



הכרעה במחלוקת בדיני ממונות

מבוא

במקרים רבים מגיע בית הדין למסקנה שההכרעה בתיק שבא לפניו תלויה במחלוקת בין הפוסקים, ונשאלת השאלה כיצד יש לנהוג במקרה כזה. הרמ"א כתב כך (שו"ע, חו"מ סי' כה סעי' ב):

ולא יאמר האדם: אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן הרין 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 ממון מיד המוחזק.¹

לפי פסק הרמ"א דיינים שיודעים להכריע על פי ראיות בין שיטות הפוסקים שקדמו להם רשאים לעשות כן, אבל אם אינם מסוגלים להכריע, לא יוציאו ממון מספק. מטרתנו היא לבדוק אם יש שיקולים היכולים להכריע את הדין.

א. הכרעה על פי רוב

כאשר בית דין יושב ודן בדין מסוים, והדיינים נחלקים ביניהם, ההכרעה נקבעת על פי רוב הדיינים שדנו בדין זה, והוא מה שאמרה תורה 'אחרי רבים להטות'.² וכך לשון הרמב"ם (ספר המצוות, עשה קעה):

והמצוה הקע"ה היא שצוה לנטות אחרי רבים כשתפול מחלוקת בין החכמים בדין מדיני התורה כלם. וכן נמשך ונטה בדין פרטי גם כן בדין ראובן ושמעון, דרך משל כשתפול המחלוקת בין דייני עירם אם שמעון הוא חייב או ראובן, נמשך אחר הרוב. והוא אמרו יתעלה (משפטים כג) 'אחרי רבים להטות'.

לפי הרדב"ז³ הולכים אחר רוב גדול גם במחלוקת הפוסקים שלא ישבו יחד, ומוציאים ממון על פיהם. אבל לדעת רוב הפוסקים הכלל 'אחרי רבים להטות' נאמר דווקא בבית דין כאשר כל הדיינים יושבים כולם כאחד ונושאים ונותנים בדבר (כפי שהיה בסנהדרין וכפי שמתקיים בכל בית דין גם בימינו), ולא לגבי הפוסקים שכתבו כל אחד דעתו

1. הדברים לקוחים מפסקי הרא"ש סנהדרין כלל ד סי' ו. הרא"ש מסתמך על סוגיית 'שטרא זייפא' (בבא בתרא לב ב), שם נחלקו רבה ורב יוסף, וכך הסוגיה מסתכמת: 'הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זוזי לוקמו'.
2. שמות כג, ב.
3. שו"ת רדב"ז ד, סי' קטז (אלף קפז).

בספרו ולא ישבו כאחד ונשאו ונתנו בדבר. זאת כיוון שיייתכן שאם המרובים היו שומעים נימוקי המיעוט, היו חוזרים בהם. וכך כתב כבר הרשב"א (תולדות האדם, סי' קד):⁴ שאין הולכים אחר הרוב אלא כשרבו המזכים על המחייבים או המחייבים על המזכים מתוך משא ומתן של כולם, אבל כשהמיעוט איננו - לא, שאילו היה שם אותו האחד שמא היה מראה טעם הפך מה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך... ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך משא ומתן... תוספות (ב"ק כז ע"ב ד"ה קמ"ל) הסבירו את ההליכה אחר הרוב בבית הדין באופן קצת אחר:

גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונה בחזקת מריה דהא בית דין מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.

כלומר בבית הדין המיעוט בטל ביחס לרוב. לעומת זאת, כאשר המחלוקת היא בין תלמידי חכמים שאינם יושבים ביחד בבית הדין, אין ביטול כזה. מהר"א ששון⁵ הסביר את התוספות על פי סברת הרשב"א: התורה אמרה 'אחרי רבים להטות' כאשר בית דין דן במקרה מסוים וכל הדיינים דנים יחד זה כנגד זה, ואז המיעוט בטל, אבל בכל מקום אחר אין הולכים בממון אחר הרוב. זה הבסיס לשיטת הפוסקים ליכולתו של הנתבע לטעון 'קים לי' כדעת המיעוט, כיוון שאין להוציא ממון מן המוחזק כאשר על פי מיעוט הפוסקים הוא מחזיק כדן.⁶

