

ולעולם כל משפט



סיכום הלכות גבית חוב,
הרשאה, וערב.

סוכם ע"י יוסף סוראני
(בסימנים מסויימים לוקט מסיכומי
אנשים אחרים)

תוכן עניינים

4.....	סימן צז
25.....	סימן צח
30.....	סימן צט
39.....	סימן ק
42.....	סימן קא
52.....	סימן קב
56.....	סימן קג
72.....	סימן קד
92.....	סימן קה
103.....	סימן קו
107.....	סימן קז
124.....	סימן קח
150.....	סימן קט
158.....	סימן קי
170.....	סימן קיא
182.....	סימן קיב
187.....	סימן קיג
189.....	סימן קיד
192.....	סימן קטו
203.....	סימן קטז

תוכן עניינים

205.....	סימן קיז
208.....	סימן קיח
210.....	סימן קיט
214.....	סימן קכ
217.....	סימן קכא
238.....	סימן קכב
253.....	סימן קכג
268.....	סימן קכד
270.....	סימן קכה
286.....	סימן קכו
305.....	סימן קכז
308.....	סימן קכח
316.....	סימן קכט
343.....	סימן קל
354.....	סימן קלא
361.....	סימן קלב

סימן צז

סימן צז

להלוות לעניי ושלא לנגשו ושלא לחבול כלי אוכל נפש ואלמנה והשבת העבוט ודין סידור ובו ל' סעיפים:

סעיף א

מצות עשה להלות לעניי

לשון השו"ע:

מצות עשה להלוות לעניי ישראל, והיא מצוה גדולה יותר מהצדקה, וקרובו עני קודם לעניי אחרים, ועניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת, ואפילו עשיר שצריך להלוות, מצוה להלוותו לפי שעה ולהנותו אף בדברים וליעצו עצה ההוגנת לו:

כתב הסמ"ע (א) שדין זה נלמד מן הפסוק 'אם כסף תלוה את עמי, שהמילה 'אם' הינה מלשון חובה. **עוד כתב הסמ"ע** שלמדנו שאף לעשיר יש מצווה להלוות, שהמילה 'עמי' שבפסוק שלא מיעטה אלא את העכו"ם, אלא שעני קודם לעשיר, ואח מאב קודם לאח מאם שכתוב 'וכי יהיה בך אביון מאחד אחיך', ומכאן למדים שהקרובים קודמים לשאר אנשים, ולא כפי שכתב הלבוש, שדין זה נלמד מן הפסוק 'מבשרך לא תתעלם', שהרי הרמב"ם והטור והשו"ע כתבו שזו מצוות עשה מן התורה, ופסוק זה נמצא בישיעה.

מדוע איננו מברכים על מצוות הלוואה וכיבוד הורים?

הקצות (א) הביא תשובת הרשב"א¹ שהביא בשם תשובת הרב ר' יוסף נ' פלט ששאל את הראב"ד מפני מה אין מברכין על כמה מצות כגון מתנות עניים והלוואה וצדקה והעניקה וכיוצא בהם, והשיב מפני שאין המצוה תלויה כולה ביד העושה שאפשר שלא יתרצה בה חברו, והוכיח שכל מצווה שיכולה להיעקר, אז היא נחשבת כבר כעת כעקורא שהרי אינה קבועה.

והקשה הקצות מהמשנה בב"מ ל"ב. שם למדה המשנה לימוד מיוחד שאין לאדם להקשיב לאביו כשמצווהו כנגד דין כגון שאומר לו להיטמא או לא להחזיר אבידה, ומדוע נצרכנו לפסוק, והרי מצוות כיבוד הורים ניתנת להיעקר, וודאי שאינה דוחה לא תעשה. כמבואר בכתובות מ. ע"פ פירוש הרשב"א שמצוות עשה הניתנת להיעקר אינה דוחה מצוות לא תעשה.

וכתב שאפשר לומר ששונה מצוות כיבוד אב שהוקש כבודם לכבוד מקום, והיה הו"א שאף שיכולה להיעקר דוחה.

וכתב הקצות שלכאורה לפי זה היה מקום להקשות שלמרות שמצווה זו ניתנת להיעקר, היא אינה נחשבת כעקורה ויש לברך על מצוות כיבוד הורים. **ותירץ** שלאחר שלמדנו שאין כיבוד הורים דוחה מצוות אלו, למדנו שמצווה זו כן נחשבת כעקורה, ולכן אין לברך עליה.

סעיף ב

שלא לנגוש בלווה כשידוע שאין לו ממה לשלם

לשון השו"ע:

אסור לנגוש את הלווה לפרוע, כשידוע שאין לו, ואפילו להראות לו, אסור, מפני שהוא נכלם בראותו למלוה ואין ידו משגת לפרוע:

וביאר הסמ"ע (ג) שהדין הראשון נלמד מן הפסוק 'לא תהיה לו כנושה'. הדין השני שלא להראות לו הוא מימרא של רב דימי בב"מ עה.

סעיף ג

אסור ללוה לכבוש ממון חברו

לשון השו"ע:

אסור ללוה לכבוש ממון חברו ולומר לו: לך ושוב ומחר אתן, ויש אתו:

כך כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ג.

וכתב המגיד משנה שאיסור הלווה פשוט, ומבואר בב"מ קי: שהכובש שכר שכיר אחר היום הראשון עובר משום בל תשאה ומשום 'אל תאמר לרעך לך ושוב'.

סעיף ד

איסור ללוות שלא לצורך ושידוע שלא יוכל לשלם, ושלא להלוות לאדם שעושה

כן

לשון השו"ע:

אסור ללוה לקחת הלוואה ולהוציאה שלא לצורך ולאבדה עד שלא ימצא המלוה ממה לגבות חובו; ואם עושה כן נקרא רשע. וכשהמלוה מכיר את הלווה שהוא בעל מדה זו, מוטב שלא ללוותו ממה שילוהו ויצטרך לנגשו אחר כך ויעבור בכל פעם משום לא תהיה לו כנושה. (שמות כב, כד):

¹ ח"א) סימן י"ח.

סימן צז

מקור דין זה ברמב"ם מלווה ולווה פרק א הלכה ג.

סעיף ה

שב"ד לא יחוס על העני מלעשות דין ולמשכנו כשצריך

לשון השו"ע:

אם בא המלוה לב"ד למשכן ללוה או ליפרע ממנו, יש לבית דין לעשות לו דין, ולא יאמרו: פלוני עני ואין לו ופלוני עשיר ואין צריך לו, אלא אין מרחמים בדין: מקור דין זה ברמב"ם הלכות מלוה ולווה פרק א הלכה ד.
וכתב הסמ"ע (ו) שנלמד מן הפסוק 'כקטן וכגדול תשמעון', וכעין זה כתוב בסימן יז סעיף י.

סעיף ו

שלא ימשכן בעצמו שלא בשעת הלוואתו אלא שליח ב"ד וכיצד ימשכנו בשעת הלוואתו

שלא ימשכן בעצמו שלא בשעת הלוואתו אלא שליח ב"ד

כתוב בתורה (דברים כד, י-יא):

"כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבא אל ביתו לעבוט עבטו, בחוץ תעמד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה".
ועפ"ז אומרת המשנה בב"מ קיג.
"המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בב"ד, ולא יכנס לביתו ליטול משכנו, שנאמר בחוץ תעמוד".
ובגמרא:

אמר שמואל: שליח בית דין, מנתח נתוחי - אין, אבל משכוני - לא. -

והתנן: המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בבית דין, מכלל דבבית דין ממשכניו! - אמר לך שמואל: אימא לא ינתחנו אלא בבית דין...

תא שמע: ממשמע שנאמר בחוץ תעמד איני יודע שהאיש אשר אתה נושה בו יוציא? אלא מה תלמוד לומר והאיש - לרבות שליח בית דין. מאי לאו - שליח בית דין כלוה? - לא, שליח בית דין כמלוה. ...

תנאי היא: דתניא: שליח בית דין שבא למשכנו - לא יכנס לביתו למשכנו, אלא עומד מבחוץ והלה מוציא לו משכון, שנאמר בחוץ תעמד והאיש.

ותניא אידך: בעל חוב שבא למשכנו - לא יכנס לביתו למשכנו, אלא עומד בחוץ, והלה נכנס ומוציא לו משכנו, שנאמר בחוץ תעמוד. ושליח בית דין שבא למשכנו - הרי זה נכנס לביתו וממשכנו. ולא ימשכנו דברים שעושין בהן אוכל נפש. וכו'.

במשנה מבואר שאסור לבעל החוב למשכן את הלווה בביתו, אלא הלווה מוציא את המשכון החוצה. ושמואל סבר שאף לשליח ב"ד אסור למשכן בביתו, אלא ששליח ב"ד יכול לקחת בחזקה מן הלווה בשוק וזהו פירוש הביטוי-ימנתח נתוחי וללווה אסור לעשות כן אף בשוק.

גמרא מסיקה שדינו של שמואל נתון במחלוקת תנאים ומבואר שחלקו בביאור הלימוד מן הפסוק "בחוץ תעמד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה". ומבואר שהמילה "האיש" באה לרבות שליח ב"ד, וחלקו אם באה לרבות שדינו כמלווה, וביאר רש"י שלפי זה פירוש הפסוק הוא בחוץ תעמוד אתה והאיש כלומר שליח ב"ד, ואשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט, או שבאה לרבות שדינו כלוה ואף האיש כלומר שליח ב"ד רשאי להכנס לתוך הבית.

הפוסקים נקטו להלכה כדעת שמואל שאסור לשליח ב"ד למשכן אדם בתוך ביתו, אלא רק בחוץ.

האם איסור למלווה לקחת בחזקה מן הלווה בחוץ הינו מדאורייתא?

כתבו התוספות בד"ה 'אימא' שאפילו לפי שמואל שאסור לשליח ב"ד להכנס לביתו, האיסור על הבעל חוב לנתק הוא מדרבנן, גזירה שמא יכנס לביתו.

אך הסמ"ע (ז) דייק מלשון הרמב"ם בהלכות מלווה (ג, ד) והטור והשו"ע שגם זה הוא בכלל איסור 'לא תבוא אל ביתו', שהמילה 'ביתו' אינה בדווקא וכל שגובה שלא מרצון הלווה עובר.²

² כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'לקיחת משכון וסידור':

ועוד דייק הלח"מ ממנין המצוות של הרמב"ם שהאיסור הוא דוקא על המלוה, וכתב שאינו יודע למה, שהפסוק כתוב על המלוה ושליח ב"ד בשוה כדאיתא בגמרא. ונ"ל שבאמת למד הרמב"ם שהאיסור בשליח ב"ד הוא מדרבנן, שפשוטו של מקרא הוא רק על המלוה. ומה שדרשו בגמרא הוא רק אסמכתא. וכן נראה מדברי החינוך במצוה תקעה. אלא שצ"ע ק במה שהביא הרמב"ם מ"ש 'בחוץ תעמוד' לגבי האיסור של שליח ב"ד (וגם צ"ע מגזלה ואבדה ג, טז).

אם יכול המלוה או שליח ב"ד להכנס לביתו כדי לכתוב איזה נכסים יש ללוה?

הבית יוסף בסימן צט הביא את דברי רשב"א בתשובה³ שכתב שהתובע את חבירו בשטר והלך לבית דין ובקש מהם לכתוב מה שבביתו, אין בית דין נזקקין לכך והביא שכ"כ הרמב"ם בהלכות מלוה פרק ב הלכה ב שאם טען שיש לו כלים והחביא אותם והרי הם בתוך ביתו אין מן הדין שיכנס לביתו לא הוא ולא שליח בית דין שהתורה הקפידה על זה שנאמר 'בחוץ תעמוד' אבל מחרימין על מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו.

אם רשאי שליח ב"ד להכות את הלווה במידה ומסרב ומה הדין אם עשה כן המלווה?

כתב הסמ"ע (ט) בשם רבינו ירוחם⁴ ששליח בית דין יכול להכות את הלווה אם יסרב בו כשמשכנו בזרוע בשוק, משא"כ בעל הבית שאם הזיק בין בגופו בין בממונו חייב. **עוד כתב רבינו ירוחם** שיש מפרשים שאם לאחר שתפס המלוה בא הלוה להחזיק ולהוציא מיד המלוה, יכול המלוה להציל את עצמו אף ע"י הכאה.

האם מותר לשליח ב"ד להכנס לבית לצורך גבייה ומה הדין במלוה עצמו?

הב"י הביא את דברי הרא"ש⁵ שהקשה שלפי הדין שאסור לשליח ב"ד להכנס לביתו, כיצד יגבו מן הלווה במידה ולא ימצא בידו ממה לגבות, והרי פריעת בעל חובו מצווה, ועל מצוות עשה כופין אותו עד שתצא נפשו? **והביא שראה מי שמפרש** ששליח ב"ד כופה את הלווה להכנס לביתו להוציא לו את המשכון, אך הוא עצמו אינו נכנס. **אך הביא שר"ת סבר⁶** שכל מה שנאסר לשליח ב"ד הוא דווקא למשכנו, אבל מותר לו להכנס בשביל לפרוע ממנו את החוב, וכתב הרא"ש שלפי זה אין קושי כלל. **השו"ע הביא את דברי ר"ת הללו בסעיף טו בלשון 'יש מי שאומר'** אך דווקא במקום שהגיע זמן הפרעון ואינו רוצה לגבותו ויש חשש שיבריח נכסיו, ונבאר זאת יותר שם בסעיף טו בע"ה. **הקצות (ב) הביא שמדברי הנימוק⁷ יוצא** שלדעת ר"ת מותר גם לבעל חוב עצמו להכנס לביתו בתורת גבייה, ולא נאסרה אלא לקיחה בתורת משכון, ששם הביא שהקשה ר"ת על האיסור לבעל הבית להכנס לביתו, מהמבואר בב"ק כז: שאדם יכול לעשות דין לעצמו, וחילק בין לקיחת משכון לגבייה. **אך הקצות תמה על זה וכתב** שכיצד ניתן לגבות ללא ב"ד, ועל כרחך שכל פעם שאדם נכנס לגבות זה בתורת משכון.

האם מותר לתפוס משכון בחובו במקום שאם לא יתפוס לא יהיה נאמן?

כתב בשער המשפט סימן ד ס"ק א שאף שאסור לתפוס משכון בחובו מהאיסור של" לא תבא אלא ביתו לעבט עבטו", מותר לתפוס במקום שאם לא יתפוס לא יהיה נאמן ואם יתפוס יהיה נאמן במיגו, שזה דומה למציאות שלא ניתן לקחת את המשכון מחוץ לביתו שמותר לשליח ב"ד ליכנס לביתו ולקחת כמבואר בס' צז ס' ט"ו ונבאר דין זה לקמן. **עוד הביא ראיה** מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסימן ס"א שם יש לאדם שטר על חבירו ואין ב"ד במקום שיגבה את חובו רשאי למשכנו בחובו, **וכתב שער המשפט** שבמקום שלא יהיה נאמן אם לא יתפוס דומה למקום שאין בו ב"ד. **אך הקצות שם בס"ק א כתב** שבדאי שבמקום שיש איסור של לא תבא אל ביתו, אסור לתפוס אף במקום שרק ע"י זה יהיה לו מיגו, **אך הוסיף שבספר תקפו כהן ס' ק"י** משמע שמתיר אף במקום שיש איסור, אך כתב שהמעין שם יראה שלא ברירה לו דין זה ואדרבה בס' קיז טרח להוכיח שמדובר במציאות שאין בה את האיסור. **וסיים** עיני בסימן צז ושם מבואר אצלנו איזה צד קולא בזה אבל הישרים בלבותם אין להם להקל. **וכתב כאן בסימן צז ס"ק ב** שהיה צד להקל עפ"י מה שכתב הטור בסעיף טו שנבאר לקמן שאם הוא אלם ורע מאללים ואי אפשר באופן אחר מותר להכנס לביתו ואפילו ע"י גוי. **אך כתב שבעל התרומה חולק על זה ואף המתירים** זה דווקא בבית דין ושיהיה כוונתם לשם שמים, אבל לא אדם פרטי ולכן יש לאסור בזה "והמקום ימלא חסרון כ"ס ויד לא ישלח לעבור על דבר תורה".

האם מותר לתפוס משכון ב'עיסקא' שהוא חצי ממון וחצי הלוואה?

כתב הנתיבות (א) שנראה שב'עיסקא' שהוא חצי מלוה וחצי פקדון, ודאי מותר לתפוס בעד החצי של פקדון, ולכן מותר אפילו לתפוס בכוונה דבר שהוא שוה כל החוב. **והביא ראיה לדבריו** מהגמ' בב"מ דף ל. שם כתוב שמותר לעשות דבר באבידה שהוא לצורך האבידה ולצורכו.⁸

³ ח"א ס' תתקט.
⁴ מישרים נתיב ל"א ח"ב.
⁵ ב"מ פרק ט ס' מו.
⁶ ספר הישר חידושים תרב
⁷ נימוקי יוסף ב"א מציעא דף סט עמוד א.
⁸

האם מותר לתפוס משכון בעבור הקפת חנות?

עוד כתב התיבות שנראה שכל חוב שאינו נחשב הלוואה לעניין שמיטה כמבואר בסימן סז, כגון הקפת חנות וכדו', לא שייך בו האיסור להכנס לביתו ולקחת את המשכון. אך **סיים התיבות**: "רק משום חומר האיסור אינני כותב זה למעשה".

האם יש איסור לתפוס בערמה שלא בחזקה?

כתב הפת"ש (א) בשם הבית אפרים חו"מ ס' עו שנראה שאין איסור לתפוס משכון בערמה שלא בחזקה, שאם לא כן לא מובן הדין של תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. לשון השו"ע:

אם בא למשכנו שלא בשעת הלוואתו, לא ימשכנו הוא בעצמו, שאם משכנו הוא בעצמו עובר בלאו. (ועיין לעיל סימן ד'). **אלא בית דין ישלחו לו שלוחם; ואף שלוחם לא יכנס לביתו למשכנו.** הגה: ואפילו אם ביקש המלוה ליכנס לבית הלוה ולכתוב כל מה שבביתו, אין בית דין נזקקין לו ליכנס לביתו כלל (ב"י סימן צ"ט בשם הרשב"א), **אלא אם ימצא לו דבר בחוץ, יקחנו. ויש לשליח בית דין ליקח המשכון מיד הלוה, בזרוע, ונותנו למלוה:**

שלא למשכון בכלים שעושים בהם אוכל נפש?

כתב בתורה "לא יחבל רחים ורכב כי נפש הוא חבל". המשנה בדף קטו. כותבת:

החובל את הריחים עובר משום לא תעשה, וחייב משום שני כלים, שנאמר לא יחבל רחים ורכב. ולא רחים ורכב בלבד אמרו, אלא כל דבר שעושים בו אוכל נפש, שנאמר כי נפש הוא חבל. **כלומר** אסור למלוה למשכן את הלווה בדבר שעושים בו אוכל נפש. **כתב הטור ומקורו בתרומות⁹ בשם תשובת רמב"ן¹⁰** שהריחיים ורכב שדיבר בהם הפסוק הם מיטלטלין, שאילו בתי ריחיים של מים הם כקרקע ולא שייך בהם משכון אלא גבייה. **וכתב הסמ"ע (יב)** שאם הלווה עצמו סגר את הריחיים של מים בכדי למשכן, אין הלוה עובר בלאו וגם אינו מצווה להחזירו בשעת מלאכה. **ומשיך הטור וכותב שמ"מ אם המלוה** בעצמו נכנס לבית הריחיים ולקח אותם או חלק מהם, נעשים מיטלטלין וצריך להחזירם בשעת מלאכה. **ודייק הסמ"ע (יג)** שמלשון זה משמע שאין איסור בעצם הלקיחה, אך כתב שבנמוק"י נקט לשון 'עבר ונכנס', **וביאר בפרישה** שאע"פ שאינו עובר בזה על דין של לקיחת אוכל נפש, מכל מקום אין לו ליקח לפני שב"ד שמו אותה כדין שאר קרקעות.

הלוקח כלי אוכל נפש למשכון אם צריך להחזיר מיד או רק בשעה שהלווה צריך לו?

עוד כתב הסמ"ע (יד, טו) שאף בדברים שיש בהם איסור של לקיחת אוכל נפש, אם עבר ולקח, אינו מחוייב להחזיר אלא בשעת מלאכה, ודייק כן מלשון הטור והשו"ע שכתבו על ריחיים מחוברים שאם לקחן יש להם דין כלי אוכל נפש שמחזיר אותן בשעת מלאכה. והאריך להוכיח דין זה. **ובסעיף יב נביא שבגמ' בתמורה דף ו**. מבואר שאף לדעת רבא שסובר שהעושה מעשה כנגד תורה, לא מועילים מעשיו, מודה לעניין לקיחת משכון, שאם לקח אינו מחוייב להחזיר אלא בשעה שצריך לו כגון כר בלילה וכדו'.

והסמ"ע סבר שהוא הדין אף באיסור לקיחה של כלי אוכל נפש והחובל אלמנה וכדו', הואיל והטעם שמבואר שם בגמ' הוא שמבואר בפסוק במפורש 'השב תשיב' משמע שמועיל מעשיו, ודעת הסמ"ע שפסוק זה נאמר לגבי כל האיסורים, והראיה שעל כולם אינם לוקים מפני שהם לאוין הניתקים לעשה. **ואמנם מלשון הרמב"ם לא משמע כך שכתב:** "אלמנה בין שהיא עניה בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה... שנאמר ולא תחבול בגד אלמנה, ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו... וכן המלוה את חברו ... לא יחבול כלים שעושים בהם אוכל נפש... אם חבל מחזיר בעל כרחו". **ומשמע מלשון הרמב"ם שבאם לקח במצבים הללו מחוייב להחזיר מיד.** **והסמ"ע האריך לדחוק** שאף הרמב"ם לא התכוון לכך, עיי"ש בדבריו. **אך הגר"א בס"ק כה סובר** כפי שביארנו שלדעת הרמב"ם והשו"ע אם לקח משכון כלי אוכל נפש או שחבל אלמנה, חייב להשיב מיד, וסבר שהרמ"א בסעיף יב נקט מלשון הטור שאינו חייב אלא בשעת מלאכה ושכן כתב המגיד משנה בשם הרשב"א והרמב"ן, וכתב שהעיקר כדעת הרמב"ם. [וביתר ביאור עיין בהגהות הגר"א לבי"מ קיג אות א.].¹¹

⁸ כתב ר' עדיאל אסייג בסיכומו: **לכאורה תמוה שהרי במקרים של שוטחה לצורכה ולצורכו ובהכניסה לינק ולדוש עושה אותה פעולה בדיוק ולא מרבה בשביל דבר האסור אלא רק בכונתו ואילו בתופס חפץ גדול הרי מרבה במעשה התפיסה ולא רק בכונה?**
⁹ שער א ח"ה סימנים א ו-ב.
¹⁰ שו"ת הרמב"ן סימן טז.
¹¹ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'לקיחת משכון וסידור':

האם מותר למושכן בשעת הלוואתו דברים שעושים בהם אוכל נפש?

כתב הטור בשם הרמ"ה שאם הלווה נותן כלי אוכל נפש מדעתו למשכון, מותר לקחת אותם. **והב"י דייק בבדק הבית** שאין כן דעת הרמב"ם (ג, ב), שהוא אוסר לקחת כלי אוכל נפש אפילו בשעת הלוואה, ואז אינו לוקח אלא מדעת הלווה.

הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב שלשון 'חובלי' לא שייך בשעת הלוואה. **וכ"כ הרא"ש**¹². וכן הכריע המגיד משנה, **והביא הב"י** שכן מצא בתשובות הגאונים ובתרומות ושם כתב שכן כתב רש"י על התורה.

והב"י בבדק הבית כתב שהואיל וכל הפוסקים חולקים על הרמב"ם הדין עימם. לכן סתם השו"ע כאן וכתב: 'ואפילו בחוץ לא ימשכנו שלא בשעת הלוואה'.¹³

אם מותר לגבות בכלים שעושים בהם אוכל נפש?

הב"י הביא את דברי הנימוק¹⁴ **שכתב** שלא נאסר לגבות מכלים שעושים בהם אוכל נפש, והאיסור הוא רק למשכן, אך אם הוא אומן משאירים לו ב' מכל מין והשאר מוכרים, והטעם לחלק בין משכון לגבייה, הוא שבמשכון הכלים עומדים בטלים ועל כך הקפידה התורה, אבל בגבייה הכלים נמכרים ואחרים עושים בהם מלאכה. [לא מצאתי מי שהזכיר דין זה להלכה]. לשון השו"ע:

ואפילו בחוץ, לא ימשכנו שלא בשעת הלוואה דבר שעושים בו אוכל נפש, כמו רחים ורכב של יד שהם מטלטלים, אבל בתי רחים של מים הרי הם כקרקע, ולא שייך ביה משכון, אלא גוביינא כשאר קרקעות, שאין בית דין ממשכנין ליקח קרקע למשכון. ומכל מקום אם המלוה עצמו נכנס לבית הרחים ונטל רחים העליונה או הברזל והסובב והגלגלים, כבר נעשו מטלטלים, ויש להם דין כלי אוכל נפש ומחזיר אותם בשעת מלאכה:

סעיף ז

אם ראו ב"ד שתולש רחים כדי להבריחם מגבים לו מהם מיד

לשון השו"ע:

אם ראו בית דין שתולש רחים התחתונה וכיצא בה, ממקום חיבורה, להבריח מבעל חוב; וכן אם הוא עוקר נטיעות וסותר בנין הבתים להבריח מבעל חוב, בית דין מגבין לו מהם לשעתו: מקור דין זה בתרומות שער א' ח"ה סימן ב, ושם כתב שאף במצב זה מגבים מהם ואין ממשכנים אותם.

סעיף ח

מהי הגדרת כלי אוכל נפש?

בגמ' בב"מ דף קטז. לפי הגרסאות שלפנינו כתוב שהחובל שלקח זוג של ספרים ועל צמד של פרות חייב על כל אחד ואחד משום לא יחבול רחים וכו'.

ופרש"י שהזוג הוא מספריים של ספרים, והצמד הוא שתי פרות חורשות עם הצמד שלהן.

פירוש זה מתחבר לדברי הטור שכתב בשם הרמ"ה שגם כלים שאין עושים בהם אוכל נפש ממש, אלא מתפרנסים מהם, הם בכלל האיסור שלא יחבול. **וכ"כ הב"י בשם התרומות בשם תשובת הרמב"ן.**

אבל התוספות בדף קיג.¹⁵ **והרא"ש הביאו את דברי ר"ת שסבר** שאין לאסור אלא כלים שמתקנים בהם את האוכל עצמו, דומה לרחיים ורכב. וגרס 'זוג של מספרים' כגירסת ר"ח, והם תספורת של ירק או לגוז בית השחיטה, וצמד פרות הוא בפרות המרכסות את התבואה, ורק הצמד אסור לקחת ולא הפרות.

הרמב"ם בפרק ג הלכות ב-ג לא הזכיר כלל את המקרה של זוג של ספרים, אך כתב שהלוקח צמד בקר החורש לוקח שתיים.

והראב"ד השיג עליו ואמר 'זה אינו', ונתקשה המ"מ בהבנתו. **והלח"מ** פירש שהבין הראב"ד שהרמב"ם לא הצריך אוכל נפש ממש, וע"ז השיג כדעת ר"ת.

ובגמרא בדף קטז. משמע כדבריו [א"א- כדברי הרמב"ם ע"פ ביאור הגר"א] שאביי אמר למי שלקח כלי אוכל נפש 'זיל אהדריה'. ולכאורה סובר הרמב"ם שמצות 'השב תשיב' אינה מוסבת על איסורים אלו, אבל א"כ קשה למה כתב הרמב"ם (שם) שאין לוקים עליהם א"כ נאבד המשכון.

מפני זה דחק הסמ"ע הרבה בלשון הרמב"ם וכתב שבאמת ל"צ להחזיר אלא בשעת הצורך. וברור שאין לקבל פירוש זה. ונראה יותר שסובר הרמב"ם שהלוקח בגז אלמנה או כלי אוכל נפש הוא גזלן (דלא כמ"ש המ"מ) [א"א-עייין בזה לקמן בסעיף יד שנחלקו בזה הש"ך והקצות], ולאויס אלו ניתקים לעשה ד'והשיב את הגזילה' (ואפילו לאביי מחזירים ממנו בע"כ כמו בכל גזלן שהיה פשוט לגמרא בתמורה ו. שצריך להחזיר לדברי הכל אם לא עשה שינוי. וטעם הדבר נראה שבכל שעה עובר על האיסור). ומ"מ אם נאבד המשכון לוקח, שא"א לתקן לאויס אלו אלא בהשבת המשכון עצמו...

¹² פ"ט סימן מח.

¹³ ועיין בזה עוד בסעיף יג.

¹⁴ ב"מ סט : בדפי הרי"ף.

¹⁵ ד"ה 'ואת המחרישה'.

סימן צז

אבל הב"י כותב שדעת הרמב"ם היא כדעת הרא"ש.
הגידולי תרומה סבר¹⁶ שהרמב"ם הוא דיעה אמצעית וסובר שדבר החורש הוא אוכל נפש מכיון שהמלאכה היא בדבר אכילה, אבל זוג של ספרים אינו בכלל האיסור.
והשו"ע והרמ"א סתמו כדעת ר"ת, שאין איסור אלא בדבר שעושין בו אוכל נפש ממש.
לשון השו"ע:

כלים שעושים בהם אוכל נפש שאמרו, היינו שעושים בו אוכל נפש ממש, כגון הרחים והעריבות ויורות שמבשלים בהם, וסכין של שחיטה וכיוצא בהם; ואם חבל, מחזיר על כרחו. הגה: אבל שאר כלי אומנות, כגון זוג של ספרים ופרות החורשות, מותר למשכנם (טור בשם ר"י והרא"ש):
[ענין סעיף ו' שם דנו אם מחוייב להחזיר רק בשעה שהלווה צריך לו, או שמחוייב להחזיר לו מיד והסמ"ע רצה לבאר שאף כאן כוונת הרמב"ם שחייב להחזיר דווקא כשצריך לזה, וכפי שהבאנו בשמו בסעיף ו'. והבאנו שהגר"א חולק בזה].
[ענין קצות (ג) שדן בשאילה מדוע לא ילקה המלווה שמשכן עשיר, שהרי בזה זה אינו לאו הניתק לעשה, והביא שהט"ז סבר שהואיל ובעני הוא ניתק לעשה לוקים עליו, והשיג על דבריו ונשאר בצ"ע].

סעיף ט

היו לו כמה רחיים, כמה יכול למשכן?

בתוספתא בב"מ סוף פ"י כתוב שאם היה ללווה חמש רחיות אסור לקחת אפילו אחת מהן, ואם אינו עושה מלאכה אלא באחת מהן אינו חייב אלא על אותה בלבד.

וכתבו המ"מ¹⁷ והשטמ"ק¹⁸ שהרשב"א פירש שכשאינו עושה מלאכה אלא באחת, לא רק שאינו חייב אם משכן אותם אלא אפילו לכתחילה מותר לו לקחת את הריחיים שאינו משתמש בהם, ומה שכתוב במשנה 'אינו חייב', הוא לאו דווקא. וכן כתב הטור בשם הרמ"ה שמותר לקחת כלי אחד ולהניח אחד.
לשון השו"ע:

היו לו חמשה רחיים, אינו רשאי למשכן אפילו אחת מהן. ואם אינו עושה מלאכה אלא באחת מהן, מותר למשכן השאר:

סעיף י

כמה לוקה החובל כמה כלים מאותו ממוין?

לשון השו"ע:

חבל כלים הרבה של אוכל נפש, חייב על כל כלי וכלי. ואפילו שני כלים המחוברים יחד לעשות בהם מלאכה אחת, כמו המספרים שגוזזים בהם (ירק), (הרי) זה עובר בשני לאוין.
דיו זה מבואר בגמ' בב"מ קטז. והזכרנוה בסעיף ח.

סעיף יא

אם מותר למשכן אוכל נפש? (לא כלים)

כתבו תוס' בב"מ קטז. ד"ה 'כלים' שדווקא כלי אוכל נפש נאסרו למשכן, אבל אוכל נפש עצמו מותר. וכך פסקו הטור והשו"ע והוסיפו ובלבד שישאירו לו סידור כפי שיתבאר בסעיף כג.
וביאר הסמ"ע (יח) שהתורה הקפידה דווקא על כלי אוכל נפש שאיתם אוכל לעולם, מה שאין כן באוכל ממש שדי במה שהותירו לו בסידור מזון ל' יום, ובתוך ל' יום אלה יעבוד בכדי מזונותיו בהמשך.
לשון השו"ע:

אוכל נפש, מותר למשכנו, ובלבד שישאיר לו הסדור שמסדרין לו:

סעיף יב

הלוקח משכון שלא כדין אם חייב להחזיר, ואם צריך להחזיר בהקדש את המשכון בשעה שהלווה צריך לו?

הגמרא בתמורה ו. מדייקת מהמשנה בב"מ קיג. שאדם שעבר על האיסור של 'לא תבוא אל ביתו ומשכן חפץ של הלווה, אינו צריך להחזיר את המשכון אלא בשעה שהלווה צריך אותו כפי שכותבת המשנה 'ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום'.
והקשתה הגמ' מכאן לשיטת רבא הסובר שאם עשה אדם מעשה כנגד תורה, לא מועיל מעשיו ובלשון הגמרא- 'אי עביד לא מהני, וא"כ מדוע כאן אינו מחוייב להשיב את המשכון שלקח.
ותירצה הגמ' שבאיסור לקיחת משכון גילתה התורה באופן מיוחד שמעשיו הואילו בכך שצוותה בפסוק 'השב תשיב', להשיב את המשכון.

¹⁶ שער א חלק ה סימן ג ד"ה וכן זוג.

¹⁷ הלכות מלוה ולוה פרק ג, ב.

¹⁸ קיג. ד"ה מתני'.

סימן צז

והביא הב"י (א) שכך פסק הרשב"א בתשובה¹⁹ ורבינו ירוחם²⁰ שאם לקח אינו מצווה להחזיר. הקצות (ד) התקשה מדוע דין זה נאמר גם לגבי עשיר, והרי בעשיר אין ציווי של השב תשיב, וממילא היינו צריכים לומר שלשית רבא מעשי לא הועילו ויהיה מחוייב להחזיר, וכתב הקצות ליישב בבי אופנים, או שלעניין משכון אין חובה להחזיר אפילו אם מעשיו לא הועילו וכל קושיית הגמ' הייתה לענין שלא קנה את המשכון לעניין שמיטה, או שמכיון שגילתה התורה בעני שמעשיו הואילו, אנו למדים שהוא הדין בעשיר.²¹ עד כאן עסקנו באדם שלקח משכון שלא כדין, מלבד זה יש דין נוסף כפי שצינו לעיל, שהמשכון את הלווה מצווה להחזיר לו את המשכון בשעה שנצרך לכך.

על דין זה התייחס הגמ' בב"מ קיד. שם דנה הגמרא בהתלבטות אם מסדרין לבעל חוב או לא, והניחה בפשטות שלהקדש מסדרין, ורצתה הגמ' לומר שא"כ צריך לומר שכשם שבבעל חוב יש חובה להחזיר את המשכון בשעה שצריך לו, ק"ו שיצטרפו להחזיר בהקדש שבו מסדרין לבעל חוב, ועונה הגמ' שבהקדש יש לימוד מיוחד שאין מחזירין שכתוב: 'ולך תהיה צדקה' יצא הקדש שאין צריך צדקה.

עפ"י זה הביא הב"י את דברי התרומות²² שכתב שגזבר של הקדש אינו מצווה להחזיר את המשכון, והוא הדין בכסף של עניין הואיל וממון גבוה אם זכו. ועל פי דברים הללו כתב השו"ע: "אם הוא בעצמו משכנו חייב להחזיר לו, אלא א"כ הממשכן גזבר הקדש או גזבר עניים".

ונראה לי מפשטות לשונו שמדבר על הדין שצריך להחזיר את המשכון בשעה שצריך לו. והרמ"א הוסיף על דברי השו"ע: "והיינו דווקא כלי אוכל נפש.. אבל אם משכנו שאר דברים אע"ג שעובר בלאו מ"מ מה שעשה עשוי ואין צריך להחזיר לו עד שישלם לו.

הסמ"ע (יט) ביאר שהרמ"א לא התכוון לומר שדווקא כלי אוכל נפש צריך להחזיר, אלא החילוק הוא בין דבר שצריך לו, שאותו הוא מצווה להחזיר באדם רגיל ובהקדש לא, וזה מה שנלמד מן הפסוק 'ולך תהיה צדקה', וכפי שביארנו.²³

[ועיין בסעיף ו שם הבאנו שהגר"א הבין בדעת השו"ע והרמב"ם שבכלי אוכל נפש חייב להחזיר מיד, ולא כלשון הרמ"א פה שאף בכלי אוכל נפש אינו מחוייב להשיב סתם כך, אלא בשעה שצריך לו.]

הדינים העולים מסעיף זה:

הלוקח משכון שלא כדין אינו מחוייב להשיבו אלא בשעה שצריך לו, ובהקדש לעולם אינו מחוייב להשיב את המשכון.

ובסעיף ו הבאנו מחלוקת האם בכלי אוכל נפש מחוייב להחזיר מיד או רק בזמן שהלווה צריך להם. לשון השו"ע:

אם הוא בעצמו משכנו, חייב להחזיר לו, אלא אם כן הממשכן גזבר הקדש או גזבר עניים. הגה: והיינו דוקא כלי אוכל נפש, (דהוי) כמו השליח ב"ד. אבל אם משכנו המלוה שאר דברים, אף על גב דעובר בלאו, מכל מקום מה שעשה עשוי ואין צריך להחזיר לו עד שישלם לו (ב"י בשם הרשב"א):

סעיף יג

אם מותר למשכן את הלווה כשנותן מרצונו?

הבאנו לעיל בסעיף ו את דברי בשם הרמ"ה שאם הלווה נותן כלי אוכל נפש מדעתו למשכון, מותר לקחת אותם.

ושבדק הבית דייק שאין כן דעת הרמב"ם הואיל והוא אוסר לקחת משכון אף בשעת הלוואה ושם הבאנו שהכריע שלא כרמב"ם הואיל וכך היא דעת רוב הפוסקים. לשון השו"ע:

אם מדעתו מסר למלוה או לשליח בית דין כלים שעושין בהן אוכל נפש, מותר לקחתם:

סעיף יד

שלא למשכן אלמנה, ושמותר למשכן בעבור שאר חובות שאינם הלוואה

כתוב בתורה (דברים כד, יז):

"ולא תחבל בגד אלמנה"

ובמשנה בב"מ קטו.

¹⁹ ח"ב סוף סימן רכה.

²⁰ נתיב ו חלק ב.

²¹ עיין שם בקצות שהוכיח שהתוס' ודאי לא קיבלו את התירץ הראשון.

²² שער א חלק ו סימן ה.

²³ ועיין בגר"א (כה) שנתקשה מאוד בלשון השו"ע והרמ"א הללו ועיין בהשמטות שהובאו בספר באר אליהו הערה 7 שם כתב הגר"א שלשון השו"ע תמוה שסותר לכאורה את הגמ' בתמורה שאף אם לקח שלא כדין אינו מצווה להשיב, ונראה שהגר"א הבין שהשו"ע עסק בדין זה שלקח שלא כדין וכתב שגם לשון הרמ"א קשה שביאר את דברי השו"ע דווקא בכלי אוכל נפש והחילוק שמבואר בגמ' הוא בין דבר שצריך לו ושלא צריך לו וכפי שכתב הסמ"ע וסיים יחדברים תמוהים מאוד וא"י להולמו.

אך לי נראה בפשטות שהשו"ע עסק כאן בחיוב החזרה בשעת הצורך, ולא עסק כאן כלל בכלי אוכל נפש. ודחקו של הגר"א בלשון השו"ע ובסדר של ההלכות אינם קשים לי, שאין דרכו של השו"ע לדקדק בזה.

אלמנה, בין שהיא ענייה בין שהיא עשירה – אין ממשכנין אותה, שנאמר ולא תחבל בגד אלמנה. **וכתב הבי"י בשם הנימוק**²⁴, **שמדברי הרמב"ם**²⁵ עולה שהאיסור לחבול באלמנה הוא גם בחוץ, וגם ע"י שליח ב"ד. והביא שכן כתוב בתוס רא"ש בד"ה אלמנה, וכן כתב התרומות²⁶. **הרמב"ם כתב** שאם לקח מן האלמנה מוציאים ממנו בעל כרחו, וכבר הבאנו בסעיף ו שנחלקו הסמ"ע והגר"א בדעת הרמב"ם והשו"ע האם מוציאים ממנו מיד, או רק בשעה שצריכה לזה.

מהו הטעם שלא יחבול אלמנה והאם ניתן למשכן גרושה, ומה הדין בפנויה?

הגמ' מביאה שנחלקו רבי שמעון ורבי יהודה, האם האיסור למשכן אלמנה הוא דווקא בענייה או גם בעשירה שלדעת ר' יהודה האיסור הוא בין עניה ובין עשירה וכך אנו פוסקים, ולדעת רבי שמעון עשירה – האיסור הוא בענייה בלבד, והטעם הוא מפני שבענייה הוא יהיה מוכרח להחזיר לה כל פעם את המשכון ובוה יוציא עליה שם רע שנכנס ויוצא אצלה כל הזמן, ור' שמעון לשיטתו שדורש את טעמם של דיני התורה.

הסמ"ע (כב) הבין שלפי ר' יהודה יש טעם אחר לאיסור, והוא מפני שתשש כוחה כדרך הנשים, ואין לה עוזר וסומך ולכן הסיק שהוא הדין שאסור לחבול בגרושה, אך בפנויה מותר, הואיל והיא ברשות אביה. **והש"ך (א) השיג על דבריו וכתב** שודאי טעמו של הסמ"ע אינו נכון, שהרי מכריחים את האלמנה לשלם, והטעם הוא בכדי שלא לצער אותה שלבה שבור ודואג תמיד, וטעם זה לא שייך בגרושה, וכתב שלפי ר"ש אפילו באלמנה עשירה מותר לחבול, ובוה חולק עליו ת"ק אבל בגרושה אף ת"ק יודה שמותר למשכן. **והט"ז כתב** שדין זה נוהג בכל אישה, פנויה גרושה ובתולה, אלא שדבר הכתוב בלשון הוה שדרכה של אלמנה להיות במשא ומתן, והאריך להוכיח זאת. **יש לציין לדברי הרמב"ם בפירוש המשניות** שכתב שטעם האיסור לחבול אלמנה הוא כפי שכתב ר"ש, אלא שהתורה השווה מידותיה אף במקום שהטעם לא שייך.

האם האיסור למשכן אלמנה הוא דווקא בבגדים?

כתב הפת"ש (ב) בשם רע"א על המשנה אות עז שכתב שמסתימת הפוסקים נראה שהאיסור למשכן אלמנה הוא בכל חפץ, ומה שכתוב בתורה 'בגד' הוא לאו דווקא. **אך כתב שבשלטי גיבורים בשם ריא"ז כתוב** שלא נאסר אלא בגד לבישתה ומצעותיה, אבל שאר כלים מותר למשכנה.

האם מותר לעכב בגדי אלמנה הנמצאים ביד המלווה?

עוד הביא הפת"ש ת' חת"ס²⁷ **שכתב:** "והמלבושים של האלמנה הסגורים בחותמך, אם אין טענה על המלבושים עצמם רק שהם חבולים על תביעה אחרת, קרוב הדבר ליגע בלאו דלא תחבול, אף על גב שאפשר שלא הוצאת אותם מביתה רק סגורים בדרך עיקול, ויש לדון בזה, ולדינא צ"ע, מ"מ לאו משנת חסידים היא".

הממושכן אלמנה שלא בעדים אם נאמן במיגו לומר שהיא חייבת לו?

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה (ג,א): "ואם חבל מחזירין ממנו בעל כרחו ואם תודה לו תשלם ואם תכפור תשבע, אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה". **מדברי הרמב"ם** עולה שאם היא אינה מודה שחייבת, היא יכולה להשבע ולהפטר. **וכתב הסמ"ע (כד)** שזה דווקא במקרה שמשכנה בעדים, שאם לא כן יש למלוה מיגו שיכל לטעון שלא משכנה, ולכן נאמן לומר שחייבת לו, אך התקשה הסמ"ע שלפי זה אין שום חידוש בכך שאם תכפור תשבע ותפטר, שאפילו אם החפץ היה נשאר בידו ולא היה משיב לה כלל שהרי יש עדים שמשכנה ואין לו מיגו. **והש"ך כתב (ג) שודאי דברי הסמ"ע נכונים** ואין שום דוחק בדבר, שהרמב"ם בא לחדש שלא נחשוב שלא נגבה ממנה כלל הואיל והיא אלמנה, והביא שכ"כ הריב"ש בסימן תפח בדעת הרמב"ם והביאו הכ"מ שם. **והשיג על דברי התרומות**²⁸ **שהבין בדעת הרמב"ם** שאף כשתפס בלא עדים, אינו נאמן, ושם נשאר התרומות בצ"ע. **והגידולי תרומה השיג על ישובו של הריב"ש** וכתב שלא נראה שהרמב"ם בא לחדש שגובים מן האלמנה, שלא בזה עוסקת הלכה זו, ולכן ביאר שמוכח שהרמב"ם דיבר במקרה שיש עדים מסוף ההלכה שכתב שאם אבד המשכון לוקה, ושם ודאי מדובר שיש עדים. **והש"ך כתב** שאין דוחק כלל בישוב הריב"ש.

הממושכן אלמנה /לווה בכלי אוכל נפש/לווה מביתו והמשכון אבד באונס, אם חייב לשלם יותר מכדי שווי החוב?

הבאנו את דברי הרמב"ם שסבר שאם אבד המשכון או נשרף קודם שיחזיר לוקה. וכ"כ הרמב"ם לענין חובל כלי אוכל נפש, וממשכן לוה בביתו.

²⁴ ב"מ ע. ד"ה מתני'.

²⁵ מלוה ולוה ג, א.

²⁶ שער א חלק ד.

²⁷ אבן העזר ח"ב סוף סימן קלו.

²⁸ שער מט חלק יד אות ב.

סימן צז

והראב"ד השיג עליו בכל המקומות וכתב שזה אינו, מפני שהתחייב באונסיו. **וביאר המגיד משנה** שהואיל והוא חייב באונסיו וחייב באונסיו הוא אינו חייב לשלם שזהו לאו הניתק לתשלומין, וביאר שהרמב"ם סבר שאין זה לאו הניתק לתשלומין, הואיל והאיסור ליטול את המשכון הוא לא מכח שלוקח ממון חבירו, שהרי שלו לוקח ואינו גזלן, אלא זהו איסור אחר שאינו ניתן להשבון. **והקשה המ"מ** כיצד הוא לוקח ומשלם **ותירץ** שהסיבה שחייב באונסין אינו מדין תשלומין, אלא שלקח על דעת שאם יאבד את המשכון, יפקע חובו בשווי הממון הזה, ויוצא שהתשלום אינו על הלאו. **וכתב הקצות (ה)** שלפי דבריו יוצא שהמשכון אינו נחשב גזלן, וזה כנגד דברי הש"ך בסימן עב ס"ק ט שכתב שהחובה הוא משום שהוא גזלן.

עוד כתב הקצות שלפי המ"מ יוצא שאינו חייב באונסין אלא בשווי חובו, ואם המשכון שווה יותר אינו חייב עליו, כנגד דברי הש"ך שם בסימן עב **וצידד הקצות כדעת המ"מ ודלא כש"ך**. וטען הקצות שמהפסוק השב תשיב אנו למדים שמחויב להחזיר את המשכון בשעה שצריך לו, ומשמע שאינו נחשב כגזלן שא"כ היה מוטלת עליו החובה להשיב מיד את המשכון.²⁹ לשון השו"ע:

אלמנה, בין שהיא עניה בין שהיא עשירה, אין ממשכנין אותה שלא בשעת הלואה, ואפילו שליח בית דין. ואם עבר וחבל בגד אלמנה, מחזירין ממנו בעל כרחו; ואם תודה, תשלם, ואם תכפור, תשבע. אבד המשכון או נשרף, קודם שיחזיר, לוקה.

שמותר למשכן בעבור שאר חובות

לשון הגמ' ב"מ קטו.

תנו רבנן: לא תבא אל ביתו לעבט עבטו. לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לביתו של ערב. לצד שני: לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לשכר כתף, לשכר חמר, לשכר פונדק, לשכר דיוקנאות. יכול אפילו זקפן עליו במלוה - תלמוד לומר משאת מאומה. **מבואר בגמרא** שהאיסור למשכן תקף רק לגבי הלואה ולא לגבי הערב, וכן לא לגבי חובות אחרים, אלא אם כן זקף עליהם את החובות בתורת מלוה, שבזה חזר דינם להיות ככל מלוה. **וכתב הטור** שאם הוא ערב קבלן דינו כלוה רגיל וכל הדינים הללו נוהגים בו, **ומקורו בתרומות**.³⁰ **וכתב הש"ך (ו) בשם היראים** שאף אם גזל וגזילתו בעין או שהוציאה ולא נזקף דמי גזילתו במלוה, מותר למשכנו.

