

פסיקה בדין שלא הוכרע

ראשי הפרקים

- א. חובת ההכרעה בספיקות
- ב. להכריע בספק הש"ס
- ג. האם ניתן לטעון 'קים לי' כאחת הדיעות
- ד. האם על הדיינים לטעון 'קים לי' לבעל דין
- ה. פסיקת השו"ע והרמ"א
- ו. עדיפה פסיקה מסברא או ממסורת
- ז. תפיסה בספק הש"ס
- ח. נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה בספק הפוסקים
- ט. המוחזקות מכח הספק
- י. מהות התפיסה בעת הספק

תקציר

בברכת התורה אנו מברכים 'לעסוק בדברי תורה' ו'נותן התורה', מחוייבים אנו בעמל הלימוד אבל עפ"י הנמסר לנו ממשה מסיני. בעת שנקלעים לשאלה מסופקת עלינו לעמול ולבחון עפ"י שנמסר לנו מרבותינו להכריע את הספק.

אנו ננסה לעמוד ולברר הדין בספק שנותר ללא הכרעה והלכה.

יש ספיקות שבש"ס נותר בספק ויש שהראשונים הסתפקו ולא הכריעו, ונראה שנחלקו בדבר היכולת להכריע בספיקות אלו, בשל קטנות הדורות, והאם יש ביכולת האחרונים להכריע במקום שגבוהים ורמים לא הכריעו.

משם נצא לברר את דרך הפסיקה במחלוקות הראשונים והפוסקים, האם ניתן לפסוק כאחד הצדדים, ולטעון 'קים לי' כדיעה אחת, והאם ניתן לטעון כן ולהסתמך על דעת יחיד, אך דיעות שלא נפסקו.

נראה שדרך הכרעת ופסיקת מרן השו"ע והרמ"א היתה עפ"י כללי פסיקה אלו, האם להכריע עפ"י רוב פוסקים או עפ"י הכרעה ביניהם.

בפרקים האחרונים נדון בדבר היכולת לתפוס ממון כשהספק לא יכול להיות מוכרע, ומה משמעותה של המוחזקות והתפיסה, אם התופס מודע שזכאותו מוטלת בספק שלא הוכרע. ובכך נברר אם תפיסות מעין אלו מבוססות על

טענה וזכות משפטית, או שהינם זכות ובעלות שקיימת למוחזק אף בעת הספק.

א. חובת ההכרעה בספיקות

במשך הדורות נותרו בספק במחלוקות הלכתיות בכל ארבעת חלקי שו"ע, אלא שבהלכות או"ח ויו"ד בדרך כלל האדם יכול לבור לו את הדרך המקובלת עליו ולפסוק כרבו, שדומה עליו כמלאך ה' צבא', ואף להחמיר כשיטה יחידאה בעלת משקל. ברם בדיני חו"מ ואבהע"ז מחוייבים להגיע למסקנה חדה ולעיקר הדין, כיון שההחלטה עשויה להיות הרת גורל ונוגעת לאנשים שונים, וחומרה לזה הוי קולא לזה, ואף חיי נפש עשויים להיות תלויים בה ואם תפסו בה קידושי זה ממילא לא תפסו קידושי אחר ומותרים בקרובותיהם. לא ניתן להותיר את הדין בספק. ואף בהלכות או"ח ויו"ד יש שחייבים להכריע כשלא ניתן להחמיר, והדברים ארוכים. ואכן כללי הכרעה בספיקות ובמחלוקת מנויה ומפורטת בפוסקים.

הרמב"ם בריש הלכות ממרים פ"א ה"ד תאר את האופן שיש להכריע את מצבי הספק: 'כשהיה בית דין הגדול קיים לא היתה מחלוקת בישראל, אלא כל דין שנולד בו ספק לאחד מישראל שואל לבית דין שבעירו, אם ידעו אמרו לו אם לאו הרי השואל עם אותו בית דין או עם שלוחיו עולין לירושלים, ושואלן לבית דין שבהר הבית. אם ידעו אמרו לו, אם לאו הכל באין לבית דין שעל פתח העזרה, אם ידעו אמרו להן ואם לאו הכל באין ללשכת הגזית לבית דין הגדול ושואליו, אם היה הדבר שנולד בו הספק לכל, ידוע אצל בית דין הגדול בין מפי הקבלה בין מפי המדה שדנו בה אומרים מיד, אם לא היה הדבר ברור אצל בית דין הגדול דנין בו בשעתו ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים כך הלכה והולכין להן'.

והוסיף הרמב"ם, שיכולת הכרעה זו בטלה לדאבון ליבנו: 'משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו, זה אוסר וזה מתיר'. ואין לנו יכולת להכריע את הספקות עם ביטול הסנהדרין, כמובא בהלכה שלאחר כן בהל' ה, ויש לנהוג ככללי בית הספק: 'שני חכמים או שני בתי דינים שנחלקו שלא בזמן הסנהדרין או עד שלא היה הדבר ברור להן, בין בזמן אחד בין בזה אחר זה, אחד מטהר ואחד מטמא אחד אוסר ואחד מתיר אם אינך יודע להיכן הדין נוטה, בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל'.

כדברים אלו הורה הרמ"א בחו"מ בסי' כה סעי' ב, והוא הוסיף את ההנהגה הראויה בספק ממוני: 'ולא יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן הרי זה דין שקר, אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות, הרשות בידו; ואי לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק (טור). ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא. ואי דבר דרבנן, ילך אחר המיקל', מלבד היכא שישנה חזקת איסור או רוב המורה שיש לנהוג באיסורא.

הרמב"ם בהקדמתו למשנה מבאר כמה סיבות התורמות למחלוקות; שלא שימשו רבם כדי צורכם, חשיבה שונה, דרכי לימוד שונות, מסורות שונות שהתקבלו, וספיקות שנוצרו בפסיקה, וכי מטרתו היתה להכריע בספיקות ולהגיע לאמת.

יש ופשיטת הספק וההכרעה נעשית באחת משני האופנים.

א. ראייה ניצחת עפ"י מקור קדום הפושט את הספק, ומגלה פנים בספק.

ב. בהיקש וסברא מושכלת עפ"י דרכי ההגיון שהטביע בנו השי"ת, כדבאר ר' עזרא במשלי פרק כב פ"כ: 'כי השכל שליח השם', וכן הרחיב הרמב"ם במורה נבוכים ח"א פרק מט על השכלים הנבדלים, ורבנו בחיי בריש בראשית, הספורנו והרד"ק שם והמורה נבוכים ח"ג פ"ח בארו שזהו הצלם האלוקי שבנו, וכן קרא האברבנאל יחזקאל פ"א פ"ד: 'ומזה ידע הנביא שנבואתו היתה שפע עליון מושפע מהשכל הנבדל הוא המלאך הדובר בו', וכן הדגיש החזו"א בריש הלכות כלאיים, וביו"ד ה"י כבוד רבו סי' קנ אות ח: 'אין לנו לעזוב את השימוש השכלי, ועלינו ליסד את משקל הגדול על ההיקש השכלי שהוא המלאך בין היוצר והיצור'. ואף קראוהו כרוח הקודש המתנוצצת באדם, כפי שבאר באורות הקודש סוף ח"א.

וכבר דנו הרמב"ם בשורשי המצוות שורש ב ובהשגת הרמב"ן שם אם הנלמד מהסברא הינו כדאורייתא, וכקושיית הגמ' בב"ק בדף מו.: 'למה לי קרא, סברא הוא'. וכן הבין הפנ"י שהוא דין דאורייתא גמור, והצל"ח הבדיל בין חידוש דין לגדר דיני.

ואכן הורה הרמב"ם בהלכות סנהדרין בריש פרק כד למעשה: 'יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו

שהוא כן אף על פי שאין שם ראייה ברורה... הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן.

יש בידינו ספיקות רבים בדרך הלימוד, או מחוסר ידיעה, שמתבררים באחד משני האופנים דלעיל. אך יש לברר האם ניתן האידנא להכריע בספק ידוע שלא הוכרע, ומה משמעותה של הכרעה במקום בית הספק.

ב. להכריע בספק הש"ס

נחלקו הראשונים באפשרות של החכם להכריע בספק המצוי בש"ס.

א. רשב"ם במסכת ב"ב בדף סב, ב דן לגבי הדין בגמ' שנותרה בספק אם לנהוג כלישנא קמא דרבא או בתרא, ולא הכריע, וכתב שהדין לא יוכרע לעולם, ולכן יש לנהוג בו כמצבי הספק: 'מאחר דמספקא לן נעביד שודא, הכל לפי הענין שיראו הדיינין ויכירו המוכר עינו יפה או רעה הכל לפי אומד דעתם. ומיהו בשאר מקומות דמספקא לן בתרי לישני הלכתא כמאן, לא אמרינן שודא דדייני עד שיפרש כי הכא, אלא המע"ה'. נראה שהבין שאין ביכולת הדיין להכריע את ספיקות חכמים.

