

סוגיא דשעבודא דאורייתא
 פריעת בע"ח מצוה
 מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם
 שעבוד מטלטלין
 תקנת הגאונים על שעבוד מטלטלין
 דאיקני
 מוכר שדה גזולה
 שבח
 למפרע הוא גובה
 דינא דרמי בר חמא
 שעבודא דר"נ
 ינתנו לכושל
 תפיסה מחיים
 תפיסת שטרות מחיים
 מאוחר שקדם וגבה
 קדימה במלוה ע"פ
 סילוק בזוי
 קטינא דאביי
 שומא הדר
 אחריות דנפשי'
 בדינא דרמב"ח ורבא
 הנחתי בלוקח מלוקח
 מכרן לג' בני אדם
 אי שתקת
 אין נפרעין מנכסי יתומים
 אין נפרעין מנכסים משועבדים במתנה ובירושה
 אישתדוף
 הנחתי במלוה בשטר ובמלוה ע"פ
 הנחתי בדאיקני
 הנחתי באפותיקי
 דין בע"ד במוכר שדהו
 חלוקת חובות
 שני שטרות
 דו"ד אין לי בנכסים

קין אלול תשע"ה - חורף תשע"ו

סוגיא דשעבודא דאורייתא

ב"ב קע"ה א'

(א) רשב"ם ד"ה המלוה - וכמי שכתוב בו אחריות. וכן הוא לשון הרשב"ם לעיל קנ"ז א' ד"ה המלוה ולעיל מ"ב א' ד"ה בשטר, ולק' קע"ו א' ד"ה מאי, ומבואר גדר מחודש דאט"ס הוי כאילו כתב בשטר להדי'.

(ב) והנה בתוס' רי"ד הק' למ"ד ש"ד למאי בעי' לדינא דאחריות ט"ס, הרי בשטר לא ביטלו השעבוד, וכיון דאיכא קלא שפיר איכא שעבוד מדאו', ותי' התורי"ד דקמ"ל דלא נימא דמהא דבעלמא כתוב אחריות בשטר, והכא לא נכתב אחריות בשטר, דילמא היה תנאי ביניהם שלא יהא באחריות, קמ"ל דאחריות ט"ס, [ועי' כע"ז בתו' ב"מ י"ג ב' ד"ה דברין], וכן עי' בט"ז ריש סי' ל"ט דהביא בשם מהר"י [אחיו] לתרץ דס"ד דבלא אחריות ליכא קלא, קמ"ל, ומבואר מדבריהם דאף לבתר דתקנו דרך במלוה בשטר איכא שעבוד, עיקר השעבוד חייל מכח החוב, וכל מה דבעי' שטר הוא בשביל שיהא קול, ולכך אעפ"י דלא נכתב אחריות בשטר חייל השעבוד מעיקר הדין, ועי' בחמד"ש קדושין י"ג ב' דדחה לתי' הט"ז, ע"ש.

והנה כמו"כ יש להק' למ"ד של"ד למאי בעי' לדין אחריות ט"ס, הא סו"ס איכא שטר, ואיכא קלא, וצ"ל כסברא הנ"ל דס"ד דהיה מחילה של המלוה על השעבוד, אולם צ"ב אמאי הק' כן רק למ"ד ש"ד, ועי' להלן סק"ז. ועכ"פ לפי"ז אצ"ל דדין אחריות ט"ס הוא כדביאר הרשב"ם דהוי כאילו כתב, אלא כיון דהוא ט"ס חייל השעבוד מחמת החוב.

(ג) והנה בעיקר דין אחריות ט"ס יל"ע מה יועיל הא דהוא ט"ס, סו"ס הא לא היה קנין בשטר על השעבוד, ובשלמא למ"ד ש"ד, הרי כיון דמדאו' איכא שעבוד אף במלוה בע"פ, הרי ע"כ דהשעבוד חייל מחמת החוב, וכיון דאחריות ט"ס שפיר חייל השעבוד מדאו' כמו במלוה ע"פ, אבל למ"ד של"ד הרי כל מה דנתחדש דין שעבוד הוא רק בשטר, וא"כ מה יועיל הא דאחריות ט"ס, סו"ס במה יחול החיוב אחריות, ובפרט דשמואל ס"ל אחריות ט"ס, וס"ל דשל"ד, וע"כ מוכח מהכא דגדר התקנה הוא דיחול השעבוד מכח החוב כמו למ"ד ש"ד, ולכך מהני אחריות ט"ס לגלויי דהמלוה לא מחל על השעבוד, וממילא חייל השעבוד מכח החוב.

(ד) והנה בעיקר הדין דלמ"ד ש"ד חייל השעבוד מכח החוב, מצינו בזה מחלוקת באחרונים, דהנה נחלקו הראשונים אם למ"ד של"ד, יכול לחייב עצמו להדי' או לא, דעת רש"י בקדושין י"ג ב' דיכול לשעבד עצמו, ותו' ב"ב קע"ה ב' והריטב"א בקדושין חלקו דלא מצי לשעבד עצמו, ובקצוה"ח סי' ל"ט סק"א כתב לחדש דגם למ"ד ש"ד לא מצי לחייב עצמו, אלא דהתורה משעבדתו, והוכיח כן דהא אפי' בנזיקין ופדה"ב דאינו מתחייב כלל, חייל השעבוד נכסים.

אולם הנה בחמדת שלמה קדושין י"ג ב' עמד נמי בקו' התורי"ד והט"ז, ותי' דבאמת למ"ד ש"ד לא חייל שעבוד בע"כ דלוח, אלא דהלוח משעבד עצמו במה דכותב שטר עם אחריות, [וצ"ע מלשון תו' קנ"ז א' ד"ה דאיכא [א] "שהשעבוד חל ממילא, ויתבאר בעזה"י במקומו], ודוקא במלוה הכתובה בתורה חייל דין שעבוד מכח דין התורה, ואחריות ט"ס מהני דאעפ"י דלא כתב לאחריות נקטי' דהלוח רוצה באחריות, והא דבמלוה ע"פ חייל האחריות הוא רק ע"י נתינת הכסף, [ואף לר"ל דכסף אינו קונה, מ"מ קרקע לכו"ע נקנית בכסף], דלא שדי איניש זוזי בכדי, ורק בתמורת השעבוד הוא מתרצה לנתינת המעות.

ועי' בחזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק י"ג דג"כ נקט בפשי' דיסוד הדין דש"ד הוא מכח דעת הלוח דרוצה להשתעבד, אבל מ"ד דשל"ד ס"ל דלא מהני מה דהוא רוצה להשתעבד, ובתו"ד כתב לבאר "ודוקא בהלואה שהוא קונה השעבוד במעותיו" וע"ע בגליונות הל' שבועות. [ועי' במה דיתבאר בע"ה בסוגיא דשעבוד במטלטלין דיש בזה נפק"מ אם שייך חסרון של אסמכתא בכל שעבוד].

ונפק"מ לדינא באופן דהלוח אינו רוצה להשתעבד, והמלוה לא ידע דאינו מתכוין להשתעבד, כגון במודעה וכדו', אי חייל שעבוד נכסים או לא, דלפי הקצוה"ח יחול השעבוד בע"כ, ולפי החמד"ש וחזו"א לא יחול השעבוד בע"כ, [וצ"ע בש"ך סי' ל"ט ס"ק י"ד אם יש ראייה משם].

ה) ובעיקר דברי החמד"ש וחזו"א, דשייך שיחול השעבוד ע"י הכסף של ההלואה, יש לדון דלכא' כיון דניתן הכסף להלואה, איך יועיל לקנין כסף, אולם באמת מצינו בזה גמ' מפורשת ב"מ מ"ח א' קרא מסייע לר"ל וכו', ומבואר דלריו"ח דכסף קונה חייל קנין של יחוד כלי, ודו"ק שם ברמב"ן, [ועי' ברע"א ריש הזהב דיסד דאין כסף קונה כסף, וצ"ע], ובאמת דכן מצינו בר"ן ריש פ"ו דשבועות דכסף הלואה הוי קנין מעות למשכון, ושור"ר דכן הוכיח באבי עזרי פ"א מו"ל ה"א.

והנה אביי בפסחים ל' ב' ס"ל דבע"ח למפרע הוא גובה, וק' באיזה קנין הוא קונה למפרע, ועי' בנתה"מ סי' קצ"ט סק"ב ורע"א קמא סי' כ"ג ד"ה והנה לכאורה ושפ"א שם דכתבו דקונה בכסף ההלואה, ומבואר דשייך קנין בכסף ההלואה, [ועי' מה שנתבאר בזה בסוגיא שם].

ו) והנה בעיקר הנידון אם לבתר התקנה שט"ח הוא שטר קנין או שטר ראייה, כבר נודע דנחלקו בזה הקצוה"ח והנתה"מ בסי' ס"ו האם רק השטר משעבד, והוי שטר קנין או דהחוב משעבד, דהקצוה"ח נקט דהשטר הוא רק בשביל קול, כיון דהתורה משעבדת, אולם הנתה"מ כתב דהשטר הוא המעשה קנין של השעבוד, ונחלקו בזה בכ"ד לשי'.

ובקצוה"ח הביא ראייה דהוא שטר ראייה, דהנה בגיטין כ' ב' פריך איך מועיל כת"י של מלוה ועדים חותמין, הא בעי' ספר המקנה וליכא, והק' בתו' שם הא שטר הלואה הוי שטר ראייה, והוכיחו כן מהא דאף מלוה ע"פ היה גובה אי לאו דליכא קלא, ועוד ראייה הביאו ממוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים, וכן ברמב"ן שם הק' דהא מכי יהבי זוזי משתעבד והשטר אינו למיעבד קלא, והוכיח כן מהא דשטר הלואה בערכאות כשר, וע"ש בתו' ובראשונים דתי' דמשכח"ל כמה אופנים דהוי שטר קנין, ומכח זה הוכיח הקצוה"ח דגם בתר תקנת חכמים הוי שטר ראייה [ועי' באבי עזרי ריש הל' עדות דהק' דהרמב"ן והרשב"א בארו בטעמא דר"מ דשטר שאין בו אחריות אינו גובה אף מבני חורין, משום דהוי מפי כתבם, וביאר באבי עזרי דס"ל כיסוד הגר"ח דבשטר ראייה איכא חסרון דמפי כתבם, וכל דליכא אחריות הוי שטר ראייה, ועי' שכתוב אחריות בשטר הוי שטר קנין, וזה סותר לדבריהם בגיטין, וצ"ע], אולם באמת דבתורי"ד שם באמת נקט דגם בהלואה בעי' ספר המקנה, וע"כ צ"ל דס"ל דלבתר התקנה דרק במלוה בשטר גובה ממשועבדים, השטר הוא הקונה, והשטר גורם את השעבוד, ולהנ"ל נמצא דזה סותר לתורי"ד ב"ב, וצ"ע.

והנה בפשוטו לפי תו' והרמב"ן החוב הוא דגורם את השעבוד, ולכך הוי שטר ראייה, אולם יתכן לומר דס"ל כחמד"ש וחזו"א דהכסף הוא המשעבד, ומשו"ה חשיב שטר ראייה, [אולם יל"ע אמאי הראשונים בקדושין כתבו דהיכ"ת לשעבוד אף למ"ד של"ד הוא ע"י שיכתוב בשטר להדי' דהוא משעבד, הא אף בע"פ סגי, שיאמר להדי' דהכסף ישעבד, וצ"ע].

(ז) עי' בהפלאה כתובות ק"ב א' ובתומים סי' קט"ז סק"ד ובהגהות אמרי ברוך על ש"ך קט"ז סק"ה ושעה"מ ל"ט סק"א כתבו דרך למ"ד ש"ד הוי שטר ראיא, אבל למ"ד של"ד הוי שטר קנין דהשטר הוא המשעבד, ובעי' ספר המקנה, [וכן מתבאר מדברי הקצוה"ח קי"ב ריש סק"א, ועי' מה שיתבאר בזה בסוגיא דאיקני].

והנה לעיל סק"ב הק' מדוע התור"ד והט"ז לא הק' אף למ"ד אחריות ל"ט, ולדברי האחרונים א"ש דלמ"ד של"ד פשיטא דהשטר הוא דמחיל לשעבוד ואי אחריות ל"ט לא חייל השעבוד, [ובשעה"מ שם יישב עפ"י דשמואל לשי' דשל"ד קאמר דבעי' לדין ט"ס].

ובאמרי בינה הלואה ס"א תמה דהא בעל המימרא בגיטין שם הוא אביי ובתוס' גיטין נ' א' ד"ה כיון כתבו דאביי ס"ל דשל"ד, וכן יש להוכיח, דהנה תו' הוכיחו כדבריהם מדינא דמוכר שדהו בעדים, וק' הרי מרא דהאי שמעתתא הוא רב, ורב הרי ס"ל של"ד, וכן יש להוכיח מהא דהרמב"ן והרשב"א הוכיחו מדינא דערכאות, והא התם מרא דשמעתתא הוא ר"פ, והרי דעת הרמב"ן דלדעת ר"פ של"ד, ולכך פסק דמלוה ע"פ גובה מיורשים רק משום תקנה דשלא תנעול דלת, [ועד"ז הוכיח באמרי בינה שם בדעת הרא"ש], וע"כ דאף למ"ד של"ד גדר התקנה דהחוב משעבד, שו"ר בזה דברים בחי' הגרש"ר ב"מ סו"ס י"ח.

(ח) ויל"ע טובא בכ"ז, דהנה ברשב"ם קע"ו א' ד"ה מאי דכתי' שהוחזק בבי"ד אחר שבא לידי המלוה גובה ממשועבדים כיון דאחריות ט"ס, וצ"ע דאי נימא דהשעבוד חייל רק מכח השטר, הרי ודאי דאחר שהשטר כבר ביד המלוה לא שייך למיעבד חלות שעבוד, וצ"ע.

(ט) והנה ברש"י קדושין י"ג ב' כתב דבשעבדו להדי' מהני, והק' ברשב"א כיון דאחריות ט"ס, א"כ כל מלוה בשטר יגבה מדאו', ולא משכח"ל לשיעבודא לאו דאו' במלוה בשטר, ותי' הרשב"א דס"ל לרש"י דכשעבד נכסיו בפירוש בשטר אלים כח השטר לשעבדן מן התורה, ולא אלים אחריות ט"ס למיגבי מדאו', וצ"ע כוונתו הרי אם אחריות ט"ס ממילא ראוי שיועיל כמו שכתב להדי', [ועי' כע"ז תו' גיטין ל"ז א' ד"ה שטר דכתבו דלענין שביעית אין משמטת את השטר יש חילוק בין שעבוד מפורש לשעבוד שאינו מפורש, וע"ש בחי' הגרנ"פ, ולפי"ד אינו ענין לכאן].

וע"כ מוכח דאחריות ט"ס לא מהני רק משום דהחוב משעבד, אבל אינו מעשה קנין, ולמ"ד של"ד לא חייל שעבוד מכח החוב רק מדרבנן, ורק אם כותב להדי' שפיר חייל השעבוד מדאו' מכח השטר, אולם בזה לא יועיל אחריות ט"ס, כיון דאונס לאו כמאן דעביד, [אלא דעיקר דברי הרשב"א תמוהים מדוע הק' רק למ"ד אחריות ט"ס, הרי גם למ"ד אחריות לאו ט"ס נמי ק' דלעולם כשהוא כותב בשטר שהוא משתעבד צריך לחול השעבוד מדאו', וע"ז לא יועיל תי' של הרשב"א, וע"כ צ"ל דאה"נ למ"ד אחריות ט"ס לא משכח"ל שעבוד בשטר דלא מהני מדאו', וכל קו' הוא לשמואל לשי' דס"ל דגם במלוה בשטר של"ד, וס"ל דאחריות ט"ס].

(י) והנה נחלקו הראשונים אי אמרי' אחריות ט"ס גם בדאיקני, דעת הרשב"א ב"ב קנ"ז ב' דאמרי' אחריות ט"ס, והרמב"ם פ"ח מו"ל ה"ב וכן הראשונים שם בב"ב חולקים, ובשו"ע סי' קי"ב א' הובאו ב' הדיעות, וק' כיון דלא מהני אחריות ט"ס לשטר קנין, איך יועיל לדאיקני, אולם באמת דבקצוה"ח סי' קי"ב סק"א כתב דדאיקני לא מהני מדאו', אולם בנתה"מ סי' ס' סק"י"ב כתב דמדאו' משתעבד, ורק משום דאין קול בעי' שיכתוב, ולדבריו מיושב דשייך בזה הדין דאחריות ט"ס.

(יא) עי' ברמ"א סי' מ"ט ס"ב דהביא משו"ת הרא"ש דהיכא דטעו בשם הלואה כיון דהעדים מעידים שטעו, אחריות ט"ס, והתם הא מיירי לענין שטר ראיא, והנידון אם היה שטר או לא, ומ"מ מהני אחריות ט"ס, ומבואר דאינו משום דההלואה משעבדת, וצ"ע בכ"ז.

וע"ע בסוגיא דב"מ י"ד ב' דיתבאר עוד בזה, בדין אחריות ט"ס בשבח, ע"ש
[חלק מהדברים נאמרו בעזה"י בחבורה].

רשב"ם ד"ה משועבדים - מכורין. ומדויק דנכסים המשועבדים אינם בכלל הך דינא, ובפשוטו זהו יסוד המחלוקת של רה"ג והרי"ף בריש מי שהיה נשוי אי מלוה ע"פ קודם למלוה, ובפשוטו פליגי אם שעבוד הוי כמכר, [וע"ש מה דנתבאר בזה באריכות], אולם עי' רשב"ם לעיל מ"א ב' דכתב בדינא דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, דגובה מנכסים ששעבד או משכן או מכר אח"כ, ומבואר דשעבוד בכלל. ואולי י"ל דהתם הוא רב, ורב הא ס"ל של"ד, ואי לאו דחידש רב דמוכר בעדים גובה ממשועבדים, לא היה גובה הלוקח אף מנכסים ששעבד, דהא שעבד לו להדי', אבל הכא מיירי להל' דש"ד, וס"ל דשעבוד לאו כמכר, וכדעת רה"ג, ומלחא ע"פ גובה משמועבדים, וכל החידוש הוא דאף ממכורין הוא גובה, אבל נכסים ששעבד הרי מדין מיני' הוא דגובה.

(א) תוס' ד"ה המלוה - ואגב ריהטא וכו'. עי' פנ"י בגיטין שם דיישב דס"ל לרש"י דר"ח דאמר לפי שאין קצובין ס"ל דאיכא מחלוקת תנאים אם מלוה ע"פ גובה ממשועבדים או לא, וצ"ב אמאי מיאן רש"י בסברת תו' דהיכא דאיכא קלא אף מלוה ע"פ גובה ממשועבדים, ובפשוטו י"ל דס"ל לרש"י דאעפ"י דסיבת התקנה דאינו גובה משום דליכא קלא, מ"מ גדר התקנה דבמלוה ע"פ לא מצי למיעבד שעבוד, ולכך אף באית ליה קלא אינו גובה ממשועבדים.

(ב) אולם עי' תו' גיטין נ"א א' ד"ה או דהוכיחו דהיכא דאיכא קלא גובה ממשועבדים מהא דמבואר ב"ב מ"א ב' דמוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים, כיון דאיכא קלא, ואולי י"ל דהנה ברשב"ם שם ד"ה המוכר כתב דמיירי בקיבל עליו אחריות, והיינו דבמלוה ע"פ לא אמרי' אחריות ט"ס, אלא בעי' שיקבל עליו בפירוש, [ועי' ש"ך קט"ז ה' דכבר עמד על דברי הרשב"ם הנ"ל], ולפי"ז יתכן לומר דאעפ"י דתקנו דליכא גביה ממשועבדים במלוה ע"פ, מ"מ כ"ז בסתמא, אבל בהתנה בפירוש הרי"ז גובה ממשועבדים, וצ"ע, ועי' בזה להלן עוד בדברי התו' ב"ק י"ד ב'.

(ג) עי' ברשב"ם קע"ו א' ד"ה ה"ג דביאר דכת"י שהוחזק בבי"ד אינו גובה מנכסים משועבדים כיון דלא נכתב מתחילה על דעת כן, אולם בריטב"א כתב דליכא קלא על כת"י שלא נכתב ע"ד למוסרו לבי"ד, וצ"ב אמאי לא פירש הרשב"ם כן, ולהנ"ל י"ל דבאמת איכא קול כיון דהוחזק בבי"ד, ומ"מ כיון דהוי מלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים, וע"ע בסוגיא דשבח א' עוד קצת בזה.

שם - והק' וכו' היאך נשבעין וכו'. עי' בתו' ב"מ ד' ב' דקו' היא למ"ד ש"ד, והק' בקצוה"ח סי' ל"ט סק"א הרי גם אי נימא דשל"ד נמי יש להק' דכל דאית לי' נכסים בני חורין הוי כפירת שע"ק והוכיח מזה הקצוה"ח דדעת תו' דאינו אלא מדין כופין על המצוות.

קע"ה ב'

(א) רשב"ם ד"ה שעבודא - יוציא אליך וכו'. ולהלן ד"ה לאו דאורייתא כתב "וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו", וצ"ב דלכאור' כל דין משכון הוא דכך דעתם בשעת ההלואה, דיתן הלואה למלוה משכון, ואינו ראה לשעבוד בעלמא.

ובפנ"י כתובות פ"ו א' גרס בדברי הרשב"ם דמ"ד ש"ד ס"ל דקרא מיירי במשכון שלא בשעת הלואה, וקרא דיוציא אליך את העבוד משמע דמיירי בעבוט הידוע, והיינו מה דהיה משועבד לו עד השתא, ומ"ד של"ד ס"ל דקרא מיירי במשכון בשעת הלואה, ולישנא דהעבוד דמשמע לשעבר, היינו מה דהחליטו ליתן כמשכון, ע"ש.

אולם עי' באמרי בינה הלואה סי' ב' דביאר לדברי הרשב"ם כפשוטו, דהנה כתב הריטב"א קדושין י"ג ב' דהמחלוקת אם ש"ד או של"ד הוא אם שייך קנין לחצאין, ומשו"ה אף דמסברא לא שייך קנין לחצאין, מ"מ מדינא דקנין משכון בשעת הלואתו מוכח דשייך קנין לחצאין, דאעפ"י דאינו קנין גמור, מ"מ מצינו במשכון קנין לחצאין, אולם מ"ד של"ד ס"ל דליכא קנין לחצאין, וקנין משכון שלא בשעת הלואתו, היינו דלאחר שהוא גובה לחובו מהמשכון חייל הקנין למפרע, והוי שלו לגמרי, ואכתי אין לנו ראייה דשייך שיחול קנין זכות גביה מכל נכסיו, דהוא קנין לחצאין, ע"ש.

ועד"ז י"ל דקנין משכון שלא בשעת הלואתו ניתן לשם גביה ופרעון ואינו ראה למשכון בשעת הלואה דניתן רק לשם זכות שעבוד, ועי' ביונת אלם סי' י"ד עד"ז.

(ב) והנה לכאור' מוכח מהא דיליף רשב"ם לדין שעבוד מקרא דעבוט, מוכח דיש דין שעבוד מדאור' על מטלטלין, אולם נראה דאינו ראה, דשאני הכא דמיירי במשכון בשעת הלואה, ובהא הרי איכא סמכ"ד, דאין הלואה יכול להבריו, שהרי המשכון ביד המלוה, וכן הרי יש שיטות דכל דשעבד להדי', לכו"ע איכא שעבוד על מטלטלין, והכא הרי שעבד להדי' את המשכון.

[ועי' ברשב"ם ב"ב מ"ד ב' ד"ה לא דכתב דליכא שעבוד על מטלטלין, משום דא"כ לעולם לא יקנו מטלטלין, וצ"ע ברשב"ם קכ"ח א' ד"ה ור"נ לענין עבדא כמטלטלי דהוא משום דלא סמכ"ד, ויתבאר בעזה"י בסוגיא דב"ב מ"ד ב']

(ג) עי' ברמ"ה אות קמ"ד דמ"ד ש"ד ס"ל דאי ליכא רק שעבוד הגוף, אמאי הלואה חייב ליתן משכון למלוה, לזיל לזה גופי' וליפרע, [ולכאור' לפי"ז קרא מיירי במשכון שלא בשעת הלואה, דאי בשעת הלואה, הרי ודאי דיכול ליתן הלואה מה שהוא רוצה למלוה, וא"א למשכנו בע"כ], ומ"ד של"ד ס"ל דמקרא דיוציא אליך את העבוט ילפי' דליכא רק שעבוד הגוף, ולכך יכול הלואה לתת משכון ממה שירצה, ואין ביד המלוה לקבוע איזה משכון הוא יקבל, וצ"ב מה היסוד המחלוקת בכ"ז.

ועוד הוסיף הרמ"ה דלדרכו ע"כ דאיכא שעבוד אף על מטלטלין, וקאי כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, ור"פ ס"ל דילפי' לדין שעבוד מדין ערב, ולכך במטלטלין דלא סמכ"ד ליכא שעבוד, דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות דלא על אמונתו הלואה, אולם לענין מיני' אפי' מגלימא וכו' כיון דקרא דהאיש אשר וכו' מיירי מיני' דלואה, וע"ש דהק' דמה שייך בגזל ערבות, הרי החוב אינו מדעתו, ותי' דהוא משום דיו, וצ"ב כוונתו, ע"ש, [וע"ע במהרי"ט אלגזי פ"ח אות ס"ח [ג'] דביאר לפי"ז הא דפליגי רבי ירמי' ורבא בבכורות מ"ח ב' גבי ב' יוב"ש בעיר א' ולקח א' מהם שדה מחבירו דר"י אמר דגובה ממנ"פ, או מדין לואה או מדין לוקח, ורבא מכדי נכסי דבר איניש ערבין מי איכא מידי דלדידי' לא מצי תבע ולערב מצי תבע, וביאר המהרי"ט א' דר"י ס"ל דשעבוד ילפי' ממשכון ולא מדין ערבות ולכך שייך בזה ממנ"פ, משא"כ רבא ס"ל דהוא מדין ערבות ושייך בזה הסברא דמי איכא].

(ד) והנה בגמ' מבואר דעולא יליף מקרא דיוציא אליך וכו' דבע"ח מדאור' בזיבורית, ומוכיח מינה הגמ' דש"ד, ועי' ברמ"ה דביאר דחזי' דמדאור' איכא שעבוד על זיבורית, וצ"ב כוונתו, הרי הרמ"ה ביאר דתרווייהו ילפי' מהך קרא, או

דמהא דנוטל משכון בע"כ מוכח דש"ד, או דמהא דיכול ליתן איזה שירצה מוכח דשל"ד, וא"כ הרי לתרוייהו מתפרש קרא דמהא דיכול ליתן איזה משכון שירצה ע"כ מוכח דבע"ח בזיבורית, אולם עדיין אין לנו ראיה אי ש"ד או של"ד.

והנה הרמ"ה ביאר דמ"ד של"ד יליף לה מהא דיכול ליתן איזה שירצה, ונראה דמ"ד ש"ד ס"ל דאינו קובע מה הוא יטול למשכון, אלא דס"ל דמעיקרא כך הוא דינו דבע"ח דינו בזיבורית, דמשום דדרכו של אדם להוציא פחות שבכליו, מעיקרא חייל דינו על זיבורית, ואין הלואה יכול לסלקו בעידית, אבל למ"ד של"ד זה תלוי ברצונו ודעתו. וע"ע להלן בהמשך בדעת הרמב"ן והתו' הרא"ש בכ"ז.

[א] (א) גמ' - והא אמר רבה גבו קרקע וכו'. ותמוה דמ"מ מדרבנן תקנו דמלוה בשטר גובה ממשועבדים, ולכך גבו קרקע יש לו, וכבר עמד בזה ביד רמה, ות' "ונהי דתקינן ליה רבנן שעבודא לב"ח שלא תנעול דלת בפני לוי, אבל לזכויי ליה לבכור מאי דלא זכי ליה רחמנא לא תקינן דהא לא שיכא ביה האי תקנתא" וצ"ב כוונתו, ועי' באמרי בינה גב"ח סו"ס י"ב דביאר דכוונת הרמ"ה עפ"י דברי הריטב"א קדושין י"ג ב' דלמ"ד של"ד הוי קנין לחצאין, וס"ל לרמ"ה דרבנן לא תקנו דיש קנין לחצאין, אלא דמדין הפקר ב"ד כשגובה הרי"ז שלו, ולכך חשיב ראוי, משא"כ למ"ד ש"ד דיש לו קנין לחצאין מזמן משעת ההלואה, ולכך חשיב מוחזק, וביאר דזהו כוונת השטמ"ק בשם הרא"ם, ועי' בקוב"ש ב"ב אות שפ"ו דביאר מעצמו עד"ז, וכ"כ במשנת ר"א שכנים עמ' אולם לכאור' עדיין לשון הרמ"ה צ"ב.

(ב) ועי' בפנ"י גיטין נ' ב' דביאר עפ"י הראשונים דטעמא דחשיב מוחזק משום דס"ל למפרע הוא גובה, ולמ"ד של"ד לכו"ע מכאן ולהבא הוא גובה, ולכך אינו חשיב מוחזק, אולם כבר העיר הפנ"י דבתו' גיטין מבואר דאביי ס"ל של"ד אעפ"י דס"ל למפרע הוא גובה, ועי' קצוה"ח סי' ל"ט סק"א דהביא לדברי הפנ"י, ונתבאר בסוגיא דלמפרע.

(ג) עי' רע"א קכ"ה א' דביאר לקו' הגמ' דאי אמרי' ש"ד א"ש דחשיב מוחזק כיון דאינו יכול למכור ולהפקיע, אולם אי נימא דשל"ד ומכירתו מכירה, הרי מדאו' הוי ראוי, כיון דיכול למכור, וע"ע בחי' רע"א הנדמ"ח ב"ב קכ"ד ב' דהובא מכ"י תלמיד דכוונת הגמ' דכיון דמדאו' דליכא שעבוד אינו בכלל אשר ימצא לו ולא מהני מה דמדרבנן יכול ליתן, ע"ש, ולכאור' עד"ז מתפרש היטב לישנא דהרמ"ה דאעפ"י דתקנו לו גביה מדרבנן מ"מ אינו מועיל לדין מוחזק דאו', דקנין דרבנן לא המני לדונו בכלל ימצא לו.

והנה מבואר בפסחים ל' ב' דהיכא דהקדיש הלואה קדו"ד יכול המלוה להפקיעו ע"י שיוסיף דינר, וכתב במהר"ם חלאוה דאף למ"ד של"ד, מ"מ הפקר ב"ד הפקר, ופריק להקדש בדינר, ומבואר לכאור' דמדאו' חייל הקדש, ובעי' פדיה מדאו' בדינר, אולם עי' בשטמ"ק בשם הרא"ש בסוגיין דכתב דלכתר הקנה דרבנן לא חייל הקדש הלואה ורק מדרבנן הוא דצריך המלוה ליתן דינר, ולכאור' פליגי אי בתר התקנה דרבנן חייל השעבוד מדאו' מדין הפקר ב"ד או לא.

(ד) ע"ע באמרי בינה שם דדן דהיתומים יכולים לומר א"א בתקנ"ח, ולכך הוי ראוי.

(ה) והנה ברמב"ן ב"ב קכ"ה ב' כתב לגבי דינא דר"נ דיתומים שגבו קרקע דב"ח חוזר וגובה, אבל גבו מעות אינו חוזר וגובה כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ומבואר בפסחים ל"א א' דטעמא דגבו קרקע חוזר וגובה משום דינא דשדר"נ, אבל בלא"ה הוי כיתמי דקנו נכסי, וכתב הרמב"ן שם דבתר תקנת הגאונים דאיכא שעבוד

במטלטלין, גבו מעות נמי טורף, דלבתר תקנת הגאונים איכא דין שדר"נ גם במטלטלין, והק' הרמב"ן דהא מבואר בסוגיין דשעבוד דרבנן לא משוי ליה כמוחזק, ותי' הרמב"ן דרק לגבי בכור לא משוי ליה כמאן דגבה, אבל לגבי דינא דשדר"נ, כיון דדינא הוא דגבי, מהני תקנת הגאונים למשוי כמאן דמשועבד לאבוהון, כמו לגבי קרקע, עכתו"ד, ויל"ע דאי נימא דטעמא דלמ"ד של"ד לא הוי מוחזק כיון דלא תקנו שעבוד, אלא רק זכות גביה, א"כ מה יועיל תקנת הגאונים לדין שדר"נ, הא ליכא שעבוד, דכמו דתקנ"ח דשעבוד אינו אלא זכות גביה, ה"ה תקנת הגאונים אינו אל זכות גביה, דהא הרמב"ן מדמה להו, וא"כ איך זה מועיל לדין שדר"נ, וע"כ דלא כתי' הנ"ל, ואי נימא דכוונת הגמ' דיתמי אמרי א"א, הרי גם לגבי תקנת הגאונים מצו אמרי הכי, ואי נימא דכוונת הגמ' דתקנ"ח לא מהני לדונו כמצוי, שפיר י"ל דמ"מ שייך בזה דין שדר"נ.

[ב] עי' בשטמ"ק בשם הראב"ד דכתב דס"ד דאפי' גבו מן היורשין או מן המשועבדים או מן היורשים ס"ל לרבה דיש לו, ולכאו' הוצרך לזה משום דהוק' לו דהא אף למ"ד של"ד איכא שעבוד מדין מיני' ומשו"ה אינו ראוי, ולכך ביאר דמיירי בגבו מן הלקוחות.

ולפי"ז מבואר דלדעת הראב"ד לענין מיני' איכא שעבוד נכסים אף למ"ד של"ד, דאי נימא דהא דנחת' הוא רק משום שעבוד הגוף, הרי עדיין קשה דאי נימא דמכח שעבוד הגוף אינו ראוי, א"כ תק' מ"ש גבו קרקע מגבו מעות, וע"כ דהוא מדין שעבוד נכסים, ולכך גבו קרקע עדיף מגבו מעות, ולכך הוצרך הראב"ד לבאר דמיירי לגבי לקוחות, דבהא איכא שעבוד כקנין רק למ"ד ש"ד, אבל למ"ד של"ד, אף דהוא גובה מלקוחות ויורשים מדרבנן, מ"מ אינו נחשב למוחזק.

אולם צ"ע דבספר התרומות ס"א ב' הביא מהראב"ד דלמ"ד של"ד לא נחתין לנכסיו, וע"ע בראב"ד קע"ד א', וצ"ע.

תו' ד"ה גבו - אע"ג דמיניה וכו'. הנה בפשוטו קו' תו' מה מוכיח הגמ' מהא דגבו קרקע יש לו דש"ד, דא"כ אמאי מעות אין לו, הרי יש שעבוד גם במיני', וע"כ דחלוקים קרקע ממעות אעפ"י דאיכא שעבוד, וא"כ מאי מוכיח הגמ', וע"ז תי' דמ"מ עיקר שעבוד הוא על קרקע, ולכך חשיב מוחזק, אבל אי נימא דשל"ד אין חילוק בין קרקע למעות, [ועדיין צ"ב מה הסברא דעיקר שעבוד וכו'], ולפי"ז מבואר מתו' דאיכא דין שעבוד במיני', אולם עי' במהרש"ל דלדבריו נמצא דלישנא דמיני' לא אזיל לגבי הגביה מהלוה, אלא דהוי ממין ההלוואה, ע"ש היטב, ולפי"ז ליכא ראייה.

תוס' ד"ה דבר - תימא וכו' דילמא היינו מיניה וכו'. עי' בקצוה"ח סי' ל"ט סק"א דנקט דלפי תו' למ"ד שעל"ד ליכא שעבוד נכסים במיניה, ומה דנחת' לנכסי' הוא רק מדין כפיה על המצוות, אולם בנתה"מ סי' ל"ט סק"ב משמע קצת דלפי תו' איכא שעבוד על מיני', וכתב הנתה"מ דיש בזה נפק"מ לענין נשתטה הלוה אחר ההלוואה אי נחתין לנכסי' או לא, ע"ש.

והנה לעיל נתבאר דבפשוטו מוכח מתו' ד"ה גבו דלא כהקצוה"ח, ויש לדייק כן נמי מהמשך דברי התו' דכתבו דמדברי הרשב"ם משמע דבמיניה נמי פליגי ולא ידע רבי מאי קאמר, ואי נימא דלמ"ד שעל"ד הא דגבי מיני' הוא רק מדין כופין על המצוות הרי אכתי איכא פלוגתא גם לענין מיני' אי הוי מדין שעבוד או מדין כפיה על המצוות, וע"כ דלענין מיני' ליכא מחלוקת ולכו"ע הוא מדין שעבוד.

שם - ונראה שמא מדקאמר בזבורית משמע קרקע זבורית מדלא הזכיר סובין. ובפשוטו כוונתם דאף דליכא ראייה מעיקר דינו של עולא, מ"מ איכא ראייה מלשוננו של עולא דהזכיר רק קרקע, דמיירי בגוונא דא"א לגבות מטלטלין, והיינו בלקוחות, ולפי"ז מוכח מתו' דמדאו' ליכא שעבוד על מטלטלין של לקוחות, דאי איכא שעבוד הרי אכתי תקשי אמאי לא הזכיר מטלטלין, וכן הוכיח בקוב"ש אות תרס"ט, והנה אי נימא דמיני' ידי' הוא מדין שעבוד, הרי נמצא דמיני' ידי' איכא שעבוד על מטלטלין שברשותו ולא על מטלטלין שאצל לקוחות.

שם - ואין נראה לפרש וכו' ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע ימכר ויתן לו מעות. וצ"ב מדוע מעות פשיטא טפי ממטלטלין, ובפרט אי נימא כהקצוה"ח דמדין כפי' על המצוות אתינן עלה, הרי אין חילוק לגבי דיני הכפיה בין מעות לסובין, דהמצוה היא גם על סובין, ועוד צ"ב דהנה בתו' כתבו לענין קרקע דימכר ויתן לו מעות, וצ"ב הרי יכול ליתן לו קרקע ואינו מחוייב למוכרה, ועוד צ"ב דלעיל כתבו דפשיטא דגבי בין קרקע ובין סובין, ומדוע שינו הכא וכתבו דימכר ויתן לו מעות. [וע"ז יתכן לומר דכוונתם להוסיף לאפוקי מתו' הרא"ש דליכא דין מיני' על קרקע, וע"ז כתבו לדחות דמ"מ כיון דחייב מחמת שעבודו למכור הקרקע כדי שיהיו לו מעות לפרוע, וצ"ע].

שם - אלא בשעבוד לקוחות מיירי וכו' אעפ"י דכתב וכו'. וצ"ב מדוע הך מילתא דלא מהני שיכתוב אחריות להדי' שייך למה דכתבו מקודם להוכיח דאיכא שעבוד על מיני' לכו"ע, הרי אף להשי' דבכתב אחריות להדי' לכו"ע ש"ד, נמי י"ל דלענין מיני' ליכא מחלוקת וכו"ע מודו דגובין, וצ"ב, [ואולי כוונתם לאפוקי מתו' קמא דהרא"ש דרבה ס"ל דליכא דין ערב כ"ז שהלואה קיים, ולכך ליכא דין מיני', וע"ז הוסיפו דלעולם איכא דין ערב, וחייל דין שעבוד מיני', אלא דס"ל לרבה דלא מצי משעבד נכסיו כנגד הלקוחות, דלא מצי חייל הקנין, ולכך ס"ל לרבה דשל"ד, וצ"ע בכ"ז].

בדברי הרא"ש בשטמ"ק

א) עי' היטב במה דהביא השטמ"ק בשם הרא"ש, ויש שם קצת ט"ס, ולכא' תו"ד הוא כך - בתחילה הק' לקו' הראשונים דמאי מייתי ראייה מעולא דבע"ח מדאו' בזיבורית, הא מיני' כו"ע מודו, ותו' כתו' דמהא דלא אמר בסובין, מוכח דמיירי בלקוחות, ואח"כ הק' דמה הראיה מעבוט, הא מיירי במיני', ותו' הרא"ש דיסוד דין ש"ד הוא מדין ערב, ולכו"ע הנכסים ערבים, אלא דפליגי אימתי חל הערבות, דאי ש"ד ע"כ דחייל מזמן ההלואה, ואי של"ד לא חייל אלא מזמן פרעון, ולכך מדאו' הלקוחות קודמים, ובזה תו' לקו' תו' דמאי מייתי ראייה מגבו קרקע הא מיירי במיני', ותו' דשעבוד דמיני' לא חייל רק מזמן הפרעון, ובשביל דיחול דין מוחזק בעי' שיחול דין שעבוד מחיים, ואח"כ הוסיף הרא"ש דרבה דס"ל של"ד אזיל לטעמי' דביאר בדף קע"ג ב' דליכא חיוב ערבות רק היכא דהלואה מת או ברח, ולכך א"א לגבות אף מיני' ידי', דהרי הלואה בפנינו, וכתב דרבה דריש קרא כפשטי' והאיש וכו', וכוונתו דמהא דמנעה התורה לשליח ב"ד ליכנס לביתו ע"כ מוכח דשל"ד, [כדלהלן בדעת הרמב"ן סק"ה], והוסיף הרא"ש דאף אי נימא דנחתו' לנכסי', והיינו דגם בלא שעבוד יכול לגבותו מדין ממוני גבך, מ"מ כ"ז שייך לגבי זוזי או מטלטלי, אבל לגבי קרקע לא שייך דין ממוני גבך, ובעי' לדין שעבוד נכסים, [והנה הרשב"א הוכיח דאיכא דין נחתו' לכו"ע מהא דמבואר ב"מ קי"ג א' דמנתח נתוחי, אולם אי נימא כהרא"ש ליכא ראייה כיון דמטלטלין שאני], וכתב דלפי"ז א"ש הוכחת הגמ' מדעולא, עכתו"ד.

ונראה דלר"ש דס"ל של"ד אינו משום דס"ל כרבה, בדינא דלא יתבע, דאף אי נימא כר"נ שם דהוא רק דין דלא יפרע מן הערב תחילה, נמי א"ש, ומשום דס"ל דליכא דין ערב עד התביעה לפרעון, אלא דכתב דאליבא דרבה האמת היא דאזיל לשי'.

(ב) ויל"ע דאי נימא דרבה לשי', תק' דא"כ בדין דבמת הלוח או ברח יגבו מהיורשין ומהלקוחות, והא למ"ד של"ד אינו כן, ונראה ביאור דבריו דהנה לרבה דכל חיובו של ערב הוא רק במת, הרי ע"כ דגדר הדין הוא דלא חייל דין ערב רק מזמן שמת או ברח, אולם לר"נ חייל חיוב ערב מתחילה אלא דלא יפרע תחילה מן הערב, ולכך אליבא דרבה כל דמכר ומת או ברח, הרי לא מצי לחול דין שעבוד על הנכסים כיון דהם כבר ברשות הלוקח.

ולר"ש דנתבאר לעיל דס"ל דחלות השעבוד הוא רק מזמן התביעה לפרעון, יש לדון באופן דתבעו ולא פרע, ואח"כ מכר, אי יגבו מהלקוחות או לא, דלכא' הקובע הוא זמן התביעה, ואולי באמת זה יסוד דין עמד בדין, דכו"ע מודו, כיון דבהא אף לר"ש ש"ד, [ועי' היטב בראב"ן סי' ס"ט], אולם יתכן לומר דס"ל להרא"ש דגם בשעת תביעה ופרעון אינו שעבוד גמור, אלא רק זכות תביעה על הנכסים מחמת השעבוד הגוף, וכמו דמבואר בנתה"מ סי' ל"ט בגדר דין שעבוד על מיני', ולכך אינו גובה מהלקוחות.

(ג) והנה הרא"ש הוסיף בסו"ד דלדבריו א"ש הוכחת הגמ' מעולא דאמר מדאו' דינו בזיבורית דס"ל ש"ד, דמדברי עולא מוכח דחייל שעבוד מזמן ההלואה, וצ"ב כוונתו איך מוכח הכי.

ולכא' כוונתו דכיון דביאר הרא"ש דלרבה לעולם א"א לגבות מהנכסים דבפניו הרי ליכא שעבוד, וכשברח או מת כבר חייל המכירה והירושה מקודם, ולכך מוכיח הגמ' דכיון דס"ל לעולא דגובין מזיבורית, ע"כ מוכח דס"ל ש"ד, אולם הרי נתבאר לעיל דלר"ש אינו מטעמא דרבה, אלא דלא חייל שעבוד רק מזמן התביעה, וא"כ מה הראיה דעולא פליג על ר"ש.

וי"ל דאי נימא דמזמן התביעה חייל דין שעבוד גמור על הנכסים, הרי יש לדחות הוכחת עולא מקרא דבע"ח דינו בזיבורית די"ל דקרא מיירי כשהלוה משלם מעצמו, אבל היכא דאינו משלם מעצמו, שפיר י"ל דחייל קנין שעבוד בנכסים והמלוה יכול לגבות ממה שהוא רוצה, וכיון דס"ל לעולא דלעולם דינו בזיבורית, ע"כ מוכח דחייל דין שעבוד משעת ההלואה, ומ"מ קאמר קרא דדינו בזיבורית.

ואי נימא דאף בזמן התביעה לא חייל רק דין זכות גביה מחמת השעבוד הגוף, נמי יש ליישב, דהנה נכתאר לעיל בדעת הרמ"ה דמהך קרא ליכא ראייה דדינו בזיבורית, אלא דהלוה יכול ליתן לו מה שהוא רוצה, אלא דאי נימא ש"ד, הרי ע"כ דכוונת התורה דדינו בזיבורית, דכיון דיש לו קנין בנכסים, הרי יכול לגבות ממה שהוא רוצה, וע"כ דדינו מעיקרא הוא רק על זיבורית, אולם כ"ז אי נימא דהוא קנין בנכסים, אבל אי נימא דהוא רק זכות גביה, שפיר י"ל דכוונת התורה דעיקר הדין הוא דהלוה יכול ליתן מה שהוא רוצה, ואין לנו ראייה דדינו בזיבורית, ומהא דיליף עולא דדינו בזיבורית מוכח דחייל השעבוד מזמן ההלואה - בענין זה נסתייעתי רבות בידידי הרב שמואל ולדנברג נ"ר.

שיטת הרמב"ן הרשב"א וריטב"א

(א) עי' ברמב"ן דמתחילה ביאר דלרבה לא נחתינן לנכסי', אלא כופין אותו לשלם מבנ"ח, מדין כופין על המצוות כמבואר בתכובות פ"ו א', וזהו דמייתי הגמ' ראייה מהא דאמר עולא דבע"ח מדאו' בזיבורית, דמבואר דהבע"ח

עצמו גובה מנכסיו, ולא רק כופין אותו לשלם, אולם אי נימא דלרבה נמי יורדין לנכסיו, ליכא ראייה מהא דאמר עולא דבע"ח בזיבורית דפליג אדרבה.

אולם הק' הרמב"ן דהרי הגמ' מייתי ראייה דש"ד מחיוב יורשי בעל הבור, והרי בתורה כתוב לשון תשלומין על נזיקין, דמשמע דנחתין לנכסי, וצ"ב כוונתו איך מוכח מלישנא דתשלומין דיורדין לנכסיו, ועי' בנחל יצחק סי' ל"ט סי' ב' [עמ' ע"ד] דביאר בכוונת הרמב"ן עפ"י מה דהוכיח שם מרש"י ב"ק ז' א' דישלם משמע בע"כ, ומזה הוכיח מזה הרמב"ן דנחתין לנכסיו, וכן ביאר הוכחת הרמב"ן מקרא דונתן בפלילים, דדהוא לשון דיינים ומשמע דהנתינה ע"י ב"ד, וע"ש עוד בענף ב' דביאר דלישנא דישלם הוא לשון נסתר דמשמע דבי"ד ידאגו שהחוב ישולם, ע"ש.

ב) ולכך ביאר הרמב"ן דמכח דינא דכופין על המצוות יורדין לנכסיו, ומקיימין את המצוה שלו בע"כ, ובריטב"א בקדושין י"ג ב' כתב דסהברא בזה הוא דעד שאתה כופהו בגופו כפהו בממונו, וצ"ב כיון דליכא שעבוד על הנכסים, אף לגבי בני חורין, איך זוכה המלוה בנכסים בע"כ של הלוח, [ואולי הוא מדין הפקר ב"ד, דנוטלין מהלוח ונותנין למלוה].

ועי' בשערי ישר ש"ה פ"ב דהאריך בזה, וביאר דבאמת אף למ"ד של"ד איכא שעבוד הגוף, ויכול המלוה מכח זה ליטול מנכסי הלוח, אלא דקו' הגמ' בכתובות פ"ו א' דבאופן דאינו רוצה לשלם, איך ב"ד יכולים לכפותו לשלם, דבשלמא למ"ד ש"ד א"ש דכיון דגוף הנכסים משועבדים למלוה, יש כח לב"ד להציל העושק מיד עושקו, אבל למ"ד של"ד כיון דאין לו שעבוד נכסים לא יועיל הא דיש לו שעבוד הגוף, דאי"ז בכלל להציל עושק מיד עושקו, וע"ז משני הגמ' דהוא מדין כופין על המצוות, אולם הא דחייל בעלותו של הלוח על הנכסים הוא מכח השעבוד הגוף, דכיון דבאו נכסי הלוח לידי המלוה ממילא הם שלו, ויישב לפי"ז קו' הקצוה"ח סי' ל"ט סוסק"א אמאי בחזרת ריבית אין יורדין לנכסיו, ותי' בשער"י דכפיה לחוד לא סגי בשביל דיחול בעלותו על הנכסים, אלא הוא רק מחמת השעבוד הגוף שיש על הלוח, אבל בחזרת ריבית ליכא שעבוד הגוף, ע"ש דהאריך בזה.

ג) ברמב"ן הק' דאי נימא דהוא רק מצוה בעלמא מה שייך דין מיטב, [ונראה דכוונתו דרק אי נימא דיש לניזק שעבוד בממונו של המזיק, שייך דין מיטב, אבל אי נימא דהוא רק מצוה בעלמא על המזיק לא שייך בזה דין מיטב], ותי' הרמב"ן דגם לגבי דין מיטב שייך לומר דאיכא מצוה לשלם ממיטב, ולפי"ז תמה הרמב"ן מאי מייתי הגמ' ראייה מהא דאמר עולא דבע"ח דינו בזיבורית, הא י"ל דכוונת עולא דאינו מצווה לסלקו בעידית, אלא יכול לסלקו בזיבורית, והיינו דבשלמא אי נימא דלמ"ד של"ד ליכא דין מיטב א"ש הוכחת הגמ' דמהא דס"ד דבע"ח דינו בעידית מוכח דש"ד אולם כיון דגם במצוה בעלמא שייך דין מיטב, הרי ק' כנ"ל.

ד) ותי' הרמב"ן דהמקור דשל"ד הוא מקרא דבחון תעמוד, דמהא דמנעה התורה אפי' משליח ב"ד לבא אל ביתו ע"כ דשל"ד, ומינה ילפי' דפריעת בע"ח מצוה, ולדידי' ליכא למילף מהך קרא דבע"ח דינו בזיבורית, וכיון דדריש עולא מהך קרא דבע"ח דינו בזיבורית מוכח דס"ל דש"ד, [וכוונת הרמב"ן דאי הוי ס"ל דשל"ד הוי מוקי קרא למצוה, ומוכח מהרמב"ן דלמ"ד ש"ד ליכא מצוה אלא רק שעבוד, דאל"כ אכתי תקשי לוקמי קרא למצוה], ומבואר מהרמב"ן דמסברא ש"ד, אלא דס"ל לעולא דאיכא גזוה"כ דשל"ד, [וכן מבואר בחת"ס גיטין נ' א' בדעת הרמב"ן].

וצ"ב הרי מבואר בב"מ קט"ו א' דרק לביתו אסור ליכנס אבל מותר ליכנס לבית הערב, וכן מותר ליכנס לביתו בשביל שכר שכיר, ואי נימא דטעמא דאסור ליכנס משום דשל"ד, הרי אף לבית הערב יהא אסור ליכנס, וכן יהא אסור ליכנס בשביל שכר שכיר, ועוד צ"ע דהא מבואר בב"מ קי"ג א' דשרי לנתחו בשוק ואי נימא דשל"ד אמאי שרי

ליקח ממנו בשוק, וי"ל בפשי' דודאי אף אי נימא דשל"ד שרי ליכנס לביתו של ערב או ליטול מידו בשוק, מדין כופין על המצוות, אלא דנתחדש דאסור ליכנס לביתו של לוח, אלא כוונת הרמב"ן להוכיח דאי נימא דש"ד אמאי אסור ליכנס לביתו ליטול את שלו, וע"כ דשל"ד ואינו נידון כנוטל את גזילתו מיד הלוח, ולכך שייך לומר דאיכא איסור ליכנס.

והנה ברמב"ן בשבועות ל"ז ב' כתב דאיכא שעבוד מדאו' על מטלטלין, דהא ילפי' לה מקרא דוהאיש אשר נושה בו וכו', וצ"ב הרי מבואר ברמב"ן ב"ב דמ"ד ש"ד יליף לדין שעבוד מסברא, ולא מקרא, [ואמנם בבית יעקב כתובות פ"ו א' כתב דלפי הרמב"ן ב"ב ילפי' לה מקרא דיוציא, וצ"ע דאדרבא ברמב"ן מבואר להיפוך].

וי"ל בפשיטות דהא מבואר ברמב"ן דשל"ד ילפי' מהא דאסור לשליח ב"ד להכנס, ואי נימא דליכא שעבוד על מטלטלין, הרי ליכא דשל"ד, אלא טעמא דאסור לו ליכנס, משום דלכו"ע ליכא שעבוד על מטלטלין, וע"כ דאי ש"ד אף מטלטלין בכלל, ולכך הוכיח הרמב"ן מהא דאסור לו ליכנס, דשל"ד.

(ה) עי' בריטב"א קדושין י"ג ב' דביאר דכוונת הגמ' להוכיח מהא דאמר עולא דבעי' קרא למילף דבע"ח דינו בזיבורית דע"כ מוכח דש"ד, דאי נימא דשל"ד, מהיכ"ת דיהא חיוב לפרוע מעידית, הרי כיון דש"כ ככסף, הרי פרע לו כל חובו, ויוכל לפרוע ממה שהוא רוצה, ורק משום דש"ד ויש לו זכות גביה מכל הנכסים משו"ה ס"ד דיוכל ליטול איזה נכסים שירצה, דהא כל הנכסים משועבדים לו, וילפי' מקרא דמ"מ דינו בזיבורית, ובאבי עזרי פ"ט מו"ל ה"ד תמה אמאי לא ביאר הרמב"ן כדברי הריטב"א.

ומוכח דבאמת הרמב"ן פליג וס"ל דאף אי נימא דשל"ד מ"מ ס"ד דיוכל לתבוע מעידית, אולם נראה דודאי אף לס"ד אם הלוח רוצה לשלם מזיבורית א"א לעכב על ידו, וכל מה דבעי קרא דינו בזיבורית, הוא רק באופן דאינו רוצה לשלם ונחתנין לנכסיו, דאף דהא דנחת' הוא מדין כופין על המצוות, מ"מ כבר נתבאר מהשער"י דלבתר דנחת' חייל הגביה מחמת השעבוד הגוף, ולכך ס"ד דבי"ד יכולים לגבות מעידית, ואשמועי' עולא דבע"ח דינו בזיבורית.

(ו) ויש להוסיף בזה, דהנה מדויק ברמב"ן דהק' לקו' רק לבתר דחידש דגם למ"ד של"ד יורדין לנכסין מדין כופין על המצוות, וצ"ב אמאי לא הק' הרמב"ן כן אף על פי' קמא דס"ל דלמ"ד של"ד לא נחתנין לנכסיו, דמאי מיייתי ראי' מעולא, דילמא קרא אשמועי' רק דליכא מצוה לשלם ממיטב, דהא לענין נזיקין חזי' דאף למ"ד של"ד איכא דין מיטב, וביותר מפורש כן ברשב"א, דבתחילה ביאר דאין יורדין לנכסיו, ואח"כ הביא לדברי הרמב"ן דלכו"ע יורדין לנכסיו, והק' בקו' הב' דא"כ מאי פריך מעולא דבע"ח דינו בזיבורית, דילמא בי"ד יורדין לנכסיו ומקיימין מצותו בזיבורית, וצ"ע דגם לולי דברי הרמב"ן תקשי מאי פריך מדעולא הרי כיון דגם למ"ד של"ד איכא דין מיטב, הרי שפיר י"ל דאשמועי' עולא דאין מצוה לבע"ח לפרוע מעידית.

וע"כ מוכח דלפי הצד דאין יורדין לנכסיו אלא רק כופין אותו לפרוע, ודאי דא"א לחייבו לפרוע מעידית, ולא בעי' למילף מקרא דינו בזיבורית, ורק משום דיורדין לנכסיו בעי' למילף מקרא דאין נוטלין מעידית, ולא כהריטב"א דנקט דגם אי נימא דיורדין לנכסיו לא בעי' למילף מקרא דינו בזיבורית רק למ"ד דש"ד.

גמ' - בשעמד בדין. עי' תו' סוד"ה לא דדנו אי טעמא משום קלא או משום דחשיב כמוחזק, והנה בב"ק ק"ד ב' מבואר בגמ' לגבי דין ק"ש דבכפר האב והודה הבן דחייב קרן ופטור מחומש, ומוקי לה בגמ' באין גזילה קיימת, ואיכא אחריות, דחייב על הקרן ופטור על החומש, ופריך הא הוי מלוה ע"פ ואינו גובה מן היורשים, ומשני בשעמד

בדין, ועי' בתו' דבארו דקו' הגמ' למ"ד של"ד דמשמע דמדאו' הוא חייב לשלם מאחריות נכסים, ועי' בכור"ח סי' ט"ז דהק' דא"כ מאי משני דמיירי בעמד בדין, הרי עמד בדין מהני רק מדרבנן דאיכא קלא, ולא לגבות מדאו', וע"ש מה דהאריך בזה, אולם בשו"ת רע"א ח"א סי' קל"ב כתב דבאמת מוכח מהגמ' שם דעמד בדין מהני לדאו', אולם צ"ב הסברא בזה.

ויש לפלפל לפי הראשונים דקו' הגמ' בכתובות פ"ו א' אמר לא ניח"ל מאי, קאי למ"ד של"ד דאינו אלא מצוה בעלמא, דהרי ע"כ מיירי בעמד בדין ופסקו עליו דהוא חייב לשלם, [דאל"כ מאי משני כופין על המצוות], וא"כ הרי בכזה"ג לכו"ע ש"ד, ושפיר יורדין לנכסיו מדאו', ומאי פריך, ושו"ר דהאריך בזה ש"ב בספר צבא המלך סי' ס"ה, ע"ש.

קע"ו א'

(א) גמ' - אמר רב פפא הלכתא וכו'. ומבואר דגובה מיורשין כדי שלא תנעול דלת ואינו גובה מהלקוחות משום דל"ל קלא, ובראשונים תמהו מהא דמבואר בקדושין י"ג ב' דמלוה ע"פ גובה מן היורשין משום דש"ד, ואינו גובה מלקוחות משום דל"ל קלא, ונשנו בזה ג' תי' בראשונים -

[א] (א) עי' ברי"ף דכתב דהעיקר כסוגיא דקדושין דש"ד, וכוונת הגמ' ב"ב לבאר דטעמא דלא גזרו אף על יורשין כמו בלקוחות כדי שלא תנעול דלת, אבל לגבי לקוחות גזרו כיון דליכא קלא, וכ"כ הרא"ש, ועי' ברמב"ן רשב"א ריטב"א ותורי"ד בקדושין י"ג ב' דתמהו דא"כ למאי הוצרך ר"פ לבאר דגובין מן היורשים כדי שלא תנעול דלת, הא כיון דש"ד, הרי ביורשים אין סיבה לעקור.

(ב) ועי' בחמד"ש קדושין י"ג ב' דיישב עפ"י"מ דיסד דהשעבוד חייל רק ברצון הלוה, וזהו הטעם דמדאו' איכא דין שעבוד גם במלוה ע"פ, אולם לבתר דתקנו דאינו גובה מלקוחות רק במלוה בשטר, גדר הדין הוא דלא סגי בדעתו להשתעבד, אלא בעי' דהשעבוד יחול ע"י השטר, ולכך הוצרכו לתקנה דשלא תנעול דלת כדי לגבות מהיורשים. ועד"ז י"ל דמסתבר דרבנן לא ביטלו רק מקצת מהשעבוד, אלא ביטלו לגמרי את השעבוד במלוה ע"פ, ולכך הוצרך הרי"ף ליתן טעם אמאי במע"פ גובה מהיורשים.

(ג) ובשער המלך פי"א מו"ל ה"ד ביאר עפ"י"מ דמבואר בתו' ב"ב קע"ה ב' ד"ה אינו דכיון דמלוה בע"פ ואינו חושש לקלא ולקוחות אינו גובה אף מן היורשים, ולפי"ז י"ל דס"ד דבמלוה ע"פ כיון דאינו חושש ללקוחות אינו חושש נמי ליורשים, לכך הוצרך הרי"ף לטעמא דנעילת דלת, ועד"ז ביאר בהגהות חשק שלמה בקדושין דאחר התקנה דאינו גובה מלקוחות לא סמכ"ד.

(ד) והנה הר"ן בכתובות [מ"ט ב' מדפי הרי"ף] והנימוק"י שלהי ב"ב הביאו מתשו' הרי"ף דמלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת המלוה בשטר קודם, ועי' באבי עזרי פי"א מו"ל ה"ז דהרי"ף אזיל לשי' דבמלוה ע"פ ביטלו לגמרי לדין השעבוד, ולכך המלוה בשטר קודם, ומבואר דביטלו אף את השעבוד מדין מיני'.

וצ"ע דהא הרמב"ן הק' על הרי"ף למאי הוצרך לטעמא דנעילת דלת, וא"כ להנ"ל הרי מוכח דס"ל דלא ביטלו את השעבוד לגמרי, ואילו לגבי דיני קדימה ס"ל לרמב"ן בכתובות צ' ב' והובא בר"ן שם כדעת הרי"ף דאין קדימה למלוה ע"פ מוקדם על מלוה בשטר מאוחר, [ובאמת דבלשון תשו' הרי"ף מבואר דטעמא משום דהמלוה בשטר חשיב כמשועבדים ואין מלוה ע"פ גובה ממשועבדים, ונפק"מ בב' מע"פ אם יש דין קדימה, ואכ"מ].

(ה) והנה מבואר ב"ק י"א ב' דהנידון אם גובין מן העבדים תלוי אם עבדא כמטלטלי או כמקרקעי, ובתו' וברא"ש שם בארו דלמילי דאו' עבד כקרקע, ולמידי דרבנן עבד כמטלטלי, וכיון דשל"ד נידון כמטלטלי ואין גובין ממנו, ותמה הש"ך סי' ל"ט הרי הרא"ש כתב כהרי"ף דקיי"ל דשל"ד, ותו' בדברי יחזקאל סי' מ"ח דכיון דנתבאר דאחר התקנה ביטלו לכל הדין שעבוד, ממילא אף מה דתקנו דגובה מדין שלא תנעול דלת אינו מדין דאו', ולכך להל' הוי מילי דרבנן ועבד כמטלטלין.

(ו) והנה בתו' ב"ב ב"מ ד' ב' הק' למ"ד ש"ד כל מודה במקצת הוי כפירת שעבוד קרקעות, ותו' דל"ל קרקע, והק' בהא דארי"ח ממון שיש עליו עדים חייב קרבן, ממון שיש עליו שטר אינו חייב בקרבן, והא ש"ד ואמאי חייב קרבן בממון שיש עליו עדים, ותו' דכיון דהפקיעו חכמים השעבוד הרי"ז כמחל השעבוד, ומיירי באית לי' משועבדים ול"ל בנ"ח, דבאית לי' בנ"ח אף בממון שיש עליו עדים פטור, ובל"ל משועבדים אף בממון שיש עליו שטר יהא חייב, אולם הר"ן בשבועות כתב דאחרי שביטלו חכמים לשעבוד חייב שבועה אף באית לי' קרקע, ומבואר דנחלקו תו' והר"ן היכא דאית לי' בני חורין אי חשיב כפירת שע"ק או לא.

ולכאור' יסוד הנידון בזה הוא האם רבנן ביטלו לגמרי את השעבוד של הנכסים, ואף מהבני חורין, או דביטלו רק את הגביה מנכסים שאצל הלוקחות, אבל לא ביטלו השעבוד מבני חורין.

(ז) והנה בטור חו"מ סי' ק"ז הביא מתשו' הרא"ש דיתומים שמכרו אין חייבים לשלם מדין מזיק שעבודו של חברו כיון דלא הזיקו בגוף הקרקע, ובאבנ"מ סי' צ"ג ס"ק ט"ז תמה דמ"ש ממוחל שט"ח של חברו דחייב מדין מזיק שעבודו של חברו, אעפ"י דלא הזיק את הקרקע, ותו' בדברי יחזקאל שם עפ"י הנ"ל דלכתר התקנה ביטלו לדין שעבוד גם מהיתומים, ולכך אעפ"י דתקנו דכפועל הוא גובה אינו בכלל מזיק שעבודו, דומיא מה דמבואר בטור שם דמכרו היתומים מטלטלין אין חייבים לשלם, אעפ"י דמתקנת הגאונים גובין ממטלטלין, ע"ש.

[ב] (א) בתו' ב"ב הביאו מרבינו אלי' דבסוגיא דקדושין דמיירי לגבי קרבן נקטי' דשל"ד, אבל במלוה ע"פ של"ד, ובתו' בקדושין ביארו טפי בשם ר"ח דבמלוה הכתובה בתורה לא שייך הא דנעילת דלת ולכך עשאו' כמלוה בשטר, אבל לגבי לקוחות לא עשאו' כמלוה בשטר כיון דליכא קלא, ועי' בש"ך סי' ל"ט דהאריך בישוב דבריהם.

[ג] (א) בתו' ב"ב תי' עוד דר"פ אמר רק לעיקר הדין, והגמ' ב"ב מפרש לה כמ"ד דשל"ד, והגמ' בקדושין מפרש לה כמ"ד דשל"ד.

(ב) ועי' ברשב"א דהביא בשם רה"ג ליישב דר"פ ס"ל ש"ד, והגמ' ב"ב אתא לאשמועי' דאפי' למ"ד של"ד מלוה ע"פ גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת, וצ"ב הרי רי"ש דס"ל דשל"ד ס"ל דאינו גובה מהיורשים, ור"פ גופי' ס"ל דשל"ד, וא"כ למאי אשמועי' דאף אי של"ד גובה מיורשין, ואולי י"ל דהגמ' מיייתי לדינא דר"פ לבאר לדינא דיורשי בעל הבור, דאף אי של"ד חייבים היורשים לשלם, ולכך מיייתי לה הגמ' אף למ"ד של"ד, וצ"ע.

(ג) ועוד הביא הרשב"א מהראב"ד לתרץ דר"פ גופי' ס"ל דשל"ד, וכוונת הגמ' בקדושין לאשמועי' דהלכתא דגובין מן היורשים כר"פ, אולם לאו מטעמי', ובשטמ"ק ב"ב הביא מהראב"ד "והתם הכי קאמר שויוה רבנן כשעבודא דאורייתא משום דלא תנעול דלת בפני לוין" ומבואר דבשביל גביה מיורשין בעי' לתקן שעבוד כעין דאו', וצ"ב למאי הוצרך לזאת, וצ"ל דס"ל דבאמת כיון דאינו גובה מלקוחות ע"כ דבטל השעבוד, אולם מ"מ כדי שלא תנעול דלת הוצרכו לתקן דמ"מ גובין מהיורשים, ולזה הוצרכו לומר דגובה כעין דאו'.

והנה בש"ך תמה דהראב"ד סתור לשי', דבב"י בסי' ק"ד הביא מהבעה"ת בשם הראב"ד דקיי"ל דשל"ד, ואילו בערכין כ' א' פריך על הא דאמר ערכי עלי ומת יתנו הירושין, ש"מ מלוה ע"פ גובין הירושין, ודחי לבסוף דמיירי בעמד בדין, וברמב"ם פ"א מערכין הכ"א הביא לאוקימתא דעמד בדין, ותמה הראב"ד דלמאי דקיי"ל דמע"פ גובין הירושין משום דש"ד, אין צריך לאוקימתא דעמד בדין, וא"כ מבואר דהראב"ד פסק כמ"ד דש"ד, ועי' בש"ך דכתב או דהראב"ד חזר בו, או דאגב שיטפ"י נקט לה, דהא גם אי נימא של"ד נמי קיי"ל דגובין הירושין, וא"כ גם למ"ד של"ד קשה קו' הראב"ד על הרמב"ם דלהל' לא בעי' לאוקימתא דעמד בדין.

ועי' בספר הליקוטם דהביאו מספר טורי אבן דתמה על הש"ך דבאמת אין להק' מחמת דינא דר"פ דמשום שלא תנעול גובין מע"פ מן הירושים, דהא בערכין לא שייך טעמא דנעילת דלת, וכל קו' הראב"ד היא בדוקא משום דקיי"ל ש"ד.

ועל הסתירה בדברי הראב"ד כתב הטורי אבן ליישב כדתי' תו' דרק לענין מלוה הכתובה בתורה ס"ל להראב"ד דש"ד, כערכין וכדו', אבל בשאר מילי ס"ל דשל"ד, וצ"ע דא"כ אמאי לא תי' הראב"ד כן על הסתירה בדברי ר"פ, וצ"ע בכ"ז.

בדברי תו' ב"ק ח' א', י"ד ב', לענין גביית נזיקין מלקוחות

(א) ב"ק ח' א'. גמ' - מכרן לאחד או לג' בני אדם כולן נכנסו תחת הבעלים, ובתו' ד"ה כולם הק' הרי נזיקין הוי מע"פ ולא גבי ממשעבדי, ותי' בתי' קמא דמיירי בעמד בדין, ועוד תי' דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, ובחי' הרשב"א יישב עוד דבנזק יש קול, ולמאי דקיי"ל ש"ד שפיר גובה הנזק מהלקוחות, ועיקר הדין מבואר נמי בתו' י"ד ב', וכן ביארו הש"ך והסמ"ע בסי' קי"ט סעיף ג'.

(ב) ובהגהות הגר"א כתב על קו' תו' דאזלי' לשי' בקדושין י"ג דבארו דר"פ בקדושין מיירי במלוה הכתובה בתורה כמו נזיקין ופדה"ב דש"ד, ומ"מ ס"ל לר"פ דאינו גובה מלקוחות כיון דל"ל קלא, ולכך הק' דאעפ"י דהוי נזיקין מלוה הכתובה בתורה, מ"מ אינו גובה מלקוחות.

אולם בהגהות הגר"א יו"ד סי' ש"ה ס"ק כ"ט כתב בסו"ד במסוגר דיתכן דתו' מודו להרשב"א דבנזק איכא קלא, אולם הרי כתב הרשב"א דלמ"ד של"ד לא מהני קלא דנזיקין, ותו' הכא קיימי למ"ד של"ד, ולכך הק' אמאי הוא גובה מלקוחות, וכ"כ בקצוה"ח סי' קי"ט סק"א, וביאר דס"ל לתו' דלמ"ד של"ד אינו גובה אלא היכא דאיכא שטר, אבל בקול לחוד אינו גובה ממשועבדים.

(ג) עוד כתב הגר"א דלפי הרי"ף מיושב קו' תו' דבמלוה הכתובה בתורה מודה ר"פ דגובה מלקוחות, ובביאור הגר"א יו"ד סי' ש"ה ס"ק כ"ט הוסיף לבאר דכיון דהוי מילתא דל"ש אוקמוה אדאו', אולם אח"כ חזר בו הגר"א וכתב דלאחר העיון נראה דר"פ אמר בסתמא דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות, ואי מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר, הרי אף זה נכלל בדברי ר"פ, ואין חילוק בין מלוה בע"פ למלוה הכתובה בתורה, ולעולם אינו גובה מלקוחות, וס"ל להרי"ף דבנזק יש קול, ולכך גובה מלקוחות, וכדביאר הרשב"א, וכ"כ הגר"א בחו"מ סי' ל"ט סק"ג.

(ד) ובתו' תי' בתי' קמא דמיירי בעמד בדין, והנה בתו' ב"ב קע"ה ב' נסתפקו בהא דעמד בדין גובה מלקוחות אם הוא משום דאית ליה קלא, או משום דחשיב כמוחזק, ומסקו דטעמא משום קלא, וכן עי' בתו' ר"פ דהוסיף דבעמד בדין איכא קלא, והנה אי נימא כהגר"א דתו' ס"ל בקו' דליכא קול בנזיקין, א"ש תי' דבעמד בדין איכא קלא, אולם

אי נימא כהקצוה"ח [וכדברי הגר"א במסוגר] דבקו' נמי ידעו דבנזיקין איכא קלא, אלא דקיימי למ"ד של"ד, ק' מה מוסיף דעמד בדין, ובקצוה"ח שם הוכיח מכח זה דעמד בדין הוי כשטר ממש, ואינו יכול לטעון פרעתי וכל היכא דאיכא שטר וקלא גובה ממשועבדים.

(ה) והנה בתו' בתי' הב' כתבו דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ומשו"ה גובה מלקוחות, ובחי' רע"א הנדמ"ח הק' דהא מדרבנן אינו גובה מלקוחות, ואי נימא דאית ליה קלא, א"כ למאי הוצרכו להא דמלוה הכתובה בתורה, כיון דש"ד, ואי נימא דמיירי למ"ד של"ד מה יועיל הא דכתוב בשטר כיון דאינו גובה אלא היכא דאיכא טעמא דשלא תנעול דלת, ואי ס"ל דבנזיקין איכא לטעמא דשלא תנעול דלת, הרי אף אי נימא דלאו ככתובה בשטר נמי גובה כיון דאיכא קלא, [כ"נ בכוונתו שם].

ואולי י"ל דס"ל בתי' כהרי"ף, וס"ל כמו דנקט הגר"א בתחילה דבמלוה הכתובה בתורה לא גזרו כיון דהוי מילתא דל"ש, אולם לפי הקצוה"ח א"א לומר כן, דהא נקט דתו' רצו ליישב הברייטא אף למ"ד של"ד, ולדידי' ודאי דלא מהני הא דהוי מילתא דל"ש.

ולכאור' ע"כ צ"ל דס"ל לתי' ב' כתו' בקדושין דרק במלוה הכתובה בתורה ס"ל לר"פ דש"ד, וס"ל בתי' בתרא דבנזיקין איכא קלא, ומשו"ה גובה מלקוחות, [ולפי"ז ר"פ מיירי רק לענין פדה"ב וקרבות ולא בנזיקין, ודלא כתו' בקדושין], אבל אי של"ד לא מהני הקול, כיון דליכא טעמא דנעילת דלת.

אולם זה דוחק גדול בלשון תו', דהא לדברי הגר"א סברו בקו' ובתי' קמא דליכא קול בנזיקין, ונמצא דב' התי' פליגי אם בנזיקין יש קול, ולא הזכירו התו' כלל מהאי מילתא, וצ"ע.

(א) ב"ק י"ד ב'. גמ' - שמע מינה לוח ומכר נכסיו ואח"כ בא לבי"ד אין ב"ד גובין לו מהן, ופירש רש"י בתמיה והא קיי"ל דאתא מלוה וטריף, ובתו' שם הק' דהו"ל לאקשווי בפשי' דאם נזיקין הוי מלוה בשטר הוא גובה ממשועבדים, ואם נזיקין הוי כמלוה ע"פ פשיטא דאין גובין כיון דמלוה ע"פ אינו גובה אלא מבנ"ח, ותי' בשם ר"ת דכוונת הגמ' לומר דש"מ דשל"ד ומה"ט לא גבי בנזיקין, דדוקא במלוה בשטר תקנו דגובה משום נעילת דלת, אבל אי נימא דש"ד והא דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות הוא רק מדרבנן, א"כ תקשי אמאי אינו גובה בנזיקין מלקוחות הא לא שייך הגזירה, כיון דאיכא קלא.

(ב) ובפשוטו כוונת תו' דאי של"ד לא אכפ"ל דאיכא קלא, דמ"מ לא שייך בנזיקין הגזירה דשלא תנעול דלת וכו', ובשער המלך פי"ט מו"ל ה"ה תמה דהא הגמ' ב"ב פריך למ"ד של"ד מדינא דיורשי בעל הבור וכו', ומשני דמיירי בעמד בדין, ואי נימא דעמד בדין מהני משום דאית ליה קלא, מה יועיל הא דעמד בדין, ואי נימא כמבואר בתו' ב"ב קע"ה ב' סוד"ה לא דגם בנזיקין שייך הטעם דפתיחת דלת מפני הרשעים, הרי א"כ תקשי מדוע כתבו תו' דלמ"ד של"ד לא גבי בנזיקין, הא איכא גזירה דנעילת דלת ואיכא נמי קלא ודמי למלוה בשטר דגובה מלקוחות.

(ג) ולכך ביאר בשעה"מ בכוונת תו' עפ"י דברי הרשב"א בדף י"ד ב' דנזיקין אית לי' קלא טפי ממלוה ע"פ, אולם ל"ל קלא כמלוה בשטר, ולכך אי ש"ד הרי ביטלו הגביה היכא דליכא קלא כמלוה ע"פ, אבל נזיקין דאית ליה קלא טפי ממלוה ע"פ גבי, אבל אי נימא דשל"ד, הרי לא מצינו רק דתקנו במלוה בשטר דהיכא דאיכא קלא כמלוה בשטר הרי"ז גובה מנכסים משועבדים, אבל בנזיקין ליכא קלא כמלוה בשטר, ואינו בכלל התקנה, ועי' בשטמ"ק דהרא"ש הוסיף על תו' "ומיהו לית ליה קלא כמו מוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים לכולי עלמא" ומבואר כהרשב"א דהכא אינו קול גמור, אבל היכא דאיכא קול גמור גובה מנכסים משועבדים, אף בלא שטר.

ועד"ז יש לבאר נמי לדברי תו' בדף ח' א' דס"ל דלמ"ד של"ד לא מהני קלא דנזיקין לגבות ממשועבדים, וע"ז תי' דמיירי דעמד בדין דאיכא קול גמור, ובהא גובה מלקוחות אף למ"ד של"ד.

(ד) עי' בקצוה"ח סי' קי"ט סק"א דביאר בכוונת תו' כפשוטו דבנזיקין איכא קול גמור, ומ"מ למ"ד של"ד לא סגי בקול, דלא תקנו דגובה מלקוחות רק בשטר, ונתבאר לעיל דמזה הוכיח הקצוה"ח דעמד בדין הוי כשטר ולא מצי טען פרעתי, וכן עי' בחי' רע"א [הנדמ"ח] דנמי הק' אמאי מהני עמד בדין, וכתב דלא פלוג רבנן וגובה בשטר בכל גוונא, ולכאור' כוונתו כהקצוה"ח דעמד בדין נידון כשטר.

ועוד תמה בקצוה"ח מ"ש מהמוכר שדהו בעדים דגובה מנכסים משועבדים, הא ליכא שטר, וכבר הובא לעיל דברי הרא"ש בשטמ"ק דיישב כשעה"מ, ועוד י"ל דס"ל לתו' כהרשב"ם ב"ב מ"א ב' דמיירי בקיבל עליו בהדי', ועי' בהגהות אמרי ברוך על ש"ך סי' ט"ז סק"ה דהעיר דבתו' והרא"ש בסנהדרין כ"ט ב' מבואר דלא כהרשב"ם אלא מוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים אף היכא דלא קיבל עליו להדי', וק' הרי הש"ך בסי' ל"ט סק"ב כתב דהרא"ש פוסק דשל"ד, ואמאי סגי בקלא לחוד, אולם למה דנתבאר מהרא"ש בשטמ"ק כדברי השער המלך א"ש היטב דקול גמור גובה ממשועבדים גם למ"ד של"ד.

פריעת בע"ח מצוה

כתובות פ"ו א'

גמ' - אמר לא נח"ל מאי וכו'. עי' במרדכי דהק' דתיפול' מלא תגזול, ועי' מנח"ח רכ"ד סק"ד, ושערי חיים קדושין סי' ט"ז סק"ג-ד.

עי' ברשב"א ב"ב קכ"ד א' דלר"ה ליכא מצוה רק שעבוד, וברבי"ש סי' תפ"ד חלק עליו, וצ"ע שורש הנידון.

תו' ד"ה פריעת - וי"מ וכו'. בביאור דבריהם עי' מהרש"ם, קרני ראם, ובית יעקב, וע"ע בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה ביאור אחר בתו'.

בישוב דעת הרי"ף דהא ר"פ נמי ש"ד - עי' ברא"ש סי' י"ג ובשו"ת הרא"ש כלל י"א ס"ז, ועי' בבית יעקב בביאור דבריו, ועי' היטב בתו' הרא"ש.

עי' בראשונים בקדושין י"ג ב' דהוכיחו מסוגיין דר"ה ס"ל ש"ד, ועי' בש"ך סי' ל"ט סק"ב דדחה, ועי' היטב ברבינו יונה קע"ד א' דדחה ע"ד הש"ך.

(א) גמ' - א"ל ר"כ לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה וכו'. עי' במרדכי אות רכ"ב דתמה דהא מחוייב שלא לגזול את חברו, ותי' בשם ר"ח רא"ם וריב"ק דמיירי ביתומים דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, [והק' א"כ איך אמרי' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, הא מבואר הכא דכופין אותן, ותי' דהך דינא הוא רק ביתומים קטנים, אבל יתומים גדולים דאמרו לא בעינא כופין אותן, וצ"ע דנמצא דגובין קרקעות מיתומים קטנים, ובערכין כ"ב א' מבואר להדי' דמקטנים אין נקקים גם לקרקעות], ומבואר מדבריו דלגבי הלוח גופי' ליכא דין פריעת בע"ח מצוה, ועי' בראב"ן סי' ס"ח בסוף התשובה דביאר נמי כדברי המרדכי, וכן מבואר בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד ד"פ סי' רנ"ח, וכ"כ בקה"י סנהדרין סי' א'.

מדנפשי, [נוראיתי להק' דבגמ' קע"ד א' מוכח לפי' הרשב"ם דגם לענין מיני' בעי' לדין מצוה, שהרי הערב נידון כמלוה ליתומים, וצ"ע שם].

(ב) ועי' במנח"ח רכ"ד סק"ד דתמה על הגמ', דהא מבואר ברמב"ם דכל חוב שאינו משלמו עובר בלא תעשוק, ובחינוך עשה רכ"ח כתב דעובר בלא תגזול, ועל ל"ת הרי ודאי דכופין, [עי' ראנ"ח סי' נ"ח].

ועי' בדברי יחזקאל סי' נ"א סק"ב דכתב דדוקא היכא דאינו רוצה לשלם כלל עובר בלאו, אבל היכא דאינו רוצה לשלם רק לאחר זמן אינו עובר בלאו, ועל כה"ג פריך דאמר לא בעינא רק לאחר זמן מאי עבדינן לי'.

ועי' שערי חיים קדושין סי' ט"ז ס"ק ג-ד דיישב דדברי החינוך קאי רק למ"ד ש"ד, דלמ"ד ש"ד דהוי כקנין נידון כגזול, אבל למ"ד של"ד אין לו קנין בנכסים, ואם אינו שמלם אינו בכלל גזילה, [ועי' הפלאה כתובות ק"י א' דנפק"מ בדין ש"ד אם שמין לבע"ח הבינונית כשעת הלואה או כשעת הפרעון, ומובן לסברת שע"ח, ועי' בקרית ספר פ"ז מערכין דכתב "ההקדש מפקיע השעבוד נראה דהוה מדרבנן דמדאורייתא גובה אפילו מן ההקדש דכיון דשעבודא דאורייתא כדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו לא חייל הקדש דהוי כמקדיש דבר שאינו שלו דלא חל שם הקדש עליו כיון שאין לו נכסים אחרים לגבות מהם"].

(א) עי' בראשונים קדושין י"ג ב' דהביאו ב' ראיות דר"פ ס"ל דשל"ד, חדא מהא דפריך לי' לדידך דאמרת וכו' דמבואר דלר"ה לא קשיא, ומשום דלר"ה ש"ד, אבל ר"פ ס"ל דשל"ד, ועוד ראייה הביאו מהא דר"ה ס"ל דמעיקר הדין גובין גם מיתומים קטנים, ולר"פ אין גובין משום דלאו בני מצוה, דע"כ מוכח דלר"ה ש"ד, ולכך גובין גם מקטנים, אבל ר"פ ס"ל דשל"ד ובעי' לדין כפי' על המצוות, ותמהו מכאן על הרי"ף דכתב בשלהי ב"ב דר"פ ס"ל ש"ד, וביותר קשה דהרי"ף הביא בסוגיין להא דכופין אותו מדין כופין על המצוות, וק' דכיון דפסק דש"ד הרי לא בעי' לדינא דכופין על המצוות, וכן יש להק' בדעת הרמב"ם דפסק בפ"א מו"ל ה"ד דש"ד, ובפ"ב ה"ד פסק דכופין אותו משום דפריעת בע"ח מצוה, וכן פסק בשו"ע סי' צ"ז סט"ו, ועי' להלן ישוב הרא"ש על הרי"ף.

וביותר קשה דהא הרי"ף פסק [נ"ח ב' מדפי הרי"ף] כר"ה דרק משום צריי אין גובין מיורשים קטנים, וכן פסק הרמב"ם פ"א מו"ל ה"ו, וא"כ למאי הוצרכו להא דר"פ, הא מבואר בגמ' דלר"ה לא בעי' לדין כפיה על המצוות.

(ב) והנה עי' ברשב"א ב"ב קכ"ד א' הביא מהרימ"ג דהיכא המלוה אינו רוצה לטפל בנכסים לשומו כשיעור החוב וכדו' כופין אותו לעשות כן, והרשב"א תמה עליו כיון דקיי"ל דש"ד יכול לומר למלוה הרש"ל, ודוקא לר"פ כופין אותו בשוטים, אבל לר"ה אין כופין אותו בשוטים, אלא יורדים לנכסיו, והובא בטור סי' רע"ח ס"י, וע"ש בדרישה דהאריך לבאר דברי הרשב"א דלר"ה איכא נפק"מ לקולא דאין הטיפול מוטל על גופו, רק על נכסיו, [ועיקר היסוד של הרשב"א אף מדויק ברמב"ן קע"ד א', וכן נראה בשטמ"ק בשם הרא"ה דכתב דאי ש"ד מוקמינ' קרא דדהאיש אשר אתה נושה בו לבע"ח בזיבורית, ולא למצוה, והיינו דליכא מצוה למ"ד ש"ד, ועי' בפ"י הגרי"ף עשה כ"ב ואמרי בינה דיני הלואה סי' ג' דהאריכו בזה, וע"ע גידולי תרומה שער ס' אות ב' דהק' דהטור סתר שיטתו בזה, ע"ש].

ולפי"ז יש ליישב הא דהוצרכו הרי"ף והרמב"ם לדין כופין על המצוות, דמצד השעבוד נכסים אין כופין אותו לטרוח, ולכך כתבו דמ"מ איכא מצוה גם לר"ה, דמה"ט כופין אותו לטרוח, וצ"ע בזה, [ווי"ל עוד דנפק"מ באופן דאינו אומר שלא ישלם, אלא רק דוחה אותו לזמן אחר, דא"א לכפותו מחמת השעבוד אלא רק משום המצוה וכו"ל מהר"י, וכן י"ל דנפק"מ היכא דיש ללוה רק מטלטלין, אי נימא דעל מטלטלין ליכא שעבוד, וכל חיובו רק משום מצוה].

ובעיקר דברי הרשב"א, עי' בריב"ש סי' תפ"ד דכתב דודאי גם לר"ה איכא מצוה, ואם הוא מברית נכסיו כופין אותו, והוכיח כן מהרי"ף דאעפ"י דפסק ש"ד מ"מ פסק דכופין אותו על המצוה, וביותר מצינו בספר התרומה שער י"ד ח"א אות א' דכתב דר"ה דאמר פריעת בע"ח מצוה אדרבא אזיל לשי' בקדושין דשעבודא דאו'.

(ג) ובעיקר דברי הרשב"א תמה באמרי בינה דיני הלואה סי' ג' אמאי לר"ה גרע וליכא מצוה, ולכאורי' י"ל דכיון דס"ל לר"ה דש"ד ויש לו קנין בנכסים, לא שייך לומר שיש לו מצוה, דכל המצוה הוא להעמיד פרעון למלוה, וכיון דהנכסים כבר קנויים לו, לא שייך בזה מצוה, אבל לר"פ דאין לו קנין שייך לחייבו במצוה על הפרעון, ואעפ"י דמדרבנן איכא שעבוד, מ"מ כבר ביאר הרמ"ה ב"ב קע"ה ב' דמהא דמוכיח הגמ' שם מגבו קרקע דשל"ד מוכח דאף אחר התקנה אינו דין שעבוד, אלא רק זכות גביה, וזה כסברת שער חיים ב' [אולם לפי"ז א"א לומר כישוב הנ"ל סק"ג דהרי"ף נמי מודה להרשב"א אלא דס"ל דלר"ה איכא נמי מצוה, דהא כיון דפסק ש"ד, לא שייך בזה דין מצוה, וכן"ל].

(ד) ובעיקר הוכחת הראשונים דר"ה ע"כ ס"ל ש"ד מהא דיתמי קטנים חייבים מעיקר הדין, עי' ברבינו יונה קע"ד א' דדחה דלעולם ס"ל לר"ה דשל"ד, אלא דשעבדו חכמים לנכסים בין מיני' ובין מיתמי, ולדבריו נדחה נמי ראיית הראשונים מסוגיין דאף אי נימא דלר"ה של"ד מ"מ באמר לא ניח"ל גובין ממנו מחמת דתקנו חכמים דגובין מיני', ורק לר"פ דהוצרך לדין מצוה פריך אמר לא ניח"ל מאי, ועי' בש"ך סי' ל"ט סק"ב דג"כ דחה לראיית הראשונים דס"ל לר"ה דמשום נעילת דלת גובה אף מיתמי קטנים.

(ה) ולענין הראיה מסוגיין בפשוטו נמי יש לומר דלר"ה ליכא ראייה דכיון דאיכא שעבוד נכסים מדרבנן, משו"ה לא מצי אמר לא ניח"ל, דלא עדיף מהלקוחות, ובשערי ישר ש"ה פ"ב [ד"ה והנה ע"פ] כתב לבאר דקו' הגמ' על מלוה ע"פ, [ואף דגובה מיתומים, מ"מ הא לר"פ אינו אלא בגדולים מחמת המצוה, ולכך פריך אמר לא ניח"ל מאי], וכן מבואר ברימ"ג ב"ב קע"ד א'.

אולם עדיין צ"ע דהא תו' הוכיחו בדף קע"ד א' ד"ה ואם דינא דר"פ בערכין כ"ב א' לגבי גביה מיתומים מיירי נמי על מלוה בשטר, וא"כ עדיין תקשי אמאי אין גובים מיתומים קטנים מחמת השעבוד נכסים של השטר מדרבנן, כמו דגובין מהלקוחות, אעפ"י דאין להם מצוה, ואין לומר דבלקוחות חיובו משום המצוה של הלואה, משא"כ ביתומים קטנים, דאכתי תקשי אמאי ביתומים קטנים גובין מהלקוחות כמבואר ברשב"א ב"ק ח' ב' ונפסק בשו"ע סי' קי"א י"ג, ואף החולקים שם הוא מטעם אחר כיון דאמר לו הנחתי לך מקום, ע"ש בנו"כ ובביאור הגר"א.

ובש"ך שם כתב לדחות הראיה מסוגיין דס"ל לר"ה דכיון דאיכא עליו חיוב לשלם לא מצי אמר לא ניח"ל, ורק לר"פ דס"ל דאינו חיוב גמור אלא מצוה בעלמא, פריך אמר לא ניח"ל מאי, ולכאורי' כוונתו דלר"ה אעפ"י דשל"ד מ"מ ודאי דאיכא חיוב על הלואה לשלם ומשו"ה כופין אותו ב"ד לשלם, משא"כ לר"פ דהוא רק מצוה בעלמא, וצ"ב מדוע הש"ך לא דחה כמו דדחה לסוגיא בערכין, וצ"ב.

(א) תו' ד"ה אמר - וי"מ דאתולה וכו'. עי' במהרש"א דביאר דבריהם דמיירי דאינו רוצה לפרוע מעות אלא קרקע, ולר"ה דש"ד כמו דיש שעבוד על הקרקע יש גם שעבוד על המעות, ונפק"מ דיתומים דהניח להם אביהם מעות חייבים לשלם, וכמו"כ בתולה מעותיו בנכרי קנסו אותו וכופין אותו למכור וליתן מעות, אבל לר"פ דליכא שעבוד רק היכא דאיכא מצוה, א"כ כמו דלר"פ באופן דלא הניח האב קרקע, אין כופין את היורשים הגדולים על המעות, משום דליכא מצוה על המעות, [ואף באופן דהניח האב קרקע, הא דכופין אותם על קרקע משום נעילת דלת], ה"ה נמי לענין מיני' לא שייך לקונסו ליתן דוקא מעות, כיון דאין עליו מצוה ליתן דוקא מעות, וע"ז משני דבמיני' כופין לעשות מצוה אפי' על מעות, ובזה ביאר לדברי הפסקי תו' דכתב להל' דלמאי דקיי"ל כר"ה כופין את היורשים אף ליתן מעות, עכתו"ד, וכ"כ במהר"ם שיף.

וצ"ע לפי המהרש"א תי' הגמ' דכופין על המצוות, הרי כל קו' הגמ' הוא דמצד המצוה אין נפק"מ בין קרקע למעות, ויכול לפרוע מה שירצה, וא"כ מאי יועיל הא דכופין על המצוות, ועוד צ"ע דא"כ מדוע הוצרכו תו' לבאר דמיירי בתולה מעותיו ולא בארו דמיירי דיש ללוה מעות דא"א לכפותו ולגבות מהם, עוד צ"ע במה דבארו המהרש"א והמהרמ"ש לדברי פסקי תו', דהן אמנם מבואר בתו' דלר"ה איכא שעבוד על המעות, אולם כ"ז רק על מיני', אבל על יתומים לא מצינו בתו' דלר"ה כופין אותן ליתן מעות, והרי חזי' לענין מטלטלין דאעפ"י דיש שי' בראשונים דמדאו' איכא דין מיני' גם לגבי מטלטלין, מ"מ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וא"כ ה"ה לענין המעות.

(ב) עי' בק"ר דביאר לדברי התו' דלר"פ דליכא שעבוד רק מצוה, וכל מה דכופין את הלוה לשלם הוא מחמת שעבוד הגוף, וחיוב הגוף לא הוי על כסף טפי מקרקע, אבל אי נימא דש"ד הרי גם על המעות איכא שעבוד, ולכך כופין אותו בדוקא ליתן מעות, וצ"ב אמאי ש"ד הוי על מעות טפי מקרקע.

(ג) עי' בבית יעקב דביאר דלר"ה דש"ד מדאו' איכא שעבוד גם על מטלטלין, ואף דרבנן תקנו דאין גובין מטלטלין מיורשים מ"מ לענין מיני' לא הפקיעו רבנן לשעבוד על המטלטלין, ולכך חשיב דעשה שלא כהוגן דמכר את המטלטלין, ומה"ט קנסו אותו ליתן דוקא מעות, אבל לר"פ דשל"ד הרי כל התקנה היה רק על קרקע דסמכ"ד, אבל על מטלטלין דלא סמכ"ד לא תקנו שעבוד מזמן ההלואה, אלא דמ"מ בזמן הפרעון כיון דחייל עליו מצוות פרעון תקנו דחייל שעבוד מכח המצוה גם על המטלטלין, ולכך גובין אף מגלימא דעל כתפי', [ומה"ט ביתומים כופין רק על קרקע ולא על מטלטלין, דלענין קרקע דחייל שעבוד מדרבנן מזמן ההלואה כופין את היורשים, אבל לענין מטלטלין דלא חייל שעבוד מזמן ההלואה הרי כבר זכו בהם היורשים וא"א לחייבם לפרוע מדידהו], ולכך פריך הגמ' דאף דלר"פ איכא מצוה על הלוה לפרוע, ותקנו חכמים דנכסיו שמועבדים לקיום המצוה, אולם לענין מעות, דכל המצוה לפרוע מעות הוא רק מצוה דרבנן, [וצ"ע דבנתיב מ"מ סי' ק"ז סק"ד כתב דיש מצוה מדאו' על המעות], ליכא שעבודא, דרק היכא דאיכא מצוה דאו' תקנו שעבוד, וא"כ אמאי כופין אותו ליתן מעות, הא לא חייל שעבוד על המעות, ומשני דלאו מדין שעבוד אתינן עלה, כיון דמצינו דאיכא דין כפי' על המצוות, וכופין אותו אף על מצוה דרבנן, משו"ה אעפ"י דלא חייל שעבוד על המעות, קנסו אותו לשלם במעות, עכתו"ד, [עיקר הדבר דבמטלטלין יש שעבוד בזמן הגביה, כבר מצינו כן בתשו' הרי"ף בלשון ערבי בסוגיא דמי שהיה נשוי ג' נשים בכתובות צ"ג א', וע"ש מה שנתבאר בזה].

(ד) עי' היטב בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה, ולדבריהם כוונת תו' דזה ודאי דגם לר"פ יורדין לנכסיו כשאינו רוצה לשלם, והנידון הוא בתולה מעותיו ביד נכרי, ואין לו כלל מה לשלם, דבשלמא לר"ה דש"ד, תולה מעותיו ביד גוי חייב לשלם כדין גזלן, כיון דגזל את השעבוד, אלא לר"פ היכא דאין מוצאים ממון למשכן מה יהא דינו, ומשני דכופין אותו במלקות עד שיפרע, וצ"ב כיון דלר"פ נחת' לנכסיו, אף בלא ההלכה דכופין על המצוות, מדוע בתולה מעותיו לא נחת' לנכסיו, ובעי' לדין כופין על המצוות.

וי"ל, דהנה בשערי ישר ש"ה פ"ב יסד דדין כפיה על נכסיו הוא רק היכא דגזול ממון בעין אבל היכא דאינו גזול ממון בעין כמו באינו פורע חובו, בעי' לדין כפיה על המצוות, והנה אף דבתי' זה דתו' מבואר דלא כשער"י וגם לר"פ נחת' לנכסיו, מ"מ י"ל דס"ל לתו' דהיכא דיש לו נכסים, הא דיורדים לנכסיו אינו מדין כפיה, אלא שלו הוא נוטל, דהא יש לו זכות לפרוע חובו מנכסיו, ורק היכא דאין לו נכסים, בעי' לדין כפי' על המצוות, ולכך פריך הגמ' דבשלמא לר"ה דאיכא שעבוד אף על המעות, משו"ה בתולה מעותיו ביד גוי חשיב דגזול ממון מהמלוה, ומה"ט כופין אותו ליתן לשלם לו מעות, אבל לר"פ אינו נידון כגזול ממון בעין, אלא הוא רק מעכב הפרעון, וא"כ באין לו

ממה לפרוע א"א לכופו, ומשני דבאמת הוא רק מדין כפיה על המצוות, נולפי"ז ודאי דאין גובין מעות מיתמי אף לר"ה, ודלא כפסקי תו"ר.

שם - ולא דמי לגזלן וכו' דהתם באיסורא אתא לידי'. עי' במהרש"א דביאר דכוונתם דמ"ש מגזלן דחייב לשלם דוקא מעות, ובע"ח לר"פ יכול לשלם קרקע, וצ"ע דהא ר"פ ס"ל ב"ק ז' ב' דכל מילי מיטב, ואינו חייב לפרוע דוקא מעות, ובבית יעקב כתב לבאר דקו' תו' דבאופן דאינו רוצה לשלם את גוף הגזילה ודאי נחתני' לנכסי', אעפ"י דהמצוה היא השבת החפץ שגזל, מ"מ כופין אותו לשלם דמי הגזילה.

אולם צ"ב מנלן לתו' דר"פ לא מיירי אף בגזילה, ובאמת דלפי תו' קדושין י"ג ב' הרי ר"פ מודה במלוה הכתובה בתורה דש"ד, וא"כ אי נימא דגזלן נמי הוי מלוה הכתובה בתורה, הרי בגזלן ר"פ נמי מודה לר"ה, ומאי הק', וצ"ב.

(א) עי' ברא"ש דכתב דר"פ נמי ס"ל ש"ד, וכדעת הרי"ף, והיכא דיש לו נכסים ודאי דיורדים לנכסיו, אולם מיירי דאין לו קרקעות, ותלה המטלטלין ביד גוי, ומבע"ל אם כופין אותו בגופו לקיים המצוה או לא, ועי' בשו"ת הרא"ש כלל י"א סי' ז' דנשאל כיון דקיי"ל דכופין על מצוות פריעת בע"ח, איך יתקיים הדין דאסור ליכנס לבית הלל למשכנו, הא כופין אותו, ותי' דסוגיין מיירי דל"ל קרקע אלא רק מטלטלין והבריחם, דאי אית ליה קרקע ודאי דנחתנין, ובהא אמרי' דאי אמר לא נח"ל לקיים המצוה כופין אותו, אבל היכא דרק דחה את המלוה בדברים לא שייך בזה דין כופין על המצוות, ואין יכולים ליכנס לביתו, נוצ"ב למאי הוצרך להקדמה דסוגיין מיירי דל"ל קרקע, ולא חילק מיד בין אמר לא נח"ל לדוחהו בדברים, וצ"ע].

וצ"ע דא"כ אף לר"ה יש להק' דהא תרווייהו ס"ל דש"ד, וכמו דלר"פ היכא דאין לו נכסים בעי' לחייבו מכח המצוה, ה"ה דלר"ה בכח"ג חיובו מחמת המצוה.

ועי' בבית יעקב דיישב דלר"ה דאיכא שעבוד אף על היתומים ולאו משום מצוה הוא, יליף לדין ש"ד מקרא דיוציא את העבד, וכיון דליכא מצוה ודאי דאין כופין אותו היכא דאין לו, אבל לר"פ דס"ל דהיכא דליכא מצוה ליכא שעבוד, ויליף למצוה מקרא דיוציא אליך העבד, ע"כ דש"ד הוא מסברא, ולכך מבע"ל האם לר"פ דאיכא מצוה כופין אותו או לא, והא חידוש גדול דלר"ה ליכא מצוה, ולדינא דקיי"ל כר"ה באמת אין כופין.

(ב) ובאמת דיש לבאר עפ"י דרכו של הב"י ובאופ"א, דלר"ה דיליף לדין ש"ד מקרא דיוציא אליך העבד הרי איכא שעבוד גם על מטלטלין, וכמבואר ברמ"ה ב"ב קע"ה ב', ולדידי' שפיר כופין אותו כיון דגזל את השעבוד, אבל לר"פ דדין ש"ד הוא מסברא, הרי מסתברא דרק על קרקע איכא שעבוד כיון דסמכ"ד, אבל על מטלטלין דלא סמכ"ד ליכא שעבוד, ולכך מבע"ל אם מ"מ כופין אותו מחמת המצוה או לא, אולם צ"ע דבלשון הרא"ש מבואר דאם יש לו טלטלין אף לר"פ כופין אותו, ואי נימא דליכא שעבוד על המטלטלין אמאי כופין אותו, ומוכרח דס"ל להרא"ש דגם לר"פ איכא דין שעבוד מדאו' על הטלטלין, וא"כ הדק"ל מ"ש דפריך לר"פ ולא פריך לר"ה.

(ג) עי' בתו' הרא"ש דהק' דאי נימא דהיכא דאיכא נכסים אף לר"פ נחתני' לנכסי', אמאי לא נחתנין לנכסי יתומים קטנים, הא ש"ד ומה אכפ"ל דלאו בני מצוה ניהו, ותי' דכל דליכא ליה ליכא ערב, וכיון דלאו בני מיעבד מצוה ניהו, ה"ה דאין הנכסים נעשים ערבים על היורשים, עכתו"ד, וצ"ב דא"כ במאי פליג עלה ר"ה, וס"ל דגובים גם מנכסי יתומים קטנים, הרי כיון דלאו בני מצוה ניהו כל דליכא ליה ליכא ערב.

(ד) ואולי י"ל דר"ה ור"פ פליגי ביסוד דין שעבוד, דר"ה ס"ל דשעבוד הוי חצי קנין, ור"פ ס"ל דאינו אלא דין ערבות על השעבוד הגוף, ולכך לר"ה גובין אף מיתומים קטנים, דלא שייך בזה הדין דאם אין לזה ליכא ערב, כיון דלאו מדין ערבות אתינן עלה, אבל ר"פ ס"ל דהוא מדין ערבות על המצוה, אולם היכא דליכא לזה ליכא ערב, ומש"ה אין גובין מיתומים קטנים, ומה"ט ס"ל להרא"ש דלר"ה ודאי דנחת' לנכסי', דכיון דיש לו שעבוד על המטלטלין, כל דמבריחם חשיב כגזול ממון חבירו, ובודאי דמדין עביד איניש דינא דלנפשי' יכול לכפותו להציל עושק מיד עושקו, אבל לר"פ דהוא רק מדין ערבות, א"א לכפותו רק מדין כופין על המצוות, ולכך כל קו' הגמ' היא רק לר"פ, [וכל מקורו של הרא"ש דפליגי בגדר דין שעבוד, הוא מהא דפליגי אם גובין מיתומים קטנים].

(ה) עוד צ"ב לתי' התו' הרא"ש דאין הנכסים ערבים על יורשים קטנים משום דלאו בני מצוות, דא"כ אמאי גובים מהלקוחות, הא אינהו נמי אינם מצווים על הפרעון, ואין לומר דסגי במה דהלוח חייב במצוה, דא"כ אמאי במת הלוח ויש לו יורשים קטנים לא יוצאו מהלקוחות, וכבר הק' כן לעיל על עיקר קו' הגמ'.

מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם

קנ"ז א'

(א) גמ' - א"ל ר"נ וכו' מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. עי' בשטמ"ק בשם הראב"ד דהק' דא"כ מאי מבע"ל בדאיכני והוריש הא לעולם חייבים מחמת המצוה, ותי' הראב"ד דספק הגמ' ביורשים שאינם בניו, וכוונת הגמ' דיתומים חייבים לשלם אף משלהם משום מצוות כיבוד אב, וע"ז פריך הגמ' דמלוה ע"פ ליכא מצוה אף ממה דירשו מאביהם, וכן הביא בשטמ"ק מהרא"ש דספק הגמ' מיירי בשאר יורשים, וכן עי' ברמ"ה דכתב דקו' הגמ' דמשמע מדברי שמואל דמיירי בכל היורשים ואפי' מן היתומים, ומבואר דהמצוה רק ביתומים, וכן עי' בריב"ש סי' שצ"ב דכתב דלענין תקנת הגאונים דגובין מטלטלין מיתומים, תקנו מדין לא פלוג דמוציאין אף משאר יורשים דאינם בכלל המצוה, וכן נקט בפשיטות בשו"ת באר יצחק חו"מ סו"ס ב'.

אולם עי' בחזו"א ב"ק ט"ו ז' דתמה על הראב"ד והרא"ש דא"כ אמאי סתם ר"פ ואמר מלוה ע"פ גובה מן היורשים, הא יש יורשים דאינו גובה מהם, והו"ל למימר גובה מיתומים, אולם לכאו' להרא"ש לשי' אינו קו' דהא הרא"ש אזיל בדעת הרי"ף דר"פ ס"ל ש"ד, ולכך גובה מכל היורשים, ורק לענין דאיכני דליכא שעבוד וכל חיובו משום מצוה, כתב הרא"ש דיש חילוק בין יתומים לשאר יורשים, ואף להראב"ד דביאר בלהי ב"ב דר"פ ס"ל של"ד, מ"מ עי' בלשונו דגדר הדין לר"פ הוא דדשויה רבנן כש"ד, ומש"ה ס"ל דגובה מכל היורשים.

ובחזו"א הוכיח מתו' כתובות ל"ח ב' דאב מצווה לפרוע חוב של בתו, וע"ש עוד בחזו"א מה דהק', ויש לסייע לזה עוד מהא דקתני דמתני' עליו ועל מורישיו, ומבואר בגמ' דטעמא דמתני' משום מצוות פרעון, וא"כ מבואר דגם בשאר יורשים שייך מצוות פרעון.

והנה אי נימא דמיירי רק ביתומים, הרי יש לבאר דבאמת כל המצוה על היורש הוא רק משום מצוות כיבוד אב, אולם הרי מבואר בתו' כתובות פ"ו א' דאין כופין על מצוות כיבוד אב כיון דהוי מתן שכרה בצידה, וא"כ תקשי על מה דבארו תו' דבירשו מאביהם קרקעות כופין אותן לפרוע.

(ב) ועי' בשו"ע סי' ק"ז ס"א דפסק כתו', ובסמ"ע סק"א ביאר דטעמא דכופין משום דהיורשין חשיבי כהלוח עצמו, וע"ש דביאר דשאני מטלטלין דלא סמכ"ד, ועי' בביאור הגר"א דביאר יותר דמצוה עליהם מה"ת כעל הלוח עצמו,

וסייע לזה הגר"א מדברי ר"פ בקדושין י"ג ב' דמלוה ע"פ גובה מיורשים משום דש"ד, וכוונתו דמוכח דהוא מכח השעבוד, ולא משום מצוות כיבוד אב, דאל"כ אינו ענין להא דש"ד, [ועי' להלן בתו' עוד ביאור בשם רע"א].

(ג) והנה הראשונים הביאו מר"ת דטעמא דמוכר שטר חוב לחבירו ומחלו מחול, משום דע"י שמחל את השעבוד הגוף ממילא פקע נמי השעבוד נכסים, וברשב"א ב"ב קמ"ז ב' תמה על ר"ת דא"כ אמאי מת לזה גובין מהיורשים הא פקע שעבוד הגוף של הלוח במיתתו, ע"ש דהאריך בקו', אולם עי' בר"ן [כתובות מ"ד ב' מדפי הרי"ף] "ומיהו כשמת לזה אף על פי ששעבוד גופו פקע, שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוח שירד לנכסיו ויפרע מהן אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודא של נכסים נפקע", ובתומים סי' ס"ו ס"ק מ"ג כתב דאין מובן לכוונת הר"ן, ותי' דע"כ דהיורש משתעבד כמו הלוח עצמו, ובסו"ד הביא לדברי הר"ן הנ"ל וכתב דאין מובן כוונתו [אולם עי' בתומים סי' ס"ז ס"ק כ"ה דכתב לבאר דבמת הלוח קודם שביעית אין נשמת החוב כיון דהשביעית משמטת רק לשעבוד הגוף, וצ"ע].

(ד) ובנתה"מ סי' ל"ג סק"ב נקט כהתומים, וכן עי' בסי' ס"ו ס"ק כ"ד דנקט כהתומים וע"ש נפק"מ למת המלוה, וע"ע בסי' ק"ז סק"ט וסי' קי"ב סק"ה דנקט כהתומים, [אולם בסי' ק"ז סק"ד נקט דלא כהתומים, וצ"ע], אולם בקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו וסי' ק"ז סק"י, ובמשובב סי' ל"ג סק"ב וסי' ק"ז סק"ט חלק על התומים, ע"ש, [וצ"ע לשון הקצוה"ח סי' ע"ז סק"ז, ע"ש], ובחי' ר"ח הלוי פ"ח שבועות הי"ג כתב "דעיקר חיובא ושעבוד הגוף הרי ליתא כלל אצל היורשים, ורק דין גביה בלבד שחל על הנכסים מדין שעבוד נכסים".

(ה) וע"ש בקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו דביאר לדברי הר"ן דודאי הנכסים הוו ערבין על החוב כ"ז שלא פרע הלוח, אולם כל שפרע הלוח, או שמחל לו המלוה דהוי כפרע לו, ממילא נפטר הערב, כיון דהמלוה קיבל את חובו, ע"י המחילה דהיא כפרעון ממש, ע"ש, וע"ע חי' הגרש"ש ? , קוב"ש ח"ב סי"א, וב"ב אות שפ"א.

(ו) והנה לדברי התומים דאיכא שעבוד הגוף, עדיין אין הכרח לומר דחייל על היורשים נמי מצוות פרעון חוב, שהרי הם לא לו, וצ"ל דמ"מ כין דהם המשך רשותו של הלוח, ממילא מוטל עלי' נמי המצוה של פריעת חובו של הלוח, וכמבואר בביאור הגר"א.

(ז) ובמשובב שם הביא ראייה דלא כהתומים מהא דנפסק בסי' ער"ה סכ"ח דגר שמת גובין מהמחזיק בנכסיו מלוה ע"פ של הגר, והתם לא שייך לומר דירש לשעבוד הגוף של הגר,

ועוד הוכיח מהא דאין היורשים חייבים לפרוע מטלטלין, [ועי' להלן מהגידו"ת דזהו באמת טעמו של הרשב"א לגבי מטלטלין], וצ"ל דשעבוד גופם חייל מעיקרא רק על הקרקעות שירשו מאביהם, ולא על המטלטלין, דרק כלפי דין שעבוד נכסים שירשו חייל שעבוד הגוף לפרוע, אבל על מה דליכא שעבוד נכסים ליכא עלייהו שעבוד הגוף לפרוע.

(א) גמ' - מתקיף לה ר"א וכו'. לדעת הרשב"ם כוונת הגמ' דלרו"ש אף מצוה ליכא, אבל למ"ד מלוה ע"פ גובה מיורשים לא בעי' לכתוב דאיכא, [ועי' ברשב"ם קל"ג א' סוד"ה א"ל רב יימר דכתב דנכסים שקנה הבעל אחר שנתחייב לה חייבים היורשים ליתן לה, משום דכתב לה דאיכא, והק' בשיעורי הגרש"ר שם הרי אף אי לא כתב דאיכא נמי חייבים היורשים ליתן לה משום מצוה, ועי' להלן סק"ג].

(ב) אולם עי' בריטב"א בסוגיין ובר"ן בכתובות [נ' א' מדפי הרי"ף] דבארו דכוונת הגמ' רק לדחות הא דס"ד דלשמואל איכא מצוה וכפי' על דאיכא, וע"ז פריך דהא בדברי רי"ש מוכח דליכא כפי', אולם עדיין יתכן דאף

למ"ד דמלוה ע"פ גובה מיוורשים, הוא רק מצוה, אבל בלא כפי', אולם הק' הריטב"א בסו"ד מלישנא דגמ' האי מלוה ע"פ הוא וכו', [ויתכן דמה"ט מ"אן הרשב"ם בזה], ובשו"ע סי' קי"א כ' הובא בזה ב' דיעות, והש"ך תמה על החולקין מסוגיין, ועי' בחי' רע"א [הנדמ"ח אות כ', ואף נדפס בהגהות רע"א על המל"מ פכ"א מו"ל ה"א] דיישב דכוונת השו"ע לשי' הר"ן הנ"ל, וע"ש ברע"א עוד ראייה לשי' זו.

(ג) ועי' בקוב"ש דביאר דפולוגתייהו תלוי בביאור שי' ר"פ, דאי נימא דר"פ ס"ל דש"ד ומה"ט מלוה ע"פ גובה מן היוורשים, ורק על לקוחות תקנו דאין גובה, הרי ודאי דכל זה שייך רק על נכסים דנשתעבדו בזמן ההלואה, אבל אי נימא דר"פ ס"ל דשל"ד ותקנו דאעפ"י דליכא שעבוד מ"מ הוא גובה מהיתומים, לא בעי' לדאיקני וכופין אותו גם על נכסים שלא היו בזמן ההלואה, [ולפי"ז יש ליישב דברי הרשב"ם לעיל קל"ג א' דהתם קאי להל' דש"ד, [אולם הרא"ש ב"ק פ"ט סי' ו' הביא מהרשב"ם דקייל של"ד, וצ"ע], ומשו"ה בעי' לדאיקני, אבל בסוגיין מיירי להדי' אליבא דר"פ דקאמר דטעמא משום נעילת דלת, ולכך איכא מצוה וכפיה אף בלא כתב דאיקני].

אולם אי נימא כשי' התומים סי' קי"ב סק"א ונתה"מ סי' ס' ס"ק י"ב דמדאו' חייל שעבוד גם על נכסים שקנה אחרי ההלואה, הרי כיון דכלפי היוורשים העמידו על דין דאו', ולא הפקיעו השעבוד, הרי מעיקר הדין גובין מהם, ולא בעי' לדאיקני, וצ"ע.

(ד) ועי' שערי חיים קדושין סי' ל"ג בהגה"ה דביאר דבאמת נכסים שקנה לאחר ההלואה משתעבדים למלוה כ"ז שהם ביד המלוה, אלא דאם מכרם פקע השעבוד, אולם נכסים שהיו בשעת הלואה לא פקע השעבוד, והחילוק הוא, דנכסים שהיו בשעת הלואה מעשה ההלואה משעבדם, ושעבוד זה לא נפקע גם כשמוכר נכסים, דכיון דחייל בהו דין ערבות על ההלואה הרי הם עומדים לעולם בשיעבודם, אבל נכסים שקנה אחר ההלואה שעבודם חייל מכח החוב ושעבוד הגוף, ובזה י"ל דהשעבוד אינו קיים רק כ"ז שהנכסים ביד המלוה, אבל כשמכרם ושוב אינם ברשותו פקע השעבוד, ולכך לגבי יורשים דמבואר בתומים סי' ס"ו ס"ק מ"ג דחייל על היוורשים שעבוד הגוף, משו"ה חייל נמי שעבוד על קרקע שקנה האב לאחר הלואה, [ולפי"ז אם מכרו היתומים א"א לגבות מהלקוחות, וכן מוכח מהשו"ע סי' קי"ב ס"ה].

ויש להוסיף דבזה יתבאר שי' תו' דיש חילוק בין ירשו קרקע לירשו מטלטלין, ובפשוטו החילוק הוא דלגבי קרקע דחייל שעבוד נכסים איכא מצוה וכפי', אבל גבי מטלטלין דלא חייל שעבוד אצל האב, ליכא מצוה וכפי' על היתומים, אולם צ"ע מ"ש מהא דמבואר בסוגיין דאף בלא כתב דאיקני איכא מצוה וכפי' על היתומים, ומבואר דאיכא מצוה וכפי' אף בלא שעבוד.

אולם להנ"ל א"ש, דבאמת איכא דין דין שעבוד נכסים אף בלא כתב דאיקני, ולכך כל דחייל שעבוד נכסים איכא נמי שעבוד הגוף על היתומים, וחייל עלייהו מצוות פריעת בע"ח, אבל גבי מטלטלין דליכא שעבוד נכסים משום דלא סמכ"ד, ליכא נמי שעבוד הגוף, דכל מה דחייל שעבוד הגוף הוא רק משום דיש נכסים מושעבדים אצל האב, וכ"ז מבואר בקיצור בדברי הסמ"ע סי' קי"ז סק"א, [אולם עי' להלן בביאור דברי הרשב"א דנראה מדבריו דכלא כתב דאיקני הוו הנכסים משועבדים רק כמו מטלטלין].

אולם באמת דבקצוה"ח סי' ס' סק"ז כתב דגם באופן דמת ובאו הפירות לעולם אחר מותו נמי חייבים היוורשים אף בלא דאיקני, וצ"ע הא לא חייל דין שעבוד, וצ"ע לע"ע.

(ה) ובאבי עזרי פ"א מו"ל ה"א חידש דכמו דאיכא שעבוד נכסים על פדיון הבן ועל קרבן, ה"ה דחייל שעבוד על הנכסים שירשו מהאב מחמת המצוה של היתומים לפרוע חוב אביהם מדין כיבוד אב, [וצ"ע דהא חזי' לענין מיני']

דאעפ"י דאית לי' מצוה לפרוע מ"מ ס"ל להרבה ראשונים בשלהי ב"ב וכן דעת הקצוה"ח סי' ל"ט סק"א דלא חייל שעבוד על הנכסים, ואינו גובה אלא משום עד שאתה כופהו וכו', ואף אי נימא דבאמת נחתי' לנכסיו מחמת השעבוד דחייל על המצוה, אכתי תקשי אמאי אין מוציאין מדי הלקוחות, ואף אי נימא דאיכא תקנ"ח דלא יוציאו מהלקוחות, וכדס"ל להנחה"מ בדין דאינקי, עדיין צ"ע דא"כ לזה בלא דאינקי וקנה ולזה יהא הראשון קודם, ועי' סמ"ע סיק"ד ס"ק ט"ו וש"ך ס"ק י"ג וקצוה"ח סק"ט דדנו בזה, וצ"ע], ולכך אעפ"י דליכא כפי' על מצוות כיבוד אב, מ"מ כיון דחייל שעבוד מחמת המצוה כופין אותן, [וע"ש דביאר דלפ"ז יכולים היתומים לכתוב שטר על השעבוד דחשיב כנכתב מדעת המתחייב], אולם כ"ז למ"ד מלוה ע"פ גובה מהיורשים, דכמו דחייל שעבוד מחמת האב, ה"ה דחייל שעבוד מכח המצוה של היתומים, אבל למ"ד דמלוה ע"פ אינו גובה מהיתומים אף מהנכסים שהיו אצל האב בזמן השעבוד, ה"ה דלא חייל שעבוד על המצוה של היתומים, [ולפ"ז אף אם מכרו היתומים אפשר לגבות מהלקוחות, וזה נסתר מהשו"ע סי' קי"ב ס"ה].

ועי' בסוגיא דאינקי תוספת דברים בכ"ז, ע"ש.

(א) רשב"ם ד"ה והא - הנ"מ מלוה בשטר וכו'. ובשטמ"ק הביא מהרא"ש דלפי הרשב"ם כוונת הגמ' דבאמת ליכא כפי' בדאינקי והוריש, אלא רק מצוה על היתומים לפרוע, ומייתי הגמ' ראייה מדרו"ש דליכא מצוה במלוה ע"פ, אלא רק במלוה בשטר.

(ב) ועי' ברא"ש דתמה עליו, ולכך ביאר [ויש שם לכאור' קצת ט"ס], דהכלל הוא דכל דחייבים לפרוע מדידהו משום מצוה, ה"ה דבירשו קרקעות שהיה לאביהם, אפי' שקנאם לאחר ההלואה איכא חיוב על היורשים כאילו היו הנכסים ברשות האב בשעת ההלואה, ושאר יורשים שאינם בנים, דאינם חייבים לפרוע מדידהו כשלא הניח המוריש כלום, ה"ה דבקנה והוריש אין כופין את שאר היורשים לפרוע, ולפ"ז פלוגתי' דב"ש וב"ה הוא מעיקר הדין ולא משום מצוה, אלא דמשום המצוה נשאר החיוב של האב, וקו' הגמ' מדרו"ש ביאר הרא"ש דפריך דאף אי נימא דדנים כאילו היו הנכסים ברשות האב בזמן ההלואה, הרי מ"מ בעי' שטר, וכל דהוי מלוה ע"פ, אפי' היו בזמן ההלואה אין גובין מן היורשים, עכתו"ד.

ולכאור' נראה בכוונתו דאינו סברא מדאור', אלא מדרבנן הוא, דכיון דיש להם מצוה לפרוע חובת המוריש, משו"ה תקנו דדנין דהנכסים שירשו כאילו היו אצל האב בזמן ההלואה, ולכך פריך דאף אם היו ברשותו מ"מ אינו אלא מלוה ע"פ.

תו' ד"ה מצוה - וכופין כדמוכח כאן. ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ש דביאר דהא ר"נ אתא לבאר דינא דמתני', ובמתני' הרי פליגי ב"ש וב"ה אם יחלוקו או או דנכסים בחזקתן, ויחלוקו ודאי דהוא בכפי' ולא במצוה, ועוד הוסיף הרא"ש להק' דהא מוכח מהסוגיא בכתובות צ"א ב' דיש מצוה לפרוע חובת אביהם אפי' היכא דלא ירשו כלום, וא"כ אמאי ב"ה לא אמרו דיחלוקו מחמת המצוה לפרוע, וע"כ דמתני' מיירי ע"י כפי', ולכך ס"ל לב"ה דא"א לכפותן אלא נכסים בחזקתן.

שם - ומיהו אין כופין במקום שלא הניח להם אחריות נכסים וכו'. ומבואר דאף היכא דהניח להם מטלטלין ליכא כפי', וכן מבואר בתו' בכתובות פ"ו א' ד"ה פריעת, ועי' במהרש"א ובמהרמ"ש שם על תוד"ה אמר דכתבו דבקרע כופין משום תיקון העולם כדי שלא תנעול דלת, משא"כ במטלטלין, וכן מבואר בחי' רע"א [הנדמ"ח] אות כ' בתו"ד.

שם - אבל הניח להם כופין דהא נזקקין ליתומים ובמלוה בשטר. צ"ב דבשטר נזקקין משום דאיכא שעבוד גמור, ואינו ראייה דכופין גם היכא דהוא רק מצוה, וליכא שעבוד נכסים.

והנה ש"י תו' ב"ב קע"ד א' דר"פ דס"ל דיתמי קטנים לאו בני מצוה נינהו, מיירי אף במלוה בשטר, [וברא"ש ב"ב ל"ג א' מבואר דלר"פ אם בא המלוה לתפוס מיתומים קטנים הרי"ז גולן], ומ"מ בגדולים דיש להם מצוה גובין, ולפי"ז יש לבאר דכוונת תו' להוכיח דע"כ מוכח מדר"פ דאיכא כפי' מחמת המצוה, אולם עדיין צ"ב דיש לחלק דהתם איכא שעבוד גמור, אבל הכא הא ליכא שעבוד, ומהיכ"ת דאיכא כפי' על המצוה, וצ"ב.

שם - דגבי קטינא דארעא וכו' מצוה בעלמא וכו' בדלא שבק להון אחריות וכו'. ומבואר דליכא כפי' על מטלטלין, אולם הרמב"ן והר"ן בכתובות פ"ו א' הביאו מהר"ח דכופין גם על מטלטלין, [ועי' להלן בדעת הרשב"א בזה], ולדעת פסקי תו' כתובות פ"ו א' לדידן דקיי"ל כר"ה כופין אותן על מטלטלין, ועי' בספר התרומות שער ס"א ח"א אות ח' דדייק מרש"י גיטין ל' ב' ד"ה שירשו דבמלוה בשטר כופין את היתומים על מטלטלין מדרבנן אבל במלוה ע"פ אין כופין, ע"ש.

(א) שם - מיהו למ"ד אין גובה אע"ג דמצוה לפרוע מדידהו וכו'. ועי' ברש"ש דהעיר דמבואר בדבריהם דאיכא מצוה לפרוע מדידהו, וכן מבואר ברשב"א בסוגיין ובשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב, [עי' להלן בביאור דעתו], וכן הובא בשטמ"ק בשם הראב"ד, וכן הביא הטור סי' ק"ח סל"א בשם הרב משה ב"ר יוסף, אולם ברמב"ם פ"א מו"ל ה"ח מבואר דליכא מצוה רק על מה שירשו, ועי' במ"מ שם דכן הוא דעת רוב המפרשים, וכן הוא בתו' קע"ד א' ד"ה ואם בסו"ד בשם ר"י, וכ"כ הרמב"ן ב"ב קע"ד ב', וכן נפסק בטוש"ע סי' ק"ז ס"א.

(ב) וברש"ש ציין לדברי הג"א פ"ט דכתובות סי' י"ד דכתב די"א דאינו חייב בכבוד אביו רק משל אביו ולא משלו, כמבואר בקדושין ל"ב א', והובא נמי בביאור הגר"א סי' ק"ז ס"ק י', ועי' בסה"ת שער ס"א ח"א אות ט' דג"כ נקט דכיון דקיי"ל משל אב, פטורים מלפרוע משלהם.

ועי' בשו"ת רע"א ח"א סי' ס"ח דדן לומר דממון שירשו מאביהם חשיב משל אב, וע"ש דדן דיתכן דרק מחמת התקנה דנעילת דלת דנין את הירושה משל אב, והעיר מתו' כתובות פ"ו א', ועי' בקוב"ש כתובות אות שי"ד דביאר דצורך המת הוא לפרוע חובותיו, וכל דבר שהוא צורך המת, הוא קודם ליורשין, ומיקרי עדיין משל אב.

(א) קנ"ט א'. גמ' - בן שמכר בנכסי אביו בחיי אביו, ומת, בנו מוציא מיד הלקוחות, וזו היא שקשה בדיני ממונות, ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפיק, ומאי קושיא דילמא מצי אמר מכח אבוה דאבא קאטינא, ובתו' ד"ה ולימרו הק' אמאי אינו יכול להוציא מיד הלקוחות, הרי אף לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא, היינו דוקא באופן דנפלו הנכסים לבן כשהוא חי, ולא כשהוא מת, והביאו מהריב"ם דביאר דמיירי הכא לענין חזרת המעות, דמעות המקח חשיבי כהלואה, ובנו מוציא את השעבוד שהיה ללקוחות, וע"ז פריך דהא אדם משעבד דבר שלא בא לעולם, [ועי' קצוה"ח סי' ק"ד ס"ק ט"ו בביאור דבריהם, ואכ"מ], והק' תו' דהא מבואר בגמ' בדף קנ"ז א' דאיכא קנה והוריש לא משתעבד ומבואר דאין אדם משעבד דבר שלב"ל, ותי' דהתם מיירי אליבא דשמואל דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים,

ומשו"ה לא מצי גבי, אבל לדידן דמלוה ע"פ גובה מן היורשים, חייל השעבוד על הנכסים אעפ"י שלא באו לעולם, עכתו"ד.

(ב) וצ"ע הרי מה דמבואר בסוגיין דלמ"ד מלוה ע"פ גובה מהיורשים איכא מצוה וכפ"י, היינו בלא דאיכא, אלא דאיכא מצוה וכפ"י על היתומים לפרוע חובת אביהם, ומה ענין להא דחייל שעבוד על דבר שלב"ל, ועוד קשה דהא בגמ' משמע דרק אי נימא כרו"ש מוקמי' למתני' בדכתב דאיכא, ולכך חייבים היורשים, אבל אי נימא כרו"ש דאיכא מצוה על היתומים לא בעי' לאוקמי' למתני' בכתב דאיכא, ואילו לתו' הכא יוצא דגם למסקנא בעי' לכתוב דאיכא, אלא דלא מהני כלפי לקוחות רק כלפי המצוה על היתומים, וצ"ע.

(ג) בתו' שם בהמשך דבריהם הק' על פי' ריב"ם אמאי יש ללקוחות שעבוד על האב הרי אין לך מלוה ע"פ גדול מזה, ועי' במהרש"א דהק' דהא כתבו לעיל דהכא קיימינן למ"ד מלוה ע"פ גובה מן היורשים, דמה"ט חייל השעבוד על דבר שלב"ל, ותו' המהרש"א דלא חייל השעבוד של הלקוחות על הקרקע, כיון דלא בא הקרקע מעולם לרשותו, דהא הקרקע היא של אבי אביו, וצ"ב דהא טעמא דכופין את היורשים אינו משום דחייל השעבוד, אלא משום המצוה, ולהנ"ל כוונת תו' דכל דלא כתב דאיכא ליכא אפי' מצוה, וצ"ע.

שיטת שו"ת הרשב"א

(א) בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב הק' דבר"ח בכתובות מבואר דכופין את היתומים לפרוע מטלטלין שירשו, ובתו' וברימ"ג בסוגיין נמי מבואר דכופין את היורשים לפרוע חוב אביהם, וכתב הרשב"א דמוכח כן מסוגיין, דהא מתני' דנפל הבית מיירי בחיוב גמור דכופין עליו, [ועי' בח"ג סי' קי"ד דהוסיף דמהא דפליגי ב"ש וב"ה אם יחלוקו או דהנכסים בחזקתן, ע"כ דמיירי בכפיית ב"ד], וכיון דמוקי' למתני' מדין מצוה על היתומים, ע"כ דאיכא כפ"י על המצוה, ועוד הק' דהא הגמ' פריך מדרו"ש, ומאי פריך הא אינהו אמרו רק דליכא כפ"י, ועדיין יתכן דאיכא מצוה, וע"כ דמצוה דמתני' אתא לבאר דממילא יהא כפ"י, אולם הביא דיש מי שאומר דאין כופין אותן, והביא ראיה לדבריהם מהסוגיא בכתובות צ"א ב' דאמאי באמרו לו דמי קטינא סלוקי סלקוה, הא כופין אותן לפרוע חוב אביהם, וע"ש דהביא עוד כמה ראיות, ועוד הק' הרשב"א דמסוגיין מוכח דמנכסי עצמן ליכא אפי' מצוה, ולכך במת הבן ראשון אי"צ לפרוע, ותמה דמהסוגיא בכתובות צ"א ב' משמע דהאב שבק רק לקטינא, ומ"מ יש עליהם מצוה לפרוע מדמיהם.

וכתב הרשב"א ליישב דהיכא דלא הניח האב כלום איכא מצוה וליכא כפ"י, [וזהו הסוגיא דקטינא דארעא] אבל היכא דהניח להם מטלטלים איכא מצוה וכפ"י, [וזהו דינא דסוגיין דבאב מת ראשון כופין אותן לפרוע, ומשום דבלא כתב דאיכא דמי למטלטלין דליכא שעבוד נכסים, ועי' לעיל בדברי השע"ח, ועי' להלן בסוגיא דאיכא דצ"ע הרי שי' הרשב"א דאחריות ט"ס אף בדאיכא, אולם לא נחת' לנכסי', אבל היכא דהניח להם קרקע הוא מעיקר הדין, [ולכך גבו קרקע יש לו], ונפק"מ בין כפיה לדין נחת', דבכפ"י לא נחת' לנכסיו, אולם היכא דהוא מעיקר הדין נחת', וכן נפק"מ דבקטנים ליכא כפ"י, אולם דין נחת' איכא נמי בקטנים, וכן נפק"מ באופן דאין האחין בפנינו, דכפ"י על המצוות ליכא, אולם דין נחת' איכא, וכן נפק"מ אם יש ליורש חוב שלו, דבירשו מטלטלין חובו קודם לחובת היורש, כדי דלא לישוו רשעים, אבל בירשו קרקע חוב האב קודם, עכתו"ד.

(ב) ובגידולי תרומה שער ס"א ח"א אות ט' הק' כיון דחזי' דס"ל דבירשו מטלטלין איכא כפ"י, הרי ע"כ דס"ל דכופין על כיבוד אב, ופליג הרשב"א על טעמא דרש"י דאין כופין על מצוה דרבנן, ול"ל נמי סברת תו' דאין כופין על מצוה שמתן שכרה בצדה, וא"כ אמאי אין כופין אותם גם על נכסי היתומים, [ואפ"ל דהנה כבר הובא לעיל דרע"א

נקט דמה שירשו מאביהם חשיב כיבוד אב משל אב, וכה"ג כיון דאיכא מצוה דא' כופין עליה, [ובב"י סי' צ"ז הביא מהמיוחסות סי' פ"ח דיש רשות לבי"ד לכפות על מצוה שמתן שכרה בצדה, אלא דאם בי"ד לא רצו לכפותו אין נענשים], ורק בממון שלהם דמדא' ליכא מצוה, אולם מדרבנן איכא מצוה, בזה ס"ל להרשב"א דאין כופין על מצוה דרבנן, אולם כבר העירו ע"ז דא"כ אמאי הוצרך הרשב"א לבאר דחוב היתומים קודם לחוב אביהם כדי דלא יהיו רשעים, תיפו"ל דחויב דא' קדים לחיוב דרבנן, ולהלן יתבאר עוד הוכחה לזה].

(ג) ותי' הגידו"ת דס"ל להרשב"א "דכי שבק אבוהון מטלטלי מיחייבי אינהו לפרוע מינייהו חובת אביהם לפי שנכנסים במקום אביהם, וכי היכי דפריעת ב"ח ללוה היא מצוה ה"נ הם הבאים תחתיו במטלטלין אלו חייבים במצוה זו מדין פריעת ב"ח, ומש"ה כייפין להו כשאר מצות, אבל כשלא הניח כי פרעי מדידהו עבדי מצוה ולא מטעם פריעת ב"ח אלא משום כבוד אביהם, והשתא הוא מצוה שמתן שכרה בצדה ואין כופין עליה".

(ד) ויש לזה הוכחה מדברי הרשב"א, דהרי הרשב"א הוכיח מסוגיין דכופין על מצוה זו, מהא דדחי דטעמא דמתני' דבאב מת ראשון גובה המלוה, כיון דמצוה על היתומים, והרי מתני' מיירי בדין כופין, וכמוכח המא דס"ל לב"ש דיחלוקן, והנה טעמא דב"ש דיחלוקן מבואר ברשב"ם שם דהלכות חשיבי מוחזקין מדין כל העומד לגבות כגבוי, ואי נימא דהוא דין כפי' על מצוות כיבוד אב, תקשי אמאי חשיב כגבוי, הא אין לבע"ח שום דין ממון על הבנים, ורק לבן יש מצות כיבוד אב, וע"כ דחייל עליהו מצוות הלוה, ומשו"ה חשיב כגבוי, [ועדיין צ"ע דאף אי הוי מצוות פרעון חוב, מ"מ הרי ודאי דלא חייל עליהו שעבוד נכסים, דא"כ הוי נחת' לנכסייהו, וא"כ אמאי חשיב כגבוי, רצ"ע].

(ה) בעיקר ראיית הרשב"א מדינא דגבו קרקע, בפשוטו הוא תמוה דהא התם מיירי דהמלוה מת, ולא הלוה, ואיך מוכח מדינא דגבו מעות אין לו דלא נחת' למטלטלין, ובדוחק צ"ל דהרשב"א דימה הדינים, דכמו דבמת המלוה ליכא שעבוד על המטלטלין ומש"ה הוי ראוי, ה"ה דבמת הלוה לא נחתין למטלטלין שירשו בניו, אולם עי' ברשב"א בסו"ד דכתב "וההיא דגבו מעות, נמי בדינא ממש פליגי. דמר סבר גבו מעות יש לו לבע"ח דאבוהון מדינא. אבל גבו קרקע לא. ומ"ס איפכא, ומדינא" ומבואר להדי' דמיירי אף במת הלוה, נוכמבואר בראב"ד ב"ב קע"ה ב', וביאר דמ"ס גבו מעות מדינא יש לו, ומ"ס גבו מעות מדינא אין לו, וצ"ע דא"כ נמצא דאיכא מ"ד דמטלטלי דיתמי משתעבדי וקרקעות לא משתעבדי, וכן למ"ד דרק גבו קרקע יש לו, הרי נמצא דאעפ"י דכופין את היתומים לפרוע, מ"מ כיון דלא נחת' לנכסי' הוה ראוי, והדברים צ"ע.

(ו) בספר התרומות שער ס"א ח"א אות ו' הק' על שי' ר"ח בכתובות דכופין את היתומים על מטלטלין שירשו, דא"כ אמאי הוצרכו הגאונים למיעבד תקנה לגבות מטלטלין מיתומים, הרי כופין אותם מחמת המצוה, ועי' בגדו"ת שם, וי"ל נפק"מ לענין דכופין אף שלא בפניו.

(ז) עי' חי' רע"א ב"מ ע"ב ב' דכתב דלדעת הרשב"א אם ירשו מטלטלין נחת' לנכסי', ומה דקיי"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח מיירי ביתומים קטנים, וכמו דכתב המרדכי בכתובות פ"ו א', וצ"ע בדברי הרשב"א לא משמע הכי, ועוד צ"ע דהרי הרשב"א בשלהי ב"ב נקט דללוה עצמו לא נחת' ואיך יתכן דלנכסי היתומים נחת'.

(ח) וברע"א שם הק' עוד על הרשב"א מהא דמבואר בריש הגוזל בתרא דהגוזל ומאכיל את בניו, ואין הגזילה בעין, אם הניח להם אחריות נכסים חייבים, ומשמע דבהניח להם נכסים שאין להם אחריות פטורים, וק' הרי גם במטלטלין כופין אותן לשלם חוב אביהם, וע"ש דהוכיח דע"כ מיירי התם בגדולים, [ונראה דכל קו' היא למאי דנקט דלפי הרשב"א גם במטלטלין נחת' לנכסי', אולם אי נימא דאף להרשב"א לא נחת' במטלטלין, א"ש דנקט התנא לאחריות נכסים, כיון דמבואר ברשב"א דבאינם לפנינו לא כפי' להו, ונקט לגוונא דלעולם כופין אותן].

(ט) בעיקר דברי הרשב"א העירני ידידי הרב שמואל ולדנברג נ"י דזה סותר לדבריו בדף קכ"ד דלמ"ד ש"ד ליכא מצוה דפריעת בע"ח, וא"כ איך שייך נידון מצוה במטלטלין, וצ"ע.

קע"ד א'

שעבוד מטלטלין

ב"ב מ"ד א-ב. סוגיית הגמ' - אלא כדרכין אמר שמואל עד וליחוש דילמא דאיכני.

בהא דליכא שעבוד במטלטלין - עי' רשב"ם ד"ה לא, וברשב"ם קכ"ח א' ד"ה ור"נ. ועי' רש"ש ותומים סי' קי"ג סק"א, וע"ש כמה דישבו לסתירת דברי הטור בזה.

בדין שעבוד במטלטלין מדאו' - עי' קצוה"ח סי' ל"ט סק"א ואמרי בינה הלואה סי' ב' באריכות.

בדין אפותיקי - עי' תו' ד"ה עשה דמיירי גם בע"פ, ועי' בש"ך סי' קי"ז סק"ד דהביא הדיעות בזה.

תו' ד"ה שוור - עי' תו' גיטין מ' ד"ה הקדש, ועי' קו' קוב"ש על קו' תו'.

עי' ח' הרשב"א דאף במטלטלין גובה מיתומים, ועי' ח' הר"ן בשם הרא"ה, ועי' תו' ב"ב קע"ה ב' ד"ה לא דנסתפקו האם באפותיקי בעבד גובה אף מהיורשים, וע"ע תו' ב"ק י"א ב' ד"ה כגון וברא"ש שם, ובשטמ"ק בשם מהר"י כן דתלוי אם ש"ד או של"ד.

נתן את האפותיקי במתנה - עי' תו' ב"ק ק"ח ב' ד"ה לזה דגובה כיון דליכא פסידא דלקוחות, וכ"כ תו' כתובות מ"ט ב' ד"ה הוא, ועי' קצוה"ח סי' קי"ז סק"א דתמה מתו' ב"ק י"א ב' ד"ה כגון, ועי' סמ"ע סי' קי"ז ס"ק י"ב דהביא משו"ת הרשב"א ח"א סי' תרי"ח דאין בע"ח גובה ממקבל מתנה, וכן מבואר בריטב"א בסוגיין.

בדין שעבוד בקנין אגב - עי' בריטב"א בסוגיין ד"ה מ"ט דביאר ב' טעמים אמאי באגב איכא קלא טפי מאפותיקי, וכן מבואר ברשב"א גיטין מ' ב' סוד"ה כדרכא. ועי' בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"ב דג"כ ביאר דהוא משום קול, ועי' קצוה"ח סי' ק"ז סק"ז, ובקו' קוב"ש בסתירת דברי הרא"ש, ועי' היטב ברא"ש כתובות ס"ז א'.

בדין אסמכתא בשעבוד - עי' רשב"ם ד"ה וניחוש וברש"ש, ועי' שו"ת הרא"ש כלל ע"ב סק"ז, וקה"י סי' כ"ט. תו' ד"ה והוא - עי' מהר"ם.

ע"י ברמב"ן, ומה דתמה עליו הרשב"א מדין מיני, וע"י בספר התרומות שער מ"ג ח"א אות ו' מה דהביא מהרמב"ן, וע"ע בגדו"ת שם אות ד' בביאור דברי הרמב"ן.

בדין התרה המלוה בלוקח - ע"י בספר התרומות שער מ"ג חלק א' דין ג' באריכות, ובגדו"ת ובנו"כ בסי' קי"ג וסי' קי"ז.

דין גביה מעבדים - סוגיית הגמ' ב"ק י"א ב'. תו' ד"ה אנא - ע"י ש"ך וקצוה"ח ריש סי' ל"ט, וע"י רשב"א בע"ב ד"ה ולענין.

ע"י שער המלך פ"ג מגזילה דהביא להק' סתירה מתו' יבמות צ"ט א' וע"ש בהגהות ברוך טעם מה שתי'.

א) רשב"ם ד"ה לא משתעבדי - דלית להו קלא ולא יזהרו לקוחות וכו'. ומבואר דמטלטלי לא משתעבדי משום דליכא קלא, וע"י ברש"ש דתמה דהא מיירי הכא במלוה בשטר דיצא קול על ההלוואה, וא"כ יכול לגבות מטלטלין מהלקוחות, [ויש לדון דלא סגי בקול של המלוה כיון דיתכן דקנה את הנכסים אחר ההלוואה, לדברי האחרונים דכל החסרון של דאיני הוא רק מדרבנן משום דלית לי' קלא], ות"י הרש"ש דודאי עיקר הטעם משום דלא סמכ"ד, [וע"כ הוא דאל"כ תק' אמאי אין גובין מטלטים מיתומים, הא לא שייך בהו טעמא דקלא], וכוונת הרשב"ם לבאר אמאי בכתב להדי' בשטר דהוא משעבד את המטלטלין לא מהני, וע"ז ביאר הרשב"ם דל"ל קלא, וכמו דמבואר בגמ' לענין אפותיקי, ומשום דאעפ"י דאיכא קלא להלוואה, מ"מ ליכא קלא להא דשעבד להדי' את המטלטלין, ע"ש, [ומה"ט כתב הרשב"א דבכה"ג גובין מן היורשים], וכע"ז ביאר בתומים סי' קי"ג סק"א.

ויש להוסיף דהנה ברשב"ם ד"ה בסתמא כתב דמיירי בסתמא שלא ייחד לו פרה וטלית, ומבואר דאין כוונת הגמ' סתמא בלא כתב כלל, אלא מיירי בכתב בלא אפותיקי, וע"ז ביאר הרשב"ם דכה"ג דכתב להדי' דמשעבד את המטלטלין, טעמא דליכא שעבוד משום דליכא קלא.

וע"י ברשב"ם ב"ב קכ"ח א' ד"ה ור"נ כתב דטעמא דר"נ דאין גובין מן העבדים משום דהמלוה לא סמכ"ד רק על קרקעות שאין יכולים ליאבד, וא"ש לביאור הרש"ש הנ"ל דהיכא דלא כתב להדי' טעמא משום דלא סמכ"ד. והנה הרשב"ם כתב בסו"ד "דאי משתעבדי אין לך אדם שלוקח עוד מטלטלין מחבירו דילמא טרפי לה מיניה" וצ"ב מה הוסיף הרשב"ם בסברא זו דאין לך אדם שלוקח וכו', דמשמע דיש בזה תקנת השוק, ועמד בזה בשו"ת מהריט"ץ סי' רל"ה, ע"ש.

ב) ע"י רש"י ב"ק ל"ג ב' ד"ה ש"מ דאין גובין מטלטלין מלקוחות כיון דלא סמך המלוה עליהם, וכ"ה ברש"י ב"מ ס"ז ב' ד"ה אין דכתב דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי כיון דהמלוה לא סמכ"ד, וכ"כ רש"י ב"מ ק"ד ב' ד"ה להכי [וע"י ברש"י ב"ק י"ד ב' ד"ה ביתמי דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, דילמא לאחר מיתת אביהם קנאום, וצ"ע אטו ירשום מאביהם גובה מהם המלוה, וע"י בתומים קי"ב סק"ה דזה רק טעם אמאי לא סמכ"ד, דכיון דיכולים לומר דקנאום לאחר שמת האב, לא סמכ"ד על המטלטלין, וע"י להלן בסוגיא דתקנת הגאונים עוד בזה].

ג) ע"י בטור סי' קי"ג ס"א דביאר דמטלטלין לא משתעבדי, משום דאין המלוה סומך דעתו עליהם, שהרי הלוה יכול להבריחם, ובב"י נקט כלשון הרשב"ם בסוגיין משום דליכא קול, ותמהו האחרונים דבטור סי' קי"ז ס"ג כתב לגבי אפותיקי במטלטלין דאינו גובה כיון דל"ל קלא.

ועי' בב"ח ריש סי' קי"ג דתי' דהיכא דלא עשה אפותיקי כיון דיכול להבריחם, ממילא אפי' התרה בו לא מהני, כיון דלא סמכ"ד משום שיכול להבריחם, אבל בעשאו אפותיקי דאינו יכול להבריחו כתב דטעמא משום דליכא קלא, ואפי' ידע הלוקח שעשה אפותיקי כיון דלא התרה בו לית לי' קלא, ודייק מזה דהטור בסי' קי"ז כתב ידע הלוקח ולא כתב התרה בו, וצ"ב מה החילוק בין ידע להתרה, ובפרט דכתב הטור שם דטעמא משום דלא פלוג, ומה החילוק בדין ל"פ בין התרה לידע, וצ"ע.

ובסמ"ע שם סק"א כתב דטעמא דסי' קי"ג נקט לאשמועי' דגם קודם תקנת השוק ליכא דין קדימה משום דלא סמך עליהו, וטעם הב' כתב לאשמועי' דאף אם ודאי סמך עליהו כמו באפותיקי אינו גובה מחמת דליכא קלא, אולם זה דלא כשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב ועוד כ"ד דכתב דלענין מיני' איכא סמיכו"ד, ורק אחר שמת ליכא סמיכו"ד. ובש"ך שם סק"א כתב דבעי' לטעמא דל"ל קלא לומר דאף דמבואר ברא"ש בב"ק פ"א סי"ט דבזמן הזה גובה מהיתומים מעיקר הדין משום דסמכא דעתי' על המטלטלין, היינו דוקא לגבות מיתמי, אבל לגבות מלוקח בזה לא סמכא דעתי' מעיקרא.

אולם הרש"ש כתב דלדבריו א"ש בפשיטות דטעמא דלא סמכ"ד בעי' משום דלהלואה יש קול, ובעי' לטעמא דחסרון קול, באופן דשעבד להדי', וכ"כ התומים סק"א, וצ"ב אמאי מיאנו האחרונים בתי' זה, וצ"ל דס"ל כיון דסו"ס חזי' דאף היכא דאיכא קול לשטר, מ"מ בעי' שיהא קול אף על החפץ בעצמו, למאי הוצרך לטעמא דסמיכו"ד.

(א) גמ' - עשה עבדו וכו' שורו וחמורו וכו'. עי' ברשב"א דביאר דעשה עבדו אפותיקי הוא גובה מהלקוחות, אף בעשאו רק בעדים, בלא שטר, ובשורו לא מהני אף באופן דכתוב להדי' בשטר דמשעבד אף את המטלטלין, [והביא לזה ראיה דאל"כ ניחוש שמא עשאו אפותיקי בשטר], וחידש הרשב"א דמ"מ הוא גובה מן היתומים, דכל החסרון ביתומים הוא משום דלא סמכ"ד וכיון דעשאו אפותיקי סמכ"ד, והוכיח כן הרשב"א דהרי כל הסיבה דאינו גובה מהלקוחות הוא משום חסרון קול, אבל בלא"ה היה גובה, וממילא לגבי יורשים דחסרון קול אינו מעלה ואינו מוריד שפיר גובה מהם, וכ"כ בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב, וכן מבואר בדברי הרמב"ם פ"א מו"ל הי"א דהיכא דכתב להדי' דמשעבד קרקע ומטלטלין גובה מן היתומים.

אולם עי' בחי' הר"ן דהביא דהרא"ה חולק דכיון דל"ל קלא לא סמכ"ד, ולכך אפי' מיורשים אינו גובה, [ועי' בזכר יצחק ח"ב סי' ל"א דתמה על הרא"ה מהסוגיא ב"ק ל"ג ב', ולע"כ].

ומצינו עוד שיטה מחודשת בסוגיין, בבב"ב פ"ה ד' ע"ב, שער מ"ג ח"א דין ב' בשם רב האי גאון דדוקא היכא דיש למוכר נכסים בני חורין בע"ח גובה מהן, אבל אם אין למוכר נכסים בנ"ח בע"ח גובה מהן, ועי' דברי משפט סי' קי"ז סק"א דהאריך טובא לבאר שיטת רה"ג.

(ב) ומבואר מהרשב"א דבאמת חייל שעבוד מכח החוב, ומה"ט אף באפותיקי על עבד בפני עדים גובה מהלקוחות, ועיקר הדין דליכא גביה במטלטלין אינו משום חסרון קול, אלא משום דלא סמכ"ד, ומה"ט אינו גובה אף מהיורשים, אלא דאף באופן דכתב מפורש וסמכ"ד, עדיין אינו יכול לגבות מהלקוחות כיון דחשו להפסד הלקוחות מחמת דלא היה קול, אבל בעבד דאיכא נמי קלא שפיר גובה מהלקוחות, כיון דסמכ"ד ואית ליה נמי קלא.

(ג) והנה מבואר בגמ' דכמו"כ מהני אגב לגבות מטלטלין מהלקוחות, ולדברי הרשב"א ע"כ צ"ל כמבואר בריטב"א כאן ובבב"ב פ"ה ד' ע"ב, שער מ"ג ח"א אות ד' דאגב הקול שיש על הקרקע איכא נמי קול על המטלטלין, אולם עיקר

השעבוד ודאי חייל מכח החוב, ואעפ"י דבעלמא מטלטלי לא משתעבדי משום דלא סמכ"ד, מ"מ היכא דמשעבדו באגב הרי"ז דומה למשעבד מטלטלין וקרקע, דמבואר ברשב"א דסמכ"ד וגובה מיתומים, וה"נ לענין קנין אגב, והכא גובה אף מהלקוחות כיון דאית לי' קלא, וולכאו' לפי"ז גם באפותיקי ניבעי שיכתוב דלא כאסמכתא, וברשב"א משמע דלא בעי, וצ"ל דהיכא דמשעבד להדי' קרקע ומטלטלין ודאי דשוין אצלו, אבל היכא דלא שעבד רק באגב בעי' לכתוב דלא כאסמכתא כדי להשוותם, אולם עי' להלן בסוגיא דתקנת הגאונים דמבואר בספר הישר דבאמת צריך לכתוב דלא כאסמכתא, וכן מבואר להדי' ברשב"א גיטין מ' ב' דטעמא דאגב משום קלא.

(ד) עי' בריטב"א דכתב דטעמא דבאגב יש קול טפי מאפותיקי כיון דשעבד לו כל מטלטלין, ואילו היה אפשר לשעבד כל נכסיו באפותיקי היה מועיל, אולם צריך היה למיעבד משיכה בכל חפציו, ובסודר הרי מעות אין נקנין בחליפין, עכתו"ד, ומבואר דאילו הקנה כל המטלטלים איכא קלא, וא"כ הא דמבואר בגמח' דאפי' כתב מגלימא דעל כתפי' אינו גובה מלקוחות, ע"כ דהוא מעיקר הדין משום דלא סמכ"ד, ולא משום תקנה דהפסד הלקוחות, אולם לענין אפותיקי מבואר בריטב"א דאי עביד כל נכסיו אפותיקי היה גובה מלקוחות, וצ"ב מ"ש שעבד כל המטלטלין מעשאים אפותיקי, וע"ע בריטב"א בע"א וצ"ע קבלשונו שם.

תוס' ד"ה שורו - הא דלא חשיב וכו' אפי' אקני וכו'. ובתו' בגיטין מ' ב' ד"ה הקדש תי' "התם תקנתא דרבנן היא משום פסידא דלקוחות דלית ליה קלא דהא בעשה עבדו אפותיקי ומכרו בעל חוב גובה הימנו כיון דאית ליה קלא ונזהרים הלקוחות" ומבואר מדבריהם דמעיקר הדין מכר אינו מפקיע מידי שעבוד, אלא דבטלית אינו גובה משום תקנה, אולם עי' להלן דמתו' ב"ק י"א ב' מוכח להיפוך דהא דגובה בעבד הוא משום תקנה, אבל מעיקר הדין מכר מפקיע מידי שעבוד.

(א) גמ' - וליחוש דלמא וכו'. עי' בספר התרומות שער מ"ג ח"א אות ג' דכתב דאחר שנתבאר דאין קדימה במטלטלין, כיון דלא סמכ"ד ולא נשתעבד, ואף באפותיקי אין המוקדם טורף כיון דליכא קלא, יש לדון היכא דהתרה בלקוחות דהמטלטלין משועבדים לו האם יכול לטרוף או דאמרי' לא פלוג, והביא מחכמי לוניל דאינהו דאפסידו אנפשיהו, והבעה"ת חלק עליהם דמ"מ לא סמכ"ד על המטלטלין בשעת ההלואה שהרי לא ידע שיוכל להתרות בפני הלוקח, ומשו"ה לא חייל השעבוד, והביא מהעיסור דאפי' ידע הלוקח דעביד אפותיקי על המטלטלין אינו גובה מהם, משום דלא סמכ"ד, עכתו"ד. ועי' בגדו"ת שם סוף אות ב' ובביאור הגר"א סי' קי"ג סק"א דתמהו דא"כ תקשי איך מעיד על מטלטלין ליחוש דילמא התרה בלוקח, וואולי י"ל דס"ל לחכמי לוניל דרק למד ש"ד מהני התראה, דכיון דמדאו' איכא שעבוד, וס"ל דאיכא שעבוד אף על מטלטלין, אלא דביטלו היכא דליכא קלא, ממילא כל דהתרה בו גובין ממנו, אבל למ"ד של"ד דמעיקר הדין ליכא שעבוד, לא תקנו אלא על קרקע ולא על מטלטלין, ולא יועיל מה שהתרה בו, כיון דלא תקנו דין שעבוד במטלטלין, וכיון דמרא דשמעתתא בסוגיין הוא שמואל, משו"ה לא פרכי' וליחוש דילמא התרה בו וכו', כיון דשמואל ס"ל של"ד, אלא דנמצא לפי"ז דלהל' דש"ד אין מעידין אף על פרה וטלית, וצ"ע].

(ב) ובעיקר דברי הבעה"ת צ"ב, דהא כל דכתב לו אפותיקי סמכ"ד וכמבואר ברשב"א דמה"ט הוא גובה מן היתומים, וכיון דידע הלוקח, אמאי אינו יכול לגבות ממנו.

וי"ל דס"ל כמבואר לעיל מהר"ן בשם הרא"ה דטעמא דלא סמך דעתי' במטלטלין משום דליכא קלא, וממילא לא חייל השעבוד כלל, ומה"ט ס"ל לרא"ה דאינו גובה אף באפותיקי על טלית מן היורשים, וכוונת הבעה"ת דכיון

דבמטלטלין אף באפּוּתִיקי ליכא קלא, הרי ממילא לא סמכ"ד, ולכך אף בהתרה בלוקח, כיון דלא ידע בזמן ההלואה שיוכל להתרות בו, לא סמכ"ד בשעת השעבוד ואינו גובה אף מהיורשים.

(ג) ועי' בטור סי' קי"ז דכתב לענין אפּוּתִיקי דאף אם ידע הלוקח דעשה אפּוּתִיקי על המטלטלין, אין המלוה גובה ממנו משום דלא פלוג, ונראה דס"ל כהרשב"א דבאפּוּתִיקי סמכ"ד, אלא דליכא קלא, ולכך מעיקר הדין היה ראוי דיועיל הא להתרה בו, אלא דאמרי' לא פלוג.

ובטור סי' קי"ג כתב דטעמא דליכא שעבוד על מטלטלין משום דלא סמכ"ד, ואפי' התרה בלקוחות אינו גובה מהם מפני שלא חל השעבוד, ותמהו בגדו"ת שם סק"ג דלענין אפּוּתִיקי כתב דטעמא דאינו גובה משום דליכא קול, ולהנ"ל א"ש דרק באפּוּתִיקי דסמכ"ד ס"ל דאינו גובה משום חסרון קול, אבל בעיקר דין גביה במטלטלין הוא משום דליכא סמכ"ד, ולכך בסי' קי"ג כתב דלא מהני התראה משום דלא סמכ"ד בשעת השעבוד, ובסי' קי"ז כתב דלא מהני התראה משום לא פלוג.

(ד) עי' ברע"א ריש סי' קי"ג בשם שו"ת מהר"י הלוי סי' א' דדן אי מהני התראה במלוה ע"פ לגבות מקרקעות, וע"ש דהביא ראיה מהא דכתבו תו' ב"מ ד' ב' דבמלוה ע"פ כיון דהפקיעו חכמים את השעבוד הרי"ז כאילו מחל לו השעבוד, וא"כ מבואר דלא מהני התראה.

(א) גמ' - דאמר רבה אי אקני ליה וכו', והוא דכתב לי' דלא כאסמכתא. עי' ברשב"ם ד"ה ומקשינן דקנין סודר על המטלטלין לא מהני, כיון דהוי אסמכתא, [ותמוה אמאי לא ביאר הרשב"ם דטעמא משום דליכא קלא כמו באפּוּתִיקי על מטלטלין, וצ"ע], אבל באגב מהני, ותמה ברש"ש דהא גם באגב הוי אסמכתא, ומה"ט בעי' לכתוב דלא כאסמכתא, וא"כ אמאי לא מהני שיכתוב דלא כאסמכתא גם בקנין סודר.

(ב) ועי' בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב סי' ז' דפסק דאף היכא דשעבד את המטלטלין להדי' וכתב דלא כאסמכתא לא מהני, וביאר הרא"ש דבשלמא לגבי קרקעות כיון דאינו מידי דיכול הלואה לכלותו איכא סמכ"ד, ודמי למשכון שהתפיסו ביד המלוה דכה"ג מעיקר הדין אינו אסמכתא, ורק במטלטלין דיכול הלואה לכלותו ליכא סמכ"ד, ולא מהני מה דישעבד את המטלטלין להדי', אבל במקנה מטלטלין אגב קרקע מהני, כיון דסמכ"ד על הקרקע, מהני אף השעבוד על המטלטלין, ומעיקר הדין אינו אסמכתא, אלא כיון דבמשעבד מטלטלין לחוד הוי אסמכתא, משום שופרא דשטרא צריך לכתוב דלא כאסמכתא, עכתו"ד, ובאמת דכן מדויק בלשון הרשב"ם דלענין סודר כתב דהוי אסמכתא, אולם לענין אגב כתב דדמי לאסמכתא, ודו"ק.

(ג) ובקה"י סי' כ"ט ביאר דהא דשעבוד הקרקע לא הוי אסמכתא, [וע"כ אינו משום דחייל השעבוד ממילא, דא"כ לא היה שייך בזה דין אגב, אלא ע"כ דמלבד השעבוד דחייל ממילא, מצי למיעבד עוד שעבוד, ויסוד הדברים מבואר בקצוה"ח סי' ס"ו סק"כ דשייך שעבוד על שעבוד, ע"ש, ולפי הנתה"מ שכל שטר הוא שטר קנין א"ש דשייך בזה דין אגב], הוא משום דמכח השעבוד חשיב כהגיע הקרקע ליד המלוה, [ובמסר הדבר ליד הקונה ליכא דין אסמכתא, כמבואר ברמב"ם פ"א ממכירה ה"ד], והסברא בזה דכיון דליכא דין מוחזק בקרקע, ממילא כל מי שיש לו שטר ראיה על הקרקע חשיב כמוחזק והשטר הוא אפסרא דארעא, ונידון כתופס בקרקע, אבל במטלטלין דליכא דין שטר ראיה על מטלטלין, הדין מוחזק תלוי במציאות דמי שתפוס בו הרי"ז שלו, וכיון דהלואה תפוס במטלטלין לא חשיב דהגיעו המטלטלין ליד המלוה מכח השעבוד, והוי אסמכתא, ולכך לא מהני שיכתוב דלא כאסמכתא במקנה את המטלטלין בקנין סודר, אבל בקנין אגב

דנקנין המטלטלין אגב השטר של הקרקע, משו"ה חשיב המלוה כמוחזק אף במטלטלין, ולכך אינו אסמכתא, אלא כיון דתלוי אם יפרע דמי לאסמכתא, ולכך בעי' שיכתוב.

(ד) עוד יש לדון ולחדש בדעת הרשב"ם, דהנה בלשון הרשב"ם מבואר דטעמא דמהני אגב משום דמצינו קנין אגב, ואי נימא דעי"ז איכא קלא, הרי העיקר חסר מלשונו של הרשב"ם, והיה מקום לומר דס"ל דיסוד דין שעבוד במטלטלין ע"י אגב היינו דבעלמא החוב מחיל את השעבוד בנכסים, אבל הכא עביד מעשה קנין לחלות השעבוד, ולכך אעפ"י דאיכא תקנת הלקוחות, מ"מ כמו דלא גזרו על כל הקנאה לאחר ל' דמשום דליכא קול לא יוציאו מלוקח ב', ה"ה הכא, ורק בשעבוד של חוב מצינו לתקנת הלקוחות, ולכך כתב הרשב"ם דבאמת היה ראוי דיועיל נמי סודר, אלא דאיכא חסרון משום אסמכתא, ודוקא בכה"ג דעביד חלות קנין איכא חסרון דאסמכתא, אבל בעלמא ליכא חסרון דאסמכתא, [והריטב"א לשי' דכתב דמהני משיכה לקנין שעבוד וליכא חסרון דאסמכתא, ביאר דהמעלה של אגב הוא דעי"ז איכא קול], וצ"ע בכ"ז אם הסברא נכונה.

(ה) עי' ברמב"ן דתמה אמאי בעי' לכתוב דלא כאסמכתא, ותי' הרמב"ן דכיון דמבואר בדף קע"ד א' דהנכסים יש להם דין ערבות, ומבואר בגמ' קע"ג ב' דערב הוי אסמכתא ולא משתעבד כיון דסומך שהלוה ישלם, [אלא משום דאיכא סברא דבההיא הנאה], משו"ה לגבי המטלטלין דמי לאסמכתא, דדעתו של המלוה דרק אם לא ימצא קרקעות יטול ממנו מטלטלין, [לכא' כוונתו דהוי אסמכתא מחמת המלוה והלוה], אבל עיקר עיקר שעבודו הוא על הקרקע ולא הלוהו אלא ע"מ ליפרע מקרקע, וע"י שכותב דלא כאסמכתא, גלי דעתי' דהמטלטלין אצלו כקרקע, ולכך הוא גובה ממטלטלין, עכתו"ד, ועי' בספר התרומות שער מ"ג ח"א דין ו' דהביא עוד מדברי הרמב"ן דהוסיף דהכא אינו אסמכתא מעיקר הדין אלא רק דמי לאסמכתא, וביאר דע"י שכותב דלא כאסמכתא גלי דעתי' דעיקר שעבודו עליהם כמו קרקע, ע"ש.

וצ"ב אמאי הוצרך הרמב"ן להא דמבואר בגמ' דיש לנכסים דין ערב, ולא ביאר בקיצור דהוי אסמכתא משום דרק אם לא ימצא קרקעות הוא יפרענו במטלטלין.

וי"ל דבאמת מסברא י"ל דשעבוד לא הוי אסמכתא, דבאמת הוא קונה מהיום זכות בקרקע לפרעון חובו, אלא דמ"מ יש ללוה זכות לסלקו בזווי, ואף לאחר שישלכנו אינו בירור דלא היה שעבוד מעולם, ואינו נחשב כאסמכתא, [ודמי לקנין משכון ואפותיקי דאינם אסמכתא, משום דעכשיו יש לו זכות גמורה במשכון ובאפותיקי], ורק משום דשעבוד אינו גדר קנין אלא הוא רק גדר של ערבות חשיב אסמכתא, דבאמת אין לו זכות מהיום בקרקע, אלא דהקרקעות ערבים אם לא יפרענו, ולכך לא חייל הקנין על הערבות של הנכסים.

