

יקים לי

הרב גד מכטה

בתחילת תקופת הראשונים הורגל הביטוי המשפטי של טענת 'קים לי'¹. עניינו הוא, שאדם שנתבע תביעה ממונית ומוחזק בממון שעליו נתבע, טוען את זכותו כדעת פוסקים מסוימים: "קים לי כדעת פלוני שמזכני", כלומר, סובר אני כדעת פלוני, ובכך נפטר מתשלומים. לכאורה, כלל זה נובע מכלל עוד יותר יסודי הנקוט בידינו: "המוציא מחבירו עליו הראיה" (בבא קמא מו, ב ובמקומות רבים), ולכן בכל מקום שיש ספק, לכאורה, אין להוציא ממון, ויש לכלול תחת זה לא רק ספקות במציאות, אלא גם ספק הלכתי, כגון מחלוקת פוסקים.

הלכות 'קים לי' התבארו בהרחבה באחרונים, באילו מקרים משתמשים בטענה זו ובאילו לא, ורבו בהם הדיונים והמחלוקות. ישנם פוסקים שמחמת חוסר היכולת להכריע בספקות ובמחלוקות הרחיבו את טענת קים לי, ומאידך ישנם פוסקים שטרחו להגביל אותה, שאם לא כן, תיתכן מציאות שאי אפשר להוציא ממון כלל מפני ריבוי הדעות והמחלוקות שבכל סעיף בשולחן ערוך, וכמו שכתב התומים:

חס ושלום תיפוק תורה, ובעוונותינו הרבים נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים [...] לעולם המוחזק יטעון קים ליה וח'ו תורתינו הפקר².

(תומים תקפו כהן קכד)

במאמר זה ברצוני לדון בכמה נושאים הנידונים למעשה בדברי האחרונים, ובהם: קים לי כמיעוט הפוסקים, קים לי כנגד המנהג וסוגיא דשמעתא וקים לי כנגד דעתו של המרא דאתרא שקיבלו עליהם. מתוך דיון זה יתבארו גבולותיו ויסודותיו של המושג 'קים לי'.

א. קים לי כדעת מיעוט הפוסקים

יסוד ושורש טענת קים לי, לפי רוב מוחלט של הפוסקים, הוא שאין להוציא ממון מאדם

¹ כבר בסוף תקופת הראשונים מצאנו "קים לי" במשמעות הקשורה לעניינינו (מהרי"ק קמט; קסא ועוד) ומאז ועד ימינו הפוסקים משתמשים בביטוי על פי משמעות זו.
² וראה לעומת זאת בהקדמת הגאון הרב עובדיה יוסף ליביע אומר חלק ג (ויבאו דבריו להלן).

קים לי

המוחזק בו מחמת ספק. מקור לכך אפשר להביא מדברי הגמרא בכבא בתרא (לב, ב), שבמקרה שאין הכרעה הלכתית במחלוקת האמוראים, קבעה הגמרא שיש להעמיד את הממון בחזקתו. רבי אליהו ששון (שו"ת תורת אמת סוף סימן רו) למד שבעל דין יכול להחזיק ממון שתובעים ממנו בטענת "קים לי" כדעת פוסקים שהם דעת מיעוט במרחב ההלכתי. כסיוע לדבריו הביא המהר"א ששון שתי ראיות:

א. הרא"ש בתשובה (א, ח) כתב שיש מחלוקת בין הקודמים לו, האם מתנה על ידי קטנה שמה מתנה. למעשה, כתב הרא"ש בשם רבינו מאיר, שמפני המחלוקת אין מוציאים ממון, ושכן מוכח מבבא בתרא (לב, ב). המהר"א ששון הקשה מדוע הרא"ש לא כתב את זה כדין פשוט, שכן המוציא מחברו עליו הראיה, ומדוע צריך לקבל זאת מפיו של המהר"ם?! אלא שכוונת הרא"ש היא שאין מוציאים ממון (קים לי) אפילו כשיש מיעוט לעומת רוב.

אולם הרא"ש בפסקים כתב באופן פשוט שכשיש מחלוקת בין שני גדולים ואינו יכול להכריע ביניהם, אין מוציאים ממון:

לא יוציא ממון מספק כדאמר בפ' חזקת הבתים (דף לב, ב) הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זוזי לוקמו, אלמא כל ספיקא דדינא אין מוציאין מיד מוחזק.

(רא"ש סנהדרין ד, ו)

ועל פי זה דחה התומים (תקפו כהן קכג-קכד ובסימן צג) את דברי המהר"א ששון, וביאר שהרא"ש הוכיח מהגמרא ומהמהר"ם ללמד שאין להוציא ממון, שלא יעשה הדיין ככל העולה על דעתו.

ב. הוכחה נוספת של המהר"א ששון היא מהמהרי"ק (שורש קמט). הראשונים נחלקו לגבי נדוניה שניתנה לאדם שנשא קטנה והיא מתה, האם צריך להחזירה לאבי הקטנה או לא. המהרי"ק כתב שאין אומרים קים לי כדעת יחיד. המהר"א ששון למד מדבריו שדווקא כדעת יחיד אין אומרים, אך אם יש לו סיוע מעוד פוסקים, אומרים "קים לי", על אף שהם המיעוט. התומים (תקפו כהן קכג-קכד ד"ה ומה שהביא) דחה ראייה זו, שכן הדיוק אינו מוכרח: "תרי-תלת נגד רוב המינכר גם כן יחיד קרוי כנודע". כלומר העניין המספרי שלפנינו "דעת יחיד" אינו המכריע כי הוא תלוי באופן יחסי, מיהו אותו יחיד ומי

הם החולקים, וכתב הש"ך (תקפו כהן ככד) שאפילו אחד אינו בטל בפני כמה חולקים, אם אינם רוב 'ניכר'.

ב. הכרעה על פי הרוב במחלוקת הפוסקים – שיטת הש"ך שאינן הולכים אחר הרוב בדיני ממונות

להלכה הסכים הש"ך (תקפו כהן כג) שאומרים קים לי כדעת מייעוט הפוסקים מסיבה אחרת, שכן "אין הולכים בממון אחר הרוב". התומים דחה את דבריו, כיוון שהולכים אחר הרוב בדעות הפוסקים, וכמו שבבית דין ההכרעה נעשית על פי דעת הרוב. התומים דן בשאלה העקרונית, מתי נכון הכלל שבממון אין הולכים אחר הרוב, ומוצא הדיון של התומים הוא בהבנת דברי התוספות בבבא קמא לעומת דבריהם בסנהדרין:

תוספות בבא קמא (כו, ב ד"ה קמ"ל): הקונה מחברו חבית ונתן לו כד, המכר קיים על אף שרוב האנשים מכנים חבית "חבית" ואילו כד "כד", אך יש מייעוט אנשים שמערבבים בין הלשונות, ואין הולכים בממון אחר הרוב. התוספות שואלים מדוע אין הולכים אחר הרוב, הרי אפילו בנפשות הורגים אדם על פי דעת רוב הדיינים!

תירוץ הוא שאכן בדרך כלל אין הולכים אחר הרוב בדיני ממונות (משום צירוף המיעוט לחזקת הממון וגוברים על הרוב), ואצל דיינים הולכים אחר הרוב מפני שהמיעוט בטל ואינו. וביאר רבי שמעון שקאפ בחידושו על בבא קמא (שם) שהדיון בבית דין הוא על פסיקה "שכלית", כלומר מה דין התורה (ובשלב זה אין עדיין משמעות לחזקת הממון), ואחרי שהרוב אמר את דברו, הוכרע שכך ההלכה על פי התורה. לאחר שהוכרעה ההלכה על פי דעות הדיינים, אנו עוסקים בהוצאת הממון למעשה ומתייחסים לחזקת הממון, ובשלב זה כבר אין משמעות למיעוט שכבר קָטַל³.

ובתוספות סנהדרין (ג, ב ד"ה דיני ממונות) כתבו שבאופן עקרוני גם בממונות הולכים אחר הרוב, אך "רובא לרדיא זבני" (רוב הקונים בהמות עושים זאת לצורך חרישה ויש לכך השלכות קנייניות), אינו נחשב רוב טוב, לעומת רוב נשים שיוולדות בחודש התשיעי וכן שרוב האנשים עלולים לטעות ביום עיבור החודש. המפרשים ביארו בכמה אופנים

³המהרלב"ח (גט פשוט, כלל א) ביאר את כוונת התוספות בבבא קמא שהכרעה בית הדין אינה נקבעת על פי "רוב", שכן ישנה הלכה מיוחדת בהלכות בית דין שאין למיעוט לעמוד על דעתו אלא לקבל את דעת הרוב באופן גמור וכולם חותמים ומסכימים. לפי זה, אין שום רוב בפועל שמכריעים על פיו, כי ההלכה מחייבת את המיעוט לקבל את מרות הרוב ולסבור כמותו. קונטרס הספקות (ו, אות ב) הביא את דבריו וכתב שאינם נכונים.

