

בסיעתא דשמיא

כללים מרבינו
מהר"ם חביב זצ"ל



מח"ס יום תרועה תוספת יוה"כ
כפות תמרים

שנדפסו בסוף ספרו
גט פשוט על הל' גיטין

תוכן עניינים



כלל א' ד.

בהא דאזלינן בתר רוב הפוסקים כשלא נשאו ונתנו יחד ובענין טענת קים לי בממון



כלל ב' יב

בענין טענת קים לי כמיעוט הפוסקים וכיחיד נגד רבים



כלל ג' כג

בענין אי הלכה כבתראי בדברי הפוסקים



כלל ד' כה

בענין אחד הפוסקים שכותב חילוק ושאר פוסקים לא הזכירוהו אם נחשב כיחידא



כלל ה' כט

בענין יחיד ורבים הלכה כרבים



כלל ו' לד

בענין כדאי הוא רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק



כלל ז' מא

בענין תרי לישני בש"ס אי הלכתא כלישנא קמא או בתרא

א"ה מאחר ובדפוס המצוי כיום נסדרו מתוך הספר רק עניני גיטין ולא קונטרס חשוב זה, ורבים וטובים אינם יודעים כלל על קיומו, ראיתי לנכון להוציאו לאור מחדש, **וזאת למודעי כי הכותרות והפיסוק וחלוקת הקטעים הינם מעורך הספר** [למעט קטע המתחיל באותיות גדולות שהוא מדפוס ראשון של הספר, והשארנו אותו בצורה זו לטובת קטעים שאולי צוינו באחרונים בדרך זו, לפעמים בסדר זה הוא באמצע קטע כשהיה נראה לי שאין טעם לחלק הקטעים שם, והיה נ"ל מחמת זה כמעט בוודאות שחלוקת הקטעים בדפו"ר אינה מהמחבר] השתדלנו לפתוח הראשי תיבות שאינם מצויים רק במקום שלא היה שום ספק, כ"כ נוספו הרבה מ"מ מהעורך בסוגריים מרובעים.

נבקש מהמעיינים שאם ימצאו טעות, או הערה על פיסוק במקום שאינו נכון, להודיענו כדי שנוכל לתקן במהדורה הבאה, פעמים רבות מציין המחבר לעיל או לקמן והכוונה לדברי הפוסקים בטוש"ע אבן העזר [או לספרו גט פשוט כפי הענין], וזאת מפני שקונטרס זה נדפס בסוף ספרו גט פשוט על הל' גיטין באה"ע. **ויה"ר שזכות המחבר זצ"ל תעמוד לי ולאשתי שנזכה לבנין וחתנין רבנן ושלא תמוש התורה מפנינו ומפי זרענו מתוך בריאות ושמחה והרחבת הדעת עד עולם ונזכה להגדיל תורה ולהאדירה.**

© כל הזכויות שמורות

המרה ממוחשבת לטקסט

מתמחים בהפיכת ספרים, מסמכים, עיתונות וכו' לטקסט מוקלד

ניתנת הרשות להדפיס ולהפיץ חוברת זו בשלמותה בלבד, כולל העמוד הנוכחי.

ניתן להשיג בכתובת המייל

4109074@gmail.com

כלל א'

בהא דאזלינן בתר רוב הפוסקים כשלא נשאו ונתנו יחד ובענין טענת קים לי בממון



גרסינן בפ"ק דע"ז [דף ז ע"א], ת"ר היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר, אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין הלך אחריו, ואם לאו הלך אחר המחמיר, רבי יהושע בן קרחה אומר בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל, א"ר יוסף הלכתא כרבי יהושע בן קרחה ע"כ. וכ"כ הרמב"ם סוף פ"א דהלכות ממרים [ה"ד] וז"ל, ב' חכמים או ב' ב"ד שנחלקו כו' אם אינך יודע להיכן הדין נוטה בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו' עכ"ל, וכתב שם מרן הכ"מ פלוגתא דת"ק ורבי יהושע בן קרחה, וכתב דמת"ק דמפליג בין גדול בחכמה ובמנין לאינו גדול, משמע דרבי יהושע בן קרחה אפילו אחד גדול מחברו בחכמה ובמנין בשל תורה הלך אחר המחמיר כו' ע"כ, ולפי זה בשל תורה הלך אחר המחמיר אע"ג דהמיקל הוא גדול יותר בחכמה ובמנין, ובשל סופרים הלך אחר המיקל אע"ג דהמחמיר הוא גדול בחכמה ובמנין, והדבר תמוה אמאי לא נלך אחר מי שגדול בחכמה ובמנין, דיחיד ורבים הלכה כרבים, דהא פירוש מנין מפרש רמב"ם פ"ב דממרים [ה"ב] גבי הא דתנן פ"ק דעדיות [מ"ה] אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין, מפרש הרמב"ם התם מנין חכמי הדור, ותו דהרי הרמב"ם פ"א דסנהדרין דין ז' כתב דיני ממונות וכן הטומאות וכן הטהרות האב ובנו הרב ותלמידו מונין אותן בשנים יע"ש.

ומתוך זה יראה לי, דאפשר דהרמב"ם ס"ל דרבי יהושע בן קרחה לא פליג במ"ש ת"ק דהולכים אחר הגדול בחכמה ובמנין, ולא נחלקו אלא בשניהם שוים ת"ק סבר הלך אחר המחמיר אפי' בדברי סופרים ורבי יהושע בן קרחה פליג עליה בהא בשל תורה הלך אחר המחמיר כו', והכי דייק לישנא דהרמב"ם שני חכמים או שני בתי דינין שנחלקו וכו' בשל תורה הלך אחר המחמיר כו', דבשוין איירי, אבל אם היה א' מהם גדול בחכמה ובמנין פשיטא דהולכין אחריו בין בשל תורה בין בדברי סופרים, וכן דעת הרשב"א בתשו' [ח"א] סי' רנ"ג, וז"ל ב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר, אם נודע דהאחד גדול בחכמה ובמנין יצא שמו כן הולכין אחריו בין להקל ובין להחמיר. היו שניהם שוים ולא נודע מי גדול משניהם, בשל תורה הלך אחר המחמיר דהו"ל כספק דאורייתא, ובשל סופרים הולכים אחר המקל כדאי' פ"ק דע"ז [דף ז]. עכ"ל וכ"כ מור"ם בחו"מ סי' כ"ה ס"ב יע"ש.

ומיהו אפשר לומר דרמב"ם סבור כמו שפירש מרן את דבריו דבשל תורה הלך אחר המחמיר אע"ג דהמיקל הוא גדול ממנו בחכמה ובמנין, וזו היא סברת רבי יהושע בן קרחה לדעתו, ואע"ג דקי"ל דאזלי' בתר רובא מדאורייתא כדכתיב אחרי רבים להטות בממון ואיסור והיתר וטומאה וטהרה, ובדיני נפשות נמי אזלי' בתר רובא, אלא דלענין שיהא נהרג בעינן שיהיו המחייבים יותר על המזכים שנים כמ"ש הרמב"ם (פ"ח) [פ"ט] מהלכות סנהדרין [ה"ב], מ"מ יראה לי דלא נאמר בתורה אחרי רבים להטות, אלא כשכל הדיינים מקובצים יחד במקום אחד, כמו הסנהדרין דיושבים יחד בכמו חצי הגורן בעיגול, ונושאים ונותנים באותו דין ביחד פנים אל פנים ופה אל פה, ככה"ג הוא דאזלינן מדאורייתא בתר רובא, אמנם במחלוקות שאנו רואין בדברי הפוסקים זה אוסר וזה מתיר זה מטמא וזה מטהר, וכל א' כתב סברתו בספרו לפי דעתו או לפי בני ישיבתו, בין שהיו החולקים בזמן א' בין שהיו בזה אחר זה, אין הדבר ברור לומר ככה"ג דמדאורייתא אזלינן בתר רובא, כיון שלא עמדו למנין ולא נשאו ונתנו ביחד פנים אל פנים ופה אל פה, דאנא אמינא אילו היו נושאים ונותנים ביחד מכח הפלפול והויכוח אפשר דהמרוכים היו מודים לדברי היחידים.

ומנא אמינא לה מהא דכתב מרן [הב"י] בחו"מ ס"ס י"ג בשם תשו' הרשב"א, וז"ל "אין הולכין אחר הרוב אלא כשרבו המזכים על המחייבים או איפכא מתוך משא ומתן של כולם אבל כשהמיעוט איננו לא, שאילו היה שם אותו האחד שמא היה מראה טעם היפך מה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך" כו' עכ"ל, גם ביו"ד סי' רכ"ח כתב שם מרן בב"י דף רע"א ע"ב, דכתב הרשב"א בתשו' לענין הסכמות קהלות וז"ל, "אין ההסכמה הולכת אלא אחר מה שהסכימו כולם לא מה שיסכימו מקצתם, ואפילו היתה הולכת אחר הרוב אין הסכמת הרוב אלא כשהיתה במעמד כולם בענין (בדינים) [כדינים] דעלמא" עכ"ל וכן דעת מהרי"ק סוף שורש קפ"א יע"ש. ועיין בס' משא מלך דף מ"ד ע"ד לענין מסים ותקנות קהל דלא בעי' רובו מתוך כולו, ונסתייע מתשו' הרב מהרשד"ם חו"מ סי' ת"ו ורמי עלה מתשו' אחרת להרשד"ם סי' שצ"ט יע"ש, ועיין פני משה ח"ב סי' ק"י דתי' תמיהות שעשה על הרשד"ם יע"ש. וזו היתה תשובת הרלב"ח בענין הסמיכה, שעשו רבני צפת מעשה למהר"י בי רב ז"ל רב וסמוך יתקרי טרם שנמלכו עם רבני ירושלים, וחלקו עליהם רבני ירושלים דאין יכולים לסמוך בזמן הזה, וכתב הרלב"ח דאין יכולים לומר רבני צפת דהסמיכה היא סמיכה מטעם שהם רוב נגד חכמי ירושלים, דהסכמת הרוב שהיא בלא משא ומתן של כולם רובו מתוך כולו אינה הסכמה כלל, והוכיח כן מתשובת הרשב"א הנזכרת לעיל, וכן היא להקת האחרונים ז"ל דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל, כמו שרמז דבריהם בכנה"ג סי' י"ג אות כ"ב יע"ש.

וכתב שם מהרלב"ח דף רע"ח ע"ג דהסכמת רובו מתוך כולו בעינן פנים אל פנים ופה אל פה, או לפחות שהיו נושאים ונותנים ע"י כתב, וכשנודה שהכל שווה כי גם בזה יש ספק אם סגי שיהיה המשא ומתן ע"י כתב שיקרא רובו מתוך כולו וכו' יע"ש. גם מהרש"ך ח"ב סי' ק"ט כתב דהסכמת רובו מתוך כולו בעינן, אבל אם לא היו כולם במעמד אחד רק שהשמש הולך לכל אחד ואחד בפני עצמו, מלתא דפשיטא היא דלא חשיב רוב למימור אחרי רבים להטות וכו' יע"ש, ואף רבני צפת ומהר"י בי רב שקיימו הסמיכה ולא חשו לטעמא דמהרלב"ח דכעין רובו מתוך כולו, לא היה טעמא שם אלא מפני שהיה סבור מהר"י בירב דאותו ענין לא היתה הוראה ולא היה צריך משא ומתן ולא חיקור דין אלא הסכמה ביניהם בלבד לעשות סמוכים ולברר אהד מהם שיהיה סמוך כמו שיראה מדברי מהר"י בירב דאיתא בתשובת הרלב"ח דף רצ"ח ע"ד יע"ש, והרלב"ח דף ש"ח ע"א חלק עליו דגם בתקנות והסכמות צריך משא ומתן ושיהיו נושאים ונותנים אלו כנגד אלו כמ"ש הרמב"ם פ"א מהלכות ממרים יע"ש. הרי נתברר מתוך מ"ש דכו"ע הודו דמ"ש תורה אחרי רבים להטות היינו רובו מתוך כולו שיהיו נושאים ונותנים אלו נגד אלו, אבל בכה"ג דמחלוקת הפוסקים זה אוסר וזה מתיר לא שייך בזה אחרי רבים להטות אלא הוי ספיקא דדינא כיון שלא נשאו ונתנו ביחד, וזהו טעמו של הרמב"ם דפסק ספ"א דהל' ממרים [ה"ה] "ב' ת"ח או ב' בתי דינין שנחלקו ואינן יודע להיכן הדין נוטה, בשל תורה הלך אחר המחמיר", דמשמע מדבריו אע"ג דכשנגדו הוא גדול בחכמה ובמנין לא אזלינן בתר רובא כמו שפירש מרן הכ"מ.

גם מהר"א ששון ס"ס ר"ז הוכיח מדברי התוס' דבר"פ המניח גבי אין הולכין בממון אחר הרוב, דהא דכתיב אחרי רבים להטות, היינו בסנהדרין דהוי רובו מתוך כולו, אבל במחלוקת פוסקים אין הולכין בממון אחר הרוב, ואומר המוחזק קים לי כסברת המיעוט יע"ש, וזה שלא כדברי הרדב"ז בתשו' סי' קי"ו, דס"ל דמ"ש תורה אחרי רבים להטות, הוי אפילו בדברי הפוסקים שלא דברו זה עם זה פנים בפנים, ואפילו להוציא ממון אזלינן בתר רוב הפוסקים מן התורה יע"ש. דהדבר ברור דסוגיין דעלמא דלא כותיה כמו שיראה המעיין בדברי האחרונים התופסים דגל הקים לי.

אמנם הדבר תמוה אצלי, דהרשב"א בתשו' [ח"א] סי' רנ"ג כתב, דב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר, אם נודע האחד גדול בחכמה ובמנין הולכין אחריו בין להקל בין להחמיר, ואמאי הולכין אחריו להקל הא בעינן רובו מתוך כולו, כמ"ש חרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן הב"י חו"מ ס"ס י"ג ויו"ד סי' רכ"א כדכתי' לעיל, ואשכחן להרשב"א בתשו' דבפלוגתא דרבוותא בדאורייתא, אע"ג דדעתו מסכמת כדברי המקילין, כתב דאין לנו כח להכריע בין אריות ולשים ראשנו בין ריחים ורכב, אלא יש לנו לדון כדין ספק דאורייתא לחומרא, כמו שיראה המעיין בענין נתנה היא ואמר הוא, דיראה מדברי

הרי"ף רפ"ק דקידושין ומדברי הרמב"ם רפ"ג דאישות דאינה מקודשת אפי' באדם חשוב, דהא לא חילקו בין אדם חשוב לשאינו חשוב (ואע"ג דהרי"ף כתב שם בפ"ק דקדושין בעי רבא הילך מנה ואתקדש אני לך מהו ופשיט רב פפא דמקודשת באדם חשוב, גם הרמב"ם כתב דין אדם חשוב בפ"ה מהלכות אישות [הכ"ב], מ"מ שאני התם דאמרה היא תחלה הילך מנה ואתקדש אני לך, בכה"ג כיון דהוא אדם חשוב, וחזר וא"ל הרי את כו' בהנאה זו שקבלתי ממך מקודשת, אבל בנתנה היא מתנה סתם לאדם חשוב וא"ל הוא הרי את כו' בהנאה זו שקבלתי ממך, בזה הוא דאמר' דיראה מדברי הרי"ף ורמב"ם רפ"ג דאישות דאינה מקודשת אפי' באדם חשוב. ודע דהר"ן וה"ה לא חלקו חילוק זה ומרן הב"י ס"ס כ"ז ג"כ הלך לפי שיטתם ובכך תמה על הטור דכתב דהרמב"ם לא חילק בין אדם חשוב לשאינו חשוב ואין ס' שנעלם ממנו מ"ש רמב"ם פ"ה מאישות יע"ש, ולפי האמת אין שום השגה על הטור דהטור מיירי בנתנה היא סתם ואמר הוא, וכבר ראיתי בספר ב"ח דתמה על מרן בזה איך חשב על הטור דאשתמיט ליה דברי הרמב"ם יע"ש, והראב"ד סובר דנתנה היא ואמר הוא מקודשת באדם חשוב, ובעל ה"ג מסתפק בדבר, וע"ז שאלו להרשב"א [ח"א] סי' תרי"ג לענין מעשה, והשיב אע"ג דלדעתו נתנה היא ואמר הוא אינה מקודשת, אפי' באדם חשוב, וכן יראה מדברי הרי"ף ורמב"ם, אפ"ה הואיל והראב"ד כתב דבאדם חשוב מקודשת, ובה"ג כתב דספיקא הוי, אין לעשות מעשה לא להקל לגמרי ולא להחמיר לגמרי, דאין לנו כח להכריע בין אריות ולשים ראשנו בין ריחים ורכב, אלא יש לנו לומר דספיקא הוי, ע"כ דברי הרשב"א בקיצור, ותשו' זו הביאה בש"ג פ"ק דקדושין גם הרד"ך בסוף בית ג' יע"ש.

ולענין מקדש בעד אחד דכל הפוסקים פסקו דאינה מקודשת, זולת סמ"ג דכתב דחוששין לקדושין, כתב מרן באה"ע סי' מ"ב דכתב הרשב"א בתשובה, לאחד מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה, מי סנו ה"ג והרי"ף והרמב"ם ז"ל וכל הגאונים וכל האחרונים שאתה מחמיר על עצמך יותר מכל אלו יע"ש, משמע בהדיא מתוך תשובת הרשב"א, דבמחלוקת שקול כגון ההיא דנתנה היא ואמר הוא, דלהרי"ף והרמב"ם אינה מקודשת ולהראב"ד ובה"ג מקודשת, אין לנו כח להכריע, ודין בו כדיני הספקות דהיא ספק מקודשת, אך במחלוקת יחיד כנגד רבים, כגון ההיא דמקדש בעד אחד, דרוב הפוסקים פסקו דאינה מקודשת זולת הסמ"ג, בכה"ג אזלינן בתר רבים להקל אע"ג דהוא במידי דאורייתא, אלמא דיחיד ורבים הלכה כרבים הוי אע"ג דלא נחלקו הפוסקים פנים אל פנים ופה אל פה, וזה סותר למה שהוכחנו למעלה מתשו' הרשב"א ולהקת האחרונים דלא חשיב רוב אלא רובו מתוך כולו.

גם מצינו בענין קדושין דרוב הפוסקים המפורסמים פסקו קטן שקידש אינו כלום, ואפי' באב שקידש לבנו קטן אינם חוששים, זולת מהר"ק בשורש ל' בשם מהר"י ברזילי דחושש להצריכה גט באב שקידש לבנו קטן, ומרן בב"ז ל' לעיל סי' מ"ג תמה על סברא זו, וכן להקת האחרונים פסקו להקל. זולת הראנ"ח ח"א סי' מ"ז נראה דמיחש חייש לסברא זו בחיי קטן כיון דהוי איסור כרת, אך אם מת הקטן ונשארה זקוקה ליבם, הוא מיקל משום דהוי איסור לאו, ופ"מ ח"ב סי' ג' לא רצה להקל בקדושי קטן רק בקדושי סבאנו"ס יע"ש. איברא דק"ל על מהראנ"ח דחילק בין איסור קדושין דאיכא כרת מה שאין כן ביבמה לחוץ דליכא אלא איסור לאו, מהא דפריך ריש פרק בתרא דיבמות [ק"ט ע"א] מכדי האי והאי דאורייתא, מה לי לאו מה לי כרת יע"ש, וכבר ראיתי בתרומת הדשן סימן רכ"ג דתמה כן על הגאונים המקילים בזיקת יבם משומד, ובקדושין מחמירים יע"ש, ועיין פ"מ ח"ב סי' נ"א דף צ"ד ע"ב ועיין מהר"ק סוף שורש ע"ב דף ע"ב ע"ב.

גם מצינו בענין קידושין, דרוב הפוסקים פסקו דאם א"ל הרי את מקודשת ולא אמר לי אינו כלום, משום ידידים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים, ויש מיעוט פוסקים דס"ל דאע"ג ידידים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים אפ"ה אזלינן לחומרא והויא ספק מקודשת כמ"ש לעיל סי' כ"ז, וחזינן לרוב האחרונים דפסקו הלכה למעשה להקל בדלא אמר לי כסברת רוב הפוסקים, כמו שיראה המעיין בתשובת מהרש"ח סי' נ"ו ומהרש"ש סימן ט"ו זולת הרלב"ח בתשו' דף רל"ב ע"ב והר"מ פדואה סי' כ"ט והרשד"ם אה"ע סי' ד' וי"א ול"ד ול"ו ובכמה דוכתי, שכתב שלא היה עושה מעשה להתיר בקדושין מטעם חסרון לי, אם לא בהצטרף שם טעם אחר, ועיין בתשו' מהר"ל סי' ב' ופ"מ ח"א סי' כ"ח יע"ש.