האם איסור לקחת כלי אוכל נפש ודין השבת העבט שייכים בערב ובשאר חובות?

כתב הטור בשם הרמ"ה שהשוני בין לווה לערב הוא רק לעניין האיסור למשכן אבל לענין איסור לקחת כלי אוכל נפש והשבת העבט דינם שווה, **והביא הב"ח שבגירסאות אחרות בטור נוסף** שכן הוא הדין לגבי שאר החובות. **וכתב הב"י שכן נראה מדעת הרמב"ם, וביאר בכנסת הגדולה** שכוונתו לכך שהרמב"ם כתב שיהערב מותר למשכן בזרוע ולהכנס לביתו וליטול המשכון.. וכן מי שיש לו שכר אצל חבירו בין שכר מלאכתו בין שכר בהמתו וכליו בין שכר ביתו ה"ז מותר למשכנו שלא ע"פ ב"ד ונכנס לביתו ונוטל המשכון בשכרו" ומשמע שרק לעניין זה שונה דיניהם. **אך כתב הכנה"ג** שאין דיוק זה מוכרח שיתכן שהרמב"ם נקט את לשון הברייתא. **בסעיף כט** הביא הטור מחלוקת בין התרומות לרמ"ה שלדעת התרומות אין מסדרין לבעל חוב בשאר חובות, ולמד כן מכך שאין בהם איסור של לקיחת כלי אוכל נפש והשבת העבט, ומבואר שחולק על הרמ"ה הנ"ל, ושם הביא הטור שאכן הרמ"ה חולק. **השו"ע** לא הזכיר כאן את דברי הרמ"ה, **והרמ"א** הוסיף בלשון 'ויש אומרים'. **ובסעיף כח לעניין סידור בעל חוב הביא השו"ע את ב' הדיעות** דעת התרומות בלשון 'יש מי שאומר' ודעת הרמ"ה בלשון 'יש אומרים'. לשון השו"ע:

במה דברים אמורים שאסור למשכנו הוא בעצמו, ושאסור ליכנס לביתו למשכנו אפילו שליח ב"ד, ללוה; אבל לערב, מותר למשכן בזרוע שלא על פי בית דין, וליכנס לביתו ליטול המשכון, (ו"א מכל מקום לענין שלא למשכן כלי אוכל נפש אין חלוק בין ערב ללוה) (טור בשם הרמ"ה); אלא אם כן הוא ערב קבלן, שאז דינו כלוה. וכן מי שיש לו שכר אצל חבירו, בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו, מותר למשכנו שלא על פי ב"ד, וליכנס לביתו למשכנו; ואם זקף עליו השכר בהלואה, אסור.

²⁹ ועיין בהערה 11 שם הבאנו את דברי ר' דניאל שכתב שמדעת הרמב"ם נראה שסובר שבמצבים אלו הוא נחשב כגזלן וכדעת הש"ך, ובאמת מצווה להשיב מיד, ולא רק בשעה שהלוה צריך לו, ושהפסוק 'השב תשיב' אינו מוסב עליהם כלל, והחובה להחזיר הינה מדין גזל, ובזה מבואר מדוע הם נחשבים כלאו הניתק לעשה. ³⁰ שער א, ח"ג סימן ג.

סעיף טו

אם מותר להכנס לביתו בתורת גבייה, ואם מותר למשכן למי שהוא רע מעללים?

הטור הביא את דברי הרמ"ה שכתב שהתורה לא אסרה לשליח ב"ד להיכנס לבית הלווה אלא כשאפשר לגבות את החוב ממקום אחר, וכתב שאף שלא כתוב כן בגמרא, ראה לכתוב מה שמסתבר לו, שמלאכת שמים היא, ואעפ"כ לא רצה להורות כן למעשה אלא בלווה שאומדים שיש לו, ולא מצאו מטלטלין או קרקע בחוץ, שאין לך נעילת דלת גדולה מזה.

עוד הביא הטור תשובת הרי"ף שכתב שאם הלווה הוא אלם ורע מעללים ומעיו פניו מלפרוע חובו, מותר להיכנס לביתו לדעת מצפוניו אפילו ע"י שליח גוי, כמו שממשכנים על הצדקה (ב"ב ח:).

והביא הטור בשם התרומות³¹ שכתב שאין לעשות כן אלא מדוחק גדול, מפני שיש לחלק ולומר שבצדקה ומיסים הדין שונה ששם אין איסור 'לא תבוא אל ביתו'.

עוד כתב הטור שלפי ר"ת אין אנו צריכים להיתר זה שלשיטתו אין שום איסור לשליח ב"ד לגבות מן הלווה ורק למשכן אסור. [הובאו דבריו בסעיף א].

והב"י בבדק הבית כתב שסברת ר"ת סברה ישרה היא, ושיש לסמוך על דבריו ועל הרי"ף במי שיש לו נכסים ומבריחים.

וכתב עוד בבדק הבית שאף שמדברי הרמב"ם בפרק ב הלכה ב משמע שאינו מתיר למשכן גם כשאינו יכול לקחת באופן אחר רשע, אך אף הוא השאיר פתח לכוף את הרשע וכתב שם בהלכה ד:

וכן אני אומר שמי שהחזיק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כח בדין לעשותו עד שיפרע בעל חובו או לנדונו עד שיתן יעשה מאחר שהוא אמוד שפריעת בעל חוב מצוה, כללו של דבר כל שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דיניו ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים.

וכתב בבדק הבית שאף על פי שכתב המ"מ שאין לכל בית דין כח בזה אלא אם כן הוא בית דין חשוב בחכמה ובחסידות ומשרבו הדיינים שאינם מומחים יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו, מכל מקום כיון שלפי רבינו תם בשורת הדין יש לעשות כן ולדעת הרי"ף והרמ"ה מותר לעשות כן משום נעילת דלת, כך יש לעשות למי שמוחזק שיש לו נכסים.

ובסעיף א הבאנו את דברי הקצות שהביא שמדברי הנימוק³² נראה שלדעת ר"ת מותר אף למלווה עצמו להכנס לביתו לגבות, והשיג עליו בזה, שנראה שלא התיר ר"ת אלא לשליח ב"ד [ועיין שם מה שכתב לענין לקיחת משכון במקום שללא זה לא תהיה לו ראייה].

אם מותר לכוף את הלווה לעשות מלאכה כדי לפרוע, ובאיזה דרכים ניתן לחייבו לשלם?

הוסיף הטור בשם ר"ת שמכל מקום אסור לכפות על הלווה להשכיר את עצמו, ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע.

עוד הביא בשם אביו בת' כלל סח סימן י שאפילו אם התנה הלווה שהמלווה יוכל לתפוס את גופו בעבור החוב וכתב זאת בשטר אין זה מועיל. **והביא הב"י שכן כתב הרשב"א בתשובה**³², **ובריב"ש**³³.

וביאר הסמ"ע (כט) שהוא משום 'לי בני ישראל עבדים', שהשם יתברך הוא קודם.

אך כתב הב"י שמצא כתוב בשם האגודה שאדם שיש לו ואינו משלם, חובשים אותו. **והביא ראייה** משבת קכא: שם מסופר שאבי מרי היה חייב כסף לאנשי ראש הגלות וכפוהו.

ודחה הב"י את ראייתו ששם מדובר בעבדים פרוצים, ועשו שלא מן הדין.

והדרכי משה (ג) כתב שאין דבר זה צריך ראייה, שפשוט הוא שכופים בכל מה שאפשר את הלווה לשלם, שכופים על מצוות עשה עד שתצא נפשו.

וכתב הד"מ שהרא"ש והרשב"א דיברו במי שאין לו לשלם. **והביא שכי"כ הריב"ש**, **עוד הביא בשם הריב"ש** שאם נשבע להיות חבוש עד שישלם צריך לקיים שבועתו אפילו אם אין לו כסף. וכך פסק הרמ"א.

הפת"ש (ה) הביא שהשער משפט דייק שיש מחלוקת ראשונים אם למרות שלא ניתן לכופו לעשות מלאכה אם מוטלת עליו החובה להשכיר את עצמו כדי לפרוע.

עוד הביא הפת"ש (ו) שכתב הפלפולא חריפתא³⁴ שראוי לתקן תקנות שלא מן הדין כגון תפיסת גופו, כדי שלא תנעול דלת בפני לווים. **והביא עוד** שהתומים כתב שכן נוהגים לחבוש, אולי משום שכולם הם בחזקת מבריחים נכסיהם. **וכתב שצ"ע**, כי אין להם על מה שיסמוכו.

לשון השו"ע:

יש מי שאומר שאין שליח בית דין אסור ליכנס לביתו למשכנו, אלא במשכנו להיות בטוח ממעותיו, ולא הגיע זמן הפרעון. אבל כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו, וזה אינו רוצה לפרוע, והוא בחזקה שיש לו מטלטלין ומבריחים, שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו, ויפרע לזה חובו, שפריעת בע"ח מצוה, ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה. אבל אין כופין אותו להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע. ואפילו התנה על עצמו שיתפוש המלוה את גופו, וכתב לו זה בשטר, אינו מועיל, ואינו יכול לא לאסרו ולא להשתעבד בו. הגה: ודוקא שאין לו לשלם. אבל

³¹ שער א חלק ג אות ב.

³² ח"א אלף סט.

³³ סי' תפד.

³⁴ ב"מ פרק ה סימן לח.

סימן צז

אם יש לו, ואינו רוצה לשלם, ב"ד חובשין אותו והיו מכין אותו עד שתצא נפשו וכופין אותו לשלם (ד"ע באגודה פ' כל כתבי וריב"ש סי' תפ"ד וכמ"ש הטור). ו"א דאפי' אם אין לו לשלם, אם נשבע להיות חבוש עד שישלם, צריך לקיים שבועתו (ריב"ש סי' תפ"ד). ועיין לקמן סוף הסימן:

סעיף טז

מצוות השבת העבוט

התורה הזהירה על חובת השבת העבוט בבי מקומות:
בשמות כב (כה-ו) כתוב "אם חבל תחבל שלמת רעך עד בא השמש תשיבנו לו. כי הוא כסותה (קרי כסותו) לבדה הוא שמלתו לערו במה ישכב והיה כי יצעק אלי ושמעתי כי חנון אני."
ובדברים כד (יב-ג) כתוב "ואם איש עני הוא לא תשכב בעבטו. השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ושכב בשלמתו וברכך ולך תהיה צדקה לפני ה' אלקיך."
עפ"ז אומרת המשנה (קיג) "ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום". והגמרא (קיד): מסיקה שהפסוקים בשמות מדברים בכסות יום, והפסוקים בדברים מדברים בכסות לילה. ו"לא תשכב בעבטו" ר"ל שלא תשכב ועדיין עבטו אצלך.
ובברייתא שם (קטו) מפורש שהתועלת למלוה בלקיחת משכון הוא ששביעית לא תשמט, וגם שאם ימות הלווה לא יהיה דינו כימטלטלי דיתמי' שאין גובים מהם.
בעוד ברייתא שם, לפי מה שהגיה רבא בה מפורש שכל החובה להשיב את העבוט הוא דווקא כשלקח את המשכון שלא בשעת הלואה, אבל משכון שלקח בשעת הלואה אינו צריך להחזיר, וכן הלוקח משכון בשעת הלואה אינו עובר על 'כל שמות האלו'. ורש"י פירש דהיינו 'השב תשיב', 'לא תשכב' ויעד בא השמש תשיבנו לו.
וכתב הסמ"ע (לד) בשם המרדכי שאף אם לקח בשעת הלוואתו אינו רשאי למכור דברים שהלווה צריך אותם באופן קבוע, וצריך לחכות עד שיפדו, ומי"מ אינו מחוייב להשיבו ויכול לעכבם אצלו.

האם כופים על מצוות השבת העבוט?

הב"י הביא את התשובות המיוחסות לרמב"ן סימן פח שכתב שהחזרת העבוט היא מצוה שמתן שכרה כתוב בצדה, ואין ב"ד מצווים לכופ עליה. אמנם אם רוצים יכולים לכופ עליה, ולמד זאת מדברי הירושלמי בב"ב פרק ה הלכה ה, שם כתוב שכל מצוות עשה שמתן שכרה בצידה אין ב"ד מוזהרים אלא, וביאר ר' בו בר חייה שהכוונה שאינם נענשים עליהם. **וכן פסק הרמ"א להלכה**.

הקצות (ט) כתב שלכאורה דין זה תלוי במחלוקת הפוסקים שהרי תוס' בב"ב³⁵ כתבו שלעניין צדקה ב"ד כופים על אף שזו מצוות עשה שמתן שכרה בצידה מפני שכתוב בה הלאוים של לא תאמץ ולא תקפוץ, וא"כ גם גך צריך להיות הדין שכופים שכתוב 'לא תשכב ועבוטו אצלך', ואף הרמב"ן סבר לעניין צדקה שכופים. **וכתב הקצות** שצריך לומר שהתשובות המיוחסות לרמב"ן הם דברי הרשב"א שסובר שראף לעניין צדקה אין כופים,

ולכן כתב הקצות להלכה שאנו שפוסקים שכופים על הצדקה, צריכים לומר שאף כאן יש לכופ, וכתב הקצות שבמקום שמשכן שלא ברשות ועבר על לאו בזה נראה פשוט שיש לכופו להחזיר את העבוט. לשון השו"ע:

אחד הממשכן את חבירו בבית דין, ואחד שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה, אם איש עני הוא ומשכנו דבר שהוא צריך לו, הרי זה מצוה להחזיר לו העבוט בעת שהוא צריך לו. מחזיר לו את הכר בלילה כדי לישן עליו, ואת המחרישה ביום כדי לעשות מלאכתו. א"כ מה מועיל לו המשכון, כדי שלא ישמיט החוב בשביעית, ולא יעשה מטלטלים אצל בניו, אלא יפרע מהמשכון אחר שמת הלוה. בד"א, כשמשכנו שלא בשעת הלוואתו. אבל אם משכנו בשעת הלוואתו, אינו חייב להחזיר לו. הגה: מצות השבת העבוט הוא מצות עשה שמתן שכרה כתוב בצדה, ולכן אין בית דין של מטה מחוייבין לכופ עליה, אבל אם רוצים לכופ, הרשות בידם (תשובת הרמב"ן סימן פ"ה /פ"ח/). ועיין בי"ד ריש סימן ר"מ:

סעיף יז

כיצד שליח בי"ד ממשכן, ואם צריך להשאיר לו את החפצים שמשאירים

בסידור?

לשון הגמ' בי"מ קיג:

ושליח בית דין שבא למשכנו - הרי זה נכנס לביתו וממשכנו. ולא ימשכנו דברים שעושין בהן אוכל נפש. ונותן מטה, ומטה ומצע - לעשיר. מטה, ומטה ומפץ - לעני. לו, אבל לא לאשתו, ולא לבניו ולבנותיו. כדרך שמסדרין לבעל חוב כך מסדרין בערכין. - כלפי לייא? עיקר סידור בערכין כתיב! - אלא אימא: כדרך שמסדרין בערכין - כך מסדרין בבעל חוב.

³⁵ ח: ד"ה 'אכפיה'

אמר מר: נותן מטה ומטה ומצע לעשיר, מטה ומטה ומפץ לעני. למאן? אילימא לאשתו ולבניו ולבנותיו - הא אמרת: לו, אבל לא לאשתו ולבניו ולבנותיו! אלא, אידי ואידי לדידה, תרתי למה לז? - חזא דאכיל עלה, וחזא דזג עלה

מבואר מברייתא זו ששלח ב"ד שבא למשכן אינו לוקח כלי אוכל נפש, ודין זה התבאר כבר לעיל, וכן התבאר שצריך להשאיר ב' מיטות אחת לאכילה ואחת לשינה, וכן צריך להשאיר מפץ לעני ומצע לעשיר. **הרמב"ם בהלכות מלוה פרק ג הלכה ו** הביא דין זה, אך הזכיר שמשאירים לו רק מיטה אחת.

ותמה על כך הב"י וכתב שאולי סמך על מ"ש בפ"א (ה"ז) לגבי סידור בשעת גבייה.³⁶ **הרא"ש התקשה בדין זה** ושאל שמברייתא זאת נראה שאין שליח ב"ד יכול לקחת כלל את הכלים אותם צריך הלווה, ואילו בסעיף לפני כן למדנו שניתן למשכן את הכר והמחרישה אלא שמצווה להחזירו לו בשעה שצריך לו מדין השבת העבוט, **והרא"ש הבין** שמשאירים לו את המיטה והמצע מן הדין שנביא לקמן בסעיפים הבאים שמסדרין לבעל חוב ועל כן כתב שלא ניתן לומר שהכוונה כאן שלוקח את המיטה ומשיבו בשעה שצריך, שהרי לעניין סידור מבואר בערכין שאינו לוקח כלל.

הרא"ש תירץ בשם ר"ת שדין השבת העבוט המבואר בסעיף הקודם, הוא דווקא שלוקח על מנת למשכן, ובוזא אינו מצווה להשאיר לו כלום, ומחזיר לו בשעת הצורך, אבל כאן בברייתא מדובר כשרוצה לגבות את החוב, ובוזא מסדרין לבעל חוב,³⁷ ומה שנוטל אינו מחזיר לעולם.

ולפי פירוש זה הברייתא שכתבה שמשאירים לו מיטה, לא עסקה בדיני משכון אלא בדיני גבייה. **הב"י כתב שאף הרמב"ם בפרק ג הלכה ה** מסכים לדברי ר"ת הללו וסובר שבשעת משכון מותר לקחת הכל, ואין חובת סידור, אך בניגוד לר"ת סובר הרמב"ם שמכל מקום חייב להשאיר לו מטה ומצע וכו',³⁸

ולשיטתו הברייתא מתפרשת כפשטה לעניין משכון.³⁹ **נראה שהטור לא הבין כך את הרמב"ם** והבין שהרמב"ם סובר שאף בשעת משכון מסדרים לבעל חוב, ולכן התקשה מדוע כתב הרמב"ם שמחזיר כלי יום בלילה וכלי לילה ביום, והרי אינו יכול לקחת כלל?

וכתב הב"י שאין קושיא כלל הואיל והרמב"ם סובר שאין מסדרים לבעל חוב בשעת משכון, וכפי שביארנו, **אך נתקשה הב"י** מדוע כתב הרמב"ם שחייב להשיב כרית בלילה, ולכאורה דין כרית צריך להיות כמיטה שאינו יכול לקחתה כלל, **ותירץ** שניתן לומר ששם מדובר במקרה שכבר לקח שלא כדין. **ובבדק הבית** תירץ שנראה שיש חילוק בין מיטה שאסור לקחת לבין כרית שמותר לקחת ומצווה להחזיר בשעה שצריך לו.⁴⁰

וביאר הסמ"ע (לו) שהטעם שצריך לדעת הרמב"ם להשאיר מיטה וכו' אף כשבא למשכן ואף שבוזא אין מסדרין לבעל חוב, זה מפני שאלו דברים שלא ניתן זולתם, ובוזא רצה לבאר גם מדוע הרמב"ם כתב שמשאירים רק מיטה אחת, מפני שאת השנייה ניתן לקחת ולהחזירה בלילה כמו כרית.

לעומת שיטות אלו הסוברות שדין סידור לא שייך במשכון, עומדת דעת הרמב"ם⁴¹ שסובר שדין סידור שייך במשכון כגבייה, וביאר שהברייתא כתבה שמשאירים רק מיטה ולא הזכיר את שאר הדברים השייכים בסידור מפני שסמכה על המשנה בערכין.⁴² והביא המ"מ שכן דעת הרשב"א, וכ"ה בשטמ"ק.⁴³

ובב"י הביא ת' הרשב"א⁴⁴ שממנו עולה שהוא שיטה רביעית הסוברת שדין סידור שייך רק במשכון, אבל בגבייה, או גובים אפילו מיגלימא דעל כתפיה.

הטור הביא שאף הראב"ד סבר כדעת הרא"ש ור"ת שלעניין משכון אין מסדרין לבעל חוב, ורק לעניין גביה מסדרין, אלא שהראב"ד סבר שהכל תלוי בדעת הלווה, אם רוצה לפרוע כעת מסדרין לו, וגובים את השאר, ואם אינו רוצה לפרוע כעת, ממשכנין אותו ואין משאירים לו כלום.

והטור השיג עליו בזה וכתב שהכל תלוי בדעת המלווה, שאם רוצה לגבות חובו, מסדר לבעל חוב ומשאיר את השאר, ואם אינו רוצה אלא למשכן, אינו צריך לסדר כלל.

וכתב הב"י שאף הראב"ד לא יתכוון שהמלווה יחכה ללווה לעולם כל עוד הוא אינו רוצה למכור נכסיו, אלא רק שבתחילה יכול הלווה להחליט אם רוצה שיגבו ממנו מיד, או שרק ימשכנוהו, וביאר בפרישה שכוונתו שתוך ל' יום זכותו שלא יגבו ממנו וילקח רק בתורת משכון, אבל לאחר ל' יום רשאי המוכר לגבות מן המשכון אף לדעת הראב"ד ודין זה יתבאר בסעיף הבא.

הטור פסק להלכה כדעת ר"ת.

אך בבדק הבית כתב שהלכה כדעת הרמב"ם מפני שישוויין בדיניה ממונות כוותיה'. **וכן פסק בשו"ע** אך הוסיף שמשאירים לו ב' מטות.

³⁶ ועיין ביד פשוטה שביאר שכלל זה במה שכתב רמב"ם 'וכלי שאוכל בו' שהרי מיטה זו נועדה לאכילה, ויש בפירוש זה מן הדוחק, ועיין באבן האזל שהבין שהרמב"ם הבין כדעת ר"ת שדין זה של ב' מיטות נאמר דווקא לעניין גביה והשיג בזה על הלח"מ, ובאמת יש דוחק ברמב"ם הנ"ל ולא מצאתי ישוב מספק.

³⁷ לקמן נביא שר"ת עצמו סבר שלהלכה נפסק שאין מסדרין לבעל חוב.

³⁸ **וביאר ר' דניאל בסיכומו 'לקיחת משכון וסידור'** שנראה שסברת הרמב"ם היא שדין השארת המיטה נלמד מדין השבת העבוט, אלא שדברים אלה נצרכים תמיד ולכן אין ללוקחם כלל.

³⁹ עיין בהערה 36 שהבאנו שאבן האזל לא הבין כך.

⁴⁰ והוא המסתבר, מלבד שהתירוץ הראשון הינו אוקימתא, גם לכאורה הוא לא ניתן להאמר אם נבין את דברי הרמב"ם כפי שהבינו הגר"א והובאו דבריו לעיל בעמוד **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. שאם משכן שלא כדין מחוייב להשיב מיד, ולא רק בשעה שצריך לו, ועיין הערה **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**..

⁴¹ קיד. ד"ה ודין.

⁴² ונראה שצריך לומר כך גם לשיטת ר"ת שביאר שמדובר פה לעניין גביה ומדין של סידור לבעל חוב.

⁴³ ב"מ קיג: ד"ה כללא.

⁴⁴ חלק ד סימן קי.

סימן צז

והסמ"ע השיג עליו לשיטתו שדי להשאיר לו מיטה אחת.
לשון השו"ע:

שליח בית דין שבא למשכן, לא ימשכן דברים שאי אפשר ליתן אותם משכון, כגון בגד שעליו וכלי שאוכל בו וכיוצא באלו, ומניח מטה לישיב עליה ומטה ומצע הראויים לו לישן עליהם, ואם היה עני מטה ומפץ לישן עליו. וכל הנמצא בידו חוץ מאלו, יש לו למשכנו, ויחזיר לו כלי היום ביום וכלי הלילה בלילה, וכן מחזיר לו כלי אומנות ביום:

סעיף יח

עד מתי צריך להחזיר את המשכון?

לשון המשנה בב"מ דף קיג.

היו לו שני כלים - נוטל אחד ומניח אחד, ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום. ואם מת - אינו מחזיר ליורשיו. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אף לעצמו אינו מחזיר אלא עד שלשים יום,

ומשלשים יום ולהלן מוכרן בבית דין.

בתחילת הקט שהבאנו ממשנה מבואר שאם היו ללווה ב' כלים, נוטל המלווה אחד ומניח אחד, וביאר רש"י שהכוונה שאם יש לו ב' כלים שאחד צריך ליום ואחד ללילה, אז יקח המלווה תמיד אחד וישיב לו כשצריך אותו ויחסור ויקח את השני.

עוד מבואר בהמשך שאם המלווה לקח משכון מהלווה ומת, הוא אינו צריך להשיב את המשכון ליתומים, ויכול לגבות ממשכון זה ששוב אין למשכון זה דין 'מטלטלי דיתמי' והבאנו דין זה כבר בסעיף טז. ויובא גם לקמן סעיף יט.

עוד מבואר שלדעת רשב"ג אף אם הלווה חי הוא אינו מחוייב להשיב את המשכון אלא בתוך ל' יום, ולאחר ל' יום זכותו למכור את המשכון בב"ד.

ובגמרא בעמוד ב מבארת הגמ' שרשב"ג סובר שאין מסדרים לבע"ח כלל, שהרי לדעתו כל בני ישראל בני מלכים הם, ואם היינו מסדרים לבעל החוב, היה לנו להשאיר לו את כל הנכסים.

כתב הרמב"ם בפרק ג הלכה יג כתב: "ואם היה המשכון מדברים שאינו צריך להם ואין מניחין אותו ללווה, הרי זה מניחו אצלו עד שלשים יום, ומשלשים יום ואילך מוכר המשכון בבית דין."

ונראה שלמד את זה מדברי רשב"ג, והבין שת"ק לא חלק אלא בכלים הנצרכים, שעליהם חלה חובת ההשבה לעולם, אבל בדברים שאינם צריכים רשאי לגבותם לאחר ל' יום [ועיין גר"א סא].

בסעיף הקודם הבאנו שהראב"ד סבור שהלווה יכול להחליט אם ימשכנו אותו או יגבו אותו, ושם הבאנו בשם הב"י והפרישה שאף הוא מודה שלאחר ל' יום ניתן לגבות ממנו בדברים שאינו צריך להם אף ללא רצונו.

ובסעיף כב נביא את דברי הרא"ש שכתב שלאחר ל' יום צריך להשיב את המשכון ואז לגבותו שוב ע"פ ב"ד בתורת גביה.

לשון השו"ע:

היו לו שני כלים, נוטל אחד ומחזיר אחד. עד מתי הוא חייב להחזיר וליקח, עד לעולם. ואם היה המשכון מדברים שאינו צריך להם, ואין מניחים אותה ללווה, הרי זה מניחו אצלו עד שלשים יום, ומשלשים יום ואילך מוכרו בב"ד:

סעיף יט

לקח משכון ומת המלווה, יכול לגבות מן המשכון

לשון השו"ע:

אם מת הלווה אחר שהשיב לו המשכון, שומטו מעל בניו ואינו מחזיר:
דין זה התבאר בסעיף טז שכתבה הגמ' שלכך מועיל לקחת משכון, שיוכל לגבות מבניו, עיי"ש.

סעיף כ

אף לעשיר חייב להשיב המשכון אם אין לו מטלטלים אלא אלו

לשון השו"ע:

אפילו הוא עשיר הרבה בקרקעות, ואין לו מטלטלים אלא אלו שמשכן, צריך להחזירם לו. אבל אם יש לו מטלטלים אחרים, שאין צריך לאלו, אין צריך להחזיר לו:
מקור דין זה בטור.

סעיף כא

צריך המלווה להחזיר המשכון בעדים, ומה הדין כשהלווה החזיר שלא בעדים?

כתב הטור בשם הרב יהודה ברצלוני שצריך להחזיר את המשכון ללווה בעדים, ולהתרות בלווה שלא להחזיר לו אלא בעדים, שאל"כ נאמן הלווה לומר שהחזיר. וגם נאמן לטעון שפרע, במגו דהחזרתיו לך. ומקורו בתרומות⁴⁵, וכ"פ בשו"ע וברמ"א.

⁴⁵ שער א חלק ו סימן ד.

וביאר הסמ"ע (מג) שכשאין ללוה מיגו שהחזיר הוא אינו נאמן לטעון פרעתי, על אף שבד"כ נאמן בטענת פרעתי אף בלא מיגו, והטעם הוא שכאן אינו נאמן הוא מכיון שכאן כבר לקח המלוה משכון כדי להיות בטוח במעותיו.
ועוד שמכיון שהחזיר המלוה את המשכון בעדים הרי זה כאילו המשכון עדיין ביד המלוה, ונאמן לטעון עליו עד כדי דמיו.
והקצות (י) האריך להצדיק את תירוצו השני של הסמ"ע, שהמלוה הוא נחשב מוחזק במשכון, והרחיק יותר וטען שהמשכון נחשב כקנוי לו, וכתב שאולי גם הסמ"ע כוון לזה, וסיים: "והוא הנכון".⁴⁶

אם נאמן הלווה לומר פרעתי במיגו שהחזירתי את המשכון בתוך זמנו?

עוד הביא הב"י שהתרומות כתב בשם הר"י ברצלוני שאם הוא בתוך זמן הפרעון אינו יכול לטעון 'פרעתיך' אפילו במגו, **וכן פסק הרמ"א**.

הסמ"ע (מד) כתב שלכאורה לא ברורה באיזו מציאות שייך משכון בתוך זמן הפירעון, שהרי אין ממשכנים אלא לאחר זמן הפירעון, ואם הביא את המשכון בעצמו, הוא אינו מחוייב להשיב, וכתב שמדובר במציאות שראו שהוא מבזבז נכסיו בתוך הזמן, ולכן משכנו אף בתוך הזמן.

ובקצות (יא) כתב שניתן לומר שמשכון מדעת הלווה ומכל מקום מחוייב להשיב לו כסות יום ביום ולילה בלילה כמבואר בסעיף טז.⁴⁷

עוד כתב הסמ"ע שאף שהגמ' בב"ב בדף ה: הסתפקה אם נאמן אדם לטעון שפרע בתוך הזמן אפילו כנגד חזקת אין אדם פורע בתוך זמנו במידה ויש לו מיגו ונשארה ביביעא דלא איפשטא, ונפסק להלכה שהמוציא מחבירו עליו הראיה כמבואר בסימן עח סעיפים א ו-ה, וא"כ הדין היה צריך להיות שהלווה יפטר, מ"מ ביאר הסמ"ע שהואיל וכל דין זה בספק וכאן יש עדים שהמשכון היה כבר ביד המלווה, אז לענין זה אנו מחשיבים את המלווה כמוחזק במשכון, והלווה אינו נאמן במיגו.

אבל הש"ך (יא) מכח שאילה זו השיג על דין זה וכתב שאינו נראה לו, ולעולם נאמן הלווה לטעון שפרע במידה ויש לו מיגו, **וכתב הש"ך** שנראה שלכך השמיט הטור את סוף דברי התרומות.

הקצות (יא) הביא את דברי כנסת הגדולה⁴⁸ שתייך שלא שייך מגו בטענת החזרת תוך זמן הפרעון, שאפילו אם החזיר באמת את המשכון הוא עדיין צריך לשלם את החוב, ולכן בזה המלווה נחשב כמוחזק בחוב ואין הלווה נאמן לטעון שהחזיר.

הקצות ביאר שכוונת כנסת הגדולה לומר שאף אם החזיר אין זה פוטר אותו מן החוב, אלא שהוא רק יכול לעכב את חובו בעבור המשכון, ולכן אינו נאמן בטענת החזרת אלא במיגו.

הקצות השיג על דבריו וכתב שלפי שיטתו לעיל שהמשכון נקנה למלוה באופן גמור, פשוט שאם החזיר לו את המשכון הוא אינו מחוייב לשלם.

הקצות הביא ראיה לדבריו מכך שהתרומות כתב שנאמן לטעון 'פרעתי' בתוך הזמן במגו דהחזרת, משמע שטענת החזרת עומדת בפני עצמה אף ללא מיגו.

ובכדי ליישב את הקושיא מדוע אינו נאמן במיגו בתוך הזמן, כתב הקצות שבאמת אין מיגו מועיל כנגד החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו, וכל מה שנאמן בתוך הזמן הוא רק מכח 'הפה שאסר' כלומר שאם לאחר הפרעון טוען שפרע תוך הזמן נאמן שהרי הוא כלל לא היה צריך לומר שפרע בתוך הזמן, בזה נאמן מכח 'הפה שאסר' אבל בתוך הזמן אינו נאמן לומר שפרע.⁴⁹

לשון השו"ע:

כשמחזיר המשכון, צריך להחזיר לו בעדים ולהתרות בו: אל תחזירו לי אלא בפני עדים. הגה: שאם לא כן היה נאמן לומר: החזרתי או: פרעתי, במיגו דהחזרתי (טור בשם ר"י ברצלוני), ובלבד שלא יהיה תוך זמנו (ב"י בשם התרומות), (כמו שנתבאר לעיל סימן ע"ח).

סעיף כב

הלוקח משכון ורוצה לגבותו לאחר לי יום

בסעיף יח הבאנו מחלוקת ת"ק ורשב"ג האם חובת השבת המשכון היא לעולם, או רק עד לי יום, והבאנו שהפוסקים הבינו שאף לפי דעת ת"ק יכול לאחר לי יום לגבות את חובו ממשכון שאין הלווה צריך לו.

אך הרא"ש⁵⁰ **הגביל זאת** וכתב שאינו יכול לגבות מן המשכון הנ"ל לאחר לי יום ישר, הואיל ולקחו בתורת משכון, אלא צריך להחזיר את המשכון ללווה ואז לקחתו שוב בתורת גבייה ולגבותו ע"פ ב"ד.

וכן כתב המגיד משנה⁵¹, **וכן פסק השו"ע**.
 לשון השו"ע:

⁴⁶ על פי זה כתב הקצות שהנותן משכון לגוי, והחזיר הגוי את המשכון צריך היהודי להטביל את המשכון הואיל והוא כבר היה שייך לגוי.

⁴⁷ ולכאורה נראה שאף הסמ"ע מודה שמחוייב להחזיר דברים שצריך להם בשעה שצריך להם מדין השבת העבוט, ותימה אי"כ מה הייתה קושיתו, וצ"ע.

⁴⁸ הגהות ב"י אות כז.

⁴⁹ להרחבה עייני קצות עח ס"ק ה ובסיכומינו לסימן עח סעיפים ג-ד בעמוד 105-106.

⁵⁰ ב"מ פרק ט סימן מז.

⁵¹ מלווה ולוה ג'ו.

אינו יכול למכרו לעולם, כיון שלקחו בתורת משכון, אם (לא) שיחזירנו לו על מנת שלא לחזור לקחתו בתורת משכון, ומחזיר לו הכר אפילו ביום, ומחרישה אפילו בלילה, ובא לבית דין ומגבין לו חובו:

סעיף כג

כיצד מסדרין לבעל חוב?

הבאנו בסעיף יח וכן בסעיף כב את מחלוקת ת"ק ורשב"ג האם חובת השבת המשכון היא לעולם, או רק עד ל' יום שלדעת רשב"ג חובת ההשבה היא רק עד ל' יום והגמרא בעמוד ב מבארת שרשב"ג סובר שאין מסדרים לבע"ח כלל, שהרי לדעתו כל בני ישראל בני מלכים הם, ואם היינו מסדרים לבעל החוב, היה לנו להשאיר לו את כל הנכסים. לאחר זאת נכנסת הגמ' לדיון האם מסדרים לבעל חוב וזה לשון הגמ':

תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף קיד עמוד א

איבעיא להו: מהו שיסדרו לבעל חוב? מי גמר מיכה מיכה מערכין או לא?

תא שמע, דשלח רבין באגרתיה: דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר, ברם כך היתה שאלה: האומר הרי עלי מנה לבדק הבית מהו שיסדרו?

רבי יעקב משמיה דבר פדא, ורבי ירמיה משמיה דאילפא אמרי: קל וחומר מבעל חוב, ומה בעל חוב שמחזירין - אין מסדרין, הקדש שאין מחזירין - אינו דין שאין מסדרין?

ורבי יוחנן אמר: נדר בערכך כתיב, מה ערכין מסדרין - אף הקדש מסדרין...

אשכחיה רבה בר אבוה לאליהו זקאי בבית הקברות של נכרים, אמר ליה: מהו שיסדרו לבעל חוב? - אמר ליה: גמר מיכה מיכה מערכין; גבי ערכין כתיב ואם מך הוא מערכך גבי בעל חוב כתיב וכי ימוך אחיך.

מבואר בגמ' שנחלקו האמוראים האם מסדרין לבעל חוב ומשאירים לו נכסים שהוא צריך או שאין מסדרים, ומבואר שרבה בר אבוה שאל את אליהו שאילה זו, והכריע אליהו שמסדרין.

בסעיף יז הבאנו דיעות שונות האם דין סידור חוב שייך גם במשכון או רק בגביה, והשו"ע הכריע שדין זה שייך רק בגביה.

עוד הזכרנו שם את דעת הרשב"א בת' שסבר שדין סידור בעל חוב הוא דווקא במשכון אבל בגביה גובים אפילו מגלימא דעל כתפיה'.

האם להלכה מסדרין לבעל חוב?

לעניין ההכרעה בגמ' אם מסדרין לבעל חוב או לא:

סברו הגאונים הרי"ף⁵² והרמב"ם⁵³ שמסדרין לבעל חוב. **וכתב הב"י** שפסקו כן מפני שכך הכריע אליהו, ומי לנו גדול כאלהו.

לעומת זאת התוספות בד"ה 'מהו' כתבו בשם ר"ת שלהלכה אין מסדרין לבעל חוב, ונימק מפני שהלכה כרשב"ג במקום שהאמוראים לא הכריעו נגדו וכאן אין הכרעה מפורשת נגדו, ולעניין הכרעת אליהו כתב שנראה שיש לגרוס שרבה שאל 'מנלן שיסדרו לבעל חוב' ולא שכך הלכה, וגם אם נגרוס כגירסתינו, יש לומר שאלהו ידחוי קא מדחי ליה' כלומר דוחהו בדברים והוכיח כן מהקשר דברי אליהו שנאמרו שם ההלכה כגון שקברי גוים אינם מטמאים באהל וכן שקברי צדיקים אין מטמאים וכו'.

עוד הביאו תוס' ראיה לדבריו מהגמ' בב"ק יא: **שכותבת** שגובים מבעל חוב אפילו מגלימא שעל כתיפו, ומשמע שאין מסדרין לו, וכתבו תוס' שדוחק לומר שמדובר שמורידים את בגדיו היקרים ומלבישים לו בגדים פשוטים, מפני שהלכה כרשב"ג שאין בגד שאינו ראוי לו.⁵⁴ והתוס' הביאו עוד ראיות לדבריו עיי"ש.

הנימוק האריך לדחות את ראיות ר"ת והכריע שהלכה כגאונים שמסדרין לבעל חוב.

הטור כתב שהרא"ש הכריע כדעת הרי"ף שמסדרין לבעל חוב.

והב"י כתב שהרא"ש הביא את דברי ר"ת ולא הכריע, וכתב שאינו יודע מנין לטור שכך הכריע הרא"ש. **והמשנה למלך⁵⁵ ציין לדברי הרא"ש בנדרים⁵⁶** שכתב שם במפורש ששמע מהסוגיא כנגד ר"ת.

כיצד מסדרין?

לשון המשנה בערכין כג:

⁵² ב"מ סט:

⁵³ מלווה ולוה א, ז.

⁵⁴ לכאורה דבריו כאן הינם הנח המבוקש שאנו פוסקים כרשב"ג.

⁵⁵ מלווה ולוה א, ז.

⁵⁶ ט, ד.

נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חדש, מטה מוצעת וסנדליו ותפלו, לו אבל לא לאשתו ולבניו, אם היה אומן נותן לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, חרש נותנין לו שני מצעדין ושני מגירות. **רבי אליעזר אומר**, אם היה איכר נותן לו צמד, חמר נותן לו חמורו.

הגמרא שם בדף כד. מבארת שחכמים חולקים על ר"א וסוברים שצמד וחמור אינם כלי אומנות אלא נכסים, **והלכה כחכמים כן הביא הב"י בשם הרמב"ם**⁵⁷ **והתרומות**⁵⁸.

הב"י הביא את דברי הנמו"י שכתב בשם הרא"ה שנותנים לו אוכל לשלושים יום וכסות לשנים עשר חודש אפילו אם לא היה לו קודם, וקונים את זה מהכסף של מכירת שאר חפציו, ואפילו אם היה מרעיב את עצמו קודם, והיה לובש בגדים מטולאים, נותנים לו כבינוני. **וכן פסק הרמ"א**.

וכתב הסמ"ע (מח) שאם הוא עשיר ורגיל לאכו הרבה ממעטים לו כבינוני ואף שמשלשון הרמב"ם והטור משמע שנותנים לו כפי שהיה רגיל, שכתבו שנותנים מזון כדרכו, יש לדחוק ולומר כפי הראוי להיות דרכו.⁵⁹ **עוד נחלקו התנאים בב"מ קיג**: במי שהיו נושים בו אלף זוז, ולבוש איצטלא בת מאה מנה, בברייתא אחת כתוב שמפשיטים אותה ממנו, ומלבישים אותו איצטלא הראויה לו. ועוד הובא שם שר' ישמעאל ור"ע סוברים שכל ישראל ראויים הם לאותה איצטלא. **וכל הפוסקים פסקו כת"ק**.

הזכרנו לעיל בסעיף יז שהגמרא בקיג: כותבת לענין שליח ב"ד שבא למשכן שמשאירים לו ב' מיטות, ואילו במשנה בערכין משמע שמשאירים מיטה אחת.

וביארנו תוספות⁶⁰ שהואיל וכאן כתבה המשנה שנותנים לו מיטה 'מוצעת' כתבה רק אחת, שמיטה מוצעת נותנים רק אחת.

כתב הטור שמשאירים לו מטה לישון עליה עם כל צרכיה, כגון כר וכסת וסדינים וכיסוי. והב"י הביא שמקורו הוא מהתרומות⁶¹, **וכן פסק הרמ"א**.

מבואר במשנה שמשאירים לו תפילין וכתב הפת"ש (ח) בשם תשובת רשמי שאלה סימן נג שאין נותנים לו טלית, שאינה חובת גברא כמו תפילין. ובפרט אם יש לו טלית קטן.

ממשיכה המשנה בערכין וכותבת: "היה לו מין אחד מרובה ומין אחד מועט, אין אומרים למכור את המרובה וליקח מן המועט, אלא נותנין לו שני מינין מן המרובה וכל שיש לו מן המועט." ומסבירה הגמרא שהייתה הו"א שיכול לטעון שקודם היה מספיק לו באחד מכיון שיכל לשאול מאחרים ולהשאיל מה שיש לו, אבל עכשיו שאין לו להשאיל לא ישאילו לו.

כתב הנמו"י שיש אומרים שנותנים ספרים למי שתורתו אמן, וכתב שנראה לו כדברי הר"י ברצלוני שאינם אלא כשאר נכסים ואפילו ספר תורה מוציאים מידו. **וכן הביאו הטור והתרומות משמו, וכתבו** שאינו דומה לתפילין שהוא דרך מלבוש ומצווה המיוחדת לגופו, **וכ"פ בשו"ע**.

וכתב הב"ח שלענין ספר תורה בימינו אין מוציאים, שדווקא פעם שהיו ספרי תורה בבתי הדין היה כן, אבל כיום שמניחים את הספר תורה בבית הכנסת, דעת כל אדם שלא למוכרה אפילו יגיע לידי עוני, אלא אם כן התנה הלווה שאינו מניח את הספר בבית כנסת אלא לפי שעה.

והש"ך (יג) כתב שבמקומו לא נוהגים כדעת הב"ח.

הביא הב"י בשם רבינו ירוחם⁶² שגובים ממקומות בית הכנסת, וכ"פ בשו"ע.

וכתב הש"ך (יד) שה"ה שמוציאים אותו מביתו.

הפת"ש (י) הביא את דברי שער משפט (ה) שכתב בשם הבית הלל⁶³ דה"ה מי שנתחייב לחתנו נדוניא, הדין כן שמוכרין ביתו וכלי תשמישו, והעיד שנוהגין כן בכל בית דין שבישראל. לשון השו"ע:

(כשיגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו) (טור), **מסדרין לבעל חוב. כיצד, אומרים ללוה: הבא כל המטלטלים שיש לך, ולא תניח אפילו מחט אחת, (ואפילו כלי אוכל נפש) (נ"י סוף פ' המקבל), ונותנין לו מהכל מזון שלשים יום (כבינוני שבעיר, אף על פי שאכל תחלה כעני) (נ"י פרק הנ"ל), וכסות י"ב חדש; ולא שילבש בגדי משי או מצנפת זהובה, אלא מעבירים אותה ממנו ונותנים לו כסות הראויה לו י"ב חדש, ומטה לישב עליה, ומטה ומצע (ושאר צרכי המטה) (טור) הראויים לו לישן עליהם, ואם היה עני, מטה ומפץ לישן עליו, ואין נותנין כלום כאלו לאשתו ובניו, אף על פי שהם קטנים שהוא חייב במזונותיהם, ונותנים לו סנדלו ותפיליו. היה אומן, נותנים לו שני כלי אומנות מכל מין ומין, כגון שהיה חרש נותנין לו שני מצעדין (פירש"י דולדייר בלע"ז קטנה ומחלק בה את הנסרים), ושתי מגרות. היה לו מין אחד מרובה ומין אחד מועט, נותנין לו שנים מן המרובה, וכל שיש לו מהמועט, ואין לוקחים לו כלים מדמי המרובה. היה אכר או חמר, אין נותנין לו לא צמדו ולא חמורו. וכן אם היה ספן, אין נותנין לו ספינתו. אף על פי שאין לו מזונות (אלא**

⁵⁷ מלוה ולוה א ז.

⁵⁸ שער א חלק א סימן א.

⁵⁹ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'לקיחת משכון ויסדור:

וכן נראה לי עיקר, שהרי עיקר מקום הלכה זו ברמב"ם הוא בפ"א ה"ז, ושם לא כתב 'כרדנו' אלא 'כסות הראויה לו'.

⁶⁰ ערכין כג: ד"ה מטה ומטה.

⁶¹ שער ראשון ח"א סי' ב.

⁶² נתיב ח"ב.

⁶³ אה"ע סימן נ' סעיף ו' ד"ה באה"ג וכן.

מאלו, אין אלו כלים, אלא נכסים, וימכרו עם שאר המטלטלים בב"ד, וינתנו לבעל חובו. ואפילו אם הוא תלמיד חכם ותורתו אומנותו, אין מניחים לו ספריו, ואפילו ספר תורה, לפי שהם כשאר נכסים שבעל חוב גובה מהם. והוא הדין למקומות בית הכנסת שהם בכלל נכסים, ובעל חוב גובה מהם חובו:

סעיף כז

מה הדין במקרה שתפסה האשה בנכסי הבעל בעבור מזונתיה קודם שגבה המלווה?

הבאנו לעיל בסעיפים הקודמים שמבואר במשנה ובברייתא שכאשר המלווה גובה את חובו, אין הוא משאיר כלל לאישה ולבניו, וזאת על אף שהלווה מחוייב לפרנסם. התרומות⁶⁴ הביא מחלוקת מה הדין במקרה שתפסה האישה בעבור מזונותיה דעת הרי"ף בתשובה⁶⁵ שמוציאים מידה ונותנים לבעל חוב, וביאר טעמו שמבואר במשנה במפורש שהבעל חוב אינו משאיר לאשתו ולבניו, וכן שחובת מזונות אישה דרבנן, והחובה למלוה הינו מדאורייתא הואיל וישעבודא דאורייתא וחוב דאורייתא מבטל חוב דרבנן. עוד כתב הרי"ף שאף אם לוותה בעבור מזונותיה, אין הבעל חוב יכול לגבות מהבעל קודם בעל חובו של הבעל, כיון שהאשה הוא זו שחייבת לו, אך יכול לגבות מנכסי מילוג שלה. עוד כתב הרי"ף שאם הבעל חייב למלוה רק במלווה ע"פ, הוא אינו קודם לאשה, אלא מי שבא לגבות ראשון גובה, ואם באו לגבות יחד חולקים בשוה. הרמב"ם בפרק א הלכה ח פסק כדעת הרי"ף שאם גבתה האשה מוציאים מידה. לעומתם הביא התרומות שיש שטועים וסוברים שאם תפסה, אין מוציאים מידה אלא תשבע ותטול. לכאורה דינו של הרי"ף שהמלוה קודם למזונות האשה, מבוסס על ג' הנחות יסוד: האחת שחיוב מזונות הינו מדרבנן ודינו כמלווה ע"פ, והשניה שחוב בשטר מאוחר קודם לחוב בע"פ מוקדם, ולכן הבעל חוב קודם לאשה, אף שהיא קדמתו, והשלישי שחוב בשטר שעבודו מדאורייתא. אך לפי זה יש מס' קושיות על דין זה:

(א) הנחה הראשונה חיוב מזונות מדרבנן ודינו כמלווה ע"פ: הברי"ה הקשה שהואיל וכתוב בכתובה שהבעל מתחייב במזונות, אז לכאורה זהו כמלווה בשטר. ותיירץ הברי"ה שאמנם זהו מלווה בשטר, אך מכל מקום על המזונות שעוד לא אכלה, היא אינה קודמת מפני שזה נחשב כחוב שלא הגיע זמנו, ועל מה שכבר לוותה ואכלה היא אינה קודמת מפני שבעת היא אינה תובעת מזונות, אלא רק לפרוע חוב וחזר הדין למלווה ע"פ. מלבד קושית הברי"ה ישנה קושיא חזקה שהרי הרמב"ם בהלכות אישות פרק יב הלכה ב פסק שחיוב מזונות הינו מדרבנן, וא"כ כיצד פסק כאן שאין האשה יכולה לגבות ואם תפסה מוציאים מידה? בסמ"ע (נז) ובפרישה כתב לבאר שדינו זה של הרי"ף נכון גם למ"ד שחיוב מזונות הינו מדאורייתא, מפני שסוף כל סוף אין זה בתורת חוב, אלא שהבעל מצווה לזון את אשתו ממה שיש לו, ולכן הבעל חוב קודם, עיין שם עוד שהאריך שמעיקר הדין היה לבעל חוב ליטול הכל אלא שנצטווה להשאיר מזונות לללוה וכאילו מפרנסו משלו, ולא נצטווה כן על אשתו, ועל פי זה כתב שמה שכתב השו"ע שאם המלווה הינו מלווה ע"פ גובים בשוה זה דווקא במקרה שלוותה ואכלה, אבל ודאי שאינה יכולה לגבות כלל מזונות להבא, שאין זה בגדר חוב כלל. גם הברי"ה הקשה שהרמב"ם סובר שחיוב מזונות הינו מדאורייתא, ומכח זה חידש שכל מה שכתב הרמב"ם שמוציאים מידה זה דווקא אם גובה בעבור מזונות עתידיים שבוה עוד לא הגיע זמנם להפרע, אבל אם תפסה בעבור מזונות שכבר לוותה ואכלה אין מוציאים מידה. (וכנראה שלא סבר כפי שכתב הברי"ה שעל מה שלוותה אין זה נחשב כחוב מזונות).

