

לא נפקא לן מלא תשים דמים, כמו כלב רע וסולם רעוע. ושם משום דשור המועד לא הוי מזומן כ"כ כמו הני, וגם אית ליה תקנתא טפי בשמירה, ומה"ט נמי ביחא דרבנן דפליגי עליה דר"א בשור המועד, ואמרי מותר לקיימו, ל"פ עליה דר"נ בכלב רע וסולם רעוע.<sup>4</sup>

תוס'. ד"ה אלא טעמא דר"א כדתניא. תימה מהאי טעמא וכו'. וי"ל דבור אית ליה תקנתא טפי<sup>5</sup> וכו'. ועי"ל דמעיקרא וכו' לאו לענין תשלומין איירי אלא לגבי איסור בעלמא וכו' אבל מודה שאם שמרו שמירה מעולה והזיק פטור, מיהו בשמירה פחותה ודאי לא סגי' מראסור לקיימו וכו'. לענין תם נראה דל"ל דבעי נמי שמירה מעולה, וכו' ס"ל, דא"כ מאי ר"א אומר וכו' דקתני במתניתין דמשמע דפליג לענין תשלומין. וע"כ נראה דלהאי תירוצא פליג ר"א ואמר דאין לו שמירה אלא סכין ואסור, ומהאי טעמא מועד לא סגי' ליה בשמירה פחותה, אבל תם לא הוי בכלל לא תשים דמים וגו' מותר לקיימו וסגי' ליה בשמירה פחותה.<sup>6</sup>

וכהאי תירוצא בתרא, דר"א לא לענין חיוב תשלומין קאמר אלא לענין איסורא, כתבו עוד ראשונים, הראב"ד והרשב"א ובתוס' ר"פ<sup>7</sup>. אבל בנמו"י כתב: „הא דר' נתן הלכתא היא, ומיהו נהי דר"א אית ליה דר"נ, מיהו ר"נ לית ליה דר"א, דאימור דאמר ר"נ לענין איסורא, אבל לענין חיובא לא".<sup>8</sup>

כתב הרי"ף: „ר"א אומר אין לו שמירה אלא סכין, כלומר, שאינו נפטר מדין שמים אלא בשחיטתו". ואח"כ כתב: „אע"ג דקי"ל כר' נתן לית הלכתא כר' אליעזר דאמר אין לו שמירה אלא סכין". ויש שהקשה, כיון דכתב דר"א מדין שמים קאמר, כיצד כתב אח"כ דלית הלכתא כר"א?<sup>9</sup> ויש שכתב דהאי כלומר וכו' שנקט הרי"ף הוא לפי מה דקי"ל כר' נתן שאסור לקיימו, כדמסיק אח"כ, ואין זה סברא של ר"א, אלא שחייב בדיני אדם, וע"ז כתב ולית הלכתא כר"א.<sup>10</sup>

בשטמ"ק. וכו' מדברי היש"ש סי' ל"ג שכתב: „וג"ל אף בומן הוה דליכא מועד מ"מ היכא שנגח ג"פ והוחזק נגחן והשטן מרקד בין קרניו א"כ אין לו שמירה אלא סכין". וראה ברא"ש פ"ק סוס"כ ובמלאכת שלמה במשניות. וראה ביש"ש שם שכתב שגם ר"י הסובר דמועד בש"פ סגי מ"מ מודה דאסור לקיימו, ע"ש. 7 ברשב"א כתוב: „אלא שאסרו להשהותו משום מדת חסידות", ומלשון שאסרו משמע דהוא איסורא מדרבנן. ובגמרא משמע דהוא איסורא דאורייתא, ואולי צריך להגיה: „שאסור". 8 וכ"כ בתוס' רי"ד דר"א לענין חיובא קאמר, אך כתב דמן הדין היה לו להיות פטור מנזקין כיון ששמרו, אלא דקנסין ליה להתחייב בנזקין משום דעבר על ד"ת, ובהאי פליגי רבה ואביי, דרבה סבר לחיובי מדאורייתא, ולאביי אינו אלא משום קנסא, ע"ש. 9 מלאכת שלמה על משניות. 10 ח"י אנשי שם בשם מהר"ן שפירא, וע"ש.

תוס'. ד"ה בחזקת שימור קיימו. אין הפירוש וכו' ומיהו בין לר"מ בין לר"י סברי שפיר פלגא נזקא קנסא. וה"ה דיכולים לסבור פ"נ ממונא.<sup>25</sup>

תוס'. ד"ה לא פטר ר"י אלא צד העדאה שפן. מפסברא אומר כן, דאטו משום שנעשה מועד גרע ויפטר אפילו מח"נ בשמירה פחותה. וא"ת התינה לחומרא וכו'. וי"ל הואיל דצריכין אנו לומר צד תמות וכו' ה"ה לקולא. לכאורה היה נראה דדוקא היכי דשמרו שמירה פחותה, אז יש להח"נ שמשלם דין תמות לשלם מגופו ודכוותיה, אבל בלא שמרו כלל דחייב גם מצד מועדות לא יהיה בו דין תמות כלל לקולא. אך לא משמע כן לעיל<sup>26</sup>, דמוקי אביי הא דר' יעקב במועד ולא נטריה כלל, וצד תמות במקומה דאין מעמידין בו אפוטרופוס, הרי דאמריגן צד תמות לקולא אפילו בלא נטריה כלל.<sup>27</sup>

תוס' בא"ד. ומיהו ליפטר בהודאתו למ"ד פ"נ קנסא לא אמרינן במקומה עומדת דכיון דאייקד לאו קנסא הוא.<sup>28</sup> אפילו כששמרו שמירה פחותה, ואינו משלם אלא ח"נ מצד דין תמות, מ"מ לא הוי קנס, דמאחר דהועד, דינא הוא דמשלם.<sup>29</sup>

אה"ח 1234567

דף מו, א. א"ל אביי, אלא מעתה דכתיב ולא יכסנו נמי שוב אין לו כיסוי לזה, וכי תימא וכו'. לרב יוסף דאמר לקמן<sup>1</sup> דלר"ע בור ברה"ר פטור, וכי יפתח וכי יכרה מיצרך צריכי, דאי כתב כי יפתח הו"א פותח הוא דסגי ליה בכיסוי, אבל כורה עד דטאים ליה, לדידיה ליכא למיפדך, דהא מדכתביה רחמנא לכי יפתח ע"כ אי אפשר לומר דולא יכסנו שוב אין לו כיסוי, ודילמא ר"א כר"ע ס"ל, ולא פריך אלא לרבה דקאמר התם<sup>2</sup> דלכו"ע כי יפתח וכי יכרה בא לומר דעל עסקי כרייה ופתיחה בא לו.<sup>3</sup>

אלא אמר אביי, היינו טעמיה דר"א כדתניא, ר' נתן אומר מניין וכו'. פירש"י: „הכי נמי האי לא ישמרנו לא יקיימונו הוא". וכתב ע"ז בתוס' ר"פ: „צ"ע אמאי

שינוי לשון מ"מ מצינו למילף בג"ש כמש"כ התוס' יז, ב ד"ה קמ"ל. 25 תוס' ר"פ, וע"ש. 26 לט, ב. 27 נחלת יהושע, וע"ש. וראה בהלכה למשה שנשאר באמת בקושיא על התוס' כשלא שמרו כלל ויש לחייבו מצד מועד, מדוע נאמר שלא ישלם ח"נ אלא מגופו. 28 ראה בשטמ"ק בשם הר"א מגרמישא. 29 יש"ש סי' ל"ד. וראה במעשה חושב שרוצה לומר דכשמשלם רק ח"נ יש לו דין קנס, כמש"כ התוס' לעיל כד, א ד"ה השתא, דאין ח"נ, חלוק ע"ש. 1 נ, א. 2 מט, ב. 3 הגהות מצפה איתן. 4 בפנ"י כתב בפשיטות, דמקרא דלא תשים וגו' לא שמעינן אלא איסורא בעלמא, אבל חיובא, אם עבר וקיימו בשמירה מעולה, לא ידעינן, להכי בעי קרא דולא ישמרנו שיהא חייב לשלם, ע"ש, וזהו לפי מה שמשמע ששיטת רש"י שגם למסקנא ר"א חיובא קאמר, ולא איסורא לקיימו בלבד. ראה בסמוך. 5 ראה בכובע ישועה. 6 מהדו"ב, וכו' מדברי הרא"ה

## פרק חמישי

## שור שנגח את הפרה

אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה. מבואר בגמרא<sup>8</sup> שאף בעומדת באגם אי אפשר להוציא מחזקת מרא קמא. יש שכתבו שחזקת מרא קמא היא ככל חזקה דמעיקרא בשאר דיני התורה, ויש להניח הממון כפי שהיה עד עתה<sup>9</sup>. ויש שכתבו שחזקת מרא קמא הוא גדר חזקת ממון, שהיות שעד עתה היה הממון שלו, הרי הוא גם עכשיו בחזקתו, ואע"פ שאינו ברשותו<sup>10</sup>.

דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה. במסכת כתובות<sup>11</sup> שנינו, הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני גאנסתי וכו', והוא אומר לא כי וכו', רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים גאמנת, ואמר ר"י אמר שמואל הלכה כר"ג, וטעמו של ר"ג משום דאוליגן בתר חזקה דגופא ובתולה נשאת. והקשה בתוספות רי"ד<sup>12</sup>, דא"כ גם כאן יש לגזוק חזקת הגוף שהיתה הבהמה מעוברת, וצריך המזיק להתחייב, ובשלמא על המשנה ל"ק, משום דהו"ל שמא ושמא, ובשמא ושמא לא אויל ר"ג בתר חזקת

משנה. שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת כצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד וכן פרה שנגחה את השור ונמצא וילדה בצידה וכו'. הכא בסיפא דולד חי הוא קרי ליה ולד<sup>1</sup>. וכמו כן ברישא לענין תשלומין נקט ולד, דלכך משלם, לפי שהיה אפשר להיות ולד<sup>2</sup>.

אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין. התוס' במסכת ב"מ<sup>3</sup> כתבו דלסומכוס הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו. ויש מהאחרונים שכתב שאכן זהו הטעם דחולקין, ולא ס"ל חזקת מרא קמא, משום דממון המוטל בספק חשיב כאילו שניהם מוחזקין בו<sup>4</sup>. ואחרים כתבו הטעם דלא אויל סומכוס בתר חזקה, דמכיון שנולד ספק לב"ד בלא טענותיהם<sup>5</sup>, ה"ו ריעותא בחזקה, וחזקה שהורעה אינה חזקה<sup>6</sup>. ברם למ"ד מודה סומכוס בברי וברי, א"א לומר טעם זה, דכיון דאתרע החזקה מה בכך דאומר ברי, וצ"ל שסובר דהוי חזקה אף דאיתרע, אך כיון שבעצמו טוען שמא, מגרע לכח החזקה<sup>7</sup>.

