משם שבכל שבט צריך שיהי' באיזה מקום שהוא סנהדרין.

-השמטות מגליונות-

במה שהבאתי קושית הכ"מ והלח"מ בזה שהשמיט הרמב"ם הדין שצריך להעמיד שופטים לכל שבט ושבט, ועוד דהרמב"ם כתב בפ"ה ואין עושין סנהדרי' קטנה לכל שבט ושבט אלא עפ"י ב"ד של ע"א ומבואר דמעמידין בי"ד לכל שבט, ובארתי דבמה שאמרו שופטים לכל שבט ושבט כ' התוס' אם יש מב' שבטים בעיר אחת עושין ב' סנהדרין והנה זה הוא רק לרשב"ג אבל ת"ק לא סבר הכי והדין לת"ק הוא רק להעמיד מכל שבט באיזה מקום שהוא אבל אם היה השבט מפוזר ולא היו לו במקום אחד ק"כ אין דין שיעשה ב"ד משבט זה ולכן לא כתב הרמב"ם דכל שבט צריך שיהיו לו סנהדרין שהיה משמע דבכל המקומות שנמצאין בני השבט צריך לעשות ב"ד וזה אינו וסמך על מש"כ בפ"ה דמבואר דכל שבט צריך שיהיו לו ב"ד עכ"פ, וע"ז העיר חתני הגאון מהרי"מ שליט"א דעדין קשה דלמה לא הביא הרמב"ם הדין שצריך למנות י"ב סנהדרין לכל שבט ושבט באופן דלא נטעה לומר דבכל מקום דנמצא מבני השבט צריך ב"ד מאותו שבט.

ונראה דבמה שמשמע מדברי שעכ"פ צריך למנות ב"ד מכל שבט משום דדרשינן שופטים לשבטיך נראה דאינו מוכרח דבאמת אם יהיה השבט מפוזר כ"כ עד שלא יהיה בשום מקום ק"כ מאותו שבט באמת אין דין שימנו סנהדרין מבני שבטם, ומה דדרשינן לשבטיך שופטים לכל שבט זהו רק אם יש ק"כ במקום קבוע ולכן מבואר מה דלא כתב הרמב"ם שצריך למנות ב"ד לכל שבט דבאמת אינו מוכרח שיהיה חיוב ורק אם נמצאים ק"כ במקום אחד.

ובמש"כ הלח"מ כאן דפלך ופלך ושבט חדא מילתא היא ומשום דא"י נחלקה לשבטים לכן כל מלכות שבט אחד נקרא פלך הקשה חתני הגרי"מ דלפי הנחה זו דאין כלל דין דחוץ מלהושיב ב"ד בכל עיר יש להושיב בערי המחוז ב"ד נוספים א"כ איך יפרש בדברי הרמב"ם בהל' ב' דבחו"ל אין חייבין להעמיד ב"ד בכל פלך דמה ענין חו"ל לפלך כיון דכונתו בפלך לשבט ומשום דא"י נחלקה לשבטים.

פרק ב

הלכה י

אע"פ שאין ב"ד פחות משלשה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך, ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה, ושנים שדנו אין דיניהם דין. אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין הרי זה מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב

בית דין, ואע"פ שהוא מותר מצות חכמים הוא שמשיב עמו אחרים שהרי אמרו אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד.

ושנים שדנו וכו', הקשה הכ"מ דהא בגמ' איתא דרב אחא דסבר דד"ת חד כשר מקרא דבצדק תשפוט עמיתך, אית ליה כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין, וכתב הכ"מ דכונת הגמ' דרב אחא אפשר למיסבר כשמואל אבל אפשר נמי דלא כשמואל והיינו דמדרבנן דגזרו משום יושבי קרנות גם בדיעבד אין דיניהם דין, וכן תירץ הרשב"א בתשובה וכתב עוד דהרמב"ם הוכיח מברייתא דתניא דאם הי' מומחה לרבים דן אפי' יחידי, וסובר דהיינו כרב אחא דמדאורייתא אפי' אינו מומחה לרבים דן יחידי אפי' לכתחלה, ומדרבנן דוקא מומחה לרבים דאוקמי' אדינא. וכונתו כתב הנתיבות דאי כר' אבהו דמדאורייתא בעינן שלשה מומחין, ומדרבנן בהודאות והלואות משום נעילת דלת לא הצריכו מומחין, אבל למה הוצרכו להקל ביחיד מומחה דהא ב"ד של שלשה הדיוטות מצויין, אכן הרמב"ן בחדושיו כתב דכמו דהקילו בשלשה הדיוטות משום נעילת דלת ה"נ הקילו ביחיד מומחה דעדיף מג' הדיוטות, וכן כתב הרמ"ה ביד רמ"ה, ונראה דטעמו של הרמב"ם דאינו סובר כן, הוא משום דסובר דיחיד מומחה אין לו דין ב"ד, וההודאה בפניו אינו חשוב הודאה, משא"כ בג' הדיוטות דחשובים ב"ד לכל דבר כמו שכתב כן בפ"ה הל' י"ח, א"כ שפיר דלשיטת הרמב"ם א"א לומר דהכל הוא דין אחד מה שהקילו בשלשה הדיוטות, ומה שהקילו ביחיד מומחה, ולכן מוכרח דיחיד מומחה זהו דין מיוחד מה"ת מקרא דבצדק תשפוט עמיתך.

אלא דיש עוד לעיין לפי מה דמשמע דמומחה לרבים דדן יחידי אינו מומחה סמוך כמו דאמר ר"נ בדף ה', כגון אנא דייינא דיני ממונות ביחידי ור"נ לא היה סמוך, ואף דר"נ סבר כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין, אבל לכתחלה לדון ביחידי הא לא אמר שמואל אלא במומחה, ומגופה דברייתא מוכח דהא סתם מומחה הסמוך א"צ להיות מומחה לרבים, וכן כתב להדיא הרמב"ן בחדושיו וז"ל, והוי יודע שכל מומחה האמור בשמועה זו הוא מומחה לרבים, ואינו מומחה הסמוך בר', אלא דגמיר וסביר בלחוד, וכשר הוא לדון דיני ממונות ביחיד כדתניא ואם היה מומחה לרבים דן אפי' ביחידי וכו' והאריך שם וכתב אח"כ ופירוש מומחה לרבים בדוק להם (היינו לרבים) כענין שאמרו בקמיע מן המומחה איתמחי גברא ואיתמחי קמיע, והכל יודעין בו דגמיר וסביר וקראוהו מומחה לרבים שהוה מומחה להם ואינו מומחה לתורה שאינו סמוך בר' כדאמר ר"נ כגון אנא דגמירנא וסבירנא דן ד"מ ביחידי, ומבואר דזה ודאי דמומחה לרבים אינו סמוך, רק שהרמב"ן ביאר שהוא צריך להיות ידוע לרבים שהוא גמיר וסביר וזהו לשון מומחה

לרבים, עכ"פ יקשה אם נימא דכל עיקר דין זה נלמד מקרא דבצדק תשפוט עמיתך, מנלן דקרא מרבה גם אינו מומחה של תורה, כיון דבלא קרא זה, צריך שלשה מומחין כדצריך בדיני קנסות, א"כ מנלן דקרא מרבה גם אינו מומחה של תורה, כיון דבלא קרא זה, צריך שלשה מומחין כדצריך בדיני קנסות, א"כ מנלן דקרא מרבה אפי' אינו מומחה של תורה אפשר דנתרבה רק ביחיד אבל צריך מומחה. ועוד קשה יותר לפימש"כ התוס' דרב אחא מצי סבר עירוב פרשיות, רק דקרא דבצדק מרבה ביחיד, אבל מנ"ל דקרא מרבה אפי' אינו מומחה של תורה והיינו סמוך.

ונראה דיש לומר דכיון דבקרא דבצדק תשפוט עמיתך לא כתיב אלקים, לכן בדיני ממונות לא צריך כלל מומחין, ויש לומר לפי"מ שכתב הרמב"ם בפיהמ"ש דג' מומחין לא ילפינן מדכתיב ג' פעמים אלקים כדאיתא בגמ' דף ג' ע"ב דדריש ר' יאשיה, אלא משום דאלקים משמע שנים ואין ב"ד שקול צריך ג', ומקור ד' הרמב"ם הוא במכילתא דכן דריש רבי ע"ש, וא"כ כיון דילפינן מקרא דבצדק תשפוט עמיתך דמותר לשפוט ביחיד ע"כ דלא צריך אלקים כיון דהרמב"ם סובר דאלקים הוא בהכרח שנים, ואין ב"ד שקול הוא שלשה.

ולפי"ז מבואר מה דשיטת הרמב"ם דמבצדק תשפוט ילפינן רק דיכול לשפוט דין אבל אינו נעשה ב"ד, וזהו משום דבצדק תשפוט אינו מרבה דנקרא ב"ד, דבזה צריך דוקא שלשה מדין אלקים, ואף אם נימא דיחיד מומחה הסמוך יכול לכוף זהו משום דדמי לנטל רשות מר"ג דיכול לכוף כמו שכתב הרמב"ם בפ"ד הל' י"ד, אבל זהו רק מומחה הסמוך, אבל מומחה לרבים שאינו סמוך אף דיכול לדין גם ביחיד אפי' לאחר תק"ח אינו יכול לכוף, דדוקא נתינת רשות מועלת לכוף.

ועכ"פ הרמב"ם יש לו הכרח במה דסובר דיחיד מומחה אין לו דין ב"ד, דאם נימא דיש לו דין ב"ד א"כ ע"כ נימא דגלי קרא דבצדק תשפוט עמיתך דחשוב אלקים אף ביחיד אף דפשטיה הוי בשלשה, וא"כ מנלן דמומחה לרבים אף שאינו סמוך יכול לדון, ומזה מוכרח דמומחה אפי' סמוך אינו ב"ד ואינו אלקים, וזה גלי קרא דבצדק תשפוט, דגם מי שאינו מומחה ואינו אלקים יכול לשפוט מה"ת רק דמדרבנן צריך שלשה או מומחה לרבים.

ומבואר בזה מה דכתב רש"י דרב אחא דיליף מקרא דבצדק תשפוט עמיתך דבחד נמי כשר לא סבר עירוב פרשיות, והתוס' כתבו דלא צריך לזה דמצי סבר עירוב פרשיות, ומ"מ מגלה קרא דבצדק תשפוט דבחד נמי כשר, אבל לשיטת רש"י שכתב כשיטת הגמ' בדף ב' ע"ב בד"ה ונקרב, דמה דילפינן דצריך שלשה מומחין זהו מדכתיב ג' פעמים

אלקים, וא"כ מקרא דבצדק תשפוט לא נוכל ללמוד אלא דסגי בחד, אבל מנ"ל דלא בעינן מומחה דהא לא כתיב בקרא דבצדק דלא צריך אלקים, לכן כתב רש"י דרב אחא לא סבר עירוב פרשיות, ומה דצריך לקרא דבצדק הוא שלא נלמוד מקרא דמשפט אחד ללמוד הודאות והלואות מגזילות וחבלות כמש"כ התוס' וזה כתב כן הנתיבות.

ב) **בהא** דאמר רב אחא ד"ת חד נמי כשר שנאמר בצדק תשפוט עמיתך, כתב הר"ח וז"ל וקיי"ל כרב אחא ברי' דרב איקא דמדאורייתא חד והוא מומחה וקבלוה עלייהו דיין דיני ממונות, והביא דבריו הרמ"ה ביד רמה וכתב וז"ל, ופסק ר"ח הלכתא כרב אחא דיחיד מומחה מדאורייתא נמי כשר, מדאמרינן לקמן ואם היה מומחה לרבים דן ואפי' יחידי, והדין מימרא ליתיה, חדא דהא אסיקנא דרב אחא אית ליה דשמואל, וסוגיין בכולה תלמודא כר' אבהו כדבעינן למימר לקמן, וסוגיין נמי כר' חייא בר יוסף דאמר עירוב פרשיות כתוב כאן, ואשתכח דמדאורייתא בהודאות והלואות נמי שלשה מומחין בעינן, וההיא דלקמן דמכשרינן יחיד מומחה לאו משום דמדאורייתא כשר, דא"כ כי לא קבלוהו עלייהו נמי כי טעו ליפטר, ותו אי כרב אחא אפי' הדיוט נמי כי גמיר ליתכשיר, דהא לרב אחא לית ליה עירוב פרשיות דאי אית ליה ליבעי תלתא, אלא ודאי לית ליה, וא"כ מומחה מנא ידע אלא טעמא דמילתא התם כיון דאכשור רבנן שלשה הדיוטות שלא תנעול דלת בפני לוין כ"ש דיחיד מומחה כשר דודאי יחיד מומחה עדיף טפי מג' הדיוטות, ולעולם קיי"ל כרבא (דמדרבנן לא בעינן מומחין) עכ"ל. והנה כבר הוכיחו התוס' והרא"ש דהא דתניא ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי היינו בלא קבלה דאי בקבלו עלייהו אפי' הדיוט נמי.

ונראה דשיטת ר"ח הוא כדעת הרמב"ם שכתב בפ"ד הל' י"ד דיחיד מומחה אינו חשוב ב"ד, וממילא סובר דאינו יכול לכוף כיון דאינו ב"ד דדין כפי' הוא דוקא בכח ב"ד, ומה שהקשו התוס' דע"כ בדלא קבלו עלייהו, דאי בדקבלו הא אפי' הדיוט נמי, זה מבואר עפ"מ דאיתא בירושלמי הובא בנמוק"י ריש פ"ד דקבלוהו זהו כשקבלוהו עליהם כשלשה, אבל קבלוהו בסתם לא הוי קבלה, וכן יש לומר לפי דברי הרא"ש בפ"א סי' ג' בהא דאמר שמואל שנים שדנו דיניהן דין שהקשה דאי בלא קבלום וכפו אותם בודאי אין דיניהן דין, ואי בקבלום אמאי הוו ב"ד חצוף, וכתב דמיירי כגון שאמרו להם דונו כמו שנקראים דיינים מן התורה, וא"כ אינו לא בכפיה ולא בקבלה גרועה אלא דלא קבלו עליהם שיהיה להם יותר כח מכפי כחם מן התורה.

ולפי"ז צריך ביאור דברי הרא"ש שהעתיק דברי התוס' דהא דקתני ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי היינו לכוף דאי בדקבלוהו אפי' באינו מומחה נמי, ומה ראי' היא

דהא לדברי הרא"ש בעצמו אינה ראיה דמצי למימר שאמרו דון לנו כמו שנקראים דיינים מן התורה, וכמו דאמר הירושלמי דדוקא באמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה, וצריך לומר דהרא"ש סובר דאם קבלוהו בסתם הוי קבלה גמורה, ודוקא אם מפרשים שאינם מקבלים אותו בקבלה גמורה, ולכן כיון דבברייתא תניא סתמא ולא הוזכר באיזה אופן הוא דן, ואם באו לפניו הבע"ד לדון להם הרי זהו קבלה, וצריך לאוקמי שאמרו דון אותנו ע"פ דין בכמה דיינים שצריך, ובודאי זהו אוקימתא דחוקה, לכן מפרש דמה דתניא דן היינו שהוא בעצמו דן ואינו צריך לרצון הבעלי דינים כלל.

אבל הר"ח והרמב"ם יסברו כהירושלמי דקבלה לא הוי אלא אם אמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה מומחין, אבל אם באו אליו בסתם לדון לפניו לא הוי קבלה, ומ"מ אשמעינן הברייתא דאם היה מומחה לרבים, דן אפי' יחידי, וזהו מקרא דבצדק תשפוט עמיתך, ומעיקר דינא גם מומחה לא צריך שיהי' דינו דין, דבקרא דבצדק תשפוט עמיתך לא כתיב אלקים כמש"כ, רק דמדרבנן גזירה משום יושבי קרנות הצריכו חכמים שלשה, ובמומחה לרבים דן אפי' יחידי, אבל אין זה לכוף, דלכוף מעיקר דינא צריך שלשה מומחין לדעת הרמב"ם כיון דסובר הרמב"ם עירוב פרשיות.

איברא דמה שכתבתי דהר"ח והרמב"ם יסברו כהירושלמי דקבלה לא הוי אלא כשאמרו לו הרי אתה מקובל כשלשה לכאורה זה אינו נכון דכבר הכריע הש"ך בסי' כ"ה סעיף ב' ס"ק י"ב במה דאי' בשו"ע אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מריש גלותא או שלא נטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהם הואיל והוא מומחה חוזר הדין ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם שכתב הש"ך נראה דכל קבלה שהוזכר בסי' זה בדינים אלו אין צריך קנין רק בסתם קבלה שדנו לפניו סגי וכן משמע בירושלמי דאמר ר' בא בשם ר' אבהו כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו משמע דבאמירה בעלמא סגי וה"ה כשבאו לפניו והכי משמע ממאי דקאמר בתר הכי בירושלמי ר' בא אמר מומחה שכפה ודן דינו דין ר' אבהו הוי יתיב דיין לגרמיה אמרין לי' תלמידיו ולא כן אולפן רבי אל תהי דן יחידי אמר לון כיון דאינון חמין לי יתיב דיין לגרמי ואתיין לגבי כמי שקבלוני עליהן ומפורש בהירושלמי שהביא הש"ך דלא כמש"כ ודגם הירושלמי סובר כהרא"ש דקבלה בסתם כשבאו לפניו הוי קבלה.

אלא דבאמת הרי דברי הירושלמי סותרין זה את זה דאם כשבאו לפניו לדון בסתם הוי קבלה למה מוקים ר' אבהו מקודם בשאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה ולא מוקים בשבאו לפניו לדון בסתם ובפרט דשתי המימרות הם של ר' אבהו וקשה לומר דאם בא לפניו בסתם לדון ביניהם אז עדיף מהיכי שאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו

כשלשה ע"מ שתדיננו דין תורה והוא פטור גם בשטעה בשיקול הדעת דודאי כשבאו לפניו בסתם ג"כ דעתם שידון להם דין תורה וכ"כ הרא"ש להדיא בפ"א סי' ב' כשסיים כללא דמילתא, ובפ"ד סי' ה' ומביא שם ד' הגמ' דף ו' ומפרש כן דאמרי לי' כי קבלנוך וכו' ע"ש, וא"כ למה הוצרך ר' אבהו לאוקמי שאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה ע"מ שתדיננו דין תורה, ומוכח דר' אבהו אינו סובר כן וכשבאו לפניו בסתם לדון לא הוי כמו קבלה שיהיה מה שעשה עשוי אם טעה ולכן מוקי דוקא בכה"ג דאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלשה ע"מ שתדיננו דין תורה ולענין זה הוי קבלה שאם טעה מה שעשה עשוי אבל מ"מ לא הוי קבלה שיפטר מלשלם ומימרא ב' דר' אבהו הא לא מיירי לענין דין אם טעה פטור.

איברא דאכתי אינו מיושב דבמימרא קמא דר' אבהו אמרו בטעמא דמשלם מביתו משום דהגיס דעתו לדון יחידי דין תורה דתנינן אל תהי דן יחידי שאין דן יחידי אלא אחד, ובמימרא שני' דר' אבהו הא איתא שם שישב ודן יחידי ואמרו לו תלמידיו והרי למדונו ר' אל תהי דן יחידי והשיב להם כיון שרואים שאני יושב לבדי כמו שקיבלוני עליהם, ומפורש דכשבאו לפניו בסתם ליכא דין אל תהי דן יחידי.

אכן יש לומר דמימרא קמא הא לא מיירי במומחה דבמומחה קתני סיפא דפטור מלשלם וגם מיירי שבאמת טעה ולכן אפי' קבלו אותו כיון דאיננו מומחה לא מהני קבלתם שיהיה מותר לדון יחידי אבל ר' אבהו הא היה מומחה ואף שלא היה סמוך מ"מ לזה מהני קבלתם שמותר לו לדון וליכא בזה אל תהי דן יחידי.

אולם זה שכתבנו לסוף דברינו הוא לדעת הרמב"ם דסובר דלרב אחא מדאורייתא לא צריך מומחה כלל, וגם יחיד הדיוט דגמיר וסביר יכול לדון, וע"ז אמר קרא בצדק תשפוט עמיתך, כמו שכתב להדיא כאן בהל' י' אבל מדברי הר"ח כפי שסובר הרמ"ה בשיטתו מפורש דאינו סובר כן, אלא דגם לרב אחא צריך שיהיה מומחה, וזהו שהקשה עליו הרמ"ה דהא אמר הגמ' דרב אחא אית ליה דשמואל דשנים שדנו דיניהן דין ולית ליה עירוב פרשיות.

אכן כשנעיין בדברי הר"ח כמפורש בפירושו על הגמ' נראה מפורש שאין דעת הר"ח כמו שכתב הרמ"ה בשיטתו דזה לשונו בפירושו, רב אחא ברי' דרב איקא אמר מדאורייתא אפי' חד כשר שנאמר בצדק תשפוט, ומשום שוכני מדינות שאין בהם מומחין התקינו ג' ואמר שם אי אפשר דלית בהן חד דגמיר, וקיי"ל כרב אחא ברי' דרב איקא דמדאורייתא חד והוא מומחה וקיבלוהו עלייהו דיין דיני ממונות כדבעינן למימר לקמן עכ"ל, והנה בתחלת דברי הר"ח כשהביא דברי רב אחא כתב מדאורייתא

אפי' חד כשר שנאמר בצדק תשפוט, וכתב אפי' חד כשר ולא הזכיר חד והוא מומחה, ומפורש דבעיקר דינא דחד לרב אחא לא צריך מומחה, ואח"כ כשכתב וקיי"ל כרב אחא כתב חד והוא מומחה, וע"כ צ"ל דכאן כשכתב והוא מומחה, אין כונתו מומחה גמור כמש"כ הרמב"ן מומחה של תורה והיינו מומחה הסמוך, אלא כונתו מומחה לרבים, וכמו שמפרש הרמב"ן דהוא מומחה לרבים שרבים יודעים בו דהוא גמיר וסביר, וזהו בשביל שאסרו חכמים לסתם יחיד אפי' גמיר וסביר גזירה משום יושבי קרנות, ורק דמה שכתב גם בסוף דבריו דמדאורייתא זהו בודאי ט"ס, אף שגם בגירסת הרמ"ה הוא כן דהא מתחלה כתב בעיקר מימריה דרב אחא מדאורייתא אפי' חד כשר ולא הזכיר מומחה, ולכן הוא פשוט דתיבת "מדאורייתא" שכתב בסוף הוא טעות סופרים שנמשכו אחר זה שכתב מקודם "מדאורייתא" וכאן לבסוף כתב הדין להלכה דחד והוא מומחה והיינו שהוא מוחזק לרבים שהוא גמיר וסביר דיין דיני ממונות, ומה שכתב וקיבלוהו עלייהו היינו שלא דן בכפיה, אלא שבאו אליו מעצמם לדון, וכמו שכתבנו למעלה והר"ח והרמב"ם שוים.

ומה שהקשה הרמ"ה על הר"ח דהא קיי"ל כמאן דאית ליה עירוב פרשיות, בזה ג"כ לא קשה כמש"כ בדעת הרמב"ם, דאף דאית לן עירוב פרשיות זהו שיהיה להם דין ב"ד ושיוכלו לכוף. בזה צריך שלשה מומחין, רק בדנקיט רשותא מר"ג או מב"ד שבא"י יוכלו לכוף כמבואר בדבריו פ"ד הל' י"ד.

ובמה שכתב הרמ"ה בסוף דבריו דלא קיי"ל כרב אחא ואית לן עירוב פרשיות, רק דמשום נעילת דלת תיקנו חכמים דשלשה יוכלו לדון וממילא דכ"ש שמומחה לרבים דעדיף מג' הדיוטות יוכל לדין, כבר כתבתי זה למעלה דלדעת הרמב"ם א"א לומר כן, דהא סובר דשלשה הדיוטות הוו ב"ד וההודאה בפניהם הוי הודאה, ומוכח מדבריו דיכולין לכוף כמו שכתב בפ"ה הל' י"ח וז"ל, כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן כבית דין הסמוך לכל הדברים עכ"ל, ומזה שכתב לכל הדברים ע"כ דיכולין לכוף, אבל במומחה לרבים הא כתב להדיא בהלכה שהבאנו דאינו חשוב ב"ד וממילא אינו יכול לכוף כמו שכתבנו.

פרק ה

הלכה ח

דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה, והאונס והמפתה וכיוצא בהן אין דנין אותם אלא שלשה מומחים, והם הסמוכין בארץ ישראל,

אבל שאר דיני ממונות כגון הודאות והלואות אינן צריכין מומחה אלא אפי' שלשה הדיוטות, ואפי' אחד מומחה דן אותן, לפיכך דנין בהודאות והלואות וכיוצא בהן בחוץ לארץ, אע"פ שאין בית דין של חוץ לארץ אלהים שליחות בית דין של ארץ ישראל עושין, ואין להן רשות לדון דיני קנסות בשליחותן.

דיני קנסות כגון גזילות וחבלות, בהלכה י"ג כתב מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני חוצה לארץ. אבל אין גובין את הכפל, ועמד בזה הש"ך סי' א' ס"ק ט' והביא שהיש"ש בפרק החובל ס"ו ה' תמה בזה על דברי הרמב"ם שמקודם כתב דגזילות וחבלות אין דנין, ואח"כ כתב דמי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן, והביא הש"ך דברי הסמ"ע שכתב על דברי המחבר דהכונה גזילות שעל ידי חבלות כמש"כ התוס' בסנהדרין דף ג' בד"ה שלא, בשם י"מ, ובב"ק פ"ד ד"ה אי נמי, והקשה הש"ך שמדברי המחבר לא משמע כן, ע"כ כתב על דברי הרמב"ם והמחבר דאין גובין הקנס מגזילות כגון תשלומי כפל ודו"ה, ולפי דבריו דבמה שכתב גזילות כונתו על גניבות, והוא דחוק ולא יתכן להעמיד כן בלשון הרמב"ם, דהא כתב דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ודו"ה, הרי שכתב כפל ודו"ה ביחוד וע"כ שגזילות הוא ענין אחר.

ונראה דמצינו דיש לחכמים לקנוס על חבלות כדאיתא בב"ק דף כ"ז ע"ב שלח ליה ר"ח לר"נ הרי אמרו ופירש"י מנהג הדיינין לרכובה שלש ולבעיטה חמש וכו' לפנדא דמרא וכו' שלח ליה חסדא חסדא קנסא קא מגבית בבבל, ומצינו בב"ק דף צ"ו ע"ב ההוא גברא דגזל פדנא דתורי מחברי' כרב בהו כרבא וכו', דאמר רב נחמן האי גזלנא עתיקא הוא ובעינא דאיקנסיה, א"כ מצינו קנסות בין בגזילות בין בחבלות, אלא דקשה, דהא גבי קנס דחבלות אמר ר"נ לר"ח דאין גובין בבבל, ובהא' דפדנא דתורי הא ר"נ בעצמו אמר האי גזלנא עתיקא הוא, ובעינא דאיקנסיה, ור"נ הא ג"כ לא היה סמוך.

אלא דיש לבאר זה משום דבהאי דגזל פדנא דתורי ועשה בהם מלאכה אי לאו דגזל אותם ועשה בהם מלאכה היה צריך לשלם בעד המלאכה שעשה בהם, ורק משום שגזל אותם וקנה אותם בקנין גזילה, אף שלא קנה אותם באמת והם של הבעלים מ"מ קיי"ל כל הגזלנים אין משלמין אלא כשעת הגזילה ולא מה שהרויח בהגזילה, ואמר הגמ' בדף צ"ז דבעבדים דקיי"ל עבדא כמקרקעי דמי אם גזלו ועשה בו מלאכה חייב לשלם, נמצא דבזה בא הגזלן להרויח בגזילה שלו, ואינו משלם משלו, לכן יש רשות גם לחכמי חו"ל שאין להם רשות לדון דיני קנסות לחייב הגזלן בשביל המלאכה שעשה בהפדנא דתורי.

ומבואר מה שכתב הרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה הל' ו' בהך דינא וז"ל ואם הוחזק וכו' קונסין אותו ואפי' בחוצה לארץ, וזהו משום דרב נחמן בעצמו פסק כן ונשמר בזה שלא

נטעה לומר דרב נחמן שאני מרב חסדא שהיה חתנא דריש גלותא דבאמת אינו מועיל זה אלא על כפיה ולא לדון דיני קנסות.

הלכה ט

אין דנין בית דין של חוצה לארץ אלא דברים המצויין תמיד ויש בהן חסרון כיס כגון הודאות והלואות ומזיק ממון חבירו, אבל דברים שאין מצויין אע"פ שיש בהן חסרון כגון בהמה שחבלה בחברתה או דברים המצויין אבל אין בהם חסרון כיס כגון תשלומי כפל אין דנין אותן דייני חוצה לארץ, וכן כל הקנסות שקנסו חכמים בתוקע את חבירו ובסוטר את חבירו וכיוצא בהן אין גובין אותו דייני חוצה לארץ וכל המשלם חצי נזק אין גובין אותו דייני חוצה לארץ חוץ מחצי נזק צרורות מפני שהוא ממון ואינו קנס.

כגון בהמה שחבלה בחברתה בחו"מ סי' א' סעיף א' איתא ג"כ לשון זה, וכתב בזה הסמ"ע בס"ק ד' דקרא לתולדה דקרן דלאו אורחא ולאו דרך הנאתה חבלה, ומשו"ה סתם וכתב אין דנין ולא דוקא שחבלה בחברתה אלא ה"ה כל מה שהזיקה במידי דלאו אורחה וכו' עכ"ל וקשה דא"כ הוא קנס ואין גובין בבבל ולא שייך לכללא דדברים שאינם מצויין וכן קשה במה שכתב אח"כ כגון תשלומי כפל דהא כבר כתב בהל' ח' דמטעם קנס אין דנין אותו אלא סמוכין בארץ ישראל ונראה בהא דבהמה שחבלה בחברתה דקאי אפי' נתיעדה אלא דקשה דהא אין מועד בבבל, אלא דאיתא בב"ק דף פ"ד ע"ב דאמר רבא מקודם דשור בשור גובין בבבל ופריך דהא אמר רבא שור בשור אין גובין בבבל ומשני התם בתם הכא במועד והאמר רבא אין מועד בבבל דאייעד התם ואייתוה להכא והא מילתא דלא שכיחא היא דאתו רבנן דהתם וייעדוה הכא סוף סוף מילתא דלא שכיחא היא אלא כי קאמר רבא בשן ורגל דמועדין מתחלתן נינהו, ומבואר דבכל אופן שיהיה מועד בחו"ל אין דנין אותו דייני חו"ל לכן כתב שפיר בסתם דבהמה שחבלה בחברתה אין דנין איברא דאינו מיושב לגמרי דבהל' י"א כתב דין זה מפורש דאין מועד בחו"ל ואפי' הועד בארץ ויצא לחו"ל והזיק אין גובין נזקו מפני שאינו דבר מצוי וצ"ל שמקודם כתב זה בדרך כלל דבהמה שחבלה בחברתה הוא מדברים שאינם מצויים ואח"כ בהל' י"א כתב בפרטיות דאפי' הועד בארץ וכו' ומה שלא כתב גם מה דבעי הגמ' לשנויי דאתו רבנן דהתם וייעדוה הכא, ואמר גם ע"ז סוף סוף מילתא דלא שכיחא היא נראה דהרמב"ם סובר דהעיקר הוא הכלל דאין מועד בבבל דלא שכיח שיהיה מועד בחו"ל ולכן בכל אופן אין גובין דייני חו"ל.

ומה שכתב או דברים המצויין אבל אין בהן חסרון כיס כגון תשלומי כפל דקשה דהא כבר כתב זה דמטעם קנס אין דנין ונראה דהרמב"ם חידש כאן דבכפל כיון דאין בזה

חסרון כיס לכן אפי' אם משום עיקר דין הקנס דצריך דוקא שיתחייב עפ"י ב"ד סמוכין בארץ ישראל דבזה ודאי אין דנין בחו"ל אבל אם היה כבר ד"ת בין הגנב והבעלים בארץ ישראל וגמרו הב"ד סמוכין שבא"י שחייב הגנב לשלם כפל אלא שלא נתנו הב"ד להבעלים פסק ב"ד ע"ז ועתה בחו"ל תובעין הבעלים הכפל מהגנב ומביאים עדים שכבר נגמר הדין לחייבו הכפל ויש לומר עוד יותר שלבד שלא כתבו הב"ד להבעלים פסק ב"ד אלא שנגמר הדין בחייב אתה ליתן הכפל אבל לא אמרו צא תן לו ומעיקר הדין גם חייב אתה ליתן לו הוא גמר דין שיגמר הדין של חיוב כפל אבל כל זמן שלא אמרו לו צא תן לו הרי ב"ד צריכין עוד לומר תן לו כדאיתא בב"מ דף י"ז.

איברא דהתוס' שם כתבו דחייב אתה ליתן לא הוי גמר דין גמור רק לענין דאסור לבצוע לפי שיודע להיכן הדין נוטה אבל הריטב"א בש"מ חולק על זה וכתב דמאי דלא הוחזק כפרן בחייב אתה ליתן לו דסבר עד דמעייני רבנן בדינא היינו שהוא טועה וסובר כן אבל באמת כיון שאמרו ב"ד חייב אתה ליתן לו הוי גמר דין וכן מבואר מדברי הרמב"ם פכ"א מהל' סנהדרין הל' ג' שכתב ואיזהו גמר דין איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב וכן כתב בפ' כ"ב הל' ט' ולכן לענין דין לגמור דין חיוב הקנס הוי בחייב אתה ליתן גמר דין וכן מוכח מלשון הרמב"ם פי"ח מהל' עדות הל' ח' שכתב שזו הודאה בממון שנגמר דינו ליתנו וכבר הבאנו דגמר דין הוא חייב אתה ליתן רק שיחייבו הב"ד שבחו"ל ע"פ הגדת עדים ולומר להגנב צא תן לו דהא גם הרמב"ם בפ"ז מהל' טוען הל' ו' פסק הך חילוקא בין חייב אתה ליתן לו ובין צא תן לו ומשמע דצא תן לו הוי יותר הוצאה לפועל ולכן כתב הרמב"ם דזה אין דנין בחו"ל כיון דאין בזה חסרון כיס.

הלכה טו

דיני גרמות אינן כקנסות וגובין אותן ודנין בהן בחוצה לארץ.

הגר"א בשו"ע חו"מ סי' א' ס"ק כ' כתב ע"ד הרמב"ם ולכאורה דאזיל לשיטתו דס"ל דמדינא חייב כמ"ש בסי' שפ"ח ס"ב דאם מת חייבין היורשין לשלם אבל אין חולק בזה וראי' מרפרם דכפייה כו' וכן במסור בסוף ב"ק בעובדא קמי' דרב נחמן וחייבי' ושם בעובדא קמי' דרב אשי עכ"ל אבל באמת יש כאן לשיטתו דהא צריך טעם להריצב"א דגמרי קנס אמאי גובין בבבל וצ"ל דסובר דקנס דרבנן גובין ומה דאמר בב"ק דף כ"ז קנסא קמגבית בבבל יפרש כפי' התוס' שם דלאו דוקא קנסא אלא משום דמילתא דלית בה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו ע"ש אבל הרמב"ם כתב כאן בהלכה ט' וכן כל הקנסות שקנסו חכמים וכו' אין גובין אותו דייני חוצה לארץ הרי שגם קנסות דרבנן סובר הרמב"ם דאין גובין וע"כ דגרמי חייב מדינא.

ב) **הרמ"א** בשו"ע בסי' הנ"ל ס"ק ד' כתב עדים שהעידו עדות שקר והוזמו והוציאו ממון על פיהם ואי אפשר למיהדר דנין אותן ומחייבין אותן לשלם, והנה הש"ך לקמן בסי' ל"ח מביא דברי הרמב"ן בדיני דגרמי וז"ל שנים שהעידו עדות שקר והפסיד חבירו על ידם ואי אפשר להוציא מידו כגון עובדי כוכבים ואלם או הודו הם והוא לא הודה חייבים לשלם וכו' ע"ש, אכן הרמב"ן ריש מכות כ' שהרמב"ם פוטר אפי' שלם הנתבע, ואצלנו ברמב"ם אין זה אלא דמשמע קצת כן ולגירסת הרמב"ן בד' הרמב"ם צ"ל דהרמב"ם סובר דבעינן דוקא שבשעת מעשה בא ההיזק כד' התוס' והרא"ש פרק לא יחפור וממילא הוא ספק בדין כיון דלדעת הרא"ש ג"כ פטור והרמ"א לשיטתו דסובר בסי' שפ"ו דבכל גווני חייב ע"ש בבאור הגר"א סק"ו. והנה כ"ז אם נפרש דברי הרמ"א משום גרמי וכן משמע בש"ך סי' ל"ח אבל הסמ"ע כתב דהוא דין בפ"ע וכן הגר"א בס"ק י"ד כתב משום דסובר דעדים זוממין ממונא אבל באמת א"א לפרש כן בדברי הרמ"א דהא כתב בסי' ל"ח דאין דנין דין עדים זוממין משום קנסא, והגר"א על דברי הרמ"א אלו כתב ודלא כר"ע ומשמע דבא לפרש דברי המרדכי ודלא כרמ"א לשיטתו.

ג) **הטור** הביא משם הרא"ש ואם תפס יותר מכדי נזק שמין לו ב"ד כדי נזקו ומוציאין מידו המותר ואין זה דיני קנסות שכבר נפרע מנזקו בתקנת חז"ל שאמרו ואי תפס לא מפקינן מני' והקשה הט"ז דהא הרא"ש בב"ק כתב דלאו תקנה היא אלא דינא וחולק על הרמ"ה שם דס"ל עבדו לי' תקנתא דמהני תפיסה.

והנראה דגם הרא"ש שכתב שהוא מדינא אינו אלא דיכול לתפוס אבל עכ"פ במה זכה שיהיה שלו דהא בפ"ב דכתובות סי' י"ג הביא הרא"ש דברי הר"ר יונה דלא מהני תפיסה גבי תרי ותרי מהא דאמרינן מאן שם לך ודחה הרא"ש שזה אינו אלא אם נתיקרו וא"כ עכ"פ לא זכה לגמרי שיהי' שלו ושאי' יכול למוכרם וא"כ איך זכה כאן גבי קנס ויכול למוכרם וע"כ דזהו מן התקנה שאין תקנה שיהיה מונח עד שיבוא אליהו וזה חלק הרא"ש על הרמ"ה דגם בקנס יכול לתפוס כיון דעיקר התפיסה הוא מן הדין אבל עכ"פ מה דיכול למכור זה ע"כ מן התקנה ולכן כשכתב כאן שכבר נפרע כתב שהוא מן התקנה.

ד) **עוד** כתב הטור בשם הראב"ד שאם הודה ואח"כ באו עדים קי"ל כרב דאמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ואי תפס מפקינן מני' וכו' והרמב"ן הקשה לדבריו דלא הויא הודאה אלא בב"ד והאידנא ליכא ב"ד מומחין וכ' הט"ז לתרץ קושית הרמב"ן דעכ"פ כשתפס לא מהני אלא א"כ יביא עדים בפני הב"ד ויראו שבדין תפס כמ"ש הטור בשם הרא"ש בסמוך נמצא שהמזיק יכול לומר הנני מוכן בהודאה שלי להודות לפני ב"ד

מומחין אלא שאין לי ב"ד מומחין והאיך אתה תופס ואתה סומך על העדים שתברר על פיהם בפני ב"ד כי היכי דמהני לך ב"ד שבזמה"ז במקום שתפס וחשיב כב"ד מומחה ה"נ מהני הודאתו בזה, ע"כ.

ודבריו אינם ברורים דלענין מודה בקנס ודאי אינו פטור אלא כשמודה בב"ד כדאיתא בב"ק דף ע"ד ע"ב אבל דין דאם תפס לא מפקינן הוא אפי' בזמה"ז היכי שיש לו עדים להביאם לפני ב"ד מומחין בא"י ומה שכתב הט"ז דכיון שבשעה שתפס לא מהני אלא אם יביא עדים בפני ב"ד א"כ יאמר המזיק הנני מוכן להודות לפני הב"ד אלא שאין לי ב"ד דכי היכי שהב"ד שלך מהני בזה"ז לענין תפיסה ה"נ דמהני לענין הודאה אין זה טענה דלענין תפיסה שפיר מהני כיון שכבר תפס ומביא עדים על תפיסתו שבדין היתה תפיסתו אבל להודות ולפטור כיון שהניזק מביא עדים לא מהני הודאתו לפטור דדוקא בראה עדים שממשמשים ובאים פליגי רבנן וסומכוס אבל כששניהם ישנם בפני הב"ד העדים והבע"ד צריכים הב"ד לשמוע דברי העדים דדוקא אם אין עדים אמרה תורה אם המצא בעדים פרט למרשיע את עצמו אבל לא כשהעדים לפנינו.

פרק ו

הלכה א

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים המפורשים במשנה או בגמרא, חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם או שטמא דבר טהור, או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק.

טעה בשקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה הלכה כאחד מהן בפירוש, ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר, אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות, או שלא היה נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן, הואיל והוא מומחה חוזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם, אחד הנוטל רשות מראש גלות, או הנוטל רשות מבית דין של ישראל בארץ ישראל. אבל לא בחוצה לארץ כמו שבארנו.

היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן, או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן לדון להן כדין וטעה בשקול הדעת, אם נשא

ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו, אם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין, ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו.

אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דינין אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינין, לפיכך אין דיניו דין בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינין אם רצה חוזר ודן בפני בית דין, ואם טעה ונתן ביד חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין זה שנתן לו שלא כהלכה, ואם אין לו להחזיר, או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוון להזיק הוא.

בסנהדרין דף ל"ג ע"א פריך הגמ' בהא דתנן דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה מהא דתנן דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואמר רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, ופירש"י דבמומחה יש בו כח לחזור ולא מצי למימר ליה בע"ד, אנא כי טעמא קמא דידך עבדינא, אבל בשאינו מומחה מצי אמר ליה מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דילמא טעמא קמא עיקר ובהאי הוא דטעית, ופריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, אמר ר"נ כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין, ולכאורה קשה דלרב נחמן למה אנו צריכין לאוקימתא דרב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, כיון דאם אין גדול הימנו בחכמה ובמנין גם מומחה אינו יכול לחזור, ואם יש גדול הימנו בחכמה ובמנין שהוא מומחה, א"כ ודאי דכ"ש שאם הדיין שדן אינו מומחה שיכול המומחה להחזירו, אך כבר כתב בזה הרא"ש אחר שהעלה כפירש"י דמתני' דבכורות כדאוקמה רב יוסף כשאינו מומחה ואע"ג שיש גדול ממנו להחזירו, דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ואע"פ דקבלוהו עלייהו כדאוקמה רבי אבהו לעיל בפ"ק דף ו', מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון דאינו מומחה, הילכך משלם מביתו אע"פ שלא נשא ונתן ביד, ומתני' דהכא במומחה הילכך אינו משלם, והדין חוזר אם יש גדול ממנו להחזירו, כדשני רב נחמן לאוקימתא דרב יוסף, וסיפא דמתני' דבכורות כשאין גדול ממנו להחזירו הלכך כיון דמומחה הוא וקבליה עילוייה קם דינא דאין מי שיחזירנו דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ יהא גדול ממנו בחכמה ובמנין ופטור מלשלם כיון דמומחה הוא ולא היה ראוי לטעות, אלא דמזליה דההוא גברא גרם כדתנן כל המומחה לב"ד פטור מלשלם, וכן הטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני ונמצא רע מומחין פטורין עכ"ל הרא"ש.

והנה לפי סוף הסברא של הרא"ש דמשו"ה באינו מומחה אפי' יש גדול ממנו בחכמה ובמנין, אמרינן דמה שעשה עשוי וחייב לשלם, ולא אמרינן שיחזור הדין שאפי' קבלוהו

בע"ד לדון לא היה לו לדון יחידי, לפי"ז אין צריך לטעמו של רש"י דמשו"ה באינו מומחה אין מחזירין משום דאמר ליה בע"ד מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר, דהא לדברי הרא"ש אפי' יש גדול בחכמה ובמנין אינו חוזר, כיון שלא היה לו לדון אפי' קבלוהו לכן אינו חוזר ומשלם מביתו.

אכן חל עלינו חובת באור ליישב דברי רש"י, דכיון דע"כ מוכרחין אנו לתירוצא דרב נחמן במה דפריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא תנן אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, ומתרץ ר"נ כאן שיש גדול ממנו בחכמה ובמנין, וכאן שאין גדול ממנו בחכמה ובמנין, וא"כ גם במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וא"כ למה אוקמה רב יוסף דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, דהא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וע"כ צריך לומר דזה מוקים רב יוסף, וע"ז פריך הגמ' מדן את הדין, ולפי"מ דמחלק רב נחמן בין יש גדול לאין גדול, אין צריך לומר דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, אלא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו שיכריע דלא כמו שפסק הדיין אין מחזירין.

אלא דבאמת מתני' דדן את הדין דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, הא ע"כ רישא דתנן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו באינו מומחה, וזהו שתירץ רב יוסף דמתני' דדן את הדין הא ע"כ באינו מומחה, ורב יוסף חידש רק דמתני' דסנהדרין דתנן דיני ממונות מחזירין מיירי במומחה, אלא דהגמ' פריך דא"כ סיפא דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם הא במומחה מחזירין, ולמה צריך למיתני דפטור מלשלם, והיה אפשר לומר דמתני' אשמעינן היכי דא"א להחזיר כגון שהלך זה שקיבל הממון למד"ה וא"א להחזיר, ובטימא את הטהור וטיהר את הטמא כדמשני רבינא לרב חסדא ומה דלא משני הגמ' הכי אליבא דרב יוסף יש לומר משום דבמתני' הא תנן מה שעשה עשוי, ורב יוסף מוקים להך מתני' באינו מומחה, אבל מדתנן סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, משמע דקאי נמי ארישא דפטור מלשלם אבל מה שעשה עשוי, ובזה הא קשה, דבמומחה הא מחזירין, ולכן לא משני הגמ' הכי.

אכן לפי"מ דסובר הרי"ף דדין חזרה תלוי בהפסד בע"ד דהיכי דהדיין פטור מלשלם, ע"כ הדין דמחזירין שלא יפסיד הבע"ד, וקשה הא תנן דאם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וקאי ארישא דמה שעשה עשוי, וכתבנו לקמן לשיטתו דצריך לפרש דתלוי זה בזה דכיון דתנן דפטור מלשלם ע"כ דאין בזה דין מה שעשה עשוי, ומחזירין כדי שלא יפסיד הבע"ד, א"כ אפשר לפרש כן גם לפירש"י ולתרץ אליבא דרב יוסף, רק דהגמ' מייתי על זה תירוצא דרב נחמן, אבל לרב יוסף אפשר לומר כמש"כ.

עתה נבאר שיטת הרי"ף, והנה שיטתו הוא דתליא בהפסד בע"ד דהיכי דמשלם הדיין כגון שנו"נ ביד, וכדמוקים רב חסדא אמרינן מה שעשה עשוי, והיכי דלא נו"נ ביד דפטור מלשלם חוזר הדין אפי' בטעה בשיקול הדעת כדי שלא יפסיד בע"ד, והקשה הרא"ש דהא מתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי, ותנן בסיפא ואם היה מומחה לב"ד ולגירסת הרי"ף "לרבים" פטור מלשלם, ומשמע דקאי נמי אירישא דמה שעשה עשוי, וצריך לומר דהרי"ף מפרש דחדא קתני דמשו"ה מה שעשה עשוי, משום דמשלם הדיין מביתו, וממילא בסיפא כשהוא מומחה דפטור חוזר הדין, וכן כתב הלח"מ, ובבעל העיטור ראיתי שהקשה דהו"ל להגמ' למיפרך דאיך אפשר להעמיד מתני' דדן את הדין במומחה - וזהו כפי' הרי"ף דמתני' דמחזירין באינו מומחה - דהא קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואיך נוקים רישא דתנן דמשלם מביתו במומחה ונראה דיש לומר דמה דמחלק רב יוסף בין מומחה לאינו מומחה, ומתני' דדן את הדין במומחה אין הכונה במומחה לרבים אלא בסתם מומחה, והיינו דגמיר וסביר, ומה דתנן מחזירין ומוקים רב יוסף באינו מומחה היינו דאינו גמיר וסביר ומה דדינו דין אם לא נתברר שטעה צ"ל דהוא כשבאו לפניו לדון דאף דאינו מומחה דגמיר וסביר בכל התורה מ"מ יכול לדעת הרבה דינים וכיון שבאו לפניו לדון הוי קבלה לענין זה שאם לא נתברר שטעה יהא דינו דין אלא דפריך הגמ' דכיון דמומחה לרבים פטור מלשלם א"כ ע"כ מחזירין וכמו שפי' כן הבעה"ע קושית הגמ' משום דס"ל דכל היכי דפטור מלשלם מחזירין א"כ חזינן דמה שהוא מומחה אינו גורם חסרון חזרה א"כ אמאי ברישא במומחה שאינו מומחה לרבים מה שעשה עשוי ואף דיש לומר דמשום זה גופא דמומחה לרבים פטור משו"ה מחזירין הדין כדי שלא יפסיד הבע"ד ובאינו מומחה לרבים דחייב לשלם ולא יפסיד הבע"ד אין מחזירין, יש לומר דמ"מ פריך מסברא דלא מסתבר דמומחה לרבים שהוא יותר מומחה יהיה דינו חוזר אם טעה, ובסתם מומחה שהוא פחות מומחה יהיה מה שעשה עשוי אם טעה, ועוד י"ל דפריך על אוקימתא דרב יוסף דמחלק דמתני' דסנהדרין דתנן דמחזירין מיירי באינו מומחה ומתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי מיירי במומחה דהא תנן בסיפא דמומחה לרבים דפטור מלשלם וע"כ כמו דסבר הגמ' דאם פטור הדיין ודאי מחזירין וא"כ למה מוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינו מומחה דהא אפשר גם במומחה ומומחה לרבים.

