

חוסן משפט חלק ד'

| | גביית חוב מהיתומים | |
|----|---|----|
| 2 | כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם | קז |
| 9 | באיזה ענין נפרע מלוח מיורשים, ואיזה שבועה אדם מוריש לבניו | קה |
| 23 | מכריזין על נכסי יתומים | קט |
| 27 | אין נזקקין לנכסי קטן | קי |

גביית חוב מיתומים

סימן קז – כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם, ובו י"ב סעיפים. (א) מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, ¹ וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם. במה דברים אמורים, כשהניח קרקעות. אבל אם לא הניח אלא ממטללים, אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין. ³ אבל הגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהיורשים ממטללים שהניח אביהם, ⁴ והילכך האידינא כופין אותם לפרוע חובות אביהם, ⁵ אפילו הוא מלוה על פה, אף מהמטללים שהניח אביהם, אפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב: דאיכני, דירש במקום אביו קאי. ⁶ וכן חייבים לפרוע חוב אביהם ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים, בין גבו קרקע בין גבו מעות. ⁷ ואם ירשו קרקע ומטללים, ואין מפורש בשטר שיגבה ממטללי בין בחייו בין במותו, והיורשים רוצים להגבות לבעל חוב קרקע, והוא רוצה להגבות ממטללים, הדין עם היורשים. ⁸ אבל אם לא ירשו כלום מאביהם, אין חייבים לפרוע חוב אביהם, ואפילו מצוה ליכא. הגה: ⁹ ירש קצת נכסים, אין לרד לפרוע רק מה שירש (ויז"ש סימן תע"ח). ואם אומרו: איני יורש ואיני משלס עיין לקמן סוף סימן רע"ח אם שומעין לו.

(כ) מצוה על היורשים לפרוע חוב וכופין אותם כו' - הטעם, דהיורשים במקום אביהן קיימי וכדלקמן (&), אבל זה רק בשיעבוד קרקעות, דעיקר סמיכת דעתו דמלוה עליהן. ואפילו לזה ואח"כ קנה קרקע, דלא סמכה דעת המלוה בשעת הלואה על קרקע זו שקנה, ואם היה מוכרה לאחר לא היה המלוה טורפה מיד הלוקח כשלא כתב למלוה "דאיכני" וכנ"ל (סי' קד ס"ז), מ"מ מהיורשים גובין אף מדין תורה, לא מחשבי כאחר, אלא כהלוה עצמו בדבר של קיימא כגון קרקע. משא"כ במטללין שאינם דבר של קיימא, דהא יכול להבריחם ולהעלימם מעין של מלוה, ומשום הכי אינם משועבדים למלוה מדין תורה לכפות ליורשים שיפרעו מהן חובות אביהן. אבל מ"מ משום מצות עשה דכיבוד אב יש בו, שגנאי הוא לאביהן שיהא בכלל לזה רשע ולא ישלם והן יירשו את ממנו ויאכלוהו וישמחו, אלא יכבדו את אביהן וישלמו חובו ממה שהניח. אבל כשלא הניח אביהן כלום

¹ עי' לקמן סי' קיא ס"ב.

²

בדינים אלה מדברי האחרונים, ועי' שו"ת חקרי לב חו"מ סימן סט, ע ועא. ועי' פעמו"ז סימן קי בשם תורת חסד סימן קנג כשאין נכסים ממה לגבות, ויש לאביו חובות על אחרים, והיורש אינו רוצה לטרוח ולגבות החובות, והעלה שחייב היורש חיוב גמור לגבות החובות ולפרוע, וזה בכלל כופין אותו לפרוע, כשם שהיו כופין את האב לגבות חובות כדי לפרוע, ועי' פרק ב שהבכור יכול לומר איני נוטל ואיני פורע, ודעת הראב"ד שאף הפשוט יכול לומר כן, ודחה התו"ח דשאני התם שיש ממה לגבות, אבל כשאין ממה לגבות, פשיטא שחייב היורש וכופין אותו לעשות כל שביכלתו לפרוע, עיי"ש, ועי' פרק ב הערה מד. בשו"ת שבט הלוי ח"ד סימן ריד דן ביורש שמצא בין ספרי אביו כמה ספרים שאולים מאחרים, ושלח מכתבים למשאילים ולא באו לקבלם, והיורש אינו רוצה להוציא הוצאות למפקדים, אבל נראה שחייב להודיע להם. בשו"ת חבצלת השרון מה"ת סימן נ דן בהרוג שנקבר עם בגדיו, ושם נמצא פנקס של כל מי שחייב לו, ורוצים היורשים לפתוח הקבר כדי להוציא הפנקס, והעלה לאיסור, אבל אם רשום שם גם חובות שהוא חייב לאחרים, מצדד להתיר, שטובה הוא לנפטר שיפרעו חובותיו. ועי' שו"ת בצל החכמה ח"ו סימן יז שדן במי שכתב כל נכסיו לבניו במתנה מתים, והעלה שאין על היורשים משום מצוה לפרוע חובות אביהם, עיי"ש, ועי' בדבריו שם סימן כ שכתב דשאר יורשים פטורים מלפרוע חוב אביהם, ודן שם דמצוה לפרוע הוא מדין כיבוד מממונו של אב, וצ"ע, דלא משמע כן בדברי הפוסקים, ועי' דיני הלואה פרק י, ובאמרי בינה דיני גביית חוב דן בכמה אופנים אם יש בהם משום מצוה לפרוע חוב אביהם. באורחיה"מ כלל לה אות נט מסתפק באחד מהבנים שהיה אביהם חייב לו מעות, אם מוטל על שאר היורשים לפרוע חוב זה, דאפשר דלא

חוקן משפט חלק ד'

אין בו מצות כיבוד אב ואם, שהיא דוקא בממון של אביהן ואמן וכמו שנתבאר ביו"ד (סי' רמ"ה) (סמ"ע).

(ב) אבל מצוה כו' - דמצות כבוד היא מצות עשה שמתן שכרה בצידה וכל מצות עשה ששכרה בצדה אין ב"ד שלמטה מוזהרין עליה, וי"א, דמ"מ אם הב"ד רוצים לכונן הרשות בידם, ועי' רמ"א לעיל (סי' צו סט"ז), שהביא דעה זו, וסתם כאן, ואפשר שסמך על דבריו שם, ואפשר כיון דיש בדבר פלוגתא, משום הכי ככיבוד אב ואם לא רצה מור"ם לכתוב להכריח הבן ולכפותו, דה"ל כאילו באנו להוציא מידו שיטריח נפשו במקום שיש פלוגתא בדבר, משא"כ בהשבת העבוט, דמשכונן עומד ברשות הלוה ולא מיקרי הוצאה מידו במה שכופין אותו להשיב העבוט (סמ"ע), וי"א דעיקר דעת הרמ"א שאם ב"ד רוצים הרשות בידם לכופ (ש"ך), ועיין בתשו' מהר"מ מינץ סי' ל"ב עיין בתשו' ר"מ אלשיך ר"ס י"ד ובתשו' מהרי"ט סי' ע"ב (ש"ך)³, ועיקר דאפילו רצו ב"ד אין כופין א"כ עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא, ועיקר כסמ"ע (קצה"ח), אף דמוטלת מצוה על היתומים לפרוע, חיובא דגופא הוא דאיכא, אבל מ"מ גוף המטלטלין אינן יוצאין מרשות היתומים אף שתפסן שכנגדו, והרי הן של היתומים ושכנגדו אסור להשתמש בהם, וגם הן גזל בידו כשמחזיק בידו. וגם הבית דין אינן יכולין להגבותן להמלוה שיהיו שלו, רק הבית דין יכולין לכופ עד שיאמר רוצה אני, אבל כל זמן שאין היתומים בעצמן מחליטין, הדבר אינו מוחלט, וגזל הוא בידו. ולכך, אם תפס מוציאין, כדי שלא יעבור על לאו ד"לא תגזול" כשמחזיק החפץ בידו, כי מה בכך שהיתומים עוברים על מצות עשה, מ"מ אין לו על החפצים כלום, דלא מהניא תפיסה לענין שיהיה מותר להשתמש בהמטלטלין כיון דגוף המטלטלין אינו שלו. ומ"מ אינו צריך להחזירם להיתומים, למען יהיה במה לכפותם לקיים המצוה פריעת בעל חוב (נתה"מ).

Commented [YL1]: ה יינו בצד השני שבו

(ג) אבל הגאונים תקנו כו' - טוב לכתוב בפירוש בשטרי חוב גם בזמן הזה שיש לו לגבות מהמטלטלין ומהמקרקעי בחייו ובמותו, שמא לא ידע הלוה בהתקנה ונמצא ממון של יתומים יוצא שלא כדין, שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בהן יתומים (סמ"ע).
(ד) ממלוה של אביהם - פירוש, אף על גב דאית ביה תרתי, דהן מטלטלין, וגם לא היה ביד אביהן במוחזק בשעת מותו כי אם בראוי ועי' מש"כ לעיל (סי' קד סק"ו) (סמ"ע), וה"ה שהבע"ח יכול להוציא משעבודא דר' נתן, ועמ"ש לעיל (סי' קד ס"?) (ש"ך), בעל חוב גובה ממלוה אפילו לא מטעם שעבוד דר' נתן רק מדינא, דעיקר פרנסתו ומחייבתו בחובות ועיקר סמיכות הבע"ח על זה וה"ה דגובה מחובות של עובדי גלולים, ועיין מש"כ לעיל (סי' פו סק"ג). ראו בן קנה עצים מן שר אחד בעד ז' מאות זהובים אך לא נתן לו כי אם ב' מאות זהובים, ויש מועד לתת את המותר ה' מאות זהובים וגם יום מוגבל לקחת את העצים מן היער, וחייב את עצמו כי אם יעבור המועד הן מן פרעון החמש מאות והן מלפנות העצים מן היער אבד זכותו, וכתבו כל זה בשטר. ובהגיע תור הפרעון לא היה יכול ראו בן לפרוע, וביקש מאיש עשיר אחד ונתן בעדו להשר הסך ה' מאות זהובים הנ"ל, וראובן מסר לו השטר לערבון ויקבע לו זמן פרעון ושם יעבור המועד יהיה למלוה כל השטר, כי אמר טוב תת הב' מאות זהובים לך מתתם להשר. והגיע הזמן ולא פרע לו, גם העביר את היום אשר הגביל לפנות העצים מן היער, נוסף על זה קם היער לאחווה לשר אחר אשר לא יתן לזרים שלא קנו ממנו דבר לבא בגבולו, עד כי נואשו המלוה והלוה מכספם ועציהם. וראובן נפטר, ואחרי פטירתו ביקש השר הראשון מן המלוה הנ"ל הלואה סך מסוים, והוא ביקש ממנו להמציא לו עציו, שהשר החדש לא יעזי להתנגד, והשר הסכים, והמלוה צדיק ולא מבקש רק מעותיו והמותר יחזיר להיתומים, ואולם יש על היתומים בעלי חוב וכתובת אשה, מאחר והתנאי שעשה ראו בן עם השר שאם יעביר המועד אבד זכותו ויהיו העצים מוחלטים להשר, לאו כלום הוא, ולא קנה השר העצים על פי תנאי הנ"ל משום דהוי אסמכתא. וגם היהודי השני לא קנה העצים מהראשון, דאפילו אם היתה מכירה מוחלטת לא קנה ע"י מסירת שטר לידו, דהרי בעינן כתיבה ומסירה למכתב על גביו קני לך הוא ושעבודו, ואפילו נכתב בשטר סתם דכל המוציא יקח העצים, מ"מ כיון שהוא לא נתן מעות בתחילה והשטר נכתב על קנינו של הראשון, שוב לא מועיל על השני בלא כתיבה ומסירה. וגם, כיון דכל עיקר קנין

Commented [YL2]: מ ה שהסמ"ע הביא מהרא"ש וכן הש"ך סק"ב לא הבאתי שזה לא מובא בסי' תיט

Commented [YL3]: מ שאול אם דברי הקצה"ח והתנה"מ הם פלפול שלא נצרף לספר יז

³ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

העצים הוא על ידי קנין חצר שהוא מקום ביער המושכר לו להניח שם עציו עד זמן ועידן השתא לגבי השני הך חצר אינה משתמרת לדעת הנותן השני, אף על פי שמשתמרת לדעת הנותן הראשון לא מהני, ועוד הכא לא היתה מכירה מוחלטת, רק היהודי הראשון נתן השטר להשני בתורת משכון והתנה עמו שאם לא ישלם לו ליום פלוני יהיה השטר מוחלט לו, וזה הוא אסמכתא דלא קנה כנ"ל (סי' עג ס"ז), ואין קנין סיטומתא כי אין מנהג כזה, ועי' לקמן סי' רא ס"ב סק"ב?, ונשאר עדיין הזכות מהעצים ליהודי הראשון. ולמעשה אין לכתובת אשה ובע"ח לגבות מהני עצים כלום, כיון שיהודי הראשון קנה העצים מהשר בקנין גמור, כי לפי משמעות השטר אלו ה' מאות שנתן לא היה בתורת ערבון ומקדמה (עי' לקמן סי' קצ ס"י ברמ"א וסט"ז שם) אלא בתורת קנין ופרעון והשאר זקף עליו במלוה וקבע לו זמן לפרוע, ועוד זמן אחר זמן הראשון להוליך עציו מיערו, נמצא אחר שכבר פרע יתר מעותיו שוב לא היו העצים בתורת משכון ובטחון אצל השר שהרי כבר פרעו, ועל כרחך מעיקרא השכיר לו מקום ביערו להניח שם עציו עד זמן ועידן, וקרוב לודאי שהיער משומר לדעת השר המוכר, ושכירות המקום היה כלול בדמי המקח שהבליע לו בחשבון, נמצא היה כסף ושכירות המקום, נמצא העצים קנויים להישאר מדינא ע"י חצירו שהוא מקום ביער המושכר לו מהשר עד זמן המוגבל, והשר זכה במעותיו מדינא בלי שום פקפוק, וממילא אחר שכבר כלה זמן שקבע לו השר כלו לו ימי שכירות קרקעו וחזרה הקרקע להשר, והשתא אפילו אי לא היה תנאי האסמכתא ביניהם כלל והיו העצים שייכים ליהודי הקונה, מ"מ לא נעשה עליהם השר לא שומר שכר ולא שומר חנם, ומכיון שבא השר השני ונטלם שוב אין לישראל על השר הראשון ולא כלום, ומה שהחזיר עתה להיתומים פנים חדשות באו לכאן ואין לכתובת אשה ובעלי חובותיו בהם כלום. ובפרט אחר שכבר נתיאשו לגמרי מהני עצים ע"י השר האלם השני, ובשגם שעכ"פ בדיניהם לא היה להם להיתומים שוב שום טענה על אותן העצים, בודאי שאין כתובה ובע"ח גובה מטלטלי דיתמי כאלו (פ"ת).

(ה) בין גבו קרקע בין גבו מעות - אף אם לא גבו היורשים החוב אלא הניח שטרי חוב על לווין שלו, הבעל חוב מוציא מיד היורשים שטרי החוב וגובה בהן, דשטרות מחשבי כמטלטלין וגובה מהן (סמ"ע).

(י) הדין עם היורשים - הטעם, כיון דמן הדין אין מטלטלין דהיורשים משועבדים להן כלל (סמ"ע), ואפי' תפס מטלטלים לא מהני כשרוצים ליתן לו קרקע (ש"ך), לפי דברי הסמ"ע אם כתב בשטר בשיעבוד מטלטלין אגב קרקע דאז מדינא גובה במטלטלין אז אין היורשין יכולין להגבות לו קרקע. והשו"ע לא אתי לאפוקי אלא היכא דכתוב בשטר מפורש שיגבה ממטלטלין בין בחיי ובין במותי דאז ודאי היה גובה אפילו מיתמי, אבל שיעבוד מטלטלין אינו מועיל ואפילו כתב מטלטלי אגב קרקע אינה אלא לשיעבוד (קצה"ח), אמנם גובין ממתנות שכיב מרע ממטלטלין לפי תקנת הגאונים, ודלא כסמ"ע כאן, ואף דלגבי בעל חוב גופיה נראה דאם יש לו מעות, מדאורייתא דינו במעות, דכעין שהלוהו צריך לשלם מדאורייתא, מ"מ ביתומים דאין חל עליהם רק משום שעבוד נכסי, ממילא מה שירצו היורשים יכולין ליתן לו כמו זיבורית. רק כשמפורש בשטר מקרקעי ומטלטלין בחיים ובמות, נראה מדבריו שרצה להשוות שיהיה הדין אחר מיתה כמו בחיים, משו"ה צריך ליתן מטלטלין שהם קרובים לזווי, כמו בחיי (נתה"מ), עי' לקמן (סי' רנג ס"י) דכל שיש מקום לגבות מיורשים אפילו ממטלטלי גובין מהם ולא מצי לגבות ממתנת שכיב מרע. ובמקום שהיה קרקע משועבד למקבל מתנה, והמקבל מתנה גם כן נפטר, אין הבעל חוב יכול לגבות ממקבל מתנה עתה כיון דיורשי מקבל מתנה הם קטנים, וכי היכי דאין גובין מנכסי יתומים קטנים של הלוה כך אין גובין מיתומים קטנים של מקבל מתנה, אלא גובין ממטלטלי דיתמי, דאף לצד לקמן (היינו ה"ש חולקים" סי' קיא ס"ג ברמ"א) לענין הנחתי דיכול לומר הנחתי כיון דיכול לגבות כשיגדלו, מ"מ לגבי בני חורין מטלטלי אין היתומים יכולין לדחותו שימתין עד שיגדלו (פ"ת).

(י) אבל אם לא ירשו כלום כו' - אדלעיל קאי, וכבר נתבאר (לעיל סק"א?) (סמ"ע).

(ב) טען היורש שאביו לא הניח לו ממון, ואינו חייב לפרוע חוב אביו משלו, אם טוען המלוה ודאי שאביו הורישו ממון(ח), נשבע היורש היסת, ונפטר. ואם טוען: שמא, אין עליו אלא הרם סתם. הגה: כתבו הגהות אשיני פרק מי שמת¹¹ צס א"י¹² שכתב צס רבינו סס

חושן משפט חלק ד'

ורבינו שמחה, לאובן שהיה חייב לשמעון, ומת לאובן, יכול שמעון לעכב קבורתו עד שיפרעו לו. ואם שמעון הוא קרובו של לאובן, בני המשפחה מוחין בידו שלא לעכב קבורתו, שלא לנוולו. וכן אם בא בעל חוב וגבה כל נכסיו, אין מחוייב לקברו.

(ה) שאביו הורישו ממון - פירוש, כגון לאחר תקנה, שמטלטלין ומעות שהניח אביהן ג"כ משועבד, וכופין עליו (סמ"ע):

(ט) ואם טוען שמא כו' - כדין כל הבא בטענת שמא, אבל אין להשביעו משום תקנת הגאונים שתיקנו להשביעו ללוה, ר"ל, שתיקנו שישבע שאין לו אף שאינו טוען עליו ברי (עי' לעיל סי' צט ס"ו?), שלא תיקנה אלא על הלוה בעצמו ולא על יורשיו, ועיין מש"כ לעיל (סי' פו ס"ז סק"ב? וט"ו?) (סמ"ע).

(י) ראובן שהיה חייב לשמעון יכול שמעון לעכב קבורתו כו' - היינו כשהן מחולקין המלוה עם יורשיו, דהמלוה טוען ברי שהניח ממון ואינו רוצה להאמין לבני המשפחה אלא בשבועה שלא הניח כלום. ומשום הכי קבע הרמ"א הלכה זו כאן, שהרי אפילו אם הוא חי אין אוסרין ותופסין אותו כשאין לו, כנ"ל (סי' צז סט"ו) (סמ"ע), וי"א דהלכה זו מדובר דהיורשים היו רוצים לפזר הממון לצורך קבורה והוא היה מעכב שישלמו לו תחלה כמו כן מחיים אם רואין אדם מבוזז מעכבים כדאיתא לעיל (סי' עג ס"י), ואפי' אשתו יכולה לעשות כן (עי' אה"ע סי' קיח ס"ח), או אפשר לומר שאה"ע מדובר שיש קופה של צדקה לקברו, וכאן מדובר שאין, וע"ל סי' ער"ה ועיין בספר א"א ד' פ"ד (ש"ך), מש"כ הש"ך לחלק בין יש מעות בקופה של צדקה, דאז אפילו קרוב יכול לעכב, שיכול לטעון ממה נפשך, אם ישארו מעות הרי תגבה הקופה של צדקה מהעזובון אחר שישלמו לו החוב, ואם לא ישארו מעות, ממילא מחוייבת הקופה של צדקה לקבור, משא"כ כשאין בקופה של צדקה מעות לקבור, דאז אם ימתנו עד שיסלקו החוב, יבוא המת לידי ניוול, ואסור לעשות כן להקרוב שהמת מוטל עליו לקברו (נתה"מ, ופ"ת), אמנם אם היורשים אלמים ואם יקברוהו תחילה לא יוכל הלה להוציא את שלו מתחת ידם, אין זה סיבה לעכב קבורת המת (פ"ת).

(יא) אין מחוייב לקברו - עי' לקמן (סי' רנג סל"א) [מי שנתן מממונו מתנת הרבה ושייר מעט ליורשיו, היורשים חייבים לקבורו], וכן עי' לקמן (סי' ערה ס"ב) בהמחזיק בנכסי הגר, דג"כ דינא הכי שאינו מחוייב לקברו ממה שהחזיק (סמ"ע).

(ג) יורש שמכר כל נכסיו, ודאי בעל חוב מורף הלקוחות, אפילו אם יש ביד היורש נכסים קרקעות שלו, לפי שנכסיו אינם משועבדים לחוב אביו. ואפילו של אביו זיבורית, ושלו עידית, אינו יכול לסלקו בעידית שלו, שלא מדעתו. אבל רוצה לסלקו שלא יטרוף מהלקוחות, ונותן לו מעות, אף על פי שלא ירש המעות מאביו, יכול לסלקו, אלא אם כן עשה אביו נכסים אלו אפותיקי מפורש לבעל חוב.