ש"ה פ"י, דהחלוקה היא דין פשרה, וביאר שם הכה שיש לב"ד לפסוק פשרה זו. וע"ע ישועת דוד חו"מ סי' י"ז שפירש בדעת בעה"מ והראב"ד, דאף לסומכוס מעיקר הדין הממע"ה, אלא שחכמים הפקיעו החזקת מרא קמא, והעמידו בחזקת שניהם לפסוק דין חלוקה, ע"ש. וראה להלן מו, ב הערה 15. 8 ב"מ ק, א. 9 ש"ש ש"ד פכ"ד, גתה"מ סי' פ"ח סק"ד, חת"ס אהע"ז ח"א סי' פ', שו"ת רע"א סי' קל"ו וסי' ל"ז. וראה קונטרס החזקות וזכרון אהרן סי' א' שלמד מדברי המהר"ק, דהממע"ה גלמד מנגעים דאוליגן בתר חזקה, והא דאיתא להלן מו, ב מניין שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ע"ש שמבאר דהכא יש חזקת מעוברת, ובכה"ג א"א ללמוד מנגעים, וע"ש ביאור הסוגיא. 10 קונטרס הספיקות כלל א'. וכן העלה בשערי ישר ש"ה פ"ד, והוסיף דבממון אין לדון משום חזקה דמעיקרא, דממונא מאיסורא לא ילפינן, ע"ש. וע' שערי תורה כלל כ"ב פרט ב', בשיטת מהרש"ל, דתרתאי איכא בחזקת מרא קמא, חזקה קמא ומוחזק, ע"ש. וע"ע חמד"ש אור"ח סי' ב', באר יצחק יו"ד סי' י"ה, נחל יצחק סי' ג"ט ס"ב, פתח הבית סי' מ"א ענף כ"ב, בית אליקים סי' ב', שאלות ותשובות ר"י מסלוצק סימן ב', קובץ שיעורים כתובות אות רע"ג ובבא בתרא אות קל"ו. ועי' שאלות ותשובות ר"י מליסא סימן ל"ז דחזקת ממון אינה חזקה מבררת ולכן לא שייך בה סמוך מיעוט לחזקה אליבא דרב דהולכין בממון אחר הרוב, וראה להלן מו, ב הערה 4. וע"ע שאלות ותשובות יד יצחק ח"א סי' סע"ה. 11 יב, ב. 12 שם.

1 תוס' יו"ט. ור"ל דברישא שמת קרי ליה עובר. 2 תפארת ישראל. וראה דק"ס. וע"ע תפא"י שכתב שמדובר בשניכר שנולד מת, ובלא"ה ליכא דררא דממונא, ואף לסומכוס הממע"ה וכדלהלן 5. וראה מחזה אברהם שדייק דדוקא נמצא עוברת בצידה, אבל נמצא מת בתוך הפרה חייב הכל, היות שאפי' אם מת לפני הנגיחה, גם כן הפסידו, שהרי היה נותר בשחיטה. <sup>אוצר החכמה</sup> 3 צו, ב ד"ה לימא, וע"ש בתוס' הרא"ש. 4 קונטרס הספיקות כלל א' ס"ד וכלל ח' ס"ו. וע' תוס' ב"מ קטו, ב ד"ה לימא, שלרבנן בדליכא מוחזק דחולקין, חשובים שניהם מוחזקין, ובקו"ש ח"ב סי' ט' פירש בכוונתם, דע"י הדין יחלוקו הו"ל מוחזקין, ע"ש. וע"ע נחל יצחק סי' צ"א סעיף ד' ענף ו', שהעיר על קוה"ס, שנקט שלרבנן לא אמרינן דחשיבי מוחזקין, ודלא כהתוס' הנ"ל, ולפי הקו"ש אין סתירה מהתו' על קוה"ס. וע' בח"י רמ"ש ב"מ צו, ב, דסברא זו לסומכוס אמורה רק בשמא ושמא ולא בברי וברי, שהרי מודה סומכוס במקום דאיכא שבועה דאורייתא, ואין שבועה להוציא ממוחזק. 5 וכמבואר בתוס' לעיל לה, ב ד"ה זאת. 6 שערי תורה על חזקות כלל י"ז פרט א', וכן שם כלל כ"ב פרט ב', ע"ש. וראה גם במלא הרועים ערך ממון המוטל בספק אות ב', תבואות השדה ת"ב שער א' אות י"א. ועיין לשון הרמב"ן בסמוך 17, שכתב בפשיטות, דלא אלימא ליה לסומכוס חזקת ממון, ומה"ט י"ל דס"ל ברי ושמא ברי עדיף, וראה בסמוך 10—9 בגדר חזקת מר"ק. וראה מהר"ם שיף כתובות יב, ב. 7 שערי תורה שם. וראה שערי ישר

אז נמי לבי הא דאיתמר המוכר שור לחברו ונמצא נגחן <sup>23</sup> רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך. מכאן קשה על מש"כ הרשב"ם <sup>24</sup>, דאף לסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין, ה"מ בשור שנגח את הפרה וכו', שאין ידוע לב"ד איך היה המעשה אם ילדה קודם נגיחה או אחר כן, אבל במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, שאנו יודעים איך היה המעשה, שהרי זה מכרו לזה סתם ונתגלה הדבר שהיה נגחן קודם לכן, מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק, אלא אזלינן בתר ההוא שטוען יפה, דכיון דרובא לא כלום הוא לא היה לו למוכר לפרש דבריו, אלא הלוקח הו"ל למימר לרדיא קבענא ליה, ומדלא פירש הפסיד. ובסוגיא כאן משמע שאף באופן זה חולקים רבנן על סומכוס, כלומר, שגם כנגד רוב אומרים הממע"ה, משא"כ לסומכוס אמרינן יחלוקו <sup>25</sup>.

ומש"כ רשב"ם שהרי זה מכרו לזה סתם, ר"ל דלא מיירי שטוען עתה המוכר טענת ברי שבפירוש התנתי עמד בשעת המכר שהשור לשחיטה. ולכאורה קשה, שהרי באופן זה שהלוקח ברי והמוכר שמא, שהרי אינו יודע מה בלב הלוקח, אזלינן בתר רובא, וכמו שמצינו בכתובות <sup>26</sup>, שאם חזקה מסייעת להברי, אזלינן בתר ברי להוציא, וכל שכן שיש לילך אחרי הברי כשהרוב מסייעו, שהרי רוב עדיף מחזקה. אכן הרשב"ם גופיה פירש הטעם דכיון שרובא לאו כלום, היה להלוקח לפרש דבריו, ולכן אין הולכים אחרי הברי <sup>27</sup>.

המפרשים דקדקו דרב לא קאמר שיכול לחזור בו, אלא דהוי מקח טעות, והיינו משום דה"ו כמוכר יין

הגוף <sup>13</sup>, אבל אמאי דקאמר אפילו נזק אומר ברי ומוזיק אומר שמא הממע"ה, קשיא. ותירץ הרי"ד: „דהיכא אזיל ר"ג בתר חזקה דגופא ומפיק ממונא מחזקת מריה, ה"מ גבי אשה ובעל, שכבר הבעל מחויב ועומד הוא בכתובת האשה, ושטר כתובה עליו, והוא בא מספק לפטור עצמו ממה שהוא מחויב ועומד, התם ודאי אמר ר"ג דאוקי איתתא אחזקתה ומפקינן ממונא מיניה דבעל וכו', אבל הכא שהמוזיק לא נתחייב ממון לניזק מקודם לכן, ועכשיו בא לפטור עצמו וכו', מודה ר"ג דמספיקא לא מחייבין ליה, ואע"ג דאית לתובע חזקה דגופה וכו' <sup>14</sup>. דעת הראב"ד <sup>15</sup> שע"י ברי ושמא מוציאין מחזקת מרא קמא כשאינו מוחזק, ולפי דרכו צריך לומר, שכאן מדובר שהמוזיק מוחזק, ואע"פ שמודה סומכוס שבמחזק הממע"ה, היינו רק בטוען ברי וכמבואר בסמוך <sup>16</sup>.

הרמב"ן בחידושו לב"מ <sup>17</sup> כתב, דמה שאמרו כאן זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדיון הממע"ה דאפי' ניזק אומר ברי ומוזיק אומר שמא, היינו שאכן לסומכוס לא אלימא חזקת ממון, וברי ושמא ברי עדיף, וכן נקטו כמה מהמפרשים <sup>18</sup>. ולפ"ז אין כונת הגמרא לפרש את משנתנו, דמיירי בברי ושמא, דא"כ אין לומר יחלוקו <sup>19</sup>. אבל רבים מהראשונים כתבו, שגם לסומכוס ברי ושמא לאו ברי עדיף ויחלוקו <sup>20</sup>, ומה שאמרו זה כלל גדול וכו' דאפי' ניזק אומר ברי וכו', היינו שגם בזה לא אמרינן יחלוקו, אלא שמא וחזקה עדיף מברי <sup>21</sup>. ויש אומרים שבדעת סומכוס לא נחלקו האמוראים אם ב"ש עדיף או לא, אלא הכל מודים לאו ברי עדיף, אלא יחלוקו <sup>22</sup>.

כתובות יב, ב ד"ה רב הונא, ואף הרמב"ן בב"מ הנ"ל ס"ל כן במסקנת דבריו, וכ"ה בריטב"א החדשים שם. וע"פ דבריהם נקט בקוה"ס כלל ח' ס"ז שאף במקום רוב ס"ל לסומכוס יחלוקו, ע"ש. <sup>21</sup> רמב"ן שם. <sup>22</sup> תוס' כתובות שם. וע' מהר"ם שיף שם. <sup>23</sup> ראה ריטב"א ב"ב צב, א, שאפי' נמצא נגחן פעם אחת. וע' שו"ת אורח לחיים סי' נ"ב. <sup>24</sup> ב"ב שם. <sup>25</sup> מהרש"א שם. וראה תוס' שם לה, א ד"ה ומאי שנא. וע"ש במהרש"א שסיים ב"ל בדוחק. וראה מהר"ם שיף שם ובתומים קיצור ת"כ סימן ע"ט. וראה בגמ' שם צג, א ורשב"ם שם, וכן תוס' שם, וע"ע משכנ"י יו"ד סי' ל"ז. <sup>26</sup> יב, ב. <sup>27</sup> פנ"י כתובות שם ובקו"א שם אות ל"ט, וע"ש עוד מש"כ לישב באופן אחר. וראה להלן מו, ב הערה 7. וע"ע פתח הבית סימן כ"ג ענף ד'. וראה חוסן ישועות ב"ב שם שהעלה לפרש דמיירי שהמוכר טוען ברי, אבל בלא"ה, ברי דלוקח עדיף. וע"ע ח' ר"ש הלוי. וראה ברי"י מיגאש ב"ב שם, תוס' לעיל כו, א ד"ה ואיכא, וכן המאירי כאן. וע' פירוש קדמון ב"ב שם, דמשמע מדבריו דבטוען המוכר ברי, אף לרב אין זה מקח טעות, ע"ש. וע"ע גדו"ש ב"ב שם, שו"ת שם אריה קו' רוב וספק בממון אות ל"א. וע"ע ונגש הכהן כלל ז' באריכות. וראה שאלות ותשובות בית מאיר סימן ט"ז.

<sup>13</sup> עיין כתובות יד, א. <sup>14</sup> וע"ע ש"ש ש"ב פ"ו. וראה שערי ישר שער החזקות פרק י"ג שביאר דברי תוס' רי"ד, וכן שו"ת אגרות משה חו"מ סי' כ"ד, כ"ה. ובשערי תורה כלל י"ז פ"ז כתב, דחזקת מעוברת קלישא, לפי שעשויה להשתנות, וכן כיון שאפשר שמחמת ביעתותא הפילה, ליכא חזקה, וראה גם ש"ש ש"ד פ"ב. עוד כתב בשע"ת שם, דכנגד חזקת מעוברת יש חזקת ממון וולד לפניך, והוי תרתי לריעותא, וע"ש עוד באופן אחר. וע"ע דרכי ישר, גדולי שמואל. וע"ע שו"ת אורח לחיים סי' ל"ז נתיב ב'. וראה תשובת בעל מגיני שלמה ושו"ת פנ"י בשו"ת בית אפרים חו"מ סי' נ"ד. <sup>15</sup> ב"מ ק, א בשטמ"ק. <sup>16</sup> קונטרס הספיקות כלל א' סי' ז', וראה להלן. <sup>17</sup> צו, ב. <sup>18</sup> פנ"י, תומים סי' ע"ה ס"ק י"ג, וכן ביאור הגר"א שם סקמ"ו, והוסיף, דהיינו רק בברי טוב ושמא גרוע, דאל"כ תקשי מלעיל לה, ב, ע"ש. וע"פ דרך זה צ"ל גם לענין רוב, דלסומכוס אכן הולכין בממון אחר הרוב, וראה בחי' הראב"ד בסמוך מו, ב ד"ה הא, ושם ציון <sup>17</sup>, שגראה כן מדבריו. וע"ע יד רמה ב"ב צג, א אות י"ז. וראה בסמוך <sup>20</sup>. <sup>19</sup> פנ"י. ולהגר"א הג"ל, דהיינו רק בברי טוב ושמא גרוע, הנה במשנתנו גם לסומכוס יחלוקו. וראה להלן <sup>65</sup>. <sup>20</sup> תוס' ב"מ צו, ב, וכן שם בתוס' הרא"ש, תוס' ר"פ, וכ"כ התוס'.



