

לחרישה. ולכן אין כאן הוכחה מהמחיר לגבי המטרה של הקונה.

ומקשינן: **אי הכי**, שמחלוקתם היא באופן שהמחיר של שור לשחיטה שוה למחיר של שור לחרישה, **למאי נפקא מינה** במחלוקתם של רב ושמואל?! והרי הקונה לא הפסיד כלום כתוצאה מכך שהשור אינו ראוי לחרישה, ומה איכפת לו שהמקח יתקיים! (6)

ומתצינן: **נפקא מינה לטירחא**. שאמנם הקונה אינו מפסיד כסף בקניה הזאת, אך הוא אינו רוצה לטרוח בשחיטת השור ובמכירת הבשר. ולכן הוא תובע לבטל את המקח, להחזיר למוכר את שורו, ולקבל בחזרה את כספו. ונחלקו רב ושמואל אם

אכן המקח בטל או לא.

אך עדיין יש לדון: **היכי דמי**, באיזה אופן נחלקו רב ושמואל?

אי דליכא לאישתלומי מינה, (7) שבידי צב-ב המוכר כבר לא נמצא הכסף שקיבל מהקונה [וגם אין לו כסף אחר לשלם לקונה], יקשה, מדוע אמר רב שהוא מקח טעות והקונה מחזיר את השור למוכר, והמוכר מחזיר לו את כספו? הרי כיון שלמוכר אין כסף לשלם לו, **ליעכב תורא בזויה**: יקח הקונה את השור עצמו במקום הכסף שהמוכר חייב לו, שהרי השור שוה בדיוק את המחיר שהוא שילם עבורו?

דהא **אמרי אינשי**: מן מרי רשותך, מבעל

והרא"ש כתב, שכאן רבנן יודו, מאחר שהדמים אינם מכחישים את עיקר הלשון כמו שם, שצמד לא משמע בקר. אבל כאן, אין שום משמעות מהלשון אם נתכוון לרדיא או לשחיטה.

ובדומה לזה כתב הר"י מיגש, שדוקא כשאנו רוצים לכלול במכר דבר שאינו בכללו, כגון בצמד ובקר, שלא מכר לו בפירושו את הבקר, אז אין הדמים ראייה, כי היות והם שני דברים נפרדים היה לו ללוקח לפרש. אבל במכר עצמו, לברר אם קנאו לרדיא או לשחיטה, בזה גם רבנן מודים שהולכים אחר הדמים, כיון שאינו אלא גילוי מילתא בעלמא.

ועוד תירץ הר"י מיגש, שיש לחלק, שדוקא בנמצא נגחן יש ללכת אחר הדמים כי הדבר תלוי רק בדעת הלוקח לאיזו מטרה קנה את השור, ולא איכפת לנו מה היא דעת המוכר, שאם הלוקח רצה לקנותו לרדיא והשור אינו ראוי לכך הוי מקח טעות [וכפי שמשמע מלשון

הגמרא "וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא" משמע שהכל תלוי בדעת הלוקח]. ולכן, כיון שהלוקח נותן את הדמים, הרי הדמים הם הראיה על מה נתנם. אבל בצמד ובקר, אין הדבר תלוי בדעת הלוקח בלבד, אלא שגם המוכר צריך שיסכים בדעתו למכור לו גם את הבקר עם הצמד, לכן אין הדמים שנתן הלוקח יכולים להיות ראייה על כוונת המוכר.

6. הקשו התוס', הרי הגמרא היתה יכולה לתרץ שהנפקא מינה היא באופן שאחר כך ירד המחיר של שור לשחיטה, והוא עתה פחות ממחיר שור לחרישה. או שהמוכר הונה את הלוקח במחיר, והאונאה היא פחות משתות שבאופן רגיל המוכר אינו צריך להחזיר את האונאה. ולכן מעוניין הלוקח לבטל את המכר בגלל שהשור נגחן. תוס' ד"ה למאי.

7. יש גורסים "אי דליתנהו להנהו זוזי", שרק אם

ובזה נחלקו רב ושמואל:

רב אמר: הרי זה מקח טעות, כי לדעת רב, אפילו לגבי ממון, **בתר רובא אזלינן**, הולכים לפי הרוב, והרי **רובא לרדיא זבני**. רוב האנשים קונים את השוורים לחרישה. ולכן, כאשר נמצא שהשור הוא נגחן, הרי זה מקח טעות. והלוקח מחזיר את השור, והמוכר מחוייב להחזיר לו את הכסף.⁽⁸⁾

ושמואל, אמר לך: **כי אזלינן בתר רובא**, אימתי אנו הולכים לפי הרוב, רק **באיסורא**,

חובך שאתה נושה בו, אל תחכה עד שיהיו בידו מעות לפרוע לך חובו, אלא אפילו **פארי**, סובין, **אפרעי**, קבל ממנו את הסובין בשיווי החוב, כתשלום. ואם כן, גם כאן, אפילו אם תאמר שמקח טעות הוא, הרי המוכר אינו אלא בעל חוב לקונה, ולמה לא יוכל להשתמש הקונה לקחת לעצמו את השור שלו כאמצעי תשלום.

