

ומ"ש שאם אי אפשר להחזיר פטור מדאמרין בגמ' דרבי טרפון האכיל בהמה שניטל האם שלה לכלבים וטועה בדבר משנה הוה דהא סתם מתני' באלו טריפות ניטל האם שלה כשרה ואמרין עלה כיון דאילו הואי פרה דינך לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת כלומר כיון שלא האכלתה לכלבים בידך ומדברי הטור נראה שפירש דברי רבינו אפילו שנשא ונתן ביד וכך כתב הרשב"א בתשובה ולי נראה דעד כאן לא פטרינן לטועה בדבר משנה אלא ממה שנעשה על פיו לא ממה שעשה בידיה וזהו שכתב רבינו אף על פי שגרם להזיק והיינו בשלא נשא ונתן ביד אבל כשנשא ונתן ביד מזיק ממש הוא וחייב לשלם ואף על פי שמומחה שנטל רשות מר"ג אפילו נשא ונתן פטור התם שאני דהפקר ב"ד הפקר

ואחר שכתבתי זה מצאתי שכתבו התוס' גבי ההיא דהאכיל ר' טרפון לכלבים וא"ל ר"ע לאו כלום עבדת בלא נשא ונתן ביד איירי דאי האכילה ר"ט לכלבים טובא עבד, הרי מפורש בדבריהם מה שדקדקתי בלשון רבינו :

ומ"ש רבינו ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו הנה דעת רבינו נפלאות בעיני שבכל הדינים האלו הוא נמשך אחר דעת ההלכות זולתי בדין הזה שההלכות הביאו דעת גאון אחד שסובר כן וחלקו עליו וסותרו דבריו ואי אפשר לומר שרבינו סובר כדעת הגאון ההוא שטענת הגאון היא דכי אסיקנא בשנשא ונתן דלא כר"מ דדאין דינא דגרמי אבל אנן דקיי"ל כוותיה מי שאינו מומחה שטעה בשקול הדעת אם א"א להחזיר ישלם מביתו וההלכות דחו דבריו דאפילו לר"מ פטור שאע"פ שגרם להזיק לא נתכוון להזיק ועד כאן לא חייב ר"מ אלא בגורם המתכוין אבל לא בגורם שאינו מתכוין כי האי ורבינו בראש הפרק כתב שאע"פ שגרם להזיק לא נתכוון. וי"ל שאע"פ שרבינו סובר בשאר הדינים הנזכרים בפרק הזה כדעת ההלכות בדין זה סובר כדעת הגאון דלא תלי האי דינא בהנהו דיני וסבירא ליה לרבינו דבדין זה הלכה כדעת הגאון ולא מטעמיה וזה לפי שבעל דין אין לו להפסיד אם לא ע"פ הפקר ב"ד במומחה דנקיט רשותא או ע"פ קבלת עצמו והיינו מומחה דלא נקיט רשותא וקבלוהו עלייהו בעלי דינין וכמ"ש אבל בדלא נקיט רשותא דליכא הפקר בית דין ולא קבלוהו אף על פי שהוא מומחה וכן מי שאינו מומחה אף על פי שקבלוהו לא מהני דאדעתא דדין תורה קבלוהו וכיון דאינו מומחה לא הוה אפשר ליה למידן דין תורה אם נשאו ונתנו הוה ליה מזיקין ממש וכיון שהחזיקו דבריהם כל כך דינם דין ומשלמין וכשלא נשאו ונתנו יחזיר ואם א"א ישלם מביתו כי היכי דלא ליפסיד מארי דינא ואף על גב דגבי טועה בדבר משנה כתב שאם א"א להחזיר פטור שאני התם דגלי לן גמרא גבי ר"ט דטעה בדבר משנה ואמרין כיון דאילו איתה לפרה דינך לאו דינא ולא כלום עבדת השתא נמי לאו כלום עבדת דוקא גבי טועה בדבר משנה דגלי לן גמרא גלי אבל בשקול הדעת דלא גלי אית לן למינקט דינא כי היכי שלא להפסיד בעל דין ועוד דבשלמא אם נאמר דמי שאינו מומחה אף על פי שלא נשא ונתן ביד אם א"א ישלם מביתו היינו דטעי רבי טרפון דסבירא ליה דאפילו נקיט רשותא כל היכא דלא אפשר ישלם ואמר ליה רבי עקיבא דמאן דטעה בדבר משנה אפילו לא נקיט רשותא אי נמי טועה בשיקול הדעת ונקיט רשותא פטור ואי לא נקיט חייב אלא אי אמרת דאפילו מאן דלא נקיט רשותא פטור אי"כ רבי טרפון דמומחה וסמוך הוה במאי טעי הא אפילו אינו מומחה פטור ויש לנו למעט הטעות כל מה שנוכל וכיון דכן ע"כ הוא כדאמרן ועוד מדברי ר"ע נלמוד דקאמר ליה מומחה אתה וכל המומחה לרבים פטור ואם איתא דאפילו אינו מומחה דקבלו פטור לימא ליה כיון דקבלוך פטור אתה דמסתמא דין זה שאלו מלפניו דלא דינא דממון הוה דנימא שכפאם לדון לפניו וכיון דלא א"ל הכי שמע מינה דאפילו קבלוהו עלייהו כיון שאינו מומחה חייב והוא הדין למומחה ולא קבילו עלייהו דתרוייהו בחד טעמא שייכא וחד דינא אית להו וליכא למימר דחדא ועוד קאמר כדקאמר גמרא דא"כ הוה להו תרי ועוד וחדא ועוד אמרין ליה בדוחק קל וחומר תרי ועוד.

