

## ברי ושמא ברי עדיף

### מדוע ברי עדיף?

נחלקו האמוראים (ב"ק ק"ח, א, כתובות יב, ב) כיצד לפסוק כאשר התובע טוען טענת ברי והנתבע משיב בטענת שמא: לדעת רב הונא ורב יהודה ברי עדיף וגובה את הממון, ולדעת רב נחמן ורבי יוחנן ברי אינו עדיף ואינו זוכה בטענתו. להלכה נפסק "לאו ברי עדיף", אבל ישנם מצבים שבהם גם להלכה מתחשבים בברי ושמא (חלקם יפורטו בהמשך המאמר).

הגמרא (ב"ק מו, א) קובעת: "זה כלל גדול בדין: המוציא מחברו עליו הראיה". כיצד אם כן ניתן להבין את דעת רב הונא ורב יהודה לפיה התובע בטענת ברי זוכה בדין ומוציא ממון מן הנתבע הטוען שמא **ללא ראיה**, על סמך טענתו בלבד?

### הסברי האחרונים והקושי שבהם

האחרונים הציעו מספר תשובות לשאלה זו.

א. פני יהושע (ב"ק מו, א, כתובות יב, ב) מסביר שעצם העובדה שהאדם תובע בטענת ברי בבית הדין נחשבת כהוכחה, שכן ישנה "חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו" (שבועות מו, ב).<sup>1</sup> כך נקט גם בספר אמרי בינה,<sup>2</sup> ועל פי זה הוא מחדש דין<sup>3</sup>: אם התובע הוא גזלן חצוף מפורסם, שלא שייכת לגביו "חזקה אין אדם תובע אלא" כ"ש לו", לכו"ע ברי לא עדיף משמא.

הסבר זה קשה מאד. אמנם מצאנו בגמרא "חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו", אבל זה לא נאמר כהוכחה גמורה, אלא כהסבר מדוע תקנו חכמים שבועת היסת. עד אחד המעיד לטובת התובע הרי אינו נאמן להוציא ממון (אלא רק לחייב את הנתבע להשבע), וכיצד ניתן לומר שטענת התובע היא הוכחה טובה יותר מאשר עד אחד אובייקטיבי?<sup>4</sup>

\* תודתי לרבנים אוריאל בנר ושילה טובי שעברו על המאמר ועזרו לי לשפר את ניסוחו.

1. פני יהושע מתייחס לזה כהוכחה, ולכן אומר שסברת ברי ושמא ברי עדיף תלויה במחלוקת האמוראים האם הולכים בממון אחר הרוב.
2. הלכות טוען ונטען סימן ג ד"ה אך נראה.
3. בד"ה ועוד י"ל.
4. ניתן לראות שעד אחד עדיף על טענת התובע לא רק מסברה, אלא גם מדין התורה: עד אחד מחייב את הנתבע שבועה משום שיש רגלים לדבר לטובת התובע, ואילו טענת התובע עצמה אינה מחייבת שבועה מדאורייתא, אלא רק שבועת היסת.

אפשר לחזק את סברת הפני יהושע, ולומר שההוכחה אינה רק מתביעת התובע, אלא גם מכך שהנתבע אינו יודע להשיב, וזה לפי דברי תוס' (ב"ק לה, ב, מו, א, ובעוד מקומות) שברי ושמא ברי עדיף רק באופן שהנתבע היה אמור לדעת והוא משיב "איני יודע", ולכן חוסר הידיעה הוא גם כן הוכחה לתובע, שנראה שהנתבע מתחמק מהפרעון.

אבל ישנם ראשונים<sup>5</sup> הסוברים שגם בשמא טוב (שלא היה לנתבע לדעת) ברי ושמא ברי עדיף. ואפילו נניח כדעת התוס' והראשונים שדווקא בשמא גרוע, מכל מקום לא מסתבר לומר שהצירוף של טענת התובע ואי-ידיעתו המחשידה של הנתבע נחשבים ראייה מספקת כדי להוציא ממון. ראייה לכך: אם התובע אינו טוען ברי אלא מביא עד אחד לטובתו, והנתבע משיב "איני יודע" למרות שהיה לו לידע, אינו גובה ממון על פי עד אחד. ומדוע טענת התובע חזקה יותר מעדות של עד אחד?

ב. בספר שערי ישר (ו', יח) ובספר קובץ שיעורים (כתובות אות נו) כתבו שהטוען ברי זוכה מדין טענה. הדברים סתומים ואינם מובנים: מה ההיגיון לזכות אדם רק בשל טענתו ללא ראייה?

ג. הרב שך ז"ל (מובא בשו"ת אגרות משה חו"מ א', כד) מסביר שהנתבע חייב תשובה לתובע, וטענתו "איני יודע" אינה נחשבת תשובה. גם דבר זה קשה בעיני. נכון שהנתבע חייב לפרש את טענותיו בפני בית הדין ואינו יכול להסתפק באמירה "איני חייב", כמו שמבואר ברמב"ם (טו"ו, א), ובשו"ע (חו"מ ע"ה, א). אבל כאן הנתבע משיב ומפרש ככל יכולתו, ואינו יודע יותר.

ד. הרב משה פיינשטיין ז"ל (אגרות משה שם) מסביר שאם המחזיק בממון אינו יודע, הדבר מגרע מכוח המוחזקות שלו. גם על דבריו יש להקשות כנ"ל: אם הנתבע משיב שמא, והתובע גם כן טוען שמא ומביא עד אחד לטובתו, אינו זוכה בתביעה, למרות שגם כאן ניתן לומר שהמוחזקות נחלשה. ברצוני להסביר את דין ברי ושמא בדרך שונה. תחילה אציג בתמציתיות את ההסבר, ובהמשך ארחיב בהסברת הדברים (ואציג נ"מ להלכה): א. ההלכה מעדיפה בדרך כלל נתון וודאי על פני ספק, ולכן טענת ברי עדיפה על טענת שמא. ב. במצב של ברי ושמא בין בעלי הדין העדיפות של הוודאי על פני הספק נמצאת בשלב הראשוני של הדיון, ולכן היא בעלת חשיבות מיוחדת.

### העדפת הודאי על הספק

בפשטות כאשר ישנו מצב של אי-ידיעה ראוי להחליט לפי דרגת ההסתברות: לחשוש לכל אפשרות סבירה, ולהתעלם מחשש שאינו סביר. אבל דרכם של חז"ל היא להעדיף ידיעה על ספק, וגם כאשר הסבירות של החשש אינה מבוטלת וזניחה, בכל זאת במצבים רבים לא חוששים מבחינה הלכתית. הסיבה לכך היא משום שאם נתייחס לכל ספק לא נוכל לחיות באופן נורמלי. אציין שלש דוגמאות לעיקרון זה:

א. משנה בפסחים ט', א :

5. בעל התרומות שער לט ח"ב בשם הרמב"ן.