אכן לפי"מ שהסביר הבעה"ע קושית הגמ' משום דסבר דהיכי דהדיין פטור מלשלם ודאי מחזירין והוא כמו שביאר הרי"ף תירוצא דרב חסדא דמחלק בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד כבר אין אנו צריכין ליישב טעמא דרב יוסף דאיך מוקים כאן במומחה כאן

באינו מומחה דאפשר דלא סבר רב יוסף לסברא דרב חסדא ולא סבר דכל היכי דמפסיד הבע"ד צריך להיות מחזירין ורק באינו מומחה מחזירין דאין דינו דין חזק שיהיה גם בדיעבד מה שעשה עשוי אף דפטור מלשלם אלא דהגמ' לפי פירושו של בעה"ע סובר לודאי דאם הדיין שטעה פטור מלשלם ודאי מחזירין שלא יפסיד הבע"ד.

אלא דצריך לבאר לפי"ז תירוצא דרב נחמן כאן שיש גדול הימנו וכאן שאין גדול הימנו והיינו דגם במומחה יש חילוק דאם יש גדול ממנו משלם ואם אין גדול ממנו אינו משלם כן פי' הרא"ש ועי' בפ"ח שם וצריך באור דלפי' הבעה"ע דעיקר קושית הגמ' דכיון דפטור מלשלם צריך להיות מחזירין שלא יפסיד הבע"ד א"כ אמאי מוקים רב יוסף דמתני' דסנהדרין הוא באינו מומחה ומשו"ה מחזירין דהא שפיר אפשר לאוקמי גם מתני' דסנהדרין במומחה אלא שאין גדול ממנו דאז פטור מלשלם ומשו"ה מחזירין.

אכן יש לומר דמה דמוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינם מומחים היינו משום דמשנה קמייתא דריש המס' מוקים הגמ' דדיני ממונות הודאות והלואות בשלשה הדיוטות לכן מוקים רב יוסף גם מתני' דפרק ד' דד"מ מחזירין הוא באינם מומחין רק דמתרץ דמתני' דבכורות דתנן דחייב לשלם ומוכח דאין מחזירין זהו במומחה ומ"מ קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ולדעת הרי"ף דתליא בהפסד בע"ד מחזירין וכמש"כ למעלה דחדא קתני דכיון דפטור מלשלם ממילא מחזירין, ובזה מיושב מה שהקשו הבעה"ע והרא"ש דאמאי לא משני רב יוסף היינו כפרש"י דבאינו מומחה מחזירין ולפמש"כ מיושב דהוא משום דמשנה קמייתא מוקמינן בג' הדיוטות.

והנה הרא"ש הקשה בתירוצא דרב נחמן דכאן כשיש גדול וכו' וכ' הרא"ש פי' הא דאמרינן מומחה משלם כשיש גדול ממנו וכו' וכתב וז"ל ולפירושו קשה דמאי קאמר לי' ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם והלא ר' עקיבא ושאר חכמים היו גדולים מר' טרפון בחכמה ובמנין דקיי"ל ר"ע ור' טרפון הל' כר"ע הלכך נראה כגירסת רש"י ופירושו שפי' דבמומחה מחזירין דכיון שהוא מומחה יש כח בידו לאמר ראיתי להפך ומחזיר הדין אבל אם אינו מומחה אמר לו אידך לא טעית וכו' ופריך ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לרבים פטור מלשלם אלמא מה שעשה עשוי ומשני רב נחמן כשיש גדול ממנו מחזירין וכשאין גדול ממנו אין מחזירין ובין כך וכך פטור עכ"ד הרא"ש והנה במה שהקשה הרא"ש על פי' הרי"ף במה דאינו גורס בקושית הגמ' ומומחה מחזירין והרא"ש גורס בדברי הרי"ף ומומחה מי משלם והא קתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וע"ז משני ר"נ כאן שיש גדול ממנו וע"ז הקשה הרא"ש דא"כ איך קאמר ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם דהא ר"ע היה גדול מר' טרפון ויש לומר דהחילוק

לר"נ בין יש גדול ממנו דחייב לשלם ובין אין גדול ממנו דפטור מלשלם זהו משום דאם אין גדול ממנו ופסק בשקול הדעת כחד אמוראי וסוגיא דעלמא כאידך כל זמן שאין גדול ממנו להחזיר ולפסוק כסוגיא דעלמא עוד לא נתברר שטעה הדיין שכל דיין יכול לפסוק כחד כ"ז שאין משנה מפורשת להיפוך ולכן אם יש גדול מהדיין בחכמה ובמנין יכול להחזיר ולפסוק דלא כמו שפסק הדיין ואף שבלא זה יש מחלוקת בדין זה מ"מ זה לא היה על דין זה אבל בדין זה שנוגע עכשיו יכול גדול ממנו לבטל את פסק הדיין וזהו ביש גדול ממנו אבל כשאין גדול ממנו אין יכול לפסוק דלא כמו שפסק הדיין ולחייבו לשלם וכל זה הוא בסתם מומחה וכמו שכתבנו למעלה והחילוק הוא אם נתברר שטעה הדיין אבל בהא דר' טרפון שאמר לו ר"ע מומחה לב"ד אתה ומומחה לב"ד פטור מלשלם זהו דין מיוחד שאפי' נתברר שטעה הדיין מ"מ אם היה מומחה לב"ד - או מומחה לרבים כגירסת הרי"ף - פטור מלשלם וא"כ אין קושיא כלל דהא היו גדולים מר' טרפון דעכ"פ כיון שהיה ר' טרפון מומחה לרבים פטור מלשלם.

עוד הקשה הבעה"ע מהא דפריך בריש המס' אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לוין ולדעת הרי"ף דהיכי דפטור הדיין חוזר הדין מאי נעילת דלת איכא וגם זו אינה קושיא דשפיר איכא נעילת דלת כשיפטרו את הלוה והי' להמלוה משכון ויוציאו המשכון מהמלוה וימכור אותו הלוה ולא יהיה ממה לגבות וכדאוקמה רבינא אתירוצא דרב חסדא.

עוד הקשה הבעה"ע וכן הרא"ש מהא דאמרינן בדף ה' דרבה בר חנא דן דינא וטעה אתא לקמי' דר' חייא א"ל אי קיבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים ולד' הרי"ף דאם אינו משלם חוזר הדין נמצא דאם קיבלו אותו חוזר ואם לא קיבלו אותו אינו חוזר וזה אינו מסתבר דבקיבלו יותר מסתבר שיהי' קם דינא, וגם קושייתם זו אינה מובנה כיון דלדעת הרי"ף תלוי דין חזרה בדין תשלומי הדיין וא"כ אם קבלו הדיין וטעה דפטור הדיין ע"כ חוזר הדין שלא יפסיד הבע"ד, ובלא קבלו דחייב לשלם אינו חוזר, וצריך לומר בדעת הבעה"ע והרא"ש דסוברים דאף דמן התקנה הוא דכדי שלא יפסיד הבע"ד חוזר הדין, מ"מ צריך להיות מסתבר עיקר דין החזרה אם צריך להיות קם דינא או לא וכיון דבקבלוהו יותר מסתבר שיהיה דינו דין מבלא קבלוהו לכן לא מסתבר דמשום הפסד הבע"ד יהיה חלוק להיפוך לענין קם דינא דבקבלוהו יחזור הדין ובלא קבלוהו לא יחזור הדין וזהו כמו שכתבתי למעלה בביאור קושיתם בהחילוק שבין מומחה ומומחה לרבים דאם מומחה לרבים חוזר מסתבר דגם סתם מומחה יהיה חוזר.

ובעיקר קושייתם דלא מסתבר דבקבלו בע"ד יהיה חוזר ובלא קבלו לא יהיה חוזר יש

לומר דזה תלוי אם מומחה צריך קבלת בע"ד או שיכול לכוף דאם יכול לכוף א"כ לא נתוסף לו בקבלת בע"ד שום כח לדון רק לענין זה שיהיה פטור מלשלם א"כ אין הכרח דבשביל זה שקבלוהו בע"ד לא יחזור הדין אבל אם מומחה אינו יכול לדון לכתחלה בעצמו ודוקא בקבלת בע"ד יוכל לדון בזה נוכל לומר דיותר מסתבר שבדן ע"י קבלת בע"ד שיהיה דינו חזק יותר ולא יהיה הדין חוזר אם טעה וי"ל דהבעה"ע שהקשה זה הולך לשיטתו דסובר דמומחה אינו דן אלא אם קבלו אותו בע"ד שכתב בהא דאמר רשב"ג שנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן הני מילי בשאין מומחין ולא קבלו עלייהו בעלי דינין אבל מומחין אפי' חד וקבלוהו בעלי דינין דיניהן דין ולכן כתב דמסתבר דבטעה יהיה יותר קם דינא היכי דקבלוהו מהיכי דלא קבלוהו ועכשיו נוכל לומר דהרי"ף לשיטתו דמשמע דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה שכתב הך דרשב"ג וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהן דין הני מילי בשאינן מומחין ולא קבלינון עליהון בע"ד אבל אי הוו מומחין או קבלינון בע"ד עליהון הוי דיניהון דין ואפי' חד מומחה דיני' דין כדכתבינן לעיל עכ"ל הרי שכתב או קבלינון משום דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה ומש"כ כדכתבינן לעיל זהו מה שהביא הברייתא דתניא ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי וכבר כתבתי למעלה בביאור דברי הרא"ש שהסביר לדברי התוס' דמזה מוכח דמומחה יכול לכוף דסתמא דברייתא א"א לאוקמי שהיה קבלה מהבע"ד באופן דלא מהני בתורת קבלה דלשון דן משמע דהוא בלא קבלה א"כ אינו מוכרח דבשביל זה שקבלו אותו יהי' דינו יותר חזק שאם טעה לא יהיה הדין חוזר.

ובזה נראה דהרמב"ם והרי"ף הולכים לשיטתם במה דהרי"ף סובר דמומחה דלא נו"נ ביד היכי דא"א להחזיר פטור מלשלם והרמב"ם סובר דחייב ולפי"מ שכתב הלח"מ היינו משום דלא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה בשיקול הדעת ונראה דזה שייך אם לא היה לו רשות לדון וזהו במומחה בשביל שדן בכפי' אלא דמ"מ דינו דין משום דאמרינן בירושלמי מומחה שכפה דינו דין והיינו דכיון דעכ"פ הוא מומחה וטענו לפניו אף שטענו ע"י הכפי' לכן עכ"פ הוי דינו דין אבל אם אינו מומחה וכפה דינו לאו דינא כלל כמש"כ הרמב"ם דהוו בכלל בעלי זרוע וגם אם לא דן בכפיה ואמרו דיינת לן דין תורה דגם אז לא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה אבל לדעת הרי"ף דיכול לכוף א"כ הוא דיין גמור שמחוייב לדון והו"ל כמו אנוס לכן פטור לדעת הרי"ף.

אכן כ"ז הוא לפי"מ שכתב הלח"מ דטעם הרמב"ם דמחלק בין טעה בדבר משנה לטעה בשקול הדעת משום דבד"מ הוי אנוס דלא הו"ל למיחשב דיטעה בד"מ ובש"ה פשע דהו"ל לחשוב דאפשר יטעה וא"כ הטעם הוא דהוי כמו מתכוין להזיק אבל באמת

ממש"כ הרמב"ם אח"כ באינו מומחה שלא קבלוהו דהוי כבעלי זרוע לכן חייב דהוי כמו מתכוין להזיק ומוכח דבבא הקודמת אינו משום מתכוין להזיק ולכן נראה דשיטת הרמב"ם הוא כמש"כ התוס' בב"ק דף ק' דהיכי דטעה בשיקול הדעת דקם דינא אפי' לרבנן חייב דלא הוי גרמי אלא מזיק ממש ורק דלכאורה להרמב"ם א"א לומר כן דהא הרמב"ם סובר דאפי' בש"ה הדר דינא ורק היכי דא"א להחזיר מחויב הדיין מ"מ נראה דאפשר לומר כן והיינו דבטועה בד"מ דלא הוי דינו דין כלל שפיר פטור אפי' לר"מ כיון דלא עשה בדבורו כלום אבל בטעה בשיקול הדעת דעכ"פ הדין הוא דין רק שתיקנו חכמים דיהיה חוזר הדין כדי שלא יצטרך הדיין לשלם וכיון דעכ"פ הדין הוא דין לכן היכי דא"א להחזיר חייב הדיין כיון דעכ"פ בדבורו נתחייב הבע"ד רק הדין קיים ולכן נתחייב בדבורו כיון דבדבורו עשה חיוב וכ"ז שלא חזר חייב הבע"ד ולכן חיובו של הדיין מתלי תלי וקאי והיינו דכ"ז דאפשר להחזיר אינו חייב לשלם כיון דעכ"פ אפשר להחזיר וכמו דאינו חייב כ"ז דלא שילם הבע"ד דאף דמעיקר הדין קם דינא אבל עכ"פ הא תיקנו דיהיה חוזר הדין וכמש"כ הרמב"ן במלחמות.

והנה לשיטת הרי"ף הא דבנו"ן ביד אינו חוזר הדין הוא משום דליכא פסידא דבע"ד אכן לדעת הרמב"ם דגם בלא נו"ן ביד חייב אם א"א להחזיר א"כ א"א לומר דהא דחוזר בלא נו"ן ביד הוא משום פסידא דבע"ד דהא אם לא יחזרו צריך הדיין לשלם וכמו שפסק הרמב"ם בהל' ג' דאם אין להחזיר חייב הדיין והנה הרמב"ן פי' מטעם אחר משום דכ"ז שלא עשה הדיין מעשה לא נגמר הדין אבל לדעת הרמב"ם שכתבתי דגם בש"ה הדר דינא מ"מ נגמר הדין אלא דהדיין יכול לחזור והוא משום תקנה וא"כ יקשה איזה נ"מ הוא בין נו"ן ביד או לא נו"ן ביד.

ונראה לומר דהחילוק הוא באופן אחר דבנו"ן ביד יש רשות לבע"ד לתבוע הדיין בעצמו והוי כמו שהוא לקח על אחריותו ולכן אם נבוא לומר דחוזר הדין יהיה רק בעד הדיין בעצמו וע"ז יוכל לומר הבע"ד כיון שאתה בעצמך פסקת אין לך רשות לתבוע דאדיבורא קמא אני סומך ואף דלגבי הבע"ד אינו יכול לומר כן אבל לגבי הדיין עצמו יכול לומר כן אבל בלא נו"ן ביד תחלת הדין הוא בין הבעלי דינים כשהדיין ראה לחזור ולכן הוא יכול לחזור וחוזר הדין.

אכן באמת לפי"מ שביארתי עכשיו לפי דברי הרמב"ן דמעיקר הדין צריך להיות קם דינא גם בלא נו"ן ביד א"כ אין לנו צורך לשום הסברים דפשוט דכל התקנה הוא רק כדי שלא לחייב הדיין בעד גרמא בעלמא אבל כשנו"ן ביד לא ראו כלל לבטל הדין כיון דמעיקר הדין חייב הדיין בלא דין גרמי.

והנה להרמב"ם דסובר דמומחה אינו יכול לכוף מבואר החילוק גבי מומחה בין קבלוהו או לא קיבלוהו אבל להרי"ף דסובר דיכול לכוף א"כ אין סברא ולכן כ' הרא"ש גבי קבלה של ג' הדיוטות דכיון שיכולים לכוף מהני הקבלה למפטרי' ודבר זה אינו מסתבר דהא קבלוהו אינו שאמרו לו שמקבלים אותו עליהם לדיין אלא שקבלוהו לדון ואולי הרא"ש מפרש שאמרו לו בפירוש הננו מקבלים אותך לדיין ומהני אמירתם למפטרי' אבל לגי' הגאונים שהביא הרי"ף דגריס ואי אינהו קרו לך לא מסתבר דאינהו קרו לך הוא כח שהזמינו אותו לדון כדפרש"י על הרי"ף אכן הרא"ש למעלה גבי יחיד שאינו מומחה שקבלוהו הסביר באופן אחר דאף שקבלוהו מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה ולכן קנסו אותו חכמים שישלם ומשמע דבלאו הך סברא ניחא לי' שיהיה פטור כיון שקבלוהו וא"כ לא צריך טעמא לא ביחיד מומחה ולא בג' הדיוטות היכי שקבלו אותם למה פטורים.

אכן אפשר דאפי' להרי"ף מיושב מתרי טעמי חדא דאף שיכול לכוף מ"מ הא מצות חכמים שלא ידין יחידי אפי' מומחה כמש"כ הרמב"ם פ"ב הל' י"א ולכן עכ"פ לא היה אנוס לומר שהיה מוכרח לדון ולהכי אינו פטור מטעם אונס ועוד אפשר לומר בלאו הך טעמא דכיון דאשכחן גבי מראה דינר לשולחני וכן בטבח שקלקל דאומן פטור ומומחה פטור כמש"כ הרא"ש א"כ גם כאן היה להיות מומחה פטור וע"כ דעיקר החילוק הוא דהתם באו אלו מדעתם ולכן פטור כיון דהוא מומחה אבל הכא כיון דכפה אותם אף דהוא מומחה חייב ויש לדמות זה לנכנס ברשות חברו דפסק הרמב"ם דאפי' באונס חייב וברשות עצמו אינו חייב עד שיתכוין ולכך בכפה אותם הוי כנכנס ברשות חברו אבל בבאו אליו לדון הוי כמו ברשותו דאינו חייב אלא בכונה או בפשיעה כדמוכח מד' הרמב"ם בה' חובל דפשיעה הוי כמו בכונה.

והנה במה שהבאתי מד' הרא"ש לדמות דין מומחה דדיין למומחה דשולחני דכמו דהתם פטור ה"נ פטור יש לדון בדבר דבאמת דין מראה דינר לשולחני שטעה היה צריך להיות דומה לטועה בדבר משנה דהא אין כאן שיקול הדעת דנימא דיש כאן גדר קם דינא ובדבורו גרם היזק ומהא דהדיוט חייב מוכח דבדיין שאינו מומחה אפי' קבלו מ"מ חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא מראה דינר לשולחני הוי כמו קבלו עלייהו ומ"מ חייב והטעם דהמראה א"צ לידע אם הוא מומחה או לא וסובר כיון שהוא שולחני הוא יודע ובאמת אם היה אומר לו שאינו יודע והוא סומך עליו ודאי פטור וכה"ג היכי שהוא אומר שמקבל עליו בין לדין בין לטעות וכמו שפירש"י הא דאמר אם קבלוך לא תשלם (ומה דהקשה הר"ן דא"כ פשיטא ומה צריך להשמיענו נראה דכשאמרו לו שמקבלים אותו בין

לדין בין לטעות אינו מוכח כלל שיש כאן פטור מתשלומין אלא דיש כאן קבלה שסומכין על דינו ושיהיה קם דינא אבל אינו מוכח שפוטרין אותו במה שיטעה דהא באו לפניו שידין אותו דין תורה רק שאמרו לו שמקבלים אותו לדיין גם על טעות אבל מ"מ היה סברא לומר דלענין זה סמכו שלא יטעה וכיון שהוא יודע שאינו מומחה לא הי"ל לדון ביניהם בפרט היכי שהם לא ידעו שאינו מומחה אלא דזה קשה דהא באמת בהני עובדי דמייתי בגמ' היה מומחה ורק טעם לחייבו הוא בשביל שלא נטל רשות מר"ג וע"כ דאף שהוא מומחה מ"מ כיון שחשבו שידעו דין תורה וסמכו שלא יטעה ורק לחיזוק הפסק קבלוהו בין לדין בין לטעות הו"א שהוא חייב במה שטעה לכן אשמועינן דכיון שקבלו אותו בין לדין בין לטעות פטור אכן אכתי לא יתיישב מה שסיים רש"י ולא יתבעך וזה בודאי דאם אמרו בפירוש שלא יתבעו אותו מאי קמ"ל) ולכן במראה דינר לשולחני היה סבור שהוא מומחה ויודע ולכן חייב בהדיוט אבל גבי דיין אם אינו מומחה גם הבע"ד ידעו שאינו מומחה וראי' דהא הרי"ף הוכיח דפטור דאם איתא דחייב אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ואם איתא דהבע"ד סבורים שהוא מומחה הא יש לו עצה להגיד להם שאינו מומחה וע"כ דבהכי מיירי שיודעים שאינו מומחה אבל גבי שולחני כיון שהוא שולחני ועסקו בכך הם סבורים שהוא מומחה.

והרמב"ן במלחמות תירץ באופן אחר דגבי שולחני כיון דשכיח בהו טעותא הו"ל פושע והוי כמאן דליתא דיינא בדינא ומוכח מדברי הרמב"ן דאם ליתא דיינא כלל דהיינו דלא גמיר באמת חייב וע"כ דאינם יודעים דאם יודעים דלא גמיר כלל וקבלו עלייהו אמאי חייב ואי דכפה אותם גם באינו מומחה אמאי יהא פטור דהא אין לו רשות לכוף אותם אם לא דנימא דכונת הרמב"ן הוא בג' הדיוטות ואיכא חד דגמיר אלא דהוא דוחק דמענין ג' הדיוטות דבר אח"כ והשיג על הבעה"מ ומשמע דעכשיו מדבר מקבלו עלייהו וע"כ דהוא כדברינו דכונתו היכי דלא ידעו שאינו מומחה ודלא כדברינו אלא דסובר דכיון דהוא גמיר אף דאינו גמיר וסביר אינו מצוי כ"כ טעותא כמו גבי שולחני.

הלכה ב

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים המפורשים במשנה או בגמרא, חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם או שטמא דבר טהור, או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק.

טעה בשקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה הלכה כאחד מהן בפירוש, ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר, אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות, או שלא היה נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן, הואיל והוא מומחה חוזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם, אחד הנוטל רשות מראש גלות, או הנוטל רשות מבית דין של ישראל בארץ ישראל. אבל לא בחוצה לארץ כמו שבארנו.

היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן, או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן לדון להן כדין וטעה בשקול הדעת, אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו, אם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין, ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו.

אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דינין אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינין, לפיכך אין דיניו דין בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינין אם רצה חוזר ודן בפני בית דין, ואם טעה ונתן ביד חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין זה שנתן לו שלא כהלכה, ואם אין לו להחזיר, או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוון להזיק הוא.

בסנהדרין דף ל"ג ע"א פריך הגמ' בהא דתנן דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה מהא דתנן דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואמר רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, ופירש"י דבמומחה יש בו כח לחזור ולא מצי למימר ליה בע"ד, אנא כי טעמא קמא דידך עבדינא, אבל בשאינו מומחה מצי אמר ליה מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דילמא טעמא קמא עיקר ובהאי הוא דטעית, ופריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, אמר ר"נ כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין, ולכאורה קשה דלרב נחמן למה אנו צריכין לאוקימתא דרב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, כיון דאם אין גדול הימנו בחכמה ובמנין גם מומחה אינו יכול לחזור, ואם יש גדול הימנו בחכמה ובמנין שהוא מומחה, א"כ ודאי דכ"ש שאם הדיין שדן אינו מומחה שיכול המומחה להחזירו, אך כבר כתב בזה הרא"ש אחר שהעלה כפירש"י דמתני' דבכורות כדאוקמה רב יוסף כשאינו מומחה ואע"ג שיש גדול ממנו להחזירו, דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ואע"פ דקבלוהו עלייהו כדאוקמה רבי אבהו לעיל בפ"ק דף ו', מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון דאינו מומחה, הילכך משלם מביתו אע"פ שלא נשא ונתן ביד, ומתני' דהכא במומחה הילכך אינו משלם, והדין חוזר אם

יש גדול ממנו להחזירו, כדשני רב נחמן לאוקימתא דרב יוסף, וסיפא דמתני' דבכורות כשאין גדול ממנו להחזירו הלכך כיון דמומחה הוא וקבליה עילוייה קם דינא דאין מי שיחזירנו דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ יהא גדול ממנו בחכמה ובמנין ופטור מלשלם כיון דמומחה הוא ולא היה ראוי לטעות, אלא דמזליה דההוא גברא גרם כדתנן כל המומחה לב"ד פטור מלשלם, וכן הטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני ונמצא רע מומחין פטורין עכ"ל הרא"ש.

והנה לפי סוף הסברא של הרא"ש דמשו"ה באינו מומחה אפי' יש גדול ממנו בחכמה ובמנין, אמרינן דמה שעשה עשוי וחייב לשלם, ולא אמרינן שיחזור הדין שאפי' קבלוהו בע"ד לדון לא היה לו לדון יחידי, לפי"ז אין צריך לטעמו של רש"י דמשו"ה באינו מומחה אין מחזירין משום דאמר ליה בע"ד מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר, דהא לדברי הרא"ש אפי' יש גדול בחכמה ובמנין אינו חוזר, כיון שלא היה לו לדון אפי' קבלוהו לכן אינו חוזר ומשלם מביתו.

אכן חל עלינו חובת באור ליישב דברי רש"י, דכיון דע"כ מוכרחין אנו לתירוצא דרב נחמן במה דפריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא תנן אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, ומתרץ ר"נ כאן שיש גדול ממנו בחכמה ובמנין, וכאן שאין גדול ממנו בחכמה ובמנין, וא"כ גם במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וא"כ למה אוקמה רב יוסף דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, דהא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וע"כ צריך לומר דזה מוקים רב יוסף, וע"ז פריך הגמ' מדן את הדין, ולפי"מ דמחלק רב נחמן בין יש גדול לאין גדול, אין צריך לומר דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, אלא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו שיכריע דלא כמו שפסק הדיין אין מחזירין.

אלא דבאמת מתני' דדן את הדין דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, הא ע"כ רישא דתנן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו באינו מומחה, וזהו שתירץ רב יוסף דמתני' דדן את הדין הא ע"כ באינו מומחה, ורב יוסף חידש רק דמתני' דסנהדרין דתנן דיני ממונות מחזירין מיירי במומחה, אלא דהגמ' פריך דא"כ סיפא דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם הא במומחה מחזירין, ולמה צריך למיתני דפטור מלשלם, והיה אפשר לומר דמתני' אשמעינן היכי דא"א להחזיר כגון שהלך זה שקיבל הממון למד"ה וא"א להחזיר, ובטימא את הטהור וטיהר את הטמא כדמשני רבינא לרב חסדא ומה דלא משני הגמ' הכי אליבא דרב יוסף יש לומר משום דבמתני' הא תנן מה שעשה עשוי, ורב יוסף מוקים להך מתני' באינו מומחה, אבל מדתנן סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור

מלשלם, משמע דקאי נמי אירישא דפטור מלשלם אבל מה שעשה עשוי, ובזה הא קשה, דבמומחה הא מחזירין, ולכן לא משני הגמ' הכי.

אכן לפי"מ דסובר הרי"ף דדין חזרה תלוי בהפסד בע"ד דהיכי דהדיין פטור מלשלם, ע"כ הדין דמחזירין שלא יפסיד הבע"ד, וקשה הא תנן דאם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וקאי אירישא דמה שעשה עשוי, וכתבנו לקמן לשיטתו דצריך לפרש דתלוי זה בזה דכיון דתנן דפטור מלשלם ע"כ דאין בזה דין מה שעשה עשוי, ומחזירין כדי שלא יפסיד הבע"ד, א"כ אפשר לפרש כן גם לפירש"י ולתרץ אליבא דרב יוסף, רק דהגמ' מייתי על זה תירוצא דרב נחמן, אבל לרב יוסף אפשר לומר כמש"כ.

עתה נבאר שיטת הרי"ף, והנה שיטתו הוא דתליא בהפסד בע"ד דהיכי דמשלם הדיין כגון שנו"נ ביד, וכדמוקים רב חסדא אמרינן מה שעשה עשוי, והיכי דלא נו"נ ביד דפטור מלשלם חוזר הדין אפי' בטעה בשיקול הדעת כדי שלא יפסיד בע"ד, והקשה הרא"ש דהא מתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי, ותנן בסיפא ואם היה מומחה לב"ד ולגירסת הרי"ף "לרבים" פטור מלשלם, ומשמע דקאי נמי אירישא דמה שעשה עשוי, וצריך לומר דהרי"ף מפרש דחדא קתני דמשו"ה מה שעשה עשוי, משום דמשלם הדיין מביתו, וממילא בסיפא כשהוא מומחה דפטור חוזר הדין, וכן כתב הלח"מ, ובבעל העיטור ראיתי שהקשה דהו"ל להגמ' למיפרך דאיך אפשר להעמיד מתני' דדן את הדין במומחה - וזהו כפי' הרי"ף דמתני' דמחזירין באינו מומחה - דהא קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואיך נוקים רישא דתנן דמשלם מביתו במומחה ונראה דיש לומר דמה דמחלק רב יוסף בין מומחה לאינו מומחה, ומתני' דדן את הדין במומחה אין הכונה במומחה לרבים אלא בסתם מומחה, והיינו דגמיר וסביר, ומה דתנן מחזירין ומוקים רב יוסף באינו מומחה היינו דאינו גמיר וסביר ומה דדינו דין אם לא נתברר שטעה צ"ל דהוא כשבאו לפניו לדון דאף דאינו מומחה דגמיר וסביר בכל התורה מ"מ יכול לדעת הרבה דינים וכיון שבאו לפניו לדון הוי קבלה לענין זה שאם לא נתברר שטעה יהא דינו דין אלא דפריך הגמ' דכיון דמומחה לרבים פטור מלשלם א"כ ע"כ מחזירין וכמו שפי' כן הבעה"ע קושית הגמ' משום דס"ל דכל היכי דפטור מלשלם מחזירין א"כ חזינן דמה שהוא מומחה אינו גורם חסרון חזרה א"כ אמאי ברישא במומחה שאינו מומחה לרבים מה שעשה עשוי ואף דיש לומר דמשום זה גופא דמומחה לרבים פטור משו"ה מחזירין הדין כדי שלא יפסיד הבע"ד ובאינו מומחה לרבים דחייב לשלם ולא יפסיד הבע"ד אין מחזירין, יש לומר דמ"מ פריך מסברא דלא מסתבר דמומחה לרבים שהוא יותר מומחה יהיה דינו חוזר אם טעה, ובסתם מומחה שהוא פחות מומחה יהיה מה שעשה

עשוי אם טעה, ועוד י"ל דפריך על אוקימתא דרב יוסף דמחלק דמתני' דסנהדרין דתנן דמחזירין מיירי באינו מומחה ומתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי מיירי במומחה דהא תנן בסיפא דמומחה לרבים דפטור מלשלם וע"כ כמו דסבר הגמ' דאם פטור הדיין ודאי מחזירין וא"כ למה מוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינו מומחה דהא אפשר גם במומחה ומומחה לרבים.

אכן לפי"מ שהסביר הבעה"ע קושית הגמ' משום דסבר דהיכי דהדיין פטור מלשלם ודאי מחזירין והוא כמו שביאר הרי"ף תירוצא דרב חסדא דמחלק בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד כבר אין אנו צריכין ליישב טעמא דרב יוסף דאיך מוקים כאן במומחה כאן באינו מומחה דאפשר דלא סבר רב יוסף לסברא דרב חסדא ולא סבר דכל היכי דמפסיד הבע"ד צריך להיות מחזירין ורק באינו מומחה מחזירין דאין דינו דין חזק שיהיה גם בדיעבד מה שעשה עשוי אף דפטור מלשלם אלא דהגמ' לפי פירושו של בעה"ע סובר לודאי דאם הדיין שטעה פטור מלשלם ודאי מחזירין שלא יפסיד הבע"ד.

אלא דצריך לבאר לפי"ז תירוצא דרב נחמן כאן שיש גדול הימנו וכאן שאין גדול הימנו והיינו דגם במומחה יש חילוק דאם יש גדול ממנו משלם ואם אין גדול ממנו אינו משלם כן פי' הרא"ש ועי' בפ"ח שם וצריך באור דלפי' הבעה"ע דעיקר קושית הגמ' דכיון דפטור מלשלם צריך להיות מחזירין שלא יפסיד הבע"ד א"כ אמאי מוקים רב יוסף דמתני' דסנהדרין הוא באינו מומחה ומשו"ה מחזירין דהא שפיר אפשר לאוקמי גם מתני' דסנהדרין במומחה אלא שאין גדול ממנו דאז פטור מלשלם ומשו"ה מחזירין.

אכן יש לומר דמה דמוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינם מומחים היינו משום דמשנה קמייתא דריש המס' מוקים הגמ' דדיני ממונות הודאות והלואות בשלשה הדיוטות לכן מוקים רב יוסף גם מתני' דפרק ד' דד"מ מחזירין הוא באינם מומחין רק דמתרץ דמתני' דבכורות דתנן דחייב לשלם ומוכח דאין מחזירין זהו במומחה ומ"מ קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ולדעת הרי"ף דתליא בהפסד בע"ד מחזירין וכמש"כ למעלה דחדא קתני דכיון דפטור מלשלם ממילא מחזירין, ובזה מיושב מה שהקשו הבעה"ע והרא"ש דאמאי לא משני רב יוסף היינו כפרש"י דבאינו מומחה מחזירין ולפמש"כ מיושב דהוא משום דמשנה קמייתא מוקמינן בג' הדיוטות.

והנה הרא"ש הקשה בתירוצא דרב נחמן דכאן כשיש גדול וכו' וכ' הרא"ש פי' הא דאמרינן מומחה משלם כשיש גדול ממנו וכו' וכתב וז"ל ולפירושו קשה דמאי קאמר לי' ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם והלא ר' עקיבא ושאר חכמים היו גדולים מר' טרפון בחכמה ובמנין דקיי"ל ר"ע ור' טרפון הל' כר"ע הלכך נראה כגירסת רש"י ופירושו

שפי' דבמומחה מחזירין דכיון שהוא מומחה יש כח בידו לאמר ראיתי להפך ומחזיר הדין אבל אם אינו מומחה אמר לו אידך לא טעית וכו' ופריך ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לרבים פטור מלשלם אלמא מה שעשה עשוי ומשני רב נחמן כשיש גדול ממנו מחזירין וכשאין גדול ממנו אין מחזירין ובין כך וכך פטור עכ"ד הרא"ש והנה במה שהקשה הרא"ש על פי' הרי"ף במה דאינו גורס בקושית הגמ' ומומחה מחזירין והרא"ש גורס בדברי הרי"ף ומומחה מי משלם והא קתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וע"ז משני ר"נ כאן שיש גדול ממנו וע"ז הקשה הרא"ש דא"כ איך קאמר ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם דהא ר"ע היה גדול מר' טרפון ויש לומר דההחילוק לר"נ בין יש גדול ממנו דחייב לשלם ובין אין גדול ממנו דפטור מלשלם זהו משום דאם אין גדול ממנו ופסק בשקול הדעת כחד אמוראי וסוגיא דעלמא כאידך כל זמן שאין גדול ממנו להחזיר ולפסוק כסוגיא דעלמא עוד לא נתברר שטעה הדיין שכל דיין יכול לפסוק כחד כ"ז שאין משנה מפורשת להיפוך ולכן אם יש גדול מהדיין בחכמה ובמנין יכול להחזיר ולפסוק דלא כמו שפסק הדיין ואף שבלא זה יש מחלוקת בדין זה מ"מ זה לא היה על דין זה אבל בדין זה שנוגע עכשיו יכול גדול ממנו לבטל את פסק הדיין וזהו ביש גדול ממנו אבל כשאין גדול ממנו אין יכול לפסוק דלא כמו שפסק הדיין ולחייבו לשלם וכל זה הוא בסתם מומחה וכמו שכתבנו למעלה והחילוק הוא אם נתברר שטעה הדיין אבל בהא דר' טרפון שאמר לו ר"ע מומחה לב"ד אתה ומומחה לב"ד פטור מלשלם זהו דין מיוחד שאפי' נתברר שטעה הדיין מ"מ אם היה מומחה לב"ד - או מומחה לרבים כגירסת הרי"ף - פטור מלשלם וא"כ אין קושיא כלל דהא היו גדולים מר' טרפון דעכ"פ כיון שהיה ר' טרפון מומחה לרבים פטור מלשלם.

עוד הקשה הבעה"ע מהא דפריך בריש המס' אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לוין ולדעת הרי"ף דהיכי דפטור הדיין חוזר הדין מאי נעילת דלת איכא וגם זו אינה קושיא דשפיר איכא נעילת דלת כשיפטרו את הלוה והי' להמלוה משכון ויוציאו המשכון מהמלוה וימכור אותו הלוה ולא יהיה ממה לגבות וכדאוקמה רבינא אתירוצא דרב חסדא.

עוד הקשה הבעה"ע וכן הרא"ש מהא דאמרינן בדף ה' דרבה בר חנא דן דינא וטעה אתא לקמי' דר' חייא א"ל אי קיבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים ולד' הרי"ף דאם אינו משלם חוזר הדין נמצא דאם קיבלו אותו חוזר ואם לא קיבלו אותו אינו חוזר וזה אינו מסתבר דבקיבלו יותר מסתבר שיהי' קם דינא, וגם קושייתם זו אינה מובנה כיון דלדעת הרי"ף תלוי דין חזרה בדין תשלומי הדיין וא"כ אם קבלו הדיין וטעה דפטור

הדיין ע"כ חוזר הדין שלא יפסיד הבע"ד, ובלא קבלו דחייב לשלם אינו חוזר, וצריך לומר בדעת הבעה"ע והרא"ש דסוברים דאף דמן התקנה הוא דכדי שלא יפסיד הבע"ד חוזר הדין, מ"מ צריך להיות מסתבר עיקר דין החזרה אם צריך להיות קם דינא או לא וכיון דבקבלוהו יותר מסתבר שיהיה דינו דין מבלא קבלוהו לכן לא מסתבר דמשום הפסד הבע"ד יהיה חלוק להיפוך לענין קם דינא דבקבלוהו יחזור הדין ובלא קבלוהו לא יחזור הדין וזהו כמו שכתבתי למעלה בביאור קושיתם בהחילוק שבין מומחה ומומחה לרבים דאם מומחה לרבים חוזר מסתבר דגם סתם מומחה יהיה חוזר.

ובעיקר קושייתם דלא מסתבר דבקבלו בע"ד יהיה חוזר ובלא קבלו לא יהיה חוזר יש לומר דזה תלוי אם מומחה צריך קבלת בע"ד או שיכול לכוף דאם יכול לכוף א"כ לא נתוסף לו בקבלת בע"ד שום כח לדון רק לענין זה שיהיה פטור מלשלם א"כ אין הכרח דבשביל זה שקבלוהו בע"ד לא יחזור הדין אבל אם מומחה אינו יכול לדון לכתחלה בעצמו ודוקא בקבלת בע"ד יוכל לדון בזה נוכל לומר דיותר מסתבר שבדן ע"י קבלת בע"ד שיהיה דינו חזק יותר ולא יהיה הדין חוזר אם טעה וי"ל דהבעה"ע שהקשה זה הולך לשיטתו דסובר דמומחה אינו דן אלא אם קבלו אותו בע"ד שכתב בהא דאמר רשב"ג שנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן הני מילי בשאין מומחין ולא קבלו עלייהו בעלי דינין אבל מומחין אפי' חד וקבלוהו בעלי דינין דיניהן דין ולכן כתב דמסתבר דבטעה יהיה יותר קם דינא היכי דקבלוהו מהיכי דלא קבלוהו ועכשיו נוכל לומר דהרי"ף לשיטתו דמשמע דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה שכתב הך דרשב"ג וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהן דין הני מילי בשאינן מומחין ולא קבלינון עליהון בע"ד אבל אי הוו מומחין או קבלינון בע"ד עליהון הוי דיניהון דין ואפי' חד מומחה דיני' דין כדכתבינן לעיל עכ"ל הרי שכתב או קבלינון משום דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה ומש"כ כדכתבינן לעיל זהו מה שהביא הברייתא דתניא ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי וכבר כתבתי למעלה בביאור דברי הרא"ש שהסביר לדברי התוס' דמזה מוכח דמומחה יכול לכוף דסתמא דברייתא א"א לאוקמי שהיה קבלה מהבע"ד באופן דלא מהני בתורת קבלה דלשון דן משמע דהוא בלא קבלה א"כ אינו מוכרח דבשביל זה שקבלו אותו יהי' דינו יותר חזק שאם טעה לא יהיה הדין חוזר.

ובזה נראה דהרמב"ם והרי"ף הולכים לשיטתם במה דהרי"ף סובר דמומחה דלא נו"נ ביד היכי דא"א להחזיר פטור מלשלם והרמב"ם סובר דחייב ולפי"מ שכתב הלח"מ היינו משום דלא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה בשיקול הדעת ונראה דזה שייך אם לא היה לו רשות לדון וזהו במומחה בשביל שדן בכפי' אלא דמ"מ דינו דין משום

דאמרינן בירושלמי מומחה שכפה דינו דין והיינו דכיון דעכ"פ הוא מומחה וטענו לפניו אף שטענו ע"י הכפי' לכן עכ"פ הוי דינו דין אבל אם אינו מומחה וכפה דינו לאו דינא כלל כמש"כ הרמב"ם דהוו בכלל בעלי זרוע וגם אם לא דן בכפיה ואמרו דיינת לן דין תורה דגם אז לא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה אבל לדעת הרי"ף דיכול לכוף א"כ הוא דיין גמור שמחוייב לדון והו"ל כמו אנוס לכן פטור לדעת הרי"ף.

אכן כ"ז הוא לפי"מ שכתב הלח"מ דטעם הרמב"ם דמחלק בין טעה בדבר משנה לטעה בשקול הדעת משום דבד"מ הוי אנוס דלא הו"ל למיחשב דיטעה בד"מ ובש"ה פשע דהו"ל לחשוב דאפשר יטעה וא"כ הטעם הוא דהוי כמו מתכוין להזיק אבל באמת ממש"כ הרמב"ם אח"כ באינו מומחה שלא קבלוהו דהוי כבעלי זרוע לכן חייב דהוי כמו מתכוין להזיק ומוכח דבבא הקודמת אינו משום מתכוין להזיק ולכן נראה דשיטת הרמב"ם הוא כמש"כ התוס' בב"ק דף ק' דהיכי דטעה בשיקול הדעת דקם דינא אפי' לרבנן חייב דלא הוי גרמי אלא מזיק ממש ורק דלכאורה להרמב"ם א"א לומר כן דהא הרמב"ם סובר דאפי' בש"ה הדר דינא ורק היכי דא"א להחזיר מחויב הדיין מ"מ נראה דאפשר לומר כן והיינו דבטועה בד"מ דלא הוי דינו דין כלל שפיר פטור אפי' לר"מ כיון דלא עשה בדבורו כלום אבל בטעה בשיקול הדעת דעכ"פ הדין הוא דין רק שתיקנו חכמים דיהיה חוזר הדין כדי שלא יצטרך הדיין לשלם וכיון דעכ"פ הדין הוא דין לכן היכי דא"א להחזיר חייב הדיין כיון דעכ"פ בדבורו נתחייב הבע"ד רק הדין קיים ולכן נתחייב בדבורו כיון דבדבורו עשה חיוב וכ"ז שלא חזר חייב הבע"ד ולכן חיובו של הדיין מתלי תלי וקאי והיינו דכ"ז דאפשר להחזיר אינו חייב לשלם כיון דעכ"פ אפשר להחזיר וכמו דאינו חייב כ"ז דלא שילם הבע"ד דאף דמעיקר הדין קם דינא אבל עכ"פ הא תיקנו דיהיה חוזר הדין וכמש"כ הרמב"ן במלחמות.

והנה לשיטת הרי"ף הא דבנו"נ ביד אינו חוזר הדין הוא משום דליכא פסידא דבע"ד אכן לדעת הרמב"ם דגם בלא נו"נ ביד חייב אם א"א להחזיר א"כ א"א לומר דהא דחוזר בלא נו"נ ביד הוא משום פסידא דבע"ד דהא אם לא יחזרו צריך הדיין לשלם וכמו שפסק הרמב"ם בהל' ג' דאם אין להחזיר חייב הדיין והנה הרמב"ן פי' מטעם אחר משום דכ"ז שלא עשה הדיין מעשה לא נגמר הדין אבל לדעת הרמב"ם שכתבתי דגם בש"ה הדר דינא מ"מ נגמר הדין אלא דהדיין יכול לחזור והוא משום תקנה וא"כ יקשה איזה נ"מ הוא בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד.

ונראה לומר דהחילוק הוא באופן אחר דבנו"נ ביד יש רשות לבע"ד לתבוע הדיין בעצמו והוי כמו שהוא לקח על אחריותו ולכן אם נבוא לומר דחוזר הדין יהיה רק בעד הדיין

בעצמו וע"ז יוכל לומר הבע"ד כיון שאתה בעצמך פסקת אין לך רשות לתבוע דאדיבורא קמא אני סומך ואף דלגבי הבע"ד אינו יכול לומר כן אבל לגבי הדיין עצמו יכול לומר כן אבל בלא נו"נ ביד תחלת הדין הוא בין הבעלי דינים כשהדיין ראה לחזור ולכן הוא יכול לחזור וחוזר הדין.

אכן באמת לפי"מ שביארתי עכשיו לפי דברי הרמב"ן דמעיקר הדין צריך להיות קם דינא גם בלא נו"נ ביד א"כ אין לנו צורך לשום הסברים דפשוט דכל התקנה הוא רק כדי שלא לחייב הדיין בעד גרמא בעלמא אבל כשנו"נ ביד לא ראו כלל לבטל הדין כיון דמעיקר הדין חייב הדיין בלא דין גרמי.

והנה להרמב"ם דסובר דמומחה אינו יכול לכוף מבואר החילוק גבי מומחה בין קבלוהו או לא קיבלוהו אבל להרי"ף דסובר דיכול לכוף א"כ אין סברא ולכן כ' הרא"ש גבי קבלה של ג' הדיוטות דכיון שיכולים לכוף מהני הקבלה למפטרי' ודבר זה אינו מסתבר דהא קבלוהו אינו שאמרו לו שמקבלים אותו עליהם לדיין אלא שקבלוהו לדון ואולי הרא"ש מפרש שאמרו לו בפירוש הננו מקבלים אותך לדיין ומהני אמירתם למפטרי' אבל לגי' הגאונים שהביא הרי"ף דגריס ואי אינהו קרו לך לא מסתבר דאינהו קרו לך הוא כח שהזמינו אותו לדון כדפרש"י על הרי"ף אכן הרא"ש למעלה גבי יחיד שאינו מומחה שקבלוהו הסביר באופן אחר דאף שקבלוהו מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה ולכן קנסו אותו חכמים שישלם ומשמע דבלאו הך סברא ניחא לי' שיהיה פטור כיון שקבלוהו וא"כ לא צריך טעמא לא ביחיד מומחה ולא בג' הדיוטות היכי שקבלו אותם למה פטורים.

אכן אפשר דאפי' להרי"ף מיושב מתרי טעמי חדא דאף שיכול לכוף מ"מ הא מצות חכמים שלא ידין יחידי אפי' מומחה כמש"כ הרמב"ם פ"ב הל' י"א ולכן עכ"פ לא היה אנוס לומר שהיה מוכרח לדון ולהכי אינו פטור מטעם אונס ועוד אפשר לומר בלאו הך טעמא דכיון דאשכחן גבי מראה דינר לשולחני וכן בטבח שקלקל דאומן פטור ומומחה פטור כמש"כ הרא"ש א"כ גם כאן היה להיות מומחה פטור וע"כ דעיקר החילוק הוא דהתם באו אלו מדעתם ולכן פטור כיון דהוא מומחה אבל הכא כיון דכפה אותם אף דהוא מומחה חייב ויש לדמות זה לנכנס ברשות חברו דפסק הרמב"ם דאפי' באונס חייב וברשות עצמו אינו חייב עד שיתכוין ולכך בכפה אותם הוי כנכנס ברשות חברו אבל בבאו אליו לדון הוי כמו ברשותו דאינו חייב אלא בכונה או בפשיעה כדמוכח מד' הרמב"ם בה' חובל דפשיעה הוי כמו בכונה.

