

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 (סג' 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 קושיהם, שבדי"נ הולכים אחר הרוב גם ברובא דליתא קמן וכמבואר בר"פ בן סורר ומורה. ותירוצם לסתירה זו נראה שונה בשני המקומות. בסנהדרין תירצו דרובא לרדיא ובני 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. ודברי 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. בתירוצם בב"ק נראה שהלכו בדרך אחרת. וז"ל בתירוצם:

דגבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה, דהא בי"ד מפקי מיניה אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט חזקה 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"נ 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 בחדש והאחר — בשלישי, האם מקיימים עדותם, כשם שמקיימים אותה בדי"נ משום שתולים שטעו בעיבור החדוש, 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 ג"ט 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. בקוהנס"פ שם השיג עליו, במה שאמר שבדיינים המיעוט מבטלים דעתם ואין יכולים להורות כסברתם, "שאין זה אלא בוקן ממרה אחרי פסק בי"ד הגדול. אבל כל עוד לא הוכרע נגדו בכי"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 שבקיאים, הרי עדותם בטילה, למה לא יוכל הנידון להסתמך על האפשרות שהם מן המיעוט ולבטל עדותם. עוד תמה עליו מכמה מקומות, עיי"ש.

ו. ומסיק קונטהס"פ ביאור דבריהם שלגבי בי"ד ל"ש שהנידון יסמוך על חזקה לומר סמוך מיעוטא לחזקה "דכוח בי"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"נ.

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

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

ז. אך דבריו דחוקים לענ"ד. במה שהסיק בתוס' בב"ק, שלפ"ו יש חילוק בדי"מ בין רוב ומיעוט בסנהדרין דל"ש לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה, דלעומת בי"ד "לא שייך למימר אוקמה בחזקת מריה — — דכוח בי"ד אלים לאפוקי מחזקת מריה" (אות ג') ולא כן בעדים שא' אומר בשנים בחודש וא' אומר בג' עדותם בטילה בדיני ממונות, דבזה שפיר אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה (סוף אות ד'). זה תמוה מאד שא"כ בר"פ אד"מ (סנ' ל"ב א) דמונה המשנה החילוקים בין די"מ לדי"נ, וכולם להקל בדי"נ הול"ל חילוק זה שבזה דוקא די"נ לחומרא, שמקבלים עדותם וסמכינן 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 ניהוש. 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 קונטהס"ס דלגבי בי"ד ל"ש חזקה "דכי"ד אלים לאפוקי מחזקה" סברא זו שייכא רק בדיני נפשות, דל"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקה

שמחזיק בגופו, דבי"ד שהם המחייבים לדין החייבים מצד "ובערת הרע מקרבך",
ונגד בי"ד ל"ש חזקה.

ולא כן כשנחלקו בי"ד בענין ממון, בזה שייך שפיר לומר סמוך מיעוטא לחזקת
ממון הדנתבע. כי הדו"ד היא לא בין ביה"ד לבין הנידון, אלא בין התובע והנתבע.
ואילולא היה הדין בבי"ד שנחלקו ביניהם המיעוט כמי שאינו, שפיר היה לנתבע טענה
סמוך מיעוטא של המזכים לחזקת ממון דידיה. ע"כ לא סגי בדבריו לבאר התוס' בב"ק
שחילקו בין רוב ומיעוט דיינים, דגם בממון אזלינן בחר רובא לבין שאר רוב ומיעוט.
ט. ועל כן נראה שיש לצרף את סברת הקונטסה"פ יחד עם סברת מוהרמ"ח.
דמ"ש התוס' שבבי"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
בקונה"ס על זה דלא מצינו שהמיעוט חייב לבטל דעתו ואסור לו להורות כדעתו, זה
לא קיים רק בבואו להורות נגד הכרעת בי"ד הגדול, שזהו דין זקן ממרה, אין כוונתו
של המוהרמ"ח אלא לגבי דין זה, שכלפיו נחלקו הדעות, ובזה משהוכרע כדעת
הרוב, הפסק יוצא על דעת כל הדיינים ואסור לו ליחד 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 ולומר סמוך מיעוט לחזקה.
וזה מדוקדק בלשון התוס'.

וטעם זה שייך גם לגבי עדים שא' אומר בשנים בחדש ושני אומר בשלשה הדין
הוא לא על המעשה שבאים להעיד, אלא אם עדותם מתקבלת או לא, ובזה הדבר
שייך להכרעת ביה"ד. וכיון שהם מכוח הרובא דאינשי טעו וכו' מקבלים עדותם, הרי
הם עדים כשרים ונאמנים, וחותרים על פיהם את הדין. ול"ש שוב ספיקות, ולא מיעוט
שנאמר סמוך מיעוטא לחזקה, וכמש"כ בזה הש"ש (ד' פ"ח) בהסתמכו על המהרמ"ח,
דכמו שבדיינים "הם מפקי הממון והמיעוט כמו שאינו, ה"נ דסמכינן 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 להדדי, 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 שכ' בקונה"ס פ דכלפי בי"ד
ל"ש כלל מוחזקות של הנידון. על כן, משהסיקו התוס' בתירוץ שכל עיקר דלא
אזלינן בת"ר בדי"מ אינו אלא מפני דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ממילא מסולקת
מעיקרא הקושיא מהני עובדי, דבזה אין כלל חזקה, וע"כ אעפ"י דאין כאן הגדר
שהמיעוט כמי שאינו, סגי בהא דאיכא רובא ואזלינן בחר רובא גם בדי"נ.