(ו) אולם לא נתבאר להדי' לפי הרמב"ן האם הא דבעי' לאגב הוא בשביל חלות קנין השעבוד או רק בשביל למיעבד קול, ויש להוכיח מדברי הרמב"ן בגיטין כ' ב' דכתב דבכל שטר לא בעי' שיהא ספר המקנה כיון דאין השטר רק לראיה, והקנין חייל מכח ההלואה, ואף לאחר התקנה דרק בשטר הוא גובה נמי אינו אלא שטר ראיה, אולם כתב שם דבאופן דמשעבד לו מטלטלי אגב קרקעות ובעי' למיכתב דלא כאסמכתא הוי שטר קנין, ובעי' ספר המקנה, והנה אי נימא כהרא"ש הרי בגוונא דאגב עדיין הוי שטר ראיה, כיון דבאמת החוב הוא המשעבד, אלא דבעי' למיעבד קלא, וע"כ דבעי' לאגב למיעבד חלות השעבוד.

(ז) עי' ברשב"א דהביא לדברי הרמב"ן ותמה עליו "ואין טעם זה מספיק כל הצורך לפי דעתי דא"כ אפי' מיניה ידידה לא ליגבי ממטלטלי עד דכתב ליה דלא כאסמכתא וכדקיי"ל בדינא דכתובה דאינה גובה אפי' מיניה ידידה

ממטלטלי דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי" וצ"ב כוונתו הרי מיני' דידי' הוא חייב אף בלא דין שעבוד, וגם נכסים שקנה אח"כ הוא חייב לפרוע, כיון דיש חיוב על הלוח לפרוע חובו, ולא מדין שעבוד אתינן עלה.

(ח) ולכא' מוכח דדעת הרשב"א דמלבד דיש חיוב על הגברא לשלם את חובו, איכא נמי מדאו' דין שעבוד נכסים על נכסי הלוח, ואף על המטלטלין איכא דין שעבוד נכסים, ונפק"מ דמה"ט נחת' לנכסיו, וכן נפק"מ לנשתטה אחר ההלואה, וכמבואר בנתה"מ סי' ל"ט סק"ב, וכן נפק"מ לכא' לענין דין קדימה [דבב"י סי' ק"ד הביא דבמיוחסות סי' ס"א כתב דאיכא דין קדימה במטלטלין מיניה משום דקיי"ל ש"ד], וקו' הרשב"א איך חייל השעבוד על מיני' הא הוי אסמכתא.

(ט) אולם עדיין קו' הרשב"א צ"ע, דכל מה דמצינו דין אסמכתא, הוא רק לאחר דליכא דין שעבוד על מטלטלין, והוא רוצה לשעבדם באגב, דבזה נתחדש דיש בזה חסרון משום אסמכתא, אבל על עיקר דין שעבוד לא שייך חסרון דאסמכתא, דאינו שעבוד של הלוח, אלא ממילא הוא דמשתעבד, וכדביאר במהר"ם על תו' ד"ה והוא, וכן מוכח מהראשונים דבארו דליכא שעבוד במטלטלין משום דליכא קלא, ולא הזכירו כלל דיש עוד חסרון משום אסמכתא, וע"כ משום דהשעבוד חייל ממילא, וא"כ אי נימא דמדאו' יש שעבוד על מטלטלין הרי לא שייך בזה דין אסמכתא.

ואין לומר דבאמת הרשב"א ס"ל הכא דליכא דין שעבוד על מטלטלין וכוונתו להק' מגוונא דכתב להדי' דמשעבד אף גלימא דעל כתפי', או דקו' הרשב"א היא מגוונא דאיכא דקנה מטלטלין אחר ההלואה, ומשעבדו ע"י שטר, דא"כ מה הביא ראיה מכתובה דאינה נגבית ממטלטלין, הא התם אינה גובה אף ממה שהיו אצל הבעל בזמן הנשואין, ובגוונא דכתב לה להדי' דמשעבד לה מטלטלין, מהיכ"ת דבאמה אינה גובה אף ממטלטלין, וצ"ע בכ"ז, [ובאמת דיל"ע מכאן על החמד"ש קדושין י"ג ב' וחזו"א ב"ק סי' ט"ו י"ג דחלקו על הקצוה"ח דהתורה משעבדת ממילא את נכסי הלוח, אלא כל השעבוד אלא דדעתו להשתעבד, אמאי לא הזכירו הראשונים דליכא שעבוד על מטלטלין משום אסמכתא, אולם יתכן דהרשב"א ס"ל כדבריהם ולכך הק' דלעולם איכא חסרון של אסמכתא].

(י) והנה הרשב"א הביא לזה ראיה מכתובה, והנה בהא דכתובה אינה נגבית ממטלטלין, עי' תו' כתובות י' א' ד"ה הואיל דבארו דהוא גזירה שמא יפרשו מהם בני אדם וכו', ע"ש, אולם עי' ברשב"א קדושין ס"ה ב' דהביא מהראב"ד דכל הדין דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה הוא רק במת הבעל, ותמה עליו ולכך ביאר "דכל אסמכתא אינה אלא על הקרקע לפי שעומדת ימים רבים ואין זמנה קבוע, ועוד שאין דרכה לחזר אחר המטלטלין שיכול להטמין אלא אחר הקרקע שהוא ידוע אצל הכל, משא"כ בב"ח שזמנו קבוע ודעתו שיטרח בעל חובו לפרוע לו במעות" ומבואר דהחסרון בכתובה הוא משום דלא סמכ"ד, וכ"ז בכתובה, אבל בהלואה אינו כן, כיון דזמנו קבוע. וצ"ע, חדא דזה סותר לדברי הרשב"א הכא דדימה כתובה לבע"ח, ועוד צ"ע בעיקר דבריו שם מה שייך לגבי מיני' החסרון דלא סמכ"ד, הא חייב לפרוע את חיובו, [ולכא' מוכח דכל הדין דכתובה אינה נגבית ממטלטלי הוא רק לענין נחת' אבל בודאי דכופין אותו לשלם אף על מטלטלין, וכמו דהביא בחי' ר"ח הלוי פ"ח משבועות הי"ג מההפלאה בסי' צ"ו דאיכא שעבוד הגוף בכתובה, וכנ"ל דקו' הרשב"א אמאי נחת' הרי הוי אסמכתא, אבל על עיקר החיוב לא הק' הרשב"א], וע"ע בסוגיא דתפיסה מחיים דנתבאר עוד בזה דאיכא סתירה ברשב"א בעיקר דין תפיסה, ע"ש.

(יא) עי' בגידולי תרומה שער מ"ג ח"א אות ד' דהק' על הרמב"ן דהא שעבוד קרקע נמי הוי אסמכתא דרק אם לא יפרענו במעות יתבע ממנו את הקרקע, ותי' הגדו"ת דודאי לגבי הקרקע אינו שעבוד שנעשה ע"י הלוח, אלא הוא שעבוד דממילא, ולכך אינו בכלל אסמכתא, אבל במשעבד מטלטלין באגב, איכא חסרון דאסמכתא, וצ"ע דהרי

הרמב"ן האריך לבאר החילוק בין קרקע למטלטלין, ולדברי הגדו"ת הרי מקרקע אין קו' כלל, [ולדברי החמד"ש וחזו"א א"ש דגם בשעבוד קרקע יש לדון אמאי ליכא אסמכתא].

עוד יש לדון לפי הנתה"מ סי' ס"ו ס"ק מ"ג דאחר דביטלו חכמים את השעבוד ממלוה ע"פ, כל השעבוד חייל מכח השטר, אמאי לא הוי אסמכתא, וכן יש לדון באופן דכתב דאיקני בשטר, דכה"ג הדק"ל אמאי הקנין דחייל מכח השטר לא הוי אסמכתא, כיון דרק אי לא יפרענו במעות יטול ממנו את הקרקע, וצ"ע בכ"ז.

(א) עי' בשו"ת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"ב דנשאל אם יכולים לשעבד עבד אגב קרקע, ואף באין צבורים בתוכו יועיל כמו בדאיקני דחייל השעבוד, אעפ"י שהוא דבר שלב"ל, וכתב הרא"ש דודאי אף דאין עבדים נקנין באגב, מ"מ מועיל בהם שעבוד, כיון דלאו משום קנין אתינן עלה, אלא דבאגב איכא קלא לעבדים כמו לקרקעות, וכ"ש עבדים דיש להם קול טפי ממטלטלין כדחזי' לענין אפותיקי, דמהני בהו אגב למיעבד להו קלא כקרקע, עכתו"ד.

(ב) ועי' בקצוה"ח סי' ק"ז סק"ז דלמד מדברי הרא"ש דבאמת השעבוד באגב אינו מועיל אלא מדרבנן, דכיון דאית לי' קלא אינהו דאפסדי אנפשיהו, אבל מדאו' אין מעלה לאית ליה קלא, [ונמבאר דס"ל לקצוה"ח דמהני קול בלא חלות שעבוד לגבות מהלקוחות], וע"ש דלמד מזה דאף במטלטלין דמהני בהו קנין אגב, לא מהני בהו השעבוד מדאו' כיון דלא ילפי' שעבוד מקנין, משום דאינו גובה רק מכאן ולהבא, ומה"ט אם מכר הלוח את המטלטלין אינו בכלל מזיק שעבודו של חברו, ע"ש, [ובדברי יחזקאל סי' מ"ד סק"ח ביאר דס"ל להרא"ש דגדר דין אגב דהמטלטלין חשיבי כקרקע לענין קנין זה, וא"כ מה יועיל אגב לשעבד את המטלטלין, הרי אפי' שעבדם בפירוש בקנין המועיל נמי לא משתעבדי, ומה יוסיף לן הא דעביד קנין אגב, ולכך ביאר הרא"ש שהוא משום קלא], ובאיה"ש העיר מדברי הראב"ד פ"ג ממכירה הי"א דהביא ראייה מסוגיין דגם במטלטלי דניידי לא בעי' צבורין, דהא במכר וקנה לאלתר לא היו הפרה והטלית צבורין בקרקע, ולביאור הקצוה"ח בדברי הרא"ש אינו ראייה, [וע"ע בסוגיא דלמפרע דהוכחנו מהראשונים דכתבו דאמרי' למפרע בשעבד אגב, דמוכח דהוא מדין שעבוד].

אולם לולי דברי הקצוה"ח, י"ל דאדרבא כל דברי הרא"ש מיירי לענין עבד דאין מועיל בו קנין אגב, וע"ז חידש הרא"ש, דסגי בקול לחוד, אבל במטלטלין דמהני בהו קנין אגב, ודאי דיועיל השעבוד ע"י אגב מעיקר הדין, וחייל השעבוד אף מדאו'.

(ג) עי' בקוב"ש ב"ב אות צ"ט דתמה דהרא"ש סותר לדבריו בכלל ע"ב סי' ז' דנקט דהחסרון במשעבד מטלטלין להדי' בשטר משום דין אסמכתא, והכא נקט לענין עבדים דבלא אגב איכא חסרון מחמת דליכא קלא, ואמאי הוצרך לחסרון דאסמכתא.

(ד) ובעיקר דברי הרא"ש יש למקום לדון דאם לא היה חסרון של אסמכתא והיה חייל שעבוד במפורש על מטלטלין, הרי הוי כמו שעבודא דאו', וקלא קצת נמי איכא כיון דשעבד להדי' אף את המטלטלין, אלא דאינו קול כמו קרקע, והרי כבר יסד בשער המלך פי"ט מו"ל ה"ה, דלמ"ד ש"ד כל דאיכא קול טפי ממטלטלין, אעפ"י דאינו קול כמו שיש על קרקע המשועבדת, מ"מ לא נתבטל השעבוד, [וע"ש בשעה"מ דנפק"מ דלמ"ד ש"ד נזיקין גובין מלקוחות, כיון דאית לי' קצת קול], ובעי' גם לחסרון דאסמכתא וגם לחסרון דליכא קלא, אולם לשונו של הרא"ש עדיין צ"ע. [ועי' להלן כע"ז מהברוך טעם בתי' על סתירת התו' מב"ק ליבמות אם יש חסרון בעבד למ"ד ש"ד].

אולם עדיין צ"ע מ"ש מאפותיקי דאעפ"י דשעבדו להדי' לא מהני כיון דל"ל קלא, וא"כ למאי הוצרכו הרשב"ם והרא"ש לדינא דאסמכתא, ולא פי' דסודר לא מהני מחמת דליכא קלא, וצ"ע.

וע"ע בסוגיא דאיכני דיתבאר אם יש ראייה מהראשונים בהמשך הסוגיא דלא כהרא"ש.

ב"ק י"א ב'

(א) תוס' ד"ה כגון - ואע"ג דמיתמי לא שייך טעמא משום קלא כמו דבלוקח דלגבי דידהו אפותיקי ולא אפותיקי שוה, מ"מ היכא דגבי מלקוחות גבי נמי מיתמי. ומבואר בתו' דהוק' להו אמאי גובה מיורשים באפותיקי, וצ"ע דממנ"פ, דאי נימא דהמעליותא של אפותיקי הוא משום דע"ז סמך דעת', הרי גם לגבי יתומים נמי יש לומר דמה"ט בעשאו אפותיקי גובה אף מהיורשים, ומה היה קשה לתו' אמאי בעשאו אפותיקי גובה מיתומים, ואי נימא דהמעליותא של אפותיקי הוא משום דע"ז איכא קלא, ולכך כתבו דמעיקר הדין אין חילוק לגבי היתומים בין עשה אפותיקי ללא עשה, א"כ הרי היה לתו' להק' להיפוך אמאי בעשה אפותיקי במטלטלין אינו גובה מהם, והתו' הק' להיפוך אמאי באפותיקי בעבד הוא גובה מהיתומים, ואין לומר דבאמת כוונתם בתי' דנילף דכל היכא דאינו גובה מלקוחות אינו גובה מיתומים, דהא חזי' במלוה ע"פ דגובה מן היורשים ואינו גובה מהלקוחות, וכן מבואר להדי' ברא"ש סי' י"ד.

(ב) ולכאו' מוכרח מתו' דמלבד הדין דכל דליכא קלא לא הפקיעו חכמים את השעבוד, איכא נמי מעלה בקול, דהוא סיבה בפנ"ע לגבי', וכמבואר בתו' ב"ב קע"ה ב' דעשו חוצפה שקנו מן הלוי, ובארו דמה"ט המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, וס"ל לתו' דבאמת אף באפותיקי לא סמכ"ד, וכל המעלה של אפותיקי הוא דמשום הקול יש סיבה מחודשת להציא את הקרקעות מהלקוחות, ולכך הק' הרי הך טעמא לא שייך ביתומים, ומדוע באפותיקי הוא גובה מהיורשים, [ובתו' ב"ב שם נקטו מה"ט בתחילת דבריהם דאינו גובה מן היורשים], וע"ז כתבו דהשוו יתומים ללקוחות.

(ג) בביאור הגר"א סי' קי"ז ס"ק י"ב הביא ראייה דאף בידע הלוקח דעביד הלוי אפותיקי אינו גובה ממנו, מהא דמתבאר מתו' דבעשה אפותיקי על הטלית אינו גובה מן היורשים, ואי נימא דכל היכא דליכא חסרון קול כגון דהתרה בו, גובה מהלוקח, כ"ש דגובה מיתומים, וע"כ דאף בהתרה בו אינו גובה ממנו. וצ"ב לפי מה דנתבאר בדעת תו' דקלא הוא סיבה בפנ"ע לגביה, הרי כיון דהתרה בו, שייך בו התקנה דמשום דעשה חוצפה דמ"מ קנה, משו"ה יכול המלוה לגבות ממנו, וצ"ע.

(ד) עי' קצוה"ח סי' קי"ז סק"א דהוכיח מתו' הכא דכמו דבעשה שורו אפותיקי אין מוציאין מהיורשין, ה"ה דאין מוציאין ממקבל מתנה, ודלא כתו' ב"ק ק"ח ב' וכתובות מ"ט ב'. והנה למה דנתבאר לעיל הרי צ"ל דס"ל לתו' שם דהקול אינו סיבה בפנ"ע לגביה, והא דגובה באפותיקי הוא משום דאיכא סמכ"ד, והא דאינו גובה בשורו אפותיקי משום תקנ"ח דחשו להפסד הלקוחות, מחמת דלא היה קול, ולכך ביתומים ומקבל מתנה דלא שייך ה"ט גובין מהם כיון דאיכא סמכ"ד.

(ה) ועי' בסמ"ע סי' קי"ז ס"ק י"ב דהביא משו"ת הרשב"א דאינו גובה ממקבל מתנה, וצ"ע דהרי הרשב"א ב"ב מ"ד ב' נקט דגובה מיורשים כיון דאין חעלה בקול לגבי היורשים, וא"כ מ"ש מתנה מיורשים, אולם עי' היטב ברשב"א שם בתשו' דציין לסוגיית הגמ' גיטין נ' ב' דמבואר שם דגם לגבי מתנה שייך תקנתא דלקוחות כיון דאי לאו דעביד ליי' הנאה לא היה נותן לו את המתנה, ולכך גרע מיורשים.

שם - מידי דהוי אמלוה בשטר וכו' אבל ביתמי מה לי מלוה ע"פ מה לי מלוה בשטר וכו'. הנה מלשון תו' נראה דהק' אמאי ביתומים אין המלוה גובה אף המלוה ע"פ, וע"ז תי' דליכא נעיל"ד במלוה ע"פ, וצ"ע דהרי תו' הביאו להך מילתא להוכיח ליסוד דבריהם דכל היכא דגובה מלקוחות גובה נמי מיורשים, ולהנ"ל הרי מהתם איכא ראייה להיפוך דכל היכא דאינו גובה מלקוחות אינו גובה מיתומים, ומה ראייה דכל היכא דגובה מלקוחות גובה נמי מהיתומים, ועוד צ"ע דהרי תו' כתבו דטעמא דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים משום דליכא נעיל"ד, וא"כ אינו ענין כלל להכא, וצ"ע.

שם - אלא ודאי כל היכא דגבי מלקוחות משום נעיל"ד גבי נמי מיתמי כמו וכו' או מלוה הכתובה בתורה וכו' או כשעמד בדין. וצ"ב הרי התם לא שייך נעיל"ד ומדוע בכה"ג הוא גובה מן היתומים, וצ"ע.

(א) תו' ד"ה אנא - דהכא לא איירי אלא במילי דרבנן ולגבות מיתמי ומלקוחות וסבר של"ד ולא גבי אלא מדרבנן. וכ"כ הרא"ש ועי' בש"ך ריש סי' ל"ט דהיש"ש הק' דהרי הרא"ש פסק בכמה דוכתי דש"ד, ועי' בקצוה"ח סק"א דיישב דאעפ"י דש"ד, מ"מ הנידון בעבדים הוא נידון דרבנן, כיון דמדאור' מטלטלין נמי משתעבדי, ורק מדרבנן אינם משועבדים.

אולם כבר תמהו דהרשב"א בסוגיין הק' דקיי"ל דעבד כקרקע וקיי"ל נמי דאין גובין מן העבדים, והרי הרשב"א סובר בכ"ד דמטלטלין משתעבדים מדאור', וא"כ הרי הוי נידון בדרבנן דבהא עבדי דכמטלטלי.

(ב) בעיקר דברי התו' דאי עבדא כמקרקעי ודאי דגובין מהם, עי' בשער המלך פ"ג מגזילה ה"ד דהביא משו"ת מהר"ם די בוטון דתמה מדברי התו' יבמות צ"ט א' ד"ה מני דכתבו להדי' דאף אי עבדא כמקרקעי, אין גובין מהם משום דלא סמכ"ד.

ועי' בהגהות ברוך טעם דיישב דכל דבריהם ביבמות הוא רק למ"ד של"ד, דכיון דכל התקנה משום דלא תנעול דלת, ממילא כל היכא דלא סמכ"ד לא תקנו, אבל למ"ד ש"ד ולהשי' דמדאור' גם המטלטלין משועבדים, הרי מוכרח דאעפ"י דליכא סמכ"ד מ"מ חייל השעבוד מדאור', וממילא י"ל דאעפ"י דהפקיעו חכמים לשעבוד על מטלטלין, מ"מ אין העבדים בכלל, אלא הוו כקרקעות לכל מילי.

תקנת הגאונים על שעבוד מטלטלין

כתובות ס"ז א' אמר רבי שמואל וכו' עד המשנה.

עי' רש"י והפלאה.

תו' ד"ה גמלים, וברא"ש בשם ר"ת, וספר הישר חידושים סי' תקצ"ז, וחי' הרשב"א.

בעיקר דברי הרא"ש - ע"ע ברא"ש ב"ק י"ד ב', ועי' בהגהות הגר"א על הרא"ש, ובש"ך סי' ק"ז סק"ג וסי' קי"ג סק"א, ובבית שמואל אהע"ז סי' ק', ובבית יעקב שם, וע"ע ש"ך סי' תי"ט סק"ה, ובשער המשפט ואולם המשפט שם.

עי' רמב"ם פ"א מו"ל הי"א, ובקו' רע"א מנזיקין.

בגדר תקנת הגאונים - עי' בריב"ש סי' שצ"ב דחקר אם הוא דין שעבוד או דכופין על המצוה, ויש בזה כמה נפק"מ.

טור ושוע"ע סי' ק"ז ס"א ונו"כ, וע"ע ש"ך סק"י ורע"א.

כתובות ס"ז א'

רש"י ד"ה פרנא - ריוח שלישי. אולם להלן גבי ארנקא דמחוזא כתב רש"י דמיירי לגבי יתומים, ועי' בהפלאה ג' תי' בזה.

(א) רש"י ד"ה פרנא - לזה שמעתי כתובה מנכסי יתומים ולא אמרי' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. וצ"ב אמאי כתב רש"י דהנידון לגבי יתומים, הא קיי"ל כרבנן דר"מ דאין כתובה נגבית ממטלטלין, ומהני אסמכתייהו עלייהו, ועי' בהפלאה דתי' "ואפשר דס"ל לרש"י ז"ל כיון דהבעל כותב מעות בכתובה משמע דאם יש לו מעות בודאי צריך לשלם לה מעות, אלא במטלטלי' אחרינא לא וכו' ולכך גבי ארנקי דהו"ל מעות בעין צריך לפרש מיתמי", וכן עי' בבית מאיר אהע"ז סי' ק' ס"א דהוכיח מרש"י הכא דמיני' גובין כתובה אף ממטלטלין, וצ"ע דברש"י ד"ה דשקלי כתב "הנשים האלמנות והגרורות" ומדויק דגם לענין מיני' מיירי בסוגיין.

והנה לתו' כתובות י' א' דטעמא דליכא גביה מיני' משום גזירה, לכאו' א"א לומר דכל דסמכ"ד גובה מהיורשים, דהא לא גרע מהא דאין גובין מיני' מחמת הגזירה, ובהכרח צ"ל כדברי הפלאה דמיירי בגוונא דגובין מיני' נאולם יתכן דאי סמכ"ד ליכא גזירה, וצ"ע].

(ב) ומצינו בשו"ת הרשב"א ח"ו סי' רנ"ד דנשאל אי מהני תנאי מעיקרא לילך לערכאות, והשואל רצה להביא ראיה מדינא דגמלי ערביא, וכתב הרשב"א "והמביא ראיה בזה מגמלי דערביא טועה, דכתובה מן הדין היה לגבות ממטלטלין דמיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה אלא ששמעו רבנן דברי ר"מ שאין סמיכת האשה חזקה עליהם משום שגבייתה לזמן מרובה, ובערביא שכל עסקיהם בגמלים סמיכתה עליהם שאין קונין קרקע אדרבא ימכרו קרקע להתעסק בגמלים וכו' אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה וכו'" ומבואר מהרשב"א דנידון דסוגיין הוא לגבי דין מיני'.

וא"ש דהרשב"א לשי' בקדושין ס"ה ב' דטעמא דאין גובין מיני' משום דלא סמכ"ד, ולכך אי סמכ"ד כמו בגמלים שפיר מהני.

(א) תו' ד"ה גמלים - ומכאן פוסקין וכו' ואין נראה לר"ת וכו' תוציא אשתו מיד הלקוחות וכו' אלא מחמת וכו' ממטלטלי דיתמי. ומבואר מדברי תו' דבדין הגמ' פשיטא להו דמוציאין מיד הלקוחות, וכ"כ להדי' בפסקי תו', וצ"ב כקו' ר"ת דא"כ בטלה תקנת השוק, וצ"ל דכיון דהוא רק על גמלים ולא על כל מטלטלין אין בזה ביטול תקנת השוק.

(ב) ובהפלאה תמה על קו' ר"ת, דאדרבא נימא דאה"נ משום תקנת השוק אין גובין מהלקוחות, ומ"מ גובה מיתמי, וכדחזי' בעשה שורו אפותיקי דס"ל להרשב"א דגובה מיתומים ולא מלקוחות, ובהפלאה תי' דכוונת תו' להק' דכיון דאין מוציאין מן הלקוחות לא סמכ"ד, ודמי לאפותיקי על מטלטלין, אבל היכא דשעבד להדי' כיון דחזי'

דסמך עלי' להדי' גובה מן היורשים, ועד"ז מבואר בתומים סי' ק"ז סק"ד, [ועי' ברע"א הנדמ"ח דרע"א כתב דלפי ההפלאה נמצא דלדברי תו' בכתובות דבאפותיקי על מטלטלין מוציאין ממקבל מתנה, ה"ה דיוציאו המטלטלין מהמקבל].

(ג) ועוד צ"ב קו' ר"ת דמ"מ כיון דליכא קלא אין מוציאין מיד הלוקחות, כמו באפותיקי על שורו דאינו גובה מן הלוקחות משום דל"ל קלא, ובפשוטו צ"ל דכל החסרון דליכא קלא הוא רק באופן דבעצם ליכא שעבוד על מטלטלין, אבל אם כו"ע סמכ"ד על המטלטלין לא אכפ"ל דליכא קלא, כיון דסו"ס הא יודע דהמטלטלין משועבדים, וכיון דאיכא קול על השטר סגי בהכי.

אולם עי' בש"ך סי' ק"ז סק"ב דכתב על קו' ר"ת "לק"מ דמ"מ אין סמיכות בעל חוב עליהם לענין לקוחות כיון דלית להו קלא ויכול להבריחם", [וצ"ב לשון הש"ך הרי מלוקחות אין גובין אעפ"י דסמכ"ד, כיון דליכא קלא, ולכאור' מוכרח דס"ל כהרא"ה שהובא בחי' הר"ן ב"ב מ"ד ב' דכל דליכא קלא לא סמכ"ד, אולם הרא"ה הוצרך לבאר כן דמה"ט ליכא גביה מיוורשים, והש"ך מייירי לגבי לקוחות, ומשום דס"ל דזהו גדר התקנה, צ"ע].

שם - אלא מחמת תקנת הגאונים גביא ממטלטלי דיתמי כמו שכתוב בכתב רב שרירא גאון. ומבואר מתו' דתקנת הגאונים לאו משום דינא דסוגיין הוא, אלא הוא דין בפנ"ע, ומצינו בזה כמה שיטות בראשונים וכדלהלן.

דעת הרמב"ם

(א) עי' ברמב"ם פ"א מו"ל הי"א דכתב דתקנו הגאונים שיהא ב"ח גובה מטלטלין מהיורשים, אולם במערב היו כותבין להדי' בתוך השטר דהמטלטלין יהיו משועבדים לאח"מ, והוסיף הרמב"ם דעשו בזה סייג גדול, דשמא לא ידע הלוח מתקנת הגאונים ונמצא יוצא ממון הלוח שלא כדין, וע"ע ברמב"ם פט"ז מאישות הל' ז-ח דכתב כן על חיוב כתובה, ועי' בסמ"ע סי' ק"ז ס"ג דאי נימא כדברי הראשונים דטעמא מחמת דבזה"ז המו"מ הוא במטלטלין ומשו"ה סמכ"ד על המטלטלין, ודאי דאף אם לא ידע הלוח מתקנת הגאונים גובין ממנו מטלטלין כדין.

(ב) עי' בריב"ש סי' שצ"ב דביאר בדעת הרמב"ם דבכתב תנאי שנוהגין במערב גובין ממטלטלין גם כשיש קרקע, וכן הביא הב"י מרבינו יונה דתקנת הגאונים מהני רק היכא דליכא קרקע, ונפסק בשו"ע סי' ק"ז ס"א, ועי' בסמ"ע סק"ו דטעמא משום דמדאור' אינם משועבדים, ובביאור הגר"א סק"ט ביאר דכל התקנה היה משום נעיל"ד והיכא דאית לי' קרקע ליכא נעיל"ד, ועי' בש"ך סק"ד דלא מהני תפיסה, ע"ש.

(ג) ועי' בש"ך סי' ק"ז סק"י דהביא מיש"ש דאם האחין חלקו אחד קרקע ולאחד מטלטלין יכול הבע"ח ליטול חצי מבעל הקרקע וחצי מבעל המטלטלין, והק' רע"א הא במקום שיש קרקע ליתא לקנת הגאונים, [ואולי י"ל דאי נימא דהוא מדין כופין על המצוות, כמבואר בריב"ש, י"ל דהא דבמקום קרקע ליכא לתקנה, משום דהקרקע יש לה שעבוד גמור משא"כ המטלטלים אינם אלא מצוה, ושפיר נפטר מהמצוה ע"י השעבוד, אבל לגבי האח שאין לו קרקע הרי עדיין מוטל עליו המצוה].

(ד) ועי' ברע"א בהגהות על הרמב"ם דתמה דא"כ איך שייך תקנת הגאונים בנזיקין, הא המזיק לא ידע מזה, ולכאור' מוכח דדוקא בהלואה וכתובה דתלוי החיוב בדעתו בעי' שידע מתקנת הגאונים, אבל בנזיקין דהוי מלוח הכתובה בתורה ואינו תלוי בדעתו גובה הניזק ממנו מעיקר הדין, ותקנת הגאונים הוסיפו על חיוב התורה דחייל ממילא שעבוד על המטלטלין.

שיטת הרא"ש

(א) עי' ברא"ש בסוגיין דהביא מר"ת דטעמא דגובין השתא מטלטלין משום דכותבין בכתובה דתגבה מקרקעות ומטלטלין, ומהני הכתיבה לשעבד את המטלטלין מדין אגב, אולם מ"מ כיון דלא כתב אגב להדי' אין מוציאין מהלקוחות, ורק בכתב אף אגב גובה מלקוחות.

ועי' בספר הישר חלק החידושים סי' תקצ"ז דהביא ר"ת ראייה לדבריו ממה דמבואר בגאונים דתקנו לכתוב בכתובה דלא כאסמכתא, ואי נימא דהוא תקנה בעלמא למאי בעי' לכתוב דלא כאסמכתא, וע"כ דהתקנה לכתוב גם את המטלטלין בכדי שיחול השעבוד מעיקר הדין, נולפי"ז מבואר דאף באופן דמשעבד את המטלטלין להדי' בעי' לכתוב דלא כאסמכתא, ולכאור' ברשב"א ב"ב מ"ד ב' משמע דלא בעי' לכתוב, ובתו' בכורות נ"ב ע"א כתבו "ועוד שלר"ת שאומר שתקנת הגאונים דאורייתא אינם תרי חומרי כלל" ובפשוטו הוא כנ"ל דלר"ת הוא מדין שעבוד של אגב, וחילל השעבוד מדאור'.

(ב) והנה בגמ' ב"ק י"ד ב' מבואר דבמת המזיק אין גובין מטלטלין מהיתומים, [ועי' ברש"י שם דאיכא למימר לאחר מיתה קנאום, ותמה במאירי דאטו היכא דאיכא עדים דאביהם קנה, גובין מטלטלין מיתמי, וכבר ביאור התומים סי' קי"ב סק"ה דכוונת רש"י דכיון דיכולים לטעון כן לא סמכ"ד מעיקרא, אולם עדיין צ"ב מדוע שינה רש"י ולא פי' כפשוטו דלא סמכ"ד, ובשו"מ רביעאה ח"ב סי' פ"ג ביאר דברי רש"י דכוונתו כפשוטו, ומשום דטעמא דליכא שעבוד במטלטלין מחמת דלא סמכ"ד לא שייך בנזיקין כיון דהוי מלוה הכתובה בתורה, ולכך ביאר טעם אחר, וכ"כ בחי' הגרנ"פ].

וכתב הרי"ף דהשתא דתקנו הגאונים דבע"ח גובה מן המטלטלין גובה אף מהיתומים, ועי' ברא"ש דרבינו אפרים חלק על הרי"ף דרך בלוח גזרו משום שלא תנעול דלת, אבל בנזיקין לא גזרו, [עי' להלן בדברי הריב"ש ק' העין יצחק מכאן על הריב"ש] והרא"ש כתב דבדורות הללו גובה מעיקר הדין כמו דמבואר בגמ' בכתובות ס"ז א' לענין גמלא דערביא, וכבר העיר בהגהות הגר"א דזה סותר למסקנת הרא"ש שם בכתובות כדעת ר"ת דא"א לומר כן דא"כ יגבה נמי מלקוחות, אלא טעמא משום דכותב להדי' דמשעבד אף את המטלטלין, וכן הק' בבית שמואל סי' ק' סק"ב, והוסיף הבי"ש דסתירה זו מצינו גם בטור, דבסי' ק"ז כתב כדברי הרא"ש בכתובות ובסי' קי"ט פסק כדברי הרא"ש ב"ק.

(ג) ועי' בק"נ בסוגיין דתי' דהרא"ש ב"ק מיירי דוקא לגבי נזיקין, דכיון דהוי מילתא דל"ש לא שייך בזה ביטול תקנת השוק ולכך גובה מדינא דגמ', אבל לענין כתובה דהוי מילתא דשכיחא אינה גובה מלקוחות משום תקנת השוק.

ובתומים סי' ק"ז סק"ד תי' דיסוד הסברא של ר"ת דחלוק דין הגמ' בכתובת דסמכ"ד מהא דבזה"ז אין המטלטלין משתעבדים, משום דבגמלי דערביא זה רק על מטלטלין אלו, אבל אי נימא דבכל המטלטלין של הלוח יחול שעבוד, ודאי דאינו רוצה להשתעבד ומתחילה לא לוח על תנאי זה, ומשו"ה ליכא שעבוד כלל, אבל בנזיקין דהשעבוד הוא ממילא גובה מדינא דדמי לגמליא דערביא, ע"ש.

ובבית יעקב אהע"ז סי' ק' ס"א יישב דזה תלוי הדבר אם ש"ד או דשל"ד, דאם ש"ד ומטלטלין נמי משועבדים, אלא דביטלו השעבוד מהמטלטלין משום דלא סמכ"ד, שפיר י"ל דכיון דבזה"ז אסמכתייהו עלייהו ממילא הדר השעבוד מדאור', ואי"צ תקנה מיוחדת דיחול שעבוד על המטלטלין, אבל אם של"ד, הרי מבואר דאעפ"י דאיכא סמכ"ד, מ"מ ליכא דין שעבוד, ובעי' לתקנת הגאונים דיחול דין שעבוד, ולכך לגבי נזיקין דהוי מלוה הכתובה בתורה ומדאור' חייל שעבוד אף על המטלטלין, משו"ה חייל השעבוד בזה"ז מעיקר הדין מחמת הסוגיא בכתובות, אבל בשאר מילי דשל"ד בעי' לתקנה מיוחדת.

(ד) ועי' בש"ך סי' תי"ט סק"ה דכתב לחלוק על הרא"ש ב"ק דשאני כתובה דמתחילה נשאת אדעתא דהכי, וכיון דזה היה עיקר המשא ומתן שלהם שפיר איכא סמכ"ד, אבל בנוזיקין דהוא חיוב התורה לא שייך הסברא הנ"ל, ואין גובין מטלטלין מן היתומים של המזיק.

ובשער המשפט שם סק"ב תמה על הש"ך דהא מבואר בגמ' ב"ק להדי' דנכסים שיש להם אחריות גובין מן היתומים, והא טעמא דשעבוד משום דסמך עלי', כמבואר ברש"י ב"מ ס"ז א', וא"כ בנוזיקין דלא סמך עלי' לא יחא גביה אף מקרקעות, וע"כ דגם בנזק שייך הסברא דסמך עלי', וא"כ ה"ה לענין מטלטלין בזה"ז.

ועי' באולם המשפט דיישב קו' הש"ך דכל סברתו שייך אי נימא דמטלטלין מדאו' אינם משועבדים, אלא דבאופן דודאי סמכ"ד חייל השעבוד אף על המטלטלין, ולכך הק' הש"ך דאינו שייך לענין נזיקין, אבל אי נימא דמדאו' מטלטלין משתעבדין, אלא דחכמים עקרא לשעבוד משום דלא סמכ"ד, בזה כל היכא דסמכ"ד הדר דינא להשתעבד מדאו', ובזה אין חילוק בין נזיקין להלואה.

(ה) והנה ברא"ש קדושין פ"ג סי' י"ד דן האם מתנה מפקיע מידי שעבוד יותר מירושא או לא, ולבסוף כתב דנפק"מ בכ"ז לענין תקנת הגאונים, האם מוציאים מטלטלין שנתן הלוה במתנה, דאי מתנה עדיפא מירושא, יתכן דאף דתקנו הגאונים דגובין מטלטלין מיתומים, מ"מ לא יוציאו ממקבל המתנה, וע"ש דאף בנתנו היתומים נמי אין גובין ממקבל המתנה, ע"ש, ומבואר דהוא רק משום תקנת הגאונים, ולא מחמת דעשה קנין אף על המטלטלין, וק' דזה סותר לדבריו בב"ק.

ועי' בש"ך סי' קי"ג סק"א דתי' דהרא"ש ב"ק אינו סותר לדבריו בקדושין, כיון דהסמכ"ד לא מהני לגבי הלקוחות, משום דיכול להבריחם, אולם כבר תמה הש"ך דהא בלשון הרא"ש בקדושין מבואר דתלוי אם מתנה עדיפא מירושא או לא, ולדברי הש"ך אף אי נימא דמתנה קיל מירושא, מ"מ לא סמכ"ד משום דיכול להבריחם, וע"ע בש"ך סי' ק"ז סק"ב.

(ו) בבית שמואל שם הק' עוד מדברי הרא"ש כתובות פ"ד סי' י"ט דכתב דתקנו רבנן דגובין מזון הבנות ממטלטלין, ומשמע דהוא תקנה בעלמא.

וברא"ש כתובות פ"ט סי' י"ד כתב דבזה"ז דתקנו רבנן בתראי לגבות ממטלטלין, וסומך על המטלטלין כמו על קרקע, כופין את היורשים אף על המטלטלין, וצ"ב כיון דהביא לתקנת הגאונים, מדוע הוסיף דאיכא סמיכות דעת, ולא סגי בתקנת הגאונים, וצ"ע בכ"ז.

דעת הרשב"א

(א) ובדעת הרשב"א ג"כ מצינו סתירה בדבריו - ברשב"א בכתובות ס"ז א' כתב דהאידנא אי"צ לתקנת הגאונים אלא גובין מעיקר הדין משום דסמכינהו עליהו, דהרוב מתעסקין במטלטלין, ועי' בב"י סי' ק"ד דהביא משו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקי"ד דאם בע"ח גבה מטלטלין מחמת תקנת הגאונים, ואח"כ בא בע"ח דשעבד לו המלוה את המטלטלין אגב קרקע, דבע"ח שני מוציא ממנו, וצ"ע דלדבריו בחי' הרי גם מה דגובה האידנא הוא מעיקר הדין, כיון דסמכ"ד עליה, [ובדברי משפט סי' ק"ז סק"ב העיר דהא יש לו שעבוד גמור, ואמאי אינו קודם, ורצה להוכיח מזה דל התקנה הוא רק מדין כופין על המצוות, ובאמרי בינה גב"ח סי' י"ב דחה דכיון דהוא רק תקנת הגאונים גרע כוחו].

(ב) והנה בספר התרומות שער ס"ר ח"א דין ו' הק' לפי השי' דכופין את היתומים גם על מטלטלין שירשו אביהם, למאי הוצרכו לתקנת הגאונים, אולם נראה דלדברי הרשב"א בשו"ת ח"ד סי' קנ"ב ל"ק כלל, דהא פסק דבירשו

היתומים מטלטלין מהאב כופין את היתומים בשוטים לשלם, אולם לא נחתי' לנכסי', וע"ש עוד נפק"מ, ולפי"ז א"ש דרק לאחר תקנת הגאונים הוא דנחתי' לנכסי', וכ"כ באמרי בינה גביית חוב י"ב.

דעת הרשב"ם

(א) עי' ברשב"ם קע"ד א' ד"ה רב הונא דכתב דבזה"ז גובין מטלטלין מיתמי כמו דתקנו הגאונים לגבות מכתובת אשה, [אולם בדברי ר"ת בספר הישר מבואר דהגאונים תקנו גם על כתובה וגם על הלואה], והביא לזה ראייה מהגמ' בכתובות ס"ז א' דכל היכא דאסמכתייהו עלייהו גובה כתובתה מטלטלין, וה"ה לענין הלואה, והוסיף הרשב"ם ראייה דהא ר"פ ס"ל דמלוה ע"פ גובה מן היורשים משום שלא תנעול דלת, וא"כ השתא דל"ש קרקעות אי נימא דאין גובין ממטלטלין אין לך נעילת דלת גדולה מזו, עכתו"ד.

(ב) וצ"ע דממנ"פ כיון דעיקר תקנת הגאונים היה רק על כתובה ולא על הלואה, והיה לרשב"ם צד לחלק בין הלואה לכתובה, ולכך היה צריך להביא ראיות, מה מיייתי ראייה מהגמ' בכתובות, הא התם מיירי לגבי חיוב כתובה, ועוד צ"ב הרי סברת הגאונים היה משום דעיקר הסחורה הוא במטלטלין, וא"כ הרי סברא זו שייך נמי לגבי הלואה.

(ג) והנה מסו"ד הרשב"ם מבואר דגם במלוה ע"פ איכא לתקנת הגאונים, ועי' בריב"ש סי' צ"ב דכתב דזהו הפשטות, אולם כתב דדעת ר"י דלא תקנו כן במלוה ע"פ, וכתב דהוא יחידאה, וע"ע בגדו"ת שער ס"א ח"א אות ח'.

דעת הריב"ש

[א] עי' בשו"ת הריב"ש סי' שצ"ב דחקר בגדר תקנת הגאונים - (א) דכיון דיש מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אף ממטלטלין שירשו מאביהם, ותקנו הגאונים לכופין על מצוה זו מפני תיקון העולם. (ב) כיון דנכסי רוב העולם אינם קרקעות אלא מטלטלין סמך עליהם המלוה ודמי לגמ' בכתובות ס"ז א' דגובה פורנא מגמליא דערביא.

[ב] ויש בזה ז' נפק"מ - (א) בריב"ש שם הביא בהמשך דבריו דברמב"ן כתב דכל התקנה היה רק על מטלטלין שהיה בשעת ההלואה, ולא על מטלטלין שקנה אחר ההלואה, אולם הביא שם הריב"ש דבטור סי' ק"ז כתב דגם בקנה מטלטלין אחר ההלואה מוציאין מהיורש כיון דיורש במקום אביו קאי, וכן כתב בבב"ש שער מ"ג ח"ד דין ג' בשם גאון, וכן הביא שם בדין ח', ובבית מאיר אהע"ז סי' צ"ג סכ"א כתב דתלוי בחקירת הריב"ש, דאי נימא דהוא מדין כופין על המצוות, הרי כיון דאיכא מצוה אף על מטלטלין שקנה אחר מיתת ממילא כופין אותן עליהן, אבל אי נימא כצד ב' דהוא מדין שעבוד, ליכא חיוב על היורשים, [וכדס"ל ל"א סי' קי"א ס"כ לענין קרקעות]. (ב) באבני נזר חו"מ סי' מ"ט מחודש ד' כתב דנפק"מ לענין קדימה, דאי נימא דהוא מדין שעבוד שייך דין קדימה בזה"ז, משא"כ אי נימא דהוא מדין כופין על המצוות, לא שייך בזה דין קדימה אף אחר תקנת הגאונים. (ג) קיי"ל דאעפ"י דאין מוציאין למזון הבנות מיד לקוחות, מ"מ בנתן האב קרקע שלו במתנת שכ"מ מוציאין ממנו למזון הבנות, כיון דכירושה שוינהו רבנן, ובבב"ש שער ס"א ח"א אות ד-ה הביא דנחלקו הראשונים האם בנתן מטלטלין במתנת שכ"מ מוציאין מהן למזון הבנות, כמו דגובין מהיורשים לאחר תקנת הגאונים, או לא, וברמ"א אהע"ז סי' צ"ג ס"כ פסק דאין מוציאין, ובבית מאיר שם ביאר דתלוי בספיקא דהריב"ש, דאי נימא דהוא מדין שעבוד, כמו דמוציאין מהקרקעות של מקבל מתנת שכ"מ, ה"ה דמוציאין את המטלטלין, אבל אי נימא דהוא דין כפי' על המצוה לפרוע,

הרי למקבל מתנת שכ"מ אין לו מצוה לפרוע, וכן ביאר רע"א בדו"ח מכת"י בהגהות לחו"מ סי' קי"ב, וכתב דשוב מצא כן בבית מאיר הנ"ל. ד) עי' אבנ"מ סי' צ"ג ס"ק י"ז דכתב דנפק"מ אם מכירת מטלטלין חייב מדין מזיק שעבודו של חבירו, דאי נימא דהוא רק מדין כפי' על המצוה אין בו דין מזיק שעבודו, משא"כ אי הוי דין שעבוד גמור, ועי' ש"ך סי' ק"ז סק"ח דכתב דודאי אי נימא דטעמא משום דסמכ"ד על המטלטלין ודאי חשיב מזיק שעבודו, וע"ע בקצוה"ח ק"ז ס"ק י"א בזה. ה) עי' אבנ"מ סי' ק' סק"ה דהביא דנחלקו הראשונים האם לאחר התקנה אשה נוטלת מטלטלין בראוי כבמוחזק או לא, וכתב האבנ"מ דאי נימא דטעמא משום דכופין על המצוות הרי כיון דאיכא מצוה על היתומים לפרוע אף מראוי, ממילא כופין אותן ע"ז, אבל אי נימא דהוא רק משום דאסמכתייהו עלייהו אין גובה אלא ממוחזק ולא מהראוי, ע"ש. ו) לכאן יש לדון דיהא נפק"מ ליתומים קטנים, דאי הוי רק מדין כופין על המצוות אין שייך תקנת הגאונים בקטן, משא"כ אי הוי מדין שעבוד, [אלא דחיישי' לצררי ובחייב מודה יוצאו מהם], ועי' בשו"ע סי' פ"ה ס"ד דמבואר בשו"ע להדי' דשייך דין תקנת הגאונים בקטנים, אולם עי' בביאור הגר"א שם ס"ק י"ז דמחק מהשו"ע לתיבת קטנים, וצ"ע שם. ז) עי' תו' גיטין נ"א א' דכתבו דאחר תקנת הגאונים מוציאין למזון הבנות ממטלטלין, ותמה רע"א דתקנת הגאונים לא עדיפא מאילו שעבד לו מטלטלין אגב קרקע דלא היה חייל החיוב כיון דהבנות עדיין לא באו לעולם, ומה יועיל תקנת הגאונים, אולם אי נימא דבאמת הוא רק מדין כופין על המצוות א"ש.

ג) בשו"ע סי' ק"ז ס"ד הביא די"א דיוורש שמכר נכסי האב ואין הבע"ח יכול לטרוף מהלוקח כגון דהוא גוי וכיו"ב די"א שגובים מהמעות של המקח שביד היתומים, ומקורו מהרא"ש ב"ב פ"ט סי' א' בשם רב האי גאון דאף דמדינא דגמ' יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו "האידנא כיון דתקינו מזוני לבנות ממטלטלי מה לי קרקע כדהוה מה לי שקלי דמים דיליה, אי שקלי דמים יהבי מזונות לבנות" והרא"ש שם בסי' ב' תמה עליו "וגם דברי רב האי תמוהין דהני זוזי לא אשתעבדו לבנות אלא שעבודדיהו אנכסי אבוהון וכיון שמכרו ואין יכולין לטרוף הפסידו למה הדבר דומה למלוה על פה שיצאתה על היתומים ומכרו נכסים שאין בעל חוב גובה מן הדמים שבידם דלאו הני זוזי שבק אבוהון ותדע שאין הבנות נזונות מדמי נכסים מועטים שקדמו ומכרו הבנים דאת"ל דנזונות מהן היכי מוכיח מהכא מדרב אסי שיש זכות ליתומים בנכסים מועטים מהא דקאמר שאם קדמו ומכרו מה שמכרו מכרו והלא צריכין לפרנס הבנות מן הדמים ועוד דאמר בסוטה פרק היה נוטל איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים, ואם היו חייבין לפרנס הבנות מן הדמים למה הוא רשע ערום מאי קעביד ומאי אהנו מעשיו אלא ודאי הדמים שלהן" וכבר תמה בפלפול"ח דמאי מייטי הרא"ש ראייה מהנך סוגיות הא כל דברי רה"ג הם לבתר תקנת הגאונים, ומתוך דברי החזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק ל"ז מבואר דכוונת הרא"ש להק' דאין לומר דרה"ג ס"ל דדמי קרקע כקרקע, ולכך גובין מהדמים, דחשיבי כירשו מאביהם, וע"ז הק' הרא"ש דא"כ גם מדינא דגמ' היה צריך לגבות, משום דהדמים חשיבי כקרקע, וזה הרי מבואר בגמ' להדי' דמדינא דגמ' מבואר דאין גובין מהדמים, ומשום דדמי קרקע לא הוו כקרקע, וא"כ מה הועיל תקנת הגאונים, סו"ס הרי לא ירשו את המעות מאביהם. ובדעת רה"ג צ"ל דס"ל דודאי לא חייל על הדמים שם קרקע, אולם עדיין יתכן לומר דהשעבוד דהיה על הקרקעות, חייל נמי על הדמים, אולם כיון דליכא שעבוד על מטלטלין, לא חייל שעבוד על המעות, רק לאחר תקנת הגאונים, אבל מדינא דגמ' כיון דמטלטלי לא משתעבדי, לא יועיל הא דהוו המעות דמי שעבוד הקרקע.

אולם תמהו האחרונים דא"כ בחליפי קרקע הרי אף מדינא דגמ' יוציאו את הקרקעות מהם, והא מבואר בבכורות מ"ח דלמ"ד האחין שחלקו לקוחות, א"א לגבות מלוה ע"פ אחרי החלוקה, כיון דמלוה ע"פ גובה מן היורשים ולא מן הלקוחות, ולדברי רה"ג הא חליפי שעבוד קרקע כקרקע.

ותי' הבי"מ אהע"ז סי' צ"ג סכ"א דס"ל לרה"ג דיסוד תקנת הגאונים הוא משום דתקנו דכופין על המצוה, וס"ל לרה"ג דלעולם ליכא דין שעבוד על דמי השעבוד, אולם חשיבי הדמים ממון שירשו מאביהם, ויש להם מצוה לשלם חובת אביהם מחמת דחשיב כירשו את המעות מאביהם, וכיון דתקנו הגאונים דכופין עליה, משו"ה ס"ל דגובין מהיתומים, אבל בדינא דגמ' הרי ליכא כפי', וא"ש הסוגיא בבכורות, [אולם לכאו' צ"ע דהא מבואר בכל הראשונים דקרקע שירשו מאביהם איכא כפי' על מצוות הפרעון, וא"כ מדוע אין כופין על חליפי קרקע, כיון דחשיב כקרקע שירשו מאביהם, ומוכרח דס"ל הבי"מ דכיון דליכא שעבוד על החליפין, ליכא נמי כפי', אולם בסוגיא דאיני יתבאר דלאו כו"ע מודו בה, ויתכן דיש מצוה וכפי' אף אי לא חייל שעבוד על הקרקע, ואכ"מ], וע"ע אבנ"מ סי' צ"ג ס"ק ט"ז.

ד] עי' בעין יצחק אהע"ז ח"א סי' ל"ט אות ה' דהק' דהנה הש"ך סי' ל"ז ס"ק י"א כתב דבנזיקין ליכא משום לוח רשע ולא ישלם, ולפי"ז תמה דא"כ מדוע רבינו אפרים הק' על הרי"ף בסופ"ק דב"ק דליכא תקנת הגאונים בנזיקין משום דלא שכיחי, תיפו"ל דכיון דיסוד דין הגאונים הוא מדין כופין על המצוות, הרי דכל התקנה של הכפי' הוא דוקא באופן דהאב נידון כלוה רשע ולא ישלם, אבל בנזיקין דאינו נידון כלוה ולא רשע ולא ישלם, ליכא מצוה על היתומים וממילא ליכא כפי', והוכיח מזה העין יצחק דגם בנזיקין יש דין של לוח רשע ולא ישלם.

דאיני

ב"ב קנ"ז א'

מתני' נפל עד קנ"ז ב' מתני'.

בעיקר הספק אי מהני דאיני לרבנן - עי' רשב"ם ב' פי' ורש"ש, ועי' היטב ברגמ"ה, עי' היטב בלשונות תו', ומהרש"א, יד רמ"ה, קצוה"ח סי' קי"ב סק"א באריכות.

ע"ע בשטמ"ק בשם הראב"ד, ובב"י סי' ר"ט בשם תלמידי הרשב"א, ובמה דהביא בקצוה"ח שם משו"ת מהרי"ט, חזון יחזקאל סוף נדרים ומנחת שלמה ח"ב סי' קל"ז ביאור מחודש בסוגיין.

בדין דאיני מדאו' - עי' תומים סי' קי"ב סק"א, קצוה"ח שם בסו"ד, נתה"מ ס' ס"ק י"ב ומשובב ס"ו כ"ג, ועי' היטב במאירי בסוגיין.

דאיני מדאו'

א) עי' בתומים [סי' ק"ד סק"ז, סי' קי"ב סק"א] דיסד דלמ"ד ש"ד אף בלא כתב דאיני חייל שעבוד מדאו' על הנכסים שקנה אחר ההלואה, דעצם החוב הוא המשעבד, ובכל רגע ורגע יש סיבה לשעבוד, והביא לזה ראיה מהא דמבואר בתו' בכורות מ"ט ב' ד"ה ודידי' בתי' בתרא לגבי פדיון הבן דנכסים שקנה אחר ל' יום משתעבדים אף בלא דין דאיני, כיון דרמי עלי' חיוב פדה"ב כל שעה ושעה, ועוד ראיה הביא בסי' קי"א סק"י מהא דהביא בבעל התרומות בשם הרמב"ן להוכיח דבע"ח אינו נוטל בראוי, מהא דמבואר בירושלמי דילפי' מקרא דכרמו דחפר בור והזיק ומת ואח"כ נפל ירושה לבניו, דפטורים כיון דהוא ראוי, והק' במל"מ פכ"א מו"ל ה"א סוד"ה עוד אחרת הק' הרי אפילו אם באו הנכסים למזיק אחר הנזק אינם משתעבדים, ודוחק לומר דקרא מיירי בכתב דאיני, דא"כ אמאי לא פשיט הגמ' מהברייא דמהני דאיני, ועי' בתומים דהוכיח מהכא דמדאו' ודאי דכל הנכסים שנפלו אחר ההלואה נמי

משתעבדים, ולכך הוצרך הירושלמי לדין ראוי, [וע"ש עוד דהאריך בזה, וצ"ב כוונתו שם], וכן נקט בקצרה בנתה"מ [סי' ס' ס"ק י"ב].

(ב) אולם בקצוה"ח [סי' קי"ב סוף סק"א, סי' ס' סק"ה, סי' ק"ד סק"ט, משו"ב סי' ס"ו ס"ק כ"ג] כתב דמדאו' נמי לא חייל שעבוד רק על נכסים שהיו בשעת ההלואה, אבל נכסים שקנה אח"כ לא חייל עליהם דין שעבוד רק בדכתב דאיכני ומדרבנן, ומה דהוכיח התומים מהתו' בכורות, דחה הקצוה"ח דשאני התם דכל שעה ושעה יש סיבה מחודשת לחיוב, אבל בהלואה זמן ההלואה הוא המחייב, ולכך מדאו' ליכא שעבוד רק על נכסים שהיו בשעת ההלואה, [ובמשו"ב שם העיר דבנתה"מ סי' ס"א סק"ז סתר שי' דכתב שם דדאיכני הוי דרבנן, ובפשוטו י"ל דאחרי דביטלו חכמים לשעבוד ממלוה ע"פ, אף הנתה"מ מודה דדאיכני אינו אלא מדרבנן, אולם עי' להלן בפי' ב' דהרשב"ם דמוכח מהנתה"מ גופי' דלא ס"ל הכי, וצ"ע].

(ג) ולכאו' יסוד המחלוקת בין התומים לקצוה"ח האם החוב יוצר את השעבוד או דמעשה הלואה יוצר את השעבוד, דאי נימא דהחוב גורם את השעבוד, שפיר יש ללמוד מהתו' בבכורות והרמב"ן דלא בעי' מדאו' לדאיכני, וחייל שעבוד מדאו', אולם אי נימא דחלות השעבוד חייל מכח מעשה הלואה, הרי השעבוד חייל רק על נכסים שהיו ברשותו בשעת הלואה.

(ד) והנה התומים שם ביאר דהא דמבואר בגמ' דבעי' לכתוב דאיכני הוא רק מדרבנן, דכיון דתקנו דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות משום דליכא קלא, ה"ה היכא דלא כתב דאיכני אינו גובה כיון דליכא קלא, וע"י שכותב דאיכני איכא קלא.

וצ"ל לדבריו דשורש ספק הגמ' הוא אי סגי לכתוב דאיכני למיעבד קלא, או דבעי' מעשה קנין כדי שהקול ישעבדו, או דספק הגמ' אי איכא קלא בלא קנין, דרק עביד לקלא, או דודאי בעי' קנין אלא דספק הגמ' דסגי במה דהחפץ בעולם וכפי' קמא דהרשב"ם.

אולם לכאו' יש לבאר עוד, עפ"י מה דיסד בנתה"מ סי' ס"ו ס"ק כ"ג דאחר התקנה דמלוה ע"פ אינו גובה מהלקוחות, הא דגובה במלוה בשטר מהלקוחות, הוא משום דהשעבוד חייל רק מחמת השטר, והוי שטר קנין, ולפי"ז ודאי דרק הנכסים דנמצאים ברשותו בזמן הכתוב בשטר משתעבדים, [ולמ"ד של"ד ודאי דכל השעבוד חייל רק ע"י הקנין שטר, ובעי' לכתוב דאיכני מעיקר הדין], ועי' להלן בפי' ב' דהרשב"ם עוד בזה.

(ה) ובאמת דנידון זה כבר נמצא בראשונים (א) עי' ברמ"ה בע"ב אות קס"ו דכתב "וטעמא דמילתא, דמלוה על פה כיון דהוה הני נכסי ברשותיה דלוה בשעת ההלואה משתעבדי ליה מדאוריתא, ובדין הוא דלטרוף לקוחות ורבנן הוא דתקינן דלא לטרוף לקוחות משום דלית ליה קלא ואיכא פסידא דלקוחות כדבעינן לברורה בסוף פרק גט פשוט, וכיון דשעבודא דאורייתא גבי מן היורשין, אבל הכא כיון דהני נכסי לא הוו ברשותיה דלוה בשעת ההלואה אשתכח דליכא שעבודא כלל לא במלוה בשטר ולא במלוה על פה, אלא הוה להו הני נכסי לגבי האי מלוה על פה כמטלטלי בעלמא דלא משתעבדי לבעל חוב מסתמא אלא כל כמה דקימי ברשותיה דלוה ואי מיית לא גאבי להו מן היורשין" ומבואר דמדאו' ליכא שעבוד רק על נכסים שהיו ברשותו בשעת ההלואה. (ב) אולם עי' במאירי דכתב "ואף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בזו תכף כשקנאה נשתעבדה לכל הקפותיו מאליו כמו שאמרו מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה וכיון שנשתעבדו לו מאליהם ומן הסתם ר"ל אף על פי שלא כתב דאקנה למה נפקע שעבודם כשמכרם אלא שחסו על הלקוחות מפני שהם סוברים שאינה משועבדת להם אחר שלא כתב דאקנה וכי כתב לו מיהא חזר הענין לדינו ונשתעבד משעת המקח מן הדין ולא מצד הקנאות" ומבואר דמדאו' איכא דין שעבוד אף

בלא דאיקני, אולם מבואר בדבריו עוד חידוש דכשכותב דאיקני החוב משעבדו, ולא מה דכתב דאיקני, וכן נתבאר לעיל דמוכח מהנתה"מ דכתב דמהרשב"ם מוכח דלא כדבריו.

(ו) אלא דא"כ קשה טובא, דהא מבואר בגמ' מ"ד ב' דמלבד דין שעבוד מטלטלין אגב קרקע מהני נמי דאיקני, והנה בהא דמהני אגב יש להק' הרי הקרקע משועבדת מאליו ולא על ידו, וא"כ איך שייך למיעבד אגב, וע"כ צ"ל או כשי' הנתה"מ דשט"ח הוא שטר קנין, או כהקצוה"ח דמ"מ מהני שעבוד על שעבוד, [ובאמת דתימא מכאן על הברוך טעם דהובא להלן דס"ל לב' הדינים, גם דהוא שטר ראייה וגם דאין שעבוד חל על שעבוד], אולם בהא דמבואר בגמ' דשייך בזה דין דאיקני, תקשי דאי נימא כמאירי דיסוד דין דאיקני הוא משום דבאמת השעבוד חל מחמת החוב, אבל בלא"ה באמת לא מהני דאיקני, כיון דהוי דבר שלב"ל, א"כ תקשי טובא איך שייך למיעבד אגב, הא צריך שיחול השעבוד מכוחו, ובשעבוד דילי' איכא חסרון של דבר שלב"ל, ובשלמא להני דס"ל דמטעם קול הוא דמהני אגב, א"ש, אבל אי נימא דמשום קנין אתינן עלה, הדק"ל, וצע"ג.

גמ' - בעי שמואל דאיקני וקנה מהו אליבא דר"מ וכו' כי תיבעי לך אליבא דרבנן וכו' ת"ש וכו' א"ל רבא מיניה וכו'. וצ"ב מאי ס"ד דרב יוסף אטו לא ידע דאיכא דין גלימא דעל כתפי', ולכאור' צ"ל דזה ודאי דמלבד החיוב של הלהו לשלם, איכא נמי דין שעבוד נכסים על מיני', ומספק"ל לשמואל אם חל שעבוד על מיני' גם בדאיקני, ולפי"ז צ"ל דרב יוסף הוכיח מהא דקתני' דממשכנו על דאיקני, דע"כ איכא דין שעבוד, ועי' חת"ס עד"ז, [אולם כ"ז א"ש אי נימא דלמ"ד של"ד לא נחת' לנכסי', דכיון דבעי' לדין שעבוד דרבנן בשביל לירד לנכסיו, מספק"ל מהו לגבי דאיקני, אולם אי נימא דגם בלא דין שעבוד נחת' לנכסי', מדין עד שאתה כופהו וכו', הרי עדיין קשה מה הראיה מהא דממשכנו דאיכא נמי דין שעבוד על מיני', וצ"ע].

ולפי"ז צ"ל דכוונת רבא דמיני' שאני, דלענין מיני' מצי למיעבד שעבוד גם על דשלב"ל, ועי' להלן בתו' ד"ה דאיקני [א] הוכחה לזה.

גמ' - כי קמבע"ל דאיקני קנה ומכר דאיקני קנה והוריש מאי. בקצוה"ח סי' קי"ב סק"א האריך לדון מדוע שעבוד עדיף מקנין, ובתחילת דבריו ביאר דטעמא משום דהשעבוד חייל מאליו, [וצ"ע דלא הזכיר הקצוה"ח דלשון זה כבר נזכר בתו' - ועי' להלן בשי' תו'], וצ"ל דאעפ"י דבעי' שיכתוב דאיקני, היינו רק למיעבד קלא, [ועי' להלן שי' המאירי]. אולם תמה ע"ז ב' קו' - חדא דהא שמואל ס"ל דשל"ד, ולדידי' השעבוד חל רק מחמת הלוה, [ונכבר נתבאר לעיל דיתכן דאף למ"ד של"ד החוב הוא המשעבד, ואכ"מ], ועוד הק' דאף למ"ד ש"ד מדאו' אין הנכסים שבאו לאחר הלוואה משתעבדים למלוה, ורק משום עשיית הגברא הוא דחייל, ומה המעלה של שעבוד מקנין, ואי נימא דמ"מ קים להו לחז"ל שעבוד עדיף מקנין, א"כ תקשי אמאי אין אדם משעבד עצמו לדבר שלב"ל, [ולמאי דנכתאר דכן מבואר בתו' - הרי מוכח דאף לשמואל חייל השעבוד ממילא וביותר דאף דאיקני חייל ממילא].

ובאמת דמצינו בראשונים כמה פי' בספיקא דשמואל אמאי יועיל דאיקני אף לרבנן -

[א] (א) עי' רשב"ם דלר"מ ליכא ספק כיון דהוא כ"ש מקנין, דבמקח פירות דקל אינם בעולם, אבל בשעבוד הקרקע בעולם, וספק הגמ' לרבנן דשאני שעבוד מקנין כיון דהקרקע בעולם, ולכאור' לפי"ז ספיקא דשמואל אינו דוקא על שעבוד, אלא גם על מקח באופן דהקרקע בעולם, אי מודו רבנן לר"מ, וכן משמע ברשב"ם מ"ד ב' ד"ה וניחוש

דכתב "אלא מדלא חיישת להכי איכא למשמע דמי שכותב כן דאקני האומר לחבירו נכסים שאני עתיד לקנות אני מוכר לך או משעבד לך ואחר כך קנה ומכר לאחרים וכו' ובעיא היא לקמן וכו' ומשמע מהכא דלא משתעבד ומבואר ברשב"ם דהנידון הוא גם על מקח ולא רק על שעבוד, ואזיל הרשב"ם לשי' בפי' קמא דהכא, [אולם לפי"ז צ"ע לשון הרשב"ם "מי שאני שעבוד מקנין", וצ"ע].

(ב) ועי' ברש"ש דהק' על הרשב"ם דהא לאחר שתתגיירי נמי האשה בעולם, ומ"מ ס"ל לרבנן דלא חיילי הקדושין, ובפשוטו צ"ל דגירות הוא שינוי בגוף האשה, אולם עדיין קשה מלאחר שתמות אחותיך, וצ"ל דהא גופא דהשתא היא ערוה, ומקדשה לאחר דיפקע האיסור ערוה, חשיב נמי כשינוי בגוף האשה, וצ"ע.

(ג) ועוד תמה הרש"ש מהא דמבואר בגמ' ב"מ ט"ז ב' דהאומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך, תלוי בפלוגתא דר"מ ורבנן, והא בכה"ג דהשדה בעולם מודו רבנן לר"מ, אולם באמת עי' בשטמ"ק שם בשם הריצב"ש דפי' את הסוגיא שם באופ"א ולפי"ז ליכא ראייה מהתם, ואכ"מ.

(ד) עוד צ"ע, דהנה בגמ' בע"ב מוכיח הגמ' דמהני דאיקני מהא דבע"ח גובה את השבת, וצ"ע לפי הרשב"ם הרי השבת לא היה בעולם ובכה"ג הרי לא מהני דאיקני, ואולי י"ל דשאני שבח דחשיב עבידי דאתו, ולכך חשיב כישנו בעולם, וצ"ע.

(ה) ועוד יל"ע דהנה בקוב"ש אות תקע"ב הוכיח מתו' קנ"ט ב' ד"ה ולימרו דגם בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מהני דאיקני לחייב את היורשים, [להשי' דאף ביורשים בעי' לדאיקני], וקשה הא מבואר בדף קכ"ז ב' דאף לר"מ אינו קונה נכסים שנלו לו כשהוא גוסס, כיון דאינו בר קנין בזמן החלות, וא"כ הרי מוכח להדי' דשאני שעבוד מקנין, ואין נידון הגמ' רק לענין שעבוד, וצ"ע.

[ב] א) ברשב"ם בא"נ ביאר דהצד דמהני דאיקני משום דאלמוהו רבנן לשעבוד יותר מקנין משום חשש דנעל"ד, ויל"ע אם הגדר בתקנה דמהני כר"מ, או דמדרבנן דנו כבא לעולם מחמת דהחפץ בעולם, ונפק"מ בשיעבוד מטלטלין להדי' ונולדה לו בהמה.

ובקצוה"ח שם ביאר עפ"י הרשב"ם דהשעבוד חייל מחמת הלוח, דמשעבד את הקרקעות שיבואו לרשותו, ומה"ט כתב דלא שייך להתחייב לדבר שלא בא לעולם, ע"ש.

(ב) עי' בנתה"מ סי' ס' ס"ק י"ב [מהדו"ב] דהעיר דמוכח מהכא דלא כהתומים, וכוונתו דאי נימא כהתומים הרי כל דכתב דאיקני וליכא חשש קלא, הרי שעבודו מדאו', ולא מדרבנן.

וצ"ע דלמאי דיסד הנתה"מ בסי' ס"ו ס"ק כ"ג דאחר התקנה חייל השעבוד רק מכח השטר, ליכא ראייה מהרשב"ם דלא כהתומים, כיון דקנין השטר חייל רק על מה שהיה לו בשעת ההלואה, ודאיקני מהני רק מדרבנן, ועוד צ"ע דהא למ"ד של"ד ודאי דהשטר הוא המשעבד, ושמואל הא ס"ל של"ד.

[ג] עי' ברבינו גרשום דכתב לבאר לספיקא דשמואל "כיון דאתני לי' משתעבדי לי' נמי" ואח"כ ביאר "כי אמרי רבנן וכו' כגון פירות דקל דליתנייהו בעולם והוא מקני ליה השתא, ומשו"ה לא קנה, אבל מקרקעי איתנהו בעלמא ולהיכא דכתב [דאקני] ודאי קנה משום כשאקנם יהיו משועבדות לך דהשתא לא מקני ליה מעכשיו וקני".

ומבואר כהרשב"ם דיש מעלה בהא דהקרקעות בעולם, אולם הוסיף לבאר דיש חילוק בין קנין לשעבוד, דבקנין הוא מקנה מעכשיו דבר שאינו בעולם, אבל בשעבוד הקרקע בעולם ואינו מקנהו מעכשיו, אלא רק אח"כ כשיקנה, וצ"ע בכ"ז, ועי' היטב במרדכי תקע"ח בשם רשב"ם דהיכא דאמר דיחול הקנין כשיבא לעולם מהני אף לרבנן, והוא נמצא ברשב"ם העיקרי קל"א ב'.

[ד] בתו' כתבו דטעמא דמהני דאיני משום דהשעבוד חל ממילא, וצ"ב הרי בעי' שיכתבו דאיני, ואינו חל ממילא, ולכאור' מוכח מתו' דבאמת מעיקר הדין החוב משעבד גם את הנכסים שקנה אחרי ההלואה, אלא דאיכא חסרון של סמיכו"ד, דרק על קרקע בשעת הלואה סמכ"ד, אבל בפירש להדי' בשטר שפיר סמכ"ד, ושוב חזר עיקר הדין דגם נכסים שאחר ההלואה משתעבדים ואף למ"ד של"ד י"ל דס"ל דחז"ל תקנו דכל דסמכ"ד איכא שעבוד ממילא מחמת ההלואה, וכנ"ל.

ובעוד אופן יש לבאר דבריהם כמו דיתבאר להלן דמוכח מהראשונים דיסוד דין דאיני הוא דחייל שעבוד הגוף, וממילא חייל השעבוד נכסים, ועד"ז ביאר בשיעורי הגר"נ ב"מ סי' ט"ז, והוכיח כן אף מלשון הרמב"ם.

[ה] א' עי' בשטמ"ק דהביא מהראב"ד דביאר "כי אמרי רבנן אין אדם מקנה דבשלב"ל דילמא ה"מ במתנה, אבל במלוה כיון דמשעבד ליה דאיני נמי משתעבד לי', או"ד לא שנא" ועי' בב"י סי' ר"ט דכתב "וגם תלמידי הרשב"א באיזהו נשך גבי מוכר פירות דקל כתבו דאף על גב דקיימא לן אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפילו הכי סבירא לן דאדם משעבד דבר שלא בא לעולם דכיון שהוא משועבד אף דאקנה משתעבד דגריר בתר שעבודיה וכדבר שבא לעולם דמי" ומבואר דשאני שעבוד דכיון דאיכא שעבוד הגוף מהני נמי דאיני, וצ"ב הסברא בזה.

[ב] ועי' בחזון יחזקאל סוף נדרים מלואים לפ"ו דביאר דברי הראב"ד עפ"י יסוד הרמ"ה בשלהי ב"ב דלר"פ ש"ד הוא מדין ערבות, וכל דלא סמכ"ד ליכא ערבות כמו דבערב שלא בשעת מתן מעות ליכא שעבוד כיון דלא על אמונתו הלוהו, ולפי"ז ביאר בחזו"י דה"ה לענין נכסים שקנה אחר ההלואה לא משתעבדי בלא קנין, כיון דלא סמכ"ד עלייהו בזמן ההלואה דומיא דמטלטלין, ולכך מספק"ל לשמואל דהיכא דשעבד להדי' כיון דסמכ"ד, כשם דהשעבוד הגוף גורם דהנכסים שברשותו יהיו ערבים על ההלואה, ה"ה דהשעבוד הגוף גורם דהנכסים שיקנה אח"כ נמי ישעבדו להלואה, ונלאו מדין קנין אתינן עלה, דודאי הוי דבר שלב"ל, אלא השעבוד הגוף גורם שיחול שעבוד על הנכסים], וכן הוכיח בדברי חיים גביית חוב סי' ט"ז במוסגר מדברי הסמ"ע סי' קי"ב ס"ק א' דביאר דהחסרון באסמכתא הוא משום דליכא סמכ"ד, ועי' שכותב איכא סמכ"ד, ובאו"ש פי"ז מאישות ה"א, ע"ש, ועי' להלן אות ה' ס"ק ג'.

ועי' בשו"ת הרא"ש כלל ע"ה שכתב דלא מבעיא לשיטת הרי"ף שס"ל ששטרות נקנות באגב דודאי יכול לשעבד שיעבוד שיש לו על נכסי הלוה באגב, אלא גם לדעת הר"ח שא"א להקנות שטרות באגב מ"מ לשעבד באגב יכול כיון שמצאנו שיותר בקל אדם משעבד נכסיו ממה שמוכרם כמו שחזי' גבי דאיני ואם יכול לשעבד דבר שאינו עתה בידו כ"ש שיכול לשעבד שיעבוד שיש לו על נכסי הלוה באגב בלא כו"מ. ע"ש.

[ו] א' עי' בבעה"ת שער ס"ד ח"ב "והיכא שמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי אצלו ואינו ברשותו מחייב, ואע"ג וכו' אלמא כל דבר שאינו בעולם א"נ איתיה בעולם וליתיה ברשותיה וכו' לא קנה, ה"מ במכר ובמתנה אבל בלשון חיוב יכול לחייב את עצמו כל מה שירצה אפילו בדבר שלא בא לעולם, ואפי' בדבר שאינו מצוי בידו, כדאשכחן גבי מאן דמשעבד לחובו מה שיקנה כדקי"ל מה שאקנה דמשעבד לחוב" ומבואר דלמד מסוגיין דיכול אדם לחייב את עצמו אף בדבר שלא בא לעולם, והובא להל' בשו"ע סי' ס' ס"ו, ועי' בקצוה"ח סי' קי"ב ס"ק א' דהביא ממהרי"ט חו"מ סי' כ"ג דג"כ נקט דדין דאקני הוא מטעם חיוב, ונמה"ט חילק המהרי"ט בין משתעבד דבר שלב"ל למשתעבד לדבר שלב"ל, ע"ש].

[ב] אולם בקצוה"ח שם תמה ע"ז דחיוב מהני רק שיחול חיוב על גופו דין מיני', אבל לא מהני שיחול על גוף הנכסים דין שעבוד, והרי להוצאי מלקוחות בעי' שיהא אף שעבוד נכסים, והביא ראייה דאי נימא דדאיני הוא מדין

חיוב, הרי בדאיכני נחלקו הראשונים אם יכול לחזור בו, ובמחייב את עצמו בדבר שלב"ל ודאי דאינו יכול לחזור בו, וע"ע בקצוה"ח סי' ס' סק"ז דהביא מכנה"ג בשם מהר"א ששון דדן במתחייב פירות דקל ומת קודם שבאו הפירות דקל לעולם, אם חייבים היורשים, וכתב דיתכן דזה תלוי במחלוקת הראשונים אם מהני חזרה בדאיכני, ותמה עליהם הקצוה"ח דלא דמי התחייבות לדאיכני וכנ"ל, ומה"ט כתב הקצוה"ח דלפי השי' דביורשין לא בעי' לדאיכני, חייבים היורשים ליתן את הפירות דקל, כיון דא"א לחזור מהתחייבות, ויהוא חידוש גדול דגם היכא דלא היה כלל שעבוד על הפירות נמי איכא מצוה, וצ"ע].

ועי' בנתה"מ סי' ס' סק"י דהעיר על הקצוה"ח דהא הבעה"ת למד דינו מדינא דאיכני, וביאר הנתה"מ דבהתחייבות על דבר שאינו בידו לא חייל השתא שעבוד הגוף, אלא דמהני ההתחייבות דכשיבא לעולם יחול השעבוד, כמו בדאיכני, ומה"ט מהני חזרה לשי' הראשונים דמועיל חזרה בדאיכני.

ג) ועי' מנחת שלמה תנינא סי' קל"ז סק"ב דביאר בכוונת התרומות והמהרי"ט דס"ל דיסוד דין דאיכני הוא דאעפ"י דמעיקר הדין לא חייל שעבוד על נכסים שלא היו בזמן ההלואה, מ"מ יכול להחיל על עצמו שעבוד הגוף דאלימ טפי, דיחול מכוחו שעבוד נכסים גם על נכסים שבאו לרשותו אחרי ההלואה, ולכך ליכא חסרון של דבר שלב"ל בדאיכני, כיון דהשעבוד הגוף הוא הגורם דחייל שעבוד על נכסים, וכל מה דמהני דאיכני הוא דהשעבוד הגוף יוכל לשעבד אף את הנכסים שקנה אחרי ההלואה, אלא דהוכיח הבעה"ת דמהא דחזי' דמצי למיעבד שעבוד הגוף הגורם לשעבוד גם על נכסים שלב"ל, ע"כ מוכח דשייך חלות חיוב על הגוף אעפ"י דאין הנכסים בעולם, ונלפי"ז מתבארין טפי לשונות הראב"ד ותלמידי הרשב"א לעיל אות ד', דבאמת השעבוד הגוף גורם דחייל שעבוד על דאיכני, ועד"ז ביאר בשיעורי הגרד"ל שליט"א, וע"ש דדן שנפק"מ בכ"ז במת המלוה, אם שעבודו של הלוח קיים אף לגבי היורש של המלוה.

ד) והנה במשובב סי' ס' סק"י הביא משו"ת הרשב"א ח"ג סי' ס"ה דכתב דדבר ברור הוא דיכול להתחייב ליתן פירות דקל, כיון דאינו מקנה את הפירות אלא הוא מחייב עצמו ליתן, ובחיובין ושעבודין לא שייך דין לב"ל, והביא הרשב"א ראייה מהא דמתחייב לזון בת אשתו ה' שנים חייב, אעפ"י דאין לו השתא את המזונות, וכן באומר לה ע"מ שתתני לי ר' זוז דמהני אעפ"י דאין לו השתא ר' זוז, וכן לענין דאיכני, וסיים הרשב"א "והטענה בזה לפי שנשתעבד הגוף להלוואתו וכל שיקנה נשתעבדו נכסים שקנה בגררת שעבוד גופו" וכתב המשובב דמוכח להדי' דלא מהני חזרה בהתחייבות, דהא מדמה לה למתחייב לזון בת אשתו, והתם הרי ודאי דאינו יכול לחזור בו, עכתו"ד, ובאמת בדרכ"מ סי' ר"ט כתב על תלמידי הרשב"א דלא מהני חזרה בדאיכני.

אולם צ"ע דהרי הרשב"א להדי' מדמה לה לדין דאיכני, והרשב"א הרי סובר ב"ב מ"ד ב' דמהני חזרה בדאיכני, ובאמת דסו"ד הרשב"א מבואר לכאור' כהנ"ל דדין דאיכני מהני למיעבד דין על השעבוד הגוף דחייל שעבוד על הנכסים כשיבואו לעולם, וצ"ע.

ובאמת דבמחנ"א גביית חוב סי' א' כתב דטעמא דהרמב"ן דלא מהני חזרה בדאיכני משום דכבר חייל חיוב על הגוף מעיקרא.

א) תוס' ד"ה אמר - ועוד אפילו וכו'. עי' במהרש"א דביאר דתו' מיירי על הגמ' להלן דמייתי ראייה ממתני' דנפל הבית דאיכני והוריש מהני, וע"ז הק' תו' דהו"מ להק' אף מדינא דר"נ, וע"ז כתבו בתי' בתרא דעדיף להביא ממתני' כיון דמת והוריש מיד והוי לא עבידי דאתו, ודחי דמיירי לר"מ, וה"ה יש להעמיד לההיא דר"נ דמיירי נמי בכה"ג

כר"מ, וע"ז הק' תו' דהא בגוונא דמתני' וגוונא דר"נ מודה ר"מ כיון דלא עבידי דאתו שיקנה נכסים ויוריש, עכתו"ד.

וצ"ע כוונתו דהא ר"נ לא מיירי בגוונא דהוריש מיד, ואדרבא י"ל דמתני' עדיפא מדר"נ, כיון דמתני' מיירי במת מיד וחשיב לא עבידי דאתו, וקו' תו' קאי רק על מתני', וכן מה דכתב דר"נ מיירי בגוונא דמתני' צ"ב דהא לא מצינו דר"נ מיירי במת מיד, וכן צ"ע מה אכפ"ל דקנה והוריש, הרי עיקר הנידון הוא האם קנה או לא, ומה דאח"כ מת אינו ענין לדין שעבוד, [וכקו' האחרונים לגי' דידן - עי' להלן].

ועוד צ"ע במה דכתב דמוקמי' לר"נ כר"מ, הא ר"נ ס"ל ביבמות צ"ג א' כרבנן, ועמד ע"ז בחת"ס, ועוד צ"ע הרי בנפלו לו כשהוא גוסס לא חייל אף לר"מ, כמבואר קכ"ז ב', וא"כ א"א לפרש דינא דר"נ כר"מ, דהא הנכסים נפלו אחר מיתתו.

(ב) ובחת"ס שם פי' דלתי' בתרא דתו' יש ליישב דינא דר"נ דמיני' שאני, וצ"ב הרי היתומים גבו את זה אחר מיתתו ומה שייך בזה דין מיני', אולם הרי מבואר בפסחים ל"א דאי נימא דדינא דר"נ אינו מדין שעדר"נ, ע"כ טעמא משום דלמפרע הוא גובה, [דאל"כ אין מטלטלין משתעבדים ליתומים], ולכך חשיב דהוא מידן מיני', וצ"ע עדיין. (ג) ועי' בהגהות ר"ש מדסוי דביאר דכוונת תו' דעל דינא דר"נ יש ליישב דמצוה על היתומים, ולכא' לפי"ז מבואר בתו' דגם בגוונא דהנכסים באו אחר מיתה נמי איכא מצוה אעפ"י דלא נשתעבדו מחיים, וצ"ל כיון דע"כ הכא אזלי' למ"ד למפרע הוא גובה וכן"ל סק"ב, משו"ה חשיב דנשתעבד מחיים, ולכך יש מצוה על היתומים.

(א) תוס' ד"ה דאיכני [א'] - וא"ת אימור וכו' הני לא עבידי דאתו שיקנה נכסים וימכור. עי' קצוה"ח סי' קי"ב סק"ג דתמה על קו' תו' הרי מבואר בגמ' דהאומר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מהני לר"מ, וע"כ או משום דחשיב עבידי דאתו או דדוקא היכא דהחפץ אינו בעולם בעי' עבידי דאתו, אבל היכא דאינו בעולם לא בעי' עבידי דאתו, וא"כ ה"ה הכא יועיל לר"מ, וכתב הקצוה"ח דע"כ צ"ל דס"ל לתו' דאף דעבידי שיקנה מ"מ לא עבידי שיקנה וימכור, וכמדוייק בלשון תו' דכתבו שיקנה וימכור, אולם א"כ צ"ע דהא לענין נידון דשעבוד סגי במה דיקנה, וכן הק' רע"א [בנדר"ח אות י"ב], ויש להוסיף דמהא דתו' לא הק' כן מיד בתחילת הסוגיא דאמרי' אליבא דר"מ לא תיבעי לך וכו', ע"כ משום דבתחילת הסוגיא מיירי רק בקנה בלא מכר, דזה חשיב עבידי דאתו, אך צ"ע כנ"ל.

(ב) ובספר ברוך טעם על הש"ס ב"מ י"ד ב' כתב לתרץ, דהנה לפי השיטות דלמ"ד ש"ד, מדאו' החוב משעבד גם מה דקנה אחרי ההלוואה, ומה דבעי' לדאיכני הוא רק אחרי שביטלו חכמים את השעבוד ממלוה ע"פ, הרי לענין מיני' וכן לענין יורשים אין צריך לדאיכני, אלא החוב משעבד, וכל הנידון הוא רק לגבי לקוחות, ושעבוד זה יחול רק בזמן המכירה, ולכך חשיב תרי מי יימר, דבעי' אף למכירה בשביל חלות השעבוד, נואי נימא דאין שעבוד על שעבוד, הרי כיון דחייל שעבוד על מיני' אין השעבוד לגבי לקוחות יכול לחול עד שימכור, אבל למ"ד של"ד כל השעבוד חייל מכח השטר, וא"כ הרי דמי לשדה זו כשאקחנה וכו', וכיון דרבא ס"ל ש"ד כמבואר בתו' גיטין נ' א', לכך רק לרבא הוא דהק' דהוי תרי מי יימר, אבל לעיל שמואל קמבע"ל ואיהו הא ס"ל של"ד, עכתו"ד, אולם עיקר הדבר דהשעבוד חייל רק במכירה הוא מחודש מאוד.

(א) שם - וי"ל דמודי וכו'. הנה לכאור' ע"כ תו' לא ס"ל דהגדר בדין דאיקני דהחוב הוא משעבד את הנכסים, דא"כ אין חילוק בין ר"מ לרבנן, אלא ע"כ דס"ל לתו' דנתחדש דשעבוד מהני אף באופן דלא מהני לקנין, ולכך לר"מ פשיטא טפי מלרבנן.

(ב) בעיקר דברי התו' דהוכיחו מהא דרבנן ס"ל דחייל שעבוד בדאיקני דה"ה לר"מ, יל"ע הרי לרבנן ספיקא הוא ולר"מ פשיטא לן, ואיך יתכן להוכיח מרבנן לר"מ, ובב"ח אות ג' דכוונת תו' לדאיקני וקנה, והיינו דמבואר בתחילת הסוגיא דבהא פשיטא דאף לרבנן חייל השעבוד לענין מיני', ומזה הוכיחו תו' לר"מ בדאיקני ומכר, ולפי"ז מוכח מתו' דדין מיני' הוא רק מדין שעבוד, אבל בלא"ה אינו גובה, ועי' להלן בסוגיא בע"ב דנחלקו בזה תו' והריטב"א, ואזלי תו' לשי'.

תוס' ד"ה דאיקני [ב] - הק' רבינו שמואל תפשוט ליה מדידי' וכו'. ובספר ברוך טעם שם כתב ליישב דהנה ברע"א [בנדמ"ח אות י"ג] הק' לפי השיטות דהיכא דמקנה דבר שלב"ל ביחד עם דבר שב"ל חייל הקנין, [עי' סי' ר"ט ס"ד], א"כ הרי ע"כ מיירי דכתב דאיקני ואין לו עוד נכסים, דאל"כ הרי משעבד אף אתן שאר הנכסים, וא"כ מה הראיה מהא דשבח דאיקני מהני, הא איכא נמי לגוף הקרקע, ותו' הברוך טעם דיש חילוק בזה בין ש"ד לשל"ד, דאי ש"ד הרי החוב הוא השמעבד, ואף לבתר דביטלו את השעבוד ממלוה ע"פ מ"מ בשטר השעבוד חייל ע"י החוב, [וכשי' הקצוה"ח דהוי שטר ראייה, אולם ל"ל להא דנקט הקצוה"ח דשייך שעבוד על שעבוד, דא"כ אכתי שייך לומר מינו, וצ"ע], אבל למ"ד של"ד הרי השטר הוא המשעבד, ולכך אי ש"ד הרי לגבי הנכסים שברשותו הרי החוב הוא המשעבדו, וא"כ ודאי דלא שייך דיחול השעבוד אגב השעבוד של נכסיו כיון דחייל ממילא, אולם אי נימא דשל"ד שפיר יכול לחול אגב הנכסים שברשותו, כיון דהשטר הוא המחיל את השעבוד, ולכך לשמואל לשי' ליכא קו' מהא דשבח כיון דס"ל של"ד, אבל הגמ' מייתי ראייה משבח למ"ד ש"ד, עכתו"ד.

שם - וי"ל וכו'. צ"ב כוונתם הרי שמואל ס"ל כרבנן, וא"כ כיון דס"ל דמ"מ גובה את השבח כיון דשעבוד אליה מקנין, ה"ה דלרבנן נימא הכי, דהא אין שום חילוק בין שמואל גופי' לרבנן, וצ"ב. ואולי י"ל דבתו' בכתובות ? מבואר דשמואל ס"ל כרבנן רק היכא דהגוף אינו בעולם, וא"כ י"ל דמשו"ה פשיטא לי' דיש עדיפות בשעבוד כיון דהגוף בעולם, [אלא דק' אמאי שבח דמי לישנו בעולם], אבל לרבנן דס"ל דאף כשהגוף בעולם אין אדם מקנה דבר שלב"ל, הרי שפיר יש להסתפק אם שעבוד אליהם מקנין או לא, ועדיין צ"ב.

(א) גמ' - ת"ש נפל הבית וכו' מצוה על היתומים וכו' מתקיף לה וכו'. עי' ברשב"ם דלמאי דקי"ל כר"פ גובין אף בלא כתב דאיקני, וכן מבואר בתו' הכא ולק' קנ"ט א', אולם עי' בריטב"א ובר"ן בכתובות דיש דוחין דכוונת הגמ' בתחילת הלדחות דאיכא מצוה אף בלא שעבוד וכופין עלי', ועי' פריך דמדרו"ש מוכח דליכא מצוה וכפי', ומעתה הרי י"ל דאף לר"פ דגובין מן היורשים הוא רק היכא דאיכא שעבוד, והובאו ב' הדיעות בשו"ע סי' קי"א ס"כ, ובש"ך ס"ק י"ד נקט דלהל' לא בעי' דאיקני, ועי' בגליון רע"א על השו"ע בדו"ח מכת"י שם.

(ב) והנה בתומים ק"ד סק"ז ד"ה ובאמת הוכיח יסודו דמדאו' חייל שעבוד על נכסים דקנה אח"כ, מהא דס"ל לרוב הראשונים דלא בעי' לכתוב דאיקני בקנה ומת, ומשום דלגבי יורשים אוקמוה אדאו' כיון דלא שייך לגבייהו החסרון דליכא קלא.

אולם לפי הקצוה"ח דליכא שעבוד רק על נכסים שהיו בשעת הלואה, הרי ע"כ מוכח דס"ל להך שיטה דמשום מצוה איכא נמי כפי'.

(ג) אולם הנה בש"ך סי' ק"ד סוף ס"ק ט"ו הביא מהגידו"ת דמדאו' אי"צ לדאינקני, ונפק"מ דלהשי' דמלוה ע"פ קודם לבע"ח בשטר מאוחר, ה"ה לענין דאינקני מלוה ע"פ קודם לבע"ח מאוחר], ותמה עליו הש"ך דודאי ליכא דין שעבוד מדאו', אלא כל זמן שהם בידו יכול לגבותם, ע"ש, ובתומים שם [ד"ה ונשוב] תמה דא"כ איך גובים מיתמי, ויש להוסיף דהרי הש"ך שם הכריע כשיטה זו.

(ד) והנה יש בזה נפק"מ לביאור הסוגיא, דאי נימא כהתומים, הרי ע"כ דכוונת הגמ' דמשו"ה חייבים היורשים לשלם כיון דאיכא שעבוד, אלא דלרו"ש דאין גובין מלוה ע"פ מן היורשים הרי ע"כ דס"ל דלא העמידו לגבי היורשים אדאו', אולם צ"ע אמאי נקט הגמ' ללישנא דמצוה על היתומים לפרוע, הא חיובם מעיקר הדין. ולדרכו של הקצוה"ח מובן היטב לישנא דגמ', אולם אינו מובן מהיכ"ת דזה תלוי בפלוגתא דרו"ש ור"פ, ובסוגיא דמצוה על היתומים נתבאר דלעולם דין יורשים הוי מדין מיני', ע"ש מהשערי חיים.

(ה) אולם באמת דמהראשונים מוכח דכוונת הגמ' למצוה בלא שעבוד, דהנה בשטמ"ק הביא מהראב"ד והרא"ש דהק' לבתר דמשני דמצוה הוא, א"כ מאי מספק"ל דאינקני ומת מהו, הא איכא מצוה, ותי' דכוונת הגמ' על שאר יורשים דאין להם מצוה, וא"כ הרי מבואר להדי' דכל הנידון של הסוגיא הוא רק באופן דליכא מצוה, אבל היכא דאיכא מצוה, חייבים היורשים לשלם אעפ"י דליכא שעבוד.

קנ"ז ב'

(א) גמ' - מאוחרין אמאי כשרין דאינקני הוא. עי' ביד רמה דקו' הגמ' באופן דכתב בניסן זמן של תשרי, אולם ברשב"ם ד"ה מאוחרין אמאי כתב דקו' הגמ' באופן דלוח בניסן ונכתב השטר בתשרי, ועי' בבית מאיר [על הש"ס] דתמה דבכה"ג הרי השעבוד חייל בזמן כתיבת השטר ואינו דאינקני, ועי' להלן בדעת הרמב"ם ס"ק ג' תי' שער המשפט על הרשב"ם.

(ב) ועי' בקוב"ש דהק' דגם אי נימא דקו' הגמ' על אופן דכתב בניסן זמן של תשרי, נמי קשה דהא במאוחר לא חייל הקנין עד הזמן הכתוב בשטר, וא"כ אף דאינקני לא מהני מ"מ משתעבדים הקרקעות שקנה עד תשרי, ועי' להלן בדעת הרמב"ם ס"ק ד' ישוב עפ"י הקצוה"ח.

(א) רשב"ם ד"ה הא מני - דהא לרבי מאיר לא טריף וכו'. ומבואר דלרבנן לא אמרי' אחריות ט"ס בדאינקני, ולכך לולי הא דר"מ ס"ל דאחריות לאו ט"ס היה שטר מאוחר שאין כתוב בו אחריות פסול, כיון דנקטי' מדין אט"ס דאיכא אחריות בשטר, אולם על דאינקני ליכא דין אחריות ט"ס, [ובחת"ס כתב להוכיח מרש"י הכא דאמרי' אט"ס על דאינקני, וצ"ע כוונתו], ועי' ברשב"א דהביא כן מהר"י מגאש דפסק דאם לא כתב דאינקני מאוחרין נמי פסולין, ותמה עליו הרשב"א דא"כ היכי פסיק ותני מאוחרין כשרים, ולכך הוכיח הרשב"א דלרבנן אמרי' אחריות דאינקני ט"ס. [ויל"ע דלפי הרשב"א נמצא דבקנה ומת לעולם איכא דין שעבוד גמור על היורשים, דאעפ"י דלא כתב דאינקני, הרי אט"ס, ונחת' לנכסי היורשין, וצ"ע דבשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב מבואר דבלא כתב דאינקני ומת כל הכפי' הוא מחמת המצוה, וצ"ל דכוונתו באופן דגלי דעת' דליכא שעבוד, וצ"ע].

(ב) ועי' ברשב"א דהביא ראייה להרי"מ מלישנא דגמ' מ"ד ב' דילמא דאיכא דאמר ליה, ודחה הרשב"א דכוונת דליחוש דסתמא כמאן דאמר ליה, אולם עי' בש"ך קי"ב סק"א במוסגר דתי' דשאני התם דמיירי במטלטלין, והרי מטלטלין לעולם בעי' שיכתוב להדי' דהוא משעבד, דבלא"ה נקטי' דלא סמכ"ד, נואי היה שייך אחריות ט"ס, לעולם יהא שעבוד על מטלטלין, וא"כ ה"ה באופפן דשעבד להדי' את המטלטלין, מ"מ ליכא דין אט"ס לגבי דאיכא במטלטלין, וצ"ע אמאי לא תי' הרשב"א כן, ועי' להלן סק"ה.

(ג) בעיקר נידון הראשונים, עי' בסמ"ע סי' קי"ב סק"ג דפירש דטעמא דהראשונים דל"א אט"ס בדאיכא הוא משום שלא סמך דעתו על מה שיקנה, כיון דאינו ודאי שיקנה, ובש"ך שם סק"א עשה פשרה דהיכא דידוע שלא התנה על האחריות ל"א אט"ס על דאיכא, אבל היכא דאין ידוע שלא התנה אמרי' אט"ס דמסתמא התנה המלוה גם על דאיכא.

(ד) ובאבי עזרי [פי"ח מו"ל ה"א] הק' על הרשב"א דמה יועיל הא דאיכא אומדנא, הרי בפשוטו דין אחריות ט"ס יסודו דבאמת גם במלוה ע"פ יש שעבוד, אלא דתקנו דרך במלוה בשטר יש שעבוד כיון דיש קול, אולם באופן דהוי מלוה בשטר איכא קלא, אלא דקמ"ל דאעפ"י דלא כתב אחריות אינו ראייה דמחל על השעבוד אלא ט"ס הוא וחייל השעבוד מכח השטר, אולם כ"ז שייך על הנכסים שיש לו בשעת ההלואה, דהשטר הוא הקנין על השעבוד, אעפ"י דלא כתב, אבל לענין דאיכא, הרי מעיקר הדין אין הנכסים שבאו אחר הלואה משתעבדים, אלא אם כתבו להדי', ומה יועיל הא דאחריות ט"ס, סו"ס הא לא כתב בשטר את הדאיכא, וליכא מעשה קנין על השעבוד, ואיך קונה בדברים.

והוכיח מזה באבי עזרי דהכסף של ההלואה נמי הוי קנין על השעבוד, ומשו"ה שייך דין אט"ס גם לענין דאיכא, כיון דהכסף הוא המעשה קנין על הנכסים שיקנה אח"כ, ויל"ע בזה, דהן אמנם מצינו דליכא דין כלתה בקנין כסף משום דשעבוד המעות קיים, מ"מ כ"ז שייך בקנין כסף דעלמא, אבל היכא דהוא כסף הלואה, דבלא"ה הוא חייב להחזיר לו את הכסף, הרי אין שעבוד המעות קיים, ו לא שייך לומר בזה דיועיל לאחר ל', וצ"ע בכ"ז.

אולם י"ל עד"ז, דגם אי נימא דהכסף אינו משעבד, מ"מ י"ל כדברי התומים דמדאור' חייל שעבוד גם על נכסים שקנה אח"כ, כיון דהחוב הוא המשעבד, ולכך מועיל בזה אחריות ט"ס, וכמו דנתבאר במקו"א דזהו יסוד דין אט"ס.

(ה) והנה נתבאר לעיל סק"ב דמבואר מדברי הרשב"א דשייך דין אט"ס על דאיכא במטלטלין, ולהנ"ל ע"כ צ"ל דהא דמהני שעבוד ע"י אגב הוא רק בשביל למיעבד קלא, [וכדעת שו"ת הרא"ש], דאי הוי בשביל קנין על המטלטלין וכמבואר ברמב"ן גיטין כ' ב' דהוי שטר קנין, הרי ודאי דלא שייך אט"ס, היכא דבעי' למיעבד השעבוד ע"י השטר, וכנ"ל, וכן מצינו ברשב"א גיטין מ' ב' דאגב מהני למיעבד קלא, אולם לכאור' מכל דברי הרשב"א בדף מ"ד ב' מבואר דמדין קנין אתינן עלה, וצ"ע.

(א) ברמב"ם פי"ח מו"ל ה"א מבואר דאין אחריות ט"ס על דאיכא, ועי' במ"מ דכ"ה דעת הרי"מ"ג העיטור והרמב"ן ב"מ ע"ב ב' והתרומות, ועי' ברמב"ם פכ"א מו"ל ה"ב פסק בסתמא דשט"ח המאוחרין כשרים, ועי' במ"מ שם דתמה דהרמב"ם היה צריך לבאר דהוא רק באופן דכתוב דאיכא.

(ב) ובש"ך סי' קי"ב סק"א תי' דהיכא דכתב שטר ויודעין שלא התנה שיהא באחריות, אף דאמרי' אט"ס כ"ז רק על נכסים שכבר קנה, אבל באופן דאין ידוע שלא התנה, נקטי' דמסתמא התנה גם על נכסים שיקנה אח"כ, ע"ש.

(ג) ובט"ז סי' מ"ג ס"ט כתב בשם המהרש"ק לת' דקו' הגמ' דכל שטר מאוחר הוי כאילו כתב דאינקני, דמשו"ה איחר לזמנו, כדי לשעבד לו גם הנכסים שיקנה אח"כ, ולכך למסקנא כל המאוחרין כשרים, ועי' בשער המשפט סי' מ"ג סק"ד דחידש לפי"ז דרך באופן דאיחרוהו מדיעת הלוח הרי"ז כשר, אבל היכא דאיחרוהו העדים שלא מדיעת הלוח, בעי' דוקא שיהא כתוב דאינקני, ולפי"ז יישב השעה"מ לדברי הרשב"ם דקו' הגמ' דבאופן דאיחרוהו שלא מדיעת הלוח, אם דאינקני לא משתעבד הרי יש הפסד ללוח במה דמאחרין את השטר, אבל אם דאינקני מהני, הרי כיון דהנכסים הלוח לכתוב דאינקני, אין נפק"מ במה דמאחרין אותו, [אולם עדיין צ"ב אמאי העמיד הרשב"ם לקו' הגמ' רק בכה"ג, ועי' חת"ס].

(ד) ובקצוה"ח סי' מ"ג סק"ד תי', דהנה בתו' בבכורות מ"ט ב' כתבו דלענין פדה"ב ליכא חסרון של דאינקני, כיון דכל שעה ושעה רכיב עלי' חיובי', והוי כקנה את הנכסים קודם שנתחייב, אולם לענין הלואה הרי מעשה ההלואה מחייבו, ואח"כ אין לו רק חיוב לפרוע, ולפי"ז ק' דבשטר מאוחר הרי דמי לפדה"ב, דהא קיי"ל דאדם יכול לחייב עצמו אעפ"י שאינו חייב, נמצא דיש לו חיוב חדש מזמן הכתוב בשטר, וא"כ תקשי אמאי חשיב דאינקני, ותי' הקצוה"ח דלפי ההו"א דלא מהני שעבוד על דבר שלב"ל, לא יועיל הא דכתוב בשטר זמן מאוחר, כיון דהוי כאומר שדה זו קנויה לך לכשאקחנה דלא מהני, ואף דאומר להדי דמחייב עצמו לא מהני, נוכדהוכיח בקצוה"ח שם מסוגיין דלא כהרמ"א בסי' ר"ט ס"ד, משא"כ בפדה"ב דהחיוב מתחדש כל שעה ושעה, אולם למאי דקיי"ל דמהני דאינקני וליכא חסרון של דבר שלב"ל, ה"ה דבשטר מאוחר אף בלא דין אט"ס חייל השעבוד, ומבואר מהקצוה"ח דיסוד דין דאינקני הוא דנעשה כפדה"ב, דיש סיבה מחודשת להא דחייל השעבוד, ומה"ט מהני נמי שטר מאוחר, ולכאור' זהו נמי כוונתו במשובב סי' ס"ו סק"כ"ג דהחיוב שמתחדש בכל יום הוא הסיבה לדאינקני והשעבוד הוא מסובב ע"י החיוב" והיינו דבאמת לבתר הדאינקני חשיב דחייל עוד שעבוד אחרי שקנה את הנכסים.

ולדברי הקצוה"ח מיושב קו' הקוב"ש על הגמ' דאף באופן דאיחר את הזמן שבשטר מה מועיל שיכתוב דאינקני על נכסים שקנה קודם הזמן, הרי השטר חייל בזמן המאוחר, ולדברי הקצוה"ח א"ש היטב, דהרי אין כוונת הגמ' להק' דבעי' שיכתוב דאינקני, אלא דחלות דין שטר מאוחר תלוי בדין דאינקני, דהוי ככותב מה שאקנה קנוי לך, [אולם עדיין קשה להראשונים דס"ל דבאמת צריך לכתוב דאינקני בשטר מאוחר].

(ה) ועי' בנתה"מ סק"י"א דחלק על הקצוה"ח דשאני שטר מאוחר דהחיוב כבר נעשה מזמן ההלואה, אלא דאינו טורף רק מזמן הכתוב בשטר, וכיון דאינו חיוב חדש בעי' לדאינקני, ועי' במשובב דהשיב הקצוה"ח דחזי' לענין גט מאוחר דלא חיילי הגירושין רק בזמן הכתוב בגט, וצ"ב כוונתו הא מ"מ אינו אלא תנאי על החלות, ולא חיוב חדש. וי"ל דכוונת הקצוה"ח לדחות עפ"י שיטתו בסי' ס"ו סק"כ דטעמא דמהני מכירת שטר חוב, אעפ"י דבשטר ראייה לא מהני מכירה, משום דמלבד החיוב דחייל מכח החוב, חייל עוד חיוב מכח השטר, כיון דיכול לשעבד שעבוד אחר שעבוד, [כדחזי' לענין פדה"ב, דכל רגע חייל עוד שעבוד], ולכך חשיב שטר קנין, ע"ש, ולפי"ז א"ש היטב דכיון דבכל שטר חייל שעבוד נוסף מחמת השטר, וקיי"ל דאדם יכול לחייב עצמו בחיוב נוסף, משו"ה שטר מאוחר לא הוי דאינקני, [וצ"ע באבנ"מ קכ"ז י"ב דמבואר בדבריו דבשטר"ח השעבוד חייל מזמן ההלואה והא דאינו טורף רק מהזמן המאוחר, משום דליכא קלא, ע"ש, וצ"ע].

[א] גמ' - את"ל משתעבד לזה ולזה וחזר וקנה מהו וכו' והלכתא יחלוקו. ומצינו לכאור' ג' אופנים בראשונים בביאור הספק והפשיטות -

(א) עי' ברשב"ם דהצד דלבתרא משתעבד, דכיון דלא חייל השעבוד עד שיקנה את הנכסים, יכול לחזור בו, ויהא רק של הב', וצ"ב מהיכ"ת דהדר ביה מקמא, דילמא לא הדר ביה מקמא, ומ"מ הוסיף שעבוד לבתרא, ויהא כבע"ח מאוחר, וצ"ל כיון דהשעבוד חל רק כשיבואו לעולם, נמצא דאי הדר ביה ע"כ הוא מגרע מקמא, ויהא עכ"פ יחלוקן, אבל בעלמא הרי אינו מגרע מכחו של הראשון, אלא הוא בא אחריו, וכיון דס"ד דבא לחזור בו, הרי ממילא חזר בו לגמרי.

ולמסקנא דאמרי' יחלוקן, היינו משום דכיון דלא חייל השעבוד עד שיקנה, חייל השעבוד בב"א לתרוייהו, ועי' בביאור הגר"א קי"ב סק"ו דביאר דאעפ"י דטעמא דלבתרא היינו משום חזרה, מ"מ למסקנא אינו משום חזרה, ונקטי' דבאמת ליכא חזרה, [או דבאמת לא חזר בו או דלא מהני חזרה], אלא דמ"מ כיון דהשעבוד חל בב"א חולקין. וצ"ב מה הצד דיהא רק לקמא, הא השעבוד חייל רק כשקנה, ואין שום עדיפות לראשון על הב', ואו דנימא יחלוקן, או שיהא רק לב' מחמת דחזר בו מהראשון, אולם מהיכ"ת שיהא רק לראשון, ולכא"ו צ"ל דכיון דסיבת השעבוד של הראשון קדם יש לו דין בע"ח מוקדם, וברשב"ם כתב "שהרי כתוב בשטר מוקדם" והיינו דכיון דהוא קדם בהלואה הרי סיבת שעבודו קדים.

אולם עי' בריטב"א דביאר דהצד שיהא לקמא משום דכי קני להו לנכסי משתעבדי ליה למלוה משעה ראשונה, [וצד ב' ביאר באופ"א - עי' להלן], וצ"ב הרי בכל מכירת דבר שלב"ל לר"מ כ"ז שלא באו הפירות לעולם לא חייל הקנין, וה"ה בדאיכני כ"ז שלא הגיע לעולם לא חייל השעבוד, ובאמת דמצינו כן כבר בראשונים בדף מ"ד ב' דחייל מעיקרא, ויובא להלן, וצ"ב בזה, ועכ"פ מבואר בריטב"א דכוונת הגמ' דטעמא דקדים מחמת השעבוד של דאיכני, דחייל כבר תחילת שעבוד, [אולם יל"ע דהריטב"א ביאר דליכא ספק לענין קנה אחר הלואה, כיון דהוא מדין מיני' והוי מלוה ע"פ והמלוה ע"פ ליכא דיני קדימה, ומבואר דבאמת הראשון נחשב כקדם, אלא דליכא דין קדימה בכה"ג, וצ"ע הרי לענין מיני' מיירי בלא כתב דאיכני ומהיכ"ת דיהא נחשב הראשון כקדם, וע"כ צ"ל דכיון דהוא קדם בסיבת השעבוד נידון כקדם, וצ"ע].

(ב) עי' ברשב"א דהוכיח ממסקנת הגמ' דמהני חזרה בדאיכני, דאי נימא דאינו יכול לחזור בו, הרי כמו דלא מהני חזרה בכולו, ה"ה דלא מהני חזרה במקצת, ואמאי יחלוקן, ובקצוה"ח סי' קי"ב סק"ג הק' הרי הרשב"א סובר דכ"ז שלא חזר בו חייל השעבוד משעה ראשונה, וא"כ אמאי יחלוקן נימא דיהא לקמא, כיון דאכתי לא חזר בו, אולם לכא"ו לדברי הרשב"א צ"ל דספק הגמ' הוא אם חזר בו או לא חזר בו, אבל ודאי דאם חזר בו מהני חזרתו, ולמסקנא קיי"ל דיחלוקן מספק, משום דבאמת נקטי' דחזר בו רק ממקצת וכוונתו בחזרתו להשוותם, [וכ"כ במרדכי], ולכך הוכיח הרשב"א דאי מדינא אינו יכול לחזור בו, אין חילוק בין חזרה בכולו, לחזרה במקצת, וכ"כ בביאור הגר"א סי' קי"ב סק"ה, ועי' להלן עוד בדברי הרשב"א.

(ג) עי' בריטב"א דביאר דספק הגמ' אי רק קמא גובה מהלוקח, או דתרוייהו שוו, ושורש הספק האם השעבוד חל משעה ראשונה, או רק משעה שקנה.

ויש להוכיח כן אף בדעת תו', דכתבו דהו"מ למבעי' גם אי דאיכני לא מהני לענין מיני', ומשום דיש דין שעבוד אף על מיני', ואי נימא כהרשב"ם דכל הספק לענין חזרה, הרי לא שייך חזרה לגבי מיני', כיון דאינו שעבוד ידידי', אלא חייל ממילא, [אלא אי נימא כחמד"ש וחזו"א], ובהכרח דיבארו כהריטב"א.

אלא דצ"ב דלכא"ו לענין מיני' לא שייך לומר דהצד שיהא לקמא משום דהשעבוד חייל מעיקרא, דרק לגבי דאיכני נתחדש בראשונים דחשיב כחל מעיקרא, ובדעת תו' ע"כ צ"ל דטעמא דקמא מחמת סיבת ההלואה, [או דנימא דלפי תו' נמי בעי' לכתוב דאיכני אף לגבי מיני' - עי' להלן].

ועי' בש"ך קי"ב סק"ב דכתב דמסברא לא מהני חזרה, ותמה בתומים ס"ק ג' דהא לצד דלכתרא ע"כ מוכח דמהני חזרה, אולם לפי הריטב"א דכוונת הגמ' נמי לכתרא א"ש דבאמת טעמא דלכתרא אינו משום חזרה.

[ב] במסקנת הגמ' דיחלוקו מצינו ג' ביאורים בראשונים - א) ברשב"ם ביאר דהוא משום דהשעבוד חייל לתרוייהו, וכן מבואר בריטב"א, ועי' ביד רמה דחקר האם תרוייהו זכו בכולו, או דכל אחד זכה רק בחצי, ונפק"מ אם קדם אחד ותפס לכל השדה, וע"ש דהאריך בזה. ב) עי' בריטב"א דהביא י"מ דחולקין מספק אם לקמא או לכתרא, ואם תפס לא מפקינן מיני, והק' הריטב"א דלפי ביאורו דספק הגמ' אם נטל הראשון את כל השדה או רק מחצה, הרי היה ראוי דיטול הראשון מספק ג' חלקים והב' יטול רק רביע, והביא לזה ראיה מהא דמבואר בגמ' דהלוקח אינו נוטל רק חצי מהשבח, ואמאי אינו תופס את כל השבח, וע"כ משום דמחצה ודאי שייך לראשון, וא"כ אמאי נוטל יותר מרביע, [וכן הק' בקצוה"ח סי' ק"ד סק"י], וע"כ דהחלוקה היא מדינא ולא מספק, וע"ע במרדכי בזה. ג) ברשב"א ובמרדכי מבואר דהוא דין ודאי, דנקטי' דחזר בו ממקצת מהשעבוד והקנהו למלוה הב', ובפשוטו לפי"ז אם קדם וגבה אחד לא מהני, כיון דשעבד בדאיקני לכל אחד רק מחצה ממה שיקנה, אולם לענין לזה ולזה וקנה עי' במ"מ פ"כ מו"ל ה"א דהביא מהרשב"א בכתובות פ"ו א' דלוה ולוה וקנה וקדם אחד וגבה אין מוציאין מידו, ומשום דהתם הוא שעבוד דממילא וחייל השעבוד בשוה לתרוייהו, אולם צ"ע דהמ"מ מדמה את זה לדברי הרמב"ם לענין דאיקני, וצ"ל דאין כונתו להקנות רק מחצה, אלא כוונתו דיהא לתרוייהו זכות שוה, כמו בלא כתב דאיקני.

א) עי' בתו' ד"ה את"ל דכתבו דה"ה הו"מ למיבעי אף אי נימא דאיקני לא משתעבד, היכא דאמר דאיקני ולוה ולוה וקנה, אולם עי' תו' כתובות פ"ו א' ד"ה לאשה כתבו להוכיח מכח קו' זו דבמיני' ליכא דין קדימה ותרוייהו שוים, וכן עי' בריטב"א כאן דתי' דבדלא כתב דאיקני ליכא שעבוד על הנכסים, ואינו גובה רק כדין מלוה ע"פ, והביא דכ"כ הבעה"מ, ומבואר דתו' ס"ל דלגבי דין מיני' נמי איכא דין שעבוד, והריטב"א ס"ל דליכא דין שעבוד על מיני', [וצ"ע דלכאור' בריטב"א קדושין י"ג ב' מבואר דלמ"ד ש"ד איכא דין שעבוד על מיני', ע"ש, וצ"ע], ועי' קוב"ש אות תקע"ב דנפק"מ בין תו' הכא לתו' בכתובות, האם מהא דיחלוקו יש ראייה דקיי"ל דאיקני משתעבד, דלתו' הכא הרי מבואר דאף אי לא משתעבד איכא דין יחלוקו, אבל לתו' בכתובות והריטב"א ע"כ דלהל' דאיקני משתעבד, דאל"כ אמאי יחלוקו, ע"ש.

ב) והנה לשון תו' "היכא דאמר" צ"ע, דהא בפשוטו ליכא דין שיכתוב דאיקני בשביל שיחול דין שעבוד על מיני', ולכאור' מבואר בתו' דאינו כן, וכל הסוגיא מיירי רק בגוונא דכתב דאיקני, אלא דלענין מיני' יש מעליותא לכתיבת דאיקני דפשיטא דחייל דין שעבוד אף בלב"ל, כיון דהוא רק לענין מיני'.

ג) אולם באמת דיש לדון ולבאר לכוונת תו' באופ"א, דהנה בתו' בכתובות שם גרסי בגמ' "לוה ולוה ואח"כ קנה ומכר מהו" ועי' בשטמ"ק דהביא מהרא"ש [סוד"ה בעל חוב], דכתב "ולא גרסינן ומכר דבלא מכר נמי מצי למיבעי", והיינו דאי יש דין קדימה לגבי לקוחות, ה"ה דיש קדימה גם לגבי מיני', ולפי"ז יתכן דתו' נמי גרסי הכי בגמ', וע"ז כתבו דיש להסתפק באמר דאיקני ולא מכר, וכקו' הרא"ש, ולפי"ז הרי אדרבא הא דכתבו בתחילת דבריהם דמיירי בכתב היינו להצד דדאיקני מהני, ואח"כ כתבו תו' דאי הוי מספק"ל גם בלא מכר, ההרי הו"מ להסתפק אף להצד דדאיקני לא מהני, לענין מיני', [וכ"ז דלא כהגהת הב"ח].

(ד) בעיקר דין קדימה במיני, יש לציין בזה, דהנה בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ב פסק דאשה אינה גובה כתובה מנכסים שקנה אח"כ, אף אם כתב לה דאיקני, והק' דהא בגמ' בכתובות פ"ו א' מבואר דאשה ובע"ח בע"ח קדים, וביאר הרי"ף דמיירי בגוונא דליכא קדימה, בלוה ונשא ואח"כ קנה, דליכא קדימה כיון דשעבודן שוה, אבל אם האשה קדמה היא קודמת לבע"ח, והק' הש"ך הא לא מהני דאיקני לאשה, ותי' דמיירי דלא כתב דאיקני לבע"ח ולאשה, והנידון הוא לענין מיני, ומבואר דלולי הסברא דחייל שעבודן כאחת היה בזה דיני קדימה, ומבואר דגם לגבי מיני יש דין קדימה, [והש"ך הרי סובר דליכא דין שעבוד מדאו' לענין דאיקני], וצריך עוד עיון שם.

(א) עי' ברמב"ם פ"כ מו"ל ה"ב ובשו"ע סי' ק"ד ס"ז דלוה וכתב לו דאיקני וקנה ולוה, השדה משועבדת לראשון, וכן מבואר בריטב"א, וביאר דטעמא משום דלא עדיף המלוה הב' מלוקח דמוציא המלוה ממנו. נועי בקרית מלך רב שם דהעיר דאי נימא דדין דאיקני מהני רק מדרבנן, היה ראוי דהב' יהא קודם, כיון דמשועבד לו מדאו', ויש לדון בזה דסו"ס כיון דזכה מדרבנן קודם שלוה מהב', אין המלוה הב' יכול לזכות בזה, ואלם מצינו בספר התרומות שער א' בשם תשו' הרי"ף דשעבוד דאו' מאוחר קודם לשעבוד דרבנן מוקדם, וצ"ע בכ"ז].

(ב) ועי' בכס"מ שם דבפשוטו נראה מלשון הרמב"ם דאם לוה וכתב לו דאיקני וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקנה, ואח"כ קנה נכסים דיחלוקן, והביא דכ"כ בספר צרור הכסף בדעת הרמב"ם, אולם הכס"מ הוכיח מהרא"ש ב"מ פ"א סי' ל"ט דפסק דאם כתב לבע"ח דאיקני וללוקח לא כתב דאיקני, נוטל הבע"ח את כל השבח, ולא אמרי' יחלוקן, והביא דכ"כ בספר התרומות, וכתב הכס"מ דמהא דלא הזכיר ספר התרומות לדברי הרמב"ם משמע דס"ל דהרמב"ם חדא מינייהו נקט, וה"ה לאידך.

(ג) אולם עי' בש"ך בסי' ק"ד ס"ק ט"ו דהאריך דהעיקר כדעת צרור הכסף, ודחה הראיה מהרא"ש דשאני התם דחשיב כאילו באו ליטול הנכסים מלקוחות, ובהא ודאי דיש עדיפות למי שכתוב לו דאיקני, והוכיח כן מרבינו ירוחם דכתב לדין הצרור הכסף, ומ"מ כתב לדין הרא"ש גבי שבח, והביא ממנה"ל דכתב על הסתירה ברבינו ירוחם דאין חילוק בין קנה ומכר לנמצאו בידו, ותמה עליו הש"ך דהחילוק ברור דבשלמא כשהם בידו, הרי מיד שקנה נשתעבד לשניהם, אבל במכר, זה שכתוב לו דאיקני יכול להוציא מהלוקח כיון דקנו השעבוד שלו, אבל זה שלא כתוב לו דאיקני אינו יכול לגבות כיון דהשדה כבר יצא מרשות הלוה, ואין לו זכות כלפי הלוקחות, וכתב הש"ך דאף להחולקים על צרור הכסף, מודו דאם לראשון לא כתב דאיקני ולב' כתב דאיקני, וקנה אחר ב' ההלואות דחולקין], ואת הראיה מהתרומות נמי דחה דמיירי במכר, [ובחי' רע"א הנדמ"ח אות' ? הק' דהנה הגמ' פריך מהא דשבח, ומשני דגובה חצי שבח, וק' דעדיין קשה לצד דלבתרא משתעבד, אמאי הבע"ח נוטל שבח, הא הכל שייך ללוקח, וכתב רע"א דע"כ צ"ל דמיירי דלא כתב דאיקני ללוקח וליכא חזרה, ורק אי נימא דחולקין מדינא הוא דפריך, ומשני דאה"נ, וא"כ מבואר להדי' דאף היכא דלב' לא אמר דאיקני, מ"מ חולקין כיון דקנה אחר ב' ההלואות].

(ד) וברע"א על הסמ"ע ס"ק ט"ו ביאר דסברת המחלוקת הוא, דהב"י סבר דכיון דכתב לו דאיקני הרי"ז כמכר לו, ולכך השדה משועבד למלוה דכתב לו דאיקני, אולם הש"ך ס"ל דשטר לא הוי כמכר, אלא דמלוה ע"פ יש לו עדיפות כיון דש"ד, אבל היכא דליכא שעבוד מדאו', ליכא דין קדימה וחולקים, [ולפי"ז צ"ע הא דכתב הש"ך דבגוונא דהמלוה שכתוב בדאיקני היה מאוחר מודה הכס"מ, ולהנ"ל אינו מובן דסו"ס חשיב כמכר לו, וצ"ע].

אולם תמה רע"א דזה סותר להא דפסק הש"ך בס"כ כהרי"ף דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מאוחרת, וע"כ משום דחשיב כמכר לו, וא"כ מדוע פסק הש"ך דיחלוקו, הא כיון דכתב לו דאיכני חשיב כמכר לו, וצריך להיות לו דין קדימה.

(ה) עי' בשו"ע ק"ד ס"ה דשעבד לו מטלטלין באגב, קודם לבע"ח מאוחר, והוא שנתברר דהמטלטלין היו בידו קודם שלוח מהב', וכתב הסמ"ע ס"ק ט"ו דגרסי' קודם שלוח משניהם, דאם הלוחו הראשון קודם שקנה הלוח, הרי"ז שייך להב', כיון דע"י השעבוד חשיב כמכר לו.

ובגדו"ת שער מ"ג ח"ד סק"י כתב דזה תלוי במחלוקת ר"ה גאון ורה"י"ף אם מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר, דלפי ר"ה גאון דמלוה ע"פ קודם משום דש"ד, ה"ה הכא כיון דמדאו' חייל השעבוד גם על נכסים שיקנה אח"כ, הרי"ז קודם ללוח הב', אבל להרי"ף דהמלוה בשטר המאוחר קודם, ה"ה הכא המלוה הב' קודם לראשון, אולם בש"ך שם ס"ק ט"ו בסופו תמה על הגדו"ת דל"ד לדברי ר"ה גאון דהתם מדאו' איכא שעבוד למלוה בע"פ אבל הכא למלוה דכתב דאיכני ליכא שעבוד מדאו' על נכסים שקנה אחרי ההלואה, נובתומים הק' דזה סותר להא דפסק הש"ך דבקנה ומת חיביים הירשים, ונתבאר בזה לעיל, וכן ביאר רע"א בדעת הסמ"ע דאעפ"י דהשו"ע פסק בסעיף י"ג כרה"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחר, שאני התם דלמלוה בע"פ יש שעבוד מדאו', משא"כ בלא כתב דאיכני, דאין ללוח שעבוד מדאו' על הנכסים שקנה אח"כ, ולכך חשיב כמכר לב'.

אולם הש"ך פסק דבכה"ג יחלוקו, וביאר רע"א דס"ל דשעבוד לא הוי כמכר, וכיון דליכא ש"ד ליכא קדימה ויחלוקו, אלא דתמה רע"א שהרי הש"ך פסק כהרי"ף דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדמת, משום דחשיב כמכר לו, וא"כ ודאי דבלוח וקנה ולוח, יהא הכל שייך לב' כיון דחשיב כמכר לו.

(ו) והנה לכאו' יסוד הנידון בלוח ולוח וקנה וכתב לא' דאיכני, תלוי אם יש דין שעבוד על מיני', דאי נימא דיש שעבוד על מיני' מסתבר כדברי הצרור הכסף דבקנה אח"כ חייל שעבודא על תרוייהו בב"א ויחלוקו, נובתומים וברוך טעם ב"מ י"ד ב' ביארו דס"ל לש"ך דמדאו' חייל שעבוד על כל הנכסים שקנה אחרי ההלואה, אולם צ"ע דהרי הש"ך חלק על הגדו"ת וכתב דהוא רק מדרבנן, אולם אי נימא דליכא דין שעבוד על מיני', צדקו דברי הכס"מ דהראשון קודם, כיון דיש לו שעבוד על הנכסים, נולפי"ז נמי צ"ע הא דכתב הש"ך דבגוונא דהמלוה שכתוב בדאיכני היה מאוחר מודה הכס"מ, וצ"ע דסו"ס כיון דלא חייל שעבוד על הנכסים לגבי הלוח הראשון, ממילא זכה הב' בכל הקרקע מחמת שעבודו.

אולם בהא דלוח וקנה ולוח ולא כתב דאיכני, צ"ע דממנ"פ אי נימא דיש דין שעבוד על מיני' הרי כיון דחייל שעבוד של הראשון, הוא קודם למלוה הב', ואי נימא דליכא שעבוד על מיני', אמאי יחלוקו, הרי למלוה הב' חל שעבוד גמור.

(ז) ובנתה"מ מהדו"ק ביאר בדעת הש"ך דודאי ליכא שעבוד על מיני', אלא דס"ל לש"ך דכל דיש שעבוד הגוף לא אלים השעבוד נכסים של הב' לעקור את החיוב שיש ללוח לפרוע, ולכך בקנה אחר ב' ההלואות, אעפ"י דהיה לאחד מהם דאיכני, אין השעבוד נכסים מבטל את השעבוד הגוף, וכן בלוח וקנה ולוח ולא כתב דאיכני, נמי אין השעבוד נכסים של הב' מבטל את השעבוד הגוף של הראשון, וצ"ב הסברא בזה דסו"ס אין לבעל השעבוד הגוף קנין בנכסים.

ולכאו' צ"ל באופ"א קצת, דבאמת ליכא דין שעבוד נכסים במיני', אלא יסוד הדין הוא דהיכא דיש למלוה שעבוד הגוף הרי"ז מעכב מהשעבוד הגוף של הב' לגרום אף שעבוד נכסים על הקרקע, ולכך היכא דלוח ולא כתב דאיכני וקנה ולוח, הרי השעבוד הגוף מעכב מהשעבוד הגוף של הלוח הב' למיחל שעבוד נכסים, ולכך חולקין, כיון דחייב

לתרוייהו, ומה"ט היכא דכתב דאיכני ולוה ואח"כ קנה, כיון דיש על הלוח שעבוד הגוף לתרוייהו, חולקין, דהשעבוד הגוף של הב' מעכב על הראשון, אבל היכא דכתב דאיכני וקנה ולוה, כיון דכבר חייל שעבוד נכסים על הקרקע, אין למלוה הב' כלום.

(ח) אולם בין לביאור הנתה"מ ובין לביאור הנ"ל, עדיין צ"ע כקו' רע"א, דהא לדעת הרי"ף חזי' דאעפ"י דיש למלוה בע"פ שעבוד הגוף, מ"מ המלוה בשטר מאוחר קודם, וצ"ע.

(ט) שו"ר דבש"ך ס"ק כ' נקט בכוונת דברי תשו' הרי"ף דבאמת בגוונא דרה"ג הדין הוא דיחלוקו, ומשום דביטלו את המעלה של המלוה בע"פ כלפי המלוה בשטר, וממילא שוו בשעבוד, ופסק כן לדינא, וא"כ אדרבא מה"ט גופא פסק הש"ך הכא דיחלוקו, וצ"ע מדוע נקט רע"א דדעת הש"ך כהרי"ף דהכל למלוה בשטר.

(א) ב"ב מ"ד ב' - וליחוש דילמא דאיכני וכו' ל"צ דקאמרי עדים ידעינן ביה בהאי דלא הו"ל ארעא מעולם. עי' ברמב"ן דהק' אמאי לא אמר דידעי' דלא היה לו קרקע בשעה שקנה את המטלטלין, והוכיח מזה הרמב"ן דאפילו אם קנה הקרקע ומכרו קודם שקנה המטלטלין, מהני בדאיכני, [ועי' בגליון רע"א ריש סי' קי"ג דה"ה אם אמר דאיכני על הקרקע, ודאיכני על המטלטלין אגב הקרקע], ועי' בקצוה"ח סי' קי"ג סק"א דהק' אמאי נקטו הראשונים דהחידוש הוא באופן דמכר את הקרקע, הרי גם באופן דקנה את הקרקע קודם המטלטלין נמי איכא חידוש דשייך בזה דין אגב, [ומבואר דס"ל דלא קנין אגב לאחר ל', וכן מבואר בנתה"מ סי' ר"ט סק"ג, ובאו"ש פכ"ב ממכירה ה"ג, וע"ע בשער המשפט סי' קי"ג סק"א דישו"ב קו' הקצוה"ח], ובפשוטו י"ל דכיון דיסוד הקצוה"ח בסי' ס"ו דשעבוד חל על שעבוד, משו"ה שייך לומר דבזמן שקונה את המטלטלין חייל עוד שעבוד על הקרקע ועל המטלטלין, ולכך העמידו באופן דאין לו קרקע כשקנה את המטלטלין, [אולם לכאור' זה תלוי במחלוקת הראשונים בנדרים בסוגיא דבר פדא אם שטר יכול לעשות כמה קנינים, ואכ"מ].

(ב) ובטעמא דמילתא ביאר הרמב"ן בתחילה דאעפ"י דמבואר בסוגיין דהשעבוד חייל מזמן שקנה הקרקע, ומשו"ה יחלוקו, מ"מ מעיקרא נמי משתעבד, ולכך מצי למיעבד קנין אגב השתא, והביא לזה ראייה מהא דאינו יכול לחזור בו מדאיכני, אולם עי' ברשב"א שם דחולק על הרמב"ן וס"ל דודאי יכול לחזור בו, ומ"מ כ"ז שלא חזר בו מהני השעבוד של המטלטלין אעפ"י דמכר את הקרקע לפני שקנה את המטלטלין, דמאותה שעה חל השעבוד, ומבואר דס"ל להרשב"א דכ"ז שלא חזר בו הקנין חייל מעכשיו, וע"כ הוא דאל"כ לא שייך למיעבד קנין אגב בגוונא דמכר את הקרקע קודם שקנה מטלטלין, וצ"ב א"כ מהו יסוד המחלוקת, אם יכול לחזור בו או לא, וכן צ"ע מה שייך לומר דחייל אף מעכשיו, ועוד דהרשב"א הרי מביא ראייה מר"מ דמהני חזרה, והרי בדינא דר"מ לא חייל כלום מעכשיו אף קודם שחזר בו, וצ"ע.

(ג) ועי' מחנ"א גביית חוב סי' א' דביאר דיסוד הנידון הוא אמאי מהני דאיכני, האם משום דמשעבד נפשי' וחייל שעבוד על גופו, וגופו הרי בעולם, או דהוא תקנה דרבנן דחייל השעבוד כשיבא לעולם, כמבואר ברשב"ם בפ"י ב', דהרמב"ן ס"ל דהוא חיוב שמחייב עצמו, וכיון דחייל מהשתא אינו יכול לחזור בו, אבל הרשב"א ס"ל דחייל רק כשקנה, ולכך יכול לחזור בו, [וע"ש עוד דתלה בזה הנידון אי אמרי' אחריות ט"ס בדאיכני, וצ"ב כוונתו], וצ"ב דהא מבואר להדי' ברשב"א דכ"ז שלא חזר בו חייל הקנין מעכשיו, דאל"כ לא היה מועיל אגב בכה"ג, וא"כ אמאי לפי הרשב"א יכול לחזור בו.

(ד) והנה דעת הרשב"א קדושין ס"ג ? דבאומר מעכשיו אף לר"מ אינו יכול לחזור בו, וביאר הגרש"ש ? דהמעשה

כבר נגמר מעכשיו, אבל היכא דלא אמר מעכשיו לא נגמר המעשה קנין עד שיבא לעולם, ולפי"ז ביאר הגרש"ש ב? [וביתר ביאור באש תמיד עמ' תפ"ז], דהרמב"ן ס"ל דדאי קנין הוא כאומר מעכשיו, אבל הרשב"א ס"ל דלא הוא כמעכשיו ומשו"ה יכול לחזור בו, וע"ע בקוב"ש אות תקע"ב.

ה) ויל"ע דהרי הרמב"ן ביאר דמה"ט דאינו יכול לחזור בו, משו"ה חייל קנין אגב באופן דקנה את המטלטלין אחר שמכר את הקרקע, וצ"ב דהא מ"מ לא קנה את המטלטלין ביחד עם הקרקע, ודמי לגוונא דיש לו מטלטלין בידו ומקנה אותם אגב קרקע שאקנה למחר, דודאי אע"פ דאומר מעכשיו, לא חייל מהשתא קנין המטלטלין עד שיבואו לעולם, וא"כ מה מועיל הא דדנין את זה כאומר מעכשיו, סו"ס לא קנה אותם ביחד עם הקרקע, ועוד צ"ב כמו דהק' לעיל על המחנ"א דהרי הרשב"א ג"כ תי' כהרמב"ן דמהני אגב גם בקנה את המטלטלין אחר שמכר את הקרקע, אלא דחלק על הרמב"ן וס"ל דיכול לחזור בו, ואי נימא דלפי הרשב"א לא הוא כאומר מעכשיו, איך מועיל באגב, והרשב"א כתב להדי' דכ"ז שלא זכר בו חייל הקנין מעכשיו, וצ"ע.

ו) ובאבי עזרי פ"ח מו"ל ה"א ביאר דס"ל להרמב"ן דאחר דנתחדש דמהני דאי קני, ממילא הדין הוא דהחוב גורם לשעבוד הנכסים, אעפ"י דקנה את הנכסים אחר ההלואה, וכל הטעם דלא חייל השעבוד משום דלא סמכ"ד, אולם כל היכא דפירש וסמכ"ד, ממילא חייל השעבוד מכח החוב, ומה"ט אינו יכול לחזור בו, כיון דגוף החוב כבר שעבד את הנכסים, ולדבריו צ"ל דה"ה לענין מטלטלין, כיון דשעבד לו להדי' את המטלטלין, נקטי' דסמכ"ד, ולכך מהני קנין אגב דיחול השעבוד גם על המטלטלין, אולם צ"ב דא"כ למאי בעי' לקנין אגב, הא כיון דפירש להדי' דמשעבד את המטלטלין, ממילא חייל השעבוד כשיבואו לעולם, וצ"ב.

ז) והנה הרשב"א הוכיח כשי' דיכול לחזור מהא דמבואר בלוה ולוה וקנה דיחלוקו, והא לא שייך חזרה לחצאין, והגר"א בסי' קי"ב ס"ק ה-ו ביאר דהרמב"ן ס"ל דיחלוקו משום דהשעבוד חייל בב"א וכהרשב"א, והרשב"א ס"ל דיחלוקו משום דתלי' דחזר בו במקצת, ולכך הוכיח מזה הרשב"א דמהני חזרה בדאי קני, וצ"ב אמאי באמת לא פ"י הרשב"א כהרשב"א.

אולם הגרש"ש שם ביאר דכוונת הרשב"א להוכיח דבאומר דאי קני ל"ה כאומר מעכשיו, דאי נימא דהוי כמעכשיו הרי ודאי דאינו יכול לחזור בו, וא"כ תקשי אמאי יחלוקו, הרי אין בכוחו לשעבד לשני אחרי דשיעבד לראשון, כיון דמצידו נגמר כבר ההקנאה כמו במעכשיו, וע"כ דאינו כמעכשיו, ולכך מהני חזרה, ומה"ט אמרי' יחלוקו, נומזה הוכיח דבאומר מעכשיו, אינו יכול להקנותו עוד לאחר, ועד"ז ביאר באבי עזרי שם דכוונת הרשב"א להוכיח דאם אינו יכול לחזור אין הוא בעלים לשעבד לשני.

ויש להוסיף דהרשב"א אזיל לשי', דהנה לפי הרמב"ן הרי באמת השעבוד חייל בסוף אלא כיון דחשיב דגמר את המעשה, אבל לפי הרשב"א הרי כ"ז שלא זכר בו חייל לגמרי מעכשיו, אלא דיש לו זכות חזרה מהחלות של מעכשיו, ולכך הק' דאי נימא דחייל חלות גמור ומה"ט אינו יכול לחזור בו ודאי דאינו יכול לשעבד אף לב', אבל אי נימא כהרמב"ן דבאמת השעבוד חייל רק בסופו, א"ש דמשו"ה מצי לשעבד אף לב', ודו"ק.

ח) וכבר מצינו כן בנתה"מ, דהנה לעיל הובא נידון הפוסקים בלוה ולוה וכתב לא' דאי קני, וקנה, ובתומים כתב דלפי הרשב"א דטעמא דיחלוקו משום חזרה, א"כ באופן דלא חזר בו הכל לראשון, וכיון דלא כתב דאי קני לשני הכל לראשון, נועי' בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' ל"ד דכתב דגם בכה"ג אמרי' אט"ס על דאי קני, וא"כ ליכא ראייה מהרשב"א, אולם עדיין איכא ראייה להל' דקיי"ל כהראשונים דליכא דין אט"ס על דאי קני, ועי' בנתה"מ מהדו"ק ק"ד סק"ז דדחה דכוונת הרשב"א להוכיח דאי לא מהני חזרה הרי ע"כ דקנה מתחילה, וא"כ אינו יכול לשעבד לב', ומשו"ה אף באופן דלא

חזר בו תרוייהו שוו בשעבוד, וכנ"ל מהגרש"ש ואבי עזרי.

ט) עי' בגליון רע"א על ריש סי' קי"ב מביא משו"ת הרא"ש כלל ל"ח ס"ה דאם שעבד לבע"ח דאיכני ואח"כ מכר לאחר שדה זו שאירש מאבא, [לדעות דחל - עי' סי' רי"א ס"א], נמצא דבב"א כשמגיע לעולם צריך לחול לזה שעבוד ולזה מכר, דהדין בזה דהמכירה קיימת ואין הבע"ח גובה מזה, דרק כשקדם השעבוד למכר גובה, ולא כשנעשה בב"א, וכתב רע"א דכן מבואר ברא"ה בכתובות נ' א', עכ"ד, ועי' בחי' הרמב"ן בכתובות שם דג"כ כ"כ, ע"ש, ולכאורה צ"ב דלהרמב"ן לשיטתו דדאיכני חשיב כמו שחל מתחלה אמאי חשיב בב"א הא נמצא דהשעבוד קדם ללוקח, וצ"ל דרק ע"י הגביה דלבסוף נעשה כמי שחל בתחלה, וכיון דכשבא לעולם חייל נמי הקנין ומבטל לזכות השעבוד, לא אמרי' דחל למפרע, ועדיין צ"ב, ועי' עוד בזה בסוגיא דשבח.

י) בעיקר הדין דלא מהני חזרה, עי' בש"ך סי' קי"ב סק"ב דכתב לבאר טעם חדש אמאי לא מהני חזרה "דכיון דיכול אדם לשעבד נכסיו מה שיקנה אחר כך היאך נאמר שיוכל לחזור במה שכבר שעבד והרי זה לא הלוח לו מעותיו אלא מפני ששעבד לו דאכני וא"כ זה שרוצה לחזור בו ישלם לו מעותיו שהלוח לו או יקיים מה ששעבד לו וכן אם מכר לו שום דבר ושעבד לו על האחריות נכסים שיקנה כיון שזה לא קנה אלא מפני ששעבד לו דאכני והוא אינו יכול לחזור מגוף מכירה גם משעבוד דאכני א"י לחזור".

ועי' בתומים סק"ג ובקצוה"ח סק"ג דתמהו דמה אכפ"ל דאין לו דמים, מ"מ כמו דבפירות דקל מהני חזרה ה"ה דהכא יועיל חזרתו, ובקצוה"ח תמה מ"ש מפועל דיכול לחזור בו בחצי היום.

ולכאור' נראה בכוונת הש"ך דהוי כתנאי בהלואה דהוא בתנאי של הקנאת השעבוד, אולם לשון הש"ך ק"ק דכתב דכמו דאינו חוזר בו מהמקח אינו חוזר בו מהשעבוד, וכן לפי"ז בעי' משפטי התנאים, ויותר נראה בכוונתו, עפי"מ דיסד הגרש"ש בכמה דוכתי דדינו של מקח דהוא מחייב את כל פרטי המקח, ואי"צ קנין מיוחד לזה, אלא הם חלים מכח חלות המקח, וה"ה לגבי הלואה, היא מחייבת את כל מה שהתנו ביניהם בלא קנין מיוחד, וזהו שכתב הש"ך דכיון דכל ההלואה היה בתנאי שישעבד לו דאיכני, חייל החיוב על השעבוד של דאיכני, ואם הוא רוצה לחזור בו צריך להחזיר לו את מעות ההלואה, וא"ש קו' התומים והקצוה"ח דשאני פירות דקל לר"מ דעיקר המכר לא נתקיים, וכן בפועל דעיקר השכירות לא נתקיים, דהא יכול לחזור בו מהשכירות, ומשא"כ הכא דעיקר הקנין נתקיים, [ועי' שערי חיים קדושין סי' כ"ז סק"ה דביאר בזה דין קנין משכון].

ואין להק' דא"כ מדוע בעי' לחידוש מיוחד דיש דין דאיכני, תיפו"ל מדין פרטי המקח, דודאי פרטי המקח מהני רק במקום מעשה קנין, אבל אי לא מצי לחול המעשה קנין, לא יועיל דין פרטי המקח ע"ז, ולכך אחר דנתחדש דליכא חסרון של דבר שלב"ל בשעבוד, מהני דין פרטי המקח דליכא הלואה בלא שעבוד, ולכך לא מהני חזרה.

והנה ברע"א דן האם להצד דדאיכני לא מהני לרבנן, האם לר"מ יכול לחזור בו, וכתב רע"א דיש להוכיח מדברי הש"ך כאן בסק"ב דכתב להוכיח דלא מהני חזרה מהא דמבואר בגמ' דטעמא דמאחרין כשרים משום דדאיכני מהני, ואמאי לא חיישי' דחזר בו, והרי הגמ' דחי דליכא ראייה ממתני' דמאחרין משום דקאי לר"מ, ומוכח מהש"ך דאף אי לרבנן לא מהני דאיכני, מ"מ לר"מ דמהני דאיכני אינו יכול לחזור בו, ולהנ"ל א"ש דברי הש"ך לשי' דטעמא דאינו יכול לחזור בו משום תנאי בהלואה דאינו מלווה בלא שעבוד של דאיכני, וכיון דחייל קנין השעבוד לר"מ, משו"ה אינו יכול לחזור בו.

ובעיקר הדבר יש להוסיף, דחזי' הכי נמי בהא דמייתי הגמ' ראייה ממתני' דנפל, וכבר העירו דהא בפשוטו מירי בגוסס הבן, ומ"מ מהני דאיכני דזכה בנכסים, אעפ"י דלר"מ לא מהני להקנות בגוסס, [עי' חו"ב], וא"כ קשה בהא

דמשני הא מני ר"מ, והא אי לא מהני דאיקני הרי ליכא מעליותא לר"מ, וע"כ דאף לר"מ יש מעלה בדאיקני, וכמו דכבר העיר רע"א דבתו' ביארו כן לר"מ בד"ה דאיקני [א].

(י"א) בקצוה"ח סי' ק"ז סק"ז הוכיח מדברי הרא"ש דכל מה דמהני אגב לשעבד הוא רק דמרבנן, ומשום דמכח האגב איכא קלא, ולכאור' מדברי הראשונים מוכח דאינו כן, שהרי ביארו דהוא קנין גמור ומשו"ה הוצרכו דהקנין חל מעכשיו, ולכך מהני אגב גם בכה"ג, אבל אי נימא כהרא"ש הרי סגי בזה למיעבד קלא. אולם יש לדון בזה,

(א) תוס' ד"ה כגון - הומ"ל א"ה אפי' בית ושדה נמי. עי' בחי' רע"א ב"ב [הנדמ"ח] דתי' רע"א דכל מה דס"ל להראשונים דאינו יכול לחזור בו, הוא רק לפי מה דקיי"ל דמהני דאיקני אף לרבנן, אבל אי נימא דלא מהני דאיקני, הרי גם לר"מ דמהני דאיקני, מ"מ יכול לחזור בו, דכל מה דאינו יכול לחזור בו, הוא אלימות מדרבנן בשעבוד, ולהצד דלא מהני דאיקני, היינו דלא אלמוהו לשעבוד, ולכך אף לר"מ יכול לחזור בו, ולפי"ז תי' רע"א די"ל דבאמת ברייתא כר"מ, ומשתעבד בדאיקני, ולכך בבית אינו מעיד משום דחיישי' דאמר לו דאיקני ולא חזר בו, אבל בפרה וטלית דבעי' לקנין אגב, הרי י"ל דמיירי בידוע שלא היה קרקע בזמן שהיו המטלטלין ברשותו, וכיון דלא מהני דאיקני לרבנן, ה"ה דלא מהני אגב לר"מ, כיון דיכול לחזור בו, אבל אם דאיקני משתעבד הרי יש לחוש דהקנה לו קודם שקנה את הקרקע, ע"ש.

(ב) והנה במה דביאר בכוונת הרמב"ן, הנה לפי המחנ"א א"ש היטב, דלפי הצד דאיקני לא מהני, היינו דלא חייל שעבוד מחמת ההתחייבות, וא"כ אף לר"מ יכול לחזור בו, ולביאור אבי עזרי נמי י"ל דאם דאיקני לא מהני, היינו דאין הכסף משעבד, אלא ההלואה, וא"כ אף לר"מ לא חייל מידי השתא, אולם אי נימא דהנידון אי דאיקני הוי כמעכשיו, לכאור' כ"ז לרבנן, אבל לר"מ י"ל דכיון דחייל הקנין, נידון כמעכשיו, וצ"ע בכ"ז.

מוכר שדה גזולה

ב"מ י"ד ב'

(א) גמ' - איתמר המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינו שלו אב אמר יש לו מעות ויש לו שבח, ושמואל אמר מעות יש לו שבח אין לו. ומבואר בגמ' להלן דאף לשמואל מעיקר הדין מהני בפירש, אלא דאסור משום דמיחזי כריבית, אבל לגבי המעות ס"ל לשמואל דיש לו אעפ"י שלא פירש, ועי' בתו' בע"א דבארו דאעפ"י דס"ל לשמואל דל"א אט"ס רק בהלואה אבל לא במקח, מ"מ כיון דנמצאת גזולה הוי שטר הלואה דאמרי' ביה אט"ס, ועי' בבעל המאור דביאר רב ס"ל דגם במקח אמרי' אט"ס, ולכך אמרי' אט"ס גם על השבח, ושמואל ס"ל דשאני הכא דחשיב כהלואה וכמבואר בתו', וכן ביארו הרמב"ן והרשב"א.

אולם הראב"ד בהשגות תמה דטעמא דשמואל דל"א אט"ס במקח שייך נמי הכא, דהא לא ידע דאינה שלו, ועביד איניש דזבין ליומי', [אולם ברמב"ן כתב דכיון דמיהדר פירי, לא עביד איני דשדי זוזי בכדי, וצ"ע הנידון בזה], ולכך ביאר דמיירי בכתב לו אחריות סתם וס"ל לרב דאחריות סתם אף על שבח קאי, ושמואל ס"ל דצריך לפרש את השבח להדי', וכן הביאו הרמב"ן והרשב"א בשם י"מ, וכן ביאר המ"מ פ"ט מגזילה ה"ו בדעת הראב"ד בהשגות שם, [וקצ"ע דלישנא דרבא ט"ו ב' משמע דב' דינים ניהו, ודינא דרב אינו שייך לדין אט"ס במקח].

(ב) והנה בהא דאמרי' אט"ס במקח, יש לדון בזה, הרי נתבאר כבר לעיל בכ"ד דבתורי"ד שלהי ב"ב מבואר דיסוד דין אט"ס הוא משום דהחוב משעבד, אלא דחיישי' דמשום דלא כתב כן ש"מ שמחל לו על השעבוד, קמ"ל דאט"ס, ונתבאר עוד דלפי החמד"ש וחזו"א השעבוד חייל רק מכח הקנאת הלוח, וחייל בקנין כסף, ונתבאר עוד דיתכן גדר מחודש דהוי כאילו כתב להדי' בשטר את האחריות.

והנה בהא דס"ל לרב דאיכא דין אט"ס במקח, גם באופן דבא בע"ח וטרף, יל"ע דאי נימא כתורי"ד, מה שיין הך מילתא במקח, הרי המקח אינו מחייבו באחריות, וכל שלא כתב להדי' בשטר את האחריות ליכא קנין בשטר, ומה יועיל הא דאט"ס, אולם אי נימא דהוי כאילו כתב להדי' את האחריות שיין לומר כן גם לגבי מקח, ועי' ברש"י בע"א ד"ה זיל דכתב דהוא מדין מחילה, ומבואר לכאור' כדברי התורי"ד לגבי אט"ס בהלואה, דגם במקח יש סיבה לחיוב והנידון הוא מדין מחילה, וצ"ב.

והנה בחי' מרן רי"ז הלוי הל' שכנים יסד דגם לגבי גביית בע"ח מלוקח אמרי' דבטל המקח, וחייב לשלם לו כדין לוח, ע"ש, ולפי"ז א"ש דגם במקח שיין דין אט"ס כיון דחייב מחמת ביטול המקח, ולא בעי' שיקבל עליו המוכר חיוב חדש של אחריות, וצ"ע לפי הגרי"ז מדוע ליכא חיוב ריבית גם בטרפת הבע"ח, כיון דמחזיר לו את השבח, ועי' היטב בתומים סי' ק"ד סק"ז דבאמת הוכיח מזה דאזלי' בתר שעת הטרפא, ע"ש, ועי' להלן ברש"י ד"ה לא בבעל חוב].

ובאבי עזרי פ"ח מו"ל ה"א ביאר דאיכא דין של העמדת המקח שיהא ללוקח את השדה לחלוטין, ואם בא בע"ח מכח המוכר וטרופה, נמצא שלא נתן לו השדה לחלוטין, [עי' משר"א שכנים עמ' ט' דהוכיח כן מדברי הראב"ד פכ"ב ממכירה], ובפשוטו מוכח כן מהא דמבואר ב"ב קס"ט ב' דמעיקר הדין חייב להעמיד לו קרקע כנגד קרקע, וע"ש בראשונים ואכ"מ, ולכך גם במקח שיין דין אט"ס.

(ג) ולכאור' נראה דנחלקו בזה תו' והראב"ד, דהנה מבואר בגמ' ב"ב מ"ד ב' דר"פ ס"ל דנמצאת שאינה שלו חזור עליו, ור"ז ס"ל דאינו חוזר דלהכי זבני לך שלא באחריות, וקיי"ל כר"ז, וק' דזה סותר להא דמבואר בסוגיין דיש לו מעות, ובתו' בע"א בארו דמיירי בפירש לו להדי' שלא באחריות, אבל בסתם חוזר עליו, אולם לדברי הראב"ד הרי אף בסתם אינו חוזר עליו, ורק בכתב להדי' אחריות חוזר עליו, וא"כ ל"ק כלל מהך סוגיא, דהכא מיירי בקיבל עליו אחריות.

ונראה דיסוד המחלוקת תלוי בהנ"ל, דתו' ס"ל דבאמת אינו מחוייב באחריות מעיקר הדין, ורק דמקבל עליו התחייבות של אחריות, ואט"ס חשיב כאילו כתב, ולמ"ד אחריות לט"ס, כל שלא קיבל עליו אינו חייב, אבל לענין גזילה הרי חייב מעיקר הדין משום דבטל המקח, ורק בפירש להדי' פטור אף בנמצאת גזולה, אבל הראב"ד ס"ל דגם בטרפה בע"ח חייב מעיקר הדין, ואינו חיוב מחודש, ומשו"ה ס"ל דלמ"ד אחריות לט"ס, הרי ע"כ צ"ל דהתנה שאינו מתחייב ומדין מחילה הוא, ולכך אין חילוק בין פירש להדי' שלא באחריות או דסתם ליכא אחריות, דלעולם הוי כהתנה שאינו באחריותו, אלא דנחלקו ר"פ ור"ז האם זה רק לגבי טרפת בע"ח, או גם לגבי נגזל, ומשום דבנגזל ליכא אפי' פירות של חד יומא, ולכך יתכן דלא נתרצה על כה"ג שיהא שלא באחריות, [וכן מבואר להדי' ברשב"ם ב"ב מ"ד ב'], אבל ר"ז ס"ל דאין חילוק, ולהל' דקיי"ל כר"ז הרי מבואר דבכל מכר סתם שלא באחריות, או בהתנה שיהא שלא באחריות, אינו חוזר עליו, ולכך צריך לומר דמיירי הכא בקיבל עליו אחריות להדי'.

(ד) והנה מבואר בסוגיין דלפי רב יש לו נמי שבח, והיינו דאמרי' אט"ס גם על השבח, והנה זה ודאי דליכא חיוב על השבח מעיקר הדין, ובעי' שיקבל עליו להדי', [ובשו"ת הרשב"א ח"ב סי' קצ"ד הוכיח מסוגיין דיכול להתחייב בדבר שאינו

חייב מן הדין], וא"כ תקשי מה שייך בזה דין אט"ס, ולכאור' ע"כ מוכח מסוגיין דבאמת גדר דין אט"ס היינו דחשיב כאילו כתב להדי' את האחריות בשטר, וצ"ע.

(ה) ובעיקר דין אחריות על השבח, יל"ע דבשלמא לגבי המעות י"ל דהמוכר חייב כיון דהוי מקח טעות, אבל לגבי השבח מדוע חייב המוכר, הרי בטל המקח וליכא קנין.

(ו) עוד יש לדון באיזה קנין חייל ההתחייבות, דבשלמא בשטר שייך לומר דחייל הקנין מכח השטר, [ומדין אט"ס הוי כאילו כתב, וכו'ל], ובכסף נמי נימא דאפשר להתחייב בקציצת המעות יותר ממה שקיבל, [כמו דהביא בברכ"ש קדושין סי' ד' מהגר"ח], ומדין אט"ס הוי כאילו נתחייב, אבל בקנין חליפין וחזקה, בלא מעות איך מתחייב, ולכאור' צ"ל דמדין פרטי המקח הוא, ובאמת דבגמ' מבואר דבפירש וקנו מידו מודה שמואל דיש לו שבח, וא"כ מבואר דשמואל מיירי דלא עביד מעשה קנין בפנ"ע על ההתחייבות, וצ"ע בכ"ז.

ועכ"פ קשה הרי בטל המקח, ומדוע הוא חייב את השבח.

וכע"ז הק' ברע"א בכו"ח ח"א סי' ז' על מה דכתב הטור סי' רמ"ג בשם רבינו יונה דנותן מתנה בעדים וקיבל עליו אחריות דאינו גובה ממשועבדים כיון דליכא קלא, ותמה רע"א איך שייך להתחייב באחריות במתנה, בפני עדים, דבשלמא בשטר הוא מתחייב ע"י השטר, אבל בקנה בחזקה בע"פ איך מתחייב, דבמכר יש לחייבו מחמת דבטל המקח, אבל במתנה איך חייל ההתחייבות, ובשלמא בקנין סודר שייך לומר דבעד הסודר הוא מתחייב באחריות, אבל בקנין חזקה הא ליכא קנין לשעבד גופו, וכיון דנמצאת גזולה בטל המקח, ומה מחייבו, ע"ש באריכות, ויש להוסיף דלא שייך בזה יסוד הגרש"ש דחייל מדין פרטי המקח, דהא בטל הקנין.

(ו) ועי' בנתה"מ סי' ס' ס"ק י"א דיסד דבנמצאת גזולה חשיב מקח טעות רק כלפי הנגזל, אבל בין המוכר ללוקח חשיב דהמקח קיים, ויש לו חיוב אחריות להעמיד לו מקח אחר, והוכיח כן מדברי הבעה"ת, ע"ש, ולפי"ז י"ל דכיון דאיכא מקח כלפי הלוקח, חייל נמי האחריות על השבח מדין פרטי המקח, ועדיין צ"ע בכ"ז, וע"ע מש"כ הגרד"ל בסוף חמד"ש סי' י'.

(ז) והנה בריטב"א ט"ו ב' ד"ה הכיר בה כתב דבנמצאת גזולה או בטרפה בע"ח והוזלה אזלי' בתר שעת הטירפא, וכ"כ בקצוה"ח קט"ז סק"ב בדעת המ"מ, ע"ש, אולם בר"ן ט"ו ב' ובנימוק"י שם כתבו דכיון דנמצאת גזולה הוו מעות הלואה וחייב לשלם לו כשעת המקח, ועי' בשער המשפט קט"ז סק"א דתמה דודאי אזלי' בתר שעת המקח, כיון דבטל המקח, ועי' בית אפרים חו"מ סי' י"ח דהאריך בזה, וביאר דכיון דהלוקח רוצה לקיים המקח לזמן, אזלי' בתר שעת הטירפא, ע"ש, ולדברי הנתה"מ א"ש טפי, ועדיין צ"ע.

גמ' - אין מוציאין וכו' מפני תיקון העולם. ומבואר דמעיקר הדין מוציאין לאשה ובנות ממשועבדים, ובאבני מלואים סי' צ"ג סק"כ הק' דהא מחיים לא התחיל חיובו, ואיך גובה מנכסים שמכר בחייו, וכתב דמיירי לגבי נכסים שמכרו היורשים לאחר מיתה. ולכאור' מוכח דשעבוד נכסים תלוי בסיבת החיוב, [עי' קוב"ש ח"ב סי"א], וכיון דסיבת החיוב הוא כבר משעת נשואין, מעיקר הדין גובין מלקוחות.

רש"י ד"ה ויש לו שבח - וא"ת הנגזל יתן השבח שהרי השיבו קרקע משובחת, כגון שגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזול. וביארו הראשונים דכוונת רש"י דאף את השבח בשיעור הוצאה נמי שקיל מהגזול, ותמהו הראשונים דמה

אכפ"ל דגזלה משובחת, והכסיפה אצל הגזלן, סו"ס כיון דלקחה ריקנית והשביחה חייב הנגזל ליתן לו דמי הוצאה מדין יורד.

ועי' בחי' רע"א דיישב דברי רש"י, דהנה בדין בע"ח גובה את השבח מבואר בגמ' ט"ו ב' דאינו צריך לשלם דמי הוצאה ללוקח, וביאר הרי"ף דטעמא משום דהלוקח ירד ע"ד לחזור על המוכר, דהרי נתחייב לו בשטר, ולכך אינו נוטל הוצאה מהמלוה, אבל בעלמא הוא יורד ע"ד דבעל הקרקע ישלם לו, והק' הש"ך קט"ו סק"י דא"כ שדה גזולה נמי נימא דיהא פטור הנגזל כיון דהלוקח ירד ע"ד אחריות דהמוכר, ותי' הש"ך דבקרקע גזולה אם המוכר הגזלן יהא חייב לשלם כל הדמים ללוקח, הרי ממילא יש לו זכות לתבוע דמי הוצאה מהנגזל, וממילא ללוקח נמי יש זכות לתבוע מהנגזל דמי יציאה, מדין מה מכר וכו', ולפי"ז א"ש היטב דברי רש"י דכ"ז במקום שיכול הגזלן לתבוע הוצאה מהנגזל, אבל היכא דהגזלן הכסיפה הרי אינו יכול לתבוע מהנגזל דמי הוצאה, ואדרבא בזה דהלוקח משביח הוא משלם את חיובו של המוכר, ולכך אינו יכול לתבוע מהנגזל דמי הוצאה מדין יורד, כיון דנחת אדעתא דהמוכר ישלם לו ולא הנגזל, וכ"כ בשער המשפט קט"ו סק"ב, ונלפי"ז צ"ל דהכסיפה היינו הכסיפה בידים דהא בהכסיפה מאל"י פטור הגזלן כדתנן ב"ק קי"ז דשטפה נהר אומר לו הרש"ל, אולם לשון רש"י והכסיפה ביד הגזלן משמע דמיירי בהכסיפה מאל"י, וצ"ע].

רש"י ד"ה מאי לאו - שכתב בו אחריות. ומבואר דבעי' שיכתוב את האחריות, ולא אמרי' אחריות ט"ס, וכדעת י"מ שהביאו הראשונים, ודלא כתו', וכן משמע מרש"י ט"ו א' ד"ה אמליך.

אולם לכאור' יש לדחות דכל זה רק לענין גביית הקרן ממשועבדים, אבל לענין גביה מבני חורין ודאי דגובה כיון דנהפך להלוואה, והא דאינו גובה ממשועבדים, י"ל עפ"י מה דיסדו החמד"ש וחזו"א דבעי' שהלוה יתכוין לשעבד נכסיו, ולדבריהם בנמצאת גזולה, אעפ"י דנהפכו המעות להלוואה, מ"מ כיון דלא נתכוין לשעבד נכסיו בזמן המקח ליכא שעבוד, וצ"ע בכ"ז.

רש"י ד"ה לא בבעל חוב - דמכירה מעלייתא וכו' דהדר זבין מינ' וכו'. הנה מבואר מרש"י דהטירפה מבטל את המכירה רק מכאן ולהבא, וצ"ע ברש"י פסחים ל' ב' דמבואר דאף למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה המכירה מעיקרא לא חלה כיון דאינו ברשותו, ואכ"מ.

ועוד מבואר ברש"י דגדר הטרפא של הבע"ח הוא דחשיב כאילו חזר המוכר וקנה את השדה מהלוקח, ופורע אותה למלוה, [וכבר יסד כן בחי' ר"ח הלוי פי"ט מו"ל ה"ח, וישב בזה הא דהגמ' ב"ב קנ"ז ב' מוכיח מדינא דבע"ח גובה את השבח דמהני דאיקני, ותמהו הראשונים מה יועיל דאיקני הרי השבח של הלוקח ולא של המוכר, ותי' הגר"ח דכיון דגדר הדין הוא דחשיב של המוכר לגבי הגביה, משו"ה חשיב דהשבח נמי של המוכר לגבי הגביה, ובגליונות חזו"א תמה דא"כ אינו ענין לדאיקני, דהא לענין מינ' ליכא ספק, ולכו"ע הוא גובה, ע"ש].

עוד צ"ב מדוע האריך רש"י לבאר אמאי בגביית בע"ח אינו ריבית, הרי הביאור הוא פשוט דדוקא בגזל דבארו תו' בע"א דנעשה כהלואה מיחזי כריבית, אבל במכר ובא בע"ח וטרפה דאינו מקח טעות, אינו ריבית, והנה לעי' הק' לדברי הגרי"ז דגם בטרפה דבע"ח בטל המקח ממילא, אמאי לא הוי ריבית, אולם להנ"ל א"ש דמה"ט באמת הוצרך רש"י לבאר באופ"א דמשום דמצי לסלקו בזווי, אינו נחשב כריבית, ועדיין צ"ב.

רש"י ד"ה לאכילת פירות - פירות גמורין וכו'. ומבואר דבע"ח אינו גובה פירות גמורין, ונחלקו בזה הבעה"מ והרמב"ן, ומשום דחשיבי כמטלטלין, וצ"ב הרי כ"ז שהיו צריכים לקרקע היה עליהם שעבוד ואיך פקע השעבוד, ומוכר מרש"י דגם לו יצוייר דקרקע יהפך למטלטלין נמי פקע השעבוד, דזהו גדר התקנה דפוקע השעבוד ממטלטלין, וצ"ע.

רש"י ד"ה בגזול ונגזל - וכגון שגזלה עם פירותיה. עי' במהדו"ב דהק' דא"כ אמאי אינו גובה ממשועבדים, הרי גזל דבר קצוב, ואמאי אינו גובה ממשועבדים, ועי' רש"ש. ועוד יל"ע דא"כ לא שייך בזה מיחזי כריבית, דהא מחזיר לו מה שגזל ממנו, וא"כ מאי פריך מינה הגמ' לשמואל, וצ"ע.

(א) תוס' ד"ה ויש לו - ומיירי שגזלה ריקנית. עי' בשטמ"ק בשם גליון דכוונת תו' "אף בגזלה ריקנית" ולאפוקי מרש"י דבגזלה ריקנית חייב הנגזל לשלם לו את כל השבח, אלא גם בריקנית הגזול משלם שיעור השבח היותר מהיציאה, אבל ה"ה בגזל שדה משובחת והכסיפה, דהנגזל משלם את דמי ההוצאה, והגזול משלם את דמי השבח היתרים על ההוצאה, וכ"כ במהרמ"ש, ובביאור הגר"א סי' שע"ג סק"ח.

(ב) אולם עי' ברש"ש דס"ל לתו' דבגוונא דרש"י, כיון דהנידון הוא על דמי היציאה, שמואל נמי מודה דשקיל מהגזול, ואינו נידון כריבית, [ובאמת דבפ"י הק' על רש"י דמיירי בהכסיפה ביד גזול אמאי הוי ריבית, הרי הלוקח פרע חובו של מוכר, ונמצא דהמוכר משלם ללוקח מה שהיה חייב לנגזל מעיקר הדין, והלוקח נוטל מהגזול מה שהוציא].

(ג) ועי' ברשב"א דכתב עוד לתרץ דמיירי בשבח דממילא כגון דיקלא ואלים, דכה"ג טוען הנגזל ארעאי אשבח, וצ"ב אמאי תו' לא כתבו כן, ואולי ס"ל דשבח דממילא אינו בכלל האחריות ופטור המוכר.

