

הגאון הרב משה זאב זארגער שליט"א  
מח"ס שו"ת "וישב משה", ומו"ץ ק"ק סאטמאר ירושלים.

## בדין קים לי

לכבוד הרב החו"ב טובא חכמתו נכרת מכתבו בנש"ק מה"ר אשר שפירא שליט"א  
מלומדי למד כולל חו"מ.

[יישר כח על הערותיו להגש"פ ועוד חזון למועד בעז"ה]  
ראיתי מכתבו בענין קים לי נגד השו"ע ואבאר קצת.

**א. בנידון אם מהני קים לי נגד השו"ע**  
הנה דן ע"ד המנח"י (ח"ב סו"ס ק"ע)  
בענין קים לי ותמה ע"ז.  
הם גדולי הפוסקים בחו"מ כידוע, אבל  
גם עיקר דבריו לא עמדת עליהם כלל.  
ונבאר:

**ב. מקור דין קים לי**  
והנה כדי להבין מה שנכתוב להלן  
נבאר מקור דיני קים לי בקצרה שהוא  
נובע משני מקומות.

א. המרדכי (פ"ד דכתובות) בפלוגתא  
רש"י ור"ת בנדוניית חתנים שמתה  
האשה, אם חוזר להאב או הבעל יורש  
אותה, שפסק המרדכי שהמוחזק יכול  
לומר קים לי כדעת המחזיק בידי, וכתב  
מהרי"ק (כלל קמ"ט) שביחיד נגד רבים  
אין אומרים קים לי, ודייקו מזה מהריב"ל  
ומהר"א ששון ועוד דדוקא ביחיד אבל  
בשני פוסקים נגד פוסקים רבים יכול  
לומר קים לי,

ב. קבלת הרא"ש (כלל ב') ממהר"ם,  
שבכל פלוגתא אין להוציא מיד המוחזק,

והנה דבריו ז"ל שם באו סתומים מאוד,  
עד שגם אני לא עמדתי עליהם, ומזמן  
מה ראיתי שלא יכולתי לעמוד על סוף  
דעתו בזה, ולא ידעתי למה כיון,  
והקוה"ם (כלל ו' סוף אות ו') כתב שאין  
יכולים לומר קים לי נגד השו"ע, והמנח"י  
דן שהוא רק בכלל שמועה, וכל סמיכתו  
הוא על הרדב"ז, אבל הרי הניח השבו"י  
זאת בצ"ע.

והוא תמוה, שגם אם נניח שהקוה"ם  
כתב זאת בכלל שמועה, הרי כן הוא  
דעת התומים (אות קכ"ה), וכתב שקיבל  
כן ממורים מומחים ומאבותיו הגאונים  
וכן ראה לכל הבי"ד נוהגים, וכן החו"י  
(השמטות בסוה"ס) כ"ב, והנה"מ (דיני  
קים לי אות כ') העתיק דברי החו"י  
להלכה בדבר פשוט, והתומים והנה"מ

\* נמסר למערכת ע"י השואל.

ויאמר הבע"ד קים לי כאותו פוסק וכו' זה טעם נכון לבטל פסק זה ושוב דן שלא אמרינן קים לי אלא באחד נגד אחד רק הדיין ס"ל כחד מינייהו אז יאמר תביא ראיה שאין הלכה כפלוגי וכו' אבל יחיד נגד רבים לא, שא"כ בטלת מ"ש בתורה אחרי רבים להטות, וג' שישבו בדין יאמר אחד קים לי כהפוסק וכו', ומ"ש המרדכי בנדונת התנים שיכול לומר קים לי כרש"י, הוא משום שפלוגתת ר"ת ורש"י הם יחיד נגד יחיד ורש"י יותר מפורסם מר"ת, וכ"ש שראבי"ה בשם ר"י הלבן ס"ל כך, לכן יכול לומר קים לי, ומה שדייק ממהרי"ק שכתב שאין אומרים קים לי כדברי היחיד, כיון שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, משמע שאם אינו יחיד לא יכול לומר קים לי, אע"ג שיש רבים כנגדם, הוא שגגה, שמה לי אחד נגד רבים ומה לי ב' נגד י' רק המעשה כך הי' וכו' ע"כ.

והנה מ"ש שקים לי הוא רק יחיד נגד יחיד, חלקו על זה כל הבאים אחריו, המהרי"ט והמהריב"ל ומהר"א ששון ושארית יוסף ועוד הרבה פוסקים (הביאם הש"ך בתק"כ סי' צ"ב ובכמ"ק) והגם שכולם לא הביאו דברי הרדב"ז, וגם התומים שהקשה טובא עליהם, לא ידע בדברי הרדב"ז שקדמו בעיקרי הסברות, ובאמת כמעט אין לדברי הרדב"ז ביאור, שהרי ביחיד נגד יחיד ובפרט לפימ"ש הוא שרש"י יותר מפורסם ור"י הלבן עמו, האם צריך לומר קים לי שלא להוציא ממנו, ואולי כונתו בביאור דברי המרדכי שגם אם

ולמדה מהא דגמ' ב"ב (דף ל"ב) בפלוגתת רבה ורב יוסף, דבמקום דקיימא ארעא תיקום, ודייקו הפוסקים שהרבנות בקבלה זו הוא, שגם במיעוט פוסקים אין להוציא מיד המוחזק, דאל"כ מאי קמ"ל.

וע"ז סובב הולך דעת הפוסקים הדוגלים בדגל הקים לי, והאריכו בזה בכנה"ג (סי' כ"ה) ובתקפו כהן להש"ך ובשבות יעקב (כללי קים לי שבסו"ב) ובתומים (קיצור ת"כ) ובגט פשוט (בכללים שבסו"ה"ס) ובברכי יוסף ובנתיבות המשפט (סי' כ"ה), הם האריכו בספרותם ובדיוניהם בהמון ספרי השו"ת קמאי ובתראי, שדנו בזה בענינים שונים, עד שילאה המעיין בדבריהם, למצוא פתח פתוח בזה.

