

הרב אריאל בראלי

מידת המעורבות של השופט במשפט

ישנם שתי אפשרויות להבנת תפקידו של השופט. האחת הוצאת האמת לאור. והשנייה עשיית סדר בחברה. כמוכן שאפשר לשלב בין האפשרויות אבל השאלה מהו התפקיד המרכזי. אפשר ששאלה זו היא הבסיס העיוני לגישות השונות על מידת מעורבתו של השופט בדיון. אם החשיבות העליונה ניתנת לעשיית הסדר, אזי אין ענין לערב את השופט בטענות ובראיות. אדרבה, על מנת לשמר את מעמדו האוביקטיבי עליו להמנע מכל מוערבות משפטית. השופט לא מתחכה אחר האמת האוביקטיבית אלא פותר את הבעיה כפי שהובאה לפניו.¹

לעומת זאת אם מעמידים במרכז את עשיית הצדק, יש מקום לערב את השופט במקום שאכן הצדק דורש זאת. התורה במפורש מגדירה את ענינו של המשפט כרדיפת צדק, "שפטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך... ושפטו את העם משפט-צדק". ברצוני להראות איך ההוראה העקרונית הזו אכן משפעה על מידת מעורבתו של השופט. נשלים את הדברים בברור היחס בין המשנה באבות "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" לבין הדין של "פתח פיך לאילם".

חובת ברור הטענה

נפתח בהלכה הראשונה בחלכות טוען ונטען, חובת ברור הטענה. משמעות ההלכה היא בית הדין אינו מסתפק בטענת התובע או הנתבע, אלא דורש מהם פירוט: מהי הסיבה לפטור או לחיוב. "התובע את חברו בבית הדין מנה לי בידך, בית הדין אומרים לו ברר דבריך, ממה חייב לך, הלויית אותו, הפקדת בידו או הזיק ממונך. אפשר שהוא חושב שחייב לו, ואינו חייב" (סימן עה סעיף א). אפשר היה להבין את תפקידו של בית הדין לפסוק לפי הטענות הבאות לפניו בלבד, ולפי זה חובת ברור הטענה חיתה רק לפי יוזמת הבעל דין שכנגד. לכך חידש הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע, כי חובת ברור הטענה מחשש לטעות מוטלת על בית הדין.

הסמ"ע (סי"א) ציין שהרמב"ם למד דין זה מההלכה של חקירת העדים על יד בית הדין. אם בית הדין נדרש לחקור בעצמו את העדים, קל וחומר שצריך לברר את טענת בעלי הדין. ולגבי חקירת העדים למדנו במסכת סנהדרין פרק ג' במשנה ו': "כיצד בודקים את העדים, היו מכניסין אותם ומאיימים עליהם ומוציאם כל אדם לחוץ, ומשאירין את הגדול שבהם, ואומרים לו **היאך** אתה יודע שזה חייב לזה. אם אמר 'הוא אמר לי, חייב

1. אכן כך היא גשתו של המשפט האנגלי - (על פי שיחה עם עורך-דין) - ולפי זה גם חקירת העדים מתבצעת ע"י באי-הכח של הצדדים ולא ע"י השופט, בנווד להלכה בשו"ע שהדיין חוקר את העדים סי' כח.

אני לוי לא אמר כלום (משום שסתם דיבור אינו בגדר הודאה), עד שיאמר בפנינו, הודה לו, שהוא חייב". בית הדין מתחקה אחר מקורות המידע של העד, ואינו מסתפק בעדותו הסתמית שהנתבע חייב. אין מסתפקים בכך שהעד דובר אמת, אלא בית הדין עצמו מברר האם ההודאה שהייתה, נעשתה באופן מחייב, ולא משאירים את השאלות הללו לבעל הדין שכנגד. מכאן למד הרמב"ם כי יש להטיל את חובת הבירור גם על טענות בעלי הדין. הרמב"ם השווה בין דיני קבלת העדות לבין הטענות, וממילא הרחיב את מעורבות בית הדין, בדיון.

הרא"ש בפסקיו (שבועות פרק שישי סימן יח) ובתשובותיו (כלל ע סימן ז) נחלק על הרמב"ם, וז"ל: "מכאן משמע שהאומר לחברו פרעתיק, אין צריך לברר במה פרעו והיאך פרעו", הרא"ש חולק על ההשוואה לעדות שבירורה ודאי מוטל על בית הדין, וסובר שאל לו לדין לנקוט יוזמה אלא עליו לדון לפי הטענות שלפניו. להלכה גם הרא"ש מודה, שבזמן הזה שנפשי רמאים "נכון הדבר לברר מהיכן חייב לו, וכדומה"².

אלא שישנה נפק"מ גדולה בין דעת הרמב"ם לרא"ש (עפ"י הבי"ח שם). הרא"ש כתב שזוהי התערבות מחשש רמאות, עולה מדבריו שאף אם הנתבע יסתפק בתשובתו "אני פטור" ויסרב לפרט את סיבת הפטור לא נחייבנו ממון. שהרי זהו רק חשש, ואי אפשר לחייב ממון עפ"י זה. אמנם לדעת הרמב"ם אין זו תקנה אלא מעיקר הדין (וכמשי"כ הסמ"ע שישנה השואה לגדרי עדות), ולכן כתב הבי"ח: "שאם הנתבע אינו מברר, מחייבים אותו לשלם, כשישבע התובע. הבי"ח הבין בדעת הרמב"ם שאין זה רק חשש אלא דין גמור, המחייב ממון. עדיין צריך הסבר למה הנתבע משלם, היכן מצאנו שכשנתבע לא מקיים את דינו הרי הוא משלם? דרך אחת להבנת הבי"ח שמעתי מפי הרב חגי איזירר שליט"א. ניתן לחוכיח מכמה דינים בהלכות טוען ונטען שישנה משמעות רבה לעובדה שבעל הדין טוען טענה. הדין המפורסם שאפשר להוציא ממון, אפילו ע"י רוב או חזקה קיים רק כאשר ישנה טענה. אבל כשישנו מצב של חסרון בטענה אז כוחו של בעל-הדין יורד. ולכן כאשר התובע מברר את טענתו והנתבע אינו מברר, ישנו חסרון מהותי במוחזקות שלו עד כדי הפסד ממון. ובאמת אם שניהם אינם מבררים טענותיהם אזי הם שווים ובית-דין זנם לפי הטענות הנוכחיות - עש"ך סי' עה ס"ק ד. נציין כמה דוגמאות המעידות על כוחה של טענה.

