

אע"פ שזה איסור וזה היתר. אלא בהכרח שדין אזלינן בתר רוב ובטול ברוב הם שני דינים נפרדים. ובדיינים הוי הלוך אחר רוב ובאיסורים הוי בטול ברוב<sup>15</sup>.

גם דין חזקה ואיתחזק הם שני דינים נפרדים. החזקה בא להכריע את הספק ולפסוק את הדין לפיה (כמבואר בספר הזה ב"סוגיית ריש פרק שני דכתובות<sup>16</sup>), באיתחזק מוכרע הספק מכח המציאות של מצב כפי שהוא מוחזק ומקובל עלינו.

## ג

כתב הרמב"ם<sup>16</sup>: "מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה אעפ"י שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב, ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו וכו', ומעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב על כתיפה והגדילתו בחזקת שהוא בנה ובא עליה, והביאוה לבית דין וסקלוה. ראיה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומי לנו ראיה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה", עכ"ל. המגיד משנה מציין מקור לדברי הרמב"ם ממסכת קידושין<sup>17</sup> והמעשה שהזכיר הרמב"ם מפורש שם, והראיה שהביא הרמב"ם מפורשת בירושלמי<sup>18</sup>. והקשה בית שמואל<sup>19</sup>: "למה לא יליף בש"ס ריש חולין<sup>20</sup> מזה דאזלינן בתר חזקה? ור"ס קמ"ט הבאתי פלוגתא אם נשא אותה [לפנינו] ס"ל לכמה פוסקים דהוי כאילו ראינו שבעל אותה. ולכאורה משמע דהרמב"ם לא סבירא ליה כן, דאם לא כן מנא לו להביא ראיה מן מקלל או מכה איו דלמא נשא אותה לפנינו מזה ידוע לנו שהוא בעלה ואז אמרינן רוב בעילות מהבעל, אבל חזקה לא אמרינן וכו', עכ"ל. "שי למורא"<sup>21</sup>

15. ההכרעה לפי רוב בדיינים, אפשר שזה לא משום הלך אחר הרוב, אלא מדין בטול ברוב; שהרי הדין חייב ליפסק עפ"י בי"ד של ג' ולא של ב', וא"כ גם המעוט נחשב בי"ד אעפ"י שהוא אומר נגד הרוב, ולכן כתבו תוס', בבא קמא דף כז ע"ב, ד"ה קמ"ל, דהמיעוט בדיינים כמאן דליתא דמי. והוי בטול. אולם לרבי יהודה שמין במינו לא בטיל א"כ בהכרח שבדיינים הוי הלוך אחר רוב ולא בטול ברוב, ודעת הרוב היא הנכונה והאמיתית.

ועיין בשערי יושר, שער ג, פרק ד, שגם הוא נוקט דהוי שני עניינים נפרדים, ובדיינים מבאר שיש שני דינים, ויש שם גם הלוך אחר הרוב וגם בטול ברוב.

16. הלכות איסורי ביאה פרק א, הלכה כ.

17. דף פ עמוד א.

18. קידושין פרק ד הלכה ו.

19. אבן העזר סימן יט ס"ק א.

20. דף י עמוד ב.

21. בגליון שו"ע אבן העזר שם.

כתב צריך עיון גדול שלא הזכיר הבית שמואל שמקור הרמב"ם הוא הירושלמי כנזכר בהרב המגיד, עכ"ל. ועיין בבאר היטב<sup>22</sup> מה שתירץ קושית הבית שמואל. וכן בשו"ת חת"ס<sup>23</sup> שמפלפל בזה באריכות.

