

קבלות עדות שלא בפני בעל דין

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. מקורות בגמרא
- ג. גדר הדין
- ד. טעמו
- ה. עברו וקבלו
- ו. עברו ודנו
- ז. התחדש אונס
- ח. להעיד שוב בפני הבע"ד

א. פתיחה

בטור ושו"ע הלכות עדות קיימת התייחסות לאופן קבלת העדות, כגון, האם העדים צריכים לעמוד, עדות בכתב, עדות בלילה, כאשר העדים צריכים להזכר במעשה. גורם נוסף הוא שתהיה קבלת העדות בפני הבעל דין, וזהו ענינו של מאמרנו. הפוסקים דנים בדין זה ביחס לקבלת עדות בדיני ממונות, איסורים, נפשות, קנסות, עדות הזמה ועדות לפסול לעדות ולשבועה.

ב. מקורות בגמרא

בבבא קמא קיב, א מספרת הגמרא על בן חמיו של רבי ירמיה שסגר בפניו את הדלת של בית אביו משום שרבי ירמיה רצה להחזיק בבית. בא רבי ירמיה לתבוע את בן חמיו לפני רבי אבין וענה לו רבי אבין שבן חמיו תובע את שלו, שיש לו חזקת אבות על הבית.¹ אמר לו רבי ירמיה שיש לו עדים שהבית שלו. ענה לו רבי אבין וכי מקבלין עדים שלא בפני בעל דין?! כלומר, דמשום דבעל דינו דרבי ירמיה היה קטן נחשב שאינו לפנינו, ואין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין (ורבי ירמיה הוצרך לחכות עד שיגדיל הקטן ויוכל לדון עמו).

¹ והעמיד הבית יוסף בסימן כח ס"ח שמדובר בעידי קנין ולא בעידי חזקת שלוש שנים. יעו"ש בדבריו שהביא מחלוקת הראשונים בפירוש הסוגיא.

קבלת עדות שלא בפני בעל דין

וכן שם בע"ב תהי בה רבי יוחנן וכי מקבלים עדות שלא בפני בעל דין?! וביאר הכסף משנה (הלכות עדות ג,יא) שצריך קבלת עדות בפני בעל דין משום דאמר קרא (שמות כא,כט) "והועד בבעליו", אמרה תורה יבוא בעל השור ויעמוד על שורו.

בכתובות כ,א אומרת הגמרא לגבי הזמה שלא בפני העדים, נהי דהזמה לא הוה הכחשה מיהא הויא, והביא המרדכי שנחלקו ראבי"ה וריב"א אם ללמוד מכאן שכאשר הבי"ד עברו וקיבלו עדות שלא בפני בע"ד, דיעבד הוי עדות או לא, ודבריהם יובאו לקמן בע"ה.

בשבועות ל,א לומדת הגמרא מהפסוק (דברים יט,יז) "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב", ש"שני האנשים" זה העדים ו"אשר להם הריב" זה בעלי הדין. וביאר המזרחי, שדורשים את הפסוק כאילו כתוב ועמדו שני האנשים ואשר להם הריב, ששניהם בעמידה, העדים ובעלי הריב.²

ברם, בבבא קמא קיב,ב מביאה הגמרא מקרים בהם מקבלים עדות שלא בפני בעל דין (והובאו להלכה בשו"ע סימן כח סט"ז, ואלו מקרים שיש בהם צורך לקבל עדות שלא בפני הבע"ד מחמת אונס או פשיעת הבע"ד.³ ויש עוד מקרים חריגים שבהם יקבלו עדות של"ב הבע"ד, והובאו בפוסקים ביחס לסעיף ט"ו בשו"ע).⁴

ג. גדר הדין

הלכה פסוקה היא מכל הפוסקים (ובשו"ע כח,טו) שאין מקבלים עדות אלא בפני בעל דין.⁵ ויש לחקור בהאי מלתא אי הוי מדאורייתא או מדרבנן, ויש בזה דעות בראשונים:

בדברי הרשב"א יש לכאורה סתירה. בחידושו לבבא קמא (קיב,ב, ד"ה הא) הקשה שהסיבה לכך שצריך לקבל עדים בפני בע"ד הוא משום הפסוק "והועד בבעליו", וא"כ כאשר התובע חולה או עדיו חולים או שעדיו רדופין

² וכן בירושלמי ובספרי. וכן הביא חידושי הרי"מ (חו"מ כח אות כו) פסוק זה כמקור שצריך שתהיה העדות בפני בע"ד. וכתב דלפי"ז בקיום שטרות א"צ לקיים השטר בפני הבע"ד משום שא"צ לעמוד.