א. כעין זה מצאנו בביאור הדין של הוחזק כפרן. בסימן עט נפסק שאדם הנמצא שקרן על פי עדים, שוב אינו נאמן לטעון באותו ממון שום טענה, משום שהוחזק כפרן. הקשה קצות החושן (שם ס"ק ה) אם כן למה אדם שבית-דין קיבל עדות על כך שגזל, בכל זאת נאמן לומר החזרתי אחר כך את הגנבה (ללא עדים), הרי עדים העידו שגזל ממון זה, ומה בין גזלן לשקרן. בקוב"ש (בי"מ ס"ק יב) באר שהסיבה לחייב את הכפרן אינה משום האומדנא שהוא משקר, שאם כן, צודק קצות החושן שמעשה גנבה גם הוא מחשיד את הגזלן. אלא - כדי לטעון טענה צריך גם ליכח טענה ומי שאין לו כח זה "טענתו כמאן

2. עיין בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תנא) משמע שגם הרמב"ם סובר שזוהי תקנת תנאים, וכן נראה מהסמ"ע (עשה צה) דלא כסמ"ע. (הערת עורך)

דליתיה". מי ששיקר בטענות מאבד את כח הטענה, ולכן מפסיד, אבל מי שגזל, אף שעשה מעשה חמור לא נגרע כלום מכח הטענה של הגזלן. למדנו מדבריו שצריך 'כח טענה' אף שאין זה מברר שאכן הטוען דובר אמת, ולכן כשאין כח לבעל הדין לטעון הרי הוא מפסיד אף שאין אומדנא ששיקר.

ב. על דרך זו ניתן לבאר את הרמב"ם בפ"ה מהלכות שאלה העוסק בחיוב ממון במקום השבועה. הרמב"ם פוסק שאדם המחוייב שבועת-התורה, ובפועל אינו נשבע, עליו לשלם את כל התביעה. ומשמע מדבריו שאף שברור לכל, שאין הנתבע יכול להשיב ולהשבע על טענת התובע ("לא הוה ליה למידע" כגון שומר שאינו יודע מה היה בתוך השק שקיבל לשמור) בכ"ז הרי הוא חייב לשלם. במצב כזה אי"א לומר שישנה אומדנא שהוא משקר, אם כן למה הוא מחוייב בתשלום, סוף סוף עליו רק להשבע, ניתן לומר, שעצם זה שהוא לא ממלא את חובתו המשפטית להשבע, גוררת-תשלום.

ג. וברשב"א (גיטין ע"ג) כתוב שחזקת חיוב מוציאה ממון. אם כן נשאלת השאלה למה אדם נאמן לטעון "פרעתי" על מלוה על-פה הרי ישנה חזקת חיוב (על פי עדים) - אלא שבדרך כלל ישנו מושג של "כח טענה" - העומד מול חזקת חיוב. טענת פרעתי עומדת מול החזקת חיוב. במקרה המיוחד של הרשב"א יש "דורא דמונא" ולכן אין משמעות לכח הטענה וממילא חזקת חיוב מוציאה ממון.

אם נחזור ונבחן את עצם הדין של ברור הטענות, נלמד שכל מה שנוגע לברור המציאות. צריך הדין ליוזם מעצמו, זהו השלב הראשון של הדין, ברור העובדות. אולם אנו מוצאים מעורבות של השופט, מסוג אחר, אף לאחר שכבר הסתיימו טענות הצדדים.

פתח פיך לאילם

הדין של פתח פיך לאילם הוא חידוש גדול, הדין התערב לטובת אחד הצדדים ועוזר לו לטעון טענות. אם את הדין של ברור הטענה ניתן להבין כחלק מחובת הברור של הדין - להוציא דין אמת, לעומת זאת כשהדין טוען עבור בעל-הדין אין זה רק ברור אלא יצירת כח משפטי - טענה. בתחילה נברר מיהו ה"אילם" שעבורו טוענים, ואח"כ נדון, באלו סוגי טענות מדובר.

המקור העיקרי לדין "טענינו", נאמר על יורש ולקות.

כתב בספר החינוך (מצוה סה) על המצוה שלא לענות יתום ואלמנה. "מדיני המצוה. שביט-דין חייבים לטעון בשבילם כנגד התובע אותם, וטוענים לתועלתם כל מה שיחשבו שהיה אביהם יכול לטעון". לדעתו של ספר החינוך זהו דין דאורייתא הנובע מדאגה הכללית ליתומים. ישנם דעות שדין זה מדרבנן ומ"מ הלכה זו מפורשת בב"ב כג, א: "זאת אומרת טוענין ללוקח וטוענים ליורש" ופרש"י "בית דין פותחין פה וטענה ליורש וללוקח"³. מהו המייחד

3. מעניין שאין בגמרא איזכור שדין זה נובע מ"פתח פיך לאילם" ובמקומות שזכר בגמרא פתח פיך לאילם

את היורש והלוקח שטוענים עבורם, האם נטען גם לערב, לחרש וקטן?
נראה שישנה מחלוקת עקרונית בין הקצות לנתיבות בנקודה זו, קצוה"ח סובר שרק ללקוחות ויתומים טוענים, לעומתו סובר נתה"מ שגם לחרש שוטה וקטן - טוענים, והיא מתבארת בכמה מקומות שונים.

טענין לערב

1. קצוה"ח בסימן לט סק"ה ה מבאר את חילוק הדין שמצאנו בין לקוחות ויורשין לבין ערב. לקוחות שקנו קרקע משועבדת מהלוה יצטרכו לתת את הקרקע לבעל חובו של המוכר, אך ורק כאשר הוכח ע"י עדים שהלוה לא פרע. אבל אם אין עדים לא יוציאו מידם אף אם הלוה עצמו יודה בחוב. טעם הדין הוא שטענין ללקוחות שהחוב נפרע על אף שהלוה עצמו הודה. לעומת זאת נפסק בשו"ע בסימן קכט סעיף יב שלוה שהודה שלא פרע יכול המלוה לגשת לערב ולהפרע ממנו. נשאלת השאלה למה לא נטען לערב, כמו שטוענים אנו ללקוחות? מחדש קצות החושן שרק לאדם שאינו בעל דין הישיר טוענים טענות. כל אדם שיש לו שעבוד הגוף הרי הוא גופו בעל דין ואי אפשר לטעון לבעל דין. יש להזכיר, בית הדין טוען שיתומים טענות שאין להם שום בסיס עובדתי אלא הן רק הגנה על נתבעים שאינם בעלי דין. הגדרת הערב כבעל-דין אינה משנה את העובדה שהוא באמת לא יודע כלום על הפרעון. כל "חטאו" הוא הגדרה משפטית של בעל-דין וזו לשון קצוה"ח "דהוי בעל דבר (הערב) דנתחייב גופו, ויורש ולוקח, אינהו לא נתחייבו אלא נכסיהם השתעבדו ולכן טענין להו".