יש פוסקים שכתבו שהסכמה מפורשת או מכללא של הצדדים מועילה לכך שבית הדין יוכל להכריע במחלוקת. בשו"ת דרכי נועם (חו"מ סי' טו) כתב כי במקרה שבו הצדדים הסמיכו במפורש את בית הדין להכריע במחלוקת, לא ניתן לטעון 'קים לי':

וכתב הרדבא"ז ז"ל עוד אני אומר שאם הדיין מומחה לרבים והוא דעתו לפסוק כאחת מבעלי המחלוקת לא מצי בעל דין למימר קים לי כדברי החולק אלא מוציאין ממנו בעל כורחו דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שעניו רואות לזמנו ושעתו עכ"ל. והשתא אין לנו מומחה שיוכל להפקיר ממון או להפקיעו ומכל מקום נפקא מינה לכשקבלוהו עליהם לדין ביניהם כפי מה שיורוהו מן השמים שאין בעל דין יכול לומר קים לי בהפך כמו הכת האחרת.

דהיינו הרדב"ז כתב שדיין מומחה יכול להכריע במחלוקת גם בימינו. בספר דרכי נועם הבין שמומחה יכול להכריע לכל הפחות מדין 'הפקר בית דין', ומכאן הוא הסיק שהצדדים יכולים להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקת. בבתי הדין לממונות נהוג שבמסגרת החתימה על הסכם הבוררות, הצדדים מאפשרים לבית הדין לדון 'הן לדין הן

4. הובא גם בב"י חו"מ סוף סי' יג.

5. שו"ת תורת אמת, סי' רז.

6. מקורו בדברי המהר"ם מובא במרדכי, כתובות סי' רצ: 'ומצאתי שמהר"ם היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חלוקים בדבר אי תפס אידך לא מצי מפיק מיניה דאמר ליה האי אייתי ראייה שהלכה כזה הרב שפסק כן וכן כתב בעל הספר'. וכך היא מסקנת הש"ך בקונטרס תקפו כהן, סי' קכג.



לפשרה'. אחת ההשלכות של הסכמה זו היא שהצדדים אינם יכולים לטעון 'קים לי'. כך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג (משפטי ארץ א, עמ' 79):⁷

ונחלקו הפוסקים (עיין בקיצור תקפו כהן שהאריך בזה, וכן בקונטרס הספיקות), אם מוציאים ממון על פי רוב פוסקים או יכול לומר קים לי כדעת המיעוט. ונראה (עוד) שבקבלו עליהם לדון הן לדין והן לפשרה יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב בטענת קים לי. וגם אם קבלו פשרה קרובה לדין, גם כן מסתבר שיש לפסוק כרוב הפוסקים ולא לדון בקים לי, [משום] שזה שאין לטעון קים לי, נראה שהוא [בגדר] קרובה לדין, הן מצד שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי...

לסיכום עניין זה, לדעת רוב הפוסקים, במקרה של מחלוקת הלכתית אין חובה לפסוק על פי רוב דעות, אולם הדעת נותנת שבמקום שבו הוסמך בית הדין להכריע במחלוקת, יש עדיפות להכרעה כדעת הרוב, ובוודאי כך כאשר מדובר על רוב גדול, וקל וחומר כאשר מדובר על כל הפוסקים כנגד דעת יחיד.⁸ חשוב לציין כי גם כאן נדרש שיקול דעת מצד בית הדין כדי להעריך את חשיבותן של עמדות הפוסקים ואת מידת הזיקה שלהן לנושא הנדון. ממילא ברור שלא מדובר על ספירה טכנית של פוסקים.

ב. הכרעה על פי מנהג בתי הדין

יש סוברים שכאשר ישנה מחלוקת בין הפוסקים, ולדעת הרוב יש להוציא ממון מהנתבע ולדעת המיעוט אין להוציא, ומנהג בתי הדין לפסוק כדעת הרוב, יש להכריע כדעת הרוב. סברת פוסקים אלו היא שמנהג הפסיקה בבתי הדין הוא בעצם המושג 'סוגיא דעלמא' המוזכר בסוגיית טעות הדיינים.⁹ דין שפסק בניגוד למנהג בתי הדין נחשב 'טועה בשיקול הדעת', וכך הדבר מוגדר ב'שלחן ערוך' (חו"מ סי' כה סעי' ב):

טעה בשיקול הדעת, כגון דבר שהיא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה ההלכה כאחד מהם בפירוש, ועשה כאחד מהם ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחד.