אין חוששין שמא גיררה חולדה מבית לבית וממקום למקום, דאם כן מחצר לחצר ומעיר לעיר - אין לדבר סוף.

המשנה אינה מבטלת את החשש שמא גיררה החולדה בגלל שזהו חשש רחוק ואין סיבה לחשוש לו, אלא מחמת נימוק אחר: אם נחשוש לספיקות מסוג זה אין לדבר סוף, ולא נוכל לבדוק ולבער את הבית מן החמץ כלל.

ב. דין חזקה דמעיקרא קובע שאם ידוע המצב הקודם ויש ספק האם חל שינוי, מניחים שהחפץ נשאר במצבו הקודם.<sup>6</sup> הרמב"ם בפירושו המשנה (נזיר ט ב, מהדורת הרב קאפח) מסביר דין זה:

והטעם לכך הוא מה שאמר [=התנא נזיר שם] "שחזקת טמא טמא". וענין "רגלים לדבר" [=המוזכר במשנה כהסבר לדין זה], שהענין יגיע עד ללא תכלית אם נלך אחרי האפשרויות, אבל העיקר שאם הוחזק מצב מסוים נשאירנו בחזקתו עד שיהא דבר ברור מסלקו מאותה החזקה, וכל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחרת הרי אין החזקה מסתלקת.

לדברי הרמב"ם טעמא דקרא לדין חזקה דמעיקרא הוא משום שאם נתייחס לכל האפשרויות חיינו יהיו קשים ומסובכים, ולכן קבעה תורה להניח שהדברים נותרו כפי שהיו עד שיוודע לנו על השינוי.

ג. בכמה סוגיות בגמרא<sup>7</sup> מצאנו עיקרון הלכתי: "אין ספק מוציא מידי ודאי".<sup>8</sup> העיקרון קובע שאם יש לנו נתון ודאי ונתון מסופק, יש להעדיף את הודאי ולהתעלם מהספק. (לפעמים אפילו כאשר הספק הוא בעל סבירות גבוהה ויש ספק שקול. למשל: כאשר שחט וגילה פגם בסכין מכשיר רב חסדא ותולה שהפגם נוצר מהעצם של הבהמה לאחר השחיטה, למרות שישנה אפשרות סבירה שהסכין נפגם על ידי העור לפני השחיטה והשחיטה פסולה - ראה חולין י, א ובתוד"ה טבל ועלה). מדוע אין הספק מוציא מידי ודאי? הרי קיים חשש סביר לאסור! הסבר הדברים הוא כאמור לעיל: מבחינה הסתברותית אמנם יש חשש, אבל היות שישנה סיבה ברורה לצד ההיתר, אין לנו לחשוש לאפשרות האחרת, שאם כן אין לדבר סוף.

הכלל "אין ספק מוציא מידי ודאי" דומה מאד לכלל "ברי ושמא ברי עדיף",<sup>9</sup> ושניהם מבוססים על אותו עיקרון: כאשר אנו נתונים במצב של חוסר ידיעה מוחלט אין ברירה אלא להסתפק. אבל כאשר יש נתון ודאי שמציע הסבר למציאות, ונתון מסופק השולל ודאות זו ומציע לנו להישאר במצב של ספק, יש ללכת בעקבות הוודאות ולהתעלם מהספק.

6. ראה חולין דף י, א מקור מדרשה לדין זה.

7. פסחים דף ט, א, יבמות יט, ב, יבמות לה, ב, ע"ז מא, ב, חולין י, א, נדה טו, ב.

8. ישנם לגבי עיקרון זה כמה מצבים שונים, ומחלוקות בין האמוראים וחילוקי דינים - ראה אנציקלופדיה תלמודית ערך "אין ספק מוציא מידי ודאי" סיכום הדברים.

9. מבחינה לשונית: ספק=שמא, ודאי=ברי, כך שהכלל "ברי ושמא ברי עדיף" ניתן לניסוח גם: "ודאי וספק ודאי עדיף", וזהו בעצם הכלל: אין ספק מוציא מידי ודאי.

אמנם אין הכללים זהים לגמרי, אלא רק דומים: במצב של ברי ושמה אין נתון עובדתי ודאי, אלא רק טענה ודאית של אחד מבעלי הדין (לכן נקטו חז"ל במונח "ברי" ולא "ודאי"). לעומת זאת הכלל "אין ספק מוציא מידי ודאי" נאמר כאשר יש יסוד עובדתי ודאי להיותו. (לכן סוברים רבי יוחנן ורב נחמן "ברי ושמה לאו ברי עדיף", למרות שהם מודים לכלל "אין ספק מוציא מידי ודאי". להלן אסביר מדוע בכל זאת מתחשבים רב הונא ורב יהודה בטענה ודאית בלבד).

### החיוב לצאת ידי שמים בברי ושמה

האמור לעיל מסביר סוגיה עמומה בב"ק דף קיה, א שהתקשו בה המפרשים. במשנה ב"ק (קיה, א "האומר לחבירו") נאמרה אבחנה: ברישא של המשנה המוחזק טוען "איני יודע אם פרעתך" - יש ודאי חיוב וספק פרעון ולכן חייב לשלם, ובסיפא של המשנה טוען הנתבע "איני יודע אם הליתני" - יש ספק בעצם החיוב ופטור מלשלם.

בתחילה פירשה הגמרא שהמשנה עוסקת (ברישא ובסיפא) במצב שבו התובע (המלווה או הנגזל) טוען טענת ברי. לפי זה מבואר במשנה שברי ושמה באופן שיש ודאי חיוב (איני יודע אם פרעתך) חייב לשלם, ובאופן שאין ודאי חיוב (איני יודע אם הליתני) פטור אפילו בברי ושמה, ומזה מקשה הגמרא על דעת רב הונא ורב יהודה שברי ושמה תמיד חייב. הגמרא מתרצת שלפי רב הונא ורב יהודה מדובר במשנה (ברישא ובסיפא) באופן שהתובע אינו טוען ברי, ובכל זאת ברישא (איני יודע אם פרעתך) חייב לשלם לצאת ידי שמים, בגלל שיש ודאי חיוב וספק פרעון.