מהי גריעותו של רוב הקונים שוורים, שקונים לחרישה⁴, ובתומים (תקפו כהן כג ד"ה אך באמת) ביאר שברוב טבעי, כמו הקונים לרדיא, אי אפשר לפסוק באופן קבוע ועקבי שזו מטרת הקנייה, כי בפסיקה תמידית כזו ודאי ימצא דין שקר, שכן יש מיעוט קיים שאי אפשר למחוק ולבטל אותו, מה שאין כן ברוב שבין הדיינים שפוסקים דבר מה, שלפי הרוב אין שום משמעות וקיום לדעת המיעוט הטועה. לפי זה, בבית הדין חייבים לקבוע את האמת על פי צד אחד וכמובן שאנו בוחרים את דעת הרוב שמן הסתם נכונה יותר. וסיים התומים שנראה שסברה זו נכונה בלי פקפוק כלל (על אף דבריו שביאור זה אינו נראה כל כך בלשון התוספות).

נמצא לפי זה, שהש"ך והתומים נחלקו במחלוקת ראשונים קדומה בין בעלי התוספות, האם הולכים אחר רוב גמור (ועדיף מחזקה) גם להוציא ממון (תוספות בסנהדרין ותומים), או שבאופן עקבי אין הולכים בממון אחר הרוב (תוספות בבבא קמא וש"ך).

ג. הכרעה על פי הרוב במחלוקת הפוסקים – תומים

בתומים (תקפו כהן כג) הביא שתי סברות, מדוע אין ללכת אחרי הרוב במחלוקת הפוסקים (אך דחה אותן):

א. החכמים החולקים לא ישבו יחד ולא שמעו אחד את סברות רעהו, ואם היו עושים זאת היו שומעים את סברות המיעוט וראיותיו, ואולי היו חוזרים בהם. סברה זו נכתבה על ידי המהר"א ששון (שם), והסכים לו בגט פשוט (כלל א).

התומים כתב שזו סברה דחוקה, כיוון שרואים שהרבה מחברים משיבים על הטענות נגדם (ראו באופן עקבי בחיבורים מפורסמים כמו במשמרת הבית, משובב נתיבות, נקודות הכסף, תשובות הרמב"ם וכדומה).

ב. איננו יודעים מי הרוב באמת, כיוון שלא נודעו לנו רבים מהחיבורים, והיו הרבה חכמים בדורות עברו שאיננו יודעים מה דעתם:

מי יודע כמה חכמי דור שהיו בימי הרי"ף, וכן כמה חכמי דור שהיה בימי הרמב"ם שחלקו עליהם עד שבטלה דעת הרי"ף והרמב"ם במיעוט נגד דעתם

⁴המפרשים דנו בביאור התוספות, מדוע זה רוב חלש? 1. ב"ח (רלב, כא): "כנגד אדם אחד שקונה מאה שוורים לרדיא, איכא מאה בני אדם שקונים עשרה שוורים לאכילה" (אין באמת רוב!). 2. שב שמעתתא (ד, 1): זהו רוב שאינו בטבע האדם אלא ב"מנהג". 3. רבנו גרשום בבא בתרא (צג, א): העובדה שהרוב קונים לרדיא אינה משפיעה על ההחלטה והבחירה שלי (אפשר שהכוונה דומה לביאור השני). 4. זרע אמת (ב, קיא): יש מיעוט השכיח ולכן זהו רוב חלש.

המרובה [...] זהו מה שנראה להליץ בעד האומרים דמצי לטעון קים ליה במיעוט נגד הרוב.

(תומים תקפו כהן קכג)

התומים כתב שגם זו סברה קשה, שכן לפיה גם בהלכות איסור והיתר לא היינו צריכים ללכת אחר הרוב, אך מנהג הפסיקה הוא ללכת אחר הרוב גם לקולא בדיני תורה וכתרות:

אין דעתי נוחה בכל הסברות, כי לפי זה אף באיסורים, ובפרט באיסור תורה כרת ומיתת ב"ד איך אזלינן בתר רוב פוסקים, למה לא נאמר גם כן כהנ"ל אולי שמעו המרובים דעת המיעוט חזרו בהם, או אולי אינו הרוב כי רבו החולקים רק נחנו לא נדע כמש"כ לעיל?! ואם לא חששו לדברים כאלה באיסורים החמורים הנוגעים לנפשות וחי עולם, איך נחוש לענין ממון לדברים כאלה ונזוז מהכלל אשר נמסר לנו אחרי רבים להטות?!

(שם)

התומים הראה מהבית יוסף, שהכריע הלכות גם בדיני ממונות על פי הרוב ולא על פי סברה או ראייה, ולא חש לבאים אחריו שיאמרו קים לי. למעשה, התומים השאיר לדיין את ההכרעה כפי ראות עיניו, כי לולא הכרעה כזו, כל נתבע מוחזק ייפטר בטענת קים לי, שכן כמעט ואין דינים שאין בהם מחלוקות בין הפוסקים הראשונים או האחרונים, "לעולם המוחזק יטעון קים לי וחס ושלום תורתינו הפקר".

התומים הביא (תקפו כהן סימן קכג-קכד) קבלה בידו ש"קיימו וקיבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שולחן ערוך והגהת רמ"א", שרוח ה' נוססה בקרבם ודבריהם נכתבו בהשגחה עליונה, ומכוח הבנה זו נולד הכלל שאין לומר קים לי נגד פסיקת השולחן ערוך והרמ"א (ויבואר להלן).

ד. בית הדין טוענים "קים לי" לבעל הדין

בהקדמה ליביע אומר חלק ג, הזהיר הגאון הרב עובדיה יוסף (להלן הגרע"י) את הדיין לעיין הרבה בספרי האחרונים, שכן על פי סברת שני פוסקים המזכים, המוחזק יכול לומר קים לי, "אפילו ישנם מאה פוסקים המחייבים"! והביא את האחרונים שמורים כן: כנסת הגדולה (כללי קים לי אות ג) בשם כמה פוסקים, הגט פשוט בכללים (ב) ועוד. והוסיף שבית הדין טוען לבעל הדין והוא אינו צריך לטעון בעצמו, ויש דעות של כמה פוסקים, שאפילו בדיעבד, שפסקו להוציא ממון חוזר הדין ובטל.

קים לי

ובחלק אבן העזר (ג, ג אות לב) דן באשה המיוחדת לאיש וילדה בן, והוא טוען שהבן לא ממנו, ויש לו טענת קים לי. הגרע"י הביא מחלוקת פוסקים, האם בית דין טוען לבעל הדין קים לי כדעת פוסקים, על אף שבעל הדין אינו אומר דבר:

לדעת פוסקים רבים⁵, בית דין טוענים (לשון שפת הים (סב) לרבי רפאל יצחק מיו: "פשטה הוראה בכל בתי דינין לדון למוחזק בטענת קים לי אפילו היכא דלא טעין איהו, כמו שכתב המהר"א ששון סימן מז"), וישנם חולקים⁶ וסוברים שבעל הדין צריך לטעון מעצמו, מלבד יתומים שבית הדין טוענים עבורם.⁷

בשו"ת שאלת דוד (לרבי דוד פרידמן מקרלין, מקור בית אב ודרכי ההוראה מאמר ראשון, דף ה סעיף א) כתב שדוקא אם בעל הדין גדול בתורה ויש לו סברות לחזק את דברי הפוסק המזכה שנדחה מהלכה, אז יכול לטעון קים לי כפוסק פלוני. ואם לא כן, אף שיש דיינים הסוברים כמותו אם לא יהיו רוב נגד החולקים, לא יכול לטעון קים לי. הגרע"י (ג, ד) דחה את דבריו מן ההלכה על פי משמעות הפוסקים שלא מחלקים בכך אלא טוענים קים לי ולא מוציאים ממון מספק.

אף המהריק"ש דורש שבעל הדין ייטען מעצמו "קים לי" ובדבריו (אהלי יעקב צג) מבואר, שמשמעות טענת הקים לי אינה נובעת מספק בדין, אלא שכאשר הנתבע טוען בפועל קים לי כדעת המועטים, "הוא פוסק את דינו וכדיעבד דמי, וכהיא דנידה ט, ב [...] כדאי הוא רבי אליעזר לסמוך עליו בשעת הדחק". כלומר הטענה שבעל הדין מציג לפני בית הדין את סברת המיעוט על שולחן הדיונים, והוא קובע ותובע את זכותו לסמוך בשעת הדחק על היחיד⁸. וצריך ברור בדעתו מה גרע הדיון בבית הדין אם הוא לא טען

⁵ ברכי יוסף (כה, ח) בשם גידולי תרומה, מהר"ל ואל"י, מהר"י הכהן, משפט צדק (ב, ה), שפת הים (סב), מטה שמעון (קים לי לח).

⁶ מהר"ש הלוי, בני אהרן (כד), שמן רקח (סוף כו; שו"ת לרבי אלעזר ליב לוו מפראג).
⁷ בשמן רקח כתב כנ"ל על פי כנסת הגדולה, וגם בשפת הים הנ"ל הביא מכנסת הגדולה (קים לי אות יח) שבית דין טוענים קים לי רק ליתומים או לנפרע שלא בפניו, אך הקשה מאות לח שממנה עולה שטוענים קים לי לבעל הדין, שכתב כנסת הגדולה שצריך עיון מה תוקף דין בדיעבד שלא דנו קים לי למרות "שהמוחזק יכול לומר קים לי", וסיים בשפת הים שיש ליישב בדוחק "דמייירי שהבעל דין אמר לדיין תעשה לי דין סתם באיזה אופן שיש לי זכות ולא פורש קים לי", כלומר שבמקרה זה צריך לטעון לו, אך במקרה הרגיל לא טוענים לו. והגרע"י ביביע אומר (ז, ב) דן בסתירות שהציגו האחרונים בדעת הכנסת הגדולה בשאלה זו, והוכיח, שלדעתו, בית הדין טוענים לבעל הדין קים לי.

