

השאלות

א. כתובות קה.

היכי דמי שוחד דבריים?

- כי הא דשמואל הוה עבר במברא, אתא ההוא גברא יהיב ליה ידיה, אמר ליה: מאי עבידתיך? אמר ליה: דינא אית לי, א"ל: פסילנא לך לדינא.
- אממר הוה יתיב וקא דאין דינא, פרח גדפא ארישיה, אתא ההוא גברא שקליה, א"ל: מאי עבידתיך? א"ל: דינא אית לי, אמר ליה: פסילנא לך לדינא.
- מר עוקבא הוה שדי רוקא קמיה, אתא ההוא גברא כסייה, א"ל: מאי עבידתיך? א"ל: דינא אית לי, א"ל: פסילנא לך לדינא.

ב. כתובות פו.

קריבתיה דרב נחמן זבינתה לכתובתה בטובת הנאה, איגרשה ושכיבה. אתו קא תבעי לה לברתה, אמר להו רב נחמן, "ליכא דליסבא לה עצה? תיזיל ותיחלה לכתובתה דאמה לגבי אבוה, ותירתה מיניה." שמעה, אזלה אחילתה. אמר רב נחמן, "עשינו עצמינו כעורכי הדיינין!" מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר? מעיקרא סבר "ומבשרך לא תתעלם (ישעי' נח:ז)", ולבסוף סבר אדם חשוב שאני.

ג. משנה תורה, הלכות סנהדרין כא:

א: מצות עשה לשפוט השופט בצדק שנאמר "בצדק תשפוט עמיתך." אי זהו 'צדק המשפט'? זו השויית שני בעלי דינין בכל דבר, לא יהא אחד מדבר כל צרכו ואחד אומר לו קצר דבריך, ולא יסביר פנים לאחד וידבר לו רכות וירע פניו לאחר וידבר לו קשות.

ד. ערוך השלחן חו"מ יז:טז

וכן אסור להדר פני גדול, שאם באו לפניו עשיר וחכם עם עני והדיוט לא יכבדנו יותר ממה שמחוייב בדין תורה ולא ישאול בשלומו, שלא יסתמו דברי בעל דינו...

ה. פרקי אבות א:ח, פירוש רש"י

אל תעש עצמך כעורכי הדיינין...

רש"י: שאם בא לך אדם א' וישאל עצה ממך היאך יכול לטעון על חבירו אל תאמר לו שום עצה ללמוד אותו לטעון על חבירו

טוענין טענה מבוססת בעבור יורש ולוקה

ו. בבא בתרא כג ע"א

מתנאי: מרחיקין את השוכן מן העיר חמשים אמה ולא יעשה אדם שובך בתוך שלו אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח. רבי יהודה אומר בית ארבעת כורין מלא שגר היונה. ואם לקחו, אפילו בית רובע, הרי הוא בחזקתו:

גמרא: אמר רב פפא ואיתימא רב זביד, זאת אומרת טוענין ללוקה וטוענין ליורש.

יורש תנינא, "הבא משום ירושה אינו צריך טענה!" לוקה איצטריכא ליה.

לוקה נמי תנינא, "לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זה בחזקתה!" צריכא, דאי אשמעינן התם גבי רשות הרבים דאימור כונס לתוך שלו הוא, אי נמי אחולי אחול בני רשות הרבים גביה, אבל הכא לא. ואי אשמעינן הכא דכיון דיחיד הוא אימא פיוסיה פייסיה, אי נמי אחולי אחיל גביה, אבל רבים מאן פייס ומאן שביק, אימא לא! צריכא.