יא. ומתבאר ל"פ"ז יפה הסוגיא דפ' בן סו"מ, דלכאורה מפליא הדבר, דהתם הדין
לגבי הזמן של שלשה חדשים דבן סו"מ מתעוררת השאלה על דיון עפ"י ר' בדי"נ.
וכשאמרו שם שמשו"ה זמנו שלשה חדשים ולא פחות משום דאזלינן בת"ר, ורוב
נשים יולדות לתשעה, תמה ע"ז רב הונא ברר"י "רחמנא אמר ושפטו העדה והצילו
העדה" ואת אמרת ניזל בחר רובא. יוצא איפוא שדעתו היא שאין הולכים אחה"ר
בדי"נ. וזה תמוה, שסתמא דסוגיא פשוטה היא (חולין יא) דבדי"נ נמי אזלינן 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 אזלינן בת"ר בדי"ג ובדי"מ כאחד, "דעפ"י שנים עדים יקום דבר", ורוב לא סגי. וכל אותם הלכות דנראה דאזלינן בת"ר הם רק כשבא הרוב לפני המעשה, והוחזק הדבר לאיסור, ואז העובר מתחייב כי כבר הוחזק לאיסור, ולאיסור ודאי סגי לקובעו ע"י הרוב. ובוה מסביר גם הא דבן סו"מ דמכות הרוב הוחזק שזמנו הוא שלשה חדשים. וע"כ כשעובר בתוך ג' החדשים 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 הג"ל, שלאחר שהוקבע כשרותם, על פיהם הוא שדנים) וזוהי גם ההלכה שבחולין י"א הג"ל שכבר הוחזק לאביו מאז, ע"כ כשמכה אותו חייב מיתה. עכת"ד.

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

כן לא יישב בזה התוס' בכ"ק שהקשו מהא דפ' בן סו"מ ולא תירצו מאומה על זה. ומה שתירצו אינן כלום לקושיא זו, ותירוץ הש"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 לדונו בדי"ג כמכה אביו. אלא שהדין 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"ז 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 לדונו, ולפי התנאים המגבילים שנאמרו בזה, אין עליו חיוב, וכן אם ברח לפני שנגמר דינו ובינתים עבר הזמן פטור (עי"ז עכ"ז ברמב"ם ה' ממרים) וכל זה מפני שלא המעשה מחייב מיתה, כמו בכל עבירות אחרות. ע"כ ל"ש לומר בזה הוחזק. והדין על המתתו הוא רק מכוח הרוב. (אלא שכאמור אין לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה). והדין הוא בדומה למה שמעורר הש"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 הסכרא ד"והצילו העדה" איך ולמה נקבל עדותו, כיון דאיכא מיעוט האומר שלא כווננו עדותם. אע"כ אזלינן בת"ר גם בדי"ג, כיון שכאמור אין שייך לומר בדי"ג סמוך מיעוטא לחזקה. ובוה 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, ב"ד דנים לפי הרוב. ול"ש בזה מש"ג "והצילו העדה", ולא מש"ג 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 ומציאים 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, אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. ואין הולכים אחר הרוב.

טז. ועתה נגש לביאור התוס' בסנהדרין, שכתבו כנ"ל שמשו"כ לא אזלינן בתר רובא ברוב דלרדיא, ושלא כמו בענין רוב בדיינים שלמדים די"מ בק"ו מדי"ג, 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 פ"י) ביארם עפ"מש"כ הרמב"ן בענין סבלנות שחיישינן לקידושין ולא אמרינן דניול 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 אחר"ר, אך מחמת חומרא דא"א חיישינן למיעוט, כל כה"ג. עפ"י: פי' הש"ש גם הא דאמרו התוס' דרובא לרדיא אינו רוב חשוב, שגם זה תלוי בדעתו וברצונו של הלוקח, ואיזו רוב שבטבע, ע"כ ס"ל להתוס' דבוה 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 דאמרינן דרובא לרדיא הרי פירוש הדברים שרוב זקוקים לרדיא יותר מאשר לשחיטה, א"כ הר"ו כמו רוב שבטבע, ואינו בדומה להא דסבלנות, דהתם אין זה אלא נוהג מסוים, ויכול אדם לסטות מנהוגו, כי הדבר תלוי אך ורק ברצון, ולא בתנאים חיצוניים שמכתיבים לו את התנהגותו.

