

מכירת שטרות דאו' או דרבנן, ובדין מחילה

(א) בעיקר נידון הראשונים אם מכירת שטרות הוי דאו' או דרבנן, יל"ע בזה, דהנה נחלקו הראשונים אם אפשר להקנות מלוה ע"פ, דעת רש"י כתובות נ"ה ב' ותוס' ב"ב קמ"ח א' ד"ה שכיב דרק בחליפין א"א להקנות, דאין מטבע נעשה חליפין, אבל באגב מהני, אולם דעת תוס' בכתובות שם וב"ב ע"ז ב' דלא שייך קנין על חוב, נועי' במהרש"א ב"ב דנקט דלפי רש"י כל מה דלא מהני בחליפין הוא רק בהלוואת מטבע, אבל בהלוואת סאה בסאה מהני קנין חליפין, ועי' רש"י גיטין י"ג ב' דמעמם במלוה הוי הלכתא בלא טעמא כיון דמלוה ליתא בעיניה דליקני, ובקצוה"ח סי' קכ"ו סק"ג ביאר דגבי ניהא טעמא משום דמצינו דמהני קנינים בפקדון, אבל במלוה דלא מהני אפילו בהקדש דסגי באמירה חשיב הלכתא בלא טעמא, ובקצוה"ח סי' רנ"ג סק"י"א הוסיף דאעפ"י דלרש"י מהני אגב, מ"מ קנין לחודי' לא מהני, אולם לדברי המהרש"א הרי חזי' בהלוואת סאה בסאה דמהני קנין בגופי', ואכ"מ].

(ב) ולפי"ז קשה מה מועיל הא דקונה את החוב ע"י מסירת האותיות, הרי חוב לאו בר הקנאה הוא, ובחי' ר"ח הלוי פכ"ב ממכירה ביאר דאף לתוס' כל החסרון הוא רק במעשה קנין, אבל עיקר דין הקנאה שייך בחוב, והביא לזה ראייה מקנין שטרות, דמבואר בחלק מהראשונים דמהני מדאו', ומוכח דעיקר דין הקנאה וזכיה שייך גם בחוב, אלא דלא שייך גביה מעשה קנין, אבל בקניית החוב ע"י השטר מהני דתו ליכא חסרון במעשה קנין.

(ג) והוסיף הגר"ח דאף להרמב"ם דמכירת שטרות מדרבנן, מ"מ אינו משום דחוב לאו בר הקנאה, אלא משום דאין הראיות נקנות מדאו', אבל בלא"ה היה מועיל מדאו'.

ויש להוכיח כדברי הגר"ח, מהא דמבואר ברא"ש ב"ב פ"י סי' כ"ג דנידון אי מכירת שטרות מדאו' או מדרבנן הוא שייך גם לגבי מכירת שטר מקח, והרי החסרון דחוב לאו בר קנין לא שייך לגבי שטר קנין, ומ"מ מבואר ברא"ש דהמכירה הוא רק מדרבנן, וע"כ מוכח כדברי הגר"ח דהוא חסרון בראיות, אולם עי' ברא"ש בסוגיין סי' ד' דכתב דמכירת שטרות דרבנן משום דא"א להקנות שעבוד קרקעות כ"ז שלא גבה בחובו, וצ"ל דכוונתו רק לבאר אמאי לא מהני מכירת השעבוד בקנין שטר, וכקו' תוס'.

(ד) והנה הרי"ף ב"ק ל"ו ב' כתב דטעמא דא"א להקדיש חוב משום דאינו ברשותו של המלוה, והנה הא דלא כתב דטעמא משום דאינו שלו, צ"ל דהוא משום דאין הנידון על מעות הפרעון, אלא על החוב שיש לו על הלוה, אולם צ"ב אמאי לא ביאר דטעמא משום דאינו בעין, ועי' בראב"ד שם דכתב דהוי אינו ברשותו משום דאינו בעין.

ודעת הבעל המאור שם דליכא כלל חסרון של אינו ברשותו במלוה כיון שהלוה מסכים לפרוע, ופליגי בגדר אינו ברשותו, אולם עדיין צ"ב מדוע לבעה"מ ליכא חסרון בהקדש מחמת דאינו בעין.

וברמב"ן שם תמה על הבעה"מ דהסוגיא שם בשור המזיק מיירי על הקדש מעות הגביה, ולא שמקדיש את עצם החוב, ובכה"ג הרי יש חסרון מחמת דאינו שלו, ובתוס' שם מבואר כהרמב"ן, דהא כתבו דהחסרון משום דהוי דבר שלא בא לעולם, והיינו דהנידון הוא אם הקדש חל על מעות הגביה.

(א) תוס' ד"ה קני - בפ' מי שמת וכו'. וצ"ב כיון דמכירת חוב ע"י השטר הוא דרבנן, מה מועיל הא דמתנת שכ"מ דאו', הא מ"מ מכירת שטרות הוא דרבנן, ומכירת החוב לחוד הרי שי' תוס' ע"ז ב' דלא חייל, ועמד בזה ברבינו יונה קמ"ז ב'.

(ב) ולכאור' מוכח כמו דיסד בחי' ר"ח הלוי פכ"ב ממכירה דכל החסרון בהקנאת חוב הוא רק במעשה קנין, אבל חוב הוא בר קנין, ולפי"ז במתנת שכ"מ דלא בעי' מעשה קנין סגי בהקנאת החוב לחוד, אולם עדיין לשון הגמ' קצת דוחק, דלפי"ז מה דלא מהני מחילה במתנת שכ"מ הוא משום הקנאת החוב, ולא משום מכירת החוב ע"י השטר, וצ"ע.

