

# שיעורים בסוגיות הגמרא על-פי נתוח ה"שולחן ערוך" ונושאי כליו

[סמ"ע, ש"ך, "קצות החושן", "נתיבות המשפט" ומרנן הגר"ש שקופ, הגר"י  
אברמסקי והגר"ח שמואלביץ]

תקצירים הערות וחדושים בסוגיית "דינא דגרמי"  
דעת ה"ש"ך, "קצוה"ח" ו"נתיבות המשפט", לגבי חלות  
דין "דינא דגרמי"  
דין שטעה בדבר משנה או בשיקול הדעת

חושן משפט (כה,א-ה)

\*

תקצירים הערות וחדושים בסוגיית "דינא דגרמי"

[סמ"ע, ש"ך, "קצות החושן"]

שו"ע חושן משפט (שפו, א-ב)

\*

הגבול הדרומי

\*

הדרך על התלמודים והמשניות

נתחבר בס"ד

על ידי

דב באאמו"ר אהרן זצ"ל ברקוביץ

תש"ס לפ"ק

הסכמת

פוסק הדור מרן רבי ש. י. נסים קרליץ זצוק"ל  
גאב"ד בד"צ בני ברק וסניפיו בא"י, נשיא "שארית ישראל", ראש כולל "חזון איש"  
ורב שכונת רמת אהרון

הרב ש. י. נסים קרליץ  
רמת אהרון  
רח' ר' מאיר 6, בני-ברק

בס"ד, יום ט"ו סיון ה'תש"א

ראו זה חזון הק' נסים קרליץ דיין דקדושי  
וסגן / יחידה הדורתי א"י זמיר  
הרה"ק ר' דד קיקלדיץ א"י א"י שנינו נוג  
רד אמלו חזרה אברה קאסנא הפדוקים  
מ. ה. ג' קאסנא אהליק חזר דרוב זקוד  
אמק יעלה שמו נחום זמתי הודים  
י"ג קז"ל



תקצירים הערות וחידושים בסוגיית  
"דינא דגרמי"

שו"ע : חושן משפט (כה, א-ה)

עם נושאי הכלים:

סמ"ע, ש"ך, קצות החושן ונתיבות המשפט



נתחבר בס"ד

דב באאמו"ר אהרן זצ"ל ברקוביץ

## תוכן העניינים:

### עמוד

מהו הגדרת דיין אשר פטור בטעה בדבר משנה ומחלוקת ה"ראשונים" האם הוא פטור משום שלא חל עליו דינא דגרמי (רי"ף, רמב"ן, רא"ש ו"המרדכי") והסיבות לכך או אם שהוא פטור גם אם חל עליו דינא דגרמי, כי הוא לא עשה נזק ("המאור" והרשב"א – גם בנו"נ ו"העיטור") – \_\_\_\_\_ה

ג' דעות לגבי דיין שנו"נ – האם הוא פטור (הרשב"א ו"המאור" – הקושיות עליהם) או שהוא חייב רק כאשר הוא הזיק בידיו (הרי"ף ושאר הפוסקים) או גם כאשר העביר כסף מהמוחזק לתובע – \_\_\_\_\_ה

כללי פסיקה – כאשר אין הרוב מסכים מטעם אחד או טעם אחד משני מקראות וקושיית הש"ך על כך וההבדל בין ממון לאיסור – \_\_\_\_\_ו

מחלוקת ה"קצות" וה"נתיבות" בדעת ה"נימוקי יוסף" – \_\_\_\_\_ו

כללי הפסיקה : כאשר הש"ס נשאר בתיק"ו הלכה כרי"ף והרמב"ם וסייעתו מול ה"נימוקי יוסף" – \_\_\_\_\_ו

ה"נתיבות" מגן על הש"ך מהשגותיו של "אורים ותומים" עליו – \_\_\_\_\_ו

מחלוקת בין ה"ראשונים" והש"ך לבין ה"אחרונים" אם הרמב"ם סובר שכאשר נו"נ בטעה בדבר משנה, האם הוא יהיה חייב או פטור – \_\_\_\_\_ז

הש"ך חולק על הטור ועל הרא"ש הסוברים, כי כאשר אי אפשר להחזיר אין הדין חוזר – \_\_\_\_\_ז

הש"ך חולק על דעתם של הרא"ש והטור, הסוברים כי לר"מ הדין דינא דגרמי, חייב הדיין בכל מקרה – \_\_\_\_\_ז

תירוץ קושיית הש"ך על הרא"ש והטור, שלשיטתם ניתן היה לתרץ את קושיית הש"ס – "לימא טועה בדבר משנה" – שרבי עקיבא סובר כר"מ – \_\_\_\_\_ח

הש"ך סולל דרך אחרת בהבנת הסוגיא במס' סנהדרין (לג.) וכך מתורצים קושיות התוס', רא"ש וה"מרדכי" – \_\_\_\_\_ח

ה"נתיבות" משיג על תירוץ הש"ך, שמדובר בסוגיה, במקרה של לוקח ומוכר והשוואתו של "טיהר את הטמא" למטמא ומדמע שפטור – \_\_\_\_\_ח

הש"ך מתרץ את הקושייה על התוס' וה"נתיבות" ומעיר שתירוץ זה יוצר לכאורה סתירה פנימית בש"ך, אך הוא מתרצו – \_\_\_\_\_ט

התוס' חולק על הרי"ף והרמב"ם וסובר כי על דיין כן חל דינא דגרמי – ביאור שיטת התוס' ע"י  
ה"קצות" \_\_\_\_\_ ט

מחלוקת ה"קצות" וה"נתיבות", האם שייך להשוות דין "זיכה את החייב" לדין עדי שקר \_\_\_\_\_ י

ישוב דברי הש"ך הנראים כסותרים \_\_\_\_\_ י

תמיהת הש"ך על ה"נימוקי יוסף" לגבי מה שהוא חילק בין דיני ממון לאיסור והיתר \_\_\_\_\_ יא

הש"ך משיג על ה"נ"י" ומוכיח כי מורה הוראה ששגה, חייב לשלם כשלא קיבלוהו עליהם. דחיית  
השגותיו של הש"ך על ה"נימוקי יוסף" על-ידי "קצות החושן" \_\_\_\_\_ יא

### (ב)

ה"נתיבות" מצדד כסמ"ע נגד הש"ך בהבנת ה"מרדכי" לגבי הגדרת טעות בשיקול הדעת \_\_\_\_\_ יב

הכרעת הש"ך במחלוקת ה"ראשונים", לגבי הפירוש של "סוגיין דעלמא כאידך" וביאורו של  
ה"נתיבות" \_\_\_\_\_ יג

השגת ה"קצות" על הש"ך לגבי מה שכתב כדבר מוסכם, כי מדובר כאן ב"קיבלו" בלא קנין  
והוכחה כי זו מחלוקת ב"ראשונים" \_\_\_\_\_ יג

הרא"ש כתב טעמים שונים לגבי הפטור של מומחה וג' הדיוטות מתשלום וה"אורים ותומים" כותב,  
כי הטעם בשניהם שוה וה"נתיבות" משיג על כך \_\_\_\_\_ יד

ה"קצות" חולק על הש"ך, הסובר שאין להאמין לדיין שהוא מומחה ללא עדים וראיה וה"נתיבות"  
מסכים עם הש"ך. הגדרת מושג ה"מומחה" \_\_\_\_\_ יד

מחלוקת ה"ראשונים", האם במומחה שטעה הדין חוזר והשגות ה"נתיבות" לגבי קושיות הרא"ש  
על הרי"ף \_\_\_\_\_ טו

הפרכת קושיות הש"ך על הרי"ף ע"י ה"נתיבות" לגבי שיטת הרי"ף, דדינא דגרמי חל רק על דיני  
בזיקין ולא לגבי דיין \_\_\_\_\_ טז

ה"קצות" משיג על הש"ך, לגבי קושייתו על ראיית הר"ן, הסובר שאין הבדל בין ממונא לאיסורא,  
לגבי דין זלא קם דינא מייד עם הדיבור \_\_\_\_\_ יז

הש"ך מוכיח כי אין הלכה כרא"ש בשם הראב"ד, הסוברים שאין הלכה כרב נחמן \_\_\_\_\_ יח

פרטי ההבדלים בין מומחה וג' הדיוטות לגבי חזרת הדין, כאשר קיבלוהו או לא ולגבי אם יש גדול  
ממנו או לא \_\_\_\_\_ יט

שיטות רש"י והרי"ף לגבי מומחה וקיבלוהו בממון ובאיסור והיתר \_\_\_\_\_ כ

קושיית הש"ך על סתירה בדברי הרמ"א ותירוצו של ה"קצות" וה"חכם צבי" ותירוץ ה"נתיבות"  
על סתירה בדברי הראב"ד \_\_\_\_\_ כא

מחלוקת ה"ראשונים", האם ג' הדיוטות דינם שווה למומחה ובמה שונה דינם \_\_\_\_\_ כב

הלכה כבתראי – רק באותה תקופה, כגון אמוראים אחרונים מול אמוראים ראשונים \_\_\_\_\_ כג

מחלוקת ש"ך – סמ"ע, אם מי שרק "גמיר" יכול להחשב מומחה או רק "גמיר וסביר" ומחלוקת  
ה"נתיבות" וה"אורים ותומים" באיזה מומחה מועיל "קיבלו" \_\_\_\_\_ כד

מחלוקת ה"ראשונים" האם "גמירי" לבד מועיל שקיבלוהו עליהם ומחלוקת ה"קצות" והש"ך אם  
בטעה בשיקול הדעת מתקיים בכל מקרה הדין ש"קם דינא" \_\_\_\_\_ כה

ה"נתיבות" מקשה על הבנת הש"ך בדברי ה"נימוקי יוסף", לגבי ג' רועי בקר כאשר קבלום, לגבי  
הטעם שדינם דין וה"נתיבות" מראה של "נימוקי יוסף" אין דינם דין \_\_\_\_\_ כה

הש"ך מבאר את שיטת הרי"ף והרמב"ם, כי בטעה בשיקול הדעת הדין חוזר, רק כאשר הדין  
מחזירו, אך בטעה בדבר משנה הדין חוזר, רק כאשר החזרה היא ללא התערבות הדין והלכה כרב  
ששת \_\_\_\_\_ כו

קושיית הש"ך על דברי הרמב"ם ותירוצו, תוך הפרכת הסבר שיטתו ע"י ה"כס"מ" וה"ב"י –  
אשר מחזק חייב גם כשלא "נושא ונותן" ומאידיך פסק כרב חסדא, המחייב רק כשנו"נ. השגת  
ה"נתיבות" \_\_\_\_\_ כז

(ג)

הפרכת דברי הב"ח, שהדין חוזר כאשר טעה בשיקול הדעת לפי גדולי הראשונים \_\_\_\_\_ כז

הפרכת קושיית הרמב"ן על הרי"ף והרמב"ם אשר כתבו, כי הלכה כרב חסדא, משום שרב אלעא  
סובר כמוהו והשגת ה"נתיבות" על הפרכה זו לגבי הבנת ה"קצות" בגדר חומרת נטילת המשכון-כה

האם החזרת חלק מהסכום על-ידי הדיין למי שהזיקו, נחשב כהחזרת כל הסכום \_\_\_\_\_ כט

הש"ך משיג על הבנת הטור את דברי אביו הרא"ש, שסיבת חיובו של הדיין לשלם, הוא משום קנס  
ולא משום שהדין  
הוא כך \_\_\_\_\_ כט

הש"ך חולק על דברי הטור בסעיף א', דבג' מומחין אפילו לא קיבלום עליהם קם דינא והם פטורים  
ל \_\_\_\_\_ ל

הש"ך מתרץ את קושיית התוס' על רש"י (ותמיהת ה"נתיבות" על כך), אשר כתב כי מומחה שלא  
נט"ר אין דינו חוזר \_\_\_\_\_ לא

תמיהת ה"נתיבות" על תירוץ הש"ך ויישובו \_\_\_\_\_ לא

הש"ך חולק על הבנת ה"נ"י", שה"ירושלמי" עוסק בדין נפרד של מומחה ומוכיח כי מדובר שם גם כאשר הוא אינו מומחה. הש"ך מוכיח כי ניתן להסביר שה"ירושלמי" חולק על ה"בבלי", אך באותה מידה ניתן להוכיח שאינו חולק. \_\_\_\_\_ לב

מחלוקת ה"ראשונים", אם הדיין פטור אף שבעלי הדין לא אמרו לו במפורש "הפטר" \_\_\_\_\_ לב

השגת הש"ך ביחס להסבר הרמ"א, לגבי פטור הדיין מלשלם, כאשר הם אנוסים ותירוץ ה"נתיבות" \_\_\_\_\_ לג

הש"ך חולק על הב"ח והסמ"ע, לגבי הסברם שהדיין חוזר גם אחרי שהוציא את הכסף מהנתבע- לג

קושיית ה"קצות" על הרא"ש, אשר כתב כי שני דיינים אינם משלמים את חלקו של הדיין אשר חלק עליהם ויישובו של ה"נתיבות" \_\_\_\_\_ לד

הסמ"ע משיג על הגהת ה"כס"מ" ברמב"ם והש"ך מצדיקו. ה"קצות" מבאר כי על פי דברי הש"ך ישנה מחלוקת בין הרמ"א לשו"ע \_\_\_\_\_ לו

הש"ך מצדיק את "המאור" בצורה מסוייגת במחלוקתו עם הרמב"ם \_\_\_\_\_ לו

המחוייב שבועה כתוצאה מטעות ב"ד שמחל על ממונו, כדי להמנע משבועה – באילו תנאים מחילתו אינה תקפה \_\_\_\_\_ לו

כפר בחוב והתפשר ואחר כך הביא עדים על כפירתו, אם נתגלה אח"כ ממון היוצר מצב בו הפשרה לא היתה בטעות, אינו יכול לחזור בו \_\_\_\_\_ לה

השוואה בין שיטת "קצות החושן" לבין שיטת מרן הגר"ש שקופ בספריו השונים, בגדר מזיק שעבוד חבירו וכיצד מתיישב \_\_\_\_\_ לה

הכלל של "ספק ממונא לקולא" עם הכלל של "ספק (איסור גזל) דאורייתא לתומרא" \_\_\_\_\_ לה

בירור שיטת הגר"ש שקופ בגדר חיובו של הגוי במצוות \_\_\_\_\_ מג

הגדרת סוגי דיני ממונות על-ידי מרן הגר"י אברמסקי בקונטרס "דיני ממונות" ורבו מרן הגר"ח מבריסק \_\_\_\_\_ מד



## דינא דגרמי

### סעיף א'

כל דיין שזן דיני ממונות וטעה. אם טעה בדברים הגלויים והידועים כגון דינים המפורשים במשנה או בגמרא או בדברי הפוסקים חוזר הדין ודין אותו כהלכה.

הג"ה מיהו יש אומרים דאם נראה לדיין ולבני דורו מכה ראיות מוכרחות שאין הדין כמו שהוזכר בפוסקים יכול לחלוק עליו מאחר שאינו נזכר בגמרא (טור בשם הרא"ש) מכל מקום אין להקל בדבר שהחמירו בו החבורים שנתפשטו ברוב ישראל אם לא שקבל מרבתינו שאין נוהגין באותה חומרא (פסקי מהרא"י סי' רמ"א).

ואם אי אפשר לחזור כגון שהלך זה שנטל הממון שלא כדין למדינת הים או שהוא אלם או שטימא דבר הטהור או שהורה בכשרה שהיא טריפה והאכילוהו לכלבים וכיוצא בזה הרי אלו פטור מלשלם אף על פי שגרם להזיק לא נתכוין להזיק.

הגה ויש חולקין (טור בשם הרא"ש ועוד פוסקים). לענין הוראות איסור והיתר אם הגיע להוראה אף על פי שאינו סמוך דינו כמומחה (נ"י ריש פרק אחד דיני ממונות) ועיין ביו"ד סי' רמ"ב מזין הסמיכות בזמן הזה.

**מהו הגדרת דיין אשר פטור בטעה בדבר משנה ומחלוקת ה"ראשונים"  
האם הוא פטור משום שלא חל עליו דינא דגרמי (רי"ף, רמב"ן, רא"ש  
ו"המרדכי) והסיבות לכך או האם הוא פטור גם אם חל עליו דינא דגרמי,  
כי הוא לא עשה נזק ("המאור" והרשב"א – גם בנו"ג, ה"עיטור")**

ש"ך (א) ד"ה כל דיין – א. השו"ע עוסק במי שנקרא דיין, היינו, מומחה או מי שקיבלוהו עליו, אך הדיוט שלא קיבלוהו עליו אין דינו דין אפילו לא טעה ואם טעה בכל מקרה חייב לשלם משום דינא דגרמי, אך לגבי דיין אין נוהג דינא דגרמי וכן מוכח שהוא דעת הרי"ף שאל"כ אין לך אדם שאינו מומחה שירצה להיות דיין, אפילו יקבלוהו עליהם ועוד שאם הוא חייב מדינא דגרמי מדוע אינו חייב בטעה בדבר משנה. וכן דעת הרמב"ן.

ב. כדברי הרי"ף והרמב"ן סוברים גם הרא"ש וה"מרדכי", שאם חייבים מדינא דגרמי יהיה חייב גם בטועה בדבר משנה? אך לבעל "המאור", ה"עיטור" ורוב הפוסקים, גם אם חייב בעלמא מדינא דגרמי יהיה פטור מכך בטועה בדבר משנה, משום שלא עשה בעצמו שום נזק. וכן סובר הרשב"א ומשמע מדבריו שאפילו אינו מומחה ולא קבל עליהו פטור וכן מבואר בבעל "המאור" שאפילו נשא ונתן ביד.

**ג' דעות לגבי דיין שנושא ונותן – האם הוא פטור (הרשב"א ו"המאור" –  
הקושיות עליהם) או שהוא חייב רק כאשר הוא הזיק בידי (הרי"ף ושאר  
הפוסקים) או גם כאשר הדיין העביר כסף מהמוחזק לתובע (רמב"ן,  
"נימוקי יוסף" ו"שלטי גיבורים")**

ג. מה שכתבו הרשב"א ובעל "המאור" שאפילו נשא ונתן ביד פטור, קשה, שהרי אפילו לרב חסדא, (המיקל ופותר בשיקול דעת אלא אם כן נשא ונתן ביד) הסובר כי נזק ביד חייב אפילו בטעה בדבר משנה

ובעל המאור הסובר שאין הלכה כמוהו, סובר כי בנשא ונתן ביד חייב. לכן נראה עיקר כרוב הפוסקים הסוברים כי בנשא ונתן ביד ואי אפשר להחזיר, אפילו טעה בדבר משנה חייב. אמנם אם טעה בשיקול הדעת הוי הדין שאינו חוזר, לכן בעל הדין, גם אם השליכה לכלבים חייב הדין לשלם כי בעל הדין ממילא אין בידו מה לעשות כי הפרה ממשיכה להקרא טרפה ולכן צריך הדין לשלם.

ד. לדעת הרי"ף ושאר פוסקים דוקא אם נשא ונתן ביד והאכילה לכלבים חייב הדין, אך אם לא איבד בידי אלא העביר את הכסף מיד ליד והלך למדינת הים מקבל הכסף או בזבזו ואין לו לשלם פטור הדין. כי הדין עצמו לא איבד את הכסף, אך הרמב"ן ב"מלחמות", "נמוקי יוסף" ו"שלטי גבורים" סוברים כי אין לחלק וגם במקרה זה חייב הדין. כך סובר גם הש"ך כי היה צריך הדין להעלות בדעתו שילך למדינת הים ו/או יזבזו מעותיו והסיבה העיקרית לחיובו של הדין, הוא משום שנשא ונתן ביד נכנס הוא תחת המקבל וה"ל הדין כמו הלוה וזה שבזבז מעותיו, של מעות הדין בזבז.

## (ה)

**נתיבות המשפט [א] ד"ה כל דיין שדן –**, עיין ש"ך סק"א וסק"ד שהכריע דבנו"ל ביד חייב אפילו בטעה בדבר משנה, וב"תומים" (סק"ג) רצה להוכיח דאפילו בנשא ונתן ביד פטור להרי"ף. וכתב בטעמא דמילתא, כיון דלר' מאיר חייב בדינא דגרמי כמזיק ממש, וכיון דדיין פטור להרי"ף בדינא דגרמי, כיון שהוא אנוס, מהאי טעמא גופיה פטור הדין כשעושה מעשה כיון שהוא אנוס, ע"ש. ותמוהין דבריו".

ה"תומים" מסתמך על כך שבטעה בדבר משנה פטור בנו"ל ביד. בטעה בשיקול הדעת ונשא ונתן ביד פטור ובטעה בשיקול הדעת (כלא שנשא ונתן ביד) וקם דינא פטור, ורק בצירוף שני הדברים – קם דינא נשא ונתן ביד חייב. ותמוה מדוע בצירוף הדברים יתחייב, הרי בנשא ונתן ביד, כגון שזרק לים הרי כבר אי אפשר להחזיר, וממילא כבר קם דינא? אם כן אין הבדל גם לשיטתו בין "קם דינא" מכח ההלכה לבין "קם דינא" מכח המציאות, אם בכל מקרה כאשר נשא ונתן ביד הוא יהיה חייב. גם השגתו של ה"תומים" לגבי קושיית ה"עייטור" על הרי"ף ותירוץ השגתו וכן קושייתו של הרי"ף אינן קושיות.

## מחלוקת ה"קצות" וה"נתיבות" בדעת ה"נימוקי יוסף", אם הדין השוגג

### נחשב כמזיד ומתי השליח לדבר עבירה חייב

**קצות החושן (א) ד"ה אי אפשר להחזיר –** עדיין יש להסתפק בדברי הש"ך, דלגבי מה שכתב כי דיין שטעה בפסקו בשוגג יחויב מיד כאילו הזיד, כי דין זה של אדם מועד לעולם ולרבות שוגג כמזיד, נלמד מריבוי ורק לגבי מזיק, כמבואר בב"ק (כו:), אך לא לגבי גניבה וגזילה, כגון שלקח חפץ חבירו ונתנו לאחר משום שהוא סבור שזה שייך לאחר. כן כתבו התד"ה נתנו [מס' ב"ק (עט.)] וב"נימוקי יוסף" שם [(כט.) מדפי הרי"ף], לגבי מי שאמר לחבירו קח לי שור שהוא בבית פלוני שהוא שלי ונמצא שאינו שלו אלא לגנבו ונתכין, דשניהם פטורין. המשלח פטור, משום ד"אין שליח לדבר עבירה", לדעת הסוברים שכלל זה נכון גם כאשר השליח לא ידע שמדובר בגניבה. והשליח פטור, כי לא ידע שמדובר בגניבה. אם כן אנו רואים, שאין השוגג נחשב כמזיד כי אם במזיק, אך לא בגזילה, היות ובגזילה אינו מזיק לגוף החפץ, אלא הגביהו ונתנו לאחר, כי סבר שהוא שייך לאחר. ואי אפשר לומר כי המקרה של לקיחת השור אינה ראייה לעניינינו, כי אין מדובר שם בשוגג אלא באנוס גמור, אשר אפילו במזיק הוא יהיה פטור, כי לוקח השור אמור לדעת, שכיון שהשור הוא בחזקת האחר הוא שייך לו, כל עוד לא הוכח ע"י עדים ו/או ראיות אחרת. גם ע"פ הסברא יש לומר ששוגג אינו כמזיד בגזילה, כי דין זה נלמד במפורש בתורה רק על חובל ומזיק ("פצע תחת פצע"), אך לא על גולן. ולכן גם בדין אין לדונו בשגגתו כמזיד, ובפרט שנתנת הכסף לא היתה בכפייה, אלא ברצונו של הנותן.

המשך נתיבות המשפט [א] ד"ה עוד הקשה בספר קצוה"ח – „ותמוהין דבריו מאד דאדרבא להפך כתב שם ה"ני" בשם האחרונים, דס"ל אין שליה לדבר עבירה דהשליח חייב“, אלא שהש"ך מסיק שם בסימן שמ"ח דהשליח פטור כשלא ידע. משובב נתיבות – „ומבהיל עין הרואה ולא עיין המעיין ב"ני"„, דבנמוקי שם לא מזכיר כלל ענין השליח, אלא שכתב בשם האחרונים, דהמשלח פטור משום דאין שליה לדבר עבירה, אלא שהסמ"ע בסימן שמ"ח (סק"כ) כתב בשם ה"ני" דהשליח חייב והשיגו בש"ך שם, דב"ני" שם לא הוזכר השליח ע"ש“.

המשך קצות החושן (א) ד"ה אי אפשר להחזיר – נראה כי במקרה של השור, השליח נאנס, ובאונסין ודאי שאין יכולין לחייבו מטעם מזיק, אלא רק מטעם גזלן, ובודאי לא נעשה גזלן כי לא התכוון לגזול ולא לקנותו בגזילה.

המשך נתיבות המשפט [א] ד"ה עוד הקשה קצוה"ח (סק"א) – „ומכל מקום נראה דשאני התם דמיירי שהשור נאנס ביד השליח... ובאונסין, ודאי דאין יכולין לחייבו מטעם מזיק רק מטעם גזלן, בודאי לא נעשה גזלן להתחייב באונסין כשלא נתכוון לגזול כלל, דהא לא נתכוון לקנותו לגזילה, אבל בנתנו לגנוב ואילו לא היה נותנו לא היה הגנוב נוטלו בעצמו, כגון דקאי בתרי עברי דנהרא, ומחמת גרמת הנתינה אי אפשר להחזיר השור, חייב מטעם גורם להזיק, דמזיק אפילו בשוגג חייב, כמו במראה דינר לשולחני דמה לי זורקו לים או מסרו לגנוב, כשאי אפשר להוציא ממנו, ואין לך מזיק גדול מזה“.

**משובב נתיבות** – ה"קצות" מעיר ל"נתיבות", כי הוא התייחס לדברי הש"ך באות ב' אשר כתב שבנו"נ ביד חייב לשלם אפ"ל בטעה בדבר משנה. לעומתו כתבו בעל "המאור" ושו"ת הרשב"א, כי בטעה בדבר משנה, גם כשלא ניתן להחזיר, פטור משום דינא דגרמי, א"כ גם בנו"נ הוא יפטר בטעה בדבר משנה. ובאות ד' כתב הש"ך, כי בנו"נ גרם לעצמו הדיין להחשב כלוה ולכן בעל הדין יצטרך להוציא מהדיין את מעותיו ולא מהלוה. על כך הסתפק ה"קצות" בדבריו, כיון שהש"ך מודה כי הדיין אינו נחשב כמזיק אלא כגזלן לכן קשה על הש"ך שחייב את הדיין השוגג כמזיד, דבר שנאמר בתורה רק על המזיק. ולכן כתבו הרשב"א ובעל "המאור" שהדיין פטור גם כשנו"נ. ולכן בעל ה"שו"ע", אשר מודה כי בגזילה פטור בשוגג, ממילא רואה בדיין מזיק ולא גזלן כהש"ך.

(ו)

## כללי הפסיקה : כאשר הש"ס נשאר בתיק"ו האם הלכה כרי"ף והרמב"ם וסייעתו מול ה"נימוקי יוסף"

ש"ך (ב) ד"ה חוזר הדין – א. אפילו בג' מומחין ובקיבלו עליהם (טור) ואפילו קיבלו רשות מריש גלותא (רא"ש).

ב. ה"נימוקי יוסף" – כאשר הש"ס נשאר בתיק"ו והוא חומרא לתובע וקולא לנתבע ופסק אחרת מכללי הפסיקה נקרא הדיין "טועה בדבר משנה". אמנם קשה, כי כלל זה של "טועה בדבר משנה" תופס רק בדבר המבורר מתוך המשנה או הש"ס בודאות, אך אם נשאר הש"ס בתיק"ו, אז אפילו אינו נחשב כ"טועה בשיקול הדעת". ונראה כי לענין תיק"ו סובר ה"ני", דכל תיק"ו כאשר התובע תוקף ומוציא מהנתבע מוציא ממנו חזרה כי התיק"ו נחשב לשיטתו כנפשט לקולא. ולכאורה סובר כן הרי"ף, בסוף פ"ז בב"מ, כאשר מול ליסטים מזיק אפילו אם עומד מולו רועה מזיק, אף שהש"ס נשאר שם בתיק"ו – הרועה פטור ונחשב התיק"ו כנפשט לקולא ומוציאין מיד תובע שתקף מהנתבע. להלכה העיקר כרמב"ם וסייעתו, שתפיסה מועילה בתיק"ו וגם הרי"ף סובר כן ופסק אחרת ברועה מזוין, כי זה מקרה פרטי. כי רק שם

לחוד פשוט הדבר לש"ס לקולא ונחשב כמחלוקת הפוסקים, אשר הפוסק כדעה מסוימת בדיעבד נחשב הפסק לנכון. וכן פסק הרא"ש, התוס', הטור ורבינו יונה והרמ"ה מודה לכך.

## ה"נתיבות" מגן על הש"ך מהשגותיו של ה"אורים ותומים" עליו

**נתיבות המשפט [ב] ד"ה חוזר הדין** – הש"ך כתב לגבי הדיין אשר פסק להוציא מיד המוחזק כאשר הדין הוא תיק"ו. אם כן הרי, שלפוסקים הסוברים כי מועילה תפיסה בתיק"ו, אין הדיין נחשב כטועה. ה"או"ת" סק"ב משיג עליו וכותב, כי אם הדיין עדיין לא דאג לכך שהזוכה יתפוש מהמוחזק, את מה שהוא פסק לטובתו, הדין חוזר. וכאשר הוא התפסו זכה אך הדיין חייב לשלם ונראה שלא הבין את דברי הש"ך, כי גם הש"ך סובר שהדין חוזר כאשר עדיין לא התפסו, שהרי כתב בסוף דבריו כי מדובר דוקא "כיון דהתפיסוהו ב"ד". והוא משום שדיין מה שעשה עשוי ואם אדם רגיל עושה דין לעצמו כל שכן שהדיין יכול לעשות דין לעצמו שהוא פסק והביא הש"ך ראיה מהתוספות. וגם מה שחלק ה"תומים" על הש"ך, וכתב כי כאשר התפס כבר הדיין ישלם מביתו הוא תמוה. כי מאותה סיבה דבעל הדין פטור מלהחזיר מטעם "הראו לי דשלא כהלכה דנוני ואחזיר", כמו כן גם הדיין פטור בטענה זו (ראב"ד), כי הדיין חייב רק כאשר ההלכה היא כסוגיא דעלמא ואז אין הדיין יכול לפטור את עצמו, כי הרי פסק שלא כדין נגד הגמרא. אך בתיק"ו ומחלוקת הפוסקים, אם מוחזק יכול לפטור את עצמו בטענת "קים לי" כל שכן הדיין יכול. ועוד אפילו אם מי שלא דיין יכול אפילו במתכוון לתפוס מזה ולתת לשני, כדי להתפסו ואז יהיה פטור, אם כן הוא הדין לגבי הדיין.

## מחלוקת בין ה"ראשונים" הש"ך לבין ה"אחרונים", האם הרמב"ם

### סובר, שכאשר נושא ונותן טעה בדבר משנה, אם הוא יהיה חייב או פטור

ש"ך (ד) ד"ה לא נתכוין להזיק – א. "ב"ח", סמ"ע – לדעת הר"ף והרמב"ם, ב"טועה בדבר משנה" אפילו ממש נשא ונתן ביד פטור.

"ב"י", "כס"מ", רמב"ן, "נ"י" והש"ך – דעת הר"ף והרמב"ם ב"טועה בדבר משנה", אם נשא ונתן ממש ביד חייב.

**הבנת ה"טור" בדעת הרמב"ם:** ל"ב"ח", ה"כס"מ", ה"ב"י" ו"תיו"ט", הבין הטור ברמב"ם שפטור והש"ך סובר דהטור הבין ברמב"ם כי דעתו שחייב, ולכן הוסיף הטור על דברי הרמב"ם "על פיו", כי לרמב"ם אין הבדל ותמיד חייב. רש"י, תוס', "נ"י", רמ"ה ו"שלטי גבורים" וה"עיר שושן" והש"ך פסקו שחייב.

ב. חיובו של הדיין בנושא ונתן ביד לרב חסדא, ר"נ ורב ששת הוא דוקא במומחה ולא קיבלו עליהו או בהדיוט וקיבלו, אך במומחה וקיבלו עליהו הם מודים שפטור, שהרי אפילו בטעה בשיקול הדעת דקם דינא בנושא ונתן ביד פטור ר"ע לר"ט, כ"ש בטועה בדבר משנה. כן מוכח מהתוס', "מרדכי", "טור" ורא"ש.

## הש"ך חולק על הטור ועל הרא"ש הסוברים, כי כאשר אי אפשר להחזיר אין הדין חוזר

**ש"ך (ה) ד"ה ויש חולקין (טור בשם הרא"ש): סמ"ע** – אם ניתן להחזיר כולם מודים שמחזירים בכל מקרה ב"טענה בדבר משנה", אך כשאי אפשר להחזיר יש חולקין וסוברים, כי אפילו בג' מומחין וקיבלוהו עלייהו חייבים להחזיר מדינא דגרמי. **ש"ך** – **א.** דברי הטור והרא"ש הם "כשגגה היוצא מלפני השליטים" כי אין מי שסובר כך, כי הרי לטור והרא"ש במומחה וקיבלו עליהו, אפילו בטעה בשיקול הדעת ואפילו אפשר לחזור פטור וכ"ש כשא"א לחזור וכ"ש ב"טעה בדבר משנה".

**ראיות** – **(א)** במשנה במס' בכורות שנינו במקרה של עירב בעל הדין פירותיו שטיהר הדיין וא"א להחזיר פטרו את המומחה, כמובא בפירוש הרא"ש **(ב)** אפילו לרבנן, אם טעה בשיקול הדעת חייב כשא"א להחזיר לרא"ש וטור, ובכל זאת פטור מומחה, א"כ אפילו במקום שחייב משום מזיק פטור הוא בהיותו מומחה. א"כ הדין כך גם לר"מ **(ג)** לר"מ פטור שולחני מומחה שטעה והלך מקבל

המטבע למדינת הים **(ד)** מדברי הרא"ש שכתב כי אפילו יש גדול מהדיין כדי להחזיר הדין, אם א"א בחזרה פטור מלשלם, כדברי ר"ע לר"ט. אפילו שהרא"ש מסיק בשם הראב"ד דאפילו יש גדול אין מחזיר, מכל מקום משמע מדבריו כי גם במצב זה בטעה בדבר משנה חוזר הדין ואם א"א להחזיר הוא פטור. **ה"ב"ה" בדעת הרא"ש** – נטילת רשות עדיף מקיבלו עליהו. **הש"ך** – אין הבדל, כי להבנת ה"ב"ח" ברא"ש מדובר במומחה וקיבלו ובודאי מובן בטור וברבינו ירוחם כי מדובר במומחה ולא קיבלו.

**נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין** – הש"ך סק"ה תמה על דברי הסמ"ע (סק"ח) שפסק, כי אפילו מומחין וקיבלו חייבים. **ומקשה** דאם בשיקול דעת דקם דינא והוי מזיק ממש פטור, כל שכן בטעה בדבר משנה ואי אפשר להחזיר. **ועוד** הרי גם מראה דינר לשולחני במומחה פטור?

**תירוץ ה'נתיבות'** – יש הבדל ביניהם. במומחה שטעה בדבר משנה נחשב כדן בשכר, דדין נחשב למצוה ומרויח "פרוטה דרב יוסף", ולכן חייב כי דינו דומה למראה לשולחני בשכר שחייב, כדברי התד"ה השתא [סנהדרין (לג.)], אך בטעה בשיקול הדעת, כשם שהבעל דין יכול לפטור את עצמו באומרו, הראוני דשלא כהלכה דנוני ואחזור, גם הדיין יכול לומר כן. ולכן הוא פטור, והביא ראיות לדבריו מהש"ך והרא"ש.

## הש"ך חולק על דעתם של הרא"ש והטור, הסוברים כי לר"מ הדין דינא דגרמי, אזי חייב הדיין בכל מקרה

**המשך הש"ך (ה) ד"ה ויש חולקין** – **ב.** „ולענין דינא דברי היש חולקים שהם הרא"ש והטור שהוציאו דבריהם כן מהתוס'... וכ"כ ב"מרדכי" פרק אד"מ (לג.) לא נהירא לי דכתבו כן לפי שטתם דסוגיא אתי' כרבנן אבל לר"מ דדאין דינא דגרמי חייב בכל ענין וזה אינו נראה“. הש"ך מוכיח להלן דלר"מ הדיין פטור.

### נימוקיו:

**(א)** מלשון הגמרא לא משמע כן, כדברי בעל "המאור", משום שר"ע לא אמר על פסיקתו של ר"ט אפילו שהוא "גרמא בעלמא", אלא אמר לו שהוא לא עשה כלום, א"כ לר"מ לא רק שאינו גרמי אלא אפילו גרמא אינו.

**(ב)** אם לר"מ חייב והלכה היא כר"מ, מדוע הקשה רב המנונא לרב ששת? שר"ע יאמר לו לר"ט שהוא לא עשה כלום, אולי ר"ע סובר כר"מ ובפרט שהלכה כר"מ, אלא ודאי ר"ע בא לפוטרו לכו"ע.

(ג) לדברי התוס' והרא"ש צריך לדחוק שהוא הקשה לו רק מטיהר את הטמא.  
(ד) גם מה שנאמר במתני' "ונשחט על פיו" הוא לא דוקא, אלא הוא עצמו שחטו כדברי התוס' וה"מרדכי" וזה דוחק גדול. אלא העיקר כדברי כמעט כל ה"ראשונים" שאף על גב שטעה בדבר משנה, הוא בידים האכילו לכלבים, משמע, הא אילו לא האכילו בידים היה פטור אף לר"מ דקיי"ל כמהו וכן סוברים הרמב"ם, ר"ע מברטנורא, רי"ף, בעל המאור, רמב"ן, העיטור, רשב"א, "שלטי גבורים" וכן מוכח בתוס' במס' חולין שכתבו אע"ג טועה בדבר משנה הוא בידים האכילו, משמע שלולא כן היה פטור ושם במס' חולין, דברי רבא, הוא הדין דינא דגרמי. ומהדין של המראה לשולחני דינא שמחייב ר"מ שהקשו התוס' בסנהדרין (לג.), אע"ג שאם היה לפנינו היה חוזר ומשלם, תירצו ותוס' בפ' הגזול וה"מרדכי" שזה שונה כי אסור היה לו להראות לשולחני אחר, אך הנשאל לחכם ואסר או טימא, לא היה לו לבעל הבית למהר להאכילו לכלבים או לערב עם הטמאים וכן בשולחני הוא חייב רק כאשר מוכח שסמך עליו ואז הוה כסבר וקיבל לשלם, אחרת השולחני היה לו לומר אל תסמוך עלי אך כאן לבו אונסו לאסור שלא יבוא למכשול ואם יאמר לו אל תסמוך עלי. יתיר האיסור שלא כדין או יגזול חבירו שלא כדין ולכן אינו אומר לו לא לסמוך עליו ולא משום דסבר וקבל לשלם.

(ח)

## תירוץ קושיית הש"ך על הרא"ש והטור, שלשיטתם ניתן היה לתרץ את קושיית הש"ס – "לימא טועה בדבר משנה" – שרבי עקיבא סובר כר"מ

המשך נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין – הש"ך הקשה על ה"יש חולקין" דקושיית הש"ס "לימא טועה בדבר משנה" ניתנת לתירוץ דר"ע סובר כר"מ. ואינו קשה דאי לר"מ הוא, אפילו מומחה יהיה חייב ומדוע אמר לו מומחה אתה. ונראה דבטימא את הטהור מודה הש"ך דהדיין חייב אפילו בשוגג מטעמו של התוס' [שם (לג.): ד"ה שעירבן], דהיה לו לדקדק וחשוב מזיד. ונראה לש"ך כי דברי התוס' דחוקים, אך רק בטיהר הטמא נראה לו כי דחוקים דברי התוס', דהיה לדיין לדקדק שבעל הבית ערבם.

## הש"ך סולל דרך אחרת בהבנת הסוגיא במס' סנהדרין (לג.) וכך מתורצים קושיות התוס', רא"ש וה"מרדכי"

המשך הש"ך (ה) ד"ה ויש חולקין – ג. הש"ך דוחה את קושיות התוס', רא"ש וה"מרדכי", דלר"מ חייב, אע"פ שאם היו לפנינו היה חוזר בכך, כי קושייתם ובודאי תירוצם הוא דוחק גדול.  
ד. אבל לפע"ד יש דרך אחרת בסוגיא זו, אשר בזה יסתלקו כל קושיות התוס', רא"ש ומרדכי".  
במס' סנהדרין (לג.) הסלקא דעתך הוא דאין מדובר בנשא ונתן ביד וכן אין מדובר בכך במס' ב"ק (ק.) ובמס' בכורות (כח:), אלא מדובר שהדיין פסק והבעל הבית, במקרה של טיהר את פירותיו של המוכר, קנה את הפירות על סמך מה שפסק הדיין כי הם טהורים כמו במקרה שחייב את הזכאי ועל סמך פסק מוטעה זה שילם הנתבע לתובע ועל כך שנינו שמה שעשה עשוי וישלם הדיין מכיסו. אמנם כאשר מעמידים את המשנה שהדיין נשא ונתן ביד, כגון שהדיין עצמו עירב את הפירות הטמאים בטהורים. א"כ יצא לנו דין מחודש, כי כאשר אין הדיין בעצמו מערב פירות אלא בעל הבית, יהיה פטור הדיין אפילו טעה בשיקול הדעת, כי הדיין עצמו לא עשה כלום ולא גרע מהמדמע והמנסך שפטור.

## ה"נתיבות" משיג על תירוץ הש"ך, שמדובר בסוגיה, במקרה של לוקח ומוכר והשוואתו של "טיהר את הטמא" למטמא ומדמע שפטור

המשך נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין – ומה שתירץ הש"ך (סק"ה אות ג –ד) את קושיית התוס', דמדובר בלוקח ומוכר, ויסד דין מחודש, דבטיהר את הטמא ועירבן בעל הבית עם פירותיו דלא גרע ממטמא ומדמע דפטור בשוגג, הוא תמוה דא"כ גם בטימא את הטהור גם קשה, דלא גרע ממטמא ומדמע דפטור בשוגג. ונראה דבטימא את הטהור, מודה הש"ך דהדיין חייב אפילו בשוגג מטעם שכתבו התנ"ה שעירבן במס' סנהדרין (לג:), דהיה לו לדקדק וחשיב מזיד. וטעם זה שכתבו התוס' על טיהר את הטמא נראה לש"ך דחוק.

ונראה, דהש"ך אוזיל לשיטת הרמ"א שכתב ביו"ד (רמב,לא) דחכם שהתיר אין חבירו יכול לאסור כשחלה הוראתו של ראשון, אם הטעות בשיקול הדעת. ובתומים סקי"ג הקשה על זה, דהאיך יתיישב הא דישלם מביתו, כיון שההיתר קם והרי זה מותר, תשלומין מאי עבידתיה...לא קשה מידי, דודאי אחר אין יכול לאסור והטהור בטהרתו, אבל כשהדיין מודה בעצמו שטעה, עיקר הטעם דאין יכול לחזור בו בדיני ממונות משום דהבעל דין מצי לומר לדבריה הראשונים אני מאמין, דדילמא השתא טעית ומעיקרא יפה דנת, כמ"ש בש"ך בסקמ"ז. ואם כן הכא בטיהר את הטמא, נהי דמה שעשה עשוי והוא טהור ואין שום ב"ד יכול לאוסרן, מכל מקום הבעל דין אם רוצה יכול לומר אין רצוני לאכול הפירות, ולדבריה האחרונים אני מאמין, כיון שאתה מודה בעצמך שטעית והם אסורים, והרי הזקתני הפירות אחרים שערבתי עמהם לפי דבריה, ואני מאמין לדבריה...במשנה אינו מפורש גבי טיהר את הטמא מה היזק נעשה מחמת זה, רק שאנו מפרשין שההיזק היה שעירבן. ולזה כתב הש"ך ד"ל שלקח ושילם על פיו, ומכל מקום אין המקח מתבטל, כיון דאין שום ב"ד יכול לאוסרן והן טהורים לכל העולם, ודאי דאין הלוקח יכול לחזור ממקחו, ואף שהדיין מודה בעצמו שטעה, יאמר המוכר איני מאמין לדבריה האחרונים, דאימר מעיקרא יפה דן, ואין אנו משגיחין על דבריה האחרונים, כיון שהם מותרין לכל העולם, מהיכי יתני יהיה המקח מתבטל. אבל הדיין צריך לשלם להלוקח, דהלוקח, מצי למימר אני מאמין לדבריה האחרונים, וכיון שאתה מודה בעצמך שטעית והיזקתני הרי אתה מתחייב לשלם לי על פי הודאת עצמך".

(ט)

## הש"ך מתרץ את הקושייה על התוס' וה"נתיבות" מעיר כי תירוץ זה יוצר לכאורה סתירה פנימית בש"ך, אך הוא מתרצו

המשך הש"ך (ה) ד"ה ויש חולקין – ה. הקשו התוס' בב"ק (ק.) על מה דתנן מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו יקבר וישלם מביתו וקשה הרי אם הוא לא היה נשחט הוא היה מותר, א"כ נחשב גם כעת כאילו לא עשה כלום. ותירץ הש"ך שמדובר שהדיין ציווהו לשחוט ונחשב לדיין כשחט בידיים וכך ניתן גם לתרץ את קושיית התוס' בכורות (לח:), למה הגמרא אינה מכיאה משנה זו כהוכחה דהלכה כר"מ דדן דינא דגרמי, דיש לומר כי מדובר שצוהו לשחוט וכזה גם רבנן יודו דחייב כשחט הדיין בעצמו. המשך נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין – ויש לתרץ מה שנראה סתירה בדברי הש"ך – ב אות ה' כתב, דמה שאין כן הכא שמיד ששחטו על פיו שוב אין לו תקנה", אך באות ב' כתב, דעיקר החיוב בהא דמראה דינר לשולחני, משום דהוה ליה לומר אל תסמוך עלי. וי"ל דבשוחט על פיו ליביה אנסיה כמו בטיהר את הטמא, אך יש לומר דרק בטיהר את הטימא שייך לומר ליביה אנסיה,

אך יש לומר דבשחטו יהיה חייב ע"פ דברי הרמב"ן ב"מלחמות" [סנהדרין (י): מדפי הרי"ף], שכתב שהוא מומחה וקיבלו פטור בכל מקום בלא נט"ר מריש גלותא. לכן על כרחך כאן בשחטו יהיה חייב מתקנת חכמים משום קנס שלא נטל רשות, דדבר זה הניחו לריש גלותא להתגדר בו ולכן קנסוהו.

**המשך הש"ך (ה) ד"ה ויש חולקין** – ו. מה שהקשו התוס' שם, שיהיה חייב כמו כהנים שפיגלו במזיד בהקדש, אשר חייבים אף לרבנן (במס' גיטין פ' הנוקין), אינה כלל השוואה, כי הכהנים נחשבים כמזיקים בידים ע"י מחשבתם בשחיטת פסול, אך כאן גם כאשר טעה בשיקול הדעת, אין הכרח שבעל הדין יעשה מעשה. וכן תירץ התוס' לגבי פרת הקדש שהכניסה לרבקה שתדוש אגב הנקה.

## **התוס' חולק על הרי"ף והרמב"ם וסובר כי על דיין כן חל דינא דגרמי – ביאור שיטת התוס' על-ידי ה"קצות"**

**קצות החושן (ב) ד"ה ויש חולקין** – מהסוגיא במס' סנהדרין (לג.), לגבי הפסק של ר"ט שהטריף את הפרה, הסיקו הרי"ף והרמב"ם, דטועה בדבר משנה פטור, אך התד"ה השתא והרא"ש שם הקשו, דהא מראה דינר לשולחני [ב"ק ק.]. נכלל במסגרת "דינא דגרמי" וחייב. והרי אין הבדל בין דין זה לטועה בדבר משנה, ומדוע נאמר, שהדיין מופקע מכלל דין "דינא דגרמי". ולכן הניחו, שהסיבה היא משום שהסוגיא היא לשיטת רבנן (ולא ר"מ), ולשיטתם אין דין דינא דגרמי כלל, ולכן פסקו שם שפטור, אך טועה בשקול הדעת, אף לרבנן חייב, כי הדין אינו חוזר ולכן הדיבור נחשב ממש כמזיק. והביאו לכך ראיה מהמשנה [מס' גיטין (נד.)] – „הכהנים שפיגלו במקדש“, היינו, דיבור עושה פיגול ומזיק למביא הקרבן וצריך להביא קרבן אחר.

רבי חיים יונה הקשה בקונטרסו, מאמימר [מס' כתובות (פו.) וב"ק (צח.)], האומר כי מוחל שטר חייב למאן דדאין דינא דגרמי. וקשה לשיטתם המחייב מוחל זה מדין מזיק ולא מדין דינא דגרמי. **ועוד קשה** שהתוס' סותרים את עצמם באותו תוס', כאשר שאלו שם בסוף ד"ה טיהר, מדוע לרבנן שורף שטר פטור ולא חייב ככהנים שפיגלו. ותירצו, שם מה שתירצו, ומדוע לא הקשו – מדוע מוחל שטר חוב אינו חייב כמזיק, אלא רק למי שזן דינא דגרמי. **ותירץ** אחד ה"קצות" שאמימר אמר דבריו רק על שורף שטר ולא על מוחל שט"ח, וגם אמימר יודה שחייב גם לרבנן. **אך תירוצו קשה**, כי התד"ה כל [מס' ב"ק (פט.)], אמרו בפירוש שגם מוחל שטר חוב אינו חייב רק מדינא דגרמי, לר"מ ולא לרבנן [בספר "בנין שלמה" (ח"ב/ח"ו/מ"ס' ו') הוסיף ותמה דהרא"ש והר"ן כתבו שם להדיא דלרבנן גם דמי ניירא דינו שמשלם].

**תירוץ "קצות החושן"** – הקונה שטר חוב אין לו שום זכות קנין בגוף החוב, אלא רק שעבוד נכסים ומזיק שעבוד חבירו, כגון שחפר בה בורות ושיחין, וזה אינו אלא גרמי, אך שורף שטר חבירו, שיש לו קנין בגוף החוב, נחשב כמזיק ממש ולא גורם [וק"ל אם כן מדוע תירצו בסוף ד"ה טיהר ד„בשורף שטר אינו נוגע בגוף הממוק“, הרי הוא נוגע בגוף החוב לשיטת ה"קצות" ?]. לתוס' והרא"ש, גם בזיכה את החייב וטימא את הטהור, נחשב דיבורו כמזיק בידים, אך דיין שהוטעה ע"י עדי שקר והעדים אינם נחשבים כמזיקים בידים על ידי דיבורם, דהא „אנן מטעי קא טעינן וסמכינן עלייהר“.