הנהגת החזקה במקום ספק שאינו יכול להתברר

האור שמח בהלכות טוען ונטען פט"ו ה"ט תהה האם ניתן לסמוך על חזקה בספיקא דרבוותא ולא במציאות, שהרי אין בחזקה כדי לברר ולחזק את המוחזק: 'ואטו משום חזקה ישתנה הדין. אבל באמת לא ירדתי לעומקו, דאטו כאן הספק על הדין אם דבר זה קונה או לא, וכיו"ב בספיקות המתהוים בהלכה, אבל כאן הספק אם מכר לו השדה בשטר או לא, אם משקר או לא, ואטו משום דפליגי אמוראי אם סמכינן על הוכחה דאינו משקר משום מיגו גרוע, הלא הספק הוא ספק במציאות... דבתרי ותרי הסברות שקולות, וידעינן דהמאזנים מעוין, אבל כאן לא ידענא אם הסברות שקולות... ואין המאזנים מעוין, לכן לא עבדינן מעשה להוציא מיד המוחזק השתא בה'. אך הביא רעק"א וכן סבר בקונטרס הספיקות כלל ה פ"ו שמהני חזקות לפשוט גם ספיקא דרבוותא. ומסתבר דיסוד מחלוקתם, אם החזקה הינה בירור המבקשת לבחון אחר האמת ולגלות עם מי הצדק, ושפיר טען האו"ש שאין החזקה יכולה להכריע במקום שישנו ספק בדין. או שהחזקה הינה הנהגה במציאות הספק, ואף שהספק לא יוכל להתברר לעולם, ניתן להכריע על סמך החזקות.

כיו"ב דן הפת"ש בחו"מ בסי' לד ס"ק מג אם ניתן להכריע עפ"י חזקה בפלוגא דרבוותא. והביא משנה למלך בהלכות עדות פ"ו ה"ז: 'דה"ה היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אם הוא כשר או פסול, הרי זה פסול מספק דהוי כתרי ותרי, ועדיפא מיניה, דאפילו לדעת ר"ח [בתוס' כתובות כ"ב ע"א] והרז"ה החולקים גבי תרי ותרי וס"ל דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה וכשר, מודו הכא בפלוגתא דרבוותא, דלא שייך כאן לומר דמוקמינן ליה בחזקת כשרות, כיון שהפעולה כבר נעשית כגון שאכל או שבעל, אלא דאיכא ספק אם אותה האכילה או הבעילה היא אסורה או מותרת, איך נאמר דמשום חזקתו אותה הפעולה היא מותרת כו', ע"ש. [כיוצא בזה איתא בפמ"ג יו"ד סימן ק"י [שפתי דעת]... ד[ב]פלוגתא דרבוותא לא שייך לומר אוקמינן אחזקה, דבשביל החזקה לא ישתנה הדין ע"ש]. ועיין בספר שער משפט ס"ק ט"ו שהקשה עליו מדברי הרא"ש... דכיון דאיכא פלוגתא ולא ידעינן כמאן הלכתא לא מרעינן סהדי דאוקי סהדי אחזקתיהו כו'... הרי דאף הרא"ש והר"ן דס"ל דאף בתרי ותרי פסלינן ליה מספק, מ"מ בפלוגתא ס"ל דמוקמינן להו בחזקת כשרות'.

ב. התוס' בב"ב בדף סב: פסקו שהדיין רשאי להכריע בספק שלא הוכרע בש"ס: 'והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וס"ל לדיין כחד מינייהו ועבד, מאי דעבד עבד'. ופסק שדינו קיים, אף שהש"ס לא פשט ולא הכריע את הספק, ואפילו שרק מנטיית ליבו מכריע כן.

כן סבר הנמו"י בב"ב בדף לד, א שלמרות הכלל שכל היכא דאיכא ספיקא בממונא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, יכול הדיין להכריע מנטיית ליבו: 'כתב ה"ר יונה זצ"ל בשם רבינו יצחק ז"ל היכא דלא אשכחן סוגיא בעלמא דמכרעת כחד יש רשות לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה, כדאמרינן... האי דיינא דעבד כר' אלעזר עבד כרב ושמואל עבד'.

היה ניתן לחלק ולומר שהדיין בב"ב הוא שונה במהותו מיתר הספיקות, שכן ישנו ספק מה כוונת המוכר בהגדרת המקח, מה התכוון למכור כשלא תיחס ולא נקב במיצר הרביעי. ושפיר יש לדיין לבחון ולאמוד דעתו, ולהכי מאי דעבד עבד. כלומר, היכולת לפסוק במקרה זה נובעת מהאפשרות המציאותית לעמוד על דעתו של המוכר. אך מכך שהתוס' ור' יונה והנמו"י השוו לגמ' בשבועות בה דנים על ספק דיני, האם אדם מוריש שבועה לבניו, וגם שם נאמר 'השתא דלא איתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כר' אלעזר, האי דיינא דעבד כרב ושמואל עבד דעבד כר' אלעזר עבד', ושם לא ניתן להתחקות ולעמוד על טיבו של הדין, על כורחך, שהאפשרות הפסיקה בכגון דא, אינה מבוססת על היכולת

לעמוד על כוונת הנותן ולהכריע כן את הספק. אלא יכולת פסיקה בספיקות מעין אלו שהש"ס לא הכריע.

כן נראה מביאור הראשונים את מסקנת הגמ' בב"ב בדף קכד. שהביאה מחלוקת רבי ורבנן בדין נטילת הבכור פי שנים ב'שבח דאתי ממילא': 'אמר רבה בר חנא אמר ר' חייא, עשה כדברי רבי עשה כדברי חכמים עשה', דמספקא להו אם הלכה כרבי אף מחביריו. וראה שהרשב"ם הדגיש שדיין שעשה כן, וכן התוס' והשטמ"ק ציינו שבכח הדיין לאמוד כיצד לנהוג הגם שהוא ספק בדין.

נחלקו הפוסקים בגדרו של התוס', בדבר היכולת לפסוק בספק הש"ס.

התומים בסי' כב סק"ב הבין שדברי התוס' אמורים בדיעבד, אם פסק מה שפסק קיים, וא"צ לבטל פסקו, אך מעיקרא לא היה מקום לפסוק ולהכריע במקום שהגמרא לא הכריעה.

אך בקונטרס הספיקות כלל ה, סד סבר מנגד שיכול הדיין להכריע כסברתו, עפ"י נטיית הבנתו, וכן נשמע מדברי רבנו יונה שבנמו"י.

המהרש"ל בהקדמתו ליש"ש בב"ק סבר כן, שניתן להכריע גם בספק הנמצא בש"ס: 'כי מימות רבינא ורב אשי אין קבלה לפסוק כאחד מן הגאונים, או מן האחרונים. אלא מי שיכשרו דבריו, להיותן מיוסדים במופת חותך על פי התלמוד והירושלמי. ותוספתא, במקום שאין הכרע בתלמוד'.

אך בהמשך דבריו בב"ק פ"ב בסי' ה, המהרש"ל חילק בין סוגי בעיות וספיקות שלא נפשטו: 'ואף שאין התלמוד מכריע. אני באתי להכריע, דבודאי דברי תוספת עיקר בדין תיק"ו, שנסתמה הבעיית בתלמוד, ולא נפשטה. ואין רשות לשום גאון בעולם לפשטה ממתניתין או מברייתא, או מסברא, דהוי כחולק על תלמודא דרבינא ורב אשי, כמו שאין לישב התיובתא שנאמרה בתלמוד. אבל כמה בעיות שנאמרו בתלמוד ולא נפשטו, אם חכם אחד אפילו בזמנינו מביא ראיה לפשטה. הרשות בידו, ואזלינן בתריה. כי מאחר שלא נאמר תיקו. אם כן בספק עומד עד שיתלבן לך פשיטתו'. כלומר, היכא שהש"ס הנציח את הספק, לא ניתן לפשטה והם נחשבים כספקא דרבוותא, דמי יכול להכריע בדבר, שכן הכריע כחולק על הש"ס. אך ביתר הספיקות יש יכולת להכריע עפ"י ראיות ותימוכין ולפסוק בעניינם, כפי שחידד הקו"ש בב"ב באות שעת: 'בהא דעביד כמר עביד, ולא אמרינן הממע"ה, שמעתי מכו' מ"ח הג"ר מאיר אטלס ז"ל דמייירי בדין שיכול להכריע מדעתו בין החולקים. אבל במי שאינו יכול להכריע אמרינן הממע"ה'.

ואכן התוס' בב"ב בדף לב, א בד"ה והלכתא, בגיטין בדף יד, ב בד"ה וחכמים ובבכורות בדף מח, א בד"ה דאמר כתבו שבספק בתיקו, בהעדר הכרעה, המוציא מחבירו עליו הראיה, אא"כ נאמר בו דין אחר (כמו בגיטין בדף ס: שנחלקו רב ושמואל לגבי אמת המים, והגמ' פוסקת: 'כיון דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, כל דאלים גברי'). ולא אפשרו לדיין להכריע בספקות אלו.

א. מאידך, הרא"ש בסנהדרין פ"ד סי' ו הבין שרק עפ"י ראיות יכול להכריע בספיקות, ולא עפ"י נטיית ליבו וסברתו: 'היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר. אבל אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם אחר בענין אחר יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה, כ"ש אם יש לו סיוע מאחד מן החולקין. ואם לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק'.

אלא שבתשובות הגאונים בסי' שמז איתא: 'היכא דשתי תשובות לב' גאונים חלוקות זו על זו וכל אחד מבעלי הדינין או הדיינין נקט חדא מיניה מאי עבדינן... אבל בזמן שאי אפשר להעלות את הדבר לבית דין הגדול ויש שתי תשובות לשני גאונים, עושה הדיין מה שהוא רואה ומה שהוא מכריע בלבבו, שאין לו אלא מה שענינו רואות'.

הכנסת הגדולה יח, ח הבין שאם הדיין הינו בקי היטיב בש"ס ובפוסקים ולא מצא ראיות, יכול להכריע עפ"י נטיית סברתו. אך דיין שלא הגיע לכדי כך, ואינו בקיא גדול מאוד, יוכל לפסוק כדעתו רק באם יביא ראיות.

