

## ערוך השולחן חושן משפט סימן רכג סעיף ב - ג

### סעיף ב

והרמב"ם ז"ל כתב בפ"כ [הל' י'] 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 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 עבדים זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו עכ"ל והקשו עליו הטור והמגיד משנה דהא קיי"ל המוציא מחבירו עליו הראיה אפי' בברי ושמא דלא כסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין כמ"ש הרמב"ם עצמו בפ"ט [הל' ב'] מנזקי ממון ואפי' בעומדת באגם [ב"מ ק' א] וכ"ש בשמא ושמא ואיך פסק דיחלוקו ועוד הלא הוא עצמו בתחלת דבריו פוסק כן והמפרשים נדחקו מאד בדבריו ולא העלו ארוכה ולענ"ד נראה ברור דהרמב"ם ס"ל בשמא ושמא בעומדת באגם הכל מודים דיחלוקו [וזהו שיטת הרי"ף שם לפסוק כרבא ומ"ש הא מני סומכוס ר"ל דבזה כ"ע כסומכוס ס"ל כמ"ש הנמק"י שם והוכרחו לזה מירושלמי שם דמוקי כסומכוס ובע"כ צ"ל כן ודו"ק] ועוד ס"ל להרמב"ם דכשהלוקח טוען שמא עדיף מכשטוען ברי דכשטוען ברי אומרים לו הבא ראיה כיון שידוע לך בבירור כן משא"כ כשטוען שמא שאין ביכלתו להביא ראיה וכיון שגם המוכר טוען שמא ושניהם אינם מוחזקים ממש לא חשיבא חזקת מרא קמא להפסיד את הלוקח בודאי כיון שא"א לו להביא ראיה ועוד דלהלוקח יש חזקת מעוברת להבהמה דהשתא קא ילדה [עי' תוס' שם ד"ה הא מני] ורבותינו בעלי הש"ע הביאו שתי הדעות ולא הכריעו [ולפמ"ש אתי שפיר מה שהקשו על הרמ"א מה הוסיף על המחבר והאמת משום דלהרמב"ם הוי ממש להיפך ודו"ק]:

### סעיף ג

זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בהולד דשתיקה כהודאה דמיא ולא מהני אף כשהשותק מוחזק כיון שהודה לו [נ"ל] ונ"ל דלא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא אלא במקום דהוה ליה למידע אבל בלא זה לא הוי שתיקה כהודאה דגם באיסורין כן הוא כמ"ש ביו"ד סימן קכ"ז דכשלא היה לו לדעת לא מיחשב שתיקתו כהודאה ואף שאפשר לחלק דבאיסור כיון שהדבר אינו נוגע רק לו לבדו שפיר אמרינן כן אבל בממון שנוגע לאחר לא ה"ל לשתוק והיה לו להשיב מי יימר שכן הוא אלא מדשתיק ש"מ דמאמינו ששלו הוא מ"מ אין לחלק בזה ובשתק ולסוף צווח אפשר דהדין כמו בסימן קל"ח