

## דף ק

רלב. מה הדין בספקות דלהלן, כשיש ויכוח בין המוכר לקונה בברי וברי; שמא ושמא; ברי ושמא; ברי ושתיקה; א. החליפו פרה בחמור וילדה, ואין ידוע אם ילדה לפני המכר או לאחוריו. וכן במכירת שפחה שילדה. ב. המוכר עבד לחברו, ויש ספק אם מכר את עבדו הגדול או את הקטן. וכן בשדה – גדולה או קטנה.

א. המחליף פרה בחמור וילדה, וכן המוכר שפחתו וילדה; אם הולד ברשות אחד מהם, הרי זה שכנגדו הבא להוציא – עליו הראיה.

א. כאשר הלוקח מוחזק ואומר 'שמא', כתבו התוס' שמוציאים מידו, שסברא היא שלא תועיל חזקתו מספק. אולם כשהמוכר מוחזק י"ל שהואיל ומוחזק היה במעוברת עד עתה, מועילה חזקתו גם ב'שמא'.

ובשו"ע (רכג, א) משמע שאף חזקת הלוקח מועילה ב'שמא' (וע' קצוה"ח ונתייה"מ, אם הטעם משום תפיסה או משום חזקת הגוף שמסייעתו).

והרמ"ך (בשיטמ"ק) צדד שמא אם המוכר טוען 'ברי', מוציאים מהלוקח הטוען שמא [אף למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף] כיון שלא היה מוחזק עד עתה, הלכך אין ספקו מועיל להוציא מידי ודאו של המוכר.

ב. אפילו לסומכוס, כשאחד מהם מוחזק אין אומרים 'יחלוקו' אם הוא טוען ברי (תוס' כאן עפ"י מהרש"א). ויש אומרים אפילו בטוען שמא (עפ"י מאירי בדעת הר"ף והרמב"ם). וי"א שכשהקונה מוחזק ב'שמא' מודה סומכוס שהמע"ה לפי שיש עמו חזקת מעוברת, שילדה לאחר המקח (ערש"ל בדעת ר"י; נתייה"מ). ויש מפקקים על חזקת מעוברת שהרי עומדת להשתנות. ע' שו"ת רעק"א עא ובחדושי ליו"ד טו, ב ועוד).

ויש חולקים וסוברים שאמר סומכוס 'יחלוקו' אפילו במוחזק ובטענת ברי (עפ"י רשב"א, מובא בר"ן; מ"מ מכירה כ, יא; ועתורא"ש כאן ותוס' ב"ק לה. ד"ה ו"א ובהגר"א רכג סק"ז).

היתה הפרה באגם או בסמטא (או ברשות הרבים. תוס', ש"ך), וכן השפחה; לדברי חכמים מעמידים אותם בחזקת מרא קמא, המוכר [הגם שיש כאן דררא דמונא, ועוד יש לקונה 'חזקת מעוברת' שילדה מאוחר. עתוס']. ולדברי סומכוס – חולקים. לרבא (ורב פפא בב"ק לה), לא אמר סומכוס אלא בשמא ושמא, אבל בברי וברי מודה לחכמים. ולרבה בר רב הונא (ור' חייא בר אבא בב"ק ס), אמר סומכוס אפילו בברי וברי.

א. שיטת הרמב"ם להלכה שחולקים בשמא ושמא. לפירוש המ"מ והש"ש (ד, יב) נקט שחכמים מודים לסומכוס שיחלוקו. ויש אומרים שהר"ף והרמב"ם פסקו כסומכוס ואליבא דרבא, בעומדת באגם (עפ"י מאירי [נתמה על פסקם]; ט"ז ובהגר"א רכג סק"א. וע"ש סק"ז. וער"ה ב"ק לה: שמסקנת הגמרא כרבא. ולא כן כתב הר"ן כאן). וכן פסק רב האי גאון, כסומכוס (מובא בתור"פ קב:). והובאה דעה זו בשו"ע (רכג, ב) בלשון 'ויש מי שאומר'.

וכמה ראשונים פוסקים המוציא מחברו עליו הראיה (רא"ש, נמו"י, רמ"ך בשיטמ"ק; ריטב"א צז: ר"י בתור"פ קב: טור רכג; דעה ראשונה בשו"ע שם, בסתם).

ב. כשהמוכר שמא והלוקח ברי, ועומדת באגם – יש אומרים אין ברי עדיף להוציא מחזקת מרא קמא (עפ"י רמב"ן ב"ב לד; ר"ן כאן), הלכך ישבע המוכר בנקיטת חפץ שאינו יודע [ובולד שפחה – נשבע בלא נקיטת חפץ שבועת היסת], והולד שלו (ערמב"ם מכירה כ, י כפירוש המאירי ועוד). וי"א יחלוקו בלא שבועה (כן משמע במ"מ בדעת הרמב"ם).