בקונטרס הספיקות כלל ה אות סג סבר כשחולק על תנא או אמורא די לו בנטיית ליבו, שהרי אין בכח הדיין להכריע בשכלו ובראיות כמאן הלכה. אך החולק ומכריע במילי שנחלקו בהן הפוסקים, צריך להביא ראיה.

בשו"ת שאילת יעבץ ח"ב סי' כ הביא בשם אביו החכם צבי: 'שלא לישא פני הש"ע במקום הכרח עצום. ונודע מאמר הר"מ ז"ל שבענין ההורא. אין אפי' כח הנביאים חזק יותר מן החכם. אלא הולכין אחר רוב מנין או אחר כח הראיות לפי מראה עיני החכם. וכך הי' מנהג חכמי הדורות אשר מעולם. אין משגיחין בכף מאזני הכרעת חבור קדמון או אחרון. במקום תשובות נצחות'.

אפשר לבאר את היכולת להכריע בספיקות אלו, שכן מכך שהש"ס לא הכריע שהיו תיקו, אפשרו לחכמי הדורות להכריע עפ"י שקול דעתם או בראיות.

ויתירה מכך, אפשר שי"ל, שבספיקות אלו סברו חכמים ששתי הצדדים נכונים ואמיתיים, ולכן שפיר ניתן להכריע כאחד הצדדים (אולם לא נאמר שכל מגשר ומפשר ובורר יכריע אף ללא ראיות, משום שממה-נפשך יקלע לאחד הצדדים שהם אמת. לא נאמר שממילא מה שיקבע יעשה טוב. רק ראיות ותימוכין יאפשרו פסיקה! מצאנו בגמ' בברכות בדף כז. לגבי דין סוף זמן תפלת המנחה, שחכמים אמרו שיתפלל עד הערב, ר' יהודה סבר שיתחיל להתפלל עד פלג המנחה, והסיקה הגמ': 'השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד'. כלומר, יפעל כיצד שירצה. אך הכא לא נאמר לכל אחד להחליט לבדו כיצד יכריע). ואולי ניתן לדייק כן בדברי התוס' בבכורות בדף מח. בד"ה דאמר: 'וי"ל שיש דברים דהיכא שהדין מסופק לחכמים כי הכא עשו אותו כודאי פלגא הכי ופלגא הכי... ויש דברים שאמרו חכמים והשתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד. ויש דברים שאמרו חכמים שודא דדייני...'. תוס' רצו לומר שההכרעה במקום דלא איתמר לא כמר ולא כמר, היא אפשרית כפי שימצא לנכון החכם, בניגוד לספיקות שבהם לא יוכל לנהוג כאחת האפשרויות, ולכן יחלוקו.

פסיקה בניגוד לדברי הראשונים

כיוצ"ב, נחלקו הראשונים אם ניתן לחלוק ולפסוק בניגוד לדעת הגאונים הקדמונים, ושורש מחלוקתם הוא האם ניתן להכריע בניגוד לדעת גאוני קמאי;

בעל המאור הבין שלא ניתן להכריע כנגד דעת גאוני קדם, כן הובא ברא"ש בסנהדרין פ"ד ס"ו ו משמיה: 'שמעתי משום חכם גדול מחכמי דורינו שלפנינו, דהאידינא לית לן טועה בשקול הדעת. שהרי כל ההלכות פסוקות בידינו או מן הש"ס או מן הגאונים שאחר הש"ס. הלכך לא משכחת האידינא טועה בשקול הדעת. אלא כל הטועה בדבר משנה הם טועים'.

כן סבר הראב"ד, וכתב על דברי בעל המאור: 'דאמת אמר החכם שאם טעה בפסקי הגאונים שלא שמע דבריהם, ואילו שמע היה חוזר בו באמת ובברור, זהו טועה בדבר משנה. וקרוב אני לומר, שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת הגאון, ולא כפירושו, גם זה טועה בדבר משנה. שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש הענין בדרך אחר כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת. וזהו דבר שאין נמצא'.

אך הרא"ש שם חלק עליהם: 'אני אין נראה לי דברים הללו, אלא כל מי שאין טעותו מתבררת מן המשנה או מן הש"ס מפורש בלי ספק – לאו טועה בדבר משנה הוא אלא בשקול הדעת... ומה שפסקו הגאונים אחר סתימת הש"ס מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מן הש"ס כסוגיין דעלמא הוי. ומאן דטעי ביה טעי בשקול הדעת ולא בדבר משנה'.

וחילק הרא"ש בין שלא ידע מדברי הקדמונים וכעת מבין שגה, לבין שחלק על דעתם בסברא ובראיות, וכתב שם: 'ואני אומר ודאי כל מי שטעה בפיסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם, וכשנאמר לו פסק הגאונים ישרו בעיניו טועה בדבר משנה הוא. ולא מבעיא טועה בפיסקי הגאונים, אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריהם לאו קטלי קני באגמא הן, ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע דבריהם ישרו בעיניו והודה שטעה, טועה בדבר משנה הוא וחוזר. אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיות לדבריו המקובלים לאנשי דורו. יפתח בדורו כשמואל בדורו... ויכול לסתור דבריהם כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס שסדר רב אשי ורבינא אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים... אן כלומר אם חדשנו דבר מדעתנו שלא נמצא לא במשנה ולא בגמרא ודיין שלא ידע דברינו ופסק בענין אחר וכששמע הדברים ישרו בעיניו כטועה בדבר משנה הוי וחוזר. אבל הדיין ההוא פשיטא שיש לחלוק על דבריהם דאמוראים האחרונים פעמים חולקין על הראשונים ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר, כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר. וכיוצא בזה מצינו, אין למדין הלכה מפי הש"ס אלא מדברי האמוראים אנו למדין פסקי הלכות. אף על פי שהתנאים היו גדולים יותר מהאמוראים'.

אומנם לא אמרו בעה"מ והראב"ד שלא ניתן להכריע בספיקות הגאונים והראשונים, אך אמרו שלא ניתן לומר סברא מנוגדת לנאמר בראשונים. וממילא לא יוכלו להכריע בספיקות שלא הוכרעו ע"י קדמונאי.

ג. האם ניתן לטעון 'קים לי' כאחת הדיעות

הש"ך בקונטרס תקפו כהן בסי' קכג מבאר מדוע לא ניתן להכריע את הספקות: 'ודע דבפלוגתא דרבוואתא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמועט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי. והוציאו כן מהא דקיימא לן אין הולכין בממון אחר הרוב... וכן כתב בתשו' מוהר"י ן' לב'. נמצא, שכיון שתמיד

הבעי"ד יכול לומר קים לי כדיעה החולקת, לא ניתן להכריע כאחת השיטות, ואין יכולת להכריע את הספק.

נתה"מ בקיצור כללי דיני תפיסה אות כ פסק כן: 'בפלוגתא דרבוותא. דהיינו במחלוקת הפוסקים שהיו אחר חתימת הש"ס, מהני תפיסה אפילו אחר שנוולד הספק, אפילו בטוען שמא, אפילו יש לו תביעה על חפץ ותופס חפץ אחר מהני התפיסה, ומכל שכן כשתופס חפץ עבור חוב. ויכול לטעון קים לי כהך פוסקים אפילו במיעוט הפוסקים כנגד רוב, רק שצריך לראות מה עוצם כוחם בחכמה ובמנין אם אין בטלים נגד האחרים. אבל ביחיד נגד רבים אינו יכול לומר קים לי.¹

אכן מובא שהמהר"ם היה רגיל לחוש לדין 'קים לי', כמובא בדר"מ בחו"מ בסי' כה: 'כתב המרדכי סוף כתובות הגהות מרדכי סי' רצ וז"ל, מצאתי מהר"ם היה רגיל לפסוק היכא שגדולים חולקים בדבר אי תפס אחד לא מפקינן מיניה, דיכול לומר לזה שכנגדו אייתי ראייה שהלכה כזה שפסק כנגדי'. וכפי שהעיד בשו"ת הרא"ש כלל א סי' ח: 'כך קבלתי מפי רבנא מאיר ז"ל, היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא, לא מפקינן מספק ואוקי ממונא אחזקתיה'. ויסוד לדברים כבר נמצא בתוס' בהמניח בב"ק בדף כז, ב 'שיכול המוחזק לומר למוציא אף על פי שהרוב מסייעך לא תוציא ממני ממון דקים לי בנפשאי שאני מן המיעוטי'.

מאידך, סבר המהרש"ל בהקדמתו ליש"ש בב"ק שטענת 'קים לי' תהפוך את התורה לכמה תורות, ואין זו דרכה של הלכה: 'ומתוך זה ניתן לבעל דין לחלוק, ולומר קים לי כחד מנהון, הספרדי כספרדים הצרפתי כצרפתים, וכל אחד בורר את שלו. ועם ועם כלשונו. וסובר התורה ירושה היא למשפחות. ולא זו הדרך ולא זו העיר'.

יתירה מכך, טענת 'קים לי' דוחקת את דרך הפסיקה מדורי דורות שביקשו להוכיח בראיות ובהיקשים את הדרך הישרה והפסיקה הנכונה, ולמצות את הדיון עד תום, שכן אין טעם לבירור זה, אם בפועל יש ליתן משקל לדעת החולקים בכל מחלוקת ולא להוציא ממון, כפי שכבר התקומם רבי יונתן

¹ והוסף וסייג: 'וכתב בתשובת חוות יאיר [סי' קס"ה] דבמקום שסתמו המחבר והר"ב בהג"ה ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אינו יכול לומר קים לי כפוסק אחר. ואם כתב הרמ"א ויש אומרים, יכול לומר קים לי. ובמקום שהכריע הרמ"א, מי שמורה למולו הוי טועה בדבר משנה. והוא הדין אם הרמ"א לא הכריע והסמ"ע והש"ך הכריעו. ובמקום שהסמ"ע והש"ך מחולקים, הלכה כהש"ך דהוא בתרא. אם לא שרואין שהש"ך העביר דרך על הסמ"ע. ואם הדין הכריע כאחד מהן בפלוגתא דרבוותא, אין השני יכול לטעון קים לי'.