### ג. דקיבלו עלייהו אי מהני

#### קים לי כנגדם

הרדב"ז (ח"ד סי' קט"ז) כתב שגם להמרדכי שדן קים לי, לא שייך אלא במקום שלא קיבלו עליהם לדון כפלוגי פוסק, או שלא נהגו לדון כאחד מהפוסקים, אבל אם נהגו לפסוק כדעת הרמב"ם כמקומו או כהרא"ש במקום השואל, לא מצי למימר קים לי, שהרי כל השטרות נכתבו לדעת אותו פוסק, שהרי אין להסופר לכתוב את השטר לדעת כל הפוסקים מפורסמים או בלתי מפורסמים, דאי לא תימא הכי "לא שבקית חיי לכל בריה" שאפילו חכם גדול לא ידע דעת כל הפוסקים, כי אפשר שיש פוסק אחד שהוא לא ראה,

והוא דבר חדש שלא נזכר בפוסק אחר ע"כ, ומבואר שרק על הדין האחרון שהוא אתרי' דמר הוא תמה, אבל על הדינים הקודמים הסכים להם שבפוסקים מפורסמים אין לומר קים לי.

והמנח"י שם דן, שהקוה"ם כתב בסו"ד שם שאין לומר קי"ל נגד השו"ע, שהוא ע"ד שהביא מהרדב"ז, וכונתו שהרדב"ז כתב שבמקום שנוהגים לפסוק כהרמב"ם או הרא"ש אין לומר קים כנגדם, והשבו"י כתב על הרדב"ז שצ"ע בדין זה, וביאר השבו"י שקשה הדבר שמשום שהוא אתרי' דמר נוציא ממון ביד המוחזק, והוא דבר חדש שלא הוזכר בפוסקים ע"כ, ומכ"ש שנוכל לומר כן בנוגע הכרעת הרמ"א נגד המחבר שכתב רק בלשון שמעתי וכו' ע"כ, אבל הרי לא השיג השבו"י כלל על דין מפורסמים כלל, וכמו שכתבנו.

והנה לא כתב השבו"י דוקא אם הם גדולים יותר, רק העיקר תלוי במפורסמים, והוא כמ"ש הרדב"ז גם על רש"י נגד ר"ת, והוא כמ"ש החזו"א באגרתו ובספרו כמ"פ, שאותם שבאו לנו דבריהם ברוב מקצועות התורה הם הגדולים יותר לדידן, והדברים האלו יש להם יסוד חזק, שהרי הראשונים נוהגים לפסוק כאמורא שבאו דבריו יותר בתלמוד, כמ"ש בכל ספרי הכללים שנחשב למאריה דשמעתתא טפוי, והכונה הוא שנחשב לנו כמו רבו וגדול יותר, וזה עיקר גם בדעת הפוסקים, ואם הדבר כן בפוסקים ראשונים, הרי

הדיין יכריע כר"ת מ"מ א"א להוציא, אבל זהו רק לפי דבריו שהוא מדמה פלוגתת הפוסקים לדיינים שיושבים בדין, אבל כ"כ להלן שאדרבא הדיין יוכל להכריע גם כמיעוט אם מסתבר טעמיהם בעיניו (ועי' היטב קוה"ם כלל ה' אות ג'), אבל אם אינו יכול להכריע לכאורה דעת המרדכי הוא שגם במיעוט נגד רוב יוכל לומר קים לי.

#### ד. קים לי נגד פוסקים מפורסמים

והרדב"ז (ח"ב סי' ס"ז) כתב שאינו יכול לומר קים לי נגד הפוסקים המפורסמים כהרי"ף והרמב"ם והרשב"א והרא"ש, ושם (ח"א סי' קפ"ב) כתב שאין מוציאים ממון חוץ מן הרוב שאנו רגילים לפסוק כמותם או יהיה אתרי' דמר אז מוציאים ממון ע"כ, והביאו הכנה"ג שם.

ולכן הכנה"ג (שם אות י' ואות י"ג) וממנו העתיק השבו"י (שם אות ה') לא העתיק מדבריו ענין יחיד נגד יחיד, רק אחר שהביא שבשנים יוכל לומר קים לי, הביא מדבריו אם לא שהחולקים הרבה מאוד, או שהם פוסקים גדולי ראשונים מפורסמים כגון הרי"ף והרא"ש והרמב"ם והרשב"א, או באתרי' של הפוסק עבדינן כוותי אפילו לאפוקי ממון ע"כ, וסיים השבו"י וצ"ע בדין זה ע"כ, וביאר דבריו בביאורים שקאי על הדין האחרון, אבל מ"ש שהחולקים הרבה מאוד מקורו הוא מתקפו כהן, ומ"ש גדולי פוסקים הוא מהרדב"ז, ומ"ש וצ"ע בדין זה הוא שקשה הדבר שבאתרי' דמר נוציא ממון מיד המוחזק במקום שיוכל לומר קים לי,

גלאנטי, כי בכל אר"י אין לומר קים לי נגד הרמב"ם והב"י וכו' אשר קיבלו עליהם ועל זרעם וכו' ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע וכו' ובזמנו חזרו גאוני צפת (שהוא בערך בשנות ש"ע ש"פ שהיו אז תלמידי מרן הב"י והאריז"ל אריות התורה כידוע) בחברת גאוני ירושלים וכו' שלא יאמר קים לי נגד אחד מהם ע"כ, והגו"ר (יו"ד כלל ג' סי' ט') צוח מאוד על הפר"ח שהשיג על הב"י שקיבלנו עליו דבריו בכ"מ, וציין להם בברכ"י ועוד ציין להפמט"א מטה יוסף ומשאת משה והקרובן אהרן ומהר"י פארני ועוד שכולם כתבו כן, ואין ספריהם תח"י כעת, והרי שכולם ס"ל דקבלה מילתא הוא, ובכל מקום שקיבלו עליהם דעת הפוסק הזה א"א לומר קי"ל נגדם גם להוציא ממונן, ולהלן נבאר מקור הדברים, ועכ"פ אין לפסוק נגד השו"ע וה"ה לדידן נגד הרמ"א, ודי בזה.