והנה במה שהבאתי מד' הרא"ש לדמות דין מומחה דדיין למומחה דשולחני דכמו

דהתם פטור ה"נ פטור יש לדון בדבר דבאמת דין מראה דינר לשולחני שטעה היה צריך להיות דומה לטועה בדבר משנה דהא אין כאן שיקול הדעת דנימא דיש כאן גדר קם דינא ובדבורו גרם היזק ומהא דהדיוט חייב מוכח דבדיין שאינו מומחה אפי' קבלו מ"מ חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא מראה דינר לשולחני הוי כמו קבלו עלייהו ומ"מ חייב והטעם דהמראה א"צ לידע אם הוא מומחה או לא וסובר כיון שהוא שולחני הוא יודע ובאמת אם היה אומר לו שאינו יודע והוא סומך עליו ודאי פטור וכה"ג היכי שהוא אומר שמקבל עליו בין לדין בין לטעות וכמו שפירש"י הא דאמר אם קבלוך לא תשלם (ומה דהקשה הר"ן דא"כ פשיטא ומה צריך להשמיענו נראה דכשאמרו לו שמקבלים אותו בין לדין בין לטעות אינו מוכח כלל שיש כאן פטור מתשלומין אלא דיש כאן קבלה שסומכין על דינו ושיהיה קם דינא אבל אינו מוכח שפוטרין אותו במה שיטעה דהא באו לפניו שידין אותו דין תורה רק שאמרו לו שמקבלים אותו לדיין גם על טעות אבל מ"מ היה סברא לומר דלענין זה סמכו שלא יטעה וכיון שהוא יודע שאינו מומחה לא הי"ל לדון ביניהם בפרט היכי שהם לא ידעו שאינו מומחה אלא דזה קשה דהא באמת בהני עובדי דמייתי בגמ' היה מומחה ורק טעם לחייבו הוא בשביל שלא נטל רשות מר"ג וע"כ דאף שהוא מומחה מ"מ כיון שחשבו שידעו דין תורה וסמכו שלא יטעה ורק לחיזוק הפסק קבלוהו בין לדין בין לטעות הו"א שהוא חייב במה שטעה לכן אשמועינן דכיון שקבלו אותו בין לדין בין לטעות פטור אכן אכתי לא יתיישב מה שסיים רש"י ולא יתבעך וזה בודאי דאם אמרו בפירוש שלא יתבעו אותו מאי קמ"ל) ולכן במראה דינר לשולחני היה סבור שהוא מומחה ויודע ולכן חייב בהדיוט אבל גבי דיין אם אינו מומחה גם הבע"ד ידעו שאינו מומחה וראי' דהא הרי"ף הוכיח דפטור דאם איתא דחייב אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ואם איתא דהבע"ד סבורים שהוא מומחה הא יש לו עצה להגיד להם שאינו מומחה וע"כ דבהכי מיירי שיודעים שאינו מומחה אבל גבי שולחני כיון שהוא שולחני ועסקו בכך הם סבורים שהוא מומחה.

והרמב"ן במלחמות תירץ באופן אחר דגבי שולחני כיון דשכיח בהו טעותא הו"ל פושע והוי כמאן דליתא דיינא בדינא ומוכח מדברי הרמב"ן דאם ליתא דיינא כלל דהיינו דלא גמיר באמת חייב וע"כ דאינם יודעים דאם יודעים דלא גמיר כלל וקבלו עלייהו אמאי חייב ואי דכפה אותם גם באינו מומחה אמאי יהא פטור דהא אין לו רשות לכוף אותם אם לא דנימא דכונת הרמב"ן הוא בג' הדיוטות ואיכא חד דגמיר אלא דהוא דוחק דמענין ג' הדיוטות דבר אח"כ והשיג על הבעה"מ ומשמע דעכשיו מדבר מקבלו עלייהו וע"כ

דהוא כדברינו דכונתו היכי דלא ידעו שאינו מומחה ודלא כדברינו אלא דסובר דכיון דהוא גמיר אף דאינו גמיר וסביר אינו מצוי כ"כ טעותא כמו גבי שולחני.

הלכה ג

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים המפורשים במשנה או בגמרא, חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם או שטמא דבר טהור, או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק.

טעה בשקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה הלכה כאחד מהן בפירוש, ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר, אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות, או שלא היה נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן, הואיל והוא מומחה חוזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם, אחד הנוטל רשות מראש גלות, או הנוטל רשות מבית דין של ישראל בארץ ישראל. אבל לא בחוצה לארץ כמו שבארנו.

היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן, או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן לדון להן כדין וטעה בשקול הדעת, אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו, אם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין, ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו.

אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דינין אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינין, לפיכך אין דיניו דין בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינין אם רצה חוזר ודן בפני בית דין, ואם טעה ונתן ביד חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין זה שנתן לו שלא כהלכה, ואם אין לו להחזיר, או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוון להזיק הוא.

בסנהדרין דף ל"ג ע"א פריך הגמ' בהא דתנן דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה מהא דתנן דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואמר רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, ופירש"י דבמומחה יש בו כח לחזור ולא מצי למימר ליה בע"ד, אנא כי טעמא קמא דידך עבדינא, אבל בשאינו מומחה מצי אמר ליה מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דילמא טעמא קמא עיקר ובהאי הוא דטעית, ופריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, אמר ר"נ כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין, ולכאורה קשה דלרב נחמן למה אנו

צריכין לאוקימתא דרב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, כיון דאם אין גדול הימנו בחכמה ובמנין גם מומחה אינו יכול לחזור, ואם יש גדול הימנו בחכמה ובמנין שהוא מומחה, א"כ ודאי דכ"ש שאם הדיין שדן אינו מומחה שיכול המומחה להחזירו, אך כבר כתב בזה הרא"ש אחר שהעלה כפירש"י דמתני' דבכורות כדאוקמה רב יוסף כשאינו מומחה ואע"ג שיש גדול ממנו להחזירו, דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ואע"פ דקבלוהו עלייהו כדאוקמה רבי אבהו לעיל בפ"ק דף ו', מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון דאינו מומחה, הילכך משלם מביתו אע"פ שלא נשא ונתן ביד, ומתני' דהכא במומחה הילכך אינו משלם, והדין חוזר אם יש גדול ממנו להחזירו, כדשני רב נחמן לאוקימתא דרב יוסף, וסיפא דמתני' דבכורות כשאין גדול ממנו להחזירו הלכך כיון דמומחה הוא וקבליה עילוייה קם דינא דאין מי שיחזירנו דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ יהא גדול ממנו בחכמה ובמנין ופטור מלשלם כיון דמומחה הוא ולא היה ראוי לטעות, אלא דמזליה דההוא גברא גרם כדתנן כל המומחה לב"ד פטור מלשלם, וכן הטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני ונמצא רע מומחין פטורין עכ"ל הרא"ש.

והנה לפי סוף הסברא של הרא"ש דמשו"ה באינו מומחה אפי' יש גדול ממנו בחכמה ובמנין, אמרינן דמה שעשה עשוי וחייב לשלם, ולא אמרינן שיחזור הדין שאפי' קבלוהו בע"ד לדון לא היה לו לדון יחידי, לפי"ז אין צריך לטעמו של רש"י דמשו"ה באינו מומחה אין מחזירין משום דאמר ליה בע"ד מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר, דהא לדברי הרא"ש אפי' יש גדול בחכמה ובמנין אינו חוזר, כיון שלא היה לו לדון אפי' קבלוהו לכן אינו חוזר ומשלם מביתו.

אכן חל עלינו חובת באור ליישב דברי רש"י, דכיון דע"כ מוכרחין אנו לתירוצא דרב נחמן במה דפריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא תנן אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, ומתרץ ר"נ כאן שיש גדול ממנו בחכמה ובמנין, וכאן שאין גדול ממנו בחכמה ובמנין, וא"כ גם במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וא"כ למה אוקמה רב יוסף דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, דהא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וע"כ צריך לומר דזה מוקים רב יוסף, וע"ז פריך הגמ' מדן את הדין, ולפי"מ דמחלק רב נחמן בין יש גדול לאין גדול, אין צריך לומר דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, אלא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו שיכריע דלא כמו שפסק הדיין אין מחזירין.

אלא דבאמת מתני' דדן את הדין דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, הא ע"כ

רישא דתנן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו באינו מומחה, וזהו שתירץ רב יוסף דמתני' דדן את הדין הא ע"כ באינו מומחה, ורב יוסף חידש רק דמתני' דסנהדרין דתנן דיני ממונות מחזירין מיירי במומחה, אלא דהגמ' פריך דא"כ סיפא דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם הא במומחה מחזירין, ולמה צריך למיתני דפטור מלשלם, והיה אפשר לומר דמתני' אשמעינן היכי דא"א להחזיר כגון שהלך זה שקיבל הממון למד"ה וא"א להחזיר, ובטימא את הטהור וטיהר את הטמא כדמשני רבינא לרב חסדא ומה דלא משני הגמ' הכי אליבא דרב יוסף יש לומר משום דבמתני' הא תנן מה שעשה עשוי, ורב יוסף מוקים להך מתני' באינו מומחה, אבל מדתנן סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, משמע דקאי נמי ארישא דפטור מלשלם אבל מה שעשה עשוי, ובזה הא קשה, דבמומחה הא מחזירין, ולכן לא משני הגמ' הכי.

אכן לפי"מ דסובר הרי"ף דדין חזרה תלוי בהפסד בע"ד דהיכי דהדיין פטור מלשלם, ע"כ הדין דמחזירין שלא יפסיד הבע"ד, וקשה הא תנן דאם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וקאי ארישא דמה שעשה עשוי, וכתבנו לקמן לשיטתו דצריך לפרש דתלוי זה בזה דכיון דתנן דפטור מלשלם ע"כ דאין בזה דין מה שעשה עשוי, ומחזירין כדי שלא יפסיד הבע"ד, א"כ אפשר לפרש כן גם לפירש"י ולתרץ אליבא דרב יוסף, רק דהגמ' מייתי על זה תירוצא דרב נחמן, אבל לרב יוסף אפשר לומר כמש"כ.

עתה נבאר שיטת הרי"ף, והנה שיטתו הוא דתליא בהפסד בע"ד דהיכי דמשלם הדיין כגון שנו"נ ביד, וכדמוקים רב חסדא אמרינן מה שעשה עשוי, והיכי דלא נו"נ ביד דפטור מלשלם חוזר הדין אפי' בטעה בשיקול הדעת כדי שלא יפסיד בע"ד, והקשה הרא"ש דהא מתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי, ותנן בסיפא ואם היה מומחה לב"ד ולגירסת הרי"ף "לרבים" פטור מלשלם, ומשמע דקאי נמי ארישא דמה שעשה עשוי, וצריך לומר דהרי"ף מפרש דחדא קתני דמשו"ה מה שעשה עשוי, משום דמשלם הדיין מביתו, וממילא בסיפא כשהוא מומחה דפטור חוזר הדין, וכן כתב הלח"מ, ובבעל העיטור ראיתי שהקשה דהו"ל להגמ' למיפרך דאיך אפשר להעמיד מתני' דדן את הדין במומחה - וזהו כפי' הרי"ף דמתני' דמחזירין באינו מומחה - דהא קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואיך נוקים רישא דתנן דמשלם מביתו במומחה ונראה דיש לומר דמה דמחלק רב יוסף בין מומחה לאינו מומחה, ומתני' דדן את הדין במומחה אין הכונה במומחה לרבים אלא בסתם מומחה, והיינו דגמיר וסביר, ומה דתנן מחזירין ומוקים רב יוסף באינו מומחה היינו דאינו גמיר וסביר ומה דדינו דין אם לא נתברר שטעה צ"ל דהוא כשבאו לפניו לדון דאף דאינו מומחה דגמיר וסביר בכל התורה מ"מ יכול לדעת

הרבה דינים וכיון שבאו לפניו לדון הוי קבלה לענין זה שאם לא נתברר שטעה יהא דינו דין אלא דפריך הגמ' דכיון דמומחה לרבים פטור מלשלם א"כ ע"כ מחזירין וכמו שפי' כן הבעה"ע קושית הגמ' משום דס"ל דכל היכי דפטור מלשלם מחזירין א"כ חזינן דמה שהוא מומחה אינו גורם חסרון חזרה א"כ אמאי ברישא במומחה שאינו מומחה לרבים מה שעשה עשוי ואף דיש לומר דמשום זה גופא דמומחה לרבים פטור משו"ה מחזירין הדין כדי שלא יפסיד הבע"ד ובאינו מומחה לרבים דחייב לשלם ולא יפסיד הבע"ד אין מחזירין, יש לומר דמ"מ פריך מסברא דלא מסתבר דמומחה לרבים שהוא יותר מומחה יהיה דינו חוזר אם טעה, ובסתם מומחה שהוא פחות מומחה יהיה מה שעשה עשוי אם טעה, ועוד י"ל דפריך על אוקימתא דרב יוסף דמחלק דמתני' דסנהדרין דתנן דמחזירין מיירי באינו מומחה ומתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי מיירי במומחה דהא תנן בסיפא דמומחה לרבים דפטור מלשלם וע"כ כמו דסבר הגמ' דאם פטור הדיין ודאי מחזירין וא"כ למה מוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינו מומחה דהא אפשר גם במומחה ומומחה לרבים.

אכן לפי"מ שהסביר הבעה"ע קושית הגמ' משום דסבר דהיכי דהדיין פטור מלשלם ודאי מחזירין והוא כמו שביאר הרי"ף תירוצא דרב חסדא דמחלק בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד כבר אין אנו צריכין ליישב טעמא דרב יוסף דאיך מוקים כאן במומחה כאן באינו מומחה דאפשר דלא סבר רב יוסף לסברא דרב חסדא ולא סבר דכל היכי דמפסיד הבע"ד צריך להיות מחזירין ורק באינו מומחה מחזירין דאין דינו דין חזק שיהיה גם בדיעבד מה שעשה עשוי אף דפטור מלשלם אלא דהגמ' לפי פירושו של בעה"ע סובר לודאי דאם הדיין שטעה פטור מלשלם ודאי מחזירין שלא יפסיד הבע"ד.

אלא דצריך לבאר לפי"ז תירוצא דרב נחמן כאן שיש גדול הימנו וכאן שאין גדול הימנו והיינו דגם במומחה יש חילוק דאם יש גדול ממנו משלם ואם אין גדול ממנו אינו משלם כן פי' הרא"ש ועי' בפ"ח שם וצריך באור דלפי' הבעה"ע דעיקר קושית הגמ' דכיון דפטור מלשלם צריך להיות מחזירין שלא יפסיד הבע"ד א"כ אמאי מוקים רב יוסף דמתני' דסנהדרין הוא באינו מומחה ומשו"ה מחזירין דהא שפיר אפשר לאוקמי גם מתני' דסנהדרין במומחה אלא שאין גדול ממנו דאז פטור מלשלם ומשו"ה מחזירין.

אכן יש לומר דמה דמוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינם מומחים היינו משום דמשנה קמייתא דריש המס' מוקים הגמ' דדיני ממונות הודאות והלואות בשלשה הדיוטות לכן מוקים רב יוסף גם מתני' דפרק ד' דד"מ מחזירין הוא באינם מומחין רק דמתרץ דמתני' דבכורות דתנן דחייב לשלם ומוכח דאין מחזירין זהו במומחה ומ"מ קתני סיפא דאם

היה מומחה לרבים פטור מלשלם ולדעת הרי"ף דתליא בהפסד בע"ד מחזירין וכמש"כ למעלה דחדא קתני דכיון דפטור מלשלם ממילא מחזירין, ובזה מיושב מה שהקשו הבעה"ע והרא"ש דאמאי לא משני רב יוסף היינו כפרש"י דבאינו מומחה מחזירין ולפמש"כ מיושב דהוא משום דמשנה קמייתא מוקמינן בג' הדיוטות.

והנה הרא"ש הקשה בתירוצא דרב נחמן דכאן כשיש גדול וכו' וכ' הרא"ש פי' הא דאמרינן מומחה משלם כשיש גדול ממנו וכו' וכתב וז"ל ולפירושו קשה דמאי קאמר לי' ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם והלא ר' עקיבא ושאר חכמים היו גדולים מר' טרפון בחכמה ובמנין דקיי"ל ר"ע ור' טרפון הל' כר"ע הלכך נראה כגירסת רש"י ופירושו שפי' דבמומחה מחזירין דכיון שהוא מומחה יש כח בידו לאמר ראיתי להפך ומחזיר הדין אבל אם אינו מומחה אמר לו אידך לא טעית וכו' ופריך ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לרבים פטור מלשלם אלמא מה שעשה עשוי ומשני רב נחמן כשיש גדול ממנו מחזירין וכשאין גדול ממנו אין מחזירין ובין כך וכך פטור עכ"ד הרא"ש והנה במה שהקשה הרא"ש על פי' הרי"ף במה דאינו גורס בקושית הגמ' ומומחה מחזירין והרא"ש גורס בדברי הרי"ף ומומחה מי משלם והא קתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וע"ז משני ר"נ כאן שיש גדול ממנו וע"ז הקשה הרא"ש דא"כ איך קאמר ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם דהא ר"ע היה גדול מר' טרפון ויש לומר דהחילוק לר"נ בין יש גדול ממנו דחייב לשלם ובין אין גדול ממנו דפטור מלשלם זהו משום דאם אין גדול ממנו ופסק בשקול הדעת כחד אמוראי וסוגיא דעלמא כאידך כל זמן שאין גדול ממנו להחזיר ולפסוק כסוגיא דעלמא עוד לא נתברר שטעה הדיין שכל דיין יכול לפסוק כחד כ"ז שאין משנה מפורשת להיפוך ולכן אם יש גדול מהדיין בחכמה ובמנין יכול להחזיר ולפסוק דלא כמו שפסק הדיין ואף שבלא זה יש מחלוקת בדין זה מ"מ זה לא היה על דין זה אבל בדין זה שנוגע עכשיו יכול גדול ממנו לבטל את פסק הדיין וזהו ביש גדול ממנו אבל כשאין גדול ממנו אין יכול לפסוק דלא כמו שפסק הדיין ולחייבו לשלם וכל זה הוא בסתם מומחה וכמו שכתבנו למעלה והחילוק הוא אם נתברר שטעה הדיין אבל בהא דר' טרפון שאמר לו ר"ע מומחה לב"ד אתה ומומחה לב"ד פטור מלשלם זהו דין מיוחד שאפי' נתברר שטעה הדיין מ"מ אם היה מומחה לב"ד - או מומחה לרבים כגירסת הרי"ף - פטור מלשלם וא"כ אין קושיא כלל דהא היו גדולים מר' טרפון דעכ"פ כיון שהיה ר' טרפון מומחה לרבים פטור מלשלם.

עוד הקשה הבעה"ע מהא דפריך בריש המס' אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לוין ולדעת הרי"ף דהיכי דפטור הדיין חוזר הדין מאי נעילת דלת

איכא וגם זו אינה קושיא דשפיר איכא נעילת דלת כשיפטרו את הלוה והי' להמלוה משכון ויוציאו המשכון מהמלוה וימכור אותו הלוה ולא יהיה ממה לגבות וכדאוקמה רבינא אתירוצא דרב חסדא.

עוד הקשה הבעה"ע וכן הרא"ש מהא דאמרינן בדף ה' דרבה בר חנא דן דינא וטעה אתא לקמי' דר' חייא א"ל אי קיבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים ולד' הרי"ף דאם אינו משלם חוזר הדין נמצא דאם קיבלו אותו חוזר ואם לא קיבלו אותו אינו חוזר וזה אינו מסתבר דבקיבלו יותר מסתבר שיהי' קם דינא, וגם קושייתם זו אינה מובנה כיון דלדעת הרי"ף תלוי דין חזרה בדין תשלומי הדיין וא"כ אם קבלו הדיין וטעה דפטור הדיין ע"כ חוזר הדין שלא יפסיד הבע"ד, ובלא קבלו דחייב לשלם אינו חוזר, וצריך לומר בדעת הבעה"ע והרא"ש דסוברים דאף דמן התקנה הוא דכדי שלא יפסיד הבע"ד חוזר הדין, מ"מ צריך להיות מסתבר עיקר דין החזרה אם צריך להיות קם דינא או לא וכיון דבקבלוהו יותר מסתבר שיהיה דינו דין מבלא קבלוהו לכן לא מסתבר דמשום הפסד הבע"ד יהיה חלוק להיפוך לענין קם דינא דבקבלוהו יחזור הדין ובלא קבלוהו לא יחזור הדין וזהו כמו שכתבתי למעלה בביאור קושיתם בהחילוק שבין מומחה ומומחה לרבים דאם מומחה לרבים חוזר מסתבר דגם סתם מומחה יהיה חוזר.

ובעיקר קושייתם דלא מסתבר דבקבלו בע"ד יהיה חוזר ובלא קבלו לא יהיה חוזר יש לומר דזה תלוי אם מומחה צריך קבלת בע"ד או שיכול לכוף דאם יכול לכוף א"כ לא נתוסף לו בקבלת בע"ד שום כח לדון רק לענין זה שיהיה פטור מלשלם א"כ אין הכרח דבשביל זה שקבלוהו בע"ד לא יחזור הדין אבל אם מומחה אינו יכול לדון לכתחלה בעצמו ודוקא בקבלת בע"ד יוכל לדון בזה נוכל לומר דיותר מסתבר שבדן ע"י קבלת בע"ד שיהיה דינו חזק יותר ולא יהיה הדין חוזר אם טעה וי"ל דהבעה"ע שהקשה זה הולך לשיטתו דסובר דמומחה אינו דן אלא אם קבלו אותו בע"ד שכתב בהא דאמר רשב"ג שנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן הני מילי בשאין מומחין ולא קבלו עלייהו בעלי דינין אבל מומחין אפי' חד וקבלוהו בעלי דינין דיניהן דין ולכן כתב דמסתבר דבטעה יהיה יותר קם דינא היכי דקבלוהו מהיכי דלא קבלוהו ועכשיו נוכל לומר דהרי"ף לשיטתו דמשמע דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה שכתב הך דרשב"ג וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהן דין הני מילי בשאינן מומחין ולא קבלינון עליהון בע"ד אבל אי הוו מומחין או קבלינון בע"ד עליהון הוי דיניהון דין ואפי' חד מומחה דיני' דין כדכתבינן לעיל עכ"ל הרי שכתב או קבלינון משום דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה ומש"כ כדכתבינן לעיל זהו מה שהביא הברייתא דתניא ואם היה

מומחה לרבים דן אפי' יחידי וכבר כתבתי למעלה בביאור דברי הרא"ש שהסביר לדברי התוס' דמזה מוכח דמומחה יכול לכוף דסתמא דברייתא א"א לאוקמי שהיה קבלה מהבע"ד באופן דלא מהני בתורת קבלה דלשון דן משמע דהוא בלא קבלה א"כ אינו מוכרח דבשביל זה שקבלו אותו יהי' דינו יותר חזק שאם טעה לא יהיה הדין חוזר.

ובזה נראה דהרמב"ם והרי"ף הולכים לשיטתם במה דהרי"ף סובר דמומחה דלא נו"נ ביד היכי דא"א להחזיר פטור מלשלם והרמב"ם סובר דחייב ולפי"מ שכתב הלח"מ היינו משום דלא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה בשיקול הדעת ונראה דזה שייך אם לא היה לו רשות לדון וזהו במומחה בשביל שדן בכפי' אלא דמ"מ דינו דין משום דאמרינן בירושלמי מומחה שכפה דינו דין והיינו דכיון דעכ"פ הוא מומחה וטענו לפניו אף שטענו ע"י הכפי' לכן עכ"פ הוי דינו דין אבל אם אינו מומחה וכפה דינו לאו דינא כלל כמש"כ הרמב"ם דהוו בכלל בעלי זרוע וגם אם לא דן בכפיה ואמרו דיינת לן דין תורה דגם אז לא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה אבל לדעת הרי"ף דיכול לכוף א"כ הוא דיין גמור שמחוייב לדון והו"ל כמו אנוס לכן פטור לדעת הרי"ף.

אכן כ"ז הוא לפי"מ שכתב הלח"מ דטעם הרמב"ם דמחלק בין טעה בדבר משנה לטעה בשקול הדעת משום דבד"מ הוי אנוס דלא הו"ל למיחשב דיטעה בד"מ ובש"ה פשע דהו"ל לחשוב דאפשר יטעה וא"כ הטעם הוא דהוי כמו מתכוין להזיק אבל באמת ממש"כ הרמב"ם אח"כ באינו מומחה שלא קבלוהו דהוי כבעלי זרוע לכן חייב דהוי כמו מתכוין להזיק ומוכח דבבא הקודמת אינו משום מתכוין להזיק ולכן נראה דשיטת הרמב"ם הוא כמש"כ התוס' בב"ק דף ק' דהיכי דטעה בשיקול הדעת דקם דינא אפי' לרבנן חייב דלא הוי גרמי אלא מזיק ממש ורק דלכאורה להרמב"ם א"א לומר כן דהא הרמב"ם סובר דאפי' בש"ה הדר דינא ורק היכי דא"א להחזיר מחויב הדיין מ"מ נראה דאפשר לומר כן והיינו דבטועה בד"מ דלא הוי דינו דין כלל שפיר פטור אפי' לר"מ כיון דלא עשה בדבורו כלום אבל בטעה בשיקול הדעת דעכ"פ הדין הוא דין רק שתיקנו חכמים דיהיה חוזר הדין כדי שלא יצטרך הדיין לשלם וכיון דעכ"פ הדין הוא דין לכן היכי דא"א להחזיר חייב הדיין כיון דעכ"פ בדבורו נתחייב הבע"ד רק הדין קיים ולכן נתחייב בדבורו כיון דבדבורו עשה חיוב וכ"ז שלא חזר חייב הבע"ד ולכן חיובו של הדיין מתלי תלי וקאי והיינו דכ"ז דאפשר להחזיר אינו חייב לשלם כיון דעכ"פ אפשר להחזיר וכמו דאינו חייב כ"ז דלא שילם הבע"ד דאף דמעיקר הדין קם דינא אבל עכ"פ הא תיקנו דיהיה חוזר הדין וכמש"כ הרמב"ן במלחמות.

והנה לשיטת הרי"ף הא דבנו"נ ביד אינו חוזר הדין הוא משום דליכא פסידא דבע"ד

אכן לדעת הרמב"ם דגם בלא נו"נ ביד חייב אם א"א להחזיר א"כ א"א לומר דהא דחוזר בלא נו"נ ביד הוא משום פסידא דבע"ד דהא אם לא יחזרו צריך הדיין לשלם וכמו שפסק הרמב"ם בהל' ג' דאם אין להחזיר חייב הדיין והנה הרמב"ן פי' מטעם אחר משום דכ"ז שלא עשה הדיין מעשה לא נגמר הדין אבל לדעת הרמב"ם שכתבתי דגם בש"ה הדר דינא מ"מ נגמר הדין אלא דהדיין יכול לחזור והוא משום תקנה וא"כ יקשה איזה נ"מ הוא בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד.

ונראה לומר דהחילוק הוא באופן אחר דבנו"נ ביד יש רשות לבע"ד לתבוע הדיין בעצמו והוי כמו שהוא לקח על אחריותו ולכן אם נבוא לומר דחוזר הדין יהיה רק בעד הדיין בעצמו וע"ז יוכל לומר הבע"ד כיון שאתה בעצמך פסקת אין לך רשות לתבוע דאדיבורא קמא אני סומך ואף דלגבי הבע"ד אינו יכול לומר כן אבל לגבי הדיין עצמו יכול לומר כן אבל בלא נו"נ ביד תחלת הדין הוא בין הבעלי דינים כשהדיין ראה לחזור ולכן הוא יכול לחזור וחוזר הדין.

אכן באמת לפי"מ שביארתי עכשיו לפי דברי הרמב"ן דמעיקר הדין צריך להיות קם דינא גם בלא נו"נ ביד א"כ אין לנו צורך לשום הסברים דפשוט דכל התקנה הוא רק כדי שלא לחייב הדיין בעד גרמא בעלמא אבל כשנו"נ ביד לא ראו כלל לבטל הדין כיון דמעיקר הדין חייב הדיין בלא דין גרמי.

והנה להרמב"ם דסובר דמומחה אינו יכול לכוף מבואר החילוק גבי מומחה בין קבלוהו או לא קיבלוהו אבל להרי"ף דסובר דיכול לכוף א"כ אין סברא ולכן כ' הרא"ש גבי קבלה של ג' הדיוטות דכיון שיכולים לכוף מהני הקבלה למפטרי' ודבר זה אינו מסתבר דהא קבלוהו אינו שאמרו לו שמקבלים אותו עליהם לדיין אלא שקבלוהו לדון ואולי הרא"ש מפרש שאמרו לו בפירוש הננו מקבלים אותך לדיין ומהני אמירתם למפטרי' אבל לגי' הגאונים שהביא הרי"ף דגריס ואי אינהו קרו לך לא מסתבר דאינהו קרו לך הוא כח שהזמינו אותו לדון כדפרש"י על הרי"ף אכן הרא"ש למעלה גבי יחיד שאינו מומחה שקבלוהו הסביר באופן אחר דאף שקבלוהו מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה ולכן קנסו אותו חכמים שישלם ומשמע דבלאו הך סברא ניחא לי' שיהיה פטור כיון שקבלוהו וא"כ לא צריך טעמא לא ביחיד מומחה ולא בג' הדיוטות היכי שקבלו אותם למה פטורים.

אכן אפשר דאפי' להרי"ף מיושב מתרי טעמי חדא דאף שיכול לכוף מ"מ הא מצות חכמים שלא ידין יחידי אפי' מומחה כמש"כ הרמב"ם פ"ב הל' י"א ולכן עכ"פ לא היה אנוס לומר שהיה מוכרח לדון ולהכי אינו פטור מטעם אונס ועוד אפשר לומר בלאו הך

טעמא דכיון דאשכחן גבי מראה דינר לשולחני וכן בטבח שקלקל דאומן פטור ומומחה פטור כמש"כ הרא"ש א"כ גם כאן היה להיות מומחה פטור וע"כ דעיקר החילוק הוא דהתם באו אלו מדעתם ולכן פטור כיון דהוא מומחה אבל הכא כיון דכפה אותם אף דהוא מומחה חייב ויש לדמות זה לנכנס ברשות חברו דפסק הרמב"ם דאפי' באונס חייב וברשות עצמו אינו חייב עד שיתכוין ולכך בכפה אותם הוי כנכנס ברשות חברו אבל בבאו אליו לדון הוי כמו ברשותו דאינו חייב אלא בכונה או בפשיעה כדמוכח מד' הרמב"ם בה' חובל דפשיעה הוי כמו בכונה.

והנה במה שהבאתי מד' הרא"ש לדמות דין מומחה דדיין למומחה דשולחני דכמו דהתם פטור ה"נ פטור יש לדון בדבר דבאמת דין מראה דינר לשולחני שטעה היה צריך להיות דומה לטועה בדבר משנה דהא אין כאן שיקול הדעת דנימא דיש כאן גדר קם דינא ובדבורו גרם היזק ומהא דהדיוט חייב מוכח דבדיין שאינו מומחה אפי' קבלו מ"מ חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא מראה דינר לשולחני הוי כמו קבלו עלייהו ומ"מ חייב והטעם דהמראה א"צ לידע אם הוא מומחה או לא וסובר כיון שהוא שולחני הוא יודע ובאמת אם היה אומר לו שאינו יודע והוא סומך עליו ודאי פטור וכה"ג היכי שהוא אומר שמקבל עליו בין לדין בין לטעות וכמו שפירש"י הא דאמר אם קבלוך לא תשלם (ומה דהקשה הר"ן דא"כ פשיטא ומה צריך להשמיענו נראה דכשאמרו לו שמקבלים אותו בין לדין בין לטעות אינו מוכח כלל שיש כאן פטור מתשלומין אלא דיש כאן קבלה שסומכין על דינו ושיהיה קם דינא אבל אינו מוכח שפוטרין אותו במה שיטעה דהא באו לפניו שידין אותו דין תורה רק שאמרו לו שמקבלים אותו לדיין גם על טעות אבל מ"מ היה סברא לומר דלענין זה סמכו שלא יטעה וכיון שהוא יודע שאינו מומחה לא הי"ל לדון ביניהם בפרט היכי שהם לא ידעו שאינו מומחה אלא דזה קשה דהא באמת בהני עובדי דמייתי בגמ' היה מומחה ורק טעם לחייבו הוא בשביל שלא נטל רשות מר"ג וע"כ דאף שהוא מומחה מ"מ כיון שחשבו שידעו דין תורה וסמכו שלא יטעה ורק לחיזוק הפסק קבלוהו בין לדין בין לטעות הו"א שהוא חייב במה שטעה לכן אשמועינן דכיון שקבלו אותו בין לדין בין לטעות פטור אכן אכתי לא יתיישב מה שסיים רש"י ולא יתבעך וזה בודאי דאם אמרו בפירוש שלא יתבעו אותו מאי קמ"ל) ולכן במראה דינר לשולחני היה סבור שהוא מומחה ויודע ולכן חייב בהדיוט אבל גבי דיין אם אינו מומחה גם הבע"ד ידעו שאינו מומחה וראי' דהא הרי"ף הוכיח דפטור דאם איתא דחייב אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ואם איתא דהבע"ד סבורים שהוא מומחה הא יש לו עצה להגיד להם שאינו מומחה וע"כ דבהכי מיירי שיודעים שאינו מומחה אבל גבי שולחני

כיון שהוא שולחני ועסקו בכך הם סבורים שהוא מומחה.

והרמב"ן במלחמות תירץ באופן אחר דגבי שולחני כיון דשכיח בהו טעותא הו"ל פושע והוי כמאן דליתא דיינא בדינא ומוכח מדברי הרמב"ן דאם ליתא דיינא כלל דהיינו דלא גמיר באמת חייב וע"כ דאינם יודעים דאם יודעים דלא גמיר כלל וקבלו עלייהו אמאי חייב ואי דכפה אותם גם באינו מומחה אמאי יהא פטור דהא אין לו רשות לכוף אותם אם לא דנימא דכונת הרמב"ן הוא בג' הדיוטות ואיכא חד דגמיר אלא דהוא דוחק דמענין ג' הדיוטות דבר אח"כ והשיג על הבעה"מ ומשמע דעכשיו מדבר מקבלו עלייהו וע"כ דהוא כדברינו דכונתו היכי דלא ידעו שאינו מומחה ודלא כדברינו אלא דסובר דכיון דהוא גמיר אף דאינו גמיר וסביר אינו מצוי כ"כ טעותא כמו גבי שולחני.

הלכה ד

כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים המפורשים במשנה או בגמרא, חוזר הדין ומחזירין הדבר כשהיה ודנין בו כהלכה, ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים, או שהיה אלם או שטמא דבר טהור, או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילה לכלבים וכיוצא בזה הרי זה פטור מלשלם, אע"פ שגרם להזיק, לא נתכוין להזיק.

טעה בשקול הדעת כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה הלכה כאחד מהן בפירוש, ועשה כאחד מהן ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחר, אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות, או שלא היה נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן, הואיל והוא מומחה חוזר הדין, ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם, אחד הנוטל רשות מראש גלות, או הנוטל רשות מבית דין של ישראל בארץ ישראל. אבל לא בחוצה לארץ כמו שבארנו.

היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן, או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן לדון להן כדין וטעה בשקול הדעת, אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו, אם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין, ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו.

אבל מי שאינו מומחה ולא קבלו אותו בעלי דינין אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינין, לפיכך אין דיניו דין בין טעה בין לא טעה, וכל אחד מבעלי דינין אם רצה חוזר ודן בפני בית דין, ואם טעה ונתן ביד חייב לשלם מביתו, וחוזר ולוקח מבעל דין זה שנתן לו שלא כהלכה, ואם אין לו להחזיר, או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוון להזיק הוא.

בסנהדרין דף ל"ג ע"א פריך הגמ' בהא דתנן דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה מהא דתנן דן את הדין וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואמר רב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, ופירש"י דבמומחה יש בו כח לחזור ולא מצי למימר ליה בע"ד, אנא כי טעמא קמא דידך עבדינא, אבל בשאינו מומחה מצי אמר ליה מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר דילמא טעמא קמא עיקר ובהאי הוא דטעית, ופריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, אמר ר"נ כאן שיש גדול הימנו בחכמה ובמנין כאן שאין גדול הימנו בחכמה ובמנין, ולכאורה קשה דלרב נחמן למה אנו צריכין לאוקימתא דרב יוסף כאן במומחה כאן באינו מומחה, כיון דאם אין גדול הימנו בחכמה ובמנין גם מומחה אינו יכול לחזור, ואם יש גדול הימנו בחכמה ובמנין שהוא מומחה, א"כ ודאי דכ"ש שאם הדיין שדן אינו מומחה שיכול המומחה להחזירו, אך כבר כתב בזה הרא"ש אחר שהעלה כפירש"י דמתני' דבכורות כדאוקמה רב יוסף כשאינו מומחה ואע"ג שיש גדול ממנו להחזירו, דכיון שנשתדל מתחלה לדון והוא אינו מומחה ראוי הוא שיתקיים הדין וישלם מביתו ואע"פ דקבלוהו עלייהו כדאוקמה רבי אבהו לעיל בפ"ק דף ו', מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון דאינו מומחה, הילכך משלם מביתו אע"פ שלא נשא ונתן ביד, ומתני' דהכא במומחה הילכך אינו משלם, והדין חוזר אם יש גדול ממנו להחזירו, כדשני רב נחמן לאוקימתא דרב יוסף, וסיפא דמתני' דבכורות כשאין גדול ממנו להחזירו הלכך כיון דמומחה הוא וקבליה עילוייה קם דינא דאין מי שיחזירנו דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ יהא גדול ממנו בחכמה ובמנין ופטור מלשלם כיון דמומחה הוא ולא היה ראוי לטעות, אלא דמזליה דההוא גברא גרם כדתנן כל המומחה לב"ד פטור מלשלם, וכן הטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני ונמצא רע מומחין פטורין עכ"ל הרא"ש.

והנה לפי סוף הסברא של הרא"ש דמשו"ה באינו מומחה אפי' יש גדול ממנו בחכמה ובמנין, אמרינן דמה שעשה עשוי וחייב לשלם, ולא אמרינן שיחזור הדין שאפי' קבלוהו בע"ד לדון לא היה לו לדון יחידי, לפי"ז אין צריך לטעמו של רש"י דמשו"ה באינו מומחה אין מחזירין משום דאמר ליה בע"ד מי יימר דטעמא בתרא דידך עיקר, דהא לדברי הרא"ש אפי' יש גדול בחכמה ובמנין אינו חוזר, כיון שלא היה לו לדון אפי' קבלוהו לכן אינו חוזר ומשלם מביתו.

אכן חל עלינו חובת באור ליישב דברי רש"י, דכיון דע"כ מוכרחין אנו לתירוצא דרב נחמן במה דפריך הגמ' ובמומחה מחזירין והא תנן אם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, ומתרץ ר"נ כאן שיש גדול ממנו בחכמה ובמנין, וכאן שאין גדול ממנו בחכמה ובמנין,

וא"כ גם במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וא"כ למה אוקמה רב יוסף דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, דהא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו בחכמה ובמנין אין מחזירין, וע"כ צריך לומר דזה מוקים רב יוסף, וע"ז פריך הגמ' מדן את הדין, ולפי"מ דמחלק רב נחמן בין יש גדול לאין גדול, אין צריך לומר דמתני' דדן את הדין מיירי באינו מומחה, אלא אפי' במומחה אם אין גדול ממנו שיכריע דלא כמו שפסק הדיין אין מחזירין.

אלא דבאמת מתני' דדן את הדין דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, הא ע"כ רישא דתנן מה שעשה עשוי ומשלם מביתו באינו מומחה, וזהו שתירץ רב יוסף דמתני' דדן את הדין הא ע"כ באינו מומחה, ורב יוסף חידש רק דמתני' דסנהדרין דתנן דיני ממונות מחזירין מיירי במומחה, אלא דהגמ' פריך דא"כ סיפא דתנן ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם הא במומחה מחזירין, ולמה צריך למיתני דפטור מלשלם, והיה אפשר לומר דמתני' אשמעינן היכי דא"א להחזיר כגון שהלך זה שקיבל הממון למד"ה וא"א להחזיר, ובטימא את הטהור וטיהר את הטמא כדמשני רבינא לרב חסדא ומה דלא משני הגמ' הכי אליבא דרב יוסף יש לומר משום דבמתני' הא תנן מה שעשה עשוי, ורב יוסף מוקים להך מתני' באינו מומחה, אבל מדתנן סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם, משמע דקאי נמי ארישא דפטור מלשלם אבל מה שעשה עשוי, ובזה הא קשה, דבמומחה הא מחזירין, ולכן לא משני הגמ' הכי.

אכן לפי"מ דסובר הרי"ף דדין חזרה תלוי בהפסד בע"ד דהיכי דהדיין פטור מלשלם, ע"כ הדין דמחזירין שלא יפסיד הבע"ד, וקשה הא תנן דאם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וקאי ארישא דמה שעשה עשוי, וכתבנו לקמן לשיטתו דצריך לפרש דתלוי זה בזה דכיון דתנן דפטור מלשלם ע"כ דאין בזה דין מה שעשה עשוי, ומחזירין כדי שלא יפסיד הבע"ד, א"כ אפשר לפרש כן גם לפירש"י ולתרץ אליבא דרב יוסף, רק דהגמ' מייתי על זה תירוצא דרב נחמן, אבל לרב יוסף אפשר לומר כמש"כ.

עתה נבאר שיטת הרי"ף, והנה שיטתו הוא דתליא בהפסד בע"ד דהיכי דמשלם הדיין כגון שנו"נ ביד, וכדמוקים רב חסדא אמרינן מה שעשה עשוי, והיכי דלא נו"נ ביד דפטור מלשלם חוזר הדין אפי' בטעה בשיקול הדעת כדי שלא יפסיד בע"ד, והקשה הרא"ש דהא מתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי, ותנן בסיפא ואם היה מומחה לב"ד ולגירסת הרי"ף "לרבים" פטור מלשלם, ומשמע דקאי נמי ארישא דמה שעשה עשוי, וצריך לומר דהרי"ף מפרש דחדא קתני דמשו"ה מה שעשה עשוי, משום דמשלם הדיין מביתו, וממילא בסיפא כשהוא מומחה דפטור חוזר הדין, וכן כתב הלח"מ, ובבעל העיטור

ראיתי שהקשה דהו"ל להגמ' למיפרך דאיך אפשר להעמיד מתני' דדן את הדין במומחה - וזהו כפי' הרי"ף דמתני' דמחזירין באינו מומחה - דהא קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואיך נוקים רישא דתנן דמשלם מביתו במומחה ונראה דיש לומר דמה דמחלק רב יוסף בין מומחה לאינו מומחה, ומתני' דדן את הדין במומחה אין הכונה במומחה לרבים אלא בסתם מומחה, והיינו דגמיר וסביר, ומה דתנן מחזירין ומוקים רב יוסף באינו מומחה היינו דאינו גמיר וסביר ומה דדינו דין אם לא נתברר שטעה צ"ל דהוא כשבאו לפניו לדון דאף דאינו מומחה דגמיר וסביר בכל התורה מ"מ יכול לדעת הרבה דינים וכיון שבאו לפניו לדון הוי קבלה לענין זה שאם לא נתברר שטעה יהא דינו דין אלא דפריך הגמ' דכיון דמומחה לרבים פטור מלשלם א"כ ע"כ מחזירין וכמו שפי' כן הבעה"ע קושית הגמ' משום דס"ל דכל היכי דפטור מלשלם מחזירין א"כ חזינן דמה שהוא מומחה אינו גורם חסרון חזרה א"כ אמאי ברישא במומחה שאינו מומחה לרבים מה שעשה עשוי ואף דיש לומר דמשום זה גופא דמומחה לרבים פטור משו"ה מחזירין הדין כדי שלא יפסיד הבע"ד ובאינו מומחה לרבים דחייב לשלם ולא יפסיד הבע"ד אין מחזירין, יש לומר דמ"מ פריך מסברא דלא מסתבר דמומחה לרבים שהוא יותר מומחה יהיה דינו חוזר אם טעה, ובסתם מומחה שהוא פחות מומחה יהיה מה שעשה עשוי אם טעה, ועוד י"ל דפריך על אוקימתא דרב יוסף דמחלק דמתני' דסנהדרין דתנן דמחזירין מיירי באינו מומחה ומתני' דבכורות דתנן מה שעשה עשוי מיירי במומחה דהא תנן בסיפא דמומחה לרבים דפטור מלשלם וע"כ כמו דסבר הגמ' דאם פטור הדיין ודאי מחזירין וא"כ למה מוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינו מומחה דהא אפשר גם במומחה ומומחה לרבים.

אכן לפי"מ שהסביר הבעה"ע קושית הגמ' משום דסבר דהיכי דהדיין פטור מלשלם ודאי מחזירין והוא כמו שביאר הרי"ף תירוצא דרב חסדא דמחלק בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד כבר אין אנו צריכין ליישב טעמא דרב יוסף דאיך מוקים כאן במומחה כאן באינו מומחה דאפשר דלא סבר רב יוסף לסברא דרב חסדא ולא סבר דכל היכי דמפסיד הבע"ד צריך להיות מחזירין ורק באינו מומחה מחזירין דאין דינו דין חזק שיהיה גם בדיעבד מה שעשה עשוי אף דפטור מלשלם אלא דהגמ' לפי פירושו של בעה"ע סובר לודאי דאם הדיין שטעה פטור מלשלם ודאי מחזירין שלא יפסיד הבע"ד.

אלא דצריך לבאר לפי"ז תירוצא דרב נחמן כאן שיש גדול הימנו וכאן שאין גדול הימנו והיינו דגם במומחה יש חילוק דאם יש גדול ממנו משלם ואם אין גדול ממנו אינו משלם כן פי' הרא"ש ועי' בפ"ח שם וצריך באור דלפי' הבעה"ע דעיקר קושית הגמ'

דכיון דפטור מלשלם צריך להיות מחזירין שלא יפסיד הבע"ד א"כ אמאי מוקים רב יוסף דמתני' דסנהדרין הוא באינו מומחה ומשו"ה מחזירין דהא שפיר אפשר לאוקמי גם מתני' דסנהדרין במומחה אלא שאין גדול ממנו דאז פטור מלשלם ומשו"ה מחזירין.

אבן יש לומר דמה דמוקים רב יוסף מתני' דסנהדרין באינם מומחים היינו משום דמשנה קמייתא דריש המס' מוקים הגמ' דדיני ממונות הודאות והלואות בשלשה הדיוטות לכן מוקים רב יוסף גם מתני' דפרק ד' דד"מ מחזירין הוא באינם מומחין רק דמתרץ דמתני' דבכורות דתנן דחייב לשלם ומוכח דאין מחזירין זהו במומחה ומ"מ קתני סיפא דאם היה מומחה לרבים פטור מלשלם ולדעת הרי"ף דתליא בהפסד בע"ד מחזירין וכמש"כ למעלה דחדא קתני דכיון דפטור מלשלם ממילא מחזירין, ובזה מיושב מה שהקשו הבעה"ע והרא"ש דאמאי לא משני רב יוסף היינו כפרש"י דבאינו מומחה מחזירין ולפמש"כ מיושב דהוא משום דמשנה קמייתא מוקמינן בג' הדיוטות.

והנה הרא"ש הקשה בתירוצא דרב נחמן דכאן כשיש גדול וכו' וכ' הרא"ש פי' הא דאמרינן מומחה משלם כשיש גדול ממנו וכו' וכתב וז"ל ולפירושו קשה דמאי קאמר לי' ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם והלא ר' עקיבא ושאר חכמים היו גדולים מר' טרפון בחכמה ובמנין דקיי"ל ר"ע ור' טרפון הל' כר"ע הלכך נראה כגירסת רש"י ופירושו שפי' דבמומחה מחזירין דכיון שהוא מומחה יש כח בידו לאמר ראיתי להפך ומחזיר הדין אבל אם אינו מומחה אמר לו אידך לא טעית וכו' ופריך ובמומחה מחזירין והא קתני אם היה מומחה לרבים פטור מלשלם אלמא מה שעשה עשוי ומשני רב נחמן כשיש גדול ממנו מחזירין וכשאין גדול ממנו אין מחזירין ובין כך וכך פטור עכ"ד הרא"ש והנה במה שהקשה הרא"ש על פי' הרי"ף במה דאינו גורס בקושית הגמ' ומומחה מחזירין והרא"ש גורס בדברי הרי"ף ומומחה מי משלם והא קתני סיפא ואם היה מומחה לב"ד פטור מלשלם וע"ז משני ר"נ כאן שיש גדול ממנו וע"ז הקשה הרא"ש דא"כ איך קאמר ר"ע לר' טרפון מומחה לב"ד פטור מלשלם דהא ר"ע היה גדול מר' טרפון ויש לומר דההחילוק לר"נ בין יש גדול ממנו דחייב לשלם ובין אין גדול ממנו דפטור מלשלם זהו משום דאם אין גדול ממנו ופסק בשקול הדעת כחד אמוראי וסוגיא דעלמא כאידך כל זמן שאין גדול ממנו להחזיר ולפסוק כסוגיא דעלמא עוד לא נתברר שטעה הדיין שכל דיין יכול לפסוק כחד כ"ז שאין משנה מפורשת להיפוך ולכן אם יש גדול מהדיין בחכמה ובמנין יכול להחזיר ולפסוק דלא כמו שפסק הדיין ואף שבלא זה יש מחלוקת בדין זה מ"מ זה לא היה על דין זה אבל בדין זה שנוגע עכשיו יכול גדול ממנו לבטל את פסק הדיין וזהו ביש גדול ממנו אבל כשאין גדול ממנו אין יכול לפסוק דלא כמו שפסק הדיין ולחייבו לשלם

וכל זה הוא בסתם מומחה וכמו שכתבנו למעלה והחילוק הוא אם נתברר שטעה הדיין אבל בהא דר' טרפון שאמר לו ר"ע מומחה לב"ד אתה ומומחה לב"ד פטור מלשלם זהו דין מיוחד שאפי' נתברר שטעה הדיין מ"מ אם היה מומחה לב"ד - או מומחה לרבים כגירסת הרי"ף - פטור מלשלם וא"כ אין קושיא כלל דהא היו גדולים מר' טרפון דעכ"פ כיון שהיה ר' טרפון מומחה לרבים פטור מלשלם.