על כך מוסיפה הגמרא:

**איתמר נמי**, א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן: האומר לחבירו "מנה לי בידך", והלה אומר "איני יודע" - חייב בבא לצאת ידי שמים.

למרות לשון הגמרא "איתמר נמי" מדובר בדינים שונים: רבי יוחנן סובר ברי ושמה לאו ברי עדיף, והמימרה שלו עוסקת במציאות שבה יש ברי ושמה, והספק הוא בעצם החיוב (איני יודע אם הליתני). ניתן לראות את ההבדל בין שני הדינים שבהם חייב לצאת ידי שמים בטבלה שלהלן:

האמוראים	הטענות	חיוב ודאי קודם	הדין
רב הונא ורב יהודה	שמה ושמה	היה מתחילה חיוב ודאי	חייב לצאת ידי שמים
רבי יוחנן	ברי ושמה	לא היה חיוב מתחילה	חייב לצאת ידי שמים

התקשו המפרשים: מדובר בשתי פסיקות שונות לגמרי (מלבד העובדה שבשניהם נפסק שיש חיוב לצאת ידי שמים), ומהו הקישור שמקשרת הגמרא בין שניהם?<sup>10</sup>

10. בחידושי הראב"ד שם וחידושי הרשב"א שם עמדו על כך שהשוואה לא דומה לגמרי, אבל לא הסבירו בקוצר לשונם מדוע בכל זאת משווה הגמרא. פני יהושע שם התקשה בדבר, ופירש את הגמרא (בדרך פלפול) באופן שונה לגמרי מרש"י. בהגהות חשק שלמה (בסוף הגמרא מהדורת וילנה) התקשה בזה גם כן, ושיבש לגמרי

רש"י בפירושו כבר עמד על הקושי, וכתב:

אתמר נמי - דהיכא דבא לצאת ידי שמים אפילו מאן דפטר ליה מדיני אדם מודה דחייב היכא דאיכא קצת טענת ברי, הלכך רב הונא דאוקמה רישא בדלא תבע הואיל ואיכא קצת ברי דהא גזלן ידע דגזליה מעיקרא חייב בבא לצאת ידי שמים.

לפי דברי רש"י המכנה המשותף בין פסיקת רבי יוחנן ובין פסיקת רב הונא ורב יהודה הוא ששניהם מחייבים לצאת ידי שמים באופן שיש "קצת ברי".

יש להקשות על דברי רש"י: בדין של רבי יוחנן אין "מקצת ברי", אלא ברי גמור!<sup>11</sup> בכתבי היד ובדפוסים ראשונים של רש"י הגרסה ברש"י ביחס לדברי רבי יוחנן היא: "דאיכא שום טענת בריא" (ולא מקצת טענת ברי).<sup>12</sup> נראה להעדיף גרסה זו,<sup>13</sup> ופירוש דברי רש"י כך: לפי רבי יוחנן טענת הברי של התובע אינה מספיק חזקה להוציא ממון, ובכל זאת מתחשבים בטענת הברי כדי לחייב את הנתבע לצאת ידי שמים. כך גם לפי רב הונא ורב יהודה באופן שיש קצת טענת ברי גם כן יש לחייב לצי"ש. המכנה המשותף בין שתי הפסיקות הוא שאם לפי כללי הממון אין לחייב את הנתבע לשלם, אבל יש טענת ברי - מלאה או חלקית - ראוי לחייב את הנתבע לשלם כדי לצאת ידי שמים.

עדיין יש להקשות על רש"י: בדין של רב הונא ורב יהודה (הרישא של המשנה לפי שיטתם) אין אפילו "קצת ברי", יש רק ודאי חיוב בעבר לפי הודאת הנתבע, אבל הנגזל לא תובע (וכנראה אינו יודע כלל שהיתה גזילה!)<sup>14</sup> נראה לפרש "קצת ברי" - אין הכוונה לתביעה בטענת ברי, אלא שיש קצת מציאות של ברי, לא מחמת טענת התובע, אלא מחמת חזקת החיוב הקודמת. כפי שהסביר הרי"ף ב"ק שם (דף מד, ב מדפי הרי"ף) כאשר יש חוב וודאי קודם וספק פרעון העדיפות של התובע נובעת מחמת הכלל "אין ספק מוציא מידי ודאי".

הגמרא משווה ("איתמר נמי") בין מצב שבו יש ודאי חוב וספק פרעון, ובין מצב שבו אין ודאי חוב אבל יש טענת ברי של התובע וטענת שמא של הנתבע: בשני המצבים ישנה סברה להעדיף את הודאות המוצגת בפנינו (באמצעות טענת התובע, או באמצעות החוב הודאי בעבר), על פני הספק. לכן מקשרת הגמרא את הפסיקה בשני הדינים: גם כאשר אין מעדיפים את הודאות על פני

נוסחת הגמרא (מתוך השוואה לירושלמי). וראה לחם אבירים ב"ק שם שהאריך (ושני ההסברים שהציע אינם נראים לענ"ד).

11. בספר לחם אבירים התקשה בכך, ומיישב שהיות שהגזלן הנתבע אינו מודה בוודאות שהיה חיוב כלל נחשב רק מקצת ברי. וזה דוחק רב.

12. על פי ספר המפתח פרנקל לב"ק שם בילקוט שינויי נוסחאות.

13. נראה שגרסת הדפוס ברש"י נובעת מטעות סופר, שראה בסוף דברי רש"י את המלים "קצת ברי" והשתמש בהם גם בתחילת דברי רש"י שכותב "שום טענת ברי". עוד אפשרות (אם לא נראה בגרסת הדפוס טעות): אפשר לפרש את דברי רש"י (בהתחלה) דאיכא לפחות קצת טענת ברי.

14. אפשר לפרש שאחרי שהנגזל שומע מהגזלן הודאה שגזל ממנו ממילא הנגזל בא ותובע על סמך הודאה זו, ולכן יש קצת ברי. אבל זה דוחק.

הספק כדי להוציא ממון מיד המוחזק, מכל מקום ראוי להתחשב בסברה זו כדי לחייב את המוחזק לשלם על מנת לצאת ידי שמים.<sup>15</sup>

### הטוען ודאי הופך מעין מוחזק

למרות שישנה העדפה בהלכה לנתון ודאי על פני הספק, טענה וודאית בלבד אינה מספיקה להוציא ממון (כאשר נדרשת הוכחה). לכן אם שני בעלי הדין טוענים שמא, והתובע מביא עד אחד לטובתו, למרות שהעד מציג אמירה ודאית והנתבע משיב בטענת ספק, אין מחייבים על סמך כך את הנתבע לשלם (אלא רק להישבע).

