

טו.

אך אי"כ אין קושיתו קשיא כלל על התוס', דאינהו הרי לא ס"ל כשיטת הני ראשונים בזה כשממילא כוח ביד העכו"ם למנוע קיום המצוה, אין חיוב מסי"נ. שהרי בביאור הגמרא "אסתר קרקע עולם" מבארים התוס' בדרך אחרת (תוד"ה ולדרוש להו) אי"כ מוכרח לומר דגם אינהו נקטי כשיטת ההג"א, שרק ע"י עקירה ע"י ב"ד לא יצטרכו למסור נפשם. ולפי"ז שפיר דרשו דלפי הכלל שגזירה עבדא דבטלה אין מבטלין תקנ"ח כלל.

טז.

אלא שלכאורה יש לעיין אם התוס' דהכא נקטי כשיטת הג"א. לפי מה שתירצו קושיתם הני"ל דפירשו קושית הגמרא הראשונה "לגמרי ליעקריה" דהכוונה היתה שלא יעקרוה לגמרי, אלא שישנו ליום אחר, דזה לא נקרא בגדר עקירה וניתן לעשות זאת גם "בגזירה עבדא דבטלה", אי"כ הרי י"ל דלא לתוס' סברת הג"א שניתן לעקוף את רוע הגזירה ע"י שיבטלו התקנה, דזה כקושית הפנ"י הני"ל שתמה ע"ז דא"כ גם בערקתא דמסאנא היה להם לעשות כן. אך נראה דדברי ההג"א מוכרחים גם לתוס'. דבדבריהם מתורץ רק על מה שהקשו דלא מבטלין תקנ"ח מחמת גזירת מלכות, כיון שאין מבטלים התקנה מכל וכל, רק שמשנים אותה בחלקה - תחת יום ד', יום ג', וכנ"ל. משא"כ על הקושיא של הג"א דיש בכה"ג חיוב יהרג ואל יעבר, אין זה מספיק, דאי איתא דגם בשינוי התקנה יש אותו איסור, וכשיטת הפנ"י, כי אז גם שינוי מעין זה יהא אסור, דלא גרע מערקתא דמסאנא, שמ"מ יוצא שנכנעים לגזירת העכו"ם, ועל כל שינוי, ויהא הקטן ביותר יש חיוב מסי"נ. אלא מוכרח כשיטת הג"א, שבשינוי התקנה אין בכלל איסור, כי לא על חכמים היתה הגזירה, וכנ"ל מהריב"ש.

יז.

אכן באשר לקושית הפנ"י על שיטת הג"א, דא"כ הו"ל לחכמים לעשות כן גם בערקתא דמסאנא, נראה שפירוש דברי הג"א הוא כדלהלן:

דהנה כנ"ל הרי הג"א נוקט שגם בענייננו יש סברא שקיימת באותם עניינים שבמס' ביצה - מת ביו"ט שני של ר"ה, מים מגולים, ואיסור מטפחין ומרקדין. ונראה שאין זה מצד הסכנה שבדבר גרידא, שבזה הרי יש באמת חיוב מסי"נ, וכמו שנוקט הפנ"י, אלא כוונת הדברים שע"י שגזרו תיהרג או תבעל לטפסר הרי ממילא אין טעם לתקנת חכמים שתנשא ברביעי, משום שקדו ומשום טענת בתולים, דמה שייך תקנה שייך הרבה צרכי סעודה, כשכל שמחתה תיערב בהריגתה, וכן אין מקום לטענת בתולים, כשנבעלת לטפסר. על כן, ודאי יש לשער שחכמים שתקנו התקנה שתנשא ברביעי היו לעת כזאת מבטלים אותה. וא"כ אין זה דומה לערקתא דמסאנא, שהתקנה היתה שלא יתלבשו אלא בדרך של צניעות, שאחד הביטויים לזה הוא גם בשינוי של ערקתא דמסאנא, בזה אין בכוחם של הגויים בגזירתם לאנס את ישראל לנהוג בפריצות, ואין כוחם אלא בזה שיהרגו, אך ע"ז הרי מצווים ועומדים מדינא דיהרג ואל יעבור.

יח.

ולפי"ז שני החילוקים והביאורים בקושית הגמרא הראשונה "נהגו לגמרי ליעקריה", חדא של התוס' שהמדובר לא על עקירה מוחלטת, ושל ההג"א שלגבי עקירת ב"ד אין הדין של ייהרג ואל יעבור, שניהם נצרכים ומשלמים זה לזה. דלקושית הג"א למה אין כאן דין ייהרג, התשובה היא משום דעל ב"ד לא היתה הגזירה. ועל הקושיא שתקנתא מקמי גזירה לא עקרינן, קיימת תשובת התוס' שכאן אין זו עקירה מוחלטת, ובכה"ג לא קפדינן.

יט.

ומעתה, ומאחר ובניד"ד, לא סגי בחילוקו של ההג"א, ומוכרח גם לדברי התוס' דמוכרח היה להשאיר את התקנה באופן חלקי, אי"כ הרי מוכרח שזה ייעשה ע"י ב"ד שיעקרו את היום הקבוע ויקבעו יום אחר, והיינו שלמרות שכאן ג"כ שייכת הסברא של התוס' בביצה, שבטל הטעם, וגם ב"ד הראשון האוסרים היו מתירים, וע"כ אין כאן הכלל שאין מבטלין תקנה קדומה רק ע"י ב"ד גדול הימנו בחכמה ובמנין, מ"מ אי אפשר כאן גם לומר שהתקנה בטילה מאליה, כמו בהא דמס' ביצה, כי כאן הדבר אפשרי רק ע"י ביטול חלקי של התקנה, באופן שיסוד התקנה יישאר, על כן הדבר מוכרח שיעשה ע"י ב"ד בדווקא. ומבוארים יפה דברי ההג"א שהם שרירים וקיימים, וזוהי שיטת בעלי התוס' גם בביצה, וגם כאן בסוגיא דכתובות, הכל עולה בקנה אחד. והכי נקטינן דכל שיש סברא "שאם היה אותו ב"ד קיים היה מסכים להתיר שנשתנה העניין, אין זה ביטול דבריו".