[וק"ל הרי מדובר שטעותו של הדיין הוא שטעה בדבר משנה ולא שהולך שולל ע"י העדים והתרשל בחקירתם, דאז ודאי אפילו לרי"ף, רמב"ם והמחבר היה חייב אי לא ניתן להחזיר ?].

אם כן לתוס' והרא"ש, גם זיכה את החייב אינו מזיק ממש, אף על פי שדיבורו הוי מזיק ממש. כמו שהוכיחו מכהנים שפיגלו, והוא על פי מה שכתב ב"תמים דעים" ס' ר"ז. כי לכאורה **קשה** שהתובע יכול לפטור את עצמו מלהחזיר ממה שגבה שלא כדין, כי יכול לומר לנתבע, הראוני שדנוני שלא כהלכה, והרי הדיין גם יכול לומר כן. **ותירץ** ה"קצות" שלגבי הדיין אנו מניחים שיש בו יראת שמים



ויודה אם יראה שטעה. אם כן, גם בדין אינו מזיק ממש אע"ג דקם דינא דממה נפשך, אם הורה יפה ודאי פטור ואם לאו דיבורו לאו מידי עבד, דמה דקם דינא, הוא רק משום דהבעל דין יכול לומר שסומך על הדיין ולא משום שכן הדין. אם כן זה כמו עדי שקר, כי הדיין דיבורו אינו עושה מעשה, דהרי בטעה בדבר משנה כשלא ניתן לברר, אין הדיין יכול להורות להפך. והסיבה בשיקול דעת הוא, משום שלא ניתן לברר וסומכים על הדיין והדין הוא כבעדי שקר, א"כ לכן כתבו התוס' במס' ב"ק בטימא הטהור וזיכה את החייב שהוא חייב רק כאשר דנים דינא דגרמי. אך נראה דכטימא את הטהור, הוי מזיק ממש, כי טימא את הטהור, כאשר הדין תלוי בשיקול הדעת, אף כאשר הדין נוטה שהוא טהור, בכ"ז קם דינא. ולכן ודאי זה לא משום מה שכתב רש"י בד"ה מומחה [מס' סנהדרין (לג.)], אלא משום דבשיקול הדעת שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, כדברי הראב"ד והרשב"א שהוא בר"ן [מס' ע"ז (א): מדפי הרי"ף ד"ה הנשאל], והרי הוא ככהנים שפיגלו בדיבורם והזיקו ממש כמו בטימא. קושיית הש"ס היתה, דאם טועה בדבר משנה קם דינא, לכן פחד ר"ט, כי הסוגיא כרבנן, לא שדיבור מזיק וקם דינא, אלא משום שלא ניתן לברר את הטעות, שהרי אפ"ל טועה בדבר משנה אינו חוזר ודינו ככהן שפיגל, אך אם הדין כן חוזר, יאמר לו אילו הוי פרה לקמן וכו', כיון דלית ליה לרבנן דינא דגרמי, ומשני חדא ועוד קאמר, אי נמי טעית בשקול הדעת, דבאיסור הוי מזיק ממש...דשויה אנפשיה חתיכא דאיסורא".

אמנם שיטת הש"ך (סק"ה אות ד') קשה, אמאי ישלם מביתו, הרי זה מקח טעות, שהרי הקונה לא היה קונה אילו ידע שהפירות יאסרו. והרי אף בספיקא דדינא המוכר צריך להחזיר את הכסף, וכיון דאסורין מספק אין לך מום גדול מזה, כדברי הר"ן ופסק הרמ"א, וכל שכן כאן שטעה בשיקול הדעת.

## מחלוקת ה"קצות" וה"נתיבות", האם שייך להשוות דין "זיכה את החייב" לדין עדי שקר

**המשך נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין** – מה שכתב "קצות"ח" (סק"ב) שדין "זיכה את החייב" הוא כדין עדי שקר אינו נכון, דהא בשיקול הדעת מוציאין אפילו מיד המחזק, רק מטעם שהחזיקו בי"ד והרי בדיבורם נעשה ההיזק" ובאול"ת כתב את סברת ה"קצות" לענין חייב את הזכאי ואף שזה יותר נכון גם דבריו אינם נראים.

**משובב נתיבות** – על פי מה שכתב ה"תמים דעים", דאינו קם דינא אלא משום דבע"ד מצי אמר אנא אדיין סמכינא ואין אנו יכולים לברר טעותו, משום הכי קם דינא, וא"כ קמי שמיא גליא אם הדין כדבריו א"כ אינו עושה היזק ואם אין הדין כן לא עבד כלום".

**המשך נתיבות המשפט [ג] ד"ה ויש חולקין** – מה שכתב הש"ך (אות ו') גבי פיגול דבשחיטה עשה מעשה, אף דבהולכה יכול גם לפגל בלא מעשה בגוף הבהמה י"ל דרחמנא הצריך הולכה וזריקה, כשעושה מעשה בדם הבהמה, כאילו עושה מעשה בגוף הבהמה.

## יישוב דברי הש"ך הנראים כסותרים את עצמם

**ש"ך (ו) ד"ה ולענין הוראות איסור והיתר אם הגיע להוראה אע"פ שאינו סמוך דינו כמומחה** – א. כתב כאן הרמ"א בדרכי משה, כי לענין הוראות איסור והיתר, אם הגיע להוראה גם בלא שנסמך דינו כמומחה. אם כן מספיק דגמיר וסביר. הסמ"ע ביאר דמה דכתב הרמ"א בשם ה"נ"י" דין זה, ביחס לטועה בדבר בשיקול הדעת, שהוא פטור רק אם הוא מומחה וסמוך, מה שאין כן באיסור והיתר, אך לא כתב כן בטועה בדבר משנה.

**נתיבות המשפט [ד] ד"ה ולענין הוראת איסור והיתר** – קשה, דלכאורה הש"ך סותר את עצמו, כי בסק"ו הצדיק את הסמ"ע (סק"ט) דחייב בטועה בדבר משנה גם במומחה כדברי הנמו"י ואילו בסק"ה אות א' סתר את דברי הסמ"ע סק"ח וכתב שמומחה פטור אף בטעה בדבר משנה וי"ל בכונת הש"ך, דכונת הנמו"י לחלק, דבדיני ממונות חייב מומחה אלא אם כן קיבלו, אך באיסור והיתר אף בלא קיבלו פטור.

וחילוק זה דוקא בשיקול הדעת על פי דברי הרא"ש דכיון שנשתדל לדון יחידי שישלם. וכמו שכתב הש"ך בסקט"ו, דחייב משום שהגיס דעתו לדון יחידי, אך בקיבלו מותר לדון יחידי, דבר שאינו שייך באיסור והיתר שמותר להורות יחידי לכתחילה, כי במס' אבות נאמר רק "אל תהי דן יחידי" בניגוד לטועה בדבר משנה. והסובר דדינא דגרמי פוטר ממומחה וקיבלו, כי מצבו כאנוס, אך בלא קיבלו אינו נחשב כאנוס דמי הכריחו לדון, ולכן אז אין חילוק בין ממון לאיסור שבו שייך גם אנוס, אלא שאחר כך כתב הש"ך (אות ב'), דבניגוד לדברי ה"נמוק"י, לדעת כל הפוסקים אין שום חילוק בין ממון לאיסור, אפילו בטעה בשיקול הדעת.

(יא)

## תמיהת הש"ך על ה"נימוקי יוסף", לגבי מה שחילק בין דיני ממון לאיסור והיתר

המשך הש"ך (ו) ד"ה ולענין הוראות איסור והיתר אם הגיע להוראה אע"פ שאינו סמוך דינו כמומחה – ב. ה"נימוקי יוסף" כתב [מס' סנהדרין (יא.) מדפי הרי"ף], דרק לענין דין יהיה פטור הדין מלשלם, אם הוא רק מומחה ונטל רשות מריש גלותא או מומחה וקיבלו עליהו אף שאינו סמוך, אך לענין הוראה אפילו אם הוא רק מומחה הוא פטור מלשלם, היינו, גמיר וסביר זה מספיק, כי אז הוא חייב להורות מדין תורה [הוריות (ב:)]. ור"ט שהורה בענין איסור פטור, גם אם הוא לא היה סמוך ולא קיבלו עליהו ומספיק שהיה מומחה. הש"ך – דברי ה"ני"י תמוהים ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן. בעל "המאור" כתב בפירוש [מס' סנהדרין שם (יא.)] שר"ט קיבלו עליהו וכן התד"ה אי גמיר [מס' סנהדרין (ה:)] כתבו במפורש, שצריך נטילת רשות כדי להיפטר בהוראת איסור והיתר.

## הש"ך משיג על ה"נימוקי יוסף" ומוכיח כי מורה הוראה ששגה חייב לשלם כשלא קיבלוהו עליהם

ג. הרשב"א [מס' חולין (מג:)] ד"ה זילין] כתב שם, כי רבא חייב לשלם מה שהטריף כי לא קיבלוהו עליהם. וכן מוכח הדבר שם מרש"י ותוס' והרמב"ן ב"מלחמות", כי הרשב"א כתב דלרי"ף אינו משלם. משמע שהוא עצמו סובר שצריך לשלם אף בלא נ"ו. ומה שכתב ה"ני"י, שמן התורה הוא חייב להורות, זה דוקא כשמקבלים אותו ואינו מורה או כשבאים לפניו סתם לשאול הוראה" אבל בלא קבלה אינו מחויב להורות בעל כרחם. וב"עיר שושן" הגהת הרמ"א אינה מופיעה כלל.

## דחיית השגותיו של הש"ך על ה"נימוקי יוסף" על-ידי "קצות החושן". המשך קצות החושן (ו) – ה"נימוקי יוסף" סובר בהוראות איסור והיתר דבמומחה הוא פטור אפילו לא קיבלו והשיגו הש"ך (סק"ו).

השגותיו נדחות, כי הם מבוססות על שיטתו, דג' סמוכין אפילו נ"ו פטור משום דרשותא שקיבל מהתורה לדון הוה ליה כקבלה, אך הרי ה"נימו"י חולק וסובר, דאפילו ג' סמוכין דרמי עליה חיובא להורות ולדון, ובכל זאת, אם נ"ו ביד חייבין. ולכן כן הדין באיסור והיתר, דכל מה שפטר באיסור, כי מדמהו לסמוכין ובסמוכין בנו"ג ביד מחייב ה"נימוק"י. והחילוק שעושה הש"ך בין ממון לאיסור אינו מוכן, דהא בשניהם יש להם חיוב להורות מדאורייתא. אמנם כתב הש"ך בהשגות על ה"נימוק"י, דביחיד דיני איסור מדובר

כשקבלו, אך זה קשה, כי מי יהיה מוכן להורות באיסור כשאין צורך מן התורה בג' סמוכין. ולכן נראה כדברי ה"נמוק"י". ועיין להלן בהמשך הש"ך (טו), לגבי קושיית ה"קצות" על הכרעת הש"ך כדעת "המאור".

## סיכום הש"ך של סעיף א'

א. כל מי שדן דיני ממונות וטעה בדבר משנה, דהיינו, בדינים המפורשים במשנה או בש"ס או בדברי הפוסקים או אפילו בדבר שאינו מפורש רק שהוא פשוט לכל להפך, ואין בו מחלוקת כלל, חוזר הדין ודין אותו כהלכה. אפילו הוא מומחה ואפילו שלשתן מומחין ואפילו קבלו אותם בעלי דינים עליהם ואפילו נטלו רשות מריש גלות ואפילו נשאו ונתנו ביד, שאין כאן דין כלל. כיון שהטעות בדבר פשוט: ב. ואם נראה לדיין ולבני דורו שאין הדין כמו שמוזכר בפוסקים, יכול לחלוק על הפוסקים או אפילו על הגאונים, כשמביא ראיות ברורות לדבריו. ומכל מקום קשה לחלוק על קבלת הגאונים. גם אין להקל בדבר שהחמירו בו החבורים שנתפשטו ברוב ישראל, אם לא שקבל מרבתינו שאין נוהגין כאותה חומרא: ג. ובמקום שהדין חוזר כשטעה בדבר משנה, ואי אפשר להחזיר, כגון: שהלך זה שנטל הממון שלא כדין, למדינת הים או שהיה אלם או שהוציא המעות ואין לו לשלם או שטימא דבר הטהור או שהורה בכשרה שהיא טרפה והאכילה לכלבים על פיו וכיוצא בזה, פטור מלשלם. בין שהוא מומחה או לא, בין קבלוהו או לא (ועיין סעי' ד'), שכיון שאם היה אותו דבר לפנינו היה הדין חוזר, כיון שהטעות בדבר משנה, נמצא שלא עשה כלום ואינו חייב מדינא דגרמי, שאין זה גורם להזיק, שהבעל דין עצמו הוא שהזיק את עצמו: ד. והא דפטור, היינו, כשלא נשא ונתן ביד ואי אפשר להחזיר, אם הוא מומחה ולא קבלוהו או קבלוהו ואינו מומחה ואין צריך לומר

### (יב)

כשאינו מומחה וגם לא קבלוהו, חייב לשלם, שהרי עשה מעשה בידיים, בין שנשא ונתן בידו האכילה בעצמו לכלבים בין שנשא ונתן בידו לבעל דין חבירו והלך הבעל דין למדינת הים או הוציא המעות וכיוצא בזה:

ה. ואם הוא מומחה וגם קבלוהו, אפילו נשא ונתן ביד ואי אפשר בחזרה, פטור. ואין חילוק בכל זה שטעה וגרם להזיק בדיני ממונות או באיסור והיתר, שאף באיסור והיתר אם הוא מומחה לבד ולא קבלוהו או קבלוהו ואינו מומחה וגרם להזיק וטעה בדבר משנה ונשא ונתן ביד ואי אפשר בחזרה או טעה בשיקול הדעת, אף על פי שלא נשא ונתן ביד, אף על פי שאפשר בחזרה חייב לשלם. אלא אם כן הוא מומחה וקבלוהו גם כן:

ו. טיהר את הטמא וערבן בעל הבית עם פירותיו וטימא שאר הפירות, פטור אפילו טעה בשיקול הדעת, אף על פי שהוא אינו מומחה, שהרי אינו עושה כלום. וגם לא גרע ממטמא ומדמע ומנסך בשוגג שהוא פטור, וזה גם כן שוגג הוא בהוראתו. ונפקא מינה גם בזמן הזה, לענין חכם שטיהר את יינו של פלוני וערכו בעל הדין עם יין אחר, ואחר כך נודע שהורה שלא כדין ונעשה הכל יין נסך, בין טעה בדבר משנה בין טעה בשיקול הדעת פטור, שהרי זה כמנסך בשוגג שהוא פטור:

ז. בא לפנינו לוקח לשאול אם יקח פירות של זה המוכר או יינו, אם הם טהורים. וטיהר את הטמא ולקח זה את הפירות על פיו, ואחר כך נודע שהם טמאים ושלא כדין טיהר, ורוצה החכם שהמוכר יחזיר מעותיו ללוקח ויחזור ויטול פירותיו. אם הטעות בדבר משנה הדין חוזר, על פי הדרכים שבארנו. ואם הטעות בשיקול הדעת, מה שעשה עשוי וישלם החכם ללוקח מבייתו, על פי הדרכים שיתבאר בסעיף שאחר זה, כדין טועה בשיקול הדעת. ודין זה דומה למראה דינר לשולחני לקמן סי' ש"ו:

ח. טעה בדבר שנשאר בש"ס בתיק"ו. אינו כטועה בדבר משנה. וגם אינו כטועה בשיקול הדעת, אלא כיון שאינו מתברר שטעה והוא מומחה או קבלוהו עליהם, מה שעשה עשוי ופטור מלשלם, כדין טועה בשיקול הדעת ואין סוגיא דעלמא כאידך שיתבאר לפנינו בסעיף שאחר זה."

## סעיף ב'

טעה בשיקול הדעת, כגון דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה הלכה כאחד מהם בפירוש ועשה כאחד מהם ולא ידע הדבר שכבר פשט המעשה בכל העולם דברי האחר אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מריש גלותא או שלא נטל רשות אבל קיבלו אותו בעלי דינים עליהם, הואיל והוא מומחה חוזר הדין ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם.

הגה: וב' הדיוטות דינם כיחיד מומחה ועיין לעיל סוף סימן ג' כיצד נטילת רשות מן המלך מהני. ולא יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת. ואם עושה כן הרי זה דין שקר, אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות, הרשות ביזו ואי לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק (טור). ואם הוא בהוראות איסור והיתר והוא דבר איסור דאורייתא ילך בחומרא ואם הוא דבר דרבנן ילך אחר המיקל ודוקא אם ב' החולקים הן שוין, אבל אין סומכין על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמנין אפילו בשעת הדחק אלא אם כן היה גם כן הפסד מרובה וכן אם היה יחיד נגד רבים הולכים אחר רבים בכל מקום (רשב"א סי' ר"ג) ואפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו, הואיל והם מסכימים לענין הדין, מיקרי רבים ואוליגן בתרייהו (מהרי"ק שורש מ"א) ואם היה מנהג בעיר להקל מפני שזכום אחד הורה להם כך הולכים אחר דעתו ואם חכם אחר בא לאסור מה שהם מתירין נהוג בו איסור (תשובת הרשב"א סימן רכ"ג). כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם כמו שלפעמים הפוסקים חולקים על הגאונים, הולכים אחר האחרונים דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך (מהרי"ק שורש פ"ד), אבל אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר ונמצאו אחרים חולקים עליו אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון ואי הוי שמיע להו הדרי בהו (מהרי"ק שורש נ"ו).

## ה"נתיבות" מצדד כסמ"ע נגד הש"ך בהבנת ה"מרדכי", לגבי הגדרת טעות בשיקול הדעת

ש"ך (ח) ד"ה ועשה כאחד מהם – מחלוקת בהבנת דברי "הגהות מיימוניות" וה"מרדכי": לסמ"ע ועוד רבים – כאשר פסק כחד ולא ידע שיש חולק עליו, שאם היה יודע לא היה פוסק כן, זה אינו טעות בשיקול הדעת. הש"ך – אם לא ידע מהשני, אף שהסוגיא סוברת כשני, נקרא טועה בשיקול הדעת, כי לא ידע מהשני ולא משום שהיה מחייב אם היה יודע מהשני, כדברי הסמ"ע. וכן מוכח בהגהות אשר"י. אמנם קשה על הגהות מיימוניות וה"מרדכי" כי א. דיוב דינא דגרמי הוא גם בשוגג שהרי גרם היזק. ב. דוחק לומר שדינא דגרמי הוא משום קנס ודוקא במזיד ולא בשוגג ובפרט שזה הקרוב למזיד ד"שגגת תלמוד עולה וזדון" והוי ליה לידע וגם מהרי"ף, רא"ש ו"נ"י" לא משמע כדבריהם. נתיבות המשפט [ה] ד"ה (כגון שהוא מחלוקת... ולא נפסקה הלכה כאחד מהם) ועשה כאחד מהם – מחלוקת הש"ך והסמ"ע (סק"י) ונראה כסמ"ע.

(יג)

שיטת הש"ך (אחרי תיקון טעות סופר בדבריו) – כוונת ה"מרדכי", דכיוון שלא ידע שיש חולק, אשר הסוגיא נוטה לשיטתו, לכן הוא פטור.

שיטת הסמ"ע (סק"י) – שלא ידע שיש מי שחולק, ואם היה יודע לא היה פוסק כן, אך אין על כך דיון בסוגיית הגמרא, כדי שיהיה שייך בזה שיקול הדעת. ומה שלא ידע הוא גורם הפטור ולא החיוב כדברי הש"ך.

**ונראה כסמ"ע**, כאשר מדובר שהוא בר הכי לפסוק אחד מתוך שני החולקים ודאי פסק להוציא מהאחד, כי אם פסק להחזיק, גם אם היה יודע מהשני, היה פוסק לטובת המוחזק, משום הספק, אלא ודאי פסק להוציא. ואם היה יודע מהדעה השניה ואינו בר הכי להכריע, לכן היה פוסק לטובת המוחזק, אם היה פוסק על פי מחשבת טעות דבמצב זה יש להוציא, הוא היה נחשב כטועה בדבר משנה והיה חייב לשלם על פי ה"יש חולקין", שהרי במצב זה הוא לא ידע את הכלל הידוע והמוסכם, כי המוציא מחבירו עליו הראיה. לכן ודאי כוונת ה"מרדכי" כי אינו נחשב לא כטועה בדבר משנה ולא כטועה בשיקול הדעת ולמעשה אינו נחשב כלל טועה וגם אי אפשר לברר את הטעות כי הגמרא אינה נוטה לשום צד ולכן אמרין במצב זה דעביד כמר עביד ודעביד כמר עביד ואי ידיעתו גורמת לו להיפטר. לפי זה גם מובנת ראיית ה"מרדכי" מר"י ב"ר יוסי, כי שם גם לא היתה סוגיא על מחלוקתם וטעותו היתה, שלא ידע את דעת ר' חייא.

## **הכרעת הש"ך במחלוקת ה"ראשונים", לגבי הפירוש של "סוגיין דעלמא כאידיך" וביאורו של ה"נתיבות"**

**ש"ך (ט) ד"ה שכבר פשט המעשה בכל העולם – א. מה פירוש "סוגיין דעלמא כאידיך":** רמב"ם וסמ"ג – שנהגו לעשות כאידיך. רש"י והראב"ן – שרוב הדיינים נראה להם כאידיך. רי"ף, רא"ש, רשב"א (כפירוש הראשון ב"טור") – שנראה שסוגיית הגמרא סוברת כשני. ונראה שלמדו כך מגירסת הגמרא במס' סנהדרין (לג.) "וסוגיין דשמעתא", אך רש"י והרמב"ם גורסים כדברי הגמרא שם לעיל (ו.) "וסוגיין דעלמא".

**ב. להלכה נראה לכל השיטות לגבי "טועה בשיקול הדעת",** כי זה כאשר ישנה מחלוקת תנאים או אמוראים, אך אם אין מחלוקת ומאידיך לא כתובה ההלכה בגמרא בבירור, אך זה משתמע מהסוגיה או שנוהגים כך או שרוב הדיינים פוסקים כך והדיין פסק להפך, אז הוא נקרא "טועה בדבר משנה". וכן נראה לפי כל ה"ראשונים", דאף שבגמרא לא נאמר בפירוש מה ההלכה, אלא שנראה כך מהגמרא הדבר בפשטות ופסק הדיין להפך הוא נקרא "טועה בדבר משנה". על פי זה ניתן גם ליישב את "לימא ליה ר"ע לר"ט טועה בדבר משנה אתה" ופירש רש"י דמשנה הוא במס' חולין והרי רבי סידר את המשנה זמן רב אחר ר"ע ור"ט. וכן קשה לפירוש רש"י דהש"ס היה צריך להביא את המשנה בחולין וא"א לומר שלא הובאה המשנה משום שהיתה שגורה בפי כל שהרי ר"ט לא ידעה. אלא ודאי כי **א. מסתמא זה היה מקובל לרבי משנה זו מדור לדור. ב. גם בלא שהיתה זו משנה, כי ניתן לומר כיוון שהדבר היה ידוע כדבר פשוט שחותרים את האם של כל הפרות, לכן נחשב הדבר כטועה בדבר משנה, אפילו אם זה לא היה מוזכר במשנה במס' חולין. ולכן רב שפסק בטעות על עוף שהוא טמא והתברר שיש לו מסורת, הוא נחשב לכן כ"טועה בדבר משנה".**

**נתיבות המשפט [נ] ד"ה פשט המעשה –** עיין ש"ך, ונראה כי מדובר במחלוקת בגמרא, אשר אינה מוזכרת בפוסקים, אך אם נזכרה המחלוקת בפוסקים, המצדדים כאחד החולקים, אפילו שהסיקו זאת מקושיית סתמיות הסוגיא, כיוון שהסכימו על כך כל הפוסקים, נחשבת טעותו כ"טועה בדבר משנה" וכן דעת הרא"ש.

**ש"ך (יא) ד"ה אם היה זה הדיין מומחה ונטל רשות מריש גלותא –** כיום שאין ר"ג לא שייך למעשה דין זה ("טור").

## **השגת ה"קצות" על הש"ך לגבי מה שכתב כדבר מוסכם כי מדובר כאן ב"קיבלו" בלא קנין והוכחה כי זו מחלוקת ב"ראשונים".**

**ש"ך (יב) ד"ה אבל קיבלו אותו בעלי דינים עליהם –** כל "קיבלו עליהו" מוכח מה"ירושלמי" שאין לשם כך צורך בקנין, אלא מספיק שיאמרו לדיין "הרי את מקובל עלינו" או כשבאו בסתם ודנו לפניו –

„כיון דאינון חמין לי יתיב דיין לגרמי (= יחדי) ואתיין לגבי, כמי שקיבלוני עליהן...“ . וכן משמע ברי"ף, רמב"ן, ריב"ש וה"אחרונים. **קצות החושן (ג) ד"ה קיבלו אותו** – הש"ך כתב, דכל "קבלה" בסימן זה הכוונה לכו"ע בלא קנין. ונראה שהוא מחלוקת. לפי "המאור" בסתם פטור כיון דאנוס הוא, אך לפי הרא"ש אם קיבלוהו בסתם אינו מוכח שכיוונו לפטור מתשלומים.

(יז)

## **הרא"ש כתב טעמים שונים לגבי הפטור של מומחה וג' הדיוטות מתשלום וה"אורים ותומים" כותב כי הטעם בשניהם שוה וה"נתיבות" משיג על כך**

**נתיבות המשפט [ז] ד"ה אבל קיבלו אותו בע"ד** – כתב הש"ך, כי אם באו בע"ד לפני המומחה לדון מרצונם, נקרא הדבר שקיבלוהו עליהם.

**הרא"ש** כתב טעמים שונים לפטור מתשלום את המומחה וג' הדיוטות שטעו בדינם. **ה"אורי"ת" (ס"ק ה)** הקשה עליו, למה לא אמר טעם אחיד לשניהם. וי"ל, כי מומחה שלא קיבלוהו, אין לו דין של בית דין לעונן קבילות, הודאה והשמעת טענות בפניו, כי המודה יכול לחזור בו וכן בעל דין יכול לחזור בו ולטעון אחר כך טענות אחרות ממה שטען בפניו. וכדי ליצור קבילות, צריך שיקבלוהו עליהם, אך זה עדיין לא מספיק כדי לפטרו מתשלום ולכן צריך טעם נוסף לפטור – שהוא אנוס לדון, אך בג' הדיוטות, כיוון שגם בלא שקיבלוהו, דיניהם דין לכל ענין, לכן מועילה הקבלה לפטורם מתשלום. הרא"ש כתב, דהטעם של האנוס של המומחה, הוא משום שמומחיותו לא היתה נותנת לו לטעות, לולא מזלו הרע של מי שנפסק נגדו. כיוון שעיקר טעם הפטור הוא משום אנוס והוא כאשר קיבלוהו, לכן קבלה זו מספיקה, על ידי עצם רצונם לבוא ולדון בפניו, אך בג' הדיוטות, כיוון שסיבת הקבלה היא כדי לפטורם מן התשלום והם לא אונסים אתם לדון בפניהם, לכן כדי לפטורם צריכים בעלי הדין, בכואם לדון בפניהם לומר בפירוש "הרי את מקובל עלינו". חיוב הקבלה בפה מלא, מסיר את קושיית הש"ך בס"ק ט"ו, שהרי יכול לומר לא אדון בפניכם אלא בפני בית דין אחר, כי אמירתם המפורשת היא ההוכחה לפטירתם מתשלום.

## **ה"קצות" חולק על הש"ך הסובר שאין להאמין לדיין שהוא מומחה ללא עדים וראיה וה"נתיבות" מסכים עם הש"ך. הגדרת מושג ה"מומחה"**

**ש"ך (יג) ד"ה הואיל והוא מומחה חוזר הדין בין נשא ונתן ביד או לא** – א. כן פסק הרי"ף, אך רבינו ירוחם והרא"ש וסיעתו סוברים, דקם דינא ואינו משלם, כפי שכתב הרא"ש, שלא רק לרב חסדא כך הדין, שהוא מעמיד את המשנה בבכורות בנו"נ ובסיפא נאמר שמומחה פטור, אלא אף לרב ששת, המעמיד את המשנה ב"טועה בדבר משנה" אפילו בנו"נ הוא יפטור, כי הוא אינו מחלק בין נו"נ או לא.

**ב.** וכל זה בתנאי שהדיין יוכיח שהוא מומחה, כדברי הגמ' [ב"ק (צו.)] – „זיל אייתי ראיה דמומחה את“ וכדברי הרמב"ם, "טור" ושו"ע (שו"ז) לגבי טבח ושולחני. וזה בין מומחה לרבים ובין שהב"ד יודעים זאת. **מהו מומחה** – „שיהא האיש ההוא כבר עמד בניסיונות וקושיות ונמצא בחכמה גדול ומוכח ואם היה המקשה עליו והמנסה אותו ב"ד, הוא נקרא מומחה. ואם נחפרסמה חכמתו אצל בני אדם מעצמו, לא שזיכה אותו בית דין, הוא הנקרא מומחה לרבים“ (רמב"ם בפירוש המשנה).

**קצות החושן (ד) ד"ה והוא מומחה** – הש"ך פסק, דאינו מועיל ואין להאמין לדברי הדיין שהוא מומחה בלא עדים וראיה, אך למעשה זה שנוי במחלוקת. לראב"ד ב"תמים דעים", אין צורך בעדים וראיה, כי הדיין יש בו יראת שמים ואם אומר טעיתי אך אנוס הייתי ואני מומחה נאמן במיגו, שיכול לומר לא טעיתי.

**נתיבות המשפט [י] ד"ה היה הטועה מומחה ב"ד** – „וליתא, דהא על כרחך צריך לומר טעם לדבריו ועוד דאין זה מיגו דירא שתתברר טעותו מפי אחרים“.

**משובב נתיבות** – „ולא אמר כלום, דאין צריך לומר טעם, כיון דכבר פסק, רק מיגו דאי בעי שתיק ולא היה מודה שטעה, גם מ"ש דאין זה מיגו דירא שיתברר טעותו מפי אחרים, ואם יתברר טעותו מאי הוי, הא סוף סוף קם דינא, רק בהודאתו מחייב עצמו בתשלומין. ואם יתברר גם כן לא יתחייב יותר. ועוד דאם כן, פרעתי במיגו דמזויף דמהימן, נימא דירא שמא יתברר קיומו, אלא כל זמן שלא נתברר אית ליה מיגו, וזה פשוט“.

**המשך קצות החושן (ד) ד"ה והוא מומחה** – אמנם, לרא"ש הסובר דקיבלוהו כמומחה, היינו, פטור מתשלומים אם טעה, אינו מועיל עדים וראייה, כי שמא לא היה ידוע לבעלי הדין שהוא מומחה וקיבלוהו שידון ביחיד ובע"כ. ולכן כתב הרמב"ם [פהמ"ש עמ"ס בכורות (ד,ג)], שמומחה נקרא אם נתפרסמה חכמתו לרבים ואינם יכולים לומר לא ידענו.

לולא דברי הראב"ד, נראה לומר, כי כאשר הוא דן בכפייה הוא משלם גם אם אינו מודה דטעה, כי בטעה בשיקול הדעת אינו יכול לומר קים לי. אם כן מה דקם דינא, הוא רק כאשר הוא מוחזק כדיין מומחה. אם כן כאשר הוא מוחזק רק על פי עצמו והסוגיה נוטה אחרת ממה שפסק, אינו יכול לומר פסקתי נכון.

**המשך הש"ך (יג) ד"ה הואיל והוא מומחה חוזר הדין בין נשא ונתן ביד או לא** – ג. ולכל זה, צריך המומחה שיקבלוהו עליהם או שנטל רשות מריש גלותא. ד. בזמן הזה גם נוהג הדבר לפטור אותו או לענן דן בדיעבד.

(טו)

## **מחלוקת ה"ראשונים", האם במומחה שטעה הדין חוזר והשגות ה"נתיבות" לגבי קושיות הרא"ש על הרי"ף.**

**ש"ך (יד) ד"ה חוזר דין** – א. הרא"ש, ה"טור" ורבינו ירוחם חולקים וסוברים שאין הדין חוזר והמומחה פטור מלשלם. ואם אינו מומחה וקיבלוהו עלייהו ישלם מביתו. אמנם הרמב"ן דחק להראות, שחוזר הדין כדברי הרי"ף, אך אין הלכה כן. וגם מלשון הגמרא לא משמע שחוזר, כי כתב – „אם היה מומחה לרבים פטור“, היינו, לגבי הרישא של "מה שעשה עשוי". וכן דעת ה"עיתור", בעל "המאור" ורב האי גאון. והלכה כרב ששת, דאף בלא נשא ונתן וכן כתב הברטנורא.

**נתיבות המשפט [ח] ד"ה חוזר הדין** – הרי"ף פירש, דכל היכא דפטור מלשלם מחזירין הדין משום פסידא דבעל דין. **הרא"ש הקשה** עליו מספר קושיות ואחת מהן היא – „אמאי איצטריך לשינויי רב חסדא תרי מתני, כאן שנו"ו ביד וכאן בשלא נו"ו ביד, הא לא קשו אהדדי מידי. הא דקתני מחזירין במומחה שפטור מלשלם...והא דקתני מה שעשה עשוי כשאינו מומחה, דליכא פסידא דבעל דין, שהרי משלם מביתו“?

**ה"אור"ת" (סק"ה) תירץ** – במומחה שצריך דוקא שקיבלו אינו דומה לדיני נפשות, כי שם לא שייך קיבלו.

ולכן אף ביניהם, מבחינת המציאות, מכנה משותף ולא שייך להבדיל ביניהם מבחינה דינית ולומר, כי בדיני ממונות מחזירין ובעניני נפשות אין מחזירין. לכן לא שייך לומר, כי ההבדל בין המשנה (לב). לבריייתא הוא, אם הדיין מומחה או אינו מומחה. רק בלא קיבלום דיני ממונות שווה לדיני נפשות במציאות, כי בשני המצבים אין מדובר בקיבלום. לכן הרי"ף סובר, כי ההבדל בין מצב של

"מחזירין" ל"לא מחזירין" הוא כאשר במשנה לא נשא ונתן ביד ובלא קיבלום, כי מדובר בסנהדרין היכולים לדון בכפיה, כי מה שכתוב במשנה (ב:לב): "דיני ממונות בשלושה", ודאי מדובר בהדיוטות, כפי שהעמידה הגמרא לעיל (ג). את המשנה ובלא קיבלו, כי בקיבלו בדיין אחד מספיק ומשמע שמחזירין שכתוב בסוף המשנה הכוונה לגבי ג' ההדיוטות שברישא דמתניתין – "דיני ממונות בשלושה". אמנם לרש"י, לגבי רב יוסף, המעמיד את המשנה במומחה, אף שבדיין אחד מספיק, יסבור רש"י כי מה שנאמר

"דיני ממונות בג", אין הכוונה לעצם היכולת לדון, אלא לענין יכולתם לקבל עדות והודאה של א' מבעלי הדין.

ואין לחלק ביניהם, אם כן הם יהיו שווים בלא קיבלום ואז גם כן הדין קיים. **דחיית תירוץו ע"י ה"נתיבות" א.** לר"ף דיני נפשות דומה לדיני ממונות, היינו, כאשר הסנהדרין דנים בדיני ממונות, דודאי פטורין לשלם כי הם עדיפים מסמוכים אשר נטלו רשות מהנשיא, דהגדול שבהן הוא הנשיא עצמו. ועוד דבג' ודאי פטורים. ב. הרי לגירסת הר"ף, לפי תירוץ רב יוסף את המשנה – **באינו מומחה מחזירין** [גירסה שנדחתה ע"י הרא"ש וה"נימוק"י], שכתבו כי גירסת רש"י שהיא כגמרתנו היא הנכונה – **דבמומחה מחזיר**] יהיה קשה, כי בדיני נפשות הוא ודאי במומחה, אם כן יצא דאם דיני ממונות הוא כדיני נפשות, אם כן במומחה אין מחזירין כמו בדיני נפשות. וזה נגד גירסת הר"ף, אלא ודאי דהמשנה אומרת דבדיני נפשות לא שייך שמחזירים לחובה, מה שאין כן בדיני ממונות שכן מחזירים באינו מומחה. ונסתרים דברי ה"אורים ותומים" לגבי השויון בין דיני ממונות לדיני נפשות.

**תירוץ קושיית הרא"ש ע"י ה"נתיבות" – דהרי"ף לא רצה להעמיד את המשנה כאן, במומחה וקיבלו דפטור ולכן מחזירין, כי על כרחך מה שנאמר במשנה "דיני ממונות בשלושה" מדובר בג' הדיוטות. כדלעיל (ג.) ובלא קיבלו,, דבקיבלו בחד סגי, ומשמע דסיפא דמחזירין ארישא קאי. ואף לפי שיטת רש"י, דר"י מוקי מתני' דהכא במומחה, אם כן בחד סגי, די"ל דבעי שלושה לענין שיהיה ההודאה וקבלת עדות מהני כדלעיל (ג,ב)."**

**קושיית הרא"ש על הרי"ף – הרי לעיל (ג.) ענתה הגמרא על "אם טעו (= הדיינים), לא ישלמו" – כל שכן שאתה נועל דלת בפני הלווין", כי אם הדיינים לא ישלמו, יצטרכו הלווים לספוג את הנזק וימנעו מלהלוות. וקשה, על הרי"ף, אם לשיטתו, כאשר המומחה פטור מלשלם, תמיד מחזירים את הדין, אם כן, אך חשש שלא ילון, כי תמיד המומחה שטעה יחזיר את הדין וממילא לא יפסידו הלווים.**

**תירוץ ה"נתיבות" – קושייתו תמוהה, שהרי קושיית הגמרא אינה לפי שיטת רב חסדא [(ג.) תד"ה אלא], שהרי"ף פוסק כמוהו, וממילא זה אינו קשה עליו.**

**קושיית הרא"ש על הרי"ף – ב מס' סנהדרין (ה.) טעה רבה בר רב הונא [(כגירסתנו – "רבה בר רב חנה"). וה"נתיבות" מביא בשם הרא"ש – רב זוטרא, וקשה, כי עם רב זוטרא הרי לא היה אותו המעשה, כי בניגוד לרב זוטרא רבה בר רב הונא כן נקט רשותא והרא"ש מתייחס דוקא למקרה של רבה בר רב הונא המובא שם להלן] ואמר לו רב (כגירסתנו – "רבי חייא") אם קיבלוך אל תשלם והדין חוזר ואם לא קיבלוך קם דינא וכן תשלם. וקשה על הרי"ף – ,,ואיפכא מסתברא, דיותר ראוי להתקיים הדין היכא דקיבלוה עלייהו" לפי הרי"ף?**

**נסיון הנתיבות לתרץ את הרי"ף וחזרה מנסיון זה – וקשה על הרא"ש, דהא הוא עצמו מפרש, דבמומחה וקיבלו מחזירין כשיש גדול הימנו? אך יש לומר, דהרא"ש מקשה לשיטת הרי"ף דוקא, דהרא"ש כשלעצמו הרי סובר, דקיום הדין הוא משום קנס ולכן יש לקונסו יותר כאשר לא קיבלו, אך לר"ף דקיום הדין הוא מדינא, עליו באמת קשה קושיית הרא"ש.**

## (טז)

**קושיית הרא"ש על הרי"ף – לר"ף, דבמומחה אינו מחזיר ומשלם, מדוע פטר רבי עקיבא, שהיה גדול מרבי טרפון, מלשלם, הא רבי טרפון היה מומחה?**

**תירוץ ה"נתיבות" – א. כוונת הר"ף לענין "יש גדול הימנו", הוא כאשר המומחה נוכח בזמן הוראת הגדול ממנו ויש תביעה על המומחה, על אשר היה לו להימנע או להורות, ולכן חייב לשלם, כי כתוצאה מהוראתו בטעות, הזיקו, ואם היה אז נמנע מלהורות, היה התובע בא לפני הגדול יותר, אשר לא היה טועה והתובע לא היה ניזוק, אך אצל רבי טרפון המצב היה שונה, כי לא היה במקומו גדול ממנו, ויתכן, כי אם רבי עקיבא היה נוכח בדיון, גם הוא היה מטריף, כי רק חכמי יבנה הכשירוהו.**

**ב. הרי"ף ודאי מודה, כי מומחה וקיבלוהו פטור, כמובא בענין רב זוטרא, שאמר לו רב יוסף "אי קיבלוך...," אף דרב יוסף אוקמי מתני' במומחה בלא סיוג, היינו, אף בלא קיבלו, אלא ששם ב(ה.),**



שהעמידו את המשנה באינו מומחה, צריך להעמיד בקיבלו, אך לשיטת רב יוסף, שהעמיד את המשנה בלא קיבלו, אם קיבלו יהיה פטור, וממילא לא קשה מרבי טרפון על הרי"ף, כי רבי טרפון היה גם מומחה וגם קיבלוהו.

**סיוע ה"או"ת" לרי"ף** – במס' קידושין (עד.) הובא "נאמן הדיין לומר לזה זכיתי" ומקשה הגמרא – „ ליהדר ולידיניה“.

**וקשה**, אמאי אין מתרצין, שטעה בשיקול הדעת לרב ששת ור"נ. אמנם, לרי"ף אינו קשה ממה נפשך, כי בכל מקרה לא איכפת לבע"ד. אם הדיין משלם, ודאי שלא איכפת לו, ואם אינו משלם, הרי לשיטת הרי"ף הדין חוזר.

**דחיית הסיוע על ידי ה'נתיבו ת'** – כאשר הדיין משלם, קיים מצב, שכן איכפת לבע"ד, במקרה ואין לדיין ממה לשלם. אמנם, באמת, אין הדבר קשה משם. לש"ך (ס"ק כ"ט) ודאי שאינו קשה, כי הוא כתב שם, דרק כשהוציא כבר, יש מצב של קם דינא והרי אז, כשיש מצב של מחזק, אין צורך בנאמנות הדיין, אך כיוון שהדיין חייב לשלם, כי אדם מועד לעולם, לכן נחשב הוא למזיק ואינו נאמן כלל לומר על עצמו שטעה והזיק לחבירו וגם במומחה שפטור משום אונס, בלא ראייה, אינו נאמן, אלא רק במיגו, וגם אז דוקא להחזיק הוא נאמן ולכן אינו נאמן לומר שטעה.

**ביאור הש"ך ס"ק י"ד – א ות א'** – הש"ך סובר כהסמ"ע (ס"ק י"ד), דה"ל"א" בסעיף ג' (רא"ש וטור) חולקים גם על המחבר בסעיף ב', שכתב כשיטת רבו – הרי"ף, דכשהדיין פטור מלשלם חוזר הדין כדי שבע"ד לא יפסיד, ואילו הרא"ש והטור סוברים, דאינו חוזר. והסיבה היא, משום שכתב הרמ"א דבזמן הזה, כאשר מכריחים הקהל לדיין לדון, פטורים לשלם והדין קיים, אם כן לרמ"א אינו חוזר אף כשיש פסידיא לבע"ד.

כוונת הש"ך דרב חסדא מודה לר"ש, היינו, לענין תשלומין דחייב אף בלא נו"נ. ושיטת רב חסדא לענין נו"נ היא רק לענין דקם דינא בנו"נ.

ואף שדחק רב חסדא להעמיד ב"טיהר את הטמא", שעירב הדיין את הפירות, דבר הנראה לכאורה, שהוא כדי לחייב את הדיין, זה אינו נכון, כי כוונתו היתה רק כדי להעמיד את תירוצו גם אליבא דרבנן.

## **הפרכת קושיות הש"ך על הרי"ף ע"י ה'נתיבות' לגבי שיטת הרי"ף,**

### **דדינא דגרמי חל רק על דיני נזיקין ולא לגבי דיין**

המשך הש"ך (יד) ד"ה חוזר הדין – ב. הפרכת פסקו של הרי"ף, דלר' מאיר דינא דגרמי חל רק על דיני נזיקין, אבל לא לגבי דיין

סברת הרי"ף – „דאם כן אין לך אדם שאינו מומחה שיעשה דיין לעולם“.

**הש"ך** – זו אינה הוכחה, כי בב"ק (ק.) ובבכורות (לח:) העמידו בגמ' את המשנה כרבי מאיר, אע"פ שלא נשא ונתן ביד, ולא חששו לסברת הרי"ף. וגם ג' הדיוטות כשרים לכו"ע, ואם טעו משלמין ולא חוששין ל"א"כ לא ידונו לעולם". וכן נראה דעת התד"ה אלא במס' סנהדרין (ג.), שפירשו כי מדובר שם בלא נשא ונתן ביד. והגמ' שם רק חוששת "שאתה נועל דלת בפני לוויין" ולא את חששו של הרי"ף.

**הרי"ף** – כאשר טועה בדבר משנה ואין מצוי שיחזור לבעליו ונתברר כי הוא גרם לממון זה שיאבד, אם כן, אם דנים דינא דגרמי יהא חייב, ולמה יהיה פטור ויצא נשכר רק משום שטעה בדבר משנה.

**הש"ך** – זו אינה קושייה, כיוון שנאמר בפירוש בש"ס, כי בשיקול הדעת, כיון שקם דינא חייב, אך בטעה בדבר משנה כיון שהדין חוזר, הוא לא עשה כלום. וכבר השיגו ה"עיטור" וה"ב"ח" (שלא ראה שכבר ה"עיטור" השיגו).

**הרי"ף** – רב חסדא גם מעמיד את המשנה בנושא ונתן ביד (היינו כי בלא נו"נ, נחשוש שלא ירצו להיות דיינים).

**הש"ך** – זו אינה קושייה, כי רב חסדא רוצה להעמיד את המשנה גם אליבא דרבנן החולקים על ר"מ, אך אם קי"ל כר"מ גם רב חסדא מודה שמעמידים את המשנה בלא נו"נ ביד. ועוד דבעל "המאור", ה"עיטור", רא"ש ושאר הפוסקים פוסקים דלא קי"ל כרב חסדא.

(יז)

**לימוד זכות על הרי"ף** – כדי שלא נעמיד את הרי"ף כטועה גדול, שלא הבחין בין טועה בדבר משנה לטועה בשיקול הדעת, נאמר דהרי"ף סובר כהרא"ש, דלר"מ אפילו טעה בדבר משנה ולא עשה כלום וחוזר הדין, ויהיה חייב, כמו שחייב ר"מ שולחני שטעה, אף שאם היה לפנינו היה חוזר. והרי"ף סובר, כי בסוגייתנו רב ששת הוא אליבא דרבנן, ובכל זאת כשטעה בשיקול הדעת ישלם, כי לר"ש דיבור כמעשה ולכן לא שייך דינא דגרמי. ורב חסדא חולק על ר"ש וסובר דבשיקול הדעת לרבנן דיבור אינו כמעשה ופטור, ולכן אפילו גרמי אין כאן. ובמשנה בבכורות מדובר בנו"נ ביד ואז גם בטעה בדבר משנה חייב כי האכילה בידיים. מ"מ להלכה אינו כן אלא טעה בדבר משנה פטור לכו"ע ואפילו גרמי אין כאן.

**נתיבות המשפט [ח] ד"ה חוזר הדין – ביאור הש"ך לגבי קושייתו על הרי"ף** – הרי"ף מעתיק את דברי הגאון ומקשה על דבריו.

**הגאון** – מומחה שטעה בשיקול הדעת ולא נשא ונתן ביד קם דינא ופטור מלשלם. וראייתו, מ"עכברא דשכיב אדינר".

**קושיית הרי"ף** – זו אינה ראייה, כי שם לא היתה כלל טעות בשיקול הדעת.

**הגאון** – מומחה ושאינו מומחה, אשר טעו בשיקול הדעת ולא נו"נ, בשני המקרים קם דינא ופטורים. **קושיית הרי"ף** – אם כן, מה שאמרה המשנה (לג.) דמחזירין, והעמידה רב חסדא בלא נו"נ, כיצד יתכן שמחזירין, הרי להגאון במצב זה קם דינא ?

**הגאון** – מה שהעמדנו את המשנה של דן את הדין ונו"נ ביד, הוא כדי שלא נצטרך להעמידה כרבי מאיר, אך כיוון דקי"ל כר"מ, שאינו מומחה, אשר טעה בשיקול הדעת, אפילו בלא נו"נ, וכתנאי שלא שייך שיוחזר הדין וממילא הוא גרם להזיק ממונו, הוא יצטרך לשלם. והוא נגד מה שהעמדנו את המשנה דדוקא בנו"נ חייב. הרי"ף – לר"מ חייב בדינא דגרמי, רק בשאר דיני נזיקין, אך לא בדין. והוכחתו, דאם תחייבו משום דינא דגרמי, אם כן אפילו בטעה בדבר משנה, כשלא מצוי שיוחזר לבעליו, יהיה חייב.

**קושיית ה"נתיבות" על הגאון** – בתחילת דבריו לא העמיד כתנאי לפסקו, ש"אין הדבר מצוי לחזור" ולבסוף כן העמיד את זה כתנאי. מדברי ה"עיטור" משמע, כי הבנתו בדברי הגאון היא, שהגאון פסק כרב ששת, ולכן כתב הגאון בתחילה, דבין מומחה ולא מומחה ולא נו"נ קם דינא ומה שכתב בסוף, שהעמידו את המשנה דדן את הדין בנו"נ, כדי שלא תתפרש המשנה כר"מ, כוונתו דבכורות (כח:): העמידו משנה זו, ד"דן את הדין" בנו"נ, ומשמע דרק בנו"נ קם דינא, אך הוא רק כדי לא להעמידה כר"מ, אך לענין קיום הדין, אפילו בלא נו"נ. משמע מדברי ה"עיטור", דלא גרס בדברי הגאון את התנאי, ש"לא מצוי לחזור" ולכן הקשה ה"עיטור" וכן הש"ך על הרי"ף, מדוע הוא הקשה על הגאון מטעה בדבר משנה, הרי בשיקול הדעת, לפי פסק הגאון, קם דינא, כי הוא פסק כר"ש, דהוי מזיק ממש, בניגוד לטעה בשיקול הדעת, דלא עשה כלום.

**השגת ה"נתיבות" על תירוץ הש"ך** – תירוצו תמוה, כי אם הרי"ף סובר כהתוס', דכמס' סנהדרין (לג.) אמרו דטועה בדבר משנה לאו כלום עבד, הוא אליבא דרבנן, אם כן מנין לו להרי"ף להקשות על הגאון מטעה בדבר משנה, דהא אליבא דר"מ, באמת חייב בד"מ".

אמנם לפי גירסתנו ברי"ף בשם הגאון ("אם אין הדבר מצוי שיחזור"), קושיית הרי"ף מובנת, דבשיקול הדעת חוזר הדין, רק כשאי אפשר להחזיר, שאז חייב, אם כן מדוע בטעה בדבר משנה פטור ?

