



נייר עמדה מס' 14

בנושא:

הכרעה במחלוקות בימינו

כתיבה:

הרב הלל גפן

עריכה וסיוע:

הרב אהרון פלדמן

הרב עדו רכניץ

לעילוי נשמת יצחק צבי רכניץ ז"ל

שבט תשע"ט

המסמך אינו משקף בהכרח את עמדת המכון

תוכן עניינים

3.....	תקציר	א.
4.....	מבוא	ב.
7.....	התגברות על טענת קים לי	ג.
8.....	פסיקה לאשכנזים וספרדים	ד.
9.....	הכרעה על פי רוב	ה.
11.....	הכרעה על פי מנהג בתי הדין	ו.
14.....	הכרעה על פי מנהג ישראל	ז.
15.....	הכרעה על פי חוקי המדינה	ח.
17.....	סיכום	ט.

א. תקציר

1. מאז ביטול הסנהדרין אין מוסד שמוסמך להכריע מחלוקות עבור כלל ישראל.
2. הש"ך פסק כי במקרה של מחלוקת, אין אפשרות להוציא ממון מיד המוחזק (קים לי), גם אם רוב הפוסקים נקטו בדעה שניתן להוציא ממנו ממון.¹ דעתו של הש"ך התקבלה על ידי רוב הפוסקים, גם אם במגבלות מסוימות.²
3. גדולי ישראל כתבו כי יש לפעול להרחבת האפשרות להכריע במחלוקות לצורך קיומו ויישומו של משפט התורה.³
4. הצדדים יכולים להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקות,⁴ וכך ראוי שייכתב בהסכם הבוררות.
5. על בסיס הסכמת הצדדים מן הראוי להחיל הלכה אחת על כל הנידונים בפניו ללא קשר למוצאם ולעדתם.⁵
6. על סמך הסכמה זו יכול בית הדין להכריע במחלוקות על פי שיקול דעתו,⁶ ובמסגרת זו יוכל לשקול הכרעה על פי הכללים הבאים:
 - א. הכרעה על פי רוב דעות הפוסקים.⁷
 - ב. הכרעה על פי מנהג בתי הדין.⁸
 - ג. הכרעה על פי מנהג המדינה.⁹
 - ד. הכרעה על פי חוק המדינה במקרה בו הוא זהה לאחת הדעות בהלכה.¹⁰

¹ ש"ך, קונטרס תקפו כהן.

² כגון פרשני קונטרס תקפו כהן: אורים ותומים ונתיבות המשפט, וכן כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף, חו"מ כה, כללי הקים לי; חשק שלמה, כללי קים לי; ארח משפט (חזן), כה, כללי קים לי; ועוד.

³ אורים ותומים על תקפו כהן, סימן קכג-רכד; שו"ת הלכות קטנות א, קפב; הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה ב, עמ' 137-138. לעומת זאת, הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר א, דברי פתיחה אות יא) סבר שיש ליישם את דין "קים לי" באופן רחב ביותר.

⁴ שו"ת דרכי נועם חלק חושן משפט, טו.

⁵ הרב רצון ערוסי, "התחשבות בטענת 'קים לי' בבתי הדין לממונות", אמונת עתיד 122, עמ' 96.

⁶ רמ"א חו"מ כה, ב.

⁷ שו"ת רדב"ז ד, קטז (אלף קפז).

⁸ שו"ת דרכי נועם חו"מ טו; חשק שלמה, כללי קים לי אות צד.

⁹ ש"ך חו"מ ס, יב.

ב. מבוא

כל מערכת משפט חייבת לכלול מוסדות וכללים לצורך הכרעה במחלוקות. ואכן גם בתורתנו הקדושה ישנה התייחסות לכך, כפי שנאמר כבר בתורה:

(ח) כִּי יִפְּלֵא מִמֶּדֶד דָּבָר לְמִשְׁפָּט בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דִּין לְדִין וּבֵין נָגַע לְנָגַע דְּבָרֵי רִיבַת בְּשַׁעֲרֵי־דָר וְקִמַּתְּ וְעֲלִיתָ אֶל הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: (ט) וּבָאתָ אֶל הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם וְאֶל הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בַיָּמִים הֵהֵם וְדַרְשֶׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֶת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט: (י) וְעָשִׂיתָ עַל פִּי הַדָּבָר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ מִן הַמָּקוֹם הַהוּא אֲשֶׁר יִבְחַר ה' וְשִׁמְרַתָּ לַעֲשׂוֹת כְּכֹל אֲשֶׁר יֹרֶדְךָ: (יא) עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יֹרֶדְךָ וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֹאמְרוּ לְךָ תַעֲשֶׂה לֹא תִסּוּר מִן הַדָּבָר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ יָמִין וְשְׂמָאל:¹¹

בהמשך לכך, תיאר הרמב"ם את אופן ההכרעה בשאלות הלכתיות:

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 ושואלין 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 ושואלין. 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 בשעתן ונושאים ונותנים בדבר עד שיסכימו כולן, או יעמדו למנין וילכו אחר הרוב ויאמרו לכל השואלים: כך הלכה, והולכין להן.

משבטל בית דין הגדול רבתה מחלוקת בישראל זה מטמא ונותן טעם לדבריו וזה מטהר ונותן טעם לדבריו זה אוסר וזה מתיר.¹²

הרמב"ם כותב כי ההכרעה הסופית היתה נעשית בבית הדין הגדול על פי רוב דעות. אולם, לאחר ביטול הסנהדרין כבר אין מנגנון הכרעה במחלוקות. כיצד יש להכריע במחלוקות לאחר ביטול הסנהדרין? הרמב"ם מתייחס לכך בהלכה הבאה וכותב כך:

שני חכמים או שני 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.¹³

¹⁰ שו"ת מהרש"ם ה, מה. משפט שלום, קצד ד"ה כלל; הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 72.

¹¹ דברים יז, ח-יא.

¹² רמב"ם ממרים א, ד.

¹³ שם, ה.

