

עליו הראיה? משום דאצטריך לרבות דאפילו אם ניזק אומר: ברי [ברור] לי שאתה חייב, ומזיק אומר: שמא אינני חייב, אין אומרים: ברי ושמא ברי עדיף ומוציאין ממון

על ידי טענת ברי של התובע, (6) אלא — המוציא מחבירו עליו הראיה, (7) וכל זמן שהניזק אינו מוכיח את דבריו, אין המזיק חייב לשלם לו. (8).

6. משמע דאם היינו אומרים ברי ושמא ברי עדיף, היה המזיק משלם חצי נזק גם על הולד. והנה קיימא לן אין אדם משלם קנס על פי עצמו, וכדילפינן [לעיל סד ב]: "אשר ירשיעון אלהים" — פרט למרשיע את עצמו. ונחלקו הראשונים האם "שאר הוכחות" כגון "מיגו" מועילות לענין קנס, או דבעינן דוקא עדים. הרמב"ן [כתובות פרק ג] סובר דגם "מיגו" מהני ורק "הודאת פיו" נתמעטה דלא מהני בקנס, והרמ"ה [הובא בטור שצט ד] סובר דמיגו אינו כלום, דבקנס לא שייך חיובא אלא בעדים. [ובש"ך שצט ג משמע דמיגו הוי כמו שהביא עדים על הדבר].

ולכאורה מסוגיא דהכא מוכח כהרמב"ן, דהא משמע דאם ברי עדיף היה מחוייב לשלם קנסא דחצי נזק.

אלא דב"שיטה מקובצת" בשם הר"ש כתב דהך הוספה דזה כלל גדול בדין — אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא, לאו אמתניתין קאי, אלא מילתא באנפי נפשה היא, ומיירי כשתובע אותו נזק שלם שהוא "ממון" ולא "קנס".

אבל מדברי התוספות [ד"ה דאפילו] מוכח שהם פירשו דזה כלל גדול בדין קאי אמתניתין ומיירי בפלגא נזקא דהוא קנסא, ומוכח דסבירא להו כהרמב"ן — "קהילות יעקב" סימן לג ס"ק ג ד.

[וראה ברמב"ן (בבא מציעא צז ב סוף ד"ה שמעת מינה) שדן אם אליבא דסומכוס ברי ושמא ברי עדיף, או לאו ברי עדיף ויחלוקו, ואם תימצא לומר דלסומכוס ברי עדיף הרי אי אפשר להעמיד את המשנה. באופן שהניזק אומר ברי

והמזיק אומר שמא, ונמצא שמה שאמרו "זה כלל גדול בדין" לא קאי אמתניתין — כשיטת הר"ש ודלא כשיטת התוספות].

7. לקמן קיח א סבירא ליה לרב יהודה דברי ושמא ברי עדיף ותיקשי: אמאי קאמר רב יהודה הכא דלא אמרינן ברי עדיף?!

יש לומר: לא אמרינן ברי עדיף אלא כאשר הנתבע מסוגל לדעת מה אירע, וכשאינו יודע — השמא שלו הוא גרוע, והברי של התובע הוא טוב, שהרי הוא יודע שהנתבע יכחיש אותו אם הוא משקר, אבל הכא שהמזיק אינו יכול לדעת אם שורו הזיק גם את הולד או לא, השמא שלו אינו גרוע והברי של התובע אינו ברי "טוב" כי הוא יודע שלא יוכל להכחישו, ובכחאי גוונא לכולי עלמא לא אמרינן ברי עדיף — תוספות.

וב"נתיבות המשפט" עה ז כתב דהא דברי עדיף, אם היה הנתבע צריך לדעת, הוא משום דחדשינן ליה שמשקר, ולפי"ז, בברי גרוע ושמא גרוע, גם כן ברי עדיף — "קובץ שיעורים" בבא בתרא אות תסא [דלא כרבי עקיבא איגר חושן משפט שצט ג ומתוספות בבא מציעא צז ב יש להוכיח דברי טוב ושמא טוב נמי ברי עדיף — "קובץ שיעורים" שם].

8. א. הקשו התוספות: כאשר באו עדים והעידו שהשור נגח את הפרה ולא העידו שהשור הזיק גם את הולד, הרי זה כמודה במקצת הטענה, שמחוייב שבועה על שאר הממון שהוא מכחיש [בבא מציעא ג א ראה מהר"ם ומהר"ם ש"ף], והיות שהמזיק אינו יכול להשבע שהרי הוא