

גדרי אומדנא ורוב בדיים ובדיין

א

כתוב בתורה (דברים יט): "על פי שני עדים או על פי שלושה עדים יקום דבר" — בדיני ממונות. וככתוב הזה יש גם בדיין: על פי שנים עדים יומת המת (דברים יז). כתוב זה טעון בירור: מה בא ללמדנו? אם בא לומר לנו עצם הדבר שבי"ד דן על פי עדים אעפ"י שלא נתברר להם אם נכון הדבר ואמת בפיהם, וכמו שכ' הרמב"ם פכ"ד מה' סנהדרין ה"א, וכן אנו למדים שהברור לבי"ד הוא דוקא עפ"י שנים עדים, לא יומת המת ולא יקום דבר עפ"י עד אחד, אבל מלבד עדים יכולים בי"ד לדון גם עפ"י ברורים אחרים. או: שמכתוב זה אנו למדים גם שרק על פי שנים עדים יקום דבר ולא ע"י ברור אחר: יהיה הבירור איזה שיהיה?

והנה בתוספתא (פ"ח מסנהדרין ה"ב) שנינו: "ת"ר כיצד מאומד אומר להן שמא תאמר ראינוהו שרץ אחר חבירו וסייף בידו נכנס מפניו לחנות נכנס אחריו לחנות ומצאנוהו הרוג וסייף ביד הרוצח ומטונף דם שמא תאמרו אם לאו מי הרגו, א"ר שמעון בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו וסייף בידו נכנס מפניו לחורבה ונכנס אחריו ונכנסתי אחריו ומצאתיהו הרוג וסייף ביד הרוצח והטיף דם נמתי לו רשע מי הרגו לזה או אני או אתה הרגנוהו אבל מה אעשה לך שאין דינך מסור בידי שהרי אמרה תורה עפ"י שנים עדים וכו' יומת המת". ברייתא זו הובאה בגמ' סנהדרין לו: בקצת שינויי לשון. ובתוספות שם ד"ה שאין כתבו: "מדמייתי האי עובדא אמתניתין דכיצד מאומד משמע דדריש מהאי קרא דמאומד לא מיקטל דמשמע ע"פ שנים עדים שראו את המעשה, ואחריני¹) הו ע"ר"ש בן שטח, והא דלא חשיב להו משום כבודו, והאי דקאמר או אני או אתה לאו דוקא לשון יחיד אלא אנו".

(1) אמנם ברשב"א שבועות לד. מפרש שבמעשה זו לא היה רק ע"א ר"ש בן שטח עצמו, ופטרו מטעם ע"פ שנים עדים ולא על פי ע"א. ועיי"ש שמביא גירסא בד' הגמ' שהגמ' מקשה ותיפוק ל' דהוה מאומד ומשני חדא ועוד קא"ל. ועי' גם בריטב"א שמפרש בן, וכן במהרי"ק שורש קכ"ט. אך לפינונו בגמרא אין גירסא זו, ולפי גירסתנו אנו מוכרחים לפרש כפי' התוס'. ושיטת התוספות מסתברת ומתקבלת יותר כמו שהוכיחו מזה שמובא מעשה דר"ש בן שטח על הך שאין דנין מאומד ומשמע שעיקר הפטור היה מפני שאין דנין באומד, וכן מוכח כדבריהם שאם כד' הראשונים הנ"ל הרי היה צריך להביא

והוכחת התוס' הוכחה חזקה היא כיון שמביא מעשה של ר"ש בן שטח על המשנה שאין דנין ע"פ האומד משמע מזה שגם במעשה זה נפטר הרוצח מטעם שאין דנים ע"פ האומד אף שהיו שני עדים בדבר. ומדוע אין דנים עפ"י האומד נימק ר"ש בן שטח משום שנאמר: "ע"פ שנים עדים" שהכוונה בזה רק ע"פ שנים עדים ולא ע"פ אומדנא. ושמא תאמר הרי גם בע"פ שנים עדים אפשר לומר שהעדים מעידים שראו את האומדנא ולבי"ד נודע האומדנא ע"י העדים. ע"ז הוסיפו התוס' שמשמע "ע"פ שנים עדים שראו את המעשה".

הרי לפנינו ברור שכוונת התורה ב"עפ"י שנים עדים" היא: שרק עפ"י שנים עדים יומת המת ולא ע"י בירור אחר כמו אומדנא, שהרי במעשה דר"ש בן שטח היו שנים עדים ופטרו מפני שאין הולכין אחר האומדנא ורשב"ש למד זאת ממה שהתורה אמרה "עפ"י שנים עדים". ואין לפרש בכוונת דברי התוס' שמשום שבכה"ג ה"ז חסרון בעדות העדים שא"א לפסוק על פיהם לבד וצריך לצרף אתם גם את האומדנא, ואין זה ע"פ שנים עדים, (וכמו שכתבו התוס' ברפ"ב דקדושין לענין עד הצריך מיגו)² אבל אם היה לבי"ד אומדנא

את המחצית השנייה של הפסוק: לא יומת ע"פ עד אחד. וראיתי בדקדוקי סופרים שמביא גירסת הראשונים אך גם לד' הראשונים אלו אפשר לומר שידו בעצם הדבר כי מפסוק זה "ע"פ שנים עדים" אנו למדים שאין הולכין אחר האומדנא והרוב, וע"י גיטין פט ולהלן יתברר אי"ה.

(2) וכן אין לענין זה שום שייכות עם הכלל של "דבר ולא חצי דבר" שצריכים לצרף אומדנא לדברי העדים — משום כיון שהעדים עצמם מעידים על האומדנא הרי הם מעידים על סיבה שלמה שאפשר להיבנו ע"ז ואין הוכחת האומדנא באה לבדה נוסף להעדים. ופשוט. וגם לא גרע מעדות ראיה בלא ידיעה שבועות לד. אמנם אם אין הולכין אחר האומדנא להכריע על פיה או אפשר לבוא מטעם חצי דבר ולא נקבל עדותם לעשות דין ספק וזו היא שיטת הנתיבות חו"מ סי' כה בכללי תפיסה אות ז' שעדים שמעידים שראו בספק אין זו עדות כלל מטעם דבר ולא חצי דבר, ומוכיח זאת משיטות הראשונים ההג"א הובא בב"ש אה"ע סי' ל' סק"ט, וכן גם במהר"ם במרדכי סוף גיטין: שאם היה לעדים ספק אם קרוב לו או קרוב לה אין זו עדות כלל. ועיי"ש שמחלק עפ"י הכלל של התוס' דב"ק ועוד, שחצי דבר היינו רק במקום שלא יכלו לראות יותר וכמו"כ בעד' ספק. עיי"ש ועל הוכחתו היה אפשר לחלוק ולומר שדברי הראשונים הנ"ל הם רק לענין קיום הדבר שלענין זה יש צורך שהעדות תהיה ברורה ואם לאו אין כאן עדות לקיים וממילא אין דין של ספק. משא"כ לענין עדי בירור מדוע לא תקרא עדות על ספק עדות שלמה שהרי גם לספק יש דינים מיוחדים וא"צ לבוא בזה אפילו לפי שי' הרי"ף שבמקום שהועילה עדותן לענין איזה דבר אפשר לקבל את עדותן לענין החצי דבר — שהרי עדות על ספק היא כשלעצמה ג"כ עדות שלימה. אמנם שיטת הנתיבות היא עפ"י שי' התוס' בהגדרת חצי דבר כנ"ל שבמקום שלא יכלו לראות מקבלים עדותם גם לענין חצי דבר, הרי שהחסרון של חצי דבר הוא בראיה לא בהגדה וקבלת עדותם ולפי"ז אפשר לומר ג"כ שאף במקום שעדותם חועילה לענין דבר שלם כמו ספק — לפי"ד — אבל מכיון שיכלו לראות יותר ה"ז חסרון של

ע"י לא תהא שמיעה גדולה מראיה אפשר לדון גם עפ"י האומדנא — זה א"א לפרש כלל שהרי הגמ' בסנהדרין הג"ל ובשבועות לד. מדמה לה להך דין של גמל האוחר בין הגמלים, מחלוקת רב אחא ורבנן ושם הרי ודאי הדין הוא אם דנים עפ"י הוכחת האומדנא או לא, כמו שמוכח מגמ' בבא בתרא צג. ופשוט וודאי שאין זה דומה לעד הצריך מיגו, שע"י המיגו אנו מאמינים לעדותו. משא"כ כאן. יעויין כתובות כ"ה: עדות הבאה מכח חזקה כחזקה. ועיי"ש מה שהעיר הג"ר אלחנן וואסרמאן זצ"ל ב"קובץ שיעורים".

אם נקבל הנחה זו שאומדנא מתמעטת מעפ"י שנים עדים — שנים עדים ולא אומדנא, צריך להיות לפי זה שלא רק בירור אומדנא מתמעט אלא כל בירור מתמעט, שרק עפ"י שנים עדים אפשר לדון. וזהו באמת טעמו של שמואל הסובר שאין הולכין בממון אחר הרוב (בר"פ המניח ובר"פ המוכר את הבית ועוד). וזהו כוונת הדברים: "כי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא" — באיסורא שאין מיעוט של עפ"י שנים עדים הולכין אחר בירור של רוב, בממונא שכתוב בו עפ"י שנים עדים אין הולכין אחר הרוב. ומה שרגילים לפרש בטעמו של שמואל מפני שמוחזק עדיף מרוב ואין די ברוב כדי להוציא מן המוחזק, אין זה מספיק, שהרי אפשר לשאול מנין זאת? אולי רוב עדיף, והרי גם לענין ממון נאמר אחרי רבים להטות וכמוש"ג להלן. ועפ"י דברינו הרי זה מקרא מלא: "עפ"י שנים עדים" — רק ב' עדים, לא בירור אחר, והמוציא מחבירו עליו הראיה, בעדים דוקא.

ב

ומה שאומרת הגמ' בב"ב צג ע"א: "לימא כתנאי שור שהיה זכו" ושמואל א"ל אנא דאמרי אפילו לרב אחא ע"כ לא קאמר רב אחא התם אלא דאזלינן בתר חזקה דהוא גופיה מוחזק אבל בתר רובא לא אזלינן". הרי לכאורה שאף שאין הולכין אחר הרוב עדיין אפשר שהולכין אחר האומדנא, ואם הטעם שאין הולכין אחר הרוב הוא משום: "עפ"י שנים עדים" מה לי רוב מה לי חזקה של אומדנא הרי עכ"פ אין כאן שנים עדים? והנראה בזה שאפשר לומר שבמקום שיש אומדנא ה"ז כמו שהעידו העדים בידיעת ודאי שהדבר כך, כיון שיש אומד דעת שהדבר כן — הרי"ז כאילו עדים ראו את המעשה, ואין למעט. יכמו בסוג של "ידיעה בלא ראייה", כהך דנחבל במקום שאין יכול לחבול בעצמו שנוטל בלא שבועה (שבועות מו:); ועיי' תוס' שם לד. (ובמקום אחר, אנו מרחיבים את הדברים אי"ה בנקודה זו) הרי שאין עדים צריכים לראות את המעשה ומספיקה הידיעה. ואפשר לומר בכל אומדנא כן אף שאינה בדורה בקרא שהעדים יודעים את המעשה, או בי"ד יודעים אותה מעשה ע"י אומדנא. ומלשונו של הרי"י מיגש בשבועות לד. יוצא באמת שטעמו של רב אחא שסובר

חצי דבר בראייתם ואין עדותם עדות ועמ"ז אפשר ליישב מה שקשה ע"ד מהך דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, שלפי שי' הרמב"ם בפ"י מה' גירושין הי"ח ה"ז ססק מפני ששם לא יכלו לראות יותר וע' בס' תורת חסד אה"ע סי' ח' ס"ק ב'.

שהולכין אחר האומדנא בגמל האוחר בין הגמלים הוא לא מפני שיש כאן אומדנא שהדבר כן הולכין אחריו מפני שהדבר נוטה עפ"י האומד שנגה, אלא במקום שיש אומד הדבר ודאי שכך הוא, וז"ל הרי"מ שם בשבועות לד. ד"ה א"ל ר"פ: "אי אמרת בשלמא לית ליה דרב אחא דקאמר לגבי ממון דכה"ג ידיעה בלא ראייה, אלא דקסבר דכה"ג לאו ידיעה הוא אלא אומדנא בעלמא ולא מפקין ממונא, ולא היא ידיעה בלא ראייה גבי ממונא אלא באסדהותיה וכו', אלא בכה"ג דרב אחא אי הוי לגביה ממון ידיעה ולא אומדנא בעלמא הוא אמאי לא הוי ידיעה זמי לגבי נפשות וקטלי להורג בההיא סהדותא" וכו'. הרי לך שלרב אחא הטעם מפני שבמקום שיש אומדנא ה"ז כידיעה ממש. וזוהי גם כוונת הגמ' כאן*) (וצב"ק לפי"ז לשון הירושלמי רפ"ב דכתובות ועוד: אמר ר"א ובדבר אחד הלכו במידת הדין אחר הרוב כהדא דתני רב אחא גמל וכו', הרי שלגבי רב אחא זהו ג"כ מטעם רוב).

אמנם לפי ההלכה שנפסקה שלא כרב אחא, כמו שפ' הרי"ף והרמב"ם בסופ"ח מה' נז"מ אין הנזקין משתלמין וכו' אלא בראיה ברורה והשו"ע בסי' ת"ח, — אין האומדנא כידיעה, אלא כעין רוב. ודין אומדנא ורוב שוים הן, ושניהם נתמעטו מ"עפ"י שנים עדים" דוקא עדים ולא בירור אחר³) כנ"ל. ובבירורנו להלן בגדרי רוב שיש שהולכין אחר הרוב — הוא הדין לאומדנא. שאומדנא אינה גרועה מרוב, אצ"ל אומדנא מוכיחה — שכל עוד איננה ברורה כל כך עד שתהא בסוג של "ידיעה בלא ראייה" אין הולכין אחריה אף אם היא

(*) החילוק קשה שהיכן כאן הגבול, והרי כך אפ"ל גם ברוב שזה הוסף לידיעה. וא"ת שזהו מיעוט בלתי מצוי והוי בגדר מיעוטא דמיעוטא, עכ"פ היכן המקור לזה מאהר שהמיעוט בתורה הוא מצד "עפ"י שנים עדים". גם לשון הגמרא בב"ב אינו מוכיח כן. ולשון הרשב"ם שם: דהוא גופיה מוחזק, וכיון דהוא עומד בצדו אזלינן בתר אומדנא וכו', אף הוא מוכיח שהחילוק הוא אחר, ופשטות הדברים, דברוב ההשערה באה לנו מ"מקום אחר, היינו מרוב הקנים ואילו בו עצמו אין לנו הכרעה ולזאת אמרינן שא"א להכריע, כיון שעכ"פ קיים גם מיעוט. משא"כ בגמל האוחר האומדנא היא בדבר עצמי, ואמרינן שבכל מקרה מעין זה יש להניח שהוא הוא שהרגו.