גם לענין גיטין אשכחן הלכה למעשה דאזלינן בתר רוב הפוסקים להקל, וזה דלענין גוסס כתבו רוב הפוסקים דחשוב כחי ויכול לגרש, ורש"י ור"ח ור' יואל פסקו דאין גיטו גט כמ"ש לעיל סי' קכ"א, והלכה למעשה אנו עושים כדברי האומרים דגוסס יכול לגרש, כמ"ש מרן שם והרדב"ז סי' ר"ו ומהרש"ש סי' ל"ב, ועמ"ש לעיל סי' קכ"א ס"ק ל"ב בדיון גוסס יע"ש, גם אשכחן הלכה למעשה בענין גירושין בלילה, דרוב הפוסקים ס"ל דמגרשים בלילה, זולת א"ז דס"ל דאין לגרש בלילה, משום דס"ל דגירושין הוי דין ואין דנין אלא ביום, ואנו סומכין על סברת רוב הפוסקים ומגרשין בלילה, כמ"ש הרח"ש ר"ס ל"ב ועמ"ש לעיל ס"ס קכ"ג בדיון זה יע"ש.

עוד מצאנו בקטנה שנתקדשה על ידי אביה, ורוצה הארוס לגרשה בעודה ארוסה, דהיא מתגרשת ע"י אביה. הסכימו כל הפוסקים, דע"י אביה מתגרשת אפילו היא בת ב' שנים דאין בה דעת, זולת רש"י דס"ל דאפילו ע"י אביה אינה מתגרשת כמ"ש לקמן סי' קמ"ט, ולענין הלכה

למעשה לא חיישין לסברת רש"י ז"ל, ור"ת עבד עובדא דלא כרש"י, וכ"כ הריב"ל ח"ב סי' ד' גם מהר"ם אלשיך סי' ק"ך דאין לחוש לדברי רש"י נגד כל הפוסקים יע"ש.

גם ראיתי בהריב"ל ח"א כלל י"ב דף צ"ח ע"ג, דכתב בתוך תשובה, דנשאל אם יכולים בני העיר לתקן תקנה והסכמה, לפסוק על פי פוסק אחד בין בדיני ממונות בין בדיני איסור והיתר, והשיב דדוקא בדיני ממונות יש יכולת בידם לתקן התקנה הזאת, אבל בדיני איסור והיתר גיטין וקדושין לאו כל כמיניהו דבני העיר לתקן תקנה זאת, דבשל תורה הלך אחר המחמיר, או בתר רובא לקולא אם הם גדולים בחכמה ובמנין, [[ואע"ג דאשכחן במקומו של ר"א היו כורתים עצים לעשות פחמין לעשות אזמל בשבת ולא מיחו בידם חכמים ובמקומו של רבי יוסי הגלילי היו אוכלין בשר עוף בחלב] היינו דוקא בימיהם שבכל עיר ועיר היה להם רב אחד שהיה מלמדם, כדאמרין [כתובות נד ע"א] בבל וכל פרוודהא נהוג כרב, נהרדעא וכל פרוודהא נהוג כשמואל, וכל עיר ועיר היו חייבים בכבוד מלמדם. אבל אנו בזמנים אלו, כל הפוסקים והרבנים אשר מימיהם אנו שותים הם רבותינו, ואנו מחויבים בשל תורה ללכת אחר המחמיר ויש בידי כמה ראיות על זה עכ"ל], עיין בספר משא מלך דף נ"ח בחקירה י"ג מ"ש בזה, וצ"ע מ"ש מור"ם יו"ד סי' ס"ד ס"ט בחלב הדבוק לכרס דבני ריינוס נוהגין היתר ואין מוחין בידם. גם ביו"ד סי' ר"א [ס"ב] כתב מור"ם דיש נוהגין לטבול בנהרות אף בימות הנשמים ואין מוחין בידם יע"ש ועיין תשו' מהר"י וייל סימן ע'.

ויראה להביא ראיה על זה, ממ"ש הרא"ש בתשו' כלל מ"ג סימן ו', אע"פ שהרמב"ם כתב שאם אמרה מאיס עלי שכופין אותו להוציא, ר"ת ור"י חולקים, וכיון דאיכא פלוגתא למה נכניס ראשנו בין הרים גדולים כו', ועל להבא אני כותב, אבל לשעבר אם סמכו על הרמב"ם מה שעשו עשוי ע"כ. והרשב"א כתב בתשו' אלף ק"צ על מה שנהגו להכשיר חתם סופר ועד כדברי הרי"ף, דטוב להזהירם שלא יהיו נוהגין כן ולהבא כו' יע"ש, ומה שיש לדקדק אי חיישין בכה"ג דאתה מוציא לעז על דורות ראשונים, ואם יש מחלוקת בין הרא"ש והרשב"א בזה הארכת לי לעיל סי' קכ"ה ס"ק ל"א יע"ש.

באופן דהנה מצינו מקומות מתחלפים בענין פלוגתא דרבוותא באיסור והיתר גיטין וקדושין, דפעם אומרים ספק דאורייתא לחומרא ואין הולכים אחר רוב הפוסקים להקל, ופעם אומרים דיש להקל כסברת רוב הפוסקים ואין חוששין לסברת המיעוט דמחמיר, וצריך להעמיד הדבר על בוריו להבין ולהורות, וקודם שאתן קיצי למילין בענין איסור והיתר, צריך אני להציע בפלוגתא דרבוותא לענין ממון איך הוא הדין והמנהג, ואח"כ אכתוב הדין והמנהג בפלוגתא דרבוותא לענין איסור והיתר וגיטין וקדושין.

והנה לענין ממון, נתפשט המנהג בא"י ומצרים וסביבותיה לדון בדיני ממונות כסברת הרמב"ם וכסברת מרן מהריק"א, משום דאתריה דמר היא, אך בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים קושטא יע"א, גם עיר גדולה לאלקים רבתי בדעות סאלונקי יע"א, גם בשאר מקומות, נמשכו אחר מנהגם שיזכה המוחזק בטענת קים לי בב' או ג' פוסקים, ושורש דגל הקים לי יצא להם, ממ"ש הרא"ש בתשו' סוף כלל א' וסוף כלל פ"ה וז"ל "ואף אם נחלקו ר"ש ור"י ובעל העיטור על שאר רבותינו בנתינת פחות מבן י"ג בנתינת נכסים שלו, כך קבלתי מפי ר"מ היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק, ואוקי ממונא אחזקתיה, והכי אמרינן בחזקת הבתים [ב"ב לב:], הלכתא כותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום, וכותיה דרב יוסף בזוזי היכא דקיימי זוזי ליקום עכ"ל, וכיוצא בזה כתב בפרק אחד דיני ממונות הביאו מרן בח"מ סימן כ"ה יע"ש, גם המרדכי בפרק נערה גבי פלוגתא דרש"י ור"ת בפוסק מעות לחתנו או לבתו וניסת ואחר כך מתה הבת ועדיין לא נתן, דרש"י סבירא ליה דצריך ליתן לחתנו כל מה שפסק, ור"ת סבירא ליה דלא זכה בהן בעל. כתב בשם ר"ש בר ברוך דאם יתפוס החתן, המוציא מחברו עליו הראיה שיאמר קים לי כרש"י יע"ש, ומור"ם כתב פלוגתא זו באה"ע ס"ס נ"ב יע"ש, ומהנך דוכתי הביאו ראייה מהרי"ק בשרשיו ותרומת הדשן ומהרד"ך בכמה תשובות, דאין מוציאין ממון מיד המוחזק בפלוגתא דרבוותא, דמצי המוחזק לומר קים לי וכו', ורוב האחרונים תפסו במושלם דמלתא דפשיטא הוא, דמאי דאמרינן דמצי המוחזק לומר קים לי וכו', היינו אפילו היכא דהוו מיעוט פוסקים מזכים למוחזק, וטעמא משום דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב, כדאיתא בריש הפרה ובפ' המוכר פירות גבי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו' כמ"ש בחו"מ ס"ס רל"ב יע"ש, ודלא כהרדב"ז בתשו' סי' קטז דכתב, דלא אמרי' קים לי אלא במחלוקת שקול והדיין נוטה דעתו כסברת המחייבים, אינו יכול להוציא דמחלוקת שקול הוא יע"ש, דסוגיין דעלמא דלא כהרדב"ז, כמו שיראה בדברי האחרונים ז"ל.

וכתבו התוס' בריש פרק המניח [ב"ק כז: ד"ה קמ"ל], גבי מ"ש שם אין הולכין בממון אחר הרוב, תימה מאי טעמא אין הולכין ליתי בק"ו מדיני נפשות, כדאמרינן בריש פרקא קמא דסנהדרין ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא וכו', ויש לומר דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מאריה וכו'. **ויש** להתבונן, מה היא כונת תירוצם במ"ש דהתם גבי דיינים חשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, ויראה דה"ק כיון דאמרה תורה אחרי רבים להטות, מיעוט הדיינים הם מבטלים דעתם מפני סברת הרוב, ואינם יכולים להורות כפי סברתם אלא כסברת הרבים כדאיתא בהנחנקין גבי זקן ממרא, ואף בב"ד של שלשה, אם רבו המזכין על המחייבים או איפכא, ודאי דאה"נ מי שלא הסכים עם הרוב אינו יכול להורות כסברתו נגד חבריו הרבים, ואם הוצרכו ב"ד של ג' לחתוך פסק דין, מחויב הדיין השלישי לחתום עם הרוב כמ"ש

הרדב"ז ומרן ז"ל כדאיתא בתשובת המבי"ט ח"ב סי' קע"ג, ואפילו לדעת המבי"ט שם דס"ל דאין צריך לחתום, מ"מ מודה הוא דאינו יכול להורות אלא כסברת הרבים יע"ש, באופן דזו היא כוונת התוס', דגבי דיינים לא שייך למימר אין הולכין בממון אחר הרוב ויאמר המוחזק קים לי כמיעוט הדיינים, דאותו מיעוט כיון שנחלקו עליהם הרבים הוה ליה כמאן דליתיה, ואינם יכולים המיעוט של הדיינים להורות אלא כסברת הרבים, והיינו דסיימו וכתבו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מאריה דהא ב"ד מפקי מיניה, כלומר שאינו יכול המוחזק לומר קים לי כמיעוט הדיינים דהא ב"ד מפקי מיניה, כלומר כל כללות הבי"ד, המיעוט שהיו מסייעים אותו מבטלים דעתם, ומצטרפים עם הרוב להוציא הממון מידו, מה שאין כן גבי שאר ממון, כגון ההיא דמוכר את השור ונמצא נגחן, וההיא דכד וחבית דאיכא מיעוט וחזקה, דלא אזלינן בתר רובא וזוכה המוחזק כיון דיש לו מיעוט על מה לסמוך.

ובהך תירוצא דתריצו התוס' גבי דיינים תריצי נמי לההיא דבן סורר ומורה [סנהדרין סט.], באחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה בחדש דעדותן קיימת, ותלינן דביום אחד קא מסהדי, משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, והורגין או מחייבים ממון על פי עדותן משום דאזלינן בתר רובא, היינו נמי טעמא התם, דלא מצי להציל עצמו הנידון, ולומר קים לי דהני עדים הם מן המיעוט דלא טעו בעיבורא דירחא, ודוקא קא מסהדי ואכחושי הוא דקא מכחשי אהדדי, משום דהרי העדים העומדים לפנינו שמעידין עליו להורגו או לחייבו ממון הם אומרים דביום אחד קא מסהדי, והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא דירחא, ונמצא דאין כאן מיעוט כדי שיסמוך עליו הנידון, באופן דבין גבי דיינים דאזלינן בתר רובא ובין בההיא דעדים דמכחשי אהדדי דאזלינן בתר רובא, היינו טעמא דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, משום דבי"ד גופיה ועדים גופיהו מפקי מיניה ולית ליה שום מיעוט לסמוך עליו, זהו כונת התוס' לע"נ] ד, והארכתי בכונת דבריהם מפני שראיתי למהר"א ששון ס"ס ר"ז דנתקשה בדבריהם יע"ש, ועל דרך זה שפי' דברי התוס' הללו יתבארו דברי התוספות ריש סנהדרין דף ג' ע"ב דעמדו בזה ות' וצ"ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, ולכך לא סמכי' אהך רובא בדיני ממונות עכ"ל, וכונתם לומר דאותו רוב דזבני לרדיא לא חשיב רוב, משום דיש מיעוט נגדו דזבני לנכסתא, ואין הולכין בממון אחר הרוב, מה שאין כן בדיינים דהרוב הוא רובא מעליא והמיעוט הוי כמאן דליתיה מטעמא דאמרן ודו"ק.

אמנם הקשה מהר"א ששון בס' הנז', לדעת מהר"ם והנמשכים אחריו דבפלוגתא דרבוותא בענין ממונא לא אזלינן בתר רובא, וזוכה המוחזק מטעם קים לי, דאיך אפשר לומר זה, והרי אמרו התוספות פה דמיעוט דדיינים חשיב כמי שאינו, ות' דמ"ש התוס' דמיעוט הדיינים הוי כמי שאינו,

היינו דוקא כשהדיינים נושאים ונותנים ביחד, כיון שהרוב אומרים בפניו כן פשיטא דהו"ל כמי שאינו, אבל בספרי הפוסקים או הפוסקים מתוך כתבם, אם לא ראו אלו את אלו ודברו זה עם זה אף שראו הפוסקים והכתבים, אז הוא דאמרינן קים לי, משום דאנא אמינא, אילו היו נושאים ונותנים ביחד מכח הפלפול והויכוח, אפשר דהמרובים היו מודים לדברי המיעוט יע"ש, והם דברים נכוחים ראויים למי שאמרם, וכבר כתבתי לעיל [תחילת כלל זה] בשם תשובת הרשב"א ומהרי"ק ומהרלב"ח ז"ל בפסק הסמיכה וכל האחרונים, דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל, ורמז דבריהם בכ[נ]ה"ג סי' י"ג אות כ"ב יע"ש, ודלא כמהרדב"ז סימן קט"ז דס"ל דגם בפוסקים אזלינן בתר רובא מן התורה יע"ש.

כלל ב'

בענין טענת קים לי כמיעוט הפוסקים וכיחיד נגד רבים



ויש לחקור ולהתבונן, בהא דאמרינן דבפלוגתא דרבוותא זוכה המוחזק בסברת המיעוט פוסקים דמסייעי לו, דאומר קים לי כפלוגי כו', אי בעינן שיהיה המיעוט, שני פוסקים או שלשה נגד כל חכמי ישראל, אבל פוסק אחד נגד כל חכמי ישראל לא מצי למימר קים לי, או דלמא אפי' בפוסק אחד נגד כל חכמי ישראל, מצי למימר המוחזק קים לי כפלוגי. ולי היה נראה להביא ראיה, דאפי' ביחיד נגד רבים אם הוא מוחזק מעיקרא לא אזלינן בתר רובא, דהרי בריש פרק המוכר פירות [ב"ב צב.] אמרינן גבי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו', אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב, וכי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא, ופירש רשב"ם באיסורא כגון ט' חנויות מוכרות בשר שחוטה והאחת מוכרת בשר נבלה, דאמרינן בנמצא הלך אחר הרוב ע"כ, אם כן דכוותה בממונא כגון ט' חלקים זבני לרדיא וחלק אחד לנכסתא לא אזלי' בתר רובא אלא בתר מיעוטא, אם כן דון מינה גם לענין פלוגתא דרבוותא, דאם ט' פוסקים מחייבים אותו, ופוסק אחד מהפוסקים המובהקים אשר ישראל שותים מימיו כגון הרי"ף או הרמב"ם או הרא"ש פוטר אותו, יאמר המוחזק קים לי כפלוגי הפוסק נגד תשעה

פוסקים, וכן ראיתי למהרשד"ם יו"ד סי' קס"ו דאם היה מוחזק מעיקרא אפי' כסברת יחיד מומחה כר"ת לא מפקינן מיניה, אמנם הרב כנה"ג סי' כ"ה אות י"ו כתב דסוגיא דעלמא לא אזלא הכי יע"ש.

וראיתי בתשו' מהריב"ל ח"א כלל י"ב סי' ע"ג וכלל י"ד סימן פ"ד ופ"ו דכתב, דמהרי"ק כתב בתשובה דאין לומר קים לי כפלוגי גאון אפילו בדיני ממונות היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, נראה מדבריו אם יהיו ב' או ג' מגדולי המורים בכך אחת, וכל חכמי ישראל בכך שניה יכריעו את כולם שלא להוציא ממון מיד המוחזק יע"ש. עוד כתב מהריב"ל ח"א כלל י"ו סי' י"ב, דכתב מהרי"ק בתשובה דאין לומר קים לי כפלוגי גאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, דהיינו דוקא היכא שכל הפוסקים נושאים ונותנים בדין זה ומסכימים בסברא אחת, ויוצא אחד מהם מכללם נגד סברתם הרי הוא בטל במיעוטא, ולא מצי המוחזק לומר קים לי כיון שבטלה דעתו אצל הפוסקים, אכל היכא דלא מצינו מי שמדבר בענין זה אלא ב' או ג' פוסקים, יכול לומר קים לי כפלוגי גאון אע"פ שהוא יחיד עכ"ל. ואחר דברי מהריב"ל הללו נמשכו כל האחרונים, דבפוסק אחד נגד כל חכמי ישראל אין אומרים קים לי, וכשמוצאים ב' פוסקים אומרים קים לי אע"פ שכל גדולי ישראל יהיו נגדם, זולת בפוסק א' נגד ב' יש פוסקים דיכול לומר קים לי, כ[נ] שיטת הריב"ל וכ"כ מהר"א ששון סי' קכ"א ובס' לחם רב סי' ר"ל, ומהרש"ך סוף ח"ג בתשו' שאחר המפתחות כתב, דאינו יכול לומר קים לי כחד לגבי תרי, וכן נראה מלחם רב סי' קי"א, ומהר"ש הלוי חו"מ סימן ל"ה כתב שהוא מסופק וטוב לפשר יע"ש, וכבר רמז דבריהם בכ[נ]ה"ג סי' כ"ה בכללי הקים לי יע"ש.

ואני בעניי אני תמה, מנ"ל הא דביחיד אין אומרים קים לי ובב' אומרים קים לי, כאלו קל מן שמיא נפל דיש הפרש בין א' לב', והלא אידי ואידי מיעוט הוי, וכיון דאין הולכין כממון אחר הרוב מה מי א' מה לי ב', ועיין רדב"ז סי' קט"ז, ואמרתי אלך לי אל מארי דהאי דינא הוא מהרי"ק סוף שורש קמ"ט, דנשאל לענין הקאפ"ה שהיא פתוחה בענין שיש לה ד' כנפות, דמיעוטא סתום תחת האציל ורובא פתוח אם היא חייבת בציצית או לא, והשיב בארוכה, דהיא חייבת בציצית לדעת רוב הפוסקים, ואין למתירין על מה שיסמוכו אם לא לדברי הפוסק בעלת חמשה, ופשיטא דדברי יחיד הם ואין לסמוך עליהם כלל, ומה מאד היתה שגגה גדולה ומכשלה תחת יד מי שאמר דמצי בעל הקאפה למימר קים לי כרבינו שמחה, דאמר דבעלת ה' פטורה מציצית, מההיא דכתב המרדכי פרק נערה תפס החתן ואמר קים לי כרש"י דמהניא ליה תפיסתו וכו', דמה ענין ממון לענין איסור והלא ספק איסורא לחומרא ספק ממונא לקולא ומי יקל ראשו להתיר איסור מספק וכו', וכל שכן בספק זה, כי כל הפוסקים אשר כל ישראל שותין מימיהם, כמו פמליא של רבותינו בעלי התוספות והרי"ף והרמב"ם וכו', ופשיטא דבכה"ג אפי' לענין ממון, לא הוי מצי למימר קים לי כדברי היחיד דלא ככל

חכמי ישראל וכו' עכ"ל. וממ"ש מוהרי"ק דבכה"ג בענין ממון לא מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל וכו', הולידו דין זה מהריב"ל והנמשכים אחריו, דבפוסק אחד נגד כל חכמי ישראל אין אומרים קים לי ובשני פוסקים אומרים קים לי, וק"ל טובא מה לי חד מה לי שנים, ותו דנדון מוהרי"ק ז"ל דמייירי בפלוגתא דרבוותא אם בעלת ה' חייבת או פטורה, דרוב הפוסקים פסקו דחייבת, לאו פוסק יחיד כגון רבינו שמחה לחודיה הוא דפסק דבעלת ה' פטורה מציצית, דהלא איכא נמי ר"א ממייך דפסק דבעלת ה' פטורה מציצית, כמ"ש הג"מ פ"ג דציצית והביא סברתם מרן ז"ל באור"ח ר"ס י', ומלתא דפשיטא היא לע[נ] ד"ל דלא נעלם ממהרי"ק סברת רא"ם דהיא כסברת רבינו שמחה כמ"ש הג"מ, א"כ הרי איכא שני פוסקים דפטרי בעלת ה' מציצית, וכל חכמי ישראל פסקו דחייבת, ואפילו בכה"ג קאמר מהרי"ק דלענין ממונא אין אומרים קים לי כסברת היחיד נגד כל חכמי ישראל, הרי דאפי' ב' פוסקים כגון רבינו שמחה ור"א ממייך ז"ל, קרי להו יחיד נגד כל חכמי ישראל, ולא מצי המוחזק לומר קים לי כוותיהו נגד כל חכמי ישראל בענין ממונא.