(ב) הנחה שניה שחוב השטר קודם לחוב בע"פ (וכן שאין קדימה בחובות ע"פ) הברי"ה הביא את דעת רב האי שהובאה בהגהות מימוני פרק א אות י שממנו יוצא צריך הבעל חוב להשאיר מזונות לבניו. וביאר הברי"ה שכוונתו שהואיל וחוב מזונות קודם לחוב המלווה, לכן הם קודמים, שרב האי חולק על הרי"ף וסובר שמלווה ע"פ מוקדם, קודם למלווה בשטר מאוחר, וכתב שהוא יבאר שמה שכתוב במשנה שאין משאירים לבניו ואשתו זה דווקא שכשהמלווה קדם לאשה ולבנים או שמדובר שתובעים מזונות שער זמנם שבוה אינם נאמנים מפני שחוששים לקנוניא. ולפי דברי הברי"ה הנ"ל עולה שכל דינו של הרי"ף מבוסס על ההנחה שחוב ע"פ מוקדם אינו קודם לחוב ע"פ מאוחר. ונראה שלפי מה שהבאנו בשם הסמ"ע ניתן לבאר שאף הסוברים שמלווה בע"פ מוקדם, קודם למלווה בשטר מאוחר, יודו לדינו של הרי"ף הואיל ומזונות אינו נחשב כחוב כלל, כל עוד לא גבתה, אך עדיין באמת נראה שצריכים לחלוק במקרה שלוותה בעבור מזונותיה, שודאי דינה כמלווה ע"פ שצריך לקדם למלווה בשטר. ונראה שלזה כוונת הש"ך (יז) והגר"א (פא) שכתבו שדין זה סותר לפסק השו"ע בסימן קד סעיף יג שמלווה ע"פ מוקדם קודם למלווה ע"פ מאוחר. ונשארו בצ"ע.

⁶⁴ שער א ח"א סי' ד.

⁶⁵ שו"ת הרי"ף בילגוריי סי' פא

[קושיא זו גם תקיפה לגבי דינו השני של הרי"ף שכתב שאם המלווה היה מלווה ע"פ גובים בשה, ולשיטת השו"ע יש קדימה במלווה ע"פ ולפי זה היה צריך לומר שאם האשה נישאה קודם, היא צריכה לקדום ולכל הפחות אם לוותה בעבור מזונותיה קודם החוב, היא צריכה לקדום].
יש לציין שהב"ח סובר שאף הרי"ף מודה שבמידה ותפסה האישה חוב בעבור מזונות שכבר לוותה ואכלה אין מוציאים מיד.

ג) הנחה שלישית חוב במלווה שעבודו מדאורייתא

כתב הש"ך (טז) שדין זה צ"ע לפי השיטות הסוברות שהלכה שאף במלווה השעבוד אינו מן התורה. **והקצות (יב) תירץ** שאף לשיטתם דין זה נכון, הואיל והחובה לשלם מנכסיו שלו היא ודאי מן התורה, ורק ממשעובדים, השעבוד מדרבנן.⁶⁶

פסק הלכה:

השו"ע פסק על פי הרי"ף בת' שאשה שתפסה בעבור מזונותיה, מוציאים מידה אפילו גבתה ואכלה, ואם המלווה הינו מלווה ע"פ גובים בשה.

וכתב הסמ"ע שגובים בשהו רק אם לוותה ואכלה, אבל על מזונות להבא אינו יכולה לגבות כלל. **הב"ח כתב לשיטתו שכ"ע מודים** שאם תפסה בעבור מזונות שלוותה ואכלה זה מועיל, ובעבור מזונות שלהבא נחלקו בזה הרי"ף ורב האי, ולכן לענין הלכה אם תפס בין על להבא ובין על לשעבר אין להוציא מידו, אך אם לא תפסה עדיין אין נותנים לה אפילו על לשעבר וכדעת הרי"ף.
הש"ך (טו) כתב שלא נהגו כמו הב"ח בזה.

האם בעל חוב קודם למזונות אישה לגבי מטלטלים?

כתב הב"י שכל מה שכתב הרי"ף שמלווה קודם למזונות אישה הוא דווקא לענין גביית קרקעות, אבל במטלטלים שניהם גובים בשהו שאין קדימה במטלטלים.
והב"ח השיג על דבריו וכתב שכל מה שנאמר בסימן קד שאין דין קדימה במטלטלין זה מכח תקנה מכיון שאין דעתו של המלווה סומכת עליהם, ואין עושים תקנה זו לגבי חיוב מזונות אשה והבנים שהיא עצמה תקנה.
והפתי"ש (יא) הביא את רע"א שהעתיק את דברי הב"י שלענין מטלטלים דין בעל חוב ומזונות אישה שווים.

אם יכולה האשה לתפוס מנדונייתה בעבור מזונותיה?

כתב הרמ"א בשם המרדכי בכתובות שאם מעות הנדוניה עדיין ביד האשה הן, או שהן ברשות אביה, יכולה לתפוס למזונותיה מהן.
והסמ"ע (נח) העיר שברבינו ירוחם מפורש הוא שיכולה לתפוס מהן אפילו בעבור מזונותיה דלהבא, ואין להן קצבה. ובזה ישב הסמ"ע כיצד כאן כתב הרמ"א שמועילה תפיסת האשה בנדונייתה, משמע שבלאו הכי יכול הבע"ח לגבות מנדונייתה ואילו בסעיף כו הביא הרמ"א את דעת הסוברים שאין גובים מנדונייתה כלל, ולפי דבריו מבואר שהרי מזונות שלהבא אין להם קצבה, ולכן אינו יכול לגבות מהם לעולם.
הט"ז כתב שבאמת דין זה נאמר רק לדעת הסוברים בסעיף כו שניתן לגבות מן הנדוניה.

המוציאה בעבור כתובתה בדיני עכו"ם אם מוציאים מידה ליתן לבעל חוב?

כתב הרמ"א ע"פ רבינו ירוחם שאם הוציאה האשה כתובתה בדיני עכו"ם מוציאים מידה ומביאים לבעל חוב כי לא ניתנה כתובה ונדוניה להגבות מחיים.
 לשון השו"ע:

**אין צריך לומר שלא תטול אשתו ממזונותיה להבא, אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה, כגון שהלך למדינת הים ותפסה מנכסיו שתזון מהם, מוציאים מידה ונותנים למלווה, שאין לאשה מזונות, לא מקרקעי ולא ממטלטלי, עד שיפרע המלווה, אפילו היתה קודמת ואפילו הלך בעלה למדינת הים ולותה בשטר ואכלה, אעפ"י שקדמה הלואת מזונותיה בשטר להלואתו של בעל השטר, אין הלואת המזונות נגבית עד שיפרע בעל השטר תחלה.
 ואם המלווה שעל הבעל היתה על פה, והיא לותה לצורך מזונותיה על פה או בשטר, איזה מהם שיבא לגבות תחלה קודם; ואם באו שניהם כאחד, חולקים.**

הגה: מיהו אם מעות נדוניה עדיין בידה או ברשות אביה, יכולה לתפוס למזונותיה (מרדכי ס"פ אף על פי). היה חייב לעובדי כוכבים, ותבעוהו בדיני עובדי כוכבים, ובאתה האשה עם כתובתה וסלקה העובדי כוכבים בעלי חובות, כי כן הוא בדיניהם להגבות לאשה נדוניתה תחלה, ובא אחר כך מלווה ישראל לתבוע חובו ולהוציא מיד האשה מה שגבתה בדיני עובדי כוכבים, הדין עם המלווה, דהרי הכתובה והנדוניה לא נתנה לגבות מחיים (ר"י נכ"ג ח"), (כמו שנתבאר באבן העזר סי' צ"ג).

⁶⁶ ועייין בסימן לט ס"ק א שם הכריע הש"ך שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, אין כלל שעבוד אפילו מינייה, והנתיבות שם בס"ק ב תלה זאת במחלוקת ראשונים. ולכאורה הקצות כאן סותר לדבריו שם?
 וכתב בטבעת החושן שכן הקשה בחושן אהרון וכתב בטבעת החושן ליישב שאין כוונת הקצות לומר שיש שעבוד מינייה, אלא שיש חובה דאורייתא לפרוע מה שאין במזונות וכן מדויק מלשון הקצות שכתב שמינייה דאורייתא ומחוייב לשלם, ולא כתב שיש שעבוד, אך הקשה על דבריו אלה מדין הב"י שנביא לקמן שבמטלטלים אין קדימה חבצה חוב, אך כתב שיתכן שהקצות חולק בזה, אך כתב שמכל מקום קשה מהמבואר בת' הרי"ף שאם החוב הוא שלא בשטר, חולקים וכן פסק השו"ע.

סעיף כה

שאלת גובים מכסות אשתו ובניו והמסתעף

לשון המשנה ערכין כד.

אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך עצמו, אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו, ולא בצבע שצבע לשמן, ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן.

כלומר אף שביארנו בסעיפים הקודמים שבכל חוב גובה ואינו צריך לסדר לאשתו ובניו, מכל מקום הוא אינו יכול לגבות מבגדים שכבר נתן הלווה לאשתו ובניו, ומבואר שאינו יכול לגבות אפילו מסנדלים חדשים שעוד לא לבשו, וכן בצבע שצבען לשמן וביאר הרמב"ם שפירושו שהוא בגדים צבועים שצבען לשמן אף על פי שעדיין לא לבשו אותן.

הטור הביא את דעת ר"י ברצלוני שאם קנה הלווה ספרים לבניו, אין המלווה יכול לגבות מהם.

והטור השיג על דבריו וכתב שכשם שלוקחים את ספריו של הלווה, כש"כ שלוקחים את ספריו של בנו.

והב"י כתב שנראים דבריו של ר"י ברצלוני שהואיל וקנה לבניו, קנו בניו, וכשם שאין משאירים ללווה אלא כסות של שנים עשר חודש, ולבניו משאירים כל כסות שיש להם.

וכתב הטור בשם הרמב"ן בת' סימן טו שמה שאמרו שאין גובים מנכסי האשה והבנים זה דווקא אם נכסים אלו היו שלהם קודם שהתחייב הלווה, אבל אם קנו לאחר שהתחייב הלווה וכתוב בהלוואה שמשעתבד גם נכסים שיקנו לו בעתיד ('דאיקני') ושיעבד את מטלטליו אגב קרקע, יכול המלווה לגבות מנכסים אלו.

וביאר הב"י שדין זה תלוי בגמרא בב"ק קב: שם זנה הגמרא אם נכסים שקנו האשה נקנים ישירות אליה או שהבעל קונה אותם ומעבירם לאשה ולהלכה אנו מכריעים שהבעל קנה ואח"כ העביר לאשה, לכן אם כתוב בשטר דאיקני, כבר קדם הבעל חוב ויכול להוציא מהאשה והבנים.

השו"ע סתם וכתב שאין גובים מנכסי האשה והבנים, ולא הזכיר מדברי הרמב"ן הללו.

וכתב הסמ"ע (נט) שהשו"ע לא הביא את דברי הרמב"ן, הואיל ומתקנת הגאונים אין גובים ממטלטלים אף אם שעבדו מטלטלים אגב קרקע, ולכן אין מוציאים מידם, ואף שגם לאחר תקנת הגאונים יש דין שעבוד מטלטלים לגבי בעלי חובות שאם קדם המאוחר וגבה מטלטלים מוציאים מידו כמבואר בסימן קיג סעיף ג, מ"מ האשה והבנים אינם נחשבים בעלי חוב אלא כלקוחות. אך הוסיף הסמ"ע שיבזמניו תיקנו לגבות מפני הרמאים".

הקצות (יג) האריך בביאור הסוגיא בב"ק וכתב שהסיבה שהשו"ע השמיט את דינו של הרמב"ן, היא מפני שלא ברור לו שההכרעה בגמ' בב"ק היא שהבעל קונה את הנכסים ואח"כ מעבירם לאשתו ובניו.

ובאמת מובא בהגהות אשר"י דעת המוהרי"ח שחולק בזה, וסובר שלא אומרים כן אלא לענין מקדיש ומעריך.

האם יכול אדם למכור נכסי אשתו ובניו?

הקצות (יג) האריך בסוגיא בב"ק והעלה שבין לשיטת המהר"ח ובין לשיטת הרמב"ן יכול אדם למכור את נכסי אשתו ובניו, אך כל זאת כל עוד לא עשו משיכה, אבל כאשר עשו משיכה אינו יכול למכור.

ותורף דבריו שלשיטת מהר"ח פשוט מדוע יש לומר שיכול למכור, שהרי איננו אומרים שקנה על דעת אשתו ובניו, אך מכל מקום הכריח הקצות מהסוגיא בכתובות נד. שאם משכו, שוב אינו יכול למכור.

וכתב שאף לפי הרמב"ן שסובר שאנו אומרים שקנה את הנכסים על דעת אשתו ובניו, מוכח שאיננו אומרים כן אלא ביחס להקדש וערכין ובע"ח שאם מקדיש וכו' נעשה כאילו קנה מלכתחילה בשביל אשתו ובניו, אבל ביחס לעצמו איננו אומרים כן, ומוכח כן מלשון ר' אבא שם 'כל המקדיש ומעריך נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא' ומשמע שדווקא ביחס לאחרים אנו אומרים כן, ומכל מקום כתב הקצות שאם משכו, שוב אינו יכול למכור. והאריך להוכיח כן מסוגיות שונות.

המתחייב לתת לאשתו כל מלבושיה וקנה בדים לצורך מלבושיה ונפטר, אם יכולה ליטול מהיורשים?

הקצות (יג) הביא שבת' צמח צדק קדמון סימן ג נשאל בדבר אדם שהתחייב בכתובה לתת לאשתו כל מלבושיה וקנה בדים לצורך מלבוש ונפטר, אם יכולה ליטול מהיורשים?

ושם סבר השואל שאינה יכולה ליטול מפני שהזמנה לאו מילתא, וודאי שהתחייב בכתובה רק על הבגדים שכבר היו שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם.

והצמח צדק השיב שזכתה אשה בבדים ואין צורך להזמנה, שהרי קנה על דעת ליתן לה, ובאמת מן הדין היה לאשה לטול כל בגד שיש לה מדין זה אף ללא התחייבות אלא שיש אומדנא שלק קנה בעלה אלא על מנת שתשתמש בבגדים אלו בעודה נשואה לו, אך כאן גילה דעתו שברצונה לתת לה, אף לאחר מכן.

והקצות כתב ע"פ מה שהבאנו בשמו בפיסקא הקודמת שכל עוד האשה לא לבשה את הבגד, אין הבגד קנה לו שאיננו אומרים 'נעשה כמי שהקנה להם כסות אשתו ובניו מעיקרא' אלא לגבי מקדיש מעריך ובע"ח ולא לגבי עצמו, אך באמת אם כבר לבשה, אז ודאי קנה את הבגד וכפי במבואר בפיסקא הקודמת.

ובת' שבות יעקב ס' קעא השיג על דבר הצמח צדק מטעם אחר שכל מה שנאמר בב"ק שהבעל קונה על דעת שיהיה לאשתו זה רק בעודה אצלו, אך כשנפטר לו, ואף שבכתובה כתב שברצונה לתת לה מלבושיה אף לאחר מכן, אין להוציא מהתחייבות זו אלא מה שמשמע מתוך הלשון ושם משמע דווקא מלבוש שלובשת ולא בד, ולכן אין ללמוד שברצונה לתת גם לאחר מכן, וחזרה הסברא שקנה בשבילה רק בעודה איתו.

בגד של הבעל שצבע לצורך אשתו או עשה בו שינוי אחר, אם נחשב של האשה?

הבאנו מלשון המשנה בערכין שאין בעל חוב יכול לגבות מצבע שצבע לשם האשה או הבנים. וביאר הרמב"ם שפירושו שהוא בגדים צבועים שצבען לשמן אף על פי שעדיין לא לבשו אותן. ומלשון זו למד הסמ"ע (ס) שאפילו אם היה בגד לבעל ולא קנה לשם האשה, רק צבע לשמה, האשה קנתה ע"י השינוי. וכן הניח בפשטות בצמח צדק קדמון סימן ג. אך הקצות (יד) השיג על דברי הסמ"ע והאריך להוכיח שהמשנה דיברה באופן שהבגד כבר שייך לאשה אלא שרוצה לזכות גם בצבע, אך ודאי שע"י שינוי אינה קונה, וכתב שאף שמשלשון רש"י והרמב"ם משמע כדברי הסמ"ע, יש לפרש דבריהם שמה שכתבו 'בגדים צבועים' הכוונה לצבע ולא לבגד עצמו.⁶⁷ לשון השו"ע:

אין בעל חוב גובה מכסות אשתו ובניו של לוח, ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן, אף על פי שעדיין לא לבשו אותם, ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן, ולא מספרים שקנה לבניו ללמוד בהם, אלא הרי אלו שלהם:

סעיף כו

אם יכול לגבות מבגדי שבת וכלי כסף וזהב של האשה והבנים

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ה שיכול בעל חוב לגבות מבגדי שבת של אשתו ובניו, וכש"כ ממטבעות וכלי כסף שלה.⁶⁸

וביאר המגיד משנה שסברתו היא מפני שבכלים יקרים כאלה אנו מניחים שלא התכוון להקנות לאשתו. וכמקור לדין זה הביא המ"מ את הגמ' בב"ק יא: שם כתוב שהאחין שחלקו מה שעליהן שמין ומה שעל נשיהם ובניהם אין שמין, ובירושלמי בקידושין פרק ד סוף הלכה א מבואר שבבגדים של רגל ושבת שמין אף מבניהם, וסבר הרמב"ם שאין חילוק בין הדינים.

וכך באמת נמצא מפורש בשו"ת הרי"ף ס' רנח אלא ששם הוסיף שאם היתה מבני טובים וממשפחה מיוחדת יש לה לעכב עליו כמו שאמרו עולה עמו ואינה יורדת עמו.

עוד הביא המ"מ שיש שחלקו על הרמב"ם הנ"ל וסברו שדווקא לעניין אחין נאמר כן שאין האחין רוצים להשאיר לנשות אחיהם אלא את הבגדים המינימלים, אבל ודאי שהבעל מקנה לאשתו את כל בגדיה.

ובהגהות והערות ציינו שכשיטה זו סברו הרשב"א⁶⁹ והמרדכי⁷⁰.

והריב"ש בסימן קכח כתב שאף החולקים על הרמב"ם יודו שלעניין תכשיטין ודאי לא סבר להקנות לה. והד"מ (ז) ציין שבבמדכי בכתובות מבואר שלא כריב"ש ושאף מתכשיטיה אינו יכול לגבות.

[הסמ"ע (סב) דייק שלהלכה הסכים הרמ"א עם הריב"ש מכך שהביא את דעת היש חולקים על בגדי שבת, ולא על המשך שם כתוב שאין צריך לומר שיכול לגבות מתכשיטין].

עוד הביא הד"מ בשמו שאף הרמב"ם יודה שאם הקנה לה בפירוש תכשיטין, אין בעל חוב גובה ממנה. והביא הד"מ בשם מהר"ם⁷⁰ שאם אין עדים שקנאן לשמה נאמן בשבועה לומר שלא קנאן לשמה.

וכתב הטור שכל זה דווקא בבגדים שקונה לה הבעל, אבל ודאי שאין בעל חוב גובה מנכסים שהכניסה לבעל מנכסי מילוג ונכסי צאן ברזל, ואם לא ידוע אם אלה נכסי מילוג, נאמנת האשה בשבועה על תכשיטיה מפני שדרך האשה להכניסם לבעלה. וכתב הב"י שכ"כ ברבינו ירוחם⁷¹ בשם הרמ"ה ובתרומות⁷².

והביא הב"י בשם התרומות שגם ממה שפסק לה בעלה בשעת נישואין, אין בעל חוב גובה.

האם בעל חוב גובה מן הנדוניא של האשה?

הב"י ב מחודש ב הביא ת' רשב"א⁷³ שכתב שגובים מן מעות נדוניא של האשה אבל לא מתכשיטיה, וכך פסק השו"ע.

והרמ"א הביא בלשון י"א את דברי המרדכי שאם הנדוניא אצלה או אצל אביה אין גובין מהם, ואפילו נשבה בעל ופדאוהו אין גובים מאלו הנכסים.⁷⁴

לשון השו"ע:

במה דברים אמורים, בכלי חול. אבל בגדי שבת ומועד, גובה אותם בעל חוב. (ויש חולקים). ואין צריך לומר אם היו בהם טבעות וכלי זהב וכסף, שהכל לבעל חוב, והוא שקנה לה הבעל, אבל מה שהכניסה לו, בין נכסי מלוג בין נכסי צאן ברזל, אין בעל חוב גובה ממנו, אם ידוע שהוא ממה שהכניסה היא או ממה שפסק הבעל לה בשעת נישואין. ואם אינו ידוע, היא נאמנת בבגדים ותכשיטים שדרך האשה להכניס לבעלה. אם הכניסה לו מעות בנדוניא, בעל חוב גובה מהם.

⁶⁷ ולכאורה קשה להעמיס כן בלשונם.

⁶⁸ כתובות נד. ד"ה אלמנה.

⁶⁹ כתובות רמז קעב ובב"ק רמז יא.

⁷⁰ דפוס פראג סי' רי.

⁷¹ מישרים נתיב ו ח"ב. ובהגהות והערות ציינו שמה שכתב רבינו ירוחם בשם הרמ"ה לא היה זה אלא דין אחר.

⁷² שער א ח"א סי' ז.

⁷³ ח"ב סימן קעה.

⁷⁴ ועין לעיל בסעיף כד בעמוד 18 תחת הכותרת 'אם יכולה האשה לתפוס מנדונייתה בעבור מזונותיה?'

סימן צז

הגה: וי"א דמכל מקום אם עדיין הנדוניה ברשותה או ברשות אביה, אין בעל חוב גובה מהן, ואפילו נשבה בעלה ופדאוהו, אין חוזרין וגובין מאלו הנכסים (מרדכי סוף פרק אף על פי):

סעיף כז

אם יש חילוק בסידור בעל חוב בין מטלטלים לקרקעות?

לשון השו"ע:

אין חילוק, בענין סידור, בין מקרקעי למטלטלי; שאם אין לו אלא קרקעות, מניחים לו לצורך כל הדברים האמורים:

מקור דין זה בתרומות שער א ח"א סימן ג ובנימוק"י במ סט: ובגר"א (צו) ציין לגמרא בנדריים סה:

סעיף כח

התנה הלווה שלא יהיה דין סידור, אם תנאו מועיל?

לשון השו"ע:

התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה, תנאו קיים. אבל במה ששעבד לו כל נכסיו, אין בזה תנאי לבטל הסידור, שלא היה בדעתו אלא על הנכסים הראויים לו על פי התורה, עד שיזכור בהדיא תנאי הסדר. ואפילו כתב: מגלימא דאכתפאי, לא אמר אלא על איצטלא (פי' תרגום אדרת שנער (יהושע ז, כא) אצטלא בבלאה) בת מאה זוז, שאינה כסות הראוייה לו, שמזכרו ויתנו לו כסות הראוייה לו. ואם אמר: על מנת שלא יהא בחוב זה דין סידור, אינו מועיל, דהוי ליה מתנה על מה שכתוב בתורה, כמו על מנת שלא תהא שביעית משמטתו:

מקור דין זה בתרומות שער א חלק ב סימנים א-ב.

על מה שביאר התרומות שגם אם אמר שיגבה מגלימא שעל כתפו, אין הכוונה שלא יסדר, אלא שיחליפה בגלימא פשוטה יותר, כתב הב"י שדבריו פשוטים וברורים והם כנד דברי הרשב"א בתשובה שמכאן הוכיח שכל מה שאמרו שאין מסדרין לבעל חוב זה רק במשכון ולא בגביה שהרי גובים אפילו מגלימא שעליו.⁷⁵ כתב הפת"ש (יד) בשם שער משפט שאם התנה שלא יהיה סידור, ויש לו עוד חוב שבו יש דין סידור, אז נוטל המלוה רק חצי סידור, והשאר נשאר ללוה מחמת החוב השני.

סעיף כט

האם מסדרין לבעל חוב בשאר חובות שאינם מלוה?

כתבו הטור והתרומות⁷⁶ שבכל החובות שאין בהם איסור למשכן כמבואר בסעיף יד, אין גם חובת סידור. אך הביא הטור שהרמ"ה חולק וסובר שאף בהם שייך דין סידור. [ועיין בסעיף יד שאותה מחלוקת קיימת גם לענין חובת השבת העבוט].

לשון השו"ע:

יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלואה, כגון שכירותו ושכירות בהמתו וכיוצא בהן, אם לא זקפן עליו במלוה. וכן כשבא ליפרע מהערב שאינו קבלן. ויש אומרים שגם באלו מסדרין:

סעיף ל

האם מסדרין לנשבע לפרוע?

לשון השו"ע:

הא דמסדרין, דוקא בשלא נשבע לפרוע. אבל אם נשבע לפרוע, אין מסדרין לו, והוא בעצמו חייב למכור כל מה שיש לו, ואפי' חלוק ומכנסים ואבנט, לפרוע לבעל חובו, ויתפלוש באפר ולא יעבור על שבועתו. (וע"ל סימן זה סעיף ט"ו. וע"ל סי' ע"ג בדין מי שנשבע לשלם לחבירו):

מקור דין זה בתשובות שבסוף חזה התנופה סימן ח.

וכתב הפת"ש (טו) בשם המשנה למלך בהלכות שבועות פרק ה הלכה כ שאפילו אם לא יוכל לקיים שבועתו ולפרוע כל חובו גם אם לא יסדרו לו, אין מסדרין, מפני שהשבועה חלה על כל פרוטה ופרוטה וכתב שכן מבואר בשו"ת הרדב"ז סי' ס בשם הרא"ה.

עוד הביא הפת"ש (טז) את דברי הנתניבות בסימן לד ס"ק ג שכתב שכל החובה להתפלש בעפר, הוא דוקא אם נשבע לפרוע ולא אירע שום אונס, אבל אם נשבע כשהיה עשיר, ולאחר מכן נהיה עני, ודאי פטור משבועתו הואיל והוא אנוס, שלא העלה על דעתו שיהיה עני, וכתב שכן הוא במפורש בשו"ע יו"ד סימן רלב

⁷⁵ עיין סעיף לעיל סעיף יז.

⁷⁶ שער א חלק א סימן ג.

סימן צח

סדר גביית החוב והמבקש זמן לפסול שטר ואם לא בזמנו ובו יא סעיפים :

סעיף א

המוציא שטר מקויים ולא תבעו זמן רב, ואם כתב הלווה שנותן נכסיו לבניו, אם אבד המלווה זכותו

המוציא שטר חוב ולא תבעו זמן רב

כתבו הטור והשו"ע שהמוציא שטר מקויים על חבירו גובים ממנו מיד, אפילו אם עברו כמה שנים מאז כתיבת השטר, חייב הלווה לשלם, ואיננו תולים שכבר מחל המלווה על חובו, ודין זה מבואר בברייתא בכתובות קד'. לעניין אשה שגובה כתובתה אף לאחר 25 שנה.

וכתב המהרי"ק בשורש ג שאפילו שמענו שנתייאש מן החוב במפורש ואמר וי לחסרון כיס, אין זה יאוש. **הפתי"ש (ג)** שאין צורך גם להחרימו שלא מחל, שאפילו אם מחל בלב, אין מחילתו מחילה, כמבואר בתי מהרי"ט חו"מ סימן מה, שמחילה בלב אינה מחילה, אם אין אומדנא ברורה שכך עשה, אך ציין מדברי הב"ח בסימן קמו לא משמע כן.

והקצות בסימן יב ס"ק א הביא שהמהרש"ל סבר שאם מחל בלב מחילתו מחילה והביא ראייה לדברין מן הגמרא בכתובות שהבאנו, ששם משמע שאם האשה מחלה מחילתה מחילה.

ודחה הקצות את דבריו שאינו דומה שבאשה הוי במחילה הידועה לכל ולכן מועילה מחילה בלב. **[ולעניין שאילת היאוש שכתב מהרי"ק** שאף אם התייאש אין זה יאוש, עיין בסימן קסג שם כתב הרמ"א בשם מהרי"ק שמועיל יאוש בחוב, והקצות שם בס"ק א כתב לחלק בין יאוש מכח הפקרת מלך ליאוש מכח שהעני ואין לו כסף, עיין שם].

ראה המלווה שכתב הלווה נכסיו לבניו והשאיר וכתב למלווה קרקע כלשהי ולא אמר כלום האם אנו אומרים שאיבד זכותו?

בגמ' בב"ב קלב. מבואר שהכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כלשהי, איבדה האשה את כתובתה ומבואר שם שזהו דין מיחוד דווקא לכתובה ומקולותיה של הכתובה.

על כן כתבו הטור והשו"ע שבמקרה כזה אצל מלווה לא אבד זכותו. וביאר הסמ"ע שדווקא באשה הואיל וחלק לה כבוד לחלוק עם הבנים היא מחלה על כתובתה, אך במלווה איננו אומרים כן.

הודה הלווה שהיה שטר אך טען שמחל לו המלווה אם נאמן?

כתבו הטור והשו"ע שאם הודה הלווה שהוא חייב, אפילו אם אין שטר חייב לשלם. **וכתב הסמ"ע (ב)** שהחידוש הוא שאפילו אם טוען שהמלווה מחל לו אינו נאמן.

וביאר הש"ך (ב) שכוונת הסמ"ע שאינו נאמן לטעון שמסתמא מחל מכח זה שלא תבע, אבל ודאי שאם טוען במפורש שמחל לו, נאמן במיגו שיכל לטעון פרעתיד, ואין במיגו זה טענה כנגד ישרוך בידי מאי בעית' שהואיל וטוען שמחל על חובו כבר לא אכפת לו שהשטר אצלו, ולכן השאיר אצלו.

נראה שהסמ"ע הביא אפשרות נוספת להבין את דברי השו"ע שאם השטר נמצא ביד אחר, אין כנגדו טענת שטרך בידי מאי בעית, ועל כתב השו"ע שרק אם הודה שחייב הוא מתחייב ואם לא הודה, אין השטר מחייבו שיכול לטעון שנפל ממנו. לשון השו"ע:

סדר גביית החוב כך הוא: כשהמלווה מוציא שטר חוב מקויים, אומרים ללווה: שלם. אפילו שהיה כמה שנים ולא תבעו, אין אומרים: מחל לו כיון ששהה כל כך שנים ולא תבעו, ואפילו שמענו שנתיאש. (פי' כמו ונאש ממני שאול (שמואל - א כז, א) וזה כי מי שלבו הומה על דבר מה, ואחר כך נח ואינו חושב עוד בדבר ההוא, יאמר עליו לשון יאוש) מהחוב לגמרי, ואמר: וי לחסרון כיס, אינו יאוש. (ואפילו ראה המלווה שכתב כל נכסיו לבניו, ולא כתב למלווה רק קרקע כל שהוא, ושתק, אפילו הכי לא אמרינן דמחל) (טור). ואפילו אין שטר חוב יוצא מתחת ידו, אם החייב מודה:

סעיף ב

שצריך לחקור על שטר ישן מדוע אינו נגבה עד כה

לשון השו"ע:

צריך לעשות הדין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם, למה לא תבעו עד עתה, אם יראה לו צד רמאות, כדי להוציא הדין לאמיתו:

מקור דין זה ברא"ש בתי כלל פה סימן י.

סעיף ג

אין יורדים לנכסיו עד שיודיעוהו ומה הדין בדין שטעה בזה?

בגמרא בב"ב קעז. מבואר שאין יורדים לנכסי אדם עד שמודיעים לו, שנכסיו של אדם דינם כערב, ואין גובים מן הערב לפני שהולכים ללווה עצמו.

ומבואר בב"ק קיב: שזהו דווקא במקום קרוב, **והטור כתב** בסימן קו יבואר פרטי דין זה ומהו מקום קרוב. **וכתב הסמ"ע (ה)** ששם מבואר הגדר הוא כל שיכול שליח ב"ד לבא ולחזור בשלושים יום. **בגמרא בב"ב קעז.** מסופר על דיין שטעה וירד לנכסי הלווה מבלי להודיעו, וסלקיה רב חנין בריה דרב ייבא.

על פי זה פסק הטור שאם טעה הדיין מסלקין אותו⁷⁷. לשון השו"ע:

אין יורדים לנכסיו, עד שיודיעוהו תחלה אם הוא כאן או במקום קרוב. ואם טעה הדיין והוריד לנכסיו קודם שיודיעוהו, מסלקים אותו:

סעיף ז

טען הלווה שהשטר מזויף, כמה זמן נותנים לו להביא לכך ראיה?

לשון הגמ' בבא קמא קיב:

אמר רבא הלכתא מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין ואפי' עומד וצווח ואי אמר נקיטו לי זימנא עד דמייתינא סהדי ומרענא ליה לשטרא נקטינן ליה אי אתא אתא אי לא אתא נטרינן ליה בה"ב אי לא אתא כתבינן פתיחא עלויה..

מהגמרא הנ"ל מבואר שאם התובע מציג שטר כלפי הנתבע בפני ב"ד, והנתבע טוען שהוא מזויף ב"ד מאפשר לנתבע להביא עדים על כך, **בגמ' לא מבואר כמה זמן נותנים לו והרא"ש פ' ל' יום שבסתמא זה שיעור זמן ב"ד.**

והב"י בסימן טז הביא את דברי הרשב"א ח"ד ס' טז שכתב שאם מדובר בתובע אלם שאם נביא לו את הכסף לא נוכל להוציא מידו מסתבר שניתן לנתבע יותר מלי יום להביא ראיותיו אפי' עד י"ב חודש, כעין מה שמבואר בבבא קמא קיב: שרבינא חיכה לבעל הדין-מר אחא 12 חודש שיבא מרחוק, הואיל ובעל דינו היה אלם ואם היו דנים שלא בפני מר אחא, לא היה ניתן להוציא את הכסף מבעל דינו, והוא הדין הכא.

והב"י הביא בשם ת' הרי"ף ס' רה שאם התובע אלם ונראה שיש אמת בטענת הנתבע נותנים לו צ' יום. **וכ"כ הסמ"ע (ה)** הש"ך (ג) הבין בדברי הסמ"ע שאם נראה שיש אמת בדבר נותנים לו מהתחלה צ' יום, וכתב שאין לפרק כן, אלא בתחילה ל' יום, ואח"כ מוסיפים צ' יום.

התומים (ב) כתב שנראה שמה שכתוב בת' הרי"ף צ' יום הוא טעות סופר והכוונה ימי צרכו, וכנראה היה רשום בראשי תיבות והמדפיסים טעו בזה.⁷⁸

הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה (כב, ב) סיכם את הדינים כך: "טען ואמר שטר זה שנתקיים בפניהם מזויף הוא אני אביא ראיה ואבטלנו והעד במקום פלוני והם פלוני ופלוני, אם נראה לדיינין שיש ממש בדבריו קובעין לו זמן להביא עדיו ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים ובטענות של דופי אומרים לו שלם ואח"כ אם יש לו ראיה יחזור, ואם היה מלוה אלם ושמא אינו יכול להוציא מידו מניחין על ידי שליח.

הביא הפת"ש (ג) שהקשה שער משפט על מה שכתב הרמב"ם שאם נראה שבא בעלילות לוקחים ממנו ממונו ואם יביא ראיה יחזיר, ושאל השער משפט מה יועיל שיביא ראיה לאחר שכבר לקחו את הכסף, והרי מדובר כאן בשטר מקוים, ולכן אף אם יביא עדים שהשטר מזויף, זה יהיה ב' עדים כנגד ב' עדים, ואין מוציאים על פי זה ממונו?

ותירץ שער משפט או שמדובר בשטר שנתקיים על ידי סתם עדים שמעידים שזהו כתב ידם של העדים, ויכול המלוה להביא את הדעים החתומים בשטר שיעידו שזהו זיוף, או שמדובר באופן שיביא עדים שאותו מלוה חיזר אחרי עדים שזייפו את השטר, שבזה לא מועיל לקיים את השטר כמבואר בסימן סג סעיף א, ובסימן לא סעיף ד.

מתי לא נותנים ל' יום?

הב"י בסימן טז הביא תהריטב"א ס' כו שכתב:

-אם מראים הדברים שלהשטמ מבקש זמן אין נותנים לו.

-אם טוען שמא אמצא ראיה אין נותנים לו, אלא רק בטענת ברי.

-אם בתוך ל' יום יכול התובע להפסיד אין נותנים ל' יום להביא ראיה (שם ס' מב).

-אם קרוב הדבר שיוכלו להפיק ראיתם בזמן מועט אין מעכבין הדין אפילו במקום שאין הפסד. לשון השו"ע:

טען הלוה ואמר: שטר זה שנתקיים בפניהם מזויף הוא אני אביא ראיה ואבטלנו ועדים במקום פלוני והם פלוני ופלוני, אם נראה לדיינים שיש ממש בדבריו, קובעים לו זמן להביא עדיו. ואם נראה להם שאינו בא אלא בעלילות דברים ובטענות של דופי, אומרים לו: שלם, ואחר כך, אם יש

⁷⁷ עיין בחידושי הרי"ם ס"ק ח שהאריך בדין זה ותמה מדוע על טעות של פעם אחת מסלקים אדם מתפקידו, ועוד הביא שמדברי הנימוק"י משמע שזו טעות בדבר המשנה, אך מפשט הגמרא משמע שזו טעות בסברא, וכתב שיתכן שטעות בסברא חמורה יותר, אך עדין לא מצינו שעל טעות כזו מסלקים אדם מתפקידו, וכתב שיתכן והיה יחיד מומחה, אך גם בזה לא פשוט שמכח זה יורד מתפקידו, והעלה אפשרות שהבעיה הייתה שלא התייעץ בגדולים שהיו בעיר, ותמה על סתימת השו"ע והטור שמשמע שדין זה הינו מיוחד דווקא לכאן ולא כל טעות בדין. עד כאן תורף דבריו, ובאמת דין זה צ"ע, ושמעתי מר' דניאל וסטברוק שלולא דבריהם היה נראה לפרש בש"ס שסילקו את המלוה מהנכסים, ולא שסילקו את הדיין, ומצאתי שכ"כ באולם המשפט ס"ק ג, אך ציין שמשמע שהרא"ש לא למד כן בש"ס.

⁷⁸ ובהגהות והערות העירו שתי הרי"ף לא מוזכר צ' יום והוא תוספת של התרומות בשער ג ח"ז ס' ב.

לו ראייה, יחזיר. ואם היה המלוה אלם (פי' תקיף, תרגום חזקו ואמצו (דברים לא, ו) תקיפו ואליו), ושמה אינו יכול להוציאו מידו, מניחין על ידי שלישי. (ומן הסתם, נותנין לו זמן שלשים יום) (טור):

סעיף ה

קבעו ללוה זמן להביא ראייה ולא בא

לשון הגמרא בב"ק קיב:

אמר רבא, הלכתא: מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין ואפי' עומד וצווח, ואי אמר נקיטו לי זימנא עד דמייטינא סהדי ומרענא ליה לשטרא - נקטינן ליה; אי אתא - אתא, אי לא אתא - נטרינן ליה בה"ב, אי לא אתא - כתבינן פתיחא עלויה תשעין יומין; תלתין קמאי לא נחתין לנכסיה - דאמר: קא טרח בזוי וניזוף, מציעאי נמי לא נחתין ליה לנכסיה - דאמר: דלמא לא אשכח למיזף וקא טרח ומזבין, בתראי נמי לא נחתין לנכסיה - דאמר: לוקח גופיה קא טרח בזוי, לא אתא - כתבינן אדרכתא אניכסיה.

מבואר בגמרא שאם לא בא מחכים לו שני חמישי ושני לאחר מכן מנדין אותו, ומחכים 90 יום עד שכותבים פס"ד לירד לנכסיו (אדרכתא) מפני של יום ראשונים הוא בודאי מנסה להשיג כסף, בלי השניים מחפש קונה לנכסיו ובלו האחרונים הקונה מחפש כסף לשלם על הנכסים, ולאחר מכן כותבים פסק לירד לנכסיו (אדרכתא), ומבואר בגמרא שאין כותבים אדרכתא לפני שמודיעים לו וז"ל הגמרא:

וכי כתבינן אדרכתא - מודיעין ליה. והני מילי דמיקרב, אבל מירחק לא; .. אבל הכא לא נטרינן ליה אלא עד דאזיל שליחא בתלתא בשבתא ואתא בארבעה בשבתא ולחמשא בשבתא קאי בדיניה.

כלומר מבואר בגמרא שמודיעים לו על האדרכתא, רק אם מרחק ההליכה של שליח לבא אליו ולחזור הוא יום אחד.

אך ברמב"ם⁷⁹ כתוב שכל עוד יש מרחק של ב' ימים מודיעים לו.

וביאר המגיד משנה שכנראה גרסתו הייתה שונה ושם היה כתוב 'דאזיל בתרי ותלתא בשבתא וכו'.

השו"ע הביא את ב' האפשרויות.

כתב הסמ"ע (יא) שאף שמבואר בסימן ק שאין נותנים זמן לפרוע יותר מלי יום, וכאן מבואר שנותנים לו את הלי יום האחרונים בשביל לפרוע, זה מפני שהוא טוען שאינו חייב כלל, ואף שאיננו מאמינים לו ומנדים אותו, מכל מקום מועילה טענתו לכך שלא נירד לנכסיו עד צ' יום, עוד הוסיף שלאחר צ' יום כבר מחרימין ולאחר צ' יורדים לנכסיו.

לשון השו"ע:

קבעו לו זמן להביא ראייה לבטל השטר, והגיע הזמן ולא בא, ממתנין לו שני וחמישי ושני. לא בא, כותבין עליו פתיחה, והיו משמתין אותו והוא בנידויו צ' יום. שלמו תשעים יום ולא בא, בית דין כותבים לו אדרכתא (פי' שטר שב"ד כותבים למלוה ומדריכין אותו שיפרע מחובו על נכסי הלוה) על נכסיו, ומתירין לו נידויו. ואין כותבין אדרכתא עד ששולחים ומודיעים לו, והוא שיהא קרוב לבית דין יום אחד, ויש מי שאומר שני ימים, ואם היה רחוק יתר על זה, אין צריכין להודיעו:

סעיף ו

המסרב לבא לבי"ד

המשך הגמ' בב"ק קיב:

והני מילי דאמר אתינא, אבל אמר לא אתינא - לאלתר כתבינן. והני מילי במלוה, אבל בפקדון - לאלתר כתבינן.

מבואר בגמ' שאם הלוה מסרב לבא לפני בי"ד אין ממתנינים לו כלל ומיד מוציאים שטר אדרכתא לירד לנכסיו, וכן אם התובע תובע פקדון, יורדים לנכסי הנתבע ישר. וביאר הסמ"ע (טז) שבפקדון לא שייכים כל הטעמים שהבאנו בסעיף הקודם מדוע נותנים לו זמן, שאינו צריך להשיג כסף אלא להשיב את הפקדון. **וכתב הסמ"ע (טו)** שיש חילוק בין המסרב לבא שאין נותנים לו אפילו לי יום, לבין מקרה שתובע פקדון, שנותנים לנתבע מכל מקום לי יום להביא ראייה כנגד שטר הפקדון.

וכתב הנימוק⁸⁰ שכל מה שארנו שאין ממתנינים בפקדון זה דווקא כשכופר בפקדון, אבל אם מודה שקיבלו אלא שפשע בו, דינו כמו בהלואה.

והשלטי גבורים הקשה עליו מדברי המרדכי⁸¹ שכתב שתמיד הולכים אחר מה שהדין היה כשבא הממון לידו, והניח בצ"ע. **והקצות (ב) כתב** שאינו יודע מה קשה, שבפשיעה השתנה המלוה לפקדון. לשון השו"ע:

במה דברים אמורים, כשהיה כל תשעים יום נשמת ואומר: עתה אביא ראייה ואבטל השטר. אבל אם אמר: איני בא לבית דין, מיד כותבין אדרכתא, בין על הקרקעות (טור סעיף י"ב בשם

⁷⁹ מלוה ולוה כב,ד.

⁸⁰ ב"ק לט: בדפי הרי"ף.

⁸¹ ב"ק סי' ק.

הרמב"ם) בין על המטלטלין. וכן אם השטר על פקדון, אין ממתנין לו תשעים יום, אלא כותבים אדרכתא על נכסיו, מיד:

סעיף ז

האם כותבים שטר ירידה לנכסיו גם על מטלטלים

המשך לשון הגמרא בב"ק קיב:

וכי כתבין - אמקרקעי, אבל אמטלטלי לא, דלמא שמיט ואכיל להו מלוה למטלטלי, וכי אתי לוח ומייתי סהדי ומרע ליה לשטרא, לא משכח מידי למיגבה, ואי אית ליה מקרקעי למלוה - כתבין. ולא היא, אדרכתא אמטלטלי לא כתבין אף על גב דאית ליה מקרקעי, חיישין שמא תכסיף. מבואר בגמרא שאין כותבים את שטר 'אדרכתא' על מטלטלין, שמא ימצא הלווה עדים אח"כ וכבר אכל המלוה אותם, ומסיקה שאפילו אם יש למלוה קרקע הדין הוא כן, שחוששים שמא יתקלקל. **וכתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק כב הלכות ז-ה** שזהו דוקא כשטוען שיביא ראיה, אבל אם סירב לבוא לדין כותבים אדרכתא אפילו על המטלטלין. **והביא המ"מ שכן הסכים הרשב"א**⁸², **והב"י הביא שכ"כ התרומות**⁸³. **אבל הטור העיר שהרא"ש לא חילק. והשו"ע סתם כדעת הרמב"ם.** לשון השו"ע:

זה שאמרנו שאם לא בא בסוף התשעים כותבין אדרכתא, על הקרקעות. אבל על המטלטלים, אפילו אחר תשעים יום, כל זמן שהוא אומר: עתה אביא ראיה ואבטל השטר, אין מורידין המלוה למטלטלים, שמא יאכל אותם ויביא זה ראיה ויבטל השטר, ואם לא ימצא (המטלטלין) מה יטול. ואפילו היה למלוה קרקע, שמא תכסיף (פי' רש"י תבור ותפחת מדמיה) או תשתדף. ואף על גב דלא כתבין אדרכתא אמטלטלי, יחייבין להו ביד שלישי, ויהיבין זמן הראוי לב"ד, אי מרע לשטרא בגו ההוא זמנא, איתרע; ואי לא, יהיבין להו ביד המלוה:

סעיף ח

כמה זמן מחכים לכתוב שטר לירד לנכסי הלוה כשהמלוה אלם?

