

סימן ז חיוכי שעבודים

א

1234567

בגמרא קידושין¹ נחלקו רב ושמואל ור"י ור"ל האם שעבוד דאורייתא או לא. וז"ל הגמרא: הדור יתבי וקאמרי הא דתנן² האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשים עולתה, אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שהפרישתה מחיים אבל לא הפרישתה מחיים לא, אלמא קסבר שיעבודא לאו דאורייתא. אמר רב אסי אמר ר' יוחנן אע"ג שלא הפרישה מחיים, אלמא קסבר שיעבודא הוה דאורייתא. והא פליגי בה חדא זימנא, דרב ושמואל דאמרי תרוויהו³ מלוה על-פה אינה גובה מן היורשים ולא מן הלקוחות. ור' יוחנן וריש לקיש דאמרי תרוויהו מלוה על-פה גובה בין מן היורשים בין מן הלקוחות וכו'. ומסיימת הגמרא: אמר רב פפא הילכתא מלוה על-פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות גובה מן היורשים שעבודא דאורייתא וכו'. ונחלקו הראשונים להלכה האם שעבודא דאורייתא או מדרבנן⁴. יש לברר האם יש נפק"מ לדינא בין הסוברים שעבודא דאורייתא לבין הסוברים שעבודא דרבנן. לדוגמא, אם יהיה על נכסי אדם מלוה הכתובה בתורה, תשלום ערכין או תשלום נזקין שבזה לרוב הדעות⁵ שעבודא דאורייתא, ולאדם אחר יהיה על אותם נכסים שעבודא דרבנן, למשל מטלטלין המשתעבדים לבעל-חוב רק מדין תקנת הגאונים⁶ שזה ודאי רק שעבודא דרבנן, האם זה שיש לו שעבוד דאורייתא יהיה עדיף יוכל לגבות מהנכסים לפני הבעל חוב שיש לו רק

1. דף יג עמוד ב.

2. קינים סוף פרק ב; זבחים דף ה עמוד א; מנחות דף ד עמוד ב.

3. בבא קמא דף קד עמוד ב; בבא בתרא דף מב עמוד א ודף קנז עמוד א ודף קעה עמוד ב; ערכין דף ו עמוד ב ודף ז עמוד א; כתובות דף קב עמוד א; בכורות דף מח עמוד ב.

4. שיטת תוס', ד"ה אמר, דשעבודא לאו דאורייתא, ומ"ש בגמרא, זה במלוה הכתובה בתורה שזה ודאי שעבודא דאורייתא. דעת הרי"ף, סוף פרק גט פשוט, דשעבודא דאורייתא, וכן דעת הרמב"ם, הלכות מלוה ולוה, פרק יא, ושעבודא דאורייתא. והש"ך, חו"מ סי' ל"ט, סוף סק"ב כותב דהוי ספיקא דדינא.

5. ערכין ו עמוד ב ודף ז עמוד א; קידושין יג עמוד ב.

6. כתבו הרי"ף סוף פרק הכותב ורמב"ם פרק יא מהלכות מלוה הלכה יא.