ובשו"ת בעי חיי ב, קי (דף קיט ע"ד; לבעל הכנסת הגדולה) כתב: "אם נשען המוחזק על סברת היש אומרים אין מוציאים מידו". משמע שבעל הדין צריך לטעון טענת "קים לי" בעצמו. למרות זאת, בפני יצחק הסביר שודאי גם הוא מודה לכך, שאומרים קים לי עבור בעל הדין, אך לכתחילה כשבעלי הדין שואלים מה הדין (לפני הריב ודיון המוחזקות), פוסקים כעיקר הדין בשולחן ערוך, ולכשיבואו לריב ולדין נטעון קים לי.

⁸ בדרך אגב משמע מדבריו אלו שאפשר לסמוך גם על דעת יחיד בטענת קים לי.

כך? הרי הדיינים מכירים את השיטה הפוטרת אותו, אלא שהיא מיעוט לעומת הפסיקה הרווחת.

ונראה שכוונת הדברים היא שישנה השקה בין דיני ממונות ובין איסור הגזל שחל על המחזיק שלא כדין. בית דין מוציא ממון מאדם מחמת שגזל/ אינו שלו, אולם כשטוען האדם שהממון שבידו הוא שלו, ויש לו חיזוקים שאפשר לסמוך עליהם בשעת הדחק (דעת יחיד) הרי מותר לו להשאיר את הממון אצלו, ובית הדין מודע לכך, ופותר אותו. דברים אלו מנוגדים לכאורה לדברי השערי יושר (תחילת השער החמישי) שאין חשש גזל בהעמדת ממון אצל אחד מבעלי הדין, כיוון שבית הדין קובע את המציאות ומכריע למי החפץ שייך, ומתוך כך, בדרך ממילא, אין איסור גזל. ואילו לדעת המהריק"ש יש להתבונן על התהליך בדרך הפוכה, שהזכות להחזקת הממון היא שמונעת מבית דין להוציא אותו מהאדם (ההכרעה בדיני איסור גזל קובעת את ההתייחסות בדיני הממונות).⁹

בשו"ת פני יצחק (לרבי יצחק אבולעפייא א, חושן משפט סוף כה) כתב שסברת כל הפוסקים היא שטוענים לבעל הדין קים לי על אף שהוא לא טוען: "מה יעשה הבן המוחזק [...] דלא ידע דאיכא פוסקים דמסייעי ליה ומזכים אותו בדין, דלאו כולי עלמא דינא גמירי, אם כן היכי ניקום אנן ונשתוק ונפיק ממונא מיניה [...] וכל ישר הולך כן ישפוט צדק". כמבואר בדבריו, היסוד לדין זה הוא כאמור לעיל, שכאשר אין לבית הדין כוח הכרעה במחלוקת שלפניהם, הרי זה ספק בדין שאין להוציא בו ממון, ודין קים לי אינו במישור הטענות אלא בהנהגת בית הדין בספקות. ומעתה יש להבין שהמושג 'טענין קים לי לבעל הדין' אינו מדויק אלא מושאל, שכן בעל הדין אינו צריך לטעון כלל את דעות הפוסקים שעומדים לצידו בדין, אלא זהו תפקידו של בית הדין בבירור הפסיקה הנכונה. אחרונים רבים עומדים בשיטה זו.

⁹ דברי השערי יושר אמורים כתירוץ לקושיית רבי יחזקאל באסאן (הובא בכנסת הגדולה כללי קים לי אות ז ובקונטרס הספקות כלל א, ו), מדוע ספק ממונא לקולא, הרי איסור גזל ממון מן התורה לפנינו וספק דאורייתא לחומרא! לדברי השערי יושר קביעת בית הדין וכללי הממונות מגדירים את איסור הגזל, אולם לפי דברי המהריק"ש צריך לבאר מדוע ספק ממונא לקולא? ויש לומר כדברי התומים (תקפו כהן אות מג) שבמקרה של ספק הלכתי, האם הממון שייך לאחד או לשני, אין איסור גזל בכלל, "גזל ספק אם הוא בידך, אין כאן איסור גזל, דכך הלכה נאמרה המוציא מחברו עליו הראיה, ומי שתפס יכול להחזיק, ואין כאן ספק איסור כלל, כי לא אסרה תורה גזל בכהאי גוונא", ומכיוון שאין איסור גזל במציאות של ספק, חוזרים לכללים הרגילים שבידינו לגבי ממונות (וראה עוד מה שכתבו שם בשם המהר"י באסאן עצמו, והתייחסות השערי יושר לתירוץ ולתירוץ התומים).

קים לי

דעה שלישית היא של הנתיבות (כללי תפיסה אות כג) לחלק בין מוחזקות ובין תפיסה. אם בעל הדין מוחזק בממון ומתחילת הדיון היה ברשותו, בית הדין טוען עבורו "קים לי", ואילו אם בעל הדין תפס את הממון לא טוענים עבורו "קים לי" וייפטר רק אם יטען מעצמו (ואם מדובר ביתומים, בית דין טוען עבורם). רוב האחרונים סתמו, ולדעתם אין חילוק בין אם בעל הדין מוחזק או תפוס בממון, וכמו שכתבו במנחת יצחק (ו), קע אותיות כד-כה) וביביע אומר (ז, ב אות ו).

חילוק זה של הנתיבות נובע מדיני תפיסה. מוחזק אינו צריך לטעון טענת 'ברי' כדי להמשיך ולהחזיק את ממונו חרף התביעות כלפיו ודי שיטען באופן מסופק, טענת 'שמא'. לעומת זאת, מי שתפס את הממון מחברו אינו מוחזק בו, וכדי לעכבו אצלו מפני התביעות כלפיו הוא צריך לטעון טענת 'ברי', שיודע בוודאות שהממון שלו (על פי תוספות כתובות כ, א ד"ה ואוקי ממונא ועוד שטענת ברי מועילה לתפיסה), הלכך אם אינו טוען שתפס מכוח דעות פוסקים אלו או אחרים, מוציאים ממנו.

הבנה זו של הנתיבות שטענת קים לי נחשבת לטענת ברי אינה ברורה ונתונה למחלוקת קדומה יותר: המהרי"ק (שורש קסא) כתב שתפיסה מועילה בטענת קים לי כמו טענת ברי. לעומת זאת, המהרי"ב בן לב סובר שטענת קים לי נחשבת לטענת ספק, שאינה מועילה להחזיק בידו את מה שתפס, וכפי שהתלבט הכנסת הגדולה (הגהות בית יוסף חושן משפט כה, יב), האם לפי המהרי"ק טענת קים לי נחשבת לברי ממש, או "כעין" טענת ברי, שמועילה להשאיר בידו את מה שתפס. ולכאורה הסברה נותנת שאינה טענת ברי, שכן יש רבים שחולקים על דעה זו ואין ביד התופס להכריע כשיטה זו או אחרת. דבר זה מבואר ומפורש גם בלשונו של המהרי"ק:

דמי יוכל לטעון ברי לי שהדין הוא כרש"י ולא כר"ת, דמי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים והלא אנו סהדי דליכא איניש בדור הזה שיוכל להכריע ביניהם. ואפילו בימי רבינו מאיר היה פוסק דהיכא דאיכא פלוגתא דרב רבתא כגון רש"י ורבינו תם דהמוציא מחבירו עליו הראיה משום דהוה מספקא ליה מילתא דהלכתא כמאן, כל שכן וכל שכן בדור הזה, יתמי דיתמי ועניי הדעת, דאין לנו לטעון ברי לי כרש"י או כרבינו תם, אלא ודאי צריך לומר דס"ל להר"ר שמואל דכיון דבא מחמת טענה דמצי אומר סברא דידי כרש"י מכל מקום מהני תפיסה, דהא לא דמי לתפסו כהן, דהתם אין לו אמתלא ושום טענה שיוכל

להסמך עליה, אבל היכא דאית ליה טענה כל דהוא, אפילו תהיה רעועה כי
ההיא דקים ליה כרש"י כדפירשתי, מ"מ מהניא עם התפיסה¹⁰.

(מהרי"ק קסה)

ה. דגל ה"קים לי" בפסיקות הראשון לציון הגאון הרב עובדיה יוסף

ביביע אומר (בתשובות הנ"ל ושיוזכרו להלן) דן בהרחבה בכללי ההכרעה שבבית הדין
ובהם 'קים לי', ולאור המסורת שהמשיך מחכמי הספרדים הקודמים לו שקיבלנו על
עצמנו את פסקי מרן השולחן ערוך, בירר מה משמעות קבלה זו בפסיקה בדיני ממונות.
חשוב להדגיש, כפי שמתבאר ממקורות רבים באחרונים, שקביעה שאין למחזיק לומר
"קים לי" כנגד מרן או מרא דאתרא, אינה חידושו של הגרע"י, כפי שנוהגים לייחס לו את
האדרת פסקי מרן, כי אם נחלת כלל הפוסקים הספרדים והראשונים לציון במשך מאות
שנים שעל פיהם דן גם ביביע אומר.