דהיינו, בענייני איסור והיתר ברירת המחדל היא שבדאורייתא יש להחמיר ובדרבנן יש להקל, אלא אם הדיין יודע להיכן הדין נוטה. כאשר מדובר על דיני ממונות הכלל הקבוע הוא "המוציא מחברו עליו הראיה", ולכן במקרה של מחלוקת והדיין אינו מוסמך להכריע או שאינו מצליח להכריע, ברירת המחדל היא שאין להוציא מהמוחזק, כפי שפסק הרמ"א :

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.¹⁴

הרמ"א מדגיש שגם בימינו מי שהוא "חכם גדול ויודע להכריע בראיות" רשאי להכריע במחלוקת, אולם, מי שאינו כזה אינו יכול להוציא מהמוחזק.

הש"ך בקונטרס "תקפו כהן" העלה על נס את הטענה כי בכל מחלוקת לא ניתן להכריע, ואין להוציא ממון מיד המוחזק כיוון שהוא יכול לטעון "קים לי", דהיינו, הוא סובר כדעה התומכת בכך שהממון יישאר בידו. הש"ך הוכיח את טענתו באריכות מדברי רבים מהפוסקים. ואלו מקצת דבריו:

ודע דבפולוגתא דרבוותא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמיעוט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי, והוציאו כן מהא דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב...¹⁵

דברים אלה אמורים גם כאשר בעל הדין המחזיק עצמו לא מסביר מדוע "קים ליה" כפוסק המצדד בו, וכך הדין כאשר המחזיק הוא עם הארץ שאינו טוען בעצמו "קים לי".¹⁶ בעקבות הש"ך עסקו אחרונים רבים בסוגיית "קים לי" ובהלכותיה.¹⁷

שיטת הרב עובדיה יוסף היא שיש להחזיק ברמה בדגל ה"קים לי". בדברי הפתיחה לשו"ת יביע אומר, תוך כדי דיון בשיטות הלימוד בישיבות זמננו, הוא הדגיש שיש חובה להכיר היטב את ספרי האחרונים, וזאת בין השאר בגלל טענת "קים לי":

וביותר יש להזהיר את הדין בדיני ממונות לחפש ולבדוק הרבה בספרי האחרונים, שהרי על פי סברת שני פוסקים המזכין את הנתבע מצי המחזיק לומר קים לי כסברתם, אפילו ישנם מאה פוסקים המחייבים... והרי כל היד המרבה לבדוק בספרי האחרונים יוכל למצוא שנים מזכין על כל פנים על ידי עמל ויגיעה, כי יגעתי ומצאתי האמן (מגילה ו ע"ב), ומכיון שאין צורך שהבעל דבר בעצמו יטעון קים לי, רק על הדיין לחקור ולדעת אם יש ב' פוסקים

¹⁴ רמ"א חו"מ כה, ב. הדברים לקוחים מפסקי הרא"ש סנהדרין ד, ו. הרא"ש מסתמך על סוגיית "שטרא זייפא" (בבא בתרא לב ב), שם נחלקו רבה ורב יוסף והסוגיא מסכמת: "הלכתא כרבה בארעא והלכתא כרב יוסף בזווי היכא דקיימא ארעא תיקום והיכא דקיימי זווי לוקמו".

¹⁵ תקפו כהן סימן קכג.

¹⁶ שם, צב.

¹⁷ כגון פרשני קונטרס תקפו כהן: אורים ותומים ונתיבות המשפט, וכן כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף, חו"מ כה, כללי הקים לי; חשק שלמה, כללי קים לי; ארח משפט (חזן), כה, כללי קים לי; ועוד..

(ואפילו אחרונים) המסייעים את המוחזק... והא ודאי שיקשה על הדין לפסוק ולהוציא ממון, מבלי לטרוח ולעיין היטב בספרי האחרונים כדי שלא יהיה בסוג מוציא ממון שלא כדין. ואפילו בדיעבד שפסק להוציא ממון דעת כמה פוסקים דהדר דינא. ואכמ"ל.¹⁸

מדבריו עולה שחובתו של דיין למצות את האפשרות לטעון "קים ליי" בכל מחלוקת.

לעומת זאת, אחרונים אחרים כתבו שחוסר היכולת להכריע במחלוקת פוגע קשות באפשרות ליישם את משפט התורה. כך כתב רבי יהונתן אייבשיץ כנגד הפוסקים שהרחיבו את ה"קים ליי":

הנכון כמו שכתב הש"ך כי הכל תלוי בראות עיני הדיינין לפי עניין הנדון, וצריך ישוב גדול כי לולי זאת חס וחלילה תיפוק תורה ויהיה ממש כל דאלים גבר, ובעוונותנו הרבים נשכח התורה מאתנו אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים ראשונים או אחרונים. ואם כן לשוא עמלו בונים הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה, כי לעולם המוחזק יטעון קים ליה וחס וחלילה תורתנו הפקר, ולכן צריך ישוב רב. ובפרט דין שנזכר בשולחן ערוך והמחבר והרמ"א השמיטו דעת החולק... וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים ליה כדעת החולק.¹⁹

דברים חריפים וגורפים עוד יותר כתב הרב יעקב חגיז:

שאלה: אם דנין בירושלם תבנה ותכונן קים ליי?

תשובה: קים ליי בגואי שאיני דן כזה דאם כן 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 באומרים קים ליי כהאי תנא או כהאי אמורא בטענה שהיא בלבי גלויה ומלבא לפומא לא גליא.²⁰

גם הריא"ה הרצוג²¹ כתב כי יש צורך לפעול כדי לצמצם את האפשרות לטעון "קים ליי".

במסגרת זו לא נדון בכללי ה"קים ליי" שעסקו בהם רבים בהרחבה גדולה,²² אלא בשאלה כיצד ניתן להסמיק את בית הדין להכריע במחלוקת ובכללי הכרעה שונים.

¹⁸ שו"ת יביע אומר א, דברי פתיחה אות יא.

¹⁹ אורים ותומים על תקפו כהן, סימן קכג-רכד.

²⁰ שו"ת הלכות קטנות א, קפב.

²¹ הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל ע"פ התורה ב, עמ' 137-138.

²² ראו במקורות המוזכרים בהערה 17.

ג. התגברות על טענת קים לי

בחלק זה של נייר העמדה נדון בדרכים להתגבר על טענת "קים לי", ובעיקר על ידי הסכמה מפורשת או מכללא של הצדדים כי בית הדין יוכל להכריע במחלוקות.