סימן פג : בענין הולכים אחר הרוב בממון ובדיני נפשות א.

נחלקו רב ושמואל (ב"ב צ"ב א) במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ותובע הלוקח לבטל המקח בטענה שקנאו לרדיא, לדעת שמואל, והלכה כמותו, אין טענתו טענה, אעפ"י שרוב קונים לרדיא, כי אין הולכים בממון אחר הרוב. לעומת זאת בסוגיא דריש סנהדרין (ג' ב) פשוט לגמרא, שבי"ד שנחלקו ביניהם בדי"מ הולכים אחר רוב הדעות, ולמדים זאת מק"ו מדי"נ שנאמר שם, 'אחרי רבים להטות'. ולכאורה הדברים סותרים זה את זה.

ב.

התוס' דנים בזה בשני מקומות (סנהדרין ג' ב, תוד"ה דיני ממונות וב"ק כ"ז ב, ד"ה קמ"ל). ומחזקים קושיתם, שבדי"מ הולכים אחר הרוב גם ברובא דליתא קמן וכמבואר בר"פ בן סורר ומורה. תירוצם לסתירה זו נראה שונה בשני המקומות. בסנהדרין תירצו דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא, הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות.

משמע מדבריהם, שלעולם שוים הם דיני ממונות לדיני נפשות, שברוב חשוב הולכים בשניהם אחר הרוב. דברי שמואל לא נאמרו אלא לגבי הענין המסוים שבו נחלקו - לענין רדיא, וזה לפי שרוב זה אינו "רוב חשוב".



סתמו ולא ביארו מהי הגריעותא שיש ברוב לרדיא, אלא קבעו בפשיטות שאינו רוב חשוב.

ג.

בתיורצם בב"ק נראה שהלכו בדרך אחרת, וז"ל בתיורצם:

דגבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה, דהא ביי"ד מפקי מיניה. אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא.

לפי תירוצם זה, אכן שונה ממון מדיני נפשות, שבדי"מ אין הולכים אחר הרוב, פרט לרוב של דיינים "שחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו". ואילו כשהמיעוט אין לראותו כמי שאינו, אעפ"י שבדי"מ גם בזה הולכים אחר הרוב, בממון שונה הדין, כי אמרינן בכה"ג סמוך מיעוטא לחזקה.

אף דבריהם כאן סתומים ולא נתבאר משום מה אנו רואים בדיינים המיעוט כמי שאינו, וכן, מה הדין לפי דבריהם אלה, בדי"מ בעדים שנחקרו ואמר האחד בשנים בחודש והאחר - בשלישי, האם מקיימים עדותם, כשם שמקיימים אותה בדי"מ משום שתולים שטעו בעיבור החודש, שכן רוב אנשים טועים בזה, או שנבטל עדותם משום שאין הולכים בממון אחר הרוב, שהרי לא אמרו "שהמיעוט כמי שאינו" רק בבי"ד שנחלקו ביניהם.

ד.

בקונטרס הספיקות (כלל י', אותיות ב-ד) מביא פירוש מהרמ"ח (בסו"ס "גט פשוט") שביאר דבריהם מפני שבדיינים אמרה תורה "אחרי רבים להטות", וע"כ "מיעוט הדיינים מבטלים דעתם מפני סברת הרוב, ואינם יכולים להורות אלא כסברת הרבים", ונמצא שהמיעוט כמאן דליתיה, וע"כ אין בעל הדין יכול לסמוך על המיעוט ולומר קים לי כדעת המיעוט. וכן לגבי העדים "הרי העדים העומדים לפנינו שמעידים עליו אומרים דביום אחד קמסהדי, והם מרובא דעלמא דטעו בעיבורא דירחא. נמצא דאין כאן מיעוט שיסמוך עליו הנידון". עכת"ד.

ה.

בקונה"פ שם השיג עליו, במה שאמר שבדיינים המיעוט מבטלים דעתם ואין יכולים להורות כסברתם, "שאין זה אלא בזקן ממרה אחרי פסק ביי"ד הגדול, אבל כל עוד לא הוכרע נגדו בבי"ד הגדול מאן לימא לן דלא יוכל המיעוט להורות כסברתם". כן תמה במש"כ בעדים שאין שם מיעוט מפני שהם אומרים שמכוונים ליום אחד, דמה בכך הרי אם אינם מן הרוב אלא מהמיעוט שבקאים ואז עדותם בטילה, למה לא יוכל הנידון להסתמך על האפשרות שהם מן המיעוט ולבטל עדותם. עוד תמה עליו מכמה מקומות, עיי"ש.

ו.

ומסיק קונטה"פ ביאור דבריהם שלגבי ביי"ד ל"ש שהנידון יסמוך על חזקה לומר סמוך מיעוטא לחזקה "דכוח ביי"ד אלים לאפוקי מחזקת מריה". והרי זה כאילו אין כאן חזקה. ע"כ גם בדי"מ הולכים אחר רוב של ביה"ד. אכן בעדים שלא תאמו ביום שבחודש בדיני ממונות באמת אין מקבלים עדותם, ושלא כמו בדי"מ.