ז. רבינו גרשום בבא בתרא כג ע"א

זאת אומרת. דקתני "ה"ז בחזקתו" דטוענין ליורש וללוקה, שאם אמר אדם לחבירו "שדה זו גזלת ממני" והלה אמר "אני קניתי ממך ושני חזקה אכלתי" אין זו ראייה. אבל אם אמר "אבא הניחה לי" כלומר יורש הבא מחמת ירושה, א"צ טענה, שכשאמר "אבא הניחה לי" א"צ לו יותר לטעון, שלא יכול הלה לחזור ולומר לו הראני שטר מכירה שקנאה אביך ודאי א"צ לטעון לו יותר, דב"ד טוענין בשבילו ויאמרו שמא אבד שטרו ואי אתה יכול להוציאה מתחת ידו. וכן ה"נ לוקה שאם אמר לקחתיה וכבר החזקתי בה שני חזקה אם טוען הלה ואמר הראה השטר א"צ ללוקה לטעון יותר שב"ד טוענין בשבילו שמא אבד השטר הכי נמי בשחלקו הרי הוא בחזקתו וא"צ להרחיק יותר:

ח. חדושי הרמב"ן בבא בתרא כג ע"א

ואפשר שהטעם מפני שהיונים נכנסין לתוך שלו ואינו חייב לסלק היזיקו ולא לשלם ויש לו לזה לגדור, לפיכך צריך טענה דעיקר ממונא קא מחסר ליה ושקיל מיניה.

ט. שו"ע חושן משפט קנה:כד

מרחיקין השוכן מהעיר חמשים אמה, ולא יעשנו בתוך שלו אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח. ואם לקחו כמו שהוא, אפילו הוא בתוך (בית) רובע, הרי הוא בחזקתו. ואף אם יפול, יכול לחזור לבנותו, שטוענים ללוקה לומר ראשון עשאו ברשות, לא שנא נגד יחיד לא שנא נגד רבים.

י. בבא בתרא ע"ב

שטר כיס היוצא על היתומים: דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו, ודייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה. ודכולי עלמא אית להו דנהרדעי, דאמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון...

יא. חדושי הרמב"ן בבא בתרא ע"א

נשבע וגובה מחצה. פירוש דמלוה, ודפקדון פסיד דטענינגן להו "החזירם לך אביהן".

יב. שו"ע חושן משפט קח:ד

הוציא על הירשנים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונטול; והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזירתי, במגו דנאנסו, וטענינגן להו.

יג. בבא בתרא מא"ב

ההוא גברא דדר בקשתא בעיליתא ארבע שני, אתא מארי דביתא אשכחיה, א"ל מאי בעית בהאי ביתא? א"ל מפלניא זבינתה דזבנה מינך.
• אתא לקמיה דר' חייא, א"ל "אי אית לך סהדי דדר בה איהו דזבנת מיניה, ואפי' חד יומא, אוקימנא לה בידך. ואי לא לא."
• אמר רב הוה יתיבנא קמיה דחביבי ואמרי ליה "וכי אין אדם עשוי ליקח ולמכור בלילה?" וחזיתיה לדעתיה אי א"ל "קמאי דידי זבנה מינך" מהימן מיגו דאי בעי א"ל "אנא זבנתה מינך."
אמר רבא: כוותיה דר' חייא מסתברא דקתני "הבא משום ירושה אינו צריך טענה" - טענה הוא דלא בעי, הא ראייה בעי.
• ודלמא לא ראייה בעי ולא טענה בעי?
• ואיבעית אימא שאני לוקח דלא שדי זוזי בכדי.

יד. שו"ע חושן משפט קמו:י, יד

י: הבא מחמת ירושה, שטוען: "אני ירשתי ממורישי", אינו צריך טענה אחרת. הגה: ודין לוקח ובעל חוב שגבה קרקע, כדין יורש (הרא"ש סוף כלל צ"ח), ואין המוכר או הלוח נאמנים לומר שהקרקע לא היתה שלהם (הרא"ש כלל צ"ט סימן ד'), ובלבד שיביא עדים שדר בה המוריש או נשתמש בה אפילו יום א', וכיון שאכלה הוא ג' שנים מחמת מורישו, מעמידין אותו בידו...
יד: הביא זה המחזיק עדים שפלוגי שמכר לו דר בה אפילו יום אחד (או אפילו שעה אחת)...

טו. גיטין נח ע"ב

ת"ר: "לקח מן הסיקריקון ואכלה שלש שנים בפני בעלים, וחזר ומכרה לאחר, אין לבעלים על לוקח שני כלום."
• ה"ד? אי דקא טעין ואמר "מינך זבנה", אפילו ראשון נמי! אי דלא קא טעין ואמר "מינך זבנה", אפילו שני נמי לא!
אמר רב ששת לעולם דלא קא טעין ליה, וכגון זה טוענין ליורש וטוענין ללוקח...