(ב) אינו יכול לסלקו בעידית שלו שלא מדעתו - דילמא נמצא דארעא דיתמי גזולה היא, משא"כ במעות (סמ"ע).

(א) אבל אם רוצה לסלק שלא יטרוף מהלקוחות ונותן לו מעות - בע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע ובא המוקדם להוציא ממנו אינו יכול לסלק המוקדם במעות, כיון שאין עליהם שעבודו דבע"ח יכול הבעל חוב לומר דשעבודי אני רוצה (קצה"ח), ויש חולקים, מאחר ובעי הכרזה כשבא המוקדם לטרוף מהמאוחר כמו מלוה או מן לוקח דבעי הכרזה, א"כ יכול המאוחר להעלות בדמים והוא נותן יותר בעד הקרקע. וגם במקרה שאינו רוצה להעלות דמי השדה, בכדי שיהיה חובו קיים על הלוה, ואינו אומר לדידי שוה לי גם כדי חובי, ובכגון זה אינו יכול לסלקו להמוקדם בממון (נתה"מ).

(ד) ונותן לו מעות כו' - לאו דוקא מעות, אלא ה"ה במטלטלין של עצמו יכול לסלקו אם ירצה היורש, דגם מטלטלין דין מעות עליהם לענין זה כיון שיכול להוליכן ולמכרן באיזה מקום שירצה (סמ"ע), וי"א דוקא מעות ולא מטלטלין (קצה"ח ונתה"מ),

חושן משפט חלק ד'

(ד) יורש שמכר כל נכסי אביו, ואין בעל חוב יכול לטרוף מהלקוחות, כגון שמכרם לעובדי כוכבים וכיוצא בזה(טו),¹⁴ יש מי שאומר שגובה מהדמים שביד היתומים,¹⁵ וי"א שאינו גובה(טז).

(טו) כגון שמכרם לגוי וכיוצא בזה - כגון שמכרם לגוי, או מלוה על פה, או מלוה בשטר ולא שיעבד לו מטלטלי אגב קרקע (סמ"ע), עי' סמ"ע, ועי' מש"כ (סי' ק ס"א?), ועיין בתשו' ר"מ אלשיך סי' י"ד ועיין בתשו' מבי"ט ח"א/ח"ב/ בשאלה השנייה סי' קע"ה ד' קע"ח, עיין בתשו' רשב"א שמביא ב"י ס"ס ק"ד מחודש י' (ש"ך)⁵.

(טז) ויש מי שאומר שאינו גובה - לפי הצד הראשון במכרו מטלטלין לכו"ע אין הבעל חוב גובה מהדמים שקיבלו בעדם, משום דאין המטלטלין של היורשים משועבדים להמלוה מן הדין. ואף לבתר תקנת הגאונים, לא תיקנו אלא בעודם ביד היורשים, אבל אם קדמו ומכרו אותן אוקמוה אדין תורה. אבל אם קדמו ומכרו קרקעות, חייבין לשלם מהדמים משום מזיק שיעבודו של חבירו, ואין לך מזיק גדול מזה שהכניסו למקום שאינו יכול לגבותו. ועי' לעיל (סי' קד ס"א) שהמחבר פסק כצד הראשון, שאני יורשין דבשעה שמכרו שלהן מכרו, משא"כ בעל חוב מאוחר דלא היה לו על השדה שמכר כי אם שעבוד והרי הוא כבר משועבד ועומד להמוקדם (סמ"ע), וי"א דלפי הצד הראשון גובה מהדמים של מכירת מטלטלין, וכן עיקר, וכן כל היכא שכתבו הפוסקים חייב לשלם מדינא דגרמי היינו אפי' לא נטל המוכר הדמים אבל אם נטל בלא"ה חייב משום דקמשתרשי ליה ובפרט בזמן הזה דעיקר סמיכות הוא גם על המטלטלי' כמו על קרקע ומן הדין אחד הן בלא התקנה, ועי' לקמן (רמ"א סי' רנב ס"ב ש"ך סק"ו?, וסי' רנה ס"ו) (ש"ך), ומאן דאמר שאינו גובה סבירא ליה דלא אמרו מזיק שעבודו של חבירו אלא היכא דהזיק את גוף הקרקע אבל כאן לא קלקל גוף הקרקע (קצה"ח), י"א דאפילו שעבוד מטלטלין אגב קרקע ומכרו מטלטלין פטורין היורשין אם מכרו כיון דמדאורייתא אין שעבוד בע"ח חל על מטלטלין אפילו אם שעבדם באגב וי"א שהוא כן מן התורה (קצה"ח), ועיקר דלא כש"ך אלא אינו גובה ממכירת מטלטלין, ועוד טעמא דמשתרשי ליה לא שייך רק למאן דס"ל שיעבודא דאורייתא, ועי' ש"ך לעיל (סי' לט סק"ב? ד"ה עוד הביא) שגם כן לומד כך, אלא עיקר הטעם, דאחריות לאו טעות סופר, מטעם דעביד אינש דזבין ארעא ליומא. אלמא דבשדה המשועבדת לבעל חוב יש שני קנינים, לבעל השדה קנין הגוף, ולבעל חוב יש לו שעבוד בהשדה, ותלינן דהדמים שנטל הן בעד קנין גופו של שדה. א"כ לפי"ז הכא הטעם דהיורשין פטורין, מטעם דהדמים שנטלו הן דמי זבינא דזבין ליומא, מהאי טעמא פטורין נמי לגבי בעל חוב כשמכרו לגוי אלם, דלא נגעו בשעבוד השדה כלל, רק שנטלו דמי הזבינא בעד חלקם, דהיינו גוף הקרקע, דעביד אינש דזבין ארעא ליומא, ולא שייך משתרשי ליה כיון שלא נטל הדמים בעד שיעבודיה של חבירו כלל, רק בעד הגוף שהוא שלו. ומטעם מזיק ג"כ פטורין, דמזיק שעבוד לא הוי רק גורם, וכיון שלא נגעו בהשעבוד רק בשלהם, הוי גורם גורם. ואפילו הדמים ביד הלוקח עדיין, אין הבעל חוב יכול לעכבם, כיון שהדמים שנטל בעד שבח שהוא שלו ולא של חבירו נטל (נתה"מ), ועיקר כדברי הסמ"ע כאן ולקמן (ל), וי"א דגם הש"ך לא פסק כן אלא היכא דקיבלו היתומים הדמים, משא"כ בפרע לבעל חוב מאוחר שלא הגיעו הדמים להיתומים ודאי גם הש"ך מודה, ולהכי סתם כוותיה בסעיף י"א (פ"ת)⁶.

(ה) ¹⁶האידינא שתקנו הגאונים לגבות מהיורשים אף מהמטלטלים שהניח אביהם, אם תפס המלוה מטלטלי הלוה, אפילו לאחר מיתה, מהניא, אפילו אין לו עדים על חובו, שאם לא תפס לא היו מגבינן ליה, והשתא דתפס נאמן לגבות מהם בשבועה, במיגו דאי בעי אמר: לא תפסתי.

(ו') אם תפס המלוה מטלטלי - עי' לעיל (סי' סד ס"?) דין תפיסה דבזמן התלמוד דאינה מהניא כי אם מחיים ושלאחר תקנת הגאונים מהניא אפילו לאחר מיתה, וכאן חזרו וכתבו במקומו בדין גבייה מהיורשים. ואם חובו ידוע אינו צריך תפיסה דהא יכול להוציא בדיינים, אלא נ"מ כשאין חובו ידוע והוא תפס שלא בעדים דנאמן במיגו דלהד"ם

⁵ לא עשיתי

⁶ פ"ת נדפס לקמן סעיף יא.

חושן משפט חלק ד'

דתפסתי, וה"ה אפילו תפס בעדים ולא ראו אותו עתה בידו דנאמן לטעון עליו עד כדי דמיו במיגו דאי בעי אמר תפסתי והחזרתי לידם, דקי"ל דאפילו הגוזל בעדים אין צריך להחזירו בעדים (עי' לעיל סי' עה סי"ג וסי' עב סי"ח וסי' קלג ס"ב-ג) (סמ"ע).
(ו) היה על אביהם חוב של מנה, ולא הניח לא מקרקעי ולא מטלטלי, אלא קרקע שוה חמשים, ובא בעל חוב וטרפה, ונתנו לו היורשים חמשים משלהם, אפילו לא אמרו לו שבדמי קרקע זה הם נותנים לו, אינו יכול לחזור ולטרפה מהם בשארית חובו, וכן אין בעל חוב מאוחר ממנו יכול לטרפה, דהוה ליה כמו שהגבנו אותה לו בחובו וחזרו ולקחנה ממנו.

(י"ח) ולא הניח לא מקרקעי כו' - פירוש, לא הניח כל כך כדי שיוכל ליפרע ממנו כל החוב, אלא כדי מחציתו כדמסיק (סמ"ע).

(י"ט) אפילו לא אמרו לו שבדמי כו' - היינו דוקא בדלא הניח להן אביהן מטלטלי, דאז אפילו מכח מצוה אינן מחוייבין לשלם חוב אביהן, אבל אם הניח להם מטלטלין, אמרינן מאי דפרעו בשביל אביהן פרעו, ולכן דוקא בפירשו כן בשעה שנתנו לו החמשים זהובים דמה שנתנין בשביל הקרקע הוא, דהוה כאילו הגבוהו לו הקרקע וחזרו ולקחו ממנו, אבל אם נתנו לו בסתמא לא מהני (סמ"ע), וי"א דכל דברי הסמ"ע אינם אלא לדינא דש"ס והמחבר מוכח דמיירי לאחר תקנת הגאונים, ולכן אין הלכה כדברי הסמ"ע (ש"ך), עי' דג"מ שהקשה על הש"ך, ונראה שהש"ך לשיטתו לעיל (סק"ט) שכתב דהיכא דנטל דמים לכו"ע חייב ולא משום דינא דגרמי אלא משום דמשתרשי ליה, והכא נמי משתרשי להו הקרקע (פ"ת).

(כ) וכן אין בעל חוב מאוחר כו' - וה"ה בהניח להו מטלטלין ואמרו בפירוש שנתנו המעות בעדם, שאין בעל חוב המאוחר יכול לגבות מטעם זה (סמ"ע), צ"ע בדברי הסמ"ע דאי מיירי קודם תקנת הגאונים דמטלטלי לא משתעבדי א"כ אפילו לא אמרו בפירוש שנתנו המעות בעדם נמי אין המאוחר יכול לגבות ממטלטלין דהא לא משתעבדי, ואפילו תפיסה לא מהני אם תפס לאחר מיתה, ואי מיירי בתר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי א"כ על כרחך צ"ל דלא הניח יותר מאלו מטלטלין שפרע בעדם למוקדם, דאם יש עוד מטלטלין ליגבי המאוחר מטלטלין האחרונים, אלא לדידן השתא בתר תקנת הגאונים ליכא חילוק בין אמרו בפירוש או לא בין במקרקעי בין במטלטלי, ואולי לזה כיון בש"ך (סק"ט)? ולמסקנה לגבי מטלטלין אפילו לא הניח אלא בעד חמשים וזו מטלטלין ופרעו למוקדם ואמרו בפירוש שבעד המטלטלין פרעו לו נראה דאפ"ה המאוחר אם תפס אח"כ לא מפקינן מיניה, דהא כיון דמטלטלין לית ביה דין קדימה וא"כ מעולם לא היה של מוקדם, דבשלמא גבי קרקע כיון דאיתא דין קדימה וא"כ היה הקרקע משועבד למוקדם בלבד וא"כ מה שפרעו בעד הקרקע למוקדם הו"ל כאילו קנו מן המוקדם ותו אין למאוחר בו כלום, אבל מטלטלין דלית ביה דין קדימה וכל כמה דלא מטא ליד המוקדם מצי המאוחר לזכות בו ע"י תפיסה ומה שקנו מן המוקדם אלו המטלטלין בעד המעות לאו כלום היא אבל כל זמן דלא מטא ליד המוקדם אפילו חליפיו ביד המוקדם והיינו שזכה המוקדם במעות היורשין לא הוי כזוכה ויכול המאוחר אח"כ לתפוס ואי תפס לא מפקינן מיניה (קצה"ח). וי"א דכל דברי הסמ"ע הם לדינא דש"ס, והניח קרקע ומטלטלין, ונתנו המטלטלין או מעות בעד הקרקע, וברישא מיירי לענין בעל חוב אחד ובסיפא מיירי לענין שני בעלי חובות. אבל עיקר פי' דברי המחבר דמיירי אפילו לאחר תקנת הגאונים, ומיירי שהיה חייב לראובן נ' ולשמעון המאוחר נ', והניח מקרקעי שוה נ' ומטלטלין שוה נ', וטרף המוקדם הקרקע ונתנו לו המטלטלין, דאז אם אמרו בפירוש שקונים בעד המטלטלין הקרקע, הוי כמכרו המטלטלין לאיש אחר דפטורין לדעת הסמ"ע (סקט"ו)? לשלם מהדמים, והכי נמי פטורין מלשלם מהקרקע שקיבל ומהמטלטלין שקיבלו במכר המטלטלין, משא"כ כשנתנו סתם המטלטלין, תולין לומר שנתנו המטלטלין לסילוק החוב, ומדין שומא הדרא, ואין דנין אותו כמכירת המטלטלין רק כשאמרו בפירוש שנתנין המטלטלין בתורת מכירה (נתה"מ).

ק: Commented [YL4]
צת חלש?

חוסן משפט חלק ד'

(ז) ירשו האחים קרקעות מאביהם, וחלקום, ובא בעל חוב לטרופ, אם לא ירשו אלא שתי שדות, ולקח כל אחד אחת, אינם יכולים לומר לבעל חוב: קח מכל אחד חצי שדה, אלא נוטל שדה אחד מאיזה מהם שירצה. אבל אם ירשו ד' שדות, וחובו כנגד ב' שדות, אינו יכול לומר: אקח מאחד שתי שדות, אלא יקח מכל אחד שדה אחת, אלא אם כן עשה לו אפותיקי השתי שדות שנפלו לאחד, דאז נוטלם, אפילו לא עשאו אפותיקי מפורש, אלא שעבד לו כל נכסיו וסיים לו אותם שדות במצריהם להיות תחלה לפרעון.

(כא) קח מכל אחד חצי שדה - שהן במקום אביהן, וכמו שאביהן הלוה לא היה יכול לומר כן כו'. ומהאי טעמא כשירשו כל אחד שתי שדות צריך ליקח אחת מכל אחד, כיון דגם אביהן היה יכול להגבותו בשני מקומות כשהיה בכל אחת שיעור שדה. ושיעור שדה איתא לקמן (סי' קע"ג), ודין אפותיקי כתבו לקמן (סי' קי"ז ס"א) (סמ"ע), ולמאי דתקנו גאונים דב"ח גובה מטלטלי אם אחד נטל הקרקע והשני נטל מטלטלים יכול בעל הקרקע לומר קח חצי שלי קרקע וחצי מאחי מטלטלי ועיין במע"מ דב"ק⁷ (ש"ך).

(כב) ומ"ש נוטל שדה אחת מאיזה שירצה - היינו כשלא השוו נפשם ליתן לו אחד משניהן, אז הוא גובה בעל כרחו מאחד ויניח השני שהוא אוהב לו בשדהו. אבל רשות בידם להשוות נפשם וליתן לו שדה הגרוע, שהרי אינו גובה מיד היורשים אלא מן הזיבורית, וכנ"ל (סי' קח ס"ח) (סמ"ע).

(כג) אבל אם ירשו - וכן כתב לקמן (סי' קיא ס"ו, וסי' קע"ד) בלי שום חולק. אמנם צ"ע שיש הסוברים דאם נטלו שניהם קרקע ויש ביד כל אחד בינונית, בע"ח הבא לגבות מהם רצה מזה גובה וכו', ואין מכריחין אותו לגבות מכל אחד מן האחין, ובודאי יש מקום לקיים לי' ועי' לעיל (סי' עז ס"ג), ועי' לקמן (סי' קט ס"ג?) (קצה"ח).

(ח) הניח להם אביהם מעות ומטלטלים, וחלקו, ובא בעל חוב לגבות מהם, אם הם מצויים לפנינו, גובה מכל אחד חלקו. ואם אין כולם מצויים לפנינו, אינו צריך לחזור אחריהם, אלא יקח כל חובו מאותו שלפנינו, והוא יחזור אחר האחרים.

(כד) אינו צריך לחזור אחריהן כו' - וה"ה אם חלקו שניהן בקרקעות, וקרקע אחת היא כאן במקום המלוה והלוה והשניה היא רחוקה מכאן, דגובה מהקרקע שהיא בכאן. דהא יכול המלוה לטרופ אפילו מלקוחות שקנו בכאן ואינו צריך לחזור ולגבות מבני חורין שיש ללוה במקום אחר, וכנ"ל (סי' קיא ס"א) (סמ"ע).

(ט) ירשו קרקעות וחלקום, ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה, ובא בעל חוב של אביהם לגבות חובו, טורף חצי החוב מהלוקח שקנה מהיורש, והחצי מהיורש האחר.

(כה) ירשו קרקעות וחלקום - שני אחין שנתפשרו עם אחד שאמר שאביהן היה חייב לו, ובא האח השלישי ותבע שיחזירו לו חלקו, גובה חלקו מאיזה שירצה או מבעל חוב או משני אחיו, ועי' לקמן (סי' קע"ג) (סמ"ע), עיין בתשובת מהר"מ מלובלין סימן ד' (ש"ך)⁸.

(כו) טורף חצי החוב מהלוקח כו' - דלא אמרינן דאין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אלא כשעבד הלוה נכסיו, אבל גבי יורש או לוקח ששעבדו לא אמרינן הכי, דאם נשאר אצל הלוה עצמו בני חורין, כיון דהחוב מוטל על הלוה לבדו לפרוע יכול הלוקח לומר הרי הנחתי לך מקום לגבות, אף שהיא זיבורית, דדין תורה בעל חוב גובה מזיבורית וגבי לוקח אוקמוה אדין תורה. משא"כ גבי יורשים, דהחוב של אביהן מוטל על שניהן בשוה ולא כל כמיניה דהיורש למכור את שלו ולהניח כל החוב על השני (סמ"ע), ויש חולקים דלא אמרינן אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אלא היכא ששעבד הלוה, דכיון דהלוה בעצמו לוח והניח מקום לגבות אצלו אין טורפין מנכסים משועבדים, משא"כ בהלוקח שהניח נכסים ביד לוקח או ביד יורש דגם הם לא נתחייבו אלא עבור הנכסים א"כ לא עדיף לוקח שני מלוקח ראשון או מיורש. (קצה"ח), וי"א דדוקא בלוקח מן הלוקח שייך לומר דגם עליו מכח טירפא הוא בא,

1: Commented [YL5]
בודאי יש מקום
לקיים לי' - תוספת
שלי

⁷ לא עשיתי

⁸ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

שאין עליו שעבוד הגוף, משא"כ בירוש שירש נכסים, שיש גם עליו שעבוד הגוף (נתה"מ).

(י) שמעון שאמר ליורשים: מנה לי בידכם, והודו לו בפני עדים, וכשחזר לתובעם אמרו לו: לא הודינו שאנו חייבים לך אלא מחמת אבינו ולא הניח ממה לפרוע, והוא אומר: לא כי אלא מחמת עצמכם אתם חייבים לי, מאחר שהודו סתם, חייבים לפרעו. ואם הודו בפני עד אחד, והם אומרים שלא הודו, נשבעים להכחיש העד. ואם מודים שהודו בפני העד בסתם, אלא שאומרים שלא נתכוונו להודות שהייבים מחמת עצמם אלא מחמת אביהם, חייבים לשלם. (וע"ל סימן ע"ה סעיף י"ג).

(כ) מאחר שהודו סתם - כל זה דוקא כשאין להם מיגו דפרעתי, כגון שהוא תוך זמנו וכה"ג (ש"ך).

(כח) חייבים לשלם - ע"י לעיל (סי' עה ס"ג), דה"ל מחויב לישבע שבועה נגד העד ואינו יכול ומשלם (סמ"ע).

(כט) וע"ל סי' ע"ה כו' - שם נתבאר דלא הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא היכי דלית ליה מגו וה"ה הכא אין חייבין לשלם אלא בענין שא"י לטעון פרעתי כגון שהע"א מעיד שהוא תוך זמנו או שלא ידו וכה"ג (ש"ך).

(יא) הניח להם אביהם מטלטלין, וקדמו ופרעו לבעל חוב מאוחר, אין בעל חוב מוקדם יכול להוציא מידו.

(ל) אין בעל חוב מוקדם יכול להוציא מידו - הא דאין קדימה במטלטלין כבר כתבו המחבר לעיל (סי' קד ס"ג), אמנם הוא חוזר ומזכיר אותו כאן ללמד דגם היורשים פטורים ולא מיקרי מזיק שעבודו של חבירו, כנ"ל סקט"ו? (סמ"ע), וי"א דהיכא דעמדו ופרעו לבע"ח מאוחר אין זה מזיק שעבודו של חבירו, שהרי התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, והיכא דנותן לבעל חובו כיון דהוא לדידיה ג"כ משתעבד אין זה בכלל מזיק שעבודו, דדינא הכי הוא דמאן דתפס הוברר הדבר דשעבודו דזה הוא ואין לשני בו כלום, ואין התופס מזיק שעבודו של הבעל חוב (קצה"ח), וי"א הטעם פשוט דמטלטלין משועבדין לכל אחד הכל, דהא מהני תפיסה, משו"ה כשמסר לאחד לא הוי מזיק שעבוד, וכ"כ בקצה"ח (נתה"מ).

(יב) ראובן שמת, ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה, היורשים פטורים, דמלוה על פה, אפילו בעדים, אינו גובה מהיורשים אלא אם כן היה תוך זמנה. (ועיין לעיל סימן ל"א סעיף ה' ולקמן סימן ק"י סעיף ז').