יסודו של הדבר הוא ההכרעה בארחות ההלכה על פי המרא דאתרא שקיבלוהו עליהם,
וככל היוצא מפיו יעשו, לקולא ולחומרא. על פי הנחה זו, ברור שאין משמעות לסברות
הלכתיות של פוסקים אחרים ראשונים או אחרונים, שכן אינם בכלל "הלכה" שנפסקה
לחלוטין על פי המרא דאתרא. מתוך כך יש לדון בכל מקום ומקום, מהו ההיקף של
קבלת פסיקות הרב (שולחן ערוך או רמ"א וכדומה), האם קבלה זו היא כוללת גם
לעומת פוסקים חשובים רבים וכנגד חזקת ממון?

דוגמה לכך אפשר לראות במעשה שבא לפני הגרע"י (יביע אומר ג, ד) של אישה
שבגירושה קיבלה על עצמה התחייבות בפני בית הדין, לשלם מחצית מתשלומי
המזונות ופרנסת הילדים. ולאחר זמן מהגירושין הבעל דורש להעלות את סכום המזונות
משום שינוי יוקר המחיה, והאישה טוענת שאין לה לשלם גם את הסכום הראשוני. דין זה
תלוי בין השאר במחלוקת הראשונים, האם אדם משתעבד בקניין לתת מתנה שאינה

¹⁰ וראה עוד בכנסת הגדולה (שם) שדן האם הזוכה בטענת קים לי צריך לשלם כדי לצאת ידי שמים. לכאורה
הדבר תלוי במחלוקת המהרי"ק ומהר"י בן לב, האם מי שטוען "קים לי" נחשב לטוען ברי, ואם כן יש לפנינו
תובע בברי ונתבע בברי, שאינו צריך לשלם לצאת ידי שמים, או שלפי המהר"י בן לב התובע בברי והנתבע
בשמא וחיוב לשלם כדי לצאת ידי שמים (ראה שולחן ערוך חושן משפט עה, ט). ולפי האמור מלשון המהרי"ק
וואים שטענת קים לי אינה ברי ממש אלא רעועה היא, ואם כן משמע שצריך לשלם כדי לצאת ידי שמים.

קים לי

קצובה: הרמב"ם (הלכות מכירה יא, טז) בשם רבותיו פסק שאינו משתעבד, ואילו הראב"ד ורוב הראשונים חולקים וסוברים שמשמעבד וכמותם פסק בשולחן ערוך (ס, ב). לאחר הדיון ההלכתי הנקודתי, האם אדם משתעבד לדבר שאינו קצוב, עבר הגרע"י לכללי הפסיקה בממונות ו"קים לי" (כדעת הרמב"ם נגד רוב הראשונים והשולחן ערוך), והתווכח עם פסיקת הגאון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל והגאון הרב יצחק אייזיק הרצוג הרבנים הראשיים שקדמו לו. הם כתבו (אוסף פסקי דין עמוד קנא) שמנהג בתי הדין בארץ ישראל לפסוק נגד הרמב"ם בדין המדובר, ולכן אין להורות כלל כרמב"ם ואפילו כדי להחזיק ממון ביד האישה¹¹.

בין הערעורים על דבריהם כתב הגרע"י שיש לתלות זאת במחלוקת האחרונים, האם אומרים קים לי כנגד המנהג ("אפילו יאמרו החולקים שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם"), ומחמת הספק והמחלוקת נקט להשאיר את הממון ביד המוחזק ופטר את האישה מן התשלומים:

ועתה שנתרבה דגל הקי"ל מי יערב אל לבו לגשת להוציא מן המוחזק [...] אע"פ שהרבנים הראשיים לא"י העידו שהמנהג כאן לחייב גם בדבר שאינו קבוע, אנו בדין דחזי לן דברי גאוני ותקיפי ארעא דישראל הגט פשוט ומהרי"ט אלגאזי וסיעתם שפסקו שהמוחזק יכול לומר קים לי גם במקומות אלו שהולכים בעקבות מרן, הכי נקטינן להלכה ולמעשה.

(יביע אומר חושן משפט סימן ד)

ו. קים לי כנגד המנהג ופשטות הסוגיות

כאמור, הפוסקים נחלקו, האם יש להחזיק ממון ביד המוחזק משום קים לי, כנגד המנהג ופשטות הסוגיות. בשו"ת אהל יצחק לרבי יצחק חסיד משאלוניקי (סימן פט, תחילת דף קיג, א) הציע שיטה ממוצעת, שאמנם בסוגיות רגילות נחלקו האחרונים, האם אומרים קים לי כדעה מסוימת על אף שהסוגיות מורות שההלכה הפוכה, אבל כשיש מנהג קבוע לפסוק בדרך מסוימת כולם יודו שאינו יכול לומר קים לי נגד המנהג, ולכאורה לא ברור מה הסברה בזה. ואכן בשו"ת ידי דוד קאראסו (אף הוא משאלוניקי; סוף סימן קמב, תשובה שעוסקת בכללי הקים לי) ציטט את דבריו ודחה אותם מפני הסברה, והוסיף

¹¹ תשובת היביע אומר נכתבה בשנת תשי"ח, בעת ששימש כדיין בבית הדין הרבני בפתח תקוה, והוא בן ל"ז שנים, ערב מינויו לבית הדין האזורי בירושלים (הרב עוזיאל כבר לא היה בין החיים, והרב הרצוג נפטר שנה לאחר מכן).

שלפירוש הרמב"ם (סנהדרין ו, ב) והסמ"ג (עשה צז) טעות בשיקול הדעת שהגדירו חכמים כפסק שכנגד פשטות הסוגיות היא טעות שפוסק הדיין נגד המנהג, "שפֿשט המעשה כדברי האחד", וכך פסק בשולחן ערוך (חושן משפט כה, ב). ואף בדברי המהרש"ך הדברים ברורים:

שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא, אפילו נגד הרוב, משום דקי"ל כשמואל (בבא קמא כז, ב) שאין הולכין בממון אחר הרוב, ואין לנו להכריח בסברת הפוסקים הקדומים, ולעמוד עליהם לראות על מי ראוי לסמוך יותר ואף על פי שיאמרו החולקים שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם.

(מהרש"ך א, ה)

ויש להסביר את סברת רבי יצחק חסיד, שחילק שאין לומר קים לי כנגד מנהג, ומאידך אפשר לומר קים לי כנגד פשטות הסוגיות שמכריעה כדעת החולקים. יסוד החילוק תלוי בשאלה האם המחלוקת הוכרעה באופן מוחלט, כך שאין משמעות לדעה הדחויה או שעדיין הדעה הדחויה נחשבת להלכה (על אף שלכתחילה אין להורות כמותה בפועל). המנהג מכריע את ההלכה באופן גמור, שכך עושים ואין לערער על כך, ואילו סוגייה אינה מכריעה את ההלכה באופן גמור כי אם משאירה את הדעה הדחויה במקומה.

למעשה, ישנם פוסקים שכתבו שאין לומר קים לי כנגד המנהג ופשטות הסוגיות (ראה מה שהביא ביביע אומר ג, ד בשם פני משה א, יב ובדרכי נועם חושן משפט לא ועוד). בשו"ת מוצל מאש (סימן כג; לרבי יעקב אלפנדרי מחכמי טורקיה לפני כשלוש מאות שנה) הסתפק האם אפשר לומר קים לי כנגד המנהג, וסיים שלא מצא דבר בנוגע לשאלה זו¹². הגרע"י הביא את המחלוקת וסיים "דחזינן לכל רבני האחרונים משתמשים בכלל הקים לי אף במקום דלא נהיגי כן" (כנסת הגדולה כה; מטה שמעון; דבר משה ב, קו הביא סמוכות מהמהרש"ך א, ז).

¹² הרב אלפנדרי דן בקניין שלא בפני המקבל, שיש מי שאומר שאינו מועיל, אך הוא נדחה מדברי התוספות (קידושין כו, ב ד"ה ה"ג) והרא"ש וכמותם נוהגים למעשה, וזה לשונו: "דלמא יכול המוחזק לומר קים לי כמאן דסבירא ליה דלא מהני שלא בפניו, אלא שאני מסתפק אם כמו שאנו אומרים שאין לומר מיגו במקום מנהג, אם גם קים לי לא אמרינן במקום מנהג". וצריך בירור מה הדמיון לשאלת המיגו, הרי בטענת קים לי השאלה היא האם יש משמעות הלכתית לדעות יחידאיות או שאינן נהוגות בקרב העם והדיינים, ואילו המיגו הוא כוח של נאמנות לבעל הדין שיכול היה לטעון טובה שהיה זוכה על ידה, ואם יש סתירה למציאות של מנהג יש חסרון בנאמנות (ראה בהפלאה כתובות טו ובדברי תלמידו החתם סופר בחידושי שם שביארו וביררו כללי מיגו במקום מנהג).