ומה שיראה לע[נ] ד"ד, דדעת מוהרי"ק דבפלוגתא דרבוותא לענין ממונא דמצי המוחזק לומר קים לי, היינו כגון פלוגתא דרש"י ור"ת דכתב המרדכי בפרק נערה, דהוי מחלוקת באבות העולם, בכה"ג אין הולכים אחר רוב הפוסקים, כיון דבמיעוט הפוסקים נמי יש בהם מהפוסקים המפורסמים כרש"י וזולתו, אשר הוא אבי התעודה, בכה"ג מצי למימר המוחזק קים לי כרש"י וסיעתו, אע"ג דרבו החולקים עליהם ומיקרי ספיקא דדינא. אמנם במקום דרוב הפוסקים בחכמה ובמנין הם מחייבים, ובפרט הרי"ף והתוס', דנהגו העולם לפסוק כהרי"ף במקום שאין התוס' חולקים עליו, כ"ש כשהרי"ף והתוס' מסכימים יחד ונלוה עמם הרמב"ם וזולתו כנדון מהרי"ק דשורש קמ"ט, ולא נשאר רק מיעוט פוסקים דפוטרם, ואינם פוסקים מפורסמים, אפי' יהיו שנים המזכים, לא מצי המוחזק לומר קים לי כמיעוט פוסקים שאינם מפורסמים, נגד כל חכמי ישראל המפורסמים בחכמה ובמנין, וכן נראה מדברי מהרי"ק שורש צ"ד דף ק', דיש לחלק בין היכא דהוי פלוגתא דרבוותא אבות העולם כרש"י ור"ת, ובין היכא דהוי פלוגתא דפוסקים אחרים ע"ש.

וראיתי במשפטי שמואל סי' קכ"ו, דתמה על מ"ש מוהרי"ק סי' צ"ד דלא אמרין קים לי אלא באבות העולם לא בפוסקים האחרונים, דהרי מהרי"ק גופיה כתב בהרבה פוסקים דהלכה כבתראי דידיע במילי דקמאי כו', איברא ודאי דכ"כ מהרי"ק שורש פ"ד דהלכה כבתראי אף בפוסקים, והביא ראיה לדבריו ממ"ש הרי"ף בסוף מסכת עירובין דסומכין על הבבלי דלא כירושלמי מפני שהתלמוד בבלי הוא בתרא, וכ"כ בשורש צ"ד באריכות, מ"מ יראה לע[נ] ד"ד דבר תמוה דמהרי"ק יהיה סותר את עצמו מתשובה אחת לתשובה אחרת, וכל שכן דבתשובה אחת סותר את עצמו, דהרי בריש שורש

צ"ד דף צ"ז כתב דהלכה כבתראי אף בפוסקים, ובזה השורש עצמו דסי' צ"ד דף ק' כתב דאין אומרים קים לי בפוסקים אחרונים.

יראה לי לתרץ, דכבר נודע דנדון מהרי"ק בשורש צ"ד איירי, באשה אחת שעשתה צוואה, והיה כתוב בשטר הצוואה, צותה מרת פלונית להניח חמשים סלעים לר' מנחם, ושקיל וטרי התם טובא להוכיח דלשון מניח אינו כלום, והוכיח כן מהרי"ק מתשובת רגמ"ה ור"י רבו של (ר"י) [רש"י] ומתשוב' גאון אחד יע"ש, ונחלק על מהרי"ק רב אחר והיה מקיים הצוואה, דלשון מניח מהני כמ"ש הרא"ש בתשובה והביאה הטור סי' רנ"ג, מפני דהרא"ש ז"ל הוא בתרא והלכה כבתראי, ועוד לא יהא אלא ספק יאמר מקבל מתנה קים לי כהרא"ש, וע"ז חלק עליו מהרי"ק ז"ל דאותה צוואה אינה כלום, דאי משום הלכה כבתראי, היינו היכי שראו האחרונים דברי הראשונים, אבל הכא לא ראה הרא"ש דברי הגדולים הללו כיון שלא באו בספר מפורסם, גם מטעם קים לי כהרא"ש אין נראה לומר שיזכה מקבל מתנה, כיון דהרא"ש ז"ל הוא יחיד ואחרון טובא בערך הגאון ורגמ"ה ורבו של רש"י ז"ל, ואין אומרים קים לי אלא כשהחולקים מעלה מטה הם שוים כההיא דרש"י ור"ת ויש מערכה מול מערכה, מה שאין כן באותו נדון דסבור מהרי"ק דהרא"ש הוא יחיד ואחרון נגד אותם הגדולים, ומה גם שלא ראה הרא"ש את דברי אותם הגדולים, בזה הוא דאמר דאין לומר קים לי כהרא"ש, ותו צידד שם מהרי"ק, דבנדון שלו אפי' הרא"ש יודה דלא מהני לשון מניח יע"ש, כנ"ל ליישב כי היכי דלא תיקשי דברי מהרי"ק אהדדי.

ועיין במלוה על המשכון דפסקו רוב הפוסקים [עי' חו"מ ריש סי' ע"ב] דהוי שומר שכר, ויש מיעוט פוסקים דפסקו דהוי שומר חנם, ותופסי דגל הקים לי יש מהם אומרים דאין אומרים קים לי, כיון דרובא דמנכר מהמפורסמים והאחרונים פסקו דהוי שומר שכר, ויש מהם אומרים דאומרים קים לי, ויש מהם אומרים דטוב לפשר, וכבר רמז דבריהם בכנסת הגדולה סי' ע"ב בהגהת ב"י אות י"א יע"ש. גם ראיתי במהריב"ל ח"ד סי' י"א על אפוטרופוס שפשע, דיש פלוגתא דרבוותא, דרבינו האי גאון והרשב"א והרא"ש ס"ל דחייב בפשיעה, ור' חיים [עי' תוס' ב"ק לט. ד"ה דאי] והרמב"ן אומרים דפטור מפשיעה, וכתב דאפשר היה לומר דמצי לומר קים לי כר' חיים והרמב"ן, אבל אני כתבתי בס' הפוסקים שלי פעמים שלש בכמה ראיות, דהיכא דאיכא רובא דמנכר בחכמה ובמנין דלא מצי המוחזק למימר קים לי כהני רבוותא, ואע"ג דר' חיים והרמב"ן הם גאוני עולם, ובפרט הארי הגדול הרמב"ן, רבו עליו חבריו גדולי עולם וגדולי האחרונים ז"ל, שכתבו שהאפוטרופוס שפשע שחייב לשלם עכ"ל.

והקרת בתשובות מהריב"ל ומצאתי שכתב בזה בארוכה בח"ג סי' ק"ג ע"ד, האשה שטענה בתוך עשרה כי בעלה אין לו גבורת אנשים וישען על ביתו ולא יעמוד, והאיש כופר ואומר כי יש לו גבורת אנשים, ושקיל וטרי טובא בסברת הפוסקים, והוכיח דרוב הפוסקים בחכמה ובמנין ס"ל דבאומרת אין לו גבורת אנשים יוציא ויתן כתובה, משום דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה בדבר שהוא יודע אם משקרת, זולת הרמב"ם, שכתב פט"ו מהלכות אישות דין ט"ו, דאשה שאמרה בעלי אינו יכול לשמש כדרך כל הארץ שמוש שמוליד, או שאינו יורה כחץ יעשו הדיינים פשרה וכו', ומשמעות דברי הרמב"ם במ"ש אינו יכול לשמש כדרך כל הארץ שמוש שמוליד, משמע דר"ל דאין לו גבורת אנשים וישען על ביתו ולא יעמוד ואפילו בכה"ג אמר דאינה נאמנת, גם הראב"ד אזיל בשיטה זו, דאפילו במילתא דאיהו נמי קים ליה לא יוציא ולא יתן כתובה, כדמוכח ממ"ש הראב"ד פ"ד דאישות דין ט"ז יע"ש, ושקיל וטרי אם יוכל הבעל לומר קים לי כסברת הרמב"ם והראב"ד דלא יוציא ולא יתן כתובה אלא יעשו דרך בקשה, והעלה דאינו יכול לומר הבעל קים לי כהרמב"ם והראב"ד, משום דרוב הפוסקים בחכמה ובמנין סברי דלא כותייהו, ועמד שם באריכות כהך כללא דמרגלא בפומייהו דרבנן, דבפלוגתא דרבוותא מצי המוחזק למימר קים לי, אי אמרינן הכי אפילו במיעוטא דמיעוטא, והוכיח ממ"ש התוס' בר"פ המניח גבי מ"ש שם דאין הולכין בממון אחר הרוב, גם ממ"ש התוס' בריש סנהדרין דף ג' [ע"ב ד"ה דיני ממונות] גבי מ"ש שם ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש, והקשו שם התוס' מהא דאמרינן בר"פ המוכר פירות גבי מוכר שור ונמצא נגחן דאין הולכין בממון אחר הרוב, ותיירצו התוס' וצ"ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות ע"כ, הא קמן דאפילו בדיני ממונות היכא דהויא רובא דמנכר טובא אזלינן בתר רובא כו'. גם בח"ג סי' ג' כתב מהריב"ל בנידון כה"ג דאין לו גבורת אנשים, ומסיק רוב הפוסקים בחכמה ובמנין ס"ל דיוציא ויתן כתובה, וכיון שכן הוא עבדינן כותייהו ומפקינן ממונא מיד המוחזק כיון דאיכא רובא דמנכר, וכבר כתבתי זה כמה שנים והוכחתי בראיות ברורות, דהיכא דהרוב הם גדולים בחכמה ובמנין, חשבינן לשאר הפוסקים כמיעוטא דמיעוטא ולא עבדינן כותייהו, אבל לענין גט מילתא דפשיטא דעבדינן לחומרא בערווה החמורה עכ"ל. הנה הוכחנו מדברי מהריב"ל דח"ד בענין אפוסטרופוס שפשע, דאין יכול לומר המוחזק קים לי כו' חיים והרמב"ן נגד כל חכמי ישראל, גם בטוענת אין לו גבורת אנשים העלה בח"ג דאין יכול הבעל לומר קים לי כרמב"ם והראב"ד נגד כל חכמי ישראל, (עיין ברדב"ז סי' קט"ז דכתב דאין אומרים קים לי כהראב"ד והרשב"א נגד כל חכמי ישראל יע"ש, ובפלוגתא דמלוה על המשכון דאיכא ר"י והרא"ש וזולתם דפסקו דהוי שומר חנם, כתב מהרשד"ם בתשובה דאין אומרים קים לי כותייהו כיון דרובא דמנכר פסקו דהוי שומר שכר, וכן דעת כמה אחרונים אע"ג דבעלמא הם תופסים דגל

הקים לי), ובח"א כתב מהריב"ל בכמה תשובות, אם יהיו שנים או שלשה מגדולי המורים בכף אחת, וכל חכמי ישראל בכף שניה יכריעו את כולם שלא להוציא ממון מיד המוחזק, וכן כתב מהרשד"ם חו"מ סי' ל"ט ובכמה תשובות, והדברים תמוהים ומי יעמוד בסוד מהריב"ל ומהרשד"ם וסיעתם, פעם מזכים למוחזק בב' פוסקים נגד כל חכמי ישראל, פעם אחרת אומרים דאין יכול המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים היכא דאיכא רובא דמנכר והם גדולים בחכמה ובמנין, וכבר עמד בסתירת דברי מהריב"ל בכנסת הגדולה סי' כ"ה בכללי הקים לי אות י"ג יע"ש, והעלה הרב בעל כנה"ג דסוגיין דעלמא לומר המוחזק קים לי כשני פוסקים הראויים לסמוך בהוראותיהם, אע"פ שכל גדולי ישראל יהיו נגדם, זולת כשהוא יחיד נגד רבים דאז אין אומרים קים לי. ולע[נ] ד"ד יראה בכל דוכתא דאיכא פלוגתא דרבוותא, ורובא דמנכר מהמפורסמים הם מחייבים, אע"ג דאיכא מיעוט פוסקים פוטרם אין נכון וברור לדון קים לי, כיון דאשכחן פלוגתא אי בכה"ג אומרים קים לי, ונכון הדבר לפשר, כמ"ש כמה אחרונים בדין מלוה על המשכון אי הוי שומר שכר או שומר חנם, והדברים עתיקים דלא כל הפוסקים שוים ולא כל המקומות שוים.

ויש לי ליתן טעם, מאי שנא דבשנים אומרים קים לי ובפוסק אחד אין אומרים קים לי, ונ"ל דטעמייהו הוי כדאמרינן בכמה דוכתי דפליגי ר' מאיר ורבנן, דרבנן ס"ל אזלינן בתר רובא ולא חיישינן למיעוטא ור"מ חייש למיעוטא, ושורש המחלוקת הנה נתבאר בדוכתי טובא ובפרט ביבמות ר"פ האשה בתרא [קט.], דר"מ ס"ל דקטן וקטנה אין מיבמין משום דחייש למיעוטא, קטן שמא ימצא סריס קטנה שמא תמצא אילוניית, ורבנן ס"ל זיל בתר רובא דקטנים ורוב הקטנות, דרוב הקטנים לאו סריסי נינהו ורוב קטנות לאו אילוניות נינהו. ואע"ג דלית הלכתא כר"מ דחייש למיעוטא, אלא כסברת רבנן דאזלינן בתר רובא ולא חיישי למיעוטא, כדתנן בסוף פ"ג דיבמות [קיא.]: יבם קטן שבא על יבמה קטנה יגדלו זה עם זה, וכ"כ הפוסקים כמ"ש לקמן סי' קס"ז, היינו לענין איסורא אזלינן בתר רובא ולא חיישינן למיעוטא, אבל לענין ממונא קי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כדאיתא בריש המניח את הכד ובריש הפרה ובריש המוכר פירות, וטעמא משום דכיון שזה מוחזק בממון סמוך מיעוטא לחזקה הו"ל פלגא ופלגא, ואפילו באיסורא היכא דאיכא חזקה סמכינן מיעוטא לחזקה והוי פלגא ופלגא, כדתנן ר"פ בתרא דמסכת יבמות [קט.]. האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעליך, לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה, היתה לה חמות אינה חוששת יצתה מליאה חוששת, ר"י אומר אינו חוששת, ושקלינן וטרינן עלה בגמרא מ"ט דרישא דקתני לא תנשא והלא רוב נשים מתעברות ויולדות, ואוקמוה דמתני' ר"מ היא דחייש למיעוטא, ופרכינן מסיפא דמתני' היתה לה חמות אינה חוששת אמאי הלך אחר רוב נשים ורוב נשים מתעברות ויולדות, מיעוט מפילות וכל היולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות סמוך מיעוטא דמפילות

למחצה נקבות והו"ל זכרים מיעוטא וליחוש, ומסיק רבא דטעמא דמתני' הוי משום דרישא חזקה ליבום ורובא לשוק, וחזקה לא עדיף כי רובא, ואייתי מיעוטא דמפילות סמוך מיעוטא לחזקה והוי ליה פלגא ופלגא, ולפיכך קתני ברישא לא תנשא ולא תתיבם, אמנם סיפא דמתני' דקתני היתה לה חמות אינה חוששת הוי חזקה לשוק ורובא לשוק (דהיינו מחצה נקבות ומיעוט מפילות), והו"ל זכרים מיעוטא דמיעוטא ומיעוטא דמיעוטא לא חייש ר"מ ע"כ סוגית הגמרא.

ומפשט הסוגיא יראה לכאן, דרישא דמתני' דקתני לא תנשא ולא תתיבם אף לפי המסקנא אתי כר"מ, ונמצא דר' מאיר ורבנן פליגי בתרתי, דר"מ חייש למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא, וכ"ש דחייש היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, ורבנן אזלי בתר רובא ולא חיישי למיעוטא אפי' היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, כל שכן דלא חיישי למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא, אמנם לענין הלכה אע"ג דלא קיי"ל כר"מ דחייש למיעוטא היכא דליכא חזקה, לא בהדי רובא ולא בהדי מיעוטא, מ"מ היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, קיי"ל כר"מ דחיישינן למיעוטא, ולפיכך פסקו הפוסקים רישא דמתני' לא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה, משום דכיון דאיכא חזקה בהדי מיעוטא קיי"ל כר"מ בהא. [ועי' בדברי הטור לקמן ס"ס קנ"ז דכתב האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים ואין לה בנים, ובא עדות שמת בעלה, לא תתיבם ולא תנשא לעולם עד שתדע אם ילדה צרתה כו', וראיתי בס' חוסן ישועות שכתב על דברי הטור, כתב הרש"פ תמהני טובא איך סתם דבריו הפך דעת הרא"ש שכתב עלה דמתני' דאתי כר"מ ולא קיי"ל כותיה וכ"כ שם התוס' עכ"ל, וכן יראה קצת שהבין בעל שלטי הגבורים ר"פ האשה בתרא מדברי הרא"ש, דלא קיי"ל כמתני' דלא תנשא ולא תתיבם דאתי כר"מ וכו' יע"ש, והדבר ברור דלק"מ, דמתחלה אוקמוה בגמרא דמתני' ר"מ היא דחייש למיעוטא, ואכתי לא אסיק בגמרא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, ואהא שקלו וטרו התוס' והרא"ש אי קיי"ל כר"מ דחייש למיעוטא אע"ג דליכא חזקה בהדי מיעוטא, והעלו דלא קיי"ל כר"מ בהא דחייש למיעוטא אע"ג דליכא חזקה, ונפק"מ לעלמא בכמה דינין דאיכא רובא ומיעוטא דלא חיישינן למיעוטא, אמנם בדין משנתינו דקתני לא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה הלכתא היא, לפום מאי דאסיקנא בגמ' דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, וזה ברור]. וכן ראיתי למהריב"ל ח"א כלל ג' סי' י"ז דף ק' דתפס במושלם דר' מאיר ורבנן בתרתי פליגי, וקיי"ל בחדא כרבנן דלא חיישי למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא, וקיי"ל בחדא כרבי מאיר דחייש למיעוטא היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא יע"ש, ונמצא לפי זה דמתני' דלא תנשא ולא תתיבם ר"מ היא ולא רבנן, וקיי"ל בהא כר"מ משום דאיכא חזקה בהדי מיעוטא.

אמנם ראיתי בני ר"פ האשה בתרא, דכתב דמתניתין דלא תנשא ולא תתיבם כו' לפי המסקנא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא והוי פלגא ופלגא אתי אפי' כרבנן, ואצ"ל דאתי מתניתין כר"מ דחייש למיעוטא, וסיפא דהיתה לה חמות אינה חוששת אתי אפי' כר"מ דחייש למיעוטא משום דהוי מיעוטא דמיעוטא, ולמיעוטא דמיעוטא לא חייש ר"מ יע"ש. ולפי דברי הרב הנמק"י לא פליגי רבנן עליה דר"מ אלא במיעוטא דליכא חזקה בהדיה, אבל במיעוטא דאיכא חזקה בהדיה הו"ל פלגא ופלגא ומודו רבנן לר"מ, ונפלאתי על [מ]הריב"ל איך העלה דר' מאיר ורבנן פליגי בתרתי, ולא הזכיר דברי הנ"י דבדאיכא חזקה בהדי מיעוטא מודו רבנן לר"מ וצ"ע.