טז. רש"י גיטין נח ע"ב

טוענין ליורש וטוענין ללוקח - ... ואפילו למ"ד בבא בתרא אין טוענין ליורש ואין טוענין ללוקח טענה זו "הראשון לקחה ממך", הכא מודי דטוענין ליה דסתם מאן דזבין מסיקריקון מידע ידע ולא שדי זוזי בכדי ללוקח אם לא על פי בעלים.

יז. תוספות גיטין נח ע"ב "כגון זה טוענין ליורש וללוקח"

פירש בקונטרס אפילו למ"ד בב"ב דאין טוענין הכא מודה. ולא מצינו שם פלוגתא, אלא אמרי' בפרק לא יחפור (ב"ב כג.) טוענין ליורש תנינא, טוענין ללוקח תנינא! ו"כגון זה" דאמר ה"פ: אפילו כגון זה דסלקא דעתך דהדין עם הבעלים דמה שלא מיחו מפני יראת הסיקריקון.

יח. שו"ע חושן משפט רלו:ה-ו

ה: לקח אחד מהעובד כוכבים, ושהתה בידו ג' שנים ואחר כך מכרה לאחר, אין לבעלים על לקוח שני כלום, שטוענים לו שהראשון קנאה מהם ונתן להם שלישי. וה"ה אם לא שהתה ביד הראשון אלא יום אחד, וביד לוקח שני שלשה שנים...
ו: וכן הדין אם שהתה ביד הלוקח שלשה שנים, ומת והורשה ליורשו, טוענים ליורש.

למה טוענינגן?

יט. שו"ת הרשב"א חלק ד סימן שיט

...ויש מקצת מקומות שמחלקין ביניהם כל מקומות בהכנ"ס חלוקה גמורה לזכות כל אחד בחלקו זכיה גמורה למכור ולתת לכל מי שירצה ככל אשר אנחנו עושים פה בארצותינו אלו. ומן הדומה כי כן מנהגם מפורסם לפי מה שראיתי בכתבך. וכל מקום שמנהגם בכך אם החזיק אחד במקום מן המקומות שני חזקה וישב בו כל אותן שני חזקה כדרך שהבעלים רגילין ליישב במקומותיהם ובלא ערעור ובלא מחאה עלתה לו חזקה. וחזקתו ראייה שהבעלים הראשונים מכרוהו או נתנוהו לו. ודוקא אם טען הוא כך. אבל אם לא טען הוא כך אלא שאומר עכשיו ישבתי כאן ולא אמרו לי דבר, אין זו חזקה. וכמ"ש (בתרא מ"א ע"א) כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. אבל אם זה שהוא מחזיק בו עכשיו הוא יורש או לוקח או מקבל מתנה א"צ טענה. אלא אף על פי שלא טען טוענין לו. וכמו שארז"ל טוענין ליורש טוענין ללוקח.

כ. שו"ע חושן משפט קמו:י

הבא מחמת ירושה, שטוען: אני ירשתי ממורישי, אינו צריך טענה אחרת. הגה: ודין לוקח ובעל חוב שגבה קרקע כדין יורש (הרא"ש סוף כלל צ"ח)...

כא. בבא קמא מו ע"א

מתני': שור שנגח את הפרה ונמצא עוברת בצדה ואין ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד...
גמ': אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי סומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין, אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין: המוציא מחבירו עליו הראיה. למה לי למימר "זה כלל גדול בדין"? אצטריך, דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המוציא מחבירו עליו הראיה.