אולם לכאורה הרמב"ם קשה מאוד, שכל הגדר של חזקה אינו שייך לכאן כיון שזו חזקה שלא נתבררה וכל חזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה כמבואר בתוס' חולין<sup>24</sup> וז"ל: דכל חזקה שלא נתבררה ולא נודעה אפילו שעה אחת לא אזלינן בתרה, ע"כ. וא"כ כאן הרי הספק הוא אם זה אביו או נולד מאחר ואי אפשר לדעת ע"י חזקה שזה אביו כיון שאף פעם לא נתברר וגם לא לרגע אחד שזה אביו. שהרי עם לידתו היה ספק. יותר קרוב לדון על הכרעה זו מדין רוב שהוא אביו מדין רוב בעילות אחר הבעל ולא מדין חזקה. גם דין של איתחזק אין כאן, כי דין איתחזק הוא רק אם עד אחד אומר שזה חלב ובא אחר ואכלו — לוקה. כמו כן אם שני עדים אומרים על אשה שהיא אשת איש, ואח"כ זינתה, הרי היא בת עונש חנק. אבל בספק שאי אפשר שיתברר ולא היה אף פעם מבורר הוי חזקה שלא נתבררה. ואולי אפשר לומר שדין החזקה של הרמב"ם אינו דומה לדינו של התוס'. ששם בתוס' מדובר בפרה אדומה והספק הוא האם היא שלמה ללא מום או שהיא טרפה שהיה בה מום. ואומרים התוס' הואיל והחזקה לא התבררה אין לה תוקף של חזקה. ואפשר לומר מפני שחזקה זו עלולה להשתנות שהרי יכול להיות שנטרפה במשך חייה וא"כ הואיל ואף פעם לא נתבררה החזקה, לכן אינה חזקה. אבל חזקת שאר בשר המצב אינו יכול להשתנות כי אם היה אביו בשעת לידה הוא ודאי אביו. ואנו מחזיקים אותו לאביו לפי ההתנהגות ולכן הוי חזקה טובה.

א"כ אפשר לומר יסוד חדש, שכל מה שאמרו תוס' חזקה שלא נתבררה אינה חזקה זה דוקא בחזקה העשויה להשתנות. שיש שני חסרונות (לא נתברר ויתכן שישתנה). אבל חזקת שאר בשר שאינה עשויה להשתנות הוי חזקה מחמת התנהגות, אעפ"י שלא היה מבורר בתחילה.

## ד

הרמב"ם<sup>25</sup>: יראה לי שכל מדינה שיש שם שפחה או גויה הראויה לילד, הואיל והאסופי הנמצא שם ספק גוי או ספק עבד, כשישא הגיורת כמו שאמרנו הרי זו ספק אשת איש והבא עליה פטור שאין הורגין מספק.

22. ס"ק א.

23. חלק אבן העזר סימן מו.

24. דף יא עמוד א ד"ה אחיא.

25. הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כז.

הראב"ד השיג מהגמרא סנהדרין<sup>26</sup> שהולכין בדיני נפשות אחר הרוב, ואם היו רוב יהודים היה צריך לההרג שהרי דינה כאשת איש ודאית.

לכאורה אפשר להשיב על השגת הראב"ד, שאסופי ספק קבוע הוא, דאפשר דאזלא איהי גביה ובקבוע הרי אין הולכין אחר הרוב<sup>27</sup> לפי הכלל דכל קבוע כמחצה על מחצה, לכן אין הבעל אשת אסופי נהרג משום אשת איש<sup>28</sup>.

אכן אפשר עוד לומר שהדין שהורגים על יסוד הרוב הוא דוקא ברובא דליתא קמן דדינו כדין ודאי (כפי שנבאר בהמשך) אבל לא ברובא דאיתא קמן. באסופי הנמצא בעיר שרובה ישראל או רובה עכו"ם הרי הם מצויים קמן. משא"כ בדין הריגת בן סורר ומורה שמהיכן אנו יודעים שזה אביו, הרי אנו קובעים זאת הואיל ורוב בעילות אחר הבעל<sup>29</sup> א"כ הא ודאי אביו, ורוב בעילות אחר הבעל זה רוב דליתא קמן, שהרי אין כל הזוגות שבעולם נמצאים לפנינו, ולכן שם הורגים, דרובא דליתא קמן תקיף יותר.

ראה שב שמעתתא<sup>30</sup> שדן אחר דשנינו<sup>31</sup> שמן התורה דוקא ממזר ודאי לא יבוא בקהל הא ספק ממזר מותר מן התורה, מה יהיה הדין אם יהיה ספק ממזר ויהיה גם רוב לומר שהוא ממזר, אומר שב שמעתתא שגם הרוב לא יעשה את הספק לודאי וישאר ספק ממזר ומותר מן התורה מפני שלא כל רוב עושה את הספק לודאי. לעומת זאת אומר שב שמעתתא מכח הגמרא בבבא מציעא<sup>32</sup> בדין מעשר בהמה, שנאמר שם עשירי ודאי ולא עשירי ספק, והקשו הרי כל דפריש מרובא פריש, וא"כ מדוע לא יוציא עשירי ומדין כל דפריש נקבע שזה שיצא עכשיו אינו מהמנויים. ומשיב: הואיל ורוב זה הוא רוב דאיתא קמן, שהרי הבהמות לפנינו, א"כ נשאר ספק אפילו לאחר הרוב, אבל ברוב דליתא קמן הרוב קובע את הספק לודאי וא"כ אף בממזר אילו יהיה רוב דליתא קמן ג"כ הרוב יקבע דהולד ממזר ודאי. שב שמעתתא שם מסתמך על הגמרא במסכת חולין<sup>33</sup>

26. דף סט עמוד ב.

