

בית דין שנמצא אחד מהם קרוב או פסול

א. שיטות הפוסקים

עיינין חידושי רע"א חו"מ סי' ז' סעי' ט' שהביא דעת הפוסקים שס"ל שאם נמצא אחד מהדיינים קרוב או פסול כולם פסולים וכ"כ הפתחי תשובה שם ס"ק כ"ב ועיינין בברכי יוסף שם ס"ק ל"א שכתב כן בשם תשובת הרשב"א ובהגהת המשנה למלך הלכות עדות פרק ט"ז הל' ה' שכתב כן בשם תשובת מהרש"ש והביא ראיה לדבריו ממש"כ הנמוקי יוסף יבמות דף ק"א: בשם הריטב"א אהא דאיתא שם רב שמואל בר יהודה הוה קאי קמיה דרב יהודה אמר ליה סק תא לזירזא דקני לאצטרופי ביה חמשה לפרסומי מילתא אמר ליה תנינא בישראל בב"ד של ישראל ולא בב"ד של גרים ואנא גר אנא, ונחלקו הראשונים אם אותם הדיינים בבית דין של חליצה שהם למלוי בעלמא אי באמת בעינן כשרים או לא ובזה כתב הריטב"א וז"ל מיהו נראה שאם הזמינו והקצו שלשה לבית דין בפירוש וקראו האחרים למלוי בעלמא דאפילו גרים ואפילו פסולים והכא לא היה כבודו של רב שמואל בר יהודה להקצותו מן הב"ד ומכלל החמשה היו עושין חבור אחד מפני כבודו ע"כ, הרי שלדעת הריטב"א כל שנצטרף קרוב או פסול לג' דיינים כשרים נפסלו כולם מדין נמצא אחד מהם קו"פ אף שבלאו איהו הוה ג' דיינים כשרים.

אמנם עיינין שו"ת הריב"ש סי' תי"ג שס"ל שבדיינים לא שייך פסול נמצא אחד מהם קו"פ וכן משמע מדברי רש"י יבמות דף ק"ד: אהא דאיתא שם במשנה חלצה בשנים או בשלשה ונמצא אחד מהן קרוב או פסול חליצתה פסולה ופירש רש"י חלצה בשנים כשרים או בג' ונמצא אחד מהן קרוב דהדר הוה להו שנים חליצתה פסולה, ומשמע מדבריו שהפסול בג' שנמצא אחד מהם קרוב הוא משום דהדר הוה להו רק שנים ואין כאן בית דין של שלשה ואילו משום נמצא אחד מהם קו"פ לא היו הכשרים נפסלים, אמנם עיינין בדברי השואל ומשיב מהדורא תניינא חלק ב' סי' ד' שכתב שאין כונת רש"י לפרש שאין כאן חליצה כשרה משום חסרון של בית דין של ג' דיינים אלא שבא לפרש שלדין חליצה פסולה שפוסלת על האחים בעינין עכ"פ שני עדים להעיד על מעשה החליצה ולזה כתב שחליצה בשנים פסולה מפני שהשנים כשרים הם ויכולים להעיד על מעשה החליצה ואף בג' ונמצא אחד מהם קרוב הדר הוה להו שנים שיכולים להעיד לבדם על החליצה ולכן חליצתה פסולה, אבל ודאי שמפשוט דברי רש"י משמע שלא בא לפרש האופן שחליצה פסולה פוסלת מיבום אלא שבא לפרש למה חליצתה אינה כשרה להתירה לשוק.

ב. מי הוא בכלל פסול לענין נמצא אחד מהם קו"פ

ומיהו יש לעיינין בדעת הני רברוותא דאית להו שפסול נמצא אחד מהם קו"פ נוהג אף בדיינים מנין יצא להם פסול זה שהרי עצם הדין לענין עדים נאמר כמו שדרשו חז"ל על פי שנים או על פי שלשה עדים יקום דבר מקיש שלשה לשנים מה שנים נמצא אחד מהם קו"פ פסול אף שלשה נמצא אחד מהם קו"פ פסול כמבואר במשנה דמכות דף ה': אבל לא מצינו כה"ג בנוגע לדיינים, ועוד יש להעיר מסוגית הש"ס סנהדרין דף ג. ושם איתא משום דרבי חנינא בר רב אחא בריה דרב איקא אמר מדאורייתא חד נמי כשר שנאמר בצדק תשפט עמיתך אלא משום יושבי קרנות, וע"ז מקשה הגמ' בתלתא מי לא הוה יושבי קרנות ומשני אי אפשר דלית בהו חד דגמיר.

והנה בדברי הגמרא יש מקום לפרש שכל שיש ג' כשרים הם לדון מדרבנן אף שאין בהם אפילו חד דגמיר ומה שהצריכו ג' הוא מפני שבכה"ג עלול הדבר שיהיה עכ"פ חד דגמיר ומה דמשני הגמ' דבתלתא אי אפשר דלית בהו חד דגמיר המובן הוא שיש לתלות שבכה"ג יהיה עכ"פ אחד מהם גמיר אבל אה"נ מאחד שתניקנו שמהני ג' הדיוטות שוב אף אם יקרה שאין בהם חד דגמיר ג"כ הוי ב"ד כשר. אמנם בדברי הרא"ש שם מבואר שאינו כן