**ה"עיטור"** הבין, שכוונת הגאון לגבי העמדת המשנה של "דן את הדין" בנו"נ, הכוונה על רב חסדא, אשר העמיד בנו"נ את המשנה דוקא על פי רבנן, אשר פטור בלא נו"נ וחוזר הדין משום פסידא דבע"ד, בניגוד לר"מ המחייב אף בלא נו"נ ואין פסידא לבע"ד, כיוון דקם דינא.

**הפרכת קושיית הש"ך על תירוץ תד"ה כאן (לג.):** התוס' תירץ, דב - (לג.) מדובר במומחה אשר נסמך, ולכן הדין הוא שחוזר, אך ב(ה.), מר זוטרא היה מומחה שלא נסמך, לכן אמר לו רב יוסף, דבלא קיבלוך קם דינא.

**קושיית הש"ך** – תירוצו אינו נראה, כי ב-(לג.) משמע, שחוזר גם במומחה שלא נסמך לרב יוסף, **ועוד**, מדוע מקשים עליו שם, כי נאמר בסיפא שמומחה לרבים פטור, הרי יכל לתרץ, כי הוא מתכוון למומחה בלא סמיכה.

**הפרכת קושייתו ע"י ה'נתיבות'** – התוס' מחלק רק בלא קיבלו, אשר בניגוד למי שנסמך, קנסו מי שאינו סמוך, דהדין הוא דקם דינא, אך בקיבלו, גם בלא שהוא סמוך, אינו נחשב כי הגיס דעתו לדון יחידי, כי קיבלו עדיף מנטילת רשות ונט"ר עדיף מסמיכה (כדברי הש"ך עצמו ס"ק כ"ט אות ח').

**ה'נתיבות'** – ,, והנה לפמ"ש בסק"ה דעיקר הטעם במומחה משום דאניס, לא שייך סברא זו, ומבואר עוד כמ"ש בש"ך סק"ט".

**ה'נתיבות'** – ,, דאי לא תימא הכי, לא משכחת לה, שיהיה הדין של ג' הדיוטות קיים, דהא לעולם יש גדול מהן".

**ה'נתיבות'** – כי העיקר שהדיין עצמו יחזור מטעותו, וכיוון שהם אינם משיגים דבריו, אינם יכולים לחזור. ונראה, שהטעם הוא, כי הקבלה במומחה, אינה מעלה נוספת, אלא מטרתה היא כדי שבהודאה בפניו בעל הדין לא יוכל לחזור ממנה. והוא פטור מתשלום משום אונס (רא"ש). אך בג' הדיוטות, שהוא דבר נוסף (רא"ש), לכן בין לדין ובין לטעות הדין קיים ואין גדול מחזירו מהסיבה שכתב הש"ך, שאין בהשגתם להבין דברי הגדול. מוכח, כי אינו מועיל חזרת מומחה, כאשר נודע לו דהסוגיא כאידך, כי אם זו הכוונה, לא שייך לגבי ג' הדיוטות, שאי ידיעה כזו, נחשבת כחוסר יכולת להשיג. **ועוד**, שאם זה הטעות, תמוה לשון רש"י ב(לג.).

## (יח)

ד"ה במומחה, שיכול לומר "מאי חזית דטעמא פתרא עדיף", הרי יכול לברר לאן נוטה הסוגיא, אלא ודאי שהטעות היא, שפסק מכח איזה הכרעה שהיה בדעתו. **ועוד**, בחייב את הזכאי, כי לא ידע לאן נוטה הסוגיא, כיצד ניתן לפסוק ולהציא במקום של מחלוקת גדולים, אלא ודאי שהסוגיא היתה רק תוספת הוכחה לטעותו ואז זה נקרא טעות בשיקול הדעת, אך רק מכח הסוגיא אינו נחשב טעות כדי לחזור. אמנם, מהפוסקים משמע, שגם אי ידיעת הסוגיא, הנוטה לאידך, נקרא טעות בשיקול הדעת.

**ה'נתיבו ת'** – היינו, דאף שכתב (ס"ק כ"ט אות ג) דבממונות אין הדין קיים, רק כאשר היתה הוצאת מעות, אך באיסור והיתר, אפילו בדיבור קם דינא.

**ה'נתיבות'** – כי לפי "המאור" אין הוכחה, כי יכולין לומר דקם דינא רק כשהוציא ממון. אך אם אמרינן טעה בדבר משנה חוזר ודינו לאו דינא, שייך לומר שבע"ד, אשר האכיל דבר כשר לכלבים פשע, אם ק, ממה פחד רבי טרפון?

אך אם הדין אינו חוזר כאשר כבר נעשה המעשה, והוי כאילו נתגלה למפרע שבאמת טריפה השליך בע"ד לכלבים לא שייך לפטור הדיין שהטריף בפירוש משום פשיעותא דבע"ד".

**ה'נתיבות'** – ,, דתיכף בדיבור קם דינא".

**ש"ך** – ,, אלא משום דכיון דאוקמי רב חסדא למתני' דבכורות בנו"נ ביד אלמא דהיינו כרבנן דלא דייני דינא דגרמי, דאי לר"מ אפילו בלא נו"נ ביד".

**ה'נתיבות'** – היינו, כיוון דהעמידו למשנה דבכורות בנו"נ ביד ובכך מיירי הרישא דקם דינא, לכן הסיפא –"וחייב לשלם", מדובר גם בנו"נ ביד, לכן סוברת המשנה, דתשלום שייך רק בנו"נ – כרבנן, כי אם כר"מ וחייב לשלם כשאי אפשר להחזיר אפילו בלא נו"נ, אזי המשנה היתה צריכה להשמיענו דוקא את החידוש הזה וכיוון דברישא מדובר באותו אופן כמו הסיפא, ודאי שהתשלום הוא רק בתנאי של נו"נ ביד והיינו כרבנן.

## ה"קצות" משיג על הש"ך, לגבי קושייתו על ראיית הר"ן, הסובר שאין הבדל בין ממונא לאיסורא, לגבי דיין ד"לא קם דינא" מיד עם הדיבור

המשך ש"ך (יד) ד"ה חוזר הדין – ג. תירוץ ר"נ דכשיש גדול ממנו מחזירים, כיון שאין מי שחולק עליו, זה גם להלכה, כדברי הרא"ש וקושיית המהרש"א עליו אינה קושייה.

המשך קצות החושן (ה) הפרכת קושיית הש"ך על ראיית הר"ן – לפי הראב"ד והרשב"א, גם לרב חסדא המחייב נו"נ, כדי שיהיה מצב של קם דינא והדין אינו חוזר וחייב הדיין, כן הדין רק בממונות לפי רב חסדא, אך בדיני איסור, כגון טימא את הטהור ואסר את המותר מיד קם דינא, כיון דשויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, אך לר"ן אין הבדל בין ממונא לאיסורא, דגם אז לא קם דינא מיד בדיבור, דאם לא כן למה הגמרא [מס' סנהדרין (לג.)] מעמידה את המשנה לר"ח, שטימא בידיו את הטהור ע"י שרץ.

הש"ך דחה ראייה זו – דאגע בה שרץ, לא משום דלא קם דינא ע"י דיבורו, אלא משום שהגמרא רצתה להעמיד את המשנה כרבנן דלא דייני דינא דגרמי, שאז חייב לשלם רק בנו"נ ביד ע"י שרץ.

הפרכת הקושייה ע"י ה"קצו ת" – כיון דכבר נאסרה או נטמאה ע"י דיבורו, נגיעת השרץ אינה מעלה או מורידה יותר מדיבורו. ומה שהגמרא גם במס' בכורות (כח:) וב"ק (ק.) מעמידה את המשנה כרבנן ושנו"נ ע"י שרץ, הוא משום שהראב"ד והרשב"א סוברים כתוס' ורא"ש, שדיבור הוא ממש מזיק. ומטימא את הטהור מביאים דיבור זה הוכחה לדינא דגרמי ונגיעת השרץ מובאת רק אגב שאר הדעות שם בסוגיא, אך לש"ך שאינו סובר כתוס' ורא"ש שדיבור מזיק הרי זה אכן קשה.

אמנם קשה לרשב"א ולראב"ד, דכמו שאמרו כאן בשיקול הדעת, דאיסורא גרע מממונא וכבר בדיבורא קם דינא, אם כן מדוע הקשו בגמ' לרב ששת שסובר שהדין חוזר בטעה בדבר משנה מדין איסורא שדן רבי טרפון, הרי ניתן לומר שבאיסורא מודה רב ששת דמיד קם דינא, כי איסורא גרע מממונא גם בטעה בדבר משנה. ועיין להלן בש"ך ס"ק י"ד אות יח.

## הש"ך מוכיח כי אין הלכה כרא"ש בשם הראב"ד, הסוברים שאין הלכה כרב נחמן

המשך הש"ך (יד) ד"ה חוזר הדין – ד. הרא"ש בשם הראב"ד – אין הלכה כר"נ. וגם ביש גדול ממנו אין מחזירים, אך אינו משלם.

ש"ך – הלכה היא כן כר"נ, כי (א) משמע דר' יוסף [אשר חילק בין מומחה לאינו מומחה בסנהדרין (לג.)] עצמו סובר כתירוץ ר"נ (שחילק בין יש בגדול ממנו לאין גדול ממנו, שרק אז אין מחזירין), כי אחרי הקושייה על רב יוסף אין שם ניסוח של "אלא", שמשמעו חזרה מדברי ר' יוסף ור"נ מתרץ תירוץ של עצמו. (ב) אפילו אם ר' יוסף היה חולק על ר"נ, אמנם אין הלכה כר"נ באיסורי, אך הרי הלכה כר"נ בדיני [כתובות (יג.)] (ג) למעשה ר"נ מתרץ את הקושייה על ר' יוסף, וכ"כ ה"נ"י" [שם (י): מדפי הרי"ף], אך מה שכתב ה"נ"י" כי תירוץ של ר"נ אינו תלוי במומחה אינו נכון. (ד) ראיית הראב"ד היתה, משום שר' יוסף היה גדול

(יט)

ממר זוטרא ולא החזירו [סנהדרין (ה.)]. ניתן להפריך את ראייתו, כדברי התוס' (לג.) בד"ה כאן, החולקים על הראב"ד (רבינו ירוחם) וכן ה"מרדכי" והסמ"ג, דמר זוטרא לא היה מומחה בסמיכה, אך זה אינו, כי ב(לג.) משמע, שאף מומחה בלא סמיכה חוזר לר' יוסף. וכן הגמרא שם ב(לג.) יכלה לתרץ שמדובר במומחה בלא סמיכה ולא להקשות "והא קתני סיפא ואם היה מומחה...".

ה. אלא נראה לש"ך, כי במקרה של מר זוטרא מדובר שאין לו מה לשלם או שהלך למדינת הים. הש"ך הודף קושיות נוספות שלכאורה ניתן להקשות על כך.

ו. ונמצא דקיי"ל כר"ג, וכן כתבו ה"ע"טור, בעל "המאור" ופסקי תוס' ("טור") ב(לג.) סי' פ"ד. וכן קיי"ל כר' יוסף, דלא כ"נ"י, שכתב שר' יוסף מתכוון ב"מומחה" ל"גדול ממנו", של ר"ג, אלא כרא"ש. ונראה דלר"ג ב(לג.) ובכורות ברישא דמתני', מדובר ביש גדול ממנו, דאל"כ היאך נודע לו שטעה בשקול הדעת". כי בסיפא מדובר בכך דמומחה הוא, לכן הבין שטעה, אך ברישא שאינו מומחה מנין לו שטעה, אלא ודאי שיש גדול ממנו, שהסביר לו את טעותו בשקול הדעת ולכן ישלם מכיסו. ובסיפא, אם מומחה הוא, יבין שטעה ופטור מלשלם. וכעת ב-(לג.) מדובר ודאי גם במומחה ויש גדול ממנו ולכן מחזירין. ותחלה הקשו לר' יוסף מרישא דבכורות ששם מדובר ודאי ביש גדול ממנו, כי מדובר באינו מומחה ומאין ידע שטעה. אם כן בסנהדרין (לג.), שגם מדובר ביש גדול ממנו, מדוע מחזירין, הרי ברישא דמתני' דבכורות הובא, דאין מחזירין. והוכרח לתרץ כאן ב(לג.) במומחה וכאן [בכורות (כח:)] ברישא שאינו מומחה, כאשר יש גדול מעליו. ולר"ג הקשו ממתני' ב(לג.) שם נאמר דמחזירין, על הסיפא דבכורות, ושם מדובר על מומחה לרבים והוכרח לתרץ כאן שיש גדול הימנו. א"כ ר"ג ור"י צריכים זל"ז מה שחסר לזה גילה זה ולהפך. וכל זה כדברי ר' אבהו שקיי"ל כוותיה (ו.), כי מדובר שקיבלוהו עליהו במס' בכורות. ור"י עצמו סובר כר' אבהו במס' גיטין פ' המגרש, כדברי התוס' בריש (ה.).

ז. וכדברים אלו כתבו בפירושו הרא"ש ובעל "המאור" שגם הוסיף שזה לא כר"י וקיי"ל כר"ב האי גאון, דאין הלכה כר"ב חסדא אלא כר' יוסף, רב ששת ור"ג שאין חולקים זה על זה. וכן דעת ה"ע"טור, הראב"ן והרא"ה, אשר הובא ב"נ"י" ב-(לג.), רק שנראה מדבריו, כי גם באינו מומחה, אם יש גדול הימנו חוזר, כמו במומחה וזה אינו כמוכח לעיל.

## **פרטי ההבדלים בין מומחה וג' הדיוטות לגבי חזרת הדין, כאשר קיבלוהו**

### **או לא קיבלוהו ולגבי יש גדול ממנו או שאין גדול ממנו**

ח. מהו הדין במומחה ולא קיבלוהו ויש גדול הימנו אי מחזיר – האם דוקא באינו מומחה אינו מחזיר, כי לא היה לו לדון כלל (רא"ש) ולכן ישלם או שאפילו מומחה ישלם, כיון שבכל מקום מומחה ולא קיבלו, דינו כאינו מומחה וקיבלו, שאז אפילו יש גדול ממנו אינו מחזיר הדין א"כ גם כאן כך. ונראה שאכן כן הדין דאינו מחזיר, כמבואר בדברי בעל "המאור". והטעם, כי כמו באינו מומחה, אשר לגביו שייך הטעם, שאסור לו לדון יחידי, כן במומחה ולא קיבלוהו, כמוכח בירושלמי, שאמרו לר' אבהו "והא תנן אל תהי דן יחידי", היינו בלא קיבלו, כי ענה להם "שקיבלוני".

ט. אמנם, בג' הדיוטות ולא קיבלום לכאורה כיון שהם כב"ד ויכולים לדון לכתחלה, א"כ כשיש גדול מעליהם מחזיר אותם, אך מ"המאור" לא משמע כן, אלא דרק אם יש ביניהם אחד שגמיר וסביר מחזיר הגדול יותר מהם, אחרת הם נחשבים כיחיד מומחה. וכשלא קיבלו עליהם אסור היה להם לדון, אע"פ דיכולין לעשות כן מתקנתא דרבנן.

י. בג' הדיוטות וקיבלו עליהו דינם כיחיד מומחה וקיבלו עליהו – אם יש גדול האם הדין חוזר?  
בעל "המאור" – מה שעשה עשוי ומשלם מביתו, כמתני' דבכורות ברישא באינו מומחה. ואף אם יש גדול ממנו אינו מחזיר.

הרא"ש וה"טור – מה שעשה עשוי, ואפילו אם יש גדול אינו מחזיר, אך פטור מלשלם. וכיון שאין פוסק החולק על כך, כן הדין. ואין הגדול מחזיר, אף שדינם כיחיד מומחה, מ"מ כיוון שבפועל הם אינם מומחים, כיון דאין בהם השגה להבין דברי הגדול המחזירם, יכולים בעלי הדין לומר, אנו כבר קיבלנו עלינו הדיוטות אלו שאינם מומחה. הרא"ש אינו משתמש בטעם זה, ביחיד שאינו מומחה וקיבלו, אלא בטעם ד"הואיל ונשתדל לדון יחידי", כי הוא רצה להסביר דבר אחר, מדוע אומרים מה שעשה עשוי וישלם מביתו, כי יכל לומר אני מבין דברי הגדול ויחזרוני, לכן נזקק לטעם של "הואיל ונשתדל...", כדי להסביר למה ישלם מביתו.

יא. ג' הדיוטות ולא קיבלו עליהם ויש אחד מומחה – גמיר וסביר.

אם יש גדול ממנו מחזיר, כי כל הסיבות דלעיל, המסבירות מדוע אין מחזיר, אינן קיימות במקרה זה. וכן סובר בעל "המאור". וגם פטורים מלשלם כשאין גדול, אך כמעט כולם חולקים על פרט זה וסוברים שאז חייב לשלם. כן סוברים הרא"ש, רבינו ירוחם, הטור ושאר אחרונים וכן הרמ"ה שהובא בטור וה"נ"י, כי ג' המומחים אינם סמוכים וכ"ש במומחה אחד. וכן נראה הדין, משום שלא קיבלו עליו ודנו בכפייה ולכן טעותו של המומחה אינה אונס, אלא רק כאשר קיבלו עליהו.

**יב. כשיש גדול ומחזיר, סובר בעל "המאור" שפטורים לשלם, וחולקים עליו הרא"ש והטור שכן משלם.**

הם חולקים והולכים בכך לשיטתם, דגם אם יש גדול אין מחזיר ואין הלכה כמוהם, כי רוב הפוסקים סוברים דגדול מחזיר. ואינו קשה על "המאור" קושיית הרמב"ן ב"מלחמות" מסכתות (פד:), דמשמע דבדיינים בגדול אין מחזיר והם מומחים, כי שם מדובר

(כ)

שיש לפחות אחד דגמיר, אך לא דגמיר וסביר, ובוזה גם הוא מודה דאין מחזיר. וגם קושיית הרמב"ן עליו מחולקין (מג:): אינו קשה, כי מניין לו שהיו שם ג', הרי מפשטות הגמ' שם, רבא הורה שם לחוד. ועוד ששם הוא בידיו האכילה לכלבים, כדברי התד"ה זיל שם והרי"ף סובר כדברי הרמב"ן. אמנם מה שכתב "המאור", דאף בנו"נ פטור כבר בואר לעיל דזה אינו.

## שיטות רש"י והרי"ף לגבי מומחה ו"קיבלוהו" בממון ובאיסור והיתר

**יג. סיכום – (א) כשיש בג' מומחה אחד, או מומחה לחוד, גדול מהם מחזיר. ובשאר מצבים אין גדול מחזיר.**

**(ב) כשאין גדול –** מומחה שקיבלוהו אין חזרה, אך פטור מלשלם. ובג' שלא קיבלו ויש מומחה, ישלמו הטועים. **(ג)** האכיל לכלבים קודם שהחזיר הגדול את הדין או שהלכו למדינת הים אינו משלם. ובודאי כן במומחה וקיבלו. **(ד)** בג' ולא קיבלו וביניהם מומחה חייבים לשלם, אף בלא נו"נ כשאין גדול וא"א להחזיר, כי דנו בכפייה ואינו כטעה בדבר משנה, כי שם חוזר הדין מיד מעצמו ואינו אשם במה שבע"ד האכילה לכלבים, אך אינו יכול לחזירו, בפרט שמפורש בבעל "המאור" שפטור לשלם, ומטעמו של רש"י לעיל, שאומר הדיין אם היה כאן היה חוזר להכשרו על פי גדול. לכן נראה כי במצב זה הם פטורים מלשלם.

**יד.** מרש"י משמע דטועה בשקול הדעת אפילו הדבר לפנינו כיוון דקם דינא, אין הבשר מוכשר (אלא במומחה וקיבלו עליהו או מומחה וג'), "כיון שהוא מומחה וחוזר, לא אמרינן 'שוויה עליה חתיכא דאיסורא' ויכול לחזור ולהתיר". וכן נראה מר"ע מברטנורא ומתשובת ר"ע לר"ט, ולא כדברי בעל "המאור", דמשום פשיעותא נגעו בה. וכ"כ הר"ן בשם הראב"ד, רשב"א ורמב"ן. והני מילי, מטומאה לטהרה ואיסור להיתר, אך בחיוב וזכות חברו, המומחה ממנו חוזר ומזכה.

והר"ן הקשה עליהם, דאם מה שעשה עשוי, למה רב חסדא, למסקנה, מעמיד בטימא את הטהור דאגע בה שרץ. ולא קשה על המשנה ב(לב:), אם אנו מפרידים בין איסורא לדיני ממנות וי"ל כיון דכבר הורה לאיסור אינו יכול להתיר לרב ששת, דגם כמוהו ההלכה. ועל כן אינו חולק ר"ח עליו כי שוויה עליה חתיכא דאיסורא ורק בממון הם חלוקים.

**טו.** הרי"ף כתב, דטעמו של רב חסדא הוא משום הפסד ממנו של בעל הדין, אך ה"עיסור" והרא"ש דחו את נימוקו בראיות והראב"ד, רשב"א והרמב"ן גם אינם סוברים כמוהו, כי אחרת לא יהיה הבדל בין ממון לאיסורא, כי גם באיסורא היכן שיש הפסד לבעל הדין כגון שלא נו"נ ביד לא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו, אם כן יהיה דין זה גם באיסור והיתר, כאשר לא נו"נ, ואם לא תחזור להכשירה יהיה הפסד לבעל הדין. לכן נראה כי הם חולקים על הרי"ף בנימוקו, כמו שכתב הרמב"ן ב"מלחמות" (יא:), דטעמו של רב חסדא הוא – "משום דכל היכא דלא עביד בהו עובדא לא אלים למהוי דיניה דינא כיון

דטעה", ולכן ב"מומחה ונט"ר או קיבלו דפטור מלשלם". ועוד נראה "כיון דהעיקר דלית הלכתא כרב חסדא...א"כ נהי דבעלמא פסקא כהר"ף, מ"מ לענין איסור והיתר, לא רצו הראב"ד וסיעתו להקל, ופסקו כמו שהוא עיקר לענין הדין".

**קצות החושן (ה) ד"ה חוזר הדין** – „עיינ ש"ך (ס"ק י"ד) שהעלה, דקם דינא אפילו מומחה וקיבלוהו, אך ביש גדול מחזירין וע"ש שכתב גם בטמא את הטהור, היכא דיש גדול מחזיר אם הוא מומחה וקיבלו או ג' הדיוטות שיש בנייהו חד מומחה אפילו לא קיבלוהו ע"ש".

**"קצוה"ח" מקשה על השוואת הש"ך בין ממונות לאיסור והיתר, לגבי הצורך לפחות בדין מומחה אחד בב"ד של ג' הדיוטות אם קיבלוהו. בממונות אם אין מומחה אחד לפחות או „חזרה דעכשו לא מיקרי חזרה לפי שאין יודעין בטיב הדין“, אך באיסור והיתר, „אע"ג דהם הדיוטות כיון דקיבלוהו כמו מומחה וקיבלו לדעת הש"ך, אם כן מאן מעכב“.**

**המשך הש"ך (יד) ד"ה חוזר הדין – טז.** כיון שהלכה כרב ששת, יכול לחזור ולהתיר באיסורא, רק אם בענין כזה יוכל להחזיר בדיני ממונות ולהוציא חזרה את הכסף ששילם לחבירו. ואפשר שכן דעת הראב"ד והרשב"א דסבירא להו דהלכה כרב ששת ולכן אין קשה עליהם קושיית הר"ן. ומטעם זה כתבו הרא"ש ורבינו ירוחם, דאם יוכל הדיין השני להוכיח לראשון כי טעה בדבר משנה יחזירוהו, ואם חלוק עליו בשקול הדעת, כי סברתו נוטה להתיר מה שאסר הראשון ואינו יכול להוכיח מהמשנה או מאמוראים, יאמר לו אני אומר כך אך איני מתיר מה שאסרת ושיתתה עליך חתיכא דאיסורא ואיני יכול להחזיר רק ממשנה או גמרא.

**המשך קצות החושן (ה) הפרכת קושיית הש"ך על ראיית הר"ן** – לפי הראב"ד והרשב"א, גם לרב חסדא המחייב את הנו"נ, כדי שיהיה מצב של קם דינא שהדין אינו חוזר והדיין יתחייב, זה נסוה רק בממונות לפי רב חסדא, אך בדיני איסור, כגון טימא את הטהור ואסר את המותר מיד קם דינא גם בלא נו"נ, כיון דשויה אנפשיה חתיכא דאיסורא, אך לר"ן אין הבדל בין ממונא לאיסורא, דגם אז לא קם דינא מיד בדיבור, דאם לא כן למה הגמרא [מס' סנהדרין (לג.)] מעמידה את המשנה לר"ח, שטימא בידיו את הטהור ע"י שרץ.

**הש"ך דחה ראייה זו** – דאגע בה שרץ, לא משום דלא קם דינא ע"י דיבורו, אלא משום שהגמרא רצתה להעמיד את המשנה כרבנן דלא דייני דינא דגרמי, שאז חייב לשלם רק בנו"נ ביד ע"י שרץ.

**הפרכת הקושייה ע"י ה"קצות"** – כיון דכבר נאסרה או נטמאה ע"י דיבורו, נגיעת השרץ אינה מעלה או מורידה יותר מדיבורו. ומה שהגמרא גם במס' בכורות (כח:) וב"ק (ק.) מעמידה את המשנה כרבנן ושנו"נ ע"י שרץ, הוא משום שהראב"ד והרשב"א

## (כא)

סוברים כתוס' ורא"ש, שדיבור הוי ממש מזיק, ומטימא את הטהור מביאים דיבור זה הוכחה לדינא דגרמי ונגיעת השרץ מובאת רק אגב שאר הדעות שם בסוגיא, אך לש"ך שאינו סובר כתוס' ורא"ש שדיבור מזיק הרי זה אכן קשה.

אמנם קשה לרשב"א ולראב"ד, דכמו שאמרו כאן בשיקול הדעת, דאיסורא גרע מממונא וכבר בדיבורא קם דינא, אם כן מדוע הקשו בגמ' לרב ששת שסובר שהדין חוזר בטעה בדבר משנה מדין איסורא שדן רבי טרפון, הרי ניתן לומר שבאיסורא מודה רב ששת דמיד קם דינא, כי איסורא גרע מממונא גם בטעה בדבר משנה. ועיינ להלן בש"ך ס"ק י"ד אות יח.

**המשך הש"ך (יד) ד"ה חוזר הדין – יז.** הרא"ש ורבינו ירוחם לשיטתם, שפסקו כרב ששת, שאינו יכול לחזור ולהתיר דקם דינא. אמנם התוס' [מס' ע"ז (ז.)] כתבו דגם בטעה בשקול הדעת יכול להחזיר, אך את זה הם שם אמרו לפי האוקימתא של רב חסדא דמדובר בנו"נ, אך למאי דקיי"ל כרב ששת דאפילו לא נו"נ, מה שעשה עשוי, בשקול הדעת אינו מחזיר.

## קושיית הש"ך על סתירה בדברי הרמ"א ותירוצו של ה"קצות" וה"חכם צבי" ותירוץ ה"נתיבות" על סתירה בדברי הראב"ד

יח. אם כן פלא כיצד פסק הרמ"א [יו"ד (רמב,לא)] דאף בשקול הדעת יכול לנסות להניא את הדין הראשון מפסקו עד שיחזור, כדברי הר"ן. (א) הר"ן עצמו כתב דלמעשה אין בו כח לחלוק על הראב"ד, רמב"ן והרשב"א. וכן גם דעת הרא"ש ור' ירוחם. (ב) ועוד דהר"ן פסק כך לשיטת הר"ף שפסק כרב חסדא, אך אנו כרב ששת קיי"ל דאינו יכול לחזור ולהתיר כדברי רש"י ור"ע ברטנורא. והרמ"א עצמו כתב להלן בסעיף ג' את פסקם כרב ששת, א"כ כיצד כתב להפך ביו"ד וצ"ע.

**קצות החושן (ה) ד"ה חוזר הדין: תירוץ הקושייה השניה של הש"ך על הרמ"א** – ישנם ב' הבדלים בין ממונא לאיסורא. א. בדיני ממונות קם דינא משום דהוא מוחזק, כי בחייב את הזכאי בעינן דהכסף כבר יצא מהנתבע, אך הוצאת כסף לא שייך באיסור. ב. הטעם של "מה שעשה עשוי" הוא, משום דבעל דין יכול לומר "טעמא קמא דידך עיקר ועכשיו טעית" [רש"י במס' סנהדרין (לג.)]. ובאיסור שאין בעל דין, זה לא שייך. וכן כתב הש"ך, שבאיסור קם דינא משום דשויה עליה חתיכא דאיסורא. וכיון דזה אינו לדעת הר"ן גבי דין, אם כן גם לרב ששת הדר דינא. ואי נאמר דשויה עליה חתיכא דאיסורא, אם כן מטעם זה גם לרב חסדא מיד קם דינא, ואינו קשה לדברי הרמ"א. ולפי זה ודאי ששם (לג.) מדובר דנגע בו שרץ, אלא שהדין לא חשב על כך. וכן בחייב את הזכאי י"ל דכבר נתן הכסף, כי אחרת הדר דינא לרמ"א, אלא דלא אסיק אדעתיה דהדיין נו"נ. ואם כן מה דמשלם מביתו, הוא כיון דלאו כלום עבד. והא דטועה בדבר משנה פטור מהאי טעמא, אף דאי אפשר למיהדר, כי הדיין לא עשה כלום. אם כן הוא הדין בטימא את הטהור, אלא,,דהשתא אי אפשר למיהדר כיון דעל ידי דיבור הדיין לא היו אצלו בחזקת משומר...".

**אמנם תמוה יותר דברי הרמ"א [יו"ד (רמב,ב,לא)]** – ,ואפילו התיר הראשון וכבר חלה הוראתו, אין לשני לאסור מכה שיקול הדעת". וקשה,,היכי משכחת לה טיהר את הטמא ישלם מביתו, והיינו, בעירוב עם פירותיו, הא כיון דעירבן כבר חלה הוראתו וקם דינו ומה ישלם. ונראה, דהיינו, שכתב אין לשני לאסור, אבל הראשון גופיה יכול לאסור, אם ידע שטעה בשיקול הדעת. דהא אפילו מאיסור להיות יכול לחזור החכם. וכמו שכתב הרמ"א, דיכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור, ומכל שכן דיכול לישא וליתן עמו עד שיחזור מהיתר לאיסור, אלא דאם לא חזר הראשון, אין השני יכול לאסור, ותו לא קשה מטיהר את הטמא, דהא כבר כתבנו בשם תמים דעים, דהא דמשלם מביתו, היינו דוקא בירא שמים ומודה שטעה ועיין בס"ק ב'. וכיון שמודה שטעה הרי מיתסרא על פי הראשון גופיה ולהכי צריך לשלם".

כעת נוכל להסביר את דברי המשנה בטיהר את הטמא "מה שעשה עשוי וישלם מביתו", היינו, אם אינו מודה שטעה אין השני יכול לאסור ואם מודה שטעה ומיתסר הפירות על ידי עצמו, ישלם מביתו".

**המשך נתיבות המשפט [ח] ד"ה חוזר הדין [ד"ה (הפנימי) ועתה]** – ה"חכם צבי" (סל' נו"ג) מתרץ את קושיית הש"ך וכותב, כי לעולם בטעה בשיקול הדעת, אפילו לא נו"נ ביד, אינו חוזר וגם אין גדול ממנו יכול להחזירו מהוראתו, אלא שכל זה הוא בתנאי, שכבר היה מעשה, כגון, שכבר הוציא מעות, אך ביו"ד מדובר שעדיין לא נעשה המעשה, לכן הגדול מחזיר.

אמנם, היקשה ה"תומים" (סקל"ג) על קושייתו, אך את קושייתו ניתן לתרץ. קושייתו (אשר נכתבה ע"י ה"נתיבות" מאד בקיצור) היא, דהא אמר רבי טרפון "ועוד, דאפילו בשיקול הדעת טעית, מומחה את", היינו, דבלא מומחה היה חייב. וקשה על ה"חכם צבי", דגם באינו מומחה היה ליה לפטור, דלרבנן טעה בדבר משנה פטור, כיון "דאילו היה קמן הוי הדר", אם כן אין הבדל בין זה לטעה בשיקול הדעת והיה צריך להיות פטור מאותו טעם של "ואילו היה קמן", גם באינו מומחה.

**ויש ליישב קושייתו**, אך לפני כן יש ליישב לכאורה סתירה עצמית בדברי הראב"ד, דהרא"ש הביא בשמו, דאפילו יש גדול ממנו, אינו מחזיר, ואילו הר"ן במס' ע"ז הביא משמו, דבאיסור והיתר קם דינא אף דבדיני ממונות חבירו, המומחה ממנו, חוזר ומזכה.

**ויש ליישב הסתירה בדברי הראב"ד**, דבמס' ע"ז לא שייך לומר דחוזר, דבאיסורא שוויה עליה חתיכא דאיסורא, דבר שאינו שייך קודם מעשה בדיני ממונות, כבמס' סנהדרין (לג.). רב יוסף סובר שם, דבאינו



מומחה, אינו חוזר גם לפני מעשה, אף דקיבלו, דמי שמהו לשופט לדון שנית ולחזור בו. לרב נחמן, דלשיטתו העיקר תלוי בכך שהדיין בעצמו יכיר בכך שטעה וחוזר, כדברי הש"ך דבג'

### (כב)

הדיוטות קם דינא, כי אינם משיגים מהו טעותם. ולכן, כשאין גדול ממנו, יכול לומר "מאי חזית" ורב ששת סבירא ליה דבשיקול הדעת גם גדול אינו מחזירו, אף לפני המעשה, אך בנעשה מעשה סובר הראב"ד דלכולי עלמא אין גדול מחזירו, כיוון דלא נאמר כמי הלכה, לכן אין מוציאין מהמוחזק (רא"ש). ולכן פסק הרמ"א ביו"ד כר"ן, החולק על הראב"ד, שאין לדעתו הבדל בין איסור והיתר לבין ממונות ולכן חוזר, אך כאן אינו יכול להחזיר אף ביש גדול ממנו, כיוון שכבר נעשה מעשה. וגם כשאין מעשה, אם אין גדול ממנו, אינו חוזר, כדברי רב נחמן, שהראב"ד פסק כמותו. ובאיסור והיתר לא שייך "מאי חזית", כי עד א נאמן באיסורין. ולכן חוזר אף באין גדול ממנו. וקושיית הש"ס היא אליבא דרב ששת, הסובר, דאפילו ביש גדול אינו מחזיר, אפילו לפני מעשה, זאת אומרת דסובר, דבדיבור קם דינא. ואם כן הוא הדין באיסור והיתר וקושיית הש"ס במקומה.

**קצות החושן (ה) ד"ה חוזר הדין: תירוץ הקושייה השניה של הש"ך על הרמ"א – ישנם ב' הבדלים בין ממונא לאיסורא. א. בדיני ממונות קם דינא משום דהוא מוחזק, כי בחייב את הזכאי בעיני דהכסף כבר יצא מהנתבע אך בהוצאת כסף לא שייך באיסור. ב. הטעם של "מה שעשה עשוי" הוא, משום דבעל דין יכול לומר "טעמא קמא דידך עיקר ועכשיו טעית" [רש"י במס' סנהדרין (לג.)]. ובאיסור שאין בעל דין, זה לא שייך. וכן כתב הש"ך, שבאיסור קם דינא משום דשויה עליה חתיכא דאיסורא. וכיון דזה אינו לדעת הר"ן גבי דיין, אם כן גם לרב ששת הדר דינא. ואי נאמר דשויה עליה חתיכא דאיסורא, אם כן מטעם זה גם לרב חסדא מיד קם דינא, ואינו קשה לדברי הרמ"א. ולפי זה ודאי ששם (לג.) מדובר דנגע בו שרץ, אלא שהדיין לא חשב על כך. וכן בחייב את הזכאי י"ל דכבר נתן הכסף, כי אחרת הדר דינא לרמ"א, אלא דלא אסיק אדעתיה דהדיין נו"נ. ואם כן מה דמשלם מביתו, הוא כיון דלאו כלום עבד. והא דטועה בדבר משנה פטור מהאי טעמא, אף דאי אפשר למיהדר, כי הדיין לא עשה כלום. אם כן הוא הדין בטימא את הטהור, אלא, דהשתא אי אפשר למיהדר כיון דעל ידי דיבור הדיין לא היו אצלו בחזקת משומר...".**

**אמנם תמוה יותר דברי הרמ"א [יו"ד (רמ"ב, לא)] –**, ואפילו התיר הראשון וכבר חלה הוראתו, אין לשני לאסור מכה שיקול הדעת". **וקשה**, היכי משכחת לה טיהר את הטמא ישלם מביתו, והיינו, בעירבן עם פירותיו, הא כיון דעירבן כבר חלה הוראתו וקם דינו ומה ישלם. **ובראה**, דהיינו, שכתב אין לשני לאסור, אבל הראשון גופיה יכול לאסור, אם ידע שטעה בשיקול הדעת. דהא אפילו מאיסור להיתר יכול לחזור החכם. וכמו שכתב הרמ"א, דיכול לישא וליתן עם המורה עד שיחזור, ומכל שכן דיכול לישא וליתן עמו עד שיחזור מהיתר לאיסור, אלא דאם לא חזר הראשון, אין השני יכול לאסור, ותו לא קשה מטיהר את הטמא, דהא כבר כתבנו בשם תמים דעים, דהא דמשלם מביתו, היינו דוקא בירא שמים ומודה שטעה ועיין בס"ק ב'. וכיון שמודה שטעה הרי מיתסרא על פי הראשון גופיה ולהכי צריך לשלם...".

כעת נוכל להסביר את דברי המשנה בטיהר את הטמא "מה שעשה עשוי וישלם מביתו", היינו, אם אינו מודה שטעה אין השני יכול לאסור ואם מודה שטעה ומיתסר הפירות על ידי עצמו, ישלם מביתו...".

## מחלוקת ה"ראשונים" אם ג' הדיוטות דינם שווה למומחה ובמה שונה

### דינם

**ש"ך (טו) ד"ה וג' הדיוטות דינם כיהיד מומחה – א. רמב"ם, הרא"ש והטור – בלא קיבלו, אינו חוזר ומשלם ובקיבלו אינו חוזר ופטור מלשלם. וכל זאת כאשר יש ביניהם חד דגמיר, שאל"כ בלי קיבלו פסולים לדון וחייבים לשלם.**

**ב. בעל "המאור", תשו' מהר"ם שב'מרדכי' (סנהדרין סי' תרע"ו) ורש"י – אף על גב שקיבלו אינו חוזר וישלמו. וכן דעת הר"ף והרמב"ם, כי לא חילקו ולא ביארו דין ג' הדיוטות. [א"כ יש להבין, מדוע**

כתב הש"ך בתחלה דהרמב"ם לשיטתו סובר כהרא"ש. ואם נאמר כי כוונתו לרמב"ם בהל' סנהדרין (ו, ב) לגבי דין יחיד מומחה, והרי הוא מה שכתב בסעיף זה השו"ע, שבמומחה הדין חוזר ורק אם א"א להחזיר פטור מלשלם. וי"ל דכוונת הש"ך לעשות נקודה אחר "להרמב"ם כפי שיטתו", היינו שחולק על הרא"ש].  
ג. **ראיית הרא"ש לפטור ג' הדיוטות שקיבלום עליהם** – „דכיון דבלא קבלינהו נמי יכולים לדון בע"כ, אהני הא דקיבלוהו לפוטרין“.

ש"ך – זו הוכחה מופרכת, כי בעל כורחו הם יכולים לדון רק כשאינו רוצה הנתבע לדון כלל או לדון בעירו, אך כשמוכן בעירו לדון בפני ב"ד אחר, אינם יכולים לדון בע"כ ולכן בדנהו בע"כ אף שהיה מוכן לדון בפני ב"ד אחר, ישלמו אם טעו. וכן כתב הרא"ש עצמו (סנהדרין פ"א סי' ב) ושאר פוסקים. אמנם במומחה וקיבלוהו פטור לא מטעם שכתב הרא"ש, אלא משום שדינו כאנוס, כי אין סיבה שיטעה ("המאור").

ד. ראייה לכך מב"ק (צט:), לגבי טבח אומן שקלקל, ששם לא שייך הרי טעמו של הרא"ש, והדיוט שם חייב ומומחה פטור, משום שנחשב כאנוס. וכן פירש שם רש"י בד"ה אומן. ואם כן הדין כאן בג' הדיוטות שחייבים לשלם.

ה. מהירושלמי [סנהדרין (א,א)] שאמרו שם, דישראלם כי הגיס דעתו לדון יחידי, אינו ראייה, כי בג' הרי גם חייבים לשלם **ועוד**, דשם הוא למ"ד דיחיד אינו כשר לדון, היינו שלא כדין תורה אא"כ קיבלוהו. ואין להקשות דבשולחני הרי לא שייך דיין יחידי, כי שם מדובר שניתן להחזיר, אך בשולחני לא שייך להחזיר, כי הלך למדינת הים. והעיקר שאין להקשות מן הירושלמי, כי לשיטתו אין

### (כג)

דינא דגרמי והתשלום הוא רק משום קנס. ולכן לולא הטעם שהגיס דעתו לא היה כלל סיבה לחייבו, אך לדין ג' הדיוטות חייבים משום דינא דגרמי.

**קצות החושן (ו) ד"ה ושלשה הדיוטות דינם כיחיד מומחה (טור ורא"ש)** – והטעם הוא, כי אם הוא מומחה וקיבלו הוא פטור, כי יכול לדון בעל כרחם גם בלא קבלה. ולכן אם גם קיבלו פטור מתשלום כשטעה. ולכן גם ג' הדיוטות פטורים כשקיבלו, אך "המאור" כיון שהוא סובר שבמומחה וקיבלו פטור משום שהוא אנוס, הוא גם לכן סובר דג' הדיוטות בקיבלו, כיון שלא אנוסם לדון יהיו חייבים. ובמומחה כיון דאין הקבלה גורמת את הפטור, גם בלא קיבלו אם אינו בכפייה, שהוא גורם החיוב, יהיה פטור משום דאנוס. על פי זה תתיישב קושיית התוס' [מס' סנהדרין (ה.)] ודברי ה"מרדכי" שם (אות תרע"ה).

**הש"ך הכריע כדעת "המאור"**, דבמומחה וקיבלו פטור משום אנוס. וראיתו מטבח אומן שקלקל [ב"ק צט:]: ומראה דינר לשולחני, דבמומחה פטור משום אנוס, דמזל רע גרם לו את טעותו. וקשה דיש הבדל, כי שם ודאי שמזלו גרם ולא חוסר ידיעתו, כי חייב להיות מומחה כמו דנכי ואיסור שידיעתם היתה מושלמת, אבל הדין הגדול ביותר עלול תמיד לטעות ולכן אינו אנוס, בפרט שנחשב לו טעות כשפסק נגד רב אשי ורבינא אף שלא ידע דעתם. כעת שהמנהג שדיינים לוקחים שכר, נראה לפי "המאור", שמומחה וקיבלו יהיה חייב, שאינו דן באנוס, כמו בטבח אומן אף שנוטל שכר. ואף במומחה הוי כשומר שכר.

**נתיבות המשפט [ג] – ב"קצוה"ח** כתב (בד"ה לענ"ד, הוצ' מכון ירושלים) כי דיין אף שהוא מומחה צריך לאגמורי, וכן במראה דינר לשולחני חייב במומחה כי צריך לאגמורי.

**ואין דבריו נכונים**, כי יש הבדל. שולחני אם צריך עדיין להתמחות, אסור לו לחוות דעה על הדינר, אך דיין, כיון שהגיע להוראה ומחויב להורות ודאי שדומה למומחה שאינו צריך לאגמורי, כדי שיהיה דיין.

**מה שהקשה הש"ך על ה"יש חולקין"** שתירצו על קושיית "לימא ליה טעה בדבר משנה", דר"ע סובר כר"מ, זה אינו קשה, כי אם לפי ר"מ, מפילו מומחה היה חייב ומדוע אמר לו ר"ע "מומחה אתה".

**נתיבות המשפט [ט] ד"ה וג' הדיוטות** – הש"ך הירבה להביא פוסקים, החולקים על כך דג' הדיוטות הינם כיחיד מומחה, אך נראה כדברי ה"תומים" (סק"ו), דאין ביניהם מחלוקת, כי אם אמרו בפירוש, "הרי אתם מקובלים עלינו", ודאי שהם פטורים, דלפי מה שתירצו במס' סנהדרין (ג.) – "כל שכן שאתה נועל דלת לפני הלווין" לא שייך טעם זה, שהרי מרצונם קיבלום עליהם. והפוסקים המחייבים סוברים, שזה

מדובר כאשר באו לדון בפניהם בסתם, כי אם מדובר בקבלה בסתם, ובכל זאת יהיו פטורים, יהיה קשה תירוץ הש"ס, כי נצטרך לחלק בין תובע, שודאי רוצה לדון, לבין הנתבע, כפי שמחלק ה"תומים", וזה דוחק, כי במקרה כזה לא היו הפוסקים מתעלמים מכך וסותמים דבריהם, אלא כותבים את זה בפירוש. כללי פסיקה – כאשר אין הרוב מסכים מטעם אחד או טעם אחד משני מקראות וקושיית הש"ך על כך וההבדל בין ממון לאיסור

ש"ך (יט) ד"ה אפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד – א. אמנם באיסור דאורייתא אין הולכים אחרי רוב המקילים, כאשר אין הרבים לפנינו ואנו מסופקים מתוך חיבורי הפוסקים, כי אז אנו חוששים שמא העיקר כפוסק המחמיר.

ב. רמב"ם הל' סנהדרין (י, ה) – „שנים שאמרו טעם אחד אפילו משני מקראות אין נמנין אלא אחד“. "כס"מ" – כוונת הרמב"ם, דלא מבעיא אם הוא ממקרא אחד דלא חשיבי אלא כחד, אלא אפילו אמרו טעם אחד משני מקראות הם נחשבים כחד, משום דקיי"ל, דלא נכתבו שני מקראות לטעם אחד. ומשמע שאם הם ממקרא אחד, הם כן נחשבים לשנים. ש"ך – זה תמוה שהרי אם הרוב מחייבים להרוג ע"פ מקרא אחד, ודאי שהורגים. ועוד תימה וכי סנהדרין ידונו רק כאשר ימצא לדין אחד ל"ו טעמים, אלא ודאי שמילת "אפילו" ט"ס הוא ברמב"ם.

ג. בדיני ממונות קיי"ל להקל לנתבע ולהחמיר לתובע בספק. ולכן כשם שבאיסורא דאורייתא אין הולכים אחר רבים לקולא כאשר הם מסכימים מטעמים שונים, כך אין מוציאים ממון במצב כזה, מלבד מה שקיי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב אלא אחר המוחזק. ולכן כשיש רק שני דיינים המחייבים, אמנם, אך מטעמים שונים, יכול המוחזק לומר, דקים לי כזה שחולק על טעמו של חבירו ולא קים לי בהא דמחייב כמותו רק קים לי בהא כאידך, א"כ אין כבר כאן שנים המחייבים אלא רק אחד ואז יש ספק והולכים אחר המוחזק.

## הדין שההלכה כבתראי – הוא רק באותה תקופה, כגון אמוראים אחרונים מול אמוראים ראשונים

ש"ך (כא) ד"ה כל מקום וכו' – המהר"ם אלשיך כתב, דאף שסברת המהרי"ק שלא כדעת התוספות וסמ"ג, לא יעלה על הדעת לומר, דכיון שהוא אחרון הלכה כמוהו, כי גם בפוסקים נודגת סברא זו, כשראה האחרון דברי בראשון ולא חזר בו, אך כשלא ראהו ושמע סברתו, אדרבה אמרין הלכה כראשון, דשמא אם היה שומעו היה חוזר בו. וכן כתב הרא"ש בתשובה. ומהמהרי"ק נשמטו דברי התוס' ועוד דכלל זה נודג באותה תקופה כאמוראים אחרונים מול אמוראים ראשונים. ולכן מלבד רב, שום אמורא לא חלק על

(כז)

תנא, אם אין לו סיוע מתנא אחר. ולכן המהרי"ק, שהוא מדורותיו של מהר"ם אלשיך, אינו יכול לחלוק על תוס' שהוא מה"ראשונים". ואנן סהדי דאם היה רואה התוס' היה חוזר בו, בפרט שהוא מקל ובפרט דכתוס' סוברים גם הסמ"ג והר' ישעיה.

ש"ך – מקצת דבריו נכונים ומקצת צ"ע, בכל אופן גם מהר"ם אלשקר מה"אחרונים" חולק על המהרי"ק „ועיין מה שכתבתי בזה בפסק הארוך שלי בהנהגת איסור והיתר ביו"ד סימן רמ"ב“.

