

הגאון ר' יצחק אלחנן, זצ"ל

בענין אין הולכין בממון אחר הרוב*

מה שכתב כת"ר לפלפל במש"כ התוס' ב"ק דף כ"ז ד"ה ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא כו' דדוקא במוכר שור ונמצא נגחן ס"ל לרב דהולכין אחר הרוב משום דאומר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב. וע"ז הקשה הגאון רע"א זצ"ל מן ב"ב דף צב: וכת"ר האריך לתרץ כ"ז.

יפה פלפל בחכמה, ויש לי בכ"ז הרבה דברים, רק מטרדתי העצומה קצרתני. והוא כי במה שכתב כת"ר לדון דמנלן להתוס' זה החילוק אליבא דרב. נלע"ד להוכיח כדבריהם בב"ק וכמ"ש בבכורות דף כ' בד"ה ור' יהושע סובר כו', מהא דבכורות דף מ"ט במשנה שם דמת האב בתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה, לאחר ל' יום בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה. ופירש רש"י שם בד"ה עד שיאמרו לו כו' דלכן סגי באמירה בלא עדות גמורה, משום דהך חזקה דמחזקינן ליה בחזקת שנפדה, לא הוי זה חזקה מעלייתא, דרובא דאינשי לא עבדי לפרוע חובו מיד, מ"מ אין מוציאין בלא אמרו לו שלא נפדה. וא"כ בב"ב (בסוגיא דף צב: צד) דמהדר הגמרא למיפרך על רב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מכמה משניות, תקשה דלמה לא הביא בש"ס התם, להקשות על רב מהך משנה דבכורות ג"כ, דמוכח מזה דס"ל לסתם משנה דאין הולכין בממון אחר הרוב. אבל לפי מש"כ התוס' בב"ק ובבכורות, דדוקא היכא דאומר המוציא קים לי בנפשאי שאני מן הרוב, בזה ס"ל לרב דאזלינן בתר רובא, אבל היכא דלא שייך כן מודה רב, אתי שפיר דמן משנה דבכורות הנ"ל אין הוכחה כלל, דהא התם לא שייך לומר קים לי בנפשאי כו', וע"כ מודה רב בזה ואתי שפיר.

ועפ"ז הערתי במה דראיתי בספר דברי משפט על חו"מ סימן ע"ח שכתב בהא דמוציאין ע"י חזקה אף דאין הולכין בממון אחר הרוב, משום דשאני היכא דהוה חזקת חיובא וצירוף הרוב, בזה כ"ע מודו דהולכין אחר הרוב, אבל לעולם י"ל דעיקר מעלת חזקה חו"ז אינו עדיפא מרובא עכ"ל. אבל מן רש"י הנ"ל מוכח דאם לא היה בחזקת חו"ז, רק מעלת רובא לא היו מוציאין מן המוחזק, אף היכא דאיכא חזקת חיוב, דהא התם אף לאחר ל' איכא חזקת חיובא על הנכסים, דהא הנכסים נתחייבו כבר (כדמוכח מהא דמת תוך ל' בחזקת שלא נפדה לפמ"ש המחבר הנ"ל) וגם איכא רובא דלא עבדי למיפרע חובו מיד כמש"כ רש"י כנ"ל, ואפ"ה אין מוציאין מן המוחזק, אלמא דלא כמש"כ המחבר הנ"ל. וידעתי שיש הרבה לפלפל

* נדפס בס' דברי בינה (ווארשא, תרמ"ח), מאת הג"ר דוב בעריש ברודא, בקונטרס שנות חיים, בחי' לב"ק (דף כ"ז).

בזה ע"פ מ"ש התוס' בב"ב דף ה: ד"ה כי היכי דלא לטרדן כו', אך העת לקצר.

וכן נלע"ד להוכיח מן שיטת הרמב"ם וכל הראשונים דס"ל כשיטת התוס' הנ"ל, לחלק דהיכא דלא שייך לומר קים לי בנפשאי כו' מודה רב דלא אזלינן בתר רובא, והוא דבב"ב דף מ"א אמר רב המוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי כו' מאן דזבן ארעא בפרהסיא זבן כו' ובקדושין דף כ"ח אמרו דקרקע עבדי אינשי דמזבני בצינעא, אי איתא דזבין לית ליה קלא, האי אי איתא דזבין אית ליה קלא כו', והקשה שם בצדו מהא דב"ב הנ"ל דאמרינן מאן דזבן ארעא בפרהסיא מזבן ונשאר בצ"ע. אבל באמת יש לומר בפשטות הענין דמה דאמרו מאן דמזבין ארעא בפרהסיא מזבן, אינו רק בגדר רובא, אבל מיעוטא איכא דמזבני בצינעא, וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ משבעינן ליה ע"ז ע"י גלגול, משא"כ ע"ע דהוי מיעוט שאינו מצוי כו', אבל הסוגיא דב"ב הא רב קאמר ליה דהמוכר שדה בעדים דגובה ממשעבדי, ורב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב, ע"כ מוציאין ממשעבדי על סמך הרוב הנ"ל, ולא קשה כלל. וזו"ז י"ל דשאני הא דב"ב דהיה המכירה בעדים וקצרת.