ג) ועוד יל"ע דהרי תוס' דנו להלן מדוע לא תקנו מכירת שטרות בהקדש, ולכאור' הקדש דמי לשכ"מ, דלא בעי' מעשה קנין, וא"כ הרי אם יקדיש להדי' את השעבוד שפיר חייל מדאו', ורק ע"י שטר א"א, וא"כ הרי פשוט מדוע חכמים לא תקנו מכירת שטרות בהקדש, דהא לעולם יכול להקדיש את השעבוד בפנ"ע, ואולי ס"ל לתו' דא"א להקדיש חוב, אלא בעי' דההקדש יחול על חפץ בעין, וצ"ע.

ד) ובעיקר דברי התוס' דטעמא דמחילה משום דהמכירה מדרבנן, עי' תוס' כתובות פ"ה ב' דהביאו כן בשם ר"ת, ועי' ברמב"ן ב"ב ע"ז א' ורשב"א ב"ב קמ"ז ב' דהביאו כן מהרי"ף, [ועי' ש"ך סק"א דתמה דליכא ראייה מהרי"ף, ועי' בתומים סק"א דיישב לקו' הש"ך], וכן מבואר ברמב"ם פ"ו מכירה הי"ב.

וצ"ב מדוע על מכירה מדרבנן מהני מחילה, ועי' לשון הר"ן בכתובות שם דכיון דשטרות אין גופן ממון א"א להקנותן בקנין גמור אלא חכמים תקנו להם צד מכר, ולפיכך מהני מחילה, והיינו דכלפי דין דאו' אכתי הוא של המוכר, ועי' לשון הריטב"א בכתובות דאתי מחילה דאו' ומפקיע מכירה דרבנן, וכן מבואר בלשון הרמב"ם פ"י מזכיה ה"ב.

ועי' ברע"א ב"מ כ' א' דהביא לדברי הר"ן גיטין פ"ו [לא ב'] דדן אי זכיה דרבנן קליש מזכיה דאו', והביא ראייה דמהני מחילה מחמת דמכירת שטרות דרבנן, דע"כ דלא אלימא זכיה דרבנן כזכיה דאו', אולם דחה הר"ן דאינו ראייה דשאני הכא דהם אמרו והם אמרו, והיינו דאף דתקנו זכיה גמורה מ"מ הם אמרו דמהני מכירה והם אמרו דמהני מחילה, וליכא ראייה דלא תקנו חכמים זכיה גמורה, ומבואר מהר"ן דלצד קמא הוא סברא בכל זכיה דרבנן, ולצד ב' הוא סברא בתקנ"ח דהם אמרו והם אמרו.

אולם רע"א שם כתב דיש לבאר באופן דכיון דבחו"ב לא נתפס קנין, משו"ה אף מדרבנן הוא קנין גרוע ויכול למחול, וכתב דלפי"ז להצד דמכירת שטרות דאו' אף בקנין דרבנן לא היה מועיל מחילה, וע"ע קוב"ש ב"ב אות תקט"ו, אולם מדברי הר"ן מבואר כדברי הגר"ח דחוב הוא דבר הנקנה, אלא דאיכא חסרון במעשה קנין, ולכך ס"ל דמדרבנן שפיר יתכן דהוי קנין גמור.

א) שם - והאי דאיצטריך וכו' שמצא שטר לאחר יאוש וכו'. עי' בקצוה"ח ס"ו סק"א דהק' איך זוכה מדאו' המוצא, הא מכירת שטרות דרבנן, ועוד הק' איך זוכה בלא כו"מ, ועוד הק' דהרי בארו בתוס' בע"א דאינו זוכה בהפקר כיון דבעי' דעת אחרת מקנה, ותי' הקצוה"ח דכוונת תוס' דהללו אינו זוכה בחוב כיון דבאיסורא אתא לידי', אבל המוצא זוכה בגוף החוב מחמת יאוש בעלים, דבהתירא אתא לידי', והא דא"א לזכות בחוב מדאו' הוא משום דהוי אינו ברשותו, אבל יאוש מהני אף בדבר שאינו ברשותו, ומה"ט מהני אף בלא דעת אחרת מקנה, דרק הפקר דלא מהני על דבר שאינו ברשותו אינו זוכה בשטר, משא"כ ביאוש, והמכירה לבעלים מהני מדאו' כיון דהשטר כתוב על שמו, עכתו"ד.

ב) ובנתה"מ סק"א חלק על דברי הקצוה"ח דאעפ"י דיאוש מהני על דבר שאינו ברשותו, מ"מ אין המוציא יכול לזכות בדבר שאינו ברשותו, ובמשובב תי' דאפשר לזכות בדבר שאינו ברשותו, וצ"ע דא"כ הרי כיון דמדרבנן מהני מכירת שטרות, הרי כל מפקיר יצא השטר מרשותו, וא"כ להקצוה"ח לשי' יועיל זכיית הזוכה מהפקר, כדין זכיית המוצא.

ד) ובנתה"מ ביאר דברי התוס' דבאמת לא מהני יאוש בחוב, והיאוש הוא רק על הנייר, והמלוה קונה את השטר ממנו לראיה להוציא מהלוה ומהלקוחות, ע"ש, וכן ביאר בהגהת חכם צבי על ט"ז סי' קס"ג ס"ג.