אייבשיץ באורים ותומים תקפו כהן שם וצייד ביכולת להכריע ולפסוק במחלוקת ולא לאפשר לטענת 'קים לי' לפרוך את החלטה ופסיקה שיצוקה בראיות ובתימוכין כדרכה של תורה: 'ועכ"פ הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי ענין הנדון וצריך ישוב גדול. כי לולי זאת ח"ו תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעו"ה נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חו"מ ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים, וא"כ לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וח"ו תורתנו הפקר. ולכן צריך ישוב רב ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק, כיון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרוננו אחרי הדלת אין לחוש לו, וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א, ולדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם, כי קושיות רבות שהקשו עליהם אחרונים ותירצו בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה, ולאין ספק שלא כווננו להכלל כי איך היה אפשר לרב המלאכה מלאכת שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן ח"ו לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א'.

כן הביא הרדב"ז ח"ב סי' תתכח: 'שהדין בעצמו הוא חדוש גדול. שאם יש לדיין ראיות לפסוק הלכה כדברי החולק, או שדעתו נוטה לאחד מהם, למה יוכל אבעל דין לומר קים לי כשכנגדו. וכיון דחדוש הוא אין לך בו אלא חדושו... עוד אני אומר שאם הדיין מומחה לרבים והוא דעתו לפסוק כאחד מבעלי המחלוקת, לא מצי בעל הדין לומר קים לי כדברי החולק, אלא מוציאין ממנו בעל כרחו, דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו. והוי יודע דמצרים אתריה דהרמב"ם ז"ל הוא ולא מצי שום בעל דין לומר קים לי כפלוגי גאון נגד דברי הרב ז"ל, וכן כל המלכות כלו וכל ארץ תימן. וכן שמעתי שדנין בארץ המערב על פיו'.

בתשובות הגאונים בסי' שמז מבואר כן שבמקום הכרעת הדיין לא ניתן לומר קים לי: תשובות לבי גאונים חלוקות זו על זו וכל אחד מבעלי הדיינין או הדיינין נקט חדא מיניהי מאי עבדינן... במקום שיכולין לשאל את הדבר מבית דין הגדול שהוא קיים באותה שעה, שואלין ועושין כדבריו שנמצא הוא דן את

אותו הדין ואין לך אלא שופט שבימך... אבל בזמן שאי אפשר להעלות את הדבר לבית דין הגדול, ויש שתי תשובות לשני גאונים עושה הדין מה שהוא רואה ומה שהוא מכריע בלבבו, שאין לו אלא מה שענינו רואות. וכשנתלה בעל דין בתשובת הגאון האחד אין משגיחין עליו.

רבי יעקב חאגיז בשו"ת הלכות קטנות ח"א סי' קפב גם התנגד מאוד לאפשרות לטעון 'קים לי' ולמנוע הכרעה בספיקות: 'קים לי בגואי שאיני דן כזה, דא"כ בטלת כל החשן משפט מן העולם. ויש טענות הרבה כנגדו וחס ליה לזרעא דאבא אעפ"י שיצא מפי גדולים, וקורא אני בזה עד מתי אתה מכלה ממונם של ישראל ונותן יד לפושעים ולחמסנים, וחוששני שברוב הימים יבאו לבטל כל דיני הגמרא באומרם קים לי כהאי תנא או כהאי אמורא בטענה שהיא בלבי גלויה ומלבא לפומא לא גליא: אמר המני"ח כך מקובלני ממרי הרב מר זקני ז"ל כי בכל תחום א"י אין לומר קים לי נגד הרמב"ם ומוהריק"א ועל ראשם פי' רש"י ז"ל (עי' בח"ב סי' קי"ז) אשר הם המה אשר קבלו עליהם ועל זרעם אחריהם אבותינו וא"א גם בכל ערי ביסתן ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע וכל חד מינייהו אפי' באלף לא בטיל ולקבלת סברת הרמב"ם יש רמז בבדק הבית עי"ש. ומפיו שמעתי שבזמנו חזרו גאוני צפת תו' בחברת גאוני ע"ק תו' וחידשו תוקף הסכמה זו וקבלתה דלא יאמר אדם לחבירו קים לי נגד שום אי מהנז' וכן היה נזהר ומזהיר ודבר זה גלוי ומפורסם לרבים. אלא שבעונותינו כשרבו בעלי ההוראה בנפש רחבת ידים פשו להו טובא המורים כסברת היחיד מהפוסקים האחרונים כיון שהובא בדפוס כי באמת עונשיה מסתייה אם יבטל דברי אחד מעמודי ההוראה הנז' עפ"י סברת היחיד אם לא שהיחיד הזה יהיה מפורסם בראיותיו ודבריו שכל חכמי הדור יסכימו כמותו מחמת עומק פלפולו וראיותיו כי היכי דימטי ליה שיבא מכשורא'.

ד. האם על הדיינים לטעון 'קים לי' לבעל דין

נחלקו הפוסקים באם הדיינים מחויבים ונדרשים לטעון 'קים לי' לבע"ד, ולהמנע מהכרעה מחייבת;

א. החוות יאיר בסי' קסה כתב: 'גם כאשר הבעל דין אינו מכיר את השיטות החולקות, ואינו יודע באמת לומר קים לי כשיטה פלונית - בכ"ז על הדיינים לטעון קים לי בשבילו'. ברור דלאו דווקא דאמר קים לי, דלאו כ"ע דינא גמירא, רק הדיינים יפסקו כך'.

- ב. מנגד, החתם סופר חו"מ סי' קעג סבר שאם הבע"ד לא טענו 'קים לי', לא ניתן לומר 'קים לי' עבורם: 'ועוד הרי היורשים אינם טוענים קים לי, וכי יש לדיין רשות לעורר ולומר קים לי, לא תהיה כזאת בישראל'.
- ג. בשו"ת משאת בנימין סי' טו, שהש"ך הביאו בתקפו כהן בסי' ק סבר, שחייב הדיין לומר קים לי, אא"כ מוכרע לו הדין שאין לנקוט כשיטה כלשהיא: 'היאך נאמר שאם תפס היורש זכה ואין מוציאין אותו, דלא מסתברא כלל לומר היכא דבריר לן הלכתא כחד תנא, שיתפוס בעל דין ויאמר אנא קים לי כאידך תנא, דא"כ אין לדבר סוף. דבכולה תלמודא ובפסקי הגאונים, היכא דאיכא פלוגתא ואיפסקא הלכתא כחד מינייהו לא יועיל הלכתא, רק במקום שלא יתפוס אידך. אבל אי תפס, לא מפקינן מיניה. וזהו דבר שאי אפשר ואין הדעת סובל ובהדיא אמרי' בפרק חזקת הבתים הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי. ופי' רשב"ם משום דמספקא ליה הלכתא כמאן פסק בארעא כרבה היכא דקיימא ארעא תיקום ובזוזי פסיק כרב יוסף והיכא דקיימא זוזי לוקמיה ולא יוציא שום דבר מספק דהמע"ה ע"כ. משמע משום דמספקא לן הלכתא כמאן הוא דאמרינן היכא דקיימא תיקום, אבל אי הוה בריר לן הלכתא, לא אמרינן היכא דקיימא ליקום אלא הוה מוציאין מיד המוחזק'.

כן החזיק בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו: 'שבודאי האי כללא דקים לי לא נאמר אלא כשהדיין אשר הדין ההוא בא לפניו אינו מכריע מסברתו לחד מנהון, אבל כשהוא מכריע מסברתו יכול להכריע אפילו כיחיד נגד רבים ואפילו להוציא מהמוחזק'. והוכיח כן מהמשנה בעדויות פ"א מ"ה: 'ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין, שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמוך עליו, והביא את ביאורו של הראב"ד על משנה זו: 'ופירש הראב"ד ז"ל שאם יראה לבית דין שהלכה כדברי היחיד יקבע הלכה כמותו, והלכך כל אחד מחויב להרחיב דעתו ולחזק בראיות שהראיות יתנו עדיהן ויצדקו, ואם נכוחות וישרות הן יעוררו לב הדיין המשכיל על דבר אמת להכריע כמותו'.

כ"כ בנתיח"מ בדיני תפיסה קיצור כללי דיני תפיסה ס"ק כג: 'במקום שיכול לטעון קים לי. אז אם הוא מוחזק בהדבר מעיקרא שלא מחמת תפיסה, אגן טענינן עבורו קים לי, כי כללא הוא בספיקא דפלוגתא דרבנותא אין מוציאין מיד המוחזק. אבל בתפיסה צריך לטעון קים לי דוקא, אבל אגן לא טענינן עבורו. אבל כשמת אגן טענינן עבור יתומים קים לי'.