תוס' ד"ה סיפא - מרישא עצמה וכו'. עי' ברמב"ן וברשב"א דתי' דבגזל מליאה פירות אי"צ להעמיד דמירי במכר, אלא דאכלה, וקמ"ל דאין הנגזל גובה מנכסים משועבדים, ע"ש, וע"ע בשטמ"ק מהרא"ש בשם רבינו מאיר דתי'.

(א) תו' ד"ה ושמואל - אפילו קנאה שלא באחריות כדפי' לעיל. ועי' בתו' בע"א ד"ה שעבוד דכתבו דכיון דהמקח בטל מחמת דהקרקע גזולה הוי כהלואה דאמרי' ביה אט"ס, וע"ש היטב בריטב"א בע"א דכתב בתו' [אולם מלשונו מבואר מדבריו דלאו מדין הלואה הוא, אלא דהוא דין במקח, דאם נמצאת הקרקע גזולה, מודה שמואל דאט"ס, וצ"ע]. אולם עי' ברמב"ן וברשב"א דהביאו די"מ דמיירי בכתב לו אחריות, אבל בלא כתב לו אחריות ל"א אט"ס, כיון דבשטרי מקח ס"ל לשמואל דאחריות לט"ס, ועי' ברמב"ם פ"ט מגזילה ה"ו דפסק כרב, ובראב"ד השיג עליו דבעי' שיקבל עליו אחריות, וע"ש במ"מ מה דתמה על הראב"ד.

(ב) עי' בהגהות אמרי ברוך על ש"ך סי' קט"ז סק"ה דהק' אמאי הוצרכו תו' לבאר דטעמא משום דהמעות נעשו הלואה, הא קיי"ל דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כיון דאיכא קול, וא"כ מה אכפ"ל דנמצאת השדה גזולה, הא מ"מ נפיק קלא כשמכר, וע"ש דרצה להוכיח מזה דמוכר שדהו בדעים נמי צריך שיקבל עליו אחריות להדי', ולא אמרי' בזה אט"ס, [וכ"כ רע"א בכו"ח תנינא רשימות תלמיד על התו'], וע"ש עוד דביאר דתו' קיימי לשמואל דשל"ד ולדידי' לא סגי בקול בלא שטר, ע"ש.

ועי' היטב בנתה"מ סי' ע' סק"ב דכתב דכל דהכסף נהפך להלואה הו"ל כמלוה ע"פ ואינו גובה ממשועבדים, ואע"ג דאיכא קלא, מ"מ לא פלוג רבנן ודוקא ע"י השטר חייל השעבוד.

תו' ד"ה תריץ - וא"ת אדרבא לוכח מהכא וכו'. כוונתם להק' אמאי אין הבע"ח גובה מהמשועבדים שגובה הלוקח מהם את הקרן, וע"כ צ"ל דמיירי דקנה את הקרקע הב' אחרי ההלואה, קודם המכירה הראשונה, ולכך רק הלוקח גובה מהם ולא הבע"ח, ודאיקני לא מהני.

ועי' מ"מ פכ"א מו"ל ה"א דתי' דלפי השי' דל"א אט"ס בדאיקני יש לומר דמיירי דכתב ללוקח דאיקני ומלוה לא כתב דאיקני, ובמל"מ תמה דא"כ איך גובה את השבח, הא מבואר בגמ' דאינו גובה שבח בלא דאיקני, ועי' בקצוה"ח סי' קט"ו סק"ד מה דתי'.

שם - דאין לומר וכו' דא"כ גם השבח וכו'. והבואר דאעפ"י דבזמן כתיבת האחריות ללוקח לא היה השבח קצוב, מ"מ כיון דבזמן מכירת מכירת הקרקע הב' היה כבר השבח קצוב הרי"ז גובה מהלוקח הב', אולם עי' רש"י ד"ה מאי לאו דכתב "שהשבח לא היה קצוב בשעת מכירה" ומשמע דהכל תלוי בשעת מכירה, ולא מהני מה דאח"כ נעשה השבח קצוב, ועי' להלן בדברי תו' ב"ב בדברי המהרש"א.

שם - וי"ל וכו' אפותיקי. וצ"ע דא"כ מדוע הלוקח נוטל חצי שבח, הא כיון דעשאו אפותיקי, יהא כל השבח של האפותיקי לבע"ח, והלוקח יגבה מהבני חורין, וכבר עמד בזה הנחל"ד.

שם - אך קשה וכו'. עי' במהרש"א דהיה לתו' להק' טפי דע"כ מיירי באפותיקי, דאל"כ אינו גובה כלל, ועי' בנחל"ד דבאפותיקי סתם אינו יכול לומר ארעאי אשבח, ורק באפותיקי מפורש יכול לומר ארעאי אשבח, ולעיל תי' תו' דמיירי באפותיקי סתם, דבזה א"י לדחותו לקרקע אחרת, והשתא הק' תו' דכיון דמיירי באפותיקי נוקי באפותיקי מפורש דיכול לומר ארעאי אשבח, וכ"כ בחזו"א ליקוטים סי' כ', וע"ע ברע"א ג' תי' בזה, ושור"ר דכן מבואר להדי' בביאור הגר"א סי' ? ס"ק ז'.

(א) עי' בתו' ב"ב קנ"ז ב' ד"ה גובה הק' נמי דנימא ליה הנחתי לך מקום לגבות, ותי' דמיירי דאין ללוה עוד נכסים, רק משועבדים, ולכך גובה המלוה מהלוקח, ולכשיחזור הלוה ויקנה עוד קרקעות יטרוף ממנו הלוקח, והוסיפו תו' - לגרסת המהרש"א - דאף בכתב לו דאיקני נמי לא יועיל, כיון דכבר לקח הבע"ח את כל שעבודו קודם שקנה אותם המוכר, ולדברי המהרש"א כ"ז דוקא באופן דקנה הלוה את הנכסים אחר שכבר גבה המלוה מהלוקח, אבל בזמן הטירפא כבר קנה הלוה נכסים ומכר, אומר לו הלוקח הראשון הנחתי לך מקום, שהרי כתב לו דאיקני.

(ב) וכתב המהרש"א דלפ"ז נמצא דתו' ב"ב ס"ל כאין לומר דהכא, והא דתו' הק' דא"כ אמאי אין גובה אף את השבח משועבדים, ע"כ צ"ל דתו' ב"ב ס"ל דלא המני הא דנעשו קצובין, וכמדוויק ברש"י, [ולכא' נראה דיסוד הנידון הוא אם משום דאין קצובין ביטלו את השעבוד מן השבח, ולכך לא מהני הא דאח"כ נעשו קצובין, כיוו דלא חייל לכתחילה דין שעבוד על השבח, מחמת דכתחילה לא היה קצוב, או דלא ביטלו לגמרי את השעבוד אלא דתקנו דכפועל אינו גובה מהם כיון דאין קצובין, אבל בנעשו קצובין גובין, ועוד יתכן דתו' ב"ב ס"ל דלהל' קיי"ל כמ"ד דאין כתובין, ולכך לא מהני הא דנעשו קצובין,

וכמבואר בש"ך סי' קט"ו ס"ק ט"ו דלמ"ד אין כתובין ודאי דאינו גובה.

(ג) אולם במהרש"ל ב"ב ביאר דהוק' לתו' אמאי אין המלוה גובה מהמשועבדים שגובה מהם הלוקח הראשון, הרי כתב לו דאיכני, וע"ז תי' תו' דע"כ מיירי דלא היה ללוה עוד נכסים בזמן שמכר לראשון, דאל"כ יאמר לו הנחתי, וכיון דבזמן דקנה את נכסי הראשון לא היו לו עוד נכסים, לא מצי א"ל הנחתי כיון דכבר חל השעבוד על נכסי הלוקח הראשון, [אבל לפי המהרש"א בכה"ג דקנה אחר שמכר ללוקח הראשון, יכול לומר לו הנחתי, ורק אם כבר גבה אינו יכול לומר הנחתי], ויל"ע דאף דלא מצי א"ל הנחתי, מ"מ כיון דהדאיכני נמי משועבד נימא דיגבה משניהם, וכמו דמבואר בסי' קי"א סט"ו דאם יש כמה לקוחות ויכול לגבות שדה מכל אחד, דגובה מכל אחד שדה ולא ג' שדות מאחד, וא"כ ה"ה היכא דיכול לגבות מכל אחד שדה נימא דיגבה אף מהדאיכני, ועי' חי' הגרש"ר סי' י"ט סק"ח.

(ד) ובהגהות הב"ח על תו' ב"ב כתב דגם אם היו למוכר את הקרקעות בשעה שמכר, מ"מ כיון דכל השעבוד עליהם הוא רק מדין דאיכני, לא מצי הלוקח לטעון הנחתי לך מקום, והנה הרי תו' הק' גם על דינא דגובה את השבח מבנ"ח, דא"כ אמאי אין הבע"ח גובה מהבנ"ח, וע"ז קאי תי', וא"כ מבואר דאף לגבי בנ"ח אין יכול הלוקח לומר הנחתי לך מקום.

ועי' בקצוה"ח קט"ו סק"ז דסברת הב"ח דעיקר סמיכ"ד של המלוה היה על הקרקעות שהיו בשעת הלואה, ואף דהקרקעות שקונה נמי משתעבדים, מ"מ אינו יכול לדחותו להנך קרקעות, ועי' בהמשך דבריו דהק' הקצוה"ח דאי נימא דמיירי גם לגבי בני חורין, תקשי הרי השבח נמי דאיכני הוא, וא"כ מ"ש נכסים שקנה אח"כ מהשבח, וע"ש דתי' דשאני שבח דכל הנידון הוא לגבי דמי השבח, ע"ש, וע"ע בקצוה"ח שם דהק' מהסוגיא דב"ק ח' א' דהא אף אי מהדר שטרא אינו מקח טעות אלא כקונה אח"כ, וא"כ לפי הב"ח תקשי איך מצי לדחותו לדאיכני, ובהגהות ברוך טעם ואו"ש פ"ט מו"ל ה"ו תמהו דודאי היכא דהבני חורין ברשות הלואה ודאי מצי לדחותו, אולם תמוה דהא ע"כ מוכח כן מתו', וצ"ע.

ועי' בפתחי תשובה סי' קי"ב סק"א דהביא דברע"א גיטין מ"ח ב' דדן אף לגבי הלואה גופי' דלא מצי לסלק את המלוה מקרקע דמשועבדת לו מעיקר הדין לקרקע דמשועבדת רק מדין מיני', דיש לו זכות לתבוע עיקר שעבודו, [עי' בחי' רא"ל סי' נ"ח וחידושי הגרש"ר ב"ק סי' ט' וב"מ סי' י"ט בכ"ז, ואכ"מ].

(א) גמ' - הב"ע כגון שגזל מחבירו שדה מלאה פירות וכו' וחפר וכו'. בהגהות הגר"א כתב דהרמב"ם לא גרס שגזל שדה מלאה פירות, ומשום דאעפ"י דלא היתה מלאה פירות כשגזלה, גובה הנגזל כל פירות שאכל הגזלן, ובביאור הגר"א סי' שע"ג ס"ק י"א בליקוט הק' על הגרסא דמליאה פירות, דהא מבואר בגמ' גיטין נ' ב' דתיקון העולם מפני שאין כתובין, ובארו רש"י ותו' דכיון שאינם בעולם אין כתובין ואין יוצא הקול, וא"כ בשדה מלאה פירות הו"ל כתובין ואמאי אינו גובה ממשעבדי.

(ב) ודבריו צ"ע דהא רש"י ותוס' אזלי על האוקימתא דמיירי במכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו, וכתב לו המוכר ללוקח שטר ובהא איכא למימר דהפירות שהיו בעולם בזמן כתיבת השטר איכא קלא וחשיבי כתובים וגובה מנכסים משועבדים, אבל הכא לאוקימתא דרבא דמיירי שגובה הנגזל מן הגזלן הפירות שגזל ממנו, מאי כתובין שייך הכא, הרי לא כתב לו כלום וא"כ אף הפירות שהיו בקרקע בזמן הגזילה לא הוו כתובין וליכא קלא עליהו.

(ג) ואולי כוונתו דכיון דמוקמינן בסמוך בשעמד בדין א"כ הו"ל כתובין, ואעפ"י דמבואר בגמ' דלא עמד בדין על הפירות וא"כ לא הוי כתובין, כ"ז שייך לגבי פירות שאכל אח"כ, אבל על פירות שהיו בשעת הגזילה וגזל גם אותם

עם הקרקע, הו"ל הפירות ג"כ בכלל הקרן, וחשיב דעמד בדין גם עליהם והו"ל כתובין, וק"ק לפי"ז לשון הגר"א דהיה לו להקשות דלא שייך בזה למימר דלא עמד בדין על הפירות, ואמאי הקשה הגר"א מהא דהו"ל כתובין].

(ג) עוד הק' הגר"א שם דפירות שהיו בקרקע בשעת הגזילה הו"ל קצובין, וצ"ע כוונתו דכיון דאמרו בגמ' דלא עמד בדין על הפירות א"כ לא הו"ל קצובין, ואם כוונת הגר"א דהפירות שהיו בשעת הגזילה עמד בדין עליהם, א"כ היה לו להקשות דלא שייך בכה"ג לומר דלא עמד בדין על הפירות, וצ"ל דס"ל דפירות שהיו בשעת הגזילה, אף אם לא עמד בדין עליהם הו"ל קצובין, שהרי ידוע כמה פירות היו, ורק פירות שאכל במשך השנים, וצריך עליהם שומת ב"ד, לא הו"ל קצובין.

(ד) אולם עיקר הדבר צ"ב דמאי נפק"מ בין פירות שהיו בשעת גזילה לפירות שצמחו אח"כ, והא דנין על כל פרי ופרי שאוכל בפנ"ע, והוא הרי קצוב, וצ"ע.

ט"ו א'

גמ' - בין לרבא בין לרבה וכו'. עי' רמב"ן אמאי לא פריך לרב אשי אמאי אוכל פירות מעיקר הדין גם משמועבדים, הא מלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים.

גמ' - כשעמד בדין. עי' ברמב"ן דתמה דא"כ כל מודה במקצת יפטר, דהוי ככפירת שעבוד קרקעות, ותי' דרק השתא חייל השעבוד קרקעות, וצ"ע דהרי הרמב"ן הק' בשבועות ל"ז אמאי כל מודה במקצת אינו נחשב שעבוד קרקע, כמו דשטר חשיב שעבוד קרקע, ותי' כיון דבפועל א"א לגבות מלקוחות, אינו נידון כקרקע, וא"כ צ"ע מה הק' הכא הרי בפועל לא גובין מהלקוחות, וצ"ע.

שבח¹

(א) גמ' - גופא אמר שמואל בע"ח גובה את השבח. הנה מבואר בגמ' ב"ב קנ"ז ב' דדינא דברייתא דבע"ח גובה את השבח הוא רק משום דמהני דאיכני, ומה"ט מבואר בגמ' שם דבע"ח נוטל רק חצי שבח, כיון דלוה ולוה וקנה חולקין, ותמהו הראשונים מה מועיל דאיכני, הרי השבח לא בא לרשות הלוה, ואיך יחול השעבוד על השבח שבידי הלוקח.

(ב) ועי' בנימוק"י דכתב דכיון דהשביחו אדעתא שכתב לו אחריות, אנו רואין כאילו קנה המוכר את השבח מהלוקח ומכרו ללוקח, וכ"כ בנימוק"י ב"ב קנ"ז ב', וכ"כ הרא"ש בסי' ל"ט ובחי' הר"ן, ומה"ט כתבו הרמב"ן הר"ן ונימוק"י דבהשביח הלוקח לאחר מיתת המוכר לא גבי מידי, דמה דהשביח לאחר מיתתו לא קנאו מעולם, ונפסק ברמ"א קט"ו א', וע"ש בביאור הגר"א ס"ק ז' דלא שייך לומר כאילו קנאו אחר מיתתו, וצ"ע דתיפו"ל דלא מהני דאיכני לאחר מיתתו כמו דלא מהני לר"מ בנפלו לו נכסים כשהוא גוסס, ומוכח דשעבוד עדיף מקנין, ואכ"מ, ועי' בריטב"א ב"ב קנ"ז ב' דכתב "כי הלוקח רצה שיהא השבח שישביח הוא כאילו משביחו למוכר וכפועל שלו וכאילו השביחו קודם שמכרו שלא לחלוק בין מה שהשביח מוכר למה שהשביחו לוקח" ולכאור' הא דהוסיף הריטב"א לטעמא דפועל הוא בשביל לבאר איך זוכה המוכר בשבח, ועדיין צ"ב, ועי' להלן בשי' הש"ך בזה.

(ג) ועי' ברא"ש סי' ל"ח דכתב "משום שלא תנעול דלת בפני לוי' אלמנה רבנן לשיעבודא דבע"ח שלא יפסיד כלל ממה שמכר הלוה קרקע המשועבד לו ויגבה השבח מן הלוקח כמו שהיה גובהו אילו היתה השדה ביד הלוה והיה

¹ לא זכיתי לסדר את הסוגיא בסדר הראוי, אולם כמעט כל מה שלמדנו בסוגיא נכתב כאן בקיצור, ואי"ה אשוב ואפנה.

גם הוא עמל בה ומשביחה, הלכך אפילו הוצאה לא מהדר ליה" ומבואר מהרא"ש דדינא דשמואל הוא תקנ"ח, וצ"ב דא"כ אמאי תלוי בדין דאיקני, וצ"ל דגדר התקנה כאילו הלוח השביחה ומכרה ללוקח אחר שהשביחה, [וצ"ב מלשוננו בסי' ל"ט], ויש להוסיף דהרא"ש בלשוננו כתב דהלכך פטור מן ההוצאה, ומשמע דמשום דתקנו שלא יפסיד פטורו מן ההוצאה, וצ"ב דאי נימא דתקנו כאילו קנה הלוח ומכר ללוקח, הרי ודאי דפטור המלוה מלשלם ללוקח את ההוצאה, וע"כ דלהרא"ש גדר התקנה כאילו הלוח השביחה ברשותו, ולכך הק' דסו"ס כיון דהלוקח השביחה, שיטול את ההוצאה מהמלוה כדין יורד, [ועדיין קצ"ב] וע"ז תי' דתקנו חכמים דגם את דמי ההוצאה לא יפסיד המלוה, וכן עי' ברבינו גרשום ב"ב קנ"ז ב' דכתב "האי שבח שהשביח לוקח הואיל שהיתה הקרקע משועבדת למלוה דמי כאילו השביחו לוה וטריף ליה מלוה" ומבואר כדברי הרא"ש, [וע"ע ביד רמה ב"ב קנ"ז ב' אות קס"ה, וכל דבריו צ"ב רב], ונפק"מ בכ"ז היכא דהלוקח לוה וכתב דאיקני, דאי חשיב דהלוקח מכר את השבח ללוה וקנאו ממנו, הרי בע"ח דלוקח קדים, אבל אי נימא דהוי כהשביח הלוח, הרי בע"ח דהמוכר מוקדם.

ד) ועי' ברמב"ן דג"כ עמד בזה, והביא לתי' הנ"ל דחשיב כקנה הלוח ומכר, ותמה דא"כ מה יהא הדין באשבח לאחר מיתה, וכתב הרמב"ן לחדש דבאמת לא שייך דאיקני, אלא דבאומר להדי' לישתעבד לך האי ארעא וכל שבחא דאתי בה, תלוי אי מהני דאיקני, ולכך אי מהני דאיקני סתמא כמאן דא"ל הכי, ואי דאיקני לא מהני, הרי סתמא לא מהני כיון דגם בפירש לא מהני, ודבריו צ"ב מדוע באומר להדי' דמשעבד לו את הקרקע והשבח שבה מהני, ולכא' כוונתו דמהני כדין דקל לפירות, ולכך ליכא חסרון מה דהשבח ביד הלוקח, אלא דא"כ צ"ע אמאי זה תלוי בדין דאיקני, הא לר"מ דאדם מקנה דבר שלב"ל לכו"ע מהני דאיקני, ומדוע דקל לפירות גרע.

והנראה לומר בזה, דהנה נתבאר בסוגיא דאיקני, דמבואר מכמה ראשונים דגדר דין דאיקני הוא .

ה) ובחי' ר"ח הלוי פי"ט מו"ל ה"ח יישב לקו' הראשונים דדין אחריות הוא דדין דהטירפא הוא מהמוכר ולא מהלוקח, ע"ש, ובחזו"א בגליונות תמה דא"כ אינו תלוי בדאיקני, דהא הוי מיני', ועי' בקונטרס השעבוד להגרש"ש סי' ד' סק"ב מה דביאר בזה, ועדיין צ"ע.

ולכא' יש לדון דגדר הדין הוא דהמוכר משייר לעצמו את הקרקע לשבחה, לענין שיהא לו את השבח בקני ע"מ להקנות למלוה, ולכך יכול להקנות את השעבוד, אולם כיון דלגבי שאר דיני הממונות הוי הקרקע של הלוקח, חשיב דהושבח ברשות הלוקח, ולכך זה תלוי בדין דאיקני, ואולי זה כוונת הגרש"ש שם.

ו) עי' בקצוה"ח סי' קט"ו סק"א דהק' על הוכחת הגמ' מדינא דשבח דמהני דאיקני, דילמא דאיקני לא מהני כיון דהוי דבר שלב"ל, אולם כמו דחזי' דאפשר להקנות דקל לפירות, ה"ה דיכול לשעבד קרקע לשבחה, ותי' בקצוה"ח דבקנינים שייך להקנות דקל לפירות, דהוי כאילו גוף הדקל שלו הוציא פירות, אבל בשעבוד לא שייך לומר ארעאי אשבח, כיון דאין לו קנין בגוף הקרקע דנימא ארעאי אשבח, אלא בעי' שיהא לו שעבוד אף על השבח, וע"ש דמה"ט תמה על המהרי"ט, וצ"ב לשונו של הקצוה"ח, דהא בקו' נקט דשייך לומר ארעאי אשבח, וא"כ מדוע הוצרך הקצוה"ח לדון מדין דקל לפירות, הרי אינו משעבד את הקרקע רק בשביל הפירות, אלא גוף הקרקע משועבד לו, וממילא נימא ארעאי אשבח, וצ"ע.

ועי' ביד רמה שם אות קס"ה דכבר עמד בזה למאי בעי' לדאיקני, תיפו"ל מדין ארעאי אשבח, ותי' הרמ"ה דשאני שעבוד דכיון דמצי לסלוקי בזוזי אין הקרקע קנויה לו, ולא אמרי' בכה"ג ארעאי אשבח, והוסיף הרמ"ה לזה ראיה, מהא דמדייק הגמ' משמואל שבח אין פירות לא, וכוונתו דאם אמרי' ארעאי אשבח ודאי דהפירות של הבע"ח.

(א) עי' ברשב"ם ב"ב קנ"ז ב' דהק' כיון דס"ל לשמואל דבע"ח גובה את השבח, איך נסתפק אי מהני דאינקני, הא כל שבח בעי' לדאינקני, ותי' הרשב"ם דקאי שמואל לר"מ, ותמהו עליו תו' שם בע"א דהא שמואל ס"ל כרבנן, וע"ש מה דתי', ובתו' לעיל י"ד ב' ד"ה תריץ כתבו דדינא דשמואל דבע"ח את השבח קאי למסקנא דמהני דאינקני.

(ב) עי' ברמב"ן דג"כ עמד בזה, ועוד הק' מאי פריך לשמואל מהברייתא במאי מוקים לה, הא י"ל דמיירי דלא כתב דאינקני, ולכך גובה הוצאה מבע"ח ושבח מבעל הקרקע, כיון דגם בלא דאינקני יש לזכות למלוה לגבות שבח ממילא מדין ארעאי אשבח, ותי' הרמב"ן דיש ב' מיני שבח, דהיכא דהוי שבח בגופה של קרקע, אעפ"י דהוי שבח מחמת הוצאה, כניקוש עידוד וכדו' לא בעי' לדאינקני, דחשיב כבא לעולם, כיון דהקרקע הושבחה, ונברמב"ן כתב בתו"ד דבגוונא דגדלו הפירות ברשות מוכר, והגיעו לשבח המגיע לכתפים ברשות הלוקח לא בעי' לדין דאינקני, והוא חידוש גדול, אבל היכא דהוי שבח שלא בגופה של קרקע כמו בנין ונטיעה בעי' לדאינקני, כיון דהוי דשלב"ל, ובכח"ג הוא דמשכח"ל לדינא דגובה רק חצי שבח, וא"ש הקו' בדברי שמואל גופי', כיון דאף אי דאינקני לא מהני, מ"מ משכח"ל לדינא דשמואל דבע"ח גובה את השבח בשבח שאינו מחודש, והא דלא משני הגמ' דהברייתא מיירי בשבח מחודש, משום דניח"ל לאוקמי לברייתא בכל שבח, ובחי' הר"ן הוסיף בשם הרמב"ן דאף באופן דאינו שבח מחודש, מ"מ צריך המוכר לכתוב ללוקח אחריות, דאל"כ מצי אמר הלוקח אנא אשבחי.

(ג) ובחי' הר"ן תמה על הרמב"ן דהא מבואר בגמ' דאי לאו דכתב המוכר ללוקח אנא איקום ואישפי וכו' הו"מ הלוקח למימר למלוה הב לי גריוא דארעא, וע"כ מוכח דאין הלוח יכול לשעבד את השבח, משום דהשבח של הלוקח, ולכך בעי' לדאינקני, ונראה דכוונת הר"ן להק' דהרי הר"ן ביאר דבאמת השבח הוא של הלוקח, ולא יועיל דאינקני, אלא כיון דכתב לו אחריות דנין כקנה הלוח את השבח מהלוקח ומכר לו, אולם אי לאו דכתב אחריות לא מהני הא דכתב דאינקני כיון דהשבח של הלוקח, ולכך תמה הר"ן דא"כ מה מועיל הא דהשבח בגופה של קרקע, הא מבואר בגמ' דאי לאו דכתב לו המוכר אחריות, השבח של הלוקח, ואין המוכר יכול לשעבדו, וא"כ אי לא מהני דאינקני הוי כמו לכשאקחנה קנויה לך, דלא מהני לרבנן, כיון דגם זה בכלל דשלב"ל, ועי' להלן ס"ק ט' דלכאו' אזלי בזה הרמב"ן והר"ן לשי'.

(ד) עי' בריטב"א דתי' בשם הרא"ה דהכא מיירי דהמוכר כתב להדי' ללוקח אחריות על השבח, וכיון דקיבל עליו הלוקח את תנאי המוכר דהבע"ח יגבה מהשבח, לא בעי' לדאינקני, אבל בגמ' ב"ב מיירי דלא כתב להדי' אחריות על השבח, ולכך בעי' לדאינקני, ומה"ט בגוונא דסוגיין גובה הבע"ח את כל השבח, אבל בסוגיא דב"ב גובה רק חצי שבח וכמבואר שם בגמ', וצ"ב דאי בגמ' ב"ב מיירי דהמוכר לא קיבל עליו אחריות, הרי הוי כמקבל מתנה דאין גובין ממנו את השבח, אולם באמת דבאמרי בינה גב"ח סי' כ"ה סק"י הביא מהמיוחס לריטב"א דבאמת גובין מהלוקח גם בלא כתב לו אחריות כיון דקנאו והשביחו הוי כשלוחו, ע"ש, וע"ע במהר"מ שיף על קו' המהרש"א בתו' ד"ה בעל דנקט כן בדעת תו' דאיכא בזה לא פלוג, ע"ש.

(ה) עוד צ"ב בדברי הריטב"א מה מועיל התנאי של המוכר עם הלוקח ליתן למלוה את השבח, הרי אין השבח של המוכר, ואיך יכול להתנות לשעבד את השבח שאינו שלו, ואולי י"ל דהנה בקצוה"ח סק"ד כתב דודאי גם לולי דינו של שמואל היה המלוה נוטל את השבח, כיון דזה חלק מהקרקע, אלא כל הנידון הוא על תביעת דמים של הלוח מהמלוה על ערך השבח, [וע"ש דמה"ט לא מצי א"ל הנחת לך מקום], ולפי"ז י"ל דהתנאי של המוכר הוא, דכיון דנותן לו אחריות על המכירה, הלוקח מקבל ע"ע שלא לתבוע מהמלוה את דמי השבח.

(א) גמ' - אמר רבא תדע שכך כותב וכו'. עי' בתו' דבארו דכוונת רבא ליתן טעם להא דלא חיישי' להפסד לקוחות, ומבואר דאינו טעם להא דאיכא שעבוד על השבח, אלא הוא טעם להא דלא חיישי' להפסד היתומים, ובפשוטו אזלי בשיטת הרא"ש דדינא דשמואל הוא תקנ"ח, ולכך ביארו דלא היו מתקנים שעבוד על השבח במקום הפסד, ורק משום דהמוכר כתב ללוקח אחריות, תקנו דגובין את השבח, [ועי' בתו' כתובות נ"ג א' ד"ה שאין דכתבו דמכח האחריות שכתב המוכר ללוקח גובה הלוה מהמלוה את השבח, ותמה ברע"א שם דהא בתו' הכא מבואר דהאחריות הוא רק בשביל שלא יהא הפסד ללוקח, וממילא הוא דגבין], ועי' להלן בתו' ד"ה בעל דכן מוכח מהמהרש"א.

(ב) ועי' ברש"י ד"ה יפה ויפה דכתב דבשלמא גופה של קרקע א"ל אמאי קבלתיה, מאין אגבה חובי, אבל שבחא א"ל מאי אפסדתיך, וצ"ע כוונתו, הרי ודאי דגוף הקרקע הוא גובה משום דמשועבדת להלוואה, [ועי' בב"י סי"א דביאר לפי רש"י את דעת הרי"ף דמקבל מתנה גובה שבח דממילא, דכמו דגובה ארעא מחמת הטענה דמאין אגבה חובי, ה"ה לגבי שבח דממילא מצי א"ל דאי לא לקחת את הקרקע הייתי גובה מהשבח דממילא, ומאין אגבה חובי, ובש"ך קט"ו ס"ק כ"ט חלק עליו]. ולכאור' מבואר מרש"י חידוש גדול דבאמת בכל שעבוד, הא דגובה מהלוקח אינו רק משום דיש שעבוד על הקרקע, אלא בעי' נמי דיהא למלוה זכות תביעה על הלוקח, ולכך הוסיף רש"י דעל גוף הקרקע הוא אומר לו אמאי קבלתי, משא"כ לגבי השבח דאין לו זכות תביעה עליו, ולפי"ז מבואר עכ"פ ברש"י כנ"ל בתו' דאין כוונת רבא לבאר טעם השעבוד, אלא דליכא חשש הפסד ללוקח, [ועי' בשו"ת ר' משולם איגרא חו"מ סי' י"ט דהביא מתשו' צ"צ דבע"ח גובה מב' שהחליפו בתים, ותמה עליו מרש"י דהכא, וע"ע בבית מאיר אהע"ז סי' קי"ג ? דאם החליף הלוקח קרקע עם הלוה ליכא למלוה טענה דלקחת שעבודין].

(ג) אולם בדעת הרי"ף מצינו ביאור אחר בזה, ולדעתו רבא בא לבאר את הטעם דחייל דין שעבוד על השבח, ובדעת הרי"ף גופי' יש מחלוקת בין הרמב"ן לר"ן, דהנה הרי"ף בזקנותו כתב דמסתברא דהאי שבחא דלא גבי ממתנה הוא רק שבחא דאתי מחמת הוצאה, אבל שבחא דאתי ממילא טריף, [ועי' בש"ך קט"ו כ"ט דהא דכתב הרי"ף בסו"ד דהא דגובה שבח דממילא הוא רק מחמת התנאי, הוא קודם שחזר בו], והיינו דשבח הבא ממילא הוא שייך לגוף הקרקע, וכי היכי דנוטל את גוף הקרקע מכח השעבוד, ה"ה דנוטל את השבח הבא מאליו, ורק לגבי שבח דאתי מחמת הוצאה הרי השבח של הלוקח, ומהיכ"ת דהוא בכלל השעבוד, וע"ז ביאר רבא דכיון דכתב המוכר ללוקח אחריות לכתחילה הוא עושה את השבח בשביל המוכר, משו"ה חייל שעבוד אף על השבח.

(ד) ועי' בחי' הרמב"ן דכתב דלפי הרי"ף יפה כח מתנה דלא גבי מיני' כלל בהוצאה, ויפה כח מכר דלא שקיל שבחא אף דממילא רק חצי שבח אבל במתנה גובה את כל השבח, וכתב דזה דלא כהרמב"ם דכתב דשבחא דממילא גבי כולו, ולכאור' היה נראה בכוונת הרמב"ן דלענין שבח הבא מחמת הוצאה אינו גובה ממקבל מתנה כלל, אף השבח היותר על היציאה, ולענין מכר גובה ממנו חצי מהשבח, ולענין שבח דממילא במתנה גובה ממנו את כל השבח, ובמכר אינו גובה אלא חצי, וזה דלא כהרמב"ם דכתב דגם בשבח דממילא גובה במכר את כל השבח, אולם נראה להוכיח מלשון הרמב"ן דאי"ז כוונתו, דהא כתב דפעמים שנוטל הלוקח מהמלוה אף מהשבח היותר על היציאה כגון באריס וכו', ע"ש, ואי נימא דלעולם אינו נוטל כלל מהשבח היותר על היציאה אין מובן לדברי הרמב"ן, וע"כ דאף שבח היותר על היציאה הוי בכלל שבח דממילא.

וכן מבואר להדי' במלחמות דכתב דאף בשבח מחודש כהוציא נטיעות וכדו' כל השבח היתר על ההוצאה גובה אף במתנה, וכל דברי רבא קאי על שבח הבא מחמת הוצאה וכנגד הוצאה, דכיון דכתב לו אחריות אדעתא למשקל ממוכר הוא ירד, אבל במתנה לא שקיל, אבל שבח מאיליו, וכן שבח שלא כנגד ההוצאה, ואפי' שבח מחודש גבי,

ועי' בחי' הר"ן דנמי הביא לדברי הרמב"ן כמבואר במלחמות, וכתב דלדבריו במכר אינו גובה מהשבח היותר על היציאה אלא פלגא, כיון דהוי כלוה ולוה וקנה, אבל במתנה גובה כולו, כיון דכתב דאיני רק למלוה, ועי' בש"ך ס"ק כ"ט דהביא כן אף מרבינו ירוחם, ובש"ך שם הוסיף לדקדק כן מלשון הר"ף, וכן יש לדקדק מלשון הר"ף דכתב דהלוקח ירד אדעתא דיחזור על המוכר ולכך הבע"ח נוטל ממנו קרן הוצאה ושבחא דממילא, וצ"ב מדוע לא הזכיר הר"ף נמי לשבח יתר על הוצאה, וביותר דהרי הר"ף מיירי על שבח שנעשה ע"י הלוקח בגופי' ובממונו, ומה ענין לזהכיר כאן דין שבח דממילא, וע"כ דהרי"ף מיירי על שבח יתר על היציאה, וקרי לי' שבח דממילא, וא"כ ה"ה לענין מתנה הא דכתב הר"ף דגובה שבח דממילא מיירי אף על שבח יתר על היציאה, ועי' בש"ך קט"ו סק"ל דנמי סובר כן לדינא, אלא דלא הביא כן בשם הרמב"ן.

ה) ולפי"ז הרי מוכח מהרמב"ן דגם בשבח דממילא שלא מחמת הוצאה נמי חולקים, דהרי הרמב"ן בחי' כתב דלדבריו דלא כהרמב"ם, דלדברי הרמב"ם בשבח דממילא גובה בע"ח את כולו, ולדבריו אינו גובה אלא פלגא, וכן הביא להדי' במ"מ פכ"א מו"ל ה"א בשם הרמב"ן, וכן יש לדייק מדברי הר"ף, דבב"ב כתב בסתמא דחולקין בשבח הבע"ח והלוקח כיון דהוא מדין דאיני, וק' דהיה להרי"ף להוסיף דבשבח דממילא אינו כן, וע"כ דאעפ"י דשבח דממילא גובין ממקבל מתנה, מ"מ בלוקח חולקין.

ובחי' הר"ן תמה על הרמב"ן דודאי בשבח מחמת הוצאה שדה שלו השביח וא"א לדונו כיורד, דהא שדה שלו השביח, ועוד הק' איך יתכן דגובה בשבח מחודש במתנה, דכיון דבמכר חולקין מדין דאיני, הרי במתנה דלא כתב אחריות, לא מהני דאיני, כיון דהשבח עדיין ביד הלוקח, ולא קנה הנותן את השבח מעולם, דרק בכותב אחריות הוי כאילו קנה ממנו המוכר וקנה, ולכך כתב הר"ן דכל דברי הר"ף מיירי רק לגבי שבח כדיקלא ואלים, דלא אתי מכח המקבל מתנה, אבל שבח דאתא מכח המקבל מתנה אינו גובה כלל, והביא דכן דעת הרמב"ם, ורש"י, ויעי' בש"ך קכ"ו כ"ט חלק דאינו ענין לדברי רש"י.

ו) ולכאור' מדברי הרמב"ן מבואר דלעולם יש דין ארעאי אשבח, ואפי' לגבי שבח מחודש, ורק לגבי היציאות יש לו זכות טענה דלא גרע מיורד, ועי' דכותב לו אחריות סילק עצמו מדין יורד כיון דעביד אדעתא דמוכר, וממילא כל השבח שייך לבע"ח מדין ארעאי אשבח, ודינא דרבא הוא רק לגבי דין יורד, אבל הר"ן סובר דמעיקר הדין השבח של הלוקח, וליכא דין ארעאי אשבח לגבי שבח דנעשה מכח הלוקח והמקבל מתנה, אלא כיון דכתב לו אחריות הוא מקנה לו את השבח, ולכך במתנה אינו גובה את כל השבח שבא מכח הוצאה.

ז) אולם עדיין דברי הרמב"ן צ"ע, דכיון דס"ל דאמרי' ארעאי אשבח גם לגבי שעבוד היותר על הוצאה, ומה"ט גובה אף ממקבל מתנה, אמאי מבואר בגמ' ב"ב דלגביי' שבח בעי' לדין דאיני, ואף דמבואר ברמב"ן דרק לגבי שבח מחודש בעי' לדאיני, הרי מבואר ברמב"ן דגם לגבי שבח מחודש אמרי' ארעאי אשבח ולכך גובה אף ממקבל מתנה, ועוד קשה דהא מבואר ברמב"ן דלגבי שבח היותר על היציאה אמרי' יחלוקו, ואי נימא דלא בעי' לדאיני אמאי יחלוקו.

ועי' בקצוה"ח קט"ו ס"ק ט' דכתב דכיון דמבואר ברמב"ן דשבח היתר על היציאה הוי כשבח דממילא, ע"כ דלא בעי' לדאיני, דאל"כ איך גובה ממתנה, הא מבואר בראשונים דבלא התדע לא מהני דאיני, כיון דהוא ברשות לוקח, [וזהו באמת קו' הר"ן], וע"כ דלפי הרמב"ן לגבי השבח כנגד היציאה הוא דבעי' לדאיני, ובהא הוא דמבואר בגמ' דאמרי' יחלוקו, עכ"ד, וכ"כ בסק"י, אולם הרי ברמב"ן מוכח להדי' דהא דיחלוקו קאי גם על השבח היתר על

היציאה, דהא כתב דאף בשבב דדיקלא ואלים נמי חולקין, ודלא כהרמב"ם, וע"כ מוכח דחולקין בכל השבב, וא"כ הדק"ל.

ועי' בחי' הגר"ח פכ"א מו"ל ה"א דהביא לדברי הרמב"ן דגם בשבב היתר על ההוצאה נמי טריף ממקבל מתנה, וביאר הגר"ח דס"ל דגם בשעבוד אמרי' ארעאי אשבב, והק' הגר"ח דא"כ אמאי חולקין, הא כיון דס"ל דאמרי' ארעאי אשבב, הרי יש לו זכות קדימה, ובחי' הגר"ח יישב לדברי הרמב"ן דמ"מ כיון דהשבב נתהוו מיהא אח"כ הוי כלוה ולוה וקנה דאמרי' יחלוקו, אולם עדיין צ"ב דבגמ' מבואר דבעי' לדין דאינקני, ולפי הרמב"ן הרי זוכה הבע"ח בשבב מדין ארעאי אשבב.

ועי' בגליונות חזו"א דיישב קו' הגר"ח דאין כוונת הגמ' דחולקין בשבב היתר על היציאה, אלא בשבב שכנגד היציאה, וכדברי הקצוה"ח הנ"ל, אולם כבר נתבאר דברמב"ן מבואר דחולקין בכל השבב.

ובנחלת דוד ביאר לדברי הרמב"ן דאף דס"ל דלהרמב"ן דאמרי' ארעאי אשבב, אולם אינו כקנין גמור, דהא בלא מסיק שיעור ארעא ושבבא מבואר ברמב"ן דאינו גובה את השבב, ולכך אעפ"י דיש ללוקח שעבוד על הקרקע, כיון דאינו קנוי לו לגמרי בעי' נמי לדאינקני, ומה"ט אמרי' יחלוקו כיון דאינו של המלוה לגמרי, אלא גם ללוקח יש זכות על הקרקע.

ולכאור' יש מקום לבאר עוד בדעת הרי"ף דבאמת כל מה דזוכה בשבב הוא רק מדין דאינקני, ואינו ענין כלל להא דאמר רבא דאיכא דין אחריות של המוכר ללוקח, וכל דברי רבא הוא רק לגבי דיני יורד, ומה"ט בלוקח חולקין, ובמתנה גובה כולו, אלא דא"כ תקשי מה מועיל הא דאינקני, הרי השבב לא בא לעולם לרשות המוכר, ואולי הוא באמת מדין שיעור וכו"ל מדברי הגר"ח, וצ"ע.

ז) ועי' בקצוה"ח קט"ו סק"י דתמה עוד [על הש"ך דנקט לדינא כהרמב"ן] איך יתכן לומר דגובה את כל השבב היתר על היציאה ממקבל מתנה, אטו גרע מקבל מתנה משעבוד של מלוה שני דזוכה בחצי מהשבב, כיון דהשעבוד חייל כשבא לעולם, ועוד תמה דאדרבא השבב שייך רק למקבל מתנה, דכיון דהם שוין אין לבע"ח כלום, דהא המקבל מתנה יש לו קנין גמור, ועוד תמה דהא כיון דכל שבב חייל מכח דין דאינקני, הרי כיון דנתנו במתנה חזר בו מהאדיקני למלוה, וכולו שייך למקבל מתנה.

ועי' בגליון רע"א ריש סי' קי"ב דהביא מהרא"ה בכתובות נ' א' דבכתב דאינקני, ואח"כ מכר מה דאירש מאבא, דכולו ללוקח, כיון דהבע"ח אינו קודם ללוקח, ובאמת דכן מבואר ברמב"ן שם, וזה סותר לדברי הרמב"ן כאן.

ח) בעיקר דעת הרמב"ם, בפשוטו הביאור בדבריו, דלענין שבב דממילא אמרי' ארעאי אשבב גם לגבי שעבוד, אולם שבב הבא מחמת הוצאה, אינו נגרר בתר השעבוד על הקרקע, ולכך ל"א בזה ארעאי אשבב, [אולם בקנין גמור ודאי דאמרי' ארעאי אשבב, גם על שבב הבא ע"י מעשה], ודוגמא לזה מצינו בש"ך קט"ו ס"ק ל"ב דכתב דאף אי נימא דאין גובין שבב דממילא מקמבב מתנה, מ"מ מיורשים ודאי דגובין, ונראה דכוונת הש"ך דלענין שבב פשיטא מסברא דהשבב הוא חלק מהקרקע והוא בכלל נכסי האב, ובודאי דמדין כרעי' דאבוהון חייבים היורשים ליתן את השבב למלוה, ורק לגבי שבב הבא מחמת הוצאה י"ל דאינו חלק מהקרקע, ואינו בכלל נכסי האב, וזהו ע"ד הנ"ל דרק לגבי שבב דממילא אמרי' ארעאי אשבב.

אולם בחי' הגר"ח פכ"א מו"ל ה"א נקט דאי אמרי' ארעאי אשבב, על שעבוד דממילא, ה"ה דאמרי' ארעאי אשבב גם על שבב דמחמת הוצאה, ולכך ביאר הגר"ח דס"ל להרמב"ם דלגבי שעבוד ליכא דין ארעאי אשבב, והא דזוכה בשבב משום דהשבב כגופה של קרקע דמי, [ע"ש בדבריו העמוקים], אולם לענין שבב הבא מחמת הוצאה משום

דמוכת בירושלמי דיורד זוכה בשבת, אלא דבמשביח בשל חבירו מדין ארעאי אשבח מעכב הבעלים על הקרקע מהיורד לזכות בשבת, אבל בשעבוד דליכא דין ארעאי אשבח ממילא אין עיכוב על הלוקח מלזכות בשבת. ויש בזה נפק"מ, באופן דאחר ישיב את הקרקע של הלוקח, דאי נימא כהגר"ח הרי בכה"ג יהא כל השבת של הבע"ח, דהא באמת השבת הוא כגופה של קרקע, אלא דבשבת מחת הוצאה איכא בעלות של המשביח, אולם באופן דאין ללוקח זכות של משביח, ממילא הדר דינא דהשכל הבע"ח, אולם אי נימא כהנ"ל דהוא חילוק בדין ארעאי אשבח, הרי כיון דנעשה השבת ע"י מעשה לא אמרי' ארעאי אשבח על השעבוד, וממילא שייך השבת ללוקח.

(ט) והנה הובא לעיל קו' הר"ן על הרמב"ן אמאי בשבת הבא מחמת הוצאה לא בעי' לדאיקני, הרי כל דלא כתב לו אחריות, השבת של הלוקח.

ונראה דהרמב"ן והר"ן אזלי לשי', דלפי הר"ן הרי רבא בא לבאר דאף דמעיקר הדין כל השבת שייך ללוקח, ובלא כתב לו אין המוכר יכול לשעבדו למלוה, מ"מ ע"י שכותב לו אחריות עביד את השבת בשביל המוכר, ולכך הק' דכל דלא כתב לו דאיקני, הרי נידון כדשלב"ל, ואינו גובה את השבת, אבל הרמב"ן ס"ל דבאמת השבת היותר על ההוצאה שייך למלוה, דאמרי' בזה ארעאי אשבח, ורבא בא ליישב רק אמאי גובין מהלוקח את היציאות, הא לא גרע מיורד, וע"ז ביאר רבא דכיון דכתב לו אחריות אינו תובע את היציאה מהמלוה, וממילא כל דכתב לו הרי סיבה בכלל לתביעת ממון מהמלוה, ושפיר גובה את השבת אף בלא שיכתוב דאיקני, נואף אי נימא דהרמב"ן בתחילת דבריו לא אזיל בשי' הרי"ף, מ"מ י"ל דבאמת אמרי' ארעאי אשבח, אלא דבשבת מחמת הוצאה יש צד דלא מהני, ואדרבא השבת שייך ללוקח, אולם כיון דעביד אדעתא דאחריות המוכר, ממילא הדר דינא דאמרי' ארעאי אשבח גם על שבת הבא מחמת הוצאה].

(י) והנה בגמ' פריך לשמואל דקשיא רישא וסיפא, ומבואר דאי לאו דינו של שמואל א"ש הברייתא, ובפשוטו מבואר להדי' כדברי הרמב"ן דגם לולי דינא דשמואל השבת היתר על היציאה שייך לבע"ח וכל הנידון הוא לגבי היציאות, ונרמז ראייה זו בדברי הרמב"ן בד"ה הא מתניתא, [וכן בד"ה ותו איכא כתב דגם לולי דברי שמואל יש חילוק], ועי' בחי' הר"ן דיישב דס"ד דהלוקח מקנה למוכר רק את השבת היותר על היציאה, דדמי לטריפה של נגזל, ע"ש. והנה בש"ך קט"ו ס"ק ל' נמי הביא להך ראייה, דשבת היתר על היציאה גובה גם במתנה, וכתב דראייה זו נרמזה בדברי הרמב"ן, ועי' בנחל"ד דתמה דבש"ך ס"ק כ"ט כתב דלפי האיכא מ"ד שברי"ף אעפ"י דליתא לשמואל, מ"מ קאי להלכה הסברא דתדע, אלא דסברא זו מהני רק לגבי שבת דממילא ולא לגבי שבת מחמת הוצאה, וא"כ מאי מייתי הש"ך ראייה להרמב"ן, הא טעמא משום התדע, וממילא במתנה דליתא לסברא דתדע, אינו גובה כלל, וצ"ע.

יש לדון סברא לפי הגר"ח, דבשבת דממילא אי"צ לדאיקני והרי"ז נכלל ממילא בשעבוד של הקרקע מדין ארעאי אשבח, אבל בשבת מחמת הוצאה, הרי יש ללוקח טענה דאנא אשבחי, וכמבואר בירושלמי, אלא דבעלמא לבעל הקרקע יש לזכות על השבת, אבל בגוונא דסוגיין דבאמת הקרקע של הלוקח, אלא דהוא משועבד לבע"ח, ובה עדיין יש ללוקח טענה דאנא אשבחי, ולכך בעי' לטעמא דתדע, ובמתנה אינו גובה,

(א) תו' ד"ה בע"ח - דכרעי' דאבוהון נינהו. הנה מדברי תו' מוכח דנידון הסוגיא הוא על שבת דממילא ועל שבת דמחמת הוצאה, דאל"כ ליכא ראייה מהסוגיא בבכורות, וכדדחו הראשונים דהתם מיירי על שבת דממילא והכא

מיירי על שבח מחמת הוצאה, ובשבח דממילא אה"נ גובה ממקבל מתנה, וע"כ דשבח דממילא נמי אינו גובה ממקבל מתנה.

(ב) ובעיקר הסברא של תו' - עי' בתו' בבכורות נ"ב א' ד"ה והאמר דבארו "דיורש כרעיה דאבוה הוי ויש לו לב"ח לגבות את השבח ממנו כמו מאביו ומשום נעילת דלת צריך לתקן שיגבה מהן את השבח יותר ממקבל מתנה דלא שייך לאב" ונראה מדבריהם דבאמת הוי תקנה מחודשת דגובין מיורשים כמו דהיה גובה מהאב, וע"כ. וברא"ש סי' ל"ט כתב "אבל יורש כרעיה דאבוה הוא ועליו מוטל יותר לפרוע חוב אביו", ומבואר מלשונו דמחמת מצוות פרעון חוב אתינן עלה, וע"כ הרי כל המצוה שייך רק על נכסי האב, אבל השבח הוי נכסי היורשים ומדוע בע"ח גובה מהם.

(ג) והנה למה דביאר הנימוק"י דגדר הדין דהוי כאילו קנה ומכר, הרי כמו דביאר הנימוק"י דליכא דין גביה בהשביח הלוקח לאחר מיתת המוכר, לכאור' ה"ה דבהשביחו יתומים נמי אין גובין מהם, כיון דלא שייך לומר כאילו קנה האב לאחר המיתה, וכ"כ בש"ך קט"ו ס"ק ט"ז, וכן ברמב"ן סוד"ה ומיהו חזינן כתב דהשביח לוקח לאחר מיתת הלוח דמי להשביחו יתומים דאין גובין מהן את השבח, וא"כ צ"ע מדוע כתבו תו' דהטעם דליכא דין גביה משבח דהשביחו יורשין, מחמת דדמי למקבל מתנה, תיפו"ל דלא שייך כל עיקר דין דאיכני ביורשים.

ואפ"ל דכמו דמצינו ב"ב קנ"ט א' דאי לאו הא דמכח אבוה דאבא קאתינא אם כתב לו דאיכני הוא יורש את הנכסים בקבר ומשתעבדים לבע"ח של המת, ה"ה הכא אנו דנין כאילו האב זכה בשבח לאחר מיתה, ומכרו ללוה.

(ד) אולם לישנא דהרא"ש דעל היתומים מוטל טפי לפרוע חובת אביהם משמע דאין כוונתו דבאמת חייל שעבוד על הנכסים, אלא ביאור דבריו, דאעפ"י דלגבי לקוחות אין גובין את השבח מעיקר הדין כיון דאינם משועבדים אצל האב, מ"מ הוי השבח בכלל נכסי האב, ולגבי יורשים כל דהוו נכסי האב, מחוייבים לפרוע מחמת המצוה, אעפ"י דלא חייל שעבוד על הנכסים, ויש להביא ראיה לזה, דהנה באבנ"מ סי' ק' ס"ק ? נקט בדעת הרמב"ם בפה"מ בבכורות דאחר תקנת הגאונים דגובין כתובה ממטלטלין, גובין נמי משבח שהשביחו יתומים, [אולם בפה"מ הנדמ"ח כתוב להיפוך], ובאבנ"מ שם ביאר דס"ל כהריב"ש דגדר התקנה דכופין על המצוה של היתומים, אולם צ"ב הרי כל מה דמצינו מצוה הוא על נכסי האב, וכיון דמקולי כתובה ליתא לדינא דשמואל הרי השבח של הלוקח, ומהיכ"ת שיהא מצוה על היתומים לפרוע, וע"כ מוכח דהשבח לעולם הוי בכלל נכסי האב, ועי' להלן בע"ב דבזה יתבאר היטב תי' ב' דתו' לענין אפותיקי.

(ה) אולם צ"ע על הרא"ש, דא"כ אמאי בגמ' בבכורות פריך על השביחו יתומים מדינא דשמואל, הרי לאו מדינא דשמואל הוא, דשמואל מיירי לגבי לקוחות, והא דגובה מיורשים הוא דין בפנ"ע, ואינו ענין לתקנה דחידש שמואל.

והנה גם אי נימא בכוונת תו' כפשוטו כנ"ל נמי קשה דסו"ס ביורשים הוא מטעם אחר, אולם בזה י"ל דכיון דלדעת תו' כל הסברא של רבא הוא רק כדי לבאר אמאי לא חשו להפסד הלקוחות, אולם הא דאיכא שעבוד על השבח, אינו ענין לאחריות של המוכר ללוקח, ולפי"ז י"ל דהא דכתבו תו' לסברא דכרעי', הוא רק כדי לבאר אמאי לא חיישי' להפסד היתומים, ולכך פריך הגמ' מדינא דשמואל, דהא עיקר דין השעבוד על השבח נמי נכלל בדברי שמואל, ובזה אין חילוק בין יורשים ללקוחות, אבל למה דנתבאר בדברי הרא"ש עדיין צ"ע, דהא כל חיובם הוא רק מדין נכסי האב, וא"כ אינו ענין כלל לדינו של שמואל.

(ו) עוד יל"ע על תו', דהרי שמואל ס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מיורשים, כיון דשל"ד, ולא אמרי' דמשום דכרעי' דאבוהון חייבים לשלם מנכסי האב, וא"כ מדוע גובה בע"ח משבח שהביחו יתומים, וכי מלוה ע"פ עדיף משבח

שהשביחו היורשים, ואולי י"ל דכיון דמבואר בתו' ב"ב קע"ה ב' דטעמא דלשמואל אינו גובה מן היורשים דכיון דלא חשש מהלקוחות ליכא נעיל"ד אם לא יגבה מן היורשים, אבל בשבח דגובה מלקוחות גובה נמי מן היורשים, וצ"ע בכ"ז.

(א) שם - דאי משבח לקוחות וכו'. עי' מהרש"א דתמה דאי נימא דמיירי רק משבח לקוחות, אבל משבח יתומים אינו גובה כיון דאין לו על מי לחזור, א"כ תקשי דמלקוחות נמי לא מצי גבי, כיון דאין להם על מי לחזור, דהרי מת המוכר ואין לו נכסים, ועי' בש"ך סי' קט"ו סק"ג דיישב דהרי הלוקח השביח אדעתא דשקיל ל' ממוכר, וגם השביח לאחר מיתה נקטי' דהשביח אדעתא דיהא נכסים ליתומים, וכיון דחיילמ השעבוד בזמן שהביח, אעפ"י דהשתא אין לו ממי לגבות, גובה ממנו הבע"ח, אבל בהשביחו יורשים דאין להם על מי לחזור, אין הבע"ח גובה מהם.

(ב) אולם נראה דכוונת המהרש"א להק' לפי תו' דכוונת הגמ' לבאר בתדע אמאי לא חיישי' להפסד הלקוחות, ולא אמאי חייל השעבוד על השבח, ולכך הק' המהרש"א דכל דאיכא פסידא אין גובין מלקוחות, ואינו תלוי מה היה סבור הלוקח בזמן שהשביח, וכ"כ בנחל"ד.

(ג) והנה המהרש"א בהמשך דבריו כתב דדוחק לומר דמיירי בלקוחות שקנו מיתומים קרקע של אביהם דהשתא יש להם על מי לחזור, דמ"מ ליתומים אין על מי לחזור, והנה הכא א"א לפרש כהרי"ף, דמה שייך לומר דהשתא אין ליתומים על מי לחזור, וע"כ דהמהרש"א קאי בדעת תו' לשי' דכל הנידון הוא אם יש הפסד במה דיגבו מהלקוחות או לא, ומשו"ה ס"ל דכל דיש ליתומים הפסד אין חוזרים עליהם.

שיטת הש"ך בסוגיין

(עי' בש"ך ס"ק י"ב "והמוכר בשעת מכירה מכר ללוקח גוף הקרקע וכל השבח שעתיד לעשות ואף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכדלעיל ס"ס סעיף ו' ולקמן סי' ר"ט ס"ד בהג"ה וה"ל כאומר לו אני מוכר לך הקרקע עם כל השבח שיהי' עליה ואני מתחייב עצמי להעמיד לך גוף הקרקע עם השבח או תמורת כסף כשיטרפו ממך וע"ז משעבד לו כל נכסיו דקנה ודאקני נמצא שמיד בשעת המכר נתחייב לו המוכר בעד כסף מקנתו בשני דברים בחיוב של גוף הקרקע ובחיוב של השבח" ומבואר מהש"ך דבשעת המכירה חייל השעבוד של המוכר על השבח, כיון דמכר לו מהשתא את השבח, כיון דהוא יוצא מגוף הקרקע.

(בעיקר דינא דחולקין הבע"ח והלוקח את השבח, דנו הפוסקים האם בעי' שיכתוב דאיקני גם ללוקח, ועוד דנו האם חצי השבח הוא בשביל הקרן או בשביל השבח, ובגדו"ת תמה אמאי גובה את כל הקרן מהלקוחות, ואינו מנכה את שיעור השבח, וכתב דאין לומר דבאמת גובה את החצי שבח בשביל החצי שנטל הבע"ח, דהא טעמא דחולקין כיון דהוי ולוה וקנה, ואי הוי בשביל עצמו הא הוי כקנה ולוה, ובש"ך ס"ק י"ב האריך לתמוה על הגדו"ת, ובתחילה תמה דבראשונים מבואר דהוי כאילו קנה ומכר, וא"כ מבואר דטורף את השבח בשבי השבח ולא בשביל הקרן, אולם תמוה דהראשונים כתבו כן לבאר לגביית הבע"ח, ולא לגביית הלוקח,

ועי' בסמ"ע סק"ג דהאריך לבאר דבאמת לא בעי' שיכתוב דאיקני ללוקח, והוי כאילו הוא ברשותו, ע"ש בדבריו, וצ"ב כוונתו, אולם עי' בש"ך ס"ק י"ב דהביא לדברי הגדו"ת בזה, והק' עליו דמהא דכתבו הראשונים דלוקח גובה מחצה משום דהוי כמכרו וקנאו, מבואר דגביית הלוקח משום השבח ולא משום הקרן,

(הראשונים תמהו איך מועיל דאיקני על שבח שברשות הלוקח, וביארו רוב הראשונים דכיון דנחית אדעתא דהמוכר ישלם לו, הוי כמכר לו את השבח וקנה הלוקח את השבח מהלוקח, ומה"ט השביח לאחר מיתה אין גובין ממנו, ובש"ך ס"ק ט"ז תמה דאיך נעשה כאילו קנה המוכר את השבח, אלא משום דחשיב כאילו הקרקע של המוכר השביחה, ולכך אין חילוק אם מת המוכר או לא, ואעפ"י שהוא ביד הלוקח, לא אכפ"ל כיון דשעבודו של המלוה קדם, וחשיב כאילו הקרקע נשתעבדה לאחריות השבח הנטרף,

(עי' ש"ך סק"ד

(עי' בש"ך ס"ק ל"ב דיסד דגביית השבח הוא מדין דאיקני, ומעיקר הדין הוא, וכל מה דחלוק מקבל מתנה מלוקח הוא רק לענין חיוב המלוה בתשלומי הוצאות, וכל דינו של שמואל דבע"ח גובה את השבח הוא דין דאיקני המבואר בסוגיא ב"ב, וכתב הש"ך במוסגר ליישב קו' הראשונים איך מועיל דאיקני, הא השבח ביד הלוקח, דמ"מ ארעאי אשבח, ע"ש בכל דבריו.

(עי' בש"ך שם דכתב לבאר עפ"י שיטתו את הסוגיא בבכורות, דמהא דקתני במתני' דין אשה נוטלת שבח בכתובתה מבואר דלא חייל שעבוד על דבר שלב"ל, דאי חייל השעבוד, הרי קיי"ל כשמואל דבע"ח גובה את השבח, וע"ז משני מקולי כתובה, וביאר הש"ך דכוונת הגמ' דלא מהני דאיקני בכתובה.

ועי' בתומים ס"ק כ"א דתמה על הש"ך דממנ"פ אי ס"ל דשייך לומר דהוי כקנה ומכר גם לגבי יורשים, א"כ לא בעי' דאיקני, דהא הש"ך הכריע בסי' קי"א ס"ק י"ד דביורשים לא בעי' דאיקני, וא"כ מאי פריך בגמ' בבכורות על שמואל, ואי נימא דלא אמרי' לגבי יורשים כאילו קנה האב ומת, א"כ אף אם יכתוב דאיקני לא יועיל כיון דהשבח אצל היורשים, והביא התומים ראי' דאי"צ לכתוב דאיקני ביורשים, דהא הראשונים הק' סתירה מהסוגיא בבכורות לסוגיא בסוף ב"מ, ואי נימא דבעי' לכתוב דאיקני ביורשים, הרי יש להעמיד את הסוגיא בב"מ דלא כתב דאיקני, ואם האב השביח הוי כקנה ומת, ואם השביחו אין גובין בלא דאיקני, וע"כ מוכח דלא בעי' לכתוב דאיקני לגבי יורשים, אף לגבי שבח שהשביחו היורשים.

ודבריו צ"ב דהא ודאי דלשמואל דמלוה ע"פ אין גובה מן היורשים אין גובין מיורשים בלא דאיקני, וא"כ הרי לשמואל לשי' ודאי דהסוגיא בב"מ מיירי בכתב דאיקני, וכן אף אי נימא דביורשים אמרי' כאילו קנה ומכר, מ"מ בעי' שיכתוב דאיקני, ופשוט.

ט"ו ב'

גמ' -

שיטת רש"י דלעולם אי מסיק שיעור ארעא אינו נוטל את השבח, ואפי' באפותיקי, אולם בתו' כתבו דבאפותיקי גובה את כל השבח אלא דמשלם לו את היציאה כדין יורד.

ובתו' מבואר דאף למ"ד דא"א לסלוקי בזוזי, אי לא עביד אפותיקי, אינו נוטל את השבח, ומה"ט ביארו תו' דלס"ד דמיירי בלא אפותיקי הו"מ למיפרך לכו"ע אמאי נוטל את השבח, במסיק שיעור ארעא לחוד, ועי' בביאור הגר"א דיישב קו' תו' דבאמת למ"ד דלא מצי לסלוקי נוטל את השבח כמו באפותיקי, וכן הוא דעת הרמב"ן והרשב"א.

והנה בפשוטו שורש הנידון הוא בגדר דין שעבוד, דאי הוי קנין על הקרקע לא מצי לסלוקי בזוזי, ומצי א"ל ארעאי אשבח, ואי לא הוי בגדר קנין על הקרקע, מצי לסלוקי, ולא מצי א"ל ארעאי אשבח. אולם עי' בלשון הרשב"א דכתב "דהא אי אית ליה זוזי ללוקח מסלק ליה בזוזי והשתא דלית ליה קיימא ליה ארעא במקום זוזי ומישם שיים ליה ארעא בזוזי ויהיב ליה כשיעור חובו וכו' משום דא"ל ארעאי הוא דאשבחא" ומבואר מלשונו דהנידון אי מצי מסלק אינו סימן בעלמא אי שייך בזה דין ארעאי אשבח, אלא אף למ"ד דמצי לסלוקי, אי לא סליק ליה בזוזי וגובה את הקרקע בתורת שעבוד, ודאי דיש דין ארעאי אשבח, ורק באופן דמסלקו בזוי ואינו נוטל את הקרקע בתורת שעבוד, אלא דבפועל הוא נוטל את הכסף בחליפי קרקע, ובהא הוא דס"ל דלא אמרי' ארעאי אשבח, אלא דלמ"ד דמצי לסלוקי לעולם אינו נוטל את הקרקע בתורת שעבוד אלא בתורת חליפי הזוזי, ונמצא לפי"ז חידוש דאעפ"י דבקרע אחרת אינו יכול לסלקו לכו"ע, [דרך בזוזי הוא דאיכא מ"ד דיכול לסלקו], מ"מ יכול לסלקו בקרע גופה, מדין חליפי הזוזי, ועוד למדנו דאעפ"י דבנוטל את הקרקע בתורת שעבוד אמרי' ארעאי אשבח, מ"מ במסלקו בזוזי הרי"ז כפרעון החוב, ולכך לא אמרי' בהא ארעאי אשבח. והנה בדף י"ד א' מבואר דהמוכר שדה לחבירו לחבירו הרי"ז נידון כבע"ד כנגד הבע"ח, או משום דנפק"מ למכר באחריות דהלוקח חוזר עליו, או משום תרעומת, והק' הראשונים מה הנפק"מ בין המוכר ללוקח, וב? תי' דנפק"מ לאפותיקי, דהלוקח אינו יכול לסלקו בזוזי, אבל המוכר דהוא הלואה יכול לסלקו בזוזי אף באפותיקי, ועוד נפק"מ כתבו ? דנפק"מ לגבי שבח דהמוכר חשיב בע"ד לסלק בזוזי דתו אין למלוה זכות ליטול את השבח בחינם, ובסמ"ע ס"ק כתב דיכול לסלקו בקרע גופה ולבטל את הדין שבח למלוה, וזהו כהיוצא מדברי הרשב"א.

עי' בש"ך קט"ו ס"ק כ"ו דהאריך לתמוה

עי' ברי"ף דאם לא עביד אפותיקי, ומה דישאר ביד הלוקח אין בו כדי חלוקה, שקיל הלוקח את דמי הקרקע מהמלוה, ועי' בבעה"מ דפסק כן לכל גביית שעבוד, ועי' ברמב"ן במלחמות דתמה דודאי אינו מחוייב לשלם לו את דמי הקרקע, דהא אין לו שום עסק עמו, וביאר דכל דברי הרי"ף מיירי רק לגבי שבח, דכיון דאין השבח משועבד לחובו ושבח של הלוקח הוא, מצי א"ל תן לי חלק הראוי,

בעיקר קו' הגמ' דתלוי אם מצי לסלוקי בזוזי או לא, עי' בקצוה"ח סק"ד דביאר דכוונת הגמ' דכיון דהמלוה מתחייב בזוזי, נמצא דיש ללוקח דמים, ובדמים הללו הוא מסלקו מהקרקע, ע"ש היטב. אולם כ"ז אי נימא דדינא דמצי לסלוקי הוא גם באופן דאינו מסלק לכל החוב, ועי' ברש"י ק"י ב' דמבואר בלשונו דבעי שיעור דמי החוב, ועי' בתומים קי"ד ב' בזה, ועי' מה דנתבאר בזה בכתובות צ"א ב' בסוגיא דסלוקי בזוזי. וי"ל עוד ביאור בכוונת הגמ' - דהנה בדף ק"י ב' מבואר דר"נ א"ש חידש דשמיין את השבח היתר על היציאה ואינו נוטל חלק בקרקע, וצ"ב מה ס"ד דיהא לו זכות בגוף הקרקע, ובפשוטו צ"ל דבעצם השבח הוא כגופה של קרקע, ויש ללוקח זכות בגוף הקרקע, ולכך יש לו זכות תביעה על חלק מהקרקע, וקמ"ל שמואל דמ"מ יכול לסלקו בדמים, ועי' ברש"י שם ד"ה וכן וד"ה שפיר דטענתו דמעיקרא ארעא ידי היא, והיינו דהקרקע שייך לשעבוד המלוה, ואינו יכול להוסיף שבח בקרקע ואח"כ לתבוע חלק בקרקע, אלא שמיין לו במעות, אלא דכ"ז למ"ד דלא

מצי לסלוקי בזווי, דלדבריו ע"כ דהקרקע נידון כקרקע של המלוה, אבל אי מצי לסלוקי בזווי, ע"כ דאין הקרקע שייך למלוה, וא"כ שפיר יכול הלוקח לתבוע חלק בקרקע כנגד שבחו. והנה לרש"י ותו' קו' הגמ' אמאי נוטל את היציאה בדמים ואינו נותן לו חלק בקרקע, אולם לפי הרמב"ן ועוד איכא ב' קו' חדא אמאי אינו נותן לו קרקע בעד היציאה, ותו אמאי אינו נוטל את השבח היתר על היציאה, ויחזיר לו בקרקע, אולם בפשוטו זה דוחק בלשון הגמ', אולם להנ"ל א"ש דזה חדא קו', דגם הנידון אם יכול לסלקו בזווי תלוי בגדר דין שעבוד, אי חשיב קרקע של המלוה או לא, ונמצא דלרש"י אף דחשיב קרקע דילי' מ"מ אינו עד כדי כך דנימא ארעאי אשבח, ואפי' באפותיקי, ולתו' אפותיקי הוי קנין טפי משעבוד, ולכך אמרי' ביה ארעאי אשבח, ולרמב"ן לעולם הוי שעבוד כקנוי למלוה, ואין מעליותא לאפותיקי, ולעולם אמרי' ארעאי אשבח.

(א) תו' ד"ה כגון - ומיהו אין ראיה וכו' דלמה יגרע כחו. וצ"ב מ"ש יתומים מלקוחות, הרי לענין לקוחות מבוואר בתו' דכיון דבע"ח גובה את השבח, לא גרע כחו במה דעביד אפותיקי, ולענין יתומים גרע כחו, דאעפ"י דבע"ח גובה את השבח, אעפ"י דאין להם על מי לחזור, מ"מ באפותיקי אינו גובה את הכל וחייב לשלם להם כדין יורד, כיון דאין להם על מי לחזור, והרגיש בזה הרא"ש, ועי' חכמת מנוח.

(ב) והנה נתבאר לעיל בתו' ד"ה בעל דמדברי הרא"ש משמע דגדר הדין דגובין שבח שהשביח היורש, דאעפ"י דליכא שעבוד על שבח היורשים, כיון דאין להם על מי לחזור, מ"מ נידון השבח כנכסי האב, וחייבים היורשים לשלם מנכסי האב, ומעתה י"ל דהנה הכא הא מיירי באפותיקי מפורש, דאל"כ אינו נידון כיורד, והרי באפותיקי מפורש קיי"ל דאין גובין משאר הנכסים, אף באופן דאין בו כדי לסלק את כל החוב, ולפי"ז ע"כ צ"ל דהא דגובה מהשבח, הוא משום דבמה דכתב דאיכא על השבח הוי כאילו התנה דאם לא יהא לו בקרקע בכדי פרעון כל החוב, יוכל ליטול אף מהשבח, ומשו"ה ס"ל לתו' דלגבי יורשים הרי א"א לחייבם מדין דאיכא, כיון דאחר שמת האב לא שייך לומר כאילו קנה לאחר מיתתו את השבח ומכרו, וכל מה דיש לחייבם הוא מדין נכסי האב, וכיון דעביד אפותיקי מפורש, הרי כמו דמהאב אין גובין באפותיקי מפורש משאר נכסיו, ה"ה דאין גובין מהיורשים משאר נכסי האב, ומשו"ה ס"ל לתו' דבאפותיקי מפורש אינו גובה את השבח מהיורשים, וכל מה דנוטל את השבח הוא מדין ארעאי אשבח, ולכך חייב לשלם להם כדין יורד, אבל לגבי לקוחות לא גרע כחו במה דעביד אפותיקי.

בעיקר נידון תו' אי גרע כוחו או לא, צ"ב דסו"ס אמאי ליכא דין יורד, ולכאור' מוכח מכאן דהנה הגר"ח יסד עפ"י הירושלמי דמעיקר הדין השבח של היורד, אלא דמדין ארעאי אשבח, שייך השבח לבעל הקרקע, ויש מקום לדון דלגבי ההוצאות, אעפ"י דאיכא דין ארעאי אשבח, מ"מ כנגד מה דהוציא לא מהני טענת ארעאי אשבח, ויש לו זכות תביעה לקבל מהשבח את ההוצאות, וכמו"כ בדינא דשמואל הרי מבוואר בגמ' דגם לולי שמואל יש חילוק בין השבח ליציאות, ונראה דהסברא בזה הוא כנ"ל דהן אמנם דיש למלוה זכות על השבח, מכח השעבוד על הקרקע, אולם מ"מ אינו מועיל לענין ההוצאות, אלא דכתב הרא"ש דס"ל לשמואל דמשום נעילת דלת תקנו דאף לגבי ההוצאות נאמר הדין דבע"ח גובה את השבח, ומשו"ה ס"ל לתו' דאף לגבי אפותיקי מהני התקנה דלא יהא לו זכות של יורד, דלגבי היציאות אין חילוק בין שעבוד לאפותיקי, ודו"ק.

בתו' הק' דא"כ אמאי אינו נידון כגזלן, דלית לי' שבחא, ות' דמיירי במכר קודם זמן הפרעון, דחייל המקח, משא"כ בגזלן דהמקח בטל למפרע, והוי ריבית, ואפי' מכר אחר הזמן נמי המקח עד שיטרפו ממנו כיון דהיה סבור לפייס את המלוה בזווי, ודברי התו' צ"ב דהא מ"מ ע"כ דהוי שעבוד מעכשיו, וכמבואר ברא"ש, דהא אמרי' ארעאי אשבח, וא"כ איך חל המקח, ות' ב' נמי צ"ב דהא מ"מ אמרי' ארעאי אשבח, והוי ארעא דמלוה, וצ"ע.

והנה בהא דהוי אפותיקי למפרע, נראה דאינו דין מכירה על תנאי אם לא ישלם, דא"כ ודאי דהוי מכירה גמורה למלוה, אלא דיש לו זכות של גביה בקרקע דהקרקע תהא שלו אם לא יפרע לו, ולכך אמרי' ארעאי אשבח, וכיון דאינו אלא זכות גביה למפרע אינו נידון כביטול המכירה, דהא יש אפשרות לקיום המכירה, משא"כ במוכר על תנאי ולא נתקיים התנאי הרי אגלאי דהקרקע לא היה לשו, אבל הכא ודאי דהקרקע שלו, אלא דחייל דין שעבוד על הקרקע.

ויש לדקדק אמאי בתי' ב' כתבו דהיה סבור לפייסו בזווי וכו', הא סגי במה דיש לו אפשרות לפייס, ולא בעי' שיפייסו בפועל, וי"ל דעד זמן הפרעון הרי זכותו לשלם לו זווי, ולכך סגי במה דיש לו אפשרות לסלקו בזווי כדי לקיים המקח, אבל בתי' ב' דאין לו זכות לסלקו בדמים, אלא יכול לפייסו לקבל זווי, לא חייל עלי' תורת מקח רק אם דעתו באמת לעשות כן, ודו"ק.

עי' בש"ך ס"ק כ"ז דהאריך בקו' על שיטת תו' בסוגיין, וכן על הרמב"ן, והסיק כדעת רש"י, ועי' בקה"י סו"ס כ' דיישב דלגבי הלוח עצמו יכול המלוה לפורעו מדין מטלטלין, ולא מדין שעבוד דאפותיקי, ע"ש, אולם עי' בסוגיא דלמפרע הוא גובה דנתבאר דיש לזה סתירה מדברי הרמב"ן במלחמות, ע"ש.

ועוד יש לציין בזה, דברמב"ן בכתובות צ"ב ב' וברא"ש ורשב"א ב"מ י"ד א' ובטור סי' רכ"ו מבואר דאף היכא דהקרקע אצל הלוקח, היכא דהדו"ד הוא עם הלוח, לא אריי' ארעאי אשבח, ולסברת הקה"י אינו מוכן, וע"ע בנתה"מ סי' רכ"ו, ועוד יש לציין בזה לדברי הגרי"ז בסוגיא דכתובות דמבואר שם עפ"י דבריו דאף בגוונא דאיכא דין מיני' חייל דין גביה מחמת השעבוד, וצ"ע בכ"ז.

עי' ברמב"ם פכ"א הל' ו' "היתה השדה אפותיקי בעל חוב נוטל את כולה ורואין חצי השבח הנשאר ללוקח אם היה חצי השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל חוב שהרי אומר לו בעל חוב שדי הוא שהשביחה והנשאר לו מן השבח נוטל מן המוכר ואם היה חצי השבח פחות מן ההוצאה אין לו מן הטורף אלא דמי חצי השבח וחוזר וגובה מן המוכר חצי השבח שנטרף בלבד".

והנה מדברי הגר"א ס"ק ? מבואר דכוונת הרמב"ם דכשהבע"ח גובה מדין ארעאי אשבח הרי צריך לשלם לו את ההוצאות כדין יורד, וכשגובה מדין בע"ח גובה את השבח הוא פטור אף על ההוצאות, אלא דמדין שעבוד הרי חולקין בשבח, ולכך חצי מהשבח גובה מדין שעבוד, ואינו חייב לשלם את היציאות, ואידך פלגא דלא מצי גבי מדין שעבוד, אלא רק מדין אפותיקי דארעאי אשבח, צריך לשלם את היציאות על כך מחצה כדין יורד.

ובחי' הגר"ח פ"י דכל השבח היתר על היציאה נוטל מדין ארעאי אשבח, אולם על השבח שכנגד היציאה ליכא דין ארעאי אשבח, אלא דנוטל מדין שעבוד, אלא דמדין שעבוד לא שקיל אלא פלגא, ולכך חצי מהשבח שכנגד היציאה הוא נוטל מדין שעבוד, והלוקח יש לו פלגא.

נמצא דלפי הגר"א חצי שבח מדין שעבוד וחצי מדין ארעאי אשבח, וצריך לשלם הוצאות של חצי מארעאי אשבח, ולהגר"ח נוטל את כל השבח מדין ארעאי אשבח, וכנגד ההוצאה הוא מדין ארעאי אשבח, ובזה יחלוקו. והנה בדין יורד דצריך להחזיר את היציאות, יש לדון האם יסוד הדין דכנגד היציאה לא חייל דין ארעאי אשבח, או דאעפ"י דחייל דין ארעאי אשבח עלה, מ"מ יש לו זכות תביעה על היציאות.

ונראה דהגר"ח נקט דארעאי אשבח הוא רק על השבח היתר על היציאה, ועל השבח כנגד ההוצאה ליכא כלל דין ארעאי אשבח, ולכך מצי לבא עליו מכח השעבוד, אלא דעל השעבוד אמרי' דחולקין, אבל אי נימא דיש דין ארעאי אשבח על כל השבח, אלא דיש לו תביעת יורד, לא יועיל הא דיש לו זכות שעבוד, דהא אין לו שעבוד על התביעת הוצאה, אבל אי נימא דליכא דין ארעאי אשבח על השבח שכנגד, בזה יכול לבא מדין שעבוד על שאר השבח. וענין זה נוגע לנידון דתו', האם באפותיקי אמרי' דלא גרע כחו, דאי נימא כהגר"א דיש דין ארעאי אשבח על כל השבח, אלא דיש לו תביעת הוצאה, ואינו יכול לבא מכח דין השעבוד, כיון דליכא שעבוד על התביעת הוצאה,

הנה מדברי הרי"ף מבואר דגם בלא אפותיקי יש סיבה לדין יורד, אלא דאיכא סברא דתדע, אולם לתו' ע"כ אינו דהא רק לגבי אפותיקי ס"ל דאיכא דין יורד משום דחישב ארעאי אשבח, אבל בשעבוד בעלמא דליכא דין ארעאי אשבח, אינו נידון כירוד דהשביח בשלו, ודו"ק.

אלול תשע"ה

למפרע הוא גובה

ל' ב' - ל"א א'

מתני' - נכרי שהלוה את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה. מבואר בגמ' כ"ט א' דחמץ של ישראל אחר הפסח אסור בהנאה משום קנס מחמת דעבר על ב"י, ולפי"ז לכאו' דינא דמתני' תלוי באיסור ב"י, ועי' בצל"ח דהק' אמאי מתני' מיירי רק לאחר הפסח ולענין איסור"נ, ולא מיירי תוך הפסח ולענין ב"י, [ועי' להלן בדברי הגרש"ש דנקט דבאמת לאביי דלמפרע הוא גובה עובר בב"י, ומ"מ שרי בהנאה, ועי' להלן בזה].

רש"י ד"ה נכרי - ולקמיה בגמ' מוקי לה כשהרהינו אצלו וכו'. והנה בגמ' להלן ל"א א-ב מבואר דטעמא דמתני' או כאביי דלמפרע הוא גובה או כרבא דמיירי באמר לו מעכשיו, ובנתנו במשכון, אולם רש"י כתב דבגמ' מוקי לה במשכון, ולא הזכיר רש"י להא דמעכשיו, וכבר עמדו בזה הראש יוסף הצל"ח וחת"ס.

שם - איגלאי מילתא למפרע משעה שהרהינו. אולם להלן ד"ה ישראל כתב "מההיא שעתא דאזופיה", ועמד בזה בראש יוסף.

א) בעיקר דינא דמתני' - עי' בר"ן דתמה מהא דמבואר לק' מ"ו ב' לגבי חלה דמיגו דאי בעי מתשיל עובר בב"י, וה"ה נימא ברישא דמתני' דכיון דבידו לפדותו עובר הישראל בב"י, ותי' הר"ן דשאני חלה דלא מתסרא אלא בדיבורא בעלמא, אבל הכא דמתסרא ממונא לא אמרי' הואיל, והיינו דכל דצריך לשלם בשביל לפדותו לא אמרי' הואיל.

וצ"ב, דאכתי תקשי בסיפא דמתני' דישאל שהלוח את הנכרי על חמצו אסור בהנאה, אולם כ"ז באופן דהגוי לא שילם, אבל אם לבסוף הגוי שילם שרי, וכמבואר ברש"י, וק' דאף באופן דשילם הגוי נמי נימא דכיון דכיון דהיה צד שלא ישלם ויהא חמץ של הישראל, ממילא הוא עובר בב"י, מחמת דין הואיל, ובזה לא שייך תי' הר"ן, וי"ל בפשיטות דכל דין הואיל שייך רק באופן דהיה בעלים כגון בחלה, דכה"ג הוא נחשב עדיין לבעלים מחמת הא דבידו, אבל לא מצינו דין הואיל לאשוויי בעלים.

(ב) ובעיקר תי' הר"ן - יש להעיר הנה בתו' פסחים מ"ו ב' ד"ה הואיל הק' אמאי של גבוה לא חשיב שלו מחמת דאי בעי' פריק, ותי' דחשיב כקונה אותו, ואטו חמץ של נכרי חשיב כשלו מחמת דאי בעי קונה אותו, והיינו דלא אמרי' הואיל והיה יכול לקנותו, ופדיון הקדש כקונה אותו, וכן מבואר בתו' הרא"ש שם דהוא כקונה מן השוק, ומבואר מתו' דהיכא דאינו כקונה בשוק אלא כקונה למפרע אמרי' הואיל, ואע"פ דמחסרא ממונא לא אכפ"ל, וא"כ הדק"ל קו' הר"ן אמאי ברישא דמתני' אינו עובר בב"י, נימא הואיל ובידו לדפותו הרי"ז חמץ של ישראל, ובהא לא שייך תי' הר"ן דהא קונה למפרע, כיון דהא מעיקרא החמץ הוא שלו.

(ד) והנה נחלקו הראשונים במאי מיירי מתני' - עי' בר"ח וברמב"ם פ"ד מחו"מ ה"ה דמתני' מיירי דזמן הפרעון היה קודם הפסח, וכן הביאו הראשונים מרבינו אפרים, דהוכיח כן מלשון התוספתא אולם עי' בהשגות הראב"ד שם רא"ש סי' י' ובר"ן דמיירי דזמן הפרעון הוא לאחר הפסח, דכמו דלאביי מהני אף בהגיע זמן הפרעון אחר הפסח, ה"ה דמהני במעכשיו לרבא, ועי' במ"מ דס"ל להרמב"ם דבזמנו אחר הפסח הוא עובר בב"י משום הואיל, וצ"ב א"כ אף לאביי נימא הכי, ויתבאר בזה להלן בעזה"י, [לע"ע לא זכיתי לכתוב ענין זה] וצ"ע.

(א) גמ' - אביי אמר למפרע הוא גובה. עי' בשפ"א דהק' "ויש להבין דנהי נמי דלמפרע הוי שלו אבל במאי קני' ועי' בנתה"מ סי' קצ"ט סק"ב דנקט דחייל מדין קנין כסף, עי' כסף ההלואה, וע"ש דבזה ביאר לדברי הרמב"ם פ"ז ממכירה ה"ד דמכר במלוה קנה, דמיירי בהגיע זמן הפרעון וקונה בדמי ההלואה.

(ב) ועי' בשפ"א דג"כ העלה צד זה, אולם העיר דהא מבואר בגמ' אף לענין מטלטלין, והא קיי"ל כר"ל, אולם כתב דיתכן דקאי לריו"ח, אולם תמה ע"ז דהא מיירי בנכרי ולריו"ח רק משיכה קונה בגוי.

(ג) ובאמת כבר מצינו בשו"ת רע"א קמא סי' כ"ג ד"ה והנה לכאורה כתב דכוונת הגמ' דלפי אביי אליבא דר"ל דגוי קונה בכסף א"ש מתני', אבל להל' דקיי"ל כריו"ח ליתא לצד זה דהגמ', ע"ש.

(ד) אולם כבר נודע להק' דהא מבואר בתו' ב"ק ל"ג א' וגיטין מ' ב' דשייך דין למפרע בשור תם, והתם הרי ליכא קנין כסף, ועוד הק' מורינו הגר"ש שליט"א דא"כ בקנה לוקח מטלטלין אגב הקרקע וגבה בע"ח את הקרקע, יתבטל קניית המטלטלין למפרע, וזו לא שמענו, ועוד הק' דלפי"ז כשגבה קרקע ל"ש כלל שיהא איסור ריבית כיון שאי"ז חוב אלא הקנאה, ואין לומר דבהכי חייביה רחמנא, דהא משכח"ל דליכא למפרע כמו במטלטלין או בדאיקני, וכן תקשי לרבא דבאופנים דמודה דלמפרע הוא גובה, כמו בשמכון, לא יהא איסור רבית, דקרא מצי מיירי באופן דגובה מכאן ולהבא, ועדו הק' מ"ט אין היוקרא של המלוה, דהא הגוף שלו התייקר, ובגוף מהיום ופירות לאחר שלוששים, היוקרא של המקבל.

(ה) אולם יש לבאר בעוד אופן עפ"י מה דיסד בנתה"מ סי' שד"מ דביחד לפרעון לא בעי' קנין, וי"ל דכיון דאמרי' למפרע הוא גובה, הרי לא בעי' קנין, דכל שהוא וגובה לא גרע מיחדו לפרעון.

ועי' פרי מגדים משב"ז תמ"א סק"א דעמד בזה וכתב "ואפשר לאביי בלא הרהינו ואף עכו"ם מישאל קונה למפרע, דאלים שיעבוד חוב יותר מקנין כסף", ולכאן' כוונתו כנ"ל.

(א) רש"י ד"ה בעל חוב - ושעבד לו נכסיו. וצ"ב הא קיי"ל אחריות ט"ס, וא"כ אף בלא שעבד להדי' איכא שעבוד, ועי' פנ"י דרש"י הוצרך לומר כן, דלא נימא דטעמא דאביי דחייל למפרע משום דס"ל דש"ד, וטעמא דרבא דמכאן ולהבא משום דס"ל דשל"ד, וכל התקנה דלא תנעול דלת אינו שייך רק מכאן ולהבא, אלא מיירי בפירש להדי', דמבואר ברש"י קדושין י"ג ב' דכה"ג לכו"ע ש"ד, ולפי"ז מבואר מדברי רש"י דדינא דלמפרע גובה שייך רק אי נימא דש"ד, [וצע"ק דרש"י בקדושין כתב דכתב לו נכסי אחראין לך, ואילו בסוגיין כתב רש"י דכתב לו שאם לא אפרע לך עד יום פלוני גבה מנכסי].

והוכיח כן הפנ"י מדברי התו' בגיטין נ' א' דבארו בסוגיא שם דאביי ס"ל של"ד ורבא ס"ל ש"ד, ועוד הוכיח הפנ"י דהא מבואר בגמ' דשייך דין למפרע בגוי, ומה שייך לומר כן למ"ד של"ד, ובקצוה"ח סי' ל"ט סק"א הביא מהפנ"י [שם ד"ה א"נ לא פלוג] להק' עוד בהא דפריך בגמ' ב"ב קע"ה ב' כיון דס"ל לרבה דשל"ד אמאי גבו קרקע יש לו, ואינו ראוי, והק' הפנ"י נימא דהוי מוחזק כיון דלמפרע הוא גובה, וע"כ דאי של"ד לא אמרי' למפרע הוא גובה.

(ב) אולם עי' ברבינו יונה ב"ב קכ"ה א' בהא דפריך אביי לרבה אמאי גבו קרקע יש לו "מאי שנא מעות דלאו היינו מעות שבק אבוהון קרקע נמי לאו האי קרקע שבק אבוהון", וביאר רבינו יונה דכוונת אביי להקשות לרבה לשיטתו דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא מ"ט נחשבת הקרקע למוחזקת, והוסיף רבינו יונה דאעפ"י דס"ל לאביי דלמפרע הוא גובה, מ"מ כיון דשל"ד א"א לדונו כמוחזק, ומבואר דבאמת דינא דלמפרע הוא אף אי של"ד, [וצע"ק דהא מהא דתלי לה הגמ' ב"ב קע"ה ב' לדין גבו קרקע אי חשיב ראוי או מוחזק בדין של"ד, ע"כ דגדר התקנה של שעבוד הוא רק זכות גביה ולא שעבוד על הנכסים, וא"כ תקשי איך שייך בזה דין למפרע הוא גובה, דודאי כל התקנה היה רק מזמן הגביה דיש לו זכות לגבות, אבל אין לו שום קנין שעבוד בנכסים, ואכ"מ].

ובאמת דברבינו יונה שם מבואר דבמטלטלין ליכא דין דלמפרע הוא גובה, וע"כ משום דבעי' לדין שעבוד בשביל דין דלמפרע הוא גובה, ולכאן' ע"כ מוכח דגם למ"ד של"ד, לגבי מיני' יש דין שעבוד, ורק לגבי הלקוחות הוא דליכא דין שעבוד, ולכך שייך דין דלמפרע הוא גובה, משא"כ לגבי מטלטלין דלא סמכ"ד ליכא אף דין מיני'.

והנה לדברי התו' שם בגיטין, נמי א"א לומר כרש"י בקדושין, דהא התם בגיטין מיירי בשיעבד להדי', ומ"מ ס"ל לאביי דשל"ד, ע"ש, וכן מבואר להדי' בתו' ב"ב קע"ה ב' ד"ה דבר תורה, וא"כ לדבריהם ע"כ מוכח דלמפרע הוא גובה שייך אף אי של"ד, וכמבואר ברבינו יונה, הנ"ל, ומשום דמדברנן נמי הוי בגדרי שעבוד, [ועי' בתומים סי' ס"ו סק"י דכתב לחדש יותר דאביי דס"ל למפרע גובה הוא רק משום דשל"ד, דמדאן' ודאי דרק מכאן ולהבא הוא גובה, ורק אי נימא דהוא תקנ"ח, י"ל דתקנו שגיגה למפרע, וביאר בזה לדברי תו' ב"ב ע"ו ב' ד"ה קני, ואכ"מ].

(ג) ובעיקר דברי רש"י י"ל עוד עפ"י מה דמבואר בדברי הגר"ח פ"ח הל' שבועות הל' י"ג דאף למ"ד ש"ד איכא מעליותא למלוה בשטר דחשיב קנין טפי, י"ל דס"ל לרש"י דלכו"ע ליכא דין למפרע רק במלוה בשטר, וצ"ע.

(ד) עי' בחי' מרן רי"ז הלוי הל' שכנים ד"ה והנה בכתובות דדן היכא דאיכא ב' סיבות לטירפת הקרקע, מצד מיניה, ומצד שעבוד, אם חייל רק גביה דמיני' או גם מחמת השעבוד, והביא ראיה מהא דאביי אמר למפרע הוא גובה, ואי נימא דחייל רק הגביה דמיני' איך שייך דלמפרע הוא גובה, הא כל הדין שלמפרע הוא רק מכח השעבוד, וכן עי'

בחזו"א לדף ל"א סוף סק"ג דהק' האי אין נפרען מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ואיך חייל דין למפרע, והוכיח דע"כ דכה"ג ליכא דין דאין נפרעין, ושפיר איכא דין למפרע מכח השעבוד. ועי' בחי' הגרי"ז ח"ד סי' ח' דביאר דבהא גופא פליגי אביי ורבא, דרבא ס"ל דכל הגביה חייל רק מדין מיני', ומשו"ה לא שייך דין דלמפרע הוא גובה, ע"ש, ויש להוסיף דבאמת לדברי הגרי"ז שם בד"ה והנה בביאור הסוגיא בכתובות צ"א ב' בתי' הראשון, רבא התם נמי ס"ל הכי, אולם עיקר הדבר לומר דבהא גופא פליגי הוא תמוה דא"כ מדוע בלא מצי לסלוקי מבואר בתו' בגיטין דרבא מודה דלמפרע הוא גובה, הא אינו גובה מחמת השעבוד, ואולי זה תלוי בהא גופא אי מצי לסלוקי או לא, והדברים מחודשים.

רש"י ד"ה כל היכא - נכסיו בתוך הזמן. וכן לקמן ל"א ד"ה כי כתב דפליגי במקדיש תוך הזמן, וצ"ב אמאי כתב דמיירי תוך זמן ההלואה, ולא כתב דמיירי קודם הגביה, ולכא' מוכח מהכא דכל דהגיע הזמן מודה רבא דלמפרע הוא גובה, אולם זה נסתר מדברי רש"י בהמשך הסוגיא ד"ה כי פליגי, ועי' בזה עוד להלן בדברי בעה"ת.

(א) רש"י ד"ה כו"ע - שהרי ממשוכנין הן למלוה וכו' אינן ברשותו. וברש"י ערכין כ"ג ב' כתב דהוא משום אינו שלו, ובחת"ס הגיה כן אף ברש"י הכא, ומשום דקשיא לי' דלצנועין דחייל הקדש אף על אינו ברשותו לא יגבה המלוה מהלקוחות, וע"כ דאינו שלו, וי"ל עוד דהיכא דמדינא הוא דאינו ברשותו, ולא משום גזל מודו צנועין, אולם הקצוה"ח והנתה"מ והגר"ח [עי' להלן] נקטו לדברי רש"י כפשוטו.

(ב) וצ"ב אמאי לא פי' רש"י כפשוטו דטעמא דמוציא מיד הלוקח משום דהשעבוד קדם למקח, וי"ל דס"ל לרש"י דכיון דיסוד דין שעבוד הוא דין ערבות כמבואר ב"ב קע"ד א' דהנכסים ערבים על החוב, הרי מסתברא דכל דין ערבות הוא רק כ"ז שהנכסים ביד הלוח, אבל כשמכרם א"א להפקיע את הנכסים מיד הלוקח בשביל ערבות הלוח, דהשתא כבר אינם ברשותו, ולכך ביאר רש"י דהוא חסרון במכירה, [ועי' היטב בסוגיא דאיקני דנתבאר עפ"י השע"ח דמה"ט אין מוציאין דאיקני מיד הלקוחות].

וי"ל עוד דההכרח של רש"י הוא מהא דמבואר בגמ' דליכא מחלוקת באקדיש לוח, והא נפק"מ לענין מעילה עד הגביה, דלרבא מעל ולאביי לא מעל, [ועמדו בזה השפ"א והגרי"ז ענינים סי' ח', וע"ש דנקטו דלכו"ע חייל ההקדש, אולם בתו' גיטין מ' ב' מבואר דלאביי לא חל ההקדש], וע"כ דהוי אינו ברשותו, ואף לרבא לא חייל ההקדש, ועוד יש להוסיף דלישנא דגמ' משמע דרבא כאביי דטעמא דלא מהני מכירת קרקע משועבדת, מחמת דאיכא חסרון בעצם המכירה. (ג) ובעיקר דברי רש"י - עי' בקצוה"ח קי"ז סק"ב דנקט לדברי רש"י כפשוטו דבאמת לא חייל המקח, ואינו בר מכירה, וע"ע בנתה"מ סי' ל"ג סק"י"ג דחידש לפי רש"י דבנתייאש הלוח מנכסיו וזכו בהם אחרים אין המלוה טורף מהם, כיון דיאוש מהני גם על אינו ברשותו, והק' הנתה"מ [במהדו"ב] דא"כ אמאי הבע"ח נוטל מזוכה בנכסי הגר, וע"ש מה דתי', וכנראה דכוונתו דהבע"ח זוכה בנכסים מיד, [וע"ע בחי' הגר"ח מכת"י ב"מ ק"ח דהביא לקו' תו' בכתובות צ' ב' מ"ש בע"ח מאוחר דאיכא מ"ד דמה שגבה גבה, מלוקח דמוציאין ממנו, ותי' הגר"ח עפ"י דברי רש"י הכא דהוי אינו ברשותו, וחידש הגר"ח דכ"ז במקנה מדעתו, אבל בבע"ח דהגביה היא בע"כ של הלוח, לא שייך חסרון דאינו ברשותו, ולכך ב"ח מאוחר עדיף מלוקח, ע"ש, ולדבריו נמי צ"ע דא"כ אמאי גובין מזוכה בנכסי הגר, הא לא מכר מדעתו].

ובעיקר הקו' מזוכה בנכסי הגר, יש לדון דהא מבואר בתו' גיטין מ' ב' דכל דאינו יכול לסלוקי בזווי מודה רבא דלמפרע הוא גובה, וכן מבואר בתו' הרא"ש יבמות ס"ו ב', וא"כ י"ל דכל דמת הגר הרי תו לא מצי לסלוקי,

ובכח"ג מודה רבא דלמפרע הוא גובה, נאלא דיל"ע באופן דהוי לו כמה קרקעות נימא דכיון דאין ידוע איזה קרקע יגבה נמי הוי בכלל מצי לסלוקי, ועי' בזה להלן דרבא מיירי רק באופן דמצי לסלוקי בזווי, ולא במה דמסופק לן מאיזה קרקע הוא יגבה].

(ד) ובקצוה"ח הק' על רש"י דא"כ גם כשהלוה מסלקו בזווי תתבטל המכירה, כיון דבשעת המכירה הוי אינו ברשותו, ותי' דכיון דבידו לפרוע חייל המכירה למפרע, כמו דמצינו דאומר שדה זו שמשכנתי לכשאפדנה תקדש, דכיון דבידו לפדותו חייל ההקדש, עכתו"ד, וכבר תמהו עליו דהא התם מהני הבידו דלא יהא חסרון של דבר שלב"ל, אולם אינו מועיל שיחול למפרע.

ונראה פשוט דכוונת הקצוה"ח דהתם איכא חסרון דאינו שלו וחסרון דאינו ברשותו, דכיון דהשדה ממושכנת באמת אינו שלו, וע"ז מועיל הא דאמר לכשאפדנה, אולם יש עוד חסרון דאין יכול לעשות חלות השתא על הזמן שאח"כ, הא הזמן שאח"כ אינו ברשותו, וע"ז מהני בידו לפדותו דחשיב השתא ברשותו הזמן שאח"כ, וע"ז כתב הקצוה"ח דהכא הרי השדה של הלוה, וכל החסרון הוא רק משום דאינו ברשותו, וע"ז מהני הא דבידו לפדות, ולכך חייל למפרע, אלא דצ"ב א"כ אמאי באמת בלא פרע הוי אינו ברשותו, הא בידו לפרוע, [ועוד י"ל בעיקר קו' הקצוה"ח, דכיון דמבואר בריטב"א דשעבוד הוא קנין לחצאין י"ל דכל מה דשייך קנין לחצי הוא רק כשיגיע לידי קנין גמור בגוביינא, אבל היכא דשילם לו זווי אין דין קנין לחצאין, ולכך בסילקו בזווי חיילא המכירה למפרע].

אולם תמהו האחרונים, דאי נימא דבאמת ליכא מקח, א"כ אמאי הפירות של הלוקח, והא אפי' לאביי דלמפרע הוא גובה מבואר בגמ' ב"מ ל"ה ב' דהפירות של הלוה, וכן מבואר בתו' ב"ק ל"ג ב', ועי' ברש"י ב"מ י"ד ב' ד"ה לא בבע"ח דכתב להדי' דהמכירה מעליא כ"ז שלא טרפה הלוקח, ועוד הק' דא"כ אמאי מוציאין מהיורשים, הא ירושה איכא נמי אף באינו ברשותו, [אולם אי נימא כהתומים דיורשים לשעבוד הגוף א"ש, אולם עדיין קשה מזוכה בנכסי הגר, וכנ"ל מהנחה"מ], ועוד צ"ב דהא בלוה ק' הרי כל נכסיו משועבדים אפי' ביותר מק', וא"כ אינו יכול למכור נכסיו כלל, ועוד דהא כל נכסיו שועבדים לכתובה, וזו לא שמענו.

(ה) ובחי' הגרי"ז הל' שכנים [ד"ה והנראה] יסד דכל דבא המלוה וטרף חייל ביטול על המכירה, וכתב הגרי"ז "ולא מבעי למ"ד בע"ח למפרע הוא גובה, דנמצא דהבע"ח גובה אותה מיד הלוקח למפרע, אלא אפי' למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ כיון דעכ"פ גביתו יש בה דין ביטול המכירה וכמבואר ברש"י פסחים דף ל' ע"ב עיי"ש, ע"כ הדין נותן שיחזיר לו מעותיו" ומבואר דנקט הגרי"ז בכוונת רש"י דרק ע"י הטירפא שלבסוף חייל דין ביטול על המכירה, [ולא ביאר הגרי"ז אי בטל למפרע או מכאן ולהבא, ואכ"מ], והיינו דבאמת אין השעבוד מגרע לרשות הלוה, ורק באופן דהשעבוד הגיע לידי גוביינא נגרע כח הלוה בקרקע, אולם אם פרע הלוה בזווי ולא הגיע השעבוד לידי גוביינא, הרי על צד זה ליכא שום חסרון בבעלות הלוה.

(ו) והנה בעיקר דברי רש"י דהוי חסרון מדין אינו ברשותו, צ"ב אמאי חשיב אינו ברשותו, הא כיון דמכאן ולהבא הוא גובה, הרי החפץ ברשות הלוה לגמרי, [ולרש"י בערכין דהוי אינו שלו א"ש, דמכח השעבוד הוי אינו שלו], ובאמת דבתו' גיטין מ' ב' נקטו דודאי לרבא דמכאן ולהבא הוא גובה הוי ברשותו, וצ"ב סברת רש"י.

והנה ברש"י כתב דטעמא דאינו ברשותו משום דמושכננין הן למלוה, וכוונתו דהמלוה טורף את זה מכח שעבוד הנכסים, והוי פרעון בלא שהלוה יתן לו את הפרעון מדעתו, אבל בפרעון של כסף מכח שעבוד הגוף, בעי' להקנאת הלוה את הכסף לפרעון, ולכך חשיב אינו ברשותו, דאין הקרקע ברשותו לפעול חלות הסותרת את זכות השעבוד של המלוה, וכיון דס"ל לרש"י דאילו חייל המכירה הוי פקע השעבוד, משו"ה ס"ל דלגבי מכירה זו אינו ברשותו,

אבל בשלו ליכא שום חסרון כיון דהקרקע לגמרי בבעלותו, ולפי"ז נמצא דבאמת ליכא חסרון בעצם המכירה, ורק עד כמה שזה נוגע לטירפה אנו דנין דכלפי זה לא חייל המכירה.

(ז) יל"ע אמאי במקדיש מלוה ס"ל לאבבי דלמפרע הוא גובה, הא אינו ברשותו, דסו"ס השימושים הם של הלוה, ואיך מצי למיעבד חלות הקדש, [ועי' מה שיובא להלן ממהרי"ט החדשים], וי"ל דדין אינו ברשותו אינו תלוי אצל מי השימושים, אלא דבעי' דמה ששלו יהא גם ברשותו, ולכך לאבבי דלמפרע הוא גובה חייל הקדש, דהא מה דיש למלוה זה השעבוד דכישגבה יהיה שלו למפרע, ואין מה שמעכב עליו מלגבות, ולכך לא שייך בזה חסרון דאינו ברשותו.

(ח) עוד יל"ע בעיקר דברי רש"י, דא"כ נמצא דכשהמלוה טורף מהלוקח חשיב כטורף מיד הלוה, וא"כ הרי ודאי דהלוה חשיב בע"ד, ובגמ' ב"מ י"ד א' מבואר בגמ' להדי' דמעיקר הדין הלוקח הוא בע"ד, ולא הלוה, ועוד יל"ע מ"ט יכול הלוקח להחליט באיזו קרקע הוא מגבה את המלוה, הרי לא ממנו הוא גובה אלא מן הלוה, ועוד יל"ע אמאי יכול הלוקח לסלקו בזווי, הא אין גובין ממנו אלא מהמוכר, ואין הוא בע"ד לסלקו, וצע"ג.

(ט) בטור סי' קי"ז הביא מרה"ג דאין חילוק בין קדוה"ג לקדו"ד, אלא החילוק הוא דאם יש ללוה עוד נכסים חייל ההקדש, אבל אם אין לו עוד נכסים לא חייל ההקדש, [ובטור כתב מיירי באפותיקי דליכא דין אין נפרעין, ובמאירי כתב דמיירי בנשתדפו אחר ההלוואה], וצ"ב החילוק, ועמד ע"ז הראב"ד בהשגות על הרי"ף.

ונראה דס"ל לרה"ג כרש"י דאילו חיילא המכירה פקע ההקדש, אלא דאיכא חסרון במכירה מדין אינו ברשותו, אלא דאם יש לו עוד נכסים, ליכא חסרון דאינו ברשותו, כיון דיש לו מהיכן לגבות, אולם באין לו עוד נכסים הוי אינו ברשותו.

מו"ח שליט"א ביאר בשיעור"כ דכל דברי רש"י מיירי רק לגבי הקדש, וטעון בדיקה!

(א) רש"י ד"ה ואתי - דוקא קדושת הגוף וכו'. עי' תו' גיטין מ' ב' דהק' על רש"י דממנ"פ אי הוי ברשותו אף קדו"ד ליחול, ואי ואי הוי אינו ברשותו דלא יחול קדוה"ג, והביאו מר"י לתרץ דרבא לטעמי' דמכאן ולהבא הוא גובה, ולכך קדוה"ג דחייל לא פקע, אבל קדו"ד דיש לה פדיון פקע בגביה, אבל לאבבי דלמפרע הוא גובה קדוה"ג נמי לא מפקיע מידי שעבוד, [ובפשוטו מוכח כתו' מהגמ', דהא רבא אמר דחמץ נמי מפקיע מידי שעבוד, וביאר רש"י דהיינו נכרי שהלוה את ישראל על החמץ בלא הרהינו, ומבואר בגמ' דלאבבי לא חייל דין חמץ, אבל לרבא חייל דין חמץ ומפקיע מידי שעבוד, וא"כ ה"ה לענין דינא דרבא דהקדש מפקיע, היינו דוקא לרבא, אבל לאבבי השעבוד מפקיע להקדש, ועי' ברשב"א דכתב כתו' וסיים כדמוכח התם, והיינו כנ"ל].

ובקצוה"ח קי"ז סק"ב הק' דלפי רש"י דאף לרבא הוי אינו ברשותו, א"כ עדיין תקשי איך חייל קדוה"ג, ותי' הקצוה"ח עפ"י דברי הריב"ש בשם תו' הרא"ש יבמות מ"ו א' דקדוה"ג חייל אף על דבר שאינו ברשותו, אולם לפי"ז אינו תלוי בפלוגתא דאבבי ורבא, וכבר העיר באבני נזר על הקצוה"ח דבתו' הרא"ש שם כתב להדי' דזה תלוי בפלוגתא דאבבי ורבא. [ועדיין צ"ע לרש"י בערכין דהוי אינו שלו, וכן צ"ב איך חייל השחרור על עבד המשועבד הא אינו ברשותו].

(ב) ובעיקר דברי תו' דלאבבי לא חל קדושת הגוף, הק' בפנ"י שם דהרי כל הדין דלמפרע הוא מכח הגביה שלבסוף, והרי על הצד דיחול ההקדש, אינו בא לידי גביה, ומה שייך לומר בזה למפרע הוא גובה, ועי' בקה"י גיטין סי' ל' דפלפל בקו' זו.

(ג) ועי' ברשב"א בגיטין ובתוס' הרא"ש ביבמות ובתו' ב"ק ל"ג ב' ד"ה משום דדעת ר"ת דאין חילוק בין קדוה"ג לקדו"ד, אלא בין קרקע למטלטלין, ע"ש.

(ד) בעיקר הדין דחמץ מפקיע מידי שעבוד, עי' ברש"י דמיירי בישראל שלוח מגוי דחייל איסור חמץ על השעבוד, וצ"ב דאינו שייך לדין הפקעת השעבוד, אלא דאסור בהנאה, אף דלא פקע השעבוד, ועי' ברש"י ב"ק צ' א' דכתב דכוונת רבא דמשום דאיסור חמץ מפקיע מידי שעבוד הוא חייב לבערו, אולם ברש"י בגיטין מבואר דהנידון על איסור הנאה, וצ"ע כנ"ל, ועי' להלן תי' הגרש"ש מערכת הקנינים סי' י"א, וע"ע חידושי הגרש"ר פסחים אות קי"ז.

(א) גמ' - כיון דמטא זימניה ולא פרעיה. ומדויק מלישנא דאביי דאם פרע תו"ז ליכא דין למפרע, וצ"ב הסברא, ולכאור' י"ל דכיון דכל הדין דלמפרע הוא רק בגביה מכח השעבוד נכסים, ממילא כל דפורע תו"ז מדעתו אינו מכח השעבוד של המלוה, אלא הוא מדין מיני', ולא שייך בזה דין למפרע הוא גובה, [אולם בפורע מדעתו בזמן הפרעון מדעתו, שייך דין דלמפרע הוא גובה, דכיון דמצי לגבות ממנו בע"כ, הרי"ז גביה מדין שעבוד], וכן מטו בשם הגר"ח שמולאביץ זצ"ל, ועי' היטב לשון תו' ר"פ ל"א סו"ע"א.

(ב) עי' ברש"י ל' ב' ד"ה אביי דכתב "שגבה עכשיו" ומבואר דבעי' שיגבנו לבסוף ובלא"ה לא אמרי' למפרע הוא גובה, וכן מבואר בתו' ל"א ב' ד"ה אלא, וכן מבואר בתו' ב"ק ל"ג א' ד"ה איכא, וצ"ע באמת מאי ס"ד דתו' שם, ואין לומר דס"ד בקו' דבכל גוונא הקדישו אינו מוקדש, דהא בתו' מבואר דהשתא הוא דחידשו כן, ולא כתבו בקיצור דמיירי בנתרצה הניזק לקבל מעות, וצ"ב, ועי' בנתה"מ סי' ע"ב ס"ק ה' דכתב "ואפילו אם נאמר דשיעבוד הקרקע אינו יכול למכור בכסף אפילו לאביי דאמר למפרע הוא גובה כשאינו גובה לבסוף", וצ"ב דמה הספק, הא לא מצינו מאן דפליג ע"ז, וע"ע בשואל ומשיב מהדורה קמא ח"א סי' רצ"א ושו"ת בית יצחק יו"ד ח"ב סי' ס"ח סק"ז.

(א) רש"י ד"ה כי פליגי - ולא הקדיש את החוב. וכוונת רש"י דאילו היה מקדיש את החוב רבא נמי מודה דחייל, כיון דהחוב יבא ודאי לידי פרעון, אבל קרקע יש בזה חסרון דמצי לסלקו בזווי, וכן ביאר הגרי"ז שם בליקוטים, ושו"ר בשו"ת מהרי"ק שרש פ"ט דכבר עמד בזה דמרש"י בסוגיין מוכח דאפשר להקדיש חוב אפי' לרבא, וכתב שם דבזה לא שייך טעמא דמצי לסלוקי, וכנ"ל, אולם בשו"ת פסקי מהרי"ט החדשים סי' ט' כתב על דברי מהרי"ק "והראיה שהביא וכו' שרש"י סובר כדעת הרז"ה דמ"ש ולא הקדיש את החוב אלא את הקרקע הוא להפך ממה שרוצה להבין בדבריו, שרש"י הרגיש דכיון דהקדיש לוה כ"ע לא פליגי דלא הוי הקדש אעפ"י שהן שלו לפי שאינן ברשותו לפי שהם ממושכנים ורחמנא אמר ביתו ברשותו, א"כ הקדיש מלוה נמי הרי המלוה אינה ברשותו ולא חל שום הקדש כיון דעדיין לא בא לידי גיבוי ע"כ הוצרך רש"י לפרש ולומר דלא הקדיש את החוב אלא את הקרקע" וצ"ע כוונתו, וכן בקצוה"ח סי' ס"ו סק"ב נקט כמהרי"ק בדברי רש"י.

ועי' ברי"ף ברפ"ד דב"ק דנקט דא"א להקדיש ולמכור חוב מטעמא דאינו ברשותו, והבעה"מ חולק דחוב חשיב ברשותו, וברש"י כאן מבואר לכאור' דס"ל כבעה"מ, וע' רש"י כתובות נ"ה ב' ד"ה מתנת ש"מ דהטעם שאין חוב נקנה בחליפין הוא לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, ומבואר דבלא"ה חוב חשיב שפיר ברשותו, וכנ"ל.

(ב) והנה בתוס' ב"ב ע"ו ב' ד"ה קני דנו אם אפשר למכור שעבוד קרקע, והוכיחו מרבא בסוגיין דשעבוד קרקע אינו ברשותו להקדישו, ותמוה דהא בסוגיין לא מיירי בהקדיש את שעבוד הקרקע אלא במקדיש את גוף הקרקע, ובזה

אין ההקדש חל לרבא משום דאינו שלו, אבל אה"נ אם הוא היה מקדיש את השעבוד, אפשר דהשעבוד הוי ברשותו ובידו להקדישו, וכן ע"י ברמב"ן במלחמות ב"ק שם שהוכיח מסוגיין דחוב אינו בר מכירה, וצ"ב דהא הוא הקדיש את הקרקע ולא את החוב או השעבוד, וע"י בחי' ר' ראובן ב"ב סו"ס י"ח בהגה"ה דביאר דכל מקדיש קרקע הקדיש גם את השעבוד שבו משום דבכלל מאתים מנה, וזהו שנתקשו התו', ואכתי צ"ע.

דין למפרע הוא גובה

[א] הנה בדינא דאביי מצינו ד' שי' בראשונים במאי מיירי אביי - א) ע"י רש"י ד"ה בעל חוב דביאר דמיירי דכתב להדי' בשטר את השעבוד, ומבואר דאי לא כתב את השעבוד בשטר ודאי דמכאן ולהבא הוא גובה. ב) ע"י בבעה"ת שער מ"ג ח"ב סי' ד' דהביא מהעיסור בשם ר"ח דאביי מיירי בגוונא דעשה את הקרקע משכון, והביא ראייה לדבריו דהא מבואר בגמ' דטעמא דאביי כיון דמטא זימניה ולא פרע, ומשמע דתלוי בהגעת זמן הפרעון, וק' הא מבואר בגמ' ב"מ ל"ה ב' דאין המלוה יורד לנכסיו בלא תביעה בבי"ד שומא והכרזה וכו', וע"כ דמיירי במשכון. ג) ע"י בראב"ד בכתוב שם דתמה איך חייל דין למפרע, הא בסתם שעבוד יכול להחליף את הקרקע, ולא חל שעבוד על קרקע מסויים, ועוד דהא לא נחית לפירי עד שיהא שומא ואכרזתא וכו', ואף אי מיירי באפותיקי נמי תקשי איך חייל למפרע, הא הוי אסמכתא, ולכך פי' דמיירי בעשה שדהו אפותיקי מעכשיו, והביאו במהר"ם חלאוה. נוצ"ע דהא מוכח בגמ' דמיירי בלא אמר מעכשיו דהא מוקי מתני' לרבא במעכשיו, וי"ל דהסוגיא דלמפרע מיירי במיחד לו מעכשיו, אולם אינו מקנה לו את הקרקע, ובהא ס"ל לרבא דחסר ביחוד לפרעון כיון דיכול לסלקו בזווי, אבל התם מיירי בהרהינו והיינו דעביד קנין גמור ולא רק יחוד, ובהא לא אכפ"ל דיכול לסלקו כיון דהשתא הוא קנוי לו, עוד יל"ע דא"כ מהו טעמא דרבא, הא אמר לו מעכשיו, וי"ל דס"ל לרבא דכל דיכול לסלקו איכא חסרון מדיני בעלות, ולכך לא מהני דאמר לו מעכשיו. ד) מדברי הרמב"ן במלחמות מבואר דכל דאיכא שעבוד איכא דין למפרע גובה, [ויתכן דרש"י נמי מודה למ"ד ש"ד לדברי הרמב"ן].

[ב] ובענין הזמן דלמפרע מצינו ב' דעות בראשונים - א) ע"י ברש"י ד"ה כיון דכתב דהדין למפרע חייל כשבא לגבות, ומשמע דקודם הגביה ליכא דין למפרע, [וצע"ק דברש"י ד"ה כי פליגי כתב דמיירי במקדיש בתוך הזמן, ומשמע דבמקדיש אחר הזמן לכו"ע אמרי' למפרע הוא גובה, וזהו"כ משום דמזמן פרעון עד הגביה לכו"ע למפרע]. ב) אולם ע"י בבעה"ת דהביא מהעיסור בשם ר"ח דמיירי במשכון וכשמגיע זמן הפרעון חייל למפרע מזמן הההלואה, אולם היכא דלא נתן משכון אף לאביי ליכא דין למפרע.

[ג] ובעיקר דינא דאביי דלמפרע הוא גובה, ע"י תו' ב"ק ל"ג ב' דמ"מ השבח של הלוה, וכן הוא להדי' ב"מ ל"ה ב', וק' כיון דחזי' דיכול המלוה למכור ולהקדיש את הקרקע למפרע, אמאי אין פירות הקרקע שלו למפרע, וביותר קשה דהא לתו' גיטין מ' ב' לאביי לא חייל קדוה"ג של הלוה, וע"כ דלפי אביי אגלאי למפרע דהוא בעל החפץ, וא"כ אמאי אין המלוה אוכל את הפירות למפרע, וע"י במאירי דעמד בזה, וכתב דמכאן מוכח דאביי מיירי באפותיקי, ואפי' באפותיקי סתם, ולכך אמרי' למפרע, ולפי"ז מבואר דבאפותיקי באמת לאביי אוכל את הפירות למפרע, [ובאמת דבש"ך קט"ו כ"ו הק' על השי' דבאפותיקי מפורש אמרי' ארעאי אשבח ונוטל יותר מחובו, דא"כ נימא דיאכל פירות למפרע, ולדברי המאירי מבואר דאה"נ לאביי אוכל פירות, וע"י בנתה"מ סי' רפ"ח ס"ק ב' דביאר דס"ל להנך שי' דאמרי' למפרע הוא גובה באפותיקי מפורש לכו"ע ולכך הוא אוכל את הפירות, ודבריו תמוהים דהא מבואר להדי' בתו' הנ"ל דאף למ"ד למפרע הוא גובה אינו אוכל פירות, ומ"ש אפותיקי לרבא דעדיף, וצ"ל דמ"מ אפותיקי מפורש עדיף, וע"ע בקו' הק"ר לעיל על המהרש"א דמוכח מהגמ' בגיטין דלא אמרי' למפרע באפותיקי, וצ"ע בכ"ז].

[ד] והגרש"ש במערכת הקנינים סי' י"א תי' דגם לאב"י אינו גילוי מילתא דהשעבוד חייל למפרע, אלא דלאב"י יש לו היום זכות וקנין על הזמן שאח"כ, משא"כ לרבא כיון דיכול לסלקו אין לו היום קנין על הזמן של מחר, ובזה יישב קו' הפנ"י מדוע בחמץ בעי' לדין מפקיע מידי שעבוד ולא סגי במה דנאסר, ותי' הגרש"ש דאם לא פקע השעבוד, הרי יש לו היום בעלות על הזמן של מחר, ובכח"ג לא שייך דין איסור חמץ, דרק היכא דהיה לו בעלות לעולם חל דין חמץ לעולם, אבל היכא דאין לו בעלות לעולם, ואחר הפסח הוא בבעלות הגוי, הרי מעיקרא לא חייל איסור חמץ על הזמן של בעלות הגוי.

והנה בעיקר יסוד דבריו, לכאור' כן הוא דעת החת"ס, דהנה בקצוה"ח סי' רמ"א סק"ד יסד דכמו דמבואר בגמ' ב"ב קל"ז ב' דנותן מתנה ע"מ להחזיר יכול להקדישו, ה"ה בכל קנין לשעה מצי מקדיש, ובחת"ס חו"מ סי' קל"ב השיג עליו דהא מבואר בתו' דלאב"י אין הלוח יכול להקדיש את הקרקע בקדוה"ג, והרי ללוח יש קנין גוף בקרקע עד זמן הפרעון, וע"כ דקנין שלע אינו יכול להקדיש ושאינו היהא דמתנה ע"מ להחזיר, דאינו קנין לשעה אלא קנין עולמית עם חיוב לקיים תנאו, אבל לאב"י הוי קנין לשעה, ולכאור' כ"ז מתאים להיאורו של הגרש"ש דגם לאב"י דלמפרע גובה יש לו ללוח קנין, אולם אינו רק אנן לשעה.

ויש להביא ראיה להנ"ל, דהנה תנן ב"ק ק"ח ב' הגוזל את אביו ונשבע ומת, הרי"ז משלם וכו' לאחיו וכו' לוח ובע"ח באין ונפרעין, ובתומים סי' קי"א סק"ג תמה לאב"י דלמפרע הוא גובה איך מקיים בזה מצוות השבה, וכן תמה בשו"ת מהרי"ל דסקין קו"א סי' ג' ד"ה ובעיקר, אולם לדברי הגרש"ש א"ש היטב, דאף לאב"י יש לו קנין רק אחר הפרעון.

[ה] ובסי' י"ב תמה הגרש"ש דא"כ מדוע מבואר בגמ' דמהני למפרע לקולא לגבי דין חמץ, והא כל זכייתו של הגוי הוא רק על הזמן שאח"כ, אולם הישראל עובר בב"י, וע"ש דחידש דאעפ"י דעובר הישראל בב"י, מ"מ כיון דמעיקרא הוא קנוי לגוי לאחר הפסח, מותר כיון דחלק של הגוי מעולם לא נאסר, וכמו"כ בישראל שהלוח את הנכרי, אעפ"י דבעלותו של הישראל הוא רק על זמן שאחר הפרעון, מ"מ לאב"י איכא איסור הנאה, והוא חידוש. והנה ברב"ד בכתוב שם על הרי"ף כתב בדינא דישאל שהלוח את הנכרי על חמצו דלאב"י כיון דאילו גבי ליה בחובו למפרע קני, כי לא גבי נמי בספק בל יראה קאי וצריך לבערו, ולדבריו בדינא דרישא נמי אעפ"י דקתני' דמותר בהנאה, מ"מ לאב"י דמיירי להו"א דהחמץ אצל הישראל הרי מספק הוא עובר בב"י וחייב לבערו, וא"כ הרי יתכן לומר כהגרש"ש דברישא גם על הצד דלא יפרע, נמי הוא עובר בב"י, ורק בדינא דברייתא דמיירי דהישראל הלוח את הנכרי על חמצו, דבהא החמץ אצל ישראל, הרי על הצד דהגוי יפרע אין לישראל בעלות על הזמן שאחר הפרעון, ולכך כתב הרב"ד דרק מספק הוא עובר בב"י.

ועי' ברבינו דוד [עמ' קע"ו] דכתב לבאר קו' הגמ' על רבא דכיון דמדאו' איכא שעבוד במטלטלין, אעפ"י דרבנן ביטלו את השעבוד, מ"מ כל דמדאו' עובר בב"י אסרוהו לאחר הפסח מדרבנן, ומבואר להדי' דליכא איסור בב"י לאב"י, ובאמת דכוונת הרמב"ן נמי כדברי הרבינו דוד, ע"ש היטב, אולם נראה דאי"ז סתירה לדברי הגרש"ש, דכוונתו דלאב"י דאמרי' למפרע הוא גובה, ואיכא שעבוד מדאו', הרי על הצד דהישראל לא יפרענו, יש לגוי שעבוד גמור, ולכך על חלקו של הגוי אין עובר הישראל בב"י, ומשו"ה מותר בהנאה אחר הפסח, אבל אי ליכא שעבוד מדאו' במטלטלין הרי גם על חלקו של הגוי עובר הישראל בב"י.

ועי' ברש"י בע"ב ד"ה הגעתיך דהנידון בברייתא הוא לענין ב"י, אולם אינו ראיה, כיון דהתם מיירי דנכרי דנתן לישראל משכון, ובהא כל דאמר מעכשיו איכא ב"י, ואי לא אמר מעכשיו אין הישראל עובר בב"י, כיון דהוא של הגוי בזמן הפסח, ופשוט.

והנה מבואר בתו' גיטין מ' ב' דלאביי דלמפרע אף קדוה"ג לא מפקיע מידי שעבוד, וק' לדברי הגרש"ש אמאי אינו מפקיע, הא כיון דחל תו לא פקע, אולם ע"ש בסי' י"א דביאר לפי דרכו דא"א למיעבד חלות הקדש אלא באופן דבזמן שהוא מקדיש הוא בעלים לעולם, אבל היכא דמעיקרא אינו בעלים על הזמן שאח"כ לא מצי למיעבד חלות הקדש, ועל הזמן שאח"כ מעיקרא לא חייל ההקדש.

אולם עיקר הדבר דלאביי נמי עובר הישראל בב"י, הוא חידוש גדול.

ו' ובשערי ישר ש"ז פ"ח כתב לבאר "דבאמת עיקר הקנין מה שזוכה למפרע, הגביה שלבסוף גורמת, וגוביינא זו אינה רק כמבררת, רק גורמת הדין שתהא שדה זו שלו מחמת זכות השעבוד דמעיקרא, וכל כה"ג שהסיבה העתידה גורמת לחלות הדין אי"צ שיהיו מבורר למפרע, כיון דבאמת לא חל הדין מעיקרא, רק עכשיו, ועכשיו הוא מבורר" והיינו דהגוביינא יוצרת את הקנין למפרע, ולכך הפירות של הלוח, דהא אינו בירור למפרע, ובזמנו היה למלוה רק זכות גביה, אולם כיון דאח"כ נשלם זכותו למפרע, מהני מכירתו קודם הפרעון, ומה"ט מהני נמי לגבי דין ב"י לקולא, דחשיב של נכרי.

ז' אולם יש להוכיח מכמה ראיות דאינו כן - א' דהא בתו' בגיטין בארו דלאביי אין קדוה"ג מפקיע מידי שעבוד, ואי נימא דרק מהגוביינא חייל קנין למפרע, הרי כיון דקודם הגוביינא חייל ההקדש, תו לא פקע, כמו דבארו תו' אליבא דרבא, וע"כ דקודם הגביה נמי אית ליה קנין בנכסים ומשו"ה לא חייל קדוה"ג. ב' בב"י סי' ק"ד הביא משו"ת הרשב"א ח"א אלף קי"א דבאופן דאיכא בע"ח מוקדם ובע"ח מאוחר, והבע"ח מאוחר זמנו קודם זמן המוקדם, דגובה המאוחר, וכשיגיע זמן המוקדם גובה מהמאוחר, ומשום דקיי"ל כרבא, וכל שלא הגיע זמנו אין לו זכות בנכסים, ומבואר דלאביי הוא מעכב עליו אף קודם שהגיע זמנו, ואי נימא דרק הגביה גורם לחלות קנין למפרע, הרי ודאי דאף לאביי אינו יכול לעכב, וע"כ דלאביי קודם הגביה נמי אלים שעבודו. ג' עי' ברמב"ן במלחמות דכתב לגבי דין ראוי בבכור, דכיון דקיי"ל דאין הבכור נוטל פ"ש במלוה בין בשטר בין במעות, כ"ש דמכר מלוה לאו כלום הוא, ומבואר דלאביי דלמפרע הוא גובה, חשיב מוחזק ונוטל הבכור פ"ש, וק' דהא אף לאביי אין למלוה קודם הגוביינא זכות בנכסים טפי מרבא, וא"כ אף לאביי הוי ראוי, דהא בשעת מיתה היה ראוי ורק אח"כ הוא דחייל הקנין למפרע, וע"כ דאף קודם הגביה יש למלוה זכות בנכסים. ד' הנה מבואר ברמב"ן בדרך קמא דליכא דין למפרע במטלטלין, וק' דא"כ לעולם יפרע הלוח בתורת מיני', ולא יהא כלל דין למפרע, [ונפק"מ לענין חמץ דלעולם נוכל לומר מכאן ולהבא הוא גובה], וע"כ דגם קודם הגביה יש למלוה קנין בנכסים, ומשו"ה אינו יכול לפרוע בלא הקנין שיש למלוה בנכסים, [ועי' קה"י ב"מ סו"ס כ' בישוב קו' הש"ך קט"ו כ"ו דלשי' הראשונים דאמרי' ארעאי אשבח באפותיקי וגובה יותר מחובו, דא"כ גם בלא מכר נימא למפרע ויתבע את הפירות מהלוח, ותי' הקה"י דלגבי הלוח יכול לפרועו בתורת פרעון מטלטלין בלא שעבוד, וממילא ליכא ארעאי אשבח, ורק במכר הוא דבעי' לקנין כדי לגבות, ע"ש. ה' עי' ברמב"ן במלחמות דכתב "וכה"ג מכאן ולהבא הוא גובה שהדין נותן שיהא זה מוריד ג' לשום ויגבה אותן בשום הדיינין בשעתן אין כאן קנין" שהדין נותן וכו' ע"ש, וצ"ב אטו לאביי מצי לגבות בלא שומא וגוביינא דבי דינא, וע"כ דלאביי כבר מהשתא יש לו קנין בנכסים, אלא דהגוביינא בפועל הוא רק בזמן הפרעון, וחשיב דשלו הוא נוטל,

ולכך יכול לירד קודם שומת ב"ד, ואח"כ נשום את הקרקע, אולם אינו מעכב לירידת המלוה לקרקע, אבל לרבא גובה את של הלואה, אינו יורד בלא שומת ב"ד.

[ח] ובקה"י סי' כ"ו ביאר דהא דס"ל לאביי דקנוי למפרע אינו קנין גמור, אלא רק כלפי קנין השעבוד, ודמי לקנין דמשכון בשעת הלואה דאעפ"י דיכול לקדש בו, מ"מ אינו קנין גמור, ולכך אעפ"י גובה למפרע, ויכול כבר להקדישו מהשתא, מ"מ הפירות של הלואה, כיון דיש לו רק קנין שעבוד למפרע, ולדבריו נמצא דיסוד המחלוקת של אביי ורבא הוא אי אמרי' דהקנין של השעבוד חייל למפרע או לא.

ויש להביא ראיה לזה מדברי הרמב"ן, דהנה ברמב"ן במלחמות כתב לבאר בתי' ב' דאף לאביי בעי' לאוקמי מתני' במעכשיו, כיון דבגוי ליכא דין למפרע, כ"ש מהא דליכא דין קנין משכון בגוי, ואי נימא דדין למפרע אינו שייך לקנין שעבוד, אלא דהגביה חלה למפרע, מה ענין הא דליכא דין קנין משכון בגוי לדין למפרע הוא גובה, וע"כ דכל דין למפרע הוא על הדין שעבוד, וכיון דליכא דין קנין משכון כ"ש דליכא קנין שעבוד, אלא רק ערבות, ולכך ליכא דין למפרע הוא גובה.

ועוד יש להביא לזה ראיה מדברי הקצוה"ח סי' קט"ו ס"ק ה' דכתב דאף לפי הרי"ף והרמב"ם דמלוה ע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר, השטר קודם, משום דדנין את השעבוד כנכסים משועבדים, מ"מ כ"ז רק משעת הגביה, ולא משעת ההלואה, כיון דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה, [ונפק"מ באופן דהשבח נעשה קצוב בזמן הגביה, ע"ש], וצ"ב הרי אף רבא מודה דהנכסים משועבדים מזמן ההלואה, וכל הנידון אי נעשה בעלים גמור למפרע, [וכנראה דזה כוונת הברוך טעם שם], ומוכח דס"ל לקצוה"ח דלרבא איכא חסרון אף בקנין השעבוד עד זמן הפרעון.

אולם הדברים תמוהים, דהא מבואר בגמ' דמהני למפרע לענין חמץ לקולא, דבמשועבד החמץ לגוי מותר בהנאה, וק' דהרי אף לאביי הוא בבעלות ישראל, [ובקה"י שם הרגיש בזה ולא נתבאר כוונתו, ועי' באבני נזר או"ח סי' של"ב דהאריך נמי כיסוד הקה"י, וע"ש מה דביאר לענין איסור ב"ן], וכמו"כ מדברי התו' בגיטין מוכח דאינו כן, דהא כתבו דלאביי לא מצי הלהו להקדיש קדוה"ג, ולדבריהם צ"ב אמאי לא מצי מקדיש, [ועמד בזה באבני"ז שם], וצ"ע.

ומו"ח שליט"א אמר לי דהגר"ד זצ"ל נמי אמר לבאר כן לדין למפרע, ואמר דנפק"מ לקנין כספו, דאם המלוה כהן אין העבד אוכל בתרומה למפרע, ובהא דחמץ אמר הגר"ח שליט"א דודאי לא מהני לקולא לפוטרו מבל יראה, אולם מהני הא דחייל השעבוד למפרע דלא יחול איסור חמץ, כיון דחמץ מפקיע מידי שעבוד.

[ט] ידוע קו' הגר"ח בהא דגיטין כ' ב' דבעא רבא מדר"נ נתן לה טס של זהב וא"ל התקבלי גיטך והתקבלי כתובתך מהו, וא"ל ר"נ נתקבלה גיטה ונתקבלה כתובתה, ותמה הגר"ח דלאביי דלמפרע הוא גובה, הרי גובה כתובתה למפרע, ונמצא דהגט משל אשה ולא משל בעל, והנה מרא דשמעתתא התם הוא רבא, ועוד דהתם מיירי במטלטלין, וכן לדברי הגרש"ש הרי אף לאביי חשיב גט משל בעל.

אולם בעיקר הקו' מצינו עוד ישוב בזה, דהנה בחזו"א אהע"ז סי' נ"ו ס"ק ט"ז כתב דחייל שעבוד נכסים מסיבת החיוב, ובסו"ד במוסגר כתב לדון דמה"ט לא יהא דין למפרע בכתובה, ונראה דהסברא בזה דכל הדין דלמפרע הוא מחמת דאיכא קנין שעבוד כבר מתחילה, אבל בסיבת החיוב אעפ"י דאיכא שעבוד, מ"מ אינו מדין קנין שעבוד, אלא רק מדין ערבות, ולהכי לא אמרי' בכה"ג למפרע הוא גובה, ולכך חשיב דהגט משל בעל.

ועי' ברע"א ב"ק ל"ג ב' בגליון הש"ס דכתב דכיון דפ"נ קנסא, לא שייך למפרע, כיון דליכא דין קנס עד פסק ב"ד, ועי' בחי' הגרנ"ט סוף ב"ק דהעיר דהא איכא שעבוד נכסים מזמן הנגיחה, ונימא למפרע הוא גובה, וע"כ כנ"ל דמ"מ לא שייך בזה דין למפרע הוא גובה.

י' עי' בסוגיא דב"ב קכ"ה א' וברשב"ם, ומבואר שם דקו' הגמ' על ר"נ אמאי גבו קרקע אין לו, הא אביי ס"ל דלמפרע הוא גובה, והנה אי נימא דאף לאביי הזמן שקודם הפרעון הוא של הלוח, א"כ מדוע דיחשב מוחזק, הא מבואר בגמ' גיטין סו"פ השולח דלמ"ד ק"פ כקנה"ג אינו נוטל פ"ש כיון דבחי אביו היה קנוי הקרקע ללוקח, אע"ג דעל הזמן שאחר היובל הגוף של המוכר, ויש לפלפל בזה.

מכאן ולהבא הוא גובה

א' בדינא דרבא אי פליג לגמרי על דינא דלמפרע נמי מצינו ג' שיטות בראשונים - א) עי' בבעה"ת דכתב דמלישנא דרבא משמע דאף לרבא מהני מכירת המלוה אחר זמן הפרעון קודם הגביה, והביא הבעה"ת דהר"י ברצלוני תמה ע"ז דהא בעי' שומא, ובאמת דבסמ"ע ק"ג י' הק' כן, ועי' בנתה"מ שם סק"ח דתי' בפשיטות דכל הנידון הוא דהיכא דמכרה אחר זמן הפרעון וגבה לבסוף אחר שומא בבי"ד מודה דרבא דמהני המכירה למפרע מזמן הפרעון, אבל ודאי דגביה בלא שומא לא מהני, וצ"ע קו' הר"י ברצלוני, וכבר עמד ע"ז בתומים שם סק"ו, וכתומים ביאר דכוונתו להק' אמאי מבואר בגמ' דאין אוכל המלוה פירות רק מיומי דמשלם אכרזתא, הא למפרע הוא גובה, ודבריו תמוהים דהא מבואר להדי' בתו' ב"ק ל"ג ב' דאף לאביי לא מהני למפרע לענין אכילת פירות, ולכא"ו צ"ל דהר"י ברצלוני נקט דלהך שיטה דרבא מודה דחייל המכירה משעת הפרעון, אינו משום דחייל למפרע, אלא כיון דהתנאי היה דאם לא אפרע עד זמן פלוני גבה מנכסי, הרי"ז נעשה ממילא כגבוי אצלו לגמרי מזמן הפרעון, ומשו"ה יכול המלוה מיד למכור, וע"ז תמה הר"י ברצלוני דהא בעי' שומא, ועי' להלן בדברי הרמב"ן. ב) עוד הביא הבעה"ת מהעיטור בשם ר"ח לדייק מלישנא דרבא דהשתא הוא דקא קני, דמשמע דקונה בזמן הפרעון, והעמיד הר"ח לדינא דרבא במשכון, ועי' בגדו"ת דתמה דהא מבואר בגמ' דפלוגתא דאביי ורבא שייך בדינא דמתני' אף לולי האוקימתא דהרהינו, והגמ' דחי' דמיירי בהרהינו, ולר"ח עדיין תקשי דהא רק בהרהינו פליגי. ג) אולם הביא הבעה"ת מהרמב"ן דאין לדייק מלישנא דרבא, כיון דטעמא דרבא משום דמצי לסלוקי בזוזי, ממילא כ"ז שלא הגבוהו ב"ד אינו קונה, והנה למאי דנתבאר לעיל בדעת הר"י ברצלוני דלאו מדין למפרע הוא דמהני המכירה, אלא דנעשה כגבוי, הרי מיושב היטב קו' הרמב"ן, ומדברי הרמב"ן ע"כ מוכח כדברי הנתה"מ דמדין למפרע אתינן עלה.

ב' והנה הרמב"ן סיים בסו"ד "וכן כל הסוגיא מוכחת בכל מאי דמקשינן ומתריצין בה" והיינו דאי נימא דאיכא גוונא דרבא מודה, מאי פריך הגמ' מדינא דיתומים שגבו קרקע ומדינא דנכרי שהלוח את ישראל על חמצו, נימא דמיירי דגבו אחר זמן הפרעון ובכה"ג מודה רבא, [ועי' להלן אות ד' עוד קו' מהסוגיא ביבמות]. והנה הר"י ברצלוני הביא בשם איכא מ"ד לתרץ דלא נתקנה שומא אלא ברוצה להחזיקה לעצמו, אבל לאחרים אי"צ שומא, והנה לדבריהם מיושב היטב קו' הרמב"ן אמאי לא משני דמיירי אחר זמן פרעון, דהא כיון דלא מכררה לאחרים אינם זוכים בקרקע ללא שומא וגביה.

והנה בפשוטו משמע מלשון הרמב"ן דפליג אף על דינא דר"ח לגבי משכון וס"ל דאעפ"י דהוא בידו, מ"מ אינו ברשות מלוה כ"ז שיכול לסלקו בזוזי, ועי' בשו"ע ק"ג ס"ו דדיעה קמא ס"ל דלא מהני מכירת המלוה עד שיפסקו ביי"ד, אפי' במשכון ובאפותיקי, אולם הביא השו"ע די"א דבעבר הזמן או דמשכונה בידו יכול למכור, והיי"א הוא דעת בעה"ת, ולפי"ז מבואר דאף בלא משכון לא בעי' פסק ביי"ד, ודלא כר"ח, אולם עי' בביאור הגר"א סק"י ח דהגיה והיא משכונה, והיינו דמיירי רק בגוונא דמשכון, ובאמת דבתחילת דברי התרומות שם כתב להדי' בביאור

הסוגיא דמיירי "שמכר המלוה קרקע שמשכן לו הלואה", אולם לדברי התומים והנתה"מ אף בלא משכונה מודה רבא דמזמן הפרעון אמרי' למפרע הוא גובה, וכנ"ל מהרמב"ן.

ג] ובעיקר דברי רבא - עי' בתו' גיטין מ' ב' ד"ה הקדש דהק' אמאי מבואר בגמ' דהקדיש מזיק לשור תם אינו קדוש, הא קדוה"ג מפקיע מידי שעבוד, ותי' דכיון דאינו יכול לסלקו בזווי אפי' לר"י, מודה רבא דלמפרע הוא גובה, ועי' במהרש"ל דכוונת תו' דאף לר"י דיושם השור לא מצי המזיק לסלקו בזווי, אולם במהרש"א חלק דודאי לר"י מצי המזיק לסלקו בזווי, וכוונת תו' דהלוקח אינו יכול לסלקו בזווי, וסגי בהא דאף לרבא חייל למפרע, נוצ"ע דא"כ באפותיקי מפורש דק הלוקח אינו יכול לסלקו והלואה יכול לסלקו מודה רבא דלמפרע הוא גובה, ועי' בק"ר שם דתמה דהא לאביי מבואר בתו' שם דשעבוד מפקיע מידי הקדש, והרי מבואר בתו' שם דמתני' מיירי באפותיקי מפורש, ומ"מ לרבא מהני מה דשחררו להפקיע מידי שעבוד, עוד יש לציין בזה.....].

והנה בתו' שם אח"כ כתבו דלאביי דלמפרע הוא גובה קדוה"ג נמי לא מפקיע מידי שעבוד, והק' עי' תו' דא"כ בהא דקניא מיתנא אמאי מפקיע מידי שעבוד, הא כיון דלא מצו לסלקה בזווי, מודה רבא דלמפרע הוא גובה, ואינו מפקיע מידי שעבוד, ותי' תו' דשאני התם דיכולים להשתמש באיצטלא לעשות כל חפצם, ואם מכרוהו אין מוציאין מיד הלוקחות אלא מסלקו לה בזווי, ולכך מפקיע מידי שעבוד, והיינו דכל דיכול למכור הוי כמו דמצו לסלקו בזווי, והנה לאביי דאף ביכול לסלקו בזווי אמרי' דלמפרע הוא גובה, הרי אעפ"י דאם מכרוהו אין מוציאין מיד הלוקחות, מ"מ אמרי' למפרע, ולפי"ז יל"ע דהרי כיון דמת הבעל חשיב דהגיע זמן הפרעון של הנכסי צ"ב, וא"כ הרי מוכח להדי' מהגמ' דלרבא לא אמרי' למפרע הוא גובה מזמן הפרעון, וצ"ע להשי' דרבא מודה בהגיע זמן פרעון, ושור' דלק"מ דלא חשיב דהגיע זמן פרעון אלא בתובעת נכסי צ"ב, אבל כ"ז דנוטלת מזונות אין לה צ"ב, ולכך לא חשיב דהגיע זמן פרעון, [וע"ע אמרי בינה גב"ח סי' י"ט].

ובעיקר הדין דמודה רבא באינו יכול לסלקו, מצינו נמי בתו' הרא"ש יבמות ס"ו ב' דכיון דא"א לסלק האשה מנכסי צ"ב בזווי מודה רבא דלמפרע הוא גובה, ויוצא העבד בשן ועין לאשה, ע"ש.

ד] בדין למפרע במטלטלין דנו בזה הראשונים - דהנה הגמ' מייתי ראייה לאביי ממתני' דנכרי, ועי' ברש"י ד"ה תנן דס"ד דמתני' מיירי באמר לו אם לא אפרע לך בא וגבה מביתי חמץ זה, ולכאור' כוונת רש"י דמיירי בייחד לו חמץ מסויים לפרעון, ובפשוטו נראה דטעמא דהוצרך רש"י לפרש כן, משום דמיירי במטלטלין, וס"ל דבמטלטלין ליכא שעבוד אף מדאור', [וכפשטות לשון רש"י ב"מ ס"ז ב'], ובלא אפותיקי ליכא דין שעבוד, ולא שייך לומר למפרע, ולפי"ז מבואר דאעפ"י דאין מוציאין אפותיקי במטלטלין מלקוחות, מ"מ שייך בזה דין למפרע.

ועי' בבעה"ת דהביא מהר"י ברצלוני דיש דתי' על קו' הראשונים דהא בעי' פסק בי"ד, דפלוגתא דאביי ורבא מיירי רק במטלטלין, ותמה עליהם דהרי הגמ' מייתי ראייה מדינא דרמב"ח דמיירי בקרקע.

ועי' ברמב"ן במלחמות דביאר בדרך קמא דבהו"א ס"ל לגמ' דשייך דין למפרע גם במטלטלין, כיון דמיני' איכא שעבוד, אבל למסקנא גם לאביי לא אמרי' למפרע במטלטלין כיון דאין מוציאין מיד הלוקחות, נוצ"ב דהא לאביי אמרי' למפרע אעפ"י דמצי לסלוקי, דמ"מ כל דלא סלקו אמרי' למפרע, וא"כ ה"ה לגבי מטלטלין נימא דאעפ"י דבמכר אין מוציאין, מ"מ כל דלא מכר למפרע הוא גובה, וצ"ל דס"ל דגדר התקנה דהפקיעו לגמרי את השעבוד, ואין לו אלא זכות גביה, ולכך לא שייך בזה דין למפרע, ועי' להלן באופ"א].

אולם בדרך הב' נקט הרמב"ן דלעולם איכא דין למפרע גם במטלטלין כיון דמדאור' איכא שעבוד גם על מטלטלין, ונידון הסוגיא בגוי, דכמו דאין קנין משכון בגוי, ה"ה דליכא קנין שעבוד בגוי, ע"ש, ועי' בחי' ר"ד דביאר דאעפ"י

דמדרבנן ליכא שעבוד מטלטלין, מ"מ לענין איסור חמץ דנין לפי הדא' ולא לפי הדרבנן, ע"ש, וע"ע מהרש"א בתחילת הסוגיא דנקט דאיכא דין למפרע במטלטלין.

והרמב"ן בתו"ד כתב לבאר עוד דמיירי במשעבד מטלטלין אגב קרקע, וכ"כ בחי' הר"ן, [ולכא' אי נימא כקצוה"ח סי' ק"ז סק"ז דאגב מהני רק למיעבד קול, [וע"ש דטעמא דלא מהני מעיקר הדין כיון דמכאן ולהבא הוא גובה, וצ"ע כוונתו], עדיין קשה מה שייך בזה דין למפרע].

[נאמר בחבורה בעזה"י]

א) בעיקר טעמא דרבא דלא אמרי' למפרע כיון דמצי לסלוקי בזווי, בפשוטו כוונת רבא דכיון דאיכא ספק אם יבא לידי פרעון ליכא דין למפרע, ויל"ע דהא מבואר בתו' גיטין מ' ב' דבשור תם לכו"ע אמרי' למפרע כיון דלא מצי לסלוקי, וק' דבאופן דהשור תם שוה יותר מתשלומי ח"נ, הרי אין ידוע איזה חלק מהשור הוא יגבה ועדיין שייך לומר מכאן ולהבא הוא גובה, וע"כ מוכח דרך לענין זווי אמרי' לטעמא דמצי לסלוקי, וצ"ב.

ב) וי"ל דיסוד דינא דאביי הוא דכיון דאיכא קנין שעבוד נכסים משעת הלואה, אמרי' דהגוביינא שמכח השעבוד חיילא למפרע, כיון דהקנין שעבוד כבר היה משעת הלואה, אולם רבא ס"ל דכיון דכל השעבוד הוא רק עד כמה שלא ישלם, נמצא דכל זמן שלא הגיע הזמן דאינו משלם, ליכא דין קנין שעבוד, אלא דהנכסים ערבים על החוב, ולכך לא שייך לומר למפרע הוא גובה, אולם היכא דאיכא דין ודאי גביה מהשור, לא אכפ"ל דאיכא ספק מאיזה חלק הוא יגבה מהשור, [ולעיל נתבאר כן עוד לגבי קו' הנתה"מ מזוכה בנכסי הגר].

ג) ובזה מיושב קו' הרמב"ן על השי' דמזמן פרעון מודה דרבא דלמפרע גובה, דהא עדיין מצי לסלוקי בזווי, ולהנ"ל א"ש היטב דיסוד דינו של רבא הוא דהקנין שעבוד לא חייל כ"ז דלא נקבע עליו הדין דיכול לגבות מהקרקע מחמת דאינו משלם, אולם אחר זמן פרעון הרי כבר חל על הקרקע דין קנין שעבוד, כיון דאינו משלם, ולכך שייך בזה דין למפרע הוא גובה.

ד) וא"ש דברי הרמב"ן במלחמות דאף אביי מודה במטלטלין דליכא דין למפרע כיון דבמכר אינו מוציא מיד הלקוחות, ונראה כוונתו דדוקא לענין טענתו של רבא דמצי לסלוקי שפיר ס"ל לאביי דמ"מ על הצד שלא ישלם כבר חייל מהשתא דין קנין שעבוד, וליכא שום קלישות על הצד דיחול דין שעבוד, אבל במטלטלין, הרי גם על הצד דלא ישלם איכא ריעותא בקנין שעבוד, ולכך ליכא בזה דין למפרע, דבזה מודה אביי לסברא דמצי לסלוקי.

אולם אף דהדברים נכוחים אינם נכונים, דהרי הרמב"ן כתב דגם לאביי בעי' לאוקמי לברייתא בהרהינו, כיון דהוי מטלטלין, וק' דבאופן דהרהינו הרי אין הלוח יכול למוכרו כיון דאינו ברשותו, וא"כ שוב נימא למפרע הוא גובה, ואמאי הלוח עובר בב"י, וע"כ כמו דנתבאר לעיל דכוונת הרמב"ן להוכיח דאיכא ריעותא בשעבוד מהא דאין מוציאין מלקוחות, ולכך לא אכפ"ל דבפועל אינו יכול למוכרו.

דינא דרמי בר חמא

ל"א א'

א) רש"י ד"ה באחריות - שישלם לו ראובן זה מעותיו לשמעון. ומבואר דהאחריות היא על דמי המקח, ולא על הקרקע, ועי' בהגהות אמרי ברוך ריש סי' קט"ז דציין לדברי רש"י כתובות מ"ד א' ד"ה דינא וקדושין כ"ו א' ד"ה רב אשי דמבואר להדי' דהוא תביעה על הדמים הכתובים בשטר, ועיקר הדבר כבר עמד בו בחי' הגרי"ז הל' שכנים

דהוא מדין ביטול המקח, ודייק כן מלשונות הרמב"ם דטרפת בע"ח הוי ביטול מקח וחייב להחזיר לו את המעות מדינא, וכתב הגר"ז דיש בזה נפק"מ למה דמבואר במ"מ פכ"ה מו"ל ה"ז דהוקר או הוזל אזלי' בתר שעת טירפא, וכתב דלדבריו אינו כן, והביא מקצוה"ח קי"ז סק"ב דהוא ט"ס במ"מ.

(ב) וצ"ע דהנה בשו"ע סי' קט"ז ס"א פסק דלעולם אזלי' בתר טובת הלוקח, ולכך אם הוקרה הקרקע גובה הלוקח מהמוכר כשעת הטירפא, ואם הוזלה הקרקע גובה מהמוכר כשעת המקח, ועי' בש"ך דהביא מהמ"מ דבהקרה והוזלה אינו משלם כשעת המקח, אלא כשעת הטירפא, ועי' כתב הקצוה"ח להוכיח מתו' ב"ק ט' א ד"ה משהחזיק דבהוזלה משלם כשעת המקח כדי שלא יהא הפסד ללוקח, ולכך כתב הקצוה"ח דיש ט"ס במ"מ, אולם כ"ז לגבי הוזל, אבל לענין הוקר מודה המ"מ וכדנפסק בשו"ע דאזלי' בתר שעת הטירפא, וצ"ע דזה סותר ליסוד הנ"ל, דכיון דהאחריות היא על דמי המקח, אינו צריך לשלם לו כשעת היוקר. [ובאמת דדינא דהוקר הוא גמ' מפורשת בכתובות צ"א ב' בסוגיא דסלוקי בזווי דפליגי בגמ' אי טורף באלף או בחמש מאות, ומבואר בתו' שם ד"ה והלכתא וביתר ביאור בתו' הרא"ש שם דטעמא דחמש מאות משום דלא חשיב שבח, אולם אי הוי חשוב שבח לכו"ע באלף, ומבואר להדי' דאזלי' בתר שעת היוקר].

(ג) אולם הנה לשונו של הגר"ז "ולא רק משום חיוב חדש" ומבואר דודאי איכא נמי חיוב אחריות מחמת מה דקיבל עליו, אלא דחידש הגר"ז דמלבד ההתחייבות איכא דין אחריות מדינא מדין ביטול מקח, ונפק"מ להוזל דמצד ההתחייבות חייב לשלם לו כשעת הגביה, אולם כיון דבטל המקח מדינא צריך לשלם לו כפי שעת המכר, אבל בהוקר הרי ודאי חייב לשלם לו כפי שעת הטירפא, מחמת ההתחייבות, וא"ש דינו של השו"ע.

(ד) והנה בגמ' מבואר דהבע"ח טרף את הקרקע ופייסו' בזווי, אולם עי' ברמב"ם פ"א מו"ל ה"י דכתב "ובא בעל חוב של ראובן לטרוף משמעון השדה ופייסו' שמעון במעות וכו'" ומבואר דלא גבה אלא דרצה לגבות ופייסו' בזווי ולא גבה, [וכן מבואר ברמב"ם פ"ח מו"ל ה"ח לגבי גביית קרקע מהבע"ח], וצ"ב לפי הגר"ז דכל טענת האחריות הוא משום ביטול מקח, הרי באופן דפייסו' בזווי ולא סלקו, הא לא היה ביטול מקח, ומדוע איכא חיוב תשלומי אחריות על המוכר, אולם להנ"ל א"ש דאף להגר"ז איכא חיוב אחריות מחמת ההתחייבות, ובהתחייבות נכלל דהוא ישלם לו את מה שיפסיד מחמת המקח, ולכך בסילק את הבע"ח בזווי חייב לשלם לו.

(א) שם - ולא היו לו עוד נכסים על דבר אחריות זה. ומדויק מרש"י דהקרקע גופה של המקח נמי משועבדת לאחריות, אלא דאין לו עוד נכסים לאחריות המקח מלבד קרקע זו, ועי' אבי עזרי' פ"ח מו"ל דהאריך להוכיח כן מכ"ד, וביאר הדבר עפ"י"מ דיסד בכ"ד דיסוד דין אחריות במקח אינו על הדמים, אלא על השדה, דיש לו חיוב בהעמדת המקח, ומדין מ"ל הן מ"ל דמיהם יכול ליתן לו דמים תמורת הקרקע, ולכך שייך לומר דגם על הקרקע של המקח חייל שעבוד להעמדת המקח, אבל לפי הגר"ז דהוא אחריות על דמי המקח לא שייך לומר דהקרקע של המכירה משועבדת, דהרי כל האחריות היא על המכירה, וכשהקרקע בידו היא שלו, עכתו"ד.

(ב) אלא דא"כ יש לתמוה מדוע מבואר בגמ' דטעמא דגובה את הקרקע מהיתומים הוא רק מדין למפרע או מדין שדר"נ, תיפו"ל דקרקע זו גופה משועבדת למקח, [ובדברי רש"י יתכן דזה גופא כוונתו מחמת מסקנת הגמ' דאיכא דין שדר"נ], והגרא"ג שליט"א כתב במכתב בשם אבי עזרי' זצ"ל [עי' ספר תוספת כתובה] דכיון דהשדה משועבדת לבע"ח דהאב מקודם, והרי בע"ח מוקדם שגבה פקע השעבוד מהבע"ח מאוחר, אף אם ימכרנו לאחר, וכיון דגבה הבע"ח את הקרקע מהלוקח הרי פקע שעבודו של הלוקח על השדה לאחריות המקח, ואעפ"י דסלקו אין חוזר שעבודו, ולכך בעי' לדין שדר"נ, אלא דא"כ יש לתמוה מה מועיל הא דלמפרע הוא גובה וכן שדר"נ, הרי כבר נפקע שעבודו

של המוכר מחמת הזקיפה על השדה, וכן פקע שעבודו של הלוקח על השדה לאחריותו, ולא שייך בזה דין למפרע ולא דין שדר"נ, [ומבואר ברמב"ם להדי' דמיירי דהגבוי ליתומים את הקרקע המשועבדת להבע"ח, ועי' מ"מ שם], עכתו"ד, אולם אי נימא דבאמת כשפייסו בזווי ליכא דין גביה, א"ש דעדיין לא פקע השעבוד, ושמעתי משמי' דהגאון הגדול ר"מ אטיק שליט"א דהוכיח מהכא ומעוד כ"ד, דאעפ"י דבע"ח מאוחר אינו מוציא מלוקח דבע"ח מוקדם, מ"מ לא פקע שעבודו של הבע"ח מאוחר, וכשבא לידו שפיר הדר דין שעבוד של המאוחר, ויכול לקיים לדין שעבודו, וצ"ע בכ"ז.

ג) עוד יש לתמוה בעיקר הסוגיא, איך יכול לפרוע ליתומים את חובו בקרקע המשועבדת, הרי כמו דאם יפרע הלוקח למוכר את חובו בשדה משועבדת, כשיבא הבע"ח ויטרוף בטל התשלום, ה"ה נימא דכשהוא עצמו גובה את הקרקע מחמת דהוא בע"ח דהאב בטל התשלום שלו ליתומים, ועי' היטב בחזו"א ליקוטים סי' ז' ס"ק י"ח דכתב דודאי אם יבא בע"ח דאבוהון ויטרוף את הקרקע שפרע להם הלוקח דבטלה פרעונו, כיון דהפורע שדה בחובו היא באחריותו, וא"כ מודע בגובה בחובו מהני, ומוכרח דכל דהוא חוב שהם חייבים לו ודאי דאינו בכלל אחריותו, ועי' היטב כע"ז בחזו"א ב"ק סי' ג' ס"ק י"א, ואכ"מ.

רש"י ד"ה וזקפן - וכתב לראובן שטר. וצ"ב הרי לזקיפה לא בעי' דוקא שטר, ועי' בקצוה"ח סי' פ"ה סק"ו דביאר דכתב כן דלמסקנא, וס"ל דל"ש שדר"נ רק בשעבוד בשטר, ויש להוסיף דגם להו"א דקאי כאביי א"ש, דהא מבואר ברש"י בתחילת הסוגיא דבמלוה ע"פ ליכא דין למפרע הוא גובה.

רש"י ד"ה ומת - ופייסיה וכו' באותן המעות. ועי' ברש"י בכתובות ד"ה ופייסיה דהוסיף "שבאחריות מכרה לו" ועי' במהרש"א דהק' אמאי לא ביאר כפשוטו דסלקו משום דרוצה את הקרקע, ותי' המהרש"א דדוקא לוקח באחריות יכול לסלק, אבל לוקח שלא באחריות אינו יכול לסלק, ובמהרמ"ש תמה דהא רמב"ח ס"ל דלוקח לא מצי לסלק כלל, ולכך נקט ופייסי', דבלא"ה אינו יכול לסלקו, אולם עי' תו' ב"מ צ"ה א' ד"ה הניחא דמבואר דרמב"ח הודה לרבא דלוקח מצי מסלק.

א) רש"י ד"ה דינא הוא - אבל על מעות שלא היו בעין וכו'. וצ"ע דהא בגמ' מבואר דטעמא משום דחוב הוי מטלטלין, וכן ביאר רש"י בכתובות ד"ה מטלטלי, ומדוע רש"י הכא ביאר טעם אחר משום דאינו בעין, ומשמע דאילו היה בעין היה חל שעבוד, והא קיי"ל דאף מטלטלין דיתמי בעין לא משתעבדי, ועי' בבית מאיר כאן דעמד בזה, ותי' דרש"י בא לבאר דאף באופן דשעבד את השטר אג"ק נמי ליכא שעבוד, מפני שאינו בעין.

ב) ואולי י"ל עוד דס"ל לרש"י דכל מה דחוב נידון כמטלטלין הוא רק באופן דיגבה בסוף מטלטלין, אבל היכא דלבסוף גבה קרקע החוב נמי נידון כקרקע, וכל הטעם דלא חייל שעבוד מעיקרא על החוב, אעפ"י דלבסוף גבה קרקע, הוא רק משום דאינו בעין, ורש"י בכתובות לא הוצרך לבאר כן משום דקאי למסקנא דבאמת מיירי רק בגבה מעות, אולם לישנא דגמ' עדיין צ"ע, ואולי נימא כמבואר ברשב"א בקדושין על הסוגיא בכתובות דבאמת לאו דוקא הוא, וכוונת הגמ' דליכא שעבוד על חוב.

ג) עוד צ"ע על רש"י דאם אינו בעין אמאי יכול להקדיש חוב, ורש"י בכתובות ותו' שם דלרש"י כתב דאפשר לקנות חוב באגב קרקע, וא"כ אמאי לא חייל שעבוד על דבר שאינו בעין, ומה החילוק בין מכירה לשעבוד, וצ"ל דמ"מ ליכא סמיכות דעת על חוב, והוא כמו לקחת חוב למשכון.

תוס' ד"ה באחריות - שלא באחריות פשיטא וכו'. ובתו' כתובות צ"א ב' ד"ה ראובן כתבו בלשון קו' אמאי נקט באחריות, הרי גם במכרו בלא באחריות שייך דינא דסוגיין דהוי מטלטלין, וצ"ב הרי מבואר ברש"י בכתובות שם ד"ה ופייסיה דפייס את הנושה בחובו מחמת דאביהם היה חייב לו באחריות, והיינו דסילק את חובו לאב בחיוב האב על אחריות המקח, ולכך נתן את המעות ללוקח, אבל במכר שלא באחריות לא שייך האי טענה, וי"ל דכוונת תו' דיש ב' אופנים לטענת הלוקח, חדא דפורע חובו בחוב האחריות, ועוד יש לפרש דטענת הלוקח מדין שדר"נ, דכיון דהוא חייב דמי המקח למוכר, והמוכר חייב לבע"ח, משו"ה הוא פרע למלוה, וטענה זו שייך אף שלא באחריות.

שם - קמ"ל דלא חשיב ליה כתופס מחיים כיון דזקפן עליו במלוה. ומבואר דבכל מכר באחריות יכול לתפוס קודם שבא הבע"ח לטרופ ממנו, ויסוד דבריהם הוא עפ"י מה דמבואר בכתובות פ"ד א-ב דגם לר"ע דאין בע"ח גובה את החוב שחייבים ליורשים, כיון דהוי מטלטלין, מ"מ אם תפס מחיים מהני, והא דזקפן מהני, עי' בתור"פ דביאר דמיירי בזקפן ולא הגיע זמן פרעון, ולכך בעי' הוכחה דעיכבן לשם פרעון, וע"ע בתו' כתובות צ"א ב' ד"ה ראובן ב' תי' בזה, ועי' במהרש"א כתובות צ"א ב' דכתב לתרץ לקו' תו' באופ"א וכעין תי' תו' דהכא, ובק"ר שם תמה עליו איך מהני תפיסה מחיים, הרי ליכא חיוב אחריות עד אחר המיתה, וגרע מתפיסה תו"ז, ובאמת דזה קשה אף על מה דכתבו תו' בפסחים שם לבאר דבלא זקפן במלוה חשבינן הנך מעות כאילו הם מונחים בידו למשכון תחת השדה אם יטרפוה ממנו, וצ"ע, דל"ש דין משכון על דמי המקח, כ"ז דלא טרפו השדה ממנו, ובודאי אין לוקח יכול לעכב דמי המקח מחשש שמא יטרפוה ממנו, וצ"ע בכ"ז.

א) תו' ד"ה ופייסיה בזוזי - רבותא נקט וכו'. ועי' בשטמ"ק כתובות דהביא מהריב"ש דהיה קשה לתו' דאף באופן דלא סלקו בזוזי אלא דהבע"ח טרף את הקרקע נמי שייך דינא דסוגיין, וכ"כ במהרמ"ש, [ולול"ד י"ל בדוחק דתו' הק' אמאי נקט זוזי ולא קרקע].

ב) ולכאור' יש מקום לדון דבלא סלקו לא שייך כל דינא דסוגיין, דלא מבעיא לאביי דלמפרע הוא גובה, הרי ע"י הגביה בטלה המכירה מדין אינו שלו, והוי גביה מהלוח ולא מהלוקח, אולם אף אי נימא כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, הרי ביאר הגרי"ז דע"י הגביה בטל המקח, ובטל החיוב של הלוקח, ולא שייך בזה דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, אבל בסלקו בזוזי דמבואר ברמב"ם דפייסו בזוזי קודם הגביה, משו"ה ליכא ביטול מקח, ועדיין הוא חייב לו דמי המקח.

ג) ובאמת דבגליונות הגרש"ר על הגרי"ז [אש תמיד עמ' תקס"ג] ושיעורי הגרש"ר ב"מ ? הק' מסוגיין על הגרי"ז, דכיון דבטל המקח אין לו חיוב תשלומין על המקח, ואעפ"י דזקפו, הרי הזקיפה נמי בטלה, דהא לא זקף רק בשביל החוב, וא"כ איך גובין ממנו היתומים לדמי המקח, ובאמת דאף בלא דברי הגרי"ז צ"ע דהא מבואר בגמ' דדינא דרמב"ח קאי נמי כאביי, וק' הרי לאביי ודאי דבטל המקח, דאינו שלו, וא"כ אינו חייב כלל לדמי המקח ליורשים.