ויש חולקים וסוברים שברי עדיף להוציא ממרא קמא (עפ"י ראב"ד בשיטמ"ק. וכן נקט הב"ח לעיקר בדעת הרמב"ם. וערש"י ב"ק צו:).

אם האחד טוען 'ברשותי ילדה' והשני שותק – זכה הטוען ברי בוולד. (ואפילו שכנגדו המוחזק – ששתיקה כהודאה דמיא. עתוס' ב"ק צו: רמ"ך. וע"ש דין שתק ולבסוף צוח. וע"ע נתיח"מ).

בכל מקום שאמרנו שזה שכנגדו צריך להביא ראיה, אם לא הביא – ישבע המוחזק כמו שאמר וייפטר. ואף סומכוס מודה בכל מקום שיש שבועה דאורייתא ('מודה במקצת') – שנשבע ונפטר. מלבד בשמא ושמא ועומדת באגם – שאין המוכר צריך להשבע, שהרי גם שכנגדו מסופק (כן צידד בסמ"ע רכג סק"ו).

ב. המוכר עבד ואין ידוע אם גדול מכר או קטן; –  
 בברי וברי – שנינו במשנה שהמוכר נשבע (שבועת מודה במקצת) ונפטר. והעמידוה בגמרא באופנים שונים:

(א) כשהדיון על דמים ולא על העבדים עצמם (כגון מסרתי לך דמי עבד גדול וזה אומר דמי עבד קטן (רש"י); או בלוקח שנתן דמים למוכר, באופנים שאינו נקנה בכסף עד שיכתוב שטר. ר"י). כן העמיד רב; (ב) כמאן דאמר נשבעין על העבדים, וכמאן דאמר טענו חטים והודה לו בשעורים חייב [שהרי גם כאן מה שטענו לו הודה לו ומה שהודה לו לא טענו]. ולמ"ד 'הילך' פטור, צריך להעמיד כגון שקטע יד העבד הקטן, שאין כאן 'הילך' במה שהודה (רב ששת. והקשו על פירוש זה); (ג) כגון שטענו עבד בכסותו [וכשהכסות הקטנה מחוברת לגדולה, שאז ההודאה היא חלק מהטענה. רב פפא], שיש כאן גם תביעת מטלטלין, ושוב מגלגלין שבועה על העבד (רב הושעיא).  
 וכן לגבי שדה גדולה וקטנה – דוקא בתביעת דמים, או בעומרי שדה, או כמ"ד נשבעין על הקרקעות.

בכל מקום שאין שייכת שבועה דאורייתא של 'מודה במקצת' [כגון להלכה שאין נשבעים על קרקעות ועבדים, או בשני חפצים נפרדים, וכן ב'הילך'], לסומכוס – חולקים, ולחכמים – ישבע המוכר שבועת היסת שלא מכר אלא קטן, וייפטר (וכן הלכה. רמב"ם מכירה כ"ב).  
 בשמא ושמא; לסומכוס – יחלוקו. ולחכמים – על הלוקח להביא ראיה, שיש להעמיד בחזקת מרא קמא. כשהלוקח ברי והמוכר שמא – שנינו במשנה שזכה הלוקח בגדול.

לדברי האמוראים ברי ושמא ברי עדיף – באה המשנה כפשוטה. ולדברי האומרים לאו ברי עדיף, צריך להעמיד כשיש עסק שבועה ביניהם, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם (ר"ן – וכדעת האומרים 'מתוך... אף בגלגול שבועה. וע' ראב"ד ומאירי). ואם לאו – יישבע המוכר 'היסת' שאינו יודע, ואין ללוקח אלא קטן (ערמב"ם כ"ג; חו"מ רכג, ה).  
 והראב"ד צדד שכאן הכל מודים שברי עדיף, הואיל ועומדת באגם ואין המוכר מוחזק ממש אלא חזקת מרא קמא בלבד (וכך י"ל בפרש"י ב"ק צו סע"ב. וכן נקט הב"ח לעיקר בדעת הרמב"ם כנ"ל. ואין כן דעת הרמב"ן בב"ב לד).

הלוקח אומר ברי לי שגדול לקחתי והמוכר שותק – זכה הלוקח בגדול.

בכל מקום שאמרנו לסומכוס שחולקים – דוקא כשיש דרא דממונא [כגון שדיברו על שני העבדים ואיננו יודעים מה קבל], אבל כשאין דרא דממונא – מודה סומכוס לחכמים (תוס' עפ"י הגמ' לעיל ב. ועתור"פ דהוי דרד"מ כיון שיודעים שמכר לו העבד אבל נולד ספק במכר).