בשו"ת דרכי נועם כתב כי במקרה בו הצדדים הסמיכו במפורש את בית הדין להכריע במחלוקות לא ניתן לטעון "קים לי":

וכתב הרדבא"ז ז"ל עוד אני אומר שאם הדיין מומחה לרבים והוא דעתו לפסוק כאחת מבעלי המחלוקות לא מצי בעל דין למימר קים לי כדברי החולק אלא מוציאין ממנו בעל כורחו דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שעיינו ראות לזמנו ושעתו עכ"ל.

והשתא אין לנו מומחה שיוכל להפקיר ממון או להפקיעו ומכל מקום נפקא מינה לכשקבלוהו עליהם לדין ביניהם כפי מה שיורוהו מן השמים שאין בעל דין יכול לומר קים לי בהפך כמו הכת האחרת.²³

דהיינו, הרדב"ז כתב שדיין מומחה יכול להכריע במחלוקות גם בימינו. בספר דרכי נועם הבין שמומחה יכול להכריע, לכל הפחות מדין "הפקר בית דין", ומכאן הוא הסיק שהצדדים יכולים להסמיך את בית הדין להכריע במחלוקות.

בבתי הדין לממונות נהוג שבמסגרת החתימה על הסכם הבוררות, הצדדים מאפשרים לבית הדין לדון "הן לדין הן לפשרה". אחת ההשלכות של הסכמה זו היא שהצדדים אינם יכולים לטעון "קים לי". כך כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג (שבחי הפשרה, משפטי ארץ אי עמי 79):

ונחלקו הפוסקים (עיין בקיצור תקפו כהן שהאריך בזה, וכן בקונטרס הספיקות), אם מוציאין ממון על פי רוב פוסקים או יכול לומר קים לי כדעת המיעוט. ונראה (עוד) שבקבלו עליהם לדון הן לדין והן לפשרה יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב בטענת קים לי. וגם אם קבלו פשרה קרובה לדין, גם כן מסתבר שיש לפסוק כרוב הפוסקים ולא לדון בקים לי, [משום] שזה שאין לטעון קים לי, נראה שהוא [בגדר] "קרובה לדין", הן מצד שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי...

אם כן, למסקנה רצוי לקבוע במפורש כי בית הדין יוסמך להכריע במחלוקות, אולם, בדיעבד ניתן לסמוך על הנוסח הכללי "בין דין בין לפשרה" המקובל בהסכמי הבוררות.

²³שו"ת דרכי נועם חלק חושן משפט, טו.

ד. פסיקה לאשכנזים וספרדים

לאחר הסמכה של בית הדין יש לשאול האם על בית הדין להחיל פסיקה זהה או שונה לאשכנזים ולספרדים, ונבאר. במסגרת הדיון על "קים ליי" כתבו רבים מהפוסקים שמי שמשתייך לעדה שקבלה על עצמה פוסק מסוים, אינו יכול לטעון "קים ליי" כפוסק החלוק עליו. זאת, כיוון שחכמי דורם של השו"ע והרמ"א קיבלו עליהם את פסיקתם כפסיקה מחייבת, הרי הם נחשבים כמרא דאתרא (השו"ע ליוצאי עדות המזרח; הרמ"א ליוצאי עדות אשכנז), ואין לומר "קים ליי" נגד המרא דאתרא.²⁴ עקרון זה מופיע כבר בדברי הרדב"ז:

והוי יודע דמצרים אתריה דהרמב"ם ז"ל הוא ולא מצי שום בעל דין לומר קים לי כפלוני גאון נגד דברי הרב ז"ל וכן כל המלכות כלו וכל ארץ תימן וכן שמעתי שדנין בארץ המערב על פיו.²⁵

בעקבות זאת, כתבו הפוסקים שאם התובע והנתבע הם מאותה עדה (שניהם ספרדים או שניהם אשכנזים) אזי הדין יהיה כפי השיטה המוסכמת על עדה זו (ספרדים לפי השו"ע ואשכנזים לפי הרמ"א). במקרה כזה לספרדי אין אפשרות לטעון "קים ליי" כרמ"א, ולאשכנזי אין אפשרות לטעון "קים ליי" כשו"ע, ואפילו כאשר צדדים אלו נמצאים בבית דין שדייניו נמנים על העדה הנגדית – על הדיינים לפסוק לפי השיטה שהמתדיינים קיבלו על עצמם.²⁶

לעומת זאת כאשר המתדיינים אינם מאותה עדה – כגון ספרדי התובע אשכנזי, או אשכנזי התובע ספרדי – במקרים כאלו יוכלו הנתבעים לומר "קים ליי" כדעה המקלה עמהם, כגון, ספרדי ע"פ הרמ"א, אשכנזי ע"פ השו"ע. וכן כתב בספר ארח משפט:

דבר זה כל כך פשוט בעיני, שבין אם יהיה התובע או הנתבע בחו"ל, שהם הזוכים בטענת קים לי נגד מרן, גם שכנגדו היושב בארץ ישראל שפיר מצי לזכות בטענת קי"ל אפילו נגד מרן. שאין סברא לומר שבני א"י קבלו עליהם סברת מרן לחייב את עצמם בכל צד, שאם יהיה בן חו"ל מוחזק זוכה בטענת קי"ל אפילו נגד מרן, ואם יהיה בן א"י מוחזק לא יוכל לזכות בטענת קי"ל נגד מרן, שבאמת כל כיוצא בזה לקתה מדת הדין.²⁷

אולם, בימינו כאשר אנשים מעדות שונות חיים ביחד, במדינת ישראל ומחוצה לה, ויש ביניהם עסקים התוצאה בלתי סבירה. שהרי אדם אינו בודק בטרם עסקה את העדה של הצד השני, ונמצא שאין לו דרך לדעת מראש איזה דין יחול במקרה של מחלוקת.

²⁴ שו"ת יביע אומר ח"ז חו"מ סי' ב אות א-ב; ברכי יוסף חו"מ סי' כה ס"ק כז-כח; שו"ת מהרי"ף סי' סא; חוות יאיר סי' קסה; נתיבות המשפט קיצור כללי תפיסה ס"ק כ ועוד.

²⁵ שו"ת רדב"ז ב, תתכה.