ומתריצין: **לא צריכא**, כאן מדובר, באופן **דאיכא לאישתלומי מיניה**, שיש למוכר כסף לשלם לקונה, שאז הוא אינו יכול לתת לו את השור במקום הכסף שהוא חייב לו.

ב. נזקין - אפילו יש לו כסף למזיק, יכול לשלם בשוה כסף.

ג. פועל - אפילו אין לו כסף, צריך בעל הבית למכור מנכסיו ולשלם לפועל בכסף. תוס' ד"ה א.

התורת חיים מבאר על פי גירסת הרשב"ם, שהמוכר אין לו כלל מעות. אלא, שקושיית הגמרא אינה מצד הדין שהמוכר יכול להחזיר את השור בתור פרעון, אלא שאף אם המוכר היה חייב לטרוח ולמכור את השור ולשלם ללוקח כסף, מכל מקום, ודאי הוא שהלוקח לא ירצה להחזיר למוכר את השור כדי שימכרנו, כי הוא חושש שמא יאכל את השור ולא יהיה לו ממה לשלם.

ועל זה מביאה הגמרא ראייה מהא דאמרי אינשי, שאינה הלכה, אלא עצה טובה למלוח, שאם הלוח אין לו מעות ורוצה לפרוע לו אפילו בסובין, שלא יאמר לו המלוה מכור אותם ותן לי מעות, אלא יטול את הסובין וימכרם בעצמו, שמא הלוח יאכל את הסובין ולא יהיה לו לשלם.

8. הקשה בשיטה מקובצת בשם תוס' הרא"ש: מאי טעמא דרב? ואמאי לא אמר סמוך מיעוטא

אותם המעות שנתן הלוקח נמצאים עדיין בידי המוכר הוא חייב להחזירם, אבל אם יש לו רק מעות אחרים, אינו חייב ליתנם, אלא יכול ליתן שוה כסף.

והרשב"ם דחה גירסא זו, שאין הברל אם יש לו אותם המעות או לא, אלא כל שיש לו מעות הוא חייב לשלם לו, ואינו יכול לתת לו שוה כסף.

וגם ר"ת סובר כן בבבא קמא [מו ב, תוס' ד"ה ה"ג], כי מאחר שהוא מקח טעות, דינו הוא כבעל חוב, שאינו יכול לפרוע בשוה כסף אם יש לו כסף.

והתוס' כאן הביאו מהר"י לקיים הגירסא הזאת, משום שמקח טעות אינו דומה לבעל חוב. כי בבעל חוב, המלוה נותן את הכסף ללוה על מנת שישלם לו כסף. אבל במקח טעות, כשהמוכר מוציא את הכסף, הרי הוא כמזיק מעות של הלוקח. ומזיק דינו הוא שיכול לשלם אף בסובין אפילו כשיש לו מעות.

ועוד הביאו התוס', שמרגלא בפומיה דר"ת שיש שלשה דינים:

א. בעל חוב - אם יש לו כסף, אינו יכול לשלם אלא רק בכסף.

אבל בממונא, לא. שהרוב אינו קובע בדיני ממונות. ומאחר שיש מיעוט אנשים הקונים שוורים לשחיטה, הרי זה כאילו ספק השקול. ובכל ספק בדיני ממונות, המוציא מחברו, עליו הראיה.⁽⁹⁾ הלכך, אין הקונה יכול להוציא מהמוכר את כספו, אלא המקח

קיים, והשור נשאר בידי הקונה, והכסף נשאר ביד המוכר.⁽¹⁰⁾

(סימן: אשה, ועבד, שור, שורין, ופירות)
[אלו הם סימני הקיצור לענינים שמהם דנה הגמרא להוכיח כאחד מהצדדים במחלוקת

לחזקה דממונא [שהמוכר מוחזק במעות], והוי ליה פלגא ופלגא, והמוציא מחבירו עליו הראיה?

ותירץ, שכל חזקה המשתנית, שלפעמים זה מוחזק ולפעמים זה מוחזק, אינה חזקה. וכאן, מקודם היה הלוקח מוחזק במעות, ועכשיו המוכר מוחזק בהם, ולכן לא הוי חזקה.

והקשה הפני שלמה, אם כן, מה מקשה הגמרא לרב מהאשה שנתאלמנה, ששם האשה לא היתה מוחזקת מעולם בכסף הכתובה, וגם רב יודה שאין הולכים אחר הרוב, דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה [וכן יקשה על יתר המקורות שהגמרא מדמה למחלוקתם בסוגיא].