## סיכום הש"ך של סעיה ב'

א. „ומי שדן דיני ממונות או איסור והיתר וטעה בשיקול הדעת. כגון: דבר שהוא מחלוקת תנאים או אמוראים או פוסקים, ולא נפסקה הלכה כאחד מהם בפירוש, ועשה כאחד מהם. בין שידע שהשני חולק או לא וסוגיא דעלמא כמו השני, דהיינו, שכבר פשוט המעשה בכל העולם או בכל המדינה שהוא בתוכו, כמו

השני, או שסתמא דש"ס פריך ממילתיה או שמוכח בענין אחר במקום אחר בש"ס שהלכה כמותו או שרוב הדיינים נראה להם דברי השני. כל זה מיקרי טועה בשיקול הדעת ומה שעשה עשוי. והדין בזה מתחלק לכמה חילוקים כמו שיתבאר: ב. אבל אם אין מחלוקת בדבר ואין הדין מבורר, רק שבא מעשה לפניו והורה כך וכך. וסוגיא דעלמא כאידך, על פי מה שנתבאר, מיקרי טועה בדבר משנה ודינו על פי האופנים שנתבארו בסעיף א'. שמי שטעה בדבר הפשוט, אף על פי שאינו מפורש בשום ספר, הרי הוא כטועה בדבר משנה. ולפיכך מי שהורה שעוף זה טמא, מפני שלא נתברר שיש לו סימני טהרה. ואחר כך נתברר שעוף זה נאכל במסורת, הרי זה כטועה בדבר משנה וחוזר הדין, על פי הדרכים שאמרנו. וכן כל כיוצא בזה: ג. ואלו הן החלוקים בטועה בשיקול הדעת. אם היה זה הדיין, מומחה ונטל רשות מריש גלותא או מנשיא שבארץ ישראל

או שלא נטל רשות, אבל קבלוהו בעלי דינים עליהם, דהיינו, שאמרו לו שידון להם או שבאו ודנו לפניו בסתם ואין צריך קנין בדבר זה מה, שעשה עשוי, אף על פי שאפשר בחזרה, ופטור מלשלם בין נשא ונתן ביד או לא: ד. ואם יש גדול להחזיר את הדין, חתר, אם אפשר בחזרה. ואין הגדול יכול להחזיר, אלא במומחה שקבלוהו או בג' הדיוטות שיש בהם מומחה אחד שמבין דברי הגדול שמחזירו, אבל בענין אחר, כגון במומחה ולא קבלוהו או ג' הדיוטות וקבלו אותם ושאר אופנים, אין הגדול מחזיר כלל, ודינו מה שעשה עשוי, כל אחד ואחד לפי דינו המבורר. וכן אם אין גדול מן המומחה להחזיר, מה שעשה עשוי, וכמו שנתבאר. וכל מקום שהגדול מחזיר, אף אם האכיל הבעל דין לכלבים קודם שנודע לגדול או שהלך הבעל דין שכנגדו למדינת הים או הוא אלם או אין לו לשלם וכיוצא בזה, פטור הדיין, בין מומחה וקבלוהו, בין ג' הדיוטות שיש בהם מומחה א', אף על פי שלא קבלום, שהבעל דין הוא שהפסיד לעצמו שהרי יש כאן גדול שהיה מחזיר את הדין. ואם נשא ונתן ביד קודם שנודע לגדול ואי אפשר בחזרה, אם הוא מומחה וקבלוהו פטור. ואם הם ג' הדיוטות שיש בהם מומחה א' ולא קבלום חייבים לשלם, כיון שנשאו ונתנו ביד והזיקו קודם שהחזיר הגדול, כמו שנתבאר, בדין טועה בדבר משנה למעלה סעיף א' אות ד' וה': ה. ומתוך זה מתבאר שמי שטעה בשיקול הדעת, והורה בכשרה שהיא טרפה וכיוצא בזה, ואותו דבר שאסר הוא לפנינו, כיון שהדין עומד אין חכם אחר יכול לחזור ולהתיר, אפילו הוא גדול ממנו, אף על פי שסוגיא דעלמא כאידך, אם לא באופן שנתבאר: ו. וכל מקום שהוא פטור משום מומחה, אינו פטור עד שהוא מברר שהוא מומחה, דהיינו שהוא גמיר וסביר. וגמיר, היינו, שידוע הדינים. וסביר, היינו, שהוא בעל סברא או שהוא מומחה לרבים ומנוסה בכך כמה שנים, שהוא גמיר וסביר. ואפילו בזמן הזה יש מומחה לענין פטור מתשלומים או לענין אם דן בדיעבד. אם הוא מומחה לרבים בדורו ומנוסה בכך כמה שנים וכן אפילו מומחה לרבים אינו פטור, אם לא בקבלוהו או נטל רשות מריש גלותא ועל פי הדרכים שנתבארו: ז. אין נטילת רשות מריש גלותא מועיל, רק למי שהוא מומחה דגמיר וסביר. ובזמן הזה אין מועיל נטילת רשות מריש גלותא או מנשיא שבארץ ישראל, שאין לנו לא זה ולא זה. ואם מועיל נטילת רשות מן המלך עיין לעיל סוף ס' ג: ח. ג' הדיוטות שטעו בשיקול הדעת, אף על פי שיש בהם א' דגמיר ולא סביר, כיון שאין בהם מומחה, אף על גב שקבלו הבעל דין, מה שעשה עשוי וישלמו מביתם אף על פי שאפשר בחזרה ואף על פי שיש גדול להחזיר: ט. ואם שנים חולקים, ואין סוגיא דעלמא כחד מינייהו, ופסק הדין כאחד מהם, מה שפסק פסק, בין שידע שהשני חולק או לא. ומכל מקום לא יאמר האדם, כיון שאין סוגיא דעלמא כאחד מהם, אפסוק כמי שארצה. ואם עושה כן הרי זה דין שקר, אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות הרשות בידו, ואי לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק. דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא, אין מוציאין מיד המוחזק או מיד מי שתפס, וכבר הארכתי בזה בספרי תקפו כהן: י. ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא. ואם הוא דבר דרבנן ילך אחר המיקל. ודוקא אם ב' החולקים הם שוים וכבר בארתי דינים אלו ביורה דעה ס' רמ"ב: יא. ויחיד החולק, אם רבים הולכים אחר רבים בכל מקום, אפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד. ובאיסור דאורייתא לא אזלינן בתר רבים, אם מסכימים להקל משני טעמים. מיהו, היינו, דוקא כשבאנו להתיר דין שאנו מסופקים בו מתוך החיבורים, אבל כשהרבים לפנינו, אזלינן בתרייהו אף על פי שאין מסכימים מטעם אחד. שהרי הסנהדרין או הדיינים אין צריכים לומר כל א' טעם מיוחד: יב. שנים שאמרו טעם אחד משני מקראות, אין מונין להם אלא אחד, דודאי חד מהני קראי לאו להכי אתי. שלא נכתבו שני מקראות לדבר אחד, וחד מינייהו. טעי ודוקא

במקרא, אבל במשנה וש"ס ופוסקים מונין להם שנים. ואף במקרא אם אמרו טעם אחד במקרא אחד מונין להם שנים: יג. לענין דיני מזונות קיימא לן בכל דוכתא קולא לנתבע וחומרא לתובע. הלכך, כי היכא דבאיסורא דאורייתא לא אזלינן בתר רבים לכולא היכא דאין מסכימים רק משני (כה)

טעמים, הוא הדין דאין מוציאין ממון בזה. ונפקא מיניה דמצוי המוחזק לומר, קים לי כהפוסק כהא ולא קים ליה כותיה כהא אלא כאידך דפליג עליה".

## סעיף ג'

היה הטועה מומחה בית דין ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהם או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינים עליהם לדון להם בדין וטעה בשיקול הדעת אם נשא ונתן ביד מה שעשה ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו.

הגה ויש אומרים דאפילו לא נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואין הדין חוזר (הרא"ש וטור ועוד הרבה פוסקים) עיין סעיף קטן י"ד אות א' וסוף סעיף קטן כ"ט] וכל זה כשלא קבלום עליהם בין לדין בין לטעות אבל אם קבלום עליהם בין לדין בין לטעות, (טור והרא"ש) או בזמן הזה שמכריחין הקהל הדיינים על –פי החרם שיהיו דיינים בעל –כרחם לא ישלמו אפילו טעו דמה להם לעשות.

מכל מקום יש להם לחזור אם טעו ואם אינם רוצים לחזור, צריכין לשלם (מרדכי, ריש סנהדרין). וכשטעו ומשלמין אם הסכימו כל הדיינים ביחד כולם משלמים ואם הדיינים רק שלשה והלכו אחר שנים שבהם הם משלמין ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד בעל הדין. אבל אם היו הדיינים חמשה והלכו אחר ג' שהם הרוב צריכים לשלם הכל (רא"ש וטור).

סמ"ע אות כ' ד"ה מומחה ב"ד – ,,כן הוא ל' הרמב"ם שם ונראה דר"ל, מומחה –גמיר וסביר הראוי לדון ואין צריך להיות סמוך הטור הביא לשון הרמב"ם ולא כתב אלא מומחה סתם, משום שבלשון הטור מומחה סתם פירושו גמיר וסביר, מה שאין כן

להרמב"ם דסתם מומחה גמיר ולא סביר והמומחה דגמיר וסביר כתב מומחה ב"ד או מומחה לרבים וכמו שכתבתי בפרישה לעיל סי' ג' ובסמ"ע בסמוך ס"ק כ"ו ע"ש ולפי זה מה שכתב המחבר בסעיף ב' אם הוא מומחה וקיבלוהו ואי אפשר לחזור פטור מלשלם, מירי אפילו בגמיר ולא סביר וזהו דלא כדעת הטור דס"ל דלא מיפטר מלשלם כ"א ביחיד מומחה וקיבלוהו ומומחה דטור היינו גמיר וסביר וכמ"ש, וצ"ע".

## מתלוקת ש"ך – סמ"ע, האם מי שרק "גמיר", יכול להתשב מומחה או רק מי שהוא "גמיר וסביר" ומתלוקת ה"נתיבות" וה"אורים ותומים" באיזה מומחה מועיל "קיבלו"

ש"ך (כב) ד"ה היה הטועה כו' – אין דברי הסמ"ע נכונים, כי מומחה – בכל מקום – הכוונה שיש לו מומחיות בדיני מזונות ו"גמיר" לבד הוא הבקי אך לא העמקן והמומחה לדבר ועוד הרי מקור הרמב"ם והשו"ע הוא במשנה במס' בכורות בסופו –"ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם" והדין חוזר, זאת אומרת דברישא מדובר שאינו מומחה לרבים אינו חוזר וישלם. א"כ דרגתו ברישא היא נמוכה מהדיין שבסיפא – בכך שברישא הוא רק "גמיר" ובסיפא הוא גמיר וסביר ולכן נקרא מומחה. לכן יש לומר לגבי התוספת המובאת ברמב"ם "לכ"ד", או שכתב לא בדווקא או שט"ס הוא ראשי תיבות וצריך להיות "לבד", היינו מומחה שלא נטל רשות. ובהלכה קודמת כתב הרמב"ם על מומחה שגם נטל רשות ובהלכה שאחריה כתב על מי שאפילו אינו מומחה ולא קיבלוהו, או שט"ס היא וכל המילה –"ב"ד" מיותרת, כי

אינה מופיעה בדפוסים ישנים. ולרמב"ם נטילת רשות מר"ג מועילה רק למומחה והרא"ש והטור חולקים עליו. וכן ציין ה"ב"ח" מחלוקת זו. ורמב"ם כתב בעל "המאור", וכתב כי פחות מגמיר וסביר אינו נקרא ראוי להוראה, כדאמרינן במס' הוריות. ותחילת קבלת הרשות היא ההסמכה של "יורה יורה ידין ידין". וכן כתב הראב"ן בשם רב האי גאון, ה"נ"י" ור"ע מברטנורא. וה"מרדכי" כתב דרך למומחה מועיל נטילת רשות ואין הרי"ף, רא"ש וטור סוברים כן.

**נתיבות המשפט [י] ד"ה היה הטועה מומחה בית דין** – ה"תומים" כתב, כי רק במומחה, המפורסם במומחיותו לרבים מועיל "קיבלו", כי אחרת הוא חייב. והוא תמוה, כי מספיק שיברר בפנינו את מומחיותו וממילא מברר הוא על ידי כך, כי הוא אנוס לדון ומדוע שיגרע דינו משולחני, אשר יכול לאחר מעשה לברר בפנינו את מומחיותו.

## **מחלוקת ה"ראשונים", האם "גמירי" לבד מועיל כאשר קיבלוהו עליהם ומחלוקת ה"קצות" והש"ך האם בטעה בשיקול הדעת מתקיים בכל מקרה הדין ש"קם דינא"**

**ש"ך (כז) ד"ה או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו** – משמע שאם קיבלו אותו ואינו מומחה אלא רק "גמיר", משלם על טעותו ואינו חוזר גם לרמב"ם וסייעתו וגם לרא"ש וסייעתו. ובעל "המאור" סובר, שאף קבלתם אינו מועיל, וחולק עליו שם הרמב"ן, דאפילו ג' רועי בקר לאחר גמר דין זה מועיל ואינו יכול לחזור אם לא טעה, אלא ודאי טעה חוזר בין נר"נ ביד בין שלא, ואם א"א להחזיר רק או משלם. ומה שכתב הרמב"ן שאינו משלם כשניתן להחזיר אינו נכון, כי גם הרי"ף והרמב"ם וסייעתם, אף שפסקו כרב (כו)

חסדא שהמשנה מדברת בנו"נ ביד ובמומחה מכל מקום במי שאף לא גמיר אחרי גמר דין, הם היו סוברים שמה שעשה עשוי וישלם ואנן קי"ל כר' אבהו דכל שאינו מומחה – אפילו גמיר – פסול לדון וכן שניים שדנו. ובכל זאת נאמר במשנה דבקיבלוהו מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ואין הבדל בין גמיר ללא גמיר. ובג' רועי הבקר ניתן לחזור, רק אם התובע כבר זכה בכסף, או אפילו זכה בו גם לפי רב חסדא, כי הדין חוזר כשלא נר"נ ביד, אף שקיבלוהו כשאינו מומחה וכל שכן כשלא גמיר, אך נר"נ זוכה שכנגדו, אינו חוזר ומשלם. וכן דעת הרי"ף והראב"ד. לפי זה לרא"ש וסייעתו שפסקו כרב ששת, אפילו לא נר"נ ביד, כל שזכה כנגדו, מה שעשה עשוי וישלם מביתו בקיבלוהו כאשר אינו מומחה אף שלא גמיר. וכן משמע מה"ע"טור" וה"נ"י". גם לפי ה"יש אומרים", דדווקא בידוע שהם יושבי קרנות, אך בסתם דיינים שטעו והתברר שהם "לא גמיר" כלל, ודאי דלכו"ע אין הדין חוזר ומשלמים, דמסתמא דלדין תורה קיבלוהו, וכן כתב ה"ב"ח" וכן עיקר.

**קצות החושן (ז) ד"ה או שלא היה מומחה** – "המאור" כתב בדלא גמיר לא מהני קבלה, אפילו לא טעה, כי דינו אינו דין. הרמב"ן חלק וכתב כי במצב זה דינו דין ואם טעה אפילו נר"נ חוזר. והש"ך משיג וכותב שדין קם דינא בשיקול דעת, הוא בכל מקרה. **קצות"ח** – אינו מוכרח דקם דינא, כי בשיקול דעת אינו נחשב ספק, שהרי כאשר הדין טעה בשיקול הדעת, אין בעל הדין יכול לעשות דין לעצמו ולתפוס (מהרי"ק – שורש קמ"ט), אלא משום שהפסק נעשה בצורה תיקנית על פי דין וכיון דלא גמיר כלל אינו דיין ודבריו אינם דין ושיקול הדעת אצלו כטעה בדבר משנה ולכן חוזר.

## **ה"נתיבות" מקשה על הבנת הש"ך בדברי ה"נימוקי יוסף", לגבי ג' רועי בקר כאשר קבלום עליהם, לגבי הטעם שדינם דין ומראה של"נימוקי יוסף" אין דינם דין.**

נתיבות המשפט [יא] ד"ה או שלא היה מומחה אבל קיבלוהו וכו' – לגבי ראיית הש"ך מה"נימוקי יוסף", אשר כתב דבקיבלו עליהו יושבי קרנות חולקים אם משלמים, משמע שהדין שפסקו קיים ואין יכולין לחזור, אך זה תמוה, כי כבר כתבו "תשובות מיימוניות" וה"מרדכי", דג' רועי בקר שקיבלו אותם עליהם וטעו הדין בטל כי אין דיניהן דין. וטעמם הוא משום, שזה אינו עדיף מפשרה שצריך קניין ובלא קניין הדין בטל. ובודאי לדעתם, בדיינים כשרים אם טעו קם דינא. לכן נראה דמה"נימוקי יוסף" משמע להפך שהדין בטל, שהרי כתב לגבי רועי בקר, שאין בעלי הדק יכולים לומר שקבלום על דעת שידונום על פי דין תורה, שהרי הם יודעים שהם בורים גמורים בדיני תורה, ולכן בלא קנין לאו כלום הוא. אמנם בדיינים מועיל גם בלא קניין, כי גם טעות נחשב כדין תורה, שהרי הדיין התכוון לפסוק על פי התורה, אך הרועי בקר מראש כוונתם היתה לדון על פי שכלם. לפי זה בקיבל עליו קא"פ (קרוב או פסול) מומחה, אין הדבר שונה מדין כשר אחר, כי לר' אבהו גם בפסול אם קיבלו, הרי בטעות בשיקול הדעת הדין קיים כדברי הש"ך. אמנם המחבר אשר כתב בניסוח גורף (כב,א), שקא"פ הדין בטל כאשר טעו. ומשמע דגם כאשר הדין קיים, דכשר שטעה צריך לומר שלפי דעת המחבר "מה שעשה עשוי" הוא לא מן הדין אלא מכח תקנה וקנס, אשר מראש החילוהו רק על מצב שכיח, כאשר כשר לדון ולא במקרה חריג – קא"פ, אך נראה להכריע כש"ך שברועי בקר מועיל קנין דבר שאין צורך בו בקא"פ

## **הש"ך מבאר את שיטת הרי"ף והרמב"ם, כי בטעה בשיקול הדעת הדין חוזר רק כאשר הדיין מחזירו, אך בטעה בדבר משנה הדין חוזר, רק כאשר התזרה היא ללא התערבות הדיין והלכה כרב ששת**

ש"ך (כו) ד"ה ואם לא נשא ונתן ביד...יחזור הדין...וישלם מביתו – דברי השו"ע והרמב"ם קשים, כי הם נגד מה שאמר ר"ע לר"ט, שאפילו א"א להחזיר פטור מלשלם במדה והוא מומחה וקיבלוהו. אמנם מה שפסקו לקמן סע"ד באינו מומחה ולא קיבלוהו שצריך לשלם, זה מוכן (וכן פסק הרי"ף), כי במצב זה נחשב כמזיק וחייב – כי אינו דייך – מדינא דגרמי, אך כאן בדין לא חל עליו דינא דגרמי, שאם לא כן, אין מי שירצה להיות דייך כדברי הרי"ף. וגם רב חסדא אינו חולק בכך על רב ששת וי"ל דהרמב"ם והשו"ע סוברים דדוקא ב"טעה בדבר משנה", כיון שהדין חוזר מעצמו, נחשב שלא עשה כלום, בניגוד ל"טעה בשיקול הדעת", שהדין אינו חוזר, אלא אם כן יחזיר הדיין את הדין (אך לא חוזר הדין מעצמו), אחרת חייב לשלם, כי עשה הוא עצמו הרבה, כי יכול לחזור ואינו חוזר וכו' תלוי העניין. ולכן דקדקו כאן וכתבו הרמב"ם והשו"ע "יחזיר" הדין ולא "חוזר" הדין. ולכן משמע, שאם הדיין יחזור בו, יוכל להכשיר את מה שהטריף. ורש"י אינו סובר כן וכדעתו סוברים הראב"ד, רמב"ן ורשב"א. ולענין דינא – קי"ל כרב ששת ועיקר כרש"י, כי בשיקול דעת אין הדין חוזר מעצמו ולשו"ן "מה שעשה עשוי" משמע אפילו בעל הדין לפנינו ואפשר בחזרה. ואיסור והיתר דינו כממונות לחומרא. וכן בטימא הטהור. והרמב"ם מודה דלרב ששת בשיקול הדעת אין הדיין יכול לחזור, אלא שהוא פסק כרב חסדא.

## קושיית הש"ך על דברי הרמב"ם ותירוצו, תוך הפרכת הסבר שיטתו ע"י ה"כס"מ" וה"בית יוסף" – אשר מתד חייב גם כשלא "נשא ונתן" ומאיך הוא פסק כרב חסדא, המחייב רק כשנו"נ. השגת ה"נתיבות" על תירוץ הש"ך

ש"ך (כז) ד"ה וישלם מביתו (= מי שאינו מומחה) – קשה על הרמב"ם מדוע חייב כשלא נו"נ, הרי הוא פסק כרב חסדא, והיה צריך לפסוק שפטור. תירוץ ה"כס"מ" וה"ב"י – "ודאי שלרב חסדא, כשא"א להחזיר הוא חייב, כי אם נאמר שאם לא נו"נ פטור תמיד, ומי שאינו מומחה, ולא נו"נ, אבל א"א להחזיר חייב, מובנת טעותו של ר"ט. ולכן אמר לו ר"ע "מומחה אתה", אך כשאינו מומחה אם גם אז פטור, ממה חשש ר"ט? ועוד אם פטור אפילו שקיבלו עליהם, למה לא אמר לו ר"ע, הרי קיבלו אותך ולכן אתה פטור?

הפרכת דברי ה"כס"מ" וה"ב"י ע"י הש"ך – הרמב"ם פסק כר"ח כמו שפסק הר"י"ף, המעמיד את המשנה במסכת בכורות בנו"נ ביד. וא"כ גם במעשה דר' טרפון מדובר בנו"נ, שאם לא כן אזי מדובר במצב שלא נו"נ. אם כן, כיצד מביאה המשנה ראייה מר"ט, הרי הוא לא נו"נ, אלא ודאי שגם במקרה של ר"ט מדובר בנו"נ. ועוד דמשמע דר"ח בא לתרץ באופן אחר, כדי שלא יהיה קשה קושיית רב המנונא לר"ש, א"כ הוכחה לחיוב ממעשה ר"ט תתכן רק כשנו"נ ביד.

נתיבות המשפט [יד] ד"ה ישלם מביתו – מה שהקשה הש"ך על הרמב"ם ותירץ אותו עדיין קשה, כי הרמב"ם חולק על סברת הר"י"ף, דהדר דינא משום פסידא דבעל דין. והר"י"ף כתב טעם זה כדי להסביר מדוע לרב חסדא בלא נו"נ הדר דינא. א"כ מניין לו לרמב"ם כי במומחה הדין הוא שחוזר. לכן נראה דלרמב"ם היה קשה סברת הר"י"ף, כי לר"י"ף מעיקר הדין קם דינא רק משום פסידא, אך בירושלמי (א,א) מוכרחים לומר (עיין ראיותיו לכך) ד"מה שעשה עשוי" הוא משום קנס, כי הגיס דעתו לדון יחידי. ולכן סובר הרמב"ם, דרב חסדא סובר, שרק כאשר נו"נ קונסים אותו, כי גרם להוציא ממון מרשות מי שהיה צריך להישאר הממון ברשותו. ולכן במומחה וקיבלו שרק הורה בדיבור אין קנס, כי לא שייך לגביו "הגיס דעתו" וחוזר הדין. גם בענין ד"אם אי אפשר להחזיר", חולק הרמב"ם על הר"י"ף, וסובר דאף דלא בנו"נ חייב לשלם באינו מומחה משום דינא דגרמי, בניגוד לר"י"ף הסובר שבדין לא שייך דינא דגרמי.

## הפרכת דברי הב"ח, שהדין חוזר כאשר טעה בשיקול הדעת לפי גדולי ה"ראשונים"

ש"ך (כח) ד"ה וי"א דאפילו לא נשא ונתן ביד (רא"ש, טור):

א. "ב"ח" – יש לפסוק שהדין חוזר בטעה בשיקול הדעת, כי כן פסקו גדולי הראשונים, היינו, הר"י"ף בעל "המאור" וה"עיטור" בשם רב האי גאון.

ש"ך – דברי ה"ב"ח" אינם נכונים, כי (א) הוכחנו כבר לעיל דהלכה כרא"ש, טור ורבינו ירוחם ושאר פוסקים דקיי"ל כרב ששת, המעתיק את המשנה בבכורות בלא נו"נ, ובכל זאת אין הדין חוזר וישלם מביתו. (ב) בעל "המאור" חולק על הר"י"ף וסובר כרא"ש, כדמוכח שם להדיא, שגם מדבריו מוכח שכן סובר רב האי גאון.

ב. ד. ה"ב"ח" טועה בהבנת ה"עיטור" בשם רב האי גאון. גם הרא"ש, הטור וההולכים בעקבותיהם טעו בהבנת דברי ה"עיטור" בשם רב האי גאון. וסברו שרב האי גאון אינו סובר כרא"ש. הש"ך מביא לכך שורה ארוכה של ראיות ומוכיח שרב האי גאון סובר כרא"ש. ולא כדברי הרא"ש, אשר סבר שקיימת מחלוקת בינו לבין רב האי גאון. ולכן הש"ך משווה את דעתו של רב האי גאון עם דעתו של הרא"ש



ומסכם – „והשתא דינו של רב האי אמת וברור כמו שהוכחתי...דהדין כן: בטועה בדבר משנה, לעולם חוזר אפילו נו"נ ביד. רק דבאינו מומחה וקיבלוהו חייב לשלם מביתו, היכא דלא אפשר בחזרה כשנטל ונתן ביד דוקא. כן נראה לי ברור כוונת הבעל ה"עיטור" בשם רב האי גאון ולא כהרא"ש והנמשכים אחריו, אבל לעניין טעה בשיקול הדעת אם אינו מומחה וקיבלוהו, סבירא ליה לבעל ה"עיטור" ורב האי גאון להדיא דינו חוזר, אף על גב דאפשר בחזרה וכדעת בעל המאור, הרא"ש, טור ורבי ירוחם ושאר פוסקים, כמו שכתבנו וכן עיקר“.

(כח)

## **הפרכת קושיית הרמב"ן על הרי"ף והרמב"ם, אשר כתבו שההלכה כרב חסדא, משום שרב אלעא סובר כמוהו והשגת ה"נתיבות" על הפרכת זו לגבי הבנת ה"קצות", בגדר חומרת נטילת המשכון ע"י הדיין**

קצות החושן (ח) ד"ה אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו – היינו, כשיטת הרמב"ם והרי"ף הפוסקים כרב חסדא, משום שבסוגיא דבכורות מעמיד רב אלעא בשם רב את הסוגיא בנו"נ. ולכן חייבים לומר שהוא סובר כרב חסדא.

הרמב"ן משיג על הרי"ף – רב אלעא סובר כרב ששת והוא מעמיד בנו"נ, לא משום דתני התם "מה שעשה עשוי", אלא משום מה דתני "וישלם מביתו", כי הוא רצה להעמיד את הסוגיא כרבנן שאינם סוברים דינא דגרמי, אך לענין קם דינא, מצי סבר כרב ששת. (עיין מה שישב את הקושיה ה"נתיבות" בסק"א).

קצוה"ח מיישב את הקושיה על הרי"ף – לולא שיטת הרי"ף, יהיה קשה על הסוגיא במס' בכורות (כח:). ר' אלעא העמיד את המשנה בנו"נ ולכן חייב. ובזיכה את החייב, מדובר כגון שהיה למלוה משכון מהלוה ונטלו הדיין ומסרו ללוה. וקשה, הרי בב"ק (לג:): מסיקים דהמזיק שיעבודו של חברו (שהמזיק שחט לפני העמדתו לדין את שורו התם שנגח, אשר ממנו אמור בעל השור הנגח לגבות נזקו. ואז יש פחת שחיטה שהשור שוה פחות) פטור. א"כ, גם המשכון כיון שהוא שעבוד יהיה פטור הדיין, ובפרט לרבנן כר' אלעא המעמיד כמותם את המשנה. אם כן מדוע המשנה פוסקת על הדיין שישלם מביתו? ואין לומר שמשכון שונה היות ובעל החוב נחשב כקונה המשכון, כיון שזה אינו קנין גמור. ולכן אם נאנס המשכון בידו הוא פטור. וזה אינו נחשב כממונו שאבד והלוה יצטרך לתת לבעל החוב משכון אחר. וכן משמע מר"ת, אשר הובא בתשובת מיימוני, הרואה במשכון שעבוד רגיל ופסק לחייב את המזיק משום שהוא שיעבוד. משמע, דמי שפוטור מזיק שעבוד, פוטור גם מזיק משכון, אלא אם כן הוא סובר דיש דינא דגרמי ורק אז יחייבו. ולכן קשה על ר' אלעא הסובר דהמשנה כרבנן ובכל זאת היא מחייבת את המזיק משכון? ועיין ב"קונטרס השעבוד" פ"ז למרן הגר"ש שקופ, הדן מה בין שעבוד למשכון.

ה"קצות" מתייחס לקושיית ה"תומים" לגבי הקושיה, על הא דמשני זיכה את החייב שהיה לו משכון ונטלו ממנו. קשה דהא נטילת משכון אינו רק כמזיק שעבודו של חברו, כמבואר ב"תשובות מימוניות".

נתיבות המשפט [א] ד"ה כל דיין שדן (שם בתוך דבריו בד"ה ובקצוה"ח) – „והוא תמוה מאד, דעל כרחק "תשובות מימוניות" מיירי שמשכנו בשעת הלואה, דלא קני המשכון“.

**משובב נתיבות** – מה שכתב ה"נתיבות", כי בעל חוב קונה משכון, הרי כבר הוסבר שאפילו הכי כיון שאין הגוף שלו ולכן נחשב מזיק שעבודו, כי אם "תשובות מיימוניות" היה מחלק דיינו שלא בשעת הלואה כמזיק ממש ובשעת הלואה דינו רק כמזיד שעבודו, הוא היה כותב זאת בפירוש, אלא ודאי אין הבדל כי הוא פטור במצב של אונס ובודאי אין לו קנין גמור. גם במס' בכורות (כח:) תרצה הגמרא "שהיה לו משכון והחזירו" ולא סייגה דבריה, שהיה לו משכון שלא בשעת הלואה.

גם מה שהעיר ה"נתיבות" מהתד"ה במזיק [מס' גיטין (מא.)], שכתבו שרבנן הפוטרים מדיני דגרמי מחייבים במזיק שעבודו, קשה למה שם בגמרא לא כתבו שרבנן ור"מ חולקים בדיני דגרמי ובמקום זה העמידו שחולקים במזיק שעבודו. אמנם, אף שמזיק שעבודו הוא חמור, בכל זאת פוטרים רבנן במזיק שעבודו, כמבואר בתד"ה מחיצת [מס' ב"ק (ק.)]. והתוס' בגיטין (מא.) אשר כתבו כי העמידו את מחלוקת רשב"ג ורבנן במזיק שעבודו ולא בדיני דגרמי, משום דמזיק שעבודו חמיר להכי אמרו דפליגי במזיק שעבודו, וחכמים דפטרי אפילו במזיק שעבודו גבי שחטו תם, ולא מצינו תנאי דפליגי בדיני דגרמי אלא תנא דשחטו תם פטור, והוא סבירא ליה דגם מזיק שעבודו פטור".

ה"נתיבות" השיג עוד על דברי ה"קצות" וכתב, כי אם לרי"ף אינו חוזר משום דנו"נ ביד, אז היה נחשב כעושה מעשה בגוף הממון, אך הרי"ף מסכים לרא"ש, כי אין הדין חוזר אפילו בלא נו"נ, וה"ק משום דפטור הדיין ואיכא פסידא לבעל הדין תיקנו שיהיה הדין חוזר ואם כן כיון דלפי דבריו אינו נתחייב הדיין במה שהוציא המשכון, ממילא גם הדין חוזר ואין כאן מעשה כלל".

**משובב נתיבות** – זה אינו טעות, כי הרמב"ן כתב דהצורך בנו"נ כדי לחייבו, נובע מכך שרק אם הדיין עושה מעשה פיסקו הופך לנזק, א"כ עיקר הסיבה של נו"נ, כי לכן קם דינא. וגם לרי"ף ולרא"ש שראוי להיות קם דינא גם בלא נו"נ, חוזר הדין רק משום הפסדו של בעל הדין. גם עיקר הסיבה היא התשלומין, היינו, כשלא ניתן לחייב את הדיין כשלא נו"נ, כי לרי"ף אין נוהג בדיין דינא דגרמי ורק משום הפסדו של בעל הדין הוכרחו לבטל את הדין, אך כשאין הפסד לבעל הדין ונו"נ היו מעמידים את הדין אף שניתן להחזירו. א"כ דיין שהחזיר את המשכון, ראוי להעמיד הדין ולחייבו בתשלום, כי גם כאשר לא נו"נ ראוי לא להחזיר את הדין, לכן היכן שיש לחייב את הדיין, קם דינא.

**המשך קצות החושן (ח) ד"ה אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו: תירוץ נוסף** – קושיה זו היא רק לשיטת הרי"ף, דדיבור אינו מזיק, כי לשיטת התוס' והרא"ש הסוברים דדיבור נחשב מזיק, ולכן נחשב מזיק גם לרב ששת בלא נטילת המשכון, אך לרי"ף רק ע"י נו"נ, היינו נטילת המשכון, הוא נחשב למזיק. ולכן חייב לפי המשנה אפילו אליבא דרבנן, כי ללא נו"נ אינו נחשב כמזיק את גוף החוב, כי לבעל חוב אין בו קנין גמור, והוא רק שעבוד שהמזיקו פטור. ולגבי כהנים שפיגלו יסביר הרי"ף

(כט)

שהם חייבים לא משום דיבורם, אלא כדברי הרשב"א בחידושו בפ' הנוקין (נד:), שהסיבה היא משום שפיגלו בשעה שעשו מעשה, היינו, שהיו עסוקים באחד מד' עבודות שהוא מעשה, היינו, שוחט, מקבל, מוליך וזורק. לכן לפי התוס' והרא"ש, מה שהעמיד ר' אלעא את המשנה, לגבי זיכה את החייב, בקיום משכון ובטימא את הטהור דנגע בו בשרץ, אינו אלא כדי להשוותו לחייב את הזכאי וטיהר את הטמא, כי המשנה מדברת בכל דיניה באותה מציאות, היינו, שהיה בסופו של דבר מעשה, אך לעצם חיוב הדיין הוא כבר נתחייב בדבורו כאשר זיכה את החייב. ובשוחט את התם לתוס' והרא"ש הוא פטור לפני העמדה בדין, כי לא הזיק את גוף החוב של הניזק אלא רק את שיעבודו.

## האם החזרת חלק מהסכום על-ידי הדיין למי שהזיקו, נחשב כהחזרת כל

### הסכום

**קצות החושן (ט) ד"ה ואם לא נשא ונתן ביד יחזור הדין** – ה"קצות" מסתפק בשאלה אם דיין נו"נ ביד, האם צריך לקחת בעל הדין שחיכוהו לתת למי שזיכהו בטעות, את כל הסכום שתבע או גם אם יתן לו הדיין רק חלק מהסכום, יחשב הדבר כאילו נתן הדיין את כל הסכום, לענין שאינו יכול לחזור מפיסקו ולדון בתביעה מחדש. הוא מסיק שנחשב הדבר כאילו נתן למי שזיכהו את כל הסכום. וראייתו מהרמב"ן שתולה את אי יכולתו לחזור בעצם עשיית המעשה – "עד שיעשה מעשה", ולא בכמות ואיכות המעשה.

**[וק"ל טובא דברי ה"קצות]**, דהא הרמב"ן בא רק להבהיר, שדיבור בעלמא אינו אלים כחו להיות קם דינא, דהא חזינן לעיל, כדברי "קצות"ח" (ח) דלשיטת התוס' והרא"ש הדיבור עצמו אלים למעבד נזק ע"י הדיין. ולא נחית הרמב"ן כלל לברר אם מקצת מעשה כמעשה כולו דמי.

על פי זה מסיק "קצות"ח" פשט מחודש לגבי "דאגע בהשרץ", **והקשה** אם טימא את הטהור ודאי שטימא ומה שייך להוסיף "מה שעשה עשוי", אלא ודאי דהגמ' באה לחדש דמה שעשה עשוי, אף שנגע רק במקצת **[וק"ל בתרתי. א.** כשנאמר מה שעשה עשוי, לא נאמר בפירוש דאגע בה שרץ, לכן אם היו אומרים "עשוי במקצתו", מי שלא ידע דמדובר דאגע בה שרץ לא היה מבין מדוע נאמר "במקצתו" לכן נאמר הדבר בכללות שזה נחשב כעשוי. **ב.** לכאורה, נראה בפשטות דהספק הוא, דבזמן דאגע ביה שרץ, אף אחד לא דקדק לראות היכן נגע כיון שאז היה ברור דהשרץ נגע ממילא בדבר טמא הדין הוא כפי שפסק הדיין, לכן הכל טמא מספק. **ג.** כאשר נאמר טימא את הטהור, לא נאמר כלל שמדובר דוקא על פירות, כי יתכן ומדובר דוקא בגוש אחד של בשר וכדומה. **ד.** לגבי טימא את הטהור נאמר נגיעה, כי די בנגיעה של טמא כדי לטמא הכל, אך בטיהר את הטמא נאמר עירבו, אף שניתן לומר גם בטיהר את הטמא שלקח את מה שלדעתו טמא כדי לנגוע איתו את הטהור, אלא כדי להורות דבשני המקרים מדובר בנטמא כתוצאה מהספק גם במה שנגע (טימא את הטהור) וגם בכל יחידה כשלעצמה ועירבו אם טהורה היא או טמאה. ויש לנו עוד להקשות על שאר דבריו, אך אכמל"ו דדי בכך, ויה"ר שאזכה לרדת לעומק דבריו].

## הש"ך משיג על הבנת הטור את דברי אביו הרא"ש, שסיבת חיובו של

### הדיין לשלם, הוא משום קנס ולא משום שהדין הוא כך

**ש"ך (כט) ד"ה ואין הדין חוזר** – הרא"ש והטור כתבו, שאינו יכול לומר הדיין לבעל הדין, החזר מה שנתן לך כי טעיתי, כי הוא משום שקנסוהו לקיים הדין וישלם מביתו (**סמ"ע** – רק בדין זה פסק הרמב"ם בניגוד לרי"ף שכתב שפטור מלשלם. מאידך סוברים הרא"ש והטור כי בכל מקרה גם כאשר ניתן להחזיר, אין הדין חוזר, כיוון שפסק כאחד מהתנאים/אמוראים החולקים אינו יכול לחזור בו. ולא רק כשהוציאו כבר מהנתבע, אלא אפילו כשעדיין לא הוציאו, לטור ולרא"ש הסוברים שאין חוזר הדין, חייב הנתבע לשלם לתובע וישלם הדיין לנתבע.

אמנם, במומחה וקיבלוהו או נטל רשות מר"ג, מסכימים הם לרמב"ם שאינו משלם, אך חולקים עליו שאינו חוזר).

**א. ש"ך** – דברי הרא"ש, דסיבת החיוב הוא משום קנס, הוא לאו דוקא, אלא משום דינא דגרמי, כדמשמע בש"ס ושאר פוסקים. ואף מהרא"ש והטור משמע כן להדיא, ונפקא מינה אם הדיין מת. אם משום קנס דנו אותו חייב, אך כיון דחיוביו מדינא, חייב בנו לשלם. **אך ניתן לתרץ את הרא"ש והטור** – דמקור החיוב הוא משום קנס, ואז זה נהפך לדין. וכיון דמקור החיוב הוא קנס, אם מת הדיין אין בנו מחויב לשלם, אך נראה דזה שייך במי שאינו מומחה וקיבלוהו, אך ביחיד מומחה או ג' הדיוטות שלא קיבלו עליהם, חייב לשלם מדינא.

ב.ג., ולפי עניות דעתי דברי הטור תמוהין מאד וקשיא לי בגוויהו טובא. דהאיך יעלה על הדעת לומר שהרא"ש או שום פוסק יסבור דמיד כשפסק הדין, אע"פ שעדיין לא הוציא מיד המתחייב, קם דינא, והלא עינינו רואות שיש כאן טעות ומה שפסק, בטעות פסק. היאך נכריח לזה שהוא מוחזק בשלו תחת ידו להוציא מתחת ידו ולשלם שלא כדין אפילו במומחה וקיבלהו, הא פשיטא דמצי

### (ל)

למימר, כי קיבלנוך אדעתא לדון דין תורה, ומכ"ש שאין להעלות על הדעת שהדין יתחייב לשלם, שהרי הדיין אומר שטעה ולא ישלם לו, ומה הוא גורם לו, אם הוא בעצמו עושה שלא כדבריו.  
**הש"ך מקשה עוד על הטור** – הרי הרי"ף והרמב"ם פוטרם את הדיין במצב זה, כי לא נו"נ והרא"ש חולק עליהם שחייב מכח דינא דגרמי, א"כ כיון שעדיין לא הוציא מהמתחייב, עדיין אין נזק ולכן אין עדיין "גרמי" כדי לחייבו **ועוד קשה עליו** – דכשאין גדול מעליו, הסכים הרא"ש לטעמו של רש"י במה שאין מחזירין, כי מי שאמור לקבל את הכסף על פי פיסקו המוטעה, אומר לדיין, אולי פיסקך הראשון אמיתי וכן מגיע לי, אך כאן זה אינו שייך, ואדרבה שם הוא זכה בכסף שהוא לא היה מוחזק בו מתחילה ובכ"ז יכול לומר לו אולי פיסקך הראשון אינו מוטעה, א"כ כ"ש כאן שהוא כן מוחזק בודאי שיכול לומר לדיין אולי פיסקך האחרון הוא האמיתי, ובפרט שהאמת עמו. וכן מוכח מהר"ן, הרשב"א והראב"ד המובאין ע"י הר"ן [מס' ע"ז (ב.) מדפי הרי"ף]. וכן מוכח שם (פ"ג) מדברי הרא"ש בעצמו, שכתב דבשיקול דעת אינו יכול לחזור בו ולהתיר דשוויה אנפשיה חתיכא דאיסורא. משמע דבמונא יכול לחזור בו כדברי הר"ן, רשב"א וראב"ד.

**נתיבות המשפט [טו] ד"ה אין הדין חוזר** – דברי הש"ך תמוהים,, דאם כן קשה, אמאי ישלם מכיתו, הא אלו היה קמן הוה הדר. ולפ"ד עדיין קשה, איך חייב מ"חייב את הזכאי"... **לפענ"ז נראה ליישב**, דדוקא בטעה בד"מ, שייך לומר דחייב את הזכאי לאו כלום עביד, אף דברי היוקא, דודאי היה מוכרח ליתן על פי בית דין,, אך דיבור הדיין לא הזיקו, כי אף שנתן לו, כיוון שהדין חוזר יכול להוציא ממנו, אף שאחר כך לא היה יכול להוציא, אך בשיקול הדעת דתיכף שנתן לו, הדין קיים, כי הדיין נתן לו בעצם פיסקו מעמד של מוחזק. אם כן כאן הדין הזיק את הצד השני על ידי דיבורו. ולפי רבי מאיר חייב והוי גרמי, בניגוד לטעה בדבר משנה, אשר שם דיבורו לא הזיקו, לכן שייך לומר שם "לאו כלום עביד", אך בטיהר את הטמא ועירבן בעה"ב קשה, שהרי בדיבורו לא הזיקו הדיין, לכן טרח הש"ך ליישבו בסק"ה.

**המשך הש"ך (כט) ד"ה ואין הדין חוזר** – ד. הפרכת הוכחת הטור של דברי הרא"ש – הרא"ש כתב לגבי פסקו של רבי ישמעאל (כי אדם עשוי לשקר רק בחייו, שהוא חייב למישהו כסף, משום עין הרע. ולכן אותו אחד אינו יכול לתבוע את היוורשים. ורבי חייל חלק עליו כשבאו לתבוע את היוורשים, משום שנתנו רק חצי מהסכום), כי לא היה זה טעות בשקול הדעת, כי לא חלקו בכך התנאים שלפניו, אלא כאן הטעות הוא רק בסברא. וכתב הטור דמשמע, שאם היה זה טעות בשקול הדעת, מיד כשפסק אי אפשר לחזור מהטעות, ואפילו שהיוורשין עדיין לא שילמו, היו צריכים לשלם, והדיין היה צריך להחזיר להם.  
**הש"ך** – זו טעות, דאם כשלא ברור שטעה היה חוזר, כל שכן אם היה ר' חייא מברר שטעה, הדין היה חוזר.

ה. **כוונת הרא"ש בכותבו "ולא הי' רבי ישמעאל טועה בשקול דעת"** – מפשט הגמ' לא משמע דקיבלהו לר' ישמעאל בר' יוסי, דהא בחצי השני באו לפני ר' חייא. וכוונת הרא"ש לתרץ מדוע לא חייבו ר' חייא לשלם. לכן אמר הרא"ש שהוא לא היה טועה בשקול הדעת. וכן תירץ הרא"ש כן, כדי להציל את הרי"ף (שהרא"ש חולק עליו), שלא יהיה הרי"ף "טועה בדבר משנה". שכן כתב הרי"ף עצמו בפרק אד"מ, כי אי אפשר להוכיח ממעשה זה דקם דינא, משום שלא היה נקרא שהוא טועה, כי ר' חייא לא יכל לברר את טעותו ממקור קודם, כי לא נחלקו על ענין זה התנאים. וכן תירץ כך הרא"ש, כדי שלא יהיה קשה לרב חסדא. בכל מקרה זה פשוט לדינא, דכולי עלמא מודו, דבמה שלא הוציא עדיין, הדך חוזר. והרא"ש מודה בכך לרמ"ה. ולא כדברי הטור וה"אחרונים, שנמשכו על פי שיטתו. ופלא שלא הבחינו בכך אף אחד מ"האחרונים" או מפרשי הטור.

ו. ה"עיר שושן" מעתיק את דברי הרמ"ה, שאין מוציאין ממנו את החצי השני, וכתב, שכן הוא להלכה ע"פ הרמב"ם והר"ף. משמע לדבריו דהרא"ש חולק על כך, כדברי הטור, ולא כפי שהוכחנו שגם הרא"ש סובר כך.

ז. כתב המהר"י, דמשמע מהטור, כי רק בטעה בשקול הדעת חולק הרא"ש, אך מודה לרמ"ה בטעה בדבר משנה. וכן כתב ה"ב"י: "דמלבד מה שהוכחנו, כי הרא"ש מודה גם בטעה בשקול הדעת, טעו המהר"ק וה"ב"י במה שהיו צריכים להוכיח בטועה בדבר משנה מה"טור", כי זה מופיע כבר במקומות רבים בש"ס עצמו, שחוזר אפילו כבר הוציא. וכן כתב הרא"ש בהרבה מקומות וכ"ש כשלא הוציא עדיין.

## **הש"ך חולק על דברי הטור בסעיף א' דבג' מומחין אפילו לא קיבלום קם דינא ופטורים מלשלם**

ח. וב"רמזים" כתב כן ונראה שהוציא כן מדברי הרא"ש, כי הרא"ש כתב בכל מקום – יחיד מומחה וג' הדיטות. ונראה שכתב כן הרא"ש, משום דמאידיך גיסא כתב דהיכא שקיבלוהו אפילו ביחיד מומחה פטור. אמנם גם ה"נ"י כתב כדברי הטור.

ה"נ"י כתב כדברי הטור – „ושלושה מומחים סמוכים פטורים מלשלם, אף על פי שדנו בכפייה, דהא מדאורייתא אית להו למידך“. וכן כתב הטור בשם הרמ"ה, דחייבים לשלם המומחים כאשר אינם סמוכים. מה"נ"י והפוסקים משמע, דסמוכים הוה כנט"ר. וקשה דא"כ מספיק סמוך א', אלא ודאי דסמוך אינו כנט"ר אלא דוקא סמוך מב"ד. ה"נ"י כתב, דכיון שכל שחייב להורות מן התורה פטור מלשלם, א"כ גם ג' הדיטות דיכולים לדון מדרבנן אם טעו פטורים מלשלם. וראיתו מרש"י אינה ראייה, כי ניתן שם להסביר כתוס'. גם מה שכתב דמשום שחייבין להורות פטורים כי טעותם הוא לכן אונס, אינו נכון, כי גם ג' הדיטות חייבים לדון מדרבנן כשאין מומחים ובכל זאת חייבים לשלם, כי לא היה להם לטעות. ואם כן גם ג'

(לא)

מומחים חייבין לשלם, כי כאשר הם דנים בכפייה אסור להם לטעות ודוחק לחלק בין חיוב לדון מדאורייתא לדרבנן, כי במבחן התוצאה שניהם אנוסים לדון.

ט. ראייה לשיטת ה"נ"י, דרק בג' סמוכים, פטורים לשלם אם טעו – אם יחיד מומחה שנט"ר פטור, כל שכן ג' סמוכים שקיבלו רשותם מדאורייתא פטורים. ולכן ג' הדיטות או יחיד מומחה שפסולים מדאורייתא ורשותם הוא רק מדרבנן, יהיו חייבים, כי רבנן נותני הסמכות, לא נתנו להם רשות להפטר. וג' הסמוכים רשאים גם לדון בכפייה, כי אם הם לא יכפו לדון לא יהיה מי שיכפה לדון. ולכן יש להם בטעותם דין של אנוסים, כדברי ה"נ"י, אך רק גמירי וסבירי חייבים לשלם, כדמשמע מדברי ה"נ"י, וכדברי הרמ"ה, ולא כדברי בעל "המאור" שהובא לעיל (סעי' ב' ס"ק י"ד אות י"א).

י. לעיל סעי' א' ס"ק ד' אות א' הוכח שלא כדברי ה"נ"י, דבנו"נ ביד אפילו סמוכים חייבים לשלם, כי אם בג' מומחים שנט"ר פטורים בנו"נ, כל שכן סמוכים שלא רק נטלו רשות מדאורייתא אלא אף מחויבים מדאורייתא

## **הש"ך מתרץ את קושיית התוס' על רש"י (ותמיהת ה"נתיבות" על כך) אשר כתב שמומחה שלא נטל רשות אין דינו חוזר**

ש"ך (ל) ד"ה אבל אם קיבלום עליהם בין לדין בין לטעות.

א. כתב ה"נ"י, כי יושבי קרנות, אין יכולים אלו שקיבלו עליהם לדון בפניהם לטעון, כאשר טעו, שחשבו שידונו לפי דין תורה, כי ידעו שהם טועים ולכן פטורים לשלם.

ב. רש"י כתב במס' סנהדרין (ה.) – „...אלמא גמיר וסביר כי לא נקיט רשותא דיניה דינא ולא הדר“. שם מדובר שאמר רב יוסף לאמורא אחר, ע"פ רש"י, שאם לא קיבלו עליהם בין לדין בין לטעות חייב לשלם כי לא נט"ר.

והקשה שם על רש"י התוס' – „פירש בקונטרס, כגון דאמרי לך דיינת לן דין תורה. וקשה דא"כ מה דייק מהכא, דהא אפילו לא גמיר וסביר נמי מה שעשה עשוי, כדמוכח לקמן, דפריך לר' אבהו מדן את הדין, ומוקי לה בדקיבלוהו. וכשאינו מומחה איירי, דהא קתני סיפא ואם היה מומחה לרכים פטור. לכך נראה, ואי לא דלא קיבלוך עלייהו כלל“ וכ"כ הרא"ש.

ג. דברי רש"י נכונים, דלרש"י היה ברור „דסתם קבלה לפני מומחה, הוי כאילו פירש, שמקיבלו בין לדין ובין לטעות ובהדיוט סתם, קבלה דידיה הוי דוקא אדעתא דלידון דין תורה...ודאי כשלא הן דין תורה הדר דינא, דהא על תנאי זה קיבלוהו. וכיון שלא נתקיים התנאי, הוה ליה הקבלה כמאן דליתא...ואולי ס"ל להתוס', דלקמן נמי מיירי כשאמרו לו מלכתחלה דיינת לן דין תורה, וכמ"ש לקמן בשם הרמב"ם והירושלמי. וכן הרא"ש אע"ג דמפרש לקמן בסתם קבלה, מכל מקום יכול להיות דס"ל, דגם כשאמרו לו מתחלה בפירוש, דון לנו דין תורה, דינא הכי, וכמ"ש לקמן בשם הרמב"ם וירושלמי. מכל מקום לא היה להם להקשות כל כך בפשיטות...גם ראב"ן...כתב כדברי רש"י, דאי אמרי ליה למומחה, דיינת לן דין תורה. וטעם משלם ע"ש ודו"ק“.