בעיקר קו' תוס' מדוע איצטריך קרא למעוטי מאונאה, מצינו בראשונים עוד תי' בזה - א) עי' ברמב"ן דתי' דמשכח"ל בגוונא דלא חזר בו המוכר מהמכירה עד שגבה הלוקח את חובו, דאין המלוה יכול לחזור בו, דכה"ג הוי מכירה מדאו', וצ"ב הרי מעיקרא לא חל המכירה, ומדוע אינו יכול לחזור בו, ולכאור' צ"ל דכוונת הרמב"ן דמכירת שטר הוי כלך חזק וקני על הגביה,

אולם א"כ מוכח דמהני אף על דבר שלא בא לעולם, וצ"ע, ועי' אמרי בינה סי' ס"ג ס"ק כ"ט דתמה על הרמב"ן דא"כ חשיב גופו ממון, ע"ש. ב) עוד תי' הרמב"ן דמשכח"ל כגון שמכר לו את השדה והיו לו עליו שטרי זכויות ומכרן לו ביותר מכדי דמיהן. ג) ברשב"א ב"ב קמ"ז ב' תי' דהא גופא כוונת הגמ' דאינו מוכר ולכך אין בו אונאה. ד) עוד תי' הרשב"א שם דהא בקרא אינו מפורש דנתמעטו שטרות, אלא דקרא כתיב וכי תמכרו ואנן דרשינן דהוא רק בדברי המטלטל ויש לו גוף, וכוונת הגמ' דאף דתקנו רבנן מכירת שטרות, אין בו אונאה. ה) ברמ"ה ב"ב קמ"ז ב' אות פ"ג תי' דמכירת שטר פקדון מהני מדאו' כיון דהפקדון ברשותו.

שם - וא"ת וכו' דהא קרקע נקנית וכו' ואפילו בלא מסירת וכו'. כוונת תוס' להק' דכתיבת השטר יועיל מדין קנין שטר על השעבוד קרקעות, ולא מדין מכירת שטרות, וממילא יועיל המכירה בלא מסירה, וצ"ב הרי כל ראיית תוס' דמכירת שטרות דרבנן הוא מהגמ' ב"ב, והרי כל מה דמצינו בגמ' ב"ב דאי מכירת שטרות דאו' לא היה מועיל מחילה, הוא רק באופן דמוכר את החוב ע"י שטר, אולם עדיין יתכן דאם מכר לו את השעבוד בפנ"ע ע"י קנין שטר שפיר יועיל המכירה, ואדרבא אם מכר לו להדי' רק את השעבוד קרקעות לכאו' ודאי יועיל המחילה של המוכר אעפ"י דהמכירה מדאו', ומוכח מתוס' דאף בגוונא דמוכר את השעבוד נכסים בפנ"ע, לא מהני מחילה, וצ"ע, ועי' להלן בדעת רבינו חיים כהן במה דהובא מאמרי בינה.

א) שם - וי"ל דכמו שאינו יכול להקדישו וכו' והא דלא תקינו וכו'. וכ"כ הר"ן, ועי' בהגהות מחנ"א על הרי"ף דהק' מדוע הוצרכו להביא ראייה מדין הקדש, הא מבואר להדי' בגמ' דלא מהני מכירה, ועי' בהגהות מעשה אילפס דתי' דבאמת התם מיירי דמוכר את גוף הקרקע, וע"ז לא מהני המכירה כיון דאינו ברשותו, והשעבוד לחוד ודאי דלא רצה הלוקח לקנות, אולם לגבי הקדש, הרי אף דלא חייל הקדש על הקרקע, עדיין ק' דיחול על השעבוד, וע"כ דשעבוד אינו ברשותו, וכ"כ בחי' ר' ראובן סי' י"ח הערה 3.

ב) עי' בגליון הש"ס דהק' רע"א על תוס' מנלן דלא תקנו שיוכל להקדיש, הרי הגמ' בפסחים מיירי דמקדיש את החוב בעצמו, אבל עדיין יתכן דאם מקדיש את החוב ע"י השטר מהני מדרבנן, כמו מכירת חוב ע"י השטר דמהני מדרבנן, ועי' בקה"י ב"ב סי' ל"ה דיישב דאחר שתקנו דאפשר לקנות חוב ע"י מכירת שטרות, ממילא בהקדש היה ראוי שיועיל אף בלא כו"מ, כיון דכל מה דחייל בהדיוט ע"י קנין, חייל בהקדש באמירה, וא"כ מדוע לא חל ההקדש על השעבוד, וע"כ דלא תקנו חכמים דאפשר להקדיש חוב, וממילא אף ע"י כו"מ לא מהני, [ועי' לעיל מה דנתבאר בדברי הגר"ח].

ג) ובקצוה"ח סי' ס"ו סק"ב הק' מ"ט הוצרכו תוס' לחלק בין הקדש למכירה, הרי כל מה דמבואר בגמ' בפסחים הוא רק דלא מהני למכור את הקרקע ולא להקדיש את הקרקע, אבל לגבי החוב שפיר י"ל דחייל ההקדש, [ואינו מק' כקו' רע"א דילמא אפשר להקדיש ע"י שטר, אלא מק' דילמא אפשר להקדיש השעבוד בפנ"ע, וע"ז לא יועיל תי' קה"י הנ"ל, דאף דמבואר בגמ' דלא מהני הקדש על הקרקע, עדיין יתכן דאפשר להקדיש את החוב, אף בלא כו"מ, וצ"ע על הקה"י שם דכתב דבזה מתורץ קו' הקצוה"ח].

אולם לדברי מעשה אילפס הנ"ל י"ל דהוכחת תוס' הוא מהא דמבואר בגמ' בפסחים לגבי הקדש דלא חייל הקדש עכ"פ על השעבוד, וא"כ הרי שפיר יש להוכיח דאף לא תקנו מדרבנן בהקדש, שיחול הקדש על החוב, אולם עדיין צ"ב דהרי כל מה דמבואר בגמ' דלא תקנו מדרבנן קנין להדי' על השעבוד, אולם אין לנו ראייה דא"א להקדיש את השטר וממילא יחול הקדש אף על השעבוד מכח השטר, וכקו' רע"א, וע"ז צ"ל כתי' קה"י הנ"ל, וצ"ע.