שכתב דמפורש שאי לית בהו חד דגמיר פסלי לדינא והביא ראייה מהא דאיתא שם במשנה דף כ"ג. זה פוסל דיינו של זה וזה פוסל דיינו של זה ופריך שם בגמרא כל כמיניה ומשני בערכאות שבסוריא ופירש רש"י שהיו יושבי קרנות, הרי שאף אחר התקנה דבעינן ג' דיינים נשאר האינם גמירי בפסולם, וכן פסק הרמ"א חו"מ ריש סי' ג' דאי לית בהו חד דגמיר פסלי לדון, וגדולה מזו מצינו בתוס' שם דף ג'. דה"מ אי אפשר שכתבו דאף בחר התקנה להצריך ג' דיינים מאן דלא גמיר פסול לדינא והוכיחו כן מזה פוסל דיינו של זה שמשמע שיכול לפסול אותו שאינו מומחה אף אם השאר גמירי.

אמנם לפי זה אף אם יש בתוך הג' אחד דגמיר מ"מ מאחר שהאינו מומחה נשאר בפסולו הרי נמצא אחד מהם קו"פ וא"כ מה מהני שאחד גמיר הוא שהרי אף הגמיר פסול הוא מטעם נמצא אחד מהם קו"פ, וכן הקשו השער משפט סי' ג' ס"ק ב' והקצוה"ח סי' ל"ו ס"ק ז' ומקושיא זו הביא השער משפט ראייה לדעת הרמ"ה שס"ל שאף לפי האמת בעינן שיהיו שלשתן כולן גמירי וכתב לפרש דהא דאיתא בגמרא דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר שמזה משמע שכשרים הם לדון אף שהאחרים אינם גמירי הכונה היא שמאחר שאמרו טעו ישלמו שוב לא יזדקקו האינם מומחים לדון אלא אם יש עמהם עכ"פ חד דגמיר שילמדם איך לפסוק שאם אין עמהם חד דגמיר שילמדם הדין יבואו לידי טעות ויחייבו את הזכאי וסוף סוף יפסידו ממון מבייתם וממילא אותו הגמיר לא יתרצה לישב בדין עם אינם גמירי שהרי אותו שהוא גמיר יודע הדין שאם נמצא אחד מהם קו"פ כולם פסולים ויסרב להצטרף עם אותם שאינם גמירי ולכן לעולם לא יתקיים ב"ד זולת ב"ד של שלשה מומחים, וזהו כונת הגמרא במה דקאמר דבתלתא אי אפשר דלית בהו חד דגמיר ומאחר שהוא גמיר יסרב לישב עם השנים שאינם גמירי, ועל זה מקשה הגמרא א"כ טעו לא ישלמו, פירוש מאחר שהם גמירי למה תיקנו חז"ל שישלמו, וקא מהדר כ"ש דנפישו יושבי קרנות שאם לא ישלמו שוב אין להאינם גמירי לפחד מהפסד ממון ולא יחפשו האינם גמירי אחר אחד שהוא גמיר ולכן הוצרכו לתקן שאם טעו ישלמו כדי שיחפשו עכ"פ אחר חד דגמיר וממילא אותו הגמיר לא ידון אלא אם כל השלשה הם גמירי או שילמדם להיות גמירי, ובדעת החולקים על הרמ"ה כתב השער משפט שס"ל שזה שהאינו גמיר אינו פוסל את הב"ד מטעם נמצא אחד מהם קו"פ זה גופא נכלל בתקנת חז"ל שכשהכשירו ג' הדיוטות בזה גופא תיקנו להכשיר אף כשנמצא אחד מהם קו"פ.

ועיין בחדישווי הרי"ם ובמרגליות הים סנהדרין דף ג'. ובקהלות יעקב סנהדרין סי' ב' שכולם נתבאו בסגנון אחד ביישוב קושיא זו והיינו שהביאו דברי הבעל המאור שכתב בענין אחר שאינו גמיר הוי כמו אשרה וע"פ דבריו אלו כתבו שכמו שבאשרה אין בה דין נמצא אחד מהם קו"פ כ"כ באינו גמיר לא שייך נמצא אחד מהם קו"פ ובסגנון זה כתבו לדמות אינו גמיר לעכו"ם לענין זה שכמו שבעכו"ם שבא להעיד עם ב' כשרים לא אמרינן נמצא אחד מהם קו"פ כ"כ באינו גמיר שנצטרף לבית דין לא אמרינן שהוא בכלל נמצא אחד מהם קו"פ, אמנם דבריהם נפלאים ממני שזה שלא נאמר דין נמצא אחד מהם קו"פ בנוגע לעכו"ם או לאשרה היינו משום שאינם בכלל עדות כלל וכלל ולא שייך לומר על מי שאינו עד שהוא עד פסול ודין נמצא אחד מהם קו"פ נאמר רק על מי שהוא בכלל עדות אלא התורה פסלתו, אולם אינו גמיר אינו דמי לעכו"ם ואשרה שהרי אינו גמיר ודאי בכלל דין הוא אלא שהוא פסול שהרי ברשע בכה"ג לענין עדות לא אמרינן שאינו בכלל עדות אלא אדרבה שפיר הוי עד אלא שהוא עד פסול ולכן שייך גביה פסול של נמצא אחד מהם קו"פ.