טענין לקטן

2. בסימן קלג כתב קצות החושן [לגבי מטלטלים שמוחזקים ביד הקטן, אבל יש עדים למערער שהיו שלו], "אם היה ביד קטן, מוציאים ממנו, כל שיש עדים שהיה שלו אפילו בדברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר". למדנו מדבריו שלא טוענים לקטן. וכבר התקשה בנתיבות המשפט שם למה לא טענין לקטן שהחפץ שלו? ביחוד שקצוה"ח עצמו הזכיר את דין טענין כאשר הקטן בא בטענה שהחפץ של אביו. מיהו לפי היסוד של הקצות בדין ערב לא קשה כלל. גם כאן הקטן הוא בעל הדין, כי הטענה היא כלפיו, הוא בעצמו לקח לכן אין אפשרות לטעון עבורו, אף שהוא בגדר אילם, ורק כשהקטן בא מחמת אביו חזר דינו להיות כיוורש, וטענין עבורו.

טענין לחרש ושוטה

3. הקצות נאמן לדרכו ולכן אף לחרש ושוטה לא טוענים כאשר הם בעלי דין (סי' קמט

זה רק לגבי הבעל דין עצמו (ב"ב מא,א, גיטין לו,ב ובכתובות לו,א) אמנם רש"י בכתובות פז,א והרא"ש בב"ק פ"ק סימן ג' הזכירו לגבי יתומים "פתח פיך לאילם".

סק"ה). למדנו בגמרא בכתובות (לו,א): החרשת והשוטה אין להן טענת בתולים, מכיון שאינן יכולות לטעון. מקשה הגמרא: "כיון דאמר רבן גמליאל דמהימנא, כגון זה פתח פיך לאילם". ופרש"י שב"ד טוענים עבורה "משארסתני נאנסתי". התוספות במקום חלקו עליו, וז"ל "היכי טענינן לה מספק... כיון דאיהי לא טענה". צריך ביאור מהי קושייתם הרי בכל דין טענינן, אף שהבעל דין לא טוען? פירש הקצות את כונתם שאי-אפשר לטעון לשוטה וחרשת, מכיון שהם עצמם בעלי דינים, ודומה דינם לערב.⁴ ונקט שזוהי שיטת ההלכה, שהרי פסק הרמב"ם (פ"ג מטוען הלכה ב) "חש"ו אין אכילתם ראייה מפני שאין להם טענה". (שו"ע קמט סעיף יח). משמע שבית-הדין לא טוען עבורם.

לעומת זאת לנתיבות המשפט ישנה דרך אחרת, והוא חולק בכל המקומות הנ"ל על הקצות. לדעתו כל שהוא בגדר 'אילם' אף שהוא בעל דין, בית דין טוענים עבורו. לכן בסימן קלג (שם) כתב שבית דין **טוענים לקטן** אף כשלא בא מחמת אביו, וכן לגבי שוטה נקט בפשיטות **שטענינן** לה (סימן יז ס"ק טז). ומה שהביא קצות החושן מהתוס' בכתובות לו,ב יש לפרש שמסכימים לרש"י שטענינן לחש"ו, אלא שלא טענינן להוציא ממון, והאשה באה להוציא מהבעל כתובת. ואת דברי הרמב"ם על חזקת חש"ו פירש, שמכיון "שאינם בני שטרא", דהיינו אינם זהירים בשטר, לכן אינם יכולים לזכות בחזקה שהיא במקום השטר. וכן בסימן לט ס"ק י סובר הנתיבות שאף **לערב טענינן**. ויש להקשות על הקצות, דלכאורה זהו דין מפורש ברמב"ם וכן בשו"ע בסימן קכט סעיף יב, שכשמת הלוח טענינן לערב, ופרש הרב המגיד מדין טענינן, ומפורש כדעת הנתיבות. ולעצם הכרח הקצות לחלק בין ערב ליורשים כאשר מודה הלוח. תירץ הנתיבות, שבמקום שהלוח מודה בחיוב, מחייבים את הערב, שעל דעת כן נשתעבד. שבכל אופן שהלוח חייב גם הערב מתחייב, וזוהי ההתחייבות מראש. לענין הנתיבות **מוכרח** לחלוק על הגדרת הקצות, גם מסיבה אחרת. הנתיבות נקט שגם על היתומים ישנו שעבוד הגוף, כדעת התומים (סימן קז ס"ק טו). ואם כן אי-אפשר לקבל את ההבחנה של הקצות בין שעבוד הגוף לשעבוד נכסים, שהרי לכו"ע טוענים ליורש.

מביאור הגר"א נראה שנקט כנתיבות. בהלכות ערב נפסק שמלוה על פה אינו גובה מהערב בלא הודאת הלוח. ופירש הגר"א שם (סימן קכט ס"ק לט) שהמקור הוא מהלוח עצמו, כמו שאין גובים מהלוח שלא בפניו, "דהא **טוענים לו**", הי"ה לערב. למדנו שאפילו לבעל הדין כשהוא אינו בפניו טוענים, מכיון שהוא בגדר אילם (שלא בפניו).

באלו סוגי טענות פותחים?

טענות שקר - לפעמים הדין יודע שישנו עשוק אלא שהדרך היחידה לעזור לו להנצל מהעושק אותו, היא, ללמדו טענות שקר כדי שיצא הדין האמיתי. טענות כאלו **אסור** לדין ללמד את ה"אילם" אפילו כדי להציל עשוק מעושקו, וכמשי"כ רבנו יונה במסכת

4. מלשון התוס' משמע שהסיבה היא אחרת שלא טענינן להוציא ממון. ובדעת רש"י משמע שאכן טענינן להוציא וכן עולה מדברי רש"י במסכת כתובות (פו,א) המפרש שם את חיוב השבועה המוטלת על המלוה, מדין "טענינן".