כתב מהריב"ל ח"א בתשו' הנז' דף ק', וצ"ע בדברי הרמב"ם שכתב דאין הלכה כר' יהושע דאמר דיצתה מלאה אינה חוששת, דאלמא דס"ל להרמב"ם דיצתה מלאה חוששת, ואפילו דליכא חזקה לא בהדי רובא ולא בהדי מיעוטא, ונראה דפסק כר' מאיר בתרתי משום דסתם לן מתני' כותיה, כך נראה לכאורה מדבריו, אבל רוב הפוסקים פסקו דאין הלכה כר"מ, אלא דווקא היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא עכ"ל. ואני תמה, איך חשב כזאת דהרמב"ם פוסק כר"מ דחייש למיעוטא אע"ג דליכא חזקה בהדי מיעוטא, והלא רמב"ם פסק פ"א מהלכות יבום דין ט"ז, יבם קטן שבא על יבמתו אם היה בן ט' שנים ויום אחד יקיים, והיינו דלא כר' מאיר דחייש למיעוטא, וכן בדוכתי טובא פסק דלא כר"מ, ואפ"ה פסק ספ"ב מהלכות יבום דין י"ח יצתה חמותה מעוברת הרי זו חוששת ולא תנשא לזר עד שתדע מה היה עיבור חמותה וכו', והיינו דלא כר"מ וכן פסקו רוב הפוסקים כמ"ש לקמן ס"ס קנ"ז, וטעמא דמלתא דיצתה מלאה חוששת כתב נ"י ז"ל, דכיון דמלאה היא לית לה חזקת היתר לשוק, ואדרבה קצת הוחזקה ליבום דלשמא תפיל נמי לא חיישינן, דכיון דיצתה מלאה ועבר זמן לידתה אין אומרים שמא הפילה, דהו"ל כמיתה ואסיקנא בפרק כל הגט [גיטין כח:] דלשמא מת לא חיישינן, וכיון שנסתלק מיעוט מפילות וחזקה דשוקא, לא נשאר כאן אלא ספק דמחצה זכרים ומחצה נקבות, לפיכך יצתה מלאה חוששת עכ"ל. ומ"מ הנה נתבאר דבפלוגתא דר"מ ורבנן, אע"ג דלא קיי"ל כר"מ דחייש למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא, מ"מ היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא קיי"ל דחיישינן למיעוטא, ואם כן בפלוגתא דרבוותא לענין ממונא, אף על גב דיש רוב פוסקים מחייבים למוחזק, כיון דיש שני פוסקים מסייעים למוחזק אין הולכים במזמון אחר הרוב, משום דאיכא חזקה בהדי מיעוטא, אמנם היכא דכל הפוסקים מחייבים למוחזק זולת פוסק אחד דמסייע למוחזק, לא מצי לומר קים לי כפלוני גאון במקום שכל חכמי ישראל חולקים עליו, דהו"ל מיעוטא דמיעוטא, ולמיעוטא דמיעוטא לא חייש אפי' ר"מ, כמ"ש בר"פ האשה בתרא [יבמות קיט:].

ומנא אמינא לה דשנים הוא מיעוט חשוב כנגד רבים אפילו הם מאה, ואחד נגד שנים חשוב מיעוטא דמיעוטא, מדאמרינן בעלמא לענין עדות אין דבריו של אחד במקום שנים, ואם הם שנים כנגד מאה אמרינן תרי כמאה ומאה כתרי, ואם לחשך אדם לומר שאני עדות דלא אזלינן בתר רובא, אבל בענין פוסקים הו"ל כסנהדרין ואזלינן בתר רוב דעות, ואי טעמא דמוחזק אהני ליה לומר קים לי כמיעוט פוסקים, כיון דלא נחלקו זה בפני זה כדאמרן לעיל, אם כן הוא הדין שיאמר קים לי כפוסק אחד נגד רבים, או לפחות כאחד נגד שנים. אף אתה אמור לו, אשכחן כה"ג גם לענין אומדנא, דיש חילוק בין אחד החולק עם שנים לבין שנים החולקים עם מאה, לענין חולה ביום הכפורים, דתנן בפרק יוה"כ [יומא פב.] חולה מאכילים אותו על פי בקיאים, ואם אין שם בקיאים מאכילין אותו ע"פ עצמו, ומפרש בגמרא [שם פג.] דמאי דקתני רישא חולה מאכילין אותו על פי בקיאים, היינו לומר, דאע"ג דחולה וגם שני רופאים אומרים אין צריך, ושני רופאים אומרים צריך, מאכילין אותו ע"פ הרופאים האומרים צריך, ואע"ג דאמר רב ספרא תרי כמאה ומאה כתרי, ה"מ לענין עדות אבל לענין אומדנא בתר רוב דעות אזלינן, ה"מ לענין אומדנא דמומנא (כגון בשומא דשמין לב"ח), אבל לענין אומדנא דחולה, אע"ג דרובא אמרי אין צריך, כיון דאיכא תרי דאמרי צריך ספק נפשות להקל. וכן כתב הרא"ש והטור או"ח סימן תרי"ח, דאם רופא אחד אומר צריך ושנים אומרים א"צ אין דבריו של אחד במקום שנים, ואם שנים אומרים צריך אפילו מאה אומרים אין צריך מאכילין אותו, שאין הולכין בסכנת נפשות אחר רוב דעות יע"ש, ואע"ג דיש פוסקים דס"ל דאפילו בסכנת נפשות הולכים אחר רוב דעות, היינו משום דס"ל דלמסקנא דגמרא שם הולכים אחר רוב דעות כמ"ש שם, אמנם הכל מודים דלפי שינוי דגמ' דאמרינן בריש סוגיא דלא אזלינן בתר רוב דעות, יש חילוק דאחד לגבי שנים אין דבריו של אחד במקום שנים, אמנם שנים כנגד מאה אמרינן תרי כמאה, אע"ג דלא אמרינן הכי אלא באומדנא דספק נפשות, אבל באומדנא דמומנא אמרו בגמ' דאזלינן בתר רוב דעות, היינו ברוב ומיעוט דאיתיה קמן שנחלקו זה כנגד זה, והיינו בסנהדרין או ב"ד של ג' דאזלינן בהו אחר הרוב כדכתיב אחרי רבים להטות, אבל בדברי הפוסקים דלא נחלקו פנים בפנים, דאמרינן דמצי המוחזק לומר קים לי, היינו דוקא בשני פוסקים אפילו כנגד מאה, משום דאין הולכים בממון אחר הרוב ברובא דליתיה קמן, וחיישינן למיעוטא משום דאיכא חזקת ממון בהדי מיעוטא כמ"ש לעיל, אבל באחד נגד שנים דאמרינן אין דבריו של אחד במקום שנים, ה"נ אותו יחיד כמיעוטא דמיעוטא, ולמיעוטא דמיעוטא אפי' ר"מ לא חייש. הכלל העולה, דהנה נתבאר טעם יפה למה שנהגו העולם, לזכות למוחזק בטענת קים לי בשני פוסקים נגד כל חכמי ישראל, ובאחד נגד שנים אין אומרים קים לי.

אמנם יראה לי דאין כל הפוסקים שוים בענין זה, דאם רוב חכמי ישראל והם אבות העולם הפוסקים המפורסמים, כגון הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם, מהגדולים שהם עמודי ההוראה אשר מימיהן אנו שותין בכל עת וכל רגע, מחייבים למוחזק, ויש שני פוסקים קטנים בחכמה ובמנין דהם פוטרים, אין הדעת סובל דיאמר המוחזק קים לי כשנים הפוסקים הקטנים, נגד הפוסקים המפורסמים המובהקים והם גדולים בחכמה ובמנין, דאע"ג דהם שני פוסקים חשבינן להו כמיעוטא דמיעוטא. **איברא** דמהרש"ח כתב בתשו' סי' יו"ד במתחייב בדבר שאינו קצוב, דהרמב"ם ורבותיו ס"ל דפטור וכל הפוסקים חלוקים עליהם, דמצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו, ותמה על מהר"י אדריי סי' ע"ג דכתב דלא מצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו, כיון דכל גדולי ההוראה חלוקים עליו, והביא ראיה ממ"ש מהרי"ק בשרשיו יע"ש, ואני אומר דאדרבה במחילה רבה, משרשי מהרי"ק הוציאו פסקי זמנינו דדוקא היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו על היחיד אין הלכה כאותו יחיד, אבל היכא שיש פוסק אחר כסברת אותו היחיד אין הולכין אחר הרוב, אפילו שיהיו השנים קטנים בחכמה בערך שאר החולקים כו' עכ"ל מהרש"ח.

ואני אומר, דהן אמת דהתופסים דגל הקים לי ס"ל דמצי לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו אע"ג דכל הפוסקים חלוקים עליהם, היינו טעמא משום דהרמב"ם ורבותיו הם אבות העולם, והם פוסקים מפורסמים גדולים בחכמה, אמנם מה שהפריז על המדה לומר דאפי' בשני פוסקים קטנים בחכמה בערך שאר פוסקים, יכול המוחזק לומר קים לי, הוא דבר תמוה בעיני, והלא אמרינן בעלמא אין הלכה כתלמיד במקום הרב, ותו דאפי' לענין רוב ומיעוט דב"ש וב"ה, אמרינן בפ"ק דיבמות [יד.] דב"ש עשו כדבריהם אע"ג דב"ה הוו רבים, משום דכי אזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו, אבל הכא ב"ש מחדדי טפי, כ"ש וכ"ש היכא דרוב הפוסקים מחייבים למוחזק, והם מהפוסקים המפורסמים המופלגין בחכמה, והחולקים עליהם הם שני פוסקים קטנים בחכמה בערכם, דאין לומר קים לי כותיהו וחישיבי מיעוטא דמיעוטא.

ומה שהוכיחו דין זה הוא מתשו' מהרי"ק דשורש קמ"ט בפלוגתא דרבינו שמחה עם שאר פוסקים, דאין לומר קים לי כרבינו שמחה שהוא יחיד נגד כל הפוסקים אפילו לענין ממונא יע"ש, ומפני דלא הזכיר שם מהרי"ק רק סברת רבינו שמחה הולידו דין זה מדברי מהרי"ק, דאלו היה פוסק אחר עם רבינו שמחה היינו אומרים לענין ממון קים לי כר' שמחה ופוסק פלוני[ני], נגד כל הפוסקים המפורסמים אבות העולם. **אמנם** המעיין יראה דר"א ממין אזיל בשיטת רבינו שמחה, באותו דין שדיבר מהרי"ק לפטור בעלת ה' מציצית, כמ"ש הג"מ פ"ג דציצית ונתבאר באו"ח ריש סי' י' יע"ש, ועיין תשובת מהריב"ל ח"ג סי' ק"ג בתשובה דישען על ביתו מ"ש בזה יע"ש, ואפילו בכה"ג קאמר

מהר"ק דאפי' לענין ממונא אין לומר קים לי כרבינו שמחה ודעמיה הר"א ממין, כיון דהחולקים עליהם הם אבות העולם אשר כל ישראל שותים מימיהם, פמליא של רבותינו בעלי התוספות והרי"ף והרמב"ם ז"ל והבאים אחריהם, ואע"ג דיש רבינו שמחה והר"א ממין ובודאי דהיו גדולי דורם ומופלגים בחכמה, מ"מ אינם פוסקים מפורסמים אשר רגילים העולם לסמוך עליהם כמו התוספות והרי"ף והרמב"ם, וחשיבי יחיד כנגדם, ואין לומר קים לי כדברי היחיד ואפי' הוו תרי דלא ככל חכמי ישראל.

וכי תימא, מי יוכל לומר ולהבחין זהו פוסק גדול מפורסם וזה אינו גדול מפורסם, יראה לי דכל פוסק שזכה שנתפשט ספרו או דבריו או הוראותיו בכמה מקומות חשיב גדול מפורסם, משום דמימיו אנו שותים והרי הוא מכלל הפוסקים אבות העולם, אמנם הפוסק שלא נתפשט ספרו או הוראותיו, ולא הוזכרו דבריו בספרי הפוסקים תנדר, אלא במקצת מקומות הוזכרו דבריו, לא חשיב גדול מפורסם. ויש להביא ראיה ודוגמא לזה מה שכתב מרן הכ"מ בכמה דוכתי, לענין פסק הלכה דפלוגתא דתנאי או דאמוראי, דפעמים אמרין יחיד ורבים הלכה כיחיד, היכא דהיחיד מריה דגמרא טפי מהרבים, מריה דגמרא בעי למימר שמוזכר יותר פעמים במשנה או בברייתא, או בגמרא יותר מהרבים, ועיין סוף פ"ב מהלכות אבל, במ"ש הרי"ף דכהן מטמא לאבר מן החי מאביו, דכתב שם דפסק להקל כראב"י ור"י, אע"ג דר' יהושע בן אלישע וד' זקנים פליגי עליהו והו"ל ה' כנגד ב', הני תרי עדיפי משום דהוו מארי דגמרא טפי, כלומר דהוזכרו הנך תרי יותר במשנה או בברייתא, גם באו"ח סי' ע' דהרי"ף והרמב"ם ז"ל פסקו דהלכה כר"י אע"פ שהוא קדמון, משם דהוו מאריה דגמרא טפי מרב שישא אע"ג דבתרא הוא, ור"ח והרא"ש ס"ל דטפי אזלינן בתר בתרא יע"ש.

ומכאז אני אומר, גם במה שהעלו האחרונים ותפסו במושלם, דאין לומר קים לי כפלוני היחיד במקום שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, היינו היכא דכי הדדי נינהו, דכלם הם שוים ומפורסמים בחכמה, אז אין לומר קים לי כפלוני היחיד נגד כל חכמי ישראל, אכל אם אותו היחיד מופלג בחכמה והוא פוסק מפורסם, והחולקים עליו הם קטנים בערכו, אע"ג דהם רבים מצי המוחזק לומר קים לי כפלוני יחיד, דאע"ג דהוא יחיד חכמתו היא מכרעת כנגד הרבים הפוסקים הקטנים החולקים עליו. וכיצא בזה כתבו קצת פוסקים לענין חולה ביום הכפורים, דאע"ג דאמרין דרופא אחד אומר צריך או אין צריך ושני רופאים אחרים חולקים עליו, דאין דבריו של א' במקום שנים, היינו דוקא היכא דהרופאים כי הדדי נינהו, אבל אם היחיד מומחה אין חולכים אחר הב', כדאשכחן [ע"ז ז.]. לענין הנשאל לחכם, דאמרין היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר כו', אם היה אחד מהן גדול בחכמה ובמנין הלך אחריו, אלמא בעינן תרתי חכמה ומנין, ואמרין פ"ק דיבמות [יד.], כי אזלינן בתר רובא היכא

דכי הדדי נינהו אבל הכא ב"ש מחדדי טפי, כמ"ש הר"ן בפרק יום הכפורים, ואפי' לדעת הרמב"ן שחולק על סברא זו, וס"ל דאין חולכים אחר רוב חכמה אלא אחר רוב מנין, היינו בענין הרופאים החולקים באומדנא פנים אל פנים, אבל היכא דאין חולקים פנים בפנים מודה הוא דאזלינן בתר רוב חכמה, ואפי' ברופאים החולקים פנים בפנים, העלה הרמב"ן דאם היחיד החולק על הרבים הוא מופלג בחכמה, חוששין לדבריו אפי' להקל כמ"ש באו"ח סימן תרי"ח יע"ש.

הכלל העולה מה שיראה יותר נכון בענין הקים לי, דמ"ש שיוכל המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים אפי' נגד מאה פוסקים, היינו דוקא כשאותם הפוסקים הם שוים בחכמה והם מהפוסקים המפורסמים, אז אמרין אין חולקין בממון אחר הרוב, ובכה"ג הדעת נוטה לדון בקים לי, והנכון בעיני אלקים ואדם דבכי האי גוונא ראוי לעשות פשרה, כמ"ש כמה פוסקים בפלוגתא דמלוה על המשכון אי הוי שומר שכר או שומר חנם דטוב לפשר, אבל אם שני הפוסקים המזכים למוחזק אינם מהפוסקים המפורסמים, והפוסקים שכנגדם הם רבים וגדולים בחכמה ובמנין (דהם) [והם] מהפוסקים המפורסמים, חשיבי אותם שני פוסקים כמיעוטא דמיעוטא.

גם במ"ש דלא יוכל המוחזק לומר קים לי כפלוני יחיד נגד שנים, היינו דוקא כשהם שוים בחכמה, אבל אם אותו פוסק היחיד הוא מאבות העולם מהפוסקים המפורסמים, והפוסקים הרבים החולקים עליו הם פוסקים קטנים ואינם מהפוסקים המפורסמים, אפי' הכי יוכל המוחזק לומר קים לי כסברת יחיד, דאע"ג דהוא יחיד חכמתו היא מכרעת נגד הפוסקים הקטנים בחכמה, והחכמה תחיה את בעליה, ונכון הדבר בכה"ג לעשות פשרה כנ"ל.

כלל ג'

בענין אי הלכה כבתראי בדברי הפוסקים



עוד יש לעמוד ולהתבונן בכלל אחד שכתב מוהר"ק בשרשיו שורש פ"ד ושורש צ"ד, דהיכא דהפוסקים האחרונים חולקים על הראשונים דהולכים אחר האחרונים, דהלכתא כבתראי מאביי ורבא ואילך, והביא ראיה ממה שכתב הרי"ף בסוף מסכת עירובין דהלכה כתלמוד בבלי להקל

אפי' שתלמוד ירושלמי מחמיר (לענין השמעת קול בשבת להכות בדלת עיין באו"ח סי' של"ח), משום דגמרא דילן בתרא היא ואינהו הוו בקיאי בגמרא דבני מערבא טפי מינן, ואי לאו דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לאו דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו. ומכאן דן מהרי"ק ז"ל דה"ה בפוסקים הלכה כבתראי, והביאו מור"ם בחו"מ סי' כ"ה, ויראה לי שכן הוא דעת הרא"ש בפרק אחד דיני ממונות דגם בפוסקים הלכה כבתראי, דכתב שם דיכול לחלוק אפי' על הגאונים אם מביא ראיה לדבריו דיפתח בדורו כשמואל בדורו וכו', והביא ראיה מדחזינן לאמוראי בתראי חולקים על אמוראי קמאי והלכה כבתראי יע"ש, וכ"כ הטור בחו"מ סי' כ"ה וכן נראה דעת הרמב"ם רפ"ב מהלכות ממרים, וכן יראה מדברי הראב"ד בפירושו פ"ק דעדות [אולי מ"ה] יע"ש, אך על הגאונים סבור הרא"ש דאין יכולים לחלוק כמ"ש הרא"ש והטור בשמו [חו"מ] סי' כ"ה יע"ש.