וזה לפי התוס' בב"ק, שאכן שונה דין דיי"מ מדי"מ בזה, כי רק בדי"מ שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה, משא"כ בדי"מ.

ולפי התוס' בסנהדרין שדי"מ ודי"מ שוים, יש להבין דעתם, שיש הבדל בין מיעוט מצוי למיעוט שאינו מצוי. דברוב לרדיא, וכן הא דמייתי שם בגמרא בשו"ט, המיעוט הוא מיעוט המצוי, ועל כן הגדירו התוס' בסנהדרין את הרוב לרדיא כ"רוב לא חשיב" ואילו הדיון בסוגיא דר"פ בן סו"מ הוא כשהמיעוט הוא לא מצוי, דבזה אזלינן בת"ר, לדעת התוס' הנ"ל, הן בדי"מ והן בדי"מ עכת"ד.

ז.

אך דבריו דחוקים לענ"ד. במה שהסיק בתוס' ב"ק, שלפ"ז יש חילוק בדי"מ בין רוב ומיעוט בסנהדרין דל"ש לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה, דלעומת ביי"ד "לא שייך למימר אוקמה בחזקת מריה ... דכוח ביי"ד אלים לאפוקי מחזקת מריה" (אות ג') ולא כן בעדים שאי אומר בשנים בחודש ואי אומר בג' עדותם בטילה בדיני ממונות, דבזה שפיר אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה (סוף אות ד'). זה תמוה מאד שא"כ בר"פ אד"מ (סני ל"ב א) דמונה המשנה החילוקים בין דיי"מ לדי"מ, וכולם להקל בדי"מ, הול"ל חילוק זה שבזה דוקא דיי"מ לחומרא, שמקבלים עדותם וסמכין אהא דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, ואילו בדי"מ עדותם בטלה.

וכן מה שהעלה לחלק בין רוב מצוי לרוב שאינו מצוי, בדברי התוס' סנהדרין חילוק זה שהוא יסודי ועיקרי לא נמצא כלל בדברי התוס', ואין זה אלא על דרך ניוחש. וכן לא בא זכרו בגמרא, לא בסוגיא דסנהדרין ס"ט ולא בסוגיא דב"ב צ"ב. ולישנא בסוגיא ס"ט שתמה רב הונא ברי' דר"י בזה שאמרו דאזלינן בתר רובא - רחמנא אמר והצילו העדה ואת אמרת זיל בתר רובא, והרי גם אינהו לא אמרי דאזלינן בת"ר אלא כשהמיעוט אינו מצוי.

ח.

כן נלע"ד דסברת קונטה"ס דלגבי ביי"ד ל"ש חזקה "דבי"ד אלים לאפוקי מחזקה" סברא זו שייכא בדיני נפשות, דל"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקה שמחזיק בגופו, דבי"ד שהם המחייבים לדין החייבים מצד "ובערת הרע מקרבך", ונגד ביי"ד ל"ש חזקה.

ולא כן כשנחלקו ביי"ד בענין ממון, בזה שייך שפיר לומר סמוך מיעוטא לחזקת ממון דהנתבע. כי הדו"ד הוא לא בין ביה"ד לבין הנידון, אלא בין התובע והנתבע. ואילו לא היה הדין בבי"ד שנחלקו ביניהם המיעוט כמי שאינו, שפיר היה



לנתבע טענה סמוך מיעוטא של המזכים לחזקת ממון ידידה. ע"כ לא סגי בדבריו לבאר התוס' בב"ק שחילקו בין רוב ומיעוט דיינים דגם בממון אזלין בתר רובא לבין שאר רוב ומיעוט.

ט.

ועל כן נראה שיש לצרף את סברת הקונטהס"פ יחד עם סברת מוהרמ"ח. דמ"ש התוס' שבב"ד המיעוט כמי שאינו, ע"כ מוציאים ממון עפ"י הכרעת הרוב של ביה"ד, הוא כסברת המוהרמ"ח, שהמיעוט מבטלים דעתם לסברת הרוב. ומה שהקשה בקונטהס"פ על זה דלא מצינו שהמיעוט חייב לבטל דעתו ואסור לו להורות כדעתו, זה לא קיים רק בבואו להורות נגד הכרעת ביה"ד הגדול, שזהו דין זקן ממרה, אין כוונתו של המוהרמ"ח אלא לגבי דין זה, שכלפיו נחלקו הדעות, ובה משהוכרע כדעת הרוב הפסק יוצא על דעת כל הדיינים ואסור לו ליחיד להתפלג ולהורות שלא כדעת הרוב. ועל כן גם בדיני ממונות ל"ש לומר סמוך מיעוטא דדיינים לחזקת הממון, כי משהוכרע ע"י הרוב שוב אין כאן מיעוט ול"ש לצרפו לומר סמוך מיעוט לחזקה. וזה מדוקדק בלשון התוס'.

וטעם זה שייך גם לגבי עדים שא' אומר בשנים בחודש ושני אומר בשלשה דהדיון הוא לא על המעשה שבאים להעיד, אלא אם עדותם מתקבלת או לא, ובה הדבר שייך להכרעת ביה"ד. וכיון שהם מכוח הרובא דאינשי טעו וכו' מקבלים עדותם, הרי הם כשרים ונאמנים, וחזקתם על פיהם את הדין. ול"ש שוב ספיקות, ולא מיעוט שנאמר סמוך מיעוטא לחזקה, וכמש"כ בזה השי"ש (ד' פ"ח) בהסתמכו על המהרמ"ח, דכמו שבדיינים "הם מפקי הממון והמיעוט כמו שאינו, ה"נ דסמכין על העדים והמה מוציאים הממון".

י.