המשך לשון הגמרא בב"ק קיב:

כי הא דרבינא שהא למר אחא תריסר ירחי שתא, עד דאזלא ואתייא שיירתא מבי חוזאי. ולא היא, התם איניש אלימא הוה, אי הויה מטיא אדרכתא לידה לא הוה אפשר לאפוקי מיניה, הגמרא מביאה מעשה שרבינא חיכה שנים עשר חודש כדי להודיע ללווה, ורק אז הוריד את המלוה לנכסיו. ומסיקה הגמרא שאין ללמוד ממעשה זה למקרה רגיל, ששם המלוה היה אלם ויהיה קשה להוציא את הנכסים מרשותו אחר שירד להם. וכן פסקו הטור והשו"ע לגבי כל אלם. **והעיר הב"י** שמשמע מהגמרא שלא מחכים אלא במקום שיש שיירות שיבואו תוך י"ב חודש, וגם לעולם לא מחכים יותר מזה. **אבל הסמ"ע (יח) ציין לדבריו בדרישה**, שדייק מהטור שלפי מסקנת הגמרא מחכים אפילו יותר מזה באלם, ואפילו אם אין שיירות מצויות. לשון השו"ע:

אם המלוה אלם ולא יוכל הלוה להוציא הקרקעות מידו אחר שנפסל שטרו, מאחרין האדרכתא עד שיודיעו ללוה, אפילו אם הוא במקום רחוק שצריך לשהות י"ב חדש לילך ולבא שיירא משם:

סעיף ט

כיצד כותבים אדרכתא וכיצד גובה המלוה?

לשון השו"ע:

כיצד כותבים האדרכתא, אם לנכסים בני חורין הורידוהו, כותבים: איש פלוני נתחייב לפלוני בדין כך וכך, ולא נתן לו מעצמו וכתבנו לו אדרכתא זו על שדה פלונית שלו, ואחר כך שמין לו שלשה באותו שדה כנגד חובו, ומכריזין עליה כפי מה שיראה עד שיפסקו המוסיפים, ומורידין אותו בחובו לחלק ששמו אותו, וקורעין שטר החוב, אם היה שם שטר. ואם לא היו לו נכסים בני חורין, כותבין האדרכתא כך: איש פלוני, נתחייב לפלוני כך בשטר חוב שבידו ולא נתן לו חובו ולא מצינו לו נכסים בני חורין וכבר קרענו לשטר שיש לו עליו ונתננו לפלוני רשות לדרוש ולחקור ולהיות ידו נטויה על כל הנכסים שימצאו לו וכל הקרקעות שמכר מזמן פלוני והלאה יש לו רשות לגבות חובו מהכל, ואחר שכותבין אדרכתא זו, הולך המלוה ומחפש, אם מצא לו נכסים בני חורין, שמין לו מהם; מצא לו נכסים משועבדים מאחר זמן שטרו, טורף מהם וקורעין שטר האדרכתא, וכותבין

⁸² ב"ק קיב: ד"ה וה"מ במלוה.

⁸³ שער ג' ח"ה סי' יג.

לו שטר הטרופא. כיצד כותבין: איש פלוני בן פלוני זכה בדין לטרופא בדין בחוב שפלוני חייב לו שהוא כך וכך בשדה פלונית שלקחה פלונית בכך וכך מזמן פלוני וכבר קרענו האדרכתא שהיתה בידו והרשינוהו לטרופא מזה בכך וכך. ואחר שכותבים הטרופא לטרופא, מורדין ג' בקיאים לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו מהקדן וחצי השבח, ומכריזין עליה שלשים יום כדרך שמכריזין על נכסי יתומים, ואח"כ משביעין את הלוח שאין לו כלום אם היה הלוח עמנו במדינה, ומשביעין את הטרופא בנקיטת חפץ שלא נפרע חוב זה ולא מחלו ולא מכרו לאחר, ואחר כך מורידים אותו לנכסי הלוקח בשומא שלו, וכותבין הורדה. וכיצד כותבין: אחר ששמנו לפלוני בשומא שהיתה בידו והכרזנו ל' יום כראוי והשבענו את זה הטרופא ואת הבעל חוב הורדנוהו לשדה פלונית להיות משתמש בה כדרך שאדם משתמש בקניינו. ומאימתי אוכל הטרופא פירות שדה זו, משיפסקו ימי ההכרזה (שם בפ' הנושא). ואם יש טעות באדרכתא, אינו אוכל פירות אפילו מיום ששלמו ימי ההכרזה.

לשון השו"ע כאן לקוחה מהרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק ו הלכה י.
וציין הסמ"ע (יט) שהטור בסימן קג הביא שלשיטת הרמב"ם נראה שניתן למכור נכסים בני חורין מיד למרבה למחיר ולא מחכים לי שמא משהו יביא הצעה טובה יותר, כפי שעושים אצל יתומים.
והטור שם חלק עליו וכתב שאף כאן צריך לחכות לי יום.
ותמה הסמ"ע על כך שסתמו השו"ע והרמ"א כדעת הרמב"ם ולא הזכירו שיש חולקים בדבר.
עוד תמה הסמ"ע (כ) מדוע הזכיר הרמב"ם שקורעים שטר האדרכתא כשגובים ממשועבדים, ולא הזכיר כן כשגובים מבני חורין.

ממתי יכול המלוה לאכול פירות מן הקרקע ששמו לו בעבור חובו?

לשון הגמרא בב"מ לה:

ומאימתי אכיל פרי? רבה אמר: מתי מטיא אדרכתא לידיה, אביי אמר: עדיו בחתומיו זכין לו. רבא אמר: מתי שלימו ימי אכרזתא.
 כלומר נחלקו האמוראים ממתי אוכל המלוה את פירות הקרקע ששמו לו:
רבה אומר שאוכל משעה שהגיע האדרכתא לידו.
אביי אומר משעה שנכתב, לשיטתו שיעדיו בחתומיו זכין לו.
ורבא אומר משנסתיימו ימי ההכרזה ופסקו הרמב"ם והשו"ע כרבא.

סעיף י

בשטר ירידה לנכסים צריך שיהיה כתוב שקרעו את שטר החוב

לשון הגמרא בב"ב קסט.

אמר רב נחמן: כל טירפא דלא כתיב ביה קרענייה לשטרא דמלוה - לאו טירפא הוא; וכל אדרכתא דלא כתיב בה קרענייה לטירפא - לאו אדרכתא הוא; וכל שומא דלא כתיב ביה קרענייה לאדרכתא - לאו שומא היא!
 וביאר הסמ"ע (כד) שהצורך לכתוב שקרעו את השטר הוא בכדי שלא יוצר מצב, שישכחו את השטר בידו, ויוכל לגבות ע"י בי"ד משטר אדרכתא חדש, וכאשר כותבים שקרעו, ודאי יקרעו קודם שיתנו לו את שטר האדרכתא.
 לשון השו"ע:

כל אדרכתא שאין כתוב בה: קרענו לשטר הלואה, אינה אדרכתא. וכל טירפא שאין כתוב בה: קרענו לאדרכתא, אינה טירפא. וכל שומא שאין כתוב בה: קרענו לטירפא, אינה שומא:

סעיף יא

לשון השו"ע:

כיצד כותבין אדרכתא על נכסי יתומים, יתבאר בסימן ק"ט:

סימן צט

כיצד משביעין ללוח אש יש לו ומחרימים מי שיודע לו נכסים ואם הוא כשר או רמאי ואם נתן שלו במתנה ובו ח' סעיפים:

סעיף א

הטוען שאין לו ממה לפרוע

לשון השו"ע:

לא היה לו שום טענה כנגד השטר, אלא שאמר שאין לו במה לפרוע, אם לא נמצא ללוח כלום יתר על מה שמסדרין לו, התקינו הגאונים משביעין את הלוח כעין של תורה בנקיטת חפץ, שאין לו כלום יותר על מה שמסדרין לו, ושלא החביא ביד אחרים, ושלא נתן מתנה על מנת להחזיר, וכולל בשבועה זו שכל מה שירווח וכל שיבא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו לא יאכיל ממנו לא לאשתו ולא לבניו, ולא ילביש אותם ולא יטפל בהם, ולא יתן מתנה לאדם בעולם, אלא יוציא מכל אשר תשיג ידו מזון ל' יום וכסות י"ב חדש מזון הראוי לו וכסות הראויה לו, לא אכילת הזוללים והסובאים או בני מלכים, ולא מלבושי הפחות והסגנים, אלא כדרכו, וכל היתר על צרכו יתן לבעל חובו ראשון ראשון, עד שיגבנו כל חובו.

מקור דין זה ברמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק ב הלכה ב.

נתן הלווה מתנה על מנת להחזיר, מתי מוצאים מיד המקבל?

הביא הב"י שהתרומות⁸⁴ העיר על מ"ש הרמב"ם משביעיים אותו שלא נתן מתנה ע"מ להחזיר, שלכאורה זה כבר כלול בשבועה שכל ממון שיגיע לידו יתן למלוה. ולא מצינו שתיקנו שבועה רק כדי להודיע ללווה על זכויותיו. ויישב שכוונת הרמב"ם היא משביעיים אותו שלא נתן עכשיו מתנה ע"מ להחזיר כדי להבריח את הנכסים מהמלוה.

וביאר הסמ"ע (ה) שאם עשה כן גובה מהם מיד אף אם המתנה הייתה על מנת להחזיר לאחר חצי שנה, אך אם נתן שלא על דעת להבריח אין מוצאים מיד המקבל עד הזמן שסיכמו ביניהם.

אם משביעיים את המזיק שאין לו ממה לפרוע?

כתב רע"א שמהש"ך בסימן פו ס"ק יט מוכח שאף את המזיק משביעיים שאין לו ממה לשלם.

הבא לפרוע בקרקע אם צריך להשבע שאין לו מעות, ואם משביעיים כשנמצא בידו מקצת החוב?

וכתב הסמ"ע (א) שמה שכתב השו"ע שאם לא מוצאין לו כלום משביעין אותו, אין זה בדווקא, ואפילו אם מצאו בידו גם מחצה משביעיים אותו, ובתחילה כתב שנסרף אחר לשון הרמב"ם שכתב כן בהקשר לדבריו הקודמים, אך לבסוף העלה הסמ"ע שיתכן רצה השו"ע ללמדנו שאם לא נמצא מטלטלים בידו ונמצא קרקע, אין משביעיים אותו על זה, על אף שמעיקר הדין מחויב להפרע לו במטלטלים באם יש לו. ובד"מ (א) הביא שמתשובת הרא"ש כלל לט ס' א משמע משביעיים על זה, ובמרדכי ב"מ ס' רסו משמע שאין משביעיים על זה, וכתב שכן נראה מדברי הרא"ש בפסקיו לבי"ק ס' ה שאין משביעיים על זה. והפת"ש (א) ציין לש"ך בסימן סא ס"ק ג שחולק וסובר שאם רוצה לפרוע בקרקע צריך להשבע שאין לו מעות. [וכן האריך בזה הש"ך בסימן קא ס"ק ה ושם כתב שאף המרדכי מודה לדין זה, ושם הסמ"ע בס"ק יד כתב להיפך שגם הרא"ש בת' מודה שאין משביעיים, ושם הכריעו הקצות והתומים שאין להשביע, להרחבה עיין בסכומינו לסימן קא סעיף א בעמוד 43].

אם יכול להשביע שיתן לו כל מה שתשיג ידו?

כתב הטור שאם לא כלל בתוך השבועה לתת לו כל מה שתשיג ידו, יכול להשביעו ע"ז כל לי יום.

ובב"י מבואר שמקורו הוא מהתרומות⁸⁵ שהשיג על הראשונים שכתבו סתם שיכול להשביעו כל לי יום ולא הצריכו לכלול את ענין להבא בשבועתו אפילו לכתחילה.

לשון הרמ"א:

הגה: לא נשבע להבא ליתן לו כל מה שתשיג ידו, יוכל להשביעו כל שלשים יום שאין לו (טור ס"ב).

מחרימים על כל מי שיודע שיש לו, והחייב לכמה, אינו נשבע אלא שבועה אחת לכולם?

ממשיך השו"ע ע"פ הרמב"ם שם:

ומחרימין תחלה על מי שיודע לפלוני נכסים גלויים או טמונים ולא יודיע לב"ד. ואם יש לו בעלי חובות הרבה, א"צ לישבע שבועה זו לכל אחד ואחד, אלא שבועה אחת לכולם:

והביא הב"י בשם התרומות שהמקור לכך שלא משביעיים על כל אחד ואחד בפני עצמו, הוא מן הגמרא בכתובות צד. שם מבואר ששבועה לאחת שבועה למאה.⁸⁶

⁸⁴ שער שני ח"ב ס' א.

⁸⁵ שער שני ח"א ס' ח.

נשבע שאין לו כסף לפרוע ולאחר מכן מצאו מעות אצלו וטען שאינם שלו, האם נאמן?

עוד כתב הרמב"ם: נראה לו ממון אחר שנשבע שבועה זו ואמר של אחרים הוא, או עסק הוא בידו, אין שומעין לו עד שיביא ראיה. וכן הורו רבותי.⁸⁷

ושאל שם המגיד משנה מדוע הלווה לא נאמן לטעון שהכסף של חבירו במגו שהיה יכול לתת אותם לאותו אדם.

וכתב שיש שתירצו שאין לו מיגו הואיל ואם היה טוען כן, אז לא היה השני צריך להחזיר לו, משא"כ בטענה זו שאם יודע האחר שאינו אמת צריך להחזיר לו.

עוד הביא המ"מ את תירוצו של הרמב"ן שאין מגו מועיל נגד החזקה שכל מה שתחת ידיו של אדם הרי הוא שלו, **והטור העתיק את טעמו של הרמב"ן.**

הקצות (ג) הקשה מדוע שלא יועיל כאן מיגו כנגד חזקה והרי זהו מיגו שבידו לעשות מעשה, ומבואר בר"ן בקידושין כח: שבזה נאמן אף כנגד חזקה, והעלה שכאן אינו רוצה באמת ליתן לשני, אלא כל המיגו שהיה נותן לו בפקדון ובכך מעלים את הפקדון, ומיגו כזה של ערמומיות אינו נחשב כמיגו.

הדרכי משה (ד) הביא מהמרדכי שדעת הסמ"ג היא כהרמב"ם וכן הכריעו ההגהות מרדכי והרשב"א בתשובה (ח"ב סימן קנא).

אך במרדכי שם הביא רבינו אביגדור פסק שנאמן הלווה לומר שמה שבידו אינו שלו, וכמותו הכריע הבנימין זאב בסימן רס.

וכתב הד"מ שיש להכריע כהכרעת רוב הפוסקים שאינו נאמן וכדעת הרמב"ם ולא כפי שהכריע הבנימין זאב.

אך כתב הד"מ שאם יש ללווה מיגו שיכל לתת לאותו אדם, בזה כתב הרשב"א⁸⁷ שנאמן, וכן משמע מתשובת הרא"ש⁸⁸

השו"ע סתם כהרמב"ם שאינו נאמן, **והרמ"א הביא בתחילה את דברי המ"מ בשם הרמב"ן** שאינו נאמן אף במיגו כנגד חזקה, וכתב שיש חולקים.

הש"ך (ו) האריך להשיג על הרמ"א ולהוכיח שאין כאן מחלוקת. וכתב הש"ך שבת' אחרת של הרשב"א כתוב⁸⁹ במפורש שאפילו במגו אינו נאמן מטעמו של הרמב"ן. לכן כתב הש"ך שע"כ בתשובה הראשונה המטלטלין היו ביד האחר כבר, ולא הוצרך להודאת הלווה אלא משום שהיו ידועים לו. ובזה נאמן לומר שאינו שלו, אך אם החפצים בידו אינו נאמן אף לדעת הרשב"א,

עוד כתב הש"ך שגם הרא"ש לא חולק על המ"מ בזה, והוא דיבר במקום שידוע הוא שהיו מעות ביד הלווה בתורת עיסקא, ונאמן הלווה לומר שאלו אותם מעות, והביא שכן פירשו הסמ"ע ומהרשד"ם, ושכן נראה מהמשך דברי הרמ"א עצמו כמו שיתבאר.⁹⁰

והביא הש"ך שדעת מה"ר אליה בן חיים בתשובה סימן קכב שאדם נאמן במגו נגד חזקת כל מה שתחת ידו הוא שלו, והביא ראיה מתשובת הרשב"א הנ"ל

והש"ך השיג על דבריו לשיטתו שאף הרשב"א לא דיבר אלא במקום שהחפץ אינו בידו.

והמה"ר אליה בן חיים הביא עוד ראיה לדבריו מהתוספות בכתובות⁹¹ שכתבו שאין המלוה נאמן לומר שהשטר בידו הוא אמנה כשחב לאחרים רק במקרה שהוחזק בב"ד שהשטר הוא בידו, או שהוא הופקד ביד שלישי, אך אם לא הוחזק בב"ד שהשטר בידו ואינו ביד השלישי, נאמן במיגו שהיה יכול לטורפו.

וכתב הש"ך שאין זה ראיה, ששם אף שהשטר הוא מוחזק בידו אין מעות ההלוואה מוחזקים בידו, ואין המגו מתנגד לחזקה.

הב"ח הביא מפסקי מהר"ם רקנטי סימן שהביא את תשובת הרי"ף בסימן רט דכתב שאף שהלווה אינו נאמן לומר שמה שבידו הוא של אחר, אבל האחר יכול לשבע וליטול.

וכתב הב"ח שאפשר שהרמב"ם יודה לדברי הרי"ף אם ישבע.

הש"ך (ד) השיג עליו וכתב שלא נראה כן מדברי הרמב"ם, ושנראה עוד שיש איזה טעות סופר ברקנטי. ושוב הביא שמצא שכ"כ התרומות שאפשר שהסופרים שבשו תשובה זאת, שאין לשבועה זו מקור, וכתב שהב"ח כנראה לא ראה את דברי התרומות, **והפ"ש (ד) הביא שרע"א העיר** שבשו"ת הב"ח⁹² החזיק הב"ח בדעתו אף שראה דברי התרומות.

לסיכום:

דעת הרמב"ם ורוב הראשונים שאינו נאמן לומר שמה שבידו אינו שלו.

דעת רבינו אביגדור והמשאת בנימין שנאמן.⁹³

הרמ"א כתב שדעת הרשב"א והרא"ש שנאמן כשיש לו מיגו שיכל להחזיר, והש"ך השיג עליו בזה.

⁸⁶ **הרמב"ם כתב** שהסיבה שנשבע לכולם היא מפני שזו שבועה מתקנת הגאונים ואין מדקדקים בה, ולכאורה אף בשאר שבועות למדנו ששבועה אחת שבועה למאה' כמבואר בכתובות צד. וכתב הושב הכהן סימן נח לחדש שבד"כ איננו אומרים כן אלא כשנעשה אותו שנשבעים אליו שלוחם של אחרים אבל ללא זה לא, מה שאין כן כאן בשבועות הגאונים.

⁸⁷ ח"ב סי' קנא.

⁸⁸ כלל עט סימן יא.

⁸⁹ ח"א סימן אלף מז.

⁹⁰ עיין בהערה 97.

⁹¹ יט. ד"ה וכגון.

⁹² ישנות סימן לח.

⁹³ והש"ך סובר שאף רבינו אביגדור אינו חולק עיים בפיקסא הבאה.

הב"ח בעקבות ת' הרי"ף סבר שלכו"ע נאמן הנותן להשבע ולטול את אותו החפץ. והש"ך חולק וסובר שת' הרי"ף הנ"ל משובשת.

האם נאמן הלווה לומר שהוא חייב גם למלוה אחר במיגו שיכל לתת לו?

כתב הש"ך שגם הרמב"ם שסובר שאינו נאמן במיגו לטעון שמה שבידו אינו שלו, מפני שהוא כנגד חזקת מה שתחת יד אדם שלו, ויודה שיכול הלווה לטעון שהוא חייב גם למלוה אחר במידה ויש לו מיגו שיכל לתת לו את הכסף, שהרי בזה אין טענתו סותרת את החזקה.

וכתב הש"ך להביא ראיה לדבריו מהרמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין פרק י הלכה ו שם כתב שנאמן השותף לומר שהם חייבים לפלוני מן השותפות בכסף שהוא בידו במיגו שיכל לתת לו, ונפסק להלכה בסימן צג סעיף יג, **וכתב הש"ך שצריך לומר** שמה שכתבו הרמב"ם והטור כאן שלא יטלו מן הלווה אלא בעלי השטרות, ומשמע שהלווה אינו נאמן לומר שאחר חייב לו, זה דווקא כשאין לו מגו⁹⁴, וכן יש לפרש בדברי הסמ"ג, ואינו חולק על רבינו אביגדור כמו שמשמע מהמרדכי שהביא דברי שניהם ולא העיר שנחלקו, וזה כנגד דברי הדרכי משה שהבין שרבינו אביגדור והבנימין זאב סוברים שנאמן הלווה אפילו בלי מגו.

וכתב הש"ך שאם ידוע בעדים שהיה מעות בידו, אינו נאמן, הואיל ואין לו מיגו, ואפילו אם בשעה שהודה למלווה שיש בידו מעות, לא היה ידוע שחוב זה הינו חוב בשטר ונדוע רק לאחר מכן, שוב אינו נאמן במיגו.

[הכסף משנה עמד על כך שהרמב"ם כתב גם בהלכה ה וגם בהלכה ו שאינו נאמן לטעון שאחר חייב לו, ורצה לדייק מכפילות זו שבמקרה הראשון כתב במקרה שאין לו נכסים כלל להפרע מהם, ובזה אף אם תבעו המלווים האחרים מעצמם אינם יכולים לגבות, ואילו במקרה השני דיבר הרמב"ם שיש לו לגבות רק לאחד מהם, ובזה אם הודה מעצמו קודם שנשבע, אינו נאמן ואפילו אם יתבעוהו אח"כ לא יועיל, אבל אם יבואו ויתבעו בעצמם יכולים לגבות.

אך הש"ך (ג) כתב שאין דיוקו נכון והרמב"ם פשוט רצה ללמדנו שאף אם הודה קודם שהגיע אליו הכסף, וגם אם נשבע על כך אינו נאמן לומר שחייב לאחר.

האם נאמן לומר שחייב לאחרים כאשר אין לו כסף לשלם?

בסוף הפיסקא הקודמת הבאנו שהש"ך דייק מדברי הרמב"ם בהלכה ה שאף אם הודה הלווה שאחרים חייבים לו, קודם שהיה לו כסף לשלם למלוה אינו נאמן, ובאמת כך מדויק מלשון הרמב"ם שכתב: "מי שנתחייב בשבועה זו מפני שטר חוב שעליו והודה לאחרים בחובות אחרים והשיגה ידו יתר על הראוי לו לא יטול היתר אלא בעלי שטרות בלבד" ומשמע מדבריו שהודה קודם שהשיגה ידו.

אך הב"ח דייק מדברי הטור להיפך שכתב הטור: "ואם נשבע והשיג ידו יתר על הצריך להוצאתו ואומר שיש עליו חובות אחרים". ומשמע שדווקא אם הודה לאחר שהשיג ידו⁹⁵.

וביאר הב"ח שאם הודה קודם שהיה לו כסף נאמן מפני שבשעה שהודה אינו מפסידו כלום. **והשיג עליו הש"ך (א)** שמדברי הפוסקים לא משמע כך, וכתב שעדיין יש לחוש לקנוניא, מפני שיתכן שיש לו נכסים ואיננו יודעים עליהם.

והתומים הצדיק את דברי הב"ח וכתב שהואיל ואיננו מוחזקים שיש לו, ורק חוששים שמא החביא, א"כ בזה ודאי יש לו מיגו שיכל לתת לו, והש"ך עצמו כתב שנאמן במיגו זה לטעון שהוא חייב לאנשים אחרים. **והנתיבות דחה את דברי התומים וכתב** שאין לו מיגו, הואיל ויתכן שלא היה בידו כעת את המעות ופחד שיקבל את המעות ע"י עדים ובזה לא יהיה לו מיגו, ולכן העדיף לומר לפני כן שהוא חייב לאדם אחר. **והקצות (ב) הביא את דברי התומים בצורה שונה** ואמר שהתומים טען שעדיין יש לחוש לקנוניא.

ובזה השיג עליו הקצות וכתב שאפילו בלי חשש קנוניא אין מקבלים הודאת בעל דין במקום שחב לאחרים, כדמוכח בקידושין סה:⁹⁶

הפתי"ש (ג) הביא את דברי הפרי תבואה סימן נ"ט שכתב שדברי הקצות אין להם שחר אך כתב שמכל מקום העיקר כש"ך הואיל ויש כאן חשש קנוניא.

לסיכום:

לדעת הב"ח והתומים נאמן אדם לטעון שחייב לאחר כאשר אין לו ממה לשלם.

ולדעת הקצות והנתיבות והפרי תבואה אינו נאמן בכך **(לקצות** משום שאינו יכול לחוב לאחרים **ולנתיבות** ולפרי תבואה מפני חשש קנוניא)

מתי יכול הלווה לטעון שהמעות שבידו הינם מעות עיסקא?

הבאנו לעיל שהרמ"א הביא את דעת המגיד משנה שאינו נאמן לומר שמה שבידו אינו שלו אפילו במיגו, ולאחר מכן הביא שיש חולקים, ואז הוסיף וכתב שאם ידוע שיש לו עיסקא מאחרים, נאמן לומר שמה שבידו הוא מהעיסקא במיגו שיכל לתת לו.⁹⁷

⁹⁴ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'הטוען שאין לו ממה לפרוע':

נראה שאין זה דחוק כ"כ, שכתבו 'השיגה ידו יתר על הראוי לו' ויש לפרשו שידוע הוא כן.

⁹⁵ בב"ח כתוב קודם שנשבע, ובהגהות והערות אות כא תיקנו ל'קודם שהשיגה ידו' וכן מובא בש"ך.

⁹⁶ קשה לי שעיקר קושית התומים היא שודאי נאמן במיגו שיכל להחזיר, ובזה לא השיב לו הקצות דבר, וצ"ע. ועיין בפרי תבואה שהאריך בדברי הקצות ושם עולה שיתכן שהקצות הבין שודאי התומים לא יתכוון שנאמן במיגו שהרי זהו מיגו דרמאות וכבר הבאנו לעיל בשם הקצות שאין זה מיגו כלל, אלא כל כוונת התומים שאין לחוש לקנוניא שהרי יכל לעשות באופן אחר.

⁹⁷ מקור דין זה לכאורה לקוח מתשובת הרא"ש וכפי שביארו הש"ך שרק בזה אמר הרא"ש שנאמן במיגו, ולכאורה זה סותר את דברי הד"מ שהבין מת' הרא"ש שלעולם נאמן במיגו, וכן הקשה הש"ך וכתב שכנראה הרמ"א חזר בו ממה

וכתב הש"ך (ו-ז) שכל זה דווקא במציאות שאינו נאמן לומר שהחזיר את מעות העיסקא, שאם נאמן יש לחוש שכבר החזיר, וחזרה החזקה שמה שתחת יד אדם שלו, ורק כשאינו נאמן לומר כן, ובוודאי שיש בידו מעות מן העיסקא, נאמן לומר שאלו המעות, ובכך יטול בעל העיסקא את כל המחצה שלו, ולא יצטרך לחלוק בהם עם השאר, אך המחצה השני, נוטל שוה בשוה עם שאר בעלי החוב. וכדוגמא למציאות בה לא יכול הלוה לומר החזרתי, כתב הש"ך שהוא באופן שיש נאמנות על אותה עיסקא שאינו יכול לטעון שהחזיר.

הנתיבות (ב) תמה על דוגמא זו שהרי נאמנות אינו מועילה לחייב בע"ח מאוחר כמבואר בסימן עא. **וכתב הנתיבות** שיתכן שבמצב כזה שיש נאמנות והוא ודאי חייב, כבר אין חזקה שמה שתחת יד אדם שלו, ונאמן הלוה לטעון שהמעות אינם שלו, אך כתב שהוא דוחק.

וכתב הש"ך בס"ק ו שגם כשיכול לטעון שהחזיר, נאמן לטעון שחייב לאדם מעות מכח עיסקא במידה ויש לו מיגו, ובוזה יכול להשתתף עם שאר בעלי חובות בשווה, שאינו שונה משאר מלווה שנאמן הלוה במיגו לומר שחייב להם וכפי שהבאנו בסעיף הקודם.

וכתב הנתיבות (ג) שכל מה שכתב הש"ך שאינו נאמן במיגו במקום שיכל לטעון על העיסקא טענת 'החזרתי' זה רק במקום שלא ידוע שאותו אדם רגיל לסחור במעות של אחרים, שבמצב כזה ודאי נאמן לטעון שמעותיו אינם שלו, ואין זה כנגד החזקה של 'מה שתחת יד אדם שלו' כמבואר לקמן סעיף ג.

הקצות (א) העיר שמדברי הש"ך עולה שבמעות עיסקא, המלווה יכול ליטול רק את המחצה פקדון, אבל לגבי המחצה מלוה דינו כשאר בעלי חוב.

והשיג עליו הקצות בזה וכתב שודאי בעל העיסקא קודם ליטול גם את מעות המלווה בעודם בעין לפני שאר בעלי חובות, שמבואר בבי"מ קד ב שהנותן מעות עיסקא ומת הלווה, יכול לגבותם, ולא נעשו כפקדון אצל בני הלווה, וכתב שם הרא"ש בסימן ט, שהוא הדין שקודם ליטול ממעות אלה במידה והם בעין משאר בעלי חובות וכתובת אשה וכ"כ כל הפוסקים בלי שום חולק. **והסכים הנתיבות (ב) לדבריו.**

הפת"ש (ו) הביא שגם הדגול מרבבה השיג על הש"ך בזה וכתב שדבריו הם נגד הש"ס וכל הפוסקים, וכן השיגו עליו **בזה תומים והשער משפט.**

מכל מקום כתב הקצות (ד) שכיום אין הלווה נאמן לטעון שהמעות ניתנו לעיסקא אם הנותן אינו מכיר בוודאות שזה מהעיסקא שלו, מפני שאחרי שתיקנו תקנת בורח שצריך להחזיר כל שקיבל תוך רבע שנה ומחרימים על כך, אין הלווה נאמן במגו, שאולי לא היה רוצה לקבלם מכיון שהיה צריך לקבל עליו חרם.⁹⁸

מה הדין כשטוען הלוה שהמעות שבידו הינם פקדון של אחר ומביא ראיה לדבריו?

כתב הש"ך (ב) שגם אם יביא ראיה לכך שיש בידו מעות פקדון מיד אחר, לא יוכל המפקיד ליטול אותם לבדו, ורק בנכסים נאמן על פי ראיה, ובמעות אין זה מועיל, הואיל ומעות פקדון מותרים בשימוש, ודינם כמלווה, ולכן דינו כשאר בעלי חובות, וכן כתב הש"ך בס"ק ח שרק במעות עיסקא כתב הרמ"א שאם ידוע שהיה בידו מעות עיסקא, נאמן במיגו שאלו המעות, אבל לענין מעות פקדון אין זה יועיל שיטלם לבדו. **אך הקצות (א) הביא שכבר השיג החכם צבי בסימן עג על דברי הש"ך וכתב** שכל עוד הנפקד לא השתמש במעות, הם שייכות למפקיד, ויכול לגבותם לבדו.

וכתב הקצות 'ובפרט לפי מה שנהגו עכשיו עפ"י תקנת המדינה דאפילו לקח סחורה בהקפה אם הסחורה שלו בעין הוא קודם, מכל שכן במעות שלו שהוא בעין.

מלוה שהלווה ללוה והמעות עדיין בעין, אם קודם ליטולם לפני שאר בעלי חובות?

וכתב הקצות שאף במעות הלוואה ממש, קודם המלווה אם המעות בעין לשאר בעלי חוב עפ"י תקנת המדינה שהוזכרה בפיסקא הקודמת. לשון השו"ע:

ואם נראה לו ממון (קודם שנשבע או) (טור ס"ט) **אחר שנשבע שבועה זו** (או שהיו שטרי חובות כתובים על שמו בידו), (תשובת הרשב"א בב"י ריש סי' צ"ח) **ואמר: של אחרים הוא**, (או שאמר: יחדתי לאחרים שאני חייב להם) (ת' הרא"ש כלל ע"ט סי' י"א), **או: עסק הוא בידי, אין שומעין לו עד שיביא ראיה.** הגה: ואף על פי שיש לו מיגו, שהיה יכול להחזירם או לומר: לא היו דברים מעולם, אינו נאמן, דהוי מיגו במקום חזקה, דכל מה שנמצא ביד אדם בחזקת שהוא שלו (המגיד פרק א' דמלוה דין ד'). ויש חולקין בזה (תשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"א, וכן משמע מתשובת רשב"א שכתב ב"י ס"ס מ"ז). מיהו אם ידוע שיש לו עסקא מאחרים, נאמן לומר על מעות שבידו: אלו מעסק פלוני הם, במיגו שהיה נותן לו.

מלוה בע"פ קודם מלוה בשטר מאוחר מי קודם, ואם נאמן הלוה לומר שהמעות אינם שלו בחובות שלא שייך בהם דין קדימה?

כתב הרמב"ם בהלכת מלוה ולוה פרק ב הלכה ו:

שכתב בד"מ, ומה שכתב שיש חולקים וסוברים שלעולם נאמן במיגו זו דעת הרשב"א בלבד, והש"ך השיג עליו גם בדעת הרשב"א וכפי שהבאנו לעיל.

⁹⁸ ובתחילה לא הבנתי מה יועיל שבעל העיסקא מכיר את המעות והרי הנתבע אינו נאמן במיגו לטעון שהמעות שלו, אך נראה שהואיל והוא טוען שהוא שלו, הוא מכל מקום יקבל חרם, וא"כ ודאי שהיה לנתבע מיגו שיכל לתת לו את המעות.

וכן כל מי שיש עליו שטר חוב והודה לאחר מעצמו בחוב אחר אם אין לו נכסים כדי שיגבו שניהם גובה בעל השטר בלבד, שלא יעשו קנוניא על שטרו של זה.

המגיד משנה למד מדברי הרמב"ם הנ"ל שמלוה ע"פ מוקדם, קודם למלוה ע"פ מאוחר, מכך שכתב שאם הודה הלווה שחייב לאחר במלוה ע"פ, בעל השטר גובה לבדו מחשש קנוניא, משמע שללא זה בעל המלוה ע"פ היה קודם [בסימן קד בע"ה נביא שנחלקו בזה הר"י ורב האי שדעת הר"י שבעל השטר קודם ודעת רב האי להיפך].

הש"ך (ג) כתב שאין ראיה מדברי הרמב"ם שיתכן שהרמב"ם דיבר דווקא לעניין גביה במטלטלים שבהם לא שייך דין קדימה, ובאופן שאין לו מיגו שהרי אם יש לו מיגו נאמן לומר שחייב לאחר כפי שהבאנו לעיל בשם הש"ך.

[עוד הציע הש"ך שמדובר כשקנה את הנכסים לאחר ההלוואה בשטר ולא היה כתוב בשטר דאיקני שבה אין דין קדימה].⁹⁹

התומים (ב) השיג על דברי הש"ך וכתב שבמקום שאין דין קדימה, יכול הלווה לטעון שמה שאצלו אינו שלו, שהרי אם יתן כעת לאותו אדם שטר חוב, ודאי שיגבו בשווה, א"כ הוא הדין כשהודה שחייב לו שהרי הודאתו מחייבתו.

והקצות הצדיק את דברי הש"ך וכתב שהודאה מחייבת מדין אודיתא, רק כאשר היא נחשבת כהודאה, אך כן שאינו נאמן בהודאה זו הואיל ובהודאתו הוא מחייב אחרים, ממילא היא גם לא מחייבתו כלל.

סעיף ב

נשבע לפרוע למלוה מאוחר מנכסים שיגיעו לידו, אם גובה המלוה המאוחר לבדו?

הטור הביא תשובת הרא"ש¹⁰⁰ בדבר לווה שנשבע למלוה ראשון ששטרו מוקדם שבועת הגאונים שאין לו ממה לפרוע ולא כלל בשבועתו שיפרע מנכסים שישיג אח"כ, ואז נשבע למלוה מאוחר שבועת בגאונים ושם כלל בשבועתו שמתחייב לשלם מנכסים שיבואו לידו, וכעת חזר המלוה הראשון וביקש שישבע גם לו גם כך והלווה טוען שהוא אינו יכול הואיל וכבר נשבע לשני, והוא טוען ששטרו קודם והוא יקח תחילה. **ופסק הרא"ש** שמכיון שאין דין קדימה בנכסים שיבואו אחר ההלוואה, ובלי השבועה היו נוטלים בשה, לכם לאחר השבועה הוא מחוייב לשלם דווקא לשני. וכן דעת החזוה התנופה שהביא הרמ"א בסימן קד (סעיף א) בשם י"א.

השו"ע העתיק דברי הרא"ש וכתב עליו שלו נראה שב"ד יכופו לשני לתת את החצי לראשון **והסמ"ע (ט) ציין לתשובה שלו** (אינו בדינו) ששם הכריע שהעיקר הוא כהרא"ש. (נראה שכוונתו גם אח"כ אין מוציאים מיד שני לתת חצי לראשון וכן נראה מדברי הרמ"א בסימן קד שכתב בפשיטות שאין דין קדימה בנכסים שלא קיימים בעולם כלל).

הש"ך (י) ביאר את הכרעת השו"ע שכתב שהלווה יתן הכל ואח"כ יוציאו ממהלוה השני, שהשו"ע סבר שאין השבועה יוצרת קניין, ומכל מקום חייב הלווה לקיים שבועתו ולכן הלווה נותן תחילה ובכך מקיים את שבועתו ומה שב"ד יקחו ממנו אח"כ אין זה ענינו.

אך התקשה הש"ך שלכאורה הכרעת השו"ע כאן סותרת את תשובת הרשב"א שהביא הבי"י בתחילת סימן קד, שם כתב שאם התחייב לשני לשעבד לו נכסיו שיקנה, איבד הראשון את שעבודו.

אך ביאר הש"ך שאין סתירה בדבר ששם מדובר לעניין גבית מלקוחות וכששיעבד את נכסיו שיקנו (ודאיקני) והרשב"א לשיטתו שיכול הלווה לחזור בו משעבוד זה, קודם שהגיעו הנכסים כמבואר בסימן קיב, אבל לעניין גביה מהלווה עצמו ודאי שלא יועיל מה שהתחייב לשני, שהרי בזה חולקים בשווה.

אך הש"ך הכריע כנגד פסק השו"ע שאפילו מתחילה לא יניחו ב"ד ללווה לקיים את שבועתו, מפני שאיננו עושים שלא כדין בשביל שיקיים שבועתו, ועוד שנראה שלא עבר על שבועתו שהוא אמר לב"ד לתת לשני, אלא שב"ד לא הקשיב לו, ונהג על פי הדין.

לשון השו"ע:

ראובן השביע לשמעון שבועה זה כתקנת הגאונים, ולא השביעו להבא, ואחר כך תבעו לוי ששטרו מאוחר, והשביעו להבא מה שירויח יותר על הוצאתו שיתן לו, אם לא שנשבע היו חולקים, וכיון שנשבע לתת ללוי צריך לקיים שבועתו, כך כתב (הטור) בשם הרא"ש. ולי נראה שבית דין יכופו ללוי ליתן החצי לראובן. (וע"ל סימן ק"ד סעיף א' כתבתי כסברת הרא"ש):

סעיף ג

הגובה חובו מחפץ הנמצא ביד הלווה וטוען אחר שהוא שלו

הטור הביא תשובת הרא"ש¹⁰¹ **שדנות** במקרה שבעל חוב גבה חובו מחפץ הנמצא ביד הלווה, ובא אחר וטען שהוא נתן ללווה את החפץ הזה למכור, ושהוא שלו.

ופסק הרא"ש שאם החפץ היה ידוע כשייך לראשון (ובשו"ע הוסיף ע"י עדים) אין המלוה יכול לגבותו בחובו.

⁹⁹ ועיין בסימן קד סעיף ו שם נחלקו הסמ"ע והש"ך אם במצב הזה גובה השני לבדו (סמ"ע יט) או שיחלקו ש"ך ג).

¹⁰⁰ כלל עט סימן ח.

¹⁰¹ כלל קז סי' א ג וכלל קה סוף סימן ב.

המשיך הטור בשם הרא"ש שאם אינו ידוע בודאי שהחפץ היה שלו אינו נאמן לומר שהוא שלו א"כ הלווה הוא סרסור שרגיל למכור חפצים שאינם שלו, שאז אין חזקה שאותו החפץ שייך ללווה ונאמן הלווה או בעל החפץ לטעון שחפץ זה שלו בשבועתם.¹⁰²

המשיך הטור בשם הרא"ש אם החפץ הוא דבר העשוי להשאיל ולהשכיר וטען האחר שהשאל או השכיר לו, ויש לו עדים שהיה שלו, נאמן, ואם יש לו רק עד אחד אין זה מועיל לו להוציא מחזקת הבעל חוב.¹⁰³

עוד כתב שבמקום שאין המלוה נאמן אפילו אם הודה הלווה לדבריו אינו כלום.

אם יכול המלוה בטענת שמוא להשביע את בעל החפץ שאכן החפץ שלו

וכתב בבדק הבית שאין משביעים אלא במקום שהמלוה טוען בברי שחפץ זה שייך ללווה, ואם אינו יודע בברי יכול להחרים סתם, וכתב שהרא"ש סתם וקיצר בזה הואיל והוא דבר מובן, וכ"כ הב"ח.

אבל הש"ך העיר שהב"ח הלך לשיטתו בזה, שבסימן קלג כתב כן גבי לוקח, אבל להלכה שגם בטענת שמוא צריך לישיבע, מפנח שטוענים ללוקח, ה"ה שטוענים למלוה. והשיג על הב"ח בזה.

אם ידוע שהחפץ היה שייך לאותו אדם אך לא ידוע שלא מכר לאותו לווה

ובבדק הבית שאל על דברי הרא"ש שכתב שאם ידוע שחפץ זה היה של אותו אדם, יכול להוציא מהמלווה, מדוע איננו חוששים שהלווה קנה חפץ זה, **וכתב** שהואיל והוא אינו טוען כן איננו טוענים כן.

הסמ"ע (י) לא ראה את דברי בדק הבית וכתב שבאמת אין אותו אדם יכול להוציא מהמלווה אלא במקרה שידוע ע"פ עדים שעדיין חפץ זה שלו ושלא מכרו לאותו לווה, וכגון שראו שנתן לו ואמר לו למוכרו בשבילו, וכתב שדווקא לענין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר די בעדים שיודעים שהיה של ראובן, מפני שאין דרך למוכרו.

הש"ך (יב) הכריע כדעת הסמ"ע, אף שהביא שהב"ח כתב כהבדק הבית בשם הרש"ל. והוסיף שצריך גם עדים שראו את החפץ ביד הלווה, שכל עוד אין עדים יכל הלווה לטעון לבעל החפץ שהחפץ הזה קנוי בידו, במיגו שיכל לומר שהחזיר, ולכן אין בעל החפץ נאמן ליטול המלווה ולומר שחפץ זה שלו.

וכתב הנתניבות (ד) שמה שכתב הש"ך שצריך שיהיו עדים שראוים שהחפץ עדיין ביד הלווה, זה נכון רק במלוה ע"פ, ולא במלוה בשטר והאריך לבאר זאת ע"פ דברי הש"ך בסימן עב ס"ק צו ותורף דבריו שרק במקום שיכול הלווה לומר שהחזיר לבעל החפץ וגם להפטר מחובו למלווה, אז יש לו מיגו לטעון לקוח, ולכן במלווה ע"פ שיכול לומר שהחזיר את החפץ לבעל החפץ ולטעון שפרע ללווה, נאמן לומר במיגו שקנה את החפץ, אבל במלווה בשטר, אם יאמר שהחזיר את החפץ, הוא ישאר חייב למלוה מפני שאינו נאמן לטעון פרעתי מול שטר, ולכן אין לו מיגו, וממילא אין גם למלווה יכולת לטעון כן, ויכול בעל החפץ לגבות מן המלווה אף אם אין עדים שהחפץ היה ביד הלווה.

עוד כתב הנתניבות שנראה שאם החפץ הוא עדיין ביד הלווה, גם אם אין עדים שראו אותו בידו נאמן לומר שהוא של האחר מגו שהיה יכול לתת לו.

כל זה כתב הנתניבות לדעת הש"ך אך הוא עצמו השיג על דברי הש"ך וכתב שודאי שגם אם אין עדי ראה נאמן בעל החפץ ליטול את החפץ מן המלווה, ולא שייך לומר שהמלווה יכול להחזיק בחפץ מכח שהלווה יכל להיות נאמן במיגו, שרק במקום שיש ללווה חזקה מובן שחזקתו מועילה גם לבעל חוב שלו. אבל אם אין

¹⁰² זה פשט דברי הטור אך לקמן נביא שהש"ך הבין שאף בסרסור אינו נאמן אלא אם כן יש עדי ראה, ומשמע מדבריו שצריך עדים שידוע שהחפץ היה שלו, ונראה שקשה להכניס כן בלשון הטור.

¹⁰³ יש לציין שיש הבדל בין לשון הרא"ש בת' כלל קה סוף סימן ב, לדרך שבה הביא דברי הטור: וז"ל הרא"ש בת': **ויראה שהחפצים הנראים בבית הסרסור, שהוא רגיל למכרו, אינם בחזקת שלו למשכנם בחובו, או במס, כמו האשה שנושאת ונותנת בתוך הבית, עליה להביא ראיה, וכדברים העשויים להשאיל ולהשכיר; והסרסור, או בעל החפץ, נאמנין בשבועתן.**

ומלשון הרא"ש נראה שדימה דין סרסור לדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ובדברים העשויים להשאיל ולהשכיר הדין פשוט שנאמן בעל החפץ לטעון שהם שלו רק במקום שהוא ידוע שהיה שלו כפי שכתב הטור.

[אחרי כתיב זאת ראיתי שהש"ך (יב) ציין שמדברי הרא"ש משמע שאין הבדל בין כלים העשויים להשאיל ולהשכיר לסרסור, אך מה שכתב שמת' הני"ל משמע גם שצריך שיהיו עדי ראה, לא מצאתי רמז לזה]

ולעומת זאת מדברי הטור משמע שיש חילוק ביניהם וכן משמע מלשון השו"ע, שבסרסור אין צריך בעל החפץ להביא כלל ראיה לדבריו שהחפץ היה שלו,

וכפי הבנתינו בטור כתב הגר"א בס"ק יג וז"ל: "כמו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר וכאן אפי' עדים א"צ שהיה שלו". ונראה שהגר"א הבין שבסרסור אנו מניחים שמה שבידו אינו שלו, ולכן אין צורך להביא לכך ראיה וכן **ביאר דבריו בפסקי הגר"א** וכתב שהואיל והמלווה אינו מוחזק כלל חזר הדין שברי ושמא ברי עדיף, אך מלשוננו משמע שאינו נאמן ליטול בלא הודאת הנתבע שאכן הוא בעלים של החפץ ונתייחס לזה לקמן.

ושם הביא שהתומים חולק בזה (אורים יד) וביאר התומים שאף בסרסור צריך עדים שהיה שלו שאם לא כן יכול לומר שאינו בעל דברים שלו ושמא זה שייך לאחר. [ובברכת אליהו הבין שכן דעת הש"ך ס"ק יב]

ובעמודי אש שם (בפסקי הגר"א) דחה דבריו וכתב שאדרבה הואיל וידוע שהם אינם של הסרסור, אין המלווה היה יכול לקחת את המעות, ויאמר בעל החפץ למלוה את לאו בעל דברים דידי וכיצד גבית ממנו כאשר ידוע שהוא סרסור, והוסיף שהואיל ואין כאן מוחזק ברי ושמא ברי עדיף.

ולחרתב עין בברכת אליהו על הגר"א הני"ל הערה 4 שהאריך במקורות בעניין זה, עוד עיין בספר ארחות המשפטים בעמוד קנו להרב אברהם שלמה כץ שדן בזה ומסיק שאינו צריך מיגו לומר שהוא שלו וקרובים דבריו לדברי עמודי אש.

ונותר לי עדיין לברר האם בעל החפץ נאמן רק מכח טענת הלווה שמודה שהוא שלו, או שבלאו הכי נאמן מדין ברי ושמוא, ובשביל לברר דין זה יש לעיין בסימן רכב סעיף ד בדין האומר שדה מכרתי ואיני יודע למי אם נאמן אדם לומר לי מכרתי, ואם יש לחלק בזה בין מקרה בו הנתבע אינו זוכר מי נתן לו, שעדיין שייך לומר שאין אדם חציף לומר ששלו הוא, לבין מקרה שהלווה מת, שמא בזה חציף אינו לטעון ששלו הוא וכפי המבואר בסימן קכג בסעיף ה כשאינו זוכר אם מי מכר גדול או קטן אינו נאמן לומר שמכר לו הגדולה שבזה חציף איננו ע"פ מה שהתבאר לי מנתיבות עו ס"ק י.

לו חזקה, ורק יהיה נאמן בטענתו במגו שהיא הוכחה שאומר את האמת, כל שאינו טוען כן ואין כאן הוכחה אין לנו לטעון כן בעד בעל חוב שלו. והביא שכיוצא בזה כתב המהרי"ח שאין טוענים ליתומים לקוח במקום שהאבא לא יהיה נאמן אלא במגו דהחזרתו. ואף שמשאר אחרונים משמע שטוענים להם בכגון זה הוא מטעם שכתב הרא"ש בתשובה שתולים שודאי האבא היה טוען כן, והיה הוכחה. אבל כשהוא עצמו מודה שלא לקח ודאי אין טוענים לבא מכוחו כן.
והביא שכ"כ התומים של"צ עידי ראייה, ודייק כן מהשו"ע והפוסקים שסתמו.

מדוע כשיש עד אחד שמעיד שהחפץ שלו הוא אינו נוטל מן המלוה מכח משאולי"מ?