(3) ואפשר גם מה שאין אומרים מיגו להוציא לרוב שיטות הראשונים (ועיי' שר"ע סי' פ"ב ובנו"כ ובש"ך כללי מיגו) היינו ג"כ מטעם זה, שאין מועיל שום בירור אחר, ולא עדיף בירור המיגו מבירור של רוב ואומדנא, אמנם לפי"ז לשיטת התוס' בב"ב לג: ועוד ראשונים (ועיי' בנ"ל) שבמקום שטר שהוא כגבוי זמי, אומרים מיגו להוציא, וא"כ יועילו גם רוב ואומדנא בכה"ג. ונצטרך לומר שע"ז לא נאמר "עפ"י שנים עדים" דוקא וכמו במקום שאין אחד מהם מוחזק שהולכין אחר הרוב, ועיי' תוס' ב"ב ג' בסוגי' דרוב וקרוב, ולהלן יבואר אי"ה. וצ"ב, ומהשיטות הסוברות שאומרים מיגו להוציא (עיי' בנ"ל) אין סתירה ליסוד דברינו ומשום שמיגו לשיטתם אינו מטעם בירור אלא מטעם נאמנות, שעיי' המיגו אנו מקבלים טענתו ומאמינים לו עליה, ובכה"ג לא נאמר כלל. על פי שנים עדים" שרק אם אין מקבלים טענתו וזקוק לבירור או עפ"י שנים עדים וכו'.

מוכיחה, כמוש"ב המהרי"ק בשורש קכט — ודאי שהיא כרוב ועדיפה מרוב שהרי יש הרבה שיטות ראשונים, הרמ"ה בסו"פ אד"מ, והראב"ד — שע"י אומדנא מוכיחה יש תמיד הדין של נשבעין ונוטלין כמו נחבל (אנו מביאים דבריהם במקום אחר) וא"כ במקום שהולכין אחר הרוב הולכין גם אחרי אומדנא כזו, ואף אומדנא שאינה מוכיחה כ"כ וכמו גמל האוחר וכו' ג"כ דינה כדין רוב, ואינה שונה מדין ספק ספיקא שהשרישונו רבותינו האחרונים שהוא מטעם רוב (ל' הקוה"ס כלל ז' אות ז') ומטו לה בשם הרשב"א סי' ת"א ועיי' פנ"י כתובות ט. ובס' שערי יושר ש"ב סעיף י"ט שיטה אחרת בכל הענין הזה. ולפי האמת אין אנו מקבלים חילוק הגמ' בב"ב צג. אליבא דרב שרוב עדיף מחזקת אומד עמ"ש.

ג

לפי יסוד דברינו שאומדנא ורוב בדיי"מ מתמעטים מ"עפ"י שני עדים". ברור שגם בדיני נפשות שגם שם נאמר "על פי שנים עדים" — אין הולכין אחר הרוב כמו בדיי"מ. ושמואל לא הזכיר שהולכין אחר הרוב רק באיסורא מפני שבדיי"נ ודאי שאין הולכין אחר הרוב. וראיה חותכת לדבר שהרי בגמ' ב"ב צג. משמע מד' הגמ' שיש מקום לומר שאומדנא עדיפה מרוב, כמו שר"ל שם לשמואל: "אנא דאמרי אפילו לרב אחא ע"כ לא קאמר רב אחא התם אלא דאזלינן בתר חזקה דהוא גופיה מוחזק אבל בתר רובא לא". ובדיני נפשות ודאי שאין הולכין אחר האומדנא, ועיי' בסוגיא דסנהדרין לו. שגם רב אחא הסובר שבדיי"מ הולכין אחר אומדנא יודה שבדיי"נ אין הולכין אחריה. ושיטת הרבה ראשונים כמוש"נ במקו"א שבדיי"נ אין הולכין גם אפילו אחרי אומדנא ברורה כזאת שהיא נקראת בשם "ידיעה בלא ראייה" כהיא דעלחה לו נשיכה בגבי גבי נחבל בשבועות מו: לא כד' התוס' בשבועות לד. וא"כ איך אפשר שבדיי"נ נלך אחר הרוב⁴) הגרוע אפילו מאומדנא רגילה של גמל האוחר, ועיי' בס' תורת חסד אה"ע סי' י"ג מש"כ בזה. וכן עיקר המיעוט מ"עפ"י שנים עדים" — דוקא עדים לא בירור אחר, נאמר באומדנא של דיי"נ במעשה דר"ש בן שטח. וברור לפי"ז שבדיי"נ אין הולכין אחר הרוב כמו בדיי"מ. ובס' שב שמעתתא ש"ד פו"ט ר"ל ג"כ שדיי"מ ודיי"נ שוין שאין הולכין בשניהם אחר הרוב מטעם הכתוב: "עפ"י שנים עדים" עיי"ש מה שיישב את כל הקשיים שבדבר ולהלן נדבר אי"ה בזה ונדון בדבריו. (ועיי' גם בתשובות רעק"א סי' קז). והש"ש לא ביאר לנו מקור הדרשה של "עפ"י שנים עדים" שמזה מתמעטים בירורים

4) ואפשר שלאותן השיטות שבדיי"נ אינה מועילה גם "ידיעה בלא ראייה" והטעם הוא כמו שנבאר להלן בס"ב עפ"י הפסוק "ונקי וצדיק אל תהרוג" במכילתא וברמב"ם. ועיי' בסה"מ להר"מ ובחינוך שהסבירו טעם הדבר, וכל טעמם הוא שמא לא תהיה כאן אומדנא טובה וג"כ ידונו עליה ולא תהיה הבחנה עיי"ש. ולפי"ז אין ראייה לענין רוב שהוא בירור מסויים ומוגבל ולא שייך שם חשש זה. ועיי' בירחון "סיני" קי"ט במאמרנו "אומד הדיינים" אות ז' מה שכתבנו לענין ביטול אומד הדיינים בזמן הזה אף ידיעה ברורה, משא"כ רוב שהוא בירור מוגדר.

אחרים. ולפי מה שכתבנו לעיל הרי מיעוט זה מפורש גבי אומדנא כנ"ל והו"ה רוב. נאף אם נאמר שרוב עדיף מאומדנא כמוש"כ הגמ' בב"ב לפי רב הסובר הולכין בממון אחר הרוב ויסבור שלא כרב אחא — היינו רק אם לא נקבל דרשה זו של "עפ"י שנים עדים" כשיטת רב, אז אפשר לחלק בין בירור יותר חזק לבירור חלש ונאמר שאין באומד משום בירור מספיק. אבל לשמואל שאין הולכין אחר הרוב מטעם "עפ"י שני עדים" אין הבדל בין אומדנא לרוב, ובפרט שגם בדי"נ הרי מפורש "עפ"י שנים עדים".

והדברים מפורשים במאירי סנהדרין שאין הולכין בדי"נ אחר הרוב (בניגוד למה שמקובל עפ"י כמה דברי התוס' בריש המניח ובסנהדרין ג): כך לשון המאירי בר"פ היו בודקין: "וכן שואלין אותם מכירין אתם אותו". ר"ל ההרוג שמא מעובדי כוכבים היה, ואפילו במקום שרובו ישראל ושהדברים מוכיחים ש"ישראל היה אין דנים כן מאומד, ואעפ"י שאמרו בתלמוד המערב: נהרג מטבריא לציפורי חזקה ישראל היה אין הלכה כן". הרי דבריו מפורשים שאין הולכין בדי"נ אחר הרוב. (המאירי מנמק כאן ע"ז הטעם שאין דנין כן מאומד, ומפשטות לשונו משמע שאין מלים אלה מוסבות רק על דבריו האחרונים: "והדברים מוכיחים כן שישראל היה" אלא גם על דבריו הקודמים, ואם נאמר כן הרי בדבריו הדימוי רוב לאומד, ועיי' בהערות שם, גם מה שמעיר סנהדרין ט, יבואר להלן ויבוא על מקומו בשלום).

בתשובות הרשב"א אנו מוצאים ג"כ דיון בדבר הזה אם הולכין בדי"נ אחר הרוב, ורוצה ג"כ להוכיח שאין הולכין אחר הרוב שאין רוב עדיף מאומדנא מוכיחה שאין הולכין אחריה בדי"נ. אמנם מסקנתו היא שהולכין אחר הרוב אבל כל דבריו בזה מוציאים אותנו מן השיגרא שבדי"נ הולכין אחר הרוב עפ"י מה שנראה לכאורה מסוגיות סנהדרין סט, וחולין יא. (להלן באותיות הבאות יתבררו ויתלבנו הדברים). זו לשון הרשב"א בתשובותיו ח"ג סי' שע"ה, וכן בח"ו סי' קצ"ב: "עוד כתבת — בפ' היו בודקין בשאלה מכירין אתם אותו ר"ל שמא מעכו"ם היה, האם נאמר שאף במקום שרוב ישראל ושאין רגלי עממין מצויין שם? והזקתני לזה מה שראיתי בירושלמי נהרג מטבריא לציפורי חזקה ישראל, ואינני רואה לסמוך עליו אא"כ תצטרף בו דעתך — הא מסתמא לי דאפשר דאיתא להא דירושלמי משום דבאיסורין הולכין אחר הרוב ושמא אף בדי"נ כן, ועוד מדאמרינן בפ"ק דכתובות טו, כל קבוע כמחצה על מחצה דמי וכ"י ל"צ דאיכא ט' ישראלים וגוי א' ביניהם דהוי גוי קבוע וכמחצה על מחצה דמי, אלמא משום דקבוע כמחצה על מחצה פטרינן לה, הא נידי בני הא חייב, ונמצא בין טבריא לציפורי אינו קבוע דאנשי טבריא וציפורי אינם קבועים שם בדרך אלא נידי וכל דפריש מרובא פריש כדאמרי' בקידושין עג, וכ"י, אלא שאני מסתפק לפי שלא הזכר כן בגמרינן, ועוד דבדי"נ כתיב בהו והצילו העדה ואפי' בדבר שהוא בעין ברור אצלנו הולכין בו להקל כרודף אחר חברו ונכנס לחורבה וכ"י ומצאו הרוג מפרפר וסביביו מטפטף דם שזה כדבר הברור שאין שם אחר אלא רודף זה ואף על פי כן אין דנין אותו עד שיבואו שניים ממש שהוא הרגו, ומ"מ ההיא דכתובות מכרעא אצלי, וכ"ש שר"י בירושלמי מכריע". ומצאתי בתשובות חתם סופר חלק אה"ע סי' א' וסי' מ"א שנתקשה

בדברי הרשב"א ונדחק ליישב שם, וכן בהגהות "ציון ירושלים" ירושלמי רפ"ב דכתובות: עפ"י דברי הגמ' סנהדרין סט. ולהלן יתברר ענין זה בע"ה.

ד

עפ"י יסוד זה שמה שאין הולכין בדי"ג ובדי"מ אחר הרוב הוא מטעם הכתוב: "עפ"י שנים עדים" — עדים דוקא ולא בירור אחר — נוכל למצוא מוצא מסבך הקשיים הגדולים שבענין זה. בראשונה נביא את הקושיה היסודית מה שהקשו התוס' בר"פ המניח על הך דשמואל שאין הולכין בממון אחר הרוב: זו לשונם: "תימה מ"ט אין הולכין בממון אחר הרוב ליתי בק"ו מנפשות כדאמרינן בסנהדרין דף ג: ור' יאשי' מייתי לה בק"ו מדיני נפשות ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לכ"ש, ואפי' רובא דליתי קמן אזלינן בדי"ג בתר רובא כדאמר בריש סו"מ סנהדרין סט ע"א, גי'ל דהתם גבי דיינים שאני שחשוב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה דהא בי"ד מפקי מיניה אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא". והנה מלבד מה שעצם תירוק התוס' הוא דחוק ועיי' מש"כ בזה בעל קונה"ס ועוד, צ"ב גם זה שהרי תי' התוס' הוא רק על מה שבדיינים הולכין אחר הרוב אף בממון אבל לא תירצו כלום על קושייתם העיקרית שבדי"ג הולכין אחר הרוב אפילו שלא בדיינים. ואפילו ברובא דליתא קמן כמו שמוכח מסנהדרין סט. ונילף ממון הקל מדי"ג דחמירי, ובאמת בתוס' סנהדרין ג: הקשו רק קושיא זו ותירצו ע"ז: דרובא דרדיא לא חשיב כי הנך רובא הלכך לא סמכינן להך רובא בדי"מ. ועיי' בשב שמעתתא ש"ד פ"ו ט' שמסביר דברי התוס' מדוע לא חשיב רובא לרדיא כשאר רוב עפ"י דברי הרמב"ן והריטב"א בקדושין ג. שרוב שאינו תלוי בטבע אלא במנהג — אינו רוב שפעמים הרבה אדם נוהג מנהג המיעוט. ועיי' ש שהקשה ע"ז שהרי מכל הסוגי ר"פ המוכר פירות שמדמה לדינו של שמואל גם הך דרוב נשים בתולות נישאות וכן גם הך מחלוקת רב אחא ורבנן בגמל האוחר — משמע מזה שאין רוב לרדיא שונה משאר רוב. ועיי' ש מה שרוצה ליישב קושיית התוספות שבאמת אין הולכין אחר הרוב בין בדי"ג בין בדי"מ והך סוגיא דסנהדרין סט. היינו רק מטעם הוחזק ע"י הרוב וכד' הרמב"ם פט"ז מה' סנהדרין, עיי"ש. בקונה"ס כלל ו' האריך הרחיב בשני דיבורי התוס' והביא באורו של מהר"מ חביב בד' התוס' ב"ק, ודברי אחיו בעל השב שמעתתא, והקשה קושיא חזקה על דברי הש"ש מהא דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, ושם הרי לא הוחזק, והדימוי של עדים לדיינים אינו מובן כלל לכל הפירושים שנפרש בד' התוס' ב"ק, וכן הקשה מפ"ק דכתובות טו. דילפינן קבוע כמע"מ דמי מוארב לו וקם עליו פרט לזורק אבן לגו, ומגלן דקבוע כמע"מ דילמא משום שאין הולכין בדי"ג אחר הרוב ושם הרי לא הוחזק ע"י הרוב, עיי"ש. ובס' חלקת יואב ח"א חו"מ סי' ט"ו הקשה גם מהך דנמצא גנב או קוביוסטום, שאין הולכין אחר הרוב אף ששם הרוב קודם המעשה והוחזק שהוא גנב. ותירוצו של בעל קונה"ס שממון עדיף משום דאיכא למימר העמד ממון בחזקת מאריה משא"כ בדי"ג שהוא עצמו נידון — אין הדברים מתקבלים כלל שממונו יהיה

חמור מגופו, והרי מוחזק איננו הוכחה אלא דין שא"א להוציא — „המומעי"ה". ומכש"כ שאין. לעשות") דין בגופו. הנה לפנינו שכל מה שדובר בענין זה מוקשה וכל ענין רוב בין בדי"מ בין בדי"נ טעון איפא בירור רב.