ותירץ על קושיית השיטה מקובצת, שאם נאמר סמוך מיעוטא לחזקה הרי כבר השתמשנו עם החזקה לעשות פלגא ופלגא, ושוב אי אפשר לומר שהמוציא מחבירו עליו הראיה, כי אין כבר מוחזק אלא הרי זה כאילו הוא מונח באגם, ויש לנו לומר דהוי מקח טעות, משום שהלוקח הוא ברי והמוכר שמוא, שהוא אינו יודע מה היא כוונת הלוקח, אם לרדיא או לשחיטה.

ובתשובה להנתיבות [הובאה בחמדת שלמה אבן העזר רד טו] כתב, שרק בחזקה דמעיקרא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, כיון שחזקה דמעיקרא היא חזקה המבררת, ולכן היא מצטרפת עם המיעוט. אבל חזקת ממון אינה חזקה המבררת, אלא מסברא אנו למדין אותה, ש"מאן דכאיב ליה כאיבא, אזיל לבי אסיא", ולא שייך שתצטרף עם המיעוט.

[הנתיבות בזה לשיטתו בספרו [לד טו],

שחזקה דמעיקרא היא חזקה המבררת. וראה ענג יום טוב [ע].

9. כתב הרשב"ם, שאפילו סומכוס, הסובר בכבא קמא בתחילת פרק שור שנגח את הפרה שממון המוטל בספק חולקין, מודה כאן שהמוציא מחבירו עליו הראיה. כי דוקא שם, שהספק הוא איך היה המעשה, אם השור נגח את הפרה קודם שילדה או לאחר מכן, סובר סומכוס שחולקין. אבל כאן, שהמעשה ידוע, שמכר לו שור בסתם ובסוף נמצא נגחן, והספק הוא מה היתה כוונתם לאיזה מטרה הוא מוכר לו את השור, הרי מאחר שרוב אינו כלום בדיני ממונות נמצא שהוא ספק, ובמצב של ספק אנו אומרים שלא המוכר היה צריך לפרש שהשור אינו ראוי לחרישה, אלא הלוקח היה צריך לפרש שהוא רוצה שור שראוי לחרישה, ומאחר שלא פירש הפסיד. ואין זה שייך למחלוקת סומכוס ורבנן. וראה מהרש"א.

10. כתב הריטב"א, דוקא כשיש חזקת ממון כנגד הרוב, כגון שהלוקח כבר שילם למוכר, אז אין הולכים אחר הרוב להוציא מהמוכר המוחזק. אבל במקום שאין חזקת ממון, ודאי שהולכים אחר הרוב אפילו בממון. וכל שכן בענינו, אם הלוקח עדיין לא שילם, ודאי שהוא פטור, שהרי גם הרוב וגם החזקה מסייעים לו.

וכל הסוגיה מדברת רק כשהלוקח כבר שילם למוכר, כדמשמע מקושיית הגמרא "אי דליכא לאישתלומי מיניה". וכן כל המקורות שמביאה הגמרא להקשות מהם, מדובר באופן שהרוב בא

רב ושמואל].

מיתבי קושיה לרב, הסובר שהולכים בממון אחר הרוב, ממה ששינו במסכת כתובות [טו ב]:
דתנן: **האשה שהתאלמנה או שנתגרשה,**

ובאה לתבוע את כתובתה מבעלה או מיורשיו, ושטר הכתובה אבד לה, ואין יודעים כמה היה כתוב בה. **והיא אומרת: בתולה נישאתי,** והרי כתובתי מאתיים זוז, **והוא אומר: לא בי, לא כך הוא, אלא אלמנה**

להוציא ממון מחזקתו.

וכתב בשב שמעתתא [ד כד], שלכאורה קשה, הרי קיימא לן שרובא וחזקה, רובא עדיף, ואם כן קשה, למה לא יועיל הרוב כנגד חזקת ממון? ומבאר, שחזקת ממון עדיפא מכל החזקות והיא עומדת גם נגד רוב. וטעמו של דבר, כי זה שרוב עדיף תמיד מחזקה דמעיקרא, הוא משום שהרוב הוא עתה לפנינו, ואילו החזקה שכנגדו אינה מכח מה שהיא לפנינו עתה, אלא רק כיון שמקודם לכן היתה החזקה לכן אנו ממשיכים ומעמידים גם עתה על החזקה הקודמת. ולכן הרוב, שכוחו הוא מהרוב הקיים עתה, עדיף על החזקה, המבוססת על העבר בלבד. מה שאין כן חזקת ממון, שגם עכשיו הוא מוחזק בממון, לכן הוא נחשב כמו רוב, והרוב אינו יכול להוציא מהחזקה הזאת.

[נחלקו רבי מאיר ורבנן בקידושין פ א] ועוד מקומות בש"ס, אם רובא עדיף מחזקה, או אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע ליה רובא, והוי ליה פלגא ופלגא. וקושיית השב שמעתתא היא לרבנן, הסוברים שרובא עדיף מחזקה. וקושיית השיטה מקובצת [בהערה 8] היא לדעת רבי מאיר, הסובר שרובא לא עדיף מחזקה. וראה באילת השחר].

