

Baba Basra Sources 71

חדושי הרמב"ן מסכת בבא בתרא דף לד עמוד ב

זה אומר של אבותי וכו' אמר רב נחמן כל דאלים גבר. קשיא ליה לר"ח ז"ל אמאי לא אמרינן יחלוקו וכדאמרינן גבי שנים אוחזים בטלית, וניחא ליה לא אמרו יחלוקו אלא בששניהן אדוקין בה, וכבר פרשתיה בתחלת פרק שנים אוחזין בס"ד. ונקטינן מינה להאי פירושא דפירש רבינו חננאל ז"ל דכל מידי דמנצו עליה בי תרי אי תפסי לה תרוייהו ואפשר דליכא בהו רמאי חולקין בשבועה והיינו מתניתין דשנים אוחזין וכדפרישו לה בגמרא התם. ואי ודאי איכא רמאי כגון זה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה ותפסי לה נמי תרוייהו יהא מונח עד שיבא אליהו כדינא דשנים שהפקידו אצל אחד. ורומיא דמלתא ופירוקה בריש גמרא דמציעא איתא בהדיא משום דהכא ודאי איכא רמאי והכא איכא למימר דתרוייהו [היא]. והיכא נמי דליתיה לההוא מידי בידא דחד מינייהו אלא שליש תפיס ליה, הכי נמי הוי דינא דאי ודאי איכא רמאי היינו מתני' דיהא מונח ואי ליכא רמאי חולקין בשבועה כדאמרן, מדרמינן מתני' דשנים אוחזין אמתני' דשנים שהפקידו אצל אחד, ואמרינן [התם] דודאי (חד) מנה דחד מינייהו היא אמרי רבנן יהא מונח הכא דאיכא למימר דתרוייהו פלגי בשבועה, ולא אמרינן דהתם כיון דמונח ביד שליש לא מפקינן ליחלוקו ולא לכל דאלים גבר הילכך יהא מונח, שלא כדברי הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל. ואי ההוא מידי לא תפסי בה תרוייהו וליתיה נמי בידא דשליש אלא מונח בסימטא או ברשות הרבים, בין דאיכא ודאי רמאי בין דאפשר דליכא רמאי כגון האי אמר דידי היא והאי אמר דידי היא דהוא דומיא דמתני' דמציעא, אי איכא למיקם עלה דמילתא וליכא דררא דממונא למר ולמר דינא הוא דכל דאלים גבר והיינו דרב נחמן, ואי איכא דררא דממונא לתרוייהו יחלוקו בלא שבועה והיינו מתני' דהמחליף פרה בחמור, ואף על גב דלית הילכתא כי ההיא מתניתין כדאוקמוה בדוכתה כסומכוס, אפי' הכי גמרי מינה להיכא דליכא לאוקמיה לההוא מידי אחזקה דמריה קמא. ואי ליכא למיקם עלה דמילתא בין איכא דררא דממונא בין ליכא דררא דממונא עבדינן שודא דדייני והיינו דשמואל. ובכל הנך דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא שבועה בין בכל דאלים גבר אי נמי ביהא מונח, הני מילי בבריא ובריא אבל בבריא ושמא בכולהו בריא עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונא, אבל היכא דאיכא חזקה דממונא בין דאיתיה השתא ברשותיה, בין דמוקמינן ליה אחזקה דמרה קמא כגון המחליף פרה בחמור לרבנן, אפילו בבריא ושמא חזקה דממונא עדיפא, דלא קיימא לן כסומכוס כלל אלא כרבנן דאמרי זה כלל גדול בדין המוציא מחברו עליו הראיה, ואפי' ניזק אומר בריא ומזיק אומר שמא כדאיתא בקמא פרק שור שנגח את הפרה (מ"ו א') ולקמן בפרק הפירות. ומאי שנא משני שטרות דרב אמר יחלוקו ושמואל אמר שודא דדייני. פירוש מדשמואל קא מקשינן דס"ל עידי מסירה כרתי הילכך או כוליה דמר או כוליה דמר ודמיא לזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, ומדבר לא קשיא דהא אוקימנא בפרק מי שהיה נשוי כר"מ דאמר עידי חתימה כרתי ועדיו בחתומי זכין לו ויד שניהם שוה בנכסים דליכא לחד מינייהו זכותא משום הקדמה במקום שאין כותבין שעות, ואליבא דידיה לאו משום ספק חולקין אלא ודאי חשיב ליה ששניהם שותפין בו ואפילו באו עדים שזה קדם לזה, אי נמי אפשר דמדבר מקשי ואהוא לישנא דאמרי התם רב נמי כר' אלעזר ס"ל אלא דחלוקה עדיפא, ואף על גב דלאו מסקנא הוא התם.

עליות דרבינו יונה מסכת בבא בתרא דף לה עמוד א

ומ"ש מהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה כו'. והתם איכא למיקם עלה דמילתא, כי שמא יש עדים שיודעים באיזה שעה ילדה, וע"י כן יתברר הדבר אם ילדה ברשות מוכר או ברשות לוקח, ועכשיו אין המוכר והלוקח מי היה שם ²¹⁷ בשעה שילדה. ולא דמי לב' שטרות היוצאין ביום א', דמסתמא יודעין הם מי הם העדים שהזמינו ומסרו בפניהם, וכיון שלא יכלו עכשיו לברר זמן מסירת השטר על ידם, תו ליכא למיקם עלה דמילתא ²¹⁸. ואף על גב דפליגי רבנן עלי' דסומכוס דאמר יחלוקו, ואמרי ²¹⁹ המוציא מחבירו עליו הראי', ומקשינן הכא מדברי סומכוס, כי מדבריו נשמע לרבנן דעד כאן לא פליגי רבנן עליה דסומכוס, אלא משום דמוקמינן לה בחזקת מרי' קמא, אבל במקום שאין שם חזקה לא' מהם, אמרי' יחלוקו, ולא אמרי' כל דאלים גבר. וק"ל, מ"ש דמקשינן אדר"נ מהא דהמחליף פרה בחמור וילדה, ולא מקשינן מינה אמילתא דשמואל דאמר בשני שטרות היוצאין ביום א' שודא דדייני ולא אמרי' יחלוקו ²²⁰. ואין לחלק ביניהם משום דהתם ליכא למיקם עלה דמילתא והכא איכא למיקם, דכיון דעבדינן דינא דחלוקה, אפי' היכי ²²¹ דאיכא למיקם עלה דמילתא, הו"ל למעבד בה דינא דשודא לשמואל, שהרי כשאנו אומרים יחלוקו, פוסקים אנו דין בדבר כמו אם נאמר שודא ²²². וי"ל, לשמואל ליכא לאקשווי מהא דתנן המחליף פרה בחמור וילדה כו', דהא אסיקנא בפ' מי שהיה נשוי ²²³ דתנאי היא, איכא למ"ד שודא עדיפא ואיכא למ"ד חלוקה עדיפא, הלכך הא דקתני הכא יחלוקו סבר לה כמאן דאמר חלוקה עדיפא.