היתרון של ברי על פני שמא מבוסס על יסוד נוסף. בכל פסיקת בית דין בנושא ממונות ישנו שלב הקודם לבירור המציאות ולבירור הדין, והוא שלב הצגת הטענות של בעלי הדין. בשלב זה בית הדין אינו נדרש עדיין לפסוק את הדין, אבל ישנה החלטה שבית הדין צריך לקבל כבר בשלב זה, והיא הקביעה על מי מבין שני בעלי הדין מוטלת החובה להביא ראיה כדי לזכות בממון. בדרך כלל אנו מסתמכים על הכלל הידוע (ב"ק מו): "המוציא מחברו עליו הראיה", ומטילים על התובע את נטל ההוכחה. אבל אם כבר בשלב מקדמי של הדיון יש עדיפות לבעל דין אחד על פני חברו משום שהוא טוען ברי וחברו טוען שמא (ובהלכה יש עדיפות לוודאות על פני העלאת ספיקות, כפי שהתבאר לעיל), מטילים את חובת הראיה על חברו, ונטל ההוכחה עובר אל הנתבע.<sup>16</sup>

וכן כתב בחידושי ר"י מגאש (בבא בתרא לד ב, לגבי מצב בו אין מוחזק):

והני מילי היכא דתרווייהו קא אמרי ברי, אבל היכא דחד מינייהו קאמר "שמא" ואידך אמר "ברי", כיון דההיא מידי לאו ברשותיה דחד מינייהו הוא, מוקמינן ליה ברשותא דההוא דקאמר ברי והוה אידך מוציא מחבירו, דקיימא לן ברי ושמא ברי עדיף.

בפתיחת המאמר שאלתי: כיצד מועיל הברי על פני השמא, בניגוד לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה"? לאור האמור כאן התשובה היא שהתובע (במצב של ברי ושמא) אינו נחשב כלל (מבחינה הלכתית/משפטית) מוציא מחברו, וחובת הראיה נקבעה מראש על הנתבע בשל העובדה שטענתו היא שמא ואנו מעדיפים את הברי על פני השמא.

15. אבל לפי ההסברים של האחרונים לדין ברי ושמא ברי עדיף (פנ"י: "מטעם חזקה אין אדם תובע א"כ יש לו, ר' שמעון וקוב"ש: כוח הטענה, הרב שך: חובה של הנתבע לתת תשובה לטענת ברי) אין לסברה זו קשר כלל למצב של טענת שמא של התובע ודאי חיוב קודם. והקישור שעושה הגמרא אינו מובן.

16. כדי לשבר את האוזן נציג דוגמה מבתי המשפט בזמננו במדינת ישראל: עוד לפני הגעת התביעה לדיון בפני השופט מוצגים כתבי התביעה וההגנה בפני רשם, שמחליט על נושאים מנהליים הקשורים לתביעה, ובין השאר יכול הרשם להחליט שהתביעה תימחק עוד לפני שתוגש בפני השופט. בהלכה כמובן אין תפקיד כזה. אבל ניתן לומר שגם הדיינים עצמם, עוד לפני שהם דנים בתביעה מבחינה הראיות ובירור ההלכה, נדרשים להכריע תחילה (מבחינה לוגית) על מי מהצדדים מוטלת החובה להביא ראיה.

אין כוונת הר"י מגאש: "והוא אידך מוציא מחבירו" לומר שהטוען ברי הופך מוחזק כפשוטו והשני מוציא ממנו. אלא שיש למילה "מוציא" שתי משמעויות: יש מוציא באופן פיסית, ויש גם "מוציא" במובן המשפטי: שנדרשת ממנו הוכחה כדי לזכות בדיון.<sup>17</sup>

ניתן לסייע לדברים שלעיל מניסוח הגמרא: "ברי ושמא ברי עדיף", כלומר: הברי עדיף על פני השמא. (וכן לשון הירושלמי ב"ק י', ז: "רב הונא אמר: אומרים לו: את לית ידע, אהן ידע". כלומר: ראוי להעדיף את טענת מי שידוע על פני טענת מי שאינו יודע). יש כאן השוואה בין הטענות של השנים ומתן עדיפות לטענה של הברי, ולא מדידה של הברי אל מול רף אובייקטיבי הנדרש כדי להוציא ממון מהמוחזק.

בכך יובן מדוע **טענת התובע** מועילה לתת לו עדיפות, ואילו **עד אחד** לטובת התובע (במציאות של שמא ושמא) אינו מועיל. ההבדל הוא באיזה שלב מתבססת העדיפות. אם בשלב הטענות עצמן לא היתה עדיפות לתובע (כי שניהם שמא), נקבע הדין "המוציא מחברו עליו הראיה", ונטל הראיה הוטל על התובע. לאחר שנקבע שעליו הראיה, עד אחד אינו נחשב כראיה מספקת כדי להוציא ממון מהמוחזק. אבל אם בשלב הטענות עצמן היה התובע בעמדת עדיפות בגלל שהוא ברי וחברו שמא, למרות שזהו חיזוק קלוש יותר מאשר עד אחד, סוברים חלק מהאמוראים שנטל הראיה מוטל על הנתבע.

### ברי בצירוף חזקה או מיגו

בסוגיית הגמרא בכתובות (יב, ב-יג, א) מבואר שגם למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף, בכל זאת כאשר יש לטוען ברי סיוע הלכתי על ידי חזקה דמעיקרא (חזקת בתולים של האשה) או מיגו סוברים חלק מהתנאים (ר"ג ור"א) שברי עדיף. וכן נפסק להלכה (שו"ע אה"ע ס"ח, ט).

מהו ההיגיון של צירוף זה? האם גם שיקולים הלכתיים אחרים יכולים לחזק את הברי ולהוציא ממון?