ובנתה"מ שם דחק בדברי התוס' דאין כוונתם להוכיח מהגמ' בפסחים, אלא רק דלא מצינו בשום מקום דאפשר להקדיש חוב ע"י כו"מ.

(א) שם - ומיהו אור"ת וכו' ומ"מ צריך וכו' דאקני ליה שעבוד וכו'. ומדויק מלשון תוס' דלפי ר"ת מובן הא דמהני מחילה, אלא דהוק' להם אמאי אינו קונה לגמרי דלא יועיל מחילה, ובראשונים הביאו מר"ת דמקנה את השעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, ומהני מחילה על שעבוד הגוף, וכן מדויק בלשון תוס' דכתבו "דאקני שעבוד הקרקעות", אולם א"כ אין מובן קו' תו', דשפיר מהני מחילה על שעבוד הגוף, וממילא פקע שעבוד נכסים, וצ"ב.

(ב) ויתכן לבאר, דהנה בתוס' כתבו "ויכול לומר לו הלוא לאו בע"ד ידידי את" והנה ברש"י כתובות פ"ה ב' ד"ה מחול כתב "דא"ל וכו' לאו בע"ד ידידי את" ומבואר דאעפ"י דאיכא מכירה גמורה מ"מ יש ללוא זכות טענה דלאו בע"ד ידידי את, ועי' בקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו דהביא דכן מבואר בראב"ד פ"ו ממכירה הי"ב, ולפי"ז י"ל דתוס' נקטו דזהו טעמא דר"ת, ולכך הק' תוס' דכל הדין דטענה של לאו בע"ד ידידי שייך רק אם הנידון הוא על החוב דהוא דבר שאינו בעין, אבל אי קני גם את השעבוד קרקעות, כיון דהוא דבר בעין לא שייך בזה הטענה של לאו בע"ד ידידי את, ולכך אעפ"י דכתבו דא"א לקנות את השעבוד בפנ"ע כיון דאינו בעין, מ"מ כיון דבקניית החוב הוא קנה גם את השעבוד לא שייך הטענה דלאו בע"ד ידידי את, וצ"ע אם סברא זו נכונה.

(א) עי' תוס' ב"מ נ"ו ב' דהק' למאי בעי' למעוטי שטרות מדרבנן הא מוכח בגמ' במי שמת דמהני מחילה משום דהמכירה מדרבנן, ודחו את הראיה מהגמ' ב"ב, ושוב הביאו לדברי ר"ח כהן דאם יש ללוא קרקעות מהני המכירה מדאורייתא כיון דמוכר לו השעבוד שיש לו בקרקעות, עכתו"ד, ובתו' כתובות פ"ה ב' הק' מסברא דהיכא דיש לו קרקעות יש לו מה למכור, אבל כשאין לו קרקעות אין לו מה למכור.

ועי' מהרמ"ש דנקט דכונת תוס' דלר"ח כהן מיושב קו' דאיצטריך קרא למעוטי אונאה בגוונא דיש לו קרקעות, ותמה דא"כ הרי נכלל במיעוט דקרקעות, ועוד צ"ע דא"כ אכתי תק' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, למאי בעי' מיעוט לאונאה בשטרות, ואולי ס"ל דבשעבוד להדי' כו"ע מודו דשעבודא דאורייתא, וצ"ע.

(ב) עוד יל"ע דלכאור' משמע בתוס' דבסברא נקטו דמכירת שטרות דאורייתא אלא דהוק' להם מהגמ' במי שמת, ודחו הראיה, ומשמע דאחר שהביאו לדברי ר"ח כהן נמי א"ש הסוגיא במי שמת, וצ"ע הרי גם כשיש לו קרקעות יכול המוכר למחול ותקשי מהסוגיא במי שמת, ולכאור' צ"ל דס"ל דאעפ"י דהוא מוכר לו את השעבוד נכסים, מ"מ ודאי דעדיין יועיל מחילת המוכר, כיון דלא מכר לו את עיקר החוב, וכל הנידון הוא רק אחר שתקנו רבנן דמהני מכירת שטרות גם לחוב בעצמו, צריך לחדש דמ"מ מהני מחילה, אולם בדברי התוס' ב"ב נתבאר לעיל דמוכח דפליגי מסברא על זה, וס"ל דאעפ"י דהמכירה היא רק על השעבוד, עדיין קשה להו דא"כ לא יועיל מחילה על המכירה מדאורייתא, וצ"ע בכ"ז, ועי' באמרי בינה דנחלק בזה עם ספר נתיבות משפט, וצ"ע שם.

עי' ברי"ף כתובות דהביא דמקצת רבוותא בארו דטעמא משום דיכול המלוה לומר דהחוב פרוע, ותמה הרי"ף ע"ז ד' קו', ועי' ברמב"ן בכתובות דהביא כן בשם ר"ח, וביאר דבריו דאין כוונתו דטוען פרוע, אלא כיון דיכול לטעון פרוע יכול נמי למחול, ע"ש, והנה אף דהרמב"ן כתב דהוא משום מיגו, ודאי דאין כוונתו למיגו של נאמנות, דהא מחילה אינו משום נאמנות, אלא כוונתו דיש למלוה עדיין כח בחוב, וע"ש ברמב"ן דמ"מ תמה עליו דהא במקום שחב לאחרים אינו יכול לטעון פרוע, ואדרבא משום דיכול למחול יכול נמי לטעון פרוע, ע"ש.