ועפ"י הנחתנו הקודמת כל ענין זה מתברר מיסודו, וכל הקשיים מסתלקים. הנה כתוב אחד אומר: „עפ"י שני עדים יקום דבר" עדים דוקא ולא בירור אחר בין בדי"מ בין בדי"נ (וכנ"ל). כתוב שני אומר: „אחרי רבים להטות" הלך אחר הרוב בין בדי"נ בין בדי"מ. הרי לכאורה שני הכתובים סותרים זא"ז ועלינו להכריע ביניהם, כדי להכריע ביניהם עלינו להעמיד כל כתוב על מקומו המיוחד. ונראה שאין הכתובים סותרים זא"ז אלא משלימים, ויצא לנו כל שורש הענין שממנו מסתעפים כל הגדרים שבדבר והכל יבוא על מקומו בשלום בע"ה. וזה הדבר: הכתוב „ע"פ שנים עדים" מדבר: לענין הבירור לפני בי"ד על עצם מעשה החיוב אם נעשה מעשה או נעשה מעשה: אם לוח ראובן משמעון, או רצח ראובן את שמעון. ועל זה אמרה תורה שבין בדי"נ ובין בדי"מ אין בירור אחר לגוף המעשה לפני בי"ד, אלא שיבואו עדים ויעידו בפניהם, אבל בירור אחר לא: לא אומדנא, רוב, מיגו, וכו'. (ורוב אפילו באיתא קמן ועיי' בקונה"ס כלל הנ"ל שהוכיח כן) וזהו טעמו של שמואל שאין הולכין אחר הרוב, וזהו טעם רבנן בגמל האוחר בין הגמלים שאין הולכים אחר האומדנא, במקום שצריך לברר גוף המעשה. — ואילו הכתוב: „אחרי רבים להטות" הרי נאמר לענין דיינים, במקום שגוף המעשה מבורר עפ"י עדים, אלא שבי"ד בינם לבין עצמם מבררים את הדין, אם חייב מן הדין או פטור, או במקום שאין בירור עפ"י עדים אלא בי"ד שמעו את טענות בעלי הדין והם דנים אם אפשר לדון עפ"י הטענות אחד בע"ד, וכו', ובאופנים אלו שהבירור אינו על גוף המעשה אלא בירור צדדי אמרה תורה: „אחרי רבים להטות" שהולכין אחר הרוב לברר בירור צדדי.

זהו שורש כל הענין, שיש הבדל בין בירור גוף המעשה לבירור צדדי ואם יהיה איזה מקרה של בירור צדדי הולכין אחר הרוב בין בדי"נ ובין בדי"מ (ממונות **), שבירור צדדי אינו בכלל המיעוט של „עפ"י שני עדים", ונכלל

(5) גם צ"ב לדבריו הגמ' סנהדרין ג: שלמדים רוב בדיינים בדי"מ ק"ו מנפשות דחמירי — ואיך למדים הרי בממון יש מוחזק וא"א להוציא, ובעל קונה"ס עצמו נהעורר לד"ו ומפרש ששונה דין רוב בדיינים מפני שבדיינים אין מיעוט מסייע למוחזק, וכד"ה החוס' בפ' המניה, ומש"כ אפשר ללמוד, אך הרי בריש דבריו בכלל זה נחקשה בעצמו בטעם הדבר לומר שבדיינים אין מיעוט, שהרי כל דין רוב למדים מרוב של דיינים (חולין יא. ועוד), וגם עצם הדברים האלה אינם מספיקים, כיון שבממון יש כח מוחזק; וא"א להוציא ממנו ברוב אף שבדי"נ הולכין אחר הרוב, כמו"כ נימא גם שמיעוט הדיינים: הבטל לגבי הרוב אינו מספיק להוציא ממון אף שבדי"נ סגי, ויש ליישב זאת. וד"ק.

** ע"י תשר רע"א סי' ק"ז וז"ל: ובוזה עולים היטב דברי ש"ב נ"י דבעי ידיעת עדים ממש, ולגבי האי גברא אין מעידים לודאי שהוא קטל, וזהו אם עיקר המעשה לא ידעו בבירור רק ע"י סימנים, אבל לענין דאזלינן בחר רובא, העדים יודעים המעשה

בריבוי של „אחרי רבים להטות“. הנה בדי"מ ודאי שההלכה היא כשמואל שאין הולכין אחר הרוב, ועם זה פסוקה היא ההלכה בשו"ע חו"מ סי' ל' סעיף ז' שע"א האומר בב' לחודש לזה ראובן משמעון וע"א אומר בג' לחודש מצרפים עדותם מפני שטעו בעיבורא דירחא ואין מכחישים זא"ז. אף שבסנהדרין סט. מפורש שזה מטעם רוב ומזה הוכיחה שם הגמ' שהולכים בדי"נ אחר הרוב. ובדיני ממון הרי ודאי שאין הולכין אחר הרוב. ומדוע מצרפים עדותם?

הרי מזה יסוד דברינו שבמקום שאין הרוב מברר גוף המעשה שע"ז הרי מעידים העדים, אלא שצריך לברר אם אפשר לצרף את העדים ולקבלם — זה נקרא בירור צדדי והולכין בו אחר הרוב כמו שהולכים בדיינים אחר הרוב. [ההגדרה הברורה בענין זה מה בכלל בירור גוף המעשה ומה נקרא בירור צדדי — יתברר בירור מפורט בע"ה להלן]. עפ"י הדברים האלה הרי נופלת לגמרי קושיית התוס' בר"פ המניח (הבאנוה לעיל), ואפשר שזוהי כוונת בעל התוס' רי"ד במס' ב"ב צב; שהביא קושיית התוס' הו"ו ותירוצם, וכתב ע"ז: „ומתמצים הבל. וכך נ"ל לתרץ היכי אמר שמואל דלא אזלינן בממונא בתר רובא הנ"מ היכא דהנתבע מוחזק בממון ותובע בא לאפוקי מיניה ולית לי' טענתא אחריתא שיזכה בה אלא טענתא דרובא, התם אמר שמואל דאין הולכין אחר הרוב דרובא וחזקה דממונא — חזקה דממונא עדיפא והעמד ממון על חזקתו והמוציא מחבירו עליו הראיה. אבל היכא דתובע אית לי' על הנתבע טענה דמצוי למיזכי בה אלא דאיכא פלוגתא ביני דייני אי הוה טענה מעליא או לא, התם ודאי מודה שמואל דאזלינן בתר רובא כדכתב אחרי רבים להטות, דאי חזינן טענה ברורה לתובע דנתבע חייב למיתב לי' מי לא מפקינן מנתבע ויהבי לתובע. והשתא נמי כיון דרובא דדייני אמרי דטענת הנתבע טענה ברורה היא מפקינן ממונא אפומייהו ובטיל היחיד במיעוטא, אבל היכא דלית ליה לתובע אלא טענת רובא א"ש כולהו דיינא שאין זו טענה ברורה להוציא ממון על פיה מיד הנתבע וכו'“. אמנם התוס' רי"ד אינו מזכיר כלל את כל המיעוט של „עפ"י שנים עדים“ ובא ע"ז כפי המקובל שאין להוציא מחזקת ממון ברוב לבד ולכאורה דבריו הם כד' התוס' בר"פ המניח אך הרי הוא דוחה דבריהם שזה הבל. [ובאמת מה שמוסיף ע"ז „המוציא מחבירו עליו הראיה“ משמע ג"כ שהיינו משום שצריך ראיה בעדים דוקא שרק עדים נקראים ראיה. שאל"כ מה שייך „עליו הראיה“ הרי המוציא מביא ראיה שהרי רוב הוא ברור והוכחה בכמה

בשלימות שבא עליה, וכיון דאנו דנים אותה מכח הרוב שהיא א"א, מעידים שבא על א"א וכו', וכן כשבא על אשה דאנו דנים לו דאי מכח סימנים, שהיא א"א, אבל אם דנים אם הוא האיך שעשה כן, לא מיקרי ידיעה ברורה, כיון דהוי ספק שמא לא עשה כלל דבר זה, עכ"ל. והמעייין שם יראה שלא מכח שכבר הוחזק לפני כן אתי עלה, אלא מצד דרק על עצם העדות שמעידים צריך עדות ידיעה ברורה ובל"ז אין כאן עדות. ודברי הרהמ"ח שליט"א עולים בקנה אחד עם דברי הגרע"א ז"ל. ועי"ש עוד מבנו הגרש"א בביאור הסוגיא דסנהדרין ס"ט, ודו"ק. וע"ע „גר המערב“ ח"ב, מאמר העורך הרב ז"ר רעזיל.

מקומות. ועיי' בר"פ שור שנגח, מ"ה: [והסברת דבריו היא בהכרח רק כמו היסוד הנ"ל: שבמקום שכל כחו של התובע היא מטעם רוב, כלומר שעצם בירורו על גוף הדבר הוא מטעם רוב אין זה מספיק מפני שצריך עדים, משא"כ במקום שהרוב מברר שטענתו היא נכונה, אז יש כבר אחר ההליכה אחר הרוב שזה אנו למדים מאחרי רבים להטות טענה שלימה וברורה, וכמו ברובא דאינשי טעו בעיבורא דירחי המברר שאין העדים מכחישים זא"ז ויש איפוא עדות כשרה לפני הבי"ד.

עפ"י דברינו תתפרש היטב לשון ירושלמי שכל המפרשים נתקשו בפירושו. ז"ל הירושלמי רפ"ב דכתובות ועוד: „ניחא נתגרשה נתאלמנה מי עורר היוורשים והלך אחר הרוב ורוב הנישאות בתולות נישאות אמור מעתה בתולה נישאת? זאת אומרת שלא הלכו למדת הדין בממון (בוה יש שינוי גירסאות בירושלמי כתובות וב"ק) אחר הרוב, תמן תנינן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה וכי רוב הפרות מפילות אמור מחמת נגיחת הפילה. אמר ר' אבהו זאת אומרת שלא הלכו למדת הדין לממון אחר הרוב א"ר אבון ובד"א הלכו למדת הדין לאחר הרוב כהא דתני וכי. המלים „מדת הדין" אין להם מובן, ועיי' במפרשים. ועפ"י מה שאמרנו שרק בבירור גוף המעשה אין הולכין אחר הרוב משא"כ בבירור צדדי, זה נקרא בלשון הירושלמי „מדת הדין" כלומר: „מדת הדין" העיקרית שדנים בה אם נעשה מעשה או לא, בוה אין הולכין אחר הרוב, להוציא מזה בירור צדדי שאינו ממדת הדין כמו רוב בדיינים וכנ"ל ודאי שהולכין אחר הרוב — „אחרי רבים להטות", על פי ניסוח זה של הירושלמי: „מדת הדין" במקום הניסוח: בירור גוף המעשה, אף שאחת היא הכוונה, — יתבהרו להלן כמה דברים בהמשך בירורנו. (ומצאתי בס' „גר אהרון" להגאון מטברג סי' ג' שמפרש מלים אלה שבירושלמי עפ"י דרכו ופירושו קרוב לפירושונו, אלא שכל דבריו שם בגדרי רוב הם אחרים לגמרי מדברינו בוה, ויש הרבה לדון בהם ואכמ"ל ויעויין במבוא הירושלמי לרז"פ, עצ"ב).

הבדל זה בין בירור גוף המעשה „מדת הדין" לבין בירור צדדי, האמור לעיל לענין רוב — הוא הדין גם לענין אומדנא⁶) כמוש"כ למעלה שלהלכה

6) הבדל כעין זה בצורתו ואחר לגמרי בתוכנו — לענין אומדנא שלא בכ"מ אין הולכין אחריה ויש שכן הולכין — אנו מוצאים במהרי"ק בתשובתו הידועה שורש קכ"ט. ועין כי דברי מהרי"ק אלו מובאים כיסוד בענין אומדנא בקדמונים ואחרונים לכן נביא עיקר דבריו בוה ונדון בארוכה. אחרי שהוכיח מד' הגמ' בסנהדרין לו: שאין הולכין אחר האומדנא אפילו במוכחת הרבה שאין לך אומדנא מוכחת יותר ממעשה דר"ש בן שטח בהרוג מפרפר וכי' ובכ"ז אין הולכין אחריה וה"ה בדי"מ לרבנן דרב אחא (על זה עיי' מה שכתבתי בירחון „סיני" קיט במאמרי „אומד הדיינים" אות 7 הערה 17) כמו שמוכח בסוגי' שם ובשבועות לד. והקשה שם: ולעיקר הדין שאמרנו דלא קי"ל הלכה כרב אחא אליבא דהני רבנכתא (הרי"ף הרמב"ם והסמ"נ) ונאמר דפשיטא דאין להקשות דהא קי"ל בכלא תלמודא דאזלינן בתר אומדנא כי הניא דראביע בכתובות דף ג"ה ולא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וקי"ל כותיה, וכן הניא

דין אחד לשניהם. (ועדיין צ"ב בזה שי' התמים דעים סי' קכ סעיף ו' שאין הולכין במלקות אחר הרוב ועיי"ש באיזה רוב מדובר שם).