כב. תוספות בבא קמא מז ע"א

דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא - וא"ת והא [המזיק] מחויב שבועה ואין יכול לישבע הוא, שזה מודה במקצת בנזק הפרה ובנזק הולד אומר איני יודע, ומתוך שאין יכול לישבע משלם כדאמר רבא בפרק השואל (ב"מ דף צה. ושם) ... ועוד אומר ר"י דלא דמי כלל, דהא טעמא דמחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם מפרש בפרק כל הנשבעין (שם) משום דכתיב "שבועת ד' תהיה בין שניהם" ולא בין היורשים, ומפרש התם כגון שאמר ליה "מנה לאבא ביד אביך" ואמר ליה "חמשים ידענא וחמשים לא ידענא, "דאבואה כה"ג מיחייב. ועל כרחך צריך ליתן טעם למה באב חייב וביורשים פטור... אלא היינו טעמא דבאב חייב 'לא ידענא' דהיה לו לידע אם חייב לו מנה אם לאו. אבל יורשיו לא היה להם לידע במילי דאבואה. ומהאי טעמא אית ליה נמי למיפטר בשמעתין שאין לו לידע דבר זה אם משנגחה ילדה או קודם.

כג. ש"ך חושן משפט סימן עב ס"ק נא

והא דיורשים פטורים היינו משום דלאו בעל דברים דידהו הוא אלא דאבואה, ודילמא אי הוי אבואה קיים הוה טעין חמשין אית לך וחמשין ידענא בבירור דלית לך גבי, והוה משתבע ומיפטר ולא היה מחויב לשלם... ואי אמרת דאבואה היכא דלא ה"ל לידע נמי פטור, הדרא קשיא לדוכתא, קרא גבי יורשים למה לי. ולדעת התוס' צ"ל דקרא גלי ביורשים ודכוותיהו דלאו אורחיה למידע, ופשטא דש"ס לא משמע הכי. ועוד, דלדעת התוס' וסיעתם א"כ פעמים הוי משואיל"מ ופעמים לא, ונצטרך לחקור אימתי הוה ליה לידע ואימתי לא ה"ל לידע, וזה דוחק, דכי נתנה התורה דבריה לשיעורין, וגם לא מצינו בש"ס בשום מקום לחלק בכך, אלא נראה כהרמב"ם וסיעתו.

כד. ספר החינוך פרשת משפטים מצוה סה

שנמנענו מהכביד במעשה או אפילו בדיבור על היתומים והאלמנות, שנאמר [שמות כ"ב, כ"א] כל אלמנה ויתום לא תענון, אבל כל משאו ומתנו של אדם עמהם יהיה בנחת ובחסד ובחמלה... ועוד אמרו זכרונם לברכה [גיטין דף נ"ח ע"ב] שאם יש להם ריב עם שום אדם, שבית דין חייבין לטעון בשבילם כנגד התובע אותם, וטוענין לתועלתם כל מה שיחשבו שהיה יכול אביהם לטעון...

כה. מנחת חינוך פרשת משפטים מצוה סה אות ג

שאם כו'. דין זה שייך גם ביורשים גדולים ולקוחות שהבית דין טוענים עבורם עבש"ס בכ"מ וזה"מ:

כו. כתובות פז ע"א (משנה טז)

הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה. עד אחד מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה. מנכסי יתומים ומנכסים משועבדים ושלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה.

כז. רש"י כתובות פז ע"א

בשביל לקוחות אגן טענינן דלמא אי הוה גבית מן הלוחה הוה טעין לך אישתבע לי דלא פרעתיך ובעית אישתבועי השתא אגן טענינן דפתח פיך לאלם הוא ומנכסי יתומים ונפרעת שלא בפניו כולוהו משום האי טעמא.

כח. שו"ע חושן משפט פד:א

הרי ששטרך אלף זוז, וטען הלוחה: פרוע כולו, והמלוה אומר: לא נפרעתי אלא מקצתו, לא יפרע את השאר, אלא בשבועה כעין של תורה....

כט. רא"ש ב"ק א:ה

מי שבא לפני ב"ד ואומר "יש לי תביעה על פלוני, ומצאתי לנכסיו במקום ידוע ואני ירא שאם יבואו לידו יבריחם ולא אמצא מקום לגבות ממנו חובי", ומבקש שיעכבו ב"ד הנכסים עד שיתברר תביעתו... ואם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע או שלא יוכל ראובן לגבות חובו משמעון כשיגיע הזמן, מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע עד שיברר התובע תביעתו... וכן מצאתי בשם הגאון ז"ל כתוב דתקנתא דרבנן הוא באיניש דמפסיד נכסיה משום השבת אבידה. ולי נראה דלא צריכנא לתקנתא דרבנן אלא דין גמור הוא שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו בכל מצדקי דמצי למיעבד.