והדבר תמוה בעיני כל חכם לב, שנאמר דהלכה כפוסקים אחרונים של דורות הללו, נגד הפוסקים הראשונים אבות העולם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם מגדולי הראשונים, וכבר ראיתי למהר"ם אלשקאר סי' נ"ג דתמה על הגאון מהרי"ק, והעלה דאין אומרים בפוסקים הלכה כבתראי דקמאי עדיפי, והביא ראיה מהרשב"א והר"ן שמבטלין דעתם מפני הרי"ף יע"ש. ולע[נ] ד"ד יראה, דאף לדעת מהרי"ק דס"ל דהלכה כבתראי אף בפוסקים, היינו דוקא כשהפוסקים האחרונים הם גדולים בחכמה כפוסקים הראשונים, דהרי מהרי"ק בשורש ס"ד נתן טעם לדבר, מאי שנא דלפני אביי ורבא אין אומרים הלכה כבתראי, ואדרבה אמרינן דקמאי עדיפי ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, ומאביי ורבא ואילך אמרינן דהלכה כבתראי, והשיב דהאמוראים הראשונים שלפני אביי ורבא לא עמדו על כל הסברות להעמיד ההלכה על בוריה, מה שאין כן מאביי ורבא ואילך שלמדו כל הברייתות והעמידו ההלכה על בורייה וכו' יע"ש, ולפי זה אין כח לומר הלכה כבתראי אף בפוסקים אלא היכא דכי הדדי נינהו שירדו לעומקה של הלכה בכל התלמוד, כגון הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם שעשו חיבור מאסף לכל דיני התלמוד, ונתפרסמה חכמתם בכל העולם שהיו בקיאים בכל התלמוד, בכה"ג יש לומר הלכה כבתראי, אבל בפוסקים האחרונים שלא השיגה כחן או גבורתן לעשות חיבור כולל בכל דיני התלמוד, או שלא הגיעו דבריהם רק במסכת אחת או שנים או במקומות מועטים בתלמוד, בודאי הגמור כי אין לומר בכה"ג הלכה כבתראי, דקמאי עדיפי, כי כמה דינים יש במסכתא זו ויש ראיות אחדות במסכתא אחריתי לברר הדברים, וכמ"ש דיש כמה בעיות בתלמוד דסלקן בתיק"ו בהאי מסכתא ומפשטא לבעיין בדוכתא אחריתי, כי דברי תורה עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר, ועיין בהרא"ם ח"א סי' ל"ו דכתב דהלכה כבתראי גם בפוסקים, וכתב שכ"כ הג"מ בהלכות פסח דהלכה כמהר"ם בכל מקום מפני שהוא בתרא ויודע דעת כולם עכ"ל, גם מהר"י מינץ סי' י"ו כתב

דברי הג"מ, וכתב ולפ"ז היה ראוי לפסוק כבעל הטורים שהוא אחרון ויודע דעת כולם כו', סוף דבר קשה לעמוד על העיקר אך רחמנא לבא בעי והחי יתן אל לבו עכ"ל.

וראיתי במהר"ם אלשיך סי' ט"ל דכתב דהרא"ש כתב בתשובה דפוסקים גם כן הלכה כבתראי, וכתב ע"ז מהר"ם אלשיך, דע"כ לא אמרינן הלכה כבתראי לגבי קמאי אלא כשאין בין בתראי לקמאי אלא כהדרגת אמוראי קמאי לאמוראי בתראי, אבל היכא דאיכא ביניהם כהדרגה שבין אמוראי לתנאי לא אמרינן, דהא מאמוראי לתנאי לא אמרינן הלכה כבתראי, אלא אדרבא אין גם אחד מהאמוראים, בלעדי רב דתנא הוא, יחלוק על תנא אם אין תנא אחר מסייע וסומך עליו, ואם כן השתא אין ספק שמהרי"ק ז"ל שהוא מדורותינו אלה, לא אמרינן עליו לגבי התוס' דהלכה כמותו שהוא בתרא לגבי דידהו, ואנן סהדי דאי הוה ידע שהתוספות ס"ל דאסור, לא היה חולק עליהם וכו' עכ"ל, ודבריו נכונים לע[נ] ד. ומ"מ היכא דהפוסקים הראשונים נחלקו בדין אחד, והפוסקים האחרונים הכריעו בין הראשונים, הולכים אחר הכרעתם, וכן כתב מהר"ם אלשקאר סי' נ"ג יע"ש, אמנם בתופסי דגל הקים לי יראה דס"ל דלא משגחי בהאי כללא דהלכה כבתראי, דהא חזינן דתפסו במושלם להקת האחרונים, במתחייב לחברו דבר שאינו קצוב דמצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו [עי' פי"א מכירה הט"ז], אע"ג דחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, אמנם מרן פוסק כשיטת האחרונים החולקים על הרמב"ם עיין בחו"מ סי' ס' וסי' ר"ז יע"ש, ועיין תשובת הרשד"ם חו"מ סי' ע"א ונ"ו ועיין הרח"ש סי' נ"ד דף רי"ד ריש ע"א יע"ש.

כלל ד'

בענין אחד הפוסקים שכותב חילוק ושאר פוסקים לא הזכירוהו אם נחשב כיחידאה



עוד יש לעמוד ולהתבונן בכלל אחד דמרגלא בפומיה דמהריב"ל, דכשכל הפוסקים כותבין דין התלמוד סתם, ופוסק אחד מחלק חילוק אחד מה שלא הזכירוהו שאר הפוסקים, אמרינן מסתמא דדברי אותו הפוסק המחלק הם דברי יחיד, וכל הפוסקים מדפסקו סתמא הם חולקים עליו. והביא ראיה ממ"ש הרי"ף בהאשה רבה פ"י דיבמות, על מ"ש ר' יהודאי גאון, דיבמה שנשאת

לישראל ויש לה בנים ממנו, חולץ לה היבם ויושבת תחת בעלה כדי שלא להוציא לעז על בניה, והרי"ף חלק עליו ופסק דאפילו היו לה בנים תצא, וטעמא משום דאי איתנהו להנהו מילי דמר רבינו יהודאי גאון לא הוה שתיק גמרא מינייהו, ועיין לקמן סי' קנ"ה, ומהך סברא דהרי"ף דן מהריב"ל ח"א סי' י"ג דף י"ו ע"ד, בהא דאמרינן ס"פ זה בורר [סנהדרין לא:]: היבמה הולכת אחר היבם, משום שנאמר וקראו לו זקני עירו ולא זקני עירה, דכתב נ"י בשם הרא"ה דאם הלך היבם מעירו לעיר אחרת, כופין אותו לבא אחריה, דלא מיקרי זקני עירו אלא במקום דירתו, ועל סברא זו דהרא"ה כתב [מ] הריב"ל, דכיון דכל הפוסקים כתבו סתמא והיבמה תלך אחר היבם, אי איתנהו להנהו מילי דהרא"ה לא הוה שתיק כל הפוסקים לאשמועינן הך חידושא, ואע"ג דדברי הרא"ה מילי דסברא נינהו ואפשר שכל הפוסקים יודו לדבריו, מ"מ לא נוכל לצאת מידי ספק אם באולי חולקים עליו כיון שכתבו הדבר בסתמא, וכבר בא לידי דיבור אחד של תוס' בקדושין פרק האומר [עי' בסמוך] שתנא אחד שחולק בפירוש על דברי האמורא, ויש תנא אחר שסובלים דבריו שני פירושים, ומשמע מדבריהם שיוכל לומר האמורא קים לי כהאי תנא כפי הפירוש שהוא מפרש, ולא נאמר אין ספק מוציא מיד ודאי, וכ"ש שיוכל היבם המוחזק בעצמו לומר דלמא כולהו רבוותא ס"ל דלא כהרא"ה, ולא נוכל לכופף אותו ללכת אחר היבמה יע"ש.

ויראה לי כי דיבור תוס' של קדושין פרק האומר שרמז מהריב"ל, הוא בדף ס' גבי מה ששינינו, האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך מאתים זוז, ה"ז מקודשת והוא יתן, ונחלקו בגמרא רב הונא אמר והוא יתן, ורב יהודה אמר לכשיתן, ואותבין עליה דרב יהודה משני ברייתות, מתיבי ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז, אע"פ שנתקדע הגט ה"ז מגורשת, ועוד תניא, א"ל ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת, ונתנה אין זקוקה ליבם, לא נתנה זקוקה ליבם, רשב"ג אומר נותנת לאחיו או לאביו וכו', ע"כ לא פליגי אלא דמר סבר לי ולא ליורשי ומר סבר אפי' ליורשי, דכו"ע מיהא תנאה הוי תיובתא דרב יהודה, וכתבו שם התוס' דכו"ע מיהא תנאה הוי, וא"ת מאי מקשו לרב יהודה, דלמא דכו"ע סברי ואפי' ליורשי, ובהא פליגי הת"ק ורשב"ג, דת"ק ס"ל כרב יהודה ורשב"ג ס"ל כרב הונא, ומשום הכי קאמר דנותנת ליורשים שהגט חל למפרע, ותירצו התוס' יע"ש, ומהך קושיא שהקשו התוס' הוליד [מ] הריב"ל כללו, דאע"ג דרשב"ג פליג ודאי אדרב יהודה, כיון דת"ק דרשב"ג סובלים דכריו שני פירושים, דיש לפרש טעם ת"ק משום דסבר לי ולא ליורשי, והוי תיובתא דרב יהודה שאין לו שום תנא להשען עליו, ויש לפרש דת"ק סבר כרב יהודה, אין לעשות תיובתא לרב יהודה, דיוכל לומר קים לי דת"ק אתי כוותי ודו"ק.

גם כתב הרב מהריב"ל סי' הנזכר חלק הנזכר דף דף ע"ד ע"ב ודף קל"ה ע"ג וע"ד, בהא דתניא פ"ב דכתובות [כב.], האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני, נאמנת היכא דנתנה אמתלא לדבריה וכו', כתב הר"ן ז"ל בשם הרא"ה, דאי אמרה מקודשת אני לפלוני, לא מהימנינן לה בשום מגו אלא אם הוא מודה בדבר, דכיון שהודית שנתקדשה לו, לאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו ע"כ, דיש להסתפק אם יש לחוש לדברי הרא"ה, דכיון דכל הפוסקים כתבו סתמא משמע דחולקים עליו, ואי איתנהו להנהו מילי דהרא"ה לא הוה שתיק כל הפוסקים לאשמועינן הך חידושא, ומ"מ לענין מעשה לא רצה להקל בערוה החמורה נגד הרא"ה, אע"ג דיש קצת ראיות והוכחות מתוך דברי הפוסקים, ומתוך סוגית הגמרא בפרק זה בורר וחז"מ סי' פ"א, במאי דאתמר שיכול לומר שלא להשביע את עצמו וכו' דנראה דלא כהרא"ה, דלדבריו היה ראוי לומר, דלאו כל הימנו להפקיע את עצמו מאותו חוב שהודה שחייב לפלוני, מ"מ הרי אמרו וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה להקל בערוה החמורה יע"ש ועיין מ"ן ח"א דף ד' ע"ב.

הכלל העולה מדברי מהריב"ל, דכשפוסק אחד מחלק חילוק אחד וכל הפוסקים כותבין סתמא, בכל דוכתי אמרינן אי איתא להך חילוקא דההוא פוסק, שאר הפוסקים לא הוה שתיק מלמימר הך חידושא, ומסתמא חולקין שאר הפוסקים על אותו פוסק, ולא חיישינן לסברת אותו פוסק רק להחמיר באיסור אשת איש.

גם הרא"ם ח"א סי' ע"ד סבר כי הך כללא, שכתב שם דהא דקיי"ל לענין עגונא דאתתא דגוי מסל"ת נאמן, אבל אם היה ע"י שאלה אינו נאמן, דחיישנן דמשקר, כתב וז"ל "ולכא למימר דהיינו דוקא כשהשואל ישראל, אבל כשהשואל גוי ואינו בפני ישראל, חשיב שפיר מסל"ת כיון שאין בזה נפקותא כלל, דכיון דלא אשכחן חילוק כה"ג בשום דוכתא, לא בתלמוד לא בדברי הגאונים לא בתוס' ולא בדברי שום פוסק, לא מצינא למישרא אשת איש שהיא ערוה לעלמא בהני חילוקי דידן", איברא דכתב לבסוף דתרומת הדשן סי' רל"ט התיר על פי חילוק זה, גם הרא"ם הורה להקל בנדון שלו, מיהו נדון הרא"ם היה בו טעם אחר להקל שהיה גוי מפי גוי, ועל הסתם לא חיישינן שהגוי הראשון סיפר לחכירו ע"י שאלה, עיין במהרח"ש בקונטרס עיגונא דף ט"ו ע"א ודף י"ז ופני משה ח"א סי' נ"ג יע"ש.

גם מהר"ן חביב ז"ל בתשו' הובאה בתשו' הרא"ם ח"א סי' מ"ז ע"ד, יבמה הזקוקה ליבם משומד, דאין לסמוך ולהתיר ע"פ מ"ש הפוסקים בשם ר' יהודאי גאון, דאינה זקוקה ליבם דמשומד לאו אחיו הוא, דכיון דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם כתבו סתמא מה ששינינו פרק כיצד, מי שיש לו אח מ"מ זוקק את אשת אחיו ליבום וכו', ולא כתבו הך דינא והך חידושא דרב יהודאי גאון, משמע דס"ל דלא כותיה יע"ש, וכן פסק מרן לקמן סי' קנ"ז ס"ד יע"ש.

גם מהרשד"ם באה"ע סי' קכ"ד, בהא דתנן סוף כתובות הכל מעלין לא"י וכו', כתב דאע"ג דכתבו התוס' דאין דין זה נוהג בזמן הזה דאיכא סכנת דרכים, מ"מ כיון ששאר הפוסקים לא חילקו, נראה שאין לחלק בין זמן התלמוד לזה הזמן, וכ"כ מהר"י ך' חביב והרא"ם בפסקיהם, שדין מחודש שלא כתבוהו הפוסקים נראה ודאי דלא ס"ל, כ"ש דין חלוק שהיה ראוי שהרא"ש או הטור היו מביאים אותו, אלא ודאי דס"ל דאין הפרש בין זמן התלמוד לזמנינו ע"כ. גם מהריב"ל ח"ג סי' מ"א כתב כן, ועיין תשובת רשד"ם אה"ע סי' רט"ו וספר נתיבות משפט דף רמ"ד ופני משה חלק א' סי' כ"ז יע"ש.

וגם מצינו למהרשד"ם חו"מ סי' ס"א, שכתב שם אהא דאמרינן פ"ק דמכות [ג:], דמי שהתנה בשעת הלואה על מנת שלא תשמוטנו שביעית, אין שביעית משמטנו, דכתב הרשב"א בתשו' (הביאה הב"י חו"מ סי' ס"ז), שאף במקום שנהגו לכתוב בשטרותיהם ע"מ שלא תשמיטנו בשביעית, אם בשטר אחד לא נכתב תנאי זה, לא אמרינן כמאן דנכתב, כמו שאנו אומרים בדרישת לשון הדיט וכמבואר בחו"מ סי' ס"ב, ונתן טעם לחלק ביניהם יע"ש. ועל תשו' זו כתב הרשד"ם, דשאר פוסקים לא הודו לו שהרי הם לא חילקו, ואם איתא דהכי ס"ל הו"ל לפרושי חדוש כזה, דמאי שנא האי תנאה משאר תנאים יע"ש, אמנם מהרי"א סימן רל"ה ומהרש"ך ח"א סי' יו"ד ומו"ר"ם בעל המפה [חו"מ סי' ס"ז ס"ט] סתמו כדברי הרשב"א, משמע דס"ל דכל הפוסקים מודים לחילוק שכתב הרשב"א.

אמנם מצינו למהרשד"ם בחו"מ סי' שצ"ב דתבריה לגזיזי בהך כללא, והוא במ"ש מרן הב"י חו"מ סי' ק"ד מחודש ג' תשו' מהר"ם, על מי שיש עליו חובות ואין לו כדי לפרוע לכולם, דאין הדין יכול לכופו לפרוע לאחד מהם ממטלטלי כו' לחוב לאחרים וכו', וכתב מרן ז"ל ותמהני על דבריו, שאם אחד מהבע"ח במדינת הים יפסידו האחרים, ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבא אותו האחד, ולקתה מדת הדין, ועוד דאם כן לא לישתמיט חד מהפוסקים לכתוב כן, הלכך נראה דליתא להאי תשובה, אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין לפרועו ע"כ. ובספר לחם רב סי' קס"ו הליץ בעד מהר"ם, וחזק דבריו הרב מהרשד"ם סי' שצ"ב, וז"ל ועל מ"ש מהר"י קארו דאם לא כן לא לשתמיט חד מהפוסקים וכו', נפלאיתי וכי [מ]הר"ם מאן דהוא חשיב, דלא אפשר שחידש דין שאינו ברור בפוסקים והוא הוציאו מחשך לאור, וכיון שלא מצינו חולק, אפשר ששאר הפוסקים לא נפלו בו לבארו, ומקום הניחו לו הקדמונים, כמו שמצינו בגמ' כו' עכ"ל. וראיתי במ"צ ח"ב סי' ל"ו דף ק"א ע"ב שתמה על תשובה זו ד[מ]הרשד"ם, דאם כן איך כתב [מ]הרשד"ם סי' ס"א דשאר הפוסקים חולקים על הרשב"א מאחר שלא חלקו אלא סתמו, דאטו הרשב"א מאן דהוא חשיב וכו' יע"ש. ועיין פ"מ ח"א סי' צ' וצ"א וכיצא בזה ימצא המעיין בשאר תשובות אחרונים, דפעם אומרים דפ[לוגי]ן שחילק חילוק זה יחיד הוא, כיון דשאר פוסקים לא חילקו, ופעם אומרים כיון דפלוני חילק חילוק זה, ושאר

פוסקים לא חלקו בפירוש על דין זה, הלכתא כאותו פוסק שחילק, וראיתי אני בלבי, דפשר דבר זה הוא תלוי בשקול הדעת של הדיין, שאם החילוק של אותו פוסק הוא חילוק נכון וטעמא דמסתבר, ואין לו סתירה מדברי הגמרא והפוסקים אפי' מדיוקא, אז אמרינו דהלכתא כאותו פוסק, ומסתמא כו"ע מודו ליה, אך אם יש לגמגם על אותו חילוק של הפוסק, ממשמעות הגמרא או הפוסק [ים] או מסברא, אז אמרינן דמסתמא פליגי עליה, ומ"מ כיון דלא חלקו עליו בהדיא, חיישינן לדברי אותו הפוסק שחילק להחמיר באיסור א"א כנ"ל, ועיין תשו' מהר"ם סי' נ'.

כלל ה'

בענין יחיד ורבים הלכה כרבים



עוד יש לעמוד ולהתבונן, בהא דאמרינן בעלמא יחיד ורבים הלכה כרבים בפלוגתא דתנאי או אמוראי, והוא הדין בפוסקים, דמשמע לכאורה דמדאורייתא הוא, כדאיתא בפרק הזהב [ב"מ נט:]: גבי יצתה בת קול ואמרה הלכה כר"א בכל מקום, ולא אשגחו ביה שכבר כתבת בתורה אחרי רבים להטות וכו', והכי איתא בכמה דוכתי, ואפי' תרי לגבי תלת, חשיבי לתרי יחיד ותלת רבים דהלכה כרבים, כדמוכח בהרי"ף פרק אלו טריפות גבי גלודה ועיין ביו"ד סי' נ"ב ועיין בנימין זאב דף תל"ז ובכנה"ג בכללי הגמרא סי' ס"ז יע"ש, ועיין מהרדב"ז סי' קט"ז ומהרי"ט יו"ד סי' ל"ג לענין ס"ס בפלוגתא דרבוותא, דאם המחלוקת מיעוט כנגד רבים לא חשיב ספק, כיון דמן התורה אחרי רבים להטות, ולא עבדינן ס"ס בפלוגתא דרבוותא אלא במחלוקת שקול, וכן דעת רוב הפוסקים. א"כ איפה איכא למידק מ"ש דבכמה דוכתי אשכחן בתלמוד, דפוסקים האמוראים הלכה כדברי התנא היחיד נגד רבנן דהוו רבים, דוגמא לדבר, פ"ק דע"ז דף ז. פסקו דהלכתא כרבי יהושע בן קרחה, דמלוה על פה נפרעים מהם מפני שהוא כמציל מידם, ואמרינן עלה דאצטריך למיפסק, משום דסד"א יחיד ורבים הלכה כרבים קמ"ל הלכה כיחיד. עוד שם הלכתא כרבי יהושע בן קרחה במ"ש בשל תורה הלך אחר המחמיר כו', אע"ג דחכמים פליגי עליה, ועיין בהרא"ש פ"ק דבתרא והביאו מרן בחו"מ סי' קסב ומהרש"ך ח"ב סי' רל"א, דאמורא יכול לפסוק אפי' כיחיד במקום רבים, ואפי' דלא כסתם משנה היכא דידע פלוגתא דתנאי יע"ש, וכ"כ התוס' פרק ואלו מגלחין דף כ' ע"ב, ובפ' הגוזל עצים

דף צ"ו אמר רב הלכה כר"מ, ורב שביק רבנן ועביד כר"מ, ומשני משום דאיפכא תני כו', וכתב מרן בכללי הגמ' דפוס י"ש דף ק"ג ע"ב, ורב שביק רבנן ועביד כר"מ, כתב הרשב"א בשם הרז"ה ז"ל וז"ל שאע"פ שיש הרבה בגמ' שמניחים דברי רבים ועושים כדברי יחיד, לא מקשה הכא אלא משום דרב תלמידיה דרבי הוה דהוה סדרן של משניות [וחתמן? - המילה אינה ברורה בדפוס], ואיהו הוה במניניה דרבי, וא"כ היכי שביק מאי דסתם במתני' ועבד כר"מ עכ"ל. גם בספר גופי הלכות כלל קנ"ו דף ל"א ע"ב כתב בשם הרב בצלאל זל"ה בכללי הפסק, כל האמוראים יש להם כח לפסוק הלכה כיחיד, אבל רב דתלמידיה דרבי הוה כו' מקשי עליה ורב היכי שבק רבנן כו' יע"ש.