27. יומא דף פד עמוד ב, זבחים דף עג סוף עמוד א, ועוד.

28. הב"ש בס"ד ס"ק לט אומר כן לגבי פנויה שהתעברה וטוענת לכשר נבעלתי שנאמנת להכשיר אפילו ברוב פסולים מפני דהוי קבוע למחצה על מחצה. אבל בס"ק נד מבאר דשיטת הראב"ד שאין אומרים כאן קבוע מפני דהולד הנמצא הוי כפירש, וקי"ל דבפירש אזלינן בתר רוב.

29. חולין דף יא עמוד ב.

30. שמעתא ב פרק טו.

31. קידושין דף עג עמוד א.

32. דף י עמוד ב.

33. דף יא עמוד ב.

המקשה "ודילמא לאו אביו הוא" ומשיבה שסומכים על הרוב, והוא רוב הנובע מכח הסברא שהוא אביו, בניגוד להלכה "כל דפריש מרובא פריש" אינו מסברא כיון שיכול לפרוש מהמעוט כמו שפורש מהרוב וכדמוכח מהשיטה מקובצת בעשירי ודאי, דאעפ"י דכל דפריש שמרובא פריש אבל נשאר עדיין ספק לגבי דין עשירי ודאי ולא עשירי ספק. וכן לגבי ממזר שהתורה אמרה ממזר ודאי, א"כ ספק ממזר מותר אע"פ שיש רוב. ורק במקום שלא כתוב בתורה — אנו פוסקים כל דפריש מרובא פריש. אבל ברוב הנובע מסברא, דהיינו רוב דליתא קמן, עושה את הספק לודאי. ולכן מסיק שם שמעתתא דבספק ממזר, ברוב כשרים או רוב פסולים אין הכלל כל דפריש, דהתורה קבעה דין ודאי.

אפשר להוסיף את דברי השערי יושר במקום אחר<sup>34</sup> דברוב דאיתא קמן שאנו אומרים זיל בתר רובא אינה קביעה ודאיתא אלא דין התנהגות, ולכן אינו מועיל בדיני נפשות, משא"כ רוב דליתא קמן הוא כמציאות. ומכאן פסקו של הרמב"ם<sup>35</sup>, דאסופי הוי רוב דאיתא קמן שאינה הכרעה אלא התנהגות, וזה מה שנוגע לאסופי בעצמו איך להתנהג כלפיו, אולם לגבי אשתו, אין אנו יכולים לחייב את בועלה מיתה, דעדיין הוא ספק גוי.

לגבי סנהדרין שרובו דנו למיתה (רוב של שנים) ישנה דעה בקונטרס הספקות כי דייני המעוט צריכים להודות לדעת הרוב, אבל מהתוס' בבא קמא<sup>36</sup> לא משמע כן, דכתבו דבממון אין הולכין אחר הרוב ובנפשות הולכים. וז"ל: דהתם גבי דיינים שאני, דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מריה, דהא בי"ד מפיק מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא<sup>37</sup>.

## ה

וראה עוד בשב שם שמעתתא<sup>38</sup> שבתמצית דברו קובע שבין בממון ובין בנפשות אין הולכין אחר הרוב, ורק עדים מועילים. ומה שמקובל עלינו שדנים דיני נפשות על פי רוב או על פי חזקה, נראה לבאר לפי מה שכתב הרמב"ם<sup>39</sup> "האיסור עצמו בעד אחד יוחזק", ולאחר שהוחזק האיסור —

34. שער ב פרק ב.

35. הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כז.

36. דף כז עמוד ב, ד"ה קמ"ל.