וכתב הברכ"י, שמעולם היה תמה מנ"ל להב"י להכריע כהרי"ף והרמב"ם והרא"ש, אבל שוב מצא להרדב"ן שכתב שכל הגלילות והם בני ספרד קיבלו עליהם כן, והביא מכמה גדולים כן יעו"ש, וא"כ נתברר לנו שכל הפוסקים ס"ל שקבלה זו הוא הכרעה נגד קים לי.

ובמנח"י שם תמה על השבו"י שהרי הב"י (סי' כ"ה בבדה"ב אות ה') כתב, שנתפשט בגלילותיהם לפסוק כהרמב"ם, אבל מצא בכנה"ג (שם אות ו') שכתב שהוא במקום הרמב"ם ואר"ן

הדברים ברורים שאין לנו מפורסמים וגדולים יותר מרבותינו הב"י והרמ"א, שעליהם כתב השלה"ק (שער האותיות) שהוא כמו שיצא בת קול שהלכה כב"ה, כן הלכה כהרמ"א בכל מקצועות התורה גם נגד מהרש"ל אפילו לקולא שכן נתפשטה בכל ארצותינו, והשלה"ק היה מתלמידיהם והיה אב"ד בקהילות הגדולות בכל מערב איירופא, וידע שכן קיבלו עליהם כל האשכנזים, ובכ"ע הרי הלכותיהם נתפשט בכל מקצועות התורה, וכמ"ש מהרש"י פאדווא בהספידו שמימי הרמב"ם והרא"ש לא קם מרביצי תורה כמותם בכל תפוצות ישראל, חוץ במקומות שהבאים אחריהם חלקו עליהם בראיות ברורות, והדברים ברורים.

#### ה. מביא הרבה פוסקים

##### דבקיבלו עליהו ל"מ קים לי

איברא שגם מ"ש השבו"י שמקום שקיבלו עליהם שלא יוכל לומר קי"ל נגדם, הוא מילתא חדתא, הוא, לפי שנעלם ממנו חבל פוסקים שכולם כתבו כהרדב"ן לגבי מקומות שנתפשט לפסוק כהרמב"ם, והביאם הברכ"י יוסף שם, אבל גם לענין השו"ע כבר הוחלט כן כמעט בימי הב"י, כמ"ש הראנ"ח (ח"א סי' ק"ט) וז"ל שם, הכרעת אחרונים מכרעת שלא לומר קים לי, כמ"ש המהר"ם אלשקר, וכ"ש הכרע הב"י אשר כבר פשטה וכו', וכבר נתקבל הרב עלינו במקומינו לרב ללכת אחרי הוראותיו וכו' ע"כ, וז"ל ההלק"ט (סי' קפ"ב) כך מקובלני ממורי מהר"ם

שהביא שם, יראה שברובם לא כתבו כן, וע"כ שכונתו לקושטא וסלוניקי, שהכנה"ג היה דר שם, והרי מהריב"ל שסמך עליו ותמה בסתירת דבריו, הרי רבו מהרי"ט (ח"א סי' קל"ב) הבין בדברי מהריב"ל שם, שגם שנים ושלושה פוסקים בטלים במיעוטם יעו"ש, וכ"ז צ"ע.

ועכ"פ הן מדבריו והן מדברי הברכ"י אנו למדים שברוב המקומות אין נוהגים קים לי נגד השו"ע והרמ"א, ומ"מ פשוט שיש אפשר בכל כה"ג וכמ"ש להלן.

ושפיר כתב מהר"ם בן חביב (בג"פ כלל ב') ע"ד הכנה"ג הנ"ל (שלענ"ד גם הכנה"ג לא כ"כ רק במקומו וכמ"ש) שהעיקר נראה, שבכ"מ שיש פלוגתת הפוסקים ורובא דמינכר מהמפורסמים הם מחייבים, אע"ג שיש מיעוט פוסקים הפוטרים, "אינו נכון וברור" לדון קים לי כיון שיש פלוגתא בזה אם כה"ג אומרים קים לי, ונכון הדבר לפשר כמ"ש כמה אחרונים וכו', והדברים עתיקים שלא כל הפוסקים שוים ולא כל המקומות שוים ע"כ, וכ"ז נעלם מהמנח"י לפי שעה, וכמדומני שלמעשה גם הוא ז"ל היה נוהג לפסוק בזה כהג"פ, כמו שידוע בכל שו"ת האחרונים ובתי דינים, ודי בזה.

ולמדנו עוד, שמש"ש המנח"י לגבי שטר עסקא, הרי בשטרות שנכתבו ונתפשטו לכתוב כן בלא"ה לא יוכל לומר קים לי, וכן בשטר צואות שנכתוב במקומינו עפי"ד הנח"ש והקישו"ע, פשוט שאין

המערב, אבל בקושטא וסלוניקי נתפשט המנהג לומר קים לי, וכן מתבאר מדברי רוב גדולי האחרונים כמו שיתבאר מתוך דבריהם וכו' עכ"ד הכנה"ג, וכתב המנח"י שצ"ב שאם כונתו לומר שטוענים קים לי במקום שלא נתפשט, הרי גם הבי" מודה, וע"כ שגם במקום שנתפשט לפסוק כרמב"ם אומרים קים לי וכו' ע"כ, אבל נראה פשוט שאין כונת הכנה"ג לחלוק על הבי" בזה, רק קושטא קאמר שבקושטא ועוד לא נתפשט מנהג זה, לכן חזר הדין לומר קים לי, והרי הכנה"ג עצמו (אותו אות שם) הביא דברי הרדב"ז הנ"ל שלא יכול לומר קים לי נגד הפוסקים המפורסמים, או שאנו רגילים לפסוק כמותם.