שעבוד דרבנן, או שנאמר שאע"פ שזה דרבנן וזה דאורייתא, יש להם תוקף הלכתי אחד, ושניהם יהיו שוים בגביה. וכל הקודם כשיעבוד גובה. ונראה להביא ראיה מהמשנה בכתובות⁷: מי שמת והניח אשה, בעל חוב ויורשים ופקדון או מלוה ביד אחרים, ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהם. ובגמרא⁸, מאי לכושל שבהם? ר' יוסי בר' חנינא אומר לכושל שבראיה. ר' יונתן אומר לכתובת אשה משום חנינא. בפירוש רש"י על המשנה כותב ואע"ג דלא משתעבדי מטלטלין דיתמי לא לבעל חוב ולא לכתובת אשה, הכא דלא ברשותיה מנחי סבירה ליה לרבי טרפון דמוציאים מיד הלואה או מיד מי שהפקדון אצלו ונותנים לבעל חוב ולכתובה שנתחייב בהן המת מחיים. הרי"ף⁹ ג"כ מקשה אותה קושיא הרי מטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, ואומר והני כיון דלא אתי לרשות יורשים משתעבדים לבעל חוב מדרכי נתן, דתניא¹⁰ מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, שמוציאים מזה ונותנים לזה וכו'. ולכן כאן שנשתעבדו מטלטלין מחיים לבעל חוב ולכתובה, ולא עברו ליתומים כלל, א"כ הבע"ח גובה ישירות מהנפקד מדין שיעבודא דרבי נתן. הרא"ש¹¹ והר"ן¹² מביאים את הירושלמי¹³ "ינתנו לכושל שבהם, מלוה בשטר ומלוה בעדים ינתנו למלוה בעדים" והיינו טעמא דמי שהוא מאוחר או שהלואה בעדים אילו לא ינתן להם יפסידו, ומי שהוא מוקדם וכן מלוה בשטר יכולים לגבות מן הלוקח. הרא"ש¹⁴ מביא פירוש רש"י¹⁵ לכושל שבהם, ששטרו מאוחר. ואומר שהירושלמי סעד לפירוש רש"י¹⁶. ובשלטי גבורים¹⁷ מביאו וז"ל: פירש רש"י לכושל שבהם ששטרו מאוחר והירושלמי סעד לדבריו, דגרסינן התם ר' יוסי בר' חנינא אומר לכושל בראיות, כגון מלוה בשטר ומלוה בעדים ינתנו למלוה בעדים ר' יוחנן

7. דף פד עמוד א.

8. שם.

9. פרק הכותב דף מב עמוד ב מדפי הרי"ף.

10. כתובות יט עמוד א וש"נ.

11. מסכת כתובות פרק הכותב, סימן ב.

12. שם, דף מ עמוד ב מדפי הרי"ף, ד"ה אמר ר' נחמן.

13. פסק הכותב מ"ב, צוין גם ברי"ף וגם ברא"ש.

14. הנ"ל הערה 11.

15. שם בגמרא ד"ה לכושל שבהם.

16. יש לעיין על מה שכתב הרא"ש דהירושלמי ראיה לפירוש רש"י, הרי לרש"י

ינתנו למאוחר ואילו לירושלמי ינתנו למלוה בעדים והוא יותר גרוע ממי

שמאוחר שהרי לא יוכל לגבות כלל אפילו בעדים. ויתכן שרש"י לא יסבור

כירושלמי שמלוה בשטר ומלוה בעדים יגבה המלוה בעדים.

17. על הרי"ף הנ"ל הערה 9.

אומר לכושל שבגופו. ולדברי רב אלפס הוי ליה לר' יוסי בר' חנינא למימר לבעל חוב מפני שהוא כושל שבראיה, כדאמר ר' יוחנן לכתובת אשה משום חנינא, ומדקאמר לכושל שבראיה משמע איזה מהם שהוא הכושל שבראיה, וכן שני בעלי חובות ינתנו למאוחר ואע"ג דאיפסיק הלכתא כר"ע¹⁸ הוצרך לנו לפרש דברי ר"ט לפי דבתר תקנתא דרבנן בתראי גבי ממטלטלין ועבדינן כר"ט וכו', עכ"ל הרא"ש.