אולם אי נימא דמיירי בלא טרף א"ש, דליכא ביטול מקח, והא דחייב באחריות הוא משום דהא נתבאר דגם להגרי"ז איכא עוד דין אחריות מחמת התחייבות על המקח, וזה שייך גם על גוונא דפייסו בזווי.

אולם באמת דמסברא יש לדון דגם כשסילקו בזווי נידון כאילו טרפו וסלקו, [אולם לפי הר"ן ע"כ אינו כן, דהא בגבה קרקע חייל דין שדר"נ ופטור הלוקח - מו"ח שליט"א - אולם להבי"מ דלהלן בפ"י דברי הר"ן אינו ראייה], ועוד קשה דהא מ"מ מבואר בתו' דאינו כן ודינא דרמב"ח מיירי גם בטרף הבע"ח, וק' הא בטל המקח, ואין לו חיוב דמים ליתומים מצד המקח, וצ"ע בכ"ז.

(ד) ובתו' תי' דס"ד דבזווי יכול דכבר שילם את דמי המקח, בדמים שסילק לבע"ח, וצ"ב דהרי גם הך סברא תלוי בנידון אם מטלטלי דיתמי משתעבדי, ומה הרבותא בכה"ג, ובשטמ"ק שם כתב בשם הריב"ש דס"ד דבפייסי' בזווי ליכא חסרון דמטלטלי כיון דפרע חוב שלהם באותם מעות, וצ"ב איזה חוב סילק מהם, הא אינם חייבים לשלם לחוב האב ממטלטלין שירשו, ואולי כוונתם דס"ד מחמת דאיכא מצוה במטלטלין, וצ"ע.

עי' לשון הר"ח בתי' הגמ' דחייל דינא דר"נ בדינא דרמב"ח, וצ"ע כוונתו.

עי' מהרש"א דהק' דמוכח מהכא דליכא דין למפרע במטלטלין, ואילו לענין חמץ מבואר בגמ' דאיכא דין למפרע במטלטלין, וצ"ע מה הראיה הרי הכא איכא דין למפרע ולא מהני כיון דהוי מטלטלי דיתמי ואולי זה נכלל בתי' דהוא משום מחוסר גוביינא, וצ"ע.

ע"ע בסוגיא בכתובות צ"ב א' דשוב זכיתי ללמוד סוגיא זו, ונוספו בזה עוד דברים בעזה"י.

שעבודא דר"נ

(א) תו' ד"ה ופייסיה - רבותא נקט וכו'. עי' בר"ן בכתובות דתי' דאם גבה את הקרקע, אין ליתומים תביעה עליו, כיון דמדין שדר"נ שילם את חוב אביהם, וכדס"ל לר"נ דבע"ח חוזר וגובה מהם מדין שדר"נ, [ועי' להלן בק' רע"א על הר"ן] וכבר העיר הב"ח שם דבתו' הכא מבואר דפליגי על הר"ן דהא כתבו דהו"מ לאוקמי לסוגיין גם בטרף את הקרקע, דמ"מ אמרי ל' דהוי מטלטלין, וק' הא מהני מדין שדר"נ, [ואין לומר דתו' הק' לס"ד דטעמא דר"נ כדאביי, דהא תו' בכתובות נמי הק' כן, והתם הרי לא נזכר כלל לטעמא דאביי, ומשמע דהק' כן גם למסקנא].

(ב) ולכא' י"ל דס"ל לתו' דכיון דהקרקע היה משועבד מקודם כבר לבע"ח, ולגבי הגביה הרי חשיב כגובה מהלוה, וכמבואר ברש"י דלגבי הגביה איכא חסרון דאינו ברשותו, [וכה"ה לפי הגרי"ז], לא שייך בזה דין שדר"נ, דעד כמה דהלוקח טורפו אי"ז כספו של הלוקח, ואינו יכול לקבוע דיחול בפרעון דין שדר"נ לסלק חובו מהמוכר, ועוד יש לדון דאף אי נימא דלאו מדין ביטול מכירה אתינן עלה, מ"מ הרי הטירפא הוא גם מחמת השעבוד הראשון, ומהיכ"ת דיהא לשני זכות להגבות בזה את חובו, ושוב העירוני דבבית מאיר אהע"ז סי' ק"ג ס"ב כבר עמד בסברא זו, והוסיף דגם הר"ן מודה בזה, אלא דהר"ן מיירי באופן דסילק את הבע"ח דהמוכר בקרקע אחרת, ע"ש דהאריך בדקדוק לשון הר"ן.

(א) גמ' - אי פקח אידך מגבי וכו' ארעא וכו'. [עי' ברמב"ם פ"א מו"ל ה"י דהעתיק ללישנא דגמ' דמגבי להו קרקע], ועי' ברשב"א קדושין ט"ו א' סוד"ה ומיהו כתב דלא בעי' שיתן להם את הקרקע, אלא דטעין להו קרקע מגבינא לכו ומעכבנא לכו מדין הפוכי מטרותא ל"ל, ועי' היטב ברבינו דוד דכתב דלפי"מ דיסד דדין שדר"נ אינו כאילו לוי הוא הלוח, אלא דהוי כאילו גבה שמעון מלוי, וראובן גובה שמעון, א"ש לישנא דגמ' דאין כוונת הגמ' דנותן להם בפועל, אלא דמדין שדר"נ הרי"ז כאילו הגבה את הקרקע ליתומים, וכן הוא מדוייק בלשון הרשב"א, דאין כוונתו לומר בסתמא דהגמ' לאו דוקא, אלא דזה גופא כוונת הגמ', וע"ע בריטב"א בכתובות דהביא מהר"ש דכתב נמי דלאו דוקא הוא כיון דאיכא דין הפוכי, ע"ש.

(ב) אולם עי' בחי' רע"א בכתובות דהק' על הגמ' למאי בעי' שיתן את הקרקע ליתומים, הא מדין שדר"נ לעצמו יכול לעכב הקרקע לעצמו, [ויש להוסיף דהא מבואר ברש"י בדינא דרמב"ח דאילו היה הדין דמטלטלי דיתמי משתעבדי, היה יכול לעכב את הדמים לעצמו מדין שדר"נ], והוסיף רע"א דכמו"כ יש להק' על הר"ן דתי' לקו' תו' דנקט ופייסי' כיון דגבה הבע"ח את הקרקע איכא שדר"נ, דא"כ ה"ה נימא בפייסי' בזווי דינא דשדר"נ, ולמה בעי' להגבותם את הקרקע, ומדוייק מרע"א דלולי הר"ן היה מקום לומר דליכא דין שדר"נ רק בנתן להם את הקרקע, וע"ז הוכיח מהר"ן דאינו כן, וצ"ע מה הסברא לומר דבעי' דוקא דיגבו את הקרקע בשביל שיוכל להוציא מהם את הקרקע מדין שדר"נ, והנה בפשוטו לדברי הרשב"א בהשמטות בקדושין דבאמת כל דינא דר"נ הוא מדרבנן דמיחזי כקרקע דאבוהון, א"ש היטב דאם לא גבו היתומים את הקרקע לא מחזי כקרקע שלהם, [ומו"ח שליט"א ר"ל עוד דאף דהרשב"א כתב דבסוגיין לא בעי' שיפרע להם בקרקע, מ"מ בדינא דר"נ בעי' שהיתומים יגבו את הקרקע, ומשום דרק בגבו היתומים את הקרקע חייל על החוב דין קרקע, ויכול הבע"ח לגבות מהם מדין שדר"נ, אבל הלוח מעצמו אינו יכול להחליט דהוא יתן את הקרקע לבע"ח דהאב, [וכמבואר בחי' רבינו דוד], ומה"ט בדינא דר"נ הרשב"א מודה דאין הלוח יכול לשלם קרקע לבע"ח דהאב, ורק בסוגיין דמיירי דהוא גובה את הקרקע לאחריות מדין בע"ח דהאב, שייך דינא דשדר"נ בלא שיגבו היתומים את הקרקע, וצ"ע בכ"ז].

גמ' - אא"ב וכו'. עי' מהרש"א דלהו"א שאני גבו מטלטלין משום דמחסרי גוביינא ולא הוי כמאן דגבו מחיים, אבל לגבי חמץ דהוא איסור לא אכפ"ל דמחוסר גוביינא, וצ"ע אמאי באמת למפרע לא מהני לדונו כגבה מחיים, אלא דבאמת צ"ב מ"ט מטלטלי דיתמי לא משתעבדי נימא דלמפרע הוא גובה, והוי כגבה מהאב, ולכאור' מוכח מהכא דלא אמרי' למפרע הוא גובה אלא היכא דאיכא שעבוד בזמן הגביה, דכה"ג חייל הגביה למפרע, אבל אם פקע השעבוד בטל כל דין הגביה ולא שייך בזה דין למפרע, אולם א"כ צ"ע בהא דמבואר בתו' גיטין מ' ב' דלאביי שעבוד מפקיע מיד קדוה"ג, והק' הפנ"י דאדרבא כיון דחייל ההקדש, הרי פקע דין למפרע כיון דלא הגיע לידי גביה, וע"כ צ"ל דסגי במעשה גביה בשביל שיחול דין למפרע, וא"כ הדק"ל מדוע מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וצ"ע בכ"ז.

גמ' - שאני התם דאמר להו כי היכי וכו'. ועי' ברש"י דביאר דאמר להו מכח מי באתם וגבייתם וכו', וצ"ב לישנא דגמ' ולישנא דרש"י, הרי לו יצויר דלוי מכר את הקרקע ליורשים, הרי מסתברא דיגבה ראובן את הקרקע, כיון דמדין שדר"נ יש לו שעבוד על לוי, וכן באופן דגם ליתומים יש שעבוד עליו, אולם חוב האב קדם, וגבו את הקרקע בחובם, הרי למ"ד דבע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה, דמסתברא דיכול הבע"ח להוציא את הקרקע מהיתומים.

ומשמע דבאמת אם היו ללוי ב' קרקעות וא' קנו יורשי שמעון, וא' גבו יורשי שמעון ממנו, דאין הבע"ח גובה רק מהקרקע שירשו, ולא מהקרקע שמכר, וצ"ב הא בעלמא אינו כן, ולוה שמכר בטל שעבודו, וצ"ע בכ"ז.

דעת תו'

(א) תו' ד"ה משתעבדנא - וא"ת גבי מטלטלין וכו' ונראה לר"י וכו' חשבינן ליה כאילו היא בידו וכו'. עי' ברבינו דוד דביאר לקו' הגדר דין שדר"נ דנעשה לוי לזה של ראובן, וא"כ אף גבי מטלטלין נימא הכי, וכן מבואר במהרש"א.

(ב) והנה יש לדון על מה קאי קו' דהנה בדינא דר"נ דיתומים שגבו קרקע, לכאור' י"ל דהיכא דגבו מטלטלין ודאי דאין מוציאין מהם, דאף דראובן יכול להוציא מלוי, מ"מ כל דבאו המטלטלין ליד היתומים, הוי מטלטלי דיתמי, ואף דהיו משועבדים לשמעון, מ"מ לא גרע ממטלטלין שהיו ברשות שמעון לגמרי, ומת דאין מוציאין מהיורשים, ולכאור' ע"כ צ"ל דלפי הצד דנקט בקו' דלוי נעשה לזה של ראובן, ונקט בקצוה"ח סי' פ"ו סק"א דשמעון אף לא מצי לסלוקי בזווי, הוי גביה שלא כדין, ומשו"ה אינו נידון כמטלטלי דיתמי, ועדיין נידון כגובה ראובן את שעבודו על לוי.

ועוד יש לבאר דקו' תו' על דינא דרמב"ח דכיון דס"ל לדין שדר"נ, הרי כשסילק את הבע"ח בזווי יאמר ליתומים דשילם את חובו ליתומים מדין שדר"נ, ולא שייך בזה דין מטלטלי דיתמי, כיון דלא באו המטלטלין לידם, וכן נראה מריהטת לשון המהרש"א דע"ז קאי קו', [וקצ"ע דהו"ל להק' כן על מתני' דכתובות פ"ד א'].
ועוד יש לבאר דקו' על דינא דרבא כיון דהוי כלוה לוי מראובן נמצא דהוא חייב לעצמו, וממילא נפקע החוב, וא"כ

אף אם אין לו קרקע נמי שייך דינא דשדר"נ.

(ג) ועי' ברבינו דוד דתירץ דאין הגדר דשדר"נ דאין ליתומים כח כלל, דודאי אין לראובן על שמעון יותר משעבוד, והשעבוד שיש לשמעון על לוי הוא שלו, ויורשיו יורשין אותו, וכשמת, אם דינו של החוב להיות מטלטלין, כגון דלוי פרע להם המטלטלין, נעשה החוב מטלטלין אצל בניו ואין ראובן יכול להוציא מהם, אבל כשפרע לוי בקרקע נידון כקרקע, אלא דלולי חידושו של ר"נ, אף בשילם לוי קרקע אמרי' דהוי כנכסי דקנו יתמי, כיון דמכאן ולהבא הוא גובה וחשיב דהיתומים הם דהחזירו את החוב ממטלטלין לקרקע, אבל כיון דנתחדש בדינא דר"נ דקודם הגביה נמי אית ליה לראובן שעבוד על היתומים, נמצא דתחת רשותו של ראובן נעשה ממטלטלין לקרקע, ונידון כקרקע מתחילתו, [ומצינו כעין לשון ר"ד ברמב"ן ב"ב קכ"ה ב', ואכ"מ].

(ד) אולם כתב ברבינו דוד דבתו' תי' באופ"א, והיינו דהא בתו' כתבו דדוקא לגבי קרקע דאם לוי מכר את הקרקע שמעון מוציא מיד הלקוחות שייך דין שדר"נ, אבל לגבי מטלטלין דאין שמעון מוציא מיד הלקוחות של לוי אינו חוזר וגובה, [ויל"ע על תו' דא"כ מוכח מר"נ אליבא דר"נ דש"ד, דאל"כ הרי גם בקרקע מהני מכירה מדאור', וצ"ע].

אולם במהרש"א כתב דבתו' תו' נתחדש דאינו נידון כאילו הוא בע"ח דאבוהון היה חייב לו, אלא דחשבינן כאילו הקרקע המשועבדת היה כבר בידו של ראובן, מחמת השעבוד של שמעון על הקרקע, משא"כ במטלטלין דליכא שעבוד, והק' המהרש"א דהא דינא דשדר"נ נאמר גם במטלטלין, ותי' דהתם הוא רק לענין דלא מצי א"ל לאו בעד"ד ידידי את, עכתו"ד.

אולם מדברי רבינו דוד מבואר דתו' לא הדרו בהם מעיקר היסוד בגדר דין שדר"נ, וכן באמת מדויק בלשון תו' דכתבו רק דהחילוק הוא משום דבמטלטלין לא מהני מכירה ולכך לא חשיב כאילו בא ליד ראובן, ולא כתבו לעיקר

הסברא דהדרו בהו בגדר דין שדר"נ, ואף אי נימא דחשיב כבאו לדי ראובן, אבל מ"מ הוי מטלטלי דיתמי, נולדברי המהרש"א אולי י"ל דכוונת תו' לבאר דהא מבואר בסוגיא בכתובות דלר"ט מטלטלין דלא באו ליד היתומים ליכא בהו דין מטלטלי דיתמי, ולחלק מהראשונים ר"ע נמי מודה להך דינא היכא דליכא שבועה, והנה ר"ט ס"ל דחוב חשיב דלא בא ליד יתומים, כין דהוא רק משועבד ליתומים, ולכך י"ל דכוונת תו' דאילו הוי חייל שעבוד גמור במטלטלין, הרי חייל שעבודו של ראובן, וחשיב דהגיע ליד ראובן, ואי"ז נידון כמטלטלין שבאו ליד היתומים, ורק משום דליכא שעבוד גמור במטלטלין, איכא חסרון דמטלטלי דיתמי, ועדיין צ"ע בזה].

(ה) ומצינו דנחלקו הפוסקים, עי' היטב בסמ"ע ובש"ך סו"ס פ"ה ובקצוה"ח ונתה"מ שם, והעולה מדבריהם - דלשי' הסמ"ע והנתה"מ - גדר הדין דשדר"נ הוא דחשבינן כאילו נכסי לוי בידו של שמעון, ולכך אף בגבו היורשים קרקע חשיב כירשו את הקרקע מאבוהון, אבל במטלטלין דאין גובין מטלטלין שירשו מאביהם, לא מהני שדר"נ, אולם שיטת הש"ך והקצוה"ח דיסוד דין שדר"נ דראובן עומד במקום שמעון לתבוע את לוי, אלא דכ"ז דוקא בקרקע דיש לשמעון קנין אלים בנכסי לוי, אבל במטלטלין דאין לשמעון קנין אלים בנכסי לוי, אין ראובן עומד במקום שמעון, ומבואר בדבריהם דיש בזה נפק"מ לענין שעבוד מטלטלין אגב קרקע, דלפי הסמ"ע ודעימי' דכל החסרון במטלטלין הוא רק משום דין מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, הרי כל דכתב שמעון לראובן שעבוד על המטלטלין שפיר גובין את המטלטלין מהיתומים, אולם לפי הש"ך ודעימי' דבמטלטלין ליכא דין שדר"נ, כיון דאינו קנין אלים, הרי לא סגי במה דשמעון שעבד את המטלטלין לראובן, אלא בעי' דלוי ישעבד את המטלטלין לשמעון כדי שיהא קנין אלים, אלא דהרי קיי"ל סי' קי"ג ס"ג דאיכא תקנת השוק דאף בשעבד מטלטלי אגב קרקע אין גובין מלקוחות, וכיון דמבואר בתו' דכל דאין גובין מלקוחות אינו קנין אלים, לא יועיל דישעבד לוי לשמעון את המטלטלין.

אלא דצ"ע דמבואר להדי' בשו"ע סי' ק"ז ס"א דבתר תקנת הגאונים דיש דין שעבוד על מטלטלין, איכא נמי דין שדר"נ על מטלטלי דיתמי, ואף בגבו מעות נוטלים מהם, והא תקנת הגאונים אינו מועיל להוציא מיד לקוחות, ומ"מ אמרי' בזה שדר"נ, וצ"ע, ולהלן יבואר בזה עוד בעזה"י, וע"ע בקצוה"ח סי' פ"ו סק"ה ובהגהות ברוך טעם בסו"ס פ"ה על הקצוה"ח, ובקה"י פסחים סי' כ"ד בזה.

וע"ע מה דיתבאר בסוגיא דכתובות פ"ד א' להוכיח מתו' שם בדף פ"א ב', ע"ש.

(ו) ובעוד דרך יש לבאר קו' תו', דכוונתם להק' דכמו דס"ל לר"ט דמטלטלין דלא באו ליד היתומים לא נאמר בהו הדין דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, הרי בסוגיין מסתברא דכו"ע מודו דליכא חסרון דמטלטלי דיתמי, ומשום דהרי כל מה דיש לשמעון על לוי הוא שעבוד על החוב, וכיון דהשעבוד משועבד לראובן, הרי הזכות גביה השתא היא של ראובן ולא באו כלל לידי היורשים, ולא שייך בזה החסרון דמטלטלי דיתמי.

דעת הרשב"א

(א) עי' ברשב"א קדושין ט"ו א' דיסוד דין שדר"נ מחיים הוא מדין הפוכי מטרתא ל"ל, אלא דבעי' לחידוש דר"נ דאינו יכול לוי לומר לראובן לאו בע"ד ידי את, אולם לאחר מיתת שמעון אין ראובן יכול לתבוע מלוי, כיון דלא שייך בזה הפוכי מטרתא ל"ל, דהא אם יפרע לבני שמעון אינו גובה מהם וכדס"ל לר"ע בכתובות פ"ד א' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, והוסיף הרשב"א "וכשגבו קרקע דבע"ח חוזר וגובה אותה מהם, מדר"נ גופי' היא,

דאי לאו דר"נ הו"ל נכסי דקנו יתמי" וצ"ע כוונתו דסו"ס הרי לולי דינא דר"נ לא שייך לומר בקרקע דהפוכי מטרטא ל"ל, וא"כ מה יועיל דינא דר"נ, ובפשוטו זהו כוונת [תלמיד] הרשב"א להק' בהשמטות ד"ה אלא מסוגיין.

(ב) ולכאור' י"ל דגם הרשב"א מודה דבתר דנתחדש דינא דר"נ דחשיב בע"ד ואמר' הפוכי מטרטא ל"ל, זוכה ראובן בזכות גביה של שמעון על לוי, וממילא יש לראובן שעבוד על הקרקע של לוי, אלא דס"ל לרשב"א דמיתלי תלי בדין הפוכי מטרטא, דהיכא דליכא הפוכי מטרטא ליכא דינא דר"נ, ולכך לגבי קרקע דהיה הפוכי מטרטא ויש לראובן דין שעבוד על נכסי לוי, וממילא גם אם בני שמעון יגבו את הקרקע, עדיין הוא יכול לקחת מהם את הקרקע כיון דהקרקע משועבדת לו מחיים, ולא פקע השעבוד, אבל לגבי מטלטלין, כיון דבמכר נפקע השעבוד, משו"ה לא מהני דינא דר"נ, דכיון דפקע השעבוד במיתה, ליכא דין הפוכי מטרטא, אבל בקרקע דלא נפקע השעבוד, הוי כמו קרקע משועבדת שמכרה הלוח, דלא פקע שעבוד המלוה.

אלא דיש לדון, דבשלמא אי נימא דגדר הדין הוא דלוי נעשה לזה דראובן, שפיר י"ל דכ"ז דוקא באופן דאילו היה פורע לוי לשמעון היה ראובן מוציא את הפרעון משמעון, אבל אי ניא דגדא הוא דהוא שעבוד על שעבוד, מדוע בעי' שיהא תנאי דאפוכי מטרטא, נהי דאין חוזר וגובה מיתומים, מ"מ כ"ז דלא גבו שפיר יכול הראשון לגבות מהשלישי, ועוד יש לדון דלפי מה דנתבאר בר"ד דאי גדר הדין הוא דהוא שעבוד על שעבוד, ודאי דלא מהני דין שדר"נ דמטלטלין כיון דהוי מטלטלי דיתמי, הרי לא היה צריך הרשב"א לבאר דהחסרון במטלטלין, משום דלא שייך אפוכי מטרטא במטלטלין, אלא יש לפרש כפשוטו כהנ"ל, וע"כ דס"ל דנעשה לוי לזה מראובן, וצ"ע בכ"ז.

(ג) הרשב"א בהשמטות הק' למאי בעי' לחידושא דר"נ, הרי קיי"ל דש"ד, וא"כ כמו דנכסי שמעון משועבדים לראובן ה"ה דהשעבוד של שמעון בנכסי לוי ישתעבדו לראובן, ותי' הרשב"א דכיון דאין גופן ממון של לוח לא חייל עלייהו שעבודא, וכמו דאינו מקדיש ומוכר חוב שיש לו על אחרים.

וכן עי' בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' שפ"ט דנשאל למאי בעי' למילף מקרא לדין שדר"נ תיפול"ל דחוב של שמעון משועבד לראובן, ותי' הרשב"א דאין שעבוד של שמעון על לוי כנכסי שמעון, והביא לזה ראיה דהא לרבא אין המלוה יכול להקדיש, ועוד ראיה הביא דהא חזי' דלולי שדר"נ יתומים שגבו קרקע אין חוזר וגובה מהם, ואי נימא דלולי הא דר"נ נמי איכא שעבוד שעבודו של לוי לשמעון, הרי לא בעי' לחידושא דר"נ, וע"כ דלולי דינא דשדר"נ אין שעבוד חל על שעבוד, ועוד ראיה הביא הרשב"א מקדושין ט"ו א' דלרבנן דפליגי על ר"נ לא בעי' קרא למעט לו ולא לבע"ח, וע"כ דמסברא אין שעבוד חל על שעבוד.

(ד) עי' בקצוה"ח סי' פ"ו סק"א דהאריך בקו' זו, מדוע מסברא לא חייל שעבוד של שראובן על שעבוד של שמעון על לוי, והרשב"א ביאר דהוא משום דמצי א"ל לאו בע"ד ידי את, ועוד סברא מצינו ברשב"א בהשמטות דשעבוד לאו גופו ממון, ובקצוה"ח כתב בתחילה לבאר דנפק"מ באופן דהלואת לוי מאוחר מהלואת שמעון, דכה"ג הרי הוי דאיקני, ולא חייל מסברא שעבוד על שעבוד, ועוד כתב הקצוה"ח דהדרך הנכונה בזה דודאי מסברא שעבוד חל על שעבוד, אלא דבדינא דשדר"נ נתחדש דלוי הוי כלוח מראובן, ונפק"מ דלוי חייב חומש לראובן, וכן נפק"מ דאין יכול שמעון לסלקו בזווי, ע"ש באריכות, וצ"ע מה יענה לראיית הרשב"א מסוגיין, דלולי דין שדר"נ יתומים שגבו קרקע אין חוזר וגובה מהם, [ומההיא דקדושין כבר תי' דאינו חוב ממון אלא רק מצוה], וצע"ג.

בגמ' פריך לר"נ דאמר גבו קרקע הוי ראוי מהא דאמר ר"נ דחוסר ווגבה ולרשב"ם קו' הגמ' דאין בע"ח נוטל בראוי, ודחי דנוטל משום דין שדר"נ, וצ"ע דאי לא ידע משדר"נ, מה יועיל הא דבע"ח נוטל בראוי, הרי מבואר בגמ' בפסחים דכיון דמכאן ולהבא הוא גובה הוי כיתמי דקנו קרקע, וא"כ מה מועיל הא דבע"ח נוטל בראוי, וברבינו יונה ביאר דאביי לשי' דלמפרע ומ"מ הוי ראוי כיון כיון דיכול לסלקו בזווי, אולם הק' רבינו יונה דהא בע"ח נוטל בראוי,

ומבואר עכ"פ מרבינו יונה דאי בע"ח אינו נוטל בראוי א"ש, וצ"ע הרי מבואר בקצוה"ח סי' ק"ד דטעמא דאינו נוטל בראוי משום דאינו יכול לשעבד נכסים שנפלו לו לאחר מיתה, אבל הרי בע"ח למפרע הוא גובה, וא"כ מדוע שלא יטול, כמו דיכול המלוה למוכרו ולהקדישו לאביי,

(והנה מצינו בפוסקים דנחלקו בכוונת תו', ויש בזה כמה נפק"מ -

(דעת הסמ"ע סי' פ"ה ס"ק ? דמצד דין שדר"נ דנין את הנכסים שגבו היורשים כהיו בידי שמעון בחייו, וכשמת הוי כמו נכסיו שהורישם, וכמו דאין גובין ממטלטלין שהוריש, ה"ה דאין גובין ממטלטלין שגבו יורשי שמעון מלוי, ובגוונא דשעבד מטלטלין אג"ק או בתר תקנת הגאונים גובין מהם גם בגבו מעות, אעפ"י דיש תקנת השוק דאין מוציאין מהלוקח, ובפשוטו סברת הסמ"ע דיסוד דין שדר"נ הוא דכיון דאפוכי מטרטא ל"ל, ובחיי שמעון היה יכול ראובן לגבות מלוי, אנו דנין כאילו היו בכלל נכסי שמעון, ולכך אם גבו קרקע חייבים היורשים, אבל גבו מעות אין חייבים היורשים, ומה"ט אם שעבד שמעון לראובן מטלטלין אג"ק, גובין מהם גם בגבו מעות, אולם אם לוי כתב לשמעון שעבוד מטלטלין אג"ק לא מהני, ובלא קדמה הלואת לוי לשמעון, זה תלוי במחלוקת הראשונים בסי' קי"א ס"כ אי ביורשים צריך לכתוב דאיני או לא.

ולפי השיטות דאשפר לשעבד שטר אגב קרקע, היכא דשעבד שמעון לראובן את שטרותיו, וגבו היתומים בשטר מעות, מבואר בסמ"ע סי' ק"ז סק"ה דאין גובין מהם, ורק אם לא גבו היתומים יכול לגבות מעות ע"י השטר, ולא אמרי' דנשתעבד לו החוב, וממילא נשתעבד לו גם מה שיגבו מכח החוב, וכן מבואר בנתה"מ סי' קי"א ס"ק ? (דעת הש"ך דאינו תלוי בדין נכסי שמעון, וכל דחייל דין שדר"נ יש לראובן נידון עם לוי, אלא דיסוד החילוק הוא האם לשמעון היה שעבוד אלים דלא יוכל לוי למכור את השעבוד או לא, וזהו החילוק בין גבו קרקע לגבו מעות, וכמו"כ אם לוי שעבד לשמעון מטלטלין אג"ק כיון דאלים שעבודו דינו כקרקע, ובפשוטו סברת הש"ך דמשום אפוכי מטרטא ל"ל אנו דנין דראובן עומד במקום שמעון לגבות מלוי, את מה שהיה גובה משמעון את מה שגבה מלוי, אולם כ"ז בקרקע שהיה ללוי בזמן ששמעון הלוחו, דאלים שעבודו, אבל בגבו מעות דלא אלים שעבודו של שמעון על לוי, אין נידון ראובן כעומד במקומו לתבוע את השעבוד, ולכך במת דליכא אפוכי מטרטא, יש חילוק

² לא זכיתי לכתוב את רוב הדברים, וגם מה שנכתב הוא אחרי זמן רב מלימוד הסוגיא.

בין גבו קרקע לגבו מעות, דבגבו קרקע דהקרקע כבר נשתעבדה בחיי שמעון, דנין כאילו גבו אותה היורשים, וגובה מהם, אבל בגבו מעות אין חוזר וגובה מהם, ומה"ט לענין מטלטלין תלוי אם לוי שעבד לשמעון מטלטלין אג"ק, אולם מה דשמעון שעבד לראובן מטלטלין אג"ק לא מהני מידי.

ולדעת הש"ך היכא דשעבד שמעון ללוי את שטרותיו באגב, נשתעבד לו חוב השטר, וכן מה שגובה מכח החוב, ואין חילוק בין גבו קרקע לגבו מעות, וכמבואר בנתה"מ סי' פ"ה ס"ק ?

(ולכאור' נחלקו בזה הראשונים - דהנה ברמב"ן ב"ב קכ"ה ב' כתב "אלא הא דאמרינן דיתומים שגבו קרקע וכו' טעמא אחרינא הוא מדר' נתן, וכו' והא דאמרינן שגבו קרקע, האידנא דתיקון רבנן בתראי למגבא ממטלטלי גבו מעות נמי טורף משום דר' נתן, ואף על גב דלא דמי שעבודא של קרקע לשל מטלטלין שאפילו לאחר תקנה אם מכר מטלטלין אינו טורף, מכל מקום איתא לדר' נתן בכל שעבוד שבעולם" ומבואר להדי' דסגי בתקנת הגאונים, ולא אכפ"ל דאיכא תקנת השוק דאין מוציאין מלקוחות, וזהו כדעת הסמ"ע, דאין חילוק בין שעבוד גמור לשעבוד קלוש, וכן מבואר להדי' בבעה"ת שער מ"ג ח"ד אות ט"ו ד"ה גם כתב.

אולם עי' בתו' בכורות נ"א ב' ד"ה ולא בראוי בסו"ד דמבואר להדי' דיתכן דאף אחר תקנת הגאונים אין בע"ח נוטל מדר"נ כיון דאין השעבוד אלים שהרי אין מוציאין מיד הלוקח, ורק מצד שעבוד החוב דנשתעבד גוף החוב לראובן מכח תקנת הגאונים, הוא דנוטל את המעות שגבו היורשים מלוי, אבל לא מדין שדר"נ.

(והנה בדינא דר"נ, נראה ברור דכ"ז שלא גבו היתומים את החוב מלוי א"א להוציא מהם, דהא יתכן דיגבו מטלטלין, והרי היורשים יכולים לתבוע מעות ולא קרקע, וכמבואר בתו' בפסחים ובכתובות דאי לאו טעמא דהפסד הלוקח אינו יכול ליתן להם קרקע, אלא יכולים לתבוע ממנו זוזי, וא"כ בגוונא דליכא הפסד ללוי יכולים לתבוע ממנו זוזי, ורק בגבו קרקע יכול ראובן להוציא מהם, ובאמת דבש"ך סי' קי"א ס"ק י"ח מבואר להדי' דהיכא דיש ללוי רק קרקע, גובה ראובן מיד את הקרקע מלוי, וע"ש בקצוה"ח, ורק לגבי הפקח הק' רע"א דאינו צריך ליתן להם בפועל את הקרקע, והיינו דכיון דאינו חייב לשלם בכסף, ממילא אינו צריך להגבות להם בפועל את הקרקע.

(והנה בשו"ע סי' ק"ז ס"א מבואר דבתר תקנת הגאונים גבו מעות נמי חוזר ראובן וגובה מהם, וצ"ב דלכאור' לדעת הסמ"ע הרי כ"ז דוקא באופן דידוע לנו בודאי דהקרקע או המעות המעות באו לידי לוי קודם מיתת שמעון, אבל באופן דבאו לידי לוי אחר מיתת שמעון, לא שייך לומר דנשתעבד לראובן בחיי שמעון, ועי' בהגהות תפארת למשה על הרא"ש בכתובות דף צ"ב דנסתפק בזה, ע"ש.

סי' פ"ו

סעיף א'

(עי' בסמ"ע ובש"ך דהביאו לדעת האור"ז דל"א שדר"נ רק באופן דקדם הלואת לוי להלוות שמעון, אבל באופן דקדם הלואת שמעון הוי דאיכא, וצ"ב הא מיני' גובין אף בדאיכא, וע"כ מוכח דאף אחר דנתחדש דינא דר"נ מה דגובה ראובן מלוי הוא מכח השעבוד של שמעון, ומשו"ה חשיב כגבה ממשעבדי, וכמו דמבואר בשו"ע בס"ב דבאית ליה נכסים אין נפרעין מלוי כיון דהוי נכסים משועבדים.

אולם ליסוד קצוה"ח סק"א צ"ב דהא נעשה כחוב של לוי לראובן, והוי כדין מיני, והקצוה"ח באמת שם בתחילה ר"ל דקרא דשדר"נ בעי' רק להיכא דלוי לזה אחרי הלואת שמעון מראובן, דלא מהני דאיכני רק מדרבנן, וע"כ כנ"ל דלא חשיב מיני'.

ועי' ברמ"ה ב"ב קנ"ז א' דביאר לספיקא דגמ' אי מהני דאיכני, דכמו דמצינו בדינא דר"נ דחייל שעבוד באינו ברשותו, ה"ה דחייל שעבוד על דבר שלב"ל, וזה מובן לדברי האו"ז, והא קרי לי' אינו ברשותו, עדיין צ"ב דהא השעבוד על לוי ברשותו אלא דהקרקע אינו שלו, ומה ענין לדאיכני, וצ"ב.

(ויל"ע דבדינא דרמב"ח בפשוטו הזקיפה הוא חוב מאוחר לאחריות, ומ"מ מבואר בגמ' דשייך בזה דין שדר"נ, וצ"ל דס"ל דלולי הזקיפה התשלום מעכב את הקנין, וממילא לא חייל הקנין ולא החיוב אחריות, ורק מכח הזקיפה חייל החיוב אחריות, ומשו"ה חשיב דחייל החיוב זקיפה קודם לחיוב אחריות.

(והנה הסמ"ע כתב דיש מקום לומר להיפוך דרך באופן דקדם הלואת שמעון מראובן אמרי' שדר"נ, אבל בקדם הלואת לוי משמעון ל"א שדר"נ, ומשום דהוי כמעט ראובן ביד לוי, וכן הזכיר הש"ך לסברא זו בסק"ז.

ובאמת דבתו' כתובות י"ט א' ד"ה וכגון כתבו בשם י"מ דרך מוכר שט"ח יכול למחול כיון דקדם חובו למכירה, אבל בשדר"נ דקדם חובו של שמעון לראובן, אין שמעון יכול למחול ללוי, ולכא' הוא כסברא הנ"ל.

ועי' בסה"ת שכ"א ח"א דין ה' דכתב דבשכירות לא שייך שדר"נ כיון דלא שייך לומר דמעט ראובן ביד לוי, ולכא' לפי"ז בהזיק שמעון את לוי נמי לא שייך לומר שדר"נ, אולם בתו' קדושין ט"ו א' כתבו דטעמא דבשכירות ליכא שדר"נ משום דטרח בגופו, ולכא' סברא זו ליתא בנזיקין, אולם השו"ע פסק דבכל גוונא אמרי' שדר"נ בין קדם לוי ובין קדם שמעון, ואף בשכירות.

(אולם באמת דעי' באו"ז שם דכתב דגם באית ליה נכסים אמרי' שדר"נ וביאר בטעמא דמילתא "דאע"ג דאיכא לאשתלומי מראשון מחייבין ליה להאי מדר"נ כדמסיק כי היכי דאשתעבדנא ליה לאבוכון משתעבדנא ליה לבע"ח דאבוכון מדר"נ משמע להדיא דהתורה שיעבדה לזה של שמעון למלוה של שמעון שיעבוד גמור ועשתה מלוה של שמעון כאילו הוא עצמו הלזה ללוה של שמעון כדמסיק נמי בשמעתין כי היכי דמשתעבדנא לדידך ה"נ משתעבדנא לניזק שלך" ומבואר להדי' כיסוד דברי הקצוה"ח דלוי נעשה לזה מראובן, וא"כ עדיין צ"ב מדוע בקדם הלואת שמעון ל"א שדר"נ,

ביאור הגר"א סק"ב - קדושין ט"ו א' וערש"י שם ד"ה לו ולא לבע"ח". וצ"ב כוונתו דאף אי נימא כהאו"ז דבעי' דהלואת לוי משמעון קודם הלואת שמעון מראובן, אכתי יתכן דקודם נתחייב האדון בהענקה ואח"כ לזה העבד ממון.

ועי' בזכרון שמואל סי' נ"א דביאר דיסוד המחלוקת של הפוסקים עם האו"ז הוא בגדר דין שדר"נ אי הוי דין שעבוד, או דין הפוכי מטרותא, ונפק"מ לדאיכני, ולפי"ז ביאר הגרש"ר דיש עוד נפק"מ בהך נידון לענין הענקה דנסתפק המל"מ דהוא רק מצוה, דשעבוד לא שייך בו, אבל דין הפוכי מטרותא שפיר שייך אף בחיוב מצוה, וכיון דמבואר בגמ' דשייך אף המצוה, משו"ה ע"כ מוכח דהוא בגדר הפוכי מטרותא, וממילא אף בדאיכני נאמר דין שדר"נ.

אולם צ"ב עדיין מדוע ציין הגר"א לרש"י, הא מוכח כן מהגמ', וע"כ דכוונה אחרת בדברי הגר"א, וצ"ע.

ביאור הגר"א סק"ג - מ"מ לזה לא הוי משועבדין. אולם להלן ס"ק י' נשאר בקו'.

קצוה"ח סק"א - וכבר האריך בזה הרשב"א וכו' וכ"כ הר"ן בכתובות וכו' ובש"ך וכו' כתב וכו'. וצ"ע דלכאור' קו' הר"ן אינה על עיקר דינא דשדר"נ אלא רק על הגמ' בכתובות דלא בעי' לדינו של ר"נ בשביל שיהא חב לאחריו, אלא סגי בהא דשעבוד משתעבד, ואילו הרשב"א הק' על עיקר דינו של ר"נ, וכן הש"ך מיירי בקו' הר"ן על הסוגיא בכתובות, ולא על עיקר דינו של ר"נ.

שם - ובש"ך וכו' כתב וכו' אמנם דברי הש"ך יתכן וכו'. הנה למה דנתבאר לעיל הרי הש"ך מיירי על קו' הר"ן, וממילא אף אי נימא דרק דמרבנן ליכא שעבוד על מטלטלין, מ"מ לבתר התקנה הוצרכנו לדינא דר"נ, דבלא"ה היה נאמן במיגו ואינו חב לאחרים.

שם - אבל לדינא דאו' וכו' אי אזיל לזה ומחיל הרי"ז טורף וכו'. ומבואר מהקצוה"ח חידוש גדול דכל דאזיל שמעון ומחיל מצי ראובן לתבוע את החוב מלוי כדין מטלטלין, וצ"ע דלא מבעיא אי נימא דמחילה הוא סילוק דודאי הוי ביטול על החוב, ואין מה לגבות מלוי, אלא אף אי נימא דהוא מדין הקנאה, מ"מ פשיטא דלבתר המחילה בטל החוב ואין לראובן מה לגבות.

אולם יתכן לומר ע"ד הקצוה"ח ובאופ"א, דאי איכא שעבוד על מטלטלין אינו יכול למחול, כיון דהחוב משועבד לראובן, אולם כיון דאין שעבוד על מטלטלין, שפיר יכול למחול על החוב, אולם כ"ז אי באנו לדון על החוב, אבל אי נבא לדון אי חייל שעבוד על שעבוד, לכאור' הוי נידון דקרקע ולא נידון דמטלטלין, ורק על הנידון דיחול שעבוד על גוף החוב, שפיר תלוי אי חייל שעבוד על מטלטלין.

שם - והוא העיקר וכו' ואפילו רוצה הלוח וכו' אינו יכול וכו'. צ"ע דעי' ברא"ש כתובות י"ט א' דהביא מהראב"ד דהיכא דשמעון פרע ללוי, והשתא הוא טוען על ההלואה של לוי דשטר אמנה הוא, דאינו נאמן כיון דמעיקרא קודם שפרע לא היה נאמן כיון דהוא חב לאחרים, משו"ה השתא נמי אינו נאמן ע"ש, וע"ש עוד הביא מרבינו יונה דהיכא דתבעו הוא מסכים לדברי הראב"ד, ומבואר להדי' דשמעון יכול לפרוע לראובן. אולם באמת דיתכן לומר כעיקר יסוד דברי הקצוה"ח דראובן זוכה בחובו של לוי לשמעון, אולם מ"מ לא פקע חיוב של שמעון לראובן, ולכך מצי שמעון לסלוקי בזוזי.

שם - ונראה דהא דכתבה התורה וכו' דכפירתו אל המלוה האמיתי וא"כ החומש יותן לו וכו'. ותו"ד דלפי השיטות דשטרות בני גוביינא א"כ שמעון יכול לגבות את השטר של שמעון על לוי, וא"כ ליכא ראייה מקרא לדין שדר"נ, דכיון דגובה את השטר אי"ז לאשר הלוהו אלא לאשר אשם לו, ומכח זה הוכיח הקצוה"ח דהדרשא קאי על החומש, וא"א לחייבו ליתן חומש לראובן רק משום דיש דין שדר"נ, ועי' פנים יפות ויקרא ה' כ"ד דעמד ג"כ על חידושו של הקצוה"ח.

ועי' בנתה"מ סי' פ"ו סוף סק"א דהביא לדברי הקצוה"ח וכתב דיפה כתב ונכון הוא, וצ"ע דלשי' בעיקר דין שדר"נ, הרי אין לוי נידון כלוה מראובן, וא"כ אמאי יהא חומש לראובן.

אולם עי' היטב בלשון הנתה"מ דשינה מלשונו של הקצוה"ח, וכתב דמיירי "אם תבעו המלוה הראשון וכפר בו ונשבע" והיינו דמיירי דראובן תבע ללוי, ובהא שפיר מודה הנתה"מ דלוי חייב לשלם חומש לראובן, כיון דמדין שדר"נ הוא נידון כערב על החוב, וכיון דכפר חייב לשלם לו קרן וחומש, ודו"ק.

בעיקר יסוד הקצוה"ח יל"ע דהנה בשו"ע פסק דבאיכא נכסים לשמעון אינו גובה מלוי, ובש"ך סק"ה האריך לתמוה מכמה דוכתי, ולכך ביאר דכוונת הראשונים דהיכא דיש הפסד ללוי אין גובין היכא דיש נכסים לשמעון, ובנתה"מ סק"ג האריך ליישב דיסוד דין שדר"נ הוא דין ערבות, ומשו"ה כל דאית ליה נכסים אינו חייב מדין ערב, והנה עי' בבית שמואל סי' ע' ס"ק כ"ד דכתב דהא דמבואר בשו"ע דלא מהני מחילה הוא רק היכא דל"ל נכסי, אבל היכא דאית ליה נכסים מהני מחילת שמעון ללוי, וכן נקט הבית יעקב שם, והנה לפי"מ דנקט הש"ך דגם באית ליה נכסים אמרי' שדר"נ, הרי קשה איך מועיל מחילת שמעון, הא לדברי הקצוה"ח אינו בע"ד ואינו יכול למחול,

בעיקר גדר דין שדר"נ, יל"ע עוד, דהנה בשו"ע סי' קי"א י"ט מבואר דבנתן הלואה את נכסיו מתנה ע"מ להחזיר, ולא פירש באיזה זמן יחזיר, וקדמה המתנה להלוואה, כמו דהמקבל אינו יכול לכופו מתי להחזיר, ה"ה דדוחה המקבל את המלוה הבא מכוחו אולם כירצה להחזירו, חייב לשלם למלוה מדינא דר"נ, ויל"ע דהרי לדעת הנתה"מ סי' רמ"א סק"ה ועוד הוי מתנה גמורה, ע"ת שיחזירנו, [ולא כקצוה"ח שם ס"ק ד' דהוא קנין לזמן], וא"כ מה שייך בכה"ג דין שדר"נ, הרי אין לו שום חיוב ממון לנותן, אלא דאם לא יחזיר לו תבטל המתנה, ומוכרח דמ"מ כיון דיש לו חיוב חזרה חייל דין שדר"נ,

סעיף ב'

דעת הש"ך דאף באית ליה נכסים אמרי' שדר"נ, ובקצוה"ח סי' פ"ו ב' דלדבריו ...

(בש"ך סק"ה כתב דהיכא דיש לשמעון זיבורית וללוי בינונית, ורוצה לוי לשלם דגובה ראובן מלוי את הבינונית, אעפ"י דשמעון רוצה לשלם לראובן בזיבורית, ולגבות משמעון את הבינונית, וכן היכא דלשמעון יש קרקע וללוי יש מעות או מטלטלין, ולוי רוצה לשלם דגובה ראובן מלוי את המעות, ואין שמעון יכול לטעון דהוא הבע"ד לפרוע ולא לוי, דמדין שדר"נ לוי נמי הוי בע"ד.

(ועי' קצוה"ח ס"ק ב' דתמה מכתובות ק"י א' גבי ב' שהוציאו ב' שטרות זע"ז, דר"נ סובר זה גובה וזה גובה, ור"ש סבר הפוכי מטיתי ל"ל, ומבואר בגמ' שם דמיירי דאית לחד עידית ובינונית, ולחד זיבורית, ור"נ סבר בשלו הן שמין, ור"ש סבר בשל עולם הן שמין, ולפי הש"ך אמאי זה וזה גובה, נימא אילו היה חייב לך אחר והיה לו בינונית הרי הייתי גובה ממנו, השתא דאני הוא האחר משתעבדנא לדידי, וע"כ דאינו גובה יותר ממה ששמעון היה נותן לו.

והוסיף הקצוה"ח לדון היכא דיש לשמעון עדית וזיבורית וללוי יש בינונית, מי אמרי' כיון דאילו היה הבינונית ביד שמעון היה גובה, כיון דיש לו עדית וזיבורית, או דילמא כיון דמכאן ולהבא הוא גובה חשיב דאית ליה רק עדית וזיבורית, ואינו גובה רק זיבורית, וע"ש דהביא ראייה מהמ"מ, ע"ש.

(והנה בנתה"מ סק" ? ציין דכבר עמד בזה בהפלאה שם [בשם בנו] על הש"ך מהסוגיא שם, וע"ש בהפלאה דכתב לתרץ די"ל דכיון שמשועבדים הבינונית לבעל הזיבורית הרי הוא כאלו תחת ידו כבר ונעשה עידית אצלו, וממילא ין יכול בעל הבינונית להוציאה ממנו מדין שדר"נ, והש"ך שם יש לומר דמיירי כשיש לשמעון עידית ג"כ דאפי' אי הוי כאלו הבינונית תחת יד שמעון מ"מ שם בינונית עליו, וכ"כ בחזו"א ב"ק ט"ו י"ב. אולם ברור דהקצוה"ח מיאן בזה כיון דס"ל דגם ביש לשמעון עידית וזיבורית אינו גובה רק זיבורית כיון דהשתא ל"ל בינונית.

(והנה אי נימא דהוא מדין הפוכי מטרטא ל"ל, מסתברא דלא חשיב דגובה מלוי יותר ממה שהיה גובה משמעון כיון דמשמעון נמי גובה, ובאופן דיש לשמעון עידית וזיבורית, שפיר גובה מלוי את הבינונית, מדין הפוכי מטרטא, וכן אי נימא דגדר הדין דחייל שעבוד על שעבוד, הרי חשיב דיש לשמעון ב' קרקעות בינונית וזיבורית, וחייב ליתן את הבינונית לראובן, אולם אי נימא כקצוה"ח סק"א דלוי הוי לזה של ראובן, י"ל דאין לוי נעשה לזה של ראובן טפי משמעון.

(והנה עיקר קו' הקצוה"ח בנוי על מה דמבואר בפסחים דשייך דין שדר"נ גם כשהוא חייב לעצמו, והנה הרי מבואר ברשב"א בקדושין דאי"צ ליתן ממש את הקרקע ליתומים, אלא חשיב כאילו נתן הקרקע ליתומים וגובה מהם, מדין הפוכי מטרטא, אולם ודאי דלא שייך גביה מעצמו, אולם בגמ' בכתובות הרי לא שייך לומר דהוי כאילו נתן לו, דהא יהא עידית אצלו, ולכך אינו גובה, אבל בגוונא דהש"ך דיש ללוי בינונית, כיון דמבואר בש"ך ס"ק י"א דשעבוד הגוף של לוי הוא לראובן, משו"ה חייב ליתן הבינונית לראובן, אבל בגוונא דהנידון רק על ראובן ושמעון, הרי לא שייך דיגבה מעצמו, וכל מה דמבואר בגמ' דשייך דין שדר"נ הוא מדין הפוכי מטרטא דכאילו נתן ולקח, אולם בגמ' בכתובות לא שייך לומר כן, ופשוט.

ש"ך סק"ז לענין מחילה כשאין לו נכסים, שעה"מ סק"ז דברי משפט ס"ק ה' תמהו מס"ק י"ג דבלא ידע חובו מהני פרעונו,

סעיף ג'

ביאור הגר"א ס"ק י"ג דהוא כדין משועבדים דהוא מוציא מהלקוחות, ולכאור' זה סותר לדבריו בס"ק י' דהוכיח דליכא דין משועבדים עלה,

סעיף ה'

(כתובות י"ט א'. גמ' אביי אמר וכו' וכגון שחב לאחרים וכדרכי נתן וכו'. עי' בתו' דהק' אמאי אינו נאמן במיגו דמחילה, כמו דמהני מחילה במוכר שטר, ובתחילה דנו דשאני מכירת שטרות דאינו אלא מדרבנן, ולכך מהני מחילה, אבל בדינא דשדר"נ לא מהני מחילה, ועוד כתבו די"מ דשאני מוכר שטרות דקדם חובו לחוב הלוקח, אבל בשדר"נ דקדם חובו של ראובן לחובו של לוי לשמעון אינו יכול למחול.

והנה עיקר נידון התו' צ"ב מדוע הוצרכו להביא ראיה ממוכר שטר דמהני מחילה, הא לכאו' הוי מילתא דפשיטא דמהני מחילה, כיון דהוי חוב של שמעון, וכיון דמחל חובו ממילא אין למלוה מהיכן לגבות, וכן צ"ב סברת תו' בתו' דמשום דהוא דאו' לא מהני מחילה, וצ"ע דמה אכפ"ל דהוא דאו', הא הוי חוב ידי', ומדוע דלא יוכל למחול. (ולכאו' י"ל דהנה נתבאר בסוגיא דלמפרע בשי' רש"י דיסוד דין גביה מלקוחות הוא משום דלגבי הגביה הוא שייך למלוה, ואינו יכול למכור, ולפי"ז א"ש דס"ד דאינו יכול למחול חוב במקום שדר"נ, דהרי יסוד דין שדר"נ הוא דהחוב משועבד למלוה שלו, וממילא לענין זה אינו שלו, ואינו יכול למחול כשם שאינו יכול למכור, וע"ז כתבו התוס' להוכיח דאינו כן, דהא חזינן ממכירת שטרות דיכול למחול אף אחר שמכר את החוב וכ"ש אחר שנשתעבד. (אולם הנה ברשב"א בקדושין מבואר דיסוד דין שדר"נ הוא מדין הפוכי מטרטא, ובעי' לחידושא דר"נ דלא מצי א"ל לאו בע"ד ידי' את, ובפשוטו מבואר מדבריו דליכא דין שעבוד על החוב, [ונתבאר בזה לעיל] וכן האריך [תלמיד] הרשב"א בהשמטות לדון אי הוי מדין שעבוד או לא, ונטה לומר דלאו מדין שעבוד אתינן עלה, וא"כ הרי מסתברא דשמעון יכול למחול, אולם הרשב"א בכתובות כתב דלא מהני מחילה משום דהוי מכירה דאו', וצ"ב הרי סו"ס הוי חוב של שמעון, ומדוע שלא יוכל למחול.

(וי"ל דס"ל לראשונים דהא גופא דיש לו זכות לגבות את החוב משמעון, נכלל בזכותו של ראובן דלא יוכל שמעון למחול ללוי על החוב, ואעפ"י דהוא רק זכות גביה, מ"מ כיון דיכול לגבות חובו של לוי לעצמו, זה גופא מגרע מהמוכר את הזכות למחול על החוב, וע"ז הביאו הראשונים ראיה ממכירת שטרות, דאף אם נימא דאין המכירה מועלת לגמרי, הא ודאי דיש ללוקח זכות בחוב, דהא יכול לגבותה, ולכך היה ראוי דזכותו בחוב יעכב על המוכר מלמחול ללוה, וע"ז כתבו לחלק בין מכירת דרבנן לשדר"נ דאו'.

(ועוד יש להוכיח כן, דהנה יל"ע בעיקר חילוק התו' בין מילי דרבנן למילי דאו', דהא להנך שי' ע"כ צ"ל דס"ל דקנין דרבנן לא מהני לדאו', אולם עדיין צ"ב כיון דמדרבנן הוי השטר של לוקח, הרי מדרבנן החוב קיים, ומדרבנן עדיין הלוח חייב לו, וע"כ מוכח כנ"ל דהנידון הוא האם הזכות של הלוקח מעכב על המוכר מלמחול, וע"ז כתבו הראשונים דכיון דהוא שלו מדאו', ודינו של הלוקח הוא רק דמרבנן, משו"ה זכותו של המוכר אלים ויכול למחול ללוה על החוב, אבל שדר"נ דהוא דאו' אינו יכול להפקיעו.

(עי' ברש"ש דהק' דגם בלאו דינא דר"נ הוי חב לאחרים, דהי' אפשרות לראובן לגבות משמעון אחרי שהיה גובה שמעון מלוי, ובמה שאומר אמנה הוא חב לאחרני, וע"כ דאינו יכול למחול בשעבודא דר"נ, ולכן בלא ר"נ אי"ז חב, דיש לו מיגו דמחילה, משא"כ ע"י שדר"נ.

ובפשוטו י"ל דכה"ג אינו נידון כחב לאחרים, דכיון דשעבוד אינו משתעבד, אינו נידון כמודה על נכסי ראובן, ועוד דהיר בידו שלא לגבות מלוי, ומהיכ"ת דיהא נידון כחב לאחרים, וצ"ע בקצוה"ח סי' ט' סק"א דמתבאר מדבריו דכופין להחזיר שוחד בשביל קיום מצוות פרעון, וה"ה הכא, וצ"ע.

(עי' בר"ן דכתב בתחילה דדינא דשדר"נ הוא רק באופן דליכא נכסים לשמעון, אבל היכא דאית ליה עוד נכסים הוי החוב כנכסים משועבדים, דאין גובין במקום בנ"ח, ואח"כ הק' הר"ן דבלא ר"נ נמי הוי חב לאחרים, כיון דבי"ד יגבו לו את החוב, וניתכן לומר דתחילת דברי הר"ן הוא הקדמה לקו', ומשום דהנה אם הודה על חלק מהנכסים דאינם שלו, הרי פשיטא דאינו חב לאחרים כיון דיש לו עדיין ממה לגבות, ורק משום דמיירי דאין לשמעון ממה לגבות, משו"ה הק' הר"ן דהוי חב לאחרים מחמת דהשטרות בני גוביינא, אבל אם יהא לשמעון עוד נכסים אינו חב לאחרים שהרי יש לראובן ממה לגבות, אולם אי נימא דדין שדר"נ נאמר אף באופן דיש לו ממה לגבות, הרי ע"כ דעצם החוב הוא של לוי, וא"כ יהא חב לאחרים, אעפ"י דליכא הפסד, ונלא כמבואר ברש"י דבעי' הפסד], ולכך הקדים הר"ן בקו' להך דינא], ות"י הר"ן דשטרות אין גופן ממון, ואין בי"ד מגבים לו, ואח"כ הק' הר"ן דיהא נאמן במיגו דמחילה, וע"ש דהאריך דלא מהני מחילה, ושאיני מכירת שטרות דהוא רק מדרבנן, או כדביאר ר"ת דהשעבוד הגוף נשאר ביד המלוה, אבל הכא הרי משועבד מדאורייתא.

(ועי' ברע"א דתמה על הר"ן כיון דמבואר בסו"ד בר"ן דלא מהני מחילה, מה הק' הר"ן בתחילת דבריו דאף בלא ר"נ הוי חב לאחרים כיון דבי"ד יגבו לו את החוב, הרי נפק"מ דאי יגבו לו את החוב מהני מחילה, אבל מדינא דר"נ אינו יכול למחול.

ובאמת דכבר תי' כן הש"ך בסי' ק"א סק"ג, והביאו בקצוה"ח סק"א, ויש לעי' דא"כ אמאי בסוגיא דהעיקה בעי' לדרי"נ, הרי בלא דר"נ בעי' למעוטי לו ולא לבע"ח, דהא כל הנפק"מ הוא לענין מחילה, וצ"ע.

ועי' אבי עזרי פ"ב מו"ל ה"ו דיישב לקו' רע"א, דלפי"מ דנקט הר"ן בקו' דשטרות בני גוביינא, לא יועיל מחילה, דאי טעמא משום דמכירה מדרבנן, הרי אי הוי בר גוביינא חייל בעלותו על החוב מדרבנן, ואי טעמא משום דהשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה, הרי כ"ז במכירה, אבל אי הוי חייל דין גביה, היה חייל הגביה גם על השעבוד הגוף, ולא מהני מחילה, וע"ע קה"י כתובות סי' כ"א.

(והנה בעיקר תי' הר"ן יל"ע דהן אמנם דליכא גביה כיון דאין גופן ממון, מ"מ אמאי לא יכפוהו להקנותו את השטר, ואפי' למ"ד דמכירת שטרות דרבנן, מ"מ אכתי תקשי דמדרבנן יכפוהו להקנות לו את השטר, והוי חב לאחרים אף בלא ר"נ, ולהנ"ל א"ש דכיון דלא חייל דין שעבוד עליה, כיון דאינו בדין גביה, ממילא הרי מצי מחיל, וכל קו' הר"ן הוא רק דכיון דחייל עליה שעבוד, לא מצי מחיל.

(בר"ן כתב דיש להביא עוד ראיה דלאו בר גוביינא מהסוגיא בדף ק"י א' גבי ב' שהוציאו שט"ח זע"ז, דזה גובה וזה גובה, וע"ש בדף ק"י דהביא מהרשב"א דהק' על הא דס"ל לר"נ דזה גובה וזה גובה, דלימא בעל בינונית לבעל זיבורית אני פורע אותך בחוב שאתה חייב לי, ומכח זה הוכיח הרשב"א דשטרא לאו בר גוביינא, וקשה כנ"ל דמ"מ הא חוב נקנה, ויוכל לומר לו אני מסלק אותך בחוב שאתה חייב לי, והכא לא שייך תי' הנ"ל, דהא לסלקו בזוזי לא בעי' לדין שעבוד.

(וי"ל דהוא חסרון בדין פרעון, דרק מעות בעין הוי פרעון, ושו"כ נמי בכלל פרעון, אבל חוב אינו בכלל פרעון, דהוא רק החליף חוב בחוב, אבל לא נתן לו מידי, וע"כ הוא, דאל"כ לעולם לא יפרע לו הלואה, אלא יתן לו שטר התחייבות, והוא חידוש.

(והנה הר"ן כתב עוד דכן מוכרח מב"ק פ"ט א' דאשה שחבלה באחרים פטורה ופריך ותזבין לכתובתה בטוה"נ ותיתיב ליה ומשני כל לגבי בעל ודאי מחלה ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן, והק' הר"ן דאי נימא דשטרות בני גוביינא, יגבה ב"ד שעבוד כתובתה לנחבל ויזכה בו מדאורייתא ושוב אין לחוש למחילה, עכ"ד, וצ"ב דנהי דמוכח

דאין בו דין גובינא לענין דין מחילה, מ"מ אכתי ליכא ראייה דאם הגבהו אינו נחשב כפרעון, ואינו מועיל לגבי הסוגיא בכתובות, ומהר"ן מבואר דלמאי דמוכח מב"ק א"ש הסוגיא בכתובות.

(וי"ל עפ"י מה דיסד הנתה"מ בסי' שד"מ דגביה אי"צ קנין, ולכך אילו היה דין פרעון על חוב, לא היה מועיל מחילה, דהרי כל מה דמהני מחילה הוא משום דלא חייל קנין על החוב מדאו', והרי ביאר הגר"ח פכ"ב ממכירה דטעמא דלא מהני קנין הוא רק משום דלא נתפס בו מעשה קנין, אולם כל דלא בעי' קנין, הרי שפיר זוכה בחוב מדאו', ולכך אי מהני מחילה, מוכח דאינו בר פרעון כלל, ולכך לא שייך בו גביה, ואעפ"י דיכול להקנותו, מ"מ אינו בר פרעון.

עי' ב"ק קי"א ב' אר"ח גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג, ועי' במרדכי בנימוק"י ובהג"א דבנתייאש אעפ"י דגובה מהב' מכח דין שעבודא דר"נ, מ"מ מדין גזילה אינו גובה, ונפק"מ דאם מחל הראשון לב' או שפרע הב' לראשון דפטור מלשלם לנגזל, ומבואר דס"ל דמהני מחילה בדר"נ, ובטוש"ע שס"א ס"ו פסקו דפטור באכל אחר יאוש, ועי' מחנ"א גזילה סי' ח' דלמאי דקיי"ל דלא מהני מחילה בדר"נ, ע"כ להל' א"א לומר כהראשונים הנ"ל, והיה לטוש"ע לחלק דבלא פרע חייב מדר"נ, ע"ש בכ"ד, ועי' ביאור הגר"א שם סק"ז דהעתיק לדברי המרדכי דנפק"מ במחל, וצ"ע הרי קיי"ל דלא מהני מחילה בדר"נ, ואולי גזלן שאני, וצ"ע.

עי' בפתחי תשובה סק"ג דהביא מהנוב"י דדן לגבי מחילת ראובן, ועי' בב"ש סי' צ"ו ס"ק כ"א, ועולה מדבריו דלפי הט"ז ראובן מצי מחיל, והב"ש פליג עליו דאינו יכול למחול, כמו דאין המלוה יכול למכור נכסי הלוח, אעפ"י דמשועבדים לו, ועי' בנחל יצחק דכתב דלפי הקצוה"ח מצי ראובן למחול כיון דהוא הבע"ד של לוי, ע"ש בדבריו.

(יל"ע באופן דשמעון חייב לב' מלוים, ואין להם דיני קדימה, דצריך לשלם לתרווייהו בשוה, אי מהני תפיסה או לא, ועי' באחיעזר ח"ג סי' ל"ט דהביא דדעת הש"ך בסי' קכ"ה ס"ק כ"ג ונתה"מ שם ס"ק ט' דלא מהני תפיסה דחשיב דחייב לכל אחד רק חצי, אולם הביא דבשער המשפט שם ונחל יצחק סי' פ"ו ושואל ומשיב דמהני תפיסה, וע"ש מה דפלפל בזה.

(יל"ע בדין שמיטת כספים בשדר"נ, דלכאו' לפי דעת הקצוה"ח אין שמעון יכול לשמט החוב ואינו יכול לכתוב פרוזבול, אלא הכל תלוי ביד ראובן, ואף אם שמעון לא יכתוב פרוזבול אינו מקיים מצוות שמיטה. אולם יש לדון דכיון דאם יש לשמעון נכסים אין ראובן יכול לגבות מלוי, משו"ה חייל דין שמיטת כספים על הזכות שיש לו לעכב את ראובן ולגבות בעצמו מיד לוי, ושפיר יכול שמעון לקיים מצוות שמיטת כספים.

(אולם אף אי נימא דלא כהקצוה"ח, י"ל דאף באופן דשמעון עבד פרוזבול עדיין יכול ראובן לתבוע את לוי, דכמו דאין שמעון יכול למחול, ה"ה דאינו יכול לבטל את חובו של ראובן ע"י שמיטת כספים, וכל דראובן עבד פרוזבול שפיר מצי גבי מיניה, וצ"ע דלא נזכר בפוסקים מכל זה. ושו"ר באיה"ש גיטין דף ל"ד? דו"ד בענין זה, וצ"ע בדבריו שם.

חורף תשע"ו

ינתנו לכושל

כתובות פ"ד א'

(א) מתני' - מי שמת וכו' ר"ט אומר יתנו לכושל שבהן ר"ע אומר אין מרחמים בדין. עי' ברש"י דביאר דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, שאני הכא דלאו ברשותיהו מנחי, וכ"כ הר"ן דכל שלא זכו לאו מטלטלי דיתמי, ולכאור' היה נראה דכוונתם דכל היכא דלא בא לרשותם נידון כגביה מיני', וכן מצינו ברע"א, דהנה ברש"י ביאר בדברי ר"ע דכולם צריכים שבועה מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים, והק' רע"א דהא ע"ז גופא אנו דנין דאינו נידון כמטלטלי דיתמי אלא כגובה מיני', ואינו נידון כבא ליפרע מיתומים, והיה לרש"י לבאר דחייבים בשבועה מדין הבא ליפרע שלא בפניו, ע"ש.

(ב) אולם עדיין צ"ע דמ"מ כיון דמת א"א לגבות מדין מיני', אלא רק מדין שעבוד נכסים, והא ליכא שעבוד על מטלטלין, ועי' בחי' הגרש"ר ב"ב סי' כ"ז סק"ג דע"כ מוכח כהשי' דמדאור' איכא שעבוד אף על מטלטלין, אלא דהפקיעו רבנן את הגביה מיתומים, אולם כל דלא באו הנכסים ליד היתומים לא ביטלו רבנן את השעבוד.

(ג) והנה בתו' צ' א' ד"ה ש"מ כתבו לדעת ר"ת דהמחלוקת בדין מאוחר שקדם וגבה הוא רק במטלטלין ולא בקרקע, ומתני' שם מיירי במטלטלין, והק' דהא קתני בסיפא דיורשי הראשונה קודמין, והא אף לר"מ אין גובין ממטלטלי דיתמי, ותי' דאתיא כר"ט, וא"כ הרי מבואר להדי' דגם לר"ט איכא דיני קדימה במטלטלין, ומוכח דיסוד דינו של ר"ט הוא מדיני שעבוד, [ועיקר הדבר דלפי תו' איכא דין קדימה במטלטלין, מצינו נמי בביאור הגר"א סי' ק"ד סק"ב ובקצוה"ח שם סק"א וברע"א שם מכת"י תלמיד, ואכ"מ], ועי' בתומים סי' ק"ד סק"א דכתב דאין להוכיח מתו' שם דאיכא דיני קדימה במטלטלין, דכתבו כן רק לרט ולא לר"ע, ולדידן דקיי"ל כר"ע י"ל דליכא שעבוד כלל במטלטלין וליכא דין קדימה במטלטלין, וצ"ע דהא טעמא דר"ע רק משום דהם צריכים שבועה, אבל באופן דליכא שבועה מבואר בתו' פ"ד ב' צ"ב א' דר"ע מודה לר"ט, וא"כ הרי ע"כ דר"ע מודה דאיכא שעבוד על מטלטלין, ולהראשונים דהביאו מהירושלמי דטעמא משום דמחוסר גוביינא, זה תלוי בנידון הקצוה"ח סי' רנ"ג סק"ד אי מ"מ איכא מעלה בשבועה - עי' להלן, וע"ע להלן בדיוק לשון הרמב"ם.

(ד) ובאמת דעיקר הדבר נרמז בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב דכתב "וכשאמרו מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי לא אמרו אלא מפני שאין דעת המלוה סומכת עליהן לאחר מיתת הלוח לפי שהיורשים שלא קבלו טובה ממנו עשויים להבריחם מה שאין בלוח עצמו מפני שקבל טובה ממנו ועוד שלא יקראוהו לוח רשע ולא ישלם, ואפי' הי' המטלטלי ביד אחרים שאי אפשר ליתומי' להבריחם כההיא דפרק הכותב וכו' וטעמא משום דמעיקרא בשעת מלוה או בשעת כתיבת האחריות סליק נפשי' משעבודא דמטלטלי דיתמי כל שלא גלה בדעתו שדעתו סומכת עליהם כדאמרן וכו' והיינו נמי טעמייהו דרבנן דאמרי שאין כתובה נגבית מן המטלטלין אפי' מן הבעל וכו' לפי שהיא מסלקת דעתה מהן לגמרי משום דאין כתובה נגבית אלא או באלמנות או בגירושין ואם מן האלמנות הרי

היא כחוב דעלמא הבא ליפרע מנכסי יתומים שאין דעת המלוה עליהם מן הטעם שאמרנו. ואם מן הגירושין, כיון שהוא מוציאה מתוך איבה, אף הוא עשוי להבריח נכסיו ומבואר מדבריו דמצד החסרון דליכא סמיכות דעת יתכן לומר דרק כשהגיע ליד היתומים בפועל הוא דליכא סמכ"ד, וביאר דר"ע ס"ל דמעיקרא סליק אדעת' וכו', אולם שפיר י"ל בדעת ר"ט דאכתי איכא שעבוד משום דעדיי סמכ"ד.

(ה) אולם עדיין צ"ע להשי' דליכא שעבוד במטלטלין, ועוד צ"ע למ"ד של"ד דהא לפי הרמב"ן והרשב"א בכתובות פ"ו א' כל מה דגובה מיני' הוא רק משום מצוה, ולא שייך כן במת, ואף דרבנן תקנו שעבוד, הרי ודאי דתקנו רק על קרקעות ולא על מטלטלין, ותקשי למ"ד של"ד מדינא דמתני', ועוד צ"ע דאי נימא דבאמת איכא דין שעבוד על המטלטלין, א"כ צ"ע מדוע יתן לכושל ובאר רש"י למאחר שבהם, ואינו נותן כפי דיני קדימה בשעבוד, ועוד צ"ע דהא מתני' מיירי בהניח פירות תלושין, אף היכא דלא היו הפירות בזמן ההלואה והנשואין, ולפי הקצוה"ח סי' קי"ב סק"א ליכא שעבוד מדאו' על דאיכני, ועי' להלן בדעת הרשב"א.

(ו) עוד יל"ע בזה, דהנה מבואר בגמ' בע"ב בעובדא דיימר בר חשו דסברו מתחילה דמהני תפיסה לאחר מיתה כר"ט, ולבסוף פריך הגמ' דהא קיי"ל כר"ע, והנה מבואר בגמ' שם דאעפ"י דיימר שלח שליח, מ"מ לא מהני תפסיתו כיון דהוא חב לאחרים, ומכאן תמהו הראשונים על רש"י דנקט דבעשאו שליח מהני תפיסה אף במקום שחב לאחרים, ועי' בנתה"מ סי' ק"ה סק"א דיסד דטעמא דבאמת איכא דין שלוחו של בעל הממון, אלא דבשעבוד אין בעל הממון יכול לעכב כיון דזה משועבד למלוה, אולם במטלטלי דיתמי דליכא שעבוד הרי היתומים בעל הממון, ולכך אף דע"י התפיסה רוצה להכניסו תחת שעבוד הבעל חוב ולהוציא מרשות בעל הממון" [והוא ממש כלשון האבנ"מ צ"ו ו' - עי' להלן בסוגיא דתפיסה], מ"מ אינו יכול לעשות שליח לתפוס כיון דאיכא בעלים לממון, עכתו"ד, וצ"ע דהא לר"ט גדר הדין דכ"ז שלא הגיע ליד יורשים עדיין לא פקע השעבוד, וא"כ עדיין אינם בעלי הממון, וצ"ע.

עי' תו' ערכין כ"ב א' ד"ה אמר רב דהוכיחו מדינא דכושל דהל' כמ"ד דנזקקין, וצ"ע דשאני הכא דלא הגיעו הנכסים ליד היורשים, ומנלן דהל' כמ"ד דנזקקין, [וע"ש ברש"ש], וצע"ג.

(א) עי' שו"ת הרשב"א ח"ב סי' רנ"ב ובמיוחסות סי' ס"ט דדן בענין גר שמת והניח מטלטלין, וכתב דהיכא דהיו המטלטלין ביד אחרים מיד בשעת המיתה קנו את הנכסים וא"א להוציא מהם כדין מטלטלי דיתמי, אולם היכא דבזבזו אותם ישראל לאחר מיתה חייל עלייהו שעבוד וקיימו הנכסים ברשות הבע"ח, כיון דלא היה לאחרים זכות בנכסים, והביא ראיה דהא לר"ט גובין מטלטלי דיתמי קודם שבאו לרשותם, ואף ר"ע לא פליג אלא משום דס"ל דהיורשים זוכין בנכסים ממילא, אולם בגר דלא זכו בהם ממילא, הרי חייל מיד השעבוד של המלוה ואם באו ישראל ובזבזו מוציאין מידם, והביא מהתוספתא דגר שמת גובין מן האחרון, ואעפ"י דלר"ט אם זכו בהם יורשים אין מוציאין מידם, מ"מ קל שהקל ר"ט בקדמו בע"ח ונטלו מרה"ר, עכתו"ד, וכ"כ הרשב"א בקצרה ב"ק מ"ט ב', [ועי' ברמ"א רע"ה כ"ח דפסק דהבא ליפרע ממחזיק בנכסי הגר כנפרע מיורשים, וציין רע"א שם לדברי הרשב"א דגם במטלטלין אמר' הכי].

(ב) ומבואר מהרשב"א דיסוד דינו של ר"ט אינו משום דנידון כגביה מיני, דהא בגר שמת אף לאחר שזכו בנכסי הגר נמי גובין מהם, אלא דהוא אלימות בשעבוד כיון דלא קאי באפיייהו זכות של אחרים, ועי' מחנ"א זכיה מהפקר סי' ה' דתמה דהא במטלטלין ליכא שעבוד, ע"ש דהאריך בזה.

ובפשוטו ביאור דברי הרשב"א דס"ל דמיני איכא שעבוד אף במטלטלין, אלא דאין כח בשעבוד להוציא מיתמי ולקוחות, אולם כל דלא היה זכות של אחרים בזמן המיתה חייל שעבוד גמור על המטלטלין, ולכך מוציאים מהזוכה בנכסי הגר, [וכ"כ בהגהות אמרי ברוך על קצוה"ח סי' רמ"ה ס"ק ב'], אולם צ"ע דהרי הרשב"א בקדושין ס"ה ב' כתב דמתני' כרבנן דליכא שעבוד בכתובה על מטלטלין אף במיני, והנידון רק לגבי תפיסה לאחר מיתה, וא"כ ודאי דלא שייך לומר דזכתה מכח השעבוד מיד בשעת מיתה, ועוד הק' לעיל כמה קו' על דרך זו, וצ"ע.

(ג) והנה לשון הרשב"א שם "הלכך גבי גר דבשעת מיתה לא היתה זכות אחרים מעכבת ועומדת בפני שעבוד האשה והבע"ח הם קדמו והו' להו כיתמי ידיה" וצ"ב מדוע חשיבי כיתמי ידי' הא אין להם רק שעבוד בעלמא, ועמד בזה בבית אפרים או"ח סי' מ"ה.

ומוכח דכוונת הרשב"א דחייל דין גובינא מיד שמת הגר, והוי כאילו כבר גבו את הנכסים, ואעפ"י דליכא שעבוד במטלטלין, מ"מ כיון דהוא מחוייב לפרוע חייל מיד דין גביה על הנכסים, וזוכה בהם בלא קנין, וזה כעין מה דמבואר בתוס' הרא"ש כתובות פ"ב א' דהכא אינו תרי חומרי דאף רבנן מודו דכיון דהמלוה ביד אחר כגבוי דמי ואינו מטלטלי דיתמי, אלא דבגר זכה הבע"ח מיד ולא מהני מה דאח"כ בזבזו נכסיו, וביורשים כ"ז דלא תפסו היורשים מהני זכיית הבע"ח דהקלו מדרבנן לדונו כהפקר כ"ז שלא באו להמטלטלין ממש לרשותם, וצ"ע עדיין בגדר הדברים.

(ד) והנה בנתה"מ סי' ל"ז ס"ק י"ג הק' על רש"י פסחים ל' ב' דלרבא דמכאן ולהבא הוא גובה יסוד דין טירפא מלקוחות הוא מדין אינו ברשותו, מדין הנ"ל דגובה המלוה מיד הזוכה בנכסי הגר, והא זכיה מהפקר חייל גם באינו ברשותו, [עי' הערה³], ועי' בנתה"מ מה דהאריך ליישב, ע"ש היטב בלשונו, ולכא' כוונתו כהנ"ל דהיכא דליכא בעלים בזמן המיתה הוי ממילא כמאן דגבוי.

וע"ע בקצוה"ח סי' ק"ז סק"י דחידש דכל הדין דאין נפרעין לא שייך בלוקח ויורש, כיון דגם הגביה מהיורש הוא מדין טירפא, והק' בסו"ד מדין גר שמת דגובין מן האחרון, והא התם מדין טירפא אתינן עלה ומ"ש ראשון משני, ובנתה"מ שם תי' ושאני גר שמת "דבשעת זכיה הניח מקום לגבות בלא טירפא", ובמשובב תמה "ליתיה דהרי לא היה גובה אלא זוכה בהם מדין הפקר, והחוב עדיין נשאר, וכו' והיה מוכרח לבא מדין טירפא" אולם לדברי הנתה"מ הנ"ל א"ש דלאו מדין טירפא אתינן עלה אלא דזכה בנכסים ממילא, ופקע החוב.

ובמשובב סי' ל"ג סק"ב תמה על התומים סי' ס"ו סק"מ דחידש דהבן יורש אף לשעבוד הגוף, דהא בגר שמת ליכא ירושה, ומ"מ הוא גובה מהזוכים בנכסי הגר, ולהנ"ל א"ש דשאני גר דהבע"ח כבר זכה ממילא בנכסים.

³ ועי' בסוגיא דלמפרע דנתבאר בזה תי' מחודש דכיון דלא מצי לסלוקי בזווי הרי מודה רבא לאביי דלמפרע הוא גובה, וממילא לא בעי' לטעמא דאינו ברשותו, אלא דלמפרע מזמן הפרעון אינו שלו, והעיר לפי"ז ידידי הרב שמואל ולדנברג נ"ו דיש לבאר עיקר דברי הרשב"א דהיכא דמת הגר ואח"כ זכה בו אחר הרי כיון דבא המלוה וגבה ממנו לנכסי הגר נעשה שלו למפרע מזמן הפרעון וקדם לו, אולם היכא דהיו מוחזקים ביד ישראל בחיי הגר, אף דבא לגבות הרי תרוייהו שוו בזמן המיתה, וכל הקודם ותופס זוכה, ודפח"ח, אלא דצ"ע לפי"ז מה הביא הרשב"א ראייה ממתני'.

(ה) עי' בחי' הרשב"א ב"ק מ"ט ב' דכתב לבאר דבמת הגר גובה הבע"ח מנכסיו דהפקר אינו מפקיע מידי שעבוד, כמו דהקדש אינו מפקיע מידי שעבוד, והוסיף הרשב"א "ואינו דומה למטלטלי דיתמי, דהתם משום דיורשין הן דבר תורה ומשעת מיתה קמו להו ברשות היתומים ואפילו הן מופקדין ביד אחרים ואין בעל חובו גובה מהן כדברי ר"ע שאמר בפרק הכותב ינתנו ליורשין וכדמפרש בירושלמי שהן יורשין דבר תורה עם גמר מיתה, אבל כאן שמת הגר עד שלא יזכה בהן אחר כבר קדם שעבודו של זה וזוה אפילו ר"ע מודה לר' טרפון שאמר התם במופקדין ביד אחרים או שהן ברה"ר ינתנו לכושל שבהן" ולכאור' כוונתו לחלק דאף דהפקר אינו מפקיע מידי שעבוד, מ"מ שאני מת דהיורשים זכו בנכסים, וממילא אינו יכול לגבות מדין מטלטלי דיתמי, ולא אכפ"ל דהנכסים היו מופקדים במקור"א, אבל במת הגר כיון דהפקר אינו מפקיע מידי שעבוד, קדם השעבוד להפקר, ולכאור' לפי"ז אף באופן דהיו נכסי הגר מופקדים במקור"א נמי אינם יכולים תפוס את הנכסים, כיון דשעבודו קדם להפקר, ולכאור' זה סותר למה דביאר בתשו' הנ"ל דדוקא באופן דלא היו מופקדים יכול הבע"ח להוציא מיד הזוכה.

ועי' במ"מ פ"ב מזכיה הט"ז דהביא לדברי הרשב"א הנ"ל בב"ק בקצרה, ועי' באבנ"מ סי' ק"ב סק"א דהביא לדברי הרמב"ן במיוחסות וכתב דנפק"מ בין הרשב"א לרמב"ן באופן דהיו מופקדים ביד אחר וכו", אולם עי' באבנ"מ דכתב דהרשב"א דהובא במ"מ נקט רק לטעמא דהפקר לא מפקיע מדיי שעבוד, ולא הוכיח כן מר"ט, משא"כ הרמב"ן הוכיח כן מר"ט, אולם הרי בחי' שלפנינו הרשב"א בסו"ד הביא ראייה מר"ט, וצ"ע כוונתו דהתחיל בסברא דהפקר אינו מפקיע וסיים בדינא דר"ט, והא יש נפק"מ בין הטעמים, ובאמת דבתשו' הרשב"א הזכיר נמי לסברא דהפקר אינו מפקיע בשם השואל, ואדרבא מהמשך התשו' משמע דבאמת ביאר באופן אחר.

וקצת יש להביא ראייה לדברי האבנ"מ, דהנה הרשב"א הק' לפי"ז אמאי קתני בברייתא משכנו של גר הא בשעבוד בעלמא נמי שייך כן, ואי נימא כדבריו בתשו' הרי בחוב אינו אלא כשהנכסים מופקרים, משא"כ במשכון דגם במופקדים ביד אחר זוכה הבע"ח בנכסים, ולכאור' מוכח כאבנ"מ, ויש לדחות דבסתמא המשכון ביד המלוה.

ובגליון רע"א סי' רע"ה סל"א ציין לדברי הבית מאיר אהע"ז סי' ק' ס"ב בהג"ה, וע"ש בבי"מ דכתב דכיון דהרשב"א ביאר לדינו דהפקר אינו מפקיע מידי שעבוד כמו דהקדש אינו מפקיע מידי שעבוד, הרי להל' דפסק הש"ך סי' רנ"ה ס"ה דקדו"ד מפקיע שעבוד, ה"ה דהפקר מפקיע, אולם שוב כתב דמיוחסות מבואר דהפקר גרע מהקדש ולכו"ע אינו מפקיע מידי שעבוד, ע"ש בדבריו, ושור"ר בשו"ת בית אפרים או"ח סי' מ"ה דהאריך טובא בכ"ז, ובתו"ד שם דייק כהנ"ל מלשון הרשב"א דחשיבי כיתמי ידי', דהבע"ח זוכה ממילא בנכסים, אולם האריך לדחות דאי"ז כוונת הרשב"א, וצ"ע בכ"ד שם, ע"ע בשער המשפט סי' ע"ב ס"ק ל"ה מה דהאריך לתמוה על הרשב"א ב"ק, ע"ש.

(ו) עי' בקצוה"ח סי' רמ"ה סק"ב דלמד מדברי הרשב"א דה"ה בהפקיר הלוח נכסיו דהבע"ח גובה מנכסי הפקר, ולהנ"ל הביאור בזה דגם לגבי הפקר כיון דהוא מחוייב בפרעון חובו, ממילא זוכה המלוה בנכסים, כיון דאין מי שמעכב עליו.

והנה ברע"א שו"ע סי' ק"כ כתב לחדש דהיכא דהפקיר הלוח מדעת המלוה ובא אחר וזכה בכסף קודם שזכה בו המלוה דאין צריך ליתן המעות למלוה, כיון דהמלוה לא זכה בהם בקנין, ולכאור' זה דלא כדברי הקצוה"ח הנ"ל, אולם יש לחלק דשאני הכא דעדיין שעבוד הגוף קיים, משא"כ התם כיון דהוא ע"ד המלוה הרי נפטר מהחוב ופקע השעבוד הגוף, וע"ע בנתה"מ סי' קכ"ג סק"א דחולק על רע"א, וצ"ע בכ"ז.

(ז) עי' מנחות נ"א ב' דגר שמת יש לו נסכים, ובתו' שם כתבו דמיירי שהפרישן בחייו דאלאחר מיתה הכל הפקר, ובחי' רע"א שם תמה דכמו דאיניש דעלמא מביאים מנכסיו, ה"ה דיביאו מנכסי הגר, דהא קיי"ל דכל מה שגובין מנכסי יורשין גובין מהזוכה בנכסי הגר, ובזרע אברהם להגרמ"ז סי' ? ר"ל דמצוה שאני, והנה מלבד דיש לדון בעיקר הסברה, יל"ע דהרי לגבי קרקעות של גר ודאי דלא בעי' לחידושו של הרשב"א כיון דהשעבוד לא פקע, וא"כ תקשי אמאי אין גובין נסכים מהקרקעות של הגר, וצ"ע בכ"ז.

(א) מתני' - ר"ע אומר וכו' שבועה וכו'. עי' בתו' בע"ב ד"ה ולרבי עקיבא דהיכא דאי"צ שבועה מודה ר"ע לר"ט, ועי' בתו' צ"ב א' ד"ה ראובן דביארו לפי"ז הא דנקט רמב"ח דזקפן במלוה, דאי לאו דזקפן במלוה, הרי אינו צריך לשבע דליכא חשש דצורי ובכה"ג מודה ר"ע לר"ט דיתנו לכושל, אבל בזקפן דאיכא למיחש לצורי שפיר איכא דין דמטלטלי דיתמי, ועי' ברע"א שם דתמה דבהא ר"ט נמי מודה כיון דהוא מחוסר גוביינא ומחוסר שבועה, ע"ש, [וע"ע ברשב"א קדושין ט"ו דהוכיח מדינא דרמב"ח כהירושלמי, דהא הבע"ח אי"צ לישבע ומ"מ איכא חסרון דמטלטלי דיתמי, וצ"ב דהא בזקפן איכא למיחש לצורי ואמאי אינו מחוייב בשבועה, וצ"ע].

ובתו' ב"ב כ"ה ב' ד"ה ואין הבכור כתבו דהיכא דפטרו את האשה משבועה מודה ר"ע, אולם עי' בשו"ע אהע"ז סי' צ"ח ס"ז מבואר דנחלקו בזה השו"ע והרמ"א אי מהני נאמנות בבא לגבות מיורשים.

(ב) אולם עי' ברא"ש סי' ב' ובר"ן דטעמא דשבועה לאו דוקא אלא עיקר טעמו של ר"ע דהנכסים כל היכא דאיתנהו בחזקת יורשים נינהו, משא"כ בע"ח הוא מחוסר גוביינא, וצ"ע דהרא"ש בבכורות נ"ב א' כתב להדי' כתו', ועמד בזה בהפלאה.

והביאו כן מהירושלמי הגע עצמך שפטרם משבועה זו תורה וזו אינה תורה, והנה במרדכי סי' רכ"ד כתב להוכיח מהירושלמי דמהני נאמנות גם לגבי גביה מיורשים, וא"כ אדרבא זה ראייה דשבועה דוקא הוא, ועי' ביאור הגר"א חו"מ סי' ע"א ס"ק ל"ד דכתב "ר"ל לבע"ח ומשני זו תורה ר"ל בע"ח גובה מן התורה וזו אינה תורה ר"ל כתובה אינה מן התורה" ומבואר דרק בגובה מדאו' מהני נאמנות לגבות מיורשים, ומה"ט בחו"מ לא הובאו ב' הדיעות, ורק באהע"ז הובאו ב' הדיעות.

(ג) ויש לדון לפי הירושלמי האם באופן דנתן מקצת נכסיו במתנת שכ"מ, דהמקבל נמי הוי מחוסר גוביינא, אולם אינו צריך שבועה, האם בכה"ג מודה הירושלמי דמ"מ עדיף מחמת דאינו צריך לישבע או לא, ועי' בקצוה"ח סי' רנ"ג ס"ק ד' דנקט דלפי הירושלמי אין עדיפות למי שאינו חייב שבועה, ע"ש.

(ד) עי' שו"ע סי' ק"ד סעיף ג' דפסק דהיכא דליכא דיני קדימה, וקדם אחד וזכה דא"א לתפוס ממנו, ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ט הביא לזה ראייה מסוגיין, דמבואר במשנה דלר"ע זכו בהם יורשים, וכן בגמ' פריך מאי מאי איריא מותר כולוהו נמי דיורשין נינהו, ומבואר דכל דזכו בהם היורשים א"א לתפוס מהם, וצ"ב הרי יסוד דינו של ר"ט דאעפ"י דלא באו ליד היתומים חשיבי מטלטלי דיתמי, וא"כ הרי ודאי דלא יועיל תפיסה מהם, שהרי א"א לגבות מהם, ואינו ראייה לב' בע"ח דשווים בזכותם לתפוס, וצ"ע.

(א) עי' בר"ן דהק' על דינא דר"ט דהא לכתובה אין גובין מטלטלין אפי' מיני', וכ"ש מיתומים, ותו' הר"ן דר"ט ס"ל כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה.

והנה מבואר בכתובות פ"ב א' דלא אמרי' תרי חומרי בכתובה, דתגבה כתובתה ממטלטלין כר"מ, ומבע"ח דהבעל מדין שדר"נ, ובתו' שם ד"ה לא הק' דא"כ בדינא דר"ט נמי הוי תרי חומרי, ומבואר דנקטו בפשיטות דמתני' כר"מ. (ב) ובתחילה כתבו לת' דיתכן דדינא דר"ט אינו אלא מצוה ליתן לכושל, ואינו חיוב, וכ"כ הראב"ד בהשגות על הרי"ף ובריטב"א שם דכה"ג דבא לשלם מדעתו לא בעי' לחידוש דר"נ, ומתני' כר"מ, ועיקר הדבר מבואר נמי בתו' פ"ו א' דאינו מעיקר הדין, ועי' חזו"א אהע"ז סי' קכ"ה ס"ק י"ג דהק' דמה שייך בזה מצוה, הא הוי מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי, ומה שייך מצוה ליתן נכסי היתומים שלא כדין, דאף דליכא חסרון דלאו בע"ד ידידי את, מ"מ הוי נכסי יתומים.

עוד יש להוסיף בקו' החזו"א, דהא בסוגיא בפסחים ל"א א' וכתובות צ"ב א' בדינא דראובן מכר שדה באחריות מבואר בגמ' דלולי דינא דר"נ לא מצי אמר שמעון דרוצה מדעתו לשלם לבע"ח דראובן, וע"כ דכיון דהוי מטלטלי דיתמי לא מצי לפרוע מדעתו לבע"ח, ולכך אף דליכא טענה דלאו בע"ד ידידי את, כיון דהוא פורע מדעתו, מ"מ איכא חסרון דמטלטלי דיתמי, ולכך בעי' לדר"נ, וא"כ מה יועיל הכא דרוצה לפרוע מדעתו הא במטלטלי דיתמי מודה ר"מ דאינו גובה, וא"כ אף דליכא חסרון דלאו בע"ד ידידי את, מ"מ איכא חסרון דמטלטלי דיתמי, וצ"ע.

ובעיקר הדבר דכל דהוא מדעתו לא בעי' לחידוש של ר"נ, כיון דלא שייך בזה הטענה דלאו בע"ד ידידי את, יש להוכיח כן מרש"י, דהנה ברש"י קדושין ט"ו א' ד"ה ולא ביאר דאינו מחוייב להגבות הענקן לבע"ח, וצ"ע דהא אי לאו שדר"נ לא רק דאינו מחוייב להגבותו אלא הוא מחוייב ליתן את הענקה לעבד, אולם להנ"ל א"ש דכל מה דבעי' קרא הוא דלא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את, והיכא דההאדון רוצה לתת לבע"ח הרי לא בעי' קרא, וכיון דמיירי דאינו רוצה לתת, משו"ה נקט רש"י דקמ"ל דלא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את וחיוב ליתן הענקן לבע"ח.

(ג) עוד תי' תו' דכיון דאין היורשים מוחזקים במלוה לא בעי' לדינא דר"נ, אבל הכא דהיבם מוחזק שהרי הוא הלוה בעי' לדר"נ, והוסיפו דאף היכא דאיכא בע"ח אחר למת, חשיב היבם מוחזק דבמקום אחיו קאי, וצ"ב מ"ש לענין גביה מיבם דמבואר בגמ' דאף לר"מ דליכא חסרון דמטלטלי בעי' נמי לדינא דר"נ, דאל"כ מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את, ואילו בדינא דר"ט כיון דליכא חסרון דמטלטלי לא בעי' אף לדינא דר"נ, ועמד בזה בקוב"ש אות רצ"ב.

ועי' בחזו"א אהע"ז סי' קכ"ה ס"ק י"ב דביאר לדברי התו' דאי נימא דמטלטלי משתעבדי לא בעי' לדינא דר"נ, כיון דהחוב משועבד כשאר מטלטלי, ולכך לר"ט דהיכא דהמטלטלין ביד אחרים ליכא חסרון דמטלטלי דיתמי, שפיר גובה את החוב כיון דהחוב משועבד לה כשאר חובות, אלא דשאני יבם דכיון דהוא חוב לעצמו הרי פקע החוב וליכא שעבוד, ורק משום דינא דר"נ דחשיב דאינו חייב לעצמו, אלא הוא משועבד לאלמנה, משו"ה יכולה לגבות את החוב בכתובתה, ומה דכתבו תו' דגם בחוב דאחרים נמי דינא הכי, ביאר בחזו"א או דכוונתם רק דלר"ט לא גביה דכיון דלא מטי זמן הכתובה עד שיגרשנה הרי צריך לפרוע ליבם, אבל לר"מ שפיר גובה גם בלא שדר"נ, או דכוונתם אף לר"מ, ומשום דכל דכל השעבוד של חוב הוא רק לענין גביה, וכיון דבשעת הגביה אין לה זכות תביעה על הכתובה לא חל שעבודה על החוב, ולכך בעי' אף לדר"נ, ומשו"ה הוה תרתי, נועי' בחזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק י"ג ד"ה והא דביאר כן בקצרה].

ובחזו"א שם ס"ק י"ב הק' דאכתי תקשי א"כ למאי בעי' למילף מקרא דינא דר"נ, הא החוב משועבד לו מדין מיני', כמו שגובה מהמת, ותי' בחזו"א דכיון דיכול למחול אין בידו נזקקין לזה, אולם כשמת ולא מחל שפיר גובין, וצ"ע הא קיי"ל דיורש נמי מוחל.

ועוד צ"ע דהא בתו' הק' אמאי יבם אינו יכול למחול, ותי' או משום דאינו יורש אלא מכוחה, או משום דס"ל כר"מ דמזיק שעבודו חייב מדינא דגרמי, ולדברי החזו"א מתפרש היטב קו' תו' לגבי יבם למאי בעי' דלר"נ כיון דהכא לא מהני מחילה גם לולי דינא דר"נ, אולם לתי' בתרא דהכא מיירי לר"מ, א"כ אזדא תי' החזו"א דלפי סוגיין דלא יועיל המחילה כיון דיהא חייב מדינא דגרמי, הרי אכתי תקשי אמאי בעי' למילף מקרא, הא ודאי דגובין את החוב מדין מיני', ועי' היטב בחזו"א ב"ק ט"ו י"ג ד"ה ובתו' וד"ה והא, ואכתי צ"ע.

ועוד יש לדון דלפי החזו"א מתבאר דבאמת בעלמא ליכא טענה דלאו בע"ד ידידי את, ושאני הכא דלולי הא דר"נ פקע החוב, כיון דהוא חוב לעצמו, אולם לפי תי' קמא דשאני הכא דהוא מצוה, ע"כ מתבאר דבאמת לולי דר"נ איכא טענה דלאו בע"ד ידידי את, וזה דוחק קצת דבהא גופא נחלקו ב' תי' התו'.

אולם באמת דבתו' בבכורות נ"א ב' כתבו "שאו יאמרו שאין מוציאין מלוה שיש לו ביד אחרים לבע"ח ולכתובת גרושתו לפי שיש לו כח גדול בממון זה [שיש] ביד אחר ממה שיש ליתומים במה שהניח אביהם ביד אחרים שלא היה מעולם בידם ולא בא מידם ליד אותן אחרים" ומבואר דבעלמא אמרי' דאעפ"י דשעבוד חל על שעבוד מ"מ איכא נידון כח של מי יותר גדול בממון, ולכך מצי לוי לטעון לראובן לאו בע"ד ידידי את, אבל ביתומים דלא באו הנכסים לידם יש לבע"ח כח טפי ומצי גבי מהלוה, ועדיין הדברים צ"ב רב.

(ד) ובתו' בבכורות נ"א ב' תי' דכיון דלא באו ליד יתומים לא בעי' לדר"מ, ורבנן מודו בהא דגובין ממטלטלין, ומתני' כרבנן, וכן עי' בתו' הרא"ש בכתובות פ"ב א' דכתב דכיון דהוא ביד אחרים הרי"ז כגבוי דמי ואינו כמטלטלי דיתמי, ומשמע לכא' דכוונתו כתו' בבכורות דלא דכל דלא באו ליד יתומים עדיף ממיני', וצ"ב הסברא בזה, ולכא' הביאור בזה ע"ד מה דכתב רע"א בדף פ"א ב' דגדר הדין הוא דכיון דהוא חומרא דרבנן, הקילו דכל דלא הגיע ליד אחרים לא ביטלו השעבוד, דדוקא היכא דהוא אצל הבעל ביטלו השעבוד, וכן היכא דהגיע ליד יתומים, אבל היכא דליכא חסרון דמטלטלי דיתמי, ואינו ברשותו שפיר איכא שעבוד, וע"ע קצת בזה בסוגיא דתפיסה.

(ה) והנה בעיקר המחלוקת של ר"מ ורבנן בדין מטלטלין בכתובה מצינו ד' דיעות בראשונים - א) תו' פ"א ב' ד"ה רבי מאיר כתבו דכל המחלוקת רק לגבי מיני', אבל לגבי יתומים מודה ר"מ לרבנן, ועוד מבואר בדבריהם דבמלוה מודו רבנן דגובין מיני', וכן מסיק ר"ת בתו' כתובות צ' א' ד"ה שמע. ב) הר"ן נדרים ס"ה ב' וכן רמב"ן רשב"א וריטב"א קדושין ס"ה ב' כתבו דלר"מ גובין אף מיתומים, ולרבנן אף מיני' אין גובין, ובמלוה כו"ע מודו דגובין מיני' ולא מיתומים, וכן סבר ר"ת בתחילה בתו' שם. ג) ברשב"א שם הביא מהראב"ד דרבנן מודו דמיני' גובין מטלטלין, והמחלוקת רק לגבי יתומים, ועי' אבנ"מ ק' סק"ב. ד) ביד רמ"ה שלהי ב"ב ביאר דלר"מ אין חילוק בין כתובה לבע"ח, ולעולם גובין ממטלטלי דיתמי.

(ו) והנה אי נימא כהראב"ד א"ש דינא דמתני' כרבנן, דהא לענין מיני' מודו רבנן לר"מ, ועד שלא באו לרשות היורשים נידון כמיני', [וכדברי רע"א] ולתו' דהמחלוקת רק לגבי מיני', ע"כ צ"ל דמתני' כר"מ, ולכך בלא הגיע ליד יתומים הוי כמיני' אבל בהגיע ליד יתומים אף ר"מ מודה, ולדברי הרשב"א בקדושין והר"ן בנדרים הרי תקשי דממנ"פ אי כר"מ הרי גובין אף בבאו ליד יתומים, ואי כרבנן הא אף מיני' אין גובין.

(ז) ועי' ברע"א במשניות דהק' דהר"ן הכא סותר לדברי הר"ן בנדרים, דהא לדבריו בנדרים לר"מ גובים אף באתו ליד היתומים, וא"כ מדוע בזכו יורשים אין מוציאים מהם, [וכן תמה בשו"ת ר"א גוטמאכר ח"ב ענינים סו"ס ט"ו, והוסיף שם להק' דא"כ מדוע ר"ע אמר דטעמא דינתנו ליורשים משום שבועה, תיפול משום דאין מטלטלי משתעבדי לכתובה, וע"כ צ"ל

דר"ע נמי סבר כר"מ, ואין לומר דבאמת ר"ע אמר כן רק לגבי בע"ח ולא לגבי כתובה, דא"כ תקשי בסיפא דמיירי גם בגוונא דהבע"ח תפס וכל הנידון משום האשה, ומ"מ אמר ר"ע לטעמא דשבועה], וביותר קשה בדעת הריטב"א, דבכתובות פ"ב א' כתב דמתני' כר"מ, ובדף פ"א ב' כתב להדי' דלר"מ גובה אף ממטלטלי דיתמי, וצ"ע, [ואולי מיירי הכא גם לגבי מטלטלין דקנה הבעל אחרי שנתחייב בכתובה דכה"ג לאו מדין שעבוד הוא אלא רק מדין מיני', ותלוי אי אמרי' אט"ס בדאינקני, וצ"ע בכ"ז].

וברע"א כתובות פ"א ב' ד"ה ועתה הק' לפי הר"ן בנדרים איך יתפרש דינא דר"ט לפי הר"ן בנדרים, ותי' רע"א דס"ל דכיון דלא באו המטלטלין ליד היתומים מודו רבנן לר"מ, ועדיפא ממיני', ונתבאר לעיל כן בדעת תו' בבכורות נ"א ב', [ומה"ט תמה רע"א בסתירת דברי תו', דכיון דהיה להם ס"ד כהר"ן, הרי ע"כ צ"ל דר"ט ס"ל דהכא עדיף ממיני', כיון דלא באו הנכסים לידם, וא"כ מה הק' בד"ה לא דר"ט הוי ב' חומרי, הא הכא קאי אף לרבנן, ונשאר בתימה], אולם הר"ן סבר דלא עדיף ממיני' ולכך ס"ל דמתני' ע"כ כר"מ.

ובאמת דברמב"ן קדושין ס"ה ב' הק' דכיון דאין גובין לרבנן אפי' מיני', איך נבאר לדברי ר"ט דגובין מן היתומים, ותי' הרמב"ן דג' מחלוקות בדבר, ולר"ט מהני תפיסה אפי' לאחר מיתה, והובא ברשב"א שם, ומבואר דס"ל דמתני' כרבנן, והנידון לגבי תפיסה, [וכ"כ בחזו"א אהע"ז סי' קכ"ה ס"ק י"ג ד"ה יל"ע], ועוד יש לדון דבלא אתו ליד יתומים עדיף ממיני', אולם הר"ן הרי ביאר דמתני' כר"מ, והדק"ל, ועי' להלן בסוגיא דתפיסה בזה.

(ח) וי"ל דהנה התו' תמהו דהוי תרי חומרי, וי"ל דס"ל להר"ן דכל מה דהוי תרי חומרי הוא רק לגבי הא דחמור כתובה טפי מחוב דעלמא, דגובה אף מיתמי, אבל הא דס"ל לר"מ דגובין מטלטלין מיני' אינו חומרא, אלא דהוי כחוב דעלמא, ורבנן הוא דהקילו דאף מיני' אין גובין, ומשו"ה היכא דבאו ליד יורשין דהוי תרי חומרי אין גובין מהם כיון דהוי תרי חומרי, אבל בלא באו ליד היורשים, כיון דס"ל לר"ט דלא הוי בכלל מטלטלי דיתמי, ואף בחוב דעלמא גובין בכה"ג, אינו נידון כתרי חומרי, ולכך כתב הר"ן דמתני' כר"מ, אולם כ"ז דוקא בלא באו ליד יורשים, אבל תו' לשי' דר"מ מיירי רק לגבי מיני', הרי ע"כ מוכח דגם לגבי גביה מטלטלין מהבעל הוי בכלל תרי חומרי, ולכך הק' על מתני', [אולם קו' רא"ג בדברי ר"ע אמאי לא אמר פליג מחמת הא דאין מטלטלין משתעבדין עדיין צ"ע].

(ט) ובעיקר קו' תו' דהוי תרי חומרי - עי' קצוה"ח סי' ק"ז סק"ב דתי' לקו' תו' דהא מבואר בגמ' פסחים ל"א א' דלאביי דלמפרע הוא גובה, יתומים שדגבו קרקע חוזר וגובה מהם אף לרבנן דר"נ, ולכך לאביי לשי' דס"ל דלא מחמירין ב' חומרי אין להק' מדינא דר"ט, אבל בההיא דשומרת יבם הוי תרי חומרי כיון דלולי דינא דר"נ אמר היבם לאשה לאו בע"ד ידידי את, ורק בגוונא דיתומים דגובים את החוב מהלוה, שפיר מצי גובה מהם מדין למפרע הוא גובה, עכתו"ד, ובנתה"מ סק"ב תמה על הקצוה"ח דהא כל יסוד דינו של ר"ט הוא דאינו גובה מהיורשים אלא מהבע"ח, דאף אי נימא דמדין למפרע הוי כגבה האב מחיים, הא מ"מ כיון דמת אין גובין את המטלטלין מהיורשים, אלא בעי' לדון דחשיב כגבו מהבע"ח, ולזה בעי' לדינא דר"נ, ועי' במשובב דתי' דשאני הכא דליכא טענה דלאו בע"ד ידידי כיון דהלוה רוצה לשלם אלא דאינו יודע למי, וצ"ב דהא זהו תי' קמא דתו', ולדבריהם הרי התי' פשוט דכה"ג אי"צ לחידוש דר"נ, ואי"צ לומר דאביי לשי', וצ"ע כוונת הקצוה"ח.

רש"י ד"ה ינתנו ליורשים - ולא מהניא תפיסה. עי' מהרש"א דהמקור להא דלא מהני תפיסה של הבע"ח והאשה, הוא מהא דפריך לקמן מאי איריא מותר וכו', ועי' להלן בגמ' עוד בזה.

רש"י ד"ה שכולם - הבא ליפרע מנכסי יתומים וכו'. ע"י ברע"א דהא זהו גופא טעמא דר"ט דהוי כמיני' ואינו כבא ליפרע מיתומים, והיה לרש"י לפרש דחייב שבועה מדין הבא ליפרע שלא בפניו, ויישב בזה דברי הירושלמי לענין נאמנות לפטור משבועה, ע"ש, וע"י לעיל דיתכן באמת לאו מדין מיני' אתינן עלה.

(א) ע"י תו' כתובות פ"א ב' דכתבו דע"כ הא דגובה מיבם הוי מדין מיני', דלר"מ אין גובין מטלטלין אלא מיני', ואין לומר דבאמת לר"מ גובין מטלטלי מיתמי כמו קרקע, דא"כ אפי' אי ל"ל דר"נ נמי גובה, וע"י במהרש"א דהק' דאף אי הוי כקרקע נמי בע"י לדינא דר"נ, וכוונתו לסוגיא בפסחים ל"א א' דגבו קרקע נמי בע"י לדר"נ, ונהביא דכן מבואר ברא"ש, וכוונתו לדברי הרא"ש בסו"ס י"ג דביאר בדעת הרי"ף דבתר דתיקנו דכתובה גובה ממטלטלין אינו אלא חומרא אחת כר"נ, ומבואר להדי' דבע"י לדינא דשדר"נ].

(ב) וע"י בק"ר דתי' דס"ל לתו' דטעמא דבע"י לדר"נ משום דהשטר הוא מטלטלין, ואינה יכולה לגבות את השטר מבעלה, אבל לר"מ דמטלטלי משתעבדי אי"צ לדר"נ, וע"כ דר"מ מיירי רק על מיני', [וציין לדברי הר"ן כתובות י"ט א' דאין גובין את השטר מיני' כין דאין גופו ממון, וצ"ב כוונתו הרי לפי הר"ן מלבד החסרון דמטלטלין איכא נמי חסרון דאין גופו ממון, וא"כ מה יועיל הא דמטלטלי כקרקע, הא אין גופו ממון, אולם עדיין יתכן דתו' ס"ל כהרשב"א בקדושין ט"ו א' דכל החידוש דר"נ דלא מצי אמר לאו בע"ד ידי את, ומשו"ה אי גובה את השטר מהיתומים לא מצי אמר לאו בע"ד ידי את], אולם עדיין צ"ע מדוע אי גובין רק מיני' בע"י לדר"נ, הא כיון דיבם חשיב כמיני' הרי גם בלא ר"נ גובין את השטר כדין מטלטלין מיני'.

(ג) וע"י בפנ"י דתי' דהתם קאי למ"ד מכאן ולהאב הוא גובה, וכיון דמטלטלי לא משתעבדי, א"א להוציא ממנו בלא שדר"נ, כיון דעיקר החוב הוא מטלטלין, אבל אי נימא דמטלטלין כקרקע, הרי כמו דלאביי דלמפרע הוא גובה ליכא חסרון דמטלטלין כיון דמעיקרא בחיי האב נשתעבדו דמי החוב לראובן, ולא בע"י לשדר"נ, ובאבן האזל פט"ז מאישות ה"ה תמה על הפנ"י דהא הכא הנידון לגבות ממטלטלי דיבם, והמטלטלין של היבם אינם משועבדים, ויאמר לה לאו בע"ד ידי את, [נאמה שתי' על קו' המהרש"א לא זכיתי להבין, וע"ע בתו"ד שם דכתב דטעמא דכתובה אין גובה מטלטלין דמיני', משום דבכתובה ליכא שעבוד הגוף אלא רק שעבוד נכסים, ולכך ליכא גביה אף מיני', ותמוה דא"כ לשי' ר"ת דטעמא דמהני מחילה במוכר שט"ח משום דשעבוד הגוף קיים אצל המוכר, הרי בכתובה דליכא שעבוד הגוף לא יועיל מחילה במכרה כתובתה, ומפורש להדי' ב? דיכולה למחול, וצ"ע].

(ד) וע"י בחי' ברע"א דתי' דרק אי גובין מיתמי ולקוחות חשיב דאיכא שעבוד על מטלטלין, אבל אם אין גובין רק מיני' לאו מדין שעבוד הוא, ולכך אי חייל שעבוד על מטלטלין הרי נמצא דהלוא הבעל את המעות המשועבדים לה ויכולה לטעון שעבודי אצלך, כדין טריפה מלקוחות, אבל אי ליכא שעבוד על מטלטלין, אף דחייב לשלם לו מטלטלין מדין מיני', מ"מ מצי טעין הלוא לאשה לאו בע"ד ידי את, ורק מכח דינא דשדר"נ לא מצי אמר לה לאו בע"ד ידי את, וע"י ברע"א דהביא לזה ראייה מהריטב"א דכתב דאם שעבד שמעון לראובן מטלטלין אגב קרקע, אי"צ לדר"נ, כיון דמצי טעין המעות שהלוא לך משועבדים לי, ע"ש, וע"ש עוד דהאריך בזה בתשו' לבאר כל פשט דברי התו'.

ובחזו"א אהע"ז סי' קכ"ה ס"ק י"ב תמה דהרי במוכר שדה המשועבדת והפסידה הלוקח אין גובין ממנו כלום, וכן בנתן מעות מתנה והמקבל הוציאן ודאי דאין הבע"ח יכול לגבות ממנו, וא"כ לא שייך לומר דיגבה מחמת דהלואה מעות, וכוונת הריטב"א דהחוב גופי' מטלטלי חייל השעבוד על החוב, וצ"ע.

(ה) והנה מתבאר מדברי התו' דאי נימא דגובין מטלטלי דיתמי לא בע"י לדינא דר"נ, ולהראשונים דס"ל דבאמת גובין לר"מ ממטלטלי דיתמי, מהני מדין שדר"נ.

והנה נחלקו הסמ"ע והש"ך סו"ס פ"ה בכוונת תו' בפסחים ל"א א' בדין יתומים שגבו מעות, ולפי הסמ"ע כל דשעבד שמעון מטלטלין באגב לראובן גובין את המעות מהיתומים, אבל שעבד לוי לשמעון באגב לא מהני מידי, ולפי הש"ך כל דשעבד לוי לשמעון מטלטלין באגב הוא דגובין את המעות מהיתומים, אבל בשעבד שמעון לראובן מטלטלין באגב לא מהני מידי, ולכאור' לפי הש"ך תקשי מה יועיל הא דגובין מטלטלין מיתמי דבעל, הא מ"מ ליכא שעבוד על מטלטלין של היבם לבעל, וע"כ כהסמ"ע, אולם לפי הסמ"ע מהני מדינא דר"נ, ולפי תו' מבואר דלא בעי' לדינא דר"נ, ולפי הראשונים הרי מוכח להדי' כהסמ"ע דאי איכא שעבוד על המטלטלין של שמעון מהני דינא דר"נ, ועמד בזה באבני נזר אה"ע סי' שמ"ב סק"א, ועי' בחזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק כ"ב דהק' כע"ז על הש"ך מסוגיין, דמה יועיל הא דר"נ, הא מ"מ ליכא שעבוד על המטלטלין של היבם, וע"ש דכתב ליישב בב' אופנים, וצ"ע כוונתו.

ובנתה"מ סי' פ"ה סק"ח תמה על הש"ך דהא מבואר בגמ' דלא סגי בהא דר"מ, ולדברי הש"ך אמאי אינה יכול לטרוף את החוב מחמת דינא דר"מ בלחוד, וביאר הנתה"מ דע"כ דמצי אמר לה לאו בע"ד ידידי את, ורק משום שדר"נ יש לו שעבוד הגוף על לוי ולכך ליכא טענה דלאו בע"ד ידידי את, ויל"ע מ"ש טורף שט"ח מקונה שט"ח דלא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את, אף בלא שדר"נ.

א) עי' ברי"ף דביאר דטעמא דר"ט דכיון דלא אתו ליד יורשין משתעבדי מדר"נ, ועי' בהגהות חו"י דתמה דא"כ במאי פליג ר"ע אטו פליג אדינא דר"נ, הא קיי"ל כתרווייהו, ובפנ"י תמה מסיפא דמתני' דהא בהניח פירות לושין לא שייך דינא דר"נ, וכן בזכותה יותר מכתובתה מה שייך דין דשדר"נ, ועי' בית יעקב דיישב דאי לאו דינא דר"נ אכתי היה יכול המלוה לתבוע את הלוח לפרוע לו את חובו, ואינו יכול לפרוע מעצמו למלוה דהלוח, ולכך בעי' לדין שדר"נ במטלטלין, ועד"ז י"ל דאי לאו דר"נ הרי מבואר בכתובות פ"א ב' דיכול לטעון הלוח לאו בע"ד ידידי את, ולכך כתב הרי"ף דבעי' לדינא דר"נ, אבל בהניח פירות תלושין לא בעי' להך טעמא כיון דהם הפקר, אבל לר"ע דאיכא חסרון דמטלטלי דיתמי לא יועיל הא דר"נ.

ב) אולם עי' לשון הרי"ף דכתב "ומ"ש פקדון ומלוה משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיון דלא אתו לרשות יורשים משתעבדי לבע"ח מדר"נ" ועי' בר"ן דביאר דקו' הרי"ף מ"ש הנך מטלטלי משאר מטלטלין דלא משתעבדי, וע"ז תי' הרי"ף דמשתעבדי מדר"נ, ולדברי הב"י הרי טעמא דליכא חסרון דמטלטלי הוא משום דלא אתו לרשות יורשים, אלא דיש חסרון צדדי מחמת דעדיין הלוח נשאר חייב ליורשים וע"ז מהני הא דר"נ, וא"כ הדק"ל קו' הפנ"י מ"ש מסיפא, וצ"ע.

ג) ובמחנה אפרים זכיה מהפקר סי' ה' כתב דלפי הרי"ף, יהא הדין דבזוכה מנכסי הגר, כיון דהוה נכסי הפקר, אין בע"ח גובה מהזוכה, דלא שייך בו שדר"נ, וצ"ע מ"ש מסיפא דהניח פירות תלושין דשייך בו דינא דר"ט, וע"כ דכל דליכא זוכה לא בעי' לדר"נ, כיון דלא שייך בזה הטענה דלאו בע"ד ידידי את, וא"כ ה"ה בזוכה מנכסי הגר דגובה בלא שדר"נ, ואולי י"ל דשאני הפקר דפקע השעבוד וכמבואר בלשון המחנ"א שם, ולכך אין מה שמחייב את הזוכה ליתנו לבע"ח, אבל בסיפא דמתני' הא אין הפירות הפקר, אלא דשייכים ליורשים, ובהא כיון דליכא חסרון דמטלטלי דיתמי מחמת דאין מוחזקים ביד היורשים, לא פקע השעבוד, ושייך בזה דינא דר"נ.

ד) עי' באו"ז ב"ק סי' קצ"ז דדן אי יש דין דשדר"נ בפקדון, וטעם הספק כיון דבפקדון כל היכא דאיתא ברשות דמפקיד איתא, מצי השומר לומר כיון דלאו ברשותי קאי לאו בעל דברים ידידי את ומהדרנא ליה להמפקיד ואי יהיב

לבע"ח עביר פשיעה דשולח יד בפקדון הוא, והביא לזה ראייה ממתני' דהאשה גובה מפקדון, ואי ליכא דינא דשדר"נ בפקדון איך גובה מבעל הפקדון, וכתב האו"ז לדחות דשאני דינא דר"ט דכיון דלא באו ליד יורשין לא בעי' לדר"נ, [ונכתו' פ"א ב'] והביא לזה ראייה מסיפא דמתני' דכל הקודם זכה, [ונכתו' הפנ"י], אולם בלשון הרי"ף מבואר להדי' דהק' אף על פקדון אמאי גובה, וע"ז תי' דהוא מדינא דר"נ.

ה) ובסו"ד הביא האו"ז מהר"ח דביאר "מטלטלי לבע"ח לא משתעבדי וה"מ לאחר מיתה אבל מחיים אפילו מגלימא דעל כתפיה גבי ביה הנושה והני כיון דלא באו עדיין ברשות היורשים כאילו תפושין הן ביד הנושין בו כדר"נ דתניא ר"נ אומר מנין לנושה בחבירו מנה מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה ת"ל לאשר אשם לו" ומבואר דכיון דלא אתו ליד יורשין מהני דינא דר"נ דלא יהא בכלל מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, ומבואר כמו דנראה מלשון הרי"ף דזהו ביאור בעיקר טעמו דר"ט, דטעמא דחשיב כגבו משום דר"נ, וצ"ע כקו הפנ"י.

ו) עי' ברשב"א קדושין ט"ו א' דכתב בתו"ד דלר"ט במלוה הוי ב' חידושים חדא דגבויין מטלטלין, ותו דקיי"ל כר"נ גם לאחר מיתה, אבל בפקדון הוא רק חידוש א' כיון דלא בעי' לדינא דר"נ, ולר"ע דאף בפקדון דלא בעי' דלינא דר"נ נמי איכא חסרון דמטלטלי, וכ"ש במלוה, דלא אמר ר"נ רק מחיים ולא לאחר מיתה, עכתו"ד, ומבואר דנקט דבפקדון לא בעי' לדר"נ, וגובה אף בלא חידושו של ר"נ, אולם באו"ז מבואר דכל הנידון אי שייך ר"נ בפקדון, אבל על הצד דלא שייך דינא דר"נ בפקדון אינו גובה מהשומר.

ז) ועי' בקצוה"ח סי' פ"ו סק"ד דהאריך בדין שדר"נ בפקדון, וכתב לחדש כיון דבפקדון ליכא לתי' הרשב"א בקדושין דלולי דר"נ הוי מילי, כיון דפקדון הוי מילי, ממילא שפיר גובה מחמת דשעבוד חל על שעבוד, ובסק"ז כתב דלדבריו דינא דפקדון דמתני' לאו משום שדר"נ הוא, וצ"ע דלא הביא ללשון הרי"ף בסוגיין, ולדברי הרשב"א בקדושין, ולדברי האו"ז הנ"ל.

ח) בחזו"א אהע"ז סי' קכ"ה ס"ק י"א במוסגר נסתפק האם לר"ט יכולים היורשים לתפוס מהלוה, ומסיק דאין יכולים לתפוס, אולם הנה בריטב"א במתני' ביאר "דסבר רבי טרפון דמטלטלי דיתמי כי הני שלא באו לרשות היתומים משתעבדי לבעל חוב ולכתובת אשה וחשבינן להו כאלו תפסי בהו" ומבואר דיסוד דינא דר"ט דהבע"ח נוטל מדין תפיסה, ולא מחמת השעבוד בלבד, ולפי"ז מסתבר דאין היורשים יכולים לתפוס כיון דהוא כבר תפוס ביד הבע"ח, וצ"ע.

ט) בקוב"ש ס"ק ש"ג הק' לשי' הרשב"ם דרשות הנפקד קנוי למפקיד, נמצא דלעולם החפץ ברשות היורשים, ומ"ט דר"ט, ועיקר הקו' תלוי אם במת המפקיד איכא חיוב שמירה ליורשים, ונסתפק בזה במהרי"ל דסקין פסקים אות רצ"ו, ועי' קרני ראם גיטין י"ג ב', ואכ"מ.

א) גמ' - ל"ל למיתני מלוה ל"ל למיתני פקדון וכו'. יל"ע לדברי הרשב"א בקדושין הנ"ל דרק במלוה בעי' לדר"נ, אבל בפקדון לא בעי' לדר"נ, דא"כ הו"מ למימר דאצטריך למיתני מלוה לאשמועי' דינא דשדר"נ, נולכאו' זה כוונת האו"ז שם להק' בסו"ד, ועוד יל"ע דבשטמ"ק הביא מהריב"ש דמתני' כתנאי דמלוה מוחזקת היא, וא"כ שפיר איצטריך למיתני מלוה לאשמועי' דמלוה מוחזקת, וצ"ע.

ב) עי' בריטב"א דתמה לפי' תו' דהא דנקט ר"ע לטעמא דשבעה, הוא דוקא, א"כ מה הס"ד לחלק בין מלוה לפקדון, הא אכתי שייך טעמא דמתני' דמשום דהם צריכים לישבע חשיבי היתומים מוחזקים, וצ"ע מה יענו תו' ע"ז.

רש"י ד"ה להוצאה - ואינה קיימת בעין דמחסר גוביינא. וצ"ב דבגמ' מבואר דס"ד משום דלהוצאה ניתנה, ומדוע רש"י הוסיף דטעמא משום דמחוסר גוביינא, וכן צ"ב מה דכתב דאינה בעין הרי אף כשהמלוה בעין נמי כאינה בעין, אולם עי' רש"י ב"מ ד' א בסוגיא דהילך דגם במלוה יש מעלה בלא הוציאם, וצ"ע.

(א) גמ' - לכושל שבראיה. עי' רש"י למי ששטרו מאוחר, שלא יוכל לטרופ לקוחות הקודמים לו, ועי' בריטב"א דלפי"ז ע"כ צ"ל דמיירי דיש עוד נכסים משועבדים דיכול המלוה בשטר לגבות מהם, דאל"כ ודאי דהם קודמים כיון דהם נמי חשיבי כושלים, וכ"כ בשטמ"ק בשם הריב"ש, ועי' בריטב"א דכתב דאי ליכא נכסים משועבדים יחלוקו כיון דליכא קדימה במטלטלין, וצ"ע דבמשנה כתב הריטב"א דכל היכא דשעבד להדי' מטלטלין אגב קרקע מודה ר"ע לדינא דכושל, וק' הרי אי חייל שעבוד על מטלטלין איכא דיני קדימה, ורק אי ליכא שעבוד הוא דאיכא דינא דכושל וכמבואר בדבריו הכא, וצ"ע.

(ב) ועי' ברא"ש דאעפ"י דקיי"ל כר"ע, מ"מ הביא הרי"ף לדינא דכושל, משום דנפק"מ בזה"ז דיש שעבוד על מטלטלין, וכ"כ הריטב"א, וצ"ע כנ"ל כיון דחייל שעבוד על מטלטלין אמאי לא אזלי' בתר עיקר דינא דבע"ח מוקדם עדיף על בע"ח מאוחר, [ובלא"ה צ"ע דאי נימא דיסוד דינו של ר"ט הוא משום דס"ל דחייל שעבוד מדאור' על מטלטלין, א"כ מדוע יש צד דמי שיש לו שטר מאוחר קודם, הרי מעיקר הדין זה שייך לבע"ח מוקדם, ומהיכ"ת דיתנו לבע"ח מאוחר].

(ג) ובשטמ"ק הביא מהריב"ש ד"א דכתבה הרי"ף משום דנפק"מ לגר שאין לו יורשין, וי"א דאינו דכיון דאין לו יורשין זכה הלה במה שבידו, ועי' אבנ"מ סי' ק"ב סק"א דהאריך לבאר דיסוד המחלוקת הוא האם במת הגר והיו הנכסים מוחזקים ביד אחר האם גובין מהזוכה או לא, אולם כו"ע מודו דהיכא דזכה בו ישראל רק אחר המיתה דבע"ח מוציא מידו, עכתו"ד, ושמעתי מידידי האב אלי' דוד קונינסקי נ"י להק' דא"כ אף אי נימא דבמוחזקים בזמן המיתה אין מוציאין מידו אכתי תקשי דמשכח"ל בדינא דסיפא דהגר הניח פירות תלושין, והיו לו כתובה וב' בע"ח, ותפס א' מהבע"ח, ויש לו מותר דכה"ג מודה ר"ע לר"ט, ובהא שפיר איכא נפק"מ בדינא דכושל אי יתן המותר לבע"ח או לאשה, וצ"ע.

(ד) עי' ברי"ף דכושל היינו בע"ח, ועי' בשטמ"ק דהביא מהרשב"א דהוסיף דודאי כי ליכא אשה יחבין לבע"ח דאף הוא כושל יותר מן היורשין, וכדתנן זכה בע"ח יתר על חובו ר"ט אומר ינתנו לכושל שבהן.

והנה בעיקר דינא דמתני' דינתן לכושל בפשוטו נראה דהסברא דכושל נאמר רק לגבי הנידון בין האשה לבע"ח, אולם אינו ענין למה דגובה מהיורשים, דזה רק מחמת דאיכא שעבוד על הנכסים, אולם א"כ תקשי דהא בדינא דסיפא הנידון הוא רק בין הבע"ח ליורשים ומ"מ קתני במתני' דאיכא דין כושל, אלא דיתכן דמתני' נקט להאי מילתא בגוונא דמלבד האשה איכא ב' בע"ח, וכן ביאר בתויו"ט בביאור דברי הר"ן במתני' דכתב בסיפא דמתני' לכושל שבראיה, דע"כ מיירי דאיכא ב' בע"ח, אולם בדברי הרשב"א ע"כ מוכח דאיכא רק בע"ח א' ומ"מ בעי' לדין כושל, דאל"כ ליכא ראייה מסיפא דמתני', וכן מבואר בשטמ"ק בשם רבינו יהונתן הכהן, [וכן מבואר ברש"י במתני' לפי התויו"ט] ומבואר דכיון דכל סיבת הגביה של הבע"ח והאשה הוא מחמת דהנכסים לא הגיעו לרשות היתומים, שפיר יש ליורשים ג"כ זכות תביעה כיון דע"י שיתנו להם את זה בירושה יפקע השעבוד של האשה והבע"ח, ומדין כושל הוא דעדיפי על היורשים,

ה) ולק' פ"ו א' מבואר בגמ' דאי ליכא אלא חד ארעא לבע"ח יהבינן ולא לאשה, והק' תו' מ"ש מסוגיין, ועי' באבנ"מ סי' ק"ב סק"א דקו' היא לשי' דכושל שבראיה היינו המאוחר, אבל אי נימא כהרי"ף דהיינו הבע"ח הסוגיא התם קאי להל' דהכושל הוא הבע"ח.

ובתו' שם תי' בשם ר"ת דשאני הכא דלאח"מ ליכא נעל"ד, ובשם ר"י תי' דשאני הכא דאם יחזיר ליתומים לא יגבו כלל, ובשטמ"ק בסוגיין כתב בשם הריב"ש דמשו"ה הרי"ף הביא להל' לדינא דכושל דנפק"מ כשיש קרקע דיהבינן לבע"ח, ובזה מתו' קו' התו' שם.

תו' ד"ה לכתובת אשה - תימא דהא תנן וכו'. בהפלאה הק' אמאי הק' כן תו' רק על לישנא דגמ' ולא הק' על עיקר המשנה מדוע האשה יכולה ליטול כתובתה מהחוב הא הוי ראוי, וי"ל בפשיטות דהא ברמב"ן ב"ב קכ"ה ב' מבואר דיש צד לפרש דמתני' לצדדין קתני, כתובה מפקדון ובע"ח ממלוה, ולכך ממתני' ליכא קו', אולם כיון דמבואר בגמ' דכושל היינו כתובה, ועלה קתני' ינתן לכושל, ע"כ דגובה אף ממלוה, [וצ"ע באמת תי' הרמב"ן].

ובעיקר קו' - עי' באבנ"מ סי' ק' סק"ה דתי' עפ"י דברי הפנ"י דדינא דמתני' הוא משום מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, וכיון דלא אתו לידם אף כופין על המצוה, וכמו דיש מצוה במטלטלין איכא נמי מצוה בראוי, ויש קצת ראייה לדברי הפנ"י, דהנה ברש"י כתב בד"ה ינתנו לכושל כתב "הכא דלאו ברשותיהו וכו' דמוציאין מיד הלוה" ויש לדקדק אמאי לא כתב דשאני הכא דמשמעבדי, וע"כ דבאמת ליכא שעבוד, אלא דבכה"ג כופין על המצוות.

שם - וצריך לחלק וכו'. עי' ברע"א דביאר דכוונתם דמדין שדר"נ הוא דלא חשיב ראוי, משא"כ בנוטל מדין בכור, ובאמת דכבר נחלקו בזה הר"י מגאש והרמב"ן ב"ב קכ"ה ב' אי מהני דינא דשדר"נ לסלק החסרון של ראוי, ועי' בחי' הגרש"ר ב"ב סי' כ"ז דהאריך לבאר המחלוקת, ואכ"מ, וברע"א הק' דזה סותר לדבריהם בדף פ"ב א' דכיון דלא הגיע ליד יתומים לאו מדר"נ הוא, וא"כ הוי ראוי, אולם נראה דלמה דנתבאר לעיל עפ"י תו' בבכורות דכה"ג אי"צ לדר"נ משום דכל הבע"ח בממון אלים טפי מחמת דלא בא ליד יורשים ולכך ודאי דחייל שעבוד על שעבוד, משו"ה לכו"ע אינו ראוי.

ובאבנ"מ סי' ק' סק"ה ביאר דברי התו' עפ"י הפנ"י דיסוד דינו של ר"ט דהכא כופין כל המצוות, וכפיה שייך גם בראוי,

א) גמ' - מאי איריא מותר כולוהו נמי וכו'. [עי' רש"י דכתב כיון דטעמא דר"ע משום דלא נשבעו, וצ"ב כוונתו מאיזה טעם הוא בא לאפוקי], עי' ברש"י במתני' דכתב דלפי ר"ע לא מהני תפיסה, וכתב במהרש"א דראיתו מסוגיין דפריך דאפי' כולוהו נמי, ובאבנ"מ סי' ק"ב סק"ב כתב ליישב דהנה ברא"ש בדף פ"ו א' הביא בשם הרמב"ם דהיכא דלווה ולוה וקנה דחולקים דמהני תפיסה, וכתב הרא"ש דכן מוכח מהא דהיכא דיש קרקע ובע"ח ואשה נותנן לבע"ח מחמת דיותר משהאיש וכו', ואי נימא דבתפס מפקינן איך מוציאים מהאשה מחמת הסברא דיותר משהאיש וכו', וע"כ דמהני תפיסה, ומוכח דהיכא דמהני תפיסה נותנין למי שראוי ליתן, ואי הוי סבר ר"ע דמהני תפיסה היה ראוי דיתנו לכושל, וע"כ דלא מהני תפיסה, וצ"ע דהא רש"י מפרש להדי' דקו' הגמ' מחמת דטעמא דר"ע משום שבועה וכו', ואיך יתכן לרש"י במתני' דלא כדבריו הכא.

(ב) עי' בשטמ"ק דהביא מהר"י מטראני דיש מקום לבאר דסברת ר"ע לא מהני דמשו"ה זכו בהם יורשים, אלא דמה"ט יש ליורשים עדיפות על האשה והבע"ח, ולכך יתכן דר"ע מיירי רק לגבי המותר ומהני תפיסה, ובזה נחלקו ב' השואלים, ע"ש, וצ"ב בזה.

ולכאו' הביאור בזה כמו דנתבאר לעיל בדעת הרשב"א דיתכן דסברת ר"ע דהיורשים אי"צ שבועה הוא רק סיבה דמה"ט יש עדיפות ליורשים מהאשה והבע"ח, אולם ליכא פלוגתא בדין מטלטלי דיתמי, אלא דכל הנידון למי עדיף לתת את הממון, ולכך ודאי דאף לר"ע יועיל תפיסה של האשה והבע"ח בפירות תלושים, דהא יש להם דין גביה בממון, ואינו בכלל מטלטלי דיתמי.

(ג) והנה לק' פ"ה א' דר"פ ור"ה תפסו לארבא ורבא הק' דהא אמר ר"נ דהוא שתפסה מחיים, ועי' ברע"א דתמה למאי בעי' דלר"נ הא מפורש להדי' במתני' דלר"ע לא מהני תפיסה, ור"נ רק חידש דמחיים מהני, אולם דלברי השטמ"ק מיושב היטב דהא איכא מ"ד דס"ל דתפיסה מהני לר"ע.

(א) גמ' - ואידי דאמר ר"ט וכו'. עי' מהרש"א דהק' דלר"ט נמי לא איצטרין למיתני, דהא שמעי' לה מרישא דכל שהוא ביד אחרים ינתן לכושל, ותי' המהרש"א דס"ד כיון דדינא דסיפא הוא דכל הקודם זכה, ממילא אף על המותר נימא דיהא לו דין דכל הקודם זכה, קמ"ל דכיון דהמותר ביד אחר ינתן לכושל, ובפשוטו כוונת המהרש"א דכמו דיש דין תפיסה קודם שתפסה האשה את הפירות, ה"ה דלגבי המותר יהא דיו תפיסה, וס"ד דהיורשים יכולים לתפוס, קמ"ל דאין היורשים יכולים לתפוס, וצ"ע דהא בפשוטו ודאי דיכולים לתפוס וממילא יפקע השעבוד כדין מטלטלי דיתמי, [ועי' לעיל מהחזו"א וריטב"א], ולכאו' כוונת המהרש"א בגוונא דאיכא ב' בע"ח, וכדברי התיו"ט, ולכך ס"ד דעדיין כל הקודם זכה ולא יהא דין כושל.

ויש לומר עוד בכוונת המהרש"א, דאין כוונתו לגבי תפיסת היורשים, אלא דס"ד דכיון דלכתחילה היה הדין דכל הקודם זכה, ה"ה דלגבי המותר לא יהא חיוב על האשה ליתן את המותר לכושל, קמ"ל דיש חיוב ליתן לכושל, אולם ודאי דאם תפסו היורשים אין מוציאין מידם, ועי' בבית יעקב דהביא מההפלאה דנקט דלמהרש"א לא יועיל תפיסת היורשים, אולם הב"י בסו"ד דנקט דיועיל, ולא ביאר איך יתפרשו דברי המהרש"א, וצ"ע שם.

(ב) ולפי"ז מבואר מדברי המהרש"א דלר"ט לא מהני תפיסה הבע"ח מהאשה או האשה מהבע"ח, אולם עי' ברא"ש לק' סו"ס י"א דכתב דבלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו מהני תפיסה במטלטלין, והביא ראיה מהא דקתני בסיפא דלר"ט בפירות תלושין כל הקודם זכה, אעפ"י דהיכא דלא תפסי חד מינייהו הדין דנותנין לבע"ח לפי הרי"ף, מ"מ מהני תפיסת האשה, והעתיקו הגר"א באהע"ז סי' ק"ב ס"ק ?.

אולם עיקר ראיית הרא"ש צ"ע, דהרי הצד דלא יועיל תפיסה הוא משום דמוחזקים ביד אחר, וא"כ מה הביא הראיה מהסיפא, הא בסיפא הפירות מונחים ברה"ר, ומהיכ"ת דגם באופן דמוחזקים ביד אחר מהני תפיסה האשה מהלוה, וצ"ע.

ובעיקר הנידון אי מהני תפיסה, הנה למה דנתבאר לעיל בדעת הרשב"א דיסוד דינא דמתני' הוא מדין כמאן דגבוי, לכאו' אי נימא דמהני תפיסה לא שייך לומר כמאן דגבוי, כיון דאין ידוע מי יתפוס, ולכאו' מוכח מהרשב"א דלא כהריטב"א, [ולפי"ז מיושב קר' דלעיל על האבנ"מ דיתכן דס"ל לריב"ש דבגוונא דמתני' לא שייך הנידון דגר, ודו"ק].

תפיסה מחיים

א' גמ' - אמר רבא אר"נ והוא שתפס מחיים. וצ"ב מדוע יועיל תפיסה מחיים סו"ס הוי מטלטלי דיתמי, ומצינו באחרונים ב' ביאורים -

א) באבנ"מ סי' צ"ו סק"ד נקט דהוא מדין משכון, ויסוד הדבר הוא דהנה מבואר ב"מ קט"ו א' דנטילת משכון שלא בשעת הלואה מהני שלא יהא נעשה מטלטלין אצל בניו, ומבואר בשו"ע חו"מ סי' צ"ז סט"ז דגם בממשכון בע"כ נמי חייל דין משכון, וזהו דינא דרבא דע"י תפיסה מחיים חייל על המטלטלין דין משכון, וע"ש באבנ"מ דביאר בזה דברי הריטב"א בדף פ"ה א' דלא מהני תפס בע"כ שלא מדעת הלואה, והוכיח כן מדברי הריטב"א בדף פ"ה א' ע"ש, ועוד ביאר לפי"ז דלא מהני תפיסה לאחר מיתה דכיון דליכא שעבוד הגוף לא חייל דין משכון על המטלטלין, ע"ש, ועיקר הדבר דהוא דין משכון מצינו נמי בפנ"י פ"ה א', וע"ע בקה"י כתובות סי' מ"ח ד"ה ויותר עד"ז.

והנה בעיקר דין פירות תלושין דמבואר במתני' דלר"ט כל הקודם בו זכה, עי' בקצוה"ח סי' ק"ד סק"ח דהביא מהב"ח להק' דהא קי"ל דליכא גביה בלא שומת ב"ד, ומה יועיל התפיסה, ות"י הב"ח דפירות דמיהם קצובין, אולם הקצוה"ח האריך לבאר דבאמת במטלטלין מהני תפיסה ואין השומא מעכבת, ומשום דאעפ"י דלא חייל דין פרעון על התפיסה, מ"מ מחמת התפיסה חייל דין קנין משכון, ע"ש דהאריך בזה. [אלא דלפי האבנ"מ דליכא דין משכון לאחר מיתה, תקשי דינא דר"ט אמאי מהני תפיסה בפירות תלושים הרי ליכא דין משכון לאחר מיתה, וגדין גובינא לא חייל כיון דליכא שומא, וצ"ע].

ועי' ברשב"א שבעות ל"ב ב' בהא דמבואר בגמ' שם דמהני תפיסה מחיים בכתובה, והק' הא אפי' מיני' אין גובין, ות"י הרשב"א שם בסו"ד "והכא בתפסה מחיים לגובינא או לשעבוד כתובתה היא וכעין מלוגא דתבעו מינה מחיים ולא יהבה להו או שאמרה מחיים דתפסה להו לגבות או למשכון" ומבואר להדי' דיתכן דהתפיסה היא מדין משכון, [ולפי"ז מבואר ברשב"א דשייך דין משכון בכתובה, אעפ"י דהוי תו"ז], וכן יש דהביאו ראיה מהא דמבואר תו' ב"ק י"ד ב' ד"ה פרה דכתבו דבגביה משור תם מגופו לא הוי מטלטלי דיתמי כיון דחשיב כתפס מחיים, ואי נימא דהוי תפיסה בעלמא לא שייך כן בשור תם כשעדיין לא בא לידו, ורק אי הוי מדין משכון שייך לומר דאעפ"י דהוא ביד הניזק הוי כתפס מחיים, דדין מגופו דמי לקנין משכון.

ב) באבן האזל פי"א מו"ל ה"ח ביאר דכיון דיסוד דינו של ר"ט דכ"ז שלא הגיעו המטלטלין לידי היתומים לא הוי מטלטלי דיתמי, ס"ל לרבא דר"ע מודה דתפס מחיים מהני דלא חשיבי המטלטלין כבאו לרשות יורשין, ומשו"ה לא חשיבי מטלטלי דיתמי, ויש בזה חידוש דאעפ"י דבעלות הלואה מעכב בעצמו, מ"מ מהני תפיסה דלא יחול דין מטלטלי דיתמי לאחר מיתתו, [ועי' שער המשפט סי' ע"ב ס"ק ל"ה דג"כ נקט דלאו מדין משכון, ומה"ט תמה על הרשב"א ב"ק מ"ט ב', ע"ש], וכן מוכח מדברי הבית שמואל שכתב בסי' צ"ג ס"ק ל"ד "היינו אם תפסה בחיי בעלה ולא הוציא מידה אבל יכולים להוציא מידה דעדיין לא הגיע הזמן גבי' בחיי הבעל" ואי הוי מדין משכון הרי לא יועיל מה דיוציאו מידה, כמו במשכון שמחזירו דמבואר בגמ' שם דאינו נעשה מטלטלין אצל בניו.

ב] והנה אי נימא כצד ב', הרי צריך לבאר מדוע עכ"פ ליתא בסוגיין לדין משכון, ובאבן האזל שם כתב דבכתובה ליכא דין תפיסת משכון מחיים כיון דליכא כלל חוב מחיים, אולם צ"ע עדיין להשי' דסוגיין מיירי רק לגבי בע"ח, דתיפו"ל מדין משכון.

אולם באמת דמצינו בזה ב' נפק"מ לדינא - א) דהנה לדין בע"ח קונה משכון בעי' מעשה קנין, וכמבואר ב"מ מ"ח א' דיחוד כלי תלוי בפלוגתא דריו"ח ור"ל, וכן הביא הר"ן בשבועות פ"ו מהר"י מגאש, וא"כ נפק"מ בגוונא דלא

עביד קנין, ובאמת דבהפלאה הק' בסוגיא דלהלן גבי יימר בר חשו דמבואר דלר"ט מהני תפיסה, והק' הא ברה"ר לא מהני משיכה, ובסימטא ליתא לדינא דר"ט, אולם באמת דבמאירי ד"ה יראה לי עמד בזה והוכיח מזה דאי"צ קנין לתפיסה דסוגיין, והוא כנ"ל דהכא לאו מדין משכון אתינן עלה. (ב) עי' נתה"מ סי' ע"ב סק"ו דיסד דתפיסה למשכון מהני מדין עביד איניש, ומה"ט לא מהני תפיסת משכון בתו"ז, כיון דבי"ד נמי לא מצו לגבות ממנו משכון תו"ז, וא"כ נפק"מ לענין תפיסה קודם זמן פרעון, דמהני רק מדין תפיסה ולא מדין משכון, [ואעפ"י דע"כ מתני' מיירי אחר זמן פרעון, דאל"כ ליכא שבועת היתומים, מ"מ נפק"מ בדינא דרבא אר"נ באופן שתפס קודם זמן פרעון, ומת אחר שכבר הגיע זמן פרעון], אולם בדברי האבנ"מ דביאר לדין משכון לענין כתובה, ע"כ מוכח דגם בתו"ז יש דין משכון, וכן נקט הנתה"מ שם בדעת הקצוה"ח, וא"ש דברי הבית שמואל הנ"ל דכתב דלאו מדין משכון הוא כיון דמיירי לגבי כתובה.

[ג] והנה רבנן ס"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה, ולרוב הראשונים [פרט להראב"ד] הוא אף לענין גביה מיני', וא"כ צ"ע איך מועיל התפיסה מחיים לגבי גביית כתובה ממטלטלין, אולם אי נימא כתו' בבכורות נ"א ב' א"ש דכמו דלר"ט מהני הא דאין הממון בחזקתם דעדיף ממיני', ה"ה לר"ע בתפסה מחיים, [אולם אי נימא דהוא מדין משכון עדיין צ"ע], ועי' להלן בדברי רע"א ואבנ"מ.

[ד] והנה ברמב"ן וברשב"א קדושין ס"ה הק' על מה דיסדו דלרבנן ליכא דין כתובה במטלטלין אף במיני', דא"כ מדוע מבואר בדף פ' ב' דמהני תפיסת היבמה, ופירש רש"י דהוי תפיסה מחיים, הא ליכא דין שעבוד אף במיני', [וצ"ל דהא דלא הק' מדינא דסוגיין דמהני תפיסה לר"ע, משום דרצה להק' סתירה בדעת רבנן], ועוד הק' מדינא דר"ט, ותי' דג' מחלוקת בדבר לר"מ גובין מטלטלין אף מיתומים, ולרבנן מהני תפיסה מחיים, ולר"ט מהני תפיסה אף לאחר מיתה, וצ"ב כוונתו דמה הועיל בהא דג' מחלוקת בדבר, הא סו"ס אכתי הקו' במקומה עומדת אמאמי מהני תפיסה היכא דליכא שעבוד, וצ"ע.

[ה] והנה בעיקר דברי הראשונים דמהני תפיסה אעפ"י דליכא שעבוד, הנה לענין תפיסה מחיים לכאור' יש מקום לומר כמו דכתב באבנ"מ סי' צ"ו סק"ו "דבתר דתפסה מהני תפיסתה להכניס גם מטלטלין תחת השיעבוד" והגדר בזה לכאור' דכיון דאיכא שעבוד הגוף כמו דהביא הגר"ח בהל' שבועות מההפלאה, משו"ה מצי מכח התפיסה להכניס המטלטלין תחת השעבוד, [ועדיין צ"ב] אולם לאחר מיתה הרי ליכא שעבוד הגוף, ורק על הקרקעות הוא דאיכא שעבוד, וא"כ מה יועיל הא דתפסה, הא ליכא שעבוד על מטלטלין, ואף למה דיסד התומים דאיכא שעבוד הגוף על היתומים, הרי כ"ז דוקא היכא דאיכא שעבוד נכסים, אבל היכא דליכא שעבוד נכסים, ליכא שעבוד הגוף על היורשים, וא"כ איך יתכן דמכח התפיסה יחול שעבוד אף על המטלטלין.

[ו] ולכאור' ע"כ צ"ל כמו דביאר רע"א בדף פ"א ב' "ועכצ"ל כיון דבעלמא מטלטלי משתעבדי מחיים אלא דמקולי כתובה הוא שלא שעבדו מטלטלין, בזה תקנו חז"ל דתפיסה מהני ודוקא תפיסה לאחר מיתה דמטלטלי דיתמי מדינא לא משתעבד גם תפיסה לא מהני, אבל במחיים דרך בכתובה לא משתעבדי מהני תפיסה" וחדשו הראשונים דר"ט ס"ל דמדרבנן תקנו דאיכא דין שעבוד מעיקרא על הצד שיתפוס, ואפי' אם יתפוס לאחר מיתה, נמי המני כיון דחיים כבר היה שעבוד על המטלטלין, ובזה נמי שייך חידושו של התומים דאיכא שעבוד הגוף על היורשים, כיון דאיכא שעבוד נכסים על המטלטלין על הצד שהוא יתפוס.

[ז] אולם הנה הרשב"א ב"ב מ"ד ב' הביא מהרמב"ן דטעמא דליכא שעבוד על מטלטלין משום דנכסים ערבין הן, וערבות הוי אסמכתא, והק' הרשב"א "דא"כ אפי' מיניה ידידיה לא ליגבי ממטלטלי עד דכתב ליה דלא כאסמכתא

וכדקיי"ל בדינא דכתובה דאינה גובה אפי' מיניה דידיה ממטלטלי דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי" ומבואר מהרשב"א דטעמא דרבנן דליכא שעבוד על מטלטלי דמיני' הוא מעיקר הדין מחמת דין אסמכתא, ומה"ט הק' על הרמב"ן דא"כ אף בהלואה לא יגבו מטלטלין מיני', וא"כ א"א לפרש דכוונת הראשונים בקדושין כסברת רע"א דטעמא משום דהם אמרו והם אמרו, דהא חזי' ברשב"א הנ"ל דהוא דין דאו', [וע"ע מה שנתבאר בסוגיא דב"ב שם דמוכח מהרשב"א כהפלאה].

רש"י ד"ה אמר ר"נ - והכי גמר לה ר"נ מרביה. ועי' באבן האזל שם דדייק דאי נימא דתפיסה מחיים מהני מדין משכון, הרי דין זה מבואר להדי' בברייתא ב"מ קט"ו א', ומבואר להדי' בסי' צ"ו ט"ז דהוא גם בתפס בע"כ, וע"כ דסוגיין לאו מדין משכון אתינן עלה, וע"ע פנ"י.

(א) תוס' ד"ה ולרבי - אטו וכו' דלא כר"ע. ומבואר דאי נימא דמתני' כר"ט א"ש, וצ"ע דהא יבם הוי כמיני' ור"מ ורבנן פליגי לענין מיני', וכמבואר בתו' פ"א ב' ד"ה רבי מאיר, וא"כ אינו ענין לפלוגתא דר"ע ור"ט דפליגי בדין מטלטלי דיתמי, נואי נימא בתו' בכורות נ"א ב' ותו' הרא"ש בכתובות דהיא דלא באו הנכסים ליד יתומים עדיף ממיני', ור"ט אף כרבנן, א"ש דה"ה בתפסה השו"י מחיים זה תלוי בפלוגתא דר"ע ור"ט, אי הוי בכלל דין מטלטלין לא משתעבדי לכתובה או לא, אולם לתו' לק' פ"ב א' דס"ל דמתני' כר"מ עדיין צ"ע דבריהם הכא, ואולי תו' הכא אזלי בשי' תו' בכורות, וצ"ע].

(ב) עוד יל"ע דהרי ר"ט ע"כ סבר כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה, וכמבואר בתו' פ"ב א' ד"ה לא, וא"כ ע"כ א"א לאוקמי מתני' דלעיל כר"ט, דהא מתני' דהתם הוא דינא דרבנן דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי, נורק אי נימא בתו' בכורות ותוס' הרא"ש בדף פ"ב א' דרבנן נמי מודו לר"ט כיון דהוא ביד אחרים, א"ש].

(ג) והנה הר"ן בדף צ"ו א' האריך בנידון אי מהני תפיסה מחיים והביא ה' ראיות דמהני תפיסה בכתובה מחיים, והראיה האחרונה הוא מתפיסת היבמה, וכתב הר"ן דדוחק לומר דמיירי כר"ט ולא כהלכתא, אולם כתב הר"ן דלהשי' דלא מהני בכתובה תפיסה מחיים ע"כ צ"ל כמו דדחק מקודם, וכתב רע"א דע"כ כוונתו דמתני' קאי כר"ט, ותמה רע"א דהא הר"ן כתב במתני' דר"ט ס"ל כר"מ, ומתני' דהתם הא קאי לרבנן דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה.

(ד) ותו' רע"א עפ"י מה דיסד דגדר הדין דתפיסה מחיים מהני משום דרבנן לא ביטלו את השעבוד בכה"ג דתפסה, ולפי"ז חידש רע"א דאף לרבנן דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה מ"מ מהני תפיסה לענין דתגבה מיני' מטלטלין לאחר גירושין, ורק היכא דלא מהני תפיסה מדין מיני', נחלקו ר"מ ורבנן אם מטלטלי משתעבדי או לא, ולכך בגוונא דרישא דמתני' דהמטלטלין ביד אחרים דלא מקרי מיני', כיון דהכסף עדיין של הלוה, אעפ"י דס"ל לר"ט דלא הוי מטלטלי דיתמי, מ"מ כיון דאינו נידון כמיני', ע"כ הוצרך הר"ן לומר דס"ל לר"ט כר"מ, אבל בדינא דסיפא דהפירות ברה"ר או בסמטא, אף לרבנן מהני תפיסה, ולכך בדינא דיבם דנידון היבם כמיני', סגי בהא דמתני' כר"ט דלא הוי מטלטלי דיתמי ומקרי מיני', אף לרבנן מהני תפיסת היבמה, ולפי"ז א"ש נמי דברי התו' בסוגיין.

(ה) אולם יל"ע בזה טובא, דהנה רע"א הביא ראיה לזה מהא דמבואר בתו' דטעמא דלא מהני תפיסה מחיים בכתובה משום דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, וק' אמאי לא בארו דשאני בע"ח דמיני' גובין מטלטלין, ולכך מהני תפיסה מחיים, אבל בכתובה דאין גובין ממטלטלין לא מהני תפיסה מחיים, וע"כ דלגבי מיני' מהני התפיסה במטלטלין,

ולכך הוצרכו לטעמא דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, וממילא מוכח דהיכא דניתן לגבות מחיים כמו בגרושה מהני תפיסה בכתובה מחיים.

וצ"ע דאדרבא הרי הר"ן כתב שם להדי' דזה באמת הטעם דלא מהני תפיסה בכתובה, כיון דבחי' הבעל נמי אין גובין ממטלטלין, משא"כ במזונות דגובין ממטלטלין מחיים, וא"כ הרי מוכח להיפוך דגם לגבי מיני' לא מהני תפיסה במטלטלין, וא"כ אף דזה תי' על דברי התו', אכתי תקשי על שי' הר"ן דהא ר"ט ס"ל כר"מ, ומתני' דשו"י זה דברי רבנן.

(ו) ואולי י"ל דבאמת מודה הר"ן לסברת תו' בבכורות נ"א ב' דכל דלא הגיע ליד יתומים עדיף ממיני', אולם ס"ל להר"ן דכ"ז שייך לגבי דין תפיסה, דאעפ"י דאין מטלטלין משתעבדים לכתובה, מ"מ בלא הגיעו ליד יתומים עדיף טפי, אולם עדיין היה קשה להר"ן על דינא דכושל דמ"מ אמאי הלוח והשומר צריכים לתת לאשה או לבע"ח, הא ליכא שעבוד על המטלטלין, וע"ז תי' הר"ן דר"ט ס"ל כר"מ אבל בתפיסה קודם שבאו ליד יתומים אי"צ לזה.

(ז) והנה מבואר בדף ט"ז ב' דטעמא דמעבירין פתוחה לפני בעולה משום דזימנין דתפסה מטלטלין ר' לכתובתה ואמרה אנא בתולה, והאי דלא עברו קמאי אתנוסי הוא דאתניסו, ועי' בתו' דבארו דמיירי בגוונא דיש לה מיגו דאי בעי' אמרה אין בידי כלום, והנה במל"מ פ"א מו"ל ה"ז מסתפק האם באופן דתפס נכסי יתומים בלא עדים יכול לתפוס מטלטלין כדי שיתנו לו קרקע, כיון דנאמן במיגו דלקוחה או לא, והוכיח המל"מ מהסוגיא הנ"ל, דאעפ"י דתפיסה מחיים בכתובה לא מהני, מ"מ נאמנת במיגו כמבואר בתו' שם, ועי' בשו"ת רע"א ח"ד [מכון המאור] אהע"ז סי' כ"ח דר' אליהו גוטמאכר תמה על המל"מ דהא מבואר במתני' בדף פ' ב' דאף לחכמים מהני תפיסה של היבמה לגביית הכתובה, ואינו דומה למה דנסתפק המל"מ בגוונא דלא מהני תפיסה לגביה, וענה לו הגרי"ש לנדא דלפי תו' פ"ב א' דטעמא דמהני תפיסת היבמה משום דיש חילוק בין תפס לגבות לתפס בשביל שיהא לו שעבוד על קרקע, א"ש ראייתו של המל"מ דתפיסה לגבות באמת לא מהני מחיים, ועוד דחה דהא מבואר בתו' פ"ד ב' דשאני יבם דהוי כאילו תפסה בחיי בעלה כיון דהיבם במקום אחיו קאי.

ורע"א השיב להגרי"ש דודאי רא"ג צודק בקו' על המל"מ, דמה דהביא מתו' בדף פ"ב הוא רק להו"א לפי רש"י דלשון שאלה הוא, וליכא קו' מהתם כדבריהם בדף פ"ב, אולם למסקנא דמהני תפיסה מחיים, מהני תפיסה גמורה בחיי היבם, וכן אף לתו' דידן הרי מועיל תפיסה בחיי היבם כגון בגרושה, ורק לאחר מיתה הוא דלא תפיסה, וא"כ קשה מה הוכיח המל"מ, דילמא כוונת הגמ' לגרושה דמהני בה תפיסה מחיים אף לרבנן, וע"ע בשו"ת ר"א גוטמאכר ח"ב ענינים סי' ט"ו דג"כ כתב לרע"א להשיג על הגרי"ש כהנ"ל.

שם - דההיא שעתא לא שייכא שבועה ולא קרינא ביה הבא ליפרע וכו'. עי' פנ"י דהק' דמתחילת לשונם משמע דאע"ג דאחר מיתה איכא שבועה, מ"מ כיון דתפסו מחיים חייל התפיסה, אולם מדבריהם אח"כ דכתבו דאי"ז בכלל דין הבא ליפרע וכו' משמע דאף אחר המיתה ליכא חיוב שבועה, והביא דנחלקו בזה ? וביאר הפנ"י דס"ל לתו' דהא בהא תליא, דמשום דאהני התפיסה מחיים בלא שבועה, משו"ה חשיב כמוחזק ועומד, ומה"ט אף לאחר מיתה נמי אי"צ לישבע, דכיון דמוחזק מחיים הרי"ז כגבוי, ואי"ז מטלטלי דיתמי.

(א) שם - וכיון דאין צריכים שבועה זכו במה שבידם וכו'. ומבואר דכיון דליכא שבועה מודה ר"ע לר"ט, ולכאור' מוכח מתו' דמעיקר הדין הוי מטלטלי דיתמי, אלא כיון דאי"צ שבועה מודה ר"ע לר"ט דאפשר לתפוס מנכסי יתומים, אולם אי נימא דמדין משכון אתינן עלה הרי אי"ז מטלטלי דיתמי, ואי"צ לטעמא דשבועה.

(ב) ועי' בפנ"י דהק' דאכתי תקשי להשי' דשבועה לאו דוקא, אלא החילוק הוא דהבע"ח הוי מחוסר גוביינא, דא"כ אכתי תקשי מה החילוק בין תפיסה מחיים לתפיסה לאחר מיתה, הא לעולם הוא מחוסר גוביינא, ועי' אבנ"מ סי' צ"ו סק"ד דתי' עפ"י מה דיסד דתפיסה מחיים מהני מדין משכון, ולכך אעפ"י דהוא מחוסר גוביינא מ"מ מהני תפיסה כיון דקנה את המטלטלין מדין בע"ח קונה משכון, אולם חידש האבנ"מ דלאחר מיתה ליכא תורת משכון כיון דליכא שעבוד הגוף, וכל תפיסתו הוא רק לשעבוד, ולכך הוי בחזקת יורשין, נואין להק' דהא חזי' דלר"ט מהני תפיסה לאחר מיתה, דודאי לר"ט הוא מדין גוביינא ולא מדין משכון, ורק לר"ע דמהני רק תפיסה מחיים בעי' לדין משכון, וצ"ב כוונתו דמשמע דאילו היה שייך דין משכון לאחר מיתה היה מועיל התפיסה גם לאחר מיתה, ותמוה דהרי כבר המטלטלין בחזקת היורשין, ואיך יועיל תפיסה לר"ע, וצ"ע.

שם - ומ"מ יש ליישב וכו' בחיי היבם נמי תפיסה. וצ"ב מדוע בחיי היבם הוי כתפיסה דבע"ח מחיים, הא כל כח התפיסה מהיבם הוא מחמת מיתת הבעל, ובדוחק י"ל דכוונתם דביבם ליכא שבועה דהבא ליפרע מנכסי יתומים דחשיב לענין זה כגביה מיני', אולם אינו משמע בלשון תו' דכתבו דמהני מדין תפיסה מחיים. ועי' במהרמ"ש דביאר דהא דלא נתנה כתובה לגבות מחיים משום דכל החיוב הוא רק לכשתנשאי לאחר, אולם ביבם דכאחר הוא, שפיר הוי בכלל לכשתנשאי לאחר, ומשו"ה ביבם ניתנה כתובה לגבות בחיי היבם. והנה בפשוטו יסוד הדין דתפיסה מחיים הוא משום דקדמה זכותו של הבע"ח ליתומים, וא"כ מה שייך לומר כן ביבם, הא לעולם משעת היבום קדמה זכותו לתפיסת האשה, אולם לדברי רע"א הנ"ל א"ש דבאמת לגבי היבם לכו"ע מהני תפיסה ממנו, וכל הנידון הוא כלפי יורשי היבם, ושפיר מהני תפיסת היבמה קודם יורשי היבם.

שם - וממתני' דלעיל לא מצי למיפרך כדפי' התם. וכוונתם לדבריהם לעיל פ"ב א' ד"ה והתלושין. והנה בתו' שם הק' אמאי מהני תפיסת השו"י הא קיי"ל כר"ע דינתנו ליורשין ולא מהני תפיסה, ותי' דיש חילוק בין תפיסה לגבות לתפיסה לשעבוד, והיינו דילקח בהם קרקע וכו', [וכ"כ בתו' הרא"ש הכא והתם], ועי' ברע"א דתמה מה החילוק בין באה לגבות מיד לבאה לגבות לאח"ז, ועוד תמה על עיקר קו' תו', הא תו' בדף פ"א ב' ס"ל דיבם הוי כמיני', וכיון דלר"ע מהני תפיסה מחיים, ה"ה דיועיל תפיסה מיבם דהוי כתפיסה מחיים, וכמבואר בתו' הכא, ותי' רע"א דתו' אזלי בשי' ר"ת דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, וס"ל דאין היבם נידון כמיני', ולכך לר"ט א"ש דמהני תפיסה כיון דע"י התפיסה מחיים לא יהא מטלטלי דיתמי אחר מיתת היבם, והי כגביה מיני' לאחר מיתה, אבל לר"ע דהוי כתופס מיתמי, אף דמהני התפיסה לענין דיכולה לגבות מהם אחר שיגרשנה, או יחלוץ לה, מ"מ יכול היבם לעכב שלא לקנות קרקע כדי דלא תוכל להוציא מהיתומים, וע"ז תי' דלא חשו ולכך יקח בהם קרקע, עכתו"ד. וצ"ע דהא לר"מ חזי' במתני' דחייב ליקח בהם קרקע, והא לשי' ר"ת לא מהני תפיסה לאחר מיתה, וא"כ אמאי ילקח בהם קרקע, וא"כ כמו דלר"מ ליתא להאי טענה, א"כ ה"ה דלרבנן ליתא להאי טענה, וצ"ע.

תוס' ד"ה והוא שתפס - משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים. והנה בבע"ח דמהני תפיסה מחיים הוא גם קודם זמן פרעון, דהא בארו לעיל דיבם יכול לתפוס לכו"ע כמו בע"ח וביבם הרי לעולם הוא קודם זמן פרעון, דעדין לא חלץ לה, וא"כ ע"כ דכתובה קודם מיתה או גירושין חשיב כקודם הלואה, ועי' חזו"א אהע"ז סי' נ"ו ס"ק ט"ז דנסתפק בעיקר חיוב כתובה, וביאר דאי נימא דליכא חוב עד אחר מיתה, צ"ל דהא דהנכסים משועבדים מזמן הנשואין, הוא משום דהסיבה לחוב הוא משעת נשואין, ודמי לדברי הנימוק"י ב"ק כ"ב א' דאיכא שעבוד נכסים משעת זריקת החץ, אולם כבר תמה בחזו"א שם דהא מבואר ב"ק פ"ט ב' דיכולה למכור כתובתה, ואי נימא דליכא חוב מחיים איך מוכרת כתובתה מחיים, הא ליכא חוב, ויעוד יל"ע בזה, דהנה בקוב"ש ח"ב סי' י"א דן אם דברי הנימוק"י מיירי רק לגבי יורש או גם לגבי לוקח, ואי נימא דהוא רק ביורש, הרי הרי בכתובה אף אם מכר את הנכסים אחר הנשואין גובין מהלוקח, וע"ע בחזו"א שם ס"ק כ"א ובשו"ת חזו"א סי' תכ"ט].

וי"ל דשאני חוב דמצד המחייב של הלואה המעות הוא צריך לשלם מיד, אלא דהמלוה נותן ללוה זכות להשתמש במעות, וכמבואר בתשו' הרשב"א דחיוב ריבית חל מכח שכירות המעות, אבל בכתובה אעפ"י דחייל חוב מחיים, מ"מ אין דין החוב להשתלם עד המיתה.

עי' בר"ן בדף צ"ו א' דהביא מרש"י דגם לגבי תפיסה מחיים יש חילוק אם תפסה מרה"ר או מסמטא, ותמוה דהא בתפסה מחיים יסוד הדין שלא הוי בכלל נכסי היתומים, ומדוע דלא יועיל בתפסה מסמטא. ונראה ברור דודאי כל כוונת הר"ן הוא על מזונות לאחר מיתה, וצריך להגיה בדבריו במקום "דמחיים" ל"דמזונות", וברמ"א אהע"ז צ"ו כ"ג הובא רק לגבי מזונות באלמנה, ולא העיר אף אחד מן הפוסקים דמיירי נמי במחיים.

תפיסת שטרות מחיים

פ"ה א'

גמ' - מחיים תפיסנא להו. ועי' ברש"י ד"ה מחיים דבחוב שהיה חייב לי החזקתי, ומבואר דמיירי בחוב שהיה חייב לה, ולא בחוב של כתובה, ועי' בעה"ת שער נ"א ח"ח סוף אות ג' דמאן דמפרש לה בכתובה טועה, כיון דלא מהני תפיסה בכתובה מחיים, וזה תלוי בב' השי' דהביאו תו' פ"ד ב' ד"ה והוא.

(א) רש"י ד"ה הוי - והרי הן כמונחין ברשותיה וכו' קרוב למות וכו' ולא היו פקדון בידו. ומבואר מפשטות דברי רש"י דלא מהני תפיסה בפקדון, אלא בתבעוהו מחיים, אבל אם לא תבע לא משכח"ל תפיסה, וכן מבואר ברא"ה ובריטב"א.

