

כללים – א

כלל א

נרשנו בפ"ק דע"ז¹: ת"ר היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר אם היה אחד מהם גדול מחברו בחכמה ובמנין הלך אחריו ואם לאו הלך אחר המחמיר וכו' אמר ר"י הלכתא כריב"ק ע"כ. וכי"כ הרמב"ם סוף פ"א דה' ממרים² וז"ל: ב' חכמים או ב' ב"ד שנחלקו וכו' אם אינן יודע להיכן הדין נוטה בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו' עכ"ל. וכתב שם מרן הכ"מ פלוגתא דת"ק וריב"ק. וכתב דסת"ק דטפליג בין גדול בחכמה ובמנין לאינו גדול משמע דריב"ק 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 דיהיו ורבים הלכה כרבים. דהא פירוש מנין מפרש רמב"ם פ"ב דממרים³: גבי הא דתנן פ"ק דעדויות 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 דדיני ממונות וטומאות וטהרות האב ובנו הרב ותלמידו מנין אותם בשנים יע"ש. ומתוך זה יראה לי דאפשר דהרמב"ם ס"ל דריב"ק לא פליג במ"ש ת"ק דהולכים אחר הגדול בחכמה ובמנין ולא נחלקו אלא בששניהם שוים. ת"ק סבר הלך אחר המחמיר אפי' בד"ס. וריב"ק פליג עליו בהא בשל תורה הלך אחר המחמיר כו'. והכי דייק לישנא דהרמב"ם ב' חכמים או ב' ב"ד 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 בד"ס. וכן דעת הרשב"א בתשו' סי' רנ"ג וז"ל: ב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר אם נודע דהאחד גדול בחכמה ובמנין יצא שמו כן הולכין אחריו בין להקל בין להחמיר. היו שניהם שוין ולא נודע מי גדול משניהם, בשל תורה הלך אחר המחמיר דהו"ל כס' דאורייתא. ובשל סופרים הולכים אחר המיקל כדאי' פ"ק דע"ז עכ"ל. וכי"כ מור"ם בחי"מ סי' כ"ה ס"ב יע"ש.

וסיזו אפשר ל' דרמב"ם סבור כמו שפירש מרן את דבריו דבשל תורה הלך אחר המחמיר אע"ג דהמיקל הוא גדול ממנו בחכמה ובמנין. וזו היא ס' ריב"ק לדעתו. ואע"ג דק"ל דאולי' בתר רובא מדאורייתא כדכתיב אחרי רבים להטות בממון ואיסור והיתר וטומאה וטהרה, ובדיני נפשות נמי אולי' בתר רובא אלא דלענין שיהא נהרג בעי' שיהיו המחייבים יותר על המזכים שנים כמ"ש הרמב"ם פ"ח⁴ מהלכות סנהדרין. מ"מ יראה לי דלא נאמ' בתורה אחרי רבים להטות אלא כשכל הדיינים מקובצים יחד במקום אחד כמו הסנהדרין, דיושבים יחד בכסו חצי הגורן בעיגול, ונושאים ונותנים באותו דין ביחד פנים אל פנים ופה אל פה, כבה"ג הוא דאולי' מדאורייתא בתר רובא. אמנם במחלוקת שאנו רואין בדברי הפוס' 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 כבה"ג דמדאורייתא אולי' בתר רובא כיון שלא עמדו למנין, ולא נשאו ונתנו ביחד פנים אל פנים ופה אל פה. דאנא אמינא אלו היו נושאי' ונותנים ביחד מכה הפלפול והויכוח אפשר דהמרוצים היו מודים לדברי היחידים. ומנא אמינא לה מהא דכתב מרן בחי"מ ס"ס י"ג⁵ 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 שאלו היה שם אותו האחד שמא היה מראה טעם הפך מה שהסכימו

הרוב וידו הרוב בכך כו' עכ"ל. גם ב"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 כענין בדינים דעלמא עכ"ל. וכן דעת מהר"ק סוף שו' קפ"א יע"ש. ועיין בס' משא מלך דף מ"ד ע"ד לענין מסים ותקנות קהל דלא בעי' רובו מתוך כולו. ונסתיע מתשו' הרב מהרשד"ם ח"מ סי' ת"ו. ורמי עלה מתשו' אחרת להרשד"ם סי' שצ"ט ע"ש. ועיין פ"מ ח"ב סי' ק"י דת"י תמיהות שעשה על הרשד"ם יע"ש. וזו היתה תשובת הרלב"ח בענין הסמיכה שעשו רבני צפת מעשה והסכימו 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"ח⁶ דאין יכולים לומר רבני צפת דהסמיכה היא סמיכה מטעם שהם רוב נגד רבני ירוש', דהסכמת הרוב שהיא בלא משא ומתן של כולם רובו מתוך כולו אינה הסכמה כלל. והוכיח כן מתשובת הרשב"א הגו"ל. וכן היא להקת האחרונים ז"ל דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל כמו שרמזו 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 שוה כי גם בזה יש ספק אם גני' שיהיה המשא ומתן ע"י כתב שיקרא רובו מתוך כולו וכו' יע"ש. גם מהרש"ך ח"ב סי' ג"ט כתב דהסכמת רובו מתוך כולו בעינן אבל אם לא היו כולם במעמד אחד רק שהשמש הולך לכל אחד ואחד בפני עצמו מלתא דפשיטא הוא דלא חשיב רוב למימור אחרי רבים להטות וכו' יע"ש. ואף רבני צפת ומהר"י בי רב שקיימו הסמיכה ולא חשו לטעמא דמהרלב"ח דבעינן 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 אחד מהם שיהיה סמוך. כמו שיראה מדברי מהר"י בי רב דאיתא בתשובת הרלב"ח דף רצ"ח ע"ד יע"ש. והרלב"ח דף ש"ח ע"א חלק עליו דגם בחקנות 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, דכ"ע מודו דמ"ש תורה אחרי רבים להטות היינו רובו מתוך כולו שיהיו נושאים ונותנים אלו כנגד אלו. אבל כבה"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, ב' ת"ח או ב' ב"ד שנחלקו ואינן יודע להיכן הדין נוטה בשל תורה הלך אחר המחמיר. דמשמע מדבריו אע"ג דכשנגדו הוא גדול בחכמה ובמנין לא אולי' בתר רובא כמו שפירש מרן הכ"מ. גם מתר"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 דהיינו רובו מתוך כולו. אבל במחלוקת פוסקים אין הולכין בממון אחר הרוב ואומר המחזיק קים לי כסברי' המיעוט יע"ש. וזה שלא כדברי הרדב"ו בתשו' סי' ק"ו דס"ל דמ"ש תורה אחרי רבים להטות הוי אפילו בדברי הפוס' שלא דברו זה עם זה פנים בפנים. ואפילו להוציא ממון אולי' בתר רוב הפוסקים מן התורה יע"ש. דהדבר ברור דסוגיין דעלמא דלא כותיה. כמו שיראה המעיין בדברי האחר' התופסים דגל הקים לי.

אמנם הדבר תמוה אצלי דהרשב"א בתשו' סי' רנ"ג כתב דב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר אם נודע הא' גדול בחכמה

6 שו"ת הרלב"ח סי' קמ"ו כל מעשה תקפו וגבורתו של הייכות הסודר שעבר בין חכמי צפת וחכמי ירושלים מענין חידוש הסמיכה.

1 ע"ז דף ז' ע"א. 2 הלכה ה'. 3 הלכה ב'. 4 הלכה א'. 5 שם אות ט'. בתולדות אדם לרשב"א סי' קיד.

רכ"ג דתמה כן על הגאונים המקילים בויקת יבם משומד, ובקדושין מחמירים יע"ש. ועיין פ"מ ח"ב סי' ג"א דף צ"ד ע"ב. ועיין מהרי"ק סוף שורש ע"ב דף ע"ב ע"ב. גם מצינו בענין קדושין דרוב הפוסקים פסקו דאם א"ל ורי את מקודשת ולא אמר לי אינו כלום משום ידיים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים⁹. ויש מיעוט פוס' דס"ל דאע"ג ידיים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים אפ"ה אזלינן לחומרי והויא ספק מקודשת כמ"ש לעיל סי' כ"ו. וחזינו לרוב האחרונים דפסקו הלכה למעשה להקל בדלא אמר לי כסברת רוב הפוסקים כמו שיראה המעיין בתשובת מהרש"ח סי' ג"ו. ומזה"ש סימן ט"ו זולת הרלב"ח בתשו' דף רל"ב ע"ב. והר"ם פדואה סי' כ"ט. והרשד"ם א"ה סי' ד' וי"א ול"ד ול"ו ובכמה דוכתי שלא היה עוש' מעשה להחיר בקדושין מטעם חסרון לי אם לא בהצטרף שם טעם אחר. ועיין בתשו' מהרי"ל סי' ב' ופ"מ ח"א סי' כ"ח יע"ש.

גם לענין גיטין אשכחן הלכה למעשה דאזלי בתר רוב הפוסקים להקל. וזה דלענין גוסס כתבו רוב הפוס' דחשוב כחי ויכול לגרש. והר"ם ור"ח ור"י יואל פסקו דאין גיטו גט כמ"ש לעיל סי' קכ"א. והלכה למעשה אנו עושים כדברי האר' דגוסס יכול לגרש כמ"ש מרן שם. והרדב"ז סי' ר"ו ומהר"ח סי' ל"ב. ועיין מ"ש לעיל סי' קכ"א ס"ק ל"ב בדיון גוסס יע"ש. גם אשכחן הלכה למעשה בענין גירושין בלילה דרוב הפוסקים ס"ל דמגרשי בלילה. זולת א"י דס"ל דאין לגרש בלילה משום דס"ל דגירושין הוי דין ואין דנין אלא ביום ואנו סומכין על סברת רוב הפוס' ומגרשין בלילה כמ"ש הרח"ש ר"ס ל"ב ועיין מ"ש לעיל סי' 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 חיישינן 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 תשוב' דנשאל אם יכולים בני העיר לתקן תקנה והסכמה לפסוק על פי פוסק אחד בין בדיני ממונות בין בדיני איסור והיתר. והשיב דדוקא אחד בדיני ממונות יש יכולת בידם לתקן התקנה הזאת, אבל בדיני איסור והיתר וגיטין וקדושין לאו כל כמיניהו דבני העיר לתקן תקנה זאת. דבשל תורה הלך אחר המחמיר או בתר רובא לקולא אם הם גדולים בהכמה ובמנין. (ואע"ג דאשכחן במקומו של ר"א היו כורתיים עצים לעשות פחמין לעשות אומל בשבת ולא מיהו בידם חכמים ובמקומו של רבי יוסי הגלילי היו אוכלין בשר עוף בחלב) היינו דוקא בימיהם שבכל עיר ועיר היה להם רב אחד שהיה מלמדם, כדאמרינן בבל וכל פרוודא נהוג כרב, נהרעדא וכל פרוודא נהוג כשמואל. וכל עיר ועיר מחוייבים בכבוד מלמדם. אבל אנו בזמנים אלו כל הפוס' והרבנים אשר מימיהם אנו שותים הם רבותינו ואנו מחוייבים בשל תורה ללכת אחר המחמיר ויש בידי כמה ראיות על זה עכ"ל. עיין בספר משא מלך דף ג"ח בחקירה י"ג מ"ש בזה. וצ"ע מ"ש מור"ם י"ד סי' ס"ט בחלב הדבוק לכרס דבני ריינוס נהגין היתר ואין מוחין בידם. גם בי"ד סי' ר"א כתב מור"ם דיש נהגין לטבול בנהרות אף בימות הגשמים ואין מוחין בידם יע"ש. ועיין תשו' מהר"י וי"ל סימן ע' ויראה להביא ראיה על זה מ"ש הרא"ש בתשו' כלל מ"ג סימן ו' אע"פ שהרמב"ם כתב שאם אמרה מאיס עלי שכושין 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"ץ על מה שנהגו להכשיר חתם סופר ועד כדברי הר"ף דטוב להזהירם שלא יהיו נוהגין כן מכאן ולהבא כו' יע"ש. ומה שיש לדקדק אי חיישי' בכה"ג דאתה מוציא לצו על דורות ראשונים ואם יש מחלוקת בין הרא"ש והרשב"א בזה הארכת' לעיל

ובמנין תולכין אחריו בין להקל בין להחמיר. ואמאי תולכין אחריו להקל הא בעינן רובו מתוך כולו כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה מרן הב"י ח"מ ס"ס י"ג וי"ד סי' רכ"ח דכתי' לעיל. ואשכחן להרשב"א בתשו' דבפלוגתא דרבוותא בדאורייתא אע"ג דדעתו מסכמת כדברי המקילין, כתב דאין לנו כח להכריע בין אריות ולשים ראשנו בין ריחיים ורכב אלא יש לנו לדוננו כדיון ספק דאורייתא לחומרא. כמו שירא' המעיין בענין נתנה היא ואמר הוא דירא' מדברי הר"ף רפ"ק דקדושין ומדברי הרמב"ם רפ"ג דאישות דאינה מקודשת אפילו באדם חשוב. דהא לא חלקו בין אדם חשוב לשאינו חשוב. (ואע"ג דהר"ף כתב שם בפ"ק דקדושין בעי רבא הילך מנה ואתקדש אני לך מהו ופשיט ר' פפא דמקדש' באדם חשוב. גם הרמב"ם כתב דין אדם חשוב בפ"ה מה' אישות י. 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 בנתנ' היא מתנה סתם לאדם חשוב וא"ל הוא הרי את כו' בהנאה זו שקבלתי ממך בזה הוא דאמר' דירא' מדברי הר"ף ורמב"ם רפ"ג דאישות דאינה מקודשת אפילו באדם חשוב. ודע דהר"ן וה"ה לא חלקו חילוק זה. ומרן הב"י ס"ס כ"ו י. ג"כ הלך לפי שיטתם. ובכך תמה על הטור דכתב דהרמב"ם לא חילק בין אדם חשוב לשאינו חשוב. ואין סי' שנעלם ממנו מ"ש רמב"ם פ"ה מאישות יע"ש. ולפי האמת אין שום השגה על הטור דהטור מייירי בנתנה היא סתם ואמר הוא. וכבר ראיתי בספר ב"ח שתמה 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 סי' תרי"ג לענין מעשה. והשיב אע"ג דלדעתו נתנה היא ואמר הוא אינה מקודשת אפילו באדם חשוב. וכן יראה מדברי הר"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, שאין לנו כח להכריע בין אריות ולשים ראשנו בין ריחיים 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 בא"ה סי' מ"ב דכתב הרשב"א בתשובה לאחד מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה מי שנו ה"ג והר"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 דלהר"ף והרמב"ם אינה מקודשת. ולהראב"ד ובה"ג מקודשת, אין לנו כח להכריע ודנין 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 דאורי'. אלמא דיחיד ורבים הלכה כר' 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. ואפילו באב שקידש לבנו קטן אינם חוששים, זולת מהר"ק בשורש ל' בשם מהר"י ברוילי דחושש להצריכה גט באב שקידש לבנו קטן. ומרן בב"י ז"ל לעיל סי' מ"ג תמה על סברא זו וכן להקת האחרונים פסקו להקל זולת הראנ"ח ח"א סי' מ"ו. 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 בקדושין קטן רק בקדושי סבלונות יע"ש. איברא דק"ל על מהראנ"ח דחילק בין איסור קדושין דאיכא כרת, מה שא"כ ביבמה לחוץ דליכא אלא איסור לאו מהא דפרריך ריש פרק בתרא דבימות מוכדי האי ותאי דאורייתא מה לי לאו מה לי כרת יע"ש. וכבר ראיתי בת"ה סימן

9 סעי' ט.

10 קידושין דף ה' ע"ב. ונדרים דף ה' ע"ב.

7 הלכה ב'.

8 הלכה כ"ב.