והוי יודע שהרי"ף כתב דשקול הדעת דליכא לברורי בה טעותא אם שלמו הכל על פיו ובא דין אחד ופטור לא יחזיר דכיון דליכא לברורי דטעה זכה אידך במאי דתפס ואם שלם החצי ונשאר החצי כל אחד מהם זכה במה שבידו ואם לא נתן דבר פטור והיינו ההיא עובדא דמייתי פרק דיני ממונות זוטא (דף כ"ט:) גבי ההוא גברא דהוה קרי ליה עכברא דשכיב אדינרי דאתו לקמיה דרבי ישמעאל ברבי יוסי וחיביניהו חיתמי ליתמי ושליו פלגא והדר אתו לקמיה דרבי חייה ופטרינהו אמרו אי"כ נהדר לן פלגא אמר להו כבר הורה זקן ופירש הוא ז"ל דלא דמי הא טעותא דרבי ישמעאל ברבי יוסי דטעה בשקול הדעת לשקול הדעת דאמרין לעיל דאילו התם הא אמרין בהדיא היכי דמי שקול הדעת כגון תרי תנאי או תרי אמוראי דאיפליגו בהדי הדדי ולא אתמר הלכתא כחד מינייהו וסוגיין בעלמא כחד מינייהו ואזל איהו ועבד כאידך היינו שקול הדעת וטעמא דמילתא כיון דסוגיין בעלמא כחד מינייהו ואזיל איהו ועבד כאידך איגלאי מילתא דודאי טעה אלא כיון דלא אתמר ביה הלכתא בהדיא לאו דבר משנה

הוא ואילו שקול הדעת דהכא לית ראייה לרבי חייא לברורי ביה טעותא דר' ישמעאל ברי' יוסי הלכך ליכא כח לאהדורי לעובדא דידיה ומשום הכי קאמר כבר הורה זקן וכך הם דברי הרא"ש בפרק זה בורר על האי עובדא ואפשר לי לומר דרש"י שפירש בסוגיין דעלמא היינו שרוב הדיינים נראה להם כדברי האחד והרב אלפסי ז"ל לא פליגי דאע"ג דלא פשט המנהג אם אחר שנפסק הדין נשאל לחכמים ורובם פסקו כאידך מיקרי נמי שיקול הדעת כפירש"י ורבי חייא ורבי ישמעאל ברבי יוסי לא היו עמהם חכמים אחרים באותה העיר הילכך הוה ליה ההוא דינא שקול ואי שלמו קם דינא דזכה אידך במאי דבידיה והוה להו יתומים המוציא מחבירו ועליהם הראיה דטעה אידך ואי לא שלמו אידך הוה ליה מוציא מחבירו ולא לשלמו וה"ה לשלמו פלגא :