³ יעויין בזה לקמן מחלוקת הרשב"א והרא"ש.

⁴ שנפסק שם שצריך לקבל עדות בפני הבע"ד, וכגון בקטטות, בדבר ברור, עידי צואה ועוד.

⁵ יעויין חידושי הרי"מ (שם אות כג) לגבי כתיבת שטר שלא בפני הלוח.

לילך למדינת הים כיצד אפשר לקבל עדים שלא בפני הנתבע? ותירץ, שעיקר הפסוק בא ללמד לגבי שור שדנים אותו למיתה, שהוא כדיני נפשות, אבל בדיני ממונות הפסוק הוי אסמכתא בעלמא והחיוב הוא רק מדרבנן.⁶ ואילו הבית יוסף (שפח מחודשים ח) כתב בשם הרשב"א בתשובה (לגבי דין "מוסר") וז"ל: ומוסיף על זה, שלפעמים אנו מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, שהרי אמרו (ב"ק שם) היה הוא חולה או עדיו חולים וכו' מקבלין שלא בפניו... ואם נפשך לומר שלא אמרו כן אלא בדיני ממונות אבל בדיני נפשות אין מקבלין אלא בפניו [והראיה מדאמרינן (ב"ק מה, א) אילו הוה (השור) באגמא (ולא בבי"ד) לא הוה אפשר להו לגמור דיניה, לא היא, דהתם מחמת גמר דין קאמר, גמ"ד שלא בפניו לא אפשר משום דדלמא אי הוה הכא הוה טעין...⁷], אבל בקבלת עדות (אפילו בדיני נפשות) לא אכפת לן כל שיש צורך בכך, כגון שהיה הוא חולה או עדיו חולים, שהרי לאחר קבלתם יכול הוא עדין לטעון ולפסול עדיו. וכתב רבי עקיבא איגר (שו"ת מהדו"ק סימן צט) דבחידושו כתב הרשב"א דבנפשות לא מהני אונסא כדי לקבל עדות שלא בפני בע"ד, ובתשובה כתב דבנפשות מהני אונסא, עכ"ד.⁸ ומ"מ לענין דיני ממונות יוצא מהרשב"א דמהני קב"ע שלא בפני בע"ד כאשר יש אונס, ומשמע דקב"ע בד"מ הוי מדרבנן [בתשובה אחרת כתב הרשב"א (ח"ב סימן שעו) שהסיבה לכך שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד היא מגזירת הכתוב, דאם היה הטעם משום חשש שישקרו האם כאשר העדים היו משה ואהרון היינו חוששים שישקרו! אלא הסיבה לכך היא שכתוב "והועד בבעליו".⁹ ונראה להעמיד דבריו אלו בדיני נפשות.¹⁰

⁶ וכ"כ בשו"ת זכרון יהודה בן הרא"ש (סי' פא ד"ה תשובה על) בשם הרשב"א ורש"י בסוגיא של ינאי המלך.

⁷ הרשב"א כאן התייחס לחילוק בין גמ"ד לקבלת עדות שלא בפני בע"ד כאשר יש היתר לקבל עדות שלא בני הבע"ד. יעוין בקובץ שיעורים (ח"א ב"ב אות קב) ביחס בין קבלת עדות לבין גמ"ד שלא בפני בע"ד, כאשר אין אונס.

⁸ בספר גט פשוט למהר"ם בן חביב (סימן קכז סק"ג) כתב דחידושי הרשב"א הם עיקר נגד תשובותיו, וכמו דפסקי הרא"ש הם עיקר נגד תשובותיו.

⁹ והוסיף דבקיום שטרות אפשר לקבל שלא בפני בע"ד משום שלא על מנה שבשטר הם מעידים אלא על חתימת העדים.