אבות (פ"א משנה ח).

לכאורה נראה כי אפילו לבעל דין עצמו אסור לטעון שקר, ואפילו כדי להמלט מהעושה. וכן למדנו בגמרא בשבועות לא, א: "מנין לנושה בחברו מנה לא יאמר אטעננו במאתים כדי שיודה לי במנה ויתחייב לי שבועה, ואגלגל עליו שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מנין לנושה בחבירו מנה וטענו מאתיים שלא יאמר אכפרנו בבי"ד ואודה לו חוץ לבי"ד, כדי שלא אתחייב לו שבועה, ולא יגלגל עלי שבועה ממקום אחר, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק. מניין לשלושה שנושין מנה באחד שלא יהא אחד בעל דין ושניים עדים כדי שיוציאו מנה ויחלקו תלמוד לומר מדבר שקר תרחק". הש"ך בריש הלכות טוען ונטען הביא את הדברים (סימן עה ס"ק א).

מיהו מהרבה ראשונים משמע שכאשר התובע משקר, **מותר לנתבע** בעצמו לענות לו טענה שקרית. ברא"ש (כתובות פב סימן יז) כתב שאם ישקר התובע ויוצא את כת"י הנתבע ויטעון בשקר שהלוה לו יענה לו הנתבע פרעתי (וכ"כ הריטב"א בכתובות שם והנמוק"י ב"ב עז,א). וברשב"ם ב"ב ע,א אף אם הפקדון בשטר, השומר אינו מבקש את השטר כאשר מחזיר את הפקדון, משום שיכול תמיד לטעון נאנסו (וכ"כ הסמ"ע בסימן מו ס"ק ב). הטור בסימן ע"ה כתב שיכול לטעון איני יודע כדי להקל משבועתו ולהפטר (ועיין ש"ך ס"ק נו). וכבר תמה הגר"א בסימן ק"א ס"ק א' על דעת המרדכי שהתיר לשקר בטענה "אין לי מעות" אף שיש לו ויש לעיין כעין זה בתוס' ב"ב נא,א ד"ה ולמה, ובסימן קכו בסמ"ק ס"ק לח ובש"ך סימן קי, ס"ק ה). ויעוין בספר לב המשפט (שעורי הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג ח"ב שער ל), שחידש שמותר לטעון טענות שקר בתנאי שטענת השקר אינה גבוהה מהסכום האמיתי.

טענות מסופקות - ישנן טענות שאין הדיין יודע כי הם בודאי שקר ואפשר שאכן כך היה. בסוג זה של טענות בא לידי ביטוי החידוש הגדול של דין טענין לזרשים ולקוחות. למשל, טוענים אנו עבורם כי אביהם פרע את החוב, אף שאין אנו יודעים שאכן כך היה. זוהי הגנה מיוחדת לבעל-דין אלו שאינם יכולים לטעון בעצמם.

התורה מטילה על בית-הדין תפקיד מוסרי בתוך המסגרת הנוקשה של הדין. ההגנה על ה"אילמים" אינה פוגעת בצדק אלא להפך חלק ממנו. מעמד מיוחד זה מוגדר בקצרה בגמרא בגיטין לב: "בית הדין אביהם של יתומים". מנגד מוזהר הדין שלא להעדיף העדפה שרירותית את ה"מסכנים". "ודל לא תהדר בריבו". (שמות כג).

"עורכי הדיינים"

עד כה עסקנו בהתערבות הדיין לטובת ה"אילים". בנוסף, יש לדון במעורבות הדיין לטובת כל בעלי דין.

מסברא היה נראה פשוט שטענת אמת ודאי נטעון עבור כל בעל-דין. במיוחד לאור ההדרכה של תורה "ושפטתם צדק" לאחר עיון נראה שיש בכך מחלוקת ראשונים. כתב הטור בסי' י"ז שלכל בעל-דין טוענים, **כל** זכות הידועה לדיין. ומקורו מהירושלמי המובא ברי"ף בפרק זה בורה. "רב הונא כד הוה חזי זכות לברנש, ולא הוה ידע ליה. הוה פתח ליה. משום פתח פיך לאילים".

אמנם הרמב"ם ובעקבותיו השולחן-ערוך הגבילו מאוד את הלכה זו. לדעתם רק כאשר הבעל-דין משתדל לטעון, מותר לעזור לו אבל אל לדיין ליזום בעבורו שום טענה. "ראה הדין זכות לאחד מהם ובעל הדין מבקש לאומרו ואינו יודע לתבר הדברים, או שראהו מצטער להציל עצמו בטענות אמת ומפני החימה והכעס נסתלקה ממנו, הרי זה מותר לסעדו ולהבינו תחילת הדבר משום פתח פ"ך לאילם, וצריך להתיישב בדבר זה כדי שלא יהיה כעורכי הדיינים". הלכה זו ממחישה יותר מכל עד כמה בעיתית היא התערבות הדיין. מצד אחד הוא צריך לסייע לאילם, ומצד שני עליו לחזר לא להיות מעורכי הדיינים. אף שבירושלמי לא הוזכרה שום הגבלה לדיין של פתח פ"ך לאילם, צמצם הרמב"ם את הדיו הזה רק למקרה שבעל-הדין אכן פתח או רוצה לפתוח בטענה.

בעצם, הדין מפורש במשנה באבות פרק א' משנה ז' אומרת: "יהודה בן טבאי אומר אל תעש עצמך כעורכי הדיינים". מהו היחס בין שתי ההלכות הנ"ל, מתי הדיין חורג ועובר לתחום של עורכי הדיינים. בירושלמי הנ"ל אין אזכור לשום הגבלה. כשהדיין רואה זכות הוא טוען אותה לבעל הדין.

אמנם הרמב"ם סייג את הדברים דוקא כשהבעל דין רוצה לומר את הטענה רשאי הדיין "לסעדו ולהבינו תחילת הדבר". הזכרנו כבר שהטור במקום חולק על הרמב"ם וסובר שאף אם לא ידע בעל הדין מאותה הזכות יפתח לו הדיין (בסמ"ע שם ס"ק ט תמה על הרמ"א למה לא הביא את דעת הטור להלכה). לענ"ד ישנה ביניהם מחלוקת עקרונית בישוב שתי ההלכות, "פתח פ"ך לאילם" וההלכה "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים".