כסף משנה הלכות סנהדרין פרק ו הלכה ד

אבל דברי רבינו צ"ע שאחר שכתב ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבעלי דין כתב ואם אין לו להחזיר וכו' ישלם והרי כבר אמר תחלה שכיון שנשא ונתן ביד ישלם מביתו אי"כ מה שינד תו למימר ואם אין לו להחזיר ישלם הרי כבר שלם בין יש לבעל דין להחזיר בין אין לו ואין לומר שכלפי שאמר אם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבעל דין אמר לא תימא על כל פנים חוזר ולוקח ואם אין לו להחזיר לא יפסיד הדיין אלא יחזיר הבעל דין שנתן לו לכן אמר שאפילו שאין לו להחזיר יפסיד הדיין ופירוש ישלם יפסיד מה שישלם דא"א לומר כן שהרי רבינו כתב ישלם כדין כל גורם להזיק ואי דנשא ונתן ביד מזיק בידים הוא לכך צריך לגרוס בדברי רבינו לדעתי ואם טעה ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבעל דין זה שנתן לו שלא כהלכה ואם לא נשא ונתן ביד חוזר בעל דין ונוטל מחבירו מה שנתן לו ואם אין לו להחזיר או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוין להזיק הוא ואם לא ימצא בשום ספר רק כנוסחת ספרינו צריכים אנו לפרש שואם אין לו להחזיר וכו' לא קאי אלא אנשא ונתן ביד וטעם דין זה שאחר שאין דינו דין כלל הדר דינא ואם נשא ונתן ביד הוה ליה מזיק משלם הוא מביתו וחוזר ועושה דין עם הבעל דין האחר שאומר לו בעל דין איני רוצה להתדיין עם שום אדם אבל אתה שנשאת ונתת ביד לך ועשה דין עמו ואם לא נשא ונתן ביד כל היכא דאית ליה לבע"ד אינו מחוייב לעשות עמו דין דא"ל אמת שחייבתך אבל היה לך לעכב הממון וכיון שלא נשא ונתן ביד פטור מלעשות דין אבל אם אין לו להחזיר וכו' חייב לשלם שזה אחר שאינו מומחה ולא קבלוהו עליהם גורם להזיק בכוונה הוא וקיי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי וממ"ש רבינו הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינים יתברר לך שמי שאינו מומחה ולא קבלוהו עליהם בין טעה בדבר משנה בין טעה בשקול הדעת כולוהו חד דינא אית להו ואינו בכלל מ"ש רבינו בראש הפרק כל דיין שטעה וכו' שזה אינו בכלל הדיינים :

לחם משנה הלכות סנהדרין פרק ו

ומפני כן הטיל רבינו בין אלו הדעות של ההלכות של הגאון ז"ל פשרה וסובר דטועה בדבר משנה אפילו שאין לו להחזיר הדין אינו משלם דאע"ג דגרם להזיק לא נתכוון להזיק כמו שכתב בראש הפרק דכיון דהטעות הוא בדבר משנה לא הוה ליה לדיין אפילו שאינו מומחה לאסוקי אדעתיה שיהיה טועה בדבר פשוט כזה לומר דמפני כן לא הוה ליה למידן ליה כיון שאינו מומחה ובודאי לא נתכוון להזיק אלא מזליה דההוא גברא הוא דגרם ומפני כן פטור אבל כשטועה בשיקול הדעת י"ל דדמי למתכוין להזיק דכיון דלא קבלוהו עליהו אף על פי שהוא מומחה א"נ אף על גב דקבלוהו עליהו כיון דאינו מומחה לא הוה ליה למידן דה"ל לאסוקי אדעתיה דהיה יכול לטעות בשיקול הדעת ומפני כן היכא דאי אפשר להחזיר מיהא בשלא נשא ונתן ביד משלם דדמי קצת להיכא דאינו מומחה ולא קבלוהו דכיון דלא ידע לא הו"ל למידן