אכן כל עיקר לא נצרכת סברת זו שהמיעוט בטל וכמו שאינו, אלא לגבי מה שמשוים די"נ ודי"מ, שהוא בשני הענינים הנ"ל.

אך מה שהביאו התוס' בקושיתם מר"פ בן סו"מ בענין הזמן של שלשה חדשים שבהם יש הדין של בן סו"מ, וכן בהא דבא על מי שנתקדשה בקטנותה דמייתי בגמרא שם, הנימוק דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, הוא כמו שכי בקונטהס"פ דכלפי ביה"ד ל"ש כלל מוחזקות של הנידון. על כן, משהסיקו התוס' בתירוצם שכל עיקר דלא אזלין בת"ר בדי"מ אינו אלא מפני דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ממילא מסולקת מעיקרא הקושיא מהני עובדי, דבה אין כלל חזקה, וע"כ אעפ"י דאין כאן הגדר שהמיעוט כמי שאינו, סגי בהא דאיכא רובא ואזלין בתר רובא גם בדי"מ.

יא.

ומתבאר לפ"ז יפה הסוגיא דפ' בן סו"מ, דלכאורה מפליא הדבר, דהתם הדיון לגבי הזמן של שלשה חדשים דבן סו"מ מתעוררת השאלה על דיון עפ"י בדי"מ. וכשאמרו שם שמשו"ה זמנו של שלשה חדשים ולא פחות משום דאזלין בת"ר, ורוב נשים יולדות לתשעה, תמה ע"ז רב הונא ברר"י "רחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה ואת אמרת ניזיל בתר רובא". יוצא איפוא שדעתו היא שאין הולכים אחה"ר בדי"מ. וזה תמוה, שסתמא דסוגיא פשוטה היא (חולין יא) דבדי"מ נמי אזלין בת"ר ממכה אביו ודילמא לאו אביו הוא. וביותר תמוה שבסוגיא דידן לא הוזכרה כלל הראיה הפשוטה הזאת מן התורה הכתובה, ומחפשים ראיות מן המשנה.

יב.

והנה בש"ש (ש"ד פ"ט) מעלה דלעולם לא אזלין בת"ר בדי"מ ובדי"מ כאחד, "דעפ"י שנים עדים יקום דבר", ורוב לא סגי. וכל אותם הלכות דנראה דאזלין בת"ר הם רק כשבא הרוב לפני המעשה, והחזק הדבר לאיסור, ואז העובר מתחייב כי כבר הוחזק לאיסור, ולאיסור ודאי סגי לקובעו ע"י הרוב. ובה מסביר גם הא דבן סו"מ דמכוח הרוב הוחזק שזמנו הוא שלשה חדשים. וע"כ כשעובר בתוך ג' החודשים הללו יש בו דין מיתה. וכן בהא דקטנה שהוחזקה שאינה איילונית מכוח הרוב, ע"כ מי שבא עליה נידון כבא על ודאי אשת איש (ובהא דעדים הסתמך על המוהרמ"ח הנ"ל, שלאחר שהוקבע כשרותם, על פיהם הוא שדנים), וזהו גם ההלכה שבחולין י"א הנ"ל שכבר הוחזק לאביו מאז, ע"כ כשמכה אותו חייב מיתה. עכת"ד.

אך לפ"ז תמוה כ"ל שהסוגיא בסנהדרין כמתעלמת מהסוגיא דחולין, וכן דעת רב הונא ברי" דר"י כאילו חולקת על העיקרון הנקוט בחולין ללא חולק. ומתפלא על מי שאמר דאזלין בת"ר גם בדי"מ, ואיך יתכן שיתנגד לזה. מאחר שהמדובר לאחר שהוחזק.

כן לא יישב בזה התוס' בב"ק שהקשו מהא דפ' בן סו"מ ולא תירצו מאומה על זה. ומה שתירצו אין בו כלום לקושיא זו, ותירוצ' השי"ש לא הוזכר בתוס' כלל.

יג.

ע"כ נראה האמת, שאכן שתי סוגיות שונות הן, והסוגיא דחולין אין עליה חולק, כי המדובר לאחר שהוחזק שזה אביו, פשיטא שיש לדנו בדי"מ כמכה אביו. אלא שהדיון לגבי בן סו"מ הוא משום דלא שייך שם הוחזק האיסור דזה שייך איפה שהוא נידון על עבירה שדינה מצד חומרתה היא במיתה, וזה בדומה למה שהביא מהרמב"ם, לענין ע"א שהעיד שזה חלב, שע"י הוחזק שזו חתיכה דאיסורא, שהעונש על אכילתה במלקות, ע"כ האוכלה מתחייב במלקות, אעפ"י שאין ע"א נאמן לחייב מלקות, עדותו אינה אלא על קביעת האיסור על החתיכה. ולא כן בן סו"מ, שמה שעשה כשלעצמו אין בו חיוב מיתה, שהרי אם עשה זאת לאחר הזמן אינו חייב, וכן אם לא היו אביו ואמו מביאים אותו לדנו, ולפי התנאים המגבילים שנאמרו בזה, אין עליו חיוב, וכן אם ברח לפני שנגמר דינו ובינתים עבר הזמן פטור (עי' עכ"ז ברמב"ם ה' ממרים) וכל זה מפני שלא המעשה מחייב מיתה, כמו בכל עבירות אחרות. ע"כ ל"ש לומר בזה הוחזק. והדיון על המתתו הוא רק מכוח הרוב. (אלא שכאמור אין לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה). והדיון הוא בדומה למה שמעורר השי"ש, אם יכולים להמית על סמך הרוב מבלי שיש עדים בדבר.



יד.