שכיון שהדבר ידוע לכל העיר דהאי גברא לרדיא זבין ולא לשחיטה, הוה ליה כמאן דמסר מודעא דלרדיא זבין<sup>42</sup>.

לא צריכא בגברא דזבין להא ולהא. כתב הרא"ש: „וסבר רב דאזלינן בתר רובא ואע"ג דזה האיש קונה לזה כמו לזה מכל מקום כיון דרובא דעלמא מסייע לרדיא מכריע דעת הקונה לצד הזה“<sup>43</sup>. אמנם בירושלמי<sup>44</sup> מבואר דזבין להא ולהא אינו טבח ועובד אדמה כפירוש רשב"ם<sup>45</sup>, אלא מיירי בסרסור שקונה ע"מ למכור להצריכים לרדיא או לנכסתא, ומשו"ה אמרינן דמסתמא קונה שור שאפשר למוכרו לרובא דאינשי<sup>46</sup>.

ונחזי אי דמי רדיא לרדיא אי דמי נכסתא לנכסתא. כתב הטור<sup>47</sup>: „ואם הוא גברא דלא זבין אלא לרדיא והמוכר מכירו הוי מקח טעות אפילו לא יהיב אלא דמי בשרא דהוי כפירש לרדיא ואי גברא דלא זבין אלא לשחיטה מסתמא לשחיטה קנאו וכו'“. והכי מוכח מדאקשינן וליחזי אי גברא דזבין לנכסתא לנכסתא וכו', ולא פרקינן בגברא דזבין לנכסתא ויהיב דמי רדיא, א"נ גברא דזבין לרדיא ויהיב דמי בישראל, אלא בע"כ דגברא דזבין לרדיא הוי מקח טעות, אפי' לא יהיב אלא דמי בישראל, ובגברא דזבין לנכסתא לא הוי מקח טעות אפי' יהיב דמי רדיא, ותו מדנטר בהך קושיא דאקשינן וליחזי דמי היכי נהו עד לבתר דפרקינן בגברא דזבין להכי ולהכי, מכלל דגברא דלא זבין אלא לרדיא ליכא הוכחה בדמי, אלא אפי' לא יהיב אלא דמי בישראל הו"ל כאילו פירש לרדיא, וכן בגברא דלא זבין אלא לנכסתא, אפי' יהיב דמי רדיא הו"ל כאילו פירש לנכסתא<sup>48</sup>.

לא צריכא דאוקיר בשרא וקאי בדמי רדיא. ובמסכת ב"ב נוסף בגמרא: „אי הכי למאי נפקא מינה נפקא

ונמצא חומץ, ועל כן אף המוכר יכול לחזור בו אם נתייקר השור אח"כ, ואילו אמר רק שיכול לחזור בו, היה משמעו שרק הלוקח חוזר בו<sup>28</sup>. ועוד דקדקו דשמואל לא אמר שאין זה מקח טעות הפך דברי רב, וטעמא דמילתא ע"פ המבואר בראשונים<sup>29</sup>, שאם הלוקח מוחזק במעותיו, אף לשמואל יכול לחזור בו, ולכן א"א לו לומר שאין זה מקח טעות<sup>30</sup>.

ומה שנתבאר שאם הלוקח מוחזק במעות לכו"ע חוזר בו, יש מהפוסקים שכתבו, דהיינו אם כהדדי נינהו, הקונים לרדיא והקונים לשחיטה<sup>31</sup>, משמע שסוברים שאם רובא זבין לשחיטה, שמוציאין המעות מיד הלוקח ולא מועילה לו החזקה, והטעם מאחר שכבר משך הבהמה אליו וקנאה בקנין, משא"כ כשמעות ביד המוכר, דאין מוציאין מידו אע"ג דרובא זבין לרדיא, כיון שכבר קנאו הלוקח בקנין גמור<sup>32</sup>. ויש שפירש ע"פ המבואר בתוס'<sup>33</sup>, דרובא לרדיא זבין, לא חשיב כי הנך רובא, הילכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות, וטעמא דמילתא, דכנגד אדם אחד שקונה מאה שוורים לרדיא, איכא מאה בני אדם שקונים עשרה שוורים לאכילה<sup>34</sup>, ולכן אם הרוב קונים לשחיטה, ה"ז רוב גמור, ומוציאין המעות מיד הלוקח<sup>35</sup>.

אמאי ונחזי אי גברא דזבין לרדיא אי גברא דזבין לנכסתא<sup>36</sup>. פירש רשב"ם<sup>37</sup>: „אי הא גברא עובד אדמה הוא ולא טבח ורגיל לקנות שוורים לחרישה וכגון שהיו מכירין זה את זה ודאי לרדיא זבין וכו'“. גראה שסובר שאם אין המוכר מכירו דלא זבין אלא לרדיא, לא הוי מקח טעות, שיכול המוכר לומר אנא לא ידענא דלרדיא זבנת<sup>38</sup>. ולפי הפירוש הזה הוה יכול לשנויי ליה כשאין מכירים זה את זה<sup>40</sup>, אלא שלא רצה להעמידה בדבר שאינו מצוי<sup>41</sup>. ויש מהראשונים שסובר

שיטתו מקידושין מט, ב, שכל שאמר המוכר, אע"פ שאין הלוקח יודע, לא הוי דברים שבלב. והמאירי הביא שיש דוחים ראיה זו, משום שגם שם צריך שידע הלוקח, וע"ש שמסיק שאם נודע לרוב העולם סגי. והרא"ש ס"א כתב, אבל אי זבין לחד מינייהו אזלינן בתר אומדנא ומסתמא לפי מנהגו קנאו. ובפ"ה אות ב' דייק לשונו דמשמע אע"פ שאינו מכירו, וקשיא ליה מהנ"ל<sup>38</sup> דהרא"ש ס"ל כרשב"ם. וע"ע דברי חבר בן חיים, נחלת יהושע. <sup>43</sup> וראה גם ברשב"א ב"ב שם בשם הראב"ד שפירש כיו"ב, ועפ"ז יישוב מה שהוקשה לו עוד, דמעיקרא אזיל בתר לוקח ושביק רובא דעלמא וכו', והדר אזיל בתר רובא דעלמא ושביק ענינא דגברא וכו'. ועיין אבנ"מ ס' מ"ה סק"ז ודרכי דוד, וראה גם שו"ת דור רביעי ח"א סימן כ"ז אות ו' וסימן ס"ה אות ד'. <sup>44</sup> שביעית פ"ה ה"ג. <sup>45</sup> ב"ב שם ד"ה ומשני. וראה שם גם פ"י רבינו גרשום. <sup>46</sup> חלקת יואב חו"מ ס' ט"ו, וראה גם רש"ש שפ"י כן מדנפשיה. וע"ש עוד מש"כ. וראה תורת זרעים שביעית שם. וע"ע בית אהרן. וראה אורח לחיים ס' נ', נ"א. נ"ב. <sup>47</sup> חו"מ סימו רל"ב סכ"א. <sup>48</sup> ב"ח

<sup>28</sup> כוס הישועות ב"ב שם. <sup>29</sup> רמ"ה ב"ב שם אות כ"א, ר"י מיגאש שם, תוס' ר"י שם, טוה"מ ס' רל"ב. ור' גם פ"י קדמון ב"ב שם. ור' ר"י מיגאש שם שכן מבואר בגמ' בסמוך, לשקליה לתורא בזויה, ע"ש. <sup>30</sup> כוס הישועות ב"ב שם. וע"ש בתו"ח שפירש באופן אחר. <sup>31</sup> רמ"ה וטור הנ"ל. <sup>32</sup> פרישה שם סקכ"א. וראה פתח הבית ס' כ"ג ענף ד' מה שתמה עליו מהתוס' לעיל כז, א, ובנתה"מ שם ס"ק י"א דחה סברת הפרישה מתוך הסוגיא בב"ב שם. וע"ע שו"ת פרי תבואה סימן כ'. <sup>33</sup> סנהדרין ג, ב. <sup>34</sup> ב"ח חו"מ שם. <sup>35</sup> דגול מרבבה שם. וע"ע לבוש שם, פתחי תשובה שם סק"י. וגאון אברהם ב"ב שם. <sup>36</sup> ואלוקח קא דייקנין דאילו מוכר לכל מילי מזבין. רמ"ה ב"ב שם. <sup>37</sup> ב"ב שם ד"ה לנכסתא. <sup>38</sup> וראה גם רא"ש ונמוק"י שם וכן בטור חו"מ שם. וע"ע לשון הרמב"ם הל' מכירה פט"ז ה"ה. <sup>39</sup> השלמה ב"ב פ"ו ס"א, ב"י חו"מ שם. וראה פלפולא חריפתא ס"א אות ב'. <sup>40</sup> השלמה שם. <sup>41</sup> מאירי. וע"ע מהרש"א וכוס הישועות ב"ב שם. וע"ע תבואות השדה שער החזקות שער ו' אות ז'. <sup>42</sup> השלמה שם. וסייע

ובמוחזק לא אמר סומכוס יחלוקו<sup>55</sup>. אבל הרשב"א כתב, כיון דכאפותיקי מפורש הוא, ועד שיסלקנו הרי הוא נוטל גופו של שור, לא חשבינן לבעלים כמוחזקין כל היכא דקאי באגם<sup>56</sup>.

יש מהאחרונים שהעלה בישוב קושית התוספות, ע"פ דבריהם לעיל<sup>57</sup>, שאע"פ שבמזיק טוען ברי וניזק טוען שמא, מודה סומכוס שהממע"ה, מ"מ אם המזיק מודה במקצת יחלוקו. ולפי"ז אף במתניתין שהמזיק מודה בנזק הפרה דהוי מודה במקצת, ס"ל לסומכוס יחלוקו<sup>58</sup>. תוס' בא"ד. אך מהדיא דהמניח (לעיל לה, ב) קשה דייק זאת אומרת חלוקים עליו חבריו על סומכוס דמשמע התם דאפילו בברי וברי קאמר סומכוס דחולקין ואפילו עומד בביתו. כלומר, שא"א לתרץ דמיירי בטענת שמא דקא סבר סומכוס יחלוקו, לזה כתבו דמשמע התם דאפילו בברי וברי חולקין<sup>59</sup>.

תוס' בא"ד. מדלא אוקי מתניתין בעומדת באגם או כרבי ישמעאל<sup>60</sup> דאמר בעל חוב הוא ומצי לסלוקי בזווי ותיתי אפילו כסומכוס. יש מהראשונים שדחה הוכחת התוספות, דמתניתין סתמא קתני ומיירי אף בעומדת באגם<sup>61</sup>. ויש שכתב ע"פ מה שביארו התוס' לעיל<sup>62</sup>, שעיקר המשנה קמ"ל מחלוקת סומכוס ורבנן, ועל כן אין להעמיד המשנה באופן שמודה סומכוס, דהו"ל משנה שאינה צריכה. ואין לומר דקמ"ל שמודה סומכוס במוחזק בטענת ברי, שהרי לא מפורש במשנה דמיירי בעומדת בביתו, וכן אם בא להשמיענו זאת, הרי סגי בבבא אחת, ובמשנה גשנו שתי בבות<sup>63</sup>. ויש מי שכתב

מינה לטרחא". ותמהו בתוספות, אמאי לא מוקי לה דנפ"מ כגון דבשעת לקיחה אייקור בישראל וקם בדמי רדיא, אבל אחר כן הוול. ויש שתירץ דלא ניהא ליה לתלמודא למימר דמעיקרא אייקר בישראל כדמוקי בגמרא ולבסוף הוול<sup>49</sup>.