בשו"ת יביע אומר ח"ז חו"מ בסי' ב הביא משו"ת שאלת דוד לרבי דוד מקרלין שכתב, שאין לטעון קים לי אלא אם כן הבעל דין עצמו גדול בתורה ויש לו ראיות לחזק סברת הפוסקים המזכים אותו, אז יכול לטעון קים לי כנגד רוב הפוסקים, הא לאו הכי לא. ע"ש. והביא מדברי הפוסקים ומנהג בתי הדין אם לטעון כן, והביא את הברכי יוסף (סי' כה אות ח) וז"ל: וראיתי בכתבי הקדש להרב המופלא גדול הדור כמהר"ר יצחק הכהן זלה"ה שכתב, טענת קים לי הדיינים טוענים למוחזק, וא"צ שיטעון הבע"ד עצמו, וה"ט דמספיקא לא מפקינן ממונא, ולעולם אין מוציאים מן המוחזק אלא בראיה ברורה... והוסיף הברכי יוסף שם, שמהר"ש אבוהב בשו"ת דבר שמואל (סי' מא ומד) נסתפק קצת בזה, והרצה דבריו להרב רבינו עזריה פיגו בעל גידולי תרומה. והא לך לשון רבינו עזריה פיגו בתשובה כתיבת יד, דבטענת קים לי צדקו הפוסקים שהדיינים טוענים אותה בעד המוחזק, שכל שמן הדין הוא זכאי ואין בעל הדין יודעו מוטל על הדיין להוציא הדין לאמתו. וסיים מרן החיד"א שאף שמהר"ש הלוי למד מהכנה"ג (בכללי הקי"ל אות יח) שאם הבע"ד לפנינו ואינו טוען קים לי, אכן לא טענינן ליה, כבר כתבנו שהמנהג עתה שהדיינים טוענים קים לי למוחזק, אף על פי שהוא אינו טוען.

שאלתי את רבותי לגבי החיוב לטעון 'קים לי' לבע"ד, את סבי הגר"א קלר זצ"ל הגר"י רונטל זצ"ל, הגר"י גולדברג זצ"ל והגר"ש פישר זצ"ל והם סברו שיש לדיין לטעון 'קים לי' כשיטה רווחת בפוסקים, כשאין הכרעה רווחת לדינא. כלומר, מתחשבים בדיעה חשובה גם אם לא נפסקה, אא"כ נדחתה מדינא. מה מגדיר כשיטה דחוויה שאין לה משקל לטעון 'קים לי' כמותה, לא שמעתי מהם. ומסתבר שכדרכה של תורה, כל סוגיא לגופא.

ה. פסיקת השו"ע והרמ"א

מרן הב"י כתב שהכריע עפ"י רוב משלושה בעלי ההוראה בישראל, הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש. ואילו הרמ"א סבר שיש לפסוק כבתראי ולכך חלק על פסקי השו"ע. וצ"ע במאי פליגי.

ראינו לעיל שאין לומר קים לי היכא שקיבלוהו עליהו פוסק כלשהוא, ואפשר שראה הב"י לנכון להכריע ללא עוררין על הפוסקים שקיבלוהו עליהם גלילות בית ישראל. שכן כבר העיד לנו מרן הב"י בעצמו בשו"ת אבקת רוכל סי' לב: 'הרמב"ם ז"ל אשר הוא גדול הפוסקי' וכל קהלות ארץ ישראל והאראביסטאן והמערב נוהגים על פיו וקבלוהו עליהם לרבן, מי שינהוג כמוהו בקולותיו ובחומרותיו למה יכפוהו לזוז ממנו. ומה גם אם נהגו אבותיה' ואבות אבותיהם

שאינן לבניהם לנטות ימין ושמאל מהרמב"ם ז"ל... אינם יכולים לכוף למעוט הקהלות שנוהגים כהרמב"ם ז"ל לנהוג כמותם'. וכן הביא הברכי יוסף או"ח בסי' שמה: 'שאנו מקובלים מגאוני מצרים ומחכמי המערב שכל הקהלות מסוף המערב וארץ מצרים וארם נהרים וארם צובה ופרת ותימן, כלם קבלו להתנהג עפ"י חיבור הרמב"ם'. וכן הרא"ש התקבל ע"י קהילות בית ישראל כפי שהביא הב"י באו"ח בסי' נא בשם הר"י לוי ׳ חביב: 'גם מנהג ספרד שהחזיקו להרא"ש לרבן על פי זה הוא מיוסד', ובייחוד בקרב בני אשכנז מחוייבים גם לשמר את מנהגם, כפי שהעיד המהרי"ל בסי' צה: 'כתב הרא"ש בתשובתו ששאלוהו על עוף... כי יש מדינות שאוכלין אותו, והשיב שאין לסמוך עליהן, דמסורת אשכנז שהוא חסידה עדיף, שהתורה ירושה להם מאבותיהם, הלכך ניסמי מסורת אחרוני מקמי מסורת דידן'.

אכן הב"י בהקדמתו לטור מפרט מדוע ראה לנכון לסמוך עוגן על עמודי הוראה אלו: 'ולכן הסכמתי לסמכו לאחד מהפוסקים המפורסמים. ועלה בדעתי לסמכו לספר הרמב"ם ז"ל להיותו הפוסק היותר מפורסם בעולם. וחזרתי בי מפני שאינו מביא אלא סברא אחת והייתי צריך להאריך ולכתוב סברות שאר הפוסקים וטעמם. ולכן הסכמתי לסמכו לספר ארבעה טורים שחבר הרב רבינו יעקב בן הרא"ש ז"ל כי הוא כולל רוב דעות הפוסקים'. וכן פירש הב"י בהמשך דבריו שם: 'ולכן הסכמתי בדעתי כי להיות שלשת עמודי ההוראה אשר הבית בית ישראל נשען עליהם בהוראותיהם הלא המה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל אמרתי אל לבי שבמקום ששנים מהם מסכימים לדעת אחת נפסוק הלכה כמותם אם לא במקצת מקומות שכל חכמי ישראל או רובם חולקין על הדעת ההוא ולכן פשט המנהג בהיפך'. ואכן מהמשך דבריו נראה שכל מקור השראתו לפסוק כמותם הינו מכח קבלת ישראל את פסיקתם: 'ואם בקצת ארצות נהגו איסור בקצת דברים אף על פי שאנו נכריע בהפך יחזיקו במנהגם, כי כבר קבלו עליהם דברי החכם האוסר, ואסור להם לנהוג היתר'.

מאידך, סבר הרמ"א לסמוך על בתראי, עפ"י פסיקת עמודי הוראה אלו.

הנה הרי"ף בעירובין בדרף לה: מדפי הרי"ף כתב כלל גדול בדן, לפסוק כבתראי, שכן ידעו מדברי קמאי: 'דכיון דסוגיין דגמרא דילן להתירא לא איכפת לן במאי דאסרי בגמרא דבני מערבא דעל גמרא דילן סמכינן דבתרא הוא ואינהו הוי בקיאי בגמ' דבני מערבא טפי מינן ואי לאו דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לאו דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו'.

הרא"ש במסכת סנהדרין פ"ד: 'ואדרבה אנו תופסין דברי האחרונים עיקר כיון שידעו סברת הראשונים וסברתם והכריעו בין אלו הסברות ועמדו על עיקרו של דבר. וכיוצ"ב מצינו אין למדין הלכה מפי הש"ס אלא מדברי האמוראים אנו למדין פסקי הלכות. אף על פי שהתנאים היו גדולים יותר מהאמוראים'.

הרי שדרך פסיקתם לפסוק כבתראי – היה למורה הלכה לרמ"א כפי שהעיד ובאר בהקדמתו: 'ידוע שהרב המחבר בית יוסף, בטבעו אל הגדולים נכסף, ופסק הלכה בכל מקום על פי שני ושלושה עדים, המה הגאונים הנחמדים, הרי"ף והרמב"ם והרא"ש בכל מקום ששנים מהם לדעת אחת נצמדים, ולשאר רבוותא אדירי התורה לא חש עליהם, רק במקום גדולים עמד לפסוק הלכה כדברי שניהם, ואף כי הם קמאי ולא בתראי ולא חש לדברים שזווחו בו קמאי דקמאי, הלא הרי"ף שפסק סוף פ"ב דעירובין והסכימו עמו רבים לפסוק הלכה בכל מקום כבתראי ולא לחוש לדברי קמאי, ואפילו במקום הרב אצל התלמיד, וכן פסקו האחרונים תמיד, ובראשם מהרי"ק ומהרא"י בתשובותיהן הנעימות, אשר בהן האירו כל מחשך וגילו כל תעלומות, וע"י זה הדבר סתר כל המנהגים אשר באלו המדינות, אשר רובם בנוים על הכלל הזה בפשיטות ותמימות, ואין מפקפקים אחר דבריהם, ולכן לא רציתי ג"כ לחלוק עליהן, וכתבתי אצל כל דבר הכי נהוג, וטעמי ונמוקי עמי... בענין פסק הלכה בכל מקום שמנהגי בני אשכנז ובני הגלות הלז אשר מבני צרפת אינן נוהגין כדבריו... כל דין מסודר בסדר נאה וקצר על פי מקומו הראוי לו נכלל בחבור זה הנקרא דרכי משה'.

כן הורה החכם צבי בסי' סא שיש לתפוצות אשכנז לנהוג כדעת הרמ"א: 'עתה בזמנינו זה שזכינו לדברי הרב הגדול בעל המפה ז"ל ונהגו כמותו בכל תפוצות אשכנז ופולוניה ובודו"ץ מכללם והרב ז"ל פסק בהדיא דאם תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפי' אם נתנו לו הישראל בטעות ואח"כ נודע לו צריך להחזיר לו ולהיות שאין כאן תפיסה אין צורך להאריך בה'.

ו. עדיפה פסיקה מסברא או ממסורת

מצאנו לכאורה מחלוקת קמאי האם יש להעדיף לעיין בתשובות הגאונים הקדמונים בכדי לפסוק במקרה שלפניך, או שיש להעדיף את כח העיון והסברא האישית למצוא היקש וראיה לפסוק בדין שלפנינו.