וזהו שתמה ר"ה ברי' דר"י רחמנא אמר "והצילו העדה" וכו', ושעל כן אין להוציא למיתה אלא עפ"י ב' עדים, ולא על סמך השערה של "רוב". ולזה מייתי ראיות דגם בכה"ג אזלינן בת"ר. והנה הראי' מקטנה שהבא עליה נהרג, בזה ל"ש לומר הוחזקה באשת איש, כי איילונית הוא דבר שעומד להתברר ולהתגלות. ומאד יתכן שאחרי שנוציא האיש להורג, משתגדל אותה קטנה יתברר שהיא איילונית, ונהרג שלא כדין. ובכה"ג ל"ש איתחזק, כי איך שייך לומר איתחזק שהיא אשת איש, שתוכן הדבר של האיתחזק הוא לומר שמעתה אין ספק בדבר, בעוד שמחר מחרתים נדע שלא כן הדבר. וכן מייתי מעדים דטעו בעיבורא דירחא, דל"ש לומר איתחזק שהרי הם באים אחר המעשה, ואי קיימת הסברה ד"והצילו העדה" איך ולמה נקבל עדותם, כיון דאיכא מיעוט האומר שלא כווננו עדותם. אע"כ אזלינן בת"ר גם בדי"נ, כיון שכאמור אין שייך לומר בדי"נ סמוך מיעוטא לחזקה. ובזה נדחית הטענה של "והצילו העדה".

טו.

מסקנת הדברים בפירוש התוס' בב"ק:

(א) רוב כשלעצמו סגי הן בדיני נפשות והן בדיני ממונות.

(ב) בדיני נפשות כיון שהנידון עומד בפני בית הדין שעליהם החובה לדון החייבים, אין שייך כנגדם מוחזק, ועל כן כל שעל סמך הרוב יש כאן חיוב, ביי"ד דנים לפי הרוב. ול"ש בזה מש"נ "והצילו העדה", ולא מש"נ עפ"י שנים עדים יקום דבר, כי הרוב כיון שאין נגדו אלא מיעוט, הדין ללכת אחריו.

(ג) בממון, יש והולכים אחר הרוב ויש - שלא, והיינו ברוב דיינים מחייבים, וכן כשיש דיון על כשרות העדים, ועל יסוד הרוב - הם כשרים ונאמנים, הרוב הזה קובע ומוציאים ממון על פיו. כי בשני אלה המיעוט כמי שאינו.

אולם כשהספק הוא בעובדות, אעפ"י שעל יסוד הרוב היה לנו לקבוע שחייב, כיון שהמיעוט אינו בטל, וכיון שבממון שייך להתחשב עם חזקת הממון של המוחזק, אמרין סמוך מיעוטא לחזקה, ואין הולכים אחר הרוב.

טז.

ועתה ניגש לביאור התוס' בסנהדרין, שכתבו כנ"ל שמשו"כ לא אזלינן בתר רובא דלרדיא, ושלא כמו בענין רוב בדיינים שלמדים דיי"מ בקי"י מדי"נ, משום דרובא דלרדיא אינו רוב חשוב, ולא ביארו למה. וכבר הבאנו מקונטה"ס, וראינו שפירושו דחוק. כן דחה שם פי' הב"ח, עיי"ש. בש"ש (שם פי"י) ביארם עפ"י הרמב"ן בענין סבלונות שחיישין לקידושין ולא אמרין דניזיל בתר רוב דמסבלי והדר מקדשי. והסביר הרמב"ן, דכיון דאין זה רוב התלוי בטבע, אלא שהוא מנהג בני אדם "ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המועט". ומוכח שם דאמנם גם בזה יש למיזל אחה"ר, אך מחמת חומרא דא"א חיישין למיעוט, כל כה"ג. עפ"י פי' הש"ש גם הא דאמרו התוס' דרובא דלרדיא אינו רוב חשוב, שדבר זה תלוי בדעתו וברצונו של הלוקח, ואינו רוב שבטבע, ע"כ ס"ל להתוס' דבזה הוא דנקטינן דבממון ל"א בתר רובא, עכ"ד.

יז.

אכן, הדמיון אינו עולה יפה לענ"ד, דאם אמנם בידו לקנות לשחיטה, אך גם בזה, הרוב הוא בדומה לרוב שבטבע. שהרי אין אדם קונה אלא מה שיש לו צורך, ובמדה שהוא זקוק לה, ומכיון דאמרין דרובא דלרדיא הרי פירוש הדברים שרוב זקוקים לרדיא יותר מאשר לשחיטה, א"כ הרי"ז כמו רוב שבטבע, ואינו בדומה להא דסבלונות, דהתם אין זה אלא נוהג מסוים, ויכול אדם לסטות מהנוהג, כי הדבר תלוי אך ורק ברצון, ולא בתנאים חיצוניים שמכתיבים לו את התנהגותו.

כך, הביא שם בעצמו (פרק ז') שהסוגיא בב"ב נראית שלא נחתה לחילוק זה בין רוב לרדיא לאידך רובא. (עיי"ש שדחק עצמו, ומסוגיא זו עצמה דחה קודם, בפ"ו, מה שהביא מהב"ש, אם כי נראה ששם עיקר דחייתו היתה מכח סברא, שדברי הב"ש נראים מופלאים, אך ע"י להלן שביארנום שפיר בעי"ה). ועוד, וזהו שנראה בענ"ד העיקר, שכל החילוקים שממציאים בין רוב דרדיא לרוב אחר, לא נתפרש מהם בתוס' כלום. ואיך יתכן שהתוס' יסתמו דבריהם מבלי לבאר, אם לא שהדבר מוכח מהסוגיא עצמה.

יח.