דרי"ש בן מנסיא ששמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים וקיי"ל כוותיה בפ' מי שמת קמו. ובפ' אלמנה גיזונית צו. זבין ולא איצטריכו זוני. וכן גבי שכ"מ שכתב כל נכסיו בלא שיוור ועמד דחזור, וכן בכ"מ בתלמוד ואפילו גבי איסורא במסוכן שאמר כתבו גט שכותבין ונותנין, ולא תימא דהיינו דוקא להחזיק ממון אבל לא להוציא ממון מחזקתו — דהא בריש אע"פ מייתי הא דאמר רב מתנת שכ"מ שכתוב בו קנין ארכבה אתרי דיכשי וקאמר דהיינו מטעם אומדנא ומדמי לה לההיא דראב"ע שלא כתב לה אע"מ, וכן גבי מסוכן סמכינן אאומדנא אפילו לענין איסור ערוה ולא אמרינן העמידה בחזקת א"א — אפ"ה לא קשה מידי, ודאי דכל היכא דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרש אולינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כי ההיא דגמל האוחר כו' דאין ידוע לנו אם גנחו או לאו אלא מתוך אומדן הדעת בהא ודאי פליגי רבנן עליה דרב אחא וקיי"ל כוותיהו לדעת הפוסקים הנ"ל. ותדע דכן הוא דלא דמי האי אומדנא דרב אחא לשאר אומדנא שבתלמוד שהרי בריש המוכר צג. בעי לדמוייה לרב ולשמאל גבי המוכר שור לחבירו ונמצא גנחן כדאמר התם לימא כתנאי וכו' ולא מייתי פלוגתא דראב"ע וחכמים דהוי במשנה אלא מייתי האי דברייתא משום דדמי טפי לפלוגתא דרב ושמואל מאומדנא דראב"ע. עיי"ש עוד. הנה דברי המהרי"ק מפורשים לכאורה שכל מה שאין הילכיב אחר האומדנא הוא רק לברר גוף המעשה, אבל כשגוף המעשה מבורר אלא שצריך לברר אומדן דעת הולכין אחר האומדנא. אך באמת לפי הגדרתנו והדגשתנו אנו שעיקר ההבדל תלוי ב"מדת-הדין" כלומר בגוף הדבר והמעשה שעליו דנים ובין בירור צדדי — גם בירור אומדן דעת נקרא בירור גוף הדבר אם הוא עיקר הדיון שעליו דנים, וכגון בהנך עובדין שהביא-המהרי"ק צריך להיקרא "מידת-הדין" כגון בהכותב כל נכסיו לאשתו שע"י אומדן הדעת שלא עשאה אלא אפיטרופא אנו רוצים לבטל את הבירור לפנינו ע"י כתיבתו, וזהו עיקר הדיון. וכן בכל הגך הנ"ל. (ולהלן אי"ה נביא כמה שיטות חלוקות לענין מה נכלל ב"מדת-הדין" ובאופנים הנ"ל נראה שלכל השיטות נקרא מדת-הדין שהאומדן דעת הוא עיקר הדיון). ודברי המהרי"ק עצמם אינם מובנים לכאורה, מה מוסיף לנו אם גוף המעשה מבורר אבל הלא ע"י האומדנא אנו רוצים לבטל את המעשה המבורר ורוצים לחדש מעשה המבטלת מה שמבורר לנו כגון בהכותב נכסיו לאשתו, וכן כתב לה מן האירוסין, וכן בשמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים, וכן במסוכן שאמר כתבו גט לאשתי, בכל אלו באה האומדנא לבטל את מעשיו שכתב לאשהו, וכתב לה כתובה רק בע"מ, וכן כתב כל נכסיו לאחרים רק בע"מ. וכן במסוכן אנו רוצים לחדש שכוונתו היתה גם שיתנו לה וזה אינו מבורר כלל במה שאמר כתבו. ולכאורה אפשר אולי ליישב ולומר שכונת המהרי"ק בתירוצו הוא רק על הך דמסוכן ולפי דברי הגמ' בב"ב קמו: "שאני התם דאמר כתבו" ועיי"ש בפירש"י הר"ה דאמר כתבו, ואין זה אומדן דעת אלא בפירוש" וזה נאמר שם לענין שאין זה דברים שבלב והו"ה לדון עפ"י האומדנא כיון שכתבו מבורר ואנו רוצים לברר מה גלוס באמירת: "כתבו", וכן במתנת שכ"מ שכתוב בה קנין גוף המעשה מבורר, ואלו השנים הם להתיר

ה

עתה יתברר לנו כל ענין רוב בדיני נפשות. למעלה הרי הוכחנו שדיני נפשות שווים בזה לדיני ממונות, שאין הולכין בהם אחר הרוב לברר גוף

איטור ערוה ולהוציא ממון, אבל שאר האומדנות הם להחזיק ואין צורך כלל בהם בחילוק הזה מפני שלהחזיק ודאי מועילה אומדנא כמו רוב ומיגו וכו'. כך היה אפ"ל לכאורה — אבל באמת אין הדבר כך שהרי המהרי"ק מתרץ ומחלק בחילוק הזה גם שאר האומדנות שהזכיר, וגם הרי הוכיח סברתו מהא שבריש המוכר פירות מדמה מחלוקת רב ושמואל אם הולכין אחר הרוב לאומדנא של גמל האוחר ולא מדמה לה לשאר אומדנות ובפרט ששמואל עצמו פוסק כראב"ע שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, ובע"כ שאומדנא דראב"ע אינו דומה למחלוקת רב ושמואל עפ"י החילוק הנ"ל. וזה אינו מובן כלל לענ"ד — שהרי בכל המקרים שהזכירה הגמ' שם וכגון בהיא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך הרי גוף המעשה מבורר אלא שצריך לברר אם היתה אלמנה או נשואה וא"כ הרי"ז דומה ממש להנך דאימון דעת בפרט בהך דהמוכר עבד לחבירו ונמצא גנב או קוביוסטום והרוב בא לברר אם קנה ע"מ שהוא גנב, וזה באמת ממש אומדן דעתו. וגם גוף המחלוקת של רב שמואל שם ג"כ אנו רואים גוף המכירה והרוב מברר שקנה לרדיא וכדוע רוב זה שונה מאומדנא דראב"ע, ודברי המהרי"ק צע"ג לע"ע.

וראיתי בשו"ת הרמ"ץ או"ח סי' ט"ו שהאריך שם הרבה בגדרי אומדנא והביא דברי המהרי"ק ומפרש בכוונת דבריו כך: שבמקום שאנו צריכים לברר ע"י האומדנא שנעשתה מעשה או לא דינין עפ"י האומדנא והרי"ז כד' הגמ' בבכורות רפ"ג דרובא התלוי במעשה לא מהני וזהו הך דין לגמל האוחר בין הגמלים. אבל כשאין הספק בעיקר המעשה, ועפ"י האומדנא אין אנו צריכים לחדש איזה מעשה כ"א לפרש כוונת הנותן או הלוקח בזה מועילה אומדנא. והיינו הך אומדנא דנתן א"ת הכסף ושטר מתנה שכתוב בו קנין, והך דסו"פ חזה"ב לפרש כוונתו וכן הך דמסוכן, עכ"ד. עפ"י הסבר זה עיקר החילוק מובן. אך הקושיות האחרונות שהקשינו לדברי המהרי"ק יהיו קשים גם לפי הסבר זה שהרי המהרי"ק הביא ראיה מר"פ המוכר פירות ושם אין הרוב בא לברר שנעשתה מעשה כ"א לפרש ולברר את הכוונה. וצ"ע. [במקום אחר נשתדל ליישב אי"ה קושיות המהרי"ק שהביא הרבה סוגיות שהולכין אחר האומדנא ומ"ש מאומדנא דגמל האוחר].

גם עצם פסקו של מהרי"ק צ"ב. השאלה שהיתה שם היא לענין בושת ופגם והיו אמתלאות ואומדנות כדי לחייבו, ואם אמנם שאין לחייבו בתשלומין עפ"י אומדנא המוכיחה — אבל עכ"פ תטול בשבועה כמו בנחבל שראוהו נכנס ת"י שלם ויצא חבול (שבועות מו:) ועיי' רמ"ה סנהדרין לו. שעפ"י ד' הגמ' האלו רצה לומר שבכל אומדנא טובה יהיה הדין כן (ולא רק בחבלות) וכן משמע גם מד' הראב"ד פ"ה מה' חובל ומזיף ה"ד (להלן בפרק ב' נרחיב דברים אי"ה בשיטותיהם), וגם לפי שיטת הרמב"ם שם שרק בחבלות משום קנס הדין דנשבעין ונוטלין — א"כ גם לענין בושת ופגם (הנידון בד' המהרי"ק) היה צ"ל הדין כמו בנחבל. וצ"ע.

ומה שלא הצריך המהרי"ק דו"ח עכ"פ מטעם דין מרומה — צ"ל משום שלדיין

המעשה "מדת־הדין" אם רצח ראובן את שמעון או לא, שאין רוב עדיף מאומדנא דרשב"ש, וכמוש"כ הרשב"א בתשובה הנ"ל, ועדיף די"נ שנאמר בהם והצילו העדה וכסנהדרין סט. וכל מה שבדי"נ הולכין אחר הרוב ואפילו ברובא דליתא קמן היינו רק לברר בירור צדדי שאינו מ"מדת־הדין" וכעין רוב של דינים, שע"ז נאמר אחרי רבים להטות ולא נתמעט מ"עפ"י שנים עדים", וכנ"ל.

ורק בענין זה של בירור צדדי מדובר בכל השקלא וטריא במס' סנהדרין סט. על דברי ר' כרוספדאי שאמר כל ימיו של בן סורר ומורה אינו אלא ג' חדשים בלבד וכו': "אמרי במערבא בן ולא הראוי לקרות אב וכו' ש"מ מדר"כ יולדת לשבעה אין עוברה ניכר לשליש ימיה דאס"ד עובר ניכר לשליש למה לי ג' בתרי ותילתא סגי, לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימיה זיל בתר רובא (ופירש"י דאולינן בתר רובא לט' ואין עוברה ניכר בפחות מג' חדשים) אמרוה קמיה דר"ה בריה דר' יהושע, א"ל ובדי"נ מי אזלינן בתר רובא והתורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה ואנת אמרת זיל בתר רובא. אהדריה קמיה דרבינא א"ל ובדי"נ לא אזלינן בתר רובא, והתנן א' אומר בב' בחודש וא' אומר בג' עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חודש וכו', אר"י מדיפתי אף אנן נמי תנינן בת שלוש שנים ויום א' מתקדשת בביאה וכו'. ואם בא עליה א' מכל העריות האמורות בתורה מומתין עליה ואמאי אימא איילונית

עצמו לא היה אומדן וסמיכת דעת שכן הדבר, אלא שהיו כאן אומדנות אובייקטיביות, זכיון שאין הולכין אחר האומדנא אין גם דין מרומה שהוא בעיקר מסני דאיית הדין הפרטית. דיון מיוחד לנו בנקודה זו בשם "אומדנת הדינים" שפרסמוהו ב"סיני". חו' קיי"ט. מתוך דברי המהרי"ק שהעיר מהדין של מסוכן שמועילה שם אומדנא אף להתיר איסור אשת איש ולהוציאה מחזקתה, והוצרך לחילוקו — משמע שגם בדבר שבערוה אינו מועיל לא אומדנא ולא רוב. שהרי יש מקום רב לומר בגמ' ב"ב צג. שאומדנא עדיפה מרוב, וגם שמואל הסובר אין הולכין בממון אחר הרוב יודה באומדנא, וא"כ מזה משמע שאין הולכין בדבר שבערוה אחר הרוב (ועיי' לעיל אות ב') ועי' ברמ"א אה"ע מ"ב סעי' י"ב ובבית שמואל שם ובפתחי תשובה וכו' וכל מה שהאריכו האחרונים שם שאינו מועיל אומדנא בדשב"ע. (ויש מי שסובר שאפילו ידיעה בלא ראייה לא מהני, ולא מסני. שחסר עדי קיום, ובמק"א נרחיב בזה אי"ה) ולהלן. בפרק זה הביא שיטת הרמב"ם המפורשת בפט"ו מה' איסור"ב הלכה כ"ה שאין מועיל רוב. וכן הרי מן הדין כיון שילפינן בדבר שבערוה דבר דבר מממון מה להלן על פי שנים עדים אף בדשב"ע על פי שנים עדים. ולפי ביאורנו לעיל ש"מ עפ"י שנים עדים" מתמעט רוב וכמו"כ צ"ל בדבר שבערוה, ולפי"ז צ"ב מריש גיטין שגם עדות על גט אם נכתב לשמה ה"ז עדות על דבר שבערוה, ובכ"ז אומרת הגמ' שאפשר לסמוך על רוב בקיאיין הו', ורק לר"מ אמרינן סחם ספרי דוייני מיגמר גמירי, וכן ביבמות ריש ס' האשה שהלכה ועוד. ולהלן בסוף פרק זה נשתדל לברר ענין זה בע"ה. ותמהני על אדמורי זצ"ל שמקשה בשע"ג פרק ב' על יסוד השב שמעתתא (הדומה ביסודו לדברינו וכנ"ל) שמעפ"י שניים עדים מתמעט רוב — מהא שמועיל לכמה ראשונים עדי כיעור להוציאה מבעלה וכו' עיי"ש ולא מקשה מגמ' מפורשת שמועיל רוב בדבר שבערוה אף בלא תחזוק.

היא זאדעתא דהבי לא קידשה אלא לאו דאולינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית וכו'". ולכשנעייך בדבר כל אלו העניינים הנזכרים בסוגיא זו, שהולכין בהם אחר הרוב הם לענין בירור צדדי שאינו מ"מדת-הדין", הנה גבי בן סורר ומורה אין הרוב בא לברר גוף המעשה אם הוא סורר ומורה, שזה הרי נתברר אלא שצריך לברר אם יש עליו שם: "בן" (ולא אב) ואמנם אם היה הספק מקרי על בן סורר ומורה מסויים, אז ודאי שגם בירור זה אם יש עליו שם "בן" נקרא מדת הדין שהרי זהו עיקרו של דיון אם הוא בן סורר ומורה, ותנאי ה"בן" הוא תנאי עיקרי בעצם חיובו. אבל מכיון שאין לפנינו איזה ספק שצריך לברר ע"י הרוב אלא שכאן מדובר ע"ד הקביעות הכללית של זמן בן סורר ומורה, ואין על בי"ד לברר זאת עכשיו בשעת הדיון, אלא שע"י הרוב אנו רק מגדירים את ימיו של "בן סורר ומורה" כמה הם — ג' חדשים, ובירור זה אינו ממידת-הדין כלל, שנאמר שרק עפ"י שנים עדים לא בירור אחר, ונכלל בכלל "אחרי רבים להטות". אלא שר"ה ברד"י מערער על עצם הדבר שבדי"ג הולכין אחר רובא דליתא קמן מכיון שנאמר "והצילו העדה" ובגלל זה אין לילך אחר הרוב גם בבירורים צדדיים (ועיי' בחי' הר"ן שם מה שמיישב שלא תקשה לנו מגמי' חולין יא, שמוכח שם שגם בדי"ג הולכין אחר הרוב, ואכמ"ל) וע"ז מביא רבינא ראייה מרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא שבבירורים צדדיים שהרוב מברר שאין הכחשה בין העדים הולכים אחריו ואין פוטרים מטעם והצלו העדה, וכן מביא ר"י מדיפתי ראייה מבת ג' שנים ויום א' שחייבין עליה משום אשת איש ואין חוששין שמא איילונית היא מפני שרוב נשים אינן איילוניות — ובוה ג"כ אין הרוב מועיל ל"מדת-הדין" כיון שהיא מקודשת ודאי לפנינו וכל הדיון לפני בי"ד הוא אם בא עליה זה או לא וע"ז הרי יש עדים, אף שבכלל מדת-הדין לברר שהנבעלת היא אשת איש, ואם היא איילונית הרי אינה אשת איש שעל דעת כן לא קנאה — אבל כיון שלפנינו היא מקודשת ודאי ואין הספק במעשה הקדושין עצמם אלא שיש לעורר ספק ולבטל הקדושין מטעם שמא איילונית, זה נקרא בירור צדדי שצריך לברר אם אין ריעותא במה שנתברר לנו ע"י העדים שפלוגי בעל אשת איש, והרי"ז כמו שצריך לברר ע"י הרוב שאין העדים מכתשים.