(ב) אולם הנה הב"ח סי' ס"ד כתב דרש"י בא לבאר אמאי לא מהני מיגו דלקוח, וע"ז תי' דלא יועיל כיון דלא מהני תפיסה בפקדון, ועי' בש"ך ס"ק ג' דתמה עליו דכוונת רש"י לבאר אמאי חשיב תפיסה לאחר מיתה הא כבר מחיים היו בידו, וע"ז ביאר רש"י דכיון דהוחזק בידו בתורת פקדון אינו נידון כתפיסה מחיים, כיון דלא תפס לשם חובו, אולם כל דאית לי' מיגו דלקוח נאמן לומר דתפסה מחיים ולכך בשטר ממרמו"ת דלא בעי' כתיבה ונאמן במיגו דלקוח, מהני טענתו דתפס מחיים, ומבואר מהש"ך דאף לרש"י מהני תפיסה מפקדון, אלא דאינו נאמן דתפס את

הפקדון בשביל חובו, ולכך היכא דאית ליה מיגו דלקוח מהני, וכן עי' בתומים סי' ס"ד סק"א דנקט דאם אומר בפני עדים דתופסו למשכון מהני.

(ג) והנה לק' צ"ב א' אמר רמב"ח ראובן שמכר שדה באחריות וזקפה במלוה וכו', ותמהו הראשונים אמאי נקט דמיירי בגוונא דזקפן, ועי' בתו' פסחים ל"א א' דכתבו דכיון דמיירי במכר באחריות ס"ד דיעכבם לעצמו דהוי תפיסה מחיים, קמ"ל דמשום דזקפן במלוה אינו נידון כתפס מחיים, וצ"ב אמאי אינו כתפס מחיים, ועי' בתו' ר"פ שם דביאר דכיון דזקפן לא מהני טענת תפיסה כמבואר בסוגיין, ומבואר דגם במלוה שייך דינא דסוגיין, וע"כ דאינו דין דוקא בפקדון, אלא זה אומדנא דאינו תופס כ"ז שלא תבעו, וע"ע שם בתו' שאנן, וצ"ע כוונתו.

ועי' ט"ז סי' פ"ה סעיף ד' דכתב "דעד כאן לא אמרין בפרק הכותב וכו' דלא הוי תפיסה אא"כ תבעו ממנו בחיים אלא דוקא לענין נפקד כדפרש"י בהדיא שם כיון שהוא פקדון ברשותיה דמריה קאי, אבל במלוה דניתנה להוצאה הוי תפיסה אפילו בלא תבעו מחיים" וכן עי' במושבב ובאמרי ברוך על נתה"מ סק"ג דהוא הלכה מיוחדת לענין פקדון דכ"ז שלא תבעו הרי"ז כמונח ברשותו ואין על הנפקד שם תופס, ע"ש.

(ד) ועוד יש לציין בזה, דהנה לגבי גזילה נחלקו הראשונים אי שומר שלקח לעצמו חשיב גניבה, דהרמב"ם פ"ד מהל' גניבה ה"י כתב שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מן העדר שהופקד אצלו כו' חייב בכפל, ומבואר דשייך מעשה גניבה גבי שומר, וע"ש בראב"ד דכתב זה אינו כלום ובפשוטו דעת הראב"ד דלא שייך כלל מעשה גניבה בשומר, דלא שייך ביה הוצאה מרשות בעלים, ועי' תרומת הכרי ס' רצ"ב שכ' על קושיית התוס' ב"מ מ"א א' דשומר שנטל לגזולה ל"ל לדין שליחות יד תיפו"ל דהוי גזלן, וכתב בתורה"כ די"ל דשומר לעולם לא מחייב מתורת גזלן, משום דידו כיד הבעלים, ואין הגבהתו הוצאה מרשות בעלים, ומדברי הראשונים שהק' דש"י תיפו"ל מדין גזילה מבואר דס"ל דשייך שפיר גזילה גבי שומר.

וע"ע להלן דמדברי הרא"ש מבואר דהוא רק אומדנא, וכן מבואר להדי' במאירי, וכן משמע בשטמ"ק בשם רש"י מהדור"ק.

(א) תוס' ד"ה אית לך - דאין אותיות וכו'. ומבואר מתו' דאי אותיות נקנות במסירה ודאי דקונה אתה חוב, ונאמנת במיגו דלקוחין, אלא דהק' דאף אי בעי' כו"מ מ"מ איכא מיגו על הנייר, וכן מבואר ברי"ף דכיון דבעי' כו"מ ליכא מיגו, ותפיסה רק בתורת משכון, ומבואר דאילו סגי במסירה לחוד, היה מועיל מיגו דלקוח לדונו כתפוס בחוב והיה גובה את החוב, וכן מבואר להדי' בתו' דבאופן דיש עדים על התביעה לא מהני התפיסה רק למשכון, וצ"ע דבקצוה"ח סי' ע"ד סק"א חלק על הש"ך בסק"ג ופסק דאף בממרנ"י דלא בעי' כתיבה לא מהני תפיסה לגביה, כיון דבעי' דעת אחרת מקנה בשביל המסירה, וצ"ע דבראשונים מבואר דסגי במסירה לשעבוד אף בלא דעת אחרת מקנה, וצ"ע ג.

ובעיקר דברי הקצוה"ח - עי' בנתה"מ ס"ק א' דתמה דכנגד הלוח אי"צ קנין, ורק מהמלוה הוא דבעי' מסירה, וכיון דהמלוה חייב לו אי"צ לקנות ממנו, אולם הרי הקצוה"ח הביא לדברי הש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ה דאף בממרנ"י בעי' מסירה, ולא מהני בהפקר, והנתה"מ חולק על הש"ך, וצ"ע.

(ב) עי' בקצוה"ח סי' ס"ד סק"ב דתמה לפי השי' דאפשר לשעבד שטרות באגב, כיון דשעבוד עדיף מקנין, אמאי לא סגי בתפיסה לחוד לגבות את השטרות, כיון דתופס השטרות לשעבוד, והוכיח מזה הקצוה"ח דלא מהני מסירה בע"כ, אולם כבר נתבאר דבראשונים מוכח דמהני בע"כ.

ועי' בנתה"מ סק"ב דתי' דכל מה דמהני שיעבוד על שטרות הוא רק לגבי דלא יהא לזה דין מטלטלין ויוכל להוציא את השטרות מלוקח אחר, אולם עדיין יכול לומר לו הלוה לאו בע"ד ידי את, כיון דעדיין איכא שעבוד הגוף אל המלוה ולא לתופס, אלא דמדרבנן מהני המכירה בכו"מ להעביר את השעבוד הגוף ללוקח, אולם כ"ז דלא היה כו"מ, לא מהני השעבוד על השטר דיהא שעבוד הגוף לתופס, וממילא אינו יכול לתבוע את הלוה, וצ"ב דהא מ"מ יכול לתבוע את השעבוד הגוף מדין שדר"נ, וצ"ע.

(א) שם - אבל לקנות הנייר וכו'. עי' בקוב"ש אות ש"ח דהק' אטו בשופטני עסקינן למכור שט"ח הראוי לגבות בו לצור עפ"י צלוחיתו, אולם באמת דבראשונים מבואר דיש עוד היכ"ת דהיא טענת לקוח על כל החוב, אולם טענתה מהני רק על הנייר, והראשונים דחו דממילא גם על הנייר אינה נאמנת, וע"ש בקוב"ש דזה תלוי בדין פלגינן נאמנות, ע"ש.

(ב) ובעיקר קו' תו' יל"ע דאיך יכולה לעכב את גביית החוב ע"י תפיסת הנייר, הרי החוב של היתומים, ואינו משועבד לה, ומצינו בשו"ע סי' ט"ז ס"ד דהאומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות, חייב להוציאו בב"ד, וב"ד יעתיקו מה שכתוב בו מזכותו, וה"נ אמאי יש לו זכות לעכב עליהם את הנייר, וכבר עמדו בזה הרא"ה והריטב"א לתרץ קו' תו' דבגוונא דתופסת רק את הנייר חייבת להראות את השטר בב"ד, וצ"ע על תו'.

(ג) ובפשוטו צ"ל דכיון דמחזקת את הנייר מדין קנין משכון, נכלל בדין המשכון דיכולה לעכב עליהם את הנייר מלגבות בו, אולם עדיין צ"ב דהא כתבו דתהא נאמנת במיגו דלקוחים הן בידי, והרי באופן דקנתה את הנייר, יכולים לכפותה לגבות את החוב ע"י הנייר.

(ד) ולכא' מוכח מתו' דלענין הראיה שבשטר לא בעי' כו"מ, אלא השטר עצמו נקנה במסירה אף לגבי הראיה שבו, וכל מה דבעי' כו"מ הוא רק לקנין על גוף החוב, ולכך בטוענת לקוח הוא ביד, א"א לחייבה ליתן ליתומים לגבות ע"י השטר, וכן כשתופסת את הנייר בתורת משכון, אינו רק לצור עפ"י צלוחיתו, אלא חייל דין משכון על הראיה שבו, והסברא בזה הוא, דבתופס למשכון אינו רוצה שיהא החוב שלו, אלא הוא מעכבו מלגבות עד שיפרענו, אבל בתופס לגוביינא הרי הוא תופס כדי שיהא החוב שלו, וכל דין כו"מ הוא רק לגבי היכא דרוצה שיהא החוב שלו, דא"א להעביר את השטר הכתוב ע"ש המלוה בלא כתיבה, אבל לתופסו למשכון בשביל לעכבו שפיר מועיל בלא כתיבה.

(ה) ועיקר הדבר דהתפיסה למשכון הוא לא רק על הנייר לחוד, אלא גם על הראיה שבשטר, מוכח מדברי הרא"ה והריטב"א הנ"ל דכתבו דבמיגו דלקוח אינו יכול לעכב הנייר, אולם בטענת משכון מצי לעכב, וצ"ב אמאי בתופסו בתורת משכון אינו חייב להחזיר להם את השטר, וע"כ דיכול מדין משכון לתפוס את הראיה שבשטר ולעכבו בשביל חובו, ותו' ס"ל דאף כו"מ לא בעי' בשביל לקנות את כח הראיה שבשטר.

(ו) ומצינו לעיקר היסוד בנתה"מ סי' ס"ו סק"א, דהנה בתו' פ"ה ב' ד"ה המוכר הק' כיון דמכירת שטרות לאו דאו' למאי איצטריך למעוטי שטרות מאונאה, ותי' דמ"מ שוה הרבה לקונה שימכרנו ללוה בדמים מרובים, וביאר בנתה"מ דכוונתם דלצור עפ"י צלוחיתו אינו רק הנייר בלבד, אלא נכלל בזה גם הראיה שבשטר, ורק לענין קניית החוב הוא דמכירת שטרות לאו דאו'.

וע"ש בנתה"מ דכן מוכח מהר"ן בסוגיין, דהר"ן הק' דתהא נאמנת לטעון למשכון במיגו דלצור, וכתב הנתה"מ דהרי בטענת משכון ע"כ דאי"צ להראות את השטר ליתומים עד שיתנו לה את חובה, וא"כ ע"כ דבקו' הר"ן דתהא נאמנת במיגו דלקוח, ע"כ דשייך נמי מכירה על הראיה שבשטר, ואינה צריכה להראות להם את השטר, וצ"ע מדוע הוכיח הנתה"מ מהר"ן יותר מתו', וכנ"ל, ועכ"פ מבואר להדי' בנתה"מ כנ"ל, וע"ע בנתה"מ שם סק"ו.

(א) שם - מדקאמרה מחיים וכו' לדחוק היורשים שיפרעו כו'. ומבואר דהתפיסה מחיים של השטר אינו בשביל גוביינא אלא רק לכופ' את היתומים לפרוע ע"י שמעכבת להם את הגביה שבשטר, וכן מבואר בתו' ב"ב ע"ז א' ד"ה אמר, וצ"ע דבתו' ק' ב' ד"ה אלו מבואר להדי' דמהני תפיסה מחיים לגביית השטר, וכ"כ הריטב"א שם, וצ"ע דזה סותר לדבריהם הכא.

(ב) וצ"ב דמה יועיל לה התפיסה, הרי א"א לגבות מהיתומים כיון דהוי מטלטלי דיתמי, והחוב נמי הוי מטלטלי דיתמי, כיון דלא היה כתיבה, ואינם חייבים לפרוע את חוב באביהם בחוב שבשטר, ולכא' צ"ל כמו דמבואר בתו' פ"ה ב' ד"ה המוכר דשייך אונאה בשטרות, כיון דמדאו' יכול למכור את הנייר ללוה שלא יוכל המלוה לגבות ממנו, ושפיר יכולה לגבות את החוב מהנייר עצמו ע"י שתמכרנו ללוה, וצ"ע בזה.

(ג) ועי' בקצוה"ח סי' ס"ד ס"ק ג-ד דעמד בזה והביא מהמרדכי סוף ב"מ דהק' על עיקר דינא דגמ' דאיך יכולה לגבות מכח תפיסת השטר יותר מערך דמי השטר, ותי' המרדכי דהאשה יכולה לטעון לדידי שוה לי, או דבאמת אינה גובה יותר מדמי השטר, כשומת מוכר שט"ח לחבירו, ע"ש.

ומבואר מדברי המרדכי דבאמת יש לו שעבוד רק על דמי הנייר, אבל בגוף השטר ליכא שעבוד, וכן הביא בספר התרומות שער נ"א חלק ח' בשם רבי נתן ברבי מאיר, דגם אם תביא עדים דתפסה מחיים מהני רק לדמי הנייר, ולא כמו דנתבאר לעיל בדעת תו' הרא"ה והריטב"א, וע"ע להלן בכ"ז בדעת הרשב"א.

(ד) ובקצוה"ח שם הק' על תי' ב' דהמרדכי דהא בתפיסת השטרות אינו יכול לגבות רק את הנייר, והשומא הוא רק כדי שיווי הנייר, וי"ל דכוונת המרדכי בתי' ב' דבאמת אינו תופס רק את הנייר לחוד, אלא דכל הדין שטר שבו הוי משכון בידו, ולכך השומא כדמיהם של השטרות בשיעור שומת מוכר שט"ח.

ובנתה"מ סק"ג תמה עליו דכמו דהמלוה יכול למכור השטר שיהא הלוקח יכול לתובעו, ה"נ יכול המלוה לתפוס, וילך לבי"ד דיגבו לו כמו לוקח, [עי' קצוה"ח סי' ק"א ? ונתה"מ שם] אלא דבמת אין בי"ד יכולים להגבותו, אולם כיון דהיה חי בזמן התפיסה וחייל התפיסה כנגד כל דמי הכמירה, כיון דהיה יכול לילך לבי"ד ולגבותו, אעפ"י דמת לא פקע תפיסתו, וצ"ב כיון דס"ל לנתה"מ דכל הסיבה דחשיב כתופס שיעור המכירה משום דיכול בפועל לגבותו, מה הועיל מה דתפס מחיים, הא מיד שמת בטלה תפיסתו, כיון דהשתא אינו יכול לגבותו בבי"ד, ואולי כוונתו דמה"ט לכו"ע מצי למימר לדידי שוה לי, וצ"ע.

ועוד תי' בנתה"מ דכיון דהוא שוה ליורש יכול לכו"ע לומר לדידי שוה לי.

שם - שיפרעו היורשין וכו'. עי' מהרש"א דכתב דבזה מיושב קו' הראשונים אמאי אינה נאמנת במיגו דלהד"מ, כיון דלא היתה יכולה להראות השטר ליורשין, וסברא זו כבר כתבה הראב"ד, ויל"ע דהנה בדף ט"ז ב' מבואר דאי לא יעבירו קמי בעולה זימנין דתפסה מאתים ואמרה בתולה אני, והאי דלא העבירו קמאי משום דאתניסו, ובארו בתו' דטעמא דיכולה לתפוס משום דיש לה מיגו דלהד"מ, והנה כבר ביאר הריב"ש סי' שצ"ב דכל התפיסה מהני רק

דתהא נאמנת על הקרקעות לגבות מאתים, וא"כ קשה מ"ש התם דמהני מיגו דלהד"מ, מהא דביאר הכא המהרש"א דלא מהני מיגו דלהד"מ, שו"ר דלק"מ דשאני התם דמיירי בתפיסת מעות, ויכולה לגנוב המעות לידה, משא"כ בתפיסת שטר דאי תטען להד"מ אינה יכולה להוציא השטר, ופשוט.

(א) שם - ואומר ר"י וכו' דבאותה שעה דאמרה וכו'. עי' מהרש"ל ומהרש"א דבארו דכוונת תו' דבטענה דתפסה מחיים לא נכלל אף דתבעה מחיים, כיון דלא אמרה כן מעצמה, והיינו דכיון דלא מהני תפיסה בפקדון, ובעי' תביעה מחיים בכדי שתוכל לתפוס, וזה הרי אינו נכלל בטענת התפיסה מחיים, משו"ה הוי מיגו למפרע.

והנה הרמב"ן בספר הזכות כתב דלפי הרי"ף דליכא בשטרות מיגו דלקוח, כוונת ר"נ לאשמועי' תרתי, חדא דלא מהני תפיסה בלא תביעה, ותו דבעי' עדים דתבעה מחיים, ולא מהני מיגו, ולדבריו הו' ב' דינים דאינם שייכים זה לזה, אולם לתו' הוי חדא מילתא דטעמא דאינה נאמנת משום דלא מהני תפיסה בלא תביעה, ומה"ט גופא אינה נאמנת במיגו, דכיון דלא מהני תפיסה בפקדון משו"ה הוי מיגו למפרע.

(ב) עי' קרבן נתנאל אות ע' דהרא"ש דלא תי' כתו' ס"ל דמיגו למפרע אמרי', אולם עי' בביאור הגר"א סו"ס פ"ב בדיני מיגו אות ה' דהוכיח מהרא"ש בכ"ד דס"ל דמיגו למפרע לא אמרי', והוסיף דהא דמיאן הרא"ש בתי' התו', משום דפליג על סברת תי' תו' דסבורה דזה טענה מעולה וכו' אלא הוי פירוש דבריהם הראשונים, וכן כתב הש"ך סי' קמ"ו ס"ק ט"ו.

(ג) אולם לכאו' י"ל באופ"א, ועיקר הדבר מבואר ברע"א הנדמ"ח אות ג' [מכת"י תלמיד], דהנה הרא"ש הק' לקו' תו' אמאי אינה נאמנת דמחיים תפיסנא במיגו דלקוח, ולא הק' דתהא נאמנת במיגו דתבעה, ומבואר לכאו' דאף בלא תביעה מהני טענת תפיסה, אעפ"י דהוא עדיין פקדון, אלא דבסתמא נקטי' דכ"ז שלא תבעה לא תפסה, ולפי"ז הרי לא שייך תי' התו' דהוי מיגו למפרע דהא בזמן שטענה דתפסה מחיים היה לה מיגו דלקוח, וכ"כ התומים סי' ס"ד סק"ב בקצרה, [אלא דלפי"ז נמצא דהש"ך סתר את שי' בזה, דהא מדכתב בסי' קמ"ו הנ"ל דהרא"ש מיאן בזה משום דנכלל במשמעות טענתה דתבעה מחיים, ע"כ דס"ל דגם להרא"ש לא מהני תפיסה בפקדון, ואף אם ידוע בודאי דנתכונה לתפוס מחיים קודם התביעה לא מהני, והרי הש"ך בסי' ס"ד ק"ג נקט להל' דהוא רק אומדנא, וצ"ע].

(א) עי' ברי"ף דהק' מ"ש דבמלוגא אינה נאמנת במיגו דלקוחין הן בידי, ובעובדא דבקרא נאמן המלוה לומר דתפס מחיים במיגו דלקוח, ותי' הרי"ף דשאני מלוגא דאין יכולה לומר לקוחין הן בידי, משום דיאמרו לה אחוי שטרך, כיון דאין אותיות נקנין אלא בכתיבה, ולכך בעי' עידי תביעה, וסיים הרי"ף דמסתברא דהתפיסה דמלוגא אינו אלא בתורת משכון, ולא לגביה, כיון דאין אותיות נקנין במסירה.

(ב) ובראב"ד הביא להק' על הרי"ף אמאי אינה נאמנת לומר דתפסה למשכון אף בלא מיגו, כמו דלטענת לקוח לא בעי' למיגו, ותי' הראב"ד ב' תי' - א) דשאני טענת משכון דכיון דהוא מודה דהממון של הלוח, צריך להביא ראיה דנתנו למשכון, ומה"ט בעי' בבקרא למיגו, כיון דאינו נאמן במשכון, [ומבואר בראב"ד דליכא חזקת מטלטלין במשכון, וצ"ב הרי הסברא דחזקת מטלטלין הוא מדין אחזוקי אינשי בגנבי, וכו', וא"כ הרי גם במשכון מחמת האי סברא יש להאמינה, ולכאו' מוכרח מהכא כיסוד הגרנט ריש ב"ב דדין חזקת מטלטלין יסודו בדין תפוס, וכל דאינו תפוס ליכא חזקת מטלטלין, ואכ"מ]. (ב) דמשכון דהכא לא דמי למשכון דעלמא, דבמשכון דעלמא יש לו קנין לגוביינא, אולם הכא אין לו קנין לגוביינא אלא יש לו רק זכות תפיסה במשכון עד הפרעון, כיון דאינו יכול לטעון על כדי דמיהם, ובכה"ג בעי' למיגו.

ויל"ע כיון דאין קנין בגוף המשכון, א"כ מה יועיל הא דיש עידי תביעה, סו"ס אין לה קנין בגוף המשכון, ואיך תוכל לגבות מהם את החוב, הא הוי מטלטלי דיתמי, ולכאן י"ל דס"ל דהתפיסה בנייר מהני אף על עיקר הגביה, ויתבאר בזה להלן עוד בדברי הרשב"א.

(ג) והנה הרא"ש הק' אמאי אינה נאמנת דמחיים תפסה במיגו דממושכנין מעיקרא, ותי' הרא"ש דמיירי בעדים וראה, ומבואר דלטענת ממושכנין מעיקרא לא בעי' מיגו, ונהנה הראב"ד הוכיח כדבריו מבקרא, אולם אינו קו' על הרא"ש, דהרא"ש מיירי בגוונא דטוענת דמושכנין מעיקרא, אולם השואלם בראב"ד מיירי על טענה דמחיים תפיסנא, והחילוק בזה מבואר להדי' ברא"ש בסוגיא דבקרא, דבעי' מיגו משום דלפי טענתו בא בלא דעת הבעלים, והיינו דבטוענת ממושכנים מעיקרא הרי לפי טענתה המשכון בא לידה מדעת הבעלים, משא"כ בתפיסה מחיים, אחר שכבר בא הפקדון לידה, ותימה על הקצוה"ח סי' ע"ב סק"כ דדימה את דברי הטוען בראב"ד לדברי הרא"ש].

ובתומים סי' ע"ב סק"ב כתב דהרא"ש יחידאה בזה, דהא כל הראשונים לא הצריכו עידי פקדון, וע"כ משום דאינו נאמן לומר דמושכנים בידו, ולמד מזה דליכא נאמנות במטלטלין בטענת ממושכנין, ועי' בשו"ת רע"א סי' קל"ה דכתב דאינו ראייה, דרק לגבי מלוגא דשטרא ס"ל דלא מהני טענת ממושכן, דכיון דשטרות אין נקנין אלא בכז"מ, אין תפיסתו אלא להכריחם לפורעה, וכיון דלא שייך בזה קנין משכון אינה אלא כטוענת על דמיו ולא על גופו, ואינה נאמנת בלא מיגו, ולכאן כוונתו כתי' בתרא דהראב"ד, [אולם בתי' קמא מבואר להדי' בראב"ד דאי"ז רק סברא בשטר, דהא הוכיח כדבריו מבקרא].

וע"ש ברע"א דתי' עוד דס"ל להראשונים דאין הוכחה מהתפיסה רק דמושכן בידה, אולם ליכא ראייה על יותר מפרוטה, אולם כ"ז בשטרות דבעי' כז"מ, אבל בעלמא התפיסה מוכחת דהחפץ הגיע לידה במשכון, ובפשוטו הדברים תמוהים, דא"כ אמאי מבואר בגמ' דאיכא איכא עדים דתבעה מהני תפיסתה, הא עדיין ליכא ראייה על יותר מפרוטה, אולם עי' בדו"ח דרע"א האריך לבאר בדבריו, והיוצא מדבריו דאם הנידון אם הבעל משכן לה את השטרותן שפיר אמרי' דליכא ראייה דנתן לה יותר מפרוטה, אולם עד כמה דהנידון הוא דהיא תפסה למשכון בע"כ, ודאי דנאמנת לומר עד כדי כמה תפסה, דהא נטלה את המשכון בע"כ, ופשוט, וע"ע להלן סק"ד בדברי הנתה"מ לענין תפיסה במטלטלין.

(ד) ובעיקר דברי הרא"ש נחלקו בביאור דבריו הנתה"מ והקצוה"ח, דהנה בנתה"מ סק"ו ביאר דיש חילוק בין טוען דרוצה להחזיק החפץ לשעבוד דכה"ג הוי כטוען על גופו של חפץ דהוא שלו, להיכא דטוען דרוצה לגבות את חובו מהחפץ, דכה"ג אינו נידון כטוען על גופו של חפץ, והיכא דטוען על גופו של חפץ לא בעי' מיגו, ורק היכא דאינו טוען על גופו של חפץ אינו נאמן בלא מיגו, ולכך בתופס את השטור כיון דאינו יכול לגבות את השטר, אלא כל מה דמהני הוא רק למשכון, ולכך ס"ל להרא"ש דלא בעי' למיגו, אבל בתופס מטלטלין לגבות לא המני בלא מיגו, ומה"ט נקט הרמ"א דבתופס שטרות וליכא עידי פקדון, אעפ"י דאין ידוע החוב נאמן לומר דתפס למשכון.

אולם עי' בקצוה"ח סי' ע"ב סק"כ דנקט בדעת הרא"ש דכיון דידוע החוב נאמנת לומר דמושכנין מעיקרא, ומהני מדינא דר"י דבע"ח קונה משכון, ולדבריו נמצא דבטענת ממושכנין מעיקרא יכולה לגבות את המשכון, כמו בתפיסת מטלטלין, ורק היכא דאין ידוע החוב בעי' למיגו במטלטלין, ע"ש היטב בכל דבריו.

(ה) ובעיקר דברי הרא"ש דנאמנת בטענת ממושכנת בידי מעיקרא, הק' בקצוה"ח סי' ע"ב סק"כ כיון דמנה אין כאן משכון אין כאן, איך נאמנת על המשכון בלא נאמנות על החוב, ותי' הקצוה"ח דמיירי הכא בחוב ידוע, ע"ש ועי'

בקרני ראם דבזה נחלקו תו' והרא"ש, דטעמא דתו' לא העמידו בגוונא דעדים וראה כדתי' הרא"ש, משום דמירי בחוב שאין ידוע, ובכה"ג דעדים וראה אף בתבעה מחיים אינה נאמנת על החוב.

ועי' פנ"י דתמה דאי מיירי בחוב ידוע, הרי אי"צ כו"מ אלא יכולה לגבות את החוב מהלוה ע"י דין שדר"נ, וכל מה דצריכה את השטר הוא לראיה על הלוה הב', אבל אי"צ לקנות את החוב, ועי' בתומים סי' ס"ד סק"א דמירי הכא דגבו היתומים מטלטלין מהלוה, ולכך לא מהני שדר"נ, וצ"ב דא"כ מה מועיל הא דתבעה מחיים, הרי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, ואינם חייבים לפרוע, ואי נימא כהשי' דבקנין משכון לכו"ע למפרע הוא גובה, י"ל דתפיסה מחיים הרי מבואר באבנ"מ צ"ו ד' דמהני מדין קנין משכון, ולכך ליכא חסרון דמטלטלי דיתמי].

אולם לכאור' עדיין יש לתמוה דאכתי אמאי בעי' לעדים דתבעה מחיים, ואינה נאמנת במיגו דלקוח, דהא כיון דיש לה זכות גביה מדין שדר"נ, הרי אי"צ בכה"ג שטר כתיבה, כיון דיש לה שעבוד הגוף על הגביה, נעי' בדברי הפוסקים ריש סי' ס"ד לענין שטר ממרנ"י, ובזה לא שייך תי' התומים דהא החוב קנוי לה מחיים, ואינם יכולים לגבות, ונאמנת במיגו, וצע"ג.

(ו) עוד הביא הראב"ד דיש מקשים על הרי"ף דאכתי יש לה מיגו דלהד"ם, ותי' הראב"ד דא"כ אינה יכולה לגבות עם השטר, דכל מה שאינה יכולה לטעון ע"י טענת המיגו אינה יכולה לטעון בטענה זו, וברמב"ן בספר הזכות ובחי' תמה דתוכל להוציא את השטר ליתומים מחוץ לבי"ד אם יפרעו לה, ולכך תי' הרמב"ן דמירי בראה וליכא מיגו.

ועי' בש"ך סי' ס"ד סק"א דביאר הא דהרא"ש הוצרך להעמיד מכח הקו' דמיגו להד"מ דמירי בעדים וראה, ולא תי' כהראב"ד דבטענת להד"מ הרי לא יוכל לגבות מהלוה, דכוונתם לבאר דאף באופן דטוען דהלוה נתנו לו במשכון, ולא דהוא תפס ממנו בע"כ, נמי לא מהני כיון דמירי בעדים וראה, ובכה"ג דטוען דנתנו לו משכון מדעתו הרי לא מצי לגבות מהלוה כיון דאינו מוחזק בחוב בלא כו"מ.

ועי' נתה"מ סק"ב דביאר דברי הש"ך, דהנה מבואר בסי' ק"א ס"ה דהלוה יכול להגבות שט"ח למלוה, ועי' בש"ך שם סק"ג דכתב דכשבי"ד מגבין לו לא בעי' כו"מ, ובקצוה"ח סי' ק"א סק"ב דהכוונה דבי"ד יכתבו וימסרו לו, אולם בנתה"מ שם סק"ב נקט כהש"ך דכשבי"ד מגבין לו לא בעי' כו"מ, ולפי"ז ביאר הנתה"מ כאן דזה ודאי דכ"ז שהלוה חי בי"ד מגבין לו את השטרות ויכול לגבותם, ותפיסת השטר במשכון מהני דלא יוכל לדחותו, כיון דהוי כאפותיקי, אולם כשמת, הרי החוב הוי מטלטלי דיתמי ואין בי"ד יכולים להגבותו, ואעפ"י דנתן לו את השטר למשכון, אינו מועיל לסלק החסרון דמטלטלי דיתמי, כיון דאינו מוחזק בחוב, אלא בי"ד צריך להגבות לו את החוב, וכיון דמת אינם יכולים להגבות לו את החוב, ולכך הוצרך הרא"ש להעמיד בגוונא דעדים וראה, דאל"כ יהא נאמן עכ"פ דנתן לו את הנייר לעכב עליו במיגו דלהד"מ, ובזה לא שייך תי' של הראב"ד.

(ז) עוד הביא הראב"ד להק' על הרי"ף דתהא נאמנת במיגו דתטען דקנתה באגב, ותי' דאכתי תהא צריכה להביא שטר על קניית הקרקע, [וע"ע בתו' יבמות קט"ז א' ד"ה אותיות דתי' עוד דאין שטר חוב נקנה באגב, ואכ"מ], וברמב"ן בספר הזכות תמה דאכתי יכול לקנות אגב שכירות קרקע או אגב קנין קרקע לזמן דכה"ג אי"צ להביא שטר, ובראב"ד תמה עוד דתהא נאמנת במיגו דמתנת שכ"מ, ועוד הביא דהק' הרי"ף מגאש דיהא נאמן דקנה בכו"מ ואבד שטרו.

(ח) וברמב"ן בספר הזכות תי' דלמ"ד דאין אותיות נקנין במסירה, א"א לטעון על שטר הכתוב על שם חבירו לקוח הוא בידי דאין שעבוד השטר יוצא מחזקת המלוה הכתוב בו, ומשו"ה אע"ג דאית ליה מיגו אינו נידון כתפוס בחוב, [וצ"ב לפי"ז לשון הרי"ף דהחסרון משום אחוי שטרך, ולא משום דלא מהני התפיסה], ועי' בש"ש ש"ד פי"ד דכוונת

הרמב"ן דבעי' תפיסה הראויה לקנין, ובקונטרס הספיקות כלל ח' ס"א כתב דזהו נמי כוונת תו' דכיון דאין אותיות נקנין במסירה אין מועיל מיגו דלקוחה על החוב, כיון דאי"ז תפיסה הראויה לקנין.

אולם עי' בקצוה"ח סי' ר"ב סק"ז דדחה דכוונת תו' דכיון דאין אותיות נקנין במסירה אין הוא תופס בחוב אלא רק בנייר, ואינו רק משום דהתפיסה אינה ראויה לקנין, אלא דליכא כלל תפיסה, ורק למ"ד דאותיות נקנין במסירה דשייך קנין בחוב, ה"ה דחשיב כמוזחק בחוב, ומה"ט במטלטלין דעלמא לא בעי' תפיסה הראויה לקנין, נויש להוסיף דהא למ"ד דאותיות נקנין במסירה מבואר בתו' ב"ב ע"ו א' דלא סגי בתפיכה ובהגבהה, אלא בעי' מסירה מיד ליד, וא"כ לכו"ע תקשי מה מועיל התפיסה, הא ליכא מסירה, וע"כ דהוא רק סימן דאפשר לתפוס את החוב.

אולם צ"ע דבלשון הרמב"ן מבואר דבמטלטלין מהני משום דנקנין בהגבהה, ומשמע דבלא"ה אף במטלטלין לא מהני התפיסה, ועוד צ"ע דהא מדויק בתו' דאם היה צריך כו"מ גם בשביל לקנות את הנייר, לא מהני התפיסה בנייר, ואי נימא כהקצוה"ח הרי השטר הוא דבר שבעין, ואמאי אין מועיל בו תפיסה אעפ"י שאינה ראויה לקנין, וצ"ע בכ"ז.

ט) הראשונים הק' על תי' הרי"ף דאכתי תקשי אמאי ליכא נאמנות במיגו על הנייר, וכקו' תו', ועי' בקצוה"ח סי' ס"ד סק"ג דתי' דס"ל להרי"ף כדעת חכמי פרוכניציא דבמסר ולא כתב צריך הלוקח להחזיר את הנייר ללוה, ולפי"ז הק' דא"כ כיון דהנייר של הלוה, איך יכולה לתפוס את הנייר הא אינו של הלוה שלה, אלא של הלוה דלוה, וע"ז תי' דאינה תופסת את הנייר מדין נכסי הלוה שלה, אלא מדין שדר"נ תופסת את הנייר של הלוה דלוה, אבל בטען לקוח צריך להחזיר את הנייר, ומבואר לפי הקצוה"ח דהתפיסה אינה יכולה לעכב את גביית החוב בעצמו, אלא רק דאי"צ להראות ליתומים את הנייר.

י) והנה על עיקר קו' הקצוה"ח דמה מועיל התפיסה הרי הנייר של הלוה, תמה בנתה"מ סק"ג דהא הלוה לא ישלם ליורשים, כיון דאין היורשים יכולים לכפות את המלוה להחזיר את השטר, ולכא' יסוד הנידון הוא האם הלוה חייב לשלם באופן דרק אחר הפרעון יכול לכפות את התופס להחזיר הנייר.

והנה לכא' כוונת הנתה"מ להק' דאף דאין הנייר של הלוה, מ"מ יכולה לכפותם לשלם לה, כיון דאין הלוה חייב לשלם להם, וצ"ב דהרי בראשונים דהוי תפיסה למשכון, ולדבריו אינו משכון כיון דאינו נכסי הלוה, אלא רק היכ"ת לכפותו, ועוד צ"ב דלכא' זה ודאי גזילה, וצ"ע

ועוד דחה הנתה"מ דהא צריך המלוה את השטר משום משועבדים דיש בו, והיינו בגוונא דגובין משועבדים של הלוה דלוה.

ועוד דחה דהא מבואר בר"ן דבמכר גוף הנייר לצור אי"צ להחזיר לו, וצ"ב כוונתו דהא הקצוה"ח קאי לדעת חכמי פרוכניציא דמסר ולא כתב צריך להחזיר הנייר, ואולי ס"ל להנתה"מ דכו"ע מודו דהיכא דמכר לו רק את הנייר אינו חייב להחזיר לו את הנייר עד שיפרע לו, דזהו גופא המכירה ורק היכא דמכר לו את החוב במסירה צריך להחזיר לו את הנייר, וצ"ע בכ"ז.

י"א) ועל תי' הקצוה"ח תמה בנתה"מ, דהא גוף הנייר של השט"ח אינו מטלטלין של לוח דלוה, אלא רק של הלוה, שהרי המלוה יכול למכור הנייר לצור, כמבואר בר"ן, ובמשובב דחה דודאי של הלוה הוא, אלא דיכול המלוה למשכנו, וצ"ל דכוונת הנתה"מ להק' דאף דגוף הנייר שייך ללוה, מ"מ אי"צ לתפוס הנייר מדין לוח דלוה, אלא כיון דשמעון יכול למכור את הנייר עד שיפרע לו הלוה, ה"ה דיכול ראובן לתפוס משמעון שיהא לו זכות לעכב הנייר, ואי"ז מטלטלי דלוה דלוה.

ועוד תמה בנתה"מ דהא לא מהני תפיסה רק בתבעו, ועי' במשובב ובאמרי ברוך דתמהו דדוקא בפקדון הוא דבעי' תביעה, וכבר נתבאר לעיל דיש שפי' דאינו דין דוקא בפקדון, אלא זה אומדנא, וה"נ איכא אומדנא דלא תפס מדין לזה דלזה אלא רק מדין מטלטלי דלזה.

ועוד יש לעי' דזה תלוי בנידון האחרונים בסי' קכ"ה ס"ג אם במקום שיש נכסים אמרי' שדר"נ, ע"ש בש"ך ובביאור הגר"א ובנתה"מ.

(א) עי' בבעה"מ דכתב על קו' הרי"ף דשאני תפיסת פקדון כיון דברשותא דמאריה מחית, ולכך בעי' עידי תביעה, והרמב"ן ציין לדבריו בב"מ ו' א' דהשיג על הבעה"מ.

דהנה מבואר בגמ' שם דחיישי' שמא מלוה יש לו עליו, וכתב שם הבעה"מ דשמעי' מהא דא"א לתפוס מרשות חברו בטענה דחייב לו ממון, ואפילו בפקדון נמי לא מהני כיון דברשותא דמאריה מחית, ובמלחמות שם תמה עליו דהא מבואר בסוגיא דבקרא דמהני מיגו דלקוח לתפוס מהבקרא, והרי הבקרא ידו כיד היתומים.

(ב) ובפשוטו י"ל דשאני ההיא דבקרא דהחוב ידוע, וכל הנידון הוא האם תפס מחיים או לאחר מיתה, ובכה"ג מודה הבעה"מ דיכול לתפוס בחובו, אולם הרי הרמב"ן כתב דהבעה"מ בסוגיין כתב נמי לה"ט דלא מהני מיגו דתביעה מחמת דלא מיגו בפקדון, והא בסוגיא דמלוגא נמי מיירי דהחוב ידוע, [דהא להרי"ף ליכא מיגו דלקוחים בשטר, וא"כ איך נאמנת דיש חוב, הא אין לה מיגו דלקוחים, וע"כ דמיירי דהחוב ידוע], ומ"מ כתב הבעה"מ לה"ט, ובאמת דבשטמ"ק ב"מ ו' א' הביא דהראב"ד הק' על הבעה"מ אף מסוגיין, דהא לא מהני תפיסה בפקדון, וכוונתו דאף דיתכן דשאני מלוגא דמשום דתבע מהני אף בפקדון, מ"מ כמו דלא מהני מיגו על התביעה, ה"ה דלא יועיל התפיסה אף באיכא עידי תביעה.

(ג) וי"ל דזה ודאי כל היכא דהחוב ידוע מהני תפיסה, וכוונת הבעה"מ בסוגיין הוא רק לבאר דלא מהני תפיסת המלוה בפקדון קודם התביעה, כיון דחשיב עדיין דהחפץ ברשות הבעלים, ומה"ט לא יועיל הא דנאמנת במיגו דתפסה מחיים, כיון דמעיקר הדין לא מהני תפיסה, והא דר"ג הצריך עידי תביעה, ולא מהני מיגו אף על התביעה, משום דהוי מיגו למפרע וכדברי התו', אבל בסוגיא ב"מ הנידון הוא בספק חוב, וע"ז חידש דלא מהני תפיסה, ועדיין צ"ב לשונו של הבעה"מ בסוגיין דלא הזכיר לדינא דמיגו למפרע, וכך צ"ע לשונו בב"מ דכתב בסו"ד ואפילו בפקדון, דלכאור' כוונתו לסוגיין, ולהנ"ל הרי אינו שייך לכאן.

(א) הנה מצינו מחלוקת ביו הרשב"א להרא"ש אם ביי"ד גובין שטרות, דעת הרשב"א בכמה דוכתי דאין גובין שט"ח בשביל חוב אחר, כיון דאין גופו ממון, אלא דכשיגיע הזמן גובה את החוב מדין שדר"נ, אבל קודם שהגיע זמנו אינו יכול לגבות, עי' ברשב"א כתובות י"ט א' ב"ק פ"ט א' קדושין ט"ו א' ושו"ת ח"א סי' תתקי"ד, אולם הטור בסי' ק"א הביא מהרא"ש דגובין שטרות, והנה אי נמא כהרא"ש א"ש הא דכתב הרי"ף דהכא אין התפיסה לגוביינא אלא רק למשכון, אולם לדברי הרשב"א לכאור' ע"כ כל התפיסה של האשה מחיים אינו לגביה, כיון דאין גובין שטרות, ולדבריו לא שייך כל הנידון של הראשונים בזה.

(ב) והנה בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ב כתב ליסוד דבריו דאין גובין שטרות כיון דמילי נינהו, וכתב דכשיגיע זמן השטר גובה את החוב מדינא דר"נ, וכתב דאין מוציאין מיד האשה בין גבתה ובין לא גבתה, דאי גבתה הא הוי

מטלטלין, ואי לא גבתה, מהני התפיסה לעשותו משכון, וכדברי הרי"ף בסוגיא דמלוגא, ע"ש עוד בדבריו, ומבואר דנקט לדברי הרי"ף.

ומצינו ברשב"א שבועות ל"ב ב' דכתב "וכעין מלוגא דתבעו מינה מחיים ולא יהבה להו או שאמרה מחיים דתפסה להו לגבות או למשכון" ומבואר להדי' דבמלוגא דשטרא שייך לומר דיהא תפיסה לגביה ולא רק למשכון, ומבואר דשייך בסוגיין דין גוביינא על השטר.

וכן מצינו בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתע"ט דדן באשה שתפסה שטרות מבעלה מחיים, ונתנה את השטרות במתנה לבנה מאיש אחר, וכתב הרשב"א דהספק הוא כיון דלא גבתה את השטרות בבי"ד, ופסק הרשב"א דלמדנו מסוגיין דמהני תפיסה מחיים של השטר, ומבואר להדי' ברשב"א דהנידון על תפיסה לגוביינא.

וכן עי' בב"י סי' ס"ד דהביא משו"ת הרשב"א ח"ג סי' קצ"ג דע"כ מיירי בסוגיין דהמלוה ידוע, דאל"כ מה יועיל הא דיש לה עידי תביעה, הא מ"מ אינה נאמנת לומר דמלוה היה לי בידו ותפיסנא לה במשכון, דכמו דאינו נאמן בטענת לקוח משום דאין אותיות נקנין רק בכז"מ, כיון דאין התפיסה מעידה על הכתיבה, ה"ה דאין התפיסה מעידה על החוב, וע"כ דמיירי בידוע החוב ע"י שטר, וליכא קרקעות, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי, הלכך אי תפסינהו מחיים הוא תפיסה, אבל לאחר מיתה לא הוא תפיסה כיון דמטלטלי דיתמי נינהו, ולא מישתעבדי לבעל חוב, עכתו"ד, ומבואר מהרשב"א דאעפ"י דאינו תפוס בחוב, מ"מ מהני התפיסה בנייר דלא יהא החוב נידון כמטלטלי דיתמי.

ג) ועי' בלח"מ פי"א מו"ל ה"ח דביאר לסברת הרשב"א דהביא הב"י דכיון השטר בידו הוי כאילו קצת המעות בידו, וצ"ב, ועי' באבן האזל שם דביאר דכיון דאם אין המלוה מחזיר השטר אין הלוח חייב לשלם, כיון שהמלוה גורם בזה שאינו יכול להחזיר השטר, משו"ה לא נכנס החוב ברשות היורשין, וחייל דינא דר' נתן על עיקר החוב, דדוקא היכי שכבר זכו היורשין א"א לבוא מדין דר' נתן אחר מיתת אביהם, אבל אם לא זכו בהחוב אמרינן דנמשך דין דר' נתן גם אחר מיתת אביהם כמו שהי' נמשך אם היו גובין קרקע, ומשו"ה ס"ל הרשב"א דמהני תפס מחיים לגבי זה שלא יהי' דין החוב כמטלטלי דיתמי, עכתו"ד.

ד) ובאמת דיסוד הדברים מצינו בנתה"מ סי' נ"ד סק"א דהיכא דאין המלוה רוצה לחזיר את השטר ללוה, פטור הלוה לגמרי אף בידי שמים, דלא נתחייב לשלם רק בהחזרת השטר, וחידוש שם דמה"ט בספק אם המלוה מעכב השטר, או דנשרף השטר, הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, ע"ש, ומשו"ה ס"ל לרשב"א דכיון דתפסה את השטרות מחיים, נמצא דהחוב גופא הוי אינם ברשותם של היורשים, וגובה את החוב שבשטר מדין שדר"נ.

ה) והנה בב"י אהע"ז סי' צ"ג הביא דבשו"ת המיוחסות סי' נ' מבואר דתפסה שטרי חוב למזונות אין מוציאין מידה, וציין לדברי הריב"ש סי' שס"ה דמהני תפיסה על שטרות, וציין לדברי הגהות מיימוניות פ"א מזכיה אות ה', ולדברי הרמב"ם פי"א מו"ל ה"ח, ובדרכ"מ כתב דבשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתע"ט מבואר כהרמב"ן במיוחסות דאין מוציאין את השטר מידה, אולם ציין לדברי הגה"מ פי"ח מאישות אות ט' דלא מהני תפיסה.

והנה דברי הגה"מ בהל' זכיה ובהל' אישות קאי על הא דפסק הרמב"ם לדין הגמ' ב"ק מ"ט ב' דהמחזיק בשטר מנכסי הגר כדי לקנות את הקרקע הכתובה באותו השטר דלא קנה את השטר אלא לצור עפ"י צלוחיתו, וע"ז הביא הגה"מ דלא מהני תפיסת השטר לענין ממון הכתוב בשטר, ולמד מזה לאשה שתופסת שט"ח של בעלה למזונותיה, דאינה יכולה לגבות את השטר, ומבואר דנקט הב"י דהמיוחסות פליג וס"ל דיכולה לגבות מכח השטר, ועוד ציין

לדברי הרמב"ם בדינא דסוגיין דכתב כלשונו של הרי"ף דטען דהן משכון בידו על חובו, והיינו דאינו מועיל לגוביינא אלא רק כמשכון.

וע"ע בדרכ"מ חו"מ סי' ס"ד סק"א דציין לדברי המרדכי ב"ב ריש המוכר את הספינה דלא מהני תפיסה לענין הממון, וע"ש בדבריו סי' תקס"ב דלא מהני תפיסת אלמנה בשטרות כיון דבעי' כו"מ, וכדמוכח מהמחזיק שטר מנכסי הגר, וכנ"ל, ובהמשך דבריו הביא הב"י לדברי רבינו ירוחם דאף בתר תקנת הגאונים לא מהני תפיסה של שטר לאחר מיתתו להקדים בע"ח אחר דלא יהא יחלוקן, וביאר הדרכ"מ דטעמא משום דלא מהני תפיסת השטר לגבי הממון.

ובשו"ת ב"י דיני כתובות סי' ה' כתב "דתפיסה זו אם היא בשטרי חובו" אינה יכולה לגבוי בהם וזה מבואר בדברי הרי"ף והרא"ש בפ' הכותב גבי ההיא אתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרי" ומבואר דפסק הב"י דאינה יכולה לגבות את השטר שתפסה.

כסליו תשע"ו

פרק מי שהיה

מאחר שקדם וגבה

מתני' - ע"י בר"ן דהק' מה קמ"ל מתני' הא פשיטא דהא' קודם, ותי' הר"ן או לאשמועי' דינא דמאחר שקדם וגבה, או דהוא אגב סיפא, וצ"ב הקו', הרי הר"ן הביא מהירושלמי דלענין מזונות ליכא דין קדימה, וא"כ שפיר הוצרך התנא לאשמועי' דכתובה אינו כמזונות.

וברמב"ם פ"ח מאישות הי"ד פסק דנזונות בשוה כיון דליכא דין קדימה במטלטלין, ובראב"ד תמה דמבואר בירושלמי דגם בהניח קרקעות דינא הכי, וביאר הראב"ד דטעמא משום דאין חיוב המזונות אלא לאחר מיתה והוי כלוה ולוה וקנה, וע"י במ"מ שם דתמה על סברת הראב"ד דא"כ גם לגבי כתובה נימא הכי, ואמאי איכא בכתובה דיני קדימה.

תוס' ד"ה מי שהיה - ע"י בשטמ"ק דכתב לתרץ דלמאי דקס"ד השתא דמה שגבה גבה ה"ה דבסיפא לא מפקינן מינייהו, וצ"ע איך יתכן לומר דמהני תפיסה בסיפא, וגם בלשון תו' יש לדייק מדוע הוצרכו להביא ראיה מהגמ', הא ע"כ הוא כן, דהא בע"ח קודם ליורש, וצ"ע.

(א) תוס' ד"ה שמע - תימא מה סברא היא זו וכו'. הנה אי נימא דלא גבה גרע מלוקח ולא חייל כלל הגביה, הרי קו' תו' מתפרש דעכ"פ א"א לומר דמה שגבה גבה, כיון דלא עדיף מלוקח, אולם אי נימא דלא גבה היינו דחייל הגביה אלא דמוציאין מידו, הרי קו' תו' אמאי איכא מאן דפליג הא ודאי לא עדיף מלוקח, וע"ע להלן עוד בספק זה.

(ב) וע"י ברמב"ן דיישב לקו' תו' דמ"ד מה שגבה גבה ס"ל של"ד אלא דתקנו דמוציאין מלקוחות כדי שלא תנעול דלת, אולם גבי מאחר כיון דתרוייהו בע"ח לא עדיף הב' מן הא', ולכך מה שגבה גבה, ומ"ד דלא גבה או דס"ל דלא פלוג או דס"ל ש"ד, וכן מבואר בר"ן בדף צ"ד א' [ולפי"ז מוכח מדבריהם דאף בשעבד להדי' של"ד, דהא לא מצינו דבשעבד להדי' כו"ע מודו דמה שגבה לא גבה].

ועי' בשטמ"ק דהק' תלמיד הרשב"א דע"כ טעמא דמ"ד דמה שגבה גבה אינו משום דשל"ד, דהא דהא שמואל ס"ל כמ"ד דמה שגבה לא גבה, וס"ל נמי דשל"ד, אולם באמת דהרמב"ן רק כתב דמ"ד מה שגבה גבה ע"כ סבר של"ד, אולם בטעמא דמ"ד דמה שגבה לא גבה, יתכן דס"ל דאף אי נימא דשל"ד מ"מ מה שגבה לא גבה, כיון דרבנן תקנו דאיכא שעבוד וכמבואר ברמב"ן דאמרי' לא פלוג.

וברע"א מערכה י"ד אות י"ט ד"ה אמנם הק' בהא דכתב הר"ן דמ"ד מה שגבה לא גבה ס"ל דשל"ד, מהא דכתב הר"ן דבלוה ולוה וקנה ותפס המאוחר אין מוציאין מידו, כיון דתרווייהו שוין בשעבוד, ודייק רע"א דמשמע דהיכא דלוה וכתב דאיכא וקנה ולוה אין גבייתו כלום, והא לגבי המוקדם הוי דאיכא, ולא חייל השעבוד רק מדרבנן, ובהא ודאי מה שגבה גבה.

ואולי י"ל דהנה בעיקר הא דתלו הראשונים דין מאוחר שקדם בדין ש"ד, לכאור' הביאור בזה דלמ"ד ש"ד דמבואר בריטב"א קדושין י"ג ב' דהוי חצי קנין, משו"ה המוקדם עדיף, אבל למ"ד של"ד הא ליכא חצי קנין, אלא זה תלוי בזמן הגביה, משו"ה מה שגבה גבה, [אלא דדנו והראשונים דהא עכ"פ איכא שעבוד מדרבנן], וי"ל דלמ"ד ש"ד, אעפ"י דבעי' שיכתוב דאיכא כיון דהוי דבר שלב"ל, מ"מ מסתבר דלכתר התקנה דרבנן הגדר בזה כמו הדאו' דהוי חצי קנין, ולכך מה דגבה לא גבה, ועדיין צ"ע בזה.

ג) והנה מבואר בגמ' ב"ק ל"ג ב' דס"ד דשור תם דמי לבע"ח לגבי דין קדם המאוחר, וק' דהא בפשוטו דין שעבוד בשור תם הוא דין דאו', וכה"ג הרי כו"ע מודו דש"ד, [ואין לומר דס"ל כמהרש"ל דכוונת הגמ' לכו"ע, דא"כ מה הק' בדף צ"ה א' על הראב"ד, ודו"ק, וכן אין לומר דשאני התם דכיון דע"כ מיירי דלא עמד בדין, [ע"ש היטב בסוגיא], משו"ה לא שייך בזה דין חצי קנין, דאעפ"י דאיכא שעבוד על סיבת החיוב, מ"מ לא שייך לומר דהוי טפי מערבות, ומשו"ה לא שייך בזה הסברא דש"ד, דהא איכא מ"ד פ"ג ממונא].

אולם יש מקום לומר דלמ"ד של"ד ליכא שעבוד נכסים בשור תם, והא דחייב הוא רק מדין שעבוד הגוף, ונתחדש בזה דגם שעבוד הגוף שייך לגבי דבר מסויים, [ויל"ע אם זה תלוי במחלוקת של הקצוה"ח ר"ג סק"ב ונתה"מ סק"ו, וצ"ע].
ד) ומצינו עוד תי' על קו' תו' - עי' ביד רמה ב"ב יד רמ"ה קנ"ז ב' דתי' "בעל חוב מאוחר כי יהיב זוזי לאו אדעתיה דמגזליה לשעבודיה דבעל חוב מוקדם קא יהיב, דאפשר דמשכח נכסי אחריני גבי לוה, ואלו לוקח אחרון מעיקרא כי נחית וקא יהיב זוזיה למגזליה לשעבודיה דבעל חוב קא יהיב, ואמטול הכי הוה איכא בגמרא מאן דסליק אדעתיה דבעל חוב מאוחר עדיף טפי מלוקח מאוחר" ומבואר דיש דעל הלוקח יש טענה של קניית שעבודי, אבל על המלוה ליכא טענה דגבית שעבודי, ועי' לשון רש"י ב"מ ט"ו א' ד"ה יפה ויפה דכתב "דבשלמא גופה של קרקע א"ל אמאי זבנתי מאין אגבה חובי".

ה) ועי' בבעל העיטור ספר העיטור אחריות דף ט"ז טור ב' דכתב "והא דגרסינן המלוה את חבירו גובה מנכסים משועבדין דאיתיה מינה רבינו הא"י ראייה דמה שגבה לא גבה, לא דמי ללוקח, דלוקח תחת הבעלים הוה ואחריות בעל חוב עלייהו, ואיהו נמי אדעתא דהכי נחית ולכאו' כוונתו בסברא הב' דאיהו אדעתא דהכי נחית כדברי הרמ"ה, אולם לא נתבאר סברא קמא דנכנס תחת הבעלים, דאמאי בע"ח מאוחר אינו נכנס תחת הבעלים.

ה) ובספר שיעורי הגר"ח נזיקין מכת"י ב"מ ק"ח כתב לישב קו' תו' עפ"י מה דמבואר ברש"י פסחים ל' ב' דיסוד דין טירפה מלקוחות הוא משום דכלפי הגביה אין בכוחו למכור, דהוי אינו ברשותו, אולם כ"ז שייך באופן דהלוה מקנה מדעתו, אולם היכא דגבו ממנו בע"כ לא שייך בזה הדין דאינו ברשותו, כיון דאינו גובה מחמת הקנאת

הבעלים, ולכך לא דמי בע"ח מאוחר ללוקח, עכתו"ד, ואולי זהו נמי כוונת העיטור בסברא קמא, ולכאו' בדעת תו' ע"כ מוכח דפליגי על רש"י וס"ל דגביה מהלוקח הוא רק דין טירפא.

(א) שם - אע"ג דבריש פרק שני דערכין וכו' אע"ג דלא שייך וכו'. עי' ברע"א הנדמ"ח מכת"י תלמיד דהוכיח מכאן דתו' פליגי על הרמב"ן והר"ן דבארו דלמ"ד ש"ד ע"כ מה שגבה לא גבה, דא"כ מה הק' מהא דערכין, הרי למ"ד של"ד מעיקר הדין אין מוציאין מהלוקח, ורק משום נעיל"ד תקנו דמוציאין, ולכך בערכין מה שגבה גבה, דכיון דליכא נעיל"ד אין הבע"ח יכול להוציא מיד הלוקחת, וע"כ דגם למ"ד ש"ד איכא תקנה מחודשת משום נעיל"ד דמאוחר שגבה מה שגבה גבה, ולכך הק' תו' דבערכין דלא שייך הטעם דנעיל"ד הדרי' לעיקר הדין דמה שגבה לא גבה.

(ב) והנה ברמב"ן ביאר דטעמא דמ"ד מה שגבה גבה, משום דטעם התקנה דגובין מלקוחות הוא משום נעיל"ד, ולא שייך כן לגבי ב' בע"ח דאם אתה נועל בפני אחד אתה פותח בפני הב', אולם בתו' כתבו להיפוך דטעמא דאין מוציאין מיד המאוחר משום נעיל"ד, והק' דהא איכא נעיל"ד נמי למוקדם, ותו' דמ"מ לא ימנע מלהלוות, כיון דהוא מוקדם, ונמצא דלפי הרמב"ן היכא דאיכא לתרוייהו נעיל"ד מה שגבה גבה, אולם בתו' מבואר להיפוך דהיכא דאיכא לתרוייהו נעיל"ד מה שגבה לא גבה.

(ג) וע"כ מוכח כדברי רע"א, דלפי הרמב"ן טעמא דמה שגבה גבה הוא רק מחמת דכה"ג ליתא לתקנה דשעבוד דרבנן, וממילא הדרי' לעיקר הדין דשל"ד, אבל לתו' הוא להיפוך מעיקר הדין לא מהני גביית המאוחר כיון דדמי ללוקח, [ולרע"א אזיל כמ"ד ש"ד], אלא דאיכא תקנה מיוחדת דמשום נעיל"ד אין מוציאין מיד המאוחר, והיכא דאיכא לתרוייהו נעיל"ד הדרי' לעיקר הדין דמה שגבה לא גבה.

שם - ותירץ דגבי הקדש וכו' והכל הקדש. הנה זה ודאי דאין כוונת תו' דאין נפק"מ להקדש אם זה עבור הערך הא' או עבור הערך הב', דהא אם נוציא את הד' לראשונה יהא עדיין חייב לערך הב', אלא כוונתם כיון דיהיב לערך הב' אין יכול להוציא דבר מרשותו מסיבה א', שיהא ברשותו לסיבה אחרת, דאין יכול לעשות מעשה טירפא מעצמו, [והנה מבואר בדף צ"ב א' דאי פקח מגבי להו ארעא והדר גבי לה מינייהו, ותמה רע"א אמאי צריך להגבות להם הא יכול לעכב לעצמו מדין שדר"ג, ויש לעי' דלכאו' למה דמוכח מתו' הכא אינו יכול למיעבד על קרקע דנמצאת ברשותו מחמת המקח, לקבוע שתהא ברשותו מחמת סיבה שעבוד, רצ"ע].

ועי' בקצוה"ח סי' פ"ג סק"א דלמד מזה לענין ב' חובות של הלואה למלוה א' ופרע את המאוחר דאין המלוה יכול לטרוף את החוב המוקדם, ע"ש דנפק"מ בגוונא דיש ערב על החוב המאוחר וליכא ערב על החוב המוקדם, וע"ע זכר טוב סי' ח' אות י"ט.

אולם עדיין יל"ע דהן אמנם אחר שבא לידו אינו יכול להוציאו מעצמו עבור חוב אחר, אולם הרי מבואר בר"ן בדף פ"ה א' דמוכח מסוגיא דסיטראי דביד המלוה לומר מחמת חוב פלוני לקחתי, וא"כ כיון דכ"ז דלא אתי ליד גזבר לא חייל הקדושה, הרי יכול לומר הגזבר מחמת ערך א' לקחתי, ועי' איה"ש דעמד בזה. וע"ע בסוגיא דאישתדוף דנתבאר בזה עוד מחלוקת התומים והנתה"מ בסי' קי"א.

(א) שם - עוד תירץ דהתם במטלטלין וכו'. עי' ברשב"א במיוחסות סו"ס ס"א דפסק דאיכא דין קדימה במטלטלין, ועי' בסמ"ע סי' ק"ד סק"א דהאריך לבאר דלהל' קיי"ל דלא כהרשב"א וליכא דיני קדימה גם במטלטלין, ועי' בביאור הגר"א שם סק"ב דכתב להוכיח מתו' כהרמב"ן, דלדבריהם דהוא רק מדין מאוחר שקדם מבואר דלכתחילה איכא דין קדימה במטלטלין, ורק בדיעבד אם קדם וגבה גבה, ועי' בקצוה"ח סי' ק"ד סק"א דהוכיח מגוף הגמ' בערכין, דהא מבואר שם דבנתן ד' לראשונה וא' לאחרונה, דיצא ידי השניה, ולא יצא ידי הראשונה, ואי נימא כדברי התו' דמייירי במטלטלין, ונימא דליכא דיני קדימה במטלטלין, א"כ תקשי אמאי לא יצא ידי הראשונה, הא משועבד לב' כמו לראשונה, והוי כמו נתן ד' לאחרונה, דיצא יד"ח אחרונה, כיון דמשועבד נמי לראשונה, וע"כ דאיכא דיני קדימה במטלטלין, וכן הוכיחו הבית מאיר אהע"ז סי' צ"ו ס"ט ורע"א בכת"י תלמיד.

(ב) ועי' בקוב"ש אות שכ"ה דהק' כיון דמוכח מתו' דאיכא דין קדימה במטלטלין, ע"כ דס"ל לתו' דאיכא שעבוד גם במטלטלין, וא"כ מה החילוק בין קרקעות למטלטלין בדין מאוחר שקדם וגבה, ותו' בקוב"ש דמ"מ כשקדם וגבה הוי כמו מטלטלין אצל לקוחות, דאעפ"י דאיכא שעבוד אין מוציאים מטלטלין מיד הלקוחות, אולם כתב בקוב"ש דזה תלוי במה דיש לחקור בגדר הדין דמה שגבה לא גבה, אם הגדר בזה דלא חלה כלל הגביה, או דבאמת חל הגביה, אלא דהמוקדם טורף ממנו כדין טירפא מלוקח, ואי נימא דהוא רק דין טירפא, א"ש דמאוחר הוי כלוקח, אולם אי נימא דלא חלה הגביה, עדיין קשה לפי הקצוה"ח מ"ש מטלטלין מקרקע.

אולם באמת דבקצוה"ח סי' ק"ד סק"ג ביאר דשאני מטלטלין דמהני בהו תפיסה משא"כ בקרקע, ע"ש, ולכאור' מבואר דבאמת לא חייל כלל הגביה, אלא כל הטעם דמטלטלין שאני משום דאף דלא שייך תפיסה לגוביינא מ"מ שייך לתפוס מדין משכון, וכיון דתפס מדין משכון ממילא אין המוקדם יכול לתפוס ממנו, כדין מטלטלין אצל לקוחות, וממילא חייל הגוביינא של ב"ד.

(ג) אולם בעיקר דברי הקצוה"ח כבר העיר באמרי בינה גב"ח סי' ח' דהרי"ף והר"ן וברא"ש בדף צ"ד א' כתבו להדי' דטעמא דליכא דין מאוחר מה שגבה גבה במטלטלין משום דליכא קדימה במטלטלין, והרא"ש והר"ן כתבו דזהו הישוב על הסוגיא בערכין דמטלטלין שאני, וא"כ עדיין קשה קו' האחרונים מה החילוק בין נתן בתחילה ד' לא' לנתן בתחילה ד' לב', [וע"ש באמרי בינה מה דביאר הסוגיא בערכין וצ"ע בדבריו שם].

אולם באמת דעי' היטב בביאור הגר"א סי' ק"ד סק"ב דדייק מהא דהראשונים הנ"ל כתבו בהמשך דבריהם דטעמא דליכא קדימה במטלטלין משום דליכא קלא כמו בעשה שורו אפותיקי ומכרו, דאין מוציאים מיד הלוקח כיון דליכא קלא, והוכיח מזה הגר"א דלכתחילה איכא דין קדימה במטלטלין אלא דאין מוציאים מיד המאוחר שגבה כמו דאין מוציאים מיד הלוקח, ולפי"ז ע"כ דהא דכתבו הראשונים דליכא דין קדימה כוונת דאלאחר דהמאוחר קדם וגבה ליכא דיני קדימה.

(ד) ובקצוה"ח יישב דברי הסמ"ע, עפ"י השי' דמדאו' איכא שעבוד על מטלטלין, אלא דרבנן עקרו את השעבוד, ולגבי הקדש י"ל דלא עקרו כיון דהכל להקדש, או משום דאין כח לרבנן לעקור שעבוד הקדש, ע"ש, וצ"ע דברי הקצוה"ח דהא מבואר בתו' דלפי ר"ת בקרקע לכו"ע מה שגבה לא גבה, ואי נימא דבהקדש אזלי' בתר הדאו', ומדאו' אין חילוק בין מטלטלין לקרקע, נמצא דבהקדש אף במטלטלין מה שגבה לא גבה, ואילו בסוגיא בערכין מבואר דבהקדש במטלטלין מה שגבה גבה, וצ"ע.

(ה) ובקוב"ש תי' דאף דליכא קדימה מחמת דיני השעבוד, מ"מ לגבי הלוח ודאי דאיכא חיוב לפרוע מקודם למלוה הא', כמו בכל ב' מצוות שאינו יכול לקיים לשתייהן, דחייב לקיים הראשונה דנתחייב בה, וה"ה במצוות פריעת

בע"ח, [ועיקר הדבר דאיכא קדימה במצוות פריעת ב"ח מצינו נמי בראב"ד דהובא בספר התרומות שער ס"א ח"ב סי' ב'], ומה"ט בנתן ד' לראשונה לא יצא יד"ח כיון דהיה חייב מצד המצוה לתת את כל הה' לראשונה, אבל בנתן ד' לשניה יצא כיון דאינו חייב לתת לה יותר, אולם מ"מ אם המאוחר קדם וגבה מה שגבה גבה, כיון דלגבי המלוה אין לא' זכות יותר מלב', עכתו"ד.

ו) וצ"ב דהא מבואר בראשונים בסוגיא דאיכא דליכא דיני קדימה חולקין, ולא מצינו דאיכא מצוה על הלוח לפרוע הכל לא', אולם י"ל דבעלמא ודאי כיון דמצד הבע"ח יש למאוחר זכות לקבל מחצה לא שייך לומר דמחמת המצוה של הלוח יפסיד המלוה הב', אולם לגבי ערכין לא שייך סברא זו, כיון דהכל להקדש, ולכך הדרינן לסברא דמצד המצוה הוא מחוייב ליתן הכל לראשון, אולם עדיין צ"ע מלשון הגמ' בערכין דבעידנא דיהיב לב' משועבד לראשונה דמשמע דאין הנידון רק משום מצוות פריעת בע"ח, וביותר מבואר שם ברש"י ד"ה מה שגבה "דהא אפילו מאי דיהיב לה לאו דידה הוא" ומבואר להדי' דאינו רק משום קדימה במצוות, [וידידי הרב ח"ט טויב נ"י ר"ל דזהו כוונת הגר"א סי' ק"ד סק"ב בצינו לדברי רש"י], וצ"ע.

א) בעיקר הספק בגדר דין מה שגבה לא גבה - הנה זה ודאי דיש אופן דע"כ צ"ל דחיילא הגביה, דהנה מבואר בשו"ע סי' ק"ד ס"א דהיכא דהמאוחר זמן הפרעון שלו קודם לז"פ של המוקדם, דדינא הוא דמה שגבה לא גבה, והנה כה"ג ע"כ כל זמן דלא הגיע הפרעון של המוקדם חייל הפרעון של המאוחר, וע"כ דכה"ג הוא רק דין טירפא. וברמב"ם פ"א מו"ל ה"ד כתב "וגובין מכל קרקע שיש לו אף על פי שהיא משועבדת לכתובת אשתו או לבעל חובו שקדם גובין לזה ואם יבא הראשון ויטרוף ויטרוף" והנה אי מיירי בגוונא דהגיע נמי זמנו של המוקדם, אלא דאינו לפנינו, ומ"מ מגבין אותו, הרי ע"כ דאף המאוחר גבייתו גביה, ואי מיירי בגוונא דלא הגיע זמנו של הראשון [וכרמ"א בס"א מיהו כו'] הרי"ז כנ"ל דיש אופנים דגבייתו גביה ומ"מ מוציאין ממנו למוקדם כשיבא זמנו של הראשון.

ב) ועי' בהפלאה צ' ב' דכתב "ואפי' למ"ד בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה אפ"ה לאו גביה בטעות הוא למפרע למהוי כאלו לא גבה כלל, אלא ודאי דגבה באמת הוא והוי כקנה שדה והפירות שלו ולכל דבר הוא שלו, אלא שבע"ח מוקדם טורף ממנו מכאן ולהבא".

ג) והנה בגמ' ב"ק ל"ג ב' ס"ד דטעמא דברייתא דקדמו והגביהו לא עשו ולא כלום משום דמה שגבה לא גבה, והנה בברייתא שם מבואר מכרו מכור, ומבואר בגמ' דהיינו לרדיא, ועלה קתני דקדמו והגביהו לא עשו ולא כלום, והיינו דאף לרדיא לא מהני, וא"כ מבואר להדי' דלא חלה כלל הגביה, דאל"כ אמאי אינו יכול להשתמש בו לרדיא עד שיטרוף המוקדם ממנו, וצ"ע.

ד) הרשב"א גיטין נ' ב' הוכיח מהגמ' שם דהיכא דאיכא בינונית וזיבורית וגבה המאוחר את הבינונית דאין המוקדם מוציא ממנו דיכול לומר לו הנחתי, ונפסק בשו"ע ק"ד א', ועי' בקצוה"ח ק"ד סק"ד דכתב "ונראה דאין להוכיח מזה דבע"ח מאוחר דין לוקח יש לו, דאפילו יורש בכה"ג נמי אמרינן כל ששייר מידי אינו גובה אלא מהאחרון וכמ"ש בסימן קי"א סק"א" ומבואר דהקצוה"ח דן אם למאוחר יש דין יורש או דין לוקח, ולכא' הנפק"מ בזה לגבי מלוה ע"פ [להשי' דגם במלוה ע"פ איכא דין קדימה], דגובין מן היורשים ואין גובין מהלקוחות, דאי דינו כלוקח אין טורפין ממנו, אולם אם דינו כיוורש מוציאין ממנו, ועכ"פ זה ודאי מוכח דחייל הגביה, דאי נימא דלא חייל כלל הגביה הרי ודאי דאף במלוה ע"פ יוציאו ממנו, דהא לא חיילא הגביה שלו, [וי"ל"ע מהא דמבואר בסוגיא בדף צ"ג

דהראשונה נשבעת לשניה, ומבואר שם דהוא מדין הבא ליפרע מן הלוקח ולא מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים, ונפק"מ ליתומים גדולים, ומבואר דנידון כלוקח, ועוד יש לדון בזה, דהנה קיי"ל סי' קי"ז ס"ד דעשה שורו אפותיק וקדם המאחר אין מוציאין מידו, ועי' ביאור הגר"א ס"ק י"ד דלא גרע ממכירה, והנה הרי לגבי יורש הרי נקט הקצוה"ח בדעת לו' ב"ק ק"ח ב' ד"ה לזה דגובין מיורש, וא"כ אמאי אין מוציאין מיד המאחר, וצ"ע].

ועי' בבית מאיר אהע"ז קי"ג ב' בהג"ה דתמה אמאי הוצרך הרשב"א להוכיח כן, הרי בלוקח נמי דינא הכי דבקנה בינונית אומר לו הנחתי, והוכיח הבי"מ דע"כ דמאחר גרע מלוקח, ולכך ס"ד דבהניח זיבורית לא מצי אמר הנחתי, וע"ז הביא הרשב"א ראייה מהגמ' בגיטין דבע"ח כלוקח, ולכך מצי אמר הנחתי על זיבורית, ומה"ט תמה הבי"מ על שו"ת מהר"ם לובלין דכתב דנשתדפו הבנ"ח אצל הלוחה אין המוקדם יכול להוציא מהמאחר, ותמה הבית מאיר דהא לגבי לוקח דהניח בנ"ח ואישתדוף, אעפ"י דנתרשל המלוה מלגבות, מ"מ מוציאין מיד הלוקח, ומדוע דלא יוציאו מהמאחר, ומבואר דדינו כלוקח.

ועי' בנתה"מ סי' קי"א סוס"ק ח' דכתב עפ"י הסמ"ע סי' קי"ז ס"ק ט"ו דאעפ"י דלוקח שמכר לגוי אינו נידון כמזיק שעבודו של חברו, מ"מ מאחר שמכר לגוי הוי מזיק שעבודו של חברו, וכן מבואר בקצוה"ח קי"ח סק"ב, ומבואר לכאן דגרע מלוקח.

(ה) והנה לכאן נראה דגדר הדין הוא, דע"י שגובה המוקדם, בטל הגביה של המאחר, וטעמא דמילתא, דכל מה דיכול לגבות הוא רק עד כמה דיחול בזה דין פרעון, אולם כשבא המוקדם וטורף ממנו, כיון דלא מהני הגביה של המאחר לפרעון החוב, בטלה גבייתו למפרע, ונתבאר בזה עוד בסוגיא בדף צ"ה א', ע"ש, [והעירני לזה ידידי הרב פנחס זליבנסקי נ"ו].

(א) שם - והא דאמר בשלהי המניח וכו' דשור תם שמזיק כמקרקעי וכו'. והיינו דכיון דלגבי הניזק הוי כקרקע הרי"ז טורף את הקרקע מהבע"ח, כדין טירפא מלוקח, וצ"ע דא"כ מה פריך הגמ' דש"מ בע"ח מאחר, הא י"ל דשאני התם דאין השור משועבד לו, דהוי מטלטלין, ורק מדין מיני' הוא דגבי, ולניזק השור משועבד, דלגביו נידון השור כקרקע, ומשו"ה לעולם גובה הניזק ממנו, וכנראה דזהו כוונת רע"א בכת"י תלמיד להק', ואולי זה נכלל בתי' הגמ' שם לפי' התור' שם, וע"ע להלן בדעת ר"ת, וצ"ע.

(ב) עי' ברא"ש דכתב כתי' תו', וכתב עוד תי' דהתם דין הוא דלא גבה כיון דאין לניזק ממה לגבות חוץ מגופו, אבל מטלטלין בעלמא גובין, וצ"ב מדוע הוצרך לעוד סברא, הרי דינו כקרקעות.

שם - היה רגיל ר"ת לפרש וכו' דלכל הפחות במטלטלי וכו'. ומבואר דהמחלוקת הוא רק במטלטלין, וצ"ע דהא מבואר להדי' בברייתא ב"ק ל"ג ב' דמועד שהזיק וקדמו בע"ח והגביהו מה שעשה עשוי לפי שאין משתלם אלא מן העליה, ומבואר להדי' בברייתא דבמטלטלין מה שגבה גבה, ועי' ברשב"א ב"ק ל"ד א' דכבר הוכיח כן, אולם עי' בתלמיד ר"ת ב"ק שם דכתב לתרץ דמיירי דאית ליה עוד נכסים.

שם - היינו נמי בכתובה וכו' אבל במטלטלין דלוקח דאדעתא וכו'. וצ"ב דכ"ז סברא בדרבנן, אולם הרי אכתי תקשי מ"ש כתובה ובע"ח מיורשים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וביאר הרשב"א בכ"ד דהוא מעיקר הדין משום דלא סמך דעתו, וא"כ מדוע מוציאין מיד בע"ח מאחר הא לא סמך דעתו על המטלטלין כמו דחזי' לגבי

יורשים, ולכאור' ע"כ מוכח דס"ל לתו' כהרשב"א ב"ק י"ד ב' דמטלטלי דיתמי הוא רק מתקנ"ח, ועדיין צ"ב קצת אמאי הזכירו רק ללקוחות ולא הזכירו ליורשים.

(א) שם - אבל במקרקעי לא לימא שום תנא וכו'. הנה הובא לעיל דבקוב"ש ביאר בדעת ר"ת דטעמא דבמטלטלין לכו"ע מה שגבה גבה כיון דאין מוציאין מטלטלין מיד הלוקח, ובע"ח מאוחר נידון כלוקח, והוכיח מזה הקוב"ש דאף למ"ד דמה שגבה לא גבה, מ"מ חיילא הגביה, וצ"ב עדיין בדעת ר"ת דס"ל דכל המחלוקת הוא רק לגבי מטלטלין, ומי גרע מלוקח, ולכאור' ע"כ צ"ל בדעת ר"ת דטעמא דמ"ד דמה שגבה לא גבה, משום דס"ל דגרע מלוקח ולא חייל כלל הגביה, ומשו"ה ס"ל דאף מטלטלין מוציאין מיד המאוחר.

(ב) עי' במהרש"ל ב"ק דהק' דא"כ מה פריך הגמ' ב"ק משור תם, הא כיון דבארו לעיל דלגבי הניזק הוי כקרקע, הרי לכו"ע מה שגבה לא גבה, ותי' דבאמת אין כוונת הגמ' להוכיח דלא כבן ננס, אלא כוונת הגמ' להוכיח הא גופא דבקרקעות לכו"ע מה שגבה לא גבה, ונלפיי"ז יש ליישב קו' הרמב"ן בדף צ"ה א' על הראב"ד דכתב דהיכא דעביד אפותיקי למוקדם לכו"ע לא גבה, והא שור הוי אפותיקי ומאי מייתי הגמ' ראיא, אולם למהרש"ל א"ש דכוונת הגמ' דכה"ג לכו"ע לא גבה.

ובחי' רע"א ג"כ תמה כקו' המהרש"ל דכיון דלגבי הניזק הוי כקרקע הרי"ז גובה ממנו כמו דמוציא מיד לוקח דמזיק, ועמד בתימא, עוד הק' רע"א לשי' הפוסקים דמלוה בשטר קודם למלוה ע"פ, א"כ מאי פריך הגמ' הרי לגבי הלוח הוי כמלוה ע"פ כיון דלגביו הוי מטלטלי, ולגבי הניזק הוי כמלוה בשטר כיון דלגביו הוי כקרקע, וא"כ מאי פריך דהיכא דהחוב היה קודם הנזק הרי החוב קודם, הא כה"ג הניזק קודם, ועי' באור"ש פ"כ מו"ל ה"א דעמד בזה, ותי' דכוונת הגמ' דמשמע מהברייתא דאף באופן דשעבד מטלטלי אגב קרקע נמי מוציאין מידו, ולכך פריך הא בע"ח קדים, ומתורץ נמי קו' קמא, ועי' היטב בשטמ"ק שם מה דהובא מהרא"ה. וע"ע להלן בסוגיא דקדימה עוד על קו' רע"א.

(ג) אולם עדיין צ"ע, דהנה הגמ' ב"ק משני דא"ל אילו הוה גבך וכו', ועי' ברש"י ל"ו א' ד"ה ראשון דביאר דכוונת הגמ' דהניזק אין לו מהיכן לגבות אבל הבע"ח יש לו נכסים אחרים, ובתו' בדף ל"ד א' בארו דאין השור משועבד לניזק שמשתלם מגופו כמו שהוא משועבד לב"ח, וצ"ב כוונתם, ועי' בתו' ר"פ בדף ל"ו א' דביאר דשעבוד נכסים של בע"ח הוא בתולדה מהשעבוד הגוף, אבל בשור תם הוא דין מיוחד בגוף השור, ונעדר"ז ביאר בחי' הגר"ח על הש"ס], ועי' ברשב"א בדף ל"ו א' דהק' על רש"י דבאופן דאין לו עוד נכסים מאי איכא למימר, וכנראה דכוונתו דבאופן דאף עשה את השור אפותיקי לבע"ח הרי הוי ממש כהניזק, ולכך הביא הרשב"א מהראב"ד דכוונת הגמ' דלגבי הניזק הוי השור כקרקע אבל לגבי הבע"ח הוי כמטלטלין, ואף אם יעשנו אפותיקי מ"מ אינו אלא כמטלטלין, וליכא קדימה במטלטלין, ולכך לעולם הניזק מוציא ממנו.

ובטור סי' ת"ז פסק דבאופן דעשה את השור אפותיקי לבע"ח אם קדם החוב לנזק, אין הניזק גובה ממנו, ואם קדם הנזק לחוב וקדם הבע"ח ותפס מוציאין ממנו כדין מה שגבה לא גבה, וכן פסק הרמ"א סי' ת"ז ס"ד, ועי' בסמ"ע ס"ק ה' דהק' דהא אין קדימה במטלטלין אף באפותיקי, ע"ש, ולכאור' כוונת הסמ"ע דמשמע דמיירי אף באופן דלא שעבוד מטלטלין אגב קרקע, ולכך הק' דהא במטלטלין מה שגבה גבה, ולכך נקט להל' דבאופן דקדם הניזק ותפס אין מוציאין ממנו, ועכ"פ מבואר דהיכא דעשה את השור אפותיקי לבע"ח וקדם החוב, ותפס הבע"ח אין הניזק מוציא ממנו, ובזה תקשי קו' רע"א דאעפ"י דהוא מוקדם הוא נידון כמאוחר, וצ"ע.

(א) שם - דלא מצי לשנויי וכו' משום דלקמן וכו'. עי' מהרש"א דתמה דרק להו"א דפלוגתייהו בדין מאוחר שגבה ע"כ דמיירי במטלטלין, אבל למאי דמסיק שמואל שם בגמ' דלכו"ע לא גבה, ופליגי בשמא יכסיף, הרי שפיר יש להעמיד הסוגיא שם בקרקע, משא"כ בערכין דמיירי במטלטלין.

(ב) ובעיקר קו' תו' - יל"ע דהא נתבאר דטעמא דר"ת דאף במטלטלין לא גבה הוא משום דלא חייל כלל הגביה, אולם כ"ז שייך באופן דהמלוה נטל בע"כ דלוה, דבזה ס"ל דלא כלל הגביה, אולם היכא דהלוה נתן מדעתו למלוה המאוחר, לכאו' ודאי דחייל הגביה, דלא גרע מלוקח שקנה מהלוה, וא"כ הרי בסוגיא דערכין שפיר יש לתרץ כר"ח דמטלטלין שאני, ורק באופן דהמלוה נטל בע"כ הוא דס"ל לגמ' דאיכא מ"ד דאף במטלטלין מה שגבה לא גבה, ומוכח מתו' דגם בנתן מרצונו אינו נידון כלוקח.

שם - ועוד י"ל דבערכין מלוה ע"פ וכו'. עי' בקצוה"ח סי' ק"ד סק"א דכתב דלפי"ז מוכח דגם במלוה ע"פ איכא דין קדימה, דהא מבואר בגמ' בערכין דיש חילוק בין נתן תחילה לא' או נתן תחילה לב', ותמה על הר"ן דכתב דבמלוה ע"פ ליכא דיני קדימה.

(א) שם - ואתיא כרבי טרפון וכו'. ומבואר דלר"ט איכא דין קדימה במטלטלי דיתמי, ולכך הראשונה קודמת לב', ומוכח דס"ל לתו' דגדר הדין לר"ט הוא דאיכא שעבוד על מטלטלין כ"ז שלא באו הנכסים לרשות היתומים, ועי' בתומים סי' ק"ד סק"א דכתב דלהל' דקיי"ל כר"ע ליכא ראייה דאיכא דין קדימה במטלטלין.

(ב) עי' במהרש"א דתמה דא"כ תקשי למ"ד דכושל היינו למאוחר שבראיה אמאי נותנין לראשונה ולא לאחרונה, ועי' ק"ר דהיכא דליכא עוד נכסים ודאי דנותנין לראשון, וע"ע בחי' מהרי"ט.

(א) הרמב"ם פ"ג מערכין הי"א פסק לדינא דבנתן ט' לב' וא' לא' יצא ידי שתייהן, והוסיף הרמב"ם "שהערכין לאו כחובות הן שאעפ"י שכל מה שבידו משועבד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה" ומבואר ברמב"ם דהוא דין מסויים בהקדש, וזה כמו דהביא הרי"ף בדף צ"ד א' מרב שרירא גאון, וכת' קמא דתו'.

(ב) והנה ברמב"ם פ"כ מו"ל הל' א-ב פסק דבקרקות דיש דין קדימה מה שגבה לא גבה, אבל במטלטלין דליכא דין קדימה כל שקדם וגבה זכה, וא"כ קשה מדוע הוצרך הרמב"ם לבאר דהוא דין מסויים בהקדש, וברדב"ז שם כתב דמיירי בבאין לגבות הערכין מקרקע, וכ"כ בקצוה"ח סי' פ"ג סק"א דמיירי מדברים שיש בהם קדימה.

ובלח"מ שם דאף אי נימא דמיירי בקרקע, הרי מבואר בגמ' דטעמא דר"א משום דס"ל דמה שגבה גבה, ולהרמב"ם דפסק דמה שגבה לא גבה, הרי אין חילוק בין הקדש לחובות, ומדוע חילק הרמב"ם.

(ג) ועי' בקצוה"ח סי' ק"ד סק"ג דהוכיח מדברי הרמב"ם דבמלוה ע"פ נמי אמרי' דמה שגבה לא גבה, דהא פסק בפ"א מביכורים ה"ג דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר, ומ"מ אי לאו דשאני הקדש, היה הדין דמה שגבה לא גבה, ולא כתו', והביא הקצוה"ח דכן מבואר במ"מ פ"כ מו"ל ה"א.

(ד) והנה בפשוטו כוונת הרמב"ם כסברת תו' כיון דהכל להקדש, אולם עי' בקצוה"ח סי' פ"ג סק"א דכתב לבאר כוונת הרמב"ם באופ"א, דאזיל לשי' בפ"ז מערכין הי"ד דהקדש דמים נמי מפקיע מידי שעבוד, אלא דהמלוה גובה מן הפודה, וממילא כשנותן בשביל הב', פקע השעבוד של הא', ולכך מה שגבה גבה, ומה"ט הכא גרע ואין הקדש גובה מהפודה את הד' לא', דהא כשנתן א' לא' הרי נתן כפי השגת ידו, וזה כוונת הרמב"ם דהערכין לאו כחובות

הן, כיון דהכא אין גובין מהפודה, ועי' בחי' הגרי"ז ערכין ז' ב' דהוסיף דכ"ז משום דגדר הדין דמה שגבה לא גבה אינו דלא חלה הגביה, אלא הוא רק דין טירפא, כמו טירפא מלוקח, ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דכיון דהקדיש פקע השעבוד, נוצ"ב דלכא' כיון דהוכיח הקצוה"ח דלדעת הרמב"ם במלוה ע"פ נמי מה שגבה לא גבה, הרי במלוה ע"פ ליכא דין טירפא, וע"כ דזה דין דהגביה לא חלה, וצ"ע].

ונפק"מ בזה לדינא, דהנה הרמב"ם פסק בפ"ה מערכין הי"ט דהאומר ערכי עלי למזבח הרי"ז ספק אם נידון בהישג יד או לא, וא"כ באומר ערכי למזבח ואח"כ אמר ערכי סתם, ונתן ד' לב', הרי אי נימא דטעמא משום דהכל הקדש, לכא' באופן דערך א' למזבח וערך ב' לבדה"ב אינו נידון כערך א', אולם אי נימא דהוא מדין הקדש מפקיע מידי שעבוד, אין חילוק בזה.

ה) אולם לכא' בדעת הקצוה"ח מוכח דס"ל דלא חייל כלל הגביה, דהנה בסי' ק"ד סוסק"ג כתב אחר דהאריך בנידון מאוחר שתפס במלוה ע"פ, דמידי ספיקא לא נפקינן ואינו יכול לתפוס קרקע מספק, ולכא' אי נימא דהוא רק מדין טירפא, הרי אדרבא המאוחר הוא תפוס בקרקע, ואין הא' יכול לבטל את הגביה מספק, וע"כ דלא חלה כלל הגביה, וכן נתבאר לעיל עוד לדון בדעת הקצוה"ח, ולא נתבאר היטב דעת הקצוה"ח בזה.

וע"ע בנתה"מ סי' קי"ב סק"ד בהא דמבואר בשו"ע שם די"א דהיכא דאיכא ספק אם נשתעבד לראשון או לאחרון דיחלוקן, דלכא' מבואר מדבריו נמי דהוא רק מדין טירפא של לקוחות.

בדין קדימה במלוה ע"פ

שיטות הראשונים והפוסקים

א) הרמב"ן הביא תשו' רה"ג דמלוה ע"פ מוקדם קודם אף למלוה בשטר כיון דקיי"ל ש"ד, וכן פסק הרשב"א במיוחסות סי' כ"ב, וכן הביא הריטב"א ב"ב קע"ו א' בשם הרשב"א, ועי' במ"מ פ"כ מו"ל ה"א דנקט כן אף בדעת הרמב"ם, וכן הוכיח המ"מ פ"ב מו"ל ה"ו מדברי הרמב"ם שם, ע"ש, וכן פסק השו"ע סי' ק"ד סעיף י"ג.

ב) אולם הרמב"ן הביא מתשו' הרי"ף דחולק דליכא דין קדימה, אלא המלוה בשטר קודם, כמו דאינו טורף מלקוחות, וכן מסיק הר"ן בסוגיין, וכן נקט הריטב"א קדושין י"ג ב', וכן מסיק בספר התרומות שער ס"א ח"ב דין א', ובש"ך סי' ק"ד ס"ק כ' כתב דאין דברי המ"מ מוכרחים, ויתכן דהרמב"ם סובר כהרי"ף, וכנראה דכוונתו לדייק מלשון תשו' הרי"ף דכתב רק דהמלוה ע"פ אינו קודם, ולא כתב דהשטר קודם, ועוד יש ללדייק מהרי"ף דעי' בלשונו בסו"ד דמשמע דמדמה מטלטלין להכא, והרי במטלטלין ליכא קדימה כלל.

ג) ועי' בש"ך שם דכתב דמדברי הרי"ף בתשו' מוכח דבמלוה ע"פ ומלוה בשטר חולקין, אולם בר"ן כתב להדי' דהמלוה בשטר נידון כמוקדם.

ד) ולענין קדימה בב' מלוה ע"פ, לרה"ג ודאי איכא דין קדימה, ובדעת הרי"ף - עי' ברמב"ן דהביא מתשו' הרי"ף דליכא דין קדימה, וכן מבואר בר"ן צ"ד א', וכתב הר"ן דחולקין, אולם בטור ק"ד ס"ג הביא לדברי הרי"ף וסיים דבב' מלוה ע"פ איכא דיני קדימה, ובב"י סעיף י"ג כתב דפשוט כן, ותמה על הר"ן דכתב דחולקין.

ביאור שיטת רה"ג והרשב"א

א) הנה בפשוטו טעמו דרה"ג משום דס"ל דאעפ"י דבטלו את השעבוד במלוה ע"פ לענין לקוחות, מ"מ לגבי מיני' לא ביטלו את השעבוד, ולכך מלוה ע"פ קודם למלוה בשטר, וזהו דכתב רה"ג דהוא משום דקיי"ל ש"ד, דלמ"ד

של"ד לא תקנו כלל דין שעבוד במלוה ע"פ, ומצינו דרה"ג והרשב"א אזלי' לשי', דבב"מ ג' א' בדינא דר"ח קמייטא דהעדאת עדים מחייב שבועת מוב"מ, כתב הרשב"א בשם רה"ג דע"כ מיירי דאין העדים יודעים שלא פרע, דאל"כ איך הוא נשבע הא קיי"ל ש"ד ואין נשבעין על כפירת ש"ק, וע"כ דמיירי בגוונא דכל האומר לא לויתי וכו', ע"ש, וצ"ב הא מדרבנן ליכא שעבוד במלוה ע"פ, וע"כ דלענין מיני' לא ביטלו השעבוד, [ואמנם בריטב"א שם מדויק דמדרבנן אי"ז כפירת שע"ק, ע"ש, והוא לשי' בקדושין י"ג ב' דס"ל כהרי"ף].

(ב) ועוד למדנו מדברי רה"ג דשעבוד אינו נידון כמכר, דאל"כ מה יועיל הא דאיכא שעבוד במלוה ע"פ, הא מ"מ כמו דאין גובה מלוה ע"פ מלקוחות, ה"ה דאינו גובה ממשועבדים, וכן ביאר בשו"ת הב"ח סי' ס"ג.

(ג) והנה יש לדון לרה"ג בקדם בעל השטר וגבה, אם מוציאים ממנו כדין בע"ח מאוחר או לא, והנה בשו"ע ק"ד י"ג פסק כרה"ג, ותמה הסמ"ע סק"ג דברמ"א בסעיף א' פסק דקדם בעה"ש וגבה מה שגבה גבה, ותי' דאף לרה"ג בדיעבד מה שגבה גבה, וכן נקט בבאר הגולה סעיף י"ג אות פ', וכן נקט רע"א בגליון על ש"ך ס"ק י"ז בתוה"ד, אולם בקצוה"ח סק"ג נקט דודאי לרה"ג מה שגבה לא גבה, וכן יש להוכיח מדברי המ"מ, דברמב"ם פ"כ מו"ל ה"א פסק מ"י שיש לו חובות הרבה כל שקדם חובו גובה תחלה בין מן הלוח עצמו בין מן הלקוחות, ואם קדם האחרון וגבה מוציאים מידו שכל שקדם חובו זכה" ודייק המ"מ מסתימת לשון הרמב"ם דמיירי בכל גוונא, ואף באופן דהמלוה ע"פ קדם למלוה בשטר, והרי ברמב"ם מבואר דמוציאים מידו, וא"כ מבואר להדי' כהקצוה"ח, [וצ"ע מדוע הקצוה"ח הוצרך להביא ראיה מהמשך דברי המ"מ ע"ש].

אלא דצ"ע דלכא' צדקו דברי האחרונים דודאי אף לרה"ג מה שגבה גבה, כיון דלא גרע מלוקח, ורק אי נימא דגדר הדין הוא דלא חיילא הגביה א"ש, וכבר נתבאר לעיל דיש בזה סתירות בדברי הקצוה"ח, וצ"ע.

(ד) ועי' במשנת ר"א ב"ב סי' ה' סק"ג דלפי הקצוה"ח יתכן לומר בדעת רה"ג דלעולם גם בלא שעבוד איכא דין קדימה על הזכות גביה, וזה קודם גם לשעבוד, אלא דאי משום הא בלבד לא יהא דין מה שגבה לא גבה, ולכך הוסיף רה"ג דמשום דש"ד איכא שעבוד אף במלוה ע"פ לענין מיני', ולכך מה שגבה לא גבה.

(ה) ובקצוה"ח הביא ראיה דמה שגבה לא גבה, מהא דמבואר ברי"ף בדף צ"ד א' בשם רב שרירא גאון דתי' הסוגיא דערכין דשאני הקדש דאין הקדש מוציא מידי הקדש, והוכיח מזה הקצוה"ח דבהדיוט כה"ג מה שגבה לא גבה, והרי ערכין הוי מלוה ע"פ, ומוכח דבמלוה ע"פ מה שגבה לא גבה, [וצ"ע דזה סותר לדברי הרי"ף בתשו' דליכא קדימה בב' מלוה ע"פ, ועי' להלן דבשו"ת הרי"ף מבואר דהוא תקנה מיוחדת משום פסידא דמלוין, וי"ל דהקדש לא שייך לומר כן, כיון דגם אילו היה קול לערך הראשון נמי היה הפסד להקדש על הערך הב', ולכך איכא דין קדימה לולי הא דהקדש שאני, [ונדחית ראיית הקצוה"ח] אלא דלפי"ז בהזיק לב' אנשים יהא דין קדימה לניזק הראשון, ומיושב קו' רע"א מהסוגיא ב"ק ל"ג ב', וצ"ע בכ"ז].

ועי' משנת ר"א ב"ב סי' ה' סק"ח דדחה דאף דמוכח מרה"ג דשעבוד אינו כמכר, מ"מ יתכן לומר דלא כהקצוה"ח, ואחר הגביה מודה רה"ג דמה שגבה גבה, כיון דבזה ודאי הוי כמכר, אלא דלענין הקדש, הרי כתב בקצוה"ח סי' רנ"ה ס"ק ד' בדעת הרי"ף דמלוה ע"פ גובה מהקדש, וא"כ הרי מעיקר הדין היה ראוי דבהקדש אף במלוה ע"פ מה שגבה לא גבה, דהא מלוה ע"פ מוציא מיד הקדש, ולכך הוצרך הרי"ף לבאר דטעמא דמה שגבה גבה משום דאין מוציא הקדש מיד הקדש, אבל בהדיוט כה"ג הרי בלא"ה מה שגבה גבה, כיון דע"י הגביה הוי כלוקח, ע"ש.

(ו) בעיקר שיטת רה"ג - מצינו בפוסקים ג' אופנים דמודה בהו רה"ג - א) עי' בש"ך סק"כ דכתב בתו"ד אף רה"ג מודה דהיכא דשעבד להדי' בשטר את הנכסים דבעה"ש קודם, ומשום דקיי"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדים, דמשמע דלא רק מלוקח אינו גובה, אלא גם ממשועבדים למלוה אחר אינו גובה, [אולם כתב הש"ך

דבשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתקי"ד מבואר לא כן, וסיים שהוא דעת יחיד, וצ"ע דאי נקטי' דשעבוד להדי' הוי כמכר, א"כ מדוע בלא פירש להדי' לא הוי שעבוד כמכר, ועי' במשנת ר"א שם הגה"ה ז' דביאר דס"ל להש"ך דכל היכא דנתן את הדמים בתורת מקח איכא תקנת לקוחות, והיכא דפירש להדי' הוי בכלל תקנת לקוחות כיון דנתן דמים עבור השעבוד, ע"ש, [ומצינו עד"ז בראב"ד בכתוב שם בפסחים ל' ב' דהק' על אביי דלמפרע הוא גובה, הא מחוסר גוביינא, ותי' דמיירי דפירש להדי' השעבוד]. (ב) הנה נחלקו הפוסקים בדין לוח וקנה ולוח, דבגידו"ת שער מ"ג ח"ד ס"י כתב דלפי רה"ג יש קדימה למלוח הא', ובסמ"ע ק"ד י"ט כתב דהב' קודם לגבות, ובש"ך סוס"ק ט"ז חלק על הגדו"ת דשאני קרקע שקנה אח"כ דאין לו בהם שעבוד אלא רק זכות לגבותם, ובהא מודה רה"ג, ועל דברי הסמ"ע תמה דלענין מיני' אין עדיפות לאחד מהם, ולכך פסק דחולקין, והנה יסוד המחלוקת של הגדו"ת והש"ך הוא אם יש דין שעבוד מדאו' בדאיקני, דאי ליכא שעבוד מדאו' על דאיקני לא שייך טענת רה"ג דהא קיי"ל ש"ד, וכדביאר כ"ז בקצוה"ח סק"ט, אולם עדיין דברי הש"ך צ"ב דממנ"פ אי ס"ל דבדאיקני ליכא דין מיני' מדאו', אמאי פסק דחולקין, הא כיון דלמלוח הב' איכא שעבוד גמור, צדקו דברי הסמ"ע שהוא קודם, ועכ"פ מבואר בסמ"ע דבגוונא דלוח וקנה ולוח מודה רה"ג דהמאוחר קודם. ג) עי' ברא"ש פ"ט סי' י"א דהביא לדברי רבינו יונה דקדם וגבה שלא בבי"ד לא מהני דמאן שם לך, וכתב הרא"ש דנראין דבריו בקרקע אבל במטלטלין לא, וביאר בקצוה"ח סי' ק"ד סק"ח דתפיסה במטלטלין מהני מדין משכון, וא"א להוציא ממנו, אבל בקרקע ליכא דין משכון, וכתב הקצוה"ח דזה שתפס למשכון דמי למלוח בשטר, והב' דמי למלוח ע"פ, ואף לרה"ג דמלוח ע"פ קדים, מ"מ כ"ז בקרקעות דאיכא דין קדימה, אבל במטלטלין דליכא דין קדימה זה שתפס קנה והב' לא קנה, עכתו"ד, ומבואר דבמטלטלין מודה רה"ג.

ביאור דעת הרי"ף

(א) בעיקר שיטת הרי"ף יש להסתפק בטעמו - א) דס"ל דדין קדימה הוא רק בשעבוד, ובמלוח ע"פ ביטלו את השעבוד גם ממיני'. (ב) דשעבוד חשיב כמכר, וכשם דמלוח ע"פ אינו גובה מלוקח ה"ה דאינו גובה ממשועבדים למלוח בשטר, וכן מבואר להדי' בלשון הטור, ובשו"ת הב"ח סי' ס"ג ובגליון רע"א על סמ"ע ס"ק ט"ו. (ב) ועי' בספר התרומות שער ס"א ח"ב סי' ב' דהביא לתשו' הראב"ד, ובתחילת דבריו כתב לסברא זו דשעבוד הוי כלוקח, אולם דחה הראב"ד דכיון שהוא מחוסר גוביינא וצריך אדרכתא וטירפא אינו נידון כלקוח כ"ז שלא גבה. ובהמשך דבריו כתב הראב"ד דיתכן עוד סברא לומר דשעבוד בשטר הוי מדאו' ושעבוד בע"פ הוא רק דמרבנן, ושעבוד דאו' קודם לשעבוד דרבנן, ובסו"ד הביא דכן מבואר בפסקי חכמי לונל, [ועי' תורי"ד קדושין י"ג ב' דיש ג' חילוקין בדבר], אולם דחה הראב"ד דהא דעת הרי"ף בשלהי ב"ב דבכל מלוח ש"ד, והראב"ד עצמו חלק דאף במלוח בשטר קיי"ל דשל"ד, וסיים הראב"ד "מעשה כיון שהם שוין בשעבוד ושניהם אינה מן התורה ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע הילכך המוקדם הוא קודם" ומבואר מדבריו דלמ"ד של"ד איכא קדימה מחמת המצוה, [וזה כיסוד הקוב"ש].

(ג) ובפשוטו הנפק"מ בספק זה הוא האם להרי"ף איכא קדימה בב' מלוח ע"פ, דלפי הטור דאף להרי"ף איכא דין קדימה בב' מלוח ע"פ ע"כ כצד ב' דטעמא דהרי"ף משום דשעבוד חשיב כמכר, וזה לא שייך רק בשעבוד של מלוח בשטר, [וא"ש הטור לשי'], אולם אי נימא כמבואר בשו"ת הרי"ף וברוב הראשונים דליכא שעבוד בב' מלוח ע"פ, ע"כ צ"ל כצד א' דביטלו את השעבוד אף ממיני', וליכא כלל קדימה, וכן מבואר להדי' ברע"א מערכה בדף

צ"ד אות ב' דאילו היה דין שעבוד במיני' והיה קדימה בב' מלוה ע"פ, ה"ה דהיה קדימה במלוה ע"פ מוקדם לפני מלוה בשטר מאוחר, אולם כיון דביטלו השעבוד במלוה ע"פ אף במיני' ליכא קדימה במלוה ע"פ בכל גוונא. אולם באמת דבשו"ת הרי"ף משמע טעם אחר אמאי ליכא קדימה בב' מלוה ע"פ דכתב "משום דל"ל קלא ואיכא עליה פסידא" ומבואר דאעפ"י דאיכא שעבוד מ"מ משום הפסד של המוקדם מפני המאוחר ושל המאוחר מפני המוקדם תקנו דליכא קדימה.

וכן בדעת הטור אינו מוכרח, דיתכן דאף להטור ליכא דין שעבוד במלוה ע"פ, אלא דס"ל דאף בלא שעבוד איכא דין קדימה על הזכות גביה, ולכך ס"ל דבב' ממע"פ איכא דין קדימה, אבל במקום שעבוד בעל השעבוד קודם, וכן צידד במר"א שם סק"ג.

ד) והנה מפשטות לשונו של הרמב"ן נראה כצד ב', דהא כתב הרמב"ן להוכיח כהרי"ף מהא דמבואר בסוגיין ש"מ דכב"ד לא טרפה ממשעבדי, וכתב הרמב"ן דמוכח דכל היכא דאינו טורף מלקוחות ה"ה דאינו טורף ממשעבדים, ומבואר דגדר הדין הוא דקרקע משועבדת נידון כלקוח, וביותר מבואר להדי' בריטב"א קדושין י"ג ב' דכתב דאין לומר דנפק"מ אי ש"ד או של"ד אי יש קדימה במלוה ע"פ קודם מלוה בשטר "דודאי מלוה בשטר בכל דוכתא לגבי מלוה על פה כנכסים משועבדים דלקוחות חשיבא וכל מאי דלא טריף מלקוחות לא טריף ממלוה בשטר" ומבואר להדי' בלשונו דשעבוד כמכר, [אולם אפשר לומר דכוונת הרמב"ן דכל שמוציא מלקוחות אין מוציאין ממנו אלא במלוה בשטר, וכיון דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות אינו יכול לגבות ממנו שמוציא מיד הלקוחות].

אלא דא"כ צ"ב אמאי כתב הרמב"ן דליכא קדימה בב' מלוה ע"פ, הא איכא שעבוד במלוה ע"פ, וע"כ צ"ל כמבואר בתשו' הרי"ף וכן"ל דהוא תקנה מיוחדת.

ה) והנה הרי"ף בסוף ב"ב הק' דבקדושין י"ג ב' אמר ר"פ דטעמא דמלוה ע"פ גובה מן היורשין משום דש"ד, ואילו בסוף ב"ב אמר ר"פ דטעמא משום שלא תנעול דלת, ות"י הרי"ף דכוונת ר"פ לבאר דטעמא דהעמידו לגבי יורשין אדאורי' משום דלא תנעול דלת, והק' הרמב"ן בקדושין י"ג ב' על הרי"ף דאי ר"פ ס"ל דש"ד, לא היה צריך לומר דטעמא משום שלא תנעול דלת, אלא טעמא דגובין מן היורשין משום דאין סיבה לבטל את הגביה מיורשים, ואי"צ לטעמא דנעיל"ד, ולכאור' מוכח מהרמב"ן דס"ל דלמ"ד ש"ד לא ביטלו לגמרי את השעבוד, ולכך לא הוצרך ר"פ לבאר טעמא דגובין מן היורשין, וצ"ב א"כ אמאי ליכא קדימה בב' מלוה ע"פ, וע"כ כנ"ל דבאמת לא ביטלו השעבוד וטעמא דליכא קדימה משום דתקנת לקוחות שייך נמי לגבי שעבוד וכן"ל מתשו' הרי"ף.

והנה הרמב"ן שבועות ל"ז ב' הביא דאחרים בארו דשבועת מודה במקצת הוא רק מדרבנן, לבתר דתקנו דמלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות, וסיים הרמב"ן דאין דברים אלו נכונים, והנה בפשוטו מוכח מת"י האחרים דביטלו לגמרי את השעבוד במלוה ע"פ, דאל"כ אם יש לו קרקע בני חורין אף מדרבנן אינו יכול לישבע, ויש לדון במה חלק הרמב"ן, דיתכן לומר דפליג בהא גופא וס"ל דעדיין הוי כפירת שע"ק, אולם יתכן דפליג דלא מסתבר לאוקמי לדינא דשבועת מדה במקצת רק מדרבנן, וזה נפק"מ בביאור דברי הרמב"ן בסוגיין, וכן"ל.

ו) והנה הר"ן נמי מסיק כדעת הרי"ף, והנה תו' ב"מ ד' ב' הק' מ"ש כופר בממון שיש עליו עדים דחייב שבועה מכופר ממון שיש עליו שטר דהוי כפירת שע"ק, הא ריו"ח ס"ל דש"ד, ות"י תו' דמיירי דאית לי' רק משועבדים ול"ל בנ"ח, וס"ל דאחר התקנ"ח דמלוה ע"פ אינו גובה ממשועבדים חשיב כאילו מחל לו, ולכך מלוה ע"פ חשיב שע"ק משא"כ מלוה ע"פ, ומבואר מתו' דאילו היו לו בני חורין חשיב כפירת שע"ק אעפ"י דביטלו השעבוד, אולם הר"ן ריש פ"ו דשבועות כתב דאחר התקנ"ח אין מע"פ חשוב שע"ק, ולא העמיד כתו' דמיירי דל"ל בני חורין,

ומבואר דלפי הר"ן ליכא שעבוד על מיני, וביטלו השעבוד לגמרי, וא"כ הרי מסתבר דמה"ט נקט הר"ן בכתובות בדף צ"ד דליכא קדימה בב' מלוה ע"פ, משום דביטלו את השעבוד לגמרי.

אולם ע"כ א"א לומר כן, דהא הר"ן בסוגיין העתיק ללשון הרמב"ן דכל שאינו טורף מלקוחות אינו טורף ממשועבדים, ומשמע דשעבוד נידון כמכר, ומשום דלא ביטלו לגמרי השעבוד, וזה סותר להר"ן בשבועות, וע"כ צ"ל דטעמא דליכא קדימה בב' מלוה ע"פ כנ"ל מתשו' הרי"ף, אולם עדיין צ"ע דלדבריו בשבועות אין הטעם דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר משום דשעבוד נידון כלקוח, אלא משום דליכא שעבוד, ולכא' ע"כ מוכח דס"ל להר"ן דבאמת מעיקר הדין איכא דין קדימה בזכות גביה אף קודם שעבוד המאוחר, ורק משום דשעבוד נידון כלקוח הוא דליכא קדימה, ושאינו ב' מלוה ע"פ דאיכא הפסד לתרוייהו, וכנ"ל מתשו' הרי"ף, וצ"ע דכ"ז דלא כדברי רע"א בביאור דברי הר"ן.

אולם בעיקר ההוכחה מהר"ן בשבועות, יש לדון, דהנה לכא' קשה אמאי הוי כפירת שע"ק, הא גובה נמי ממטלטלין, וביאר בנחל"ד שם דעיקר סמכ"ד על הקרקע, אולם היכא דאינו גובה קרקעות מלקוחות איכא סמכ"ד על הקרקעות כמו על מטלטלין, ולכך אעפ"י דלא ביטלו השעבוד ממיני, כבר אינו נידון ככפירת שע"ק.

ז) והנה בר"ן כתב דלפי הרי"ף למלוה בשטר יהבינן למלוה ע"פ לא יהבינן, אולם ע"י בש"ך סי' ק"ד סק"כ דכתב דלפי הרי"ף יחלוקו, וכתב דכן משמע מתשו' הרי"ף דכתב רק דליכא קדימה, אולם כתב הש"ך דמלשון הבעה"ת והפוסקים לא משמע הכי, ועי' חזו"א חו"מ ליקוטים סי' כ"א [לדף מ"ו ב' ד"ה הש"ך] הק' דממנ"פ אי חשיב שעבוד כמכר שיגבה בעה"ש לכולו, ואי לא חשיב כמכר אמאי ליכא קדימה למלוה ע"פ מחמת השעבוד, ותי' דמ"מ כיון דבפועל לא גבה המלוה בשטר, חולקין, ולמה דנכתאר בדיוק לשון תשו' הרי"ף, הרי י"ל דבאמת שעבוד לאו כמכר, אולם מ"מ כיון דאיכא הפסד לתרוייהו מחמת חסרון קול, משו"ה חולק עם בעה"ש, כמו בב' מלוה ע"פ, אולם הרי"ף גופי' ס"ל דשעבוד כמכר, ולכך בעה"ש קודם, וצ"ע.

ראיות הראשונות

(א) ע"י ברמב"ן דהביא ראיה להרי"ף מהא דמבואר בגמ' בע"ב וש"מ כב"ד לא טרפה ממשעבדי וכו' דמוכח דכל שאינו גובה מלקוחות אינו טורף מנכסים משועבדים למלוה בשטר, ובפשוטו צ"ל דכוונת הרמב"ן לדייק מהא דלא אשמועי' רבותא טפי דליכא דין קדימה, אולם ע"י במיוחס לר"ן דביאר בכוונת הרמב"ן דאעפ"י דירתון תנן, היינו דוקא לענין דלא טרפי מלקוחות, אולם אינו כירושה ממש, אלא כמלוה ע"פ דאינו גובה מהלקוחות, וא"כ מוכח דמלוה בשטר מאוחר עדיף ממלוה ע"פ מוקדם, אולם בר"ן על הרי"ף דחה לראיית הרמב"ן דכוונת הגמ' דאי יתבון תנן ודאי דגובין בני הראשונה, אולם כיון דירתון תנן ואינם כבע"ח גריעי ממלוה ע"פ.

(ב) ע"י בר"ן דהביא ראיה להרי"ף מהא דמבואר בירושלמי על הא דאר"י דמוכרת למזונות מוכרת סתם, בא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי, בא מלוה בעדים אומרת למזונות מכרתי, ומבואר דאעפ"י דמזונות קודמין, מ"מ כיון דלא טרפי ממשעבדי, הרי"ז כמאוחר לגבי מלוה בשטר דטורף ממשעבדי, וכן כתב הרמב"ן לראיה זו בקצרה, [וצ"ע להש"ך הנ"ל דאף להרי"ף חולקין, דא"כ תקשי ראיית הר"ן מה יועיל דתאמר לכתובה מכרתי].

ויל"ע לפי הר"ן, דהא מבואר בירושלמי דבא מלוה בעדים אומרת למזונות מכרתי, וק' הרי הרמב"ן והר"ן ס"ל דבב' מלוה ע"פ להרי"ף ליכא קדימה, וא"כ אמאי יכולה לדחותו, אולם י"ל בפשיטות דאף דליכא דיני קדימה מ"מ

ודאי דאם המוקדם קדם וגבה, מה שגבה גבה, אבל לרה"ג שפיר הק' הר"ן דא"כ אף לגבי מלוה בשטר מהני הטענה דלמזונות.

(ג) עוד ראייה הביא לדעת הרי"ף מהא דס"ד בדף צ"ז א' דאם יש לה חוב מזונות וכתובה ואין בקרקע אלא לאחד מהם, דמוכרת הקרקע למזונות ושוב חוזרת וטורפת בשביל הכתובה, והק' הר"ן איך יכולה לטרוף עבור הכתובה, הא תרוייהו חלו כאחת, ואין בע"ח יכול לטרוף ולחזור ולטרוף קרקע שמכרו לחוב אחר, וע"כ משום דמלוה בשטר קודם, ולכך חוזרת וטורפת בשביל הכתובה.

ועי' בקצוה"ח סי' רכ"ו סק"ב דתי' לדברי רה"ג דשאני התם דשעבוד מזונות דרבנן וכתובה דאור', משו"ה חוזרת וטורפת לכתובה, וצ"ע הרי הרמב"ם והשו"ע דפסקו כרה"ג, וס"ל להרמב"ם פ"י מאישות ה"ו נמי דכתובה דרבנן, וא"כ עדיין קשיא אמאי טורפת לכתובה, ועי' משנת ר"א ב"ב סי' ה' ס"ק ט"ו דביאר דמ"מ חלוק מדרבנן מזונות מכתובה, דבכתובה תקנו דין שעבוד ולכך מדרבנן גובה מלקוחות, משא"כ מזונות דלא תיקנו דין שעבוד ואינה גובה מלקוחות, ולכך אעפ"י דתרוייהו מדרבנן, מ"מ טורפת לכתובה, כיון דהוי חיוב עם שעבוד.

(ד) והביא הר"ן לדחות עפ"י יסוד הרשב"א דהקילו במזונות ועשאום כאילו לא חל השעבוד מעיקרא, אלא כאילו בכל יום חייל השעבוד, ולכך המלוה בשטר קדמה,

ועי' ביאור הגר"א סי' ק"ד ס"ק י"ג דתמה על הרשב"א דא"כ למאי הוצרכו לתקנה מיוחדת דאין נפרעין למזונות ממשועבדים, הא לפי הרשב"א המכירה קודמת לחוב, וכן תמה בתומים סי' ק"ד ס"ק י"א.

והנה הגר"א בתו"ד ציין לדבריו בסי' ס"א ס"ק כ"ה ושם כתב הגר"א דמ"מ שייך לשעבד נכסים עבור החוב שיתחייב אח"כ, ולכאור' יסוד דבריו כיסוד האחרונים דסיבת החיוב נמי גורם לשעבוד נכסים, וה"נ הנשואין הם סיבת החיוב, וחייל שעבוד משעת הנשואין, ומשו"ה בעי' לטעמא דקצובין דמה"ט אין גובין ממשועבדין, וצ"ל לפי"ז דמ"מ לגבי דיני קדימה אזלי' בתר שעת החיוב ולא בתר סיבת החיוב.

אולם בעיקר הדבר דבדיני קדימה אזלי' בתר שעת החיוב ולא בתר סיבת החיוב, יל"ע דהנה בב"י סעיף ט"ו דהביא משו"ת הרשב"א ח"ז סי' קי"ג דנשאל בב' שהלוו לגוי בריבית האם יש דין קדימה לריבית של הראשון גם על המתנת הזמן אחר הלואה הב', ופסק הרשב"א דאזלי' בתר שעת ההלואה, והביא לזה ראייה מהא דפוסק את בתו לזון מנכסים משועבדים, אעפ"י דהמזונות נתחייב בהם דבר יום ביומו, אלא דהשעבוד חל משעה שקבל עליו מזונות, והיינו דאעפ"י דהחיוב של ריבית על המתנת המעות כל יום ויום מ"מ אזלי' בתר סיבת החיוב דהוא ההתחייבות בזמן ההלואה, [וכן ביאר בקוב"ש ב"ב אות ש"פ בדעת הרשב"א, ועי' שיעורי ר"ש ב"ב קל"א א' אות קי"ג], וזה סותר לדברי הרשב"א בסוגיין דלגבי דין קדימה אזלי' בתר שעת החיוב ולא בתר סיבת החיוב, וכבר עמד הבית מאיר אהע"ז סי' ק"ב ס"א בקצרה בסתירת דברי הרשב"א, ותי' הבי"מ דהוא קולא מיוחדת לגבי מזונות. נובדפוס מורשה להנחיל ציננו בדבברי הגר"א בסי' ס"א דכוונתו לדברי הרשב"א דריבית הנ"ל, אולם בהגהות רמ"ג מיין דכוונתו למה דהביא בסי' ס' ס"ק י"ב, וכן הוא פשוט הדברים].

(ה) עוד יל"ע דא"כ אמאי מבואר בירושלמי דמזונות קודם למע"פ, הרי לפי הרשב"א המע"פ הוי מוקדם מהמזונות, כיון דחיוב מזונות חייל כל יום ויום, והרי לרה"ג דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר כ"ש דקודם למלוה ע"פ, ואולי י"ל דבהא מה שגבה גבה, כיון דאיכא סיבת חיוב, אולם במלוה בשטר כיון דהוא שעבוד גמור מה שגבה לא גבה, ואה"נ אם לא קדמה ומכרה אין חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ.

ועי' בבית מאיר סי' ק"ב ס"א בהג"ה דדייק מלשון הר"ן דרק לגבי מלוה בשטר הקילו לדון את המזונות כאילו חיילי כל יום ויום, אולם לגבי מלוה ע"פ המזונות קודמים, וצ"ע.

(ו) ובקצוה"ח סי' רכ"ו סק"ב תמה על תי' הרשב"א דעדיין קשה הסוגיא בדף צ"ז א', דהא מבואר בתו' צ' א' דהיכא דהכל להקדש לכו"ע מאוחר שגבה גבה, וא"כ איך תטרוף לכתובתה, הא בכה"ג מה שגבה גבה, ויל"ע אמאי לא הק' הקצוה"ח אף לשי' הרי"ף, דלא שייך דיני קדימה בשל עצמו, וכן למאי דנקט דשעבוד דאו' עדיף לא הק', ורק על הרשב"א הוא דהק'.

וי"ל דטעמא דהרי"ף משום דבטלו השעבוד, ויש לה רק שעבוד של מלוה בשטר, וכן בשעבוד דרבנן ושעבוד דאו', לגבי השעבוד דאו' החשיבו את המלוה ע"פ כאילו אינו, אבל בחוב מוקדם ומאוחר דיש שעבוד למאוחר, אלא דיש עדיפות למוקדם, שפיר הק' דבגוונא דהכל לאדם אחד ליכא דיני קדימה.

(א) עי' ברמב"ם פי"ח מאישות הי"ד דהניח נשים רבות אעפ"י שנשאן זא"ז ניוזנות בשוה [כמו] שאין דין קדימה במטלטלין, ובראב"ד תמה דאף בניזונות מן הקרקע נמי ניוזנות בשוה, כיון דהחויב הוא רק לאחר מיתה, והגיע שעת החיוב בב"א לכולן, והוי כלוה ולוה וקנה דכולם שוים בו.

(ב) ועי' במ"מ דכתב דכוונת הרמב"ם דכמו דאין דין קדימה במטלטלין, כיון דהלוה יכול למכור ולהפקיע השעבוד, ה"ה במזונות ליכא דין קדימה אף בקרקעות כיון דיכול למכור ולהפקיע השעבוד, ובמל"מ פ"ב מו"ל ה"ו הביא דיש מי שהק' על המ"מ דהרי המ"מ ריש פ"כ מו"ל הוכיח דהרמב"ם סובר כרה"ג, ולא אמרי' דליכא קדימה במלוה ע"פ משום דיכול הלוה למכור, ובמל"מ תמה עליו דודאי כל דברי המ"מ מיירי רק לגבי מזונות, ולא ביאר סברת החילוק, ועי' בבית מאיר צ"ג סעיף כ"ב דג"כ תמה על המ"מ, וכתב דאולי שאני מזונות דאינו אלא תנאי ב"ד ולא חייל בזה שעבוד, אולם צ"ע דהרי המ"מ בסו"ד דהרשב"א כתב דהקלו בדין המזונות וסיים ומה שכתבתי נ"ל, והיינו דאין כוונתו לומר דמזונות שאני.

ועל דברי הראב"ד, עי' במ"מ דתמה דא"כ מ"ש כתובה ממזונות, ועי' בבית מאיר סי' צ"ג סכ"ב דהאריך לבאר דהראב"ד דהרשב"א נתכוונו לדבר אחד, ע"ש.

(ג) וברמב"ם פ"א מו"ל הל' ח' פסק דחוב הבעל קודם למזונות, ועי' בספר התרומות שער א' ח"א סי' ד' דהביא מתשו' הרי"ף דאעפ"י שהיא קדמה, המלוה קודם, דילפי' מיכה מיכה מערכין, ועוד הוסיף הרי"ף בטעמא דמילתא דשעבוד המלוה מדאו' ושעבוד מזונות מדרבנן, אתי שעבודא דאו' ומפקע לשעבודא דרבנן, וכ"ז בחיי בעלה אבל נתאלמנה הרי איכא תקנת חכמים דאין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים, ובהמשך דבריו כתב דאם הבעל לזה בע"פ, כל הקודם זכה, ואם באו כאחת חולקין, עכתו"ד.

(ד) ובב"י חו"מ סי' צ"ז סכ"ד הק' אמאי מלוה בשטר קודם למזונות הא כתוב בכתובה ומזוניכי, ותי' הב"י דשאני חיוב מזונות דהוא רק מכאן ולהבא, ולכך המלוה בשטר קודם, משא"כ מלוה ע"פ דסו"ס הוא חייב במזונותיה, וצ"ב כוונתו מ"ש מלוה בשטר ממלוה ע"פ.

(ה) ובש"ך צ"ז ס"ק י"ז תמה אמאי במלוה ע"פ ובאו שניהם כאחת חולקין, הא פסק השו"ע ק"ד י"ג כרה"ג דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר, והיינו דהרי"ף לשי' דחולק על רה"ג א"ש הא דפסק דליכא קדימה בב' מלוה ע"פ, אבל להשו"ע לשי' דפסק כרה"ג צ"ע, וכן תמה הגר"א בס"ק פ"א, וצ"ע כוונתם הא לרה"ג ע"כ צ"ל כהרשב"א דמזונות

שאני, ואדרבא הקו' היא להיפוך אמאי אין המלוה ע"פ קודם, אולם כבר נתבאר לעיל מהבי"מ דהוא קולא רק במלוה בשטר, וא"כ עדיין צ"ע כקו' הש"ך והגר"א.

אלא דבאמת יש להק' עוד אמאי לא ביאר הרי"ף עפ"י שי' דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם, ועוד תמה הש"ך דהא הרמב"ם והב"י פסקו דמזונות דאו', ולא שייך טעמי הבעה"ת.

(ו) ועוד תמה הש"ך על טעם הראשון של הרי"ף דמזונות דרבנן, דהא איכא שי' דפסקו של"ד, ועי' בקצוה"ח שם ס"ק י"ב דיישב דאף למ"ד של"ד איכא חיוב מדאו' לשלם מיני', ולכך זה עדיף על חיוב מזונות, נומבאר מהקצוה"ח דאעפ"י דנקט בכ"ד דלמ"ד של"ד ליכא שעבוד על מיני', אלא רק חיוב תשלומים, מ"מ זה סיבה לקדימה].

(ז) ועוד צ"ב מדוע באלמנה כתב עוד טעם ולא ביאר דטעמא משום דהוי חיוב דרבנן, וכן צ"ע להיפוך אמאי מחיים לא סגי בטעמא דאין גובין למזונות משועבדים, וכן צ"ב מ"ש מלוה ע"פ ממלוה בשטר, הרי מלוה ע"פ דאו' ומזונות דרבנן.

וע"ע משנת ר"א ב"ב סי' ה' ובאבי עזרי פ"ח אישות בכ"ז.

סילוק בזווי

צ"א ב'

גמ' - ההוא גברא וכו' זבינהו וכו'. עי' ברמב"ן ובר"ן דהביאו די"מ דמיירי במכר לב' בני אדם, ופליגי האם לאחר שטרף מהראשון יכול השני לומר לו אי שויה לך ההיא אלפא זווי נימא, ואי לא שויה לך יהיבנא לך אלפא ויהיו ב' הקרקעות שלי, וביאר הרמב"ן דאף דלא מצי הב' לסלוקי בזווי את הלוקח הראשון, מ"מ מצי א"ל למלוה דלא תגבה ממני כיון דשוה לך אלפא זווי.

ותמה הרמב"ן דא"כ מה הצד של הגמ' דטירפא באלף, אטו משום דהב' עביד עילוי יקבל הראשון אלף מהמוכר, ובר"ן הוסיף לתמוה דא"כ ודאי דהב' אינו יכול למיעבד עילוי על הקרקע של הראשון, הא אין לו שייכות לקרקע, וצ"ב מדוע הרמב"ן לא הק' כן, ובריטב"א הק' דא"כ ודאי דאין הב' מצי לסלקו בזווי מהשעבוד שיש לו על ראשון, וצ"ב מדוע לא הק' כהר"ן איך מצי עביד עילוי על הקרקע של הלוקח הא', [ונראה דאולי' לשי' בהמשך הסוגיא, דלפי הריטב"א דנידון הסוגיא הוא בדין סלוקח זווי דלוקח, שפיר תמה איך יכול לסלק דלא שייך סילוק מלוקח אחד על לוקח הב', אולם הר"ן דס"ל דליכא דין סילוק אלא איכא דין עילוי, ולכך תמה דלוקח שני אינו יכול להעלות את הקרקע של הלוקח הראשון], וע"ע במאירי.

שיטת תו' והר"ן

(א) עי' בתו' דהביאו דבגמ' ב"מ ק"י ב' מבואר דאיכא מחלוקת אי מצי לוקח לסלוקי בזווי, ומבואר ברש"י ב"מ ט"ו ב' דהיינו פלוגתייהו דרמב"ח ורבא, וכן הביא בתו' הרא"ש מהראב"ד בשם רבינו ניסים, והק' בתו' דמאי מיייתי ראיא מרבא דילמא שאני הכא דהלוקח רוצה לתת אלפא, אבל היכא דרוצה הבע"ח ליקח באותם דמים, יתכן דמודה רבא דלא מצי לסלק, ויש לדקדק דתו' לא הק' דבסוגיין מוכח דמיירי רק בטענת עילויא, אלא דילמא מיירי רק בכה"ג, אולם עי' בר"ן דהק' דמגוף הסוגיא מבואר דרק בטענת עילויא מיירי, דהא רמב"ח מיתי ראיא ממתני' דליכא טענת עילויא, ורבא מהדר ל' דהיכא דליכא פסידא מצי עילויא, ואילו בסוגיא ב"מ מבואר דהוא מחלוקת בעלמא, וצ"ב אמאי לא הק' תו' כהר"ן.

(ב) ובתו' תי' דמ"מ כל שעה יסלקנו שישום לו הקרקע כפליים על שוויו, ובפשוטו כוונתם דבאמת לעולם בעי' שיבא בטענת עילויא, והתם נמי מיירי בטענת עילוי, אולם בדרישה סי' קי"ד סק"ו כתב בכוונת דברי התו' דכיון דמצי לסלקו כשבא בטענת עילוי, מצי לסלקו אף בלא טענת עילוי, אולם בתומים קי"ד ב' ובקצוה"ח ק"ט סק"א נקטו דכוונת תו' כפשוטו דליכא סילוק בלא עילוי, ובנתה"מ קי"ד שם סק"ו נקט כהדרישה, ודברי הדרישה והנתה"מ צ"ע כיון דבארו תו' דבעי' טענת עילוי, איך מהני אף בלא טענת עילוי.

ועי' בר"ן דכתב דמוכח מסוגיין דכל המחלוקת הוא רק בבא בטענת עילוי, אבל היכא דלא בא בטענת עילוי, מודה רבא דלא מצי מסלק בזווי, ולא ביאר הר"ן איך יבואר הסוגיא בב"מ, ולכא' כוונתו כתו' דהתם נמי מיירי בכה"ג, ועי' במשובב סי' קי"ד דכתב דמדברי הר"ן מוכח דלא כדברי הדרישה בדברי התו'.

ועי' בחזו"א חו"מ סי' י"ד סק"ו דתמה על תו' מה המעלה בטענת לדידי שוה יותר, הרי יחזור על המוכר, וכמבואר ברא"ש, ועמד בתימא, ולכא' מוכח דתו' באמת פליגי על הרא"ש, ואדרבא הרי החזו"א בס"ק ד' תמה מהו סברת הרא"ש, אולם גם הגר"א בסק"כ נקט דכן הוא הפשטות, וצ"ע,

(ג) והנה התו' הק' מהסוגיא ב"מ דף ק"י ב', והנה בסוגיא ב"מ ט"ו ב' פריך בהא דבמסיק שיעור ארעא נותן המלוה ללוקח הוצאה שיעור שבח, ופריך הגמ' דלמ"ד דלוקח מצי מסלק ליה בזווי, נימא לי' אילו הוי לי זווי הוי מסלקינא לכולא ארעא, השתא דל"ל זווי הב לי גרבא דארעא בארעא שיעור שבחאי, ותמה בתומים קי"ד סק"ב דהתם לא שייך טענת עילוי, דהא מודה דאין לו זווי לסלקו, אלא דהוא תובע קרקע בשיעור השבח, וא"כ מבואר דאיכא סילוק אף בלא טענת עילוי, ותי' דהתם נמי איכא טענת הפסד ללוקח דמפסיד השבח, ובוזה ביאר דמשו"ה הק' תו' רק מהסוגיא בדף ק"י ב', ע"ש.

(ד) ועי' בקצוה"ח שם דכתב דלפי תו' והר"ן לא מהני עילוי רק במעלה יותר מהחוב, אבל בפחות מהחוב לא מצי לסלוקי, וכ"כ בסי' קט"ו סק"ו, ומבואר דטענת עילוי אינו טענת הפסד בעלמא, אלא דטענת עילוי מהני דתו' אינו בכלל השעבוד, ולכך יכול לסלקו, אולם מדברי התומים הנ"ל סק"ג דתי' על הסוגיא דשבח דאיכא הפסד ללוקח מחמת השבח, אעפ"י דליכא טענת עילוי, מבואר דהוא סברא בעלמא דיכול לסלקו במקום הפסד, ובאמת דלא נתבאר בדברי הקצוה"ח מדוע באמת לא מהני סילוק במקצת, [והיה אפ"ל דטעמא משום דהקרקע משועבדת לכל החוב, ולכך אף אם יסלק לחלק מהחוב, עדיין הוא גובה את הקרקע, אולם א"כ לא בעי' עילוי יותר מהחוב, והקצוה"ח נקט דבעי' עילוי יותר מהחוב, וכן צ"ע דא"כ מה שייך בזה סילוק מדין שומא הדר, הא עדיין הוא משועבד לו, והקצוה"ח כתב דביורש מהני סילוק במקצת מדין שומא הדר, וצ"ע ג, ועי' עוד להלן בזה בדברי הגר"א].

(ה) והנה בפשוטו נראה דס"ל לתו' דליכא דין שומא הדר בלוקח, ולכך לא מצי לסלוקי בלא עילוי, וכן עי' בקצוה"ח סי' ק"ט סק"א דכתב בדעת תו' דכיון דביורש איכא דין שומא הדר, לא בעי' לעילוי, אלא יכול לסלקו בדמים אף בלא עילוי, משא"כ בלוקח דליכא דין שומא הדר.

אולם הנה הר"ן בתחילת דבריו אזיל כדעת הרמב"ם דדינא דשומא הדר נאמר גם לגבי לוקח, וכתב הר"ן דפשטא דהאי עובדא מוכח כן, והיינו דפשטא דסוגיא מיירי אחר טירפא, וא"כ הרי בעי' לדין שומא הדר, ומוכח כהרמב"ם, וצ"ע דא"כ אמאי הוצרך הר"ן לבאר דהסילוק הוא רק היכא דאיכא טענת עילוי, ולא ביאר כפשוטו דמצי לסלוקי מדין שומא הדר, וכע"ז תמה בתומים סי' קי"ד סק"ה סתירה בשו"ע, דבסי' ק"ג ס"ט פסק דשומא הדר הוא גם בלוקח, ואילו בסי' קי"ד ס"ו פסק דלא מהני סילוק דמים רק באופן דמסלקו מכל החוב, וק' אמאי אינו יכול לסלקו בשוי הקרקע מדין שומא הדר.

ולכאור' מוכח מכ"ז דשומא הדר מהני רק לענין דזכותו שהיה לו קודם הגוביינא לא נגרע מחמת הגביה כיון דשומא הדר, וכיון דקודם הגוביינא לא היה יכול לסלק בלא עילוי, ה"ה דשומא הדר לא מהני בלא עילוי, [וכן מבואר להדי' במיוחס לריטב"א ב"מ ל"ה א' דאף להרמב"ם ליכא שומא הדר בלוקח בגוונא דאפותיקי, כיון דכל דין שומא הדר הוא רק דזכותו שהיה לו קודם הגביה לא פקע, אבל באפותיקי דלא היה לו מעיקרא זכות לסלקו, אף אחר הגביה אינו יכול לסלקו].

ועי' בחזו"א ס"ק ח' ד"ה שו"ע דיישב לקו' התומים דטעמא דלא מהני במסלקו רק בחלק מהחוב, משום דלטובתו הוא מתכוין, דיחזור על הלוח, אולם בגוונא דהמלוה העלה על שומת ב"ד והלוקח לא העלה, והשתא הלוקח רוצה לסלקו בשיעור העילוי שהעלה, לא שייך טענת הרא"ש, דהא אינו חוזר על המוכר רק בשיעור השומא, וכה"ג לא שייך דין שומא הדר, דהא המלוה העלה יותר מהשומא וא"א להוציא ממנו אלא בסילוק כל הדמים.

(ו) עי' במאירי דכתב דכל מה דס"ל לרמב"ח דלא מצי הלוקח לסלוקי בזווי, הוא רק בגוונא דסוגיין דכבר גבה הבע"ח את הפדנא, ולכך א"א לכפותו על יותר משווי, כיון דמדין שומא הדר הוא דמסלקו, אבל אם לא גבה עדיין את הפדנא מודה רמב"ח דמצי הלוקח לסלקו בזווי.

והנה ברש"י צ"ב א' ד"ה ופייסיה כתב דהלוקח פייסיה בזווי בשביל ראובן כיון דמכרה לו באחריות, ומבואר דרק משום דעומד במקום ראובן הוא דיכול לסלקו, ועי' מהרש"א שם דלמד מזה דלוקח שלא באחריות לא מצי לסלוקי, ותמה במהרמ"ש דהתם בעל המימרא הוא רמב"ח, ולדידי' הרי גם באחריות לא מצי לסלקו, וע"כ דהוא רק מדין פיוס וברצון, אבל בלא"ה לא מצי לסלקו, [ולדברי תו' ב"מ צ"ה דרמב"ח למסקנא חזר בו, לק"מ], אולם לדברי המאירי א"ש היטב דקודם הגביה הרי גם רמב"ח מודה דמצי לסלוקי, ולכך כתב שם רש"י דמ"מ רק באופן דאחריות הוא דמצי לסלוקי, אבל בלא"ה אינו יכול לסלקו.

שיטת הריטב"א

(א) עי' בריטב"א דהק' איך מדמי למתני', ותי' הריטב"א דרמב"ח ס"ל דלוקח לא מצי לסלוקי בזווי וא"כ הוי כארעא דבע"ח, ושפיר דמי למתני', אבל רבא ס"ל דלוקח מצי לסלוקי בזווי, וארעא דלוקח הוי, וליכא לבע"ח רק תביעת ממון, עכ"ד, ומבואר דהנידון הוא אם בע"ח מצי לסלוקי או לא, ולא רק בעילוי, וצ"ב דא"כ מדוע רבא דחה דהתם איכא פסידא הכא ליכא פסידא, ולא דחה דמתני' הוא מדין עילוי והכא הוא מדין סילוק.

(ב) וי"ל דהנה הריטב"א ביאר דהנידון אי מצי לסלוקי תלוי אי הוי קרקע דמלוה או דלוקח, והביאור בזה דלרמב"ח הוי תביעה על גוף הקרקע, ולכך לא מצי לסלוקי, אבל לרבא כל תביעתו של המלוה הוא רק דיש לו זכות להוציא מעותיו מהקרקע, ומשו"ה ס"ל דמצי לסלקו בזווי, ולקיים את זכותו לקבל דמים מהקרקע, ונראה דבזה נמי תלוי הנידון אי מצי לעלו', דלרמב"ח דקרקע דמלוה, נמצא דע"י העילוי איכא הפסד למלוה, כיון דיש לו זכות תביעה בגוף הקרקע, אבל לרבא דקרקע דלוקח, וכל זכותו הוא על הוצאת מעותיו מהקרקע, מה"ט ס"ל דעילוי לא חשיב הפסד, כיון דאין לו זכות בגוף הקרקע, ולפי"ז נמצא דפלוגתא דרמב"ח ורבא אי מצי לסלוקי ואי מצי למיעבד עילויא תלוי הא בהא, ורבא דחה על טענת רמב"ח דשאני הכא דליכא פסידא, והיינו דהוי קרקע דלוקח ולכך חשיב דליכא פסידא, ומה"ט גופא באמת אף מצי לסלוקי בלא עילוי בכלל, ולדברי הריטב"א מיושב קו' תו' והר"ן דהא רבא מודה היכא דליכא עילוי, דהרי הא בהא תליא.

(ג) בגמ' ב"מ ט"ו ב' פריך דבמסיק שיעור ארעא למ"ד מצי לסלוקי נימא לי' אילו הוי לי זווי הוי מסליקנא לכולא ארעא, השתא דל"ל זווי הב לי גרבא דארעא בארעא שיעור שבחאי, והק' בתו' שם דאמאי נוטל המלוה את השבח

היתר על היציאה, הא לא מסיק אלא שיעור ארעא, ועי' בביאור הגר"א דציין לדברי הרמב"ן במלחמות דביאר דזה גופא קו' הגמ' דאי ס"ל דמצי לסלוקי השבח של הלוקח, אבל אי לא מצי לסלוקי השבח של הבע"ח מדין ארעאי אשבח, ולכאור' מוכח מהרמב"ן כדברי הריטב"א דפלוגתייהו בגדר דין שעבוד, דאי נימא כתו' דהוא רק סברא בהעלאה, לא שייך לומר דאיכא נפק"מ לענין השבח.

(ד) ועי' בחזו"א ס"ק ט' דתמה על הרמב"ן דא"כ מה התועלת בהכרזה, הרי לעולם יהא השבח של המלוה, ותי' די' חילוק בין שבחא דממילא לשבח הנעשה בידי אדם, וצ"ע בזה.

בדברי הרא"ש

(א) עי' ברא"ש סי' ג' דהביא בשם הר"י דכל מה דמצי לסלוקי הוא רק באופן דטרף קודם שהיה הכרזה, אבל אם היה הכרזה והורידוהו אינו יכול לסלקו לכו"ע, אולם הביא מהרמ"ה דאף בכה"ג דירד המלוה לשדה אמרי' שומא הדר, וכן דעת הרמב"ם, וכתב הרא"ש דיותר כיון יפה רבינו יונה דבלוקח לא שייך הטעם דהישר והטוב, והביא הרא"ש ראי' דליכא דין שומא הדר בלוקח, דהא לרמב"ח אין הלוקח יכול לסלקו, ולרבא נמי אינו יכול לסלקו רק בשעת טירפא, אבל אחר שירד לקרקע אינו יכול לסלקו, ואי נימא דגם בלוקח איכא דין שומא הדר, במאי פליגי, הא ודאי דמצי לסלוקי מדין שומא הדר, [כן בארו הקצוה"ח סי' ק"ט והגר"א ק"ג ס"ק כ"ד, אולם בגדו"ת שער ג' ח"ה סי' א' אות ב' ביאר דכוונת הרא"ש להק' דלא מסתבר דלרמב"ח אינו יכול לסלקו קודם הגביה ורבא יכול לסלקו אף אחר הגביה, וע"כ דרבא מיירי קודם הכרזה, ונפק"מ האם מבואר מקו' הרא"ש דדין שומא הדר הוא דין בפנ"ע, או לא, ודו"ק].

(ב) ועי' חזו"א ס"ק ז' דתי' דלרמב"ח דהשעבוד של המלוה עדיף מקנין הלוקח, ודאי דליכא טענה דהישר והטוב וכטענת הרא"ש, אבל לרבא דיכול לסלקו משום דס"ל דקנין הלוקח אלים על קנין השעבוד, אלא דהורידו את המלוה לקרקע מפני שלא היה ללוקח כסף לסלקו, ודאי דגם בכה"ג איכא הישר והטוב להחזיר השומא. ולעיל נתבאר עוד בזה דמדברי הר"ן מוכח דשומא הדר לא מהני יותר מהזכות שהיה לו קודם השומא, אולם בדעת הרא"ש ע"כ צ"ל דהוא דין בפנ"ע דלעולם הלואה יכול לסלק, ולהרמב"ם דדין זה קאי אף על לוקח, שפיר הק' מדוע רמב"ח ס"ל דלא מצי לסלוקי תיפו"ל דמסלקו מדין שומא הדר, וכן מתבאר מדברי הקצוה"ח סי' ק"ט סק"א דדיוור מצי לסלוקי מדין שומא הדר.

(א) עי' ברא"ש סי' ד' דהביא מרבינו יונה [כ"ה הגירסא בטור] דכל אדם שיעלה שום הקרקע יותר ממה ששמו בי"ד צריך המלוה לקבלו בשיעור העילוי, אבל הלוקח עצמו אינו יכול להעלות יותר ממה ששמו בי"ד, דודאי לתועלתו הוא מכיון, ומבואר מדברי רבינו יונה דאעפ"י דמבואר בגמ' דטירפא בחמש מאות, מ"מ כ"ז היכא דטרף המלוה את הקרקע, אבל היכא דסלקו בזוזי הוא חוזר על המוכר, וצ"ע הא הוי כקונה שדה ביוקר מהמלוה, ומדוע זה בכלל אחריות המוכר, [ובאמת דבריטב"א הביא י"מ דבארו דפלוגתייהו דרבינו רוב עורא מיירי בגוונא דשילם אלף, ולפי"ד נמצא דלהלכה גם בכה"ג טירפא בחמש מאות], ועי' חזו"א סק"ד סוד"ה ואפשר דביאר דאיכא אומדנא דבכלל אחריות המוכר דאם הלוקח ישלם יותר משומת השדה בשביל שיסולק בזה חובו של המוכר יהא האחריות על המוכר.

(ב) ואח"כ הביא הרא"ש מרה"ג דהיכא דבע"ח ולוקח באים להוסיף, מי שיוסיף טפי יהיה לו הקרקע, [וביאר הטור דכוונת הרא"ש להק' דזה סותר לדברי רבינו יונה דמשמע מרה"ג דהלוקח נמי מצי להעלות], וכתב הרא"ש דאפשר דדוקא היכא דרוצה אחד מהם להוסיף כנגד כל החוב הוא דאזלי' בתר מי שהוסיף יותר, אבל היכא דמוסיף קצת על שומת בי"ד,

ועדיין לא יהא פרוע החוב, אזלי' בתר שומת בי"ד, [וביאר הטור דכוונת הרא"ש לתרץ דרה"ג מיירי במוסיף כנגד כל החוב, ור"י מיירי במוסיף מעט פחות מהחוב].

ויל"ע אמאי הרא"ש הק' על רבינו יונה מדברי רה"ג, ולא הק' מדינא דרבא דמבואר דהלוקח מצי לסלקי בזווי, ובאמת דהרא"ש בתי' רמז דרבינו יונה נסתר מדברי רבא, דהא כתב "דההיא איירי וכו' כנגד כל החוב כי הק' דשמעתין" ומדויק דדינא דרבא נמי סותר לדינו של רבינו יונה, וע"ז תי' דרה"ג מיירי במעלה כנגד כל החוב, וצ"ב.

(ג) ודברי הרא"ש צ"ב כיון דעילוי דלוקח לא מהני משום דלטובת עצמו מתכוין, מ"ש אי מעלה רק חלק מהחוב או את כל החוב, הא לעולם לטובתו הוא מתכוין.

(ד) ועי' בב"ח אות ט"ז דביאר בדברי הרא"ש דודאי היכא דהמלוה רוצה בשומת בי"ד יכול הלוקח לסלק בשויו, אעפ"י דאינו כנגד כל החוב, ורק היכא דהמלוה מוסיף מעט על השומא, והלוקח מוסיף הרבה על השומא, אינו יכול לסלקו, כיון דתוספת המלוה הוא ריוח ללוה, והוספת הלוקח הוא הפסד ללוה, והיכא דאיניש מעלמא הוסיף והלוקח נמי הוסיף בשיעור זה, נמי אינו יכול לסלקו כיון דלטובתו הוא מתכוין, אבל היכא דהלוקח מסלק לכל החוב, בזה מעדיף הלוה את הלוקח, כיון דהוא מעדיף שיהא לו רק בע"ח א' ולא ב' בע"ח, וכתב דלפי"ז באופן דהלוקח מוסיף יותר מהחוב והמלוה מוסיף רק כנגד החוב, דאין שומעין ללוקח, כיון דמפסיד ללוה, וכבר תמה בשער המשפט סק"ב דודאי הוא מעדיף את עילוי המלוה מהנאה פורתא שיהא לו רק בע"ח א', דהא מפסיד טובא כל עילוי הלוקח, וכן תמה בסק"ג על סו"ד הב"ח דאין יתכן דהלוקח יוסיף טפי מהחוב, דלמי יוסיף ולמי יתננו, ואדרבא הרי הלוה ירויח, וצ"ע.

(ה) ועי' בדרישה סק"ו, ומדבריו נלמד דהרא"ש מיירי אחר הכרזה, וס"ל דלאחר הכרזה אינו יכול לסלק אלא כנגד כל החוב, אבל בפחות מדמי החוב אינו יכול לסלקו, ועי' בתומים סק"ב דתמה ע"ז דאין לזה שורש כלל, וכן בחזו"א סק"ח תמה מה הסברא בזה, [אולם עי' להלן בדברי הבעה"ת דלכאור' יש לזה מקור מספר התרומות].

(ו) ובחזו"א סק"א-ב אזיל נמי על דרך הב"ח, אולם ביאר בטעמא דמילתא באופ"א, דמעיקר הדין הקרקע של הלוקח, ומה"ט היכא דאין המלוה מוסיף על שומת בי"ד ודאי דיכול הלוקח לסלקו במעות, אף אם אינו מעלה, כיון דאין נפק"מ ללוה, אבל היכא דהמלוה מוסיף על שומת בי"ד כיון דיש בזה נפק"מ ללוה, דמה שהמלוה מוסיף זה לטובת הלוה, משו"ה אין שומעין ללוקח, אבל היכא דהלוקח מסלקו בדמי כל החוב, אעפ"י דיש הפסד ללוה לא אכפ"ל, דאין הלוה יכול לעשות סחורה בקרקע של הלוקח, ורק היכא דאינו מסלקו בדמי כל החוב, כיון דע"כ הקרקע יוצאה מתח"י בשביל השעבוד, אינו יכול לסלקו, ומה"ט כתב החזו"א דודאי היכא דהלוקח מעלה כנגד כל החוב, והמלוה מעלה יותר, דאין שומעין לו, והביא דכן מדויק בלשון התורי"ד בשם רה"ג.

(ז) אולם עי' היטב בדברי הגר"א סק"כ, ולמדנו מדבריו דלדעת הרא"ש א"א לסלק אלא בכל דמי החוב, אבל א"א לסלק בפחות מכך, ודייק כן מלשון הגמ' אלפא יהיב אלפא שקיל דמבואר דלא מהני עילוי אלא בפורע כל חובו, [וצ"ב דכוונת הגמ' דאי לאו דיתן לו אלף הוא לא יוכל לגרום למלוה לגבות את השדה באלף], ואף דאחר יכול להעלותה, היינו משום דהוא לטובת הלוה, אבל הכא הרי יחזור הלוקח על הלוה, והוסיף הגר"א דאעפ"י דמבואר ב"מ ט"ו ב' דיכול לסלק אף במקצת השדה, היינו משום דממנ"פ כל החוב פרוע, עכתו"ד, ולכאור' כוונתו דבאמת אעפ"י דהקרקע היא שוה מחצית החוב, מ"מ אם מסלקו בזווי עדיין הקרקע משועבדת לשאר החוב, ומשו"ה אינו יכול לסלקו במקצת מהחוב, וושאני ההיא דב"מ דממנ"פ סרע החוב, ולכאור' לפי"ז מיושב קו' תו' דבב"מ מבואר

דאפשר לסלק בלא עילוי, דאשני התם דמ"מ פרע כל החוב, אבל הכא הרי בלא עילוי אינו פורע לכל החוב, אולם עי' להלן דזה נסתר מדברי הגר"א בס"ק כ"א.

(ח) בעיקר תי' הרא"ש דרה"ג מיירי דאחד מהם רוצה להוסיף כנגד כולו, הק' בחזו"א סק"ד דאיך יתכן דאם המלוה מוסיף מעט והלוקח מוסיף יותר ממנו אין שומעין לו, ואם הלוקח מוסיף כנגד כל החוב, אף אם המלוה מוסיף יותר אין שומעין לו, וצ"ב הרי כבר ביאר החזו"א בסק"ב דטעמא דמילתא דאם הוסיף הלוקח יותר מהמלוה ואינו כנגד חובו, כיון דהוא הפסד ללוה אין שומעין לו, אבל היכא דמסלק כל חובו אינו יכול לעשות סחורה בקרקע של הלוקח, וצ"ע.

(א) עוד כתב הרא"ש דאם המלוה אומר אני אקבל הקרקע בשיעור החוב, והלוקח אומר רק בשיעור שומת ב"ד, אין שומעין ללוקח כי יש הפסד ללוה, אבל יתומים דאומרים כן שומעים להם "דאי אתו זוזי לידי דיתמי מסלקי ליה בדמי שויו".

ולכאוו' דברי הרא"ש סתרי אהדדי, דמסו"ד דכתב דאין שומעין ללוקח היכא דהמלוה רצה לקבל בשיעור דמי החוב מחמת הפסד הלוה, מבואר דבלא"ה שומעין ללוקח ויכול לסלק את המלוה בשויו, וכ"ש דאי מעלה מעט דיכול לסלקו, ואילו בתחילת דבריו כתב הרא"ש דאם אינו מעלה כנגד כל דמי החוב, אינו יכול לסלקו.

(ב) ועי' בדרישה סק"ו דביאר דסו"ד הרא"ש מיירי דלא היה עדיין הכרזה, ומשו"ה יכול לסלקו גם בפחות מדמי החוב, אבל בתחילת דבריו מיירי אחר הכרזה, ולכך אינו יכול לסלקו אלא בדמי כל החוב, ובסמ"ע סי' קי"ד סק"ד כתב דג' דינים בזה, דקודם הכרזה יכול לסלקו גם בשוי הקרקע, ואחר הכרזה אינו יכול לסלקו אלא בדמי כל החוב, וגרע מאחר כיון דאין לו תועלת בעילוי, שהרי יחזור על המוכר, והיכי דכבר גבה לא מהני סילוק אלא דתלוי אם יש דין שומא הדר בלוקח, וצ"ב מה אכפ"ל דהיה הכרזה, הרי כ"ז שלא שלמו ימי אכרזתא הקרקע והפירות של הלוקח, כמבואר ב"מ ל"ה ב', וצ"ל דמ"מ משעת האכרזתא אינו נידון לגמרי ברשות לוקח, וצ"ע בזה].

(ג) והנה דעת הגר"א בס"ק כ' דלדעת הרא"ש אין הלוקח יכול לסלק אלא בכל החוב, וכתב בס"ק כ"א דטעמא דהכא שומעין למלוה "כנ"ל בסעיף הקודם" וצ"ע דהא ברא"ש מבואר דטעמא משום פסידא דלוה, ולא משום דאין הלוקח יכול לסלקו אם אינו פורע את כל החוב, וצ"ע.

(ד) ובחזו"א סק"א נקט מכח דברי הרא"ש כאן, דלדעת הרא"ש אם אין המלוה מעלה יותר משומת ב"ד, יכול הלוקח לסלקו אעפ"י דאינו כנגד כל החוב, וכל דברי הרא"ש לעיל מיירי באופן דהמלוה נמי הוסיף מעט, [ואולי יש לדחות דזהו נמי כוונת הגר"א], ובסק"ה [ד"ה ואם] הק' בחזו"א על לשון הרא"ש מדוע נקט לגוונא דהמלוה רוצה ליטול את הקרקע כנגד כל החוב, ולא כתב דאף אם המלוה מוסיף רק מעט, והלוקח מוסיף יותר ממנו נמי אינו יכול לסלקו, וכמבואר מדברי הרא"ש לעיל, וכתב החזו"א דצ"ל דלרבנותא נקט דאף בכה"ג שומעים ליורשים, [ואולם לדברי הגר"א עדיין צ"ע דהא לשי' בכל גוונא אין יכול הלוקח לסלקו אלא בדמי החוב, וא"כ אף אם אין המלוה מוסיף כלל נמי אינו יכול לסלקו].

(א) בעיקר דברי הרא"ש דלדעת שומעין, אף בגוונא דהמלוה אומר דאקבל הקרקע בכל חובי, ופסק כן בשו"ע ק"ט א', מצינו בפוסקים ב' ביאורים בזה.

(ב) בלבוש סעיף ז' ביאר דשאני יורש דאמרי' ביה שומא הדר, משא"כ בלוקח דליכא דין שומא הדר, ותמה עליו בסמ"ע קי"ד ס"ק י"ט דהא מיירי דהלוקח אומר דישומו ויסלקנו בזווי עוד לפני שיורידו את המלוה, ועוד דהרי הרמב"ם סובר דשומא הדרה בלוקח, ולא שמענו דהרמב"ם חולק על דינא דהרא"ש.

(ג) ובסמ"ע שם וכן בסי' ק"ט סק"ה ביאר דטעמא משום דאדרבא יש ליתומים ריוח בזה, דאם יהא להם עוד כסף יכולים לפדות את הקרקע, ואף אם כבר ירד המלוה לקרקע יוכלו להוציאו מדין שומא הדר, אבל לגבי הלוקח הרי איכא פסידא ללוה ולכך אף קודם השומא אין שומעין ללוקח, ומבואר דמעיקר הדין יכול לסלק בשויו, אלא דמשום פסידא דלוה החמירו בלוקח.

(ד) ועי' בקצוה"ח סי' ק"ט סק"א דהאריך לבאר עפ"י מה דמתבאר מדברי התו' והר"ן דליכא דין סילוק אלא בעילוי יותר מהחוב, ומשום דבעי' שיסלק כל החוב, ואף אם אין המלוה אומר לדידי שוה לי כל החוב נמי לא מצי הלוקח לסלוקי, אבל גבי יורש דאיכא דין שומא הדר, סגי אף אם מסלק בכדי שויו, ואף לרמב"ח יורש מצי לסלוקי, ונפק"מ דבגוונא דמת הלוה נמי לא מצי הלוקח לסלוקי בדמי שויו, עכתו"ד, ועי' ביאור הגר"א סי' קי"ד ס"ק כ"א וסי' ק"ט סק"ב דכתב בקצרה כדברי הקצוה"ח.

והנה לעיל נתבאר דטעמא דהגר"א דאינו יכול לסלק בשויו, משום דאעפ"י דהקרקע שוה חצי מהחוב, מ"מ הקרקע משועבדת לכל החוב, ולפי"ז צ"ע דא"כ לא שייך בזה כלל דין שומא הדר אף ביורש, דהא אף דסילקו עדיין הוא גובה את הקרקע בשעבוד, וע"כ מוכח מהגר"א דבאמת הקרקע משועבדת רק לשויו, ומ"מ לא מצי לסלק בחצי, וכמו דביאר בקצוה"ח אולם לא זכינו להבין טעמא דמילתא, וצ"ע ג' בכ"ז.

עוד יל"ע טובא, דהנה לדבריהם נמצא להיפוך מהסמ"ע, דמעיקר הדין בעי' לסלק בחובו, אלא דשאני יורש דשומא הדר, וצ"ע דאי ס"ל דשייך בסוגיין דינא דשומא הדר, א"כ תקשי דהשו"ע פסק בסי' ק"ג ס"ט פסק דשומא הדר בלוקח, ואיך פסק לדברי הרא"ש דיש חילוק בין יורש ללוקח, והנה מהכא יש ליישב דכיון דהמלוה העלה את הקרקע בשיעור כל החוב, אינו יכול לסלקו מדין שומא הדר רק בשיעור כל החוב, וכ"כ במשנת ר"א ב"מ מילואים לסי' י"א לאות ז', [אולם עדיין צ"ע אמאי לגבי יורש מהני דין שומא הדר].

אולם עדיין צ"ע מדינא דהרא"ש דא"א לסלק אלא בשיעור דמי החוב, ונפסק בשו"ע בס"ו, ואמאי אינו יכול לסלקו מדין שומא הדר, וכקו התומים, ובשלמא אי נימא דבאמת מהני סילוק בדמי שויו, הרי י"ל כמו דביאר בחזו"א בסק"ח דכל הדין דס"ו מיירי בגוונא דהמלוה העלה והלוקח העלה טפי, דכה"ג לא שייך דין שומא הדר כפי העילוי שלו, כיון דלטובתו הוא מתכוין, אבל לסלק בשויו אה"נ דיכול לסלק, אבל לפי הגר"א דמעיקר הדין אינו יכול לסלקו בשויו, תקשי אמאי לא מהני בזה דין שומא הדר, וצ"ע ג', ועמד בה בקצרה במשנת ר"א שם.

(ה) והנה בקצוה"ח סי' קי"ז סק"ה דן אי בע"ח מאוחר מצי לסלוקי לבע"ח מוקדם בזווי, ונכבר העיר הכת"ס בהגהות ח"ס לסי' קי"ד ס"א דזה מבואר להדי' בתו' בדף צ"ד א' ד"ה שנמצאת, וכן ציין רע"א שם לתו' הנ"ל וכתב הקצוה"ח דשאני לוקח דמסלק מדין שומא הדר, ומשו"ה מצי אמר הבע"ח שעבודי אני רוצה, אבל במאוחר דלא שייך דינא דשומא הדר, לא מצי לסלוקי, וכבר תמהו דזה סותר לדבריו בסי' ק"ט דאדרבא כל דין סילוק הוא דין בפנ"ע ואינו משום דין שומא הדר, ולכך קי"ל דאינו יכול לסלקו בדמי שויו, וצ"ל דהקצוה"ח אזיל בדעת הרמב"ם דשומא הדר בלוקח, ועי' במ"מ פכ"ב מו"ל הל' ט"ז דמקורו של הרמב"ם מסוגיין, וכן הוא בביאור הגר"א ק"ג ס"ק כ"ב, אבל בסי' ק"ט קאי בדעת שאר הראשונים, וצ"ע בכ"ז.

(ו) עי' חזו"א סק"ה דתמה על הרא"ש כיון דחזי' דביורש אין שומעין למלוה, הרי ע"כ דהשדה משועבדת לו רק כנגד שויו, ולא כנגד כל החוב, וא"כ מדוע כשהלוה חי שומעין למלוה מחמת פסידא דלוה, הא כיון דסילק את דמי שויו ממילא אין לו עוד שעבוד על הקרקע, וכמו בדסילק לכל החוב אין שומעין ללוה, אעפ"י דיש לו הפסד, ה"ה בסילק בדמי שויו, וצ"ע.

(ז) עי' שו"ע ק"ז ס"ג דפסק השו"ע דיורש שמכר יכול לסלק בזווי את הבע"ח עד שלא יטרוף מהלוקח, וצ"ב דלכא' אינו בע"ד לסלקו, כיון דאין הקרקע שלו, ואעפ"י דמבואר בתומים דיורש את שעבוד הגוף, מ"מ כ"ז היכא דאיכא נכסים, אבל היכא דלא ירש מאביו, אין לו שעבוד הגוף, וכמבואר בשו"ע שם ס"א דאפי' מצוה ליכא, ועי' היטב בביאור הגר"א שם דנראה מדבריו דגם בלוקח ראשון ושני איתא להאי דינא, וצ"ע בכ"ז.

(א) עי' בבעל התרומות שער מ"ט חלק ט"ו דכתב על דינא דהני עיזי דחושלי דמבואר ב"ב ל"ו א' דנאמן לתפוס בחובו רק עד כדי דמיהן, דאם הוא טוען דחייב לו טפי ועביד המלוה עילוי לחפץ עד כדי כל החוב, דלא מצי לעלויה, והביא לזה ראייה מדברי הירושלמי דדן לגבי יורשים דירשו בית דשוה י' דינרים, ויש חיוב לאלמנה של כ' דינרים, והיא אומרת דהבית שוה לה כ', ומסקנת הירושלמי דהיורשים מסלקים אותה בשיעור דמי הבית, וביאר הבעה"ת דלמדנו מדברי רבא דכל היכא דאיכא פסידא לא מצי לעלויה, [והנה לדבריו דליכא דין עילויא, הרי ע"כ דדין סילוק הוא בשויו ולא בכל החוב, והנה מהא דהבעה"ת למד כן מדברי רבא הרי ע"כ דס"ל כהר"ן דדינא דרבא הוא סברא בעילויא, ומ"מ ס"ל דיכול לסלקו בחלק מהחוב, וזה ראייה לדרישה].

אולם הביא הבעה"ת מתשו' הרמב"ן דחולק דמצי המלוה לומר לדידי שוה לי, ואינו יכול לסלקו אלא בשיעור דמי ההלואה, וכן הביא שם מהראב"ד, ונמצא ג' דעות בזה - לדעת הרא"ש בגוונא דהמלוה אומר לדידי שוה לי כל החוב, בלוקח שומעין למלוה, וביורש שומעין ליורש - לדעת הרמב"ן והראב"ד אין חילוק בין לוקח ליורש ולעולם מצי המלוה לומר לדידי שוה לי כדמי כל החוב - לדעת בעה"ת נמי אין חילוק בין לוקח ליורש אלא לעולם אין שומעין למלוה, [אולם עי' בש"ך קט"ו סק"כ דנקט דלדינא ספר התרומות נמי מודה לדברי הרמב"ן והראב"ד], אולם עי' להלן סק"ב דהנתה"מ ביאר דאין מחלוקת בין הרא"ש לראשונים.

(ב) עי' בש"ך שם בסו"ד, וכן בסי' קי"ד סק"א דהוכיח מהראב"ד והרמב"ן דלא כדברי הסמ"ע דפסק דקודם הכרזה יכול הלוקח לסלקו בדמי שויו, אלא לעולם אינו יכול לסלקו אלא בדמי החוב, ועי' נתה"מ סק"ב דתמה דהראב"ד והרמב"ן מיירי בגוונא דהמלוה אמר לדידי שוה לי כנגד כל החוב, אבל הסמ"ע מיירי דאין המלוה רוצה לקבל יותר משויה, ולכך יכול הלוקח לסלקו בזווי דהרי אין בזה נפק"מ ללוה.

ותי' בנתה"מ דזה ודאי דכל דהמלוה מוסיף על השומא אין הלוקח יכול לסלקו כיון דזה טובת הלוה, וראיה לזה מתקנת הכרזה, דתקנו לטובת הלוה, והמלוה לא גרע מאחר שמוסיף על השומא, וכל המחלוקת הוא בגוונא דאעפ"י דאומר לדידי שוה לי, מ"מ אין בזה טובת הלוה, ומשכח"ל באופן דאין המלוה מוסיף על השומא, אלא דהמלוה טוען דהלויתו לו ע"מ דאם אין לו מעות ישתעבד לי השדה בכל החוב, ולכך אין הלוקח יכול לסלקו אלא בכל החוב, דאם יסלקו במקצת החוב, הרי עדיין נשאר זכות למלוה בקרקע כ"ז שאין ללוה מעות לפרוע, אבל לפי הבעה"ת לעולם אין הקרקע משועבדת אלא כפי השומא, ואינו יכול לומר לדידי שוה לי אף בגוונא דליכא טובת הלוה, ורק בגוונא דטוען המלוה דיקבל הקרקע בכל חובו הוא דשומעין לו, ולכך הוכיח הש"ך מהא דס"ל להראב"ד והרמב"ן דאף בגוונא דליכא טובת הלוה יכול לומר לדידי שוה לי, ע"כ מוכח דא"א לעולם לפדות

בשוי, עכתו"ד, ונלמד לפי"ז דאין ענין דברי הרא"ש למחלוקת של הראב"ד והרמב"ן עם הבעה"ת, דהרא"ש מיירי בגוונא דאומר דיקבלנו בכל חובו ואינהו מיירי בגוונא דאינו מקבלו בכל החוב, אלא רק כ"ז שאין לו מה לשלם תהא הקרקע משועבדת לכל החוב.