רשב"ם מסכת בבא בתרא דף סג עמוד א

תנו חלק לפלוני בנכסי מהו - מי אמרינן האי חלק לשון חלוקה הוא ופלא קשקיל או חלק הראוי ליתן קאמר ובדעת ב"ד תלוי הדבר לשער בכמה הוי חלק ראוי ליתן ואף על גב דתניא בתוספתא (פרק ז) דהך בבא האומר תנו חלק לפלוני בנכסי יירש עם הבנים איכא למימר הכא מיירי כגון דלית ליה בני ואף על גב דאית ליה יורשין בעלמא לא יהב דעתיה ליורשין אחרים וחלק הראוי ליתן או חצי נכסין קאמר א"נ הכא מיירי כגון דאמר תנו חלק לפלוני בני בנכסי והשאר נתונים לפלוני א"נ איכא למימר דלא הוה שמיע להו הך ברייתא דאי הוה שמיע להו הוה מייתי לה בבית המדרש ואיכא למימר רבנן היא דפליגי עליה דסומכוס אי נמי שמיעא להו ולא הוה סבירא להו משום דפליגי סומכוס עלה כדלקמן וקיימא לן כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין דסתם לן תנא כוותיה בפרק שור שנגח (ארבעה ובפרק שור שנגח) את הפרה (ב"ק דף מו).

רשב"ם מסכת בבא בתרא דף צב עמוד א ד"ה לשחיטה מכרתיו

לשחיטה מכרתיו לך - דהא איכא דזבין לשחיטה ורובא לאו כלום הוא והוה ליה כי פלאג ופלאג והמוציא מחבירו עליו הראיה ואפילו לסומכוס דאמר בפרק שור שנגח ממון המוטל בספק חולקין וקיימא לן כוותיה דסתם לן תנא התם כוותיה ה"מ כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע לבית דין היאך היה המעשה אם ילדה קודם נגיחה או אחר כן ואפילו טעין חד מינייהו טענת ברי ואידך טענת שמא כדאמרינן התם וכמו סבא ויבם בנכסי ספק בפרק החולץ (יבמות דף לח) דקיימא לן חולקין משום דאין ידוע אם בן ט' לראשון ויירשנו זקנו או בן ז' לאחרון ובנו של יבם הוא אבל הכא שאנו יודעין היאך היה המעשה הרי זה מכרן לזה סתם ונתגלה הדבר שהיה נגחן קודם לכן הכא מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק אלא אזלינן בתר ההוא שטוען יפה דכיון דרובא לא כלום הוא לא היה לו למוכר לפרש אלא הלוקח הוה ליה למימר לרדיא קבעינא ליה ומדלא פי' הפסיד ולא דמי ליין ונמצא חומץ (לעיל /בבא בתרא/ פג) דהתם יין קתבע מיניה דמוכר בהדיא.

רשב"ם מסכת בבא בתרא דף קסו עמוד ב ד"ה תיקו

תיקו - והמוציא מחבירו עליו הראיה דכיון דמסתפק דינא לבי דינא היאך יוצאו מיד המחזיק ולא דמי לממון המוטל בספק דקיימא לן חולקין דהתם עיקר המעשה אין ידוע לנו היאך היה כגון שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה (לעיל /בבא בתרא/ דף צג) וכגון נפל הבית עליו ועל אמו (שם /בבא בתרא/ דף קנח:) הלכך פוסקין להן ב"ד את הדין שיחלוקו אבל כל מקום שעלתה ההלכה בתיקו הואיל ואין הדיינין יודעין לפסוק את הדין היו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו.

רמב"ם הלכות מכירה פרק כ הלכה י - יא

הלכה י

המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה, אפילו אמר המוכר איני יודע, על הלוקח ג' להביא ראיה, אף על פי שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה, לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה, אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת, שאין נשבעין בנקיטת חפץ על העבדים ולא * על הקרקעות, כמו שיתבאר בהלכות טוען ונטען.

הלכה יא

זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינה ברשות אחד מהן יחלוקו, זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה * הטוען בולד.

מגיד משנה הלכות מכירה פרק כ הלכה י - יא

הלכה י

[י] החליף פרה בחמור וכו' המוכר שפחתו וילדה וכו'. פירש"י ז"ל בהשואל להכי נקט מחליף ולא נקט המוכר פרתו וילדה דאילו מוכר במעות לא קנה לוקח עד דמשיך וכיון דמשיך מידע ידע אם ילדה כבר או לא ילדה וליכא לספוקי בעד שלא מכרתי ומשלקחתי אבל מחליף פרה בחמור לא היה צריך למשוך הפרה [או החמור] דכיון שמשך בעל הפרה את החמור נקנית הפרה לבעל החמור בכ"מ שהיא ואין ידוע אם ילדה אם לא ילדה וכן המוכר שפחתו (נקט מוכר) דקי"ל עבד כנעני נקנה בכסף וכשנתן המעות נקנית לו השפחה ואפילו היא בבית הבעלים ואין ידוע אם עד שלא ילדה נתן הכסף ע"כ. ומ"ש המחבר אפי' אומר המוכר איני יודע [שישבע מוכר שאינו יודע] לאו למימרא דכשהלוקח [טוען טענת] ברי ולא הביא ראיה לדבריו ומוכר אומר איני יודע שישבע מוכר שאינו יודע ותהיה שלו שהרי יתבאר לפנינו שאם שניהם טוענין שמא יחלוקו כ"ש כשהלוקח טוען טענת ברי והמוכר אומר איני יודע שאינו נוטל המוכר בשבועת שאינו יודע אלא הכוונה שצריך לוקח להביא ראיה ואין אומרים כיון שהוא טוען ברי ומוכר שמא יטול לוקח בלא ראיה:

לא הביא ראיה ישבע המוכר וכו'. כבר ביארתי שאין זה אלא כשהמוכר טוען טענת ברי אבל כשהמוכר טוען טענת שמא יחלוקו. והחילוק בין ולד פרה לולד שפחה ברייתא שם כחכמים:

הלכה יא

[יא] זה אומר איני יודע וכו'. משנה שם (דף ק') בהשאל יחלוקו ואוקימתא לה כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ובשמא ושמא וכן מפורש בהלכות. וקשה לי היאך פסק כן רבינו שהרי אין הלכה כסומכוס כמו שפסק הוא ז"ל פ"ט מהל' נזקי ממון וכן בהלכות בב"ק בהפדה ואולי שהוא סובר דהא דמוקמינן ליה כסומכוס דוקא ודלא כרבנן כשעומדת ברשות מוכר היא אבל בעומדת באגם אפילו רבנן מודו ואין זה משמעות הסוגיא וצ"ע: וזה אומר ברשותי וכו'. ברייתא שם ובהלכות דשתיקה כזאת כהודאה דמיא:

משנה למלך הלכות מכירה פרק כ

הלכה יא

[יא] זה אומר איני יודע וכו'. הן אמת שדברי רבינו הם מגומגמים וה"ה ז"ל טרח ליישבם ונדחק מאד מפירושם ולא עלה בידו כאשר הניח הדבר בצ"ע. ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר דלעולם רבינו סובר דאפילו כשהמוכר טוען שמא אפילו הלוקח טוען ברי בחזקת המוכר מוקמינן ליה ודייק הרב כן מהא דקתני שני עבדים אחד קטן ואחד גדול הלוקח אומר גדול לקחתי ומוכר אומר איני יודע זכה בגדול ומוקמינן לה בגמרא במחוייב שבועה ואינו יכול לישבע הא לאו הכי בחזקת המוכר קיימא. ומה שתמה ה"ה ז"ל דמאי פסק כסומכוס בשניהם טוענין איני יודע. נ"ל דאפילו כרבנן אתיא דע"כ ל"פ סומכוס ורבנן אלא היכא דאיכא חזקת מרא קמא כגון המוכר שפחתו וילדה אבל היכא דליכא חזקת מרא קמא אפילו לרבנן ממון המוטל בספק חולקין. והיינו מ"ש רבינו זה אומר איני יודע כו' ואינם ברשות אחד מהם כלומר דליכא לא חזקת מרא קמא וגם אינה ברשות אחד מהם חולקים. אבל היכא דאיכא לאוקומי אמריה קמא כתב תחלה דאפילו המוכר טוען שמא והלה ברי ברשות המוכר קיימא דהיינו כרבנן והדבר צ"ע:

כסף משנה הלכות מכירה פרק כ הלכה י - יד

הלכה י

[י] המחליף פרה בחמור וכו' זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וכו' אפי' אמר המוכר איני יודע וכו'. לכאורה נראה שטעמו מדאמרינן בגמ' לרבא שפסקו הרי"ף והרא"ש כוותיה דע"כ לא אמר סומכוס אלא בשמא ושמא אבל בברי וברי לא אמר ותני זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר שמא משלקחתי וסיימו בה הרי"ף והרא"ש אבל בברי וברי או ברי ושמא אף על גב דקיימא באגם וסימטא מוקמינן לה בחזקת מרא קמא והוי אידך המע"ה אלא דאיכא למידק דמשמע דהא ברי ושמא דאמור הרי"ף והרא"ש היינו במוכר אומר ברי ולוקח אומר שמא ומש"ה מודה סומכוס אבל בלוקח אומר ברי ומוכר אומר שמא פשיטא דלא מודה בה סומכוס שהמע"ה וק"ו הוא משמא ושמא. וה"ה כתב מ"ש המחבר אפילו אומר המוכר וכו' אלא הכוונה שצריך הלוקח להביא ראיה וכו'. ואיני יודע מה תיקן במ"ש אלא שהכוונה שצריך להביא ראיה וכו' דמ"מ ביד המוכר מעמידים אותה כל זמן שלא הביא הלוקח ראיה והדרא קושיא לדוכתה דכ"ש הוא משניהם אומרים שמא. ואין לומר דלמאי דס"ד אם נשבע אפי' הביא אח"כ הלוקח עדים אין מוציאין אותה מיד המוכר דהא בודאי לא עלה על דעת שנכחיש עדות העדים מפני שבועת המוכר. וע"ק דשבועה זו למה היה לנו להעמידה ביד המוכר בלא שבועה וכשיביא הלוקח ראיה יוציאוה מידו וצ"ע:

אבן האזל הלכות מכירה פרק כ הלכה י - יד

הלכה י

[י - יא] המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אף על פי שהפדה עומדת באגם והשפחה עומדת בסמטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה, לא הביא ראיה ישבע המוכר בנקיטת חפץ על ולד הפרה, אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת שאין נשבעין בנקיטת חפץ על העבדים ולא על הקרקעות כמו שיתבאר בהלכות טוען ונטען. זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע, ואינם ברשות א' מהם יחלוקו, זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בולד. כתב המ"מ דהרמב"ם סובר דבקיימא באגם ושניהם טוענין שמא גם רבנן מודו, והגר"א בחו"מ סי' רכ"ב הסביר זה דמה דאמר בגמ' הא מני סומכוס הוא חזרה ממה דמשני מעיקרא דקיימא באגם, ומה דפריך מעיקרא ונוקמי בחזקת מרא קמא זהו כדס"ד דמירי בברי וברי, אבל לבתר דמשני תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי ילדה לא צריך לאוקומי כסומכוס אי מיירי דקיימא באגם, ורבא דאמר הכי הוא אי קיימא ברשות מוכר, אכן המ"מ בעצמו כתב שאין זה משמעות