## תמיכה ה"נתיבות" על תירוץ הש"ך ויישובו

**נתיבות המשפט [טז] ד"ה בין לדין בין לטעות** – כיוון דטעות בשיקול הדעת כאמורא מסוים, הוי דין תורה, לכן מספיק קבלה בלא קניין. מה שתירץ הש"ך על קושיית התוספות על רש"י, כי בסתם קבלה לפני מומחה הוי כאילו קיבלו ללא סייג, תמה, כי היה לו להוכיח מ"דן את הדין". ולרש"י מדובר בקיבלו סתם, דקתני "אם היה מומחה פטור ודינו דין", והוא ממש כדברי רב יוסף – "אם קיבלוך לא תשלם", והוא מפורש במשנה, ולמה הביא ראיתו מהאמוראים? **ויש ליישב**, כי מהמשנה אין ראיה, כי סיבת הפטור שם במומחה הוא משום אונס (רא"ש), אך ההוכחה מהאמורא היא נכונה, דלרב יוסף המומחה פטור, כי הקבלה היא מילתא יתירא, מעבר לטעם של אונס (כי לרב יוסף יש גם טעם של אונס, היינו "פרוטה דרב יוסף"). ולכן בעל דין חייב לקבל את פיסקו גם אם טעה. ורש"י לא פירש "אם לא קיבלוך" – שדן בכפייה, שאז גם הדין חוזר, כי רב יוסף הרי מעמיד את המשנה דמחזירין ב(לג.) במומחה, ורק במומחה שקיבלו יש לו דין של בית דין ואין מחזירין, כי בעל הדין כבר מוחזק (רא"ש), והוא מוחזק על פי בית דין (כי כאשר אינו מוחזק על פי בית דין מוציאין ממנו בטעה בשיקול הדעת, כי הסוגיא נוטה לא לפי מה שפסק), אך כשמומחה דן בכפייה, אין לו דין בית דין, לכן אין הדין שלו קיים כאשר טעה, כי בעל דין לא מוחזק על פי בית דין וכדי שיהיה ל"קיבלו" תוקף בית דין, צריכים לומר "דון לנו דין תורה". וכיוון שטעות בשיקול הדעת (היינו, כאמורא שאין הדין כמוהו) גם הוא נחשב לפחות כמו דין תורה, כיוון שהוחזק על פי בית דין אין הדין קיים וחייב לשלם, אך בקבלה סתם, אמרינן שהיה הקבלה גם במקרה של טעות ופטור מתשלום, כי כיון שלא אמרו בפירוש "דון לנו דין תורה" ודאי שהיתה כאן קבלתם גם לענין של פטור מתשלומין. אם כן לרב יוסף במשנה דמחזירין (לג.) מדובר, בלא קיבלו. ובמשנה "דן את הדין" מדובר בקיבלו ואפילו לטעות, אך לרב נחמן מדובר בלא קיבלו. וקושיית הגמרא ב-(לג.) מהסיפא ד"אם היה מומחה" על המשנה "דיני ממונות מחזירין", הוא רק אליבא דרב נחמן.

(לב)

**הש"ך חולק על הבנת ה"נימוקי יוסף", שה"תלמוד ירושלמי" עוסק בדין נפרד של מומחה והש"ך מוכיח שמדובר שם גם כאשר הוא אינו מומחה. הש"ך מוכיח כי ניתן להסביר שה"תלמוד ירושלמי" חולק על ה"תלמוד בבלי", אך באותה מידה ניתן להוכיח שאינו חולק**

המשך הש"ך (ל) ז"ה אבל אם קיבלום עליהם בין לדין בין לטעות – ד. ה"ני"י הביא דעות ה"אחרונים", הפוטרים אף בקיבלוהו, כשאמר לו מפורש שידין בדין תורה, כי אין דינו דין. ה"ני"י כתב, דאמנם ה"עטור" מביא סיוע לדברי רש"י שכן חייב כשטעה בשיקול הדעת, כשאמרו לו "אתה מקובל עלינו כג' על מנת שתדינו דין תורה", כי הגיס דעתו לדון יחידי, דתנן "אל תהי דן יחידי".

ה"ני"י הביין, דהירושלמי עוסק בדין נפרד של מומחה. וכתב על כך הש"ך – "ומה אעשה ששגג שגגה גדולה", כי הירושלמי עוסק בתחלת המשנה "זיכה את החייב" וכו', אם כן מוכח דבסיפא שמדובר במומחה יהיה פטור. וטעם שהגיס דעתו שייך רק באינו מומחה. אם כן הוא חולק על רש"י ואינו תומך בדעתו כדברי ה"ני"י. הש"ך גם מוכיח מגוף דברי הירושלמי, כי מדובר שם על הרישא של המשנה, כשאינו מומחה.

ה. לענין הלכה – קשה להכריע נגד הירושלמי, כי ניתן להסביר את ש"ס דילן, כך שלא יחלוק על הירושלמי, ולהסביר את הש"ס, דאמרו ליה מתחלה דיינת לן דין תורה, לכך ישלם, כי הגיס לבו לדון יחידי. וכן מפרש הרמב"ם בפהמ"ש על מס' בכורות. ונראה מדבריו בפ"ו בהל' סנהדרין, שכן דעתו גם בקיבלוהו בסתם.

וכן נראה מהרי"ף והרא"ש, שמדובר בקיבלוהו בסתם ואח"כ אומרים שקיבלנו אותך על מנת שתדינו בדין תורה. אמנם, כיון דמהירושלמי נראה דקיבלוהו לא בסתם ובסתם יהיה פטור, לא קי"ל כירושלמי, כי מהרי"ף ומהרא"ש משמע, שגרסו בש"ס דילן, שאמרו לו מראש קיבלונך שתדון ע"פ דין תורה. היינו, שקיבלוהו בסתם. וכן כתב הטור וכן משמע מרש"י ומהפוסקים ומפשטות דברי הגמרא, דקיבלוהו בסתם וישלם מביתו, אכן על דברי הירושלמי, שיהיה חייב כשאמרו לו מראש, מלבד רש"י וראב"ן, אין מי שיחלוק על כך. דברי רש"י קשים להולמם, כי לשיטתו, רק משום שאמרו לו מתחילה, נעקר סמכות הדין למפרע כאשר טעה, שהרי

לא טעה בדבר משנה ודן דין תורה, כי פסק כתנא או אמורא, כי לשיטתם הוא כן דן דין תורה. וגם לרש"י עצמו מה שעשה עשוי אלא שפטור, א"כ גם לשיטתו דינו דין תורה. ולכן אין לנו כח להכריע נגד הירושלמי, ואף קשה על רש"י החולק על הירושלמי.

ו. אמנם ניתן ליישב את שיטת רש"י, דעל כרחך הש"ס דילן חולק על הירושלמי. דהירושלמי אינו דן דינא דגרמי, כמובא לעיל, ולכן הירושלמי אינו מעמיד את המשנה בבכורות בפשטות דקיבלוהו בסתם, כמו שגמרתנו מעמידה שם את המשנה. ויהיה חייב מדינא דגרמי. ולכן מעמיד הירושלמי את המשנה, שאמרו לו מראש, שידונם ע"פ דין תורה. ולכן אנו קונסים אותו כי דן יחידי. ומומחה אין אנו קונסים, כי לא היה צריך להעלות בדעתו שיטעה כי הוא מומחה. אמנם גם הירושלמי סובר דבטלה קבלתו למפרע, אלא שהוא סובר, דבאינו מומחה חייב משום קנס, ומומחה אין קונסים אותו ואין מחייבים אותו משום דינא דגרמי. וכן לא קי"ל כירושלמי, לפטור מומחה משום קנס, אלא ש"ס דילן מחייב גם מומחה משום דינא דגרמי, דבר שהירושלמי אינו פוסק כן. ולכן בעובדא דמר זוטרא בפ"ק דמס' סנהדרין נאמר, שאם לא קיבלוך ודנת בכפייה אתה חייב לשלם. וכך ניתן ליישב את שיטת רש"י, אך כאמור קשה ללכת נגד הירושלמי, כי גם הרמב"ם והמהר"ם, שהובא ב"מרדכי", סוברים כירושלמי. ובפרט שיש לומר, דגם ש"ס דילן סבירא ליה כירושלמי. ומה שאין הש"ס מעמיד את המשנה ככו"ע, שחיוכו משום שהגיס דעתו, הוא משום

דמשמע לש"ס, דמתני עוסקת בכל האפשרויות, בין שאמרו לו בפירוש בין שאמרו לו בסתם. ולכן ע"פ הירושלמי פטור, ולא כשגגת ה"ב"י" שסבר שהירושלמי מחייב. ז. למסקנה – אם אמרו לו מתחלה וטעה בשקול הדעת, לרש"י נחבטלה הקבלה. ולכן באינו מומחה אין דינו דין. ובמומחה דינו דין וישלם מביתו. ולירושלמי הקבלה במקומה עומדת. ומי שאינו מומחה ישלם. ובמומחה גם דינו דין ופטור.

## מחלוקת ה"ראשונים" אם הדיין פטור, אף שבעלי הדין לא אמרו לו במפורש "הפטר"

קצות החושן (י) ד"ה (וכל זה כשלא קיבלום עליהם... אבל אם קיבלום עליהם בין לדין) ובין לטעות (...לא ישלמו אפילו טעו) – הדיין פטור אף שבעלי הדין לא אמרו לו בפירוש "הפטר" (היינו במידה וחתעה לא תשלם), אך לבעל "המאור" הסובר באמר לחבירו קרע כסותי ואכן קרע את כסותו, אם לא אמר לו בפירוש "ואתה פטור לשלם" מה שקרעת לי חייב, אם כן גם כאן היה חייב הדיין אם לא אמרו לו בפירוש "הפטר". ואכן מתלמודנו [מס' סנהדרין (ח)] משמע שאף אם אמרו בסתם "דיינת לך ד"ת", הוא צריך לשלם, כי כוונתם "על מנת", אך לירושלמי רק אם פירשו זאת כתנאי "הרי את מקובל עלינו על מנת לדון דין תורה" חייב לשלם. לכאורה קשה, דאם לא אמר והפטר חייב בכל מקרה, לשם מה צריך גם להוסיף כדברי הבבלי או הירושלמי "דיינת לך..." או "הרי את...".

(לג)

ש"ך (לא) ד"ה או בזמן הזה שמכריחין הקהל...לא ישלמו אפילו טעו (מרדכי) – דברי הרמ"א הם נגד כל הפוסקים, שכתבו בסתמא, שחייבים. ה"מרדכי" הביא את דברי המהר"מ שכתב "אפילו באנו לחלוק ולומר דהאידינא" פטורים, היינו, דהאידינא מחייבים. וגם החולק סובר שצריך להחזיר הדין. לכן, הרמ"א היה צריך לכתוב דין זה בשם "יא", ולכתוב זאת בצורה סתמית.

## השגת הש"ך ביחס להסבר הרמ"א, לגבי פטור הדיין מלשלם כאשר הם אנוסים ותירוץ ה"נתיבות"

ש"ך (לב) ד"ה שמכריחים הקהל..פטורים – משמע מדברי הרמ"א דכיון שהם מוכרחים, הם לכן אנוסים. ויש לדקדק דהא פטורים אף משום דקיבלום הקהל עליהם אפילו היו ג' הדיינות כדברי הרא"ש והטור, שאז אפילו נז"נ ביד פטורים כדברי הרא"ש, אך למהר"ם בנו"נ חייבים כדברי בעל "המאור". נתיבות המשפט [יז] ד"ה דמה להם לעשות – ,,ויש ליישב דנפק"מ באמרו להם "על מנת שתדונו דין תורה", דחייב לרש"י, כמו שכתב הש"ך ס"ק ל"א".

המשך הש"ך (לב) ד"ה שמכריחים הקהל – כמו כן קשה על הרמ"א לעיל סעיף ב' שכתב דג' הדיינות כיחיד מומחה. דבר זה הוא מוקשה שהרי הם יהיו פטורים, אך כיום שהקהל בורר לו דיינים אינם יכולים ההדיינות לדון בכפייה ומועילה בחירת הקהל לכך שיכולים הדיינים לדון בעל כרחם, אך לא להפטר אם טעו.

ש"ך (לג) ד"ה ע"פ החרם – ,,וב"עיר שושן" הוסיף "או בקנס". ולא נהירא לפע"ד, דזיל בתר טעמא, דהוי כמו אנוסים, כיוון שמוכרחים לדון על פי החרם. ובקנס לא שייך אונס, דישלמו קנס ולא ידונו, דאונס ממון לא מקרי אונס, כדלקמן (שפח,ב)."

נתיבות המשפט [יז] ד"ה דמה להם לעשות – ,,הוא תמוה, דודאי בכהאי גוונא אפילו אונס ממון הוי אונס, ודוקא לענין מסור מחלקינן בין אונס דגוף לאונס ממון, וכן כתב ב"תומים" (סקט"ז)."



**ש"ך (לד) ד"ה לא ישלמו** – מדובר בג' דיינים הדיוטות שדנו בכפייה משום שהם מוכרחים לכפות ע"י קהל הקהילה, כי הרי ג' הדיוטות דינם כיחיד מומחה, אשר אם קיבלוהו אפילו בסתם פטור. אמנם אין לומר שמדובר כאן ביחיד, כי אין סיבה לפוטרו, שהרי חרם הקהילות אינו מכריחו לדון יחידי ולכן אם טעה חייב לשלם. גם במקור דין זה ברמ"א – ה"מרדכי", נכתב כי מדובר בג'. הראב"ן כתב, שגם אם דן יחידי ע"פ הקהל פטור בכל ענין, היינו, גם בנו"נ וקשה דמדברי הטור, ה"ב"ח" והרמ"א משמע, שיחיד זה דן ע"פ כתב המלך, שאע"פ שלא הוסמך ע"י הקהל, זה נקרא קבלה. גם מה שכתב הראב"ן ומשמע מדבריו, דבג' שהוסמכו ע"י

הקהל יהיו פטורים אפילו נו"נ אינו נכון, כי לכך לא הוכרחו ע"י הקהל. ונימוק זה גם משתמע מדברי ה"מרדכי" והרמ"א וגם מדברי הראב"ן עצמו שמקור הפטור הוא משום שהוכרחו לדון.

**ש"ך (לה) ד"ה דמה להם לעשות** – היינו, משום שג' הדיוטות אלו הוכרחו לדון ולפסוק ע"י הקהל, אך אם נו"נ חייבים, כי לשאת ולתת לא אנוסום, אך מומחה יחידי שפסק נו"נ יהיה פטור, כי לו ברור הדין שהוא כפי שפסקו. ולכן נו"נ נחשב דליכו אנוסו, אך ג' אלו אינו ברור להם הדין, כי הם הדיוטות, ולכן אסור היה להם לשאת ולתת.

**המשך נתיבות המשפט [יז] ד"ה דמה להם לעשות** – „מ"ש הש"ך...דבנו"נ ביד חייבין הוא תמוה, דהא מוכרחין הן לישא וליתן על ידי שליח בית דין דדמי לנו"נ ביד“.

## **הש"ך חולק על הב"ח והסמ"ע לגבי הסברם, כי הדיין חוזר גם אחרי שהוציא את הכסף מהנתבע**

**ש"ך (לו) ד"ה מ"מ יש להם לחזור:**

**סמ"ע ו"ב"ח** – יש להם לחזור אפילו הוציאו מהנתבע ונתנו ליד התובע, כי על דעת כן מינום הקהל, אלא אם כן היתנו שדינם דין גם אם טעו.

**הש"ך** – דבריהם אינם נכונים, לגבי מה שכתבו, שהם צריכים לחזור אפילו כבר נתנו לתובע את הכסף מהנתבע. **דאם כן קשה**, מה שכתב לפני כן הרמ"א – „לא ישלמו אפילו טעו **דמה להם לעשות**“, היינו, כי הם אנוסים. ולכאורה הם פטורים גם בלא סיבה זו, אלא משום שהם יכולים לחזור תמיד אפילו שהכסף כבר ביד התובע. **ודוחק לתרץ** שמדובר שאי אפשר לחזור, כי הנתבע הלך למדינת הים, דאם כן כיצד כתב "יש להם לחזור", הרי אי אפשר לחזור כי אין ממי לתבוע. **ודוחק גם לומר** דמתחילה מדובר שאי אפשר לחזור וכאן מדובר שיכול לחזור.

(לז)

**על פי שיטת הסמ"ע וה"ב"ח" קשה על עצם דין יכולת החזרה א.** הרי קהל מינום כדי שיפסקו ולא כדי שיחזרו מהפסקו. ורק על נזק מהפסק הם פטורים, כי הוכרחו לפסוק ע"י הקהל. אמנם לרי"ף והרמב"ם חוזר הדין, משום הנזק מהפסק לבעל הדין, אך הרמ"א הולך בשיטת הרא"ש וסיעתו החולקים וסוברים, שאין קשר בין החזרה להפסד בעל הדין.

**ב.** אם הדין והדיינים חוזרים, אין זה משנה מה רצונם ונפסקו אנו שהדין חוזר ויהיו פטורים לשלם.

**ג.** מקור הדין הוא ה"מרדכי". **וקשה** מאין לו שעל מנת שהם יכולים לחזור מינום הקהל.

**ד.** ממה שכתב בפשטות „מ"מ יש להם לחזור“, משמע שהדין הוא כך ולא תקנת הקהל. לכן חייבים לומר ש„מ"מ יש להם לחזור“ ומדובר על מצב אשר עדיין לא הוציאו מיד הנתבע.

המהר"מ המובא ב"מרדכי" והרמ"א מבארים, שאם טעו ואינם רוצים לחזור חייבים, כי על כך לא הכריחום הקהל לא לחזור, אך כאשר כבר הוציאו מהנתבע ונתנו לתובע אינם יכולים לחזור, כי סיבת הדין של "מה שעשה עשוי", הוא משום שיכול התובע המוחזק כעת בכסף לטעון, מניין שפסק שאתה רוצה

לפסוק הוא אמיתי, אולי הפסק הראשון הוא האמיתי, והרי בכל מקרה קיבלנו בין לדין בין לטעות. ולכן אין מקום לספקו של הסמ"ע, כשכבר הוצא מהנתבע, כי ודאי שאינו יכול לחזור.

## קושיית ה"קצות" על הרא"ש, אשר כתב כי שני דיינים אינם משלמים את חלקו של הדיין אשר חלק עליהם ויישובו של ה"נתיבות"

קצות החושן (יב) ד"ה והלכו אחר שנים (שבהם הם משלמים ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד בעל הדין) –

הרא"ש כתב דהשנים אינם משלמים חלק ג', כי יאמרו לשלישי, אם אתה לא היית עמנו לא היינו גומרים את הדין ולא היה כלל פסק דין. וקשה דקו"ל כר' נתן בסוגיא של שור שדחף שור לבור, דהיכן שלא ניתן לגבות מאחד משלם השני את הכל. ואם כן גם כאן שישלמו שניהם גם את החלק השלישי?  
הסוגיה דר' נתן מופיעה במס' ב"ק (נג.), לגבי שור שנבעת ונפל מהקול של כריית הבור לשם הרחבת או העמקת בור קיים. ולפי רבי נתן בעל הבור חייב לשלם. וכתבו התוד"ה והא (נז): דקו"ל דר' נתן סבר דכורה נחשב שעשה את כל הנזק וגם בעל הבור נחשב שעשה את כל הנזק. ולא כהאי לישנא הסוברת דהם נחשבים כל אחד שעשה חצי נזק.  
אם כן גם כאן, כיוון שלא שייך לגבות מהדיין השלישי, כי הוא פסק נכון ולא טעה, ישלמו השניים שטעו את כל הנזק.

וי"ל על פי מה שהסיק ה"ם של שלמה" שם במס' בבא קמא בשם "הגהות מיימוני", דבאמת ב' הלשונות הם אמת לדינא, רק תלוי מתי. כאשר ניתן לומר שכל אחד עשה את הנזק, ודאי שייך דינו של רבי נתן, אפילו בלא הטעם של "דאנא תוראי בבירך אשכחנא", כשור ושור המוקדשין (אשר שייך לגבוה ולא קרינן ביה "שור רעהו") שנגחו יחד, קים להו דהאי כולו היזקא עבד, אבל גבי שור שדחף לבור (= שור אחר) קים להו לתלמודא דאם לא היה השור שדחפו לא הוה הבור עביד מיד"י וכן להפך, דאין שייך בו דינא

דר"נ ולא מטעם דאנא תוראי...". לכן גם לגבי שלמים שלא הועדו והזיקו [מס' ב"ק (יג.)], אינו גובה חצי מבשרן נגד אימוריהן הניתנים לגבוה, אלא מפחיתים מחצי השור את האימורין ואין מתייחסים לאימורין כאילו הזיקו וישלם חצי מהשור רק מהבשר, כי ודאי מחד הבשר עם האימורין הזיקו, אך מאידך מהאימורין לא ניתן לגבות כי אינם בכלל "רעהו" ולא שייך הטעם "דאנא תוראי...", לכן פטור משלם נגד האימורין גם לרבי נתן.

אם כן גם כאן – כדברי הרא"ש – לולא השלישי לא היו פוסקים את הדין ולא עשו את כל הנזק ב' הדיינים לבד, לכן גם כאן לא שייך דינו של ר"נ, וכיוון שאי אפשר לגבות מהשלישי לכן ישלמו רק ב' חלקים.  
**אמנם, עדיין קשה**, על פי דברי התוס' [מס' ב"ק (ו) ד"ה לאתויי, (יג) ד"ה אי], דדוקא משום הסברא, שלולא האחד משני המזיקים, לא היה נעשה כלל נזק, לכן נחשב הדבר, כי כל אחד משניהם עשה את כל הנזק והוא גם זה שסיים את עשיית הנזק. לכן חזרת הקושיה, שגם כאן שייך דינו של רבי נתן, שאם לא ניתן לגבות מהאחד, יגבו מהשני את כל הסכום, אם כן, גם במקרה שלנו, יגבו משני הדיינים את כל הנזק. כן גם משמע מהסמ"ע (תי, נז), דאפילו היכא דלא עביד כל ההיזק בלא חברה, נמי שייך דינא דרבי נתן. אפילו לשיטת המהרש"ל גם קשה, דהא בתד"ה לעולם [מס' ב"ק (נג.)] אמרו שם במפורש, כיוון דגמר ההיזק, נעשה על ידי הבור אפילו אי פלגא היזקא עבד, אמרינן היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, אם כן גם כאן, כיוון דגמר הנזק נעשה על ידי השניים שאמרו "איש פלוני אתה חייב" והשלישי נחשב רק כמו הקול של כלי הכורה ממנו נבעת השור. ובפרט שלאחר גמר הדין, אפילו היה מסתלק השלישי, השניים הנותרים היו יכולים לגומרו, לכן רק שניהם ישלמו. ומסיים ה"קצו ת"י – ,, וכעת לא מצאתי ישוב נכון לקושיא".

[וק"ל, הרי טענת שני הדיינים היא, דאי לא הוי השלישי בהדי, הם כלל לא היו מגיעים לגמר דין, והנזק היה הרי רק בגמר הדין עצמו.]

**נתיבות המשפט [יח] ד"ה והחלק הג' מפסיד –** „דבספר "קצות החושן" הקשה, דהא קיי"ל כרב נתן, דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. ולדידי לא קשיא מידי, דהא אדרבא, הרמב"ם פסק...שלמים שהזיקו דאינו גובה מבשרן כנגד

(לה)

אימורין, ומטעם דאמר בב"ק (נג.) אפילו תימא כרבי נתן דמי ס"ל בשר אזיק אימורין לא אזיק והכי נמי דכותיה". **משובב נתיבות –** „והמעיק בדברינו, (תיג) יראה דברינו, דעיקר הקושיא לפי דעת רש"י ותוס' בד"ה אי פרק קמא דבב"ק (יג.). עיין שם שהארכנו בזה“.

**ש"ך (לט) ד"ה והחלק השלישי מפסיד –** קשה, כיוון דהרמ"א לא הכריע בין הרי"ף והרא"ש, אם כן, היה צריך להחזיר את הדין נגד חלק ג', כיוון דאיכא פסידא דבעל הדין.

**המשך נתיבות המשפט [יח] ד"ה והחלק השלישי מפסיד –** „דהא בסעיף ג' הכריע (= הרמ"א) כהרמב"ם ולא כהרי"ף, דאפילו בלא נו"נ ביד ישלם מביתו, אלא דאין הטעם כלל משום דפסידא בעל הדין“. במקרה של מומחה וקיבלו, הדין חוזר. הסיבות לכך הן **א.** כי לא שייך לגבוי קנס, כי לא הגיס דעתו, בניגוד לג' הדיוטות, שלא היה להם לדון בכפיה. **ב.** כי אין בהשגתו להבין דברי הגדול לכן הדין קיים (ש"ך).

### **סיכום הש"ך של סעיף ג'**

**א.** „היה זה הטועה בשיקול הדעת מומחה לבד, דהיינו, דגמיר וסביר ולא נטל רשות מריש גלותא ולא קבלוהו או שלא היה מומחה ואפילו אינו לא גמיר ולא סביר אבל קבלוהו, אפילו לא נשא ונתן ביד, מה שעשה עשוי וישלם מביתו. ואין הדין חוזר אף על פי שהדין רוצה לחזור, אפילו הבעל דין לפנינו ואפשר בחזרה, בין בדיני ממונות בין באיסור והיתר: **ב.** וכל זה שכבר זכה זה שכנגדו בממון זה, אבל דין שטעה ולא הספיק התובע להוציא מן הנתבע עד שנתברר שטעה, לא שנה הדיוט ולא שנה מומחה ולא שנה טעה בדבר משנה ולא שנה טעה בשיקול הדעת הדר דינא. ואפילו זכה בפלגא ופש פלגא גבי אידך לא מפקינן מיניה: **ג.** שלשה מומחים סמוכים שראויין לדון מן התורה, אפילו לא קבלוהו עליהם, מה שעשו עשוי ופטורים לשלם, אפילו נשאו ונתנו ביד, אפילו טעו בשקול הדעת פטורים. וכל שכן כשטעו בדבר משנה ואי אפשר בחזרה. ודוקא סמוכים, אבל האידינא דליכא סמוכים אפילו ג' מומחים דגמירי וסבירי חייבים לשלם אם לא קבלו אותם: **ד.** ואין חילוק בכל דינים שהוזכרו בסימן זה בין מומחה אחד לשני מומחים או הדיוט א' וב' הדיוטות. שבכל דבר שנים כיחיד דמי: **ה.** וכל זה שקבלום בסתם, אבל אם קבלו בפירוש, בין לדין בין לטעות, בכל ענין פטורים. ויש אומרים, דהוא הדין אם קיבלו עליהם יושבי קרנות, שאפילו טעו קם דינא ופטורים, דהא לא מצי למימר אדעתא דנידון דין תורה קבלום, שהרי יודעים שאינם יודעים דין תורה: **ו.** ואם אמרו לו מתחלה בפירוש, שאנו מקבלים אותך על מנת שתדון לנו דין תורה וטעה בשיקול הדעת, יש אומרים שנתבטל הקבלה, והרי הוא כאלו לא קבלוהו. והלכך באינו מומחה אין דינו דין כלל. ובמומחה מה שעשה עשוי וישלם מביתו. ויש אומרים שהקבלה במקומה עומדת. ובאינו מומחה מה שעשה עשוי וישלם מביתו. ובמומחה מה שעשה עשוי ופטור לשלם: **ז.** יש אומרים, דהוא הדין בזמן הזה, שמכריחין הקהל את הדיינים על פי החרם, שיהיו דיינים בעל כרחם, לא ישלמו אם טעו, אף על פי שדנו בכפיה, שהרי הם כמו אנוסים לדון, דמה להם לעשות. מיהו, אם נשאו ונתנו ביד, חייבים. מכל מקום אם עדיין לא הוציאו מיד החייב, יש להם לחזור, כשנודע שטעו. ואם אינם רוצים לחזור ומקיימים את דבריהם, חייבים לשלם. ואף בקבלו אותם בין לדין בין לטעות, יכולים לחזור קודם שהוציא וזכה זה שכנגדו בממון. אף לאחר גמר

דין שאמר איש פלוני זכאי איש פלוני חייב: **ח.** וכשטעו ומשלמין, אם הסכימו כל הדיינים ביחד, כולם משלמין. ואם היו רק ג' והלכו אחר שנים שבהן, הם משלמים ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד הבעל דין. ודוקא שאין מומחה באותן השנים, אבל אם יש בהם מומחה צריכים לשלם הכל ביחד“.

## סעיף ד'

אבל מי שאינו מומחה ולא קיבלו אותו בעלי דינים אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינים לפיכך אין דינו דין בין טעה לא טעה וכל אחד מבעלי דינים אם רצה חוזר ודן בפני ב"ד ואם טעה ונשא ונטן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבע"ד שנתן לו שלא כהלכה. ואם אין לו להחזיר או שטמא או שהאכיל דבר המותר לכלבים ישלם כדין כל גורם להזיק שזה מתכוין להיזק הוא.

ד"ה אבל מי שאינו מומחה: סמ"ע – לרמב"ם מומחה הוא מי שגמיר אף שאינו סביר ואז מועיל לו נטילת רשות מריש גלותא לדון יחידי (וכן כתב הסמ"ע לעיל סק"כ). וכן הבין את דברי הרמב"ם ה"כסף משנה".

ש"ך (מ) ד"ה המתחיל אבל מי שאינו מומחה – לשיטת הרמב"ם מומחה צריך להיות גם סביר. וכן הבין ה"כ"ח וה"כסף משנה", שכן כתב ה"כס"מ" שם [הל' סנהדרין (ב,יא)] – „מה שאמר רבינו או שנטל רשות מב"ד, פירוש, אע"פ שאינו מומחה לרבים דגמיר וסביר אבל מומחה הוא, דאי באינו מומחה, הרי כתב רבינו ספ"ד שאין רשותו מועלת כלום“, היינו, אע"פ שאינו מומחה לרבים דגמיר וסביר. זאת אומרת ש"גמיר וסביר" בא להסביר, שמומחה לרבים פירושו שהוא מפורסם בגמירותו וסבירותו ואם אינו מפורסם בשני הדברים אינו נחשב מומחה.

(לו)

## הסמ"ע משיג על הגהת ה"כס"מ" ברמב"ם והש"ך מצדיקו. ה"קצות" מבאר כי על פי דברי הש"ך ישנה מחלוקת בין הרמ"א לשו"ע

ש"ך (מד) ד"ה ואם אין לו להחזיר – „הכס"מ הוכיח דחסר כאן בבא א' וכך צריך לומר ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם אין לו להחזיר כ"ו ואם לא ימצא בשום ספר כן, צריכים אנו לפרש דהאי "ואם אין לו להחזיר" קאי אלא נשא ונתן ביד“, היינו, אם נו"נ ביד ואפילו שיש עדיין לבע"ד את הכסף שקיבל בטעות, יכול בעל הדין השני לבקש את הכסף ישירות מהדיין, אך בלא נו"נ, רק אם אין כבר ביד מקבל הכסף את הכסף, רק אז יבקש מהדיין עצמו. „ויפה כוון ומה שכתב הסמ"ע ס"ק כ"ז (= צ"ל כ"ח) בזה אינו נכון כלל ואין להאריך“.

הסמ"ע חלק על הגהת ה"כס"מ" ופירש את הרמב"ם כפי שמופיע בדפוס, היינו, דהרמב"ם לא חילק בין נו"נ ללא נו"נ, כוונת הרמב"ם ב"נו"נ" הוא לכך, שהדיין גרם ע"י פיסקו, שהנתבע יתן את הכסף לתובע. ואז הדיין צריך לשלם לנתבע ויוציא הדיין את הכסף שנתן מיד התובע, אך ברישא שם עדיין לא נתן הנתבע את הכסף לתובע, לכן הם הולכים ודנים בכ"ד אחר.

ה"ב"ח" כתב שניתן להבין את דברי הרמב"ם כהסברו של ה"כס"מ", בלא צורך להגיה. וקשה, דהא גם ה"כס"מ" עצמו כתב כך, דגם בלא הגהה יש לפרש כן, גם קשה הקל וחומר שכתב ה"ב"ח" להוכיח שכן דעת הרמב"ם. אמנם נראה, שחסרים מילים מדברי הרמב"ם. וגם הרי"ף כתב כן בפירוש כהגהת ה"כס"מ". וכן רבינו עובדיה מברטנורא מעתיק בתחילת פרק זה בורר את דברי הרמב"ם וכלול בו הגהת ה"כס"מ". וכן הוא ב"עיר שושן" וכן עיקר.

קצות החושן (יג) ד"ה ואם אין לו להחזיר (...ישלם כדין כל גורם להזיק, שזה מתכוין להזיק הוא) – "קצוה"ח" חולק על ה"סמ"ע" (ס"ק כ"ח) וסובר, דהצדק הוא עם ה"כסף משנה", דכשלא נשא ונתן ביד הדיין כמראה דינר לשולחני ונמצא רע, דאי ניתן להחזיר, ודאי דהשולחני פטור. ומה שחייב הדיין כשנשא ונתן ביד הוא משום שאז הוא ממש מזיק, כיוון שהוציא מרשות לרשות. אם הלך מקבל הכסף למדינת הים, חייב הדיין לשלם את ההוצאות כדי להחזיר את הכסף משם, כמו דוחף מטבע חבירו לים, אשר צריך לשכור אמודאי כדי לשלוחו חזרה, כדברי השו"ע (שפ"א). ואילו לרמ"א שם הוא פטור, כיון שלא הזיק את גוף המטבע. נראה, כי דמחבר הרמ"א יחלקו גם כאן לענין ההוצאות, אך בנושא ונתן ביד נחשב הדיין לגזלן ואינו יכול לומר הרי שלך לפניך. גם בדוחף מטבע של חבירו לים, אם היה נוטלו בידו וזורקו, גם היה חייב. יתכן דגם לשו"ע, המחייב בתשלום ההוצאות במקרה של דוחף מטבע משום גרמי, כאן הוא יפטור את הדיין מההוצאות, כיוון דהוי רק גורם דגורם.

## הש"ך מצדיק את "המאור" בצורה מסוייגת במחלוקתו עם הרמב"ם

ש"ך (מה) ד"ה ישלם כדין כל גורם א. הרי"ף הרמב"ם והמחבר פוסקים כאן לשיטתם כמובא בסעיף א', אך שם הכריע הש"ך בסק"א אות ב' שפטור, כי טעה בדבר משנה תמיד פטור כשלא נז"נ כי,, דלאו כלום עביד כיון דדיניו לא דינים...אפילו לא טעה" וכן כאן. יסוד זה של פטור, משום דדיניו אינם דין ושבעל הדין פשע בכך שסמך עליו ונתן כסף על פיו, כך כבר כתב גם בפירושו בעל "המאור" [מס' סנהדרין (יב). מדפי הרי"ף], אמנם אין דבריו נראים במה שכתב שם, שאם לא גמיר אע"ג דקיבלוהו, אין דינו דין,, דאין לאחר קבלה כלום".

ב. וכן אין דבריו נראים במה שכתב שאפילו נז"נ פטור, אלא כרוב הפוסקים פסקינן, בנו"נ חייב אפילו טעה בדבר משנה כיון דעשה הרבה, אך נראים דבריו במה שפטור כשלא נז"נ, כי אין דינו דין, כי רק במומחה ולא קיבלו והדיוט וקיבלו, כיון דדינו דין ואינו חוזר והוכרח לעשות כן, ויודע שבע"ד מוכרחים לעשות כן, כיון דקם דינא א"כ טובא עבד ולכן חייב, בניגוד לדין כאן. וזה בתנאי שהכריחו רק על הדין ולא על התשלומים.

נתיבות המשפט [יט] ד"ה ואם אין לו וכו' – ,,ויש טעות סופר וצריך להיות "אבל אם כפוהו על התשלומין" ותיבת "לא" טעות סופר".

המשך הש"ך (מה) ד"ה ישלם כדין כל גורם – ויתכן שהרי"ף, הרמב"ם והמחבר מחייבים, כי מדובר שכפה גם על התשלום. וכן נראה מדבריהם וכן עיקר. ולא כדברי בעל "המאור", שאפילו כפה על התשלומים חייב רק אם נז"נ, אך יתכן כי גם בעל "המאור" לא התכוון בדוקא שמדובר בנו"נ ביד.

(לז)

## סיכום הש"ך של סעיף ד'

א. ,,אבל מי שאינו מומחה, דהיינו, דגמיר וסביר, ולא קבלו אותו בעלי הדין, אף על גב שנטל רשות, הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינים. לפיכך אין דינו דין, בין טעה בין לא טעה. ונפקא מיניה אם לא טעה לענין זמן בית דין ל' יום או לענין הפירות שאכל בינתים וכיוצא בזה. וכל אחד מבעלי דינים אם רצה חזור ודן בפני בית דין אחר. ואם טעה ונשא ונתן ביד, חייב לשלם מביתו וחרר ולוקח מבעל הדין שנתן לו שלא כהלכה. ואם לא נשא ביד חוזר הדין. ואם אין לו להחזיר או שטימא או שהאכיל דבר המותר לכלבים, ישלם כדין כל הגורם להזיק. ויש אומרים דפטור כיון שלא נשא ונתן, ביד אלא אם כן כפוהו גם על התשלומין וכן עיקר".

## סעיף ה'

דיין שטעה וחיוב שבועה למי שאינו חייב בה ועשה זה פשדה עם בעל דינו כדי שלא ישבע ואחר כך ידע שאינו בן שבועה, אף על פי שקנו מיזו על הפשרה אינה כלום דקנין בטעות הוא וחוזר. וכן כל כיוצא בזה ודוקא שגילה דעתו שעשה הפשרה משום השבועה או כדומה לזה.

### המחוייב שבועה כתוצאה מטעות ב"ד בפסיקתם, שהוא מחל על ממונו כדי להמנע משבועה – באילו תנאים מחילתו אינה תקפה

ש"ך (מו) ד"ה שאינו בן שבועה...אינה כלום – א. כתב הרמב"ם והובא בטור וכן כתב הסמ"ג, דהסיבה לכך היא משום,, שלא קיבל עליו ליתן או למחול אלא כדי להפטר משבועה שחיבו זה הטועה. וכל קנין בטעות חוזר".

ה"ב"י" כתב שדין זה מתקיים רק בטעה בדבר משנה או שיקול הדעת, כאשר ניתן לברר את הטעות, אחרת המוציא מחבירו עליו הראיה, אשר שייך כאשר הכסף כבר נגבה, אך לש"ך נראה, כי מדובר בקיבל עליו למחול, שאז לא שייך "המוציא מחבירו ע"ה".

ה"ב"ח" כתב כי טעה בשיקול הדעת, רק כאשר יש השלכות להפסד כספי, אזי הדין הוא ש"מה שעשה עשוי", אך לא בשבועה, כי הוציא שם שמים לבטלה.

ש"ך – הסבר ה"ב"ח" דחוק, כי לרמב"ם והשו"ע רק כשנו"נ אמרינן מה שעשה עשוי,, דבר שאינו שייך בשבועה", אפילו לרא"ש כשמדובר שכבר נגבה הכסף, דבר שאינו שייך כאן. אמנם לדעת הטור בהבנת הרא"ש, יתכן וקיימת תועלת במה שדחק, אך גם זה אינו נכון, כי ל"טור" מדובר בטעה בדבר משנה. אמנם לפי מה שהעלה הש"ך לעיל (כט). לא שייך מה שעשה עשוי כשעדיין הכסף לא נגבה, אפילו לפי הרא"ש. אם כן הכל כפשוטו, בלא הבדל בין שבועה לממון, שגם אז אם טעה הדין לגבי חיוב הנתבע לשלם ולכן נתפטר עם חבירו בקנין על הסכום, חוזר הדין והקנין, כשעדיין הנתבע לא נתן את הכסף

ב. הש"ך מסתפק אם הסברו של ה"ב"י" בנוי על שיטת הר"ף והרמב"ם שהוא פוסק כמוהם, שכל זמן שלא נו"נ הדין חוזר. ואין יכול בע"ד, גם כאשר הוא מוחזק, לטעון שהפסק הראשון נכון ולכן המחילה תקפה עדיין. אם כן כאשר כן ניתן לברר שהפסק הראשון היה טעות בשיקול הדעת, המחילה כן תחבטל. או שהסברו הוא גם לדעת הרא"ש, דאפילו שלא נו"נ אין הדין חוזר ויכול לומר לו שמא הפסק הראשון הוא הנכון, אף שהסוגיא בגמ' נוטה נגד פסק זה ולכן הפשרה קיימת. אלא אם כן היה ידוע לפני הפסק הראשון שהסוגיא בגמרא נוטה נגד מה שפסק בפיסקו הראשון. לפי זה, אף שלא היתה פשרה, יוכל לומר לו תשבע ואחר כך אתן לך, כאשר טעה הדין בשיקול הדעת. או שמא נאמר, דכיון שנודע שהסוגיא כאידך, אינו יכול לאלצו להשבע. וזה אינו דומה לטועה בשיקול הדעת דאינו חוזר, שזכה בממון זה עצמו על פי הדין הזה, מה שאין כן כאן. ולק הפשרה בטלה, כי בית הדין יאמר לו, שאילו ידע בע"ד מטעות זו בתחילה לא היה מתפשר. ולכן כתב הש"ך – ,,ונראה לי עיקר דוכה זה במה שבידו. וכן מוכח להדיא מדברי הרב בהג"ה לקמן, (פזי) שכתב דאם פסקו לא' לישבע שבועת היסת בנקיטת חפץ ולא רצה ושלם, הוי טעות בדבר משנה וחוזר...".

(לח)

**כפר בחוב והתפשר ואחר כך הביא עדים על כפירתו, אם נתגלה אחר כך ממון היוצר מצב בו הפשרה לא היתה בטעות, הוא אינו יכול לחזור בו**

**ש"ך (מז) ד"ה ודוקא שגילה דעתו –** „...מצאתי בהלכות גדולות...אדם שתפס בדין, בעל אחרותו או אחיו או אחרותו, ואמר להם ממון בבית אבי ולא מצאתי אותו, ופסקו עליהם שבועה ועשו ביניהם פשרה ונתנו לו דבר מועט ומחל להם את השבועה וקנו מידו, אי קנו מידו בלשון הזה "שנטלת ממון זה ומחלת כל שיש לך", אף על פי שנתגלה עליהם ממון אביהם, מה שעשה עשוי, שהרי מחל להם...".

**נתיבות המשפט [כ] ד"ה ודוקא –** „ והוא תמוה מאד, דהא מבואר (יב,ד), דאם כפר ונתפטר ואחר כך הביא עדים, דיכול לחזור בו. והכי נמי ממש כן הוא דמעיקרא כפר ואחר כך נתגלה ועל כרחך מדובר שהיו על כך עדים. **לכן נראה לי דמיירי, שאחר כך נתגלה עליהם ממון, מה שלא ידעו הם גם כן מעיקרא, ולא היה טעות בפשר כלל, כי כן היה משא ומתן ביניהם. אבל כשנתנו לו רק בעד השבועה שהיה עליהם ואחר כך נתברר קצת הממון שהיה תובע, הם יכולין לחזור ולחבוע המעות שנתנו, כי כבר נתברר מקצת הממון שתבע...דהוי פשר בטעות...".**

## סיכום הש"ך של סעיף ה'

**א.** „דיין שטעה, וחייב שבועה למי שאינו חייב בה, ועשה זה פשרה עם בעל דינו, כדי שלא ישבע, ואחר כך ידע שאינו בר שבועה, שלא היה עליו אלא חרם סתם וכיוצא, בזה אף על פי שקנו מידו על הפשרה, אינה כלום, שלא קיבל ליתן או למחול, אלא כדי להפטר מהשבועה שחייבו זה הטועה. וכל קנין בטעות חוזר:

**ב.** ודוקא בטעה בדבר משנה או בטעה בשיקול הדעת ויש לברר הטעות, שאם לא כן, המוציא מחבירו עליו הראיה, שאין שייך כאן לומר מה שעשה עשוי, כיון שעדיין לא זכה זה שכנגדו בממון. וכן בממון כיוצא בזה, אם פסק הדיין ליתן ממון סך פלוני, ונתפטר עם חבירו בקנין ליתן בעבורו סך פלוני, ואחר כך נתברר שטעה בשיקול הדעת, דהדר דינא, כיון שעדיין לא נתן המעות והקנין, חוזר דהוי קנין בטעות: **ג.** ויש לברר אם מחל לחברו מה שבידו בעד השבועה, ואחר כך נתברר שטעה הדיין מה שפסק לו שבועה, דסוגיא דעלמא כאידך דפוטרי משבועה. אם יכול הנמחל לומר, אני תופס מה שבידי בשביל שבועתך, ואפילו לא נתפטר עמו, מצי לתפוס ולומר כן, לא אתן לך מה שבידי עד שתשבע, או כיון שסוף סוף נודע דסוגיא דעלמא כאידך, אינו יכול לומר כן. ואף על פי שנתפטר עמו, הוה פשרה בטעות. ונראה דלעולם זכה זה במה שבידו“.

## השוואה בין שיטת "קצות החושן" לבין שיטת מרן הגר"ש שקופ בספריו השונים, בגדר מזיק שעבוד חבירו וכיצד מתיישב הכלל של "ספק ממונא לקולא" עם הכלל של "ספק (איסור גזל) דאורייתא לחומרא".

הנה דברי ה"קצות" [סימן כ"ה אות ח'] טעונים בירור, ובפרט כיון שהוא דן בדברי הרי"ף, דהא הרי"ף פסק לגבי המחלוקת אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא, דשעבודא דאורייתא. וכן פסק הרא"ש, כפי שכבר ציין זאת מרן הגר"ש שקופ ב"קונטרס השעבוד" ויש פרק ב'. מה שכותב ה"קצות" להשוות בין משכון לשעבוד, דן בכך הגר"ש שקופ שם בפרק בפני עצמו (פ"ז). ה"קצות" כתב כאן – „בשעבוד קרקע של חבירו נמי אינו מזיק ממש, כיון דלית ליה למלוה רק שעבוד, אבל אם מזיק את גוף החוב זה לא מקרי שעבוד אלא מזיק ממש, כיון דגוף החוב שלו הוא...ועיין מה שכתבנו בסימן שפ"ח סעיף ד“. אמנם סוגיה זו של מזיק שעבוד של הלוה, משכון, שעבוד קרקעות וגדר קים לי, ארוכה היא מני ים ונעיר כאן רק בראשי פרקים של נושאים אלו במספר היבטים.

שאלה זו שורשיה הם, בין השאר בשאלתו המפורסמת של הגאון מהר"י באסן (אשר הובאה ב"כנסת הגדולה", כללי קים לי, חו"מ, סי' כ"ה, ס"ז) אשר נדונה בהרחבה ב"אחרונים" [עיין "או"ת", קונטרס תקפו כהן, סימן כג – מג (דף לו טור א), שו"ת "שבות יעקב", דלק א', סי' נ"א, "קונטרס הספיקות", כלל

א', סעיף ו', שו"ת "חת"ס", יו"ד, ס"ל רמ"א, שו"ת "עונג יו"ט", סימן קי"א (עמ' 304) אשר הגר"ש שקופ דן בה שם בארוכה, "ברכת שמואל", מס' ב"מ, ס"ז ועוד הרבה "אחרונים".  
המהר"י באסן שואל, כיצד מתיישב הכלל של "ספיקא דממונא לקולא" אם הכלל של "ספיקא דאורייתא לחומרא", הרי כל ספק ממון הוא הרי גם ספק איסור גזל. שאלה זו מועלת ב"כנה"ג" ביחס לכלל, כי טענת קים לי יכולה להיטען רק בדיני ממונות ולא באיסורים. ועל כך הוא מקשה, הרי בממון אם אין הלכה כן, הוי ליה גזל ביד המוחזק. וגזל נמי איסורא היא. ה"אחרונים" הנ"ל הרחיבו שאלה זו לכל ספק ממון. המהר"י באסן מתרץ, דבכל האיסורים ההחמרה פותרת את הספק בניגוד לאיסור גזל, כי – ,אם

(לט)

הדין הוא כדברי האומרים להחזיק הוי ליה גזל ביד המוציא, ולכן היכא דקיימא ממונא תיקום. אמנם, ה"אחרונים" השיגו על תירוץ זה (ה"אורים ותומים" שם וכן ה"חת"ס" שם. וכבר הביא הגר"ש שקופ את דבריהם ב"שערי ישר" בריש שער ה'), דתירוץ זה אינו מספיק למקרה שהתובע טוען טענת ברי והנתבע טוען טענת שמא.

על בעיה מעין זו מעיר כבר ה"יד רמ"ה" [מס' ב"ב (קנה:), אות קלט], לגבי מי שהוא ספק קטן ספק סריס שאין אנו חוששים לסריסות וכתב שם הרמ"ה – ,והני מילי היכא דליכא למיחש לאיסורא דאורייתא, אבל היכא דאיכא למיחש לאיסורא דאורייתא חוששין... וגבי ממונא אף על גב דאיכא איסור גזל ואיסורא דאורייתא הוא, כיון דכי אזלת להאי גיסא איכא למיחש לאיסורא דתובע, וכי אזלת לאידך גיסא איכא למיחש לאיסורא דנתבע, אוקי ממונא בחזקת מאריה, ואי זבין לא הוו זביניה זביני".

הגר"ש שקופ מבאר שם בפרק הראשון של שער ה', כיצד "ספק ממונא לקולא" חל על ספק קנייני וכדוגמא לכך היא המשנה [מס' ב"מ (ח,ד)] של המחליף פרה בחמור וילדה... זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי – יחלוקו. אף שטענותיהם יסודם בשמא ולא בברי, הדין יחלוקו. וכאן נשאלת אותה שאלה הרי כל צד צריך לחשוש כי הוא מחזיק במחצית העגל שאינו שלו ועובר על איסור גזל. והגמרא שם (ק.) מסבירה דהמשנה הולכת כשיטת סומכוס דממון המוטל בספק יחלוקו בניגוד לחכמים הסוברים המוציא מחבירו עליו הראיה, והעגל צריך להשאר בחזקת המוכר וכן פסק הרמב"ם [הל' מכירה (כ,י)]. וכאן הבעיה חמורה יותר כי יתכן והמוכר מחזיק את כל העגל שלא כדן כי ספק דאורייתא לחומרא וגזל היא בידו.