(א) עי' תוס' הרא"ש כתובות פ"ה ב' דהביא דבתחילה סבר ר"ת דטעמא דמהני מחילה משום דמכירה דרבנן, והרא"ש הק' לו מהא דממעטין מאונאה, ולכך חזר בו ר"ת וביאר דהמכירה מדאו', וטעמא דמהני מחילה, משום דיכול למכור רק את השעבוד שיש לו על נכסי הלוה, ולא את השעבוד שיש לו על גופו של לווה, דאין קנין נתפס עליו, ועי' המחילה פקע שעבוד הגוף, וממילא פקע נמי השעבוד נכסים, דנכסי דבר אינשי אינו ערבין וכל דליכא לווה ליכא ערב, וכן הביאו הרא"ש והר"ן בכתובות שם לדברי ר"ת, ומבואר מדבריהם דאי לאו טעמא דליכא לווה ליכא ערב, לא אכפ"ל דנמחל החוב, דמ"מ יש כאן חיוב מחמת הערבות.

(ב) וצ"ע דא"כ אין הלוקח יכול לגבות רק מהנכסים שנשתעבדו, ואם פרע הלוה במעות אין המעות של הלוקח אלא של המלוה, ואם יפרע למלוה מעות הרי ודאי יפטר מן הלוקח, ובשו"ע סעיף ט"ז מבואר דגם להשי' דנפטר הוא רק מדין מחילה, [והרי הש"ך סק"א פסק כר"ת], וביותר קשה דהרי אין נפרעין מן הערב תחילה, וא"א לגבות מדין משועבדים כ"ז דיכול לגבות מטלטלין מדין מיני', וא"כ הרי גם את הקרקעות א"א לגבות מדין שעבוד נכסים, כ"ז דיכול לגבות מדין מיני', וא"כ לעולם יכול המלוה לגבות את הקרקעות מהלוה מדין מיני', ואטו כל המכירה מהני רק שיוכל לגבות מיורשים ולקוחות.

(ג) אולם לכאור' זה תלוי אם דין מיניה הוא מכח השעבוד הגוף, וזה אינו יכול למכור, או רק מכח השעבוד נכסים ושפיר יכול למכור לו גם את דין גביה מיני', ובפשוטו זהו יסוד מחלוקת הראשונים אם יש דין שעבוד על מטלטלין, ואם יש דין קדימה במטלטלין, וא"כ להשי' דדין מיני' הוא מחמת שעבוד הגוף תקשי כנ"ל.

(ד) ועי' בריטב"א הישנים ב"מ סוף פרק הזהב בהשמטות דהביא לדברי ר"ת, והביא די"א דלפי"ז אם מחל הלוקח על השעבוד נכסים עדיין יוכל המלוה לגבות מהלוה מכח שעבוד הגוף שיש לו על הלוה, וחלק עליהם דטעמא דאינו קונה לגוף ההלוואה כיון דאינו ברשותו, אולם דעת המלוה שיקנה כל חובו, והרי זה כמו שנתן לו רשות לעשות עם החוב מה שירצה, ויקבל ממנו מעות אם ירצה לפורעו במעות, והביא לזה ראייה דהא ודאי אם פרע הלוה ללוקח אין המלוה יכול לתבוע ממנו מעות, אעפ"י דלא מכר לו רק השעבוד, וע"כ דהוא משום גילוי דעתו, וה"נ אם מחל הלוקח אין המלוה יכול לתבוע את הלוה, וכן עי' במאירי ב"ב קמ"ז ב' דהביא די"א דלא מהני מחילת הלוקח, ודחה כדברי הריטב"א הנ"ל דכיון דדעתו להקנות לו כל חובו נעשה כשלוחו לעשות מן החוב מה שירצה, ע"ש.

(ה) וצ"ע לדבריהם דא"כ מדוע הוצרך ר"ת לבאר דטעמא דמהני מחילה משום דפקע שעבוד נכסים, תיפו"ל דכיון דכל הגביה הוא מח הרשאת המלוה, הרי כל דמחל המלוה לא שייך לבא מכח המלוה, ואולי זה גופא כוונת ר"ת דכיון דאינו יכול לתבוע אתה לווה רק מכח השעבוד הגוף, ממילא כשמחל אינו יכול לתבועו, ומה דכתבו הראשונים דטעמא משום דליכא לווה ליכא ערב, כוונתם דאעפ"י לא פקע דין ערבות אינו יכול לגבות מהערבות, וצ"ע בזה.

ועי' בריטב"א ב"ב קמ"ז ב' דהביא לדברי ר"ת וביאר "אלא שיש במכירה נתינה כעין הרשאה שיוכל לכופו לדין לגבות מנכסים ולא מצי א"ל לאו בע"ד ידי את" ולכאור' זה כדברי הריטב"א הישנים והמאירי הנ"ל.

(ו) אולם עי' בריטב"א קדושין מ"ז ב' דהק' על ר"ת כיון דלא מכר לו את השעבוד הגוף איך יכול הלוקח לתבוע את הלוה, והוסיף הריטב"א דאין לומר דבכלל מכירת השעבוד נכסים נכלל הרשאה לתבוע את הלוה, דא"כ במת המוכר לא יוכל לגבות מהלוה, כיון דבטלה ההרשאה, ולהדי' מבואר בגמ' דאי לאו מחילת היורש יכול הלוקח לגבות אעפ"י דמת המלוה המוכר, וזה באמת קו' על הריטב"א הישנים והמאירי הנ"ל, ואולי ס"ל דכיון דמכר לו את ההרשאה אינו מתבטל במיתתו, אלא יש להם כח זה על זכות היורשים בחוב, והוי כאילו הוא בא מכח היורשים, וצ"ע.