¹⁰ וכעין זה ראיתי שתירץ הרב יצחק טייב בספרו ערך השלחן (סימן כח אות יא), שבד"נ הוי גז"ה"כ, וה"ה לד"מ מדרבנן. יעוין קוב"ש (ח"א ב"ב אות ק) שהקשה לרשב"א מדוע לא נילף מד"נ לד"מ משום "משפט אחד יהיה לכם"? ועיין אמרי בינה (דיני עדות סימן יא ד"ה וקצת) שהקשה כן, ותירץ ע"פ חי' הר"ן (סנהד' לב, א) שכתב שהפסוק בא ללמד רק

הרשב"א בשו"ת ח"ג סימן שכז כתב כנ"ל, שאפשר שאם קיבלו עדות שלא בפני בע"ד יועיל בדיעבד משום שזה כתוב רק בדיני נפשות, שכתוב אצל שור"י והועד בבעליו" ודורשים 'כמיתת בעלים כך מיתת השור' ואילו לגבי ממון אומרת הגמ' שאם שלחו לו ולא בא מקבלין עדות שלא בפניו. והוסיף הרשב"א שלא מצא בזה ידיו ורגליו בבית המדרש, שהרי כאשר היה הוא חולה או עדיו חולים או רדופים לילך למדינת הקלו לקבל שלא בפני בע"ד אע"פ שאפשר שיחזרו לזמן מועט, ואילו בקטן המוטל בעריסה אפילו שיצטרך בעל דינו להמתין שלוש עשרה שנה לא הקלו לקבל שלא בפניו.¹¹ וכתב ששאל את רבותיו ולא מצאו טעם בדבר, ומ"מ אין לנו אלא מה שכתוב בגמ', וציין לחידושו בבי"ק קיב,א.¹² יוצא שכאן הרשב"א הסתפק ומשמע שיש לחלק בין ד"מ לד"נ, ונשאר בקושיא שיש סתירה בין 'הוא חולה' ובין בע"ד קטן. ומכל מקום בשו"ת הריב"ש (סימן קח ד"ה אלא שהעדים) כתב בדעת הרשב"א ועוד ראשונים¹³ שאפילו בדיעבד לא מהני עדות שלא בפני בע"ד. בתשובה אחרת (ח"ד סימן ר) הרשב"א כתב, שכאשר יש לחוש שאם לא נקבל העדים כעת לא נוכל לקבלם, יש לקבלם כעת, וכן הביא שכתב העיטור (קבלת עדות, דף נו, א) בשם הגאונים ור"ת שאם העדים אינם במקום אחד וצריך לצרף עדותם ג"כ יהיה אפשר לקבל שלא בפני בע"ד. ומ"מ כתב לצרף כסניף את דעת האומרים שאם קבלו העדים שלא בפני בע"ד, קבלתם בדיעבד קבלה.

על עיקר הדין שהוא קבלת העדות, דהיינו דרישה וחקירה, אבל הנהגת הדיינים בד"מ אינה כבד"מ.

¹¹ וכן תמה בחידושו לבי"ק קיב,א. וכן תמה שלטי הגיבורים (לט, ב בדפי הרי"ף). והוסיף, שכאשר אומר לבי"ד שיש לו עדים שפלוני חייב לו ומצא מממונו, וירא שאם יבואו לידו יבריחם אותו פלוני, אם רואים הבי"ד אמתלא אמת בדבריו, תופסין הממון ושומעים לו, וכ"כ הטור בסימן עג סט"ז, ואילו הכא גבי קטן אין שומעים לו? ועוד, שהרי הדין שאין מקבלים בפני קטן נלמד מדין שאין הבע"ד לפנינו, ולא יהיה גדול ממנו! ונשאר בצ"ע. ובכנה"ג (סימן כח הגה"ט אות צו) כתב דלא דמי, דבסי' עג רואים הבי"ד שרוצה להבריח נכסיו ולכלותם, ומשא"כ ביתומים שאין רואים שרוצים להבריח הנכסים ולכן אין שומעים לו. וביש"ש (פ"י סימן ח) תירץ, שבגדול מדובר שידועים בודאי שחייב לו וכגון שהוציא שטר בבי"ד, אבל בקטן מדובר שאין לו שטר ורוצה לגבות עדות, ושמה לא יתחייב כלל. ובט"ז תרץ דבגדול עבדו חכמים תקנה כדי לקבל עדות, אבל בקטן לא עבדין תקנה לחוב ליתומים שלא כדין. ויש לדון בחילוקים שחילקו, ואכמ"ל.

¹² וגם שם הקשה כן.

¹³ הרמ"ה (הובא בשטמ"ק ב"ק קיב,א), הטור חו"מ סימן כח, ושכ"כ בירושלמי (סנהדרין פ"ג ה"ט). וכ"כ הריטב"א בח"י לכתובות כ,א.