איברא שהכנה"ג (להלן אות י"ג) הביא דברי מהרש"ח שאפילו השנים קטנים בחכמה ומנין כערך שאר הפוסקים יוכל לומר קים לי כמותם, והתומת ישרים והרדב"ז, וגם רבו הרב המהרי"ט אמר לתלמידיו שאין לומר קים לי נגד הרי"ף והרמב"ם ורש"י תוס' ורמב"ן ורשב"א ורא"ש, גם מהריב"ל (ס"ב סי' י') כתב שבמקום שיש רובא דמינכר בחכמה ומנין לא יוכל לומר קים לי, ותמהני שהרי בס"א (סי' ע"ג פ"ד) כתב, שאם יהיו שני גדולי המורים בכף אחד וכל חכמי ישראל בכף שניה אין להוציא מיד המוחזק, והביא הרבה תשובות בזה, ומסיק שסוגיין דעלמא לומר המוחזק קי"ל בשני פוסקים הראויים לסמוך בהוראותיהם, אע"פ שכל חכמי ישראל יהיו כנגדם ע"כ, והמעין בשו"ת

לומר קים לי שא"כ לא שבקת חיי לכל בריה כמ"ש הרדב"ז וז"ב.

### ו. קים לי נגד הרמ"א

ומ"ש המנח"י שבכמה בעלי תשובות האחרונים מצאנו טענת קים לי נגד הרמ"א, נראה שהוא במקום שהמחבר או הסמ"ע והש"ך חולקים, אבל דבר שלא הובא בשו"ע ובנו"כ סביב השו"ע, רק הוא דעת רחוקה באחרונים לא נהגו לומר קים לי כמו שיתבאר, חוץ אם יש לומר גם בדעת השו"ע כן, אז מצרפים דעת שאר פוסקים שהובא בשו"ע, וכמו שיתבאר.

ומה שכתב שא"כ בטל דין הקים לי, שהרי דבר המבואר בשו"ע א"א לפסוק נגדו, ושאר דברים שנחלקו בפוסקים, למה צריך לבוא לדין קים לי, הרי בלא"ה אין להוציא מספק מיד המוחזק, לא ידענא מאי אמר, הרי באמת זהו טעם הדוגלים בקים לי שא"א להוציא מיד המוחזק, כמבואר בברכ"י (סי' כ"ה) מכל האחרונים, ובראשם בכנה"ג ובכללי הגט פשוט למהר"ם בן חביב, רק דוגלי הקים לי חידשו שאפילו אם דעת רוב הפוסקים הם לחייב את הנתבע, מ"מ סגי במיעוט הפוסקים לומר קים לי, כיון שאין חולכים בממון אחר הרוב נגד חזקת ממון, ובוה חילקו אם פוסק אחד או שנים או מפורסמים או אינם מפורסמים הם מהפוטרים או המחייבים, אם נחשבים למיעוט, והרבה האריכו בוה.

ז. שיטת הרד"ך דרך ברש"י אפשר לומר קי"ל, ולא נקטינן הכי

ומה שהביא המנח"י מדברי הרד"ך בפלוגתת רש"י ור"ת בנדונית התנים, שכתב המרדכי שאם תפס החתן יוכל לומר קים לי ברש"י, ומדלא כתב שבכל פלוגתא הממע"ה ש"מ שהגם שמסתבר כר"ת, מ"מ כיון שיש רש"י שאומר בהפך יוכל לתפוס, והנה חוץ מזה שהרד"ך כ"כ רק לצרף סברא זו, הוא תמוה, למה תפס כהרד"ך במקום שכמעט כולם חולקים עליו, וכבר הבאנו למעלה דברי הרדב"ז שכתב ממש להפך, והרי מההרי"ק (שורש צ"ד) מקור דוגלי הקי"ל, כתב להפך שאין לומר קים לי רק בנדונית התנים משום שמסתבר להמרדכי ברש"י, רק לא רצה לחלוק על ר"ת, והש"ך בתק"כ (סי' פ"ב) כתב שמהרי"ק לא כתב זאת רק לפלפולא, אבל להלכה העיקר כמהר"ם שהביא המרדכי שבכל פלוגתת הפוסקים אם תפס לא מפקינן מיני, והתומים שם השיג ע"ד הש"ך, וכתב שא"כ לכאורה לפימ"ש מהרי"ק עצמו שדעת הפוסקים להכריע כר"ת, ואדרבא מסתבר טעם ר"ת לא היה מועיל תפיסה, רק טעם הרמ"א שמועיל תפיסה בוה הוא משום שגם לר"ת הוא ספק, והב"ש (סי' נ"ב סק"ד) הביא ע"ד הרמ"א דברי הסמ"ע (סי' כ"ה) שהביא דברי מהרי"ק הנ"ל שא"א קים לי רק בנדונית התנים דמסתבר טעם רש"י, וע"ז הביא דברי המרדכי בשם מהר"ם, שבכל פלוגתא דרבוותא י"ל קים לי, אבל רק אם יש שני פוסקים דס"ל הכי, ובוה האריך שם

הוא ספק איסור שהוא ספק גזל ויש לחוש להוציא מיד המוחזק שלא להכשירו באיסור גזל, ולפי"ז לכאורה יש ליישב דעת הגאונים שפסקו כסומכוס שפסקו בכל תיקו שיחלוקו, (עי' בקונטרס הספקות ובספרי פיתוחי חותם כלל א' מ"ש ע"ז), שכיון שהוא ספק הדין, אין כאן חזקה שצריך לחוש כמו בכל ספק איסור, ואינו כמו ספק במציאות שטוען שהצדק עמו בהחלט וכן בספק במציאות, אבל יותר נראה שהוא דין תורה שאין להוציא שחזקת ממון אלים טובא, והוא שהתורה לא אסרה אלא לא תגזול כמו ויגזול החנית מיד המצרי שהוא הוציאו מידו ממש, אבל בכ"ע שאינו מוציאו מידו, כיון שהוא בחזקתו הוא שלו מדין תורה ונכבר האריכו בתק"כ ובש"ש ותומים ועוד בכ"ז, ולפי"מ"ש א"ש טובא, ובכנה"ג (שם אות י"ב) דן אם זכה בטענת קים לי נגד סוגיא דעלמא הייב לצאת ידי שמים, והנדז בזה טובא, וכתב שלא ראה לאותם המזכים בטענת קים לי שיאמרו שהייב בבא לצי"ש, אבל כ"ז לכאורה רק אם הוא ספק השקול אבל בפלוגתא דרבנותא שלכאורה הרי לדעת אחת הוא ברור שהוא גזל בידו, ובפרט במיעוט הפוסקים שרובם ס"ל שהוא גזל בידו, וע"ז הביא מהר"ם ראייה מרבה ור"י דפליגי (ב"ב ל"ב), והכריע שהלכה כר"י במעות וכרבה בקרקע, והרי בכ"מ הלכה כרבה נגד רב יוסף ובפרט במס' ב"ב ע"י תוס' ב"ב קי"ד וגיטין ע"ד ובכמ"ק, והסביר החו"י (סי' צ"ב) שע"פ