התוס' בבבא קמא [כז ב] ד"ה קמ"ל הקשו על דברי שמואל מהגמרא בסנהדרין, שלומדת את הדין שהולכים אחר רוב הדיינים בבית דין בדיני ממונות, קל וחומר מדיני נפשות, שאם בדיני נפשות החמורים הולכים אחר רוב הדיינים, כל שכן בדיני ממונות. ואם כן, נלמד

מאותו קל וחומר גם שהולכים אחר הרוב בדיני ממונות, שהרי בדיני נפשות הולכים תמיד אחר הרוב!

ותירצו, שלגבי דיינים שאני, שהמיעוט נחשב כמי שאינו, ואי אפשר לומר העמד ממון על חזקתו, שהרי בית דין מוציאין ממנו. אבל בשאר רוב, שיש נגדו מיעוט וחזקה, אין הולכים אחר הרוב.

ונתקשו האחרונים בביאור דברי התוס' הללו, מדוע נחשב מיעוט הדיינים כמי שאינו? ובמה הוא נגרע משאר המיעוטים. גם מה שכתבו שאי אפשר לומר העמד ממון על חזקתו כי הבית דין מוציאין ממנו, לא נתבאר.

ועוד, שעל אף שתירצו, שלגבי דיינים ראוי שנלך אחר הרוב מן הטעם שאמרו, עדיין לא מיושבת הקושיא למה לא נלמד בכל רוב שנלך אחריו בדיני ממונות, קל וחומר מדיני נפשות! א. הקונטרס הספיקות [ו ב] הביא מספר גט פשוט למהר"ם חביב לבאר, שהיות ואמרה תורה אחרי רבים להטות, לכן מיעוט הדיינים מבטלים דעתם מפני סברת הרוב, ואינם יכולים להורות כסברתם אלא כסברת הרבים, כמו בסנהדרין בזקן ממרא, וגם בכל בית דין של שלשה כך הדין שהמיעוט אינו יכול להורות כסברתו נגד חבריו הרבים. וזו היא כוונת התוס' לומר, שלגבי דיינים לא שייך לומר אין הולכים בממון אחר הרוב עד שיוכל המוחזק לומר "קים לי כמיעוט הדיינים", שהרי אותו המיעוט הוא כמי שאינו, שהרי הוא חייב להסכים עם הרוב. וזה מה שסיימו, "שהרי בית דין מוציאין ממנו", כלומר,

ראשה, כשהוא משורכב על עיניה, וראשה פרוץ, שער ראשה מוטל על כתיפה, כדרך שהיו נוהגים להוציא את הבתולות מבית אביהן לבית החתונה, הרי תשלום כתובתה הוא מאתיים זוז, כדין כתובת אשה הנישאת בתולה.

נשאתיך, וכתובתך היא רק מאה זוז. [וכמו כן אם נתאלמנה, היורשים אומרים: אבינו נשא אותך אלמנה ולא בתולה].

אם יש עדים שיצאה האשה מבית אביה בשעת הנישואין **בהינומא**, בצעיף על

שהיא קושיא עצומה. וביאר השב שמעתתא, שבאמת דיני ממונות ודיני נפשות שוים, ובשניהם לא הולכים אחר הרוב. ומה שמצינו בדיני נפשות שהולכים אחר הרוב, הוא רק באופן שהרוב בא קודם המעשה, וכבר הוקבע הדין קודם המעשה על ידי הרוב, וממילא הולכים אחריו לגבי דיני נפשות [וכגון קטנה בת שלש שנים, שהיא אשת איש, הבא עליה נהרג. ואף שיש מיעוט שהן איילוניות שקידושיהן קידושי טעות הן. כי לאחר שנקבע על ידי הרוב שהיא אסורה באיסור אשת איש, ממילא נהרגין עליה].

וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות סנהדרין [טז ו], שהאיסור עצמו יוחזק בעד אחד, שאם בא עד אחד ואמר שאשה זו גרושה, ואחר כך בא עליה כהן, הרי זה לוקה, אף על פי שלענין מלקות צריך שני עדים.

מה שאין כן ברוב הבא אחר מעשה, כגון הרוב ש"רובא לרדיא זבני", לא הולכים אחריו אף בדיני נפשות. ומדוייק בזה לשון הגמרא, ששמואל אמר "כי אזלינן בתר רובא, באיסורא. אבל בממונא, לא". ומשמע דוקא באיסורא, אבל בדיני נפשות, נמי לא. שאם לא כן, היה צריך שמואל לומר "כי אזלינן בתר רובא באיסורא, ובדיני נפשות, אבל בממונא, לא".

ד. השערי ישר [ג ג] הרחיב ביסוד הענין שאין הולכין בממון אחר הרוב. ולאחר שהשיג על דברי השב שמעתתא, והוכיח שבדיני נפשות אכן הולכים אחר הרוב אפילו באופן שלא הוחזק האיסור קודם לכן, כתב, שמעתה קמה

כל כללות הבית דין מוציאין ממנו ולא רק הרוב. מה שאין כן במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, אין מוציאין מהמוחזק, כיון שיש לו מיעוט שיכול לסמוך עליו.