ולא רק עכשיו שהיא מקודשת והספק הוא על הבעל לחייבו מיתה, אלא גם אם באים לדון על הקידושין עצמם, כגון אם קדשה אחר להצריכה גט מן השני (ועיי' להלן באות ה' מה שאנו מבדילים בוה לשיטת הראב"ד), והספק הוא איפא כאן על עצם הקידושין אם הקידושין קיימים או בטלים, והרי"ז לכאורה מדת-הדין — אבל גם לענין זה נקרא שגוף המעשה מבורר לבי"ד ע"י עדים או ראיית עצמם כיון שבמעשה הקידושין אין שום ספק שהיה כדיון וגם אם היא איילונית תופסין בה קידושין, אלא שמא היא איילונית וע"ז יש כאן תנאי המבטל את הקידושין, זה נקרא ג"כ בירור צדדי, שאין כאן תנאי-שהוא "מילתא אחריתי" — המבטל את הקידושין וכנ"ל. גם אפשר להשתמש כאן בסברתו של הש"ש שהחזקה ע"י הרוב שאינה איילונית, ולא מטעמו שמסמך לה לדברי הרמב"ם שלוקה באכילת חלב שהחזקה ע"י ע"א (ועיי' בשע"י שער ג') פ"ב המסריד בין החזקה ע"י ע"א לבין החזקה ע"י הרוב.

בדברים מסתברים, אם כי להלן אנו מקבלים את סברת הש"ש) — אלא מכיון שהחוק שאינה איילונית שוב אין כאן מדת-הדין בבירור הוה של הרוב אלא בירור צדדי לבטל את המוחזק ומה שהוא לפנינו. נכן אפשר גם בקידושי קטנה להשתמש באותה סברא שהשתמשנו בה גבי בן סורר ומורה שאין הבירור נקרא מדת-הדין מכאן שאין בירור זה במקרה שבא לפני ביי"ד — אלא הבירור הוא קביעות כללית, וכמו"כ בכל קידושי קטנה קובעים שהקידושין הם ודאים ע"י הרוב שהוא ברור ופשוט ואינו קשור כמו עדים בהגדתם לפני ביי"ד ואין ביי"ד שבא הנדון לפניו לברר את זה כעת ואין זה בירור גוף המעשה שהירושלמי מכנה בירור זה בשם "מדת-הדין".

ובמקום שעדים העידו שראובן רצח ואין יודעים אם ישראל הרג או גוי. אין סומכין אחר רוב ישראל שבאותו מקום מפני שבירור זה אם הרג ישראל הוא בירור גוף המעשה אם עשה מעשה רציחה של חיוב שהיא דוקא שהנרצח ישראל, ונקרא באופן זה "מדת-הדין" ורוב אינו מועיל ב"מדת-הדין" בדיינ וזוהי שיטת ז' המאירי (הנ"ל) בר"פ היו בודקין ששואלין מכירים אתם אותו גם במקום שרוב ישראל, לא כהירושלמי. וזהו גם הדין של הרשב"א בתשובתו ח"ג סי' שע"ח הנ"ל לומר שמגמרא דילן נראה שאין הולכין בנפשות אחר הרוב לברר גוף המעשה, ומוכיח ג"כ מהא שאין הולכין בדיינ אחר אומדנא ברורה כהיא דרשב"ש משום שנאמר והצילו העדה⁶) ומן הסברא אומדנא כזו עדיפה מבירור של רוב, ומסתפק בעצם הדבר אם בדיינ הולכין אחר הרוב כלשונו: "משום דבאיסורין הולכין אחר הרוב ושמא אף בדיינ כן", ואינו מזכיר כלל הגמ' המפורשת בסנהדרין סט. משום שכל דין הרשב"א הוא לענין בירור גוף המעשה ולענין זה אין להוכיח מהך סוגיא וכנ"ל. אלא שהרשב"א הכריע שהולכין אחר הרוב גם בבירור גוף המעשה מההיא גמ' כתובות טו. בט' ישראלים

(7) אמנם גם עפ"י היסוד של השב שמעתהא שמה שבדיינ הולכין אחר הרוב הוא רק בהחזק — ג"כ ניתא, שכאן הרי לא החזק, ובאמת שמלשון המאירי דף פ"ט שכתב: "הולכין אחר הרוב שחוקה עמרי, משמע מזה כד' הש"ש, ועיי"ש עוד שמדמה לה לסוקלין ושורפין על החזקות, ועיי"ש בש"ש שג"כ מדמה לה כן. ולהלן בסוף אות זה נבאר הך דסוקלין ושורפין לפי היסוד שהנחנו אנו, וד' יאר עיני בתורתו, ויסוד הש"ש הלא קשה מרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, וכן מהך דרוב ישראלים ועכ"מ אחר ביניהם בכתובות טו. וכנ"ל.

(8) טעם זה של הרשב"א להך שאין הולכין בדיינ אחר האומדנא מפני הכתוב: "והצילו העדה" — צ"ב מקורו שהרי בגמ' שלפנינו, סנהדרין לו, ובתוספתא סנהדרין הנ"ל הלימוד הוא מ"עפ"י שנים עדים", אמנם מד' הרשב"א שבועות לד. משמע שאין זה טעם שלא נלך אחר האומדנא (הבאנו זאת לעיל אות א' בהערות) אבל גם טעם זה לא נזכר, ורק בסנהדרין סט. בס"ד הגמ' שלא נלך אחר הרוב מטע"ז אף בבירור צדדי, ומסקנת הגמ' שכן הולכין, ובמכילתא משפטים (הביאה הרמב"ם בפ"כ מה' סנהדרין) הלימוד הוא מונקי וצדיק אל תהרוג, ובמקו"א נברר אי"ה הפרטים השונים בדיינ, ומקור טעם הרשב"א צ"ב.

וגוי אחד ביניהם שאם לא משום קבוע היו מחייבים אותו מטעם רוב, ושם הרי הרוב מברר גוף המעשה, והרשב"א מפרש כנראה בד' הגמ' שם כפי' הרמ"ה בסנהדרין (הובא גם בשיטה מקובצת כתובות טו. ד"ה פרט) שהספק הוא שלא ידוע מי הנהרג. וא"כ הרי מפורש בגמרתנו כדברי הירושלמי שבמקום שניידי כגון נהרג בין טבריא לציפורי הולכין אחר הרוב ואין העדים צריכים להכיר את הנרצח. ולהכרעת הרשב"א שהולכין בדי"ג אחר הרוב גם במדת הדין נצטרך לפרש שאף שמה שאין הולכין אחר האומדנא היינו משום שאפשר שרוב עדיף מאומדנא אפילו המוכיחה, וכמו שמחלקת הגמ' בב"ב צג. אליבא דרב הסובר שהולכין בממון אחר הרוב ויוכל לסבור גם כרבנן דרב אחא במחלוקת דגמל האוחר עיי"ש. [אך אם בדי"ג אינה מועילה גם "ידיעה בלא ראייה" וכמו שנביא אי"ה להלן כמה שיטות בפרק ב' נצטרך לחלק כמו שחלקנו לעיל בהערה ד' עיי"ש היטב].

והרשב"א לשיטתו שמה שאין הולכין אחר האומדנא הוא לא מטעם "ע"פ שנים עדים" (וכמו שנראה מתשובה זו וגם מפירושו וגירסתו השונה בסנהדרין לו: הבאנו דבריו לעיל בהערה א') ועפי"ז יש מקום לחלק בין ממונות לנפשות וכמו שפירשו האחרונים בד' התוס' ר"פ המניח, אבל לפי מה שביארנו שהמיעוט הוא מעפ"י שנים עדים אין הבדל בין די"ג לדי"מ ובשניהם אין הולכים אחר הרוב לברר גוף המעשה "מדת הדין". וזה שיטת המאירי כנ"ל, ושיטות הרמב"ם והראב"ד ועוד כמו שנראה להלן, ועלינו איפא ליישב לפי שיטות אלו דברי הגמ' בכתובות טו. שלא תהיה סתירה מזה ליסוד דברינו כאן.

1

והנה בזורק אבן לגו שיש שם תשעה ישראלים וגוי אחד, שבלא דין קבוע היה חייב, יש כמה פירושים הובאו בשיטה מקובצת כתובות טו. הפירוש הא' הוא כפי' הרשב"א הנ"ל בתשובה: שאין ידוע אם גוי הרג או ישראל הרג. עיי"ש בתחילת דברי הרמ"ה שם. הפי' הב' הוא מה שנראה מפשטות לשון רש"י בסנהדרין עט. ובפי' דו"ה שהרוב מברר שלישראל⁹ נתכוון. והנה אם

9) פי' זה הובא גם בשיטה מקובצת שם, ועיי' מה שהעיר הרמ"ה ע"ז כמה הערות ובתוכן הערה זו: "והא דמתמיהנן תיפוק לי' דרובא גוים גינתו, אטו משום דרובא גוים גינתו איכא למימר דלעכו"ם נתכוון לישראל לא איכוון, דהא לא אשכחן דמיסלגי רבנן בין רובא למיעוטא אלא היכא דמשערין מידעם ולא ידעין מהיכא גיהו דאיכא לאיחזוק, דמרובה פריש, אבל לענין כוונת לא שייך למימר דכי איכוון לרובא איכוון". ולד' הרמ"ה אלה צריך לפרש הך דרובא לרדיא וכן רוב עבדים גנבי (ב"ב צג) היינו לא מסני שעיי' הרוב, אנו אומרים שנתכוון לכך, אלא כיון שיש רוב, אנו אומרים שהמכירה היא ע"מ כן שהוא גנב ואפילו חשב בלבו להיפך ה"ז דברים שבלב. ובאמת הראשונים בשיטה מקובצת גביאם להלן מפרשים כן גם בד' רש"י אלו שאעפ"י שלא נתכוון ה"ז כאילו נתכוון, ותתיישב הערת הרמ"ה, אלא שמפשטית

צפרש שהפטור בנתכוון להרוג את העכו"ם והרג ישראל הוא משום שחסרה כוונה להריגת ישראל, וכמו שמפרש המאירי במשנה סנהדרין ע"ט: "מטעם שמכ"מ לא לבר חיוב נתכוון" והרוב מברר שהיתה כאן כוונה לבר ישראל — גם בירור זה צריך להכנס בכלל "מדת הדין" שהרי הכוונה לבר חיוב היא (לפי פי' זה) חלק ממעשה הרציחה המחייבת, ובכלל מדת הדין כל חלקי המעשה המחייבת וכמוש"נ אי"ה להלן. אלא שעצם הדבר שצריך לרבנן כונה לבר חיוב מנלן? שהרי הגמ' שואלת שם בסנהדרין: "ורבנן?", כלומר: מה הם דורשים בוארב לו, ואם נאמר שצריך כונה לבר חיוב הרי אפ"ל שהם למדים זאת מפסוק זה, ומה צריך להקים דוקא באופן כזה של ט' ישראלים וגוי אחד. ומוזה נראה שא"צ כונה כלל לבר ישראל וקושי זה יהיה גם להפי' השלישי שם בשיטמ"ק שמפרש שם בשיטת רש"י שאין הרוב מברר שנתכוון לישראל אלא אע"ג דאיהו אמר דלגוי איכוין כיון דזרק בענין שהיו כולן שוין בהכאה זרובא ישראל ובאה ההכאה על ישראל חייב דלישראל איכוין מיקרי דמעשיי היפך כונתו ומעשה עיקר עיי"ש עוד "כיון דרוב ישראל כאילו יחד מעשה לישראל מיקרי". — מנלן שצריכים כונה לבר ישראל. ולדברי רש"י במשנה סנהדרין ע"ח: שהפטור בנתכוון להרוג את העכו"ם והרג ישראל הוא משום התראת ספק, (עיי"ש ברש"י ד"ה נתכוון ועיי' במאירי שם שהק' דמה נעשה למ"ד התראת ספק שמיה התראה. ועי' עיי' בתוס' כתובות טו.) נוח שפיר. ועיי' הרוב ישראל אנו אומרים שזו היא התראת ודאי וגם נקרא התיר עצמו למיתה כיון שהולכין אחר הרוב. — זהו הפי' הד'.

ולפי הפירושים הג' והד' אין מסוגיא זו סתירה ליסוד שהנחנו ברוב בדי"נ שאין הולכין אחריו ב"מדת הדין". שהרי כאן אין הרוב מברר לפני ב"ד בגוף המעשה איך היתה, אלא שעיי' הרוב אנו קובעים את מעשהו בזריקת אבן למקום שיש בו ט' ישראלים וגוי אחד שהרי"ז כאילו התכוון וקבל התראת ודאי על רציחת ישראל, וכל שהרוב אינו בא לברר הדבר במדת הדין לפני ב"ד — הולכין אחריו מטעם "אחרי רבים להטות" שבמקום שיש רוב שוב אין ספק [אם כי במקום שצריך דוקא דין ודאי כמו בעשירי ודאי וכו' גם רוב אינו מועיל ואכמ"ל בזה] ועכשיו שמעידים עדים לפני ב"ד על מעשה זה ה"ז כמעידים על מעשה רציחה ברורה, ובבירור כזה אין למעט כלל מ"עפ"י שנים עדים" שזהו לענין בירור לפני ב"ד ולא לענין קביעת שם כוונה והתראה שלענין זה לא שייכים עדים כלל.