ומכל זה אפשר להוכיח לשאלתנו, שאעפ"י ששעבוד בעל חוב הוא דאורייתא, ואף למ"ד שעבודא דרבנן מכל מקום לגבי כתובה ודאי שעבודו עדיף, שהרי כתובה דרבנן, ובכל זאת משום חנינא דחו שעבוד עדיף. אנו רואים כי מבחינת דרגות השעבוד של דאורייתא ודרבנן אין נפק"מ לתקיפותם והם שוים. ועוד יותר אע"פ שהם שוים באה תקנת חכמים משום חנינא ונתנו עדיפות לכתובת אשה. ואם נאמר ששעבוד דאורייתא דוחה שעבוד דרבנן איך באו חכמים לעקור דין תורה משום חנינא. יתכן ואפשר לדחות ראיה זו שהרי אפילו למאן דאמר כתובת אשה דרבנן אפשר לומר דהשעבוד הוא דאורייתא שהרי רק החיוב לכתוב כתובה הוא דרבנן אבל לאחר ששכתב כתובה הרי היא כשאר שטרי חוב, ושעבודם שוה. ועוד, הרי הרבה ראשונים¹⁹ סוברים כתובה דאורייתא, וכן סובר התוס'²⁰. (ועוד שמא משום חנינא זיכו לאשה מכח הפקר בית דין הפקר).

כמו כן אפשר להוכיח מהירושלמי שמעמיד בגמרא שמלוה בעדים קודמת למלוה בשטר, כלומר שחכמים תקנו והעדיפו את השעבוד של מלוה בעדים, וודאי שמלוה בשטר השעבוד שלו יותר חזק שהרי אפשר ששעבודו דאורייתא לכל הדעות. אם לא שנאמר שאין נפק"מ בין השעבודים ודין אחד לכולם בין אם הם שעבודים דאורייתא או דרבנן. אולם גם מהירושלמי אין הוכחה מוחלטת, שאפשר לומר דמה שהעדיפו מלוה בעדים על מלוה בשטר זה כפי שהבאנו בשם רש"י והרי"ף, שכאן מדובר שעדיין לא הגיע הממון ליד היורשים, ולכן העדיפו את הכושל שבראיה אע"פ ששעבוד שניהם שוה, ואין יותר שעבוד למלוה בשטר על מלוה בעדים. וראיה מהגמרא בבא בתרא²¹ דלמ"ד שעבודא דאורייתא היה צריך להיות שבין מלוה על-פה ובין מלוה בשטר גובה ממשועבדים ורק משום תקנת לקוחות דלית ליה קלא אינו גובה מלוה על-פה

18. כמבואר בר"ן על המשנה בכתובות פד עמוד א. וראה גם תוספות שם עמוד ב ד"ה ולרבי עקיבא.

19. ראה: מפרשי הכ"מ פ"א מהל' אישות הלכות א-ב.

20. כתובות דף י ריש עמוד א, ד"ה אמר.

21. דף קעה עמוד ב.

מלקוחות. ולמ"ד שעבודא דרבנן לא היה גובה מלקוחות אפילו מלוה בשטר אלמלא התקנה של לא תנעול דלת בפני לווין. מתוך זה יוצא כי יש בידי חכמים לשנות הדינים של השעבודים, מלוה בעדים — אינו גובה מלקוחות אולם יקדים את המלוה בשטר במקום שיש לו למלוה בשטר לגבות מלקוחות. וממילא אין ראייה שבמקום שיהיה שוני בין השעבודים לא יעדיפו את השעבוד החזק. ורק כאן מפני שמלוה בעדים ומלוה בשטר יש להם אותה דרגת שעבוד ולכן הקדימו את המלוה בעדים לגביה.

ב"מלא הרועים" ²² מסיק דמחלוקת רבי טרפון ורבי עקיבא היא האם שעבודא דאורייתא או דרבנן. ורבי טרפון ס"ל דשעבודא דאורייתא ולכן גובה בעל חוב ממטלטלין כמו בנזיקין, עיי"ש. א"כ אפשר להביא ראייה שבעל חוב ששעבודו דאורייתא והוא נדחה עפ"י תקנת חכמים לגבי כתובת אשה משום חינא. אלא על כרחך דיני השעבודים שונים ואין עדיפות לגבי שעבוד דאורייתא. וכן הדין בדבר מלוה על-פה לעומת מלוה בשטר שהלוה שעבדו במפורש (אפילו לא שעבדו מפורש שהרי קיי"ל אחריות ט"ס) ובזה יש הסוברים דלכולי עלמא שעבודא דאורייתא ובכל זאת הקדימו חכמים את הכושל דהיינו מלוה על-פה, א"כ חייבים לומר שאין העדפה בשעבוד דאורייתא.