(לא) ונמצא בפנקסו כתוב כו' - ולא דמי למה שכתוב לעיל (סי' צא ס"ה) דיש לדון על פי פנקסו של אדם כו', דשאני התם דמיירי דהיה רגלים לדבר שמה שכתוב שם הוא אמת וכמו שנתבאר שם (סמ"ע), ויש חולקים דאף ע"ג דאיכא רגלים לדבר שהפנקס אמת מ"מ איכא למיחש שמא פרע ובסימן צ"א מיירי בענין דליכא למיחש שמא פרע כגון תוך זמנו (ש"ך).

סימן קח - באיזה ענין נפרע מלוה מיורשים, ואיזה שבועה אדם מוריש לבניו, ובו כ"א סעיפים.

(א) ¹⁷מלוה על פה, אינה נגבית מהיורשים, אלא באחד משלשה דרכים, ואלו הם: כשהייב מודה בה וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו עדיין, או ¹⁸שהיתה הלואה לזמן ועדיין לא הגיע הזמן, או שנדרוהו עד שיתן ומת בנידויו, כל אלו גובים מהיורשים בלא שבועה. אבל אם באו עדים שהיה אביהם חייב לזה מנה, אינו גובה מהיורש כלום, שמא פרעו. הגה: ¹⁹מיהו אם טענו התומים: לא ליה אצינו מעולם, הוי כאלו אמרו: לא נפרע החוב, ומאחר דליכא עדים שזוהי, חייבים לשלם, וכמו שיתבאר לקמן סעיף ט"ו סימן זה. וכן אם הוציא כתב יד אביהם שהוא חייב לו, אינו גובה בו כלום, שמא פרעו (וע"ל סימן ס"ט ס"ה). ואם מת המלוה, והיורשים באים לגבות מיורשי הלוח, אם הוא על אחד מג' דרכים אלו, גובים מהם בלא שבועה, אף על פי שמת לוח בחיי מלוה. ואם אינה על אחת מג' דרכים אלו,

חוסן משפט חלק ד'

אפילו יורשי הלזה אין טוענים כלל, אינם גובין מהם, ²⁰דאנן טענינן להו שמא פרע אביהם. הגה: ואלס הולאו על רפואות בחליו, יס לו דין שאר חוב, שאס ידוע כמה הולאו וסלא נפרע בחייו, נפרעין מן היתומים, אצל בלאו הכי אין נפרעין, ואשתו אינה נאמנת.⁹

(א) אינה נגבית מהיורשים כו' - אפילו יורשים גדולים, כיון שהוא מלוה על פה שהיה אביהן נאמן בהיסת לטעון שפרעו, וביורשים אף על פי שאין טוענין אנו טענינן להו כל מאי דאביהן היה יכול לטעון. ופטורים אפילו בלא שבועת היסת שאינן יודעין שנשאר אביהם חייב חוב זה, שאין יורשין נשבעים לא שבועה שלא פקדנו שהיא שבועה חמורה, ולא שבועת היסת, אלא כשבאין לגבות בשטר שבידם והלוה טוען שפרוע הוא, ואין בו נאמנות להיורשים, וכנ"ל (סעיף ה), אבל לפטור נפשם אינם צריכים לישבע עי' לעיל (סי' סט ס"ה, וסי' עה סט"ז) (סמ"ע).

(ב) וצוה בחליו כו' - פירוש, דבכה"ג אין אומרים דשלא להשביע את בניו אמר כן (סמ"ע), וי"א דמירי בענין שא"י לטעון כן כדאיתא לעיל (סי' פא סי"ד), עיין בתשובת מבי"ט חלק ב' / א' / סימן שמ"ה ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן ש"ו¹⁰ (ש"ך).

(ג) ועדיין לא הגיע הזמן - וחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. ונפרע בחזקה זו אפילו במלוה על פה, ואפילו מיתומים קטנים, עי' לקמן (סעיף ג), ועי' לעיל (סי' עח ס"א) (סמ"ע).

(ד) או שנידוהו - אם האב טען נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי, ונתחייב בב"ד וסירב ונידוהו שיתן, ומת, אין היורשים חייבים (פ"ת).

(ה) שמא פרעו - דהמלוה לחבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים (סמ"ע).

(ו) מיהו אם טענו היתומים כו' - עי' לקמן (סעיף טו) דין זה לענין אם יש שטר ביד המלוה. ואיירי שטענו כן בברי, ובודאי כשטוען יורש גדול בברי ה"ל כטענה בשל עצמו וכנ"ל (סי' עה סט"ז), ואמרינן כל האומר לא לויתי כאילו אומר לא פרעתי, והרי יש עדים שלוה, כנ"ל (סי' עט ס"א) דאפילו ביורשים אמרינן כן. אבל אם אין טוענין כן בודאי, היורשים ואפוטרופסים יכולין לטעון מה שירצו ויכולין לחזור מטענה לטענה (סמ"ע), עיין במרדכי ס"פ הכותב (ש"ך)¹¹.

(ז) ועיין לעיל סימן ס"ט - שם (סעיף ב) נתבאר, דאביהן היה נאמן בהיסת לטעון נגד כתב ידו שהוא פרוע כשאין בו נאמנות, וממילא טוענין להיורשים כן (סמ"ע), ועיין שם ס"ב וס"ט ומ"ש שם (ש"ך).

(ח) אף על פי שמת לוה בחיי מלוה - פירוש, ובכה"ג אין אדם מוריש ממון שאינו יכול לגבותו אלא בשבועה וכנ"ל (סעיף יא), אבל כשיש אחד מהדרכים שלא היה צריך אביהן לישבע וכנ"ל, מורישו לבניו, וגובין גם הם בלא שבועה (סמ"ע).

(ט) דאנן טענינן להו כו' - ואף על גב דכאן התובעים ג"כ יורשים, מ"מ טוענין להו כדי להחזיק הממון במקומו (סמ"ע).

9

הירושה, חייבים היורשים לשלם לו. ובכלל מו סימן מ הביא הד"ג בשם שו"ת שו"מ ח"ב סימן צט באחד מקרובי הנפטר שתובע מהיתומים להחזיר לו סך רב שפיזר לצדקה בעת שחלה אביהם, דדמיא להוצאות רפואה, וכ"ש צדקה, וחייבים היורשים לשלם כל מה שיכרר שהוציא ולא נפרע לו. ובשו"ת שאילת יעב"ץ ח"א סימן א, ב וג דן בארוכה באחד מן האחים שרצה לעשות עבירה חמורה ואחת מהאחיות הוציאה מכיסה למנעו מכך, ובאה לתבוע מאחיה היתומים שישתתפו בהוצאותיה משום פגם משפחה, וכתב שם דלא מיבעיא שמיתומים קטנים אין מוציאים, אלא אפילו מאחיה הגדולים אין מוציאים, עיי"ש בארוכה. עוד כתב הד"ג כלל מה סימן טז בשם שו"ת השיב ר' אליעזר באחד מן הבנים שהוציא כתי"א מאביהם שהבטיח לשלם לו שכ"ט ק' זהובים לשנה עבור ההתעסקות בנכסי אביו, שחייבים לשלם לו, והביא מדברי שו"ת הריב"ל ח"א רף קמא (ברפוסים החדשים שלפנינו הוא בח"ד סימן מ) באחד מן הבנים שהיה בעיר אחרת, והיה אביו שולח לו סחורות כמה שנים והיה מתעסק בהם מוחזק אם יכול להוציא, אפילו כבגדון הריב"ל. ובשו"ת בית שלמה חו"מ סימן כד דן באשה שהקדישה כל נכסיה לצדקה בפני אחותה ושתקה, והיו בידי אחותה כמה חפצים בפקדון, ואח"כ טוענת

¹⁰ לא עשיתי

¹¹ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

- (י) נפרעין מן היתומים - ר"ל אף על פי שהוא לא ציוה לפורעם, וגם הם קרובים שלו, מ"מ צריך לפרעם (סמ"ע).
- (יא) ואשתו אינה נאמנת - פירוש, לומר שלא נפרעו (סמ"ע).
- (ב) יש מי שאומר שמי שנתחייב ממון בבית דין בעבור מלשינות, ומת, גובה מהיורשים. אבל אם חייבוהו קנס, לא קנסו בנו אחריו (ע"ל סימן שפ"ה ס"א).
- (יב) יש מי שאומר כו' - קשה על השו"ע למה הביא דין זה בשם יש מי שאומר, שאין חולק על זה, ועי' לקמן (ס' שפח ס"ב) (ש"ך), דאיתא שם במוסר דלא קנסו בנו אחריו, אבל כשעמד בדין ודאי נעשה ממון ממש וכאן שכתב מי שנתחייב ממון בכ"ד, הרי עמד בדין (קצה"ח).
- (יג) לא קנסו בנו אחריו. עיין לקמן (סי' שפח ס"ג) [12] (סמ"ע), פי' יתר על מה שהפסיד ואז אין סתיר הלסי' שפח ס"ב (ש"ך).
- (ג) אין נפרעים מיורשים קטנים בעודם קטנים שאינם בני י"ג שנה, שום הלואה מחוב אביהם, אפילו היה עליו שטר מקויים, ואפילו היה בו נאמנות, ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם, שמא יש להם ראייה ששוברים בה השטר, אלא א"כ היה במלוה זו אחד מג' דרכים הנזכרים לעיל בסמוך (נסעיף א), ואפילו היתה מלוה על פה, גובה מיתומים קטנים באחד מג' דרכים הנזכרים, ודהיתה תוך זמן, צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם שהיא תוך זמן, שאם לא כן אין מקבלין עדות על קטן, אפילו בפניו. ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקויים, אפילו אין שם אחד מג' דרכים אלו גובה מהם בלא שבועה, אם יש בו נאמנות מפורש שהאמינו עליו ועל יורשיו או על באי כחו, שיורשיו בכלל באי כחו. אבל אם אין שם כתוב בשטר נאמנות, ואפילו כתוב בו: נאמנות, סתם, ולא פירש על יורשיו או על באי כחו, צריך לישבע כעין של תורה בנקיטת חפץ, וגובה. ואפילו תפס משלהם בלא שבועה, משביעין ליה. ואי לא בעי לאשתבעי, דינו כמו שנתבאר בסימן פ"ב, (וסי' פז ס"ו).
- (יד) אין נפרעים מיורשים קטנים - אין חילוק בין שהן בניס או אחין או שאר יורשים, ואף שיש להם אפוטרופוס. ועי' מ"ש לקמן (סי' קי סק"ב?) (קצה"ח).
- (טו) אחד מג' דרכים - היכא שהדין אינו ידוע לכל העולם, ואז הנתבע אינו נאמן לומר פרעתי, כדלקמן (סי' קנז ס"א, קנח ס"ח, שעה ס"ט), תליא בפלוגתא דרבנותא. דלפי המחבר (סי' קנז ס"א) דצריך התובע לישבע בנקיטת חפץ ונוטל, ה"ה דאין נפרעים מיתומים קטנים. אבל לשיטת הש"ך שם (סקט"ד?) דטפי הוי בכה"ג בחזקת שלא נתן מאומר פרעתיך בתוך זמנו, א"כ ה"ה דנפרעין מיתומים קטנים בכה"ג כמו בתוך זמנו (פ"ת).
- (טז) ודהיתה בתוך הזמן צריך כו' - פירוש, אחד מהג' דרכים הוא במה שמת בתוך הזמן, וקאמר בדרך זה אינו גובה א"כ נתקבל העדות בחיי אביהן. אבל באינך ב' דרכים הדבר ידוע ועומד, דהרי כשציוה אביהן הרי הדבר ידוע מפי מקבלי הצואה שעדיין חייב, ועיין לקמן (סי' קי ס"ט) דבכה"ג שהוא מבורר מקבלין העדות אפילו בפני הקטן [ועי"ש דבעינן שיצוה כן בפני ב"ד, או שיכתוב צואתו בכתיבת ידו הניכרת להדיינים]. וכן כשהוא מת בתוך נידוי, הדבר ידוע. ובסעיף א' דאיירי ביורשים גדולים מקבלין עדות בתוך הזמן לפניהן, משום הכי סתם שם להשוות הג' דרכים ביחד (סמ"ע).
- (יז) שיורשיו בכלל באי כחו - עי' לעיל סי' עט ס"ז (סמ"ע).
- (יח) צריך לישבע כעין של תורה - כדין כשבא המלוה לגבות מהלוה בשטר שאין בו נאמנות, וטוען השבע שלא פרעתיך, דצריך לישבע בנקיטת חפץ כנ"ל (סי' פב ס"ב), וכיון שבא לגבות מהיורשים, אף על גב דלא טוענין אנו טענינן להו וכנ"ל סעיף א'. וכל זה אפילו אם מצא הבעל חוב ביד הלוה אחר מיתתו אותן מטלטלין שנתן ללוה, מ"מ אינו גובה בלא שבועה (סמ"ע), ראובן מת ושמעון הוציא עליו שטר חוב מסך עשרה אדומים, והיורשים טוענים אדרבה הוא חייב לאבינו איזה סך כי כן שמענו מאבינו שהיה צועק שאי אפשר לו להוציא מעותיו משמעון, ובעזבונו ראובן הנזכר נמצאו שתי סתם

¹² לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

חתימות על שמעון הנ"ל. אין שמעון יכול לגבות בשטרו כלום. לכמה סיבות א' עי' סמ"ע (סי' מח סק"א?) שהמוציא ממר"ם שחתם בו שמעון, והנייר מצד השני חלק לגמרי, יכול המוציא לטעון כמה שירצה. וא"כ אי היה ראובן חי היה נאמן לתבוע על שמעון בסתם חתימה זו כמה שירצה, א"כ גם היורשים יכולים לומר שמגיע לאביהם על סתם חתימה זו, אף שלא פרט להם אביהם שום סך ואינם יכולים להוציא כיון שאינם יודעין כמה, מ"מ כיון שצעק אביהם שאינו יכול להוציא את שלו, עכ"פ אין אביהם חייב לשמעון על שטר חוב עשרה אדומים הנ"ל כו'. שנית, אפשר דאף שלא שמעו היורשים כלום מאביהם, גם כן אינו יכול שמעון להוציא בשטר חוב זה. דהרי הטעם שאין הלוה נאמן לומר פרעתי נגד שטר מקוים, משום דא"כ שטרך בידי מאי בעי, אבל כאן אפשר דהיה יכול הלוה לטעון פרעתי, ולא הייתי חושש להניח שטרי בידך משום שהייתי בטוח כשתתבע ממני פעם שנית יש בידי סתם חתימה שלך לכתוב ג"כ שטר חוב עליך כו'. וא"כ שאם הלוה חי היה יכול לטעון פרעתי, גם היתומים טענינו להו כן, ואפילו שבועה אין כאן על היתומים, רק חרם סתם. שלישית, כי היכי דלסמ"ע יכול לטעון על סתם חתימה שהלוה עליו, ה"נ יכול לטעון נתת בידי חתימתך לכתוב עליו שובר, שלא היה ידוע כמה עולה דמי השטר חוב לפרוט שובר, ונתת בידי סתם חתימה זו. ואף דבשובר דרך לחתום באותו עמוד וכאן הסתם חתימה היא מעבר לדרך וניכר שאינו על שובר, מ"מ הרי דרך העולם כשאין השטר מצוי ביד המלוה הוא נותן שטר פיצוי להלוה, ונכתב בנוסח שטר חוב גמור שמחויב לפצות את פלוני וחותם מעבר לדרך כנוסח הממרמ"י, וזהו נהוג אצלנו במקום שובר, וא"כ גם כאן יש לחוש כן. וכיון שהלוה היה יכול לטעון, אנן טענינו ליתמי, דהא אפילו מידי דלא שכיח טענינו ליתמי כו' (פ"ת).

(יט) דינו כמו שנתבאר בסימן פ"ב - שם ס"ב איתא שהתובע לחבירו בשטר שבידו והנתבע טוען השבע לי שלא פרעתיך, נתחייב שבועה ליטול בשטרו, ואי תפס לא מפקינן מיניה. ואין מנדין ליה כשתפס, כיון דמן הדין גובה בלא שבועה בשטר חוב שבידו ואף על גב דאין בו נאמנות, מכח החזקה דאי פרע שטר חוב ביד המלוה מאי בעי, אלא שחז"ל הצריכו שבועה כשטוען לישתבע לי כדי לפייס דעתו דהלוה, והיינו דוקא כשבא להוציא מיד הלוה אבל זה שכבר תפס העמידוהו על דינו (עיי"ש סעיף ו) בתלמיד חכם שתפס, אמנם יש חילוק ביניהן, שתלמיד חכם אין מוציאין השטר חוב מידו אף דעדיין לא תפס ואם יתפוס יתפוס, משא"כ באחר, וכאן שבא להוציא מיורשים החמירו (סמ"ע), וי"א דעיקר כמ"ש בסי' פב (ש"ך).

(ד) הוציא על היורשים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונוטל, והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזרתני, במנו דנאנסו, ומענינו להו, הגה: הבית דין, ודוקא אם אין להם אפוטרופסים, ²⁹אצל אם יש להם אפוטרופסים רואין תחלה אם האפוטרופסים יטענו להם, ואם לאו טוען להם הבית דין. ³⁰ואין עליהם שבועה, אלא חרם סתם. אבל אם אין אנו יכולים לטעון להם שהחזיר, כגון שהודה אביהם שלא החזיר, או שמת תוך זמן, או שהאמין לבעל העיסקא אם יאמר שלא החזיר, אין טוענים להם שנאנסו. ³¹ויש אומרים שטוענים להם שנאנסו. ואם יש מהעסק בעין, ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו, נוטל המלוה בלא שבועה, ואם יש ריוח, נוטלים בו יורשי הלוה חלקם. הגה: וכבר נתבאר בסמוך שאין מקבלין העדות לפני יתומים קטנים, אם לא נתקבל העדות בחיי אביו וע"ל סימן ק"י ס' ט'¹³.

(כ) שטר עיסקא - דין שטר עיסקא נתבאר ביו"ד (סי' קעז ס"ה) דעל החציה שנוטל ממנה הריוח אין המקבל עליה אלא כדין שומר שכר, ופטור מהאונסים. ואם היה טוען המקבל נאנסה מידי היה נשבע שבועה דאורייתא ונפטר, ומשום הכי נאמן נמי בשבועה דאורייתא לומר החזרתיהו לך במיגו דנאנסו, ואין הנותן יכול לומר אם כן הוא שהחזרתו שטר עיסקא בידי מאי בעי, דיכול לומר זה סמכתי נפשי אמיגו שלי. ומהאי טעמא היורשים פטורים אפילו בלא שבועה, דאנן טענינו להו מאי דאביהן היה יכול לטעון. ומיהו דוקא טענת החזרתני טענינו להו שהוא דבר השכיח, אבל טענת נאנסו כשאי אפשר

¹³ עיי' ש"ך שס"א ס"ז סק"ד? ועיי' נתה"מ רנג סק"ד?

חושן משפט חלק ד'

לטעון החזרתי אין טוענין להו, דאין טוענין להו דבר שאינו שכיח (סמ"ע), עי' הרמ"א לקמן (סי' רצ ס"ב) דבר שהוא שכיח ולא שכיח דהב"ד אין טוענין ואפוטרופוס מצי טען, ובין היכא דלא שכיח כלל דאפילו אפוטרופוס אינו טוען. ולכן טענת נאנסו אפוטרופוס מצי למטען, דנאנסו לא הוי דבר דלא שכיח כלל אלא שכיח ולא שכיח, וכן אם היתומים גדולים וטוענין בעצמם שמא נאנסו נמי טענתם טענה דלא גריעי מאפוטרופוס, ועוד היתומים מצי טעני אפילו מלתא דלא שכיחא כלל דמאי שנא אינהו מאביהן כיון דהם בעלי דבר בעצמן (קצה"ח), אבל בכל ענין לא משלמים אלא הקרן, דטענין להו אבינו לא הרויח, וי"א דמחויבים היורשים לשלם הרוחים שעלה עד מות אביהם, משום שיש תקנה שכל זמן שלא ישבע לא הרוחתי, מחויב לשלם כפי ההשואה, והשבועה היא במקום פרעון (פ"ת).

(כא) ומ"ש ואין עליהם שבועה אלא חרם סתם - עי' לעיל סק"א? דלפטור נפשם לא הצריכו חז"ל להיתומים שום שבועה (סמ"ע).