הסבר זה מופיע בשו"ת 'דרכי נועם' (חו"מ סי' טו):

וכן אי סוגיין דעלמא כמו הכת האחת לא מצי בעל דין למימר קים לי כמו האחרת דהא חשבינן ליה טועה בשקול הדעת.

רוצה לומר, לא ניתן לטעון 'קים לי' כנגד מנהג בתי הדין, ובית הדין יכול להכריע על פי מנהג בתי הדין ולהוציא ממון. כך כתבו גם פוסקים נוספים.¹⁰

7. הדברים הובאו גם בספרו של הרב יעוזר אריאל, כללי הדין והפשרה, עמ' ר' ואילך.

8. ש"ך, חו"מ סי' ס"ק יב.

9. סנהדרין לג ע"א.

10. ראו גם: חשק שלמה, כללי קים לי אות צד; ובספרי אחרוני זמננו: עמודי משפט, הרב אבישי טהרני, סי' ג עמ' מא; תפארת יצחק, הרב יעקב חיים סופר, עמ' קלא; מאמר יעקב, סי' כ עמ' נט; שו"ת משיב משפט, עמ' שנא.

1. דיני מצרן

המוכר קרקעו לאחר, יש רשות לשכנו שהוא בצד המצר שלו לתת הדמים לקונה ולסלק אותו, וזה 'דינא דבר מצרא'. 'תרומת הדשן' מוכיח שבדין על תחולתו של דין זה הקונה נחשב מוחזק, משום שמן התורה הקרקע שייכת לו, וחכמים הם שתיקנו שעליו לעשות 'הישר והטוב' ולהניח את הקרקע למצרן. משום כך הרמב"ם¹¹ כתב שבמקרה של ספק, הקרקע נשארת בידי הקונה. למרות זאת, במקום שבו יש מחלוקת ויש מנהג שהמצרן זוכה בקרקע, הולכים אחר המנהג, מוציאים את הקרקע מידי הקונה ונותנים אותה למצרן; וזו לשון 'תרומת הדשן' (סי' שמ):

ואי לא דכתב דלא נהגו לזכות הלוקח היה נראה לומר בפלוגתא דרבוותא זוכה הלוקח דאיהו מיקרי מוחזק... אלא משום דכתב דלא נהגו כן איכא למימר דלא חיישינן להא דפליג אור זרוע, כי היכי דלא חיישינן לדברי רבנו תם דפסק דאין דינא דבר מצרא בבתיים, כיון דראבי"ה ומהר"ם ואשירי כתבו דלא נהגו כן. 'תרומת הדשן' מביא שני מנהגים המכריעים מחלוקות בדיני מצרנות לטובת המצרן. המחלוקת הראשונה נסובה סביב מקרה שבו המצרן הוא בעל דירה ולקונה אין דירה, והמנהג הוא שיש למצרן זכות, והוא מוציא מיד הלוקח. מחלוקת שנייה דנה אם יש זכות למצרן גם בבתיים או שמא רק בקרקע, והמנהג הוא שיש זכות גם בבתיים. דברי 'תרומת הדשן' נזכרו אצל כמה פוסקים.¹²

2. הטלת שבועה על מי שמנהל את כספי חברו בשכר

במשנה¹³ נאמר שאם אדם חושד בשותפו שלקח לעצמו חלק מכספי השותפות, הוא רשאי להשביעו שלא נטל לעצמו דבר, אע"פ שאין לחושד טענת ברי אלא חשדות בלבד. הגמרא¹⁴ הסבירה שהטעם הוא ש'מורו בה היתרא', כלומר השותף טורח בממון המשותף, ולכן הוא עלול להורות היתר לעצמו לקחת יותר מהמגיע לו כשכר בעבור טורחו, ומטילים עליו שבועה כדי להרתיע אותו. רבנו תם¹⁵ הסיק מכך שאם אדם עוסק בממון חברו ומקבל שכר בעבור טרחתו, אין חשש שיורה היתר לעצמו, ולכן אין להטיל עליו שבועה. לעומתו הרמב"ם לא חילק. המחלוקת הובאה ב'שלחן ערוך':¹⁶ בעקבות זאת, ה'נודע ביהודה' (קמא חו"מ סי' ל) כתב שיש לחייב שבועה גם את מי שמקבל שכר בעבור טורחו, כיוון שזה מנהג בתי הדין:

וכל שטרי עסקא יוכיחו שהרי אין להם היתר אלא בנותן שכר עמלו ובכל יום בכל בתי דינים שבישראל אם טוען 'לא הרווחתי' חייב לישבע, ואם לא כן לא שבקת

11. רמב"ם, הל' שכנים פי"ב הי"ב.