למימר התם אוקי ממונא בחזקת מאריה דהא ב"ד מפסי מיניה כלומר שאינו יכול המוחזק לומר קים לי כמיעוט הדיינים, דהא ב"ד מפסי מיניה כלומר כל כללות הב"ד המיעוט שהיו מסייעים אותו מבטלים דעתם ומצטרפים עם הרוב להוציא הממונ מידו. מה שאין כן גבי שאר ממונ כגון ההוא דמוכר את השור ונמצא נגח. וההיא דכד וחבית דאיכא מיעוט וחזקה דלא אולין בתר רובא וחזקה המוחזק כיון דיש לו מיעוט על מה לסמוך. ובהך תירוצא דתירצו התוספות גבי דיינים תירצו נמי לההיא דבן סורר וטורה באחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה בחדש דעדנתן קיימת ותלינן דביום אחד קא מסהדי. משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא והורגין או מחייבים ממונ על פי עדותן משום דאולין 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 ואכתושי הוא דקא מכחשי אהדי משום דהרי העדים העומדים לפנינו שמעדין עליו להורגו או לחייבו ממונ הם אומרים דביום אחד קא מסהדי והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא דירחא, ונמצא דאין כאן מיעוט כדי שיסמוך עליו הנידון. באופן דבין גבי דיינים דאולין בתר רובא בין בההיא דעדים דמכחשי אהדי דאולין בתר רוב' היינו טעמא דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, משום דב"ד גופיה ועדים גופיהו מפסי מיניה, ולית ליה שום מיעוט לסמוך עליו. זהו כונת התוס' לע"ד והארכתי בכונת דבריהם מפני שראיתי למהר"א ששון ס"ס ר"ז דנתקשה בדבריהם יע"ש. ועל דרך זה שפי' דברי התוס' הללו יתבאר דברי התוספו' ריש סנהדרין דף ג' ע"ב דעמדו בזה. ותי' וצ"ל דרובא לרדיא ובני לא חשיב כי הנך רובא ולכך לא סמכי אהך רובא בדיני ממונות עכ"ל. וכונתם לומר דאיתו רוב דובני לרדיא לא חשיב רוב משום דיש מיעוט נגדו דובני לנכסתא ואין הולכין בממונ אחר הרוב. מה שאין כן בדיינים דהרוב הוא רובא מעליא והמיעוט הוי כמאן דליתיה מטעמא דאמרן ודוק.

אמנם הקשה מהר"א ששון בס"י הגו' לדעת מהר"ם והנמשכים אחריו דבפלוגתא דרבוותא בענין ממונא לא אולין בתר רובא, וזוהי המוחזק מטעם קים לי. דאיך אפשר לומר זה, והרי אמרו התוספות פה דמיעוט דדיינים חשיב כמי שאינו. ותי' דמ"ש התוספו' 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 או הוא דאמרינן קים לי משום דאנא אמינא אלו היו נושאים ונותנים ביחד מכה הפלפול והויכוח אפשר דהמרוכזים היו מוונים לדברי המיעוט יע"ש. והם דברים נכוחים ראויים למי שאמרם. וכבר כתבתי כן לעיל בשם תשובת הרשב"א ומהר"ק ומהר"ב ז"ל בספק הסמיכה, וכל האחרונים דאין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל. ורמז דבריהם בכנה"ג סי' י"ג אות כ' יע"ש. ודלא כהרדב"ז סימן קי"ז דס"ל דגם בפוסקים אולין בתר רובא מן התורה יע"ש.

כלל ב

ויש לחקור ולהתבונן בהא דאמרינן דבפלוגתא דרבוותא, וזוהי המוחזק בסברת המיעוט פוסקים דמסייעי לו דאומר קים לי כפלוגי כו'. אי בעינן שיהא המיעוט שני פוסקים או שלשה נגד כל חכמי ישראל. אבל פוסק אחד נגד כל חכמי ישראל לא מצי למימר קים לי. או דלמא אפילו בפוסק אחד נגד כל חכמי ישראל מצי למימר המוחזק קים לי כפלוגי. ולי היה נראה להביא ראיה דאפילו ביחיד כנגד רבים אם הוא מוחזק מעיקרא לא אולין בתר רובא. דהרי בריש פרק המוכר פירות¹¹ אמרינן גבי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו' אמרינן אין הולכין בממונ אחר הרוב וכו' אולין בתר רובא באיסורא בממונא לא. ופירש רשב"ם באיסורא כגון ס' חנויות מוכרות בש"ר שחוטה והאחת מוכרת בש"ר נבלת דאמרינן

סי' קכ"ה ס"ק ל"א יע"ש. באופן דהנה מצינו מקומות מתחלפים בענין פלוגתא דרבוותא באיסור והיתר וגיתין וקדושין דפעם אומרים ספק דאורייתא לחומרא ואין הולכים אחר רוב הפוסקים להקל, ופעם אומרים דיש להקל כסבר' רוב הפוסקים ואין חוששין לסי' המיעוט דמחמיר. וצריך להעמיד הדבר על בוריו להבין ולהורות. וקודם שאתן קיצו למילין בענין איסור והיתר צריך אני להציע בפלוגתא דרבוותא לענין ממונ איד הוא הדין והמנהג, ואח"כ אכתוב הדין והמנהג בפלוגת' דרבוותא לענין איסור והיתר וגיתין וקדושין.

והנה לענין ממונ נתפשט המנהג בא"י ומצרים וסביבותיה לדון בדיני ממונות כסברת הרמב"ם וכסברת מרן מהר"ק"א משום דאתריה דמר הוא. אך בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים קושט' יע"א גם עיר גדולה לאלפים רבתי בדעו' סאלוניקי יע"א גם בשאר מקומות נמשכו אחר מנהגם שיזכה המוחזק בטענת קים לי כב' או ג' פוס' ושורש דגל הקים לי, יצא להם מ"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 מכן י"ג בנתינת נכסים שלו, כך קבלתי מפי ר"ם היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפסינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה. והכי אמרינן בחזקת הבת' הלכתא כותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום. וכותיה דר"י בווזי היכא דקיימי וזוי ליקום עכ"ל. וכיצא 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 לחתני או לבתו וניסת ואחר כך מתה הבת ועדין 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. ומורים כתב פלוגתא זו בא"ה ס"ס נ"ב יע"ש. ומנהג דוכתי הביאו ראיה מהר"ק בשרשי ותרומת הדשן ומהרד"ך בכמה תשובות דאין מוציאין ממונ מיד המוחזק בפלוגתא דרבוותא, דמצי המוחזק לומר קים לי וכו'. ורוב האחרונים תפסו במרשם דמלתא דפשיטא הוא דמאי דאמרינן דמצי המוחזק לומר קים לי וכו' היינו אפילו היכא דהו' מיעוט פוסקים מזכים למוחזק. וטעמא משום דק"ל דאין הולכין בממונ אחר הכוב כדאיתא בריש הפרה ובפ' המוכר פירות גבי מוכר שור לחברו ונמצא נגחן וכו'. כמ"ש בח"מ ס"ס רל"ב יע"ש. ודלא כהרדב"ז בתשו' סימן קי"ז דכתב דלא אמרי' קים לי אלא במחלוקת שקול והדין 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 המנחת¹² גבי מ"ש שם אין הולכין בממונ אחר הרוב. תימ' מאי טעמא אין הולכין לית בק"ו מדיני נפשות כדאמרינן בריש פרקא קמא דסנהדרין ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא ז"ל 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 מבטלין דעתם מפני סברת הרוב ואינם יכולים להורות כפי סברתם אלא כסברת הרבים כדאיתא בהנחניקין גבי זקן ממרא. ואף בב"ד של שלשה אם רבו המזכין על המחייב או איפכא ודאי דאה"נ מי שלא הסכי' עם הרוב אינו יכול להורות כסברתו נגד תבריו הרבים. ואם הוצרכו ב"ד של ג' לחתום פסק דין מחייב הדין השלישי לחתום עם הרוב כמ"ש הרדב"ז ומרן ז"ל¹³ כדאיתא בתשובת המב"ט ח"ב סי' קע"ג. ואפילו לדעת המב"ט שם דס"ל דאין צריך לחתום מ"מ מודה הוא דאינו יכול להורות אלא כסברת הרבים יע"ש. באופן דין היא כונת התוס' דגבי דיינים לא שייך למימר אין הולכין בממונ אחר הרוב ויאמר המוחזק קים לי כמיעוט הדיינים, דאותו מיעוט, כיון שנתלקט עליהם הרבים הוה ליה כמאן דליתיה, ואינם יכולים המיעוט של הדיינים להורות אלא כסברת הרבים. והיינו דסיימו וכתבו וליכא

11 ב"ק כ"ז ע"ב.

12 ח"מ סי' י"ט סעי' ב', ע"י פ"ת ס"ק ד'.

13 ב"ב דף צ"ב ע"א.

רא"ם והיא כסברת רבינו שמחה כמ"ש הג"מ. אי"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 דאפילו ב' פוסקים כגון רבינו שמחה ורא"ם ממין ז"ל קרי להו יחיד נגד כל חכמי ישראל, ולא מצי המחזק לומר קים לי כותיהו נגד כל חכמי ישראל בענין ממונא.

ומה שיראה לע"ד, דדעת מהרי"ק דבפלוגתא דרבוותא לענין ממונא דמצי המחזק לומר קים לי היינו כגון פלוגתא דרש"י ור"ת, דכתב המרדכי בפרק נערה דהוי מחלוקת באבות העולם בכה"ג אין הולכים אחר רוב הפוס' כיון דבמיעוט הפוסקים נמי יש בהם מהפוסקים המפורסמים כרש"י וזולתו אשר הוא אבי התעודה, בכה"ג מצי למימר המחזק' קים לי כרש"י וסיעתו, אע"ג דרבו החולקים עליהם ומיקרי ספיקא דדינא. אמנם במקום דרוב הפוסקים בחכמה ובמנין הם מחייבים ובפרט מהרי"ק והתוס' דנהגו העולם לפסוק כהרי"ף במקום שאין התוס' חולקים עליו, כ"ש כשהרי"ף והתוס' מסכימים יחד ונלווה עמם הרמב"ם וזולתו כגדון מהרי"ק דשורש קמ"ט, ולא נשאר רק מיעוט פוסקים דפוטר' ואינם פוסקים מפורסמים. אפילו יהיו שנים המזכים לא מצי המחזק לה' 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 יע"ש.

וראייתו במשפטי שמואל סי' קכ"ז דחנה על מ"ש מהרי"ק סימן צ"ד דלא אמרינן קים לי אלא באבות העולם לא בפוסקים האחרונים. דהרי מהרי"ק גופיה כתב בהרבה פסקים דהלכה כבתראי ידידי במילי דקמאי כו'. איברא ודאי דכ"כ מהרי"ק שורש פ"ד דהלכה כבתראי אף בפוסקים. והביא ראיה לדבריו מ"ש מהרי"ף בסוף מ' עירובין דסומכין על הבבלי דלא כירושלמי, מפני שהתלמוד בבלי הוא בתרא וכ"כ בשורש צ"ד באריכות. מ"מ יראה לע"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, ובוזה השורש עצמו דסי' צ"ד דף ק' כתב דאין אומרים קים לי כפוסקים אחרונים. יראה לי לתרץ דכבר נודע דגדון 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 רש"י ומתשרי גאון אחד יע"ש. ונחלק על מהרי"ק רב אחר והיה מקיים הצוואה, דלשון מניח מהני. כמ"ש הרא"ש בתשובה והביאה הטור סימן רנ"ג מפני דהרא"ש ז"ל הוא בתרא והלכה כבתראי. ועוד לא יחא אלא ס' יאמר מקבל מתנה קים לי כהרא"ש. ועל זה חלק עליו מהרי"ק ז"ל דאותה צוואה אינה כלום. דאי משום הלכה כבתראי היינו היכא 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 שיוכה 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 כהניא דרש"י ור"ת ויש מערכה מול מערכה. מה שאין כן באותו גדון דסבור מהרי"ק דהרא"ש הוא יחיד ואחרון נגד אותם הגדולים, ומה גם שלא ראה הרא"ש את דברי אותם הגדולים בזה הוא דאמי' דאין לומר קים לי כהרא"ש. ותו צידד שם מהרי"ק דבגדון שלו אפילו 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 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

בנמצא הלך אחר הרוב יע"כ. אם כן דכותה בממונא כגון ט' חלקים ובני לרדיא וחלק אחד לנכסתא לא אולי' בתר רובא אלא בתר מיעוטא. אם כן דון מינה גם לענין פלוגתא דרבוותא דאם ט' פוסקים מחייבים אותו ופוסק אחד מהפוסקים המובהקי' אשר ישראל שותים מימיו כגון הרי"ף או הרמב"ם או הרא"ש פוטר אותו, יאמר המחזק קים לי כפלוני הפוסק נגד תשעה פוסקים. וכן ראייתי למתורשדים י"ד סי' קס"ו דאם היה מחזק מעיקרא אפילו כסברת יחיד מומחה כר"ת לא מפיקנן מיניה. אמנם הרב כנה"ג סי' כ"ה אות י"ו כתב דסוגיא דעלמא לא אולא הכי יע"ש.

וראייתי 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 כפלוני גאון אפילו בדיני ממונות היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו. נראה מדבריו אם יהיו ב' או ג' מגדולי הפוסקים בכף אחת וכל חכמי ישראל בכף שניה יכריעו את כולם שלא להוצי' ממון מיד המחזק יע"ש. עוד כתב מהריב"ל ח"א כלל י"ז סי' י"ב דכתב מהרי"ק בתשובה דאין לומר קים לי כפלוני גאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, דהיינו דוקא היכא שכל הפוסקים נושאים ונותנים בדין זה ומסכימים בסברא אחת, ויצא אחד מהם מכללם נגד סברתם הרי הוא בטל במיעוטא ולא מצי המחזק לומר קים לי כיון שבטלה דעתו אצל הפוסקים. אבל היכא דלא מצינו מי שמדבר בענין זה אלא ב' או ג' פוסקים, יכול לומר קים לי כפ' 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, וזולת בפוסק א' נגד ב', יש פוסקים דיכול לומר קים לי כשיטת 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 נר' מלחם רב סי' קכ"א. ומהר"ש הלוי ח"מ סימן ל"ה כתב שהוא מוסק וטוב לפשר יע"ש. וכבר רמז דבריהם בכה"ג סי' כ"ה בכללי הקים לי יע"ש.

ואני בעניי אני חמה מנ"ל הא דביחיד אין או' קים לי ובב' אומרים קים לי כאלו קל מן שמיא נפל דיש הפרש בין א' לב'. והלא אידי ואידי מיעוט הוי וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב מה לי א' מה לי ב'. ועיין רדב"ז סי' קכ"ו. ואמרת אלך לי אל מארי דהא' דינא הוא מהרי"ק סוף שו' קמ"ט דנשאל לענין הקאפ"ה¹⁴ שהיא פתוחה בענין שיש לה ד' כנפות, דמיעוטא סתום תחת האציל ורובה פתוח אם היא חייבת בציצית או לא. והשיב בארוכה דהיא חייבת בציצית לדעת רוב הפוסקים, ואין למתירין על מה שיסמכו 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 הקאפ"ה למימר קים לי כרבי שמחה דאמר דבעלת ה' פטורה מציצית. מזההיא דכתב המרדכי פ' 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 שותים מימיהם כמו פמליא של רבותינו בעלי התוספות והרי"ף והרמב"ם וכו' ופשיטא דבכה"ג אפילו בענין ממון לא הוה מצי למימר קים לי כדברי היחיד דלא ככל חכמי ישראל וכו' עכ"ל. וממ"ש מהרי"ק דבכה"ג בענין ממון לא מצי למימר קים לי כדברי היחיד ודלא ככל חכמי ישראל וכו' והלילו 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 מזה לי שנים. ותו דגדון מהרי"ק ז"ל דמייירי בפלוגתא דרבוותא אם בעלת ה' חייבת או פטורה דרוב הפוסקים פסקו דחייבת לאו פוסק יחיד כגון רבי' שמחה לתודיה הוא דפסק דבעלת ה' פטורה מציצית. דהלא אי"כ נמי ר"א ממין דפסק דבעלת ה' פטורה מציצית כמ"ש הג"מ פ"ג דציצית והביא סברתם מרן ז"ל בא"ח ר"ס י' ומלתא דפשיטא היא לע"ד. דלא נעלם ממהרי"ק סברת

סי' י' סעי' ה'. י"ד סי' ש"ם סעי' י'.