לאור האמור לעיל נראה לי לחדש: חיזוקים שהם בירור וראיה לא יועילו להצטרף לטענת ברי ושמא. (למרות שיש לאחד הצדדים סיוע וראיה לטענתו אין בכך סיבה להעדיף אותו: א. יתכן שגם הצד שכנגד יביא בהמשך הדיון ראיה לטובתו. ב. יתכן שיתברר בהמשך הדיון שהראיה שהביא צד אחד אינה ראיה טובה מסיבות שונות). כל העדיפות של הטוען ברי על פני הטוען שמא נובעת מכך שעוד לפני שבית הדין הגיע לשלב של בירור העובדות והבאת ראיות, כבר בשלב הצגת הטענות אחד מבעלי הדין נמצא בעמדת עדיפות - מתוך התבוננות בטענות עצמן. ומה שמצאנו בגמרא בכתובות שניתן לצרף חיזוק נוסף לטענת הברי ולזכות כנגד השמא - מדובר בשני חיזוקים מסוג מיוחד, שאינם נובעים מהבאת ראיות אלא מכוח הטענות גופא. חזקת הגוף של האשה שהיתה בתולה אינה **ראיה** שהיתה בתולה בשעת האירוסין, אבל זה מעמיד את האשה בעמדת עדיפות, כי דין חזקה דמעיקרא קובע שיש להשאיר את המצב כפי שהיה עד שיוודע שהשתנה. גם מיגו אינו

17. דוגמה לשימוש במילה "מוציא" במשמעות זו: אין ספק מוציא מידי ודאי.

ראיה שצריך בעל הדין להביא בפני בית הדין, אלא היא טענה הנראית מכוח עצמה אמת ללא הבאת ראיות חיצוניות.<sup>18</sup> המשותף לחזקה דמעיקרא ולמיגו שהם שייכים לשלב המקדמי ואינם ראיה.

בגמרא ב"ב קלה, ב (בתחילת העמוד) מחדש אביי שטענת ברי המבוססת על סמך דברים של אדם אחר ולא של בעל הדין עצמו אינה מועילה גם למ"ד ברי ושמא ברי עדיף. הסבר הדברים הוא כאמור לעיל: טענת האחר היא בגדר בירור ועדות, ואינה שייכת לשלב שבו בית דין נדרש להכריע על מי חובת הראיה, עוד לפני הבאת הראיות עצמן.

להלן נבדוק האם חזוקים נוספים מצטרפים לברי ושמא להוציא ממון.

### ברי ושמא בצירוף עד אחד

מה הדין כאשר יש ברי ושמא בסיוע עד אחד להוציא ממון?

בשו"ע (ח"מ ע"ה, יב)<sup>19</sup> נפסק:

מנה לי בידך שהלוייתך, והלה אומר: "איני יודע אם הלוייתני", ועד אחד מעיד שהלוהו, או שאמר (הנתבע): "איני יודע אם פרעתין", הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם.

הנימוק לחיוב התשלום הוא משום שעד אחד מחייב את הנתבע שבועה, והנתבע אינו יכול להשבע, משום שטוען שמא, ומתוך שאינו יכול להשבע משלם. משמע שכל הסיבה לחייב את הנתבע היא מחמת הכלל "מתוך שאינו יכול להשבע משלם", ולא מטעם ברי ושמא ברי עדיף – למרות שיש לתובע ברי בסיוע של עד אחד.<sup>20</sup>

יש בדבר נפקא מינה למעשה. דין "מתוך שאינו יכול להשבע משלם" נאמר רק בנתבע עצמו שהוה ליה למידע, אבל ביורשים שלא היה עליהם לידע לא נאמר דין משאיל"מ (שבועות דף מז, א, ח"מ ע"ה, טז). לפי זה אם אדם תובע את היורשים טענת ברי על חוב, ויש לו גם עד אחד לטובתו, והיורשים משיבים "איננו יודעים אם היתה הלוואה" – לא נפסוק לטובת התובע. וכן מבואר בספר התרומות בשם הרב יהודה ברצלוני (שער לה ח"ג ד), והובא בטור (ח"מ ע"ה, טז).<sup>21</sup> נ"מ נוספת: אם התובע טוען

18. אין כוונתי ליסוד של האחרונים שמיגו מועיל משום "כוח הטענה", אלא שהראיה נובעת מתוך הטענה גופא.

19. מקור הדברים בספר התרומות (שער לח חלק ד אות א).

20. טעם זה מבואר גם בלשון הטור ולשון ספר התרומות. אע"פ שכתבו גם את המשפט "ברי ושמא ברי עדיף", נראה מדבריהם שעיקר הטעם הוא משום משאיל"מ. ומה שכתבו התרומות והטור "ברי ושמא ברי עדיף" – מסביר הב"ח (ועוד מפרשים) שזה מתייחס למקרה שבו הנתבע משיב "איני יודע אם פרעתין", ובזה העד אחד לא יכול לחייב שבועה, כיון שאינו יכול להעיד שלא פרעו, ובזה אומרים ברי ושמא ברי עדיף, משום שבוודאי חיוב וספק פרעון לכו"ע ברי עדיף.

21. בספר זרע אברהם (לופטיבר) סימן יז אות ג כתב שעד אחד בצירוף בו"ש מועיל (ומיישב בזה קושיה של רע"א). אבל לענ"ד נעלמו ממנו דברי הפוסקים שלעיל, שלא צירפו עד אחד וברי ושמא כדי לחייב.



טענת ברי שקרקע מסוימת שייכת לו וגם מביא עד אחד לטובתו, והנתבע משיב בטענת שמא, היות שאין שבועה על הקרקעות, לא נאמר דין משאיל"מ, ולא נחייב את הנתבע. הקשה בספר אמרי בינה (הלכות טוען ונטען סימן ו): ברי בצירוף חזקה מועיל להוציא ממון,<sup>22</sup> והרי עד אחד עדיף יותר מחזקה דמעיקרא,<sup>23</sup> ומדוע לא נחייב כאשר יש ברי ושמא בצירוף עד אחד (גם בירשים שאין דין משאיל"מ) על סמך ברי ושמא בסיוע עד אחד? הוא מתרץ:

ועל כרחק צריך לומר שזה גזירת הכתוב (=שלא להסתמך על דברי עד אחד אפילו כסיוע כדי לגבות ממון), מדכתיב: "לא יקום עד אחד". ושלא לחייבו ממון כשמכחישו לא צריך, דכתיב: "על פי שני עדים יקום דבר", ולא אתי רק לחייבו שבועה, וכמו שכתב התורת חיים מס' שבועות, או כמו שכתבתי לעיל (סי' א') דמפי השמועה למדו (=להייב שבועה על פי עד אחד. ולפי שתי אפשרויות אלו התורה מדגישה שאין לגבות ממון על סמך עד אחד). ממילא אף באומר "איני יודע" אין לחייבו רק מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וחזקה הוא ענין אחר, שהוא חק התורה ומהני יותר בצירוף ברי נגד שמא.