12. בית יוסף, חו"מ סי' קעה אות מה; שו"ת פרח מטה אהרן א, סי' ס (דף קטז ע"ב); פד"ר א, 201, עמ' 209, בפני הדיינים הרב א' גולדשמידט, הרב א"א קרליץ והרב י' בבליקי.

13. שבועות מה ע"א.

14. שם, מח ע"ב.

15. תוספות, שבועות מח ע"ב, ד"ה מורו.

16. שו"ע, חו"מ סי' צג סעי' ד.



חיי ויבוטל היתר זה של עסקא, וכל אחד יתיירא ליתן בעסקא שיטעון 'לא הרווחתי', וכל עיקר סמיכות המלוה על השבועה וכזה אנו דנין בכל עת בכל בתי דינין שראיתי ושמעתי.

דהיינו שטרי עסקא מבוססים על כך שהמתעסק חייב שבועה אם יטען שלא הרוויח, וניתנת לו האפשרות לפדות את השבועה בתשלום קבוע מראש. זאת אף שלפי רבנו תם לא אמור להיות חיוב שבועה על המתעסק, כיוון שהוא מקבל שכר בעבור טרחתו ואין חשש במקרה כזה שיורה היתר לעצמו. אומנם 'פתחי תשובה'¹⁷ כתב שיש לדחות את ראייתו של ה'נודע ביהודה', משום שבשטרי עסקא יש טעם ייחודי לחייב שבועה,¹⁸ ואין להסיק ממנו לכל מי שטורח בתמורה לשכר. ואולם ב'פתחי תשובה' לא חלק על כך שמנהג בתי הדין מכריע מחלוקת, אלא על כך שאין להסיק ממנהג בנוגע לעסקא למחלוקת הראשונים.

3. התחייבות שאינה קצובה

לדעת הרמב"ם (הל' מכירה פי"א הט"ז) אדם אינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב. חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך חמש שנים, אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד. שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הורו רבותי.

הראב"ד ושאר ראשונים חלקו על הרמב"ם. ה'שלחן ערוך'¹⁹ הביא את דעת הרמב"ם, אך כתב 'וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן'. נחלקו האחרונים אם המוחזק יכול לומר 'קים לי' כרמב"ם. ה'ש"ך'²⁰ הביא את דעת מהר"י בן לב ואחרונים נוספים שאי אפשר להוציא מהמוחזק נגד דעת הרמב"ם, אך הוא חלק עליהם ואמר שאין אומרים 'קים לי' כדעת היחיד, וכאן הרמב"ם חולק על כל גדולי הראשונים. בית הדין הגדול²¹ בנשיאות הרי"א"ה הרצוג והרבצמ"ח עוזיאל כתב שמנהג בתי הדין הוא שיש תוקף להתחייבות שאינה קצובה בניגוד לרמב"ם. וכן כתבו דיני בית הדין הרבני הגדול הרב יעקב הדס, הרב יוסף שלום אלישיב והרב בצלאל זולטי (פד"ר ד, 289, עמ' 302):
מעשים בכל יום וכן המנהג בבתי הדין בארץ דעבדינן עובדא כמרן בהתחייבות בדבר שאינו קצוב, וכן העידו גם הגרי"א"ה ז"ל והרבצ"ע ז"ל שמנהג בתי הדין לחייב גם בדבר שאינו קצוב ודלא כהרמב"ם.

17. פתחי תשובה, חו"מ סי' צג ס"ק ז.

18. או מהטעם שכתב נתיבות המשפט, ביאורים סי' צג ס"ק ג, שב'שטרי עסקא' הייתה תקנה מיוחדת של מהר"ם לחייב שבועה, או מהטעם שכתב בשו"ת בגדי ישע, סי' מז, שרבנו תם פוטר משבועה דווקא במקום שאדם מקבל שכר מלא לפי שווי הטרחה והעמל, אבל המתעסק נותנים לו פרוטה בתחילת העסקא או מטבל עימו בציר, ועדיין יש חשש שיורה היתר לעצמו.