עוד הקשה הבעה"ע מהא דפריך בריש המס' אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשני כ"ש שאתה נועל דלת בפני לוין ולדעת הרי"ף דהיכי דפטור הדיין חוזר הדין מאי נעילת דלת איכא וגם זו אינה קושיא דשפיר איכא נעילת דלת כשיפטרו את הלוה והי' להמלוה משכון ויוציאו המשכון מהמלוה וימכור אותו הלוה ולא יהיה ממה לגבות וכדאוקמה רבינא אתירוצא דרב חסדא.

עוד הקשה הבעה"ע וכן הרא"ש מהא דאמרינן בדף ה' דרבה בר חנא דן דינא וטעה אתא לקמי' דר' חייא א"ל אי קיבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים ולד' הרי"ף דאם אינו משלם חוזר הדין נמצא דאם קיבלו אותו חוזר ואם לא קיבלו אותו אינו חוזר וזה אינו מסתבר דבקיבלו יותר מסתבר שיהי' קם דינא, וגם קושייתם זו אינה מובנה כיון דלדעת הרי"ף תלוי דין חזרה בדין תשלומי הדיין וא"כ אם קבלו הדיין וטעה דפטור הדיין ע"כ חוזר הדין שלא יפסיד הבע"ד, ובלא קבלו דחייב לשלם אינו חוזר, וצריך לומר בדעת הבעה"ע והרא"ש דסוברים דאף דמן התקנה הוא דכדי שלא יפסיד הבע"ד חוזר הדין, מ"מ צריך להיות מסתבר עיקר דין החזרה אם צריך להיות קם דינא או לא וכיון דבקבלוהו יותר מסתבר שיהיה דינו דין מבלא קבלוהו לכן לא מסתבר דמשום הפסד הבע"ד יהיה חלוק להיפוך לענין קם דינא דבקבלוהו יחזור הדין ובלא קבלוהו לא יחזור הדין וזהו כמו שכתבתי למעלה בביאור קושיתם בהחילוק שבין מומחה ומומחה לרבים דאם מומחה לרבים חוזר מסתבר דגם סתם מומחה יהיה חוזר.

ובעיקר קושייתם דלא מסתבר דבקבלו בע"ד יהיה חוזר ובלא קבלו לא יהיה חוזר יש לומר דזה תלוי אם מומחה צריך קבלת בע"ד או שיכול לכוף דאם יכול לכוף א"כ לא נתוסף לו בקבלת בע"ד שום כח לדון רק לענין זה שיהיה פטור מלשלם א"כ אין הכרח דבשביל זה שקבלוהו בע"ד לא יחזור הדין אבל אם מומחה אינו יכול לדון לכתחלה בעצמו ודוקא בקבלת בע"ד יוכל לדון בזה נוכל לומר דיותר מסתבר שבדן ע"י קבלת בע"ד שיהיה דינו חזק יותר ולא יהיה הדין חוזר אם טעה וי"ל דהבעה"ע שהקשה זה הולך לשיטתו דסובר דמומחה אינו דן אלא אם קבלו אותו בע"ד שכתב בהא דאמר רשב"ג שנים שדנו בע"ד יכולין לחזור בהן הני מילי בשאין מומחין ולא קבלו עלייהו בעלי דינין

אבל מומחין אפי' חד וקבלוהו בעלי דינין דיניהן דין ולכן כתב דמסתבר דבטעה יהיה יותר קם דינא היכי דקבלוהו מהיכי דלא קבלוהו ועכשיו נוכל לומר דהרי"ף לשיטתו דמשמע דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה שכתב הך דרשב"ג וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהן דין הני מילי בשאינן מומחין ולא קבלינון עליהון בע"ד אבל אי הוו מומחין או קבלינון בע"ד עליהון הוי דיניהון דין ואפי' חד מומחה דיני' דין כדכתבינן לעיל עכ"ל הרי שכתב או קבלינון משום דסובר דמומחה יכול לדון בלא קבלה ומש"כ כדכתבינן לעיל זהו מה שהביא הברייתא דתניא ואם היה מומחה לרבים דן אפי' יחידי וכבר כתבתי למעלה בביאור דברי הרא"ש שהסביר לדברי התוס' דמזה מוכח דמומחה יכול לכוף דסתמא דברייתא א"א לאוקמי שהיה קבלה מהבע"ד באופן דלא מהני בתורת קבלה דלשון דן משמע דהוא בלא קבלה א"כ אינו מוכרח דבשביל זה שקבלו אותו יהי' דינו יותר חזק שאם טעה לא יהיה הדין חוזר.

ובזה נראה דהרמב"ם והרי"ף הולכים לשיטתם במה דהרי"ף סובר דמומחה דלא נו"נ ביד היכי דא"א להחזיר פטור מלשלם והרמב"ם סובר דחייב ולפי"מ שכתב הלח"מ היינו משום דלא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה בשיקול הדעת ונראה דזה שייך אם לא היה לו רשות לדון וזהו במומחה בשביל שדן בכפי' אלא דמ"מ דינו דין משום דאמרינן בירושלמי מומחה שכפה דינו דין והיינו דכיון דעכ"פ הוא מומחה וטענו לפניו אף שטענו ע"י הכפי' לכן עכ"פ הוי דינו דין אבל אם אינו מומחה וכפה דינו לאו דינא כלל כמש"כ הרמב"ם דהוו בכלל בעלי זרוע וגם אם לא דן בכפיה ואמרו דיינת לן דין תורה דגם אז לא היה לו לדון והיה לו לחוש שמא יטעה אבל לדעת הרי"ף דיכול לכוף א"כ הוא דיין גמור שמחוייב לדון והו"ל כמו אנוס לכן פטור לדעת הרי"ף.

אכן כ"ז הוא לפי"מ שכתב הלח"מ דטעם הרמב"ם דמחלק בין טעה בדבר משנה לטעה בשקול הדעת משום דבד"מ הוי אנוס דלא הו"ל למיחשב דיטעה בד"מ ובש"ה פשע דהו"ל לחשוב דאפשר יטעה וא"כ הטעם הוא דהוי כמו מתכוין להזיק אבל באמת ממש"כ הרמב"ם אח"כ באינו מומחה שלא קבלוהו דהוי כבעלי זרוע לכן חייב דהוי כמו מתכוין להזיק ומוכח דבבא הקודמת אינו משום מתכוין להזיק ולכן נראה דשיטת הרמב"ם הוא כמש"כ התוס' בב"ק דף ק' דהיכי דטעה בשיקול הדעת דקם דינא אפי' לרבנן חייב דלא הוי גרמי אלא מזיק ממש ורק דלכאורה להרמב"ם א"א לומר כן דהא הרמב"ם סובר דאפי' בש"ה הדר דינא ורק היכי דא"א להחזיר מחויב הדיין מ"מ נראה דאפשר לומר כן והיינו דבטועה בד"מ דלא הוי דינו דין כלל שפיר פטור אפי' לר"מ כיון דלא עשה בדבורו כלום אבל בטעה בשיקול הדעת דעכ"פ הדין הוא דין רק שתיקנו

חכמים דיהיה חוזר הדין כדי שלא יצטרך הדיין לשלם וכיון דעכ"פ הדין הוא דין לכן היכי דא"א להחזיר חייב הדיין כיון דעכ"פ בדבורו נתחייב הבע"ד רק הדין קיים ולכן נתחייב בדבורו כיון דבדבורו עשה חיוב וכ"ז שלא חזר חייב הבע"ד ולכן חיובו של הדיין מתלי תלי וקאי והיינו דכ"ז דאפשר להחזיר אינו חייב לשלם כיון דעכ"פ אפשר להחזיר וכמו דאינו חייב כ"ז דלא שילם הבע"ד דאף דמעיקר הדין קם דינא אבל עכ"פ הא תיקנו דיהיה חוזר הדין וכמש"כ הרמב"ן במלחמות.

והנה לשיטת הרי"ף הא דבנו"נ ביד אינו חוזר הדין הוא משום דליכא פסידא דבע"ד אכן לדעת הרמב"ם דגם בלא נו"נ ביד חייב אם א"א להחזיר א"כ א"א לומר דהא דחוזר בלא נו"נ ביד הוא משום פסידא דבע"ד דהא אם לא יחזרו צריך הדיין לשלם וכמו שפסק הרמב"ם בהל' ג' דאם אין להחזיר חייב הדיין והנה הרמב"ן פי' מטעם אחר משום דכ"ז שלא עשה הדיין מעשה לא נגמר הדין אבל לדעת הרמב"ם שכתבתי דגם בש"ה הדר דינא מ"מ נגמר הדין אלא דהדיין יכול לחזור והוא משום תקנה וא"כ יקשה איזה נ"מ הוא בין נו"נ ביד או לא נו"נ ביד.

ונראה לומר דההחילוק הוא באופן אחר דבנו"נ ביד יש רשות לבע"ד לתבוע הדיין בעצמו והוי כמו שהוא לקח על אחריותו ולכן אם נבוא לומר דחוזר הדין יהיה רק בעד הדיין בעצמו וע"ז יוכל לומר הבע"ד כיון שאתה בעצמך פסקת אין לך רשות לתבוע דאדיבורא קמא אני סומך ואף דלגבי הבע"ד אינו יכול לומר כן אבל לגבי הדיין עצמו יכול לומר כן אבל בלא נו"נ ביד תחלת הדין הוא בין הבעלי דינים כשהדיין ראה לחזור ולכן הוא יכול לחזור וחוזר הדין.

אכן באמת לפי"מ שביארתי עכשיו לפי דברי הרמב"ן דמעיקר הדין צריך להיות קם דינא גם בלא נו"נ ביד א"כ אין לנו צורך לשום הסברים דפשוט דכל התקנה הוא רק כדי שלא לחייב הדיין בעד גרמא בעלמא אבל כשנו"נ ביד לא ראו כלל לבטל הדין כיון דמעיקר הדין חייב הדיין בלא דין גרמי.

והנה להרמב"ם דסובר דמומחה אינו יכול לכוף מבואר החילוק גבי מומחה בין קבלוהו או לא קיבלוהו אבל להרי"ף דסובר דיכול לכוף א"כ אין סברא ולכן כ' הרא"ש גבי קבלה של ג' הדיוטות דכיון שיכולים לכוף מהני הקבלה למפטרי' ודבר זה אינו מסתבר דהא קבלוהו אינו שאמרו לו שמקבלים אותו עליהם לדיין אלא שקבלוהו לדון ואולי הרא"ש מפרש שאמרו לו בפירוש הננו מקבלים אותך לדיין ומהני אמירתם למפטרי' אבל לגי' הגאונים שהביא הרי"ף דגריס ואי אינהו קרו לך לא מסתבר דאינהו קרו לך הוא כח שהזמינו אותו לדון כדפרש"י על הרי"ף אכן הרא"ש למעלה גבי יחיד שאינו מומחה

שקבלוהו הסביר באופן אחר דאף שקבלוהו מ"מ לא היה לו לדון יחידי כיון שאינו מומחה ולכן קנסו אותו חכמים שישלם ומשמע דבלאו הך סברא ניחא לי' שיהיה פטור כיון שקבלוהו וא"כ לא צריך טעמא לא ביחיד מומחה ולא בג' הדיוטות היכי שקבלו אותם למה פטורים.

אכן אפשר דאפי' להרי"ף מיושב מתרי טעמי חדא דאף שיכול לכוף מ"מ הא מצות חכמים שלא ידין יחידי אפי' מומחה כמש"כ הרמב"ם פ"ב הל' י"א ולכן עכ"פ לא היה אנוס לומר שהיה מוכרח לדון ולהכי אינו פטור מטעם אונס ועוד אפשר לומר בלאו הך טעמא דכיון דאשכחן גבי מראה דינר לשולחני וכן בטבח שקלקל דאומן פטור ומומחה פטור כמש"כ הרא"ש א"כ גם כאן היה להיות מומחה פטור וע"כ דעיקר החילוק הוא דהתם באו אלו מדעתם ולכן פטור כיון דהוא מומחה אבל הכא כיון דכפה אותם אף דהוא מומחה חייב ויש לדמות זה לנכנס ברשות חברו דפסק הרמב"ם דאפי' באונס חייב וברשות עצמו אינו חייב עד שיתכוין ולכך בכפה אותם הוי כנכנס ברשות חברו אבל בבאו אליו לדון הוי כמו ברשותו דאינו חייב אלא בכונה או בפשיעה כדמוכח מד' הרמב"ם בה' חובל דפשיעה הוי כמו בכונה.

והנה במה שהבאתי מד' הרא"ש לדמות דין מומחה דדיין למומחה דשולחני דכמו דהתם פטור ה"נ יש לדון בדבר דבאמת דין מראה דינר לשולחני שטעה היה צריך להיות דומה לטועה בדבר משנה דהא אין כאן שיקול הדעת דנימא דיש כאן גדר קם דינא ובדבורו גרם היזק ומהא דהדיוט חייב מוכח דבדיין שאינו מומחה אפי' קבלו מ"מ חייב אפי' טעה בדבר משנה דהא מראה דינר לשולחני הוי כמו קבלו עלייהו ומ"מ חייב והטעם דהמראה א"צ לידע אם הוא מומחה או לא וסובר כיון שהוא שולחני הוא יודע ובאמת אם היה אומר לו שאינו יודע והוא סומך עליו ודאי פטור וכה"ג היכי שהוא אומר שמקבל עליו בין לדין בין לטעות וכמו שפירש"י הא דאמר אם קבלוך לא תשלם (ומה דהקשה הר"ן דא"כ פשיטא ומה צריך להשמיענו נראה דכשאמרו לו שמקבלים אותו בין לדין בין לטעות אינו מוכח כלל שיש כאן פטור מתשלומין אלא דיש כאן קבלה שסומכין על דינו ושיהיה קם דינא אבל אינו מוכח שפוטרין אותו במה שיטעה דהא באו לפניו שידין אותו דין תורה רק שאמרו לו שמקבלים אותו לדיין גם על טעות אבל מ"מ היה סברא לומר דלענין זה סמכו שלא יטעה וכיון שהוא יודע שאינו מומחה לא הי"ל לדון ביניהם בפרט היכי שהם לא ידעו שאינו מומחה אלא דזה קשה דהא באמת בהני עובדי דמייתי בגמ' היה מומחה ורק טעם לחייבו הוא בשביל שלא נטל רשות מר"ג וע"כ דאף שהוא מומחה מ"מ כיון שחשבו שידעו דין תורה וסמכו שלא יטעה ורק לחיזוק הפסק

קבלוהו בין לדין בין לטעות הו"א שהוא חייב במה שטעה לכן אשמועינן דכיון שקבלו אותו בין לדין בין לטעות פטור אכן אכתי לא יתיישב מה שסיים רש"י ולא יתבעך וזה בודאי דאם אמרו בפירוש שלא יתבעו אותו מאי קמ"ל) ולכן במראה דינר לשולחני היה סבור שהוא מומחה ויודע ולכן חייב בהדיוט אבל גבי דיין אם אינו מומחה גם הבע"ד ידעו שאינו מומחה וראי' דהא הרי"ף הוכיח דפטור דאם איתא דחייב אין לך אדם שאינו מומחה שנעשה דיין לעולם ואם איתא דהבע"ד סבורים שהוא מומחה הא יש לו עצה להגיד להם שאינו מומחה וע"כ דבהכי מיירי שיודעים שאינו מומחה אבל גבי שולחני כיון שהוא שולחני ועסקו בכך הם סבורים שהוא מומחה.

והרמב"ן במלחמות תירץ באופן אחר דגבי שולחני כיון דשכיח בהו טעותא הו"ל פושע והוי כמאן דליתא דיינא בדינא ומוכח מדברי הרמב"ן דאם ליתא דיינא כלל דהיינו דלא גמיר באמת חייב וע"כ דאינם יודעים דאם יודעים דלא גמיר כלל וקבלו עלייהו אמאי חייב ואי דכפה אותם גם באינו מומחה אמאי יהא פטור דהא אין לו רשות לכוף אותם אם לא דנימא דכונת הרמב"ן הוא בג' הדיוטות ואיכא חד דגמיר אלא דהוא דוחק דמענין ג' הדיוטות דבר אח"כ והשיג על הבעה"מ ומשמע דעכשיו מדבר מקבלו עלייהו וע"כ דהוא כדברינו דכונתו היכי דלא ידעו שאינו מומחה ודלא כדברינו אלא דסובר דכיון דהוא גמיר אף דאינו גמיר וסביר אינו מצוי כ"כ טעותא כמו גבי שולחני.

פרק ז

הלכה ב

מי שקבל עליו קרוב או פסול בין להיותו דיין בין להיותו עד עליו, אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו או כשלשה בית דין מומחין לדון לו בין שקבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהן בין שקבל שיתן כל מה שיטעון עליו חבירו בעדות זו הפסול או בדינו אם קנו מידו על זה אינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמר הדין נגמר הדין והוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותו אינו יכול לחזור.

במ"ש הרמב"ם דלאחר גמר דין ג"כ מהני חזרה עד שיוציא הממון בדין זה הפסול או בעדותן תמהו המפרשים במקור דבריו וכתב הלח"מ דהוא עפ"י דברי הירושלמי דאיתא התם על מתני' קבל עליו בפני שנים יכול הוא לחזור בו בפני שלשה אינו יכול לחזור בו שמואל אמר בשלא נטל מזה ונתן לזה אבל נטל מזה ונתן לזה אינו יכול לחזור ר"י ור"ל אמרין אפי' נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור ומפרש הלח"מ דזה קאי אליבא דרבנן על מה

דאמר מעיקרא דקבל בפני שנים דיכול לחזור וע"ז אמר דבנטל מזה ונתן לזה אינו יכול לחזור והיינו מה דבבלי אמר גמר דין ואף דר"י ור"ל סבר דאפי' נטל מזה ונתן לזה יכול לחזור בו בזה לא פסק הרמב"ם כירושלמי דבבלי פליג דהא ר"ל סבר דאחר גמ"ד דברי הכל אינו יכול לחזור ור' יוחנן נמי סבר דלרבנן אחר גמ"ד אינו יכול לחזור.

ודברי הלח"מ תמוהין לכאורה דמנין לו לומר דבבלי פליג על הא דירושלמי דהא ע"כ גם הירושלמי לא קאי אלא על קבל בפני שנים כמו שכתב בעצמו דהא ר' יוחנן ור"ל לא פליגי על מתני' דתנן דלרבנן אינו יכול לחזור וא"כ מנין להלח"מ דבבלי פליג בזה על הירושלמי אפשר דהבבלי נמי מפרש על קבל בפני שלשה, וצריך לומר בכונת הלח"מ דכיון דמפרש דנטל מזה ונתן לזה זהו גמ"ד א"כ לפי"ז ע"כ דלשמואל דבפני שלשה אפי' קודם גמ"ד אינו יכול לחזור וא"כ מנלן דר"י ור"ל פליגי ע"ז וע"כ דהבבלי דמחלק אליבא דר"י ור"ל בין לפני גמ"ד לאחר גמ"ד היינו על קבל בפני שנים אלא דלפי"ז הי"ל להרמב"ם לחלק דבפני שלשה אפי' קודם גמ"ד אינו יכול לחזור, והרמב"ם לא חילק כלל ומוכח דגם בפני שלשה צריך הוציא וכן דגם בפני שנים מהני גמ"ד דהיינו הוציא וא"כ עכ"פ אינו כדאיתא בירושלמי לא כשמואל ולא כר"י ור"ל והלח"מ משמע דסובר דילפינן מהירושלמי דנו"נ נקרא גמ"ד אבל בזה דמחלקים ר"י ור"ל בירושלמי בין לפני ב' בין לפני ג' ולא ס"ל לבבלי כן אלא דבין לפני שנים בין לפני שלשה קודם גמ"ד יכול לחזור ולאחר גמ"ד א"י לחזור.

והש"ך רוצה ליישב דהבבלי אינו חולק על הירושלמי והירושלמי מיירי לפני שנים והבבלי מיירי לפני ג' ולפי"ז נצטרך לומר דר"י ור"ל פליגי על שמואל גם בקבל לפני ג' דהא מדאמר שמואל דלפני שנים מיירי בלא נו"נ ע"כ דלפני ג' אפי' בלא נו"נ א"י לחזור וצ"ל דר"י ור"ל אפי' נו"נ יכול לחזור היינו דחילוקא בין בפני שנים בין בפני ג' הוא דוקא בנו"נ ולא משמע כן אך לבד זה תימה על הש"ך דאיך רוצה לומר דהרמב"ם סובר להלכה כן דהא הרמב"ם כתב להדיא אפי' קבל א' מן הפסולים כשלשה ב"ד מומחין ולא הזכיר כלל דקבל בפני שלשה. אח"כ ראיתי דהפ"מ מפרש כן דקאי על ר"מ ומה שהקשיתי אינו נכון דלא קאי על קבל עליו לפני שנים אלא על מתני' דהוא לפני שלשה ועיין במה"פ דהביא דהג"א כתב כן דמתני' מיירי בב"ד דהוא לפני ג' דשלא בב"ד לא כלום הוא רק צ"ע בדעת הרמב"ם דסובר דגם יחיד שדנה דינו דין.

אכן נראה דאפשר לומר דשמואל קאי על ר"מ דאמר יכול לחזור וע"ז אמר דאם נו"נ ביד מודה דאינו יכול לחזור ור"י ור"ל סבר דאפי' נו"נ יכול לחזור אבל אליבא דרבנן דאמרי אינו יכול לחזור לא אמרו בזה ר"י ור"ל ואפשר לומר דסברי כר"י בבבלי דמה דאמרו

חכמים דאינו יכול לחזור הוא רק לאחר גמ"ד והיינו כשנו"נ אלא דגם ע"ז קשה כמ"ש דאם נפרש דקאי על קבל בפני שנים וע"ז אמרי ר"י ור"ל דאפי' נו"נ אינו יכול לחזור דהא לא פליגי על שמואל בזה ולשמואל ע"כ בלפני שלשה אפי' בלא נו"נ אינו יכול לחזור והרמב"ם לא חילק בין לפני שנים בין לפני שלשה ולכן מסתבר יותר דהירושלמי חולק על הבבלי ולהירושלמי סברי ר"י ור"ל דבין בזה בין בזה מחלוקת ואנן קיי"ל כר"י דבבלי דדוקא לאחר גמ"ד ולכן פסק הרמב"ם דדוקא הוציא.

אכן עוד יותר אפשר לומר דהנה באמת הרמב"ם לא פסק נו"נ ביד כי אם הוציא והוציא לא קאי על הדיין כדמוכח מלשונו ובחילוק בין הוציא החייב ובין נו"נ אפשר לומר לפי דעת הרמב"ם אליבא דרב חסדא ולשיטת הרמב"ם דחולק על הרי"ף והחלוק בין נו"נ ללא נו"נ אינו משום פטור תשלומין דהא לשיטת הרמב"ם גם בלא נו"נ חייב לשלם וצריך לומר כדעת הרמב"ן דנו"נ גורם יותר פס"ד דליהני טעה בשיקול הדעת וא"כ אפשא שפיר לומר דנו"נ גורם יותר פס"ד לגבי דיין שאינו כשר עפ"י דין ולפי"ז נאמר דהרמב"ם אינו מפרש דגמ"ד הוא נו"נ דהירוש' אלא דגמ"ד הוא רק הוציא ולומד זה ממה דהירושלמי מחלק ואמר בד"א שלא נו"נ אבל נו"נ אינו יכול לחזור ואינו אומר אבל כבר שילם וע"כ דזהו גמ"ד ובשילם זהו עיקר המחלוקת וזהו כמו בגמ' דידן דבגמ"ד מחלוקת ומזה מוכח דגמ"ד הוא שילם ולכן אמר שפיר דבמדרגה יותר דהיינו נטל מזה (ונטל) [ונתן] לזה אפי' ר"מ מודה וע"ז פליגי ר"י ור"ל ואמרי דאפי' נו"נ נמי יכול לחזור אבל בין שמואל ובין ר"י ור"ל סברי דלאחר גמ"ד פליגי וגמ"ד היינו שהוציא הבע"ד הכסף.

ויש להרמב"ם ראי' לזה מדין השבע וטול דאמרינן דאם נשבע אינו יכול לחזור בו ומוכח דבלא נשבע אף לאחר גמ"ד יכול לחזור דאיל"ה לשמועינן רבותא טפי דנגמר דינו אינו יכול לחזור בו ועוד דאם נימא דלא בעינן הוציא א"כ מאי אשמועינן דהלכה כרבנן דהא כיון דנשבע הוי ודאי כמו גמ"ד דהא משמע דנשבע אינו קפץ ונשבע אלא דנשבע שבועת ב"ד וא"כ פשיטא דנגמר דינו ובודאי קיי"ל כרבנן וע"כ דאשמועינן דאע"ג דלא הוציא המעות כיון דנשבע נתקיים בפועל הגמר דין ולכן אינו יכול לחזור בו ואף דאפשר לומר דשאני כיון דנשבע הלה על פיו לכן נתחייב מ"מ אפשר דהרמב"ם אינו סובר סברא זו וסובר דנשבע הוי רק כמו שנגמר הדין.

אכן אכתי קשה במש"כ התוס' בב"מ פ' המפקיד שהביאו דין אמר הריני משלם לדין השבע וטול דאם גבי השבע וטול גרסי' ונשבע, גבי אמר הריני משלם נמי יכול לחזור ויקשה על דברי המ"מ שהביא בפ"ח מהל' שאלה ופקדון גבי אמר הריני משלם דעת המפרשים דאינו יכול לחזור בו ומשמע דסובר דגם דעת הרמב"ם כן (וכן באמת מסתבר

כמו שכתבו המפרשים דאם יכול לחזור בו א"כ אמאי מקני כפילא אפי' היכי דלא חזר ואמר איני משלם כיון דיכול לחזור בו) דהא הרמב"ם סובר כאן דדוקא היכי שנשבע אינו יכול לחזור בו ונראה דיש חילוק דדוקא גבי נאמן עלי אבא דהתחייב עצמו שלא מן הדין וכן גבי השבע וטול היכי שהלה נשבע אבל גבי אמר הריני משלם כיון דמעיקר הדין היכי דחייב שבועה דאורייתא אם אינו נשבע חייב מן הדין לשלם דהא יש עליו חיוב או לישבע או לשלם וכיון שאינו נשבע ממילא צריך לשלם ולכן כיון שאמר איני נשבע זהו הגמר דין באמת ואינו כלל שלא מן הדין אלא כיון דאינו רוצה לישבע מן הדין צריך לשלם ולכן לא בעינן גמ"ד בפועל אלא דזהו גופא גמ"ד בפועל דהסתלק עצמו מן השבועה וממילא חייב בתשלומין.

והנה במש"כ למעלה יש להוסיף דהנה הנמוק"י בסוף פ"א דב"מ גבי שטרי בירורין הביא דברי הרשב"א והר"ן דהיכי דטענו הבע"ד אף שלא כתבו אין יכולים לחזור והביאו ראי' מהירושלמי שהבאנו דקבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני שלשה אינו יכול לחזור ומשמע דקבל הוי משהתחילו בע"ד לטעון והובא כאן במה"פ בירושלמי ודחק לפרש דאף דהכא מיירי הירושלמי לענין קבל קרוב או פסול מ"מ למד הרשב"א מכאן לענין ב"ד כשר במכ"ש דמשהתחילו לטעון אינו יכול לחזור.

הלכה י

מי שקנו מידו שאם לא יבוא ביום פלוני וישבע יהיה חבירו נאמן בטענתו ליטול כל מה שטען בלא שבועה, או שאם לא יבוא ביום פלוני וישבע ויטול אבד את זכותו ואין לו כלום ויפטר חבירו, ועבר היום ולא בא נתקיימו התנאים ואבד את זכותו, ואם הביא ראיה שהיה אנוס באותו היום הרי זה פטור מקנין זה וישבע כשיתבענו חבירו כשהיה מקודם וכן כל כיוצא בזה.

כתב הסמ"ג הובא בהגהות מיימוני שם וז"ל, וכן ראיתי בירושלמי דקדושין בענין אדם המתנה אם לא אעשה כך יום פלוני יהיה כך ואירע לו אונס, ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד, ור"ל אמר אונסא כמאן דעבד והלכה כרבי יוחנן לגבי ר"ל עכ"ל, ועיין בב"ח ובש"ך סי' כ"א ומבואר שהסמ"ג תמוה מתרי טעמא, חדא דמייתי ראיה לסתור דבירושלמי מבואר דלר"י דאמר אונסא כמאן דלא עביד לא נתבטל דיני התנאי ונשאר כמו שהתנה דשם מיירי שקדשה ע"מ שיכניסה ליום פלוני, ואם לא יכניסה ליום פלוני יבטלו הקדושין, ואירע לו אונס ולא הכניסה, וסובר ר"י דמ"מ הוא כמו שלא כנס אותה ובטלים הקדושין, ור"ל סבר אונסא כמאן דעבד והוי כמו שכנס והקדושין אינם בטלים, ונמצא דלר"י אונס אינו מגרע כלל, וא"כ מאי מייתי ראי' לכאן דבאונס לא נתקיים דין

התנאי, ואיברא דקושיא אין כאן מר' יוחנן על הך דינא דהרמב"ם משום דהכא כיון שע"י מה שלא בא צריך הוא להתחייב, שפיר אמרינן דמה שלא בא באונס אינו מחייב אותו, אבל התם בירושלמי כיון שעכ"פ היא נתקדשה ע"מ שיכניסה וכיון שלא הכניס אותה אף שהוא באונס מ"מ האונס אינו עושה כניסה ואונסא כמאן דלא עבד ובודאי דליכא קושיא מירושלמי על הרמב"ם אבל גם ראי' אין כאן, וביותר קשה מה שכתב הסמ"ג והל' כר"י לגבי ר"ל כמו דמר"י מוכח יותר, ובאמת הוא להיפך דמר"ל היה ראי' ברורה בתורת כ"ש וק"ו מה התם דהאונס עושה שמתבטל דין התנאי שמתקיימים הקידושין עי"ז, א"כ כ"ש שהאונס יגרום שיתבטל דין התנאי שלא יהיה מחויב במה שהתחייב ועוד תימה עצומה מה שהקשה הש"ך שם דהא הוא גמ' בנדרים דף כ"ז גבי ההוא דאתפיס זכותא והוא בדברי הרמב"ם בה' זו והוא כד' הרמב"ם שם ולמה הוצרך הסמ"ג להביא ע"ז ראי' מירושלמי שאינה ראי' כלל וכנ"ל.

והנה הרמב"ם בפ"ט מהל' גירושין הל' י"ז פסק דאם אמר הר"ז גיטך אם מתי מחולי זה ונפל הבית או הכישו נחש אינו גט ואם אמר אם לא אעמוד מחולי זה הוי ספק גירושין, וכתב המ"מ דהרמב"ם מפרש הא דאמר בגמ' שלחו מתם אכלו ארי אין לנו, היינו דאם לא אעמוד הוי ספק והך ספק הוא במשמעות הלשון דאם מתי מחולי זה משמע דהמיתה תהי' מסבת החולי אבל אם לא אעמוד הוו ספק אם כונתו מתוך החולי או מסבת החולי, וקשה דאפי' נימא דאם לא אעמוד הכונה מתוך החולי מ"מ אמאי הוי גט דהא עכ"פ היה אונס ועל אונס לא סליק אדעתי' ועל הרמב"ם אפשר לומר דמשום אונס לא בטל הגט דהא אין אונס בגיטין ולא יסבור כשיטת התוס' ריש כתובות דבאונס דלא שכיח לא אמרינן אין אונס בגיטין אבל קשה על המחבר בשו"ע בסי' קמ"ה שפסק כשיטת התוס' דבאונס דלא שכיח יש אונס ומ"מ פסק דבאם לא אעמוד הוי ספק, ומצאתי שעמד בקושיא זו הב"ש בס"ק י' ונשאר בצ"ע.

והנראה בזה דהנה הא דאונס מבטל קיום התנאי בהא דאם לא באתי צ"ל בפשוטו משום דאדעתא דהכי לא התנה וקשה מהא דפריך הגמ' בנדרים אונס הוא ואונסא רחמנא פטרי' דכתיב ולנערה לא תעשה דבר וכי תימא קטלא שאני והתנן נדרי אונסין וכו' וקשה מה ס"ד להביא מהא דולנערה לא תעשה דבר לבטל מה שהתנה שאם לא יבוא יבטלו זכויותיו דאטו מה שאנו אומרים שיבטלו זכויותיו הוא משום דין עונש הא אינו אלא בשביל שכך נתחייב והתפיס זכויותיו על תנאי זה וזכה הלה בתנאו, וצ"ל דזה ודאי אנו יכולין לומר גם בעצמנו הך סברא דאדעתא דאונס לא התנה ולא עלה על דעתו להתחייב אלא באופן הרגיל, אלא דהיינו יכולין לומר כמו דאמר בגמ' באונסא דשכיח דהוי לי'

לאתנויי ולא אתני, ה"נ היה צ"ל בכל אונס דכיון דעכ"פ כל אדם יודע שמצוי אונסין בעולם ואפי' אונסים דלא שכיחי א"כ כשהתנה אם לא באתי ונתכוין לדרך הרגיל היה צריך להתנות שעל אונס אינו מתחייב וע"ז בעי הגמ' ללמוד מקרא דלנערה לא תעשה דבר דכיון שהתורה לא חייבה לאדם על אונסים א"כ גם כשמתנה על עצמו להתחייב אם לא יבוא אינו מחוייב להתנות דבשעת התנאי אין לזה גדר אונס דהוא דבר מצוי שיהיה פסקי' מברא, אלא דעכ"פ עכשיו אינו יכול לבוא ולכן על אונס המצוי מחוייב להתנות דבשעת התנאי אין לזה גדר אונס אלא דדחי הגמ' דקטלא שאני ומוכיח מהדירו חבירו דבתנאים נמי אמרינן דעל דעת אונס לא התנה.

והנה בריש כתובות דבעי לאוכוחי דאין אונס בגיטין מהא דפסקי' מברא ודחה דאונסא דשכיח שאני עוד בעי לאוכוחי ממת בתוך י"ב חודש ודחי דמיתה שאני דלא ניח"ל דתיפול קמי יבם, וכתב ע"ז הר"ח הובא בתוס' דהוי שינויי דחיקא נינהו ולא סמכינן עלייהו, ולכן קיי"ל דאין אונס בגיטין וקשה דבשלמא בכתובות דבעי לאוכוחי דאין אונס בגיטין וע"ז דחי שינויי דחיקי דלא היה אפשר לדחות באופן אחר אבל בנדרים דשו"ט בגמ' בעיקר דין אונס אם מבטל קיום התנאי ומייתי בגמ' נמי הא דפסקי מברא והא דמת בתוך י"ב חודש ודחי כדדחי בכתובות ולדברי הר"ח קשה דלמה הוצרך בנדרים לדחות דהוי שינויי דחיקי ולא דחי דהתם טעמא משום דאין אונס בגיטין איברא דהר"ן שם בנדרים כתב דה"ה דהוי מצי לשנויי דאין אונס בגיטין אבל זה שייך גם אם אלו הטעמים הם להלכה דגם בשאר תנאים שלא מעניני גיטין לא דיינינן דאין אונס באונסא דשכיח אבל כיון דהני שינויי אינם להלכה הו"ל לגמ' לדחויי כהלכתא משום דאין אונס בגיטין.

ונראה דהנה במה שכתבנו דעיקר סברא דאונס מבטל קיום התנאי הוא משום דאדעתא דהכי לא התנה ראיתי שהרא"ה בכתובות שם הובא בש"מ כתב טעם אחר דבתנאי שמתנה במעשה עצמו כמו באם לא באתי תלה הדבר בדעתו ורצונו וכמו שאומר אם לא אבוא ברצוני, ונ"מ בין ב' הטעמים בתנאי שאינו מתנה במעשה עצמו אלא במעשה אחרים ונראה דיש עוד נ"מ דבהך סברא שכתבנו משום דאדעתא דאונס לא התנה והוא בגדר אומדנא וטעות וסברא דאונס רחמנא פטרי' אנו צריכין בשביל זה דלא נימא הוי לי' לאתנויי, וא"כ עכ"פ באונס דשכיח כיון דבשעת התנאי אינו דבר בלתי מצוי כלל דשכיח שיהיה פסקיה מברא א"כ לא שייך לומר דאדעתא דהכי לא התנה וזהו סברת הגמ' דאונסא דשכיח שאני דהוי לי' לאתנויי ולא אתני, אבל אם נימא כסברת הרא"ה דכיון שתלה הדבר במעשה שלו תלה בדעתו ורצונו א"כ לא שייך כלל לומר דהו"ל לאתנויי ולא אתני דאנן לא משום אומדנא וטעות אתינן אלא דהוי כמו שאמר אם לא

באתי מרצוני א"כ הוי כמו שהתנה ולכן לפי הסבר הרא"ה גם בפסקי' מברא שפיר הוי אונס.

והנה במה דאמרינן בגמ' לא ניחא לי' דתיפול קמי יבם והקשו בתוס' גבי אכלו ארי דאמרינן דלא הוי גט הא לא ניחא לי' דתיפול קמי יבם, והיינו לשיטתם דאכלו ארי הבטול הוא משום דין אונס [דלשיטת הרמב"ם דאכלו ארי הבטול הוא משום דאם מתי מחולי זה הוא מסבת החולי ואין זה בלשון התנאי לא יקשה כלל דמשום דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם לא תתגרש דמה יועיל מה שלא ניחא לי' עכ"כ לפי תנאו לא נתגרשה באופן זה] ותירצו בתוס' דבאונס דלא שכיחא כלל לא אסיק אדעתיה שירצה שיהיה גט, והקשה הבית יעקב דא"כ מוכח דתוס' מפרשי דבאונס סתם אסיק אדעתי' שירצה שיהיה גט בכל אופן וא"כ אי אסיק אדעתא באונס סתם אמאי הוי אונס הא אמרינן דאונס דשכיחא כיון דסליק אדעתא הו"ל לאתנויי ולא אתני, ונ"ל דאונס סתם איברא דאדם מעלה בדעתו שמצוי אונסין כמו במתנה אם לא באתי אדם יודע שאפשר שיחלה רק בכ"ז אמרינן שדעתו הוא שאינו מתנה אלא במנהגו של עולם ולא אם יהיה סבה על פי אונס וכבר כתבנו דמשום אונסא רחמנא פטרי' אינו מחויב להתנות שאין כונתו על אונס וע"כ בלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם מפרשי התוס' דהוי כמו שהיה בדעתו דאונס מיתה לא יבטל את התנאי.

אכן כ"ז הוא לפי' התוס' אבל לשיטת הר"ח י"ל דבסוגיא דנדרים איתא לשון הסוגיא באופן אחר, דלשון הגמ' שם הוא שאני התם דאי הוי ידע דמית לאלתר הוי מגרש ויהיב גיטא ומשמע בפשוטו דאינו משום שכן חשב וגמר בעת נתינת הגט אלא דהוא אומדנא דאנן אמדינן דעתי' שלא לבטל את הגט בשביל טענת אונס דכיון דאונס אינו אלא בשביל גדר טעות ואדעתא דהכי, וכיון דעל אופן מיתה בודאי היה נותן הגט א"כ בטלה האומדנא, ולכן נראה דכן דעת הר"ח דלא כפי' התוס' דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם הוא שגמר בדעתו שיהיה גט באופן זה אלא דלעולם לא אסיק אדעתי' כלל על אונס רק דהוא אומדנא דאמדינן דעתי' לבטל האומדנא דאונס וקושיית התוס' מאכלו ארי לא יקשה על הר"ח כמש"כ למעלה דלפי' הרמב"ם דמפרש דאכלו ארי אינו מטעם אונס אלא משום דלא נתקיים התנאי כלל א"כ לק"מ כנ"ל, והנה לפי"ז א"כ לא שייך הך סברא דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם אלא אם נפרש בטול דאונס משום גדר דאדעתא דהכי אז שפיר אמרינן דבאונס מיתה לא שייך אדעתא דהכי דבודאי היה רוצה אבל אם נפרש כפי' הרא"ה דאונס הוא משום דבשעה שמתנה אם לא באתי תולה בדעתו ורצונו שאם לא יבוא היינו שיהיה מצד שלא יחפוץ לבוא א"כ הוא כמו שמפורש כן בתנאי א"כ

אם אח"כ נעשה אונס מיתה כיון דלא סליק אדעתא כלל ובהתנאי הא מבורר שתלה בדעתו וא"כ מה יועיל שאם היה יודע היה נותן בלא תנאים עכ"פ עכשיו הוא נתן על תנאי, ואומדנא לא תוכל לעשות גט דאומדנא אינה יכולה אלא לבטל גט מכח טעות ואדעתא דהכי או לבטל את הטעות ואומדנא הסותרת כנ"ל ולקיים את הגט שלא יבטל מכח האונס, אבל אם עפ"י התנאי מפורש שבאופן כזה לא יהיה גט מה מהני מה שאם היה יודע היה נותן באופן אחר, עכ"פ עכשיו לא נתן אלא באופן זה ולפי"ז נאמר דהר"ח יסבור כהרא"ה וממילא שני התירוצים בין אונסא דשכיח בין לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם הוי דלא כהלכתא.

והנה נראה דהא דהרא"ה לא שייך אלא באם לא באתי שנותן הגט מדעת עצמו ועל דעתו, ולכן אמרינן דכשתלה ואמר אם לא באתי תלה בדעת עצמו שאם לא יבוא מדעתו אז נותן הגט, אבל בההוא גברא דאתפיס זכותי' שהיה עפ"י ב"ד משום שהיה צריך לבוא לדין וקבעו לו זמן שיבוא לזמן פלוני ואם לא יבוא לזמן פלוני יבטלו זכויותיו, א"כ היה תנאו על דעת ב"ד שרצו בודאי שיקויים הבטחתו שיבוא לזמן פלוני, ובאופן זה אם לא בא ע"י אונס המצוי מסתבר דאינו מבטל את קיום התנאי, דהכא לא היה התנאי על רצונו אלא על עיקר ביאתו, ודוקא אונס שאינו מצוי דמבטל קיום התנאי משום גדר אונס של אומדנא דאדעתא דהכי לא התנה יוכל לבטל קיום התנאי דעכ"פ אדעתא דאונס לא בטל זכויותיו.

ובזה מיושב מה דהכא קאמר הגמ' דאונס מבטל את התנאי משום דאונס רחמנא פטריה ולשיטת הרא"ה לא צריך לזה כלל דהא הוי כמו שהתנה ממש ותלה בדעתו, אלא משום דהכא לא שייך זה, וע"כ צריך כאן לאונס של בטול ואדעתא דהכי וכנ"ל, וכן בהא דמייתי הגמ' מהדירו חברו שיאכל אצלו וחלה, התם נמי הא לא הוא התנה והדיר כי אם חבירו, ולכן אמרינן דלא נתכוין אלא לאכילה ממש ולא לדעתו ורצונו ורק הבטול הוא כאן נמי משום אומדנא דלא כיון אלא למנהגו של עולם ולא על דעת אונס, ועכשיו שפיר מיושב שיטת הר"ח ויש להוסיף דבאונס דשכיח מוכח בגיטין דף ל"ד גבי אי לא נסיבנא דאיכא טענת אונס ורק משום דאין אונס בגיטין הוי גט, וכן כתב שם הרשב"א בחידושיו, ומוכח דנקטינן כסברת הרא"ה וממילא גם הא דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם הוי נמי דלא כהלכתא וכמש"כ, אבל בסוגיא דנדרים כיון דשם לא איירי בסברא דתלה בדעתו ורצונו אלא משום אומדנא ואדעתא דהכי, משום הכי שפיר קאמר דאונס דשכיח אינו אונס וגם לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם מהני לבטל האונס, אבל באמת קיי"ל דבאם לא באתי איכא טעמא אחרינא לבד הך טעמא דאומדנא אלא משום דאם

לא באתי וכיוצא בזה תולה בדעתו ורצונו ולכן שפיר קיי"ל דגם אונס דשכיח הוי אונס וגם לא ניחא ליה דתיפול קמי יבם אינו מבטל טעם אונס.

ועכשיו שפיר מיושב ד' הרמב"ם וד' המחבר דאף דלא קיי"ל כהסברא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם, ומשו"ה אם התנה אם לא באתי ונעשה אונס דלא שכיח אף אם מת מזה מ"מ לא הוי גט, לשיטת התוס' דבאונס דלא שכיח יש אונס בגיטין, היינו דוקא באם לא באתי דשם טעמא דאונס הוי משום דהוא כמו שהתנה ממש שתולה בדעתו וכנ"ל, אבל באם לא אעמוד מחולי זה ואכלו ארי הא כאן לא שייך לומר שתלה בדעתו ורצונו ואלא שנפרש שהיה כונתו דוקא מחולי זה, הא בזה קיי"ל דזהו ספק אם לא אעמוד מחולי זה משמע מתוך אותו החולי או מסבת החולי וא"כ אם נבוא כאן לטעמא דאונס הוא ע"כ לטעמא דאומדנא ואדעתא דהכי שאדעתא דאונס לא התנה, ובזה שפיר הדר קיימא הסברא דלא ניחא לי' דתיפול קמי יבם, דבזה לא נדחה כלל סברת הגמרא ולכן מיושב שפיר מה דבאם לא אעמוד מחולי זה הוי ספק ולא נתבטל הגט משום דין אונס דלגבי דין אונס דאומדנא איכא הא דלא ניחא ליה דתיפול קמי יבם וכנ"ל.

ועתה נבוא לד' הסמ"ג שהבאנו והנה בעל העיטור הובא בר"ן פ' כל הגט ובהמ"מ פ"ט מה' גירושין כ' דאיבעי קמי דרב שמואל ריש כלה אי יש אונס בקדושין והיינו שלא נתקיים התנאי באונס ולא איפשיטא, והנה הר"ן שם כתב על פלוגתא דר"י ור"ל וז"ל ומשמע לי' דבהא פליגי, ר"ל מדמי לה למגרש ומתנה אם לא באתי דכי פסקיה מברא שמיה מתיא אי לאו משום תקנתא שהתקינו שלא יהא אונס בגיטין, כדאיתא בריש כתובות וה"נ אונסא כמאן דעביד, ר"י סבר דלא דמי דהתם שאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאי ברצון אבל באונס לא, אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו אא"כ יקיים תנאו, אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקדושיו, והיא סברא פשוטה ובאמת צריך להבין בטעמא דר"ל וכן ספיקו של ר"ש ריש כלה, והנה אמנם דיש לומר דהכונה בשביל שאמר אי לא אתינא ליבטלי קדושין והיינו שהתנאי היה בבטול הקדושין וכיון דהתנאי דלא אתינא נתקיים באונס א"כ הוי כמו שלא נתקיים התנאי דלא אתינא ולא נתבטלו הקדושין ולפי"ז יהיה כאן נמי כמו לענין גירושין באם לא באתי דשם הוי קיום התנאי באונס וכאן ג"כ אם נפרש דהתנאי הוא בבטול הקדושין וא"כ אם נתקיים הלא אתינא באונס יהיה נקרא קיום התנאי באונס, אך מ"מ עוד קשה הדבר דכיון דסוף סוף לא נתקדשה אלא ע"מ שיבוא א"כ מה בכך שהיה אונס עכ"פ לא בא ומה לה באונסו ואיך יוכל האונס לקיים הקדושין וביותר דבהך דירושלמי ובסברת ר"ל קשה לומר כן דהא

איתא שם דקדיש ע"מ אכניסינך ליום פלן ואף שאמר עוד ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום מ"מ התחלת הקדושין היה ע"מ שיכנסנה וגם לשון ר"ל דאמר אונסא כמאן דעבד קשה להבין דאיזה סברא הוא דאונס יהיה כמו שקיים.