לענ"ד תירוצו קשה. התורה אמנם קבעה שלא גובים ממון על סמך עד אחד, אבל זה נאמר במצב שבו יש רק את העדות של העד (ברי וברי, או שמא ושמא). אבל כאשר בנוסף לעד יש גם חיזוק על סמך ברי ושמא לא אמרה תורה כלום. ואם קבעו חכמים שברי ושמא בצירוף חזקה דמעיקרא מועיל, מדוע לא נאמר כן גם כשיש צירוף של עד אחד?

לפי האמור לעיל השאלה מתורצת: בית הדין צריך להחליט כבר בתחילת הדיון על מי מוטלת החובה להביא ראיה. החלטה זו נעשית עוד לפני בדיקת הראיות, ולכן אין לצרף עדות של עד אחד כדי לקבוע שחובת הבאת הראיה מוטלת על הצד שכנגד. (ואפילו בא עד אחד בפני בית הדין עוד לפני תחילת הדיון, מכל מקום אין להחליט עליו בתורת ראיה, כי יתכן שהצד שכנגד יפסול את העד, או יביא ראיות הפוכות). אבל כאשר יש לתובע טענת ברי בסיוע חזקה דמעיקרא, הרי שהחיזוק לטענת התובע (חזקה דמעיקרא) נובע מהגדרת המצב, ולכן מוגדר הנתבע המשיב בטענת שמא כמי שעליו חובת הראיה.

### ברי ושמא בצירוף רוב - מועיל

מה הדין כאשר התובע טוען ברי והנתבע שמא, ויש גם רוב לטובת התובע? אמנם להלכה אין הולכים בממון אחר הרוב כדי להוציא ממון, אבל האם ניתן לצרף רוב לברי ושמא, כשם שמצרפים

22. כמו שמבואר בכתובות יב,ב, ועי"ש באמרי בינה שהוכיח שלא רק חזקת הגוף מועילה.

23. כך טוען אמרי בינה על סמך שתי הוכחות: א. לפי חלק מהפוסקים עד אחד באיסורים נאמן גם נגד חזקה, ב. עד אחד בממון מחייב שבועה, ואילו חזקה דמעיקרא לטובת התובע הנתבע פטור לגמרי.

מיגו או חזקה דמעיקרא? לפי החישוב הפשוט כן, שכן רובא וחזקה רובא עדיף (קידושין פ, א ועוד), ואם סיוע של חזקה דמעיקרא לברי ושמא מוציא ממון, קל וחומר סיוע של רוב.<sup>24</sup>

ניתן גם להביא ראיות לכך שברי ושמא בסיוע רוב מועיל להוציא.

א. במשנה כתובות (בבלי דף יג, א) האשה טוענת ברי "מוכת עץ אני" והבעל טוען טענת שמא "דרוסת איש את", ולדעת ר"ג ור"א האשה נאמנת. איזה סיוע יש לאשה שמכוחו היא נאמנת בברי ושמא?<sup>25</sup> רש"י (כתובות יב, ב) פירש שיש לאשה מיגו (שיכלה לומר מוכת עץ תחתך), אבל כבר כתבו תוס' (שם ד"ה אלא) שלדעת ר' יוחנן אין לאשה מיגו (כמו שאומרת הגמ' כתובות יג, א שלפי רבי יוחנן כאשר האשה אומרת מוכת עץ אני לפני האירוסין היא תובעת מאתים, ואין לה טענה מעולה יותר שהיתה יכולה לטעון). הר"ן בכתובות פירש שגם שם יש לאשה ברי בסיוע חזקה: חזקת בנות ישראל שאינן מזנות. חזקה זו שכתב הר"ן אינה דומה לחזקה המוזכרת בכתובות יב, ב שמסייעת לאשה הטוענת "משארסתני נאנסתי": שם זו חזקת הגוף דמעיקרא שהיתה בתולה, וכאן זו חזקת אומדנא וסברה, וגם בזה כתב הר"ן שמועיל לסייע לברי, וה"ה שרוב יועיל.<sup>26</sup>

ב. במשנה הנ"ל הבעל טוען "שמא דרוסת איש את". מצב של דרוסת איש יתכן ע"י שהאשה זינתה מרצונה או ע"י שנאנסה. דברי הר"ן הנ"ל "חזקת בנות ישראל שאינן מזנות" מסבירים רק מדוע האשה נאמנת לטעון שלא זינתה ברצון, אבל עדיין יטען הבעל: "שמא נאנסת", אם כן מדוע גובה האשה כתובה? בשו"ת בית הלוי<sup>27</sup> מתרץ על פי הירושלמי (שהביאו תוס' כתובות דף ט, א) שאונסא קלא אית ליה, וכשארין קול יש רוב שלא נאנסה. לפי זה האשה נאמנת לומר "מוכת עץ אני" על סמך ברי בסיוע רוב, ומזה מוכיח בית הלוי שברי עם רוב מועיל להוציא ממון.

ג. בעה"ת (שער כט ה"ב) וש"ך (הו"מ צא ס"ק יב) כתבו שגם חזקת שליח עושה שליחותו מצטרפת לברי ושמא להוציא ממון, וחזקה זו היא חזקת אומדנא ובירור.

### קושיה ממוכר שור לחברו

לגבי מוכר שור לחברו ונמצא נחנן נחלקו רב ושמואל (ב"ק מו, א, ב"ב צב, א) האם הולכים בממון אחר הרוב (של הקונים שקונים שור לצורך חרישה) והוי מקח טעות, והלכה כדעת שמואל שאין הולכים בממון אחר הרוב ויכול המוכר לטעון שהקניה נעשתה לצורך בשר השור ולכן אין מקח טעות.

24. חשבון זה כתבו פני יהושע והפלאה כתובות יב, ב.

25. למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף.

26. הרש"ש יב, ב כתב גם כן שחזקה זו שכתב הר"ן היא כרוב. אבל התקשה בזה, שכן בגמרא מצאנו חזקה בצירוף בו"ש ולא רוב בצירוף בו"ש. לענ"ד אין קושייה, דכמו שברי עם חזקה מועיל, ה"ה ברי עם רוב.

אפשר לדחות את הראיה לפי מה שחידשו כמה אחרונים שחזקת כשרות אינה חזקת אומדנא, אלא זו חזקה דמעיקרא: שמתחילה היה האדם כשר וכעת אם עבר עבירה נעשה רשע ונפסל לעדות ושבועה וכדומה. (ע' בספרי "לקט מראי מקומות" ערך חזקה אומדנא מקורות בענין). אפשר לדחוק שזו כוונת הר"ן שכתב שחזקת בנות ישראל שאינן מזנות. אבל דוחק לפרש כך, שכן מהניסוח של הכלל משמע שהנאמנות מטעם בירור ולא מטעם חזקה דמעיקרא.