(כב) וי"א שטוענין להם נאנסו - וכן עיקר דטוענים אפילו דבר שלא שכיח (ש"ך) ועיין בתשו' מהר"א נ' ששון ר"ס ק"ל ועיין בתשו' מהרי"ט סי' ט' וסי' נ"ו וסי' ע"ב וסי' ע"ג וסי' קי"ב דף ק"מ¹⁴ (ש"ך), אפילו לדעה זו דס"ל דטוענין ליתמי נאנסו, מ"מ מודים בטענת מחילה, או יש לי בידך כנגדו, דלא טענין. חדא, די"ל דטעם הי"א אלו דס"ל דנאנסו הוא טענה שכיחא, אבל מודים דמילתא דלא שכיחא לא טענין. ועוד, דאפילו אי טעמייהו דס"ל דטענין ליתמי אפילו מילתא דלא שכיחא, מ"מ י"ל דבטענות אלו דטפי לא שכיחי מנאנסו מודים הם, ועי' דברי לקמן (סי' קל ס"ז סק"ב?). אפוטרופוס של יתומים שמצא שטר חוב על ראובן, וראובן מביא עדים שנתן לאביהם מעות, אבל לא ידעו אם נתן לו בתורת פרעון או בפקדון או בתורת מתנה, ואפוטרופוס טוען שנתן לו במתנה, הוי ספיקא דדינא ואין כח ביד האפוטרופוס להוציא מן ראובן. ואפילו בטענה דלא שכיחא כלל כל דאפשר לברורי לכתחילה מבררין. נאמן הקהילה שמת, ויש ביד הקהל כתב יד הנאמן שיש תחת ידו מעות הקהל סך כך וכך, יכולים הקהל לגבות מהיתומים, מאחר ומנהג בעיר שנאמן הקהל מתמנה על פי בוררים על משך שנה תמימה, וכל השנה מעות הקהל בידו מכל הכנסות הקהילה, ובסוף השנה הוא נותן חשבון, והוי כמת תוך זמן הפקדון. ועוד, שמנהג העיר שמחויב הנאמן להראות כתב ראיה שהוציא ברשותם, וזולת זה הקהל נאמנים נגדו, ואינו נאמן לומר שהחזיר ליד הקהל, א"כ לא טענין ג"כ ליתמי דידיה שנאנסו. וא"כ כל מה שמבררים הקהל שמסרו ליד הנאמן, גובים מיתומים. ואף לדעת י"א שכתב בשו"ע שם דטוענים להם שנאנסו והש"ך הכריע כמותם, מ"מ יד הקהל על העליונה ויכולים לומר קים לן כהני פוסקים דאין טוענים להם נאנסו, כמו שכתב הסמ"ע לעיל (סי' ד סק"ו?) דהקהל נקראים מוחזקים גם לענין זה דיכולים לומר קים לן כהאי מאן דאמר במקום שיש פלוגתא. ואף שהש"ך שם כתב דדוקא לענין מסים, אבל בשאר מילי לא חשיבי מוחזקים לענין קים לי, מ"מ נראה, כיון שהנאמן הזה הוי כשומר שטר, שהנאמן מכניס כל הכנסות ומעות הקהל בידו ומשתמש בהם כרצונו¹⁵, נעשה עליהם כשומר שטר כשולחני (סי' רצב ס"ז). וכיון דחייב בגניבה ואבידה ואינו יכול לפטור אלא בטענת נאנסו, ומבואר בכמה מקומות דאם היה במקום שעדים מצויים אינו נאמן לומר שנאנסו, וא"כ אין לפטור אלא בלסטים מזויין, וכיון שהוא בעיר מסתמא היה לו להוציא קול, א"כ אין טוענים גם ליתומים מה דלא מצי אבוהון לטעון. אחד שלוה מחבירו אלף וג' מאות זהובים ונתן לו שטר חוב בחתימת ידו ובחתימת יד אשתו, הנכתב ביום כ"ו תשרי בלשון זה, משמעו שטר עיסקא על החתומים דמעבר לך על סך אלף ושלש מאות זהובים רמ"ג ורמ"ג. ואמר הלוח שלא רצה לכתוב כל נוסח שנוהגים לכתוב בשטר עיסקא כי אולי ירצה המלוה איזה תוקף וחיזוק יותר, לכן לא כתב אלא הסך שאשתו חתמה עמו, ויתר תוקף יכתוב המלוה כפי רצונו. ומפני טרדת המלוה לא כתב והניחו בין שטרותיו. אח"כ ביום ד' כסליו שבק הלוח חיים לכל חי, ונתירא המלוה לכתוב עוד בשטר עיסקא הנ"ל כל תוקף וחיזוק הנוהגים במדינתנו, פן יבוא הדבר לערכאות ויאמרו שהוא כתב אחר ופן יפסיד ע"י כך,

¹⁴ לא עשיתי.

¹⁵ שונה ממש"כ לעיל סי' עב ס"ה.

חוסן משפט חלק ד'

רק כתב בסוף הנייר, ז"פ בר"ח טבת, כדי שיהיה תוך זמנו, ובזה לא היה חושש אף שהוא כתב אחר כי כל מלוה לפרעון עומד. ונתגלגל הדבר שבא המלוה ויורשי הלוה לדין לפני דייני ישראל. וקצת מן הב"ד רצו לומר שיש לשטר חוב זה דין עיסקא בלא נאמנות, והש"ך הכריע דאפילו נאנסו טענינן להו. והמלוה טוען, כיון שנהגו לכתוב שטרי עיסקא שנעשה ע"פ תיקון מהר"ם, ומהר"ם תיקן שלא יהא נאמן לומר נאנסו אלא בעדים, וגם היה בידו לכתוב כל דיני נאמנות וכל תוקף שטר עיסקא אלא שלא רצה מטעם הנ"ל, וגם אשת הלוה ואביו הודו שלא החזיר העיסקא וגם לא נאנסו מידו, הנה הסך אלף ושלוש מאות זהובים שקיבל בסוף תשרי אנו יודעים שקיבל ליקח יינות, ואנו רואים שקנה יינות כדרך מדינתנו שרוב משא ומתן בזה הזמן ביינות, איך נאמר שפרע תוך ששה שבועות סך גדול כזה, ואין ספק אם היה המלוה תובע שישלם לו לא היו הב"ד מחייבים ללוה לשלם סך גדול כזה בזמן מועט. ובפרט שנכתב זמן פרעון על ר"ח טבת, וא"כ הוא תוך זמנו. ואף שהזמן פרעון נכתב בכתב יד המלוה, אין זה מגרע כחו, הואיל והאמינו הלוה לתת לו חתימתו על נייר חלק כו'. וגם אפילו דעת הש"ך שטוענין להם נאנסו, נמי לא מגרעינן כח השטר, כיון שהמלוה היה בידו לכתוב כל תוקף שטר עיסקא כתיקון מהר"ם, ומהר"ם תיקן שעל הקרן אינו נאמן לומר נאנסו אלא בעדים, והוי כאילו נכתב כן, וכנ"ל (סי' רמב"ס"ה) בענין שטר מתנה שלא נכתב כתובה בשוקא כו' (פ"ת).

(כג) שהוא מאותו עסק - עיין בתשוב' מהר"א ן' ששון סימן מ"ח דף ס"ט ע"א (ש"ך), והיינו דכיון דיש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו, תו ליכא שום חשש שבועה כיון דיש עדים שזה הוא עסקא שלו. היינו שנתן מעות ובמעות הללו קנה סחורה ומטלטלין בזה לכולי עלמא בחזקת הנותן וגובה בלא שבועה, אבל אם החליף אולי החזירן ומשלו החליף, ואם נשתנית הפרקמטיא ונתחלפה באחר דטענינן ליתמי החזרתי במגו דנאנסו, היכא דיש עדים שזה חליפי סחורתו דהיינו דראו עדים שנטל בעד העיסקא זה הסחורה וא"כ הסחורה הוא חליפי עיסקא וידוע זאת ע"פ עדים, א"כ אין צורך במגו כיון דראו עתה החליפין של העיסקא בעין, ומה לי שראו עדים שלקח מן המעות סחורה או מן העסק החליף סחורה בסחורה שלו שידוע על פי עדים והכירו החליפין ודאי לא מצי טעין נאנסו, ואי ליכא עדים א"כ אפילו היה בעד המעות נמי מצי טעין נאנסו כיון דאין מכיר את העסקא (קצה"ח).

(כד) ואם יש ריוח נוטלים יורשי הלוה חלקם - ולא אמרינן רווחא לקרנא משתעבד עד כלות הזמן, ועדיין לא כלה זמן העיסקא (סמ"ע).

(ה) מת המלוה, ובאים יורשיו לתבוע השטר מהלוה, והוא אומר: פרעתי לאביהם, והם אומרים: לא ידענו, אומרים לו: זיל שלם. ואם אמר: השבעו לי,³³ אם יש בשטר שהאמין את המלוה ואת יורשיו עליו, גובין בלא שבועה. ואם לא האמין אותם עליו, ישבעו בנקיטת חפץ³⁴ שלא צוה להם אביהם על יד אחר, ושלא אמר להם בפיו, ושלא מצאו שובר בין שטרותיו ששטר זה פרוע, שאם מצאו שובר עליו, היה בחזקת פרוע, והוא שנמצא השטר בין שטרות קרועים, כמו שנתבאר (סימן ס"ה).³⁵ ויכללו בכלל השבועה שלא אמר להם אביהם שהיה לו שטר פרוע בין שטרותיו.³⁶ אפילו היה היורש קטן המוטל בעריסה כשמת מורישו, הרי זה נשבע כשיגדיל, ונוטל.³⁷ ומיהו אין זה צריך לישבע אלא שלא מצאתי, אבל לא פקדני אבא, לא, דלאו בר צוואה היה.

(כה) גובין בלא שבועה - שהרי אין שבועה מוטלת על היורשים כי אם שלא פקדנו, ומשבועה זו פטרם. במה שכתב הנאמנות למלוה וליורשיו, דהא לא היה עליהן שום שבועה אלא זו (סמ"ע).

(כו) ישבעו כו' - אם יש להם ע"א שאמר האב דשטר זה אינו פרוע גובין בלא שבועה (ש"ך).

(כז) בנקיטת חפץ - אדסמיך ליה קאי כשאומר להן הלוה "השבעו לי", דאל"כ אין צריך לישבע, מיהו אם פוגמים השטר או עד אחד מעיד שהוא פרוע או שבאו ליפרע מנכסים משועבדים צריכין לישבע בכל ענין ועמש"ל (סי' פד"ס"?) (ש"ך).

חושן משפט חלק ד'

(כח) והוא שנמצא כו' - כלומר הא דהשטר בחזקת פרוע היינו שנמצא בין השטרות קרועי' לפיכך צריכים היורשים לישיבע אף בסתם דשמא היה שם שובר והיה השטר מונח בין הקרועים (ש"ך).

(כט) שהיה לו שטר פרוע כו' - דין זה נתבאר לעיל (סי' סה סכ"ג), ע"ש (סמ"ע).
(ל) אבל שלא פקדנו אבא לא - וגם שלא ציוה להם אביהן ע"י אחר אין עליהם לישיבע, דכל שאין ראויין לצוות להן בפיו מחמת קטנותן, אין דרכו לצוות להן לפי שעה ע"י אחר, אלא היה כותב הדבר לזכרון, או היה משים הדבר בפי אפוטרופסים (סמ"ע), י"א דה"ה בקטן שנולד אחר מיתת אב נמי צריך לישיבע ועיקר דאין צריך לישיבע ועיין סמ"ע? (ש"ך).

(ו) ³⁸אם יש לקטן אפוטרופוס שמינהו אביו ומבקש חובותיו של קטן, צריך לישיבע שלא צוהו אבי היתומים, ושלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע. ואם מינהו בית דין אינו צריך לישיבע אלא שלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע.

(לא) צריך לישיבע שלא צוהו אבי היתומים - ואין חוששין לומר אם יצטרך לישיבע שמא ימנע מלהיות אפוטרופא (עי' לקמן סי' רצ סט"ז), שלא ימנע בשביל זה, שמצוה הוא עושה בשבועה זו כדי שלא יפסידו היתומים את חובם, דלא אמרו שפטורים משבועה מכח החששה הנ"ל, אלא כשיצטרכו לישיבע שלא לקחו ממצות היתומים, ומשום שרע בעיניהן שחושדין אותן (סמ"ע), עי' סמ"ע שם (סקל"ד? ועי' דברי שם, ועי' לעיל סי' עב סק"א? (ש"ך), הכא מיירי באפוטרופוס הנושא ונותן בנכסי יתומים וממון יתומים תחת ידו, דאפילו להיתומים היה צריך לישיבע אולי נטל ממון היתומים לעצמו, לולא שפטרוהו חז"ל שלא ימנע מלהיות אפוטרופוס, והכא כשנשבע נגד הלוה דלא שייך חששא דמימנע, ודאי דחשיב כבעל דין ממש דצריך שבועה כשבא לגבות, דחשדינן ליה, דאף שאבי יתומים ציוה שהוא פרוע, מ"מ תובע השטר בשביל עצמו, ורוצה לגבות, ומשקר בשביל מלוה ישנה שיש לו עליו, לכך צריך לישיבע (נתה"מ) ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' עב סל"ה סק"ח). (פ"ח).

(לב) אינו צריך לישיבע - הטעם, שודאי אביהן לא ציום, שהרי אביהן לא מינם לאפוטרופוס (סמ"ע).

(ז) ³⁹אם יש לקטן אחים גדולים, אין צריך להמתין עד שיגדיל הקטן, אלא הם נשבעים וגוברים הכל, ונותנין לקטן חלקו, ואם מת הקטן, נשבעים הם ונוטלים חלקו וחלקם.

(לג) אלא הם נשבעין וגובין הכל - שאין שבועה מוטלת על הקטן כלל כיון שיש לו אחים גדולים, שהאחרים מצאו מה שמצאו ונצטוו מאביהן ולא הוא, דלאו בר צואה הוא (סמ"ע).

(ח) ⁴⁰אם א' מהיורשים אומר: אומר לי אבא שהשטר פרוע, והאחרים אומרים: לא פקדנו, אם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, ⁴¹הוא נאמן על כולם, במיגו שאם היה רוצה היה שורפו. ואם לאו, אינו נאמן אלא על חלקו בלבד. ⁴²ויש מי שאומר שאפילו השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, הוא אינו נאמן אלא על חלקו.

(לד) אינו נאמן אלא על חלקו - פירוש, והאחרים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים, דאין אדם נאמן להפסיד לאחרים בהודאתו (סמ"ע). אינו נאמן אלא על חלקו. עיין סמ"ע ס"ק כ"ט עד משא"כ כאן שהשטר חוב נכתב על שם אביהן והוחזק השטר לרבים בשם אביו וכו'. אין לפרש בדברי הסמ"ע דמיירי שהוחזק בבית דין קודם שאמר פרוע, דבזה לא היה חולק הדיעה ראשונה, דהא מיגו למפרע לכו"ע לא אמרינן, אלא ודאי דמיירי שאמר פרוע תיכף כשהוציא השטר. ##### ונראה דכונת הסמ"ע היא, דכבר כתבתי לעיל בסימן נ"ו בביאורים ס"ק י"ח, דטעם הרא"ש [המובא בציונים אות י'] הוא, דלא אמרינן מיגו רק בבעל דין או בשליש שהוא כבעל דין, אבל מי שיש בידו משל אחר, אינו נאמן במה שהוא בידו לקלקל אותו, דרשות הנפקד הוא כרשות המפקיד והוי כמיגו להוציא. וזהו ג"כ כונת הסמ"ע, דבשותפין שנכתב על שמו, והרי הימניה שהרי יכול לגבות כל השטר בעצמו, ועיין סמ"ע סימן נ"ו ס"ק ז' דבפקדון שייך ג"כ הימניה, משו"ה הוי כבעל דין ונאמן במיגו, משא"כ בנכתב על שם אביו ומוחזק שהוא של אביו ואין אח אחד יכול לגבות כל השטר כמבואר בסימן ע"ז סעיף ט' ע"ש בהג"ה, וגם לא

Commented [YL7]: ל בדוק אם הציון בפ"ת נוגע לכאן או לחשבון בנתה"מ נגד התומים

חוקן משפט חלק ד'

בא לידו בפקדון מאחיו ולא שייך ביה הימניה כלל, משו"ה אינו נאמן אפילו יש לו מיגו. ##### ועוד נראה לפענ"ד לחלק, דעיקר הטעם דלא מהימן במיגו דאי בעי קלתיה, דהוי מיגו במקום חזקה כמ"ש הש"ך בסימן מ"ז ס"ק ו' ע"ש, ועיין לעיל בחידושים סימן ס"ב [סק"ח] ובביאורים [שם] ס"ק ט', ע"ש שחילקתי בדבר שיכול לומר שלי הוא ואומר של אחר וליכא חשש קנוניא, מהני מיגו במקום חזקה, ודוקא בדבר דאיכא חשש קנוניא לא מהני מיגו. ולפי"ז אתי שפיר, דבסימן צ"ג [סעיף י"ד], לא מיבעיא אם לא כתוב בו שהוא מממון השותפות, ודאי דהיה יכול לומר שלי הוא, אלא אפילו אם כתוב בו שהוא מממון השותפות, מ"מ, כיון דיכול לגבות כל השטר, הרי הלוה נתחייב נגדו בכל המעות, ולא יכול לומר לאו בעל דברים דידי את, ממילא שטר כזה נקנה במסירה בלא כתיבה, ועיין בסימן ס"ו מה שכתבתי בביאורים [סקי"א], ומהימן לומר לקוח כשיש לו מיגו, או שלי הוא ולפנחיא כתבתי, או שלא להשביע לדעת הסמ"ע בסימן ס' ס"ק כ"ח, משו"ה כשאומר פרוע מהימן במיגו, משא"כ בהשטר שנזכר שם אביו, שאינו יכול לתבוע בו רק חלקו כמבואר בסימן ע"ז סעיף ט' בהג"ה, וממילא צריך כתיבה ומסירה, ולא מהימן לומר שלי הוא, ואיכא חשש קנוניא, לא מהני מיגו (נתה"מ"ג).

(לה) ויש מי שאומר כו' - דלא מהימנין ליה מכח מיגו דאי בעי היה שורפו אלא גבי שלישי שהשלישו שניהן בידו, דאפילו לשלישי לא הימנוהו מכח מיגו דאי בעי היה שורפו עתה קודם שבאו לב"ד, אלא משום הכי האמינוהו לשלישי דשניהן האמינוהו מתחילה ולא חשדוהו שישרפהו או יטמנהו, וכיון שהאמינוהו מתחילה נאמן בכל דבריו, משא"כ בשאר שותפין או אחין שיצא שטר חוב מתחת יד אחד מהן דלא שייך האי טעמא (סמ"ע), עיי' לעיל (סי' עא סכ"ג) ועיין בסמ"ע (&) ודבריו צ"ע ועמ"ש לעיל (סי' נו ס"?) (ש"ך).

(ט) כל הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוה כשבאים ליפרע ממנו, כך יש להם עם יורשי הלוה, אם מת ובאים ליפרע מהם, אלא שכשמוענים עם יורשי הלוה צריכים גם כן לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם. ואם טענו יתמי הלוה: אמר לנו אבא פרעתי לאביהם, אין עליהם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם.

(לו) כל הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוה כו' - כדי לעמוד על פסקי דינים מכאן עד סעיף יד. דוקא כשבועה הראשונה שהיתה מוטלת על המלוה לישבע על כל פנים ברי היתה להוציא מיתומים, הקילו לומר דאין אדם מוריש כו' ואין מוציאין מהן, והיינו שמת לוח בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה ויתומיו באין להוציא מיתמי הלוה, מה שאין כן בפוגם? שטרו והבא לגבות מלקוחות או ממנו שלא בפניו ומת, אף על גב דאביהן ג"כ היה חייב שבועה עכ"פ. ועי' לעיל (סי' פד ס"?) דבעד אחד מעיד שהוא פרוע אמרינן אין אדם מוריש כו' וה"ה לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע, {ור' ירוחם} חילק בין עמד בדין ונתחייב שבועה או לא, ולא חש למשמעות הגמרא הנ"ל דמשמע מינה דאין לחלק בו. ומש"כ המחבר בסי' פד צ"ל דאיירי שם בדעמדו בדין ונתחייב שבועה דוקא, והוא דוחק, דא"כ לא ה"ל לסתום אלא לפרש (סמ"ע), וי"א דאף בפוגם? ועד א' אין אדם מוריש שבועה לבניו (ש"ך) וי"א הא דלא אמרינן גבי יורשים "מתוך שאינו יכול לישבע משלם", הוא דוקא כשהשבועה לא חלה רק אחר מיתת הלוה, כגון שהיורשים טענו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, שאין חיוב שבועה על היורשים כלל כשהן מודים במקצת, אבל אם היה האב מודה במקצת לפני בית דין ונתחייב שבועה ואח"כ מת, וידוע שלא נשבע ולא פרע קודם מותו, כגון שהודה בחליו במקצת, כיון דנתחייב שבועה דאורייתא ונתחייב לישבע או לשלם, וכיון שמת ואינו יכול לישבע, נתחייבו הנכסים לשלם. ולעיל (סי' סט ס"ו וסי' פז סל"ב) מיירי משבועת היסת, משו"ה במת לוח בחיי מלוה, דנתחייב שבועה בחייו, למאן דס"ל דאמרינן אפילו בשבועה דרבנן מתוך, נתחייב ג"כ לישבע או להפסיד, משו"ה כשמת ואינו יכול לישבע מפסיד, . וכשהבן מודה שאביו פגם שטרו בחייו, ולא היו טענות בחייו, רק אחר שמת טען הלוה שפרע הכל, ויורשי המלוה טוענין חמשין ידענא שפרע וחמשין לא ידענו, דאז כיון דשבועה דאורייתא כה"ג כשאמרינן היורשין מהלוה חמשין ידענו וחמשין לא ידענו, לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הכי נמי כשיורשי המלוה טוענין חמשין ידענו מהפרעון וחמשין לא ידענו, לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, כיון דהשבועה

חושן משפט חלק ד'

לא חלה רק על היורשין, וכן מיירי כאן, אבל סי' פד מיירי שכבר נפלו הטענות בחיי אביו, שהלוה טען שפרע הכל והמלוה הודה במקצת הפרעון ונתחייב שבועה. גבי מת לוח בחיי המלוה, נתחייב המלוה שבועה בחייו אפילו בלא עמד בדין, אבל בפגם שטרו בחייו ולא כפר בבית דין, רק היורשים טענו חמשים של פרעון ידענו וחמשים לא ידענו, לא היה עליו חיוב שבועה כלל, ודמי ממש לאמרו יורשי הלוה חמשים ידענו וחמשים לא ידענו דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע **משלם** (נתה"מ), ועיין בתשובת א"ז פנים מאירות ח"א סי' נ"א¹⁶ (פ"ת).

Commented [YL8]: ל בדוק אם התיקוני גרסא בנתה"מ נצריכים

(לז) כך יש להם עם יורשי הלוה - פירוש, כשם שיורשי המלוה נשבעין ונוטלין מהלוה עצמו, כך נשבעין ונוטלין ג"כ מיורשיו, אמנם בלוה אם הוא עצמו לא טען השבעו לי היו נוטלין יורשי המלוה ממנו בלא שבועה, משא"כ מיורשיו, דאף שהם גדולים ולא טענו, הב"ד טוענין עבורם (סמ"ע).