ונראה דכל זה תליא במה שהבאנו למעלה דאם מה דאונס מבטל קיום התנאי גבי אם לא באתי גבי גירושין הוא משום דהוי כמו שהתנה בפי' אם לא באתי ברצוני נוכל לומר דסובר ר"ל דגם הכא בקדושין כיון שהוא היה המתנה דהא מסיים בירושלמי דאם היא תתנה אי אתא יום פלן ולא כנסתה לי אז גם ר"ל מודה, וכיון דהוא היה המתנה לכן סובר ר"ל דאף שהוא לטובתה מ"מ אמרינן ג"כ הך סברא דכיון שהוא היה המתנה היה כוונתו שתלה בדעתו ורצונו שאם יהיה העיכוב מסבתו אז לא יהיו הקדושין ויהיה כמו שהתנה בפי' אי לא כנסתיך מדעתי ורצוני אז לא יהיה קדושין וזה דאמר ע"מ מכנסינך ליום פלן סומך על דבריו שאומר אח"כ ואי אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עלך כלום והיינו שתולה הדבר בסבתו דבזה האופן תולה הקדושין וע"כ סובר ר"ל דכיון שהוא היה המתנה את התנאי אף שהוא לטובתה מ"מ התנה אדעתא דידיה וגם היא אדעתא דתנאי שלו סברה וקבלה את הקדושין, אבל ר' יוחנן סבר דכיון שעכ"פ היא קבלה את הקדושין והוא ג"כ אמר לה התנאי לטובתה ע"כ לא אמרינן דהוי כמו שמפורש בלשון התנאי שאם לא יכניס אותה בסבתו אלא דהתנאי היה על עיקר הכניסה, דמה שאונס מבטל אם נתקיים התנאי עפ"י אונס הוא משום דאמדינן לדעתיה דאדעתא דאונס לא כיון והוא מגדר ביטול וטעות וא"כ דין אומדנא אינו יכול להיות מועיל אלא לבטל דבר ולא לקיים דבר.

ונמצא דמה דאמר ר' יוחנן אונסא כמאן דלא עבד הכונה דאונס אינו כמו שנתקיים התנאי ממש וגם הקדושין מתקיימים, דאונס אינו יכול אלא לבטל חיוב משום דאדעתא דהכי לא התנה אבל עכ"פ התנאי לא נתקיים, וי"ל עוד דמה דאמר ר"י אונסא כמאן דלא עבד היינו דכל כחו של אונס הוא לומר דאדעתא דהכי לא היה מתרצה א"כ הוא כמאן דלא עבד כמו שלא עשה עיקר המעשה, וגבי גט שייך זה לומר דהוי כמו שלא נתן גט על אופן זה, וכן היכי שנתחייב על תנאי ונתקיים התנאי באונס לומר שעל דעת כן לא נתחייב, אבל בקדושין מה מהני אונס דכמו דאם לא עבד לא הוי קדושין ור"ל סבר אונסא כמאן דעבד דאין האונס גורם בטול כל מעשה הקנין אלא גבי גט מה דאמרינן דמה שלא בא באונס אינו גורם קיום התנאי זהו משום דלא נתקיים שלא יבוא מדעתו ורצונו ולכן גם גבי קדושין כיון שאנו מפרשים דבריו במה שאמר ע"מ מכנסינך ליום פלן היינו שלא יהיה עיכוב מצדו מדעתו ורצונו, וכיון שלא יהיה עיכוב מצדו דרק מאונס לא

כנסה הוי קידושין, ולכן זהו מה שמביא הסמ"ג ראי' לדינו של הרמב"ם מהא דר' יוחנן דעיקר מה שהוצרך להביא ראי' משום דדין טענת אונס שמצינו גבי גיטין דהוי מהני אי לאו תקנת צנועות ופרוצות הא מיירי בבעל שנתן גט לאשתו שנותן הכל על דעתו, אבל בדינו של הרמב"ם שהתפיס זכויותיו שב"ד הכריחו אותו לעשות כן בשביל שהיה צריך לבוא לב"ד היה סברא דלא נידון בזה דין אומדנא כלל, וכמו כן כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה שהקשו דא"כ כל הלוקח פרה מחבירו ומתה נימא שע"מ כן לא לקחה, ותירצו דלא אמרינן כן אלא בנותן לבד אבל בלוקח לא שייך זה דהמוכר לא היא מוכר לו על מנת כן, וא"כ היה סברא לומר דלא ניזל כאן בתר אומדנא לכן הוצרך הסמ"ג להביא ראי' מהא דאמר ר' יוחנן אונסא כמאן דלא עבד דמוכח דגם בתנאים שבין אדם לחבירו שאינו תלוי בדעת אחד ג"כ אונס מבטל קיום התנאי אלא דאמר ר' יוחנן דעכ"פ אינו כמאן דעבד, וכמו שבארנו.

ומבואר דמר"ל לא היה יכול להביא ראי' דר"ל לא נחת מטעם אומדנא אלא משום דהוי כמו שהתנה בדעתו וברצונו ובזה הא אמר להדיא דהוא דוקא כשהבעל התנה אבל כשהאשה מתנית לא מהני אונס וא"כ הכא בדינו של הרמב"ם ב"ד הם שהתנו וקנו מידו שאם לא יבוא ליום פלוני יהיה חבירו נאמן בטענותיו ויטול כל מה שטען, ולא נוכל לבוא כאן מטעמו של ר"ל ולכן הביא דוקא מדברי ר' יוחנן וכנ"ל, אלא דצריכין אנו להוסיף דמ"מ לא קשה מהא דר"י על דברי התוס' בכתובות שהבאנו דלא דמי דהתוס' כתבו זה על קושיתם בלוקח פרה מחברו ומתה דזהו אונס הבא אחר המכירה וזהו דומיא דהתם כשמת הבעל קודם הנשואין דאמרינן שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ובזה כתבו התוס' דלא מהני מה שאם הלוקח היה יודע שתמות הפרה לא היה קונה דהמוכר לא היה מרוצה למכור על ספק זה, אבל הכא אין זה אונס הבא אחר המכירה, אלא דעיקר הגורם דזהו קיום התנאי נעשה באונס, ובזה שפיר מוכיח מדברי ר' יוחנן דאפי' באופן שהתנאי בין שנים נמי שייך פטורא דאונס.

ועתה עלינו ליישב הקושיא החמורה דהא הוא סוגיא מפורשת בנדרים ונראה לי דהנה הב"ח והט"ז כתבו מה דהכא לא בעי שיקנה בב"ד חשוב ובנדרים מסקינן להדיא דבעי אדם חשוב ותירצו דהכא אין הזכות מבורר דהא אכתי שכנגדו צריך לישבע או שהוא עוד צריך לישבע, אכן לבאר יותר נראה לי דמתי הוי אסמכתא הא איתא להדיא דדוקא היכי דגזים, אבל אם אוביר אשלם במיטבא אינו אסמכתא, ע"כ נראה דהנה במי שצוו לו ב"ד לישבע הוא מחוייב לישבע ואם אינו חפץ לישבע הוא צריך לשלם, א"כ כשהניחו לו ב"ד את השבועה עתה בשביל שיתחייב שאם לא ישבע אחר ל' ישלם הא לא גזים כלל

דהא מעיקרא דדינא אם אינו נשבע עתה צריך לשלם, וכן כל נשבע ונוטל אם אינו רוצה לישבע מפסיד ואינו יכול לאחר את השבועה וראיה מת"ח שאין משביעין אותו ומ"מ אינו גובה וא"כ מאי עדיפותא דת"ח, וע"כ לענין זה שיש לו רשות להשאיר הדין תלוי ועומד, וא"כ בנשבע ונוטל שלא רצה לישבע ואיחר הזמן וקנו ממנו שאם לא ישבע ליום פלוני יאבד זכותו לא גזים כלל משא"כ בהא דנדרים הא אתפיס זכותו והיינו זכותים מבוררים שא"א לו להפסיד באיחור זמן וא"כ הוי גזים, ולכן שם הוי אסמכתא וא"כ מיושב שפיר מה דלא הביא הסמ"ג מנדרים משום דהתם כיון דהוי גזים והוי כנותן מתנה מצדו דהא הוי אסמכתא א"כ ס"ד דאינו מועיל אונס ואדעתא דהכי דהא כתבו התוס' בכתובות דף מ"ז דגבי מקח וממכר לא שייך אדעתא דהכי משום שהמוכר לא היה מתרצה, ע"כ מוכיח שפיר מהא דר' יוחנן דקאמר אונסא כמאן דלא עביד והיינו שאונס אינו יכול רק לבטל ולא לקיים ולמה צריך ר' יוחנן לזה תיפוק ליה דהיכי שתלוי בדעת חבירו לא אמרינן אדעתא דהכי וע"כ דגם בכה"ג אמרינן אדעתא דהכי ומדברי התוס' בנקל יש לחלק וכמש"כ למעלה.

והנה בהך פלוגתא דאונסא כמאן דעבד איתא בירושלמי שם בגיטין פ"ז הל' ו' וז"ל חד בר נש אקדים פריטין לאילפא ונגב נהרא אתא עובדא קומי רב נחמן בר יעקב הא אילפא אייתי נהרא, אתא בר הונא בשם ר' אבא הוי מצלי דייגב נהרא בגין דניסב פריטי אשכחת אמר ר' יוחנן ור' בא לא סברין כרשב"ג ר"ל ור"נ ב"ר יעקב סברין כרשב"ג, ופירשו הק"ע והפ"מ שהקדים מעות לבעל הספינה שיעבירנו ויבש הנהר, ואמר רנב"י שכיון שהספינה לפניו אינו מחויב להחזיר המעות, ור' אבא סבר דצריך להחזיר ותולה זה הירושלמי בפלוגתא דר"י ור"ל אי אונסא כמאן דעבד וגם בפלוגתא דת"ק ורשב"ג בדין כל עכבה שאינה ממנה, וקשה כיון דבירושלמי אמר מקודם להדיא דאם האשה מתנית ע"מ שיכניסנה ליום פלוני גם ר"ל מודה דלא מהני אונס ואפי' אם ע"פ אונס לא הכניסה הקדושין בטלין וא"כ קשה דבהא דרשב"ג דהתנה הבעל ע"מ שתשמשי את אבא או ע"מ שתניקי את בני הרי הבעל כשמתנה כאן הוא כמו האשה שהתנית וא"כ אמאי אמר דר"ל סבר כרשב"ג הא גם לר"ל לא מהני כאן טענת אונס, וכן נמי קשה במה דתולה לענין הך עובדא דהקדים מעות לבעל הספינה דאף דמוכח דסבר דקיום העברה הוא רק בגדר תנאי, אבל עכ"פ צריך להיות דמי להיכי שהתנית האשה דהא הכא כשנתן מעות לבעל הספינה ודאי הוי כמו שהוא התנה על אופן שיעבירו וא"כ אמאי מהני דין אונס שיזכה בהמעות.

ונראה דיש נ"מ בין היכי דמניעת קיום התנאי היה ע"י אונס ובין שנתבטל אפשריות

קיום התנאי במציאות דאף דהיכי שבטל הדבר שצריך לקיום התנאי מתנה לא מהני טענת אונס משום דרוצה הוא בעצם קיום התנאי ואינו מתנה על מניעת קיום התנאי מדעתו של המותנה מ"מ היכי דאינו במציאות סובר הירושלמי דלר"ל לא יתבטל הגירושין או הקנין וגם זה תליא בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל, דלר"י דהדבר שבתנאי צריך דוקא שיתקיים עצם התנאי גם היכי דקיום התנאי אינו במציאות נמי לא מהני דעכ"פ לא נתקיים התנאי אבל לר"ל דסבר דהיכי שהמקדש התנה אז גם אונס מהני שלא יתבטלו הקדושין לכן לדידיה היכי שקיום התנאי אינו במציאות גם היכי שהתנה המגרש דהוי כמו האשה בקדושין לא נתבטלו הגירושין דאזלינן בתר אומדן דעת דעל אופן שאינו במציאות לא התנה.

והנה בבבלי סבר דרבנן ורשב"ג פליגי אי לצעורה קא מכוין או להרוחה קמכוין ומוכח דאי להרוחה קא מכוין גם רבנן מודו דלא נתבטל הגירושין כיון דלא איצטריך, וסבר בבבלי דעיקר טעמא משום דלא איצטריך ומשמע דלהבבלי גם ר' יוחנן מודה כיון דלא איצטריך אינו מבטל הגירושין, אבל בירושלמי לא סבר כן דהא אמר דנחתכה דדה כמי שלא עיכבה ומוכח דטעמא דרשב"ג אינו משום דלא איצטריך אלא משום דכיון דקיום התנאי א"א כלל לא התנה באופן זה.

אלא דאכתי צריך ביאור דהתינח בהא דרשב"ג דעיקר הגט אינו מוכרח שיהיה תלוי בקיום התנאי ולכן אמרינן דעל אופן דא"א לא התנה, אבל בהא דספינה דאף דנימא דאינו אלא בגדר תנאי שיעבירנו, אבל עכ"פ הא בודאי אומדן דעתא שלא נתן לו המעות אלא על אופן שיעבירנו, וא"כ מהיכי תיתי נאמר יבש נהרא ואינו יכול להעבירו הוי אומדנא דעל אופן זה לא התנה ונשאר המעות לבעל הספינה אף שלא יעבירנו.

ונראה דהך עובדא דירושלמי אינו כמו שפירשו המפרשים בסתם נהר שעוברת בה ספינה למקום רחוק דלפי"ז אינו מובן מה דאמר דר' אבא הוי מצלי דייגב נהרא שפירשו דהיה רוצה לחזור בו דקשה לומר על ר' אבא שיחפוץ לחזור בו ועוד יתפלל ע"ז, לבד מה דהוא דבר שאינו מצוי שייבש נהר גדול שהספינה הולכת בו, לכן נראה דהך עובדא מיירי באופן דלא איצטריך וכעובדא דמייתי בבבלי בההוא דאמר לאריסיה וכו' דבעי למתלי בפלוגתא דרבנן ורשב"ג ודחי דטעמא דרבנן משום דלצעוריה קמכוין, ולכן הך עובדא נמי מיירי בספינה קטנה כמו מעבורת דכי יבש הנהר אפשר לעבור ברגל ולכן סבר ר"נ דאינו מקפיד על תנאו אף דעכשיו אין לו עבור מה לשלם, מ"מ כיון דמעיקרא קנה הספינה ונתן ע"ז המעות רק שהוא בגדר תנאי וכיון דלא איצטריך אמרינן דאינו מעכב.

עכ"פ מבואר דבזה מחולק הירושלמי עם הבבלי דבבבלי סבר דטעמא דרבנן הוא משום דלצעורה קמכוין וא"כ א"א לתלות זה בפלוגתא דרבנן ורשב"ג. וכן בדין יבש נהרא דסבר בבבלי דכיון דלא איצטריך ניחא ליה גם בלא קיום התנאי גם לרבנן וטעמא דרבנן דפליגי על רשב"ג הוא משום דלצעורה קמכוין אבל בירושלמי סבר דרבנן פליגי בעיקר דינא דסברי דכיון דעכ"פ לא נתקיים התנאי אף שאין העכבה ממנה וגם הבעל כבר אינו צריך להתנאי מ"מ כיון שעכ"פ התנאי לא נתקיים אינה מגורשת וביבש הנהר יש כאן ב' הטעמים ולכן תולה בזה הירושלמי הא דיבש נהרא ופלוגתא דאונסא כמאן דעביד וכמו שבארנו.

והנה בעיקר דברי הירושלמי במה דסבר דהקדים מעות לבעל הספינה ויבש הנהר תלוי בגדרי תנאי ואין השכירות בשביל עיקר ההעברה צריך ביאור, והנה בשוכר ספינה ונעשה אונס מצד השוכר דהיינו שאין לו יין אמרינן בגמ' בב"מ דף ע"ט דאפילו אם לא נתן יתן ואין השוכר יכול לטעון טענת אונס דאדעתא שאין לו יין לא שכר ונראה דהטעם הוא כמו שכתבו התוס' בכתובות שהבאנו לעיל דהיכי דתלוי בדעת שניהם לא שייך לומר אדעתא דהכי וה"נ כיון דאפשר דהמשכיר לא היה מתרצה אם היה מדבר עמו על תנאי זה והיה משכיר ספינתו למי שהיה גומר עמו בלא תנאים אבל בלא סברת התוס' היה יכול לטעון אדעתא דהכי לא שכרתי אף שהאונס מצדו.

ועוד יותר נראה דמשו"ה כתבו התוס' בב"מ דף ע"ח ע"ב בשם הר"ח דמשו"ה אם לקחו בדרך הליכתה אומר לו הרי שלך לפניך דמזל השוכר גרם וחייב בדמי השכירות אף שלא פשע כלל ואם היינו אומרים דשכירות הוא רק תשלומים בעד תשמיש א"כ הא עכ"פ לא נשתמש ומה פשע שנלקחה במזל שלו ודוחק לומר דמשום זה גופא שנלקחה בסבתו חייב דמה שייך זה לדמי השכירות ואם מה שלקחו הבהמה בסבתו מחייב אותו היה לו להתחייב גם בדמי הבהמה, וע"כ דז"א דאונס הוא ושוכר פטור מאונסין א"כ למה חייב בדמי השכירות, ומוכח מדברי הר"ח אלו דהא דאמרינן דהשוכר את הבהמה ומתה הבהמה באופן דאינו חייב להעמיד לו חמור דעכ"פ משכירות הדרך שלא הלך בודאי פטור דאין זה בשביל דדין שכירות הוא תשלומים בעד תשמיש דא"כ אפי' נלקחה הבהמה בסבתו כיון שעכ"פ לא נשתמש בה משום מה נחייב אותו וע"כ דזה אינו עיקר הטעם ולעולם דין שכירות לענין זה הוא כדין מכירה דשכירות ליומא ממכר הוא וזה פשוט דבתורת שכירות מכר לו התשמיש של הבהמה, ומה דפטור אם מתה הבהמה היינו דזה הוי כמו תנאי ששכר על דעת שישתמש בה.

אך להבין במה מוכח זה התנאי והאומדנא ולמה לא נימא דשכירות בהמה או בית הוי

כמו קנין בית דאם קנה בית ואח"כ נפל או נשרף אין לו להלוקח על המוכר כלום ונראה דהביאור הוא עפ"י דברינו הקודמים לפי"מ שהבאנו מד' התוס' דכתובות דמשו"ה לא אמרינן אדעתא דהכי גבי כל קונה חפץ מחברו ונאנס משום דכיון דתלוי בדעת שניהם אולי לא היה מתרצה המוכר אם היה מתנה עמו אלו התנאים, וגבי יבמה כתבו התוס' משום דלא איכפת לי' מה שיהיה אחר מיתתו, איברא דבדברי התוס' אלו יש לעיין וצריך להבין לפי"ז תי' הגמ' דמתרצינן בב"ק גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דטב למיתב טן דו והיינו דאנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו ופרש"י דמינח ניחא לה להתקדש לראשון שהוא בריא על ספק זה ולכאורה יש להבין דמה בכך שנתרצית להתקדש מתחלה על ספק זה הא עיקר הקושיא ע"כ מתחלה משום דהוא לא היה מקפיד מה שיהיה אחר מיתתו והיינו דגם אם היתה מתנה עמו תנאי מפורש באופן זה היה מקדשה דזה ע"כ צריך לומר דמש"כ התוס' במכר פרה ונטרפה דמשו"ה לא יוכל הלוקח לטעון אדעתא דהכי משום דהמוכר לא היה מתרצה והיינו דמשום זה יכנס הלוקח בספקות דאם היה מציאות לנו לומר דהלוקח לא היה מתרצה על המכירה אף שהמוכר לא היה מרוצה על תנאים, א"כ מאי מהני מה שהמוכר לא היה מרוצה בלא תנאים לא קנה הבהמה וכן ביבמה משום דלא איכפת לי' מה שיהיה אחר מיתתו לכן אפשר לומר על היבמה אדעתא דהכי א"כ מאי מהני התי' דטב למיתב טן דו וצריך לומר בהכרח דמשום סברא דטב למיתב טן דו מתרצית להתקדש ולהכנס על ספק אף אם היתה יכולה לעשות תנאים וזה דחוק. ובני הרב אמר בפשיטות דכיון דעכ"פ אין אומדנא שלא היתה מתרצה אם היה מקפיד ממילא כבר לא נקרא אומדנא ומה שהיה לה אפשר להתנות זהו רק תנאי וצריך להתנות אבל אין זה כבר אומדנא.

ולכן נראה דאפשר לומר דלא כתי' התוס' אלא דבקנין בדיני ממונות לא שייך לומר שיחשוב מה שיהיה אח"כ דהוא רק חליפין שמחליף המעות בהבהמה ומה שייך לומר שאילו ידע שתמות הבהמה לא היה קונה אותה דהא כמו שיכולה הבהמה למות כן אפשר לכסף שיאבד ועל מקח וממכר אין לחשוב אלא על מה שבאותה שעה ובאותה שעה קנה הבהמה עבור כסף ותחת כספו יש לו בהמה עכשיו וכל דין אדעתא דהכי לא שייך לומר אלא גבי קדושין דיבמה דהקדושין עצמן אינם תכלית והוא רק גורם לתכלית וסבה לנשואין ולכן שפיר אפשר לומר אדעתא דהכי לא קדשה נפשה וכן גבי נתן הכסף לאנשי משמר כיון דאם כסף לא היה מכפר לא היה פועל בנתינת הכסף את התכלית עד שיקריב את הקרבן ולכן שייך לומר אדעתא דהכי וכן בתוספת כתובה מן האירוסין כיון דאירוסין אינם תכלית אבל בלוקח בהמה אף שכונתו לשחטה אבל עכ"פ במה

שהחליף כספו בבהמה יש לו תכליתו דאין שום חשיבות בכסף יותר מבבהמה, ובדברי התוס' קשה לומר כן, ולבד כל זה אינו מוכרח לומר סברת התוס' דגבי יבמה קאמר הגמ' אדעתא דהכי משום דהמקדש לא היה מקפיד מה שיהיה אחר מיתתו דלפי"ז קשה תי' הגמ' דטב למיתב כנ"ל אלא משום דמסתבר לגמ' דאף דגבי מוכר פרה ע"כ הלוקח מרוצה להיכנס בספק כיון דהמוכר לא היה מתרצה על תנאים אבל גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין ודאי היא לא היתה מתרצית אף אם הוא לא היה מרוצה על תנאים ולכן משני הגמ' משום דטב למיתב טן דו ולכן גם היא היתה מתרצית ליכנס בספק והוא פשוט.

נחזור לענייננו דבין להסבר התוס' בין לפמש"כ עכ"פ גבי שכירות כיון דההנאה הוא אח"כ שייך לומר אדעתא דהכי שכרתי הבהמה וא"כ שפיר שייך לחלק בין שהסבה היא בשביל השוכר או שהסבה היא בשביל המשכיר היינו שאם מתה הבהמה שייך שפיר לומר אדעתא דהכי לא שכרתי אבל בנאבד הסחורה שהיה מוליך על הבהמה או בנטבעה הספינה לא שייך לומר אדעתא דהכי לא שכרתי אם הסבה היא בשביל השוכר דאדרבא המשכיר באופן זה ודאי לא היה מרוצה על תנאים אלו.

עכ"פ בענין הירושלמי שהרכיב שלשה ענינים הא דפליגי ר"ל ור"י באונסא כמאן דעביד ומי שנתן מעות לבעל הספינה ויבש הנהר ובכל עכבה שאינה הימנה וכן גבי איצטלית אם נותנת לו דמי והנה לפמש"כ המחלוקת בין ר"י ור"ל דר"י סובר דאונס אינו אלא מבטל דאדעתא דהכי לא עשה מעשה הקנין או הגרושין אבל אינו תנאי מפורש שהחסרון בקיום המעשה אם לא יתקיים התנאי לא יהיה אלא דוקא אם לא יתקיים בלא אונס אבל אם לא יתקיים מפני אונס לא יהיה החסרון בקיום המעשה והענין יתקיים גם בלא קיום התנאי דאינו סובר כן ר"י ור"ל סובר דאונס כמאן דעביד שלפי מה שבארתי הפי' הוא כמו שעשה הענין בפי' באופן שאם לא יתקיים בלא אונס יבטל אבל אם תהיה המניעה מחמת אונס לא יבטל או שנבאר גם כפי הכוונה הפשוטה דאונסא כמאן דעביד היינו שעפ"י דין הוא כמו שאם עשה את התנאי דאין כאן חסרון של אי קיום התנאי משום דהוי כמו שהתנה מפורש שלא יהיה חסרון אלא אם לא יתקיים בלא אונס א"כ מיושב בזה גם ענין כל עכבה שאינה הימנה דהיינו כיון דר"י פליג על ר"ל אף שמסכים בהא דאם לא באתי דתלי בדעתו ורצונו הלא משום דהתם הוא היה המגרש ותלה בדעתו אבל הכא במקדש דתלוי בדעת שניהם לא אמרינן הכי אבל לרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה הימנה ה"ז גט חזינן דאפי' הוא אם תלה הדבר ג"כ אמרינן דאינו מבטל מחמת אונס א"כ ה"נ בקדושין וכן גבי יבש נהרא כיון שנתן כבר המעות לבעל הספינה הרי קנה

המעות להיותם שלו רק שהוא מחויב להעבירו בספינתו, והיינו כמו שכתבנו דבאמת דין שכירות הוא כמו מכירה שקבל המעות וכבר קנה זכות בהספינה שיעבור בה רק דהוי כמו תנאי מפורש שיתן לו המעות ע"מ שיעבירו בספינתו א"כ אם אירע אונס מצד הנהר תלי זה בפלוגתא הר"י ור"ל דלר"י דאמר אונסא כמאן דלא עביד היינו דאונס אינו גורם אלא ביטול וא"כ עכ"פ לא יוכל לזכות בהמעות מצד טענת אונס אבל לר"ל דאם אירע אונס הוי כמו שהיה מתנה ע"מ שאעביר אותך בספינה והיינו אם לא יהיה הסבה בשבילי דהא זה ע"כ אם לא יחפוץ או לא יצטרך לנסוע לא יחזיר לו המעות וא"כ עכשיו שאין הסבה בשביל בעל הספינה אלא דיבש הנהר וספינתו מוכנה לנסוע הוי כמו שהיה אומר שאם לא אעביר אותך בלא אונס אזי יוחזר לך המעות ואף דבירושלמי מפורש דהיכי שהוא מתנה מודה ר"ל וא"כ הכא לכאורה דמי להיכי שהוא מתנה היינו כמו שהשוכר מתנה וצריך לומר דכיון דנתן לו סתם והקדים לו המעות וכבר זכה בהם לא נוכל לחייבו יותר מהיכי שאם המקבל המעות היה מתנה דהא לא היה תנאו מפורש וע"כ לא יוכל לחשוב לחובתו רק כאילו הוא היה מתנה.

פרק ח

הלכה ב

-השמטות ומלואים-

הנני מוסר בזה לדפוס קונטרס בהלכות סנהדרין אשר שלחם אלי חתני הגאון הגדול מוה"ר יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ס פרשת המלך ראב"ד בפתח תקוה, והעניינים אף שהם על שלשה פרקים מהווים קונטרס אחיד, והיינו הנכתב על פ' ח' הל' ב' הוא בעיקר בדין איני יודע בד"מ, ובפ"ט הל' ב' בדין איני יודע בד"נ, ובפ' י"א הל"ז הוא בחילוק שבין ד"מ לד"נ בענין אב ובנו הרב ותלמידו, וביסוד שיטת הרמב"ם דישנו מנין גם בשעת משא ומתן, ויסודו זה קשור בהרבה גם בהנאמר בהלכות הקודמות וכמבואר להמעיין.

והיות שבמסרי לדפוס על סדר הפרקים עוד לא היה הקונטרס תחת ידי הנני מוצא לנכון מתוך חשיבות הקונטרס להדפיסו כאן בתור מלואים להנדפס.

בית דין של שלשה שנחלקו, שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב הר"ז זכאי כו', אחד אומר זכאי ואחד אומר חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו הדיינים שנים, נמצאו חמשה נושאים ונותנים בדבר, אמרו שלשה מהם זכאי ושנים אומרים חייב הר"ז זכאי, אמרו שלשה חייב ושנים זכאי הר"ז חייב, אמרו שנים מהם זכאי ושנים מהם חייב ואחד

אומר איני יודע יוסיפו שנים, אבל אם אמרו ד' זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע, או שאמרו שלשה זכאי ואחד חייב ואמר אחד איני יודע בין שהיה זה שאמר איני יודע הוא שאמר א"י בתחלה בין שאמר אחר הולכין אחר הרוב כו'.

א) **על** שכותב הרמב"ם נמצאו חמשה נושאים ונותנים בדבר כותב בהשגות א"א אני רואה בגמ' שאותו שאמר איני יודע אינו מן המנין, ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה, נמצא לאחר שהוסיפו אינן אלא ארבעה, ועוד הראשון הרי הוא אומר איני יודע ואינו לא מזכה ולא מחייב כו' ועיין בכ"מ כאן ובפ"ט ה"ב וברמ"ך המובא בדבריו וברדב"ז ובלח"מ ובגר"א שו"ע סי' י"ח סק"ג ובחידושי הר"ן לסנהדרין פר' היו בודקין ועוד, וכולם הולכים בזה בדרך אחד בדעת הרמב"ם דהנאמר בגמ' סנהדרין י"ז א' דהאי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה לא אמרו כן אלא בד"נ דבזה איירי שם ולא בד"מ, ובטעם הדבר כתבו דבד"נ הוא כמו שאינו משום דאינו יכול לחזור וללמד חובה אף דלזכות אף בד"נ יכול לחזור דלא גרע מאחד מן התלמידים, ועיין בתוס' סנהדרין ל"ג ע"ב ד"ה "אחד" ולא כן בד"מ דיכול לחזור בין לזכות בין לחובה נשאר מן המנין, ויש להוסיף בבאור הדברים דאף דמה דיכול לחזור בד"מ אף לחובה הוא משום דלא גרע מא' מן התלמידים, ותלמיד הרי אינו מן המנין, שאני האומר א"י כיון דהוא נכנס במנין ונזקקו גם לו, ואף אחר דאמר א"י יכול לחזור מדעתו אף לחובה, לא יוצא כבר מן המנין ונשאר בחשבון הבי"ד דנו"נ בדבר, וראיתי בחידושי הר"ן שם דאמנם עמד להעיר על הר"מ מטעם זה וכותב ואם מפני שהכל מלמדין עליו זכות וחובה, אף א' מן השוק כך דינו, לפיכך אין ראוי למנותו כלל, ולפי הנראה לנו אפשר לחלק בדרך הנ"ל בין א' מן השוק להאומר א"י דהיה מן המנין וכדכותב הר"ן עצמו בראש דבריו שם דאינו בדין להפרישו מהן.

וביותר מתבאר זה אם נאמר דמה דבד"נ יכול הא"י לחזור וללמד זכות ובד"מ יכול אף חובה אינו רק משום דלא גרע מאחד מן התלמידים אלא מדין דהמלמד חובה יכול לחזור וללמד זכות אף בד"נ ובד"מ יכול אף המלמד זכות לחזור וללמד חובה ולא גרע האומר א"י ממי שאמר מקודם ההפך, ואם באים מטעם זה מבואר יותר הטעם דבד"מ לא יצא כלל ממנין הדיינים הנושאים ונותנים בדבר, ונראה כן בהסבר הדברים דיכול לחזור וללמד זכות בד"נ ובד"מ אף חובה בדברי הכ"מ בפ"ט ה"ב וברדב"ז שם, ויותר מבואר כן בשו"ת הרדב"ז ללשונות הרמב"ם סי' ט' דמשיב שם לשואל דדעת הר"מ ז"ל דהא דאמרינן זה שאמר א"י לא הוי ממנינא ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה הנ"מ בד"נ אבל בד"מ כיון דקי"ל דבד"מ המלמד זכות חוזר ומלמד חובה גם מי שאמר א"י יכול

לחזור ולומר אני יודע ונתברר לי טעמא ושמעינן ליה הלכך הוי שפיר ממנינא, ומדבריו דכותב הלכך כו' נראה גם בדעתו דמשום דבאים מטעם זה מתבאר מה דנשאר במנינא, ואמנם דמדבריו שם דכותב אח"כ וא"ת אי טעמא הוי משום דהכל מלמדין זכות וחובה אף א' מן השוק כך דינו, י"ל דא' מן השוק יכול ללמד זכות או חובה בד"מ, אבל יכולין בע"ד לומר לא קבלנוך עלינו כו' משא"כ בזה שאמר איני יודע שהרי הוברר מתחלה והוא בכלל הדיינין ואם יחזור ויאמר יודע אני נמנה בכלל הדיינים ומטין ע"פ לזכות או חובה, נראה כדברינו לעיל דגם באם היו באים בזה דיכול ללמד זכות וחובה משום דלא גרע מאחד מן השוק מובן מה דנמנה בכלל הדיינין, ומשום שהוברר מתחלה להיות בכלל הדיינין, ואף עכשיו יכול לחזור ולומר יודע אני נשאר ע"כ במנין הדיינין, מ"מ האמת יורה דרכו דיותר מתקבל ומובן מה דנשאר במנין אם נאמר דלא באים כלל מטעם דהאומר א"י יכול לחזור בד"מ וללמד זכות וחובה מדין דא' מן התלמידים, אלא מדין דיין שבמנין דיכול במו"מ נוסף לחזור מדעתו הקודמת בד"נ רק לזכות ובד"מ אף לחובה, והלכך הוי שפיר ממנינא וכדיוצא מראש דבריו שם וכנ"ל.

ב) **ועצם** הדבר דהטעם דבד"נ האומר א"י כמו שאינו, משום שאינו חוזר ומלמד חובה, ואין ללמוד א"כ משם לד"מ, מפורש כן בדברי הר"מ עצמו בפ"ט הי"ב, דכן הם דבריו שם, סנהדרי קטנה שנחלקו בד"נ כו' אפי' כ"ב מזכין כו' והאחד אמר א"י יוסיפו שנים, זה שאמר א"י הרי הוא כמי שאינו שהרי אינו חוזר ומלמד חובה, וכבר הרגיש בזה הלח"מ כאן, והנה הר"ן בחידושיו שם מוסיף להעיר על דעת הר"מ בזה דאם בד"מ האומר א"י הוא מן המנין א"כ אין עושין ע"י הוספה בי"ד שקול ונשאר בי"ד מוכרע, ובגמ' אמרינן דבמוסיפין עושין בי"ד שקול, כבר השיב בזה אל נכון הרדב"ז בלשונות הרמב"ם שם וכותב ל"ק דה"ק במוסיפין יכולין לעשות בי"ד שקול, אבל לאו למימרא דאין עושין אותו מוכרע, כי הדבר ידוע דבי"ד מוכרע עדיף טפי מבי"ד שקול, ונראה להוסיף עוד בזה דלא רק דאין הכרח לומר דגם בד"מ במוסיפין יהיה בי"ד שקול, אלא דכל מה דגם בד"מ כשמוסיפין, מוסיפין שנים, והמקור לזה הוא בתוספתא פ"ו דסנהדרין דגם בד"מ אין מוסיפין פחות משנים - דהנאמר במשנה פרק היו בודקין דמוסיפין שנים שנים איירי בד"נ - הוא מטעם שלא יהיה בי"ד שקול אלא בי"ד מוכרע, דאם בד"נ יש טעם להוסיף שנים ולעשות בי"ד שקול בדנחלקו וא' אומר א"י, משום דרק ע"י הדרך הזה אפשר שתהיה הטיה לרעה עפ"י שנים, בד"מ הענין הוא להפך, דאם נחלקו וא' אומר זכאי וא' חייב וא' אומר איני יודע, די בהוספת א' כדי שתבא להכרעה אם לחוב ואם לזכות, ובע"כ היינו משום דא"י בד"מ נשאר במנין וא"כ אם יוסיפו א' ישאר בי"ד שקול ומשום

שצריך שיהיה מוכרע לפיכך מוסיפין שנים ונעשה למוכרע, ונראה זה לטעם נכון, וחוזר א"כ הקושי דלפי"ז בד"מ כיון דמוסיפין שנים לא יהיה עי"ז לביי"ד שקול, ליסוד וסמך לעצם ההנחה דבד"מ הא"י הוא במנין ומשו"כ מוסיפין שנים כדי שיהיה בי"ד מוכרע ועיין בזה.

ג) **והנה** כתוצאה מיסוד שיטתו של הר"מ דבד"מ האינו יודע כמאן דאיתיה, יוצא דכשנושאים ונותנים בדבר מחדש והא"י ג"כ במנין הנו"ן וכדכותב הר"מ נמצאו ה' נו"נ בדבר, יש להכריעו כשמגיעים למנין ומשו"כ כותב נמצאו כו' אבל אם אמרו ארבעה זכאי או חייב ואחד אמר א"י או שאמרו שלשה זכאי ואחד חייב ואחד אמר א"י בין שהיה זה שאמר איני יודע הוא שאמר א"י בתחלה בין שאמר אחר הולכים אחר הרוב, וה"ה אם שלשה מזכין או מחייבין וב' אומרים א"י דהולכים אחר הרוב וכדעת המהרש"ל בדעתו, * אבל ב' מזכין וא' מחייב וב' אומרים א"י דאין רוב נגד האומרים א"י אין גומרין הדין וכן יוצא מתשובת הרשב"א המובא כאן בכ"מ בדעת הר"מ ועי' סמ"ע וש"ך שו"ע סי' י"ח בזה, ושני דינים אלה זה דרוב מועיל אף דגם א' מאחרונים אמר א"י, וזה דאינו מועיל אלא בדאיתא רוב נגד הא"י בנוי על יסוד הדין דא"י כמאן דאיתא דמי וצריך להכריעו, ומשו"כ בב' מזכין וא' מחייב או להפך ושנים אומרים א"י כיון דס"ל דהמזכין והמחייב אינם מצטרפים להיות לרוב נגד הא"י אין גומרין הדין, ואם ג' מזכין או מחייבין דישנו רוב נגד הא"י מוכרע הדין, ולא אמרינן כיון דיתבי אדעתא דה' או לכהפ"ח אדעתא דארבעה חסר במנין הבי"ד, דלדידיה א"י כמאן דאיתא דמי ונמצאו חמשה נו"נ בדבר ואף דבשלשה שישבו וא' אומר א"י ושנים מזכין או מחייבין אמרי' דצריכים להוסיף שנים ולא אמרי' דהולכים אחר הרוב וא"י כמאן דאיתא שאני התם דחסר במנין הראוי, דבלי ג' לא נקבע כלל שם בי"ד עליהם, ומנין הקובע את הבי"ד דבפחות א"א, לכו"ע אינו מצטרף אלא מדיינים הדנים בפועל לזכות או לחיוב ולא מהאומרים א"י, ואף לשמואל דאמר שנים שדנו דיניהם דין בכ"ז אמרו בגמ' גם לדידיה בטעם דא' אמר א"י יוסיפו הדיינים משום דאדעתא דתלתא יהבי, היינו דגם לשמואל אמרו בגמ' דאם דשנים שדנו דיניהם דין בכ"ז בי"ד חצוף מיקרי וכשישבו אדעתא דתלתא, ישבו אדעתא דבי"ד חשוב ולא חצוף ומנין הראוי של בי"ד חשוב הוא בג', אבל אחר שישנו מנין הראוי והקובע את הבי"ד, נמנים במנין הדיינים המצטרפים לבי"ד גם האומרים א"י, בין לענין זה דאף דיתבי אדעתא דחמשה נמנים במנין החמשה גם האומרים א"י ובין לענין זה דיש צורך בהכרעה נגדם וכנ"ל.

* ודעתו של הב"ח בסימן י"ח בשיטת הר"מ דאף דס"ל דנמצאו ה' נו"נ בדבר מ"מ לא נכנסין למנין

וצריכים דוקא לד' שיאמרו זכאי או חייב או ג' זכאי וא' חייב או להיפך, אבל הא"י לא נכנסין בחשבון הד' ושהר"מ פסק כר' אילא בירושלמי דאמר כיון שנראה דינו לגמר בארבעה אין גומרין אותו בג' תמוהין מכמה טעמים, וזהו נגד הנראה בדברי הר"מ וכפי דפרשו כולם בדעתו דבד"מ הא"י נכנס למנין הדיינים, וביחוד קשה עליו איך יפרש דברי הר"מ הכותב דהולכים אחר הרוב בא' אומר א"י אף שהוא מן האחרונים ולר' אילא ודאי אין גומרין בג' מתוך הארבעה כיון דיתבי אדעתא דד' וא' אמר א"י דאינו במנין, ועיין בש"ך שם דדחה לדברי הב"ח, ויש עוד הרבה לדקדק בדברי הב"ח ולהוכיח על קשיים שונים בדעתו וקצרתי כאן, ומטעם זה קשים גם דברי הלח"מ כאן דכותב דאפשר היה לומר בדעת הר"מ דכשא' מן השנים הנוספים אמר א"י הוי ליה כאילו לא הוסיפו אלא אחד ואנן בהוספה שנים בעינן ועיין בדבריו, הרי מפורש בר"מ דגם אם אחד מן האחרונים היינו מן הנוספים אומר א"י הולכים אחר הרוב וגומרין הדין.

ד) **וכ"ז** הוא לדעת הר"מ דס"ל דבד"מ הא"י כמאן דאיתא דמי ונחשב אחר הוספת השנים לבי"ד של חמשה, אבל לדעת הר"א דס"ל דא"י אף בד"מ כמאן דליתא דמי וכמבואר הולך בשיטתו בזה דא"י כמאן דליתא הרשב"א בתשובותיו ח"ג סי' שנ"ו והעתיקו הכ"מ כאן, ולדבריהם יוצא לכאורה ההפך דמשום דא"י כמאן דליתא דמי ולא צריכים כלל להכריעו, אז באם רק ישנו אף בלעדיהם מנין שראוי לבי"ד דהיינו בד"מ שלשה אף בשנים מזכים וא' מחייב כבר יגמר הדין, אמנם יש גם לטעון לצד אחר והיינו כיון דאחר דהוסיפו שנים יתבי אדעתא דארבעה ואם א"י כמאן דליתא חסר במנין ארבעה, או דלא אמרינן כאן כלל דיתבי אדעתא דארבעה כיון דבתחלת הדיון יתבי אדעתא דתלתא אלא מחמת שהא' אמר א"י הוסיפו שנים, וכפי דיתבאר בהמשך הדברים יש אמנם חילוקי דעות בזה בין הר"א והרשב"א אף דדעת שניהם דא"י כמאן דליתא דמי ומשום דדעתו של הרשב"א בזה מבוארת, והרחיב בעצמו הדיון בזה בתשובותיו שם אדון מקודם בדבריו ושיטתו.

והנה בדברי הרשב"א שם מבואר דמשום דא"י כמאן דליתא גם בשנים מזכים ואחד מחייב והראשון ואחד מן המוספים יאמר א"י, יגמר הענין במנין הראוי, אף שאין רוב להכריע הא"י, ואף דאם הא"י כמאן דליתא יש לטעון דאם רק א' מן האחרונים אומר א"י לא יגמר הדין כיון דיתבו אחר דהוסיפו אדעתא דארבעה, וכתב כיון דמה דהוסיפו הוא רק משום דאמר א' מהג' איני יודע לא נחשב ליתבי אדעתא דד' [ולא דמי למה דאמרי' לשמואל אף בשנים שדנו דיניהם דין כיון דיתבי אדעתא דתלתא דאם א' אומר א"י יוסיפו הדיינים, דהתם יתבי מתחלה אדעתא דתלתא, ובפרט דהתם מצטרף ג"ז דחסר למנין הראוי של בי"ד חשוב גם לשמואל וכנ"ל, ועוד נדון בזה לדעתו של הרשב"א].

ה) **והרשב"א** ז"ל סמך דבריו על הירושלמי בפרק היו בודקין ה"ה, וכותב דנראה כי

בירושלמי זה נסרך גם הרמב"ם ז"ל ואעתיק כאן מדברי הירושלמי ומדבריו ומה שנראה לנו להעיר בזה, ואלה הם דברי הירושלמי שם תני למה אמרו מוסיפים דיינים, שאם היו שנים מן הראשונים מזכין וא' מן האחרונים עמהם שנגמר הדין בשלשה, א"ר אילא מכיון שנראה דינו ליגמר בארבעה אין גומרין אותו בשלשה א"ר יוסי ותשמע מינה שלשה שדנו ומת א' מהם חותמין בשנים וכותבין אע"פ שחתמנו בשנים דנו בשלשה, וכותב הרשב"א ונ"ל פירושו שאם היו שנים מן הראשונים מזכין וא' מן האחרונים אשר יושב עמהם בדין כלומר נו"נ עמהם ודן, ואינו ר"ל מזכה אלא דן עמהם בין לזכות בין לחובה אע"פ שאמר הרביעי איני יודע נגמר הדין בשלשה שהרביעי שאמר איני יודע אינו מכללם אלא כמאן דליתיה דמי ולפיכך נגמר הדין בשלשה אלה, ולפיכך היה סבור ר' אילא דכיון שהיתה ישיבתן בד' לא יגמר בפחות מארבעה, והרביעי שאמר א"י מעכב בד' כאחד מן השלשה שאמר א"י כו', אלא נראה לי שע"כ יש לפרש כמו שפירשתי וכל ששנים מן הראשונים מזכין וא' מן האחרונים יושב ודן עמהם אע"ג שחולק ומחייב יגמר הדין עפ"י בי"ד זה כאילו היתה תחילת ישיבתן בג' וקיימא לן כרישא דירושלמי, ושתים זו שמענו מכאן חדא דאין האומר א"י נחשב מכלל בי"ד מדקאמר ר' אילא שנראה דינו ליגמר בארבעה, ועוד דאם אמר א' מד' א"י יגמר הענין עפ"י הג' שהם מנין הראוי, ונ"ל כי בירושלמי זה נסרך הרמב"ם ז"ל במה שכתב ז"ל או שאמר ג' זכאי וא' חייב ואמר א' א"י הולכין אחר הרוב ע"כ הצריך ג' לומר זכאי כפשטו של ירושלמי זה, וגרם לו זה מה שהוא סבור שאף האומר א"י כמאן דאיתיה דמי וא"כ עד שיהיו ג' מזכין או מחייבין אין כאן רוב וכבר כתבנו שאינו כן ומבואר הוא.

וכפי היוצא מדברי הרשב"א לפי דס"ל ברור דהא"י אינו מן המנין מפרש הנאמר ברישא דירושלמי שאם היו שנים מן הראשונים מזכין וא' מן האחרונים עמהם שנגמר הדין בשלשה דהיינו אף אם א' מהאחרונים מחייב וליכא רוב דיצטרף נגד הא"י, ג"כ נגמר הדין בשלשה כיון דאין צורך להכריע הא"י דכמאן דליתא, ולא אמרינן ג"כ כיון דאינו מן המנין לא יגמר הדין בשלשה אם א' מן האחרונים אומר א"י אף בשלשה מזכין או מחייבין משום דיתבי אדעתא דארבעה כיון דתחלת ישיבתן היתה בשלשה, וע"ז פליג ר' אילא וס"ל דדוקא משום דא"י אינו מן המנין לא יגמר בשלשה דיתבי אדעתא דארבעה וקיימא לן כרישא דירושלמי.

והר"מ מפרש הירושלמי כפשוטיה שאם היו שנים הראשונים מזכים וא' מן האחרונים עמהם, דהיינו דמזכה כמותם ודוקא אז נגמר הדין בשלשה משום דמכריעים את הא"י ברוב אבל בשנים מזכים וא' מחייב לא נגמר הדין משום דאינו יודע כמאן דאיתיה דמי

ועד שיהיו שלשה מזכין או מחייבין אין כאן רוב נגד השנים האומרים א"י, ויש לו סמך מפשטות דברי הירושלמי לעצם יסודו דא"י בד"מ כמאן דאיתיה דמי ויש להכריעו. ולרמב"ם יש לפרש דרב אילא פליג ודאי על היסוד הזה דא"י בד"מ כמאן דאיתא דמי, ואם דלפי"ז לא צריך כלל להכריע אותם, אבל משום דהוי כמאן דליתא דכיון שנראה דינו ליגמר בארבעה אין גומרין אותו בשלשה אף בג' מזכין או מחייבין. וגם להר"מ קיימא לן כרישא דירושלמי והיינו דא"י כמאן דאיתא ובג' מזכין או מחייבין גומרין הדין.

[וכבר כתבנו לעיל בהערה דדברי הב"ח בשיטת הר"מ דפסק כר' אילא בירושלמי ודאי תמוהים].

ולדברי שניהם יש להבין דברי ר' יוסי בירושלמי דאחר דברי ר' אילא בא ואומר ותשמע מינה שלשה שדנו ומת א' מהם חותמין בשנים וכותבין אע"פ שחתמנו בשנים בשלשה דננו כו', ולכאורה איזו שייכות יש לדברי ר"י להנדון שלפניו, והרשב"א שם לא באר כלל בדברי ר' יוסי, ועיין בפ"מ בירושלמי דכותב בפרוש דבריו כלומר דין פלוגתייהו דפליגי הכא נוכל לפשוט ממה דאמרי' בשבועות פ"ו ר' בא בשם רבנן דתמן שלשה שדנו ומת א' מהן חותמין בשנים וכותבין כו' אלמא אע"ג דהשתא אין כאן שלשה מ"מ כיון שנגמר הדין בג' כו' אין אומרין שיוסיפו עכשיו א' מכיון דאינן אלא שנים ה"נ כן דמכיון דיש כאן רוב לדעה א' גומרין הדין על פיהם ושוב אין מוסיפין וש"מ כת"ק ולא כר' אילא, והנה לשיטת הרשב"א דגם הת"ק בירושלמי ס"ל דא"י כמאן דליתא והמחלוקת שבינו ובין ר' אילא אם אמרינן אדעתא דארבעה יתבי, או לא אמרינן כן כיון דבתחלה יתבי אדעתא דתלתא, אין שום דמיון בין שלשה שדנו ומת א' מהן כו' לפלוגתיהו דפליגי הכא דכאן כיון דא"י כמאן דליתא ולפום דס"ל ר' אילא דישבו אדעתא דארבעה, חסר הרביעי בגמ"ד, ואיזה דמיון הוא לג' שישבו ודנו דהיה כל הבי"ד במו"מ וגמה"ד, אלא בבואם לחתום על פסה"ד מת א' מהן ואמרי' דחותמין בשנים על זה שגמרו בשלשה, ובדומה לזה איכא בבבלי כתובות כ"ב גבי קיום שטרות דמת א' מהן בעת שחותמין על הקיום וע"ש, וצ"ע רב ליישב דברי הירושלמי בזה לפי פירושו של הרשב"א.