יסוד הדברים בפירוש המשניות לרמב"ם באבות שם. וז"ל: "שלא ילמד לאחר מבעלי הדיינים טענה שתועיל לו ויאמר לו אמור כך וכך, או כפור באופן כך וכך, ואפילו ידע שהוא עשוק, ושבעל דינו טוען עליו בשקר כפי שנדמה לו אסור לו שילמדנו טענה שתפלוטו כלל" הרמב"ם מחדש שאף שידענו שיש לפנינו עשוק אסור לטעון לו. לכן לדעת הרמב"ם אם בעל הדין לא פותח או רוצה לטעון לא טוענים אף שהוא עשוק ויש טענה שתזכה אותו. וכן פירש הבית יוסף בסימן י"ז שם וסובר הרמב"ם דלא אמרו כן אלא כשבעל הדין מבקש לומר זכותו הא לאו הכי לא, דנראה כעורכי הדיינים".

לדעת הרמב"ם "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים" הוא כלל מקיף ביותר: דיין לא יטען מיוזמתו שום טענה עבור בעל הדין מפני שעושה עצמו כעורכי הדיינים. רק כשהבעל הדין הוא בגדר אילם כפשוטו, כגון שהוא מתאמץ לדבר ואינו מצליח בגלל כעס והתרגשות יכול הדיין לסייע לו. ובפרוש רבינו יונה למסכת אבות פירש לחדיא את דעת הרמב"ם הנ"ל שאין מדובר בטענות שקר, אלא בטענות אמת (וכן עולה מפירוש הב"י הנ"ל בדעת הרמב"ם).

ובאמת הדברים צריכים באור למה לא יטען הדיין עבור בעלי הדין טענות אמת, כדי להציל אותו מיד עושקו? יתרה מזאת, אם הדיין יודע בעצמו את האמת, מהו הצורך בטענה, לא תהא שמיעה גדולה מראיה! יעוין ברבנו יונה שם שפירש הטעם "כי יחשדוהו וידברו עליו רע". וכן בשו"ת בנימין זאב סימן ר"ע כתב: "דוחק הוא לדיין למצוא

טעם ללמד לבעל דין אפילו טענות אמת שנראה כקרוב או כאוהב שפסול לדין⁵.

מיהו לולא דברי רבנו יונה ושו"ת בנימין זאב, ניתן לפרש את כוונת הרמב"ם באופן אחר, ודאי שטענת אמת טוענים עבור כל בעל דין, הרמב"ם לא מדבר בטענות אמת, אלא במצבי ביניים. ידוע לדיין שיש לפניו עשוק (כגון שהוא כבר מכיר את התובע כרמאי), אבל אין הוא יודע מהי סיבת הפטור. הדיין רוצה ללמדו מהם הטענות האפשריות העומדות בפניו. הדיין לא יטען עבורו אלא רק יגלה לו את אפשרות הטענה על זה כתב הרמב"ם שצריך להתרחק מכך אף שמדובר בעשוק, שזה כעורכי הדיינים. הטור סובר מכיוון שישנה זכות לעשוק, עלינו לגלות לו את האפשרות הזו. ואכן הגמרא (גי' מא,א) שמזכירה את המושג פתח פיה לאילם, מדברת על אופן כזה. אדם שהחזיק ג' שנים, ולא טוען כלום. ההוא אמינא של הגמ' שבית הדין יפתחו לו - "כלום היה לך שטר ואבד". בית הדין רק פותחים אבל הוא צריך לטעון. וכן הוא להדיא בשו"ת תמים דעים רט"ז כשהביא את דברי הירושלמי - רב הונא כד הוה חזי זכות לברנש ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה משום פתח פיה לאילם. - הוסיף הראב"ד "כשבא לפניו לדין, נתבע. ולא היה יודע להשיב לתובע שלו דבר, לפי שלא היה יודע אותו נתבע מה שידוע רב הונא מזכותו שיש לו להשיב, היה ר"ה מזכירו".

בהלכה נוספת באה לידי ביטוי דעתו של הטור. בסימן מב סעיף ג כתב הטור: "כשיבא השטר לפני הדיין צריך לעיין בכל אותיותיו ולדמות אות לאות, ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב, ואם צריך לכופו בעל השטר ולהכותו יעשה כדי שיצא הדין לאמיתו". על דין זה כתב הרמ"ה, אם הנתבע עצמו אינו טוען כלום כנגד ריעותא זו המצויה בשטר, לא נטען אנחנו בעבורו. הטור נחלק עמו "שאפילו אם לא יטען הנתבע חייב הדיין לטעון כדי להוציא הדין לאמיתו". הטור נאמן לשיטתו שעל הדיין ליזום טענות כדי להוציא את הדין לאמיתו.

יש להעיר שהשו"ע סתם כאן כדעת הטור והביא בשם יש אומרים את דעת הרמ"ה. משמע שדעתו נוטה לעיקר כדעת הטור (וכ"כ בספר כנסת הגדולה כאן). לעומת זאת בסימן י"ז פסק השו"ע כרמב"ם שאין לדיין לטעון אלא רק כשבעל הדין מתחיל לטעון ולא הביא כלל את דעת הטור. ונראה שזוהי כונת הסמ"ע שהוסיף בס"ק ה: "כ"כ הטור לעיל סוף סימן י"ז בשם הרא"ש, בדומה לזה, ואין נראה לחלק בין ההיא לנדון דידן" (יעיין ש"ך סק"ד). ישוב לדבר ראיתי במאמר של הרב בנימין ליפקין (נקובץ תושבי"ע כב). בסימן מ"ב אנו עוסקים בשטר שמעורר חשד לזיוף. חשד זה לא קשור להלכות טענות, אלא לדין של חקור וברור האמת, ולכן פסק השו"ע כדעת הטור. בסימן י"ז לא מדובר שישנה "רעותא", אלא ישנה אפשרות לזכות ע"י טענה, פסק השו"ע כדעת הרמב"ם לחשוש לדין של עורכי הדיינים.