אולי אפשר להביא ראייה ממשנה כתובות ²³, מי שהיה נשוי שלש נשים ומת, כתובתה של זו מנה ושל זו מאתיים ושל זו שלש מאות ואין שם אלא מנה — חולקות בשוה. ופירש רש"י ²⁴ חולקות בשוה שהרי כח שלשתן שוה בשעבוד מנה דבכולהו איכא מנה. הרי כאן סתם משנה וקיי"ל סתם משנה רבי מאיר שסובר ²⁵ כתובת אשה דאורייתא, א"כ כתובתה של זו מנה מוכרחים לומר דמיירי באלמנה. ובאלמנה הרי כתובתה דרבנן גם לרבי מאיר ואלו כתובת המאתיים היא של בתולה וכתובתה דאורייתא, א"כ איך חולקות בשוה, אם אחת שעבודא דאורייתא והשניה שעבודא דרבנן, אם לא שנאמר כי אין חלוק הלכתי בין שעבוד דאורייתא לדרבנן. אמנם לאור המבואר לעיל שאחרי שהתחייב בכתובה א"כ שעבודא דאורייתא גם באלמנה, אין ראייה. וכמו כן אפשר לדחות שיתכן שגם זו שכתוב כתובתה מאתיים מדובר באלמנה שהוסיף לה, כמו שצריך לבאר בזו שכתובתה שלש מאות שהוסיף לה.

ב

הקשו תוס' ²⁶ למאן דאמר ²⁷ שעבודא דאורייתא, מודה מקצת הטענה למה ישבע — הא כופר שעבוד קרקעות? משמע דלמ"ד שעבודא לאו

22. ערך שעבודא דאורייתא. 23. דף צג סוף עמוד א במשנה.

24. רש"י שם בעמוד א ד"ה אין אני רואה.

25. ראה כתובות דף נו עמוד ב.

26. בבא מציעא דף ד עמוד ב, ד"ה אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות.

27. בבא בתרא דף קעה עמוד ב.

דאורייתא ניתא דנשבע שבועת מודה במקצת, ולכאורה קשה הרי אפשר לומר שכל המחלוקת האם שעבודא דאורייתא או לא זה רק לגבי גביה מיורשים או מלקוחות, אבל מקרקעות הלוה בעצמו לכולי עלמא חייב מדאורייתא, וא"כ גם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא קשה קושית התוס' מדוע מודה במקצת נשבע הרי הודה בקרקעות. אמנם באמת זה אינו נכון, דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין עליו חיוב (שעבוד) מהתורה לשלם ורק מדין פריעת בעל חוב מצוה²⁸. והואיל וחייב לשלם מדין מצוה לכן חייב שבועת מודה במקצת. אבל אין עליו חיוב (שעבוד) גמור על קרקעותיו בדוקא. אלא מצוה של תשלום חוב. וא"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא קשה קושית התוס'. ומכאן נראה להוכיח שאין הבדל בין השעבודים, שהרי למ"ד שעבודא דרבנן אין עליו שום שעבוד מהתורה, ומהתורה אינו חייב כלל לשלם, רק מצוה עליו, ורק מדרבנן יש שעבוד. וא"כ איך השעבוד הזה מדרבנן מחייבו שבועה דאורייתא. אלא ודאי שאין הבדל בין השעבודים. אמנם גם ראיה זו אפשר לדחות, דלא תלוי דין השבועה בדין השעבוד או החיוב. והשבועה רק מחמת החיוב בעלמא של פריעת בעל חוב מצוה, והואיל והודה במקצת חייבתו תורה שישבע שמא משקר, ואין דין זה תלוי כלל בשעבודים.