הסוגיא, עוד כתב הגר"א בסק"א אופן אחר דהרמב"ם פסק כסומכוס דכן מוכח מדברי הרי"ף שהאריך לבאר מתני' אליבא דסומכוס, ומה דפסק בכל המע"ה זהו אם חסר אופן א' או דשניהם טוענים ברי או דקיימא ברשות א' אבל כששניהם טוענים שמא וקיימא באגם קיי"ל כסומכוס, ודברי הגר"א צריך ביאור דלכאורה קשה דמנ"ל לחלק ולומר דבדאיכא ב' האופנים קיי"ל כסומכוס כיון דסומכוס ורבנן פליגי אפי' לא קיימא באגם, אכן כונתו ברורה דבשור שנגח את הפרה דתנן יחלוקו, אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס, אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה ומוכח דלא סבר כסומכוס כמש"כ הרא"ש ספ"ג דכתובות דהיכי דאמרינן זו דברי הוא דלא ס"ל הכי ועוד דבמתני' דהמניח תנן המע"ה, ובהני תרי דוכתא הנתבע מוחזק, אבל במתני' דהמחליף דסתמא כסומכוס ולא אתמר עלה זו דברי סומכוס אלא דמוקמינן כסומכוס אמרינן דהך סתמא קיימא להלכה משום דמיירי בקיימא באגם ובשמא ושמא. ובמה שכתב הרמב"ם אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה כתב המ"מ דאין הכונה דאם לא הביא ראיה נוטל המוכר כולו אלא דאין הלוקח נוטל כולו בלא ראיה אלא חולקין, דכ"ש הוא משניהם אומרים איני יודע, והוא דחוק מאוד דהא סיים הרמב"ם הרי הן בחזקת המוכר, והב"ח והפרישה כתבו דמה שכתב הרמב"ם אפי' אמר המוכר איני יודע, ואח"כ כתב אף על פי שהפרה עומדת באגם אינו חדא מילתא דכשהמוכר אומר איני יודע והפרה עומדת באגם יחלוקו, וכמו שכתב אח"כ בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע וכ"ש הוא כנ"ל אלא דהוא או זה או זה והיינו או דאפי' אמר המוכר איני יודע או דאע"פ שהפרה עומדת באגם ושניהם טוענים ברי וגם פי' זה דחוק מאוד כמובן להמעייין. ולכן נראה לבאר דעת הרמב"ם באופן אחר, דבהא דקיימא באגם ובשפחה דקיימא בסימטא כתבו התוס' דה"ה בר"ה אלא דאורחא דבהמה באגם ודשפחה בסימטא, אבל הרמב"ם ששינה בלשונו דבהלכה י' כתב אגם וסימטא, ובהל' י"א כתב ואינם ברשות א' מהם מוכח דאגם וסימטא הוא דוקא, והטעם בזה הוא דבהא דפריך אוקמי בחזקת מרא קמא היה אפשר לפרש דמטעם חזמ"ק נאמר דשייך הולד להמוכר, אבל באמת הקשו בתוס' דהא נלגד זה איתא חזקת מעוברת דמוכיח דשייך הולד להלוקח, וכתבו דחזמ"ק חשיבא טפי, אבל לא ביארו טעמא דמילתא ולכן נראה דטעמא הוא דאם היינו דנין רק דהחזקה תכריע דכמו שהיה הולד מקודם להמוכר כן הוא שייך עכשיו להמוכר היינו אומרינן דכנגד זה איכא חזקת מעוברת לזכות הלוקח. אבל כאן דיינינן לענין דין מוחזק דאגם וסימטא הוא מקום הראוי לקנין והבעלים חשיבי שם מוחזקין, ומטעם זה כתבו התוס' בקדושין דלא מהני מסירה בסימטא, אלא דזה כתבו התוס' בתחלת הקנין, אבל זה ודאי דאם הלוקח קנה הבהמה נעשית גם מקום הסימטא שלו דהסימטא שאולה להבעלים, ולכן בזה מהני לן חזקת מ"ק דכשאנו דנין בחזקת מי עומד עכשיו הולד אמרינן דמי שהיה מוחזק מקודם בהולד הוא מוחזק גם עכשיו, וזהו שכתב הרמב"ם הרי הן בחזקת המוכר והיינו כמו שהיה מקודם מוחזק כשעומד באגם או בסימטא ועל דין המוחזק אינו סותר החזקת מעוברת כיון דאינו על עיקר הולד ועוד דכבר עמדה חזקת מעוברת לגבי עיקר דין החזקה דמעיקרא למי שייך הולד, ולכן על מקום החזקה נוכל לדין חזקת מרא קמא, ועכשיו מבואר דמקודם כתב הרמב"ם כשהיה הולד מונח באגם או בסימטא דדיינינן כמו שהוא ברשות המוכר, ולכן אפי' אם המוכר טוען שמא הרי הוא בחזקתו, ואח"כ כתב דאם שניהם טוענים איני יודע ואינו ברשות אחד מהם והיינו שהוא מונח ברה"ר דאינו בחזקת המוכר, לכן יחלוקו כיון דהוי שמא ושמא ואם היה ברי וברי יש לומר דלא הוי דררא דממונא, ובאופן זה דאין א' מוחזק וליכא דרד"מ דינא דכל דאלים גבר כדאיתא בב"ב דף ל"ד ולפי"ז פסק הרמב"ם לגמרי כרבנן, והנה אף דבמה דקתני בברייתא זה אומר איני יודע וזה אומר אינו יודע יחלוקו מוקמינן בגמ' דהוא כסומכוס זהו משום דקתני סתמא ומשמע אפי' קיימא באגם ובסימטא, אבל הרמב"ם רצה להעתיק דברי הברייתא להלכה ופירש להדיא דאינם ברשות א' מהם, והנה אף דמהרי"ף משמע באמת דפסק כסומכוס אבל כתב זה על מתני' דהמחליף וכתב כאוקימתא דשמא ושמא ובעומדת באגם כסומכוס וכמש"כ הגר"א בס"ק א' אבל הרמב"ם העתיק מתחילה לשון המשנה ופסק דהמע"ה ואח"כ העתיק לשון הברייתא ורק שהתנה שאינו ברשות א' מהן וזה אפי' לרבנן וכנ"ל ודברי הרמב"ם מבוררין.

רמב"ם הלכות נזקי ממון פרק ט הלכה ב - ד

הלכה ב

מעוברת שנגח ונמצא ולדה בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה או אחר שנגחה ילדה, משלם חצי נזק מן הפרה ואינו גובה מן הולד כלום עד שיביא ראיה שבשעה שנגחה מעוברת היתה שהמוציא מחבירו עליו א הראיה.

הלכה ג

שור שנגח פרה מעוברת ונמצא עוברת נופל בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה הפילה או מחמת הנגיחה הפילה, משלם נזק הפרה ואינו משלם נזק הולד שהמוציא מחבירו עליו הראיה.

רמב"ם הלכות נזקי ממון פרק ט הלכה ו

הלכה ו

שור שהיה רודף אחר שור אחר והוזק, הניזק אומר שורך הזיק זה אומר איני יודע שמא בסלע לקה המוציא מחבירו עליו הראיה, ואף על פי שהניזק אומר איני יודע בודאי זה אומר איני יודע. טען הניזק ואמר ודאי אתה יודע ששורך הזיק

הרי זה נשבע הסת שאינו יודע אם היה מועד, אבל אם היה תם פטור אף משבועת הסת שאפילו הודה מעצמו פטור שחצי הנזק קנס הוא ומודה בקנס פטור.

רמב"ם הלכות שאלה ופקדון פרק ג הלכה ג

השואל פרה מחבירו שאלה חצי היום ושכרה חצי היום שאלה היום ושכרה למחר שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן, המשאיל אומר שאלה מתה ביום שהיתה שאלה מתה בשעה שהיתה שאלה מתה והשומר אומר איני יודע או שאמר השואל שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע או שאמר זה איני יודע וזה אומר איני יודע המע"ה, לא היתה שם ראייה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע ופטור, זה אומר שאלה וזה אומר שכורה ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה כמו שטען ויגלגל עליו שהשכורה היא שמתה.

תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ק עמוד א

משנה. המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר: עד שלא מכרתי, וזה אומר: משלקחתי - יחלוקו. היו לו שני עבדים, אחד גדול ואחד קטן, וכן שתי שדות אחת גדולה ואחת קטנה, הלוקח אומר: גדול לקחתי, והלה אומר: איני יודע - זכה בגדול. המוכר אומר: קטן מכרתי, והלה אומר: איני יודע - אין לו אלא קטן. זה אומר גדול, וזה אומר קטן - ישבע המוכר שהקטן מכר. זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע - יחלוקו. גמרא. אמאי יחלוקו? וליחזי ברשות דמאן קיימא, ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה! - אמר רב חייא בר אבין אמר שמואל: בעומדת באגם. שפחה נמי - דקיימא בסימטא. - ונוקמא אחזקת דמרא קמא, וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה! - הא מני - סומכוס היא, דאמר: ממון המוטל בספק - חולקין בלא שבועה. - אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא, בברי וברי מי אמר? - אמר רבה בר רב הונא: אין, אמר סומכוס אפילו בברי וברי. רבא אמר: לעולם כי אמר סומכוס - שמא ושמא, אבל ברי וברי - לא אמר, ותני: זה אומר שמא עד שלא מכרתי, וזה אומר שמא משלקחתי. תנן: זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע - יחלוקו. בשלמא לרבא, מדסיפא שמא ושמא - רישא נמי שמא ושמא, אלא לרבה בר רב הונא, דאמר: אין, אמר סומכוס אפילו ברי וברי, השתא ברי וברי אמר יחלוקו, שמא ושמא מיבעיא? - אי משום הא - לא איריא, תנא סיפא לגלויי רישא. שלא תאמר רישא שמא ושמא, אבל ברי וברי - לא, תנא סיפא שמא ושמא מכלל דרישא ברי וברי, ואפילו הכי יחלוקו. תנן: זה אומר גדול וזה אומר קטן - ישבע המוכר שקטן מכר. בשלמא לרבא, דאמר כי אמר סומכוס שמא ושמא, אבל ברי וברי לא אמר - משום הכי ישבע. אלא לרבה בר רב הונא, דאמר: אין, אמר סומכוס אפילו ברי וברי, אמאי ישבע מוכר? יחלוקו מיבעי ליה! - מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, כדבעינן למימר לקמן.

נימוקי יוסף מסכת בבא מציעא דף נז עמוד ב

יחלוקו. מוקמינן מתני' בגמרא דסומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל אנן קי"ל דכל היכא שהממון ברשות אחד מהם המוציא מחבירו עליו הראיה ומיהו אם אין שום א' מהם מוחזק בו [פי' דליכא למימר אוקמא אחזקה דמרה קמא ואינו בחזקתו של זה יותר משל זה] אפי' אנן אמרינן הכי דיחלוקו:

תוספות מסכת בבא מציעא דף ק עמוד א ד"ה הא מני

הא מני סומכוס היא - נראה לרבינו שמואל מדלא קאמר אלא הא מני סומכוס היא משמע דלא ביה ממה דאוקמה בעומדת באגם ולא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס דעל אידך להביא ראייה וק' לר"י דלעיל (דף צז:): אמרינן דזה אומר איני יודע אם שאלה אם שכורה וזה אומר איני יודע יחלוקו ואוקימנא כסומכוס ואף על גב שהשוכר מוחזק במעותיו וי"ל התם שהמוחזק נמי טוען שמא אין חזקתו מועלת אבל הכא אוקימנא בעומדת באגם כדי לאוקמה אפילו בברי וברי דאי הוה מוחזק חד מינייהו היתה מועלת חזקתו ומיהו קשה דבשילהי המניח (ב"ק דף לה: ושם) אמתני' דזה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המע"ה וקאמרינן בגמ' זאת אומרת חלוקין עליו חביריו על סומכוס דלסומכוס יחלוקו ומתניתין דהתם איירי בברי וברי מדקתני וזה אומר לא כי כדאמר התם והשתא הלא סומכוס מודה כשהמוחזק טוען ברי שחזקתו מועלת וליכא למימר דהתם ס"ד דמיירי באגם ובשור תם דמשלם מגופו מ"מ מנליה דסומכוס פליג אמתני' לוקמה כשעומדת בביתו דמודה סומכוס כיון דטעין ברי וא"ת ואמאי קאמר הא מני סומכוס היא לוקמה אפילו כרבנן והכא לית לן למיזל בתר מרא קמא דאיכא חזקה אחרת כנגדה דאוקמה בחזקת מעוברת והשתא היא דילדה וי"ל דחזקת מרא קמא חשיבא טפי ואם היה עם חזקת ממון חזקת מעוברת אפילו סומכוס מודה דהמע"ה כדאשכחן בריש שור שנגח את הפרה (ב"ק דף מו. ושם ד"ה שור) דאוקי רישא כסומכוס וקתני סיפא פרה שנגחה השור ואינו יודע אם הולד היה בשעת נגיחה ופרה דחד וולד דחד בעל הפרה משלם רביע נזק דאמר ידעינן דשותפות אית ליה ואינו משלם אלא כאילו ודאי וולד סייע דהמע"ה וה"ט דאיכא תרי חזקה לבעל הפרה חזקת מעוברת והשתא ילדה וחזקת ממון אבל מן הולד גובה שמינית שזהו חצי חלקו אף על גב שהוא מוחזק דחזקת מעוברת היא כנגדה וקשה דלעיל (דף צז:): תנן שאלה היום ושכרה למחר זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע

יחלוקו ואמאי והאיכא תרי חזקה בחזקת קיימת והשתא היא דמתה בשעת שכירות וגם חזקת ממון וצ"ל דיחלוקו לא קאי אשאלה היום ושכרה למחר.

פרישה חושן משפט סימן רכג

כתב הרמב"ם לא הביא כו'. בפרק כ' מהלכות מכירה כתב כן וזה לשונו שם המחליף פרה בחמור וילדה וכו' אפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אף על פי שהפרה עומדת באגם והשפחה בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה לא הביא ראיה ישבע המוכר וכו' (כדמסיק רבינו בשמו). ובמשמעות דבריו הוא דמה שסיים וכתב לא הביא ראיה ישבע כו' קאי גם אמ"ש לפני זה דאפילו אמר המוכר איני יודע כו' דגם בזה סבירא ליה דנשבע המוכר שאינו יודע ומחזיק בולד הפרה: ואם תאמר הא מסיק דאפילו בשמא ושמא יחלוקו כל שכן בשלוקח טוען ברי והמוכר שמא. יש לומר דמה שכתב הרמב"ם תחלה דאפילו טען איני יודע כו' זה קאי אכשהן קיימי ברשותו דהמוכר ומה שכתב אחר כך אף על פי שהפרה עומדת באגם כו' לא קאי אמוכר אמר איני יודע כו' דסמ"ך ליה אלא אדלעיל מיניה קאי ומיירי כשהמוכר אמר ברי וכן דייק לישניה שלא כתב ואף על פי שהפרה עומדת באגם כו' או ואפילו הפרה עומדת כו' בוי"ו הצירוף וכמו שכתב רבינו ואפילו כו' דהוה משמע דקאי גם אדסמ"ך ליה, ועוד מדחזר וסיים אף על פי שהפרה עומדת באגם כו' הרי "הן" בחזקת "המוכר" ועל הלוקח כו' שמע מינה דזו היא בבא בפני עצמה, והשתא מסיים שפיר וכתב "ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר" כו' ואתרווייהו קאי דבין עומדת ברשות מוכר והוא טוען איני יודע אי נמי טוען ברי והיא עומדת באגם לעולם אם אין לו ראיה ישבע המוכר ויטול כל הולד והוא דפסק כסומכוס דיחלוקו היינו כשהמוכר טען שמא וגם אינו ברשותו ודוק. כל זה כתבתי ליישב דברי הרמב"ם אבל לרבינו לא קשה מידי דהוא חולק בסמוך על הרמב"ם וסובר דגם בשמא ושמא עומדת באגם המוציא מחבירו עליו הראיה והוא הדין בברי דהלוקח ושמא דהמוכר ולהמגיד משנה פירוש אחר בדברי הרמב"ם כתבתייהו בדרישה עיין שם והקורא יראה ויבחר:

ב"ח חושן משפט סימן רכז

(א) המחליף פרה בחמור וכו'. משנה בפרק השואל המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה וכו' זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו ופירש"י לשם (ד"ה המחליף) הא דנקט חליפין בפרה ומשיכה בשפחה משום דמכר בפרה בעי משיכה דמעות אינן קונות וכיון דמשך מידע ידע אם ילדה כבר או לא ילדה וליכא לספוקי אבל בחליפין כיון שזכה בעל הפרה בחמור זכה בעל החמור בפרה בכל מקום שהיא ולפיכך נולד הספק ביניהם אבל שפחה נקנית בכסף וכשנתן הכסף היתה באגם או בביתו של מוכר ואינו יודע אם נתן הכסף קודם שילדה ע"כ וצריך לפרש דלא היה התנאי אלא בסתם שפחה ופרה ולא אמר שפחה זו ופרה זו ולא שפחה ופרה מעוברת דאל"כ אין ספק שזכה בשפחה ובולדה ובפרה ובולדה כדלעיל בסימן ר"ך סעיף י':

ובגמרא אמאי יחלוקו ליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה אמר רב חייא בר אבא אמר שמואל בעומדת באגם שפחה נמי דקיימא בסימטא ונוקמה בחזקת מרה קמא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה הא מני סומכוס הוא דאמר ממון המוטל בספק חולקין בלא שבועה אימור דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר ואסיק רבא תני זה אומר שמא עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר שמא משלקחתי ילדה. ותו בברייתא בגמרא המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר ברשותי וזה שותק זכה זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו זה אומר ברשותי וזה אומר ברשותי ישבע המוכר שברשותו ילדה לפי שכל הנשבעין בתורה נשבעין ולא משלמין דברי רבי מאיר וחכמים אומרים אין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות משמע דעד כאן ל"פ חכמים עליה דר' מאיר אלא דאין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות אבל במאי דקאמר ר' מאיר בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דיחלוקו ל"פ עליה. ואף על גב דאין ההלכה כסומכוס בשור שנגח את הפרה (ב"ק מו א) והתם נמי שמא ושמא הוא שאני התם דהא איכא חזקת ממון ברשות אחד מהם אבל בסוגיא דהשואל מיירי דקיימא באגם הילכך כיון דאין הולד ברשות אחד מהן וגם כל אחד ואחד טוען שמא בהא ודאי קיי"ל כסומכוס דיחלוקו והכי נמי משמע מפרק חזקת (לד ב) בסוגיא דההוא ארבא דהווי מינצי עליה בי תרי דאמר כל דאלימ גבר דפרכינן עלה ומאי שנא מהא דתנן המחליף פרה בחמור וכו' יחלוקו דמדפריך מינה אלמא דבההיא דהמחליף הלכה כסומכוס וכל מה שהביאו התוספות לשם (לה א ד"ה ומאי) מפרק שור שנגח ומפרק השואל דאין הלכה כסומכוס אין ממנו ראיה כל עיקר לההיא דהמחליף כיון דאיכא תרתי למעליותא חדא דאין הולד ברשות אחד מהן ותו דכל אחד טוען שמא הילכך יחלוקו:

וכן מבואר למדקדק בדברי האלפסי שהרי בר"פ שור שנגח כתב אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה וקיי"ל דיחיד ורבים הלכה כרבים ובפרק השואל נמי אמתניתין דשאלה או שכורה מתה תנן זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו כתב האלפסי ג"כ וז"ל הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים המוציא מחבירו עליו הראיה ואמתניתין דהמחליף פרה בחמור וכו' כתב האלפסי וז"ל ואמאי יחלוקו ליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המע"ה אמר ר' חייא בר אבא אמר שמואל בפרה עומדת באגם ושפחה דקיימא בסימטא ונוקמה דמרה קמא וליהוי אידך

המע"ה ואוקימנא כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי זה אומר שמא משלקחתי אבל בברי וברי או בברי ושמא אף על גב דקיימא באגם ובסימטא מוקמינן לה אחזקה דמרה קמא והוי אידך המע"ה ותני נמי בכה"ג המחליף פרה בחמור וכו' עד וחכמים אומרים אין נשבעין לא על העבדים ולא על הקרקעות. הנה עין השכל רואה מדהאריך הרי"ף בכל זה ולא כתב כאן ג"כ הא מני סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אבל חכמים אומרים המע"ה שמעינן דבהיא דהמחליף כסומכוס קיי"ל ולכן כתב ואוקימנא כסומכוס וכו' כלומר דהכי הוי מסקנא כמו דאוקימנא כסומכוס ודוקא בשמא ושמא דכיון דעומדת באגם דאין הולד ברשות אחד מהן וגם כל אחד טוען שמא הילכך יחלוקו אבל בברי וברי או בברי ושמא אף על גב דקיימא באגם ובסימטא מוקמינן לה אחזקה דמרה קמא והוי אידך המע"ה ומביא ראיה מברייתא דתני נמי כהאי גוונא דעד כאן לא פליגי חכמים עליה דר"מ אלא דאין נשבעין על העבדים וכו' אבל במאי דקאמר שמא ושמא יחלוקו לא פליגי עליה והיינו נמי בכה"ג דקיימא באגם ובסימטא ומשום הכי דקדק האלפסי בפרק חזקת (יח א) בהיא דארבא שהביא בדברי המקשה הך ברייתא שמפורש בה זה אומר איני יודע וכו' דהא לפי שיטה זו לא קיי"ל כסומכוס אלא דוקא בעומדת באגם ובשמא ושמא עיין שם:

וזו היא דעת הרמב"ם שבכל מקום פסק כחכמים דהמוציא מחבירו עליו הראיה זולת בהמחליף שכתב וז"ל זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהן יחלוקו זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בולד עד כאן לשונו בפ"כ מהלכות מכירה (הי"א) כתב כלשון הברייתא ופירשה דמיירי בכהאי גוונא שעומדת באגם וכדכתב הרי"ף. ומעתה נבא לבאר דברי רבינו שמ"ש המחליף פרה וכו' עד על הלוקח להביא ראיה אפילו אין הפרה והשפחה ברשות המוכר אלא עומדת באגם זה דבר פשוט בסוגיא דברי וברי המע"ה:

באור הגר"א חושן משפט סימן רכג ס"ק א

[א] המחליף פרה כו' זה אומר איני יודע כו' ויש מי שאומר דיחלוקו. הוא דעת הרמב"ם ופ' כסומכוס דסתם מתני' כוותיה וכמו שאוקמוה התם בעומדת באגם ובשמא ושמא דוקא אבל בלא"ה מודה לרבנן וכמ"ש שם בברייתא ע"ב זה אומר איני יודע כו' וכמ"ש הרי"ף שם ומ' מדבריו ג"כ שהאריך לפרושי דברי סומכוס ומפ' שפ' כסומכוס והא דפ' הרמב"ם בכל מקום המע"ה היינו בחסר א' מאלו התנאים שמא ושמא ועומדת באגם וע' בדבריו והא דאמר' בספ"ג דב"ק אמר סומכוס אפי' בברי וברי לא קיימא כן במסקנא שם והא דפסק הרמב"ם שם וברפ"ה שם המע"ה אפי' בניזק אומר בריא ומזיק שמא משום דלא קיימא באגם זה שפסק כאן יחלוקו בשניהם אומרים איני יודע כסומכוס וכ"כ הטור לדבריו ומ"ש ברישא על הלוקח להביא ראיה אפי' אם כו' אפי' אין פי' הב"ח ופרישה שהן שני דברים או זה או זה אבל בשניהם ביחד יחלוקו וע"כ צ"ל כן דכ"ש משניהם אומרים שמא והמ"מ כ' דמ"ש במוכר טוען שמא דעל הלוקח להביא ראיה היינו שרוצה ליטול הכל ואם לא הביא ראיה יחלוקו וכמ"ש בד"מ ובב"ח דברי המ"מ ועב"ח ודברי המ"מ עיקר וכלל העולה דרמב"ם פ' כסומכוס ובעומדת באגם ושניהן טוענין שמא וכ"ש בלוקח טוען בריא ומוכר שמא דיחלוקו והתוס' ורא"ש וטור פ' כחכמים וז"ש באיני יודע כו' על הלוקח כו' וכ' בהג"ה וי"א דאפי' כו' והוא דברי הטור וכמ"ש ברפ"ה ל"ל זה כלל גדול בדין דאפי' כו' ושם ספ"ג רישא ניזק בריא כו':

נתיבות המשפט באורים סימן רכג ס"ק ג

[ג] אפילו אם הלוקח טוען ברי. עיין ט"ז [ד"ה אפילו] שכתב דהרמב"ם [פ"כ ממכירה ה"י] פוסק כסומכוס, והא דקיי"ל כרבנן גבי שור שהיה רודף בסימן ת' [סעיף א'], הוא רק כשהמחזיק מוחזק, משא"כ כשעומד באגם, ע"ש. והוא תמוה לפענ"ד, חדא דהיה לו לחלק שם ולכתוב דבעומדת באגם דיחלוקו. ועוד, דהא כתב בסימן ת' [סעיף ד'] דתפס מהני, ולהרי"ף והרמב"ם דס"ל בטענו חיטין מטעם הודאה בעינן תפיסה קודם שעמד בדין כמבואר לעיל סימן פ"ח [סעיף י"ב בהג"ה], וכשתפס לא גרע מעומד באגם, וא"כ קשה הא דפסק שנוטל כפי שאמר מזיק, היה לו לפסוק יחלוקו גם בתביעת ניזק. ועוד, דהא המחבר כתב בסימן שצ"ט סעיף ג' גבי שור שנגח את הפרה בפירוש דאפילו עומדת באגם, ולא כתב דלהרמב"ם יחלוקו בכה"ג, וכן הרמב"ם סתם וכתב לכל דינים שתלויין במחלוקת סומכוס וחכמים, דהמוציא מחבירו עליו הראיה כרבנן, ולא כתב דבעומד באגם יחלוקו.

לכן נראה לפענ"ד לישב דברי הרמב"ם בדרך אחר, דהתוס' בב"מ דף ק' [ע"א] בד"ה הא מני סומכוס הוא, כתבו דהא דפרה שנגחה את השור דמשתלם שמינית מהולד אף שבעל הולד מוחזק, דהוא משום דחזקת מעוברת כנגדה. ועל כרחק הא שכתבו התוס' הטעם משום דחזקת מעוברת כנגדה, הוא לישב שיטת ר"י דס"ל דמהני חזקת הלוקח אפילו טוען שמא לפי פירוש רש"ל שם, ועיין בחידושי לסוגיא שפירוש רש"ל הוא העיקר דלא כפירוש מהרש"א [שם], והיינו משום דבחפץ איכא שתי חזקות, חזקת מרא קמא וחזקת ממון, ולכך מהני אפילו בשמא, רק משום דחזקת מעוברת כנגדה, ועיין בפני יהושע בכתובות דף ע"ו [ע"ב] ברש"י ד"ה כלה בבית חמיה, דבחזקת ממון לא שייך חזקת מרא קמא. וחזקת בעל הולד המזיק כתפס מוכר דמי, הרי מוכח דאפילו במקום דחזקת ממון ומרא קמא דמהני אפילו לסומכוס, מ"מ במקום דאיכא חזקת מעוברת כנגדה לא מהני.