איברא דק"ל ע"ז מהא דאמרינן פ"ק דסוכה דף י"ח, אביי אשכחיה לרב יוסף דקא גני בכלית חתנים בסוכה, א"ל כמאן כר"א שבקת רבנן ועביד כר"א, א"ל ברייתא איפכא תני וכו', ומאי פריך והלא אמרינן דכל האמוראים יש בהם כח לפסוק הלכה כיחיד, ואפשר דשאני ר"א משום דשמותי הוא ולית הלכתא כותיה, מיהו אשכחן כפרק מצות חליצה דף ק"ד, רבה בר חייה עבד עובדא במוך וביחידי ובלילה, אמר שמואל כמה רב גובריה דעביד כיחידא, ופרש"י כמה רב גובריה בלשון גנאי אמרה ע"כ.

ואיך שיהיה הנה לא נכחד דבכמה דוכתי אשכחן כמה אמוראי דפוסקים הלכה כדברי יחיד, וכן דעת הראב"ד פ"ק דעדות [מ"ה] גבי הא דתנן "ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובים, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובים, שאם יראה ב"ד את דברי היחיד יסמוך עליו" ופירש הראב"ד "יסמוך עליו יקבע הלכה כמותו, כמו שמצינו באמוראים שהן קובעים הלכה כיחידי הראשונים בכמה מקומות, ואע"פ שהרבים חולקים עליהם" כו' יע"ש, וכיוצא בזה כתב הרא"ם ח"א סי' ל"ו גם במחלוקת פוסקים יע"ש. וצריך טעם למה והלא רובא דאורייתא הוא דכתיב אחרי רבים להטו', ויראה לי דהא דאמרינן רובא דאורייתא הוא דכתיב אחרי רבים להטו', היינו שנחלקו בשעת מעשה בדין מן הדינים, הסנהדרין או הבי"ד שנשאלה שאלה לפנייהם, אז פוסקים הדין והולכים אחר הרוב מן התורה בין להקל בין להחמיר, אמנם אותו הדין והפסק אינו נשאר כן הלכה קבועה לדורות שלא יוכל ב"ד אחר לחלוק על אותו פסק של הראשונים, שהרי אמרה תורה אל השופ' אשר יהי בימים ההם, וכ"כ הרמב"ם רפ"ב מהלכות ממרים וז"ל "בית דין גדול שדרשו באחד מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כך ודנו דין, ועמד אחריהם ב"ד אחר ונ"ל טעם אחר לסתור אותו, ה"ז סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו" וכו', וכתב שם מרן הכס"מ דלמד כן ממאי דאשכחן דתנאי בתראי פליגי אקמאי, וכן אמוראי בתראי וכו' יע"ש.

הכלל העולה, דהא דאמרינן דמן התורה אחרי רבים להטו' היינו דווקא בשעת מעשה, אמנם אותו פסק אינו נשאר הלכה קבועה לדורות, ואם יבא ב"ד אחר ונראה לו טעם אחר סותר או חו דין, ואפי' שלא ימצא טעם אחר, אלא דמסתבר טעמי' דיחיד, לפעמים פסקו בגמ' כיחיד לגבי רבים, כדמוכח פרק המפלת [עי' נדה ל:]: וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' מ"ד, איברא דצ"ע תשו' הרשב"א שהביא מהרד"ך בית כ"ד חדר ד', דאין לסמוך על דברי יחיד אע"פ שיש לנו ראייה לדבריו, ממה שציוה עקביה לבנו ספ"ה דעדות יע"ש, ומ"מ יראה דכנגד פוסק אחד יכול לחלוק, דהרי אמרו בנדה פרק כל היד [כ:]: חכם שטימא אין חברו רשאי לטהר, וכן בפ"ק דע"ז דף ז'. הנשאל לחכם וטימא לא ישאל לחכם ויטהר וכו', וכתב מהרי"ק בשורש קע"ב דה"מ בהך עובדא גופא, אבל בעובדא אחרינא מי הוא שיטעה לומר שלא יוכל להתיר, אם כן כשיטעה החכם בשיקול דעתו ישאר טעות זה לדורות, כיון שלא יהי' שום חכם רשאי להתיר, ועוד שהרי מלאים כל הפוסקים שרש"י ז"ל אוסר בכמה דברים ור"ת ז"ל בן בתו התיר משיקול דעתו, ואם היה לי פנאי הייתי כותב לו כמה וכמה עכ"ל. ואני אזכיר שתים, אחד בפרק בתדא דע"ז דף ע"ג דרש"י ז"ל פסק דניצוק חיבור ור"ת חלק עליו ואמר דאינו חיבור, וכתבו התוס' שם [ע"ב: ד"ה אמר] דבמקום שיש הפסד גדול יש לסמוך ע"ד ר"ת, אבל בהפסד מועט יכול להחמיר כדברי רש"י יע"ש, ועיין ביו"ד ר"ס קכ"ו. וכן בפרק התקבל [גיטין סד:]: בקטנה שאינה יודעת לשמור גיטה אינה מתגרשת פירש רש"י אפי' ע"י אביה, וכתבו התוס' [שם ד"ה וכל] ור"ת מפרש דעל ידי אביה מתגרשת, והורה כך הלכה למעשה, וכן הסכימו הפוסקים כדלקמן סי' קמ"א, גם האחרונים פסקו כן הלכה למעשה [מ]הריב"ל ח"ב סי' ד' [מ]הר"ם אלשיך סי' ק"כ, דאין לחוש לדברי רש"י נגד כל הפוסקים יע"ש.

אמנם היינו דווקא, כשאדם יכול להכריע בראיות המקובלות לאנשי דורו לסתור פסק הקדמונים, כמו שנראה מדברי הרמב"ם [ריש פ"ב] הלכות ממרים ומדברי הראב"ד בפירושו פ"ק דעדות וכמ"ש הרא"ש פרק אחד דיני ממונות וטור חו"מ סי' כ"ה, וכ"ש אם יש בידו ראייה מוכרעת לשיטה אחת מהפוסקים, דיכול לעשות כמותו ואינו חושש לסברת החולקים, ואפילו דדעתו נוטה לסברא אחת די כמ"ש מרן בחו"מ סי' י"ח בשם נ"י יע"ש, אבל כשלא יוכל להכריע בראיות, א"נ בזמנינו זה יתמי דיתמי, דאפי' שיש לנו ראיות אין אנו סומכין על הראיות לסתור סברת הקדמונים, כמ"ש בכתבי מהרי"א סי' רמ"א, ואפי' להכריע בין גדולי הפוסקים אין אנו סומכים על הראיות, בכה"ג יש כמה חילוקים, דאם רואה הדיין שנחלקו הפוסקים בדין זה אוסר וזה מתיר, ברוב המקומות אנו רואים, דרואים איך הוא דעת רוב הפוסקים עמודי ההוראה, ופוסקים הדין כרוב הפוסקים בין להקל בין להחמיר, ועיין [מה]רשד"ם יו"ד סי' ע"ה דף ל"ז ע"א, דפוסקים כרוב הפוסקים בחכמה ובמנין, ואין חוששין לדברי המיעוט אפי' למידת חסידות יע"ש, ועי' תשו' הר"ש הלוי יו"ד סי' ו' דכתב כדברי

[מ]הרשד"ם, ועיין תשו' מהרשד"ם אה"ע סי' מ"ה וסי' נ' יע"ש, אך כשהמחלוקת הוא שקול, אז דנין בו כההיא דתניא פ"ק דע"ז דף ז. ת"ר היו שנים אחד מטמא וא' מטהר וכו', אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין הלך אחריו, ואם לאו הלך אחר המחמיר, רבי יהושע בן קרחה אומר בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל, אמר ר"י הלכה כרבי יהושע בן קרחה. ומיהו יש להסתפק אם נאמר דע"כ לא פליג רבי יהושע בן קרחה את"ק אלא בשוין, אבל אם היה א' מהם גדול מחבירו מודה רבי יהושע בן קרחה דהולכים אחריו, או דלמא אפי' בכה"ג דאחד גדול מחבירו פליג רבי יהושע בן קרחה וסבר בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו', וכבר כתבתי לעיל, דמדברי רמב"ם ספ"א מהל' ממרים יראה מדבריו דס"ל, דאפי' אחד מהם גדול בחכמה ובמנין בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו', וכן הבין מדבריו מרן בכס"מ וכן דעת הגה"מ וכן דעת הסמ"ג עשין קי"א, אך הרשב"א בתשו' סי' רנ"ג כתב, ב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר, אם נודע הא' גדול בחכמה ובמנין ויצא שמו כן הולכים אחריו, בין להקל בין להחמיר, היו שניהם שוים ולא נודע מי גדול משניהם, בשל תורה הלך אחר המחמיר דהו"ל כספק דאורייתא, ובשל סופרים הלך אחר המיקל כדאמר בפ"ק דע"ז, וכן דעת רבינו ירוחם בספר אדם וחיה סוף נ"ב והריב"ש סי' שע"ט ו[מ]הר"ם אלשקאר סי' נ"ד.

ויראה דלענין הלכה נקטינן חומריה דמר וחומריה דמר, דאם המחלוקת הוא בשל תורה נפסוק כדעת הרמב"ם וסיעתו בשל תורה הלך אחר המחמיר, ובשל סופרים נפסוק כדעת הרשב"א וסיעתו, דהלך אחר מי שגדול בחכמה ובמנין, בין להקל בין להחמיר, וכן יראה דעת הש"ך יו"ד סי' רמ"ה בפסק הארוך יע"ש.

אך אכתי קשה לי, היכא דנחלקו הפוסקים באיסור תורה, דהולכים ברוב המקומות אחר רוב הפוסקים להקל כדכתי', אך אינם חוששים לדברי המיעוט, והלא הסכימו הפוסקים, דלא חשיב רוב אלא היכא דנחלקו פנים בפנים רובו מתוך כולו, כמש"כ הרשב"א בתשו' הביאה מרן בחו"מ סי' י"ג, וכן דעת כמה פוסקים כמש"כ לעיל [כלל א' ד"ה ומיהו ואילך] באריכות, ויראה לי דמטעם זה הוא מה שיראה המעיין בכמה דוכתי בפוסקים אחרונים, דהולכים להחמיר באיסורי תורה וחוששים למיעוט פוסקים המחמירים ודנין אותו כדן הספיקות, ואפילו בפיסול גט דרבנן לפעמים חוששים לדברי מיעוט הפוסקים המחמירין, ועיין סי' קכ"ו בדן לא האריך הווין, ועיין בסי' קמ"ז בדן שהזכיר התנאי קודם התורף, דכתב מרן שם בב"י דהרא"ם החמיר ולא מלאו לבו להקל כסברת רוב הפוסקים יע"ש, ומ"מ קשה מאי שנא דבמקצת מקומות חוששים לדברי מיעוט פוסקים האוסרים, ובמקצת מקומות אין חוששים ומורין להקל כסברת הרוב.

ומה שעלתה מצודתי אחר ראותי דברי הפוסקים האחרונים בענין זה הוא, דכשם דבדיני ממונות אם יש ב' פוסקים מסייעים למוחזק חשבי ליה ספיקא דדינא, אע"ג דיש כמה פוסקים מחייבים, וכשהוא יחיד נגד רבים אומרים דאין לומר קים לי דאין חוששים לדבריו, דחשבי ליה מיעוטא דמיעוטא כדאמרן לעיל, ה"נ לענין מחלוקת באיסורי תורה, אע"ג דרוב הפוסקים הם מתירים, כיון דיש שנים או שלשה פוסקים אחרים, חוששים לדבריהם לענין הלכה למעשה, אך ביחיד נגד רבים ברוב המקומות אין חוששים לדבריו, משום דחשבי ליה כמיעוטא דמיעוטא, ולמיעוטא דמיעוטא לא חייש אפילו ר"מ, וראה לזה, דרוב הפוסקים פסקו [עי' טוש"ע סי' כ"ז ס"ד] בקדושין דידים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים, ואם לא אמר לי אינה מקודשת, אלא שהר"ן כתב דיש מי שאומר דאזלינן לחומרא, וכתב מוהריב"ל ח"א דף נ"ה ע"ב, דאין לנו להחמיר כסברת היחיד היכא דכל חכמי ישראל חולקים להקל, וכמ"ש מהרי"ק שאפי' בדיני ממונות דאין הולכין אחר הרוב, אין לומר קים לי כפלוגי גאון היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו יע"ש, משמע מדבריו שם, דאם היו שנים או שלשה פוסקים מחמירים, היה חושש לדבריהם להחמיר, וכן נראה דעת מרן בכמה דוכתי, דאע"ג דהוא פוסק כדעת רוב הפוסקים להקל, אפי' הכי לפעמים חושש לסברת המיעוט וכותב ויש חולקים, ובפרט אם סברת המיעוט הוא מהפוסקים המפורסמים.

ודעת מהרשד"ם בכמה דוכתי, שהוא חושש בגיטין וקדושין להחמיר כדברי מיעוט הפוסקים, והוא מן המחמירין בקידושין היכא דלא אמר לי, אם לא היכא דאיכא סניף אחר דהוא פוסק להקל, כמ"ש בכמה תשובות יע"ש, ועי' [מה]הרשד"ם אה"ע סי' צ"א לענין ביטול הגט והתנאי בגט הניתן במעכשיו, דהוא מחמיר כסברת העיטור ודעימיה שנתבאר לקמן סי' קמ"ג, אע"ג דרוב הפוסקים אומרים דאין כח ביד הבעל לבטל הגט או להוסיף על תנאו, ומילט לייט אמאן דמיקל, ועיין פ"מ ח"א סי' מ"ט, ועיין [מ]הריב"ל ח"ג סי' ג' בדן אין לו גבורת אנשים, דרוב הפוסקים ס"ל דיוציא ויתן כתובה, והעלה דעבדינן כוותייהו ומפקינן ממונא מיד המוחזק כיון דאיכא רובא דמינכר, אבל לענין גט מלתא דפשיטא היא דעבדינן לחומרא בערוה החמורה יע"ש, וכיוצא בו כתב בחלק הנזכר סי' ק"ג יע"ש, ועיין לקמן ס"ס קמ"ג במי שהתנה ע"מ שלא תנשאי לפלוני ולא קבע זמן, דחיישינן לסברת הרמב"ם דס"ל דאין זה כריתות, אע"ג דרוב הפוסקים חולקים עליו, ועי' סי' קמ"ז בדן הזכרת תנאי קודם התורף, ומתוך המקומות הנזכרים גם בכמה דוכתי יראה המעיין דאף ביחיד נגד רבים לפעמים חוששים לדברי היחיד באיסורי תורה, ובפרט באיסור א"א, ועיין בכתבי מהרא"י סי' ר"ן, והיינו כשאותו יחיד הוא גדול ומפורסם מגדולי הפוסקים, כגון הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהם עמודי ההוראה, ועיין לעיל סימן כ"ו דאנו חוששים לסברת ר"ח דפסק דהמכניס אשה לחופה דהוא ספק קדושין יע"ש, א"נ חוששים לדברי מיעוט להחמיר, כשאנו רואים דראיות המחמירין הם יותר נכוחות מראיות המתירים,

כלל ו'

בענין כדאי הוא רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק



עוד יש לעמוד ולהתבונן, בהא דאשכחן בתלמודא כדאי הוא ר"פ [=רבי פלוני] לסמוך עליו בשעת הדחק, וכה"ג נמי אשכחן בפלוגתא דרבוותא במחלוקת פוסקים בענין גיטין וקידושין ואיסור והיתר, שזה אוסר וזה מתיר, דחיישינן לדברי האוסרים ולפעמים אומרים כדאי הוא פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק. אי אמרינן הכי באיסורא דרבנן דוקא, או דלמא אפילו באיסורא דאורייתא, ואת"ל באיסורא דאורייתא אין סומכין על המתיר בשעת הדחק, מ"ש דבקצת מקומות חשבינן לפלוגתא דרבוותא ספיקא דאורייתא, ואין סומכין להקל אפי' בשעת הדחק, ומ"ש דבקצת מקומות אמרינן כדאי הוא פ[לוני] לסמוך עליו להקל בשעת הדחק, אפי' באיסור תורה. והנה לענין החקירה הא', אשכחן בפ"ב דגיטין גבי מה ששינונו נכתב ביום ונחתם בלילה פסול ור"ש מכשיר, ואמר' עלה בגמרא [יח:] ההוא דאמר לעשרה כתבו גט לאשתי, חתום בי תרי מינייהו ביומיה ואינך מכאן ועד עשרה ימים, אתא לקמיה דרבי יהושע בן לוי, א"ל כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק. וכתב המרדכי פרק מי שאחזו בשם הרב אביגדור, על דבר גט אחד שחתם בו הסופר, דיש להכשיר בשעת הדחק, דכל פסולי דרבנן בשעת הדחק מכשרין להו בדיעבד, ובנין אב לכולם גט מוקדם, דאמרינן כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק וכו' יע"ש.

גם אשכחן בפ"ק דנדה, דתנן התם [ז.] ד' נשים דיין שעתן בתולה מעוברת מניקה וזקנה, איזוהי זקנה כל שעברו עליה שלש עונות סמוך לזקנתה, ר"א אומר כל אשה שעברו עליה ג' עונות דיה שעתה, ואמרינן עלה בגמ' [ט:] ת"ר [מעשה] ועשה רבי כר"א, לאחר שנזכר אמר כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק, מאי לאחר שנזכר, אילימא לאחר שנזכר דאין הלכה כר"א אלא כרבנן, בשעת הדחק היכי עביד כותי', אלא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, ומאי לאחר שנזכר, לאחר שנזכר דלאו יחיד פליג עליה אלא רבים פליגי עליה אמר כדאי הוא כו'. לכאורה היה נראה להוכיח מהכא, דגם באיסור' דאורייתא אמר' כדאי הוא ר"פ [=רבי פלוני] לסמוך עליו בשעת הדחק, דאיסור טומאת טהרות דאורייתא הוא, אך זה אינו, דהא דמטמאה למפרע מעת לעת דרבנן היא, דאילו לאורייתא העמד אשה על חזקתה, וכן מוכח התם להדיא דחששא דרבנן הוא, דאמרינן התם בנדה

ומטעם זה עצמו, אם ראיות המתירין הם יותר נכוחות מראיות האוסרים, עושים מעשה להקל ואין חוששין לדברי המיעוט, ומהך טעמא אנו מקילין באב שקידש אשה לבנו קטן, או במקדש בע"א, ואין חוששין לדברי המחמין, וכיוצא בזה בכמה דוכתי כמו שרמזתי לעיל בענין גיטין וקדושין, אין אנו חוששין לדברי היחיד או מיעוט הפוסקים המחמירין, כשראיות רוב הפוסקים המקילין הם יותר נכוחות, א"נ כשפשטה הוראה להקל ועשו מעשה בכמה ב"ד להקל כסברת רוב הפוסקים המקילין, אז אנו סומכין עליהם שלא לחוש לדברי המיעוט, כגון הגוסס דיכול לגרש כשיטת רוב הפוסקים, או לגרש בלילה כשיטת רוב הפוסקים, דפשטה הוראה להקל בשעת הדחק, וכיוצא בזה יראה המעיין בענין עגונא דאתתא ס' י"ז, דאנו מקילין כשיטת רוב הפוסקים להקל, ואין חוששין לדברי המיעוט המחמירין מפני שפשט. המנהג להקל כסברת רוב הפוסקים, או מפני שראיות רוב המקילין הם יותר נכוחות וחזקות, ועיין תשו' הרא"ם ח"א ס' ל"ו.