ובאמת צריכים אנו להגדיר מי נקרא עד פסול ומי אינו נקרא עד כלל, אמנם נראה שההבדל פשוט הוא והיינו שכשהתורה צותה על עניני עדות דברה תורה הן לרחוקים והן לקרובים הן לכשרים והן לפסולים שכולם מישך שייכי לפרשת עדות שהרי הקרובים כשרים הם להעיד לאינם קרובים והרשעים הרי מצווים ועומדים הם לשוב ולחזור להכשרם הראשון, ולכן כשבאים להעיד מקרי עדים אלא שפסולים הם ולכן נוהג אצלם דין נמצא אחד מהם קו"פ משא"כ עכו"ם ואשרה שא"א בשום אופן שיבאו לכלל עדות ולהם לא דברה תורה כשנאמרה פרשת עדות, ולכן לגמירי אינם בכלל עדים וממילא אינם בכלל נמצא אחד מהם קו"פ. ובמה שנוגע לאינו גמיר הרי נמצא שודאי בכלל דין הוא שהרי כשנאמרה פרשת דיינים גם להאינו גמיר דברה תורה ובידו ללמוד ולהשתלם בלימודו עד שיגיע לדרגת גמיר וגם מצוה היא דרמיא עליה להיות גמיר אלא שכל זמן שלא למד הרי פסול הוא לדון, נמצא ששם דין עליו אלא שדיין פסול הוא ושפיר שייך ביה דין נמצא אחד מהם קו"פ משא"כ עכו"ם ואשרה אינם בכלל פרשת דיינים כלל וכלל ומאחר דלא מקרי דיינים ל"ש שיהיו בכלל דיינים פסולים שעליהם נאמר נמצא אחד מהם קו"פ כולם פסולים.

אולם בעצם הענין של הפסולים לדון יש לעיין מנין לנו שאותם הפסולים לעדות פסולים הם גם לדון, והן אמת שבמשנה בנדה דף נ"ט: איתא כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון אבל כל אותם הדברים השנויים שם במשנה שכשר לזה הוא כשר לזה לא נאמרו בתור הלכה למשה מסיני שדין האחד מתלי

תלוי בדין השני אלא הדברים השנויים שם הם בתור סיכומים שעמדו עליהם חז"ל מתוך הפרטי דינים שנשנו בנוגע לאותם העניינים, ובנוגע לדין מצאו שאין מן הכשרים לדון שלא יהיה כשר להעיד אבל לא גילו לנו מאין הוציאו שאותם הפסולים להעיד באמת פסולים הם גם לדון, וזה שמצינו בשלחן ערוך חו"מ סי' ז' סעי' ט' כל הפסולים להעיד מחמת קורבה או מחמת עבירה פסולים לדון עיין לקמן סי' ל"ד פרטי הפסולים, ועיין שם בבאר הגולה שכתב שמקור ההלכה הוא משמעות המשנה נדה דף נ"ט: וכונתו דבמשנה שם איתא כל הכשר לדון כשר להעיד ואילו השלחן ערוך נקט בדרך שלילה שהפסולים להעיד פסולים הם גם לדון שאינו מדברי המשנה אלא שמוכן מאליו שהוא נכלל במשמעות המשנה, ומאחר שפרטי הדין בנוגע לפסולים לענין עדים נאמרו ציין השו"ע לעיין בהלכות עדות ומשמם נלמד לפסולי דיינים, ובמשנה דסנהדרין דף כ"ד: ואלו הן הפסולים וכו' סתמא קתני ובסוגית הש"ס ג"כ אינו מבואר שלענין דיינים קתני והלימוד לענין פסולים מחמת רשעות הוא מאל תשת רשע עד שבענין עדות מיירי ואילו מקרא מפורש לפסול רשע מלהיות דין לא מצינו, ובמשנה דסנהדרין דף כ"ז: קתני ואלו הן הקרובין וכו' ובסוגית הש"ס איתא מנא הני מילי לא יומתו אבות על בנים שזה ג"כ בענין עדות מיירי, אבל מ"מ מפשטות דברי המשנה משמע שהני משניות בענין דיינים משתעי וכן פירש רש"י שם דף כ"ד: ואלו הן הפסולים לדון ולהעיד ואף שרש"י שם כתב על הפסולים השנויים במשנה וז"ל וכולן מעין גזלנין הן והתורה אמרה אל תשת רשע עד וכל שכן דין, מ"מ אינו מתפרש בדברי הגמרא שלמדין פסולי רשעות בדיינים מפסולי עדות ע"י קו"ח ולענין קרובים לא הזכיר רש"י שכ"ש שדיין פסול משום קורבה, ומיהו דברי רש"י במש"כ וכל שכן דין שפיר מתפרשים דוקא לענין הפסולים השנויים שם במשנה דהיינו המשחקים בקוביא והמלוה ברבית ומפריחי יונים וסוחרי שביעית ורש"י כשפירש שכולן מעין גזלנין כונתו לומר שמטעם זה נפסלו מדרבנן ולכן שפיר קאמר מדפסלו להו רבנן לענין עדות מחמת זה שהם כגזלנים כל שכן שמאותו הטעם פסלו להו גם מלהיות דיינים.