אמנם לא כתבו התוס' זה רק בשמא ושמא, אבל בברי וברי ודאי דלא מהני חזקת מעוברת, דהא אמר התם דברי וברי לא אמר סומכוס ומשמע דהמוציא מחבירו עליו הראיה, וכן פסקו הפוסקים, אף דאיכא ללוקח חזקת מעוברת, אלמא דברי וברי אפילו חזקת מרא קמא בלא חזקת ממון עדיף מחזקת מעוברת. ולפ"ז אתי שפיר דברי הרמב"ם, דודאי כל כמה דאפשר לא דחינן סתם משנה מהלכה, אם לא במקום שאמרו בש"ס בפירוש דלית הלכתא כוותיה. והנה התוס' הקשו שם דלוקמי אפילו כרבנן ושאני הכא דאיכא חזקת מעוברת כנגדה, ותירצו דחזקת מרא קמא עדיפא, ע"ש, והרי יש לנו הוכחה מהש"ס דחזקת מרא קמא עדיפא מחזקת מעוברת. אמנם יש לומר דדוקא לתירוץ ראשון שבש"ס שם דמוקי למתניתין בברי וברי, ובזה ודאי דלא מהני חזקת מעוברת לרבנן לבטל חזקת מרא קמא, כמו דלא מהני לסומכוס בברי וברי לבטל חזקת מרא קמא וממון במקום דמהני לדידיה, כמו כן לא מבטל חזקת מעוברת חזקת מרא קמא, דמהני לרבנן כמו לסומכוס חזקת מרא קמא וממון, אבל (לרב אשי) [לרבא] דמוקי למתניתין בשמא ושמא, נוכל לומר באמת דאתיא אפילו כרבנן, והא דקתני דיחלוקו, משום דבשמא ושמא חזקת מעוברת הוא כנגד חזקת מרא קמא, וכמו שחזקת מעוברת מבטל חזקת מרא קמא וממון לסומכוס, כמו כן מבטל חזקת מעוברת לחזקת מרא קמא לרבנן, ובמקום דליכא חזקת מרא קמא ממילא הדין דיחלוקו אפילו לרבנן כמו שכתבו התוס' בב"ב דף (ל"ד) [ל"ה ע"א ד"ה ומאי].

וקצת ק"ו הוא, דמה גבי פרה שנגחה השור דאיכא לבעל הולד חזקת מרא קמא וממון דמהני אפילו לסומכוס, ומ"מ חזקת מעוברת עדיף, מכ"ש חזקת מרא קמא לחוד דלא מהני רק לרבנן, מכ"ש דחזקת מעוברת מבטלה. אף שיש לדחות הק"ו, דאפשר דלסומכוס במקום דררא דממונא, חזקת מרא קמא וממון גרוע יותר מחזקת מרא קמא לחוד לרבנן, מ"מ הרמב"ם ס"ל כיון דלא מצינו הוכחה בש"ס גבי שמא ושמא דחזקת (מעוברת) [מרא קמא] עדיף מחזקת (מרא קמא) [מעוברת] לרבנן, אין לנו לדחות סתם משנה מהלכה, כיון די"ל דחזקת מעוברת מבטל חזקת מרא קמא לרבנן כמו לסומכוס, ומיעוט מחלוקת עדיף.

אבל חזקת ממון לרבנן דעדיף מחזקת מרא קמא, בודאי דאין חזקת מעוברת מבטל אותה, דהא אפילו חזקת הגוף דבתולה דעדיף מחזקת מעוברת, ואפ"ה קי"ל בכתובות דף ל"ו [ראה שם ע"א ד"ה החרשת וראה שם ט"ז ע"א] דלא עדיף מחזקת ממון רק בברי ושמא, אבל בברי וברי או בשמא ושמא חזקת ממון עדיפא, ואף דשם כיון שלא נמצא לה בתולים ג"כ איכא דררא דממונא, ומכ"ש דעדיף מחזקת מעוברת, משא"כ לסומכוס דלא חשיב ליה חזקת ממון במקום דררא דממונא ולכך חזקת מעוברת עומד לנגדה. ולכך לא פסק הרמב"ם דיחלוקו בכל מקום דפליגי סומכוס ורבנן רק הכא משום דאיכא חזקת מעוברת לנגדה.

ואי תקשה דא"כ בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה דפסק הרמב"ם [פ"ט מנזקי ממון ה"ג, עיין שם] והמחבר בסימן שצ"ט [סעיף ג'] דאפילו עומד באגם המוציא מחבירו עליו הראיה, אף דאיכא ג"כ לבעל הפרה חזקת מעוברת. הנה קושיא זו קשה ג"כ להתוס' שכתבו ריש פרק הפרה [ב"ק מ"ו ע"א ד"ה שור] דמיירי רישא שור שנגח את הפרה בעומד באגם דוקא, דבעומד בביתו מודה סומכוס, ע"ש. ולכאורה תמוה דמ"ש מפרה שנגחה השור שכתבו התוס' [בב"מ] דאפילו איכא חזקת ממון דמ"מ יחלוקו משום חזקת מעוברת, והכא בשור שנגח ג"כ איכא חזקת מעוברת. לכן נראה דשור שנגח שאני כיון דעכשיו הולד מת, א"כ כמו שיש לספק שהפילה קודם שלא מחמת הנגיחה, א"כ אף שיש חזקת מעוברת, מ"מ הא יש לומר נהי דידוע שהפילה אח"כ, מ"מ אימר גם מקודם היה הולד נפל במעיה. ועל כרחק צ"ל משום חזקת חי כיון שרואין שהעובר היה גדול במעיה והרי היה חי מעיקרא. אמנם זה לא חשיב חזקה דהוי כחזקה שלא נתבררה בשעתו שכתבו התוס' בחולין דף י"א [ע"א ד"ה אתיא] דלא חשיב חזקה אפילו באיסורין, ומכ"ש גבי ממון כיון שלא נתברר בשעתה רק מכח רובא, ובממון לא אזלינן בתר רובא.

ואף דאם היה ידוע שילדה אחר הנגיחה היה חייב לשלם דהא קתני במשנה [ב"ק שם] ואין ידוע אם קודם שנגחה או אחר שנגחה, מוכח דבידוע שאחר שנגחה חייב, הטעם הוא כיון דחזינן דלא הפילה קודם רק אחר הנגיחה, חזקה שמחמת הנגיחה הפילה. תדע, דאלת"ה קשה הא דבב"ב דף צ"ג [ע"א], דמקשה ממתניתין שור שנגח למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב, ולא מקשה למאן דסבירא ליה אין הולכין בממון אחר הרוב, דאפילו אם ידוע שילדה אחר הנגיחה ניחוש שמא היה נפל, אלא ודאי דהוא מטעם חזקה כנ"ל, אבל כשיש ספק אי ילדה קודם הנגיחה ויש ספק ג"כ אי היה נפל, הוי ממון המוטל בספק, דדמיא קצת להא דאמרינן התם כיון דאיכא למימר מקמא אתי ואיכא למימר וכו', וה"נ כיון דאיכא תרי ספיקי הוי ממון המוטל בספק.

ואתי שפיר ג"כ הא דפסק המחבר בשור שנגח הפרה דאפילו בעומד באגם המוציא מחבירו עליו הראיה, כיון דליכא חזקת מעוברת. אך בפרה שנגחה השור דפסק סתם דאינו גובה מהולד [שם סעיף ב'], קשה קצת הא דסתם ולא כתב דבעומד באגם יחלוקו. ואפשר דהוא משום שאין דרכו של הרמב"ם לכתוב דין שאינו מפורש בש"ס, ונלמוד סתום מהמפורש.