הוסיף הטור לדברי הרא"ש שאם אין לבעל החפץ אלא עד אחד שמעיד שהחפץ שלו אין זה מועיל אפילו בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר.

וביאר הסמ"ע (יא) שאין אומרים כאן שהמלוה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע הואיל ואינו יודע שהחפץ לא שייך אותו אדם ולכן דינו לשלם, והטעם שאיננו אומרים כן הוא מפני שדיים 'מתוך שאינו יכול להשבע משם' שייך רק במקום ששנים היו מחייבים ממון ישר, וכאן היה צריך בעל החפץ לישבע קודם וליטול וכמ"ש הרא"ש.

הש"ך (יד) תמה על הסמ"ע שודאי השבועה של האחר הוא רק שבועת היסת, וגובה קודם ואח"כ נשבע, ולכן טעמו של הסמ"ע אינו מועיל, אלא טעמו של הטור הוא שהואיל והלווה יכול להכחיש את העד ולהפטר, אז גם המלוה נפטר, אף אם הלווה בפועל לא נשבע כנגדו.

וכתב הש"ך שיתכן שהסמ"ע באמת הבין שהשבועה כאן הינה שבועה חמורה, אך אין זה נכון.
הקצות כתב (ה) שלגבי בעל חוב בכלל לא שייך דין 'מתוך', כמו שנתמטטו היורשים מדין זה¹⁰⁴ לשון השו"ע:

ראובן נתן חפץ לשמעון למכור, ובא לוי בעל חוב של שמעון ולקחו בחובו, אם ידוע בעדים שחפץ זה של ראובן, צריך להחזיר לו. אבל אם אינו ידוע בעדים, אף על פי ששמעון מודה שהוא של ראובן, אין מוציאין מלוי. ואם יטעון ראובן ללוי: אתה יודע שזה החפץ שלי, צריך לישבע היסת (תשו' הרא"ש מצאתיה בכלל ק"ה ס"ס ב'). ואם שמעון הוא סרסור, החפצים הנמצאים בביתו ושהוא רגיל למכרם אינם בחזקת שלו שימשכנם בעל חובו. (והסרסור או בעל החפץ, נאמנים בשבועה) (טור והוא בתשובת הרא"ש שם). וכן אם מצא בבית בעל חובו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ובא אחד ואמר שהשאלים או השכירים לו ויש לו שני עדים שהיו שלו, נאמן, ולא יוכל בעל חובו למשכנם בחובו:

סעיף ז

כשניכר לדיין שהתובע יודע שאין ללוה ומכל מקום רוצה להשביעו שאין לו

לשון השו"ע:

מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום, והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם, ובא בעל חוב להשביעו בתקנה זו, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זו אלא רוצה לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להנקם ממנו, או כדי שילך וילוה מהעובד כוכבים או שיקח נכסי אשתו ויתן לו עד שינצל משבועה זו, אסור לדיין להשביעו שבועה זו; ואם השביעו ביטל, לא תעשה של תורה לא תהיה לו כנושה (שמות כב, כד) ולא עוד אלא ראוי לדיין לגעור בתובע ולטורדו. הגה: ועיין ב"ד סוף סימן רנ"ג עני שקבץ ממון בשטר קיבוץ, אם צריך לשלם לבעל חוב:

מקור דין זה ברמב"ם הלכות מלוה ולוה פרק ב הלכה ד.

וכתב שם המגיד משנה שדין זה הוא דין התלמוד של דין מרומה, וכתב על זה: "ומ"מ כתבו המפרשים האחרונים ז"ל שאין בכל ב"ד כח בזה אא"כ הוא ב"ד חשוב ומוחזק בחכמה ובחסידות. ומשרבו הדיינים שאינן מומחין יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לעשות לו דרך לרצונו".

סעיף ה

מה עושים אם לווה שמוחזק שיש לו ממון ואינו רוצה לשלם?

לשון השו"ע:

מי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלים במשאו ומתנו, והרי הוא אמוד שיש לו ממון, וטוען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע, אין להשביעו. הגה: ויש לדיין לנדותו או לכופו עד שיפירע (טור ורמב"ם פ"ב דמלוה). ועיין סימן צ"ז סעיף ט"ו:

גם מקור דין זה ברמב"ם סבהלכ' מלוה (ד, ב) ושם הרחיב וכתב:

וכן אני אומר שמי שהוחזק רמאי ודרכיו מקולקלין במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטוען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע בתקנה זו שאין ראוי להשביעו אלא אם יש כח בדין לעשותו עד שיפירע בעל חובו או לנדותו עד שיתן יעשה מאחר שהוא אמוד שפריעת בעל חוב מצוה, כללו של דבר כל

¹⁰⁴ כתב ר' דניאל וסטברוק:

ומלשונו משמע שבא לחלוק על הסמ"ע ועל הש"ך, אבל לי נראה שע"כ מ"ש הש"ך בדעת הטור אינו מובן אלא ע"פ דברי הקצות. שלולא דבריו כל עוד שלא נשבע הלווה דינו כאילו יש שני עדים מעידים שהחפץ אינו שלו ואיך אפשר לומר שאין המלוה מפסיד

שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף הצדק בלבד שנצטוינו לרדפו ולא לעבור הדין על אחד מבעלי דינין ה"ז מורשה לעשות ומקבל שכר, והוא שיהיו מעשיו לשם שמים.

סעיפים ו- ח

הנותן נכסיו לאחר כדי להבריחם מבעל חובו

הטור מביא מס' תשובות של אביו הרא"ש הקובעות כלל אחד: כאשר אדם נותן במתנה את כל נכסיו, ונראה שעשה כן כדי להבריח את נכסיו משעבוד חובותיו, אין מתנתו מתנה, ואנו מניחים באומדנא שמתנתו איננה מתנת אמת, ואין לך אומדנא גדולה מזו שיתן כל אשר לו לאחרים ויחזור על הפתחים אלא נתכוון להערים להפקיע מלוה... ולא תפק זממו ולא תועיל ערמתו ויגבה בעל חוב' ממקבל המתנה.

המקור התלמודי המרכזי לתשובות אלו הוא בגמרא בכתובות עח: שם מביאה הגמ' מעשה באשה שנתנה נכסיה לבתה קודם נישואין כדי להבריחם מבעלה, ושוב נישאה ונתגרשה, וכשבאה לפני רב נחמן קרע לשטר המתנה. וכן היא מסקנת הסוגיא ששטר מברחת כזה קורעים, 'דלא שביק איניש נפשיה ויהיב כל מה דאית ליה לאחרני'.

ורש"י פירש שמדובר כשאמרה לעדים במפורש שאין כוונתה אלא להבריח, ומשמע שבלי זה קנתה בתה לגמרי, וכבר השיגו שם כל הראשונים שא"כ הדין הוא פשוט, אלא ע"כ האומדנא שלא התכוונה להקנות קנין גמור היא מספיקה.

ומקשה שם הגמ' שאם לא קנתה בתה למה לא קונה הבעל, ומתרצת שיעשאו כנכסים שאינן ידועין ואלביא דר"ש' שסובר שבעל לא קונה נכסים שלא ידע מהם.

התוספות (ד"ה עשאום) הביאו שר"ת פסק שבלווה המקנה נכסיו כדי שלא ישתעבדו לבעל חובו, וכן איש שהקנה נכסיו קודם נישואין כדי שלא ישתעבדו לכתובת אשתו, קנה לוקח. שדוקא במקום שהבעל לא יקנה, דעתה של האשה איננה להקנות מתנה גמורה מכיון שאף שאין מתנתה מתנה, מועיל לה לעניין להבריח מבעלה אבל במקרים אלו ע"כ יקנה קנין גמור כדי להבריח.

הרא"ש חולק על ר"ת ואומר שודאי אין כוונת הנותן להקנות נכסיו במתנה גמורה לאחר כמבואר בגמ' ואין חילק בין בעל לשאר בעלי חובות, והביא שכ"פ הרמ"ה וישאר גדולי הארץ הזאת. אבל הרשב"א כתב בתשובה (הובא בב"י) שיש לר"ת על מה לסמוך.

הב"ח כתב שגם ר"ת יסכים במקרה שלא החזיק המקבל בנכסים, שבוה דיברה הגמרא.

אבל הקצות (ו) השיג שלא מצינו חילוק בזה, ואדרבה הרא"ש דיבר במקרה שלא החזיק המקבל.

מכל מקום כפי שהבאנו הרא"ש סבר שהברחה אינה מועילה אף ביחס לשאר בעלי חובות, ועל פי זה פסק כן בתשובותיו.

והוסיף הרא"ש שמשביעים את מקבל המתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קיבל, ויגבו ב"ד את החוב מכולו.

וכתב הש"ך (יז) שנראה לו שאין זו שבועה מן הדין, מפני שהמלוה טוענו טענת שמא בלבד, אלא שהרא"ש החמיר בו משום שעשה שלא כהוגן.

השו"ע הביא את כל דברי הרא"ש הנ"ל להלכה.

והפ"ש (ז) הביא את דברי הפרי תבואה שפסק שמקבל המתנה יכול לטעון 'קים לי' כר"ת.

המבריח נכסיו והרויח המקבל מן הנכסים אם יכול המלווה לגבות מרווחים אלו?

עוד כתב הרא"ש באחת מתשובות אלו שאם הרויח המקבל בסחורה או בריבית מאותה מתנה, אין המלווה גובה מרווחים אלו, מפני שאפילו בקרקע המשועבדת לחוב אם אכל לוקח או מקבל מתנה פירות של הקרקע כמה שנים, הבעל חוב גובה את הקרקע כמו שהוא ואינו מוציא מידם את הפירות שאכלו.

והש"ך (יח) כתב שדין זה צריך עיון ואין דין זה דומה כלל לקרקע המשועבדת לבעל חוב, ששם סוף כל סוף היא נקנתה בקניין גמור לאותו לוקח, כל עוד המלווה אינו גובה ממנו, ואילו כאן אנו אומרים שהמתנה לא חלה כלל, ואם כן רווחים אלו שייכים לנוותן, ויכול המלווה לגבות מהמקבל מדין שיעבודא דר' נתן.

הקצות (ז) כתב ליישב את פסק השו"ע וכתב שכל הרויח באמת שייך למקבל ולא לנוותן, מפני שכל הגולנים משלמים כשעת הגזילה. אלא שדעתו של המקבל היה לזכות בריוח עבור הנותן ע"מ שאין לבעל חובו רשות בו, שזה ודאי היה כוונתו של הנותן להבריח ממנו את הנכסים. וזה מועיל כמו המגביה מציאה לחבירו ע"מ שאין לבעל חובו רשות בו.

הנתיבות (ה) יישב את פסק השו"ע באופן אחר וכתב שבאמת מתנה בדרך הברחה חלה, אלא שהרשות היא ביד הנותן לחזור בו ואז יזכה בעל חובו למפרע. ומה שאכל כבר המקבל אינו צריך להחזיר, שדומה הוא למחילה בטעות בהלכה שמחילה היא. ואפילו הפירות שאכל אחרי שנודע לנוותן הדין אינו צריך להחזיר כל זמן שלא חזר בו, כדין המוכר פירות דקל. שכן ביאר הרא"ש עצמו (בפסקים) שהאומדנא היא שהתכוונה להקנות לו הפירות כל זמן שיושבת תחת בעלה. וכיוצא בזה כתב הר"ן שמסתמא מחלה לו על אכילת הפירות.

מה הדין בנותן מתנה את רוב נכסיו אך משייר לעצמו קצת?

מפורש בגמרא בכתובות עח: שהבאנו לעיל שכל הדין שאם הבריחה האשה את נכסיה, אין זה מועיל, הוא דווקא אם הבריחה את כל נכסיה, אבל אם נתנה רק מקצת נכסיה לפי החכמים החולקים על רשב"ג קנה המקבל לגמרי אם לא שכתב 'מהיום ולכשארצה', **וכך פסקו הפוסקים להלכה.**

אך באחת מת' הרא"ש שהביא הטור כתוב שאף אם שייר הנותן לירשיו זהוב אחד אין מתנתו מתנה.

וביאר הב"ח שזהוב אינו נחשב שיור מכיון שאין בו בכדי פרנסתו, ובאמת כך כתב הרא"ש בב"ב פרק ט סימן כו בעניין דין שכיב מרע שנתן כל נכסיו לבניו שיכול לחזור בו אם לא שייר כדי פרנסתו והשיג שם על הר"ף **פסק** בעניין שכיב מירע שמספיק שיור כל שהוא.

וכתב הב"ח שכאן אין אפילו שיוור כל שהוא מכיון שבעל חובו טורפו מיד, ולכן ודאי שלא התכוון ליתן מתנה גמורה.

לכן הסיק הב"ח שבמקרה שלנו אפילו הרי"ף יודג שלא כל שיוור הואיל והואיל והמלוה יגבנו מיד.

והש"ך (טז) ציין לדברי הב"ח הללו וכתב שהם צריכים לימוד.

והקצות (ו) כתב שאחרי העיון מתבאר שאין דברי הב"ח נכונים שהרי הואיל ואנו פוסקים שמסדרין לבעל חוב, א"כ לא יגבה בעל חוב משיוור כל שהוא.

יש לציין שהב"ח עצמו העיר שמתשובת הרשב"א שהביא הב"ח מבואר שאם שייר אין דין מבריה.

אך כתב הקצות שמכל מקום לדעת הרא"ש עצמו גם ישייר, אנו נאמר שעשה כן בכדי להבריה, הואיל ותמיד הסיודור שמסדרין לבעל חוב, הוא פחות מכדי פרנסתו, ואם ישייר כדי פרנסתו ועוד כדי שיגבה המלוה את חובו ממילא לא שייד כאן דין הברחה הואיל ויש למלוה מהיכן לגבות.

[עוד כתב הב"ח שאם לא החזיק המקבל בנכסיו אפילו בשיוור אין המתנה חלה. וגם בזה השיג עליו הקצות שמוכח מדברי הרא"ש שאין לחלק].

המבריה נכסיו בדרך מתנה גמורה, אם מועילה הברחתו

הביא הב"ח תשובת הרשב"א שכתב שאם כתוב בשטר 'מתנה גמורה' אין דינו כהברחה.

וכתב הרמ"א בסעיף ו על פי זה שאם נראה לבי"ד שלא התכוונו לערמה רק למתנה גמורה, אף שהיתה כוונתו להבריה, קנה המקבל. ומקורו מצוין גם מהתוס' והרא"ש בסוגיא, [הערת ר' דניאל: ונראה שכן יוצא מדבריהם אף שלא כתבו כן במפורש]

וכתב הסמ"ע (יח) שלא ניתן להשביע את מקבל המתנה שלא הייתה כאן הברחה, אך יכול להחרימו.

[עיין קצות (ח) ונתיבות (ו) ונראה שלא הוסיפו הרבה אלא ביארו את הפשוט]

[עיין בסיכומינו לסימן קיא שם הבאנו את תשובת בני הרא"ש המופיע כאן בב"י ועוסקת בהבדל בין נותן נכסיו ע"מ שלא ישתעבדו לבעל חובו, לבין מוכר נכסיו על מנת כן, ועיין שם בסעיף ד בעניין שנתן מתנה לבנו על דעת שלא תשתעבד].

הפתי"ש (ז) הביא תשובת חוות יאיר סימן ר שם דן במקרה שאלמן כתב שטר חוב לבתו וזמן הפרעון הוא שעה אחת לפני מותו, ושוב נשא אשה.

וסבר המופלג שבדיינים שמתנתו קיימת, שכאן התכוין למתנה גמורה. וכן מבואר מדברי הרמ"א ותשובת הרשב"א שהבאנו.

והחוות יאיר חלק עליו וכתב שכל שהתכוין לערמה שייד בו דין מבריה 'ולא יחרך רמיה ידו', אך אם כוונתו למתנה גמורה, ואף הרמ"א כוון לזה וכתב 'ואם נראה לבי"ד שלא כוון לערמה' ומה שכתב בסוף 'אע"ג שהייתה כוונתו להבריה' פירושו שהואיל ופעולתו אינה נראית שנעשית לצורך הברחה, אף אם עשה כן, דברים שבלב אינם דברים, וכן יצא הפסק ע"פ הרוב.

והתומים (יא) והפרי תבואה סימן נו כתבו שאין דבריו נראים, שאין לבטל מתנתו בלי כלום. ובאמת נראה שא"א להבין שיטת החו"י א"כ כוונתו היא שבכגון זה צריך לפסוק כן שלא מן הדין.

לשון השו"ע:

סעיף א

החייב לחבירו, ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו, לא תועיל ערמתו ויגבה בעל חוב חובו, אפילו הוא מלוה על פה, ממקבל המתנה, וישבע מקבל המתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קבל מתנה מראובן, ויגבו בית דין לבעל החוב חובו מכל מה שקבל מראובן. אבל אם הרויח כלום בסחורה או ברבית באותה מתנה, אין בית דין מגבין לו מהרויח, דאפילו מקרקעי המשועבדים למלוה אם אכל לוקח או מקבל מתנה הפירות כמה שנים בא בעל חוב וגובה הקרקע כמו שהוא, ואינו מוציא מידם הפירות שאכלו. הגה: מיהו אם נראה לבית דין שלא כווננו לערמה, רק למתנה גמורה, קנה המקבל אף על גב שהיתה כוונתו להבריה (ב"י בשם רשב"א ותוספות ואשירי ומרדכי פרק האשה שנפלו).

סעיף ז

הכותב כל נכסיו לאחר, ואחר כך לזה מאחרים, ובבוא המלוה לגבות חובו מצוה להוציא שטר מתנה שקדם לשטר החוב, והכל רואים שאף על פי שכתב כל נכסיו לאחרים הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו, ולא נתכוון אלא להבריה מבעל חוב שלא ימצאו ממה לגבות, ויאכל ממון אחרים, המתנה בטלה וגובה בעל חוב ממנה, אף על פי שקדמה להלוואה.

סעיף ח

מי שקנה קרקע, והתנה בשעת הקנין שלא יהא לאשתו שיעבוד כתובתה עליו, או שקנה קרקע וצוה לכתוב השטר בשם אחיו, כדי להפקיע ממנו שעבוד כתובתה, לא הועיל כלום, ואשתו גובה כתובתה מאותם קרקעות. הגה: דכל מי שבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ובתחבולה, וכ"ש לגזול של חבירו, חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו, אף על פי שאין כאן ראייה רק אומדנות המוכיחות היטב (טור בשם תשובת הרא"ש):

סימן ק

המבקש זמן לפרעון חובו, כמה זמן נותנים לו, ואם לא בא בזמנו, והמסרב צווי בית דין ובו ג' סעיפים:

סעיף א

המבקש זמן לפרעון חובו, כמה זמן נותנים לו

הגמרא בב"מ קיח. אומרת שזמן ב"ד הוא שלושים יום. שם מדובר לענין סילוק אילן המזיק, אבל כתבו התוספות (ד"ה זמן) שמכאן לומדים שזמן ב"ד לענין פריעת חוב ולעוד כמה דברים הוא שלושים יום. **התוס' הביאו עוד מקור לזה מדברי רשב"ג בדף קיג.** שאין מחזירים משכון אלא עד שלושים יום. ומשמע שעד אז נותנים לו זמן לפרוע (ועיין בסימן צז שלמדו הראשונים שחכמים לא חולקים על רשב"ג אלא בדברים שמסדרים לבעל חוב)

כל הראשונים הסכימו לכך שנותנים ל' יום לפרוע וכן פסק השו"ע, [אלא שיש מחלוקות בפרטי דין זה כפי שיתבאר לקמן].

הגר"א (א) הביא ב' מקורות לדין זה, בליקוטים ציין כמקור את דברי התוס' הנ"ל. ובתחילה ציין לגמרא בב"ק קיב: שאומרת שמחכים שלושים יום למי שלא מגיע לב"ד שמא טורח הוא למצוא כסף וביאר שהסיבה שם כותבים עליו שטר פתיחא הוא מפני שלא בא לב"ד לבקש זמן.

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה א שאם יש ללווה מטלטלין אין נותנים לו זמן, וגובים מהם מיד.

וביאר המ"מ שבמטלטלין לא קיים הטעם לתת ללווה זמן, שלא שייך בהם הכרזה. והביא שכן דעת הרי"ף בתשובה¹⁰⁵ (בפנים כתב שנותנים זמן רק עד כדי שימכרו, והביאו התרומות),

וכתב המ"מ שיש חולקים וסוברים שנותנים זמן אפילו לגביית מטלטלין

ובסעיף ב' נביא שדעת רבינו חננאל שאין נותנים זמן למלוה שנקבע לו זמן פרעון.

וכתב המ"מ שהלכה כהרי"ף והרמב"ם שהיא השיטה הממוצעת, וכן פסק השו"ע.

והנתיבות (א) הביא שפסיקת הלכה זו אינה מוכרעת שדעת המהרש"ל היא שנותנים זמן אף למטלטלים. **וגם האורים כתב** שנהגו העולם בכל ב"ד שראה שנותנים זמן אף אם יש לו מטלטלין.

וכתב הטור בשם תשובת הרי"ף¹⁰⁶ שאם יראה לדין ששלושים יום לא יספיקו לו, יוסיף, וכן אם יראה לו שאין צריך כ"כ יפחות, והביאו הרמ"א להלכה.

כתב הרמב"ם שאם ירצה המלוה, יחרים סתם על מי שיש בידו מעות או מטלטלין ומפליג אותו בדברים. והעתיקו הטור, והביא הדרכי משה שכ"ה בתשובת הרא"ש, וכ"פ השו"ע.

ושם בת' הוסיף שיכול להחרימו חרם סתם, שאם יש לו שישלם בתוך הזמן.

צריך המלוה לילך בתוך ל' יום, אם יכול לפרוע קודם?

כתב הטור שאם יאמר התובע שהוא צריך ללכת לדרכו ואינו יכול להתעכב לזמן, אומרים לו לעשות שליח שיתעכב בשבילו. והביא הבי"י שכן כתוב בתשובת הרא"ש¹⁰⁷, והביאו הרמ"א להלכה..

אם יכול המלוה לדרוש שיתן לו ערב בנתיים?

עוד כתב הרמב"ם שאין מחייבים את הלווה להביא ערב. **וכתב הטור** שנראה שאם יראה לדין שיש לחשוש שמא יברח או ישמט, צריך להביא ערב. **והבי"י כתב** בבדק הבית שדברי טעם הם וגם הרמב"ם יודה לדבריו. וכן סתם בשו"ע.

האם יכול להשביעו קודם שעברו ל' יום?

המרדכי בב"מ בסימן תיד כתב שאין נותנים זמן לשבועה, אלא ביום הכניסה הראשון יש לו להישבע. וכ"פ הרמ"א.

והפת"ש (א) הביא את דברי שער משפט שכתב שנראה שזהו דוקא במקום שיש לו מה לשלם, אבל אם טוען שאין לו, אין משביעים אותו. שאפילו אם הוא חייב לא יוכל לשלם¹⁰⁸

שאינן נותנים זמן לשעבוד

הביא הרמ"א בשם הרשב"א בתשובה תקלג שאין נותנים זמן לשעבוד, ולכן מי שהשליש שטר ואמר שאם לא יפרע לזמן יתנוהו למלוה, כשעבר הזמן יתנו לו מיד אם אין בו משום אסמכתא, ואח"כ נותנים לו זמן שלושים יום לפרעון.

¹⁰⁵ סימן קה.

¹⁰⁶ סימן רעא.

¹⁰⁷ כלל פ סימן ג

¹⁰⁸ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'המבקש זמן להשיג כסף כדי לפרוע חובו':

וצל"ע, שמסביר היה נראה שאין לתת לו את הזמן הזה אם לא שמודה הוא שחייב, שאל"כ לא ישתדל להשיג את הכסף. והראיה שהביא מסימן עג איננה ראייה, ששם החיוב לשלם הוא רק אחר זמן משא"כ כאן שחייב מיד אלא שנותנים לו זמן להשיג את הכסף.

לשון השו"ע:

לזה שאמר: הריני משלם קבעו לי זמן כדי שאלוה מאחר או אמשכן או אמכור ואביא מעות, קובעין לו זמן שלשים יום. הגה: ואם נראה לדיין שלא יספיק לו שלשים יום, יוסיף לו, ואם אינו צריך כל כך, יפחות לו (טור בשם תשובת הרי"ף). ואם אמר התובע שצריך לילך לדרכו ולא יוכל להמתין על הזמן, אומרים לו שיעשה שליח שימתין עד הזמן (שם תשובת הרא"ש כלל פ"א סימן ג'), ואין מחייבים אותו ליתן משכון, שאלו היו שם מטלטלים מיד היו בית דין גובים מהם. ואם רצה המלוה להחרים על מי שיש לו מעות או מטלטלים, ומפליג אותו בדברים, הרי זה מחרים; ואין מחייבים הלוח להביא ערב עד שיתן, אלא אם כן נראה לדיין שיש לחוש שמא יבריח או ישמט. הגה: ודוקא לפרעון נותנים זמן, אבל אין נותנין זמן לשבועה, אלא ביום הכניסה הראשון יש לו לישיב (מרדכי פרק בתרא דב"מ). וכן אין נותנין זמן לשאר דברים ששעבד אדם עצמו לעשות דבר לזמן פלוני, בקנס, מיד שהגיע הזמן נתחייב בקנס, או שיעשה מה שנתחייב (תשובת רשב"א אלף תתקל"ג).

סעיף ב

אם נותנים זמן למלוה שקבעו בו זמן פרעון

כתבו הראשונים שדעת רבינו חננאל שאין נותנים זמן אלא לסתם הלואה, או שהתנו שיפרע הלוח בכל עת שיתבענו המלוה. אבל אם קבעו זמן הפרעון אין נותנים ללווה עוד זמן, שהלוח כבר ידע מתי זמן פרעונו, והיה לו לטרור להשיג את הכסף כבר.

והביא ראייה לדבריו ממחלוקת האמוראים בפסחים לא. אם בעל חוב גובה למפרע או מכאן ולהבא, ומשמע שלפחות כשיגיע הזמן הפרעון הוא ממילא.

התרומות והטור כתבו שהגאונים סברו שאין לחלק בזה, וכן דעת הרי"ף בתשובה¹⁰⁹. וכן הרמב"ם לא חילק.

השו"ע הביא את דעת הרי"ח ודעת הגאונים בלשון יש אומרים ויש אומרים.

הביא הש"ך (א) את דעת המהרש"ל¹¹⁰ שאם יש לו מטלטלין לדברי הכל אין נותנים עוד זמן אם ההלואה היתה לזמן קבוע.

ובאורים (ז) כתב שהאמת היא שלדעת הסוברים שנותנים זמן למטלטלים, הוא הדין כשיש זמן קבוע, אך מכל מקום השו"ע והרמ"א לא פסקו כמותם, ואף שהמנהג לתת זמן אף למטלטלים (כפי שהבאנו בשמו בסעיף הקודם), בזה יש להורות שאין לתת זמן.

התובע חובו ל' יום קודם הזמן, אם עדיין נותנים ללווה ל' יום לאחר הפרעון?

כתב הרמ"א בשם המרדכי¹¹¹ שאפילו אם תבע המלוה את חובו שלושים יום קודם הזמן, עדיין נותנים ללווה עוד שלושים יום אחר הזמן.

והש"ך כתב (ב) שמ"מ אם לא ביקש עוד זמן אין אומרים לו בשעת התביעה שיש לו שלושים יום מיום הגעת הזמן.

והפתי"ש (ב) הביא מהשער משפט שהזמן של שלושים יום מתחיל משתבע המלוה אחר הזמן אפילו בינו לבינו אם מודה הלוח שתבעו, כמ"ש הרמ"א בהגהת שו"ע בסימן עג סעיף יד לגבי משכון. ואם כפר הלוח בתביעה נשבע היסת, כמבואר בסימן הנ"ל שמשביעים היסת על כפירת זמן. לשון השו"ע:

יש אומרים שהקובע זמן לפרעון חובו והגיע הזמן אין נותנים לו זמן אחר. וי"א שגם לזה נותנים זמן שלשים יום. הגה: ואפילו בא ותבעו שלשים יום קודם הזמן, מ"מ צריכים ליתן לו שלשים מיום הזמן, (מרדכי פרק הנ"ל).

סעיף ג

נשלם הזמן ולא בא הנתבע

כתב הרמב"ם שאם לא הביא המעות עד סוף השלושים יום כותבים אדרכתא על נכסיו. וביאר הבי"י שכאן לא מחכים שני וחמישי ושני כדין המבקש זמן להביא ראייה מכיון שגם הלוח מודה שצריך לשלם.

כתב הטור שאם לא ימצאו לו ב"ד נכסים אין מנדים אותו, שלא נשמט מלפרוע. אבל אם סירב לעשות ציווי ב"ד ולא מציאו לו נכסים מתרים בו בה"ב ואח"כ מנדים אותו, ועומד בנידויו עד שישלם או עד שיטען שאין לו כלום וישבע ע"ז. ואם עמד בנידויו שלושים יום ולא תבע להתיר נידויו מנדים אותו עוד שלושים יום, ואם עמד בהם מחרימים אותו (דינים אלו מפורשים במ"ק טז).

¹⁰⁹ סימן קה

¹¹⁰ ב"ק פ' הגוזל בתרא סי' יב.

¹¹¹ ב"מ סימנים תיד-תטו.

[להשלמת דין זה עיין בסיכומינו להלכות דיינים סימן יט סעיף ג ובביאור הסמ"ע שם שביאר מדוע בסימן שלנו לגבי המסרב לקיים פסק דין כתב הרמב"ם שכותבים עליו אדרכתא מיד ואין מחרמים אותו אלא לאחר סי' יום, ואילו בסימן יט במקרה שקיבל עליו בע"ד את הדין אין כותבים עליו אדרכתא מיד אך מנדים אותו ישר אחרי ל' יום]
לשון השו"ע:

שלמו השלשים יום ולא הביא, ב"ד כותבין אדרכתא מיד על נכסיו, ואם לא ימצאו לו נכסים, אין מנדין אותו. אבל אם יאמר: איני רוצה לשלם, כותבין אדרכתא על נכסיו, ואם אין מוצאין לו נכסים מתרין בו בה"ב, ואח"כ מנדין אותו ועומד (בנידויו) עד שישלם לו או עד שיטעון שאין לו כלום וישבע על זה. ואם עמד בנדויו ל' יום ולא תבעו להתיר נדויו, מנדין אותו ל' יום, ואם עמד בהם מחרמים אותו. ומשפטי הנידוי והחרם נתבאר בטור יורה דעה סימן של"ד.

סימן קא

מגבין לבעל חוב מעות או מטלטלין ואם תלה מעותיו בעכו"ם, ואם יש עליו חובות עכו"ם: ובו יא סעיפים:

סעיף א

מתי מחוייב הלווה לפרוע דווקא במעות?

הסכמת רוב הפוסקים שאם יש ללווה מעות, הוא מחוייב לפרוע במעות ולא בקרקע או במטלטלים¹¹². יש ב' מקורות מרכזיים לדין זה: א. בגמ' בכתובות פו.

אמר אמיר משמיה דרב חמא: האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח, ואית ליה ארעא ואית ליה זוזי, לבעל חוב מסלקין ליה בזוזי, לאשה מסלקין לה בארעא. האי כי דיניה והאי כי דיניה; כלומר מבואר שאם אדם חייב גם למלוה וגם לאשה, הוא מצווה לפרוע למלוה מן המעות ולאשה יתן מקרקע, משמע שצריך לפרוע למלוה ממעות דווקא. ב. ישנה גמרא נוספת שממנה ניתן להוציא דין זה, וזאת הגמרא בב"ב צב: שם דנה הגמרא באדם שמכר שורו לחבירו ונתברר שהוא נגחן וראוי לשחיטה בלבד, ודנה הגמ' אם יכול לבטל את המקח, ומגיעה הגמ' למסקנה שמדובר במקרה שהסכום של שור המיועד לשחיטה ושור המיועד לעבודה שווה, אלא שהקונה אינו רוצה לטרוח ולמכרו לשחיטה, ואומרת הגמ' שמדובר במקרה שיש למוכר מעות, שאם אין לו, מכל מקום הקונה יעכב את השור בעבור החוב. ומשמע מן הגמרא שאם יש למוכר מעות חייב לתת לו מעות ואינו יכול לפרוע לו מן השור.

ואכן הרי"ף¹¹³ למד מהגמרא הנ"ל שחייב הלווה לפרוע ממעות אם י לו, וכן כתב הרשב"ם בד"ה לא צריכא. התוס' בד"ה 'אי דליכא' מביאים בשם ר"י שמסכים לדין זה, ומכל מקום סובר שלענין מכירה יתכן שהדין שונה, ואינו מחוייב לפרוע לו ממעות דווקא, אלא אם כן אותם מעות נשארו בעין ולכן גורס בגמרא שם 'אי דליתנהו להנהו זוזי' כלומר שכל עוד אותם מעות אינם בעין יכול לפרוע משאר מטלטלים, אך לא מקרקע.

אך תוס' מציינים שם שדעת הרב חיים כץ שאף לזה יכול לפרוע מכל מה שירצה, כשם שמזיק יכול לפרוע מכל מה שירצה והוא חמור מלווה שמצווה לפרוע מעידית. והרב חיים כץ דחה את הראיה מהגמ' בכתובות וכתב שהגמ' שם עסקה במקרה שהלווה טען שכל נכסיו אצל הגוי, ועכשיו טוען שקרקע זו שלו, ולכן עושים לו שלא כהוגן ומכריחים אותו לפרוע במעות דווקא עי"ש בדבריו.

אך כפי שצינו דעת רוב הפוסקים שחייב לפרוע ממעות דווקא וכבר הבאנו שכן דעת הרשב"ם והרי"ף, וכן הרא"ש¹¹⁴ הביא רק את דעת ר"ת בתוס' שסובר שחייב לפרוע ממעות, וכן כתב התרומות¹¹⁵ וכן דעת הטור. וכן סתם השו"ע.¹¹⁶

[הב"י התקשה שבקיצור פסקי הרא"ש בב"ק פרק א' ס' ה כתוב שהרא"ש חולק על רבינו תם וסובר שניתן לגבות מכל מטלטלים שהכל נחשב כמיטב, והעלה שטעות סופר היא בקיצור, ולא נחלק הרא"ש על רבינו תם אלא לענין נזיקין, עי"ש]

האם החובה לפרוע ממעות הינו מדאורייתא או מדרבנן?

הקצות בס"ק ה כתב שהחובה לפרוע במעות הינו מדרבנן, ומדאורייתא אינו מחוייב לגבות אלא מן הזיבורית, וכן סבר התומים בס"ק ו.

והנתיבות בסימן קז ס"ק ד כתב שהחובה לפרוע במעות הינו מדאורייתא, וביאר שהסברא היא שכעין שנתן לו כך צריך להשיב.

בנחל יצחק כתב שלכאורה כדברי הנתיבות משמע מן התוס' בב"ב צב. שכתבו שצריך לפרוע במעות, הואיל ועל דעת כן הלווה, אך כתב שמהתוס' בכתובות צב. שכתבו שבמקום הפסד יכול לפרוע מקרקע משמע שהוא דין דרבנן, (זו גם ראיית הקצות), וציין שנראה שכך סבר הסמ"ע בסימן קצ ס"ק יא.

¹¹² לענין מטלטלים הדבר פחות מוסכם ויבואר לקמן הערה 116.

¹¹³ ב"ב מו:

¹¹⁴ ב"ק פ"א סימן ה

¹¹⁵ שער ד חלק א סימנים א-ב.

¹¹⁶ אך העירני ר' דניאל וסטברוק משמע מהרמב"ם בהלכות מלוה ולוה א, ד שיכול הלווה לשלם מכל מטלטלין שיש לו ואינו חייב לשלם מעות דוקא וז"ל שם: "כשיתבע המלוה הלוואתו אף על פי שהוא עשיר והלוה דחוק וטרוד במזונות אין מרחמין בדין אלא גובין לו חובו עד פרוטה אחרונה מכל מטלטלין שימצאו לו, ואם לא הספיקו המטלטלין גובין לו מן הקרקע". אמנם מפורש בדבריו שאינו יכול לפרוע מקרקע אם יש לו מעות או שאר מטלטלין. וביאר ר' דניאל שנראה דייק כן מהגמרא בכתובות שדיברה דוקא באדם שנשאר לו רק קרקע, ומשמע שאם היו לו גם מטלטלין לא היה מקום לקונסו. וטעם הדבר הוא משום שכל מטלטלין נמכרים בקל ומפני זה נחשבים 'מיטב' כדאיתא בב"ק ז: אך לא נמצא מישוהו מהנושאי כלים שהזכיר את דעת הרמב"ם הנ"ל אך הראיני ר' דניאל שמצא באבן האזל (נזקי ממון פ"ח ה"י אות ה) שכתב כן.

אם מחוייבים היתומים לפרוע דווקא ממעות בכתובה ולסתם מלוה?

וכתב הש"ך (א) שאף לעניין כתובה צריכים היתומים לפרוע במעות במידה ויש להם. וסמך דבריו על המהרשד"ם בחו"מ סימן קמג. וכוונתו שלאחר תקנת הגאונים שכתובה נקנית אף במטלטלים חזר דינה להיות כבעל חוב רגיל.

והפת"ש (א) ציין לבאר היטב שכתב שכל מה שכתב הש"ך הוא בטעות שמפורש באבהע"ז סימן ק' שיכולים היתומים לסלקה בקרקע.

ואף הדגול מרבבה תמה בזה על הש"ך שכתב שבסימן טיט יבאר שחייבים לפרוע דווקא במעות וכתב שלא מצא כן בדבריו ואדרבה בסימן קז ס"ק ד מבואר בש"ך שאפילו אם תפס מטלטלים, יכולים היתומים לסלקו בקרקע.¹¹⁷

ובשער משפט (א) הצדיק את דברי הש"ך אך כתב שהש"ך דיבר רק באופן שנהגו לשעבד בכתובה מטלטלי אגב קרקע, וכתב שנראה שהמקור שציין הש"ך הוא לסימן קב באעה"ז ולא כמצויין אצלנו לסימן ק, שבסימן קב מבואר שאם יש מעות וקרקע ללוה, ולפניו עומדים מלווה ואשה, נותנים את המעות למוקדם, משמע שהוא מחויב לתת לאשה מן המעות, וציין שגם המהרי"ט צהלון סימן רסו מבואר שצריכים היתומים לפרוע לאשה במעות.

אך הקצות בסימן קז ס"ק ג כתב שאף אם ישעבד מטלטלים אגב קרקע, לא יהיו היתומים מחוייבים לפרוע במעות, שלעולם אין גובים מן היתומים אלא מן הזיבורית, שאפילו בבעל חוב שדינו בבינונית, ביתומים אנו מעמידים על דין תורה שגובה מן הזיבורית וכש"כ בכתובת אשה, והואיל וגם החובה לפרוע דווקא במעות הוא מדרבנן [כפי שהבאנו בפיסקא הקודמת בשם הקצות], לא תיקנו זאת ביתומים, ופשוט שיכולים לסלקה במה שירצו.

אך כתב הקצות שאם יהיה כתוב במפורש שמטלטלים משתעבדין בין בחייו ובין במותו, אז יהיו מחוייבים לפרוע במעות.

יש לציין שלפי הקצות יוצא שלא רק שבכתובה אין היורשים מצווים לפרוע במעות, אלא אף לבעל חוב אינם מצווים כל עוד לא הקנה מטלטלים בין בחייו ובין במותו עי"ש.

ואף הנהיבות שם בס"ק ד הסכים עם הקצות אך לא מטעמו שלשיטתו החובה לפרוע במעות היא מדאורייתא, אלא שכתב שהואיל והיתומים מחוייבים רק בשעבוד נכסים, אין מוטלת עליהם חובה זו.¹¹⁸ [ועיין עוד בדין זה בסימן קז סעיף א בעמוד 113 תחת הכותרת 'אם יכולים היתומים לפרוע דווקא מקרקע ולא ממטלטלים?']

אם משביעים את הלווה שאין לו מעות כשבא לפרוע לו מקרקעות או ממטלטלים?

בסימן צט הבאנו שתיקנו הגאונים שאם אין לאדם ממה לפרוע משביעים אותו כל כך. ושם הביא הד"מ בס"ק א שנראה שנחלקו הראשונים אם משביעים שבועה זו אף במקרה שאין לו לפרוע מעות אך יש לפרוע מדברים אחרים.

ושם הביא שמתשובת הרא"ש כלל לט ס' א משמע שמשביעים על זה, **ובמרדכי ב"מ ס' רסו** משמע שאין משביעים על זה, **וכתב שכן נראה** מדברי הרא"ש בפיסקו לב"ק ס' ה¹¹⁹ שאין משביעים על זה.

כן הבי"י הביא תשובת מיימוני¹²⁰ שכתב אם טוען הלווה שאין לו מעות אין משביעים אותו ע"ז. **וכן פסק השו"ע להלכה** שאין משביעים.

וביאר בסמ"ע (א) שהסיבה שאין משביעים, היא מפני עיקר סמיכת דעתו של הלווה היא על הקרקע ומתייאש מדברים אחרים.

¹¹⁷ יש לציין שאני פתחתי בת' מהרשד"ם ושם כתב באמת כדברי הש"ך וחזר על דבר זה ביתר פירוש בת' לאבהע"ז סימן קכו, ועיין שם במהדורת זכרון אהרון הערה 555 שהאריך בדין זה והביא שתמה הבית דוד אהע"ז סימן סז על המהרשד"ם בזה.

ונראה לי להעיר שודאי אם ננקוט שהחייב לשלם במעות הינו מדאורייתא, לכאורה לא שייך דין זה לעניין כתובה, אך אם נאמר שזו תקנת דרבנן שלא להטריח את המלווה, אי"כ נראה לומר שלאחר שתיקנו הגאונים שכתובה נקנית במטלטלים, שייך לומר שאף כאן אין סיבה להטריח לגבות מן הקרקע, שהרי לשיטה זו אף בעל חוב דינו המקורי הינו בזיבורית.

עוד יש להעיר שלכאורה היה ניתן לומר שאף אם החייב הינו דאורייתא, עיקר הטעם הוא מפני שעל דעת כן הלווה בכדי שיפרע בזווי כמבואר בתוס' בכתובות צב, וניתן לומר שלאחר תקנת הגאונים אף אישה התחתנה על דעת זה שיפרעו לה דווקא במעות, אך אפשרות זו קשה מכמה אנפין, ובעיקר מכך שאף אם תיקנו שיגבה אף מן המטלטלים, אין סיבה לומר שהאשה סמכה דווקא עליהם, משא"כ בבעל החוב שהלווה זוזי, ולכן נראה שסמך על כך שאף הלווה יחזיר לו בזווי, ודוק.

אך עיין בסוף הפיסקא שהבאנו בשם הקצות בסימן קז שסבר שדווקא מפני שהחובה לפרוע במעות הינה מדרבנן, פשוט שלא תיקנו כן ביתומים, וודאי שבוה העמדנו על דין תורה, אך אין הדבר פשוט לי כלל, שהרי אנו עוסקים בנכסי האב עצמם ולמה שנבטל תקנת דרבנן בשביל להפסיד את האשה מנכסים המשועבדים לה, ובפרט בכתובת אשה שלא ניתנה להגבות בחים, ובהרבה מן המקרים גובה דווקא מן היורשים, אין סיבה שלא תזכה לזכויות הרגילות של בעל חוב להפרע דווקא במעות, ואיני רואה סיבה להעדיף את היתומים בנכסי האב.

אמנם מה שכן היה ניתן לומר בפשטות, הוא שהואיל ומדינא אין המטלטלים משתעבדים לה כי אם מתקנת הגאונים, לכן בזה יש להעדיף את היתומים ועי"ש שגם טעם זה כתוב בקצות, אך יתכן שמתקנת הגאונים זה נחשב שהמטלטלים משתעבדים לחלוטין ודוק.

¹¹⁸ ועיין שם בהערות 408 ו-442 שציינו שהנתיבות לכאורה סותר דברי עצמו בס"ק וסובר שהיתומים מחוייבים בשעבוד הגוף ומה שהבאנו לתרץ בזה.

¹¹⁹ כתב ר' דניאל בסיכומו 'ממה גובים': 'ל"מ רמז לזה שם'.

¹²⁰ משפטים סימן נג.

ובסעיף י כתב הרמ"א שהעיקר להלכה שאין משביעים וכדעת השו"ע ולא כדעת החולקים. **הסמ"ע בסעיף י ס"ק יד ציין לדברי בפרישה בסימן סא** שם כתב שאין כלל מי שחולק בדין זה, והרא"ש לא חייב שבועה אלא במי שטוען שאין לו כלום לפרוע ממנו, וגם הרשב"א חייב להשבע דווקא את מי שהוא אמוד בעושר.

והש"ך(ה) השיג על דברי הסמ"ע וכתב שמפורש בתשובת הרא"ש כהבנת הרמ"א, וגם מוכח מדברי הרשב"א שלא דיבר דוקא באמוד אלא שהמעשה היה כך.

והש"ך השיג על דברי הרמ"א בדיוק להיפך וטען שאין מי שחולק על דברי הרא"ש והרשב"א הנ"ל שמשביעים אם טוען שאין לו מעות, וכתב שהמרדכי ותשובת המיימוני כתבו שאין להשביעה לפי דין הש"ס, ואנו עוסקים כאן בשבועה שנתקנה בתקנת הגאונים, ורצה להכריח כן מכך שרבו רצה להביא ראיה מש"ס שאם טוען שאין לו כלל, משביעים אותו, ולכאורה שבועה זו אינה אלא מן הגאונים, ומוכרח שסבר שהגאונים תיקנו דווקא באופן שיש לו לפרוע מדבר אחר, אך לא ממעות, וכתב שאף שאפשר לדחות ראיה זו בדוחק, מכל מקום לא ניתן מכאן להוכיח היפך כך.

עוד טען הש"ך שאף הטור והשו"ע והרמב"ם¹²¹ שכתבו שאין משביעים דיברו רק לפי דין הש"ס, וכתב הש"ך שבעיטור¹²² ובתרומות בשער ד בשם תשובה לקדמאי משמע קצת כהרמ"א, רצה לדחות שאף שם ניתן לומר שדיברו אליבא דדין הש"ס, וכתב שאף אם נפרש שחולקים העיקר כדעת הרא"ש והרשב"א ובעיקר היום שרבו הרמאים ואנשים בכוונה אומרים שאין להם ופורעים מקרקע שלהם בשעת יוקר.

הפת"ש (ו) ציין לדברי התומים (ו) שהכריע כהרמ"א, וכתב שאף אם נאמר שהרשב"א והרא"ש סוברים שיש להשביע, מכל מקום בעיטור והתרומות מבואר שלא משביעים וטעמם מפני שהוא תקנה לתקנה, וכוונתם שהחייב לפרוע דווקא ממעות הינו מדרבנן¹²³, וגם חיוב שבועה הינה תקנת הגאונים, ואין עושים תקנה לתקנה, **והביא שאף הריטב"א**¹²⁴ כתב במפורש שאין משביעים אלא מחרימים. **וכ"כ המהרש"ל**¹²⁵.

הקצות (ו) אף הוא הכריע כדעת הרמ"א שאינו נשבע, ובנה את דבריו ע"פ דברי התוס'¹²⁶ שכתבו שבמקום הפסד יכול הלווה לשלם מקרקע (ונביא דבריהם לקמן), וכתב הקצות שיש כמה אנשים שיתנו כל אשר להם ולא ישבעו אפילו אמת, ולכן גם זה נחשב הפסד. ואף שאפשר שמשקר הוא ובאמת אין לו הפסד, די בעילה מועטת בכדי להפקיע את החיוב לשלם במעות לבעל חוב. [נזה לשיטתו שנביא לקמן שדין גביה ממעות הינו מדרבנן.

אם טוען התובע שיודע שיש לו מעות, אם יכול להשביעו?

כתב התומים (ו, אורים יד) שמי"מ אם המלוה טוען ברי שיש ללווה מעות נשבע היסת, שיש הפרש של שוה פרוטה בין גביית קרקע לתשלום מעות, וזו שבועה מן הדין.

יש לציין שהש"ך באחת מאפשריותיו לבאר את דברי העיטור והתרומות כתב בדעתו שבמצב כזה אין להשביע מדינא דש"ס, שהואיל ומוכן לפרוע בקרקע, יתרי דיני לא דיינין' כלומר גם לחייבו לפרוע ממעות וגם להשביעו על כך, עיי"ש בדבריו.¹²⁷

האם נאמן לטעון שהמעות שנמצאים תחת ידו אינם שלו?

הבאנו שהב"י הביא ת' מימוניות¹²⁸ שם כתוב שאין משביעים על כך שאין לו מעות ושם כתוב שאפילו אם מצאו מעות תחת יד הלווה וטוען שאינם שלו אין משביעים אותו, וכ"פ השו"ע אך הוסיף שמחרימים בחרם סתם.