ש"ך חושן משפט סימן כה

מיהו נ"ל לישב דעת הרמב"ם והמחבר, דס"ל דוקא בטעה בדבר משנה, כיון דהדין חוזר מעצמו לאו כלום עביד, אבל בטעה בשיקול הדעת דקם דינא ואין הדין חוזר אא"כ יחזור הדין את הדין, אי"כ חייב לשלם דהא טובא עבד דה"ל לחזור ובדידיה תליא מילתא, ולכך דקדקו הרמב"ם והמחבר [וכן הוא בברטנורה פרק זה בורר] בלשונם, וכתב כאן יחזיר הדין ולא כתב חוזר הדין ולא כמ"ש בשאר בבי. ולפ"ז משמע מהרמב"ם דס"ל דאם הדין חוזר הדרא מתכשרה הטרפה, ורש"י לא ס"ל הכי וכדעת הראב"ד ורמב"ן ורשב"א [הובאו בר"ן ע"ז ב' ע"א מדפי הרי"ף] וכמו שכתבתי לעיל סעיף ב' ס"ק י"ד באות י"ד: ולענין דינא, לדין דקיי"ל כרב ששת נראה עיקר כפירש"י, דהא בשיקול הדעת קם דינא, ולישנא דמה שעשה עשוי משמע אפילו הבע"ד לפנינו ואפשר בחזרה וכמ"ש לקמן, ואיסור והיתר כדיני ממונות דמי לחומרא. ועוד, דמה שעשה עשוי אטימא את הטהור נמי קאי. ונראה דגם הרמב"ם מודה בזה דלרב ששת בשיקול הדעת אין הדיין יכול לחזור, אלא דאיהו פסק כרב חסדא, ודו"ק: טור חושן משפט הלכות דיינים סימן כה

ואם הטעות בדבר פשוט כגון דבר המפורש במשנה בכל ענין חוזר הדין אפילו שלשה מומחין אפילו קבלום עליהם שאין כאן דין כלל כיון שהטעות בדבר הפשוט ואם אי אפשר להחזיר כגון שהלך זה שנטל הממון למדינת הים או שהוא אלם או שאין לו מה לשלם או שהורה בכשרה שהיא טרפה והאכילוה על פיו לכלבים כתב הרמב"ם שהוא פטור אף על פי שגרם להזיק לא נתכוין להזיק וכן כתב הרמ"ה אלא שחלק אם לא נשא ונתן ביד הוא פטור ואי נשא ונתן ביד אם הוא מומחה גמיר וסביר וקבלוהו עליהו פטור ואי לא חייב והדיוט אף על גב דקבלוהו עליהו חייב דכל היכא שאם טעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי וחייב לשלם אם טעה בדבר משנה כהאי גוונא ואית ליה פסידא לבעל דין אם נשאו ונתנו ביד חייב ואדוני אבי הרא"ש ז"ל כתב דבכל ענין חייב אפילו מומחין ואפילו לא נשאו ונתנו ביד :

1. הצגת הבעיה – פסיקה מקומית

כאמור לעיל, להלכה מאמץ השו"ע את שיטת הרי"ף והרמב"ם, על-פי האופן שבו הוא מבאר ב"כסף משנה", והרמ"א מאמץ את שיטת התוספות. נראה שהשו"ע אינו מאמץ אף אחת מהשיטות באופן אחיד, והוא פוסק ביחס לכל מחלוקת באופן מקומי: בענין הפסיקה כרב חסדא והיחס לדינא דגרמי סובר הש"ך (ס"ק יד; ס"ק כח) כדעת התוספות והרא"ש, שחייב לשלם גם כשלא נשא ונתן ביד מדינא דגרמי, ושאין פטור מדינא דגרמי. לעומת זאת, בטועה בדבר משנה פוסק הש"ך (ס"ק ה) כמו הרי"ף והרמב"ם, שפטור מלשלם אם לא נשא ונתן ביד. וביחיד הדיוט שדן וטעה מתפצלת פסיקתו, היינו כשלא נשא ונתן ביד פוסק הש"ך (ס"ק מה) כדעת בעל המאור, שפטור מלשלם, וכשנשא ונתן ביד הוא (ס"ק מד) פוסק כדעת הרי"ף והרמב"ם, שחייב לשלם.

בעיה נוספת שקיימת בדעת הש"ך היא העובדה שגם כאשר הוא פוסק כדעת הראשונים שאותם הוא מוכן לאמץ, הוא משנה את הבסיס לסברותיהם. להלן שתי דוגמאות לבעיה זו:

1. ביחס לטועה בדבר משנה שנשא ונתן ביד, הרי"ף מחייבו לשלם מדין מזיק; אולם הש"ך (ס"ק א), המאמץ פסיקה זו, משנה את סברתו ומעלה סברה חלופית, שממנה נובע חיוב במי שנשא ונתן ביד, והיא "דכיון דנשא ונתן ביד נכנס הוא תחתיו, וה"ל הדיין כמו לוה דיליה". כלומר, כאשר הדיין נשא ונתן ביד הוא הופך להיות כבעל דינו של המתחייב, וחובת ההשבה לו היא כשל לוה. ובעזרת ה' יבוארו הדברים במקומם.