²⁶ שו"ת זרע אברהם חו"מ סי' ג.

²⁷ ארח משפט (סימן כה כללי קים לי אות יד; הובאו דבריו בשו"ת יביע אומר ח"ז סי' ב אות ד, והסכים עמו.

ואמנם, בשו"ת מנחת יצחק כתב "ומי שמע כזאת בבתי דיני ישראל לחלק בזה בין ספרדי לאשכנזי".²⁸ וכוונתו שיש לטעון "קים לי" כדעת הרמ"א גם לספרדים וכדעת שו"ע גם לאשכנזים. אולם, מדבריו למדנו שדין אחד הוא לכל העדות.

וכן כתב הרב רצון ערוסי כתב שבימינו אין לנהוג כך, ואלו דבריו:²⁹

לענ"ד אין לדון בעניין ה"קים לי" על בסיס עדתי, ספרדי, אשכנזי ותמני, כי ברוך ה' הולכים ומתרבים הנישואין הבין-עדתיים בישראל, וכן הולכים ומתרבים תלמידים מעדות שנות, בני ישיבות שונות. לכם קשה בימינו לקבוע מיהו בן עדה מסוימת, אם אביו בן למשפחה בין-עדתית, ואמו בת למשפחה בין-עדתית, וכיוצא בזה.

לפיכך, ראוי לכתוב במפורש כי בית הדין יחיל הלכה אחת על כל המתדיינים בפניו.

ה. הכרעה על פי רוב

עד כאן עסק נייר העמדה בשאלה האם ניתן להסמיך את בין הדין להכריע במחלוקות והמסקנה היתה שהדבר אפשרי. כעת נבחן כמה כללי הכרעה במחלוקות על פיהם יוכל בית הדין לפעול. בראשית הדברים נזכיר את דברי הפוסקים שדיין רשאי להחליט על פי שיקול דעתו כאשר יש לכך נימוקים. בנוסף לכך נסקור מספר כללי הכרעה.

כאשר בית דין יושב ודן בדין מסוים, והדיינים נחלקים ביניהם, ההכרעה נקבעת על פי רוב הדיינים שדנו בדין זה, והוא מה שאמרה תורה "אחרי רבים להטות".³⁰ וכך לשון הרמב"ם:

והמצוה הקע"ה היא שצוה לנטות אחרי רבים כשתפול מחלוקת בין החכמים בדין מדיני התורה כלם. וכן נמשך ונטה בדין פרטי גם כן בדין ראובן ושמעון, דרך משל כשתפול המחלוקת בין דייני עירם אם שמעון הוא חייב או ראובן, נמשך אחר הרוב. והוא אמרו יתעלה (משפטי' כג) 'אחרי רבים להטות'.³¹

לפי הרדב"ז הולכים אחר רוב גדול גם במחלוקת הפוסקים שלא ישבו יחד, ומוציאים ממון על פיהם:

עוד אני אומר דלא אמרין דמצי למימר קים לי כפלוגי פוסק אלא היכא שהם אחד כנגד אחד או שנים כנגד שנים אלא שהדיין אשר בא לפניו המעשה סובר כחד מינייהו אז מצי אידך למימר תביא ראיה שאין הלכה כפלוגי ותוציא ממני אבל כשיחיד חולק על רבים או רבים כנגד מרובים לא אמרה אדם מעולם דאם כן בטלת מה שכתוב בתורה אחרי רבים

²⁸ שו"ת מנחת יצחק ו, קע. וראו שו"ת עטרת פז א, ג, חו"מ, ו, שהביא את דבריו וחלק עליו, והרב ניסים קרליץ, חוט השני הלי נדה, קפח, כתב שעל הדיין לפסוק בדיני ממונות על פי העדה שלו ולא על פי העדה של בעלי הדין. וראו עוד פסקי דין ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ט, עמוד לא.

²⁹ הרב רצון ערוסי, "התחשבות בטענת 'קים לי' בבתי הדין לממונות", אמונת עתיד 122, עמ' 96.

³⁰ שמות כג, ב.

³¹ ספר המצוות לרמב"ם, מצות עשה קעה.

להטות וקרא איירי בין לאפוקי ממונא בין לאוקומי ממונא וכן לענין דיני נפשות אפילו שרבו המחייבים יאמר קים לי כאותם הפוטרים.³²

דהיינו, כאשר מדובר על מחלוקת בלתי שקולה מבחינה כמותית, דהיינו, שבעמדה מסוימת תומכים פוסקים רבים, יש להכריע על פיהם, ולא ניתן לטעון "קים ליי". אבל לדעת רוב הפוסקים הכלל "אחרי רבים להטות" נאמר דוקא בבית דין כאשר כל הדיינים יושבים כולם כאחד ונושאים ונותנים בדבר (כפי שהיה בסנהדרין וכפי שמתקיים בכל דין גם בימינו), אבל הכלל לא נאמר לגבי הפוסקים שכתבו כל אחד דעתו בספרו ולא ישבו כאחד ונשאו ונתנו בדבר. זאת, כיון שיתכן שאם המרובים היו שומעים נימוקי המיעוט היו חוזרים בהם. וכך כתב כבר הרשב"א:

שאינן הולכים אחר הרוב אלא כשרבו המזכים על המחייבים או המחייבים על המזכים מתוך משא ומתן של כולם, אבל כשהמיעוט איננו – לא, שאילו היה שם אותו האחד שמא היה מראה טעם הפך מה שהסכימו הרוב ויודו הרוב בכך... ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך משא ומתן...³³

תוספות הסבירו את ההליכה אחר הרוב בבית הדין באופן קצת אחר:

גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונה בחזקת מריה דהא בית דין מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.³⁴

כלומר, בבית הדין המיעוט בטל ביחס לרוב. לעומת זאת, כאשר המחלוקת היא בין תלמידי חכמים שאינם יושבים ביחד בבית הדין אין ביטול כזה.

מהר"א ששון³⁵ הסביר את התוספות על פי סברת הרשב"א. התורה אמרה "אחרי רבים להטות" כאשר בית דין דן במקרה מסוים וכל הדיינים דנים יחד זה כנגד זה, ואז המיעוט בטל. אבל בכל מקום אחר אין הולכים בממון אחר הרוב, זה הבסיס לטענת "קים ליי" (שנדונה לעיל), שאין להוציא ממון מן המוחזק כאשר על פי מיעוט הפוסקים הוא מחזיק כדן.