ואשר נ"ל בביאור דבריהם. וזה בהקדמת דברי ה"בית שמואל" שהובאו בש"ש (פ"י כנ"ל) בביאור התוס' יומא דף פ"ה א, שהוקשה לו עליהם טובא מגמרא וסברא.

דכתבו התוס' (יומא פ"ה ד"ה לא צריכא) בענין תינוק שנמצא בעיר שרובה ישראל שדינו כישראל, שאם נגח תורא דידן לתורא דידן חייבים לשלם לו ח"נ כאילו ודאי ישראל. ותמהו בזה אמאי לא נימא אין הולכים בממון אחה"ר. וכי עיי"ה הב"ש (אהע"ז סי' ד' סקני"ו) וז"ל: "... אע"ג דבממון אין הולכין אחה"ר, היינו כשבא לידו מדעת בעלים", עכ"ל. שנראה מזה שבה שהבעלים עצמם נתנו לו הממון עדיף יותר, ממי שמוחזק בממון מעיקרא, כגון הא דבעל השור. ובש"ש שם כי ד"דבריו תמוהים", וכן הוכיח מהסוגיא "דודאי מוחזק מעיקרו עדיף טפי מבא בידו מדעת בעלים". עיי"ש.

יט.

וני לבאר כוונתו. וראשית נביא את דברי הש"ש עצמו, בביאור מ"ש התוס' ב"ק שהו"ל בטעמא דא"ה בממון אחה"ר הוא מצד סמוך מיעוטא לחזקה, כלומר, לחזקת הממון. והרי בעלמא נקטינן דרובא וחזקה רובא עדיף, ולא אמרין סמוך מיעוטא לחזקה. והסביר הש"ש (שם פי' כ"ד) וז"ל:



... ומשום דהא דרובא עדיף מחזקה, היינו משום דרוב הוא השתא לפנינו הרוב, אבל חזקה אינו אלא חזקה דמעיקרא, שהיה מעיקרא כך, לכן אוקמה אחזקה קמא. אבל רוב הוא עתה לפנינו ועדיפא מחזקה דמעיקרא. וחזקת ממון שהוא גם עכשו בממון, הוי כמו רוב, ואין מוציאים ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשו, עיי' רובא, עכ"ד.

כ.

ונראה דגם הב"ש יוצא מיסוד הנ"ל, אלא שמוסיף בזה עוד נקודה, והיא, שמה שחזקה ומוחזק עכשיו יוצרת זכויות, שבכדי להוציא ממנה צריך להוכיח הוכחה ברורה נגדה הוא רק אם החזקה היא לא רק עובדתית, אלא שהיא מוגנת מצד הדין, דאם למשל הדבר הגיע לידי ע"י תפיסה, שאמנם מבחינה עובדתית הוא מוחזק, אבל כיון שאין החזקתו כשלעצמה מקנה לו שום הגנה מצד הדין, אין לראות בזה גדר של חזקה דהשתא דממון שנאמר בזה דמצטרפת למיעוט. וזה כדכתבו התוס' ב"מ (דף ו' ב ד"ה פטר).

כא.

וזוהי כונת הב"ש במה שהעלה לחלק בין המוכר שמחזיק בממון שנתן לו הלוקח בהא דמוכר שור ונמצא נחן, לבין הא דאזיק תורא דידן לתורא דידה, דכיון דמצד הדין בנוח את שור של ישראל נקטינן הלכה כר"ע דיוחלט השור ועומד משעת הנגיחה ברשות הניזק להקדישו ולמכרו מאותה שעה, נמצא דגם אם בפועל הוא עדיין ברשות המזיק, מ"מ ל"ש לראות בזה חזקת ממון מסוג זה שנימא בו סמוך מיעוטא לחזקה, דרק בגוונא שמה שמחזיק הוא שגם אם חייב הוא לשלם, עכ"פ טרם ששילם זה שלו, ע"כ שפיר אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, משא"כ בזה שהחזקת ממון עצמה היא בספק, דאם אכן ישראל הוא הניזק, כי אז הרי"ז שלו, ומה שמחזיק אין זה אלא מצב עובדתי, בזה ל"א סמוך מיעוטא לחזקה, ושפיר אזלינן בתר רובא.

ולא היתה כוונת הב"ש מעולם להעדיף חזקה זו שמחזיק בממון ע"י שבא אליו מבית בעלים ליותר ממה שהיה מוחזק בהם מעיקרא. אלא לומר שכה"ג לא גרע ממה שהי' מוחזק בהם מעיקרא, דהעובדא שהבעלים נתנו לו הממון בשעתו מדעתם, מקנה לו זכות חזקה דהשתא, כמו מי שהי' מוחזק מעיקרא וממשיך להחזיק בהם. (וכיו"ב ממש שם בתוס' ב"מ דף ו' שהבאנו בענין השוכר בית. עיי"ש).

כב.

אכן נ' שהש"ש אזיל לשיטתו שהעלה (שם פ"א) בענין נגיחת שור תם דנקטינן דפ"נ קנסא ועל כן טרם שיש פסק דין לחייבו, אין בו חיוב כלל, וז"ל שם (בהסתמך על מש"כ כיו"ב הראב"ד בענין ספק חיוב ד' וה' וז"ל:

דקנס לא מיחייב אלא "אשר ירשיעון אלהים", וכל שאין הדיינים מחייבים אותו לא יוכל למיעבד דינא לנפשיה ולתופסו.

ולפ"ז קשי"ל דהכא נמי יש לראות החזקה שמחזיק בה המזיק דהשתא כמו בעלמא. כי טרם שנפסק הרי הוא שלו, וכיון שע"ז גופא הספק, אמרינן שפיר סמוך מיעוטא לחזקה.