תוס'. ד"ה שור שננת את הפרה. זו דברי סומכוס<sup>50</sup>. תימה דבפרק השואל (ב"מ ק, א ושם) משמע דלא אמר סומכוס יחלוקו אלא בעומד באגם גבי המחליף פרה בחמור<sup>51</sup> וכו'. הת' בב"מ שם העלו שבמוחזק בטענת שמא סובר סומכוס יחלוקו, וכתבו המפרשים שהתוספות כאן לא תירצו שמשנתנו מיירי בטענת שמא, משום שלדעתם האמוראים<sup>52</sup> דס"ל דחולק סומכוס אף בברי וברי, היינו שמפרשים כן את המשנה דמיירי בברי וברי<sup>53</sup>. ויש שכתב שלשון הש"ס, דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא, מוכח דמתני' מיירי גם בברי וברי, דאילו מיירי רק בשמא ושמא, הו"ל למימר דאפילו ניזק אומר ברי, וממילא מובן שהמזיק אומר שמא<sup>54</sup>.

תוס' בא"ד. והך דהכא איכא לאוקמי בעומדת באגם לרבי עקיבא דאמר יוחלט השור אבל לרבי ישמעאל דמצי לסלק ליה בזווי לא יתיישב. כלומר, בשלמא לר"ע דס"ל יוחלט השור הגניזק, ואין לו פרעון אחר, איכא לאוקמי הכא בעומדת באגם, ואין שום אחד מוחזק בשור המזיק, ולכך יחלוקו לסומכוס, אבל לר' ישמעאל דמצי לסלוקי בזווי, א"כ אפילו אי עומדת באגם, מה בכך, הא אין הגניזק משתלם מן השור דוקא, דמצי לסלוקי בזווי, והמעוה הן בידי המזיק והוא מוחזק בהן,

מודה בקנס, כיון שאילו טען ברי היה פטור, א"כ טענת שמא נחשבת הודאה, וראה בסמך הערה 71, שיש חולקים על סברא זו. ועיין מאירי ב"מ שם שנקט בדעת הר"ף, שמודה סומכוס אף במוחזק בטענת שמא. וע"ש גם בהשלמה. וע"ע תומים קיצור ת"כ סי' ע"ט וביאור הגר"א חו"מ סי' רכ"ג סק"א. 55 מהר"ם. 56 וראה א"ר. ועיין דברי משפט סימן ע"ב ס"ק י"ב שלמד מדברי הרשב"א, שבמלוה על המשכון נחשב המלוה מוחזק, והעיר, ע"פ מה שיש ללמוד מהש"ך סי' רנ"א סק"ו, שאם הספק בעיקר המשכון, אין המלוה נחשב מוחזק, ולפי"ז בשור שהיה רודף, והמזיק אומר בסלע לקה, הרי לטענתו ליכא אפותיקי והוא מוחזק, ובכה"ג מודה סומכוס, ע"ש. וע"ש בש"ך ס"ק ק"ט שהביא מתשובת הרשב"א כפי שהעלה הדברי משפט בדעתו. וע"ע שו"ת באר יצחק אהע"ז סי' ר' ענף ח'. 57 לה, ב ד"ה מדסיפא. 58 מלא הרועים ערך ממון המוטל בספק אות ט'. וע"ש עוד אות ו—ז מש"כ לתרץ. 59 מהרש"א. וראה א"ר. 60 ראה אליהו רבה ותומים סי' פ"ח סק"ו שתמהו דלעיל לו, א הוכיחו דמתני' כר"ע ולא כר' ישמעאל, ע"ש. 61 שטמ"ק בשם הרא"ה. וראה כוס הישועות ואליהו רבה שכתבו דמתני' התם מיירי אף בשמא וס"ל לסומכוס יחלוקו אף במוחזק, ועיין שטמ"ק הנ"ל. 62 לו, א ד"ה ראוי. 63 פנ"י. וע"ע נחלת יעקב לעיל דף לה עמ' ב ובהגהה שם.

שם. ועיין פנים מאירות לעיל כז, א. 49 מהרש"א לעיל כז, א. וע"ע פנ"י וכוס הישועות ב"ב שם. וע"ש עוד בתוס' מה שהקשו, וראה להלן. וראה שיטת הקדמונים. וע' רשב"ם ב"ב שם ורשב"א שם עז, ב, שנחלקו הראשונים באיזה שיעור הדמים מודיעים או בביטול מקה, או תוספת בכדי שאין אדם טועה. והמאירי בשם רוב המפרשים כתב, שגם בפחות משתות הדמים מודיעים. וע"ע יש"ש ר"פ המניח וכוס הישועות ב"ב צב, א, וע"ש במפרשים מה שרצו להוכיח בזה משמעתין. וע"ע שו"ת חבל יעקב ח"ב סי' י"ג אות ה', ברכת רצה סי' צ"ב. 50 עיין א"ר. 51 והיינו דלא גרסינן שם "אלא", ע"ש בתוס', אבל הרשב"א הובא בחי' הר"ן, וכן בריטב"א בשם יש מי שפירש, גרסו שם "אלא", ולפי"ז ס"ל לסומכוס יחלוקו אף במוחזק. וראה גם בתוס' שם בשם ר"י לפי פי' מהרש"ל, שאין ראיה ממחליף פרה בחמור, היות שחזקת מעוברת מסייע ללוקח, ורק בזה מודה סומכוס. וע"ע תוס' הרא"ש שם וכוס הישועות. וע"ע ביאור הגר"א חו"מ סי' רכ"ג סק"א. 52 ב"מ שם ולעיל לה, ב. 53 תורת חיים, מהר"ם שיף, חי' ר"א גוטמכר על משניות. ור' שטמ"ק בשם ה"ר ישעיה והרא"ה, שאכן העמידו המשנה בשמא ושמא ול"ק קושית התוס'. וראה שם גם בשם הר"א מגרמיזא וכן פנ"י. 54 כוס הישועות. ועיין גאון אברהם ודרכי יושר שכתבו, שא"א להעמיד המשנה בשמא ושמא, דא"כ הו"ל

ובעיקר קושית התוספות, יש מהמפרשים שכתב שקושייתם מוסבת גם על סיפא דמתניתין, וכן פרה שנגחתה את השור וגמצא ולדה בצדה וכו', שהרי גם כאן הוא מודה במקצת על נזק הפרה, ועל נזק הולד אומר איני יודע, והו"ל מחויב שבועה ומתוך שאיל"מ<sup>64</sup>.

תוס' בא"ד. ומיהו שמואל לית ליה האי סברא בפרק כל הנשבעין (מז, א ושם). פירוש, לא דצריך עכ"פ לישבע שאינו יודע, אלא כיון דליכא למימר כללא דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וא"כ חייב שבועה שבתורה אינו או שבועה או ממון, בזה אם מודה מיקרי מודה בקנס<sup>70</sup>.

תוס' בא"ד. ועוד י"ל דלמ"ד פלגא נזקא קנסא לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו דמודה בקנס פטור. פירוש, שהרי כל מטרת השבועה היא כדי שיוודה, וכיון שאם מודה ה"ז פטור, ליכא חיוב שבועה<sup>71</sup>. ויש מהאחרונים שחולק על פירוש זה, ולדעתו כונת התוס' כיון שאם מודה ה"ז פטור, ה"ה כל שאין עדים ה"ז פטור, ולכן הוקשה לו למה לן למימר דפטור משום הממע"ה, הא גם אם מודה המזיק הרי הוא פטור, הרי שצריך עדים לחיוב, ועוד קשיא ליה, לסומכוס אמאי יחלוק, הו"ל להפטר לגמרי מטעם זה<sup>72</sup>. ועל כן העלה לפרש, דכיון דאיכא סהדי שהשור גנח את הפרה, וגמצא העובר מת בצדה והמזיק מודה, אנן סהדי דכן הוא, ולא מקרי מודה בקנס, וסמכינן על אלו העדים, ובידוע שזה השור הרג גם את הולד<sup>73</sup>. וביאור דבריו, דמודה בקנס פטור רק כשעצם החיוב מתברר ע"י הודאת המזיק בלבד, אבל אם גם בלי הודאתו יש אומדנא לחיוב לא

דכך האמת, דמתניתין דהמניה אתיא כסומכוס, ומיירי בעומד בבית בעלים דמודה סומכוס שהמע"ה, והגמרא שאמרה שם מתניתין דלא כסומכוס, ה"ק, לפי דעת החכמים שהלכה כמותם נפרש ג"כ המשנה כפשוטה, אפילו בעומדת באגם ולא כסומכוס, ובא להשמיענו כאילו סתמא דהמניה אתיא כחכמים ולא כסומכוס, דדברי סומכוס ליתא<sup>64</sup>.

תוס'. ד"ה דאפילו נזק אומר ברי ומזיק אומר שמוא. וא"ת והא מחויב שבועה ואין יכול לישבע הוא שזה מודה במקצת בנזק הפרה ובנזק הולד אומר איני יודע ומתוך שאין יכול לישבע משלם כדאמר רבא בפרק השואל. פשוט להתוספות שזה כלל גדול בדין קאי על מתניתין. אבל כמה מהמפרשים כתבו דלא קאי אמתניתין, ואין כל קושיא<sup>65</sup>. ומש"כ התוספות שזה מודה במקצת, יש שפירש שכונתם להעדאת עדים על מקצת, וכו' חייא קמיתא שסובר שמחייבים שבועה<sup>66</sup>, שאילו מודה ממש אי אפשר לומר, שהרי כאן מיירי בחצי נזק שהוא קנס, ומודה בקנס פטור<sup>67</sup>. ויש שפירש שאע"פ שמדובר שיש עדים שהשור רדף אחרי הפרה, מ"מ החיוב שבועה הוא משום מודה במקצת, ולא משום העדאת עדים, והיינו, שהיות והעדים ראו רדיפת השור, ואף הוא מודה שנגחתה, הנה אם היה מכחיש אין לחייבו, כיון שלא העידו העדים על הנגיחה, אבל כאשר הודה אינו מחויב בגלל הודאתו, אלא מכח העדים, וכיון שאם היה מכחיש היה פטור, ה"ז מודה במקצת להתחייב שבועה, ומ"מ אינו בכלל מודה בקנס להפטר, היות ויש עדים<sup>68</sup>.