הגר"ש שקופ מתייחס לנושא זה. כבר בשיעוריו, כפי שזה מופיע ב"חידושי רבי שמעון יהודה הכהן", מסכת נדרים, ניו יורק תשי"ב, סי' ז' עמ' 13. וכך הוא כותב – ,דבאמת גם בכל הספק ממון יש לדון משום ספק גזל... אלא הטעם בזה דענין גזל הוא אם מעכב תחת ידו ממון של אחרים ומשום הכי בכל גזל צריך קודם לחקור על החפץ מי הם הבעלים, וענין שם הבעלים אינו תלוי כלל באיסור גזל. וכל דין ספק ממון דאמרינן "המוציא מחבירו עליו הראיה" הוא על דין הממון... ולפי זה נידח בספק גזל דמותר, כיון שמדין שם הבעלים כל ספק ממון הא הוא בעלים גמורים... ולפי ערך אופן דין הממון נגרר דין איסור גזל כמובן". הוא מתייחס לכך יותר מאוחר בספרו "שערי ישר" (שער ה' פרק א') וכותב – ,ועוד כלל עיקרי בזה, דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ... ולפי זה, מה שאמרו חז"ל כללי ההלכות בספיקות של ממון, ודאי שמצאו כן על פי הכרעת השכל, שעל פי תורת המשפטים הדין נתון כן... והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חבירו, וכן לא יעשוק שכר שכיר

מה שעל פי משפט התורה הוא חייב לשלם. ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל? אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה איזה איסור גזל אפשר בזה...".  
הוא כותב ב"שערי ישר" (שער א' פרק כ' עמ' סג) – ,דאיסור גזל תלוי במשפט של הממון. וכל ממון שעל פי דין תורת ממון הוא ראוי לזה, השני החוטף חשוב גזלן ועובר בלאו. וכשאנו מחליטים על פי דין תורת ממון שדינו "אי תפס לא מפקינן מיניה", הוא ענין שלפי מצב הביטוח נשתנה אצלנו קנין הבעלים בנוגע להשתמשות... ומשום הכי ליכא בזה ספק גזל, שכל אחד משתמש לפי זכותו".



על פי שיטתו מסיק הגר"ש שקופ, כי המחזיק בעגל [ב"מ (ק.)], יוכל לקדש בו אשה והיא תהיה ודאי מקודשת ולא ספק מקודשת (שם, **שער ה'**, פרק ה', **עמ' כז – ח**), בניגוד לדעתו של בעל "קונטרס הספיקות". וכן כתב תלמידו הגה"ק רבי אלחנן וסרמן ("**קובץ שיעורים**", **בבא בתרא, אות רנח**) – „והנה בכל ספק ממון דקולא למוחזק ולא אסרינן ליה מטעם ספק איסורא גזול, היינו משום דאיסור גזול הוא בתולדה מדיני ממון, וכיון דדיני ממון שייך להמוחזק ליכא איסור גזול". וכן על ב"אגרות משה" (יו"ד ח"א, סי' קנ). וכן כתב ב"קונטרס הספיקות" (כלל א', סי' ו') – „ויראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרה עליו התורה, והילכך ספק ממון שהדין בו "המוציא מחבירו עליו הראיה", גם דררא דאיסורא לית בה כשאינו מחזירה".

יסוד זה כבר הודגש ע"י הרשב"ץ, לגבי "דינא דמלכותא דינא", החל רק על דיני ממונות ולא על דיני איסור והיתר, "**ב"תשבץ" (ח"א סי' קנח)** – „מלתא פשיטא היא, שבכל דבר שיש בו איסור אי אפשר לומר "דינא דמלכותא דינא" להתירו, דבענין ממון הוא דאמרינן הכי, אבל דבר שיש בו איסור – זה לא אמרו אדם מעולם. ואל תשיבני מדין גזל שיש בו איסור, ודינא דמלכותא ביה דינא, תדע דהא קטלי דקלי ועבדי גשרים ועברי עליהו, ואי לא משום ד"דינא דמלכותא דינא" היה אסיר למעבר עליהו, ומשום דינא דמלכותא דינא שרי. דשאני התם, שהאיסור שבו אינו אלא מחמת ממון, וכיון שבממון דיניה דינא **חזר האיסור היתר גמור, שהרי אין כאן גזל**, שבדין קטלי דקלי דדיניה הוא בהכי. אבל באיסורא דלאו כהאי גוונא ליכא למימר דשרי משום דינא דמלכותא דינא. וזה פשוט לילדים והאריכות בו – מותר". כן הענין הוא לגבי יורשים, אשר אינם יודעים אם אביהם הספיק לפרוע את חובו, דגם בזה אף ש"פריעת בעל חוב", מצוה היא מן התורה, חל, גם במקרה זה הכלל של "המוציא מחבירו עליו הראיה". ומחדד זאת הגר"ש שקופ – „לכאורה ספק חיוב הוא ספק מצות עשה, דספיקא לחומרא כספק איסורא ואיך יפרש רב פפא (= הסובר דפריעת בעל חוב – מצוה) כל הדינים המפורשים במשניות וברייתות, דבספק חיוב הוא פטור משום המוציא מחבירו עליו הראיה?" ("**שערי ישר" שער ה', פרק ב'**). כן הוא כותב שם לענין שעבוד הגוף – „ונראה לעניות דעתי דענין שיעבוד הגוף, בכל חיובי ממון הוא דין משפטי, שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסיו לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג

#### (מ)

הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי גם בלי אזהרת "לא תגזול". וכמו שביארנו לעיל (= פרק א') דלא יתכן בשום פנים לומר דהענין מה שאנו מייחסים חפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר על פי התורה שלא לגזול ממנו, אלא הדבר הוא בהיפוך, דאיסור גזילה הוא לאחר החלטת הענין בחוקי גבולי הבעלים. כמו כן נראה דגם "מצות פריעת הבעל חוב" הוא אחר החלטת ענין החוב על פי דין משפטי, שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט, אז הוסיפה התורה אזהרה ומצוה לשמור ולשלם חיובו שחייב על פי החוק המשפטי... ומשום הכי בספק חיוב ממון, דמצד דין המשפטי הוא פטור, מדין "המוציא מחבירו", וממילא ליכא בזה מצות פריעת בעל חוב, ולא שייך בזה לדון על ספק מצות עשה כספק שאר קיום מצות ה', דעיקר המצוה בזה לקיים השלמת השיעבוד והזכות שיש לחבירו עליו על פי חוקי המשפטים".

הגר"ש שקופ מביא ראייה לכך (**שם בעמ' ז'**), דחיובי ממון קובעים לעצמם מקום בפני עצמם כדבר הקודם לחיוב המצוה וגורם אותו. ראייתו היא מהכתובים עצמם, כפי שנוהג הוא מפעם לפעם [על שם, שער ה', פרק ו', עמ' יט – „וכן משמע מפשטות הכתוב בפרשת קורח" – „**וכן יש להוכיח מן הכתוב** שבו גלתה תורה מצות פריעת בעל חוב, כמו שכתבו הראשונים ז"ל, והוא מה שכתוב בתורה "והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט" [דברים (כד, יא)], שהכתוב מצוה עליו (= ללוה) לעשות כן, כמו שכתב הרמב"ן ז"ל [בבא בתרא (קעה.) ד"ה ואיכא דקשיא, בניגוד לרש"י שפירש, דהמצוה נלמדת מ"והיין צדק", שיהא הן שלך צדק. ולרמב"ן נלמד מפסוק זה – שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב. וכדברי הרמב"ן שם כתב הריטב"א במס' כתובות (פו.) בד"ה לדידך]. ואם נאמר דשיעבוד הגוף הוא מצוה גרידא, ובלעדי המצוה אין כל זכות למלוה על הלווה, איך אומר הכתוב ש"אתה נושה בו יוציא", הלא מה שיש

לו הכח להיות נושה בו הוא רק על ידי המצוה הזאת שאמרה תורה "יוציא אליך העבוט", והיה ראוי לכתוב בתורה תחילה המצוה שישלם הלווה, ואז אפשר להחשיב המלווה כנושה בלווה מחמת המצוה, אלא ודאי הוא נושה בו מחמת השיעבוד המשפטי, מחמת הנאת הכסף שלוה ממנו או מחמת שנשתעבד לו על ידי הכסף כמו שאר הקנינים, והתורה צוותה שישלם מה שהוא משועבד. ולפי זה מוכיחים הדברים שהשיעבוד והזכות קדים להמצוה, ויוכל השיעבוד להתקיים בלי המצוה. רק להיפוך, בלי הזכות והשיעבוד המשפטי, ליכא שום מצוה".

הגר"ש שקופ מתייחס גם למצב אחר בו לכאורה תהיה סתירה בין איסור ממשי לבין מימוש ממוני, הכוונה לאיסור ריבית. הוא כותב על כך ב"שערי ישר" (שער ה', פרק ד' עמ' ח) – „והנה למדנו מזה בעיקר יסוד ענין שיעבוד הגוף ענין נפלא, דגם היכא שמצד מצות ה' איכא איסור על הנותן ליתן ועל המקבל לקבל ( = ריבית), חשבינן מכל מקום דאיכא חוב, משום דהשיעבוד והזכות מצד הדין המשפטי אינו ענין כלל לכללי המצוות ודיני איסור". הוא מסביר את איסור הריבית (שם, פרק ד', עמ' י') – „דבריבית של תורה חוב ריבית הוא חיוב כשאר חיובי ממון, אלא שאסרה תורה לשלם חוב זה, ואם גבה גם בעל כורחו של הלווה זכה בממון ככל פריעת בעל – חוב, אלא שמצוה עליו להחזיר".

הגר"ש שקופ מבאר כי גם לחוב כשלעצמו יש הבדל בין חוב הנוצר מעצם חיוב ממוני לבין חוב הנוצר מתוך חיובו של האדם לקיים את המצוה – „בחוב ישנם שני הדינים הנ"ל, היינו, דאם חייב לחבירו מאה זון, יש לתובע קצת קניין בנכסים של הנתבע בערך סך כזה, ואינו כחיוב מצוה בלבד מצד הלווה, כחיוב אכילת מצה והנחת תפילין. וזה החילוק מבואר, דהרי אם נדר לעני ומת [ = הנודר], אין היורשים חייבים לשלם, ואם התחייב בקנין חייבים לשלם. ועל כרחנו מוכרח הדבר לומר, דבהתחייבות הוא כעין קנין שיש לפלוני אצלו כסכום ההתחייבות, ובצדקה אין להעני כלום, רק שהוא [ = הנודר] מחוייב לקיים המצוה של צדקה" [חידושי הרב שמעון הכהן יהודה (שקופ), מסכת בבא קמא, ניו-יורק תש"ז, סי' ה עמ' 18].

בשני מקומות בש"ס נחלקו לענין כוחה ההלכתי של המצוה מול החיוב הממוני. במסכת ערכין (כב.), הובאה מחלוקת זו לענין חובם של יתומים –

„אמר רב נחמן: מרישא לא הוה מיזדקינא לנכסי יתמי, כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב: יתמי דאכלי דלא דידיהו ליזלו בתר שיבקייהו, מכאן ואילך מיזדקינא.

מעיקרא מאי טעמא לא? אמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצוה, ויתמי לא בני מיעבד מצוה ניהו. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו בשחייב מודה; אי נמי, שמתיה ומת בשמתיה. שלחו מתם: דשמתיה ומת בשמתיה. והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע".

במסכת כתובות (פו.) בירר רב כהנא יותר את דעתו של רב פפא – „אמר ליה רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת "פריעת בעל חוב מצוה", אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי? אמר ליה: תנינא, "במה דברים אמורים? במצוות לא תעשה, אבל במצוות עשה, כגון שאומרין לו 'עשה סוכה' ואינו עושה, 'לולב' ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו".

בענין זה מבררים "הראשונים" את תוקף סמכות בית הדין, לגבי כפיית אדם לעשות מצוה של החזרת חובו מול כפייתו לקיים מצוה אשר אינה קשורה לממון. כתב ה"ריטב"א" בשם הר"ח והרמב"ן – „כגון שאמרו לו עשה סוכה ואינו רוצה, מכין אותו עד שתצא נפשו, כלומר וכן מצות פרעון חובו עד שאתה כופהו בגופיה כפהו בממונו, וכן פירש רבינו [ = הרמב"ן] בשם ר"ח ז"ל". והרא"ה (מוכא בשיטה מקובצת שם) פירש – „ומהדרין, תנינא: כמה דברים אמורים במצוות לא תעשה כו' עד שתצא נפשו, והכי נמי בדין הוא דאיכא למכפיה בהכי, ומיהו עד שאתה כופהו בגופו כפהו

## (מא)

בממונו". מדקדוק בלשונות ה"ראשונים" יתכן כי יש ביניהם מחלוקת אם בית הדין רשאי לאכוף גם באמצעות שוטים (לפי הרא"ה) או רק בירידה לנכסים (ריטב"א).

הגר"ש מצמצם את כח הכפייה של בית הדין וכותב, „לבית הדין אין להם כוח כפייה על ידי הכאה, רק [ = אלא רק] להציל עשוק מיד עושקו, אבל לכופ לאיש למלא חובתו מה שחייב לחבירו, אם אין בזה הצלת

העשוק, אין להם כוח כפיה כלל. ורק בעניינים של מצות עשה לשמים נתנה להם תורה רשות לכוף לאדם על ידי הכאה עד שתצא נפשו שיקיים מצות ה', כסוכה ולולב" ("שערי ישר", "שער ה פרק ב, עמ' 1). וכך היא הצעת הדברים כפי שנרשמה על ידי תלמיד הגר"ש שקופ, הגאון הגדול רבי חיים שמואלביץ, בתוך: אהל אברהם, מסכת כתובות, ה' מן (עורך), ירושלים תשנ"ט, עמ' תז – ,,דבכל חוב דעלמא המלוה יש לו זכות התביעה, והיינו שהוא הזוכה בחיובים והלוה הוא המתחייב. וענין שיעבוד הגוף גם כן הוה זכות ממון, ולא סתם מצוה בעלמא כדמשמע לכאורה לשון הגמרא בכתובות (פו ע"א) דהוה כמו סוכה ולולב, דאם כן יהא חייב מספק כמו על שאר מצוות?...וכן יהא הכפייה על ידי אחד! והרבה קושיות כאלו...ועל כרחק דזכות ממון היא שיש לתובע על גוף הנתבע, שיכול לגבות חובו ממנו ומנכסיו. והיינו, שהנכסים באמת מצד עצמם ניתנים לגביה כמו סתם הפקר, ורק דהבעלים הוא מעכב, וזהו זכייתו של המלוה שלא יהני [ = יועיל] עיכובא דלוה. ולכן כשנותנים לו בית דין את הנכסים נעשים הם שלו מדין זכות ממון שיש לו. ורק דחקירת הגמרא היתה, דבשלמא למאן דאמר שיעבודא דאורייתא יכולין בית דין לכפותו כדי להציל העשוק מעושקו דנמצא אצלו חפץ של חבירו. אבל לדידן דסבירא לן דשעבודא לאו דאורייתא, אם כן כשהוא מעכב את הנכסים אין כוח וסיבה לכפותו, כיון שאינו מעכב אצלו חפץ של חבירו! ועל כך מצאה הגמרא עצה זו דהכפיה היא כמו שאר מצוות".

גם בחיוב ממוני מראה הגר"ש שקופ, כי יש הבדל בין כאשר חיובו לתת נוצר כתוצאה מההקנאה של התורה לבין הקנאה הבאה מכח חיובו העצמי –

„בכל מה שאמרה תורה וחיובה ליתן, הנה אם יהיה הדבר ההוא בעין, כמו תרומות ומעשרות ובכור בהמה, הקנתה התורה הדבר ההוא לזוכה. ואם הוא חיוב ממון וכדומה, דבר שאין בעין, זכתה התורה לזוכה זכות שעבוד" ("שערי ישר", "שער ה, פרק ב', עמ' ה).

מרן הגר"ח מבריסק, מבאר ב"חידושי רבי חיים הלוי על הרמב"ם" [הל' מלווה ולוה (כא,א)] את משמעותו של השעבוד הישיר שיש למלוה בנכסי הלוה –

„דמשעה שנשתעבדה לו הקרקע שוב אינו צריך כלל לשיעבודא דמוכר, ואקרקע גופה אית ליה שעבודא וכדקיימא לן דגם לאחר מות הלוה גם כן גובה מהנכסים, ואע"ג שלא שייך שוב שעבודא על הלוה". ב"קונטרס השיעבוד", עמ' רמו, האריך הגר"ש בעניין זה, ופירש שלמאן דאמר שעבודא דאורייתא "יש לו זכות בנכסים, אבל אינו זוכה רק זכות זה בלבד: שיש לו זכות בנכסי הלוה לגבות מנכסיו", כלומר הבעלות של המלוה בנכסי הלוה היא רק לענין זכות הגביה עצמה.

הגר"ש מבאר כי ההבדל בין, אם שיעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא, הוא אם גופו משתעבד או נכסיו – „עיקר המחלוקת אי שיעבודא דאורייתא או לא, הוא על ענין חיוב האדם בתשלומי ממון, אם הוא רק זכות בגוף האדם שישלם לו בממונו, או שעל ידי חיוב זה זוכה המלוה זכות בנכסי הלוה, והיינו דכיון דזכותו על הלוה הוא שישלם לו ממון הוא זוכה זכות בממונו מן התורה...ובקצרה: כל מה שמחוייב גופו בתשלומין מנכסיו, שוב למאן דאמר שעבודא דאורייתא נתנה תורה זכות להמקבל בנכסי המתחייב, אבל למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, החיוב הוא רק על גופו, היינו שזכות המלוה רק על גוף הלוה שישלם לו כפי תנאו, אבל לא זכתה לו התורה זכות בנכסי הלוה" ("קונטרס השעבוד", עמ' רמ).

ואכן נראה כי הגר"ש שקופ נמשך אחר דברי הראשונים אשר ראו ב"פריעת בעל – חוב מצווה" את "שיעבוד הגוף", אלא שהוא פירש את המונח "שעבוד הגוף" במשמעות של חיוב ממוני – משפטי ולא במשמעות של מצווה.

הגר"ש מברר גברי שעבוד הגוף ומשוהו לשעבודו של הפועל. נצטט מקצת מדבריו בענין זה, בחידושי למסכת בבא קמא, עמ' 10 – „לכן נראה לי שאף למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא ופריעת בעל חוב מצוה, יש בזה קנין וזכות להמלוה אצל הלוה מלבד המצוה. דשעבוד הגוף לדעתי הוא בגדר פועל, שמשעבד גופו למלאכת יום או יומים או למלאכה ידועה, וכמו כן בכל חובות והתחייבות, גופו של המתחייב משועבד להמציא הסכום הזה שחייבתו תורה או שהתחייב בעצמו, כמו שגוף הפועל משועבד לבעל הבית. ועל שעבוד זה לא פליגא בגמרא אם הוא מן התורה או לאו, רק על הא דנחתין לנכסיו קמיפלגי בגמרא אם הוא מדאורייתא או לאו. היינו דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אין שום זכות ושייכות למלוה בנכסי הלוה, אלא דיש לו רק זכות ושיעבוד על גופו בגדר פועל, אבל אם אינו רוצה

לקיים חובתו דמוטלת על גופו, לא נחתין משום זה לנכסיו, והא דנחתין לנכסיו, הוא רק בגדר כפיה לקיים מצותו והיובר”.

וכך גם כותב תלמידו הגאון הגדול רבי חיים שמואלביץ (ראש ישיבת מיר), כפי שהובא בספר "וואת ליהודה", ירושלים תשל"ז, עמ' שצג וזה לשונו שם – „דענין שיעבוד הגוף הוא דין בדיני ממונות, וכמו כל עניני משפטים דעלמא, והיינו שהוא חייב והמלוה הוא הזוכה בחיוב, והיינו שיש לו כוח לקחת חובו ממנו, וכעין חיוב עבודה שיש על הפועל, דודאי הוה חיוב דין המשפטים ולא הוה רק ממצוה לחדו כמובן. ואלו היה שייך למכור גופו [ = היינו שבעל הזכות ימכור את גופו של החייב], ועל ידי זה ישג חובו היה יכול, דזהו זכותו ליטול מגופו חובו, דאי אפשר למכור ישראל לעבד כנעני”.

### (מב)

על פי מה שביאר מרן הגר”ש שקופ הוא ניגש לכאר את הסוגיה במס’ כתובות (”שערי ישר”, שער ה’, פרק ב’, עמ’ ו-ז) – „ועל פי זה מתפרשת לנו היטב סוגיית הש”ס בכתובות שהבאנו, דאמר ליה רב כהנא לרב פפא: לדידך דאמרת 'פריעת בעל חוב מצוה', דשיעבוד נכסים לאו דאורייתא, אמר לא ניהא ליה דאיעביד מצוה, מאי? דמצד כוח כפיית בית דין מדיני המשפטים אין בזה ענין הצלת עשוק מיד עושקו, דזכות הממוני שיש לתובע אצל הנתבע הוא רק שהנתבע חייב לשלם לו, אבל אין בגופו של הנתבע חלק ממון שנאמר שהוא שייך להתובע והנתבע מעכבו תחת רשותו. ומה שהוא מעכב את נכסיו ואינו משלם לו, הרי הם שלו ( = של החייב) לגמרי, ואין להתובע שום זכות בהם, דשיעבודא לאו דאורייתא... בשלמא למאן דאמר שיעבודא דאורייתא, כשחבירו מונעו מלגבות הרי מעכב תחת רשותו דבר שיש להתובע זכות לגבותם, ועל זה איכא כפיית בית דין מתורת המשפטים, וגם הבעל דין בעצמו היה יכול לכפות אותו גם על ידי הכאה כשמונעו מלהשתמש בכוח הזכות שלו, כמו כן בית דין כופים על זה מתורת המשפט ולהציל עשוק מיד עושקו. אבל למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא, אם גם יש כוח להתובע לזכות בנכסי הלוה בשעה שיגיעו לידו, כמו שכתבנו לעיל, דעל ידי שיש לו שיעבוד על בעל הנכסים יכול לזכות בנכסים, אבל אם חבירו אינו מניחו לזכות בהם – הוא עושה בדבר שהוא שלו לגמרי, דהרי אין שום זכות בהם להתובע. ולכופף את הלוה שיעשה חובתו דמוטלת עליו מצד השיעבוד – אין כוח לבית דין על זה. ומשני כיון דפריעת בעל חוב הוא גם כן מצוה לשמיים, כסוכה ולולב, יש כוח ביד ב”ד לכופו כמו בשאר מצוה לשמים”.

הפרדה זו, לענין שיעבוד, שבין גדרי המצוה לבין הגדרים הממוניים, מתבטאת בכל ענין ממוני ולכן הפרדה זו תופיע גם בענין "הפקעת הלוואתו" של גוי בדבריו של הגר”ש שקופ. נביא לפני כן את דברי ה"או"ת, אליו מתייחס הגר”ש וכן את דברי התוספות. ה"או"ת כתב (סי פ"ו ס"ק יג) – „אם ראובן הלווה לגוי וגוי [ = אותו הגוי] הלווה לישראל, אם מצי ראובן להוציא מיד ישראל [ = מדין "שיעבודא דרבי נתן"]? נראה... דקיימא לן הפקעת הלוואתו מותרת, ואם דגוי תובעו לדין פטור בבית דין של ישראל, אם כן תיכף כשהגיע מעות של גוי ליד ישראל [ = בשעת ההלוואה] הרי פקע שיעבודו של גוי אפקעתא דמלכא, ובמאי ישתעבד לישראל השני מלוה של גוי?“. התוס’ שואל – ואם תאמר הא לעיל שרי [ = הרי לעיל התיר התלמוד] הפקעת הלוואה [ = של גוי], ואם כן מפסידים אותו הרבה [ = בית הדין של הנכרים גרם לאותו יהודי הפסד ממוני גדול], שאם רוצה [ = הישראל] יכול [ = היה] לכפור [ = עפ"י דיני ישראל]! ויש לומר, דמכל מקום לא משמתין ליה [ = אין מנדים אותו], כיון שאין משלם [ = הנתבע] על ידם אלא מה שחייב לו [ = לגוי]“ [ב"ק (קיד.), ד"ה ולא אמרן].

הגר”ש (ב"שערי ישר", שער ה’, פרק ה’) מסיק מתירוצם של בעלי התוספות, שלמרות שהלווה היהודי רשאי לכפור ולהשתמט בכל מיני דרכים מלפרוע את החוב לגוי, שכן "הפקעת הלוואתו מותרת", בכל זאת הוא "חייב לו" את הכסף, ולכן אם בית הדין הנכרי חייב אותו לפרוע את החוב לא נגרם לו הפסד ממוני, כי הוא שילם לנכרי את "מה שהוא חייב לו”.

וכן מעיר ה"חזו"א, ב"ק, סי' י', אות י"א – „מכאן דאע"ג דהפקעת הלוואתו מותר, מכל מקום החוב קיים”.

לעומת ה"תומים", המאחד את יסוד המצוה עם היסוד משפטי, הרי שהגר"ש מפרידם וכותב – "...על כן נראה לעניות דעתי, דאף דהפקעת הלואה מותר, אין נפקע השיעבוד בשום אופן עד שיפרע לו. והטעם לזה הוא על פי מה שכתבנו בפרקים הקודמים, שדיני המשפטים והאיסור וההיתר הם ענינים נפרדים וכמו שהבאנו שיטת הריטב"א לענין השתעבודות בתשלומי ריבית, דאף שאסרה תורה לשלם חוב זה, אבל החוב המשפטי קיים, כמו כן הוא ענין הלואה נכרי, דמה שנוגע לדיני המשפטים אין חלוק נכרי מישראל, חרף מהיכא שגלתה תורה למעט נכרי, כמו אונאה ודיני שומרים ותשלומי כפל דמיעטה תורה הקדש ונכרי. באופן דאם לזה מנכרי, דלא מצינו בתורה של חילוק למיעוט נכרי שלא יתחייב בעד הכסף שקיבל או שלא יועיל התחייבות והשתעבודות לנכרי, החיוב המשפטי הוא קיים ועומד כמו בישראל, אלא דאם חייב לישראל איכא איסור לשמים אם אינו פורע, ובנכרי ליכא איסור אם אינו פורע... ומשום הכי כשאנו פורע אינו עובר על שום מצוה, אבל מדיני המשפטים לא נפקע כלום" ("שערי ישר", שער ה, עמ' יד – טו).

עקרון הפרדה זה הופיע גם בחידושי של הגר"ש שקופ ונביא לכך שלוש דוגמאות:  
„אף היכא דאמרינן הפקעת הלואתו מותרת, היינו דליכא איסור במה שאינו פורע... אבל על כל פנים זכות השעבוד דאיכא לכל מלוה בנכסי לווה ליטול מנכסיו כנגד חובו – דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא זכות הוא בגופו של לווה, ולמאן דאמר שעבודא דאורייתא יש לו זכות גם בנכסי הלווה – הזכות הזוה יש לו גם לעכו"ם בלא שום שינוי, ובשום פנים לא יופקע זכותו לעולם, אם לא על ידי פרעון או מחילה מהעכו"ם" [חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקופ), מסכת נדרים, ניו-יורק תשי"ב, סי' יח].

וכן מובא בחידושי למס' ב"ק – „גם, למאן דאמר הפקעת הלואתו שרי [ = מותר], אין כוונתו שאין להעכו"ם כלום אצל הישראלי, אלא שיש לו אותו החוב והקניין שיש לישראל על ישראל, אלא דבישראלי אם חייב ואינו רוצה לשלם יש בזה איסור, ובעכו"ם אם אין הישראלי רוצה אין בזה איסור, אלא רק היכא דאיכא חילול השם. אבל מצד דיני הממון לא שני עכו"ם מישראל מיד" [חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקופ), מסכת בבא קמא, ניו-יורק תש"ז, סי' ה, עמ' 8].

„ולפי זה יצא לנו לחלק יפה בענין הפקעת הלואתו בעכו"ם...דהיינו אם אחד התחייב בקנין לעכו"ם על מאה מנה, אז חל שעבוד על גופו, כמו במתחייב לישראל, דבכל דבר שהוא משום קנין וזכות, עכו"ם וישראל שווים לפי שיטת היראים. אלא דבישראלי אם לא קיים חובו שמוטל על גופו איכא [יש] עבירה שלא קיים מצות פריעת בעל חוב... אבל בעכו"ם, אף אם לא יקיים פריעת החוב

(מג)

והשעבוד שעל גופו, לא עבר עבירה במקום שאין חילול השם, אבל מכל מקום שעבוד על גופו קיים ועומד עד שיפרענו. ואף שפשטות דברי רש"י ושאר ראשונים בשיטה מקובצת אינם מורים כן, אבל אין להבין ענין זה באופן אחר" (שם, עמ' 11).

הפרדה זו מופיעה גם בדברי מרן הגר"ח מבריסק – בחידושי אשר נדפסו מכתבי – ידו, בשם: **חידושי הגר"ח השלם בסוגיות הש"ס על סדר הדפים**, מסכת בבא קמא, ירושלים תשס"ד, סי' מז עמ' קלח – „דין חיוב לחוד ודין הפקעת הלוואתו לחוד, דבמה שהותרה הפקעת הלוואתו לא אמרינן דליכא כלל דין חיוב על ישראל לעכו"ם, אלא די שיש לו רשות לא לשלם משום דהפקעת הלוואתו מותרת, אולם עדיין לא נפקע החיוב, אלא שמותר לו לסרב מלשלם, אע"ג שיש עליו חיוב לשלם". וגם הוא מביא את הראיה שמביא הגר"ש שקופ מדינו של ישראל שהעיד לטובת נכרי בבית דינם. וראו גם בס' מח, שם, עמ' קלט – „וכבר ביארנו במקום אחר, דהא דהפקעת הלוואתו מותרת, אף למאן דאמר גזל כעניי אסור, בודאי אין הביאור בזה שנפקע החוב. אלא שמותר להשטט ממנו“.

## **בירור שיטת הגר"ש שקופ בגדר חיובו של הגוי במצוות**

מה שכתב הגר"ש לעיל (מס' נדרים סי' יח) לגבי גוי – „ובשום פנים לא יופקע זכותו לעולם, אם לא על ידי פרעון או מחילה מהעכו"ם“, טעון בירור שהרי במספר מקומות בש"ס הובא [מס' עירובין (סב.), מס' יבמות (מז:) ומס' ע"ז (עא:)] – „בן נח נהרג על פחות משהו פרוטה“ וכך פסק הרמב"ם [הל' מלכים

ומלחמות (ט,ט). והטעם הוא משום ד,, בכותי כיוצא בהן כיון **דלאו בני מחילה** ניהו" (מס' סנהדרין (כו.)) וכמו שכתב התד"ה בן [מס' ע"ו (עא:)] – ,,ודוקא ישראל דבר מחילה הוא אבל עובד כוכבים לאו בר מחילה הוא".

אם כן יש לברר כיצד אמר הגר"ש שעכו"ם שייך בו מחילה, הרי דוקא משום שהעכו"ם אין שייך בו מחילה, לכן הוא נהרג כאשר גזל פחות משהו פרוטה מעכו"ם אשר אינו מוחל על כך, אף שהוא פחות משהו פרוטה.

גם מה שכתב הגר"ש לעיל [חידושים עמ"ס ב"ק סי' ה', עמ' 8] לגבי גזל ישראל את העכו"ם שאין בה איסור רק כשיש חילול ה', אינו פשוט כלל, שכן אמנם כתב כן רש"י בד"ה ישראל בכותי מותר [מס' סנהדרין (נו.)], אך כבר תמה עליו הגר"א ז"ל דמפשט הגמרא משמע דאסור מדאורייתא, כמו שכתב ב"ביאור הגר"א" [ח"מ סי' שמ"ח ס"ק ח'] – ,,מדברי הרמב"ם וטור ושלחן ערוך דגזל עכו"ם מדאורייתא אסור דלא כמו שכתב באבן העזר ריש סימן כח בהג"ה בשם מהרי"ו. וכבר השיגו ש"ך וחלקת מחוקק דליתא בדברי מהרי"ו כן ואף שרש"י בסנהדרין (נו.) ד"ה ישראל בעכו"ם, כתב ומדרבנן א"כ למאן דאמר כו', פשטא דגמרא שם דמדאורייתא אסור דהא יליף מקרא וחשב עם קונוהו...אלמא אף למ"ד גזל העכו"ם מותר במקום חילול השם מדאורייתא אסור ופליגי ארש"י בתרת"י, היינו, גם דיש איסור מדאורייתא בגזל עכו"ם וגם דלמאן דאמר מותר, הרי שמשום חילול ה' כאשר קיים אינו מדרבנן, כדברי רש"י, אלא מדאורייתא.

אמנם כדי לברר נושאים אלו, נברר ראשית לכל את מקור החיוב של הגוי בהלכות ממון. מקור החיוב של הגוי שנוי במחלוקת "ראשונים" בין הרמב"ם והרמב"ן. לרמב"ם [הל' מלכים ומלחמות (ט,ט)] מקור החיוב של הגוי הוא במצות גזל של ז' מצוות בני נח. ואילו מצות דינים מתוך ז' מצוות בני נח, עוסק רק במצות הקמת בתי דין ע"י הגויים לשפוט ביניהם. לרמב"ן כל עניני הממון לכל סוגיהם יונקים את מקור חיובם ממצות דינים וכבר עמד על מחלוקת זו ה"כס"מ" [שם (ט,יד)]. את שיטתו כותב הרמב"ן בבראשית (לד,יג).

לפי שיטת הרמב"ן מתעוררת השאלה, לגבי נחיצותו של מצות גזל בז' מצוות בני נח. היינו, אם לשיטתו כל עניני הממון מרוכזים במצות דינים, לשם מה יש צורך גם במצות גזל בז' מצוות בני נח, הרי הוא כבר כלול במצות דינים. לשאלה זו נדרש הגאון הגדול רבי חיים קניבסקי ["שיח התורה", עמ' ח', אות כט] וענה על כך בקצרה – ,,אסור לגזול אפילו אין חיוב ממון, כגון שמחל לו". היינו, כאשר הגוי גזול את השני והשני מוחל לו, הגוי אינו עובר על מצות דינים, אך עובר על מצות גזל, אף על פי שאינו חייב לנגזל ממון. דברים אלו פשוטים יותר כאשר הנגזל הוא ישראל, אשר הוא יכול למחול לו לפחות בפחות משהו פרוטה, אך אם הנגזל הוא גוי, הרי ראינו לעיל [מס' סנהדרין (נו.) ומס' ע"ו (עא:)] בתד"ה בן נח], דגוי אינו בר מחילה.

גם בקשר לגוי אשר גזל פחות משהו פרוטה קיימים מספר בעיות, אך כיון שהן אינן מענין הנושא הישיר בו אנו דנים, רק נעלה אותם, אך לא נתייחס לפיתרון. ראינו כי הרמב"ם פסק כי גוי חייב על גזל בפחות משהו פרוטה, אך מאידך כתב הרמב"ם שם בהל' י' שלא ניתנו שיעורין אלא לישראל. אם כן יש לברר אם פחות משהו פרוטה, נחשב בכלל שיעור ממוני, כי אם אינו נחשב כלל שיעור ממוני לרמב"ם, מדוע הוא נהרג על גזילתו, הרי הוא לא גזל דבר ואם הוא כן נחשב שיעור ממוני, הרי לרמב"ם שיעורין ניתנו רק לישראל.

ה"מנחת חינוך" במצוה ק"ל (יד – א) כותב כי מדברי ה"מגיד משנה" [הל' גניבה (א,ב)] משמע, דפחות משהו פרוטה נחשב לשיעור. יש גם לברר מתי נחשב הדבר ל"חצי שיעור", האם כאשר הוא פחות משיעור או דוקא חצי שיעור או אפילו פחות מחצי שיעור, דבר השנוי במחלוקת ה"אחרונים".

לגבי מה שהביא רש"י בפרשת נח מהמדרש, כי דור המבול היו מגיעים לחנות וכל אחד היה לוקח לטעום פחות משהו פרוטה, כדי לא להתחייב בגזל. וקשה הרי בן נח נהרג על פחות משהו פרוטה. ותירץ הגאון הגדול רבי חיים קניבסקי ["שיח התורה", פר' נח]

כי הם לקחו כמות מזערית שאינה נחשבת אפילו פחות משה פרוטה. אם כן לדעתו פחות משה פרוטה יש לו גם שיעור כדברי ה"מ"מ" לעיל כן כתב המהרש"ם (ח"ה במפתחות לס' יז) ועל עוד על כך ב"חמדת ישראל" [קונטרס ז' מצוות בני נח", אות כב]. יש גם לברר מה היא דעת רש"י לגבי השאלה אם פחות משה פרוטה נחשב בכלל ממון. רש"י [ד"ה בפחות, מס' גיטין (יב:)] סובר דאינו ממון והתד"ה פחות, היקשה עליו שם ותירץ שם ר"י, כי שם מדובר בהקדש ולכן כתב רש"י כן, אך בשאר הענינים סובר רש"י כי פחות משה פרוטה גם נחשב ממון. אמנם קשה כי רש"י סובר דאינו ממון גם כאשר אינו הקדש, כגון במס' סוכה (כז: ב"רש"י ד"ה כל האזרח ישבו בסוכות כתיב – „...ואי אפשר שיהא לכלול, דלא מטי שוה פרוטה לכל חד אלא על ידי שאלה“. אם כן לרש"י כיון שאין לכל אחד בסוכה בעלות השוה לשוה פרוטה, זה אינו נחשב שיש לו בה זכות ממנית כלשהי. על כן ב"מנחת חינוך" מצוה רכ"ד אות ג' ואות ה'.

על עוד על כך בתד"ה בן נח [מס' עירובין (סב.), מס' ע"ז (עא:)]. התוס' שם חולק על רש"י במס' ע"ז (עא:), גם לגבי מה שכתב שם, כי הגוי אשר גזל פחות משה פרוטה, כיון שהוא נהרג על כך, אינו משלם את מה שהוא גזל משום "קים ליה בדרכה מיניה". בכל אופן משמע מרש"י, דכיון שהוא נזקק לסיבה של "קלבד"מ", משמע שהוא סובר ודאי, כי פחות משה פרוטה הוא ממון ויש לו ערך ממוני – שיעורי. התוס' גם דן שם לגבי שיטת רש"י, אם הגוי נהרג כאשר הוא גוזל גוי או גם את ישראל. על כן עוד ב"אור שמח" על הרמב"ם שם וב"חמדת ישראל" אשר הובא לעיל. ועל ב"אבני נזר" (יו"ד, ס' קסא אות יג) ובשו"ת "יהודה יעלה" למהר"י אסאד (יו"ד, ס' כה סוד"ה הנה קושיא) הסוברים כדברי רש"י, דיש בב"נ דינא דקלב"מ.

לגבי עקרון ההפרדה, בין איסורים לדינים – משפטיים בגוי, נראה כי הראשון אשר דן על כך בהרחבה, הוא הרמ"א בשו"ת הרמ"א סימן י', מלבד ה"תשב"ץ" אשר דן על כך, כפי שהבאנו לעיל [ונשמט מעורכי המפתחות בהוצאות הרמב"ם של הרב שבתי פרנקל בהל' מלכים (ט, ט)].

הרמ"א מאריך שם להוכיח כי הדין אשר נצטוו בהן בני נח, הם אותם דינים אשר נצטוו ישראל בסיני והוא כדברי רבי יצחק [מס' סנהדרין (זו.)] שהלכה כמותו בניגוד לשיטתו של רבי יוחנן, הסובר כי בן נח צווה רק לשפוט בדיניהם ובנימוסיהם, אך רבי יצחק סובר והלכה כמותו, כי בן נח נצטווה בכל דיני ממונות ממש כבן ישראל. וכדי שלא נטעה ונחשוב כי כוונתו של הרמ"א לדינים שונים בין בן נח לישראל המופיעים בתורה שבכתב ושבע"פ, הוא מסיים וכותב בצורה ברורה – „והואיל וביררנו והוכחנו שדין כותי בדיני ישראל ונידון כותי עם ישראל כשני נימולים“. הרמ"א אינו מזכיר כלל בדינו הארוך, הלכות שונות אשר יש להם נגיעה לממון והם שונים בבן נח, כגון: מה שביררנו לעיל לגבי בן נח הנהרג על פחות מש"פ או לגבי שור של ישראל שנגח שור של גוי אשר הדין הוא כי הוא פטור בניגוד לשור של עכו"ם שנגח שור ישראל שהוא יהיה חייב [מס' ב"ק (לח:)].

ניתן לומר כי הסיבה לכך היא משום שהוא סובר כי מקור החיוב אינו ממוני, שהרי גוי נהרג על פחות מש"פ גם כאשר גזל ישראל, אף שבישראל, יש "אנן סהדי" דהישראל מוחל על כך לגוי. אם כן, אף שהלכות מסוימות נמצאות בחו"מ המבדילות בין גוי ליהודי, מקור החיוב אינו ממוני, כשם שישנן הלכות מסוימות הנמצאות בחו"מ המבדילות בין גוי ליהודי אשר מקורן אינו ממוני, כגון דיני שליחות [חו"מ (רמג, ד)] וכן הובאו הלכות שונות בסוף חו"מ לגבי הונאה וגנבת דעת, אשר אינן שייכות בהכרח להלכות ממוניות.

לפי דברי הרמ"א גם הלכות שונות בהלכות ממון אשר נקבעו על ידי חז"ל יחולו על דגוי מבחינת דינית – משפטית. הכוונה למשל לגבי דיני הרחקות נזיקין, אשר ה"חזו"א" כתב עליהן [חזו"א, חלק חו"מ, ס' יא, אות א], כי הן מדין תורה, אלא שניתנו לחז"ל הסמכויות לקבוע את גדריהן וממילא הם הופכים גם כן לדין תורה. ועל ב"ביאור הגר"א" בחו"מ (ס' קנה, סק"ח).

אמנם, ראינו בחו"מ (קנד, יח – ט) לגבי ישראל הקונה מן העכו"ם, אשר שם נותנים עליו דיני עכו"ם, אך שם זה משום שמדובר בזמנינו שיד העכו"ם תקיפה, על כן אנו דנין ואומרים שהישראל כאשר קנה מן הגוי, היה בדעתו שקניה זו אמורה לחול על"פ דיני הערכאות וכן משום "דינא דמלכותא דינא", כפי שכתב שם הרמ"א, אך כאשר ידינו תקיפה דינם כדינינו.

לפי זה נוכל גם לבאר את מה שהקשינו לגבי הגר"ש שקופ, במה שכתב, שכל זמן שהישראל לא פרע לעכו"ם, על אף שהפקעת הלואתו של הגוי מותרת, עדיין הוא חייב לגוי, או עד שהגוי לא מחל לו. כי אף שהגוי אינו בר מחילה, היינו לענין איסור גזל שאינו קיים כאשר הישראל הפקיע את הלואתו, אך מבחינה ממונית – משפטית, חלים על הגוי הכללים של ישראל ושייך בו מושג של מחילה. ונראה עוד, כי מה שכתב הגר"ש שרק חילול ה' יכול לבוא בחשבון כאיסור מול היתר גזל של הישראל את הגוי כדברי רש"י, אין כוונתו להכנס למחלוקת זו וכדי נסבה.

מקרה כזה בעכו"ם אשר מעורבים בו גם מחילת ממון וגם חיובי ממון, הובא בקשר לפגישת אלכסנדר מוקדון ומלך קציא ["תלמוד ירושלמי" ב"מ (ב, ה) (ח.), ב"ר (לג, א)] אשר באו לפני מלך קציא ב' אנשים שקנו זה מזה שדה ונמצא בשדה אוצר. המוכר אומר כיון שמכרתי לו את השדה, מכרתי כל מה שיש בה והקונה אומר קניתי שדה בלא האוצר. מלך קציא פסק שבנו של זה יתחתן עם בתו של זה וממילא יפול האוצר בחלקם של שניהם.

נראה שמקרה זה מתאים, למה שהובא במס' ב"מ (כה:): במשנה – „מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו...גמ' תנא מפני שיכול לומר לו של אמוריים הן...דשתיך טפ"י". והקשה התד"ה דשתיך [שם (כו.)] – „וא"ת וליקני ליה חצירו לבעל הגל או לבעל הכותל. וי"ל דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כמו הכא שהוא מוצנע בעובי הכותל...". כך גם פסקו הראב"ה ור"ת, כמובא ב"הגהות אשרי" ברא"ש שם באות ט'.

### (מה)

א"כ לפי דברי התוס' המוכר לא קנה את האוצר מדין חצירו. אמנם, בסיפור לא הובא כיצד הגיע השדה לידי של המוכר, כי אם השדה הגיעה אליו על ידי ירושה, הרי שהמטמון כן קנוי לו, אך אם נניח שהמוכר קנה לפני כן את השדה, הרי שמעולם המטמון לא נקנה לו והמטמון שייך בדין לקונה. אמנם, אם הוא ירש את השדה, הרי שיש "אנן סהדי" שהוא מחל לו על כך בשעת המכירה ולכן זה שייך בכל מקרה לקונה מבחינה ממונית – משפטית. אמנם, כבר פסק הרמ"א בחו"מ (רמא, ב) – „ולשון מחילה אינו שייך אלא במעות שחייב לו, אבל אם היה לו חפץ ביד חבירו ואמר ליה מחול לך אינו כלום“.

גם מבחינת האיסור אם נאמר שלגוי אין מחילה, הוא הרי רוצה כי בכל מקרה זה יהיה שייך לקונה לפחות במתנה ואין הקונה יכול לומר, כי אינו רוצה לקבל מתנות, כי המטמון כבר נמצא ברשותו. הוא יכול לסרב לקבל מתנה רק כל זמן שזה אינו ברשותו. וכתב הרשב"א [מס' קידושין (כג)] בזכות גמור זכין לאדם בע"כ וכן כתב שם ה"ברכת שמואל" דמצד דיני זכיה מהני בע"כ בזכות גמור.

ולענין שונא מתנות יחיה. כתב הב"ח [ב"מ (יב) אות ד'] שאם אינו אומר בפירוש כי אין דעתו נוחה מקבלת המתנה, מסתמא דעתו נוחה לקבלה, והגוי הרי לא אמר זאת במפורש וגם הולכים אחר רוב בני אדם, דניחא להו במתנות [”ערוך השולחן” (רמט, ד)]. וב”חיים שאל” (ח”א סי' ע”ד) כתב כי בדורו רובא דרובא ידם פשוטה לקבל, א”כ כ”ש לגבי גוי גם לפני דורו.

אמנם, יש לברר דהא בזמן המתנה המוכר התכוון להעביר לו את השדה ותכולתיה בקנין מכר ולא בקנין מתנה, אך אולי יש כאן "אנן סהדי" דהמוכר רצה להעביר לו את השדה ותכולתיה בכל קנין המאפשר להעביר אליו את כל השדה עם תכולתיה וכאמור הכל בתנאי שהוא ירש את השדה, כי אם הוא קנהו, הרי שאת המטמון הוא לא קנה ואינו יכול להקנות למישהו אחר דבר שהוא עצמו לא קנה.

**נביא לסיום את דבריו של מו"ר מרן הגר"י אברמסקי זצ"ל – מגדולי תלמידי מרן הגר"ה מבריסק זצ"ל – בחיבורו "דיני ממונות" – הגדרת סוגיהם [מהדו' שניה תשכ"ט], הוצאת "נצה" בני ברק], אשר דבריו תואמים להפליא לשיטתו של מרן הגר"ש שקופ ואת דברי רבו מרן הגר"ה זצ"ל – „כלל גדול הוא בדיני התורה...שבעל הממון הוא השליט היחידי על הונו וחילו...הוא המושל העליון המחליט את מהלך העסק עד סוף כל תוצאותיו המעשיות והמשפטיות (עמ' 6).... ואם קיבל אדם על עצמו איזה חיוב משועבד לכך, אף כי שאינו רשאי ויש איסור בקיומו...ולמרות**



כל אלה לא הורע הכח המשפטי של חיוב ריבית...ודין איסור ריבית מנקודת מבט מוסרית לחוד, והחיוב המשפטי לחוד (עמ' 7)...שלטון החוקים בהקנאת זכות בעלות הוא בספירת פעולתו של רצון הצדדים...אין המשפט כופה על האדם את גזירתו כנגד רצונו (עמ' 9)...כסף הלקוח מחבירו במלוה, "אינה מלוה הכתובה בתורה". "אבל מלוה אף על פי דכתיב 'האיש אשר אתה נושה בו' לא חשוב ככתובה בתורה" [חידושי הרשב"א בקידושין דף י"ג]: "כיון שלא חייבתו תורה אלא במה שהוא עצמו מתחייב" [שם וכן כתוב שם בקידושין בתוספות ד"ה הרי במס' כתובות דף נו ע"א]] זיל קרי ביה רב הוא ! כסף רעהו ישנו בידו שלקח ממנו על מנת

לתתו לו חזרה, שלם ישלם "אפילו אם המלוה הוא עשיר והלוה דחוק וטרוד במזונות אין מרחמין בדין...ואם לא הספיקו לו המטלטלים גובים מן הקרקע" [מיימוני הלכות מלוה ולוה (א,ד)]...התורה עסוקה בדיני מלוה ולוה רק ביחס סדר התשלומים. באיזה אופן ממשכנים את הלוה, איך נפרעים ממנו, מאיזה רכוש בעל החוב גובה את נשיו שהוא נושה בו, ומה אינו בכלל גוביינא, אבל עצם הפרעון הוא חוק ההגיון ודבר מובן מאליו, שהלוה בקחתו מעות חבירו בשיעבוד תשלומים לעולם "בעמוד והחזר קאי" (עמ' 18-19).

## סיכום

ראינו לעיל את דברי "קצוה"ח" על שיטת הרי"ף (סי' כה אות ח'), לגבי מה שכתב – „בשעבוד קרקע של חבירו נמי אינו מזיק ממש, כיון דלית ליה למלוה רק שעבוד, אבל אם מזיק את גוף החוב זה לא מקרי שעבוד אלא מזיק ממש“. וכן כבר ציינו לעיל דלפי הרי"ף, שעבודא הוא מדאורייתא. נראה לכאורה, כי ה"או"ת" יכול לסבור כמזהו, אך על פי כל דברי מרן הגר"ש שקופ לעיל ראינו, וכפי שהוא כתב זאת מפורשות ("קונטרס השיעבוד" עמ' רמ), דרק לאלו הסוברים דשעבוד לאו דאורייתא, רק גופו משתעבד לגבי תשלומין מנכסיו, אך לרי"ף הסובר דשעבוד הוא מדאורייתא – „זוכה המלוה זכות בנכסי הלוה" (שם). ולכן מי שמזיק לנכסים אלו נחשב ממש למזיק בנכסי המלוה או למי שהמלוה מכר לו שעבוד זה. ראינו לעיל דלדעה זו מצטרף גם מרן הגר"ח מבריסק ותלמידו מרן הגר"י אברמסקי ותלמידיו של מרן הגר"ש שקופ – הגאון ר' אלחנן וסרמן והגאון ר"ח שמאולביץ. יוצא איפוא שהם חולקים בצורה נחרצת על דברי "קצוה"ח" וה"או"ת".