הרמב"ם²⁹ פוסק דעדות בשטר אינה אלא מדרבנן. והרי הגמרא שבועות³⁰ שואלת: שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה, מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו. ומתרצת הגמרא דאפקיד ליה בשטרא. והרי עדות בשטר הוי דרבנן לדעת הרמב"ם³¹, וא"כ איך חייבים שבועת השומרים דהיא דאורייתא. וכן מצינו ברמב"ם³² הובא בחו"מ³³ בהוציא שטר חוב בעד אחד הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם,

28. עיין רשב"ם, בבא בתרא דף קעה עמוד ב, ד"ה לאו דאורייתא: וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו, ע"כ. ולכאורה הרשב"ם תמוה, שהרי אומר דינו לרבה דסובר שעבודא לאו דאורייתא ולכן אין גובין מיורשים ומלקוחות, וא"כ מדוע צריך הרשב"ם להעמיד הפסוק (דברים כד, יא) "יוציא אליך את העבוט" (שמעם לומר מ"ד שעבודא דאורייתא) במשכנו שלא בשעת הלואתו, הרי יכול להעמיד הפסוק מנכסי הלוה עצמו ששם כולי עלמא מודים דשעבודא דאורייתא. אלא ודאי סובר הרשב"ם דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, גם מנכסי הלוה שנמצאים אצלו אין שעבוד מדאורייתא ורק מצות פריעת בעל-חוב, ולכן צריך להעמיד הפסוק במשכנו שלא בשעת הלואתו שזה עצמו פרעון החוב.

29. הלכות עדות, פרק ג, הלכה ד.

30. דף מה עמוד ב.

31. ראה הלכות עדות, פרק ג, הלכה ד, ובספרי עדות ושטרות, סימנים ח וט.

32. הלכות מלוה ולוה, פרק יד, הלכה י.

33. סימן נא סעיף ב.

ולכאורה הרי לרמב"ם עדות בשטר לא הוי אלא מדרבנן, ובדרבנן לא אמרינן מתוך שאיננו יכול לישבע משלם³⁴. אך זה מיושב אם נאמר שבחייבים בכלל אין הבדל בין חיוב דאורייתא לחיוב דרבנן. תנן במשנה בכתובות³⁵: אשה שנתארמלה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך. הקשו הראשונים³⁶ מדוע לא יהיה כאן הדין של מודה במקצת וחייב שבועה. ולכאורה מה קושייתם, הרי כתובת אלמנה ודאי אינה אלא מדרבנן וממילא ההודאה שלו היא בחיוב דרבנן, ומדוע נחייב שבועה דאורייתא של מודה במקצת, ברם לפי דברינו, כיון שאין הבדל בין החייבים וכל חיוב בין אם הוא חיוב דאורייתא או דרבנן דין אחד להם, ולכן שייך חיוב שבועה של מודה במקצת גם על חיוב דרבנן. וראה בקצות החושן³⁷ שהביא את ים של שלמה³⁸ שכתב למ"ד³⁹ דיני דגרמי דרבנן לא שייך שבועה דאורייתא. והסכים עמו הש"ך⁴⁰. קצות החושן עצמו חולק וסובר כמו שבארנו שאפילו שהחיוב הוא מדרבנן יש דיני שבועה דאורייתא. ומביא קצות החושן^{דף יח} ראיה מהמשנה שהבאנו לעיל דאע"פ שכתובה דרבנן בכל אופן יש שבועה דאורייתא על הודאתו.

ג

ויש להשיב על האמור מהאמור בירושלמי גיטין⁴¹: שלא תאמר אילו נזיקין ומלוה בעדים הנזיקין קודמין. ומפרש ה"מראה פנים"⁴² בנזיקין קודם מפני שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי. ומלוה על-פה הוי למ"ד שעבודו לאו דאורייתא, א"כ מוכח מכאן דשעבודא דאורייתא דוחה שעבודא דרבנן.