בשו"ת הר"י מגאש בסי' קיד נשאל כן: 'שאלה מה יאמר אדוננו באיש שלא קרא מעולם הלכה עם רב, ואינו יודע דרך הלכה ולא פירושה ולא קריאתה, אלא שהוא ראה הרבה מתשובות הגאונים ז"ל וספרי הדינים... גם הרבה מן

הגאונים הורו בתשובותיהם על שאלה אחת, ואח"כ חזרו בהם מאותה הוראה או השיגו אותם אחרים בכך. ואם איש שעיקר ידיעתו בתשובות אלו, ואינו מבין הצדק מהם מבלתי הצדק, אם יוכל להורות בענין אחד או בנדון אחד ויפסוק הדין בו, ואפשר להיות שאותה שהורה ממנה כבר חזר בו המורה בה, ומי שאינו מבין עיקר הדין ולא מאיזה מקום יצא מן התלמוד אם הוא מותר להורות או אם ראוי לסמוך עליו בשום דבר'.

והשיב הר"י מגאש: 'תשובה דע שהאיש הזה ראוי יותר להתיר לו להורות מאנשים רבים קבעו עצמם להוראה בזמננו זה, ורובם אין בהם אפי' אחד משני דברים אלו, רצוני לומר הבנת ההלכה והעמידה על דעת הגאונים ז"ל. ואותם שמדמים להורות מעיון ההלכה ומחוזק עיונם בתלמוד, הם שראוי למנעם מזה, לפי שאין בזמננו זה מי שיהי' ראוי לכך ולא מי שהגיע בחכמת התלמוד לכלל שיורה מעיונו מבלי שיעמוד על דעת הגאונים ז"ל. אבל מי שמורה מתשובות הגאונים וסומך עליהם, ואף על פי שאינו יכול להבין בתלמוד, הוא יותר הגון ומשובח מאותו שחושב שהוא יודע בתלמוד וסומך על עצמו. שהוא אף על פי שהוא מורה מסברא בלתי אמתות מראיות הגאונים ז"ל, מ"מ אינו טועה בזה, לפי שהוא מה שעשה ע"פ ב"ד גדול מומחה לרבים עשה. ומי שמורה מעיונו בהלכה אפשר שהוא חושב שאותה הלכה מחייבת אותה הוראה, והיא אינה מחייבתה והטעהו עיונו או טעה בפירושה. ואין בזמננו זה מי שיגיע בתלמוד לגדר שיוכל לסמוך להורות ממנו... עד שאני אומר שמי שאינו סומך על עצמו אם הוא נתלה בתשובות הגאונים ובהוראתם שהם הלכות פסוקות וסברות קצרות ברורות, הוא יותר משובח מאותם המדמים להורות מן התלמוד'.

מנגד סבר המהר"ל בנתיבות עולם פט"ו ובאר עפ"י הגמ' בסוטה בדף כב. המגנה את אלו שמורין הלכה מתוך משנתם, ואמרה שהם מבלי עולם: 'כי עיקר התורה כאשר הוא מורה הלכה למעשה, ודבר זה ראוי שיהיה יוצא מן התורה אשר התורה היא שכלית, ודבר זה הוא התלמוד שהוא שכלי ומזה ראוי שיהיה יוצא ההלכה למעשה, ודבר זה בודאי קיום העולם שעומד על התורה, ולפיכך התנאים שמורים הלכה מתוך המשנה הם מבלי עולם... ואלו ידעו המחברים כי החיבורים ההם יהיו גורמים שיהיו עוזבין את התלמוד לגמרי ויהיו פוסקים מתוך החיבורים, לא היו מחברים אותם. כי יותר ראוי ויותר נכון שיהיה פוסק מתוך התלמוד ואף כי יש לחוש שלא ילך בדרך האמת, ולא יפסוק הדין לאמתו שתהיה ההוראה לפי האמת, מ"מ אין לחכם רק מה שהשכל שלו נותן ומבין מתוך התלמוד, וכאשר תבונתו וחכמתו תטעה אותו,

עם כל זה הוא אהוב אל השי"ת כאשר הוא מורה כפי מה שמתחייב מן שכלו, ואין לדיין רק מה שענינו רואות, והוא יותר טוב ממי שפוסק מתוך חיבור אחד ולא ידע טעם הדבר כלל שהולך כמו עיור בדרך'.

כן באר המהרש"א בחידושי אגדות בסוטה שם: 'וכדמסיק שמורין הלכה מתוך משנתן בלא שימוש ת"ח... ובדורות הללו אותן שמורין הלכה מתוך שו"ע והרי הם אין יודעין טעם הענין של כל דבר, אם לא ידקדקו מתחלה בדבר מתוך התלמוד שהוא שימוש ת"ח וטעות נפל בהוראותם, והרי הן בכלל מבלי עולם ויש לגעור בהן'.

הרי שיש לפנינו מחלוקת. לדעת המהר"ל והמהרש"א עדיף לברר הלכה מתוך עיון וסברא ואין לדיין אלא מה שענינו רואות, ואילו לר"י מגאש עדיף לפסוק מפסקי הגאונים ממה שיברר בעצמו ההלכה מתוך התלמוד.

וראה בשו"ת להורות נתן בהקדמתו לח"ב שביקש לומר שלא פליגי הדיעות, ובאר את כוונת ההדרכות דלעיל כך: 'אמנם באמת נראה כי אין דברי רבותינו סותרים זה את זה, כי המהר"ל ז"ל מדבר מסדר הלימוד כפי שהיה ראוי להיות לכתחילה, דלענין סדר הלימוד האמתי ודאי דהכל מודים שהעיקר לברר את ההלכה ממקורותיה הראשונים דהיינו מהתלמוד, וכאשר עשו כן כל רבותינו הראשונים ז"ל ובכללם הר"י אבן מיגאש ז"ל. ברם דברי הר"י אבן מיגאש אמורים במי שלא הגיע בחכמת התלמוד לכלל שיורה מתוך עיונו והוא עלול להשתבש, על כגון דא כתב דמוטב שיורה מתוך הלכות פסוקות של הגאונים, והוא משובח מאותן המדמים לפסוק מן התלמוד ואין דמיונם עולה יפה. ובזה גם מהר"ל מודה, שהרי הוא מסיים דבריו שבדור הזה שאינם בקיאים בתלמוד אין אנו ראויים לפסוק הלכה. ואף שהמהר"ל כתב דיותר נכון לפסוק מתוך התלמוד גם אם יש לחוש שלא ילך בדרך האמת ויטעה מ"מ אין לחכם אלא מה ששכלו נותן - הנה דבריו ז"ל אמורים כלפי חכם מובהק שיגע ומצא כדי מדתו והגיע למעלת ההוראה והוא מוחזק בעיונו שהוא אמת, אלא שלפעמים עלול להשתבש כי שגיאות מי יבין, על זה אמר שאין לדיין רק מה שענינו רואות ולא יחשוש שמא השתבש'.

ז. תפיסה בספק הש"ס

הנפק"מ לשאלה אם ניתן להכריע בספיקות הש"ס וברבוותא הינה, באם מהני תפיסה במצבי הספק.

בספק 'תיקו' שבש"ס: נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה היכא שנותר הש"ס בתיקו, ואין יכולת להכריע כאחד הצדדים; הרי"ף בב"ק בדף יט. הרמב"ם (בהל' נזקי ממון פ"א הי"א, ופ"ב הי"ה, ופי"ג הי"ד, ופי"ב הי"א, והל' גניבה פ"ב הי"ב, ופי"ד הי"ז, והל' חובל ומזיק פ"ד הי"א, ופי"ח הי"ז, והל' מכירה פי"ג הי"י, ופי"ח הי"ה, והל' שאלה פי"ח הי"ו), הסמי"ג עשין ריא והגהות מיימוניות (פ"ח מחו"מ אות ח) פסקו שמהני תפיסה.

ואילו הר"י והתוס' בכתובות בדף כ,א בד"ה ואוקי והרא"ש סברו שתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא.

ז"ל הרא"ש בב"מ פ"א סי' יג: 'דתפיסה לא מהניא אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה אפילו אחר שתפס אין לו אלא טענת שמא הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא'. וכן כתב רא"ש בב"ק פ"ב בסי' ב: 'כיון שעלתה בתיקו והוא מוחזק הלכך אין נפקותא בבעיא זו... מיהו תימה כיון דספיקא דדינא הוא מאי מהניא תפיסה, כיון דלא איפשיט הבעיא אוקי ממונא בחזקת מריה ושלא כדין תפס, ודמיא לההיא דפ"ק דבבא מציעא גבי ספק בכור... וכן נוטה דעת רבינו יצחק בעל התוס' ז"ל בפ"ב דכתובות. הלכך נראה... אפילו אם תפס... מפקינן מיניה'.

כן סבר בשו"ת הרשב"א ח"א סי' שי: 'צללת במים אדירים. ואולם פשוטן של דברים ענין מבואר ומאמרים ברורים. ספק בכור זה שנולד בעדרו של ישראל. כל שלא נתברר שהוא בכור אינו חייב ליתנו לכהן... והלכך כשתקפו כהן הוא דמוציאין מידו דאפילו כהן בעצמו אינו יכול לטעון בו ברי אלא שמא'. סברו שתפיסה לא מהניא בספיקא דדינא. שכן התפיסה מבוססת על הכרעה שלא ניתן להוציא ממון. אך אם הספק לא יכול להיות מוכרע, ממילא אף יוציאו את החפץ התפוס מהמוחזק.

אך הש"ך נימק זאת בטעם אחר, כפי שמובא בקיצור תקפו כהן בסי' סג: 'והטעם דכל ספיקא דתיקו הוי לאחר הספק, דספק נולד בימי הש"ס'.