(ז) ובריטב"א שם כתב לבאר דהוי כאילו אמר הלוח בשעת מתן מצות משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול לי, וע"ש דביאר מה"ט בגר שמת עדיין יכול הלוקח לתבוע מהלוח, ועי' בתומים ס"ק מ"ג דתמה עליו דא"כ מדוע ס"ל לר"ת דכל המכירה הוא רק על השעבוד נכסים, הא כיון דמכר לו את השטר ממילא הלוח משועבד בשעבוד הגוף אף ללוקח, אלא דהוי כאילו התנה דיועיל מחילה של המלוח, ועוד תמה בקצוה"ח ס"ק מ"א מהא דמבואר בגיטין י"ג ב' דבאומר משתעבדנא וכו' לא מהני בהקנה לנולדים, וא"כ בהקנה לנולדים מאי איכא למימר, וכן צ"ב מדוע חשיב כאילו הלוח נשתעבד מעיקרא לכל מאן דאתי מחמתך.

ובאמרי בינה דיני הלואה סי' ס"ג סק"ח תי' דאין כוונת הריטב"א דבאמת הלוח משעבד עצמו מעיקרא לכל מאן דאתי מחמתך, אלא כוונת הריטב"א דנעשה כאומר לו כן, ומשום דבכלל השעבוד נכסים דיוכל המלוח לגבות מנכסיו מחמת השעבוד נכסים בלבד, וההיכ"ת דיוכל לגבות מכח השעבוד נכסים לחוד הוא רק בלוקח, דבא לתבוע רק מכח השעבוד נכסים, ומתחייב הלוח שלא יוכל לומר לו לאו בע"ד ידידי את, וא"ש קו' הקצוה"ח מהקנה לנולדים, כיון דלא נשתעבד מתחילה לקונה, אלא רק סילק מעצמו את הזכות לדחותו מדין לאו בע"ד ידידי את, וחייב לדון עם כל מי שיש לו זכות בשעבוד נכסים, ומה"ט במת הגר אעפ"י דפקע השעבוד הגוף עדיין הוא יכול לתבוע מהלוקח, דהא נתחייב דיוכלו לגבות ממנו מכח השעבוד נכסים לחוד, אבל במחל הוא פטור, כיון דע"י המחילה בטל חובו והוי כאילו נפרע החוב, אבל במת הגר אעפ"י דנסתלק הגר מזכותו על החוב, מ"מ אינו כנפרע החוב.

(ח) עי' ברשב"א ב"ב קמ"ז ב' דהביא לדברי ר"ת, וביאר דבריו דחייב הגוף שחייב הלוח דמי לפריעת בע"ח מצוה ואינו יכול למכור, אבל שעבוד נכסים יכול למכור, ובריטב"א ב"ב כתב דשעבוד הגוף אינו במכירה כיון דמצוה דרמיא על הלוח לאו מידי דמזדבן, ולכאור' כוונתם דדין שעבוד הגוף הוא רק דין על הגברא, ואינו סיבה לגביה מהנכסים, אלא רק גורם שיש ללוח חיוב לפרוע, ומה"ט גביה דמיני' הוא גם מכח שעבוד נכסים לחוד, וזהו דמדמה הרשב"א לדין פריעת בע"ח מצוה, דאעפ"י דהכא קיימי' למ"ד ש"ד, [דהא למ"ד של"ד ליכא שעבוד נכסים], ולדידי' הוא משום שעבוד הגוף ולא משום מצוה, כמבואר ברשב"א כתובות פ"ו א', מ"מ כוונתו דהוא רק חיוב על גוף הלוח, כמו חיוב מצוה דהוא רק חיוב על הגברא, וטעמא דאינו במכירה הוא משום הא גופא דאינו אלא חיוב על הגברא, אבל אי נימא דגביה דמיני' הוא מחמת שעבוד הגוף הרי אין לבאר דטעמא דליתא במכירה משום דהוא רק חיוב על הגברא, אלא טעמא דליתא במכירה הוא משום דאינו ברשותו, ולא משום דהוא דבר דאין שייך בו קנין, וכמבואר בריטב"א הישנים והמאירי.

(וברשב"א תמה על ר"ת כמה קו' -

(א) דממנ"פ אם מוכר רק את השעבוד הרי השעבוד אין לו גוף שיהא קנוי, ואם מוכר את הקרקע הרי קיי"ל דמכאן ולהבא הוא גובה, והנה הריטב"א ב"מ הישנים והמאירי הנ"ל נמי הק' כן, ותי' דשפיר שייך למכור את הזכות שיש לו הקרקע, ואח"כ יזכה מכח זה בגוף הקרקע, ואולי י"ל דאף בזה הרשב"א אזיל לשי', דכיון דס"ל דדין מיני' אינו מחמת השעבוד הגוף אלא רק מכח השעבוד נכסים, משו"ה ס"ל דלא שייך דהזכות של הגביה מיני' אין לו גוף, אבל לשאר הראשונים דדין מיני' הוא מחמת השעבוד הגוף שפיר יש לשעבוד נכסים גוף ודבר מסויים בזכות השעבוד.

(ב) עוד הק' הרשב"א דאם חל מכירה על השעבוד, איך אפשר למחול הא אין אדם מוחל על נכסי חברו, ולכאור' נראה בכוונתו דאף נימא דשייך למכור את השעבוד כיון דיש לו גוף והוא דבר הנמכר, מ"מ לא שייך בזה מחילה כיון דהוא חב לאחרים, ולכאור' הסברא בזה, דכיון דהלוקח זכה בשעבוד נכסים חשיב דיש לו שייכות לגוף החוב, ומשו"ה יכול הלוקח לעכב את המוכר מלמחול, דהא גורם לו הפסד לבעלות שלו, ועי' ברשב"א כתובות י"ט א' דהביא מהראב"ד דלא מהני מחילה בשדר"נ כיון דחב לאחרים, ולכאור' זה כסברא הנ"ל.