אולם הגר"א בס"ק כ"א נקט דפליגי על הרא"ש, ועי' בחזו"א ס"ק ה' ד"ה אבל נקט דפלוגתייהו האם השעבוד על כל החוב או רק בעד השיווי, ע"ש.

ג) והנה בקצוה"ח ק"ט סק"א כתב להוכיח דליכא סילוק בדמי שויה, מהא דמבאר בתו' דסברת רבא הוא רק משום טענת עילויה, ולא שייך טענת עילויה רק על יותר מהחוב, ומה"ט אף בלא שהמלוה ירצה לגבות בכדי חובו נמי אין שומעין ללוקח, ובנתה"מ קי"ד ו' תמה עליו דהדרישה נקט דלתו' אף בלא עילוי יכול סלקו, והנה לדברי הנתה"מ בביאור המחלוקת של הראשונים, הרי בלא"ה אין ענין דברי התו' לפלוגתייהו, דהא לפי הנתה"מ פליגי אם השעבוד כנגד כל החוב או רק כנגד השומא של הקרקע, וא"כ הרי לתו' לא בעי' שיהא עילוי יותר מהחוב, אלא סגי שיהא יותר מהשומא, דתו אינו משועבד, וממילא יכול לסלקו, וצ"ע אמאי הנתה"מ לשי' לא תמה כן על הקצוה"ח, וכן צ"ב לפי הקצוה"ח קו' הנתה"מ על עיקר דברי הש"ך.

א) בשיעורי הגרש"ר ב"מ אות רכ"ד הביא דהגרש"ש הוכיח מהכא דאין אדם יכול לפרוע חוב של חבירו בע"כ של המלוה, דאל"כ מה כל הנידון יאמר הלוקח דהוא פורע חובו, וע"כ דרך הלוח יכול לפדות בע"כ של המלוה, אבל אחר אינו יכול לפדות, [ובעיקר הנידון - עי' רע"א בגליון לסי' ע"ד ס"ב דהביא משו"ת הריב"ש דלא מהני בע"כ, אולם בחזו"א נשים סי' קל"ו לרף ל"ג א' נקט דמהני אף בע"כ, וע"ע חזו"א יו"ד סי' קפ"ה ושערי חיים קדושין סי' כ', ואכ"מ], והנידון בסוגיין אם יכול לפדות את השעבוד בזווי, אולם הביא הגרש"ר מהגר"י דליכא ראייה מוסגיין, דבאמת היכא דאין המלוה רוצה לקבל את הפרעון, יכול לבא גם אחר ולפרוע בע"כ דמלוה, ושאינה הכא דתובע את הקרקע ורוצה לגבות חובו מהשעבוד קרקעות, ולכך לא שייך בזה דין פורע חובו בע"כ של חבירו, עכתו"ד.

ב) אולם בעיקר הקו', יש לישב בפשיטות, דאי אתי' עלה מדין פורע חובו אינו יכול לחזור על המוכר ולתבוע ממנו את האחריות על המכירה, כיון דלא נתן לו את דמי החוב מדין השעבוד, אלא מחמת דפרע חובו, ורק היכא דנותן את הכסף בשביל סילוק השעבוד, הוא דחזור על המוכר, ועי' בחזו"א חו"מ י"ד ו' ד"ה ועיקר "ועיקר הפרעון של הלוקח אינו בעד הלוח דא"כ הניח מעותיו על קרן הצבי" וכוונתו כנ"ל.

בעיקר דינא דסוגיין יש לדון היכא דיהיב הלוקח אלף, האם נידון כניתן על ב' הקרקעות או רק על קרקע א', ונפק"מ באופן דיש בע"ח מאוחר, דאי קנה תרוייהו מהמלוה אין המאוחר יכול לגבות ממנו, אבל אם קנה רק א' יכול המאוחר לגבות מהלוקח את הב', ובנתה"מ קי"ד סק"ג כתב דודאי נידון כפודה את ב' הקרקעות.

קטינא דאביי

צ"א ב'

א) גמ' - ההוא גברא וכו' השתא בדין קטריף וכו'. הנה בפשוטו כוונת הגמ' דהכסף אזיל על שאר החוב שעדיין לא נפרע, ולכך הוא חוזר וטורף את הקרקע, אלא דצ"ע דהא עכ"פ איכא ספק מדוע נתנו את הכסף, אם בשביל קניית הקרקע, או בשביל פרעון שאר החוב, וא"כ איך מוציאים מהם את הקרקע, הא מוחזקין נינהו.

וי"ל דהנה בסוגיא דלעיל מוכח לחלק מהראשונים דאיכא ב' דיני סילוק, חדא מדין סילוק החוב, ובהא בעי' פרעון על כל החוב, אולם יש דין סילוק מדין שומא הדר דחשיב כקונה את השדה, וזה מהני גם על מקצת החוב, נולדעת הדרישה סי' קי"ד סק"ו קודם הכרזה מהני סילוק במקצת, דקודם הכרזה שייך פדיון השעבוד, אבל אחר הכרזה מהני סילוק רק בכולו, כיון דלא שייך סילוק אחר הכרזה רק מדין פריעת החוב, ויתכן עוד ביאורים בדברי הדרישה, ואכ"מ], והנה הכא יש לדון בסילוקם, אם באו לסלק מדין סילוק החוב, או דבאו לקנות הקרקע, וע"ז מבואר בגמ' כיון דאיכא מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, ודאי דבאו לסלק את החוב, אלא כיון דאין חייבים יותר מדמי השדה, ע"כ דבאו לסלק את החוב שגורם לשעבוד של השדה, וע"ז קאמר דכיון דהשדה משועבדת לכל החוב, לא מהני הסילוק שלהם, דעדיין הוא חוזר וגובה את השדה, אבל באמרו להדי' הנך דמי ארעא דקטינא, כיון דאמרו להדי' דאינו לפרעון החוב אלא רק לקנות את הקרקע, אינו יכול לחזור ולגבות, וכמבואר בר"ן דהוי כנכסי דקנו יתמי, ומה"ט לא שייך בזה דין מוחזק.

(ב) ויש להוסיף עוד, דלכאור' קשה דהרי זה ודאי דאילו היו יודעים מעיקרא דלא יוכלו לפדות את הקרקע, לא היו מסלקים את החוב, וא"כ הרי צריך להחזיר להם את המעות מדין מקח טעות, [ולא גרע מעייל ונפיק אזוין], ועי' בקצוה"ח סי' ע"ה סק"ד דהוכיח מכח קושיין דכל היכא דאיכא חיוב לצאת יד"ש, ונתנו בסתמא ליכא דין מחילה בטעות.

(ג) וראיה גדולה לכ"ז, דהנה בגיטין ל' א' תנן במתני' דמלוה מעות לכהן להיות מפריש עליהן, מת צריך ליטול רשות מן היורשין, הלוהו בפני בי"ד אי"צ ליטול רשות מהיורשין, ובגמ' מייתי לברייתא דרבי אומר יורשין שירשו, ומבאר ריו"ח דירשו קרקע ולא מטלטלין, ור' יונתן סובר דמפריש כפי שיעור שומת הקרקע, וריו"ח פליג דאף בהניח מלא מחט גובה מלא קרדום מדין קטינא דאביי.

ונחלקו הראשונים על מה קאי ברייתא דרבי, דבתו' שם ד"ה דינא מבואר דקאי אסיפא דהלוהו בפני בי"ד, דבזה נתחדש דבעי' שירשו קרקע, אבל ברישא ודאי דבעי' נטילת רשות, ועי' במהרש"א דביאר דס"ל לתו' דבדינא דרישא אף בלא ירשו קרקע סגי בנטילת רשות, [ועי' רש"ש דעכ"פ בעי' שירשו מטלטלין], וכן עי' בבעה"מ שם דביאר כתו' והוסיף דבהלוהו בפני בי"ד הוי כמלוה בשטר וגובה את הקרקע מהיורשין.

אולם הרמב"ן במלחמות ובחי', תמה על זה כמה קו', ולכך ביאר דודאי קאי ארישא, והיכא דירשו מטלטלין לא מהני רשות היתומין, כיון דאבד שעבודו דהחוב, ואין מפרישין על חוב האבוד, אבל בירשו קרקע, כיון שאפשר לגבות החוב כקטינא דאביי, נמצא דבנתנו לו רשות שעבוד כל חובו קיים, וכ"כ בחי' הרשב"א שם.

וצ"ע דמאי ראייה מדינא דקטינא, הא טעמא דגובה את הקרקע משום דלא סילקו את הגביה, אלא פרעו את החוב הנותר מחמת מצוה דיתומים, ועדיין הקרקע שלו מחמת גביה ראשונה, וע"כ כנ"ל דבאמת כל הטעם דמצוה הוא רק לבאר אמאי דנין דבאו לפרוע את החוב, אולם הא דחוזר וגובה, הוא משום דעדיין הקרקע משועבדת.

ועדיין צ"ע כל הסוגיא לפי השיטות דליכא שעבוד בשדה קטנה על כל החוב, איך יבארו לסוגיין, וצע"ג.

(ד) עי' בתו' בגיטין ד"ה וכמעשה דהק' דהא באמרו הני חמשין דמי קטינא דארעא סלוקח סלקוהו, ותי' דהוא תקנה דרבנן, ולכאור' נראה דכל קו' הוא רק לשי' דרבי קאי אסיפא דלא נטלו רשות מהיורשין, ולכך הק' איך גובין בע"כ הא יכולים לומר דהוי דמי קטינא, ותו אין יכולים לגבות מהם, אולם לדברי הראשונים דקאי ארישא ליכא קו', דכיון דנתנו לו רשות לגבות חובו מתרו"מ הוי כהא דסוגיין דבסתמא דגובה כל חובו, וכן רמז לזה הרמב"ן בקצרה דכתב בסו"ד "וכיון שנתנו לו רשות להפריש מפריש על הכל".

ובהא דתי' תו' דהוא תקנ"ח, צ"ב דהרי הכא הוי כאמרו לו הני דמי קטינא, ומה זה ענין לסוגיין, וצ"ל דכיון דחזי' בקטינא דהקרקע משועבדת לכל החוב, משו"ה שייך תקנ"ח דבהלואה בפני ביי"ד יכולים לגבות שלא מדעתם, אבל אי הוי משועבד רק בשויו, לא שייך בזה תקנה דרבנן דיגבו יותר ממה דהקרקע משועבדת.

(ה) והנה איתא בגיטין ל"ז א' דאין כותבין פרוזבול אלא על קרקע, ומבואר בגמ' דסגי בקרקע כ"ש, ועי' ברש"י דמהני מדין קטינא דארעא, ועי' ברשב"א שם דהק' דהא באמר דמי ארעא קטינא אין חזור וגובה, מ"מ כיון דאי לא אמר הכי הוא גובה, ע"ז חזור והתקינו, ועי' בדרך אמונה פ"ט משביעית הי"ט בה"ל ד"ה כל שהוא דהביא להק' דהא מהלואה עצמו עדיין הוא חזור וגובה, ורק ביתומים שייך דינא דקטינא דאין גובין מנכסי דקנו יתמי, וע"ש דתי' דהא דגובה מיני' הוא רק משום שעבוד הגוף, ולא משום שעבוד נכסים, כיון דליכא סמכ"ד דחושש שיפלו ליורשים, ומשו"ה אינו מועיל לפרוזבול הא דגובה מדין מיני', ע"ש דהאריך בזה, אולם באמת דהוא פשוט טפי, דכיון דליכא שעבוד נכסים, לא מהני הא דיכול אח"כ לגבות את הקרקע מדין מיני', דמ"מ לא חייל מעיקרא דין פרוזבול רק על מה דמשועבד, ולא על מה דאח"כ יוכל לגבות.

(ו) יל"ע האם איכא מצוה על היתומים לפרוע מקרקע קטנה את כל החוב, כיון דהקרקע משועבדת לכל החוב, או דילמא כיון דאין השדה שוה בפועל רק נ' אינו מצווה על פרעון יותר משיווי הקרקע.

ויש לדון בהא דפסק הרא"ש דהיכא דהמלוה אומר דגבה את הקרקע בחובו, ויורש אומר בשומא דשומעין ליורש, וצ"ב אמאי ליכא חיוב עכ"פ מחמת המצוה לפרוע בחובו כתביעת המלוה, ולכאור' ע"כ מוכח דליכא חיוב יותר ממה שהקרקע שוה, וכיון דשומעין ליורש, ליכא נמי מצוה, וכן יש להוכיח מהא דבאמרי דמי קטינא סלוקי סלקוה, וק' כיון דאיכא מצוה כנגד כל החוב איך נפטרו מהמצוה, וע"כ כנ"ל.

(ז) ובעיקר מה דנתבאר לעיל - שוב העירוני לדברי הרשב"א ח"ג סי' מ"ד דשאל השואל על הסוגיא בגיטין ל' ב' אמאי בירשו כספים ליכא דין קטינא הא דעת הרשב"א דאיכא כפיה על מטלטלין שירשו, ותי' הרשב"א דע"כ בסוגיא דגיטין הוא רק תקנה בעלמא, דמה שייך חיוב בהלואה את הכהן, הרי התנו דהפרעון יהא מתרומות ומע"ש, והוי כאפותיקי, וע"כ דתקנו דיגבו כמו בהלואה גמורה דעלמא, וס"ל לרבי יונתן דתקנו תקנה מרווחת כדי שירצו להלוות, דאפי' הניח מחט גובה הכל, וביאר הרשב"א "כיון דבחוב דעלמא יש בו קצת גובינא מן הדין באותו מלא מחט משום קטינא דאביי אפילו הכל דכל שפרע סתם כשיעור קטינא אנו אומרינן שמדעתו פרע אותו מקצת משום מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהם והם יכולין עדיין לגבות מן הדין אותו מלא מחט, וכן לעולם כל שפורעין לו סתם כל מה שפרעו מחשבינן ליה לפרעון מצוה ומלא מחט הנשאר גובין אותו מן הדין אבל בשלא ירשו אלא מטלטלין כיון שלא ירשו ממנו שיתחייב מן הדין ליפרע ממנו בעל חוב דעלמא אלא משום מצוה בלבד בזה לא תקנו".

ומבואר דיסוד הדין הוא דאיכא אומדנא דהכסף הוא בשביל פרעון החוב היותר מדמי השעבוד, והמחט הנשאר גובין אותו מן הדין, משא"כ במטלטלין, דלעולם הוא רק משום המצוה, וצ"ב איך זה מועיל לענין פרוזבול, וצ"ע בכ"ז.

עוד העירוני לדברי הרמב"ן ב"ב קע"ד א' דלכאור' מבואר בדבריו דלא כסוגיא בגיטין, וצ"ע שם.

(א) עי' ברמב"ן ובר"ן דלמדו מסוגיין, דבע"ח מוקדם דסילקו בזוזי, אין המאוחר יכול לחזור ולגבות, והנה אי נימא דהסילוק הוא מדין פרעון החוב הרי ודאי דאין זה יכול לגרום להפקעת השעבוד של המאוחר, אולם אי נימא דהסילוק הוא משום דחשיב כגבאו המלוה וחזר ומכרו, מובן אמאי אין המאוחר יכול לחזור ולגבות.

ועי' ברמב"ן דהק' כיון דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה ואינו יכול להקדיש, איך יכול למכור, ותי' דכיון דהיורשין נתרצו עמו חשיב כמי שהגבו וחזרו ולקחו, נויש לדון בזה עוד, דבתו' ב"ב ע"ו ב' ד"ה קני כתבו דטעמא דאין יכול המלוה להקדיש ולמכור משום דהוי אינו ברשותו, וא"כ למה דמבואר באחרונים דהנגזל יכול למכור לגזולן, הרי ה"ה דהמלוה יכול למכור ללוה].

(ב) והנה הראשונים דכן מבואר בירושלמי, דהירושלמי סו"פ מבאר דאם הלוח סילק את המלוה המוקדם אין המאוחר חוזר וגובה, ופריך הירושלמי הא דאיכא גבי מיני', ומשני דמיירי ביורש, וצ"ב אמאי לא הזכיר הירושלמי דאף בלוקח איתא להאי דינא, ויתכן לומר דשאני יורש, דכיון דשומא הדר חשיב כגבאו וקנה ממנו, אבל בלוקח דליכא דין שומא הדר אינו אלא סילוק החוב, ואינו ענין כלפי החוב של המאוחר, אולם עי' בחזו"א י"ד סוף סק"ו דכתב דכן הדין לגבי לוקח.

(ג) עי' בריטב"א דהביא לדברי הירושלמי, והוסיף דאם קדם וטרף המאוחר, וסלקוהו היתומים, ואח"כ בא המוקדם וגבה ממנו, דהדרי יתמי על בע"ח מאוחר ומוציאין ממנו לדמי הסילוק.

וכן מצינו בנתיב"מ סי' קצ"ד ס"ק ו' דמסתפק באופן דלוקח סילק את המאוחר ובא המוקדם וטרף מהלוקח, האם יכול לתבוע את המעות מהלוה או לא, דהלוה יכול לומר דהיה צריך ליתן למאוחר לגבות, והיה המוקדם טורף ממנו, והיה מפיסו, או דילמא דחשיב כפורע מדעת הלוה, והוסיף הנתיב"מ דאם אין מעות ללוה, יכול הלוקח לחזור על הבע"ח המאוחר, כיון דהוי נתינה בטעות.

(א) בספר התרומות שער כ' ח"א אות א-ג כתב דשמעי' מהכא דמלוה שהלוה את חבירו ב' הלואות, ועבר הזמן של תרוייהו, ופרע בסתמא, דיכול המלוה לומר דקבלם לחוב א', אעפ"י דהלוה אומר דפרע בשביל חוב ב', דהא הכא שומעין למלוה דקיבלם משום מצוה, אעפ"י דהיורשים אומרים דדעתם היה לפרוע חוב ב', והוסיף התרומות דה"ה אם הלוה אמר להדי' דפורע חוב ב', דבידו של המלוה לומר דנטלו לחוב א', והק' התרומות דהא מבואר בסוגיין דאי אמרי דמי קטינא דארעא סלוקי סלקוהו, ואין שומעין למלוה, ותי' דשאני דינא דסוגיין דאינם מחוייבים אלא בנ' כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ולפיכך ידם עה"ע, עכתו"ד, ומבואר מדבריו דכל היכא דפרעו היתומים בסתמא יכול לכפותם, אבל היכא דפירשו להדי' אינו יכול לכפותם, אולם צ"ע דממנ"פ הא כמו דאינו יכול לכפותם באומרים להדי' דמי קטינא משום דאין חייבים אלא נ', ה"ה דבסתמא לא יוכל לכפותם כיון דאינם חייבים אלא נ', ועמד בזה בגדו"ת אות ב', ועי' בקוב"ש אות ש"ז, וצ"ע.

(ב) ועי' בגדו"ת אות ג' דתמה על קו' התרומות דמוכח מהא דאי אמרי דמי קטינא דארעא סלוקי סלקוהו דאין שומעין למלוה, דילמא סוגיין מיירי דהמלוה נתרצה לקבל בשביל הקטינא, ותי' הגדו"ת דלישנא דסלוקי סלקוהו משמע דמיירי בגוונא דסילק בע"כ, ע"ש, אולם עי' היטב ברמב"ן דמבואר בלשונו דמיירי בפרעו מדעתו, והיינו דלפי הרמב"ן סוגיין מיירי קודם הגביה, ולכך א"א להחשיבו כגבה ומכר, בלא דעתו, אבל להתרומות מיירי אחר הגביה, ומסלקו בע"כ.

(ג) והנה מסו"ד התרומות למדנו דאי נתנו לו בסתמא ולא פי' להדי', מהני הא דיד המלוה עה"ע, אעפ"י דזה שלא כרצון היתומים, ולכא' זה סותר לדברי הקצוה"ח בסי' ע"ה סק"ד דהוכיח מסוגיין דכל דחייב לצאת יד"ש ליכא דין מחילה בטעות, וא"כ ליכא ראייה דבעלמא נמי יד המלוה עה"ע.

(א) במשנת ר"א ב"מ סי' י"א סק"ז הק' כיון דסוגיין מיירי בפרעו בע"כ, [וכנ"ל מהתרומות] א"כ מוכח מהכא דמהני סילוק בשווי הקרקע, וזה סותר להשיטות דלא מהני סילוק אלא בדמי החוב, וכבר עמד בזה השואל בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' י', והתשבץ השיב דמיירי בפרעו מדעתו, אולם הרי נתבאר דלפי סה"ת מיירי בפרעו בע"כ דמלוה. וע"ש במשנת ר"א דביאר דבאמת הוא מדין שומא הדר, והנך שי' ס"ל דבלוקח ליכא דין שומא הדר, וכמו דבארו הקצוה"ח סי' ק"ט סק"א והגר"א סי' קי"ד סק"כ א"כ בביאור החילוק בין ס"ו לס"ז.

(ב) והנה הש"ך קי"ד סק"א וקט"ו סק"כ פסק כדעת הראב"ד והרמב"ן שהובאו בספר התרומות דלא מהני סילוק על מקצת, ולפי"ז יש לומר דאינו ענין לסוגיין, דהא אינהו מיירי בגוונא דהמלוה טוען לדידי שוה לי ולכך א"א לסלק במקצת, אולם הכא הרי מיירי דאינו טוען לדידי שוה לי, דהא הדר קטריף, ולכך מהני סילוק בשווי, אולם עי' בנתה"מ סי' קי"ד סק"ב דביאר בדעת הש"ך דלהנך שיטות הקרקע משועבדת לכל החוב, ואף בגוונא דהמלוה מקבלה בשומא אין יכולים לסלקו בשווי, כיון דעדיין הוא משועבד לו, [ובעיקר הנידון עי' בסוגיא דחלוקת בעלי חובות בכתיבות צ"ג דנתבאר דלפי תשו' הרי"ף נחלקו בזה רבי ורבי נתן עם כל הנכסים משועבדים לחובו, או רק לפי ערך החוב], וא"כ עדיין צ"ע מסוגיין, ולדבריהם אין לומר דשאני סוגיין דאיכא דין שומא הדר, דהא אינהו ס"ל דאין חילוק בין יורש ללוקח, ולעולם א"א לסלק רק בדמי החוב, וכן מבואר להדי' בש"ך ק"ט סק"א, וא"כ עדיין צ"ע איך מהני הסילוק, ואעפ"י דיתכן לומר דסוגיין מיירי בפרעו מדעתו, [וכמבואר לעיל מהרמב"ן], מ"מ אכתי תקשי דהא נתבאר לעיל דלדעת הבעה"ת סוגיין מיירי בסילוקו בע"כ, והש"ך בסי' קט"ו סק"כ נקט דהתרומות מודה להל' לדברי הראב"ד והרמב"ן, וא"כ צ"ע עדיין מסוגיין איך מהני הסילוק, וצע"ג.

(ג) ובעיקר הנידון לחלק בין לוקח ליורש בדין סילוק - לכא' יש לבאר דאינו חילוק רק מדין שומא הדר, אלא דיתכן דרמי בר חמא מודה דיורש מצי סלוקי, ומשום דיורש כרעא דאבוה, [אולם עדיין ק' איך מועיל סילוק בשווי]. ועי' ברשב"א ב"מ ק"י ב' "ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמה דגביא דמיא. ובדשויה ניהליה באפותיקי מפורש הלא הא לא שווייה אפותיקי מפורש על ב"ח להביא ראייה דלאו לגוביינא קיימא דאי בעו יתומים מסלקי ליה בזווי לכ"ע. ומהא שמעין דכל דשויה באפותיקי מפורש אפילו יתומים לא מסלקי ליה בזווי דכמכר היא דכיון דלא פריק לה האב ולא פקיד דלפרקיה איאוש מיאש מינה ושבקה ניהליה לפרעון ואפילו יורש דכרעא דאבוה הוא לא מצי פריק, וכן כתב הראב"ד "ומבואר להדי' ברשב"א דביורש כו"ע מודו, ונרמז בתו"ד דטעמא משום דיורש כרעי' דאבוה, אלא דאין סברא זו מהני באופתיקי מפורש, וכן עי' במהר"ם שם דכתב דליכא פלוגתא ביורש, וכן מבואר בתורי"ד ב"ק צ"ו ב', אולם בתורי"ד ב"מ שם כתב דפליגי נמי ביורש, וכן עי' בש"ך קט"ו סק"ל דכתב "ואפילו תימא דהא נמי תלי בפלוגת' דלוקח דמ"ה לוקח לא מצי לסלוקי בזווי ה"ה יתומים" ומבואר דמסתפק בזה גופא אי פלוגתייהו דרמב"ח ורבא לגבי לוקח קאי גם על יורש או לא, [ועי' תו' ב"ב ק"ז א' ד"ה רב דמבואר מדבריהם דלרב יורש גרע מלוקח, וברש"ש שם תמה דילמא רב פליג גם על לוקח, ע"ש].

(ד) בטור סי' ק"ז ס"ג הביא מהתרומות דיורש שמכר לנכסי האב יכול לסלק את המלוה במעות שלו, אבל אם אין ליורש מעות ומטלטלין משלו, אלא רק קרקע משלו יכול המלוה לומר איני רוצה, ובב"י דייק מלשון הטור דכל

דיש ליורש מעות ומטלטלין דצריך לסלקו במעות, ורק אם אין לו מעות מסלקו במטלטלין, אולם עי' בב"י סי' ק"ב מחדש ב' דכתב לדייק מדברי הטור בסי' ק"ז ס"ה דא"א לסלק במטלטלין דיורשים כיון דלא היה שעבודו עליהם, אבל במעות מצו מסלקי, וביאר הב"י בטעמא דמילתא דהא אם הניח הלואה מעות אין דינו אלא במעות וכיון דמטבע אין בו סימן לא הניח כהניח, ועוד ביאר דכיון דיכולים למכור את הקרקע וליתן לו מעות, שפיר מצו מסלקי ליה במעות, וביאור דברי הב"י דס"ל דעיקר זכותו של המלוה הוא להוציא ממון מהנכסים, והנכסים הם רק חילוף המעות, ולכך במעות כיון דאין בהם סימן ע"כ דאין זכותו דוקא על מעות אלו, אלא דיש למלוה זכות לקבל מעות מנכסיו, ומה"ט יכולים לסלק במעות המכירה, כיון דזה הוא עיקר הזכות של המלוה לקבל ממנו זווי, ולכך יכול היורש לסלקו בזווי].

ובקצוה"ח ק"ז ד' הק' מדוע הוצרך הב"י להנך טעמי, ולא ביאר דיורש לא גרע מלוקח, וכמו דלוקח יכול לסלק בזווי, אע"ג דלא שייך בו הנך טעמי, ה"ה לגבי יורש, וכ"כ בביאור הגר"א שם ס"ק י"ט.

ודברי הקצוה"ח והגר"א צ"ע דהא הב"י בסי' ק"ב מיירי על דברי הטור בסי' ק"ז ס"ה, והתם קאי ביורשים שכבר מכרו את הקרקע, ולכאור' אחר המכירה הוו כאחר, משא"כ לוקח חשיב כבע"ד כיון דמסלקים ממנו את הקרקע, וי"ל דס"ל לקצוה"ח והגר"א דכיון דהיורש כרעי' דאבוה הוי בע"ד אף אחר המכירה, וצ"ע בזה.

ובאמת דע"כ מוכרח דהב"י מיירי בכה"ג, דהנה בשו"ת ברית יעקב סי' צ"ו תמה על הב"י דתיפו"ל מדין שומא הדר, וע"כ מוכח דהנידון ביורש שמכר ובזה לא שייך שומא הדר, וצ"ע בכ"ז.

שומא הדר

ב"מ ל"ה א-ב

גמ' - ההוא גברא וכו' ואייקור. עי' ברש"י דכתב דהוקר יתר על הדמים שפרע לבעלים, ובריטב"א כתב דאיקור בתר שומא, אולם מרש"י משמע דאף באיקור קודם השומא, וצ"ב מה הנידון בזה, ועי' בחי' הגרנ"פ.

(א) גמ' - למימרא דסבר ר"נ שומא הדר. ותמהו הראשונים הרי דין שומא הדר הוא באופן דהלואה רוצה לבטל הגביה, אבל הכא אדרבא השומר רוצה דהכיפי ישארו בידו, והביאו הראשונים לתרץ דכוונת הגמ' דמכ"ש דייק, דכיון דהכא הדר בע"כ כ"ש דבעלמא הדר, אבל אי בעלמא הדר אינו ראייה דהכא נמי הדר, וק' איך יתכן דבאמת יש דין שומא הדר בע"כ.

ולכאור' מבואר מזה דלפי הס"ד דינא דשומא הדר אינו משום ועשית הישר ובטוב, אלא הוא מעיקר הדין, וגדר הדין הוא דכל השומא הוא רק כ"ז שיש סיבה וצורך בשומא, אבל כשבא הלואה לפרוע שפיר בטל השומא, וכן בכיפי כיון דנמצאו הכיפי הרי אי"צ בשומא, וממילא הוא דבטל זכיית השומר בכיפי, [ולתי' זה מדויק לישנא דגמ', דקו' הגמ' למימרא דשומא הדר אינו רק אי ר"נ סבר הכי או לא, דודאי יתכן דר"נ כנהרדעי, אלא כוונת הגמ' להק' למימרא דסבר ר"נ שומא הדר אף בע"כ].

(ב) עי' ברמב"ן מה דתי', ולכאור' כוונתו דבאמת אף לולי דינא דשומא הדר, אין השומר קונה את הכיפי, [או משום דליכא קנין, או כיון דהטריחו לבי"ד אינו מקנה לו] וכל הנידון הוא לגבי האפדנא, ולכך ודאי דניח"ל לשומר דיתזירו לו את האפדנא, ואי לא ניח"ל שיחזירו לו את האפדנא, יתן לו בעל הכיפי את דמי האפדנא כשעת השומא, ולא כפי היוקר, ונלמד מדבריו חידוש גדול דאיכא נידון בפנ"ע לגבי האפדנא, דמכר לו את האפדנא תמורת החוב דמים של

הכיפי, ואעפ"י דנמצאו הכיפי, עדיין האפדנא של הבעלים, ובעי' לדין שומא הדר או שומא בטעות כדי לבטל את המכר של האדפנא, ולולי זה הוא חייב לו רק את דמי האפדנא.

והנה הרמב"ן בתו"ד כתב "א"נ רווחא דאייקור" ולכא' נראה דמסתפק בהא גופא האם בלא דין שומא הדר נמי הדרי הכיפי, או רק היוקרא, אולם א"א לומר כן, דהא בתי' הגמ' הרמב"ן כתב ב' פעמים דהכיפי הדרה מדינא - עי' להלן, וע"כ צ"ל בכוונתו [אף שהוא קצת דוחק] דודאי מעיקר הדין הדרי הכיפי, והבעלים חייב לשומר את דמי האפדנא, אלא דאפשר לעשות כן בב' אופנים, או דיחזיר הכיפי וישלם לו דמי האפדנא, או דהכיפי ישאר אצל השומר, וישלם לבעלים את דמי היוקרא, וע"ז כתב הרמב"ן דכיון דבכל אופן אין לשומר את ריוח היוקרא, נקטי' בסתמא דהשומר ירצה להחזיר את הכיפי וליקח את האפדנא, ויש לו זכות זו מדין שומא הדר.

[ובעיקר דברי הרמב"ן דמקח האפדנא קיים, ואינו חייב רק את דמי האפדנא, ראיתי להוסיף בזה, דהנה בב"מ ס"ה א' מבואר דמעיקר הדין מי ששילם בשביל ריבית בגלימא, ב"ד מוציאין ממנו רק את דמי הגלימא ולא את הגלימא, ועי' בריטב"א שם דביאר דבאמת הוא תשלום גמור, ווהכי כן מהא דבמת אי"צ בניו להחזיר, אלא דצריך למיהדר לי' מחמת האיסור, אולם עי' ברמב"ן שם דביאר דהוי מקח גמור אלא דהוי מקח באיסור, ומקח הנעשה באיסור אינו בטל, אלא הוא חייב להחזיר את דמי הריבית, וכ"כ הרא"ש שם, ומבואר מהרמב"ן דהיכא דמשלם בחפץ הוי כמקח, ותשלום המקח הוא בחוב, ומשו"ה ס"ל להרמב"ן דאף היכא דנתברר דליכא חוב אינו ביטול על עיקר המכירה, ולכך אי לא דינא דשומא בטעות ודינא דשומא הדר אינו חייב אלא את דמי האפדנא, דחשיב כמכר לו את האפדנא, ושילם לו על הכיפי בחוב שהוא צריך לשלמו על האפדנא.

ועי' מחנ"א ריבית סי' ב' דכתב "דההיא מיירי במכר לו גלימא משום הדר" וזוי דרבייתא דהוה מסיק גביה דדל מהכא וזוי דרבייתא מ"מ המכר קיים כל שמשך המלוה מאחר דהמוכר רוצה למכור, ודמי למוכר חפץ לחבירו בד' וזוי שהיה סבור שהיה חייב לו ואישתכח דלא היה חייב לו מידי דהמכר קיים וצריך לתת לו דמיו שהרי בתורת מקח בא לידו ולא בתורת גזל" ומבואר עכ"פ דס"ל דהיכא דהוי מקח גמור ושילם בחוב ונודע לו דליכא חוב דאין בטל המקח, ועי' מל"מ פ"ח מו"ל ה"ט דלכא' חולק על דינא דהמחנ"א וחשיב כמקח טעות, ועי' חזו"א יו"ד סי' ע' סק"ב דדן בדברי המל"מ ולדבריו אינו חולק על המחנ"א, ואכמ"ל בזה].

(ג) וברשב"א ותוס' הרא"ש תי' דכיון דצריך להחזיר את היוקרא ניח"ל לשומר דיחזיר לו את האפדנא, ואי לא ניח"ל מחזיר לבעלים רק את היוקרא דכיפי והאפדנא נשאר ביד הבעלים, אולם צ"ע כיון דעדיין הכיפי של השומר, מדוע צריך להקנאה בפנ"ע על היוקרא, ואינו זוכה בה ממילא מדין ארעאי אשבת, וכן תמה במיוחס לריטב"א על הרשב"ד.

ועי' בריטב"א דג"כ תי' בשם רבינו דס"ל לגמ' דכיון דהדר יוקרא דכיפי למפקיד ניח"ל לשומר דהכיפי נמי יחזור לבעלים, והק' הריטב"א דאכתי תקשי אמאי לולי דין שומא הדר קונה השומר את הכיפי, הא כיון דהטריחו לבי"ד לא הקנה לו כלום, ותי' הריטב"א דס"ד דמקנה לו את הכיפי ורק את היוקרא אינו מקנה לו, אלא דצ"ב א"כ מאי דחי דהוי שומא בטעות, הא הקנה לו את הכיפי על הצד שימצא הכיפי, ולא שייך בזה טעות, דהא ע"ז גופא הקנה לו, וביאר הריטב"א דהדרין השתא מהא דס"ל דמקנה לו הכיפי, אלא לעולם אינו מקנה לו את הכיפי כיון דהטריחו לבי"ד, עכתו"ד, וצ"ע לישנא דגמ' שומא בטעות, הא אינו עיקר הטעם, וי"ל דאילו היה מקנה לו את הכיפי כפי הס"ד, א"כ גם תשלום האפדנא לא היה בטעות, שהרי תמורת זה קיבל את הכיפי, ורק משום שנקטינן שאינו מקנה לו את הכיפי כלל, להכי הוי האפדנא שומא בטעות.

(ד) ובמיוחס לריטב"א תי' דבאמת אין השומר רוצה לבטל המקח, ורק הבעלים הוא דרוצה לבטל המקח, ומדין שומא הדרה הבעלים תובע את הכיפי מהשומר, וכתב דלפי"ז נלמד דאף במטלטלין איכא דין שומא הדר, ועוד נלמד דאף בנתייקרה הקרקע ביד המלוה אחר הגוביינא, איכא דין שומא הדר ואינו משלם למלוה את היוקרא, דהא

הכא הבעלים תובע מדין שומא הדר את הכיפי עם היוקרא, [ובשו"ע ק"ג ס"ט פסק בדין שומא הדר היכא דהוקר אינו נותן לו רק דמי חובו בלבד, וכתב הגר"א ס"ק כ"ז דכן מוכח בכיפי למאי דס"ד משום דשומא הדר, וצ"ב הא שומא הדר קאי על האפדנא, ומה דנתייקר הוא הכיפי, ולכא' מוכח כהריטב"א דמיירי דהמלוה הדר מהשומא דכיפי, אולם צ"ע דהרי השו"ע פסק דליכא דין שומא הדר במטלטלין, וצ"ע].

(ה) עי' בר"ח דלולי דין שומא הדרה היה הכיפי והיוקרא של השומר, ועי' באבן האזל פ"ח משו"פ ה"א דהוכיח מזה דכל דשילם על החפץ ממילא הוא קונה את החפץ, [ועי' ברש"י ב"מ נ"ז ב' ד"ה והו' להו ודף צ"ט א' ד"ה וחבירו דמבואר דהמועל זוכה בחפץ משום דנתחייב לשלם, ועי' בחי' הגר"ש קדושין ס"ו ס' ו"ב"ק ס' כ"ג דהוכיח מזה דסגי במה דמתחייב לשלם, אעפ"י דעדיין לא שילם, וביאר עפ"י לקנין יאוש, אולם יש לדחות דשאני התם דבלא"ה החפץ יוצא מהקדש ע"י המעילה, ולכך מחמת התשלומין הוא זוכה בו, אולם מהיכ"ת דהחייב גורם ליציאת החפץ מרשות הבעלים] וכן מתבאר לכא' בסוגיא דפחת נבילה, דהנבילה של המזיק אף קודם התשלומין, ולכך פחת דידי, וע"ש ברש"י ד"ה ולישתוק, ואכ"מ].

והוסיף באבן האזל דלכא' מהרשב"א מוכח דלא כדבריו, דהא פי' דאינו זוכה ביוקרא מעיקר הדין, והא שילם לו באפדנא, ותי' דהרשב"א ס"ל דהנידון הוא על הוקרו קודם ששילם, והר"ח ס"ל דמיירי דהוקרו אחר ששילם, אולם הרי בריטב"א כתב להדי' דאייקור אחר השומא, ומ"מ כתב דטעמא דקנה השומר לכיפי משום דהמפקיד הקנה לו את הכיפי, ולא כתב דזוכה מחמת התשלומין, וצ"ע.

ובדעת הר"ח צ"ע כקו' הראשונים דא"כ מה הס"ד דהדר כיפי מדין שומא הדר הרי השומר אינו רוצה בכך, ויתכן לומר כתי' קמא דהראשונים דבדרך את"ל פריך, או דס"ל כמיוחס לריטב"א דקאי על המפקיד.

(א) גמ' - שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא. עי' ברש"י ד"ה דשומא דסבור היה שאבדו והרי לא אבדו, [וצ"ב אטו בגוונא דידוע לו בודאי דהחפץ ברשותו אלא דאינו יודע היכן הוא, הוא פטור מלשלם, הא אינו יכול להשיבו], ומבואר דבגוונא דבאמת אבדו ונמצאו אינו בכלל דין שומא בטעות, וכן מבואר בר"ח, אולם עי' ברמב"ם פ"ח משו"פ ה"ג פסק דאף בנאבד ונמצא איתא לדינא דסוגיין, וכן הוא מסקנת הרמב"ן.

ובריטב"א כתב דלפי דבריו דתי' הגמ' דבאמת לא הקנה לו את הכיפי משום דהטריחו, אין חילוק, דאף היכא דבאמת לא היו ברשותו נמי בטל השומא, דהא מעולם לא הקנה לו את הכיפי.

(ב) עי' ברמב"ן דביאר דכיון דמחזיר לו את הפקדון, אגלאי דלא היה למפקיד תביעה לשומר, ואילו היו יודעין דימצאו הכיפי לא היו יורדין לנכסיו, [והוא חידוש גדול דכל דידוע לנו דבעוד י' שנים ימצא הפקדון, פטור השומר מתשלומין על הפקדון], וכתב הרמב"ן דמה"ט אפילו בהוול האפדנא מחזיר את האפדנא לשומר בע"כ, ואינו משלם כפי שעת השומא, דכיון דדינא הוא דהדי' הכיפי א"א לחייב את המפקיד לקנות את האפדנא, דלא לקחה ע"מ כן, עכתו"ד, ומבואר ברמב"ן כשי' בתחילת הסוגיא, דהא דהכיפי הדי' אינו משום דין שומא בטעות אלא מעיקר הדין, וכל הנידון הוא לגבי האפדנא, ולולי דין שומא בטעות חייל מקח האפדנא, והיה צריך לשלם לשומר כשעת השומא אעפ"י דהוול, ורק משום דין שומא בטעות בטל המקח.

(ג) והביא הרמב"ן לדברי רש"י ור"ח דמיירי דהוברר דלא אבדו הכיפי, אבל בנגנבו ונמצא הגנב לא הוי בכלל דין שומא בטעות אלא בעי' לדין שומא הדר, ונפק"מ היכא דמכר את הכיפי דכה"ג ליכא דין שומא הדר, או היכא דהוול האפדנא ואין השומר רוצה באפדנא, דכה"ג ליכא דין שומא הדר כיון דהוא בע"כ, וליכא נמי דין שומא בטעות לפי רש"י, דכה"ג הכיפי של המפקיד, ומשלם לשומר דמי האפדנא כשעת השומא, ומבואר להדי' נמי כנ"ל

דהאפדנא והכיפי שייך למפקיד מעיקר הדין, וחייב את דמי האפדנא לשומר, ותלוי בדעתו של שומר אם רוצה לבטל את השומא או לא

עי' ברמב"ם פ"ח משו"פ ה"ג דהיכא דהטריח השומר את הבעלים ושילם להם מעות ונמצא הגנב דהוי שומא בטעות ומחזיר הדמים לשומר, ועי' במאירי דהק' על הרמב"ם דהרי בגמ' מבואר דאמרי' שומא הדר בעובדא דכיפי והק' הראשונים הרי השומר אינו רוצה למיהדר, ותי' הראשונים דכיון דמזחיר האפדנא ממילא חזור נמי הכיפי והיורא, אבל היכא דאין חזור האפדנא אין חזור נמי היקורא, וא"כ בשילם מעות, כיון דאינו רוצה להזחיר את הכלים לבעלים, וליכא טעמא דהאפדנא חזורת לשומר, לא שייך בזה שומא הדר בע"כ, וצ"ע בכ"ז. ועי' ברע"א סוף ק"ג, וצ"ע בכ"ז.

(א) גמ' - והלכתא שומא הדר לעולם. הנה בדף ט"ז ב' מבואר בגמ' דהיכא דהלוח מיהדר לשומא מרישא הוא דקא זבין אבעי ליה למיכתב שטר זביני, ועי' ברש"י דכיון דהיה דוחהו מלהחזיר לו את השטר היה לו לתבוע ממנו שטר מכירה, ועי' ברמב"ן דחלק על רש"י דלעולם צריך לכתוב לו שטר, ואף בגוונא דרצה להחזיר לו את השטר, אולם בחי' הר"ן שם חלק דלא בעי' קנין, וכתב בזה ב' טעמים, חדא, דכיון דתקנו דשומא הדר ע"ד כן הגבוהו, ועוד דכיון דהלוח הדר בע"כ דמלוה, ולא בעי' דעת מקנה, אינו נידון כמקח, אלא כביטול שומא ראשונה, ודייק כן מלשון הרמב"ם פכ"ב מו"ל ה"ט, והובא בכס"מ שם, וכן נקט בש"ך סק"י בדעת הרמב"ם. ויסוד המחלוקת הוא אם שומא הדר הוא סילוק על החוב או דהוא מכר על הקרקע, ולהלן יתבארו בזה כמה נפק"מ.

(ב) עי' בריטב"א דבשמו ארעא לקטן לא הדרה עד דגדיל וידע לאקנויי, ועי' ש"ך ק"ג ס"ק י"א דאזיל כהרמב"ן דהלוח צריך לכתוב שטר על הקרקע, אבל לפי הר"ן קטן נמי מצי לבטל לסלקו מהקרקע, וכ"כ בקצוה"ח סק"ה, ועי' בתומים סק"ח דמ"מ הוי כדינא דבר מצרא דאין קטן מחוייב בדין הישר והטוב.

(ג) עי' בריטב"א בתחילת הסוגיא דכתב דנפק"מ בין דין שומא הדרה לשומא בטעות, לענין הפירות, דמדין שומא בטעות הדרי נמי פירא, אבל מדין שומא הדר אין המלוה צריך להחזיר הפירות, כיון דאין כאן הישר והטוב, דהא זימנין דהפירות הוו כשיעור החוב, וסיים הריטב"א תדע דהא מבואר בגמ' בדף ט"ז ב' דצריך המלוה לכתוב לו שטר, וע"כ דהוי זכיה גמורה.

(ד) ועי' בתו' בסוגיין ד"ה זבנה דהוכיחו מהא דהמלוה אוכל פירות דהקרקע שייך למלוה לגמרי, וכוונתם דאי לא הוי שלו, איך אוכל פירות הא הוי ריבית, וכן עי' בתו' ב"מ ס"ז ב' ד"ה האי דהק' אמאי גבו יתומים קרקע בע"ח חוזר וגובה מהם, הרי הלוח יכול למיעבד שומא הדר, כמו דחזי' דאין גובין משכנתא מיתומים באתרא דמסלקי, ותי' דשאני שומא הדר דהוא מכירה גמורה, וכמבואר בדף ט"ז ב', והביאו לזה ראייה מהא דחזי' דהמלוה אוכל פירות בלא נכיתא, והיינו דקשיא להו אמאי לא הוי ריבית, הא בטל הגביה, וע"כ דהוא מכירה גמורה, [ועי' פתחי תשובה יו"ד סי' קע"ד סק"א דהביא מנובי"ת יו"ד ע"ה דאינו ריבית כיון דבמכרה ליכא דין שומא הדר, וצ"ע דלא העיר דתו' כבר עמדו בזה ויישבו באופ"א].

ולפי הר"ן דהוא רק גדר סילוק ע"כ צ"ל דאינו סילוק למפרע, דא"כ תק' איך אוכל פירות הא הוי ריבית דאו', אלא הוא רק סילוק מכאן ולהבא, אלא דהוי כפרעון לזמן, ולכך הפירות הוו של המלוה, אבל היוקרא של הלוח, [ואף לטעם הר"ן דע"ד כן הגבהו נמי צ"ל דהוא רק מכאן ולהבא].

ועי' בש"ך ס"ק י"ח דהביא לדברי תרומה"ד סי' של"ט, ושם בתרומה"ד הק' בהא דמבואר בפסחים ל"א א' דמדינא דיתומים דגבו קרקע מוכח דלמפרע הוא גובה, דאל"כ הוי מטלטלי דיתמי, והק' הרי אף לאביי הוי מטלטלין כיון דקיי"ל דשומא הדר, ויכול הלוח לסלק את הקרקע, ואי"ז קרקע של אבי היתומים, והוכיח מזה דאף בכה"ג חשיב קרקע דמלוה, ובסו"ד דחק דאיכא לאוקמי בגוונא דליכא שומא הדר כגון בהשביחה או נתייקרה לפי הרא"ש, ולכאור' מבואר מדבריו דנסתפק בהא גופא אם שומא דהר זה סיבה לדונו כמטלטלין, ולכאור' זה תלוי בנידון הנ"ל אי הוי סילוק החוב או מקח, וע"ע שו"ת ר"י מסוצק סי' דברים נפלאים בזה.

ה) עי' ברא"ש סי' ד' דכתב דשומא הדר הוא רק היכא דלא השביח המלוה ולא נתייקרו הקרקעות, אבל היכא דהוקרו הקרקעות ליכא דין שומא הדר כיון דהלוח יצפה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעות לפדות הקרקע ואיכא נעיל"ד בפני לוין, ומבואר מהרא"ש דמעיקר הדין הלוח מסלקו כפי שעת השומא, ולכך הלוח מצפה לריוח היוקר, ולכאור' לפי"ז מוכח דס"ל להרא"ש דהוא רק סילוק, ומשו"ה משלם כשעת השומא, דאי הוי מקח היה צריך לשלם לו כדהשתא,

אלא דא"כ צ"ע דא"כ אף לא יוכל לסלקו ע"י שישלם לו כשעת היוקרא כיון דהוי ריבית, או עכ"פ מיחזי כריבית, ועי' להלן דמבואר להדי' בטור בדעת הרא"ש דיכול לסלקו כפי היוקרא, ועי' להלן בסוה"ד כוונה אחרת בדברי הרא"ש.

ו) ובטור ס"ט הביא מהרא"ש דבהשביחה המלוה אינה חוזרת אף אם ישלם לו הלוח את ההוצאה, ובנתייקרה חוזרת כפי שעת היוקר, ועי' בגדו"ת ש"ג ח"ה סי' י' דהק' מ"ש דבהוציא והשביח אין הלוח יכול לשלם לו את ההוצאה ולסלקו, ובהוקרה יכול לשלם את היוקרא ולסלקו, ותי' דדייק מלשון הרא"ש דפתח דלא השביח ולא הוקר, וסיים אבל נתייקר וכו', דמוכח מזה דבנתייקרו טעמא רק משום נעילת דלת דיתמתין שיתייקר, ולכך מהני דישראל לו את היוקרא, אבל בהשביח והוקר הוי כקאו בשינוי ואינו יכול לסלקו כלל, וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ח, ובש"ך ס"ק י"ד תמה דא"כ גם בנידון שהוציא ולא השביח נמי נימא דכיון דאיכא שינוי לא הדרה, וע"ש דהאריך לחלוק על הטור, ולדעת הרא"ש גם בהוציא והשביח יכול לשלם לו את כל השבח ולסלקו, ועי' בתומים ס"ק י"א דהאריך עוד בדעת הרא"ש.

ובאמת דבתרומה"ד סי' של"ט כתב דלפי הרא"ש השביח או נתייקרה ליכא דין שומא הדר, ומשמע דאף אם ישלם לו כל היוקרא והשבח, דאל"כ אכתי תק' קו' התרומה"ד אמאי גובין קרקע שגבו יתומים, הא יכול הלוח לסלק, וצ"ע.

ז) ובספר התרומות ש"ג ח"ה סי' ז' כתב דיש מחלוקת באופן דהמלוה שינה הבנין אולם ליכא שבח, אם מחזיר לו דמי ההוצאות או לא, ובסי' י' כתב התרומות דמסתברא היכא דהשביח מאליו כמו בהוקר, אסור ליטול שבח מעותיו כיון דמחזי כריבית, אבל היכא דהשביח מחמת הוצאה נוטל כדין יורד ברשות, ובמ"מ פכ"ב מו"ל הל' י"ז כתב כדברי התרומות, ובכס"מ [ובבדק הבית ס"כ] הק' על דינא דהוקרה דא"כ איך אוכל פירות הא מיחזי כנוטל שכר מעותיו, וע"כ דהוי מכר גמור, אלא דכתב דיתכן דמ"מ ביותר מכדי חובו אינו בכלל הישר והטוב, ועי' בגדו"ת שם ובט"ז סעיף ט' דדוקא בנוטל ממנו יותר דמים בזמן הפרעון מיחזי כריבית, אבל באוכל פירות דנחית

בתורת אוכל שלו, אינו מיחזי כריבית, ועי' בסמ"ע ס"ק י"ז דדן מה הדין בדיקלא ואלים, ועי' בש"ך ס"ק י"ג דודאי כה"ג מיחזי כריבית.

ובאו"ש פכ"ב מו"ל הט"ז כתב דאי נימא דשומא הדר הוי מדין סילוק החוב, הוי ריבית, אבל אי הוי מדין מכר וצריך לשלם כשעת היוקר, אינו ריבית, [אולם ודאי דאין כוונת האו"ש לומר דהוי סילוק למפרע, דא"כ הוי ריבית דאו, ואיך אוכל פירות, אלא הוי סילוק מכאן ולהבא ואינו אלא מיחזי כריבית], וצ"ב דא"כ מדוע הוצרכו התרומות והמ"מ לטעמא דריבית, ולא כתבו דאין היוקרא שלו כיון דהוא רק סילוק, ואולי כיון דהוא רק סילוק מכאן ולהבא אינו יכול לסלקו אלא כדהשתא, אלא דהוא מיחזי כריבית, אולם תקשי דאף דהוא מיחזי כריבית, אבל מ"מ איך מחייבין אותו למכור בפחות משויו, וצ"ב.

וכתב באו"ש דנפק"מ בכ"ז, היכא דיש למלוה בע"ח, אם גובה את הקרקע מהלוה אחר הסילוק, דאי הוי סילוק החוב, הרי נתברר למפרע דאין הקרקע של המלוה, אבל אי הוי מכר, הרי כמו דמוציאין מלקוחות, ה"ה דמוציאין מהלוה, [וצ"ל דאעפ"י דנתבאר דע"כ דהוי סילוק רק מכאן ולהבא, מ"מ כיון דמעיקרא לא היה שלו על הזמן שלאחר הסילוק לא חייל עלי' שעבוד].

(ח) ועי' במ"מ שם דהוסיף דבהוזה אין כופין את המלוה להחזירה אא"כ נותן לו כשיעור חובו, וכן פסק השו"ע ס"ט, ובקוב"ש ב"ב תרכ"ז הוכיח כן מהרשב"ם ב"ב קס"ט א', והק' דאי נימא כהר"ן דהוי מקח, מדוע צריך לשלם לו כפי שעת השומא, ולכאור' צ"ל דכוונת הר"ן דאי ניזיל כשעת הזולא אי"ז בכלל הישר והטוב, וצ"ע.

(ט) בתו' ב"ק ט' א' ד"ה ורב הק' אמאי ס"ל לרב דאחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד כיון דיורשים הם בטלה מחלוקת, הא יכול ליתן מעות ולפדות הקרקע מדין שומא הדר, ותי' דנפק"מ בזבנה דלא הדרה, ובאו"ש שם הוכיח מתו' דס"ל דאף בנתייקרה אזלי' בתר שעת השומא, דאל"כ אמאי לא תי' דמיירי בנתייקרה ולא יפדנה ביותר.

ועי' בשער המשפט ק"ג סק"ז דהוכיח מתו' דאיכא שומא הדר בחצי מהקרקע, דהרי האח אינו רוצה לסלקו אלא בחלקו מהחוב, והוא הרי גבה לכל הקרקע בחובו וכמבואר שם בגמ', וע"כ דגם בכה"ג איכא דין שומא הדר, ועוד מוכח מתו' דאיכא שומא הדר גם על חצי מהחוב, וכן נתבאר בסוגיא דסלוקי דכן דעת קצוה"ח סי' ק"ט וביאור הגר"א סי' קי"ד דאמרי' שומא הדר גם על חלק מהחוב, והערוני בזה למשנת יעבץ חו"מ סי' כ"ה סק"ה דהאריך בזה, ואי"ה אשוב ואפנה.

עי' מל"מ פכ"ב מו"ל הט"ז דשומא הדר הוא רק במעות ולא בקרקע או מטלטלין, ומה"ט חלק על המהרש"ל דרצה להוכיח מהסוגיא בכתובות צ"ח א' דבכתובה ליכא דין שומא הדר, ודחה המל"מ דמיירי התם שלא במעות וכן דחה בש"ך ק"ג ס"ק י"ח.

ואין להק' דהא בסוגיין מיירי לגבי האפדנא, ולא בעי' דוקא מעות, דרק לגבי הלואה דעיקר דינו הוא לפרוע במעות, אינו יכול לסלקו במטלטלין, אבל הכא דמיירי בפקדון הרי עיקר הסילוק הוא להחזיר את הכיפי דהפקיד אצלו מעיקרא, ובהא לכו"ע מהני.

והנה עיקר החיוב בכתובה הוא על קרקע, דזהו עיקר דעתה, וכמבואר בדף פ"ו א', ולפי"ז אף אי נימא דבעלמא א"א למיהדר רק בכסף, הרי בכתובה ודאי מהני שאר מילי, דכל הטעם דשומא הדר הוא משום דהוא כעין גביה בטעות, דכיון שמעיקר הדין צריך לשלם מעות, ורק משום שלא היה לו גבו ממנו קרקע, הרי כשיש לו מעות חוזר

ומבטל את הגביה, אבל בכתובה, כיון שעיקר דינה להשתלם מהקרקע, א"כ כשגבו קרקע אדרבה קיימו את דין הפרעון, וא"כ מהיכ"ת לבטל את הגביה כשרוצה להגבות קרקע אחרת, ומאי אולמה דהאי קרקע מהאי קרקע, וצ"ע על הש"ך והמל"מ דדחו לראיית המהרש"ל, ושו"ר דכבר עמד בכ"ז בשו"ת תורת מרדכי סי' קצ"ט.

(א) גמ' - פשיטא שמו כו'. עי' ברא"ש בשם הרמ"ה דאם שמו לבע"ח בתרא טפי מלקמא אינו מפסיד כיון דהוא מקח גמור, ואם שמו לקמא טפי מלבטרא יכול הב' לומר כיון דכל חיובו משום דלא עדיפא מקמא דאתית מיני', לא מצי מסלק אלא אי יהיב לי' כמו דיהיב לקמא.

ועי' בסמ"ע ס"ק כ"ב דטעמא דבשמו לבטרא טפי אינו מפסיד משום דלאו טוב וישר הוא, וכן בביאור הגר"א ס"ק ל"א כתב דדמי לבר מצרא דקנה בר' ושוה ק', ומבואר דעיקר הטעם משום דלאו טוב וישר הוא כלפי המלוה, אולם הרא"ש הרי כתב דטעמא משום דהוי מקח גמור, דהא הביא ללישנא דגמ' מרישא קא זבין, אלא דצ"ע דהרי נתבאר לעיל דמהרא"ש מוכח דהוא רק סילוק, ומה"ט מעיקר הדין היוקרא של הלוח, אולם עי' להלן דאינו ראייה כלל.

(ב) עי' בפרישה סכ"ג דהק' על הרא"ש דאי מיירי דלמלוה הב' נתייקרה הקרקע הרי גם לראשון היה צריך לשלם כשעת היוקר לפי דעת הטור בדעת הרא"ש, ואי מיירי דנדרצה עמו להגבותו טפי מהשומא, הרי אגביה איהו בחובו ליכא דין שומא הדר, ותי' הפרישה דשאני הכא דלא עדיף מגברא דאתי מיני', א"נ דהגמ' מיירי בלא אטרחי' כלל, והנה להרמב"ם פכ"ב מו"ל הי"ז הרי דינא דאגביה מיירי דהמלוה הראשון הגבה לשני מדעת, ומ"מ קיי"ל דליכא שומא הדר בכח"ג ואין הלוח יכול להוציא ממנו, וזה דלא כתי' קמא דהפרישה בדעת הרא"ש, ועי' להלן בזה.

(ג) עי' ברש"ש דדן האם רק ללוה הוא דצריך המלוה הב' למיהדר, או דגם למלוה הראשון איכא דין שומא הדר, בגוונא דאין ללוה במה לסלקו, ועי' בב"ח דכתב דיכול המלוה הראשון למיהדר.

(א) גמ' - זבנה אורתא ויהבא במתנה וכו' אדעתא דארעא נחות וכו'. ובתו' ד"ה זבנה הק' אמאי אין הלוקח צריך להחזיר מדין מה מכר, ותי' דהראשון מן הדין אינו מחזיר, שהרי אוכל פירות בלא נכייטא, אלא משום הישר והטוב, לכך הלוקח אינו צריך למיהדר, ובפשוטו כוונתם דכיון דהוי מכר גמור, אין ללוה זכות ממון בגוף הקרקע.

(ב) אולם עדיין צ"ב דהא מבואר בגמ' לענין שמו לבע"ח ואזל איהו ושמה לבע"ח ידידי' דאיכא סברא דלא עדיף מגברא וכו', ומבואר דמעיקר הדין אין צריך המלוה הב' להחזיר ללוה את הקרקע, אלא דאיכא טעמא דלא עדיף, וק' מ"ש מזבנה וכו' דאמרי' דכיון דנפיק אדעתא דארעא אינו צריך למיהדר, הרי גם לגבי לוקח איכא סברא דלא עדיף מגברא וכו', והן אמנם דמבואר בנימוק"י דטעמא משום דתרווייהו אדעתא דזוזי נחת, מ"מ הרי מעיקר הדין אינו צריך למיהדר, ומ"מ חייב משום טעמא דלא עדיף וכו', וא"כ לגבי זבנה נמי נימא להאי טעמא.

(ג) ונראה דהחילוק בזה פשוט, דהא טעמא דהמלוה השני מעיקר הדין אינו חייב להחזיר, אינו מחמת דמלוה שני אין בו דין שומא הדר, אלא טעמא משום דאינו חייב להחזיר ללוה דהמלוה הראשון, דיסוד דין שומא הדר הוא דכיון דכל קבלת הקרקע הוא במקום דמי הפרעון, משו"ה תקנו חכמים דכיון דאילו היה נותן לו דמים מעיקרא לא היה גובה הקרקע, השתא נמי יכול ליתן לו את דמי הפרעון במקום הקרקע, נופשוט כן להצד דהוי כאילו לא גבה, אולם אף אי נימא דהוא זכות מחודשת, מ"מ כן הוא גדר הדין, ומשו"ה לא שייך לומר כן לגבי לוח דמלוה ראשון, דהא אין דמיו שייכים לקרקע זו, שהרי לא קיבל את הקרקע במקום הדמים האלו, והוי כאיניש מעלמא דאינו יכול למיעבד דין שומא הדר, אלא דאיכא סברא דלא עדיפת וכו' דכיון דמלוה ראשון היה חייב להחזיר את הקרקע, אף מלוה

שני צריך להחזיר את הקרקע, [אלא עדיין צריך לסברת הנימוק] דתרוייהו אדעתא דזווי נחתי, דאל"ה הרי המלוה הב' הוי כזבנה דלא מיהדר], אבל בזבנה הרי הוא דין המלוה דכיון דטרח על הקרקע אינו חייב להחזיר אעפ"י שהוא נותן לו את דמי הפרעון, ולא שייך לומר לא עדיפת, דהא אף הראשון אילו היה טורח על הקרקע נמי לא היה חייב למיהדר. אלא דבאמת עיקר הדבר צ"ב מה החילוק בין דין מה מכר דלא שייך לגבי שומא הדר, לסברת לא עדיפת דשייך גם בשומא הדר, דהא תרוייהו הוי חדא מילתא, וי"ל דטענת מה מכר יסודו דתובעים את השני מכח הראשון, ולכך לא אכפ"ל דהשני נחית אדעתא דארעא, דסו"ס הראשון לא נחית מתחילה אדעתא דארעא, ומפקינן מיניה, לפי שגם הראשון אילו השתא היה נחית אדעתא דארעא לא היה מועיל לו, דהכל נקבע בשעה שירד מתחילה לקרקע, משא"כ טענת לא עדיפת, יסודו דבאמת איכא תביעה על השני בתביעה בפנ"ע, דכיון שבאת מכח הראשון, ואף נחית אדעתא דזווי, לא תהא עדיף ממנו, משא"כ כשירד אדעתא דזביני, דטוען השנידהוא עדיף, כיון דנחת מתחילה אדעתא דארעא, וקמא נחית אדעתא דזווי.

(ד) והנה הרא"ש הרי כתב דהיכא דשמו לקמא טפי אינו חייב למיהדר כשומא ידי' אלא רק כשומא דקמא, כיון דכל הסילוק הוא מדין לא עדיפת, ובפשוטו דברי הרא"ש סתרי דלברי התו', אולם להנ"ל ע"כ תו' מודו דלגבי מלוה איכא סברא דלא עדיפת, אלא דלגבי זבנה לא שייך לומר כן.

אולם נתבאר לעיל דלכא' ע"כ דאיכא פלוגתא בין הרא"ש [לתי' קמא דהפרישה] להרמב"ם אם שייך דין לא עדיפת בשומא הדר, לגבי שם לבתרא מדעת', וצ"ע לפי הרמב"ם כיון דמלוה קמא נטל בע"כ הרי איכא סברא דלא עדיפת.

(ה) ואולי י"ל דס"ל להרמב"ם דכל הסברא דלא עדיפת שייך היכא דהמלוה הב' חייב להחזיר למלוה קמא, דבהא אמרי' דחייב להחזיר גם ללוה דמלוה ראשון, אבל היכא דאינו חייב להחזיר למלוה ראשון לא שייך לומר דמשום סברת לא עדיפת יהא חייב להחזיר ללוה דמלוה ראשון.

(ו) אלא דא"כ צ"ע בזבנה וכו' למאי בעי' לטעמא דנחית אדעתא דארעא, תיפו"ל דנתן מדעתם, ואולי נקטו להך סברא משום יורש, ובשלמא אי נימא דלא כהרמב"ם א"ש היטב דהרי דאגבי' מדעת' הוא רק סברא דליכא דין למיהדר למלוה עצמו, אבל ללוה ראשון שפיר הוה מהדר, דהא הלוה דהמוכר אגביה בע"כ, דאמרינן ליה לא עדיפת מגברא דאתית מיניה, ומש"ה איצטריך טעמא דאדעתא דארעא נחית דמש"ה ליכא עליה דין שומא הדר כלל, דזה הא הוי דין בבעל הקרקע, דגברא דטרח לא מחייב למהדר כלל, אבל להרמב"ם קשה, וצ"ע בכ"ז.

(א) גמ' - שמו לה לאשה ואינסיבא, או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה, בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהדרינן ליה וכו'. ונחלקו הראשונים בכוונת הגמ', בפשוטו מבואר מרש"י ומתו' דב' הדינים מיירי לאחר מיתה, וקמ"ל דהוא כלוקח, אולם בראשונים בארו דמיירי מחיים ולא מיהדר מיירי בשמו לאשה ואינסיבא, ורצו הבעלים להחזיר לה ולבעלה הדמים, דא"צ להחזיר כיון דהוי הבעל כלוקח מחיים, ולא מהדרינן ליה, היינו כגון דשמו מינה ראשה ואינסיבא ועכשיו רצה הבעל או האשה להחזיר דמים, אמרי' דכיון דהבעל חשיב כלוקח מחיים לא מהדרינן ליה, אבל אילו הוי יורש א"כ מחיים ודאי דלא חשיב יורש, ומהדר ומהדרינן לה, ויסוד המחלוקת תלוי במה שנחלקו הראשונים בדינא דבעל מוציא מיד הלוקחות, אי גם מחיים מוציא או רק לאחר מיתתה, דשיטת הר"מ פכ"ב מאישות ה"ז דרק לאחר מיתה, אך שיטת הרא"ש דגם מחיים, ועי' בש"ך ק"ג סק"כ וקצוה"ח ט' ואבנ"מ צ' י"א י"ב.

(ג) ועי' במ"מ פכ"ב מו"ל הי"ז דכתב על דברי התו' דמהדרינן ליורש דלוה בלשון "ויש שדנו כן", ועי' בגדו"ת ש"ג ח"ה סי' א' דדייק מלשון המ"מ דאיכא מאן דפליג וס"ל דלא מהדרינן ליורש דלוה, והביאו רע"א בס"ט, ולדברי האמ"ב י"ל דס"ל דהוא דין מכירה ולא שייך בזה ירושה, ובקצוה"ח סי' ק"ט סק"א ובביאור הגר"א שם נקטו בפשי' דביורש אמרי' שומא הדר.

(ב) ועי' בש"ך ס"ק י"ט דהק' על תו' דהכא דלא מצינו דמשום הפסד עקרו לדין התורה ועשו לבעל כלוקח ולא יורש, ורק מצינו דבמקום הפסד הניחו אותו כדין תורה להיות יורש, והביא ראיה מהא דמבואר בגמ' דאין מחזיר ירושת אשתו ביוכל, אע"ג דאי הוי לוקח היה מחזיר ואיכא הפסד למוכר, ועי' בקצוה"ח סק"ח דהק' מלישנא דגמ'.

דגבי יובל הוי כיוורש משום פסידא דידו, ומבואר דבלא"ה היה מתבטל דין יורש והיה לו דין לוקח מחמת פסידא דיוורשי האשה, והכא מאי דלא מהדרין משום דלא חשיב פסידא דלוה, כמבואר בתו' ב"ב, וכבר תמה רע"א דהא בתו' הכא מבואר דחשיב הפסד, אלא משום דאיכא ממנ"פ, וא"כ תקשי קו' הש"ך, וע"ש מה שתי'.

(ג) ובעיקר סברת תו' יל"ע, דהרי הא דיוורש פודה קרקע מוריש, אינו בתורת ירושה דהא הקרקע לא שייכא להמוריש כלל דיהיה שייך ביה ירושה, אלא דתקנו דיוורש פודה, ודינא הוא דצריך להחזיר ללוה וליוורשו, וא"כ מאי שייך הכא לומר דבמקום פסידא דאחרני לא תיקנו, דאפילו אם נימא דלא תקנו ליה דין יורש כה"ג, זה לא שייך אלא דלא יירש קרקע זה, אבל אם דיינינן אגברא אם הוא יורשו של אשתו הרי ודאי דהוי יורש, דהא בעיקר דינו הוא יורש נכסיה, ומאי אכפ"ל דקרקע זה אינו יורש, דהא לא בעינן להחזיר לו מדין ירושה כלל.

אולם מדברי הש"ך שם מבואר דהא דמהדרין ליורש הוא מדין ירושה דהא כ' דמש"ה לא מהדרין לבעל משום דהוי ראוי ואין הבעל נוטל בראוי, וע"כ ס"ל דהוא מוריש את הזכות דשומא הדר, וס"ל דשייך על זה ירושה, אמנם נראה דזה לא שייך אלא לשיטת הראשונים דאית ליה ללוה זכות בגוף הקרקע וכדעת הר"ן, אבל לדעת התוס' דהוי של המלוה לגמרי וליכא שום שיור בקנינו, הא פשוט דלא שייך עליה ירושה כלל, וע"כ דמה דמחזירין ליורש הוא דין בשומא הדר דמחזיר ללוה וליוורשו, וא"כ קשה מאי שייך הכא פסידא דאחרני, וצ"ע.

(א) עי' ברמב"ם פכ"ב הט"ז דשומא הדר גם בלוקח, ועי' במ"מ דמקורו מכתובות צ"א ב', וכ"כ הגר"א ס"ק כ"ב, אולם הרא"ש בכתובות פ"י סי' ג' חולק דלא שייך הטעם דהישר והטוב לגבי הלוקח דקנה קרקע משועבדת, ועי' במיוחס לריטב"א כתב דכ"ז בלא אפותיקי, דכיון דיכול הלוקח מעיקרא לסלקו בזווי, יכול נמי השתא לסלקו, אבל באפותיקי דמעיקרא לא היה יכול לסלקו בזווי, ה"ה דהשתא אינו מסלקו, ולא שייך בזה דין שומא הדר.

(ב) והנה לכאור' היה נראה דאי נימא דגדר הדין הוא דהוא סילוק החוב א"ש דברי הרמב"ם, דבאמת לא חידשו זכויות ללוה, אלא דתיקנו דהזכות דהיה לו קודם הגביה קיים גם אחר הגביה, ולכך לא אכפ"ל דלא שייך טעמא דהישר והטוב בלוקח, כיון דהוא דין דזכותו לא פקע, אולם אי נימא דהוא זכות לקנות הקרקע, והיינו דחידשו זכות ללוה לכופו למלוה לקנות ממנו את הקרקע, שפיר מסתברא דבלוקח דלא שייך טעמא דהישר והטוב כיון דנכנס בשעבודו של המלוה, לא תקנו זכות למיהדר השומא.

(ג) אולם אינו נכון, דעי' ברמב"ן ב"ב מ"ה א' דנקט כדברי הרמב"ם, והביא לזה מהא דמבואר בגמ' דשמו מינה דאשה ואינסיבה ומתה דלא מהדרין ליה כיון דהוא לוקח, ואמאי לא נקט הגמ' טפי דשמו מינה לאחר הנשואין נמי לא מהדרין ל' כיון דהוא לוקח, וע"כ כהרמב"ם, והובא בגליון רע"א לסעיף ט', [ועמד בזה נמי הר"ן בכתובות צ"א ב'] והרי הרמב"ן ס"ל בדף ט"ז ב' דהוא מדין מקח, ולא מדין סילוק, ומ"מ ס"ל דשייך כן גם לגבי לוקח, וכן הרי מבואר בפשוטו בדעת הרא"ש מבואר דהוא רק דין סילוק ומה"ט מעיקר הדין היוקרא של הלוה.

אולם שו"ר דאינו ראייה כלל מדברי הרא"ש, דבאמת ס"ל להרא"ש דהוי קמח, וכמו דנראה מכל דבריו, אלא דהוצרך לטעמא דנעיל"ד, משום דהרי מבואר בכס"מ דאיכא עוד סברא למימר דיוקרא דמלוה משום הטוב והישר, וע"ז הוא דבא לאפוקי הרא"ש דאיכא סברא דלא תנעול דלת ולא שייך בזה הטוב והישר.

(א) גמ' - אגביה איהו בחובו פליגי בה וכו'. עי' רש"י כיון דלא הטריחו לדין, ועי' ב"י דדייק מרש"י דכל דהטריחו לבי"ד ונתרצה ליתן לו קרקע שומא הדר, אולם עי' ש"ך ס"ק ט"ו דחלק דגם היכא דעמד בדין ולא הורידו בע"כ

לקרקע נמי הוי בכלל אגביה איהו, ועי' בתומים ס"ק י"ב דתמה דאי נימא כב"י הרי ע"כ דמיירי דכתב לו שטר ונתרצה על השומא, וא"כ מהו טעמא דמ"ד דשומא הדרה, הרי לא היה שומא כלל, והביא מהמיוחס לריטב"א דכל שכתב לו שטר מכירה ליכא דין שומא הדר, וע"כ כהש"ך, אולם לכאור' גם בנתרצה לא בעי' לכתוב שטר, כיון דהוא ריצוי לפרעון, ובפרט ליסוד הנתה"מ סי' שד"מ דגוביינא אי"צ קנין.

(ב) אולם ברמב"ם פכ"ב מו"ל הי"ז ביאר דמיירי דהמלוה הראשון הגבה למלוה השני מרצונו, ועי' ש"ך ס"ק ט"ז דלדינא לא פליגי, אולם עי' בשטמ"ק ד"ה ואזל דתלמיד השיטה כתב לחלוק על השטמ"ק דכתב כהרמב"ם, דהא מצי א"ל לא עדיפא מגברא דאתית מיני', וכן הובא לעיל מהפרישה.

אלא דצ"ע כיון דלפי רש"י אמרי' דבהגבה מרצונו ליכא דין שומא הדר, ואיכא נמי סברא דלא עדיפת, דאף דהמלוה הב' היה מדעת, איכא דין שומא הדר, א"כ אמאי בזבנה ליכא דין שומא הדר, דמ"ש לוקח מהמלוה למלוה מן המלוה, ואולי י"ל דשאני אגביה מדעתי' דהוא משום דהלוה גמר ומקני, וכיון דלקח בע"כ אינו גמר ומקני, וממילא איכא לא עדיפת, אבל בזבנה דהוא מצד בעל הקרקע, לא שייך לא עדיפת, וצ"ע.

(א) עי' בטור ק"ג ס"ט דהביא מהתרומוות דנחלקו האם בהוציא המלוה הוצאות ולא השביח נוטל ההוצאות מהלוה או לא, וכתב בב"י דלהלכה קיי"ל דקולא לנתבע, ובשו"ע פסק דפטור הלוה, והיינו דהלוה הוא המוחזק, ובסמ"ע ס"ק ט"ו תמה דהמלוה הוא המוחזק, והלוה הוא המוציא, ובפשוטו אי נימא דהוי סילוק החוב, מסתבר דהלוה הוא המוחזק, אבל אי נימא דהוי זכות למכר, מסתבר דהמלוה הוא המוחזק.

(ב) ובקצוה"ח סק"ו תמה מ"ש מהא דמבואר בסי' קע"ה ס"ז לגבי ספק בר מצרא דהלוקח הוא המוחזק ולא הבר מצרא, והא תרוייהו הוו משום דינא דעשית הישר והטוב, וי"ל דשאני בר מצרא דהוא קנין חדש, משא"כ הכא דהוא סילוק החוב, והיינו דכל הטעם דהלוה מוחזק משום דהוא גדר סילוק, משא"כ לגבי דינא דבר מצרא, אולם באמת דבדינא דבר מצרא מבואר ברמב"ם פ"ב משכנים ה"ה דהלוקח נידון כשלוחו של המצרן, וצ"ע כעת.

(ג) ועי' בט"ז דהק' מהא דפסק הרמ"א בסוף סעיף ט' דבהגבה המלוה ברצונו בלא ב"ד לא מהדרינן ל', ומבואר דאעפ"י דהוא ספק בגמ', מ"מ המלוה הוא המוחזק, אולם להנ"ל א"ש דהיכא דהנידון הוא על ההוצאות, הרי מיד שסילק עיקר החוב הוא המחזיק, אבל היכא דלא סילקו ויש ספק אם יכול לסלקו, הרי ודאי דכ"ז דלא סילקו הלוה, המלוה הוא המחזיק, ופשוט.

בקונטרס שערי תורה ח"ו קונטרס ח' כתב החזון יחזקאל חידה האם שומא הדר הוא רק במזומנים או גם כשרוצה לסלקו בחוב שהוא חייב למלוה, ובח"ז קונטרס ב' כתב להוכיח מכתובות ק"י א' דמה אכפ"ל דבשלו הן שמין נימא שומא הדר, אולם נראה דיש לפלפל הרבה בראיה זו, וזה תלוי הרבה בתי' הרשב"א והר"ן שם מדוע אינו יכול להגבות את השטר, ואי"ה אשוב ואפנה.

אחריות דנפשי'

צ"א ב'

(א) גמ' - ההוא גברא דזבנה לכתובתה וכו' סבר רמב"ח וכו' א"ל רבא וכו'. רש"י בפי' בתרא ביאר דמיירי דמכר הבן קרקע שירש מאביו, ואביו יחד את הקרקע לכתובת האם, וכן נקטו הראב"ד, [אולם בהשגות הראב"ד על הרי"ף פסחים ל"א א' מבואר כפי' קמא דרש"י וצ"ע], הרא"ה הריטב"א והר"ן.

(ב) עי' בר"ן דכתב דמוכח מהסוגיא בדף צ"ז א' דמוכר שלא באחריות מקבל עליו אחריות דנפשי', וכתב הר"ן דכ"ז לגבי זכות שהיה לו קודם המכירה, אבל לא על זכות שבא לו אחר המכירה, והוכיח כן מסוגיין דמשמע דרק את אמו הוא הוציא מכלל האחריות אבל הוא עצמו בכלל שאר האחריות שהוא חייב לו, אבל היכא דמכר שלא באחריות כלל אינו בכלל אחריות דנפשי', ונפסק כן בשו"ע סי' רכ"ו ס"ג, [ועי' ביאור הגר"א ס"ק ג' דהביא מהר"ן דהו"ל כאילו הלוהו, והוא מלשון הר"ן צ"ז א', וע"ש עוד בדברי הגר"א דציין לכתובות ק"י א', וכוונתו להא דמבואר שם דהמוציא שט"ח על חבירו והלה הוציא שטר שמכר לו השדה, דס"ל לחכמים דזה היה פקח וכו', וקשה דאף אי נימא דמיירי דמכר לו שלא באחריות, אכתי יהא חייב המוכר לשלם לו מחמת דקיבל עליו אחריות דנפשי', וע"כ מוכח דלא כהסמ"ע שם, וכן תמה בהפלאה, וע"ש באולם המשפט].

(ג) עי' בריטב"א דכתב דיש שהיו רוצים לדקדק מכאן דכיון דמבואר בדף צ"ז א' דמוכר קרקע סתם מחוייב באחריות דנפשי', הוא מחוייב אף על זכויות שקיבל רק לאחר המכירה, ותמה הריטב"א דא"כ גזל קרקע ומכרה שלא באחריות וחזר וקנה זכה בה הלוקח הראשון, כיון דקיבל עליו המוכר אחריות דנפשי', ובב"מ ט"ו ב' מבואר דמעיקר הדין בכה"ג הקרקע של הגזלן, ורק משום טעמא דניח"ל דליקו בהימנותא או דלא לקרייה גזלנא, הקרקע של הלוקח, ולכך ביאר הריטב"א דשאני הכא דמכר באחריות גמורה אלא דהוציא את אמו מן האחריות, ולרמב"ח הוא בכלל אמו, ורבא ס"ל דהוא בכלל האחריות, וכיון דזכות הערעור היה לו כבר קודם מכירה, הרי"ז בכלל האחריות שקיבל עליו, עכתו"ד, ומבואר דפליגי אם בסוגיין חשיב זכות ערעור שנתחדש לו אחר המכירה או לא.

(ד) והנה בקו' הריטב"א מהסוגיא ב"מ יש לדון, דהנה בשו"ת רע"א ח"א סי' קפ"ה ד"ה ובעיקר חקר בדין אחריות דנפשי', אם הוי קבלה שלא לטרוף, או דמקבל ע"ע לשלם על הטירפא, אעפ"י דלא קיבל עליו אחריות דעלמא, וכתב רע"א דמסתברא דהוא רק חיוב דמים, והביא לזה ראיה, דהא בסוגיין הדין ברור דהבן במקום האם לטרוף הקרקע, אלא דחייל עליו חיוב תשלומים ללוקח, וה"ה במוכרת למזונות הוא רק חיוב תשלומין, עכתו"ד.

ולכא' יש להביא ראיה מהריטב"א, דהרי הריטב"א תמה מהגמ' בב"מ דהוצרכו לטעם מיוחד אמאי הקרקע של הלוקח, והנה אי נימא דבאמת מצד חיוב האחריות דנפשי' יכול לקחת את הקרקע ולשלם לו בדמים, הרי יש ליישב בפשיטות דהתם הנידון הוא האם הלוקח קנה את הקרקע או לא, ואי לאו טעמא דליקו בהימנותא לא קנה את הקרקע, ואף דהגזלן יצטרך לשלם לו דמים במקום הקרקע, כיון דקיבל עליו אחריות דנפשי', מ"מ הקרקע של הגזלן, וכלך בעי' להנך טעמי, ומוכח לכא' דס"ל להריטב"א דמצד האחריות דנפשי' אינו יכול לטרוף את הקרקע, ושפיר תמה הריטב"א דא"כ למאי בעי' להנך טעמי, ועי' להלן עוד ראיה גדולה בזה משי' הרי"ף בסוגיא דראובן שמכר.

והיה מקום לומר דזה גופא הנידון אם באחריות דנפשי' נכלל נמי זכויות שנתחדשו לו אחר המכירה, דאי נימא דהוא אחריות שלא לבטל המקח, זה כולל אף זכויות שנתחדשו, אבל אי הוי אחריות על הדמים, הרי נתחייב רק על המ דהיה לו בשעת מכירה, ולא על זכויות שנתחדשו, אולם אינו מוכרח.

(ה) ובעיקר קו' הריטב"א - עי' בריטב"א ב"מ ט"ז א' ד"ה נפלה דהק' אמאי אינו חייב מחמת אחריות דנפשי, ותי' דשאני התם דכיון דמכר קרקע גזולה ליכא מכר כלל, וכ"כ הרשב"א שם בדף ט"ו ב' ד"ה ויש ספרים, וצ"ע אמאי הריטב"א בסוגיין לא תי' כן.

(ו) והנה בגוונא דקיבל עליו אחריות לכאן, ודאי דנכלל בזה נמי זכויות שנתחדשו אחר המכירה, וכל הנידון של הראשונים הוא רק בקיבל עליו אחריות דנפשי בלבד, אולם הנה הריטב"א בקו' מהגמ' ב"מ הוסיף בתו"ד לבאר דמיירי אפי' במוכר באחריות, וק' דלכאן בכה"ג עדיין קשה קו' הריטב"א דהא קיבל עליו אחריות דנפשי, וצע"ג.

(ז) עי' בהפלאה דתמה דהא בסוגיא דראובן שמכר שדה שלא באחריות וכו' מבואר להדי' דאעפ"י דזכותו של ראובן לטרוף הוא מחמת דחזר ולקחה באחריות, מ"מ ס"ל להרי"ף בכוונת רבא דשמעון פטור מחמת דראובן קיבל עליו אחריות דנפשי במכירה הראשונה, וק' הוי זכות הבא לו אחר המכירה, וע"ש מה שתי' וצ"ב כוונתו.

(א) גמ' - אמר רמי בר חמא ראובן שמכר וכו' דינא הוא כו' א"ל רבא וכו' ומודה רבא וכו'. ויש בזה ב' שיטות בראשונים - א) רש"י גרס נהי דאחריות דעלמא קביל עליה אחריות דנפשיה מי קביל, ולדבריו הנידון הוא על האחריות של שמעון, אם קיבל אחריות גם על תביעות של ראובן, וכן גרס בבעל המאור, וכן נקט הריטב"א, ועי' בחי' הרמב"ן דביאר בדעת רש"י דאעפ"י דשמעון קיבל עליו אחריות, מ"מ לא קיבל עליו אחריות דבע"ח דראובן דהא כל נכסיו משועבדים דקנה ודאיקני, וצ"ב למאי הוצרך לדאיקני, הרי הקרקע משועבדת לבע"ח קודם המכירה של ראובן לשמעון, וצ"ב. ב) אולם הרי"ף גרס "נהי דאחריות דעלמא לא קביל עליה אחריות דנפשיה מי לא קביל עליה", וכן הוא בתו' צ"ז א' ד"ה או וד"ה מאי, וכן הביא הרמב"ן דגרסו ר"ה גאון, בה"ג, ור"ח, וכן הוא ברמב"ם פי"ט ממכירה ה"י.

ועי' ברמב"ן ובר"ן דלדבריהם הנידון הוא על אחריות דראובן, האם אעפ"י דלא קיבל עליו אחריות דעלמא קיבל עליו אחריות דנפשי, או לא, אולם עי' ברא"ש בשם הרמ"ה דהכוונה היא דכשחזר ראובן וקנאה קיבל עליו שלא יחזור על שמעון, וכ"כ ביד רמ"ה ב"ב מ"ד ב' סי' ק"ס.

(ב) ועי' בסמ"ע סי' רכ"ו סק"ו דאין נפק"מ לדינא בין הגרסאות, אולם עי' בק"נ אות ב' דנפק"מ [לפי' הר"ן] בגוונא דהתנה ראובן דאינו מקבל אחריות דנפשי דלפי הרי"ף חוזר ראובן על שמעון, ולרש"י אינו חוזר.

ובהפלאה תמה על הסמ"ע דנפק"מ היכא דחזר ראובן ומכרה לשמעון באחריות ואתא בע"ח דראובן וטריף מיני' דשמעון, דלרש"י צריך ראובן לשלם לשמעון, אף דגם שמעון מכר לו באחריות הא שמעון לא מכר לו על אחריות דנפשי דהיינו בע"ח דראובן, אבל לפי' הרי"ף דמכירת שמעון לראובן היתה אף באחריות על בע"ח דראובן אלא שגם מכירה ראשונה דראובן אף שהיתה שלא באחריות מ"מ אחריות דנפשי קיבל עליו שלא יהי' הוא המוכר והוא המוציא בעצמו, אבל השתא דאתי בע"ח דראובן וגבה משמעון פטור ראובן כמו שאם הי' בא בע"ח דראובן וטריף משמעון במכירה ראשונה דהי' ראובן פטור לגמרי דהא אדעתא דהכי מכרה שלא באחריות, השתא נמי דטרף משמעון א"א לחייב את ראובן, אולם ע"ש דדן בזה דיתכן דמ"מ חשיב דראובן טורפו, אולם כתב בהפלאה דאכתי איכא נפק"מ בגוונא הנ"ל, ובאופן דקנה ראובן שדה אחר מכירה ראשונה ומכרה אחר מכירה שני', דלרש"י יכול שמעון לטרוף ממנה שהרי הוא בא מחמת מכירה שני', אבל לפי' הרי"ף דהחיוב בא מחמת מכירה ראשונה, הו"ל דאקני קנה ומכר.

ועוד נפק"מ יש בזה, דהנה במתנה מסתברא דליכא דין אחריות דנפשי, וא"כ בגווני א דראובן נתנה לשמעון במתנה שלא באחריות, וחזר וקנה משמעון באחריות, דלרש"י שמעון פטור כיון דלא קיבל עליו אחריות דנפשי, אולם להרי"ף שמעון יהא חייב כיון דראובן ודאי לא קיבל עליו אחריות דנפשי - הגר"כ שליט"א.

(ג) ובבעה"מ הביא ראייה לדבריו מהא דמבואר ב"ב מ"ד ב' דהמוכר שדה לחבירו שלא באחריות ונמצאת גזולה דאינו חוזר עליו כיון דא"ל להכי זביני לך שלא באחריות, וא"כ כ"ש הכא דאינו מקבל עליו אחריות של בע"ח ידידי, וע"כ דהגרסא כרש"י דשמעון לא קיבל עליו אחריות על בע"ח דראובן, וכע"ז הק' בשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה דא"כ כל המוכר שלא באחריות ובא בע"ח וטרף יהא חייב לשלם ללוקח מחמת אחריות דנפשי, ובגמ' ב"ב מ"ג א' מבואר דאינו חייב לשלם בכה"ג ללוקח.

(ד) והנה הר"ן ביאר לדברי הרי"ף דכל מה דראובן קיבל עליו אחריות דנפשי הוא רק לאופן דיחזור ראובן ויקנה משמעון, דלא יוכל לחזור ולתבוע את שמעון, וצ"ב דאי"ז דין אחריות, אלא התחייבות מבחוץ על מכירה דלעתיד, ולישנא דקיבל עליו אחריות דנפשי משמע דהוא מקבל עליו בסתמא אחריות דנפשי.

וי"ל דבאמת ראובן מתחייב במקח דלא יבטל את המקח של הלוקח, אלא דנתחדש בזה דגם באופן דראובן יחזור על שמעון מחמת ביטול המכירה, נמי הוי בכלל ביטול המכירה לשמעון, דכיון דתבוע את מעות המכירה, חשיב דבטל נמי המקח של ראובן לשמעון, [אולם כ"ז רק על טירפא מכח זכותו, אבל בבע"ח דיעקב דאי"ז ערעור מכח זכותו יכול לתבוע].

(ה) והנה יל"ע לגי' הרי"ף דראובן נמי קיבל עליו אחריות דנפשי במכירה קמא, דלכא' הוי כחוב כנגד חוב, וא"כ בגוונא דשמעון מכר לראובן ביוקר, יהא ראובן יכול עדיין לתבוע משמעון את ההפרש, ולכא' מוכח להדי' דבכלל האחריות הוא העמדת המקח, שלא יטרוף, ולכך אינו יכול לתבוע את ההפרש, וצ"ע על רע"א בתשו' קפ"ה דנקט דהוא אחריות על הדמים.

שיטת הרמב"ן

(א) עי' היטב ברמב"ן במלחמות, ונלמד מדבריו דזה ודאי דכו"ע מודו דכל מוכר שלא באחריות מקבל עליו אחריות דנפשי, וגדר הדין הוא דלא יהא איהו מזבין ואיהו טריף, [וישב בזה קו' הבעה"מ דכל האחריות שלא יהא איהו מזבין ואיהו וטריף, אבל בע"ח הטורף מלוקח שקנה שלא באחריות לא חשיב דהמוכר טורף], אלא דפליגי אי הוי טירפא ידידי' או לא, דרמב"ח ס"ל דהטירפא מכח השעבוד, ולא מחמת דהקרקע השתא היא אצל ראובן, ולכך הוא חוזר על שמעון, אבל רבא ס"ל דכיון דגבו ממנו את הקרקע בחובו חשיב דאיהו טרף את הקרקע, דכשגובין ממנו את הקרקע חשיב דגובין ממנו את הקרקע המשועבדת, וכמו דאיכא דין דבקנה חייב לפרוע ומשום דיש לו חיוב הגוף לפרוע אף באין לו נכסים, ה"ה הכא כיון דהקרקע השתא ברשותו חשיב דהוא פרע בקרקע המשועבדת, וברור דאין כוונתו לסברת הגרי"ז דגביה מיני' אינו בכלל האחריות על טירפא דשעבוד, ובפרט דהא קאי בשי' הרי"ף, ולדידי' כבר הוכיח הגרי"ז דמצד שעבודו של שמעון איכא חיוב על הטירפא של בע"ח דראובן מראובן], וכתב דאזלי לשי' בסוגיא דלעיל גבי בן שמכר כתובת אמו, האם הוא בא מכח דעומד במקום אמו, או מכח ידידי'.

(ב) ועי' היטב בחי' הרמב"ן, ולכא' הוא ביאור באופ"א, דרמב"ח ס"ל דטענת ראובן על שמעון הוא דבמקומך קאמינא, אבל בלא"ה הוי טירפא דמיני', וזה דלא כמבואר במלחמות דלרמב"ח בסתמא הוי גביה מכח השעבוד.

וכן בדעת רבא ביאר הרמב"ן דשמעון טוען לראובן אנת הוא דחייב לפרוע לבע"ח דידך, ואנת הוא דתבעת מיני לפרוע חובך, ומבואר דבלא"ה הטירפא הוא מחמת השעבוד ולא מדין מיני, אלא דטוען דבלא"ה איכא גביה מדין מיני, והרי יש לך אחריות דנפשי, וסיים הרמב"ן דדמי קצת לפלוגתא בסוגיא דלעיל, וצ"ע בכ"ז.

שיטת הריטב"א

(א) עי' בריטב"א דגרס כרש"י, והביא דיש מקשין מהו סברת רמב"ח דחייב על ערעורי המוכר בעצמו, ותי' הריטב"א דרמב"ח ס"ל דכיון דבזמן המכר לא היו נכסים לראובן לפרוע לבע"ח, נכנס שמעון תחת ראובן דהחוב מוטל על הקרקע, אבל רבא סבר כיון דאם ראובן קנה נכסים חייב ראובן לפרוע, נמצא דעדיין החוב מוטל על ראובן ולא על השדה, והנה הריטב"א לא ביאר בטעמא דרבא דכיון דהוי גביה מדין מיני אינו בכלל האחריות, אלא ביאר דאעפ"י דהגביה היא מדין השעבוד, מ"מ כיון דהגביה היא לצורך חובו של ראובן, לא קיבל עליו שמעון לפרוע את חובותיו של ראובן, ויסוד המחלוקת הוא האם יש קבלת אחריות בגוונא דהגביה היא לצורך פרעון של חובות הלוקח.

(ב) ויש להוסיף דהרי הריטב"א לעיל בסוגיא דבן שמכר הוכיח מהגמ' ב"מ דבסתמא ליכא אחריות דנפשי, ורק היכא דקיבל עליו אחריות להדי' ס"ל לרבא דודאי הוא בכלל האחריות, ורק מאמו הוא דנפיק, ולכך הוצרך הריטב"א לבאר דטעמא דרבא משום דעדיין החוב מוטל על ראובן.

שיטת תו'

(א) בתו' צ"ז א' ד"ה או הק' מאי קמבע"ל שם אם מקבלת אחריות דנפשה, הא חזי' הכא דאחריות דנפשי קיבל עליו, ותי' דשאני הכא דכיון דראובן הוא הלוה, דין הוא שיטרפו ממנו הקרקע כיון דהגיע הנאה לראובן שקיבל מעות, אבל התם דהוא חיוב על היורשין שפיר חוזרת וטורפת ואין בזה עיוות הדין, וכוונתם דיסוד דין אחריות דנפשי הוא רק בגוונא דכל הגביה היא מחמת החוב דהוא חייב לטורף על המעות שקיבל, אבל היכא דחוזרת וגובה מחמת דהיתומים חייבים לה חוב אחר, ודאי דאינו בכלל אחריות דנפשי.

והנה אי נימא כהגרי"ז דיסוד דינו של רבא לפי הרי"ף הוא משום דהוא שילם לו על האחריות בפרעון חובו לבע"ח, הרי יש לתרץ קו' תו' בפשיטות דשאני הכא דהוא פורע חובו, אבל אינו פורע את חוב הכתובה של האשה, וצ"ע, וכן אי נימא דכוונת רבא דבכלל האחריות של שמעון לא נכלל הגביה דמיני, נמי לא קשיא קו' תו', דלא שייך בחיוב היתומים לאשה, [אולם בלא"ה לגירסת הרי"ף א"א לומר כן בדעת רבא].

ועי' בתו' הרא"ש דכתב כעין דברי התו', אולם לא הזכיר לסברא דהנאה, אלא ביאר כיון דהקרקע בידו של ראובן, ובע"ח של ראובן טורפה, אין מוטל על שמעון לפרוע חובו של ראובן, משא"כ התם דחוזרת וטורפת לחובה מן היתומים, אולם לכאו' כוונתו נמי כהנ"ל דאחריות דנפשי הוא רק בגובין ממנו חוב שהוא חייב לפרוע. ובריטב"א שם יישב לקו' תו' דכיון דהיא רק שליח על המכירה יש צד דגרע ואינה מקבלת ע"ע אף אחריות דנפשה, [ולכאו' תו' דלא תי' כן פליגי וס"ל דהיא נחשבת לבעלים, וצ"ע].

ע"י בתו' שם ד"ה מאי דהק' לרמב"ח דליכא אחריות דנפשי', מ"ש התם דמבואר בברייתא מקבל אחריות דנפשה, ותי' דיש חילוק בין היכא דמכרה להדי' שלא באחריות, להיכא דהאחריות על היתומים, וע"י במהרש"א דיש לתרץ עוד דיש חילוק בין היכא דהבע"ח טורף להיכא דהיא טורפת, ובמהרמ"ש שם הוסיף לחלק דשאני הכא דאילו לא קנה ראובן את הקרקע משמעון לא היה שמעון חוזר על ראובן, וצ"ע דהא נתבאר לעיל כבר מהר"ן דלפי הרי"ף הנידון הוא על תביעת דמים של ראובן משמעון, ולא על טירפת הבע"ח דראובן משמעון, וצ"ע.

(א) בחי' מרן רי"ז הלוי הק' על עיקר הסוגיא דאינו שייך לדין אחריות, אלא הוי גביה מיני', וכתב דלגירסת רש"י י"ל דזה גופא קאמר רבא דאין שמעון חייב באחריות על גביה דמיני' של ראובן, וזהו דאמר דמודה בבע"ח דיעקב דהטריפה הוא רק מחמת השעבוד, ולא מדין מיני', אבל לגירסת הרי"ף והרמב"ם דטעמא משום דראובן קיבל עליו אחריות, הרי מבואר דבאמת שמעון חייב מחמת אחריותו לראובן, וק' הא הוי גביה דמיני' ואינו בכלל האחריות, [ואף לפי' הרמ"ה קשה למאי בעי' למחילת ראובן תיפול דשמעון אינו חייב ע"ז], ותי' הגרי"ז דע"כ צ"ל דבאמת הוי גביה מחמת תרוייהו, גם מדין מיני' וגם מדין השעבוד, וראיה לזה דהא אביי ס"ל דלמפרע הוא גובה, וזה רק מחמת הטירפא, ולא מחמת הגביה דמיני', וכיון דיסוד דין אחריות הוא ביטול המכירה, הרי נמצא דבטל המכירה של שמעון, מחמת הטירפא שנעשה בשדה, ולכך ס"ל לרמב"ח דחוזר וגובה את הדמים משמעון, דהא בטלה המכירה, ורבא ס"ל דכיון דנפרע חובו של ראובן אין לשמעון חובת דמים, דראובן קיבל אחריותו בזה ששילם שמעון לחובו של ראובן ללוי, עכתו"ד.

(ב) והנה במה דביאר הגרי"ז ליישב לפי גרסת רש"י דזה גופא כוונת רבא, יל"ע דאכתי תקשי על רמב"ח אמאי איכא חיוב על שמעון, הא הוי גביה מדין מיני', ובמה דביאר הגרי"ז דלפי הרי"ף כוונת רבא דשמעון פטור משום דפרע חובו, צ"ע דהא להרי"ף רבא אמר דטעמא משום דראובן קיבל עליו אחריות דנפשי', ולא משום דשמעון באמת שילם לראובן, ועוד יל"ע דא"כ תקשי על רמב"ח אמאי הוא חייב לראובן דמים הא פרע חובו, [וכן תמה בקוב"ש על רמב"ח].

(ג) ובחזו"א או"ח סי' קכ"ד פסחים ל"א א' ס"ק ג' הק' דע"כ בע"ח דראובן גובה רק מדין מיני', דהא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, והוכיח מזה החזו"א דכה"ג ליכא דין אין נפרעין.

(ד) ובעיקר קו' האחרונים - ע"י ברא"ה דהביא ממורי אחי נר"ו דמירי דלא כתב ליה ראובן לב"ח ידידיה דאקני, ומכר ראובן את השדה לאחר באחריות, או באופן דשו' ראובן להאי שדה לבע"ח באפותיקי מפורש דאלו לא הדר זבנה וזבן שדה אחר לא הדר בעל חובו אלא אשמעון, ולפי"ז מיושב קו' הגרי"ז וקו' החזו"א דליכא גביה בכה"ג מדין מיני'.

אולם אף דהאוקימתות הנ"ל מיישבים לקו' האחרונים דתיפול מדין מיני', מ"מ נראה מהרא"ה דלא בא ליישב לקו' זו, דהנה הרא"ה בתחילת דבריו דטעמא דרמב"ח דכיון דאילו לא היה הדר זבנה היה שמעון מפסד, השתא נמי דזבנה ראובן נמי מפסיד שמעון, והיינו דהיה קשה לו מדוע לרמב"ח הוא חייב על החובות של ראובן, הא ודאי לא קיבל עליו כן, וע"ז תי' כנ"ל, אולם אוקימתא דאחי הרא"ה אינו מיישב, דאף דקרקע אחרת לא היו גובין ממנו, מ"מ איכא סברא דשמעון לא קיבל עליו אחריות על הקרקע שכבר משועבדת לבע"ח, וכן יש להוכיח מעיקר דברי אחי הרא"ה דכתב בתו"ד דלוי שקנה לקרקע משמעון הוי רווח, והיינו דמה"ט חייב שמעון באחריות, הא בלא"ה הוא חייב כיון דליכא גביה מדין מיני', משום דמכר, וע"כ דבא ליישב לקו' הרא"ה, וצ"ב כנ"ל.

(בשו"ת רע"א ח"א סי' קמ"ח מסתפק מה הדין בגוונא דסוגיין וטרף הנגזל את השדה מיד ראובן, האם שייך בזה דינא דסוגיין דשמעון פטור משום דראובן קיבל עליו אחריות דנפשי', וביאר הספק עפ"מ דהביאו הראשונים ב"מ ט"ו ב' בשם רה"ג דמקבל עליו אחריות דנפשי' אינו מקבל עליו אחריות דבע"ח, והמקבל עליו אחריות דבע"ח אינו מקבל עליו אחריות דגזילה, וא"כ י"ל דבאחריות דנפשי' נכלל רק היכא דטרף הבע"ח, דכיון דהבע"ח טורף מכוחו חשיב שהוא הטורף, וקיבל עליו שלא לטרוף, אבל בגוונא דבא הנגזל וטרף משמעון, הרי אינו טורף מכח ראובן, אלא דשלו הוא נוטל, והוי כבע"ח דיעקב דאינו בכלל האחריות שלא לטרוף, וה"נ בטרף הנגזל אינו בכלל האחריות דנפשי' שלא לטרוף.

(והנה רע"א העמיד את הספק בדעת הרי"ף דהנידון הוא על קבלת ראובן במכירה הראשונה, ולכא"ו גם אי נימא כרש"י דהנידון הוא על שמעון דלא קיבל עליו אחריות דנפשי', נמי יש לדון דלא קיבל עליו תביעת ראובן רק כשבא הוא בעצמו וטורף, וטירפת בע"ח דראובן חשיב כטירפת ראובן, אבל היכא דבא הנגזל דאינו טירפה מכח חובו של ראובן, אלא דטורף את הקרקע שלו, בהא יתכן דאינו בכלל הא דלא קיבל עליו שמעון אחריות דנפשי', אולם יתכן דלרש"י ליכא נידון כלל ובודאי דאינו מקבל עליו אף תביעת גזילה, וצ"ע בזה.

(וברע"א הביא ראייה מהא דהק' תו' ב"מ י"ד א' בדינא דשדה שיצא עליה עסיקין, דמשהחזיק בה אינו יכול לחזור בו, והק' תו' דלימא ליה שקול ארעך בזווי, וכתב רע"א דל"ק התם דמיירי דשלא באחריות ליכא קו', דיכול ראובן לומר אם תתן לי קרקע בפרעון לא אקבל רק באחריות, וע"ש דביאר דע"כ דתו' מיירי לל"ב דמיירי במכר באחריות, ולכך לא הק' דהא לכו"ע במקום הפסד יכול לסלקו בקרקע, כיון דבאחריות ליכא הפסד, ע"ש, ובאותיות דרע"א בסוגיין כתב רע"א דמוכח מקו' תו' דכה"ג נמי הוי בכלל אחריות דנפשי', ובאמת דבתו' הרא"ש שם בע"ב כתב בתי' קמא כתי' רע"א דיאמר לו קבל עליך אחריות.

(ועי' חזו"א ב"ק סי' ג' ס"ק י"א .

בדינא דרמב"ח ורבא

צ"ב א'

גמ' - ומטלטלי דיתמי וכו'. וכוונת הגמ' דחוב הוא מטלטלין, ועי' בריטב"א בחד תי' דנקט זקפן לאשמועי' דמ"מ חשיב מטלטלין, [וצ"ע מדוע לענין כפירה חשיב חוב ככפירת שע"ק, ואכמ"ל].

וברע"א ח"א סי' ק"ל תמה מכאן על הר"ן בדף צ"ו א' דחידש דאע"ג דאין אלמנה יכולה לתפוס מטלטלין, מ"מ אם תפסה מעות מהני, כיון דכבר נפרעה, וא"כ כ"ש דיועיל תפיסת המעות ע"י הלוקח, ומדוע מבואר בגמ' דאיכא חסרון דמטלטלי דיתמי, ועי' בבית יעקב שם דחילק דכל דברי הר"ן מיירי רק לגבי כתובה, וכ"כ בנתה"מ סי' ק"י סק"ב, ע"ש במשובב ונתה"מ מהדו"ב, ועי' חזו"א חו"מ ליקוטים סי' ז' ס"ק ובאו"ש פ"ח מאישות ובאבי עזרי שם.

ובאמת דיש להק' עוד לשו' הרשב"א ח"ד סי' קנ"ד ועוד כ"ד דאיכא כפיה על מטלטלין שירשו מהאב אמאי הכא לא מהני תפיסת הלוקח מדין כפיה, ומוכרח כדברי הנתה"מ ק"ז סק"א דהוא רק כפיה בגופו ולא על ממונו.

(א) גמ' - אמר רבא אי פקח וכו'. עי' רש"י פסחים ל"א א' ד"ה אי דכתב "יטעון ויאמר להם אין לי מעות" ועי' בביאור הגר"א סי' ק"א ס"ק ב' דביאר דרש"י יישב בזה לקו' תו' דהא דינו דבע"ח בזווי, ועי' תי' דמיירי באומר אין לי מעות, והביא מהמרדכי ב"מ פ"ג סי' רס"ה דהוכיח מזה דאי"צ לישבע בכה"ג על טענה זו, אולם סיים הגר"א "אבל הוא תמוה שחכמים ילמדו לשקר".

(ב) והנה מבואר בפסחים ל"א א' דחוזר וגובה או מדין למפרע או מדין שדר"נ, ובחזו"א ב"ק סי' ג' ס"ק י"א הק' איך יכול להגבות ליתומים, הרי היתומים יכולים לטעון דאינם רוצים לקבל את הקרקע אלא באחריות, כיון דהיא קרקע משועבדת, [אולם אי הוי מדין שדר"נ לק"מ], והוכיח מזה החזו"א דכיון דהחוב הוא של המוכר עצמו אין היתומים יכולים לתבוע תשלום על השדה, וע"ש מה דביאר בזה לדברי רע"א ח"א סי' קמ"ח, ע"ש.

(ג) יל"ע דהרי הבע"ח שטרף הוא בע"ח מוקדם, וחוב האחריות הוא בע"ח מאוחר, וא"כ הרי כשטרף הבע"ח המוקדם ומכר את השדה, פקע השעבוד מהקרקע של המאוחר, וא"כ איך חוזר הבע"ח המאוחר וטורף מהם את הקרקע, הרי כבר פקע שעבודו, ואולי י"ל דכיון דהגבה להם את הקרקע הרי השתא יש סיבה מחודשת לשעבוד, ובשם הגאון ר' מנדל אטיק שליט"א שמעתי דהוכיח מהכא דכל דהקרקע הדרה לידי הבע"ח המאוחר הדר השעבוד, וצ"ע בזה.

(א) רש"י ד"ה ופייסיה - שבאחריות מכרה לו. עי' מהרש"א דמוכח מהכא דלוקח שלא באחריות אינו יכול לסלק בזווי, אולם יל"ע דהא ש"י תו' והר"ן לעיל צ"א ב' דליכא דין סילוק אלא בעילוי, וא"כ בהכרח דאין הסילוק מכח המוכר, דהא המוכר יכול לסלק אף בלא עילוי, אלא הוא זכות בפנ"ע ללוקח, וא"כ אף שלא באחריות נמי, וכן להריטב"א שם דהוא מעיקר הדין, כיון דהקרקע של הלוקח, ואין לו רק זכות על הדמים, הרי ודאי דשלא באחריות נמי, וצ"ע.

(ב) ובמהרמ"ש תמה דהא רמב"ח ס"ל לעיל צ"א ב' דלוקח אינו יכול לסלק בזווי, אולם הרי בתו' ב"מ צ"ה א' ד"ה הניחא מבואר דרמב"ח הדר ביה, ועוד דהרי הרמב"ם פי"ח מו"ל הל' ח' פסק דיכול לסלקו בזווי, ומ"מ בפ"א מו"ל ה"י כתב דפייסו במעות, וא"כ עדיין צ"ע למאי נקט דפייסו כיון דיכול לסלקו בע"כ, ואין לומר דמיירי בגבה כבר, דהא להרמב"ם והר"ן שומא הדר גם בלוקח, ועוד דברמב"ם שם מבואר דמיירי דפייסו קודם שגבה.

(ג) ואולי י"ל, דהנה מבואר בר"ן בסוגיין דאילו לא היה מפייסו בזווי היה פטור הלוקח כיון דחייל הגביה מדין שדר"נ, וא"כ הרי גם במסלקו בזווי יש לדון דהוי כאילו הגבהו וחזר וקנה ממנו, וא"כ תקשי מדוע הוא חייב ליתומים, אולם אי מיירי באופן דפייסו בזווי י"ל דכיון דנתן לו מרצונו כדי שלא יגבה, חשיב דעיקר הפרעון היה בזווי, ולא כדמי הקרקע, ועי' להלן עוד בזה בדברי הר"ן.

תוס' ד"ה ראובן - מקשינן אמאי נקט אחריות וכו'. עי' מהרש"א דודאי למסקנא עיקר החידוש הוא דינא דפקח, וזה שייך רק באחריות, אולם למאי דס"ד ע"כ דעיקר החידוש הוא דהוי מטלטלי דיתמי, ולכך הק' דא"כ שלא באחריות נמי.

(א) שם - אפ"ה אומר רבי וכו' וס"ד יעכבם וכו' אפ"ה לא יעכבם דמטלטלי דיתמי נינהו. והיינו דס"ד דיכול לעכבו השתא בשביל חוב האחריות, וקמ"ל דאינו יכול כיון דמטלטלי דיתמי נינהו, אולם עי' בתו' בפסחים דכתבו דס"ד

דיכול לעכבו לעצמו מדין תפיסה מחיים בשביל האחריות, קמ"ל דכיון דזקפן לא הוי כתופס מחיים, ומבואר דס"ד דאף דהשתא אינו יכול לעכבו בחובו, מ"מ מהני תפיסתו מדין תפיסה מחיים דמהני במטלטלין כמבואר בדף פ"ד ב', וקמ"ל דלא מהני משום דזקפן, אבל בלא זקפן מהני תפיסה של דמי המקח מדין תפיסה מחיים, וצ"ב מה הנפק"מ אי חשיב דמי המקח או לא.

(ב) והנה עי' במהרש"א בכתובות דכתב מדנפשי' לתרץ קו' תו' דבלא זקפן נאמן לומר דמחיים תפיסנא, אבל בזקפו במלוה אינו נאמן לומר תפסתי מחיים כיון דבתורת הלואה באו לידו, [ולכא מיגו דלקוחה], ועי' בק"ר דכבר כתב דכן מבואר בתו' בפסחים, אולם לכאו' דברי המהרש"א חלוקים מדברי התו' בפסחים, דתו' כתבו דהנידון אי מהני תפיסה מחיים או לא, ואילו המהרש"א כתב דהנידון אם נאמן דתפס מחיים, אולם ע"כ דתו' נמי כוונתם כדברי מהרש"א דאל"כ אין חילוק בין בין זקף ללא זקף, וע"כ דבלא זקף אינו נאמן לומר דתפס מחיים, ושור"ר דכן מבואר בתור"פ בפסחים שם.

(ג) ובק"ר תמה איך יכול לתפוס קודם שטרף הבע"ח, הא ליכא חוב, אולם לכאו' אי נימא כהגרי"ז דהוא מדין ביטול מקח, א"ש דאחר הגביה מהני תפיסתו כבר מחיים, אולם בפשוטו בתו' בגיטין מ' ב' מבואר דאינו מדין ביטול מקח, וכדנתבאר בסוגיא דלמפרע, וצ"ע.

(ד) ובעיקר דברי התו', יל"ע דא"כ נמצא דעיקר הדין דאינו יכול לומר דפרעתי את חובי בחוב אביכם הוא דינא דמתני' דלר"ע הוי מטלטלי דיתמי, אלא דרבא קמ"ל דאינו יכול לעכב לעצמו, וצ"ע דא"כ נמצא דהא דרבא אמר אי פקח וכו' הוא דינא דמתני', דהא לר"ט יכול לפרוע בחובו את החוב שהיה חייב לאביהם, וכל מה דפליג ר"ע הוא רק במטלטלין, אבל בקרקע מודה, וא"כ רבא לא היה צריך להביא לדינא דר"נ דיתומים שגבו קרקע, אלא מדינא דמתני' מבואר דבקרקע מהני, ועוד צ"ב דבגמ' מוקי לדר"נ או משום למפרע או משום שדר"נ, והא באמת יש להק' כן על מתני' דאמאי לא הוי כמטלטלי דזבון יתמי, ואי נימא דדינא דר"ט הוא משום שדר"נ ודאי קשה, ואי לא הוי מדין שדר"נ, הרי הא גופא קשיא מ"ש דלענין מטלטלין לא בעי' לשדר"נ, ולענין קרקע בעי' לשדר"נ, ואף דיתכן דר"ט מיירי רק היכא דלא גבו היתומים, והכא מיירי בגבו כבר את הקרקע, מ"מ הרי הר"ן כתב דבלא פייסי' בזווי מהני מדינא דר"נ, כמו בגבו היתומים את הקרקע, ומבואר דגם בלא גבו בעי' לדינא דרב נחמן, וק' דהא זה דינא דמתני'.

ועי' בביאור הגר"א ק"ז סק"ה דביאר הא דאחר תקנת הגאונים גובין ממטלטלי דגבו היתומים, דמדוייק כן מלשון רמב"ח דכל החסרון רק משום דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וקשה דא"כ מה החידוש בקרקע הא הוי כמטלטלין לר"ט, וצ"ע לע"ע.

שם - והכא האי לוקח וכו'. עי' ברע"א דתמה דשאני הכא דהוא מחוסר גוביינא כיון דעדיין לא טרפו ממנו, וא"כ הרי מיד נכנסו המטלטלין לרשות היתומים, וזה יותר ממחוסר שבועה, ואף ר"ט יודה בכה"ג.

(א) תוס' ד"ה ופייסיה - דסד"א הרי פרע חוב שלהם וסילק בע"ח זה מעליהן. ולכאו' כוונתם דהוי כפורע חובו של חבירו בע"כ, והם חייבים לו, וצ"ב דא"כ מה אכפ"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, הרי סו"ס הוא פרע חובם, אלא דיש לפוטרו מטעם אחר, דכיון דאין להם קרקעות לפרוע חובת אביהם, אינם חייבים לפרועו, וממילא א"א

לחייבם על הנאת הפרעון, אולם א"א לומר דזה גופא כוונת הגמ', דהרי לשון הגמ' דהאב הניח להם רק מטלטלין, ולהנ"ל עיקר הטעם הוא משום דלא הניח להם קרקעות ואין להם הנאה מפרעון החוב, וצ"ע.

(ב) ועכ"פ מבואר דהס"ד הוא דאיכא טענה על היתומים דפרע את חובם, אולם בתו' פסחים ל"א א' ד"ה ופייסיה כתבו "לא מצי למימר המעות שנתחייבתי לאביכם נתתי לו" ומבואר דהס"ד דפרע את חוב האב.

ולכאור' נראה דאזלי' לשי', בטעמא דלא מהני תפיסה, דלפי תו' בכתובות דלא מהני משום דהוי מעות יתומים, הרי מהא דנקט דמיירי באחריות מוכח דלא חשיבי מעות דאב, וא"כ ליכא למימר דס"ד דפרע לחוב האב, ולכך כתבו דס"ד דפרע לחוב היתומים, אבל תו' בפסחים נקטו דטעמא דלא מהני תפיסה משום זקיפה, והיינו דאינו נאמן על התפיסה, אולם יתכן דחשיבי מעות האב, ולכך ס"ד דיכול לפרוע בזה את חוב האב, קמ"ל דכיון דזקפו לא מהני, ואין כ"ז מוכרח.

(א) עי' בר"ן דתי' דאי אגבי' ארעא לא מצי יתמי לתבוע ממנו, כיון דמצי א"ל דמגבינא לבע"ח דאבוכון את הקרקע מדין שדר"נ, והוסיף הר"ן דכי היכי דאילו היה מגבה ארעא ליתומים, היה הבע"ח בא וטורף מהם, והוא היה פטור, ה"ה דיכול להגבות ארעא לבע"ח וליפטור מדין שדר"נ, וכ"כ השטמ"ק בשם ריב"ש בשם הרשב"א.

ויל"ע דהנה בסוגיא דקטינא הוכיח הר"ן מהא דבאמרו דמי קטינא סלוקי סלקוהו, דאעפ"י שלא הגבוהו, מ"מ הוי כהגבוהו וחזרו וסלקוהו, והוי כנכסי דקנו יתמי, וא"כ תקשי דאף בפייס את הבע"ח בזוזי הוי כאילו הגבוהו מדין שדר"נ וחזרו וסלקו, ואמאי חייב ליתומים, ולכאור' מוכח כמו דנתבאר לעיל דהיכא דפייסו בזוזי אי"ז כאילו הגבוהו, אולם צ"ע דהרי הר"ן כתב להדי' בסוגיא דקטינא דמיירי בנתרצו עמו על דמי הקטינא, וצ"ע.

עוד יל"ע בלשון הר"ן דכתב דהוא מכח דינא דרב נחמן, וקשה הרי כל דלא גבו את הקרקע הרי זה דינא דר"ע בדף פ"ד א', ור"ט לא פליג רק במטלטלין, אבל קרקע דלא באו לידם ודאי דגובה, וצ"ע.

(ב) והנה כבר עמד בהגהות הב"ח על הר"ן אמאי תו' מיאנו בזה, ובחזו"א חו"מ ליקוטים סי' ז' ס"ק י"ח כתב בתחילה לבאר דס"ל לתו' דכיון דלא הוזכר בסוגיין דכתב ראובן דאיכני לבע"ח שלו, לא שייך בכה"ג דין שדר"נ, דכל היכא דלולי שדר"נ לא היה גובה מהיתומים, לא מהני שדר"נ לגבות מהם, וכיון דלוה קנה והוריש אין גובין מהיורשים, לא מהני שדר"נ לגבות מהם, ואע"ג דשדר"נ איכא אף היכא דלוי לזה משמעון אחרי הלואה שמעון מראובן, ואעפ"י דלא כתב דאיכני, מ"מ יתמי שאני, דכמו דליכא שדר"נ במטלטלי דיתמי, ה"ה דליכא שדר"נ בקרקע שאין גובין מהיורשים.

(ג) אולם עי' בבית מאיר אבה"ע סי' ק"ג ס"ב דביאר דס"ל לתו' דבאמת הרי יש ב' סיבות לגביית הבע"ח, חדא מחמת דהקרקע משועבדת לו, ותו איכא גביה מחמת דין שדר"נ, וכיון דגם בלא דין שדר"נ הוא גובה את הקרקע, אינו יכול להגבותו מדין שדר"נ, [ובפרט דזה חוב מוקדם], ובדעת הר"ן כתב הבי"מ דג"כ מודה לכל זה, וכוונתו לאופן דסילק הלוקח את הבע"ח דראובן בקרקע אחרת, ע"ש, אולם בפשוטו צ"ל דפליגי בהא גופא, נפשט דהסוגיא ב"ק מ' ב' אינו ענין להכא, כיון דהתם הוא שור של הבעלים, ויכול הניזק לחייבו ליתנו את שור הבעלים מדין שדר"נ].

ויש בזה נפק"מ באופן דראובן מכר לשמעון שלא באחריות, ושמעון עדיין לא שילם לו, ובא בע"ח דראובן וטרף משמעון, דאי נימא דחייל דין שדר"נ פטור שמעון, כיון דשילם חובו בקרקע, אולם אי לא חייל דין שדר"נ על שעבוד, עדיין שמעון חייב בתשלומי המקח.

(ד) ועי' בחזו"א דכתב עוד לדון בזה, ולכאור' כוונתו כדברי הבי"מ הנ"ל דלא חייל הגביה מחמת שעבוד בתרא אלא מחמת שעבוד קמא, וחידש כמה דינים לפי"ז, חדא, דבגוונא דשילם ארעא ליתומים ובא בע"ח דאבוהון נכתב לו דאינקני' וטרף, אינו נפטר, כיון דפורע קרקע יש לו אחריות על טירפא דבע"ח ידי' ועל טירפא דבע"ח של המוכר שמכר לו, וה"ה בגוונא הנ"ל הבע"ח טרפו מחמת חובו של אבוהון דהוא המוכר, ולכך הוא חייב באחריות.

והק' החזו"א אמאי אין יכול הלוקח לטעון דהבע"ח גבה מחמת שעבוד בתרא דחזרה הקרקע לרשות היתומים ומשועבדת השתא מחמת דכתב לו דאינקני, ולא מחמת שעבוד קמא, אולם ע"כ דאינו כן דהא אביי ס"ל דלמפרע הוא גובה, ואמאי אין יכול לטעון הלוה דכל הגביה מחמת דהשתא הקרקע ברשותו, ולא מחמת דבשעת ההלואה הקרקע היה ברשותו, וע"כ דאין סברא זו נכונה, אלא דאכתי תקשי דהא איכא תקנ"ח דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בני חורין, וה"נ שעבוד בתרא הוי כבנ"ח לגבי שעבוד קמא.

אולם כתב החזו"א דאינו יכול לטעון כן, דכיון דבגבייתו מחמת שעבוד קמא, נמצא דלא היה הקרקע נכסי היתומים, כיון דלא היה יכול הלוקח להגבות להם את הקרקע, כה"ג ליכא דין אין נפרעין.

ועוד נפק"מ בזה, באופן דהבע"ח נמי מת, ויש בע"ח לבע"ח, דלוה ממנו אחרי שהלוה למוכר, קודם המכירה, ולא כתב דאינקני, ובאו יתומי הבע"ח ונטלו מיתומי המוכר, דהשתא הרי יתומי הבע"ח יש להם ב' סיבות לגביה מיתומי המוכר, חדא מחמת שעבוד קמא קודם המכירה, ותו איכא שעבוד בתרא אחרי שהשדה חזרה ליתומים של המוכר מחמת חובו של הלוקח, ונפק"מ לענין הבע"ח של הבע"ח, דאי חייל הגביה מחמת שעבוד בתרא, אינו יכול לגבותה, כיון דלא כתב דאינקני, ולא חייל שדר"נ כיון דלא היתה השדה ברשות הלוקח כדי שיחול עליו דין שדר"נ, ואי חייל הגביה מחמת שעבוד קמא יכול לגבותה, כיון דהשדה היתה ברשותו בזמן ההלואה.

(א) תוס' ד"ה אי פיקח - מכאן יש להוכיח וכו'. וכ"כ הר"ן, וצ"ב כיון דליוורשים יש הפסד מחמת דמגבה להם קרקע, אמאי אין יכולים לתבוע ממנו מעות, כדי שלא יהא להם הפסד, וזה ע"ד קו' החזו"א ב"ק דהובא לעיל.

(ב) עי' ברא"ש סי' ח' דדחה דכיון דהמלוה באה מחמת הקרקע שקנה מצי למיהדר להו הך קרקע, וכ"כ במהר"ם חלאוה בפסחים בשם הראב"ד, ועי' בב"י ריש סי' ק"א דתמה דכיון דזקף לא שייך לומר דהוי מחמת אותה קרקע, [ואולי כוונתם דסברת פסידא מהני רק לאותה קרקע שנתחייב מחמתה].

ועי' בהגהות תפארת למשה דתמה מהא דפריך בדף ק"א א' ליגבנהו ארעא ליתמי וכו', והתם לא שייך תי' הרא"ש, וע"ש במה שתי'.

(ג) עי' בתורי"ד דתי' על קו' תו' דכיון דהקרקע משועבד מדר"נ, אינו צריך ליתן להם זוזי, ועד"ז הביא הריטב"א מרבינו שמשון דאינו צריך להגבות להם את הקרקע אלא מדין שדר"נ הוא מעכב הקרקע אצלו, וצ"ע אמאי תו' והר"ן מיאנו בזה.

(ד) וברע"א תמה על הר"ן דא"כ ה"ה דיוכל לעכב לעצמו את הקרקע מדין שדר"נ ואי"צ להגבותם ולטרוף, ומדוע בגמ' מבואר דמגבי להו וגבי מינייהו, ועי' אמרי בינה טו"נ סי' כ"ה דתי' דכיון דקודם הגביה הוי מטלטלין לא אמרי' שדר"נ, אעפ"י דאחר הגביה יהא קרקע, ע"ש, ועוד יש לדון דלא שייך כה"ג דין שדר"נ דאין אדם חייב לעצמו, וצ"ע בזה.

הנחת בלוקח מלוקח

זבן בינונית ושייר עידית וזיבורית

גמ' - רצה מזה גובה וכו' ולא אמרן אלא דזבנה בינונית וכו'. והראשונים דנו - א) מה הטעם דיכול לגבות משמעון, אעפ"י דהבינונית ביד לוי. ב) אם יכול לגבות משמעון גם את העידית, או רק את הזיבורית. ג) אי מיירי גם בב' שטרות או רק בשטר אחד.

א) עי' ברש"י בכתובות דיכול לגבות מעידית דשמעון אם ירצה, ועי' בריטב"א דכתב על רש"י דזו שגגה גדולה, דמעידית אינו יכול לגבות, כיון דמהלוח נמי לא היה יכול לגבות, ורק מזיבורית דהיה יכול לגבות ממנו, כיון דמדאור' דינו זיבורית, יכול לגבות נמי משמעון, אולם עי' בשטמ"ק דהביא מתלמידי רבינו יונה בשם רה"ג דכתב דמעידית נמי מצי לגבות דכיון דלקח כל שעבודו דבע"ח, גזלן הוא, ויכול לגבות אף מעידית שלו, [ולישנא דגולן צ"ע אטו כל הקונה שדות המשועבדות לכתובת אשה הוא גולן], אולם ברש"י ב"ק כתב "משמעון גובה מזיבורית" ומשמע דרק מזיבורית ולא מעידית.

ב) ועי' ברא"ש ב"ק סי' ד' דכתב דמשמע מהגמ' דמשום שמכר את הבינונית ללוי הוא דיכול לגבות את הזיבורית משמעון, אבל בלא"ה אינו יכול לגבות את הזיבורית משמעון, וביאר הרא"ש דטעמא דאין יכול לכפות את הלוח על זיבורית, משום דיכול הלוח לומר דהזיבורית חביבה לי, ושאני הכא דכיון דמכר את הבינונית ללוי, יש למלוה טענה דהרחקת שעבודי ללוי, וכתב הרא"ש דודאי היכא דיש ללוקח ראשון עידית וזיבורית אינו יכול לגבות מעידית כיון דהוא יותר מדינו, אולם נסתפק הרא"ש היכא דשייר רק עידית אי שייך טעמא דהרחקת שעבודי גם על יותר מדינו או לא, והכריע הרא"ש דאף בכה"ג איכא טעמא דהרחקת.

וצ"ב בדברי הרא"ש למאי בעי' לטעמא דהרחקת שעבודי, הרי כיון דכל טענתו משום דהזיבורית חביבה עלי, ומבואר ברא"ש סי' ב' דאעפ"י דיש למלוה זכות לתבוע זיבורית, מ"מ יכול הלוח לומר לו דמ"מ הזיבורית חביבה עלי, כמו דיכול לדחותו מבינונית לבינונית, וא"כ הרי כ"ז שייך כשיש לו ב' קרקעות, כמו בב' בינוניות, אבל היכא דאית לי' רק קרקע א' לא שייך הטענה דחביבה עלי, דהא אין לו קרקע אחרת לדחות.

ואולי י"ל דהרא"ש לשי' ב"ק ט' א' דב' לקוחות שיש להם ב' קרקעות שוות גובה הבע"ח מתרוייהו, ולכך אי לאו טעמא דהרחקת אינו יכול לגבות מלוקח ראשון רק חצי, ומטעמא דהרחקת יכול לגבות ממנו כל חובו, אולם עדיין צ"ע דלא שייך בזה מה מכר דאף דהוא לא היה דוחה את המלוה מזיבורית לבינונית, מ"מ זה תלוי ברצונו של המלוה לתבוע זיבורית, וצ"ע.

ג) ועי' ביש"ש פ"ק סי' י"ז דחלק על הרא"ש דודאי אינו גובה מעידית, ומשום דלרש"י ושאר הראשונים טעמא דגובה מזיבורית משום דיכול לכפותו ליקח ממנו זיבורית טפי פורתא, אבל מעידית דאינו יכול לכפותו אינו יכול לגבות ממנו גם באופן דיש לו רק עידית, והרא"ש דס"ל דאינו יכול לכפותו על זיבורית טפי פורתא, הוצרך לומר דטעמא משום דהרחקת שעבודי, ולכך ס"ל דגם לגבי עידית שייך האי דינא, דסו"ס הרחיק שעבודו, אולם לרש"י לשי' אינו כן, ובש"ך קי"ט סק"ג תמה על היש"ש דהא מבואר ברש"י בכתובות דאפשר לגבות עידית משמעון, אולם לכאור' מרש"י בכתובות משמע אף דלא כדברי הרא"ש, דהא להרא"ש אינו גובה מעידית אלא בגוונא דלא שייר מידי חוץ מהעידית, אולם ברש"י שם מבואר דבכל גוונא רצה גובה מהעידית, דהא כתב שם דגובה מזיבורית

אם לא ימצא עידית, משמע דכשגובה מעידית מיירי דאית ליה נמי זיבורית, ואמנם יש לדחוק, אבל אינו בפשטות הלשון, וצ"ע.

(ד) והנה ברש"י בכתובות כתב דטעמא דגובה משמעון משום "אתה לקחת כל השדות ונכנסת תחת ראובן להשתעבד לחובי" וברש"י ב"ק ח' ב' ד"ה רצה כתב "דא"ל את בע"ד ידי את דשקלת כולהו נכסי דראובן" ומבואר דהלוקח הוא הבע"ד של המלוה, וצ"ב אמאי הוי בע"ד הרי רק הקרקעות משועבדים ואין על הלוקח שעבוד הגוף, ובמה הוא נעשה בע"ד לפרעון החוב, [ועמד בזה בחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ג ד"ה וכו'ת].

ויש מקום לומר בכוונת רש"י, דהנה ברש"י ב"מ ט"ו א' ד"ה יפה ויפה כתב דטעמא דגובה המלוה מהלוקח משום דיש לו טענה על הלוקח אמאי זבנתה, [משא"כ לגבי שבח דמקבל מתנה כמבואר שם בגמ'], ומבואר דלדין טירפא לא סגי במה דהקרקע משועבדת, דסו"ס היא ברשות הלוקח, אלא דיש לו תביעה עליו אמאי זבנתה, [ועי' בשו"ת רבי משולם איגרא חו"מ סי' יט סק"ד דכתב לדברי רש"י הנ"ל בב"מ, בגוונא דראובן ושמעון החליפו קרקעות ביניהם, ובא בע"ח של ראובן לטרופ לתרוייהו חדא מדין בני חורין וחדא מדין שמועבדים, וכתב ר' משולם איגרא דאינו יכול לגבות לב' הקרקעות, דאומר לו העמדת לך רקע אחרת לגביה, ועי' בפתחי תשובה סי' רכ"ה סק"א דהביא לדברי הצ"צ בזה ועוד הרבה אחרונים דפסקו דגובה את ב' הקרקעות, והביא מהבית מאיר דחלק מטעם הנ"ל אולם הבי"מ לא הזכיר לדברי רש"י, וע"ע בשיעורי הגרש"ש דביאר בזה דינא דלוקח מצי לסלקו בזווי, דמשום דיש עליו תביעה, הוא בע"ד נמי לסלקו], ולכך כתב רש"י דה"ה הכא הוא בע"ד ויש עליו תביעה במה דקנה את כל הקרקעות, וזהו נמי הטענה על לוי, דכיון דקנה בינונית איכא טענה אמאי זבנתיה, וכמבואר ברש"י דא"ל שעבודי שקלת.

(ה) אולם הרא"ש כתב להדי' דכוונת רש"י לבאר דטעמא דגובה משמעון את הזיבורית משום דא"ל משום דא"ל הרחקת שעבודי, והיינו דהא דהוא בע"ד אינו משום דקנה את הקרקעות, אלא משום דקנה שעבודו והרחיקו. אלא דצ"ב למאי בעי' להך טעמא, הא שי' רש"י ז' ב' ד"ה ואי א"ל דיכול לתבוע מהלוה זיבורית בע"כ, וא"כ ה"ה דיכול לתבוע מהלוקח הראשון זיבורית, [ולכא"ו אין סברא לחלק בין נזיקין לבע"ח], ובנחל"ד הוכיח מזה דאדרבא לרש"י איכא טעמא דהרחקת גם לגבי עידית, ולכך הוצרך רש"י להך טעמא, כיון דאינו יכול לכפותו על עידית, אולם הרי לפי הרא"ש זה מועיל רק לגבי הזיבורית ולא לגבי העידית, אא"כ יש לו רק עידית.

ואולי י"ל דהלוקח הראשון נמי יכול לטעון להכי טרחי ומכרתי את הבינונית, ולכך בעי' לטעמא דבע"ד, ועוד יתכן לומר דאעפ"י דיכול לכופ את הלוה על זיבורית, מ"מ אינו יכול לכופ את הלוקח, וטעמא דמילתא, דכל מה דיכול לכופ הוא משום דכיון דמדאו' דינו בזיבורית, אף דתקנו חכמים דדינו בבינונית, מ"מ יכול לתבוע מחמת השעבוד הגוף דיתקיים עיקר דינו בזיבורית, אבל בלוקח דל"ל שעבוד הגוף, אינו יכול לכופו על זיבורית, וצ"ע.

(ו) עי' ברא"ש דביאר דבדוקא פירש רש"י דגובה מזיבורית, דאעפ"י דהרחיק שעבודו, הרי גם מלוה שמכר את הבינונית אין גובין מעידית אלא רק מזיבורית, ובדו"ח מכת"י הק' רע"א מנלן להרא"ש דלגבי הלוה ליכא דין דמשום דהרחיק שעבודו אינו יכול לגבות מעידית, וצ"ב הא בפשוטו דין הרחקת השעבוד הוא סברא לגבי דיני דחיה דאינו יכול לדחותו ללוקח שני, ולוקח שני יכול לדחותו ללוקח ראשון, אולם לגבי מה יגבה מהלוה בעצמו או מהלוקח לא מצינו לסברא דהרחקת שעבודי דיגבה מעידית ולא מזיבורית.

ומוכח מרע"א דנקט דגדר הדין הוא, דכיון דהרחיק שעבודו הוא מחוייב להעמיד לו קרקע אחרת במקומה, ולכך ס"ל לרע"א דמסתברא דאינו יכול ליתן זיבורית תחת הבינונית, אלא רק עידית, אעפ"י דעדיפא מבינונית.

(ז) עי' בסמ"ע סק"י דכתב דאם קנה בינונית באחרונה ומכרה ללוי רצה גובה מעידית דשמעון, כיון דהרחיק שעבודו, ובגליון רע"א דהביא דכן מבואר במהרש"א בכתובות, והיינו דהמהרש"א כתב "משו"ה לא מתוקמא בב' שטרות ולקח זיבורית ואחר כך בינונית, משום דבהיפך בלקח בינונית בראשונה לא מתוקמא לפי פ"ה" והיינו דהיה קשה אמאי לא העמיד רש"י בב' שטרות ומיירי בקנה לוי לאחרונה, ותי' כיון דלא משכח"ל בהיפוך דלקח לוי את הבינונית בראשונה, לא מתקומא נמי בכה"ג שלקח את האחרונה, ומבואר דבלקח את האחרונה יכול לגבות מעידית דשמעון, אולם כתב דהמהרי"ט בכתובות חולק, והיינו דהמהרי"ט הק' כק' המהרש"א הנ"ל, ותי' המהרי"ט דכה"ג אינו יכול לגבות משמעון, כיון דנסתלק שעבודך ללוי, וציין רע"א דכן משמע מרש"י ב"ק ד"ה מאי, והיינו דפירש רש"י בדעת אביי דלקח עידית באחרונה ושייר בינונית וזיבורית, דמלוקח ראשון לא גבו משום דאמר בעינא בתקנתא דרבנן, ולא מהני הסברא דאת בע"ד ידי את כיון דהרחקת שעבודי, דסו"ס השעבוד שלו אצל לוי, ואף רבא דפליג הוא רק מטעם מה מכר, אבל מודה לעיקר הסברא דאינו הבע"ד, ובחזו"א ב"ק ג' סק"ט כתב על הסמ"ע דהדבר צריך הכרע כיון דהיא גם בינונית וגם אחרונה, ולא יוכל לגבות משמעון, ועי' להלן עוד בדברי רש"י.

(א) תוס' ד"ה ראובן - ולא נהירא לרבי וכו'. ועי' בשטמ"ק דיישב דכוונת רש"י דמלוי אינו גובה אלא בלקח את האחרונה, אבל משמעון מצי גבי אף בלקח לוי את האחרונה, דכיון דלקח את כל השדות של ראובן, הוא נכנס תחת ראובן וכל מה שנמצא אצל שמעון, יכול לגבות ממנו, ולכך עדיף לקיים את התקנה ללוקח שני שהוא לוקח גמור, משא"כ שמעון שהוא כמו הלוח, וביאר השטמ"ק דתוס' נקטו בדעת רש"י דבב' שטרות לא מתקיים כלל דין רמ"ג, כיון דלעולם אינו גובה אלא ממי שאצלו האחרונה, וס"ל לתוס' דשמעון נמי מיקרי לוקח, ולדברי השטמ"ק נמצא דנידון הסמ"ע והמהרי"ט נחלקו בו תוס' והשטמ"ק.

(ב) שם - ולא נהירא לרבי וכו' אנא בהך תקנתא לא ניח"ל וכו' הלכך מצי לפרש בב' שטרות. וכן תמה בתוס' הרא"ש, ובסו"ד מבואר דאף תו' מודו דבאופן דלקח עידית באחרונה ומכר את הבינונית דרמ"ג רמ"ג, כיון דלא מצי למימר להכי טרחי וכו'.

ותמוה דהא מבואר להדי' ב"ק ח' ב' דמכר לוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית דפשיטא דכולהו גובין מעידית, כיון דאחרונה היא, ולא מצי למימר א"א כיון דליתניהו גבי', ועי' בסמ"ע סי' קי"ט סק"י ובש"ך שם סק"ד דתי' דכל דין הגמ' הוא רק היכא דבאו לגבות משמעון, דאינו יכול לדחות ללוי מדין א"א, אבל אם באו לגבות מלוי אינו יכול לדחותו לשמעון, דשמעון מצי אמר א"א, אולם צ"ב הסברא לחלק בזה.

(ג) והנה בעיקר הגמ' בב"ק, עי' בשטמ"ק שם דהביא דבתוס' הרא"ש תמה מדוע אינו יכול לומר א"א, וכתב דלמסקנא דאיכא דין מה מכר א"ש, דכי היכי דללוקח ראשון איכא זכות לומר אפשי בקנה זיבורית באחרונה, וא"א בלקח עידית באחרונה, ה"ה דללוקח שני איכא זכות לומר איפשי, אבל לאב"י עדיין קשה, ובשטמ"ק שם הביא מהמאירי דביאר בב' אופנים, חדא דהוי חב לאחריני, ועוד דדוקא היכא דאומר איני רוצה בתקנה אלא בעיקר הדין יכול לומר א"א, אבל כל דמכר ואין עשיית הדין בידו, אינו יכול לומר א"א, ובאמת דכן מבואר בלשון הרמב"ם פ"ט מו"ל ה"ד דכתב "שהרי אין לו במה ידחה אותם" ובנימוק"י שם ביאר דכיון דללוקח חב' ניח"ל בתקנה אין לוקח ראשון יכול לומר א"א.

(ד) והנה אי נימא כתו' הרא"ש אין מובן חילוק הש"ך, שהרי כל עיקר הטעם דשמעון אין יכול לדחות ללוי משום דשמעון קיבל את הזכות לדחותו לאחרונה, וא"כ כ"ש דלוי יכול לדחותו לשמעון, וכן לטעם הנימוק"י דהוא משום דללוקח שני יש את הזכות של התקנה לדחות לאחרונה, נמי אינו מובן, דודאי לוי יכול לדחותו לשמעון, וכן לטעם המאירי דלא אמרי' א"א בחב לאחרים נמי אין מובן סברת הש"ך דסו"ס הוא חב לאחרים, אולם לטעם ב' דהמאירי א"ש, דכל הדין דבעי' שיזמין עצמו לדין הוא מזכותי הבע"ח שלא יוכל להסתלק מהתקנה אם אין בידו לתת לו את הדין, ולכך כ"ז כשהבע"ח רוצה לטרוף משמעון, אבל היכא דהוא רוצה לטרוף מלוי, שפיר מהני א"א של שמעון שלא יוכל לוי לדחותו לשמעון.

(ה) ועי' בחי' רא"ל סי' נ"ח סק"ג דביאר דברי הש"ך באופ"א, דס"ל דאין כוונת הגמ' דאינו יכול לומר א"א, אלא כוונת הגמ' דאף דיכול לומר א"א, מ"מ אינו מפקיע את השעבוד של הבע"ח מהעידית, ובטעמא דמילתא ביאר בחי' רא"ל שם דבדינא דאין נפרעין נתחדש דפקע השעבוד מהבינונית, ומכאן זה חייל שעבוד על העידית שלקח באחרונה, ובאומר א"א אף דהדר השעבוד לבינונית, מ"מ לא פקע השעבוד דחייל על העידית, אלא דלא גרע מב' בינונית דיכול לסלקו לבינונית שירצה, ולכך בלוקח ראשון שמכר לבינונית, אף דאומר א"א וחייל דין שעבוד על הבינונית של לוקח שני, מ"מ עדיין הוא יכול לגבות מהעידית של לוקח ראשון, ובכה"ג אינו יכול לדחותו, דרק כשהם תח"י יכול לדחות, ולא כשהבינונית ביד לוקח שני.

ובמשנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"ט ביאר לדברי הש"ך כעין הנ"ל אולם באופ"א, דהנה בנחל"ד ביאר דיש סברא לומר דמיד שקנה לעדית באחרונה הוי כאילו אמר א"א, אולם מ"מ הרי כבר חל שעבוד על העידית כשהיתה ביד הלוח, ואף דאח"כ מכר את העידית לא פקע השעבוד מהעידית, אלא תרוייהו משועבדים בשוה, [ועי' דהוכיח כן מריטב"א גיטין נ"א ב'], ולכך כ"ז דתרוייהו ביד שמעון יכול להגבות למלוה איזה שירצה, אולם אחר שמכר ללוקח שני, אין הראשון יכול לדחותו לשני, כיון דאיכא שעבוד גם על העידית של לוקח ראשון, ומשו"ה רמ"ג רמ"ג, [אלא דיל"ע בכ"ז דהא דעת תו' ט' א' דבב' יורשים גובה הבע"ח חצי מכל יורש, ובתו' גיטין נ' א' מבואר דה"ה לגבי ב' לקוחות, וא"כ ה"נ נימא דיגבה הבע"ח חצי מהעידית וחצי מהבינונית, וצ"ע]. ועי' להלן עוד בזה בקו' הנתה"מ על הנ"ל.

וע"ד זה י"ל בעוד אופן, דהנה בדו"ח מכת"י הוכיח רע"א דבאמת כל היכא דכל הקרקעות אינם ברשות הלוח יכול לגבות גם מעידית, ע"ש, ולפי"ז א"ש דבאמת יכול לומר א"א, אלא דאינו מועיל רק דלא יגבו רק מהאחרונה, אולם מ"מ יכול לגבות ממה שרוצה, ולכך אם בא לשמעון לא יועיל הא דאמר א"א, ורק אם בא לגבות מלוי, אינו יכול לדחותו לשמעון, כיון דשמעון אמר א"א, וליכא דין דאחרונה.

(ז) וביש"ש פ"ק סי' י"ז תמה על ר"י דהא מבואר בגמ' דהיכא דמכר עידית ושייר בינונית וזיבורית דס"ל לרבא דגובין מלוקח ראשון כיון דיש ללוקח שני את הזכות של הראשון להגבותו מהבינונית, וא"כ ה"ה נימא הכא מה מכר וכמו דשמעון היה יכול לקיים את התקנה ולהגבותו מעידית, ה"נ יכול לוי לקיים התקנה מדין מה מכר, ות"י הש"ך שם דכיון דשמעון ודאי היה אומר א"א ולא היה דוחה אותו לעידית, ה"ה דאין הלוקח יכול לקיים את התקנה, וכן עי' בגליון רע"א קי"ט ס"ג דכתב דמוכח מתו' בכתובות דליכא מה מכר בלקח עידית באחרונה כיון דודאי הראשון לא היה עושה כן, וכ"ה בהפלאה בכתובות צ"ב א' ובשלטי גיבורים ב"ק ג' ב' אות א'.

אולם לכאן מדברי התו' הרא"ש ב"ק מוכח דלא כתי' הש"ך, דהא כתב דלרבא דס"ל לדין מה מכר, מובן הא דבמכר בינונית וזיבורית גובין מעידית, כיון דיש מה מכר, והיינו דיכול להעמידו על עידית כיון דלוקח ראשון נמי

מצי לקיים התקנה, [וכן מוכח מדברי המהרמ"ש ב"ק ח' ב', ויבואר להלן], אלא דא"כ קשה דהרי התו' הרא"ש כתב הכא כקו' ר"י, והדרה קו' היש"ש, דהא איכא מה מכר, וצ"ע.

ובעיקר תי' הש"ך, הנה כל דבריו בגוונא דשייר עידית, אולם בגוונא דקנה זיבורית באחרונה עדיין תקשי מדוע אם מכר לבינונית רמ"ג רמ"ג, הרי כיון דודאי היה מקיים הדין דאחרונה, נימא מה מכר ראשון, ויגבה רק מהראשון, ובש"ך במסוגר כתב דאה"נ ר"י מודה לתו' בכה"ג.

והראוני בספר זרע יצחק דכתב ליישב דלא אמרי' מה מכר אלא היכא דלא זכה הראשון מעיקר הדין אלא משום טענת א"א, דבהא נתחדש דכיון דזכה הב' מדין מה מכר, אינו יכול לטעון השתא א"א, כההיא דמכר עידית ושייר בינונית וזיבורית, אבל היכא דלקח זיבורית באחרונה דמעיקר הדין דינו באחרונה, ואינו צריך לומר אפשי, אלא זהו עיקר דינו, לא שייך בזה מה מכר לומר אפשי.

ונראה דהסברא בזה דאי אפשי הוא כח טענה וזכות של המוכר בקרקע, וזכות זו זוכה הלוקח בדין מה מכר, אבל אפשי אינו זכות של המוכר ששייך למכור אותה, דהא זהו עקיר הדין דהשעבוד הוא על האחרונה, דכל דאינו משתמש בזכותו לומר א"א ממילא התקנה במקומה עומדת, ולכך היכא דקנה לוי את הקרקע שלפני אחרונה אינו זוכה באפשי, כיון דאינו זכות, וא"א הרי זה לחובתו דיגבו ממנו, ומשום"ה הזכות דא"א נשאר ביד המוכר, ויכול להשתמש בה, ועדיין צ"ע בזה.

ח) והנה בעיקר קו' האחרונים על תו', יש לדון ליישב באופ"א, דהנה בסוגיא ב"ק מיירי דמכר הלוקח ראשון את הבינונית והזיבורית, ולא שייר אצלו רק את העידית, אולם בתו' מיירי בגוונא דשייר נמי את הזיבורית אצלו, ולא מכר רק את הבינונית, והטעם לחלק כן, י"ל עפ"י סברת המאירי דטעמא דאינו יכול לומר א"א משום דאינו יכול להזמין עצמו לדין, אולם היכא דאית ליה זיבורית הרי יכול ליתן לו זיבורית, וצ"ע בזה.

ט) שם - ולי נראה וכו' זיבורית וכו' להכי טרחי וכו'. עי' מהרש"א דהק' אמאי לא מצי שמעון לומר השתא א"א, ותי' המהרש"א דכוונת תו' דכיון דשמעון היה מגבהו מזיבורית, מדין מה מכר קיבל לוי את הזכות לדחותו לזיבורית מדין אפשי בתקנה דאחרונה, וכן ביאר המהרש"א להמשך דברי התו' לענין קנה עידית באחרונה ומכרה ללוי, דכתבו תו' דטעמא משום להכי טרחי, דטעמא דלא מצי לומר השתא אפשי, כיון דמדין מה מכר זכה לוי בזכות לומר א"א, וכן מבואר בסמ"ע סק"י.

והנה בפשוטו מבואר מדברי המהרש"א דלהכי טרחי אינו סברא בפנ"ע אלא הוא מדין מה מכר, ולכא"ו מתו' ב"ק מוכח דאינו כן, דהא כתבו דלענין מכר עידית ושייר בינונית וזיבורית לא בעי' לסברא דלהכי טרחי כיון דאיכא מה מכר, ורק לענין מכר זיבורית ושייר בינונית דליכא מה מכר בעי' לטעמא דלהכי טרחי, וכן מוכח מהרמב"ן ב"ב ק"ז א' דכתב לגבי ב' יורשים דאחד נטל זיבורית דשייך הטעם דלהכי טרחי, אעפ"י דלא שייך שם דינא דמה מכר. ואולי י"ל, בכוונת המהרש"א דזה ודאי דלהכי טרחי הוא טעם בפנ"ע, אלא דכל מה דמצינו לסברא זו הוא רק היכא דכך היה דינו אצל הלוקח הראשון, כגון בגוונא דקנה לוקח ראשון בב"א, ומכר לעידית ולזיבורית ושייר את הבינונית, דכיון דדינו אצל הראשון בבינונית, א"א לגבות את העידית והזיבורית מלוי, מחמת הסברא דלהכי טרחי, אבל בגוונא דלקח עידית באחרונה ליכא להכי טרחי, דאף דידוע דהלוקח הראשון היה דוחהו לבינונית לא שייך לומר להכי טרחי, דסו"ס כ"ז שלא אמר הלוקח הראשון א"א, דין השעבוד היה על העידית שלקח באחרונה, ורק מדין מה מכר אתנין עלה, דלוי זכה בזכות לומר א"א, ולכך בלקח לוי את העידית האחרונה משמעון, יש לו את הזכות לומר א"א, וכן בלקח עידית באחרונה ומכר את הבינונית דכתבו תו' דרמ"ג רמ"ג, וליכא להכי טרחי כיון

דודאי לא היה עושה כן, נמי כוונתם דליכא מה מכר בכה"ג משום דודאי היה אומר א"א, וכן בגוונא דלקח זיבורית באחרונה ומכר את הבינונית, כיון דודאי לא היה אומר א"א, זכה בזכות לומר אפשי, ולכך אין שמעון יכול לומר השתא א"א.

זבן עידית וזיבורית

גמ' - אבל זבנה עידית וזיבורית מצי א"ל להכי טרחי וכו'. והראשונים דנו - א) אי מיירי בשייר בינונית או לא. ב) אי מיירי בשייר בינונית למאי בעי' לטעמא דלהכי טרחי. ג) האם גם לגבי העידית בעי' לטעמא דלהכי טרחי, או רק לגבי הזיבורית.

א) עי' ברמב"ן בכתובות דהביא להק' דמלישנא דגמ' משמע דלא נשתייר בינונית אצל שמעון, וא"כ מדוע בקנה זיבורית יכול לומר להכי טרחי, הרי דינו בזיבורית, והביא דיש שתי' דכוונת הגמ' דהוא היה סבור שיש נמי בינונית, ולכך טרח על הזיבורית, ועי' בתו' הרא"ש דהביא נמי לתי' זה, וכן הביא בשטמ"ק ב"ק מתוס' שאנץ ותלו זאת אם בשלו הן שמין או בשל עולם הן שמין, וכן הוא פשטות כוונת תו' גיטין נ' א' ד"ה מאי וע"ש ברש"ש שנתקשה בכוונתם.

וברמב"ן פירש דמיירי דשייר בינונית אצלו, והא דבעי' לטעמא דלהכי טרחי, משום דקיי"ל דאם הוא רוצה זיבורית טפי פורתא אינו יכול לעכב עליו, אולם לגבי עידית לא בעי' לטעמא דלהכי טרחי, אלא טעמא משום מה מכר, וכ"כ בתורא"ש לפי דרכו, וכן מבואר בתו' ב"ק ח' ב' ד"ה אבל, וכ"כ הרשב"א שם.

ב) והנה במה דפי' תו' והרמב"ן ותוס' הרא"ש דלענין העידית לא בעי' לטעמא דלהכי טרחי, אלא טעמא משום מה מכר, צ"ע למאי בעי' למה מכר, הא כיון דהבינונית ביד שמעון, שפיר יכול לסלקו לשמעון דשעבודו אצלו, ועי' בדו"ח מכת"י דתי' רע"א דס"ל לתו' דהבע"ח מצי טעין כל היכא דאני מוצא לנכסי הלוחה אני גובה, ולכך יכול לגבות נמי עידית מלוי, וע"ז כתבו דאיכא סברא דמה מכר.

ויש להוסיף דהנה בלשון הראשונים מבואר דלגבי מכר עידית ושייר בינונית וזיבורית לא בעי' לטעמא דלהכי טרחי, אולם עכ"פ מבואר בגמ' דהאי טעמא נמי איתא, וק' דאף לולי דבריהם דסגי במה מכר נמי יש להק' למאי בעי' לטעמא דלהכי טרחי תיפול"ל דגובה את הבינונית מהראשון כיון דזהו שעבודו, וע"כ מוכח כתי' רע"א דבאמת יכול המלוה לגבות מכל מה שמוצא מנכסי הלוחה, אלא דאיכא טעמא דלהכי טרחי, וע"ז כתבו הראשונים דאיכא נמי טעמא דמה מכר.

ג) והנה בתו' ב"ק כתבו בתחילת דבריהם "נראה דאיירי שפיר אפילו וכו'" ומבואר דאי מיירי בעידית וזיבורית ליכא קו' למאי בעי' לטעמא דלהכי טרחי, ועי' במהרמ"ש דביאר דבגוונא דלקח זיבורית ושייר עידית, אי לאו טעמא דלהכי טרחי, לא מצי למימר מה מכר, דכיון דאין הלוקח הראשון יכול לכופ' את הבע"ח ליקח עידית, ה"ה דיכול המלוה להוציא זיבורית מלוקח שני, ורק משום טעמא דלהכי טרחי מסלקו לעידית דלוקח ראשון, נוצ"ב אמאי לא ביאר המהרמ"ש בפשיטות דטעמא דליכא מה מכר משום דהראשון ודאי היה מסלקו לזיבורית, ומוכח לכא' כמו דנתבאר לעיל בדעת היש"ש ותוס' הרא"ש דגם בכה"ג איכא דין מה מכר, ולא כתי' הש"ך, אולם עי' בשטמ"ק ב"ק דהביא מהגליון דפירש לדברי התו' להיפוך דבגוונא דלקח עידית ושייר זיבורית, אי לאו טעמא דלהכי טרחי, יכול המלוה ליקח ממנו את העידית, נוצ"ב אמאי באמת ליכא מה מכר וכתו' הרא"ש דלהלן, אולם מצי טעין דלהכי טרחי, וכ"ש להיפוך דבגוונא

דלקח זיבורית ושייר עידית דאי לאו טעמא דלהכי טרחי יכול ליקח ממנו זיבורית כמו דיכול לכפות את הלוח ליקח ממנו זיבורית טפי פורתא, וע"ע במהר"ם ב"ק דביאר דכוונת תו' דמשכח"ל דמכר את הבינונית לאחר ואח"כ מכר ללוי את העידית והזיבורית, דכה"ג ליכא מה מכר, שהרי בזמן המכר לא היה בידי שמעון בינונית, אלא איכא רק משום להכי טרחי, ע"ש.

והנה בדברי המהרמ"ש מבואר דאין יכול הלוח ליתן עידית בע"כ דמלוה, אולם עי' ברע"א קי"ט ס"ג דמבואר מתו"ד דיכול להגבותו עידית בע"כ, וע"ע בשער המשפט קי"ט סק"ב דהביא לדברי המהרמ"ש, ועי' בחי' הגרש"ר ב"ק ס"ז סק"ב.

והנה בתוס' הרא"ש בכתובות צ"ב א' הביא לתו' הראשונים דמיירי רק באיכא עידית וזיבורית, ואיכא טעמא דלהכי טרחי משום דהיה סבור דיש לו בינונית, והוסיף התורא"ש דכ"ז בזבין זיבורית ושייר עידית, אבל בזבין עידית ושייר זיבורית לא איצטריך לה"ט, דכיון דשמעון היה יכול לדחותו לזיבורית, לוי נמי יכול לדחותו לזיבורית, מדין מה מכר, ובדברי התוס' הרא"ש נמי ע"כ צ"ל כמהרמ"ש דאין יכול לדחותו לעידית, דאל"כ מ"ש שייר עידית משייר זיבורית, הא לעולם יכול לדחותו, ושפיר יכול לדחות לוקח שני מדין מה מכר.

ויש להוסיף דאף דיתכן דליכא ראייה מהתוס' הרא"ש, דאדרבא כוונתו כדחק' לעיל המהרמ"ש דליכא מה מכר משום דודאי לא היה הלוח כופה אותו על העידית, אלא דזה נסתר מהתוס' הרא"ש ב"ק דמוכח דכה"ג נמי אמרי' מה מכר, וצ"ע בכ"ז.

(ד) והנה תוס' והראשונים תמהו למאי בעי' לטעמא דלהכי טרחי במכר זיבורית ושייר בינונית, תיפו"ל מדין הנחתי כמו בשבב בינונית דכוותה, והנה הראשונים הרי ביארו דליכא דין הנחתי בב' לקוחות, אלא הוא מדין מה מכר, וזהו נמי קו' תו' דתיפו"ל מדין מה מכר, וצ"ע הרי לפי המבואר בתו' בכתובות לא שייך מה מכר היכא דודאי לא היה עושה כן, וא"כ אף דס"ל להראשונים בקו' דאין המלוה יכול לכפותו על זיבורית, מ"מ הרי ודאי דהלוח היה מתרצה שיקח זיבורית, וא"כ לא שייך לומר דמדין מה מכר הוא יגבה את הבינונית, [הערה זו שמעתי מידידי הרב נתנאל ולדנברג נ"י].

ויתכן לומר דלפי הצד דאין המלוה יכול לכפותו על זיבורית, הא דבמתרצה עמו הלוח הוא נוטל זיבורית, אינו משום דחייל השעבוד על זיבורית, אלא הוא מדין מיני', ולכך אעפ"י דודאי הוא יתרצה עמו על הזיבורית, מ"מ אי"ז מבטל את המה מכר, אבל היכא דהיה אומר א"א, הרי יחול השעבוד על הבינונית, ולכך לא שייך בזה מה מכר על השעבוד של העידית, כיון דודאי היה מסלק לשעבודו על הבינונית, אולם עדיין צ"ע כיון דנקט רע"א דמוכח מתו' דיכול המלוה לומר כל מה שאני מוצא אצלך אטול, הרי מוכח דאית ליה שעבוד לבע"ח על הזיבורית, ואי"ז רק מצד מיניה, וכל מה שהלוקח יכול לדחותו ולסלקו מעליו היא בטענת מה מכר, וע"ז צ"ע דלא אמרי' מה מכר בכה"ג ששמעון לא היה עושה כן, וצ"ע בכ"ז.

[א] הנה הרא"ש חולק על תו' וס"ל דאינו יכול לכפותו על זיבורית טפי פורתא, ולפי הרא"ש תקשי קו' הראשונים למאי בעי' בשייר בינונית לטעמא דלהכי טרחי, תיפו"ל משום מה מכר, ומצינו בזה ג' תי' באחרונים.

(א) עי' ביאור הגר"א קי"ט ס"ק ג' דהוכיח מהרא"ש דס"ל דמיירי דאיכא רק עידית וזיבורית, ומכר את הזיבורית ושייר עידית, דלא שייך כה"ג מה מכר, ומהני טעמא דלהכי טרחי דגובין את העידית מלוקח ראשון, וביאר דמה"ט כתב הרמ"א שם דכה"ג גובין מזיבורית בשם י"א, כיון דהרא"ש חולק ע"ז, וכ"כ החזו"א ב"ק ג' סק"ד, ולהנ"ל גם

מדברי התו' מוכח כהרא"ש, דהא מבואר מדבריהם דאפשר לפרש כן, אולם צ"ע מה מועיל בזה הטעם דלהכי טרחי, הא דינו בזיבורית, וכמו דבאמת נקטו הרמב"ן והרשב"א דודאי גובין מהזיבורית, ובדוחק י"ל דכוונתם כדברי הראשונים דמשום דטעה דיש לו בינונית שייך הטעם דלהכי טרחי.

(ב) בדו"ח מכת"י יישוב לדברי הרא"ש, עפ"י מה דהוכיח מדברי התו' דמעיקר הדין יכול המלוה לגבות מעידית דלוקח שני משום דכל היכא שאני מוצא לנכסי הלואה אני גובה, ורק משום טעמא דמה מכר אינו יכול לגבות, ולפי"ז יישוב רע"א דס"ל להרא"ש דאעפ"י דבעלמא אינו יכול לתבוע זיבורית בע"כ, מ"מ בלוקח שני דלוקח זיבורית יכול לגבות ממנו מטעם הנ"ל דכל היכא שאני מוצא וכו', ואע"ג דלענין בינונית ובינונית אמרי' דמשום מה מכר יכול לסלקו לבינונית דלוקח ראשון, מ"מ אינו יכול לסלקו לקרקע מעולה של לוקח ראשון, ומשום דגם הלואה אינו יכול לכפות על המלוה ליקח עידית במקום בינונית, נאכל תו' ס"ל דאי נימא דהמלוה אינו יכול לכופו על זיבורית, ה"ה דהלואה יכול לכפות על המלוה ליקח עידית, ולכך מדין מה מכר יכול הלוקח השני לסלקו לבינונית דלוקח ראשון, וליכא דינא דכל היכא שאני מוצא וכו', אולם כיון דהאמת דהמלוה יכול לכופו על זיבורית, משו"ה בזיבורית לא שייך מה מכר, ובעידית דאין המלוה יכול לכופו, בעי' למה מכר, כיון דאיכא טעמא דכל היכא שאני מוצא וכו', אבל הרא"ש ס"ל דאעפ"י דאין המלוה יכול לכופו על זיבורית, מ"מ אין הלואה יכול לכפותו על עידית, וממילא אי לאו דלהכי טרחי יכול לגבות מלוקח שני מדין כל היכא שאני מוצא וכו', עכתו"ד.

ויל"ע, דהרי הרא"ש ביאר דבמכר את הבינונית ושייר עידית וזיבורית גובה מהראשון משום דהרחיק שעבודו, וכן בשייר רק עידית נמי מבואר ברא"ש דטעמא משום דהרחיק שעבודו, ולדברי רע"א הרי לא היה צריך הרא"ש לה"ט, דהא כמו דיכול לגבות את הזיבורית מלוקח שני משום טעמא דכל היכא וכו', ה"ה נימא דיכול לגבות מלוקח ראשון את הזיבורית משום כל היכא וכו', נאולי ס"ל להרא"ש כמו דנתבאר בדעת רש"י דאיכא טעמא דלהכי טרחי גם לגבי הלוקח ראשון].

ולכאור' צ"ל דבכה"ג איכא מה מכר, דיש ללוקח ראשון זכות לדחותו לבינונית מדין מה מכר, ומשו"ה יכול לדחותו נמי לבינונית של לוקח שני, אי לאו טעמא דהרחקת שעבודי, אולם א"כ צ"ע מדוע לגבי הלוקח הב' ליכא דין מה מכר, וצ"ע.

ועוד י"ל דאי לאו טעמא דהרחקת שעבודי היו גובים מתרווייהו כמו דס"ל לתו' והרא"ש ב"ק ט' א' בב' לוקחים. ובמה דביאר רע"א דלפי הרא"ש אין הלואה יכול לכפותו על עידית בציר פורתא, הנה ברע"א קי"ט ס"ג נקט בפשיטות דלפי הרא"ש ביד הלואה לכופו ליקח מעידית.

(ג) בנתה"מ קי"ט סק"ב יישוב לדברי הרא"ש דנפק"מ באופן דא"א לגבות מלוקח ראשון, כגון באשתדף, אם חוזר על לוקח שני, דאי טעמא משום הנחתי הוא חוזר על הלוקח שני, אולם משום טעמא דלהכי טרחי אינו חוזר עליו, דסו"ס בשעת המכר הוא טרח ודקדק, והנה הנתה"מ כתב דאזלי' לפי שעת הגביה רק לפי הבעה"ת דהוא מדין הנחת, ולא לפי הראשונים דהוא מדין מה מכר, אולם בפשוטו גם לטעמא דמה מכר מסתברא דאזלי' בתר שעת הגביה, וכן מבואר להדי' בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' י"א סק"ח, וצ"ע.