לסיכום עניין זה, לדעת רוב הפוסקים, במקרה של מחלוקת הלכתית אין חובה לפסוק על פי רוב דעות, אולם, הדעת נותנת שבמקום בו הוסמך בית הדין להכריע במחלוקת, יש עדיפות להכרעה כדעת הרוב ובוודאי כך כאשר מדובר על רוב גדול, וקל וחומר כאשר מדובר על כל הפוסקים כנגד דעת יחיד.³⁶ חשוב לציין כי גם כאן נדרש שיקול דעת מצד בית הדין כדי להעריך את חשיבותן של עמדות הפוסקים ואת מידת הזיקה שלהן לנושא הנדון. ממילא ברור שלא מדובר על ספירה טכנית של פוסקים.

³² שו"ת רדב"ז ד, קטז (אלף קפז).

³³ רשב"א, תולדות אדם, סימן קד, הובא ב"י חו"מ סוף סימן יג.

³⁴ תוספות בבא קמא כז, ב, ד"ה קמ"ל.

³⁵ שו"ת תורת אמת, רז.

³⁶ ש"ך חו"מ ס, יב.

ו. הכרעה על פי מנהג בתי הדין

יש סוברים שכאשר ישנה מחלוקת בין הפוסקים, ולדעת הרוב יש להוציא ממון מהנתבע ולדעת המיעוט אין להוציא, ומנהג בתי הדין לפסוק כדעת הרוב, יש להכריע כדעת הרוב. סברת פוסקים אלו היא שמנהג הפסיקה בבתי הדין הוא בעצם המושג "סוגיא דעלמא" המוזכר בסוגיית טעות הדיינים.³⁷ דין שפסק בניגוד למנהג בתי הדין נחשב "טועה בשיקול הדעת", וכך הדבר מוגדר בשולחן ערוך:

טעה בשיקול הדעת, כגון דבר שהיא מחלוקת תנאים או אמוראים ולא נפסקה ההלכה כאחד מהם בפירוש, ועשה כאחד מהם ולא ידע שכבר פשט המעשה בכל העולם כדברי האחד.³⁸

הסבר זה מופיע בשו"ת דרכי נועם:

וכן אי סוגיין דעלמא כמו הכת האחת לא מצי בעל דין למימר קים לי כמו האחרת דהא חשבינן ליה טועה בשקול הדעת.³⁹

רוצה לומר, לא ניתן לטעון "קים לי" כנגד מנהג בתי הדין, וכך כתבו פוסקים נוספים.⁴⁰ מכאן למדנו שכאשר בית הדין הוסמך להכריע במחלוקות, בוודאי שהוא יכול להכריע על פי מנהג בתי הדין ולהוציא ממון.

1. דיני מצרן

תרומת הדשן מוכיח שבדיון על תחולתו של "דינא דבר מצרא" הקונה נחשב מוחזק, משום שמן התורה הקרקע שייכת לו וחכמים הם שתיקנו שעליו לעשות הטוב והישר ולהניח את הקרקע למצרן. משום כך הרמב"ם⁴¹ כתב שבמקרה של ספק הקרקע נשארת בידי הקונה. למרות זאת, במקום בו יש מחלוקת ויש מנהג שהמצרן זוכה בקרקע, הולכים אחר המנהג, מוציאים את הקרקע מידי הקונה ונותנים אותה למצרן:

ואי לאו דכתב דלא נהגו לזכות הלוקח היה נראה לומר בפלוגתא דרבוותא זוכה הלוקח דאיהו מיקרי מוחזק... אלא משום דכתב דלא נהגו כן איכא למימר דלא חיישינן להא דפליג אור זרוע, כי היכי דלא חיישינן לדברי רבנו תם דפסק דאין דינא דבר מצרא בבתיים, כיון דראב"ה ומהר"ם ואשירי כתבו דלא נהגו כן.⁴²

³⁷ סנהדרין לג, א.

³⁸ שולחן ערוך חו"מ כה ב.

³⁹ שו"ת דרכי נועם חו"מ טו.

⁴⁰ ראו גם: חשק שלמה, כללי קים לי אות צד. ובספרי אחרוני זמננו: עמודי משפט, הרב אבישי טהרני, סימן ג עמ' מא; תפארת יצחק, הרב יעקב חיים סופר, עמ' קלא; מאמר יעקב ס"י כ" עמ' נט; שו"ת משיב משפט עמ' שנא;

⁴¹ רמב"ם שכנים יב, יב.

⁴² תרומת הדשן, שמ.

תרומת הדשן מביא שני מנהגים המכריעים מחלוקות בדיני מצרנות לטובת המצרן. הראשונה מחלוקת כאשר המצרן הוא בעל דירה ולקונה אין דירה, והמנהג הוא שיש למצרן זכות והוא מוציא מיד הלוקח. מחלוקת שניה האם יש זכות למצרן גם בבתים או שמא רק בקרקע, והמנהג הוא שיש זכות גם בבתים. דברי תרומת הדשן הובאו על ידי כמה פוסקים.⁴³

2. הטלת שבועה על מי שמנהל את כספי חברו בשכר

במשנה⁴⁴ נאמר שאם שותף אחד חושד בחברו שלקח לעצמו חלק מכספי השותפות הוא רשאי להשביעו שלא נטל לעצמו דבר, למרות שאין לחושד טענת ברי אלא חשדות בלבד. הגמרא⁴⁵ הסבירה שהטעם הוא משום ש"מורו בה היתרא", כלומר השותף טורח בממון המשותף ולכן הוא עלול להורות היתר לעצמו לקחת יותר מהמגיע לו כשכר עבור טרחו, משום כך מטילים עליו שבועה כדי להרתיע אותו.