[בקונטרס הספיקות כתב שם, שלבו מהסט בזה, כי אפשר שזה לא נאמר אלא רק בבית דין הגדול של שבעים ואחד. אבל בשאר בתי דין, מאן לימא לן שהמיעוט אינו יכול להורות לפי סברתו].

ב. הקונטרס הספיקות עצמו מבאר שם, שכוונת התוס' היא לומר, שאי אפשר ללמוד קל וחומר דיני ממונות מדיני נפשות, כי בדיני ממונות אנו אומרים העמד ממון על חזקתו, ואילו בדיני נפשות האדם עצמו הוא הנידון, ואין לו חזקה. אלא שקשה, מדוע לגבי דיינים אנו לומדים קל וחומר מדיני נפשות לדיני ממונות. ועל זה תירצו שלגבי דיינים, כח בית הדין אלים, שיכול להוציא ממון מחזקתו. [וכמו תרי ותרי, שלמאן דאמר ספיקא דאורייתא לא הולכים אחר החזקה דמעיקרא, כי העדים מפקיעים את החזקה, כך בית הדין מפקיעים את חזקת הממון. והרי זה כאילו אין חזקה לאחד מהם], ובמקום שאין חזקת ממון, גם שמואל יודה שהולכים בממון אחר הרוב.

ג. השב שמעתתא [ד ח] הביא בשם אחיו [הקונטרס הספיקות], שהקשה מה ההבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות? והרי כשם שבדיני ממונות יש חזקת ממון, כך בדיני נפשות יש חזקת הגוף לאדם הנידון, ואם גופו נידון ליהרג על ידי רוב, ממונו לא כל שכן? וכתב על זה

ומוכיחה הגמרא: **טעמא דאיכא עדים**, רק אז היא נוטלת מאתיים בכתובתה, **הא** אם **ליכא עדים**, **לא**. אין היא נאמנת, אלא נוטלת רק מאה זוז, כמי שנישאת אלמנה.

ואמאי? לימא הלך אחר רוב הנשים, ורוב נשים שבעולם בתולות נישאות, וגם בלי עדים תטול מאתיים בכתובתה מכח

זכה בו על פי שאר הסכמות שכליות, והתופס ממנו הוא הגזול.

ולפי זה, כל הכללים השנויים בדיני ממונות שאינם מפורשים בתורה, הם על פי משפט זה. כגון בכרי ושמא, הדין הוא שאם אף אחד מהם אינו מוחזק, ברי עדיף. ואילו להוציא מיד המוחזק, אי אפשר בטענת ברי. שהטעם בזה, כי מי שיש לו טענה מעולה מחבירו, הסברא מחייבת שתהא זכותו גדולה מחבירו, ולכן ברי עדיף. לעומת זאת יתרון הזכות של המוחזק, עולה על יתרון הזכות של טענה טובה של "ברי" שיש לחבירו. ולכן אין מוציאים בטענת ברי.

וסובר שמואל שהדין של הליכה אחר הרוב הוא חוק התורה, כי על אף שהרוב אינו מהווה ברור גמור, שהרי יש גם מיעוט, בכל זאת אמרה התורה שעלינו להתנהג בכל דיני התורה על פי הרוב. אבל כל זה רק בדינים שעיקריהם הוא חוק התורה. אבל בממון, שיסודו הוא הסכמת השכל, גם ברור הספיקות תלוי על פי שכל וסברא ישרה. ולכן, אין הרוב, שהוא ענין "חוקי", מכריע כאן. כיון שהסברא אומרת שחכ המוחזק עדיף מהרוב, ואין די בראיית הרוב להוציא מיד המוחזק.

ועל פי זה תתישב קושיית האחרונים, האיך מצאנו ידיו ורגלינו בכמה דברים בדיני ממונות שבהכרח כן הולכים בהם אחר הרוב, כגון תשלומי אונס ומפתה, ומוציא שם רע, שמשלמים לאבי הנערה, אף שאין ידוע שהוא אביה אלא משום שהולכים אחר הרוב. וכן פדיון הבן, שאבי הבן אינו יכול ליפטר מלשלם לכהן בטענה שמא הוא אינו אביו, כי הולכים אחר הרוב, ולפיו הוא אביו. וכן מכה נפש בהמה,

וניצבת התמיהה הגדולה, מדוע אין הולכים בממון אחר הרוב, והאיך יתכן שיהא חמור ענין של הוצאת ממון מיד המוחזק, מלהרוג נפש? וכתב לבאר, שדיני ממונות שונים הם מכל דיני התורה. שהרי כבר נתקשו האחרונים, למה קיימא לן שכל ספק ממון, המוציא מחבירו עליו הראיה, ומדוע לא יהא ענין זה הנוגע גם לאיסור גזל, ככל ספק איסור של תורה, שהולכים בו לחומרא, ובמה שונה הלאו של לא תגזול מלאו אחר? אלא, הביאור הוא, שכל עיקרי הגדרים של זכויות ממוניות, שחפץ זה שייך לפלוני או לאדם אחר, אינם חוקים על פי התורה, אלא יסודם בהסכמה שכלית, שמסתבר שהמגביה מציאה יהא הדבר שלו, וכן מסתבר שפירות שדהו של אדם או ולדות בהמתו יהיו שלו.