ח. נחלקו הראשונים אם מהני תפיסה בספק הפוסקים

המהרי"ק בשורש קסא סבר דמהני תפיסה, וראיתו מר' שמואל ב"ר ברוך דפוסק בנדונית חתנים דנחלקו ר"ת ורש"י ואין בדורנו מי שיכריע, ומכל מקום פסק דאם תפס החתן משל חמיו לא מוציאין, ש"מ דמהני. והבדיל מתפיסה במקום שיש תיקו, שכן יכול לומר כטענת ברי שסומך על הנך רבוותא דסברי

הדין אתו עמו, וכ"כ התוס' הך סברא בפרק המדיר (כתובות עו: ד"ה על בעל) בשמעתיה דמומין, בשם ריב"א, דהוי כמו ברי.

אך התרוה"ד בסי' שכא סבר שאין לחלק בין תפיסה בתיקו לתפיסה בפלוגתא דרבוותא, ולא מועילה תפיסתו במקום הספק: 'מסקנא דמלתא בני"ד... דתפיסה לאחר שנולד הספק בספיקא דדינא, לא מהני כמו שביארנו'. וכן חזר ע"כ התרוה"ד בסי' שנב: 'ובני"ד, בפלוגתא דרבוותא לא שייך ה"ט דמי יעיד לנו שהלכה כדבר פלוני או כדבר פלוני, לכך בעינן למעבד חלוקה'.

הש"ך נקט כמהרי"ק דמהני תפיסתו במקום ספק דרבוותא, מכמה אנפי; א. הוי טענת ברי, כמו דהוי ברי הטוען עפ"י ע"א ושני עדים אף דהוא לא ידע כלל. ב. כיון דהרשות לדיין להכריע בין הפוסקים, א"כ כל כמה דלא נפסק הדין והכריע, לא נולד הספק מקרי, דאולי יכריע הדין כהך דתופס, ואם כן תפיסה קודם שנולד הספק מיקרי. ג. מועילה תפיסה בכל מקום מדין 'עביד אינש דינא לנפשיה'. ולא ראה בתפיסה כדין כל דאלים גבר.

כן נקט הש"ך בסי' קעה סק"ב לדינא, כאשר ישנה מחלוקת בין הדיינים וכבר תפס צד אחד: 'כל היכא דאירע עובדא כה"ג שדיין א' פסק כך ונתן החציה ליורשי' גדולים ואח"כ פסק דיין אחר להפך, הוי ספיק' דדינא. אי הגדולים צריכים ליתן לקטנים וכדפי', ואי תפסי קטנים מן הגדולים, לא מפיקנן מנייהו. וכן בכל דוכתא היכא דאירע כה"ג כן נ"ל'.

ברם רבי יונתן אייבשיץ באורים ותומים ב סימן קכג חלק עליו וביאר אימתי איכא יכולת לטעון קים לי בספיקא דרבוותא: 'מה שכתב דיכול לטעון קים ליה אפילו במיעוט הפוסקים במקום דרוב חולקים, אמת שכן כתבו רבים מהמחברים... אבל נראה הענין בתוס' כך, דודאי כך קבלה בדיני ממונות מבלי להוציא ממון מיד מוחזק בספק, וזהו כלל גדול בדין הממע"ה אפילו במקום רוב... ואם הדין כן, בואו ונצוח על רבינו הגדול הבית יוסף שפסק בשו"ע חשן משפט הלכה פסוקה כרוב, ונשען כמו שכתב בהקדמת ספרו על רוב בנין ומנין, ואיך לא חש כי המוחזק יכול לומר קים ליה. ואף הרמ"א לא הגיה רק במקום שרבים חולקים בעלי תוס' וסייעתם אשר מימיהם אנו שותים, אבל אם נאמר כדברי הפוסקים הללו, ממש בכל חו"מ אין כאן הלכה פסוקה אחד מאלף, ואיך עשה רבינו ב"י כן, הלא לא הכריע בעוצם הראיה, רק מכח רוב, והלא לא אמרינן כן בדיני ממונות, ולכן לענ"ד צריך ישוב גדול בזה כי אין למחברים בזה מקום לסמוך'.

ועכ"פ הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי ענין הנדון וצריך ישוב גדול, כי לולי זאת ח"ו תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעו"ה נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חו"מ ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים, וא"כ לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וח"ו תורתנו הפקר, ולכן צריך ישוב רב ובפרט דין שנזכר בשו"ע, והמתבר והרמ"א השמיטו דעת החולק, קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק, כיון שהרב ב"י ורמ"א שמו זכרונו אחרי הדלת אין לחוש לו, וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האומר במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א.

ולדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם, כי קושיות רבות שהקשו עליהם אחרונים ותירצו בדרך חריף ועמוק, וכמו כן כללו במתק וקוצר לשונם דינים הרבה, ולאין ספק שלא כוונו להכל כי איך היה אפשר לרב המלאכה מלאכת שמים שהיה עליהם, ומי הוא הגבר שיעשה חיבור על כל התורה לקוח מכל דברי הראשונים ואחרונים ולא יכבד עליהם מלאכה מלאכת שמים, רק רוח ה' נוססה בקרבם להיות לשונם מכוון להלכה בלי כוונת הכותב, וחפץ ה' בידם הצליח. ולכן ח"ו לומר קים ליה נגד הכרעת המחבר ורמ"א... וכן מצאתי בתשובת חות יאיר... דלא מצי לטעון קים ליה נגד הפשט השו"ע והרמ"א.

אך בקונטרס הספיקות כלל ו אות ו, לרבי יהודה אחי הקצוה"ח, הסכים עם הש"ך, שמהני לומר קים לי, וסבר שאין כאן פסיקה של רוב שיש לקבלה ללא עוררין, שכן לא ישבו יחדיו לברר הדין, ואין לילך בתר הרוב בכה"ג. ומה שפסקו כדעת הרמ"א ללא חולק, הוא רק מטעם שקיבלו עליהו הציבור את פסקו, אבל במקומות אחרים לא יחייב פסקו: יולי נראה בטעמא דהאי מילתא על פי מה שכתב הרדב"ז [ח"ד סימן אלף קפ"ז], דלא מהני קים לי אלא היכא שלא קיבלו עליהם לדון כפי פוסק ההוא, אבל במקומות שנהגו לפסוק כהרמב"ם או הרא"ש אין לומר קים לי כנגדם, ולפי זה אפשר דבחד אפילו נגד שנים נהגו שלא לפסוק כוותיה, משום הכי המוחזק אינו יכול לומר קים לי כוותיה. והכי משמע מלשון מוהרי"ק בשרש קמ"ט שכתב ז"ל, ופשיטא... ואפילו תפס הוי מפקינן מיניה. וזה פשוט לכל מאן דנחית לעומקא דדינא דלא גרע מהיכא דסוגיא דעלמא כחד דאזלינן בתריה, ע"כ.

כן הרדב"ז ח"ד ס"י קטז (אלף קפז) סבר שאמרינן קים לי כשלא קיבלו עליהם פוסק כלשהוא, אך אם קיבלוהו עליהם לא יוכלו להשמט מדעתו ולא יאמרו

קים לי כנגדו: 'ועוד אני אומר דעד כאן לא קאמר מהר"ר יוסף קולון בשם המרדכי דמצי למימר קים לי כפלוגי להחזיק הממון בידו, אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפלוגי פוסק, או שלא נהגו לדון כאחד מן הפוסקים. אבל היכא דנהגו לפסוק כדעת הרמב"ם ז"ל כי אתרין, או כדעת הרא"ש ז"ל כי אתרייכו, לא מצי למימר קים לי כפלוגי, שהרי כל השטרות וכל ההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והיו כאלו קבלוהו עליהם שאין לסופר לכתוב את השטר לדעת כל הפוסקים מפורסמים או בלתי מפורסמים... דאי לא תימא הכי, לא שבקת חיי לכל בריה, דאפילו שהוא חכם גדול לא תקיף ידיעתו לכל הפוסקים כי אפשר שיש פוסק א' שהוא לא ראה ויאמר בעל הדין קים לי כאותו פוסק. אלא ודאי כיון שנעשה השטר לדעת אותו פוסק שנהגו לפסוק כמותו, תו לא מצי אידך למימר קים לי כפוסק אחר, ודוק'.

ט. המוחזקות מכח הספק

ראינו לעיל מחלוקת הראשונים אם מהני תפיסה בעת הספק. ויש לבאר מכח מה המוחזק תופס בחפץ, ועד כמה תפיסתו מהווה כבעלות על שבידו.

הגמ' בב"מ בדף ו: הסיקה עפ"י דברי רבה שתקפו כהן מוציאין מידו. כלומר לא מועילה תפיסה, וכך נקטו הר"י, התוס' והרא"ש שלא מהני לתפוס בעת הספק. אך הרמב"ם בהל' בכורות פ"ב ה"ו וכן בפ"ה ה"ג הבין שלא מוציאין מיד הכהן, כלומר מהני תפיסה במקום הספק עפ"י דברי רבי חנינה, וכן משום הכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה, כפי שבארו הרשב"א בשו"ת ח"א סי' שיא.

והקשה החמדת שלמה בסי' א מדברי הגמ' בב"ב בדף פא: שאם קנה שני אילנות בשדה חבירו ויש ספק אם קנה גם את הקרקע, שמביא ביכורים ואינו קורא, שכן לא מוציאין את קרקע מידי המוכר בשל הספק, ולא אמרינן שהקרקע של הלוקח, אך הלוקח צריך לנהוג בפירות כביכורים. והלא, אף אם הלוקח יתפוס הקרקע יוציא מידו, ומדוע צריך לנהוג בפירות כביכורים?