בטור⁴³ חו"מ כתב: ואם יש מלוה בשטר ומלוה על-פה שהיא מוקדמת למלוה בשטר, כתב רב האי שמלוה על-פה קודמת לגבות בני חורין כיון

34. ראה שלטי הגבורים ב"ב דף יז עמוד ב מדפי הרי"ף סימן ב.

35. ריש פרק ב.

36. ראה במאירי דף טו, א ד"ה זה שביארנו.

37. סימן פז, ס"ק לב.

38. פרק הכונס, סימן ל.

39. תוס' ב"ק דף נד עמוד א ד"ה חמור, וכן שם דף עא עמוד ב ד"ה וסבר, וראה על גרמי אנציקלופדיה תלמודית כרך ו.

40. חושן משפט סימן שפו, ס"ק י, וסימן (רפח) [שפח, ס"ק לג].

41. פרק ה, הלכה א.

42. ד"ה שלא תאמר (גיטין ריש פרק ה הלכה א).

43. חושן משפט סימן קד הלכה יג.

שעדים מעידים שקדמה. ורב אלפס⁴⁴ כתב שמלוה בשטר קודמת, אע"פ שהיא מאוחרת, מפני ששעבוד שטר דינו כמכר. וכשם שמלוה על-פה אינו גובה מלקוחות מאוחרים מפני שאין לה קול, כך אין גובין מבני חרי שנשתעבדו לאחר מכן מפני שאין לה קול, ע"כ. המגיד משנה⁴⁵ כתב שהרמב"ם סובר כרב האי, וכן דעת הרשב"א⁴⁶ והמרדכי⁴⁷. ונראה לומר דמחלוקת זו תלויה בשאלה הנדונה כאן האם יש קדימה בשעבודים מחולקים. שהרי כאן אפילו נאמר שעבודא דאורייתא, ומלוה על-פה גם כן הוי שעבוד דאורייתא, בכל זאת הוא שעבוד פחות תקיף משעבוד המפורש בשטר. ודעת הרי"ף ששעבוד בשטר עדיף משעבוד מלוה על-פה ולכן הוא מוקדם⁴⁸. ורב האי סובר שמדין השעבודים, אע"פ שהם מחולקים, דינם שוה. ולכן מקדימים מלוה על-פה מפני שהיא למעשה המוקדמת.

בשולחן ערוך⁴⁹ נפסק כרב האי שמלוה על-פה מוקדמת למלוה בשטר. המלוה על-פה קודמת לגבות מבעל חוב לפני המלוה בשטר. ומבאר הסמ"ע⁵⁰ כיון ששעבודא דאורייתא אין חלוק בנכסים בני חורין בין מלוה על-פה למלוה בשטר. אליבא דאמת גם אם נאמר שעבודא לאו דאורייתא יהיה אותו הדין שהמלוה בעל-פה תקדום, שהרי גם המלוה בשטר אינה דאורייתא אלא הואיל ויש רבים הסוברים ששעבוד בשטר לכולי עלמא הוי שעבודא דאורייתא לכן נקט הסמ"ע דס"ל שעבודא דאורייתא. ועוד אפשר לומר שא"נ שעבודא לאו דאורייתא א"כ במקרה שכתב שטר סובר הסמ"ע כסברת הרי"ף ששטר הוי כמכר ויהיו צריכים להקדים המלוה בשטר, ולכן נקט הסמ"ע דסבירא ליה שעבודא דאורייתא. אולם אם נאמר שעבודא לאו דאורייתא אזי לפוסקים⁵¹ שבגביה מיניה דיליה אין מחלוקת וכולם סוברים שעבודא דאורייתא, א"כ כאן שמדובר בגביה מנכסים בני חורין, תקדם מלוה על-פה המוקדמת. אבל לסוברים

44. הרי"ף על המשנה מי שמת, כתובות פד עמוד א, ואזכר בסמ"ע חו"מ סימן קד סעיף יג ס"ק לא, וכן במ"מ (צוין במספר 45).