<sup>1234567</sup>אח"ח

עמוקים, גאון צבי, ועיין רע"א שכתב, דאע"פ שנתבאר לעיל דאיכא חיוב ממון ממילא כל שלא נשבע, מ"מ אין החיוב ממון מיד אלא אלא דהשבועה היא כדי שיוודה, ולא שייך בקנס, וראה ח"י ר"ח מטלז מש"כ בזה. וראה בית מאיר שהביא מהמ"מ הל' גניבה פ"ג ה"ז, שפירש בדעת הרמב"ם דליכא שבועה בקנס. ובפנים מאירות ציין להרמב"ם הל' נו"מ פ"ט ה"ו. וע"ע תוס' לעיל מא, ב ד"ה מודה ורשב"א שם, ש"ך סי' ר"ג סק"ד, ש"ך סי' ת' סק"ו וקצה"ח שם סק"א והגר"א שם סק"ח, וכן בהשמטות שם לסעיף ד'. וראה דברי ר"ש לעיל לו, א. וע"ע ירושלמי שבועות פ"י ה"א וקה"י סי' ל"א. 72 מהרש"א, וכפי שביאר דבריו בחי' ר"ח מטלז ע' ע"ו. וע' פ"י שהעיר, אמאי תלה הקושיא בדברי התוס', כיון שיש להקשות בפשיטות מהמשנה למ"ד פ"ג קנסא. וצ"ל דלמהרש"א לא פשיטא ליה מהסברא דבכל גוונא מיפטר משום מודה בקנס, אלא שמפרש כן את תירוץ התוס', דמשו"ה לא אמרינן משאיל"מ כיון דהוי מודה בקנס, וראה ח"י הרי"ם לעיל לה, א. וע"ע צ"ח, דברות משה סי' כ"ח. 73 מהרש"א. ועי'

64 יש"ש סי' א', וע"ש שהוכיח כפירושו מלשון הש"ס. ועי' מרומי' שדה שמסיק שנחלקו הסוגיות אם מודה סומכוס במחזק בטענת ברי או לאו. וע"ע בת עיני ב' המניה שם מש"כ ע"ד התוס'. וע"ע נוע"י בפרקין. 65 שטמ"ק בשם הר"ש, כוס הישועות, אליהו רבה ועיין בית מאיר. וראה לעיל 19. 66 ב"מ ג, א. 67 מהר"ם. וראה שטמ"ק בשם הר"ש. וע"ע פסקי ריא"ז. 68 מהר"ם שיף ע"פ מהרש"א, ויבואר בסמוך, וראה בביאור על מהר"ם. וראה גליון רע"ק חו"מ סימן ע"ה ס"ד שהביא משו"ת בשמים ראש סימן י"ז דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בהעדאת עדים במקצת, וע"ש פ"ת סק"ד, וראה הגהות ערוגות הבושם על משניות שהוכיח מהתוס' ושיטה מקובצת דלא ס"ל כבשמים ראש, וראה גם בהגהות מפרשי הים לקמן סב, א. וע"ע משמרות כהונה, פני אברהם סי' צ', חסד לאברהם קמא חו"מ סי' י"ג. 69 קצה"ח סימן ת' סק"א, ראה להלן 85—82. 70 רע"א, ומבואר בדבריו שם דכל קושית התוס' היא רק למ"ד דאמרינן משאיל"מ, דחוינן שהגדת העדים בנזק הפרה מחייב על הולד ממון או שבועה, וכל זמן שאינו נשבע משלם, א"כ אילו מודה י"ל דחייב. וראה בסמוך הערה 71. 71 רע"א, וכן הביאו א"ר ופנים מאירות מהטור סי' שצ"ט, וע"ש ש"ך סק"ב והגר"א סק"ד, וכ"ה ביש"ש סי' א', וע"ע גפן פוריה, מים



ולדבריו תמוה, א"כ מה תלוי בזה הכלל דהממע"ה דאין הניזק נאמן, והרי אפילו נאמן, סו"ס לא מחייבין ליה למזיק קנסא אלא בעדים, ומתניתין בתם איירי, ועוד מ"ט דסומכוס דאומר יחלוקו מכח ספק, נהי דנאמן להדיא, מ"מ לא מחייבין למזיק אלא בעדים, אלא ש"מ שלא כדברי הרמ"ה <sup>79</sup>, וכן יש שתמה על שיטת הראב"ד <sup>80</sup>, שבספיקא דדינא <sup>אוצר החכמה</sup> בקנס לא מועילה תפיסה, שהרי אין גמר דין על ספק, ובלי גמר דין אין חיוב קנס. וקשיא ליה מהכא, דא"כ איך פוסקים יחלוקו, כיון שאין פסק דין על ספק. וכתב לישב, דחלוקה לסומכוס היא פסק דין, משא"כ תפיסה אינה פסק והכרעה, ורק ב"ד אינם מוציאים מידו <sup>81</sup>.

לפי המבואר למעלה <sup>82</sup> שקושיית התוס' היתה גם מהסיפא, הנה צריך לומר שתירוצם נכון גם על הסיפא, ואע"פ שלכאורה יש לחלק, שבסיפא אין זה מודה בקנס, אלא בתשלומי קנס, כלומר שהנזק ידוע, והנדון הוא רק אם גובה מהולד אם לאו <sup>83</sup>, מ"מ בשור תם שגובה מגופו

הוי מודה בקנס, ושייך כאן דין הממע"ה, כיון שגם בלי העדאת עדים יש עליו חיוב תשלומין, וכן לסומכוס חולקין כמו בכל ספק דחשבינן לשניהם מוחזקין <sup>74</sup>. והתוס' שכתבו לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו וכו', כונתם, לא יהא מחויב שבועה הכא לגבי קנס גדולה מהודאת עצמו בשאר דוכתין דמודה גופיה בקנס פטור <sup>75</sup>, והביאור, דהחיוב שבועה הוא כדי שיודה ויתחייב, אבל הכא אפילו אם יודה לא יתחייב מחמת הודאתו, כיון דהוי מודה בקנס, וכל חיובו לא יהיה אלא מחמת האומדנא בצרופי הודאתו, בכה"ג ליכא חיוב שבועת מודה במקצת <sup>76</sup>. ויש מהאחרונים שכתבו דאע"פ שאין עדות גמורה על נגיחת הולד, מ"מ כיון שבראית ב"ד גולד הספק מדין תורה דמשוי ספק ונתחייב מיד בפלגא, מש"ה בפלגא זו לא שייך דין מודה בקנס, דהתחייבות מיד נגמר ולא מפיו אנו חיינ <sup>77</sup>, וכיוצא בזה יש מהפוסקים שתמה מכאן על שיטת הרמ"ה <sup>78</sup>, שאין מיגו מועיל בקנס, דלא שייך ביה חיובא אלא בעדים,

תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, והיינו שהילפותא של העדאת עדים היא מהודאת פיו, ואם נחייב בהעדאת עדים בקנס שבועה, תהיה העדאת עדים יותר מהודאת פיו, וע"ש בביאור, וראה גם במתרי"ל דיסקין כתבים סימן י'. <sup>77</sup> רע"א. וכע"ז כתבו פנ"י, גאון אברהם, פנים מאירות, תומים סימן פ"ח סק"ו, וראה בית מאיר, שערי ישר ש"ז פכ"א. ובפנ"י ותומים הוסיפו לבאר, שלכן הוצרכו חכמים להטעם דהממע"ה לפטור, דאילו ס"ל כסומכוס היו חולקים, וכיון דפליגי עליו לכן פטור. ועוד העיר הפנ"י, דלכאורה היות שהניזק טוען שמא יכול היה המזיק לפטור עצמו בטענת ברי, כמבואר בס"פ המניח, דבברי ושמא אף לסומכוס הממע"ה, וא"כ כשאומר שמא יפטר משום מודה בקנס. ותירץ הפנ"י ע"פ מש"כ בתוס' שם, שאם המזיק מודה במקצת אפי' בברי ושמא יחלוקו לסומכוס, ע"ש. ובתומים העיר כיו"ב באופן אחר, למ"ד בברי וברי מודה סומכוס, א"כ אילו היה טוען ברי היה פטור, ועתה שטוען שמא יפטר משום מודה בקנס. והשיב דמודה בקנס פטור אמרינן רק שאם היה שותק היה פטור, אף הודאתו לא מחייבתו, אבל אם בשתיקתו חייב, אלא שיכול לטעון בשקר ברי ולהפטר, זה לא מקרי מודה בקנס, ע"ש. ועיין רע"א שאף הוא העיר כהפנ"י, והסיק כסברת התומים. וראה לעיל הערה 54. <sup>78</sup> הביאו הטור סי' שצ"ט. וראה גם נמוקי" ס"פ המניח והובא בש"ך סי' ת' ס"ק י"ג. וע"ע סמ"ע סי' א' ס"ק י"ט וש"ך שם ס"ק י"ח, וכן קצה"ח ושער המשפט שם, וראה גם ישועות ישראל שם, ואמרי בינה דיינים ס"ד. <sup>79</sup> יש"ש סי' ג', והסיק דהטעם דאע"ג דמודה בקנס פטור, מ"מ היכא דכפר הניזק אין שייך בו דין הודאה, ע"ש וי"ל שכונת היש"ש כפנ"י ורע"א הנ"ל. וע"ע פנ"י לעיל לה, א. <sup>80</sup> בהשגות פ"ב מגניבה הי"ב. <sup>81</sup> שערי ישר ש"ז פכ"ב. וע"ש עוד שתי דהראב"ד לשיטתיה בפ"ג קנסא שהחיוב חל לפני גמר דין, ראה רשב"א לעיל לג, א. וע"ע נמוקי מלב"ם. וע"ע קיקיון דיונה שהאריך בדברי התוספות. <sup>82</sup> ציון 69. <sup>83</sup> עיין תומים סימן פ"ח ס"ק י"א.

דבכה"ג השור בסקילה. וע"ע חיי אריה. וע"ש עוד ברע"א מה שהק' מלעיל מג, ב, דלא משכח חיוב קנס של עבד ע"פ עצמו, ולמהרש"א אפשר כנ"ל שראו עדים והודה. והרש"ש השיב דזה לא מקרי ע"פ עצמו, אלא ע"פ עדים. וע"ע שו"ת ברית יעקב חו"מ סי' קי"ג. וראה לעיל 68 ממהר"ם שיף. <sup>74</sup> ח' ר"ח מטלו שם. וראה ח' הרי"ם שם שפירש כונתו דמודה בקנס פטור רק ביכול לכפור, והכא אינו רוצה לכפור ולומר נגד האומדנא. וע"ע שערי ישר ש"ו פכ"א שהבין דברי המהרש"א כפשוטם, דהאומדנא היא כטענת הניזק ואין זה נקרא מודה בקנס, ע"ש. וראה אמרי הצבי שפירש ע"פ הראב"ד דפ"ג קנסא שאני משאר קנסות. וע"ש עוד שהביא שמפורש כסברת המהרש"א ברמב"ם הל' חובל פ"ה ה"ד וה"י וע"ש במ"מ, ואכן הן ב' לשונות בר"י מיגאש שבועות מו, א ע"ש. וע"ע שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ה סי' ע"ח אות י"ח, שו"ת תירוש ויצהר סי' מ"ב, הגהות מלחמות אריה בשו"ת ברכת רצה סי' ס"ח ושו"ת קול אריה סי' פ"ט, צ', קי"ז. <sup>75</sup> מהרש"א. וע"ש שו"ע פ"ד דרך זו מפרש גם המשנה לעיל לה, ב שור שהיה רודף אחר שור וכו'. וראה שערי ישר שם וחי' ר"ח מטלו מה שתמהו מהמשנה שם אחד גדול ואחד קטן וכו', וראה מאורות נתן שם מש"כ. וע"ש במאירי שכתב "וכן שנודע בודאי ששניהם הניזק עד שאילו הודה אין כאן מודה בקנס וכו'". וראה ח' הרי"ם הנ"ל. וע"ע שו"ת ר"מ איגרא חו"מ סי' ל"ג, נחלת ישראל, חמדת ישראל קונטרס גר מצוה דף פה, ב. <sup>76</sup> ח' ר"ח מטלו שם. וראה פנים מאירות ובית מאיר שתמהו על מהרש"א, שנטה מדברי הפוסקים שאין שבועה בקנס, וכנ"ל הערה 71. והיינו דרך הכא אינו מתחייב שבועה, אבל ע"א והעדאת עדים מחייבים שבועה, ואין לשאול שהרי אם מודה מיפטר, דאדרבה, כיון שמודה בגלל השבועה, ולא מעצמו, אין זה מודה שנפטר. וע"ע רע"א בגליון הש"ס לקמן עד, ב ורש"ש שם. וראה אבן האזל הל' גז"מ פ"ט ה"ט מה שתמה על המהרש"א, וע"ע גאון צבי. וראה קיקיון דיונה מש"כ לתרץ קושיית מהרש"א באופן אחר. וע"ע מהר"ם שיף שהעלה סברא, שהיות והעדאת עדים מחייבת שבועה שלא

כשאנו זוכר<sup>85</sup>, ויש ראשונים שחולקים על זה ולדעתם גם בלא הו"ל למידע אומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם<sup>86</sup>, ולפי דרכם הא דיורשים פטורים, היינו משום דלאו בעל דברים דידהו הוא אלא דאבוהון, ודלמא אי הוי אבוהון קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין ידענא בבירור דלית לך גבי, והוה משתבע ומפטור<sup>87</sup>. וביאור מחלוקתם כתבו המפרשים, דהנה אמרה תורה ולקח בעליו ולא ישלם, הרי דדוקא היכא דנשבע אינו משלם, אבל היכא שלא נשבע ישלם, וסוברים התוספות דעיקר החיוב הוא שבועה ולא ממון, רק שאמרה התורה שאם אינו נשבע ישלם בעד השבועה, א"כ היינו דוקא היכא שיש עליו חיוב על שאינו נשבע, וזה רק אם יכול לישבע, והראשונים החולקים סוברים שהגדר הוא שהטילה התורה חיוב ממון, רק שהוא חיוב כזה שיוכל לפטור עצמו בשבועה, אבל כל זמן שלא פטר עצמו בשבועה יש עליו חיוב ממון שהטילה התורה, ומשו"ה אף היכא שאין הנתבע מחויב על שלא נשבע, כגון דלא הו"ל למידע, אע"פ כן משלם<sup>88</sup>.