ז. קים לי כנגד דעת מרן והמרא דאתרא

על אף שהגרע"י הניף בדבריו את "דגל הקים לי", הוא הביא בכמה תשובות (ח, א, ז, ב ועוד) בשם אחרונים רבים שבמקומות שהולכים אחר פסיקותיו של השולחן ערוך, אינם רשאים להחזיק ממון על פי דעת פוסקים החולקים על השולחן ערוך, שכן קיבלו את פסיקות השולחן ערוך באופן גמור ומוחלט, ככל אשר יורה. יסוד לכך נמצא בבדק הבית (בית יוסף חושן משפט כה) שהביא את דברי הרא"ש (סנהדרין ד, סוף ו) שכדי להוציא ממון כשיש מחלוקת הפוסקים צריך להביא ראיה ולהכריע (על פי בבא בתרא לב, ב), וכתב בבדק הבית שבמקומות "גלילותינו" מנהג הדיינים הפשוט לפסוק ולהוציא ממון על פי דעת הרמב"ם, הגם שיש חולקים על דעתו. ועם זאת, העיר שישנם דינים מסוימים שלא ירדו בהם לסוף דעתו של הרמב"ם, וכיוון שדבריו קשים להבנה לא דנים על פיהם.

כיוצא בזה כתבו כמה פוסקים לגבי פסיקות הרמ"א לבני אשכנז היוצאים ביד רמ"א, וכך עולה מקונטרס הספקות (כלל ו, סוף אות ו, "מטעם קבלה נהגו ביה לפי שאנחנו נגררין אחר הכרעת רמ"א") והחוות יאיר (בהשמטות שבסוף הספר, הובא בפתחי תשובה כה, ב)¹³, אלא שהאחרון סייג זאת שההכרעה המחייבת היא תלויה ועומדת לפי פסקי האחרונים, סמ"ע וש"ך, ובעיקר התקבלו פסקי הש"ך כמכריעים.

הגרע"י (יביע אומר ג, ד) כתב שניתן לומר קים לי כדעת הרמב"ם אף שהשולחן ערוך פסק כנגדו, "הואיל וגם הרמב"ם הוא מאריה דאתרוותא אליין"¹⁴, כלומר יש לבני ארץ ישראל וגלילותיה שני "רבנים" שאחריהם הולכים: שולחן ערוך והרמב"ם, ושנה דבריו (יביע אומר ח, סימן א, אות ג), אך העיר שאם הדיין הוציא ממון על פי דעת השולחן ערוך שלא כרמב"ם, יש לו על מה לסמוך¹⁵.

¹³ ובמנחת יצחק (ו, קע, אות כה) העיר בזה הלשון: "ובכמה בעלי תשובות מפוסקים האחרונים מצינו טענת קים לי אף כנגד הכרעת הרמ"א, ואיני מופנה לחפש אחריהם כעת".

¹⁴ ושוב ראיתי בדברי שיירי כנסת הגדולה (הגהות טור אורח חיים קכח, ה) בעניין עיתוי ברכת הכהנים, שהמנהג הפשוט הוא כרמב"ם ולא כדעת הבית יוסף, וכתב: "דאפילו בארץ המערב דאתריה דרבינו בית יוסף הוא נוהגים כהרמב"ם ז"ל. ואפשר דראו לנהוג כהרמב"ם דאתריה דמר הוא אף על פי דאתריה דר' בית יוסף הוא [...] על פי סברת הרמב"ם ז"ל אחרון הגאונים". וכך כתב מעצמו בשו"ת פעולת צדיק (ב, רנא) עיינו שם שהביא גם את שיירי כנסת הגדולה.

וראה דברי הבית יוסף עצמו בשו"ת אבקת רוכל (קמ): "ואפילו שיהיו החולקים עליו [הרמב"ם – ג.מ.] רבים כבר קבלוהו עליהם, וכל שכן דלא מפקינן ממונא שלא מדעתו, ותו מצי למימר קים לי כפלוני". ומשמע מדבריו שיש שתי סיבות מצטרפות: 1. קיבלו את דברי הרמב"ם כפוסק, ובכלל זה שלא מוציאים ממון שלא מדעת הרמב"ם. 2. גם ללא דברי הרמב"ם, היה צריך לחשוש לדעה זו ככללי קים לי.

¹⁵ והרדב"ז (ב, תתכה) כתב שבמצרים וסביבותיה וארץ תימן דנים על פי דברי הרמב"ם, ושום בעל דין אינו יכול לומר קים לי נגד הרמב"ם, וכן כתב בתשובה נוספת (א, רפא) שבמקומו של הרמב"ם "הוי כאילו קיבלוהו עליהם", ואין לומר קים לי כנגדו. וסייג נוסף כתב ככלל, שאין לומר קים לי כדעת קדמון, שכן הבתראה ראה

בשו"ת שבות יעקב (חלק ב, כללי קים לי אות ה וביאורים טז) תמה על ההלכה שאין לומר קים לי כנגד המרא דאתרא, שכן יש כלל בדינו שאין מוציאים ממון מן המוחזק אלא אם כן יש הכרעה ברורה, והוסיף שזה דבר מחודש שכתבו הכנסת הגדולה והרדב"ז "ולא נזכרה בשום פוסק". בתשובה נוספת ביביע אומר (ז, ב אות ב) העיר על דבריו שהם נסתרים מהבית יוסף בבדק הבית הנ"ל. יסוד העניין הוא שקבלת פוסק כמרא דאתרא משמעותה כמחייבת ומכריעה את ההלכה באופן ודאי ובלתי מעורער. וכך עולה מדברי החוות יאיר (שם) שכל נטייה מהפסיקה המקובלת באופן גורף כפוסק פלוני או אלמוני הינה טעות בדבר משנה!

ונראה שהשבות יעקב הבין שקבלת מרא דאתרא אינה אלא נטייה לדבריו לקיימם, אך אין בהם משום ראייה מכריעה שכדבריו הדין הודאי אף להוציא ממון במקום מחלוקת. וכך עולה מדברי החזון איש (מעשרות יג, א) שקבלת פסקי מרן והרמ"א אינם בתורת ודאי אלא כאשר הדבר שקול ואין עליהם מחלוקת.

ולפי הגרע"י הלכות מרן מקובלות עלינו כהלכה מוכרעת ללא ספקות. אך צריך ביאור, שכן במקום אחר כתב הגרע"י (חזון עובדיה שבת ד, עמוד שצז) שקבלת פסקי מרן עלינו הינה בתורת ספק (ובהמשך נדון עוד בדבריו אלו), וצריך לומר שכיוון שאי אפשר לנטות בכל מחלוקת בממונות להעמיד ממון בחזקתו ובית דין יסתלק מהכרעה (כפי שהעיר התומים שהובא בפתיחה שאם כן תמצא תורתנו הפקר), קיבלו עליהם את פסקיו כהלכה גם להוציא ממון, הגם שבענייני אורח חיים ויורה דעה אינם מכריעים לגמרי כמסמרות נטועים (לגבי ספקות).

ח. סייגים בקים לי כפסק מרן

על פי יסוד זה, שקבלת פסקי השולחן ערוך מחייבת כל כך שאין לטעון כנגדה, דנו הפוסקים הספרדים ההולכים אחר פסיקות השולחן ערוך, בכמה אופנים, האם גם בהם אין לומר קים לי כנגד דעתו.

1. השולחן ערוך כתב סתם ויש אומרים, האם אפשר לומר קים לי כדעה המובאת ביש אומרים.

את דבריו וחלק עליו(וכן כתב עוד בחלק א, תקלט). וביביע אומר (ז, ב אות ב) הביא דיון במשמעות דברי הרדב"ז שכן בסימן תלג נראה שדעתו שאפשר לומר קים לי כנגד דעת המרא דאתרא, ומסקנתו היא שהעיקר שאינו יכול לטעון נגד המרא דאתרא, ומה שכתב בסימן תלג שיכול לטעון הוא משום ששם חלקו על הרמב"ם: רב האי גאון ("אביהם של כל בני גולה"), הראב"ד בשם גאון והר"ן.

קים לי

בכנסת הגדולה בהגהות הטור לחושן משפט (קצה, כח) כתב שבאופן עקרוני נוקטים להלכה כדעה שהובאה בסתם, והשולחן ערוך הביא את הדעה הנוספת בענייני ממונות, כדי שיוכל המוחזק לטעון קים לי, ולא יוציאו ממנו ממון, וכן כתב הבן איש חי בשו"ת רב פעלים (ב, ג)¹⁶. וכתב הגרע"י להלכה בסוף תשובתו (ח, א), שכיוון שהלכה כסתם, וזו דעת מרן למעשה, באופן פשוט אין לומר קים לי להחזיק ממון על פי דעת היש אומרים, אך סוף סוף לא יצא דבר זה מכדי מחלוקת ולכן "ראוי להטיל ביניהם פשרה הקרובה לדין".

2. השולחן ערוך כתב יש אומרים ויש אומרים, האם אפשר לומר קים לי כדעה הראשונה.