בחידושי תלמיד הרשב"א והרא"ש (ב"ק קיב, ב, עמ' קנב) הקשה את קושיית הרשב"א, שכשם שכשהיה הוא חולה וכו' מקבלים עדות שלא בפני בע"ד כך נקבל בפני בע"ד קטן, ותירץ וז"ל: ויש לומר, הא מלתא תקנתא דרבנן היא, דמדאורייתא אין מקבלין (עדים) שלא בפני בע"ד, דבעינן שיבוא בעל השור ויעיד על שורו. וגבי קטן לא תקון רבנן אליבא דסומכוס, ורבנן סברי קטן נמי כמי שהיה הוא חולה דמי, עכ"ל. וגם הוא כתב כרבו הרשב"א דבדיני ממונות הוי קבלת העדות בפני בע"ד מדרבנן.

הנמוקי יוסף תירץ את קושיית הרשב"א, שבמקרה אונס הבע"ד ישנו בעולם ורק שאינו כאן, ומשא"כ בקטן, דחשיב אינו בעולם כלל ולכן אין מקבלין.¹⁴

הרא"ש בתשובה (כלל מא סימן ו) כתב, הטעם שמקבלים עדות שלא בפני בע"ד כאשר הוא חולה וכו', כיון דאיכא הפסד לתובע והתרו בנתבע ולא בא הפקיעו ממונו ושוויה להאי עדות שלא בפניו עדות. ורואים ברא"ש שתופס שכדי לקבל עדות שלא בפני בע"ד צריך שיתמלאו שני תנאים, הפסד לתובע ופשיעת נתבע, ומשא"כ לרשב"א שמספיק הפסד לתובע, ונפקא מינא כאשר הנתבע אינו בעיר, דלהרא"ש אין מקבלים העדים שלא בפניו, ואמרינן דמזלו דהתובע גרם, ולהרשב"א מקבלים, וכ"כ הב"י בסימן כח. ואולי בזה תתורץ גם קושיית הרשב"א דלעיל, שהקשה מאי שנא מנתבע קטן שאין מקבלים עדים שלא בפניו, ולהרא"ש מיושב, כיון שהקטן לא פשע לא נקבל עדים שלא בפניו. רע"א בתשובה הנ"ל כתב דלדעת הרא"ש רואים שהצורך לקבל עדות בפני בע"ד הוא דאורייתא, מכך שהוצרך הרא"ש לומר שהפקיעו חכמים ממונו כדי שתהיה עדות זו עדות מעליא, ומדאורייתא אי אפשר לקבל עדות שלא בפני בע"ד, ורק בגלל שחכמים הפקיעו ממונו ניתן לקבל עדות זו מתקנת חכמים [ותמה על הב"י שלא חילק ביניהם במקור הדין אי הוי דאורייתא או דרבנן].¹⁵

¹⁴ והקשה חידושי הרי"מ (שם אות כח), שעדיין קשה כי העדות אינה בפניו ומה אכפת לי שהוא בעולם? ותירץ לפי הנודע ביהודה (לקמן בהערה) שאמנם התורה אומרת שצריך בפניו, אבל דווקא בשאפשר, ואי לא, לא מעכב, א"כ צריך שיהיה עכ"פ ראוי הבע"ד שיקבלו בפניו. אבל אי לא ראוי, א"א לקבל, וכעין מ"ש תוספות ביבמות קד, ב (ד"ה דאמר, בסופו) על "כל הראוי לבילה", שכיון שהתורה כתבה "בלולה" ואין הבלילה מעכבת, סימן שעכ"פ ראוי לבילה בעינן, וה"ה הכא. יעוי"ש בדבריו עוד.

¹⁵ הרא"ש כתב כדברים אלו גם בפסקיו (ב"ק פ"י סימן ג). והפלפולא חריפתא (אות ל) הבין בדעת הרא"ש שרק מדרבנן בעינן לקבל עדות בפני בע"ד.

קבלת עדות שלא בפני בעל דין

לסיכום, אפשר ללמוד מן הפסוק "והועד בבעליו" שמן התורה צריך קב"ע בפני בע"ד, וכן נאמר בדעת הרא"ש. ואפשר שזהו דין רק בדיני נפשות, ובדיני ממונות קרא אסמכתא בעלמא, או שגם בד"נ קרא אסמכתא בעלמא, ואפשר שהפסוק בא רק לגמר דין ולא לקב"ע, וכך הסתפק הרשב"א, ומ"מ נקטינן בדעתו שבדיני ממונות הוי רק מדרבנן.