19. שו"ע, חו"מ סי' ס סעי' ב.

20. ש"ך, חו"מ סי' ס ס"ק יב.

21. אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית, חלק א עמ' קנא.

קדם להם בשנים רבות שו"ת בית אפרים שכתב: 'כל בתי דינין שבישראל פוסקים לחייב המחוייב בדבר שאינו קצוב'.²²

4. דעת הפוסקים שמנהג בתי הדין אינו מכריע מחלוקת

אומנם הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר ג, חו"מ סי' ד אות י) חלק על כך, וכתב שלא ניתן להכריע על פי המנהג, ונראה שכוונתו למנהג בתי הדין.²³ והוא מביא כמה אחרונים שהלכו בדרך זו, כגון המהרש"ך שכתב:

ובדרך הזאת דרכו לפסוק כל גדולי המורים אשר שמענו שמעם, דבכל מידי דאיכא פלוגתא דרבוותא, שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא, אפילו נגד הרוב, משום דקיימא לן כשמואל (ב"ק כז ע"ב) שאין הולכין בממון אחר הרוב, ואין לנו להכריח בסברת הפוסקים הקדומים, ולעמוד עליהם לראות על מי ראוי לסמוך יותר, ואעפ"י שיאמרו החולקים, שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם.²⁴

בשיטתו הלכו רבים מתלמידי, ופסקו שיש אפשרות לומר 'קים לי' גם נגד המנהג.²⁵ ואולם, כיוון שכנגד דברי הרב עובדיה יוסף רבים מפוסקי ההלכה כתבו שבמקרה של מחלוקת יש ללכת אחר מנהג בתי הדין לפסוק כאחת הדעות, ניתן לפסוק כמותם, בוודאי אם הדבר ייכתב בסדרי הדין של בית הדין.

ג. הכרעה על פי מנהג ישראל

פוסקים רבים כתבו שאחד השיקולים שעל פיהם ניתן להכריע במחלוקת הוא מנהג ישראל. רוצה לומר, במקום שבו הציבור נוהג כאחת הדעות בהלכה, יש בכך הכרעה לטובת אותה דעה. שימוש בנימוק זה מופיע כבר בדברי הראשונים, כגון בנוגע למחלוקת שהוזכרה לעיל לגבי התחייבות שאינה קצובה. הרשב"א²⁶ חלק על הרמב"ם וסבר שיש תוקף להתחייבות כזו, ולאחר הבאת ראיותיו כתב: 'שלא נתכוונו בזה דברי הרב ז"ל ופוק חזי מאי עמא דבר'. כלומר הרשב"א מביא סיוע לשיטתו ממנהג ישראל להתחייב התחייבות שאינה קצובה. חשוב להדגיש שברור שיש תוקף למנהג כאשר הוא משפיע על גמירות דעתם של בני אדם, אולם במקרה זה, לכאורה²⁷ מחלוקת הראשונים אינה עוסקת בשאלה אם ישנה גמירות דעת אלא אם יש תוקף להתחייבות, ובכל זאת

22. שו"ת בית אפרים, חו"מ סי' עה.
 23. אולם ראו בספר בית ראובן (הרב ראובן ללוש) סי' כו, בהערה, שכתב שוודאי אין כוונת הגר"ע יוסף למנהג הציבור או פסק שהתקבל על הציבור, אלא כוונתו למנהג של בי"ד מסוים לפסוק כדעה מסוימת, ולכן אין הדבר מחייב את כל הציבור. ולא נתבררו לי דבריו.
 24. שו"ת מהרש"ך א, סי' ה; הביאוהו שו"ת בית דוד, חו"מ סי' ה אות טו; אהל יצחק (חסיד) חו"מ סי' א.
 25. ראו שערי עזרה (הרב עזרא טאראב) סי' כד עמ' שמז.
 26. שו"ת הרשב"א ד, סי' קמה.
 27. אומנם ייתכן שגם כאן המחלוקת היא בהבנת גמירות הדעת של הצדדים לעסקה.



הרשב"א סבור שהמנהג מהווה בסיס להכרעתו. בדומה לכך גם הש"ך (חו"מ סי' ס"ק יב) כתב על מחלוקת זו:

שאינן הנתבע יכול לומר קים לי כהרמב"ם והמנהג פשוט להתחייב וכו', וכן עושים מעשים בכל יום.

