

לך, ולגבי שחיטה אין שום חיסרון במה שהשור נגחן, והרי זה מקח גמור, השור שלך והמעוות שנתת שלי הם.

רב אמר: הרי זה מקח טעות, והרי הוא כמי שקנה יין ונמצא חומץ.

ושמואל אמר: יכול המוכר שיאמר לו ללוקח: לשחיטה מכרתיו לך ואין כאן מקח טעות.⁽¹⁰⁾

אי נמי הא דאמרינן זה כלל גדול בדין, איצטריך לבי הא דאתמר: המוכר שור לחבירו ונמצא שהשור הוא שור נגחן⁽⁹⁾ ואינו ראוי לחרוש בו.

הלוקח אומר: לחרישה לקחתיו, והרי מקחי מקח טעות, ואני רוצה להחזיר את השור, ולקבל את דמיו בחזרה מן המוכר.

והמוכר אומר: לא כי, אלא לשחיטה מכרתיו

האם יש כאן חיוב ממון, אלא שיש לנתבע זכות להשבע ולהוכיח על ידי השבועה שהוא אינו חייב. או דכל עוד שלא באו שני עדים אי אפשר לחייבו ממון, אלא שהתורה נתנה לתובע זכות לדרוש שבועה מן הנתבע, אולי יודה שהוא חייב.

תוספות בתירוצם השני [וכן הטור שצט ד והרשב"א לעיל מא ב ד"ה אלא כשהמית] סוברים שאין השבועה אלא כדי שיודה, אבל אין כאן חיוב ממון, לפיכך לא שייך שבועה בקנס. ובשאר התירוצים סוברים התוספות [וכן דעת הראב"ד שהובא ברשב"א שם וכן הוא להדיא ברשב"א בבא בתרא לד א בשם הריב"ם] דשבועת עד אחד תשלומין נינהו, אלא דיכול לפטור עצמו בשבועה. ולפי זה אף בקנס שייך חיוב שבועה, כי אפילו אם הוא יודה לא יפטר מלשלם, היות ואינו מרשיע ומחייב את עצמו, שהרי עדות העד כבר חייבתו ממון — שו"ת רבי עקיבא איגר [תנינא קמ] ו"קהילות יעקב".

9. שהיה נגחן קודם מכירה — רשב"ם [בבא בתרא צג א]. כי אם הוא נעשה נגחן אחרי המכירה, אין המוכר אחראי לכך.

10. המוכר אינו יכול לטעון כך בתורת ודאי, דהא יש לומר שהלוקח קנאו עבור חרישה, אלא דהוי ספק, והמוציא מחבירו עליו הראיה. [ועל

אומר "שמא", אם כן עליו לשלם גם על הולד, שהרי מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע חייב לשלם [כדברי רבא בבבא מציעא צח א]?!?

ותירצו התוספות שלשה תירוצים: הראשון: שמואל חולק על רבא, ואינו סובר שאם אינו יכול להשבע חייב הוא לשלם.

ועוד: כל עניינו של חיוב שבועה הוא כדי שהנתבע יודה, אם כן לא עדיף חיוב שבועה מהודאה עצמה, והרי אם היה מודה שהשור הזיק את הולד, היה פטור, למאי דקיימא לן [לעיל טו ב]: פלגא נוקא קנסא, על כן לא שייך לחייב אותו להשבע — על פי ביאור "קהילות יעקב" סימן לג סוף אות ז.

ועוד תירצו: אין אומרים מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע משלם, אלא כאשר הנתבע היה יכול לדעת אם הוא חייב או לא, אבל כאן — שהמזיק לא היה נוכח בשעת ההיזק, ולא היה יכול לדעת אם אכן הזיק שורו את הולד, אינו מחוייב לשלם, אף על פי שאינו יכול להשבע.

ב. והנה נחלקו התירוצי הראשון והאחרון עם התירוצי השני האם שייך שבועה בקנס. התירוצי האמצעי סובר שלא שייך שבועה בקנס היות שאם יודה הוא יפטר מלשלם, ושאר התירוצים חולקים על זה.

וביאור מחלוקתם הוא: כאשר התורה הטילה שבועה במודה במקצת ובמקום עד אחד וכו',