תקצירים הערות וחידושים בסוגיית  
"דינא דגרמי"

שו"ע : חושן משפט (שפו, א-ב)

עם נושאי הכלים:

סמ"ע, ש"ך וקצות החושן



נתחבר בס"ד

על ידי

דב באאמו"ר אהרן זצ"ל ברקוביץ

(א)

## תוכן התקצירים

עמוד	מס' תקציר	
ב	1	הגדרת הבדלי האפיונים בין "דינא דגרמי" ו"גרמא" ובירור דעתו של הרמב"ם בנדון
ד	2	האם מקור תקפותו של "דינא דגרמי" הוא מדאורייתא או מדרבנן
ה	3	הראיות של המצדדים ש"דינא דגרמי" מן התורה והפרכתן
ז	4	הראיות של המצדדים ש"דינא דגרמי" מן התורה והפרכתן (המשך)
ח	5	ראיותיו של הש"ך ש"דינא דגרמי" הוא קנס ומדרבנן
ט	6	הגורם למישהו אחר לגרום נזק
י	7	השגת הש"ך על התוד"ה למעוטי במסכת ב"ק (ה.) ודחיית השגתו ע"י "קצות החושן"
יא	7	מומחה במקצועו בחינם או בשכר שקלקל-באילו תנאים הוא מחוייב בתשלום הנזק
יא	7	"חזי דעלך קסמכינא"
יב	8	האם ובאילו תנאים גרימת הוצאה כספית לחבירו לשם הובלת חפץ או שלייתו מן הים נחשב כנזק
טו	9	ראיות הש"ך שאין נשבעים על נזק בשטרות ודחיית ראיותיו ע"י "קצות החושן"
סז	10	בירור שיטת הרי"ף, הרמב"ם והראב"ד לגבי הכלל „כל מקום ששנה רשב"ג הלכה כמותו“ ולגבי דין "אפותיקי" ולמי התכוון ראב"ד כאשר כתב "הרב"
יח	11	באילו תנאים נחשב שורף שטר חבירו לגולן ובאילו מקרים תקנו בשטרות "תקנת נגזל"
כ		ציוני מקורות

(ב)

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 1

שו"ע: חושן משפט (שפו, א) – סמ"ע א' - ש"ך (ד) -  
קצוה"ח ב)

### הגדרת הבדלי האפיונים בין "דינא דגרמי" ו"גרמא" ובירור דעתו של

### הרמב"ם בנדון

#### סמ"ע אות א':

מושגי "גרמא" ו"גרמי" מאפיינים נזקים הנגרמים ע"י אדם, אך בצורה עקיפה, כאשר נזקי ה"גרמי" קרובים יותר לנזק ישיר ואילו נזקי ה"גרמא" רחוקים יותר מנזק ישיר. מחלוקת עקרונית קיימת בהבחנה ביניהם ובחיובי המזיק, כפי שהדבר מופיע בשו"ע בסעיף הראשון בסימן זה. ע"פ הרמב"ם והשו"ע, מבחינה משפטית אין הבדל ביניהם ותמיד המזיק בצורה עקיפה יחוייב בנזקים שגרם. ע"פ ר"י "בעל התוספות" הרא"ש והטור ובעקבותיהם הרמ"א (כפי שמופיע בסעיף ג') קיימת הבחנה בין שני המושגים, והמזיק יחוייב בתשלום רק כאשר הזיק ע"י פעולת "גרמי". כאשר הזיק ע"י פעולת "גרמא", אם ייתבע ע"י הניזק ביה"ד יפטור אותו, במקרה זה הוא יהיה חייב רק ב"דיני שמיים". לשיטתם הגדרת "גרמי" מותנית בכך:

- א. הנזק נעשה ע"י המזיק עצמו.
- ב. הנזק ודאי.
- ג. הנזק מידי.

אם לנזק חסר אחד מהאפיונים האלו, הוא שייך לסוג "גרמא". ע"פ הבחנה זו נביא כדוגמא מקרה בו אדם משסה בחבירו כלב או נחש. מקרה זה ישוך לסוג ה"גרמא" משום שהנזק אינו ודאי (אולי יצליח חבירו להימלט). אף אם נאמר שהנזק הוא ודאי, ודאי שאינו מידי, כיוון שהנזק יתרחש רק לאחר השסוי. אם אנו סוברים שהשו"ע והרמב"ם פוסקים, שאכן גם ב"גרמא" וגם ב"גרמי" המזיק חייב, מדוע אנו מוצאים לעתים בגמרא שאמוראים פוטרים במקרה של "גרמי", ומדוע מופיע לעתים בגמרא, אף בצורה סתמית, "גרמא בנזקין פטור"? התשובה לכך נעוצה במחלוקת תנאים. רבי מאיר סובר שבגרמי וכן בגרמא חייב, ורבנן סוברים שבשני המצבים יהיה פטור, אותם האמוראים הפוטרים בגרמי ובגרמא סוברים כרבנן ואנו פוסקים (היינו הרמב"ם והשו"ע) כמו ר' מאיר.

ר' מרדכי יפה (בעל ספרי ה"לבושים") כותב בספרו "עיר שושן" על "חושן משפט" שהסיבה שחז"ל נוקטים לעתים בלשון "גרמי" ולעתים בלשון "גרמא" היא משום שכאשר הנזק נובע מהמזיק עצמו נוקטים בלשון כבד יותר-"גרמי" וכאשר אינו מגיע הנזק מהמזיק עצמו קראוהו -"גרמא". על כך מעיר הסמ"ע שכל זה נכון לפי שיטת הר"י, הרא"ש והטור אותם מביא הרמ"א (בסעיף ג') בתחילת דבריו, אך ע"פ שיטת ה"מרדכי", המובאת ע"י הרמ"א בסוף, וכן נראה שפוסק הרמ"א, אין הסבר זה נכון, כי ל"מרדכי" אין כל חשיבות למאפיין זה של נזק הבא ישירות מהמזיק עצמו, ולשיטתו- כמו הרמב"ם ושו"ע -"גרמא" ו"גרמי" שווים, וכאשר נזקים מסויימים הם רגילים ושכיחים בין בני אדם, קנסו חז"ל את המזיק לשלם וקראו לכך "גרמי", וכאשר אינו רגיל ושכיח קראו חז"ל לנזק "גרמא", ע"ש הנזק כשלעצמו.

הסמ"ע כותב שה"עיר שושן" סובר שלשיטת הרמב"ם רק ב"גרמי" חייב ואילו ב"גרמא" פטור גם לפי ר' מאיר. על זה חולק הסמ"ע וכותב שדבריו שגויים, כי לשיטת הרמב"ם והשו"ע "גרמי" ו"גרמא" שווים ובשניהם מחייב ר' מאיר וכן ההלכה לדעתם.

(ג)

### ש"ך (ד):

הש"ך דוחה את השגת הסמ"ע על ה"עיר שושן". ה"עיר שושן" כותב,, ובגרמא בנזקין לכו"ע פטור", הסמ"ע הבין שכוונת ה"עיר שושן" במילים ל"כולי עלמא", גם לרמב"ם, ולכן השיג עליו וכתב, שלרמב"ם בגרמא יהיה חייב ולא פטור, כדברי ה"עיר שושן". על כך כותב הש"ך שהסמ"ע לא פירש נכון את כוונת ה"עיר שושן", כי ה"עיר שושן" אינו מזכיר את הרמב"ם, אלא רק כתב שלכו"ע ב"גרמא" יהיה פטור וב"גרמי" יהיה חייב, כוונתו ב"כו"ע" היא לרשב"א, רמב"ן, הר"ף ולתוספות בכמה מקומות, ולרבנו ירוחם.

גם מלשון הכותרת של השו"ע לסימן זה, נראה שהוא מחלק בין "גרמי" ל"גרמא" - ,,חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי...".

הש"ך מביא את דברי המהרש"ל שגם רש"י מחלק בין "גרמי" ל"גרמא" וחולק עליו וכותב שלשיטת רש"י אין הבדל בין "גרמי" ל"גרמא" ושכן כתב הרמב"ן, ומביא לכך ג' ראיות.

### קצות החושן (ב):

דוחה גם כן את השגת הסמ"ע על ה"עיר שושן", ומצדיק את דעת ה"עיר שושן" שגם לרמב"ם יש הבדל בין "גרמי" שחייב ל"גרמא" שפטור, במקרים רבים המובאים בגמרא במסכת ב"ק, ומה שכתב הרמב"ם שהדוחף מטבע חבירו לים ופוחת צורת מטבע של חבירו חייב, הוא משום שהרמב"ם מכלילם בתור "גרמי".

## טבעת החושן/ ספרו של הגאון רבי פנחס שיינברג, ראש ישיבת "תורה אור" על קצות החושן :

חולק על השגת ה"קצות" על הסמ"ע, ואומר שמלשון הרמב"ם - ,,שכל מי שגורם היזק לחבירו חייב", משמע שבכל מקרה חייב, כאשר מזיק ע"י גרימה. אך זה אינו קשה כי, הרי יש, בכל מקרה, מצבים שאף שהוא גורם הוא פטור, ובעל כרחנו אינם נכללים בדין של "גורם להזיק" כגון: הכופף קמתו של חבירו ברוח שאינה מצוייה נחשב כאונס, שהרי הוא אינו נחשב הגורם. א"כ הסמ"ע יוכל להסביר שלרמב"ם אין הבדל בין "גרמי" ל"גרמא" רק בתנאי שהוא הגורם, ובמקרים שכן פטור הוא משום שהמזיק אינו נקרא בכלל גורם.

### הערה:

אך קשה להלום את דבריו, שהרי ה"קצות" יוכל להשתמש באותו נימוק עצמו ולומר שהרמב"ם כן מחלק בין "גרמי" ל"גרמא", אלא שישנם מקרים, שהפטור הוא משום "גרמא" ויש מקרים יותר רחוקים, בהם סיבת הפטור היא משום שאינם נכללים אפילו בהגדרה של מושג ה"גרמא", כגון המקרה דלעיל, של הכופף קמתו של חבירו ברוח שאינה מצוייה, שאז זה אינו נחשב אפילו כגרימה. וע"פ דבריו ישנם ג' מצבים לפי דעת הרמב"ם:

- א. "גרמי" - כשהוא "גורם היזק".
- ב. "גרמא" - כשהוא גורם, מבחינה מציאותית, לדבר מסוים אך זה אינו נחשב לגרימת נזק.
- ג. מקרה של אונס, מצב בו אינו נחשב מעשה הפעולה, אפילו מבחינה מציאותית, כמעשה של גרימה כלשהי.

(ד)

## **סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 2** **שו"ע : חושן משפט (שפו, א) – ש"ך (א)** **האם מקור תקפותו של "דינא דגרמי" הוא** **מדאורייתא או מדרבנן**

קיימת חשיבות מרכזית לשאלה של מקור החיוב של "דינא דגרמי". אם אדם המזיק חייב לשלם - כאשר פעולת הנזק מאופיינת ע"י "דינא דגרמי" - משום שהתורה מחייבת אותו לשלם באופן ישיר הרי שמקור החלות המשפטית הוא דין, אך אם מקור החיוב הוא רק בגלל שהתורה נתנה כוח ביד חכמים ע"פ ראות עיניהם לחייב את המזיק לשלם, כאשר פעולת הנזק מוגדרת כ"דינא דגרמי" או מקור החלות המשפטית הוא קנס. לשאלה זו, יש השלכות הלכתיות משפטיות שונות. לדוגמא כאשר המזיק חייב לשלם ובטרם

שהספיק לשלם הוא מת. אם מקור החלות הוא מן התורה, והוא דין, יחויבו יורשיו לשלם מירושת אביהם, אך אם מקור החיוב הוא מדרבנן, והוא קנס, לא יחוייבו יורשיו לשלם, משום שקנסו רק את המזיק ולא את יורשיו.

הש"ך פוסק ש"דינא דגרמי" הוא מדרבנן ולכן "דינא דגרמי" הוא רק קנס ולא דין. הש"ך מבסס את פסיקתו על כל שלוש אפשרויות ההוכחה:  
א. רובם המכריע של גדולי "הראשונים" פוסק כך.

ב. הוא מפריך את כל ראיותיהם, אחת לאחת, של כל אלו המצדדים בכך, ש"דינא דגרמי" הוא מדאורייתא ולא מדרבנן.

ג. הוא מביא ראיות שונות לכך ש"דינא דגרמי" הוא מדרבנן והוא קנס ושהקריטריון, שהנחה את החכמים לקנס, הוא רק "שכיח ורגיל".

### **רוב הראשונים סברו ש"דינא דגרמי" הוא מדרבנן:**

הש"ך מביא את דעתם של אלה שפסקו ש"דינא דגרמי" מדאורייתא. הרמב"ן בחבורו "דינא דגרמי", המופיע בסוף ספרו על מסכת בבא בתרא, וכדבריו פסקו השו"ע והטור בחו"מ (סו, לב). כך נפסק גם ב"ספר התרומות" (שער נ"א ח"ו) וכתב שם שכך דעת הראב"י והראב"ד.

דברי ראשונים אלו מובאים ע"י נושאי כליו של הטור - הב"י והד"מ, בלא להביא שום חולק על כך ולכן הם פסקו כדברי הטור שהמוחל שטרותיו ומת ישלמו יורשיו, כי הוא דין ולא קנס. על כך תמה הש"ך והוא מוכיח כי לפחות כ-17 מגדולי הראשונים פוסקים ש"דינא דגרמי" הוא קנס ומדרבנן, מלבד תרומת הדשן שמתפק בכך [תוספות בשם הריצב"א, ר"י, המרדכי, הסמ"ג (הסובר שאפילו ר"מ סובר כך), פסקי התוספות ("בעל הטורים"), אגודה, תשובות המיימוני, רבי יקר, הרא"ש, שלטי גיבורים על הרי"ף, ריא"ז, הרב אביגדור, הנ"י [ריש ב"ק], מוהר"מ, מהר"ם מרוטנבורק, מהרי"ל ושול"ת מהרי"ו]. דעות אלו מופיעות גם בסימן שלנו, ברמ"א סעיף ג [וע"י ש"ך (כד) וב (שפח, ב) ברמ"א בשם "יא"א]. א"כ מקשה הש"ך מדוע הרמ"א סתם ב(סו, לב), שם השו"ע והטור פוסקים ש"דינא דגרמי" מדאורייתא, ולא כתב ופסק לפי הדעות שחולקות על השו"ע, כפי שעשה בסימן שלנו.

עוד יותר קשה מהר"י בן לב שמשמע מדבריו שהסוברים ש"דינא דגרמי" הוא קנס הם במיעוט, והרי אנו רואים שלפחות כ-17 "ראשונים" חולקים וסוברים ש"דינא דגרמי" הוא מדרבנן.

(ה)

### סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 3

שו"ע:חושן משפט (שפו,א) – ש"ך (א) – קצוה"ח א)

#### הראיות של המצדדים ש"דינא דגרמי" מן התורה והפרכתן

א. ראיית המהרש"ל בספרו "ים של שלמה" על מסכת ב"ק פ"ט סימן כ"ה-ו: ממסכת ב"ב (ב. ו-ג.) וממסכת ב"ק (ק.): מחיצה שבין כרם לשדה תבואה, שנפרצה מספר פעמים, מחוייב בעל הכרם לגודרה כל פעם מחדש. אם לאחר מספר פעמים מתייאש בעל הכרם ואינו מתקן את המחיצה, אם אין בין הכרם לשדה מרחק ד' אמות, מרגע שצומחת בשדה תבואה ביחס  $1/200$  מן התבואה שקיימת- מייד נאסרים הכרם והשדה לשימוש ובעל הכרם מתחייב משום "דינא דגרמי" לשלם לבעל התבואה את הנזק. כאן כמובן אין מתכוון בעל הכרם להתרשל מלגדור במזיד, שכן גם הכרם שלו נאסר לשימוש. א"כ לא יתכן ש"דינא דגרמי" הוא מדרבנן והוא משום קנס, שכן קונסים אדם רק אם הוא גורם נזק במזיד.

#### הפרכה

הש"ך מראה שבמקרה זה הוא נחשב לפושע ומזיק ולכן קונסים אותו.  
ב. במסכת ב"ק (קטז:): חייב רב נחמן "מוסר" שהצביע על תבואת חברו בפני גוים כדי שיגזלה, ושאלו רב הונא בר דדיא האם הוא דייבו משום דין או משום קנס. ר"נ ענה שמקורו הוא במשנה ובמשנה מדובר לכאורה בדין וחייבו של ה"מוסר" הוא משום דינא דגרמי, א"כ קיימת כאן הוכחה ש"דד"ג" הוא דין ומן התורה.

#### הפרכה

אין זו ראייה, כפי שכבר כתב הרמב"ן עצמו, כי כך מסבירים את הגמרא אלה הסוברים ש"דינא דגרמי" מן התורה [רב האי גאון והרמב"ם בהלכות החובל ומזיק (ח.א), הרמב"ן והרשב"א], אך הסוברים ש"דינא דגרמי" הוא רק קנס מדרבנן יסבירו שמהמשנה א"א להסיק כשום שיטה, כי יתכן שהמשנה עצמה סוברת ש"דינא דגרמי" הוא קנס, וכן אמר רב יוחנן בפירוש בתלמודהירושלמי. בנוסף לכך, אם התכוון רב נחמן לומר שמהמשנה משמע שזהו דין, היה רב יוסף מנסח את שאלתו כך: "מאי נפקא לך מינה אי דינא" ולא ממשיך "או קנסא".

#### הערה

דבריו אלו של הש"ך טעונים ברור כדי לרדת לעומק דעתו, שהרי יתכן שרב יוסף שואל את ר"ה ב"ח- מדוע התחלת בכלל לשאול את ר"נ אם זהו דין או קנס, א"כ קשה מניין לש"ך שהמשמעות היא דוקא כדבריו ולא כפי שכתבנו?



## ג. ראיית הרמב"ן וספר 'התרומות' מהנסוח 'ר"מ דאין דדינא דגרמי'.

משמעות צירוף המילים "דינא דגרמי" הוא ש"גרמי" הוא דין ולא קנס.

### הפרכה

אם אכן ר"מ היה סובר שזה דין, הגמרא היתה אומרת "ר"מ סבר גורם להיזק חייב", אך מנסוח הגמרא משמע שר"מ סובר ש"גרמי" זה קנס.

ד. הש"ך מביא את קושיית התד"ה וסבר בב"ק (עא:) וג' תרוציהם. הוא מקשה על ב' התירוצים הראשונים ומראה שתירוצים אלו דחוקים, כפי שכבר כתבו הסמ"ג, "המרדכי" ו"הגהות מיימוני". הש"ך מוכיח שע"פ התירוץ השלישי של הריצב"א ש"דד"ג" מדרבנן, הכל מובן ואין צורך בתירוצים הדחוקים וגם מתורצות הסתירות, כביכול, בגמרא בדיני "דד"ג" שהקשו התוספות בכמה מקומות, ורבנן קנסו רק במקום שהיה נראה להם על סוגי נזקים, לא ישירים, שהם שכיחים ורגילים.

### (ו)

הגמרא מקשה כיצד יתכן שר"מ אומר על הגונב ומוכר שור שחייב סקילה-על שהרג אדם- שחייב הגנב ד' וה' והרי שור כזה אסור בהנאה וממילא אינו שייך יותר לבעליו וגנב מתחייב רק כאשר גנב שור שיש לו בעלים? מתרץ רבא שמדובר בשור שהופקד אצל שומר ושם הזיק ויצא דינו לסקילה ושם גנב ור"מ סובר כרבי יעקב שאף שור כזה כאשר דינו בסקילה ככ"ז כאשר השומר מחזירו לבעליו זה נחשב שהוא מחזיר לבעלים שור ששייך לבעלים. וכן סובר ר"מ כר"ש שהגנב חייב כיוון שהוא גרם בגניבתו לשומר הוצאה ממונית, היינו השור הוא דבר שגורם לממון, כאשר הוא קיים הוא חוסך ממון לשומר וכאשר גנב ממנו הוא מחסיר ממון מן השומר ודינו כממון השומר, והגנב לכן צריך לשלם ד' וה'. ומקשה התוספות שר"מ יכול לסבור שהגנב חייב גם בלא שיטת ר"ש אלא לפי שיטת ר"מ עצמו משום שהוא דן "דינא דגרמי" וכ"ש בדבר שגורם לממון, כי אם בשורף שטר של חברו לקמן (צח:) פטר ר"ש את השורף כי דבר הגורם לממון כממון, אינו חייב בדבר שאין עיקרו ממון- כשטר- ואילו ר"מ כן מחייב משום ד"דינא דגרמי", א"כ יש יחס של כ"ש בין שיטתו לשיטת ר"ש וה"ה כאן יחייב ר"מ בדבר הגורם לממון מכח "כל שכן" זה. ומתרץ התוס': יתכן שלהיפך, שבשטר מחייב ר"מ ב"דינא דגרמי" כי שטר ראוי לכל העולם למכור (כמו צ"ק) וכן במחיצת הכרם, אך בשור הנסקל הראוי רק לשומר לצורך החזרתו לבעלים המקוריים יהיה פטור ולכן נזקקת הגמרא לומר שר"מ יחייב במקרה זה כי הוא סובר כר"ש. יש מפרשים שר"מ מחייב רק בקרן ב"דד"ג" ולא בכפל ואילו ר"ש מחייב גם בכפל.

### מקשה הש"ך

מדוע אומר רב דימי, שדברי רבה בדין השורף שטר של חברו, תלויים במח'שלר"ש חייב ולרבנן פטור מדוע שם לא אמרו, ג"כ להיפך, שרבנן אמרו ב(עא:) רק בקדשים אוכלי שפטור כי אינם ראויים לכל העולם אבל בשטר שראוי לגבות לכל העולם מודים רבנן שחייב לשלם את הקרן וכן קשה על התירוץ השני בתוס', כי ב(צח:) אומר רבה, שהשורף חמץ אחר הפסח כאשר גזלו אדם אחר לפני הפסח תלוי במח' ר"ש-רבנן, ז"א שלרבה אין הבדל בין קרן לכפל ואילו לרבא ב(עא:) יש הבדל, וזה קשה לומר שרבא יחלוק על רבה רבו.

## קצוה"ה א

משיג על קושיותיו של הש"ך ואומר שרבה-שפוטר-ודאי שאינו דן "דינא דגרמי", וכן רב דימי אינו מקשה לו מצד "דינא דגרמי" אלא מצד "דבר הגורם לממון כממון דמי", כי זה דומה לגונב ארנק מעות מחבירו ונותנו לאדם שלישי ולכן חייב כשורף שטר חבירו אף בכפל, כי התורה לא מיעטתו, כי גופו ממון. ולרבנן- החולקים על ר"ש בדבר הגורם לממון- התורה מיעטה דבר שאין גופו ממון, וכן פטור מקרן כי אינו ממון ולכן אין הבדל בין קרן לכפל רק למי שדן "דינא דגרמי". גם החלוקה בין דבר הראוי לכל העולם לבין מה שאינו ראוי רק לו רלוונטי רק למי שדן "דינא דגרמי", לכן לרבה שאינו סובר שיש לחייב ב"דינא דגרמי" לא שייכת סברה זו.

(ז)

## **סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 4**

### **שו"ע : חושן משפט (שפו א) – ש"ך (א)**

### **הראיות של המצדדים ש"דינא דגרמי" מן התורה**

### **והפרכתן**

### **(המשך)**

#### **ה. א) ראיית הרמב"ן**

משום שלהלכה אין מקישים מקנס לקנס ודאי ש"גרמי" זה דין וראייתו העיקרית מבוססת על כך ששמואל סובר כן, והרי והלכה כשמואל בדינים.

**הפרכה** בענייננו הלכה כרב כמו שפסק הרמב"ם בריש פ"ז בה' חובל ומזיק.

#### **ב) ראיית הרמב"ן**

ממס' גיטין (נג.) נראה שסוברים כשמואל. שם מקשים אם היזק שאינו ניכר שמיה היזק, מדוע פטור מי ששוקל כנגד מי חטאת, שבכך הוא פוסל? אומר הרמב"ן אם "היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק" ניחא, שאפילו במזיד פטור אם סוברים שמקנס אין מקישינן לקנס אחר, היינו שמעצם זה שלא הקשו שאפילו אי לא שמיה היזק מדוע אין מקישינן ממטמא ומדמע ומנסך, על כרחך סובר המקשן שאין מקישינן מקנס לקנס (אע"פ שזו מחלוקת אם המטמא הוא קנס או דין), וא"כ ממילא לא שייך להקשות שיקישו מזה לקנס אחר.

#### **הפרכה**

1. כי אפשר היה לדחות, היינו הגמרא באמת יכלה להקשות וידעה את התרוץ שאפשר היה לדחות שמקנס אין מקישים ולכן בכלל לא שאלה זאת. אך המקשן יתכן שכן סובר שמקישים מקנס, לכן הגמרא מיד תירצה, אפילו באפשרות ש"שמיה היזק" מדוע בכ"ז פטור.

2 גם אם אכן נובע שמעצם זה שלא הקשו זה סימן לכך שהגמרא (המקשן) סוברת שמקנס אין מקישים, אין זו ראייה שכך סוברת הגמרא בסתמות, בכל מקום, כי המקשן הוא ר"א ויתכן שהוא סובר כשמואל, אך אנו סוברים כרב וכן דעת הש"ס בכללותו כמו שהוכיח הש"ך בסי' שפה (א) מהש"ס בחולין המקשה ממנסך, והיינו כרב שסובר שכן מקישים בקנסות מזה לזה.

3 ניתן לומר שגם המקשן סובר כרב ומה שלא הקשו בגמרא "ולטעמיד" [היינו: אם אתה, המקשן, סובר כרב מדוע לא נקנסו כמו במטמא, מדמע ומנסך?] כי יש כלל בש"ס, שלפעמים, אף שיש מקום להקשות כך אין מקשים כמו שכתב המ"מ (רפ"ז בה' חובל).

4. גם אם נאמר שהראב"ד [בה' חובל ומזיק (ז,יד)] יסבור כרמב"ן, שהמקשן מקשהמקשה דוקא למ"ד "שמיה היזק", בהיזק שאינו ניכר, ויסבור שאם נפסוק "שלאשמיה היזק", אזי כן קונסים, וממילא לכן לא שייך לשאול "ולטעמיד", א"א לומר שלכן גם יסבור הראב"ד כרמב"ן שאין מקישים מקנס לקנס, כי אם אכן היה סובר כך, הרי היה גם כותב שמסיבה זו פטרו במזיד, אלא מכיוון שהוא סובר שמקישים מקנס לקנס, לכן נזקק הראב"ד לפטור במזיד מטעם אחר - "משום דאין מתכוון להזיק אלא להנאתו הוא מתכוון ומשום הכי לא קנסו בו במזיד".

**הרמב"ן** – התלמוד הירושלמי אינו דן "דד"ג" ולכן אין מקישים מקנס לקנס. **הפרכה** – זה דחוק כי ב"ירושלמי" פ"ז במסכת כלאים אומר ריש לקיש עצמו שר"מ דן "דד"ג" בתור קנס (ומביאו הרמב"ן) ואילו בתלמוד הבבלי [ב"ק (ק.)] אומר ר"ל שקיימא לן כר"מ שדן "דד"ג". א"כ יוצא שהתלמוד הירושלמי דן גרמי וסובר שהוא נס, ולא דין. וא"כ סובר הירושלמי שמקישים מקנס.

(ח)

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 5

**שו"ע: חושן משפט (שפו, א) - ש"ך (א) - קצוה"ח (א)**

### ראיותיו של הש"ך ש"דינא דגרמי" הוא קנס ומדרבנן:

א. ב"ק (סב.)-, עשו תקנת נגזל (שישבע הנגזל שאכן שווי החפץ הוא כפי שהוא טוען ויטול כפי שישבע מהגזלן) באשו, בעי אמימר, עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמאן דאמר לא דיינינן דינא דגרמי לא תיבעי לך, דמסורות נמי לא דיינינן. כי תבעי לך אליבא דמ"ד דיינינן דינא דגרמי...“.

ואם נאמר- כמו אֶשׁוּ- שְׁדִינָא דְגַרְמִי מִן הַתּוֹרָה, לא היה צורך, כלל לשאול, כי כמו שעשו תקנת נגזל באשו, ודאי שכן עשו תקנה זו בגרמי, אלא ודאי שגרמי מדרבנן ולכן שאלו אם עשו תקנה זו גם בגרמי, אע"פ שהוא רק מדרבנן.

## קצוה"ח א

קצוה"ח משיג על הש"ך וכותב:

- 1 כתבו ה"ראשונים", שבכ"ז, כיוון שב"מסור" הנזק הוא רק ע"י דבור, לכן אע"פ שזה מדאורייתא יש ספק
2. הספק הוא רק כאשר טוען ה"מסור" טענת ברי, כפי שכבר הוכיח קצוה"ח [סימן שפ"ח יא], שאז גם במזיק ממש לא עשו תקנת נגזל, רק כשטוען המזיק טענת שמא. ולכן הספק הוא האם "מסור" חמור ממזיק-שגם הוא חייב מדאורייתא-וגם בטוען טענת ברי עשו תקנה זו.
- ב. כאשר ה"מסור" מסב נזק לנמסר, נזק זה שייך לסוג נזקי "דינא דגרמי". כאשר ה"מסור", מזיק באונס הוא פטור, וזה ראייה ש"דינא דגרמי הוא מדרבנן, כי אם זה היה מן התורה, אזי היה חייב "המסור" גם באונס כבמיד.
- ג. ב"ק (צח:) - הגמרא דנה בדינו של שורף שטר חוב של חבירו ומסיקה שאף שר"ש חולק על רבנן וסובר שדבר הגורם לממון דינו כמזיק לממון עצמו וחייב, חיוב זה-לשיטתו של ר"ש-הוא רק בדבר שעיקרו ממון, אך במזיק בדבר שאין עיקרו ממון, כגון השורף שטר של חבירו, גם ר"ש מודה שפטור. אומרת שם הגמרא-,,אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא". ואם "דינא דגרמי" מן התורה, יתכן שאף מי שדן גרמי יפטור בשורף שטר משום שהוא סובר כר"ש, אלא ודאי שאמימר מתייחס ל"דינא דגרמי" כקנס מדרבנן וסובר שיש לקנוס שורף שטר יותר מ"מסור" ו"מחיצת הכרם".

## קצוה"ח א

משיג על דברי הש"ך וכותב ש"דינא דגרמי" שונה מדבר הגורם לממון, שהוא נזק בגוף הדבר כגון הגונב וטובה שור הנסקל [ב"ק (עא:)] ושורף חמץ [שם (צח:)] וזה דומה למי שגונב ארנק כסף מראובן ומסרו לשמעון, אך כאשר נעשה הדבר ע"י "גרמא" (אפילו גרמי) מודה ר"ש שפטור כמו במחיצת הכרם שנפרצה [שם, סוף ק.ק.] שאינו עושה נזק בגוף הממון-הגפנים. וכן כתב הרמב"ן שר"ש פותר בגפנים וחולק בכך על ר"מ, כי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ר"ש חולק על ר"מ גם ב"דינא דגרמי", ולכן לא יודה ר"מ לר"ש בשטר ויחייב את שורפו.

ד. הש"ך רואה בדברי אמימר עוד ראייה, מכך שאמימר נקט רק את המקרה של שורף שטר, ולא את שאר המקרים הדומים שמנה רבה בב"ק (צח.). רואים מכך- כותב הש"ך-ש"דינא דגרמי" מחייבים בו את המזיק בדבר שהוא שכיח ורגיל, כשורף שטר חבירו, בניגוד למקרים האחרים שרבה מונה, אשר אין קונסים בהם את המזיק, משום שאינם שכיחים ורגילים. הש"ך, בכל מקרה, מסיק ש"דינא דגרמי", אמימר מסופק בעצמו אם זה דין או קנס, משום שבכ"ק (קטז:) שאל רב הונא בר חייה את רב נחמן אם "דינא דגרמי" הוא קנס או דין ובעיה זו לא נפשטה שם, ולכן גם מנסח אמימר את דבריו בזהירות ואומר שלפי אותה שיטה הסוברת ש"דינא דגרמי" הוא קנס [=, דלמאן דדאין דינא דגרמי משום קנסא...]" שורף השטר יצטרך לשלם לבעל השטר את מלוא הסכום הנקוב בשטר.

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 6

שו"ע: חושן משפט (שפו, א) - ש"ך (ה) - קצוה"ח ג)  
(ו-ח)

### הגורם למישהו אחר לגרום נזק

#### קצות החושן ג)

הרמב"ן בחיבורו "דינא דגרמי" (קיב:) פוסק שחייב, כגון הגורם לשרוף שטר חבירו. וס' "התרומות" [שער נ"א ח"ו] פוטר וכמותו פסק הש"ך (ג), ע"פ שיטתו, ש"דינא דגרמי" דרבנן. הגמרא, במסכת שבועות סוף (ל"ב), אשר דנה בעניינה של סוטה, פוסקת שעדי קינוי הגורמים לעדי סתירה להעיד, היינו גורם דגורם, פטורים משבועת העדות. הרמב"ן מתרץ, שמשם אינו קשה למה שפסק שחייב, כי יש שם רק כפירת דברים ולא ממון. ה"תרומות" כן מדמה כפירת דברים לממון וסובר שגם השולח דבר בוער, ביד חרש שוטה וקטן, ושרפו שטרות יהיה השולח פטור וכ"כ בשו"ת מהר"ם.

אך קשה לומר שפטור, שהרי בב"ק (נ"ט:) ר"ל פוטר כשמסר לחש"ו גחלת וליבהו, אך אם מסר לו שלהבת חייב, כי מעשיו גרמו לו, וכן נפסק בשו"ע לקמן סימן תי"ח-ו לא כרבי יוחנן הפוטר גם בשלהבת-כי הוא מזיק ממש, אפי' ע"פ מי שלא דן "דינא דגרמי" כמו המדליק אש והלכה ברוח מצויה, א"כ גם בשורף שטרות, יש מצב שבכל מקרה הוא חייב.

ומתריך קצוה"ח, המצב בו הוא מתחייב, הוא כאשר "כלו לו חיצו" משום ממונו, אך כן ודאי שיפטור הרמ"א כי לשיטתו דנים "דינא דגרמי" רק בנזקי גופו ולא בנזקי ממונו.

#### ש"ך (ה)

דוקא באדם חייב "דינא דגרמי" אבל בבהמה לכו"ע פטור (נ"י). מקור הנ"י-לדבריו הוא הרא"ה בשם רבו.

ומקשה הש"ך, הרי רבו של הרא"ה הוא הרמב"ן, ורמב"ן בחבורו "דינא דגרמי" מסיק שחייב בנזקי בהמה?

#### הערה

דברי הש"ך טעונים בירור משום שבמספר מקומות מזכיר הרא"ה על אחרים כרבותיו כגון בחדושי הרא"ה על הרי"ף למסכת ברכות (מד.-), שמעתי מפי מורי הרב הגדול יצחק הלוי בר' שמואל ז"ל...". אם כן יתכן, שבדין זה פסק הרא"ה כרבו השני, אשר יתכן שפסק לא כרמב"ן.

#### קצוה"ח ח)

מהרמ"א בסעיף א (סא.) משמע שפסק כנ"י. במסכת ב"ק (יב:) אמרו לגבי מה שהמשינה מחייבת את בעלי השור שהזיקו, בנכסים שאין בהם מעילה הא מקדש קדשי הא מני ריה"ג הוא דאמר קדשים קלים ממון בעלים".

מקשה ה'פני יהושע' – מדוע הגמרא מעמידה את שיטת המשנה כריה"ג ולא כר"ש במסכת ב"ב (קכג:), שסובר שם שקדשים שחייב באחריותם נקראים ממונו?

ומתריך 'הפני"י' – שלעניין נזקי בהמה אין לחייב את בעלי השור המזיק מסיבת אחריותם של המקדישים, כי זה רק גרמא ופטור לכו"ע כדברי הרמב"ן.

#### מקשה קצוה"ח

א. הרמב"ן הרי כתב שכן חייב.

- ב. אפ"ל לפי הנ"ל ע"פ הרא"ה בשם רבו פטור רק ב"דד"ג", אך בדבר הגורם לממון הרי סובר ר"ש שדינו כממון וזה ממש דומה לגזול ארנק מעות ונותנו לחבירו, א"כ אפ"ל בנזקי בהמתו חייב.
- ג. לעצם קושיית ה"פנ"י" אינו קשה כלל, כי אפ"ל בנכסים שיש בהם מעילה לפי ר"ש חייב ע"פ שיטתו שדבר הגורם לממון כממון, וקדשים שחייב באחריות, אפ"ל בקדשי קדשים חייב, ולכן מעמידה הגמרא נכסים שאין בהם מעילה כריה"ג המחייב רק בקדשים קלים.

(י)

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 7

שו"ע: חושן משפט (שפו, א) - ש"ך (א) - קצות החרשן א)

### השגת הש"ך על התד"ה למעוטי במסכת ב"ק (ה.) ודחיית השגתו ע"י

#### "קצות החרשן":

הגמרא במסכת ב"ק (ה.) מקשה על רבי חייא מדוע אינו מונה ברשימת אבות הנוזקין את ה"מוסר", בתור אב נזק.

#### התד"ה למעוטי

מקשה על קושיית הגמרא, שזה אינו קשה על רבי חייא, כי אולי רבי חייא אינו דן "דד"ג", ולכן אינו מונה את ה"מוסר" בתור אב נזק, החייב לשלם את מה שהזיק לניזק, כי זה ברור שמי שלא דן "דד"ג" אינו מחייב את ה"מוסר" לשלם לניזק את מה שהזיק לו? ומתרחץ התוס' שזה אינו כלל, כי מצאנו מי שלא דן "גרמי", בסוף המסכת (ק"ז.) ובכל זאת מחייב "מוסר" לשלם מה שהזיק. יש לציין שהתוס' אינו מציין את המקרה הספציפי שם בסוף המסכת, ממנו הוא לומד, שגם מי שאינו דן גרמי מחייב את ה"מוסר".

#### הש"ך משיג על תירוץ התוס' ומציע תירוץ אחר

הוא משיג על קביעת התוס', בדבר איהקשר בין "דד"ג" ל"מוסר", ומסתמך על הגמרא בב"ק (סב.) שם קובע אמימר שמי שלא דן "דד"ג", לעולם, לא יחייב את ה"מוסר" בתשלומי נזקו. הש"ך מציע תירוץ אחר. יש ראייה מפורשת, לכאורה, שרבי חייא כן דן "דד"ג", ולכן היה צריך, לכאורה, רבי חייא למנות את ה"מוסר" כאב נזק ולחייבו בתשלומים. מקורו של הש"ך, שרבי חייא כן דן "דד"ג" הוא ממסכת ב"ק (סוף צט), שם מובא שרבי חייא היה מומחה לקביעת תקינותם של מטבעות והוא טעה, ובכך הטעה אדם שפנה אליו, וקבע על מטבע לא סחיר שהוא כן סחיר. רבי חייא חייב את עצמו - לפנים משורת הדין - לשלם לפונה אליו את הנזק שנגרם לפונה אליו, כתוצאה מקביעתו השגויה. ועל כך כותב הש"ך, שמי שדן "גרמי" מחייב אדם לא מקצועי שנתן הערכה שגויה לחבירו על מטבע, ועל כך שייך לומר שרבי חייא חייב את עצמו "לפנים משורת הדין" בתשלומי הנזק, כאילו היה אדם לא מקצועי. אך אם רבי חייא

לא היה דן "דד"ג" ולא היה מחייב, לכן, אדם לא מקצועי בתשלומי נזק, א"כ לא היה שייך להגדיר את חיובו העצמי בתשלומי נזק כ"לפנים משורת הדין", שהרי מעיקר הדין אף אחד (גם מי שאינו מקצועי) אינו חייב לשלם תשלומי נזק במקרה שכזה. ואם רבי חייא בכ"ז חייב את עצמו לשלם, יותר מתאים להגדיר תשלום זה כ"נתינת מתנה". ואם רבי חייא בכ"ז הגדיר זאת כ"לפנים משורת הדין", ודאי שהוא דן "גרמי" וסובר שיש לחייב אדם לא מקצועי בתשלומי נזק. ולכן שאלה הגמרא, אם רבי חייא מחייב ב"דד"ג", מדוע לא מנה את ה"מוסר" כאב נזק?

**עוד מקשה הש"ך** – הש"ך מקשה על התוס' וכותב שמהתוס' עצמו, במסכת בב"ק (קטז:): ד"ה

לא, משמע שהם עצמם סוברים שרק מי שדן "גרמי" מחייב "מוסר" בתשלומי נזקו

### קצוה"ח

דוחה את השגת הש"ך על התוס' ומוכיח, כדברי התוס', שגם מי שלא דן "דד"ג" מחייב "מוסר" בתשלומי הנזק שגרם. הוא מברר לאיזה מקרה מתכוונים התוס' כראיה לשיטתם. הוא שולל את האפשרות שכוונתם לשאלת רב הונא בר רב חייא את רב נחמן "דינא או קנסא" בסוף (קטז) וקובע שכוונתם לדברי מי, שלכל הדעות, אינו דן "דד"ג"-רבה שם ב(קיוז). הוא חולק על הש"ך שגורס "רבא" ומגיה בהתאם לכך גם ברי"ף וברא"ש, וקובע שהגרסה גם ברא"ש "רבה" כפי שכתב כבר בעל הספר ה"מעדני מלך", ומציין שכן גירסת התוס' עצמם בגמרא-"רבה". רבה שם מתיחס ל"מוסר", ואומר-,,אם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי" ולכן חייב. וכיוון שרבה פוטר ב"גרמי" ואעפ"כ מחייב כאן "מוסר", הרי זו הוכחה שגם מי שלא דן "גרמי" מחייב במקרה של "מוסר".

ואע"פ שלפי רבה "גרמי" דינו כ"גרמא" ופטור, מסביר הרא"ש שכאן בכ"ז מחייב רבה, כי ה"מוסר" הראה מעצמו לגוי, על נכס של ישראל, בלא שום אינוס, לכן הוא מחייבו.

### (יא)

קצוה"ח מציג את קושיית תד"ה חמור בב"ק (נד). מדוע אין אומרת שם הגמרא שהמילה "חמור" נכתב בתורה כדי למעט נפילת שטרות לבור, לפטור את חופר הבור. ותירצו משום ש"גרמי" זה מדרבנן, ולכן אין צורך מן התורה למעט מקרה זה. אמנם לרמב"ן ש"דד"ג" הוא כן מן התורה, ניתן לומר, ע"פ התוס' ד"ה וסבר בב"ק (עא:): שב"דד"ג" מחייבים רק מה שהזיק כשהוא ראוי לכל העולם כשטר ששרפו. וע"פ הרמב"ם [הלכות מכירה (ו,יב)] ניתן לומר שאמנם מכירת שטרות חייב רק מדרבנן וא"כ חייבים לומר שמן התורה פטור כי ראוי רק למלוה, אך כיוון שכבר תיקנו רבנן מכירה בשטרות ונהיה ראוי לכל העולם למכור, לכן חייב עליו מן התורה.

על חלוקה זו של תד"ה וסבר בב"ק (עא:): בין דבר שראוי לכל העולם ואז מחייבים את המזיק משום "דד"ג" לבין דבר שאינו ראוי לכל העולם, שאז פטור, מעלה "קצוה"ח" כמה השגות הטעונות בירור.

**א.** מדוע הגמרא מוכיחה מהדין של מזיק ששוחט את שורו שנגח ולכן שייך לניזק, לגבי דין כללי של שעבוד נכסים-,,ש"מ המזיק שעבודו של חבירו פטור", הרי שור שנגח ראוי רק לניזק, ואילו שעבוד נכסים ראוי לכל העולם וניתן להעביר במכירה נכס משועבד לכל אחד אחר .

**ב.** מדוע כותב התוס', שהתנא הפוטר את המזיק, השוחט את שורו התם, שהזיק, חולק על ר"מ. הרי אף שר"מ מחייב ב"דד"ג" הוא הרי מחייב-ע"פ התוס'- רק בדבר שראוי לכל העולם, אך במקרה דנן, ששחט את שורו התם, שור זה אינו ראוי לכל העולם, אלא רק לניזק, כאן הרי יודה ר"מ לתנא הזה שפטור ולא יחלוק עליו, כדברי התוס'?

## מומחה במקצועו בחינם או בשכר שקלקל-באילו תנאים הוא מחוייב בתשלום הנזק

הש"ך דן לעיל לגבי "מראה דינר לשולחני", ומוכיח שלרב חייה מי שאינו בקיא, אינו חייב מכח "דינא דגרמי". לשם השלמת עניין זה, נברר מה דינו של אומן מומחה. בכ"ק (צט.) מובא-, הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן פטור הדיוט חייב. ואם נותן שכר בין אומן בין הדיוט חייב". הרמב"ם [הל' שכירות (י,ה)] והרא"ש [ב"ק סי' טז] והתד"ה ותניא [ב"ק (צט:)] והרי"ף [ב"ק (לה:)] פסקו, שאף אומן חייב כשנוטל שכר, משום שהגמרא שהבאנו מחלקת בין חינם לשכר. וכן לגבי "מראה דינר לשולחני" נפסק כן ב"טור" (שו,ו) וב"שו"ע" (שו,ו) -, המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא ונמצא רע, אם בשכר ראהו חייב לשלם אע"פ שהוא בקיא ואינו צריך להתלמד". הש"ך שם(יא) מביא את החולקים על כך-הרשב"א והמהרש"ל בעקבותיו. סברתם בנויה על כך, שהגמרא חילקה דוקא לגבי שוחט, שלגביו שייך לומר שיטעה, אך לגבי שולחני לא שייך שיטעה, אלא באונס גמור ולכן פוסקים שפטור. אע"פ שבנויקין חייב בין באונס ובין ברצון, ואדם מועד לעולם, זה דוקא באונס רגיל, אבל באונס גמור, כתב התד"ה ושמואל [ב"ק (כז:)]-, דבאונס כעין גניבה אדם המזיק פטור", ולכן טבח אומן שקלקל פטור כששחט בחינם. הרמב"ן חולק ומחייב אף באונס גמור, וכותב שמה שפטור את הטבח הוא משום שטבח הרי עושה על דעת בעל הבית, ויש לו רק דין שומר ולא דין של מזיק. ובעשה בחינם דינו כשומר חינם הנפטר באונס גמור שהוא כגניבה. ויש לברר, מדוע שולחני, שחיובו משום "גרמי" -ולא משום שומר- מתחייב דוקא כשעשה בשכר ולא בחינם. בשו"ת "אבני נזר"/"חו"מ/סי' יט, ביאר-, והכי נמי בשולחני, דכשבקשו ממנו לראות, הוא כאומר שמרוצה מההיזק. וכשנתרצה לו לראות, נעשה שומר וחייב בשכר כדין שומר שכר...וכן מוכח להדיא ברשב"א ב"ק שם דמראה דינר חייב משום שומר שכר דכתב 'דנקו ואיסור אפילו בשכר פטורים דאונס גמור חשיב ושומר שכר פטור מאונסים', אלא ודאי דשולחני חייב מדין שומר כמו טבח". א"כ הוא סובר, שדינו של שולחני הוא כדין שומר, כדברי הרמב"ן. ה"חזון יחזקאל" על התוספתא/ב"ק (י,ד) חולק על קביעתו של ה"אבני נזר" וסובר כדמ"ס שדינו הוא כאדם המזיק ולא כשומר-,, ויש ליישב שבשולחני מומחה שיש לו היכולת להורות לאנשים בעניני כסף ולהנחותם בעצתו, אינו חייב משום "גרמי" אלא בשכר, שבאופן כזה ודאי סמך עליו שיעיין יפה שלא יניח מקום לטעות, אבל בחינם לא סמך עליו שיתן תשומת לב כל כך שלא יבוא לידי טעות כלל".

### "חזי דעלך קסמכיבא":

שיטת הרי"ף [הובא ב"טור" (שו,ו)] והרמב"ם [הל' שכירות (י,ה)] וה"שו"ע" (שו,ו) סוברים -, והוא שיאמר לשולחני עליך אני סומך", אך בלא זה השולחני פטור. הרמ"א מביא שם את דעת ר"י והרא"ש החולקים וסוברים, שגם בלא שיאמר זאת מתחייב השולחני, אך בכל זאת מסיים שם הרמ"א -, "ומ"מ הסברא הראשונה עיקר". ה"שו"ע" מוסיף שם-, ואי מוכחא דעליה קא סמיך לא צריך להודועיה", כדברי הרי"ף. הש"ך שם (יב) גם מכריע כדבריהם, אך מביא את דעת מהר"ם בן ברוך, שכל זה נאמר בגמרא לגבי הדיוט, אך לגבי אומן אינו חייב להודיע לו.



## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 8

שו"ע: חושן משפט (שפו, א) - ש"ך (ז) - קצות  
החושן ט (ו-י)

### האם ובאילו תנאים גרימת הוצאה כספית לחבירו לשם הובלת חפץ

#### או שלייתו מן הים נחשב כנזק:

##### ש"ך (ז)

„דוחף מטבע של חבירו עד שירד לים חייב“, אע"פ שלא הגביהו. וכן,, הפוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו חייב אע"פ שלא חסרו“ - כך פסק השו"ע, אך ר"י והרא"ש ודאו"ו ופסקי מהר"ח ומהרש"ל ושאר הרבה פוסקים (וכן הובא ברמ"א סעיף ג) סוברים שפטור. דוקא כשדחפו לים בלא להגביהו כשנראה במים צלולים, הוא פטור. וכן מה שפטרו בפוחת מטבע חבירו, מדובר דוקא כשלא הגביהו ולא חסרו, כי אם הגביהו נחשב לו הדבר כגזילה וחייב להשיבו לבעליו. ולא כדברי המהרש"ל, שכתב, שגם בהגביהו פטור ויוצא ידי חובתו, ע"י תשלום לצוללן, השולה את המטבע מן הים. הש"ך דוחה את ראית המהרש"ל - מהתוס' - וכותב שזו אינה ראייה, כי שם כתב התוס' שצריך לשלם רק את הוצאות השלייה, רק אם הניזק אינו מקפיד, אך אם הניזק מקפיד, אינו יוצא ידי חובתו עד שיחזירו למקומו.

##### קצות'ח ט

מקור הלכה זו הוא בב"ק (צח.). והרא"ש כתבו, שמה שהגמרא פוטרת במים צלולין, זה לאו דוקא, אלא אפילו במים עכורים, יתכן שיהיה פטור. העקרון המנחה את הגמרא הוא, שאם ניתן להוציאו פטור ואם לא ניתן להוציאו, אזי אפילו במים צלולים יהיה חייב.

##### ה'נמוקי יוסף', הרמב"ן ב'מלחמות ה'' ורבינו זרחיה ב'המאור הגדול'

אם אי אפשר להוציאו או ליטלו יהיה חייב, רק למי שדן "דד"ג" וכן ההלכה, אך למי שלא דן "דד"ג", היינו רבה, יהיה פטור. הנ"י מביא כדוגמא את הבעיה שהגמרא מציגה בב"ק (קא.), „אין שבח סמנין על גבי הצמר ובעי שלומי ליה או דלמא יש שבח סמנין על גבי צמר ואמר ליה הא מנחי קמך שקלינהו“ ופטור, זה רק לגבי רבה כאמור, אך למי שדן גרמי יהיה חייב וכן ההלכה.