ולכאורה גם לשיטת הר"מ ופירושו בדברי הירושלמי קשה כמו כן דמהו הדמיון לשם, כיון דמחלוקתם אם א"י כמאן דאיתא או כמאן דליתא, ובאם אמרינן כמאן דליתא, לדידי' לכו"ע אמרינן דכיון דיתבי אדעתא דארבעה לא נגמר בג', וטעמא דת"ק משום דס"ל כמאן דאיתא דמי, וע"ז פליג ר' אילא וס"ל דכמאן דליתא דמי, א"כ מה שייך להוכיח מההיא דשלשה שדנו ומת א' מהן כו' דהאומר א"י כמאן דאיתא והל' כת"ק, דשם אין הנדון כלל בזה אלא בג' שדנו וגמרו את הדין ולא הספיק א' מהן לחתום עד שמת וכנ"ל.

אמנם נראה בזה להעיר דלהרמב"ם ופירושו בדברי הירושלמי ישנו דרך ליישב קצת

דברי ר' יוסי מה דבא למפשט מההיא דשלשה שדנו ומת א' מהן כו' דהל' כת"ק בפלוגתייהו דכאן וכדלקמן. דהנה אף לשיטתו של הר"מ דא"י כמאן דאיתא דמי ונמצא חמשה נו"נ בדבר, יש עוד לדון דאף דהוא מן המנין וצריך רוב להכריעו, אם אחר דהוכרע מצטרף לפס"ד בפועל וחותם יחד עם שאר הדיינים על פסה"ד, כמו ברבו המזכים על המחייבים דאחר דהוכרעו ברוב על כולם לומר כהרוב וחותמין ודאי יחד על פסה"ד, ובסנהדרין פ"ג אמרו לכשיצא לא יאמר אני מזכה וחברי מחייבין, וצריך שלא יהיה ניכר כלל בין המחייבין להמזכין, די"ל דאף להסוברים דא"י כמאן דאיתא ונכלל במנין הבי"ד ויש להכריעו, בכ"ז שאני בזה הא"י מהאומר חייב נגד המזכין והכרע ברוב, דהאומר חייב או זכאי כיון דהוא פוסק בדבר אף דהוכרע, כיון דאחרי רבים להטות עליו לשנות פסקו ולומר כדברי חבריו הרבים עליו ולחתום יחד עמהם, אבל האומר א"י דאין לו דעה לפסוק בזה אף דהוא במנין הדיינים וחמשה נו"נ בדבר ונחשב דנגמר הדין בבי"ד של חמשה, בכ"ז אין עליו להצטרף בפועל ולומר כדבריהם ולחתום יחד עמהם על פסה"ד, ואולי עפי"ז יתבאר יותר מה דאף לר"מ דס"ל אינו יודע בד"מ כמאן דאיתא דמי בכ"ז שם בי"ד לא נקבע אם חסר במנין הראוי ע"י הצירוף של הא"י, דזהו יסוד הדין דמוסיפין בד"מ בבי"ד של שלשה ואמר א' מהן א"י וכנ"ל, ובדרך זו אפשר לפרש דברי הירושלמי דר' יוסי סבר דטעמא של ר' אילא דפליג על יסוד דברי הת"ק בירושלמי דנגמר הדין בשלשה שאמרו זכאי ועפ"י הנ"ל לשיטת הר"מ דא"י כמאן דאיתא ונחשב לבי"ד של חמשה והוכרע לזכאי ברוב של שלשה נגד שנים הא"י וטעמו דר' אילא דאף אם נאמר דהוי כמאן דאיתא בכ"ז אינם יכולים הא"י להצטרף בפועל ולומר כמחייבים או כמזכים ולחתום יחד עמהם על פס"ד ממילא לא נחשב דנגמר הדין ביותר מג', וכותב דלפחות ארבעה צריכים דכיון שנראה דינו ליגמר בארבעה וישבו אדעתא דארבעה אין גומרין בפחות מארבעה, ולפי"ז כבר אין מוכרח דר' אילא לא ס"ל מעצם ההנחה דא"י כמאן דאיתא לענין דנמצאו חמשה נו"נ בדבר ויש להכריעם ברוב, אלא דס"ל דלא מועיל מה דהוי כמאן דאיתא בלא חזרו לבסוף ואמרו זכאי או חייב, דיחשב כאילו נגמר הדין בכולם, וכמו בשלשה שישבו ואמר א' א"י דמוסיפין ולא נחשב דנגמר הדין בכולם ולא מחלק בינם, ובא ע"ז ר' יוסי לסייע לדברי הת"ק בירושלמי ביסוד זה דאם נחשב כמו דאיתא ונכלל במנין הבי"ד דיושבים ודנים בזה, אף דלא יכול להצטרף לחתימה אפשר שיחשב דהדין יצא מבי"ד של ה', ומביא לסיוע ההיא דשלשה שדנו ומת א' מהן דחותמין בשנים, כן הא"י נחשב לענין חתימה כמו שמת, אבל במנין הבי"ד שגמרו הדין הוי, ואף דודאי יש לטעון נגד הדמיון הזה דר' יוסי והוכחתו משם, דבע"כ יש לחלק בין שלשה

שדנו ומת א' מהן אחר שגמרו דינם לאומר א"י, דהרי בבי"ד של שלשה ואמר א' א"י גם להסוברים דא"י כמאן דאיתא לא נגמר הדין בשנים בצרוף הג' שאמר א"י וע"ז אין מי שיחלוק ומשנה מפורשת היא והכל כנ"ל, ובמת א' מהן גם בבי"ד של שלשה נגמר הדין ע"י וחותמין בשנים וזהו הנדון, והיינו משום דגמרו יחד גם הפס"ד בפועל, רק שנים חתמו ע"ז דנגמר בשלשה, לא כן באומר א"י דעל עצם הגמ"ד הוא הנדון אם נחשב דנגמר הדין בכלם. בכ"ז נראה דזהו ענין השו"ט בירושלמי, וזוהי השייכות של שלשה שדנו ומת אחד מהן לפלוגתייהו דת"ק ור' אילא בירושלמי ועוד צ"ע ותלמוד בדבר ובאתי בזה רק להעיר.

היוצא מדברינו בדעת הירושלמי, דלשיטת הרשב"א נחלק בירושלמי על יסוד ההנחה דא"י כמאן דליתא דמי אף בד"מ, ומחלוקתם היא אם אחר שהוסיפו גם א' מארבעה אמר א"י אם נגמר הדין בשלשה, וגם בשנים זכאי וא' חייב ומשום דהא"י כמאן דליתנייהו ואין צורך להכריעם ברוב, וכן היא דעת הת"ק או כיון שנראה לגמר דינו בארבעה והא"י כמאן דליתא אין גומרין אותו בשלשה אף בשלשה זכאי או חייב וזוהי דעת ר' אילא וקי"ל כת"ק דירושלמי דנגמר דינו בג' ולא חוששין לזה דיתבי אדעתא דארבעה כיון דמתחלה יתבו אדעתא דתלתא. ולשיטת הר"מ המחלוקת בירושלמי בין ת"ק לר' אילא היא בזה גופיה אם א"י כמאן דאיתא או כמאן דליתא, וכפי דסוברים ברישא דירושלמי דכמאן דאיתא נגמר הדין אף בשלשה האומרים דעתם, אבל רק בשכל השלשה אומרים זכאי או חייב, דגם האומרים א"י נכללים במנין הדיינים אלא שמוכרעים ברוב ולדעת ר' אילא א"י כמאן דליתא ולא נגמר הדין בג' כיון דנראה מקודם ליגמר דינו בארבעה והכל כנ"ל [וגם להנ"ל דיש אולי לדון בדברי ר' אילא דיכול גם הוא ליסבור מיסוד ההנחה דא"י כמאן דאיתא, אבל כיון דלא נחשב לדידיה לנגמר הדין ע"י בי"ד של ה' וצריכים שוב להוסיף הוי למעשה ולענין הנדון אם נגמר הדין בג' כמאן דליתא].

ה) **והנה** בשו"ע ח"מ סי' י"ח ס"א מעתיק המחבר מדברי הרמב"ם בפ"ח דאחר שא' מן השלשה אמר א"י והוסיפו שני דיינים כו' ונמצא שהם חמשה נושאים ונותנים בדבר כו' או שאמרו שלשה זכאי וא' אומר חייב וא' אומר א"י בין שהוא אותו שאמר בתחלה א"י בין שהוא אחר הולכים אחר הרוב, וכותב ע"ז בהג"ה וכן נ"ל עיקר דלא כמ"ש [המחבר] לעיל סי' י"ג ס"ז בהיפך, והוא דעת החולקים, ואפשר דעתו לחלק בין אם נתברר תחלה יותר מג' ובין ירדו מתחלה לג' אך אינו נ"ל רק שחולקים הא' דעת הרמב"ם והשנית דעת הרשב"א, וענין הסתירה הוא דבסימן י"ג שם כותב המחבר דאם בררו להם עשרה אנשים שידונו להם בין בדין בין בפשרה ושאם לא יסכימו לדעת אחת ילכו אחר הרוב

ונסתלק א' מהן ואינו אומר דעתו או שאומר א"י אפי' הסכימו התשעה כולם לדעת אחת אינו כלום וזהו מדברי הרשב"א בתשובותיו, ונראה כסותר את עצמו דכאן מביא דגם בי' אנשים אם א' אומר א"י אינו כלום ואין הרוב מועיל, ובסימן י"ח כותב כדברי הר"מ דאחר דהוסיפו שנים וחמשה נו"נ בדבר אם א' אומר א"י [וכן הוא גם אם שנים אומרים א"י וכדעת המפרשים בזה וכנ"ל] הולכים אחר הרוב, וזהו דכותב הרמ"א דמביא לשתי דעות שונות דבסימן י"ח מביא לדעתו של הר"מ ובסימן י"ג מביא דעת הרשב"א, וכותב ואפשר דעתו לחלק בין אם נתברר תחלה יותר מג' כהנדון דבסימן י"ג דבררו להם מתחלה י' אנשים, ובין ירדו מתחלה לג' כהנדון דבסימן י"ח דאחר דא' מהשלשה אמר א"י הוסיפו עוד שנים, אך לא נ"ל כן, רק שהדעה המובאה בסימן י"ח היא דעת הר"מ ושבסימן י"ג היא דעת הרשב"א.

ועל דברי הרמ"א דכותב דלא נ"ל לחלק בין אם ירדו תחלה ליותר מג' ובין ירדו מתחלה לג' עמדו כולם לתמה, ועיין בסמ"ע בסימן י"ח סק"ט דכותב לא עמדתי על סוף דעת מור"ם בזה הא כתב הרשב"א בהדיא בתשו' והביאו הר"מ בפ"ח דסנהדרין דב"ד של שלשה שאמר א' מהם א"י והוסיפו שנים ואח"כ אומר א' מארבעה א"י שהדין נגמר בשלשה הנשארים כאילו היתה תחילת ישיבתן בג', ואם ב' מהם אומרים זכאי או חייב וא' אומר היפוכן הולכים אחר השנים שהן הרוב כו', ומ"ש המחבר בס"ס י"ג ג"כ הם דברי הרשב"א והביאו הב"י שם ע"ש וכדי שלא תקשה דבריו זע"ז ע"כ צ"ל דיש חלוק בין ישבו מתחלה אדעתא דתלתא ובין ישבו מתחלה אדעתא דעשרה כו' וזה נלע"ד ברור כו', ועיין גם בגר"א שם סק"ח דכותב על דברי הגה צ"ע שהרי דעת הרשב"א שאפי' ב' מזכין וא' מחייב ושנים אומרין א"י נגמר הדין כמ"ש י"ז א' דמ"ד א"י כמאן דליתיה דמי ונגמר הדין עפ"י ג' כו' והולך ומעתיק מדברי הירושלמי דסומך הרשב"א דבריו עליו ומסיק אלא חלוק הרב נכון כו'.

כפי המבואר בדבריהם הגדילו עוד הקושיא על הרמ"א בזה דבאם ישבו מתחלה רק אדעתא דתלתא ואח"כ מחמת שא' אמר א"י נוספו עוד שנים הרשב"א עוד מרחיק לכת מהרמב"ם, ולדידיה גם בב' מזכין וא' מחייב ושנים אומרים א"י דאין רוב נגד הא"י נגמר הדין וכדבאנו ע"ז בברור רב בדברינו דלעיל, וא"כ אין סתירה בדברי המחבר דאחר דמביא בסימן י"ג דעת הרשב"א דאם יתבו מתחלה אדעתא די' ואומר א' א"י אינו כלום, כותב בסימן י"ח דבישבו אדעתא דתלתא ומחמת הא"י הוסיפו שנים הולכין אחר הרוב דכן הוא לדעת הרמב"ם וכש"כ לדעתו של הרשב"א וכנ"ל.

והנראה לע"ד בישוב דברי הרמ"א בהתאם לדברינו הנ"ל בברור שיטות הרמב"ם

והרשב"א, ודווקא מה דמרבים להקשות דהרשב"א עוד מרחיק לכת בזה מהרמב"ם, זו היא הנקודה המוכיחה דשני הפסקים של המחבר לא מתאימים ואין עולים בקנה אחד, דהרי להנ"ל וכפי שהרשב"א בעצמו מסביר הדבר טעמו של הר"מ דרק בג' מזכים או מחייבים ואחד אומר ההפך וא' א"י, או שנים אומרים א"י נגמר הדין, ולא בשנים מזכים וא' מחייב ושנים אומרים א"י, משום דהר"מ ס"ל דא"י כמאן דאיתא ויש להכריעו, וא"כ עד שיהא ג' מזכין או מחייבין אין רוב נגד הא"י, והרשב"א דס"ל דא"י כמאן דליתיה וס"ל אמנם דלא אמרינן אדעתא דארבעה יתבי, בישבו מתחלה אדעתא דג' ודלא כר' אילא, גם בשנים מזכין וא' מחייב ושנים אומרים א"י נגמר הדין דלא צריך להכריע את הא"י והכל כנ"ל, וא"כ המחבר בסימן י"ח דמעתיק מדברי הר"מ וכותב דרק בשלשה אמרו זכאי נגמר הדין ומשום דהולכים אחר הרוב אבל לא בשנים אמרו זכאי וא' חייב, א"כ ברור דהולך בשיטת הרמב"ם דא"י כמאן דאיתיה דמי ומשו"כ ס"ל דבעינן רוב שיכריע להא"י, וכדנראה ודאי מכל דבריו דהולך ביסוד זה בשיטת הר"מ דמעתיק מדבריו ונמצא שהם חמשה נו"נ בדבר וכנ"ל, ובאם ס"ל דא"י כמאן דאיתיה וכדעת הר"מ כתוצאה מזה כבר צריך להיות דאם רק ישנו רוב שיכריע את הא"י גם ביתבי אדעתא דעשרה מתחלה וכמו הנדון דסימן י"ג וא' או יותר אומרים א"י יגמר ברוב דלא חסר במנין הבי"ד דיתבי אדעתייהו דגם הא"י נכללים במנין לדעת הר"מ, ולא אומרים לדידיה דע"י הא"י חסר במנין הבי"ד רק בשלשה ומשום דחסר במנין הראוי הקובע לשם בי"ד וכנ"ל בהסבר הדברים, ואף לשמואל דשנים שדנו דיניהם דין הר"ז בי"ד חצוף והכל כנ"ל בזה, וראיתי דאמנם הגר"א מדמה זה לשלשה אליבא דשמואל אבל להנ"ל דזה מוכרח דדברי המחבר בסימן י"ח הם אליבא דהרמב"ם דס"ל א"י כמאן דאיתיה אין לתמה על הרמ"א אם לא מדמה ההיא דסי' י"ג לשלשה אליבא דשמואל וס"ל דלהר"מ גם אם בררו מתחלה עשרה וא' או יותר אומרים א"י לא חסר במנין הבי"ד אם רק ישנו רוב שמכריע אותם וכן נראים הדברים, וא"כ המחבר דמביא בסי' י"ח כדעת הר"מ דלא נגמר הדין אלא בג' האומרים זכאי או חייב והיינו משום דס"ל א"י כמאן דאיתיה ובכ"ז כותב בסימן י"ג בדעת הרשב"א דבבררו להם עשרה וא' אומר א"י אינו נגמר הדין על פיהם והיינו משום דא"י כמאן דליתיה הוי כמזכה שטרי לבי תרי וזהו דכותב דאפשר דדעתו לחלק כו' אבל גם זה לא מיישב דבריו ונראה שמביא דעות חולקות בסימן י"ג מביא לדעת הרשב"א ובסימן י"ח לדעת הרמב"ם אף דא"א להתאימן לשיטה אחת והכל כנ"ל.

ו) **והנה** עד הנה דננו בשיטת הר"מ ובדרך דפרשו לדבריו הרשב"א ורוב המפרשים, ובשיטת הרשב"א עצמו, ובחלוקים שבינם כתוצאה מהמחלוקת היסודית אם א"י בד"מ

כמאן דאיתיה דמי או כמאן דליתיה והכל כנ"ל, ונשוב כעת לדברי הר"א בהשגתו, ואף דברורה היא דעתו של הר"א דא"י אף בד"מ כמאן דליתיה דמי נגד שיטתו של הר"מ בזה, והרשב"א הולך בדעתו של הר"א בזה, בכ"ז לפי הנראה לנו בדברי הר"א לא משתווים בדעתם בין בשיטת הר"מ לפי מה דסובר דא"י כמאן דאיתא וצריך רוב להכריעו ובין בשיטתו הוא לפי דסובר דא"י כמאן דליתיה, דהנה להנ"ל מבוארים דברי הרשב"א דלשיטת הר"מ דא"י כמאן דאיתיה וצריך רוב להכריעו אין גומרין בשלשה אחר שהוסיפו שנים אלא באם שלשה אומרים זכאי או חייב ואז נגמר הדין אפי' שנים אומרים א"י, אבל בשנים זכאי ואחד חייב ושנים אומרים א"י לא נגמר הדין דכיון דהוי כמאן דאיתיה אין כאן רוב להכריע וכנ"ל ולשיטת הרשב"א כיון דהוי כמאן דליתיה גומרין הדין אפי' בשנים מזכין ואחד אומר חייב גומרין הדין וכנ"ל, והר"א כאן בהשיגו על הר"מ כותב "ואם אמר א' מהן איני יודע והשלשה שנים מזכין או מחייבין ואחד חולק לפי דבריו ילכו אחר הרוב שהרי נשאר שם ב"ד כו' וזה המחבר לקח מן התוספתא וחיסר ממנה א' אומר זכאי וא' אומר איני יודע יוסיפו הדיינין שעד עכשיו לא הוסיפו אלא אחד פירש זה שאמר איני יודע מן הנוספין הוא וטעם יפה הוא ועיין בלח"מ בבאור דברי השגות, ומה שמבואר בדברי הר"א דתפס בשיטת הר"מ דכותב דהולכים אחר הרוב, דלא רק בשלשה אומרים זכאי או חייב, אלא גם בשנים מזכין או מחייבין ואחד חולק וא' מן הנוספים אומר ג"כ א"י גומרין הדין, ומה דפשוט לו להרשב"א דלהר"מ דס"ל דא"י כמאן דאיתיה דמי עד שהיו שלשה מזכין או מחייבין אין רוב שיכריע את הא"י, נראה דדעתו של הר"א בזה דאף דאין שוין בדעותיהן המזכין והמחייב מ"מ מצטרפין יחד לרוב נגד הא"י, ודבר זה מן החדוש וצ"ע מנין לו כן בדעת הר"מ בפרט דמשמעות דברי הר"מ אינו כן דמביא רק בג' מזכין. * ומצד השני נראה דלדעת עצמו אף דס"ל דאינו יודע כמאן דליתא, באם רק אחד מן האחרונים אומר א"י יוסיפו הדיינין וכדסומך דבריו על התוספתא דבאם א' מן הנוספין אומר א"י יוסיפו הדיינין, ונראה בדעתו דאף דלא מזכיר מדברי הירושלמי דס"ל גם הוא בדעת ר' אילא בירושלמי דס"ל א"י כמאן דליתא דמי, ודווקא משו"ז דהוי כמו שאינו כיון שהיתה ישיבתן בארבעה לא יגמר בפחות מארבעה ולדעתיה קי"ל כר' אילא בזה דנראים כן הדברים בתוספתא דאם רק אחד מן הנוספים אומר א"י יוסיפו הדיינין.

* ועיין בהלכות אישות פי"ג ה"ח גבי המדיר את אשתו שלא תתקשט בעניות שנה אחת ובדברי הרשב"א המובאים במ"מ שם דאף דשמואל ורב חסדא הם נגד ר' יוחנן בחד טעמא כיון דכל אחד סובר למעשה אחרת לא נחשבים כתרי נגד חד וכש"כ כאן וכדאמנם ברור להרשב"א כאן וכדנראה

בר"מ, ולהמ"מ דסובר שם כיון דהם כנגדו בחד טעמא נחשב כתרי לגבי חד, יש לעיין אם אפשר לומר גם כאן דהמזכין והמחייב אף דודאי הם בטעמים שונים כיון דבאו לידו החלטה וברור בדין, נחשבים לרוב נגד הא"י וצ"ע רב בזה, בכ"א דעת הרשב"א ברורה ומבוארת וכן מראים דברי הרמב"ם וכנ"ל.

ולעצם הדברים דמשיג על הר"מ מהנאמר בתוספתא כבר באו שינויים ע"ז דשונות הנוסחאות בתוספתא וכפי שהיא לפנינו לא ברורים הדברים, ועיין במנחת בכורים בתוספתא שם (פ"ו פסקא ד') דמעמיד הנוסחאות בתוספתא בהתאם לפסקו של הרמב"ם וכפי דהבין בדבריו הרשב"א והיינו דבשנים מזכין או מחייבין וא' אומר א"י ומהנוספין ג"כ א' אומר כשנים שמתחלה ונמצא ג' מזכין או מחייבין ושנים א"י גומרין הדין, אבל אם שנים מזכין וא' מחייב אין גומרין להאי דינא שהרי אין רוב נגד הא"י ובזה איירי סוף דברי התוספתא דאמרי' יוסיפין הדיינין וע"ש היטב.

והנה כבר העיר בלח"מ דהר"מ בפה"מ בפר' זה בורר כתב ההפך ממה שכתב בהלכותיו כאן ולדבריו שם אפילו באמרו ארבעה זכאי או חייב ואחד אמר א"י, יוסיפו הדיינין ונראה דלא מספיק אם נאמר דס"ל בדבריו שם דא"י כמאן דליתא וכיון דהיתה ישיבתן בד' לא נגמר בשלשה וכר' אילא בירושלמי וכדעת הר"א בזה, דמדבריו שם או שאמרו הארבעה זכאי או חייב וא' א"י יוסיפו שנים נראה דכל החמשה צריכים לומר דעה ברורה ואפי' אם הא"י הוא זה שאמר בראשונה ג"כ יוסיפו הדיינים והיה נראה א"כ דס"ל גם שם דא"י כמאן דאיתא דמי ונמצאו חמשה נו"נ בדבר, אלא דס"ל שם דאין חילוק בין חמשה ואף בלא ישבו מתחלה אדעתא דחמשה לשלשה שישבו ואמר א' מהם א"י דודאי יוסיפו הדיינין, וכמו כן בחמשה ע"י הוספה ואמר א' מהן מי שלא יהיה א"י יוסיפו הדיינין, וזה על יסוד דבריו דא"י כמאן דאיתא וכולם הם בבי"ד וכיון דאמר א' א"י חסר במנין הבי"ד דנקבע ע"י ההוספה, ומה שלא יהיה דעתו בפה"מ בהלכותיו ודאי חזר בו מדבריו בפה"מ והכל כנ"ל בשיטתו ועל דבריו בהלכותיו סמכינן

[**ואף** דלפי דברינו האחרונים יוצא דלדעת הר"א בשיטת הר"מ אף בשנים מזכין וא' מחייב הולכים אחר הרוב נגד הא"י, אין זה סותר לדברינו הנ"ל בישוב דברי הרמ"א, דבנוים דברינו על שיטתו המבוארת של הרשב"א בדעת הר"מ דבשנים מזכים וא' מחייב משום דא"י כמאן דאיתא דמי אין רוב שיכריעם, והרמ"א דן בדברי המחבר, והמחבר עצמו כפי המבואר בדבריו בכ"מ כאן הולך ודאי בדעת הר"מ בדרך שפרשו הרשב"א, והר"א בא עפ"י הבנתו בדברי הר"מ להרבות להקשות עליו, ודברי הרמב"ם כמשמעותם ופשטותם מורים בזה כדברי הרשב"א בדבריו, בכ"א אין להקשות על הרמ"א אם דבריו סובבים שם בהתאם לדעתו של הרשב"א וכדס"ל כן גם המחבר בדבריו בכ"מ.]

וכל דברינו באו בשיטת הר"מ בדין האומר א"י דהוי כמאן דאיתיה הוא רק בד"מ וכמבואר, אבל בד"נ כפי דנזכר כבר בתוך דברינו לכו"ע האומר א"י כמאן דליתיה דמי וכדיוצא מגמ' סנהדרין י"ז וכדנראה מבואר כן בר"מ לקמן בפ"ט ה"ב דהעתקנו מדבריו לעיל, בכ"ז יש לנו הרבה להעיר בשיטת הר"מ גם בא"י בד"נ דנראה דשונה דעתו גם בזה מהדעה המקובלת ועל כ"ז נדון לקמן בפ"ט ה"ב.

פרק ט

הלכה ב

-השמטות ומלואים-

הנני מוסר בזה לדפוס קונטרס בהלכות סנהדרין אשר שלחם אלי חתני הגאון הגדול מוה"ר יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ס פרשת המלך ראב"ד בפתח תקוה, והענינים אף שהם על שלשה פרקים מהווים קונטרס אחיד, והיינו הנכתב על פ' ח' הל' ב' הוא בעיקר בדין איני יודע בד"מ, ובפ"ט הל' ב' בדין איני יודע בד"נ, ובפ' י"א הל"ז הוא בחילוק שבין ד"מ לד"נ בענין אב ובנו הרב ותלמידו, וביסוד שיטת הרמב"ם דישנו מנין גם בשעת משא ומתן, ויסודו זה קשור בהרבה גם בהנאמר בהלכות הקודמות וכמבואר להמעיין.

והיות שבמסרי לדפוס על סדר הפרקים עוד לא היה הקונטרס תחת ידי הנני מוצא לנכון מתוך חשיבות הקונטרס להדפיסו כאן בתור מלואים להנדפס.

סנהדרי קטנה שנחלקו בדיני נפשות כו' י"ב אומרים חייב וי"א זכאי, או שאמרו י"א זכאי וי"א חייב ואחד אומר איני יודע אפי' כ"ב מזכין או מחייבין והאחד אומר א"י יוסיפו שנים זה שאומר א"י הרי הוא כמי שאינו שהרי אינו חוזר ומלמד חובה ונמצאו אחר התוספת עשרים וארבעה חוץ מזה המסתפק, אמרו שלשה עשר זכאי* ושנים עשר חייב הר"ז זכאי י"א אומרים זכאי ושלשה עשר אומרים חייב אף על פי שהאחד מן הראשונים אומר א"י הר"ז חייב שהרי המחייבין רבו בשנים, אמרו י"ב זכאי וי"ב חייב ואחד אומר א"י מוסיפין שנים אחרים וכן מוסיפין והולכין עד שירבו המזכין א' ויהא זכאי או ירבו המחייבין שנים או יותר ויהא חייב, היו אלו כנגד אלו וא' אומר א"י או שהיו המחייבין יותר א' בלבד מוסיפין והולכין עד ע"א כו' ל"ו אומרים חייב ול"ה אומרים זכאי אלו כנגד אלו עד שיראה א' מהן דברי חברו ומזכין אותו או מחייבין אותו כו'.

* נוסח דברי הר"מ בבבא א' כתבתי לפי דתיקן התוי"ט בפירושו למשניות פר' היו בודקין הנוסח

שלפנינו וכדציין כאן בהג"ה, דאחרי כל ההנחות והסברות במהר"ם פאדו"ה ובלח"מ כאן וגם בא"ש לישב הנוסח שלפנינו "י"ב זכאי וי"ב חייב הר"ז זכאי" ולא מוסיפין יותר, נראה יותר כדעת התוי"ט בדבריו, ביחוד קשים דברי הלח"מ דמצד א' כותב ליישב הסתירה שבדברי הר"מ דבבבא ג' כותב אמרו י"ב זכאי וי"ב חייב וא' אמר א"י מוסיפין שנים אחרים, ולא גומרין הדין לזכאי כמו שכתב לפני כן בבבא א' דמע"מ זכאי, משום דבבבא א' איירי דהא"י הי' א' מן הראשונים, ובבבא ג' איירי דמן הנוספים אמר א"י, וכיון דמאן דאמר א"י הוי כמאן דליתא הוי ליה כאילו לא הוסיפו אלא א' ואנן בעי' שנים והאריך בזה כבר לפני כך ע"ש, ומביא כן גם בשם מהר"ם פאדו"ה, ובכ"ז כותב אח"כ להשיב על הנאמר בר"מ וכן מוסיפין כו' עד שירבו המזכין כו' ולמה בעי שירבו המזכין אם גם מע"מ זכאי וכבר עמד ע"ז במהר"ם, וכותב דהכוונה באם א' מן הנוספין יאמר א"י וכדאיירי בבבא הקודמת, ואף דבאם א' מן הנוספים אמר א"י מוסיפין שוב שנים, כותב דזהו רק במע"מ ולא ברבו המזכין, ואין שום הסבר לזה דאם גם במע"מ ולא חסר במנין הראוי לד"נ צריך להיות זכאי בכ"ז מוסיפין וודאי משום דישבו אדעתא דנוספין ג"כ ולא דמי לד"מ דשם לר"מ הא"י מן המנין, צריך להיות כן גם ברבו המזכין.

על דכותב הר"מ היו אלו כנגד אלו כו' מוסיפין והולכין עד ע"א כותב בהשגות א"א זה אי אפשר, וכוונת דבריו כיון דזה שאמר א"י אינו מן המנין, א"כ כשמתחלה היו כ"ג ונסתלק א' כשאמר א"י ומוסיפין עליהם שנים שנים לעולם הם זוגות איך אפשר שיבאו לידי שבעים ואחד ועיין בכ"מ.

והנה אף דנראה מראש דברי הרמב"ם דא"י בד"נ הרי הוא בהחלט כמי שאינו ולא נכלל בחשבון הדיינים וכמו דכותב זה שאמר א"י הרי הוא כמי שאינו כו' ונמצאו אחר התוספת עשרים וארבעה, כשמעיינים בכל דבריו נראה שיש לו דעה אחרת בזה, ואם ממה דכותב בבבא א' אמרו י"ג זכאי וי"ב חייב זכאי דנראה דכל העשרים והחמשה נמנים ונלקחים בחשבון אין להוכיח, דאפשר לומר דאיירי באופן דמקודם כשנחלקו היו י"ב מחייבין וי"א מזכין והוסיפו שנים והנוספין אמרו שניהם זכאי ויצא י"ג זכאי וי"ב חייב, אמנם מבבא ב' דכותב י"א אומרים זכאי וי"ג אומרים חייב אע"פ שהאחד מן הראשונים אומר א"י הר"ז חייב שהרי המחייבין רבו בשנים, כבר יש קצת להעיר דמדבריו אע"פ שא' מן הראשונים אומר א"י, נראה דכשנמנין מחדש שוב שואלים לדעתו של הא"י מן הראשונים, אלא דקמ"ל דאף שאומר שוב א"י הר"ז חייב שהרי המחייבין רבו בשנים, ולפי הנראה מדבריו הקודמים דהרי הוא לגמרי כמי שאינו, מה שייך לומר במנין השני אע"פ שאומר כו' דלא נכנס כלל בחשבון הדיינים האומרים דעתם, ומבבא ג' דכותב אמרו י"ב זכאי וי"ב חייב ואחד אמר א"י מוסיפין שנים אחרים, אין להעיר דנראה ג"כ דהא"י הראשון עוד נכלל במנין ודנו אתו במנין החדש דסתימת דבריו אפשר לפרש דכוון לאחד מן האחרונים [ועיין בלח"מ דלפי דרכו הוא בהבנת דברי הר"מ מפרש

דאיירי רק בא' מן האחרונים וכנ"ל בהערה] וכן אין להעיר דנראה דהא"י הראשון נכלל שוב במנין והצטרף למזכין די"ל דגם בבבא זו איירי באופן דנחלקו מקודם והיו י"א מזכין וי"ב מחייבין ונצטרף אח"כ א' מן הנוספין להמזכין, ובר מן דין אף אם נפרש דנחלקו מקודם והיו י"א מזכין וי"א מחייבין וא' אמר א"י ואחר שהוסיפו חזר והצטרף למזכין, עוד אין להוכיח דהא"י נכלל ממילא במנין, אלא דאחר דחזר ולמד זכות לא גרע מא' מן התלמידים דיכול ללמוד זכות, אמנם ביותר יש להעיר ממה דממשיך וכותב בבבא ג' וכן מוסיפין והולכין עד שירבו המזכין א' ויהא זכאי או ירבו המחייבין שנים או יותר ויהא חייב, ופשטות דבריו נראה דוכן מוסיפין כו' הם המשך לדבריו הקודמים והיינו דהיו י"ב כנגד י"ב וא' אמר א"י ומוסיפין והולכים שנים שנים שכל הוספה היא בשנים ואיך אפשר שירבו המזכין בא' או המחייבין ביותר משנים וע"כ רק עי"ז דהנוספין יתחלקו שוה בשוה והא"י יחזור להמזכין ואז ירבו המזכין בא' או דהנוספין יצטרפו שניהם להמחייבין וגם הא"י יצטרף להמחייבין ואז ירבו המחייבין ביותר משנים, וזה דנראה דיכול אפי' להצטרף להמחייבין ודאי קשה דאחר דכמאן דליתיה דמי וכמבואר בגמ' דאי אמר טעמא לא שמעינן ליה, ועכ"פ לחובה לא וכמפורש בר"מ בראש דבריו שהרי אינו חוזר ומלמד חובה, ואיך יכול להצטרף להמחייבין בד"נ.

עוד כותב בבבא ד' היה אלו כנגד אלו וא' אומר א"י כו' מוסיפין והולכין עד שבעים וא', ונראה מזה ג"כ דא"י נכלל בחשבון דבלעדו א"א להגיע לע"א, וכבר כתב ע"ז בהשגות זה א"א וכנ"ל, והר"מ ממשיך בזה עוד וכותב הגיעו לע"א ל"ו אומרים זכאי ול"ה אומרים חייב הר"ז זכאי, ל"ו אומרים חייב ול"ה אומרים זכאי דנים אלו כנגד אלו עד שיראה א' מהן דברי חברו ומזכין אותו כו', והנה מציאות הדברים אפשר היה לפרש דמה דכותב ל"ו אומרים זכאי ול"ה אומרים חייב היינו דבעת שנחלקו בראשונה היו י"א זכאי וי"א חייב וא' א"י ואח"כ כל הנוספין התחלקו בשוה והא"י הצטרף להמזכין, ול"ו אומרים חייב ול"ה זכאי אפשר באופן דכשנחלקו היו י"ב מחייבין וי"א מזכין ואח"כ כל הנוספין עד ע"א התחלקו שוה בשוה, אבל פשטות הדברים מראה דבגוונא חדא שנה להו, וגם נראה דדבריו בזה סובבים על מה דמתחיל בבבא ד' היו אלו כנגד אלו וא' אומר א"י כו' ואח"כ התחלקו המוספין שוה בשוה ואם יצא ל"ו מחייבין היינו בהכרח באופן דהא"י הצטרף למחייבין ונראה א"כ גם מכאן דהא"י יכול להצטרף אף למחייבין וזה תמוה וכנ"ל.

ב] **והנה** הכ"מ כאן בכתבו לישב מה דמשיג הר"א על הר"מ בזה דכותב היה אלו כנגד אלו וא' אומר א"י כו' מוסיפין והולכין עד ע"א דזה א"א וכנ"ל כותב ובמה שכתבתי

בסמוך שדעת רבינו שאותו שאומר א"י יכול לחזור ולזכות, נתיישב זה שכיון שבידו לזכות הרי הוא מן המנין, ועיין גם ברדב"ז כאן דאחר העירו הערות שונות על הר"מ דנראה מדבריו דגם הא"י אינו כמאן דליתא לגמרי [אגב הרבה מדבריו שם אינם ברורים כל הצורך כמבואר להמעיין, ויש הרבה לעיין כדי לעמוד על נכונות כוונתו בהם וליישבם] כותב ונראה ליישב דברי רבינו דלעולם אותו שאמר א"י הרי הוא בכלל מנין הדיינים, אע"ג דאמר בתחלה א"י אם בא ללמד זכות שומעין לו דהשתא מי שלמד חובה חוזר ומלמד זכות, וכש"כ מי שאמר בתחלה א"י שאם חזר ואמר ידעתי לו זכות שומעין לו והרי הוא בכלל הדיינים.

כפי המבואר, ביסוד הדברים הכ"מ והרדב"ז כוונו שניהם לדבר אחד דאף בד"נ כיון דהא"י יכול לחזור וללמוד זכות ולא גרע ממי שלמד חובה דיכול לחזור וללמוד זכות הוי ג"כ מן המנין ונראה דהנחה זו דמשום דיכול לחזור ולזכות הוי מן המנין עוד לפני שלמד זכות, מתבססת על הסבר דבריהם כאן דמה דיכול ללמוד זכות אינו רק משום דגם א' מן השוק יכול ללמוד זכות והוי כא' מן השוק, אלא משום דדיין המלמד חובה יכול לחזור וללמוד זכות וכן האומר א"י, וכבר דננו בהנחה זו לעיל בדברינו בפ"ח ה"ח בשייכות לא"י בד"מ לדעת הר"מ.

ובדרך הזה ודאי דהרבה ממה שהערנו לעיל על דברי הר"מ דנראה מהם דהא"י עוד נלקח בחשבון מתיישב דהרי הן הן דברי הכ"מ והרדב"ז דאמנם כן היא דעתו של הר"מ בזה, אבל ודאי דגם לפי"ז לא מתיישב מה דהערנו לעיל על דנראה מפשטות דברי הר"מ בבבא ג' דכותב וכן מוסיפין והולכין כו' או ירבו המחייבין שנים או יתר כו', וכן מדבריו בבבא ד' היו אלו כנגד אלו כו' ל"ו אומרים חייב ול"ה אומרים זכאי כו' דהא"י יכול גם לחזור ולחייב וכנ"ל בזה ודאי קשה, ודבריהם בזה הרי הם להפך דדוקא לזכות יכול לחזור ומשום דכש"כ הוא מהמחייב דיכול לחזור וללמוד זכות אבל לא לחייב, וזהו דאמרו בגמ' אי אמר טעמא לא שמעינן ליה, ומפורש אמנם כן בר"מ בראש דבריו דכותב שהרי אינו חוזר ומלמד חובה.

גם עצם יסוד דבריהם בישוב דעת הר"מ לא מתאחה בדבריו, דהרי לדעתם משום דיכול לחזור וללמוד זכות, גם בד"נ הא"י הוא מן המנין, והרי מפורש יוצא מדברי הר"מ דהוא כמו שאינו וכותב זה שאמר א"י הרי הוא כמי שאינו, שהרי אינו חוזר ומלמד חובה, ומשמע דמשום דאינו חוזר ומלמד חובה כבר אינו כלל מן המנין, כיון דעכשיו א"י וגם לא יכול לחזור אלא לצד הזכות יצא בזה ממנין הדיינין, ותמוה דהרדב"ז מסתייע מדבריו דכותב שהרי אינו חוזר ומלמד חובה, וממילא נראה דיכול ללמוד זכות, וא"כ הוא גם

מן המנין, והר"מ בעצמו מסיק זה כטעם למה דאינו מן המנין.

ג] **והנה** על עיקר היסוד המקובל דבד"נ דהמלמד זכות אינו יכול לחזור וללמוד חובה כן הא"י, אף דחוזר ומלמד זכות, יש להקשות ע"ז טובא דלפי ההנחה דהא"י יכול לחזור וללמוד זכות משום דלא גרע מהמלמד חובה דחוזר ומלמד זכות, א"כ למה נאמר כ"כ בהחלט דהא"י לא יכול לחזור ולהצטרף לדעת המחייבים ומשום דהמלמד זכות אינו יכול לחזור וללמוד חובה, הרי גם במלמד זכות מוכרע להל' לקמן בפ"י ה"ב דמה דהמלמד זכות בד"נ אינו יכול לחזור וללמוד חובה הוא רק בשעת מו"מ אבל בשעת גמ"ד יש למלמד זכות לחזור ולהתמנות עם המחייבים, וזה ע"ס המבואר בגמ' סנהדרין ל"ד ע"א, וא"כ גם באומר א"י צריך להיות כן דרק בשעת מו"מ אינו יכול לחזור וללמוד חובה, אבל בשעת גמ"ד והמנין האחרון יכול להצטרף להמחייבים, וכש"כ הוא מהמלמד זכות דא"י יכול לדבריהם יותר לחזור ולהצטרף להאומרים ברור מהאומר מקודם ברור נגד זה שרוצה עכשיו לחזור ולומר.

והנראה ע"כ להעיר על חידוש דברים בשיטת הר"מ בזה, והיינו דבאמת ס"ל הכי דהאומר א"י יכול בשעת גמ"ד לחזור ולהצטרף להמחייבין, וכדין דהמלמד זכות יכול בשעת גמ"ד ללמוד חוב ולהמנות בין המחייבין וה"ה האומר א"י, ואף דא"כ לכאורה עוד יותר קשה מה דכותב דזה שאמר א"י הרי הוא כמי שאינו נראה בזה בדעתו דס"ל דאף דאם יחזור אח"כ ויהיה לו דעה ברורה יכול בגמ"ד לחזור ולהתמנות אף עם המחייבין ועדיף מא' מן התלמידים, וללמוד זכות יכול ודאי אף בשעת מו"מ, בכ"ז לענין להשתתף במו"מ בפועל לפני שבאים לידי מנין במו"מ ובגמ"ד, הרי הוא כמי שאינו, כיון דבזמן שנו"נ בדבר לברור ההלכה אינו יכול לחוות דעה לחובה, כבר לא נכנס לתוך הנו"נ בדבר, ואף דזכות יכול לחזור וללמוד גם במנין של המו"מ, דכל דיין דא"א לו לחוות דעה בשעה שנו"נ בדין אלא לצד אחד דהיינו לזכות, אינו דיין שיצטרף ויקבע למנין הבי"ד הנו"נ בברור הדין לכל צדדיו, ואינו דומה להמזכין הקודמים דאף דאינם יכולים לחזור וללמוד חובה לפני הגמ"ד, בכ"ז נכנסים למו"מ החדש אחר שהוסיפו דיינים, דהתם באו לידי דעה ברורה במו"מ הראשון שיכלו ללמוד זכות וחובה כאחד, ומחזיקים עכשיו בדעתם זו לא כן הא"י דלא בא קודם לידי דעה, ובמו"מ של עכשיו אמנם יכול לחוות דעה אלא לזכות לא נכנסים בפועל לתוך הנו"נ בדבר, אף דכשבא לידי דעה ברורה יכול להצטרף לזכות אף למנין של המו"מ וכדעתו של הר"מ לקמן בפי"א דיש מנין גם למו"מ, ובשעת גמ"ד יכול להתמנות אף עם המחייבין.

וזהו בעיקר ההבדל בין ד"מ לד"נ דבד"מ בפ"ח ה"ב כותב דאחר דהוסיפו שנים נמצאו

חמשה נושאים ונותנים בדבר והיינו כיון דיכול לחזור בין לזכות ובין לחובה הוי הא"י כמאן דאיתא ובמנין הבי"ד גם בשעת המו"מ, אבל כאן בד"נ כותב דזה שאמר א"י הרי הוא כמי שאינו כו' ונמצא אחר התוספת עשרים וארבעה חוץ מזה המסתפק, וכוונתו דבמו"מ החדש שנכנסים הוי הא"י כמי שאינו ונמצאו אחר התוס' עשרים וארבעה, אף דגם הא"י לא סולק ואינו דומה לאחד מן התלמידים דעוד נשארה לו האפשרות להצטרף אף לחייב בעת גמ"ד וכדין דהמלמד זכות, ולזכות ודאי דיכול להצטרף אף במנין של המו"מ, וגם לשונו זה דאחר התוספות נמצא כ"ד חוץ מן המסתפק מראה דהא"י לא סולק לגמרי, דמה לו לכתוב זה וכי לא ברור החשבון דאחר דהא"י כמי שאינו הם רק כ"ד ומה לו להדגיש חוץ מהמסתפק דמשמע דהוא ג"כ עוד ישנו בדין זה אלא דלא שוה להב"ד, והנראה ע"כ דכוונתו לציין זה דגם המסתפק לא סולק לגמרי, אלא אף דהוא ג"כ בין הדיינים ויכול להצטרף אף לחובה בגמ"ד וכדיוצא מדבריו שאח"כ וכנ"ל בכ"ז למו"מ החדש ישנו רק כ"ד.

ועפי"ז דהא"י יכול להצטרף בגמ"ד אף להמחייבין ויכול ללמוד זכות אף במנין של המו"מ, והוא א"כ בחשבון הדיינים כשבאים למנין ושואלים אז לדעתו, אלא דאינו בתוך הנו"נ בדבר והכל כנ"ל יתיישבו בודאי כל לשונות הר"מ כאן דעמדנו להעיר עליהם, גם מה דנראה מדבריו בבבא ג' וד' לפי דברינו לעיל דיכול להצטרף גם להמחייבים אלא דלמען האמת עלי להעיר דדוקא להנ"ל דבססנו דעתנו בזה על הדין דגם המלמד זכות יכול בגמ"ד לחזור וללמוד חובה, אם דנכונה עצם ההנחה דלפי דסוברים דמה דהא"י יכול לחזור וללמוד זכות וכמבואר יוצא מדברי הר"מ, הוא מדין דהמלמד חובה יכול לחזור וללמוד זכות, ממילא צריך להיות כן דגם יוכל לחזור וללמוד חובה בגמ"ד וכדין דהמלמד זכות דיכול בגמ"ד להתמנות עם המחייבים ובדרך זו מתפרשים כל דברי הר"מ בטוב, אבל ההכרח לזה מדבריו בבבא ג' סר לכאורה דאפשר לפרש מה דכותב בבבא ג' וכן מוסיפין כו' או ירבו המחייבין שנים או יותר, דאפשר שיהיה יותר לא עי"ז דגם הא"י יצטרף להמחייבין, אלא ע"י דאחד מן המזכין הקודמין יחזור בגמ"ד ויצטרף להמחייבין, והרי בר"מ גופיה בס"ד כאן ישנו רמז על דין זה דכותב בל"ו אומרים חייב ול"ה אומרים זכאי דנים אלו כנגד אלו עד שיראה א' מהן דברי חברו ומזכין אותו או מחייבין אותו ואיך אפשר שיחייבו אותו, והיינו ע"י דאחד מן המזכים יחזור וילמוד חובה, וגם דבריו בבבא ד' ל"ו מחייבין ול"ה מזכין אם דלפי דברינו לעיל דנראה דקאי על י"ב מזכין וי"ב מחייבין וא' אומר א"י ובאנו גם משם להוכיח וכנ"ל, א"א לאוקמי דהרי כיון דכל השבעים וא' נכנסים במנין וגם הא"י אבל משם בכלל אין ההכרח גדול וכנ"ל וגם אפשר לפרש דיצא

כך ע"י דהא"י הצטרף להמזכין ושנים נוספין הצטרפו להמחייבין או שא' מן המזכין חזר בגמ"ד והצטרף להמחייבין, ואמנם דפשטות הדברים לא נראה דהרמב"ם דן ע"ז שהמזכין או המחייבין יחזרו מדעתם בגמ"ד עד סוף דבריו בל"ו מחייבים ול"ה מזכין דכותב דדנים אלו כנגד אלו עד שיראה א' מהן דברי חברו, אבל מה שהיה קודם ומה שהגיעו לל"ו מחייבים ול"ה מזכים לא היה עי"ז דחזרו המזכין או המחייבים, בכ"א עצם היסוד דלפי ההנחה דא"י הוא בגדר דין דהמלמד זכות אינו מלמד חובה וכמבואר בר"מ צודקים אנו בדברינו בזה בשיטת הר"מ ובישוב דבריו בדרך הזה.