אמנם עיין ברי"ף בפירושו על המשנה בסוף זה בורר היו מכניסין את השני וכו' שהביא מדברי הירושלמי שם וז"ל לא יומתו אבות על בנים למה לי והלא כבר נאמר איש בחטאו יומתו מה תלמוד לומר לא יומתו אבות על בנים אלא שלא יהו העדים קרובים לבעלי דינין ומנין אף הדיינין שנאמר ובנים לא יומתו על אבות ומנין שלא יהו העדים קרובים לדיינין הגע עצמך שאם הוזמו לא מפייהם הם נהרגין ומנין שלא יהו העדים קרובים זה לזה הגע עצמך שאם הוזם אחד מהם כלום נהרג עד שיוזם חבירו אם אתה אומר כן לא נמצא נהרג על פיו ומנין שלא יהו הדיינין קרובים זה לזה אמרה תורה הרוג ע"פ דיינין הרוג ע"פ שני עדים מה העדים אין קרובין זה לזה אף הדיינין אין קרובים זה לזה עכ"ל, ועיין בפני משה על הירושלמי שכתב לפרש שהא דקאמר אמרה תורה הרוג ע"פ דיינין הרוג ע"פ שני עדים וז"ל וקאמר מהיקשא אתיא, ודבריו ג"כ תמוהים שלא מצינו שהוקשו דיינים לעדים בשום פסוק זולת במה דאיתא בסנהדרין דף כ"ט. לענין פסול שונא ת"ר והוא לא אויב לו יעידנו ולא מבקש רעתו ידינו, וע"ש ברש"י שפירש שזה שכתוב בתורה ולא מבקש רעתו על דין קאי נפקא ליה להש"ס מדסמיך ליה ושפטו העדה, הרי שאף הלימוד לפסול שונא אינו מהיקש של עדים לדיינים אלא מסמיכות הפרשה לושפטו העדה שמגלה לנו שמה דכתיב ולא מבקש רעתו בדין מיירי, ואדרבה משם מוכח שעדים ודיינים לא הוקשו להדדי דאילו הוקשו להדדי לענין שאר פסולים לא היה מן הצורך לחפש אחר פסול מיוחד הן לעד והן לדיין לענין שונא אלא כל שנפסל שונא לעדות או לדיין ממילא היה נפסל לשניהם כמו שאר פסולים.

ובאמת מסוגיא דאוהב ושונא קשה על עצם דברי הירושלמי שבירושלמי לכאורה מבואר להדיא שכל הפסולים להעיד פסולים הם גם לדון מטעם אמרה תורה הרוג על פי דיינים הרוג על פי עדים מה העדים וכו' ובזה דקאמר אמרה תורה וכו' מבואר שקרוב שפסול להעיד ג"כ פסול הוא לדון וא"כ מאותו הטעם יש למילף ששונא שהוא פסול להעיד כמו כן פסול הוא לדון וא"כ לפי הירושלמי לכאורה לא בעינן למילף פסול שונא לדון מולא מבקש רעתו.

ג. ביאור טעם הפסול של נמצא אחד מהם קו"פ

והנהגה בהא דפסלה תורה כל הבאים להעיד כשנמצא אחד מהם קו"פ יש לחקור מהו גדר הפסול ואם שייך כעין

אותו הפסול גם בדיינים או לא, ונראה לפרש גדר הפסול של נמצא אחד מהם קו"פ באחד מכמה אנפי:
(א) בפשוט יש לפרש שהחסרון הוא בקבלת עדות, ז"א שכל שאחד מהעדים הוא קו"פ אי אפשר לבית דין לשמוע אפילו דברי הכשרים ונמצא שאין כאן קבלת עדות כלל וכלל, אמנם נראה שאם הפסול הוא בקבלת עדים א"כ מצד הסברא יש לומר שאם אותו הקרוב או הפסול ילך לו אז מן הדין הוא שהכשרים יכולים הם לחזור ולהעיד בלא צירוף הפסול שהרי מאחר שהכשרים לא נפסלו בעצם אפילו לעדות זו אלא שהחסרון הוא מצד הקבלה כל שבאים אח"כ בלא צירוף הקרוב או הפסול אין מניעה בקבלתם, וכן היא באמת דעת הש"ך סי' ל"ו ס"ק י"ד שהכשרים אינם פסולים אלא לאותה הגדה אבל שפיר יכולים להעיד עוד הפעם ללא צירוף הפסול ובדעת הש"ך שפיר יש לפרש שס"ל שנמצא אחד מהם קו"פ הוא חסרון בקבלת עדות. אמנם אם הפסול הוא אך ורק משום קבלת עדות קשה להבין איך שייך פסול של נמצא אחד מהם קו"פ אצל דיינים, ומלבד זה הרי הסמ"ע שם ס"ק ז' והקצוה"ח שם ס"ק ו' חולקים על הש"ך וס"ל שכל שנפסלו מצד נמצא אחד מהם קו"פ נפסלו לעולם לאותה עדות, וא"כ מסתבר שגם לענין דיינים כל שנמצא אחד מהדיינים קו"פ נפסלו כולם לאותו דין לעולם, ועיין מש"כ בזה השואל ומשיב מהדורא תניינא חלק ב' סי' ד', והשואל ומשיב דן בזה רק משום עביד איניש לאחזוקי דיבוריה, אבל עכ"פ לדעת הש"ך קשה להבין איך שייך פסול של נמצא אחד מהם קו"פ אצל דיינים.