14 בגד עליון בלי שרזולים ופתוח מלפניו ומאחוריו. ע"י שריף א"ח

והדברים תמוהים ומי יעמוד בסוד מהריב"ל ומהרשד"ם וסיעתם שהם מזכים למחוק בב' פוסקים נגד כל חכמי ישראל. פעם אחרת אומרים דאין יכול המחוק לומר קים לי כשני פוסקים היכי דאיכ' רובא דמנכר והם גדולים בחכמה ובמנין. וכבר עמד בסתירה דברי מהריב"ל בכנה"ג סי' כ"ה בכללי הקים לי אות י"ג יע"ש. והעלי' הרב בעל כנה"ג דסוגיין דעלמא לומר המחוק קים לי כשני פוסקים הראויים לסמוך בהוראותיהם אעפ"י שכל גדולי ישראל יהיו נגדם, וזולת כשהוא יחיד נגד רבים דאז אין אומרים קים לי. ולע"ד יראה בכל דוכתא דאיכא פלוגתא דרבוותא ורובא דמנכר מהמפורסמים הם מחייבים אע"ג דאיכא מיעוט פוסקים פוטרים, אין נכון וברור לדון קים לי כיון דאשכחן פלוגתא אי בכה"ג אומרים קים לי. ונכון הדבר לפשר כמ"ש כמה אחרונים בדיון מלוח על המשכון אי הוי שומר שטר 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. ונראה לי דטעמיהו הוי כדאמרינן בכמה דוכתי דפליגי ר' מאיר ורבנן. דרבנן ס"ל אולינן בטר רובא ולא חיישינן למיעוטא. ור"מ חייש למיעוטא. ושורש המחלוקת הנה נתבאר בדוכתי טובא ובפרט ביבמות ר"פ האשה בתרא. דר"מ ס"ל דקטן וקטנה אין מייבמין משום דחייש למיעוטא. קטן שמא ימצא סרים, קטנה שמא תמצא אילונית. ורבנן ס"ל ויל בטר 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 דאולינן בטר רובא, ולא חיישי למיעוטא כדחנן בסוף פ"ג דיבמות יבם קטן שבא על יבמה קטנה יגדלו זה עם זה. וכ"כ הפוסקים כמ"ש לקמן סי' קס"ו. היינו לענין איסורא אולינן בטר רובא ולא חיישי למיעוטא. אבל לענין פטונא קר"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב. כדאיתא בריש המגילה את הכד ובריש המוכר פירות. וטעמא משום דכיון שזה מחוק בממון סמוך מיעוטא לחוקה ה"ל פלגא ופלגא.

ואפילו באיסורא היכא דאיכא חזקה סמכינן מיעוטא לחזקה והוי פלגא ופלגא. כדתנן ר"פ בתרא דמסכ' יבמות י"ג. האשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה ובאו ואמרו לה מת בעליך לא תנשי ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה היה לה חמות אינה חוששת יצתה מליאה חוששת ר"י אומר אינה חוששת. ושקלינן וטרינן עלה בגמרא מ"ט דרישא דקתני לא תנשא והלא רוב נשים מתעברות ויולדות. ואוקמה 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 מיעוט דמפילי' למחצה נקבות והו"ל זכרים מיעוטא וליתושי' ומסיק רבא דטעמא דמתני' הוי משום דרישא חזקה ליבום ורובא לשוק וחזקה לא עדיף כי רובא ואייתי מיעוטא דמפילות סמוך מיעוטא לחזקה והוה ליה פלגא ופלגא ולפיכך קתני ברישא לא תנשא ולא תתייבם. 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 סוגי' הגמרא. ומפשט הסוגיא יראה לכאורה דרישא דמתני' דקתני לא תנשא ולא תתייבם אף לפי המסקנא אתי כר"מ. ונמצא דר' מאיר ורבנן פליגי בתרתי. דר"מ חייש למיעוטא היכי דליכא חזקה בהדי מיעוטא, וכ"ש דחייש היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא. ורבנן אזלי בטר רובא, ולא חיישי למיעוטא אפילו היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא. כל שכן דלא חיישי למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מעוטא. אמנם לענין הלכה אע"ג דלא קר"ל כר"מ דחייש למיעוטא היכא דליכא חזקה לא בהדי רובא ולא בהדי מיעוטא, מ"מ היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא קר"ל כר"מ דחיישינן למיעוטא. ולפי' פסקו הפוסקים רישא דמתני' לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה, משום דכיון דאיכא חזקה בהדי מיעוט' קר"ל

דאומרים קים לי. ויש מהם אומרים דטוב לפשר. וכבר רמז דבריהם בכה"ג סי' ע"ב בהגהת ב"י אות י"א יע"ש. גם ראיתי בהריב"ל ח"ד סי' י"א על אפוטרופוס שפסע דיש פלוגתא דרבוותא. דרבינו האי גאון והרשב"א והרא"ש ס"ל דחייב בפשיעה. ור' חיים והרמב"ן אומרים דפטור מפשיעה. וכת' דאפשר היה לומר דמצי לומר קים לי כר"ח והרמב"ן. אבל אני כתבתי בס' הפוסקים שלי פעמים שלש בכמה ראיות דהיכא דאיכא רובא דמנכר בחכמה ובמנין דלא מצי המחוק למיטר קים לי כהני רבוותא. ואע"ג דר"ח והרמב"ן הם גאוני עולם ובפרט הארי הגדול הרמב"ן, רבו עליו חבריו גדולי עולם וגדולי האחרונים ו"ל שכתבו שהאפוטרופוס שפסע שחייב לשלם עכ"ל.

וחקרתי 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 בסברות הפוסקים. והוכיח דרוב הפוסקים בחכמה ובמנין ס"ל דבאומרת אין לו גבורת אנשים יוציא ויתן כתובה משום דאין אשה מעיוה פניה בפני בעלה בדבר שהוא יודע אם משקרת. וזולת הרמב"ם שכי' פ' ט"ו מה' אישות דין ט"ו דאשה שאמרה בעלי אינו יכול לשמש כדרך כל הארץ שמוש שמוליד או שאינו יורה כחץ יעשו והדינים 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 אויל בשיטה זו דאפילו במלחא דאיהו נמי קים ליה לא יוציא ולא יתן כתובה כדמוכח מ"ש הראב"ד פ"ד דאישות דין י"ו 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 כותיהו. ועמד שם באריכות בהך כללא דמרגלא בפומיהו דרבנן דבפלוגתא דרבוותא מצי המחוק למיטר קים לי, אי אמרינן הכי אפילו במיעוטא דמיעוטא. והוכיח מ"ש התוס' בר"פ המגילה גבי מ"ש שם דאין הולכין בממון אחר הרוב. גם מ"ש התוס' בריש סנהדרין דף ג' גבי מ"ש שם ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא וז"ל בטר רובא דיני ממונות לא כ"ש. והקשו שם התוס' מהא דאמר' בר"פ המוכר פירות גבי מוכר שור ונמצא נגחן דאין הולכין בממון אחר הרוב. ותירצו התוספות וצ"ל דרובא לרדיא ובני לא חשיב כי הנך רובא הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות ע"כ. הא קמן דאפילו בדיני ממונות היכא דהויא רובא דמנכר טובא אולינן בטר רובא כו'. גם בח"ג סי' ג' כתב מהריב"ל בנדון כה"ג דאין לו גבורת אנשים. ומסיק רוב הפוסקים בחכמה ובמנין ס"ל דיוציא ויתן כתובה. וכיון שכן הוא עבדינן כותיהו ומפקינן ממנו מיד המחוק כיון דאיכא רובא דמנכר. וכבר כתבתי זה כמה שנים והוכחתי בראיות ברורות דהיכא דהרוב הם גדולים בחכמה ובמנין, חשיבנן לשאר הפוסקים כמיעוטא דמיעוטא ולא עבדינן כותיהו. אבל לענין גט מלחא דשטיטא דעבדינן לחומרא בערוה החמורה עכ"ל.

הנה הוכחנו מדברי מהריב"ל דח"ד בענין אפוטרופוס שפסע דאין יכול לומר המחוק קים לי כר"ח והרמב"ן נגד כל חכמי ישראל. גם בטענ' אין לו גבורת אנשים העלה בח"ג דאין יכול הבעל לומ' קים לי כרמב"ם והראב"ד נגד כל חכמי ישראל. (עיי' ברדב"ז סי' ק"יו דכתב דאין אומרים קים לי כהראב"ד והרשב"א נגד כל חכמי ישראל יע"ש. ובפלוגתא דמלוח על המשכון דאיכא ר"י והרא"ש וחולתם דפסקו דהוי ש"ח כתב מהרשד"ם בתשובה דאין אומרים קים לי כותיהו כיון דרובא דמנכר פסקו דהוי שומר שטר. 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 בקף אחת וכל חכמי ישראל בקף שניה יכריעו את כולם שלא להוציא ממון מיד המחוק. וכן כתב מהרשד"ם ח"מ סי' ט"ל ובכמה תשובות.

מחייבים למחזוקת זולת פוסק אחד דמיוני למחזוק, לא מצי לומר קים לי כפלוני גאון במקום שכל חכמי ישראל חולקים עליו, דהר"ל מיעוט דמיעוט, ולמיעוט דמיעוט לא חיישי אפי' ר"מ כמ"ש ברי"ף האשה בתרא.

ומנא אמנא לה דב' הוא מיעוט חשוב כנגד רבים, אפילו הם מאה ואחד נגד שנים חשיב מיעוט דמיעוט. מדאמרינן בעלמא לענין עדות אין דבריו של אחד במקום שנים. ואם הם שנים כנגד מאה אמרינן תרי כמאה ומאה כתר, ואם לחשך אדם לומר שאני עדות דלא אולינן בחר רובא. אבל בענין פוסקים הו"ל כסנהדרין ואולינן בחר רוב דעות. ואי טעמי דמחזוק אתני ליה לומר קים לי כמיעוט פוסקים כיון דלא נחלקו זה בפני זה כדאמרן לעיל, אם כן הוא הדין שיאמר קים לי כפוסק אח' נגד רבים או לפחות כאחד נגד שנים. אף אחת אמור לו אשכחן כה"ג גם לענין אומדנא דיש חילוק בין אחד החולק עם שנים, לבין שנים וחולקים עם מאה לענין חולה ביום הכפורים. דתנן בפרק יוה"כ "חולה מאכילים אותו על פי בקיאים ואם אין שם בקיאים מאכילין אותו עפ"י עצמו. ומפרש בגמרא דמאי דתני רישא חולה מאכילין אותו על פי בקיאים היינו לומר דאע"ג דחולה וגם שני רופאים אומרים אין צריך ושני רופאים אומרים צריך, מאכילין אותו עפ"י הרופאים האומרים צריך. ואע"ג דאמר רב ספרא תרי כמאה וק' כתר ה"מ לענין עדות. אבל לענין אומדנא בחר רוב דעות אולי' ה"מ לענין אומדנא דממונא. (כגון בשומא דשמן לבית) אבל לענין אומדנא דחולה אע"ג דרובא אמרי אין צריך כיון דאיכא תרי דאמרי צורך ספק נפשות להקל. וכן כתב הרא"ש והטור א"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 חולקין בסכנת נפשו. אחר רוב דעות יע"ש. ואע"ג דיש פוסקים דס"ל דאפילו בסכנת נפשות חולקים אחר רוב דעות היינו משום דס"ל דלמסקנא דגמרא שם חולקים אחר רוב דעות כמ"ש שם. אמנם הכל מודים דלפי שינויא דגמ' דאמרי בריש סוגיא דלא אולינן בחר רוב דעות יש חילוק דאחד לגבי שני אין דבריו של אחד במקום שנים. אמנם שנים כנגד מאה אמרינן תרי כמאה. ואע"ג דלא אמרינן הכי אלא באומדנא דספק נפשות אבל באומדנא דממונא אמרו בגמ' דאולינן בחר רוב דעות, היינו ברוב מיעוט דאיתיה קמן שנחלקו זה כנגד זה. והיינו בסנהדרין או ב"ד של ג' דאולינן בהו אחר הרוב כדכתיב אחרי רבים להטות. אבל בדברי הפוסקים דלא נחלקו פנים בפנים דאמרינן דמצי המחזוק לומר קים לי, היינו דוקא בשני פוסקים אפילו כנגד מאה משום דאין חולקין בממון אחר הרוב ברובא דליתיה קמן. וחיישי למיעוט משום דאיכא חזקת ממון בהדי מיעוטא כמ"ש לעיל. אבל באחד נגד שנים דאמרינן אין דבריו של אחד במקום שנים, ה"ל אותו יחיד כמיעוטא דמיעוטא, ולמיעוטא דמיעוטא אפילו ר"מ לא חייש.

הכלל העולה מהנה נתבאר טעם יפה למה שנהגו העולם לזכות למחזוק בטענת קים לי בשני פוסקים נגד כל חכמי ישראל.

ובאחד נגד שנים אין אומרים קים לי.

אמנם יראה לי דאין כל הפוסקים שווים בענין זה. דאם רוב חכמי ישראל והם אבות העולם הפוסקים המפורסמים כגון הר"ף והרמב"ם והרא"ש וחולתם מהגדולים שהם עמדו ההוראה אשר מימיהן אנו שותין בכל עת וכל רגע מחייבי' למחזוק, ויש שני פוסקים קטנים בחכמה ובמנין דהם פוטרין, אין הדעת סובל דיאמר המחזוק קים לי כשנים הפוסקים הקטנים נגד הפוסקים המפורסמים המובהקים והם גדולים בחכמה ובמנין. דאע"ג דהם שני פוסקים חשבינן להו כמיעוטא דמיעוטא. איברא דמחזק"ה כתב בתשו' סי' י"ד במתחייב בדבר שאינו קצוב, דהרמב"ם ורבותיו ס"ל דפטור, וכל הפוסקים חלוקים עליהם דמצי המחזוק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו. ותמה על מהר"י אדרבי סי' ע"ג דכתב דלא מצי המחזוק לומר קים לי כהרמב"ם ורבותיו כיון דכל גדולי ההוראה חלוקים עליו. והביא ראיה ממ"ש מהר"ק בשרשו יע"ש.

כ"מ בהא. (ועיין בדברי הטור לקמן סי' קנ"ז דכתב האשה שהלך בעלה וצרתה למ"ה ואין לה בנים ובא עדות שמת בעלה לא תתיבם ולא תנשא לעולם עד שתדע אם ילדה צרתה כו'. וראיתי בסי' חוסן ישועות שכתב על דברי הטור. כתב הרש"פ תמהני טובא איך סתם דבריו הפך דעת הרא"ש שכתב עלה דמתני' דאחי כ"מ ולא קי"ל כותיה וכי"כ שם התוס' עכ"ל. וכן יראה קצת שהבין בעל שלטי הגבורים ר"פ האשה בתרא מדברי הרא"ש דלא קי"ל כמתני' דלא תנשא ולא תתיבם דאחיא כ"מ וכי' יע"ש. והדבר ברור דלי"ק מידי. דמתחלה אוקמוה בגמרא דמתני' ר"מ היא דחייש למיעוטא. ואכתוב לא אסיק בגמרא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא. ואהא שקלו וטרו התוספות והרא"ש אי קי"ל כר"מ דחייש למיעוטא אע"ג דליכא חזקה בהדי מיעוטא. והעול דלא קי"ל כר"מ בהא דחייש למיעוטא אע"ג דליכא חזקה. ונ"מ לעלמא בכמה דינין דאיכא רובא ומיעוט דלא חיישינן למיעוטא. אמנם בדין משנתינו דתני לא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמה מעוברת היא צרתה, הלכתא היא לפום מאי דאסיקנא בגמרא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא וזה ברור) וכן ראיתי למהריב"ל ח"א כלל ב' סי' י"ז דף ד' דתפס במושלם דר' מאיר ורבנן בתרתי פליגי. וקי"ל בחדא כרבנן דלא חיישי למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא. וקי"ל בחדא כר' מאיר דחייש למיעוטא היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא יע"ש. ונמצא לפי זה דמתניתין דלא תנשא ולא תתיבם ר"מ היא ולא רבנן, וקי"ל בהא כר"מ משום דאיכא חזקה בהדי מיעוטא.

אמנם ראיתי בגמ' ר"פ האשה בתרא דכ' דמתניתין דלא תנשא ולא תתיבם כו' לפי המסקנא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא והוי פלגא ופלגא אתי אפילו כרבנן. ואצ"ל דאתיא מתניתין כר"מ דחייש למיעוטא. וסיפא דהיתה לה חזות אינה חוששת, אתי אפילו 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 ומדור רבנן לר"מ. ונפלאהי על הריב"ל איך העלה דר' מאיר ורבנן פליגי בתרתי, ולא הוכיר דברי הגמ' דבדאיכא חזקה בהדי מיעוטא מדור רבנן לר"מ וצ"ע.