דין זה לכאורה סותר את המבואר בסימן צט שאין אדם נאמן לומר שמה שתחת ידו אינו שלו, שזה כנגד חזקת 'מה שתחת יד אדם שלו', ומבואר שם שרוב הפוסקים סוברים שאינו נאמן בזה אפילו במיגו. **הפרישה בסעיף ז והתומים (ב) ושער משפט (ב) כתבו ליישב** שרק במקום שטוען הלווה שאין לו כלום לשלם ממנו אינו נאמן, אבל כאן מוכן הוא לשלם מקרקע ולכן נאמן לומר שהכסף אינו שלו. **וביאר התומים** שאין למלוה לגבות ממעות שהלווה מודה שהן של אחרים על סמך חזקה זו מכיון שלא יפסיד את חובו מזה.

¹²¹ רמב"ם בפרק א הלכה ד יובא לקמן בסעיף י, שם כתב שאם אין מטלטלים מחרימים על כמי שיש בידו מטלטלים, ומשמע שאין משביעים על כך.

¹²² סוף דף סג.

¹²³ עיין לעיל שהבאנו שנחלקו הקצות והנתיבות אם דין גביה ממעות הינו מדאורייתא או מדרבנן.

¹²⁴ כתובות פו. ד"ה ודאי.

¹²⁵ ים של שלמה ב"ק פרק ראשון ס' כב.

¹²⁶ כתובות צב, א ד"ה אי פקח.

¹²⁷ **ולכאורה זו קושיא על התומים** שסבר שעיקר החיוב לפרוע ממעות אינו מדרבנן, וא"כ כיצד מחייבים אותו להשבע היסת שאף היא מדרבנן ויתקנתא לתקנתא לא עבדינן, וצ"ע.

יש עוד להעיר על דברי התומים שבלבושי חושן הערה 32 ציינו שבת' הרי"ף סימן סה כתוב 'אלא אין דעתינו נוטה בכך, שיהא אדם נדון בשני דינים שישבע ויפרע, ולפי זה יוצא שהטעם של התרומות אינו משום שאיננו משביעים מתקנתא לתקנתא, אלא מפני שלא יתכן שהאדם גם ישבע וגם ישלם, ות' זו הינה המקור לת' העיטור והתרומות

ויש לשאול מדוע לא נימקו שאין להשביע מטעם שהוא תקנתא לתקנתא, **ושמא יש להביא מכאן ראיה** לדברי הנתיבות בסימן קז ס"ק ד שהבאנו לעיל שסובר שהחיוב לשלם מן המעות הינו מן התורה, או שסברו שתקנתא דתקנתא שייך לגבי שבועות ולא כאשר כבר יש השלכה ממונית שאף אם מדרבנן הוא חייב לשלם, סוף כל סוף כעת יש לו חיוב גמור. אך יש להעיר שעיקר טענת התומים שברור יש הבדל של שוה פרוטה בין גביה ממעות לגביה מקרקע צריכה עיון, ודוק.

¹²⁸ משפטים סימן נג.

והעירו התומים ושער משפט שדין זה תלוי בפירוש הגמרא בכתובות פו. לענין התולה מעותיו בגוי שיבואר לקמן, שצריך לברר שם כיצד נאמן הלווה לומר שמעותיו שייכים לעכו"ם והרי זה כנגד חזקת 'מה שתחת יד אדם שלו' **וכבר העיר הגידולי תרומה**¹²⁹ שלפי הרמב"ם אין קושיא שהוא פירש בפרק יא הלכה ז שמדובר במקרה שהמעות נמצאים בפועל אצל אחרים [כך הבינו הגידולי תרומה], אבל רש"י הטור פירשו שהמעות נמצאים בידו, וחזרה השאלה כיצד נאמן לומר שאינם שלו.

והש"ך בסימן צט סק"ו יישב ששם מדובר כשמיראת הגוי שידו תקיפה אין בידינו לכפותו לתת את אותם מעות, אך באמת אין הלווה נאמן על כך. וכ"כ הריטב"א¹³⁰ במפורש, וכן נראה בלשון הטור והשו"ע בסעיף ח. [לא מוכרח]

ולענין הלכה שאיר שער משפט את הדין בצ"ע.

אך התומים הכריע בפשיטות (אורים ג) שכל עוד פורעו בקרקע, נאמן לומר שמה שבדו אינו שלו.

אם מחוייב לפרוע במעות במקום שיוצרו לו הפסד ע"י זה?

הגמרא בכתובות צב. מביא מימרא בשם רמי בר חמא שהמוכר שדה לחבירו באחריות, וזקף עליו את דמי השדה במלוה ואח"כ מת המוכר, ובא בעל חובו של המוכר וטרף את השדה מהקונה, ופייס הקונה את הבעל חוב במעות, אינו חוזר וגובה מעותיו מהיתומים, מפני שהם יכולים לומר שהם לא היו מחוייבים לפרוע למלוה הואיל ולא היה להם קרקע, ומטלטלים של יתומים לא משתעבדים, ולכן הפסיד הקונה בכך שפרע,¹³¹ ואומרת הגמרא שאם פיקח הוא הקונה, ישלם ליתומים קרקע בעד השדה ואז יגבה את אותה קרקע מהם באחריות שלו. מדינו של רב נחמן בשם רבה בר אבוב שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן, בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן.

התוספות בד"ה אי פיקח והר"ן נ: ד"ה מצו) הוכיחו **מכאן** שבמקום שיש הפסד ללווה יכול לשלם מקרקע ולא ממעות.

הרא"ש¹³² **כתב** שאין להוכיח מכאן, שניתן לומר שהסיבה שכאן יכול להחזיר דווקא את הקרקע, היא מפני שכאן כל החוב הינו מכח מכירת הקרקע.

הטור כתב להלכה כדברי תוס' שבמקום שיש ללווה הפסד יכול לסלקו במעות, והביא כדוגמא את המקרה של רמי בר חמא.

וכתב הב"י שאף שהרא"ש דחה את ראיית תוס', מכל מקום הביאו הטור להלכה מפני שלהלכה אנו סוברים שכל שנוקף דבר כמלווה, דינו ככל חוב רגיל, וממילא לא שייכת דחית הרא"ש שכאן זה שונה הואיל והחוב הגיע מחמת הקרקע.

ובבדק הבית תמה על הטור שהביא כדוגמא את דינו של רמי בר חמא, שהרי בזמן הזה גובים מיתומים אף ממטלטלים, וא"כ אין נ"מ אם יפרע להם במעות או בקרקע, שהרי לעולם יכול לגבות מהם בעבור אחריות הקרקע. השו"ע באמת השמיט דין זה.

כתב הקצות (ה) שהטעם שאינו מחוייב לפרוע ממעות במקום הפסד, הוא מפני שכל דין זה הינו מדרבנן כפי שהבאנו לעיל בשמו, ולא תיקנו במקום הפסד.

האם מחוייב לפרוע במעות במקום שיוצרו לו הפסד, אם התנו כן במפורש?

הקצות (ה) העיר שלכאורה יוצא מההוכחה של התוס' שאפילו אם התנו בפירוש שיגבה המלוה ממעות דוקא, במקום הפסד אינו גובה. שהרי הגמרא שם דיברה במוכר שדה, וכבר כתב הריטב"א בב"מ מה:

שהמוכר סחורה הוא כאילו התנה בפירוש שיקבל רק מעות, וכ"פ השו"ע בסעיף ו.¹³³

אבל לבסוף כתב הקצות שאין לומר כן, שודאי כל תנאי שבממון קיים אפילו במקום הפסד. אלא שכלול בתוך התנאי של כל מוכר סחורה הוא שאפשר לסלק בסחורה עצמה שקנה ודייק כן מלשון הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה בפרק יא הלכה י והטור שמשמע מדבריהם שבמקרה שהבאנו בכתובות יכול הלווה לסלק את היתומים דוקא מאותו שדה שקנה מאביהם, והביא שהב"ח נתקשה בדברי הרמב"ם הללו, שהרי אף אם יפרע להם מקרקע אחרת, יוכל לגבות מהם מדין יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן, בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן, וכתב הקצות שלפי דבריו מיושב, שהואיל ובכל מכר יש תנאי שלא יוכל לפרוע אלא במעות, א"כ אינו יכול לסלקם בשאר קרקע, אלא דווקא בקרקע זו שבזה התנו שיוכל לסלקו.¹³⁴

[ועיין עוד בסעיף בעניין יסודו של הקצות הנ"ל].

¹²⁹ שער ה"א סוף סימן ד.

¹³⁰ כתובות פו.

¹³¹ ביאור זה הינו על פי רש"י שם.

¹³² כתובות פרק י סימן ח.

¹³³ והעיר ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'ממה גובים', שלכאורה קושיית הקצות אינה מתחילה, שכאן אין זה מכר כלל אלא מלוה שנעשה מכח המכר ואינו דומה כלל למה שכתב הריטב"א והשו"ע בסעיף ו. וכדבריו מצאתי באגרות משה יו"ד חלק א סימן עז וז"ל:

לע"ד יש לדחות דהתם איירי בזקפן עליו במלוה ונתבטל כל ענין המכירה והוי כהלווה מעות בשעת הזקיפה ואין כאן תנאי. וכמו דמצינו מעלת זקיפה לענין שמיטה משום דהוי כהלוואה חדשה בגיטין דף י"ח .. ולכן דברי קצוה"ח צ"ע.

¹³⁴ העיר ר' דניאל בסיכומו 'ממה גובים' שכבר כתב המ"מ על דברי הרמב"ם שמה שכתב שמסלקם בקרקע זו, הוא לאו דווקא, ונראה שאורחא דמילתא נקט, שמי אמר שיש לו קרקע אחרת.

הטוען שאין לו מעות ונמצא שקרו

הביא הב"י את דברי ת' מימוניות (משפטים, נג) שכתב בשם מהר"ם¹³⁵ שאם אמר הלווה שאין לו מעות ונמצא שקרו, הוא אינו נאמן יותר בחוב זה לומר שאין לו מעות, וחובה עליו לטרוח להביא מעות, ואף למכור נכסיו לשם כך.

הרמ"א כתב כאן שאף אם נראה לב"ד שהוא משקר בטענה שאין לו מעות כופין אותו שישלם מעות, ודין זה יתבאר יותר בע"ה בסעיפים ז-ח. לשון השו"ע:

בא לפרוע אם יש לו מעות צריך ליתנם לו, ואינו יכול לדחותו אצל מקרקעי או מטלטלי, ואם אינו ידוע לנו שיש לו מעות, אין משביעין אותו. ואפילו חזין שיש לו מעות, והוא אומר: אינם שלי אלא של פלוני, לא משביעין ליה אבל מחרימים על כל מי שיודע שיש לו מעות. והיכא דאמר: אין לי מעות, ונמצא שקרו, תו לא מהימן בזה החוב אם אומר: אין לי מעות, אלא צריך למטרח ולמזבן ולהביא מעות. הגה: וכן אם נראה לב"ד שהוא משקר, ויש לו מעות ואינו רוצה לשלם, כופים אותו שישלם מעות (טור). ועיין למטה סעיף ז' ח':

סעיף ב

אם אין לו מעות, כמה גובה?

לשון הגמרא בכתובות פו.

אמר ליה רב פפא לרב חמא, ודאי דאמריתו משמיה דרבא: האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה ארעא, ואתא בעל חוב וקא תבע מיניה, ואמר ליה זיל שקול מארעא, אמרין ליה: זיל זבין את ואייתי הב ליה? א"ל: לא,

מבואר מהגמ' שאם אין ללוה מעות, איננו מחייבים אותו למכור את הקרקע ולתת מעות, אלא יכול לפרעו בקרקע.¹³⁶

וכתב הרא"ש¹³⁷ שנראה אם אין ללוה מעות אך יש לו מטלטלים זכותו של המלוה לגבות מהמטלטלין של הלווה, שהם יותר קרובים לכסף שאפשר למוכרם במקום אחר במידה והוא לא מצליח למכרם בעיר זו.

והביא הב"י שכ"כ התרומות¹³⁸ **בשם תשובת הרי"ף**¹³⁹, **וכ"פ הטור והשו"ע**¹⁴⁰. **עוד כתבו הרא"ש**¹⁴¹ **והתרומות**¹⁴² שיכול הלווה לשלם למלוה מאיזה מטלטלין שירצה, ואין המלוה יכול לומר שהוא רוצה חפץ פלוני בדוקא.

וביאר הסמ"ע (ה) והגר"א (ט) שדין זה נלמד מהפרוע ממעות או מקרקע, שזכותו של הלווה לשלם מאיזה מטבע או קרקע שירצה (ובלבד שישלם מקרקע בינונית).

הלווה מן היתומים ואין לו מעות אם חייב למכור נכסיו בשביל לפרוע במעות?

הפת"ש (ב) כתב בשם השער משפט שמהר"ם לובלין כתב בתשובה סימן י שאף אם אפוטרופוס של יתומים הלוה מכספם, אם אין ללווה כסף הוא אינו צריך למכור נכסיו כדי לשלם, וגובים מנכסיו.

והשער משפט חולק על זה וסובר שב"ד אביהם של יתומים הם, ונחשב כאילו התנו מראש שהלווה ישלם ממעות אפילו אם יצטרך למכור נכסיו בשביל זה. לשון השו"ע:

אם אין לו מעות, אינו צריך למכור כדי ליתן לו מעות, אלא נותן לו ממה שיש לו. ואם יש לו מטלטלים וקרקע, וחפץ המלוה יותר במטלטלים מבקרקע, צריך ליתן לו מטלטלים, אלא שנותן לו מאיזה מטלטלים שירצה הוא, ואין המלוה יכול לומר: איני רוצה מטלטל זה אלא זה:

סעיף ג

רצה הלוה לפרעו במעות והמלוה רצה דווקא קרקע

כתבו התרומות והטור שיש אומרים שאם יש ללווה מעות והמלוה רוצה לגבות מהקרקע או ממטלטלין אחרים, זכותו הוא.

¹³⁵ ד"פ סי' מז ותתקנט.

¹³⁶ ובהמשך הגמ' מבארת שהשמועה הנ"ל בשם רבא נאמרה לעניין תולה ממונו אצל הגוי ויתבאר לקמן בסעיפים ז ו-ח.

¹³⁷ ב"ק פרק א סימן ה

¹³⁸ שער ד ח"ב סי' א.

¹³⁹ סימן רו.

¹⁴⁰ יש להעיר שאף מלשון הרמב"ם משמע שיש להעדיף מטלטלים על גבי קרקע, אך ברמב"ם נראה שזה העדפה היחידה ואין הבדל בין מטלטלים למעות וכפי שצינו לעיל בהערה 116.

¹⁴¹ ב"ק פרק א סוף סימן ב.

¹⁴² שער ד חלק ב סימן ד.

וכתבו הטור והתרומות¹⁴³ שאין הדין כן ומחויב לגבות במעות, שאין דינו אלא על המעות. וכן אם אין מעות אין המלוה יכול לגבות מהקרקע אם הלווה רוצה לשלם לו ממטלטלין. וכן פסק השו"ע: לשון השו"ע:

אם יש לו מעות וקרקע, או מעות ומטלטלין, הלוה אומר לפרעו במעות, אין המלוה יכול לומר: איני רוצה מעות אלא קרקע או מטלטלין. וכן אם אין שם מעות, אלא קרקע ומטלטלין, והלוה רוצה ליתן לו מטלטלין, אין המלוה יכול לומר: איני רוצה אלא קרקע.

סעיף ז

היה ללוה רק קרקע, אם יכול המלוה לומר אחכה עד שיהיו לך מעות?

לשון השו"ע:

אם אין לו אלא קרקע ובא ליתנו לו, ואמר המלוה: איני רוצה אותו ואיני מבקש ממך עתה כלום, אלא אמתין עד שיהיו לך מעות, הדין עם המלוה: מקור דין זה בתרומות שער ד חלק ב סימן ג.

אם יכול המלוה לגבות ממעות הלווה שמופקדות ביד אחר

לשון הרמ"א:

הגה: וע"ל סימן ע"ד. היו מעות הלווה מופקדות ביד אחר, מוציאין אותם ונותנין למלוה. אבל אם היו בידם בהלוואה, אין מוציאין מידם קודם הזמן (תשובת רשב"א אלף קכ"ב):

סעיף ה

אם יכול הלווה לפרוע חובו משטרות שיש לו על אחרים?

כתב הטור שיש אומרים שאין הלווה יכול לפרוע את חובו משטרות שיש לו על אחרים, מפני שאין גופן ממון וגם הקלקול מצוי בהם.

וכתב הבי"י שכך סברו התרומות¹⁴⁴ **והר"ן**¹⁴⁵ **והרשב"א בכמה תשובות**¹⁴⁶ וכתב הבי"י שבתרומות מובא טעם נוסף, והוא שהואיל ויכול הלווה למחול על אותם שטרות, הוא אינו יכול לפרוע בהן. **אך הביא הטור שהרא"ש חולק וסובר** שאפשר לפרוע מהם, וישומו ב"ד כמה שווה שטר לפי שווי נכסיו של אותו לווה ולפי אופיו אם הוא אלם או לא.

והביא הבי"י שאף הרשב"א שסבר שאין לפרוע בשטרות, סיים באחת התשובות¹⁴⁷ וכתב שמנהג ישראל לא כדבריו וכופף הוא את ראשו למנהג.

השו"ע סתם כדעת הרא"ש שאפשר לפרוע בשטרות.

ובד"מ (א*) דייק שהחולקים שסוברים שאין פורעים בשטרות דיברו במציאות שיש לו מעות אחרות, ומכאן יוצא שהרא"ש שמתיר לפרוע בשטרות, מתיר אפילו במציאות שיש לו מעות אחרות, **וכך פסק הלכה ברמ"א**.

הש"ך (ג) השיג על הרמ"א הנ"ל וכתב שכו"ע מודים שאינו יכול לפרעו בשטר כשיש לו מעות, ולא נחלקו הראשונים אלא במקרה שאין לו מעות ויש לו נכסים אחרים שלדעת הרשב"א והר"ן יכול המלוה לכוף את הלווה לגבותם או למכרם ולשלם לו, ובזה חולק הרא"ש וסובר שיכול לפרוע במעות.

וכתב הש"ך שדייקו של הד"מ בתרומות נכון, שלא אסר לפרוע בשטר אלא במקום שאין מעות, אבל במקום שיש מעות יכול לפרוע בשטר, והתרומות סבר כרא"ש ולא כרשב"א וכו"ן.

וכתב הש"ך שגם לדעת הרשב"א אם רוצה המלווה לקנות את השטר כדין כל לוקח אחר, הרשות בידו, אבל לשיטתו אין שטר נחשב כדבר בר גבייה בניגוד לדעת הראש ששטר נחשב כדבר שהוא בר גבייה, והביא הש"ך **מ"ס' נ"מ בעניין זה:**

א. הני"מ הראשונה היא עיקר מחלוקתם, שלפי הרא"ש אם אין ללוה נכסים אחרים יכול לפרוע לו בשטר ולא מוטל עליו למכרם וליתן לו מעות, ולפי הרשב"א והר"ן מחוייב הלווה לטרוח בעצמו למכור את השטר ב. לפי הרא"ש יכול המלוה לגבות מהשטר באופן ישר מבלי שיכתוב לו הלווה בכתובה ובמסירה שהשטר שלו, וני"מ למקרה שהלווה לא נמצא כאן כגון שמת או הלך למדינת הים והשאיר רק שטרות, שיכול המלווה לגבות מן השטרות האלו בשומא לפי מה שהם שווים, ולא צריך להמתין לזמן פרעון החוב בכדי לגבות מהלווים של הלווה שלו.

ג. נ"מ לענין שותף שהלך למדינת הים, שיכול שותפו לחלוק בשטרות חבירו מבלי שהוא נמצא שם.

הקצות (ב) השיג על נ"מ זו וסבר שאף לפי הרשב"א ששטרות לאו בני גובינא יכולים השותף לחלוק בלא חבירו, שכל חידושו של הרשב"א ששטר אינו נחשב ככסף ולכן אינו משתעבד לבעל חוב, ואין זה מטעם שלא ניתן לחלוק בהם.¹⁴⁸

¹⁴³ שער ד חלק ב סימן ג.

¹⁴⁴ שער ד חלק ב סימן ד.

¹⁴⁵ כתובות ו.

¹⁴⁶ תתקיד, אלף קיב תתקכט

¹⁴⁷ כך מופיע במיוחדות לרמב"ן סימן נב, ואף בשו"ת הרשב"א תתכט כתוב שראה שאפילו בזמן גדולי המורים היו פורעים בשטרות.

ד. אם היה מלוה מאוחר יותר מאותו המלוה וכבר גבה מנכסי הלווה ולא הותיר לאותו מלוה אלא שטרי חוב, שלפי הרא"ש יכול לומר למלוה השארתי לך שטרי חוב לגבות מהם, ולפי הרשב"א והר"ן אינו יכול לומר כן.

והש"ך כתב להכריע שההלכה כדעת הרא"ש וכגדולי המורים שציין הרשב"א ששטר חוב נחשב כבר גוביינא.

וכתב לדחות את ראית הר"ן בכתובות¹⁴⁹ לכך ששטר אינו בר גוביינא, והוכיח הר"ן כן מהגמרא בכתובות יט. שם אומרת הגמ' שאין המלוה נאמן לומר ששטר חובו הינו שטר אמנה הואיל וזוה הוא חב לאחרים, שאם חייב לאחר כסף אותו שטר כבר משועבד לו היא מדינו של ר' נתן.

ושאל הר"ן שלכאורה אף לא דינו של ר' נתן היה נחשב כחב לאחרים שמדוע שלא יוכל המלוה לגבות שטר זה מהלוה כשאר נכסים.

וכתב הר"ן שמכח זה מוכח שישטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבים לר'.

וכתב הש"ך לדחות את ראיתו וכתב שאמנם יכול המלוה לגבות משטר זה כדין שאר נכסיו, אך גביה זו לא הייתה עדיפה מכל מכירת שטר חוב, שאע"פ שמכר המלוה את שטרו יכול לחזור ולמחול על שטר זה כמבואר בכתובות פ: ורק מכח דינו של ר' נתן נתחדש שהמלוה נעשה כמלוה ישיר של אותו לווה, ושוב לא יוכל לווה א למחול על שטר חובו של לווה ב או לטעון ששטר זה הינו שטר אמנה.¹⁵⁰

ומכח דחיה זו דחה הש"ך ראיה נוספת של הר"ן מהגמ' בב"ק פט. שם מקשה הגמרא על המשנה שם (פז). שאומרת שאשה שחבלה באחרים פטורה מפני שאין לה ממה לשלם, ומקשה הגמ' שתמכור כתובתה בטובת הנאה ותשלם לנחבל מהכסף, ומתרצת הגמ' שלא יועיל שתמכור שהרי מסתמא היא תמחל לבעלה. וכתב הר"ן שאם נאמר שאפשר לגבות משטרות, אז מדוע שלא יגבה הנחבל משטר זה, ושוב לא תועיל מחילתה הואיל וגביה זו הינה מן התורה.

וכתב הש"ך שלדבריו אין קושיא הואיל ואין באמת הבדל בין מכירת שטר לגביתו בב"ד. **אף הקצות (ב) הסכים עם הש"ך בזה וביאר** שהואיל ולא נשתעבד למלוה אלא שעבוד נכסים באותו חוב, לכן ודאי שיכול לווה א' או האשה למחול על חוב זה.

עוד האריך הקצות להוכיח שכל דברי הרשב"א והר"ן ששטר הינו בר גוביינא הוא דווקא לשיטתם בקידושין ו. שקידושין במלוה אינו מכך שמלוה נחשב כמעות, אלא שמתקדשת בהנאת המלוה, אבל לדעת שאר הפוסקים שמלוה נחשב ככסף ממש, א"כ פשוט שיש להחשיבו כבר גוביינא ונגבה כשאר מטלטלים.

א"כ לפי הש"ך לכ"ע הלווה אינו יכול לפרוע משטר במקום שיש לו נכסים אחרים. **והפ"ש (ה) הביא שהשבות יעקב בח"ב סימן קפא** השיג עליו בזה וכתב שאין דבריו מוכרחים, והוא נגד משמעות לשון הטור וגדולי המורים ואין להוציא מיד מוחזק נגד פסק השו"ע והסכמת גדולי אחרונים.

כשגובה המלוה מן השטרות, אם צריך הלווה לתת לו בכתובה ובמסירה

הבאנו לעיל שסבר הש"ך שלדעת הרא"ש והתרומות המלוה יכול לגבות מן השטרות אף ללא כתיבה ומסירה ולדעת הרשב"א והר"ן חייב כתיבה ומסירה הואיל והם אינם בני גוביינא.

והקצות (ב) תמה על דברי הש"ך וכתב שודאי צריך כתיבה ומסירה, שהרי אף קרקע הינו בר גוביינא ואין גובים בו ללא שטר אדרכתא, וללא הורדת ב"ד אינו יכול לגבות?

לכן ביאר הקצות שאף לדעת הסוברים שאין צריך כתיבה ומסירה, כוונתם דוקא מן הלווה, אבל ודאי שצריך שבי"ד יכתבו שנכסיו של הלווה נקנים לו ביחד עם שטרותיו.

על פי זה כתב הקצות שבמלוה ע"פ במקום שלא שייך מעמד שלושתם כגון בפני גוים, או כשהלווה אינו רוצה שיגבו ממנו לסוברים שלא מועיל מעמד שלושתם בעל כרחו, לא יוכל המלווה לשום את השטר ולגבות ממנו.

לשון השו"ע:

אם יש ללווה שטרי חובות על אחרים, יכול להגבותם לו וישומו אותם כפי מה שהוא הלווה, אם הוא אלם; וכפי מה שהם נכסיו, עידית או זיבורית. (פי' המשובח שבקרקע שראוי לקבוע עליו דירה; תרגום נאות יעקב (איכה ב, ב) עדיית דבית יעקב; ופי' זיבורית, החלק הגרוע שבקרקע מלשון זבורא שהוא מין מהבעלי חיים העוקצים).

הגה: ואפילו יש לו שאר מטלטלים, יכול להגבות לו שטרות בשווים. (דייק מהתרומות שהביא הב"י שכתב למ"ד אין גובין מיירי שיש נכסים אחרים, ממילא למ"ד גובין מיירי נמי בכה"ג):

¹⁴⁸ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'ממה גובים': **אבל לענ"ד אין טעם זה נכון, שאף אם לא חל עליו שיעבוד עדין נכון את הלווה לפרוע מהם משום פריעת בע"ח מצוה.**

ולא הבנתי דבריו שבאמת נראה שאם אין לו נכסים יהיה מצווה למכור נכסיו ולפרוע מהם, אך הם עצמם אינם נחשבים כדברים שניתן לגבות בהם, ודוק.

¹⁴⁹ ו. בדפי הריף ד"ה לעולם.

¹⁵⁰ עין בקצות בסימן פו ס"ק א שכתב לדחות את דברי הש"ך שהואיל ומדאורייתא דין שעבודא שייך אף במטלטלים, א"כ מכל מקום אף אם לווה א היה מוחל על חובו של לווה ב' יכל המלוה לגבות מחוב זה מכח שעבוד, ובסיכומינו שם ציינו לכך שדברי הקצות נכונים בדעת הרשב"א אך ברמב"ם בחלכות מלווה ולווה פרק יא מבואר שאף למ"ד שיעבודא דאורייתא, אין השיעבוד חל על המטלטלים, שהרמב"ם פסק כמ"ד שיעבודא דאורייתא בפרק יא הלכה ד וכתב שם בהלכה ז: "הבא ליפרע מן הירוש בין קטן בין גדול לא יפרע מן המטלטלין אפילו היו מופקדין או מלווה אצל אחרים שהמטלטלין אינן תחת שיעבוד בעל חוב מן התורה". וא"כ לפי הרמב"ם לא קשה כלל קושית הקצות ודוק.

סעיף ו

הקונה סחורה מחבירו אם חייב למכור נכסיו בכדי לפרעו במעות?

הריטב"א בב"מ דף מה: למד מן הגמרא שם שהקונה סחורה מחבירו חייב לפרעו בדמים דווקא, ומאותו מנה שהתנה ומדין פועל ואינו יכול להורידו לשומא כלל, וחייב לטרוח ולהביא לו מעות.

וכך פסק השו"ע בלשון יש אומרים.

וכתב הסמ"ע (י) שאין כוונת הריטב"א שזה דווקא כשהתנה על המעות, אלא שמתמא במכר, דעתו לקבל דווקא מעות משא"כ בהלוואה שעשה כן לצורך חסד, והוכרח הסמ"ע לפרש כן שהרי אם התנה בפירוש הדין יהיה כן אף במלוה רגיל.

הקצות (ג) הביא שנראה לכאורה שתוס' חולקים בזה שהרי הקשו בב"מ דף יד על הגמרא שאומרת שהקונה שדה שלא באחריות והחזיק בה, אינו יכול לחזור בו ולהשיבה וצריך לשלם מעות, ושאלו שם תוס' על השיטות בב"ב צב: שהבאנו בריש הסימן שגרסו בגמרא שאם קנה הקונה שור ונתברר שהוא נגחן שרק אם נשאר אותם מעות בעין מחוייב המלוה לפרוע לו ממעות אלו דווקא, אבל ללא זה יכול לפרעו בשאר דברים וא"כ מדוע בגמרא בב"מ יד מחוייב להשיב מעות ואינו יכול לומר שיטול את הקרקע בעבור המעות.

וכתב הקצות שלפי דברי הריטב"א אין קושיא כלל שהרי שונה דין מכירה שמכר דווקא על דעת לקבל מעות.

אך כתב שניתן לחלק ולומר שאף אם נאמר שמוכר מכר על דעת לקבל מעות, מכל מקום יכול לסלקו באותו נכס אותו מכר לו שנעשה כאילו התנו שיכול לסלקו באותה הסחורה.

האגרות משה¹⁵¹ השיג על סברת הקצות וכתב שלא מסתבר לומר שהמוכר מכר על דעת שיחזירו לו את הנכס, וכן הקשה עליו שלשיטתו קושית התוס' הייתה צריכה להיות אף לסוברים שחייב לפרעו במעות, שהרי מבואר בדעת הקצות בס"ק ה שאף לשיטתם יכול לפרוע באותה הסחורה.

הט"ז פקפק על כל דינו של הרמ"א שהרי התוס' בב"ב צב: ביארו שהטעם שחייב לפרוע למלוה במעות הוא מפני שסמך על כך שיפרעו לו במעות, ומשמע שאף כשסומך דעתו על כך מחויב לפרוע לו במעות רק כשיש לו, וכשאין לו אינו מחייב למכור נכסיו ולפרוע במעות.

התומים (ה) האריך להשיג על הנחת הסמ"ע (והקצות) שדברי הריטב"א נאמרו אף כשלא התנו במפורש, וכתב שודאי לא אמר כן אלא שהתנו במפורש, וכתב שאף בזה נראה שהתוס' חולקים בב"ק כז. שטרחו לבאר מדוע הטוען שקיבל כד במקום חבית מחוייב לשלם במקום שנהגו לקרוא לכד כד ואינו יכול לומר שיטול את הכד בעבור חובו, ותירצו שמדובר שכבר הקנה דמיהם אגב קרקע.¹⁵² והיה להם לומר שמדובר באופן שהתנו

אך כתב התומים שמכל מקום נראים דברי הריטב"א שאם התנו זה מועיל, שכל תנאי שבממון קיים.

המלוה למחצית שכר, אם מחויב הלווה לטרוח ולהביא לו מעות?

וכתב הסמ"ע שלפי הטעם שהביא לעיל שבמוכר חייב לפרעו מעות הואיל ועשה כן בשביל להרויח **פסק הלבוש** שאם הלווה למחצית שכר שעשה כן ע"מ להרויח מצווה לפרוע לו דווקא במעות.

וכתב הסמ"ע שנראה שזה דווקא בהלוואה למקצת שכר שבזה ידוע שעשה כן על מנת לקבל מעות, אבל אם נתן לו מעות למחצית שכר לישא וליתן בהם, צריך המלווה להמתין עד שימכור סחורתו, או שיגבה מן הסחורה עם הרויח שלה.

והקצות (ד) השיג על דבריהם וכתב שודאי עיקר הטעם הוא מפני שמוכר סחורה אין בדעתו לקבל סחורה חזרה אלא מעות, ואין הטעם מפני שעשה כן להנאתו, ולכן בהלוואה שניתנה בעיקרה לצורך סחורה, ודאי שאינו יכול לכופף את הלווה לטרוח למכור נכסיו בכדי לפרוע במעות.

ולכן דחה הקצות את דבריהם להלכה וכתב ובפרט שהט"ז פקפק על כל דין זה של הרמ"א 'הבו דלא לוסיק עליה'.

לשון השו"ע:

י"א דבמוכר סחורה אינו מורידו לשומא כלל, אלא שותן לו מעות כמו שהתנה ומאותו מטבע שהתנה:

סעיף ז

התולה מעותיו אצל עכו"ם

לשון הגמרא בכתובות פו.

אמר ליה רב פפא לרב חמא, ודאי דאמריתו משמיה דרבא: האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה

ארעא, ואתא בעל חוב וקא תבע מיניה, ואמר ליה זיל שקול מארעא, אמרין ליה: זיל זבין את

ואייתי הב ליה? א"ל: לא, אימא לי גופא דעובדא היכי הוה, א"ל: תולה מעותיו בעובד כוכבים

הוה, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן.

מבואר בגמרא שהתולה מעותיו אצל העכו"ם מצווה למכור נכסיו בכדי לפרוע במעות, והטעם שהואיל והוא עשה שלא כהוגן, אנו עושים לו גם שלא כהוגן.

ברש"י ד"ה 'תולה' מבואר שמדובר כשהמעות נמצאים אצלו, וטוען שהם של הגוי.

¹⁵¹ יו"ד ח"א סימן עז

¹⁵² ולפי דברי הקצות אין קושיא כלל שכאן מדובר שרוצה להשיב את אותו הכד ובה אף הריטב"א מודה.

ובריטב"א הד"ה 'ודאי דאמרינו' הקשה על זה שכיצד נאמן לומר שמה שאצלו אינו שלו כנגד חזקת מה שתחת יד אדם שלו, והעלה ב' אפשרויות, או שמדובר שהגוי אינו מאפשר לנו לקחת מן המעות, או שהמעות ביד הגוי, והרחבנו בזה בסעיף א לגבי השאלה אם נאמן לומר שמה שבידו אינו שלו כשגובה מדברים אחרים שאינם מעות עיין בזה בעמוד 44.

כתב המרדכי¹⁵³ **בשם המהר"ם**¹⁵⁴ שזהו דוקא אם ידוע שהמעות הן שלו, שאם אינו ידוע אין למלוה אפילו שבועה על הלווה, שטענת שמא היא. **וכ"כ הרמב"ם** בפרק יא הלכה ז שמחרימים סתם.

הטור והתרומות¹⁵⁵ **הביאו דעת י"א** שאם הלווה אמוד שיש לו מעות אין שומעים לו וכופים אותו למכור קרקע ולשלם מעות. והב"י הביא שכיוצא בזה כתב הרשב"א בתשובה¹⁵⁶, ושם הוסיף שמתקנת הגאונים רק משביעים את הלווה, אלא אם כן הלווה חשוד בעיני ב"ד שאז כופים אותו לפרוע במעות מבלי להשבע.¹⁵⁷ לשון השו"ע:

אם יש מעות ללווה, ותולה אותם בעובד כוכבים, והמלוה חושש שהם שלו, מחרימין על כל מי שיודע שיש לו ממון או מעות. וי"א שאם הלוה אמוד, אין שומעין לו וכופין אותו ליתן מעות:

סעיף ח

אם ידוע שיש לגוי ערעור על קרקע הלווה, אם מחויב הלווה לפרוע במעות?

לשון השו"ע:

אם נודע שהממון שלו ותלה אותו בעובד כוכבים, ואינו יכול ליתן לו כי העובד כוכבים מעכב, כופין למכור קרקע וליתן לבעל חוב מעות. וכן אם הדבר ידוע שיש לעובד כוכבים ערעור על נכסי הלווה, וירא המלוה ליטול קרקע מיראת ערעורו של עובד כוכבים, צריך הלווה לטרוח ולמכור וליתן המעות.

והביא הב"י שהמקור למקרה השני הוא מהתרומות שער ח"א ס' ב בשם ספר המקח שער ז, ושכ"כ רבינו ירוחם בנתיב ו ח"א.

סעיף ט

כיצד שמים את הקרקעות או את המטלטלים?

לשון השו"ע:

כל מה שיתן לו, מקרקעי או מטלטלין, ישומו לו כפי מה שיכול למכרם מיד, אפילו בביתו, לפי השעה ולפי הזמן, ולא שיצטרך לחזור למוכרו בעיירות ובשוקים או לעכבו עד שימצאו לו קונים או שיתייקר, דאם כן נעלת דלת בפני לוויים:

מקור דין ברא"ש ב"ק פרק ראשון סוף סימן ה ובתשובותיו כלל פ סימן ד. **והסמ"ע (יב) ציין לדבריו בסימן קג שם הוכיח** שאין הכוונה שיכול למכרו מיד ממש, אלא שב"ד מעריכים שיכולו למכור באותו מקום בשווי הזה במידה ויבא כעת קונה לפנינו, ולא שיצטרך לילך לעיר אחרת, או שיחכה לשעה שהנכס יתייקר.

סעיף י

אם משביעים על כך שאין לו מעות כשבא לפרוע בדבר אחר?

כתב הרמב"ם בפרק א הלכה ד שלפני שגובים מן הקרקע מחרימים על מי שיש לו מטלטלין או מי שידע לו מטלטלין ולא יביאם לב"ד. **וכן פסק השו"ע**, ומשמע שאין משביעים על כך. **והרמ"א כתב** שכך הלכה ושלא כדעת היש אומרים שסוברים שיש להשביע. **הסמ"ע** והשו"ע נחלקו כאן שהסמ"ע סבר שאין כלל מחלוקת וכולם מודים שאין להשביע והשו"ע סבר שכולם מודים שיש להשביע, וביארנו עניין זה באריכות בסעיף א עמוד 43.

האם מגבים למלוה מקרקע שמשועבדת לאחר?

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ד: "וגובין מכל קרקע שיש לו. אע"פ שהיא משועבדת לכתובת אשתו או לבעל חובו שקדם, גובין לזה ואם היא הראשון ויטרוף יטרוף." ¹⁵⁸ המגיד משנה הביא מקור לזה מהגמרא כתובות צ.

¹⁵³ כתובות קכא

¹⁵⁴ דפוס פראג סימן מז ותתקנט

¹⁵⁵ שער ד חלק א סימן ג

¹⁵⁶ ח"ב סימן רכב ד"ה ולענין, ח"א סימן אלף כו.

¹⁵⁷ בגידולי תרומה שער ד חלק א סימן ג הקשה על הרשב"א שהביא ראייה לדבריו מן הרמב"ם (שם ב, ב) והרמב"ם שהוא דיבר בלווה שטוען שאין לו כלום לפרוע ממנו, ותיקנו שישבע ולא יפטר בלא כלום, אך ודאי שאם פורע מדבר אחר לא שייכת תקנת הגאונים ואין משביעים אותו אלא מחרימים בסתם כמבואר ברמב"ם שהובא למעלה.

¹⁵⁸ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'ממה גובים':

והב"י הביא את דברי התרומות¹⁵⁹ שכתב המקור הוא מהירושלמי (יבמות ז, א) שאומרת שהמוכר אפותיקי מוכר, והלוקח יחוש לעצמו. ואף הגר"א (כו) ציין לירושלמי הנ"ל.

לשון השו"ע:

מגבין למלוה כל המטלטלים שימצאו ללוה, ואם לא הספיקו המטלטלים, מגבים לו קרקע אחר שהחרימו על כל מי שיש לו מטלטלים או על כל מי שיודע שיש לו מטלטלים ואינו מביאם לב"ד. (וכן עיקר, ודלא כ"א שצריך לישבע על זה) (הרשב"א), וגובים כל הקרקע שיש לו; אפילו הוא משועבד לכתובת אשה או לבעל חוב שקדם, מגבים לזה מיד, ואם יבא ראשון ויטרוף, יטרוף.

סעיף יא

לשון השו"ע:

היו לו מטלטלין או קרקע, ויש עליו חובות לעובדי כוכבים, ואומר: הרי כל נכסי משועבדים לעובדי כוכבים, ואם יטלו אותם ישראל יבואו העובדי כוכבים ויאסרו אותי ואהיה בשביה, אין שומעין לו, אלא יגבה הישראל חובו, ואם יאסרוהו העובדי כוכבים הרי כל ישראל מצווים לפדותו: מקור דין זה ברמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק א הלכה ו. והביא המ"מ שמקורו מתי רי"ף¹⁶⁰ ודברי טעם הם. **וכתב הסמ"ע (טו) שאפילו אם יודעים שכדבריו כן הוא ויאסרוהו, מכל מקום גובים ממנו שכל ישראל מצווים לפדותו.**

אבל צ"ע ששם דנה הסוגיא האם בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה או לא, ולהלכה לא גבה. ואף שי"ל שהיינו רק שמוציאים ממנו אם יגבה בעל חוב המוקדם, מ"מ אין משם ראייה. ונראה יותר מה שהביא הב"י מהתרומות שהמקור הוא מהירושלמי.

¹⁵⁹ שער ה חלק ב סימן ב.

¹⁶⁰ סימן רט.

סימן קב

מאיזה קרקע מגבין החוב לבעל חוב ובו ה' סעיפים :

[סיכום זה נלקח מסיכומיו של ר' דניאל וסטברוק בעריכה שלי, ולפעמים אף בשינויים משמעותיים.]

סעיף א

שגובים מקרקע בינונית

בטעם הדין שגובה מן הבינונית

המשנה בגיטין מח: אומרת שבעל חוב גובה מבינונית של הלווה.

ובגמרא מובא ב' הסברים מדוע הדין כן :

בברייתא בדף מט: אומר ר' שמעון שהוא כדי שלא יראה אדם לחבירו שדה נאה ודירה נאה, ויקפוץ וילוונו כדי שיגבנו בחובו. **ומקשה הגמרא** שא"כ יהיה דינו בזיבורית, **ומתמצת** כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין.

ובדף נ. אומר עולא שמהתורה דינו של בעל חוב הוא בזיבורית, ולומד זאת מן הפסוק מהפסוק "בחוף תעמוד והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט החוצה" (דברים כד). וכתב שם שתיקנו שיגבה מבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין.

והרי"ף¹⁶¹ **והרמב"ם**¹⁶² העתיקו את דברי עולא.

בירושלמי בגיטין פרק ה הלכה א דורש ר' סימאי מאותו פסוק של עולא שדינו של חוב בבינונית הוא, ומבאר שדרכו של שליח ב"ד הוא להוציא את הבינונית, בניגוד למלוה שיוציא את העידית, וללווה שיוציא את הזיבורית.

ור' ישמעאל שם חולק ואומר שדין תורה הוא שהלווה נכנס להביא את המשכון.

הקצות (א) תולה מחלוקת זו במחלוקת שהובאה בסימן פז בגמ' בב"מ קיג: שם הביאה הגמ' מחלוקת תנאים אם שליח ב"ד יכול להיכנס לביתו של הלווה לקחת משכון, ולהלכה פסקנו כתנא שסובר שאף לשליח ב"ד אסור להכנס, וא"כ יוצא להלכה שאין לדרוש מפסוק זה שבעל חוב גובה מבינונית מן התורה. וכתב הקצות שאף שהרי"ף והרא"ש העתיקו את דברי ר' שמעון בשינוי לשון וכתבו 'מפני מה אמרה תורה בעל חוב בבינונית', כתב הקצות שמה שכתבו בלשון 'דבר תורה' הוא לא בדווקא כמ"ש הרמב"ן בהשגותיו לספר המצות שורש אחד, וכמ"ש הרשב"א על הגמרא שלנו, וכתב שאף ר' שמעון לא מתכון שכך הדין מן התורה. והשיג על הפני"א בזה שהבין שלהלכה אנו נוקטים שהגביה מבינונית היא מן התורה והשיג על הבי"י שכתב שפסקנו כעולא.

[ועיין לקמן סעיף ד שם הבאנו שהרמ"ה כתב במפורש שהלכה כר"ש שבינונית גובה מן התורה ולא כעולא¹⁶³].

כיצד שמים את הבינונית?

בברייתא בב"ק ו: נחלקו התנאים בפירוש 'מיטב' שגובה ממנו ניזק, **שר"ע אומר** שהוא המיטב של המזיק ור' ישמעאל אומר שהוא המיטב של הניזק, ומחלוקתם תלויה בדרשת הפסוקים. וידוע הכלל שהלכה כר"ע מחבירו.

ובדף ז: שואל רב שמואל בר אבא מאקרוניא את ר' אבא כיצד שמים קרקע אם היא עידית בינונית וזיבורית האם 'בשלו' או 'בשל עולם', ומסביר שם שלפי ר' ישמעאל פשוט הוא ששמים לפי נכסי הניזק, ולא שאל אלא לפי ר"ע.

עונה לו ר' אבא ששמים בשלו שנאמר 'מיטב שדהו' (שמות כב). ועוד דנה בזה הגמרא ולא מגיעה למסקנה ברורה.

וכל הפוסקים פסקו ששמים בשלו, שהגמרא בכתובות קי. אומרת שזהו דעת רב נחמן נגד רב ששת, והלכה כרב נחמן 'בדיני'. [ובסעיף ד נדון בכך שברמב"ם לכאורה יש סתירה בזה] לשון השו"ע:

בא המלוה לגבות קרקע, מגבין לו מן הבינונית שבנכסי הלוה, דבשלו הם שמים:

¹⁶¹ ב"ק ב:

¹⁶² מלוה ולוה יט, א.

¹⁶³ הרמ"ה הבין שמן התורה גובה בעידית, וכן ציטט הקצות שכתוב בגמרא דבר תורה בעידית (ואין גירסא כזו בגמרא וכדרכו של הקצות לצטט שלא במדויק לפי הבנתו בגמרא), אך נראה מהקשר הגמרא שר"ש בא לדרוש טעמא דקרא ובאמת מדין תורה גובה מבינונית, וכן הבין הפני"ב בד"ה מפני, והבנה זו מתחדדת על פי גירסת הרי"ף והרא"ש שגרסו מפני מה אמרה תורה, אך יש שגרסו מפני מה אמרו, ונראה שעל פי זה הבין הרמ"ה שמן התורה גובה מן העידית [ועוד עיין ברשב"א ב"ק ח. ד"ה מה דרכו שמבאר מנין לנו שמדין תורה גובה מעידית]. אך יש להעיר שנראה שר' שמעון בא לומר טעמא דקרא, אך לפי זה יש לשאול האם גם כשאל לתת טעם מדוע אשה גובה כתובתה הוא גם מדין תורה, ושמא ניתן להוכיח מכאן שסבר שכתובה דאורייתא, אמנם יש לדחוק ולומר שבדבר שדינו מן התורה נתן ר"ש טעם של תורה ובדבר שדינו מדרבנן נתן ר"ש טעם מדרבנן, ויש עוד לדון בזה.

סעיף ב

מאיזה בינונית גובים?

כתב הרא"ש¹⁶⁴ שאין זכות למלוה לתבוע שדה מסוימת מתוך כמה שדות של בינונית שיש ללווה, והלווה יפרע לו מאיזה שדה שהוא רוצה (ובלבד שיהיה של בינונית). **וכ"כ הטור והשו"ע**.
וביאר הסמ"ע (ג) שדין זה נלמד מהפסוק 'יוציא אלך', ופירושו שיוציא הלווה איזה דבר שירצה (ואף שמדברנן הכריחו אותנו לשלם מבינונית, לא מציינו שהחמירו יותר מזה-הערת ר' דניאל)
עוד כתב הסמ"ע שיתכן לומר שלמדנו זאת מכך שכשם שמצינו שהמזיק יכול לשלם מכל מטלטלין שירצה שכולם נחשבים כעידית, ולומדים זאת מן הפסוק 'ישיב' לרבות שוה כסף ככסף, ובגמרא משמע שדינו של המלוה בבינונית שוה לדינו של הניזק בעידית.
הפתי"ש בסימן קיב סק"א הביא שרע"א הסתפק בחידושי לגיטין מח: במקרה שיש ללווה קרקע המשועבדת לחוב וקרקע שאינה משועבדת לה כגון שקנה אותה אחרי ההלואה, ולא שיעבד 'דאיקני' אם יכול המלוה לכופ את הלווה לשלם לו ממה שמשועבדת לו דוקא, מפני שכל עוד אינו משלם לו מעות יכול לומר שרוצה לגבות ממה שמשועבד לו, ולא מקרקע שאינה משועבדת לו, וכל גבייתה מכח 'מיניה'.

אם יכול המלוה לחייב את הלווה לפרעו בזיבורית?

הגמרא בב"ק ז: מביאה את דברי רב אחא בר יעקב שאמר שאם המלוה מבקש שיפרע לו הלווה שטר של קרקע זיבורית קצת יותר גדול ממה שהיה גובה מבינונית, יכול הלווה לומר לו שיטול או מבינונית כדינו, או מזיבורית לפי השווי של הקרקע לעתיד שיהיה ביוקר.
ורב אחא בריה דרב איקא דחה את דבריו ואמר שא"כ תהיה נעילת דלת בפני לוויין, שאילו לא הלווה המלוה את כספו היה יכול לקנות לפי המחיר הזול של עכשיו.
ועפ"ז כתב הטור בשם הרמ"ה שלהלכה שומעים למלוה המבקש להיפרע מזיבורית, **והביא הב"י שכ"כ התרומות**¹⁶⁵.