קצת בדיני קים לי, והרי לך מבואר בכולם להפך מהרד"ך, וגם מ"ש הרד"ך שהר"י הלבן והראב"ה וכ"מ קצת במרדכי ס"ל כר"ת, הרי ברמ"א בשו"ע הביא דעת הרמב"ם והר"ן ומרדכי בשם ר"י הלבן דס"ל כרש"י, ועכ"פ כמעט כל האחרונים הביאו דברי מהר"ק שכתב להפך ואכמ"ל.

ת. הרבותא דקי"ל אף דבלא"ה המע"ה אבל זה ברור שרוב הפוסקים לא למדוה מנדוגית חתנים, רק מדברי מהר"ם דמשמע מדבריו שגם אם מיעוט הפוסקים ס"ל הכי הדין כן כמ"ש מהריב"ל ומהר"א ששון הראשונים הדוגלים בדגל הקים לי, וכמ"ש הש"ך (תק"כ סי' צ"ד) שתמהו למה לו להרא"ש קבלה ממהר"ם שבמקום שיש פלוגתא דרבנותא אין מוציאים, שהרי בלא"ה הממע"ה ומי יוציא כשהוא ספק, ותירצו שהרבנותא הוא גם שגם במיעוט פוסקים הוא כן, ותמה הש"ך, שהרי הרא"ש (רפ"ד דסנהדרין) כתב סתם שבמקום שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה ואין הדין יודע להכריע לא יוציא ממון מספק, כדאמרינן הלכה כרבה בארעא וכו', אלמא מספיקא אין מוציאים ממון מהמוחזק, והרי שבספק השקול מיירי, לכן פי' הש"ך שהכונה שתפיסה שלאחר ספק מועיל יעו"ש, והתומים תירץ שפלוגתא דרבנותא הוא דין תרי ותרי שאין בזה דין חזקה שמוציאים מחזקת המוחזק, והאריך בזה.

ולענ"ד ליישב הדברים, ע"פ קושית מהר"א באסאן הידועים שהקשה, שהרי

### י. שיטת התומים בקים לי

והתומים (קת"כ אות קב"ה) האריך שממש כמעט אין מקור לדין קים לי, שעיקרו הוא מוטל ביד ב"ד ואיך יאמרו ביחיד אשר לבו ריק מחכמה ואפילו ת"ח הרי אין אדם רואה חובה לעצמו, שיהיה מכריע כנגד רבים מחכמי דור אשר עליהם בית ישראל נשען, ודן שם שלא ידענו מי הם הרוב, שהרי בכל דור ודור יוצאים ספרים חדשים ומשם יתברר שאותם חשבנו שהם מיעוט רבים אשר עמם, אבל א"כ גם באיסורים נאמר כן ואין ראייה לזה מספרי קדמונים, רק הם למדו זאת ממהר"ם, וכ"כ שאין ראייה, ומה שדייקו ממהר"ק שרק ביחיד א"א קים לי משא"כ נגד שנים, הוכיח שם שיחיד שכתב ממהר"ק אינו דוקא רק הכונה למיעוט וכ"כ הרדב"ז ועי' ג"פ שם שהביא מקור נכון לזה, וסיים שא"כ בואו ונצווה על רבינו הגדול הבית יוסף שפסק בחו"מ הלכה פסוקה כרוב ואיך לא חש שהמוחזק יוכל לומר קים לי, ועכ"פ הנכון כמ"ש הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינים לפי ענין הנידון, וצריך ישוב גדול כי לולי זאת ח"ו תפוג תורה, ויהיה ממש כל דאלים גבר, ואין בכל חו"מ דין אחד שאין בכלליה או פרטיה מחלוקת הפוסקים רו"א, וא"כ לשוא עמלו בונים הפוסקים והמחברים בראיות שונות ופולפול עמוק כי לעולם המוחזק יאמר קים לי, ודין שנזכר בשו"ע והרמ"א השמיט דעת החולק, קבלה בידו וכן ראה מדיינים מומחים שאין למעון קים

רוב היה גדול בחכמה ובמנין מהשני, אבל כיון שבדין זה היה ספק גמור אצלם לא הביטו אחר הגדול, רק הוא ספק ממש שא"א להוציא, וגדול גבי קטן הוא כעין רוב גבי מיעוט (כמ"ש הש"ך כללי הוראה יו"ד סו"ס רמ"ב).

### ט. גם המיעוט צריך להיות

#### חשוב נגד הרוב

ולמד מהר"ם מזה שבדי"מ אין מוציאין מיד המוחזק אפילו במיעוט נגד רוב הפוסקים, וז"ש הרא"ש (רפ"ד דסנהדרין) במקום שנחלקו שני גדולים, הכונה הגם שאחד גדול מחברו א"א להוציא מיד המוחזק, ומזה יש ללמוד כמו שלמדו הפוסקים שזה דוקא אם המיעוט הוא חשוב קצת נגד הרוב כמו רב יוסף נגד רבה, אבל אם המיעוט הוא חלש שנראה כמו שהוא בטל נגד הרוב, ברור שאין לומר קים לי כמיעוט וא"ש הכל בטוטה, אבל בכ"ע הוא פשוט, שדין קים לי, זהו דין אין מוציאים ממון בספק מיד המוחזק.