(לח) שלא נפרעו הן עצמן מאביהן - שאם היה אביהן קיים היה יכול לטעון פרעתי להן, שהרי הן גדולים כיון שבאין לישבע. ור"ל וכל מה שאביהן היה יכול לטעון אגן טענינן להו, משא"כ כשהלוה חי ולא טען שפרע להן עצמן (סמ"ע), וי"א דדוקא דטענו אידך אמר לנו פרעתי כדאמרי' בסמוך הא לאו הכי לא טענינן להו, שאין טוענין ליורש לחובתו של יורש זה (ש"ך), ויש מקשים למה הש"ך לא הביא דעה החולק על זה (פ"ת).
(י) מתו היורשים שהיה להם לישבע שבועת היורשים, וי"א שאין יורשיהם נשבעים ונוטלים.⁴⁵ ויש אומרים שגם הם נשבעים: שלא פקדנו אבא ולא אבא דאבא, ונוטלים.

(לט) מתו היורשין שהיה להם לישבע שבועת היורשין - י"א דהיכא שמת מלוה בחיי לוח שהיה להם לישבע שבועת היורשין וליטול, ומת אחד מהם קודם שנשבע אין האחין גובין חלקו בשבועתם, שמא להם לא ציוה ולו ציוה והם אין יכולים לישבע שלא נפקד אחיהן המת מאביו, לפיכך נשבעין וגובין חלקם ומפסידים חלקו. ולפי מה שנרצה לומר בסק"מ (מב) דהיכא דכתוב לכל מי שמוציאו דא"צ לבא מכח המוריש לא אמרינן אין אדם מוריש, א"כ ה"ה הכא כיון דאחין אין צריכין כתיבה ומסירה ויכול אחד לגבות כולו אפילו אין לו כתיבה מהאחין, דמהאי טעמא באחין שחלקו בשטרות לא מצי מחיל משום דאין צריך לבא מכחו, א"כ היה מקום לומר דלא שייך בזה אין אדם מוריש, אלא ע"כ דאפילו היכא דא"צ לבא מכח ירושה נמי אין אדם מוריש (קצה"ח).

Commented [YL9]: n ל ש?

(מ) יש אומרים שאין יורשיהן נשבעין ונוטלין - דהא דאמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו, הוא משום דכל ממון דאין אדם זוכה בו כי אם בשבועה, לית ליה זכות ביה כל זמן שלא נשבע, משום הכי נמי אין היורש מוריש שבועה לבניו (סמ"ע).

(מא) ויש אומרים שגם הן כו' - דטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו הוא משום דעל אביהן היה מוטל לישבע שבועת ברי לא נפרעתי, ואין היורשין יכולין לישבע עליה כנ"ל. משא"כ בזה דיוורשין ויורשי יורשין דכולה שבועת שמא היא, ונשבעין שלא אמר להם מורישן ששטר זה פרוץ הוא, נפקא מינה משני הטעמים הוא דין זה דיוורשים מן היורשים, ואף על גב דבזה דיוורשים מן היורשים איירי דלא מת הלוה בחיי מלוה, מ"מ אין זה בכלל הבו דלא לוסף עלה, כיון דעכ"פ יתמי דיתמי המלוה באין להוציא מיתמי הלוה ממון שלא היה יכול לגבות אביהן מיתמי הלוה כי אם בשבועה (סמ"ע), ונוטלים - מ"מ היכא שיורשי הלוה יכולים לטעון ליורשי המלוה שנפרעו מאביהן וזה היו יכולים לישבע בברי ואח"כ מתו אין יורשי היורשים נשבעים ונוטלים, ע"ל (סי' סט ? וע' בסמ"ע) (ש"ך).

(יא) בד"א שיורשי המלוה נשבעים ונוטלים מיורשי הלוה, כשמת מלוה ואחר כך מת לוח. אבל מת לוח בחיי מלוה ואחר כך מת המלוה,⁴⁷ אין היורשים, בין שהם בנים או אחים או שאר יורשים, נוטלים כלום אפילו בשבועה, שהרי כבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה, כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים. הגה: ואלפילו נקדע המלוה ככ, לא מהני, אס יק לחוש שפירע אחר הטענה, ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה. ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם.⁴⁹ וכך אם

¹⁶ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

קדמו יורשי המלוה ותפסו, אין מוציאין מידם. לפיכך שמר חוב של יתומים הבאים ליפרע מהיתומים, שמת אביהם הלוח תחלה, אין קורעין אותו ואין מגבין בו. הגה: ⁵⁰ולווקא האפטרופוס, אבל הזית דין קנא לפניהם לדון, וזא השטר לידם, ולאי קורעין אותו מאחר שפסקו שלא לגבות בו. ⁵¹מיהו אם לא קרעוהו, וזא אחר כך לזית דין אחר וגזו בו, מה שעשו עשו. ⁵²ואפילו היה שם ערב, ומת הלוח תחלה, לא יפרעו יורשי המלוה מהערב אם הניח הלוח נכסים, שאם יפרעו מהערב, הרי הערב חוזר ונפרע מיורשי לוח, כיון שהניח להם אביהם נכסים, ואין חלוק בין ערב לקבלן בזה. ⁵³ויש אומרים דאם הערב הוא היורש בעלמו, גובה ממנו).

(מב) אבל מת לוח בחיי מלוה - בממרג' ¹⁷ שלנו שכתוב "לכל מי שמוציאו", ואין כתוב בו שם המלוה. מאחר ואין היורש צריך לבא מכח ירושה אלא לדידיה נמי אשתעבד, ולא חוששים לספק פרעון, שמעמידים שטר על חזקתו, וגובים בו (קצה"ח).

(מג) בין שהן בנים או אחים כו' - דגם על אחים הוא שבועה שלא פקדנו מורישנו, אין חילוק בין אחים לבנים, וכמו שכתבתי לעיל סק"ל (לו) (סמ"ע), בתשוב' ר"ש כהן ס"ב סי' ל"ו ועיין בתשו' ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ' (ש"ך) ¹⁸.

(מד) ואפילו נשבע המלוה כבר לא מהני - פירוש, שנשבע המלוה בחיי לוח ללוח שלא נפרע, ואח"כ מת לוח בחיי מלוה, דלא היה יכול המלוה לגבות אותו הממון שכבר נשבע עליו ללוח מיורשי הלוח בלא שבועה, מפני שהב"ד היו טוענים עבור יורשי הלוח שמא אחר השבועה פרע לך הלוח, משום הכי כשמת המלוה אין יורשיו נשבעין ונוטלין מיורשי הלוח, דה"ל ממון שלא היה יכול אביהן להוציא אלא בשבועה, ואין אדם מוריש כו' (סמ"ע).

(מה) שאינו יכול לגבותו אלא בשבועה - פירוש, שבועה שטוענין ב"ד עבור הנתבע אעפ"י שלא טענה בעצמו, כזה שמת לוח בחיי מלוה. וה"ה מת מלוה בחיי לוח כשמתו יתומים הראשונים דהמלוה, וכמ"ש בסעיף שלפני זה לדעת יש אומרים הראשונים (סמ"ע).

(מו) ואם עבר הדיין כו' - משום דיש מחלוקת בגמרא בזה, ולמסקנה לכתחילה אין אדם מוריש, אבל אי כבר גבו בשבועה דשלא פקדנו, מה שגבו גבו. וכל זה דוקא כשהשבועה הראשונה היתה עליו כדי להוציא מיתמי הלוח, אמרינן דאין אדם מוריש שבועה כהאי לבניו, אבל בשאר ענינים אף שאביהן ג"כ לא היה גובה כי אם בשבועה, כגון פוגם שטרו? וכל כיוצא בו (עי' לקמן סעיף יד), בהן נשבעין דשלא פקדנו ונוטלין, ועיין דברי שם סק"נה) (סמ"ע).

(מז) ותפסו אין מוציאין כו' - עיין רמ"א באה"ע (סי' צו ס"א) [] ועיין בתשו' נ' לב ספר א' כלל י"ב סי' ס"ט וכלל ב' סי' ק"ז ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ה ריש ד' קכ"ה ובתשובת ר"ש כהן ס"ג סי' ע"ג ובתשו' ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ' ועיין בתשובת מבי"ט ח"ב [ח"א/ סי' רע"ד (ש"ך) ¹⁹.

¹⁷ שטר, שכל מוצאו יכול לגבות בו, כמו צ"ק שלנו.

¹⁸ לא עשיתי.

וגם האריך בזה, וע"ש. עיין בתשובת ר"ש כהן ספר צ' סי' ל"ז, ועיין

בתשובת ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ' [קש"כ]:

עשיתי

לא

19

ב) ותפסו אין מוציאין כו'. עיין באה"ע סימן ל"ו סעיף א' בהג"ה, ועיין בתשובת נ' לב ספר א' כלל י"ב סי' ס"ט וכלל כ' סי' ק"ז, ובתשובת מהרי"ט סי' ק"ה ריש דף קכ"ה, ובתשובת ר"ש כהן ספר ג' סי' ע"ג, ובתשובת ר"מ אלשקר סי' ל"ג וסי' מ'. ועיין בתשובת מבי"ט (ח"ב) [ח"א] סי' רע"ד [קש"כ]: כא) מיהו

חושן משפט חלק ד'

(מח) אין קורעין אותו כו' - מהאי טעמא, שמא יוכל לתופסן ממה שהניח אביהן, או יבוא לב"ד ויגבו אותו בו (סמ"ע).

(מט) אם הניח הלוה נכסים - פירוש, בין קרקע [ובאין להוציא מערב, משום דאין יכולין להוציא מהיורשים כיון דמת ליה בחיי מלוה, משא"כ מערב שסלקא דעתין שהוא בכלל הבו דלא לוסיף] בין מטלטלין, דכיון דגם בהניח להן מטלטלין מצוה עליהן אפילו מדינא דגמרא לפרוע חוב אביהן, כנ"ל (סי' רז ס"א) אבל כשלא הניח להן כלל, אף שהיורשים יחזרו ויפרעו להערב מחמת החסד שעשה עם אביהן, מ"מ יכולין יתמי המלוה להוציא מהערב, כיון דמן הדין יתמי הלוה פטורין מהערב, ודוקא בערב דינא הכי, משא"כ בלקוחות, דאף שמת ליה בחיי מלוה יכולין יורשי המלוה לגבות מלקוחות דלוה, כשלא הניח להן נכסי קרקעות אף דהניח להן מטלטלין, משום דאין הלקוחות יכולין לחזור לטרוף מיורשי הלוה, אבל כשהניח הלוה ליורשי קרקע, אין המלוה גובה ג"כ מלוקח [בכה"ג דמת ליה בחיי מלוה], דאז אחריות הלוקח על היתומים, וה"ל כאילו באין מתחילה לגבות מהן. ומהתימה למה השמיט המחבר להאי דינא (סמ"ע), המחבר בב"י ובדק הבית הביא דלקוחות גובים מהמטלטלים מתקנת הגאונים, וע"כ השמיט המחבר הלכה זו (ש"ך), אין הבעל חוב מוקדם יכול לגבות מהיתומים, כל זמן שלא גבה הבעל חוב המאוחר, כיון דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, וכל זמן שלא גבה המאוחר, הקרקע של יתומים הוא. ועוד, דאפשר דהבעל חוב מאוחר ימחול חובו להיתומים, ואפילו אם כבר גבה הבעל חוב מאוחר, ג"כ אין מוציאין מידו, דלא דמי ללקוחות, דדוקא בלקוחות שלקחו בחיי הלוה גובה, כיון דהלקוחות לאו מכח יתומים קאתי, וכיון דלא הניח נכסים ואין היורשים יורשין כלל, הוא כלא הניח יורשים כלל, וא"כ אין הפרש בין בא לגבות מלקוחות בחיי הלוה לבא לגבות מהן עתה. אבל בלקוחות שקנו מיתמי הלוה, אפילו בלא אחריות שאין להם לחזור על היתומים, מ"מ לא יגבו מהן, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו, וכיון דהיתומים היו יכולין לדחותו לגבות מהן, כמו כן הלקוחות. וכן הבעל חוב מאוחר שגבה מהיתומים, הוי כלקוחות שקנו מהיתומים, כיון דהבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה. ועוד דתיכף שמת והנכסים הן אצל היורשים, נפקע השעבוד מהשטר חוב, מטעם דאין אדם יכול להוריש ממון שלא היה יכול לגבות רק בשבועת היורשין, ובשעת מיתה היתה הגובינא והשבועה נגד היורשין, משא"כ בלקוחות שקנו בחייו ולא הניח נכסים ליורשיו, ולא נתחייב בחייו שבועה נגד היורשים רק נגד לקוחות, ממון כזה יכול להוריש, דדוקא ממון שאינו יכול לגבות רק בשבועת היורשין אינו יכול להוריש (נתה"מ).

(ג) ואין חילוק כו' - ע' לקמן (סי' קכט סט"ו) (ש"ך).

(נא) וי"א דאם הערב הוא היורש כו' - עיין בתשובת ושב הכהן סי' פ"ט שכתב דדין זה צע"ג, עש"ה (פ"ת)²⁰.

(יב) אם היה השטר משכונא, והיה אביהם מוחזק בה, גובה בלא שבועה, לפיכך אם מת, גם יורשים גובים.

(גב) אם הי' השטר משכונא - עמש"ל (סי' סו ס"ל) דיש חולקין, ובמשכון של מטלטלין כ"ע מודים (וכן עי' לעיל סי' עב סי"ז סקמ"ה?) (ש"ך).

(גד) גובה בלא שבועה - פירוש, אפילו מת הלוה בחייו היה גובה המלוה מיורשי הלוה בלא שבועה, דכיון שהיה מוחזק בידו לא חיישינן שייחד לו מעות במקום אחר, לפיכך גם אחר שמת המלוה גובין יורשי המלוה מיורשי הלוה בשבועה "שלא פקדנו" (סמ"ע), ואם הוא משכון בלא שטר ומת ליה בחיי מלוה אז צריכים ג"כ ליטבע שלא פקדנו ע"ל (סי' עב סי"ז בס"ק מ"ט? בסמ"ע) ע' בתשו' ר"מ אלשיך סי' פ"ג (ש"ך).

(יג) במה דברים אמורים שאין היורשים נוטלין כשמת ליה בחיי מלוה, כשאין נאמנות בשטר. אבל אם יש נאמנות בשטר, אם האמין ליה למלוה עליו ועל באי כחו, נשבעים יורשים ונוטלים, שהרי אביהם לא היה צריך ליטבע לא ללוה ולא ליורשים. ואם האמין גם לבני המלוה, נוטלים בלא שבועה, אף אם המלוה נתחייב ללוה שבועה על עסק תביעה אחרת. @NO MB@

:Commented [YL11]
א הבאתי את ההלכה
שמטלטלין בזה"ז
כקרקע לכל מילי

:Commented [YL12]
נתה"מ חלש

:Commented [YL13]
אר הש"ך הלכה
הוא הסבר שיטתו?

²⁰ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(יד) זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו, אין דנין מדין זה לכל הדומה לו, אלא הרי הפוגם שמרו ומת, אף על פי שאינו גובה אלא בשבועה, הרי בניו נשבעים: שלא פקדנו אבא על ידי אחר ושלא אמר לנו בפיו ולא מצינו בין שטרותיו של אבא שכל שטר זה פרוע, וגובים שאר השטר, בין מהלוה בין מיורשיו, וכגון שלא מת הלוה קודם מלוה. וכן הבא ליפרע שלא בפני בעל דין, או מהלקוחות, או עד אחד מעיד שהוא פרוע, ומת קודם שנשבע, ובחיי הלוה, יורשים נשבעים שבועת היורשים, ונוטלים. ואם שני עדים מעידים שקצתו פרוע, נשבעים: שלא פקדנו שיש ממנו פרוע יותר ממה שהעדים מעידים. ודוקא בכי האי גוונא, דנקיטי שטרא, נשבעים ונוטלים. אבל שכיר ונגזל שאין להם שטר, וכן שבועת היסת שנהפכה לתובע, ומת, אין היורשים נשבעים ונוטלים.

(נד) זה שאמרנו בדין וכו' - עיין מ"ש לעיל (סי' פב ס"?) טעמא דהחמירו דוקא דאין אדם מוריש דוקא בבא לגבות מהיתומים וכן בדין חשוד הבא ליפרע מיתומים (סי' צב סי"ב) החמירו ג"כ שלא ליטול ולא בבא ליטול מיניה, משום דמיתומים מדינא לא מד"א שעבודא לאו דאורייתא, ואינו אלא משום דברי סופרים ולהכי כשאנו יכול לישבע מפסיד, אבל ממנו עצמו ודאי גובה שכן מוטל עליו לפרוע ולהכי אפילו פוגם ועד אחד כשבא ליטול מיניה לא אמרינן אין אדם מוריש. ולפ"ז הוא הדין בבא ליטול מלקוחות בדין הוא דנימא ג"כ אין אדם מוריש כיון דמדינא לא גבי מלקוחות וכשאנו יכול לישבע כתקנת חכמים בדין הוא שיפסיד. אלא בלקוחות מצאנו טעם אחר לטובת המלוה שיטול, כיון דיש מקום לגבות מהלוה, כשיהיה לו כסף, לא החמירו בדין אין אדם מוריש, ואפשר דמהאי טעמא לגבי שבועה דלקוחות יש לחלק בין עמד בדין ובין לא עמד וכשעמד בדין ונתחייב שבועה ללקוחות אין אדם מוריש, והובא בסמ"ע (סק"ל), אמנם היינו דוקא בשבועה דלקוחות למד"א אין שעבוד מן התורה, אלא דסבירא ליה דכל זמן דלא עמד בדין לא נתברר חיוב שבועה דלקוחות דשמא ימצא מקום לגבות מן הלוה עצמו, אבל כשעמד בדין וכבר נתחייב שבועה ללקוחות א"כ אמרינן בהו לישבע, אבל באינך שבועה כגון פוגם ועד אחד שהוא מהלוה עצמו יש לומר דמורה דירושין גובין מיניה, ואין לחלק בין עמד בדין או לא (קצה"ח).

(נה) אלא הרי הפוגם שטרו כו' - הא דפוגם שטרו ודעד אחד כו' דינייהו נתבאר לעיל (סי' פד ס"א, וס"ה), והבא ליפרע שלא בפני בעל דין לעיל (סי' קו ס"א), והבא לגבות מלקוחות (סי' עא סי"ט, וסי' קיד ס"ד). ושם בכל מקומות הללו נתבאר דממון דדינים הללו לא היה יכול לגבות המלוה בלא שבועה, אפילו לא היה טוען הלוה או באי כחו לישבע לו, ואפ"ה מוריש ממון זה לבניו, והיינו דוקא במת לוח בחיי מלוה, דלא היה יכול המלוה להוציא בראשונה מיד יורשי הלוה כי אם בשבועה, ובממון כזה דוקא אמרו דאין אדם מוריש, כיון דתחילת השבועה היא שבא להוציא מן היורשים. משא"כ כל הני דלא באה השבועה בראשונה להוציא מהיורשים, אף על גב דמת הלוה או הלקוחות אח"כ, ובאו להוציא מיורשיהן, מ"מ כיון דבראשונה לא באה השבועה על הוצאה מיורשים לא הקילו בה, ואמרינן בהו אדם מוריש כו'. עי' דברי לעיל (סוף סי' פד סק"?) (סמ"ע).

(נו) וכגון שלא מת הלוה כו' - דאם מת הלוה בחיי מלוה היינו יתומים מיתומים דאין אדם מוריש שבועה לבניו, ואע"ג דכבר נשבע המלוה ללוה בשעה שפגמה ואח"כ מת הלוה בחייו, אפ"ה אין אדם מוריש כו', ומטעם שכתבתי לעיל (סי"א סק"ז?) (סמ"ע).

(נז) או מהלקוחות - זה מיירי אפילו הניח הלוה קרקעות ליורשיו, וכגון שקרקעות שהניח להן אינן במקום הלוה, וניחא ליה לגבות מקרקעות הלוקח שהן כאן, כל דלא מת לוח בחיי מלוה. ועיין מה שכתבתי בס"ק מ' בדין ערב. ואע"פ דמכר ראובן הלוה לשמעון בחיי המלוה [ואילו היה בא המלוה לגבות מהלקוחות היה צריך לישבע], מ"מ עדיין ממון זה עומד לגבות מראובן בלא שבועה, כיון שהלוה היה חי בחיי מלוה, והיה גובה ממנו בלא שבועה, אעפ"י שלא היה לו נכסים, מ"מ כיון שהיה אפשר שיהיה לו אינו בכלל אמרם אין אדם מוריש שבועה לבניו, דהיינו דאי אפשר לגבות בלא שבועה

Commented [YL14]:
לש קצת, וזה
בדעת הרמב"ן בר'
ירוחם??

Commented [YL15]:
הביא את תמיהת
הסמ"ע?

חושן משפט חלק ד'

(סמ"ע), וי"א דה"ה שבועת בעל חוב מוקדם למאוחר, ועי' נתה"מ לעיל סק"מ(ט)
(פ"ת).

(נח) שני עדים כו' - פירוש, נגד עד אחד נשבעין ונוטלים כולו, ונגד שני עדים אם היו מעידין שנפרע כולו לא היה המלוה נאמן בשבועתו, אבל אם מעידין שנפרע מקצתו, דהמלוה היה נשבע ונוטל המותר שבשטר, גם היורשין נשבעין על המותר שלא פקדנו ונוטלין (סמ"ע).