27. ח"ג ריש סימן יז.

הקשו פני יהושע והפלאה (כתובות יב, ב): הרי מלבד הרוב המסייע לקונה הרוצה לבטל את המקח, יש גם ברי ושמא לטובתו: הקונה טוען בוודאות שקנה לצורך חרישה, ואילו המוכר אינו יודע את כוונת הקונה, וטוען: "שמא קנית לשחיטה". (אבל אם הקונה התכוון לחרישה הוי מקח טעות גם אם המוכר כיוון לשחיטה!) אם כן מדוע לא נאמר ברי ושמא בסיוע רוב מועיל, כשם שברי ושמא בסיוע חזקה מועיל, שהרי רובא עדיף מחזקה?

הם מתרצים:<sup>28</sup> הקונה לא יכול לטעון טענת ברי שהתכוון לקנות לצורך חרישה, ולא דנים כלל מה היתה דעתו של הקונה בליבו, שהרי דברים שבלב אינם דברים! הדיון הוא האם על סמך הרוב נחשב כאילו פירש הקונה שקנה לצורך חרישה או לא. אם הולכים בממון אחר הרוב נחשב כאילו פירש, ואם רוב לא מועיל להוציא ממון אין זה נחשב כאילו פירש את תנאו, ונותרנו עם הכלל שדברים שבלב אינם דברים.

תירוצם נאה ומתקבל, אבל לענ"ד סברתם תלויה במחלוקת ראשונים, וישנם ראשונים שלא פירשו כך את מחלוקת רב ושמואל. מצד אחד, הרשב"ם ב"ב (צב, א ד"ה לשחיטה מכתיו לך) נקט כסברתם (וכתב שלכן אין זה ממון המוטל בספק, וגם לפי סומכוס לא חולקים, אלא הכסף נותר ביד המוכר). וכן נראה מדברי תוס' כתובות (עו, ב ד"ה על בעל החמור, מתחיל בע"א).

אבל נראה שראשונים אחרים הבינו שהדיון אינו האם היה מוטל על הקונה לפרש את התנאי, אלא הספק הוא האם הקונה הזה התכוין בפועל לקנות לצורך חרישה או לצורך שחיטה.

א. מדברי תוס' ב"ק (כז, א ד"ה המניה) נראה שטענת הקונה נחשבת ברי וטענת המוכר שמא.<sup>29</sup>  
 ב. נראה שלפי דעת הרשב"ם (ב"ב) והתוס' (בכתובות עו) גם כאשר הקונה עדיין לא שילם את הכסף עבור הקניה, יפסק שמואל שעליו לשלם. שכיוון שהיה מוטל על הקונה לפרש שקונה לצורך חרישה (ורוב לא נחשב כפירוש), אז גם אם הקונה עדיין מוחזק בכסף מכל מקום דברים שבלב אינם דברים והקנייה חלה ועליו לשלם עליה. (וכן כתב פני יהושע ב"ב צב, א לדעת רשב"ם). אבל בראשונים מבואר שאם הקונה עדיין מוחזק בכסף ואינו בא להוציאו מיד המוכר לכו"ע אינו צריך לשלם, וכן נפסק בשו"ע (ח"מ רל"ב, כג). אם כן אותם ראשונים אינם סוברים כסברת פני יהושע והפלאה שהדיון הוא האם נחשב תנאי או לא, אלא דנים מה היה בליבו של הקונה.<sup>30</sup>

28. פנ"י בקונטרס אחרון לכתובות שם והפלאה הנ"ל. סברה זו כתובה גם בהגהות קרני ראם למהרש"א כתובות שם.

29. ע' רע"א שם מה שפלפל בדברי תוס', נראה שלדעת תוס' ב"ק עצם העובדה שיש רוב שקונים לחרישה כבר מוציאה את טענת הקונה מכלל דברים שבלב ונחשב כאילו התנה, וגם למ"ד אין הולכים בממון אחר הרוב נחשב כאילו התנה. המחלוקת בין רב ושמואל היא האם בפועל הקונה התכוון לקנות לחרישה ולכן יש לו טענת ביטול מקח או לא.

30. גם מהרש"א כתובות יב, ב נקט שטענת הקונה ברי וטענת המוכר שמא.

לפי ראשונים אלו, שטענת הקונה ברי וטענת המוכר שמא, חוזרת למקומה השאלה: מדוע לא נאמר שטענת הקונה ברי שקנה לחרישה בצירוף רוב שקונים לחרישה תגבר על טענת שמא (כשם שברי וחזקה מוציא ממון)?<sup>31</sup>

### הבחנה בין סוגים שונים של רוב

נראה לי ליישב את הדברים על סמך האמור לעיל, בצירוף הבחנה בדיני רוב.

ישנם שני סוגים של רוב: ישנו רוב המהווה הוכחה למקרה שבפנינו אבל אין בו קביעה כללית. (לדוגמה: כאשר בעיר תשע חנויות מוכרות בשר כשר וחנות אחת מוכרת בשר נבלה, הרוב מתייחס רק לעיר זו בהווה. אבל בערים אחרות, או בעיר זו בעתיד יתכן שאין רוב כזה). לעומת זה ישנו רוב שאינו מתייחס רק למקרה מסוים, אלא הוא מצב קבוע ומתמשך, משום שכך דרכו של עולם.<sup>32</sup>

כאשר מדובר ברוב שהוא מצב קבוע ורגיל, רגילים חז"ל פעמים רבות לכנות את הרוב במונח "חזקה"<sup>33</sup> ולא במונח רוב. פירוש המושג "חזקה": כך היא פשטותם של דברים, ודרך זו היא חזקה יותר ללכת בה מאשר ללכת בעקבות האפשרות השניה.<sup>34</sup> גדר הדברים הוא כאמור לעיל, שדרכם של חז"ל להרחיק את הספיקות ולאפשר אורח חיים תקין. משום כך כאשר יש רוב שחוזר על עצמו בכל מצב, קובעים חז"ל לא רק להכריע כמו הרוב, אלא להתייחס למצב כאילו אין ספק כלל, ויש להניח שהדברים התרחשו כפי שהם מתרחשים בדרך כלל, מפני שזהו מצב "טבעי" יותר.<sup>35</sup> לא לחנם נקטו חז"ל במונח "חזקה", שהוא גם המונח שבו הם משתמשים לגבי חזקה דמעיקרא. המשותף בשתי החזקות הוא הגדר שהזכרתי לעיל, שאין לנו לחשוש כלל לספיקות (שגדרו מעין "אין ספק מוציא מידי ודאי"), אלא ללכת אחר האפשרות שנראית חזקה יותר.