נוסיף עוד, שהנמוקי יוסף (ב"ק י, ב בדפי הרי"ף, ד"ה בפני הבעלים) כתב בשם הרא"ה שבשור המועד אין מקבלים עדות שלא בפניו אף אם היו עדיו חולים, אע"ג דבעלמא מקבלים שלא בפני בע"ד בכה"ג. ונחלקו האחרונים בדבריו, שבספר שער המשפט (סימן כח סק"ט) הסביר דבריו ששור המועד שאני, משום שכדי שיועד השור צריך שיעידו שנגח והוי נגיחותיו בתמותו דיני קנסות, ובדיני קנסות מחמירין טפי. בשו"ת רבי עקיבא איגר (סימן קה ד"ה ועתה) ביאר דבריו אחרת, שהתורה הקפידה לענין העדאת שור שיהיה בפני בעלים, אבל לענין התשלומים על נגיחותיו מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, והעמיד דעת הרא"ה כדעת הרשב"א, שמדאורייתא מקבלים עדות שלא בפני בע"ד.¹⁶

הרמ"א בהגה (סימן תח ס"א) העתיק דברי הנמו"י בסתם, ומשמע שסובר שכן הדין בכל דיני נזיקין ובספר שער המשפט (שם) ורע"א (שם) תמהו עליו, ויש לחלק בנזקי שור בין קרן ובין שן ורגל.

ד. טעמו

הבאנו דברי הרשב"א בתשובה (ח"ב שעו), שאם הדין דאורייתא אין טעם בדבר, שאפילו משה ואהרון לא מתקבלים כעדים שלא בפני בע"ד, למרות שאין חשש שישקרו, וכן נאמר לדעת הרא"ש.

יש שהבינו שהחשש שמא העד ישקר :

רש"י (בבא בתרא כח, ב, ד"ה התם) כתב הטעם דבעינן בפני בעלים, שידעו לטעון ולהכחיש העדים ולהביא עדים להזימן.¹⁷

¹⁶ וכן הכריח הרב יצחק אלחנן בנחל יצחק ח"א בהשמטות לסימן כח, יעו"ש. וכתב שדיני קנסות כד"מ.

¹⁷ בקוב"ש (הובא לעיל בהערה) כתב על דברי רש"י דבקב"ע בעינן שיהיה הבע"ד בר טענתא (ולכן בפני קטן אין מקבלין), ע"ש.

הרי"ף בתשובה (סימן כ) כתב שזה בא למנוע מעד שאינו בטוח בעדותו מלהעיד.

התומים (סימן כח סקט"ו) כתב הטעם משום שלא יעזו פניו.¹⁸

אבל הש"ך (סוף סימן לח) כתב, שהטעם הוא משום שאין מחייבים לאדם שלא בפניו.¹⁹

ה. עברו וקבלו

נחלקו הראשונים כאשר הבי"ד קיבלו עדות שלא בפני הבע"ד שלא כדין, אי מהני בדיעבד. המרדכי (כתובות סימן קמה ובבא קמא סימן קמז, וכן בעוד ראשונים ובבית יוסף סימן כח ס"כ) כתב שלדעת ראבי"ה עדות שקיבלה שלא בפניו, דיעבד הוי עדות, מכך שאומרת הגמרא שהזמה שלא בפני העדים אינה הזמה אבל הכחשה מיהא הויא, וריב"א לומד מהגמרא דאפילו בדיעבד לא הוי עדות, מדלא הוי הזמה²⁰ (והא דהוי הכחשה, משום דהוי חובת הבעל דין ולא חובת העד, והבע"ד נמצא לפניו. ומשא"כ הזמה, דהוי חובת העד, וצריכים להעיד להזימו בפניו).²¹

הבי"ה הביא שגם ראב"ן (בי"ק סימן כב, עד ע"ב) סובר שמועילה העדות בדיעבד, וטעמו משום שהגמרא (בי"ק קיב,ב) הביאה מקרים שיש אונס ואפשר לקבל עדות שלא בפני בע"ד, וא"כ בלא אונס כשר בדיעבד, דאי פסול, על ידי אונס נמי מפסל. והבי"ה דחה דבריו, דאפילו שחכמים הם שאמרו שקבלת העדים צריכה להיות בפני הבע"ד, מ"מ הם אמרו שע"י אונס אפשר לקבל עדים שלא בפני בע"ד, והם אמרו שאם אין אונס וקיבלו העדות אפילו