ל. משנה תורה, הלכות סנהדרין ב:ז

ובכלל "אנשי חיל" שיהיה להן לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו, כענין שנאמר "ויקם משה ויושיען."

לא. גיטין לז:

כי אתו לקמיה דרב, אמר ליה "מידי פרוסכול היה לך ואבד?" כגון זה 'פתח פיך לאלם הוא.'

לב. תלמוד ירושלמי, סנהדרין ג:ח

רב הונא כד הוה ידע זכו לבר נש בדינא ולא הוה ידע ליה, הוה פתח ליה, על שם [משלי לא ח] "פתח פיך לאלם."

לג. ריטב"א כתובות פו.

אין ספק כי הבת הזאת עניה והיתה ומפני כן כיון שהלקוחות לא לקחו אלא בטובת הנאה היה נותן עצה זו על דעת שתתן היא ללקוחות מה שנתנו לאמה ולא יפסידו כלום מקרן שלהם, שאם לא כן תימה גדול הוא שיתן רב נחמן עצה להפסיד ללקוחות שלקחו כדת וכהלכה משום "ומבשרך לא תתעלם"!

לד. משנה תורה, הלכות סנהדרין כא:י-יא

מנין לדיין שלא יעשה מליץ לדבריו של בעל דין שנאמר "מדבר שקר תרחק", אלא יאמר מה שנראה לו וישתוק. ולא ילמד אחד מבעלי דינין טענה כלל, אפילו הביא עד אחד לא יאמר לו "אין מקבלין עד אחד" אלא יאמר לנטען "הרי זה העיד עליך", הלואי שיודה ויאמר "אמת העיד", עד שיטעון הוא

ויאמר "עד אחד הוא ואינו נאמן עלי." וכן כל כיוצא בזה. ראה הדיין זכות לאחד מהן ובעל דין מבקש לאמרה ואינו יודע לחבר הדברים, או שראה מצטער להציל עצמו בטענת אמת ומפני החימה והכעס נסתלק ממנו או נשתבש מפני הסכלות, הרי זה מותר לסעדו מעט להבינו תחלת הדבר משום פתח פיה לאלם, וצריך להתיישב בדבר זה הרבה שלא יהיה כעורכי הדיינים.

לה. ערוך השלחן חו"מ יז:ט

ראובן שתובע לשמעון בעד איזה דבר סכום מעות והדיין רואה שמגיע לו יותר בעד תביעה זו אין לו לדיין לפסוק יותר מתביעתו דמסתמא כל אדם תובע כל מה שיכול לתבוע ואין אדם מותר ממונו להנמס ומדלא תבע בעצמו הדעת נוטה שאינו מגיע לו יותר מתביעתו או מפני שידוע התובע שמגיע ממנו להנתבע בעד איזה עניין כפי הסכום היתר על התביעה, או שמחל לו מפני איזה טעם... אמנם אם הדיין יודע בהתובע שהוא ירא אלקים ואינו בקי בדין וקרוב הדבר שלכן לא תבעו יותר מפני יראתו שלא יוכשל בגזל יכול הדיין לומר לו דע לך שע"פ הדין מגיע לך יותר וממ"נ אם מחל לו או שמגיע ממנו להנתבע יאמר כן להדיין כיון שהוא ירא אלקים. ואם יאמר שטעה מפני שאינו בקי בדין בוודאי נאמן. וכן כל זכות שרואה הדיין להתובע והוא לא תבע...

לו. שעורי ר' דוד בבא בתרא כג ע"א סעיף רז

וצ"ב מאי קאמר זאת אומרת טוענין ללוקח, הא כבר ידעינן בכל דוכתא שיש דין טענינן משום פתח פיה לאלם, ומאי קאמר זאת אומרת וכו', דמשמע דרק כאן נתחדש לו שיש דין טענינן.