(ב) הנה התוס' מכות דף ו. דה"מ אמר רבי יוסי במה דברים אמורים בדיני נפשות כתבו וז"ל דבדיני נפשות שייך שפיר למילף משנים דעדותן בטלה משום דמה שנים כי נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה לגמרי ומעתה אינה מועלת כלום הלכך בשלשה נמי כולם בטלים לגמרי אבל בדיני ממונות דבשנים נמי כי נמצא אחד מהן קרוב או פסול השני אינו בטל לגמרי דחייב לו שבועה לכך שלשה נמי נמצא אחד מהן קרוב או פסול תתקיים העדות בשאר עדים עכ"ל, ועיין בפני יהושע שנסתפק אם זה שכתבו התוס' שבשנים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדיין חייב שבועה מחמת הכשר הוא אליבא דרבי יוסי דוקא דאית ליה תתקיים העדות בשאר או אם כתבו כן אף לרבנן שחולקים על רבי יוסי, אמנם עיין בערוך לנר שם שנקט בפשיטות שהתוס' כתבו כן להלכתא ואליבא דכו"ע. והערוך לנר הביא סמוכים לדבריו מדברי התוס' יבמות דף ק"א: דה"מ מרענא שטרא אפומיה שכתבו דהא דאמר רבא לרב פפא בהכותב דף פ"ה. שהעיד על שטר שהוא פרוע איכא אינש אחרינא בהדי מר שצ"ל שרב פפא היה קרובו של התובע או של הנתבע וס"ל להתוס' שאם היה שם אינש אחרינא בהדי רב פפא היה מהני לחיוב שבועה אף שרב פפא קרוב היה.

ויש להבין שאם בשנים שנמצא אחד מהם קו"פ בכחו של השני שהוא כשר לחייב שבועה כדין עד אחד אם כן בשלשה שנמצא אחד מהם קו"פ פשיטא שהשנים שהם כשרים ג"כ בכחם הוא לחייב שבועה, ואם כן צ"ע אם לא נתבטלה עדותם של השנים לענין שבועה למה נתבטלה עדותם לענין ממון, ונראה לומר בדעת התוס' שס"ל שכל שנמצא אחד מהם קו"פ אין המוכן שגם הכשרים נפסלו על ידו אלא שאמרה תורה שכל שיש קו"פ הקרוב או הפסול לא רק שאינו מצטרף לעדות אלא שעל ידו נתבטל הצירוף של כל הכת וע"י עדותו מונע הוא את הצירוף של שאר העדים אף שהם כשרים ולכן בשני עדים שפיר מוכן הדבר שהשני שהוא כשר בכחו הוא לחייב שבועה שבכדי לחייב שבועה שסגי בעד אחד לא בעינן שום צירוף, ואף בשלשה שנמצא אחד מהם קו"פ השנים שהם כשרים מחייבים שבועה ולא ממון והטעם הוא משום שהשנים הכשרים אינם מצטרפים להדדי ולכן לענין שבועה דלא בעינן צירוף הרי כל אחד מהשנים בכחו לחייב שבועה משא"כ לענין ממון אין בכחם להוציא ממון מאחר שאינם מצטרפים זה עם זה, ונראה שהתוס' ס"ל שהמוכן של מה שנים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה הוא שכמו שבשנים אותו הכשר נמצא ללא צירוף עם אחר כ"כ בשלשה אותם הכשרים נשארים ללא צירוף זה עם זה. הרי מוכח שלדעת התוס' נמצא אחד מהם קרוב או פסול אינו פסול בעצם לגבי הכשרים אלא דין הוא בצירוף העדות שבכה"ג אין הכשרים מצטרפים להדדי, ואף בדעת החולקים על התוס' שס"ל שבנמצא אחד מהם קרוב או פסול אין בידו של השני לחייב שבועה אין זה משום שגם הוא נפסל לעדות אלא מטעם אחר, עיין רש"ש שם מכות דף ה: שכתב לפרש בדעת אותם רבוותא שס"ל שהוא מטעם בא ללמד ונמצא למד, ז"א ששנים בא ללמד על ג' דאע"ג שנשארו ב' כשרים אפ"ה אינם מועילים למה שב' מועילים בעלמא דהיינו להוציא ממון על פיהם והדר למדין משלשה לשנים והיינו שאף שנשארו אחד שהוא כשר אינו מועיל למה שמועיל בעלמא דהיינו לשבועה.

ועל פי סברא זו שפיר מוכן ענין נמצא אחד מהם קו"פ גם בפסולי דיינים והיינו שגם אצל דיינים המוכן הוא שכל שיש ביניהם אחד שהוא פסול לדון אין הכשרים מצטרפים זה עם זה נמצא שאין צירוף לבית דין של ג',

אמנם עיין בדברי השואל ומשיב הנ"ל שכתב שאלביא דרב אחא בר איקא דאית ליה שמדאורייתא סגי באחד מומחה והא דבעינן ג' הוא רק מדרבנן שהעיר שם שלפי דעת כמה רבוותא לא אמירנן נמצא אחד מהם קו"פ עדותן בטלה בפסולי דרבנן ולדידהו כ"כ אליבא דרב אחא בר איקא לא היה לנו לפסול נמצא אחד מהם קו"פ בדיינים לענין ג' שהוא מדרבנן כל שנשאר מהכשרים אחד שהוא גמיר, אמנם לפי הנ"ל גם ללישנא קמא דס"ל דבעינן ג' מדאורייתא קשיא שהרי קושית השער משפט במקומה נשאת דכל שיש אחד שאינו גמיר הרי אין כאן צירוף של ג' ויפסל הבית דין מדין נמצא אחד מהם קו"פ.