37. מעניין לציין כי מהמרדכי חולין דף יא, עמוד ב, משמע דבסנהדרין קול הדבור שיצא מפייהם של הדיינים הוא נחשב דליתא קמן שהרי הדבור אינו לפנינו ולכן רוב דיינים הוי רוב דליתא קמן.

38. שמעתא ד, פרק ח.

39. פרק טז מהלכות סנהדרין הלכה ו.

לוקה מי שעבר עליו, לדוגמא אם אדם אחד העיד על חתיכת בשר שהיא חלב הרי החתיכה הוחזקה באיסור חלב (אע"פ שהוא רק עד אחד) ואח"כ מי שיאכל מחתיכה זו ילקה. כן הדין לגבי נפשות שאין הרוב מכריע אלא א"כ הוחזק הדבר לפני הדיון, כמו מי שהוחזק ל' יום שאלו אביו ואמו או הוחזקו כבעל ואשתו, וזה עפ"י הכרעה של רוב. אם יבואו אח"כ לידי דיון לגבי בן סורר ומורה או זנות, נידונים בנפשות, כי הרוב הכריע שהם בעל ואשה או אביו ואמו לפני הדיון על המיתה. וכן בקידושי קטנה אנו קובעים עפ"י הרוב דלאו איילונית היא וממילא חל עליה איסור אשת איש, והרוב בא קודם למעשה הדיון, אולם בדיני ממונות, כגון אם רוב השוורים לרדיא או לשחיטה, הרוב בא להכריע לאחר שהתעורר הספק, ולכן אין הולכים אחר הרוב.

לפי זה אפשר לומר גם באסופי, וליישב השגת הראב"ד על הרמב"ם, כי באסופי בא הרוב להכריע לאחר שהתעורר הספק אם תפסו הקידושין והוי אשת איש וחייבים עליה מיתה, וכיון דלא איתחזק כיהודי ולא איקבע הרוב קודם המעשה, לכן פוסק הרמב"ם שלא נהרגים עליה. אולם ב"מכה אביו ואמו יומת" כבר הוקבע הרוב והוחזק שזה אביו לפני שנתעורר הספק, ולפני שנעשה המעשה שעליו אנו דנים, ולכן מוכרע הדין לחיוב.

אולם בספר אביעזרי<sup>40</sup> מפרין ודוחה הנחת השב שמעתתא, ואומר שבהעדאת עד אחד מועיל באיסורים גם למלקות ולא בגלל שהע"א רק מחזיק האסור. ומה שבאמת אינו מועיל אם יעיד שאדם מסויים אכל חלב, מפני שזה חסרון בהתראה, שצריך התראה ע"י שני עדים, אבל אם מעיד על חתיכה שהיא חלב ואנו ראינו שאדם אכלה, א"כ העד אחד מחייבו ישירות מלקות. וכן לגבי הוחזק ל' יום באביו וכד', זה לא מפני הוחזק איסורא, אלא מפני שזה מציאות של התנהגות (שחי בביתו ואוכל על שלחנו) שהיא קובעת דין ודאי.

וכן ברמב"ם אין להניח דסובר כשב שמעתתא בנידון זה והרמב"ם יבחין בין אסופי שהרוב שלו נתעורר רק בזמן הדיון על אשתו שזינתה אם נהרג הבעל או לא, לבין אם האסופי נדון כבר מקודם בענין אחר והכרענו שהוא ישראל מכח רוב. דהרי הרמב"ם פוסק: הבא על אשת אסופי — אינו נהרג. ולא משמע דבאסופי שכבר נדון מקודם הדין ישתנה. נוכל איפוא לסכם כי ישנם ג' תשובות להשגת הראב"ד על הרמב"ם בדין אסופי: א. כי לגבי אסופי אף בעיר שרובה ישראל אין רוב מפני דהוי ספק שמא אזלא איהי גביה והוי קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה.

40. אבי עזרי להלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כז, ותנינא שם.

ב. קיימת דעה שבתוך העיר הוי תמיד קבוע ושולל את הרוב. ג. זה שהולכים בתר רוב בדיני נפשות זה רק ברובא דליתא קמן, ואילו אסופי הוי רוב דאיתא קמן.