הרא"ש¹⁶⁶ **חולק בזה וכותב** שדברי הגמרא אמורים דוקא כשהלווה מציע למלוה לקחת כפי היוקר שלעתיד, שבזה גילה דעתו שנוח לו לשלם מזיבורית. אבל בלי זה זכותו של הלווה היא לומר שהזיבורית שלו חביבה עליו. שהרי אפילו כשכל השדות שלו הם שוים, הוא יכול לפרוע מאיזה שדה שירצה.
השו"ע סתם כדעת הרמ"ה והתרומות, **והרמ"א הביא י"א** כדעת הרא"ש.
והסמ"ע (ה) מסיק שלהלכה המוציא מחבירו עליו הראיה ולכן אין לחייבו וכדעת הרא"ש,
אבל הש"ך (ב) הביא שהמהרש"ל¹⁶⁷ הכריע כדעת השו"ע, **והקשה המהרש"ל** על סברת הרא"ש מדוע יש גילוי דעת של הלווה שנוח לו לשלם מזיבורית במה שאמר שיקח כפי היוקר לעתיד, אולי רק רצה להרויח.
הנתיבות (א) מסיק שאפילו אם יש ללווה רק זיבורית ועידית, אין זכותו של המלוה לתבוע זיבורית ספציפית בטענה שאצלו היא נחשבת כבינונית. שהרי מכיון שבשלו שמים, הזיבורית שלו נחשבת כבינונית ואין זכותו לבחור איזה בינונית שרוצה. והביא ראייה לדבריו מכתובות קי והאריך בזה.
לשון השו"ע:

היו לו שלשה או ארבע שדות בינונית, לא יוכל המלוה לומר: תן לי משדה פלונית שהיא חביבה עלי, אלא ברשות הלווה ליתן לו מאיזה שירצה, אם חפץ המלוה בזיבורית, ואומר לו: תן לי זיבורית טפי פורתא, שומעים לו, ונטלה בזולא דהשתא ולא ביוקרא דלקמיה. הגה: ויש אומרים דאין כופין אותו ליתן לו זיבורית, אלא אם רוצה ליתן לו ביוקרא דלקמיה, כופין אותו ליתן לו בזולא דהשתא (טור בשם הרא"ש):

סעיף ג

אם המלוה רוצה לגבות מעידית

פשוט הוא שבסתם אין זכותו של המלוה לתבוע שטח של עידית יותר קטן ממה שהיה גובה מבינונית, שזהו דין המשנה שבעל חוב גובה מבינונית. ונחלקו הראשונים אם יכול לתבוע עידית לפי היוקר שלעתיד.
כתבו התרומות¹⁶⁸ **והטור** בשם הראב"ד שיש שלוש שיטות בזה:
יש אומרים שאין זכותו של המלוה לתבוע עידית כלל, אפילו לפי היוקר.
וי"א שאם הלווה גילה בדעתו שרוצה לפרוע מעידית לפי היוקר שלעתיד, יכול המלוה לגבותה אפילו לפי המחיר של עכשיו.
וי"א שאין גילוי דעתו משנה, אבל צריך לפרוע לפי היוקר שלעתיד אם המלוה מבקש זאת.
ומסיק הראב"ד שמסתבר כשיטה השלישית¹⁶⁹.

¹⁶⁴ ב"ק פ"א סימן ב, וכן מפורש בתוס' ח: ד"ה מצי

¹⁶⁵ שער ד ח"ג סימן א.

¹⁶⁶ ב"ק א, ב.

¹⁶⁷ ב"ק פרק ראשון ס' יא

¹⁶⁸ שער ד ח"ג ס' א.

¹⁶⁹ עיין הגהות והערות אות ו בשם הכנה"ג שהביא שהבדק הבית סמ"ע ב"ח וגידולי תרומה הבינו שזוהי הכרעת הטור ותמהו שזה כנגד אביו הרא"ש והאמת שאין זה אלא ציטוט של הכרעת הראב"ד.

והב"י דייק מדברי התוספות (בד"ה הב לי) כדיעה הראשונה שלעולם אינו יכול לגבות עידית (והוא תלוי בשתי גירסאות בגמרא כמו שהביא הרא"ש), ובנדק הבית מכריע שמסתבר כן. וכ"פ בשו"ע.

מה הדין כשאין לו ללווה אלא עידית?

מבואר בברייתא שם בב"ק ז: שאם אין ללווה אלא עידית כולם (ניזקים, בע"ח וכתובת אשה) גובים ממנה. והביאו התרומות¹⁷⁰ והטור תשובת גאון שפסק שאין הלווה יכול למכור את העידית כדי לקנות בינונית לפרוע ממנה.

ועוד כתב הטור שאפילו אם יש ללווה בינונית במקום אחר אינו יכול לדחות את המלוה מהעידית שיש לו במקומו. והביא הב"י שכ"כ רבינו ירוחם¹⁷¹. וכ"פ בשו"ע.

וביאר הסמ"ע (ח) שאלי"כ יש נעילת דלת בפני לוויים, שלא ירצו המלוים להצטרך ללכת למרחקים כל שנה כדי לעבוד את שדותיהם. לשון השו"ע:

אם אומר המלוה: תן לי עידית בציר פורתא (פי' מעט פחות), אין כופין אותו ליתנה לו אפילו ביוקרא דלקמיה, אם אין ללווה אלא עידית, אינו יכול למכרה ולקנות בינונית להגבות לבעל חובו, אלא מגבין לו מהעידית. ואפילו יש לו עידית במקומו ובינונית במקום אחר, אינו יכול לומר לו שיטול מהבינונית שיש לו במקום אחר, אלא צריך ליתן לו מעידית שבמקום הבעל חוב.

סעיף ז

היה ללווה בינונית וזיבורית, ממה גובה הבעל חוב?

מבואר בברייתא בב"ק ז: שאם אין ללווה אלא בינונית או זיבורית, כולם גובים ממנה. ואם יש לו עידית ובינונית גובה בע"ח מהבינונית, ואם יש לו עידית וזיבורית גובה מהזיבורית.

ובענין מקרה שיש לו בינונית וזיבורית יש סתירה בין שתי ברייתות האם גובה מבינונית או מזיבורית, וע"ז מתרצת הגמרא כמה תירוצים:

(א) הברייתא שאומרת שגובה מבינונית דיברה כשהיה לו עידית ומכרה, שאלי"כ הבינונית שלו נחשבת כעידית, הואיל ובשלו שמים.

(ב) הברייתא שאומרת שגובה מזיבורית דיברה כשהבינונית שלו שוה כמו עידית של העולם, ופרש"י ששתי הברייתות סוברות שבשל עולם שמים.

(ג) נחלקו הברייתות האם שמים בשלו או בשל עולם.

(ד) נחלקו הברייתות בדברי עולא שאמר שמהתורה בע"ח גובה מזיבורית וחכמים תיקנו שגובה מבינונית. ופרש"י שברייתא אחת סוברת שמעולם לא תיקנו חכמים כלום, ובע"ח גובה מהזיבורית תמיד ושתי הברייתות דיברו כשהיה לו עידית ומכרה.

והנמוקי יוסף¹⁷² הביא שהרמ"ה פירש באופן אחר ואף הוא כותב ששתי הברייתות דיברו כשהיה ללווה עידית ומכרה, אלא לשיטתו נחלקו ב' הברייתות בשאלה האם הולכים אחרי זמן השעבוד מעיקרא ולכן הואיל ובתחילה הייתה עידית, גובה מן הבינוניות, או שהולכים אחרי זמן הגביה והואיל וכעת יש ב' שדות, אז הבינונית נחשבת כעידית ואינו גובה אלא מן הזיבורית

וביאר הנימוקי"י ששורש מחלוקתם היא אם מן התורה גובה בעל חוב מן העידית או מן הזיבורית, שלמ"ד שמן התורה גובים מן העידית אלא שתיקנו חז"ל שיגבה מן הבינונית כדי שלא יקפצו מלוים להלות בשביל לקחת ללווה שדה נאה¹⁷³, ולכן כאן שמעיקרא נשתעבדה שדה זו הואיל והייתה בינונית לא פקע שיעבודא, ולמ"ד שמן התורה אינו גובה אלא מן הזיבורית וכדעת עולא שהבאנו בסעיף א, אי"כ לעולם הולכים אחרי זמן הגביה, וכל עוד כעת אין בינונית, לא נתקנה התקנה שגובה מן הבינונית וחזר הדין לגבות מן הזיבורית. **וכתב הרמ"ה שלהלכה** נפסק שמן התורה גובה מן העידית, והולכים אחרי זמן השעבוד הראשון, ולכן אם הייתה לו עידית ומכר, גובה מן הבינונית.

וכן הביא הר"ן בכתובות (סה.) פירוש זה בשם הראב"ד אלא ששם הכריע שהלכה כעולא, ולכן אינו יכול לגבות אלא מן הזיבורית.

הרי"ף כתב שהברייתא שסוברת שבעל חוב גובה מהבינונית סוברת כעולא, וכנראה הבין כפירוש רש"י שלשיטת עולא תיקנו לגבות מן הבינונית לברייתא החולקת לעולם גובה מן הזיבורית.

והר"ן בכתובות הקשה על שיטת הרי"ף שכתב שגובים מן הבינונית וכעולא, וזו לאור פירושו שדווקא לפי עולא יש לגבות מן הזיבורית וכפי שפירשו הרמ"ה והראב"ד שהבאנו לעיל.

הרמב"ם כתב בהלכות מלוה ולוה פרק יט הלכה ד סתם וכתב שאם יש ללווה בינונית וזיבורית גובים מהבינונית, ונראה מדבריו שסבר ששמיין בשל עולם, ולכן אף שיש לו רק ב' שדות, גובים מן הבינונית.

וכתב הב"י דברי הרמב"ם הללו לכאורה סותרים את מה שכתב בפרק כד הלכה י שאם יש לב' אנשים שטר חוב זה על זה ולאחד יש זיבורית ובינונית ולשני יש רק זיבורית, זה גובה מן הבינונית וזה גובה מן הזיבורית, והגמרא בב"ק קי: מבארת שזה דווקא לשיטת רב נחמן שסבור ששמיין בשלו, אבל לפי רב ששת ששמים בכל עולם, אז לעולם כל אחד נשאר עם שדהו, שהבינונית תמיד נשארת בינונית, ואין סיבה שאחד יקדום ויגבה את הבינונית מחבירו עיי"ש בגמרא.

¹⁷⁰ שער ד חלק ג סימן ב.

¹⁷¹ נתיב ו ריש ח"א.

¹⁷² ב"ק ב:

¹⁷³ ועיין מה שכתבנו לעיל הערה 163

והמ"מ והר"ן (כתובות, שם) נשארו בצ"ע בדברי הרמב"ם הנ"ל. והב"י כתב שפשוט שהרמב"ם סובר ששמים בשלו וכהסכמת הפוסקים וכפי שפסק בפרק כד, ומה שכתב כאן שאם יש זיבורית ובינונית גובים מן הבינונית, כוונתו דווקא במציאות בו היתה עדיית ומכרה ללווה, וכפי שפסק הר"ף שהולכים אחר השעבוד המקורי, ולכן גובים מן הבינונית. **וכן פסק להלכה בשו"ע.**

הש"ך (ג) הביא את דברי מהרש"ל¹⁷⁴ שכתב שכל מה שגובים מהבינונית כשהיה ללווה עידיית ומכרה זה דוקא אם היה לו ללווה את העידיית אחר שהגיע זמן הפרעון או אחר ל' יום בסתם הלואה.

והש"ך השאיר את דבריו בצ"ע וכתב שמדברי הגמרא והפוסקים לא משמע כן.

ואף הנהיבות (ב) תפס בפשטות שלא כדברי המהרש"ל, וכתב עוד שאם היה ללווה רק בינונית בשעת הלואה דינו כעידיית, ואם שוב קנה זיבורית בע"ח גובה ממנה ולא מן הבינונית.

עוד כתב הנהיבות שאפילו אם היה ללווה עידיית ונשתדף, גובה המלוה מהזיבורית. שרק במכירה אומרים שאינו בידו של הלווה למכור להפסיד דינו של המלוה, ועוד שכשמכר את העידי עדיין היא נשארת משועבדת למלוה, שאם יתשדפו שאר נכסי הלווה גובה מהם, ולכן שייך לומר שהבינונית נשארה בינונית אבל אם נשתדפה העידיית היא נחשבת כאינה קיימת כלל, וממילא חזרה דין שדה הבינונית להחשב כעידיית. לשון השו"ע:

אין לו אלא עידיית או בינונית או זיבורית, יקחנה כמו שהיא. אם יש לו עידיית ובינונית, יתן לו בינונית. יש לו עידיית וזיבורית, לא יתן לו אלא זיבורית. יש לו זיבורית ובינונית, אם היתה לו עידיית בשעה שלוה ומכרה, צריך ליתן לו בינונית. ואם לאו, יתן לו זיבורית:

סעיף ה

קונה שדה מחבירו והתנה שיגבה מן העידיית ולא מעידי עידיית

לשון הגמרא בב"מ סו:

ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה באחריות. אמר ליה: אי טרפו ליה מנאי - מגבית לי מעידי עידיית דאית לך. - אמר ליה: מעידי עידיית לא מגבינא לך, דבעינן למיקם קמאי. אלא מגבינא לך מעידיית אחריס דאית לי. לסוף טרפוה מיניה, אתא בדקא שקיל לעידי עידיית. סבר רב פפא למימר: מעידיית אמר ליה - והא קיימא. - אמר ליה רב אחא מדפתי לרבינא: ולימא ליה כי אמרי לך אנא מגבינא לך - דהוה עידי עידיית קיימא, השתא קיימא ליה עידיית במקום עידי עידיית. הגרא מביא מעשה באדם שקנה שדה מחבירו ורצה להתנות שאם יטרפוהו ממנו, יגבה מעידי עידיית של המוכר. והמוכר לא הסכים לתנאי זה, ואמר שיגבה רק מהעידיית שלו. ושוב טרפו ממנו את השדה, והעידי עידיית נשתדפו.

שם סבר רב פפא לומר שעדיין גובה מהעידיית,

אך אמר לו רב אחא מדיפתי שהעידיית קיימת במקום העידי עידיית ואינו גובה אלא מהבינונית. ו **ופסקו הפוסקים כר' אחא מדיפתי.**

וביאר הסמ"ע (ג) שלא הסכים המוכר שיגבה מהעידיית אלא משום שישאר לו העידי עידיית. לשון השו"ע:

היה לו עידיית, בינונית וזיבורית, והתנה עמו לפרעו מהעידיית, והיתה לו עידי עידיית ונפסדה, קיימא עידיית במקום עידי עידיית, ואינו פורעו אלא מהבינונית:

¹⁷⁴ ב,ק פרק ראשון סימן יב.

סימן קג

שמין קרקע של לוח ואם טעו בשומא, ושומא הדרא לעולם ובו יא' סעיפים:

סעיף א

כיצד שמנים וכיצד מכריזים?

כיצד שמנים?

מוכח מהסוגיא בב"ק ז': ששמים את הקרקע לפי המחיר במקומו ושעתו, וכ"כ התרומות¹⁷⁵ בשם הרמב"ן¹⁷⁶, והטור והשו"ע כאן.

וכתב הרא"ש (סוס"ה) שכל מה שגובה ממנו המלוה, בין קרקע ובין מטלטלין, שמים אותו בדמים שיכול למכורו בהם מיד אפילו בביתו, ולא יצטרך ללכת בעיירות ובשווקים. שאל"כ תנעול דלת בפני לווים. וכ"פ הטור והשו"ע בסימן קא סעיף ט. וכתב הסמ"ע שע"כ מיד ל"ד הוא, אלא שמים אותו כמו שהיה נמכר לאיש שהיה צריך לו ובא לביתו לשאול אחריו.

ומבואר בת' הרא"ש בכלל פ' סימן ח שאם יש קרקע ששוה הרבה וחובו של המלוה הוא פחות אין אומרים שיתן לו חלק מן השדה אלא נותנים לו למכור חלק מן השדה עד שיוכחל להגיע לשווי החוב הזה ולא חוששים להפסדו של הלוח.

הפת"ש (ב) הביא את דברי הצמח צדק בסימן כז שכתב שאם יש עוד בעלי חוב מאוחרים יותר, אין המוקדם גובה אלא מהחלק של השדה ששוה כשווי חובו מפני שחוששים להפסד שלהם. ורק להפסדו של הלוח לא חוששים משום נעילת דלת.

אבל השער משפט והחכם צבי¹⁷⁷ השיגו עליו ששיעור חובו הוא מה שיכול בפועל למכור ולקבל ממנו את דמי החוב. ואין לחשוש להפסד של המאוחרים כל שזה גורם להפסד של המוקדם.

כיצד מכריזים?

לשון המשנה והגמרא בערכין כא':

מתני' שום היתומים שלשים יום, ושום ההקדש ששים יום, ומכריזין בבקר ובערב.

גמ' מאי שנא בבקר ובערב? אמר רב יהודה אמר רב: בשעת הוצאת פועלים ובשעת הכנסת פועלים; בשעת הוצאת פועלים, דאיכא דניחא למיזבן, אמר להו לפועלים: איזילו סירו לה ניהלי;

בשעת הכנסת פועלים, דניזכר דאמר להו: ניזיל נישילינהו.

מבואר במשנה שכשב"ד יורדים לנכסי יתומים למוכרן בשביל לגבות בהם לבעל חוב, הם שמין את הקרקע ולאחר מכן מכריזין ל' יום כל הרוצה ליקח יבא ויקח, בבוקר ובערב.

ומבואר בגמ' שהטעם שמכריזים בבוקר ובערב, הוא בכדי שיוכל האדם בערב לשלוח את פועליו לראות אם שדה זו יפה, היא, ומכריזים בערב בכדי שיזכור לשאול את פועליו על שדה זו.

עוד מבואר בגמרא בשם רב חסדא שאם לא מכריזים ל' יום רצופים, יכולים להכריז ששים יום בימי שני וחמישי.

וכתבו התוספות שם בד"ה שום היתומים שדין זה אינו דווקא בנכסי יתומים אלא אף בכל אדם, והוכיחו כן מהגמרא בב"מ לה: שכותבת לענין סתם גבייה שהמלוה אוכל פירות אחרי ששלמו ימי ההכרזה, ומשמע ששיעור ההכרזה הוא שיעור ידוע כמו אצל יתומים ל' יום, וכתבו תוס' שהסיבה שכתבה המשנה דין זה דווקא לענין יתומים הוא בכדי לחדש שאפילו ביתומים אין צורך ביותר מל' יום, בשונה כהקדש שצריך ששים יום כמפורש במשנה.

וכדבריהם נקט התרומות¹⁷⁸ **והביא שכן סבר הר"א אב"ד בשם ר"ח**¹⁷⁹ **ובשם שו"ת הרי"ף**¹⁸⁰.

וכן פסק הטור וכתב שלא נראה לחלק אלא כל שנמכר שלא מדעת הבעלים ע"פ ב"ד צריך שומא והכרזה. **אך הרמב"ם כתב בהלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה ו** שמכריזים כפי מה שיראו עד שיפסקו המוסיפים. **וביאר המגיד משנה** שהרמב"ם הבין שענין הכרזה ל' יום נאמר רק לגבי יתומים, שכך מדויק מלשון המשנה, וכתב המ"מ שהוא הדין בטורף מן הלקוחות שדינם כיתומים כשם שלא נפרעים מהם אלא בשבועה, **וכתב המ"מ** שדברי הרמב"ם נכונים.

השו"ע סתם כדעת הרמב"ם כאן ובסימן צח סעיף ט, והרמ"א כתב שיש חולקים.

ובסימן צח לא העיר הרמ"א על דברי השו"ע, **ושם תמה הסמ"ע בס"ק יט** איך סתמו המחבר והרמ"א בזה בלי להזכיר שיש חולק.

¹⁷⁵ שער ג ח"ב סימן ד.

¹⁷⁶ שו"ת הרמב"ן סימן יא.

¹⁷⁷ שו"ת חכם צבי דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר. סימן כח.

¹⁷⁸ שער ג ח"ב סימן ז.

¹⁷⁹ ב"מ לה:

¹⁸⁰ סימן רעב.

באיזה אופן יכול המלוה לגבות מעצמו באותה שדה?

הטור כתב שמכריזים לי יום, אפילו רוצה המלוה ליטול בסכום ששמו בי"ד, ונותנים את השדה למי שמעלה במחיר, ודבריו מבוססים על דברי הרא"ש בכתובות פרק י סימן ד, ושם שההכרזה הינה לטובת הלוה. **גם מהרמב"ם שהבאנו לעיל** עולה שאמנם לא מכריזים לי יום אך מכריזים עד שיראו שמפסיקים אנשים להוסיף במחיר.

ושם כתב הרא"ש שאם לא נמצא מי שירצה לקנות, נותנים את השדה למלוה לפי שומת בי"ד. **הב"י הביא שתוס' בערכין**¹⁸¹ **חלקו וסברו** שאם רוצה המלוה בעצמו לגבות מן השדה, אין צורך בהכרזה כלל, וגובה את השדה כפי שומת בי"ד, וביססו דבריהם על הירושלמי בכתובות פרק יא הלכה ו. **אך כתב הב"י כתב שמדברי התרומות**¹⁸² **נראה** שאיננו פוסקים כירושלמי הנ"ל הואיל והבבלי חולק כמבואר בכתובות ק: [כלומר הירושלמי לומד דין זה מהמשנה בכתובות שם, והבבלי מבאר ששם מדובר בדברים שלא שייך בהם הכרזה, ולכן אם מכרו בשומתן מכרם קיים, עיי"ש]. וציין הב"י לסימן קיד סעי שם מבואר בשם הרא"ש בכתובות פרק י סימן ד שאם רוצה המלוה לקחת את השדה ללא שומא כלל בעבור פרעון חובו, אין יכול הלוקח לעכב בעדו, מפני שבכך מפסיד את הלוה ודין זה יבואר בעי"ה בסימן קיד. לשון השו"ע:

כששמן השלשה שמאין קרקע הלוה, אין שמין אלא כפי הזמן וכפי השעה שנמכרים הקרקעות אז באותו מקום. הגה: ואם אין הקרקע מגיע לו כולה, כגון שאין לו בחוב אלא מנה, והקרקע ביחד נישומת בחמש מאות זהובים, אין אומרים לו: תן לו חמישית הקרקע, אלא שמין כמה שיכול למכור מזאת הקרקע או הבית בק' זהובים, ונותנין למלוה. כללו של דבר אין שמין לו אלא דבר שיכול למכור מיד ולגבות חובו, ואין חוששין להפסד הלוה (תשובת הרא"ש כלל פ' סימן ט') (ועיין לקמן סעיף ה'), **ואחר כך מכריזין עליה כפי מה שיראו, עד שיפסקו המוסיפים.** **ואם קרקע זה היה טורף המלוה מהלקוחות, צריכים להכריז עליה שלשים יום, כדרך שמכריזין על נכסי יתומים** (ועיין לקמן ריש סימן ק"ט), **ובאים הלוקחים וקוצבים דמים כרצונם, אם מצאו בה כשומת בית דין או יתר, לוקחים הדמים ונותנים אותם למלוה, ואם רצה המלוה לקחתה באותו סך, הוא קודם.** **ואם לא מצאו בה כדי שומתן, מחליטין אותם למלוה בכדי שומתן.** הגה: ויש חולקין וסבירא להו דהוא הדין אם בא לגבות מבני חרי, כיון שנמכר שלא מדעתו בבית דין, צריך שומא והכרזה כמו בשל יתומים (טור וב"י בשם התרומות):

סעיף ב

מה עושים כשנחלקים השמאים בשומת נכסי הלווה?

לשון בב"ב קז.

תנו רבנן: שלשה שירדו לשום, אחד אומר במנה ושנים אומרים במאתים, אחד אומר במאתים ושנים אומרים במנה - בטל יחיד במיעוטו.

אחד אומר במנה (ק' דינר), ואחד אומר בעשרים (סלעים כלומר פ' דינרים), ואחד אומר בשלשים (סלעים כלומר מאה עשרים דינרים) - נדון במנה;

רבי אליעזר ברבי צדוק אומר: נדון בתשעים;

אחרים אומרים: עושין שומא ביניהן ומשלשין.

מאן דאמר נדון במנה, מילתא מציעתא;

רבי אליעזר ברבי צדוק אומר נדון בתשעים, קא סבר: הא ארעא תשעין שוה, והאי דקאמר עשרים (סלעים כלומר פ' דינרים), - דקא טעי עשרה לאחוריה, והאי דקאמר מנה (ק' דינר), - קא טעי עשרה לקמיה. אדרבה, האי ארעא מאה ועשרה שויה, והאי דקאמר מנה - קא טעי עשרה לאחוריה, והאי דקאמר שלשים - קא טעי עשרה לקמיה! נקוט מיהת תרי קמאי ביזר, דמתורת מנה לא מפקי ליה.

אחרים אומרים עושין שומא ביניהן ומשלשין, קא סבר: האי ארעא תשעין ותלתא ותלתא שויה, האי דקא אמר עשרים - קא טעי תליסר ותלתא לאחוריה, והאי דקאמר מנה - קא טעי תליסר ותלתא לקמיה, ובדין הוא דלימא טפי, והאי דלא קאמר - סבר: מיסתאי דקא מטפינא כולי האי אחבראי. אדרבה, הא ארעא מאה ותליסר ותלתא שויה, האי דקאמר מנה - קא טעי תליסר ותלתא לאחוריה, והאי דקאמר שלשים - טעי תליסר ותלתא לקמיה, ובדין הוא דקאמר טפי, סבר:

¹⁸¹ כא: ד"ה כך
¹⁸² שער ג ח"ב סימן ד.

מיסתאי דקא מטפינא כולי האי אחבראי! נקוט מיהת תרי קמאי בידך, דמתורת מאה לא מפקי ליה.

אמר רב הונא: הלכה כאחרים.

אמר רב אשי: טעמא דאחרים לא ידעינן הלכתא עבדינן כוותיהו?

תנו דייני גולה: עושין שומא ביניהן ומשלשין.

אמר רב הונא: הלכתא כדייני גולה. **אמר רב אשי:** טעמא דדייני גולה לא ידעינן, הלכתא עבדינן כוותיהו?

מבואר בגמ' שאם נחלקו השמאים בשווי הנכסים הולכים אחר הרוב.

עוד מבואר בגמ' שאם אחד אומר שמונים, אחד אומר מאה ואחד אומר מאה ועשרים נחלקו התנאים:

ת"ק אומר שנדון במאה, משום שהוא 'מילתא מציעתא'.

ר' אליעזר בר' צדוק אומר שנדון בתשעים, שהוא באמצע שני הראשונים (פרשב"ם שהולכים אחרי הראשונים משום 'תפשת מרובה לא תפשת').

ואחרים אומרים שיעושין שומא ביניהן ומשלשין, ומבואר בגמרא שהיינו שנדון בתשעים ושלוש ושליש. ופרשב"ם שלוקחים את ההבדל בין שמונים למאה ועשרים ומוסיפים שליש מזה על השמונים.

מסבירה הגמרא שגם אחרים סוברים שלוקחים את דברי הראשונים, אלא שתולים שהאומר מאה חשב שהקרקע שוה יותר אלא שלא נוח לו להוסיף יותר מדאי על הראשון.

ורב הונא ודייני גולה פסקו כאחרים, **ואמר להם רב אשי** שאין אנחנו יודעים את טעמם של אחרים, ואיך נפסוק כמותם.

וכתבו הרי"ף¹⁸³ והרא"ש¹⁸⁴ שהלכה כת"ק שאמר שנדון במנה כלומר כסכום האמצעי.

וכתב הרשב"ם בד"ה 'מילתא מציעתא' שנראה לו שעושים כמו מי שנקט את הסכום האמצעי, אפילו אם אינו 'מילתא מציעתא' כ"כ, כגון אם השלישי אמר מאה ושנים עשר עדיין נדון במאה. שלזה הסכימו שנים מהם שאינו פחות ממאה.

אבל הרמב"ם כתב בהלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה יד כתב שאם אחד אומר תשעים, ואחד אומר מאה ואחד אומר מאה ושלושים, נדון במאה ועשרה. והיינו שתמיד מחלקים את ההפרש בין השומא הפחותה ביותר לגדולה ביותר.

השו"ע סתם כהרמב"ם.

הסמ"ע (ה) כתב שדעת הרי"ף והרא"ש והטור היא כדעת רשב"ם, **והכריע הסמ"ע** כדבריהם שהם הרוב ודבריהם מסתברים. וכתב שהוכיח א"י מדברי הראשונים הנ"ל בדרישה, אבל אין לנו דרישה כאן.

האם דווקא יחיד בטל ברוב או שהולכים אחר רוב דעות

הבאנו לעיל שמבואר בגמ' שאם נחלקו השמאים בשווי הנכסים הולכים אחר הרוב.

והשו"ע העתיק דין זה בלשון 'בטל יחיד במיעוטו' ולשונו לקוחה מלשון הרמב"ם בפרק כב הלכה יד.

וכתב הפת"ש (א) בשם שער משפט (ג) שכתב שנראה דלאו דוקא נקט בטל יחיד, והוא הדין שאם יש חמשה שמאים ושנים אומרים במאתים ושלושה אומרים במאה שהולכין ג"כ אחר הרוב.

והוכיח דבריו מהגמרא בשבועות דף מ"ב ע"א, וכן מהגמרא בתמורה כ"ז ע"ב, שם מבואר שלענין אומדנא דשומא הולכים אחרי רוב דעות. ושם מוכח שאפילו אי כבר שמו ג', ובאו ד' ושמו ביותר, שחזרת השומא, אך כתב שנראה לו שבבית דין ששמו בשלושה מטלטלי דיתמי להגבות לבעל חובו ובאו ד' ושמו בפחות, לא הדרא השומא. וראה לזה מתמורה שם כו', וסיים וזה דין חדש ונכון הוא. לשון השו"ע:

שלושה שירדו לשום, אחד אומר: במנה, ושנים אומרים: במאתים, או אחד אומר: בק"ק, ושנים אומרים: במנה, בטל יחיד במיעוטו.

אחד אומר: במנה, אחד אומר: בשמנים, אחד אומר: בק"כ, נידון בק', מפני שאנו ממצעים מה שיש בין המועט למרובה, ומוסיפין על המועט המחצית, וגורעין מהמרובה המחצית, וכיון שבין האומר שמנים לאומר ק"כ יש ארבעים, כשאתה מוסיף על המועט המחצית, וגורעין מהמרובה המחצית, נמצא שהוא נידון במאה. ולפי זה אם אחד אומר: במנה, אחד אומר: בצ', אחד אומר: בק"ל, נידון בק"י, ועל דרך זו שמין ביניהם לעולם:

סעיף ג

מי הם אלה שיכולים לעשות שומא?

בגמרא בב"ב קז. מבואר ששמים בשלושה.

אם יכולים המלוה או הלוח לדרוש שיבואו שמאים נוספים לשום קרקע זו?

כתבו התרומות¹⁸⁵ **והטור** שאם אחרי השומא רוצה הלוחה עוד שומא ע"י אחרים הבקיאים יותר, אין שומעים לו. והתרומות למד דין זה מהגמרא בע"ז עב. שם מסיקה הגמ' שאם אדם אומר שימכרו ללוקח

¹⁸³ נא:

¹⁸⁴ פרק ז סימן ג.

כפי שזמנת ב"ד ושמו בסכום מסוים, אינו יכול לדרוש לתת לג' אחרים לשום שאולי הראשונים היו בקיאים יותר. וכ"פ השו"ע, אלא שכתב 'מלוה' במקום 'לווה' (הערת ר' דניאל- ונראה פשוט שלדברי הכל שניהם אינם יכולים לבקש את זה).

כתב הנתיות (ג) שאף שכתב השו"ע שאינו יכול לדרוש שיבואו אחרים וישומו, מכל מקום אם יבוא מספר שמאים רב יותר מאלו ששמו קודם ויאמרו שיש טעות בשומא או מקשיבים להם, ואיננו אומרים כשם שאומרים לעניין עדות שדין שנים כדין מאה וממילא אין יכולת לסתור דבריהם, שבדבר שאינה עדות גמורה הולכים אחר רוב דיעות, ובוזא מבואר הדין בסעיף ד שעוסק בטעות של שומא, וציין הנתיות לדברי הש"ך בסימן מו ס"ק סו שם מבואר שבעדי הכרה הולכים אחר רוב דיעות.

הפתי"ש (ה) ציין לדברי השער משפט שכתב שת' הרשב"א בספר תולדות אדם¹⁸⁶ לכאורה משמע היפך דברי הנתיות שאם שבאו אחרים ושמוהו פחות או יותר, אין מתזירים את השומא אפילו אם הם רבים במספר מבי"ד המקורי.

אך כתב השער משפט שאפשר לומר שהרשב"א דיבר דוקא כשאותן אחרים שאמרו שהבית דין טעו בשומא לא קבעו עצמם ביחד בתורת בית דין, ובמקרה כזה איננו שומעים להפ מפני שאנו אומרים שמן הסתם הבית דין דקדקו יותר.

אם יכולים השמאים להיות קרובים זה לזה?

הביא הב"י מתשובת זכרון יהודה סימן לח שאין בעיה ששנים מתוך השמאים יהיו קרובים זה לזה. **והביא ראיה לדבריו** מהגמרא בסנהדרין יד: שאומרת שאפילו איש ושתי נשיו יכולים לשום מעשר שני. וכ"פ הרמ"א.

הנתיות (ב) כתב שהקשה התומים (ב) שלפי דברי הזכרון יהודה יצא שאפילו קרובים לבעלי הדין ושאר פסולי עדות יהיו כשרים, כשם שבמעשר שני כשרים?

ותירץ הנתיות שיש חילוק בין קירבה לגבי הבעל דין, שבזה הם פסולים הואיל ויכולים לנטות לטובתו וזה בשונה לעדות על מעשר שני, שבזה אף קרוב כשר משום שעד אחד אף אם הוא קרוב נאמן באיסורים, אך בעניין קרבת העדים זה לזה, כל הפסול הוא משום שהם נחשבים כעד אחד, וזה שייך רק כאשר מעידים על אותו הדבר, אך כאן כשהם מעידים כל אחד על האומדנא שלו לגבי שווי הנכס, ממילא יש כאן ב' עדויות שונות, ויכולים להעיד יחד.

עוד כתב הנתיות (א) ששלושת השמאים חייבים לשבת יחד כדין ב"ד, ואם אחד אומר איני יודע צריכים להביא שמאי שלישי, שמא ישמעו את דעתו ויודו לו.

לשון השו"ע:

שמוה שלשה, ואומר המלוה: ישומו אותה שלשה אחרים בקיאים יותר בשומא, אין שומעין לו. הגה: ויכולין אלו שלשה השמאים להיות קרובים זה לזה (כן כתב הר"ן בן הרא"ש):

סעיף ז

מה עושים כשנתברר שטעו השמאים?

כתב הטור שאם טעו שמאים והעריכו את הנכס בשתות יותר משווה או פחות משוויו בטל המכר כמו ביתומים.

אך כתב הטור שלפי הרמב"ם¹⁸⁷ **והרי"ף**¹⁸⁸ המכר בטל אפילו בטעות כל שהוא, הרמב"ם נימק דין זה וכתב שדין השמאים כדין השליח ויש להם רשות לתקן ולא לעוות כמבואר בקידושין מב: וכתב שכל המורים כך הורו.

הראשונים נתקשו בפסק זה של הרמב"ם והרי"ף מפני שבעניין טעות של שומת נכסי היתומים מבואר בגמרא בכתובות ק: במפורש שאם פחתו משתות מכרם קיים.

הראב"ד בהשגות ניסה לומר שיתכן שהרמב"ם דיבר במקרה שלא הכריזו ולכן על כל טעות חוזר הדין. **וכתב המגיד משנה** שאף עם דברי הראב"ד לא נפתרו מן השאלה במה זה שונה משום היתומים, ששם אף על פי שלא הכריזו, אם פחתו פחות משתות לא חוזר הדין.

וכתב המגיד משנה שנראה שהרמב"ם והרי"ף דיברו דווקא בנכסים משועבדים, ולקוחות שונים מיתומים הואיל ולא עליהם מוטלת החובה לפרוע, ולכן אינן מצווים להשתדל לפרוע בעצמם וב"ד נחשבים כשלוחיהם לשומא ואינם רשאים לעוות, בניגוד לבעל חוב שאנו אומרים לו שאם לא היה רוצה בשומא היה עליו לטרוח בעצמו.

[וביאר הנתיות את דברי המ"מ שמי שעליו להשתדל במכירה הוא כמו שנתרצה בשעת שומא למחיר שיקבעו השמאים הנוכחים, אבל בלי זה אף שהסכים לשומא של שלושה לא הסכים אלא על בקיאים שלא טועים]

וכתב המ"מ שעדיין דברי הרמב"ם צריכים עיון.

וכתב בבדק הבית שאף שהמ"מ לאנתפייס בזה, נראה שזהו הפירוש הנכון ברמב"ם וכך מדויק מלשונו שדיבר שם דווקא בנכסי לוקח.

השו"ע פסק כדעת הרמב"ם כאן וכן בסימן קד סעיף ה.

¹⁸⁵ שער ג' ח"ג סימן ג.

¹⁸⁶ ח"ב ס"י שס"א.

¹⁸⁷ הלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה טו.

¹⁸⁸ סימן רעג.

והרמ"א בסימן קיד סעיף ה כתב בלשון י"א שגם בגבייה מלקוחות הדין הוא כמו בגבייה מהיתומים. אך אצלינו לא הגיה כלום.

וכתב הסמ"ע בסימן קיד ס"ק טז שבסימן קג סמך הרמ"א על מה שיכתוב בסימן קיד הואיל ועיקר מקומו של דין לקוחות הוא שם, והסיבה שהטור בכלל הזכיר דין שזה אצלינו הוא מפני שהוא הבין ברמב"ם שאף בגביה מלווה עצמו, חוזר הדין על כל טעות.

[עוד העיר הסמ"ע שם שמדברי הרי"ף בתי באמת משמע שגם מלווה עצמו, חוזר הדין על כל טעות, וגביה מיתומים שונה, הואיל ובי"ד אביהם של יתומים, ולכן זה נחשב כאילו הם בעצמם שמו, ולכן לא חוזר הדין אלא בטעות של שתות [ובאמת מדברי הרי"ף משמע שדיבר אף בגביה מהלווה עצמו וכן ביאר הט"ז בדברי הרמב"ם וכתב שהטעם שכתב הרמב"ם דווקא לוקח הוא לרבותא שהיה הו"א שאף בלוקח בי"ד אינם נחשבים כשלוחים הואיל וגובים בעל כרחו, ולכן יכולים לטעות בשתות, קמ"ל שאף בלוקח נעשו בי"ד כשלוחין וכ"כ ביד פשוטה פרק כב הלכה טו]¹⁸⁹ לשון השו"ע:

בית דין ששמו לטורף בנכסי לוקח, וטעו בכל שהוא, מכרן בטל, אפילו הכריזו. אבל אם היו נכסים בני חורין, וטעו בשומא, דינם כבית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו, שיתבאר בסימן ק"ט:

סעיף ה

טענות גוד או איגוד בין המלווה או הלווה כשבא לפרוע מנכסי הלווה

מה עושים כשחובו של המלווה נמוך ואינו יכול לגבות משום נכס חלק ראוי?

בסוף סימן קב הביא הבי"י¹⁹⁰ תשובת הרשב"א¹⁹¹ שאם אין שיעור קרקע המגיע למלווה ראוי לכלום, אין פורעים למלווה מקרקע זו ומחייבים את הלווה לפרוע חובו במעות ואם אין לו ישכיר חלקו בקרקע או שימכור את הקרקע ויפרע.

אך התרומות¹⁹² והטור כאן כתבו שזכותו של המלווה היא להכריח את הלווה למכור לו יותר משדהו או לפרועו במעות.

התרומות למד דין זה מהגמרא בב"ב קג: שאומרת כן לגבי מוכר אחרי שטעו במידת הקרקע, וכתב התרומות שכל שכן שכך הדין לגבי מלווה בכדי שלא תהיה נעילת דלת. והיה מקום לומר שהתרומות חולק על הרשב"א וסובר שמכל מקום יכול הלווה למכור למלווה קרקע שתהיה שוה לחלוקה וזוה לפרוע חובו.

אך כתב בבדק הבית שנראה שאין מחלוקות והתרומות דיבר במקרה שהמלווה מוכן לקנות יותר מהשדה, והרשב"א באופן שהמלווה אינו רוצה. וכך פסק בשו"ע.

הש"ך (ב) חיצק את דברי בדק הבית והוכיח משאר ראשונים שאין מחלוקת בדבר, ואם המלווה אינו רוצה לקנות יותר הוא אינו חייב, והוסיף שהטעם שהתרומות כתבו כאן את האפשרות המלווה יקנה, זה מפני שהם דיברו באופן שלא מצאו מי יקנה, ולכן אמר או שתמכור לי, או שתפרע במעות. לשון השו"ע:

אם החוב דבר מועט, שלא יגיע למלווה בחובו חלק ראוי לפי מה שהוא. קרקע, בית או שדה או כרם כשיעור שיתבאר בסימן קע"א, ואומר המלווה ללווה: או מכור לי מהנשאר לך כדי שיגיע לי שיעור הראוי לי או פרע לי מעותי, הדין עמו, ואם אין המלווה רוצה לקנות יותר מכדי חובו, ואומר: פרע לי מעותי מאחר שמה שהוא כדי חובו אין בו שיעור הראוי, הדין עמו וכופין את הלווה למכור הקרקע או למשכנו, ויפרע לזה מעותיו. הגה: ואין חוששין להפסד הלווה, ואין מרחמים בדין לומר כיצד נוציא הלווה מביתו משום דבר מועט (תשובת רשב"א אלף קמ"ג):

[עיי' בסעיף א בעמוד 56 שהבאנו ת' הרא"ש שכתב שאין הלווה יכול לתת לו חלק מן השדה, אלא צריך למכור בעבור חוב זה וכדברי הרשב"א הנ"ל, ושם הבאנו מחלוקת אחרונים, אם גם כשיש בעלי חובות אחרים הדין כן.]

מה עושים במקרה שאם יגבה המלווה משדה הלווה לא ישאר ללווה שיעור ראוי בשדה?

עוד כתבו התרומות¹⁹³ והטור שבמקרה שאם המלווה יגבה משדה הלווה לא ישאר ללווה שיעור ראוי, יכול הלווה לכופ את המלווה לקנות את הנשאר בכסף.

ודין זה למד התרומות מדברי המאור בב"מ ז: שכתב כן לגבי הטורף מלוקח. והעיר בבדק הבית שדין זה הוא כנגד דברי הרשב"א בתשובה שהבאנו לעיל שסבר שאין מרחמים על הלווה, ואם החוב שוה מאה והקרקע מאתים, גובים מן השדה, ואם ניתן להשכירה משכירים ואם לא מוכרים את השדה, ונותנים למלווה את שווי חובו.

¹⁸⁹ ולי נראה שביאור זה נכון ברי"ף אך לא ברמב"ם שנקט דווקא לוקח, וכסמ"ע שביאר ברמב"ם כמגיד משנה, וצ"ע שברי"ף לא משמע כן.

¹⁹⁰ מחודש ג-ד.

¹⁹¹ אלף קמג.

¹⁹² שער ג ח"ד סימן א.

¹⁹³ שער שלישי ח"ד סי' ב.

וכתב בבדק הבית שניתן לומר שהרשב"א מודה לדינו של המאור, מפני שיש לחלק בין לוקח ללווה עצמו ו**באמת בשו"ע פסק** שהגובה שדה מן הלוה ונשאר בשדה פחות מהשיעור הראוי, אינו מחויב לקנות ממנו את אותו החלק, אך אם גובה מן הלוקח מחויב לקנות את אותו החלק.

הסמ"ע (ז) לא ראה את דברי בדק הבית וניסה ליישב את דברי השו"ע עם דברי הטור והתרומות, וכתב שאף הטור והתרומות מודים שהלווה לא יכול לחייב את המלוה לקנות את החלק הנוותר בשדה ולתת לו מעות בעבור זה בניגוד ללוקח שבאמת שיכול לכופו בזה, אבל הוא יכול לחייבו או לתת לו מעות או להשאיר לו קרקע בשיעור הראוי ולגבות רק מהנוותר, ואת הקרקע שישאיר לו המלוה ימכור הלווה ומתוכו יפרע לו את חובו, והבין הסמ"ע שמה שכתב השו"ע שאין הלוה יכול לכופו זה דווקא כשרוצה מעות בדווקא.

הש"ך (ו) השיג על הסמ"ע וכתב שלא ראה את דברי הבדק הבית שכתב במפורש שיש כאן מחלוקת, וכתב שגם פירושו בתרומות אינו נכון, שפשוט שאין הלוה רשאי לכופו את המלוה להשאר בקרקע שאין בו שיעור ראוי, ואם יש בו שיעור ראוי אין בזה חידוש כלל, שלעולם יכול הלוה לסלקו במעות.

הנתיבות כתב שעדיין יש חידוש בדברי הסמ"ע שאמנם יכול הלוה לסלק במעות אך בדרך אין הלווה יכול לשלם למלוה בחלקים, חלק בקרקע וחלק במעות, אך מכל הסכים עם הש"ך שאין זה כוונת התרומות..

להלכה הסיק הש"ך (ו) כנגד השו"ע וסבר שאין המלוה יכול להשאיר ללוה שדה שאין בה שיעור, וכתב שהמדקדק בת' הרשב"א שם באלף קמ"ג יראה שגם הרשב"א מסכים לזה, שהרשב"א שם האריך להוכיח שאין שום משמעות לדה שאין בה שיעור, וכל מה שכתב הרשב"א שלא חוששים להפסדו של לוה הכוונה שניתן להוציאו מביתו, אך לא להשאירו נכס שלא שווה כלל.

אך כתב הש"ך שכל דין זה שמחייבים את המלוה לקנות מן השדה, זה דווקא כשאין מי שרוצה לקנות את כל השדה, שאם יש מי שרוצה לקנות או לשכור, יש למכור או לשכור, ולפרוע למלוה מן המעות, ואת שאר הכסף לתת ללוה.

עוד כתב הש"ך שאם המלוה מוכן להיות שותף עם הלוה בחלק מן השדה כדי שישאר ללוה ביחד עם השותפות חלק ודאי הרשות בידו, ואין ביכולת הלוה לדרוש שיתן לו חלק לבדו או שיקנה את הכל. והסיבה היא שכאן לא שייך דין 'גוד או איגוד' מפני שלמלוה יש חלק ראוי, וגוד או איגוד זה רק כשלשניהם אין חלק ראוי.

עד כאן דנו על פי דעת המאור שבלוקח, ודאי חייב המלוה לקנות את החלק הנוותר בשדה.

וציין הש"ך (ז) שהרמב"ן במלחמות חולק בזה וסובר שאפילו לוקח אינו יכול לכופו את המלוה לקנות ממנו את הנשאר, שאין לו עסק עמו. ואפילו שותף אינו יכול להכריח את שותפו לקנות את חלקו אלא בטענת 'גוד או איגוד' וכאן אין זה שייך כפי שביארנו הואיל ולמלווה יש חלק ראוי, וכל שכן במקרה של מלוה שלא נעשה שותפו של הלוקח מעולם. ודין זה מופיע בטור ושו"ע בסימן קטו סעיף ב, שם נפסק כדעת המאור.

הש"ך ציין לדבריו בסימן קטו בס"ק כ"ב שהשיג על הרמב"ן שאף שאין דין 'גוד או איגוד' ודאי אין שותף יכול לכופו את שותפו לחלוק במקום שלא יגיע לו שיעור הראוי. ולכן הכריע כדעת המאור והתרומות.

לסיכום:

דעת התרומות שהלוה יכול לכופו את המלווה לקנות את החלק שלו בשדה במידה והוא אינו ראוי לכלום. **הבדק הבית סבר שהרשב"א חולק בזה ולכן פסק השו"ע** שרק לוקח יכול לחייבו בזה אבל לווה לו.

הסמ"ע סבר שהלווה יכול לכופו לתת לו מעות או קרקע בשווי הראוי, אך אינו יכול לכופו לתת לו מעות, ולוקח יכול לכופו לתת לו מעות בדווקא.

הש"ך הסיק להלכה כדעת התרומות שיכול הלווה לכופו לקנות את החלק, אך כל זה במקרה שאין מי שרוצה לקנות את השדה שבמקרה הזה יש למכור את השדה ולחלוק במעות, וכן אם מוכן המלוה להיות שותף עם הלווה בחלק הראוי בשדה, הרשות בידו. המשך לשון השו"ע:

אם היה הדבר בהפך, שלא נשאר ללוה כשיעור, אינו יכול לכופו למלוה שיקחנו במעות. אם היה טורף מלוה קרקע מהלוקח וכשיגבה חובו לא נשאר ללוקח כשיעור, יכול לכופו שיקחנו ממנו במעות.