אפשר להסביר את הדברים על פי מה שכתב הרדב"ז. כאמור לעיל הרדב"ז (שו"ת, ח"ד ד סי' קטז) סבר שיש ללכת אחר הרוב גם כאשר מדובר בפוסקים שלא ישבו יחד, אולם הוא מתייחס לדברי המרדכי שהם המקור לדין 'קים לי', וכותב כך:

ועוד אני אומר דעד כאן לא קאמר מהר"ר יוסף קולון בשם המרדכי דמצי למימר קים לי כפלוני להחזיק הממון בידו אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפלוני פוסק או שלא נהגו לדון כאחד מן הפוסקים. אבל היכא דנהגו לפסוק כדעת הרמב"ם ז"ל כי אתרין או כדעת הרא"ש ז"ל כי אתרייכו לא מצי למימר קים לי כפלוני שהרי כל השטרות וכל ההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והוי כאלו קבלוהו עליהם... דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל בריה דאפילו שהוא חכם גדול לא תקיף ידיעתו לכל הפוסקים כי אפשר שיש פוסק א' שהוא לא ראה ויאמר בעל הדין קים לי כאותו פוסק אלא ודאי כיון שנעשה השטר לדעת אותו פוסק שנהגו לפסוק כמותו תו לא מצי אידך למימר קים לי כפוסק אחר ודוק כי זה טעם נכון... דהיינו כאשר קיים נוהג מסוים בציבור, הרי שכל העסקאות והחוזים נעשים על דעת אותו נוהג, ויש להתחשב בכך גם אם לדעת פוסקים מסוימים אין תוקף לעסקה או לחוזה. הרחיב בדבר הרב אהרן עזריאל²⁸ וכתב כך:

דאין לומר קים לי נגד המנהג כמו שכתב הרב חשק שלמה בכללי הקים לי אות צ"ד בפשיטות ובראיות חזקות ובריאיות. ותמה על הרב מוצל מאש שנסתפק בזה, דמה מקום יש להסתפק ד'מנהג מבטל הלכה' שנינו, ובכמה מקומות שקיבלו לדון כספר הפוסק ואין נוהגים לומר קים לי עד כאן דבריו. וכן העלה הרב בעי חיי... ועיין רדב"ז בחדשות סי' תתכ"ה דבמקום שנוהגים לפסוק כדעת הרמב"ם אין לומר קים לי ואי תפיס מפקינן מיניה ואחריו נמשכו כל רבני האחרונים... והכל הולך אחר השורש דמנהג מבטל הלכה.

מדבריו עולה שהנוהג הידוע על פיו יוצאי ארצות ערב נוהגים כדעת ה'שלחן ערוך' ויוצאי אשכנז נוהגים כדעת הרמ"א הוא תוצאה של מנהג ישראל שגובר ומכריע את המחלוקת.

ד. הכרעה על פי חוקי המדינה

מהרש"ם (שו"ת, ח"ה סי' מה)²⁹ כתב שכאשר קיימת מחלוקת בהלכה, וחוק המדינה מתאים לאחת השיטות, יש להכריע את הדין על פי חוק המדינה:

28. כפי אהרן, ירושלים תרל"ד, סי' יב, דף קנב ע"ב; וראו בדבריו שלא צוטטו כאן מקורות נוספים לשיטתו.

29. וכן משפט שלום, סי' קצד ד"ה כלל.

ועוד אני אומר דלפי מה שכתבתי לעיל דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים אי שטר מהני להתחייב על הספק, אם כן בודאי אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, דלא הווי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא...
 כוונתו היא שאומנם לדעת הש"ך³⁰ אין תוקף לחוק המדינה כאשר הוא מנוגד לדין תורה. אולם כאשר חוק המדינה תואם את אחת השיטות בהלכה, אין הוא נגד דין תורה, ואין מניעה ללכת אחריו. הרב הרצוג כתב סברה זו מדעתו מבלי להזכיר את המהרש"ם, וראה בה דרך להכריע מחלוקת בהלכה: 'ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא דמלכותא'.³¹ במקום אחר ציטט הרב הרצוג³² את דבריו של הראשון לציון הרב אשכנזי. הרב אשכנזי דן בדברי הרמב"ן שכתב שאין תוקף לחוקי המדינה המכשירים שטר במקום שבו יש מחלוקת בין שופטי ערכאות המדינה לגבי תוקפו. על כך כתב הרב אברהם אשכנזי:³³

הנה יש לומר דעד כאן לא אמרוה אלא בדין אחד, דאצלינו הדין מוסכם בחסר אותה ההקנאה דלאו כלום היא. אבל היכא דהדין אצלינו בפלוגתא הוא שנוי, דדינו למי שתפס ומוחזק שזוכה, והם נהגו כחד מיניהו, דהגם שהווי מיעוטא ודאי דאזלינן בתרייהו...