ו

יש לנו עוד לדון בהבדל שבין רוב התלוי ברצון של בני אדם ובין רוב שהוא טבעי וחיובי ואינו קשור לרצונם של בני אדם. וכך מבאר השב שמעתתא<sup>41</sup> את תרוץ התוס' בסנהדרין<sup>42</sup>. דהקשו התוס' מדוע לא נילף מק"ו מדיני נפשות ונלך גם בממון אחר הרוב. ותרצו דרובא לרדיא זבני לא חשיב, הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני נפשות. ומבאר השב שמעתתא מה כוונת התוס', דנחשב רוב שאינו חשוב. ומבאר דלגבי ממון רוב התלוי ברצון אינו מעליא, כי אפשר שהרוב ישנה את דעתו, כגון רוב האנשים שקונים לרדיא יכולים לשנות את דעתם ולקנות לשחיטה. וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א<sup>43</sup>, דמה שרבנן לא חוששין למעוטא אפילו לחומרא זה ברוב חיובי וטבעי שאינו תלוי ברצון, כגון האי דקטנה וקטן שחולצין ומיבמים ואין חוששין לסריס ואיילונית, וכהאי דאמרינן רוב נשים מעוברות יולדות ומעוט מפילות, אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב (כלומר מחויב המציאות) וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המועט, ודאי חוששין למעוט לחומרא. שהרי כיון שהדבר תלוי בדעת פעמים שאדם נוהג כמנהג המעוט, עכ"ל.

אפשר דהא דלא אזלינן אחר הרוב התלוי ברצון, זה רק כשהדיון מתרכז באדם אם הוא משתייך לרוב זה או לא, זה תלוי ברצון כל אדם ולכן הרוב אינו טוב דאולי שינה דעתו. אולם כשאנו דנים לא באדם אלא בדבר מסויים אשר לפנינו, כגון קליפות פרי אם הם נשלחים לתעשיה או לאכילה, אע"פ שהרוב הזה תלוי ברצון האדם, אבל במציאות רוב הקליפות נשלחות לתעשיה זה עצמו מהוה מציאות שיש ללכת אחריה כלומר אחר הרוב, אפשר להגדיר רוב זה רוב התלוי במעשה.

השב שמעתתא<sup>44</sup> כתב: דספק מוחזק, אינו מוחזק ואינו יכול לטעון ולומר קים לי. ובזה מבאר דברי הרב המגיד<sup>45</sup> דאסופי הנמצא בעיר שרובה נכרים ושורו הזיק שור של ישראל חייב בנזק שלם ולא אמרינן אין הולכין אחר הרוב, ואולי הוא יהודי. מפני שבנכרי אין דין מוחזק

41. שמעתתא ד פרק ו.

42. דף ג עמוד ב ד"ה דיני ממונות לא כל שכן.

43. קידושין דף ג עמוד א.

44. שמעתתא ד פרק ז.

45. הלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה כו.

ולכן אינו יכול לטעון "קים לי בנפשאי שאני יהודי ומוחזק". כי זה שאין הולכים בממון אחר הרוב במוחזק זה דוקא בודאי מוחזק ואז אין הרוב יכול להוציא ממון, אבל בספק מוחזק הולכים אחר הרוב.  
בריש בבא מציעא<sup>46</sup> כתבו התוס'<sup>47</sup> בדין שנים אוחזין בטלית, דכל אחד חשיב מוחזק ואף שיש לנו ספק למי הטלית שייכת, דכל אחד חשיב מוחזק לפחות בחצי, כי התפיסה של אחד מבטלת את החזקה של השני בכולה. ואנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידה הוא ומאי דתפיס האי ידידה הוא. ותולים בזה בגדר השבועה שנשבע כל אחד שיש לו בה ואין לו בה פחות מחציה. אולם יש לברר אם השבועה הזו היא בגדר נשבעים ונוטלים או בגדר נשבעין ונפטריין. הרי"ף<sup>48</sup> מגדיר שבועה זו כנשבע ונוטל, ויוצא לפי זה שחסר במוחזקות של כל אחד וגם על החצי שהוא מחזיק נחשב נוטל מפני שהשני מגרע מחזקתו.  
אוצר החכמה