הכלל העולה, דאע"ג דמרגלא בפומייהו דרבוותא, אף במחלוקת פוסקים באיסורי תורה וגיטין וקדושין, לומר יחיד ורבים הלכה כרבים, בין להקל בין להחמיר, אפי' הכי חוששין לדברי המיעוט לענין הלכה למעשה לכתחילה, מפני שאינו רוב גמור, כיון דלא נחלקו פנים בפנים כמו הסנהדרין או בי"ד של ג' שהולכים אחר הרוב, ועיין בכתבי מהרי"א ס' ר"ן ובת"ה ס' רל"ב, ואפי' לדברי היחיד נגד הרבים חוששין לפעמים, ובפרט כשהוא מגדולי המורים, או כשראיות האוסר הם נכוחות וחזקות ואין לנו מנהג שפשטה הוראה הלכה למעשה, אך אם פשט המנהג הוראה הלכה למעשה כשיטת רוב הפוסקים המקילים, אי נמי שראיות המקילין הם חזקות ונכוחות, א"נ שהמקילין הם עמודי ההוראה רוב בנין ורוב מנין, והאוסרים הם קטנים בחכמה ובמנין, אז עושים מעשה להקל כשיטת רוב הפוסקים ואפי' לכתחילה, ולפי זה א"ש דלא סתרי אהדי דברי הפוסקים, דפעם חוששין לדברי המיעוט ואף ליחיד, ופעם אין חוששין אף למיעוט נגד הרוב, דיש טעם וטעמים לחלק, דלא כל הפוסקים שווים ולא כל המקומות שווים, וד' יאיר עינינו במאור תורתנו.

דף ו' ע"א א"ר הונא מעת לעת שבנדה לקדש אבל לא לתרומה, לישנא אחרינא א"ר הונא מעת לעת שבנדה מטמאה בין לקדש בין לתרומה כו', ומפלוגתא דפליגי אי מטמאה תרומה או לא מוכח להדיא דטומאה דמעט לעת דרבנן היא, וכן מצאתי הדבר ברור פרק מי שהוציאוהו דף מ"ו יע"ש.

ומיהו אשכחן גם בדאורייתא, דגרסינן פ"ק דברכות [ח:]: תניא רשב"י אומר, פעמים שאדם קורא ק"ש ב' פעמים בלילה, אחד קודם שיעלה עמוד השחר וא' לאחר שיעלה עמוד השחר, ויוצא בהם ידי חובתו, אחד של יום ואחד של לילה וכו', ההוא זוגא דרבנן דאשתכור בהלולי דבריה דריב"ל, אמר כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק, וכ"כ הפוסקים כמ"ש באו"ח סי' נ"ח.

איברא דראיתי בתשו' הרד"ך סוף בית ג', בממנה סופר לכתוב את הגט שלא בפניו, דנחלקו הפוסקים, דיש דפסקו דלא הוי גט מן התורה, והרא"ה והר"ן מכשירים, דאין לומר כדאי הם הרא"ה והר"ן לסמוך עליהם בשעת הדחק, כדאשכחן גבי גט מוקדם כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו וכו', דדוקא במילי דרבנן אמרינן כדאי הוא ר"פ [=רבי פלוני] לסמוך עליו בשעת הדחק, כההיא דגט מוקדם דפיסול הגט הוי מדרבנן, ואע"ג דבפ"ק דברכות גבי ק"ש אמרינן כדאי הוא ר"ש וכו' וההיא דאורייתא היא, אפשר דאיסור ערוה שאני, ואפשר דהתם דהואיל ועד הנץ החמה זמן שכיבה למקצת אנשים, שפיר מתקיים בשכבך דכתיב בקרא בשעת הדחק כו' יע"ש.

והא דאמרינן פ"ק דע"ז [ז.]. היו שנים זה אוסר וזה מתיר בשל תורה הלך אחר המחמיר וכן פסק הרמב"ם ספ"א דהלכות ממרים ומשמע דאינו יכול לסמוך על המיקל וכ"כ רשב"א בתשו' [ח"א] סי' רנ"ג ומי שסומך על המיקל עובר וזה מאותם שנאמר עליהן ומקלו יגיד לו יע"ש, אפשר לומר דהיינו דוקא שלא בשעת הדחק אבל בשעת הדחק אפשר דיכול לסמוך אמאן דמיקל, אך בפרק מקום שנהגו [פסחים] דף נ"ב: משמע, דאפי' בשעת הדחק מי שסומך ע"ד המיקל קרי עליה רב יוסף ומקלו יגיד לו יע"ש.

עוד מצאתי בריש לולב הגזול [סוכה] דף ל"א. תניא ד' מינים שבלולב כמושין כשרים יבשין פסולים, רבי יהודה אומר אף יבשין, וא"ר יהודה מעשה בבני כרכים שהיו מורישין את לולביהן לבני בניהם, א"ל משם ראייה אין שעת הדחק ראייה, ומפשט השמועה יראה, דרבנן מודו לר"י דבשעת הדחק יוצאים אף ביבש שהוא פסול, וזו היא דעת הרא"ש, אמנם הרא"ש כתב בשם הראב"ד, דאין שעת הדחק ראייה כלומר, דלא עשו כן אלא שלא תשתכח מהם תורת לולב, ולא היו מברכין עליו, והרא"ש ז"ל חלק עליו, והעלה דפיסולא דהנך מינין הכתוב מסרו לחכמים, והם אמרו שלא בשעת הדחק אפילו דיעבד לא יצא, אבל במקום הדחק הכשירות, כיון שא"א בענין אחר ומברכין עליהם כו'.

יע"ש, ועיין באו"ח סי' תרמ"ט, ולפי הנך סברות לא שייכא הך שעת הדחק דלולב בהדי הנך דאמרינן בעלמא כדאי הוא ר"פ לסמוך עליו בשעת הדחק.

אמנם צריכין אנו למודעי מ"ש הג"א וז"ל, כתב א"ז אם אינו יכול למצוא לולב או אתרוג כשר, יכול לברך על אתרוג שניקב או שיש בו פיסול אחר, משום דכיון דלא אתמר בהדיא והלכה כרבנן, כדאי הוא רבי יהודה לסמוך עליו בשעת הדחק, דמכשיר בלולב ואתרוג יבש דלא בעי הדר, וכיון שהתרנו ביבש שהוא פסול אף ביו"ט שני, ה"ה בשאר פסולים בשעת הדחק עכ"ל. ואיכא למידק מהו הפי' דמפרש א"ז, אם מפרש כפירוש הרא"ש הלא רבנן מודו דבשעת הדחק כשרין, ואמאי איצטריך לומר כדאי הוא רבי יהודה וכו', ועכ"ל [=וע"כ לומר] דמפרש כפירוש הראב"ד, דמ"ש רבנן אין שעת הדחק ראייה, היינו לומר שהיו לוקחים אותם לזכר בעלמא שלא תשתכח מהם תורת לולב, ולא היו מברכין עליהם, משום דמן התורה מפסיל יבש דלא הוי הדר, ואתקוש כל ד' מינין דליהו הדר, ורבי יהודה סבר דמן התורה כשרין הן ולא בעי הדר, דפי' הדר היינו לומר הדר באילנו משנה לשנה, ולפי פי' זה כתב א"ז, דכיון דלא אתמר בהדיא והלכה כרבנן, אע"ג דמסתמא יחיד ורבים הלכה כרבים, מ"מ כיון דלא איפסיקא להדיא הלכה כרבנן, אמרי' כדאי הוא רבי יהודה כו' כההיא דפ"ק דנדה דף ט: במחלוקת ר"א ורבנן, דעשה רבי כר"א ואמר כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק, אע"ג דרבים פליגי עליה כיון דלא איפסיקא בהדיא הלכתא כרבנן, ה"נ סבר א"ז כיון דלא איפסיקא בהדיא הלכתא כרבנן דבעי' הדר, סמכינן בשעת הדחק לעשות כרבי יהודה, דמכשיר יבש משום דלא בעי הדר, וכיון (דהתנו) [דהתירו] ביבש ה"ה בשאר פסולין שהן משום לתא דהדר, כגון אתרוג שניקב או שעלתה בו חזזית וכיוצא דפיסוליהו משום הדר, זהו פי' דברי א"ז לענ"ד, וביבין שמועה כלל תקל"ה כתב כונה אחרת בדברי א"ז ואינו מחוור בעיני יע"ש.

והנה ראה זה חדש דסבר א"ז, דגם הפוסקים יש להם כח, לפסוק במחלוקת תנאים כיחיד נגד רבים בשעת הדחק, אפילו במידי דאורייתא, אמנם הראב"ד דהעלה דגם בשעת הדחק פסולין כסברת רבנן, משמע דס"ל דאין כח בפוסקים, לפסוק במחלוקת תנאים כיחיד נגד רבים אפילו בשעת הדחק, ואע"ג דבפ"ק דנדה [ט:]: עשה רבי כר"א, ואמר כדאי הוא ר"א וכו', שאני התם דהוי במידי דרבנן, ואע"ג דבפ"ק דברכות [ח:]: גבי ק"ש דאורייתא אמרינן כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו כו', אפשר לומר דסבור הראב"ד דהאמוראים יש להם כח זה לומר כדאי הוא ר"פ [=רבי פלוני] לסמוך עליו וכו' אפילו באיסורא דאורייתא, וגדולה מזו אשכחן בכמה דוכתי בתלמודא, דהאמוראים פוסקים הלכה כדברי היחיד, אפי' באיסור דאורייתא אפילו שלא בשעת הדחק, וכמ"ש הראב"ד פ"ק דעדיות [מ"ה]

גבי הא דתנן ולמה מזכירין דברי היחיד וכו', אבל הפוסקים אין להם כח לפסוק בפלוגתא דתנאי או אמוראי באיסורא דאורייתא כיחיד נגד רבים אפילו בשעת הדחק.

ומיהו במחלוקת פוסקים אפי' באיסורא דאורייתא, אפשר דמודה ראב"ד דיש כח לפוסק אחרון לפסוק הלכה כיחיד נגד רבים, לפחות בשעת הדחק, דכשם דהאמורא פוסק כיחיד לגבי רבים במחלוקת תנאים, ה"נ הפוסק האחרון הרשות נתונה בידו לפסוק במחלוקת פוסקים ראשונים, אפי' באיסור דאורייתא, כיחיד נגד רבים, כיון שדעתנו נוטה לדברי היחיד אפי' שלא בשעת הדחק, כ"ש בשעת הדחק דיכול לסמוך ע"ד היחיד נגד רבים במחלוקת פוסקים, אפילו באיסורא דאורייתא כך נראים הדברים. ועיין תשובת הריב"ש סי' קמ"ו בפלוגתא דרבוותא ז"ל בפיסול ס"ת, אפילו שדברי הפוסלים הם יותר נכונים, אפשר לומר כדאי הם המכשירים לסמוך עליהם בשעת הדחק, ועיין מהרי"ט יו"ד סי' ל"ג ועיין תשו' הריב"ש ס"ס ז' והרא"ם ח"א סי' ל"ו.

אמנם הפוסקים האחרונים הם מיראי הוראה, ובכל מקום שרואים שנחלקו הפוסקים הראשונים באיסור דאורייתא, אין סומכין להקל על דברי היחיד נגד הרבים, ואפילו במיעוט נגד רבים, ואפילו במחלוקת שקול של פוסקים במידי דאורייתא, דנין בו כדין הספיקות וספק דאורייתא לחומרא, אע"פ שדעתנו נוטה לדברי המקילין, ואע"פ שמביאין ראיה להכריע כדברי המקילים, אפילו הכי אין סומכין על הראיות ועל הכרעתם להקל באיסורי תורה, ובפרט באיסור א"א שהוא פיסול ממזרות, ואפילו בשעת הדחק אין סומכין על המיקל באיסור תורה במחלוקת שקול, אע"פ שנראים דברי המקילים, ודנין בו כההיא דתנאי פ"ק דע"ז [ז.ז.] היו שנים אחד אוסר ואחד מתיר בשל תורה הלך אחר המחמיר, ואע"ג דההיא לא אזלינן בתר המחמיר אלא דוקא היכא דאין אני יודע להיכן הדין נוטה, כמ"ש הרמב"ם ספ"א דהלכות ממרים, היינו דוקא מן הדין, אבל מתורת חסידות מחמת היות האחרונים ז"ל מיראי הוראה, אין סומכין על המיקל באיסורי תורה במחלוקת שקול, אע"פ שדעת הדיין נוטה לדברי המקילין, ואפי' בשעת הדחק אין נוהגין להקל, כמו שיראה מתשובת הרשב"א סי' תרי"ג בפלוגתא דרבוותא בענין נתנה היא ואמר הוא יע"ש, וכן ימצא המעיין בכמה תשובות מגדולי האחרונים בפלוגתא דרבוותא באיסורי תורה במחלוקת שקול, אע"פ שנראין דברי המקילין הולכים להחמיר, ואפילו בשעת הדחק דנין בה כדין הספיקות.

והא דאשכחן בכמה דוכתי באיסורי תורה בפלוגתא דרבוותא דלכתחלה חוששין לדברי האוסרים, ובדיעבד או בשעת הדחק עבדי עובדא, וסומכין על המקילין לומר כדאי הם המתירים לסמוך עליהם בשעת הדחק, כמו שיראה המעיין בכמה מקומות, ובפרט ביו"ד בדיני איסור והיתר, ימצא המעיין דבר זה הרבה בדברי הפוסקים ובדברי מרן בשו"ע, ואזכיר מקצת לדוגמא בעלמא, כגון ההיא

דיו"ד סי' כ"ג בדין השהיה דנחלקו הפוסקים לכמה סברות, וכתב מרן ז"ל שם דלענין מעשה יש להחמיר כדברי המחמירין, ובמקום הפסד מרובה יש לסמוך על דברי המקילים, וכיוצא מה כתב מור"ם ביו"ד סימן ל"א ס"א וסי' ל"ב ס"ה וסי' ל"ה ס"ה וסי' ל"ו ס"ז וסי' ט"ל ס"ב וסעיף י"ג, כל הנך דוכתי וכיוצא בהם דמקילין בשעת הדחק בהפסד מרובה היינו משום דשורת הדין הלכה כדברי המתירים, מפני שהם רבים ומפני שהם גדולים בחכמה ובמנין או מפני דמסתבר טעמייהו, דראיות של המתירים הם יותר נכוחות מראיות האוסרים ואינם חוששים לדברי מיעוט הפוסקים האוסרים, אלא דלכתחילה לחוש לאיסורי תורה מפני כבוד האוסרים, ובפרט אם האוסרים הם מן הגדולים או שהם מהאחרונים דהלכה כבתראי לפי דעת קצת פוסקים, בכה"ג הוא דאמרינן דלכתחלה חוששין לדברי האוסרים, ובדיעבד או בשעת הדחק מעמידין הדבר על דינו כסברת המתירין, כיון שהם רבים וגם גדולים בחכמה וכמנין, או דמסתבר טעמייהו של הרבים.

אמנם במידי דרבנן דקיי"ל בשל סופרים הלך אחר המיקל, כדאיתא פ"ק דע"ז [ז.ז.] וכמ"ש הרמב"ם ספ"ח דהלכות ממרים היינו דוקא כשהמחלוקת הוא שקול, אבל כשהמחלוקת אינו שקול דהרוב מחמירין, אין להקל כסכרת המיעוט אפילו באיסור דרבנן, כמ"ש הפוסקים ככמה דוכתי, ועיין מהרשד"ם יו"ד ס"ס ק', מ"מ בשעת הדחק ובהפסד מרובה סומכין על המכשירין, אף שהמכשיר הוא יחיד נגד רבים, כההיא דאמרינן בפ"ב דגיטין [יט.] כדאי ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק, וכההיא דפ"ק דנדה [ט:] כדאי הוא ר"א וכו', וז"ל הרשב"א בתשו' סי' רנ"ג, תחילת כל דבר אומר, שאין אומרים כדאי הוא פ' [=פלוני] לסמוך עליו, בזמן שיש גדול ממנו בחכמה ובמנין, דהלכה פסוקה היא דהולכים אחר הגדול בחכמה ובמנין, ואפילו בשעת הדחק אין סומכין על הקטן בחכמה ובמנין, וכן במקום מחלוקת יחיד ורבים, אלא אם כן שעת הדחק שיש בו הפסד מרובה או כיוצא בזה, כמ"ש פ"ק דנדה עכ"ל. ודברי הרשב"א הם סתומים, דמשמע לכאורה מדבריו, דטפי עדיף יחיד נגד רבים מקטן נגד גדול, דיחיד נגד רבים בשעת הדחק שיש הפסד מרובה סומכין ע"ד היחיד, אכל בקטן נגד גדול אין סומכין עליו אפילו בשעת הדחק שיש הפסד מרובה, אמנם מור"ם בעל המפה בחו"מ סי' כ"ה ס"ב כתב, 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 כו' ע"כ, אלמא משמע דהבין דברי הרשב"א, דיחיד נגד רבים וקטן אצל גדול כי הדדי נינהו, ואין סומכין לא על קטן נגד גדול ולא על יחיד נגד רבים בשעת הדחק לחודיה, אלא אם כן היה שעת הדחק וגם כן הפסד מרובה, דאז סומכין בין על קטן נגד גדול בין על יחיד נגד רבים, ואע"ג דהרשב"א לא אייתי ראיה דסומכין בשעת הדחק ובהפסד מרובה אלא ביחיד נגד רבים, מההיא דפ"ק דנדה, מ"מ יראה שהוא הדין דסומכין בקטן נגד גדול בשעת הדחק שיש בו הפסד מרובה, ואפשר דאתי מכ"ש מיחיד נגד רבים, דאשכחן בהדיא בתורה

אחרי רבים להטות ואפ"ה סומכין על היחיד בשעת הדחק שיש בו הפסד מרובה, כ"ש בקטן נגד גדול דלא אשכחן דין זה בסנהדרין, רק בשני ת"ח שנחלקו אמרו בפ"ק דע"ז [ז.א] אם היה אחד מהם גדול מחברו בחכמה ובמנין הלך אחריו וכו', ואף זה לא חזינו דפסקו רמב"ם ספ"א דהל' ממרים כמ"ש מרן שם בכס"מ, וכבר הארכתי בזה לעיל. איברא דחזינו פ"ק דיבמות [יד.] גבי מחלוקת ב"ש וב"ה, דאמרינן כי אזלינן בתר רובא דכי הדדי ניהו, אבל הכא ב"ש מחדדי טפי, מ"מ משמע דאם ביחיד נגד רבים סומכין עליו בשעת הדחק והפסד מרובה, ה"ה בקטן נגד גדול סומכין עליו בשעת הדחק והפסד מרובה. וראיתי בקונטרס אחרון להב"ח יו"ד בפסק הארוך שעשה בהוראות איסור והיתר, שעמד בתשובת הרשב"א הנז', והעלה דפירוש דברי הרשב"א כדקס"ד מעיקרא והשיג על מור"ם ז"ל, והש"ך ביו"ד סי' רמ"ב בפסק הארוך, השיג על הב"ח והעלה דכונת הרשב"א כדברי מור"ם, דגם בקטן נגד גדול סומכין עליו בשעת הדחק ושיש ג"כ הפסד מרובה וכן עיקר.

גם יש לעמוד ולהתבונן בדברי תשובת הרשב"א הנז', במ"ש דבשעת הדחק והפסד מרובה סומכין על היחיד נגד רבים, אם הוא דוקא באיסורא דרבנן או דלמא אפי' במידי דפליגי באיסור דאורייתא, וכל הישר הולך לבבו יבין דלא איירי הרשב"א אלא באיסורא דרבנן, דהא הרשב"א יליף לה מההיא דפ"ק דנדה [ט:]: אמר רבי כדאי הוא ר"א וכו', וההיא מידי דרבנן היא דטומאת מעת לעת דרבנן, כדאיתא פרק מי שהוציא והו כמ"ש לעיל [ד"ה גם אשכחן] באריכות, ומתוך דברי הב"ח בהא דשקיל וטרי להוכיח דבהפסד מועט לא חששו ובהפסד מרובה חששו, מהא דאיתא בפרק הערל דף פ"א גבי חתיכת חטאת כו', הבין הש"ך דגם באיסורי תורה סובר הב"ח דסומכין על יחיד להקל נגד רבים בהפסד מרובה, והאריך בתמיהות על הב"ח בזה, ולענ"ד יראה דמעולם לא עלה על דעת הב"ח סברא זו דסומכין על יחיד נגד רבים באיסור דאורייתא, ולא נחית הב"ח אלא להוכיח דאע"ג דלענין ממון אף להפסד מועט, חששו לענין איסורא אינו כן אלא בהפסד מרובה חששו בהפסד מועט לא חששו, וזה ברור בכונת הב"ח ז"ל.