¹⁸ ולכן כתב שלר"ת שמכשיר קבלת עדות בכתב (חוץ מאילם), זהו דווקא כאשר א"צ לקבל עדות בפני בע"ד. ולכן, בעדות נפשות יודה ר"ת שא"א לקבל עדות מפי כתבם. ובנתה"מ (סק"ו) חלק עליו, ולר"ת ההגדה היא כאשר בא הכתב לבי"ד ולא כאשר כותב העדות. והא דבעינן עדות בפני בע"ד הוא מגזירת הכתוב, ולא משום שאינו מעיז פניו בפני הבע"ד.

¹⁹ ולכן חילק בדעת הריב"ש (סימן רסו) בין לפסול אדם לשבועה שאי אפשר ובין לפסול לעדות שאפשר, משום דמה להם שפסולים להעיד. יעוין בנוב"י (אבהע"ז קמא סימן עב, סתירת ההיתר החמישי) שחלק על הריב"ש, וא"א לפסול עדים שלא בפניהם.

²⁰ חידושי הרי"מ (שם אות כד-כו) הקשה את קושיית הרא"ש שראיית הראבי"ה הוי לסתור, דאף שקיבלו העדות לא הויא הזמה? יעוין שם בדבריו שכתב כמה הסברים לראבי"ה. וגם בספר אמרי בינה (חוי"מ דיני עדות סימן יא) שתיירך מדוע לא הוי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

²¹ הריב"ש (שם) פסק שהזמה שלא בפניהם עכ"פ מבטל העדות לגמרי, והש"ך (שם) חלק עליו והוי תרי ותרי, ועיין חידושי הרי"מ (שם, ד"ה ובזה מיושב).

קבלת עדות שלא בפני בעל דין

דיעבד לאו כלום הוא (ולדעת הרא"ש דלעיל דאין מקבלים מגזה"כ, באונס מקבלים מטעם הפקר ב"ד הפקר).²²

[בדעת הרמב"ם יש מחלוקת. בהלכות עדות (פ"ג הי"א) כתב וז"ל: "גם בדיני ממונות אין מקבלין עדים אלא בפני בעל דין", הבי"י בבדק הבית דקדק מלשונו שכתב "גם בדיני ממונות", שדיני ממונות שוים לדיני נפשות, וכשם שבדי"נ אם קיבלו עדות שלי"ב בע"ד אין דנים על פיו, כך גם בדי"מ.²³ וכן כתב בחיבורו כסף משנה. כנסת הגדולה (הגהות ב"י אות נו) כתב בשם מהר"י בירב (תשובת כ"י סימן עד, עה) שדעת הרמב"ם כראב"י וראב"ן, ורבי חיים שבתאי (שו"ת מהרח"ש ח"ד סימן יח, ד"ה אבל זולת) האריך לדחות דבריו וגם לרמב"ם אין מקבלין, והביא שכן דעת רבנו ירוחם (מישרים נ"ב ח"א, יא ע"ב) ברמב"ם.]

רוב הראשונים פסקו שאפילו קיבלו עדות שלא בפני בע"ד, אין דנים ע"פ אותה העדות, וכדעת ריב"א, וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך (סעיף טו). הרמ"א בהגה שם הביא דעת המכשירים בדיעבד, ואולם בשו"ת שלו (סימן יב) כתב דנראה לענין הלכה יותר לסמוך על דעת הפוסלים דהוה רובא בתראין, וכן הכריעו האחרונים.²⁴

ו. עברו ודנו

כתב מהר"ם פדואה (סימן עג) שאם כבר דנו ע"פ אותה עדות, בדיעבד דינם דין, שאפשר לומר קים לי כראב"י וראב"ן, ואפילו את"ל כריב"א שאפילו בדיעבד שקיבלו עדות אין עדותם עדות, מ"מ אולי בכה"ג שדנו גם הריב"א יודה שדינם דין, ולא יחשבו טועה בדבר משנה, שכן משמע מלשונו, שכתב "דלא הוי עדות לדון על פיהם", והאי "לדון על פיהם" לישנא יתירא הוא, ויש לדקדק מיניה דרצונו לומר שאין לדון לכתחילה, אבל אם כבר דנו אין חוזר הדין בעבור זה, עכ"ד, והובא בגליון רע"א לשו"ע. הכנסת הגדולה (הגהות

²² הנוב"י (שם, סתירת ההיתר הרביעי) כתב שאפילו אם הדין מדאורייתא, זהו דווקא כשאפשר, וכאשר א"א, מקבלים גם שלא בפני בע"ד. וחידושי הרי"מ (שם אות כד, ד"ה והנה הראב"ן) דחה דבריו, יעו"ש.