וכן דרכי הקנינים, הם אינם חוקים שיהיו דוקא קנינים אלו קונים, אלא גם אם הסכימו רוב המדינה שיגמר הקנין על ידי מעשה אחר, כגון "סיטומתא", הוא קנין מן התורה.

ולכן, כאשר נולד ספק בבעלות הממון, אנו חוזרים לעיקרי הגדרים של זכויות הממון, שיסודם סברת החכמים, שהחליטו כי כך ראוי להיות, שהמוציא מחבירו עליו הראיה, משום שכל זמן שלא התברר בראיה ברורה שנפקעה זכות הבעלים הראשונים, מן הראוי הוא שהם ישארו הבעלים והשליטים בכל אופני ההשתמשות. וממילא, לא שייך לדון בזה מצד ספק איסור גזל, לפי שמתחילה עלינו להחליט מי הוא הבעלים שראוי להיות בידם שליטת החפץ וההשתמשות בו, ורק אחר כך יחול דין איסור גזילה. וכיון שעל פי משפט סברת השכל, החפץ שייך למוחזק, הרי זה חפץ שלו, כאילו

לאמתו, וכיון שיש כאן מיעוט שחולק על הרוב נשאר הדין בספק, ואם כן איך גומרים את הדין. [שעל זה לא שייך לומר רובו ככולו, שאף שיש להם כח בית דין, זה רק לענין חיתוך הדין. אבל לענין הכרעת אמתו של הדין, אינו תלוי בכח בית דין]. אלא ודאי נאמרה כאן עוד הלכה, שהרוב מכריע ומברר את הספק.

נמצא ששני הדינים של רוב נלמדים מאחרי רבים להטות של סנהדרין.

והנה קושיית התוס' בבבא קמא שלא נלך אחר הרוב של הדיינים בידי ממונות היא רק לענין הדין שהרוב מברר את הספק. אבל לענין הדין של רובו ככולו, לא שייך לומר שאין הולכים בממון אחר הרוב, כיון שלגבי זה אין כלל ספק. ופשיטא שלענין כח הבית דין אמרינן רובו ככולו. אלא שלענין עצם הדין אנו מסתפקים, שמא האמת היא כהמיעוט. ונמצא שאותם הדיינים שבמיעוט, אין להם כח בית דין, אלא הם כמו סתם פוסקים שחולקים על הבית דין. ועל זה הקשו תוס', שלא נלך אחר רוב הדיינים, כי שמא הדין הוא כמו המיעוט.

והנה הרמב"ם פסק שבית דין שפסקו דין ועמדו אחריהם בית דין אחר ונראה להם שהפסק אינו נכון, יכולים לפסוק כפי מה שנראה להם, אף על פי שהם קטנים מהם בחכמה ובמנין, שנאמר "אל השופט אשר יהיה בימים ההם".

ולפי זה, כיון שהרוב של הבית דין יש להם כח בית דין, הם יכולים לפסוק כדעתם אף ללא הטעם של רוב, כיון שלבית דין יש רשות לפסוק ולעשות כנגד הכל.

וזה כוונת התוס' בתירוצם שהמיעוט כמי שאינו, היינו שלענין כח הבית דין אמרינן רובו ככולו, ולא שייך לומר העמד ממון על חזקתו בגלל הספק בהכרעת אמיתות הדין, כיון שבית דין מוציאין ממנו. כלומר, כיון שיש לרוב הדיינים את כח הבית דין, הם יכולים להוציא מהמוחזק אפילו בלי הדין של רוב, כמו שפסק

חייב לשלם, ואין לחוש שמא הכה אותה במקום שהיה לה נקב והיתה טריפה, משום שרוב בהמות אינן טריפות. [וראה הערה בשם רע"א]. ולפי הדברים דלעיל יתבאר, כי היכן שהרוב מכריע על פי הכרעת השכל, זה מועיל גם בידי ממונות. כגון "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו", שמוציאין ממון על פיה, אף שיש מיעוט בעולם שפורע תוך זמנו. אלא משום שרוב כזה הוא כעין ראייה, כי המיעוט בזה הוא מיעוטא דמיעוטא. וכמו כן לגבי החשש שמא אינו אביה של הנערה, שמלבד הרוב יש גם חזקה וראיה שכלית. וכן רוב בהמות כשרות, שהוא רוב שמוכרע על פי הטבע, שאם נחשוש למיעוט אין לדבר סוף. בכל אלו הולכים גם בממון אחר הרוב.