[ב] עי' בדרישה ס"ק ב' דהק' לפי הרא"ש דמהני טעמא דהרחקת שעבודי גם לגבי גביה מעידית דלוקח ראשון, דא"כ אמאי מבואר בגמ' ב"ק דבקנה עידית באחרונה ומכר בינונית וזיבורית ושייר עידית דכולם גובין מעידית כיון דאחרונה היא, תיפו"ל משום דהרחקת שעבודי, ובדו"ח מכת"י תי' דאי לאו דאחרונה יכול לגבות מזיבורית דשני, אולם כיון דאחרונה היא אינו יכול לגבות אלא מעידית, וכ"כ בנחל"ד, אולם אכתי תקשי לפי מה דהוכיח הסמ"ע

והש"ך מתו' בכתובות דאעפ"י דאחרונה היא, מ"מ יכול לגבות מלוי, דלגבי לוי מצי שמעון לטעון א"א, דא"כ הדק"ל למאי בעי' לטעמא דאחרונה, וכן הק' בנתה"מ קי"ט סק"ג, ובהגהות ראמ"ה, ומוכח לכאן דהרא"ש חולק על תו' בכתובות, אולם הרי הסמ"ע והש"ך דייקו מלשון השו"ע דס"ל כתו' בכתובות, והשו"ע פסק להדי' שם נמי לדברי הרא"ש דאיכא טענה דהרחקת גם לגבי עידית.

ובנתה"מ תי' דנפק"מ היכא דאיכא נמי ניזק, דאי קנה הלוקח הראשון לכל השדות בב"א, אעפ"י דהרחיק את שעבודו של הבע"ח ללוקח שני, אינו מגרע משעבודו של הניזק על העידית, אולם כיון דקנה את העידית באחרונה כולם גובין בשוה, ובחזו"א ב"ק סי' ג' סק"ט חלק דגם בקנו בב"א גובה הניזק עם המלוה, ולכך חלק בסק"ח על הדיוק של הסמ"ע והש"ך מהשו"ע דס"ל כתו' בכתובות.

שבק בינונית דכוותה

(א) גמ' - אבל שבק בינונית דכוותה מצי א"ל הנחתי וכו'. ובתו' ד"ה אבל כתבו דאי"ז עיקר הטעם, דלא שייך הנחתי רק לגבי בעלים ולא לגבי לוקח, שהרי תרוייהו משועבדים, ואי"ז בני חורין, אלא עיקר הטעם מדין מה מכר, כיון דהלוקח היה יכול לדחותו לבינונית דכוותה, ויש בזה חידוש, דהנה בלא דין מכר אינו יכול לדחותו לבינונית דלוקח ראשון, ומשום דרק אם הקרקעות בידו יכול לדחותו, וא"כ מה יועיל הא דמה מכר, הרי גם לראשון לא היה כח לדחותו אלא משום דהיו ב' הבינונית בידו, נולדברי התו' הרא"ש דאיכא מה מכר על אפשי א"ש שהוא קיבל זכותו לומר אפשי].

(ב) ועי' חזון איש ב"ק סי' ג' סק"ד דביאר דיסוד הדין הוא דכשמכר הוי כיחד בשעת המכר ליתן את השדה הנשארת אצלו למלוה, וביאר במוסגר דהא דכתבו הראשונים דאיכא סברא דמה מכר, אינו מדין הקנאת זכויות, דהא לא עביד קנין ע"ז, ויכול שמעון לחזור בו וליחד את השדה של לוי לפרעון החוב, אלא כיון דליכא הפסד למלוה, ראוי ללוקח ראשון לקיים המקח, ולכך גובין מהראשון, [ויובן יותר עפ"י יסוד משר"א שכנים ואבי עזרי דבכל מקח איכא נמי דין העמדת המקח, ולכך כל מה דיכול לקיים המקח בלא שיגבו אותו מלוקח שני, הוא מחוייב לעשותו, ומשו"ה גובין מהראשון], וא"ש נמי קו' הנ"ל, ועי' היטב בפנ"י בכתובות דביאר דהוא מדין אחריות דנפשי, וצ"ב כוונתו, הרי כל דין אחריות דנפשי הוא לגבי דהוא עצמו לא יטרוף, אבל הכא הרי הבע"ח טריף, ואולי כוונתו כהנ"ל.

(ג) והנה בסוגיין מיירי דהלוקח מכר, ומבואר בראשונים דיש בזה דין מכר, אולם לכאן כ"ז שייך בגוונא דלוקח מכר ללוקח, דכיון דהיה ללוקח ראשון זכות לברור ממה יגבה המלוה, ה"ה דיש ללוקח שני את הזכות בזמן הגביה לדחות את הבע"ח לקרקע שביד הלוקח הראשון, אולם בגוונא דהלוה מכר לב' בני אדם, הרי מסתברא דלא שייך בזה מה מכר, דהרי כשקנה הלוקח הראשון, הרי גם הלוה אין לו כח לדחותו ללוקח ראשון, דרק על מה שיש לו הוא יכול לדחותו, אבל על מה שאינו בידו אינו יכול לקבוע, וא"כ כשמכר אף את הקרקע הב', הרי אין למוכר זכות לדחותו ללוקח הב', וא"כ ה"ה דהלוקח ראשון אינו יכול לדחותו ללוקח הב', אולם בדברי רע"א מבואר דאינו כן, ועי' בסוגיא דמכר לג' בני אדם מה דנתבאר בזה.

(א) עי' בבעל התרומות ש"ד ח"ז ס"ב דהביא מרה"ג דגרס "ואזדא רבא לטעמי" דאמר רבא כדרך שתקנו בלוקח ראשון כך תקנו בלוקח שני" והיינו דאיכא תקנה דהנחתי גם בלוקח שני, והביאו הנתה"מ קי"ט סק"ב, ולכאן י"ל

דהא דהוצרך לומר דאיכא דין הנחתי גם בלוקח שני, ולא סגי בטעמא מה מכר, כדהק' לעיל על תו' דהא גם לראשון לא היה כח אם לא היה לו ב' בינוניות.

(ב) אולם צ"ע דהא כבר הוכיחו רש"י בע"א ותוס' ד"ה רצה מהא דבהניח זיבורית אצל שמעון יכול לגבות מלוי את הבינונית, דליכא דין הנחתי בלוקח, אעפ"י דבלוה איכא דין הנחתי גם בזיבורית, וא"כ גם בשייר בינונית נמי נימא דלא שייך דין הנחתי, ועי' בחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' דהאריך לבאר בזה דנאמרו בזה ב' דינים, דהיכא דהנכסים בנ"ח הוא מדינא דאין נפרעין מן הערב תחילה, אולם היכא דמכר הא דגובין מן האחרון אינו מדין אין נפרעין מן הערב תחילה, אלא הוא תקנה בפנ"ע דהנחתי לך מקום, והיכא דאיכא זיבורית בנ"ח לא שייך הדין דהנחתי, כיון דאינה קרקע הראויה, אבל היכא דאיכא בינונית בני חורין הוא משום ב' דינים גם מדין אין נפרעין מן הערב, וגם מדין הנחתי, ולכך בב' לקוחות דליכא דין אין נפרעין מן הערב כיון דתרווייהו ערבים ניהו, ורק תקנה דהנחתי שייך בב' לקוחות, ולכך רק בתרווייהו בינונית יכול לומר הנחתי, אבל לא בהניח זיבורית.

אלא דקשה מדוע בב' לקוחות שייך הטעם דהנחתי, דמאי אולמא האי מהאי, ות' הגרש"ר דהוא מחמת הסברא דרש"י דהוא בע"ד מחמת דקנה את הקרקעות, ולכך שייך בזה דין הנחתי, [וצ"ב קצת דא"כ בב' לקוחות יש לדון גם מחמת הדין דאין נפרעין מן הערב, כיון דהוא ערב טפי, ויש ליישב], עכתו"ד, ויש להוסיף דלפי"ז ע"כ דדינא דרמ"ג הוא רק לגבי הזיבורית, דהא בשייר עידית לא גרע משייר בינונית, ויכול לסלקו מדין הנחתי לך מקום.

(ג) ועי' משנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"ג דביאר עפ"י סברת הרא"ש דאיכא טענה דהרחקת שעבודי, וביאר דגדר הדין דכיון דקנה את כל נכסי הלואה הוא נכנס תחתיו, ויש לו שעבוד הגוף, ולכך מצי לדחותו ללוקח ראשון, אעפ"י דתרווייהו משועבדים.

ולפי"ז יישב לקו' הראשונים דביבורית הוא רק משום תקנת חכמים, ואין בזה דין אין נפרעין מן הערב, אבל היכא דשוו, איכא בזה דין דאין נפרעין מן הערב, ולכך היכא דשייר בינונית דכוותי' כיון דלוקח ראשון יש לו שעבוד הגוף, יכול לוקח שני לדחותו ללוקח ראשון, אבל היכא דשייר זיבורית ליכא דין דאין נפרעין מן הערב, [אולם עיקר הסברא בזה צ"ב כיון דאיכא טענה דהרחקת ויש לו שעבוד הגוף, מדוע ליכא דין ערב בשייר זיבורית, וכן מה דחילק בדין אין נפרעין מן הערב אינו ברור, ועי' בסוגיא דגיטין דיתבאר עוד קצת בזה].

(ד) ועי' בשטמ"ק בכתובות דהביא מתלמידי רבינו יונה דביארו "ואף ע"ג דאמרינן לעיל דלא אמרינן הנחתי לך מקום לגבות הימנו מלוקח שני ללוקח ראשון הכא שהקרקע שוה ומצא ביד הלוקח השני יכול לדחותו ולומר כבר יש לך ממה שתפרע מן הראשון בקרקע הראוי לך" וצ"ב דמלשוננו משמע דאין כוונתו כבעה"ת דאיכא דין הנחתי גם בלוקח שני, אלא דמ"מ בקרקעות שוות איכא דינא דהנחתי, וצ"ב הסברא בזה.

ואפ"ל דכיון דנתבאר לעיל דלדעת רש"י ב"מ ט"ו א' א"א לגבות מלוקח אלא משום דיש לו תביעה עליו אמאי זבנתיה, משו"ה ס"ל לתר"י דכ"ז דיש ללוקח ראשון בינונית ליכא תביעה על הלוקח שני אמאי זבנתיה, וזה גופא כוונת הגמ' דהנחתי לך מקום לגבות, אבל אי לא שייר בינונית דכוותה שפיר יכול לתבוע מהלוקח שני אמאי זבנתיה.

מכר עידית ושייר בינונית וזיבורית

(א) עי' בסוגיא ב"ק דאביי ס"ל דכולהו גובין מעידית, ורבא פליג משום מה מכר ראשון לשני וכו'. וצ"ב הרי דינא דא"א אינו זכות בקרקע, אלא הוא זכות מחמת שיש לו בינונית וזיבורית, ואי"ז זכות בעידית, ומהיכ"ת דמכר לו את הזכות של א"א, ועוד צ"ב דלא שייך מה מכר על דבר שא"א למוכרו בפנ"ע.

(ב) ועי' בחי' הראב"ד דכתב "יכול לומר לוקח שני ללוקח ראשון אתה חייב לפטור אותי מבעל חוב ומכתובה ולהגבות אותם כדיניהם כאלו היו כולן אצלך כי בכל זכותך מכרת לי זו העדית וכמו שאתה היית דוחה אותם אצל דיניהם אע"פ שלקחת עדית באחרונה כך אתה חייב לדחות אותם מעלי וזה הטעם בין שמכר ראשון לשני באחריות בין שלא מכר באחריות".

ולכאור' כוונתו דהיה קשה לו מדוע במכר עידית ושייר בינונית וזיבורית יכול הלוקח הב' לומר א"א, ואילו בגוונא דרישא אין החוכר יכול לומר א"א משום דליתניהו גביה, וע"ז חידש הראב"ד דבאמת אינו יכול לומר א"א, אלא הוא תובע מלוקח ראשון שיאמר א"א, ומשום דחייב אחריות הוא מדין העמדת המקח, דחייב להעמיד לו המקח לעולם, [וכדביארו מ"א שכנים, ואבי עזרי] ובנטרפה אי"ז מכירה לעולם, ולכך נכלל בחיוב אחריות למנוע את עצם הטירפא, ומשום"ה חייב לומר אי אפשרי בתק"ח כדי למנוע את הטירפא, וחיוב זה איכא גם במוכר שלא באחריות, דבסתמא כל מקח מחייב אחריות, ורק דאם מכר שלא באחריות פטור, מדין תנאי, וע"כ ס"ל להראב"ד דלא התנה אלא אם יטרפו ממנו שלא יהיה חייב בדמים במקום השדה, אבל על העמדת שדה זו עצמה לא התנה, וממילא קאי בחיוב אחריות למנוע טירפת השדה. [ובחזו"א ב"ק ג' סק"ט נקט בפשיטות דאף במת לוקח ראשון נמי אמרי' דאיכא מה מכר, ולכאור' כוונתו דמדין מה מכר זכה הלוקח בזכות לומר א"א, וכ"כ בשטמק בשם הר"מ מסקרסטה, וצ"ע אם זה סותר להנ"ל].

(ג) ועי' היטב במהר"ם, ולכאור' כוונתו דהוקשה לו כנ"ל מ"ש רישא מסיפא, וע"ז תירץ המהר"ם דחשיב שהלוקח הראשון מעמיד ביד הלוקח השני את הבינונית והזיבורית, וחשבי' להו כאיתנהו גביה, ושוב מצי למימר לא ניח"ל בתקנתא דרבנן, ומשא"כ לד' הראב"ד באמת השני לא יכול כלל לומר לא ניח"ל בתקנתא דרבנן, אלא הוא תובע מהראשון שיאמר כן.

מכרן לג' בני אדם

ב"ק ח' א'

(א) גמ' - מכר לאחד או לג' בנ"א כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים וכו' השתא לג' דאיכא למימר חד מינייהו קדים אמרת כולם נכנסו וכו'. ועי' ברש"י ד"ה השתא וד"ה אמרת דכתב דאיכא ספק שמא א' לקח בבוקר וב' בערב, מ"מ הואיל ואין ניכר בשטר המכר מי לקח ראשון, כולם נכנסו תחת הבעלים.

ועי' ברשב"א דהק' על הגמ' דהא קי"ל כר"מ דע"ח כרתי, וכל דאינו מוכח מתוכו לא קנו עד סוף היום, ותי' הרשב"א או דס"ל בשטרות כר"א ומספק"ל דילמא כתב ומסר לאחד בבוקר וב' בערב, או דמיירי בשטרי אקנייתא דלכו"ע משעת קנין קנו, ומספק"ל מי קנה קודם, ומבואר דבאמת איכא ספק ומ"מ כולם נכנסו תחת הבעלים, וצ"ב דא"כ אמי אין אין יכולים לומר הנחת.

(ב) והנה הר"ן בדף צ"ד ב' הביא מהרשב"א דהיכא דמכר לב' בסתמא ואין ידוע למי מכר קודם, דעליהם לברר מי קדם, כיון דמעיקר הדין כל הנכסים משועבדים, אלא דאיכא תקנה דרבנן דאין נפרעין, ולכך על הלוקח לברר, ולפי"ז א"ש דינא דסוגיין, כיון דליכא דין הנחת בספק.

אולם בר"ן שם הביא מתשו' הרמב"ן דאיכא דין הנחתו בספק ועל המלוה להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה אינו גובה כלל, ותמה עליו הר"ן דהא באישתדוף גובה ממושעבדים, וא"כ כיון דאינו יכול לגבות רמ"ג רמ"ג, ולפי הר"ן נמי א"ש דינא דסוגיין, דכיון דהוי כאישתדוף כולם גובין כדינן.

(ג) אולם לדעת הרמב"ן עדיין תקשי מסוגיין דמבואר דהיכא דאיכא ספק כולם נכנסו תחת הבעלים, ועי' בדו"ח מכת"י בסוגיין דכתב לדברי הרמב"ן צ"ל דסוגיין כר"מ וליכא ספק כיון דאינו מוכח מתוכו.

(ד) אולם הנה בבעל התרומות שער ד' חלק ח' סי' ג' כתב לדון במכר לב' בנ"א בסתמא ואין ידוע למי מכר קודם, דמסתברא דהוא ודאי בנכסיהם, והם ספק אי פקע שעבודו מהם, ועליהם לברר, והביא ראיה מהא דביאר רש"י דאיכא ספק מי קנה בבוקר ומי קנה בערב, וכיון דאין ניכר הזמן מתוך השטר, חשיב דקנו כולם בב"א, וכולם נכנסו תחת הבעלים, וה"ה במכר לב' בנ"א בסתמא חשיב כאילו קנו בב"א ולא מצו מדחי לי'.

אולם הביא הבעה"ת לתשו' הרמב"ן דבגוונא הנ"ל יכולים הלקוחות לדחותו, עד שיביא ראיה אי זה מהן מאוחר ויטרוף ממנו, ודחה את הראיה מסוגיין, דכיון דהיו כולם ביום אחד, ואין כותבין שעות, דינא הוא דב' שטרות היוצאין ביום אחד או יחלוקו או שודא, ולכך נכנסו תחת הבעלים, אבל מכרן בזא"ז, עליו הראיה, ובפשוטו כוונת הרמב"ן דאי נקטינן דיחלוקו הרי בגוונא דהכא זהו דינו דכולן נכנסו תחת הבעלים, ואי ס"ל שודא הרי הכא זה גופא דין שודא דכולם נכנסו תחת הבעלים, וכן מבואר בביאור הגר"א שם סק"ו, [ובטור סי' קי"ט הביא דהרמב"ן כתב גם בספק באותו היום אינו גובה עד שיביא ראיה, אולם הביא דר"י פירש דביום אחד לא חייל השטר עד סוף היום כיון דאין מוכח מתוכו, ועי' בב"ח ובדרישה ובביאור הגר"א סק"ו דהאריכו לתמוה על הטור דהרמב"ן אינו חולק על ר"י, וכמבואר בתשו' שבסה"ת הנ"ל, ועי' מה דהובא עוד בזה בזה בסוגיא דב' שטרות].

ונמצא ד' ביאורים בגמ' אמאי אין יכול כל אחד לטעון הנחתו, או משום דלר"מ דנין כקנו הכל ביחד, או משום דהמלוה לעולם נידון כמוציא, או משום דינא דאישתדוף, או משום שודא.

(ה) והנה בגמ' פריך אילמא בב"א השתא לג' וכו' לאחד מיבעיא, ועי' ברש"י דביאר דבב"א היינו בשטר אחד, וצ"ב אמאי לא פירש דמיירי בג' שטרות, ועי' שטמ"ק בשם מהר"י כץ דאכתי תקשי דהיינו מכר לג' בני אדם, אולם הרי הגמ' פריך דהוא כ"ש.

אולם לדברי הר"ן א"ש היטב, דכל מה דס"ל דנידון כאישתדיף הוא רק בב' בני אדם דכל אחד דוחה אותו לב', אבל באדם אחד דאינו דוחה אותו לגמרי אלא לזיבורית, הרי אינו כאישתדיף, וממילא כולם יגבו מזיבורית, ורק בגוונא דקנה בשטר אחד שייך לומר דכיון דליכא ספק כולם נכנסו, ולכך פריך פשיטא, [ועי' בחזו"א ליקוטים סי' י"א סק"ז דנקט דהרשב"א נמי מודה לטעמא דהר"ן דהוי כאישתדוף, אלא דנקט קושטא דמילתא דעל הלוקח לברר, ולהנ"ל יש בזה נפק"מ בלוקח אחד, דלא שייך דין אישתדוף, ומו"ח שליט"א אמר בזה עוד נפק"מ בגוונא דאחד מהלקוחות מודה דהוא האחרון, דלהר"ן ודאי גובין ממנו כיון דאינו כאישתדיף, אולם לטעמא דהרשב"א יכול המלוה לגבות ממי שירצה, כיו דאין הודאתו פושטת את הספק לגבי הלוקח השני].

(ו) והנה בעיקר דברי הרשב"א, עי' ברע"א בדף צ"ד ב' ד"ה בר"ן ומשניות גיטין פ"ה אות נ"א דתמה דכל מה דצריך לתקנה דאין נפרעין הוא בגוונא דקנה בינונית ושייר זיבורית, אבל היכא דקנה בינונית ושייר בינונית דכוותה, הרי מדאו' יכול לדחותו ללוה מדין מה מכר, וא"כ במכר בסתמא ב' בינוניות אף להרשב"א כל אחד יוכל לדחותו, [והנה לפי הסה"ת דאזיל בגרסת רה"ג דב' בינוניות נמי ליכא דין מה מכר, ובעי' לדין הנחתו, לק"מ דהוא נמי דין דרבנן, אולם הרי הרשב"א ס"ל דהוא מדין מה מכר, ולשי' ק' קו' רע"א], ועי' בנתה"מ סי' קי"ט סק"ד דכתב ג"כ בתו"ד דהיכא

דמדאו' אינו יכול לגבות מודה הרשב"א דעל המלוה להביא ראיה, ע"ש. [ועי' בספר בני ציון סי' ק"א דתמה על רע"א דלא שייך מה מכר במכר בב' לקוחות, ע"ש, ועי' להלן דע"כ מוכח כרע"א].

ולכאו' יש ליישב, די"ל דיסוד הנידון על מי להביא ראיה, הוא תלוי בגדר הדין דאין נפרעין, אם ביטלו השעבוד או דביטלו רק את הזכות גביה, דאי בטלו השעבוד, מסתברא דעל המלוה להוכיח, ואעפ"י דמעיקרא ודאי דהיה למלוה שעבוד על הקרקע, מ"מ כיון דהשתא איכא ספק הפקעה עליו הראיה, [ודמי לא"י אם פרעתיך בשמא ושמא], אולם אם לא ביטלו השעבוד מסתברא דעל הלוקח להוכיח שיש לו זכות חדשה לדחות את הגביה, וזהו דכתב התרומות דהוא מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו דכיון דשעבוד ודאי איכא אלא דאיכא נידון אי ביטלו את הגביה, משו"ה על הלוקח להביא ראיה.

ולפי"ז א"ש קו' רע"א, דהרי מה מכר אינו עוקר השעבוד, אלא הוא רק זכות לדחותו, וא"כ על הלוקח להוכיח דיש לו זכות לדחות, וכוונת הרשב"א דאי דין אין נפרעין הוי מדאו' יתכן דהוא ביטול השעבוד, אולם מדרבנן ודאי דהגדר הוא רק דין קדימה ולא ביטול השעבוד.

אולם כנראה דרע"א והנתה"מ נקטו בכוונת הרשב"א דכל היכא דאיכא ספק תקנה מוקמינן אדאו'.

אולם אף לדבריהם י"ל ע"ד הנ"ל, דדין מה מכר אינו עוקר השעבוד, ולכך חשיב המלוה מוחזק, אלא דבאנו לדון מחמת התקנה דאין נפרעין דביטלו השעבוד כ"ז שיש בנ"ח, ובהא כל היכא דאיכא ספק תקנה העמידו על דין דאו', ומשו"ה גובה גם בב' בינוניות, וכן נראה בכוונת החזו"א חו"מ ליקוטים סי' י"א סק"ח, [ושו"ר באבי עזרי פ"ט מו"ל ה"ב סק"ב דתי' לקו' רע"א דכיון דאינו עקירת השעבוד ל"ש מה מכר אלא באופן שמעמיד בפועל לבע"ח קרקע אחרת לגבותה, והכא הרי כל א' לא מעמיד קרקע אחרת לבע"ח, דמאי אולמיה על פני חברו, ולכן יכול לגבות משניהם, משא"כ דין הנחתי דהוא הפקעת השעבוד דנין מי הוא המוחזק, ולהנ"ל אי"צ לסברא דבעי' שידחה בפועל].

ועי' בדו"ח מכת"י בסוגיין דנקט דלפי הרשב"א יועיל טענת ברי של הלוקח, ומה"ט הק' על הרשב"א מאי פריך הגמ' לאחד מיבעיא, דילמא קמ"ל דאעפ"י דהוא טוען ברי נמי צריך לברר, והנה כ"ז שייך רק אי נימא דהוא מדין ספק תקנה, דבאמת הלוקח הוא מוחזק, אלא דמשום ספק אנו באים לבטל חזקתו, ובהא י"ל דמהני תפיסה בטענת ברי, [עי' רע"א סי' צ' סמ"ע ס"ק י"ד], אבל להנ"ל דאינו מוחזק מחמת דהשעבוד עדיין קיים, לא יועיל טענת ברי, [ותפוס בקרקע לא שייך כלל], וצ"ע עוד בזה.

ז) ובמה דנחלקו הרמב"ן והר"ן אי הוי כאשתדוף, עי' בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' י"א סק"ז דכתב לבאר בדעת הרמב"ן או דס"ל דשאני אשתדוף דאין מה לגבות, אבל הכא יש מה לגבות, אלא דאיכא חסרון עדות ואינו בכלל אשתדוף, ועוד כתב לבאר דס"ל להרמב"ן דכיון דאחר דחייל דין אשתדוף גובה ממי שירצה נמצא דלוקח שלא כדין, ואעפ"י דאחר שהוחלט דינו שלא יגבה הוא גובה כדין.

וע"ע בחי' רא"ל סי' נ"ח דהאריך לבאר דזה תלוי בגדר הדין דאין נפרעין, דהרמב"ן ס"ל דגדר הדין דאין נפרעין הוא הפקעת השעבוד, אלא דבאשתדוף חוזר השעבוד, ולכך היכא דרק בפועל אינו יכול לגבות, כיון דבפועל איכא שעבוד רק על הבני חורין, לא פקע השעבוד, אבל הר"ן ס"ל דהוא רק ביטול הזכות גביה, ומה"ט גופא באשתדוף חוזר וגובה ממשועבדים, כיון דלא פקע השעבוד, ומשו"ה זה תלוי אם בפועל הוא יכול לגבות או לא, וע"ש בעוד דרך.

(א) עי' בשו"ע קי"ט ס"ג דהביא די"א דהיכא דכל אחד טוען אני לקחתי מקודם והנחתי לך מקום, דאין גובין מהם, וי"א דכיון דאין ניכר מתוך השטר, חלו כולם רק בסוף היום וגובה מהם, וכתב רע"א קי"ט ס"ג לחדש דאף לשיטה הב' דגובה מהם, הוא רק בג' מיני קרקעות, אבל בכולם שוין אינו גובה אלא מן האחרון, דהרי הראשון זכה מדין מה מכר לסלקו לבינונית שביד המוכר, דכמו דהלוח יכול לדחותו מקרקע לקרקע, ה"ה דלוקח ראשון יכול לדחות ללוקח הב' מדין מה מכר, אבל האחרון אינו יכול לסלקו כיון דבזמן שמכר לו הלוח לא היה קרקע לסלקו, והוסיף רע"א דאף לו יהא דחל הקנין בב"א, מ"מ יש ללקוחות זכות דמה מכר, ורק בגוונא דג' מיני קרקעות, דממנ"פ ליכא מה מכר, דאי זיבורית באחרונה הרי לא היה ללוח כח לסלקו לזיבורית, ואי מיירי דעידית באחרונה, הרי אף אי נימא כהרא"ש דיכול הלוח לסלקו בעידית בע"כ, [ומבואר דנקט דלתו' ודאי דאין הלוח יכול לסלק את המלוה בעידית בע"כ, ועי' ח' הגרש"ר סי' ז' סק"ב דביאר דלתו' כמו דיכול לתבוע זיבורית כ"ש דיכול לתבוע בינונית ולא עידית], מ"מ ודאי דהלוח לא יעשה כן וליכא כה"ג מה מכר, כמבואר בתו' כתובות צ"ב, עכתו"ד.

(ב) והנה במה דכתב רע"א דגם אי חייל הקנין בסוף היום בב"א, איכא מה מכר, צ"ע דהרי כמו דלוקח שני ביאר רע"א דליכא מה מכר, כיון דאין לו במה לסלקו, ה"ה דבמכר בב"א ליכא מה מכר, דהרי לא שייר אצלו כלום, אולם באמת דיש לזה הוכחה מגוף הסוגיא.

(ג) דהנה מבואר בתו' ח' ב' ובראשונים דאי לאו טעמא דמה מכר, אם מכר את העידית ושייר בינונית וזיבורית היה יכול לגבות את העידית מלוי, וביאר רע"א בדו"ח מכת"י דמעיקר הדין יכול לגבות כל היכא דמוצא קרקע של הלוח, ורק משום דהלוקח ראשון היה יכול לדחות לבינונית, יכול נמי לוקח שני לדחותו ללוקח ראשון, ויש לתמוה דאי נימא דליכא דין מה מכר במכר בב"א כיון דלא שייר המוכר אצלו קרקע אחרת, א"כ אמאי כולם נכנסו תחת הבעלים, ולא יגבו כולם מלוקח העידית, [והיה אפ"ל דבעל העידית מצי למימר להכי טרחי וזבני ארעא דלא חזיא לך, כמו דלוקח שני יכול לומר להכי טרחי, אולם בקדמה מכירת בינונית לעידית לא שייר האי טעמא, וכמו דכתב הרשב"א ח' ב' ד"ה ולא אמרן דבליכא בינונית לא שייר להכי טרחי], וע"כ מוכח דאיכא דין מכר אף במוכר בב"א, ולכך כולם נכנסו תחת הבעלים.

(ד) ועוד מצינו כן, דהנה ברמב"ם פ"ט מו"ל ה"ה הביא דלינא דברייתא דמכר לכולן בב"א כולן נכנסו תחת הבעלים, ועי' במ"מ דכתב להסתפק היכא דמכר ג' בינוניות בב"א איך גובין, אם יכולים לטרוף הכל מכל אחד, או דלוקחין מכל אחד לפי חשבון, והכריע המ"מ דלוקחין לפי חשבון, ועי' באו"ש פכ"ה מול ה"י דתמה דהא פסק המ"מ שם דהיכא דאיכא ב' ערבים גובה מאיזה שירצה, וא"כ ה"ה לענין נכסים דגובין מדין ערב דיכולו לגבות ממי שירצו, ותי' באו"ש דכיון דהלוח היה יכול לדחותו לכל בינונית שירצה, משו"ה כשמוכר בב"א ב' בינוניות, מדין מה מכר כל אחד יכול לדחותו למי שירצה, ולכך גובין לפי חשבון, וזהו כנ"ל.

(ה) ושו"ר במשנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"ה דהק' בנוסח אחר, דבפשוטו יש לבע"ח שעבוד בכל הנכסים, אלא דיש למלוה זכות לתבוע בינונית ולא זיבורית, ויש ללוח זכות לדחותו מעידית לבינונית, אבל מעיקר הדין יכול הלוח לדחותו לעידית, וא"כ תקשי במכר לג' בנ"א כאחד, הרי אינו יכול לדחותו ללוקח בינונית כיון דקנו בב"א, וא"כ יוכל לגבות מכח השעבוד גם מלוקח דעידית, וע"ש דחידש דגדר הדין הוא דהוי בינונית כאפותיקי סתם, ובסק"ז תי' עוד דאיכא דין להכי טרחי, אולם כבר נתבאר לעיל דלא שייר כן בגוונא דקדמה מכירת בינונית לעידית.

(ו) ומו"ח שליט"א הק' דמבואר מדברי רע"א דאי קנה לעידית באחרונה ליכא מה מכר, וקשה דהא מדברי התוס' בע"ב דלולי מה מכר יכול לגבות מעידית דלוקח ראשון, וביאר רע"א בדו"ח מכת"י דהוא משום דכל דאין הנכסים

אצל הלוח יכול לגבות ממה שימצא, וא"כ על הצד דקנה לעידית באחרונה הרי כולם יכולים לגבות מעידית, וממילא לא יועיל הא דלענין הנחתי אנו דנין דהכל חל בב"א, דהא חייל דין גמור דיכולים כולם לגבות ממה שירצו, וצ"ע.

(א) גמ' - אין לו גובה משלפניו וכו'. עי' בתו' דהביאו מהריב"א דהיכא דבאו בב"א גובה כל הקודם בשעבוד גובה מן האחרון אפי' אם הוי זיבורית לניזק, ועי' חזו"א ב"ק סי' ג' סק"י דכוונתם דס"ד דכה"ג דבאו בב"א כיון דבלא"ה גובין לכל הקרקעות כ"א יגבה כדינו קמ"ל דלא, אולם בשטמ"ק הביא מהמאירי דיש מי שחולק דכה"ג גובה כ"א כדינו, [ועי' בסוגיא בגיטין דיתבאר בזה אם הרשב"א שם חולק על הריב"א].

(ב) עוד כתב החזו"א דלמדנו מתו' דהיכא דהאשה באה לגבות בתחילה אינה גובה אלא מהזיבורית, [עי' פנ"י ב"מ י"ד ב' על תו' ד"ה תריץ, במה דתי' לקו' התוס', דמתבאר מדבריו דלא כחזו"א, אלא גובה מעיקרא מהלוקח הקודם, ועי' בסוגיא דהנחתי בדאיני דבדברי הפנ"י] ורק בבאו בב"א גובה מהעידית, אולם אם יבא הניזק אח"כ, כיון דמאוחר שגבה מה שגבה לא גבה, בטלה גבייתה מהזיבורית, ותגבה האשה מעידית, [הנה לפי הצד דהגביה של הבע"ח מאוחר חיילא, אלא דיש לו זכות ביטול, הרי מסתברא דאם הבע"ח מוקדם אינו תובע את ביטול הגביית המאוחר אינו בטל, וא"כ אף דיכול לבטל אינו יכול לתבוע ממנו שיבטל, וחייב לפרוע לו].

(ג) עי' ברא"ש סי' ג' דכתב דנראה דאם הניזק יפייס את הלוקח הראשון דיניח לו לגבות, ולא יאמר לו הנחתי, דמצי גבי, כיון דכולהו מושעבדים, אלא דאיכא תקנה לטובת הלקוחות, וכל דמחלו ליכא תקנה.

ועי' ביאור הגר"א קי"ט סק"ט דציין ע"ז ב"ק ח' ב' דאיכא דין א"א, ועי' בנתה"מ קי"ט סק"ו דגדר הדין דע"י מחילת הלוקח הוי כלקחו בב"א וכל אחד נוטל כדינו, אולם אינו יכול למחול שיטול יותר מדינו, ואין הבע"ח יכול ליטול עידית ואין האשה יכולה ליטול בינונית.

(ג) אולם בחזו"א ב"ק ג' סק"ט ד"ה כ' הרא"ש ביאר דדינא דהרא"ש אינו מדין א"א, אלא כיון דמעיקר הדין דינה בזיבורית, וגם הרי כשקנה את העידית עדיין היה הזיבורית אצל הבעל, אלא דאם יבא הניזק ויגבה את הזיבורית מהלוקח האחרון, היא חוזרת על העידית, אולם אם לא בא הניזק לגבות הרי דינה בזיבורית האחרונה, ולכך יכול ליתן את העידית לניזק כדי שלא יבא לתבוע מהאחרון, ואין לה טענה על העידית, כיון דכל טענתה הוא רק על הצד דהניזק יגבה את הזיבורית, ומה"ט כתב לחלוק על הנתה"מ דאף בפייסו על יותר מדינו נמי איתא לדין הרא"ש דהוי כנתן את העידית במתנה לבע"ח, [ויש לעי' דאף להחזו"א יתכן כהנתה"מ, דמ"מ יותר מדינו אינו יכול לתת לו, דהא אינו משועבד לו, ובמתנה נמי אינו יכול ליתנו, כיון דהוא משועבד].

וצ"ע מדוע הגר"א הוצרך לדין א"א, הא סברת החזו"א נכונה דהא זה ודאי דהלוקח יכול לדחות את האשה והבע"ח לאחרונה ע"י דמפייס את הניזק, דלא גרע ממחל הניזק, וצ"ל דס"ל דאין יכול ליתן לניזק כיון דמפסיד את האשה, ודמי למבואר ברמ"א ק"ד א' דאין הלוח יכול ליתן מעות לבע"ח מאוחר כיון דהמוקדם לא יוכל לגבות ממנו, והחזו"א ס"ל דלא חשיב דמפסידו כיון דאין לו שום זכות בזה.

(ד) והנה הרא"ש ביאר דהנדון בזה הוא, דהבע"ח טוען דנסתלק שעבודו משום דהניחו בני חורין, והניזק טוען דכולהו משועבדים, אלא דתקנו חכמים לטובת הלקוחות, וכל דמוחל מהני, וכבר עמד החזו"א שם ד"ה טור מדוע הוצרך הרא"ש לבאר דטענת הניזק דכולהו משעבדי, הרי אף אי לא משעבדי, והוי דאיני, נמי יכול ליתן לו כדי שלא יהא דחיה לאשה מהזיבורית.

ה) אולם באמת דבלשון הרא"ש נראה דהנידון בזה אם גדר הדין הוא דפקע השעבוד או דהוא רק דין בסדר הגביה, וצ"ע דלפי הנתה"מ והגר"א דכוונת הרא"ש לדין א"א, הרי אף אי נימא דפקע השעבוד מהעידית כ"ז שיש בני חורין, הא מ"מ יכול לומר א"א ובטלה התקנה, וצ"ע.

אי שתקת

ב"ק ח' א'

א) גמ' - כגון שלקח עידית באחרונה א"ה ליתו כולהו וכו' משום דא"ל וכו'. עי' ברש"י ד"ה שלקח דביאר דבלקח עידית באחרונה ניח"ל למיתב להו כדיניהו ולא ליזלו בתר עידית, ועי' בספר התרומות ש"ד ח"ח אות ב' דביאר דאינו רוצה לומר הנחתי כדי שלא יפסיד ולכך הוא משתדל להכנס תחת הבעלים ליתן לכל אחד מן הראוי לו, והיינו דכל הדין דהנחתי הוא מחמת טענת הלקוחות, וכל דאינו טוען הנחתי גובה כ"א כדינו, והביאור בזה דאף דאיכא בני חורין, לא פקע השעבוד מהם, אלא דיש דין בסדר הגביה, דיש ללוקח זכות לדחות לזיבורית, וכל שאינו דוחה לבני חורין גובין מעיקר הדין מהמשועבדים.

אלא דא"כ צ"ב מאי פריך א"ה ליתו כולהו וכו', הא ליכא דין הנחתי רק בטוען הלוקח, וצ"ל דקו' הגמ' על הא גופא, דאף דלא פקע השעבוד מהמשועבדים, מ"מ כיון דאיכא דין בסדר הגביה דנוטלין מעיקרא מבני חורין, אי"צ לטענת הלוקח.

ב) עי' ברשב"א דתמה הרי בתחילה פריך הגמ' דנימא הנחתי ויגבו את הזיבורית, וא"כ מאי משני ר"ש דמיירי בלקח עידית באחרונה, הרי הדר קו' הגמ' דניזיל בתר אחרונה, ואף דהגמ' פריך לה, מ"מ קשה מאי ס"ד, ועל תי' הגמ' דאיכא טענה דאי שתקת, תמה הרשב"א דהא ברייתא דכולם נכנסו דינא קתני ולא פשרה, ותי' הרשב"א דס"ל לר"ש דכל דאיכא לוקח אחד יכולים לומר לו שעבודן אצלך, וחייל דינא דכולם גובין כדינם, ואינו יכול לדחותם, וע"ז פריך הגמ' דמכר לאחד הוי כמכר לג' ובטל הדין דכולם נכנסו ויגבו כולם מן העידית, ודחי להו דאם אנו באים לבטל דינא דקמא הרי יאמר להו אי שתקת ויטלו פחות מדינם, וע"ז פריך דא"כ יגבו כולם מזיבוריין וע"כ דמיירי ביתמי, וא"כ עדיין יכולים לטעון דמכר כאחד כמכר לג' ויגבו כולם מעידית דהיא אחרונה, עכתו"ד.

ג) וצ"ע דאי ר"ש ס"ל דבלוקח אחד קם דינא דכולם גובין כדינם, א"כ אמאי ר"ש הוצרך לאוקמי בלקח עידית באחרונה, ועוד צ"ב דהרי הרשב"א הק' דלא יתכן לבאר לברייתא מדין אי שתקת כיון דהוא פשרה ולא דין, וא"כ מה הוסיף בתי' דקו' הגמ' רק אי נימא דמכר לאחד נידון כג', וע"ז משני דהוא מדין אי שתקת, הרי אכתי תקשי דברייתא דינא קתני ולא פשרה.

ד) וי"ל דסברת הרשב"א דמכר לאחד אף דכולם נכנסו וכל אחד גובה כדינו, מ"מ אכתי מצי למידחו להו לאחרונה מדין אין נפרעין, אלא כיון דלקח לעידית באחרונה הוא לא ידחה אותם, אולם לולי הסברא דמכר לאחד קם דינא דמעיקרא, הרי אף בלא תביעתו כולם גובין מן האחרון, דהא מיד שקנה לב' השדות חייל השעבוד של כולם על האחרונה, ואף דקנה את השדה האחרונה, מ"מ דין כולם רק באחרונה, ולא כדינן, ורק משום דחידש רב ששת דשאני מכר לאחד, משו"ה כל דאינו תובע דאיכא דין דאין נפרעין כולם גובין כדינם, אולם אכתי יכול לדחותם לאחרונה, ובלקח עידית אינו דוחה אותם.

וע"ז פריך הגמ' אמאי אין יכולים לתבוע שלא יחול דינא דמעיקרא אלא יטלו מאחרונה, ומשני דאי יבטלו לדינא קמא, הרי יכול לגרועי דיניהו מדין אי שתקת, וכיון דלא יתבעו כן, הדרינן לעיקר הדין דכולם נכנסו תחת הבעלים.

ה) והנה ברשב"א מבואר בקו' שהוא פשרה, אולם אח"כ כתב שהוא מעיקר הדין, ומשו"ה נידון כמוחזר, וי"ל דאי לאו הא דבלוקח אחד ליכא דין קדימה, הרי ע"כ דהא דיכול להחזיר את הזיבורית אינו אלא איום, דאי הוי כעשוי הרי כולם יטלו מזיבורית, אולם לבתר דפירש דלר"ש ליכא דין קדימה בלוקח אחד, שפיר י"ל דהוא רק היכ"ת לגרום דלא יתבטל דינא קמא, והוא רק פשרה לקיים הדין.

ומה"ט הוסיף הרשב"א דאי"צ להחזיר את כל השטרות כמו בסוגיא בכתובות, נוצ"ע אמאי באמת לא סגי התם דיחזיר שטר א' בשביל שיהא ספק, וצ"ע], ומשום דאינו להחזיר את הדין דמעיקרא, אלא רק למנוע ביטול הדין, ורק כשצריך להחזיר הדין דמעיקרא, צריך להחזיר את השטרות, ועדיין צ"ב דברי הרשב"א, וע"ע בחי' רא"ל סי' נ"ח סק"א בדברי הרשב"א.

תוס' ד"ה מכרן - השתא לא אסיק אדעתיה וכו'. ובפשוטו כוונתם דאי ס"ד הוי משני דקמ"ל דלא אמרי' אי שתקת, וצ"ב הא לא מצינו מאן דפליג על דינא דאי שתקת, נואף דמבואר ברשב"א דאיכא פלוגתא בדין אי שתקת לגרועי דינא, ותלה הרשב"א בדין קם דינא או הדר דינא, מ"מ בתו' בסוגיין מבואר דבדין אי שתקת אין חילוק בין לאוקמי דינא לגרועי דינא, והוא רק חילוק בדין לכי תהדר.

ובמה דמבואר בתו' דיכול לכבוש השטר ולהחזיר הזיבורית לבעלים כאילו לא קנה מעולם, כבר תמה במהרמ"ש דא"כ מה יועיל תי' הגמ' דמיירי ביתמי, הרי יכול לכבוש השטר, ויכול הניזק לגבות מהיתומים דהוי יתמי דירשו קרקע, נוצ"ע בפורת יוסף דביאר דטעמא דלא נח"ל למכור את הזיבורית ללוה, משום דחושש שיחזור וימכרנו לאחר, ואעפ"י דקיי"ל דגם לאחר שמכר מצי אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות הימנו, מ"מ ס"ל לגמ' דאיני לא משתעבד, וצ"ב הרי הקרקע משועבדת ועומדת עוד מקודם ואינו ענין לדאיקני.

ועוד צ"ע דהרי טענת אי שתקת דהכא הא קאי על נזיקין דס"ד שיוכל לדחותם אצל בינונית, וקמ"ל ברייתא דלא אמרינן הכי, והרי לענין נזיקין לא שייך טענה דיכול לכבוש, דמאחר שהם כתובים בשטר אחד, הרי אם יכבוש השטר גם העידית יחזור לבעלים הראשונים, ושוב יגבו הנזקין מעידית, וא"כ הא לית ליה שום טענה כלפי הנזקין לדחותם אצל זיבורית.

וע"כ צ"ל דזה גופא כוונת תו' דהו"מ למימר דקמ"ל דלא אמרינן אי שתקת, והיינו דקמ"ל דטענה דיכול לכבוש לאו טענה היא, ומשום דאי אסיק אדעתיה טענה דאי שתקת ע"כ צ"ל דהא דנכנסו תחת הבעלים מיירי ביתמי, ומשו"ה לא מצי למימר שימכור את הזיבורית, אבל אכתי הו"מ למטען שיכבוש את השטר, דזה הא שייך גם גבי יתמי, וזהו דקמ"ל הברייתא דטענה דיכול לכבוש לאו טענה היא, ומיושב הקו' הנ"ל מנזיקין, דהרי גבי יתמי אף אם יחזרו כל הקרקעות לא יגבו אלא זיבורית, דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית.

א) גמ' - ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית וכו'. עי' ברא"ש דמהדרנא לאו דוקא, כיון דאין המקח בטל בחזרת השטר, אלא צריך למיעבד קנין או שיכתוב לו דקיי"ל דאין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה, ועי' ברשב"א בע"ב ביאר "והא ודאי בפרעון קאמר וא"נ אבטל המקח דאי לא מאי מהדרנא שטרא דקאמר" ומבואר דמיירי או דפרע את הקרקע בשביל חוב שהיה חייב למוכר, או דביטל המקח, וצ"ב איך מבטל מקח, אי מיירי במקח טעות הרי היא בטלה ועומדת גם בלא מהדרנא ידידה, ואי ליכא מק"ט איך אפשר לו לבטלה, ואי מיירי בעייל ונפיק

אזווי, הרי המקח בטל מיד כשמת, ולא בדידיה תליא מילתא לקיימו, נואולי צריך לגרוס ברשב"א "בפרעון קאמר ולא לבטל המקח", ועי' בסוגית דין בע"ד דמוכר, דהובא בזה עוד ראייה להגיה, וצ"ע.

(ב) ובמה דכתב הרשב"א דמיירי בפרעון - עי' בתומים קי"ט סק"ה במסוגר דנקט דכוונת הרשב"א לדמי המכירה, ותמה דילמא מיירי דכבר פרע, ועוד תמה דאמאי אוקי ביתמי ולא מוקי לה בחי ול"ל זוזי לשלם לו, ורצה לבאר דכוונתו לדין אודיתא, ותמה בסק"ו דא"כ מדוע כתב הרשב"א דמהני מדין יתומים שגבו, הא לא שייך בזה דין שדר"נ, וע"ע להלן בהמשך הסוגיא עוד בדברי הרשב"א.

(ג) עי' בספר התרומות ש"ד ח"ד סי' ב' דכתב בשם הרמב"ן "פירוש, מהדר לשטרא לאו דוקא, דהא קיימא לן החזיר לו את השטר לא חזרה מתנתו, אלא מהדרנא ליה ארעא בשטר מתנה שאעשה לו קאמר, דכיון שיהיו לו נכסים בני חורין לא יפרע מן המשועבדין, ובודאי דוקא בשרוצה מוכר ליקח מתנה זו, שאם לא רצה לקבלה אינה כלום, אלא סתמא דמילתא מוכר רוצה בטובתו דלוקח ויקבל המתנה כדי שיגבה בעל חוב ממנו ולא יטרוף עדית מלוקח" אולם לכאור' לפי הרשב"א דמיירי בפרעון חוב, הרי מהני אף בע"כ.

(א) תוס' ד"ה אי שתקת - כיון שאין מפקיע כוחה וכו' לכי תהדר וכו'. ומבואר דכל דבא בטענת אי שתקת לגרוע דינו, מצי א"ל לכי תהדר, ולדבריהם קו' הגמ' דבנזיקין יטול מבינונית, כיון דהניזק לא יאמר לו לכי תהדר, וע"ע בתוס' בע"ב ד"ה מצי דליכא מה מכר בשייר זיבורית מדין אי שתקת, דיאמר לו לכי תהדר, וצ"ב הא מיירי בלקח עידית באחרונה, וא"כ לעולם הוי לגרועי דינא, דהא קודם שקנה את העידית כבר חייל השעבוד של שלשתן על העידית שאצל הלוח, [ועמד בזה רע"א - עי' להלן], וצ"ל דס"ל לתו' דדין לפי המצב שהיה קודם קנינו, והרי קודם שקנה את העידית חייל דינה בעידית, משא"כ נזיקין ובע"ח קודם המקח היה דינם בעידית ובינונית.

אלא דעיקר הסברא צ"ב מדוע רק במגרע דינו מצי אמר לכי תהדר, [ועי' ח' הגרש"ש דביאר דכמו דלוקח יכול לסלק בזווי, כמו"כ יכול לסלקו בקרקע בגוונא דזה פרעון טוב בשבילו, ומטעם אי שתקת אמרי' דהבינונית הוא פרעון טוב, דהא אם לא יקח את הבינונית יגרום לו לקבל זיבורית, אבל לגבי כתובת אשה כיון דיכול לגרום דלא יהא לה זכות יותר מעיקר דינה, חשיב דזהו עיקר דינה, ולכן יכול לסלקה בזיבורית, עכתו"ד בקצרה, וצ"ע דהא בסוגיא בדף ק"ט ב' לא שייך סברא זו ומדוע אמרי' אי שתקת, וצ"ע].

ובתוס' בכתובות ק"ט ב' ד"ה ורבנן חלקו דבאמת הוי מצי למיפרך נמי מבע"ח, ולדבריהם אמרי' אי שתקת גם לגרוע דינו, ולא מצי אמר לכי תהדר, ועי' בתוס' בכתובות צ"ב ב' דכתבו דבאמת איכא מה מכר על אי שתקת, אלא דהסוגיא שם מיירי ביתמי.

(ב) וברא"ש סי' ג' ביאר דטעמא דלא מצי אמר לכי תהדר כיון דרואין כאילו הוא כבר עשוי, וביאר דמה"ט באבדה לו דרך ל"א לכי תהדר, וכן ביאר דקו' הגמ' דנזיקין יגבו מזיבורית, וקו' הגמ' קאי אף על בע"ח, ועוד ביאר דמה"ט לא בעי' דוקא שיטעון אלא טענינן ליה, [וצ"ע כוונת הפלפ"ח אות נ'], וכן ביאר ברשב"א דקו' הגמ' אף מבע"ח כיון דהוי כעשוי, [ועי' בשו"ת הרא"ש כלל י"ח סי' א' דהיכא דלוח מגוי ומכר הגוי את שטרו לישראל, דיכול הישראל לתובעו בדיניהם, כיון דיכול לאמר לו אי לא שתקת מהדרנא את השטר לגוי, [אולם דן שם דאינו יכול לתבוע בדיניהם מחמת טעם אחר], ומבואר דאמרי' אי שתקת אף להוציא ממון, וכן עי' בכלל פ"ו סי' ט"ו דדן דפרע חוב של האשה לבעלה, ובעלה טוען סיטראי ניהו, דמצי אמר אי לא שתקת מהדרנא את השטר לאשה, והיא תוציא ממנו, ומבואר דאמרי' אי שתקת לאפוקי ממוחזק].

והנה בנימוק"י הביא לחילוק התוס' ב"ק, והוסיף לבאר דכל שאין בא לגרוע מכחה כמוחזר דמי, וכ"כ בתוס' הרא"ש יבמות ל"ז ב' וכתובות ק"ט ב', וכ"כ בהג"א ב"ק, [וכן מבואר בשו"ת הרא"ש כלל י"ח סי' א'], וצ"ב אמאי

במגרע לדינו לא אמרי' דהוי כמוחזר, נויש מבארים דס"ל לתוס' דבאמת איכא ב' דינים באי שתקת, דלאוקמי מהני מעיקר הדין, אבל לגרועי אינו מועיל רק מדין איום בלבד, ולכך רק בלאוקמי אינו יכול לומר לכי תהדר דהוי כמוחזר, אבל בלגרועי דהוא רק מדין איום, יכול לומר לו לכי תהדר, אולם הרי תוס' הק' דבשייר זיבורית נימא מה מכר על אי שתקת, והא הוי לגרועי, וא"כ לא שייך בזה מה מכר, וע"כ דס"ל לתו' דגם לגרועי אמרי' אי שתקת מעיקר הדין, וצ"ע].

ועי' בנתה"מ קי"ט סק"ז דהביא ראייה דלא אמרי' אי שתקת לגרועי דינא, דהא קיי"ל דקם דינא, וא"כ מה יועיל תי' הגמ' דמת המוכר, הרי כיון דכשהיה חי היה יכול לדחותו מדין אי שתקת, אף במת נמי יוכל לדחותו, דהא מת אחר שנתחייב ואחר שמכר, עכ"ד, וצריך להוסיף דכל הקו' היא רק אי נימא דאיכא דין טענינן על אי שתקת, דאל"כ כיון דקודם שמת לא טען, לא שייך לומר דקודם שמת הוי כאילו טען, אולם להרא"ש תקשי כנ"ל, אולם יש לדון דלא שייך טענת מהדרנא רק בזמן גביית החוב, כין דאינו ביטול השעבוד, אלא רק דחיה, וכבר עמד בזה במשנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"א ד"ה וראיה.

ג) עי' ברשב"א דביאר דר"ש דמוקי לה בעידית באחרונה, ס"ל דאמרי' אי שתקת רק לאוקמי דינא ולא לגרע דינו, ומה"ט כולם גובין כדינן, דלגבי נזיקין ובע"ח הוי לגרועי, [ועי' בתוס' הרא"ש ביבמות ל"ז ב' דלכא' מבואר מתו"ד כהרשב"א, וצ"ע כוונתו שם דחילק בין נזיקין לאשה], ומאן דמוקי לה ביתמי ס"ל דאמרי' אי שתקת אף לגרע דינו, ולכך אף בנזיקין ובע"ח שייך אי שתקת לגרע דינא, וקו' הגמ' דנימא דהניזק יטול מזיבורית, וכתב הרשב"א דזה תלוי אי קם דינא או הדר דינא, ובזה יישב הרשב"א לקו' תו' אמאי לא אמרי' מה מכר בשייר זיבורית, דלהל' דקיי"ל דקם דינא לא אמרי' אי שתקת לגרועי דינא.

[והנה מה דתלה הרשב"א בדין קם דינא והדר דינא - עי' היטב בביאור הגר"א קי"ט ס"ק י"ג דמתבאר מדבריו דאי לא אמרי' אי שתקת לגרועי דינא, הרי לא היה מועיל אי שתקת בחד דאתי מכר ד', כיון דכבר בטל פסק קמא דאין לו זכות לתבוע דרך, אולם אי אמרי' קם דינא ולא נתבטל הפסק, שפיר י"ל דאעפ"י דהשתא יש תביעה מחודשת דממנ"פ, מ"מ אמרי' אי שתקת לקיום הדין הראשון, אבל אי אמרי' דהדר דינא ע"כ דאמרי' אי שתקת גם לגרועי, ולכך כתב הרשב"א דאי אמרי' הדר דינא ע"כ מוכח דאמרי' אי שתקת לגרועי, אבל אי אמרי' קם דינא ליכא ראייה דאמרי' אי שתקת לגרועי].

א) הנה הרי"ף והרמב"ם פיי"ט מו"ל ה"ו פסקו דלקח זיבורית באחרונה כולם גובין מן הזיבורית מדין הנחת, אבל לקח עידית באחרונה כולן נכנסו תחת הבעלים, כיון דאומר א"א, והשמיטו לאוקימתא דיתמי.

ב) ועי' בבעה"מ דיישב דס"ל כמ"ד דכל שדינו בעידית גובה מלקוחות את העידית, אעפ"י דאיכא זיבורית בנ"ח, ולכך לא יועיל הא דיחזיר את השטר של הזיבורית למוכר, ועי' ברמב"ן דתמה עליו דאכתי תקשי מבע"ח, [וע"ע מה דיתבאר בזה בסוגיא דגיטין], ועוד צ"ע דא"כ מדוע הביאו לטעמא דא"א, הרי ליכא דין אי שתקת בנזיקין, וצ"ע.

ג) וברמב"ן במלחמות תי' דבאמת כל היכא דלא טען אי שתקת כולם גובין כדינן משום א"א, ולכך לא הביא הרי"ף לאוקימתא דיתמי, כיון דזה עיקר הדין, וכוונת הגמ' דאי פקח הוא יכול להפסידן בערמה ולטעון להם אי שתקת, ויצטרכו להתפשר עמו, ואם יאמרו לו לכי תהדר כולם גובין כדינן, וכוונת הגמ' למימר דאף אי יהדר לא יועיל לו כיון דמייירי ביתמי, אולם אם באו לבי"ד מגבין להו כדינן, ובזה יישב לקו' תו' אמאי לא אמרי' מה מכר בשייר זיבורית, דכיון דאי"ז טענה מן הדין לא שייך בזה מה מכר, והביא לזה ראייה, דאל"כ כל לוקח עידית יאמר דיקנה זיבורית ידי' ללוה, וע"כ דאי לא טעין לא טענינן לי', והא דמבואר בגמ' באבדה לו דרך דאף בלא טעין טענינן לי', ביאר הרמב"ן דלאו מדין אי שתקת הוא, אלא מדין מה מכר, עכ"ד. [והנה במה דחידש הרמב"ן דאבדה דרך הוא

מדין מה מכר, כבר ציין בשו"ת רע"א תנינא סי' ס"ב דברמב"ם פט"ו מטו"נ הי"א הרכיב לב' הטעמים, אי שתקת עם מה מכר, וצ"ב מה שייך בזה מה מכר, הא לא היה להם זכות שלא לתת לו את הדרך, אלא דמספק אינו יכול להוציא מהם, וצ"ע].

(ד) והנה במה דכתב הרמב"ן דודאי אי אתו כולוהו מגבינן להו כדינייהו, צ"ע דא"כ ע"כ דכבר אמר א"א, דאל"כ יגבו כולם מהאחרונה, וא"כ היכי מצי אמר לכי תהדר, הרי כיון דאמר א"א, ליתא גביה לתקנה דאין נפרעין, ואולי אמר א"א רק לגבי הזיבורית ואל לגבי העידית, אלא דא"כ צ"ע מדוע מבואר בגמ' דבאמר א"א כולם גובין כדינן, הרי יכול לומר א"א רק לגבי הזיבורית, וע"כ דמ"מ כיון דהשדה משועבדת יכול הבע"ח לגבות ממנה, וא"כ צ"ע כנ"ל.

(ה) והנה על קו' הרמב"ן דכל לוקח עידית יאמר אי לא שתקת אמכור זיבורית ללוה, עי' בנתה"מ סי' קי"ט סק"ט דיישב עפ"י תו' כתובות דהק' מדוע בחד דאתי מכח חד לא מצי לומר אי שתקת ואי לא מזבנינן לד', ותי' דשאני חד דאתי מכח ד' דזכות הבא על ידו יכול להפקיעו, אבל זכות שהיה לו קודם המקח, אין הלוקח יכול להפקיעו, ולפי"ז יישב קו' הרמב"ן דכיון דלא קנה את הזיבורית מהלוה לא שייך בזה אי שתקת, דאין יכול להפקיע זכותו שלא היה מחמתו, והא דמבואר בגמ' דשייך אי שתקת לגבי הניזק, אעפ"י דכבר קודם המקח היה לניזק זכות על העידית, דכיון דאי לא היה קונה את הזיבורית היה גובה הניזק מהזיבורית בני חורין, משו"ה חשיב דהזכות בא לניזק על ידו, ולכך יכול לטעון דיחזיר את השטר ויבטל הזכות שבא מכוחו.

(ו) בעיקר קו' הרמב"ן אמאי לא לוקח עידית אינו יכול לומר אי שתקת, צ"ב אמאי לא הק' כן על הלוה גופי', דהיכא דיש לו רק בינונית וזיבורית יאמר אי שתקת, ואי לא מזבנינא לבינונית, והשטמ"ק ח' ב' הביא להק' כן מרבינו יהונתן על מזיק שיש לו עידית ובינונית, וצ"ל דודאי הלוה גופי' כיון דיש לו שעבוד הגוף אינו יכול לטעון דימכור, כיון דמחוייב שלא למכור, ורק לגבי הלוקח דאין לו שעבוד הגוף יש להק' דיכול למכור.

(ז) ובמ"מ שם ביאר דס"ל כסברת הרשב"א דליכא אי שתקת לגרועי דינא, ומדברי הגר"א קי"ט ס"ק י"ג בביאור דברי הרשב"א, מתבאר עוד דהרי"ף והרמב"ם ס"ל דרק למ"ד דהדר דינא דע"כ מוכח מרבנן דאמרי' אי שתקת לגרועי, הוא דפריך א"ה בנזיקין נמי, אבל למאי דקיי"ל דקם דינא לא אמרי' אי שתקת לגרועי דינא, ואי"צ לאוקמי ביתמי.

ועי' בלח"מ שם [ומה דכתב שם הלח"מ לסברא דלגרועי בשם הרמב"ן, צ"ע דזהו דברי הרשב"א], דהק' ע"ז דא"כ מדוע הוצרכו הרי"ף והרמב"ם להביא לטעמא דא"א, הא לא שייך אי שתקת לגבי נזיקין כיון דהוי לגרועי, ורק לגבי בע"ח ואשה שייך אי שתקת, ולכך כולן גובין כדינן, וסיים דיש ליישב, ובשו"ת רע"א תנינא סי' ס"ב כתב דנפק"מ ליתמי.

(ח) עוד כתב שם ברע"א לבאר דס"ל להרי"ף והרמב"ם דבאמת כל היכא דקנה עידית באחרונה הרי כבר חל השעבוד על העידית, וא"כ אף לגבי בע"ח ואשה הוי אי שתקת לגרועי דינא, ולכך בעי' לדין א"א, דתו ליכא דין שעבוד על האחרונה, ולכך כולם גובין כדינן, [ובדעת רש"י ותו' צ"ל דס"ל דזה תלוי מה גרם לגביה מעידית, דלגבי אשה הלוקח גרם לגביה ע"י שקנה עידית באחרונה, משא"כ לגבי הניזק והבע"ח דגם בלא קנינו היה להם גביה כדין].

(א) עי' רש"י בע"ב ד"ה בנזיקין דכתב דלא פריך על בע"ח משום דמצי למימר לכי תהדר, ולדבריו ע"כ צ"ל כתו' דשאני כתובה דכיון דאינו מגרע דינה לא מצי אמרה לכי תהדר, ועי' בנימוק"י דהעיר דברש"י כתובות ק"ט ב' לא משמע כן ברש"י, וכוונתו דהא מבואר שם בגמ' דבחד דאתי מכח ד' דלפי אדמון ממנ"פ הוא נוטל לדרך קצרה,

ולרבנן אמרי' אי שתקת, ופירש רש"י שם דא"ל אוזיל גבך הדרך, וס"ל לנימוק"י דהא דהוסיף רש"י כן דאל"כ יאמר לו לכו תהדר, והק' הנימוק"י [וצ"ע כונת הגהות הב"ח על הנימוק"י], דהא בכה"ג הוי לאוקמי דינא, דהא מהד' אינו נוטל כלום, ומ"מ ס"ל לרש"י דמצי א"ל לכו תהדר, ולכא"ו י"ל דס"ל לרש"י דכיון דהדרך היא שלו אלא דאינו יכול להוכיח בבי"ד דהיא שלו, לא שייך בזה אי שתקת מעיקר הדין, דדמי לאומר אי לא שתקת אגזול ממך ממון שלא כדין, ועוד יש לדון עפ"י הרשב"א דלמ"ד הדר דינא ע"כ הוי לגרועי, ולכך הוסיף רש"י דמ"מ אומר לו אוזילנא גבך, והיינו דבאמת אינו אלא איום וכדברי הרמב"ן, אולם רש"י ביבמות פירש הכי, אעפ"י דקאי התם למ"ד דקם דינא].

(ב) אולם עי' בתו' בכתובות שם דכתבו דאדרבא רש"י לשי' ביאר כן, כיון דאבדה דרך דמי לבע"ח דמגרע מדינו, אולם לדבריהם שם דאף בבע"ח פריך דנימא אי שתקת, אעפ"י דהוא מגרע מדינו, אי"צ לבאר כן, ועי' בתו' יבמות ל"ז ב' ד"ה דאמר ליה דהביאו לדברי רש"י דמוזיל גביה וחלקו עליו, ואח"כ הביאו לסוגיא דב"ק וביארו כדבריהם בב"ק דאשה לא מצי אמרה לכו תהדר כיון דאינו מגרע כוחה, ועי' במהרש"ל שם דהביא די"מ דכוונתם להביא ראיה לדבריהם דכל דאין מפקיע כוחו לא מצי אמר לכו תהדר, וזהו כדברי הנימוק"י הנ"ל, אולם המהרש"ל חלק עליהם דנידון כמגרע מדינו, וכמבואר בתוס' בכתובות, וביאר דתו' חזרו לבאר שיטת רש"י, אולם עי' במהרש"א ביבמות דביאר דכוונתם להביא ראיה לדבריהם דכל דאינו מגרע דינו לא מצי אמר לכו תהדר, [וכ"כ במהר"ם], ועי' בתוס' הרא"ש ביבמות דמבואר להדי' דכוונתם לדחות את רש"י דכל היכא דאינו מגרע כוחו לא מצי למימר לכו תהדר, וביאר המהרש"א דתו' בכתובות נמי ס"ל הכי, וכוונתם דרש"י ס"ל דחשיב כמגרע מכוחו, אולם תו' גופי' ס"ל דלא חשיב כמגרע כוחו, וצ"ב דהא תו' בכתובות ס"ל דהו"מ למיפך מבע"ח, והיינו דאף כמגרע כוחו לא מצי אמר לכו תהדר, וא"כ מה הנפק"מ אי באבדה לו דרך נידון כמגרע מכוחו או לא, ולכא"ו יסוד הנידון אי אבדה דרך חשיב כמגרע דינו, תלוי אם זה נקבע לפי הבעלים או לפי הלוקח.

(ג) והנה תו' בכתובות הק' אמאי בחד מכח חד לא אמרי' דמזבנינא לד', [וצ"ב אמאי לא הק' על חד לחוד דיכול למכור לד'], ותי' דגרע כיון דקודם שבא לידו לא היה ראוי לומר כן, משא"כ בחד מכח ד' דמעמידו על הזכות שהיה לו מקודם, והיינו דרק זכות הבא מכח המקח יכול לבטלו, וצ"ב דהא בקנה עידית באחרונה נמי נימא דלא שייך אי שתקת, כיון דהא דיכול להחזיר הזיבורית אינו זכות שהיה מקודם, ועי' בנתה"מ קי"ט סק"ט דביאר דכיון דאם לא היה קונה את הזיבורית היה גובה את הזיבורית מדין אין נפרעין, משו"ה חשיב דהזכות בא מכח הלוקח, [ויש להוסיף דהרי כל זכותם של הבע"ח והאשה בעידית הוא רק מחמת דקנה את העידית באחרונה, ומשו"ה יכול להפקיע את הזכות שלהם בעידית, ולפי הרשב"א זהו טעמא דר"ש, דגבי נזיקין הרי קודם המקח נמי היה דינו בעידית, ולכך לא מהני מהדרנא זיבורית לגרוע מכוחו, והמקשן פליג בהא גופא, אולם לרש"י ותו' אינו כן וגם לגרועי דינא אמרי' אי שתקת, אולם כ"ז בגוונא דהכא, ומשום דגם מה דהיה יכול להניח את הזיבורית אצל המוכר חשיב נמי זכותו מכח המכר, ולכך אעפ"י דהוא לגרועי, מ"מ שייך בזה אי שתקת].

והנה ביש"ש פ"ק סי' י"ד הביא ראיה לרש"י ותו' דכל היכא דמגרע דינו מצי אמר לכו תהדר, מהא דבחד מכח חד לא אמרי' אי שתקת דהוי מצי למיהדר שדה א' למוכר, ועי' בש"ך קי"ט סק"י דתי' דמיד שקנה א' לכל הקרקעות הרי יש לו עליו דרך, ואינו יכול לומר מהדרנא, דהא כבר יש לו דרך אצלו, משא"כ בסוגיין דיכול להחזיר את הזיבורית ויצטרך לגבות מהלוה, אולם אח"כ כתב במוסגר דשו"ר לתו' בכתובות, ולכא"ו כוונתו דבדבריהם מתורץ קו' היש"ש, וצ"ע כוונתו, הרי כמו דמהדרנא שטרא דזיבורית חשיב זכות מכח המקח, כיון דאילו לא היה קונה את הזיבורית היה גובה רק מהזיבורית, ה"ה נימא דאילו לא היה קונה את כל השדות אלא היה מניח שדה א' אצל המוכר לא היה יכול לגבות ממנו. [ושו"ר דהש"ך דייק בלשונו וכתב "שו"ר בתוס' דכתובות וכו' דלאו ראיה מהא דכתובות" והוא דבתוס' שם הק' דבב"ק אמרי' אי שתקת לכו"ע, ותי' דשאני ההיא דב"ק דליכא הפסד גמור, אבל היכא דאיכא הפסד גמור לא

אמרי' מהדרנא, וצ"ע איך מתורץ בזה קו' היש"ש, הרי תוס' באו לבאר אמאי אדמון מודה, אולם לגבי החילוק לרבנן בין חד מכח חד לחד מכח ד', אינו מועיל, דהא בתרוייהו הוא הפסד גמור, וצ"ע].

ובעיקר תי' הש"ך, כבר העיר בנחל"ד דא"כ בחד דאתי מכח ד' נמי לא שייך אי שתקת, ולכא' ע"כ דהרא"ש ס"ל כהראשונים הנ"ל דהוא מדין מה מכר, אולם צ"ע דהרי הרא"ש הוכיח דליכא דין לכי תהדר מדינא דאבדה לו דרך, ומבואר דנקט דהוא מדין אי שתקת, וצ"ע.

וסברת הש"ך נמי צ"ב, דהרי גם בחד אינו יודע היכן דרכו, אלא דיש לו תביעה עליו דממוני גבך, וזה הרי מחוסר גוביינא, דהא מה דנותן לו אינו בודאי דזה הדרך שלו, אלא דמספק הוא דנוטלו, ודמי לשעבוד דחוב על הקרקע, וצ"ע.

ובחזו"א ב"ק סי' ג' סק"ו כתב ליישב קו' היש"ש דחד מכח חד גרע כיון דהוא דבר מחודש וגורם שיגזלו לו בודאי, ורק לגבי לוקח דנעשה הדין מכח המקח, דיכול לחזור ולאמר לו איני חייב לאיטיב עמך ויחזור הדבר לקדמותו.

(א) הראשונים הק' אמאי לא אמרי' בשייר זיבורית מה מכר על הזכות דאי שתקת, ובתו' ב"ק תי' דיאמר לכי תהדר, ובתוס' בכתובות תי' דמיירי ביתמי, וברמב"ן תי' דליכא מה מכר על אי שתקת, וברשב"א תי' דלא אמרי' מה מכר על לגרועי דינא.

ועי' בתלמיד ר"ת ובשטמ"ק בשם תוס' שאנץ דהביאו דיש מת' דמיירי דקנה שלא באחריות, ולכך לא היה מחזיר שמעון כיון דהוא יפסיד את המעות של המכירה, ודחו דהא יכול לתיתנו לו במתנה.

ובסמ"ע סק"ה כתב לתרץ דכיון דאין ביד לוי להחזירו לראובן, לא שייך בזה מה מכר, וכ"כ שם בס"ק ל"א.

(ב) ובפפולא חריפתא אות ק' תמה על הטור דפסק כתוס' בכתובות דאמרי' אי שתקת בבע"ח, וס"ל נמי דליכא טענה דלכי תהדר, ולא העמיד כתי' תו' בכתובות דמיירי ביתמי, ויש להוסיף דתי' הרמב"ן נמי א"א לומר, דהא להרא"ש הוא דין גמור, וכן תי' הרשב"א א"א לומר, דהא בע"ח הוי לגרועי דינא, דהא וא"כ הדק"ל קו' תו'.

(ג) ויתכן לומר [נתעוררתי מידידי הרב אלי' דוד קונינסקי נ"ו] דבגוונא דמהדר הזכות של הדחיה הוא דין בזיבורית, דיכול לגרום שיהא מוכרח לגבות רק מהזיבורית, ולכך היכא דמכר דשייר לזיבורית לא שייך בזה מה מהדר, דהרי מכר לבינונית, אבל לגבי מה מכר על טענת א"א כמו בשייר בינונית וזיבורית, הזכות לדחותו הוא דין בעידית דדוחה את השעבוד מהעידית משום טענת א"א, ולכך שייך בזה מה מכר, וצ"ע עוד בזה, וע"ע במשנת ר"א ב"ק סי' ו'.

(א) במהרש"ל ב"ב קנ"ז ב' כתב דל"ש הנחתה אלא כשהניח בני חורין בשעת הלקיחה, אבל אם בשעת הלקיחה לא הניח כלום, ורק אח"כ קנה הלוח עוד בני חורין, אין הלוקח יכול לדחותו, כיון דבזמן שלקח לא הניח כלום, ותמה בקצוה"ח קט"ו סק"ד מסוגין דמה מהני שיחזיר את הזיבורית, והרי בשעה שלקח העידית לא הניח כלום, וא"י לטעון הנחתה, ובהגהות ברוך טעם תמה דכל דברי מהרש"ל רק בהנחתה, דהשתא הכל משועבד, וכל התקנה מפני שהיתה בת חורין מעיקרא, ובזה חידש דדוקא כשהניח בנ"ח בעת הלקיחה, אבל בסוגיין דעדיין הבנ"ח אצל הלוח, ויש כאן אין נפרעין וכו', מדוע לא יוכל לדחותו לבני חורין.

(ב) ואפ"ל דשאני הכא דהרי לא החזיר לו, אלא הוא כאילו מוחזר, ולכך א"א לדון בזה דין מדין אין נפרעין, שהרי בפועל הוא פורע ולא הלוח, ולכך דין הגביה הוא גביה ממשועבדים ולא מבני חורין, ולכך כל דין הגביה הוא רק

מדין הנחתי, ושפיר הק' הקצוה"ח דלא מצי טעין הנחתי שהרי לא הניח כלום אצל הלוח בשעה שלקח את העידית, וכה"ג ליכא דין הנחתי לפי המהרש"ל, [וע"ע בשיעור הגר"ש זצ"ל בזה].

(א) גמ' - הב"ע ביתמי. עי' רש"י ותו' דמיתומים אינו גובה כיון דהוי כקנו קרקע אחר מיתת אביהם, אולם עי' ברשב"א דתמה דהא הוי כגבו קרקע, כיון דמהדרנא אינו אלא בפרעון או בביטול מקח, ולכך פירש דמיירי ביתמי קטנים דלאו בני פרעון ניהו עד שיגדלו.

(ב) והנה מבואר מהרשב"א דבפרעון חוב הוי כגבו קרקע, וגובה זיבורית מהיתומים, וכן מבואר מרש"י ותו' דבגוונא דגבו קרקע הוא גובה לזיבורית מהיתומים, ויל"ע הרי מה דגובה מיתומים הוא מדין שדר"נ, כמבואר בפסחים ל"א א', וזה מועיל רק על עצם הגבייה והשעבוד, דהשעבוד קרקע משעבוד גם לבע"ח, אבל סו"ס היתומים עצמם אינם חייבים וא"כ אכתי אי"ז בני חורין. ואין לומר דכל גבייה מדין שדר"נ מיקרי בני חורין, ומשום דהלוח שלישי גופיה משועבד לו, וממילא חשיב זה גבייה מבני חורין, כמו כל גבייה מלוח, דהא מבואר בתוס' שם בפסחים דרק מקרקע שלו מצי גבי ולא ממטלטלי, ומשום דהחוב גופיה מיקרי מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי לבע"ח, ונמצא דאין לו להך בע"ח וכתובת אשה אלא שעבוד על הנכסים וא"כ אי"ז בני חורין, ועוד קשה מאי פריך אי היכי ליתו כוליהו וליגבו מעידית דהא אחרונה היא, דהא כוליהו בני חורין ניהו מאחר שהלוקח עצמו חייב מדר"נ, וע"כ צ"ל דגם גבייה מדינא דר"נ מיקרי משועבדים לענין זה שאין נפרעין ממנו כ"ז שיש בני חורין אצל הלוח השני, וכמבואר בשו"ע סי' פ"ו ס"ב, דאין מוציאין משלישי אא"כ ליכא נכסים לשני, וכתב שם הגר"א דחשיב משועבדים שאין נפרעין מהם במקום שיש בנ"ח, וא"כ שוב קשה ממה מועיל הא דפורע את הקרקע ליתומים, הא מ"מ אינו אלא משועבדים.

(ג) ולכאור' זה ראייה גדולה לדברי התומים סי' ס"ו ס"ק דיש ליתומים שעבוד הגוף, וכיון דהקרקע משעובדת לבע"ח דאבוהון מדר"נ, חשיב זה כהניח להם אביהם נכסים משועבדים, דהא הניח להם שעבוד בקרקע של הך לוח, והך שעבוד גופא משתעבד להבע"ח וכתובת אשה מדר"נ, וממילא רמי עלייהו שעבוד הגוף, וע"כ אי מהדר להו ארעא מיקרי שפיר מבנ"ח כמו מהלוח עצמו, ושור' דעמד בזה בחי' הגרנ"פ.

(ד) עי' ברשב"א דהוכיח מהכא דנכסים ביד יתומים קטנים הוי כנשתדפו, וציין לדבריו ב"ב קע"ד, ועי' במאירי דחלק דכיון דהוא רק אריא דרביע אינו כלל נשתדפו, ויתבאר בזה עוד בסוגיא דאישתדוף.

(א) עי' בתומים סי' ק"ח ס"ק י"ב דדן בבע"ח מוקדם ובע"ח מאוחר, ומת לוח בחיי מלוח ומת המלוח המוקדם, דאעפ"י דאין אדם מוריש שבועה לבניו, מ"מ כיון דאילו קדם המאוחר וגבה היו יורשי המוקדם מוציאין ממנו, כיון דלגבי לוקח ומלוח מאוחר לא אמרי' דאין אדם מוריש, כ"ש דקודם שגבה המאוחר דיכולים יתומי המוקדם לגבות מיתומי הלוח, אלא דדן דהלוקחות יטענו אי שתקת, ואי לא מהדרנא את השטר ליתומים, ולא יוכל לגבות מהם כיון דא"א מוריש שבועה לבניו, אלא כיון דאף במחזיר להם אינו אלא מכירה, וכמבואר ברא"ש, משו"ה יכול לגבות מהיורשים, כיון דלאו מתורת ירושה אתינן עלה, אולם לגבי בע"ח מאוחר הרי יכול לכבוש השטר, כיון דגוף הנכסים שייכים ליתומים, ומשו"ה שייך בזה אי שתקת.

(ב) ועי' בנתה"מ סי' ק"ח סק"ה דתמה דקודם שגבה המאוחר ודאי דאין המוקדם יכול לגבות מהיורשים, כיון דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, וכ"ז שלא גבה המאוחר הקרקע של היתומים, ואף בגבה המאוחר אינו גובה ממנו,

דשאני לקוחות דלאו מכח היתומים אתו, שהרי קנו מהאב, וכיון דאין לו נכסים, הרי הוי כאילו אין לו יורשים, ומשום גובה מהלקוחות, משא"כ במאחר דהוא כגובה מהיתומים, ולא שייך בזה טענת אי שתקת, כיון דמבואר ברמב"ן במלחמות ובר"ן ביבמות דלמסקנא כל הדין הוא משום מה מכר, וכיון דהלקוחות אינן באים מכח היתומים לא שייך בזה מה מכר, ומה"ט לקוחות שקנו מיתמי אין גובין מהם, כיון דאיכא מה מכר, שהרי היתומים היו יכולים לדחותו, וכן בע"ח מאחר יכול לדחות מדין מה מכר, וע"ש עוד בדבריו.

ג) ועי' בשו"ת רע"א תנינא סי' ס"ב דהביא לדברי התומים, וכתב דלפי מה דביאר בדעת שם הרי"ף והרמב"ם דגוונא דסוגיין נידון כלגרועי, הרי הרי בגוונא דהתומים כיון דאין המוקדם יכול לגבות מהיתומים, משום דא"א מוריש שבועה, ובא לזכות מהמאחר, שפיר מהני אי שתקת להעמידו על דינו שהיה לו מקודם, אולם כתב דאי נימא דליכא דין אי שתקת והוא רק משום מה מכר, הרי כיון דאין המאחר בא מכח היתומים אלא מכח השעבוד של האב, לא שייך בזה מה מכר לענין שיקנה את הזכות של היתומים, והוסיף רע"א דאף להרא"ש דס"ל דאיכא למסקנא דין אי שתקת וכולם גובין מן הזיבורית, מ"מ י"ל דהוא רק בצירוף דין מה מכר, דכיון דאילו היה הזיבורית ביד הבעלים היה יכול לסלקו מהלוקחים, משום"ה יש ללוקח את הזכות לסלקו לזיבורית, בצירוף טענת אי שתקת, עכתו"ד.

ולכאור' יש בזה חידוש, דהרי כל הדין דאין גובין ממשועבדים במקום בני חורין הוא זכות טענה של הלוקח לסלק את הבע"ח למוכר, ומה שייך לומר בזה מה מכר דקנה את הזכות מהמוכר, וצ"ב.

אין נפרעין מנכסי יתומים

גיטין נ' א'

א) גמ' - אמר מר זוטרא וכו' דר"נ שט"ח וכו' אמר אביי תדע וכו' א"ל רבא הכי השתא וכו'. ומבואר דלר"נ ואביי בע"ח דהתנה דיגבה מעידית וניזק אין גובין מיתומים רק זיבורית, ורבא חולק דגובין מעידית, ועי' ברי"ף דבתחילה כתב דהלכתא כרבא אולם שוב כתב כיון דאביי ור"נ קיימי בחד שיטה, הלכתא כוותייהו, אולם בבעל המאור ב"ק ח' א' כתב דהרי"ף פסק כרבא, ובמלחמות נקט דהרי"ף חזר בו ופסק כר"נ, ועי' בספר התרומות ש"ד ח"ג סי' ז' דכתב דבר"ח פסק כרבא, וכתב דכן דעת הרמב"ם פט"ו מו"ל ה"ז, אולם ע"ש במ"מ דחולק, ועי' ברמב"ם פ"ח מנזק"מ הי"א דפסק להדי' לענין נזיקין כר"נ, וכן הוא בשו"ע ק"ח י"ח, ותי"ט ג', ועי' ברא"ש גיטין דהביא מרבינו יונה דמ"מ יש חילוק בין בע"ח לנזיקין, דלענין בע"ח אין חילוק בין יתומים גדולים ליתומים קטנים, אולם לענין נזיקין יש חילוק בין גדולים לקטנים, ונפסק בשו"ע ק"ח כ"א, אולם עי' מהרש"א מ"ט ב' תוס' ד"ה אלא דהוכיח דתו' חולקים על הרא"ש וס"ל דגם בנזיקין אין חילוק בין גדולים לקטנים, ועי' בש"ך סי' ק"ח ס"ק ל"ד דמשמע מלשון השו"ע דבהתנה נמי אין גובין מגדולים רק מזיבורית, ובש"ך חלק דדמי לנזיקין דהא מדאור' דינו בעידית.

ב) והנה כ"ז לגבי גביה מיתומים, אולם לענין גביה מלקוחות, מצינו בזה מחלוקת ראשונים, דבבע"ח ב"ק ח' א' הק' דלענין לקוחות מבואר בגמ' שם דאי יהיב הלוקח זיבורית למוכר, הניזק גובה מזיבורית, והק' דזה סותר לדברי רבא דנזיקין גובין מן העידית, ועוד הק' מהא דקתני דבזה אחר זה כולם גובין מן האחרון, ומשמע דאפילו זיבורית באחרונה, [וכן מבואר ברש"י ותו'], וק' הרי לרבא דנזיקין דינו בעידית, ועי' ברמב"ד ובמלחמות דתמה על הבעה"מ דלענין יתומים ס"ל לרבא דהעמידו על דין דאור', אבל לענין לקוחות תקנו, והביאו לזה ראיה מהא דמלוה

ע"פ גובין מן היורשים משום דשעבודא דא', ומ"מ אינו גובה מלקוחות, דלטובת הלקוחות עקרו את השעבוד, וכן עי' ברא"ש דהביא דהראב"ד ורבינו יונה כתבו לחלק בין יתומים ללקוחות, דרבנו חששו לפסידא דלקוחות טפי מפסידא דיתומים.

(ג) ועי' בהשגות הראב"ד על הרי"ף בגיטין דכתב לבאר דשאני לקוחות דהם כמו ערבים, ותנן לא יתבע את הערב תחילה, [והביא הראב"ד את הסוגיא ב"ב קע"ד א', ומבואר מדבריו דנקט דמיירי התם בלקוחות, וכן מבואר בשטמ"ק שם ב"ב בשם הראב"ד], אבל ביתומים שפיר גובין מהם את העידית, אולם הראב"ד לא כתב דבזה מתורץ הסוגיא בב"ק, ולכא' כוונתו דהא טעמא דלא יפרע מן הערב אינו מועיל לתרץ דינא דברייתא דהא מיירי בג' לקוחות, ולגבי דינא דהנחתית לא שייך הך טעמא, ולכך בב"ק כתב דחששו לפסידא דלקוחות טפי מיתומים.

אולם עי' בספר התרומות שער ד' חלק ה' דכתב דבהתנה המלוה דיגבה מעידית ויש ללוה זיבורית אינו גובה מהעידית כיון דאין נפרעין מן הערב, דלא עדיף מנזיקין דמבואר בגמ' ב"ק דנוטל מהזיבורית בני חורין, והוסיף דרבא בגיטין נמי מודה בלקוחות כיון דאיכא דינא דלא יפרע מן הערב תחילה, וסיים דכ"כ הראב"ד, וק' דהא עדיין תקשי מהך דג' לקוחות, ועי' בשו"ע קי"ט ב' דפסק לדין דהתנה, וע"ש בביאור הגר"א סק"ד דהביא בתחילה לה' הראיות מהסוגיא בב"ק, ואח"כ הביא לדברי הבעה"ת דהוא מדין אין נפרעין מן הערב, וצ"ע, [ועי' להלן מה דיתבאר בדברי הראב"ד והתרומות].

ובשטמ"ק ב"ק הביא מהמאירי לתרץ דשאני יורש דכרעא דאבוה וכיון דכל הנכסים ברשותם צריך לפרוע מעידית, אבל לוקח דלא הלוה כלום אין נפרע ממנו כשיש לו בני חורין.

(ד) ובקצוה"ח קי"ט סק"ב תמה על קו' הראשונים, דהא בלקוחות בגוונא דלקח כל הנכסים כאחד כולם נכנסו תחת הבעלים וגובה הניזק מעידית, ורק בהניח זיבורית תקנו שלא יפסיד הלוקח, ולכך ביתומים דהוי בב"א וליכא הנחתית גובה הניזק מעידית, ולו יצויר הנחתית ביורשים היה הניזק גובה מזיבורית, ומה"ט בנכסי הגר אעפ"י דהוא דין ירושה איכא דין הנחתית וגובין מן האחרון, [ונקט הקצוה"ח דאף בגוונא דהראשון זכה בעידית אין הניזק גובה ממנו, אלא ממי שזכה בזיבורית באחרונה].

ועי' בנחלת דוד ב"ק ח' א' דתמה דע"כ חלוק הגביה של לקוחות מיתומים, דהא חזי' דלקוחות שקנו בב"א בע"ח גובה מבינונית, וביתומים אינו גובה אלא מזיבורית, אלא דהראשונים ס"ל דכיון דתנא במתני' בגיטין לב' התקנות בהדי הדדי ש"מ דהיכא דאיכא בני חורין דמי לדין היתומים, וכמו דביתומים אין גובה הניזק מעידית, ה"ה דהיכא דאיכא בני חורין אין גובה הניזק מעידית, וע"ז תי' דאין לדמות יתומים ללקוחות.

ובחי' רא"ל ס' נ"ח סק"ד ביאר דקו' הקצוה"ח דיש חילוק גדול בין התקנה ביתומים לתקנה בלקוחות, דביתומים הנידון הוא אם ביטלו לדין מיטב ביתומים, ורבא ס"ל דלא ביטלו דין מיטב ביתומים, אולם התקנה דאין נפרעין אינו ביטול על הדין מיטב, אלא דאין גביה ממשועבדים היכא דאיכא בני חורין, [וכאילו לית ליה מיטב], ולכך אעפ"י דרבא ס"ל דאיכא דין מיטב ביתומים, מ"מ ודאי דמודה דהיכא דאיכא בני חורין אינו גובה ממיטב, כיון דליכא כלל דין גביה ממשועבדים, וזהו דהוכיח הקצוה"ח דאף ביורשים לו יצויר דמשכח"ל ירושה בזא"ז כמו בזוכה בנכסי הגר הרי יכול לומר הנחתית, ואין גובין מעידית, כיון דאיכא תקנה דאין נפרעין, ורק משום דירשו בב"א גובין מעידית, כמו בג' לקוחות בב"א דגובה כל אחד כדינו.

(ה) ובקצוה"ח שם הק' עוד דלפי הראשונים דקי"ל כר"נ, הרי מבואר דאעפ"י דירשו בב"א מ"מ אין גובין אלא מזיבורית, וק' מ"ש מג' לקוחות בב"א דאיכא דין מיטב, הא בכל דוכתא חששו לפסידא דלקוחות טפי מפסידא

דיתומים, ואי נימא דהוא רק ביתומים קטנים, א"ש דהוא קולא לקטן, אולם להשי' דגם בגדולים אינו גובה קשה, וע"ש דהאריך בזה, אולם צ"ע דהא ע"כ חזי' דאיכא חילוק לגבי דין בע"ח בבינונית בין יתומים בב"א ללקוחות בב"א, ותקשי הרי בעלמא חיישי' לפסידא דלקוחות טפי, ורמז לזה בנחל"ד שם.

אולם בעיקר קו' הקצוה"ח, לכאור' לדבריו הנ"ל יש ליישב בפשיטות דשאני לקוחות דאיכא רק תקנת הנחתה, ולכך בלקחו בב"א דליכא הנחתה גובין כדינן, משא"כ ביתומים דביטלו דין מיטב ביתומים, וצ"ע.

תוס' ד"ה כיון - נראה דסבר ש"ד וכו'. עי' ברשב"א דכתב דשאני הכא דכיון דשעבדו בפירוש כו"ע מודו דשעבודא דאורייתא, אולם צ"ע דא"כ מאי פריך הגמ' מהא דאברם חוזאה לגבי נזיקין, הרי התם לא פירש להדי' ובהא של"ד לגבי יתומים, ועי' בש"ך ל"ט סק"ב דכתב דכיון דהוי מלוה הכתובה בתורה כו"ע מודו, ועי' בפנ"י מה דתמה על הש"ך מהגמ' בערכין, ואכ"מ.

(א) שם - ומ"ז ואביי וכו' של"ד וכו'. עי' פנ"י דתמה דהא אביי ס"ל דלמפרע הוא גובה, ולדידי' ע"כ דש"ד, דאי נימא דגם למ"ד של"ד שייך לומר למפרע הוא גובה, תקשי מאי מוכיח הגמ' ב"ב קע"ה ב' מהא דגבו קרקע יש לו לבכור פ"ש דשעבודא דאו', דילמא של"ד ומ"מ הוי מוחזק כיון דלמפרע הוא גובה, וע"כ דלא שייך לומר דלמפרע הוא גובה רק למ"ד ש"ד, ועוד הק' הפנ"י הק' [ד"ה א"נ לא פלוג] דהא הרי"ף והשו"ע פסקו כר"נ, וס"ל נמי דש"ד, והרא"ש הרי באמת מכח קו' זו כתב כתי' בתרא דתו' דהוא רק משום לא פלוג, אבל לתי' קמא קשה.

(ב) ועי' בקצוה"ח ס"י ל"ט סק"א דכתב ליישב דדין שעבוד מדאו' הוא רק על שעבוד ממילא ולא על שעבוד להדי', כיון דאין הקנאה לחצאין, ומה"ט כיון דמדאו' בע"ח בזיבורית, היכא דכתב להדי' דמעשבר את העידית אינו אלא מדרבנן, ורבא ס"ל דשעבוד להדי' מהני דיחול השעבוד מדאו', ובזה ביאר לסברת הרבינו יונה ופסק כן השו"ע דלגבי בע"ח דהתנה גובה אף מיתומים גדולים, ולגבי נזיקין אינו גובה מגדולים, וביאר הקצוה"ח דלגבי נזיקין דמאו' דינו בעידית, לא הקילו אלא בקטנים, אבל לגבי בע"ח דהוא רק תקנה דרבנן, כיון דלא תיקנו במת משום דלא אסיק אדעתיה, הקילו אף בגדולים, ע"ש בכל דבריו.

(ג) וצ"ע חדא דהא בתו' מבואר דאי ש"ד לא היו מבטלין רבנן את השעבוד, וא"כ בנזיקין דש"ד אף על העידית, תקשי איך ביטלו חכמים לדין עידית ביתומים, וביותר צ"ב דהרי מקו' הגמ' על רבא מברייטא דאברם חוזאה דאין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית אפילו בנזיקין, מבואר דאביי ורבא פליגי גם לגבי נזיקין, וכן מבואר בתוס' מ"ח ב' ד"ה אין נפרעין מנכסי, וקשה הרי בנזיקין לכו"ע מדאו' איכא שעבוד על העידית, וכדביאר הקצוה"ח להא דפסק השו"ע דגובין מגדולים, וא"כ מהיכ"ת דאביי פליג גם בנזיקין, ותקשי אף לאביי, וצ"ע.

אין נפרעין מנכסים משועבדים במתנה ובירושה

גיטין נ' ב'

(א) מ"ח ב'. תוס' ד"ה אין נפרעין מנכסים - ואפילו למ"ד ש"ד מ"מ בע"ח דינו בזיבורית מה"ת וכו'. ומבואר דמעיקר הדין יכול לדחותו לזיבורית דלוה, ועי' מהרש"א דביאר דכמו דהלוה יכול לדחותו לזיבורית, ה"ה דהלוקח יכול לדחותו לזיבורית של הלוה, ואינו חייב ליתן לו מבינונית שלו, ולפי"ז מבואר דאף לאחר דתקנו דמדאו' בע"ח דינו בבינונית, מ"מ היכא דאיכא ללוה וללוקח ב' קרקעות שוות, אי"צ לתקנה דאין נפרעין, אלא מדין מה מכר

אתינן עלה, וכ"כ רע"א כתובות צ"ד א' "התקנה דאין נפרעין דקתני במתני' ר"פ הנזקין צריכא רק לענין ואפי' הם זיבורית אבל בשייר דכוותה מדינא הוא מכח מה מכר ראשון לשני כל זכות שלו" [ועי' להלן עוד בזה בתי' הגמ' דמירי בשו"ן].

(ב) עי' ברע"א דהק' על קו' תו' דמשכח"ל בגוונא דעשה את הבינונית אפותיקי, דהלוה אינו יכול לדחותו לקרקע אחרת, אולם אם מכר יכול הלוקח לומר הנחתי לך זיבורית אצל הלוה, ותי' רע"א דבלא"ה ע"כ מוכח דקו' קאי לרבא היכא דדינו מדאו' בעידית גובין מהיורש, ולרבא מתני' דאין נפרעין מנכסי יתומים מיירי רק בגוונא דדינו מדאו' בזיבורית, ולכך הק' תו' למאי בעי' לתיקון העולם, או דס"ל לתו' כבעה"מ ב"ק ח' א' דלרבא גם בלקוחות ליכא דין הנחתי לגבי ניזק דדינו מדאו' בעידית.

(ג) ועוד כתב רע"א לתרץ עפי"מ דחידש דהיכא דיש ללוה נכסים משועבדים, ויש לו נכסים דקנה אח"כ, ולא כתב דאיכא דאין לו זוזי לפורעו, יכול המלוה לומר דהוא רוצה רק את הקרקעות המשועבדים, דשעבודי אני נוטל, דרך בזוזי יכול לסלקו ולא בקרקע שאינה משועבדת, [ומבואר דאם כתב דאיכא יכול לומר לו הנחתי, אולם ברע"א ב"מ י"ד ב' כתב דאף בכתב דאיכא יכול לומר לו הנחתי כיון דאינו משועבד מדאו'], ולפי"ז בגוונא דמכר הלוה לבינונית ויש לו בני חורין זיבורית שקנה אחר ההלוואה, וכתב לו דאיכא, אי לאו תיקון העולם, הרי ממנ"פ הוא גובה לבינונית שביד הלוקח, דמדאו' הרי לא חייל שעבוד על דאיכא, ואינו יכול לדחותו לזיבורית, דשעבודי אני נוטל, ומדרבנן הרי דינו בבינונית, ולכך בעי' לתיקון העולם דמ"מ דינו בזיבורית, [ומבואר מדברי רע"א דפשיטא לי' דכל היכא דגובה מיני' איכא מעלה לנכסים שיש עליהם שעבוד, ויש לדון דהא בש"ך סי' ק"ד ס"ק ט"ו הביא נידון הראשונים באופן דלאחד כתב דאיכא ולב' לא כתב דאיכא, וקנה קרקע, אם יש בכה"ג דין קדימה או דחולקים, ומבואר לכאור' דליכא מעלה לגבי הלוה עצמו דגובה נכסים המשועבדים].

והנה לדברי רע"א הרי לענין מטלטלין, אי נימא כהשי' דליכא שעבוד על מטלטלין אף במיני', הרי לא יהא בזה דין הנחתי, ועי' מהרש"א ב"ק ק"ח ב' תוס' ד"ה לזה דכתב דליכא דין הנחתי במטלטלין, אולם בשו"ת רע"א ח"א סי' קל"ט וקצוה"ח סי' שס"ז סק"ד חלקו על המהרש"א דודאי גם במטלטלין יכול לומר לו הנחתי לך מקום, ועי' עוד בסוגיא דאישתדוף מה דיתבאר בזה.

ובעיקר חידושו של רע"א - עי' בעל התרומות ש"ד ח"ד אות ב' דהביא מחלוקת לגבי הלוקח אם יכול לסלקו בקרקע שלו או רק בזוזי, ולהשי' דיכול לסלקו בקרקע, כ"ש דהלוה יכול לסלקו בקרקע דאיכא.

(א) גמ' - בעי רב אחדבוי בר אמי במתנה היאך וכו'. עי' ברשב"א דתמה למ"ד דלא עבוד רבנן תקנה במתנה, תיפו"ל משום דאין נפרעין מן הערב תחילה, דקיי"ל נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה, וכן בלקוחות למאי צריך לתקנה, הא מדינא לא גבי, ותי' הרשב"א דהנכסים אינם ערבים לגמרי, דטעמא דאין נפרעין מערב תחילה משום דלא משעבד נפשי' רק אם אין נכסים ללוה, וכן המלוה עיקר דעתו על הלוה ולא על הערב, אבל נכסי דלוה ודאי דעיקר דעתו של המלוה עליהם, והלוה נמי משעבד לכל נכסיו, ולכך אי לאו התקנה הו"א כיון דעיקר שעבודו על הבינונית, אע"ג דיש ללוה זיבורית, יכול לגבות מבינונית דלוקח, כיון דארעא ידי היא, ולכך בעי' לתקנה, עכתו"ד.

(ב) הנה במה דנקט הרשב"א בקו' בפשיטות דאף היכא דאיכא זיבורית ללוה אין גובין בינונית מהערב, עי' בספר התרומות שער ל"ה חלק א' אות י"ד דהוכיח כן מהרשב"ם ב"ב מ"ז א', ונפסק בשו"ע קכ"ט ח'.

ובעיקר קו' הרשב"א יל"ע דהרי כמו דנכסי הלוח ערבים גם נכסי הלוקח ערבים, ומאי אולמא האי מהאי, ובפשוטו י"ל דכיון דיש ללוח שעבוד הגוף ודאי דהוא קודם לגביה, אולם הראוני ברשב"א ב"ב קע"ג ב' דכתב "אבל כל שיש לו ללוח נכסים ידועים לעולם אינו גובה מן הערב כל שהוא יכול לגבות מן הלוח, ואף על פי שאמרו דנכסיה דבר איניש אינון ערבין ביה כדאיתא בסמוך מ"מ יותר הן משתעבדים הנכסים של לוח מנכסי הערב דעלמא ועל דעת כן נעשה לו זה ערב שיפרע תחלה מן הערבים שהם שלו דהיינו נכסים שלו קודם שיפרע ממנו" ומבואר דכל הטעם דנכסי הערב משועבדים טפי, משום דע"ז גופא היה קבלת הערב דיגבו מנכסי ההלוח הערבים קודם שיגבו ממנו, ואף דהרשב"א מיירי על ערב בשעת הלואה, ס"ל להרשב"א הכא דאף על לוקח דהוא ערב אחר הלואה נמי איתא לסברא זו דודאי כל דעתו הוא להיות ערב רק אם א"א לגבות מנכסי הלוח דערבין על החוב.

ועוד יל"ע בקו' הרשב"א דהרי בגוונא דב' הקרקעות משועבדות לא שייך דין אין תובע את הערב תחילה, ולכך בעי' לתקנה דאין נפרעין, ומוכרח דהנחתי הוא תקנה בפנ"ע, וצ"ל דקשיא ליה לישנא דמתני' דמשמע דגם בבני חורין בעי' לתקנה, [וע"ע להלן בדעת הראב"ד].

ג) ועל תי' הרשב"א צ"ע, דהא מבואר ב"ב קע"ד א' דאין יורדין לנכסי הלוח כ"ז שלא תבעו כיון דלא יתבע את הערב תחילה, והנכסים ערבין ניהו, ועוד צ"ע מהא דבבכורות מ"ח א' אמר רב ירמ' ב' יוב"ש ולקח שדה בשותפות, דבע"ח גובה פלגא ממנ"פ, ופריך רבא הא נכסי' דבר איניש ערבין ניהו, וקיי"ל דלא יתבע מן הערב תחילה, ובע"ב שם מייתי להאי פלוגתא בגוונא דלקח אחד מהם שדה מחבירו, ומבואר להדי' דאיכא דינא דלא יתבע מן הערב תחילה בשעבוד נכסים, וזה סותר לדברי הרשב"א, [ואף דבמהרי"ט אלגזי ביאר שם דבהא גופא פליגי רב ירמ' ורבא אם שעבוד נכסים הוא מדין ערבות, או מדין קנין, מ"מ אכתי תקשי לרבא מהא דמבואר במתני' דגיטין דאין נפרעין ממשועבדים רק משום תקנת חכמים, וע"ע בחי' רא"ל סי' נ"ח סק"ז מה דתי' על הסוגיא ב"ב, אולם אינו מועיל לשוב הסוגיא בבכורות].

ד) ובחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ז יישב דמבואר בלשון הרשב"א היכא דתרוייהו שוים מודה הרשב"א דאיכא דין דאין נפרעין מן הערב, והסברא בזה דהא כל דין ערב הוא רק משום דאין ללוח מה לשלם, ולכך היכא דתרוייהו שוים לא שייך לומר דגובין מן הערב אעפ"י דיש ללוח, ורק היכא דלא שוו ואינו יכול לגבות מהלוח כדינו הוא דחידש הרשב"א דיכול ליטול מהערב, אעפ"י דיש ללוח זיבורית, אולם צ"ע דהרי נתבאר לעיל דבשוו הקרקעות איכא דין מה מכר, ולא בעי' לדין אין נפרעין מן הערב, וא"כ בגוונא דמכר יוב"ש לחבירו, הרי מכר לו את הזכות לדחותו, ולא שייך בזה ממנ"פ, ומדוע הוצרך רבא לטעמא דערבות, ויש לפלפל בזה, ושור' בחי' רמ"ש קדושין כ"ט ב' דג"כ נקט בפשיטות דבשוו לפי הרשב"א הוא מדין אין נפרעין מן הערב.

ה) ובאבי עזרי פ"ט מו"ל ה"ב ביאר דאין כוונת הרשב"א דלענין נכסים משועבדים הוא רק מדין ערב, אלא תחילת הדין הוא משום ערבות, אולם מכח הערבות חייל דין שעבוד על הקרקע, ומה"ט הוא טורף מהלוקח, דא"ל ארעא ידי גבך הוא, וכמבואר ברשב"א, ולכך אי לאו התקנה לא שייך דינא דאין תובעין את הערב, כיון דחשיב כאילו הוא גובה מהלוח בעצמו, וחשיב כאילו יש ללוח בינונית, ורק משום התקנה הוא דאין גובין, [וע"ש מה דביאר לפי"ז את הגמ' בבכורות, וצ"ע כוונתו], אולם באמת דמלשון הרשב"א נראה דהנכסים ערבין, אלא דליכא דין דלא יתבע מן הערב בכה"ג, וכן ברשב"א ב"מ ל"ד ב' הוכיח מדינא דבע"ח שנוטל מיורש אחד, לענין דין ב' ערבין, וכן ע"ע ברשב"א ב"ב מ"ד ב', וע"ע מה דנתבאר בזה בסוגיא דערב.

(ו) והנה הובא לעיל דברי הראב"ד והתרומות דטעמא דבלוקח דשייר זיבורית אין הניזק יכול לגבות מעידית דלוקח, משום דאין נפרעין מן הערב תחילה, וקשה הא מבואר במתני' דהוא רק תקנ"ח, נואפ"ל דכוונת המשנה דתקנו בגוונא דמכר נמי את הזיבורית, דאין נפרעין מלוקח ראשון, אבל קודם שמכר הוא באמת מדין אין נפרעין מן הערב, והוא דוחק, והגרש"ר שם סי' ט' סק"ב יישב דכוונת הראב"ד דגדר התקנה הוא דנידון הלוקח כערב.

וצ"ב דהרי קו' הראב"ד דלפי רבא דכל דמדאו' דינו בעידית גובה אף מיתומים, דא"כ ה"ה בלקוחות, וא"כ בשלמא אי נימא דכוונת הראב"ד דהוא דין דאו' א"ש תי' דהא בכה"ג מדאו' ליכא דין גביה, אולם אי נימא דהוא גדר בתקנה, הרי לרבא כל דמדאו' דינו בעידית לא ביטלו לדינו מדרבנן, ויש ליישב.

(ז) אולם עדיין צ"ע דהא בב' לקוחות נמי אינו גובה אלא מן האחרון, והתם הרי לא שייך דינא דלא יפרע תחילה מן הערב, דהא תרוייהו שוין.

והגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ב ביאר דאיכא ב' תקנות, חדא דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח, ובזה גדר הדין דאין נפרעין תחילה מן הערב, ועוד תקנה דהנחתי היכא דתרוייהו משועבדים, והא דלא סגי בתקנה דהנחתי, משום דכל הדין דהנחתי שייך רק היכא דתרוייהו שוין, אבל בקנה זיבורית באחרונה לא מצי א"ל הנחתי לך קרקע הראויה לך מן הדין, ורק משום דקודם שקנה היה תקנה דאין נפרעין דהוא אף בשייר זיבורית, ממילא אף בקנה את הזיבורית באחרונה מצי למימר הנחתי לך מקום, עכ"ד.

אולם עי' לעיל מה דנתבאר דבסוגיא ב"ק מיירי נמי בג' לקוחות וקנה זיבורית באחרונה ובבעה"ת תי' דהוא מדין אין נפרעין מן הערב, וצע"ג.

(ח) והגרש"ר שם סק"י ובאבי עזרי שם תמהו על הראב"ד דהא מבואר בתוספתא בכתובות ונפסק בסי' ער"ה דגר שמת וזכו ישראל בנכסיו ויש לו בע"ח וכתובת אשה דגובין מן האחרון, והרי התם לא שייך דין אין נפרעין מן הערב, כיון דזכו מן ההפקר, ותקנה דהנחתי נמי לא שייך, דהא נתבאר דלפי הראב"ד בהניח זיבורית כל מה דשייך הנחתי הוא משום תקנה קמא דאין נפרעין מן הערב אפילו בזיבורית, וכיון דלא שייך דין ערב בהפקר לא שייך דין הנחתי.

(ט) בנחל יצחק סי' ל"ט קונטרס שעבודא דאורייתא סי' א' ענף ה' הק' אמאי לא פשיט הגמ' לספיקא דמתנה מהא דגר שמת דלא שייך התם הסברא דפסידא ולא הסברא דאי לאו דאית ליה הנאה וכו', ומ"מ מבואר דגובה מן האחרון, ואף דלפי תי' הגמ' דברייטא דשכ"מ מיירי בשווי יתכן לומר דהתוספתא מיירי רק בשווי, מ"מ אכתי תקשה לאוקימתא קמא דמיירי בבע"ח דאינו מועיל לתרץ התוספתא, [ועי' בנח"י הנדמ"ח הוספה בזה מכת"י].

אולם אי נימא דיש ב' תקנות, תקנת אין נפרעין, ותקנת הנחתי, י"ל דכל ספק הגמ' הוא רק על התקנה דאין נפרעין, ולא על תקנת הנחתי, ובהפקר מה דגובין הוא רק מדין הנחתי, ועדיין צ"ע.

(א) גמ' - ת"ש שכיב מרע וכו'. עי' ברשב"א דהק' דמבואר דמתנת שכ"מ הוי משועבדים, וא"כ איך מלוה ע"פ נגבה ממתנת שכ"מ, ותי' דמיירי דמיירי במתנה בקנין דהוי מתנה גמורה, והביא דכן פסקו הרי"ף הר"י מגאש רבינו יונה והרמב"ן, ומבואר מדבריהם דליכא דין אין נפרעין בירושה.

וברשב"א ב"ב קל"ג א' כתב דהיכא דליכא הפסד גמור דנו אותו כלוקח, אבל היכא דאיכא הפסד גמור כמו במלוה ע"פ דנו את המתנה כיוורש.

וברשב"א ב"ב קל"ח א' כתב דאף במתנת שכ"מ בלא קנין ודאי דאלמנה נזונית מנכסי הירושה ולא ממקבלי מתנת שכ"מ, ומשום דיורשין הם ככרעא דאבוהון ובמקומו הם עומדין, ולכך נכסי הירושה הוו בני חורין לגבי מקבלי המתנה, ולכך מוכיח הגמ' דה"ה דבאמר לאחרין איכא דין אין נפרעין, אולם אף להרשב"א ליכא ראייה דאיכא דין אין נפרעין ביורש גמור, דרק במתנת שכ"מ שייך דין אין נפרעין, משא"כ בירושה גמורה דהוא ככרעא דאבוה. (ב) ובקצוה"ח קי"א סק"א תמה על הראשונים דאף אי נימא דהוי כירושה נמי שייך דינא דאין נפרעין, וכמבואר בשו"ע ער"ה סל"א דמלוה ע"פ גובה מישאל שזכו בנכסי הגר, ומשום דחשיבי הזוכים כיוורשים, ולכך אף אי מיירי במתנת שכ"מ דהוי כירושה נמי שייך הדין דאין נפרעין.

גמ' - אבל אם אמר וכו' ואחריו וכו' כל הקודם בשטר זכה וכו' ואע"ג דקמא בינונית וכו'. עי' ברשב"א דהאריך לבאר דמוכח מהכא דדינא הוא דקמא גבי בינונית ובתרא זיבורית, ועי' בפנ"י דתמה דזה סותר לדברי הריב"א ב"ק ח' א' דהראשון גובה מזיבורית והב' גובה מבינונית, דהא אין גובין מיתומים אלא מזיבורית, ועי' בחת"ס דדחה דיש חילוק בין באו לגבות מאדם אחד לבאו לגבות מג' בני אדם, דבג' בני אדם השעבוד חל על האחרונה, ולכך אינו גובה אלא מזיבורית דלוקח אחרון, אבל הכא דבא לגבות מאדם אחד, ודאי דהראשון גובה את העידית, וע"ע בתו"ג.

גמ' - הכא במ"ע בבע"ח. עי' ברשב"א דהוכיח מהכא דלענין דינא דאין נפרעין מהני קדימת המאוחר, וכן נפסק בשו"ע ק"ד א' דאף אם מכר הלוח את הזיבורית הוא דוחה את המלוה ללוקח האחרון, ומבואר דדינא דהנחתי נמי אמרי' בכה"ג, ועי' בקצוה"ח שם ס"ק ד' דכתב דאף אי נימא דבע"ח מאוחר דינו כיוורש ולא כלוקח נמי שייך בו הך דינא וכמו דנקט בסי' קי"א דאיכא דין אין נפרעין בירושה, ועי' מה דנתבאר בזה בסוגיא דמאוחר שקדם וגבה.

גמ' - ואבע"א דשוו כולהו להדדי. בחי' הרמ"ה תמה "צ"ע קצת הואיל ובמתנה לא עבוד רבנן תקנתא, אפילו כי שוו כולהו להדדי, הרי הוא כאילו היתה בת חורין".

ועי' בפנ"י דעמד בזה, והוסיף דאין לומר דהוא מדין אין נפרעין מן הערב, דא"כ אף בלא שוו לא בעי' לתקנה, [אולם במשנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"ג ביאר דרק בשוו איכא דין אין נפרעין], ולכך ביאר דבשוו הוא מדין מה מכר, ולכך שעבודו ביד האחרון, [וכבר נתבאר בסוגיא דמכר לג' בני אדם דכן נקט ברע"א כתובות צ"ד א' דשייך דין מה מכר במכר לב' לקוחות, אולם הובא מהבני ציון ליישב דעת הרשב"א דליכא מה מכר בכה"ג].

ועי' באבן האזל פי"ט מו"ל ה"ו ובחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ב דהוכיחו מהכא דהנחתי הוא תקנה בפנ"ע, וזה ודאי נאמר אף במתנה, ורק בלא שוו דבעי' לתקנה דאין נפרעין הוא דמספק"ל.

ובחי' רא"ל ח"א סי' נ"ח סק"ד במוסגר ביאר בכוונת הגמ' דכיון דאם יקח ממנו הוא יחזור ויטול מן האחרון, משו"ה יכול לכתחילה לדחותו למקבל האחרון, אבל בלא שוו הרי אף דחזור על הזיבורית מ"מ הבע"ח נוטל מהבינונית.

(א) עי' בריטב"א דכתב להק' כיון דלא נפשט הספק הרי המע"ה וכל אחד יכול לדחותו, וא"כ כל בע"ח יוכל ליתן את הבינונית במתנה ולמכור את העידית והזיבורית וכל אחד ידחהו, והביא מר' יצחק הלוי לתרץ דאף אי נימא

דמתנה הוי בני חורין, יכול לגבות מהלוקח, כיון דבזמן שמכר הרי לא היו נכסים ללוה, ואעפ"י דהוא יכול לגבות ממי שירצה, מ"מ אין הלוקח יכול לדחותו מדין הנחת, דלא שייר מידי אצל הלוה.

(ב) ועי' משנת ר"א ב"ק סי' ו' סק"ט דכתב דמוכח מהריטב"א דאף אי נימא דאין תקנת אין נפרעין במתנה, מ"מ יכול לגבות מהלוה בעצמו, אעפ"י דהוא עידית, ולכך אף במכר יכול לגבות מהלוקח, ואעפ"י דהרי יש לבע"ח שעבוד גמור על הבינונית, מ"מ אחר שנתן את הבינונית במתנה בטל דין בינונית, וחל שעבוד שוה על כל הקרקעות, ואעפ"י דאם מכר לג' הקרקעות בב"א כל אחד גובה כדינו, מ"מ היכא דהיו בני חורין אצל הלוה, יכול לגבות עידית מהלוה.

(ג) ולפי"ז ביאר שם את הסוגיא ב"ק ח' ב' דבלקח עידית באחרונה ומכר את הבינונית והזיבורית ושייר עידית לפניו דכולם גובין מעידית כיון דאחרונה היא, ולא מצי אמר א"א, דהא גם לולי הדין דאין נפרעין גובין מהעידית שביד הלוה, קודם שמכרה, דהא לא גרע מנתן את הבינונית במתנה דחייל שעבוד על העידית שביד הלוה, וממילא אף אחר המכירה של העידית הרי הקרקעות שווי, והא דגובה מלוקח ראשון את הבינונית היינו משום דהלוקח יכול לקבוע ממה יטול, כיון דשעבודם שוה, אולם אחר שמכר את הבינונית והזיבורית הרי אינו יכול לדחותו ולכך יכול לגבות ממי שירצה, כיון דהשעבוד שוה, וע"ש עוד בכל דבריו.

(ד) והנה בגליון רע"א סי' קי"ט ס"ג כתב דבמכר לג' בני אדם אין לדון משום מה מכר, כיון דאיכא ממנ"פ, דאי קנה זיבורית באחרונה הרי הלוה נמי לא היה יכול לסלקו בזיבורית, ואי מיירי בעידית באחרונה, כיון דודאי לא היה נותן לו עידית לא שייך בזה מה מכר, והנה לדברי הריטב"א הנ"ל, יש לדון עדיין, דהרי כשמכר את הבינונית אף לולי דינא דאין נפרעין יכול לגבות מהעידית, וא"כ אף דאי משום הנחתו אנו דנין דחייל הקנין בב"א, אבל הרי גם לולי דין הנחתו חייל שעבוד על העידית, ולגבי דין זה מבואר ברע"א דאין דנין דחייל בסוף היום, וא"כ הרי עדיין על צד הספק דמכר את העידית באחרונה יכולים לגבות מלוקח העידית, ואינו יכול דלחותם לבינונית, כיון דאין הבינונית אצלו, וצ"ע.

אישתדוף

כתובות צ"ה א'

(א) גמ' - איבעיא להו אישתדוף בני חרי מהו דליטרוף ממשעבדי. עי' פנ"י דביאר דספק הגמ' בטעם התקנה דאין נפרעין, אי הוי משום פסידא דלקוחות, דליכא למימר אינהו דאפסידו אנפשייהו, שהרי הניחו בני חורין, ולפי"ז אף באישתדוף אין גובין מהם, כיון דכדין לקחו, או דעיקר התקנה משום דליכא פסידא למלוה, ולכך במקום דאיכא הפסד למלוה לא אכפ"ל מפסידא דלקוחות, דמ"מ שעבודא דב"ח עדיף, ועי' בהגהות ברוך טעם על הפנ"י דתמה דא"כ מדוע אפי' הן זיבורית, הרי איכא פסידא למלוה, מ"ל פסידא רבא מ"ל פסידא זוטא, ע"ש.

(ב) אולם בפשוטו ספק הגמ' הוא בגדר התקנה אם ביטלו את השעבוד או לא, אולם אינו מוכרח, דאף אי נימא דגדר הדין דפקע השעבוד, מ"מ י"ל דביטול השעבוד מתלי תלי כל זמן דיש בני חורין, [וכן נקט בחי' רא"ל ח"א סי' נ"ח סק"ב], וי"ל עוד דכלפי מצב של אישתדוף מעולם לא הניח לו, [נדמי קצת לסברת הנה"מ דלהלן בלוה אנס], וכן להיפוך י"ל דגם אי נימא דלא בטל השעבוד, מ"מ תקנו דליכא טירפא מהלוקח בגוונא דהיה בני חורין בשעת המקח, וכיון דלקחו כדין אין טורפין ממנו, ועי' להלן הוכחה לזה מהגמ'.

(ג) והנה הראב"ד בגיטין נ' א' כתב דדינא דאין נפרעין ממשועבדים הוא מדינא דאין נפרעין מן הערב תחילה, וצ"ב דא"כ מה הספק של הגמ' הא ודאי דבאישתדוף גובין מן הערב, [וכ"כ הפנ"ד בתו"ד דאי הוי מדין אין נפרעין מן הערב ליכא ספק], ואף דמ"מ עדיין יש להסתפק בדין הנחתי, ובגמ' הרי מייתי ראייה מגוונא דב' לקוחות, מ"מ צ"ע דלישנא דגמ' משמע דאיכא ספק גם בדין דאין נפרעין ממשועבדים, וצ"ע.

(א) עי' ברמב"ם פי"ט מו"ל ה"ב דכתב "שכיון שנשחתו כאילו אינם" וצ"ב לשונו דמשמע דיש ממה לגבות אלא כיון דהושחתו אינם, וק' הרי גם אי לא הוי כאילו אינם, כיון דאין בהם כדי לגבות את כל החוב, חוזר וגובה מהמשועבדים.

(ב) ועי' בחזון יחזקאל כתובות י"ב ה' דכתב דמוכח מהרמב"ם דיש לבני חורין עדיין קצת שיווי, וס"ד דיגבה מהם כדי השיווי, ורק את השאר יגבה מהמשועבדים, וע"ז קמ"ל הרמב"ם דכיון דנתקלקלו מטיבם הרי כאילו אינם כלל, וגובה את כל החוב רק מהמשועבדים.

(ג) וצ"ע דא"כ נמצא דספק הגמ' הוא רק אם גובה לכל החוב ממשועבדים, או רק מה שאין בקרקע שנשתדפה כדי גביה, אבל ודאי דלא הפסיד את מה דאין בקרקע כדי גביה, וקשה דא"כ מאי פשיט מכתב ללוקח שני דו"ד אין לי וכו', הרי זה קשה לב' הצדדים, וע"כ דספק הגמ' הוא בהא גופא אם הפסיד לגמרי את הגביה באישתדוף או לא, וצ"ע.

ובאמת דבשטמ"ק כתב דמיירי הכא דנתקלקל קצת ולא אישתדוף לגמרי, ומבואר דבנתקלקל לגמרי ליכא ספק, וצ"ע כנ"ל דהא הגמ' מייתי ראייה מגוונא דנתקלקל לגמרי.

(א) גמ' - ת"ש כתב לראשון וכו'. עי' בריטב"א דהוכיח מהכא דכל שיש עיכוב בגביה כמו בנטלוח מסיקין או בהתפיסם הלוח ביד גוי הוא בכלל אישתדוף, דהא הכא הבנ"ח בעולם, אלא דאינה יכולה לגבות מהן, אולם הר"ן והמ"מ פי"ט מו"ל ה"ב הביא מתשובת הרשב"א דגזלן אנס אינו טורף ממשועבדים כיון דמצויין בעלי זרוע ליפול וסופו שיגבה חובו, ונפסק בשו"ע קי"א י"ג, [ואין להק' על הרשב"א מראיית הריטב"א מסוגיין, דשאני הכא דכיון דחתמה לו אינה יכולה לגבות כלל], ובש"ך סק"ט תמה ע"ז, וכוונתו דהרי הלוח אינו יכול לפרוע למלוח ממקום דנמצא ביד האנס, אעפ"י דסופן ליפול, ומהיכ"ת דהלוקח יוכל לומר לו הנחתי משום דסופן ליפול, וצ"ע.

(ב) וצ"ע דהא הרשב"א ב"ק ח' ב' כתב דביתומים קטנים הוי אישתדוף וגובה מלקוחות, וקשה הרי ביתומים יגדלו ודמי לסוף בעלי זרוע ליפול, ועמד בזה בגידולי תרומה שער ד' ח"ו אות א', וצ"ל דיש חילוק בין גוונא דאינו יכול לגבות מחמת הדין, כמו ביתומים קטנים, לגוונא דאינו יכול לגבות מחמת המציאות, וצ"ע.

(ג) עוד יל"ע, דהנה הר"ן בדף צ"ד הביא מהרמב"ן דספק הנחתי אינו גובה, ואף הרשב"א דפסק דגובה הוא רק משום דהמלוח חשיב מוחזק, והר"ן חלק דהוי כאישתדוף, ובחזו"א חו"מ ליקוטים י"א סק"ז ביאר דס"ל להרמב"ן דשאני אישתדוף דאינו ראוי לגביה, משא"כ התם דראוי לגביה, אלא דחסר לי' עדות, והר"ן ס"ל דמ"מ חשיב אישתדוף, וצ"ב דבריטב"א הכא מבואר דנטלוח מסיקין הוי אישתדוף, ואף הרשב"א והר"ן חלקו רק משום דסופו ליפול, אבל בלא"ה הוא גובה ממשועבדים, וא"כ מדוע התם לא חשיב אישתדוף, הא בתרוייהו ראוי לגביה, אלא דבפועל א"א לגבות מזה, וצ"ע.

(ד) עי' נתה"מ סי' קי"א סק"ו דאם הלוח בעצמו אלם ואין המלוה יכול לגבות מיד הלוח, אינו יכול לחזור על הלוקחות, דהלוקחות יכולין לומר הנחנו לך מקום לגבות, כיון שהניח שדה כעין שדה זו שלקח, והרי אם לא היה הלוקח קונה שדה זו והיתה נשארת ביד המוכר, לא היה המלוה יכול לגבות גם שדה זו, ולא הפסיד הלוקח להמלוה במה שקנה שדה זו, עכתו"ד, וצ"ע דהא מבואר ברשב"א דיתומים קטנים הוי כאשתדוף, והרי אילו לא קנה לא היה יכול לגבות מקרקע זו, וצ"ל דיורשין שאני, ועדיין צ"ע.

(ה) עי' בריטב"א דכתב דאם הנכסים בני חורין במדינה אחרת, גובה מנכסים משועבדים, כיון דלא עלה ע"ד דילך אחר הלוח למדינה אחרת, כשיש לו נכסים במקומו, [והוסיף הריטב"א דכ"ש דאם יש חירום בין המקומות דחשיב כאשתדוף], וכן פסק בשו"ע קי"א סי"א עפ"י תשו' הרא"ש וביאר שהרי גם הלוח לא היה יכול להגבות מנכסיו שבעיר אחרת, [אולם אינו ענין לספק הגמ' באשתדוף, דכל מה דמספק"ל לגמ' הוא רק בגוונא דהיה בדעתו בשעת ההלוואה ע"ז, אלא דאח"כ נשתדף, דכיון דכבר חל דינא דאין נפרעין לא אכפ"ל דאח"כ נשתדף, אבל בגוונא דמעיקרא לא היה דעתו ע"ז פשיטא דאינו בכלל השעבוד, וכן מתבאר מדברי התומים סק"ו דכתב דכו"ע מודו דאם בשעה שהלוח היה כבר הקרקע ביד אנס, כיון דעיקר הלוחה רק על סמך הקרקע שביד הלוח, יכול לטרוף מהלוקח].

ועי' בתומים סי' קי"א סק"ה דכל זה מובן למ"ד ש"ד, דדהנכסים משועבדים מדאור' בכל גוונא, אלא דתיקנו משום פסידא דלקוחות דיכולים לומר הנחנו, ולא תקנו כן היכא דיש הפסד למלוה, אבל למ"ד של"ד הרי כל מה דתקנו לגבות מהלוקחות הוא רק משום נעילת דלת, והיכא דיש בני חורין ללוח מעיקרא לא תיקנו, ורק באשתדוף תקנו, אבל היכא דרחוקים לא הוי בכלל אשתדוף וגובין מהן, ע"ש בכ"ד.

(ו) ברמ"א סי' קי"א סי"ג הביא מחלוקת אם הניח בפני קטנים חשיב אשתדוף, ועי' בגליון רע"א דציין לדברי התו' כתובות צ"ב א' סוד"ה ראובן דהק' למ"ד דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום צררי, דמשכח"ל בגוונא דמכר שדה באחריות ולא זקפו ומת ושילם ליתומים ואח"כ נמצאת שאינו שלו, דחזור על היתומים כיון דבלא זקפו ליכא למיחש לצררי, ועי' במהרמ"ש דהא דלא נקטו דבא בע"ח וטרף, משום דע"כ מיירי דיש להם קרקע, שהרי אין גובה מיתומים רק קרקע, וא"כ הבע"ח הרי צריך לטרוף מהם, וא"כ מבואר דשייך טענת הנחת בקטנים.

וכתב רע"א לחלק דשאני התם דלוקח יכול לחזור ולטרוף מיתומי' קטנים, ומשו"ה אין הבע"ח יכול לגבות מהלוקח דהוי כפורע מיתומים קטנים, משא"כ בעלמא דהלוקח לא יכול לחזור לגבות מיתומים קטנים הבע"ח גובה ממנו, ע"ש.

גמ' - א"ל רב יימר וכו' התם נמי אינהו הוא דאפסידו וכו'. וצ"ב דא"כ מ"ט אינו גובה מעיקרא גם בלא קיש, דהא אסיק אדעת' שיגבו ממנו, [ודוחק לומר דמיירי בשייר בינונית דכוותי', ולכך כ"ז דלא קיש אין נפרעין ממנו], ולכאז צ"ל דלא תקנו רק על מה דלא הו"ל לאסוקי אדעת', אבל על מה דאסיק אדעת' לא תיקנו, אולם צ"ב דאי נימא דהצד דאין גובין באשתדוף משום דהפקיעו השעבוד, וא"כ לא שייך לחלק בין היכא דקיש או לא, דממנ"פ אם שעבודו קיים יגבו ממנו גם בלא קיש, ואם אין שעבודו קיים איך יגבו בקיש.

ולכאז' מוכרח דבאמת לא הפקיעו השעבוד, אלא דתקנו דאינו טורף מהלוקח, ולכך יש לחלק דכ"ז שהפרדיסא קיים אינו גובה, דע"ז תקנו דאינו טורף מהלוקח, אולם בדקיש כיון דאסיק אדעת', לא תיקנו ע"ז, ולכך חוזר לדינו לטרוף ממנו.

גמ' - התם נמי לא איבעי להו למיזבן. וצ"ב דא"כ כל דהבנ"ח נעשו משועבדים נמי נימא הכי, דעביד איניש דמזבין קרקעותיו, ואסיק אדעתיה שיעשו משועבדים, ואיהו דאפסיד אנפשיה, ומ"ט אין נפרעין ממנו, וי"ל.

הנחת במלוה בשטר ובמלוה ע"פ

(א) עי' תו' צ"ו ב' סוד"ה ורבי יוסי דהק' באלמנה שמוכרת למזונות ולכתובה, דס"ל לר"י דמה שמכרה הוא למזונות, וגובה את הכתובה ממשועבדים, ואמאי אין הלקוחות יכולים לומר לה הנחנו לך מקום לגבות ממנו, דהא יכלה לגבות מהבנ"ח בשביל הכתובה, ותי' דחשיב כאישתדוף, ואינו נידון כהפסד בידים כיון דמכרה לצורך המזונות, או דמיירי בלקוחות שקנו מהיתומים אחר שמכרה.

והנה עיקר קו' צ"ב דמה שייך בזה הנחת הרי יש לה ב' חובות, ואין בנכסים בני חורין כדי ב' החובות, ומדוע שלא תוכל לגבות לב' החובות, נוכן מוכח מהא דמבואר ב"ק ח' א' דג' שלקחו בזא"ז ואין די לאחרון נוטל משלפניו, ואין הב' יכול לומר לו הנחתי לך מקום אצל הג', וטעמא דכיון דמעיקרא אין בקרקע האחרונה כדי כל חובותיו, לא שייך בזה טענת הנחתין, ולכאור' מוכח מתו' דכיון דחוב הכתובה קודם למזונות יש להם זכות טענה לומר לה דתגבה את הכתובה מהבנ"ח. ובנתה"מ קי"א סוס"ק ד' כתב להק' על קו' תו' דהא יש לה נפק"מ במה דגובה למזונות, דהרי אם ישתדף הקרקע, יכולה לחזור ולגבות מהלקוחות לכתובתה, כיון דגבתה את הקרקע למזונות, אבל אם תגבה לכתובתה אינה יכולה לחזור ולגבות.

(ב) עי' בתומים סי' קי"א סק"ד דנסתפק היכא דיש למלוה מלוה ע"פ ומלוה בשטר על הלוה, והמלוה בשטר קדם, האם יכול לגבות מבנ"ח למלוה ע"פ, ולמשועבדים ממלוה בשטר, או דיכול הלוקח לומר לו הנחתי, דכיון דלמלוה בשטר יש דין קדימה, היה צריך לגבות את הנכסים למלוה בשטר. וכתב התומים דמוכח מתו' דיכול לומר הנחתי, אלא דתלוי בב' תי' התו' הנ"ל, אי הוי בכלל אשתדוף או לא, והביא התומים בסו"ד לדברי הריטב"א הישנים ב"מ ט"ו א' ד"ה ואבע"א דאם טרף את השבח מבני חורין אינו גובה את הקרן ממשועבדים דמצי א"ל הנחנו לך מקום לגבות את הקרן, והתם הא זמנא שוה, ומ"מ מצי א"ל הנחתי, כ"ש דאם המלוה בשטר קדם, דיכול לומר לו הנחתי.

(ג) ועי' בנתה"מ קי"א סק"ג דחלק על התומים, דודאי אינו נידון כאישתדוף, דהא יכול לדחותו שיגבה מעצמו את השעבוד של המלוה בשטר, ודוקא התם דמיירי במוכרת בעצמה למזונות דאחריות דנפשה קיבלה עליה, וכיון דאינה יכולה לטרוף את כתובתה, משו"ה חשיב דאישתדוף הבני חורין, אולם בגוונא דהמלוה גבה בעצמו ודאי דיכולים לדחותו שיגבה את החוב הב' מעצמו, [והנה בתו' כתובות צ' א' ד"ה שמע כתבו דאעפ"י דקיי"ל מה שגבה לא גבה היכא דהכל להקדש מה שגבה גבה, וכתב בקצוה"ח פ"ג סק"א דמוכח מתו' דהיכא דהיה למלוה ב' חובות על הלוה, וקדם וגבה למאוחר, דמה שגבה גבה, וא"כ הרי אינו יכול לחזור ולגבות לעצמו, דהא כבר פקע השעבוד ע"י הגביה, וכנראה דכן סבר התומים, ועי' זכר טוב ח' י"ט].

(ד) והנה איתא בקדושין כ"ט ב' הוא לפדות ובנו לפדות, לרבנן הוא קודם לבנו, ולר"י בנו קודמו, שזה מצותו על אביו, וזה מצות בנו עליו, ואמר רבי ירמיה היכא דיש לו חמש סלעים הוא קודם כיון דמצוה דגופא עדיפא, ופליגי באית ל"ה' משועבדים וה' בני חורין, לר"י מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר ופודה את בנו בבני חורין, והכהן טורף את פדיונו מהמשועבדים, ורבנן סבר לאו ככתובה בשטר, ולכך מצוה דגופי' עדיף, וביאר רש"י דאינו אונאה כיון דמצות בנו עדיף על מצוות גופו, ובתו' שם הק' דאדרבא מצוה דגופו עדיף, ואינו יכול לפדות עצמו

מהמשועבדים כיון דאין נפרעין, ואף אם יפדה בנו מהבני חורין יאמרו לו הנחנו, ומוכח מתוס' דכה"ג אינו נידון כאשתדוף, דאל"כ כיון דגבה לבנו אינם יכולים לומר לכהן הנחנו, ועי' בחי' רמ"ש בקדושין שם דעמד על תוס' בקדושין, והוכיח מזה לנידון התומים, וכתב דזה סותר לדברי התוס' בכתובות הנ"ל דכתבו דכה"ג הוי אישתדוף, אולם להנחה"מ אינו ראיה, דשאני התם דאינה יכולה לחזור ולגבות, כיון דקבלה עליה אחריות דנפשה.

אולם בתוס' בבכורות מ"ט ב' ד"ה ודידי' כתבו דאי מיירי דקדם ופדה את בנו, מיושב דליכא בני חורין, ואין יכולים לומר הנחנו לכהן מקום, ולכא' כוונתם דכיון דפדאו נידון כאשתדוף, וזהו כסברת התומים, וכן הביא במהרי"ט אלגזי בשם שיטה לנ"ל בקדושין שם, ועי' באולם המשפט קי"א ס"ח דהוכיח מתוס' בבכורות כהתומים, [ומה דכתב בתו"ד דכוונת תוס' בקדושין כדבריהם בבכורות, הוא דוחק גדול, וכן הגרי"ז בבכורות נקט דתוס' בקדושין סתרי לדבריהם בבכורות], וכן במהרי"ט אלגזי בבכורות הביא מהשיטה לא נודע למי בקדושין דכתב דהוא מדין אישתדוף.

ועי' בחי' הגרי"ז שם, וכנראה כוונתו דנקט דתוס' גם בקו' ס"ל דה' משועבדים הם נכסי יעקב, וה' בני חורין הם שלו, אולם מ"מ שייך בזה דינא דאין נפרעין, כיון דתרווייהו הוו מצוות פדיון, ולכך הק' תו' דנימא אין נפרעין, וע"ז תי' דמיירי בפדה לבנו, דהשתא בעי' לדינא דהנחת, ובהא כיון דתרווייהו משועבדים, ודאי דא"א לומר הנחת, דב' שעבדים נינהו, שעבוד דאביו, ושעבוד דבנו, ויש לפלפל בזה.

ה) בתוס' בקדושין כתבו לתרץ דמיירי דיש לו ה' סלעים שעשה הסבא אפותיקי ומכרה, ויש לו עוד ה' סלעים בני חורין, ולכך גובה הכהן מהלוקחים, ואינם יכולים לומר הנחנו, כיון דאין עליו לשלם חוב אביו, [אולם בתוס' בבכורות כתבו רק דמיירי בלקוחות שקנו מאביו], ועי' מהרש"א דע"כ אין כוונת תוס' דמיירי דכתב בשטר אפותיקי, דא"כ אף לרבנן הוי מלוה בשטר, אלא כיון דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר, הוי כמי שעשאן אפותיקי, אלא דעדיין קשה למאי הוסיפו כן, הא אף אי הוי כמלוה בשטר נמי אין יכולים לומר הנחנו, דהא הוו נכסי האב, ותי' המהרש"א דכיון דמצוה דגופו עדיף, נכסיו קודמין לנכסי האב, ורק משום דהוי כאפותיקי בשטר על נכסי האב אין יכולים לומר הנחנו, דהוי כגבוי על חוב הסבא, ויסוד דבריו עפ"י מה דמבואר בר"א שונים גיטין מ"א א' דבאפותיקי מפורש ליכא טענת הנחת.

ובפנ"י תמה על המהרש"א דאף לולי אפותיקי נמי אין יכולים הלוקחים לסלק לכהן, דכיון דהם קנו לנכסי האב, ואין עוד נכסים לתשלום חוב האב, הרי אין יכולים לסלק לבני חורין דהבן, כיון דאי"ז בני חורין של המחוייב, ואף דאם הבן ישלם יפטר האב, מ"מ אי"ז סיבה לבטל את הזכות גביה מנכסי האב, [ונפק"מ בכ"ז - דהנה דעת הרא"ש שבועות פ"ה סי' ב' דשנים שלוו ביחד, גובה ממי שירצה, [אולם להלכה קיי"ל בסי' ע"ז ס"א דגובה מכל אחד מחצה], ואם מכר האחד לנכסיו, לפי המהרש"א אין יכול המלוה לטרוף מהלקוחות כיון דיאמר לו הנחת לך אצל הלוח הב', אבל לפי הפנ"י אין יכולים לומר הנחת, וכן יש בזה נפק"מ לב' ערבין ומכר ערב את חלקו, האם גובין מהלוקח או דמצי אמר הנחת לך אצל הערב, וצ"ע בכ"ז], ובחי' הגרי"ז שם מתבאר מתו"ד דיתכן לומר דכיון דהוי מצוות פדיון אחד שייך בזה דין דאין נפרעין, ע"ש וכנראה דזו סברת המהרש"א, ועדיין צ"ע.

ו) עי' בתוס' בבכורות דתי' דמיירי דקנה את הבני חורין אחרי שקנו הלקוחות, וצ"ל דאעפ"י דבתי' קמא דמיירי בלקוחות שקנו מאביו אין צריך לאוקמי בפדה כבר את בנו, מ"מ לתי' זה ע"כ צ"ל דמיירי בפדה את בנו, אלא דאין יכולים לחזור על הכהן, כיון דלא נתחייב להם באחריות על דאיכא.

והנה כבר נתבאר לעיל דתו' בבכורות לא הק' דנימא הנחתי, אולם עי' בריטב"א בקדושין דכתב דמשום דקנה את הקרקע אחר מכירת ה' סלעים הראשונים, ולכך לא מצו הלוקחות למימר הנחתי, והנה לדבריו ע"כ צ"ל דמיירי בפדה את בנו, דאל"כ איכא דינא דאין נפרעין, וקמ"ל דליכא דינא דהנחתי בדאינקני.

ובתוס' הרא"ש קדושין כתב דאין לומר דמיירי דקנה אחר שקנה הלוקח, דאף בכה"ג מצי א"ל הנחתי, דכמו דהיה יכול לדחותם כשהם בני חורין ה"ה דמצי לדחותם כשהם משועבדים, [והוסיף עוד להק' כקו' תוס' בבכורות אמאי אין חוזרים מחמת האחריות].

ז) בתוס' הרא"ש כתב עוד לתרץ דמיירי בחמש בני חורין מטלטלי, ולא שייך בזה דין הנחתי, וכ"כ הריטב"א בקדושין, [ועי' בקוב"ש ב"ב אות קצ"ג דמוכח מדבריהם דבמטלטלין ליכא שעבוד אף על מיני', אבל אם יש דין שעבוד על מטלטלין דמיני', ודאי דיש דין אין נפרעין במטלטלין, אולם יש לבאר עוד דליכא דין הנחתי בגוונא דבידו של הלוח להבריות], והנה בגוונא דכבר פדה את בנו הרי כיון דבמטלטלין מה שגבה גבה, לא מצי אמר הנחתי, אולם הרי פשטות הסוגיא דקדושין מיירי אף בגוונא דעדיין לא פדה את בנו, ומ"מ מבואר בראשונים דליכא דין אין נפרעין במטלטלין בכה"ג, אולם הראשונים נקטו בלשונם רק לדינא דהנחתי, וצ"ע.

ועי' במהרש"א ב"ק ק"ח ב' דכתב דליכא אין נפרעין במטלטלין, [ובחי' רמ"ש כתב מעצמו לתרץ לקו' התוס' דמיירי במטלטלין וכבר פדה בנו, והוסיף דלמהרש"א י"ל דאף בגוונא דלא פדה ליכא דין אין נפרעין], ובשו"ת רע"א ח"א סי' קל"ט וקצוה"ח סי' שס"ז סק"ד חלקו על המהרש"א דודאי גם במטלטלין יכול לומר לו הנחתי לך מקום, ובדברי חיים גניבה סי' ל"ח תמה עוד על המהרש"א דהרי בשו"א לא בעי' לתקנה דתיקון העולם, אלא טעמא משום מה מכר, וא"כ בהניח מטלטלין, כיון דיכול הלוח לסלקו במטלטלין, ממילא הלוקח נמי יכול לסלקו למטלטלין מדין מה מכר, ובחי' רמ"ש קדושין שם הק' דאף הרשב"א בגיטין מודה דאיכא דין אין נפרעין מן הערב בשו"א, וא"כ כ"ש דבמטלטלין איכא טענה דאין נפרעין מן הערב.

הנחתי בדאינקני

א) ב"ב קנ"ז ב' גמ' הרי שמכר שדה וכו' ובא בע"ח וטרפה גובה את הקרן מנכסים משועבדים ואת השבח מנכסים בנ"ח, והק' בתו' כיון דיש נכסים ללוח אמאי אין גובה מהן הבע"ח, ות' בתי' קמא דמיירי דלא היו לו נכסים אחרים אלא משועבדים וכשחזר וקנה נכסים גובה מהם הלוקח ויטרוף מהם הבנ"ח, ובתוס' ב"מ י"ד ב' ד"ה תריין כתבו להק' אמאי אין המלוה טורף ממשעבדי דטרף הלוקח, והוסיפו דאין לומר דמיירי דקנה אחר הטירפא, דא"כ גם את השבח יגבה מהמשועבדין, דהא השתא הוא קצוב, והלוקח קנה אחר שכבר הוא קצוב.

ב) ועי' בקצוה"ח קט"ו ד' דכתב דיש ג' ביאורים בכוונת תוס' ב"ב - א. הב"ח ביאר דליכא דין הנחתי על דאינקני, ואעפ"י דהיו הנכסים ברשות הלוח בזמן שמכר ללוקח, לא מצי אמר הלוקח לומר הנחתי, כיון דלא היו הנכסים בזמן ההלואה. ב. עי' מהרש"ל דביאר דמיירי דהלוח קנה את הקרקעות אחר שמכר ללוקח, ולכך לא מצי אמר הנחתי, ורק אם היה למוכר את הנכסים בזמן שמכר ללוקח, מצי אמר הנחתי, אעפ"י דהמוכר קנה את הנכסים אחר ההלואה וכתב לו דאינקני. ג. עי' במהרש"א דביאר דמיירי דלא היו נכסים למוכר בזמן הטירפא של המלוה, דאל"כ יאמר לו הנחתי, ואעפ"י דכתב לו דאינקני, מ"מ כיון דכבר לקח שעבודו מן הלוקח, אינו גובה מהם, ומבואר דבגוונא דבזמן הטירפא היו נכסים דאינקני ללוח מצי אמר הנחתי, אעפ"י דקנה הלוח את הנכסים אחר שקנה

הלוקח, והיו קצוהים, מ"מ בשעת הכתיבה לא היו קצובים, ותוס' ב"מ ס"ל דכה"ג כיון דבשעת הגביה הם קצובין גובה אף את השבח ממשועבדים.

(ג) ובקצוה"ח שם תמה על הב"ח דהא קתני דגובה את השבח מנכסים בני חורין, וא"כ אמאי אין המלוה גובה מהבנ"ח, ואין לומר משום דהוי דאיקני, דהא גביית השבח נמי הוי מדין דאיקני.

עוד תמה הקצוה"ח מהסוגיא דב"ק ח' א' דאי מהדר את השטר של הזיבורית אין גובין לעידית ובינונית דלוקח, ואי נימא כהב"ח דליכא אין נפרעין בדאיקני, הרי כל מה דמצי לגבות את הזיבורית הוא מדין דאיקני, וכמבואר ברש"י ותו' דהוי כיתומים שקנו קרקע, ואף למהרש"ל הרי בעי' דהשדה תהא אצל המוכר בזמן המכירה ללוקח, וא"כ איך יכול לדחות לקרקע שיכול למכור ללוה, וכבר תמהו בהגהות ברוך טעם ואו"ש פ"ט מו"ל ה"ו דהא היכא דלא מכר את הדאיקני ודאי דאין נפרעין מהלוקח, דהא יש ללוה השתא בני חורין, נוכח נתבאר בסוגיא דאי שתקת דהתם לאו מדין אין נפרעין אתינן עלה אלא מדינא דהנחת, ע"ש.

ובחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ו יישב דס"ל להקצוה"ח דהנחתו אינו תקנה בפנ"ע, אלא חדא תקנה דלוקח מוקדם דוחה למאוחר, ומשו"ה ליכא נפק"מ אי הוי ב"ח או משועבדים, ולכך הוכיח מהא דאיכא דין דחיה לדאיקני.

(בעיקר קו' תו' מצינו באחרונים עוד תי' בזה

- עי' פנ"י ב"מ דתי' דמיירי דהיה בע"ח מוקדם, ולכך לא טרף הבע"ח מהבני חורין, אלא מהלוקח, ואח"כ סילק המוכר את חמוקדם, ונשאר הקרקע בידו, או מכרן, דהשתא בא הלוקח וגובה אותן, וצ"ב אמאי אין הלוקח יכול לדחותו לבני חורין, עד שיגבה אותן המוקדם

- עי' בתומים קט"ו סק"ו דכתב לתרץ דמיירי בגוונא דהחוב היה ב' אלפים, והלוקח קנה מהלוה שדה בש' והשביחה בק', והמוכר קנה אח"כ עוד שדה בת"ת, והשתא אם הלוקח הראשון ידחה אותו לבני חורין, הרי יפסיד הלוקח, כיון דיחזור ויתבע ממנו את שאר החוב, אולם אם יגבה מתחילה מהלוקח, הרי השתא הלוקח חוזר וגובה ת' מהלוה, והמלוה גובה ת', כדין לוה ולוה וקנה דחולקין, [ובתומים שם כתב דכ"ז לשי' הרי"ף צ"ג דחולקין בשוה, אולם אי נימא דחולקין לפי ממון עדיין קשה, וצ"ב דגם אי נימא דחולקין לפי ממון, אכתי איכא נפק"מ דאם גובה מהלוקח מתחילה, הלוקח נוטל חלק עמו, ואם הוא גובה תחילה מהלוה הוא לוקח הכל מהלוקח, וצ"ע], והוסיף התומים דאף אם יבא ליטול מהלוה, יכול הלוקח לעכב עליו עד שיטול ממנו מתחילה, כיון דזה הפסד בשבילו, וצ"ע הסברא בזה, הא נוטל כדין מבני חורין קודם המשועבדים, ומה אכפ"ל שיהא הפסד ללוקח, הא השתא יש הפסד למלוה.

הנחתו באפותיקי

גיטין מ"א א'

גמ' - תניא אידך העושה שדהו אפותיקי וכו' גובין משאר נכסים רשב"ג אומר וכו' אשה אינה גובה וכו'. עי' רש"י ד"ה אינה דבאשה אינה חוזרת על מי שקנה ראשון ומי שקנה אחרון, ומבואר דבבע"ח יכול לומר לו הנחתי לך מקום וצריך לחזור אחר מי שקנה האחרון.

אולם עי' ברמב"ם פ"ח מו"ל ה"ד דכתב "עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה ומכרה ה"ז מכורה וכשיבא ב"ח לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה" ועי' בר"ן בגיטין דכתב לדיוק מלשון הרמב"ם דדוקא בהניח את הנכסים בני חורין יכול הלוקח לומר לו הנחתי, אבל אם מכר את הבני חורין אינו יכול לומר לו

הנחת, וגובה את האפותיקי, וכן נקט במ"מ שם, אולם ע"י בגליון רע"א סי' קי"ז סמ"ע סק"ח דכתב דבשו"ת מהר"ש ח"א סי' צ"ב דאף במכר יכול לומר הנחת.

ובביאור סברת הר"ן, ע"י בחי' הגרש"ר ב"ק סי' ט' סק"ח דהוכיח מזה דהנחת הוא תקנה בפנ"ע, ולכך היכא דאיכא בני חורין, דהוא מדין אין נפרעין, מהני אף באפותיקי, אבל היכא דמכרה לאחר ובעי' לתקנה דהנחת, ס"ל להר"ן דאינו מועיל באפותיקי, אולם בדעת רש"י י"ל דנמי מודה דהנחת הוא תקנה בפנ"ע, אלא דס"ל דאף באפותיקי איכא דין הנחת.

דין בע"ד במוכר שדהו

כתובות צ"ב ב'

גמ' - אמר אביי ראובן שמכר וכו' בע"ח דראובן וכו'. הנה אף דבגמ' מבואר דמיירי דבא בע"ח וטרף, מ"מ ע"י ברמב"ם פ"ט ממכירה ה"ט דכתב "ובא לוי להוציאה מיד שמעון" ודייק באבן האזל שם דמשמע דמיירי בטענת גזילה, וכן מוכח מתו' דהוכיחו דתרעומת אינו פוסל עדים, מהא דמבואר ב"ב דמוכר שדה שלא באחריות מעיד לו עליה, והתם מיירי בטענת גזילה.

וכן מוכח מדברי הרשב"א, דהנה מבואר ב"ב ל' א' דהיכא דהתפוס בקרקע טוען מפלוני זבינתה דאמר לי דזבנה מינך, דמוציאין מידו כיון דמודה דהקרקע היה מעיקרא של המערער, ועי' ברשב"א שם דכתב דמסתברא דאם היה המוכר כאן קודם שהספיק הלוקח להודות בב"ד למערער, הוא יכול לדון עם המערער ולומר לו אין שלך היתה ולקחתיה ממך דבע"ד ידידה הוא, והוכיח כן מסוגיין, ע"ש, וכ"כ בריטב"א שם, ומבואר להדי' דדימה דין טענת גזילה לסוגיין.

גמ' - דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי ליה. וברמב"ם פ"ט ממכירה ה"ט כתב דאין ראובן חייב לדון עמו, אלא אם רוצה לעשות דין עמו עושה, וצ"ע אמאי אינו חייב מצד העמדת המקח לדון עם המלוה, וכדמצינו בראב"ד ב"ק ח' ב' דחייב לומר א"א, וצ"ע בכ"ז.

(א) גמ' - ולא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את וכו'. ובחי' רע"א הנדמ"ח הביא מרשימות תלמיד להק' איך מצי אמר לאו בע"ד ידידי את, הרי קיי"ל דנכסי' דבר איניש אינון ערבין ואין נפרעין מן הערב תחילה, וא"כ מעיקר הדין צריך לדון עם הלוח, ויש להוסיף דאף אי מיירי דתבע לראובן ולא טען, הרי יכול עכשיו לחזור ולטעון מדין אין נפרעין מן הערב תחילה, וכן בגוונא דבתחילה טען ראובן דאין לו כסף, ואח"כ כשתבע לשמעון, טוען ראובן טענת פרעת, [בגוונא דאינו טוען וחזור וטוען], דנמי שייך עדיין הדין דאין נפרעין מן הערב תחילה.

(ב) והנה הנימוק"י ב"ק ח' ב' הק' דאי יש לו נכסים, אמאי גובה מהלוקח הא אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח, [ומבואר דאם אין לו נכסים לא יועיל הטענה דעלי הדר], ות' הנימוק"י דמיירי באפותיקי, [אולם בקצוה"ח סי' ל"ז סק"ה הוכיח מזה דמיירי דל"ל נכסים], ולדבריו מיושב נמי קו' רע"א דלא בזה דין אין נפרעין, אולם לשאר הראשונים דלא העמידו בהכי עדיין קשה, [והנה למה דרצו תו' לבאר דנפק"מ לעדים הקרובים לראובן, נמי מיושב דאי לא דאביי הרי כשחזור ותובע את שמעון היה יכול לחייבו עפ"י העדים הללו, [אלא דעל תו' נמי קשה דהא אין נפרעין מן הערב - עי' להלן מהנתה"מ], אולם הרי תו' חזרו בהם מזה, ובשיעורי אבי עזרי ב"ק הביא דשמע מהגרי"ז ליישב עפ"י מה דמבואר ברמב"ם פ"ט

ממכירה ה"ט "ובא לוי והוציאה מיד שמעון" דמבואר דמיירי שכבר גבה, ולכל לא שייך בזה הדין דאין נפרעין מן הערב, אולם תמה ע"ז דא"כ אמאי חייב המוכר לשלם ללוקח, הא שילם מדעתו, ועיקר הדבר דדייק משלון הרמב"ם, הנה כהך לישנא איתא בשו"ע רכ"ו ס"א, אולם ברמב"ם הנדמ"ח ובטור סי' רכ"ו הגי' "להוציאה", ובגמ' ב"ק הלשון "וטרף משמעון" דמשמע דכבר טרף, אולם בגמ' בכתובות ובגמ' ב"מ איתא "וקא טריף ליה" ויכול להתפרש דעדיין לא טרף, וברמב"ם ובשו"ע שם מבואר דאין הלואה חייב לדון עם המלוה, אלא תלוי ברצונו, ועי' בביתאור הגר"א סק"א דהביא מהנימוק"י להוכיח דאין הלואה חייב לדון עם המלוה מהא דמבואר ב"מ י"ד א' דאחוי טירפך, ולפי"ז מבואר דבאמת מיירי דלא טרפו ממנו, ולכך יכול לומר לו כשיוציאו ממך אשלם לך, וצ"ע בכ"ז].

ג) ובאבן האזל פי"ט ממכירה ה"ט תי' עפי"מ דדייק שם מלשון הרמב"ם דמיירי בטענת גזילה, ולכך אינו צריך לדון תחילה עם המוכר, אלא דקשה דהא בגמ' מבואר דמיירי בטענת בע"ח, ותי' דלאביי דלמפרע הוא גובה באמת אינו צריך לדון תחילה עם המוכר, דהא טוען דהקרקע שלו מעולם, ורק לרבא דס"ל דמכאן ולהבא הוא גובה חשיב דהמוכר הוא הבע"ד, ורבא לשי' הא ס"ל ב"ב קע"ד ובכורות מ"ח דלא יתבע מן הערב תחילה, ולדידי' ע"כ דהאי דינא מיירי בגזול, דרק בכזה"ג אינו צריך לדון עם המוכר, אבל אביי לשי' דס"ל דלמפרע הוא גובה, שפיר הוצריך לבאר אמאי הוא צריך לדון עם המוכר.

ד) ובעיקר הקו' י"ל דמיירי בידוע לנו דאין לו נכסים, וכה"ג אי"צ לתבוע את הלואה תחילה, דכין דאין לו נפק"מ בזה אינו בע"ד, ולכך בעי' לנפק"מ דאחריות ותרעומת, [וכן הרי מבואר מדברי הנימוק"י דאי לאו דיש לו נכסים לא הוי בע"ד מחמת דאי מפקת עלי ידי הדר, ולכך אי"צ לתבוע תחילה, ולנימוק"י דמיירי דאית ליה נכסים הא מוקי לה באפותיקי, וא"כ בלא"ה לק"מ], ועוד י"ל עפי"מ דקיי"ל בשו"ע קי"ד ב' ומקורו מהרא"ש ב"ב פ"י סי' כ"ה דהמלוה טורף מהלוקח, ואינו יכול לדחותו ללוה, ועי' בנתיב"מ סק"א דמיירי דאינו בהילוך מהלך יום אחד, והנידון בגמ' אם ראובן יכול לעכב השתא על המלוה מלגבות, [ועי' סי' קכ"ט ס"י דהיכא דהלואה בריחוק מקום גובין תחילה מהערב].

ה) אולם באמת דיש להק' אף לולי הדין דאין נפרעין מן הרעב, דלכאור' פשיטא דהוא בע"ד, דהרי עיקר התביעה של הבע"ח הוא על חוב דראובן, והוא הנתבע האמיתי, [ואי נימא דמיירי שכבר גבה י"ל דהשתא אין הנידון על החוב אלא על השדה, אולם כבר נתבאר לעיל דלפי הטור והגר"א מיירי דעדיין לא גבה, ולהרמב"ם דמיירי בגזול נמי א"ש].

ובקה"י כתובות סי' מ"ג סק"ה הוכיח מהכא דכל דאין לו נפק"מ אינו נידון כבע"ד, והביא לזה ראיה מל"ב דאף בלא אחריות איכא נפק"מ משום תרעומת, והרי ודאי דאיניש מעלמא אינו יכול למיקם עם המלוה בדינא מחמת מניעת תרעומת, כגון בגוונא דריש האומנין דשלח את השליח בד' ואמר לפועלים בג' דיש להם תרעומת עליו, דודאי אין השליח נידון כבע"ד לדון עם הבעה"ב מחמת מניעת תרעומת, וע"כ דשאני הכא דראובן הוא בע"ד, וכן ביאר בחי' הגרש"ש ב"ב סי' כ"ט סק"א.

אולם הנה לעיל הובאו דברי הרשב"א והריטב"א דדינא דסוגיין קאי אף בטענת גזילה, ומבואר שם להדי' בדבריהם דאף במוכר שלא באחריות מהני הסברא דתרעומת לזונו כבע"ד, והתם הרי אינו בע"ד לולי הטעם דתרעומת, דהא איכא טענת גזילה, ומ"מ מהני דינא דתרעומת, אולם עי' להלן דיתכן דמ"מ כיון דהנידון על המכירה שלו, עדיין הוא נידון כבע"ד, וצ"ע.

ועיקר הדבר דלדין בע"ד בעי' שיהא נפק"מ, עי' להלן דנראה דהרמב"ן מסתפק בזה.

ו) והנה בחי' ר"ח הלוי פי"ט מו"ל ה"ח יסד דמכירה באחריות הוי כשיוור, ותמה החזו"א בגליונות דא"כ ודאי דהלואה הוא בע"ד, דהא הוי כגביה מהמוכר, וכן יש להק' למה דיסד הגרי"ז הל' שכנים דלעולם כל טירפה הוי מדין ביטול מקח, ואף שלא באחריות, אלא דמדין תנאי שבממון אינו חוזר על המוכר, דא"כ אף מל"ב תקשי דודאי הוא בע"ד, ולכאור' מוכח כנ"ל דמ"מ כיון דאין לו נפק"מ אינו בע"ד, וכמו דמבואר ברמב"ן - עי' להלן - דיתכן דכל

דודאי ישלם הלוה את המעות, אלא דהנידון אם ישלם ללוקח או למלוה אינו בע"ד, אולם לענין דברי הגר"ח הוא חידוש טפי, וצ"ע.

(א) גמ' - ואיכא דאמרי אפילו שלא באחריות וכו' תרעומת עלי. והנה בב"ב מג א' מבואר דהמוכר שדה שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח, והק' בתוס' שם דתיפו"ל משום תרעומת כסוגיין, ותי' דאינו נפסל בשביל כך לעדות, ועוד תי' דמיירי במכיר בה שהיא שלו דליכא תרעומת. והנה למה דנתבאר לעיל סברת האחרונים דתרעומת לא מהני לאשוויי בע"ד אלא מהני דחשיב כנפק"מ לבע"ד, הרי יש לחלק בפשיטות דשאני התם דהוא נידון משום טענת גזילה דאין המוכר בע"ד, לא מהני טענה דתרעומת למיחל עליו שם בע"ד, וי"ל דס"ל לתוס' דמ"מ כיון דהנידון על המכירה אי הוי כדין או לא, משו"ה חשוב כבע"ד, ולכך הק' תו' דנימא דאיכא נפק"מ משום תרעומת. ואדרבא בזה יובנו דברי התוס' דיש חילוק בין טענה לעדות, דלענין טענה כיון דהנידון הוא עליו חשיב כבע"ד, אבל לגבי עדות לא הוי בע"ד אלא מי שהעדות מועילה לו.

(ב) והנה עדיין קשה מדוע בסוגיין לא אמרי' דטעמא משום דמעמידה בפני בע"ח, ועי' במהרש"א בכתובות

תוס' ד"ה דינא - ומקשים מאי נפק"מ וכו'. ובפשוטו כוונתם להק' רק דמה אשמועי' אביי, הא אין בזה נפק"מ, אולם עי' בב"ב סי' רכ"ו ס"א דביאר דכוונתם להק' דכיון דליכא נפק"מ ממילא ודאי דמצי א"ל לאו בע"ד ידידי את.

והנה בתו' ב"מ תי' דנפק"מ בגוונא דהמלוה חייב ללוה שועה דאו', ומכח זה יגלגל עליו שבועה דאו' דלא פרע, אבל אצל הלוקח אינו אלא שבועה דרבנן, ובחי' רע"א ב"מ הק' אמאי לא תי' בפשיטות דראובן רוצה לגלגל עליו עדו שבועות, ובאמת דתי' זה איתא ברמב"ן בכתובות, אולם לכאו' כ"ז א"ש אי נימא דכוונת תו' כפשוטו דמאי אשמועי' אביי, אולם אי נימא כהב"ח דקו' תו' דממילא אינו בע"ד, יש ליישב קו' רע"א דדוקא נפק"מ בעצם התביעה הוא סיבה לדונו כבע"ד, כגון דרוצה להשביעו שבועה דאו' בהאי טענה, אולם ריוח לענין אחר מכח התביעה כתי' הרמב"ן ורע"א אינו סיבה לעשותו לבע"ד, [ואולי הא גופא דחושש מהגלגול זה סיבה לדון כנפק"מ בעיקר התביעה, וצ"ע], אולם רע"א נקט דאף דליכא נפק"מ מי יטען הוא נידון כבע"ד, אלא דהק' תו' דמאי נפק"מ מי יטען, [והרמב"ן לשי' דכתב שם דאעפ"י דליכא נפק"מ הוא בע"ד, וכדיתבאר להלן].

שם - וכ"ת נ"מ וכו' לא היא וכו' ואין לומר דנפק"מ וכו' לאו מילתא וכו'. ומבואר דס"ד דתו' דקרובים לשמעון ורחוקים לראובן יהיו כשרים, וצ"ב הא בפשוטו שמעון ודאי בע"ד, וכל הנידון אם ראובן נמי בע"ד, ומהיכ"ת דעידי שמעון יהיו כשרים, ומוכח דס"ל לתו' דכיון דטענת ראובן דנדון על החוב ולא על הקרקע, ולגבי הנידון על עיקר החוב, אין נידון שמעון לגבי זה כבע"ד, וכיון דלגבי ראובן הם מעדיים דליכא חוב ממילא א"א לטרוף משמעון, אעפ"י דפסולים לגביו.

(א) שם - ואין לומר דנפק"מ וכו' קרובים לראובן וכו'. עי' בקצוה"ח סי' ל"ג סק"ג דיסד דהיכא דהעדים קרובים ללוה ורחוקים מהיורשים, דפטורים היורשים, דכיון דפטור הלוה, אינו גובה מהנכסים כדין אין נפרעין מן הערב,

ובנתה"מ שם סק"ב תמה מדברי התוס' בסוגיין דהא כיון דקרובים ללוה א"א לגבות ממנו, ואיך גובין להלוקח, הא אין נפרעין מן הערב, וע"כ משום דלגבי הלוקח אנו דנין דהלוה חייב, וא"כ כ"ש דגובין מן היורש, דהא יסד התומים דיוורשים לשעבוד הגוף, והנה כבר נתבאר לעיל דלפי הנימוק"י דמיירי באפותיקי לא שייך בזה דין אין נפרעין, אולם הרי בקצוה"ח סי' ל"ז סק"ה נקט דסוגיין מיירי דליכא נכסים ללוה, [וצ"ע דלא הביא לדברי הנימוק"י דמיירי באפותיקי], ואדרבא לדבריו דמיירי דליכא נכסים נתבאר לעיל דכל דידוע דאין לו נכסים לא שייך בזה דינא דאין נפרעין מן הערב.

(ב) עי' ברמ"א סי' ל"ז ס"י דפסק דכל היכא דהשתא אינו נוגע בעדות, ואם יתעשר יהא נוגע, כשר לעדות, ותמה בקצוה"ח שם סק"ה דהא מבואר בתוס' דקרובי ראובן פסולים כיון דיחזור שמעון על ראובן, והרי ע"כ דמיירי דל"ל נכסים ללוה, דאל"כ נימא אין נפרעין, ולהרמ"א אמאי פסולים, וע"כ דחיישי' שיתעשר, וצ"ב דשאני הכא דהוא בע"ד גמור.

שם - כיון דאי טריף וכו'. והיינו דהוכיחו מהסוגיא במכות דאעפ"י דאין ראובן בע"ד, מ"מ פסולים לעדות מחמת דשמעון יחזור עליו, וצ"ב דילמא הא דבמכות פסולין העדים משום דהערב חשיב בע"ד, ולכך קרובי הערב פסולים, וי"ל דרק המוכר הוא בע"ד כיון דהנידון הוא על החוב שלו, אלא דבלא נפק"מ, אף אי הוי בע"ד אינו נידון כבע"ד, אבל ערב אינו בע"ד, דהוא ודאי נעשה ערב, אלא הנידון על הלוה אם פרע או לא, ולכך אעפ"י דאית לי' נפק"מ אי"ז גורם שיהא נידון כבע"ד לטענה, ואף דהא דפסולים לעדות הוא משום פסול בע"ד דהא מעידים לחובתו, מ"מ דין בע"ד לעדות אינו כדין בע"ד לטענה, ולכך הוכיחו תו' דעדים הקרובים פסולים, אף אי לא הוי בע"ד לטענה.