כג.

אך לא כן נ' מהתוס' (ב"ק ל"ג שם ד"ה איכא בינייהו) שהעלו לחלק בין קנס דעלמא לקנס דפ"נ קנסא, דהיכי דנתגלה הדבר ע"י עדים שנגח קם ברשות הניזק משעת הנזק (וכ"ה בענין היוצא בשן ועין). ושם בגהש"ס העלה בעקבות הדברים הללו לחלק בין דעת ר"י לדעת ר"ע, דלר' ישמעאל "קיימא הסברא דבקנס לא שייך דזוכה למפרע, כיון דהחוב נעשה רק ע"י ההעמדה בדין". עכ"ל. נמצא דפ"נ קנסא אין חיובו תלוי בפסק ב"ד, אלא בהתגלות המעשה בב"ד ע"י העדים, ע"כ משראו עדים והעידו, אם הוא ישראל, הרי הוא שלו, ואין הפס"ד מחדש דבר, רק מגלה העובדא. וזהו שכי' הב"ש דבזה שפיר אזלינן בת"ר, דאין כאן חזקה דהשתא נגדו שתצטרף למיעוט, להיעשות סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא.

כד.

ובזה ניתן להבין נימוקו של הה"מ (פ' ט"ו מא"ב) הובא בש"ש הנ"ל שדעתו לא כהתוס' יומא הנ"ל, וס"ל בנגח תורא דידן לתורא דידה אין צריך לשלם גם ברוב ישראל משום א"ה בממון אחה"ר, דאיהו אזיל לשיטת הרמב"ם שחולק על התוס' וס"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו (פ"ה מבכורות פ"ג). א"כ לדעתו חזקה דהשתא מיקרי כל שהממון תחת ידו עכשיו, גם אם היה זה רק ע"י תפיסה, נמצא שאין חילוק לדעתו בין תפיסה ברשות לתפיסה שלא ברשות וכשם שתפיסה ברשות יוצרת זכויות כן היא תפיסה שלא ברשות, מצד עצם העובדא שזה בידו הוי הדין הממעי"ה. וע"כ גם בשור תם, אעפ"י שעוד שהדבר תחת ידי המזיק עכשיו, אינו בגדר תפיסה ברשות, ואין לדעת התוס' לדון בזה רק מכוח חזקת מ"ק, דלא מהני גם בממון נגד רוב, וכנ"ל, לפי חידושו של הש"ש, מ"מ כיון שהוא גם עכשיו מוחזק גם בזה נקטינן דא"ה אחה"ר להוציא מידו, ע"כ שפיר נוקט הה"מ דגם ברוב ישראל פטור.

אבל לא כן לדעת התוס' ואידך ראשונים, דפליגי על הרמב"ם ונוקטים במסקנא דמילתא בת"כ דמוציאים מידו, דתפיסה שלא ברשות אינה מקנה שום זכויות, לדידהו שפיר קאים הסברו של הב"ש, שבכה"ג דמכוח הרוב יש לחייב המזיק, אינו יכול לבא מכוח מה שמחזיק עכשיו לזכות מכוח דנימא סמוך מיעוטא לחזקת ממון דהשתא, דמה שמוחזק עכשיו לאו כלום הוא, ואין כאן אלא חזקת מ"ק, ובהא שפיר אזלינן בת"ר, כמו דנקטינן בעלמא - רובא וחזקה רובא עדיף.



כה.

מסקנא העולה לנו מכל הנ"ל, עפ"י התוס' בב"ק והא דהב"ש, שלעולם אזלינן בתר רובא, הן בד"מ והן בד"מ, אבל זה בתנאי שלא תוכל להצטרף למיעוט חזקה דהשתא שהיא בעלת תוקף הלכותי דאז הרוב איתרע. דמשו"ה ברוב דדיינים ורוב דגבי עדים, וכן בהא דנגיחת תם, דבכל הני אין לנו חזקת ממון דהשתא דנימא ביה סמוך מיעוטא לחזקה, שפיר אזלינן בתר רובא, ובנפשות לעולם ל"ש חזקה דהשתא, דהדין של בית הדין בהלכה, אינו שייך לחזקת הגוף של הנידון. וכנ"ל.

כו.

מעתה אמינא, שאין כלל מחלוקת בין שני דיבורי התוס', וגם התוס' בסנהדרין אומר אותם הדברים שבב"ק. ומה שאמרו שרוב לרדיא הוא רוב שאינו חשוב הוא מאותו טעם דכ' הב"ש והיינו שכיון דהחזיק בממון מדעת הבעלים, דשעל כן תורת חזקה דהשתא אית ליה על הממון ע"כ מצטרף למיעוט ומתרועע הרוב, וע"כ הוי הרוב "רוב לא חשוב" ולא באו התוס' לחדש ולחלק חילוקים חדשים שלא נזכרו ולא הובאו (כפי שרוצה הב"ח לבאר דבריהם, ואף לא כפי שרוצה הש"ש וקונה"ס לשים בפייהם) כי אז ודאי שהיו צריכים לבאר, למה זה שונה מכל רוב, אלא שמסתמכים פשוט על היסוד שמוכרחים לבאר בדברי שמואל מ"ש שאין הולכים בממון אחה"ר, אעפ"י דבכה"ת נקטינן רובא וחזקה רובא עדיף, אלא מפני שהכא הוי חזקה דהשתא, ובזה ס"ל לשמואל דלכו"ע נקטינן דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע לה רובא, הרי יוצא מזה בפשיטות, דרוב זה דרדיא הוא רוב גרוע, כדאמרינן "איתרע לה רובא". ע"כ לא אזלינן בתריה. ולא כן בגוונא דאיכא רוב שאין כנגדו חזקה לרועעו (וזהו כגון הא דנגח תורא דידן לתורא דידה) לפי דאזלינן בת"ר בממון כמו בנפשות, דילפינן לה מק"ו, וכפשטות הסוגיא דסנהדרין.