ה. ובסגנון דומה נמצא בכתבי הגר"ח [רכט]. שהרי יש שני אופנים ברוב.

האחד, שהוא מברר ומכריע את הספק. והשני, בדבר שלא שייך בו ספק כלל, כגון בשחיטה, שדי אם יחתוך רק את רוב הסימנים מפני שרובו ככולו. וכן בתערובת לח בלח של איסור והיתר, שהמיעוט בטל ברוב, שאין כאן ספק כלל שודאי לא נחתכו מיעוט הסימנים, וכן ודאי שיש כאן מיעוט של איסור. ולכאורה תמוה היכן מצינו בתורה מקור לרוב כזה?

ונראה, שהרי מקור הדין שהולכים אחר הרוב נלמד מהדין האמור בדיינים, "אחרי רבים להטות". ושם מצינו שני דינים נפרדים של רוב. שהרי בכל בית דין צריך מספר מסויים של דיינים, כגון בידי ממונות צריך שלשה, ובידי נפשות צריך עשרים ושלשה. ואם כן איך אפשר לפסוק לפי רוב הדיינים, והלא חסר ממנין הדיינים? אלא, ודאי שנאמרה כאן הלכה של "רובו ככולו", והמיעוט נתהפך ונעשה כמו הרוב. וממילא נחשב כאילו הבית דין כולו פסק כפי הרוב.

אך מאידך, צריך גם שהדיינים יכוונו את הדין

הרוב? (11)

ומוכח מכאן שאין הולכים בממוץ אחר הרוב, אלא משאירים את הממוץ ביד המוחזק כל עוד שאין הוכחה ברורה להוציא ממנו. וקשיא לרב!

ומתצינן: **אמר רבינא**: שם, בכתובה, הדין הוא שונה, **משום דאיכא למימר**, יש לנו לומר כך: **אכן רוב נשים בתולות נישאות**, ורק **מיעוט** מהנשים נישאות **אלמנות**. אך מאידך, **וכל הנישאות בתולה, יש לה קול**. הרבה אנשים זוכרים אם היא יצאה בהינומא

או לא. **וזו, הראיל ואין לה קול** שיצאה בהינומא, **איתרע לה רובא**. בטל בכך הרוב של "רוב נשים, בתולות נישאות", ולכן היא אינה נאמנת לומר שנישאה בתולה.

ומקשינן: **אי**, אם כדבריך, **שכל הנישאות בתולות יש להן קול**, אם כן, **כי איכא עדים** שיצאה בהינומא **מאי הוי?** והרי אפילו מעידים עדים שאשה זו יצאה בהינומא, הרי כיון שלא יצא עליה קול שיצאה בהינומא, לא נאמין להם, שהרי **מדלית לה קול**, כיון שאין לאשה זו קול שיצאה בהינומא, בהכרח שהעדים הללו, **פחדו שקרי נינהו**,

מהרוב, בזה לא שייך לומר שרובו יחשב ככולו, אלא צריך לדינא של ביטול ברוב, שהמיעוט מתבטל להרוב וכמו שאינו.

ומאידך, צריך גם לדינא דרובו ככולו, והוא על פי מה שכתב בעונג יום טוב, שביטול ברוב לא אמרינן רק לענין שהמיעוט מתבטל, אך לא אמרינן שהמיעוט יקבל את מעלת ודיני הרוב. ולכן פסק לענין ציצית שנתערב חוט אחד שנטווה שלא לשמה בהרבה חוטין שנטוו לשמה, שלא נכשיר את התערובת מדין ביטול ברוב, לפי שאין אומרים שהמיעוט נחשב כנטווה לשמה.

והוא הדין בעניינינו, לא די בהלכה של ביטול ברוב לבד, לפי שאמנם דעת המיעוט בטלה וכמאן דליתא, אך עדיין אינו נחשב הדבר כאילו המיעוט פסק כהרוב, ואין כאן פסק מבית דין של שלשה. ולכן צריכים גם לדינא דרובו ככולו, שאחר שנתבטלה דעת המיעוט המתנגדת, שוב שפיר מהני בזה דינא דרובו ככולו, לומר, שאם רוב הדיינים בבית דין פוסק, נחשב הדבר כאילו כל הבית דין פוסק כן.

11. הקשו התוס': מדוע לא יהא הבעל נאמן

הרמב"ם, שבית דין יכולים לפסוק אפילו כנגד בית דין הגדול מהם.

וראה שם שביאר, איך לומדים מאחרי רבים להטות את הענין של הכרעת ובירור הספק על ידי רוב, שהרי כפי האמור די בכך שיש לרוב הדיינים כח הבית דין מדין רובו ככולו.