(ג) עוד הק' הרשב"א דאי נימא דפקע השעבוד נכסים מחמת מחילת השעבוד הגוף, מדוע מלוה בשטר גובה מן יורשי הלוה, הא פקע שעבוד הגוף במיתתו, אולם עי' בתוס' הרא"ש כתובות פ"ו א' דכתב דבאמת מה"ט בעי' לטעמא דמצוה, ע"ש.

והנה בעיקר הקו', יל"ע, דהא הק' מילתא דשעבוד נכסים הוא בגדר ערבות אינו חידוש של ר"ת, אלא הוא מבואר להדי' בגמ', ודינא דליכא לזה ליכא ערב נמי הוא דין ברור, וא"כ מדוע הק' הרשב"א כן רק על ר"ת, הרי כל החידוש של ר"ת הוא רק דשעבוד הגוף ליתא במכירה, וא"כ אף לולי דברי ר"ת קשה איך גובין מיורשי הלוה, ניש מבארים לולי ר"ת י"ל דמלבד דין ערבות, יש גם מקצת קנין בנכסים מכח השעבוד, אבל לר"ת ע"כ ליכא מקצת קנין, דא"כ לא היה פוקע קנין השעבוד במחילתו, וצ"ע בזה].

(ד) והוסיף הרשב"א דאין לחלק דשאני מת הלוה דלא פקע החוב אלא דהוי כהלך למדינת הים, משא"כ במחילה דהוא נפטר מהחוב, [וכן ביאר באמת הר"ן], "זו אינה תורה דאם חלה המכירה לא על השעבוד בלבד חלה אלא אף על הלוה ואילו אתא לוקח לב"ד לגבות את חובו אין ב"ד יורדין לנכסים מקמי דלודעיה ללוה דקיי"ל אין נפרעין מן הערב תחלה ואם איתא דאין המכירה חלה על שעבוד גוף הלוה אין כאן לזה לגבי דהאי וכיון שכן אז תפקע המכירה דכיון דאין לזה אין ערב או יורידו הלוקח לנכסים אפי' שלא הודיעו ללוה לפי שאין כאן לזה לגביה ידיה"ו וצ"ב כוונתו.

ונראה דכוונת הרשב"א להק', דאי נימא דיש שעבוד נכסים אף בגוונא דליכא בפועל שעבוד הגוף, כיון דמ"מ בפועל הלוה חייב לשלם, אעפ"י דפקע השעבוד הגוף, א"כ בכל מוכר שט"ח הרי חיוב זה של הלוה בכלל המכירה, דאעפ"י דאין שעבוד הגוף במכירה, מ"מ אכתי הלוה מחוייב ללוקח, ולא יועיל מחילה, והביא הרשב"א ראיה לזה, דאל"כ אמאי יכול הלוקח לגבות מהלוה, הא אין נפרעין מן הערב תחילה, וע"כ צ"ל דממנ"פ, או דאין צריך לשעבוד הגוף בשביל הגביה, וא"כ נסתרו עיקר דברי ר"ת, או דמ"מ יש מחייב על הלוה לפרוע ללוקח מחמת גוף ההלוואה, וא"כ תקשי מדוע יכול המלוה למחול.

(ה) עוד הק' הרשב"א דא"כ במת המלוה בחיי הלוה אין גובין היורשין מן הלוה, דכמו דשעבוד הגוף ליתא במכירה, ה"ה דליתא בירושה, וצ"ע דהרי הרשב"א גופי' ס"ל דמכירת שטרות דרבנן, ומשום דאף שעבוד נכסים א"א למכור רק מדרבנן, וא"כ תקשי אמאי איתא בירושה, וע"כ צ"ל דאעפ"י דא"א לקנותו משום דאין בו ממש, מ"מ איתא בירושה, וא"כ תקשי מדוע לדעת ר"ת א"א לומר כן, דאעפ"י דליתא במכירה איתא בירושה, וצ"ע.

בדברי הרמב"ן

(א) עי' ברמב"ן דהביא י"מ דע"י שכותב לו קני לך וכו' וכל שעבודא, קנה להו כדין קרקע דנקנית בכסף ושטר מדאו', והק' דלפי שיטה זו מכירת שטרות מדאו', וק' מהגמ' במי שמת, והביא לתי' ר"ת, אולם הביא דדעת הרי"ף דמכירת שטרות דרבנן, ותמה על שי' קמא דא"כ למאי בעי' שטר יקנה בכסף ובמסירה, ועוד תמה דהרי אין המלוה יכול למכור את הקרקע של הלוה כמבואר בפסחים, [ומבואר דנקט דמהגמ' בפסחים מבואר דליכא מכירה על שעבוד, ולא כתוס' דהביאו ראיה מהקדש].

(ב) והנה מהא דהק' הרמב"ן דא"כ יקנה בכסף, מבואר דנקט דקונה את השעבוד, ולא את האותיות, וצ"ב דאי הוי קנין בקרקע אינו ענין למכירת שטרות, ועוד צ"ב מה דהק' הרמב"ן דא"כ יקנה בכסף ומסירה, וק' למאי בעי' למסירה, הא מיירי במכירת קרקע, דסגי בכסף לחוד, וכן הרי הרמב"ן הק' מהגמ' בפסחים, והתם הא ליכא מסירה, וע"כ דאי"צ מסירה בשביל לקנות את השעבוד כדין קנין קרקע, וא"כ מדוע הק' דניבעי מסירה.