דיון זה נסוב על הפסיקה העקרונית, במקום שהשולחן ערוך מביא מחלוקת בדרך זו "יש אומרים" ו"יש אומרים", מה כוונתו לפסוק? כמה אחרונים נקטו שהלכה כדעת היש אומרים השני¹⁷, אך יש לקביעה זו סתירות מכמה מקומות בשולחן ערוך (ראה שערי עזרה טראב אורח חיים יב דף יא, סוף עמוד ב), ועל כן יש שביארו שכוונת השולחן ערוך לומר שהדבר ספק בידו, ולא הכריע בין השיטות המובאות, וכך כתבו כנסת הגדולה בהגהות הטור לאבן העזר (קיא, ט), גינת ורדים (חושן משפט א, סימן ב) ועבודת הגרשוני (אשכנזי; סימן מט).

גם לשיטת הסוברים שהלכה כ"יש אומרים" השני, צריך להבין, אם כוונתו לפסוק כך, מדוע השולחן ערוך הזכיר את שתי הדעות? ואפשר לומר שהביאם כדי לחלוק כבוד לדעה זו שאינה דחוייה לגמרי, וכן שבשעת הצורך אפשר לסמוך עליה, וכך כתב לעניינינו הגרע"י ביביע אומר (ח, א), בשם רבי יוסף ברדוגו (שו"ת דברי יוסף דף שלא ע"ב) שהמוחזק בממון יכול לומר קים לי כדעת יש אומרים, אלא אם כן השולחן ערוך הוסיף באופן מפורש שנוקטים להלכה כאחת השיטות. אולם הרב שלום משאש (תבואות שמש חושן משפט נב, ח) הביא מרבי יעקב בן צור שאחר

¹⁶ הרב פעלים קיבל אמנם את מסורת הפסיקה שאין לומר קים לי כנגד דעת מרן, אך סבר שאין להרחיב את הכלל גם לאופנים שהשולחן ערוך הביא שתי דעות (לדעתו מה שמוציאים ממון על פי השולחן ערוך גם במקום מחלוקת הוא חידוש, שכן "מעיקר הדין ע"פ דין תורה אין מוציאין ממון, אלא ע"פ דבר ברור לכולי עלמא"). וכמו כן דעתו לגבי היחס הכללי שהלכה כסתם כנגד יש אומרים אינה כדעת הגרע"י, אלא גם בדיני איסור והיתור יש להחמיר לכתחילה כדעת היש אומרים.

¹⁷ וראה בשו"ת ישמח לב (חושן משפט ב, דף כא עמודה ג) שברך כלל יש ללכת אחר ה"יש אומרים" השני, אך אם רבי יוסף קארו גילה דעתו בשאר החיבורים שהלכה כדעה הראשונה, יש לפסוק כמותה, ואין כאן המקום להאריך בכללים אלו.

כללי הפסיקה בספר השולחן ערוך אין לערער ולומר קים לי כדעת היש אומרים הראשון.

3. השולחן ערוך לא גילה דעתו בספרו, אלא בספריו האחרים, כגון בית יוסף או בתשובותיו (דן בזה הגרע"י ביביע אומר ט, א). הפוסקים הספרדים ההולכים אחר פסיקות השולחן ערוך, עסקו בשאלה יסודית, האם קיבלנו על עצמנו את רבי יוסף קארו כרב מובהק שכלל היוצא מפיו נעשה, או שקיבלנו על עצמנו את החיבור הקרוי "שולחן ערוך". ורבי אהרן עזריאל בשו"ת כפי אהרן (א, אבן העזר ט) כתב ש"הלכה זו רופפת" בידיהם, האם הקבלה כוללת גם להוראות מרן בתשובותיו. והביא מנהג מקומות מסוימים שקיבלו על עצמם את הוראות התשובות, אך ברב פעלים (ב, ב) ערער על שמועה זו שאין לה בית אב אלא שמעה מארחי ופרחי, וכן תמה בשו"ת ישמח לב (חושן משפט סוף סימן ו).

החיד"א (חיים שאל א, עא אות יא) כתב מצד אחד שדברי התשובות עדיפים מהפוסקים בשולחן ערוך, כיוון שהחיבור שולחן ערוך הוא כללי, ואילו התשובות הינן הלכה פסוקה למעשים שהיו "ועדיפי"¹⁸. ומאידך כתב בהשמטות שבסוף הספר: "יש לצרד שדוקא דיני השולחן ערוך קיבלנו".

ואכן הראשונים לציון נחלקו ביסוד קבלת פסקי מרן: בספר שער המי"ם (לרבי משה יוסף מיוחס, ראשון לציון בשנת ה'תקסב – 1802) כתב שאפשר לומר קים לי נגד דברי מרן בתשובה, וזה לשונו:

שמעתי כי לא תפסו לפסוק כמרן אלא בשולחן ערוך, שהביא הסברות בפירוש ורבו גדולי המורים שהסכימו על ספרו, אמנם בפסקים דיני מרן הוא כמו דיני הפוסקים שבזמנינו [...] מצי למימר קם לי.

(ספר שער המי"ם לרבי משה יוסף מיוחס)

כלומר, קבלת הציבור אינה מתייחסת לגברא (רבי יוסף קארו) אלא לחפצא (ספר השולחן ערוך שהסכימו לו ברבות הלימוד בו וההכרעה על פיו), וכך הביאו גם בשם

¹⁸ ובאופן דומה כתב רבי חיים פלאגי בספר כל החיים (מערכת מ אות נז; ויש לתקן ביביע אומר שהפנה למערכת ז) שהכתוב בתשובות עיקרי יותר שכן שם דקדק יותר להלכה ולמעשה, והביא את הדיון והמחלוקת לגבי פסקי הרא"ש כאשר סותרים את דבריו בתשובות, אולם הסביר שיש חילוק בין חיבורי הרא"ש (פוסקים ושו"ת) ובין חיבורי מרן ר' יוסף קארו (בית יוסף ושו"ת), שהרא"ש כתב את חיבורו כהלכה פסוקה מתחת ידו ולכן יש להכריע כפוסקים, "אורייתא דיליה שחיברו בכונה מכוונת לברר הדינים לפי מה שהוא הלכה פסוקה", מה שאין כן בבית יוסף שמרן "בא להביא כל הסברות ובדרך שקלא וטריא" ולכן התשובות למעשה עדיפות. ובשו"ת בעי חיי לבעל כנסת הגדולה (עג) כתב שהתשובות עדיפות על הבית יוסף מסיבה אחרת: בחיבור הבית יוסף, היה "טרוד בפירוש דברי הטור ולאסוף כל הסברות" ואילו בתשובות דקדק יותר. כלומר, בחיבור גדול ומקיף יש השקעה באיסוף וביאור שנוטלים את חלקם מיכולת הברור והדיק.

קים לי

הראשון לציון (משנת ה'תקפד – 1824) רבי שלמה משה סווין שנתייחד השולחן ערוך שקיבלנוהו משום שהסכימו עליו מאתיים רבנים (על פי מה שכתב החיד"א בברכי יוסף כה, אות כט)¹⁹. וכך היא הכרעת הגרע"י בסוף תשובתו (ח, א). אולם אחרונים רבים כתבו שקיבלנו עלינו את מרן רבי יוסף קארו כרב פוסק ובלעדו, כגון הראשון לציון (משנת ה'תקעח – 1818) רבי יוסף חזן סבו של רבי חיים פלאגי (חקרי לב חושן משפט ד), ולכן אין שום סברה לחלק בין דבריו שבתשובות ובין דבריו שבשולחן ערוך, וגם אין צורך ב"קבלה מחדש" של כתבים אלו, כי מראש מקדם הקבלה הייתה של מרן רבי יוסף קארו על כל דבריו, וזאת שלא כפי העולה מתשובת הבן איש חי (רב פעלים ב, ב) שכתב בעניינינו "מי יוכל לעשות קבלה מחדש, מאחר שמעיקר דין תורה אין מוציאים ממון מן המוחזק בדבר שיש בו פלוגתא דרבוותא".

ט. דין בין אשכנזי וספרדי

דיון נוסף בפוסקים האחרונים נסוב על המציאות הרווחת של חיים מעורבים של אשכנזים וספרדים, שכל אחד נושא מסורת פסיקה שונה מחברו. מקרה אפשרי הוא, שהתובע אשכנזי והנתבע ספרדי בנידון שמרן השולחן ערוך מחייב את הנידון בתשלומים והרמ"א פוטרו, האם יכול הנתבע הספרדי לטעון בפני התובע "קים לי כדעת הרמ"א, מרא דאתרך"?

כאמור לעיל מדברי הפוסקים, יסוד טענת קים לי נובע מהכלל ש"המוציא מחברו עליו הראיה", וכשיש מחלוקת הפוסקים אי אפשר להוציא ממון. באופן כללי נתבע ספרדי אינו יכול לטעון "קים לי" כדעת הרמ"א שחולק על השולחן ערוך, כיוון שלשיטתו הדין פסוק ומוכרע כדעת השולחן ערוך ללא עוררים (שכך קיבלו על עצמם קהילות הספרדים כמבואר לעיל). אולם במקרה שהתובע אשכנזי, לכאורה בית הדין צריכים לפסוק גם עבורו כהלכותיו, על פי הרמ"א, ולא להוציא ממון, שלא יהיה גזל בידו. אפשרות מתקבלת על הדעת היא לדרוש על פי מקום בית הדין והנהגת הפסיקה שלו.