2. ביחס לטועה בדבר משנה שלא נשא ונתן ביד, הרי"ף פטור אותו מלשלם מדינא דגרמי, שאינו קיים בדיינים; אולם הש"ך (ס"ק ה), הפוסק כמותו, אינו מאמץ את סברתו זו ופותרו מלשלם מסיבה אחרת, המובאת בבעל המאור ובשו"ע (ס"ק ה), והיא שטעות בדבר משנה משמעותה היא שהדיין "לאו כלום עבד".

שו"ך חושן משפט סימן כה
ס"ק א

ונראה דסבירא להו דע"כ לא קאמרינן בש"ס דהיכא דאי מצי הדר לאו כלום עביד, אלא כשהוא ברשות הבע"ד, אבל כל שנשא ונתן ביד מיד חבירו לחבירו טובא עבד, ואף על גב דהוה מצי הדר ביה, מ"מ סתמא דמילתא ה"ל לאסוקי אדעתיה שילך למ"ה או יוציא המעות, ולא ה"ל לישא וליתן ביד. א"נ והוא העיקר, דכיון דנשא ונתן ביד נכנס הוא תחתיו וה"ל הדיין כמו לוה דיליה, ושוב אין לבע"ד שום דין ודברים עם חבירו רק עם הדיין, וזה שהלך למ"ה או הוציא המעות, של הדיין הוציא, והדיין הוא מתחייב לבע"ד שנטל ממנו, וכן נראה עיקר:

ס"ק יד

שו"ך חושן משפט סימן כה

וגם העיקר בזה כהרא"ש והטור ורבינו ירוחם שפסקו כר' ששת דמוקי למתני' דבכורות אפילו לא נשא ונתן ביד, דהא משמע בפרק הגזול בתרא ובפרק עד כמה דלמאי דק"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי מיירי מתני' בלא נטל ונתן ביד. ואף על פי שהרמב"ן בספר המלחמות [סנהדרין שם י' ע"ב] דחק לישב בזה דעת הרי"ף, האמת יורה דרכו דהעיקר בזה כמו שפסק רב האי גאון, וכן דעת בעל המאור ובעל העיטור, וכבר האריך הרבה הבעל העיטור שם בראיות ברורות בזה לפסוק כרב ששת ודלא כרב חסדא, עיין שם בבעל העיטור באות פסק דין דף נ"א ונ"ב באריכות. וגם הרא"ש הביא ראיות נכונות ע"ש. וכ"כ הברטנורה פרק עד כמה [בכורות פ"ד מ"ב] דלמאי דדיינין דינא דגרמי מיירי מתני' דבכורות בלא נשא ונתן ביד [אלא שבריש פרק זה בורר העתיק דברי הרמב"ם דפ"ו מהלכות סנהדרין]. ונראה דגם רב חסדא מודה לזה לדינא לרב ששת, אלא דבעי לשנויי גם אליבא דרבנן, אבל לפי מאי דק"ל כרבי מאיר מודה להו:

ס"ק ה

שו"ך חושן משפט סימן כה
הרי ביררנו דהעיקר דפטור, ודלא כדעת היש חולקים שהביא הר"ב:
שו"ך חושן משפט סימן כה

(מה) ישלם כדין כל גורם כוי - א ולפי מה שהכרעתי לעיל סעיף א' ס"ק א' אות ב', דבטעה בדבר משנה בכל ענין פטור כשלא נשא ונתן ביד מטעם דלאו כלום עביד כיון דדיניו לאו דינים, אם כן ה"ה הכא דפטור, דכיון דדיניו לאו דינים אפילו לא טעה לאו כלום עביד, והרי"ף ורמב"ם ומחבר לטעמייהו אזלי דמחייבי התם, אבל לפי מ"ש דהעיקר דהתם פטור אי"כ ה"ה הכא.