כתב מהריב"ל ח"א בתשו' הגו' 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 כן גר' לכאורה מדבריו. אבל רוב הפוסקים פסקו דאין הלכה כר"מ אלא דוקא 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 הרמב"ם פסק פ"א מהלכות יבום דין י"ז יבם קטן שבא על יבמתו אם היה בן ט' שנים ויום אחד יקים והיינו דלא כר' מאיר דחייש למיעוטא. וכן בדוכתי טובא פסק דלא כר"מ ואפ"ה פסק ספ"ג מהלכות יבום דין י"ח יצתה חמותה מעוברת הרי זו חוששת ולא תנשא לזר עד שתדע מה היה סוף עיבור חמותה וכו'. והיינו דלא כר"מ. וכן פסקו רוב הפוסקים כמ"ש לקמן סי' קנ"ז. וטעמא דמלתא דיצתה מלאה חוששת כתב גי' ז"ל דכיון דמלאה היא לית לה חזקת היתר לשוק ואדרבה קצת החזק' ליבום דלשמא תפיל גמי לא חיישינן דכיון דיצתה מלאה ועבר זמן לידתה אין אומרי' שמה הפילה דהר"ל כמיתה ואסיקנא בפ' כל הגט דלשמא מת לא חיישינן וכיון שנסתלק מיעוט מפילות וחזקה דשוקא לא נשאר כאן אלא ס' דמחצה זכרים ומחצה נקבות לפי יצתה מלאה חוששת עכ"ל. ומ"מ הנה נתבאר דבפלוגתא דר"מ ורבנן אע"ג דלא קי"ל כר"מ דחייש למיעוטא היכא דליכא חזקה בהדי מיעוטא, מ"מ היכא דאיכא חזקה בהדי מיעוטא קי"ל דחיישי למיעוטא. ואיכא בפלוגתא דרבוותא לענין ממונא אע"ג דיש רוב פוסקים מחייבים למחזוק כיון דיש שני פוסקים מסייעים למחזוק אין חולקים בממון אחר הרוב משום דאיכא חזקה בהדי מיעוטא. אמנם היכא דכל הפוס'

כפלוני יחיד. דאע"ג דהוא יחיד, חכמתו היא מכרעת כנגד הרבים הפוסקים הקטנים והחולקים עליו. וכיוצא בזה כתבו קצת פוסקים לענין חולה ביום הכפורים. דאע"ג דאמרינן דרופא אחד אומר צריך או אין צריך ושני רופאים אחרים חולקי' עליו דאין דבריו של א' במקום שנים, היינו דוקא היכי דהרופאים כי הדדי נינהו. אבל אם היחיד מומחה אין חולקים אחר הב' כדאשכחן לענין הנשאל לחכם דאמרינן הו' שנים אחד מטמא ואחד מטהר כו' אם היה אחד מהן גדול בחכמה ובמנין הלך אחריו. אלמא בעי' תרתי חכמה ומנין. ואמרינן פ"ק דיבמות כי אולינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו. אבל הכא ב"ש מחודדי טפי כמ"ש הר"ן בפר' יום הכפורים. ואפילו לדעת הרמב"ן שחולק על סברא זו וס"ל דאין חולקים אחר רוב חכמה אלא אחר רוב מנין, היינו בענין הרופאים החולקים באומדנא פנים אל פנים. אבל היכא דאין חולקים פנים בפנים מודה והא דאולינן בתר רוב חכמה. ואפילו ברופאים החולקים פנים בפנים העלה הרמב"ן דאם היחיד החולק על הרבים הוא מופלג בחכמה חוששין לדבריו אפילו להקל כמ"ש בא"ח סימן תרי"ח יע"ש. הכלל הקולה. מה שיראה יותר נכון בענין הקים לי, דמ"ש שיוכל המוחזק לומר קים לי כשני פוסקים אפילו נגד מאה פוסקים, היינו דוקא כשאותם הפוסקים הם שוים בחכמה והם מהפוסקים המפורסמים או אמרינן אין חולקין בממון אחר הרוב, ובכח"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 מהפוסקים המפורסמים חשיבי אותם שני פוסקים כמיעוטא דמיעוטא. גם כמ"ש דלא יוכל המוחזק לומר קים לי כפלוני יחיד נגד שני, 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, אפילו הכי יוכל המוחזק לומר קים לי כפ' יחיד. דאע"ג דהוא יחיד, חכמתו היא מכרעת נגד הפוסקים הקטנים בחכמה. והחכמה תחיה את בעליה ונכון הדבר בכח"ג לעשות פשרה כנ"ל.

כלל ג

קוד יש לעמוד ולהתבונן בכלל א'. שכתב מהרי"ק בשרשי שורש פ"ד ושורש צ"ד דהיכא דהפוסקים האחרונים חולקים על הראשונים, דהולכים אחר האחרונים דהלכתא כביתא מאביי ורבא ואילך. והביא ראיה ממה שכתב הר"ף בסוף מסכת עירובין דהלכה כתלמוד בבלי להקל אפילו שתלמוד ירושלמי מחמיר. (לענין השמעת קול בשבת להכות בדלת עיין בא"ח סימן של"ח) משום דגמרא דילן בתרא הוא ואינהו הוו בקיאי בגמרא דבני מערבא טפי מינן. ואי לא דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לאו דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו. ומכאן דן מהרי"ק ו"ל דהיה בפוסקים הלכה כבתראי. והביאו מור"ם בח"מ סי' כ"ה. ויראה לי שכן הוא דעת הרא"ש בפרק אחד דיני ממונות דגם בפוסקים הלכה כבתראי. דכתב שם דיכול לחלוק אפילו על הגאונים אם מבי' ראיה לדבריו דיפתח בדורו כשמואל בדורו וכו'. והביא ראיה מדחזינן דאמוראי בתראי חולקים על אמוראי קמאי והלכה כבתראי יע"ש. וכ"כ הטור בח"מ סי' כ"ה. וכן נראה דעת הרמב"ם רפ"ב מהלכות ממיים. וכן יראה מדברי הראב"ד בפירושו פ"ק דעדויות יע"ש. אך על הגאונים סבור הרא"ם דאין יכולים לחלוק כמ"ש הרא"ש והטור בשמו סי' כ"ה יע"ש.

והדבר תמוה בעיני כל חכם לב שנאמר דהלכה כפוסקים אחרונים של דורות הללו נגד הפוסקים הראשונים אבות העולם הר"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם מגדולי הראשונים. וכבר ראיתי למחר"מ 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 הר"ף יע"ש. ולע"ד יראה דאף לדעת

חאגי אומר דאדרבה במחילה רבה משרשי מהרי"ק הוציאו פסקינ' ומנינו דדוקא היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו על היחיד אין הלכה כאותו יחיד. אבל היכא שיש פוסק אחר כסברת אותו היחיד אין חולקין 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 טעמי משום דהרמב"ם ורבותיו הם אבות העולם והם פוסקי' מפורסמים גדולים בחכמה. אמנם מה שהפריז על המדה לומר דאפילו בשני פוסקים קטנים בחכמה בערך שאר פוסקים יכול המוחזק לומר קים לי, הוא דבר תמוה בעיני והלא אמרינן בעלמא אין הלכה כתלמוד במקום הרב. ותו דאפילו לענין רוב ומיעוט דב"ש וב"ה אמרינן בפ"ק דיבמות דב"ש עשו כדבריהם אע"ג דב"ה הוו רבים, משום דכי אולינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו. אבל הכא ב"ש מחודדי טפי כ"ש וכ"ש היכא דרוב הפוסקים מחייבים המוחזק והם מהפוסקים המפורסמים המופלגין בחכמה והחולקים עליהם הם שני פוסקים קטנים בחכמה בערךם דאין לומר קים לי כותיהו וחשיבי מיעוטא דמיעוטא. ומה שהוכיחו דין זה והא מתשרי מהרי"ק דשורש קמ"ט בפלוגתא דרבינו שמחה עם שאר פוסקים דאין לה קים לי כרבינו שמחה שהיא יחיד נגד כל הפוסקים אפילו לענין ממון יע"ש. ומפני דלא הזכיר שם מהרי"ק רק סברת רבי שמחה הולידו דין זה מדברי מהרי"ק, דאלו היה פוסק אחר עם רבינו שמחה היינו אומרים לענין ממון קים לי כר' שמחה ופוסק פלך נגד כל הפוסקים המפורסמים אבות העולם.

אמנם המעיין יראה דר"א ממין אויל בשיטת רבינו שמחה באותו דין שדיבר מהרי"ק לפטור בעלת ה' מציצית כמ"ש הג"ס פ"ג דציצית. ונתבאר בא"ח ר"ס י"ד יע"ש. ועיין תשובת מהריב"ל ח"ג סי' ק"ג בתשובה דישען על ביתו מ"ש בזה יע"ש. ואפילו בכח"ג קאמי' מהרי"ק דאפילו לענין ממון 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 והר"ף והרמב"ם ז"ל והבאים אחריהם. ואע"ג דיש רבי שמחה והר"א ממין ובדאי דהוי גדולי דורם ומופלגים בחכמה, מימ אינם פוסקים מפורסמים אשר רגילין העולם לסמוך עליהם כמו התוספרי והר"ף והרמב"ם וחשיבי יחיד כנגדם. ואין לומר קים לי כדברי היחיד ואפילו הו' תרי דלא ככל חכמי ישראל. וכ"כ מ' 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 תדיר 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 אמרינן דיחיד ורבים הלכה כחיד היכא דהיחיד מריה דגמרא טפי מהר"בם. מאריה דגמ' בעי למי' שמוכר יותר פעמים במשנה או בברייתא או בגמרא יותר מהר"בם. ועיין סוף פ"ב מה' אבל כמ"ש הר"ף דכהן מטמא לאבר מן החי מאביי דכתב שם דפסק להקל כראב"י ור"י. אע"ג דר' יהושע בן אלישע ור' זקנים פליגי עלייהו והו"ל ה' כנגד ב', הני תרי עדיפי משום דהו' מאריה דגמרא טפי כלומר דהוזכרו הנך תרי יותר במשנה או בברייתא. גם בא"ח סי' ע' דהר"ף והרמב"ם ז"ל פסקו דהלכה כר"י אע"פ שהוא קדמון משום דהו' מאריה דגמרא טפי מרב שישא אע"ג דבתרא הוא. ור"ח והרא"ש ס"ל דטפי אולינן בתר בתרא יע"ש.

ומכאן אני אומר גם במה שהעלו האחרונים ותפסו במושלם דאין לומר קים לי כפלך היחיד במקום שכל חכמי ישראל חלוקים עליו, היינו היכא דכי הדדי נינהו דכלם הם שוים ומפורסמים בחכמה או אין לומר קים לי כפלוני היחיד נגד כל חכמי ישראל. אבל אם אותו היחיד מופלג בחכמה והוא פוסק מפורסם, והחולקים עליו הם קטנים בערךם אע"ג דהם רבים מצי המוחזק לומר קים לי

שתיק גמרא מינייהו ועיין לקמן סי' קנ"ט. ומהך סברא דהרי"ף דן מהריב"ל ח"א סי' י"ג דף י"ז ע"ד בהא דאמר' ס"פ זה בורר יז היבמה הולכת אחר היבם משום שנאמר וקראו לו זקני עירו ולא זקני עירה. דכתב ג"י בשם הרא"ה דאם הלך היבם מעירו לעיר אחרת כוסין אותו לבא אחריה דלא מיקרי זקני עירו אלא בטקום דירתו. ועל סברא זו דהרא"ה כתב הריב"ל דכיון דכל הפוסקים כתבו סתמא והיבמה תלך אחר היבם אי איתנהו להנהו מילי דהרא"ה לא הוה שחקי כל הפוסקים לאשמועינן הך חידושה. 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 שתנא אחד שחולק בפירוש על דברי האמורא, ויש תנא אחר שסובלים דבריו שני פירושים ומשמע מדבריהם שיוכל לומר האמורא קים לי כתא תנא כפי הפירוש שהוא מפרש. ולא נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי. וכ"ש שיוכל היבם המוחזק בעצמו לומר דלמא כללו רבוחא ס"ל דלא כהרא"ה ולא נוכל לכוף אותו ללכת אחר היבמה יע"ש.

ויראה לי כי דיבור תוס' של קדושין פ' האומר שרמז מהריב"ל הוא בדף ס' גבי מה ששינוי האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך מאתים זוז ה"ז מקודשת והוא יתן. ונחלקו בגמרא רב הונא אמר והוא יתן ור"א לכשיתן. ואותבינן עליה דר"י משני ברייתות. מתיבי ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז אע"פ שנתקדש הגט ה"ז מגורשת. ועוד תנא א"ל ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ומת ונתנה אין זקוקה ליבם לא נתנה זקוקה ליבם רשבי"ג אומר נותנת לאחיו או לאביו וכו'. ע"כ לא פליגי אלא דמר סבר לי ולא ליורשי ומר סבר אפילו ליורשי דכ"ע מיה' תנאה הוי תיובת' דר"י. וכתבו שם התוס' דכ"ע מיהא תנאה הוי. וא"ת מאי מקשו לר"י דלמא דכ"ע סברי ואפילו ליורשי ובהא פליגי הת"ק ורשבי"ג דת"ק ס"ל כר"י ורשבי"ג ס"ל כרב הונא ומשום הכי קאמר דנותנת ליורשים שהנט חל למפרע. ותירצו התוס' יע"ש. ומהך קושי' שהקשו התוס' הוליד הריב"ל כללו דאע"ג דרשבי"ג פליג ודאי אדר"י כיון דת"ק דרשבי"ג סובלים דבריו שני פירושים. דיש לפרש דשם ת"ק משום דסבר לי ולא ליורשי והוי תיבתא דר"י שאין לו שום תנא להשעין עליו. ויש לפרש דת"ק סבר כר"י אין לעשות תיבתא לר"י דיוכל לומר קים לי דת"ק אתי כוזתי ודוק. גם כתב הרב מהריב"ל סי' הנו' חלק הנו' דף ע"ד ע"ב ודף קל"ה ע"ג וע"ד בהא דתנא פ"ב דכתובות ¹⁷ האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת היכא דנתנה אמטלא לדכריה וכו'. וכתב הר"ן ד"ל בשם הרא"ה דאי אמרה מקודשת אני לפ' לא מתימנינן לה בשום מגו אלא אם כן הוא מודה בדבר דכיון שהודית שנתקדשה לו לאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו על פיו. דיש להסתפק אם לחוש לדברי הרא"ה דכיון דכל הפוסקים כתבו סתמא משמע דחולקים עליו ואי איתנהו להנהו מילי דהרא"ה לא הוה שחקי כל הפוסקים לאשמועינן הך חידושה. ומ"מ לענין מעשה לא רצה להקל בערוה החמורה נגד הרא"ה אע"ג דיש קצת ראיות והוכחו מתוך דברי הפוסקים ומתוך סוגית הגמרא בפרק זה בורר, וח"מ סי' פ"א במאי דאתמר שיוכל לומר שלא להשמיע את עצמו וכו', דנראה דלא כהרא"ה. דלדבריו היה ראוי לומר דלאו כל הימנו להפקיע את עצמו מאותו חוב שהודה שחייב לפ'. מ"מ הרי אמרו וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה להקל בערוה החמורה יע"ש. ועיין מ"ץ ח"א דף ד' ע"ב.

הבבלי הקולה מדברי מהריב"ל, דכשפוסק אחד מחלק חילוק אחד וכל הפוסקים כותבין סתמא, בכל דוכתי אמרי' אי איתא להך חילוקא דההוא פוסק שאר הפוסקים לא הוה שחקי מלמיר הך חידושה ומסתמא חולקין שאר הפוסקים על אותו פוסק. ולא חיישינן לסברת אותו פוסק רק להחמיר באיסור אי"א. גם הרא"ה ח"א סי' ע"ד סבור כי הך כללא שכתב שם בהא דקיימא לן לענין עגונא דאתתא דגוי מל"ת נאמן. אבל אם היה ע"י שאלה אינו נאמן

מהרי"ק דס"ל דהלכה כבתראי אף בפוסקים, היינו דוקא כשהפוסקים האחרונים הם גדולים בחכמה כפוסקים הראשונים. דהרי מהרי"ק בשורש פ"ד נתן טעם לדבר. מאי שנא דלפני אביו ורבא אין אומרים הלכה כבתראי ואדרב' אמרי' דקמאי עדיפי ואין הלכה כתלמיד במקום הרב, ומאביו ורבא ואילך אמרינן דהלכה כבתראי. והשיב דהאמוראים הראשונים שלפני אביו ורבא לא עמדו על כל הסברות להעמיד ההלכה על בוריה מה שאין כן מאביו ורבא ואילך שלמדו כל הברייתות והעמידו ההלכה על בוריה כו' 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 ככה"ג יש לומר הלכה כבתראי. אבל בפוסקים האחרונים שלא השיגה כחן או גבורתן לעשות חיבור כולל בכל דיני התלמוד, או שלא הגיעו דבריהם רק במסכתא אחת או שנים או במקומות מצומצמים בתלמוד, בודאי הגמור כי אין לומר ככה"ג הלכה כבתראי דקמאי עדיפי. כי כמה דינים יש במסכתא זו ויש ראיות אחרות במסכתא אחרית לברר הדברים. וכמ"ש דיש כמה בעיות בתלמוד דסלקן בתיקין בהאי מסכתא ומפשטא לבעיין בדוכתא אחרית. כי דברי תורה עניים במקום אי עשירים במקום אחר. ועיין בהרא"ה ח"א סי' ל"ז דכתב דהלכה כבתראי גם בפוסקים. וכתב שכי"כ הג"מ בהלכות פסח דהלכה כמהר"ם בכל מקום מפני שהוא בתרא וידע דעת כולם עכ"ל. גם מהר"י מינץ סי' י"ז כתב דברי הג"מ וכתב ולפי זה היה ראוי לפסוק כבעל הסורים שהוא אחרון ויודע דעת כולם כו'. סוף דבר קשה לעמוד על העיקר אך רחמנא לבא בעי והחכם יתן אל לבו עכ"ל.