רבנו תם⁴⁶ הסיק מכך שאם אדם עוסק בממון חברו ומקבל שכר עבור טרחו, אין חשש שיורה היתר לעצמו, ולכן אין להטיל עליו שבועה. לעומתו הרמב"ם לא חילק. המחלוקת הובאה בשו"ע.⁴⁷

בעקבות זאת, הנודע ביהודה כתב שיש לחייב שבועה גם מי שמקבל שכר עבור טרחו, כיון שזה מנהג בתי הדין:

וכל שטרי עסקא יוכיחו שהרי אין להם היתר אלא בנותן שכר עמלו ובכל יום בכל בתי דינים שבישראל אם טוען 'לא הרווחתי' חייב לישבע, ואם לא כן לא שבקת חי ויבוטל היתר זה של עסקא, וכל אחד יתיירא ליתן בעסקא שיטעון 'לא הרווחתי', וכל עיקר סמיכות המלוה על השבועה וכזה אנו דנין בכל עת בכל בתי דינין שראיתי ושמעתי.⁴⁸

דהיינו, שטרי עסקא מבוססים על כך שהמתעסק חייב שבועה אם יטען שלא הרוויח, וניתנת לו האפשרות לפדות את השבועה בתשלום קבוע מראש. לפי רבנו תם לא אמור להיות חיוב שבועה על המתעסק, כיון שהוא מקבל שכר עבור טרחו ואין חשש במקרה כזה שיורה היתר לעצמו.

אמנם פתחי תשובה⁴⁹ כתב שיש לדחות את ראייתו של הנודע ביהודה, כיון שבשטרי עסקא יש טעם ייחודי לחייב שבועה⁵⁰ ואין להסיק ממנו לכל מי שטורח בתמורה לשכר. אולם, בפתחי תשובה לא חלק על כך שמנהג בתי הדין מכריע מחלוקת, אלא על כך שאין להסיק ממנהג בנוגע לעסקא למחלוקת הראשונים.

⁴³ בית יוסף חו"מ קעה, מה; שו"ת פרח מטה אהרן (א, ס, דף קטז ע"ב); פד"ר א, 201, עמ' 209, בפני הדיינים הרב א' גולדשמידט, הרב א"א קרליץ הרב י' בבליקי.

⁴⁴ שבועות מה, א.

⁴⁵ שם, מח, ב.

⁴⁶ תוספות שבועות מח, ב, ד"ה מורו.

⁴⁷ שו"ע חו"מ צג, ד.

⁴⁸ שו"ת נודע ביהודה מהדורא קמא - חושן משפט, ל.

⁴⁹ פתחי תשובה חו"מ צג, ז.

3. התחייבות שאינה קצובה

לדעת הרמב"ם אדם אינו יכול לחייב עצמו בדבר שאינו קצוב. "חייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר הריני חייב לזון אותך או לכסות אותך חמש שנים, אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד. שזו כמו מתנה היא, ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה. וכן הורו רבותי".⁵¹ הראב"ד ושאר ראשונים חלקו על הרמב"ם. השו"ע הביא את דעת הרמב"ם, אך כתב "וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן".⁵²

נחלקו האחרונים האם המוחזק יכול לומר "קים לי" כרמב"ם. הש"ך⁵³ הביא את דעת מהר"י בן לב ואחרונים נוספים שאי אפשר להוציא מהמוחזק נגד דעת הרמב"ם, אך הוא חלק עליהם ואמר שאין אומרים קים לי כדעת היחיד, וכאן הרמב"ם חולק על כל גדולי הראשונים.

בית הדין הגדול⁵⁴ בנשיאות הריא"ה הרצוג והרבצמ"ח עוזיאל כתב שמנהג בתי הדין הוא שיש תוקף להתחייבות שאינה קצובה בניגוד לרמב"ם. וכן כתבו דייני בית הדין הרבני הגדול הרב יעקב הדס, הרב יוסף ש. אלישיב, והרב בצלאל זולטי:

מעשים בכל יום וכן המנהג בבתי הדין בארץ דעבדינן עובדא כמרן בהתחייבות בדבר שאינו קצוב, וכן העידו גם הגריא"ה ז"ל והרבצ"ע ז"ל שמנהג בתי הדין לחייב גם בדבר שאינו קצוב ודלא כהרמב"ם.⁵⁵

קדם להם בשנים רבות, שו"ת בית אפרים שכתב: "כל בתי דינין שבישראל פוסקים לחייב המחייב בדבר שאינו קצוב".⁵⁶

4. דעת הפוסקים שמנהג בתי הדין אינו מכריע מחלוקת

אמנם, הרב עובדיה יוסף חלק על כך, וכתב שלא ניתן להכריע על פי המנהג,⁵⁷ ונראה שכוונתו למנהג בתי הדין.⁵⁸ והוא מביא כמה אחרונים שהלכו בדרך זו, כגון המהרש"ך שכתב:

⁵⁰ או מהטעם שכתב נתיבות המשפט (ביאורים צג ג) שבשטרי עסקא היתה תקנה מיוחדת של מהר"ם לחייב שבועה, או מהטעם שכתב בשו"ת בגדי ישע (סימן מז) שרבנו תם פוטר משבועה דוקא במקום שאדם מקבל שכר מלא לפי שווי הטרחה והעמל, אבל המתעסק נותנים לו פרוטה בתחילת העסקה או מטבל עמו בציר ועדיין יש חשש שיורה היתר לעצמו.

⁵¹ רמב"ם מכירה יא, טז.

⁵² שו"ע חו"מ ס, ב.

⁵³ ש"ך חו"מ ס, יב.

⁵⁴ אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית, חלק א עמ' קנא.

⁵⁵ פד"ר ד, 289, עמ' 302.

⁵⁶ שו"ת בית אפרים חו"מ עה.

⁵⁷ שו"ת יביע אומר, ג, חו"מ, ד אות י.

ובדרך הזאת דרכו לפסוק כל גדולי המורים אשר שמענו שמעם, דבכל מידי דאיכא פלוגתא דרבוותא, שיכול המוחזק לומר קים לי כהני רבוותא, אפילו נגד הרוב, משום דקיימא לן כשמואל (ב"ק כז ע"ב) שאין הולכין בממון אחר הרוב, ואין לנו להכריח בסברת הפוסקים הקדומים, ולעמוד עליהם לראות על מי ראוי לסמוך יותר, ואעפ"י שיאמרו החולקים, שמעשים בכל יום שנוהגים לעשות היפך סברת שכנגדם.⁵⁹

בשיטתו הלכו רבים מתלמידיו, ופסקו שיש אפשרות לומר קים לי גם נגד המנהג.⁶⁰

אולם, כיוון שכנגד דברי הרב עובדיה יוסף רבים מפוסקי ההלכה כתבו שבמקרה של מחלוקת יש ללכת אחר מנהג בתי הדין לפסוק כאחת הדעות, ניתן לפסוק כמותם, בוודאי אם הדבר ייכתב בסדרי הדין של בית הדין.