²³ הנוב"י (שם, ד"ה וקודם) דייק מזה להוכיח שיטתו הנ"ל גם בדיני נפשות, לקבל שלי"ב במקרה שיש אונס, כגון הוא חולה או עדיו חולים וכו'. ובשו"ת מהרא"ל צינץ (סימן יא אות ו, ד"ה וראיתי להגאון) כתב, שכיון שהרמב"ם הביא את המקרים שמקבלים שלי"ב בע"ד אח"כ, אין מכך ראייה שבכל העניינים ד"מ כד"י, אלא רק לגבי עיקר הדין.

²⁴ כ"כ הש"ך (סקי"ט) בשם יש"ש (בי"ק פ"י סימן ט) והביאם נתה"מ (חידושים סק"ל), ורע"א בגליון השו"ע ציין לשו"ת הרמ"א הנ"ל. וכ"פ בשו"ת מהרח"ש (ח"ד ס"ח) ועוד.

ב"י אות סד) כתב להסתפק בזה אם שאר הפוסקים סוברים כן, או דווקא כאשר הוא מוחזק, ולא כאשר אינו מוחזק אע"פ שנפסק הדין [וכן פסק רבי יצחק אלחנן בנחל יצחק (סט"ו ענף א, ד"ה והבית יוסף), דכאשר הבע"ד תפס לא יוציאו מידו משום שיוכל לטעון "קים ליי" כראבי"ה וראב"ן].

אולם הב"י הביא דברי הנמו"י, שאם הבי"ד עברו וקיבלו העדות הו"ו "טועה בדבר משנה" ולא הוי עדות אף דיעבד. ואפשר ללמוד מדבריו שנחשב "טועה בדבר משנה" שהוא הדין כאשר דנו ע"פ אותה עדות, וכן נראה לדעת הרא"ש שהחיוב הוא מדאורייתא. וכן פסק הרב יצחק טייב בספרו ערך השלחן (עמ' ז), שאפילו בדיעבד שכבר דנו ע"פ אותה עדות חוזר הדין.²⁵

ז. התחדש אונס

ציינו לעיל מהגמרא בבא קמא קיב,ב, וכן נפסק בשו"ע סט"ז, שבמקרה שיש אונס אפשר לקבל עדות שלא בפני בע"ד. וכתב הדרכי משה (הקצר ס"י) בשם מהר"ם פדואה (שם) בשם רבנו ירוחם (שם) שאם עברו וקיבלו שלי"ב בע"ד ואח"כ אירע אונס, וכגון שנאנסו העדים או הלכו למדינת הים דנים ע"פ אותו עדות.

ח. להעיד שוב בפני הבע"ד

הבאנו לעיל שלאחר שקיבלו את עדותם לא מהני לדון עפ"י"ז. והנה, בספר העיטור (שם) כתב שאם שוב העידו העדים, והפעם בפני הבע"ד, נקבל עדותם. וכ"כ הריב"ש (שם), שאפשר לקבל את העדים שוב בפני הבע"ד. וכן הביא הב"י בשם רבי מנחם הארוך, וכ"פ הרמ"א בהגה (סט"ו).

הרש"ל בתשובה (סימן יא) והרב יוסף בן לב (שו"ת מהריב"ל ח"ג סימן קב) חלקו עליהם, וטעמם שיש חשש שמא העדים מעידים פעם שניה משום שרוצים להחזיק עדותם הראשונה, ונמצא שיש להם נגיעה ועדותם פסולה, והט"ז וקצות החושן (סק"ז) הכריעו כהרמ"א.²⁶

²⁵ יעו"ש באורך.

²⁶ יעוין ספר ישועות ישראל לרבי ישראל יהושע מקוטנא (חוקת המשפט סק"ג) מה שתמה על רש"ל.