ובעיקר מ"ש לעיל להוכיח מבכורות דרב מודה היכא דלא שייך לומר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב, דבזה אין הולכין בממון אחר הרוב. יש לדחות זה ע"פ מה דמצינו בחו"מ סימן נ"ט בשטר שטוען הלוח ברי שהוא פרוע, והמלוה טוען שמא דאינו גובה בו, משום דהברי של הלוח בצירוף חזקת ממונא שלו עדיף מן חזקה דשטרא בידי מאי בעי, וה"ה במה דס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב. עכ"ז י"ל דהיכא דהמותק טוען ברי ממש, והתובע טוען שמא, דאז אינו מועיל הרוב להוציא מן המוחזק, משום דהברי בצירוף מוחזק עדיפא מן רובא מכש"כ מן שטר, וע"כ התם בבכורות דמת האב וטוענין ליורשין כמו ברפ"ב דכתובות דאמרו שם דהתם הוי ברי וברי וכמש"כ הרא"ש שם דמה דטוענין ליורשים מיקרי טענת ברי, ואף במידי דלא שכיחא ס"ל לכמה פוסקים דטוענין להיורשים כמבואר בסימן ק"ח וב"ב דף ע'. וכיון דטוענין ליורשים הוי זכות היורשים כמו טענת ברי והתובע הא טוען שמא, ובכה"ג כ"ע מודו דרוב אינו יכול להוציא ממוחזק.

וכן מה שכתבתי לדון בב"ב דף מ"א המוכר שדהו גבי ממשעבדי, דאילו היה מטעם רוב אף לשיטת רב לא מהני משום דהא הלוקח אומר ברי לי שלא שמעתי ממכירת השדה כלל, והוה מעלת ברי בצירוף מוחזק כנ"ל (אף דבשטר הדין ברור, דאף אם אומר אמת דלא שמעתי בהלואה או המכירה, מ"מ גבינן מינייהו, זהו רק בשטר ולא בעדים דלא מהני רק מצד רובא לפ"מ דנימא כנ"ל) אלא דכבר כתבתי במ"א לבאר, דהא דסימן נ"ט, דזהו דוקא היכא דהו"ל למידע ואיתרע טענתו במה דטען שמא, אבל היכא דלא הו"ל למידע, בזה אף בטענת שמא אלימא לנו חזקת

השטר, וה"ה הכא הא הוי השמא באופן דלא הו"ל למידע, ויש לפלפל בכ"ז הרבה ואין כאן מקומו.

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ הנמ"י בב"ק ריש פרק שור שנגח אה"פ דמיירי בעומדת באגם, וע"כ מיירי בטענת ברי וברי וכמ"ש הרשב"ם בב"ב דף צ"ג. דאם בטענת שמא ושמא, הא אף במוחזק גמור סובר סומכוס דחולקין כמ"ש התוס' בב"מ דף ק' ד"ה הא מני, ושם בב"ק לקמן כתב הנמ"י דבניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא דס"ל לרבנן הממע"ה, ולא אמרינן משואיל"מ משום דלא הו"ל למידע, אלמא דס"ל דיש בזה חיוב שד"א, ולא כמ"ש התוס' בב"ק שם בחד תירוץ דהו"ל קנסא, ואין נשבעין ע"ז, אם כן תיקשי דאמאי ס"ל לסומכוס שם דחולקין, והא היכא דאיכא שד"א מודה סומכוס דהמע"ה כמבואר בב"מ דף ק' ע"ב ע"כ קושייתו.

יפה הקשה, אבל גלע"ד לומר בזה, דכאמת טעמא בעי דמפני מה אמרו שם בב"מ דהיכא דאיכא שד"א מודה סומכוס, דהא היכא דלא איחרע טענת המוכר וא"צ שבועה, הדין הוא לסומכוס דחולקין, והיכא דבעי המוכר שד"א משום דאיתרע טענתו, בזה יהיה נוטל כולו. אבל ראיתי בש"מ לב"מ שם שכתב בשם הריטב"א והראב"ד טעמא דהך מילתא, דזה משום דאין סברא דזה יטול מחצה בל"ש, וזה לא יהיה נוטל מחצה רק בשבועה, וכיון דבעי אישתבועי, שקיל לכולי בשבועה, דתרתיה לא עבדינן דנשבע ויפסיד מחצה, אלא נשבע ונוטל כולו כו' עכ"ל. ואף דאכתי תיקשי כיון דהיכא דאיכא דררא דממונא, הדין הוא דחולקין לסומכוס, משום דהוי כאילו שניהם מוחזקין בו כמ"ש התוס' בב"מ דף צ"ז ודף קט"ז, א"כ אמאי מאמינים לו בשבועה להיות נוטל כולו ולהוציא מן המוחזק בחצי הב', וע"כ מוכח דזה רק מן חקנת חז"ל דכיון דנשבע אין סברא להפסידו מחצה השני כמ"ש הש"מ כנ"ל.

עכ"פ יהיה איזה טעם שיהיה, כיון דעיקר הטעם הוא משום דתרתיה לא עבדינן כנ"ל, ע"כ זה הדין שאמרו מודה סומכוס היכא דאיכא שד"א, אינו שייך רק היכא דאינו רוצה ליתן לו מחצה רק ע"י שד"א, אז שפיר נוטל כולו משום דתרתיה לא עבדינן, אבל היכא דמוחל לו השבועה או שאינו רוצה להשביעו, בכדי שלא יהיה נוטל כולו, אז שפיר אינו נוטל רק מחצה, דלא עדיפא זכותו מאילו לא היה חייב שד"א עכ"ז אינו נוטל רק מחצה, וכש"כ היכא דחייב שד"א וכיון דאינו משביעו, ולא עבדינן ליה תרתיה, ע"כ שפיר אמרו במשנה שם דיחלוקו, משום דמיירי באינו רוצה להשביעו מה"ט, ושאני הא דב"מ דתנן שם דנשבע המוכר דאיירי שם בבע"ד הרוצה להשביעו, אבל באינו משביעו לא שייך זה, (ואינו ענין לנ"ד הא דב"ב דף י"ג שאמרו שם אי במתנה לא ניחא לי כו' כמובן) ואתי שפיר כ"ז כתבתי בקצרה.