45. הלכות מלוה ולוה, פרק ב, הלכה ו.

46. בבא בתרא קעה עמוד ב והובא בנמוקי יוסף.

47. שבועות בנוסחא אחרות מפרק כל הנשבעין כלל ה'.

48. גם לדעת הרי"ף יתכן לומר שמה שכתב ששעבוד בשטר עדיף זה לאחר התקנה שמלוה על-פה אינו גובה ממשועבדים, אבל לפני התקנה שניהם שווים גם לדעת הרי"ף.

49. חושן משפט, סימן קד, סעיף יג.

50. שם, ס"ק לא. וכבר קדם לו הרשב"א, הובא בנמוקי יוסף סוף בבא בתרא.

51. ראה תוספות כתובות פו עמוד א ד"ה פריעת בע"ח. וכן הכלל "מיניה דידה אפילו גלימא דעל כתפיה".

שאם שעבודא לאו דאורייתא א"כ מהתורה אין שום שעבוד אפילו על נכסים בני חורין ואין חיוב אלא מצוה ומלוה כשטר הוי שעבוד מפורש⁵², ודאי שהמלוה בשטר תקדים את המלוה על-פה גם מנכסים בני חורין. אולם יש להעיר שאם שעבודא לאו דאורייתא איך קיי"ל שעבודא דרבי נתן, אלא רק אם נאמר שמיניה דיליה לכולי עלמא שעבודא דאורייתא⁵³.

ולעצם הדוגמא שהבאנו בתחילת המאמר שהיה שעבוד מדין תקנת חז"ל. יש נדון דומה בתשובת רבי עקיבא איגר⁵⁴ בדין אדם שמת והניח כתובת אשה ובעל-חוב שנפסק בשולחן ערוך⁵⁵ דבמטלטלין בעל-חוב קודם. ודן רבי עקיבא איגר מה יהיה הדין אם בכתובה של האשה כתוב שתגבה מקרקעות ומטלטלין, א"כ יוצא שהאשה גובה מהיתומים מטלטלין מעיקר הדין והבעל חוב גובה מטלטלין רק מדין תקנת הגאונים⁵⁶ שגובים מטלטלין מהיתומים. ומסיק רבי עקיבא איגר שכאן האשה תקדום, ששעבוד שלה יותר אלים. ראה משו"ת הרשב"א⁵⁷ ומבעל התרומות⁵⁸, עיי"ש. א"כ חזינן מרבי עקיבא איגר שבשעבודים שאינם שוים, השעבוד החזק עדיף. אמנם חלקת מחוקק⁵⁹ חולק וסובר שאפילו במקרה זה שבעל-חוב גובה רק מתקנת הגאונים והאשה מעיקר הדין ג"כ הבעל-חוב קודם, כנראה למד שאין הבדל בשיעבודים ואפילו שעבוד אלים לא עדיף על שעבוד אחר אפילו שהוא אינו אלא מתקנת חז"ל.

52. עיין בש"ך חושן משפט סימן קד, ס"ק כ, שכתב שאם שעבד נכסים בפרוש בשטר מודה רב האי שהמלוה בשטר תקדים, ורק בשו"ת הרשב"א סימן תתקיד; פוסק שאפילו שעבד מפורש בשטר, מלוה על-פה קודמת, ויחיד הוא בזה.

53. עיין ברשב"א, בריטב"א וברשב"ם שכולם סוברים שמיניה דיליה אם שעבודא לאו דאורייתא לא משתעבד, וחייב רק מדין פריעת בעל-חוב מצוה, וצ"ע.

54. סימן קלג.

55. אבן העזר, סימן קב סעיף ב.

56. אוזכר ברי"ף (כתובות דף ל סוף עמוד ב מדפי הרי"ף) וברמב"ם במקומות רבים.

57. סימן תתקיד הובא בבית יוסף סימן קד.

58. שער ו סימן ג.

59. שו"ע אבן העזר, סימן קב, ס"ק ב.