ונראה בזה, דבאמת יש כאן חידוש שטוענין ללוקח, דהיה מקום לומר דכיון דבעינן חזקה שיש עמה טענה, דבלא הטענה שמכר לו אינה חזקה כלל, נמצא דאין זה סתם דין טענה ככל טענה, אלא דהוא חלק מעיקר גוף החזקה, דבלא הטענה חסר בכל החזקה. וא"כ היה מקום לומר דעל כזה טענה, כשאינו טוען לא טענינן ליה, קמ"ל זאת אומרת טוענין ללוקח אף בכה"ג.

הטענה

לו. קידושין סד ע"א

מתני: "קדשתי את בתי," "קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה," והרי היא קטנה, נאמן.... "נשכית ופדיתיה" בין שהיא קטנה בין שהיא גדולה אינו נאמן: גמ'.... מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? ... אמר רב אשי רישא רחמנא הימניה, כרב הונא דאמר רב הונא אמר רב "מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה? שנאמר 'את בתי נתתי לאיש הזה' – 'לאיש' אסרה, 'הזה' התירה." בנישואין הימניה רחמנא לאב, בשבויה לא הימניה:

לח. ר"ן (על הרי"ף) מסכת קידושין דף כז עמוד ב

ואם תאמר... נהימניה בשבויה מגו דאי בעי אמר 'קדשתיה וגרשתיה' דמהימן ופסיל לה מכהונה!

- יש לומר דמגו לחצי טענה לא אמרינן, והכא חצי טענה הוא לפי שעכשיו הוא רוצה לפוסלה בין לענין תרומה בין לענין כהונה וכי אמר גרשתיה לא פסיל לה אלא לכהונה...
- ואחרים אמרו דכיון דמה שהאמינה תורה לאב חדוש הוא שהרי לא היה ראוי להיות נאמן יותר מעד אחד דעלמא, דיינו שנאמן אותו באותה טענה עצמה אבל אין אומרים מגו מחמת דאין לנו בו אלא חדושו בלבד:

לט. קובץ שעורים חלק ב סימן ג

(ד) ונראה בביאור שני התירוצים שבר"ן דדין מגו יש לפרשו בשני אופנים:

- (א) דהוא **אנן סהדי** שאומר אמת דמ"ל לשקר דהיה יכול לטעון טענה טובה מזו ולפי הטעם הזה כתב הר"ן דהכא דהוי מגו לחצי טענה אין כאן הוכחה שטענתו אמת וע"כ לא מהימן כלל.
- (ב) י"ל דאינו מטעם אנן סהדי אלא שהוא דין נאמנות **דבכח הנאמנות שיש לו לטעון טענה אחרת נאמן גם על טענה זאת שהוא טוען** וע"כ לא איכפת לן מה שהוא לחצי טענה דמ"מ יש לו כח נאמנות על חצי הטענה. ולזה תירץ דכיון דחידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ולא מהימן אלא בטענה זו עצמה ולא בטענה אחרת מחמתה.

מ. תוספות שבועות מא ע"א

וכי מה בין זה לפוגם שטרו - וא"ת, תקשה ליה אמתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וטעמא משום "דלמא אי הוה אבוהון קיים הוה טעין ואמר אשתבע לי," אלמא מצי משתבע ליה ומיהו **נראה דטעמא לאו משום הכי הוא** דאפ"ל לא מצי אבוהון טעין טענינן ליתמי דבפרק הכותב (כתובות דף פו: ע"ש) אמרינן כתב לאשתו "נקי נדר נקי שבועה" לא תפרע מן היתומים אלא בשבועה, אלמא **עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקום שאין האב יכול להשביע.**

מא. קובץ שעורים חלק ב סימן ג:2

....דס"ל לתוס' דכח היתומים בטענתן הוא בתולדה מכח האב, ודוגמא לדבר כעין ירושה, וכיון שהאב מחל על זכות טענתו אין להם מה לירש וע"כ לא שייך בזה טענינן ליתמי.

ובדעת רש"י נראה דכח היתומים אינו בתולדה מכח האב אלא שהיתומים יש להן כח טענה מצד עצמן כמו האב וכיון שאילו לא מחל האב היה יכול להשביעו ולגבי יתומים הרי ליכא מחילה וע"כ שייך טענינן ליתמי.