וראיתי כמהר"ם אלשיך סי' ט"ל דכתב: דהרא"ש כתב בתשוב' בפוסקים גם כן הלכה כבתראי. וכתב ע"ז מהר"מ דע"כ לא אמרי' הלכה כבתראי לגבי קמאי אלא כשאין בין בתראי לקמאי אלא כהדרגת אמוראי קמאי לאמוראי בתראי. אבל היכא דאיכא בינייהו כהדרגת שבין אמוראי לתנאי לא אמרינן. דהא מאמוראי לתנאי לא אמרינן הלכה כבתראי אלא אדרבה אין גם אחד מהאמוראים בלעדי רב דתנא הוא יחלוק על תנא אם אין תנא אחר מסייעו וסומך עליו. ואם כן השתא אין ספק שמהרי"ק ד"ל שהוא מדורותינו אלה, לא אמרינן עליו לגבי התוס' דהלכה כמותו שהוא בתרא לגבי ידיהו. ואנן סהדי דאי הוה ידע שתתוספי' ס"ל דאסור לא היה חולק עליהם וכו' עכ"ל. ודבריו נכונים לע"ד. ומ"מ היכא דהפוסקים הראשונים נחלקו בדין אחד, והפוסקי' האחרונים הכריעו בין הראשונים הולכים אחר הכרעתם. וכן כתב מהר"ם אלשקאר סי' ג"ג יע"ש. אמנם בתוספי' דגל הקים לי, יראה דס"ל דלא משנתי בהאי כללא דהלכה כבתראי. דהא חוינן דהפסוק במשולם להקת האחרונים במתחייב לחברו דבר שאינו קצוב דמצי המוחזק לומר קים לי כהרמב"ם ורבתי' אע"ג דחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד. אמנם מרן פוסק כשיטת האחרונים החולקים על הרמב"ם. עיין בח"מ סי' ס' וסי' ר"ז יע"ש. ועיין תשובת הרשד"ם ח"מ סי' ע"א ונ"ו. ועיין הרח"ש סי' ג"ד דף רי"ד ריש ע"א יע"ש.

כלל ד

עד יש לעמוד ולהתבונן בכלל אחד. דמרגלא בפומיה דמהריב"ל דכשכל הפוסקים כותבין דין התלמוד סתם ופוסק אחד מחלק חילוק אחד מה שלא הזכירוהו שאר הפוסק, אמרי' מסתמא דדברי אותו הפוסק המחלק הם דברי יחיד וכל הפוסקים מדפסקו סתמא הם חולקים עליו. והביא רא"י מ"מ 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

וכיוצא בזה ימצא המעיין בשאר תש"ו אחרונים דפוס אומרים דפ' שחלק חילוק זה יחיד הוא כיון דשאר פוסקים לא חלקו. ופעם אומרים כיון דפלג חלק חילוק זה ושאר פוסקים לא חלקו בפירי על דין זה הלכתא כאותו פוסק שחילק. וראיתי אני בלבי דפטר דבר זה הוא תלוי בשיקול הרעת של הדין. שאם החילוק של אותו פוסק הוא חילוק נכון ושעמא דמסתבר, ואין לו פתירה מדברי הגמרא והפוסקים אפילו מדיוקא, אז אמרינן דהלכתא כאותו פוסק ומסתמא כ"ע מודו ליה. אך אם יש לגמגם על אותו חילוק של הפוסק ממשמעות הגמרא או הפוס' או מסברא, אז אמרינן דמסתמא פליגי עליה, ומ"מ כיון דלא חלקו עליו בהדיא חיישי' לדברי אותו הפוסק שחילק להחמיר באיסור א"א כנ"ל. ועיין תש"ו מהרש"ש סי' ק.

כלל ה

קוד יש לעמוד ולהתבונן בהא דאמרינן בעלמא יחיד ורבים הלכה כרבים בפלוגתא דתנאי או אמוראי. והוא הדין בפוסקים דמשמע לכאורה דמאורייתא הוא כדאיתא בפרק הוהב"ז גבי יצתה בת קול ואמרה הלכה כר"א בכל מקום ולא אשגחו ביה שכבר כתבת בתורה אחרי רבים להטות וכו' והכי אית' בכמה דוכתי. ואפילו תרי לגבי תלת חשיבי לתרי יחיד ותלת רבים. דהלכה כרבים כדמוכח בהרי"ף פרק אלו טריפות גבי גלדה"ז. ועיין בריד סי' ג"ט. ועיין בגימין זאב דף תל"ז. ובכנה"ג בכללי הגמרא סי' ס"ז יע"ש. ועיין מהרדב"ו סי' קי"ו ומהרי"ט י"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 האחרונים. ואם כן איפה איכא למידק מ"ש דבכמה דוכתי אשכחן בתלמוד דפוסקים האמוראים הלכה כדברי התנא היחיד נגד רבנן דהוה רבים. דזגמא לדברי פ"ק דע"ז דף י' פסקו דהלכתא כריב"ק דמלוה על פה נפרעי' מהם מפני שהוא כמציל מידם ואמרי' עלה דאצטרי' למיפסק משום דסד"א יחיד ורבים הלכה כרבים קמ"ל הלכ' כיחיד. עוד שם הלכתא כריב"ק במ"ש בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו'. אע"ג דחכמים פליגי עליה. ועיין בהרא"ש פ"ק דבתרא והביאו מרן בח"מ סי' קס"ב ומהרש"ך ח"ב סי' רל"א דאמורא יכול לפסוק אפילו כיחיד במקום רבים ואפילו דלא כסתם משנה היכא דידע פלוגת' דתנאי יע"ש. וכ"כ התוס' פרק ואלו מגלחין דף ק' ע"א. ובפ' הגוזל עצים דף צ"ו א"ר הלכה כר"מ. ורב שביק רבנן ועבד כר"מ. ומשני משום דאיפכא תני כו'. וכתב מרן בכללי הגמ' דפוס' י"ש דף ק"ג ע"ב ורב שביק רבנן ועבד כר"מ. כתב הרשב"א בשם הרזיה ו"ל ח"ל שאע"פ שיש הרבה בגמ' שמניחים דברי רבים ופוסקים כדברי יחיד. לא מקשה הכא אלא משום דרב תלמידיה דרבי הוה דהוה סדרן של משניות וחתמן, ואיהו הוה במניניה דר' וא"כ היכי שביק מאי דסתם במתני' ועבד כר"מ עכ"ל. גם בספר נושי הלכות כלל קנ"ו דף ל"א ע"ב כתב בשם הרב בצלאל זליה בדרכי הפסק כל האמוראים יש להם כח לפסוק הלכה כיחיד. אבל רב תלמידיה דר' הוה כו'. מקשי' עליה ורב היכי שביק רבנן כו' יע"ש. איברא דק"ל ע"ז מהא דאמרינן פ"ק דסוכה דף י"ט אבוי אשכחיה לרב יוסף דקא גבי בכילת חתנים בסוכה א"ל כמאן כר"א שבקת רבנן ועבד כר"א א"ל ברייתא איפכא תני וכו'. ומאי פריך והלא אמרינן דכל האמוראים יש להם כח לפסוק הלכה כיחיד. ואפשר דשאני ר"א משום דשמותי הוא ולית הלכתא כותיה. מיהו אשכחן בפרק מצות חליצה דף ק"ד רבה בר חייה עבד עובדא במוך וביחידי ובליילה אמר שמואל כמה רב גובריה דעביד כיחידא. ופרש"י כמה רב גובריה בלשון גנאי אמרה ע"כ.

ואיך שיהיה הנח לא נכחד דבכמה דוכתי אשכחן כמה אמוראי דפוסקים הלכה כדברי יחיד. וכן דעת הראב"ד פ"ק דעדות,

דחיישינן דמשקר. כתב וז"ל: וליכא למימר דהיינו דוקא כשהשוואל ישראל, אבל כשהשוואל גוי ואינו בפני ישראל חשיב שפיר מלית 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 למישראל אשת איש שהיא ערוה לעלמא בהני חילוקי דידן. איברא דכתב לבסוף דתה"ד סי' רל"ט התיר על פי חילוק זה. גם הרא"ם הורה להקל בגדון שלו. מיהו גדון הרא"ם היה בו טעם אחר להקל שהיה גוי מפי גוי ועל הסתם לא חיישינן שהגוי הראשון סיפר לחברו ע"י שאלה. עיין במהרש"ש בקונטרס עיגונא דף ט"ו ע"א ודף י"ז. ופני משה ח"א סי' ב"ג יע"ש. גם מהר"י ק' חביב ז"ל בתשובה הובאה בתש"ו הרא"ם ח"א סי' מ"ו, ע"ד יבמה הנזקקת ליבם משומד דאין לסמוך ולהתיר ע"פ מ"ש הפוס' בשם ר' יהודאי גאון דאינה נזקקת ליבם, דמשומד לאו אחי הוא. דכיון דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש וזולתם כתבו סתמא מה ששינוי פרק כיצד מי שיש לו אח מ"מ וזקק את אשת אחי ליבום וכו' ולא כתבו הך דינא והך חידושא דרב יהודאי גאון, משמע דס"ל דלא כותיה יע"ש וכן פסק מרן לקמן סי' קנ"ו סי"ד יע"ש.¹⁹

גם מהרש"ד"ם בא"ה 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 חלקו נראה שאין לחלק בין זמן התלמוד לזה הזמן. וכ"כ מהר"י ק' חביב והרא"ם בפסקיהם שדין מחודש שלא כתבוהו הפוסקים נראה ודאי דלא ס"ל. כ"ש דין חלוש 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 א"ה סי' רט"ו וספר גתיות משפט דף רמ"ד ופני משה ח"א סי' כ"ז יע"ש. גם מצינו למהרש"ד"ם ח"מ סי' ס"א שכתב שם אהא דאמרינן פ"ק דמכות דמי שהת' בשעת הלואה על מנת שלא תשטטנו שביעית אין שביעית משמטתו. דכתב הרשב"א בתש"ו (הביאה הב"י ח"מ סי' ס"ז) שאף במקום שנהנו לכתוב בשטרות ע"מ שלא תשטטנו שביעית אם בשטר אחד לא נכתב תנאי זה, לא אמרינן כמאן דנכתב כמו שאנו אמרי' בדרישת לשון הדין וכמבואר בח"מ סי' מ"ב. ונתן טעם לחלק ביניהם יע"ש. ועל תש"ו זו כתב הרשד"ם דשאר פוסקים לא הודו לו שהרי הם לא חילקו. ואם איתא דהכי ס"ל הו"ל לפרושי חדוש כזה דמ"ש האי תנאה משאר תנאים יע"ש. אמנם מהרי"א סימן רל"ה ומהרש"ך ח"א סי' יר"ד ומורי"ם בעל המפה סתמו כדברי הרשב"א משמע דס"ל דכל הפוסקים מודים לחילוק שכתב הרשב"א.

אמנם מצינו למהרש"ד"ם בח"מ סי' שצ"ב דתבריה לגיווי בהך כללא. והוא במ"ש מרן הב"י ח"מ סי' ק"ד מחודש ג' תש"ו מהר"מ 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 מהב"ח במ"ה יפסידו האחרים ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבא אותו האחר ולקחה מדת הדין. ועוד דאם כן לא לישתמיט חד מהפוסקים לכתוב כן. הלכך נראה דליכא לההיא תשובה. אלא אם אין תובעו אלא אחד כופין לפרוע ע"כ. ובספר לחם רב סי' קס"ו הליץ בעד מהר"מ. וחזק דבריו הרב מהרש"ד"ם סי' שצ"ב וז"ל: ועל מ"ש מהרי"ק"א דאם לא כן לא לשתמיט חד מהפוסקים וכו'. נפלאותי וכי הרי"מ מאן דהוא חשיב דלא אפשר שחידש דין שאינו ברור בפוסקים ודא מוציאו מחשך לאור. וכיון שלא מצינו חולק אפשר ששאר הפוסקים לא נפלו בו לבארו ומקום הניחו לו הקטמונים כמו שמצינו בגמ' כו' עכ"ל.

וראיתי במ"צ ח"ב סי' ל"ו דף ק"א ע"ב שתמה על תשובה זו דהרשד"ם. דאם כן איך כתב הרשד"ם סי' ס"א דשאר הפוסקים חולקים על הרשב"א מאחר שלא חלקו אלא סתמו. דאמו הרשב"א מאן דהוא חשיב וכו' יע"ש. ועיין פ"מ ח"א סי' צ' וצ"א.

19 ע"י לעיל סי' קכ"ט סעיף כ"ב הערה 10.

20 כתובות ק"י ע"ב תוס' ד"ה הוא אמר.

21 ב"מ דף ג"ט ע"ב.

22 חולין דף ג"ה ע"ב.

הדין כרוב הפוסקים בין להקל בין להחמיר. ועיין רש"ם י"ד סי' ע"ה דף ל"ו ע"א, דפוסקים כרוב הפוסקים בחכמה ובמנין ואין חוששין לדברי המיעוט אפילו למדת חסידות יע"ש. ועיין תשובת הר"ש הלוי י"ד סי' ו' דכתב כדברי הרש"ם יע"ש. ועיין תשובת הרב מהרש"ם א"ה סי' מ"ה וסי' נ' יע"ש. אך כשהחלוקת הוא שקול או דנין בו כהניא דתניא פ"ק דע"ז דף ו' ת"ר היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר וכו'. אם היה אחד מהם גדול מחברו בחכמה ובמנין הלך אחריו ואם לאו הלך אחר המחמיר ריב"ק אומר בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל אמר ר"י הלכתא כריב"ק. ומיהו יש להסתפק אם נאמר דע"כ לא פליג ריב"ק את"ק אלא בשוין. אבל אם היה א' מהם גדול מחברו מודה ריב"ק דהולכים אחריו. או דלמא דאפילו בכה"ג דאחד גדול מחברו פליג ריב"ק וסבר בשל תורה הלך אחר המחמיר כו'. וכבר כתבתי לעיל דמדברי רמב"ם ספ"א מה' ממרים ירא' מדבריו דס"ל דאפילו אחד מהם גדול בחכמה ובמנין, בשל תורה הלך אחר המחמיר וכו'. וכן הבין מדבריו מרן בכ"ס. וכן דעת הגה"מ וכן דעת הסמ"ג עשין קי"א. אך הרשב"א בתשוב' סי' רנ"ג כתב: ב' פוסקים זה אוסר וזה מתיר אם נודע האחד 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 דה"ל כס' דאורייתא ובשל סופרים אחר המיקל כדאי פ"ק דע"ז. וכן דעת ר' ירוחם בס' אדם וחיה סוף ג"ב. והריב"ש סי' שע"ט. והר"ם אלשקאר סי' ג"ה.

ויראה דלענין הלכה נקטי' חומרי דמר וחומרי דמר. דאם המחלוקת היא בשל תורה נפסקו כדעת הרמב"ם וסיעתו בשל תורה הלך אחר המחמיר. ובשל סופרים נפסקו כדעת הרשב"א וסיעתו דהלך אחר מי שגדול בחכמה ובמנין בין להקל בין להחמיר. וכן יראה דעת הש"ך י"ד סי' רמ"ב בפסק הארוך יע"ש.