ואדרבא אם נאמר שבכ"ע שהוא, שייך לומר קים לי, אין שום סיבה ללכת לדו"ת לביד"צ, שתמיד ימצא הטוען הערום איזה פוסק או טעות בפשט דברי הפוסק לפטור את הנתבע ותמיד יטען הממע"ה, וכמו שאמר אחד שיוכל ללמוד כל הד"ח שו"ע על רגל אחת וחלק חו"מ ילמוד בכלל אחד כל דאלים גבר, ולמה האריכו הפוסקים כל כך בדבריהם, בדבר שאין ג"מ לשום אחד.

דעתו ולחזק בראיות שהראיות יתנו עדיהן ויצדקו, ואם נכוחות וישרון הן יעוררו לב הדיין המשביל על דבר אמת להכריע כמותו" וכו', אבל מ"ש התומים שקבלה בידו שאין לומר קים לי כאותו פוסק אשר המחבר והרמ"א לא הזכירו דעתו בשו"ע יפה אמר, וכן שמעתי שאין לומר קים לי נגד הכרעת הרמ"א, וכ"ז לדעתי מטעם קבלה נהגו בי' לפי שאנחנו נגררים אחר הכרעת רמ"א, וע"ד שהבאתי בסמוך בשם הרדב"ז וכו' ע"כ.

והנה מ"ש שהב"י סמך דעתו על שלשה פוסקים, אינו מובן לכאורה דמנ"ל הא, שאם פוסקים רבים חולקים עליהם לא יוכל לומר קים לי כהחולקים, ונראה כונת הקוה"ם שהב"י לא הכריע הדין מטעם שמנה דברי הפוסקים או מסברתו, רק הכריע כפוסקים האלו שנתקבלו בישראל להורות כמותם ובדבריהם הכריע לפסוק כרבים נגד היחיד, וא"כ ה"ה הרמ"א שפסק כהפוסקים שנתפשטו במדינותינו הוא מטעם הכרעה זו.

**יב. קים לי במקום הכרעת הרמ"א**  
 וכמדומני שכבר כתבו המחברים, [ועכ"פ כן נראה עיקר] שבכל חו"מ במקום שלא כתב הרמ"א וכן עיקר, הכונה שיוכל לומר קים לי כדיעה שהביא הוא ז"ל, שאין פסק המחבר פשוט כ"כ, אבל במקום שכתב הרמ"א וכן עיקר הוא הכרעתו שאין לומר קים לי כדעת המחבר, וכיון שנתפשטה ספרו

לי, שקיימו חכמי הדור לשמור ולעשות כדבריהם וכו', והאריך בזה עוד.

וכה"ג כתב בהלכות קטנות שם, א"כ בטלת כל החושן משפט מן העולם ויש טענות הרבה כנגדו וכו' אע"פ שיצא מיד גדולים, עד מתי אתה מכלה ממונם של ישראל ונותן יד לפושעים וחמסנים, וחוששני שברוב הימים יבואו לבטל כל דיני הגמ' באמרם קים לי כהאי תנא או אמורא וכו' ע"כ, והנה ברור שכל ישראל קיבלו עליהם כחתימת התלמוד וע"ז לא יחלוק אדם, אבל לכאורה ה"ה ככה"ג והבן.

#### **יא. ישוב קושית התומים**

איברא שהקונטרס הספקות שם יישב דברי התומים, שמהב"י אין ראיה לפי שבנה ספרו ע"פ שלשה עמודי הוראה, הר"ף והרמב"ם והרא"ש וכשנחלקו בדבר לא ימלט שיהיה אחד נגד שנים, ובאחד לא מצי לומר קים לי ואם לפעמים ימצא להצטרף עוד איזה פוסק במקומות אלו, הכריע הב"י מסברתו למה שפסק במחלוקת זו, גם מ"ש התומים שלחנם טרחו ועמלו, לא לחנם הוא שהכלל דקים לי לא נאמר אלא כשהדיין אשר הדין בא לפניו אינו מכריע מסברתו לאחד מהם, אבל כשהוא מכריע מסברתו יכול להכריע אפילו כיחיד נגד רבים אפילו להוציא מהמוחזק, וכמ"ש בריש עדיות כה"ג וכו' שאם יראה הבי"ד דברי היחיד יסמוך עליו, שאם יראה לבי"ד יקבע הלכה כמותו וכו' כל אחד מהוייב להרחיב

ונתברר לנו שהפוסקים הגדולים ביותר בחו"מ, התומים והקוה"ס והנה"מ הסכימו עם החו"י וכן קיבלו התומים והקוה"ס מרבתייהם ומכל הדיינים שבזמן התומים והאחרונים, שאין לומר קים לי נגד המחבר והרמ"א, ומה לנו שבקושטא וסלוניקי מקום הכנה"ג ועוד נתפשט המנהג נגד זה, שתמיד יוכל לומר קים לי.

וגדר גדול גדרו בזה, שאם הדיין הבורר הוא בעל תחבולות תמיד, ימצא מקום לדחות דברי הפוסקים ולמצוא זכויות לצד שעמו, ולא יוכל אף אחד לדחות דבריו שתמיד יטען קים לי ולשוא צרוף צורף, וחבל ללכת לביד"צ שתמיד כל דאלים גבר, ומי שידו גברה ויתפס מכנגדו אין לו מה לדאוג, שתמיד יצא הוא הצודק ויתרבו המריבות והחבלות, ואין מי שיאמר הרף, והגם שהכנה"ג נזהר מזה שדוקא אותם שנתקבלו דבריהם, מי יזהר בזה.