(נט) אבל שכיר כו' - אלא הבעה"ב נשבע נגד יורשי השכיר היסת ונפטר וכנ"ל (סי' פט ס"ק ג'?) (ש"ך),

(ס) וכן שבועת היסת שנהפכה כו' - ולא אומרים מעשה ב"ד ה"ל כשטר (סמ"ע), ולענין חנוני ופנקסו ופועלים הנה בפועלים כיון שחייב להם בודאי וספק אם פרע להם לכ"ע נשבעים היורשים שבועות היורשים ונוטלים, וכמ"ש לעיל (סי' צא ס"ק י'), אבל לענין החנוני זה תלוי בפלוגתא שהבאתי לעיל (סי' צ"ב ס"ט), והעיקר דגם חנוני דין פועלים יש לו (ש"ך), י"א שאם חוזרים היורשין ותובעין לזה שהיה מהפך השבועה על אביהם עכשיו שאביהן מת ולא יכול לישבע נשבע הנתבע היסת, אבל העיקר דדוקא בחשוד שתובע היסת, אז כיון דלא מצי להפך על החשוד צריך הנתבע בעצמו לישבע היסת, אבל בזה שכבר הפך השבועה בעודנו בחיים וכבר נפטר הנתבע משבועת היסת על ידי היפוך על התובע וא"כ אם מת ולא נשבע תו אין על הנתבע היסת, ואם היה התובע בחיים רוצה להפך על הנתבע היה עליו חרם כמנהג בתי דינין (עיין סימן פ"ז בסמ"ע סק"ל"ב? וש"ך סק"ל"ו?), א"כ עכשיו שמת ותובעין היורשין נמי אין לו על נתבע רק חרם. ואם חזרו יורשי שכיר ותובעין להשוכר, י"א דצריך היסת, וי"א דנשבע כדין של תורה, ועיקר כצד הראשון (קצה"ח).

(סא) אין היורשין נשבעין ונוטלין - פירוש, אפילו מהשוכר ומהגולן ומהנתבע עצמו. והטעם, דלא הקילו לתקן שהיורשים יוציאו ממון בשבועה דלא פקדנו שאינה שבועת ברי, כי אם בדנקטו שטר חוב בידם, דהשטר חוב מורה דעדיין חייב להם (סמ"ע), ובשבועות היסת שנהפכה לתובע נשבע הנתבע היסת ונפטר עיין בב"ח²¹ (ש"ך).

(טו) מלוה או יורשיו שבאו לנבות מיורשי הלוה, וטענו: אמר לנו אבא: לא לוייתי שטר זה מעולם, הרי המלוה או יורשיו גובים בלא שבועה, ואפילו מת לזה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה, ואפילו האמין המלוה ללוה לומר: פרעתי.

(סב) אמר לנו אבא כו' - יש להסתפק אם קטנים אמרו כן אי טענתן טענה לענין זה ע"ש²² וע' בסמ"ע לעיל (ס"ק ה') (ש"ך).

(סג) גובין בלא שבועה כו' - כיון דטענו טענת ברי בשם אביהן שלא לוו, וכל האומר לא לוייתי כאילו אמר לא פרעתי, והרי יש שטר שחייבין. ואף שהאמינם המלוה, לא האמינם אלא לומר שפרעו, והרי הודו שלא פרעו, וכל זה דוקא כשטוענין יורשי הלוה בבירור דאמר להם אביהן הלוה שלא לווה, וכנ"ל (סי' עה ס"ז) דטענת ברי שלהם מחשבינן כאילו טענו כן במילי דעצמן (סמ"ע).

(סד) ואפילו האמין המלוה ללוה - עי' לעיל (סי' עא סכ"א) דהמלוה שהאמין ללוה מועיל הנאמנות גם ליורשי הלוה, ומשום הכי לא הוצרך לכתוב דאפילו האמין ג"כ להיורשים. ומהאי טעמא אפילו אם הלוה או יורשיו רוצים לישבע שפרע אח"כ וליפטר, ואפ"ה קאמר דאין שומעין להן אלא יורשי המלוה נשבעין ונוטלין (סמ"ע).

(טז) יורש קטן שהיה שטר חוב לאביו, ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו, אין קורעין את השטר ואין מגבים בו עד שיגדלו היתומים, שמא שובר זה מזוייף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי אביו. ואפילו יש עדים שמעידים שזוכרים הפרעון, אין עדותם עדות, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. ואפילו מתקיים השובר בחותמו, ואפי' מפי עדים שאמרו: אנו התמנוהו ונקב יש בו בצד אות פלונית, אין מקבלים מהם, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין.

Commented [YL16]:
נתה"מ נוגע אחרי
תיקון הנוסח
בסמ"ע?

²¹ לא עשיתי
²² לא עשיתי ב"י

חושן משפט חלק ד'

(סה) שובר אחר מיתת אביו כו' - אפילו אם לא הגיע זמן השטר בחיי אביהן, שאם השובר היה אמת היה מוציאו בחיי אביהן [פירוש, היה מראהו בכ"ד או בין הבריות, לברר שכבר נפרע השטר שבידי המלוה], ולכשיגדלו אם יוכלו לפסול השובר יגבו שטרם ואם לאו יקרעו שטרם (סמ"ע), קשה על הסמ"ע שכן יש חולקים על זה וס"ל דוקא כשתבעו בשטר בחייו וזה לא הוציא אז השובר ואפילו אין הב"ד מכיר חתימת העדים שבשובר והוא רוצה לקיים, לא הוי ריעותא כלל ומקיימים וכן ריעותא כשתבעו בחייו אפי' מקויים בחותמיו לא פסלתן ב"י שטרא, דחיישנין שמא כיוון וזייף יפה, אבל כשהוא מקויים ילכו"ע משום ריעותא כזו לא אמרי' כיוון וזייף יפה ודלא כנראה מהסמ"ע. ועוד לכו"ע בהגיע זמנו של שטר בענין [בענין - נתה"מ] שתבעו בחייו ולא הוציא אז השובר אלא דווקא בלא הגיע זמן השטר ס"ל דאיתרע השובר אף על גב דלא תבע כיון דאיכא נמי חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו (ש"ך), תיבת בענין היא טעות סופר וצ"ל בענין. וכונתו, דבהגיע זמנו של שטר, צריכין דוקא שתבעו בחייו, משא"כ בתוך זמנו דאיכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, אפילו בריעותא קטן, דהיינו שלא תבע בחייו, לא קרענין השטר (נתה"מ).

Commented [YL17]:
ולי זה פאילו לסמ"ע?

(סו) אין מקבלין מהן - אע"ג דמקיימים השטר שלא בפני בע"ד שאני הכא שרגלים לדבר, ועי' מה שכתבתי לקמן (סי' קי ס"ג על סמ"ע סק"ט?) (ש"ך), עי' ש"ך, ומיהו מספיקא לא מפקינן השטר מיד היתומים (קצה"ח).

Commented [YL18]:
ספיק?

(סז) לפי שאין מקבלין כו' - עיין לעיל (סי' כח סי"ח ומש"כ שם?) (ש"ך).
(יז) אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא בשבועה. ואם נפרע שלא בשבועה, היו מנדין אותו עד שישבע.

Commented [YL19]:
א הבאתי את דברי הסמ"ע

(סח) אפילו גדולים כו' - אף אם הלוח הלך למדינת הים תוך זמנו ואחר כך מת שם, מ"מ אינו גובה מהיורשים אלא בשבועה, דחיישנין שמא אחר הזמן שלח הלוח מעות להמלוה ע"י שליח, ולכן בעל שהלך מביתו ומת בדרך, אין האשה גובה כתובתה בלא שבועה, ודלא כגדולי הפוסקים הסוברים דבמת פתאום לא חיישנין לצררי כל שהוא תוך זמנו, ואפשר לחלק בין חוב לכתובת אשה, ואז אין מחלוקת (פ"ת).
(יח) אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא מהזיבורית. ואפילו התנה שיגבה עידית או בינונית, לא מהני תנאה גבייהו. ואם כתב בפירוש שיגבה עידית או בינונית ממנו או מיורשיי, מהני תנאה.

(סט) אלא מהזיבורית - שדין תורה שהמלוה יגבה מהזיבורית, אלא שמכח חשש נעילת דלת תיקנו שיגבה מהבינונית, כנ"ל (סי' קב ס"א), וכאן העמידו דבריהם על דין תורה, ולא חששו שינעל דלת, מפני חשש שמא ימות הלוח ויגבהו מהזיבורית. אבל ניזק שנפרע מדין תורה מהעידית, גם מיורשים כשהן גדולים נפרע מהעידית וכמש"כ סעיף כא (סמ"ע).

(ע) ואפילו התנה כו' - אפילו כתב לו אפותיקי סתם, אינו גובה מהם (סמ"ע), וי"א דבהתנה גובה עידית מן הגדולים והא דלא מהני תנאי היינו גבי קטנים דכתב מתחלה אף על גב דקי"ל שעבודא דאורייתא וכל תנאי שבממון קיים עכ"ז הפקיעו חכמים זכות המלוה בלא פלוג רבנן ביתומים, ויש חולקים, ואם כתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזו, אז גובה ממנו (ש"ך).

(עא) או מיורשי כו' - וה"ה אם לוו אפוטרופסי לצורך יתומים או ב"ד דזבין ואחריות איתמי אי טרפו ממנו גובה מבינוני עי' לקמן? (סי' קי ס"?) (ש"ך).
(עב) מהני תנאה - כיון שהזכיר "ומיורשיי" ולפ"ז אפי' לא כתב כן בפ"י רק התנה כן גובה מעידית (ש"ך).

(עג) והא דאמרינן דגובה מהזיבורית, דוקא כשהיא עושה פירות יותר על עבודתה, שאם לא כן אין שם קרקע עליה אלא ארץ גזירה.

(עג) אין שם קרקע עליה - פירוש, וגובה מקרקעות אחרים שהניח הלוח. אבל זה פשוט דאם לא הניח הלוח קרקעות אחרים דגובה ממנו (סמ"ע).

(עד) אל ארץ גזירה - בעל חוב אינו חייב ליטלם כל היכא דאיכא קרקע אחרת בין שהיא בינונית או עידית (ש"ך ב"ח).

Commented [YL20]:
כון?

חושן משפט חלק ד'

(כ) אם תפס בעל חוב בינונית בחיי אביהם, כגון שלוח אביהם ממנו מנה והוא לוח מאביהם מנה, ויש ליתומים זיבורית ולו יש בינונית, ובאים ליטול ממנו בינונית בחובם וליתן לו זיבורית בחובו, הרי הוא מעכב בינונית שלו בחובו. אבל אם היתה תפיסתו אחרי מות אביהם, כגון שקנה הוא בינונית שלו אחרי מות אביהם, לא מהני תפיסה.

(עג) והוא לוח מאביהן כו' - דוקא בזה שחייבין שניהן זה לזה מהני תפיסה, משא"כ כשאין שניהן חייבין זה לזה ותפס בינונית של לוח בחובו לא מהני תפיסה (סמ"ע).

(עו) זבורית כו' - וגם בינונית (ש"ך), וגם עידית (נתה"מ).

(עז) ולו יש בינונית כו' - ועידית כמבואר לעיל (סי' פה ס"?) (ש"ך).

(עח) הרי הוא מעכב בינונית שלו בחובו - כל זה דוקא בקרקעות, דסתם מלוח סומך עליהם, וכיון דבחיי אביהן היו משועבדין לנפשו בחובו שהלוח למלוח שלו והרי הן בידו ובתפיסתו בחזקת שלו, משום הכי אפילו לא שמעו ממנו בחייו שמבקש לתופס מהני. משא"כ בשאר תפיסה מחיים המוזכר לעיל (סי' סד ? וקז ?), שאירי שבא ליד המלוח בחייו בפקדון שטרות או מטלטלין של הלוח, ואין דרך המלוח לסמוך מסתמא אמטלטלי, משום הכי בעינן שם שיהא ידוע שהיה מבקש ממנו הלוח ולא רצה ליתנם, שתופסם בחובו (סמ"ע).

(כא) אם הניזק בא לגבות נזקו, אם הם קטנים, אינו גובה אלא מהזיבורית, ואם הם גדולים, גובה כדינו מהעידית.

(עט) אם הניזק בא לגבות נזקו כו' - היינו כשהזיק אביהן ומת והניח להן קרקעות, ולקטנים עבדו להן רבנן תקנתא להגבות מהן מהזיבורית, אבל בגדולים שקיל הניזק כדינו. ולא דמי לבעל חוב שגובה מהן חוב אביהן מזיבורית וכנ"ל [סעיף י"ח], דשאני בעל חוב דינו מן התורה ג"כ מהזיבורית אלא משום נעילת דלת תיקנו להגבות מבינונית, ומהאי טעמא כשיגבה מיתמי מזיבורית לא ינעל דלת, דלא סלקא דעתיה דמלוח שימות הלוח, ועי' מש"כ לקמן (סי' תיט סק"ה?) (סמ"ע), וי"א דאף בגדולים אינו גובה אלא מן הזיבורית וכ"כ המחבר עצמו לקמן (סי' תיט ס"ה) (ש"ך), עי' מ"ש לעיל (סי' לט סק"?) (קצה"ח).

סימן קט - מכריזין על נכסי יתומים, ובו ו' סעיפים.

(א) כשבאים למכור מנכסי יתומים שמין בית דין הקרקע, ואח"כ מכריזין עליה שלשים יום רצופים, ואם אין מכריזין רצופים אלא בכל שני וחמישי, יכריזו ס' יום שני וחמישי שבהם, מכריזין בבקר ובערב, בשעת הכנסת פועלים ובשעת הוצאת פועלים, וכל מי שירצה לקנות יוליך הפועלים לבקר לו. ובשעה שמכריזין, מסיימין את השדה במצרים ומודיעים כמה מוצאים בה, וכמה שמו אותה בית דין, ומפני מה הם רוצים למכרה, אם להגבות לבעל חוב או לכתובת אשה. ואם יאמר המלוח: אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון חובי, והיורש אומר: לא כי אלא ישומו אותה בית דין, שומעין ליורש(ה).

(א) יכריזו ס' יום כו' - דכיון דממשכא ההכרזה ס' יום כל יום ב' וה', אית ליה קלא כאילו הכריזו ל' יום רצופין (סמ"ע).

(ב) בשעת הכנסת פועלים - לערב כשנכנסים ממלאכתם והם פנויים, כשישמעו הבעלי בתים הכרוז יוליך הפועלים לבקר לו השדה (סמ"ע).

(ג) כמה מוצאים בה כו' - פי' כמה תבואה מוצאין בכל שנה ושנה באותה שדה אחר שנזרעה כדרך השדות, דבזה ניכר יופיה וטובה של השדה (סמ"ע).

(ד) אם להגבות לבע"ח כו' - שיש מי שרוצה לפרוע יותר לבע"ח מלכתובת אשה, שאינו מדקדק כ"כ שיהיו המעות טובים כמו שמדקדקת האשה (סמ"ע).

(ה) שומעין להיורש - פירוש, לא מיבעיא אי יש להיורש עתה מעות כדי שומתה ורוצה לפדותה דשומעין לו, כיון דלא ירש מאביו יותר אינו צריך לשלם בעדה יותר ויפדנה בכדי שומתו, אלא אפילו אין לו מעות עתה לפדות שומעין לו ג"כ, והיינו טעמא, כיון דכבר מת הלוח אין בזה טובה להלוח שיקבלנה המלוח בכל חובו, וטובת היורש היא שישומנה כדי שאם יהיה לו מעות יתן להמלוח דמי שוויה ויהדר לו השדה, דהא השומא

Commented [YL21]:

א הבאתי דברי הנתה"מ סק"ט שג"ל שזה רק להסביר למה לא לומר כגדולי תרומה, ומה שאמר לגבי שיטת המחבר שזה אחרי תקנת הגאונים לא ללמעשה - נכון?

חושן משפט חלק ד'

חוזרת אף ליורש כנ"ל (סי' קג ס"ט), משא"כ אם יקבלנה בכל חובו דאז יצטרך היורש לשלם להמלוה כל החוב כמו שקיבלה בעד כל החוב (סמ"ע), עי' לקמן (סי' קטו ס"א סק"?) דבכל ענין א"י היתומים או הלוקח לסלק הבע"ח עד שיתנו לו כל שיעור חובו הא לאו הכי יכול למימר הקרקע שוה לי כשיעור כל חובי, וע' כל סי' זה בא"ע (סי' קד ס"?) (ש"ך), מח' ש"ך וסמ"ע הוא ספיקא דדינא, ולכן גבי בע"ח ודאי היורשים מוחזקים, ואפילו באלמנה עם יורשים נמי היתומים הם מוחזקים, עיי' שם באורך (פ"ת).
(ב) כשכותבים האדרכתא על נכסי יתומים, בין גדולים בין קטנים, כותבים בה: והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת. ואם לא כתבו כך, הרי האדרכתא זו פסולה, ואין אוכלים בה פירות, אפילו אחר שישלימו ימי ההכרזה.

Commented [YL22]:
ברי הקצה"ח נוגעים לדיון לוקח, שהוא לא כאן נכון?

(ו) הם של פלוני המת - דחששו שמא היורש יתן את שדה שלו למלוה בשומת חובו, ושל המת שירש ישאר בידו ויבור ויפסידו, ואחר שישביח המלוה השדה שקיבל יביא היורש עדים שאותה השדה היא שלו ובטעות נתנה לו ויוציאה מידו ליתן לו השדה שנתקלקלה בידו, ויוציאו לעז על הב"ד שלא עיינו בתקנתו של יורש (סמ"ע).

(ג) בית דין שמכרו שלא בהכרזה, נעשו כמו שטעו בדבר משנה, וחוזרים ומוכרים בהכרזה. הגה: י"א לאס מכרו הקרקעות בטעות שאין קונו, כגון בטעות מנפה או מלממה, מה שעשו עשו, לאין לזית דין למכור אלא בטעות הגנייה, ויש חולקין. ובית דין שמכרו, האחריות על היתומים. ובית דין שהכריזו בראוי, ובדקו יפה ודקדקו בשומא, אף על פי שטעו ומכרו שוה מנה בק"ק, או ק"ק במנה, הרי מכרן קיים. אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת, שהיא דקדוק השומא וההכרזה, וטעו והותירו שתות או פחתו שתות, מכרן בטל, פחות משתות, מכרן קיים. וכן אם מכרו קרקע בעת שאינם צריכין להכריז עליה, (או) במקום שנהגו שלא להכריז לעולם, וטעו ופחתו שתות או הותירו שתות, מכרן בטל אף על פי שהכריזו. (ויש אומרים לכוון שהכריזו, אף על פי שלא היו צריכים, מכרן קיים). ואם רצו בית דין שלא לבטל המכר, ויחזירו האונאה, מחזירין, שלא יהיה כח הדיוט חמור מהם. פחות משתות, מכרן קיים והוי מחילה כדיוט אף על פי שלא הכריזו, שאינם צריכים (הכרזה) באותה העת. איזהו העת שאינם צריכים הכרזה, כשמוכרים לפרוע למי שהלוה לצורך קבורה, או למזון האשה והבנות, או ליתן מנת המלך. וכן ב"ד שמכרו דברים שאינם טעונים הכרזה, וטעו בשתות, מכרן בטל, פחות משתות, מכרן קיים. ואלו הם הדברים שאין מכריזין עליהם: העבדים, והשטרות, והמטלטלים, אלא שמין אותם בבית דין ומוכרים אותם מיד. ואם השוק קרוב למדינה, מוליכים אותו לשוק.

(ז) כמי שטעו בדבר משנה וחוזר - פירוש, אפילו לא טעו כלל, ואם הכריזו ולא דקדקו בשומא והכרזה וטעו בפחות משתות מכרן קיים (סמ"ע).

Commented [YL23]:
פ"ת מצ"ן לדבריו בס"י רלה ס"ח שאין ללוקח טענה שהקטן היה פחות מבן כ', וגם שיש מינוי אפוסטרופוס לפחות מכל למכור בקרקעותיו, וקשה להבין למ הנצרך לכאן

(ח) כגון בשעת מגיפה - דכל שמוכר בזמן שאינו ראוי למכור הוי כמוכר בלא אכרזתא. שאם ימתינו עד שיעבור שעת המגיפה ישוב השער למקומו בלא שום מעשה, דבשעת מלחמה אין שמין להם אלא כדהשתא, ואין שום אדם מוכר כלל בשעת המגיפה, הוי כאין לו שער כלל, אבל בשעת מגיפה דודאי יבוא השבח ממילא, דאין אדם ממתין מלמכור עד אחר מלחמה דאינו יודע קץ לזה, הוי שער אפילו בשעת מלחמה (ט"ז), אבל דבר שצריך מעשה להשביח, כגון מרגליות לכרך, ודאי דאין שמין רק לפי מקומו, וכל השומא אינו אלא לפי מקומו ושעתו, דהיינו במקום דהמלוה והלוה שם, אבל באמת אין חילוק בין מגפה למחלמה אלא יש חולקין בין שומא למכירה שהרי למוכרם, אם השוק קרוב למדינה מוליכין אותו למדינה, ואין מפסידין בידיים סחורה ששוה במקום קרוב סך רב למכרה בעיר קטנה בדבר מועט, ותליא בראות עיני הבית דין אי מיקרב שוקא אי מירחק שוקא. רק השומא היא באותו יום, אבל המכירה, מוכרין אותן בזמן ובמקום כפי שיראו הבית דין. ואם לא יהיה באפשרי למכור, יחזיק אותו המלוה בשומא שהוא לפי מקומו ושעתו, אבל המכירה, לא יפסיד הלוה שלא למכורו במקום ובזמן הראוי, דהא בלא"ה צריך להמתין לו שלשים יום זמן בית דין, וגם הדבר תלוי בראות עיני הבית דין במיקרב שוקא או מירחק (נתה"מ).

חושן משפט חלק ד'

(ט) דאין לב"ד כו'. עיין דרישה [סעיף ב' ד"ה כתב הרשב"ץ] מ"ש ע"ז ועל מ"ש הב"ב בזה (סמ"ע)²³.

(י) ויש חולקין - כיון שנעשה בזמן שאינו ראוי למכור הוה כמכרו בלא אכרזתא. ועיין לעיל (סי' קג ס"ו) (סמ"ע).

(יא) האחריות על היתומים - פירוש, על הנכסים שירשו מאביהן, ולא אומרים שהמוקדם איבד זכותו כמה שלא בא בימי הכרזה (סמ"ע), והיינו רק על הנכסים שירשו מאביהם כיון שהמכירה היתה לצורך בעל חוב של אביהן, אבל בסעיף ד' דהמכירה היתה בשביל צורכי היתומים, משלהן האחריות אפילו על נכסי יתומים עצמן (נתה"מ).