לאור זאת נראה לי לחדש: רוב המתייחס רק למקרה הספציפי לא מועיל להוציא ממון בצירוף ברי ושמא, ואילו רוב המבוסס על דרכו של עולם מועיל להוציא ממון בצירוף ברי ושמא. ואע"פ שרוב חנויות הוא רובא דאיתיה קמן (המבוסס על כמות ברורות של שתי הקבוצות), ונחשב רוב חזק יותר מרובא דליתיה קמן (כמו ששמע מהגמרא יבמות קיט, א), בכל זאת לענין צירוף לברי ושמא להוציא ממון הסברה שונה: רוב המוגדר כהוכחה לא יועיל, וזה בהתאם לאמור לעיל, שאין לצרף ראייה כדי לקבוע על מי מוטלת חובת הראיה. אבל רוב שהוא דרכו הטבעית של עולם, וקרובי חזקת אומדנא, גדרו הוא שאין לחשוש לאפשרות השניה, אלא יש להניח שהדברים התרחשו כמהלכם הטבעי עד שלא יוכח ההפך (בדומה לחזקה דמעיקרא), ולכן מצטרף לברי ושמא כדי להוציא ממון, כי חובת הראיה מוטלת על הטוען שמא.

31. פני יהושע מציע תשובה מחודשת נוספת: שחזקה עדיפה על רוב, ואין כאן מקום לדון בזה.

32. כל רובא דאיתיה קמן אינו רוב כללי. אבל לא תמיד רובא דליתיה קמן הוא כללי. ראה דוגמה להלן.

33. בראשונים ובאחרונים קוראים לזה לפעמים "חזקת אומדנא", כדי להבחין בין חזקה זו ובין חזקה דמעיקרא.

34. בשפה העברית כיום משתמשים במונח 'אישוש', שמקביל למושג "חזקה".

35. טבעי לאו דווקא במובן של חוק פיסיקלי, אלא כל הנהגת העולם נקראת טבע, כולל התנהגות אנושית הנובעת מטבעו של אדם.

לעיל הבאתי שלשה דינים שמהם ניתן ללמוד שבברי ושמא בסיוע רוב מועיל להוציא ממון: א. חזקת בנות ישראל שאינן מזנות, ב. אונסא קלא אית ליה, ג. חזקה שליח עושה שליחותו. בכל הדינים הללו הגדר הוא שאין לחשוש כלל שמא התרחשה האפשרות האחרת, אלא ללכת בעקבות דרכו הנורמלית של העולם (שבנות ישראל אינן מזנות, ושם לא שמענו על אונס אין לחשוש שהוא התרחש, והשליח בדרך כלל מקיים שליחותו). קביעות אלו אינן נתפסות כהוכחה, אלא זו "חזקה", שהיא ברירת מחדל/הנחת עבודה. משום כך אפשר להתחשב ברוב מסוג זה גם כצירוף לברי ושמא, למרות שעדיין לא הגיע שלב הבאת הראיות של בעלי הדין. כי גם ללא ראייה, הנחת העבודה שלפיה אנו חיים היא שבנות ישראל לא מזנות. לאיזה סוג של רוב יש לשייך את "רובא לרדיא זבני"?

בגמרא קידושין (דף נ, ב) מבואר (לפי גירסת הגאונים המובאת בראשונים) שחששו לקידושין על סמך סבלונות (מתנות שנתן החתן) למרות שרק מיעוט מקדשי והדר מסבלי. מדוע חוששים למיעוט ולא סומכים על הרוב? מסבירים הראשונים (רמב"ן במלחמות, ריטב"א, ר"ן על הרי"ף) שרוב מסבלי והדר מקדשי חלש יותר, בגלל שרוב זה אינו טבעו של עולם. כפי שכותב הר"ן (דף כב, א מדפי הרי"ף):

לפי שאין רוב זה קבוע ומחוייב דומיא דרוב נשים מתעברות ויולדות ומיעוט מפילות, שהוא רוב קבוע מצד טבע העולם. אבל רוב זה שאינו אלא מצד המנהג, והמנהג עשוי להשתנות, אין זה רוב חשוב שלא לחוש למיעוטו.

גם התנהגות אנושית קרויה בחז"ל חזקה, כגון "חזקה אין אדם פורע תוך זמנו"<sup>36</sup>. אבל יש הבדל בין התנהגות אנושית טבעית, ובין מנהג כמו מתן מתנות של החתן לכלה (לפני או אחרי הקידושין), שאינו נובע מדחף טבעי אלא מהרגלים חברתיים. במנהגים יש לאדם בחירה שלא לנהוג לפיהם, והם גם משתנים מדור לדור, ולכן אין רוב זה מוצק וטבעי כל כך.

נראה שגם "רובא לרדיא זבני" אינו "מצד טבע העולם" אלא "מצד המנהג". קנייה לצורך אכילת בשר השור אינה חריגה מהסדר הטבעי של הדברים בעולם, והיא תלויה ברצונו של הקונה.<sup>37</sup> לכן רוב זה מוגדר כהוכחה ולא מוגדר כ"חזקה", והוכחה אינה יכולה להצטרף לטענת ברי ושמא, כי בית הדין נדרש להכריע לפני בדיקת הראיות מי מבעלי הדין בעמדת עדיפות.

36. הרמב"ן במלחמות הנ"ל מבחין בין רוב תינוקות מטפחים באשפה שעליו נחלקו ר"מ וחכמים, ובין רוב מסבלי והדר מקדשי שהוא רוב התלוי במנהג ולכן חלש יותר. גם רוב תינוקות מטפחים באשפה מבוסס על התנהגות אנושית, ובכל זאת הרמב"ן מחלק בינו ובין רוב מקדשי והדר מסבלי שהוא רק מנהג ולכן חלש יותר. זה מוכיח שכוונת הראשונים להבדיל בין מנהג ובין התנהגות טבעית.

37. כך נקט גם בשב שמעתא ד, ו. שם הסביר שרוב מועיל גם בדיני נפשות, ומה שלא הולכים בממון אחר הרוב זה דווקא ברוב כמו רובא לרדיא זבני, משום שהוא רוב חלש יותר משום שאינו מבוסס על טבעו של עולם, והביא שם דברי הראשונים הנ"ל בקידושין.