וכן דעתו כלפי הכרעת הרמ"א ומ"ש שלא נשמע בבתי דינים שהספרדי יאמר שהעיקר כהשו"ע והאשכנזי יאמר שהעיקר כהרמ"א פשוט שברוב המקומות יש אחרונים לצד זה וזה, אבל אם בפשטות פשוט שאנחנו קיבלנו עלינו דעת הרמ"א, ובברכ"י מלא מדברים שכאלו שכל אחד לפי ארצו והכל תלוי לפי הנתבע, אבל בכ"ע גם המנה"י מודה שא"א לומר שדבר שנפסק בשו"ע ואחרונים, יביא אחד מתשובה שנדפס מכת"י לאחד

אצלינו כמו שיצא בת קול (כמ"ש השלה"ק), שוב א"א לומר קים לי כדעת המחבר, ונבספרי פיתוחי חותם על הקונטרס הספקות כתבנו, דכה"ג יש לפשר גם לפי איכות החזקה שהמוחזק מוחזק בו והדברים ברורים]

ומ"ש שיש ביד הדיין להכריע, כבר כתבו כן כמה אחרונים שאם הדבר ברור ביד הדיין א"א לטעון קים לי, רק אם הדבר הוא ספק ביד הדיין אז גם הדיין טוען קים לי, כיון שא"א לו להוציא ממון בספק, ולזה באו הפשרות הרבות הקרובים לדין, שבכל אופן שאין הדבר ברור להשאיר התביעה בידי הנתבע, הרי כיון שאין אנו יכולים לרדת לעומק הדין כמ"ש בירושלמי עושים פשרות לבצע הריב, וכבר כתבנו בספרנו (ח"ב סי' ג"ו) שהגם שכל הפוסקים העלו שלא כמהריב"ל שאין מוציאים ממון ע"י ס"ס, ובפרט בס"ס של פלוגתת הפוסקים, בכל זאת דרך הפוסקים גם גבי ממון, לגבב שיטות הפוסקים להוציא ממון, אם היה נראה להם עיקר כדברי המחייבים.

ועכ"פ שפתי הקוה"ס ברור מללו להלכה כדעת התומים, ומ"ש שמעתו, ברור לפי המשך לשונו, שכתב "יפה כתב וכן שמעתו" הוא שקיבל כן מרבתייו, שהכונה שכן קיבל מרבתייו, וכה"ג כתב הב"י (תשובת ב"י אה"ע סי' י"ג) על השמועה שכתב הרשב"א לענין חדר"ג שמעתו, שהביא ע"ז מ"ש (מגילה ט') שמעתי שמקריבים אע"פ שאין בית וכו' יעו"ש.

זה, אז יכול לחייב את הנתבע לשלם, אע"ג שיש פוסקים הפוטרים את הנתבע, מ"מ יכול הדיין לחייבו, ואין הנתבע יכול לומר קים לי כהפוסקים הפוטרים דלאו בדידי תליא מילתא רק אלא בהדיין הפוסק, וכבר כתבנו בה"י על הקוה"ס שזה דוקא בפוסקים אחרונים אבל בדיעות הראשונים מאן מפס להכריע ואין בכוחינו רק ליישב מה שקשה לנו עליהם ולא יותר וז"ב.

וראיה שא"כ גם בב"ד שיש שנים מחייבים אותו יאמר קים לי כדיין הפוטר, והאריך שהוא סברת התוס' שבסנהדרין והדיינים המיעוט כמאן דליתא, שלדעת רוב הדיינים דעת המיעוטים הוא טעות כאומר על אבן שהוא זהב שאין ספק כלל ואין מיעוט כלל יעו"ש, ועדיין לא ביאר למה לא יכול לומר הנתבע קים לי ולא ירצה לשלם.

ונראה לבאר שכיון שקיבל עליו את הבי"ד הזה, הרי דברי המיעוט בטל ברוב, מגזרת הכתוב שאחרי רבים להטות, והוא בב"ד שישבו בדינו והוא חייב לשמוע פסק שלהם, הרי המיעוט נתבטל לגמרי שהתורה ביטלו, וכעין דעת הרא"ש שהאיסור נהפך להיות היתר ומפסוק זה למדים לאו"ה, רק אם לא נמסר הדבר לבי"ד הרי המיעוט ישנו בעולם, שאם יהיה נראה דברי המיעוט לחכמים, הרי יוכלו להכריע כמותו כמ"ש (ריש עדיות) כה"ג, לכן צרף מיעוט לחזקה והוא ספק ממון, וא"ש מה שנתקשו בזה.

הראשונים שלא ס"ל הכי ויאמר קים לי, והנה הוא שם הן אודות שטר עסקא שא"א לומר קים לי כדעת המחייבים שהרי אינו חשוד שיאכילנו רבית, והרי גם שם יש חולקים כמ"ש"ש, וכ"כ האחרונים שגם במקום שנחלקו אם אומרים קים לי לדין אומרים קים לי, וכ"כ שבאמת בכל השטרות הנהוגות בישראל, א"א לומר קים לי נגד זה.

יג. גם להשבו"י מהני קיבלו עליהם ונראה שגם להשבו"י שפקפק בדברי הרדב"ז יודה שאחר שקיבלו עליהם ישראל דברי השו"ע, והוא אחר שנתפשטו ספרי האחרונים סביב השו"ע ואין חולק עליהם, א"א לפסוק קים לי משום איזה תשובה צדדית, חוץ אם יתברר לנו שאם היה השו"ע רואה דברי הפוסקים ההמה, לא היה פוסק כן, שאז תלוי בידי הדיינים בזה, ואז ברור שיועיל עכ"פ לטענת קים לי והבן.

יד. במקום הכרעת הדיין ל"מ קים לי וזה שנים שאני מורה ובא כמ"ש המהרש"ג (ח"ב סי' ר"כ) והוא כעין הג"פ הנ"ל) שפשוט שהדין קים לי לא נאמר אלא אם הדיין עצמו אינו מכריע דעתו, אלא שהוא מעיין בפוסקים, ורואה שרוב הפוסקים מחייבים את הנתבע לשלם ומיעוט פוסקים פוטרים אותו, והדיין בסברת עצמו אינו יכול להכריע בזה, יש לדיין לפסוק שהנתבע פטור, משום שאין הולכים בממון אחר הרוב, ושמא העיקר כהמיעוט, אבל במקום שלהדיין אינו ספק וברור בסברתו ובדעתו בענין

היה חוזר, דינו כטועה בדבר משנה שחוזר, וכן הלכות שנתפשטו בציבור להורות בן והורה להפך, הוא כטועה בשיקול הדעת שצריך להחזיר ממון לבעליו (כמ"ש סנהדרין ל"ג ונתבארו פרטי הדינים בס"י כ"ה).