אך אכתי קשה לי היכא דנחלקו הפוסקים באיסור תורה דהולכים ברוב המקומות אחר רוב הפוסקים להקל כדכתי' אך אינם חוששין לדברי המיעוט. והלא הסכימו הפוס' דלא חשיב רוב אלא היכא דנחלקו פנים בפנים רובו מתוך כולו כמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה מרן ח"מ סי' י"ג וכן דעת כמה פוסקים כמ"ש לעיל באריכות. ויראה לי דמטעם זה הוא מה שירא' המעיין בכמה דוכתי בפוסקים אחרונים דהולכים להחמיר באיסורי תורה, וחוששין למיעוט פוסקים המחמירים ודנין אותו כדין הספיקות. ואפילו בפיטול גט דרבנן לפעמים חוששין לדברי מיעוט הפוסקים המחמירין. ועיין סי' קכ"ו בדיון לא האריך הו"י. ועיין בס' קמ"ז בדיון שהוזכר התנאי קודם התורף דכתב מרן שם בב"י דהרא"ם החמיר ולא מלאו לבו להקל כס' רוב הפוסקים יע"ש. ומ"מ קשה מאי שנא דבמקצת מקומות חוששין לדברי מיעוט הפוסקים האוסרים, ובמקצת מקומות אין חוששין ומורין להקל כסברת הרוב.

ומה שעלתה מצודתי אחר ראיתי דברי הפוס' האחרונים בענין זה הוא דכשם דבדיני ממונות אם יש ב' פוס' מסייעים למהחזק חשבי ליה ספיק' דינא אע"ג דיש כמה פוסקים מחייבים. וכשהוא יחיד נגד רבים אומרים דאין לומר קים לי דאין חוששין לדבריו דחשבי ליה מעוטא דמיעוטא כדאמרן לעיל. ה"נ לענין מחלוקת באיסורי תורה אע"ג דרוב הפוסקים הם מתירים כיון דיש שנים או שלשה פוסקים אחרים חוששין 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. וראיה לזה דרוב הפוסקים פסקו בקדושין ידיים שאינם מוכיחות לא הויין ידיים ואם לא אמר לי אינה מקודשת. אלא שה"רין כתב דיש מי שאומר דאוליג'ן לחומרא. וכתב מהריב"ל ח"א דף ג"ה ע"ב דאין לנו להחמיר כסברת היחיד היכא דכל חכמי ישראל חולקים להקל. וכמ"ש מהרי"ק דאפילו בדיני ממונות דאין הולכין אחר הרוב, אין לומר קים לי כפ' גאון היכא דכל חכמי ישראל חולקים עליו יע"ש. משמע מדבריו שם דאם היו שנים או ג' פוסקים

גבי הא דתנן ולמה מוכיירין דברי היחיד בין המרובים והאיל ואין הלכה אלא כדברי המרובים. שאם יראה ב"ד את דברי היחיד ויסמוך עליו. ופירש הראב"ד יסמוך עליו יקבע הלכה כמותו. כמו שמצינו באמוראים שהן קובעין הלכה כיהידי הראשונים בכמה מקומות, ואע"פ שהמרובים חולקי' עליהם כו' יע"ש. וכיוצא בזה כתב הרא"ם ח"א סי' ל"ו גם במחלוקת פוסקי' יע"ש. וצריך טעם למה ותלא רובא דאורייתא הוא דכתיב אחרי רבים להטות. ויראה לי דהא דאמר' דרובא דאורייתא הוא דכתיב אחרי רבים להטות, היינו כשנחלקו בשעת מעשה בדין מן הדינין הסנהדרין או הבי"ד שנשאלה שאלה לפנייהם או פוסקי' 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 השופט אשר יהיה בימים ההם. וכ"כ הרמב"ם רפ"ב מה' ממרים וז"ל: ב"ד 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"ו סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו וכו'. וכתב שם מרן הכ"ס דלמד כן ממאי דאשכחן דתנאי בתראי פליגי אקמאי וכן אמוראי בתראי וכו' יע"ש.

הכלל הנזכר, דהא דאמר' דמן התורה אחרי רבים להטות היינו דוקא בשעת מעשה. אמנם אותו פסק אינו נשאר הלכה קבועה לדורות. ואם יבא ב"ד אחר ונרא' לו טעם אחר סותר אותו דין ואפילו שלא ימצא טעם אחר אלא דמסתבר טעמי' דיחיד, לפעמים פסקו בגמ' כיחיד לגבי רבים. כדמוכח פ' המפלט²⁵. 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 אעפ"י שיש לנו ראיה לדבריו. ממה שצוה עקביה לבנו ספ"ה דעדיות²⁶ יע"ש. ומ"מ יראה דכנגד פוסק אחד יכול לחלוק. דהרי אמרו בגדה²⁷ ס"פ כל היד חכם שטימא אין חברו רשאי לטהר. וכן בפ"ק דע"ז דף ו' הנשאל לחכם וטימא לא ישאל לחכם ויטהר וכו'. וכתב מהרי"ק בשור' קע"ב דה"מ בתך עובדא גופא. אבל בעובדא אחרינא מי הוא שיטעה לומר שלא יוכל להתיר. אם כן כשיטעה החכם בשיקול דעתו ישאר טעות זה לדורות כיון שלא היה 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 שתיים אחד בפרק בתרא דע"ז דף ע"ב דרש"י ז"ל פסק דנצוק הוי חבור, ור"ת חלק עליו ואמר דאינו חבור. וכתבו התוספ' שם דבמקום שיש הפסד גדול יש לסמוך ע"ד ר"ת אבל בהפסד מועט יכול להחמיר כדברי רש"י יע"ש. ועיין בי"ד ר"ס קכ"ו. וכן בפרק התקבל²⁸ בקטנה שאינה יודעת לשמור גיטה אינה מתגרשת. פירש רש"י אפילו על ידי אביה. וכתבו התוס' ור"ת מפרש דעל ידי אביה מתגרשת וחורה כך הלכה למעשה. וכן הסכימו הפוס' כדלקמן סי' קמ"א. גם האחרונים פסקו כן הלכה למעשה. הריב"ל ח"ב סי' ד' הר"ם אלשיך סי' ק"ך דאין לחוש לדברי רש"י נגד כל הפוסקי' יע"ש.

אמנם היינו דוקא כשאדם יכול להכריע בראיות המקובלות לאנשי דורו יכול לסתור פסק הקדמונים. כמו שנראה מדברי הרמב"ם הלכות ממרים ומדברי הראב"ד בפירושו פ"ק דעדיות. וכמ"ש הרא"ש בפרק אחד דיני ממונות. וטח"מ סימן כ"ה. וכ"ש אם יש בידו ראיה מכרעת לשיטה אחת מהפוסקים דיכול לעשות כמותן ואינו חושש לסברת החולקים. ואפילו דדעתו נוטה לסברא אחת די כמ"ש מרן בח"מ ס"ס י"ח בשם ג"י יע"ש. אבל כשלא יוכל להכריע בראיות, א"נ בומנינו זה יתמי דיתמי דאפילו שיש לנו ראיות אין אנו סומכין על הראיות לסתור סברות הקדמוני. כמ"ש בכתבי מהרי"א סי' רמ"א. ואפילו להכריע בין גדולי הפוסקים אין אנו סומכין על הראיות. בכה"ג יש כמה חילוקים דאם רואה הדין שנחלקו הפוסקים בדיון זה אוסר וזה מתיר ברוב המקומות אנו רואים דרואים איך הוא דעת רוב הפוסקים עמודי התורא' ופוס'

23 נדה דף ל"ב ע"א.

24 משנה ו'.

25 נדה דף כ' ע"ב.

26 גיטין דף ס"ד ע"ב. תוס' ד"ה וכל שאינה יכולה.

כלל ו

עוד יש לעמוד ולהתבונן בהא דאשכחן בתלמודא כדאי הוא ר"פ 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 פ' לסמוך עליו בשעת הדחק. אי אמרי' הכא 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 ספיק' דאורייתא ואין סומכין להקל אפילו בשעת הדחק. ומ"ש דבקצת מקומות אמרינן כדאי הוא פ' לסמוך עליו להקל בשעת הדחק אפילו באיסור תורה.

והנה לענין החקירה הא' אשכחן בפ"ב דגיטין גבי מה ששינוי נכתב ביום ונחתם בלילה פסול ור"ש מכשיר ²⁷. ואמרי' עלה בגמ' הוה דאמר ל"י כתבו גט לאשתי חתום בי תרי מיניהו ביומיה ואינך מכאן ועד י' ימים אתא לקמיה דריב"ל א"ל כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק ²⁸. וכתב המרדכי פ' מי שאחזו בשם ה"ר אביגדור ע"ד גט אחד שהתם בו הסופר דיש להכשיר בשעת הדחק דכל פסולי דרבנן בשעת הדחק מכשרינן 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 ד' נשים דיין שעתן בתולה מעוברת מניקה וזקנה איווהי וקנה כל שעברו עליה שלשה עונות סמוך לזקנתה ר"א אומר כל אשה שעברו עליה ג' עונות דיה שעתה. ואמרי' עלה בגמ' ²⁹ ת"ר ועשה ר' כר"א לאחר שזכר אמ' כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק מאי לאחר שזכר אילימא לאחר שזכר דאין הלכה כר"א אלא כרבנן בשעת הדחק היכי עביד כותיה אלא דלא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ומאי לאחר שזכר לאחר שזכר דלאו יחיד פליג עליה אלא רבים פליגי עליה אמר כדאי כו'. ולכאורה היה נר' להוכיח מהכא דגם באיסור' דאורייתא אמרי' כדאי הוא ר"פ לסמוך עליו בשעת הדחק דאיסור טומאת טהרות דאורייתא הוא. אך זה אינו דהא דמטמאה למפרע מעת לעת דרבנן היא, דאלו לאורייתא העמד אשה על חזקתה. וכן מוכח התם בהדיא דחששא דרבנן הוא דאמרי' התם בנדה דף ו' א"ר הונא מעת לעת שבנדה לקדש אבל לא לתרומה כו'. לישנא אחרינא אריה מעת לעת שבנדה מטמאה בין לקדש בין לתרומה כו'. ומפלוגתא דפליגי אי מטמאה תרומה או לא מוכח להדיא דטומאה דמעת לעת דרבנן היא. וכן מצאתי הדבר ברור פרק מי שהוציאוהו דף מ"ו יע"ש. ומיהו אשכחן גם בדאורייתא דגרסי' פ"ק דברכות ³⁰ תניא רשב"י אומר פעמים שאדם קורא ק"ש ב"פ בלילה אחד קודם שיעלה עמוד השחר וא' לאחר שיעלה עמוד השחר ויוצא בהם י"ח אחד של יום ואחד של לילה וכו'. ההוא זוגא דרבנן דאשתכח בהלוליה דבריה דריב"ל אמרי' כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק. וכ"כ הפוס' כמ"ש בא"ח סי' נ"ח.

איכא 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'. ודוקא במילי דרבנן אמרי' כדאי הוא ר"פ לסמוך עליו בשעת הדחק כההיא דגט מוקדם דפסול הגט הוי מדרבנן. ואע"ג דפ"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 הוי ב' זה אוסר וזה מתיר בשל תורה הלך אחר המחמיר. וכ"פ הרמב"ם ספ"א דה' ממרים. ומשמע דאינו יכול לסמוך על המקל. וכ"כ רשב"א בתשו' סי' רנ"ג ומי שסומך על המקל עובר וזה מאותם שנאמר עליתן ומקלו יגיד לו יע"ש. אפשר

מחמירים היה חושש לדבריהם להתמיר. וכן נרא' דעת מרן בכמה דוכתי דאע"ג דהוא פוסק כדעת רוב הפוסקים להקל אפ"ה לפעמים חושש לסברת המיעוט וכותב ויש חולקים. ובפרט אם ס' המיעוט הוא מהפוסקים המפורסמים. ודעת מהרש"ם בכמה דוכתי שהוא חושש בגיטין וקדושין להתמיר כדברי מיעוט הפוס', והוא מן המחמירין בקדושין היכא דלא אמר לי אם לא היכא דאיכא סניף אחר דהוא פוסק להקל כמ"ש בכמה תשו' יע"ש. ועיין רשד"ם א"ה סי' צ"א לענין ביטול הגט והתנאי בגט הניתן במעכו דהוא מהמיר כס' העיסור ודעמיה 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 הריב"ל ח"ג סימן ג' בדין אין לו גבורת אנשים דרוב הפוסקי ס"ל דיוציא ויתן כתובה. והעלה דעבדינן כותיהו ומפקינן ממזנא מיד המוחזק כיון דאיכא רובא דמנכר. אבל לענין גט מלתא דפשיטא היא דעבדינן לחומרא בערוה החמורה יע"ש. וכיוצא בזה כת' בחלק הגו' סימן ק"ג יע"ש. ועיין לקמן ס"ס קמ"ג במי שהתנה ע"מ שלא תנשאי לפ' ולא קבע זמן דחיישינן לסברת הרמב"ם דס"ל דאין זה כריתות אע"ג דרוב הפוסקים חלוקים עליו ועיין סימן קמ"ז בדין הזכרת תנאי קודם התורף. ומתוך המקומות הגו' גם בכמה דוכתי יראה המעיין דאף ביחיד נגד רבים לפעמים חוששין לדברי היחיד באיסורי תורה ובפרט באיסור א"א. ועיין בכתבי מהרי"א סי' ר"ן והיינו כשאיתו יחיד הוא גדול ומפורסם מגדולי הפוסקים כגון הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהם עמודי ההוראה. ועיין לעיל סימן כ"ו דאנו חוששין לסברת ר"ח דפסק דהמכניס אשה לחופה דהוא פסק קדושין יע"ש. א"ג לפעמים חוששין לדברי מיעוט להחמיר כשאנו רואים דראיות המחמירין הם יותר נכוחות מראיות המתירים. ומטעם זה עצמו אם ראיות המתירין הם יותר נכוחות מראיות האוסרים עושים מעשה להקל ואין חוששין לדברי המיעוט. ומתוך שמאנו אנו מקילין באב שקידש אשה לבנו קטן או במקדש בע"א ואין חוששין לדברי המחמירין. 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"ג כשפשטה הוראה להקל ועשו מעשה בכמה ב"ד להקל כסברת רוב הפוס' המקילין, אז אנו סומכין עליה' שלא לחוש לדברי המיעוט כגון תגוס דיוכל לגרש כשיטת רוב הפוסקים. או לגרש בלילה כשיטת רוב הפוס' דפשו' הוראה להקל בשעת הדחק. וכיוצא בזה יראה המעיין בענין עונגא דאתת' סי' 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 סי' ל"ו.

הכלל העולה דאע"ג דמרגלא בפומיהו דרבוותא אף במחלוק' פוס' באיסורי תורה וגיטין וקדושין לומר יחיד ורבים הלכה כרבים בין להקל בין להחמיר. אפ"ה חוששין לדברי המיעוט לענין הלכה למעש' לכתחלה מפני שאינו רוב גמור כיון דלא נחלקו פנים בפנים כמו הסנהדרין או ב"ד של ג' שהולכים אחר הרוב. ועיין בכתבי מהרי"א סי' ר"ן ובת"ה סי' רס"ב. ואפילו 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 המקילין, א"נ שראיות המקילין הם חזקות ונכוחות, א"נ שהמקילין הם עמודי ההוראה רוב בנין ורוב מנין והאוסרים הם קטנים בחכמה ובמנין, אז עושים מעשה להקל כשיט' רוב הפוס' ואפילו לכתחלה. 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 שוים ולא כל המקומות שוים, וה' יאיר עינינו במאור תורתו.

27 גיטין י"ז ע"א.

28 שם י"ט ע"א.

29 נדה דף ט' ע"ב.

30 ברכות ה' ע"ב.

כחיד נגד רבים, כיון שדעתו נוטה לדברי היחיד אפילו 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 מהר"ט י"ד סי' ל"ג ועיין תשוב' הריב"ש סי' ד' והרא"ם ח"א סי' ל"ו.