ועל דברי הגר"ח האלו עמד רבי שמואל בחידושו על סנהדרין [ז ח], שלכאורה איך לומדים מרוב של בית דין את שני הדיינים, גם את הדין של רובו ככולו, וגם את הדין של ביטול ברוב, שלכאורה די באחד מהם כדי לילך אחר הרוב בבית דין, ואם כן בתערובת של איסור ברוב היתר, שלא די אם נאמר רובו ככולו, אלא צריך דוקא שהאיסור יתבטל בהיתר, מנא לן?! וכן בשחיתת רוב סימנים, מנא לן שאומרים רובו ככולו?

וביאר, שבבית דין לא די בהלכה של רובו ככולו, שזה שייך רק באופן שהמיעוט אינו מתנגד לרוב אלא שחסר את המיעוט, כגון בשחיטה ששחט רק רוב סימנים, והמיעוט לא נשחט, בזה אמרינן, במה שרובו שחוט, חשיב כל הסימן לסימן שחוט. מה שאין כן בבית דין, שהמיעוט מתנגד לרוב, שהרי דעתו להיפך

הסתם הוא גנב.

אבל אם נמצא העבד שהוא **לסטים מזויין**,
ודבר זה אינו שכיח בעבדים, והקונה לא
קנהו על דעת כן, (14) **או** שהיה העבד הזה
"**מוכתב למלכות**", שחטא למלכות עד
שציוה המלך להרוג אותו כל מוצאו, **אומר**
לו הקונה למוכר: **הרי שלך לפניך**. שזה,
מקח טעות הוא.

ומוכיחה הגמרא: **רישא**, שנמצא העבד
שהוא גנב או קוביוסטוס, **מאי טעמא?** מדוע צג-א
אין המקח בטל? והרי אין לך מום גדול מזה
שהוא גנב או קוביוסטוס!?

לאו, האם לא, **משום דרובא**, הכי איתנהו.
שרוב העבדים הם כך, ועל דעת כן קנה
אותו!

ומוכח שגם בממון הולכים אחר הרוב,
וקשיא לשמואל, כי לדבריו, שאין הולכים
בממון אחר הרוב, הרי זה כאילו שהקונה לא
ידע שהעבד הוא גנב, ואם כן מדוע לא הוי
מקח טעות! (15)

עדי שקר הם, כי אילו אכן היא היתה
בתולה, היו הרבה זוכרים שיצאה בהינומא,
שהרי אמרת כל אשה הנישאת בתולה, יש
לה קול! (12)

ומשנינן: **אלא**, לא כך אמר רבינא, שכל
הנישאת בתולה יש לה קול. **אלא רק רוב**
הנישאות בתולות, יש להן קול. וזו, **הואיל**
ואין לה קול, **איתרע לה רובא**, שהרוב של
"הנישאות בתולות יש להן קול" סותר
ומחליש את הרוב של "רוב נשים, בתולות
נישאות", והרי הדבר שקול, אם היא נישאה
בתולה או אלמנה, והמוציא מחברו עליו
הראיה. אבל אם יבואו עדים, נאמינם
שהיתה בתולה, כיון שיש מיעוט של בתולות
שאין להן קול, ומן הסתם זו היא מן
המיעוט.

תא שמע ראייה נגד שמואל, מהא דתניא
[קידושין יא]: **המוכר עבד לחברו, ונמצא**
שהעבד הוא **גנב או קוביוסטוס**, גונב
נפשות, (13) **הגיעו לקונה**. כלומר, הרי הוא
שלו, ואין המקח בטל בשל כך, מפני שסתם
עבדים, גנבים הם, והקונה עבד, יודע שמן

צריך להיות לה קול, הרי כאשר אין לה קול,
אמרינן שהקול עדיף מהעדות. ריטב"א.

13. כך מפרש רשב"ם ורש"י. והתוס' תמהו,
שמסקנת הגמרא היא שכל העבדים הם כן, וכי
כולם גונבי נפשות? והביאו מהר"ח לפרש שהוא
משחק בקוביא. תוס' ד"ה קוביוסטוס.

14. כך נראה מרש"י בשאר מקומות בש"ס.
והרשב"ם מפרש, שלסטים מזויין סופו ליהרג.
וכן מוכתב למלכות. והרי הוא גברא קטילא.

15. כתבו הראשונים, שהיה פשיטא לגמרא

לומר שנשאה אלמנה במיגו שהיה יכול לומר
פרעתי את הכתובה, שהרי על כרחך מדובר שלא
היה ביד האשה שטר כתובה, כי אם היה בידה,
היינו יכולים לראות אם כתוב שם מנה או
מאתיים?

ותירצו, שהגמרא הולכת אליבא דרב, שהוא
סובר במסכת כתובות שגם על ידי הגט יכולה
אשה לגבות כתובה, ואין הבעל נאמן לטעון
פרעתי. תוס' ד"ה ואמאי. ולפי זה קושיית
הגמרא רק מנתגרשה ולא מנתארמלה. מהרש"א]

12. ודאי שבעלמא עדות עדיפא מקול, אלא
שבאותה עדות עצמה, שאילו היתה אמת היה