ז. הכרעה על פי מנהג ישראל

פוסקים רבים כתבו שאחד השיקולים על פיהם ניתן להכריע במחלוקת הוא מנהג ישראל. רוצה לומר, במקום בו הציבור נוהג כאחת הדעות בהלכה, יש בכך הכרעה לטובת אותה דעה.

שימוש בנימוק זה מופע כבר בדברי הראשונים, כגון, בנוגע למחלוקת שהוזכרה לעיל לגבי התחייבות שאינה קצובה. הרשב"א⁶¹ חלק על הרמב"ם וסבר שיש תוקף להתחייבות כזו ולאחר הבאת ראיותיו כתב: "שלא נתכוונו בזה דברי הרב ז"ל ופוק חזי מאי עמא דבר". כלומר הרשב"א מביא סיוע לשיטתו ממנהג ישראל להתחייב התחייבות שאינה קצובה.

חשוב להדגיש שברור שיש תוקף למנהג כאשר הוא משפיע על גמירות דעתם של בני אדם, אולם, במקרה זה, לכאורה⁶² מחלוקת הראשונים אינה עוסקת בשאלה האם ישנה גמירות דעת אלא האם יש תוקף להתחייבות ובכל זאת הרשב"א סבור שהמנהג מהווה בסיס להכרעתו.

בדומה לכך גם הש"ך כתב על מחלוקת זו: "שאיך הנתבע יכול לומר קים לי כהרמב"ם והמנהג פשוט להתחייב וכו', וכן עושים מעשים בכל יום".⁶³

⁵⁸ אולם ראו בספר בית ראובן, הרב ראובן ללוש, ס"י כו בהערה, שכתב שוודאי אין כוונת הגר"ע יוסף למנהג הציבור או פסק שהתקבל על הציבור, אלא כוונתו למנהג של ב"ד מסוים לפסוק כדעה מסוימת ולכן אין הדבר מחייב את כל הציבור. ולא נתבררו לי דבריו.

⁵⁹ שו"ת מהרש"ך א, ה. הביאוהו שו"ת בית דוד חו"מ ה אות טו, אהל יצחק (חסיד) חו"מ א.

⁶⁰ ראו שערי עזרה, הרב עזרא טאראב, סימן כד עמ' שמו.

⁶¹ שו"ת הרשב"א ד, קמה.

⁶² אמנם, יתכן שגם כאן המחלוקת היא בהבנת גמירות הדעת של הצדדים לעסקה.

⁶³ ש"ך חו"מ ס, יב.

אפשר להסביר את הדברים על פי מה שכתב הרדב"ז. כאמור לעיל הרדב"ז סבר שיש ללכת אחר הרוב גם כאשר מדובר בפוסקים שלא ישבו יחד, אולם הוא מתייחס לשיטת המרדכי שהוא המקור לדין "קים לי" וכותב כך:

ועוד אני אומר דעך כאן לא קאמר מהר"ר יוסף קולון בשם המרדכי דמצי למימר קים לי כפלוני להחזיק הממון בידו אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כפלוני 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 כפלוני שהרי כל השטרות וכל ההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והוי כאלו קבלוהו עליהם... דאי לא תימא הכי לא שבקת חיי לכל בריה דאפילו שהוא חכם גדול לא תקיף ידיעתו לכל הפוסקים כי אפשר שיש פוסק אי 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 כי זה טעם נכון...⁶⁴

דהיינו, כאשר קיים נוהג מסויים בציבור הרי שכל העסקאות והחוזים נעשים על דעת אותו נוהג, ויש להתחשב בכך גם אם לדעת פוסקים מסוימים אין תוקף לעסקה או לחוזה.

הרחיב בדבר הרב אהרן עזריאל וכתב כך (ראו בדבריו שלא צוטטו כאן מקורות נוספים לשיטתו):

דאין לומר קים לי נגד המנהג כמו שכתב הרב חשק שלמה בכללי הקים לי אות צ"ד בפשיטות ובראיות חזקות ובריאיות. ותמה על הרב מוצל מאש שנסתפק בזה, דמה מקום יש להסתפק ד'מנהג מבטל הלכה' שנינו, ובכמה מקומות שקיבלו לדון כספר הפוסק ואין נוהגים לומר קים לי עד כאן דבריו. וכן העלה הרב בעי חיי... ועיין רדב"ז בחדשות סי' תתכ"ה דבמום שנוהגים לפסוק כדעת הרמב"ם אין לומר קים לי ואי תפיס מפקינן מיניה ואחריו נמשכו כל רבני האחרונים... והכל הולך אחר השורש דמנהג מבטל הלכה.⁶⁵

מדבריו עולה, שהנוהג הידוע על פיו יוצאי ארצות ערב נוהגים כדעת השו"ע ויוצאי אשכנז נוהגים כדעת הרמ"א הוא תוצאה של מנהג ישראל שגובר ומכריע את המחלוקת.

ח. הכרעה על פי חוקי המדינה

מהרש"ם⁶⁶ כתב שכאשר קיימת מחלוקת בהלכה, וחוק המדינה מתאים לאחת השיטות, יש להכריע את הדין על פי חוק המדינה:

ועוד אני אומר דלפי מה שכתבתי לעיל דעכ"פ תליא במחלוקת הפוסקים אי שטר מהני להתחייב על הספק, אם כן בודאי אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, דלא הווי כלל נגד דין תורה כיון דגם בדין תורה הוי ספיקא דדינא...

⁶⁴ שו"ת רדב"ז ד קטז (אלף קפז).

⁶⁵ כפי אהרן (ירושלים תרל"ד), יב, דף קנב ע"ב.

⁶⁶ שו"ת מהרש"ם ה, מה. משפט שלום, קצד ד"ה כלל.

כוונתו היא שאמנם לדעת הש"ך⁶⁷ אין תוקף לחוק המדינה כאשר הוא מנוגד לדין תורה. אולם כאשר חוק המדינה תואם את אחת השיטות בהלכה אין הוא נגד דין תורה, ואין מניעה ללכת אחריו.