כן, 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 שכביארו שפיר בע"ה). ועוד, וזהו שנראה בענ"ד העיקר, שכל החילוקים שממציאים בין רוב לרדיא לרוב אחר, לא נתפרש מהם בתוס' כלום. ואיך יתכן שהתוס' יסתמו דבריהם מבלי לכאר, 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 כישׂראל, שאם נגח תורא דידן לתורא דידי' חייבים לשלם לו ח"נ כאילו ודאי ישׂראל. ותמהו בזה אמאי לא נימא אין הולכים בממון אחה"ר. וכ' ע"ז הב"ש (אע"ז סי' ד' סקנ"ו) זו"ל: — — אע"ג דבממון אין הולכין אחה"ר, היינו כשבא לידו מדעת בעלים, עכ"ל. שנראה מזה שבוה שהבעלים עצמם נתנו לו הממון עדיף יותר, ממי שמוחזק בממון מעיקרא, כגון הא דבעל השור. ובש"ש שם כ' ד"דבריו תמוהים, וכן הוכיח מהסוגיא "דודאי מוחזק מעיקרו עדיף טפי מבא בידו מדעת בעלים". עיי"ש.

יט. ונ' 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 אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. והסביר הש"ש (שם פ' כ"ד) זו"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 מוחזק בממון, הוי כמו רוב. ואין מוציאין ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשו, ע"י רובא, עכ"ד.

כ. ונראה דגם הב"ש יוצא מיסוד הנ"ל, אלא שמוסיף בזה עוד נקודה, והיא, שמה שחזקה זמוחזק עכשו 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 פוטר).

כא. וזוהי כונת הב"ש במה שהעלה לחלק בין המוכר שמתחזק בממון שנתן לו הלוקח בהא דמוכר שור ונמצא נגחן, לבין הא דאזיק תורא דידן לתורא דידיה, דכיון דמצד הדין בנוגח 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 שמתחזק 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 הר"ז שלו, ומה שמתחזק אין זה אלא מצב עובדתי, בזה ל"א סמוך מיעוטא לחזקה, ושפיר אזלינן בתר רובא.

ולא היתה כוונת הב"ש מעולם להעדיף חזקה זו שמתחזק 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 לשיטתי' שהעלה (שם פי"א) בענין נגיחת שור תם דנקטינן דפ"נ קנסא ועל כן טרם שיש פסק די' לחייבו, אין בו חיוב כלל, וז"ל שם (בהסתמך על מש"כ כיו"ב הראב"ד בענין ספק חיוב ד' והי' 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 חזקה 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 הנוזק משעת הנוזק (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 ביד, אלא בהתגלות המעשה בב"ד ע"י העדים, ע"כ משראו עדים והעידו, אם הוא ישראל, הריהוא שלו, ואין הפס"ד מחדש דבר, רק מגלה העובדא. וזהו שכ' 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 מאי"ב) הובא בש"ש הנ"ל שדעתו לא כהתוס' יומא הנ"ל, וס"ל בנגח תורא דידן לתורא דידיה 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 מוציאין מידו (פ"ה מבכורות פ"ג). א"כ לדעתו חזקה דהשתא מיקרי כל שהממון תחת ידו עכשו, 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 הממע"ה. וע"כ גם בשורתם, אעפ"י שעוד שהדבר תחת ידי המזיק עכשו, 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 עכשו מוחזק גם בזה נקטינן בא"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, לרידהו שפיר קאים הסברו של הב"ש, שבכה"ג דמכוח הרוב יש לחייב המזיק, אינו יכול לבא מכוח מה שמחזיק עכשו לזכות מכוח דנימא סמוך מיעוטא לחזקת ממון דהשתא, דמה שמחזיק עכשו 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 בדי"נ והן בדי"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 מייעוטא לחזקה, שפיר אזלינן בתר רובא, ובנפשות לעולם ל"ש חזקה דהשתא, דהדין של בית הדין בהלכה, אינו שייך לחזקת הגוף של הנידון. וכן"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 מצטרך למיעוט ומתרועע הרוב, וע"כ הוי הרוב "רוב לא חשוב" ולא באו התוס' כאן לחדש ולחלק חילוקים חדשים שלא נזכרו ולא הובאו (כפי שרוצה הב"ח לבאר דבריהם, ואף לא כפי שרוצה הש"ש וקונה"ס לשים בפיהם) כי אז ודאי שהיו צריכים לבאר, למה זה שונה מכל רוב. אלא שמסתמכים פשוט על היסוד שמוכרחים לבאר כדברי 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 מייעוטא 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 דידיה) לפי דאזלינן בת"ר בממון כמו בנפשות, דילפינן לה מק"ו, וכפשטות הסוגיא דסנהדרין ולא הזכירו בדבריהם לחלק בין די"ג 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 עכשו. אך באופן שהחזקה דהשתא ריעא, כגון הא דנגח תורא דידן לתורא דידיה, 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, וכסהברו 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) שכ' בכוונתם דמשו"ה לא הוי רובא לרדיא רוב חשוב "ר"ל דברובא לרדיא איכא מיהת מייעוט דזבני לנכסתא". והביאור הוא כמו שהוסבר לפי הש"ש והב"ש.