(יב) לא בדקו בשומא - היינו לא בדקו במקום שלא היו צריכים להכריז עליה (סמ"ע), וי"א שיש ב' מקרים, א' "לא בדקו בשומא וכו'" ועוד א' "במקום שלא היו צריכים להכריז עליה" (ש"ך)²⁴.

(יג) וכן אם מכרו קרקע בעת שא"צ כו' - המח' מחבר רמ"א היא במקום שהכריזו במקום שלא היו צריכים, לפי המחבר אינו דומה לדין שהכריזו, ולפי הרמ"א נידון כמקרה שהכריזו (סמ"ע).

(יד) שוה מנה בק"ק - עיין לקמן (סי' רכז סק"נ?)²⁵ (סמ"ע), בסעיף ה' מבוואר דמיירי כאן בהורדה שהורידה לבעל חוב, ודוקא שכבר נתנו הבית דין לבעל חוב שטר אחלטתא, אבל אם נתבררה הטעות קודם שכתבו שטר אחלטתא, אפילו בכל שהוא בטל, דהיוקר והזול קודם כתיבת שטר אחלטתא ברשותא דלוה, כנ"ל (סי' קג ס"ו) (נתה"מ).

(טו) פחות משתות מכרין קיים - משום דהוה מחילה וכדין הדיוט, דאין דרך העולם לדקדק כל כך. אבל בשתות אף על גב דבהדיוט המקח קיים ומחזיר אונאה, בהקדש וביורשים תיקנו שיהא המקח בטל. והיינו דוקא כשיראו הב"ד שהביטול הוא טובת היתומים, דאי לאו הכי לא גרע מהדיוט גם בזה וכמ"ש המחבר אחר זה (סמ"ע).

(טז) בעת שאין צריכין להכריז כו' - בסמוך פירושווהו דהיינו דוקא כשמוכרים לצורך מזוני ולכרגא דהיורשים ולקבורה דהמת. ולא מיבעיא כשמכרו לעת צורך אחד מאלו, אלא אפילו מוכר לשלם למי שהלוהו לצורך אחד מאלו, מוכרים בלא הכרזה, כדי שלא יונעל דלת בפני גומלי חסדים המלוים לזה כשיצטרך להמתין עד שיכלו ימי הכרזה (סמ"ע).

(יז) ה"ג "או" במקום שנהגו שלא להכריז לעולם - מפני שיש בני אדם שלא ירצו לקנות אם יכריזו, שלא יקראו אותם אוכלי נכסי דאכרזתא, פירוש, שגנאי הוא שקונין נכסים דצריכין למכור מפני הדוחק (סמ"ע).

(יח) מכרן בטל אף על פי שהכריזו - כיון דא"צ הכרזה ודאי לא דקדקו יפה בהכרזה ודינו (סמ"ע).

(יט) דכיון שהכריזו אף על פי כו' - כיון שהכריזו ולא היו צריכין, יש הוכחה שדקדקו יפה, ומכרן קיים אפילו טעו ומכרו שוה מנה במאתים. וכן כונת הרמ"א, וכאילו כתוב כיון, דאע"פ שאין צריכין הכרזה הן הכריזו, משום הכי מקחן קיים (סמ"ע).

(כ) ואם רצו ב"ד כו' - ע' באה"ע (סי' קד ס"ה)²⁶ וע' בתשו' מהרשד"ם סי' שע"ד²⁷ (ש"ך).

(כא) שלא לבטל המכר ויחזירו האונאה - היינו בין נתאנו היתומים בין נתאנה הבעל חוב, דאם נתאנו היתומים וטובת היתומים היא להחזיר האונאה, מחזירין משום שלא יהיה כח הדיוט חזק מכת ההקדש (נתה"מ).

(כב) פחות משתות - ולא שייך כאן כדי שיראה לתגר בנתאנה יותר משתות, ועוד, לא שייך דין זה רק כשהחזיק הלוקח או הבעל חוב כפי שומת הבית דין, אבל אם אחרים הוסיפו על השומא והבעל חוב הוסיף והחזיקו לעצמו, לא שייך בו דין אונאה כלל, בין

Commented [YL24]:
שון הסמ"ע היא: .
וקמ"ל בזה דל"ת
כל הלוקח מב"ד
כיון שהם מוכרים
בהכרזה, בטוח
הוא הלוקח שאילו
היה עליו מערערים
היו באים בימי
הכרזה הלכך שלא
באחריות הוא
לוקח, קמ"ל דלא,
וכתבתי מה שיצא
לי???

Commented [YL25]:
הערה בסדר?

Commented [YL26]:
ני צריך להיבא את
דברי הכ"מ - עברי?

Commented [YL27]:
א נ"ל ששאר
הנתה"מ נצרך

²³ לא עשיתי
²⁴ ולפי הסמ"ע אם לא בדקו בשומא, אבל עשו הכרזה, או לא עשו הכרזה אבל בדקו בשומא, אז אפילו טעות בשתות לא בטל מכירתם.

²⁵ לא עשיתי

²⁶ לא עשיתי

²⁷ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

בקרקות בין במטלטלים, כיון שהתגרים שמו אותן, דמי לשהה בכדי שיראה דאמרינן דמחיל והמקח קיים. אבל אם גם השמאים טעו, יכול לבטל המקח, כיון שהטעות היתה בשומא יכול לומר סך זה רצייתי להוסיף על השומא ולא יותר (נתה"מ).

(ד) אפוטרופום או ב"ד יללו לצורך היתומים, מוכרים שלא בהכרזה, ופורעים. וכן ב"ד דזבין ואחריותא איתמי, אם טרפו ממנו גובה הלוקח שלא בהכרזה.

(כג) מוכרין שלא בהכרזה - זהו כדין הנ"ל בסעיף דלפני זה היכא דזבנו למזוני ולכרגא, ומטעם שכתבתי שם (סק"טז) (סמ"ע). וי"ח דכאן הוא הטעם דהוי כבעל דבר שרוצה לפרוע בעצמו ובאמת שאם אינם רוצים להפרע מדעתו זה תלוי בפלוגתא הנ"ל (סי' קג ס"א) (ש"ך).

(ה) הא דאמרינן שאם טעו ב"ד ופחתו שתות או הותירו שתות מוכרן בטל, היינו כשהורידו לבעל חוב בשומת ב"ד. אבל ב"ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שזה מנה במאתים, אין הלוקח יכול לחזור בהם, לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים. וכן הדין באפוטרופום שמכר קרקע ועבדים, שאין הלוקח יכול לחזור בהוניה כדין הדיוט. ויש אומרים לכל שפחתו או הותירו שתות, מכרן בטל.

(כד) בשומת ב"ד אבל ב"ד שמכרו כו' - דדוקא כשנותנין להמלוה בחובו, דאז צריך לקבלו כמו ששמוהו, שאין נותנים לו בפחות מכדי שיעור ששמוהו, משום הכי בין פחתו שתות או הותירו שתות המקח בטל, אבל כשהב"ד מוכרין השדה לאינש דעלמא דאינו צריך ללקחה בשומת ב"ד אלא ברצונו תלוי לקיחתה מהן כמו שאר הדיוטים שמוכרין זה לזה, בזה אין אונאה לקרקעות. והיינו דוקא אם טעה הלוקח וקנהו ביוקר בכפל, אבל אם טעו ב"ד ומכרו בזול מוכרן בטל בשתות. ע"כ שיטת המחבר והרמ"א סובר דגם בטעה הלוקח ביתר משתות המכר בטל, כיון דקנה בשומת ב"ד לא עלה על דעתו שיאונה, הלכך ככה"ג אפילו בקרקעות קפדי אינשי (סמ"ע), כן עיקר ומ"ש אבל ב"ד שמכרו כו' ר"ל אפי' כדי לפרוע לב"ח (ש"ך).

(כה) כדין הדיוט כו' - ע' לקמן (סי' רכז סל"ד) (ש"ך).

(ו) מכרו על ידי שליח, ונתאנה השליח בכל שהוא, המכר בטל. ואם אינה השליח לקונה, דינו כשאר כל אדם. הגה: ודוקא שליח צית דין אינו כמותס, אצל שופט הממונה בהורמנא דמלכא, שפוחו הרי הוא כמוהו.

(כו) מכרו ע"י שליח. ועיי' בתשו' מהרא"ן ששון סי' קל"א²⁸ (ש"ך), אע"פ שהיה שומת שלשה בקיאים, דאפילו אלמנה שמכרה בלא שומא המקח בטל להרבה פוסקים (עי' אה"ע סי' צג סכ"ה), ועוד דהוי טעות בדבר משנה כמו בית דין שמכרו בלא הכרזה (לעיל סעיף ג), ועל כרחק בשומא מיירי, ואפ"ה מכרו בטל דהקנין צריך שיוגמר על פי בית דין ולא ע"י שלוחם. ואף דודאי אם בעל הבית אומר לשליח מכור בכמה שישומו שלשה, או שאומר לו בכמה למכור ונתאנה, דינו כבעל הבית שנתאנה ולא כשליח שנתאנה, דהא הוא נתאנה בעצמו והשליח לא נתאנה כלל, ולא יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, דהשליח לא עיוות כלל, וא"כ הכא נמי דמי להא (נתה"מ).

(כז) בכל שהוא המכר בטל - דאמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי (סמ"ע).

(כח) דינו כשאר כל אדם - וזכה המשלח ביתרון, דשאני לוקח כיון דהוא בעצמו קנהו מיד השליח ואדעתא דנפשיה, שוב אין חילוק בין אם קנה מיד שליח ב"ד או שאר כל אדם (סמ"ע).

(כט) שופט הממונה - נראה דוקא בישראל שהיה חייב לגוי, שנתחייב לו בדינא דמלכותא, ולכן מכירתו מכירה כדינא דמלכותא, אי נמי באלמנה שמכרה, כיון דהדין הוא דאלמנה מוכרת שלא בבית דין, וכשמכרה בדיני גוים לא הוי גזל, אבל ישראל שחייב לחבירו והלך המלוה בדיני גוים ומכר קרקע של לווה שלא ברשות בית דין, דהוי כגזול כיון שעשה שלא ברשות בית דין, המקח בטל, דהוי כהכיר בה שאינו שלו ולקחה (נתה"מ).

Commented [YL28]:
אם הלכה יוצא
מסמ"ע סקי"ח
וקי"ט.

²⁸ לא עשיתי.

חוקן משפט חלק ד'

סימן קי - אין נזקקין לנכסי קטן, ובו י"א סעיפים.

(א) כבר נתבאר בתחלת סימן ק"ח(א) שאין גובים מיורשים קטנים שלא הגיעו ל"ג שנה, אפילו יש עליהם שטר שום מלוה, שאינה על אחד משלשה דרכים שנתבארו שם, אפילו היה בו נאמנות, ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם, אין גובים בו אלא א"כ יש עליהם מלוה ברבית(ב) שלוח אביהם מעובר כוכבים, שקבל עליו לדון בדיני ישראל, שלא יתבע(ג) ליתומים עד שיגדילו, ולא קבל עליו שלא יקח ריבית. הנה: וכן אם לאו בית דין שיש בו שאר תועלת ליתומים לגבות כשהם קטנים, כגון שצטעל חוב רובה לותר קצת ולמחול להם כדי שגובה עכשיו, הרישית זיל ז"ל להגות(ד). וכן נפרעים מהם כתובת אשה(ה), כמו שנתבאר בטור אה"ע. ואם יש יתומים קטנים וגדולים, המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם, וכדי שיפרע בעל חוב מחלק הגדולים צריכין ב"ד להעמיד אפטרופוס לקטנים ולחלק עם הגדולים, ויגבו לבעל חוב מהגדולים חלק המגיע להם לפרוע. הנה: הא דאין נזקקין לנכסי קטנים, היינו שהוא ודאי של קטנים. אבל אם יש לספק שמה מורישם עדיין חי, אף על פי ששמעו בו שמת, גובים מנכסיהם.

(א) בתחילת סימן ק"ח - סעיף ג (סמ"ע), להודק לבצע"ח בנכסי עובר, יש בזה מחלוקת²⁹, אמנם מאחר ואפשר לומר סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקיבות והוה להו זכרים מיעוטא, אז אם יש לעובר אחין גדולים נזקקים לבצע"ח אפילו נגד חלק העובר משום דסמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקיבות והוה להו זכרים מיעוטא ודאחין הגדולים הוא. אמנם אם אין לעובר אחין אלא אחיות אז אין נזקקים נגד חלק העובר דליכא אלא מיעוטא דמפילות. ועיין מ"ש בסימן רפ"ט (קצה"ח), ויש חולקים דחלק של העובר אין אחין היורשין זוכין בו, דהא אם נשבח של העובר הוא, וכן בגר שמת אין שום אדם יכול לזכות בו, ועל כרחך צ"ל דחלק העובר מיתלי תלי וקאי עד שיוולד העובר (נתה"מ).

(ב) א"כ יש עליהן מלוה בריבית - בכדי שלא יכלה קרנם בהריבית, טובתם היא להזקק ולפרוע מנכסיהם בעודם קטנים. ובזה מוכרים בשומא אפילו בלא הכרזה ל' יום, דהוספה על השומא היא ספק, ונתנת הריבית היא ודאי, ואין מניחין הודאי מפני הספק (סמ"ע), אבל אם המלוה קיבל עליו שלא ליקח ריבית כל ימי הכרזה, אז מכריזים ל' יום (ש"ך).

(ג) שלא יתבע כו' - דאל"כ לא היו צריכין למימר דפורעין מנכסיהן למלוה גוי כדי שלא יצטרכו ליתן ריבית, הא בלאו הכי נמי יכריחם הגוי לפרוע מנכסי אביהן כשיגיע זמן פרעון שלו, דבדיניהן אין חילוק בין קטן וגדול כשהניח אביהן מה לפרוע חובו. לכך כתב דאירי מגוי שאינו רוצה להכריחם על הפרעון בקטנותם, וכדין ישראל, אבל אינו רוצה לוותר עמהן שלא ליקח מהן ריבית בעודם קטנים, דא"כ ודאי היו ממתנין עד שיגדלו כמו אם היה המלוה ישראל (סמ"ע), ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קי"ג (ש"ך), עיין בתומים סק"ב, ועיין בתשובת בית אפרים חלק חו"מ סי' ו' מ"ש עליו בזה, ועיין מה שכתבתי לעיל סימן צ"ב סעיף י"ב [סקי"ג]³⁰ (פ"ת).

(ד) הרשות ביד ב"ד להגבותו - וה"ה אם יש קנס על הפרעון, ע' בתשוב' מבי"ט ח"א ח"ב/ בשאלות השניות סי' רי"ד וח"ב/ וח"א/ סי' רכ"ט ועיין בתשובות ר"מ אלשיך סי' קכ"ז (ש"ך)³¹.

(ה) כתובת אשה - הטעם משום חינא. ועי' אה"ע (סי' קד ס"א) (סמ"ע), עי' דברי לקמן (סי' קיא סי"ג סק"ה) (פ"ת).

(ב) טעמא דאין נפרעים מהקטנים, משום דחיישינן שמא התפים אביהם למלוה צררי. לפיכך(ו) אם תפס משלהם(ז), אפילו אחרי מות אביהם, והוא בענין שיכול להחזיק בו(ח) לטעון לקוח הוא בידי, מהניא ליה תפיסתו, כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהם³².

²⁹ עי' ש"ך וקצה"ח סי' ר"י סק"א בש"ך וסק"ג בקצה"ח, ועי' סי' רעו ס"ה.

³⁰ לא עשיתי

³¹ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

(ו) לפיכך כו' - ע' בתשוב' ר"מ אלשיך סי' ק"ל וקל"ז ע' בתשוב' מהרשד"ם סי' תכ"ו ובתשוב' ר' אליהו ח' חיים סי' ט"ו ובתשוב' מבי"ט ח"ב ח"א/ סי' קמ"ז (ש"ך)³³.

(ז) לפיכך אם תפס כו' - י"א דאם תפס מעות שהניח להם אביהם, בלא עדים כו' לא מפקינן מיניה ואינו צריך שבועה. ואם תפס בעדים, אם יש לו שטר אין מוציאין ממנו אלא משביעין אותו. ואם תפס מטלטלין והן בעין, מניחין ביד שלישי עד שיגדלו היתומים, ונשבע ונוטל. ודוקא שהוא טוען שתפסם ולא השכין לו האב במשכון, אבל טוען שאביהן השכין לו, לא מפקינן מיניה אלא נשבע ונוטל (סמ"ע), אם בא לב"ד והודה שתפס לאחר מיתה בשביל חוב שהיה חייב להן אביהן צריך להחזיר להם (ואם אינם מאמינים נותנים ביד שלישי) שהב"ד פוסקים דכיון דהוי של יתומים אין נפרעין מהן וחייב להחזיר אבל למעשה מותר לתפסו ואין בו משום גזל לכך לא ילך לב"ד כלל או יטעון בפני ב"ד שתפס מחיים אביהם אבל דוקא מחיים מהני ליה תפיסתו דאילו לאחר מיתה נהי דמותר לו לעשות כן מ"מ אם יודה בפני ב"ד שתפס לאחר מיתה לא מהני ליה תפיסתו כיון שהם קטנים דאע"ג דמהני תפיסה אף לאחר מיתה היינו רק בגדולים שיכול לגבות מיד מהם בשבועה משא"כ בקטנים ואם ידוע שתפס לאחר מיתה אפי' אית ליה מגו לא מהני תפיסתו ודלא כשו"ע, עיין בתשוב' ר"ש כהן השייכים לספר ב' סימן כ"א³⁴ (ש"ך, וקצה"ח), וי"א דמהני תפיסה לאחר מיתה, והכא שיש לו מיגו לפני בית דין דדיינא דינא דשבועה, מיגו מעליא הוא, וכשהוגדלו היתומים, הדיינים הן עצמם עדים שהיה לו מיגו טוב דמהני (נתה"מ).

(ח) שיכול להחזיק בו - כגון שתפסו שלא בעדים, או שלא ראו עתה בידו, דאז נאמן במיגו דאי בעי לשקר היה אומר לקוח בדי, השתא נמי דאמר דלא נפרע מאבוהון ולא אתפסיה צררי, נאמן שלא להוציא תפיסתו מידו (סמ"ע), ועיין מ"ש לקמן (סי' שנו סק"?) על הסמ"ע ס"ק ב' ³⁵ (ש"ך).

(ט) מהניא ליה תפיסתו כו' - ואם כתוב בשטר נאמנות נגד שובר ונגד טענת שום תנאי השטר, נזקקין להם וכן יעשה תנאי בפירוש שיגבה מיתומים קטנים עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן ל"א (ועיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סימן קט"ו וסימן קע"ח וצ"ע)³⁶ (ש"ך), ועיין בתשובת חוט השני סי' פ"ד וסי' צ' וצ"א וצ"ב מה שכתב בזה (פ"ת)³⁷.

(י) שלא נפרע מאביהם כו' - עיין תשובת ריב"ש סימן שצ"ב (ש"ך)³⁸.

(ג) נזקקין לנכסי ערב, אף על פי שהיתומים קטנים.
(יא) נזקקין לנכסי ערב כו' - היינו ערב סתם (סמ"ע וש"ך), י"א דוקא מערב קבלן נפרעין ולא מערב סתם, דלא עדיף מנכסי דאיניש דג"כ ערבאין ביה, אפ"ה אין גובין מהן בעוד הירושים קטנים (סמ"ע), ובנכסי לקוחות עיין רמ"א לעיל (סי' קיא סי"ג), עיין בתשובת מהר"א ח' ששון סימן צ"ח (ש"ך)³⁹.

(ד) ⁵⁵קטנים שצוה מורישן ואמר: תנו שדה או מנה לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס להפך בזכותם.⁵⁶ וכן אם אמר: תנו מנה זו, או: תנו שדה זו לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס. ולהרמב"ם בזו אין צריך להעמיד אפוטרופוס.⁵⁷ יורש גדול שנתן נכסי מורישו לקמן, ויצא שטר חוב על המוריש, מורידים בעל חוב לנכסיו.

(יב) נזקקין לנכסיהן - הטעם, דכל דאמר "תנו" ה"ל חייב מודה, דהוא אחד מג' דרכים דנזקקין להם בעודם קטנים, כמו שנתבאר (סעיף א) (סמ"ע).

:Commented [YL29]
?

:Commented [YL30]
אם יש חילוק הלכתי בין הקצה"ח לש"ך, ולבדוק את הנתה"מ אם החסרתי משהו

כתב המבי"ט ח"ב סימן ריד דאע"פ שאין נזקקין ³²

³³ לא עשיתי

³⁴ לא עשיתי

³⁵ לא עשיתי

³⁶ לא עשיתי

³⁷ לא עשיתי

³⁸ לא עשיתי

³⁹ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

(יג) אחר שמעמידים להם אפוטרופוס כו' - לא יכול לטעון קים לי אלא בטענה שיזכה בו לעולם אבל לא בטענת שמא כשיגדל ימצא בטל הצוואה⁴⁰ (ש"ך).

(יד) וכן אם אמר תנו מנה זו כו' - ברישא קמ"ל דאפילו ב"מנה סתם" נזקקין לנכסיה בהעמדת אפוטרופוס, ובסיפא קמ"ל דאפילו ב"מנה זו" צריכין להעמיד אפוטרופוס אף על פי שהוא דבר מבורר, דילמא יכול לבטל הצוואה או שאר טענות בענין ביר? וקיום הצוואה. ובסתם בלאו הכי מעמידים אפוטרופוס כדי לברר להן חלק יפה. גם יש להן לומר דילמא מנה מדינה קאמר ולא מנה צורף (סמ"ע).