ואפשר דעפ"י הנ"ל בשיטת הרמב"ם יובנו יותר דברי הגמ' בסנהדרין י"ז דנאמר שם על דברי ר' אבוה דבמוסיפין עושין בי"ד שקול לכתחלה, פשיטא, מהו דתימא האי דקאמר א"י כמאן דאיתיה דמי, ואי אמר מילתא שמעינן ליה, קמ"ל דהאי דקאמר איני יודע כמאן דליתיה דמי ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה, ולכאורה קשה מה זה דנקטו לשון של ואי אמר מילתא, ואי אמר טעמא, הרי לפי הפשט הפשוט היינו דאינו יכול להצטרף יותר למנין הדיינים בפסק ההל' א"כ יותר היה לומר ואי אמר דינא לא שמעינן ליה, ורש"י שם כנראה הרגיש בזה ומפרש ואי אמר טעמא מראה פנים לחובה ומראה פנים לזכות משו"ה מספקא ליה והיינו דבא לבסס דעתו דא"י, ויוצא לפי"ז דלא בא לומר דהו"א דיכול לחזור ולהצטרף למנין הדיינים אלא דהו"א דיכול עוד לבא בטעמים לבסס דעתו וזה קשה מאד דהרי על דשאלו פשיטא דעושין בי"ד שקול במוסיפין, השיבו דהו"א דא"י כמאן דאיתיה כו' וא"כ אינו בי"ד שקול, ולפירושו של רש"י דהו"א דיכול לבא עוד ולבסס ספקו במה היה פסק מלהיות בי"ד שקול, ובר"מ הרי מבואר דלא מפרש כן דמביא ללשון הגמ' דא"י כמאן דליתיה ומפרש משום דאינו חוזר ומלמד חובה, ונראה דמפרש כן לדברי הגמ', ויוצא לפי"ז דהו"א דיכול לחזור וללמוד חובה וא"כ אינו בי"ד שקול וקמ"ל דאי אמר טעמא לא שמעינן ליה והוי בי"ד שקול, וקשה א"כ למה נקטו ללשון זה וכנ"ל, ולהנ"ל דלרמב"ם בשעת גמה"ד באמת יכול להצטרף אף לחובה, אלא דבמו"מ לא יכול להצטרף למנין והיינו בעוד דדנים בטעמי הדבר לכאן ולכאן עד שבאים לידי החלטה ולידי גמ"ד ולזה קוראים בגמ' ואי אמר טעמא לא שמעינן ליה, דבזמן דדנים עוד בטעמים הוי כמאן דליתיה, ואף דלפי הנ"ל יכול להצטרף בגמ"ד גם לחובה בכ"ז אמרו דבמוסיפין עושין בי"ד שקול לכתחלה, משום דאחר דאינו במנין בשעת המו"מ אינו עומד לזה דיחזור בגמ"ד ויצטרף לחובה, ולכתחלה עושין לפי החשבון דיהיה בי"ד שקול.

ד] **והנה** כל הנ"ל הוא לשיטת הרמב"ם אבל הר"א דס"ל דאף בד"מ א"י כמאן דליתיה,

ודאי דבד"נ הוי לגמרי כמו שאינו וכמו דמשיג על דברי הר"מ דבהיה אלו כנגד אלו ואמר א' א"י אפשר ע"י דמוסיפין לבא לע"א דזה א"א וכנ"ל, ואף דמפורש במשנה בפרק היו בודקין דמוסיפין שנים שנים עד שבעים ואחד, במשנה אפשר ודאי לפרש דהיינו באופן דנחלקו ע"י דאמרו י"ב חייב וי"א זכאי וכדהערנו לעיל על אפשרות זו, ואמנם פירש כן לדברי המשנה הרמ"ה בחידושיו לסנהדרין שם, ובדרך הזה אפשר לפרש גם הנאמר במשנה שלשים וששה מחייבין ושלשים וחמשה מזכין, אלא דבדברי הר"מ נראה לנו פשטות הדברים דאיירי גם בנחלקו שוה בשוה וא' אמר א"י והכל כנ"ל, ואפשר דלהר"מ לא נראה גם במשנה לפרש כן משום דמשמע דשלשים וששה מחייבים הוא בדומה להנאמר לפני כך שלשים וששה מזכין כו' וזה א"א דכשנחלקו מתחלה היו י"ב מזכין וי"א מחייבין, דאז היה זכאי, וכדדייקנו לעיל משו"כ גם בלשון הר"מ עצמו, אלא דבברור דעת דבריו סמכנו בעיקר על מה דנראה לנו דבדבריו שאח"כ קאי אמאי דפסיק דהיינו בהיו אלו כנגד אלו וא' אומר א"י וכנ"ל.

ואמנם דלהחולקים על הרמב"ם, ונראה לכאורה בדעתייהו דהוי כמאן דליתיה לגמרי ואינו יכול גם לחזור וללמוד זכות וגרע מהמלמד חובה ואפי' מא' מן השוק דיכול לחזור וללמוד זכות, ומשום דהא' הסתלק מלהיות דיין בזה, וכמו דלא נכנס במנין הראוי לכו"ע, ס"ל דכן הוא כמו שאינו לגמרי אף אחר דהוסיפו ולא חסר במנין הראוי, יהיה קשה איך יפרנסו לפי"ז הנאמר במשנה ל"ו זכאי ול"ה חייב, דלכאורה זה א"א רק בדהצטרף אח"כ הא"י להמזכים, דהרי אם בראשית החלוקה היו י"ב זכאי וי"א אמרו חייב הרי היה יוצא זכאי וכנ"ל.

אלא דבפרוש דברי המשנה אפשר לבא בעוד דרך ולפיו יתיישב גם הבבא דל"ו אומרים זכאי ול"ה חייב אף אם נימא בדעתייהו דהא"י לא יכול אפי' לחזור וללמוד זכות, והיינו דנפרש לדידהו המשנה בדרך דפירש הר"ן בחידושיו לסנהדרין שם, ודבריו שם וכשיגיעו בי"ד לע"א ואמר א' א"י א"א להוסיף בהם שכבר הוא הב"ד השלם, אלא שנוציא מן המנין זה שאמר א"י, ויכנס אחר וכן לעולם כו' וכן הסכים הר' דוד ז"ל וכן נכון, אבל הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ח מהל' סנהדרין דבבי"ד של ע"א אם אמר אחד מהם א"י והיו ל"ה מזכין ול"ה מחייבין הרי הדבר ספק ומעמידין הממון בחזקת בעליו, ולא כתב שנחליף זה שאומר א"י באחר ולא מיחוור ע"כ, וא"כ בדנימא דהר"א יסבור כדעת ר' דוד כמו דמתפרש הנאמר דמוסיפין עד ע"א באופן דמסלקין להא"י ומכניסים לאחר במקומו, כן מתפרש החלוקה דל"ו ול"ה דבא עי"ז דהוסיפו אחד במקום הא"י והוא יכול להצטרף למזכין או למחייבין, אבל הרמב"ם דלא ס"ל דמוסיפין אחד במקום הא"י אם הגיע כבר

לע' ובמקום דא"א להוסיף שנים לא מוסיפין כלום ע"כ מה דמגיע לע"א באמר א' מקודם א"י הוא ע"י חזרת הא"י וע"ז באה השגתו של הר"א לפי דעתו הוא דזה א"א.

ויש להעיר דאמנם מחלוקת זו אם אפשר להוסיף א' באם כבר אין להוסיף שנים היא אסמכתא ויסוד למחלוקתם באם א"י הוא כמאן דליתיה לגמרי או דעוד נלקח בחשבון אפי' בנ"ד, דהרמב"ם דלא ס"ל דאפשר להוסיף א' באם כבר הגיע למנין שבעים, א"כ פשטות המשנה דמוסיפים והולכים עד ע"א מתפרש רק עי"ז דהא"י בעצמו יכול לחזור ולהצטרף למנין ומשמע ליה ג"כ דהמשנה ל"ו מחייבין כו' הוא בדומה להנאמר מקודם ל"ו מזכין כו' והיינו א"כ באופן דהא"י הצטרף להמחייבין ומוכח דבגמה"ד יכול גם לחזור וללמוד חובה והכל כנ"ל.

ה] **ובענין** זה דאין מוסיפין אלא שנים - ולדעתו של הר"מ אפי' בדא"א כבר להוסיף שנים ג"כ אין מוסיפין לא' במקום הא"י, וכש"כ מיד כשנחלקו הבי"ד של כ"ג דלכו"ע אין מוסיפין אלא שנים שנים וכמבואר במשנה, - צ"ע רב בבאור דברי הרמב"ם בפ"א מהל' סנהדרין ה"ח דכותב אם נחלקו הסנהדרין והוצרכו לסמוך אחד להוסיף סומכין מן הראשונה גדול שבה כו' ואיירי בסנהדרי קטנה כמבואר שם וקאי על הנאמר בה"ז כל סנהדרי קטנה כו' ואיך אפשר דע"י דנחלקו יתוספו רק לאחד, ומקור דבריו בזה היא משנה בפ"ד דסנהדרין ל"ז ושלש שורות של ת"ח יושבין לפניהן כו' הוצרכו לסמוך סומכין מן הראשונים א' מן השני' בא לו לראשונה כו' ורש"י שם נראה דהרגיש בזה דאיך אפשר להוסיף א' דהרי במוסיפין ע"י דנחלקו מוסיפין שנים שנים, ומפרש הוצרכו לסמוך כגון שמת א' מן הדיינין סומכין לו מן הראשונים כו', ויש להבין דדבריו דרק במוסיפין ע"י דנחלקו היתה התקנה במוסיפין שנים שנים ועושין אז בי"ד שקול לכתחלה, אבל כשמת נחשב כמו שמעמידין הבי"ד מתחלה ואם חסר עוד אחד מכניסין לעוד א'.

אבל הר"מ דמפרש לדברי המשנה ומביא כן להל' בנחלקו קשה מאד דהרי במוסיפין, אין מוסיפין אלא שנים שנים, ואולי לדעתו לא נחית המשנה לדיוקא ולומר א' דוקא, ונחית רק להביא הדוגמא דלוקחין קודם מן השורה הראשונה, ואם הדין דמוסיפין מחייב שנעביר שנים מעבירין שנים, והר"מ בהלכותיו תפס לשון המשנה וג"כ לא נחית שם לדין דמוסיפין ואינו מרווח וצ"ע רב בדבר.

הלכה ג

בית דין הגדול שבא להם מחלוקת בין בדיני נפשות בין בדיני תורה אין מוסיפין עליהן, אלא דנין אלו כנגד אלו והולכין אחר הרוב שלהן, ואם בדין אחד מן הנהרגין נחלקו

דנין אלו כנגד אלו עד שיפטרוהו או יתחייב.

ב"ד הגדול שבא להם מחלוקת וכו', כתב בזה המל"מ וז"ל מכאן קשיא לי הא דאמרינן בפ"ק דהוריות דף ג', א"ר יונתן מאה שישבו להורות אין חייבין עד שיורו כולם, דהיכי משכחת מאה שישבו להורות דהא התם בסנהדרי גדולה מיירי וכמבואר, וכיון דקיי"ל דאם נחלקו אין מוסיפין על ע"א מכ"ש דבתחלה אין יותר מע"א, ואולי כונת ר"י היא דאפי' אם עברו וישבו יותר מע"א, דבעינן דעת כולם אע"פ שהנוספין אינן מן המנין, אלא דצ"ע היכי יליף להאי מילתא מקרא והלא קרא לא מיירי אלא בענין הנצרך וכעת צ"ע, עכ"ל, ונראה בקושייתו דיש לחלק בין ענינים שצריך להם דין ב"ד כמו דיני ממונות ודיני נפשות, דאפי' דיני ממונות שתחלת מניינם הוא בשלשה, מ"מ אם צריכים להוסיף שהיו שקולים או שהיו מי שאמרו אין אנו יודעים בצירוף עם השקולים דאז מוסיפין עד סנהדרין של ע"א ולא יותר כמבואר כאן, אבל באיסור והיתר אם גם הסנהדרין שהיו ע"א לא באו לידי החלטה כגון שהיו שקולין ל"ה ול"ה ואחד אינו יודע, וכבר כתבו הכ"מ והרדב"ז בהל' ב' דדוקא בדיני נפשות אינו עולה למנין מי שאמר אינו יודע, אבל בדיני ממונות עולה למנין, וכן הוא באיסורין, ובודאי באיסורין אינו דין שישארו מסופקים והדין צריך להתברר, ולכן אפשר להוסיף עוד גדולים שיתברר יותר, רק דאפשר שהדין צריך לצאת בהסכמת הב"ד הגדול, ונמצא דאפשר לישב לישא וליתן בהרבה יותר ממנין ע"א.

ועוד דהא אם אמר אחד מן התלמידים יש לי ללמד זכות בדיני נפשות מעלין אותו לסנהדרין ואם יש ממש בדבריו שומעין לו ואינו יורד משם לעולם, כמבואר בפרק י' הל' ח' א"כ אפשר שאמרו שלשים שלא נשאו ונתנו זה עם זה, וכל אחד רוצה להציע דבריו לפני הסנהדרין, א"כ כיון דנשאר בסנהדרין הרי בעת הוראה ישבו כולם להורות, כגון שחלק חשוב אמרו אין אנו יודעים, והשאר היו שקולים, ואף דבאיסורין יהיו די שיוסיפו רק באופן שעם הנוספים יהיו רוב האוסרים או רוב המתירים, מ"מ דאלה שאמרו איננו יודעים ג"כ עולים למנין, א"כ אפשר דכיון שבין כך וכך כמה שיוסיפו על הסנהדרין יהיו יותר משבעים ואחד, וכיון דיש כאן ספק שצריך לברר עם איזה צד הוא האמת, ראוי הוא להוסיף כמה שבאפשר יותר גדולים בתורה שבגודל תורתם יוכלו להכריע וגם לברר שאפשר גם השקולים וגם שאינם יודעים יסכימו ויבררו ההלכה מה שיהי' בפחות מחלוקת, וא"כ פשוט שבאופן כזה מסכימים הסנהדרין להוסיף עד מאה, ומכל הטעמים שכתבתי מיושב מה דאמר ר' יונתן מאה שישבו להורות.

-השמטות מגליונות-

במש"כ לעיל בדברי הרמב"ם שכ' ב"ד הגדול שבא להם מחלוקת בין בד"נ בין בדיני תורה אין מוסיפין עליהן והקשה המל"מ מהא דהוריות מאה שישבו להורות אין חייבין עד שיורו כולם והיכי משכחת מאה שישבו ותירצתי דבדיני איסור והיתר כיון שצריך לברר הדין מוסיפין עוד עד שיתברר וע"ז הקשה חתני הגרי"מ דהא מפורש בדברי הרמב"ם בין בד"נ בין בד"מ בין בדיני תורה ובודאי הכונה במש"כ בד"ת היינו איסור והיתר, אבל נראה דכונתו במש"כ בדיני תורה היינו כגון שהיה שאלה לא להורות הלכה למעשה כגון בבנין המשכן אבל שאלה שצריכין להורות הלכה למעשה ודאי שצריך להתברר ובזה אמרו מאה שישבו להורות דבכה"ג מוסיפין.

פרק יא

הלכה ד

אחד דיני נפשות ואחד דיני מלקיות ואחד דיני גלות הדינים האלו שוין בהן אלא שהמלקות בג' ואין אחד מהן בשור הנסקל חוץ מדבר אחד שדינו בכ"ג.

הלח"מ כתב תימה הוא בעיני מ"ש אלא שהמלקות הוא בג' דהרי דיני ממונות נמי בג' עי' בדבריו שדחק בזה ולחנם דחק בזה דודאי דכונת הרמב"ם לומר שדין המלקות שוה לדיני ממונות וכתב דהדינים האלו היינו שיש חומר בד"נ מדיני ממונות בכולם גם מלקות בכלל החומר רק בזה שוה מלקות לממון, והוא פשוט.

הלכה ז

-השמטות ומלואים-

הנני מוסר בזה לדפוס קונטרס בהלכות סנהדרין אשר שלחם אלי חתני הגאון הגדול מוה"ר יצחק מאיר בן מנחם שליט"א בעהמ"ס פרשת המלך ראב"ד בפתח תקוה, והענינים אף שהם על שלשה פרקים מהווים קונטרס אחיד, והיינו הנכתב על פ' ח' הל' ב' הוא בעיקר בדין איני יודע בד"מ, ובפ"ט הל' ב' בדין איני יודע בד"נ, ובפ' י"א הל"ז הוא בחילוק שבין ד"מ לד"נ בענין אב ובנו הרב ותלמידו, וביסוד שיטת הרמב"ם דישנו מנין גם בשעת משא ומתן, ויסודו זה קשור בהרבה גם בהנאמר בהלכות הקודמות וכמבואר להמעיין.

והיות שבמסרי לדפוס על סדר הפרקים עוד לא היה הקונטרס תחת ידי הנני מוצא לנכון מתוך חשיבות הקונטרס להדפיסו כאן בתור מלואים להנדפס.

דיני ממונות וכן הטומאות וכן הטהרות האב ובנו הרב ותלמידו מונין אותן בשנים, ודיני נפשות ומכות וקידוש החדש ועיבור השנה אב ובנו או הרב ותלמידו מונין אותן

באחד.

בהשגות כותב ע"ז א"א אין הגמ' כן, וכוונתו להנאמר בסנהדרין דף ל"ו א', הטהרות והטמאות האב ובנו הרב ותלמידו מונין להם שנים, דיני ממונות ודיני נפשות ודיני מכות קידוש החדש ועיבור השנה אב ובנו הרב ותלמידו אין מונין להם אלא אחד וא"כ מבואר שם דבדיני ממונות אין מונין להם אלא אחד כמו בד"נ, ועיין בכ"מ ברדב"ז ובלח"מ וכולם כתבו בזה דגירסת רבינו בברייתא בגמ' אינה כן, אלא כך היא דיני ממונות הטהרות והטומאות אב ובנו הרב ותלמידו מונין להם שנים ד"נ כו' אין מונין להם אלא אחד, ויוצא לפי גירסתו דד"מ שוים בזה לטהרות וטמאות.

אמנם אם גם היתה כן הגירסא לפניו בגמ' ודאי טעמא בעי דאיך נימא דגבי ד"מ אב ובנו ימנו בשנים כמו בהוראה, * והגירסא שלפנינו דדוקא בטהרות וטמאות מונין להם שנים מתפרשת בטוב, וכמו דבאר רש"י בזה שטו"ט שהוראתן ביחיד ואין בהן מנין אלא א"כ חולקין וצריך לעמד למנין אם רבו הטמאין או המטהרין מונין אב ובנו או את הרב ותלמידו בשנים, אבל ד"מ וד"נ כו' שמנין שלהם אף בתחלת הדין מן התורה שזה צריך ג' וד"נ כ"ג [אף בדלא נתהוה מחלוקת בינם] אין האב ובנו כשרים זע"ז ולא הרב ותלמידו נמנין אלא אחד.

* ולכאורה יש להצדיק גירסת הר"מ ומה דמביא כן להל' דד"מ דומים בזה לטו"ט דאב ובנו הרב ותלמידו מונין אותן בשנים ושונה ממכות וקה"ח ועיבור השנה, דהרי רש"י כותב בטעם דשונה טו"ט מד"מ לפי גירסתנו משום דטו"ט הוראתן ביחיד ואין בהן מנין אלא א"כ חולקין וצריך לעמוד למנין אבל ד"מ וכו' שמנין שלהם אף בתחלת הדין מן התורה שזה צריך שלשה כו' אין האב ובנו כשרים זע"ז ולא הרב ותלמידיו נמנין אלא אחד, וא"כ הר"מ דפוסק להל' לעיל בפ"ב דאף לדידן דלא פסקינן כשמואל אלא כרב אחא דשנים שדנו אין דיניהם דין אינו אלא מד"ס ומותר לאחד לדון מד"ת אף שאין בי"ד פחות משלשה, וכיון דמעיקר הדין יכול להיות דינו בחד ואחד שהיה מומחה לרבים הר"ז מותר לו לדון יחידי גם אחר שתקנו דשנים שדנו אין דיניהם דין, אם דאינו נחשב לבי"ד ועיין שם ובמפרשיו, ומכות וקה"ח ועיבור השנה ודאי דבעינן שלשה סמוכין ויותר וכמבואר בר"מ פ"ד ה"ז ועוד, א"כ ישנו חלוק גדול בין ד"מ לד"נ ומכות וכו' ודומה לדידיה לטו"ט דכותב רש"י כיון דאין בהן מנין אלא א"כ חולקין נמנין בשנים כן לדידיה בד"מ כיון דמעיקר הדין משפטן ביחיד, ומובן דלפי"ז נימא דבמה דכותב הר"מ ד"מ לא נכלל דיני קנסות וגו"ח דאין דנין אותם מעיקר הדין אלא בשלשה סמוכין.

אולם ממה דממשיך בה"ח וכותב דזה דנמנה בשנים ובאחד הוא רק בשעת מו"מ אבל לא בגמ"ד, וקאי עכ"פ גם על ד"מ אם לא על טו"ט וכדיתבאר לקמן בדברינו בפנים, מוכח דשיטה אחרת לו בזה, ולא בא כלל לדמות גדרי הדיון של ד"מ לטו"ט, ואך דלדידיה דנים מעיקר הדין ד"מ ביחיד אבל כיון דבי"ד אינו אלא בשלשה וכשיושבים לדון בשלשה כולם הם המנין הראוי והדרוש לבי"ד, והרי אף

לשמואל היכא דיתבי אדעתא דתלתא כולם במנין, וכש"כ לדידן דבי"ד אינו אלא במנין הראוי, ובכ"א ממה דמחלק בין מו"מ לגמ"ד וע"כ דלא כוון בזה לטו"ט וכמבואר בדברינו בפנים, מוכח דלא בא מטעם זה בד"מ, ומכח זה דברנו לקמן בפנים על הר"מ דבדבריו ליישב דברי השגות על ה"ח כותב להעיר בדעת הר"מ אולי משום דיחיד מומחה דן בד"מ וע"ש.

והנה בהל' ח' וט' כותב עוד הר"מ "זה שאנו מונין האב עם הבן בין באחד בין בשנים כגון שהיה האחד מהן בסנהדרין והשני היה מן התלמידים שאמר יש לי ללמד זכות או חובה שומעין דבריו ונושאין ונותנין עמו ונמנין עמו ובשעת גמר דין אין גומרין את הדין בקרובים שהדיינין הקרובין פסולין לדין כמו שיתבאר, וכותב ע"ז בהשגות למשא ומתן מאי מנין איכא ובשעת גמר דין אז הוא המנין, והקושיא שהוקשה לו אינו כלום לפי הגירסא שלנו דבד"מ נמי אין מונין להם אלא אחד, וכיון דאינו עולה מן החשבון הרי הוא כמו שאמר האחד למיחזי אתיתי שאינו פוסל בעדות וכן בדין כו' והכי איתא בתוספתא כו'.

כפי המבואר בדברי הר"א חולק על הר"מ בשתים, על יסוד דבריו דכותב כי ישנו מנין גם במו"מ, וגם ע"ז דכותב כי אף באחד לא נמנין האב ובנו אלא בשעת מו"מ ולא בגמ"ד, וכפי דהבין בדבריו הר"א משום דגם גבי דין אם בטלה מקצתו בטל כולו, ודעתו של הר"א בזה דרק בשעת גמ"ד איכא מנין, וא"כ כל מה דדנים אם נמנים אב ובנו הוא בגמ"ד, ולא קשה איך נמנין קרובים בגמ"ד, כיון דלפי הגירסא שלפנינו גם בד"מ נמנין רק באחד, ועל דעתו דגם באחד לא ימנו משום דבטלה מקצתו כו' כותב דהרי הוא כמי שאמר האחד דאינו עולה מן החשבון למחזי אתיתי, ובכ"ז מסיק דכדי שלא יטעה אדם בהן לומר שיהיו שניהם מן המנין נשאר האב והבן הולך לו.

ומדבריו נראה דהבין בדברי הר"מ דמה דמחלק בין שעת מו"מ לגמ"ד הוא רק בד"מ וד"נ אבל לא בטומאות וטהרות כיון דכותב דהקושיה שהוקשה לו אינה כלום לפי הגירסא שלפנינו דבד"מ נמי אין מונין אלא אחד, והרי בטו"ט אף לפי גירסתנו מונין להם שנים, אלא ודאי דבטו"ט אף דמונין בשנים בכ"ז אינו עולה כלל על הדעת לחלק בין מו"מ לגמ"ד כיון דעיקר הוראתן ביחיד, ואין ביסוד הוראתן כלל ממנין ודין בי"ד, אלא אם חולקין ויש להכריע המחלוקת מעמידין למנין דעות הדנים בדבר ומנין זה כשר אף באב ובנו וכדברי רש"י בזה, ונראים כן הדברים, אף דמדברי הרמב"ם דאחר הביאו מה שמונין בטו"ט וד"מ וד"נ סתים וכותב זה שאנו מונין האב עם הבן כו' נראה לכאורה דקאי על כל הנאמר לעיל, עלינו לומר גם בדעתו דלא כוון לטו"ט.

והנה בנוגע להשגתו של הר"א דכיון דאינו עולה מן החשבון הרי הוא כמו שאמר

הא' למיחזי אתיתי כו', אפשר לומר בטעם הר"מ דאף דאין מונין לאב עם בנו בגמ"ד אלא באחד, ואף בד"נ דאף בעת המו"מ לא היו נמנין אלא באחד, בכ"ז אין גומרין הדין בקרובים שיושבים שניהם יחד במושב הבי"ד בגמ"ד, דאינו כמו שאומר האחד למיחזי אתיתי באם יושבים יחד ויש לשניהם אפשרות להשתתף במו"מ ולהיות נוכח אף בגמ"ד אף דבחשבון עולה רק אחד מהם, כיון דלא מובדל ומופרש מהם, ולא מועיל מה דאחד ישב וישתוק באם יושב במו"מ ובגמ"ד וכמבאר בתוספתא, וכש"כ בד"מ דבמו"מ מונין אב ובנו לשנים לשיטתיה, דלא שייך לומר למחזי אתיתי באם נשאר אח"כ להיות נוכח גם בגמ"ד, ואם הר"א כותב דרק כדי שלא יטעה אדם בהן לומר שהיו שניהם מן המנין האב הוא הנשאר והבן הולך לו, ס"ל הר"מ דזהו מעיקר הדין, וכן מורין יותר דברי התוספתא דמציין הר"א, דהכי איתא בתוספתא פ"ז דסנהדרין בקידוש החדש ובעיבור השנה בד"מ ובד"נ אב ובנו הרב ותלמידו שניהם נמנין אחד ולא יהא ישב בצדו ואפי' הוא שותק אלא עומד והולך לו, ופשטות דברי התוספתא מורין דדינא קתני ומוכרח שיהיה כן.

ב] **אכן** יסוד דברי הר"מ דישנו מנין גם במו"מ, ובמנין הזה חלוקין בדיניהם ד"מ וד"נ, דבד"מ מונין לאב ובנו בשנים, ובד"נ ומכות וקדוש החדש ועיבור השנה מונין להם באחד, ובזה וזה יכולין להשתתף יחד במו"מ אף דבגמ"ד גם בד"מ אין להם אפי' לשבת יחד, כ"ז צריך ודאי עיון וברור רב, ויש לעמוד על יסודותיו בזה.

ודברי הכ"מ כאן נראים לכאורה תמוהים, דכותב בישוב דברי השגות די"ל שדעת רבינו לומר דכי פסלינן קרובים לדון היינו דווקא כשעומדים שם בשעת גמ"ד כו' אבל קודם לכן נו"נ עמהם ונמנין עמהם לראות אם רבו המזכין או המחייבין, ואפשר שהטעם בד"מ כיון שיחיד מומחה דן אותם א"כ הו"ל דומיא דטהרות וטמאות כו' ואפ"ה בשעת גמ"ד לא ישבו שם שאין גומרין שום דין בקרובים, והנה מזה דכותב דכי פסלינן קרובים לדין בשעת גמ"ד ולא בעת מו"מ ואז אפי' נמנין עמהם ונראה דדי לו כבר בזה ליישב הדברים, וקשה דא"כ למה בד"נ גם במו"מ אין מונין להם שנים, גם מה דכותב אח"כ דאפשר שהטעם בד"מ כיון שיחיד מומחה דן אותם הו"ל כטו"ט, ובכ"ז בשעת גמ"ד לא ישבו שם שאין גומרין שום דין בקרובים, ג"ז לא מובן, דאם גם שעת מו"מ היה צריך להיות פסול בדיינים קרובים בדומה לגמ"ד, אלא משום דד"מ כיון דיחיד מומחה דן אותם דומה בזה לטו"ט, א"כ גם בגמ"ד היה צריך להיות דומה לטו"ט, וזה ברור דבטו"ט אין חלוק בזה דמונין אב ובנו לשנים בין זמן מו"מ לגמ"ד אף דהר"מ סתם דבריו בזה וכנ"ל, וכדמורים דברי הר"מ עצמו דמסיק ובשעת גמ"ד בכ"ז לא ישבו שם שאין גומרין שום דין בקרובים,

והיינו דוקא דין ולא הוראה בטו"ט.

וא"כ בע"כ יסוד הדין בנוי על החלוק שבין שעת מו"מ לגמ"ד ולא ע"ז דד"מ ביסודן משום דיחיד מומחה דן אותם דומה לטו"ט, וגם בנ"ד לדעת הר"מ הרי חלוק שעת מו"מ מגמ"ד דבעת שנו"נ לכהפ"ח מונין להם באחד, ובשעת גמ"ד לא ישב כלל בצדו, אלא דבכ"ז שונה דמ"מ מד"נ דדמ"מ מונין בשעת מו"מ גם בשנים זה ודאי צריך תלמוד.

ג) **והנה** זה נראה ודאי דלעצם דברי הר"מ דישנו מנין גם בזמן שנו"נ קודם שבאים לגמה"ד ישנו יסוד במשנה וגמ', ואדרבא דברי הר"א דתמה על יסוד דבריו וכותב כי למו"מ מאי מנין איכא אינם מבוארים, ועיקרן של הדברים בסנהדרין ל"ד ע"א דעל הנשנה במשנה ד"נ המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמוד חובה אמר שם רב ל"ש אלא בשעת מו"מ אבל בשעת גמ"ד מלמד זכות חוזר ומלמד חובה, וכבר מזה דאמר דהנאמר יכול לחזור וללמוד זכות ולא חובה הוא בשעת מו"מ נראה דישנו למנין במו"מ, דמהו ענין דיכול לחזור וללמוד או לא, אם לא לקבוע המנין, אבל יותר מבואר כן במה דהקשו על רב מהמשנה למחרת משכימין ובאין המזכה אומר אני המזכה ומזכה אני במקומי המחייב אומר אני המחייב ומחייב אני במקומי כו' אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה והא למחרת גמ"ד הוא ולטעמך למחרת מו"מ מי ליכא כי קתני בשעת מו"מ וכאן כבר מבואר דמסדרין ומונין הדעת של כל אחד, ואמר דהנשנה במשנה הוא בשעת מו"מ.

והנראה בהסבר הדברים דהמנין בשעת מו"מ הוא כמו שהיה נמנים במחלוקת שנחלקו בבית המדרש באיזה דין להל' ולא למעשה כדי לדעת מספר האוסרים והמתירים המחייבים והמזכים ולהכריע הלכה ברבים נגד המעוטים, כן כשישבו לדין לשפוט להלכה ולמעשה היו מקודם נושאים ונותנים בדבר לברר להם ההלכה בנדון שבא לפניהם, לפני שישבו לגמ"ד ולהכריע למעשה, ולפי ההכרעה בעת המו"מ אחר שעמדו למנין בזה, יושבים אח"כ לגמור הדין ולהכריע למעשה, ואם מי שהוא מהדיינים חוזר בו בגמ"ד מדעתו הקודמת יכול לחזור בו ואף מזכות לחובה וכנ"ל.

וחוזרים אנו לעיקר השאלה שלפנינו מנין לו להרמב"ם לחלק במנין שבזמן המו"מ, בין ד"מ לד"נ לענין אם אב ובנו נמנין לשנים או לאחד, ולכאורה כיון דאין זה עוד מנין המכריע וגומר את הדין למעשה לא צריך בזה להיות לגמרי מפסול קרובים אף בנ"ד. דהרי עיקר הפסול בעדים וכן בדיינים למדים מקרא דלא יומתו אבות על בנים ומכאן למדים אף פסול בנים לעלמא וכמבואר בסנהדרין כ"ח, ופסוק זה מתפרש ודאי רק בגמ"ד, וכדנאמר ולא יומתו וגו' דהיינו שלא יהיה החלטת גמ"ד למיתה.

והנראה בזה בדעת הר"מ בדרך דלקמן, דהנה בה"ז מובא ברמב"ם יחד עם אב ובנו גם הרב ותלמידו ולפי גירסתו בברייתא מביא דהאב עם בנו, הרב ותלמידו בד"מ וטו"ט מונין אותן בשנים ובד"נ ומכות וכו' מונין אותן באחד, ובה"ח כשכותב זה שאנו מונין האב עם הבן בין באחד בין בשנים כו' ובשעת גמ"ד אין גומרין את הדין בקרובים, שבקיה להרב ותלמידו דמנה אותן בה"ז יחד עם אב ובנו וכותב דבריו רק באב ובנו, ובר מן דין יש להבין ולדעת מהו בעצם הפסול של הרב ותלמידו, דאף דעריב לזה בברייתא עם פסול דאב ובנו, אבל ודאי דאין כאן מגדר דין פסול קורבה וגם קשה לומר דיהיו נחשבים כנוגעים בדבר וחשוד לומר אחד כחבירו אף דסובר בעצמו ההפך, וודאי דטעם הדבר מפני שהתלמיד הסומך בכל על דעת רבו אינו אומר מדעת עצמו אלא מפני שדעתו של הרב כן סומך על דעתו ואומר כדבריו, ומשו"כ לא נחשבת דעת שניהם אלא לדעה אחת, ולפיכך אמרו בגמ' דרב כהנא ורב אסי דלסבריה דרב לא היו צריכים רק לגמריה נחשבים לשתים, ובכזה אמר רב שונה אדם לתלמידו ודן עמו בדיני נפשות.

והנה לפי דעת כל המפרשים ולפי הגירסא שלפנינו בגמ' בדין זה שוה ד"מ לד"נ אבל הר"מ דכותב דבד"מ מונין הרב ותלמידו לשנים ואף בגמ"ד מדלא מזכיר כלל בה"ח דזהו רק בעת מו"מ ולא בגמ"ד וכמו דכותב באב ובנו, ס"ל ודאי דעצם הדין דהרב ותלמידו אינם אלא כאחד דין הוא רק בד"נ, והיסוד לזה הוא הנאמר לא תענה על ריב ודרשינן לא תענה על רב והביאו בגמ' לדרשא זו על ד"נ דמתחילין מן הצד, וברמב"ם פ"י מהלכתין ה"ח מביא עפ"י המכילתא דרשא זו לעצם היסוד דעל כל אחד לומר מה שנראה לו מדעתו ודבריו שם "אחד מן הדיינין בד"נ שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו, אלא נטה אחר דברי חברו הר"ז עובר בלא תעשה וע"ז נאמר לא תענה על ריב לנטות וכפי השמועה למדו שלא תאמר בשעת מנין די שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך, וע"ז נסמך גם מה דמתחילין מן הצד וכדבריו שם בה"ו שמא יסמכו השאר על דעתו כו', ואם דדין זה מובא שם מצד האיסור דהר"ז עובר בל"ת, ודאי דדינא הוא אף בדיעבד דאם אמר כדעת פלוני בזה אין נמנין אלא כאחד וכש"כ הוא משנים שאמרו טעם אחד ממקרא אחד דאין נמנין אלא כאחד וכדבריו שם בה"ה, [דבגמ' ל"ד אמרו דבאם אמרו שנים טעם א' משני מקראות אין מונין אלא אחד ובזה כותב רש"י שם משום דא' ודאי טעה, אבל הר"מ כותב אפי' משני מקראות ומשמע דממקרא א' ודאי אינו אלא כאחד והיינו רק על יסוד דבריו בפ"א ועיין ברדב"ז שהביא דהרמ"ך השיג עליו בזה ולדברינו מתיישב.] וזהו יסוד הדין דהרב ותלמידו, אין מונין להן אלא אחד, משום דתלמיד שצריך ג"כ לסבריה דרב סומך ודאי בכל מה שאומר על דעתו דרבו ואין זו דעה משלי. ודין זה

דלפי הנראה מבואר בדעת הר"מ יסודו הוא בדרשא דקרא דלא תענה על ריב, אינו אלא בד"נ וכמו כל מה דלמדין מקרא זה הוא לד"נ וכמבואר ברמב"ם שם וכנ"ל, וכן נראה מדברי רב בגמ' שם דאומר שונה אדם לתלמידו ודן עמו בד"נ, ומשמע דלד"מ לא צריך כלל להשמיענו, אלא בד"נ דאף דהרב ותלמידו אינן אלא כאחד, בכ"ז בתלמיד דלסבריה דרב לא צריך משמיענו דנמנין כשנים וכדהסיקו בגמ' שם.

[ואולי מה דרב אומר ודן עמו בד"נ אסמכתא לגירסת הר"מ בברייתא דנשנה שם גם הרב ותלמידו, דד"מ נשנה יחד עם הטו"ט.]

וכשבאנו לידי כך דדין זה דאין רב ותלמידו דנין יחד בד"נ להמנות כשנים, הוא על יסוד מה דדרשינן מלא תענה על ריב לנטות ופסוק זה בד"נ נאמר כמו תחלת המקרא לא תהיה אחרי רבים לרעות וכמבואר בכ"מ ועיין ברש"י בפרושו לתורה שמות כ"ג, וכל מה דלמדים מקרא זה הוא גם לשעת משא ומתן דהרי בה"ב שם כותב הרמב"ם ובכלל לאו זה שלא יחזור המלמד זכות בד"נ ללמוד חובה שנאמר לא תענה על ריב לנטות בד"א בשעת מו"מ אבל בשעת גמר דין יש למלמד זכות לחזור וללמוד חובה וכמבואר בגמ' ל"ד ע"א.

וא"כ אנו רואים דלענין זה מפרשים הקרא רק בשעת מו"מ עכ"פ מבואר דקרא זה נדרש לשעת מו"מ ג"כ, ואולי הלשון לא תענה על ריב לנטות מורה ע"ז דאף כשעומדים עוד בדיון הדבר ובאים בטענות לנטות לאיזה צד, נאמרו הדברים הללו דלמדים ממקרא זה, היוצא לנו מזה בדעת הר"מ דבד"מ רב ותלמידו מונין לעולם בשנים אף בגמ"ד ובד"נ אין מונין בשנים אף בשעת משא ומתן והכל כנ"ל.

ד) **אחר** כ"ז נבא בישוב דברי הר"מ כאן דכתב זה שאנו מונין אב עם בנו בין באחד כו' ובשעת גמ"ד אין גומרין את הדין בקרובים כו' ונשארנו בקושיה ממ"נ דאם בשעה שנו"נ אין פסול בקרובים ומשום דלמדים זה מלא יומתו וגו' וכנ"ל דלא היה נוהג הפסול, גם באחד לא היו מונין כמו בשעת גמ"ד דאפי' לא ישב בצדו אלא יעמוד והולך לו, א"כ אם אין פסול דקרובים בדיינים * בשעת מו"מ, למה לא יהיו האב ובנו נמנין לשנים וכמו בד"מ ובר"מ מבואר דכל מה דמונין במיוחד הוא רק בשעת מו"מ, ולפי הנ"ל נאמר בזה דאמנם אין משום פסול קרובים בדיינים בשעת מו"מ, דפסול קרובים דיסודו מלא יומתו אבות על בנים, למדים משם רק על גמ"ד דמביא כבר לידי פס"ד המות וכנ"ל, אבל באב ובן היושבים יחד בסנהדרין יש ג"כ מפסול דרב ותלמידו, וא"א למנותן בשנים משום דהבן סומך על דעת אביו ואינו נוטה מדבריו כמו הרב ותלמידו, ולמדים ג"ז מלא תענה על ריב לנטות שלא יאמר בשעת מנין די שאהיה כאיש פלוני, ובכל אופן אנן לא יכולים

למנותן כשתים דאפשר ודאי דדעתו של הבן נוטה אחר דעת אביו ואם באים באב ובנו גם מדין דהרב ותלמידו, ומשום דאינו אומר מדעת עצמו אלא סומך על דעתו של אביו א"כ דין זה הוא גם בשעת מו"מ וכנ"ל אבל מצד חסרון זה אין כלל מקום לומר דבשעת גמ"ד לא נחשב אפי' לא, דמשו"כ לא נגרם כלל פסול להשני כמו בפסול קרובים וכל הענין הוא בזה דדעת שניהם נחשבים לאחת ושוה בזה שעת מו"מ לשעת גמ"ד, ונמצא דמה דבשעת מו"מ נחשבין לא' הוא משום החסרון דהרב ותלמידו ודין זה הוא רק בד"נ, ומה דבשעת גמ"ד לא נמנה אפי' באחד בין ד"נ בין ד"מ הוא מדין פסול דקרובים והכל כנ"ל.

* דזה ודאי דכל מה דדנים דחלק בפסול קרובים בין שעת מו"מ לשעת גמ"ד הוא רק בדיינים הנו"נ בדבר, אבל בעדים אף דלמדים ג"כ מלא יומתו לא שייך זה כיון דכשגומרין, גומרין ע"ס עדותם והוי לעולם בלא יומתו גו'.

ואחכ"ז עוד נשאר לנו לציין מה דנראה ודאי דדבריו בה"ח דמחלק דאב ובנו בין שעת מו"מ לשעת גמ"ד לא קאים על טו"ט דבטו"ט דהוי רק הוראה ודאי גם בשעת גמ"ד והוראה ליתא משום דינות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ונמנין בשנים בשעת גמר ההוראה כמו בשעת מו"מ אם ישנו ואם דפשטות דקרא משמע דקאי על כל דבריו שבה"ז ודאי א"א לנו לומר כן וכדכבר הערנו ע"כ לעיל, וכן עלינו לומר דהנאמר בה"ז דד"מ שוה לטו"ט במונין בשנים אב ובנו הרב ותלמידו, דאינם שוים בדינייהו דבאב ובנו שוה ד"מ לטו"ט רק בשעת מו"מ ובשעת גמ"ד דישנו משום פסול קרובים גם באחד אינם נמנים ועוד היה מתבטל כל הבי"ד באם ישבו שניהם יחד וברב ותלמידו שוים גם לענין גמ"ד, דדין זה אינו כלל בד"מ, ואמנם דפשטות הדברים אינה מורה ע"ז, בכ"ז אין לע"ד דרך יותר מרווחה בישוב הדברים, כן יש עוד לעיין מה דנראה בה"ז דחסרון דהרב ותלמידו ישנו גם בעבור השנה וקדוש החודש ואין מונין לשניהם אלא באחד כמו בד"נ, אף דלפי הנ"ל עיקר דין זה הוא בד"נ, אף דלפי הנ"ל עיקר דין זה הוא בד"נ, ואולי נאמר כיון דהשוו בזה דיני מכות לד"נ, וזה אפשר להבין דהרי לר' ישמעאל בראש סנהדרין מכות בכ"ג כמו ד"נ ורבא אומר בדף י' שם בהסבר דבריו משום דמלקות במקום מיתה עומדת, ואם דלהל' אנן ס"ל דמכות בג' בכ"ז השוו לענין זה דהרב ותלמידו אין מונין להן אלא אחד לד"נ ובקה"ח ועיבור השנה תלוי' קביעת המועדים דנוגע גם למכות להעובר על מלאכת יו"ט והוי ממילא לענין זה כדיני מכות ועוד יותר אפשר להעיר בזה דקה"ח ועבור השנה יכול להיות גורם גם לכריתות דיוהכ"פ ופסח והשוו ע"כ בזה דינם לד"נ ועוד צל"ת בכ"ז.

פרק יד

הלכה ח

מי שעמד על נפשו ולא יכלו בית דין לאוסרו עד שימיתוהו במיתה שהוא חייב בה, הורגין אותו עדיו בכל מיתה שיכולין להמיתו בה מאחר שנגמר דינו, ואין רשות לשאר העם להמיתו תחלה, לפיכך אם נקטעה יד העדים פטור, ואם היו העדים גדמין מתחלה יהרג ביד אחרים, במה דברים אמורים בשאר מחוייבי מיתות בית דין חוץ מן הרוצח, אבל הורג נפש שנגמר דינו רודפין אחריו בכל דבר וביד כל אדם עד שממיתין אותו.

לפיכך אם נקטעה יד העדים פטור, זהו מימרא דשמואל בסנהדרין דף מ"ה ע"ב דאמר מאי טעמא דבעינן יד העדים בראשונה וליכא, ופריך על זה ומי בעינן קרא כדכתיב והתניא מות יומת המכה רוצח הוא אין לי אלא במיתה הכתובה בו מנין שאם אי אתה יכול להמיתו במיתה הכתובה בו שאתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול להמיתו, ת"ל מות יומת המכה מ"מ, שאני התם דאמר קרא מות יומת ופריך וליגמר מינה ומשני משום דהוי רוצח וגואל הדם שני כתובים הבאים כאחד, והקשה הכ"מ דמוכח בגמ' דרוצח אישתני משאר חייבי מיתות בתרתי, חדא דבשאר חייבי מיתות בעינן דלא ימיתנו אלא במיתה הכתובה בו, ורוצח אתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול, תרתי דבשאר חייבי מיתות בעינן יד העדים בראשונה, ואי אתה ממיתו בשאר מיתות משום דבעינן קרא כדכתיב וקשה על הרמב"ם שכתב דגם בשאר חייבי מיתות ממיתין אותם בכל מיתה שיכולים, וכתב הכ"מ דהגמ' פריך לשמואל, משום דתניא שאם אי אתה יכול להמיתו, משמע דקאי על הב"ד לא על העדים, ומפרש דמה דתניא אין לי אלא מיתה הכתובה בו היינו יד העדים בראשונה, וזהו דוחק לפרש כן הברייתא, והגמ' דבפשוטה משמע דקאי על מיתה הכתובה לזו העבירה שעשה, וכמו רוצח בסייף ושאר סתם חייבי מיתות בחנק חוץ מהמפורשים בסקילה ובשריפה, ואמר בזה חתן אחותי הגאון מוהר"א ש"ך שי' דהרמב"ם סמיך בזה על התוספתא דסנהדרין פ' י"ב הובאה בתוס' בריש מכות, דתניא שם כל חייבי מיתות שבתורה שאי אתה יכול להמיתן במיתה האמורה בהן, המיתן בכל המיתות בין קלות בין חמורות, שנאמר ובערת הרע מקרבך, ובסוגיית הגמ' צריך לפרש כד' הכ"מ, דפירכת הגמ' אשמואל הוא משום דמפרש הברייתא דהריבוי ממות יומת הוא גם לדין יד העדים בראשונה דרבי קרא אפי' ליכא יד העדים, ומשני דזה דוקא ברוצח משום דהוי רוצח וגואל שני כתובים וכן כתב הלח"מ, אבל אינו מיושב דעכ"פ מנ"ל לחלק בין דין כל מיתה שאתה יכול להמיתו לדין נקטעה בשאר חייבי מיתות חוץ מרוצח.

ולכן נראה דיש לומר דכיון דיש להרמב"ם תוספתא מפורשת שגם בשאר חייבי מיתות ממיתין אותם בכל מיתות שיכולין להמיתן, ובזה הא הוי פשוט הלכה כשמואל דבעינן קרא כדכתיב כדמייתי בסוף הסוגיא דהוא מחלוקת במשנה בנגעים פ' י"ד משנה ט' דתנן אין לו בהן יד בהן רגל אין לו טהרה עולמית, ופליגי על ת"ק ר"א ור"ש, והלכה כת"ק, א"כ ע"כ צריך לומר דאף דקיי"ל דבעינן קרא כדכתיב זהו בגוף דין המיתה שאם אין יד העדים בראשונה אי אפשר להמיתו, ובזה קיי"ל כשמואל וכת"ק דנגעים, אבל להמיתו באיזה מיתה שיכולים אין זה מעיקר דין המיתה ובזה לא בעינן קרא כדכתיב, אלא דמ"מ בזה אנו מוכרחים לומר כהכ"מ דמה דמרבינן מקרא דמות יומת המכה דאפי' אי אפשר להמיתו במיתה הכתובה בו, אתה ממיתו בכל מיתה שאתה יכול להמיתו, זהו דין אפי' היכי דמשום זה דאי אפשר להמיתו במיתה הכתובה בו יהיה עיכוב בעיקר דין המיתה, וכגון שנקטעה יד העדים ולא יתקיים בעינן קרא כדכתיב, דגם בזה רבי קרא דמות יומת מ"מ, דאפי' נקטעה יד העדים הורגין את הרוצח.