המפרשים כתבו לתרץ קושית התוס' בעוד כמה אופנים. יש שכתבו שאין כאן שבועת מודה במקצת כיון דהוי הילך<sup>89</sup>. והתוס' שלא תירצו כן, י"ל שסוברים

ושאר גכסין פטורים, ואם זה לא נגזר אין בו חיוב כלל, וכשמודה הו"ל מרשיע את עצמו<sup>84</sup>. ויש מהאחרונים שכתב, שבכל גוביינא משור תם, כאשר הנזק ידוע והמוזק בעולם, באמת אין זה מודה בקנס, אם מודה מי הוא המוזק, אבל הכא דמייירי דליתא לפרה, דאז אם נאמר שהולד לא היה בשעת נגיחה, הרי עתה אין עליו חיוב כלל, נמצא שהוא בהודאתו מודה שיש חיוב, והוי מודה בקנס<sup>85</sup>.

תוס' בא"ד. ועוד<sup>86</sup> אומר ר"י דלא דמי כלל דהא טעמא דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם מפרש בפרק כל הנשבעין (שם) משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ומפרש התם כגון שאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמישים ידענא וחמישים לא ידענא דבאבוה כה"ג מחייב ועל כרחך צריך ליתן טעם וכו', אלא היינו טעמא דבאב חיוב לא ידענא דהיה לו לידע אם חיוב לו מנה אם לאו אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבוהון וכו'. וכן סוברים עוד הרבה ראשונים<sup>87</sup>. וטעמא דמילתא דמתוך שאיל"מ אמרינן דוקא היכא דנראה טענה שלו ברמאות הא דטעין לא ידענא, לפי שהיה לו לידע אם הוא חיוב אם לאו<sup>88</sup>. ואי נמי אמת קאמר איהו דאפסיד אנפשיה <sup>או"ח חכמת</sup>

הירושלמי פ' הכונס ה"ז, וראה ש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א וסי' צ' ס"ק ט"ז, ובר"ר שבועות שם, וכן מש"כ בנועם ירושלמי על הירושלמי שם. וראה תוס' יו"ט ר"פ הבית והעליה שהעיר על הנמוק"י שסתר משנתו, וראה גם ברכת יוסף (תאומים) בחי' בסה"ס מהפמ"ג, מרומי שדה, כתונת פסים. וע"ע אמרי ברוך על הש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א מה שהעיר על הר"ן. וראה בשו"ת מהר"ם הג"ל שהוכיח כשיטת התוס', דאל"כ כל ע"א יחייב ממון במילי דלא הו"ל למידע, ברם ע' ברכת יוסף שם שמחלק בין מודה במקצת לע"א. 91 ש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"א, והוסיף שם, דלהתוס' ילפינן מולא בין היורשים, דבלא הו"ל למידע אינו משלם. ומעיל שמואל כתב דזה ידעינן מסברא, ומקרא ילפינן עיקר דין משאיל"מ, וע' תוס' ב"ב לד, א ד"ה הוי, וע"ע קו"ש ח"ב סי' ז'. וראה בהגרא"א סי' צ' ס"ק כ"ה שלא הסכים עם פ' התוס', ולדעתו מדאמעוט גבי יורשין, משמע דבאבוהון אף בכה"ג חייב, ומפרש הגמ' שם באופן אחר, ע"ש. 92 לבוש מרדכי סימן מ"ד, ובאבן האזל הל' שכירות פ"ב ה"ג פירש באופן אחר קצת, דתלוי בשאלה אם שבועה היא חובת בירור טענתו, ובלא בירור צריך לשלם, או דדין שבועה הוא רק חיוב, ואם אינו נשבע נחתין לנכסיה בשביל שאינו מקיים חיובו. וע"ע ח' העילוי ממיצ"ט סימן ע"ד, אוצר הספרא ברייתא דר' ישמעאל סי' ב'. וראה לעיל הערה 71, וצ"ע. וע"ע אליהו רבה ברכת יוסף (תאומים) בחי' מהפמ"ג בסוף הספר. 93 תוס' רבינו פרץ, וכ"כ פנ"י, אלא שלדעתו היינו רק לר"ע דיוחלט השור, ותו מסיק דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר ומלוה בשטר הוי הילך. ובחי' ר"צ קלישר על משניות כתב דהוי הילך לכולי עלמא, ואפילו לר' ישמעאל דיושם השור, מ"מ הוי כאפותיקי, עיין שם.

84 קצות החושן סימן ת' ס"ק א'. 85 לבוש מרדכי סי' כ"ב. וראה גם אבן האזל הל' גז"מ פ"ט ה"ט. וע"ע טבעת החושן שם מה שהביא בשם אחרונים. 86 ע' ברע"א שביאר שהתוס' הוסיפו לתרץ, ולא סגי להו במש"כ דאין שבועה בקנס, משום דעדיין אפשר לומר, שכיון שמתחייב שבועה, הרי יש חיוב ממון כל שלא נשבע, ואין זה מודה בקנס. וע"ש שהוסיף דלא מסתברא שרצו לישב למ"ד פ"ג ממונא. ויש"ש סי' ג' כתב שכונת התוס' לתרץ המשנה אפילו במועד. וע"ע דברות משה סימן כ"ח. 87 ע' רשב"א מאירי ונמוק"י בסוגיין, רא"ש פ' הכונס סימן ט"ז, השגות הראב"ד על הרי"ף סוף הכונס, וע"ש בראשונים וכן בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סימן קס"ח ותשובות מימוני קנין סימן י"ח ובהג"א בסוגיין. וראה גם תוס' ב"מ צז, ב ד"ה רב הונא. וע' שו"ת חסד לאברהם קמא יו"ד סי' פ"ה שהעיר הרי לא דרשינן טעמא דקרא, וע"ש מש"כ. וע"ע ח' העילוי ממיצ"ט סי' ע"ד, חתן סופר על קנינים שיטת מודה במקצת אות רל"ו ואילך. 88 רא"ש פ' הכונס שם. וראה גם בהשגות הראב"ד הג"ל וברשב"א שם. 89 רשב"א שם. וראה שער משפט סימן צ"ב ס"ק ב', ואבן האזל הל' שאלה ופקדון פ"ה ה"ו. וראה בשו"ת מהר"ם הג"ל שכתב, "ואע"פ שהייתי יכול לומר ולחלק דבכל מילי דידהי יש לו להזהר לדעת כל מה דשייך לו, אין לי לחלק וכו'", ומסייע מכאן שאין לחלק, ע"ש. 90 שו"ת הרמב"ן (שעוועל) סימן ע"ה, הובא בספר התרומות שער ל"ט ח"ב, וראה ר"י מיגאש רמב"ן וריטב"א שבועות מג, א וחידושי הר"ן ר"פ הבית והעליה, וכן נקטו המפרשים בדעת הרמב"ם, ראה בהל' שאלה ופקדון פ"ה ה"ו—ז, הל' מלוה פ"ג ה"ד, ובהל' חובל פ"ז ה"ט, וראה בסמוך הערה 97. והראשונים שם דנו בסוגית



אם חייב לו הלכך מדטעין שמא מוכחא מילתא דברי דהאי אמת הוא וברי עדיף אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע משו"ה ברי עדיף. ויש ליתן טעם לדבר, מה בכך שהשמא הוא גרוע, וכי משום שהיה לו לידע ולא ידע קנסינן ליה, וצ"ל דטענת איני יודע במקום דהו"ל למידע, טענה גרועה היא, ומחזיקין אותו למשקר ולכן טוען שמא, ובאמת אילו היה ברור לב"ד באמת שאינו יודע, היה פטור, דלא גרע ממקום דלא הו"ל למידע, רק דחשינן אותו למשקר לטעון שאינו יודע<sup>100</sup>.

תוס' בא"ד. ובפס"ק דכתובות (שם) דבעי למימר הא דרב הונא ורב יהודה דשמואל היא ולא מסיק אדעתיה הא דרחי התם במסקנא, היה יכול להקשות התם דשמואל אדשמואל<sup>101</sup> וכו', אלא שבכמה מקומות מצי למימר ולטעמך ולא קאמר. כלומר, דזה א"א לתרץ ע"פ החילוק הנ"ל, דהתם הוי ברי טוב והכא הוי ברי גרוע, משום דמ"מ תקשי ההיא דכתובות שפסק רב יהודה כר"ג, שאף ברי גרוע עדיף. אבל קשה, שלאחר שהוכרח לפרש בדרך ולטעמך, אמאי צריך להחילוק בין טוב לגרוע, והרי סגי בתירוץ זה, דהו"מ למימר לטעמך<sup>102</sup>. יש שתירץ שעדיין צריך להחילוק בין טוב לגרוע, לישב את המשנה בפרק הבית והעליה<sup>103</sup> לדעת שמואל, דהתם מוכח שברי עדיף, וא"א לו להעמיד בשיש עסק שבועה

שהיות שצריך לשום את השור אין זה הילך<sup>94</sup>. ויש שכתבו לישב, דדילמא מיירי מתניתין בפרה דחד וולד דחד, דלא הוי מודה במקצת כנגד בעל הולד<sup>95</sup>. ויש שהעלה להלכה, דלא אמרינן מתוך שאיל"מ, רק אם התובע אינו יודע אם הנתבע יודע אם לאו, אבל אם גם התובע מודה שהנתבע אינו יודע, אין אומרים מתוך שאיל"מ, וכאן בעל הפרה מודה שאין בעל השור יודע אם נגח לולד<sup>96</sup>. ויש מי שחידש שהעדאת עדים במקצת בקנס, לא מחייבת כלל שבועה, שהרי העדאת עדים ילפינן מהודאת פיו, וכיון שבהודאת פיו בקנס אין שבועה, אף בהעדאת עדים אין שבועה<sup>97</sup>.