ולכאורה תקשה לנו בדברי הגמ' בב"ב צ"ג. שמקשה שם על שמואל הסובר שאין הולכין בממון אחר הרוב מהמוכר עבד לחבירו ונמצא גנב או קוביוסטום הגיעו מאי לאו משום דרובא הכי איתנייהו עיי"ש. ולפי הנ"ל הרי גם כאן נאמר שאין הרוב מברר לפנינו שבדעתו היה לקנות גם גנב, אלא מכיון שיש רוב הרי"ז כאילו המכירה נעשתה ע"מ שהוא גנב וגם אם

לשון רש"י נראה שחרוב מגלה כוונתו ולכן הקשה הרמ"ה. (אם כי מלשון קושייתו משמע שגם על אופן זה מקשה אבל לפי דברי הגמ' בב"ב מוכרחים אנו לחלק כך).

חשב אחרת הוי מחשבתו דברים שבלב. זכן בעצם דינו ברובא לרדיא גיב נפרש כן. — אך גראה ששם כיון שזהו דברים שבלב כל אדם שאין אדם קונה עבד גנב וכל עוד יש מיעוט שהעבד אינו גנב, אין לומר שעיי הרוב הוי מחשבתו דברים שבלב. ורק גבי ט' ישראלים שאין הוכחה מיוחדת שהתכוון לגוי או אנו אומרים שעיי הרוב הרייז כאילו התכוון ודאי לישראל, משאיכ כאן. אלא שעיי הרוב אנו אומרים שבדאי היתה כוונתו גם לעבד גנב מכיון שהרוב הם כך והוא לא פירש ודאי התכוון לכך. ובאופן כזה הרייז בירור במדת הדין. וכן ברובא לרדיא. ועיי תוס' ר"פ המניח מש"כ שלא שייך קים לי בנפשאי עיי"ש, וכל הדיון הוא רק לברר אם קנה ע"מ כן ודו"ק.

ז

יסוד זה שהנחנו לעיל, שאף בחלק מבירור גוף המעשה, אם לפנינו הוא במצב כזה שאפשר לחייב עפ"י מצב זה, אף שיש לעורר ספק על המצב הקיים לפנינו ונצטרך לבררו ולקיימו עפ"י בירור של רוב — נקרא באופן כזה בירור צדדי ואינו בירור במדת הדין אף שזה בירור בגוף המעשה, וכמו קטנה שנתקדשה לחייב את בועלה וכנ"ל. ענין זה אפשר ללמוד מהך דמס' קדושין דף פ. א"ר חייא בר אבין א"ר יוחנן מלקין על החזקות סוקלין ושורפין על החזקות ואין שורפין תרומה על החזקות וכנ"ל ועיי ברמב"ם פ"א מהלכות איסור"ב ה"כ: מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו עפ"י החזקה אעפ"י שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב ומלקין וסוקלין ושורפין עפ"י חזקה זו וכו' ראיה לדין זה מה שדנה התורה מקלל אביו ומכה אביו שיומת ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו אלא בחזקה כך שאר קרובים בחזקה המקור ללימוד ממכה אביו הוא בירושלמי סוף קדושין. וכמה מחברים מקשים על הרמב"ם שמכה אביו יומת מטעם חזקה והלא בחולין יא. לומדת הגמ' ממכה אביו דין רוב ומשמע שזה מטעם רוב. וכן עצם הדבר טעון בירור רב. מהי חזקה זו? אם חזקה זו היא בגדר אגן סהדי, והיא הוכחה ברורה מסוג של "ידיעה בלא ראיה" — ועיי בתה"ד (בשם אריז) סי' רי"ז — איכ למה צריך ללמוד אותה ממכה אביו. הלא בכל הוכחה ברורה כעין זו הולכין אחריה גם בדיני נפשות להרבה שיטות ראשונים, ועיי תוס' שבועות לד. שהוכחה מסוג של "עלתה נשיכה בגבר" גם בדין מועילה, וכן מוכח מזה שאין העדים צריכים לראות כמכחול בשפופרת ועוד (בפ"ב מספרנו על האומדנא אנו מרחיבים בע"ה הרבה בענין זה). ואם חזקה זו אינה ברורה כ"כ וכלשון הרמב"ם: "ואע"פ שאין שם ראיה ברורה" אלא שלימוד מיוחד הוא ממכה אביו שסוקלין על חזקה זו — גיכ צ"ב מדוע שונה חזקה זו משאר אומדנות שאין הולכים אחריהם, כההיא דסכך מטפסוף והרוג מפרפר, וקשה לומר שיש כאן גזירת הכתוב בחזקה זו. ואיך שנפרש קשה טובא מה מביאה הגמ' להך שאין שורפין תרומה על החזקות את המשנה של תינוק הנמצא בצד העיסה ששם מצד רוב תינוקות מטפחין עיי"ש. ומהו הדמיון. הלא ענין חזקה שסוקלין עליה הרי היא או חזקה של אגן סהדי ובכ"ז אין שורפין את התרומה ור"ל סובר שכן שורפין אבל ברוב הגרוע מחזקה ברורה אפשר שגם ר"ל יסבור שאין שורפין וכן ר"י הסובר גבי רוב שאין שורפין

אפשר שגבי חזקה יודה, ומדוע באמת נחמיר כ"כ בשריפת תרומה שאפילו חזקה ברורה לא תועיל, ומהו הך "ואזדו לטעמייהו". ואם חזקה זו היא בחינת גזירת הכתוב מיוחד ואינה בירור טוב — מה הדמיון לרוב, הרי אפשר שחזקה זו גרועה מרוב. [ועיי"ש בתוד"ה סמוך מיצוטא, ודבריהם תמוהים שהם מפרשים שגבי תינוק הרוב הוא גרוע עיי"ש וא"כ מה הדמיון להך מלקין על החזקות וכו' ואין שורפין תרומה על החזקות, הרי ברוב גרוע ג"כ אין מלקין ועיי"ש בשערי יושר שער ג' פרק א' שהעיר כן ועיי"ש פירושו בסוגיא זו בסוף הפרק, ודבריו אינם מספיקים להבהיר סוגיא זו].

וע"כ נראה בבירור ענין זה כך: שודאי גם באיש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית שנסקלין זע"ז ונשרפין זע"ז, וכן שאר הדוגמאות שם אינם מטעם חזקה מיוחדת אלא מטעם רוב (וכמו שכל הסוגיא שם מדברת בעניני רוב, וכנ"ל) שכיון שהם נמצאים בבית אחד יש רוב שהם אח ואחות, [או יותר נכון: שרוב זה הוא בבחינת אומדנא רגילה שכמו שביארנו לעיל כל דינה כדין הרוב] אלא שהרי אין הולכין בדיינ אחר הרוב והאומדנא לברר גוף המעשה, וזהו הרי הוא בירור גוף המעשה כמו מכירים אתם אותו אם הוא ישראל, וכנ"ל, אלא מכיון שהחזקו לפנינו כך ע"י שהגדילו בתוך הבית והחזקו במצב של אח ואחות זה מוציא בירור זה מכלל מדת-הדין שהרי הם לפנינו כמו אח ואחות וכל העדות מעפ"י שנים עדים" צריכה להיות רק אם באו זע"ז, כיון שהמצב שלפנינו הוא שהם אח ואחות. אלא שיש הרי מקום לעורר ולומר: שמא אף שהגדילו אבל עדיין אפשר שאינם אח ואחות וע"ז מועילה כבר האומדנא מסוג רוב, ולכך נקרא סוג זה בשם חזקה מפני שמת (שהחזק¹⁰) בפנינו זה מה שפועל שאפשר לדונם די"נ. ומה שהחזקו פועל שני

10) כל מה שביררנו כאן הך דסוקלין על החזקות לפי"ד — מברר הש"ש בש"ד ש"ו על פי דבריו שהכל תלוי בהחזק וכד' הרמב"ם בסנהדרין, ולעיל בהערה 7 אמרנו שמלשון המאירי סנהדרין פט. מוכח קצת כדבריו. ולפי"ד צריך לפרש כן גם בכותרת המאירי במש"כ: "רוב שיש חזקה עמ"י. אך לכאורה מסדר הלכות הרמב"ם בס"א מה איסורי ביאה שמביא בהכ"ב: "האשה שהחזקה נדה בשכנותיה, בעלה לוקה עליה משום נדה, המקנא לאשתו ונסתרה ובא ע"א והעיד שנטמאה והיה בעלה כהן ובא עליה אח"כ ה"ז לוקה משום זונה אעפ"י שעיקר העדות בע"א כבר החזקה בזונה". (מקור הלכה אחרונה שברמב"ם הוא מן הירושלמי פ"ח דנזיר ובסוטה פ' מי שקינא, שם מובאה הלכה זו יחד עם הלכה של ע"א שהעיד שזה חלב מחזק על פיו) והנה מדברי הרמב"ם שהביא דין זה של החזק עפ"י עד אחד, יחד עם ההלכה של החזקה נדה בשכנותיה ושאר דינין של לוקין וסוקלין על החזקות — משמע שגדר אחד לשני הדינים האלו, כדברי הש"ש, ולכאורה זה לא כדברנו בגדר של סוקלין על החזקות. (כפי אחיעזר חלק אבה"ע סי' ו' סעיף ו' משוט לו שבעד אחד כשר א"צ בהחזק לא כד' הש"ש עיי"ש אבל מד' הרמב"ם אלו נראה כמעט מפורש שיש צורך בהחזק). אולם באמת דברי הש"ש דחוקים, שלפי"ז כל הך דסוקלין על החזקות הוא מטעם איתחזק לפנינו ולא מטעם הוכחה (ועיי"ש בב"ש שג"כ משמע הכי ועיי"ש ביד. המלך

דברים להוציא מכלל מדת הדין וכן גם שעל ידי זה יש לו רוב המברר. והיסוד לכך הוא מכה אביו שדנים אותו אף שרק מטעם רוב אנו יודעים שהוא אביי,

ע"ד הרמב"ם מה שהעיר בצדק עליו) וכן בעד אחד ג"כ העיקר מה שהוחזק ע"י עדותו של העד, ולפי"ד יש לזה כל התנאים של סוקלין על החזקות ויש צורך דוקא בהחזק שלושים יום וכו' וזה דחוק שא"כ יוצא שסוקלין על החזקה אעפ"י שאין שום הוכחה לפנינו, ולא נראה כן מסוגיא דקדושין. וכן הפירוש המקובל והרגיל בהך הוחזק עפ"י ע"א: שכיון שבשעה שהעיד היתה עדותו גמורה וע"א נאמן באיסורים נאמנות גמורה כב' עדים בממון א"כ יש לנו כבר עדות שלמה שזה חלב ועפ"י ר"ל שדוקא בעדות ע"א אנו אומרים יוחזק ולא בבירור רוב, עיי' שע"י ש"ו פ"א. וכן בנאמנות האב מטעם בתי נהתי אינה נאמנות גמורה ע"י לבר"מ ב"ק סי' כ"ח, ועוד — ג"ז דחוק שהרי מדברי הרמב"ם פ"כ מה' איסור"ב הי"ג וכן פ"א הכ"ג שנביאם להלן יוצא שאפי' במקום שהוא אסור רק מטעם שויא אנפשי' חתיכא דאיסורא ג"כ שייך הוחזק, ואיך שנפרש בטעם על שאחד"א (עיי' בקצוה"ח חר"מ סי' לד) אין זו נאמנות גמורה, גם מה שנראה צ"ב בדבריהם מדברי הרי"ף פ' התולץ ל"ט: על דברי הגמ' שהלכתא בואישתמודענא דהדין פלוני אחוה דמיתנא דמן אבוה, שגילוי מילתא בעלמא ואפי' קרוב ואפי' אשה, וכהב ע"ז הרי"ף משום דלא אמילתא דאיסורא ולא על מילתא דממונא קמסדרו אלא מילהא בעלמא הוא דמגלן דהדין גברא פלן עיי"ש ועיי' בדיב"ש סי' קפ"ב ובמהרי"ט קדושין סג: וברש"ש חולין צו, שטעם הרי"ף הוא אותה ההלכה של האיסור בע"א יוחזק, וכאן הרי בשעת העדות לא היתה עדות גמורה שנאמינו, אלא כיון דלא העיד על דבר של איסור (דשב"ע) ודבר שבממון מקבלין דברי הקרוב או האשה כגילוי מילתא ואח"כ מיעילה החליצה, הרי מזה שעדיין הדברים טעונים הגדרה גוספת.