(ג) ולכא' נראה דס"ל להי"מ דיש כאן ב' מכירות, חדא דקונה את השעבוד מדאו', ותו איכא קנין על השטר, שיהא לו לראיה, ויתכן דבאמת אינו קונה את הנייר רק לצור, ומ"מ נתמעט מאונאה, [כדביארו הנתה"מ והחכם צבי לגבי דברי התוס' בדין שטר שנאבד], אולם א"א לומר כן, דהא לדבריהם זהו כל הדין דכתיבה ומסירה, והרי ודאי דהדין דאותיות נקנות בכתיבה ומסירה

אינו רק קנין הנייר לצור, אלא הוא קונה את כח השטר במסירה, ואדרבא לפי הרמב"ן בעי' משיכה עם מסירה, או שהוא רק להוציא הראיות מתח"י, והוא קנין מיוחד לגבי כח השטר.

(ד) וע"כ צ"ל דס"ל לי"מ דבאמת בשביל לקנות את כח השטר בעי' כתיבה ומסירה, וכיון דבארו דהכתיבה הוא בשביל שיהא לו קנין שטר על שהעבוד, למדנו מדבריהם דאין מכירת שטרות חייל מדאו' רק בגוונא דכבר קנה את שהעבוד בקנין גמור, דכה"ג יכול לקנות כח השטר מדאו' ע"י המסירה, אולם צ"ב גדר הדבר.

(ה) ויתכן דזהו נמי דעתו של רבינו חיים כהן, דמכירת שטרות בכה"ג דאית לי' קרקעות, והיינו דכה"ג דאית לי' קרקעות וקנה את שהעבוד בקנין, חייל מכירת השטר מדאו', ומיושב קו' מהרמ"ש דהא הוי בכלל מיעוט קרקעות מאונאה, ולהנ"ל א"ש דהא יש כאן ב' מכירות, חדא מכירת קרקע, ותו מכירת השטר, ולגבי מכירת השטר הוא מיעוט בפנ"ע מאונאה.

(ו) וברמב"ן הוסיף דאל תטעה במה שאמרו ב"ק י"ד ב' עבדים ושטרות נמי נקנין, דכבר פירש רש"י דשגרא דלישנא הוא, והנה בגמ' שם מיירי לגבי הא דמבואר שם במשנה שום כסף שוה כסף, דמבואר בברייתא דשוה כסף היינו קרקעות, ומפרש רבה דבר הנקנה בכסף, ופריך הרי עבדים ושטרות נמי נקנין בכסף, ועי' ברש"י שם דלא איתפרש היכא, ובתו' שם הק' דהא שטרות נקנין במסירה, וע"ז כתב הרמב"ן דלפי הי"מ יש לבאר דכוונת הגמ' דקונין את שהעבוד בכסף, ואת השטר במסירה, וצ"ע כוונתו הרי בגמ' מבואר דקונין את השטר בכסף, ולי"מ קונין את השטר במסירה ולא בכסף, וצ"ע.

(ז) ברמב"ן הק' דאי נימא דמכירת שטרות דרבנן, אמאי מבואר בקידושין דמקדש בשט"ח דאחרים דפליגי ר"מ ורבנן אם מקודשת או לא, דכו"ע ס"ל דמחלו מחול, ופליגי אי סמכא דעתא דלא ימחול לה או לא, ואי נימא דמכירת שטרות דרבנן, איך מועיל לקידושין מדאו', ומבואר מדברי הרמב"ן דאי נימא כ"מ א"ש, וצ"ע הרי רק לפי ר"פ הוא דאיכא מכירת שהעבוד, אבל אי נימא דלא כר"פ הרי אינו מוכר לו שהעבוד, וא"כ אין המכירה רק מדרבנן, ובגמ' מבואר להדי' דגם אי נימא דלא כר"פ היא מקודשת, וכן צ"ב דהא מבואר בגמ' דלרבי מקודשת, והרי לרבי דהוי מסירה לחוד, לכאו' אין המכירה מדאו', דהא ליכא קנין קרקע.

(ח) והנה יל"ע מדוע הרמב"ן הק' כן רק על האוקימתא בגמ' דלכו"ע מהני מחילה, ופליגי אי סמכא דעתא, הרי על עיקר דינא דמקדשה בשט"ח דאחרים יש להק' דהוי קידושין רק מדרבנן, ומוכרח מהרמב"ן דבאמת קנין דרבנן חשיב מקודשת גמורה, וכל הקו' היא דאי נימא דטעמא דמהני מחילת המוכר משום דהמכירה מדרבנן, ע"כ דאין המכירה גמורה, ולכך הק' רק לאוקימתא דכו"ע ס"ל דמהני מחילה, דא"כ אמאי היא מקודשת גמורה, ולכך לפי הי"מ ליכא קו' מהגמ' בקידושין דהא לדבריהם טעמא דמהני מחילה אינו משום דהמכירה מדרבנן, ולדבריהם כוונת הגמ' במי שמת דאי מתנת שכ"מ דאו', הרי המקבל הוא היורש, ואין היורש יכול למחול, ומיושב הכל, ושור' דבעיקר הדבר כבר כתבו כן הגרש"ש מערכת הקנינים סי' י"א ודברי יחזקאל סי' נ"ו ליישב קו' הפנ"י על הרמב"ן דהא מבואר בגמ' דמקודשת במעמ"ש, והא התם לכו"ע הוא קנין דרבנן, ותי' הגרש"ש כנ"ל, דכל הקו' הוא מהא דמהני מחילה.