5. בשו"ת רדב"ז ח"ב סי' קמח דן בטענה מפורשת שהאפוטרופוס אינו טוען וכתב שבכחאי גוונא על הדיין לטעון ד"פתח פיה לאלם הוא". עוד יש להעיר מדברי רבי חיים פלאגי בשו"ת חיים ביד סי' מה שדן במחלוקת הרמב"ם והטור. נטייתו לפסוק כרמב"ם אך אם הדיין טען עבור בעל דין יכול הוא לסמוך על הטור והמחוקק גובה לעומתו בשו"ת באר שבע סי' עא נקט למעשה כטור. (הערת עורך)

קושיות על הרמב"ם

לכאורה יש להקשות על דעת הרמב"ם (אף למה שבארנו שמדובר בסוג טענה, שאינה ודאית לדיין) מסוגית הגמרא בגיטין לו, ב: "כי אתו לקמיה דרב אמר ליה, מידי פרוזבול היה לך ואבד. כגון זה פתח פיך לאילם". וכן נפסק להלכה בסימן ס"ז סעיף ל"ג. למדנו מגמרא מפורשת, שהדיין בעצמו פותח לבעל הדין בטענה (אף שאינו טוען ממש עבורו) ונימוק הגמרא הוא "פתח פיך לאילם". זוהי סייעתא גדולה לדעת הטור שהדיין מעצמו יזום אף במקום שאינו משוכנע שאכן כתב הלוח פרוזבול. וכעין זה יש להקשות על הרמב"ם שסתם בסימן י"ז כרמב"ם, ובכל זאת בסימן פ"א סעיף י"ד כתב על מקרה שאדם הודה מעצמו על חוב, לחברו, כי בית הדין טוענין עבורו (אף שאינם יודעים), טענת "השבעה". (מפרשים את הודעתו שכוונתו הייתה לתת רושם מוטעה שהוא חייב הרבה כסף, כדי שלא יחזיקו אותו עשיר). הנתבע עצמו הודה ושותק, ובכל זאת הדיין טוען טענה גמורה עבורו - "הודית כדי שיחשבו שאתה עני ולא תראה עשיר" - וכן בסעיף א' שם: "מי שאמר לחתנו העשיר תלמוד עם בנך ואני משלם לך - פטור, יכול לומר משטה הייתי בך, ואע"ג דלא טענין טענינו ליה". בית הדין טוענים טענת השטאה אף שאינם יודעים האם אכן המודה שיטה. וכן שם, כשבאו עדים שהודה מעצמו, והוא טוען כנגד העדים "לא היו דברים מעולם" טענין ליה שבודאי שיטה הנתבע, ולכך אינו זוכר אותה (ש"ד ס"ק א, אף שבעל הדין טען מ"מ טענתו הוכחה על ידי עדים ורק בה"ד מתרצים דבריו וטוענים לו השטאה, אף שאינם יודעים שאכן שיטה).

ובאמת הדברים קשים במיוחד להבנה ברמב"ם (פשוט הב"י בסימן יז, ושו"ת בנימין זאב) שאף טענות אמת לא טוענים ביוזמת הדין, אי"כ ק"ו טענות שאין אנו יודעים באמיתותם. אמנם על פי מה שכתבנו לעיל שאף הרמב"ם מודה כאשר הדיין יודע שהטענות אמת שטוענים לבעל דין, ניתן ליישב את המקרים לעיל. הגמרא בגיטין לו, ב פותחת בדין "נאמן אדם לומר פרוזבול היה בידי ואבד ממני, מאי טעמא, כיון דתקנו רבנן פרוזבול לא שביק היתרא ואכיל איסור". רק לאחר חידוש הגמרא שישנה חזקה מביאה הגמרא את דינו של רב "מידי פרוזבול היה לך ואבד, כגון זה פתח פיך לאילם"⁶. חזקה זו נחשבת כאנן שהדי, ואם כן כביכול הדיין יודע שהטענה היא אמת, ולכן הוא בעצמו פותח לתובע. רק אם יוציא עצמו התובע מכלל רוב האנשים ויודה שלא עשה פרוזבול, מפסיד.

6. ישנם שני דינים בסי' סז המבוססים על חזקה זו.

א. כתב הרמב"ם (סעיף לג) "ואם לא פתחו לו הב"ד, ויצא מב"ד, וחזר ואמר פרוזבול היה לי, ואבד, נאמן". והנה בסימן פ למדנו שאין לחזור ולטעון לאחר שיצא הבעל-דין מב"ד, שמא לימדוהו אחרים לשקר. תירץ הגר"א (ס"ק נ) "דהא אפילו ב"ד פותחים לו ואין חוששין שמא מדבריהם ילמד לשקר, כל שכן במה שלא ידעו, אם למדוהו בחוץ".

ב. השו"ע בסעיף לד כתב "וכן אם אמר המלוה תנאי היה בינו שלא תשמיטנו שביעית, נאמן, במגו דאי בעי, אמר, פרוזבול היה לי ואבד". לכאורה זהו מיגו להוציא, ת"י הגר"א (ס"ק נח) "דבמקום חזקה אמרינן מגו אף להוציא".

בדרך זו ניתן ליישב גם את הדינים האחרים שהבאנו, לגבי טענת השבעה וטענת השטאה צריך לומר שהם גדר מיוחד של אומדנא הקיימת לפני הדין גם ללא טענת המודה, ובוזה מודה הרמב"ם שטענין ליה, משום שנחשב הדבר כאילו הדין יודע שהטענה אמת. ניתן להוכיח גדר זה מהדינים הבאים: א. בסמ"ע פ"א סק"ה "היכא שיש טעם וסברא לומר שכונתו היתה להשטות בכח"ג טענין אפילו עבורו שלהשטות נתכוין". ב. בקצות החושן סימן פ ס"ק א הסתפק האם מהני אמתלא לחזרה מהודאת בעל דין והוסיף שאין להוכיח מטענת השטאה והשבעה שהם אמתלאות מיוחדות לפי שדרך כל העולם בהן ורגילי אינשי, ולכן נחשב הדבר כאומדנא לטענת אמת שטוען הדין. ג. בשי"ך שם ס"ק ג', משמע שאין הנתבע צריך לחזור ולטעון השטאה, אלא בית הדין בעצמו פוטר אותו. אם כן מוכח שזוהי אומדנא גמורה שאינה מצריכה טענה, ובית דין פוסקים על-פיה מיד. והדברים מפורשים בשו"ת הרשב"א ח"ב סימן שצג וזה לשונו: "ומכל מקום פעמים יש שאפילו בית דין טוענים בשבילו, כגון שאמרו פתח פיך לאילם, כל שבית הדין מכירין שאינו נמנע מלטעון כן אלא ממיעוט ידיעתו, והדבר קרוב לפי ראות הבית דין שהיה כן, כמו שאמרו "שמא פרוזבול היה לך ואבד" ומכאן בית-דין, דן, בכל מה שיראה בעיניו שהוא אמת, שלא בחרה התורה השלמה והאמיתית רק בדרכי האמת".