וע"פ יסוד דברנו נראה אולי לומר (אם כי זה נגד כל מה שהיה מקובל בפירוש הרברים) שכל מה שאנו אומרים שהאיסור בע"א יוחזק ולוקים אח"כ על פיו הוא ג"כ מטעם כיון שהוחזק בפנינו שהדבר הוא כך שוב אין זה בכלל "מדת הדין" וכל שאין זה בכלל "מדת הדין" (בירור גוף המעשה) נאמן גם ע"א כמו שמועיל הבירור של רוב, ואף אם יש כאן בשעת העדות על האכילה עדות ע"א שזה חלב אבל כיון שהוחזק אפשר להאמין גם לע"א), וכל הפסוקים של "עפ"י שנים עדים" ולא יומת ולא יקום דבר הוא רק במדת הדין לברר גוף המעשה, וכל שאינו במדת הדין מועיל גם ע"א כמו שמועיל ע"א בממון במקום שאינו בא להוציא, (וכמו שהוכיחו מד' הר"ן בר"פ גיה"נ, ועיי' במהרי"ק שורש עב, וקושיות הש"ש מתיישבות יפה בשער משפט סי' כג והדברים ארוכים בזה בס' האחרונים, ואכמ"ל, ובמקור"א אנו דנים בזה), וגם רוב מיעיל במקום שאין מוציאים מן המחזק כמו שמוכח בב"ב כב: בסוגיא דניפול הנמצא ועיי"ש בתוס', ומשום שבכה"ג לא נאמר עפ"י שנים עדים, — וכמו"כ בבירור שאינו במדת הדין מועיל ע"א בין בדי"מ ובין בדי"נ, ולפי"ז בכל הוחזק עפ"י ע"א יש צורך שיתחזק הדבר משך זמן וכלשון הרמב"ם בפ"ט מה' נזירות: "נהג נזירות עפ"י ע"א וכו' לוקה אעפ"י שעיקר הנזירות בע"א ודוקא נהג נזירות וכלשון הירושלמי בפ"ה דנזיר ודין הרמב"ם בה' סנהדרין בע"א לענין חלב וכאן באיסור"ב לענין ע"א בטומאה ג"כ כוונתו שהוחזק, אלא שהרמב"ם סביא את לשון הירושלמי

והרי מזה שכיון שהחזק לפנינו שהוא אביו אפשר לדונו מטעם רוב. ואף שהרמב"ם מסיים בלשון: "כך שאר קרובים בחזקה", ומשמע שזה דין מיוחד

והירושלמי לא הזכיר נהג רק בניירות, אבל ודאי כוונת הרמב"ם: "כבר החזקה בזונה" היינו מפני שהחזקה לפנינו ולא מפני העדות של הע"א לבד, אלא שבלי העדות של הע"א לא היתה החזקה, אבל עיקר מה שסוקלין הוא מפני כיון שהיתה חזקה והחזקה מוציא מכלל מדת הדין ואז כבר אפשר לקבל עדות הע"א ולפי"ז הרי דין זה המשך של הדינים של סוקלים על החזקות גם ובעיקר לפי יסוד דברנו. אלא שלפי"ז שהא שסוקלין על החזקות הוא מטעם רוב כיון שהחזקו יש רוב שהם בעל ואשתו אי אח ואחות אלא שצריך נוסף לזה גם דין חזקה — לפי"ז אין להעביר מה שצריך כאן שלושים יום כמו"כ נצטרך בכל יחזק ע"י ע"א, מפני שאפשר שחזקת השלושים יום הוא לא לענין החזקה שלפנינו אלא לענין הרוב שיוצא מתוך החזקה, משא"כ בהחזק ע"י ע"א אפשר שאפילו פחות משלושים יום וכמו החזקה נדה, ואפילו בלא הנהגת מעשה. (והש"ש לשיטתו בש"ד שגם בהחזקו כאיש ואשתו שסוקלין על החזקות אין זה מטעם הוכחה אלא איתחזק הצריך דוקא ל' יום ולשיטתו אין קושיה כ"כ מה שהקשו עליו בלבו"מ ובשע"י הנ"ל) וזהו גם פי' הרי"ף בהך ואישתמודענא. מכיון שע"י גילוי מילתא נחהוה החזקה ויצא מכלל מדת הדין ומועיל אח"כ עדות הקרוב או האשה אעפ"י שהחליצה דבר שבערוה.

ועפ"ז מיושבים דברי הרמב"ם בפ"א מה' איסור"ב הכ"ג: "האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אע"פ שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת על פיו עד שיהי שם עדים שנחארכה בפניהם, וכך האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת ע"פ עד שיהיו שם עדים או תחזק", ונתקשו רבים מן האחרונים מדוע אין אומרים בנאמנות האב שהחזק ע"פ כמו בע"א, (ועיי' בפנ"י ובס' יד המלך ועוד) אולם באמת הרי הרמב"ם מסיים גבי אומרת נתקדשתי: "או תחזק" ובכוונת דבריו אלה אין לומר שעד שתחזק ע"י חזקה שהחזקו איש ואשה שהביא הרמב"ם בהלכות קודמות, שא"כ היה הרמב"ם צריך לומר עד שיוחזקו ואז יסקלו שניהם, וודאי כוונת הרמב"ם היא עד שתחזק איזה זמן ע"י נאמנות מטעם שאחד"א, אבל אם לא החזק כלום ע"י עדותה אף שהעידה קודם לכן, ואצ"ל שהעידה אחר שזינתה אין סוקלין על פיה, וכן עפ"י נאמנות האב (רק אם החזק ע"י) ובא הרמב"ם בזה לפסוק כרב שאין סוקלין ומחלוקת רב ורב אסי הוא בהעיד אחר שזינתה או שלא החזק ורב אסי ס"ל שגם באופן זה אנו מאמינים את האב לקטלא ועיי"ש בסוגיא שמוכח מפורש כן, וזוהי ההלכה של הרמב"ם כאן אבל בהחזק מועיל ודאי בנאמנות האב כמו בנתקדשתי, שמקבלין עדותה אח"ז אף שזה דבר שבערוה, והדברים פשוטים ולחנם נתקשו בזה האחרונים (ועיי' בס' יד המלך בהלכה זו ובפ"כ מאיסור"ב הי"ג מה שביאר ופשוט שם שבאשה האומרת נתקדשתי לא אמרינן האיסור בע"א יחזק ולפי"ד אין הדבר כך, ובס' ש"ש ג"כ אומר כדברנו אלא שיש כמה שינויים בהמשך דבריו שם מדברנו כאן). וזה מה שבא הרמב"ם לומר שדין של נאמנות ישירה לענין קטלא אין לאב ולמי שאומרת נתקדשתי אבל החזק יש להם מפני שהחזקה אינה דוקא בנאמנות גמורה של עד שעדותו מתקבלת מן התורה, אלא בכל חזקה שנחהוה לפנינו וכנ"ל. אלא שזה מובן שבאשה האומרת נתקדשתי והחזק

בקרובים, אך ודאי שא"א לומר כן שהרי גם הך החזקה גדה בשכנותיה הוא מטעם סוקלין על החזקות כמו שמפורש בקדושין פ. ואין זה ענין לקרובים.

הדבר ע"י שאחד"א לא תועיל החזקה רק לגבי עצמה שעל עצמה החזקה ולא על הנועל שלעלמא לא החזק (וזה מובן לפי"ד שביחס לגבי דידה אין זה מדת הדין משא"כ לגבי אחר וזה דבר שאפשר להתחלק, ולהלן באות ה' בהסברת שיטת הרמב"ם ובאר שיטתו ושלא תקשה ע"ז מסברא זאת) וזוהי ההלכה המפורשת בדברי הרמב"ם פ"כ מה' איסור"ב הי"ג: מי שבא בזמן הזה ואמר כתן אני אינו נאמן וכו' אבל אוסר עצמו בגרושה זונה וחללה ואין מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה וכו'. ועיי' במ"מ שם, ואף שהרמב"ם לא הזכיר כאן והחזק אבל ודאי כוונתו כן שאם לאו ודאי שלא היה לוקה, [ועיי' משל"מ, וחזקה של הוכחה מזה שלא נשא או נטמא הרי ודאי שאין כאן שהרי כיון שאומר שהוא כהן משו"כ לא נשא ולא נטמא אבל חזקה המוציאה ממתן הדין ישנה גם באופן זה כיון שנתקבלו דבריו מטעם שאחד"א לאיסור ונהג כן יש חזקה לפנינו, וכנ"ל], והנה לפני החזקה לא נתקבלו דבריו מטעם שזו היא נאמנות של דשב"ע לאסור עצמו בגרושה או זונה, כיון שסיבה זו באה בתולדה (ועיי' מש"כ הש"ש ש"ו פט"ו, ואכמ"ל בענין רחב ומסועף זה ואי"ה במקו"א נאריד) אבל אח"כ שהחזק שוב אפשר לקבל דבריו שע"א כשר שלא במדת הדין גם בדבר שבממון ובדשב"ע, ואף שכאן הרי אין מקבלין עדותו גם מטעם משקר שבגלל זה אין אנו מאמינים אותו כע"א לענין קדשי הגבול וכו', וא"כ החשש של משקר יגרום שלא נקבל עדותו גם בעדות שאינה ממתן הדין, אבל נו"א שאפשר"ל בזה שבעדותו כהן אני יש שתי עדויות, לענין תרומה וכו' שזהו עדות איסורים ולענין זה יש חשש משקר, ואילו העדות ליפסל זו עדות נפרדת לגמרי, ונמצא שבעדותו כהן אני יש שני סוגי עדויות, עדות איסורים לענין תרומה וכו' (ועיי' בש"ש ש"ז פ"ד) לענין זה יש חשש משקר, ונאמנות לענין איסורי אישות וזהו דשב"ע ולא שייך כאן חשש משקר, ואין עדות האיסורים נוגעת בעדות דשב"ע, וכיון שהחזק לעדות הדשב"ע מטעם איתחזק ע"י שאחד"א מוצא זה מכלל מדת הדין וכשבאים עדים להעיד אח"כ שגשא גרושה, עדותם שלמה, ומקבלים אח"כ עדותו מתורת ע"א שנאמן אפי' לגבי עצמו (כמו שמוכח מנדה שנאמנת אפי' לעצמה ועיי' בשע"י ש"ו פ"ח מה שדן בזה עפ"י ד' הפנ"י בפ"ק דכתובות וילה"א בזה ואכ"מ) כל שאינו בכלל מדת הדין, אלא שעדיין כל זה שגב בשוויה אנפשיה חתיכא דאיסורא שייך החזק עוד טעון בירור, עיון, ביסוס ושכלול רב, כי הרבה עוד יש לדון בזה, גם מש"כ הרמב"ם בהלכה זו שהנבעלת היא ספק חללה, ג"כ צ"ב לדברינו, ואם יזכני ד' אברר ענין זה בבירור מיוחד גם כל עיקר מה שאמרנו כאן שעד אחד דומה בזה לרוב שכל שאינו בכלל מדת הדין אפילו אם זה בירור בגוף המעשה, ג"כ מקבלין עדותו, — אין זה עוד מאושש בידי, וכדי להעמיד הדברים על אמיתותם צריך לברר את כל הפרטים המסועפים שמסביב לענין זה, ורק אז אפשר יהיה להגיד דברים מוחלטים בענין זה, וכל מה שכתבתי בהערה זו הוא רק לרמוז על מקום אפשרות לדרך מקורית זו ע"פ דברינו בסוקלין על החזקות, וענין זה דורש קונטרס מיוחד, ואם יסייעני ד' אשנה פרק זה עוד ואבררו, ביחוד יש לפקפק על דברינו כאן לפי השיטות שע"א אינו נאמן בדבר שבממון אפילו שלא להוציא מן

ערי יחזון אינו בא להשמיענו עצם הדין של סוקלין על החוקות שהרי זה אפשר ללמוד מהך משנה של קטנה המתקדשת ואם בא עליה אחר נהרג, שזהו מטעם חזקה זרוב כמו שפירשנו לעיל (ועיי' בשע"י שער ג' פ"א מה שהעיר כן על הש"ש), והעיקר בא להבדיל בין סוקלין ולוקין לשריפת תרומה. שאף בחזקה זרוב אין שורפין תרומה. ומי שסובר ששורפין תרומה ברוב ודאי אין צריך לחזקה שהרי זה דין של איסורין שהולכין אחר הרוב.

ח

עפ"י האמור למעלה נוכל למצוא דרך יישוב בשיטות הרמב"ם והראב"ד בפט"ו מה' איסור"ב הלכה כה"ז המוקשים מאד, וכל מה שכתבו הנ"כ והמחברים בזה אינם מספיקים כלל לביאור הדברים. — עם דרך יישובנו נקבל הבחנות גוספות במהות "מדת-הדין".

זה לשון הרמב"ם בהלכה כה: "האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל ה"ז ספק עכו"ם לענין יחוסין, קדש אשה צריכה גט מספק. מי שהרגו לא היה נהרג עליו". — הלכה כזו: הטבילוהו ביד לשם גירות או שטבל משהגדיל הרי הוא כשאר אסופים הנמצאים בערי ישראל, היה רוב העיר עכו"ם מותר להאכילו נבילות היה רובן ישראל מחזירין לו אבידתו כיש"אל, מחצה על מחצה מצוה להחיותו כיש"אל ומפקחין עליו את הגל בשבת והרי הוא לענין נזקין ככל ספק ממון המוציא מחבירו ע"ה. — על הלכה זו השיג הראב"ד: "אם רוב עכו"ם ונתגייר קרוב אני להכשיר עכו"ם הוא ונתגייר". (הציון של ההשגה הוא על ההלכה הקודמת: "קידש אשה וכו'". אך בגוף ההשגה אין שום רמז ע"ז). — הלכה כזו: יראה לי שכל מדינה שיש בה שפחה או עכו"ם הראויים לילד הואיל והאסופי הנמצא שם ספק עכו"ם או ספק עבד כשישא הגירות כמוש"ב ה"ז ספק אשת איש והבא עליה פטור שאין הורגין על הספק וכן יראה לי שהשתוקי שנשא אשה שאפשר שהיא ערוה עליו זהרי היא ספק אשת איש שאין קדושין תופסין בעריות. על הלכה זו שאין הורגין על הספק השיג הראב"ד: "מצאנו במס' סנהדרין שהולכין בדי"נ אחר הרוב ובמס' מכשירין ר' יהודא הוא שאמר כן שאם היתה שם שפחה או עכו"ם היא תשודה להשליך".

והרב המגיד מפרש ד' הרמב"ם שמשום כך אין הורגין על הספק משום דאיכא מקצת עכו"ם ומקצת ישראל קבועין, עיי"ש. ודבריו קשים מאד א"כ גם להאכילו נבילה לא נלך אחר הרוב, וע"כ שתינוק מושלך שלא נמצא בבית

המוחזק, וגרוע מרוב, ולפי"ז אף שלא במדת הדין אין נאמנות לע"א בדבר שבממון. אף שבבירור צדדי מועילה גם חזקה דמעיקרא כמו שמצינו בשתי כתי עדות המכתישות זא"ז שכשרים לעדות אחרת מטעם חזקת כשרות, ואין אומרים בהדי סה"ל שקרי למה לי" שאין חזקה דמעיקרא יכולה להוציא מן המוחזק. ומכיון שזה ברור צדדי, וא"כ ע"א ג"כ. — אבל ודאי שאין כל הבירורים הצדדיים שוים. ואפשר שבירור גוף המעשה אף שאינו מ"מדת-הדין" לא תועיל חזקה וע"א זרק רוב מפני "אחרי רבים".

לא מיקרי קבוע, וכד' התוס' כתובות טו. ד"ה דילמא. ומש"כ הרה"מ בהלכות כ"ז ד"ה יראה לי: "דהשתא לגבי יוחסין אמרינן דלא אזלינן בתר רובא דישראל משום מעלה דיוחסין, להרוג את הנפש על קדושו לא כ"ש. וכבר ביאר רבינו למעלה שאין קדושין ודאין אלא ספק ואין הורגין על הספק דאלת"ה כי אמרינן בגמ' רוב ישראל ישראל למאי הילכתא אמאי לא אמרינן ליהרג עליו ולהיות קדושין ודאין וכו' ודבריו תמוהין שהרי בד"נ הולכין אפי' ברובא דליתיה קמו. מכש"כ ברובא דאיתא קמן כדמוכח בכ"מ, וזוהי קושיית הראב"ד. אך גם דברי הראב"ד צ"ב מדוע השיג רק על הלכה כ"ז ולא השיג על דברי הרמב"ם בהלכה כה באסופי שנמצא בעיר שיש בה רוב ישראל קדושין ספק ומי שהרגו לא נהרג עליו.