הרב הרצוג כתב סברה זו מדעתו מבלי להזכיר את המהרש"ם, וראה בה דרך להכריע מחלוקות בהלכה:

ואולי גם בספק פלוגתא דרבוותא יש להסתמך בזה בדינא במלכותא.⁶⁸

במקום אחר ציטט הרב הרצוג⁶⁹ את דבריו של הראשון לציון הרב אשכנזי. הרב אשכנזי דן בדברי הרמב"ן שכתב שאין תוקף לחוקי המדינה המכשירים שטר במקום בו יש מחלוקת בין שופטי ערכאות המדינה לגבי תוקפו. על כך כתב הרב אברהם אשכנזי כך:

הנה יש לומר דעד כאן לא אמרוה אלא בדין אחד, דאצלינו הדין מוסכם בחסר אותה ההקנאה דלאו כלום היא. אבל היכא דהדין אצלינו בפלוגתא הוא שנוי, דדינו למי שתפס ומוחזק שזוכה, והם נהגו כחד מיניהו, דהגם שהו מיעוטא ודאי דאזלין בתרייהו...⁷⁰

דהיינו, כאשר חוקי המדינה זהים לאחת הדעות בהלכה, גם אם זו דעת המיעוט, יש לנהוג על פי החוק. משמע מדבריו שהדברים אמורים גם כאשר מחלוקת בין השופטים.

על פי דברי המהרש"ם פסק בית הדין הגדול⁷¹ שהתחייבות אִם לכסות את מזונות ילדיה מועילה, למרות שהתחייבה באופן שנוי במחלוקת הלכתית, זאת, כיון שעל פי דינא דמלכותא ההתחייבות מועילה.

הרב מתתיהו שוורץ⁷² כתב על פי דברי המהרש"ם שצוואה המועילה על פי חוק המדינה מועילה גם לפי דין תורה, כיון שיש פוסקים המקיימים את הצוואות מדין מצוה לקיים דברי המת או משום מצוה מחמת מיתה וכיוב"ז.

הרב יעזר אריאל⁷³ דן בהתחייבות לדבר שאין בו ממש, והביא את מחלוקת האחרונים בשאלה אם סיטומתא מועילה בדבר שאין בו ממש. כסיוע לכך שהסיטומתא מועילה הוא הביא את דברי המהרש"ם, שהרי על פי דינא דמלכותא מועילה התחייבות בדבר שאין בו ממש.

⁶⁷ ש"ך חו"מ עג, לט.

⁶⁸ הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 72.

⁶⁹ הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, עמ' 146.

⁷⁰ הובאו דבריו בשו"ת כפי אהרן (ירושלים תרל"ד) א, יג, דף קנו, ע"ב.

⁷¹ פסקי דין רבניים ד, עמ' 279-280.

⁷² הרב מתתיהו שוורץ, ספר משפט הצוואה עמ' תג.

⁷³ הרב יעזר אריאל "הפרת הסכם שנחתם עם מורדים בכלא", תחומין כא, עמוד 159.

ט. סיכום

הש"ך בספרו תקפו כהן התמקד בטענת "קים לי". משמעות טענת קים לי היא שבכל מקום בו יש מחלוקת הלכתית לא ניתן להוציא ממון מידי במוחזק שמא הלכה כדעה התומכת בו. עמדת הש"ך התקבלה על ידי פוסקים רבים, גם אם במגבלות מסוימות.

אולם, כמה מפוסקי כתבו כי טענת "קים לי" גורמת נזק קשה לאפשרות ליישם את משפט התורה, במיוחד לאור התרבות המחלוקות לאורך השנים. שהרי כמעט בכל דיון ממוני תימצא מחלוקת והתוצאה תהיה שלא ניתן יהיה להוציא ממון מידי המוחזק.

אשר על כן כתבו כמה מן הפוסקים שיש למצוא דרך להחזיר לבית הדין את הסמכות להכריע במחלוקות. הדרך הסלולה לכך היא הסכמה מפורשת של בעלי הדין כי בית הדין יוכל להכריע במחלוקות. מעבר לכך כתב הרב זלמן נ. גולדברג כי בכל הסכמה לקבל את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה" כלולה הסכמה לכך שבית הדין גם יוכל להכריע במחלוקות.

על בסיס הסכמה כזו מן הראוי כי בית הדין יפסוק הלכה אחת לכל הנידונים בפניו ללא קשר לעדה אליה הם משתייכים. זאת, כיוון שבימינו ישנו ערבוב מבורך בין העדות ורבים כלל אינם יודעים לאיזו עדה הם משתייכים ובוודאי שאינם יודעים מה עדתו של בעל הדין עמו עשו עסקה שהגיעה לידי מחלוקת.

בנוסף, סקרנו כללי הכרעה נוספים על פיהם יוכל בית הדין להכריע. הכלל הראשון הוא שיקול דעתו של בית הדין, ובכפוף לכלל זה ישנם כללים נוספים:

1. על פי רוב דעות, בוודאי כאשר מדובר על רוב מובהק.
2. על פי מנהג בתי הדין להעדיף דעה מסוימת.
3. על פי מנהג המדינה לנהוג על פי דעה מסוימת.
4. על פי חוק המדינה במקום בו הוא חופף לאחת הדעות בהלכה.

מכון משפטי ארץ, עפרה – כולל דיינות ומכון מחקר תורני – שם לו למטרה לסייע לקדם את מערך בתי הדין לממונות. במסגרת זו, פועל המכון בשני מישורים:

1. מחקר בנושאים הלכתיים הקשורים לעבודת בתי הדין לממונות, כדוגמת, כתיבת חוזים על פי ההלכה, כתיבת ניירות עמדה ומאמרים ופרסום ספרים (סדרת משפטי ארץ).
2. הבאת מידע עדכני הקשור לעבודת בתי הדין (מידע שימושי, פסקי דין וחוזים).

ראו עוד באתר האינטרנט של המכון - "אתר דין תורה".

www.dintora.org

מכון משפטי ארץ, עפרה, ד.נ. מזרח בנימין מיקוד 9062700

טלפון : 02-9973888 שלוחה 6

dintora@gmail.com