ומ"מ לא נכחד דגם באיסורא דאורייתא אשכחן בכמה דוכתי בתלמודא, דפוסקים האמוראים הלכה כיחיד נגד הרבים אפי' שלא בשעת הדחק, משום דמסתבר להו טעמא דיחיד וקובעים הלכה כדברי היחיד, ואין זה סותר למה שאמרה תורה אחרי רבים להטו', דלא איירי קרא אלא בסנהדרין, שנחלקו בדין אחד גומרין הדין על פי הרוב, אבל אותו דין אינו נשאר הלכה קבועה לדורות, דיכול הדור האחרון לקבוע ההלכה כדברי היחיד כמ"ש לעיל [כלל א'] באריכות, וכ"ש דיכול הדור האחרון לסמוך על היחיד באיסורא דאורייתא בשעת הדחק, ותדע שכן הוא, דהא תנן בפ"ק דעדות [מ"ה] ולמה מזכירים דברי היחיד בין המרובין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין, שאם יראה בי"ד את

דברי היחיד ויסמוך עליו וכו', וכתב הראב"ד בפירושו, ולשון התוספתא [שם פ"א] שאם תצטרך להם שעה ויסמכו עליו, דומה זה הלשון שאין בי"ד אחרון יכול לסמוך על היחיד אלא בשעת הדחק וכו', ומתוך דברי הראב"ד הללו משמע דבשעת הדחק יש לסמוך על דברי היחיד אפילו באיסורא דאורייתא, דהא ממה שמזכירין דברי היחיד בין המרובין יליף לה, ובכל דוכתא מזכירין דברי היחיד נגד המרובין במשנה ובברייתא ובגמרא, בין באיסורא דרבנן בין באיסורא דאורייתא, כך נראין הדברים.

אמנם לענין מעשה, לא מצינו שהאחרונים יסמכו להקל בשעת הדחק כסברת היחיד נגד רבים באיסורא דאורייתא, ואפשר דדווקא האמוראים היה להם כח זה לפסוק כסברת היחיד, אבל הפוסקים האחרונים אין להם כח זה, אלא אפילו במחלוקת שקול של הפוסקים במידי דאורייתא דנין אותו כספק דאורייתא והולכים להחמיר, אפילו בשעת הדחק והפסד מרובה, ולא עוד אלא שאפילו שרוב הפוסקים הם מתירים ומיעוט פוסקים הם אוסרים ופליגי באיסור תורה, אשכחן בדוכתי טובא דחוששים לדברי האוסרים כיון דפליגי באיסורא דאורייתא, אלא דבשעת הדחק סומכין על רוב הפוסקים המתירים, עיין הרב מהרשד"ם אה"ע סי' כ"ח ותשובת מהרי"ט שכתב מוה"ר ש"ש בדף פ"ד יע"ש.

הכלל העולה דבדורות האחרונים אנן יתמי דיתמי, אין לנו כח להקל באיסורי תורה במחלוקת פוסקים, לסמוך על מיעוט פוסקים להקל אפילו בשעת הדחק שיש בו גם הפסד מרובה, נגד רוב הפוסקים האוסרים אפילו במחלוקת שקול (ואם במקצת עיירות נהגו להקל על פי המתירים אין מוחין בידם, כמו שכתב מור"ם יו"ד סי' ס"ט גבי חלב הכרס דבני ריינוס נוהגים היתר, גם ביו"ר סי' ר"א גבי טבילה בנהרות בימות הגשמים, אמנם הרא"ש כלל מ"ג סי' ו' והרשב"א סי' אלף ק"ץ סי' ל' דטוב להזהירם שלא יהיו נוהגין כדברי המקילין, ועיין סי' קכ"ה ס"ק נ"א ומש"כ לעיל בריש קונטרס זה יע"ש), וזה שתמצא שמקילין האחרונים באיסור תורה בשעת הדחק, היינו כשרוב הפוסקים הם מתירים, ולא היו מחמירים כסברת המיעוט אלא לכתחלה, בכה"ג בשעת הדחק סומכין על רוב פוסקים להקל. ובאיסורא דרבנן, גם אנחנו יתמי דיתמי סומכין בשעת הדחק (כיחיד) [ביחיד] נגד הרבים, וכ"ש במיעוט נגד רבים וה"ה בקטן אצל גדול, ואמרינן כדאי הוא פוסק פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק, כיון דפלוגתיהו הוי במידי דרבנן.

כלל ז'

בענין תרי לישני בש"ס אי הלכתא כלישנא קמא או בתרא



ויש לחקור היכא דאיכא תרי שינויי בגמ' אם הלכתא כשינוייא קמא או כשינוייא בתרא, וראיתי בתוס' פ"ק דע"ז דף ז' [ע"א ד"ה בשל] שכתבו וז"ל, רש"י היה פוסק בכל איכא דאמרי שבתלמוד, בשל תורה הלך אחד המחמיר בשל סופרים הלך אחר האחרון, וריב"א פי' דכל איכא דאמרי לגבי ראשון כטפל לעיקר והלכה כלישנא קמא, ור"ת פירש בדאורייתא לחומרא בדרבנן לקולא, ור' שמשון היה מפרש דבכל מקום שיש להתברר מן התלמוד כחד מינייהו בתריה אזלינן עכ"ל. והרא"ש כתב שם וז"ל, ר"ת פוסק בכל איכא דאמרי בשל תורה הלך אחד המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל, ורש"י פסק דהלך אחר המחמיר, וריב"א אומר דכל איכא דאמרי טפל ללשון ראשון כי רב אשי סידר לשון המרובים והעיקר תחילה וכל לשון היחידים והטפל אומר י"א, ורי"ץ' ג' גיאת כתב דלעולם הלכה כאיכא דאמרי, ומקצת הגאונים פסקו בממונא כאיכא דאמרי ובאיסורא לחומרא עכ"ל. ומ"ש הרא"ש בשם רש"י הלך אחד המחמיר ולא חילק בין דברי תורה לדברי סופרים, יראה דהוא ט"ס, דהרי אשכחן לרש"י בפרק אלו טריפות דף נ. [ד"ה כי פליגי] גבי דייתרא דכתב דכל היכא דאיכא תרי לישני בגמ' אי מידי דאורייתא הוא זיל לחומרא ובדרבנן זיל בתר בתרא עכ"ל, ועיין ביבין שמועה דף צ"ו ע"א דתפס דברי הרא"ש בשם רש"י ולא דק.

וראיתי להרא"ש בפרק חזקת הבתים [ב"ב נא: (דף קצ"ו) - סי' נ"ח] גבי הא דת"ר אין מקבלים פקדונות מן הנשים וכו', דהגאונים פוסקים דבכל איכא דאמרי לישנא קמא עיקר, כי כך היה שגור בפי רוב העולם, אלא שמקצת החברים היו אומרים בענין אחר עכ"ל, ועיין ב"י או"ח ר"ס קס"ד, והרא"ש פ"ק דמכות [סי' ג'] וב"י חו"מ סי' ס"ז סי"ג וסי' ר"כ ס"ה וביו"ד סי' קע"ג גבי מקדים מעות לגינאה שיתן לו דלועים יע"ש, ועיין לעיל סי' י"ז סל"ז ביוצא לידון מ"ש מרן שם פלוגתא דרבוותא יע"ש.

והר"ן כתב בפ"ק דע"ז [ב ע"א מדפי הרי"ף] וז"ל, אמרו בשם ר"י דכל איכא דאמרי שבתלמוד הכי דיינינן ליה כשני ת"ח שקולין, דבשל תורה הלך אחר המחמיר ובשל סופרים הלך אחר המיקל, אבל הר"י גיאת כתב דלעולם קי"ל כלישנא בתרא, בין בשל תורה בין בשל סופרים בין להחמיר בין

להקל כו', אבל ראיתי בחדושי הרשב"א במסכת ר"ה [כ"ז ע"ב] שהרי"ף ומקצת הגאונים סוברים בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים או דיני ממונות הולכים אחר לשון אחרון, ואיני יורע מה נשתנו דיני ממונות משל תורה, אבל אם היא קבלה נקבל עכ"ל. וק"ל אמאי לא הקשה הר"ן קושייתו גם בשל סופרים, דאמאי אמרינן בהו הלך אחר לשון האחרון בין להקל בין להחמיר, ויראה לי דהנך רבוותא ס"ל דלישנא בתרא הוא עיקר, אלא דבשל תורה הלך אחר המחמיר, אבל איסור סופרים דקיל או דיני ממונות מוקמינן להו אדינא, דלישנא בתרא דהוא עיקר בין להקל בין להחמיר כנ"ל.

וכן נראה מדברי הר"ן ז"ל בפרק ראווה ב"ד [ר"ה כ"ז ע"ב] שכתב שם גבי שופר דסתמו דאיכא תרי לישני דר"י דאיכא דמתנו לה ארישא ואיכא דמתנו לה אסיפא, כתב שם דבה"ג והרי"ף ז"ל פסקו כלישנא קמא ולחומרא וכן דעת הרמב"ם בפ"א משופר, וכן נהגו לעולם בשל תורה להחמיר באיסורי כגון בגיטין וקדושין ושאר איסורין ואף על פי שהוא לישנא קמא, אלא שבדיני ממונות ובשל סופרים פסקו כלישנא בתרא, וכן פוסקים בכל מקום רבותינו הצרפתים כלישנא דמחמיר בתרי לישני בתרי תנאי או בתרי אמוראי דפליגי כו' עכ"ל. ומתוך דברי הר"ן הנז' נתבאר מה שתירצתי, דדעת האומר דבדיני ממונות ובשל סופרים קי"ל כלישנא בתרא, היינו משום דס"ל כשיטת ר"י ג' גאון דלישנא בתרא עיקר, אלא דבאיסורי תורה הולכים אחר המחמיר אע"פ שהוא לישנא קמא דהוא טפל ללישנא בתרא. אך מ"ש הר"ן "וכן פוסקים בכל מקום רבותינו הצרפתים", קשה לי דלא דמו אהדדי דאילו לסברא קמא בשל סופרים הלכה כלישנא בתרא בין להקל בין להחמיר, ואילו רבותינו הצרפתים בשל סופרים הלך אחר המיקל אפילו שהמיקל יהיה לישנא קמא, וצ"ל דהאי וכן שכתב הר"ן ז"ל לצדדין קתני, לגבי חלוקה ראשונה דבשל תורה הלך אחר המחמיר לאפוקי סברת הר"י ג' גיאת ז"ל.

ומיהו ראיתי בהרא"ש ב(פ"ק) [פ"ג] דראש השנה [ס"ה] דכתב, דהני תרי לישני דר"י גבי שופר לא דמו לתרי לישני דעלמא, משום דאורחא למימר ארישא תחלה ובתר הכי איכא דמתני לה אסיפא, והלכך ליכא למיקם עלה הי מינייהו בתרייתא וצריכין למיעבד לחומרא עכ"ל, והוא חילוק נכון ראויים הדברים למי שאמרם. (אמנם קשה לי דאשכחן להרא"ש בר"פ כל הבשר [סי' ח'] גבי חמי האור דכתב והלכתא כר"י דאמר דנוטלים בהם, משום דאתי כלישנא בתרא דאמרינן לעיל כמאן דמתני לה אסיפא, והם דברים תמוהים דזה לא מיקרי לישנא בתרא ועיין ב"י או"ח סי' ק"ס וצ"ע). אך קשה לי דבפרק שבועת הדיינים [שבועות מ:] גבי הא דאמר רב נחמן ומשביעין אותו היסת, ולישנא דגמרא מתני לדר"נ ארישא דמתני' דליכא דררא דממונא, ורב חביבא מתני לדר"נ אסיפא דמתני' דוקא היכא דאיכא דררא דממונא, ונסתפקו שם בתוס' אם הלכתא כלישנא קמא,

אמנם אחר העיון יר[אה] דחילוק זה של הרא"ש ז"ל אינו מוכרח, דאיכא למימר דטעם הרי"ף ז"ל דפסק כלישנא קמא מהכרח התלמוד בפרק בית כור [קז.], והכי אשכחן נמי בפרק שבועת הדיינים גבי הנהו תרי לישני דרב נחמן דמשיבין אותו היסת דפסק הרי"ף ז"ל כלישנא קמא דמשיבין היסת אפילו היכא דלרא דממונא משום דהכי מוכח בפ"ק דמציעא כלישנא קמא, ומה גם דסוגיין דעלמא דאפי' בתרי שינויי דתלמודא דקאמר אבע"א ואבע"א רגילין לפסוק הלכתא כלישנא בתרא, כדאיתא בפרק גט פשוט גבי ערב הכתובה כמ"ש ה"ה פכ"ו ממלוה ומרן הב"י לעיל סי' ק"כ יע"ש.

ובפרק שור שנגח ד' וה' [ב"ק] דף מט. אהא דתנן נגף אשה ויצאו ילדיה משלם דמי ולדות לבעל, היתה שפחה ונשתחררה או גיורת פטור, אמרינן עלה (א"ד) [אמר רבה] לא שנו אלא שחבל בה בחיי הגר ומת הגר כו', אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכייא לה איהי בגוייהו, ופריך עליה רב חסדא אטו ולדות צריי ניהו וזכיא בהו אלא ליתיה לבעל פטור, ומותיבין עליה דרבה מדתניא היתה שפחה ונשתחררה או גיורת זכה ומשני הב"ע שחבל בה בחיי הגר ומת הגר, ואבע"א לאחר מיתת הגר ותני זכתה ע"כ. והרמב"ם רפ"ד דחובל בכתב דאשת ישראל נמי, אם נגפה אחר מיתת הבעל נותנין אף דמי ולדות לאשה, והשיג עליו הראב"ד, דאפי' רבה לא אמר דזכתה היא אלא באשת הגר, אבל אשת ישראל שיש לו יורשין לעולם הם ליורשין, והמגדל עוז רצה לתרץ בזה ובכלל דבריו ותירוציו כתב וז"ל, ועוד דתלמודא קאמר בהדיא ואבע"א תני זכתה, וכבר כתבתי כמה פעמים בזה החבור מה שקבלנו מרבותינו הראשונים בכללי הפסקים, דלשון ואבע"א הוא כלשון איכא דאמרי שהוא עיקר עכ"ל, והביא דבריו ביבין שמועה דף צ"ו ע"א, ובאמת כי לא ירדתי לסוף דעת המחבר מגדל עוז דכל התי' שכתב שם אין הדברים ההם מעלים ארוכה להשגת הראב"ד כמו שיראה המעיין, ואף פרט זה שהבאתי בשמו על כלל זה שאמר בשם רבותיו דלשון ואבע"א הוא כלשון איכא דאמרי לא ידענא מאי אהני ליה, כי איך יתורץ בזה מ"ש הרמב"ם דנותנים דמי ולדות לאשה אף באשת ישראל, והלא ברייתא לא איירי אלא באשת הגר, ומה גם להך לישנא בתרא דמשני ואבע"א לאחר מיתת הגר ותני זכתה, לא פליג עם שינוייא קמא וליכא נפקותא ביניהו לענין, כגלוי לכל מבין, וא"כ למאי הלכתא הוצרך לומר דלשון ואבע"א הוא כלשון איכא דאמרי שהוא עיקר, סוף דבר דבריו אינם מובנים, אך ניקוט מהא מה שהעיד בשם רבותיו דלשון ואבע"א הוא כלשון איכא דאמרי שהוא עיקר.

וכן אשכחן בפרק האשה רבה [יבמות פח:] וב[פרק] האשה שלום, תניא א"ר נחמי' כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הלך אחר רוב דעות, ועשו ב' נשים באיש א' כב' אנשים באיש א', ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמיין, ופסק הרמב"ם פ"ב דהל' גירושין דין כ' כלישנא בתרא, וכן דעת הטור לעיל סי' י"ז סעיף ט"ל, וכתב מרן הב"י שכן דעת שאר הפוסקים יע"ש, באופן דהנה נתבאר דגם בב' שינויי דגמ' לשיטת הפוסקים דהלכתא כלישנא קמא ה"ה בשינוייא קמא, ולשיטת הפוסקים דהלכתא כלישנא בתרא ה"ה בשינוייא בתרא.

וראיתי פ"ד ד[בבא] קמא דף מ"א סוף ע"א דהקשה ר"ע לר"א, ותירץ ר"א שני תירוצים תירוצ' דחוק ותירוצ' מרווח, ואפליגו אמוראי התם איזה תירוצ' א"ל ברישא, דמר סבר התי' המרווח א"ל ברישא, משל לצייד ששולה דגים מן הים משכח רברבי שקיל זוטרי שקיל, ומר סבר התירוצ' הדחוק א"ל ברישא, משל לצייד ששולה דגים מן הים משכח זוטרי שקיל, משכח רברבי שדי זוטרי ושקיל

רברבי ע"כ, באופן דיש סברות לכאן ולכאן אי תי' קמא עיקר אי תי' בתרא עיקר, ולא מיבעיא בתרי שינויי דתלמודא, אלא אפילו בתרי שינויי דמתרצים התוס', כתב מהרי"ל ריש סי' י"ז דתי' ראשון שמביאים התוס' הוא עיקר, משום דהתוס' הכי ס"ל בעלמא כשיטת ריב"א דלישנא קמא עיקר, אם כן מסתמא גם התוס' בדבריהם הולכים ע"ד התלמוד לכתוב התי' העיקרי תחלה, והתי' הטפל כותבין אותו באחרונה, ואין להקשות דמיחלפא שיטתיה דמהרי"ל, דהכא בסי' י"ז נראה שמסכים הולך כלישנא קמא ותירוצא קמא, ואלו בתשו' סי' נ"ג דף ק"י ע"ג האריך להוכיח מכמה דוכתי דהרי"ף והרמב"ם פוסקים כלישנא בתרא, דודאי לק"מ דבסי' י"ז מיירי מהרי"ל לשיטת ריב"א והתוס', ובסי' נ"ג מיירי לשיטת הרי"ף והרמב"ם, ועיין בתשו' רש"ל סי' ל"ה דכתב, דאפילו לדעת ריב"א וסיעתו דלישנא קמא עיקר ואיכא דאמרי הוא טפל, מ"מ כשאומר ואבע"א הלכתא כלישנא בתרא, עוד כתב שם רש"ל, דאע"ג דהרא"ש כתב פרק חזקת דהגאונים אומרים דלישנא קמא עיקר, היינו אליביהו דהגאונים, אבל דעת הרא"ש בכמה דוכתי דהלכ' כלישנא בתרא כדעת הרי"ף ורמב"ם יע"ש, והוכיח כן ממ"ש הרא"ש בס"פ המוכר פירות גבי מכר יין ונעשה חומץ יע"ש, ובסוף הליכות עולם כתב וז"ל נקטינן בכל איכא דאמרי שבגמ' שכך הלכה, ושלא כדברי ריב"א שהיה אומר דכל איכא דאמרי טפל לגבי לשון ראשון כו', וכתב עליו מרן בכללי הגמ', ותמהני למ"ש דנקטינן הכי שהרי הרא"ש פרק חזקת [סי' נ"ח] כתב שהגאונים פסקו כדברי ריב"א עכ"ל, ומתוך תשו' רש"ל שכתבתי נסתלקה תמיהא זו מעל הליכות עולם, דכיון דהרי"ף ורמב"ם ס"ל דהלכתא כלישנא בתרא כן ראוי לפסוק, אע"ג דהרא"ש פליג עליהו, וכ"ש דאשכחן דהרא"ש נמי הכי ס"ל כמ"ש רש"ל.

העולה מכל הנזכר דהרבה סברות יש כדכתיבנא, אך היותר מוסכם מהפוסקים המפורסמים אשר אנו רגילין לפסוק כמותם, דהיינו הרי"ף ורמב"ם והרא"ש, דס"ל דלישנא בתרא עיקר, וכבר בארתי דל"ש דקאמר בלישנא בתרא איכא דאמרי, ול"ש דקאמר ואבע"א הלכה כלישנא בתרא.

תושלב"ע