אמנם הפוסקים האחרונים הם מיראי תורה 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 במיד דאורייתא דנין בו כדון הספיקות. וספק דאורייתא לחומרא אעפ"י שדעתם נוטה לדברי המקילין ואעפ"י שמביאין ראיה להכריע כדברי המקילים אפילו הכי אין סומכין על הראיות ועל הכרעתם להקל באיסורי תורה. ובפרט באיסור א"א שהוא פיסול ממוזרות ואפילו בשעת הדחק אין סומכין על המקיל באיסור תורה במחלוקת שקול אע"פ שנראים דברי המקילים. ודנין בו כהתיא דתנא פ"ק דע"ז ה"ב אחד אוסר ואחד מתיר בשל תורה הלך אחר המחמיר ואע"ג דהתיא לא אולין בתר המחמיר אלא דוקא היכא דאין אני יודע להיכן הדין נוטה כמ"ש הרמב"ם ספ"א דהלכ' סמרים, היינו דוקא מן הדין אבל מתורת חסידות מתמת היות האחרונים ז"ל מיראי תורה אין סומכין על המקיל באיסורי תורה במחלוקת שקול אע"פ שדעת הדין נוטה לדברי המקילין. ואפילו בשעת הדחק אין נוהגין להקל כמו שיראה מתשובת הרשב"א סי' תרי"ג בפלוגתא דרבוות' בענין גתה היא ואמר הוא יע"ש. וכן ימצא המעיין בכמה תשובות מגדולי האחרונים בפלוגתא דרבוותא באיסורי תורה במחלוקת שקול אע"פ שנראין דברי המקילין הולכים להתמיר ואפילו בשעת הדחק דנין בה כדון הספיקות.

והא דאשכחן בכמה דוכתי באיסורי תורה בפלוגתא דרבוותא דלכתחלה חוששין לדברי האוסרי' ובדיעבד או בשעת הדחק עבדי עובדא וסומכין על המקילין לומר כדאי הם המתירים לסמוך עליהם בשעת הדחק, כמו שיראה המעיין בכמה מקומות ובפרט ב"יד בדיני איסור היתר ימצא המעיין דבר זה הרבה בדברי הפוסקים ובדברי מרן בש"ע. ואוכיז מקצת לדוגמא בעלמא כגון התיא ד"יד סי' כ"ג בדין השהיה דנחלקו הפוסקים לכמה סברות. דכתב מרן ז"ל שם דלענין מעשה יש להתמיר כדברי המחמירין ובמקום הפסד מרובה יש לסמוך על דברי המקילים. וכיוצא בזה כתב מור"ם ב"יד סימן ל"א ס"א. וסימן ל"ב ס"ה. וסימן ל"ה ס"ס ה'. וסימן ל"ו ס"ו. וסימן 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 טעמיהו דראיות של המתירים הם יותר נכחות מראיות האוסרים ואינם חוששים לדברי מיעוט הפוסקים האוסרים. אלא דלכתחלה לחוש לאיסורי תורה מפני כבוד האוסרים. ובפרט אם האוסרים הם מן הגדולים או שהם מהאחרונים דהלכה ככתראי 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 ובמנין, או דמסתבר טעמיהו של הרבים.

אמנם במיד דרבנן דקי"ל בשל סופרים הלך אחר המקיל כדאיתא פ"ק דע"ז, וכמ"ש הרמב"ם ספ"א דה' ממרים. היינו דוקא כשהמחלוקת הוא שקול. אבל כשהמחלוקת אינו שקול דהרוב מחמירין אין להקל כסברת המיעוט אפילו באיסור דרבנן כמ"ש הפוס' בכמה דוכתי. ועיין מהרשד"ם י"ד ס"ס צ'. מ"מ בשעת הדחק ובהפסד מרובה סומכין על המכשירין אף שהמכשיר הוא יחיד נגד רבים, כהתיא דאמרינן בפ"ב דגיטין כדאי ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק. וכתתיא דפ"ק דגדה כדאי הוא ר"א כו'. וז"ל הרשב"א בתשרי סי' רנ"ג: תחלת כל דבר אומר שאין אומרים כדאי הוא פ' 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

לומר דהיינו דוקא שלא בשעת הדחק אבל בשעת הדחק אפשר דיכול לסמוך אמאן דמיקל. אך ב' מקום שנהגו דף ג"ב משמע דאפי' בשעת הדחק מי שסומך ע"ד המקיל קרי עליה רב יוסף ומקלו יגיד לו יע"ש. עוד מצאתי בריש לולב הגזול דף ל"א: תניא ד' מינים שבלולב כמזשין כשרים יבשין פסולין ר' יהודה אומר אף יבשין ואר"י מעשה בבני כרכים שהיו מורישין את לולביהן לבני בניהם א"ל משם ראיה אין שעת הדחק ראיה. 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 דמ"ש אין שעת הדחק ראיה כל' דלא שעשו כן אלא שלא תשתכח מהם תורת לולב ולא היו מברכין עליו. והרא"ש ז"ל חלק עליו והעלה דפסולא דהנך מינין הכתוב מסרו לחכמים. והם אמרו שלא בשעת הדחק אפילו דיעבד לא יצא. אבל במקום הדחק הכשירום כיון שא"א בענין אחר ומברכין עליהם כו' יע"ש. ועיין בא"ח סי' תרמ"ט. ולפי הנך סברות לא שייכא הך שעת הדחק דלולב בהדי הך דאמרי' בעלמא כדאי וזא ר"פ לסמוך עליו בשעת הדחק.

אמנם צריכין אנו למודעי מ"ש הג"א ז"ל: כתב א"ו 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 ר' יהודה לסמוך עליו בשעת הדחק דמכשיר בלולב ואתרוג יבש דלא בעי הדר. וכיון שהתרגו ביבש שהוא פסול אף ב"ט ב' ה"ה בשאר פסולים בשעת הדחק עכ"ל. ואיכא למידך מהו הפי' דמפריש א"ו אם מפריש כפירוש הרא"ש הלא רבנן מודו דבשעת הדחק הן כשרין ואמאי איצטריך לומר כדאי הוא ר"י וכו'. ועכ"ל דמפריש כפירוש הראב"ד דמ"ש רבנן אין שעת הדחק ראיה היינו לומר שהיו לוקחים אותם לזכר בעלמא שלא תשתכח מהם תורת לולב, ולא היו מברכין עליהם משום דמן התורה מפסיל יבש דלא הוי הדר ואתקיש כל ד' מינין דליהו הדר. ור"י סבר דמן התורה כשרין הן ולא בעי הדר דפי' הדר היינו לומר הדר באילנו משנה לשנה. ולפי פ' זה כתב א"ו דכיון דלא אתמר בהדיא והלכה כרבנן אע"ג דמסתמא יחיד ורבי' הלכה כרבים, מ"מ כיון דלא איפסיקא בהדיא הלכה כרבנן אמרי' כדאי הוא ר"י כו'. כהתיא דפ"ק דגדה דף ט' במחלוקת ר"א ורבנן דעשה ר' כר"א ואמר כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק. אף על גב דרבים פליגי עליה כיון דלא איפסיקא בהדיא הלכ' כרבנן. ה"ג סבר א"ו כיון דלא איפסיקא בהדיא הלכתא כרבנן דבעי הדר, סמכין בשעת הדחק לעשות כר' יהודה דמכשיר יבש משום דלא בעי הדר. וכיון דהתנו ביבש ה"ה בשאר פסולין שהן משי' לתא דהדר כגון אתרוג שניקב או שעלתה בו חזוית וכיוצא דפסוליהו משום הדר. והו' פי' דברי א"ו לע"ד. וביבין שמועה כלל תקל"ה כתב כונה אחרת בדברי א"ו ואינו מתחורר בענין יע"ש.

והנה ראה זה חדש דסבר א"ו דגם הפוסקים יש להם כח לפסוק במחלוקת תנאים כיחיד נגד רבים בשעת הדחק אפילו במיד דאורייתא. אמנם הראב"ד דהעלה דגם בשעת הדחק פסולין ס"ר רבנן, משמע דס"ל דאין כח בפוסקים לפסוק במחלוקת תנאים כיחיד נגד רבים אפילו בשעת הדחק. ואע"ג דבפ"ק דגדה עשה ר' כר"א ואמר כדאי הוא ר"א וכו'. שאני התם דהוי במיד דרבנן. ואע"ג דבפ"ק דברכות גבי ק"ש דאורייתא אמרינן כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו כו'. אפשר לומר דסבר הראב"ד דהאמוראים יש להם כח זה לומר כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו וכו' אפילו באיסורא דאורייתא. וגדולה מזו אשכחן בכמה דוכתי בתלמודא דהאמוראים פוסקים הלכה כדברי היחיד אפילו באיסור דאורייתא אפילו שלא בשעת הדחק. וכמ"ש הראב"ד פ"ק דעדויות גבי הא דתנן ולמה מוכירין דברי היחיד וכו' אבל הפוס' אין להם כח לפסוק בפלוגתא דתנאי או אמוראי באיסורא דאוריית' כיחיד נגד רבים אפילו בשעת הדחק. ומיהו במחלוקת פוס' אפילו באיסורא דאורייתא אפשר דמודה ראב"ד דיש כח לפוסק אחרון לפסוק הלכה כיחיד נגד רבים לפחות בשעת הדחק, דכשם דהאמור' פוסק כיחיד לגבי רבים במחלוקת תנאים, ה"ג הפוסק האחרון הרשות נתונה בידו לפסוק במחלוקת פוסקי ראשונים אפי' באיסור דאורייתא

וכתב הראב"ד: "בפי' לשון התוספתא שאם תצטרך להם שעה ויסמכו עליו דומה זה הלשון שאין ביד 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 נראה הדברים. אמנם לענין מעשה לא מצינו שהאחרונים יסמכו להקל בשעת הדחק כסברת היחיד נגד רבים באיסורא דאורייתא. ואפשר דדוקא האמוראים היה להם כח זה לפסוק כסברת היחיד. אבל הפוסקים האחרונים אין להם כח זה אלא אפילו במחלוקת שקול של הפוסק, במידי דאורייתא דנין אותו כפסק 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 מהרש"ם א"ה סי' כ"ח. ותשובת מהר"ט שכתב מותר"ש בדף פ"ד ע"ש.

הכלל הקולח. דבדורות האחרונים אנו יתמי דיתמי אין לנו כח להקל באיסורי תורה במחלוקת פוס' לסמוך על מיעוט פוסקים להקל אפילו בשעת הדחק שיש בו גם הפסד מרובה נגד רוב הפוסקים האוסרים ואפילו במחלוקת שקול. (ואם במקצת עיירות נהגו להקל על פי המתירים אין מוחין בידם. כמו שכתב מור"ם י"ד סי' ס"ט גבי חלב הכרס דבני ריינוס נוהגים היתר. גם בי"ד סי' ר"א גבי טבילה בנהרות בימות הגשמים. אמנם הרא"ש כלל מ"ג סי' ו', והרשב"א סי' א"ף ק"ץ ס"ל דטוב להזהירם שלא יהיו נוהגין כדברי המקילין. ועיין סי' קכ"ה ס"ק ל"א. ומ"ש 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 הפוסקים להקל. ובאיסורא דרבנן גם אנתנו יתמי דיתמי סומכין בשעת הדחק כיחיד נגד הרבים. וכ"ש במיעוט נגד רבים. והיה בקטן אצל גדול. ואמרין כדאי הוא פוסק פלי' לסמוך עליו בשעת הדחק כיון דפולגתיהו הוי במידי דרבנן.

כלל ז

ויש לחקור היכא דאיכא תרי שינויי בגמ' אם הלכתא כשינויאי קמא או כשינויאי בתרא. וראיתי בתוס' פ"ק דע"ז דף ו' שכתבו וז"ל: רש"י היה פוסק בכל איכא דאמרי שבתלמוד בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר האחרון וריב"א פיר' דכל איכא דאמרי לגבי ראשון כטפל לעיקר והלכה כלישנא קמא ור"ת פירש בדאורייתא לחומרא בדרבנן לקול' ור' שמשון היה מפרש דבכל מקום שיש להתברר מן התלמוד כחד מינייהו בתריה אולינן עכ"ל. והרא"ש כתב שם וז"ל: ר"ת פוסק בכל איכא דאמרי בשל תורה הלך אחר 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 תחלה וכל לשון היחידים והטפל אומר י"א. ור"י' ו' ג"זאת כתב דלעולם הלכה כאיכא דאמרי. ומקצת הגאונים פסקו בממצי' כאיכא דאמרי, ובאיסורא לחומרא עכ"ל. ומ"ש הרא"ש בשם רש"י הלך אחר המחמיר ולא חילק בין דברי תורה לדברי סופרים. יראה שהוא ט"ס דהרי אשכחן לרש"י בפרק אלו טריפות דף ו' גבי דייטרא דכתב דכל זיכא דאיכא תרי לישנא בגמ' אי מידי דאורייתא הוא ויל' לחומרא ובדרבנן ויל' בתר בתרא עכ"ל. ועיין ביבין שמוע' דף צ"ו ע"א דתפס דברי הרא"ש בשם רש"י ולא דק. וראיתי להרא"ש בפרק חזקת הבתים דף קצ"ו גבי הא דת"ר אין מקבילים פקדונות מן הנשים וכו'. דהגאונים פוסקים דבכל איכא דאמרי לישנא קמא

כן שעת הדחק שיש בו הפסד מרובה או כיוצא בזה כמ"ש פ"ק דנדה כ"י עכ"ל. ודברי הרשב"א הם סתומים. דמשמע לכאורה מדבריו דטפי עדיף יחיד נגד רבים מקטן נגד גדול. דביחיד נגד רבים בשעת הדחק שיש הפסד מרובה סומכים ע"ד היחיד. אבל בקטן נגד גדול אין סומכין עליו אפילו בשעת הדחק שיש הפסד מרובה. אמנם מור"ם בעל המפה בח"מ סי' כ"ה ס"ב כתב: אין סומכין על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמניין אפילו בשעת הדחק אלא אם כן היה גם כן הפסד מרובה וכן אם היה יחיד נגד רבים כ"י 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 דאן סומכין בין על קטן נגד גדול בין על יחיד נגד רבים. ואע"ג דהרשב"א לא אייתי ראיה דסומכין בשעת הדחק ובהפסד מרוב' אלא ביחיד נגד רבים מהויה דפ"ק דנדה, מ"מ יראה שהוא הוה דסומכין בקטן נגד גדול בשעת הדחק שיש בו הפסד מרוב'. ואפשר דאתי מב"ש מיחיד נגד רבים דאשכחן בהדיא בתורה אחרי רבים להטות, ואפי"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 אם היה אחד מהם גדול מחברו בחכמה ובמניין הלך אחריו וכו'. ואף זה לא חזינו דפסקו רמב"ם ספ"א דהל' ממרים כמ"ש מרן שם בכ"מ וכבר הארכתי בזה לעיל. איברא דחזינו פ"ק דיבמות גבי מחלוקת ב"ש וב"ה דאמרי' כי אולינן בתר רוב' דכי הדדי נינהו. 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 בקונט' אחרון להב"ח י"ד בפסק הארוך שעשה בהוראות איסור והיתר שעמד בתשובת הרשב"א הגו' והעלה דפירוש דברי הרשב"א כדקא ס"ד מעיקרא. והשיג על מור"ם וז"ל. והש"ך בי"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 בכונת תשוב' הרשב"א הנ"ל במ"ש דבשעת הדחק והפסד מרובה סומכין על היחיד נגד רבים אם הוא דוקא באיסורא דרבנן, או דלמא אפילו במידי דפליגי באיסור דאורייתא. וכל הישר הולך לבנו יבין דלא איירי הרשב"א אלא באיסורא דרבנן. דהא הרשב"א יליף לה מההיא דפ"ק דנדה דא"ר כדאי הוא ר"א כ"י. והוא מידי דרבנן היא דטומאת מעת לעת דרבנן כדאית' פרק מי שהוציאוהו כמ"ש לעיל באריכות. ומתוך דברי הב"ח בהא דשקיל וטרי להוכיח דבהפסד מועט לא חששו ובהפסד מרובה חששו, מהא דאיתא בפרק הערל דף פ"א גבי תליכת 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. ולע"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 נכתב דגם באיסורא דאורייתא אשכחן בכמה דוכתי בתלמודא דפוסקים האמוראים הלכה כיחיד נגד הרבים אפילו שלא בשעת הדחק, משום דמסתבר להו טעמא דיחיד וקובעים הלכה כדברי היחיד. ואין זה סותר למה שאמרה תורה אחרי רבים להטות, 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 באריכות. וכ"ש דיכול הדור האחרון לסמוך על היחיד באיסורא דאורייתא בשעת הדחק. ותדע שכן הוא דהא תנן בפ"ק דעדויות ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין. שאם יראה ב"ד את דברי היחיד ויסמוך עליו וכו'.