##### קצות החושן י) - ניתוח שיטת ה'מרדכי'

ה'מרדכי' מביא את שיטת רבי יקר שכתב במקרה של זורק מטבע חבירו לים, הזורק יהיה חייב כי לפי ר"מ-שדן "דד"ג" - הוא חייב. המרדכי חולק על רבי יקר וכותב, שלפי רבי מאיר יהיה פטור, וכן כתב

"הגהות המרדכי" בשורף שטר של חברו ובנתייאש בעל הכרם ולא גדר את המחיצה שנפרצה ומראה דינר לשולחני והשולחני הטעה אותו וכן במכה בהמת חברו והניזק ריפא את הבהמה. בכל המקרים האלו יהיה פטור, כי במקרים אלו מדובר על מזיק ממון חברו וע"י אותו נזק לממון נגרם נזק ממוני מוסף אחר, כגון, זריקת המטבע לים. המטבע נראית במים צלולים, אלא כדי שלהחזירה לבעליה יש לתת שכר לצוללן, כדי למשות את המטבע. זה נקרא גרמא בנוזקין ופטור.

### קצוה'ח מקשה

ממסכת בב"ק (יא.) שם מובאת מחלוקת, מי חייב לטרוח בהוצאות השור שנהרג כתוצאה מנפילתו לבור, האם המזיק, היינו, מי שחפר את הבור, או הניזק, היינו בעל השור. "אחרים" (ר"מ) סובר שהמזיק חייב. ראייתו, מהפסוק בספר שמות (כא, לד)-העוסק במזיק-,,כסף ישיב לבעליו והמת...", היינו, והמת גם ישיב לבעליו.

המזיק חייב לטרוח ולהשיב את השור המת לבעלי השור. מקשה אביי לרבא, מדוע- לשיטת "אחרים"- צריכה התורה לכתוב פסוק המורה למזיק לטרוח בהבאת הנבילה, הרי המזיק יעשה זאת מרצונו כי זה משתלם לו.

שהרי אם הנבילה בבור שווה זוז וכשמעלים אותה לשפת הבור היא שווה ד' זוז, הרי משתלם למזיק להעלות בעצמו את השור, ויהיה שווה הנבילה או, כאמור, ד' זוז, כי אם נניח שהשור החי היה שווה ט' זוז, יצטרך המזיק לשלם רק ה' זוז, אך אם הנבילה בבור, ואז היא שווה רק זוז, הרי הפער בין ערך הנבילה לערך השור החי הוא ח' זוז ואז המזיק יצטרך לשלם ח' זוז במקום ה' זוז. מתרצת הגמרא שמדובר שגם בבור וגם על שפת הבור שווה הנבילה זוז, כפי שאנו רואים בקשר למכירת קורת עץ שגם בשדה עלותה הוא זוז כמו בעת מכירתה בעיר, אע"פ שמכירתה בשדה היתה צריכה, לכאורה, לגרור עלות נוספת של נשיאתה לעיר.

### מקשה קצוה'ח

ע"פ שיטת ה"מרדכי", אין מקום כלל לקושיית אביי, כי לולא שהיה פסוק המחייבו בתשלום או בטרחת הבאת הנבילה לרשות הניזק, היה אומר המזיק, שההפרש של ג' זוז על הניזק לשלם, כי זה נזק לממון אחר מחמת אותו ממון והמזיק בכל מקרה יהיה חייב לשלם רק את ההפרש בין ערך הנבילה על שפת הבור לבין ערך השור החי. והגם שלדעת השו"ע חייב בדוחף מטבע חברו לים, אך ע"פ הנ"י בשם הרא"ש שחייב רק בנוזקי גופו, כאן הרי מדובר בנוזקי ממון ולכן יהיה פטור.

### ניתוח שיטת 'קצות החושן':

לכאורה קשה להבין מהי קושיית אביי ומהו תירוצו של רבא.

**א.** הרי ע"פ רש"י, הקושיה היא משום שהמזיק מרוויח מכך שהוא עצמו מעלה את הנבילה [„ריוח נפשיה קא עביד“] וקשה, הרי ניתן למצוא אינספור אפשרויות בהן אין משתלם למזיק לטרוח בהעלאת הנבילה, כגון אם זמנו יקר ובזמן זה יוכל להרוויח בעסקיו הפרטיים פי כמה, וכגון שהוא נוקב יהלומים.

**ב.** גם תשובת רבא, לכאורה, אינה מובנת, וכי יש רק אפשרות אחת שבה לא משתלם למזיק ההעלאה- ולכן צריך פסוק כדי לחייבו בטרחה זו-והרי יש עוד אפשרויות רבות?

**אלא נראה** שמחלוקתם של אביי ורבא היא עקרונית. לאביי "התורה תדבר ברוב", כפי שכותב הראב"ע מספר פעמים בפירושו לתורה [בראשית (לה,כו), (מו,כג)] לגבי פשוטו של מקרא, וכן אנו פוגשים זאת בחז"ל לגבי הכרעות הלכתיות שונות, כפי שכותב ה"רא"ה" בספרו ה"חנוך" (מצוה ל"א)-, "...כי הם זכרונם לברכה, גם התורה השלמה, יבחרו לעולם ברוב...". ולכן אם ישנם מקרים רבים אשר לאדם עצמו משתלם להעלות את הנבילה, אין התורה טורחת לכתוב פסוק מיוחד לחייבו. המקרה שמביא אביי, לדעתו, משקף מקרה כללי המתרחש בדרך כלל, ואילו לרבא מספיק מצב מסויים ובודד אשר בו לא ישתלם לאדם לטרוח, כדי שהתורה תצטרך לכתוב, לפחות ע"י דרשה, כדי לחייבו. וכן נראה מסתימת הגמרא, שהיא מסכימה עם רבא, וכן אנו רואים במקומות רבים בש"ס, שהגמרא לומדת מהפסוקים, ע"פ הבנה זו. ולמעשה, כידוע, הגמרא פוסקת בכל מחלוקת בין אביי ורבא הלכה כרבא, חוץ משש מחלוקות המוכרות בראשי התיבות יע"ל קג"ם. אכן כאן רבא מראה, שאפילו בדוגמה שהביא אביי, יש מקרים בהם המציאות שונה, היינו, שגם בבור וגם בשפת הבור שווה הנבילה זו. ולכן, לכאורה, קושיית "קצוה"ח" אינה קושייה כי הוא מביא עוד דוגמא וסיבה לכך שהתורה צריכה להביא פסוק, משום שהמזיק אינו חייב מן הדק, אך זה אינו קשה, כי מקרה זה, שמביא "קצוה"ח" מצטרף, כעוד מקרה למעוט המקרים בהם המזיק יוכל לחשוב שאינו צריך להביא את הנבילה לרשות הניזק, אך כפי שכבר הסברנו, לאביי מספיק שברוב המקרים ירצה המזיק להביא את הנבילה לרשות הניזק, כדי שהתורה תמנע מלהורות זאת במפורש ותסמוך ע"כ שאנו נבין שהדק מהתורה בכל מקרה להביא את הנבילה לרשות הניזק, ע"י המזיק.

### **אך לכאורה קשה עוד יותר**

**א.** מדוע ה"קצות" מקשה זאת על אביי, הרי לכאורה ניתן להקשות זאת על עצם שיטתו של "אחרים", שהוא, הרי, כידוע, ר"מ, היינו, כיצד ר"מ סובר מצד אחד ש"דד"ג" חייב מן התורה, ומאידך צריך פסוק נוסף לחייב במקרה זה. אלא אם נאמר שלשיטת ה"מרדכי" "דד"ג" אינו מן התורה, אבל גם אם המזיק חייב רק מדרבנן, הרי אין צורך לחייבו גם מן התורה, אם כוונת כתיבת הפסוק הוא רק משום שהמזיק מעצמו לא יראה צורך לטרוח בהעלאת הנבילה?

**ב.** דוגמא זו אינה דומה כלל לשיטת ה"מרדכי", כי ה"מרדכי" פוטר רק כאשר החפץ עצמו לא ניזק מצד עצמו במהותו, ואילו בדוגמא שמביא קצוה"ח מן הגמרא, לא רק שאי אפשר להחזיר את החפץ למקומו- ובכך יתקון הנוק-ולא רק שהחפץ נפחת, אלא החפץ אינו שווה כלל ולא עוד, אלא שהוא נהפך למהות אחרת- מבעל חי לנבילה מתה.

ושוב ראיתי שכיוונתי לספר "חדושי ר"ש שקופ" על מסכת בב"ק סימן יג ולדעת ה"חזון איש" [ חושן משפט, בבא קמא, סימן ג', אות יב)] ששללו את קושיית "קצוה"ח" על פי חלק מן הדברים שהעלינו. הגאון רבי שמעון שקופ כותב, שלמעשה, מחייבת התורה את המזיק לשחזר את הנכס הפגוע ולהביאו למצב שהיה בתחילה, אלא כיוון שהנוק הוא בלתי הפיך, חייבה התורה לפחות להשלים, לכדי הערך הממוני המקורי, בכסף, כדי שהניזק יוכל לקנות שוב נכס כזה, אך השברים או הנבילה אינם דבר בפני

עצמו, שכאילו מתחילה או הנבילה היו מהות ודבר בפני עצמו, והחלק האבוד דבר בפני עצמו, אלא ודאי שהשברים הם משהו שנשאר ממה שהיה מקודם ולכן אפשרי לנכותו מהתשלום, כל שכן כאן-בנבילה- שלא נשאר כמעט כלום (בקושי זוז) ולא שייך אף לקרוא לזה במושגים של "ניכוי". לעומת זאת בדוגמה של זורק מטבע חבירו לים-בו דן ה"מרדכי"-המצב הוא הפוך, כל החפץ קיים ושלם, ורק דנים בבעיה אם טורח העלאתו נקרא בכלל נזק או רק "גרמא".

ושוב ראיתי שכיוונתי לספר "חדושי ר"ש שקופ" על מסכת בב"ק סימן יג ולדעת ה"חזון איש" [ חושן משפט, בבא קמא, סימן ג', אות יב)] ששללו את קושיית "קצוה"ח" על פי חלק מן הדברים שהעלינו. הגאון רבי שמעון שקופ כותב, שלמעשה, מחייבת התורה את המזיק לשחזר את הנכס הפגוע ולהביאו למצב שהיה בתחילה, אלא כיוון שהנזק הוא בלתי הפיך, חייבה התורה לפחות להשלים, לכדי הערך הממוני המקורי, בכסף, כדי שהניזק יוכל לקנות שוב נכס כזה, אך השברים או הנבילה אינם דבר בפני עצמו, שכאילו מתחילה או הנבילה היו מהות ודבר בפני עצמו, והחלק האבוד דבר בפני עצמו, אלא ודאי שהשברים הם משהו שנשאר ממה שהיה מקודם ולכן אפשרי לנכותו מהתשלום, כל שכן כאן-בנבילה- שלא נשאר כמעט כלום (בקושי זוז) ולא שייך אף

## (יז)

לקרוא לזה במושגים של "ניכוי". לעומת זאת בדוגמה של זורק מטבע חבירו לים-בו דן ה"מרדכי"-המצב הוא הפוך, כל החפץ קיים ושלם, ורק דנים בבעיה אם טורח העלאתו נקרא בכלל נזק או רק "גרמא". בספר "אפיקי ים" גם מוכיח להיפך מ"קצוה"ח". אך עיין בספר "קהילות יעקב" [בבא קמא, סימן ל', ג' ד"ה והנה] הסותר את ראיותיו ומראה ש, אין ההיזק אלא עד הנבילה" כדברי "קצוה"ח" ומפנה לספר "דברי יחזקאל" להגאון רבי יחזקאל בורשטיין הדן בבעיה זו.

## חזון איש

ישנם ג' מצבים:

**א.** שור חי השווה 100, שווה כך גם כשהוא בכור, אם היה שווה בעודו בכור 97, הרי המית רק שור ששוה 97 ומה שגרם להוזיל את ערכו נחשב כ"**גרמא**" כזורק מטבע לים, ובאמת אם שווה 100, הרי הוא שווה כך גם כן בכור ואין דמיו נפחתין בהעלאה.

**ב.** כאשר המזיק ממית אותו והוא שווה כעת רק זוז, הנזק נגרם ע"י המיתה שהוא מעשה בלתי הפיך ואינו גרמא.

**ג.** הזורק נבילה ומטבע לים-מעשה הנזק הוא השנוי ממקום למקום, ומעשה זה אינו נקרא נזק אלא "**גרמא**" וכן רפוי חולי נחשב כ"גרמא", כי הפיכתו לחולה אינו נחשב נזק כי ניתן להסיר את עיקר הנזק ולהשיבו לקדמותו ולכן זה רק "גרמא". גם אם הוא קוטע את

רגל הבהמה, החולי אינו נחשב נזק מחמת קטיעת הרגל, כי את החולי-הפציעה- כתוצאה מן הקטיעה, ניתן לרפא. הנזק המתהווה כאן הוא:

1. הקטיעה עצמה.

2. הפחתת שוויה. וזה אינו דומה למשייף מטבע, כי שם הוא משלם את מלוא ערך המטבע, כי

הוא מחסיר דבר ממשי.

(ט)

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 9

### שו"ע: חושן משפט (שפו, ב) - ש"ך (י) - קצות (החושן ד)

#### ראיות הש"ך שאין נשבעים על נזק בשטרות ודחיית ראיותיו ע"י "קצות החושן"

**שו"ע** – „כן השורף שטר חוב של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר”- כתב ספר ה"תרומות" [שער כט], אם השורף שטר חוב, מודה שהיה כתוב בשטר רק חצי מנה ובעל השטר טוען שהיה כתוב שם סכום של מנה, ישבע המזיק (שורף השטר), כדין מודה במקצת. ואם אומר „על חצי מנה אינו יודע” מתוך שאינו יכול להשבע (כי אינו יודע) משלם. דבריו אלו, הובאו ע"י הב"י, הד"מ, הב"ח והע"ש. **קשה**, הרי נפסק בשו"ע [לעיל (סו,לט) ו(צה, א)] שאין נשבעין על השטרות, לא שבועת השומרים ולא שבועת מודה במקצת, וזאת ע"פ המשנה במסכת שבועות (מב:).

וניתן היה, אולי, לדחוק ולתרוץ שהמשנה סוברת שאין לדון "דד"ג", או שמדובר שהמזיק לא גרם נזק ממוני בכך שאינו יכול להחזיר את השטרות, ומה שבכ"ז בעל השטרות תובעו, הוא משום שהוא רוצה בדווקא את השטרות שנושרפו, מסיבה הידועה לו בלבד.

אך מסתימת לשונם של כל הפוסקים, שכתבו דין אי שבועה בשטרות בסתם, משמע שאף שמכח כפירתו של המזיק, לא יוכל התובע להוציא את חובו, אין נשבעין. וכך משמע גם מהתד"ה מיעט במסכת שבועות (לז:): שכתבו שאי שבועה בשטרות, מתאים יותר לשיטת ר"מ שמחייב ב"דד"ג".

#### דחיית הראיה ע"י קצות"ח

מהתוס' אין ראיה, כי התוס' אינו מדבר כלל על שבועה, אלא על שטרות הממועטים מגזילה, כאשר הם השתנו, והרי למי שאינו דן גרמי, אפילו אם שרף פטור, וכ"ש כשהם אינם בעין.

#### הש"ך

נראה שספר ה"תרומות" שם ובשער נ"א ח"ו סובר ש"דד"ג" ודבר הגורם לממון (אף בדבר שאין עיקרו ממון- כשטרות) זה היינו הך והוא סובר שפוסקים כר"ש, ולכן יצא לו שנשבעין, אך אנו, כיוון שפוסקים לא כר"ש אלא כרבנו, ממילא אין אנו פוסקים כספר ה"תרומות", שהרי הוא מביא כסיוע את דברי הראב"ד המצדד, שההלכה כר"ש, הכותב „ודינא דדבר הגורם, שייך ב"דינא דגרמי"”. [ומחלוקת ר"ש רבנו היא במסכת ב"ק (עד:)] במשנה לגבי תשלומי ד' ו-ה' ובמסכת ב"מ (נו:): לגבי אונאה ובמסכת שבועות (מב:): לגבי שבועה מדרבנן. ר"ש סובר שם שבקדשים שחייב באחריותו נשבעים עליהן, ומסביר שם רש"י שטעמו של ר"ש הוא כי לשיטתו דבר הגורם... כממון, וטעמו מובא במסכת ב"ק (עא:)-ו(צח:). והרי רוב הפוסקים (רמב"ם, רע"ב, רי"ף, רא"ש והמ"מ) פסקו כרבנו] ומה שכתב ספר ה"תרומות", שאמימר דן גרמי כי הלכה כר"ש, אינו מובן כי במסכת ב"ק (צח:): משמע שאף אמימר סובר כרבנו. וכן

כתב הרמב"ן שאף שהלכה כר"מ ב"דד"ג אין הלכה כר"ש ושבועת התורה לעולם אין נשבעין, אלא על דבר שגופו ממון, ולא על הגורם לממון, שהרי אין נשבעין על השטרות, כי אין הלכה כר"ש.

### דחיית ראייתו ע"י "קצוה"ח

מדברי הרמב"ן אין ראייה, כי הרמב"ן רק מצטט את דברי הגמרא, שאין נשבעין על השטרות ועיקר הדבר תלוי במחלוקת הרמב"ם וראב"ד [הל' טוען (ה,ב)]. "קצוה"ח חולק גם על הבנת הש"ך ברמב"ן, לענין ראיית הרמב"ן, ששורף שטר אין נשבעין עליו. הוא גם חולק על הבנת הש"ך בדברי הראב"ד, שיש הבדל בין נזקי קרקע ושטרות וסובר שלראב"ד אין הבדל.

### ש"ך

קשה להבין כיצד הרשב"א והרמב"ם כותבים שב"מסור" שייך שבועה מן התורה, אף ש"מסור" אינו חייב רק מ"דד"ג שהוא מדרבנן. תראה שאף הסוברים שב"דד"ג מחייבים שבועה מן התורה בכל זאת הם מודים שבשבועות והקדשות, משמע מן התורה, שאין נשבעין עליהם.

דחיית "קצוה"ח – "קצוה"ח חולק על מסקנת הש"ך שכיוון ש"דד"ג מדרבנן לכן אין בו שבועה מן התורה.

זה אינו נכון, כי הרי נשבעין משום "הפקר ב"ד הפקר", ולכן נשבעין כן שבועת התורה, ומה שהש"ך הסתייע על כך, מהמהרש"ל, סיוע זה אינו קביל, כי המהרש"ל מסתמך על דבר שהש"ך עצמו דחה.

(טז)

## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 10

שו"ע: חושן משפט (שפו, ב) - ש"ך (יב) - קצות החושן (ה)

בירור שיטת הרי"ף, הרמב"ם והראב"ד לגבי הכלל

„כל מקום שישנה רשב"ג הלכה כמותו“

ולגבי דין "אפותיקי" ולמי התכוון ראב"ד כאשר כתב  
"הרב"

### רמב"ם - הל' חובל ומזיק (ז,יא)

„העושה עבדו אפותיקי וחזר ושחררו חייב המשחרר לבעל חובו, שהרי הפקיע שעבודו וגרם לאבד ממנו“.

### אפותיקי

רש"י ב"ק (יא), רשב"ם ב"ב (מד), „אפוא תהא קאי“, כלומר מזה יהא לך פרעון.

רש"י גיטין (מ), „אם לא אפרע לך חובך ממקום אחר הרי זה לפניך לגבותה“.

פהמ"ש לרמב"ם בגיטין (מ), „פה תקנה“ ועוד עיין שמו"ר (כד,ג) ושם ברד"ל, ושם (ל,יד),

ובמדבר"ר (כג,ב) ובתרגום על איוב (לח,כב). ממקורות אלו משמע, שמשמעותו של "אפותיקי" הוא

אוצר. עיי' ב"ערוך" וב"מעריך" על אפותיקון ובערוך ו"בהפלאה שבערכין" על אפתק.

## השגת הראב"ד על הרמב"ם

„הרב אינו פוסק כן, דרשב"ג הוא דאית ליה הכי ורבנן פליגי עליה, וקיימא לן כרבנן ולא דמי לשורף שטרחבירו, דהתם בדחבריה קא עביד מעשה, אבל הכא דאמר 'בדנפשי קא עבידנא'." ישנה מחלוקת, האם הראב"ד מתכוון בכותבו "הרב" לרמב"ם, אך הרי"ף חולק על הרמב"ם או שהראב"ד מתכוון לרי"ף וממילא פוסק הרמב"ם כמו הרי"ף.

## "המגיד משנה" (שם):

הראב"ד אינו מתכוון לרי"ף, כדרכו בשאר המקומות, כי:

**א.** לא נמצאה הלכה זו ברי"ף.

**ב.** רק במעט מקומות פוסק הרי"ף כרשב"ג, ולכן צריך לומר, שהרי"ף הולך ע"פ הכלל-„כל מקום ששנה [במשנה או גם בבירייתא (יש על כך מחלוקת)] רשב"ג הלכה כמותו". ודין זה של רשב"ג מופיע במשנה בגיטין (מ:). לכן ודאי פוסק הרי"ף כרשב"ג, וממילא לא התכוון הראב"ד לרי"ף.

**ג.** ובפרט שחייבים בדין זה לפסוק כרשב"ג, שחייב, כי ההלכה היא שדנים "דד"ג", וכ"ש כאן שמי שמזיק שעבודו של חברו, מזיק נזק בצורה חמורה.

הש"ך – חולק על המ"מ וכותב שהראב"ד כן התכוון לרי"ף, כאשר כתב "הרב".

**א.** כי לפני הראב"ד היו כל גרסאות הרי"ף ובכל מקום לא היה כתוב "הלכה כרשב"ג" וממילא כוונת הרי"ף, שהלכה כרבנן, כמ"ש הרי"ף לעיל במשנה, לגבי „עבד שנשבה ופדאו", וכתב הרי"ף „חזינן לגאון שפסק כרבנן" ולא כרשב"ג, כי הלכה כרבים. אם כן הוא הדין כאן.

(יז)

**ב.** הרי"ף עצמו כותב במסכת בבא בתרא סוף פרק י', שאין הולכים לפי כלל זה, אלא אם כן יש טעם לכך, וכן כתבו הרשב"א והר"ן בשם הרי"ף. ונראה שמקורו הוא במסכת כתובות (עז). שם אומרת הגמרא, שרבי יוחנן לא אמר כלל זה בפירוש, אלא אמורא אמר זאת משמו וישנם אמוראים החולקים ואומרים שרבי יוחנן לא אמר את הכלל הזה.

**ג.** וגם מה שאמר ה"מגיד משנה", שהכרחי לפסוק כן, זה אינו נכון, שהרי כבר הרגיש בכך הראב"ד וחילק בין המקרים, שכאן בדנפשיה (=כשלו) קעביד ושם בדחבריה קעביד (=עשה). אמנם, אף שאם בשורף שטר, מחייבים אותו משום "דד"ג", א"כ כל שכן במזיק שעבוד חברו מחייבים אותו, אבל זה אינו כן, אם הלזה עצמו הזיק לשעבודו. ואף שהרי"ף אינו פוסק כרמב"ם, רבים מגדולי הפוסקים כן פוסקים כמוהו [הרמב"ן, הר"ן הרא"ש (במסכת ב"ק פ"ז ובמסכת גיטין פ"ד), הטור, המהרש"ל ושאר פוסקים] אך הש"ך פוסק כראב"ד.

## בירור שיטת רבינו ירוחם

רבינו ירוחם מצוטט ע"י ה"בית יוסף" וה"דרכי משה"-נושאי כליו של "הטור"-, וכתב הרמב"ם שאם היתה אפותיקי ומחל לו במלוה, בעל הקרקע תובעו (=למזיק) ואם היה אפותיקי מפורש אין בעל החוב גובה מהמזיק כמו שאינו גובה משאר נכסי הלוה". לכאורה-כותב הש"ך-יש כאן טעות בכת"י, שהרי זה להפך- דוקא באפותיקי מפורש גובה בעל חוב מהמזיק, היינו אדם זר המזיק לנכס המשועבד מחוייב

לשלם, מה שהזיק, ישירות לנותן ההלוואה, שהרי כאן הוא מחוייב לשלם ללוה שהוא בעל הקרקע, שמשכן את הקרקע למלוה, והלוה חייב למלוה, לכן חייב המזיק לשלם ישירות למלוה, ע"פ הכלל של "שעבודא דרבי נתן".

### קצוה'ח החרש

קצוה'ח מוכיח שהתוס' [מסכת ב"ק (ק.) ד"ה מחיצת הכרם] חולק על הראב"ד וסובר כרמב"ם, שחייב באפותיקי משום "דד"ג", שהרי גרם להפסד חובו של חברו. התוס' כותבים, שמי שחולק על ר"מ ופותר משום "דד"ג" הוא התנא במסכת ב"ק (לג:) שסובר ששחטו תם (את השור שהזיק) מה שעשה עשוי ואינו צריך לשלם לניזק את ההפרש בין שווי שור המיועד לחרישה לבין שור שנשחט. ומשמע שיש לפטור יותר במקרה של שורף שטר חברו, כי הוא שרף רק נייר. אך מי שכן דן "דד"ג" מחייב אף בשורף שטר לשלם את מלוא הסכום הנקוב בשטר. ואם אכן היה סובר התוס' כהראב"ד שיש לחלק בין מי שמזיק דבר שהוא שלו (כמו משכון) לבין מי שמזיק דבר של חברו (כמו במקרה של שורף שטר של חברו), א"כ ראיית התוס' משוחטת תם לא היתה ראייה, כי יתכן שאותו תנא כן דן "דד"ג" אלא פותר במקרה של שחטו תם משום שהמזיק בשחטתו מזיק לשור שלו, אלא ודאי, שהתוס' אינם סוברים שיש לחלק בין מזיק דבר של עצמו לבין מזיק דבר של זולתו, כדברי הראב"ד, ולכן מביאים הם ראייה זו.

### קצוה'ח חולק על הש"ך בהבנת דבריו של רבינו ירוחם

קצוה'ח מביא את דברי "המרדכי" במסכת ב"ק פ"ג שכתב שאם אדם זר מקלקל ע"י הפירת בורות-את שדה האפותיקי שמשכן הלוה למלוה, תמורת הלוואתו, אזי אפילו מי שפותר ב"דד"ג" יחייב, במקרה זה, את המזיק לשלם את דמי הנזק ישירות למלוה משום "שעבודא דר' נתן". מקשה קצוה'ח על ה"מרדכי", כיוון שמדובר באפותיקי מפורש [היינו, שמשכן לו שדה מיוחדת בין שדותיו ואמר לו- „לא יהא לך פרעון החוב אלא משדה זו“] ואין הלוה חייב למלוה כלום משאר נכסיו, אם כן אין המלוה יכול לתבוע את הלוה על הנזק שהזיק למשכנו אדם אחר, והלוה אינו חייב לשלם. ואף אם המזיק חייב לשלם ללוה, משום שעדיין לא מומשה הגובינא של החוב ע"י המלוה [כפי שכתב רבינו ירוחם והובאו דבריו בש"ך (יג)] מכל מקום למלוה ודאי שאין הלוה חייב להעביר את דמי הנזק ששילם לו המזיק. ונראה, שזו כוונת רבינו ירוחם-שהובא ע"י הב"י והד"מ- שאם האפותיקי מפורש אין המלוה גובה ישירות מהמזיק, כשם שאינו גובה משאר נכסי הלוה, ולא משום שאין דנים כאן "דד"ג" כפי שהבין הש"ך [ולכן התפלא על כך וכתב שצריך להיות חייב] אלא סיבת הפטור שהתכוון רבינו ירוחם היא משום שאין כאן "שעבודא דר' נתן". ונראה שלכך התכוון וגם הבין ה"שיטה מקובצת" על מסכת ב"ק שם בפ"ג.



## סוגיית דינא דגרמי – תקציר מספר 11

שו"ע: חושן משפט (שפ"ב) – ש"ך (יג)-(טו) –  
קצות החושן (ז)

### באילו תנאים נחשב שורף שטר חבירו לגזלן ובאילו מקרים

#### תקנו בשטרות "תקנת נגזל"

**שו"ע** – „וכן השורף שטר חוב של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר. שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקוים היה“.

**ש"ך (יג) חייב לשלם** – משום "דד"ג" אך רבה שלא דן "דד"ג" פוטר.

**המהרש"ל** [מסכת ב"ק פרק ט' סימן יט] – אם לקח את השטר בידיו וכך שרף אותו, אחרי שהגביהו, גם רבה מודה, שהוא נקרא גזלן וחייב להשיבו לבעליו, כי אפילו בגרמא, כשהגביהו, חייב, כל שכן כאן, וישבע הנגזל מהו הסכום שהיה נקוב בשטר, כפי שתקנו חכמים בנגזל וגזלן רגיל, וכל זאת בתנאי שהשטר שווה לפחות פרוטה. **הש"ך חולק על המהרש"ל וסובר שלשיטתו של רבה גם אם שורף השטר הגביהו לפני כן יהיה שורף השטר פטור.**

#### נימוקי:

א. כשרבה פוטר, הוא פוטר בצורה מוחלטת ולא ראינו שהוא מסייג פטור זה למקרים מסוימים.

ב. אי אפשר לומר שרבה באומר „השורף שטר פטור“ מתכוון לפטור את שורף השטר, דוקא במצב שלא הגביה את השטר, אך אם הגביהו, יסבור רבה ששורף השטר כן יהיה חייב, על אף שאינו אומר זאת במפורש, כי אם נאמר כך מדוע שם בגמרא לפני כן, בזרק מטבע לים, הוא כן מדגיש שאם לא הגביהו רק אז פטור, אלא ודאי שאם לא הדגיש זאת בשורף שטר, ודאי שהוא פוטר את השורף אפילו אם הוא הגביהו.

ג. מה שכתב המהרש"ל, שאם הגביה את השטר נקרא, בגלל הגבהה זו, השורף גזלן, נראה שנשמט ממנו המקור במסכת ב"ק (ק"ז:), אשר משם נראה, שלפי כולם אין מושג של גזילה בשטרות, כפי שלומדים זאת שם מהפסוק, גם לגבי עבדים וקרקעות. ור"א חולק שם רק בקרקעות אך בשטר הוא מודה שאין חלים עליו דיני גזילה. וגם הראב"ד שסבור שבעבד יש דין גזילה, זה רק משום שיש על כך פסוק מפורש, בניגוד לשטרות שבדומה לקרקע אין פסוק שמשמע ממנו שיש להם דיני גזילה. וכן

הבין הרמב"ם, המ"מ והסמ"ג ששטרות דינם כקרקע שאינם נגזלים. וכן כותב התוס' שגם מי שנוטל שטר בידי (היינו, שהגביהו) פטור לפי מי שלא דן "דד"ג", כגון רבה.

### קצות החושן ג):

**בסימן סו מד)** הקשה קצוה"ח על מה שכתב בשו"ת הרשב"א סי' תתקפ שנשבעין על כך שלא פשע בה ע"י כך ששלח בשטר את ידו וקשה, הרי אפילו אם שלח בה יד יהיה פטור, שהרי שטרות אינם נגזלים. אמנם לפי שיטת המהרש"ל שטרות כן נגזלים, אך כיוון שהעיקר כדברי הש"ך, כפי שהוכיח ב-(יג) ששטרות אינם נגזלים, קשה עדיין על הרשב"א מדוע צריך בכלל להשבע. ש"ך (יד) כל החוב – היינו, שמבצעים שומה, בכמה אפשר היה למכור את השטר. ואין סברא לחלק בין מוחל שטר לשורף שטר, וגם במקרה של מוחל שטר אחרי שמכרו יהיה חייב [שו"ת הרא"ש, מהרשד"ם, מהר"ם אלשיך ומהר"א ששון].

### (יט)

המהר"י בן לב כתב שאינו נאמן השורף לומר פרעתי לו את הסכום שהיה נקוב בשטר, לפי אלו שסוברים שחייב ב"דד"ג" הוא מן התורה, אך יכול בכל זאת לטעון טענה זו ולומר שהוא סובר ש"דד"ג" מדרבנן. הש"ך כותב שהוא יהיה נאמן בטענה זו גם לפי אלו שסוברים ש"דד"ג" מן התורה.

**קצות החושן ז) הרי גרם לאבד ממון** - "קצות החושן" מעלה שאלה מעניינת, אם אדם שורף חפץ, אשר בזמן השריפה אינו שווה כלום, אך לאחר זמן מסוים, לו החפץ היה קיים, היה מקבל שוב חפץ זה ערך ממוני, כגון, מי ששורף בפסח חמץ נוקשה של חבירו. בפסח עצמו הוא נאסר רק מדרבנן ולכן מותר להשהותו אך בפסח עצמו אינו שווה כלום, האם הוא חייב משום שאחר הפסח חמץ זה יקבל שוב ערך ממוני?

בגמרא במסכת פסחים (כט.) מובא מקרה דומה ויש על כך מחלוקת, נימוקו של מי שפוטר שם הוא משום שסובר שדבר הגורם לממון אינו נחשב נזק ממוני. וסברא זו סוברים הרי רבנן ואנו פוסקים כך. "קצוה"ח" מקשה ממסכת ב"ק (צ:) ממקרה דומה, בו אדם מוכר עבד בתנאי שאחרי המכירה ימשיך לשמשו ל' יום. ר"מ סובר "קנין פירות כקנין הגוף" סובר שבל' יום הוא עדיין שייך לראשון. וקשה, הרי הוא סובר גם כר"ש שדבר הגורם לממון כממון וכיוון שלאחר ל' יום שייך העבד לשני, אם כן גם בתוך ל' יום שייך העבד לשני מחמת דבר הגורם לממון. ונראה שר"ש סובר כן, רק כאשר החפץ אינו קיים ואז הוא יתחייב בהזיקו, אך כל זמן שאין נזק והחפץ קיים, אין כאן "ממון" שמחוייב בו המזיק, היינו, כלפי המזיק לא קיים כאן ממון.

והנה, מדברי ה"פני יהושע" על מסכת ב"ק (סו:) משמע, שלר"ש אדם יכול להקריב קרבן מכור וגזול, וקרבן שייך בו גזילה, וזה סותר למה שאמרנו, שאם הדבר קיים זה אינו נחשב "ממון" שיכול לעבור לרשות הגזולן להתחייב בנזק. ומה שאומרת הגמרא במסכת ב"מ (נו:) קדשים שחייב באחריותן יש להם

אונאה ומשמע שישנן במכירה, מדובר שם (כפי שפירש רש"י) אחרי שנעשו בעלי מום. ואף שממסכת סנהדרין (ק"ב:) משמע שאפילו שהם קיימים בכ"ז הם שייכים בדיני מכירה, נראה שאף אם נסביר שר"ש סובר "דבר הגורם..." גם כאשר החפץ קיים מכל מקום במכירה ודאי שאינו שייך החפץ, כמו שלא יעלה על הדעת שהנפקד יוכל למכור את הפקדון.

והנה, בעל ספר ה"מאור" כתב במסכת פסחים (כ"ט.) שמדובר באוכל חמץ של הקדש, שהקדישו הבעלים ובאחריות, וא"כ אין הכוונה למה שחשב "קצוה"ח" וממילא אין מקום לקושייתו.

**ש"ך (טו) ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקוים היה. אבל אם לא האמינו אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד – אנו רואים שהשו"ע עוסק רק במצבים מוחלטים, היינו, אם מודה לו המזיק אזי המזיק משלם לו לניזק ואם אינו מודה לו אינו משלם לו את הסכום שהיה נקוב בשטר. הש"ך מעלה לדיון את המצב הגבולי בו טוען המזיק-איני יודע.**

כאשר גולן טוען לנגזל- איני יודע כמה ו/או מה גזלתי ממך, תקנו חז"ל את "תקנת נגזל", היינו, הנגזל יאמר מה וכמה נגזל ממנו, ישבע על כך ויטול כפי מה שהצהיר מה שנגזל ממנו. כאשר "מסור" טוען, איני יודע כמה מסרתי לגוי עליך, נשארה הגמרא בספק אם עשו "תקנת נגזל" ב"מסור" או לא עשו. כאשר שורף שטר חבירו טוען איני יודע כמה היה כתוב בשטר, אין דיון על כך בגמרא, אך יש על כך דיון בפוסקים, האם שורף שטר הוא באותה דרגה של "מוסר" וממילא גם בשורף שטר יש ספק אם עשו בו "תקנת נגזל" או שהוא מקרה קל יותר מ"מוסר" וממילא ודאי לא עשו בו "תקנת נגזל".

**המהרש"ל** – מקרה זה קל יותר משורף שטר, כיוון שהוא רק שרף נייר, ולכן לפי כולם לא עשו בו "תקנת נגזל", ומשמע ממנו שמקורותיו הם הרא"ש והנ"י.

**הש"ך** – חולק עליו וסובר שמהנ"י ודאי משמע שהם באותה דרגה ולכן גם בשורף יש ספק. מהרא"ש לכאורה משמע כדברי המהרש"ל, אך נראה שהרא"ש אומר זאת רק ע"פ מה שהגמרא חשבה בתחילה

## (כ)

שלא דנים "דד"ג", וכן כתב רב האי גאון בספרו על הלכות שבועות שער כ' ובשו"ת, אלא שבספרו כתב שמסור ואשו כיוון שעלו בתיקו הדין הוא שיחלוקו ובשו"ת חזר בו- כפי שכתב בספר "הגהות מיימוניות"- וכתב שהמוציא מחבירו עליו הראיה. הניסוח של "אשו" בדברי רב האי גאון עורר התלבטות, כיוון ש"אשו" פירושו מזיק השורף שדה חבירו, אשר מן התורה הוא חייב, ובו בודאי עשו "תקנת נגזל", ולכן בספר "גדולת מרדכי" מחק את "אשו" וממילא אין ראיה – לפי ספר זה – על דעתו של רב האי גאון. הש"ך סובר שאין כאן שום בעיה ובודאי התכוון רב האי גאון במלה "אשו" לשורף שטר ואז ממילא כוונתו שגם בשורף שטר יש ספק אם עשו "תקנת נגזל", וכידוע, אין לחלוק על גאון מתקופת הגאונים ללא ראיה ברורה.

חז"מ (עב"ז) "קצות החושן" (יד) היקשה על ה"תומים" שכתב ש"קרע כסותי" אם לא אמר ע"מ לפטור חייב, והרי רק אם בא לידו מתחילה בתור שמירה הוא יהיה חייב, אך אם לא בא לידו מתחילה בתורת שמירה ואמר "קרע כסותי" יהיה פטור כדמוכח בשו"ע (שפ"א) ?

זה אינו קשה שהרי ה"תומים" גם מתכוון במצב שבא לידו מתחילה בתורת שמירה, כמו שכתב בשורה לפני כן. כמו כן מה שהיקשה על ה"תומים" בסוף הקטע "ולמה כתב מוהר"מ דפטור מפשיעה", אינו קשה, דהיינו, למה לא כתב חידוש גדול יותר שפטור גם אם הזיק בידים, כי שם במס' מנחות (קט) לא מדובר שהזיק ממש בידים, אלא שנחשב כאילו הזיק בידים, כי הוא הקריב את העולה בבית חוניו, לכן הוא עשה רק פשיעה, אך זה מה שכתב ה"תומים", שיוצא מדברי מוהר"מ, שבכלל "איני חייב באחריותה", שאם לא היה מקריבו בבית חוניו והיה אומר בפיו לשון זה, היה פטור גם אם היה מזיקו ממש בידיו.

"קצות החושן" כתב "דמזיק הקדש פטור" ותמה על כך ה"אמרי בינה" (הל' פסח סי' ה'), דבב"מ (צט:): מוכח להדיא דחייב לשלם את הקרן להקדש ולא לבעלים עי"ש.

אמנם מרן הגר"ח מבריסק ["כתבים", מס' ב"ק (סג) והובא גם ב"ברכת שמואל", ב"ק, סי' ל"ד] חילק בין קדושת בדיק הבית, דזה הוי ממון הקדש, אבל קדושת הגוף דהוי ממון דהבעלים, לכן ניתן לתרץ את "הקצות" בדוחק, דבב"מ איירי בבדיק הבית וכאן באומר "הרי עלי לעולה", דהוי קדושת הגוף, החיוב לשלם הוא רק לבעלים, אך מכל-מקום קשה, דמשמע מ"הקצות", דבכל מזיק הקדש, בין של בדיק הבית ובין קדושת הגוף, חיובו הוא רק לבעלים ולא להקדש.

(כא)

## ציוני המקורות כפי שהובאו ע"י נושאי כליו של השו"ע (שפו, א-ב)

### סמ"ע, ש"ך, קצוה"ח ונתיבות המשפט

ההפניה לסמ"ע ארת א' סומנה – סמ"ע, ההפניה לש"ך סומנה – ( )  
ההפניה לקצוה"ח סומנה – ( )

#### תוספתא מס' ב"ק

(א,ד) (א,ד) (ז-)

#### תלמוד בבלי

מס' פסחים (ה:)-(כט.:-) (ז-)  
מס' כתובות (עז.)-(יא), (יב)  
מס' קידושין (כד:)-(סמ"ע  
מס' גיטין (מ:)-(יב)  
מס' ב"ק (ה.)-(א)  
(יא) -סמ"ע, י'  
(יב:)-(ח)  
(גג.) -סמ"ע  
(כו:)-(סמ"ע  
(לג.:-) (א, ה)  
(מז:)-(סמ"ע  
(נד.)-(א)  
(נה:)-(סמ"ע  
(נו.) -סמ"ע  
(נט:)-(סמ"ע, ג)  
(סב.)-(א, א)  
(עא:)-(א, י'), (א, ד)  
(עד:)-(י'  
(צא.)-(ד)  
(צח.)-סמ"ע, (ד), (יא), (יג), (ט)  
(צח:)-(א, א, ד)  
(צט:)-תקציר מס' 7  
(ק.)-סמ"ע, (א, א)  
(קא.)-(ט)  
(קטז:)-(א, א)  
(קיו.)-סמ"ע, (א), (יג), (א)  
(קיו:)-(יג)  
מס' ב"מ (נו:)-(י, ז)  
מס' ב"ב (ב.ג.)-(א)  
(כב:)-(ד)  
(קכג.)-(ח)  
מס' סנהדרין (קוב:)-(ז, י'  
מס' שבועות (לב:)-(ג)  
(מב:)-(ז, י')

## תלמוד ירושלמי

מס' כלאיים (ז,ג)(לג:)-סמ"ע

## ספרי הלכה ונושאי כלים

### רב האי גאון

שו"ת וספר "שערי השבועות" שער כ'-(א),(טו)  
"רי"ף"  
מס' ב"ק (כה:)-(ג)

(לה:)-תקציר מס' 7

מס' ב"ב סוף פ"י-(יב)

### "שלטי גיבורים"

מס' ב"ק (כג:)-(א),(ה)

(כו:)-(לה:)-(א)

### ספר "המאור"

מס' פסחים (כט:)-(ז:)-(מדפי הרי"ף-ז)  
(ה:)-(כט:)-(ז)

### "נימוקי יוסף"

מס' ב"ק (ד:)-(מדפי הרי"ף)-(א),(י)

(לו:)-(כא:)-(מדפי הרי"ף-ה)

(נד:)-(ה)

(צח:)-(טו)

### "ר"ף"

מס' כתובות (ו:)-(מדפי הרי"ף-ה)

מס' גיטין (מא:)-(יא)

מס' ב"ק (לג:)-(יא)

(צח:)-(טו)

## רמב"ם-ספר "יד החזקה"

ספר נזיקין/הל' גניבה (ב,א)-(י)

הל' גזילה (ח,ד)-(יג,ד)

(ט,א)-(יג)

הל' חובל (ז,א)-(יב)

וראב"ד ומגיד משנה

(ז,ז)-סמ"ע

וראב"ד

(ז,א)-(ה)

וראב"ד ומ"מ

(א,א)-(א)

ספר קניין/הל' מכירה (ו,יב)-(א)

(יג,ח)-(י)

ספר משפטים/הל' שכירות (ב,א)-(א)

(י,ה)-תקציר מס' 7

הל' לזה ומלוה (יח,ו)-(יב,ד)

הל' טוען ונטען (ה,א)-(ב,ד)

וראב"ד ומ"מ

### "הגהות מימוני"

ספר נזיקין סי' ד' וסי' כ' והל' חובל (ח,א)-(א),(יד)

## ה"רא"ש"

מס' גיטין (מא.) – (יא)  
פ"ד – (יב)  
מס' ב"ק פ"ג – (יא)  
פ"ז – (יב)  
פ"ט סי' יג – (ט)  
סי' טז – תקציר מס' 7  
(צח.) – (יד)  
קיו.) – (יג)  
מס' ב"ב (ב.ג.) – (א)  
קצא.) (דפו' גדול) – סמ"ע  
שו"ת הרא"ש כלל סט סי"א – (יד)  
הגהות אשר"י  
מס' ב"ק (צח.) – (ז)

## "מעדני מלך" (מחבר "פלפולא חריפתא" על הרא"ש)

מס' ב"ק פ"י אות ס'  
מס' ב"ק (צא.) סי' קיט – סמ"ע  
קיו.) – (א)

### "ה"מרדכי"

פ"ג סי' לא – (ה)

פ"ג סי' קיד – (י)

הגהת ה"מרדכי"

מס' ב"ק פ"ט אות ריג – (י)

גליון ה"מרדכי"

מס' ב"ק (צח.) – (טו)

"רבינו ירחם"

נתיב לא ח"ב – (ג), (יא), (יב), (ה)

פסקי ה"תוספות"

מס' כתובות (לד.) תד"ה סבר – (א)

מס' שבועות (לז:) תד"ה מיעט – (יג)

### "ה"טורים"

או"ח (תמב, א) – (ז)

חו"מ (סו, לב) – (א)

(שו, 1) – תקציר מס' 7

קיו, 1) – (יא)

שפו, ג) – סמ"ע

תיח, ז) – (ג, ג)

### שו"ע

חו"מ (סו, טו) – (ה)

סו, לב) – (א), (ד)

סו, לט) – (ח)

צד, א) – (י)

(שו, 1) – תקציר מס' 7

שסג, א) – (יג)

שפה, א) – (א)

שפ"ח, ב) רמ"א – (א)

שפח, ז) – (י)

שפח, לא) – (א)

שפח, לד) – (א)

תג, ג) וסמ"ע אות ח' – (י)

תיח, ב) – (א), (ג)

תיח, ז) – (ג, ג)

תיח, ט) – (ד)

עיר שושן חו"מ (שפו, א) – סמ"ע, (ב, א)

ש"ך חו"מ (שו,ו)(יא), (יב)-תקציר 7

(שפה,א)-(א)

(שפו,א)-(ד)

(שפו,ב)(יב) ו(יג-ה,ו)

(שפו,ט)-(ד)

(שפה,ח) (בא)-ד

### "קצות החושן"

חו"מ סי' כה ב-(ה)

סי' סו מד-(ו)

סי' פו י-(ה)

סי' פז לב-(ד)

סי' קעו ז-(ז)

סי' שעא א-(ו)

סי' שפח ז-(ד)

### "סמ"ג"

(קלב:)-(יג)

(קמח:)-(א)

## ראשונים

### תוספות

מס' כתובות (לד.) ד"ה סבר-(א)

מס' גיטין (מא.) ד"ה במזיק-(יא)

מס' ב"ק (ה.) ד"ה למעוטי-(א,א)

(כו:) ד"ה ושמואל-תקציר מס' 7

(מו.) ד"ה דאפילו-ד

(נד.) ד"ה חמור-(א,א)

(סב.) ד"ה עשו-(א)

(סו:) ד"ה דגזל-(ז)

(עא:) ד"ה וסבר-(א,יא,א)

(צח.) ד"ה עכורין-ט

ד"ה מתיב-י

(צט:) ד"ה ותניא-תקציר מס' 7

(ק.) ד"ה מחיצת-ה

(קטז:) ד"ה לא-(א)

מס' ב"ב (כב:) ד"ה זאת-(א)

מס' שבועות (לז:) ד"ה מיעט-(י,יג)

מס' בכורות (מט.) ד"ה ה"מ-ה

### ר"א אבן עזרא

ספר בראשית [לה,כו,מו,כג]-תקציר מס' 8

### "רשב"א"

מס' ב"ק (לג.)-(יא)

(צח.)-(א)

### "רמב"ן"

מס' ב"ק (נד.)-(ה)

(צ.)-(א)

מס' ב"ב (כב.)-(ג)

קונטרס "דינא דגרמי" (קיא:)-(י,יא)

(קיב.)-(א)

(קיב:)-(ג)

(קיד:)-(ה)



ה"רא"ה"

על הרי"ף/מס' ברכות (מד.)-תקציר מס' 6  
ספר ה"חנוך" (מצוה לא)-תקציר מס' 8

"ריטב"א"

מס' כתובות (לד.)-(יא)

ספר "התרומות"

שער כט ח"ב ס"ח-(ד),(ח),(ד)

שער נא ח"ו ס"ח-(א),(ג),(ג)

"ראב"ך"

מס' ב"ק (פט:)-(ז)

(צח.)-(א)

ספר ה"אגודה"

מס' ב"ק (לג:)-(ה)

רבינו עובדיה מברטנורא

מס' ב"ק (ז,ה)-(ז)

מס' ב"מ (ד,טו)-(ז)

מס' שבועות (ו,ח)-(ז)

"שיטה מקובצת"

מס' ב"ק (לג:)-(ה)

שו"ת

שו"ת תרומת הדשן סי' שז, שטז-(א)

שו"ת משאת בנימין סי' כח-(א)

שו"ת מהרי"ל - (א)

שו"ת מהר"י וויל סי' כח-(א)

שו"ת מהרשד"ם סי' תח - (ד)

שו"ת מהר"ם מרוטנבורג סי' תס-(א)

סי' תקצט - (א)

סי' תתמד - ג

שו"ת מהר"ם אלשיך סי' נג - (ד)

שו"ת רמ"ע מפאנו סי' נב, פט - (ד)

שו"ת מהר"א ששון סוף סי' קמ - (ד)

שו"ת צמח צדק סי' ה' - (ז)

שו"ת מהר"י בן לב סוף סי' קכג - (א)

שו"ת אבני נזר/חור"מ/סי' יט-תקציר מס' 7

אחרונים

"ים של שלמה"/מהרש"ל

מס' ב"ק פ"ב סי' לו - (ד)

פ"ג סי' כח - (יא)

פ"ו סי' ל - (ד)

פ"ט סי' טד"ז - (ז)

פ"ט סי' יט - (ד),(ז),(יא),(יג),(טו),ו)

פ"ט סי' כה"ו - (א)

פ"י סי' מז, נב - (ז)

"פני יהושע"

מס' ב"ק (יב:)-(ח)

(סו:)-(ז)

"הדושי ר"ש שקופ"

מס' ב"ק סי' יג-תקציר מס' 8

"חזון איש"

חור"מ ב"ק סי' ג'-תקציר מס' 8

"חזון יהזקאל"

תוספתא/ב"ק (י,ד)-תקציר מס' 7  
"קהילות יעקב"  
מס' ב"ק סי' ו', ג-תקציר מס' 8  
"טבעת החושן"  
תקציר מס' 1