וחילוק כעין זה מצאתי בשו"ת פניי (ח"ב סימן פז, ומובא בפתי"ש בסימן יז סק"ד). דבריו מוסבים על מימרא שניה בירושלמי שהביא הר"י בפרק זה בורר, ופסקו השו"ע. וז"ל: אפילו הביא אחד מבעלי הדין עד אחד, לא יאמר לו אין מחייבים ממון על פי עד אחד, אלא יאמר לנטען הרי זה העיד עליך. עד שיטעון ויאמר עד אחד אינו נאמן עליי. פשט הדין הוא שאין הדין מגלה לנתבע את הדין שעד אחד אינו מחייב ממון אלא מחכה עד שהנתבע יכחיש את העד. וכן משמע מהבנת הסמ"ע שכתב על דין זה שהטור חולק וסובר שטוענים לנתבע כי עד אחד אינו מוציא ממון, ולכן הרא"ש בסנהדרין השמיט מימרא זו. הוסיף הסמ"ע, שמאמר זה של הירושלמי גרם לרמב"ם לחדש את הסייג לפתח פיך לאילם. הרמב"ם מתקשה בסתירת מימרא זו עם המימרא הסמוכה לה שהובאה לעיל, שרב הונא היה טוען זכות עבור בעל הדין. ולכן חילק בין מקרה שהנתבע יוזם הטענה לבין מקרה שהוא שותק. לדברי הפרישה זהו מקור הרמב"ם ועל זה נחלק הטור.

אמנם את הבנת הסמ"ע שהבין את השו"ע כפשוטו, קשה להלוס. האם דין יחייב ממון על פי עד אחד? האם הנתבע צריך לדעת את הדין שעד אחד אינו מחייב ממון, הרי אין זו טענה, אלא דין. אכן קשה ללמוד את דברי הירושלמי והשו"ע כפשטם. ולכן פירש הפניי שדין זה שייך לחקירת בעלי הדין (ברור הטענות), על הדין לבחון האם הלוה מעיז לכפור גם כנגד עד אחד. ואם מכחישו אינו צריך לטעון שעד אחד אינו מחייב ממון, אלא הדין בעצמו פוסק לו שבועה דבר תורה. וגם הטור מודה לדין זה (כמש"כ העיר שושן שם). והוסיף הפניי "וגדולה מזו דאפילו טענה שלא הזכיר הבעל דין כלל, כל שטענתו קרובה היא טענין ליה משום פתח פיך לאילם, כדאשכחן בהשולח דרב נחמן טען דילמא פרוזבול היה לך ואבד, אע"ג דהבעל דין לא הזכיר ולא עלה על לבו, אלא כיון שהטענה קרובה היא דלא שביק היתרא טענין ליה אנו". עולה מדבריו כנ"ל שאף הרמב"ם מודה בטענה הקרובה להיות אמת שאנן טענין ליה.

ראיות לדעותיהם

והנה בעיקר המחלוקת בין הטור לרמב"ם יש להביא ראיות לדעת הרמב"ם מהגמרא בכתובות. בשני מקומות שהוזכר הביטוי "עורכי הדיינים" מדובר על טענות אמת.

למדנו בגמרא בכתובות נב,ב אלמנה ניזונת מנכסי בעלה כל עוד שלא נישאת מחדש. בכלל זכות המזונות ישנה זכות לרפואה. הגמרא מחלקת בין רפואה שיש לה קצבה לבין רפואה שאין לה קצבה. רפואה שידוע בה מראש מהי עלות הטיפול, הרי היא רפואה שיש לה קצבה. רפואה כזו, אינה דומה לחוב המזונות ולכן על האלמנה לשאת את ההוצאה. רפואה שאין ידוע כמה זמן תצטרך לה, ובעקבות זאת גם סכום עלות הרפואה אינו ידוע, הרי היא דומה למזונות, שאין ידוע כמה זמן תצטרך להם ולכן ההוצאה היא על היתומים. הגמרא מספרת על ר' יוחנן שיעץ לקרוביו היתומים לסכם מחיר כולל עם הרופא המרפא את האלמנה, ועל ידי כך ליפטר מתשלום הרפואה עבור האלמנה. בסיום אומרת הגמרא: "אמר ר' יוחנן עשינו עצמינו כעורכי הדיינים". העצה שיעץ ר' יוחנן היא עצה נכונה ואעפ"כ ביקר ר' יוחנן את עצמו שנעשה כעורכי הדין. משמע, שאף בטענות אמת ישנה בעיה של עורכי הדיינים.

כיוצא בזה מסופר בגמרא בכתובות פו,א כי רב נחמן נתן עצה ליורשת למחול את שטר הכתובה שירשה מאמה ועל ידי כך להרויח את סכום הכתובה (על אף שהכתובה נמכרה בחיי אמה ללקוחות). ושוב אומרת הגמרא, "אמר ר' נחמן עשינו עצמו כעורכי הדיינים". משמע שאף בדברי אמת ישנה בעיה של עורכי הדיינים (הדמיון אינו גמור מכיון שישנו חילוק בין עצה לבין טענה. ר' יוחנן יעץ לעשות מעשה חדש שישנה את הדין, והטור מיירי במציאות שכבר קיימת והדיין רק טוען).

בפשט הגמרא לא מוזכר האם רב נחמן היה דיין, אבל גם אם רב נחמן לא שימש כדיין באותו מקרה, ניתן ללמוד מכאן למקרה של דיין. השלטי גיבורים כתב שלדיין ישנו צורך גדול יותר להזהר. "מותר להשיא עצה למחול אם יגיע לו ליורש שום הטאה במחילה זו, ובלבד שלא יהא המיעץ הזה מן הדיינים, שאין לו לדיין ללמד טענות ותחבולות", מובא בש"ך סו ס"ק פה.