ובזה מבואר מה דבתוספתא תניא בטעמא דאתה ממיתו בכל מיתות שאתה יכול להמיתו משום סיפא דקרא דכתיב ובערת הרע מקרבך דאי לאו הך קרא הוי אמינא דגם באיזה מיתה הוא קפידא, אבל מ"מ קרא דכתיב יד העדים תהי' בו בראשונה, בזה אמרינן דבעינן קרא כדכתיב, ורק גבי רוצח דכתיב מות יומת המכה, בזה רבי קרא דאפי' היכי דלא יתקיים קרא כדכתיב, וכמו בנקטעה יד העדים מ"מ יומת המכה.

הלכה יא

אין דנין דיני נפשות אלא בפני הבית, והוא שיהיה בית דין הגדול שם בלשכה שבמקדש שנאמר בזקן ממרא לבלתי שמוע אל הכהן וגו' ומפי השמועה למדו שבזמן שיש כהן מקריב על גבי המזבח יש דיני נפשות והוא שיהיה בית דין הגדול במקומו.

שנאמר בזקן ממרא לבלתי שמוע אל הכהן וגו', הכ"מ הביא על זה דברי הגמ' בסנהדרין דף נ"ב שנאמר ובאת אל הכהנים הלוים ואל השופט, בזמן שיש כהן יש משפט, והרדב"ז כתב על זה ואיכא למידק אמאי מייתי לה רבינו מסיפיה דקרא דכתיב לבלתי שמוע אל הכהן, וכתב על זה ואיכא למימר משום דכתיב בי' ומת האיש ההוא, וילפינן מיני' לכל מיתות ב"ד, אכן עוד אינו מיושב דבשבת דף ט"ו ע"א במה דאמר הגמ' דארבעים שנה עד שלא חרב הבית גלתה סנהדרין וישבה לה בחנויות, ואמר על זה שלא דנו נפשות, הקשו התוס' דקרא דוקמת ועלית אל המקום מלמד שהמקום גורם לא כתיב אלא בזקן ממרא, ובזקן ממרא גופי' לא כתיב אלא בהמראתו שצריך שימרה עליהן במקומן, אבל לדונו יכולים אע"פ שאין ב"ד הגדול בלשכת הגזית, ואין נראה לומר דבעינן שיהיו במקומן

בשעת עבירה כמו בזקן ממרא דהא בזקן ממרא לא על המראתו לבד מיחייב, אלא עד שיחזור לעירו ועשה כהמראתו ואהא לא כתיב מקום, ועוד דלא מצינו שהיו בודקים אם היו ב"ד בלישכת הגזית בשעת עבירה, ונשארו התוס' בתימה, עוד צריך ביאור מה שכתב הרמב"ם שבזמן שיש כהן מקריב על גבי המזבח יש דיני נפשות, והוא שיהיה ב"ד הגדול במקומן, והמקור לזה דב"ד של כ"ג אין יכולין לדון, אלא אם יש ב"ד הגדול במקומו, כתב הרדב"ז דזהו מהגמ' דע"ז דף ח' דהובא שם סוגיא זו, ואמר שם מ"ט כיון דחזו דנפישי רוצחין ולא יכלו למידן אמרי מוטב נגלי ממקום למקום, כי היכי דלא ליחייב דכתיב לעשות על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא, מלמד שהמקום גורם, וכן פירש"י שם דאין דנין דיני נפשות אפי' בסנהדרין קטנה שבכל עיר, אלא בזמן שהיתה סנהדרין גדולה בישיבתה, אבל קושית התוס' נשארה דמנלן דב"ד של כ"ג אינם יכולין לדון, אם אין ב"ד הגדול בלשכת הגזית, ומה שכתבו התוס' בשבת, אבל לדונו יכולים אע"פ שאין ב"ד הגדול בלשכת הגזית לא כתבו על זה מקור, אבל כוונתם הוא דזקן ממרא גופיה אין דנין אותו בב"ד הגדול שבלשכת הגזית כדאמר בסנהדרין דף ט"ז דתנן דאין דנין נביא שקר, אלא בב"ד של ע"א, ואמר על זה אתיא הזדה הזדה מזקן ממרא מה להלן בע"א אף כאן בע"א, ופריך על זה והא הזדה כי כתיבא בקטלא הוא דכתיב, וקטלא בכ"ג, וכן כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' ממרים הל' ז', כיון שבאו עדים שעשה כהוראתו גומרין דינו למיתה בב"ד שבעירו, ואף דאינו מפורש שאין צריך שישבו באותה ב"ד בלשכת הגזית, אבל אינו מבואר דצריך.

ונראה ליישב כל הענין ויבואר בזה מה דהביא הרמב"ם קרא דלבלתי שמוע אל הכהן, והוא דמה דלמדו בגמ' מקרא דובאת אל הכהנים הלוים ואל השופט בזמן שיש כהן יש משפט, דהא קשה דהא תמיד יש כהן ולא מסתבר דקרא הוא למעוטי חו"ל, ולכן ביאר הרמב"ם דסמך על קרא דכתיב אחרי כן לבלתי שמוע אל הכהן העומד לשרת, ומבואר דכונת התורה שאמרה ובאת אל הכהנים היינו העומדים לשרת בבית המקדש, וגילתה תורה שאם אין כהן העומד לשרת בטלה חשיבות לשכת הגזית ואין משפט, וממילא מוכח מהך קרא דגם ב"ד של כ"ג תלוי בזה אם יש ב"ד בלשכת הגזית, דאם הב"ד של כ"ג אינו תלוי בב"ד שבלשכת הגזית, א"כ אמאי אמר קרא דאם אין כהן אין משפט, הא יש משפט של ב"ד של כ"ג, וע"כ דאם אין ב"ד בלשכת הגזית אין ב"ד של כ"ג וזהו דאמר הגמ' בע"ז נגלי ממקום למקום, כי היכי דלא ליחייב דכתיב ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא מלמד שהמקום גורם, וזהו דדוקא אם יש כהן אז יש

חשיבות ב"ד של לשכת הגזית, וכיון שאין ב"ד של לשכת הגזית אין דנין גם ב"ד של כ"ג וכדפירש"י שם, וזהו שכתב הרמב"ם והוא שיהיה ב"ד הגדול במקומו.

פרק טז

הלכה ד

אין אדם לוקה אלא בעדים והתראה ובודקין העדים בדרישה וחקירה כדרך שעושים בדיני נפשות עבר על לאו שניתק לעשה והתרו בו ואמרו לו אל תעשה דבר זה שאם תעשנו ולא תקיים עשה שבו תלקה ועבר ולא קיים העשה הרי זה לוקה אף על פי שהתראה בספק היא שאם יקיים יפטר התראת ספק התראה היא.

הכס"מ כתב ולענין התראת ספק אמרינן בפרק הלוקין דפלוגתא דר"י ור"ל היא ור"י סבר שמה התראה וידוע דהלכתא כותיה לגבי ר"ל וכן פסק רבינו פה ובפ"ה מהל' שבועות כתב שאין לוקין על התראת ספק אא"כ היה לאו שלו מפורש בתורה ואיני יודע מנין לו חילוק זה, והוא מה שכתב שם בהלכה ב' גבי נשבע על אחרים שיעשו כך כתב הרמב"ם ולמה אינו לוקה משום שבועת שוא שהרי אפשר לאותן אחרים שישמעו ממנו ותתקיים שבועתו ונמצא כשמתרין בו בעת שנשבע התראת ספק היא שאין לוקין אלא אם כן היה לאו שבו מפורש בתורה כמו שיתבאר בהל' סנהדרין ומד' הכ"מ משמע דמפרש דטעמא משום דלאו דשבועה הוא עצמו שחידש האיסור בשבועתו, וע"ז כתב הכ"מ צריך לדעת מנין לרבינו חלוק זה, ועכ"פ לד' הכ"מ בלאו שמפורש בתורה סובר הרמב"ם דהתראת ספק שמה התראה, אכן קשה לד' הכ"מ במה שפסק הרמב"ם שם בפ"ד הל' י"ז בנשבע שלא אוכל זו אם אוכל זו ואכל האיסור ואח"כ אכל את התנאי, דבגמ' תלינן זה בדין התראת ספק אם שמה התראה, והרמב"ם פסק דשתיהם במזיד חייב וקשה דהא כאן נמי בשבועה מיירי ואין הלאו מפורש בתורה.

והנה יש לפרש ד' הרמב"ם באופן אחר דמה שכתב בפ"ה אלא א"כ היה הלאו שבו מפורש בתורה כמו שיתבאר בהל' סנהדרין, היינו דשם הא מיירי בלאו שניתק לעשה דהלאו מפורש בתורה ואין כאן ספק לאו אלא דאם יקיים העשה יתקן את הלאו ויהיה פטור ממלקות, ובזה פסק דהתראת ספק שמה התראה, וראיתי אח"ז שכן רצה הלח"מ לפרש רק שהקשה דא"כ לא יתיישב באכל האיסור ואח"כ התנאי למה פסק דחייב כשאכל שתיהן במזיד, ועוד דהא סבר ר' יוחנן נמי הכי בשבועה שאוכל ככר זה היום דהתראת ספק שמה התראה לכן פי' הלח"מ דבנשבע שיזרוק פלוני צרור לים הוה ספק למה דומה איסור זה אם לשבועת שוא או לשבועת שקר, וזהו שכתב אלא א"כ היה

הלאו מפורש בתורה, אבל לדעתי הוא דוחק גדול לפרש כן, ובודאי אין כאן שבועת שוא מדאורייתא דהוא דוקא בנשבע על אבן שהוא זהב וכאן אין החיוב אלא משום שבועת שקר, והרמב"ם כתב רק דמכין אותו מכת מרדות שגרם לשבועת שוא אבל אין כאן שבועת מה"ת ובכלל אין הלשון אא"כ היה הלאו שבו מפורש בתורה משמע כפירושו.

ונראה דבאמת עיקר הפי' בדברי הרמב"ם הוא כמו שרצה הלח"מ לפרש דגבי לאו הניתק לעשה הלאו שבו מפורש בתורה, אלא דמ"מ חזינן מזה דאף דעכ"פ חיוב המלקות עומד בספק דאם יקיים העשה יפטר מ"מ כיון דהאיסור הוא ודאי חייב מלקות, ומה דהרמב"ם פסק דחייב מלקות גבי אכל האיסור ואח"כ התנאי, דבגמ' תולה זה בדין התראת ספק זהו משום דר' יוחנן ור"ל הא פליגי בשני מקומות א' בשבועות דף ג' ע"ב בשבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכלה דר' יוחנן אמר פטור משום דהוי לאו שאין בו מעשה, ור"ל אמר דפטור משום דהו"ל התראת ספק ור' יוחנן סבר התראת ספק שמה התראה ומוכיח ר' יוחנן מנותר דפטור רק משום דהוי ניתק לעשה דשריפה ולא משום התראת ספק, דנותר הוי נמי התראת ספק כמו שאוכל ככר זה היום דכשמתרין בו יש לו עוד שהות וא"א לצמצם הרגע האחרון שיכול עוד לאכול ואינו אוכל ונמצא דכל סוף היום הוא בספק רק כשלא אכל כל היום עבר, (ולפלא על הלח"מ דמפרש התראת ספק דנותר משום דהוי ניתק לעשה, והמעיין בסוגיא דשבועות ודמכות יראה דא"א לפרש כן), ועוד דפליגי ר"י ור"ל (במכות ט"ז) גבי קיימו ולא קיימו דר"י סבר דחייב משום דהתראת ספק שמה התראה, ושם אמר בגמ' דאזלו לטעמייהו, ומ"מ יש לבאר דבמקצת לא דמי זה לזה דגבי נשבע שאוכל ככר זה היום וכן בנותר הא כל העבירה עבר במזיד שבמזיד לא אכל כל היום.

ואף דע"כ צ"ל דאין זמן מבורר דנוכל לומר דזהו הרגע האחרון שיכול לאכול דא"כ אפשר להתרותו לפני זה ובגמ' מוכח דבכל גווני הוי התראת ספק דאל"כ מה מוכיח ר"י מנותר דצריך לטעמא דניתק לעשה הא צריך לזה אפי' אם התרו בו ברגע האחרון דג"כ פטור, וע"כ דא"א לצמצם וכמש"כ (ועי' בתמורה דף נ' ברש"י וכה"ג וצ"ע) וא"כ לכאורה לא הוי מזיד גמור דהא בעצמו אינו יודע וכשעבר הזמן שוב אינו יכול לאכול מ"מ יש לומר עפ"י דברי האגודה שהביא הב"י בחו"מ סי' כ"ז (הביא הקצוה"ח סי' נ"ה) דאם מקודם היה יכול לעשות ולבסוף נאנס לא מיקרי אונס ע"ש בקצוה"ח מה דשו"ט בזה, א"כ יש לומר דעכ"פ בין בנותר בין בנשבע שיאכל ככר זה היום מיקרי מזיד גמור כיון שהיה יכול לאכול כל היום ולא אכל, אלא דמ"מ התראת ודאי בחיוב מלקות לא מיקרי כיון דכל רגע יכול לומר שיש לו עוד שהות.

ומבואר מה דמדמי רבא דין אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה לנשבע שאוכל היום וכמו שפרש"י שם בדף כ"ח ע"ב בשבועות דבזה נמי עיקר העבירה היא במזיד כשאכל האיסור ואח"כ התנאי שתיהן במזיד, אבל בשבועה שיזרוק פלוני הא סוף העבירה מה שלא זרק לא היה כלל בזדון הנשבע וכן גבי קיימו ולא קיימו הא מה דחייב אם לא קיימו הוא אפילו לא קיימו באונס, ולכן דימה הרמב"ם דין שבועה שיזרוק פלוני לדין קיימו ולא קיימו, ולכן חילק ביניהם דהתם עיקר הלאו מפורש בתורה דקיום העשה הוא רק לפוטרו ממלקות משא"כ בשבועה שיזרוק פלוני לים, אבל לא דמי לדין נשבע שאוכל ככר זה היום דשם אינו פטור משום התראת ספק וכנ"ל דהוי רק ספק בהתראת המלקות אבל בעבירה עצמה מזיד הוא ומיושב מה דאמר הגמ' במכות דאזלו לטעמייהו מהא דקיימו ולא קיימו לדין אוכל ככר זה היום, משום דלדין חיוב המלקות ודין ההתראה הא הוו בשניהם התראת ספק דגם בקיימו ולא קיימו בדין חיוב המלקות הוי התראת ספק אבל מ"מ להלכה סובר הרמב"ם דבשבועה שיזרוק פלוני לים גם ר' יוחנן מודה דפטור וטעמו דהא בין רב בין שמואל דפליגי בשבועות כ"ה, בשבועה שזרק פלוני צרור לים, סברי דבשבועה שיזרוק פלוני פטור ופליגי רק בשבועה שזרק אם בעינן איתא בלהבא, ולכן מוכח דבשבועה שיזרוק הכל מודים דפטור, דסוף החיוב מה שלא זרק לא היה בזדון של הנשבע כלל, ומשום זה חילק הדין הרמב"ם מדין קיימו ולא קיימו דחייב אף שלא קיים באונס כגון שנשרף דשם עיקר הלאו מפורש בתורה וכמש"כ, אבל באכל האיסור ואח"כ אכל התנאי אינו דומה כלל לשבועה שיזרוק דהא כל העבירה היתה במזיד בין אכילת האיסור בין אכילת התנאי, וכן בשבועה שאוכל ככר זה היום ורק דההתראה לגבי המלקות היתה בספק ובזה קיי"ל כר' יוחנן דשמה התראה.

ועכשיו מיושב דהיכי דעיקר העבירה היתה בספק גם הרמב"ם סובר דהתראת ספק לא שמה התראה ומשום דגם ר' יוחנן מודה בזה וכמו בשבועה שיזרוק פלוני וכנ"ל ומבואר מה שכתבתי במטיל מום בקדשים בזה"ז דאף שעובר בל"ת אינו לוקה דבזה עיקר העבירה הוא בספק.

פרק יח

הלכה ב

כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם.

כל לאו שאין בו מעשה בפ' י"ג מהל' שכירות הל' ב' במה שכתב שם הרמב"ם אפילו חסמה בקול לוקה, כתב המ"מ דהוא מחלוקת דר' יוחנן ור"ל ופסק כר' יוחנן דעקימת

שפתיו הוי מעשה וכ' המ"מ שהקשו על זה מהא דאמרינן כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו בשם אלמא דעקימת שפתיו לא הוי מעשה ופסק זה הרמב"ם כאן ותימה איך פסק שתיהן וכ' המ"מ דמה דאמרינן בחסימה דעקימת שפתיו הוי מעשה זהו משום שדבורו בא לכלל מעשה שע"י קולו היא נחסמת, והיינו דא"ל ר' יוחנן לתנא לא תיתני מימר דבדבוריה איתעביד מעשה, ומה דהזכיר הרמב"ם גם מימר כתב לשון הגמ' אף דלמסקנא הוי מימר לאו שיש בו מעשה, עוד כתב המ"מ לתרץ דבחסימה כיון דאפשר ע"י מעשה גמור לכן גם הקול נחשב למעשה, ובפ"א מהל' איסורי מזבח הל' ב' כתב הרמב"ם דהמקדיש בהמה שיש בה מום לגבי המזבח עובר בל"ת ולוקה על הקדשו כתב שם הלח"מ דזהו משום דבהקדש בדבורו עביד מעשה.

אכן הלח"מ הקשה ממה שכתב הרמב"ם בפ"א מהל' תמורה דתמורה הוי לאו שאין בו מעשה ומפי השמועה למדו שלוקין והוא כתנא דתני מימר ולא כר' יוחנן וא"כ סותר הרמב"ם שיטתו דמדבריו בהל' תמורה א"א לומר דסובר כר' יוחנן ותירוצו הב' של המ"מ ג"כ אינו מיושב מזה שפסק הרמב"ם דלוקין על הקדש בעל מום.

והלח"מ בהל' שכירות כתב על תי' ב' וז"ל והא דפריך בפ' ד' מיתות וקול לר' יוחנן לאו מעשה הוא והא איתמר חסמה בקול וכו' אעדים זוממים פריך דלפי מש"כ רבינו בפ"ט מהל' עדות משמע דאדם יכול להעיד בכתב כיון שהוא ראוי להגיד, שכן כתב שם צריך להעיד בב"ד או שיהיה ראוי להעיד בב"ד, וכן דקדק שם הכ"מ לפי נוסחא זאת, א"כ עדים זוממין הרי יכול להיות במעשה שיכתוב עדותו בב"ד והוי כחסימה עכ"ל ולדעתי א"א לומר כן בשיטת הרמב"ם דאם ראוי להגיד יכול להעיד בכתב מה"ת דהא כתב בפ"ג מהלכות עדות דין תורה שאין מקבלין עדות לא בדיני ממונות ולא בד"נ אלא מפי העדים שנאמר עפ"י שנים עדים יקום דבר מפיהם ולא מכתב ידן, אבל מד"ס שחותכין ד"מ בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימין כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכן הכ"מ בפ"ט שפי' כן לפי לשון הרמב"ם שם אבל הביא מדברי הטור שאינו גורס בד' הרמב"ם או ראוי להעיד בפיו, ובאמת נראה לפי גירסתנו בפ"ט אין שום ראיה דהרמב"ם סובר דפקח יכול לשלוח כתב ידו לב"ד, ומה שכתב או שיהיה ראוי להעיד בפיו זהו לענין שטר דסובר דאף דמד"ס חותכין ד"מ בעדות שבשטר מ"מ העדים צריכים להיות ראוים להעיד בפיהם, ואם אינם ראוים השטר פסול דהא כתב הרמב"ם בע"ח הלכה ד' שטר שיצא בב"ד ובאו העדים ואמרו כתב ידינו הוא זה, אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לוה מזה או מכר לו לא נתקיים השטר והרי הם כחרשים עד שיזכרו עדותן

אלמא דגם מד"ס שתקנו להאמין עדים בשטר, צריך שיהיו העדים ראוים להעיד מפיהם, ולכן זהו שכתב בפ"ט בדין פסולי עדות בגדר חרש שחידש דחרש שפסול לעדות הוא אפי' שומע ואינו מדבר אף דבכל מקום יש לו דין פקח, וזהו שכתב אעפ"י שראייתו ראיה מעולה ודעתו נכונה צריך להעיד בפיו בב"ד או שיהיה ראוי להעיד בפיו, והיינו משום דבלא זה הוא פסול לעדות, ולכן גם שטר שלו פסול.

אכן לפי"ז אנו צריכים ליישב קושייתו של הלח"מ לפי תירוצו הב' של המ"מ דא"כ מה פריך בסנהדרין וקול לר"י לאו מעשה והא איתמר חסמה בקול, כיון דבחסימה טעמא אחרינא איכא ואפי' אם נימא דבשטר של קיום גם הרמב"ם מודה דהוא מה"ת וכמש"כ הנתיבות בסי' כ"ח ורק בשטר של בירור סובר דהוא מד"ס מ"מ אינו מיושב דעכ"פ עדים זוממין שהעידו בב"ד אינם ראויים להגיד דבריהם בכתב (ועמש"כ הנוב"י מ"ת או"ח סי' ע"א) אבל באמת עיקר קושייתו לא קשה כלל דהא ודאי דר' יוחנן דאמר עקימת שפתיו הוי מעשה אינו מטעם זה לבד דאפשר במעשה דהא פריך לר"ל ממימר אלמא דסבר דחד טעמא הוא וכמש"כ שם בתוס' משום דבדיבורא איתעביד מעשה ורק דהרמב"ם להלכה דלא פסק כר"י במימר כמש"כ הלח"מ בעצמו משום דבגמ' בשבועות ובמכות הביא הגמ' המימרא דאמרו אמוראי משום ר' יוסי הגלילי בסתמא דנשבע ומימר ומקלל חבירו בשם הוו לאו שאין בו מעשה ולוקין, מ"מ פסק כר' יוחנן בחסימה וכמו שכתבתי משום דסתמא דברייתא דהחוסם את הפרה מוכחא כן, ולכן כתב המ"מ דיש לחלק חילוק אחר בחסימה משום דאפשר בה ע"י מעשה. אבל בגמ' בסנהדרין פריך שפיר לר' יוחנן מחסמה בקול דר' יוחנן סבר הכי משום דבדיבורא איתעביד מעשה כדמוכיח ממימר, וא"כ גם בעדים זוממין בדבורא איתעביד מעשה.

אולם כל זה כתבתי לפי תירוצו הב' של המ"מ אבל באמת קשה לחדש סברא שלא הוזכרה בגמ' ולומר דהרמב"ם פוסק בחסימה כר' יוחנן ולא מטעמיה, ועוד דלפי תירוץ זה קשה מה שפסק הרמב"ם כאן דהקדיש בע"מ לוקה, והנה המנ"ח במצות תמורה כתב דמה דכתב הרמב"ם דמימר הוא לאו שאין בו מעשה הוא לשיטתו דצבור ושותפין אין עושין תמורה ועוברין על התמורה ולוקין וזהו לתי' הא' של המ"מ וכד' התוס', ותי' זה הוא אמת להלכה, אבל בלשון הרמב"ם בפ"א מהל' תמורה אינו מיושב דמדבריו משמע דכל מימר הוא לאו שאין בו מעשה, אכן בהל' סנהדרין פי"ח כתב הלח"מ תי' אחר דבאמת עיקר טעמא דר' יוחנן דהיכי דבדיבורא איתעביד מעשה קיימא להלכה ורק במימר לא קיי"ל כר' יוחנן משום דמה שנעשה התמורה קדשים זה אינו עיקר האיסור דהא אין איסור להקדיש ועיקר האיסור הוא מה שרצה להחליף ולהמיר וזה

לא אתעביד, ותי' זה הוא נכון, אכן המלא הרועים הקשה ע"ז דתירוצו הוא רק לרבא דסבר אי עביד לא מהני ומה דלקי הוא משום דעבר אמימרא דרחמנא, אבל לאביי דסובר דדוקא היכי דאי עביד מהני לקי ולא משום דעבר אמימרא דרחמנא א"כ ע"כ גם במימר מה שנעשה החולין קודש הוא עיקר העבירה כיון שנעשה ע"י תמורה וא"כ גם במימר בדבורא אתעביד מעשה, ובזה היה אפשר לומר דאה"נ דלאביי ע"כ דתלוי זה בזה דמאן דסבר דמימר הוי לאו שאין בו מעשה, לא סבר דהיכי דבדבורא איתעביד מעשה הוי דבור כמעשה, אבל לרבא דקיי"ל כותיה נוכל לומר כן דקיי"ל בחסימה כר' יוחנן ומטעמא דידיה משום דבדיבורא איתעביד מעשה, ומ"מ במימר לא קיי"ל כותיה משום דהגמ' סבר כר' יוסי הגלילי דמימר לאו שאין בו מעשה.

אכן המלא הרועים הקשה עוד דא"כ מאי פריך בתמורה על רבא דסבר אי עביד לא מהני, מתמורה שאם המיר מומר דהא בתמורה עיקר האיסור להוציא הקדש לחולין ובזה באמת לא מהני ומה דמהני שנעשה החולין הקדש בזה ליכא עבירה, וע"כ דזה עיקר האיסור להתפיס על החולין קדושת התמורה שיהיה החולין קודש ע"י התמורה, ובאמת יש לחזק קושיתו דהא בתמורה דף ט' אמר בגמ' דלא יחליפנו זהו שתצא זו ותכנס זו, ולא ימיר הוא שמקדיש שניהם ולכאורה קשה הא אין איסור להקדיש החולין וע"כ דזהו האיסור שלא יתפוס מקדושת הקדשים גם על החולין, וא"כ נסתרים דברי הלח"מ במה שכתב דמה דהתמורה נעשה קודש ליכא בזה עבירה, אלא דקשה בלא ד' הגמ' דהא לא מחלק בגמ' בין לא יחליפנו לבין לא ימיר, אלא דלא יחליפנו הוא בשל אחרים ולא ימיר הוא בשל עצמו, אבל ודאי גם לא ימיר הוי גדר חליפין וכמאמר הכתוב ההמיר גוי אלהים ואיך אפשר דלא ימיר הוא דתרוייהו קא מקדיש להו, ועוד דהרמב"ם בפ"ב מהל' תמורה הלכה א' כתב התמורה הוא שיאמר בעל הקרבן על בהמת חולין שיש לו הרי זו תחת זו או הרי זו חליפת זו, והוא ממתני' דתמורה דף כ"ו ולא הזכיר דגם אם אמר שיחול גם על החולין קדושת זה הקרבן עובר על לאו דתמורה.

וראיתי בפי' רגמ"ה שכתב וז"ל אי כתב לא יחליפנו דמשמע בשל אחרים הו"א תצא זו ותכנס זו הוא דלקי שלוקח בהמת חבירו ונותן לו זו ומוציא האחרת לחולין אבל מימר בשל עצמו דתרוייהו מצי מקדיש להו אימא לא לקי אלא לקדיש לתרוייהו וליפטר קמ"ל דלא אלא לקי עכ"ל ומפורש בדבריו דאינו גורס דתרוייהו קא מקדיש להו אלא דתרוייהו מצי מקדיש להו והיינו לפי"מ דהוי סבר מעיקרא דלא יחליפנו הוא בשל אחרים שהחולין הוא של אחרים כמש"כ רגמ"ה בפירושו בד"ה בשל אחרים, חולין של אחרים, ולפי"ז מה דכתיב הוא ותמורתו יהיה קודש לא קאי על לא יחליפנו אלא רק

על לא ימיר וכדכתיב ואם המר ימיר דהא חולין דאחרים אינו יכול להקדיש, ולפי"ז אמר שפיר דאי כתיב רק לא יחליפנו ולא לא ימיר הו"א דגבי לא יחליפנו לקי שעשה דבר שלא נתקיים ועבר אמימרא דרחמנא אבל תמורה כיון דתרוייהו מצי מקדיש להו ונתקיימו במקצת דבריו ששניהם קדושים אימא לא לקי קמ"ל ולפי פירושו הך צריכותא הוי רק הו"א דלמסקנא הא אמר בגמ' דבשל אחרים אין הפי' דשל אחרים חולין אלא של אחרים הוא הקדש.

ולפ"ז שנתבאר נוכל לומר דבאמת עיקר העבירה הוא מה שרצה להוציא ההקדש לחולין ולהחליף על החולין אבל מה שנעשה החולין הקדש אין זו עיקר העבירה, ומה דפריך הגמ' על רבא מהא דאם המיר מומר הוא דהוי סבר להוכיח מכאן דאי עביד מהני דהתמורה נתקיימה דאי לא"ה למה קדוש החולין וסבר הגמ' דע"כ דבזה נתקיימו דבריו רק דגזה"כ הוא שגם הקדשים יהיו קודש וע"ז מתרץ שאני הכא דכתיב והיה הוא ותמורתו קודש והיינו דהחידוש הוא דהתמורה קודש, אבל מעיקר הדין אי עביד לא מהני ומשו"ה ההקדש נשאר בקדושתו בלא גזה"כ וכיון שכן שפיר נוכל לומר כסברת הלח"מ דמה שנעשה החולין הקדש מגזה"כ אין זה עיקר העבירה ולכן לא אמרינן אף שנעשה ע"פ גזה"כ מ"מ שפיר יש לומר כדברי הלח"מ דבזה פליג הגמ' על ר"נ וסבר כר' יוסי הגלילי דמימר הוי לאו שאין בו מעשה כיון דמן הדין לא מהני עיקר דבורו להחליף מחולין להקדש, ולפי"ז מיושב שפיר מה שפסק הרמב"ם כאן דמקדיש בע"מ למזבח לוקה דכאן נתקיים עיקר האיסור במה שקדשו בע"מ והקדשו קדוש ובדיבורו איתעביד מעשה.

עוד כתב הרמב"ם בהלכה זו וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כגון לא תנאף לא תעשה מלאכה בשבת אין לוקין עליו וכו' עד סוף ההלכה, וביאר בזה חתן אחותי הגאון ר' אליעזר שך שי' ואלו דבריו פי"ח מהל' סנהדרין ה"ב כל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל את חבירו וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כמו לא תנאף לא תעשה מלאכה בשבת אין לוקין עליו, וכל לאו שניתן לתשלומין כגון לא תגזול לא תגנוב אין לוקין עליו וכל לאו שניתק לעשה כגון לא תקח האם על הבנים לא תכלה פאת שדך אין לוקין אלא אם לא קיים עשה שבהן וכל לאו שבכללות אין לוקין עליו ושאר כל הלאוין שבתורה לוקין עליהן, עכ"ל. הנה התוס' בפ"ק דמכות ד"ד ב' בד"ה ורבנן האי לא תענה מאי עבדי ליה וכו' הקשו בהא דפריך הגמ' שם בדף ב' ע"ב ותיפוק משום לא תענה הרי לא תענה הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ואין לוקין עליו אף אם בעדות זו אין חיוב מיתה, וכמו שאין לוקין במחמר אחר בהמתו בשבת אף שאין על מחמר חיוב

מיתה מ"מ הוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, דהלאו דלא תעשה מלאכה אתה ובהמתך הוא ג"כ אזהרה על כל מלאכת שבת שיש בהן חיוב מיתה, כמפורש בשבת מי שהחשיך דקנ"ד, וגם לא תענה הוא אזהרה באם העידו לחייב מיתה, וכן הקשו התוס' במרובה דע"ד ב' ובסנהדרין ד"י א' ובשבת שם דקנ"ד א' ע"ש וכמו כן הקשו התוס' בסנהדרין דס"ג א' בהא שבן סורר ומורה לוקה בגניבה ראשונה ואזהרה הוא מהקרא לא תאכלו על הדם והרי לאו זה ניתן לאזהרת מיתת ב"ד בגניבה שניה ונילף מכאן שבכל מקום לוקין אף על לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד באם אינו יכול לבוא לחיוב מיתה ע"ש וכן הקשו התוס' בסנהדרין דפ"ה א' בהא דאם הכהו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה הרי לאו דלא יוסיף הוא אזהרה גם למכה אביו כדאיתא בספרי ובירושלמי א"כ הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ואין לוקין עליו. וצ"ע בכל זה.

והנראה בזה דהנה היסוד לכל זה שלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין עליו הוא אף באופן שאין בעבירה זו מיתת ב"ד הוא מהסוגיא דפ' מי שהחשיך הנ"ל גבי מחמר כמו שכתבו התוס' הנ"ל, אולם לדעת הרמב"ם אין ראי' משם כלל שהרי לשיטתו בפ"כ מהל' שבת ה"א ב' שאין כלל לאו על מחמר, רק עשה דשביתת בהמתו ומה שנאמר לא תעשה מלאכה אתה ובהמתך הוא בחרישה שמוזהר שלא יחרוש בה, ובזה הוא פטור ממלקות שהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד היינו שהיא מלאכה שחייבין עליה מיתת ב"ד ועיי"ש במ"מ שהביא מה שכתב הרמב"ן בזה וא"כ אין ראי' כלל משם לומר שאם יש אופן שבעבירת הלאו זה יהיה חיוב מיתה שוב אין לוקין על לאו זה אף אם לא עבר על לאו זה במעשה המחייבו מיתה ולפ"ז שפיר לוקין במכה את חבירו הכאה שאין בה שוה פרוטה, וגם שפיר פריך הגמ' ותיפוק משום לא תענה ושפיר לוקין בבן סורר ומורה באכילה הראשונה ואין זה נחשב ללאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אם שהלאו זה כולל גם אופן עבירה שיש בה מיתה מאחר שעכשיו אין זו עבירה שמחייבתו מיתה, וכן משמע מלשון הרמב"ם כאן שכתב כמו לא תנאף לא תעשה מלאכה בשבת שכל אלו הן בחייבי מיתות, לא תנאף הוא אזהרה על אשת איש ולא תעשה מלאכה בשבת הוא אזהרה על מלאכת שבת שחייב עליהן סקילה, משמע שרק באופן זה נחשב ללאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, אף אם התרו בו רק למלקות כמו בר"פ אלו הן הלוקין במכות די"ג ב' עי"ש.

אולם מה שהכריחו להרמב"ם לפרש כן שאין כלל לאו במחמר ולהוציא מפשטות דברי הגמ' במי שהחשיך שם נראה לפי מה שמנה הרמב"ם במנין המצות לשתי מצות ל"ת האיסור להכות כל אדם מישראל במצות ל"ת ש' ובמצוה ל"ת שי"ט מנה האיסור להכות אב ואם והרי האזהרה היא אחת ומהקרא לא יוסיף ולמה זה נחשב לשתים וכן

במצות ל"ת שי"ז מנה הלאו לא תקלל חרש שלא לקלל כל אדם מישראל ובמצות ל"ת שי"ח מנה ללאו בפני עצמו שלא לקלל אב ואם והרי האזהרה הוא אחד גם על קלול אב ואם מהאי קרא לא תקלל חרש ומדוע זה נמנה לשתים ועוד יותר שהרמב"ם כתב לקמן בפכ"ו מהל' סנהדרין ה"ב שאם קלל אביו לוקה שתים משום אביו ומשום כל אדם ובן נשיא שקלל אביו לוקה משום ארבעה שמות משום כל אדם ומשום דיין ומשום נשיא ומשום אביו ומדוע לוקה משום אביו הלא רק אזהרה אחת היא, וע"כ מאחר שהעונש מפורש בקרא על הכאת אב ואם ועל קללת אב ואם שוב נחשב כמו שיש אזהרה מיוחדת ומפורשת על אב ואם ביחוד אף שהאזהרה היא מהאי קרא דלא יוסיף, הרי זה כמו שיש לא יוסיף על כל אדם ויש לא יוסיף על אב ואם וכן לא תקלל חרש הרי זה כמו שיש לאו מיוחד על אב ואם וכמו שהביא כן הלח"מ מהסמ"ג בפ"ה מהל' ממרים ה"ד יעוי"ש וכן מתבאר מהא שפוסק הרמב"ם בפ"ה מהל' ממרים הי"ב במי שנגמר דינו למיתה והכהו אחר פטור אבל אם הכהו בנו חייב חנק והקשה בזה המנ"ח במצוה מ"ח מאחר שהאזהרה במכה אביו הוא כמו כל אדם וכיון שמטעם כל אדם פטור שגברא קטילא הוא נמצא שאין כאן אזהרה ומדוע חייב חנק הלא אין עונשין אלא א"כ מזהירין ע"ש, ולהמבואר מיושב שנחשב כמו שיש לאו בפני עצמו על אב ואם ועל אב ואם אין הבדל שאפילו ביוצא ליהרג ג"כ מוזהר על לאו זה ומעתה מיושב קושית התוס' הנ"ל מדוע לוקה בהכהו הכאה שאין בה שוה פרוטה הלא הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד להכאת אב ואם מאחר שבמנין המצות הן נמנין לשנים, ואין הלאו שבכל אדם אזהרה למיתת ב"ד ומעתה לענין מחמר אי היה לאו על מחמר אחר בהמתו בשבת אז בדין שהיה נחשב במנין המצות לשתים האחד אזהרה על כל מלאכות שבת שמפורש העונש מחלליה מות יומת והשני על מחמר וא"כ לא מחמר נקרא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כיון שהן שני לאוין ומדוע אמר הגמ' שאין לוקין על מחמר משום לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד וזהו שהכריח להרמב"ם שאין כלל לאו על מחמר, ובהמתך הוא שלא יחרוש בה והוא אב מלאכה ואין לוקין עליו ונמצא שאין ראיה משם להיסוד של התוס' שאף באופן שאין יכול לבוא לידי מיתה אין לוקין על לאו זה משום שהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, ולדעת הרמב"ם מיושב שפיר קושית התוס' מעדים זוממין ומבן סורר ומורה הנ"ל שבדין הוא שילקה שאין זה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ודוק.

אולם צ"ע עיקר קושית התוס' בהא דעדים זוממין מאי דפריך הגמ' ותיפוק לי' משום לא תענה הרי לא תענה הוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד וכן בבן סורר ומורה שלוקה בגניבה הראשונה אף שהוא ניתן לאזהרת מיתת ב"ד בגניבה שניה דהנה עיקר הכלל

לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין פירושו שהוא הלכה שעל לאו כזה אין מלקות וכמו שעל לאו שבכללות אין לוקין, ששם הוא הלכה שעל לאו זה אין מלקות, אבל בלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד עיקר הדין שלאו זה לא ניתן לאזהרה למלקות וניתן רק לאזהרה למיתה שהרי מיתה צריך אזהרה וכן פרש"י להדיא בריש פרק אלו הלוקין די"ג ב' בד"ה אין לוקין עליו וז"ל כשהתרו בו מלקות בלא מיתה לפי שלא ניתן לאו זה לאזהרת עונש מלקות כשאר לאוין שהרי הוצרך להזהירו שאל"כ לא היה יכול לחייבו מיתה עכ"ל הרי מפורש שהוא משום שהלאו זה לא ניתן לאזהרה אלא למיתה וכן מוכח מגמ' שם דפריך א"ה חייבי כריתות נמי לאו שניתן לאזהרת כרת ומשני כרת לא צריך אזהרה ופריך ודילמא אזהרה לקרבן ע"ש ואי היה זה כלל בעלמא שעל לאו זה אין מלקות מאי קושיא ליה מכרת וקרבן הלא אפשר שאין הלכה כזו שעל לאו שיש בו כרת וקרבן אין לוקין ומוכח מזה שעיקר הטעם הוא כיון שצריך אזהרה לחיוב מיתה, אין לנו אזהרה לחיוב מלקות, ולכן פריך שפיר לפי הס"ד שגם כרת וקרבן צריך אזהרה ממילא אין לנו אזהרה לחיוב מלקות וא"כ בבן סורר ומורה שמפורש ביה המלקות, כדילפינן ויסרו מויסרו כדאיתא בסנהדרין דע"א ב' הרי מפורש שלאו זה לא תאכלו על הדם שהוא אזהרה לבן סורר ומורה ניתן לאזהרת מלקות, וממילא לוקין ואין זה סותר להכלל שלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין, שאין זה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אלא הוא ניתן לאזהרת מלקות וכן בעדים זוממין הרי בהכרח שלאו דלא תענה ניתן לאזהרת מלקות דהרי אם העידו לחייב מלקות והוזמו הרי לוקין מכאשר זמם ואזהרה הוא הלא תענה א"כ הרי לא תענה הוא לאו שניתן לאזהרת מלקות וע"כ שפיר פריך הגמ' ותיפוק מלא תענה שילקה בבן גרושה ובן חלוצה אף בלא הקרא והיה אם בן הכות הרשע, והוא פשוט.

עוד נראה בישוב הקושיא מבן סורר ומורה שהוא לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לפ"מ שכתב הרמב"ם בספר המצות ל"ת קצ"ה שהלאו בבן סורר ומורה הוא מהקרא לא תאכלו על הדם, ואף שהוא לאו שבכללות מאחר שהעונש מפורש אין לחוש על אזהרה אם הוא מן הדין או מלאו שבכללות וכן כתב שם בסוף שורש י"ד עיין בהרמב"ן שם מה שהשיג עליו ויעויין בחינוך מצוה רמ"ח וא"כ בבן סורר ומורה שהמלקות מפורש בקרא לא איכפת לן מה שהאזהרה הוא מלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, כמו שלא איכפת לן אם אזהרה הוא מלאו שבכללות ואין ללמוד מזה על כל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד שילקה אם אין העונש מפורש [וצ"ע לי מה שהשיג הרמב"ן בשורש ב' על הרמב"ם בזה שכתב שאם העונש מפורש לא איכפת לן אי האזהרה הוא מן הדין מהא דמכות

ד"ה ב' בת אביו ובת אמו מנין ת"ל ערות אחותך וכו' עד שלא יאמר יש לו מן הדין וכו' הא למדת שאין מזהירין מן הדין הרי מפורש שאין מזהירין מן הדין אף לאחר שמפורש העונש ע"ש ותמיהני הרי חייבי כריתות לא צריך אזהרה וא"כ האזהרה בחייבי כריתות הוא רק למלקות וא"כ מה שמפורש העונש כרת אינו שייך להאזהרה ולכן שפיר שייך על האזהרה לומר אין מזהירין מן הדין וצע"ג, ומיושב הכל על נכון.

פרק כד

הלכה א

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע כיצד הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל וסמכה דעתו של דיין על דבר זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן וכן אם יצא שט"ח לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה או אם היה עליו שט"ח לאחר יתן לזה שלא נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שראה וכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנים מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת, אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אע"פ שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

הרמב"ם בפ"ו מהלכות שאלה ופקדון הלכה ד' כתב, מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנים מובהקים ונמצא הפקדון כמו שאמר והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו והוא שלא יהיה זה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת, וכתב המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דמיירי בשיש שם עדי פקדון וביחד עם סימנים מוציאין והא דלא אמוד אינו אלא לסעד בעלמא, אבל בדעת הרמב"ם כתב המ"מ דהוא בשאין עדים, וכן מוכח מלשונו שכתב

מי שבא ואמר, והסימנים והא דלא אמוד יחד מועילין להוציא, וצריך לבאר מאיזה טעם באמת מצטרפין שתי ההוכחות.

והנראה דהנה ממה שכתב הרמב"ם בהלכה שלפנינו השלשה אופנים מוכח דלהוציא ממון עפ"י אומד אינו יכול הדיין מדכתב אלו השלשה אופנים, ועוד דהא בהוציא שטר חוב לפניו ואמר לו אחד שסמך דעתו עליו שהוא פרוע, כתב הרמב"ם יש לו לומר לזה אל תפרע אלא בשבועה והחידוש הוא שמחייב להמלוה שבועה אע"פ שהאומר הוא קרוב, אלא דכתב עוד דאפשר לו שלא ידון בהשטר וגם שיאמר להלוה שישלם לאחר שאינו פגום, וגבי אמר לו אחד על המחויב שבועה שהוא חשוד זה ג"כ אינו הוצאת ממון בפי' דכיון שהוא מאמין שהוא חשוד א"א לו להשביעו דאין מוסרין שבועה לחשוד.

והנה בעיקר דברי הרמב"ן והרשב"א שהביא המ"מ דבהמפקיד בעדים מהני סימנים להוציא וכן כתבו התוס' ביבמות דף קט"ז בסוגיא דשומשמין והאריך בזה הש"ך בסי' רצ"ז כתב הקצוה"ח בסי' רנ"ט בטעמא דמילתא דמעיקר דינא לא מהני סימנים להוציא ממון דל"מ אלא באבדה, אבל היכי שהפקיד אצלו בעדים אלא שטוען הנפקד שלך החזרתי ואלו אחרים הם בזה מועיל סימנים דמסתבר יותר שאלו הן שהפקיד, כיון שיש בהם הסימנים, והסברו עוד אינו מספיק דמנ"ל דע"י הך אומד דמסתבר יותר נוציא ממון כיון שאין מוציאין ממון בסימנים וצריך ראי' ברורה, ונראה דמה דאין מוציאין ממון בסימנים אינו משום דאין מוציאין מן המוחזק אלא משום חזקה דכל מה שביד אדם שלו והוא מדין בירור, וכיון שלא מצינו דין סימנים אלא באבדה דהוי ספק מהיכי תיתי דנאמר דמהני סימנים להוציא מדין ודאי.

ויש להביא סמך לזה מד' הרמב"ן ריש ב"ב שכתב בטעמא דלא מהני חזית למעלה מד"א שכיון שהמקום והכותל עד חציו של שניהם נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק לו ולא סגי אלא בראיה גמורה ולא בחזית, וקשה דהא עיקר דין חזית הוא שמא יפול לרשות אחד ויאמר שלי הן, אלא דהטעם הוא דראי' דחזית הוא כמו ראיה של סימן וכלשון הרא"ש בסימן ו' לענין חזית בחצר, כיון דסימן טוב הוא וכו' סימן שאמרו חכמים וכו' ולכן מש"כ הרמב"ן דלא מהני חזית להוציא היינו במה שיש בזה חזקה שכל מה שברשותו הוא שלו, אבל היכי דנפל לרשות אחד מהם דאין כאן חזקת ראיה אלא חזקת תפיסה שהשני הוא מוציא בזה שפיר מהני חזית.

ולכן נראה בהא דכתב המ"מ בשיטת הרמב"ם שמצרפינן סימנים לאינו אמוד הטעם הוא דהא דאינו אמוד מגרע מדין חזקה שכל מה שביד אדם שלו הוא ולכן מהני סימנים להוציא אלא דזה מוכח דהסברא דלא אמוד לא מהני אלא לגבי יתומים שאין טוענין ברי,

אבל אם הנתבע חי וטוען שזהו שלו לא מהני הא דלא אמוד לעשות ספק דליהוי סימנים להוציא, וזה מוכח גם ממה שכתב הרמב"ם בהלכות שאלה ופקדון הך דינא דוקא גבי יתומים אלא דכאן עוד הוסיף הרמב"ם וכ' אצל פלוני שמת בלא צואה, ומוכח דאם מסר צואה לא מהני הסברא דלא אמוד ומשום דאם היה זה פקדון היה מצוה והיינו דהא דלא אמוד אינו מועיל אלא היכי שאינו טוען מפורש שהוא שלו, ואף דקיי"ל טוענין ליורש היינו היכי שמספק ג"כ אין להוציא.

ומכאן יש סתירה למש"כ הקצוה"ח בסי' ע"ה סעיף ט"ז בס"ק ט"ז במה שכתב המחבר דיורשין אינם חייבים אם טוענים אין אנו יודעין אם פרע אבינו או לא שהביא דברי הראנ"ח דגם אם לא הו"ל למידע הוא פטור באינו יודע אם פרעתיך, וכתב ע"ז הקצוה"ח דזה תליא במחלוקת התוס' והרא"ש עם הרמב"ם דלהתוס' והרא"ש שסוברים דבמשאיל"מ בלא הו"ל למידע פטור גם בדידיה ולמדו דין זה מדין יורשין, א"כ גם לדין א"י אם פרעתיך נלמוד מיורשים לדידיה, אבל לדעת הרמב"ם דסובר דדוקא יורשין פטורין משום דהב"ד טוענין ליורש והו"ל כמו טענת ברי, א"כ גם לענין איני יודע אם פרעתיך אין למדין מיורשין.

והנה מדברי הרמב"ם דמחלק בין טענת ברי ליורשין מוכח דמה דב"ד טוענין ליורש אינו כמו טענת ברי, ובעיקר דבריו בטעמא דאין היורשין חייבין מדין משאיל"מ משום דהב"ד טוענין ליורש והו"ל כמו טענת ברי אינם מובנים כלל, דהא דין משאיל"מ אינו שייך לטענת שמא וטענת ברי דאפי' בטענת ברי אם אינו יכול לישבע משלם, ומה דיורשין אינם חייבים משום משאיל"מ הא נלמד מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין ואין אנו צריכים לומר טעמא דקרא לדעת הרמב"ם, אלא דאם באנו לומר טעמא יש לומר דעל יורשין אינו חל מעיקרא דין חיוב שבועה שהוא דין של אביהם ולא שלהם, ואין עליהם חיוב הגוף לשלם, לכן ליכא עליהם דין שבועה ולא משאיל"מ.

הלכה י

-השמטות מגליונות-

כל אלו הדברים וכו' ואל יהי' כבוד הבריות קל בעיניו שהרי דוחה את ל"ת של דבריהם וכל שכן כבוד בני אברהם יצחק ויעקב.

מזה שכ' וכ"ש כבוד בני אברהם יצחק ויעקב משמע דכבוד הבריות הוא אפי' באינו ישראל וצ"ע.