וראיה לזה, דהנה בדין שדר"נ מבואר ברשב"א קדושין ט"ו א' דיסוד הדין הוא מדין אפוכי מטרותא ל"ל, אלא דאי לאו קרא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את, ולכך בעי' לקרא דונתן דיכול לתבוע מלוי, וצ"ב הא לראובן יש נפק"מ בחוב דלוי, דעי"ז יוכל לגבות משמעון, וא"כ אמאי אינו נידון כבע"ד, וע"כ כנ"ל דבע"ד לטענה הוא רק מי שעליו הנידון, אבל מה דאית לי' נפק"מ זה לא סיבה לדונו כבע"ד לטענה. ובעיקר הא דרצו תוס' לבאר דאביי קמ"ל דקרובי שמעון כשרים לראובן, צ"ב הרי אביי מיירי אם ראובן בע"ד, ולא אם שמעון בע"ד, ומדוע תלוי דין קרובי שמעון בדינא דאביי.

שם - ועוד דמסיק וכו' הא אפי' איהו גופי' וכו' כ"ש קרובים וכו'. ומבואר דאעפ"י דסגי בתרעומת לדונו כבע"ד בטענה, מ"מ אינו נידון כבע"ד לעדות, [וצ"ב דזה להיפוך ממה דנתבאר לעיל לענין ערב, דהוא בע"ד לעדות ולא לטענה, וי"ל], ועי' בחי' רע"א הנדמ"ח דהק' מנ"ל לתו' דכשרים לעדות, הא כיון דאינו רוצה שיהא עליו תרעומת הוא פסול לעדות, וצ"ב כוונתו הרי התו' הוכיחו כן מהגמ' ב"ב.

אולם נראה דכוונתו להק' דאינו דומה לסוגיא דהתם, דהרי התם מיירי בטענת גזילה, ולכך אין נידון על המוכר, ואעפ"י דאית לי' נפק"מ אינו נידון כבע"ד, אבל בסוגיין הוא הבע"ד, אלא דבעי' נפק"מ, ולזה סגי בתרעומת, ובאמת דבתו' וב"ק לא דחו לתו' זה כדבריהם בכתובות, אלא רק דאינם יכולים להעיד לשמעון, ומשמע דס"ל דבאמת העדים פסולים משום תרעומת, ולדבריהם ע"כ צ"ל כחילוק הנ"ל מהסוגיא ב"ב, ועיקר החילוק מבואר בקצוה"ח ל"ז סק"ה ובחי' הגרש"ש ב"ק.

(א) עי' בתוס' ב"ק וב"מ דתי' דנפק"מ באמר שמעון אין לי ראייה ואחר זמן מצא ראייה דאינו יכול להביאם, אולם ראובן יכול להביאם, ותמה בשער המשפט סי' כ' סק"ב דאין לי ראייה הוא מדין הודאת בע"ד, וא"כ מה יועיל הא דראובן יביאם הא פסולים לגבי שמעון, ולא שייך בזה דינא דליכא לזה ליכא ערב, דהא קיי"ל סי' קכ"ט ס"ח דאם יודע הערב דהלוה משקר גובין ממנו.

(ב) וי"ל דהא דאמר אין לי עדים אינו דקובע בודאי דליכא עדים, אלא הוי כמו נאמן עלי אבא דהוי כמקבל לחובתו דלגביו לא יהיו העדים נאמנים, ולכך כ"ז שייך לגבי הנידון שבין הלוקח למלוה, אבל לגבי הנידון שבין הלוח למלוה, הרי מהני אף במה שנוגע ללוקח, ולכך להצד דהלוה הוא הבע"ד כבר נתבאר לעיל דמוכח מתו' דהנידון הוא רק בין הלוח למלוה, ואין הלוקח בע"ד, ולגבי זה לא מהני הודאת הלוקח, ועד"ז תי' בחי' הגרש"ש ב"ק.

(א) עי' ברא"ש וברשב"א ב"מ ובטור סי' רכ"ו דכתבו דנפק"מ לאפותיקי מפורש דהלוה מצי לסלוק, והלוקח אינו יכול לסלוק, וכבר תמה בחי' רע"א הנדמ"ח דודאי דהלוה יכול לסלקו במעות, דכיון דהוא הלוח הוא יכול לפרוע חובו, ומה אכפ"ל אי הוי בע"ד או לא.

(ב) והנה הרמב"ן בכתובות הביא לתי' הראשונים הנ"ל, והק' דאכתי קשה מאי נפק"מ, הרי יצטרך לשלם או ללוה או ללוקח, וכוונתו דכיון דליכא נפק"מ אינו בע"ד, וכביאור הב"ח בקו' תו', דאל"כ אין מובן לתי', והוסיף הרמב"ן דל"ב א"ש דיש ללוקח תרעומת עליו אעפ"י דמחזיר לו את דמי המכירה, וכתב הרמב"ן דאפשר כיון דעליה הדר מיני' קא מפיק, משו"ה אע"ג דליכא נפק"מ, משתעי דינא בהדי', ומבואר דבקו' נקט דליכא בע"ד בלא נפק"מ, ותי' דגם בלא נפק"מ חשיב בע"ד.

וכתב הרמב"ן דמ"מ נפק"מ בהזול המקח, דאם טורף מהלוקח צריך לשלם לו מדין אחריות כשעת המקח, והלוה מסלקו במנה, וסיים הרמב"ן "ומיהו לפרעו ודאי פשיטא" וכוונתו לכאו' דודאי אם בא הלוח לשלם א"א לעכב עליו, ולכאו' כוונתו להק' כקו' רע"א דהלוה ודאי יכול לפרוע חובו, וצ"ע.

(ג) וביש"ש ב"ק פ"א סי' י"ח הק' על הרא"ש דאמאי אין הלוקח יכול לסלקו במעות מדין מה מכר, דכמו שהמוכר יכול לסלקו, גם הלוקח יכול לסלקו, וצ"ע כוונתו הרי אינו זכות בשדה, אלא יש ללוה זכות לפרוע חובו, והרי לא מכר לו את הזכות לפרוע, [עוד צ"ע מדוע תמה על הרא"ש ולא על הגמ' ב"מ ט"ו ב' דלוקח אינו יכול לסלק בזווי באפותיקי מפורש].

ועי' ח' הגרנ"פ ב"מ דהוכיח מזה דהא דיכול הלוח לסלקו באפותיקי מפורש אינו מדין פרעון החוב, אלא דיש לו זכות לסלק את האפותיקי, ולכך אם אינו בע"ד אינו יכול לסלקו, ומובן קו' היש"ש דיכול לסלק מדין מה מכר.

(ד) ועוד כתבו הראשונים נפק"מ במסיק ביה שיעור ארעא ולא שיעור שבחא, דאם היה המלוה גובה מהלוקח היה גובה גם השבח ולא היה נותן לו אלא את ההוצאה, אבל כשלוקחו מיד הלוח אינו נוטל רק את הקרקע ולא את השבח, וצ"ב מה אכפ"ל דראובן בע"ד, הא הקרקע והשבח של שמעון וגובין ממנו, ואולי כיון דראובן הוא בע"ד אפשר לדון מדין עבד כנעני דראובן הוא הפורע.

(ה) עי' בנתה"מ סי' רכ"ו סק"א דהק' על הנפק"מ דשבח, דא"כ אמאי גובה את השבח מהלוקח, נימא ל"י אי שתקת, ותי' הנתה"מ עפ"י יסוד הראשונים דדין אי שתקת הוא בצירוף מה מכר, ומשו"ה לא יועיל דיתחזר הלוקח וימכור את השדה למוכר, דכל החילוק בין הלוח ללוקח, הוא מי הוא הבע"ד, ואינו זכות בגוף הקרקע, ואם הלוח הבע"ד,

אם הקרקע של הלוקח ואין המלוה יכול לומר ארעאי אשבגת, ולכך לא שייך בזה מה מכר, וממילא לא שייך בזה דינא דאי שתקת.

וצ"ב דאף אי נימא דהוא מדין אי שתקת בלבד, נמי יש ליישב דכיון דלדעת רוב הראשונים הוא בגדר מכירה חדשה, לא יועיל מה דימכרנו ללוה, דהוי כלוקח מלוקח, דיכול לומר לו ארעאי אשבגת, והנתנה"מ הביא בתו"ד להא דהוא מכירה חדשה, ומ"מ הוצרך להא דהא דהוא בצירוף הסברא דמה מכר, וצ"ב. אולם עדיין צ"ע לפי שי' הרשב"א דרך ביתומים קטנים ליכא אי שתקת, אבל בגדולים אמרי' אי שתקת, כיון דאינו נידון כמכירה חדשה, א"כ אכתי תקשי איך כתב בב"מ לנפק"מ דשבח, הא יכול לומר לו אי שתקת, נולכאו' מוכח כמו דצדדנו שם להגיה בדברי הרשב"א דלפי הרשב"א מיירי באמת רק בגוונא דשדר"נ, ולא בביטול מקח, אבל בעלמא ודאי דהוא מכירה מחודשת, וצ"ע בכ"ז].

חלוקת בעלי חובות

כתובות צ"ג א

משנת רבי נתן

(א) עי' ברש"י ד"ה היו שם מאתים דביאר דלר"נ אין לבעלת מנה שעבוד אלא במנה ראשון. וכן מוכח מקו' הגמ', וצ"ב אמאי אין לה שעבוד על כל המעות, הרי עדיין הוא חייב לה שני שלישי.

ובאבי עזרי פ"ט מו"ל ה"ב ביאר דס"ל לר"נ דגדר דין שעבוד אינו מדין ערבות על החוב, אלא דיש לו קנין בנכסים, ומשו"ה יש לה קנין רק על מנה ולא על שאר הנכסים, דא"א שיהא לו קנין יותר ממה שהוא חייב לו, [אבל אי הוי רק דין ערבות ודאי דכ"ז שהוא חייב לה הנכסים ערבים על החוב], ומה דעדיין הוא חייב לה שני שלישי הוא רק כמו מלוה ע"פ, וכמבואר ברי"ף, [ויש לדון דכמו דכתב הר"ן בדף צ"ה א' דכל היכא דאיכא ספק הנחתי הוי אישתדוף, ה"נ נימא דכיון דודאי חולקין עמה הוי כאשתדוף, ויהא לה קנין אף בשאר הנכסים].

(ב) עי' במרדכי רל"ה דהביא מהראב"ן דביאר דמשנת רבי נתן היינו הא דתנן ב"מ קי"ז ב' לענין בית והעליה שנפלו דלפי רבי נתן בעה"ב נוטל ב' שלישי בקרקע, ובעל העליה נוטל שלישי, ואע"ג דכל הבית משועבד לכל אחד לתשמישו, מ"מ כל אחד נוטל לפי מה דמפסיד, וכ"כ בשטמ"ק בשם רש"י במהדו"ק, ולפי"ז ודאי דאין הנידון בסוגיין בגדרי שעבוד, וצ"ב.

(ג) והיכא דאיכא ד' מאות - יש בזה ג' שי' - א) בריטב"א כתב דכה"ג חולקין בו רק בעלת הר' והש', ומשום דצריך שיהא חסרונם שוה, ורק אחר חלוקת המנה הרביעי, הושוו חסרונם, שהרי לכולם חסר ב' שלישי הק', וכשיש ת"ק יחלקו כל אחד שלישי מהמנה. (ב) בר"ן במתני' דכתב דחולקות בשוה כיון דהמנה משועבד לכולם בשוה, ולדבריו כל א' מקבלת שלישי. (ג) עי' בתשובת הרי"ף דכתב דאם הקרקע שוה ת' אנו דנין כאילו היה רק מנה זה לבדו, ודינו כמו ברישא דחולקין בשוה, ולכך כיון דעדיין הוא חייב ס"ו ומשהו לבעלת המנה, וחייב לבעלת הר' והש' קט"ז ומשהו, לוקחין ס"ו ומשהו וחולקין לג', ול"ג ומשהו הנשאר יחלקו בעלת ר' וש' בשוה, ואם הקרקע שוה ת"ק יחלקו ס"ו ומשהו ביניהם, וקל"ג ומשהו הנשאר יחלקו ביניהם, ונמצא דבעלת המנה יש לה נ"ה ומשהו, ובעלת הר' יש לה קע"ב ומשהו, ובעלת הש' יש לה רע"ב ומשהו.

ויל"ע על הרי"ף, דלכאו' סברת הר"ן נכונה דצריך לחלוק בשוה, וע"כ צ"ל דס"ל להרי"ף דדמי לנפילה מחודשת, ולכך חולקין כמו מתחילה, וא"כ הרי ראוי שתהא החלוקה מתחילה בשיעור ס"ו ומשהו, דזה בכלל תביעת שלשתן, ושיעור זה עולה הרי גם לתביעות של שאר הבע"ח, כמו דמבואר בדינא דר"נ דמנה עולה גם לבעלת הר', וממילא מתביעת קט"ז ומשהו מוריד ס"ו ומשהו, ונשאר להם לחלוק נ' ומשהו, ולגבי הפ"ג הוי עוד נפילה מחודשת, וממילא בעלת המנה תובעת מ"ג ומשהו, וחולקין בזה כולם י"ד ומשהו, ובעלת הר' והש' דנשאר להם תביעה על ס"ט ומשהו, וחולקים י"ב ומשהו ביניהם, ואח"כ איכא נפילה מחודשת על הי"ג ומשהו ויחלקו בזה שלשתן, דהא בעלת המנה תובעת עוד כ"ט ומשהו, ובעלת הר' והש', תובעות מ"ב, נמצא דבעלת המנה מקבלת ע"ד ומשהו, ובעלת הר' מקבלת קס"ב ומשהו, ובעלת ש' מקבלת רס"ב ומשהו, ואילו בדברי הרי"ף מבואר דאחר חלוקת ס"ו ומשהו, חולקין כולם בשוה, וצ"ע"ג.

(גמ' - אמר שמואל בכותבת וכו' תימא לה וכו' משום דאמרה וכו'. עי' ברש"י ד"ה מדין דביאר דסילקה ידה מלריב עמה וגבר ידה לגבות חצי המנה לשעבוד שטרה, ומשמע דהוא מדין תפיסה, ועי' במאירי דהביא כן בשם יש מפרשים, [וביאר דמה"ט לא בעי קנין על הסילוק], ותמה עליהם דהא קיי"ל כר"ע פ"ד א' דלא מהני תפיסה לאחר מיתה.

(ב) ובקו' הגמ' דתימא לה הא סלקת נפשך מינה, פירש רש"י דאין לה כלום רק במנה הב', ועי' בשטמ"ק בשם תר"י דהק' על רש"י מדוע לא תטול חלקה במה שנשאר במנה הראשון, דהא לא סלקה נפשה אלא לגבי בעלת מנה שלא תמציט בחלקה אבל לגבי בעלת ש' לא סלקה נפשה דבהדיא אמרה לה אין לי עמך, ולכך פירש דקו' הגמ' דירד מחלקה ט"ז ומשהו.

תוס' ד"ה דאמרה לה - לא איתפריש שפיר טעמא דהא מילתא. עי' בחי' רע"א [הנדמ"ח] מכת"י תלמיד דביאר דקו' אמאי בעלת ג' מאות מפסדת שליש מהמנה, ועי' בריטב"א דביאר דמעיקרא התנו בין שלשתן, ובעלת הש' קבלה ע"ע הכי, וע"ע בתורי"ד.

וע"ש ברע"א דיישב לקו' תו' עפ"י תו' צ"ד א' דגם בב' הכתובות היוצאות ביום א' שייך דין שודא, ולכך בעלת הב' מאות טוענת דיתכן דלא אפסדת, דבעלת המנה היא ראשונה, וממילא כל המנה שלה, וע"ע בפנ"י.

(א) גמ' - רישא בשתי תפיסות וכו'. עי' ברש"י דמיירי בתפיסת מטלטלין, ועי' בריטב"א דצ"ל דמיירי בתפיסה מחיים [וצ"ב דאי מיירי דתפסו בב"א, הרי יש לכל אחד חצי], או בשעבד לה מטלטלין להדי' בכתובה, ועי' בר"ן צ"ו א' דחלק דודאי מיירי הכא בתפיסה לאחר מיתה, ואעפ"י דלא מהני תפיסה לאחר מיתה, כ"ז במטלטלין, אבל מעות מהני, וכבר העיר בתויו"ט דברש"י מבואר דמיירי בתפיסת מעות, וביאר דמיירי בתפסו מחיים ובאו לב' דין בב' תפיסות ולא ידעו הבי"ד משאר התפיסה ויצא הדין וחלקו.

(ב) עי' באו"ש פ"ז מאישות ה"ג דתמה דאי מיירי בגביית קרקע, א"כ מדוע חולקין בנפילה שניה בשיעור ע"ה, הרי בנפילה ראשונה דנפלו ע"ה הרי נסתלק שעבודה מע"ה, כמו דחזי' דבחלקו במאה נסתלק חובה מק', וא"כ בנפילה ב' היה ראוי דחלוק בין שלשתן לכ"ה, ואילו בגמ' מבואר דנסתלק מחובה רק שיעור כ"ה, ותי' האו"ש עפ"י שיטת הרמב"ם פ"כ מו"ל ה"ג דבב' בע"ח שוין דחולקין, מהני תפיסה של א' מהם, ולכך הרי כשגבתה כ"ה בנפילה

ראשונה יתכן לומר דאינו מחמת השעבוד, אלא דבאמת חייל השעבוד מעיקרא רק על כ"ה, והיה צריך לחלוק את הכ"ה לג', אלא דהיא תפסה מהם ב' שליש מהכ"ה, ולכך חייל שעבודה השתא על ע"ה, ע"ש. אולם בפשוטו גדר הדין הוא דבנפילה שניה אנו דנין כחלוקה מחודשת, ולכך אנו דנין כמה קבלה בפועל.

דעת רבי

(א) גמ' - רבי אומר וכו' אלא חולקות בשוה. שיטת רש"י דכל א' מקבלת מנה, וכן דעת הר"ף והרמב"ם פ"כ מו"ל הל' ד', ועי' ברש"י דביאר דכיון דכל נכסיו אחראין לכתובתה, כל המנים משועבדים, וכן מבואר בתוס' בע"ב, וצ"ב דנמצא דבעלת המנה מקבלת כל חובה ובעלת הר' והש' מפסידות, והרי אילו היו ו' נשים הרי כל אחת היתה מקבלת נ', וכי משום דיש לה כתובה של ש' היא מפסדת, ונבאבי עזרי שם ביאר דס"ל דאף לרבי גדר דין שעבוד הוא קנין, ולא ערבות, ולכך אין לה שעבוד רק על מנה ולא על יותר, וצ"ע כוונתו דא"כ ביש לו ש', היה ראוי דבעלת המנה תקבל רק שליש מהמנה, כיון דאין לה קנין יותר מהחוב, ובעלת הש' תקבלת קפ"ג ושליש, וצ"ע], וצ"ל דמ"מ כיון דהוא תביעה א', אינו נידון כשעבוד בפנ"ע על כל מנה ומנה, וכן ביאר באילת השחר, [וע"ע להלן בשיטת ר"ח בדברי האו"ש].

(ב) ויש בזה נפק"מ לדינא, דהנה בשו"ע ק"ד סעיף י' נפסק כשי' הראשונים דחולקין בשוה, ועי' בש"ך סי' נ"ג סק"ב דנקט דהיכא דיש למלוה ב' שטרות על נ' ולמלוה הב' יש רק שטר א' על נ', דנוטל ב' חלקים, ומבואר דאף להל' דקיי"ל דחולקין בשוה, מ"מ היכא דהוי ב' שטרות דהוא ב' תביעות חולקין לפי התביעות, כיון דכל תביעה הוא שעבוד בפנ"ע, [וי"ל ע"ל הש"ך דהא בכתובתה ש' ע"כ דהוא מדין תוספת כתובה, וא"כ הוי כב' שטרות, ומוכח דגדר דין תוספת דהוא חלק מהכתובה ואכ"מ], ובפתחי תשובה שם ובסי' ק"ד סק"י ציין לשו"ת הב"ח סי' ל"ה דכתב דחולקין בשוה, וצ"ע אי ס"ל הכי רק בב' שטרות על הלואה א', או גם בב' שטרות על ב' הלואות, [ועי' בנתה"מ סי' ק"ד סק"ח דכתב בשם התומים דיש חילוק בין חילק לב' שטרות, לחילק את החוב לב' כת"י, כיון דליכא בכת"י קנין שעבוד, ומבואר דשט"ח הוי שטר קנין, ואכ"מ].

(ג) עי' ברי"ף בהלכות דהביא דיש מי שאומר דרבי פליג אף על דינא דרישא, אולם הר"ף חלק עליו והוכיח כן מלישנא דמתני' דבדינא דרישא כו"ע מודו דחולקין בשוה, ובתשובה ביאר לטעמא דמילתא, דדינא דשעבוד הוא מדין ערבות, ולכך "המנה שנמצא אינו סובל ערבות יותר משיעורו" [לשון התמים דעים], ושאר הממון הוי כמלוה ע"פ, ובהא כו"ע מודו דחולקין את המנה בשוה, ויש להוסיף דהרי"ף לשי' דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם, ומשום דבמלוה בשטר יש שעבוד על גוף הקרקע, דהא מוציא מיד הלקוחות, משא"כ מלוה ע"פ, ולכך כיון דאין לו נכסים רק בשיעור מנה, וליכא שעבוד רק על מנה, אעפ"י דהנידון לגבי מיני, מ"מ כין דלשאר החוב יש דין דמלוה ע"פ אין לו שעבוד אף על מיני, ולכך חולקין המנה בשוה].

(ד) ולענין מטלטלין כתב הר"ף בתשובה דנמי חולקין בשוה, כיון דחייל השעבוד עתה בזמן הגביה, ואעפ"י דאין התביעות שוות, מ"מ כיון דאין בממון כשיעור כל התביעות, לא חל השעבוד אלא כפי הערך של המטלטלין, משום "שהממון העודף על הנמצא אין לו מקום שיחול לו שעבוד", ומבואר להדי' דאף להל' דקיי"ל כרבי נמי נקטי' להאי סברא דלא חייל השעבוד רק כפי ערך הממון שיש למלוה, ולכך אף במטלטלין חולקין בשוה, [ובתומים סי' ק"ד סוף סק"י הק' לפי הר"ף דחולקין בשוה משום דמשועבד לתרויהו בשוה, דא"כ במטלטלין דליכא כלל שעבוד, נימא דהחלוקה תהא לפי ממון, ולא שמענו כן, אולם האמת דהרי"ף בתשו' ביאר כנ"ל דאיכא שעבוד בגביה, ובתומים תי' בדוחק דמ"מ כלפי השעבוד הגוף השעבוד חל בשוה, וע"ש דדן דא"כ מה הדין ביתומים, נואינו סותר ליסודו דחייל השעבוד הגוף על היורשים, כיון דליכא נכסים], ובנתה"מ הביא מהתומים דתי' דמ"מ המצוה חלה על הלואה בשוה, וצ"ע דבתומים כתב דודאי ליכא סברא דהמצוה

היא בשוה, ע"ש, וע"ע בקצוה"ח ק"ד ב' דדן היכא דיש לו רק מטלטלין ומלוה אחד אינו לפנינו אם כופין לפרוע הכל לאחד שלפנינו או לא, ולדברי התומים דאיכא שעבוד הגוף בשוה, מסתברא דאינו יכול לפרוע רק לאחד מהם].

(ה) ומבואר מהרי"ף חידוש גדול דלא מצי גבי מיניה רק מכח שעבוד, ולכך ע"כ דחל שעבוד בזמן הגביה, ועיקר היסוד דגם במטלטלין איכא שעבוד בזמן הגביה, מצינו גם בבית יעקב כתובות פ"ו א' על תו' ד"ה אמר.

(ו) אלא דצ"ע לפי הרי"ף בגוונא דאיכא ש' אמאי חולקים רק כנגד מנה, הרי מבואר מדברי הרי"ף דאילו היה המנה משועבד לכל הש', ודאי דחולקין לפי ממון, וכל הטעם משום דאין לשעבוד על מה לחול, וא"כ בגוונא דאיכא נכסים בשיעור ש', הרי חייל שעבודה של בעלת ש' על כל הש', ואמאי חולקין בשוה, הא כמו דאילו היה חייל שעבוד של ש' על מנה, היו חולקין לפי ממון, אעפ"י דהמנה משועבד לבעלת המנה, ה"ה נימא היכא דאיכא ש' דאעפ"י דיתכן דלבעלת הק' איכא שעבוד על כל הש' בשביל כתובתה, מ"מ תהא החלוקה לפי ממון, וצ"ל דגדר הדין הוא דדנין על כל מנה ומנה בפנ"ע, ולכך חולקין כל מנה לשליש, ועדיין צ"ע.

(ז) עי' בשו"ע ק"ד ס"י דבנמצא ת"ר חולקים בתחילה את הש' ואח"כ חולקים את הר', ונותנין הק' הנשארים לבעל הש', ועי' בסמ"ע ס"ק כ"ח דהא דלא אמר השו"ע בקיצור דכל אחד נוטל בכדי חובו, משום דיש בזה נפק"מ היכא דאית לי' עידית בינונית וזיבורית, דבתחילה חולקין את הבינונית ואח"כ חולקין את הזיבורית ואח"כ הוא חולקין מהעידית, וצ"ע הרי לפי השיטה דאין חולקין לפי עמות הוא משום דשעבוד כולם שוה, וא"כ מדוע דנין מתחילה את בעלת המנה, ומפסדת מהעידית.

ולכאור' צ"ל דגדר הדין הוא, דכל המרובה בתביעות הוא מוקדם בדין, ולכך מי שדנין בו מעיקרא מקבל בינונית, והאחרון מקבל עידית, כיון דליכא עוד תובע על המנה האחרון, ויש בזה גם ריוח, דהא נתבאר לעיל דהיכא דאיכא ש' דנין כל מנה בפנ"ע, וי"ל דהוא מטעם הנ"ל דעל המנה איכא ג' תביעות, וצ"ע בכ"ז.

(ח) בעיקר הנידון אם כל הש' משועבד לבעלת הק', או רק ק' משועבד לק', יש לציין דבנתה"מ סי' קי"ד סק"ב ביאר דהמחלוקת אי מצי אמר לדידי שוה לי כל החוב על קרקע קטנה, תלוי בספק הנ"ל.

שיטת רבינו חננאל

(א) תוס' ד"ה רבי - שלש מאות וכו' לפי שמדת הדין לוקה וכו'. וצ"ב אמאי לא הק' מרישא דמתני' דאינו מדת הדין דכולם שוין, וברי"ף באמת הביא דיש מי שאומר דרבי פליג נמי ארישא.

(ב) בעיקר קו' הר"ח יל"ע דהרי לרבי נתן חזי' דלא אזלי' לפי ממון, ותקשי דמדת הדין לוקה, ומנלן דרבי ודאי חולק בזה וס"ל דאינו מדת הדין.

ולכאור' י"ל דס"ל לר"ח דלפי ר"נ דבעלת מנה אינה חולקת אלא במנה ראשון, משום דס"ל דשעבוד הוא קנין ואין לה קנין בנכסים יותר מהחוב, ומה"ט שאר החוב הוי כמלוה ע"פ, ולכך ס"ל דחולקין בשוה, אבל רבי דס"ל דבעלת המנה חולקת גם בשאר נכסים, ע"כ דס"ל דשעבוד הוא מדין ערבות, ולכך יש לה ערבות גם בשאר נכסים, ולכך הק' דא"כ מדת הדין לוקה, דהא לבעלת הש' יש ערבות טפי מבעלת הק'.

(ג) עי' באור"ש פ"ז מאישות ה"ג דביאר דהמחלוקת בין הר"ח לראשונים, הוא האם משועבד לכל אחד כפי חלקו, או דכל הממון משועבד לכולם, דהראשונים ס"ל דהכל משועבד, וכיון דשניהם מוחזקים במנה כאחד, חולקין בשוה, אולם הר"ח ס"ל דכל אחד מוחזק לפי שעבודו, ולכך בעל המנה אינו מוחזק אלא בשליש מנה, ומשו"ה חולקין לפי מעות, ונבאבי עזרי פ"ט מו"ל ה"ב הוסיף דס"ל דשעבוד מדין ערבות, ובודאי דלבעת הש' איכא ערבות טפי מבעלת

[הק'], וכתב האו"ש דבזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד פ"כ מו"ל ה"ג אי מהני תפיסה לכל החוב או לא, [וברמב"ן כתובות פ"ו א' נמי דעתו כהראב"ד], וכתב האו"ש דלפי הר"ח ודאי דלא מהני תפיסה, כיון דאינו משועבד לו, וכ"כ בקוב"ש אות של"ה, [ויל"ע דהרי תו' צ' א' הביאו מר"ח דבקרקות לא מהני תפיסה, ובמטלטלין מהני תפיסה, ומבואר דכל היכא דליכא קדימה מה שגבה גבה, ועי' בתשו' מהר"ם בסוף רמב"ם פרנקל אות מ"א דכתב דאף להרי"ף דחולקין בשוה מהני תפיסה, והוכיח כן מהר"ח הנ"ל, וצ"ע בכ"ז].

(ד) ויש לדון בזה, דאף אי נימא דהקרקע משועבד לכולם בשוה, מ"מ עדיין יתכן דחולקין לפי ממון, כיון דאין תביעותיהם שוות, [וכן נתבאר לעיל סק"א דמוכח מקו' הר"ח דס"ל דלרבי השעבוד הוא מדין ערבות, ואיכא ערבות בכל הנכסים], ואדרבא יש לבאר להיפוך, דאם מצי לחול ב' שעבודים על קרקע אחת, וכל החלוקה הוא רק בגוביינא, שפיר מסתבר דהחלוקה לפי ממון, כיון דבעלת הש' תובעת טפי, אבל אי נימא דאין יכול לחול ב' שעבודים על קרקע א', והוי חלוקה בעצם השעבוד, שפיר י"ל דחולקין בשוה, כיון דגם לבעלת הק' יש תביעה על כל הקרקע, ולכך נקבע הדין דהשעבוד הוא לשניהם בשוה.

אלא דא"כ נמצא דלפי הרי"ף לא יועיל תפיסה, וצ"ע דהרי דהא השו"ע בסעיף ח' פסק דמהני תפיסה בב' שטרות ביום אחד, ומקורו מהרי"ף, וברמב"ן כתובות פ"ו א' תמה על הרי"ף, ועי' ביד רמה ב"ב קנ"ז ב' אות קס"ו דחקר אם יכול לחול ב' שעבודים על שדה א', וכתב דנפק"מ אי מהני תפיסה בלוה ולוה וקנה, וכתב שם להוכיח דודאי לכל אחד יש שעבוד על הכל, דאל"כ נמצא דאם יגבה חבירו ממקו"א והלוה ימכור את השדה לא יוכל להוציא מהלוקח רק חצי שדה, ע"ש, וצ"ע ראייתו, דהא כל בע"ח מאוחר ודאי לא עדיף מב' בע"ח, ומ"מ אם מכר, ואח"כ סילק את המוקדם בדמים, דינא הוא דבע"ח מאורח טורף לכל השגדה מהלוקח, וצ"ע.

(ה) ובטור סי' ק"ד מבואר דדברי ר"ח קאי גם על מטלטלין, והתם הרי ליכא שעבוד, ומ"מ החלוקה לפי ממון, וכן הרי הר"ח הביא ראיה משותפות בשור תם וירושה, והא התם אינו נידון משום שעבוד, ומהיכ"ת דגם לענין שעבוד בחוב, אזלי' בתר ממון.

ונראה מכל זה דבאמת טעמא דר"ח משום דמדת הדין לוקח, והיינו דאף דעפ"י חלוקת הבעלות היה ראוי דיחלקו בשוה, מ"מ אינו מדת הדין דיפסידו בשוה, כיון דבעלת הש' תובעת יותר,

(א) שם - ותו אשכחן משנה שלמה וכו'. עי' בחי' הגר"ח על הש"ס סי' רל"ז דיסד דיש חילוק בין ב' מזיקין דהזיקו ביחד, לשור של שותפין שהזיק, דב' מזיקין חשיבי שותפין גמורים בנזק, ולא אכפ"ל דאחד הזיק יותר, דמ"מ הוא שותף שוה בנזק, אבל היכא דשור של ב' שותפין הזיק, והנידון על הפסד השותפין, בזה מפסיד כל אחד כפי חלקו בשותפות, ע"ש, ולפי"ז הרי מיושב קו' ר"ח, דשאני התם דהנידון על חלוקת הפסד של ממון השותפות, אבל הכא דמי לב' שהזיקו ביחד, דאעפ"י דאחד הזיק טפי, מ"מ חולקין ביניהם, [ואולם בלא"ה הגר"ח הרי יישב בזה לקו' תו' ב"ק מ"ו ב', וע"כ דלא ס"ל להך סברא].

(ב) ובעיקר קו' הר"ח - עי' במאירי דכתב לדחות הראיה משותפין בשור, דכיון דנעשו שותפין בע"כ משו"ה חולקין לפי ממון, משא"כ בבע"ח וכתובה דאינם שותפין, וכן דחה את הראיה מבכור, דבטלה מחלוקת וחוזרין וחולקין.

(א) שם - ויש לחלק וכו' דיש נוחלין וכו'. וצ"ב אמאי לא כתבו דמה"ט נדחית נמי הראיה מההיא דב"ק, וברא"ש מבואר דבזה נדחית נמי הראיה מב"ק.

(ב) עי' מהרש"א דתמה דאם הר"ח לא ס"ל לחילוק תו', היה לו להביא ראיה ממתני' דג' שהטילו לכיס חולקין לפי מעות, [ועי' בריטב"א דאזיל בשי' הר"ח, וכתב דהוא כדרך דברי התנא לגבי ג' שהטילו לכיס], ובחי' רע"א [הנדמ"ח] תי' דכיון דמוקי לה הגמ' במסקנא בחדתי וכו' ליכא ראיה, ובק"ר תי' דגבי ג' שהטילו היה פשיטא להו דלא דמי לשעבוד.

(א) עי' ב"ב קל"ח א' דהנותן מתנה לג' דני אדם וכתב ק' לאחד ור' לאחד וש' לאחד, ובא בע"ח ונטל, דגובה מכולם, וביאר הרשב"ם כל אחד לפי חלקו, והק' הרי"ף דהא בסוגיין מבואר דחולקין בשוה, ותי' דהתם איכא אומדנא דכוונתו דיחלקו לפי ממון, משא"כ בהלואה דדעתו של המלוה שישתעבדו לו כל הנכסים של הלוח, והביאו הרשב"א גיטין נ' ב', ועי' בגליון רע"א סי' ק"ד ס"י דהביא מהשבות יעקב לענין ג' דנתנו סחורה לעגלון, דדמי למתנה.

(ב) ובתוס' בגיטין נ' ב' ד"ה גובה כתבו דרבינו חננאל כתב דכל אחד יתן כפי חלקו כדינא דמתני', והיינו לשי' דאף לרבי חולקין לפי ממון, וסיימו בתו' דיש לחלק, ונראה דכוונתם דאינו ראיה לשי' הר"ח בסוגיין, וכחילוק הרי"ף. (ג) ועי' במ"מ פ"ט מו"ל ה"ה דמסתפק במכר לג' בני אדם בב"א ויש עליו בע"ח, אם טורפין בשוה מכל אחד או דיכולים לטרוף רק מאחד, וכתב שם דדמי לדינא דנתן מתנה דגובה מכולן לפי חשבון, וצ"ל דכוונתו כדברי הרי"ף דאיכא אומדנא במכר כמו בנתן מתנה.

(א) בעיקר הנידון אם בב' מלוים לכל אחד יש שעבוד על כל הנכסים, יש לציין בזה, דבשו"ע סי' קי"ב ס"ד פסק דבאופן דיש לנו ספק אם קנה אחר ב' ההלואות או לא, י"א דחולקין בחצי שחולקין עליו, ותמה בקצוה"ח שם סק"ד נימא דאין ספק מוציא ודאי, ותי' דאע"ג דיש לו ודאי במקצת אינו ודאי בכולן, ולכא' אי נימא דכל הקרקע משועבד לו, אלא דהנידון אם חולקין, א"כ הוא חשיב ודאי בכולו.

(ב) בקצוה"ח סי' ק"ד סק"י מקשה אמאי מועיל תפיסה, דבשלמא במטלטלין ליכא שעבוד דחזי כולה להאי ולהאי, מהני תפיסה, אבל בקרקע דמושעבד לתרוייהו איך מועיל תפיסה, ותי' דטעמא דמהני תפיסה משום דשעבוד שניהם שוה, וכוונתו כדברי הרמ"ה הנ"ל דכיון דמשועבד כל הקרקע לשניהם מהני תפיסה.

(ג) בקצוה"ח סי' ק"ז סק"י א"א דן בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דקנה, אם יש לחייב את התופס משום מזיק שעבודו של חברו, או דאינו מזיק כיון שהיה משועבד למי שנתנו, ולכא' זה תלוי אם משועבד בכל לשניהם או רק חצי לכל אחד.

(ד) עי' ברע"א ב"ב קנ"ז דכתב ליישב קו' הרשב"א על הרמב"ן דאינו יכול לחזור בו, דא"כ אמאי בלוה ולוה וקנה חולקין, ותי' רע"א "ובהכרח צ"ל דמ"מ לענין זה שעבוד עדיף כיון דאינו מפקיע לגמרי מהראשון אלא דמשעבד עוד לאחר" ומבואר דמשועבד לתרוייהו.

(ה) עי' בגליון רע"א ריש סי' קי"ב דהביא משו"ת הרא"ש כלל ל"ח ס"ה דאם שעבד ומכר בב"א דהמכירה חלה ולא השעבוד, וכתב רע"א דכן מבואר ברא"ה בכתובות נ' א', וכ"כ הרמב"ן בכתובות שם, ויש לדון אמאי אין יכולים תרוייהו לחול, הא שעבוד אינו סתירה למקח, אולם אי נימא דב' שעבודים סתרי אהדדי, הרי ה"ה דמכר ושעבוד סתרי אהדדי, אלא דעדיין צ"ב מדוע לא חייל חצי מקח וחצי שעבוד, ועוד צ"ב מדוע דהשעבוד לא יהא עדיף על המקח, ומאי אולמא האי מהאי, וצ"ע.

ע"י מהרש"ם ח"ג סי' שנ"ט דהביא משו"ת שם אריה דהמנהג בכל בתי הדין בזה"ז לחלק לפי ממון, אעפ"י דבשו"ע פסק דחולקין בשוה, וע"ע בערוך השולחן ק"ד סעיף ט"ו דמעשים שבכל יום חולקין לפי ממון, וע"ש עוד בסעיף י"ז דביאר דנהגו כן מחמת חשש שבועה, ע"ש.

שני שטרות שזמנן שוה

צ"ד א'

(א) ע"י רש"י דסוגיין מיירי בשטרי מכר, ובתוס' כתבו דמיירי במכר או במתנה, [וברשב"ם ב"ב ל"ד ב' כתב דמיירי בשטר מתנה, וצ"ע], אבל בשטרי הלואה, כו"ע מודו דחולקין, כיון דאין השעבוד חל רק משעה שמוכח מתוך השטר מתי התחיל השעבוד, וע"י במהרש"א דכוונתם לסברת הר"ן דשעבוד תלוי בקול, ואין הקול יוצא אלא משעה הכתובה בשטר, וכיון דאין מוכח הזמן שבשטר קודם סוף היום, אין הקול יוצא עד סוף היום, וע"י ברמב"ם פ"ה מזכיה ה"ו דפסק דכל היכא דאין כותבין שעות אמרי' שודא, ובפ"כ מו"ל הל' ג-ד פסק דב' שטרי הלואה יחלוקו, וע"י במ"מ דס"ל להרמב"ם כהרי"ף דבהלואה מודה שמואל דיחלוקו.

אולם ע"י ברי"ף בדף פ"ו א' דהביא דאיכא מ"ד דגם בשטרי הלואה ס"ל לשמואל דאמרי' שודא, וע"י ברמב"ן ובר"ן דזהו דעת ר"ח ובעל העיטור.

(ב) והרי"ף תמה עליהם ג' קו' - א) דהא בדף צ"ג ב' תנן היו כולם יוצאות בשעה אחת ואין שם אלא מנה חולקות בשוה, וכן הוכיחו תוס', [וע"י מהרש"א דהעיר אמאי לא הוכיחו ממתני' צ"ג א' דבאין שם אלא מנה חולקין בשוה, וע"י ברע"א במערכה ס"ק ח'-י"א], ובר"ן שם דחה דמתני' קאי כר"מ, או דמיירי בזיכה לכולן ע"י שליח. (ב) מהא דבסוגיא ב"ב ל"ד ב' פריך מ"ש ב' שטרות דלא אמרי' כל דאליה גבר כמו בז"א ש"א וז"א ש"א, ואמאי לא משני דשאני ב' שטרות דאיכא דררא דממונא, כיון דתרוייהו אמת, כמו דמחלק הגמ' שם מהא דמחליף פרה בחמור, וע"כ דמיירי בשטר מכר, ובר"ן שם דחה דמיירי גם בשטרי מתנה, והתם לאו דררא דממונא, ומשו"ה משני הגמ' שם באופ"א, [וע"י ברשב"ם שם ד"ה אי דמר דכתב די"מ דק' הגמ' ממחליף הוא על שמואל, דנימא שודא, וע"ז משני הגמ' דשאני ב' שטרות דליכא דררא דממונא, ומבואר דכל דאיכא דררא דממונא מודה שמואל], והרמב"ן תירץ עוד דדררא דממונא אינו סיבה למעבד שודא דדייני אלא אדרבה הוא סיבה למעבד יחלוקו, וצ"ע יסוד הנידון בזה. ג) דהא לזה ולזה וקנה יחלוקו משום דשעבוד שניהם חייל בב"א, וה"ה בב' שטרות כיון דחייל השעבוד בב"א בסוף היום, חייל השעבוד בשוה וחולקין, ובר"ן שם דחה דשאני התם דע"כ חייל השעבוד בב"א, אבל בב' שטרות איכא למימר דחד קדים כיון דנשתעבד למי שנמסר לו תחילה.

(ג) ע"י ברמב"ן דהק' על הרי"ף דהא לענין מיני', מה דכורת אינו השטר, אלא מעשה ההלואה, ואינו שייך לדין ע"מ כרתי, וכן אינו תלוי בדינא דע"ח כרתי, ואף לרב ראוי שיהא דין שודא, ותי' הרמב"ן דמ"מ כיון דאיכא נמי חלות שעבוד מחמת השטר בסוף היום, מלוה בשטר קודם למלוה ע"פ המוקדמת, ועוד כתב הרמב"ן דאף אי נימא דכיון דבשעת הלואה קנו לבני חורין, ליכא מעליותא למלוה בשטר, מ"מ י"ל דהנידון בסוגיין הוא לגבי נכסים משועבדים, ואה"נ לגבי בני חורין מודה רב דאמרי' שודא, עכתו"ד, ומבואר מהרמב"ן דהצד דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר, משום דלגבי הבנ"ח ליכא הוספת שעבוד מחמת השטר, והצד דמלוה בשטר עדיף, משום דאיכא

תוספת בשעבוד לגבי לקוחות, ונהנה דעת הקצוה"ח ס"ו סק"כ דשט"ח הוא שטר ראיה, ומה"ט לא בעי' שיהא ספר המקנה, והנתנה"מ שם חלק עליו, ונהנה להקצוה"ח צ"ע דמה אכפ"ל דהקול נפיק רק בסוף היום, הרי מעשה ההלוואה הוא קודם לשטר, וצ"ע].

(ד) עי' בר"ן דכתב דמ"מ דין הרי"ף אמת דכו"ע מודו דחולקין, כיון דליכא קול רק מזמן המוכח מתוכו, ולענין גביה מבני חורין הא ליכא קדימה בב' מלוה ע"פ.

והק' רע"א במערכה אות ב' מדוע הוצרך הר"ן להא מילתא, הרי דעת הרי"ף דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם, וכיון דלגבי מלוה בשטר תרוייהו שוין דחיילי רק בסוף היום, משו"ה הוא דחולקין, [והרמב"ן באמת כתב כן], ותי' רע"א דהא בהא תליא, דאי איכא דין קדימה בב' מלוה ע"פ, ע"כ דאיכא דין שעבוד במלוה ע"פ, וממילא הוא קודם אף למלוה בשטר מאוחר.

(ה) ובדעת החולקים ביאר רע"א דס"ל או דשעבוד חל מיד בשעת הכתיבה ולא משעה שמוכח מתוכו, או דס"ל דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר, [וכ"כ בקצוה"ח ק"ד י"ג בתו"ד בדעת השו"ע], וצ"ע אי נימא דטעמייהו משום דאיכא קדימה במלוה ע"פ, א"כ נמצא דבגוונא דלקוחות מודו להרי"ף דחולקין, כיון דלגבי הלקוחות שעבודן שוה, ועוד צ"ע דא"כ דהנידון לגבי מיני', אינו ענין לדינא דע"מ כרתי, דהא אין המסירה הכורת אלא ההלוואה, וכקו הרמב"ן, ועוד צ"ע דהרי הר"ן דחה לראיה קמא דהרי"ף דמתני' כר"מ דע"מ כרתי, וקשה דעדיין תקשי לשמואל אמאי לא אמרי' שודא בבני חורין, וע"כ דס"ל דליכא קדימה במלוה ע"פ, אלא דפליגי וס"ל דהשעבוד חל מיד.

(ו) על קו' ג' דהרי"ף, תמה רע"א במערכה אות ג' דממנ"פ, אי ס"ל הכי מסברא דהשעבוד מתחיל רק מסוף היום הרי ודאי דחייל בשוה, ואי"צ להביא ראיה מלוה ולוה וקנה, ואי לא פשיטא לי' הכי, א"כ הרי ע"ז אין לו ראיה מלוה ולוה וקנה, דהתם ודאי דחייל ע"כ בשוה.

ועי' ברע"א במערכה סוף ס"ק ז' דביאר כוונת הרי"ף, דהנה דעת הרמב"ן דלא מהני חזרה בדאיכא, והק' הרשב"א דא"כ אמאי בלוה ולוה וקנה יחולקין, הא כיון דשעבד לאחד אינו יכול לחזור בו ולשעבד לאחר, ותי' רע"א דס"ל להרמב"ן דלגבי שעבוד אינו נידון כחזרה, כיון דאינו מפקיע השעבוד לגמרי מהראשון, אלא משעבד עוד לאחר, ולפי"ז א"ש דברי הרי"ף, דהיה קשה לו דאף דהשעבוד חל רק בסוף היום וליכא דיני קדימה במלוה ע"פ, מ"מ אכתי תקשי דנימא שודא, דכיון דאינו יכול לחזור בו משעבודו שיחול בסוף היום, אינו יכול לחזור ולשעבד לאחר, וע"ז הביא הרי"ף ראיה מהא דלוה ולוה וקנה, דאין תוספת שעבוד לאחר נידון כחזרה.

(ז) עי' בשו"ע ק"ד ס"ח דפסק דבב' שטרי הלוואה ליכא דין קדימה, ותמה בש"ך ס"ק י"ז דהא מבואר בר"ן דכ"ז להשי' דליכא דין קדימה במלוה ע"פ, אבל לפי השו"ע דפסק שם בסעיף י"ג דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר לא יתכן הך דינא בבני חורין, ועי' בטור ק"ד י"ד דפסק דאיכא דין קדימה בב' מלוה ע"פ, ועי' בב"י דכתב דהר"ן בסוגיין כתב דחולקין וסיים בצ"ע, ועי' בפרישה סק"ט דכוונתו להק' דלפי הטור דחולק על הר"ן, תקשי אמאי בב' שטרות פסק הטור דחולקין, אף לגבי בני חורין, והוא כקו' הש"ך.

(ח) ועי' בקצוה"ח ס"ק י"ג דתמה על הש"ך דהא דינא דהשו"ע הוא דינא דמתני' צ"ג ב' דהיו יוצאות כולם בשעה אחת ואין שם אלא מנה חולקות בשוה, אלא דהרי"ף ביאר דשמואל מודה בזה, וס"ל להשו"ע כטעמא דתוס' בשם ר"ת דהוא משום נעילת דלת, ולכך מודה שמואל דחולקין, וכ"כ רע"א במערכה אות ו'.

ובגליון רע"א על הש"ך כתב עוד לתרץ דהא מבואר ברי"ף דהוי דררא דממונא, וא"ש הא דחולקין ולא אמרי' שודא, דדמי למחליף פרה בחמור, והביא דכן מבואר בפנ"י, [דבפנ"י תמה על תוס' אמאי לא בארו דמה"ט בשעבוד לכו"ע יחולקין].

(ט) וצ"ע דהא ברמב"ם פ"כ מו"ל ה"ג פסק דמהני תפיסה בב' שטרות, ועי' במ"מ שם דביאר דס"ל כהרי"ף דדמי ללוה ולוה וקנה, וכיון דפסק הרמב"ם שם בה"א דמהני תפיסה בלוה ולוה וקנה, ה"ה דמהני תפיסה בב' שטרות, והשו"ע פסק ק"ד ח' כהרמב"ם דמהני תפיסה, והשתא בשלמא אי נימא כסברת הר"ן דטעמא דיחלוקו משום דחייל השעבוד בשוה, שפיר י"ל דמהני תפיסה, אבל אי נימא כר"ת דהוא תקנה דרבנן, הרי ודאי דלא מהני תפיסה, כמו דלא מהני תפיסה בעלמא דפוסקים יחלוקו, דהא יש צד דאינו שלו, ואף דמבואר ברמב"ן ב"מ ו' א' בשם הרי"ף בספיקות דריש המפקיד דמהני תפיסה, אולם הרי שאני הכא דהיחלוקו הוא תקנה ולא דין הכרעה בספיקות, וצ"ל דגדר התקנה הוא דבהל' ספיקות פוסקים דין חלוקה ולא דין שודא, [אולם על תי' ב' דרע"א דהוי דררא דממונא, אין להק' איך מועיל תפיסה, דהא...], וצ"ע.

ואדרבא בזה א"ש שיטת הראב"ד, דהנה הראב"ד פ"כ מו"ל ה"ג חלק על הרמב"ם דודאי לא מהני תפיסה, וצ"ע דבבעה"ת הביא תשו' הראב"ד דאיכא קדימה במלוה ע"פ מוקדם על מלוה בשטר מאוחר, וא"כ כ"ש דאיכא קדימה בב' מלוה ע"פ, וא"כ קשה דהא מבואר בר"ן דלשיטה זו א"א לומר בבני חורין כהרי"ף, וא"כ היה להראב"ד להשיג על עיקר דינא דיחלוקו בבני חורין, אולם בדעת הראב"ד שפיר י"ל דטעמא דיחלוקו הוא משום תקנה דנעילת דלת, ולכך הק' דא"כ אמאי מועיל תפיסה, ומדויק הא דלא השיג הראב"ד בהל' א' על דינא דלוה ולוה וקנה, איך מועיל תפיסה, דהתם אינו משום תקנה, אלא משום דע"כ שעבוד שניהם שוה, ולכך מודה הראב"ד דמהני תפיסה.

(י) ובמערכה ס"ק י"ב-י"ג תי' רע"א לקו' הש"ך עפ"י מה דיסד שם דכל היכא דמהני תפיסה ואינו גזל ביד המאוחר, עדיף לפסוק יחלוקו, ורק היכא דלא מהני תפיסה, ויהא גזל ביד המאוחר, עדיף לפסוק שודא, דיתכן דבאמת הגיע לידי מי דבאמת הוא שלו, ולכך כיון דמבואר ברמ"א דאעפ"י דאיכא דיני קדימה בב' מלוה ע"פ, מ"מ מהני תפיסה, משו"ה פסק השו"ע דיחלוקו, כיון דאחר החלוקה לא יהא גזל בידו.

(י"א) והנה לכל התי' הנ"ל נמצא דבאמת איכא ספק מי קדם, אלא דעדיף למיעבד חלוקה משודא, אולם עי' בדו"ח מכת"י במערכה ד"ה אמנם דהק' מדברי הרמב"ם פ"ז מאישות ה"ג דכתב "וכן אם היה זמן הכתובות והשטרות כולן יום אחד או שעה אחת במקום שכותבים שעות חולקין כאחת, שאין שם קודם" ומבואר דבאמת חייל השעבוד בשוה, וא"כ מוכח דהרמב"ם סובר דליכא קדימה במלוה ע"פ.

אולם עדיין צ"ע דהא בשו"ע אהע"ז סי' צ"ו סעיף י"ז כתב "ואם היו כלן חתומות ביום אחד, במקום שכותבין שעות, הראשונות תקדם, ואם אין כותבין שעות, אז שעבוד כולן חל כאחד" ומבואר דליכא ספק מי קודם, וכלשון הרמב"ם הנ"ל, והדרה קו' הש"ך, דהא להשו"ע איכא דין קדימה במלוה ע"פ, ועוד צ"ע דהנה במ"מ פ"כ מו"ל ה"א כתב דהרמב"ם סובר כהרי"ף דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם, אולם הב"י סי' ק"ד תמה עליו ונקט דהרמב"ם סובר כרה"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודם, וא"כ קשה אמאי בב' שטרות יחלוקו, הא מלוה ע"פ קודם, והרי מוכח ברמב"ם הנ"ל דהוא רק משום דהעשבוד חייל בשוה.

(י"ב) וע"ש ברע"א דיישב דחולקים בשוה מחמת דמוחל על הקדימה, ובאולם המשפט סי' ק"ד ס"ח כתב דכשכותב שטר מוחל על השעבוד שהיה מיני'.

(א) עי' בבעה"ת שער ד' ח"ח דין ג' דכתב דמסתבר דהיכא דמכר לג' בני אדם ואין ידוע מי קדם, דכיון דאין זמן בשטר נקטי' כאילו קנו בב"א, ולא מצו מדחו ליה, אולם הביא מתשו' הרמב"ן דחלק דכה"ג איכא דין הנחת, וכתב

דאין להק' מהא דמבואר ב"ק ח' א' דכולם נכנסו תחת הבעלים, דמיירי התם דכולם קנו ביום אחד, דכיון דאין כותבין שעות אלא בירושלים, לא חיישי' דילמא כתב ומסר לזה כיון דקיי"ל ב' שטרות היוצאין ביום אחד או חולקין או שודא, "הלכך הכא אי מחלוקה אי נמי מדין שודא מוקמינן להו אידיניהו ונכנסו תחת הבעלים, דהיא שודא דרבנן" אבל במכר בסתמא בזה אחר זה דוחין אותו עד שיביא ראיה, נועי' בביאור הגר"א קי"ט סק"ו דביאר בכוונת הרמב"ן דלפי שמואל מדין שודא תקנו דנכנסו תחת הבעלים, ולרב דבב' שטרות דינא דיחלוקו, נמי מוקי אדינייהו וגובה כל אחד כדינו, אולם עדיין צ"ב דכל דין שודא שייך היכא דאינם מוחזקין בשדה, ולא שייך דינא דכל דאלים כיון דליכא למיקם אמילתא, משו"ה פוסקין דין שודא, אבל היכא דעל הבע"ח לברר לא שייך דין שודא, וצ"ע, וכתב הרמב"ן דכן בארו תוס' לסוגיא דב"ק, והיינו דבתוס' ב"ק ח' א' מבואר דטעמא דכולן נכנסו תחת הבעלים משום דאין כותבין שעות אלא בירושלים.

(ב) ובטור ובשו"ע סי' קי"ט ס"ג מבואר דהיכא דכל אחד טוען הנחת י"א דא"א לגבות מספק, וי"א דכיון דאין ניכר מתוך השטר מי קדם, משום דאין כותבין שעות לא חייל הקנין עד סוף היום, ואז חלו כולם כאחד, ועי' בטור דשיטה קמא זה הרמב"ן ושיטה ב' זה ר"י, ועי' בב"ח ובדרישה ובביאור הגר"א סק"ו תמזהו דהרי הרמב"ן נמי מודה דביום אחד כולם נכנסו תחת הבעלים, והרמב"ן הרי הביא לדברי התוס' כסיעתא לדבריו דמיירי ביום אחד, ואיך כתבו הטוש"ע דתוס' והרמב"ן פליגי.

(ג) ועי' בב"ח סק"ד דביאר דאף לפי הרמב"ן היכא דידוע בודאי דהקנה לאחד בבוקר ולאחד בערב ולא ידוע מאן קדים, דיכולים לדחותו, דבזה לא שייך לומר דמדין שודא נדון דנמסרו בשעה אחת, אבל לפי ר"י כל דאינו ניכר מתוך השטר מי קדין חלו כולם בב"א, ואף אי מביא ראיה דאחד קדים, לאו כלום הוא, ועי' בסמ"ע סק"ט דביאר עד"ז דהנידון בגוונא דטוען ברי דהוא היה קודם, דלהרמב"ן שומעין לו, ולתו' כיון דאינו מוכח מתוכו הם שוין. ועי' בש"ך סק"ח' דהביא דהיש"ש פסק כ"א, ועי' בגליון רע"א דכתב דלדבריהם אף בירור בעדים דאחד קדם לא מהני, כיון דאינו מוכח מתוך השטר, אולם כתב רע"א דמדברי התרומות והר"ן בסטוגיין מבואר דמהני, והיינו דחשיב כמוכח מתוכו.

(ד) עי' בש"ך סי' ר"מ סק"ג דהק' דהרי"ף פסק כשמואל, והרי דעת הרי"ף דבשטרות קיי"ל כר"מ, וכתב עד"ז "עיינן בבעה"ת שער י"ג שהאריך בזה וכן בהר"ן ס"פ המגרש וכן בחדושי רשב"א ע"ש".

וביאור הדברים, דהנה הרמב"ן בספר הזכות בגיטין דכיון דקיי"ל דלא קנו בעידי חתימה עד דמטו שטרא לידי', אפילו לר"מ שייך דין שודא, והוסיף הרמב"ן דהרי הכותב שטר מתנה לחבירו ביום פלוני ומסר לו בו ביום, קנה ואינו יכול לחזור בו, אעפ"י לא כתב שעות אלא כתב שבוע או שנה, ולכך ה"ה בכותב ב' שטרות נמי א"א לומר דבחזר ומסר להב' דקנה, ולכך אף לר"מ שייך דין שודא, ועי' בר"ן שם [מ"ז א'] דחלק עליו דודאי ע"ח כרתי וליכא נפק"מ מתי נמסר השטר, דמיד שבא השטר לידו הוא קונה למפרע, אלא כיון דאין כותבין שעות, הרי"ז כאילו שיר בקנינו דיוכל למכור לאחר ויחולו תרוייהו, ע"ש.

והנה לפי"ז שפיר יש לחלק בין מכר שדה א' לב' אנשים, למכר ג' שדות לג' אנשים ואין ידוע מי האחרון, דהיכא דמכר לג' שדות לג' בני אדם לא שייך לומר דאיכא שיור בקנינו, דהא הוי ג' קרקעות, ולכך כל אחד זוכה למפרע משעת החתימה, וכיון דאין ידוע מי האחרון כולן נכנסו תחת הבעלים, אבל בב' אנשים כיון דסוף היום הוא דקונה אמרי' שודא.

(ה) והנה בנתה"מ קי"ט סק"ה הק' על הי"א דכיון דאינו מוכח מתוכו חלו כולם כאחד, דהא קי"ל דע"מ כרתי, ותי' דס"ל כהר"ן בגיטין ולכך חלו כלם כאחד, ובפשוטו אין כוונת הנתה"מ לדברי הר"ן הנ"ל, דהא הר"ן קאי בדעת ר"מ, אבל בדעת ר"א ודאי דהמסירה כורתת.

וכנראה דכוונת הנתה"מ לדברי הר"ן שם [מ"ז ב'] דהביא לקו' הבעה"מ על השי' דלר"א אף ע"מ כרתי מהא דמבואר בסוגיין דלר"א אמרי' שודא, והא אפשר דמיירי בע"ח וחלו בב"א, ותי' הר"ן דהא גופא ס"ל לשמואל דכיון דרצה למכור לאחד והטעות את הב', תלינן דמכר בע"מ ולא בע"ח, ולפי"ז נמצא דבמכר ב' קרקעות לא שייך דין שודא, וממילא אף לר"א אמרי' דיתכן דהמכירה בע"ח, וחייל תרוייהו. ועוד כתב הנתה"מ לבאר עפ"י הר"ן דלא מצי אמר הנחתי כיון דהוי כאישתדוף, ולכאור' אינו משמע בלשון השו"ע דכתב דטעמא משום דאינו ניכר בתוך השטר.

ב' שטרות דאיכא ספק על זמן דשטר אחד

צ"ד ב'

(א) גמ' - הנהו תרי שטרות וכו'. עי' ברש"י דמיירי בשטרי מכירה, וכן נקט בחי' הרמב"ן, אולם עי' ברמב"ם פ"כ מו"ל ה"ה דהביא לדינא דגמ' גם לגבי שטרי הלואה, וכן משמע מהרי"ף דכתב דאין כותבין לו טירפא מאייר כיון דהלוקח מצי אמר לי' הנחתי, וכן כתב הרמב"ן בתשו' שבספר התרומות ש"ד ח"ח דין ג', וכן נפסק בשו"ע סי' מ"ג סכ"ג, וכן הביא בשטמ"ק מרש"י במהדו"ק, [נועי' בריטב"א דאין מחלוקת בין הפי', ורש"י פי' בשטרי מכר, משום דסוגיא דלעיל מיירי במכר, וכן כתב במ"מ פ"כ מו"ל ה"ה, אולם עי' להלן דיתכן דס"ל דבהלואה אין הלוקח יכול לדחות את שמעון]. ועי' בשטמ"ק בשם הרא"ה דכתב לבאר בעוד אופן דמיירי דאחד היה שטר הלואה ואחד היה שטר מכר, ובשטר הלואה היה כתוב ה' ניסן ובשטר מכר היה כתוב ניסן סתמא, ורב יוסף אוקמא ביד המלוה, ומ"מ לא כתבין טירפא ללוקח, כיון דאמרי ליה את חד בניסן.

(ב) השטמ"ק הביא מהרא"ה להק' דאיך מצי הלוקח לטעון הנחתי, הא כיון דאין שעבוד השטר חל אלא משעה שמוכיח מתוכו, הרי מאייר ואילך חייל שעבודו בודאי, ואמאי אין כותבין לו טירפא, וכן תמהו התומים סי' מ"ג ס"ק כ"ו, רע"א במערכה אות ז', וקצוה"ח מ"ג ז', ובקצוה"ח הוסיף להק' דהר"ן כתב שם דיש לו ראייה דהשעבוד חל רק מזמן דמוכח מתוכו, מהא דאין שמעון גובה משועבדים אלא מסוף ניסן, ותמה בקצוה"ח דהוא ראייה לסתור.

ועי' בחי' הרמב"ן דהק' דאי מיירי בשטרי הלואה מהו טענת הלקוחות, דהן אמנם דהוא היה בא' ניסן, מ"מ מדין בע"ח מאוחר הוא גובה מהלוקח, וצ"ב כוונתו, ואין לומר דכוונתו להק' כקו' הרא"ה דהא דעת הרמב"ן דלא בעי' מוכח מתוכו, דהא כתב דמיירי בשטרי הלואות ועבדינן שודא ולא חלוקה, וצ"ל דכוונת הרמב"ן להק' דהוי כנשתדפו.

(ג) והוסיף רע"א דאף אי נימא דמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר, אכתי תקשי דהא מבואר ברמ"א ק"ד א' דבב' מלוה ע"פ מהני תפיסה, וא"כ כ"ש דשטר מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה, וא"כ תקשי איך יכול הלוקח לומר לו הנחתי לך מקום, הרי גביית ראובן מהני כדין, ופקע זכותו של שמעון, ושפיר נכתוב לשמעון טירפא מאייר ואילך, וע"כ דהשו"ע ס"ל דבאמת השעבוד חייל מיד, ולא כהר"ן, וטעמא דיחלוקה הוא או מחמת סברת ר"ת, או משום דררא דממונא, עכ"ד, וכ"כ בגליון על ש"ך סי' ק"ד ס"ק י"ז, [וצ"ב מדוע לא חשיב גוונא דסוגיין כדררא דממונא,

הא כמו דב' הלואות ביום אחד הוי דררא לכל אחד, כיון דב' השעבודים יכולים לחול, ה"ה דנימא בגוונא דסוגיין דאיכא דררא לכל אחד, ורק אי נימא דטעמא משום שלא תנעול דלת, שפיר י"ל דליכא נעילת דלת בגוונא דכתב ניסן סתם, וצ"ע].

(ד) אולם בנתה"מ סי' מ"ג סק"ז כתב דאי נימא דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר א"ש כיון דהלוקח טוען דבאמת הוא חד בניסן, ולגבי בני חורין הרי הוא קודם, והוסיף הנתה"מ דאעפ"י דאינו יכול לגבות איהו דאפסיד אנפשי' דכתב ניסן סתמא, [וכן בדו"ח מכת"י [במערכה ד"ה אמנם] כתב רע"א דמוכח דמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר מאוחר], ומבואר דאעפ"י דמהני תפיסה, מצי א"ל הנחת, ולא כסברת רע"א, [ונמצא דלפי רע"א לא אכפ"ל דהוא גרם דהשתא אינו יכול לגבות, ולפי הנתה"מ כיון דגרם דהשתא אינו יכול לגבות, יכול לומר לו הנחת].

(ה) אולם בדעת הר"ן עדיין צ"ע דהא דעתו דליכא קדימה במלוה ע"פ, וא"כ לשי' צ"ע דהא שעבודו של שמעון הוא בודאי רק באייר, וכקו' הרא"ה, וכן צ"ע בדעת הר"י דס"ל דמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם, וא"כ תקשי איך פירש הר"י לסוגיין בהלואה, הא ראובן לעולם קודם לו כיון דשטרו מבורר, וע"כ צ"ל כמו דכתב הר"ן לדחוק לשון הר"י דבאמת סוגיין מיירי רק במכירה.

(א) גמ' - א"ל את ידך עה"ת. ע"י בשטמ"ק בשם תר"י דכיון דזכותו של ראובן מפורש בשטר וזכותו של שמעון אינו מפורש בשטר, ראובן עדיף, ועוד פ"י תר"י דכיון שלא נכתב הזמן בשטר איכא ריעותא והוכחה דהוא בסוף ניסן, [ולפי' ב' צ"ב דא"כ אמאי אחר הטירפא יכול הלוקח לדחותו שמא הוא א', הא איכא הוכחה דזמנו בסוף ניסן, וצ"ל דהך ריעותא מהני רק להחזיק ולא להוציא].

ועי' בספר קרית מלך רב פ"כ מו"ל ה"ה דביאר דהסברא בזה משום דהספק נולד מחמת שמעון, וכל שנולד הספק מחמתו עליו להביא ראיה, ולפי"ז חקר מה הדין באופן דבא שמעון לבית דין קודם שבא ראובן, ובי"ד לא ידעו דיש עוד מלוה, והורידו את שמעון לתוכה, ואח"כ בא ראובן והראה שטרו שכתוב בה' בניסן, האם מוציאים ב"ד משמעון ונותנים לראובן או דילמא כיון ששמעון הוא מוחזק אף שהספק נולד מחמתו על ראובן להביא ראיה.

(ב) והנה הרא"ה פ"י לשי' דמיירי דשטר ההלואה מבורר, ושטר המקח אינו מבורר, דרב יוסף העמידו ביד המלוה כיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ולכאור' כוונתו דמדין חזקת מרא קמא נקטי' דהיה של המוכר עד סוף ניסן, דכמו דיכול למוכרה עד סוף ניסן יכול נמי לשעבדה עד סוף ניסן.

והנה לפי רש"י דמיירי בב' לקוחות לכאור' יש לבאר נמי לדינא דסוגיין כסברת הרא"ה דמדין חזקת מרא קמא נקטי' דהיה למוכר זכות מכירה עד ה' בניסן, ואין בעל הניסן סתמא יכול לבטל בעלותו של המוכר, וכן אי נימא כהרמב"ם דמיירי בב' הלואות נמי י"ל דמדין חזקת מרא קמא נקטי' דהיה יכול לשעבד את הקרקע עד ה' בניסן, כמו דהיה יכול למוכרה עד ה' בניסן, אלא דיש לדון דהא יש לנו צד ספק שמא מכר לתרווייהו בב"א, ובהא יש לדון אי אמרי' בזה אין ספק מוציא ודאי, או דהחלוקה תהא דלזה ג' חלקים ולזה רביע, וצ"ע בכ"ז, ומלשון הרא"ה מבואר דרק לפי' הג' הוא דביאר לטעמא דחזקת מר"ק.

(ג) ובגליון רע"א סי' מ"ג סכ"ג תמה על הרא"ה דבשלמא אי מיירי בב' הלואות, שפיר י"ל דכיון דאינם מוחזקים, יחבינן למי ששטרו מבורר, אבל בגוונא דהרא"ה דהלוקח ודאי מוחזק, איך אפשר להוציא ממנו מחמת ספק שעבוד, אולם ע"י בלשון הרא"ה דביאר דהוא חזקת מרא קמא, וע"י להלן עוד בזה.

(ד) ובשו"ע סי' מ"ג סעיף כ"ה נפסק דהיכא דאיכא שטר בניסן סתמא ושובר ב"ח ניסן, דבטל החוב, וע"י בביאור הגר"א דמקורו מסוגיין, והנה בכה"ג ליכא דין חזקת מרא קמא, ומ"מ איכא הלכה דמי שזמנו מבורר עדיף, ולכך

נקטי' דהחוב היה קודם י"ח ניסן, ובאמת דגם דין אין ספק מוציא מידי ודאי לא שייך הכא, דלא שייך לומר דהלוחה הוי ודאי על י"ח בניסן וחברו ספק, דאכתי איכא ספק על אחר י"ח בניסן, וע"ז אינו ודאי.

ובעיקר דין השו"ע הנ"ל, לכאורה הרי יש לפרש בפשיטות, דכיון דאיכא ספק פרעון, הממע"ה, וצ"ע מדוע הוצרך הגר"א ללמוד כן מסוגיין, וצ"ב.

ה) ובעיקר חידושו של הרא"ה דהיכא דאיכא ספק בין הלוקח למלוה יהבינן למלוה דשטרו מבורר, עי' בדברי משפט בהגהות מהרי"א לסי' קי"ט דהביא להא דמבואר ב"ב קע"א ב' דאם יודעים את הזמן של השטר כותבים לזמן השטר בתוך השובר, אולם אי לא ידעי כותבין את השובר בסתמא, דכל זמן שיוציא את השטר יוציא לו את השובר, ועי' ברמב"ן שם דהק' דא"כ בשטרי מקח נמי נימא הכי דבגוונא דמכר לו את השדה וכתב זמן מאוחר ובתוך הזמן המוכר רוצה לחזור ולקנותה מהלוקח, דיכתוב שטר בלא זמן, ותי' הרמב"ן דחיישינן דילמא שעבד אותה הלוקח לאיש אחר, וכיון דבמכר הב' כתוב בו סתם, ידו עה"ת, ומבואר דאם יש זמן למלוה וליכא זמן ללוקח, יתנו את הקרקע למלוה, שו"ר דכבר רמז לזה הנתה"מ בסי' קי"ט סק"ד דציין לדברי המ"מ פכ"ג מו"ל ה"ז, וע"ש דהביא לדברי הרמב"ן הנ"ל.

גמ' - יכלי למימר לך וכו'. עי' בגליון רע"א סי' מ"ג דהביא מהגהות תפארת שמואל על הטור דהק' להשי' דמיירי בהלואה איך יכול לומר לו הנחתי, הא כיון דלא מצי לגבות מראובן, הוי כאישתדוף, ותי' דכיון דבגרמתו אינו יכול לגבות, מחמת דלא פירש לשטרו, לא הוי בכלל דין אישתדוף, וע"ש בתפא"ש שם דתי' עוד דכיון דהוא רק ספק, דהא יתכן דהוא המוקדם, אינו נידון כאישתדוף, אולם הרי זה תלוי במחלוקת הרמב"ן והר"ן אי איכא דין אישתדוף בספק.

ובאבי עזרי פ"כ מו"ל ה"ה העיר על תי' קמא דכל מה דמצינו לדין פשיעה הוא רק באופן דפשע אחר דקנה והשאיר בני חורין, אבל הכא הרי פשע במה דסתם לשטר ההלואה קודם שקנה את השדה באייר, וכיון דידוע דאינו יכול לגבות בניסן, הרי לא השאיר בני חורין, ואמאי אינו יכול לטרוף מאייר, וע"ש באבי עזרי מה דתי', וזה כתי' ב' של התפא"ש.

א) גמ' - נכתבו הרשאה להדדי. עי' קוב"ש אות שכ"ו דהק' להשי' דמיירי בהלואה איך יכול לכתוב הרשאה, הא כבר נפרע חובו, וכתב להוכיח מכאן דבע"ח מאוחר לא חלה הגביה כלל, ולכך יכול לטרוף בשבילו, אבל אי נימא דחייל הגביה, אלא דיכול המוקדם לטרוף, ממנו איך יכול לכתוב הרשאה, ואולי י"ל דכיון דיתכן דיתברר דבעל ניסן סתמא היה לפניו, עדיין חובו קיים לענין זה, וסגי בזה בשביל כתיבת הרשאה.

ועי' בסה"ת שער נ"ה דכתב "ומשני דלכתבו שטרא דהרשאה אהדדי. פירוש, יבא בר ה' בניסן וימסור שטרו לבר ניסן סתמא ויכתוב לו על השטר הרשאה ומיד ילך אצל הלוקחות שקנו מאייר ואילך ויטרוף מהם ממה נפשך, דאי אמרינן ליה את בר חד בניסן לימא להו כבר גביתי בשטרי זה הקרקע שהנחתם לי וטרפתי ממנו והשתא טריפנא לכו משום אידך מלוה של ה' בניסן דאיהו קדים והרשני לטרוף במקומו" ומבואר דבאמת בעל הניסן סתמא אינו יכול לטרוף מהן, אלא מכח הטענה דחשיב שבעל הה' בניסן הניחו לטרוף את הקרקע ושוב יש תביעה חדשה, וצ"ע בזה.

(ב) ולפי הראשונים דמיירי במקח, שמענו מהכא חידוש דאעפ"י דמספק הקרקע ביד בעל השטר המבורר, מ"מ כיון דיש צד דאין הקרקע שלו, והיא גזולה בידו, הוא יכול לתבוע את דמי המקח, ומשום דאין ההכרעה מתורת ודאי, וצ"ע בזה.

(א) עי' בר"ן דהביא מהרשב"א די"א דבמכר לב', ולאחד כתב ניסן סתמא, ולאחד כתב כ"ה בניסן, דאין בע"ח יכול לטרוף מהם דכל אחד דוחה אותו אצל חבירו ואומר לו הנחתי לך מקום, והרשב"א תמה דא"כ לעולם יערימו ויעשו כן, ולכך כתב הרשב"א דגובה מהאי דכתב ניסן סתמא, ומשום דתרוייהו משועבדים, אלא דתקנו דאין נפרעין, ועליו לברר שהוא משועבד במקום בני חורין, ולכך זה שהוא סתם ידו על התחתונה.

ובלח"מ פ"כ מו"ל ה"ה תמה על הרשב"א דהא מבואר בגמ' דהלקוחות יכולים לדחותו דהיה בא' ניסן, ולדברי הרשב"א הא ליכא הנחתי בספק, [ועי' להלן ס"ק ח' דכבר עמד הרמב"ן על ראייה זו], ותי' הלח"מ דבגמ' החסרון הוא בשטר המלוה, ולכך עליו להביא ראיה, אבל הרשב"א מיירי בגוונא דהחסרון הוא מחמת הלוקח, ולכך על הלוקח להביא ראיה, וכ"כ בגדו"ת שער ד' ח"ח דין ג' אות ג'.

וע"ש בגדו"ת דהק' עוד כיון דס"ל להרשב"א דליכא הנחתי בספק אמאי בעל ה' בניסן יכול לדחותו לסתמא, הא ליכא הנחתי בספק, [וליכא למימר דהוא משום חזקת מרא קמא, דע"כ להרשב"א ליכא חזקת מרא קמא בכה"ג - עי' להלן ס"ק ו'], וי"ל דכיון דאין הספק בו אלא הספק בלוקח ניסן סתמא אינו נידון כהנחתי בספק, ולכאור' זהו נמי כוונת הגדו"ת שם, [ולשונו צ"ע דאינו שייך לתי' על הקו' דלעיל].

(ב) ומבואר מדברי הרשב"א דכיון דליכא טענה הנחתי מספק, משו"ה הוא גובה ממי שידו עה"ת, וכוונתו דדמי לדין הגמ' דאוקמא רבי יוסף לההוא דה' בניסן, [וכן מבואר בבעה"ת שער ד' ח"ח דין ד', וכן ביאר בחזו"א חו"מ ליקוטים י"א ז', אולם הרשב"א לא הביא ראיה לזה מהגמ', והנה לביאור ב' דרבינו יונה, הא נתבאר לעיל דמוכח מהגמ' דלא מהני להוציא, וא"כ אינו ראיה דמה"ט הוא יכול להוציא מניסן סתמא, אלא דבתר דחידש הרשב"א דאין המלוה נידון כמוציא, שפיר יש לדמותו לדינא דגמ', וכן למה דיתבאר להלן סק"ו דרק בקרקע א' איכא הכרעה מדין חזקת מרא קמא, אבל בב' קרקעות לא שייך הכרעה דחזקת מרא קמא, א"ש הא דלא הביא הרשב"א ראיה מדינא דגמ', אולם לבתר דחידש הרשב"א דאין המלוה נידון כמוציא שפיר י"ל דאיכא חזקה דמעיקרא דהשינוי בבעלות המוכר נעשה בסוף ניסן, אבל להוציא לא מהני חזקה דמעיקרא], וצ"ב דהא מבואר מדברי הרשב"א דאי איכא דין הנחתי בספק, אין גובין מבעל הניסן סתמא, וצ"ב מ"ש דאי ליכא דין הנחתי דגובין מבעל ניסן סתמא.

(ג) ומתו"ד רע"א בגליון לסי' מ"ג מתבאר הביאור בזה, דגדר הדין של הרשב"א דגובין ממי שאין זמנו מבורר, דכך דינו דכל היכא דיכול לגבות משניהם, דינא הוא דגובה ממי דאין שטרו מבורר, אולם כ"ז שייך היכא דדין המלוים לגבות מהלוקח, והנידון מי יגבה ממנו, דבהא איכא מעליותא למי שזמנו מבורר, או בגוונא דמכר, דודאי מוציאין השדה מהמוכר, והנידון מי יוציא ממנו, אבל היכא דאין דינו לגבות, ליכא ריעותא במי שאין זמנו מבורר, ולכך אי איכא דין הנחתי בספק ואין דינו לגבות מהם, ליכא ריעותא במה שאין זמנו מבורר, ורק למסקנת הרשב"א דליכא דין הנחתי בספק, איכא דין גביה ממי שאין זמנו מבורר. [והנה לולי דברי הרשב"א היה מקום לומר דכל מה דמצינו בגמ' דאיכא ריעותא לשטר שאינו מבורר, הוא רק באופן דהנידון בין ב' בעלי השטרות על שדה א', דבהא איכא עדיפות למי ששטרו מבורר, אבל היכא דאין הנידון בין בעלי השטרות אלא בין הלוקח למלוה, ליכא ריעותא במה דשטרו אינו מבורר, אולם ברשב"א מבואר דאינו כן].

(ד) בגליון רע"א לסי' מ"ג תמה דמדברי הרשב"א מבואר דאי איכא דין הנחתי בספק אין יכול לגבות מספק דכיון דפטורים בודאי, א"א להוציא ממוחזק, וא"כ אמאי כתב הרא"ה דיכול להוציא מהלוקח, הא זה גופא הספק אם הוא קודם למלוה או לא, וכיון דהוא מוחזק א"א להוציא ממנו.

(ה) ובאבי עזרי פ"כ מו"ל ה"ה תי' דהא מבואר ברא"ה דטעמא משום דמעמידין על חזקת מר"ק, והיינו דמדין חזקת מרא קמא נקטינן דמכר את הקרקע אחרי ה' ניסן, אולם כ"ז קודם הטירפא, דכיון דהמלוה בא מכח שעבודו של המוכר, חשיב דאיכא נידון בין המוכר ללוקח, דכמו דהיה יכול המוכר למוכרו בה' בניסן, ה"ה דיכול לשעבוד בה' בניסן, אולם אחר הטירפא, כיון דלגבי הקרקע אין נפק"מ אם קנה אותה בתחילת ניסן או בסוף ניסן, לא שייך בזה דין חזקת מרא קמא ולכך מצי הלוקח לדחותו דהוא מא' ניסן.

(ו) אולם נראה דבגוונא דהרשב"א ע"כ דס"ל להרשב"א דליכא נידון משום חזקת מרא קמא, דאל"כ אף אי איכא דין הנחתי בספק, מ"מ יגבה מבעל ניסן סתמא מדין חזקת מרא קמא דהוא האחרון, וטעמא דליכא חזקת מרא קמא בגוונא דהנחתי, י"ל דדוקא היכא דהנידון הוא על קרקע א', והנידון בין הלוקחים של מי הקרקע, שייך לומר דמדין חזקת מרא קמא, נקטי' דהוא של בעל השטר המבורר, אבל בגוונא דספק הנחתי הרי כל הנידון עם המלוה, וליכא נידון עם המוכר, דאין כאן נידון על כח בעלותו של המוכר, ולא עם הלוקח הב', ולכך בעל הניסן סתמא עדיין הוא בספק, וא"א להוציא ממנו כ"ז שהוא מוחזק, [אולם עי' להלן ? דלפי הבעה"ת כה"ג נמי איכא דין חזקת מרא קמא].

(ז) עי' בנתה"מ סי' קי"ט סק"ד דדן על גוונא דהרא"ה, וכתב דלכאור' מסתבר דאזלי' בתר הלוקח כיון דעל הצד דהוא קנה בתחילה הוא זכה בקרקע מדאור', וכה"ג לכו"ע א"א לגבות מספק, אולם כתב הנתה"מ דאחר העיון נראה דהלוקח צריך לברר, כיון דאינו יוצא מחזקת המוכר עד שיבורר, והיינו דאעפ"י דודאי יוצא מחזקת מרא קמא, מ"מ כיון דהנידון הוא אימתי יצא מהמרא קמא, אזלי' בתר חזקת מרא קמא, וכיון דמבואר במ"מ פכ"ג מו"ל לגבי ב' שטרי מכר דנותנין למי ששטרו מבורר, ה"ה לענין שעבוד דהוי כמכר, דנותנין למי ששטרו מבורר, [והוסיף הנתה"מ להביא עוד ראיה דבב' שטרי מכר נותנין למי ששטרו מבורר, מהא דמבואר בב"ב ל' ב' דאם יש לאחד שטר מכר לפני ד' שנים, ולאחד יש עידי חזקה על ו' שנים דמכירת המרא קמא הוי כמחאה, ונמצא דלא החזיק על המרא קמא ג' שנים, ועל הלוקח לא מהני כיון דהוי חזקה שאין עמה טענה, והק' הנתה"מ הרי הוא טוען דקנה קודם המערער, וע"כ דכיון דבעל השטר הוא מבורר, הוא עדיף על המוחזק שאינו מבורר, ותמוה דשאני התם דליכא כלל סיבה להסתפק ולהאמין לטענתו מאחר דלא החזיק ג"ש על המערער, ולכאור' מוכח מהכא דגם בפחות מג"ש יש כבר ריעותא וסיבה להסתפק שמא קנה, אלא דעדיין חזקת מרא קמא עדיפא, ואכמ"ל].

והוסיף הנתה"מ דכ"ז כשאין הקרקע ביד הלוקח, אלא דקנה את הקרקע בסודר, אבל באופן דהקרקע כבר ביד הלוקח, ודאי דהמע"ה, והוכיח כן מהא דמבואר בתו' גיטין י"ז א' דהא דתקנו זמן בגיטין משום דחיישי' שימכור עבדו ויתן לו ג"ש, ויאמר העבד אייתי ראיה דשטרך קדם, דהעבד מוחזק בעצמו ויכול לומר המע"ה, והק' בתוס' דא"כ אמאי לא אמרו דתקנו זמן בגט מחשש דימכור הבעל לנכסיה קודם הגט, והיא תאמר ללוקח אייתי ראיה דשטרך קדם לגט, ותי' דשאני התם דהבעל הוא המוחזק ולא האשה, ולכך נאמן לומר דמכר קודם הגט, אבל עבד מוחזק בעצמו טפי מהאדון הב', והשתא אי נימא דגם באופן דהוא מוחזק אזלי' בתר מי ששטרו מבורר, א"כ תקשי אמאי אזלי' בתר העבד, וע"כ דהיכא דהוא מוחזק ודאי דאזלי' בתר המוחזק ולא בתר מי ששטרו מבורר, עכתו"ד. ולדברי הנתה"מ צ"ל דכל דברי הרא"ה מיירי רק בגוונא דקנין סודר, ואה"נ הרשב"א מיירי בגוונא דהוא מוחזק גמור, וע"ע בספר ישועות ישראל סי' מ"ג דדן בכ"ז באריכות.

(ח) בספר התרומות ש"ד ח"ח דין ג' מה הדין במכר לג' בני אדם ואין להם זמן בשטר, וכל אחד טוען הנחתי, וכתב התרומות דמסתבר דכיון דחייל שעבודו על כל הקרקעות, הו"ל איהו ודאי ואינהו ספק, ואין יכולים לדחותו, אולם הביא דהרמב"ן בתשו' חלק דיכולים לדחותו עד שיביא ראיה כדין המע"ה, והביא לזה ראיה מהא דמבואר בסוגיין לפי הרמב"ם דהלוקח דוחה את בעל ניסן סתמא מדין הנחתי, ומבואר דאיכא דין הנחתי מספק כיון דהוא מוחזק, והא דמבואר בגמ' ב"ק דכולן נכנסו תחת הבעלים, היינו משום דאין כותבין שעות אלא בירושלים, לא חיישי' דילמא כתב ומסר בב' שעות, מוקמינן להו תחת הבעלים מדין חלוקה או שודא, ובהל' ד' כתב התרומות דהיכא דמכר ב' שדות לב' בני אדם לאחד בה' בניסן, ולב' אין זמנו מבורר, דגובין ממי שאין זמנו מבורר, והוכיח כן מסוגיין, עכתו"ד.

ובגידולי תרומה אות ד' העיר דלפי הרמב"ן דבמכר לג' בני אדם בסתמא איכא דין הנחתי בספק וא"א לגבות מהם, דא"כ ה"ה בגוונא דהל' ד' יאמר לו הלוקח בסתמא, דהנחתי לך מקום.

וי"ל דטעמא דבהל' ד' ס"ל דגובין ממי שאין זמנו מבורר, משום דאיכא חזקת מרא קמא, אלא דבמכר לג' בני אדם בזה אחר זה ואין ידוע מי האחרון, לא שייך בזה חזקת מרא קמא, דהא ודאי איכא ראשון ואחרון, אלא דאין ידוע מי האחרון, ולכך אזלי' בתר המוחזק, ואיכא הנחתי בספק מדין המע"ה, אבל בגוונא דהגמ' דמירי אחר הטירפא, ליכא נידון משום חזקת מרא קמא, כיון דמירי אחר הטירפא, וכתבאר לעיל בדעת הרא"ה, [ובפרט דברמב"ן ב"ב קע"א מבואר כדעת הרא"ה].

(ט) ובקריית מלך רב פ"כ מו"ל ה"ה עמד על קו' רע"א וכתב דלפי מה שהביא השו"ע בסי' קי"ט בשם י"א דכל דאינו מוכח מתוכו חייל המקח בסוף היום, וגובין מכולם בשוה, דה"ה בגוונא דהרא"ה כיון דהמכר חייל רק בסוף ניסן אינו נחשב כמוחזק, ומוציאין מידו.

יל"ע דברשב"ם ב"ב ל' ב' ד"ה אמר כתב בהא דמבואר שם דבאמר מפלוני קניתי דאמר לי דקנה ממך, דמוציא המערער את השדה ממנו, דהשתא חוזר הקונה וגובה מעותיו מן המוכר, וקשה הא מבואר בסוגיין דבהוציאו ממנו שלא כדין אינו חוזר על המוכר, ואמאי התם חוזר על המוכר, וצ"ע.

מחילת שעבוד

צ"ה א'

(א) מתני' - וראשונה מן השניה. עי' ברמב"ן דהביא מהראב"ד להק' אמאי לא פשיט הגמ' בריש פרקין מהכא דמה שגבה לא גבה, ותי' הראב"ד דמירי באפותיקי, ותמה עליו הרמב"ן דבגמ' ב"ק ל"ד א' מבואר דאף באפותיקי יש צד דמה שגבה גבה, ולכך תי' הרמב"ן דראשונה ושניה בבת אחת הן באות לב"ד וכשהשניה מוציאה יד הראשונה עמה בשדה" וכו"כ בריטב"א בדף צ' א', ובתורי"ד דף צ' ב' ג"כ עמד בזה, ותי' דבאמת הוא מחלוקת תנאים ע"ש, ובשערי שבועות [נדפס סוף שבועות] עמ' י"ד [ד"ה ואחריו] ג"כ עמד בזה, והוכיח מזה דכל הנידון של הגמ' הוא רק באופן דזמנו של המאוחר קודם לזמנו של המוקדם, אבל בלא"ה ודאי דלא גבה כדמוכח ממתני', וע"ש מה דהק' ממתני' דריש פרקין, ומה דתי'.

(ב) ומבואר מכל הראשונים דגם במתני' שייך דין מה שגבה לא גבה, [אלא דיתכן דאיי"צ לזה], ולכאור' מוכח מהכא דגדר הדין דמה שגבה לא גבה הוא דיש לו זכות טירפא מהמאוחר, דאי נימא דלא חייל כלל הגביה, אבל לו יצויר

דחייל הגביה אין המוקדם יכול לטרופ ממנו, א"כ הרי הכא ודאי דהגביה חיילא, כיון דרק השניה יכולה לטרופ מהלוקח, ומ"מ נאמר בזה הדין דמה שגבה לא גבה, עוד יש להק' דאי נימא דגדר הדין דמה שגבה לא גבה דלא חייל הגביה של המאוחר, א"כ הרי נמצא דהראשונה טורפת מהלוקח, והא כתבה לו דו"ד, ואמאי חוזר חלילה. (ג) ולכאור' מוכח מכאן דגדר הדין הוא דודאי חייל הגביה, אולם מ"מ אחר שטרופ המוקדם בטל כל דין הגביה של המאוחר, כיון דכל דין גביית בע"ח הוא רק על הצד דנפרע עי"ז החוב, אולם כל דטרופ המוקדם והמאוחר עדיין עומד בחובו, הרי ליכא דין גביה כלל, ונתבאר בזה עוד בסוגיא דריש פרקין.

(א) מתני' - והלוקח מן הראשונה. ותמוה הרי כל מה דנסתלקה הראשונה הוא רק דלא תטרופ ממנו, אולם אחר שגבתה מהשניה לכאור' אין ללוקח שום תביעה על הראשונה, ומדוע הוא חוזר עליה, ועי' בחי' חמדת שלמה דביאר דכיון דמדין אט"ס נקטי' דיש אחריות ללוקח, והשדה של המקח נמי משועבדת לאחריות המקח, [ועי' באבי עזרי פי"ט מו"ל ה"ח [א] דביאר שהוא משום דדין אחריות אינו על הדמים אלא על המקח], משו"ה יכול הלוקח להוציא מן הראשונה, דהא כתבה לו דו"ד, אעפ"י דכבר נתבטל זכירתו בקרקע מכח המקח.

והביא לזה החמדת שלמה ראייה, דהנה יש לתמוה על דינא דמתני' אמאי לא אמרי' אי שתקת, ולא תוכל הב' לגבות מהלוקח, דיאמר לה מהדרנא לראשונה, ועוד קשה מדוע אחרי שהוציאה הב' מהלוקח יכולה הראשונה להוציא ממנה, הא יכולה לטעון מהדרנא ללוקח, דהרי כמו דהלוקח מוציא מהראשונה, ה"ה דאינה יכולה להוציא ממנו, ועוד קשה מדוע אחר שגבתה הראשונה מהשניה מוציא ממנה הלוקח הרי יכולה ליתן לשניה במתנה, ואין הלוקח יכול לגבות מתנה, ומכח זה הוכיח החמד"ש דכל כוחו של גביית הלוקח הוא רק מחמת החיוב אחריות, ויסד החמד"ש דלא שייך מהדרנא רק היכא שזכה בשדה לגמרי במקח, אבל היכא שהוא רק זכיה מכח טירפא ליכא דין מהדרנא, וכיון דהכא אין הלוקח גובה מחמת המקח, אלא רק מחמת חובת האחריות, לא חשיב כזכיה בשדה בכדי שיוכל לומר מהדרנא.

(ב) אולם דבריו צ"ע, דהא בהשגות הראב"ד פי"ט מו"ל ה"ח מבואר להדי' דדינא דמתני' מיירי גם במכר שלא באחריות, ועוד צ"ע בעיקר דבריו דהא כל מה דנסתלקה הוא רק לגבי השעבוד דיש לה על הלוקח, אולם לגבי טירפא שלו מחמת אחריות המקח לא נסתלקה, ויש לה דין בע"ח מוקדם, ואיך חוזר הלוקח וגובה ממנה, וצ"ע.

(ג) והנה למסקנת הרמב"ן דחשיב דיד הראשונה עמה בשדה, א"ש דמה"ט חשיב דהראשונה גובה מהלוקח, ולכך הוא חוזר וטרופ ממנה, וחוזר חלילה, אבל הרי מבואר בראשונים דלמ"ד מה שגבה לא גבה דינא דמתני' מתפרש כפשוטו, וק' כנ"ל, ואי נימא דגדר הדין דלא גבה דלא חייל כלל הגביה, נמי א"ש דחשיב כגובה מהלוקח, [אולם דקשה כנ"ל כיון דלא חייל הגביה, אמאי לא נשאר השדה אצל המלוה].

(ד) ועי' היטב באבנ"מ סי' צ' ס"ק ל"א דכתב דהכא מיירי דמקנה את השעבוד ללוקח, ומשו"ה חוזר הלוקח וגובה ממנה את הקרקע, ומה"ט כתב דכ"ז בגוונא דמכר הבעל את הקרקע ללוקח, ואח"כ כתבה לו דו"ד, דכיון דהקרקע שלו יכולה למכור לו את השעבוד שעל הקרקע, אבל אם כתבה דו"ד קודם שקנה הלוקח, לא שייך דין הקנאת השעבוד, אלא רק סילוק, וכה"ג לא אמרי' דחוזר חלילה, ועי' להלן דכן מבואר בתורת יקותיאל.

וצ"ע דא"כ מדוע השניה מוציאה מן הלוקח, הא הוי כגבה המוקדם ומכרו דאין המאוחר מוציא מן הלוקח, כמבואר בשו"ע ק"ד א', וכן מתבאר מהר"ן בדף צ"א דאי אמרו הנך דמי קטינא דארעא חשיב כקנו את היתומים את הקרקע מהמלוה, ולכך אינו יכול לחזור ולטרופ מהם, ומוכרח דשייך הקנאת השעבוד רק לגבי החלק של

הראשונה, אולם עדיין צ"ע מדוע הראשונה טורפת מהשניה, הא שעבודה קנוי ללוקח, ועי' להלן דבאמת רע"א הוכיח מכח קו' זו דהוא רק סילוק ולא הקנאה, וצ"ע.

(א) גמ' - וכי כתבה וכו' לא אמר כלום הב"ע בשקנו מידה. עי' תוס' ד"ה וכי דהק' מאי פריך הא בארוסה מהני סילוק, ותי' דשאני ארוסה דיכולה למכור, אבל הכא לא מהני מכירה כיון דאיכא שעבוד, ובתוס' ד"ה הכא הק' דא"כ איך מועיל קנין, הא ס"ל לר"י דלא מהני קנין בנשואה, ותי' דמ"מ לא הוי לגמרי ידו כידה כמו בנשואה, ומבואר דשעבוד לא חשיב כארוסה, ומ"מ מהני קנין על דו"ד.

ועי' ברמב"ן לעיל פ"ג א' דהק' דהא בנשואה לא מהני קנין, ותי' דהכא דמי לארוסה דמהני קנין, והק' דהא בארוסה בלא קנין נמי מהני, ותי' הרמב"ן דכיון דמשועבד לה צריך קנין, וברשב"א שם ביאר יותר דטעמא דדמי לארוסה משום דאין לה בגוף הנכסים כלום, אלא רק שעבוד, ואומרת לו "מוחלת אני שעבוד שיש לי בו לגבי דידך", אולם מ"מ בלא קנין לא מהני, דהוי פטומי מילי, ומבואר מהרשב"א דבאמת סוגיין לאו מדין סילוק הוא אלא מדין מחילה, [וצ"ע אם תו' פליגי עלה, ובאר גדול ח"א סי' מ"ו נקט דפליגי].

ועי' בריטב"א בסוגיין דהביא לתי' הראשונים דהכא מהני קנין כיון דהוא רק שעבוד ולא דמי לנשואה, והק' דהא בשותף הוא נותן חלק שלו לגמרי ומ"מ מהני קנין, ולכך הוכיח מהכא דגם בנשואה מהני קנין, והנה מבואר מהריטב"א דשעבוד קייל מקנין, אלא דהוכיח בכ"ש דאי מהני קנין בשותפין, כ"ש דמהני על שעבוד.

(ב) עי' בקצוה"ח סי' קי"ח סק"א דהק' על עיקר קו' הגמ', דשאני התם דמיירי בשותפין דהוא שלו לגמרי ולכך לא מהני סילוק, משא"כ הכא דאינו אלא שעבוד, יתכן דמהני סילוק בדברים, ותי' הקצוה"ח עפ"י הר"ן בנדרים מ"ה ב' דגם בשותפין חשיב דיש לו שעבוד על החצי של חברו, ולכך פריך משותפין דאף מהחלק של השעבוד בשל חברו אינו יכול להסתלק בדברים.

וצ"ל דאעפ"י דמבואר בריטב"א דשעבוד קיל משותפין, מ"מ א"ש קו' הגמ', דהריטב"א מייתי ראיה מהא דבשותפין מהני קנין על סילוק מהחצי שלו, דמהני קנין בנשואה, וכ"ש דמהני קנין בשעבוד, אולם קו' הגמ' מהא דלא מהני סילוק בחצר שאין בו דין חלוקה, גם מהחצי שהוא רק דין שעבוד.

(ג) בחי' מהרי"ט הק' על קו' הגמ' דכיון דאין לאשה קנין בגוף הקרקע אלא רק שעבוד ודאי דלא בעי' קנין, דהא מהני מדין מחילה, ומחילה לא בעי' קנין, ותי' המהרי"ט דלשון דו"ד הוא לשון גרוע, ואף בתורת מחילה לא מהני, אולם הק' המהרי"ט דעדיין לא דמי להתם, דשאני שותף דיש לו חלק בגוף הקרקע ולכך בעי' לשון הקנאה, אבל הכא דמיירי בשעבוד מהיכ"ת דלא מהני לשון דו"ד, ותי' המהרי"ט דשאני הכא דלא מחלה על עיקר החוב, וכל דלא מחלה על עיקר החוב ממילא יש לה אף שעבוד נכסים, אלא סילקה עצמה רק מדו"ד, ולכך פריך הגמ' דהא דו"ד לא מהני.

(ד) ובספר תורת יקותיאל בהקדמה ג"כ הק' דשאני שותפין שלא מהני לשון מחילה, משא"כ בשעבוד, ותי' דע"כ בסוגיין מיירי דסילקה עצמו מגוף השעבוד, דאל"כ תקשי עיקר דינא דמתני' דחוזר חלילה, מדוע חוזר הלוקח ומוציא מהראשונה, הא סילקה עצמה רק דלא תגבה ממנו, אבל היכא דגבתה מהשני' מהיכ"ת דיוכל להוציא ממנה, וע"כ מוכח דמתני' מיירי דסילקה שעבודה מהשדה, ולכך חוזר הלוקח וגובה ממנה, ולכך פריך שפיר דדמי לשותפין, כיון דסילקה לעיקר שעבודה, ועי' בחי' בית מאיר דתמה עליו מסברא.

(ה) ובבית מאיר כתב לתרץ דדוקא היכא דמוחל על השעבוד הגוף וממילא פקע השעבוד נכסים לא בעי קנין, אבל היכא דאינו מוחל על גוף החוב בעי קנין, והוא כדברי המהרי"ט הנ"ל, וכן עי' באבנ"מ סי' ק' סק"ז דהק' לקו' הנ"ל דהא מחילה אי"צ קנין, ותי' דכ"ז דוקא באופן דמוחל על השעבוד הגוף, וממילא פקע השעבוד נכסים, אבל מחילה על השעבוד נכסים בלבד לא מהני, דכיון דמשועבד לו ונקיט שטרא בידי', א"א להסתלק בלא קנין.

ובחי' רע"א הנדמ"ח ג"כ הק' דהא מחילה אי"צ קנין, ותי' דמחילה מהני רק היכא דמוחל את עיקר השעבוד, אבל הכא דכל המחילה הוא רק על הטירפא של הלוקח, ולא על עיקר השעבוד, ומה"ט מוציאה הראשונה מהשניה, משו"ה בעי' לדין סילוק ולא מהני מחילה, וזהו ע"ד תי' הבי"מ והאבנ"מ.

(ו) אולם כבר העיר רע"א דא"כ מה הק' תוס' [והרמב"ן והרשב"א] מהא דבארוסה מהני סילוק, הא התם מועיל רק מחילה גמורה, אבל הכא דאינו מחילה גמורה, אלא רק כלפי הלוקח לא מהני, וכן קשה על האבנ"מ והבית מאיר דשאני התם דהוא מחילה על עיקר החוב.

ובבית מאיר העיר עוד דבתוס' ב"מ ד' ב' מבואר דמהני מחילה של הלוחה רק על השעבוד נכסים בלא מחילה על השעבוד הגוף, אולם באמת דבאבנ"מ כתב דטעמא דלא מהני מחילה משום דנקיט שטר בידו, אבל תוס' התם מיירי במלוה ע"פ, וכן הרי ברשב"א בדף פ"ג א' מבואר להדי' דהוא מדין מחילה, ועוד יש לדון דיתכן דכוונתם ע"י קנין.

(ז) ובבית מאיר כתב לתרץ דלשון דו"ד הוא לשון גרוע ואין בו אף לשון מחילה, וכ"כ בנתה"מ סי' ר"ט ס"ק ו' דודאי מהני מחילה על השעבוד נכסים, אלא דהכא שאני דסילק עצמו בלשון דו"ד דהוא לשון גרוע, וכן נקט בחזו"א אהע"ז סי' ע"ז ס"ק י"א, אולם עדיין צ"ע כקו המהרי"ט דמ"מ ליכא ראייה מהתם.

(א) גמ' - לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה וכו'. ובפשוטו כוונת הגמ' דקנה נמי מן האשה, וכן מבואר בשטמ"ק מרש"י מהדו"ק, וברשב"ם ב"ב מ"ט ב', אולם עי' ברמב"ם פ"ז מאישות הי"א דביאר דלקח מן האשה היינו סילוק דכתבה לו דו"ד, דאעפ"י דקנו ממנה הרי"ז טורפת, משום טענה דנחת רוח, אבל אם קנו תחילה מן האשה על הסילוק, ואח"כ מכר הבעל אינה טורפת.

(ב) והנה בטור אהע"ז סי' צ' סעיף י"ז הביא לתשו' הרא"ש כלל ס"ג ס"ה דפסק דהיכא דהאשה כתבה לבעל דמסתלקת לבעלה מקרקע שלו שלא יהא לה שעבוד דיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי, וכתב בב"י שם בבדק הבית דמדברי הרמב"ם מוכח דפליג על הרא"ש, דהא לקח מן האשה היינו סילוק, ומבואר דהיכא דהיא נסתלקה תחילה ליכא דין נחת רוח.

(ג) והנה בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' מ"ה כתב לחדש דכל דין סילוק הוא רק לגבי סילוק מהלוקח, אבל היכא דהלוחה כתב דו"ד חוזר וטורף מהלוחה, כיון דאין הגביה מדין שעבוד, דהא אף למ"ד של"ד איכא חיוב לפרוע, ובקצוה"ח סי' ר"ט סוף ס"ק י"ב כתב ע"ז וראויין הדברים למי שאמרן, וכ"כ בקצוה"ח סי' פ"ו סק"ה דאם מחל המלוה ללוי על השעבוד של המטלטלין מהני, ורק סילוק לא מהני, כיון דאי"צ שעבוד בשביל הפריעה, אבל מחילה להדי' מהני.

אולם עי' מל"מ פ"ל ממכירה ה"ג דהביא לדברי המהרי"ט וכתב עליו דבשו"ת הרא"ש הנ"ל מתבאר דלא כדבריו, וכוונתו דהא מבואר ברא"ש דמהני סילוק מהבעל, אולם לכאן י"ל דכל דברי הרא"ש מיירי לענין כשמת הבעל ונפלו הנכסים לפני יורשים, דיוורשים לא חשיב כגביה מיני', אבל בחייו כו"ע מודו למהרי"ט.

(ד) והנה בטוש"ע סי' קי"א י"ב פסקו דהיכא דהניחו הלוקחות בני חורין ונסתלק מהם בקנין אינו גובה מהלוקחות, כיון דאינו גובה מחמת פשיעתו, ומבואר דבלא"ה מהני הסילוק לענין מיני, ועי' בדרישה שם דהק' מ"ש מהא דמבואר בטור סי' ע"ז ס"ח מתשו' הרא"ש דאם מחל המלוה ללוה א' נפקע החוב גם מהלוה הב', וה"נ נימא כיון דמחל ללוה אינו יכול לגבות מהנכסים, ותי' הדרישה דהתם מחל על גוף החוב, אבל הכא רק סילק עצמו מהבני חורין, והביא ראייה מהא דמבואר בשו"ע דבעי קנין, והרי מחילה אי"צ קנין, וע"כ דמחילת השעבוד נכסים צריכה קנין כיון דהוי כחזר ומכר לו את השעבוד, ועי' אמרי בינה דיינים סי' כ' ס"ק י"א בזה.

(ה) ובשו"ע קי"א ג' פסק דלוה שקיבל מתנה בתנאי שלא יחול עליה שום שעבוד, דאין המלוה יכול לגבות ממנו, ובהגהות אמרי ברוך שם כתב דצ"ע מכאן על המהרי"ט, והיינו דמוכח דגם לגבי מיני' איכא דין שעבוד, וי"ל כיון דאם יגבה את המתנה, יתבטל המתנה למפרע, ואף מיני' לא יכול לגבות, משו"ה אינו גובה מעיקרא.

(ו) אלא דצ"ב מה הצד דשייך דין סילוק לגבי דין מיני', ומוכח לכאן דשייך סילוק נמי משעבוד הגוף חלק מהנכסים, ומצינו שעבוד הגוף על חלק מהנכסים לפי השיטות [עי' בית מאיר אהע"ז סי' ק'] דגם בכתובה ליכא דין מיני' על המטלטלין שלו הבעל,

ומצינו כן לגבי סילוק מלוקח, דהנה בקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ז דן אי מוכר שטר חוב יכול למחול רק על קרקע א' או לא, וביאר דהא טעמא דמחילה הוא משום מחילה על שעבוד הגוף, וכל דלא מחל על שעבוד הגוף אלא רק על שעבוד של קרקע א', לא מהני הסילוק, אולם הוכיח מהריטב"א מכות ג' א' דמהני, וכתב דמוכח מהריטב"א דמכירת שטרות דרבנן, ועי' אמרי בינה הלואה סי' ס"ג אות ט' דתמה דהא שיטת הריטב"א בכ"ד דמכירת שטרות דאור', והוכיח מכאן האמרי בינה דשייך מחילה על שעבוד הגוף לגבי קרקע פלוני, וה"ה י"ל לגבי סילוק דמיני'.

(א) גמ' - ומתני' דכתב ליה לאחר. עי' בביאור הגר"א סי' קי"ט סק"ח דהק' אמאי אינה יכולה לגבות מהלוקח הראשון, הרי אילו גבתה מהלוקח הב' היתה האשה הב' גובה מהלוקח ראשון, וא"כ השתא דכתבה דו"ד ללוקח הב', והשניה גובה מהב', תגבה הראשונה מן הראשון, ולא יוכל לטעון טענת הנחת, והוכיח מזה הגר"א כדעת תו' ב"ק ח' א' בשם הריב"א דכיון דהראשונה דינה לגבות ראשונה, חשיב דשעבודה על הב', ומצי לטעון לה הנחת, ואעפ"י דבפועל אינה יכולה לגבות, מ"מ אינה יכולה לגבות מהראשון, עכ"ד, וצ"ע דחידושו של הריב"א הוא דאעפ"י דסו"ס יגבו את כל הקרקעות, דהא איכא כמה בע"ח, מ"מ תחילת סדר הגביה הוא מהלוקח האחרון, אולם הכא הראשונה אינה יכולה לגבות כיון דכתבה לו דו"ד, וא"כ מהיכ"ת דתוכל לחזור על הראשון, ומה דהשניה גובה מן הב' הוא רק משום דהראשונה אינה יכולה לגבות מהלוקח הב', וצ"ב.

ועכ"פ מדברי הגמ' מוכח דהיכא דהבע"ח מוקדם כתב ללוקח שני דו"ד, וטרף המאוחר מלוקח שני, דאין המוקדם יכול לטרוף מלוקח ראשון, ואף דמסברא היה מקום לומר דאין הלוקח הראשון ירויח מחמת הא דכתב המלוה דו"ד ללוקח שני, מ"מ כן מוכח מהגמ'.

(ב) ויש לעי' בעיקר תי' רב אשי דמיירי בכתב לאחר, אי מצי השניה לטרוף את מה שלא גבתה לכתובתה מחמת הפשרה עם הלוקח והראשונה, מלוקח ראשון או לא, וצ"ע, [העירוני].

לעי' בביאור הגר"א קכ"ט ס"ק כ"ט.

צ"ה ב'

(א) גמ' - תנא וכן בע"ח ושני לקוחות וכן אשה בעלת חוב ושני לקוחות. עי' ברש"י דמייירי דלוה מנה, ומכר הלוה ב' שדות זה בנ' וזה בנ', וכתב דו"ד ללוקח ב', דלוקח מיד הראשון, ולא שייך הנחת, כיון דחובו כנגד תרוייהו, ולוקח ראשון מוציא מיד הב' וב"ח מוציא ממנו, וחוזר חלילה, ועי' בבעל התרומות שער ד' סוף חלק ו' דהביא מהראב"ד דביאר עוד דמייירי דהיה חוב של אלף, ומכר ב' שדה, כל שדה באלף, וכתב לשני דו"ד, ונמצא השדה של הראשון גזולה, או דמייירי דכתב על השדה של הראשון אפותיקי וכתב הראב"ד בשם חתנו דחולק על ב' דינם אלו וסובר דנשאר השדה אצל לוקח ראשון, וצ"ב מ"ש מגוונא דרש"י דלא פליג, ועי' בחי' ר' העשיל על הטור סי' קי"ח מה דביאר בזה.

(ב) עי' סמ"ע סי' קי"ח סק"ה דהק' אמאי לא מצי לוקח ראשון לומר אי שתקת ואי לאו אתן את הקרקע במתנה לחלוקה שני, ועי' בש"ך שם סק"ב דכתב דשאני הכא שטירופו בא מכח הלוה, ועי' בנתיב"מ סק"א דכוונתו דאי שתקת הוא מדין מה מכר, וזה לא שייך רק במוכר את זכותו, אבל בלוקח שיתן ללוקח לא שייך מה מכר דאינו נותן לו זכות שלא יגבו ממנו, ובחמדת שלמה ביאר דכוונת הש"ך דלא שייך מהדרנא רק היכא דהוא שלו מכח המקח, אבל היכא דהוא רק מכח טירפא, לא שייך מהדרנא, וכיון דהלוקח הראשון בא לגבות מחמת האחריות, לא שייך מהדרנא, ועי' לעיל במתני' דיישב לפי"ז לדינא דמתני'.

(א) ברמב"ם פי"ט מו"ל ה"ח ביאר לסוגיין דמייירי במכר הלוה ללוקח ומכרה ללוקח שני, וכתב המלוה ללוקח ראשון דו"ד, דהמלוה טורף מלוקח שני, ולוקח ראשון טורף מהמלוה, ולוקח שני טורף מלוקח ראשון, ובע"ח מלוקח שני, וחוזר חלילה, ובראב"ד תמה ד' קו', חדא דלפי"ז ע"כ מייירי דלוקח ראשון מכר ללוקח שני באחריות, ולא משמע כן מלישנא דוכן בע"ח וב' לקוחות, נוהיינו דלפי הראב"ד מתני' מייירי במכר הבעל שלא באחריות, ודינא דגמ' דב' לקוחות, מייירי רק במכר ללוקח ראשון באחריות, אבל להרמב"ם ע"כ דמייירי דלוקח שני נמי קנה באחריות, ועוד תמה דא"כ הפשרה היא רק בין ב', דהא לאחד מן הלקוחות יש את מעותיו, ועוד תמה דהא כשטורף מלוקח שני לוקח ראשון חייב לשלם לו מעותיו, ולוקח ראשון טורף מהמלוה, ואין למלוה על מי לחזור, ועוד תמה אמאי לא אמרי' אי שתקת, דמהדר שטרא ללוקח ראשון.

(ב) ובמ"מ הוסיף להק' דנימא מה מכר, דכיון דמראשון אינו יכול לטרוף, אף משני אינו יכול לטרוף, ועי' בכס"מ דציין לדברי הרמב"ם פ"ז מערכין הל' י"ד-ט"ו דאעפ"י דהקדש מפקיע מידי שעבוד, מ"מ אם מכר ההקדש הרי"ז גובה מהלוקח, וכתב הרמב"ם דדמי לדינא דהכא דגובה מהלוקח שני, ובראב"ד שם תמה דנימא מה מכר, ועי' ביאור הגר"א קי"ח סק"ה דדמי לב"ק ח' ב' דס"ל לרבא דאמרי' מה מכר כיון דלוקח ראשון מצי אמר א"א.

(ג) והנה על קו' הראב"ד דנימא אי שתקת, עי' בספר תורת יקותיאל בהקדמה דחידש דכיון דמבואר ברמב"ם דאי ששתקת הוא בצירוף מה מכר, ממילא כל זה שייך דוקא באופן דכתב לו דו"ד ואח"כ מכר, אבל בגוונא דמכר ואח"כ כתב לו המלוה דו"ד לא שייך בזה מה מכר, ודייק מלשון הרמב"ם דמייירי בכה"ג, אלא דהק' דהא ברמב"ם בהל' ערכין מבואר דמייירי בכתב ואח"כ מכר, ותי' עפ"י מה דביאר דלא אמרי' חוזר חלילה אלא במכר את גוף השעבוד, אבל בסילוק לא אמרי' חוזר חלילה דאין הלוקח חוזר על הראשונה, ובסילוק לא בעי' קנין אלא מהני מדין מחילה, ולכך בהל' מלוה ולוה דכתב הרמב"ם לדינא דחוזר חלילה וקנו מידו, הוצרך הרמב"ם לדקדק בלשונו דמייירי במכר ואח"כ כתב, דבלא"ה אמרי' מה מכר, אבל בהל' ערכין דכתב דטורפת מן השני, ולא הזכיר לדין

דחזור חלילה, מיירי כפשוטו בסילוק, ולא בעי' קנין, ועל סילוק לא שייך מה מכר, כיון דאי"ז זכות על השדה, [וע"ע להלן מאבי עזרי בשוב קו' המ"מ], ובשו"ת ושב הכהן סי' ס"ח יישב עפ"י הסוגיא בדף צ"ג א' דלא הוזכר דבעי' קנין על הדו"ד, וע"כ דודאי מהני מחילה, ושאי הכא דבשביל דינא דחזור חלילה בעי' לקנין בשביל שיחול קנין על השעבוד, ועי' באו"ש כאן דכתב ליישב החילוק בין הל' מו"ל להל' ערכין, כהנ"ל דכתב אחר המכירה לא שייך מה מכר, וביאר דמה"ט הראב"ד הק' רק בהל' ערכין דנימא מה מכר, ע"ש.

ד) ובחי' ר"ח הלוי שם הק' עוד על הרמב"ם והראב"ד דתרווייהו מודים דלוקח ראשון טורף מהמלוה, וקשה הלא אין השדה שלו דהא מכרה, ועוד תמה דהא כתב לו רק דלא יתבע ממנו, אולם שעבודו לא פקע, ולכך גובה מלוקח שני, וא"כ איך חוזר וגובה מהמלוה, הרי השדה משועבדת לו, ואינה של לוקח ראשון, והוסיף הגר"ח דאין לומר דטורף משום דמפסיד את האחריות דחייב ללוקח השני, דמשום טענת הפסד היה ראוי לומר דלא יגבה כלל מלוקח שני, ולא דיחזור ויטורף.

וצ"ב מדוע לא הק' הגר"ח על עיקר דינא דמתני' דהלוקח מוציא מהראשונה, דהא כל הסילוק היה רק דלא יתבע ממנו, אולם שעבודו לא פקע, ומה"ט הוא טורף מהשניה, וא"כ מדוע חוזר הלוקח וטורף מהראשונה, הא לא טרף מהלוקח, אלא מהשניה, [ותי' הגר"ח גם לא מהני לדינא דמתני'].

ה) ובחי' הגר"ח שם ביאר עפ"י מ' דיסד דגדר דין מוכר באחריות דאיכא שיעור לגבי המוכר, וחשיב כטורף המלוה מן המוכר, ולכך חוזר הלוקח על המלוה, דהא חשיב כטורף ממנו, ומה"ט איכא דין חוזר חלילה, דכל חיוב האחריות הוא רק כשהקרקע תהא אצל המלוה, אולם כיון דבטלה הגביה למפרע, הרי"ז של לוקח שני, וממילא שוב חוזר המלוה על לוקח שני, וחוזר חלילה, ובזה יישב לקו' הראב"ד דנימא אי שתקת, דכל הדו"ד הוא רק לגבי לקיחה הראשונה, אבל אי מהדר שטרא הא הוי לקיחה חדשה, ומזה שפיר גובה המלוה, דע"ז לא נסתלק, ופליגי הרמב"ם והראב"ד האם בכה"ג דלא נתקיימה הטירפא מחמת דחזור חלילה, זה סיבה לחיוב אחריות או לא, ע"ש בכ"ד.

ו) ובאבן האזל הק' על הגר"ח דאיך גובה המלוה מהלוקח הב', הא כיון דהוי כטירפא מהמוכר, הוי כטורף מהלוקח הראשון, והא כתב לו דו"ד, ועד"ז הביא שם להק' מנכדו ר' שניאור קוטלר זצ"ל להק' על תי' הגר"ח דליכא אי שתקת, דכיון דיסד הגר"ח דדין אחריות הוא תנאי בעיקר המכירה, הרי כשמוכר לוקח שני ללוקח ראשון, ויבא המלוה ויטורף ממנו הרי בטל המקח וחשיב דגובה מחמת המקח הראשון, ושוב שייך בזה התנאי דו"ד דאינו יכול לתבוע מהלוקח הראשון, ובאבי עזרי שם [ו] תמה על תי' הגר"ח דהא השעבוד לא פקע מחמת כתיבת דו"ד, ומועיל רק לענין שלא יטורף ממנו, וא"כ אף כשקנה שנית איך יטורף ממנו, הא ליכא סיבה מחודשת לשעבוד.

אולם נראה דכוונת הגר"ח, דאף דחשיב כטירפא מהמוכר, מ"מ התביעה בפועל היא על הלוקח, ולכך אעפ"י דע"י הטירפא חשיב כגובה את המקח הראשון, מ"מ כיון דבפועל התביעה על הלוקח השני, שייך בזה הדין דחזור חלילה, ולכך אעפ"י דלא פקע עיקר השעבוד, מ"מ השתא דחזר וקנה איכא תביעה מחודשת, ומשו"ה שייך בזה הדין דחזור חלילה.

ז) ובאו"ש ואבי עזרי [א] תי' לקו' קמא דהראב"ד, דלדעת הרמב"ם אף בגוונא דהשני קנה שלא באחריות, מ"מ אחר טירפת הבע"ח מלוקח שני חוזר הלוקח ראשון על המוכר, ואחר דטורף הלוקח ראשון ממילא טורף ממנו את זה הלוקח השני, כיון דזה קרקע שלו, והביא האו"ש דעיקר הדין מצינו ברמ"א סי' רמ"א סעיף י"ב, ומקורו מתשו' הרמב"ן סי' צ"ו, [וע"ש בביאור הגר"א דאף ר"י ב"מ ל"ה ב' מודה, ומבואר דנקט הגר"א דהלוקח מרויח את הממון], ובאבי עזרי כתב דכ"כ הרשב"א קדושין כ"ז, [ועי' בגליון רע"א ובשער המשפט שם דהביאו לדברי הרשב"א, ע"ש, וע"ע בדברי חיים דיני

מתנות סי' ז' דהאריך בזה, ולכא' מוכח מהכא דדין אחריות במקח הוא תביעה על העמדת המקח לעולם, וכיון דטרפו מלוקח שני, איכא חסרון בהעמדת המקח לעולם], ומה"ט אחרי שטורף המלוה מלוקח שני, יש ללוקח ראשון שעבוד על המוכר, וכיון דאין לו בני חורין, טורף מהקרקע של המקח, ואעפ"י דהמלוה מוקדם, מ"מ כיון דכתב לו דו"ד חשיב דטורף משעבודו של הלוקח, ואחר שיטורף הלוקח הרי בטל הטירפה של המלוה, ושוב חוזרת הקרקע ללוקח שני כיון דמכרה לו הלוקח ראשון, וחוזר חלילה.

(ח) ועל קו' הראב"ד בהל' ערכין דנימא מה מכר, כתב באבי עזרי שם [ד] ליישב דכל הדין דמה מכר הוא רק באופן דהוא דין בשעבוד, כמו בההיא דב"ק דכיון דמצי הראשון לומר א"א, נמצא דאיכא דין בשעבוד דגובה כדינו ולא מהעידית, והלוקח קנה את דין השעבוד לכל אחד כדינו, אבל הכא הרי מצד דין השעבוד לא פקע שעבודו, אלא דנסתלק מלתבוע את הלוקח הראשון, אולם שפיר טורף מהשני מחמת השעבוד שיש לו על הקרקע, אולם כבר נתבאר לעיל דהרבה אחרונים הוכיח מקו' הגמ' דאינו רק סילוק מלתבוע דא"כ ודאי דהוי כמחילה ואי"צ קנין, אלא הוא סילוק מהשעבוד, וכן העיר שם באבי עזרי, וע"ש דביאר דמ"מ גדר הדין הוא דנסתלק מהשעבוד רק לגבי לוקח ראשון, ולא לגבי לוקח שני, ולכך לא שייך בזה מה מכר, דרק באופן דהוא זכות גמור, שייך דין מה מכר, אבל הכא דהוא רק זכות לגבי לא שייך מה מכר, וע"ש דבזה מיושב נמי הקו' דנימא אי שתקת.

אחין שחלקו

ב"ק ט' א'

גמ' האחין שחלקו וכו' כיוורשים הוו וכו' לקוחות וכו'. עי' ברשב"ם ב"ב ק"ז א' דביאר דפליגי בדין ברירה, ועי' רמב"ן וברשב"א שם דהאריכו להק' בקו' על הרשב"ם, והביאו מר"ת דפירש דלכו"ע הוא מדין חלוקה אלא דס"ל לרב דאיכא אומדנא דע"מ כן חלקו דאם יטרף תיבטל חלוקתן, ולכא' צריך לומר דהא דנקט רב לישנא דיוורשין, משום דלרב האומדנא היא דהחלוקה תהא בגדרי יש ברירה, ולשמואל האומדנא דהחלוקה תהא בגדרי אין ברירה.

(א) עי' רש"י ד"ה כיוורשים וד"ה האי ברא, ומבואר מלשונו דכיון דהוו כיוורשים איכא חיוב על שניהם לפרוע, ולכך בטלה מחלוקת, [וכן עי' ברא"ש דכתב דאע"ג דקיי"ל דאין ברירה, מ"מ פסק הרי"ף כרב כיון דסברא מוחלטת היא דיתמי כרעא דאבוהן לפרוע חובת אביהם בשוה, אלא דרש"י כתב כן לרב, והרא"ש פסק כן אף לשמואל דכלקוחות], אולם בנימוק"י ב"ק ביאר "דכל חד מינייהו לא זכי ביה בחלקיה אלא מכח ירושה וכח ירושה לא הויא אלא היכא דמטי ליה לאחוי מאי דחזי ליה לפום ממונא דשבק אבוהון וכיון דבא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן אגלאי מילתא דמה שחלקו תחלה לאו חלוקה היא דכחלוקה בטעות הויא ובטלה וחוזרים לחלוק הנשאר כבראשונה" ומבואר דהוא מדין חלוקה בטעות, וכן ברשב"א ב"ב כתב "רב אמר בטלה מחלוקת יורשין הוו ולא על דעת כן חלקו", וע"ע בלשונות הרמ"ה שם.

(ב) ונפק"מ בזה, דהנה בט"ז סי' ל"ז דייק מדברי הסמ"ע שם סק"ה דשותפין שחלקו, ובא בע"ח וטרף רק את חלק השותף, דחוזר השותף וטורף ממנו מחלקו, כיון דהחלוקה בטלה למפרע, והט"ז חלק עליו דדוקא כיוורשים אמרי' דבטלה חלוקה, כיון דיוורשין במקום אביהם קיימי, וכמבואר ברש"י והרא"ש, אבל בשותפין ליכא דין דבטלה חלוקה, ולכך רש"י והרא"ש לא בארו דטעמא משום דין חלוקה בטעות, ואין ללמוד דין שותפין מיורשין, ועי'

בקצוה"ח ל"ז ג' דסברת הט"ז נכונה בבא בע"ח וטרף, אבל בבא נגזל וטרף, ודאי דבטלה החלוקה, ע"ש, אבל לסברת הנימוק"י איכא להאי דינא גם בשותפין.

ובחי' הגרנ"פ אות שי"ז כתב עוד נפק"מ, בגוונא דהאב קנה קרקע משועבדת והוריש, וחלקו, ובא הבע"ח וטרף מהיורשים, דלפי רש"י לא שייך כה"ג דינא דבטלה מחלוקת, דהא על האב נמי לא היה חיוב פרעון, ורק היכא דהיה על האב שעבוד הגוף שייך לומר דמשום דינא דכרעא דאבוהון תרוייהו חייבם לפרוע, אבל לנימוק"י אף בכה"ג אמרי' דבטלה מחלוקת.

(ג) בעיקר דעת רש"י, עי' בקה"י סי' ט' דביאר דחיובו של האח הוא מדין פורע חובו של חברו בע"כ, וכמבואר בשו"ת הרא"ש כלל ע"ג סי' ט' דב' שלוו כאחד ונעשו ערבים זה לזה, וגבה מאחד, דחבירו חייב לפרוע, כיון דפרע לחוב חברו בע"כ, וצ"ע דא"כ אמאי בטלה מחלוקת, הא פורע חובו של חברו יכול לשלם לו בזווי, ואף לרב אסי דלפי' קמא דרש"י מצי לסלוקי בזווי, ע"כ אינו משום דין פורע חובו של חברו, דהא מבואר בתוס' דבאפותיקי מפורש מודה רב אסי דלצד דהווי כיורשים לא מצי לסלוקי בזווי, ואי נימא דחיובו משום דפרע חובו, אף באפותיקי מפורש ג"כ שייך הדין דמסלקו בזווי, כדין פורע חובו של חברו, ונבקה"י שם תמה למאי בעי' לדין אחריות תיפול' משום פורע חובו, וצ"ע דהא נפק"מ לדין בע"ח מוקדם, דמדין פורע חובו הרי שעבודו על נכסי הלוה חייל רק מזמן הטירפא, אולם מדין אחריות חייל שעבודו מזמן המקח, וע"י באבי עזרי פי"ח מו"ל ה"א ד"ה ונראה דכתב עוד דנפק"מ בטרפו מלוקח שני דחזור על הלוקח הראשון אעפ"י דלא פרע את חובו, אלא את חובו של המוכר, ע"ש].

ועי' קצוה"ח ע"ז ז' דכתב להדי' דאין הטעם לרש"י משום דמהנהו במה שפרע בעדו ולכך חוזר וגובה ממנו, אלא טעמא דבטלה מחלוקת משום דהוי כאילו לא נשאר אלא שדה זו לחלוקת הירושה.

ובחי' הגרנ"פ אות שי"ז ביאר בסברת רש"י דלמ"ד יורשים הווי, כל הזכות של כל אח בחלקו הוא רק מכח ירושת אביו, ולכך כל אחד חייב לפרוע חוב אביו מהקרקע שירש, ונאף אי נימא דלא כהתומים דאיכא ירושה על שעבוד הגוף, מ"מ יש על ליורש חיוב טפי מלוקח, ונתבאר בסוגיא דאיקני, ומשו"ה ס"ל דכשבא הבע"ח וגבה את כל החוב מהקרקע שביד שמעון הרי הוא גובה בזה גם את החוב של ראובן, והוי כאילו שילם ראובן את חובו בקרקע שביד שמעון, ולכך בטלה מחלוקת, דהא ראובן נטל בירושה יותר מאחיו.

(ד) אולם עדיין צ"ב לפי רש"י, מ"ש דלמ"ד לקוחות הן לא אמרי' דהוא חלוקה בטעות, ונהגרנ"פ שם ביאר עפ"י דרכו, ויש לדון בדבריו], ובפשוטו הביאור בזה דלגבי דין ירושה בעי' שהחלקים יהיו שווים לפי האמת, וכל דבא בע"ח וטרף הוברר דאין החלקים שווים, אבל לגבי לקוחות כיון דבזמן החלוקה שומתן שוה, אעפ"י דאח"כ בא הבע"ח וטרף מאחד מהם, מ"מ הרי היה ספק השקול על תרוייהו שמא יטרף מהם, ולכך לא בטלה החלוקה, ועי' בחי' הגרש"ש ב"ק סי' י"ג, ואולי זה כוונתו שם.

אלא דצ"ב הרי קיי"ל דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, ונמצא דבשעת הירושה היו החלקים שווים, ונאעפ"י דמבואר בראשונים דמיירי באפותיקי, מ"מ הרי לא מטעם זה הוצרכו להכי, אלא רק כדי לבאר מדוע טרף מאחד מהם, ולהשי' דיכול לגבות ממי שירצה הרי מבואר דאי"צ לאוקמי באפותיקי, ויש לומר דכיון דיסד הגר"ז דאף לרבא דמכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ ע"י הטירפא איכא דין ביטול על המכירה, ולכך לא חשיבי החלקים שווים, ובחי' הגר"ז מ"ז ב' כתב דלפי הרמב"ן ב"ב א"ש הא דבטל למפרע.

והנה דעת רש"י גיטין מ"ז ב' דלמ"ד אין ברירה יש לכל אחד חלק בכל חיטה וחיטה, אולם דעת תוס' שם דלכל אחד יש חצי בירושה אלא דלא ידוע של מי החלקים, ויל"ע דלפי תוס' עדיין תקשי דאף למ"ד לקוחות, כיון דע"י

הטיפול הוברר דאין החלקים שוים, הרי בטל כל חלוקת הירושה, ובשלמא אי נימא כרש"י בגיטין מ"ז ב' דלמ"ד אין ברירה יש לכל אחד חלק בכל חיטה וחיטה, שפיר י"ל דמדין יורשים חלקו בשוה, והחלוקה בפועל הוא רק מדין לקוחות, אבל לתוס' קשה כנ"ל.

אולם נראה דל"מ דאדרבא כיון דמדין ירושה הוברר דאין החלקים שוים, הרי נמצא דלכל אחד יש חצי בשדה הטובה ובשדה הגרועה, אלא דלא ידעי' היכן חלקו בכל חצי, ולכך למ"ד לקוחות הן אנו דנין דכל אחד קנה חלק חבירו, ואף דנתברר דחבירו קנה את החצי הגרוע, מ"מ הרי מדין לקוחות לא חשיב דאין החלקים שוים, וליכא ביטול על המקח, כיון דשומתן שוה, ורק למ"ד יורשין הן אמרי' כיון דאגלאי מילתא דלא היו החלקים שוה בטל כל החלוקה, וצריך לקבל חצי בשדה הטובה.

גמ' - בטלה מחלוקת. יל"ע אמאי אינו יכול לטעון לבע"ח דכיון דאם יטול ממנו בטלה מחלוקת, ויחזרו הנכסים לחלוקה חדשה, ולא יהא חצי קרקע ביד השני, ממילא כבר מעכשיו הוא מסלקו מחצי החוב, דכמו דיכול לסלקו לאיזה קרקע שהוא רוצה, ה"נ יכול לסלקו לקרקע שביד השני, דהא בלא"ה חצי קרקע לא ישאר ביד השני, ואין השני יכול לעכב עליו.

רש"י ד"ה ובא ב"ח - חצי חלקו וכו' או מסלק ליה בזווי והיינו הרי הן כקרקע. וצ"ב דזה דלא כב' הפי' בדברי ר"א, דלפי' קמא הוא נותן רק רביע חלקו, ולפי' ב' הוא נותן רביע בקרקע ורביע במעות, וי"ל דכ"ז הוא רק להו"א דכוונת ר"א דכספים כקרקע קאי על אחין שחלקו, והרי בהו"א לא ידעו דר"א מספק"ל בהא, וע"כ דרב אסי ס"ל דאחין שחלקו יורשין הוו, ומשלם לאח שטרפו ממנו חצי חלקו, וחידש ר"א דיכול לסלקו בזוי, וזהו כפי' קמא דרש"י, אולם אחר דהביאו לדברי ר"א דמספק"ל אי יורשין או לקוחות, ס"ל דמספק הוא נוטל רביע, ולפי' קמא יכול לסלקו ולפי' ב' אינו יכול לסלקו, אלא נוטל עוד רביע במעות.

(א) תוס' ד"ה וטרף - וא"ת והא כל אחד חייב לפרוע חוב אביהן וכו' בכור נותן פ"ש. ומבואר מלשון תוס' דמשום דאיכא דין על היורשים דחייבים לפרוע חובת אביהם משו"ה חייב לגבות מכולם, [וכן הוא לשון הרא"ש, אבל בשאר הראשונים הק' מסברא, ולא משום חובת יורשין], אולם בב' לקוחות דליתא להאי סברא יכול ליטול חובו מאחד מן הלקוחות, וצ"ב מ"ש יורשים מלקוחות.

(ב) ולכא' י"ל עפ"י התומים דיש ליורשים שעבוד הגוף, וכיון דכל יורש מחוייב בשעבוד הגוף לפרוע את כל החוב, הוו נכסיו נכסי בני חורין לגבי שעבוד גופו, וממילא מדין אין נפרעין א"א לגבות ממנו את חלק אחיו, דהא איכא נכסי בני חורין אצל אחיו.

(א) שם - וי"ל וכו' אפותיקי. עי' מהר"ם דהק' דהא תוס' כתבו לעיל ד"ה פשיטא דטעמא דשמואל משום דשניהם עומדים בספק זה כמו זה, ואי מיירי באפותיקי הא ודאי דיגבה מהקרקע דיש לה עליה אפותיקי, ות"י המהר"ם דמיירי דתרווייהו אפותיקי, וצ"ב דא"כ הדירה קו' תו' מדוע אינו נוטל מכל אחד פלגא, ועוד צ"ב דמה שייך אפותיקי יותר משיעור החוב, ועי' בתומים קל"ב ב' דכתב על תי' המהר"ם "לא נהיר כנראה", ועי' בחי' הרמב"ן ב"ב ק"ז א'

כתב דמיירי באפותיקי ולא ידע, ולכך שניהם עומדים בספק זה כמו זה, וכ"כ במהרמ"ש, וכ"כ בשטמ"ק בשם תוס' הרא"ש.

(ב) והנה מבואר בתוס' ד"ה ורב דמיירי באפותיקי דאינו מפורש, והנה בתוס' גיטין מ"א א' וברא"ש שם מבואר [לביאור הדרישה סי' קי"ז], דהלוה יכול לסלקו בקרקע אחרת, וצ"ב דא"כ מה מהני דהוי אפותיקי, הא נתבאר לעיל דמוכח מקו' דס"ל דלגבי חצי החוב איכא דין דאין נפרעין מנכסים בני חורין במקום שיש נכסים משועבדים, וא"כ איך גובה מאפותיקי במקום שיש בני חורין, וצ"ב.

(א) בחי' הרמב"ן ב"ב תי' דמיירי שהיה לזה שגבה ממנו קרקע בינונית, ולכך גבה ממנו כל חובו, אולם עי' תלמיד ר"ת ב"ק דתמה על תי' זה דהא אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית, וצ"ב כוונתו דהא מ"מ יש לתרץ להיפוך, וכמו דבאמת כתב הריטב"א ב"ב לתרץ דמיירי דהקרקע זיבורית, וגבה את כל הזיבורית כדין היתומים בזיבורית, וכ"כ ברבינו ירוחם משירים נתיב כ"ו חלק ב'.

ולכאור' מוכרח דס"ל לתלמיד ר"ת דאף דיכול לדחותו שלא יטול ממנו את כל השדה, אלא יטול מחצה מהזיבורית, מ"מ אינו יכול לדחותו שיטול רק את הזיבורית, דאכתי הוא חייב בחצי מהחוב.

ובעיקר תי' הריטב"א יל"ע דא"כ הדרה קו' המהר"ם דהא בכספים וקרקע מבואר בגמ' דהוא פשיטא, וביארו בתוס' משום דאף שמואל מודה בכה"ג דאינם שוים דחלקו ע"ד דאם יגבו ממנו יחזור על אחיו, וה"נ כיון דנטל הזיבורית, ודאי דהוא ע"ד דאם יגבו ממנו, הוא יחזור על הבינונית, ולא שייך תי' הראשונים דלא ידע, וצ"ע, [ועל עיקר הקו' דהא דין היתומים בזיבורית עי' להלן].

(ב) עוד כתב הרמב"ן דמשמע דאם נטל בינונית ולא אחיו נמי יש בינונית דרמ"ג ורמ"ג, [ועי' ברשב"א ב"ב דהוסיף לבאר דנכסים ערבים נגהו, והיכא דיש ב' ערבים נוטל מאיזה שירצה], אבל נטל עידית או זיבורית מצי אמר ליה להכי שקלי ארעא דלא חזיא לך, והוסיף הרמב"ן דאעפ"י דמבואר ב"ק ח' ב' דהיכא דשייר בינונית דכותה יכול לומר הנחתי, שאני התם דהוא מדין ממה מכר, אבל הכא לא שייך דין מה מכר, ומבואר ברמב"ן דאילו כוונת הגמ' שם באמת לדין הנחתי שייך לומר כן גם בירושה, אולם כיון דהוא מדין מה מכר, לא שייך לומר כן בירושה, [ונלמד מזה דלפי גרסת רה"ג דבאמת כוונת הגמ' שם לדין הנחתי, שייך לומר כן גם בלקחו ב' שדות בב"א].

ובטעמא דהרמב"ן דליכא מה מכר בירושה, לכאור' הסברא בזה הוא, דכל דין מה מכר שייך רק היכא דיש לבעלים עוד קרקע, דכה"ג אמרי' דכמו דהבעלים היה יכול לדחותו לבינונית שבידו, ה"ה דהלוקח יכול לדחותו לבינונית שביד הבעלים, אבל היכא דהוריש לתרוייהו בב"א, לא שייך לומר כן, [וזהו ראייה גדולה לסברת הבני ציון סי' ק"א בתי' על קו' רע"א כתובות צ"ד ב' על הרשב"א דבב' בינונית הוא מדין מה מכר, ולא משום תקנה, ע"ש].

(ג) עי' בקצוה"ח ק"ז סק"ט דהק' על הרמב"ן דא"כ מה הק' מעיקרא איך גובה מאחד לכל חובו, הא באמת דינא הכי הוא דרמ"ג רמ"ג, [ועי' בחי' הר"ן ב"ב דכתב באמת דהוא תי' בפנ"ע, וכן ביאר בתרומת הכרי סי' קע"ה בכוונת הרמב"ן], ותי' הקצוה"ח דבאמת כל קו' הרמב"ן הוא רק על רצון המלוה אמאי עביד הכי, ולא גבה מתרוייהו, וע"ז תי' הרמב"ן דמיירי בבינונית וזיבורית, ולפי"ז ביאר דמה"ט תוס' מיאנו בתי' הרמב"ן, ומשום דתוס' הק' דמעיקר הדין אינו יכול לגבות רק מאחד, וע"ז א"א לתרץ דמיירי בבינונית וזיבורית, כיון דקיי"ל דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית, אבל להרמב"ן דיכול לגבות ממי שירצה לא שייך האי דינא בירשו זה בינונית וזה זיבורית, אלא דעמד הקצוה"ח בתימא על המ"מ פכ"ה מו"ל ה"י דכתב דהראשונים דס"ל דלא אמרי' בב' ערבין רמ"ג רמ"ג, דחקו

והעמידו לסוגיין דאין לשאר האחיין בינונית, וע"ז תמה הקצוה"ח דהא אין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית, וע"ע בסו"ד דהוסיף להק' דלא מצי אמר להכי שקלי, דהא אדרבא דינו בזיבורית, עכתו"ד.

ויל"ע במה דנקט הקצוה"ח דלפי הרמב"ן דיכול לגבות את כל החוב מיוורש אחד, דאינו יכול לדחותו לזיבורית שביד אחיו, דא"כ מדוע מבואר ב"ק ח' א' דמכר נכסיו לג' בני אדם כולם נכנסו תחת הבעלים, ואין יכולים לתבוע כולם מהעידית, דכמו דיוורש אינו יכול לדחותו דיגבה זיבורית כדינו מאחיו, ה"ה דנימא דאין הלוקח יכול לדחותו ללוקח הב' שיגבה בינונית כדינו, ואין לומר דס"ל לרמב"ן דבלוקח לא אמרי' רמ"ג רמ"ג, דהא מבואר להדי' מדברי הרמב"ן דמכר לב' לקוחות בב"א דליכא דין מה מכר דרמ"ג רמ"ג, וכן מתבאר מדברי הירושלמי דהביא הרמב"ן, וצ"ע.

ועוד צ"ע על הקצוה"ח דהא מבואר להדי' ברמב"ן בסו"ד דהיכא דנטל עידית וזיבורית אין יכול לגבות ממנו דמצי א"ל להכי שקלית, והביאו הקצוה"ח בסו"ד, ולדברי הקצוה"ח הא בנפרע מהיתומים דינם בזיבורית, ובודאי דיכול לגבות את הזיבורית, וכן צ"ע דכמו דיכול לגבות מיוורש הבינונית אעפ"י דינו בזיבורית, ה"ה דיכול ליטול מהעידית, אעפ"י דינו בבינונית, וצ"ע ג.

ד) ובעיקר קו' הקצוה"ח, דהא אין נפרעין מיתומים אלא מן הזיבורית, עי' בתרומת הכרי סי' קע"ה דתי' דס"ל לרמב"ן דכה"ג לא תיקנו, משום דזה מעלה ליורש הבינונית וחסרון ליורש את הזיבורית, אולם הק' דכ"ז לשמואל דויתר, אבל לרב דבטלה מחלוקת אכתי תקשי דאדרבא זהו מעלה לבעל הזיבורית, דהשתא יחלוק עם אחיו בבינונית, ויש לדון דהא חזי' מעיקרא דהעדיף ליקח בחלוקה את הזיבורית, ולכך עדיין חשיב לרעתו.

ובגליון ברוך טעם על הקצוה"ח תי' דמעיקר הדין הברירה ביד המלוה לגבות כל חובו מאחד מן היורשים, אלא כיון דהלואה היה יכול לדחותו לבינונית אחרת, ה"ה דהיתומים יכולים לדחותו ולכך גובה חצי מכל יורש, אולם בבינונית וזיבורית דלא היה ביד הלואה לדחותו, שפיר הדרינן לעיקר הדין דיכול לגבות כל החוב מהבינונית, ולא שייך בזה דינא דאין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית, כיון דהברירה ביד המלוה ממי לגבות, [וזהו כסברת הקצוה"ח לפי הרמב"ן].

וצ"ב דאכתי לא תי' את קו' הקצוה"ח על הרמב"ן, דכיון דע"כ הרמב"ן ס"ל דיכול לגבות ממי שירצה ומה"ט ליכא דין אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית, הרי לא היה צריך לבאר דמיירי דאין הקרקעות שוות, אלא דהיה צריך לבאר דליכא קו' כלל כיון דבאמת יכול לגבות ממי שירצה, וצ"ע.

ה) עי' ברא"ש דהביא לדברי התוס' דמעיקר הדין הבע"ח גובה את החוב מתרוייהו, והוכיח כן מדינא דבכור נותן פ"ש, והוסיף הרא"ש דכ"ז בירשו ד' שדות, אבל היכא דירשו ב' שדות לא יטול מכל אחד מחצה, דהרי הלואה עצמו נמי לא היה יכול להגבותו חצי מכל שדה, אלא יטול ממה שירצה, ועי' פלפולא חריפתא אות ס' דכוונת הרא"ש דהיכא דהוא שיעור פחות מט' קבין אינו יכול לכפותו ליקח ב' שדות בב' מקומות, ושם באות נ' העיר מדוע לא תי' הרא"ש כן לקו' תו' דמיירי דירשו ב' שדות, ובאמת דבריטב"א ב"ב כתב לתרץ כן, ובשו"ע ק"ז ס"ז פסק לדינא דהרא"ש, ובסי' קע"ה ס"ד פסק כהרא"ש דסוגיין מיירי באפותיקי.

והנה הרא"ש כתב דמצא בשם רבי יהודאי גאון דב' לקוחות שלקחו ב' שדות כאחת, דבע"ח גובה מאחת מהם, ואין ללוקח על חבירו כלום, והא דקתני דבכור נותן פי' שנים, הינו דאחר דחייב הבכור למי שגבו ממנו פ"ש, ובשו"ע קי"א סעיף ט"ו הובא הך דינא, וברמ"א כתב דאם היו הרבה שדות גובה מתרוייהו.

ולפי"ז נמצא דהרא"ש הביא לדברי רבי יהודאי להוכיח דאיכא דין דממי שירצה יגבה, אולם כ"ז בב' שדות, וה"ה לגבי יורשין, [וע"כ הוא, דאל"כ נמצא דהביא הרא"ש ראייה לסתור דבריו], וצ"ב דהרי הרא"ש הוכיח מדינא דבכור דע"כ אף לרבי יהודאי חלוק דין יורשים מלקוחות, וא"כ איך יכול להוכיח מדברי רבי יהודאי דמיירי לגבי לקוחות לענין יורשים, וצ"ב.

(ו) עי' ברמב"ם פכ"ה מו"ל ה"י דפסק לענין ב' ערבין דנוטל ממי שירצה, ועי' במ"מ דלמד כן מסוגיין, וכן עי' ברשב"א ב"ב דכתב דבב' בינונית נוטל ממי שירצה כדין ב' ערבין, אולם הרמב"ן ב"מ ל"ד ב' סובר דבב' ערבין אינו נוטל ממי שירצה, וצ"ב מ"ש מיורשין, ובחי' הר"ן ב"ב דחה לראיית הרשב"א דשאני בע"ח דאדעתא דחד גברא נחת, ואעפ"י שמת לא הורע כחו של מלוה שלא יוכל לגבות אלא מזה מחצה ומזה מחצה, אבל מלוה את חברו על ידי שני ערבים דאדעתא דתרויהו נחת ודאי על דעת כן נשתעבדו שלא יגבה הכל מאחד אלא א"כ לא ימצא נכסים אצל השני, וכיון לזה בהגהות ברוך טעם על קצוה"ח סק"ט.

(ז) ובקצוה"ח שם תמה על השו"ע דסתם כהרא"ש דכל היכא דירשו ד' שדות נוטל שדה מכל אחד, דהא לענין ב' ערבין פסק השו"ע סי' ע"ז ס"ג דגובה ממי שירצה, ומ"ש דלענין יורשין אינו יכול לגבות ממי שירצה, ועי' בנתה"מ סי' קל"ב סק"ב דיישב עפ"י שי' רש"י בגיטין מ"ז ב' דאף למ"ד אין ברירה הוא לוקח רק על חצי, ואין המלוה יכול לתבוע מהיורש יותר מחצי, כיון דמצי א"ל הנחת לך, ע"ש, וצ"ע בגוונא דירשו הרבה יותר משיעור החוב, אמאי אינו יכול לגבות ממי שירצה.

ובהגהות ברוך טעם שם תי' דטעמא דבד' שדות אינו יכול ליטול ב' קרקעות מאחד, משום דהלואה נמי היה יכול לסלקו באיזה שירצה, אבל בב' שדות דהלואה נמי לא היה יכול להגבותו חצי משדה זו וחצי משדה זו, ה"ה דהיורשים אין יכולים ליתן לו כן, אבל בב' ערבין יכול ליטול ממי שירצה.

(ח) הנה לפי הראשונים דבב' ערבין נוטל ממי שירצה, לכאן ה"ה דבמכר לב' לקוחות בב"א דנוטל ממי שירצה, וכן מבואר ברמ"ה ב"ב קל"ח א'.

ועי' באו"ש פכ"ה ה"י דתמה על המ"מ כיון דהסכים לדעת הרמב"ם דגובה מערב שירצה, אמאי פסק בפ"ט מו"ל ה"ה דמכר הלואה לב' לקוחות גובה לפי חשבון, ואינו גובה הכל ממי שירצה, ותי' האו"ש דשאני גבי לקוחות כיון דאיכא מה מכר, וכל אחד יכול לדחותו להב' כמו המוכר, משו"ה גובה לפי חשבון, [ומבואר דנקט האו"ש דאיכא דין מכר במכר לב' לקוחות בב"א, וכמבואר בגליון רע"א סי' קי"ט], משא"כ בב' ערבים, אולם אי"ז ישוב על קו' הקצוה"ח, דאכתי תקשי מ"ש יורשים מלקוחות, דכמו דבלקוחות בב"א איכא דין מה מכר ה"נ נימא בב' יורשין.

(ח) עי' ברבינו יונה ב"ב קכ"ד א' דהביא בשם י"א דודאי מעיקר הדין אינו יכול לטרוף כל חובו מאחד, אולם הכא מיירי דהניח היורש לבע"ח לטרוף ממנו כל חובו, וצ"ב דא"כ הוי כפורע חבוו של חברו ומדוע יכול ליטול מאחיו, וצ"ל דשאני יורשים דכיון דכל אחד חייב לפרוע חוב אביו חשיב כפורע חובו, ולא כפורע חובו של חברו.

(ט) עי' בדו"ח מכת"י דתמה על קו' תוס' דילמא התם מיירי דהמלוה רוצה ליטול מכל אחד כפי חלקו, וע"ז קמ"ל הברייתא דבכור נותן פ"ש, אבל אם רוצה לגבות הכל מאחד יכול לכופו.

(א) גמ' - ורב אסי אמר וכו'. עי' רש"י דגרס דנוטל רביע מהחלק המגיע לו, ויכול לסלקו במעות, אולם הביא עוד גירסא דנוטל רביע בקרקע ועוד רביע במעות, כיון דמספק"ל דילמא הוי לוקח באחריות, ובתוס' נקטו כגירסא הב',

וכן דעת הרמב"ן, נועי' בתלמיד ר"ת וברע"א הנדמ"ח דהק' דא"כ לא שייך לומר בזה כספים הרי הן כקרקע דהא רביע שנוטל בכספים אינו בתורת ירושה אלא מדין אחריות, ופשיטא דבידו ליתן לו כל מה שירצה].

(ב) והנה הר"ח והרי"ף גרסו בדינא דרב דמיירי בג' אחין, ועי' ברמב"ן ב"ב דלפי"ז כוונת רב אסי דאיכא ג' ספיקות, אי הוו יורשין ואית לי' כל חלקו בקרקע, או כלקוחות שלא באחריות ואין לו כלום, או כלקוחות באחריות, ולכך מספק אינו נוטל אלא חצי מחלקו, ורבע בקרקע על הצד דיוורשין, ורביע במעות על הצד דהוו כלקוחות באחריות. וברמב"ן תמה דאיך יתכן דאם הספק הוא אי הוי יורש או לוקח שלא באחריות היה מקבל חצי בקרקע, והשתא דאיכא נמי ספק אי הוי כלוקח באחריות או כלוקח שלא באחריות, אינו נוטל אלא רביע קרקע, ועוד תמה מהסוגיא בבכורות, ע"ש, וכן תמהו בתוס' בבכורות מ"ח א' ד"ה דאמר לב' הקו'.

(ג) והנה הרי"ף כתב דכיון דקיי"ל כרב דבטלה מחלוקת ה"ה דלענין ב' אחין וחלקו קרקע וכספים ובא בע"ח ונטל את הקרקע דבטלה מחלוקת וחולקין בכספים, ובבעל המאור תמה דלא שוו בטעמיהו דינא דחלוקת קרקעות לחלוקת קרקע וכספים, ולא נתבאר בבעה"מ טעם החילוק, ואולי י"ל דס"ל כהרשב"ם דטעמא דרב מדין יש ברירה, ולכך ס"ל דכ"ז בב' קרקעות דהם מין אחד, אבל בקרקע וכספים דהוו ב' מינים, לא שייך דין ברירה. אולם לכאו' י"ל דס"ל להרי"ף כר"ת דבאמת לאו מדין ברירה אתינן עלה אלא מחמת דהוי כאילו התנו דהחלוקה תתבטל אם אחד יפסיד מחמת גביית בע"ח, ולכך תנאי זה שייך גם בחלוקה של קרקע וכספים, אלא דאי נימא כמ"ד דהוו כלקוחות וליכא תנאי דהחלוקה תתבטל, יש לדון אי הוו כלקוחות באחריות או כלקוחות שלא באחריות, ובזה יש חילוק בין ב' קרקעות לקרקע וכספים, וכמבואר בגמ' דאיכא ב' לישני.

ולפי"ז יש לתרץ נמי הקו' של תוס' והרמב"ן אמאי ג' ספיקות גרע מב' ספיקות, דבשלמא אי נימא דטעמא דיוורשין מדין יש ברירה, שפיר קשה דכיון דכל הספק אי הוו לקוחות באחריות או דלא באחריות הוא רק על הצד דאין ברירה, הרי לא יתכן דמשום דאיכא ספק אי הוי לוקח באחריות או לא, הוא יפסיד, אולם אי נימא דכל הנידון הוא באומדנא איך הקנו חלקם זה לזה, הרי ספיקו של רב אסי הוא אם כוונתם דחלקו ע"מ שלא יפסידו חלקם כרב, או ע"מ דליכא אחריות וכשמואל, או דהקנו זה לזה עם אחריות, ולכך הוא מפסיד.

(ד) ובבעה"מ הוכיח כן מהגמ' דהא יש צד לגמ' דבכספים וקרקע הוי כלוקח שלא באחריות, ואילו בדינא דג' אחין מבואר מבואר בגמ' דמספק"ל דילמא יורשין ניהו, והיינו דנקט דלפי האיכא דאמרי לא שקיל מידי מבעל הכספים, אולם הרמב"ן במלחמות כתב דכוונת הגמ' רק על הרבע דלקוחות.

(ה) וכתב הבעה"מ דמ"מ הלכתא כהרי"ף משום דאיכא תקנת הגאונים דגובים ממטלטלי דיתמי, ולכך דמי לחלקו בקרקע, ויש לדון למה דנתבאר לעיל דכוונת הבעה"מ דקרקע וכספים חשיב ב' מינים, דאף לאחר תקנת הגאונים עדיין חשיבי קרקע וכספים ב' מינים, וצ"ע.

וברמב"ן תמה על הבעה"מ דהא מצי למימר להכי שקלי כספים משום דיכול להטמין, ונמצא דגם אחר תקנת הגאונים עדיין קיבל על עצמו הספד דגניבה, והוא קיבל ע"ע הפסד דטירפה של בע"ח מהקרקע, ועוד תמה דהא במקום דאיכא קרקע לא תקנו הגאונים לגבות ממטלטלי דיתמי, ועוד תמה דגם אחר תקנת הגאונים אינו גובה אלא מכספים שהיה לאב בשעת הלואה, וכן הרי אם מכר היורש אין גובין מהלוקח.

והביא הרמב"ן ראיה מהא דבשעבד מטלטלי אגב קרקע ואמר לו דאיני, דיכול לומר להכי שקלי, וצ"ע מנין להרמב"ן דסוגיין מיירי בכה"ג.

ועי' בסמ"ע סי' ק"ז ס"ק ט"ו דהביא מהטור דגם אחר תקנת הגאונים אין גובין מלוקח דיוורש, ובהגהות אמרי ברוך שם ציין לדברי הרמב"ן.

ביש"ש תמה איך מלוה ע"פ גובה מיורשים שחלקו, הא קיי"ל דאחין שחלקו לקוחות, ואין מלוה ע"פ גובה מלקוחות, ותי' בקצוה"ח סי' ק"ח סק"א דכל מוכר שעבודו באופן דלא יוכל המלוה לגבות חייב מדין מזיק שעבודו, כמבואר בסי' ק"ז ס"ד, ולכך הרי יכול לתבוע ממנ"פ, או דזה חלקו שירש, או דחייב מדין מזיק שעבודו, ובחי' הגרנ"פ אות שכ"ה תמה דכ"ז שייך בגוונא דחלקו קרקעות, אבל בגוונא דירשו קרקע וכספים, הרי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, וא"כ אין לחייב את מוכר הכספים מדין מזיק שעבודו, וא"כ אכתי תקשי איך גובה את הקרקע ממי שמכר את הכספים, וצע"ג.

(א) תוס' ד"ה ורב - משום שאמר ליה אנא לבע"ח נמי מסלקנא בזווי. וצ"ב הרי כיון דגבה ממנו את הקרקע בטלה מחלוקת, ואמאי אינו חייב לתת לו קרקע, ועי' ברשב"א ב"ב דכתב לסברא זו לבאר אמאי לרב לא מצי לסלוקי בזווי.

וכן צ"ע דבלשון תוס' מבואר דטענתו דהוא היה יכול לסלקו בזווי, וא"כ קשה דאי נימא כהראשונים דמיירי דלא ידוע איזה שדה אפותיקי, הרי אף באפותיקי מפורש מצי טעין דהוא היה יכול לסלקו בזווי, דהא שדהו לא הוי אפותיקי, וע"כ דהטענה היא על מי שטרפו ממנו אמאי לא סילק בזווי, וצ"ב.

(ב) והנה בדין סלוקי בזווי יש צד לבאר דאינו מדין פרעון, אלא דכל דין הטירפא של הקרקע הוא רק משום דעי"ז יהא לו אפשרות לקבל דמי חובו, וכיון דנתן לו מנה הרי סילק את התביעה על הקרקע, וחשיב כקיבל מנה מתוך הקרקע, והוא מרומז בריטב"א כתובות צ"א דכתב דרב סבר דאין למלוה על הלוקח רק תביעת ממון, וכ"כ בחי' הגרש"ש ב"ק סי' י"א.

ולפי"ז א"ש דכיון דיסוד התביעה של המלוה הוא על דמי הקרקע, ולא על גוף הקרקע, הרי נמצא דהטענה דאין החלקים שוים הוא דאינם שוים בדמי הקרקע, ולכך שפיר מצי לסלקו בזווי, דלגבי גוף הקרקע לא חשיב כאינם שוים, ורק בדמי הקרקע אינם שוים, ואעפ"י דנתן לו את הקרקע, מ"מ כיון דלא היה לבע"ח זכות ליטול את גוף הקרקע, אלא רק על דמי הקרקע, אין השני מפסיד רק את דמי הקרקע ולא את גוף הקרקע, ולכך כתבו הראשונים דאי מיירי באפותיקי מפורש הרי נמצא דיש למלוה זכות טירפא על גוף הקרקע, וא"כ ודאי דבטלה מחלוקת, וצריך לחלוק מתחילה את גוף הקרקע, וצ"ע אם סברא זו נכונה.

(ג) ועוד י"ל דתוס' ס"ל דטעמא דרב דבטלה מחלוקת הוא רק משום אומדנא, וכמבואר בנימוק"י, ומשו"ה ס"ל דכיון שהאח שבא לגבות ממנו היה יכול לסלקו בזווי, הרי לא קיבלו מעיקרא על דעת כן לבטל החלוקה, דהא טוען לו דהוא היה יכול לסלקו בזווי על חלקו, ואני על חלקי, אבל באפותיקי מפורש דהוא לא היה יכול לסלקו ליכא אומדנא.

(א) שם - וא"ת וכו' שומא הדר וכו'. ויש לעי' דלכאו' אף בלא דין שומא הדר דהוא משום הישר והטוב, יש להק' דיוכל לסלקו בזווי מעיקר הדין, דכיון דבטלה מחלוקת הרי הוברר למפרע דחלק מהקרקע שנטל הוא של האח השני, וכיון דהשני רוצה לסלקו בזווי, יוכל ליטול את חלקו בקרקע ולסלקו בזווי, וצ"ע.

(ב) עי' בשער המשפט ק"ג סק"ז דהוכיח מתוס' דאיכא דין שומא הדר בחצי מהקרקע, ועי' בתלמיד ר"ת דכתב לתרץ קו' תוס' דדוקא היכא דרוצה לסלקו הכל במעות אמרי' שומא הדר, אבל חציו במעות וחציו בקרקע לא מהני. ובשו"ת מהרי"ל דסקין כתבים סי' ק"ב ביאר דכוונת תוס' דאף דודאי אינו יכול לסלקו בחצי, מ"מ כבר אינו יכול לתבוע ביטול החלוקה, דהא הוא נתן מחצית חלקו בחוב, ואף דאינו יכול להחזיר השדה, כיון דאין לו כסף לפדות כל השדה, אינו גורם לביטול החלוקה, ולפי"ז ביאר מדוע רב אינו חושש לסברא זו, ע"ש, והוא חידוש.

(א) תוס' ד"ה הלכך - דלא שייך ביה המוציא וכו'. עי' מהר"ם דכוונתם דאין הספק מחמת טענותיהם אלא מחמת עצמו, והיינו דהוי דררא דממונא, ועי' ברש"ש דתמה דכ"ז לסומכוס, אבל לרבנן הרי בכל גוונא ארמי' המע"ה, וכתב דכוונתם כדבריהם ב"ב ס"ב ב' דיש מקומות שתקנו ויש מקומות שלא תקנו, וצ"ב לשון התוס' דלא שייך כאן המע"ה, דהא ודאי דשייך אלא דאיכא תקנה.

(ב) והנה ללישנא בתרא דרש"י דהספק אם כיורשים או כלקוחות באחריות, הרי שורש הספק אם החלוקה בטלה לגמרי והקרקע של השני, או דלא בטלה כלל, אלא דיש לו חיוב תשלומין, ולפי"ז יש לבאר כוונת תוס' דהא בספק קרקע לא אמרי' המע"ה, דקרקע בחזקת העליה עומדת אלא דאיכא ספק מי בעל הקרקע, וכן מבואר לכאן ברבינו יונה ב"ב ק"ז א', אולם עדיין צ"ע לל"ק דרש"י דגם לצד שיורשים הוו יכול לסלקו במעות, הרי נמצא דאין הספק על הקרקע, אלא אם חייב לשלם לו מעות או לא, ואכתי תקשי דהא קיי"ל כרבנן דהמע"ה.

(ג) והנה נתבאר לעיל בדעת תוס' דיש לבאר בב' אופנים הא דיכול לסלקו בזווי, אי טעמא משום אומדנא דלגבי זה אינו נידון כחלוקה בטעות, או דהוא זכות בעצם, והנה אי נימא דהוא זכות בעצם יש לדון דבעצם לצד דיורשים הקרקע בחזקת שניהם, אלא דיש לו זכות לסלקו בזווי מחמת הטענה דהיה לו לסלקו בזווי, ולכך חשיב דהוא נידון על הקרקע, אולם אי נימא דהוא מכח אומדנא דעל זה לא אמרי' דבטלה מחלוקת, הרי נמצא דאין לו בקרקע כלום, וכל הנידון אם חייב לסלקו במעות, ושפיר קשה דנימא המע"ה.

(ד) ובתוס' ד"ה רב אסי הק' דנימא דהספק של רב אסי הוא אי הוו כלקוחות באחריות או כלקוחות שלא באחריות, והק' בחי' הגרש"ש דא"כ הדרה קו' תוס' דנימא המע"ה, כיון דהמקח ודאי, וכל הנידון הוא אם היה קבלת אחריות וחייב לו את דמי המקח או לא, אולם אי נימא דטעמא דמצי לסלקו משום אומדנא דעל דעת זה לא אמרי' חלוקה בטעות, הרי ע"כ מבואר דאעפ"י דהספק הוא רק אם יכול לסלקו בזווי, מ"מ לא אמרי' המע"ה, וא"כ ה"ה אי נימא דהוא ספק מקח באחריות או מקח שלא באחריות נמי לא שייך המע"ה.

(ה) והנה בחי' הגרי"ז בכורות מ"ז ב' דן האם בטלה מחלוקת לרב הוא למפרע או מכאן ולהבא, דהא קיי"ל דמכאן ולהבא הוא גובה, וא"כ אף הביטול הוא רק מכאן ולהבא, וכתב דמ"מ לפי הרמב"ן דמדין אומדנא אתינן עלה הרי"ז בטל למפרע, והנה אי נימא דבאמת אין הביטול למפרע, הרי עדיין יש כאן דין חזקת מרא קמא, ועיקר הספק יש להוכיח מהא דפשיטא אדינו חייב להזחיר לו הפירות שאכל, וע"כ דהוא ביטול מכאן ולהבא, וצ"ע בכ"ז.

(עי' בשו"ת צמח צדק (הקדמון) סי' ד' דדן בראובן ושמעון שהחליפו בתיהם, ואח"כ יצא שט"ח על ראובן בשיעור ב' הבתים, אם יכול לגבות את ב' הבתים מדין בני חורין ומדין משועבדים, או דיכול לשמעון לטעון דאינו יכול לגבות את הבית שביד ראובן, כיון דחזור עליו מחמת אחריותו, ופסק הצ"צ דיכול לגבות ב' הבתים, וליכא טענה דאחריות, כיון דכה"ג אחריות לאו ט"ס, והביא לזה ראיה מהא דביאר הרשב"ם ב"ב דליכא דין אחריות ט"ס

באחין שחלקו, דדוקא במכירה איכא אומדנא דלא שקיל איניש זוזי בכדי, אבל בירושה כל אחד נוטל חלקו בההיא הנאה דאיהו לא מקבל אחריות על של חברו, וה"ה בב' שהחליפו בתים, ואף למסקנא דאמרי' דהוו כלקוחות באחריות, היינו דוקא ביורשים דלא מסתברא דבן אחד יפרע חוב אביו לבדו, אבל בב' שהחליפו אין להם אחריות זה על זה, וראיה לזה מהא דפריך הגמ' על אחד נטל קרקע ואחד נטל כספים פשיטא האי ברא והאי לאו ברא, ואמאי לא פריך טפי דכיון דאחריות ט"ס, כל אחד חייב על חלקו של אחיו, וע"כ דבשנים שחלקו אחריות לאו ט"ס, וכן הוכיח מהרא"ש דכתב להכריע דבטלה מחמת הסברא דיתמי כרעיה דאבוהון, אבל בלא"ה אין לחיבי מדין אחריות ט"ס, עכתו"ד.

(ועי' בפתחי תשובה