ולא הזכירו בדבריהם לחלק בין די"מ לדי"מ, דהרי גם בממון עצמו יש ואזלינן בתר רובא. וזה בגוונא דאין לנתבע חזקה דהשתא, שתצטרף למיעוט, ואעפ"י שמסייע לו חזקת מ"ק, ואפילו אם הממון בידו גם עכשיו. אך באופן שהחזקה דהשתא ריעא, כגון הא דנגח תורא דידן לתורא דידה, דאם ישראל הוא הניזק, מה שהמזיק מחזיק בשור לא מקנה לו זכות של חזקה דהשתא, ולא מצי אתי עלה אלא מכוח חזקת מ"ק, אזלינן בתר רובא ומוציאין מידו. על כן כתבו בטעמא דשמואל דא"ה בממון אחה"ר בזה דרובא דרדיא אינו רוב חשוב, וכהסברו של הב"ש דאעפ"י דאין חזקת מ"ק ממש, מאחר שבא לידו מדעת בעלים החזקה דהשתא שלו אלימא, כמו זה שיש לו חזקה דהשתא, כהמשך לחזקת מ"ק (וכגון כל הני דמייתי בסוגיא דר"פ המוכר פירות) שבזה ל"א אחר הרוב. ודו"ק בכל הנ"ל.

והם הם הדברים שהעלה כפירושם המור"מ חביב, שהביאם בקונטרס הספיקות (כלל ו' אות ב' שהו"ל) שכי' בכוננתם דמשו"ה לא הוי רובא לרדיא רוב חשוב "ר"ל דברובא לרדיא איכא מיהת מיעוט דזבני לנכסתא", והביאור הוא כמו שהוסבר לפי הש"ש והב"ש.

סימן פד : תפיסה בספיקות א.

בשתי סוגיות סמוכות זו לזו דנים בגמרא (ב"מ ו', א וב) בתוקף מיד המוחזק בה תחלה, בראשונה - בשנים אוחזים בטלית שהדין הוא יחלוקו ותקפה א' בפנינו, ובזה נוקטת הגמרא בפשיטות שכל עוד שאין הודאה מצד המוחזק בה בתחלה, היינו בצווח מעיקרא, ודאי שמוציאים מיד התוקף - "מאי הוה ליה למיעבד"? ואילו בשניה - בכהן שתקף ספק בכור ישנן שתי דעות - דעת רב המנונא שאין מוציאים מידו, ודעת רבה שמוציאין מידו. להלכה, דעת רוב הראשונים - כרבה, שמוציאים מידו. ויש לברר הקשר שבין שתי הלכות אלה בתוקף מידי המוחזק.

ב.

בדעת הרא"ש יש לראות, שאין קשר בין שתי ההלכות, הדין של תקפה א' בפנינו מובא בדבריו בסי' י"א, והדין של תקפו כהן מובא בסי' י"ג. ולא זו בלבד, אלא שמדבריו יוצא חילוק הלכתי ביניהם. בתקפו א' בפנינו שמוציאים מידו המדובר כשהתוקף טוען טענת ברי - כולה שלי, ואעפ"י מוציאים מידו. ואילו לענין תקפו כהן מסביר הרא"ש הטעם שמוציאים מידו משום "דתפיסה לא מהני אלא בטוען ברי. אבל הכהן הזה אפילו לאחר שתפס אין לו אלא טענת שמא. הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מ"ק". הרי שדין זה הוא רק בטוען שמא.

ולא כן היא דעת הנמוק"י (ודבריו מקורם ברמב"ן) וז"ל: ומשמע משמעתי דדוקא שתק ולבסוף צווח, הא צווח מעיקרא מוציאין אותה מידו, דמאי דתפיס ידיה הוא. והכי נמי משמע מהא דתנן ספק בכורות וכו' דמסקינן באם תקף כהן בהמה שהיתה ספק בכור בבית ישראל מוציאים אותה מידו. שמעינן דכל ספק ממונא דקיי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע, אי תקפו בפנינו או בפני עדים מפקינן מיניה וכו'. חזינן לדעתיה שדין זה שתקפו כהן מוציאין מידו הוא מאותו הטעם ואותו הנימוק של תקפה א' בפנינו, שבשניהם היסוד הוא "דכל ספק ממונא וכו' אי תקפו בפנינו וכו' מוציאים מידו", ולא חילק בדין תקפו כהן שהוא רק בטענת שמא, כחילוקו של הרא"ש. ויש להבין שורש מחלוקתם של הראשונים בזה.

ג.

בדעת הרא"ש עצמו שמחלק בתקפו כהן בין שתופס בטענת ברי לתופס בטענת שמא, ג"כ יש להבין: א' מהו החילוק בין שמא לברי, כיון שכשם שהכהן טוען שמא, הרי גם הישראל טוען שמא, ולכאורה שקול שמא ושמא כמו ברי וברי. וב' משום מה בתקפה א' בפנינו גם בטוען ברי מוציאים מידו, ואין מתחשבים בטענת ברי שלו.

והנה בבואנו לדקדק בדבריו נראה שבתקפו כהן הוא דן מצד חזקת מרא קמא של הישראל. שהרי כן כתב שם "הלכך מפקינן מיניה דמוקמינן ליה בחזקת מ"ק". לפ"ז החילוק בין תקפה א' בפנינו לתקפו כהן הוא בולט. כי בשנים