(טו) מורידין בעל חוב לנכסין - ואף על גב דכבר נתבאר (סי' קח ס"ג) דאין נזקקין לנכסי קטן אפילו יוצא עליהן שטר מקוים ובנאמנות מפורש. התם טעמא משום דאמרינן דילמא אילו הוה גדול היה מוצא שובר על השט"ת, או בירר שהתפייסו לו צורי, וכאן שהיורש היה גדול אלא שמסרו אח"כ להקטן, אי הוה שום שובר או בירור הוא היה מוצאו, והמחבר לא חילק בין שטר מקוים לאינו מקוים, מטעם דכבר נתבאר (סי' מו ס"ה) דמקיימין שטר שלא בפני בעל דין, ועמ"ש מזה (סי' מו סק"א? וסי' עח סק"ד) (סמ"ע), עיין בתשובת ר"מ אלשיך סימן קל"ז ובתשו' ה' לב ספר א' דף מ"ה וספר ג' סימן ל"ה ובתשו' ר"א ה' חיים סימן ט"ו דף ל' ול"א ובתשובת מהרשד"ם סימן י"ד (ש"ך).

(ה) יתומים קטנים שנמצאת קרקע שאינה שלהם, אלא טען הטוען שהיא גזל ביד מורישים, נזקקים להם. ואם נמצאת גזולה, מחזירים אותה לבעלה. ולהרמב"ם⁵⁹ צריך להעמיד להם אפוטרופוס לטעון ולדון.⁶⁰ וכך קטן שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו וכבשה, אין אומרים: נמתין לו עד שיגדיל, אלא מוציאין אותה מידו, ולכשיגדיל, אם יש עדים, יביא עדיו. הנה: ⁶¹ודוקא שלא היה לו חזקה נכסים חלו מאצותיו. אבל יש לו חזקה, אין מוילאין ממנו עד שיגדיל. ולכן מי שזוה על יתומים קטנים שיש לו היוקות מהן, אין מעמידין להן אפוטרופוס לדון עמו צעודן קטנים, אם לא שפורסם שהם מזיקים אותו צדיק. וכל שיש לספק בדבר ולפקפק, ממתניין עד שיגדילו.⁶² וי"א דממנין לעולם אפוטרופוס, בין שיש ממך בטענותיו או לא, אולי תפסק עמו לטובת היתומים.

(טז) נזקקין להם ואם נמצאת גזולה - וי"א [והוא שיטת היש מי שכתב לקמן ס"ט] דדוקא שנתקבל העדות בחיי האב, או שהוציא שטר מקוים שהיא שלו שלקחה מאביו, ואביו לא החזיק בה ג' שנים אחר זמן השטר, אבל לא נתקבל העדות בחיי האב אין מקבלין אותו אח"כ, והמחבר נמשך אחרי החולקים על זה (סמ"ע).

(יז) ולהרמב"ם צריך להעמיד להן אפוטרופוס - אולי יוכל לפסול העדים, אבל הרבה חולקים וסוברים שאין צריך להעמיד אפוטרופוס לזה, שלא חושדים עדים להיות משקרים (סמ"ע), אבל כשהביא עדים שגזלה, שוב אין מאחרים בשביל טענת האפוטרופוס וזה פי' דברי המחבר שכתב "לטעון ולדון" ודלא כהסמ"ע (ש"ך).

(יח) וכן קטן שתקף - יסוד ב' סעיפים אלה בנויים על זה: כשיש לקטנים ב' מעלות: האחד, שהיה לו לקטן חזקת אבות. והשני, שהיה גם עתה ביד הקטן, או אין מקבלים עדות ואין מוציאין מידו עד שיגדיל. אבל אם לא היה להקטן חזקת אבות, מוציאין מיד הקטן, אף על גב שכבר נכנס בה הקטן ודר בה עתה וזה בא להוציא מידו. או שהיה לו חזקת אבות, אלא שלא דר בה עתה הקטן, ובא עתה לב"ד להוציא את הדר בו בחזקת אביו שלו, וזה הדר בו טוען שלקחה מאביו ושיש לו עדים שהחזיק בה ג' שנים, מקבלין עדותו של הדר בו, אף שזה הוא קטן, ואין מוציאין את הדר בו. אם כן כשכתוב במחבר "וכן קטן שתקף בעבדיו כו'", אע"פ דכבר הוציאו הקטן ודר בהשדה וטוען שיש לו עדים שהיתה של אביו, והמערער בא להוציאו מידו בקטנותו ואומר שלקחה מאביו ושיש לו עדים שהחזיק בה ג' שנים בפני אביו, מקבלים עדותו, שכן אין לקטן חזקת אבות. וגם לפי זה מובן "וכן" שזה אינו ק"ו מהדין הקודם, וקמ"ל דלא תימא דוקא בטוען המערער שיש עדים שהיתה גזולה ביד מורישי דשומעין לו, אלא אפילו מודה המערער שהיתה של אבי הקטן אלא שלקחה מידו, וגם כבר הוציאו הקטן ודר בה עתה, והמערער בא להוציאה, אפ"ה מקבלין עדותו ומוציאין אותו. ובסעיף ו' איירי בענין שיש

Commented [YL31]:
אם גירסת הרמב"ם
בגמ' יש נ"מ להלכה?
וכן בש"ך אותו
השאלה

Commented [YL32]:
י' לקמן ס"ט שיטת
היש מי שאומר
דס"ל דמקיימין
שט"ח שלא בפניו,
וגם כשהוא על
יתום קטן, מ"מ כאן
דבעינן שיהא
מקוים, משום
דבעלמא אף על פי
שמקיימין שלא
בפניו, מ"מ אין
גובין בהשטר אלא
בפניו ובקטן עד
שיגדיל, ואז אף
שכבר הוא מקוים
אם יכול לברר
שהוא מזויף יברר
אז ולא יגבו בו,
משא"כ בקטן זה
שהיה מורישו גדול,
ואם קיימוהו
בקטנותו היו ג"כ
מוציאין מידו כיון
שבאה לידו מירוש
גדול לכן כאן לא
עושים ב' קולות גם
לקיימו וגם לגבותו
הוא שיטת
הרא"ש האם יש
סיבה להביאו?

Commented [YL33]:
ברי הש"ך עצמו
ונתה"מ מוסיפים
בהלכה או רק
בהבנת הדברים?

⁴⁰ לא עשיתי

חוסן משפט חלק ד'

להקטן חזקת אבות וגם דר בה עתה לפנינו, והמערער בא להוציא מידו, וכתב דבזה אין מקבלין עדותו להוציא מיד הקטן. אבל אם אינו עתה בחזקת הקטן שדר בה עתה בשעה שבאין לדין, אלא המערער דר בה, אף שיש להקטן חזקת אבות, מקבלין עדותו של זה הדר בה, שהחזיק בה ג' שנים בחיי אביו, בקטנותו של זה. ומש"כ הרמ"א "ודוקא שלא היה לו חזקה כו" בא ללמדנו, דלא נאמר אף שיש להקטן חזקת אבות וגם היא בידו עתה, מ"מ כיון שידענו שהשדה היתה ביד המערער והקטן הוציא בכח בתקיפת עבדיו לפני כל, דה"ל כאילו עדיין לא הוציא, קמ"ל, שלא מקבלין עדות אם הקטן דר שם (סמ"ע וש"ך), ועיין עוד מדינים אלו בים של שלמה פרק הגזול בתרא סימן ז' (ש"ך⁴¹), וי"א כל שהיה להקטן חזקת אבות, אפילו שכנגדו מוחזק, אין מקבלין עדותו (נתה"מ). (יט) אין אומרינן נמתין כו' - עיין לקמן (סי' קמט ס"כ וסכ"ג) ועיין בתשובת מהרש"ם סימן שע"ד (ש"ך)⁴².

Commented [YL34]:
דקתי בדברי
הנתה"מ ושהש"ך
לומד כסמ"ע.

(כ) שיש לו הזיקות - פירוש משור שלהם, דהן עצמם שהזיקו פטורין מלשלם. ותיבת "ולכן" שכתב הרמ"א, הכונה, דלדעה זו, כל שאינו מילי דיתומים אין מקבלין עדות, לכן גם עדי היזק אין מקבלין, אף שהן מילי דיתומים, והוא מכיון שההיזק הוא מילי דממילא, הוי כמילי דאבוהון (נתה"מ).

(כא) שהם מזיקים אותו בידים - פירוש, ואז מסלקין אותו, אבל אין משלמין מה שהזיקו בקטנותם, כמש"כ לעיל (סי' צו ס"ג) (סמ"ע).

(כב) בין שיש ממש בטענותיו כו' - מ"ש הרמ"א "בין שיש ממש בטענותיו", ר"ל שבטענות האפורופוס יש ממש או לא, ולא קאי אטענות המערער. ומש"כ, "דלעולם" לאו דוקא קאמר, שהרי מסיק שם דבטוען שיש לו עדי גזילה אין מעמידין אפורופוס, דלא כרמב"ם הובא במחבר (סמ"ע), זה לא שרשות ביד אפורופוס לטעון טענת שקר, אלא, אף שטוען מילתא דלא שכיחא, ואין ממש בטענותיו, שיוכל להתברר שלא כדבריו, מ"מ ממנין אותו, דאולי יתפשר עמו לטובת היתומים, ועי' סמ"ע לקמן (סי' קצ סקל"ו), והבאתי דבריו לעיל (סי' קח ס"ד ד"ה וי"א?) (פ"ת).

(ו) קרקע שהיתה בחזקת קטנים, ובא אחד וטען שהיא לקוחה ממורישים, ויש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביהם, אין מוציאין אותה מידם עד שיגדילו, שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין. אבל אם הוציא שטר שהיא לקוחה בידו, הרי זה מקיים השטר ומוציאין אותה מידם אחר שמעמידים להם אפורופוס.

(כג) קרקע שהיתה בחזקת קטנים ובא אחד וטען שהיא לקוחה כו' - היינו דווקא כשיטתו דמקיימין השטר בפני קטן כמו שמקיימין שלא בפני גדול, כנ"ל סק"א?, וי"א דאין נזקקין אפילו לקיים השטר בקטנותו ואין מוציאין מידו (סמ"ע), בתשו' ר' לוי נ' חביב סי' ק"ב ועיין בתשובת נ' לב ספר א' דף ק"ן וס"ג סי' ל"ה וע' בתשובת מהרי"ט סוף סימן ע"ג (ש"ך)⁴³.

(ז) קטנים שהודה מורישים בכתב ידו על מטלטלים שבידו שהם מעסק שיש לו מפלוני, או שהוא פקדון בידו משל פלוני, מוציאין מהם (ועיין לעיל סוף סימן ק"ז). וכן אם גזל מורישים, חייבים לשלם, בין אכלו בין לא אכלו, בין נתיאשו הבעלים בין לא נתיאשו, בין מקרקע בין ממטלטלים שהניח מורישים.

(כד) קטנים שהודה מורישים בכתב ידו כו' - כל עסק ופקדון ברשותא דמרייהו קאי וכאילו הוה בידם, ואין טוענין עליו שמא לקחן אביהן, ולפי המחבר מקיימין את הכתב יד אפילו אחר מותו כנ"ל (סק"טו), ועי' לקמן ס"ט שיטת הרא"ש, ולדבריו צ"ל שכאן מדובר שהוא ניכר לדיינים ואין צריך קיום, וכן מ"ש "אם גזל מורישים", מיירי לכל מר כדאית ליה, וכנ"ל (סק"טז) (סמ"ע).

⁴¹ לא עשיתי

⁴² לא עשיתי

⁴³ לא עשיתי

חוקן משפט חלק ד'

(כה) וכן אם גזל מורישם - ורוצה לומר והודה ג"כ בכת"י קודם מותו ועי' מהרש"ל שם סי' ו'⁴⁴ וע"ש עוד חילוקי דינים בזה אבל י"א דמקבלים עדות בכהאי גוונא על הקטנים, ע' בתשוב' ר"א נ' חיים סימן ט"ו וי"ח ובתשובת מהרשד"ם סימן קצ"ו (ש"ך)⁴⁵.

(כו) בין נתייאשו - פי' אף על גב דנתייאשו כבר בחיי אביהן, לא מחשב כיאוש ושינוי רשות דעלמא, דירש כרעא דאבוה הוא ובמקומו וברשותו הוא עומד עי' לקמן (סי' שסא ס"ז) (סמ"ע).

(כז) בין ממטלטלין - היינו לאחר שתיקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משועבדים לבעל חוב (עי' לעיל סי' קז ס"ה) (סמ"ע).

(ח) אם לוו בית דין או אפוטרופוס של יתומים לצרכם, נזקקים לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה, ונפרעים בבינונית כמו משאר בעל חוב. וכן בי דינא דובין אחריותא איתמי, אם טרפוה מהלוקח גובה בלא הכרזה, ודינו כשאר בעל חוב. אבל אם לוו היתומים עצמם בלא אפוטרופוס, אין נזקקים לנכסיהם עד שיגדילו, ואין מעמידים להם אפוטרופוס לקבל העדות.

(כח) נזקקין לנכסיהן ומוכרין בלא הכרזה כו' - כשאמרו חז"ל אין נפרעין מנכסי יתומים, היינו דוקא במילי דאבוהון, אבל מה שלוו לצרכן נזקקין (סמ"ע).

(כט) אחריותא איתמי - עיין לעיל (סי' קט ס"ג בסמ"ע סק"י?) (סמ"ע).

(ל) ודינו כשאר בעל חוב - פירוש, לגבות מהבינונית ולא מזיבורית (סמ"ע).

(לא) אין נזקקין לנכסיהן עד שיגדילו - היינו דוקא כשאננם מודים ההלואה וצריכין לקבל עדות, בזה דוקא קאמר דאין נזקקין להן בקטנותן, אבל אם מודים שלוו ממנו לצרכן, והגיעו לעונת הפעוטות, עי' לקמן (סי' צו ס"ג), דנפרעין מהן מיד בעודם קטנים (סמ"ע).

(ט) בכל מקום שאמרו שמעמידים להם אפוטרופוס כדי ליוזק לנכסיהם, מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, דאפוטרופוס בעל דין הוא. וכן עידי צוואה מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. הגה: וי"א הטעם דלדבר הכור ש"אין צו חשק, כמו לוואה, מקבלין אפי' שלא לפני זעל דבר. ועל כן מותר לקבל עידי לוואה לפני הקטן. והוא הדין בכל דבר המזכיר שהקטן חייב. ויש מי שכתב שאין מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. והיכי משכחת לה שהמניח יתומים קטנים תהא צוואתו קיימת, במוסר דבריו לבית דין, או שכתבו העדים צוואתו בשטר והתמוה בהיו, או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לבית דין (ועיין לעיל סימן ק"ח סעיף ג' ד').

(לב) בכל מקום שאמרו שמעמידים להן אפוטרופוס כו' - לכל מילי דנזקקין לנכסיהו בין "מנה זו" ו"שדה זו" בין "מנה סתם" ו"שדה סתם", מקבלין העדות בפני האפוטרופוס כו'. ומש"כ "יש מי שכתב שאין מקבלין כו'", קאי א"שדה זו" ו"מנה זו", וסתם לכל מר כדאית ליה, כמ"ש בסעיף ד' (סקי"ב). ואף שסתם המחבר לעיל סעיף ד' ולא כתב בזה פלוגתא. ומ"ש הרמ"א די"א הטעם דבדבר הברור שאין בו חשש כמו צוואה כו', הטעם קאי אכל מה שכלל המחבר במה שכתב "בכל מקום שאמרו כו'", דשדה ומנה זו וסתם בכלל צוואה ניהו, כדברי המחבר בסעיף ד. דהא אין מעמידין אפוטרופוס אלא במילי דצוואה הנ"ל (סעיף ד), או באחד מג' דרכים הנ"ל (סעיף א), דהסברא נותנת בהן שעדיין חייב (סמ"ע), כגון במילי דצוואה, אבל בשאר דברים שהן לחובת היתומים, בודאי אין מעמידין אפוטרופוס, ופשוט (נתה"מ).

(לג) וכן עדי צוואה מקבלין - עיין בתשו' נ' לב ס' א' כלל י"ז סי' צ"ד וע"ש עוד בדף ק"ן ע"ג ועי' בתשובת ר"ל נ' חביב סימן ק"ו (ש"ך)⁴⁶, למעשה אין מקבלים עדות לגבות מיתומים קטנים נגד שיטת ה"יש מי שכתב". אע"פ שיש סוברים שכן מקבלים עדות, היינו בא' מב' טעמים: א', כדי שלא תטרף דעתו של המצווה. ב', הביא דווקא בדבר ברור כמו צוואה מקבלין. ולטעם הראשון, היינו דוקא בצוואה בקנין סודר שקנה ליפות כח, דאז מדאורייתא קונה, אז מקבלין עדות על הקטן מכח תקנת חכמים שלא תטרף

⁴⁴ לא עשיתי

⁴⁵ לא עשיתי

⁴⁶ לא עשיתי

חושן משפט חלק ד'

דעתו, משא"כ בצואה בלא קנין שהיא רק מתקנת חכמים, אז אין מקבלין עדות על הקטן מטעם תקנה, דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. ולטעם הב', דוקא אם מת השכיב מרע תיכף אחר שציוה, אז הוי דבר ברור, משא"כ אם נתעכבה מיתתו יומים, אפשר ביני ביני חזר, וכאשר יגדלו היתומים יביאו עדי חזרה (פ"ת).

(לד) או שכתבו העדים כו' - מה שכתוב "בכתב ידו הניכרת לב"ד", היינו דוקא לדעת היש מי שכתב, דלשיטת הראשונה במחבר, אין צריך שיכירו הב"ד עצמן, אלא יקיימו כתב יד אביהן ע"י אחרים. ונראה יותר לומר שמש"כ "בכת"י הניכרת לב"ד" מדובר גם אשלפניו אעדים שחתמו הצואה בחייו, דגם חתימתן צריך שיהא ניכר לב"ד, דאז ע"פ ראייתם ידונו (סמ"ע, קצה"ח).

(י) לכתובת אשה, אין צריך להעמדת אפטרופוס. @NO MB@ (יא) כשאמרו מעמידים אפטרופוס, לא אמרו אלא להקל על הבית דין, הא אם ראו בית דין דלא למנות אפטרופוס, ויחפשו הם אחר זכות היתומים, אין לך אפטרופוס מוב מהם. (ויש כח ציד בית דין לפקר מחמת יתומים, אם נראה שטוב להם). @NO MB@

Commented [YL35]:
אם יש הלכה שיוצא מדברי הקצה"ח והפ"ת.

- 1 כתובות לא ע"ב, רמב"ם מלוה ולוה פי"א ה"ח.
- 2 כתובות פו ע"א, תוס' קס ד"ה פריעת ז"ח.
- 3 רא"ש כתובות פ"ט סי' יד.
- 4 רא"ש כתובות פ"ט סי' יט.
- 5 טור
- 6 ספר התרומות ש"מ"ג ח, ד סט"ו.
- 7 ספר התרומות שער סא ח"א ס"ז.
- 8 רמב"ם מו"ל פי"א ה"ח.
- 9 ריב"ש תענה.
- 10 ספר התרומות ש"ז ח, א סי' ו.
- 11 סי' לב.
- 12 סי' קלט.
- 13 רא"ש ז"ב פ"ט סי' ב.
- 14 טור ז"ב רב האי גאון
- 15 שו"ת הרא"ש כלל עט ס"י.
- 16 ספר התרומות שער מט ח"ז ס"ג.
- 17 ז"ב קעד ע"ב, רמב"ם מו"ל פי"א ה"ו.
- 18 ז"ב ה ע"ב.
- 19 ספר התרומות ש"ז ח"ב ס"א וח"ח ס"א.
- 20 טור ז"ב הרמ"ה.
- 21 שו"ת הרא"ש כלל פה סי' ב.
- 22 מרדכי ז"ב תרנד.
- 23 ז"ב קעד ע"א, ערכין כב ע"א, רמב"ם מו"ל פי"ב ה"א.
- 24 רמב"ם מו"ל פי"ב ה"ב.
- 25 שו"ת הרא"ש כלל פה סי' ח.
- 26 תוס' כתובות פו ע"א ד"ה אמר.
- 27 כתובות פז ע"א.
- 28 ז"ב ע ע"ב.
- 29 ר"ן כתובות סד ע"ב.
- 30 ספר התרומות ש"ה ח"א ס"ב.

חושן משפט חלק ד'

- 31 רמב"ן ור"ן ז"ב ע ע"ב.
32 רמב"ם מו"ל פי"ז ה"א.
33 שו"ת הרא"ש כלל ע"א סי' ז.
34 שבועות מה ע"א.
35 ספר התרומות שי"ד ח"ט ס"א.
36 שבועות מה ע"א, רמב"ם מו"ל פי"ז ה"ב.
37 ספר התרומות שי"ד ח"ו ס"א.
38 ספר התרומות שי"ד ח"ו ס"ג, שו"ת חכמי פרובינציאל חו"מ סי' כד.
39 ספר התרומות שי"ד ח"ו ס"ב.
40 ספר התרומות שי"ד ח"ז.
41 סנהדרין לא ע"א.
42 טור ז"ס הרא"ש.
43 שו"ת חכמי פרובינציאל חו"מ סי' כד, ספר התרומות שי"ד ח"ט ס"א.
44 שו"ת הרי"ף ע"ט.
45 רא"ש שבועות פי"ז סי' טז.
46 שבועות מה ע"ב.
47 שבועות מה ע"א רא"ש ש"ס פי"ז סי' יב-יג, רמב"ם מו"ל פי"ז ה"ג.
48 שו"ת הרא"ש כלל פו ס"ג.
49 ספר התרומות שי"ד ח"ב ס"ז, ר"ן ש"ס לב ע"א.
50 טור.
51 טור ז"ס הרמ"ה.
52 רמב"ם מו"ל פי"ז ה"ד.
53 מהרי"ק שורש לא.
54 רמב"ם מו"ל פי"ג ה"ג.
55 ערכין כב ע"ב, רמב"ם מו"ל פי"ב ה"ה.
56 רא"ש כתובות פי"א סי' כד.
57 שו"ת הרא"ש כלל פה סי' ט.
58 ערכין כב ע"ב.
59 מו"ל פי"ב ה"ו.
60 ז"ק קיב ע"ב.
61 מרדכי גיטין קפב.
62 ראב"ד ז"ק קיא ע"א ד"ה והשתא ושו"ת הרשב"א ח"א סי' תקע"ד, ושו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' ה.