בסוגייה זו עסק הגינת ורדים (חושן משפט ה, יז) במקרה שבית הדין ומקומו פוסקים על פי הרמ"א, ובא לפנייהם נתבע ספרדי שרוצה להפטר בטענת קים לי כמרן. הגינת ורדים

¹⁹ והגרע"י הרחיב בדיון האם הראשון לציון סווין חזר בו מכך או לא.

כתב, שהנתבע בא ממקום שכללי הפסיקה שונים, ולכן יש לדונו כמקומו, "דסוגיין דעלמא התובע הולך אחר הנתבע וכיון שכן ראויים לדון את הנתבע כמנהג מקומו".

אולם, בגינת ורדים (בסימן הקודם, טז) הביא את דעת המהר"א יצחקי שאין לומר "קים לי" כדעת השולחן ערוך במקום שנהוגים פסקי הרמ"א, שכן הולכים אחר מקום בית הדין, ובארץ ישראל אין לומר קים לי כנגד מרן. וכן הביא החיד"א בברכי יוסף (חושן משפט ג, ג)²⁰ מחכם בשם הרב משה סרגוסי²¹ שהולכים אחר מקום בית הדין. מדבריהם ניכר היסוד שהתבאר לעיל ש"קים לי" אינו במישור הטענות של הצדדים, אלא מצידו של בית הדין שאינו יכול להכריע ולהוציא ממון במחלוקת הפוסקים.

אולם החיד"א ורבותיו הכריעו כגינת ורדים שהנתבע זכאי לטענת קים לי כמרא דאתריה. וצריך לומר שגם בית הדין הינו שלוחם של בעלי הדין לפסוק להם דין על פי מנהגם והפוסקים המקובלים להם.

במקרה שבית הדין פוסק על פי השולחן ערוך, כמנהג המקום, והנתבע הספרדי רוצה לטעון קים לי כדעת הפוסק של התובע (הרמ"א), האחרונים נחלקו כיצד צריך לפעול. אפשר לומר שהנתבע זכאי לטעון קים לי משתי סיבות:

א. מצד התובע – יש כאן אבסורד שאם היו הצדדים מתהפכים היה יכול לטעון קים לי, ואילו עכשיו שכנגדו אינו יכול לטעון? (על פי מהרי"ט אלגאזי בשו"ת שמחת יום טוב סימן ל, דף קיג, ב).

²⁰ זה לשונו:

ולפי קוצר דעתי דבריו טובים ונכוחים, ומסתייעא מילתיה מדברי גדול המורים הרדב"ז שכתב דיכול הבעל דין לומר לא צייתנא אלא למנהג מקומי[...] ומשמע מדברי מהר"ם סארגוסי הנז' דדעתו כדעת מהר"א יצחקי, דאין הנתבע יכול לטעון קים לי, מאחר דבמקום התובע לא נהיגי לומר קים לי. ולפי קוצר דעתי דעיקר כדעת מהר"א הלוי [בעל הגינת ורדים – ג.מ], וכמו שהבאתי ראיה מתשובת הרדב"ז הנזכר [...].

ועוד נראה להביא ראיה מתשובת הר"ן סימן ס"ב, דנשאל באשה שטוענת מאיס עלי ושאלה אשה לכוף לבעל לגרשה כדעת הרמב"ם, וירב בה הבעל שהיא סברת יחיד, אף היא תשיב אמריה דכדאי הרמב"ם לסמוך עליו בבעל זכור מאיסותא, כל שכן דתקנת עירה להתנהג על פי הרמב"ם, ובעלה וטוען שהוא אינו דר בעיר הנז' ואינו נכלל בתקנותיה וכו'. והשיב הר"ן וז"ל, אם נתקדשה ברצון שנוכף את בעלה לגרש מפני שאומרת מאיס עלי וכדעת הרמב"ם וכו', מיראי הוראה אני, לפי שראובן הנזכר בשעה שקידש לא היה מאנשי אותה העיר, והרשות היה בידו להוציא את אשתו מעיר לעיר, ולפיכך אין כח ביד אנשי אותה העיר לכופו להתנהג בתקנותיהם. עכ"ל. אתה הרתא לדעת דסברת הר"ן דאף דהבעל הנתבע הנה זה עומד בעיר אשתו, ומנהג עירה לכוף באומרת מאיס עלי, אין כח באנשי העיר לכופו [...].

²¹ נכד המהריק"ש מאימו, על פי ספר קורא הדורות (לרבי דוד קונפורטי) דף נב, א.

קים לי

עוד יש לומר שהתובע אינו יכול להוציא ממון, שלפי מקומו ומנהגו (כרמ"א) אינו זכאי בו, שכן זהו גזל בידו, אולם זו לא טענה, שאם כך גם הנתבע אינו יכול להחזיק את הממון ברשותו שכן לפי מקומו ומנהגו (כשולחן ערוך) אינו זכאי בו, ואם כן לא יצאנו מידי קושי ויצטרכו שניהם להסתלק מהממון או לעשות פשרה מוסכמת!

בשבות יעקב (א, נא) ביאר שבטענת קים לי לא מתייחסים לחששות של החזקת ממון בגזל, שלא כדין, כיוון שזה ב"שב ואל תעשה" ובמחלוקת הפוסקים עדיף להשאיר את המצב כמות שהוא, ולפי זה יישב הגרע"י (יביע אומר ז, חושן משפט ב) גם במקרה של מחלוקת השולחן ערוך והרמ"א והתובע והנתבע מעדות שונות, "דשב ואל תעשה עדיף".

ונראה שזה תלוי במחלוקת היסודית שהבאנו לעיל (על פי החוות יאיר לעומת השבות יעקב), האם כשקיבלו עליהם פסקי המרא דאתרא, מרן או רמ"א, קיבלו זאת בתורת ודאי שכך ההלכה, וכל הסר ממנה הרי הוא טועה בדבר משנה, או לא. אם קבלת פסקי השולחן ערוך (או פוסק אחר) הינם בוודאות, שכך היא התורה אשר שם משה, לא ייתכן לומר שהספרדי יחזיק את הממון אצלו בתורת "שב ואל תעשה עדיף", שכן זו הנהגה מנוגדת להלכה, ולפי זה נראה שיש לשניהם להסתלק או לעשות פשרה.

ולאידך גיסא אם הנהגת המרא דאתרא אינה אלא נטייה מתורת ספק (שיטת השבות יעקב), מובן שנחשוש לדעות החולקים ונעמיד את הממון בחזקתו, ודברי השבות יעקב מתאימים בשני המקומות. ואכן הגרע"י במקום אחר (חזון עובדיה שבת ד, עמוד שצז) דן בקבלת פסקי מרן ושם נקט אף לגבי הספרדים הנוהרים אחר דברי מרן השולחן ערוך, פסיקות מרן אינן ודאיות אלא קיבלנו לקיים את דבריו מתורת ספק (ומסיבה זו דנים ספק ספיקא ומתירים אפילו נגד דעת מרן), וזאת בהתאם לדבריו ביביע אומר (ז, ב אות ד) שלא מוציאים ממון מספרדי לאשכנזי על פי דעת השולחן ערוך שכן "שב ואל תעשה עדיף".

ב. מצד הנתבע – קשה לומר שקבלת פסקי מרן מראש מקדם הייתה כוללנית כזו שגם אם יבוא בעל דין שמנהגיו שונים, כדעת האשכנזים החולקים, יוציא את ממונו. וכן הביא הגרע"י בשם אורח משפט (כללי קים לי לסימן כה, אות יד): "לא תיקנו שיבואו זרים ויאכלו חלקם של בני ארץ ישראל"²². ודברים דומים כתב רבי אליהו ילוז (יש מאין חושן

²² לא מצאתי בפנים.

משפט יג): "דלא קבילו עלייהו דעת מרן רק כשיהיו התובע והנתבע שוים בדינם [...] שלא יהיה עלוב תמיד".

י. "אילו שמיע להו הוו הדרי"

ישנם דינים רבים בארבעת חלקי השולחן ערוך, שמבוססים על דברי הראשונים שראה המחבר, אך במשך השנים התגלו לפנינו כתבי ראשונים רבים ונוספים, תשובות וחיבורים, וכן נוסחאות מדויקות יותר מכתבי היד שמהם עולה מחלוקת בדינים אלו. ונשאלה השאלה בפני הפוסקים האם אפשר להתלות בכתבים שהתגלו, או שמא דבריו של השולחן ערוך חתומים בטבעת המלך והלכה כמותו.

הרמ"א (כה, ב) פסק על פי המהרי"ק, שבהגלות חיבורים חדשים, מתקבלת הטענה ש"אילו שמיע להו הוו הדרי בהו". והאחרונים נקטו סברה זו בפסיקה בכמה וכמה מקומות²³. על פי דרך זו יש שביטלו מנהגים רווחים, לאור הכרת דברי הראשונים שלא היו ידועים ומודפסים: "יש מנהגים שנהגו מחמת שלא נגלה בימיהם סברות הפוסקים, אבל בימינו שזכינו שנדפסו תורתן של ראשונים [...] אין בזה לומר שנתחשב במה שנהגו מנהג, דאילו היה נראה להם לא היו נוהגים" (בעל החקרי לב, בתשובה לנכדו רבי חיים פלאג'י בשו"ת לב חיים ב, קכה דף צב ד"ה הא²⁴).