ג.) אמנם נראה לבאר פסול של נמצא אחד מהם קו"פ באופן אחר והיינו שיש לומר בפשטות שנמצא אחד מהם קו"פ הוא פסול בעצם והיינו שחידשה תורה שבזה שנצטרף לפסול ע"י זה גופא נפסל הכשר אלא שפסול זה מצינו רק בפרשה של עדים בזה שהוקשו שלשה לשנים אבל מנא לן פסול זה בדיינים, וזה שכתב הפני משה שהוקשו דיינים לעדים כבר ביארנו שלא מצינו היקש כזה ואדרבה מסוגית הש"ס בענין פסול אוהב ושונא מוכח להדיא שאין היקש כללי בין עדים לדיינים.

אלא הנראה בזה הוא שכשנמצא אחד מהעדים קו"פ הכשרים נמי נפסלו הכונה היא שהתורה נתנה אותו שם פסול להכשר ולענין עדות זו חל עליו אותו הפסול של הפסול, ושייך לומר כן רק מפני שכל אחד מהפסולים הוגדר הוא על פי דיני תורה, ז"א שהתורה אמרה ששני בשני הוי קרוב אבל שני בשלישי אינו קרוב והתורה אמרה שרשע דחמס הוא בכלל אל תשת רשע עד אבל מי שעבר על איסור קל אינו בכלל אל תשת רשע עד וכמו כן אמרה תורה שהבא להעיד עם קרוב גם הוא דינו כקרוב לענין עדות זו וכן הבא להעיד עם רשע ונתחבר לו לעדות גם הוא דינו כרשע לענין עדות זו, ובזה מובן גם פסול של נמצא אחד מהם קו"פ הנוהג בדיינים שהרי כבר הוכיחו חז"ל שהקרובים ושאר פסולים נפסלו לדין כמו שנפסלו לעדות, ולפי הנ"ל המובן הוא שכל שנמצא בהם קו"פ הרי הכשרים שנצטרפו עמו נעשו גם הם קו"פ לענין דין זה, ובדין הוא שבכל מקום שיש ענין של צירוף חל על הכשר אותו השם של הקרוב או הפסול ולכן גם לענין דיינים שפיר אמירנן שהנצטרף עם הקרוב נעשה גם הוא קרוב בנוגע לדין זה וכן הנצטרף עם הפסול נעשה גם הוא פסול בנוגע לדין זה.

ולפי זה לכאורה שפיר היה מקום לומר שזה שלא נאמר דין נמצא אחד מהם קו"פ באינו גמיר היינו מפני שזה שהכשר חל עליו אותו הפסול של הפסול שאליו נצטרף זהו רק לענין הפסולים שעליהם נאמר על פי שנים עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר, ז"א הפסולים לעדות שבהם חידשה תורה שהכשר המצטרף עמהם ג"כ חל עליו אותו הפסול לכל מילתא דבעי צירוף, אבל הפסול של אינו גמיר אינו פסול בעדות ואינו בכלל על פי שנים עדים או על פי שלשה עדים שנאמר שגם הגמיר חל עליו דין אינו גמיר ולכן מי שנצטרף לדון עם אינו גמיר אינו נפסל מדין נמצא אחד מהם קו"פ.

אמנם זה ליתא שהמקור של נמצא אחד מהם קו"פ בדיינים הוא מדברי הגמרא יבמות דף ק"א: רב שמואל בר יהודה הוה קאי קמיה דרב יהודה אמר ליה סק תא לזירזא דקני לאצטרופי פי חמשה לפרסומי מילתא אמר ליה תנינא בישראל בב"ד של ישראל ולא בב"ד של גרים ואנא גר אנא, ועיין בב"י שם שס"ל כדעת הרמב"ם ששני הדיינים שמוסיפים על השלשה לבית דין של חליצה לפרסום הדבר לא בעינן שיהיו כשרים לדון ועל זה כתב הנ"י וז"ל וראיה לדבר משמואל בר יהודה דפסליה משום גר אע"ג דלמלויי בעלמא הוא וכתב הריטב"א ז"ל וזה לשונו שאם הזמינו שלשה לבית דין בפירוש וקרא האחרים למלויי בעלמא דאפילו גרים ואפילו פסולים והכא לא היה כבודו של רב שמואל בר יהודה להקצותו מן הבית דין ומכל החמשה היו עושין חבור אחד מפני כבודו עכ"ל, הרי חזינן מדברי הריטב"א שדין נמצא אחד מהם קו"פ לענין צירוף הדיינים נאמר אף בגר והרי גר כשר הוא לעדות וא"כ מוכח שדין נמצא אחד קו"פ בדיינים נאמר לא רק באותם הפסולים שהם פסולים לעדות אלא נאמר אף בפסולים שהם פסולים לדון בלבד.