ז

למעשה יש לנו שתי דעות בדין שאין הולכים בממון אחר הרוב. התוס' בריש סנהדרין<sup>49</sup> מדגישים כי רוב מעליא מועיל להוציא ממון. וזה דלא כתוס' ריש פרק המניח<sup>50</sup> דסוברים שאין הולכים כלל בממון אחר הרוב. וכן ברוב המצוי ומעוט אינו מצוי, ולפי מנהג המקום הרוב נוהג כמנהג המקובל, כותב ים של שלמה פרק המניח<sup>51</sup> דברוב כזה מוציאים ממון. וכן הרמב"ם הל' מכירה<sup>52</sup>, על כל הדינים הנזכרים בפרק המוכר את הבית<sup>53</sup> כתב: אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים וכיוצא בהם מענינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמותם ידועים לכל דבר ודבר בפני עצמו, אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך הרי זה מכור וסומכין על המנהג, עכ"ל. א"כ גם לשיטת הרמב"ם מנהג המקום שקובע רוב מועיל אף להוציא ממון (ועיין בים של שלמה שם). וראה גם הגהות רע"א חו"מ<sup>54</sup>, אם שני בעלי דין יש להם תביעות ואחד טוען שרוצה ללכת אחר המנהג — הדין עמו.

46. דף ב עמוד א.

47. ד"ה ויחלוקו.

48. בשערי שבועות.

49. דף ג עמוד ב ד"ה דיני ממונות לא כ"ש.

50. בבא קמא דף כו עמוד א ד"ה המניח.

51. סימן א.

52. פרק כו הלכה ז.

53. בבא בתרא דף עא עמוד א במשנה.

54. סימן ג.

ברם נשאר לנו לדון, בדין עשר חנויות שתשע מהן מוכרות בשר טריפה ואחת מהן בשר שחוטה, ובנמצא, הדין הלך אחר הרוב, מה קובע רוב חנויות או רוב בשר. וזה במקרה שהחנות האחת מוכרת יותר בשר מכל תשע החנויות ביחד. השאלה היא האם הולכים אחר רוב החנויות או אחר רוב הבשר. החוות דעת<sup>55</sup> וההפלאה<sup>56</sup> כתבו דהולכים בתר רוב חנויות. וכן נראה לכאורה מתוס'<sup>57</sup> דבמעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה לעולם מעשר, כתבו: ואין לתלות דמן המוכר נפלו וכבר המעות חולין הם, דאזלינן בתר רוב בני אדם. אולם הבינת אדם<sup>58</sup> נוטה לדעה הפוכה, דהיינו דאזלינן בתר רוב בשר.

בנתוח שאלה זו נראה, כי לדעה שהולכים בתר רוב בשר, הספק מתעורר לגבי הבשר אם החתיכה מהחנות הכשרה או לא, ושאלה היא מהסתברות ולכן ההכרעה צריכה להיות מרוב הבשר הנמצא בסביבה. ולדעה השניה השאלה היא בדין "כל דפריש", וכבר הזכרנו את השב שמעתתא שזה אינו מסברא אלא מהלכה, כי אין להכריע מההגיון שמהרוב פריש יותר מהמעוט, אלא שכך הדין שהולכים אחר הרוב וזה נאמר על הגברא איך יתנהג ולכן הולכים אחר רוב החנויות. ויש עדיין לדון בזה. (ועיין בשערי ישר שער ד פרק ט).

## ח

שיטת הרמב"ם<sup>59</sup> שכל ספק דאורייתא — מדאורייתא לקולא, ורק רבנן הם שהחמירו וקבעו ספק דאורייתא לחומרא, וקשה על הרמב"ם מהגמרא בבבא מציעא<sup>60</sup> דאיצטריך קרא<sup>61</sup> למעט עשירי ספק, ומדוע לשיטת הרמב"ם צריך פסוק למעט הרי יש כלל שכל ספק דאורייתא — מדאורייתא לקולא. ומיישב הפרי חדש<sup>62</sup>, דבמקום דאיכבע איסורא לא קיים כלל זה ולכן צריכה התורה למעט במפורש לשיטת הרמב"ם במקום דאיכבע איסורא. הגאון ר' שמעון שקופ בספרו שערי יושר<sup>63</sup> כתב לדחות תורץ זה, וכתב דאין כלל קושיא, דאלו שני ענינים נפרדים, הא דספיקא

55. סימן קי.

56. כתובות דף טו עמוד א ד"ה בגמרא הנ"ל.

57. בבא מציעא דף כו עמוד א ד"ה לעולם.

58. שער הקבוע סימן טז.

59. הלכות אבות הטומאה פרק טז הלכה א.

60. דף ו עמוד ב.

61. דף ז עמוד א.

62. יורה דעה סימן קי בכללי ספק ספיקא.

63. שער הספקות פרק ה.