דעלמא משום דאורחא למימר ארישא תחלה ובתר הכי איכא דמתני לה אסיפא. ויש ליישב דהכי קושטא דמלתא. דהרא"ש ס"ל דהנך תרי לישני לא דמו לתרי לישני דתלמודא דעלמא ואיכא לספוקי בהו הי ניהו עיקר. ולכך הוכרח להכריע הרא"ש דהלכתא כלישנא קמא משום דסתמא דגמרא הוא דקאמר לה. ולישנא בתרא ר"ח מתני לה וכיוצא בזה כתב הר"ף בפר' ע"ש גבי אין מפטירין אחר מצה אפיסקומן יע"ש.

וראיתי למרן בכ"מ פ"ו דהל' ברכות דין י"ו דמייתי שם ברייתא מפרק כל הבשר. מים ראשונים ניטלין בין בכלי בין ע"ג קרקע אחרונים אין ניטלין אלא על גבי כלי. ואמרי לה אין ניטלין על גבי קרקע. איכא בינייהו קינסא. והרמב"ם פסק כלישנא קמא לחומרא ולא ידעתי למה כיון דמדי דרבנן הוא. ואפשר דטעמא משום דלישנא קמא לישנא דגמי ואידך בלשון אמרי לה עכ"ל. ולפי זה משמע דלא חשיב תרי לישני אלא היכא דקאמר תלמודא איכא דאמרי ואיכא דאמרי. אי נמי אמרי לה ואמרי לה. וקשה טובא דמרן גופיה מייתי שם אחר זה הא נוטל ידו שחרית ומתנה עליהם כל היום כולו דא"ל רבינא לבני פתקא דערבות כגון אהון דלא נפיש לכון מיא משו ידיכו מצפרא ואתנו לכולי יומא. איכא דאמרי בשעת הדחק שלא בשעת הדחק לא. וא"ר אפילו שלא בשעת הדחק נמי. ופסק הרמב"ם כלישנא בתרא לקולא. וכתב ה"ר יונה לא מפני שהוא לישון אחרון. שאינו נקרא לישון אחרון אלא כשהלשון הראשון מביא הגמרא בסתם והלשון האחרון בלשון איכא דאמרי. אבל היכא ששניהם מביא אותם בלשון איכא דאמרי לא נקרא לישון אחרון. אלא הטעם הוא מפני שהנטילה מדרבנן ובשל סופרים הלך אחר המיקל עכ"ל.

ומיחו דברי ה"ר יונה תמוהים בעיני דאמאי לא נימא כשב' הלשונות בלשון איכא דאמרי דלא יקרא לישון אחרון. ומצאתי און לי מתא דאמרינן בשלהי גט פשוט³² גבי ערב דכתובה, דאיכא תרי שינויי בגמרא אי בעית אימי מהוה הוה ליה ואשתדוף. ואבע"א אבא לגבי בריה שעבודי משעבד נפשיה. וכתב ה"ה בפרק כ"ה מהלכות מלוה ומרן לעיל בב"י סי' כ"ב דפסקו הפוסקים כלישנא בתרא יע"ש. גם בפרק האשה שלום³³ אמרינן: דבר, אמרי לה הרי הוא כמלחמה ואמרה בדדמי. ואמרי לה אינו כמלחמה. ופסק הרמב"ם בפרק י"ג³⁴ כלישנא דמיקל. וכתב הרב המגיד ו"ל דטעמא משום דבתרא הוא והביאו מרן הב"י דף מ"ט ע"ב³⁵ יע"ש.

וזה ימים נסתפקתי בהך פלוגתא דאמרינן דריב"א ס"ל דהלכתא כלישנא קמא בכל דוכתא. וכן דעת ר' אליהו כמ"ש הרא"ש פ"ק דמכות³⁶ וזה דעת הגאונים כמ"ש הרא"ש בפרק חוקת. והר"ף ו"ל גיאת סבירא ליה דלעולם הלכה כלישנא בתרא כמ"ש הרא"ש והר"ן בשמו בפרק ראווה ב"ד. גם לרש"י ו"ל בפרק אלו טריפות גבי דייתרא דבד"ס לעולם הלכתא כלישנא בתרא. אם נאמר דהך פלוגתא לא קיי"ץ אלא בתרי לישני. דאיכא דאמרי הכי אמר פלו', ואיכא דאמרי הכי אמר פ'. או אמרי לה ואמרי לה. או דאמר התלמוד לישנא קמא בסתם ואחר כך אמר ואיכא דאמרי הכי. או אמרי לה הכי. אבל כשהקשה התלמוד קושיא אחת לתנא או לאמורא ומשני תרי שינויי לא נחלקו הנך רבוותא דאפשר דכולהו ס"ל שינוייא קמא עדיף. או כולהו ס"ל שינוייא בתרא עדיף. או ספיקא הוי או דלמא כשם דנחלקו בתרי לישני דריב"א לישנא קמא עדיף וריב"א לישנא בתרא עדיף ה"נ נחלקו בתרי שינויי דתלמודא. והיה נראה להכריע בזה דבתרי שינויי לא אמרינן להך כללא דלמר הלכתא כלישנא בתרא כמ"ש הרא"ש בפ"ק דקמא³⁷ וז"ל: ב' אחים שחלקו אחד נטל קרקע ואח' נטל כספים ובא ב"ח ונטל קרקע אזיל האי ושקיל פלגא דכספיה פשיטא האי ברא והאי לאו

עיקר, כי כד היה שגור בפי רוב העולם אלא שמקצת החברים היו אומרים בענין אחר עכ"ל. ועיין ב"י א"ח ר"ס קס"ד. והרא"ש פ"ק דמכות. וב"י ח"מ סי' ס"ז סי"ג וסי' ר"ך ס"ה. וב"י ד"ס 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 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 ו' 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 שהר"ף ומקצת הגאונים סוברים בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים או דיני ממונות הולכים אחר לשון אחרון. ואני יודע מה נשתנו דיני ממונות משל תורה אבל אם היא קבלה נקבל עכ"ל. וק"ל אמאי לא הקשה הר"ן קשייתו גם בשל סופרים דאמאי אמרי בו 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 ד"מ מוקמינן להו אדינא דלישנא בתרא דהוא עיקר בין להקל בין להחמיר כב"ל. וכן נראה מדברי הר"ן ו"ל בפרק ראווה ב"ד שכתב שם גבי שופר דסתמו דאיכא תרי לישני דריב"א דאיכא דמתנו לה ארישא ואיכא דמתנו לה אסיפא. כתב שם דבה"ג והר"ף ו"ל פסקי כלישנא קמא ולחומרא. וכן דעת הרמב"ם בפ"א משופר. וכן נתנו 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 רבוותי הצרפתים כלישנא דמחמיר בתרי לישני בתרי תנאי או תרי אמוראי דפליגי כו' עכ"ל. ומתוך דברי הר"ן הנו' נחבאר מה שתיצאתי דעת האומר דבדיני ממונות ובשל סופרים קי"ל כלישנא בתרא, היינו משום דס"ל כשיטת ר"י ו' גיאת 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 רבוותי הצרפתים, ק"ל דלא דמו אהדרי דאלו לסברא קמא בשל סופרים הלכה כלישנא בתרא בין להקל בין להחמיר. ואלו רבוותי הצרפתים בשל סופרים הלך אחר המיקל אפילו שהמיקל יהיה לישנא קמא. וצ"ל דהאי וכן שכתב הר"ן ו"ל לצדיקין קתני לגבי חלוקה ראשונה דבשל תורה הלך אחר המחמיר לאפוקי סברת הר"י ו' גיאת ו"ל.

ומיחו ראיתי בהרא"ש בפ"ג³⁸ דר"ה שכתב: דהני תרי לישני דריב"א גבי שופר לא דמו לתרי לישנא דעלמא משום דאורחא למימר ארישא תחלה ובתר הכי איכא דמתני לה אסיפא והלכך ליכא למיקם עלה הי מינייהו בתרייתא וצריכינן למיעבד לחומרא עכ"ל. והוא חילוק נכון ראויים הדברים למי שאמרם. (אמנם ק"ל דאשכחן להרא"ש בר"פ כל הבשר³⁹ גבי חמי האור דכת' דהלכתא כריב"א דאמר דנטילים בהם משום דאתי כלישנא בתרא דאמרינן לעיל כמאן דמתני לה אסיפא. והם דברים תמוהים דה לא מיקרי לישנא בתרא ועיין ב"י א"ח סי' ק"ס וצ"ע). אך ק"ל דבפרק שבוועת הדיינים⁴⁰ גבי הא דאמר ר"ן ומשביעין אותו היסת דלישנא דגמרא מתני לדר"ן ארישא דמתני' דליכא דררא דממונא. ור"ח מתני לדר"ן אסיפא דמתני' דוקא היכא דאיכא דררא דממון ונסתפקו שם בתוספ' אם הלכתא כלישנא קמא ונטו דעתם לומר דהלכתא כלישנא קמא משום דאיכא דאמרי טפל ללשון ראשון כמו שכתב ריב"א והרא"ש הכריע בפ"ק דמציעא⁴¹ דהלכה כלישנא קמא משום דסתמא דגמרא הוא דקאמי' לה אבל לישנא בתרא ר"ח מתני ליה יע"ש. משמע דאי לאו הכי היינו דנין הנך תרי לישני כתרי לישני דתלמודא. והלא לא דמו הנך תרי לישני לתרי לישני דתלמודא

32 דף כ"ז ע"ב הרא"ש סי' ה'.

33 חולין ק"ו ע"א. הרא"ש סי' ח'.

34 שבוועת מ' ע"ב.

35 ב"מ דף ה' הרא"ש סי' ז'.

36 ב"ב קע"ד ע"ב.

36 יבמות קי"ד ע"ב.

37 מה' גירושין ה"ו.

38 בדפוסין שלנו טור אהע"ז סי' י"ז דהב"י (דף מא) ד"ה וכתב הר"ן בתשובה.

39 ה' ב'.

40 ב"ק דף ט' ע"א הרא"ש סי' ר'.

ברא איכא דאמרי אדרבה לאידך גיסא דא"ל להכי שקלי כספים דאי מגנבי לא משתלמינא מינך. ולהכי שקלת ארעא דאי מטרפי מינך לא משתלמת מנאי. פסק הרי"ף (וכן הרמב"ם רפ"י דנחלות) כלישנא קמא דשקיל פלגא בכספים. ואע"ג דבכל דוכתא רגיל הרי"ף (וכן הרמב"ם) לפסוק כלישנא בתרא. היינו היכא דאיכא תרי לישני אחדא מימרא דלישנא קמא מפרש דהכי אתמר הדא מימרא ולישנא בתרא מפרש דאתמר בענין אחר. ומסתבר דאיתו לשון שקבע רב אשי באחרונה נראה בעיניו עיקר כיון דאחריתי הוא דהדרי בהו מקמייתא. אבל הני תרי לישני לאו מימרות אמוראי נינהו אלא גמרא הוא דשקיל וטרי לפרש דרב אסי דאמר כספים הרי הן כקרקע לאיוה ענין נאמר כו'. הלכך לית הכא תרי לישני למיזל בתר בתראי אלא סברות חלוקות זו על זו וסברא ראשונה עיקר היא כדמוכח בפ' בית כור עכ"ל.

אמנם אחר העיון יר' דחילוק זה של הרא"ש וז"ל אינו מוכרח. דאיכא למימר דטעם הרי"ף וז"ל דפסק כלישנא קמא מהכרח התלמוד בפ' בית כור. והכי אשכחן נמי בפ' שבועת הדיינים גבי הנהו תרי לישני דר"ן דמשביעין אותו היסת דפסק הרי"ף וז"ל כלישנא קמא דמשביעין היסת אפילו היכא דליכא דררא 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, כדאית' בפרק גט פשוט גבי ערב דכתובה כמ"ש ה"ה פכ"ו ממלוה ומרן הב"י לעיל סי' ק"ב יע"ש.

ובפרק שור שנבח ד' וה' דף מ"ט אהא דתנן נגף אשה ויצאו ילדיה משלם דמי ולדות לבעל. היתה שפחה ונשתחררה או גיורת פטור. אמרינן עלה א"ר לא שנו אלא שחבל בה בחיי הגר ומת הגר כו' אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה איתו בגוייהו. ופריך עליה ר"ח אטו ולדות צריי גינהו וזכין בהו אלא ליתיה לבעל פטור. ומותבינן עליה דרבא מדתניא היתה שפחה ונשתחררה או גיורת זכה ומשני הב"ע שחבל בה בחיי הגר ומת הגר ואבע"א לאח' מיתת הגר ותני זכתה ע"כ. והרמב"ם רפ"ד דחובל כתב דאשת ישראל נמי אם נגפה אחר מיתת הבעל נותנין אף דמי ולדות לאשה. והשיג עליו הראב"ד דאפילו רבה לא אמר דזכת' היא אלא באשת הגר אבל אשת ישראל שיש לו יורשין לעולם הם ליורשיו.

והמגדל עזר 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 מרבתינו הראשונים בכללי הפסקים דלשון ואבע"א הוא כלשון א"ד שהוא עיקר עכ"ל. והביא דבריו ביבין שמועה דף צ"ו ע"א. ובאמת כי לא ירדתי לסוף דעת המחבר מגדל עזר 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 א"ד 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 דהך 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 א"ד 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 בר"ם האשה רבה ובהאשה שלום תניא אר"י כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הלך אחר רוב דעות ועשו ב' גשים באיש א' כב' אנשים באיש א'. ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה גשים כע"א דמין. ופסק הרמב"ם פ"ב דהל' גירושין דין ד' כלישנא בתרא. וכן דעת הטו' לעיל סי' י"ז סט"ל. וכתב מרן הב"י שכן דעת שאר הפוס' יע"ש. באופן דהנה נתבאר דגם בב' שינויי דגמ' לשיטת הפוסק' דהלכתא כלישנא קמא, ה"ה בשינוייא קמא. ולשיטת הפוס' דהלכתא כלישנא בתרא ה"ה בשינוייא בתרא. וראיתי פ"ד דקמא דף מ"א סע"א דהקשה ר"ע לרי"א ותיר' ר"א שני תירוצים תי' דחוק ותי' מרווח. ואפליגו אמוראי התם איוה תי' א"ל ברישא דמ"ס התי' המרווח א"ל ברישא משל לצידד ששולה דגים מן הים משכח רברבי שקיל וזטרי שקיל ומ"ס התי' הדחוק א"ל ברישא משל לצידד ששולה דגים מן הים משכח וזטרי שקיל משכח רברבי שדי וזטרי ושקיל רברבי ע"כ. באופן דיש סברות לכאן ולכאן אי תי' קמא עיקר אי תירוצא בתרא עיקר. ולא מיבעיא בתרי שינויי דתלמודא אלא אפילו בתרי שינויי דמתרצים התוספ', כתב מהר"ל ר"ס 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 דמחלפא שיטתיה דמהר"ל דהכא בס"י י"ז נראה שמסכים הולך כלישנ' קמא ותירוצא קמא ואלו בתשרי סי' ג"ג דף ק"י ע"ג האריך להוכיח מכמה דוכתי דהרי"ף והרמב"ם פוסקים כלישנא בתרא. דודאי ל"ק מידי דבס"י י"ז מיירי מהר"ל לשיטת ריב"א והתוס', ובס"י ג"ג מיירי לשיטת הרי"ף והרמב"ם. ועיין בתשוב' רש"ל סי' ל"ה דכתב דאפילו לדעת ריב"א וסיעתו דלישנא קמא עיקר וא"ד הוא טפל, מ"מ כשא"י ואב"א הלכתא כלישנא בתרא. עוד כתב שם רש"ל דאע"ג דהרא"ש כתב פ' חזקת הגאונים או' 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 מוכר יין ונעשה חומץ יע"ש. ובסוף הליכות עולם כתב וז"ל נקטי' בכל א"ד שבגמ' כך הלכה ושלם כדברי ריב"א שהיה אומר דכל א"ד טפל לגבי לשון א' כו'. וכתב עליו מרן בכללי הגמ' ותמנהי למ"ש דנקטינן הכי שהרי הרא"ש פ' חזקת כתב שהגאונים פוס' כדברי ריב"א עכ"ל. ומתוך תשרי 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 עלייהו וכ"ש דאשכחן דהרא"ש נמי הכי ס"ל כמ"ש רש"ל. העולה מכל הנד' דהרבה סברות יש כדכתי', אך היותר מוסכם מהפוס' המפורסמי אשר אנו רגילין לפסוק כמותם דהיינו הרי"ף ורמב"ם והרא"ש דס"ל דלישנ' בתרא עיקר. וכבר בארתי דל"ש דקאמ' בלישנא בתרא א"ד, ול"ש דקאמר ואבע"א הלכה כלישנא בתרא.

ת ו ש ל ב " ע