אמנם הראיה המגמרות הנ"ל תלויה בהסבר משפט הסיום של הסוגיא שם. הגמרא מוסיפה "מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר? מעיקר סבר 'ומבשרך לא תתעלם' ולבסוף סבר אדם חשוב שאני". רש"י פרש: "אדם חשוב שאני לפי שלומדין הימנו ויש שיעשו אף שלא לקרובים". עולה מרש"י שבעצם מסקנת הגמרא היא לאסור ליעץ לבעלי הדין? וכן דייק התוי"ט (אבות פ"א משנה ה) מדברי רש"י. ולפי זה ישנה ראיה לשיטת הרמב"ם. וכן הוא לשון הריטב"א שם "ושמעין מינה דכל שהוא קרובו ולא הוי אדם חשוב מותר לגלות לו דינא, ואע"ג דלית דינא עימיה, אלא בטענה דאגמריה, והוא דלא ליגמרה

7. וצריך באור מהו הגדר של "ומבשרך לא תתעלם" שמתיר לדיין לזנום. (י"חרי זה כאילו בעל הדין עצמו היה משתמש באמצעים אלה, שאינם בלתי חוקיים שיאמר לו לעשות כן... ב"ב קעד,ב "בני שאני". כך באר הגר"ב ליפקין "עריכת דין במשפטי התורה" תושבע"פ כח ועיי"ש דיון נרחב בכל הענין, העי עורר).

שיקרא". אלא שהטור למד שעיקר הדגש הוא על אדם חשוב שצריך להזהר יותר אבל מעיקר הדין מותר לייצג אף למי שאינו קרובו כלל. וכן כתב התו"ט שם: "אפילו שלא לקרובו שרי כשאינו אדם חשוב" ודלא כפרש"י שם.

אסור לגלות ליחיד דינו

בירושלמי ב"ב פ"ט הלכה ד מובא המקרה עם ר' יוחנן בצורה אחרת. שם מסופר שהאשה עצמה באה לר' יוחנן לשאול מה דינה, האם היא חייבת בהוצאות הרפואה. ר' יוחנן ענה לה שכיוון שאין זה קצוץ, אין היא חייבת. ומקשה הירושלמי "ולא כן תנינן אל תעשה עצמך כעורכי הדיינים, ואסור לגלות ליחיד דינו". מתרץ הירושלמי "ידע הוה ר' יוחנן דשאשה כשרה היא ולכן גלי לה".

למדנו הלכה מדברי הירושלמי (אף לדעת הטור), אין מגלים ליחיד את דינו. מפרשי הירושלמי שם מפרשים אין לענות לשאלת היחיד - "אם המציאות היא כך, זה דינך", שאם יגלה לו דינו יוכל לשקר ולטעון כך היה. על פי זה כתב הריב"ש (סימן קעט) "זה כבר שאלנו ר' מכלוף, ואילו ידעתי שהוא בעל דין, לא הייתי משיב לו כי מתוך תשובת המשיב ילמוד הבעל דין לטעון טענות שיהיה בעזרו, ונמצא המשיב נעשה כעורכי הדיינים". וכן פסק הרמ"א בסימן יז סעיף ד (יעוין שם בפתחי תשובה בשם שו"ת מעיל צדקה, וכן בכנסת הגדולה אות יט שדנו למה בדורות האחרונים מקילים בכך). דברי הירושלמי הנ"ל שמשו מקור לפרוש רש"י במסכת אבות בשם הגאונים על המשנה "אל תעש עצמך כעורכי הדיינים".

גלגול שבועה

מצאנו התערבות נוספת של הדיין במהלך הדיון שאינה קשורה לסטטוס של אילם, והיא, בדין גלגול שבועה. בגמרא שבועות (מט,א) למדנו שכשישנו חיוב שבועה על אדם בית הדין פותחים ומגלגלים על הנתבע עוד שבועות, אף שהנתבע לא ביקש, ולא טען כנגד הנתבע טענות אלו. הש"ך סי' צד ס"ק ד הוסיף בשם הבית יוסף שם: "כגון שיודעים בית הדין שיש לתובע עליו שבועת הגלגול, הא לאו הכי, אסור לעשות עצמו כעורכי הדיינים". גם בדין זה של גלגול שבועה באה ההגבלה של עורכי הדיינים וצימצמה את ההתערבות הדיין רק לטענות שב"ד יודעים עליהם. ומעצם הדין ישנו סיוע לדעת הטור שב"ד פותחים מעצמם.

סיכום

עסקנו בהרחבה בשלושה דינים: א. ברור הטענה. ב. פתח פיך לאילם. ג. עורכי הדיינים. הדין הראשון מתייחס לחובת ברור האמת המוטלת על הדיין. לדעת הרמב"ם חובה זו אינה מצטמצמת לטענות הבאות בפני בית הדין, אלא ישנה מחויבות לחקור ולדרוש מה עומד בבסיס טענת הפטור או החיוב. (הרא"ש סובר שמעיקר הדין אין לנו אלא מה

הרב אריאל בר-אלי

שבפנינו, כע"ז בש"ך פא ס"ק טא - "אין הבית-דין צריכים לשאול יותר ממה ששואל (התובע)"

הדין השני מאיר באור חדש את תפקידו של בית-הדין, מעמד מיוחד זה מוגדר בקצרה בגמ' בגיטין (לבג) "בית הדין אביהם של יתומים". ישנם בעלי-דין המוגדרים כאילמים ובית-הדין מגן עליהם. (ניתן למצוא דוגמאות נוספות המלמדות על מעמדו של בית-הדין מעבר לכוח השיפוט⁸).

הדין השלישי - "עורכי הדיינים" - לדעת הטור, אין זו הדרכה לדיין. הרמב"ם והשו"ע כן הבינו שהדיין בכלל אזהרה זו. הארכנו לבאר איך הדבר מסתדר עם דינים אחרים, בעיקר על ידי צמצום דברי הר"מ לטענות מסופקות בלבד. כמוכן שאין חוראה זו סותרת את "פתח פיך לאילם" מכיון שאנו דנים על בעלי-דין רגילים לא על "אילמים".

8. יעויין רא"ש ב"ב פ"ט ס"י א.

ובודאי שהדבר נכון לגבי בית-הדין הגדול, כדוגמה לכך יש לחביא את המשנה בסנהדרין "אין מוציאין למלחמת הרשות, אלא על-פי בית דין של שבעים ואחד". יעויין עמוד הימיני ס"י י"ד. (ראה על כך בחידושי הגר"מ והגר"י עמ' ט בנוגע לקדוש החודש. העי עורך).