ועל פי היסוד שהנחנו נוכל למצוא דרך בשיטות הרמב"ם והראב"ד כאן. הוכחנו לעיל שגם בדי"נ אין הולכין אחר הרוב במקום שצריך לברר גוף המעשה המביאה לידי חיוב, שלא תהא די"נ קלה מדי"מ. ורק לענין בירור צדדי הולכין אחר הרוב, וגם במקום שיש צורך בבירור גוף המעשה עדיין יש תנאי מיוחד שמתי אין מועיל רוב רק אם נקרא על בירור זה שם "מדת-הדין", כלומר: שזהו עיקר הדיון שבי"ד דנים עליו עכשיו. וראינו עד כמה הגדרה זו פותחת פתח חדש בכל הענין, הנה גבי קידושי קטנה אף שחלק בירור זה. אם הנבעלת היא אשת איש הוא ממדת הדין כמו "מכירין אתם אותו" גבי רוצח אבל מכיון שהיא מקודשת לפנינו זה הגורם להוציא חלק זה מכלל מדת הדין ועפ"י כל המבואר לעיל. ועלינו איפא להבחין גם בענין זה אם נכלל בכלל "מדת-הדין" באסופי שנמצא בעיר שיש בה רוב ישראל שדינו לכמה דברים כישראל — וכשהרגוהו או אם קדש אשה ובא עליה אחר האם הספק אם הוא ישראל — במקרה כזה — נכלל בכלל מדת הדין וכמו ב"מכירים אתם אותו" או שזה דומה לקדושי קטנה? והנה אם הרגוהו — בין להרמב"ם בין להראב"ד אין נהרגין עליו, שענין זה דומה ודאי ל"מכירים אתם אותו" שאפילו ברוב ישראל צריך לדרוש את העדים אם יודעים ודאי שהוא ישראל. וכאן באסופי כיון שנמצא במקום שיש שם עכו"ם ונתעורר עליו ספק לענין כל הדינים שיצטו עליו אם הוא ישראל או עכו"ם, ולענין הדינים שהולכים בהם אחר הרוב הולכים בו אחר הרוב. ולענין הדינים שאין הולכים אחר הרוב — אין הולכים בו אחר הרוב. וכיון שנתעורר ספק, הרי לענין אם הרגוהו ה"ז בכלל מות-הדין אם הוא ישראל. וכל ספק שב"מדת הדין" אין הולכים אחר הרוב בדי"נ. וגם הוחזק ע"י הרוב — שהחזקה תוציא אותו מכלל מדת הדין כמוש"ב באות הקודם ובהערה 10 — לא שייך פה, שהרי לא הוחזק לגמרי להיות כישראל מטעם רוב שהרי בדברים שאין הולכין אחר הרוב כגון לענין קדושין וכו' לא הוחזק כישראל. ודינו עדיין כמי שלא הוחזק ויש עליו רוב. (ועיי' בס' יד-המלך בגדרי הוחזק ברמב"ם פ"א מאיסור"ב הכ"ב ופ"כ הי"ג, ועוד) וגם לענין שאסור להורגו לא הוחזק מטעם רוב שהרי אפילו בספק ישראל אסור להורגו ונמצא שהרוב לא פעל להחזיקו כודאי גם לענין איסור הריגתו, משא"כ בנכחה ומקלל אביו שהוחזק שהוא אביו לענין שאסור לקללו גם לאחר מיתת אביו. (עפ"י יתיישב שלא יסתרו דברינו לעיל באות ד' הערה 10 שגם בשו"א אנפשיה

חתיכה דאיסורה שייך הוחזק שתוציא מכל מדת הדין עיי"ש) — ושונה מקידושי קטנה שלא נתעורר שום ספק בפועל, וגם במעשה הקדושין עצמם אין שום ריעותא וכמושב"ל, וגם ההוחזק ששייך שם מוציא מכלל מדת הדין, ובפרט לפי מה שהסברנו לעיל ששם יש טעם נוסף כיון שהספק הוא כללי לגבי כל קטנה ולא במקרה זה לחוד, אין זה ממדת הדין, וכנ"ל.

וכן לענין קדושין ג"כ אין רוב ישראל מברר שהקדושין הם ודאים מכיון שאנו למדים בדשב"ע דבר דבר מממון דינו כמו בממון שרק ע"פ שנים עדים, ורוב אינו מועיל לברר גוף המעשה, וגם בדשב"ע אינו מועיל רוב בין ברוב ישראל בין ברוב¹¹) עכו"ם (ובפ"ב מספרנו על האומדנא גשתדל לברר זאת אי"ה) וכאן שנתעורר ספק וכנ"ל ה"ז בירור בגוף המעשה.

ובכל הנ"ל גם הראב"ד מודה, על מה נחלק על מה שכתב הרמב"ם בהלכה כ"ז שאם קידש האסופי שנמצא במדינה שיש בה שפחה או עכו"ם הראויים לילד הרי"ז ספק אשת איש והבא עליה פטור שאין הורגין על הספק — ע"ז כתב הראב"ד מצאנו במס' סנהדרין שהולכין בדי"ג אחר הרוב, ומשום שכאן הרי לא נתעורר ספק על הקדושין עצמם, ומעשה הקדושין היו ודאים, ולא נקבע שם של ספק אשת איש, וספק זה הוא רק תוצאה מן הספק שנתעורר על האסופי אבל לא נתעורר במיוחד, והרי היא אשת איש לכל דבריה והנהגותיה, שהיא מקודשת לפנינו ואין אנו דנים להכריע כעת על עצם הקדושין, ועיקרו של דיון הוא על הבעל שבעל אשת איש, משא"כ כשהעידו עדים בבי"ד על מי שהרג במקום שרובו ישראל עדיין חסר בעצם הבירור של מדת הדין שצריך לצרף לבירור שנהרג ישראל ע"י רוב, ולא כן אם מעידים לפני בי"ד שבא על אשת איש והעדים יכולים לענות שמכירים את האשה שהיא אשת איש לכל הנהגותיה הרי הם מעידים עדות שלמה לפני בי"ד על כל מדת הדין, ואף שזו היא אשת איש של אסופי ע"ז ודאי יכולים לסמוך על הרוב מפני שזה בירור צדדי, כמו בקידושי קטנה, ויכולים לסמוך על הרוב, — זו היא שיטת הראב"ד, והרמב"ם סובר מכיון שכבר נתעורר הספק ולענין הקדושין דינו בספק ה"ז כמכירים אתם אותו, [שיטת הראב"ד אמנם דחוקה קצת אבל יש לנו פתח להבנת שיטתו].

ועל פי זה יובן לנו גם מה שהשיג הראב"ד על דברי הרמב"ם בהלכה כו: "הטבילוהו בי"ד לשם גירות או שטבל משהגדיל הרי הוא כשאר אסופים הנמצאים בערי ישראל" — "כה"ר אם רוב עכו"ם ונתגייר קרוב אני להכשיר עכו"ם הוא ונתגייר". ועיי" מה שכתב המ"מ והוא לשיטתו הצ"ב כנ"ל, ועל פי האמור מובן גם השגה זו, שגם כאן שאנו דנים אחרי הגיור אם יש לו דין אסופי הנמצא

11) ומה שגם ברוב עכו"ם אינו מועיל רוב נראה לכאורה מזה שיטת הרמב"ם היא שאין מאמינים ע"א גם בלא איתחזיק, וגם במקום שלפי הע"א אין כאן דבר שבערתה, שהרי רוב עדיף מע"א, ואין הרוב מכריע כאן, וזה לא כדי הש"ש ש"ז פ"ג עמ"י ההגהות מיימוני ועוד, וכן האריכו בזה ראשונים ואחרונים, ועניין זה טעון בירור רחב, ובמה שנוגע לעניננו גשתדל לברר אי"ה במקו"א.

בערי ישראל, שוב אנו אומרים כיון שהגיוור היה ודאי מטעם רוב שוב אין הספק המתעורר — אם לתת לו דין אסופי שמא ישראל הוא — בכלל מדת הדין, שכיון שנתגייר לפנינו ודאי והרי הוא גר לפנינו נקרא כל הספק ספק צדדי שאפשר ללכת בו אחר הרוב, והיז כמו במכה אביו מכיון שהחזק לפנינו שוב אין השאלה אם הוא אביו בכלל מדת הדין אלא רק בירור צדדי, וכמו"כ כאן שהגיוור היה מטעם ודאי זה מוציא מכלל מדת-הדין וגם ביוחסין אפשר ללכת אחר הרוב בכה"ג [וגם לענין יוחסין שאין הולכין אחר הרוב ג"כ נשתמש במושג זה של מדת-הדין וצ"ב].

ט

בקצרה אפשר לסכם: כל החלקים המהווים את עצם החיוב בדי"מ ובדי"נ נקראים בירור במדת הדין כלומר בירור גוף המעשה, ואין הולכים אחר הרוב והאומדנא לבירור זה. בד"א כשבי"ד זקוק לברר את הפרטים, אבל אם חלק אחד אינו זקוק לבירור מחדש, אלא שיש מקום לעורר ספק ולבטל את המצב הקבוע לפנינו, אף שהספק מתעורר על חלק המהווה גוף המעשה — אין זה נקרא בירור במדת-הדין ונקרא בירור צדדי, והיינו מכה אביו וקדושי קטנה. ובמקום שהספק נתעורר כבר ועכשיו צריך להכריע ספק זה, או אם החלק של הדיון הוא על מה שנתעורר עליו ספק כגון בתינוק שנמצא במקום שיש שם רוב ישראל ומיעוט עכו"ם ולענין ליהרג עליו וכן לענין קידושי אשה, והספק שמא אינו ישראל כבר נתעורר אין הרוב מועיל להכריע, אך אם החלק של הדיון הוא על מה שלא נתעורר עליו ספק אלא שחלק זה הוא תוצאה מדבר שנתעורר עליו ספק — בזה מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. שיטת הרמב"ם: שגם זה נקרא שיש ספק במדת-הדין, ושיטת הראב"ד היא: שזה אינו בכלל "מדת-הדין".

מה שברור לנו משיטת הרמב"ם הראב"ד והמאירי, וגם מהדיון בתשובות הרשב"א, ומה שברור כן מסברא שכל החלקים המהווים את החיוב נקראים מדת-הדין. הנה מדברי ר"ת לא משמע כן. בסנהדרין פ: תוד"ה הנסקלין בנשרפין: "שאל הריב"ם את ר"ת אמאי קאמר ר"ש ידונו בסקילה שהשריפה חמורה ניזל בתר רובא להחמיר בדי"נ כדאיתא פ"ק דחולין יא. ותי' דלא אזלינן בתר רובא לחייב את שהוא זכאי מכל וכל שלא הרג כלל ול"ד לאותן שהרגו ולא ידעינן אי טרסה הוה או שלם הוה". הרי מסורש בדבריו שרק בטריפה הולכין אחר הרוב מכיון שהרג ודאי אלא שהשאלה מי הרג, משא"כ בנסקלין בנשרפין, ומדת הדין נקרא רק בירור עיקר המעשה המחייבת וזו היא פעולת ההריגה, ובירור את מי הרג נקרא בירור צדדי, ולפי שיטת ר"ת יובנו ד' הירושלמי ד"פ היו בודקין: "נהרג בין טבריא לציפורי חוקה ישראל היה" ולא נצטרך לומר שהירושלמי ס"ל שבדי"נ הלך אחר הרוב גם לענין בירור מדת הדין וכמוש"נ מתשובת הרשב"א הנ"ל, וצ"ב קצת בד' הגמ' שבועות לד, "מי לא בעי מידע וכי ועיי"ש בתוד"ה אי טריפה. [ובתוס' חולין יא: ד"ה ליתא משמע כוונת אחרת לגמרי בדברי ר"ת, וכוונתם סתום וצע"ג]. ולפי דברינו לעיל מיושבת שפיר

קושיית הריב"ם, שהספק אם הנהרג טריפה דומה למכה אביו ולקידושי קטנה, משא"כ בנסקלין בנשרפין. וכנ"ל.

בררנו בע"ה גדרי רוב בדי"נ ובדי"מ. וכאמור — אומדנא דינה שוה לרוב. אך באומדנא עצמה יש שלושה סוגים: אומדנא רגילה, אומדנא מוכיחה, אומדנא ברורה ביותר ושמה: ידיעה בלא ראייה. והאומדנא הרגילה דינה כרוב. אולם שני הסוגים האחרים עדיפים מרוב ויש להם דינים מיוחדים. וזה יתברר בע"ה במקום אחר שם יתברר סוג חזקות — הסברא כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכו' שמוציאין ממון על פיהם. עלינו עוד לברר וליישב הסוגיות בש"ס במס' ב"ב וכתובות שמשמע שהולכים אחר האומדנא. הביאם המהרי"ק שורש קכ"ט. וישוּבו לא קבלנו עיי' לעיל בהערה ז'. ולפי הגדרתנו עדיין ענין זה טעון בירור שהרי כל האומדנות שם הם לענין בירור גוף המעשה «מדת־הדין». כמו כן טעון בירור כל דין הרוב בדשב"ע שלפי יסוד דברנו שרוב מתמעט מ«עפ"י שנים עדים» צ"ל שגם דשב"ע הנלמד דבר דבר מממון ג"כ צ"ל כן. וכתבנו באמת שזו היא שיטת הרמב"ם והראב"ד ומה נעשה בסוגיות מפורשות ביבמות פ' האשה שהלכה, ועוד, שהולכין אחר הרוב בדשב"ע. ובפרט לפי המשמעות בגיטין פט. לענין שאין מוציאין אשה מבעלה אלא בדבר ברור ד' ר"י בן גורי משום דבר דבר מממון מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור. ועיי' ברוב הראשונים יבמות כד: שאין מוציאין אשה מבעלה בעדי כיעור כגון רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר וכו' עפ"י דברי ר"י בן גורי עיי"ש וכיעור כזה ודאי אינו גרוע מאומדנא אחרת וממעטים מעפ"י שנים עדים. וזהו איפוא אותו הלימוד «הבאנו לעיל אות א' מהתוספתא. וא"כ מפורש שגם בדשב"ע יש המיעוט של «עפ"י שנים עדים» וקשה ביותר מה שהקשינו מרוב, וכל זה טעון בירור ארוך. ועל כל זה נדון במקום אחר אי"ה.