#### יז. קים לי כהתומים

ועכ"פ לא ידעתי מי האחרונים שפסקו לומר קי"ל נגד השו"ע, אם האחרונים שנתפשטו אצלינו סתמו כמותם.

ועוד יותר תימה מה שתמה שם שלפי זה לשיטת התומים שדין שלא הובא בשו"ע לא אמרינן קים לי נפל כמעט דין קי"ל לבירא, דממ"נ אם הכריע בשו"ע כאיזה פוסק מוציאים מהמוחזק, ואם לא מובא בשו"ע אז ל"מ גם קים לי וכו' ע"כ.

ואינו מובן כלל איפה כתב התומים שדין שלא הובא בשו"ע לא מהני קים לי, הרי ברור שהוא להפך שדין שלא הובא בשו"ע שם קי"ל גם להתומים, רק מה שכבר הכריע בשו"ע בזה כתב התומים שא"א לומר קים לי נגד השו"ע.

והנה"מ פסק שיכול לטעון קים לי כהנך פוסקים אפילו במיעוט הפוסקים כנגד רוב, רק שצריך לראות מה עוצם כוחם בחכמה ומניין אם אין בטלים נגד אחרים, אבל ביחיד נגד רבים אינו יכול לומר קים לי, וע"ז פסק שמקום שסתמו המחבר והרמ"א ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך אינו יכול לומר קים לי כפוסק פלוני, ואם כתב הרמ"א וי"א

#### טו. שיטת הדברי חיים בזה

וכתב מרן הר"ח (ח"א הו"מ סי' ה') שהדיין שחלק עליו אמר קים לי כנתיבות, ותמה עליו הלא לפי דבריו מוכרחים אנו לפסוק תמיד כנתיבות להוציא ממון, וכי אנחנו אין אתנו להכריע, והלא בעזה"ת פסקנו כמה פעמים הפוך דבריו בהסכמת בד"צ וכו' א"כ צריך הדיין לחפש בדברי השו"ע קטנים ושאר הקיצורים אולי ימצא איזה שגיאה שיצא לפעמים מאיזה גדול ולומר קים לי וחס לומר בן עכדה"ק, וזה נראה טעם הפוסקים דס"ל שקיבלנו עלינו דעת הרמ"א, והוא שכיון שהבע"ד הם מאותם עדה שקיבלו עליהם לפסוק כמותו, הרי הדיין שאינו יודע בעצמו להכריע, ע"כ צריך לפסוק בן וז"ב.

#### טז. קים לי נגד הש"ך מהני

ועכ"פ מ"ש החו"י שפוסקים כהש"ך שהיה קרוב לימנו שא"א לומר קים לי נגדו, נראה שלא נתקבל בן למעשה, שא"כ גם נאמר שאם נפסק באחרוני זמנינו המפורסמים אסור לפסוק כנגדם גם לומר קים לי אם ימצא חולק ולא יעלה זאת על הדעת, ורק השו"ע שידוע שקיבלו עליהם כל ישראל להמשך נגדם במקום שאין האחרונים מפרשי השו"ע חולקים, כיון שרוב גדולי ישראל לא חפשו כל השו"ת לדעת דעת כל הדעות בלי גבול.

איברא שכ"כ האחרונים שאם נעלמה מעיני המורים דברי הפוסקים האחרונים המפורסמים בדורם, ואם היה יודע מהם

בתרא הוא כמו הש"ך נגד הסמ"ע בימי החו"י, אבל כבר נהגו בכה"ג לפשר אם אין כח בידי הדיין להכריע בראיות צודקות ומכריעות, ולמדנו גם מדבריו שהמיעוט שאזלינן לומר קים לי, הוא אם הם גדולים בחכמה ומנין לפי ראות עיני הדיין, ואין בידי הבע"ד לומר קים לי כמותו אם אין דעת הדיין כן,

והוא בדיין שאינו משוחד בזה שאז יש בידו להכריע, ובזמנינו במקומות שהכל הולך בדיינים בוררים שמקבלים כסף רב מידי הצדדים, פשוט שאין בידם להכריע בכה"ג כיון שהם משוחדים מצד שלהם, רק השליש שאינו נומל מצד אחד יותר הוא בידו להכריע, אם יודע בבירור שאין שום נטיה בדעתו, וה' יודע אם לעקל או לעקלקלות, ושופט צדק יריב ריב הנעשקים מדיינים כאלו.

יכול לומר קים לי, ובמקום שהכריע הרמ"א מי שמורה למולו הוא טועה בדבר משנה, וה"ה אם הרמ"א לא הכריע והסמ"ע והש"ך הכריעו ובמקום שהסמ"ע והש"ך מחולקים הלכה כהש"ך שהוא בתרא, אם לא שרואים שהש"ך העביר הדרך, ואם הדיין הכריע כאחד מהם בפלוגתא דרבוותא אין השני יכול לטעון קים לי ע"כ, ולמדנו מדבריו שאין כח ביד הדיין להכריע נגד השו"ע, אבל בסמ"ע וש"ך יכול להכריע.

ונראה שבזמנינו לכאורה הרי התומים והקצה"ח והנה"מ הם המורים בדיני חו"מ, ואינם דומים להשו"ת השונים שאין מקצועם בחו"מ דוקא, והוא סברת החו"י, ומי שפוסק כנגדם הוי טועה בד"מ, חוץ אם הוא יכול להכריע ביניהם בדברים הזקים, והגם שהנה"מ הוא

ובזה אשים קנצי למילין בברכת השלום.