אמנם מ"מ נראה שגדר נמצא אחד מהם קו"פ הוא כמו שכתבנו שהמובן הוא שהכשר שנצטרף לפסול גם הוא נפסל באותן הפסול וכמו שפסול עדות חל על הכשר המצטרף לעדות כ"כ בדיינים הפסול לדון חל על הכשר המצטרף עם הפסול לדון, אבל מ"מ פסול זה שייך רק באותם סוגים של פסולי עדות שגדר הפסול הוגדר ע"י דיני התורה כמו קרוב שרק מי שהתורה נתנה לו דין קרוב לענין עדות הוי קרוב וכן רשע רק מי שהתורה הגדירתו כרשע לענין עדות נקרא רשע, וע"י נמצא אחד מהם קו"פ גם המצטרפים לקו"פ נכללו בכלל קו"פ לענין אותה עדות או לאותו הדין שכל עצם שם קרוב או רשע הוא רק משום גז"כ שהתורה הגדרתו בכלל קרוב או בכלל פסול, משא"כ גר אף שגרות שייכת רק ע"י משפטי התורה מ"מ התורה לא חידשה ענין של גרות כדי לפסול את הגר לדון אלא כל שבמציאות הוי גר נפסל הוא לדון ולא חידשה תורה שום דבר בזהות

הגר לענין פסולו לדון, וכמו כן לענין פסול אינו גמיר שהוא ענין של מציאות לא שייך בו נמצא קו"פ שהרי מי שלפי האמת הוא גמיר אי אפשר שהתורה תאמר עליו שאינו גמיר, ומאחר שפסול אינו גמיר הוא פסול מחמת המציאות ולא פסול התלוי בהגדרה שבאה ע"י גזה"כ לא שייך לומר בו נמצא אחד מהם קו"פ. וכ"כ נראה שמתעם זה גופא לא שייך פסול נמצא אחד מהם קו"פ בנוגע לאוהב או שונה שענין אוהב ושונה אינו תלוי בהגדרה שהגדירה תורה אלא במציאות, ולכן אי אפשר לומר שהתורה אמרה שהמצטרף עם האוהב ג"כ נעשה אוהב או שהמצטרף עם השונה ג"כ נעשה שונה, והיינו שהיחס של אוהב או שונה לא בא מגזירת הכתוב אלא מהמציאות ואי אפשר לומר על מישהו שהוא אוהב או שונה כל שלפי המציאות אינו כן, ונוסף לזה הרי הקרוב משנעשה קרוב נשאר בפסולו עד שנתרחק והרשע נשאר בפסולו עד שיעשה תשובה וכל שחל עליו שם קרוב על ידי נמצא אחד מהם קו"פ הרי לא נתרחק וכל שחל עליו שם רשע ע"י דין נמצא אחד מהם קו"פ הרי מאחר שלא חטא ודאי לא שייך לומר ששב מרשעתו ונסתלק ממנו שם רשע אבל כל שפסולו משום אוהב או שונה ע"י דין נמצא אחד מהם אוהב או שונה הרי פסולים אלו מסתלקים עם סילוק האהבה והשנאה וא"כ תיכף ומיד נסתלקה האהבה ונסתלקה השנאה מזה שנצטרף עם האוהב או השונה, וכן לענין פסול אינו גמיר הרי כל שנעשה תלמיד חכם שוב אינו פסול משום אינו גמיר וא"כ חכם שנצטרף לאינו גמיר אף אם חל עליו פסול אינו גמיר מדין נמצא אחד מהם קו"פ הרי תיכף ומיד נסתלק ממנו אותו הפסול שהרי חכם הוא ותיכף ומיד יצא מכלל אינו גמיר וחזר להכשרו.

עיינן בקהלות יעקב סנהדרין סי' ב' שהביא דברי הירושלמי הוריות פרק א' הלכה ד' בענין בית דין שטעו באיסור כרת ושם במשנה איתא או שהיה אחד מהם גר או ממזר או נתין או זקן שלא ראה לו בנים הרי זה פטור וכו' אף עדה האמורה כאן כולן ראויין להורייה, ושם איתא רב חנניה ורבי מנא חד אמר בתוך שבעים וחד אמר חוץ לשבעים מ"ד בתוך שבעים הא חוץ לשבעים לא מכיון שאינו ראוי להורייה נעשה כאבן, וכתב הקהלות יעקב שראה בדברי האחרונים שכתבו לפרש ששני הלשונות של הירושלמי פליגי בעצם הדין אם שייך נמצא אחד מהם קו"פ בדיינים, והרי לפי מה שכתבנו לא שייך פסול נמצא אחד מהם קו"פ לענין פסול גר וכדומה, אמנם ע"ש בדברי הקהלות יעקב שכתב לפרש שאף לישנא קמא של הירושלמי דאית ליה תוך שבעים ג"כ ס"ל שפסול נמצא אחד מהם קו"פ נוהג אף בדיינים אלא שלענין זקן ממרא ס"ל להאי לישנא שאינו דין אלא הוראת איסור והיתר ולא שייך נמצא אחד מהם קו"פ מטעם שבהוראת איסור והיתר לא שייך צירוף, ואילו לפי דברינו הטעם פשוט הוא דלענין פסול גר וכדומה לא שייך נמצא אחד מהם קו"פ, ואף ללישנא דחוץ לשבעים זה שאינם מביאים פר העלם דבר של ציבור אינו מטעם נמצא אחד מהם קו"פ אלא שאע"פ שמבלעדי הפסול היה שיעור סנהדרין מ"מ כיון שנצטרף הפסול עמהם אין מביאים פר העלם דבר של ציבור מטעם שהגר הרי כשר הוא להוראת איסור והיתר והרי נמצא שהוראת הגר שפיר הויה הוראה ולכן מצטרף הוא עם הסנהדרין ומאחר שהוראה זו יצא גם ממנו אין לחייב פר העלם דבר של ציבור מאחר שפר העלם דבר בא רק כשכולם ראויים להוראה.

