

שלא בפניו, וא"כ גם עד אחד מקבלין ומחייבין שבועה למי שיבא ויטען. וכן יש לדון במוציא שטר על חברו וחתום בשטר עד אחד שהתבאר בחו"מ סימן נ"א שאם טוען לזה להד"ם ומכחיש לעד נשבע ואם טוען פרעתי משלם מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכנסכא דר' אבא, ויש לעיין מה הדין במוציא שטר בעד אחד ואין הלכה לפנינו מה דינו אם גובין בו או שאין גובין בו שהרי יתכן שאם היה הלווה בפנינו היה נשבע, ובקצה"ח סימן ס"ט סק"ז נסתפק מי שנתחייב שבועה דאורייתא ומת קודם שנשבע אם היורשים חייבים לשלם והעלה שלדעת הסוברים שבמקום שלא היה לו למידע אינו משלם מתוך שאינו יכול לישבע ורק במקום שהיה לו למידע דריע טענתיה משלם, גם במת קודם שנשבע פטור שהרי לא ריע טענתיה, משא"כ לדעת הרמב"ם גם בנעשה חשוד אחר שנתחייב שבועה חייב, ובירורים שפטור משום שטוענים ליורשים, ה"ה אם נתחייב שבועה ומת אפשר שחייב ע"כ. אכן עדיין אינו מוכרח שגם בנידון דידן נחייבו שיתכן שרק במת שלא יתכן עוד שישבע אבל כל שאינו כאן שאפשר שיבוא וישבע פטור, אכן בנעשה חשוד שיתכן שיחזור בתשובה וישבע ומ"מ חייב, אכן יש לחלק שחשוד בא מכח פשיעתו משא"כ באינו לפנינו וצ"ע.

אכן בעיקר סברת הקצה"ח שאין דין טוענין ליורשים רק בספק שמא לא נתחייבו היורשים אבל כל שודאי נתחייבו אין טוענים ולכן אין טוענים לערב כשהלוה מודה שלא פרע, וכן כתב הקצה"ח בסימן קל"ג סק"א בקטן המחזיק מטלטלים וטוען שקנאם והמערער יש לו עדים שהיה שלו שמוציאין מיד הקטן שחזקה של מטלטלים צריך טענה וקטן אין לו טענה אבל בא בטענת אביו טוענים ליורש וטוענים ללוקח ע"כ, ויש לעיין לפי"ז במלוה ע"פ שיגבו מן היורשים ואלו בסימן ק"ח ס"א נפסק שאין גובין מלוה ע"פ מיורשים אלא באופן שנודע לנו שלא פרע כגון שהיה תוך זמנו ואם כהקצה"ח שדין טוענים לא נאמר אלא ביורש ולא בלוה עצמו יוצא שבאם באים לגבות מבע"ח שלא בפניו די להביא עדים על הלואה¹⁵ גם אם אין לנו ראיה שלא פרע ומסימן ק"ו ס"א נראה שיכולים לגבות מאדם שלא בפניו רק בשטר מקוים ואם איתא לדברי הקצה"ח גם בלא שטר גובין. ויש ליישב בדוחק ולומר שלכן אין גובין שלא בפניו אלא בשטר מקוים משום שמעיקר הדין אין גובין מאדם שלא בפניו

15. לא הבנתי, הרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין, אבל מקיימים שטר שלא בפני בעל דין. ולכן לא משכחת לה בעדות בעל פה.

ונראה שעדיין משכחת לה בכמה אופנים: אם העדים הולכים למדינת הים ואין הנתבע מלוי צעיר מקבלים עדות שלא בפניו וכמו שנפסק בסימן כ"ח ס"ז וצ"ח ע"ס ס"ק ז', או שעברו וקבלו לדעת הסוברים שצדיעבד מועיל, ע"פ סימן כ"ח, או שקבלו עדות בפניו שלוה ואח"כ הלך למדינת הים ולא הספיק לטעון פרעתי ויש עוד גיוני ואכמ"ל.

ורק מכח תקנת חכמים שלא יהא כל אחד נוטל מעות חבריו הולך ויושב במדינת הים ואתה נועל דלת בפני לוויין תקנו שגובין שלא בפניו וכמו שאמרו בגמ' כתובות פ"ח א', ולפי"ז יתכן שלא תקנו חכמים להעדיף כוחו של המלוה יותר מאילו היה הלוה כאן ואילו היה כאן היה יכול לטעון פרעתי לא תקנו שיגבה שלא בפניו שהרי גם בלי תקנה אין אתה נועל דלת בפני לוויין שאם לא ילוו בגלל זה גם אם יתקנו לגבות שלא בפניו במלוה ע"פ אתה נועל דלת בפני לוויין שבפניו לא יגבו, [וכן צריך לומר בתוס' ריש גיטין שכתבו שאין גובין מיתומים ולקוחות ושלא בפניו בשטר שאינו מקוים עי"ש].