תוס' בא"ד. וא"ת דהכא משמע דלית ליה לרב יהודה ברי עדיף ולקמן בפרק בתרא (קית, א) ובהשואל (צז, ב) (ושם) אמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע רב יהודה ורב הונא מחייבי דברי עדיף. התוס' בב"מ<sup>98</sup> הוסיפו בביאור הקושיא, דאין לומר דרב יהודה דהתם כסומכוס, והכא איירי אליבא דרבנן, דאי לסומכוס אהני ברי, לרבנן נמי מהני, דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין, הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו, וכיון דלדידיה אהני ברי כנגד שמא, וחייב הכל, ה"ג הו"ל לרבנן דאהני נמי ברי כנגד שמא, לכל הפחות לומר שיחלוקו<sup>99</sup>.

תוס' בא"ד. וי"ל כדפרישית לעיל דהתם ברי שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע

ואין גשבעין. וצ"ל שכונתו על מועד, דאילו חם גובה מגופו, וע' פנ"י גיטין מח, ב שכתב דבתם ליכא שע"ק, וצ"ע. 98 צז, ב ד"ה רב הונא, ושם בד"ה לימא. 99 וראה לעיל 4—3. ועוד הוסיפו התוס' שם, דבמנה לי בידך דליכא דררא דממונא לא פליג סומכוס. וע"ע שטמ"ק בשם הר"ש משאנץ, וכן בתוס' הר"ש משאנץ כתובות יב, ב. וע"ע שיטת הקדמונים. 100 נתה"מ סימן ע"ה סק"ז. וראה גם שו"ת מהרש"ך ח"ב סימן רל"ו, ים התלמוד. וע' קוב"ש ב"ב סי' תס"א, דלפ"ז אף שהברי נמי גרוע, מ"מ ברי עדיף, דמחזיקין השמא למשקר. ואכן לפ"ז צ"ב מש"כ התוס' שהברי הוא טוב, וראה ח"י העילוי ממצ"ט סימן י"ד שעמד בזה. וראה בגליון רע"ק חו"מ סי' שצ"ט סק"ג, דמשמע דנקט דברי ושמא גרועים, לאו ברי עדיף. אמנם בתשובה להרמב"ן סימן ע"ה שהובאה בספר התרומות שער ל"ט ח"ב, נראה שנקט בטעמם של התוס', לחלק בין שמא טוב או גרוע, משום דפשע וקנסינן ליה, וע"ש בתשובה שמסוגיין מוכח שלא כהתוס', ולא נתבארה כונתו. וע"ע שלטי הגבורים ר"פ הבית והעליה, ושער משפט סי' צ"ב סק"ב. וע"ע קוב"ש הנ"ל שהוכיח מהתוס' ב"מ צז, ב, דברי טוב ושמא טוב נמי ברי עדיף, ע"ש הראיה מהאומר ה"ו אחי שאינו נאמן, אמנם ע' רשב"א שמבואר דהתם השמא גרוע, וע"ע עוד בקוב"ש. וע"ע חתן סופר על קנינים שיטת מודה במקצת אות ש"א ואילך, וראה שו"ת ראנ"ח סי' ס"ז. 101 ראה בית אהרן שיישב, דכתובה הוי כאיני יודע אם פרעתך, ועיין תוספות רי"ד כתובות שם. 102 מהרש"א. 103 בבא מציעא קטז, ב.

91 ש"ך סימן שצ"ט סק"ב. וראה בית אהרן בשם הריטב"א וריב"ש. וע"ע אליהו רבה, בית מאיר, דרכי דוד, הלכה למשה. ובאליהו רבה הוסיף דלר' ישמעאל אין זה הילך כיון שאינו אומר לו על נזק הפרה הילך, ונראה כמערים וכמבואר בחו"מ סימן פ"ז ס"ג. 95 אליהו רבא, בית מאיר, הלכה למשה, וראה להלן מו, ב אוקימתא דאביי. 96 ש"ך סימן ע"ב ס"ק נ"א, וראה חו"א חו"מ סימן ה' ס"ק י"ח שמפסק בסברתו, והוסיף שאף הש"ך לא אמר כן בשבועת השומרים כיון דשעבד נפשיה, ע"ש. ברם ע' ביאור הגר"א סי' צ' ס"ק כ"ה וסי' ת' סק"א וסק"ח שכתב כעין דברי הש"ך, וראה גם בשו"ת שבו"י ח"ג סי' קנ"ז. 97 גאון צבי, והוסיף שאולי לזה כוונת התוס'. וראה גם מהר"ם שיף, מפרשי הים, שו"ת מהרי"ל דיסקין כתבים סימן י', גידולי שמואל, זכר יהודה. וראה לעיל 68, וראה גם בהערה שם שעפי"ד בשמים ראש ל"ק קושית התוס'. וע"ע ים התלמוד מה שתירץ, ומה שהעירו עליו מפרשי הים. וראה גם תרומת הכרי סי' ע"ב סט"ז. ובחי' רמ"ש ב"מ צז, ב העלה דלא אמרינן בתשלומי נזק משאיל"מ, ע"ש טעמו, והרמב"ם בהל' נז"מ פ"ט ה"ג פסק למשנתנו בסתמא, ומשמע בין תם ובין מועד, וכ"כ קיקיון דיוגה, וא"א לו לתרץ כהתוס' וכנ"ל הערה 90, וצ"ל כתיירוצי אחרונים הנ"ל. אולם באבן האזל שם נקט בשיטת הרמב"ם דאם הנתבע לא פשע במה שאינו יודע, אף לדעתו אין אומרים משאיל"מ. וראה גם מש"כ בשלטי הגבורים ס"פ הכונס ור"פ הבית והעליה בשיטת הרמב"ם. וע"ע שו"ת מהר"ם מר"ב הנ"ל, דאם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר, הו"ל שע"ק

לגרוע, וס"ל דברי גרוע עדיף אף משמא טוב <sup>113</sup>. ובתוס' הרא"ש <sup>114</sup> כתב: „דמיירי התם כשהאבנים קצת משומטות וזה מסייע לברי אליבא דר' יהודה שבסיוע כל דהוא אנו מחזיקים לבריא" <sup>115</sup>.

תוס' בא"ד. וכן מוכח דמוקי לה כגון שיש עסק שבועה ביניהם ואם לא היה לו להכיר אבניו לא הייתי אומר משאיל"מ כדפרישית לעיל. ולהראשונים הסוברים שגם בדלא הו"ל למידע אמרינן מתוך שאיל"מ, ה"ה דס"ל דאמרינן ברי עדיף אפילו משמא דלא הו"ל למידע <sup>116</sup>. אבל יש שהעלה לחלק, דאע"פ שלענין שבועה אמרינן שבכל גוונא משלם, היות שנתחייב להשבע, מ"מ לענין ברי ושמא, כיון שהשמא טוב, לא אמרינן שהברי עדיף <sup>117</sup>.

תוס' בא"ד. וההיא דתנן ביש נוחלין (ב"ב קלד, א ושם קלה) זה אחי אין נאמן ויטול עמו בחלקו וכו', אע"ג דברי גרוע הוא שאין להם לאחין לידע אם הוא אחיהם וכו'. אבל התוס' בב"מ <sup>118</sup> כתבו דהאומר זה אחי הוי ברי טוב, כיון שירא שיביאו ראיה כנגדו ויכתישוהו. ועוד כתבו הראשונים, שאף השמא של האחים הוא גרוע, כיון שאי אפשר שלא שמעו <sup>119</sup>. ויש שכתב, דהאומר זה אחי הוי ברי טוב, כיון שמחייב גם את עצמו, ולכן אינו חשוד לשקר <sup>120</sup>.

תוס' ד"ה המוציא מחבירו עליו הראיה. משמע מהכא דאין הלכה כסומכוס מדלא ס"ל שמואל כותיה וכו'. אבל הרשב"ם <sup>121</sup> פסק כסומכוס הואיל וסתם משנה כאן

ביניהם, שהרי לית ליה לשמואל מתוך שאיל"מ <sup>104</sup>.

התוס' בכתובות כתבו לישב, מה שלא הקשו דשמואל אדשמואל, משום שהסוגיא שם סברה כאיכא דאמרי כאן, שכלל גדול קמ"ל שאפילו במקום רוב אמרינן הממע"ה <sup>105</sup>. ויש לפרש שבתיירין זה ס"ל להתוספות שאין חילוק בין ברי טוב לגרוע, וברי עדיף אפילו משמא טוב <sup>106</sup>. ויש מהראשונים שאכן סובר כך להדיא, דלמ"ד ברי עדיף אין הבדל בין הו"ל למידע ללא הו"ל למידע <sup>107</sup>. ויש שהוסיף, שגם הירושלמי לא ס"ל כהתוס', וס"ל שבכל גוונא ברי עדיף <sup>108</sup>.

על עיקר קושית תוס' יש מהאחרונים שתירץ ע"פ מה שהעלה הטעם דבוי"ש ברי עדיף, משום שיש לתובע חזקה שאין אדם תובע אלא א"כ יש לו, ואילו כשהנתבע כופר יש לו חזקה שאין אדם מעיז, וכשטוען שמא דליכא חזקה, לכן התובע נאמן, וכל זה נכון בשאר דוכתי דברי עדיף, אבל בשור שנגח את הפרה שיש דרא דממונא, י"ל שאין הברי של התובע מועיל, כיון שיתכן שגם לו עצמו הדבר מסופק, ומספק אינו פורש וטוען ברי <sup>109</sup>. ויש שתירץ דבקנס לכו"ע לא אמרינן ברי עדיף, שהיות ואם היה טוען ברי היה פטור, אין לו להתחייב בטענת שמא, דהוי כמודה בקנס שהוא פטור <sup>110</sup>.

תוס' בא"ד. וההיא דהבית והעליה וכו', התם י"ל שרגילות הוא שכל אחד מכיר מקצת אבניו <sup>111</sup>. ובתוס' בב"ב <sup>112</sup> כתבו, דאביי לית ליה החילוק בין ברי טוב

[1234567](#)

104 מהר"ם שיף, וע"ש מה שהביא מהתוס' ב"מ צו, ב. וע"ש א"ר שתי' באופן אחר. 105 וכ"כ התוס' ב"מ צו, ב וב"ב קלה, א. וע"ש בתוס' בכתובות מה שהק' ע"ז מס"פ המניה, וע' א"ר שם מה שתי'. וע"ש כוס הישועות. ור' תבואות השדה ח"ב טו"ג ש"א, שהוכיח מדברי התוס' שבוי"ש עדיף מרוב, ע"ש. 106 הפלאה כתובות שם. 107 תשובות הרמב"ן סי' ע"ה, הובאה בספר התרומות שער ל"ט ח"ב. וראה תומים סי' ע"ה סקכ"ב. וע"ש פנ"י כתובות שם בשיטת הרמב"ם. וראה הפלאה שם דעיקר הסברא תמוהה, דא"כ כל אחד יתבע לחבירו במה דלא הו"ל למידע ויתחייב משום ברי עדיף, ע"ש. 108 גועם ירושלמי ב"ק פ"ו ה"ז, ע"ש. 109 פנ"י, וראה גם בחי' לכתובות שם. וראה שיטת הקדמונים שקדמו בכיו"ב. וראה איגרא רמה מה שהעיר. וע"ש תבואות השדה ח"ב טו"ג שער א' אות ט'. ראה לבוש מרדכי כתובות סי' ט' מה שביאר בגדר בוי"ש ברי עדיף, דכשיש טענה לתובע צריך הנתבע להשיבו, ושמא אינה תשובה, ומ"ד לאו ברי עדיף ס"ל דאף שמא הוי תשובה, וע"ש מה שיישב ע"פ דרכו את קו' התוס'. וע"ש קוב"ש ב"ב אות ת"ס. וראה חמדת שלמה כתובות שם. 110 תרומת הכרי סימן שצ"ט ס"ג, וראה גם אליהו רבה, ים התלמוד, דרכי יושר, נהורא דשרגא. וע' קה"י סי' ל'. וראה לעיל הערה 71. וע"ש מש"כ לתרץ איגרא רמה, ים התלמוד ומפרשי הים, וראה בית אהרן. ובחי' רמ"ש ב"מ צו, ב העלה, דלא אמרינן ברי עדיף אלא כשטוען שממונו נמצא אצלו, אבל בנזקין שתובע ממון חדש,