בהקשר זה מצטטים רבות דברי החזון איש (מועד סז, יב) שבאופן שיטתי אין לסמוך על דברי ראשונים שנתגלו ולא היו לעיני גדולי הדורות שעברו, משום שהפסקת המסורת והעיסוק בדברים אלו מעורר ספק לגבי נאמנות הנוסח ודיוק העתקת הדברים. כנגד פקפוק כוללני כזה בכתבי ראשונים המתגלים, ללא הבחנה בין מקרה למקרה, רואים מדברי אחרונים רבים²⁵, שנכונה הטענה, שגילוי כתבים חדשים משפיע על פסיקת ההלכה.

שיטה שלישית היא שאמנם יש להתחשב בגילויים חדשים, אך לגבי פסיקה כדעת השולחן ערוך אין לכך משמעות, כיוון שדרך הפסיקה של השולחן ערוך היא על פי הרי"ף והרמב"ם, והם ידעו את דעות הגאונים והסכימו או דחו אותם, די במה שהשולחן

²³ ראה מהרשד"ם (חושן משפט א) שהזכיר את דברי המהרי"ק על פסיקתו במקום אחר: "שאנו רואים שלא ראה לשון הר"מ ואחיו כנזכר לעיל, בודאי נוכל לומר בודאי דאילו ראה הדר ביה".

²⁴ ויש לתקן ביביע אומר שהפנה לסוף עמוד א ואינו.

²⁵ ראה ביביע אומר (י, א) שציטט הרבה אחרונים שכתבו בתשובותיהם ופסקיהם סברה זו ש"אילו שמיע להו הוו הדרי".

ערוך ראה וידע כדי לפסוק הלכה יציבה שלא תשתנה. כך כתב בשו"ת כפי אהרן (א), אבן העזר ט, דף צד עמודה ג), אך דבריו קשים, שכן ברור ופשוט לכל לומד הלכה שדרך הפסיקה של השולחן ערוך אינה בלעדית באופן מובהק אחרי הרי"ף והרמב"ם ויש התייחסות הלכתית ענפה ורחבה לראשונים רבים, וברור ששינוי משמעותי בדבריהם עלול להשפיע על המסקנות (ויש לדון כל מקרה לגופו).

הגרע"י (יביע אומר י, א) הביא בשו"ת כפי אהרן חזר בו מהקביעה הנ"ל, אך הזכיר את דברי הרב יעקב חיים סופר על פי מורו הגאון הרב בן ציון אבא שאול, שדברי מרן מקובלים להלכה באופן מוחלט כמות שהם, שכן "רוח ה' נוססה בו"²⁶, ואין מקום לשנות כלל מפסיקותיו. בהשקפה ראשונה דבריו אלו קשים להבנה, שכן "לא בשמים היא" ואין פוסקים הלכה ברוח הקודש אלא על פי חכמת התורה ושכלם של בני אדם, והגרע"י נקט לאידך גיסא, שמשום גדולתו וקדושתו של מרן, ודאי שהיה חוזר בו מפסקיו אם היה רואה את דברי הראשונים החולקים שאנו רואים והוא לא זכה לראותם, "שכל מגמתו היתה בפסקיו לשם שמים". אך נראה שגם זו טענה כוללנית שהיסוד לה מעורער למדי, מנין נדע שאילו מרן היה רואה היה חוזר בו? אולי היה עומד על דעתו ומתווכח לשם שמים (כפי שעשה לפעמים בבית יוסף), והיה מחזק את העמדה שכמותה פסק?

אלא שנראה, שכונת האור לציון מבוססת על ההבנה האמורה לעיל בשם כמה אחרונים שקבלת מרן השולחן ערוך לא הייתה כקבלת רב מרא דאתרא, שכלל היוצא מפיו יעשו ועל פיו יישק דבר, אלא שקהילות יוצאי ספרד, ארץ ישראל וגלילותיה וכו' קיבלו על עצמם את פסקי השולחן ערוך ככתבם וכלשונם בספרו, ואין לחשוש לכך שאולי מרן רבי יוסף קארו (הגברא) היה חוזר בו מפסקיו מסיבה זו או אחרת.

סיכום

נושא ה"קים לי" בדיני ממונות מסתעף לעניינים רבים והינו מעשי ביותר ומוזכר בתשובות ופסקים רבים של גדולי הדורות. כל תביעה ממונית שעניינה תלוי במחלוקת האם לחייב או לפטור, טעונה הכרעה האם לפטור את הנתבע משום "קים לי" כדעות הפוסקים המקלים. הפוסקים דנו בהיקף כלל זה, כגון האם פוטרים את הנתבע באופן שיש מיעוט פוסקים בלבד שעומדים לצידו (מחלוקת המהר"א ששון והש"ך הפוטרים לעומת התומים). מוסכם על כולם שדעת יחיד ממש כנגד שאר הפוסקים אינה מהווה עילה ל"קים לי".

²⁶ על פי ישעיה נט, יט ודברי התומים (הובאו לעיל) על פסקי השולחן ערוך והרמ"א שאין לסור מפסיקותיהם, משום ש"רוח ה' נוססה בקרבם" ודבריהם נכתבו בהשגחה עליונה.

שיטת רוב הפוסקים היא שבית הדין מעלה את שיטות הפוסטים על הפרק ודן בהן מעצמו, ללא שהנתבע ייטען את חפותו מחמת דעות אלו, ושורש הדבר הוא ש"המוציא מחברו עליו הראיה" ועד שאין הכרעה ברורה כמי הלכה, אין להוציא ממון מספק אלא להשאירו בחזקתו, וכפי שהסביר הרא"ש על פי הגמרא בבבא בתרא לב, ב (ויש סוברים שאם הנתבע אינו מוחזק אלא תפוס בממון הנתון למחלוקת, הוא צריך לטעון מעצמו שדעתו כפוסקים הפוסטים אותו). לאור זאת, בית הדין צריך להיות בקיא בשיטות הפוסקים המקובלים ולא להוציא ממון מספק שלא כדין, וכפי שהדגיש הגרע"י (יביע אומר הקדמה לחלק ג).

עוד נחלקו הפוסקים האם פוסטים את הנתבע מחשש לדעה מסוימת שהיא מנוגדת למנהג המקובל או מנוגדת לשיטת פוסק שקיבלו את פסיקותיו עליהם, כגון השולחן ערוך והרמב"ם בקרב הספרדים ועדות המזרח. שאלה זו תלויה בהבנה יסודית בהכרעת ההלכה כפסוקה ללא סייג, האם המנהג מכריע באופן ודאי, וכן מה תוקף קבלת חכם פלוני כפוסק, האם היא גורפת ללא עוררין או שמא בדיני ממונות חוששים לדעות הפוסטים. במקרים כאלו, שיש קבלה מוחלטת של פסיקת חכם פלוני כגון השולחן ערוך, יש מתלכטים עוד האם הקהילות קיבלו על עצמן את כל כתביו (שכן קיבלו את הגברא כרב שלהם), או רק את ספר השולחן ערוך (שקיבלו על עצמם את הספר ולא את הגברא). ואם אכן כל כתביו מקובלים עלינו, האם ישנה היחס כשנמצאים ומתגלים כתבי ראשונים שסותרים את דבריו, ונאמר "אילו שמיע ליה הוה הדר ביה". ומסתבר מאוד שקבלת השולחן ערוך מיוחסת לפסקי מרן באופן כללי ומפורזים גם בשו"ת שלו ושאר כתביו, וכן יש להיות זהירים בקביעה שהיה חוזר בו אם היה רואה גילויים אלו או אחרים מהראשונים.

נראה שטענת הקים לי היא מהיסודיות בדיונים ממוניים בבית הדין, אולם מאחר שבהמון הלכות יש מחלוקות ובמקרים רבים המחזק יוכל לטעון שיש פוסקים העומדים לזכותו, יש צורך להגביל את הכלל הזה (ואמנם בזמנינו מתנים את קבלת הדין בכך שרשאים בית הדין לפשור בין הצדדים גם שלא כדין ובכך לא תהיינה טענות "קים לי" כנגד הפסק, אך זהו פתרון עוקף שאינו עונה על הבעייתיות בדרכי הפסיקה). מסתבר הדבר שכאשר הדיינים יכולים להכריע מדעתם במחלוקת שהובאה לפנייהם, אינם צריכים להתחשב בדעות חולקות, אולם כשיש מחלוקת ראשונים ואין ביד הדיינים כלים להכריע בין "הרים גדולים" כאלו, מסתבר שדעות מקובלות שעל פיהם רגילים לפסוק בבית הדין, הן הלכה מוכרעת ויש להוציא ממון על פיה, למרות המחלוקת. ובדומה לכך במקום שקיבלו עליהם חכם ללכת אחר פסיקותיו, אין להתחשב בשאר הפוסקים אף בהוצאת ממון (וכפי שהתבאר בנידון קבלת פסקי השולחן ערוך).