ד. דין נמצא אחד מהם קו"פ בדיינים מצד קבלת עדים

עיינן בקצוה"ח סי' ל"ו שהקשה קושית השער משפט והכריע שבדיינים לא שייך פסול נמצא אחד מהם קו"פ אבל מ"מ אף הוא ס"ל שפסול נמצא אחד מהם קו"פ שפיר נוהג בבית דין של קיום שטרות מחמת זה שבקיום השטר הבית דין מעידים הם על חתימות העדים, אמנם לפענ"ד נראה שבכל בית דין שייך בו הפסול של נמצא אחד מהם קו"פ לא מצד פסול דיינים אלא מחמת פסול עדות שבכל בית דין הדיינים מקבלים עדותם של העדים המעידים בפניהם שהרי אין העדות נגמרת אלא ע"י קבלת העדות בבית דין כשנמצאה עדותם מכוונת, הרי נמצא שלא רק בקיום שטרות מקיימים הבית דין את עדותם של העדים אלא בכל הגדת עדות הבית דין הם המקבלים והמקיימים את העדות, וא"כ שפיר יש לומר שהפסול של נמצא אחד מהם קו"פ הנוהג בדיינים אינו מצד פסול דיינים אלא מחמת דין קבלת עדות שישנו בדיינים, ולפ"ז מדוייקת לשון הירושלמי "אמרה תורה הרוג על פי דיינים" שאין כונת הירושלמי שישנו איזה היקש בין עדים לדיינים אלא שבזה שאמרה תורה הרוג על פי דיינים בזה גופא אמרה תורה הרוג על פי עדים, ז"א על פי קבלת עדות של הדיינים, שהרי הדיינים

תורת עדים עליהם מצד זה שהם מקבלים את העדות של העדים המעידים בפניהם וזה שקרובים ופסולים פסולים הם לדון הוא אינו משום פסול מיוחד הנאמר בדיינים אלא משום שכל הפסולים לעדות פסולים הם לקבלת עדות שהיא חלק מהעדות וממילא פסולים הם להיות דיינים המקבלים עדות, ולפ"ז מיושב בפשיטות מה שהקשינו לעיל איפה מצינו מקור לדין נמצא אחד מהם קו"פ לענין דיינים שהרי לפי הנ"ל הפסול הוא בעדות שאינה נגמרת אלא ע"י קבלה כמבואר בדברי הירושלמי.

ומיהו לפי זה בית דין שאין בו משום קבלת עדות כגון בית דין של הודאה או בית דין של מוספים על העיר ועל העזרות שאין בבית דין כזה משום קבלת עדות אין בו פסול של נמצא אחד מהם קו"פ ולפ"ז גם בהודאת בעל דין שלדברי הקצוה"ח הוא חיוב חדש וכן בית דין המחייב שבועה למודה במקצת שלא שייך בהו קבלת עדות לא שייך בהו פסול של נמצא אחד מהם קו"פ ולפ"ז מה שמבואר בסוגיא דסנהדרין דף כ"ט. שאוהב ושונא פסולים לדון מצד לימוד מיוחד הנאמר אצל דיינים ולא מטעם שאוהב ושונא פסולים לעדות ולא גמרינן פסול אוהב ושונא מטעם הירושלמי, ז"א מטעם אמרה תורה הרוג על פי דיינים הרוג על פי עדים, צ"ל שזה דבעינן לימוד מיוחד לאוהב ושונא זהו בכדי לפסול אוהב ושונא אף לענין בית דין שאין בו קבלת עדות. אלא שעדיין קשה מנין לנו פסול של נמצא אחד מהם קו"פ בבית דין של חליצה שאין בה משום קבלת עדות, אולם באמת יש מהראשונים שס"ל שבעינן עדים לחליצה וגם בשו"ת ר' עקיבא איגר סי' קכ"ה כתב שראוי לייחד עדים בשעת החליצה דהא הבית דין הם יושבים ולא בשם עדים נינהו אבל בדרו"ח ר' עקיבא איגר בסוף חלק א' בהשמטה לסי' קכ"ה כתב דרק בעדי הגדה בעינן ועמדו שני האנשים לכן העדות לעיכובא מתקיימת ע"י הבית דין גופא מדין עד נעשה דין וא"כ ודאי שייך נמצא אחד מהם קו"פ מצד תפקידם של הדיינים בתור עדים לעיכובא, ומיהו הנתיבות סי' ל"ו סק"י והגר"ח הל' יבום פרק ד' הלכה ט"ז ס"ל שחליצה אינה דבר שבערוה ולא בעינן עדים לעיכובא. אבל כל זה לענין עצם מעשה החליצה אבל מ"מ בכדי להתיר את היבמה לשוק בעינן עדות שנתקיימה החליצה והרי הידיעה שבאמת נחלצה באה ע"י הגדת הב"ד בשטר חליצה, וא"כ הדיינים לא רק למחזי אתו אלא גם לאסהודי אתו ולכן שפיר שייך בהו פסול של נמצא אחד מהם קו"פ מצד דין עדות שבדיינים, אלא דמ"מ להנתיבות שס"ל שהיבם והיבמה הם עצמם נאמנים לומר שנחלצה לא שייך לומר שפסול נמצא אחד מהם קו"פ בבית דין של חליצה הוא מצד שהדיינים הם עצמם עדים בדבר החליצה.