אמנם לא נתברר מה הטעם שמן הדין אין גובים מבע"ח שלא בפניו ורק מכח תקנה שלא תנעול דלת בפני לוויין גובין. וקצת נראה לומר שמהירושלמי שהביא הרי"ף שם הסובר שאין גובין מלוה שלא בפניו אלא במקום שרבית אוכלת בהם ואותו דין נאמר בגמרא דילן שאין גובין מיתומים קטנים ושם בגמ' ערכין נחלקו בטעם הדבר רב פפא ורב הונא בריה דר"י שרב פפא סובר שהטעם הוא משום שפריעת בע"ח מצווה ויתמי קטנים לאו בני מצווה נינהו ואילו ר' הונא בר"י סובר שהטעם שחוששין שמא צררי אתפסיה, וא"כ לגבי לגבות שלא בפניו טעמו של רב פפא לא שייך שהרי הלוה חייב במצווה גם בשאינו¹⁶ לפניו אבל טעמו של ר' הונא בר"י שייך גם לענין לגבות שלא בפניו, רק מכח תקנה שלא תנעול דלת אמרו שגובה ולפי"ז חזרה הקושיא על הקצה"ח למה אין גובים שלא בפניו גם כשאין לנו ראייה שלא פרע והרי אינו דומה לקטנים שיש בהם דין טענינן זולת אם נאמר שרבנן חידשו חשש מכח תיקון העולם ואין צריך טענה לחוש לחשש זה ולכן גם שלא בפניו אין גובין מעיקר הדין.

יא

ומעתה לפי כל מה שהעלינו יוצא שיש לנו כמה וכמה דעות להאמין עד אחד שמעיד על אחד שהוא היורש.

- א. דעת הר"ן והמהרי"ק שבאבידה נאמן עד אחד וא"כ ה"ה בנידון דידן.
- ב. במקום שהירושה נמצא בבית של המת אין כאן אפילו אבידה ואין צריך אפילו

16. עיין בקצה"ח סימן ר"צ ס"ק ג' ובסימן ל"ט ס"ק א' שמבאר על פי הרמב"ן שאם אין תורת שעבוד אלא מצוה בלבד לא יורדין לנכסיו שלא בפניו דלא שייך כפיה אלא בפניו עיי"ש היטב. א"כ למ"ד פריעת בע"ח מצוה מעיקר הדין אין לרדת לנכסיו שלא בפניו.

אכן יש חולקים על קה"ח וסוברים שיש טעם אחר מדוע צמי שהלך למדינת הים אין יורדים לנכסיו לזון בניו שחייב מדין לזקה והטעם לפי הכס"מ הוא שתולין שעושה לזקה במקום אחר.

עד אחד זולת שנחמיר שאסור לב"ד לסייע לו להוציא צו ירושה.

ג. דעת התשב"ץ והנוב"י שעד אחד כשר נאמן מן התורה במלתא דעבידא לאגלויי וכן דעת הרשב"א ואף להקצה"ח שמחלק בין דבר שבערוה לממון מ"מ בממון שאין מוחזק אין הבדל.^{אוצר החכמה}

ד. דעת הריב"ש ושער משפט שבמקום שעומד להגלות מיד כמו שהוא אח המת נאמן גם לממון וגם עד פסול.^{23/08/2018} לפי"ז בזמנינו שמפרסמים בעתון טוב לציין בפרסום שמבקש הצו הוא בן או בת, ובמקום שנמצאים הבן והמת בעיר אחת יש לומר שדומה למעיד שהוא אח המת, ולא מצינו מי שחולק על כך רק התורת גיטין, אכן לדעתו יש לסמוך שגם בלי עדים כלל נאמן ולפי הטעם שכתבנו משום ברי ושמא שמועיל במקום שאין מוחזק ומותר גם להוציא צו ירושה ורק בפקדון אין מחזירין.

ה. מה שהערנו שבמקום שעד אחד מחייב שבועה יתכן שסומכין עליו כל שאין כאן נתבע שרוצה להישבע ולכן נראה שבאם יש טרחה מרובה להביא שני עדים כשרים נסמוך על עדות עד אחד כשר ואף אם לא נסמוך על מה שכתבנו לענין להוציא אבל יש לסמוך לענין ירושה שאין בזה משום הוצאת ממון.