דהיינו כאשר חוקי המדינה תואמים לאחת הדעות בהלכה, גם אם זו דעת המיעוט, יש לנהוג על פי החוק. משמע מדבריו שהם אמורים גם כאשר יש מחלוקת בין השופטים. על פי דברי המהרש"ם פסק בית הדין הגדול³⁴ שהתחייבות אף לכסות את מזונות ילדיה מועילה, אע"פ שהתחייבה באופן שנוי במחלוקת הלכתית, וזאת מכיוון שעל פי 'דינא דמלכותא' ההתחייבות מועילה. הרב מתתיהו שוורץ³⁵ כתב על פי דברי המהרש"ם שצוואה המועילה על פי חוק המדינה - מועילה גם לפי דין תורה, כיוון שיש פוסקים המקיימים את הצוואות מדין 'מצוה לקיים דברי המת' או משום 'מצוה מחמת מיתה' וכיו"ב. הרב יעזר אריאל³⁶ דן בהתחייבות ל'דבר שאין בו ממש', והביא את מחלוקת האחרונים בשאלה אם 'סיטומתא' מועילה בדבר שאין בו ממש. כסיוע לדעה שה'סיטומתא' מועילה הוא הביא את דברי המהרש"ם, שהרי על פי 'דינא דמלכותא' מועילה התחייבות ב'דבר שאין בו ממש'.

סיכום

הש"ך בספרו 'תקפו כהן' התמקד בטענת 'קים לי'. משמעות טענת 'קים לי' היא שבכל

-
30. ש"ך, חו"מ סי' עג ס"ק לט.
 31. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 72.
 32. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 146.
 33. הובאו דבריו בשו"ת כפי אהרן, ירושלים תרל"ד, סי' א אות יג, דף קנז, ע"ב.
 34. פסקי דין רבניים ד, עמ' 279-280.
 35. הרב מתתיהו שוורץ, ספר משפט הצוואה עמ' תג.
 36. הרב יעזר אריאל 'הפרת הסכם שנחתם עם מורדים בכלא', תחומין כא, עמ' 159.



מקום שבו יש מחלוקת הלכתית, לא ניתן להוציא ממון מידי המוחזק, שמא הלכה כדעה התומכת בו. עמדת הש"ך התקבלה על ידי פוסקים רבים, גם אם במגבלות מסוימות. ואולם כמה מפוסקי זמננו³⁷ כתבו כי טענת 'קים לי' גורמת נזק קשה לאפשרות ליישם את משפט התורה, במיוחד לאור התרבות המחלוקות לאורך השנים. הרי כמעט בכל דיון ממוני תימצא מחלוקת, והתוצאה תהיה שלא ניתן יהיה להוציא ממון מידי המוחזק. אשר על כן כתבו כמה מן הפוסקים שיש למצוא דרך להחזיר לבית הדין את הסמכות להכריע במחלוקות. הדרך הסלולה לכך היא הסכמה מפורשת של בעלי הדין כי בית הדין יוכל להכריע במחלוקות. מעבר לכך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג כי בכל הסכמה לקבל את סמכות בית הדין 'בין לדין ובין לפשרה' כלולה הסכמה שבית הדין יוכל גם להכריע במחלוקות. שיקולי בית הדין בהכרעתו יכולים להיות:

1. על פי רוב דעות, בוודאי כאשר מדובר על רוב מובהק.
2. על פי מנהג בתי הדין להעדיף דעה מסוימת.
3. על פי מנהג המדינה לנהוג על פי דעה מסוימת.
4. על פי חוק המדינה במקום שבו הוא חופף לאחת הדעות בהלכה.



37. ראו אורים ותומים על תקפו כהן, סי' קכג-קכד; הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה ב, עמ' 137-138.