עוד הקשו האחרונים, המאיר לעולם בסי' יד והקובץ הערות סי' עא מדברי הגמ' בגיטין בדף מב: שדנה על עבד כהן שרבו הפקירו אך עדיין מעוכב גט שחרור, ואין לרבו בעלות ממונית אלא רק קנין איסורי, אם אוכל בתרומה. וביקשו לפשוט מהנאמר לגבי כהנת שתערב וולדה עם שפחתה ששניהם אוכלים בתרומה ממה-נפשך, או שהוא כהן או שהוא עבד. נמצא, שאף שאין לכל אחד מהם זכות ממונית על השני, אכתי אוכל בתרומה. ותימה, הלא כיון שאין אחד מהם יכול לתפוס, אזי אינו ממונו, וכיצד הוא אוכל בתרומה.

י. מהות התפיסה בעת הספק

החמדת שלמה שם חילק כפי שבארו הקהלות יעקב בב"מ סי' יא בין ספקא דדינא לספק במציאות. ספק בבכור הוא ספק מציאותי לכן יותירו אותו אצל בעליו הישראל שהוא המרא קמא שלו, ואם יתפוס הכהן יוציאו מידו. אך בספק הקרקע בשני אילנות הינו ספק בדין, וחזקתו של המרא קמא הורעתה. והביא משנה למלך בהל' שכירות פ"ז ה"ב שספיקא דדינא הוא כתרי ותרי ואין להעמיד בידי המר"ק (לדעת הקהילות יעקב לכו"ע הדין כן בספקא דדינא). בטעם הדין באר רעק"א בשו"ת בסי' לו משום שבכח חזקת המר"ק להכריע ולבאר מי הבעלים כשיש ספק מציאותי אך אין בכוחה להכריע את הספק בדין. ויש לתמוך דבריו בדברי התוס' בב"ב בדף לב: בד"ה והלכתא: 'וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא, דהא דלא אוקמה בחזקת מרה קמא כמו בנכסי דבר שטיא... התם הוו תרי ותרי כמאן דליתנהו דמי ואוקמי' ארעא בחזקת מרה קמא, אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מרה קמא ונוציא מיד המוחזק'. והמאיר לעולם נקט שבספק מציאותי פעמים שאכן דינו כד ופעמים כד, אפשרו להכריע עפ"י המר"ק, אך בספק בדין הלא תמיד הדין שווה, וכיצד נאפשר למר"ק להכריע (הקושיא השניה לא תתיישב בכך, שכן הינה גם ספק מציאותי כמו בבכור. ומאיר לעולם יישב בחידוד, שאם נחמיר על אחד שלא לאכול תרומה, משום שאינו קנין כספו ואינו עבדו, אזי יהיה הוא כהן, וממנ"פ יאכל בתרומה). למדו מכך, שהתפיסה בספק מציאותי הינה מכריעה את הספק ומחזיק בו כוודאי, לעומת תפיסה בספק בדין שהיא הנהגה מעשית במצב הספק.

הנתיחה"מ שהובא בחמדת שלמה הקדים לשאול מדוע יש לספיקות דין וודאי בדיני איסורים, כלומר מדוע נכנסים הספיקות לדיר להתעשר כוודאי. הלא נשאר הספק ביד הישראל רק מכח היותו מוחזק בו ומדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואינו גזירת הכתוב, אלא סברא להותירו בידו הישראל, וכיצד מכניסו לדיר להתעשר כוודאי? ע"כ שכיון שנפסק המוציא מחבירו, מתייאשים הבעלים בהעדר יכולת לברר לעולם, ושפיר זוכה בו הבעלים הישראל וברשותו כבוודאי, וכבר אינו ספק. וכיון שבקרקע אין ייאוש, נותר בספק גמור, ושפיר מביא ואינו קורא. לדבריו, המוחזק בעת הספק אינו מוחזק כוודאי, אא"כ מדיני הייאוש זוכה בו.

כן עולה מתירוצו השני של החמדת שלמה, שרק לגבי מתנות כהונה נאמר שלא מהני תפיסתו של הכהן, כיון שהוי ממון שאין לו תובעים ומעולם לא זכו בו הכהנים. אך בשאר ספקות ממון יש צד ששייך לצד שכנגד, ולכן כל תפיסתו אינה אלא בספק. וא"כ אם השני יחטוף ויקדש אישה בממון המסופק, היא תהיה ספק מקודשת. נמצא, שכל המוחזקות הינה מוטלת בספק.

מעין זה באר הזכר יצחק בסי' נד שאין הכהן יכול לתפוס משום שזכותו נובעת מהקנאת התורה את המתנות כהונה, ואם ישנו ספק ואין הקנאת המתנה, ליכא דררא דממונא לכהן, ולהכי מוציאין מידו. ברם בשאר ספק בהקנאת המוכר ב' אילנות הלא אין הבעלות נגזרת מהספק, ואפשר שאכן מכר את הקרקע כבר, ועל כן נותר הספק על כנו, אף אם הינו מוחזק בדבר.

הדברי חיים אורבאך, דיני חמץ בסי' ב הבין שאף שלא מהני להוציא מיד המוחזק, ומוציאין מידי התופס, אין זה מדין בעלות וודאית של המוחזק. ואין בכח חזקת המר"ק להכריע את הספק, ולא לעשותו וודאי. אלא כיון שנותר בידו של המוחזק, זוכה בו בזכייה מחודשת, ולהכי מוציאין מידו של הכהן. והקי' בשערי יושר שער ה פ"ו דלדבריו זוכה ישראל בספק בכור מדין זכיה מחודשת, והלא דין הוא לפטור את הלקוח מבכורה ואינו מתעשר כלל.

השערי יושר בריש שער ה הביא את קושיית מהר"י באסן כיצד מחזיק בממון המסופק ואינו חושש לגזל רעהו. ומאן ביישובו של המהר"י באסן שבממונות לא שייך להחמיר כמו באיסורין, ולא רוצים ליתן לתובע לעבור על ספק גזל, ולהכי מעדיפים להותירו ביד המוחזק. וכן לא קיבל את יישוב התומים בקיצור תקפו כהן סי' כג ס"ק מג שלא אסרה תורה אלא את הגזל הוודאי ולא את הספק. ויישב עפ"י קונטרס הספיקות פ"א סי' ו: 'ויראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרה עליו התורה, והלכך ספק ממון שהדין בו המוציא מחבירו עליו הראיה, גם דררא דאיסורא לית בה כשאינו מחזירה'.

הגר"ש שקופ באר שאיסור גזל הינו לקחת ולהוציא ממי שזכאי בממון עפ"י מעמדו המשפטי. כלומר, תחילה יש לדון ולנתח את ההגדרה הממונית, מי הינו בעלים של הממון, ואז להחיל את האיסור 'גזל' על מי שמוציא ממנו: 'וביאור ענין זה הוא לעני"ד על פי הקדמה כללית, דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה. דבכל המצוות הוא מה שהזירה לנו תורה בעשה ול"ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות

ה', ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, דהרי אף אם קטן הוא הגזול דאינו בר מצוות, מ"מ מוטל על ביי"ד להציל עשוק מיד עושקו לכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו. ועוד כלל עיקרי בזה דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ...

והנה הלאו של איסור גזל הוא, שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חברו, וכן לא יעשוק שכר שכיר מה שעל פי משפט התורה הוא חייב לשלם, ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון תחת ידו על פי משפט התורה לאיסור גזל, אם הממון הוא שלו על פי משפט התורה איזה איסור גזל אפשר בזה, דהלאו של לא תגזול הוא לאו כללי דאסור לגזול משל חברו מה שהוא שלו... ולפי"ז נלענ"ד ברור דספק גזל אסור מה"ת ככל ספק איסור תורה, אלא דספק גזל הוא דבר רחוק מן המציאות, דבכל ספק ממון הורו לנו חכמים איזה משפט על פי תורת המשפטים, וכיון שאיכא בזה איזה דין משפטי, כבר ליכא ספק איסור גזל, אלא או שהוא ודאי גזל או שהוא ודאי היתר, דאם יתפוס התובע במקום שנפסק הדין דלא מהני תפיסה, הוא גזל ודאי, ובמקום דמהני תפיסה הוא ודאי היתר, וספק גזל היכא דליכא בזה שום משפט דיני ממונות כגון לגזול מאיש שהוא ספק נכרי ספק ישראל למ"ד גזל נכרי מותר, בכה"ג יהיו ספק איסור ככל איסורי תורה, דבכה"ג אינו ענין כלל לדיני המשפטים. נמצא לדבריו, שהמחזיק תופס בעת הספק בתורת וודאי, אך לא כוודאי מחמת בירור העבר וכהתבהר הספק, אלא כאמת ובעלות משפטית מוחלטת.

והמשיך הגר"ש שקופ שם פ"ו לבאר שלא רק לגבי איסור גזל לא אזלינן בתר האמת כלפי שמיא אלא עפ"י הידוע לנו, אלא בכל התייחסות של בעלות ממונית יש לבחון עפ"י הידוע לך. אך ישנן מצוות שחלות עפ"י מה שגליא כלפי שמיא. ובכך יישב את הקושיות מהגמ' דלעיל, שכן חיוב בביכורים והיתר אכילה בתרומה חלים לפי מה שכלפי שמיא גליא, ושפיר מוכרח להביא הביכורים בעת הספק ולאכול בתרומה. אך הבעלות על הקרקע תהיה לפי גדרה שידועה לנו, ולדין המוציא מחבירו עליו הראיה מותרת אצל המוחזק.