לא אמרינן דברי עדיף, ע"ש. וע"ש דברי אליעזר ב"מ סי' ה'. 111 ע' ר"ן ונמוק"י ב"מ שם, שהולקים על תוס', וע' ש"ך סימן ע"ב סקנ"א, וראה לעיל 98. וע"ש מרומי שדה שחמה דהנמק"י סתר משנתו. 112 קלה, א ד"ה אביי, וכן בתוס' כתובות יב, ב ד"ה רב הונא. וע"ש שיטת הקדמונים. 113 וראה כוס הישועות ב"ב שם וכן ב"מ צו, ב. וראה קוב"ש כתובות אות קס"ו. וע"ש חמד"ש כתובות שם מש"כ בטעמא דבוי"ש ברי עדיף משום ספק גזל, ולכן אף בברי גרוע ושמא טוב הברי עדיף, וראה שו"ת בית שמואל אחרון הו"מ סי' כ"ח, שו"ת שם אריה קונטרס רוב וספק בתחילתו, תבואות השדה הנ"ל. 114 ב"מ קטז, ב, וע"ש בהערות. 115 ובשיטת הקדמונים תירצו דהתם בק"ו פריך, דהשתא במתני' חייב, כ"ש במנה לי בידך, והא דלא קאמר גמי תיובתיה דרב יהודה, משום דאיהו לא קאמר בהדיא דפטור, ע"ש. וע"ש נחלת ישראל. 116 פנ"י כתובות שם בשיטת הרמב"ם. וראה לעיל 90. 117 קונטרס החזקות זכרון אהרן סימן י' בדעת הרמב"ם. וע"ש בהגרא הו"מ סי' צ' ס"ק כ"ה. 118 צו, ב ד"ה רב הונא. 119 רשב"א בסוגיין. וכ"ה ברמב"ן רשב"א כתבות שם. 120 עין יהוסף ב"מ שם. וע"ש נפש חיה שם שתירץ ע"פ חקירת קונטרס הספיקות כלל א' סי' ז', אם השמא הוא מוחזק גרידא, ע"ש וכן בקו"ש ב"ב אות קנ"ח, וע"ש בית יעקב כתובות שם. 121 ב"ב סג, א ד"ה תנו, וראה שם צב, א ד"ה לשחיטה. קסו. ב ד"ה תיקו.

אלא הקושיא היא שיהיה המקח בטל משום טעות הדמים  
היתרים ששילם<sup>122</sup>.

דף מו, ב. דאמרי אינשי ממרי רשוותך פארי אפרע.  
מה שהביא הש"ס לשון זה שאינו אלא עצה טובה, ולא  
הביא מה דדרשינן מקרא דישב לרבות שוה כסף ואפילו  
סובין, י"ל שהלוקח אינו צריך לקבל על כרחו שוה כסף,  
אלא יכול להמתין עד שיהיה למוכר מעות, אבל אין זה  
רגיל שהלוקח ימתין, ובפרט הכא שהמוכר אינו איש  
אמונים<sup>1</sup>.

רב אמר הרי זה מקח טעות זיל בתר רובא ורובא  
דאינשי לרדיא הוא דזבני<sup>2</sup> ושמאל אמר יכול שיאמר  
לו לשחימה מכרתיו לך ולא אזלינן בתר רובא כי אזלינן  
בתר רובא באימורא אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא  
אלא המוציא מחברו עליו הראיה. בתוס' לעיל<sup>3</sup> מבואר  
טעמא דשמאל, משום דאיכא מיעוט וחזקה לא אזלינן  
בתר רובא, ולרב לא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ולהוי  
פלגא ופלגא ונימא הממע"ה, משום שבתוקת ממון  
פעמים שזה מוחזק ופעמים שזה מוחזק<sup>4</sup>. ויש  
מהראשונים שכתב טעמו של שמאל, דבממון בעינן  
שהמוציא יביא ראיה, ורוב אינו ראיה<sup>5</sup>. ויש שביאר  
ע"פ מה שהעלו אחרונים<sup>6</sup> דבלא תגזל נאסר רק ממון  
ודאי ולא ספק, ורוב הוי ספק ולא ודאי<sup>7</sup>. ויש שהעלה

כותיה<sup>122</sup>. ויש שפסקו כסומכוס בספק שאינו עומד  
להתברר לעולם, וכתבנן בספק שיכול להתברר<sup>123</sup>. ויש  
שהעלו בשיטת הרי"ף והרמב"ם, שדעתם כסומכוס  
בדליכא מוחזק אלא מרא קמא בלבד, ובטענת שמא<sup>124</sup>.

תוס'. ד"ה ונחזי אי דמי רדיא לרדיא. פי' הר"י בר  
מרדכי דהכא אפי' כתבנן דאמרי בהמוכר את הספינה  
(ב"ב לה, א) מוכר הצמיד לא מוכר הבקר וכו', דהני מילי  
גבי צמד דאיכא רובא וחזקה דרובא קרו לצמד צמד  
ולבקר בקר וגם הוא מוחזק וכו'<sup>125</sup>. ורשב"ם פירש  
בהמוכר פירות (ב"ב צב, א) בענין אחר. וז"ל שם:  
„ואפי' לרבנן וכו', דאין הדמים ראייה וכו', ה"מ גבי  
מוכר את הצמד וכו', דכיון דלאו כו"ע קרי לבקר צמד  
איכא למימר דהאי לוקח הוא מהני דקרי לבקר בקר  
וכו', אבל הכא דהאי גברא זבין לרדיא ולשחיטה מודי  
רבנן דהדמים מודיעים דכיון דידעינן בודאי בהאי לוקח  
דרגיל לקנות לרדיא וגם הדמים מודיעים וכו'". וכן  
כתבו הראשונים, דעד כאן לא פליגי רבנן התם דאין  
הדמים ראייה, אלא דוקא התם, דדמים אתו לאפוקי דבר  
מכמות שקורין אותו רוב העולם, אבל גבי מוכר שור  
ונמצא נגחן, אין הדמים משנים אותו משמו, אלא אתו  
להוכיח על זה האיש אי זבין לניכסתא או לרדיא<sup>126</sup>.  
ויש שפירש שאין כונת הגמרא לומר שהדמים יודיעו,

ב ד"ה קמ"ל. 4 שטמ"ק בשם תוס' הרא"ש ב"ב צב, ב.  
וע' כובע ישועה, תבואות השדה שער החזקות ש"ו אות י'.  
ור' גינת ורדים כלל ל"ט, דלפי הטעם דסמוך מיעוט לחזקה,  
י"ל דהוי דרבנן והפקר ב"ד הפקר, אבל מהתורה לכו"ע  
אזלינן בתר רובא. וע' תשובת מהר"י מליסא סי' ל"ז, והיא  
בשו"ת חמדת שלמה אהע"ז סי' כ"ד, דלרב לא אמרינן סמוך  
מעוטא וכו', משום שחזקת ממון לאו חזקה המבררת היא,  
ורק מסברא ילפינן לה מאן דכאיב וכו', וכדבסמוך. וראה  
שו"ת שם אריה קונטרס רוב וספק בממון אות א', וראה שם  
גם אות ט"ז. וע' שו"ת חלקת יואב חו"מ סי' ט"ו שנתקשה  
טובא בדברי התוס'. וע"ע זכרון יהונתן חי' לחולין ע' קצ"ח.  
וע' שו"ת בית שערים יו"ד סי' ל', שו"ת בנין עולם אהע"ז  
סי' ה' בהגהה. 5 תה"ד סי' שמ"ט. וראה שם אריה שם  
בביאור דבריו כמש"כ הפנ"י, דזה גופא ילפינן מקרא מי  
בעל דברים וגו', ע"ש. ור' בסמוך 18—17 פלוגתא הקדמונים.  
וע"ע ש"ש ש"ד פ"ח. וראה גם אוצה"ג חה"ת סי' פ"ז. וראה  
שו"ת עונג יו"ט סי' ק"א. 6 תומים קיצור ת"כ סי' ס"ק  
כ"ג, ראה בסמוך. 7 שם אריה שם. וע"ש באות א'  
שביאר דבזה פליגי רב ושמאל, אי רוב הוי ודאי או ספק,  
והביא מכו"פ סי' ס"ג סק"א. וראה שו"ת הרי בשמים תנינא  
סי' ל"ט, שו"ת אפרקסתא דעניא סי' צ"ב, גדו"ש ב"ב צב, א.  
אמנם בשערי יושר ש"ג פ"ג לא הסכים לדברי התומים.  
וע"ש מה שביאר אמאי אין הילכין בממון אחה"ר. ובחלקת  
יואב שם ביאר הגדר, דלא גלי רחמנא ענין רוב לחיוב רק  
לב"ד, אבל על האדם עצמו ליכא חיוב ע"י הרוב, ע"ש. וראה  
לעיל מו, א 27, דכנגד שמא אזלינן בתר רובא, וע"ע פנ"י  
כתובות עו. א. ושם אריה שם אות י' אות ט"ו.

122 אבל הרי"ף והרמב"ם הל' נז"מ פ"ט ה"ב—1 פסקו כרבנן,  
וכן ס"ל לעוד ראשונים. וע"ע מרדכי סי' ס"ג, וכן בהג' אשרי.  
123 מרדכי יבמות לז, א ואגודה שם סי' מ"ג. 124 ט"ז  
והגרי"א חו"מ סי' רכ"ג. וראה גם במאירי ב"מ ק, א בדעת  
הרי"ף. וע' קונה"ס כלל א' אות ג'. 125 וראה הגהות  
אשרי פ"ד דב"ב סימן ב' מה שהקשה. וע"ע יד רמה ב"ב  
צב, א והו"ד בטוה"מ סי' ר"כ. וראה מאירי. 126 שיטת  
הקדמונים לעיל כז, א. וראה גם ר"י מיגאש ב"ב שם,  
והביאוהו הרמב"ן והרשב"א שם, רשב"א בשם הראב"ד ב"ב  
עו, ב, הג"א ריש המניה בשם ר"ת, שטמ"ק בסוגיין בשם  
הרא"ה, פסקי רי"ד, מאירי, נמוק"י, טוה"מ סימן רל"ב.  
וראה תה"ד סימן שכ"ג והביאו הקצה"ח סימן שי"ב סק"ב,  
וע"ש שדחה דברי הש"ך שם סק"ד. וע"ש גם בלבוש, נהת"מ,  
פתחי תשובה בשם שבו"י ח"א סי' קע"ה. 127 שטמ"ק  
ורשב"א בשם הראב"ד ב"ב עו, ב. ועיין א"ר שם צב, א.  
וראה נהורא דשרגא וגפן פוריה שרצו לומר בדעת הרמב"ם,  
שלא הביא האוקימתא דא"קיר בישראל וקאי בדמי רידיא,  
משום דס"ל שהגמ' כאן דלא כהלכתא, קי"ל שאין הדמים  
מודיעים. וע"ע פנים מאירות ר"פ המניה. וראה שו"ת זכר  
יהודה סי' י"א.

אוצר החכמה

1 תורת חיים, כוס הישועות וחוסן ישועות ב"ב צב, א, רש"ש.  
2 ראה בתוס' לעיל כז, א ד"ה ואיכא בשם ר"ת, שאם המוחזק  
יכול לומר קים לי בנפשאי שאני מהמעוט, אף לרב אין  
הולכין אחרי הרוב, וע"ש רע"א ונחל"ד, וב"האוצר"ש. וראה  
יפה עינים שם, דלדעת הירושלמי אף לרב אין הולכין אחר  
הרוב, ע"ש. וע' שו"ת מהר"י אסאד ח"ב סי' רס"ו. 3 כז,