סעיף ו

שצריך רשות ב"ד כדי לרדת לקרקע של הלווה ואם עבר זמן מן השומא לירידה לקרקע

אם עבר זמן מן השומא לירידה לקרקע

הטור הביא תשובת הרא"ש בכלל פ' סימן ו שפסק שאם עלה או ירד שווי הקרקע אחרי השומא וקודם שהורידו ב"ד את המלוה לתוכו, צריך עוד שומא, **וכתב בבדק הבית** שבמידה ונשתנה השער צריך לעשות הכרזה נוספת.

והגר"א ציין לכתובות צח., ששם מבואר כן לענין כתובת אלמנה. לשון השו"ע:

קרקע שעשו ב"ד שומא והכרזה להוריד בו המלוה, ואירע שנשתנה זמן שלא הורידוהו בו, כל זמן שלא החליטו ב"ד הקרקע למלוה, אי אייקר או זילי ברשותא דלוה קאי, וצריך לעשות שומא אחרת והכרזה אחריו.

האם צריך רשות ב"ד כדי לרדת לקרקע של הלווה?

בתרומות בשער מג ח"ב סימן ד הביא מחלוקת אם מועילה ירידתו של המלווה לקרקע של הלווה ללא רשות ב"ד.

הדין נסוב סביב הגמרא בפסחים לא. שם מבואר שנחלקו האמוראים ממתני בעל חוב גובה: **אביי סבר** 'למפרע הוא גובה' ולכן אם הקדיש המלווה את הנכסים או מכרם משעת הלוואה ואילך ולא פרע לו הלווה, חל ההקדש או המכר.

רבא סבר שמכאן ולהבא הוא גובה, ומסבירה הגמרא שמכיון שאילו היה לו מעות היה מסלקו בהן, נמצא שלא קנה המלווה עד עכשיו.

ובתחילה רצה התרומות לומר שרואים מן הגמרא שלא נחלקו האמוראים אלא במכירה לפני זמן הפרעון, אבל לאחר זמן הפרעון לדברי הכל יכול למכור.

אך כתב התרומות שהר"י ברצלוני נתקשה בזה שלפי זה לא מובן מדוע צריך שומת ב"ד, והרי יכול המלווה לגבות מעצמו.

לכן רצה לישב שהגמ' עסקה במטלטלין, ורק בזה יכול המלווה לגבות ללא שומא, אך כתב שזה לא מסתבר ויותר נראה שכל הצורך בשומא הוא כשרוצה למכור לאחרים אבל לעצמו אין צורך בשומא כלל, ומכל מקום סיים שאנו רואים שבכל בתי הדין לא נותנים למלווה לגבות בעצמו ללא שומא.

והביא התרומות שהעיטור כתב בשם ר"ח שהגמ' עסקה במקרה שנכסי הלווה נמצאים ביד המלווה ובה יכול באמת לגבות בלא שומא.

ולבסוף הביא התרומות את דעת הרמב"ן שכתב שודאי שאין המלווה יכול לגבות בלא ב"ד, וכתב שדיוקו של התרומות מהגמרא אינו נכון כלל, ופשוט שלדעת רבא אינו יכול לגבות אף לאחר זמן הפרעון, שהרי סברתו של רבא שהואיל ויכול הלווה לסלקו במעות, עדיין אין הקרקע נחשבת כגבויה, וסברא זו שייכת אף לאחר זמן פרעון.

הטור הביא מחלוקת בדבר וסיים בדעת הרמב"ן שלעולם אינו יכול לגבות ללא רשות ב"ד.

השו"ע סתם כדעת הרמב"ן שאינו יכול לגבות בלא ב"ד ואם גבה אין זה כלום.

והביא בלשון יש אומרים את דעת החולקים ולשונו שם צריכה ביאור (וכן בטור) שכתב 'ויש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע או שהיא משכונא בידו'

ולכאורה זו לשון מעורבבת בין דעת ר"י אברצלוני שסובר שלעולם יכול לגבות לבין דעת העיטור שלא יכול לגבות אלא באופן שיש משכון בידו, וכן משמע שכשהוא משכון בידו יכול לגבות אפילו בתוך הזמן וזה ודאי נגד דעת רבא בגמרא?

ובאמת הגר"א (יח) כתב שיש לגרוס והיא משכונא בידו וכדעת העיטור.

אך הב"ח והסמ"ע (ט) וביארו שכוונת השו"ע שיכול לגבות במקרה שעבר הזמן אף אם אין הנכס בידו, או שלא ידוע שעבר הזמן והנכס בידו, שנאמן לומר שעבר הזמן במיגו שיכל לטעון שנכס זה לקוח בידו, וכתב שלכן אינו נאמן אלא במשכון מוחזק ולא אפותיקי [ולשיטתם יוצא שהשו"ע הביא כאן את דעת ר"י אברצלוני].

הש"ך (ט) הכריע כדעת הרמב"ן שאינו יכול לרדת בלא ב"ד וכתב שכן מוכח בפסחים לא.

לסוברים שיכול לגבות לבדו האם צריך שומא והכרזה?

נתקשו האחרונים בדעת הי"א המובא בשו"ע שמשמע מדבריהם שיכול המלווה לגבות ללא שומא כלל. **והסמ"ע (י) כתב** שודאי צריך שומא והוכיח כן מסימן עג שחייבים שומא, אך כתב אין צורך בשומת ב"ד ויכול לעשות כן לבדו בפני ג' שמאים.

הט"ז כתב שלשיטה זו אין צורך בשומא כלל, ודווקא במטלטלים חייבים לשום, הואיל ולא ניתן לברר א"כ מה שאין כן בקרקע, שאף לאחר שמכר ניתן לברר כמה הקרקע שווה.

הנתיבות כתב (ח) שהעיקר כדברי התומים (ו) שמבאר שמדובר שמכר קודם שומא, ומכירתו תקיפה, אך צריך אח"כ לעשות שומא והכרזה.

ובב"ח כתב שמדובר שבי"ד עשו שומא אך עוד לא החליטו את הנכס למלוה¹⁹⁴.

המשך לשון השו"ע:

אם ירד המלווה לנכסי לוה והחזיק בהם, או מכרן, בלא ב"ד, אינו כלום. אפילו היתה משכונה בידו או אפותיקי מפורש, כיון שיכול לשלם לו מעות ולסלקו. וי"א שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע, או שהיא משכונה מוחזקת ביד המלווה, יכול למכרה.

¹⁹⁴ ובהערות על התומים הערה 8 הביא שהאבני חושן (ז) הסכים עם הב"ח וכתב שמדויק כב"ח ממה שהביא התפארת שמואל על הטור בשם בדעת הרמב"ן שיאפילו לאחר הכרזה ושומא עד זמן שטר אחלטאתא' משמע שהחולקים מדברים לאחר השומא.

ומלבד שאין זו ראייה שכתב כן לרבותא בדעת הרמב"ן שאף בזה חולק, **יש להוכיח מפורש היפך כך**, לפחות בדעת ר"י ברצלוני שם כתוב במפורש: 'דלא נתקנה שומא אלא כשרוצה להחזיקה לעצמו אבל לאחרים אין צריך שומא של ב"ד ומה שמכר מכור בכדי חובו בלא ב"ד ושומתו' אך עדיין ניתן לבאר כדברי הסמ"ע שצריך שומא של ג' שמאים, אך מפשט דבריו נראה שאין צורך בשומא כלל, ומפשט דבריו שם נראה שגם לא מחלק כט"ז בין קרקעות למטלטלים, עיי"ש.

סעיף ז

המתנה לגבות בלי שומא והכרזה

כתב הטור בשם תשובת הרא"ש¹⁹⁵ שאם הלווה אדם לחבירו על דעת שיגבה בלי שומא והכרזה, תנאו קיים שכל תנאי שבממון קיים, אך כתב שאם נהגו ששמים ומכריזים גם אם כותבים בשטר שיש רשות למלוה לרדת בלי זה, הולכים אחרי המנהג.

והב"י ציין שבתשובה עצמה כתב הרא"ש עוד ב' טעמים, שתנאי זה הוא לעבור על דברי תורה, שאסור למשכן שלא בב"ד. והוסיף שיש לפרש שהתנאי הוא רק במקום שלא נמצא דיין, ורק אז יש למלוה רשות לעשות דין לעצמו.

השו"ע פסק שבמקום שנהגו לכתוב שיכול לירד בלי שומא והכרזה ונהגו שלא לירד בלי שומא והכרזה אינו יכול לרדת וכלשון הטור.

ודייק הסמ"ע (יא) שמלשון הטור והשו"ע כאן משמע שהכל תלוי במנהג, ואם נהגו לעשות ככתוב בשטר הולכים אחר המנהג.

ואף הט"ז כתב שאמנם ברא"ש משמע שאף כשיש מנהג שלא לשום אין זה מועיל, מכל מקום השו"ע ודאי לא פסק כן וביאר הט"ז ששהשו"ע סבר שאין זה נחשב כמתנה על מה כתוב בתורה כמו להתנות לילך לערכות שזה תנאי באיסור כנגד המקום, ואילו כאן מדובר שכשתנים על איסור כנגד חבירו ולכן אם חבירו מסכים זה מועיל.

והקצות (ד) כתב שאמנם מטעמו השני של הרא"ש משמע שאין התנאי מועיל מפני שהוא כנגד תורה, אך נראה להלכה שאין זה נכון הואיל ונפסק בסימן פז סעיף טו שכל האיסור הוא למשכן שלא ברשות ולא לגבות וכדעת ר"ת, ואף שכתב הקצות שם בס"ק ב שכל ההיתר לגבות הוא דווקא לשליח ב"ד ולא למלוה עצמו, שם ביאר שהטעם הוא מפני שכל גביה שגובה לבדו הינה בתורת משכון שהרי אינו יכול לשום לבד, אבל כאן שהתנו במפורש שיכול לשום, אז יכול לגבות לבדו שבה דינו כגובה ולא כמשכון, וכתב שיתכן שהרא"ש חלק על ר"ת וסבר שאף לגבות אסור, או שהוא דיבר באופן שהתנה שיותר גם למשכן.

לסיכום כל האחרונים מסכימים למה שמשמע בשו"ע שאם המנהג היה לילך אחר הכתוב בשטר, היה התנאי מועיל. לשון השו"ע:

מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיכול לירד לנכסי הלוה ולמכור בלא שומא והכרזה, אם נהגו שלא לירד ולמכור כי אם בשומא והכרזה, אין לירד ולמכור זולתם.

סעיף ח

היורד לנכסי חבירו בלא רשות ב"ד מנכים מחובו מהפירות שאכל

לשון השו"ע:

אם ירד מלוה לנכסי לוח בלא רשות בית דין, אינו כלום, וכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו:

מקור דין זה מת' הרא"ש¹⁹⁶ **שהביא הטור** ושם דיבר ביתומים, וכתב שהואיל וצריך להשבע בכדי לירד לנכסיהם אין לו שום זכום בנכסיהם קודם שנשבע, שמי אמר שישבע.

אך בבדק הבית כתב שנראה שהוא הדין ביורד לנכסי סתם לוח ואף שאינו מחוייב בשבועה, שכל שירד בלא רשות בב"ד אין זה הורדה, והרא"ש כתב ביתומים הואיל וכך היה מעשה.

לפני הסמ"ע (יב) לא היה הספר בדק הבית ולכן האריך לנסות להבין כיצד למד השו"ע מת' הרא"ש שהוא הדין לשאר לווים, **וכתב** שהרא"ש דיבר אפילו במקום שיש מנהג לרדת לנכסים בלי ב"ד או שעבר זמם הפרעון וסבר כ"א בסעיף ו שרשאי לירד בלא שומת ב"ד, ומ"מ ביתומים אין זה מספיק מכיון שצריך שבועה. והסיק השו"ע שהוא הדין בשאר לוח במקום שאין מנהג.

סעיף ט

דין 'שומא הדר' - שכמשיג הלווה כסף יכול לגבות את קרקעותיו בחזרה

לשון הגמרא בב"מ לה.

אמרי (הרדעי): שומא הדר עד תריסר ירחי שתא. ואמר אמיר: אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי

שומא הדר לעולם. והלכתא: שומא הדר לעולם. משום שנאמר "ועשית הישר והטוב".

מבואר בגמרא שאף אם גבה המלוה את חובו מקרקעותיו של הלווה, יכול הלוה לאחר מכן לפדות את קרקעותיו ולפרוע את חובו, ובלשון הגמרא 'שומא הדר', **ונחלקו האמוראים** האם יכול לעשות כן לעולם או רק 12 החודשים הראשונים.

ונפסקה ההלכה שיכול לגבות את קרקעותיו לעולם וטעמו של דין זה הוא משום 'ועשית הישר והטוב'. **התוספות בד"ה לוקח** דייקו מהגמרא שגם ליורשים של הלווה יש זכות לפדות את הקרקע ששמו מאביהם.

וכ"כ רש"י במפורש¹⁹⁷, **וכן פסק הרמב"ם**¹⁹⁸, וכן הסכימו כל הפוסקים.

¹⁹⁵ כלל סח סימן יג.

¹⁹⁶ כלל פה סימן ז.

¹⁹⁷ ד"ה ולא מהדרינן

¹⁹⁸ מלוה ולוה כב, טז.

האם דין 'שומא הדר' שייך במטלטלים?

כתבו הרא"ש¹⁹⁹ והנימוק²⁰⁰ והתרומות²⁰¹ והרמב"ן²⁰² שאין דין זה שייך במטלטלים. והוסיף הרמב"ן שדין שלא דן כך אינו דין. בטעם הדבר כתב סמ"ע (יג) שהישר והטוב הוא שיחזור אנשים לקרקעותיהם דוקא, שנקראות 'נחלה' ועומדים לדורות. ובתומים (ט) ביאר שקרקעות אינם שכיחים לקנות ואדם רוצה בשלו ולא בשל חבירו מה שאין במטלטלים ששכיחים לקנות. ועל פי זה ביאר את שיטת הריטב"א²⁰³ שסבר שבמטלטלים שלא שכיחים לקנות שייך דין זה. ומכל מקום כתב התומים דמברי רוב הפוסקים לא נראה כן, ואין לחלק בזה וחכמים השוו מידותיהם.

האם צריך הלוה לקנות את הקרקע מחדש או שדי בסילוק?

כתב הרמב"ם בפרק כב הלכה טז 'שאם רוצה הלוה לפדות את הקרקע' מסלקין אותו מאותה קרקע, ודייק הנמו"י בב"מ ט: שהלוה לא צריך לקנות את הקרקע מחדש ודי בסילוק והביא ש"כ הר"ן. וביאר הנימוק"י שמכיון שתיקנו חכמים ששומא הדר, על דעת כן גובה המלוה מתחילה. וכתב הכסף משנה שזה כנגד הרמב"ן שהצריך שיכתוב המלוה שטר מכר חדש, ובב"י הביא שסבר הריטב"א²⁰⁴ שאם שמו קרקעו של קטן אין מחזירים לו עד שיגדיל וידע לקנות, ומשמע מדבריו שיש צורך להקנות מחדש.²⁰⁵ [והקצות בס"ק ה הביא את דברי הריטב"א וכתב שכן סבר הרמב"ן ומס"ק ט נראה שהקצות נקט להלכה כמותם עיין בעמוד 68 בסוף הפיסקא 'אם גובים קרקע מהבעל בחיי אשתו, ואם גובה הבעל מהקרקע בחיי אשתו?'] וכתב הש"ך (יא) שבאמת לדעת הנימוק"י והרמב"ם דין זה שייך אף בקטן, וכתב שכן משמע שסובר השו"ע שהעתיק את לשון הרמב"ם.

האם דין זה שייך בלוקח?

בגמרא בכתובות צא: משמע שגם לוקח יכול לפדות את הקרקע, שם מסופר כיצד הלוקח מכריח את המלוה להסתפק בקרקע אחת או ליטול כסף בעבור ב' השדות ולהסתלק מן הקרקע. ואכן הרמב"ם²⁰⁶ והתרומות²⁰⁷ סברו שדין זה שייך אף בלוקח. אך הרא"ש²⁰⁸ הביא שמצא כתוב בשם רבינו יונה ששם מדובר כשעוד לא הכריזו על הקרקע, אבל לאחר שהכריזו אינו יכול לסלקו, ומשמע שם שהסכים לדבריו, ושם ביאר שהסברא היא דווקא בלוה שייך 'ועשית הישר והטוב' אבל בלוקח שלקח קרקע משועבדת לא שייכת סברא זו, וכן הביא הר"ן²⁰⁹ סברא זו, אבל הכריע שאין הבדל בזה. השו"ע סתם כדעת הרמב"ם שדין זה שייך אף בלוקח. והרמ"א כתב בלשון י"א כדעת רבינו יונה שאין דין זה שייך בלוקח. וכתב הסמ"ע (יד) שלשיטה זו אף אם הלוקח אינו יכול לקבל כלום מהמוכר הוא אינו יכול להחזיר את הקרקע מהמלוה שהוא הפסיד את עצמו במה שקנה קרקע משועבדת. לשון השו"ע:

בית דין ששמו קרקע לבעל חוב, (אבל שומת מטלטלין לא הדרא), (טור סי"ח). בין בנכסי לוח בין במשועבדים שביד הלוקח, ולאחר זמן השיגה ידו של לוח או של נטרף או של יורשיהם והביאו לבעל חובו מעותיו, מסלקין אותו מאותה קרקע, אפילו שהתה ביד הבעל חובו כמה שנים: הגה: וי"א דלוקח לא יוכל לסלק הבעל חוב לאחר שגבה את הקרקע, דשומא לא הדרא אלא לבעליו כשגבה ממנו בני חורין, אבל לא ללוקח (טור בשם הרא"ש פ' מי שהיה נשוי).

¹⁹⁹ ב"מ ג, ד.

²⁰⁰ ב"מ יט. ד"ה למימרא.

²⁰¹ שער ג חלק ה סימן ט.

²⁰² ב"מ לה. ד"ה ושומא.

²⁰³ ח' הריטב"א הישנים

²⁰⁴ חדשים ב"מ לה. ד"ה זבנה.

²⁰⁵ ועייני תומים ס"ק ח שהביא טעם אחר לכך שאין מחזירים שומא מן הקטן והוא משום שדין ועשית הישר והטוב לא שייך בקטן כמבואר לעניין דינא דבר מצרא כמבואר בסימן קעה סעיף מז, ולכן הסיק שלדינא צ"ע.

וכתב בערוך השולחן סעיף יב: 'ולפ"ז גם כשיגדל אין לו להחזיר וצ"ע לדינא' ועיין באבני חושן ס"ק ט שהשיג על דברי התומים, ועין עוד באמרי בינה דיני גבית חוב סימן ז ד"ה אם.

²⁰⁶ מלוה כב, טז.

²⁰⁷ שער ג ח"ה סימן ב.

²⁰⁸ כתובות, יג.

²⁰⁹ כתובות נ.

מה עושים כשבנה המלוה בנין בקרקע ולא הושבחה הקרקע בעקבות זה?

כתב התרומות²¹⁰ שנחלקו הראשונים במקרה שבנה המלוה בנין בקרקע, ולפי מראית העין לא השביח את הקרקע, אך המלוה חפץ באותו קרקע, האם כשבא הלוה להחזיר את הקרקע, הוא צריך לשלם אף על הבנין, שיש מי שאומר שצריך לשלם הואיל ובשטר שומת ב"ד כתוב שיכול המלוה לעשות בו כרצונו, ויש מי שחולק ואומר שהואיל והבנין לא הוסיף שבח לקרקע, אין ללוה לשלם על אותו בנין. **וכתב בב"י** שכוון שדין זה נשאר בספיקא דדינא יש לילך לקולא לטובת הנתבע, ולא ביאר מיהו לדעתו הנתבע.

ובשו"ע פסק שאין המלוה יכול לדרוש מהלוה שישלם לו על הבנין, ומשמע שהבין שהנתבע הוא הלוה. **הסמ"ע (טו) השיג על פסק זה** וכתב שהמלוה הוא מוחזק בקרקע, אלא שתיקנו חכמים שיש ללוה זכות לפדותו ולכן על הלוה לשלם על הבנין.

הט"ז כתב שנראה לו כפסק השו"ע וביאר שמכיון שבדאי חוזר השדה ללוה והספק הוא רק כמה צריך לשלם, לכן הנתבע הוא נחשב כמוחזק באותו הכסף.

והביא הט"ז ראייה לדבריו מהגמ' בב"ב כד: שעוסקת בחובה של האדם לקוף את האילן הסמוך לעיר, ושם הדין הוא שאם קדם האילן לעיר, חייבים בני העיר לשלם על האילן, ואם קדם העיר לאילן הם אינם חייבים, ושם כתבה המשנה שאם יש ספק אם אילן קדם לעיר או לא, הם אינם חייבים לשלם, מכיון שכל הספק הוא לגבי המעות ואת האילן קוצצים בכל מקרה.

החכם צבי בהגהותיו לט"ז השיג על דבריו וכתב ששם זה שונה הואיל וקודם יש לקוף את האילן ורק אח"כ דמים על הדמים, אבל כאן אין השדה חוזרת ללוה עד שיתן למלוה את שוויו, ולכן המלוה הוא מוחזק.

הקצות (ו) כתב שמסברא נראה כדברי הט"ז מפני שהספק הוא רק על הכסף, אך כתב שמדברי הרא"ש בדינא דבר מצרא משמע כדעת הסמ"ע, ואלו תורף דבריו:

הגמרא בב"מ קח. כותבת שאם אדם קנה קרקע שוה מאתיים במאה ובא המצרן²¹¹ לסלקו, רואים אם המוכר, מוכר בזול לכולם משלם מאה, ואם רק לו מכר בזול משלם מאתיים.

וכתב הרא"ש²¹² שעל המצרן להביא ראייה שהמוכר מוכר לכולם במאה, מפני שהקרקע היא באמת של הקונה, ורק משום 'ועשית הישר והטוב' תיקנו שהוא של המצרן, ובמקום ספק אין כאן הישר והטוב, וכתב הקצות שדין 'שומא הדר' הוא גם משום 'ועשית הישר והטוב', ואותו כלל צריך לנהוג בו.

אך העיר הקצות שדברי הרא"ש הם שלא כדברי החכ"צ, שלא כתב הרא"ש כן אלא משום שהוא מהתקנה, אך באמת מסברא צדק הט"ז שכל עוד הספק הוא על המעות, הוא נחשב כמוחזק.

לפי זה תמה הקצות על השו"ע שפסק כדברי הרא"ש בסימן קעה סעיף ז וא"כ היה לו לומר אף כאן כדעת הסמ"ע שהמלוה הוא המוחזק שלא שיד 'ועשית הישר והטוב' כשיש ספק.

וכתב הקצות שאולי יש לחלק שדברי הרא"ש אמורים רק בספק במציאות, שלא תיקנו דינא דבר מצרא במקום ספק. אבל בספק הפוסקים אין הדבר כן, שלפי פוסק אחד הקרקע חוזרת ללוה בלי שום פיצוי, ויכול לטעון 'קים לי' לגבי ההוצאות.

הנתיבות כתב (ט) שנראה עיקר כדעת הט"ז שהנתבע נחשב כמוחזק, אלא שעדיין היה מקום לומר שיש לחייב את המלוה הואיל והוא מחזיק בקרקע ודינו כמחזיק במשכון שבזה פסק הש"ך בסימן עב ס"ק צד שהמלוה נקרא מוחזק הואיל והמשכון בידו, והשו"ע לא הסכים לזה שם רק מפני שסבר שאינו קונה את המשכון, אך בקרקע ודאי שקנה המלוה את המשכון, וכתב הנתיבות שלכן פסק השו"ע בסימן קעה כדעת הרא"ש שעל המצרן להביא ראייה, אך כתב הנתיבות שתפיסה במשכון מועילה רק אם היא שווה כשווי מה שהוא דורש, אבל במקרה שלנו שאינו טוען שהקרקע שווה כך שהרי מחיר הקרקע לא עלה בעקבות הבנין אלא שטוען שבשבילו הבנין שווה יותר, ובזה לא מועיל שהקרקע בידו, ולכן הלוה הוא המוחזק.

לסיכום:

דעת השו"ע והט"ז והנתיבות שאם בנה המלוה בנין שלא הוסיף בשווי, הנתבע לוקח את הקרקע ואינו משלם על הבנין.

דעת הסמ"ע וחכם צבי שהמלוה הוא המוחזק, ואין הנתבע יכול לקחת הקרקע מבלי לשלם על הבנין.

מה עושים כשרוצה הלוה להחזיר את קרקעותיו והושבחו בנתיים אצל המלוה?

דין שבח בקרקע מחולק לג' מקרים:

(א) שבח הנעשה מאיליו.

(ב) שבח מחמת הוצאה.

כתב המגיד משנה בפרק כב הלכה טז שאם השביחה הקרקע מחמת הוצאה, נשבע המלוה כמה הוציא על השדה ונטל מן הלוה כדין היורד ברשות.

וכתב הסמ"ע (טז) שנוטל הוצאותיו וחלק בשבח היתר על ההוצאה כדין השותף.

והש"ך (יב) תמה עליו שאין המלוה נחשב כשותף ולכן נוטל בשבח כשאר שתלי העיר.

עוד כתב המגיד משנה שאם השביחה הקרקע מאיליה כגון שנתיקרה, אין המלוה נוטל בשבח כלל מכיון שהחייב נחשב עדיין כחייב למלוה את ההלוואה הואיל ושומא חוזרת לעולם, ולכן כאשר דורש המלוה כסף יותר ממה שהלוה, זה נחשב שהוא לוקח מעות בריבית.

²¹⁰ שער ג ח"ה סימן ז.

²¹¹ זה שסמוך לשדה הלוקח שיש לו זכות קדימה בקניית הקרקע.

²¹² ב"מ פ"ט סי' כ"ד.

בבדק הבית השיג על טעם זה וכתב שאין זה ריבית הואיל המלוה קיבל את הקרקע במכר גמור, ולכן גם יכול לאכול בפירות, וכשדורש את סכום הקרקע השהו עכשיו, אין זה ריבית שאת שלו הוא מוכר. אך מכל מקום הסכים בבדק הבית לדין זה מטעם אחר והוא משום שאם יצטרך הלווה לתת יותר מהחוב אין זה בגדר 'ועשית הישר והטוב'.

הטור הביא שהרא"ש²¹³ חולק בב' הדינים הללו וסובר שאין זה מסתבר כלל שיצפה הלווה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעות ואז יפדה אותם, שא"כ תנעול דלת בפני לוויים. וביאר הטור בדעתו שבשבח מחמת הוצאה אין הקרקע חוזרת כלל, אפילו אם ירצה הלווה לשלם לו את ההוצאות, ואם השביח מאיליו יכול לפדותו לפי היוקר ששוה עכשיו. בבדק הבית כתב שמסתימת לשון השי"ס ושאר פוסקים לא נראה כדעת הרא"ש וכן בשו"ע פסק כדעת המ"מ שבשבח מחמת הוצאה מקבל כדין יורד באומנות ובשבח דממילא אינו מקבל כלום.

והרמ"א הביא י"א כדעת הרא"ש **והש"ך (יג) הביא שהב"ח** הכריע כשו"ע. **הסמ"ע (יח) כתב** שטעם הרא"ש שבשבח מחמת הוצאה אין הקרקע חוזרת כלל זה מפני שכבר קנה אותה המלוה בשינוי ולכן אף אם ירצה לשלם את ההוצאות והשבח אינו יכול לקחת את הקרקע, אבל בהשביח מאיליו ניתן לומר שמזלו של הלווה גרם, ועדיין שייך 'ועשית הישר והטוב'. **הש"ך (יד) כתב** שבאמת מלשון הרמ"א משמע כמו שכתב הסמ"ע שאפילו אם ירצה לשלם שבח והוצאות הוא אינו יכול, אך השיג הש"ך על הרמ"א בזה וכתב שאף לדעת הרא"ש יכול הלווה לפדות את הקרקע אם יתן את השבח, שאין מקור לומר שעד כדי כך קנה המלוה בקרקע, ואדרבה בדינא דבר מצרא חוזר הקרקע אפילו כשהשביח. ועוד, שא"כ בטלה תורת שומא הדר, שכל מלוה ישביח הקרקע מעט כדי להפקיע זכותו של הלווה. ועוד שא"כ הרא"ש חולק גם על הדין הראשון בבנין שלא השביח, שגם אז י"ל שקנה בשינוי, ונתקשה הש"ך בדעת הרמ"א שכאן משמע שסובר שקונה לגמרי בשינוי ואילו בדין של בנין שלא השביח לא הזכיר כלל שיש חולקים וסוברים שאין הקרקע חוזרת כלל, וכתב שאולי הרמ"א סמך על מה שכתב כאן ונשאר בצ"ע.

השביחה הקרקע מאליה ולא מחמת יוקר השער

הסמ"ע (יז) דן מה יהיה הדין במקרה שהשביחה הקרקע מאליה ולא מחמת יוקר השער, וכגון 'ארעא ואסקא שרטון' או 'דיקלא ואלים'. וכתב שניתן לומר שבמקרה כזה אף החולקים על הרא"ש יודו שצריך לשלם על השבח מכיון שהשבח ניכר וכתב שהסיבה שלא כתב השו"ע דין זה יחד עם דין השביח מחמת הוצאה הוא משום שבדין זה לא שייך שבועה כמה הוציא, שהרי לא הוציא כלום. אך כתב הסמ"ע שניתן לומר גם הפוך שבמקרה של שבח כזה פשוט יותר שאין למלוה זכות שבח, שמזלו של הלווה גרם וגם אין לומר שיצפה הלווה לדבר כזה. **הש"ך (יג) כתב** שודאי אין חילוק בין מקרה שהתייקרה השדה לבין שבח קרקע שבא מאילו, שגם בשבח הבא מאילו שייך טעמו של המ"מ שאם יקח את הכסף זה יהיה כריבית. **עוד תמה הש"ך על הסמ"ע** שלשיטתו שכשהשבח ניכר צריך הלווה לשלם אף אם הוא שבח דממילא, א"כ היה צריך לחייב את הלווה לשלם גם על שבח שיתר על ההוצאה הואיל והוא ניכר, והסמ"ע עצמו בס"ק טז כתב שאינו נוטל אלא חלק מן השבח.

הוזל הקרקע

כתב המ"מ שם שאם הוזל הקרקע, אין הלווה יכול לקחת מהמלוה את השדה, אם לא משלם לו את שיעור כל חובו.

אם עשו המלוה והלווה קניין על כך שהלווה לא יסלק את המלוה מהשדה, אם זה מועיל?

כתבו התרומות²¹⁴ והנימוק²¹⁵, **ב"מ הרשב"א**²¹⁶ ו**הרמב"ן**²¹⁷ שאם עשו המלוה והלווה קניין על כך שהלווה לא יסלק את המלוה מהשדה, שוב אינו יכול לסלקו מן הקרקע שכבר מחל על זכותו, והרמב"ן למד כן מהגמ' בב"מ קח. שכתבה כן לענין המוותר על זכותו בדינא דבר מצרא.

אם הלווה פרע מן הקרקע בעצמו ללא שומת בי"ד, אם יכול לחזור ולפדותה?

לשון הגמרא בב"מ לה.

אגביה איהו בחובו, פליגי בה רב אחא ורבינא. חד אמר: הדרה, וחד אמר: לא הדרה. מאן דאמר לא הדרה - סבר: האי זביני מעליא היא, דהא מדעתא דנפשיה אגביה. ומאן דאמר הדרה - סבר: לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא - מחמת כיסופא הוא דאגביה.

²¹³ ב"מ ג, ד.

²¹⁴ שער ג חלק ה סימן ח

²¹⁵ יט. ד"ה למימרא.

²¹⁶ לה. ד"ה והלכתא.

²¹⁷ לה. ד"ה אבל.

רש"י ביאר שנחלקו האמוראים במקרה שהלוח מעצמו פרע למלוה מקרקע זו בלא שומת ב"ד, שאחד סבר שהקרקע אינה חוזרת ללוה לעולם הואיל ועשה כן מדעתו ומחל על זכות זו, ואחד סבר שלא מחל על זכותו, אלא שהתבייש לילך לבי"ד.

וכתבו הרי"ף²¹⁸ והרא"ש²¹⁹, שהלכה פוסקים שאין הקרקע חוזרת ללוה לעולם, וזאת ע"פ הכלל בפסחים עד: שבמחלוקת רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל.

מהרמב"ם בפרק כב הלכה יז נראה שהבין את הגמרא באופן קצת אחר, והוא שמדובר במקרה שהמלוה הגבה מדעתו את הקרקע למלוה שלו, ודין זה יובא לקמן בסעיף י, ושם כתב הש"ך (טז) שאין מחלוקת בין ב' הפירושים לדינא.

לשון רש"י בביאור הגמ':

כלומר: אם לא שמוה בית דין למלוה על כרחו של לוה, וקם ליה מעצמו, ולא הטריחו לדין, ואמר לו: טול קרקע זה בחובך.

הב"י דייק מסוף דברי רש"י בסוגיא שרק במקרה שלא הטריח הלווה את המלוה לילך לבי"ד, אין הקרקע חוזרת ללוה, אך אם הטריח הלווה את המלוה לילך לבי"ד, אף שנתרצה לשלם מיד, הקרקע חוזרת ללוה. **והביאו הסמ"ע (כא) להלכה.**

אך הש"ך (טו) כתב שאדרבה מתחילת דברי רש"י משמע הפוך שרק כאשר שמו ב"ד בעל כרחו של לוה אז חוזרת הקרקע, אבל אם זה היה ברצונו אף שהלכו לבי"ד, אין הקרקע חוזרת. המשך לשון השו"ע:

ואם המלוה סתר ובנה ולא השביח הקרקע בכך, אינו נוטל הוצאתו. ואם השביח מחמת הוצאה, נשבע ונוטל כדין היווד ברשות. ואם השביח מאליו, כגון שנתייקר, אינו נותן לו אלא דמי חובו בלבד. הגה: וי"א דאם הוציא עליה והשביחה, לא הדרא כלל. ואם נתייקרה, לא הדרא אלא כשעת היוקר (טור סכ"ח בשם הרא"ש פ' המפקיד): **ואם הוזל לא הפסיד המלוה, ואם רוצים לסלקו צריך לתת לו כל דמי חובו. ואם קנו מידו שלא לסלקו, שוב אינם יכולים לסלקו.** הגה: הגבה הלוה למלוה עצמו מרצונו בלא בית דין, לא מהדרינן ליה (טור סכ"ו):

סעיף י

דין 'שומא הדר' כשהקרקע כבר אינה אצל המלוה

לשון ב"מ לה.

פשיטא, שמו ליה לבעל חוב, ואזל איהו ושמה לבעל חוב דידיה, אמרינן ליה: לא עדיף את מגברא דאתית מיניה. זבנה, אורתא, ויהבה במתנה - ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות, ולא אדעתא דזוזי נחות.

מבואר בגמ' שאם בעל חובו של המלוה גבה את הקרקע ממנו בחובו הקרקע חוזרת ללווה הראשון, מפני שלא עדיף בעל חוב השני מבעל חוב הראשון.

וכתב הרא"ש בשם הרמ"ה שאם יש הבדל בין מה ששמו אותו לבע"ח הראשון למה ששמו אותו לבע"ח השני, יד בע"ח השני על העליונה היא, שאם עלה המחיר אינו ישר וטוב שיפסיד בעל החוב השני, ואם ירד לא שייך הסברא שלא עדיף בע"ח השני מהראשון אלא עד השיעור ששמו לראשון.

עוד מבואר בגמ' שאם מכר המלוה את הקרקע או הוריש אותו (אורתא) או נתנו במתנה, אין הקרקע חוזרת ללוה. ומסבירה הגמ' שבמקרים אלו המקבל לא ירד לקרקע על דעת לקבל מעות בניגוד למלוה, ולכן אין זה נכון שיתחייב להחזיר ללוה את הקרקע מדין הישר והטוב.

וכתב הרמב"ם בפרק כב הלכה יז שאם נתן המלוה למלוה שלו את הקרקע מדעתו, שוב אין הלוה גובה מאותה הקרקע, והבאנו בסוף הסעיף הקודם שנראה שכך פירש הרמב"ם את הגמ' שם בניגוד לפירוש רש"י ושכתב הש"ך (טז) שאין נ"מ בין הפירושים לדינא ובי' הדינים אמת.

האם יורשים מצווים להחזיר את הקרקע ללוה?

כתבו הרא"ש²²⁰ והר"ן²²¹ והנמו"י²²² והטור שכל מה שכתוב בגמרא שאם הוריש המלוה את הקרקע, אין היורש מחויב להחזיר, זה דווקא כשהוריש המלוה את הקרקע בחייו, ובזה דומה דינו למכר ומתנה. אבל מי שירש ממילא, הוא חייב להחזיר כדין המלוה עצמו.

אבל מהתוספות בד"ה לוקח מוכח שלא סוברים כן²²³ וכן מבואר ברמב"ם הנ"ל.

והשו"ע סתם כרמב"ם, והרמ"א הביא את דעת הרא"ש וסייעתו בשם י"א.

הש"ך (יז) תמה על השו"ע שבאה"ע בסימן צא סעיף ג סתם כדעת רא"ש וסייעתו.

ולמסקנה הכריע הש"ך שאף בירושה דממילא אינו מצוה להחזיר וכהכרעת השו"ע כאן וכתב שכן משמע מלשון הגמרא 'אורתא' שזה אפילו ירושה ממילא, ובסי"ק יט הביא שכן דעת הסמ"ג²²⁴.

²¹⁸ יט:

²¹⁹ פ"ג סימן ד.

²²⁰ פ"ג סימן ד.

²²¹ לה. ד"ה שמו.

²²² יט:

²²³ עיין הערה 228.

²²⁴ עשין צ"ד סוף דף קע"ח.

כתב הטור בשם תשובת הרא"ש²²⁵ שאף לשיטתו שקרקע חוזרת מן היורש זה דווקא ביורש אחד, אך אם היו שנים וחלקו בקרקע, שוב אינם צריכים להחזיר ללוה שדין אחים שחלקו כדין לקוחות.

וכן כתב הרמ"א בדעת הי"א.

הט"ז כתב שאינו מבין את דינו של הרא"ש שהרי כל מה שאמרו שדין יורשים כדין לקוחות, זה דווקא לגבי משמעות החלוקה בינם לבין עצמם. אבל במקרה שלנו כבר ברגע שירשו את הקרקע של אביהם כולם נעשו 'כרעא דאבוהון', ועל כולם חלה המצוה של 'שומא הדר', ולכן אין בכח המכירה להפקיע ממצוה זו. **והביא הט"ז ראייה לדבריו מהגמרא בב"ק קיא:** שם אומרת הגמרא שהגזל והוריש לבניו, אין בניו קונים אפילו ע"י יאוש ושינוי רשות, מפני שאין רשות יורש כרשות לוקח, וזה אף במקרה שחילקו את הגזילה. **הקצות (ז) השיג על הט"ז וכתב** שאין לדמות לדין גזל, ששם מכיון שאחים שחלקו דינם כלקוחות באחריות ולכן אין אנו מחשיבים את הקניה כשינוי רשות²²⁶, אבל במקרה שלנו, אפילו בלוקח באחריות לא תיקנו דין 'שומא הדר'.

והנתיבות (י) דחה את קושית הט"ז באופן אחר וכתב שהצורך לשינוי רשות בגזל הוא משום שיאוש לא קונה א"כ בא לידו בהיתר, ובזה אומרים שרשות יורשים לא נחשבת רשות חדשה ונחשב כאילו בא לידם באיסור.²²⁷

לשון השו"ע:

קרקע ששמו אותה לבעל חוב ואחר כך שמוה בית דין לבעל חוב של זה המלוה, הרי זו חוזרת, ולא יהא כחו גדול מכח בעל חוב הראשון. ומיהו בזה יפה כחו, שאם שמוה לראשון במאה ושמוה לשני בק"ק, או אם שמוה לראשון בק"ק ולשני במאה, לעולם לא יחזירנה אלא בק"ק. קרקע ששמו לבעל חוב, ומכרה הבעל חוב או נתנה במתנה, או ששמוה לבעל חוב מדעתו (ר"ן ונ"י ותוס'), או שמת והורישה, אינה חוזרת. הגה: וי"א דאם מת והורישה, חוזרת, אם אין כאן אלא יורש אחד. אבל אם היו כאן יורשין הרבה, וחלקו ונפל לאחד בחלקו, שוב אינה חוזרת (טור בשם הרא"ש).

הגובה שדה מאישה ונישאת וכן אשה שגבתה שדה ונישאת

לשון הגמרא שם ב"מ לה.

שמו לה לאשה ואינסיבא, או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה - בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהזרינן ליה. דאמר רבי יוסי בר חנינא: באושא התקינו: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה - הבעל מוציא מיד הלקוחות.

מבואר בגמרא שאם גבתה אשה קרקע ונישאת, או אדם גבה קרקע מאשה ונישאת ומתה, אין הבעל מצוה להחזיר ללוה את השדה וכן אין מצווים להחזיר לו, הואיל ודינו של בעל כדין לוקח.

יש לציין שבגירסא שלפנינו המילה 'מתה' אינו מוסב על המקרה בו גבתה האשה בקרקע, אלא דווקא במקרה שגבו מהאשה.

אך רש"י ביאר שהגמ' דיברה בבי המקרים באופן שהאשה מתה, וחדשה הגמרא שאין הבעל כדורש אלא כלוקח ולכן אינו גובה ואין גובים ממנו.

וכתבו התוספות שבמקרה שהאשה גבתה שדה אין שום חידוש שהרי גם אם דינו היה כדורש לא היה מצווה להחזיר²²⁸, ולא הוצרכה הגמרא לומר שלוקח הוא אלא משום הדין השני שהרי מצווים להחזיר אף ליורש וללוקח אין חובה.

והרא"ש כתב לשיטתו ששני הדינים נצרכים שהוא סבר שאם היה יורש ממילא, היה צריך להחזיר וכפי שהבאנו לעיל. [לקמן נתייחס לגירסת הר"ף והרמב"ם שלא גרסו 'ומתה' כלל, ולדברי הש"ך שקיים את הגירסא שלפנינו].

אם גובים קרקע מהבעל בחיי אשתו, ואם גובה הבעל מהקרקע בחיי אשתו?

כתב הב"י שמדברי הרא"ש והטור יוצא שדין זה הוא דווקא במקרה שמתה, ונראה שכוונתו שכשהאשה חיה, יכול הבעל לגבות, וכן יכולים לגבות ממנו, שאינו נחשב כלוקח אלא לאחר מיתתה.

²²⁵ כלל פ סימן ה.

²²⁶ ובטבעת החושן העיר שהש"ך בסימן שסא כותב שהטור לא מודה לכך שבלקוחות באחריות לא שייך שינוי רשות וכתב שלפי זה קשה לפרש כן בדעת הרא"ש שהרי הטור הולך תמיד כדעת אביו. וכתב שמלבד זה סברת הט"ז מסתברת שהואיל וחל עליהם דין שומא הדר, אין סברא לומר שיפקע מהם, עיי"ש

²²⁷ והנתיבות לא ביאר מדוע בדין שומא הדר לא נאמר גם כן כך שהואיל וכולם התחייבו בדין זה שוב לא יועיל שחלקו וכפי שכתב הט"ז, [נראה שהנתיבות הבין שעיקר ראית הט"ז מבי"ק היא שאין חלוקת האחין כקניה גמורה ולעני"ד עיקר ראייתו היא מעצם הדין של איסורא אתא לידיה, שכאשר כבר חל עליו חיוב השבה, הוא אינו פרוע ממנו והוא הדין לדין שומא הדר].

ואולי עיקר ענינו של הנתיבות לומר שהייתה כאן קניה גמורה אך מכל מקום אין זה מועיל לעניין איסורא אתא לידיה, אבל בדין שומא הדר, כל שקנה האדם, אנו אומרים שירד דווקא על דעת אותה שדה ושוב לא שייך דין ויעשית הישר והטוב, אך יש לדחות שהואיל ומוכרחים הם לחלוק, אין ראייה שירדו בדווקא בשביל השדה, וכשם שלשיטת הרא"ש איננו אומרים כן בעניין יורש יחיד, אך מכל מקום ניתן לומר, שהואיל וכבר נתנו דעתם על החלוקה וכל אחד בחר חלקו, שוב שייך לומר שירדו דווקא על דעת קרקע זו, ואינני יודע אם לזה כוון הנתיבות אך ראוי לדון בסברא זו מצד עצמה.

²²⁸ מכאן דייק הב"י שתוס' סוברים שאפילו יורש ממילא לא מחזיר ושלא כדעת הרא"ש וכפי שכתבנו לעיל.

אך הב"ח כתב שנראה שהרא"ש והטור סברו שכל שכן שבחייה אינו גובה ואין גובים ממנו, שבחייה ודאי אינו נחשב כיוורש. **בקצות (ט) הביא שכן כתב הב"ש בסימן צא ס"ק ו.**

הש"ך (יט - כ) הסכים עם דברי הב"ח רק לעניין זה שלא ניתן לגבות מהקרקע אפילו בחייה, ועיקר טענתו פשוט שהבעל נחשב כלוקח עוד מחיים ולכן פסק הרמ"א באהע"ז סימן צ סעיף ט כדעת הרא"ש שאם מכרה האשה בנכסי מילוג שלה, יכול הבעל להוציא מלקוחות אפילו בחייה, ולכן פשוט שדינו כלוקח ואין להוציא ממנו.

אבל במקרה ההפוך סבר הש"ך שיכול הבעל לגבות את השדה שגבו מן האשה, מפני שלא עשאוהו כלוקח לרעתו, אלא רק לטובתו, ולכן נחשבים הנכסים עדיין של האשה ויכולה להחזירם.

הש"ך בס"ק יט הביא את דברי הסמ"ע (כח) שהביא את דברי תוס' שבמקרה שלנו עשו את הבעל כלוקח אף לרעתו וזו לשיטתו שדין זה נאמר לגבי זה שאין חובה להשיב לבעל את הקרקע בניגוד ליוורש שמצווים להחזיר לו, וכתבו תוס' שאף שמבואר בב"ב קלט: שלא עשו את הבעל כלוקח אלא כשהוא לטובתו, זהודוקא כשאין הפסד לאחרים אך כשיש הפסד לאחרים עשאוהו כלוקח אף לרעתו כמבואר שם ב"ב.

וכתב הש"ך שאע"פ שאינו כדאי לחלוק על התוס', מ"מ אמר אני מה שהורו לי מן השמים שלא אמרו אלא שאינו כלוקח במקום שגורם הפסד לאחרים, אבל מעולם לא הפקיעו ממנו דין יורש לרעתו, שהרי בעל יורש את אשתו דבר תורה, והביא הראיה לדבריו מכך שלא עקרו את דינו כיוורש לגבי יובל, ואינו מחזיר ירושת אשתו אף שיש מזה הפסד ליורשיה²²⁹.

לכן כתב הש"ך שהעיקר הוא כדברי ההגהות מרדכי²³⁰, שהסיבה שאין חובה להשיב לו כדין יורש רגיל זה מפני שהמלוה גבה את הקרקע הזו מהאשה קודם שהיא נישאת לבעל, **וביאר הש"ך** שמכוון שאף היא עצמה לא זכתה בקרקע לפני מיתתה הואיל והקרקע הייתה עדין ברשות המלוה, א"כ דין קרקע זו כדין יראוי ואין בעל יורש בראוי, ובאמת לא נצרכה הגמ' לחדש שאין מחזירים לו אלא שאף הוא אינו מצווה להחזיר מפני שהוא לוקח²³¹, ולפי הרא"ש מובן מדוע נצרכנו לחידוש זה הואיל ויורש רגיל מצוה להשיב, אך כתב הש"ך שגם לחולקים על הרא"ש (וכפי שהסיק הש"ך בעצמו וכפי שצינו לעיל) נצרכנו לחידוש זה הואיל ובעל שונה מיוורש רגיל שמכוון שהיו לו פירות מחיים אין לומר שירד דווקא על דעת הקרקע והיינו מחייבים אותו להשיב ועל זה חידשה הגמ' שהוא אינו מחוייב להשיב.

עוד כתב הש"ך שלפי גירסתנו בגמרא, ניתן לפרש פירוש אחר בש"ס שבאמת לעניין החיוב שלו להחזיר לללוה לא הוזכר שמתה האשה, ובאמת אף אם היה דינו כיוורש לא היה מצווה להשיב אפילו אם היא מתה כדין יורש (וכדעת הרמב"ם וסייעתיה ובלי חידושו של הש"ך שבעל שונה מיוורש רגיל), ולעניין החיוב להשיב לבעל, דייקה הגמרא וכתבה שמתה האשה, שאם היא הייתה חיה היו מצווים להשיב לו שלא עשאוהו כלוקח לרעתו, אך אם מתה אין משיבים לו הואיל ולא ירשה כלל עדיין מפני שאין הבעל יורש ב'ראוי'.

הרי"ף והרמב"ם לא גרסו כלל בב' המקרים שמדובר שהאשה מתה, ומבואר שהבינו שעיקר החידוש הוא שאף בחייה האשה אין גובים מן הבעל ושהוא לא יכול לגבות.

וביאר המ"מ שאם היה הבעל נחשב כיוורש ולא כלוקח, אז הייתה האשה מחוייבת להשיב את הקרקע הואיל ואין הבעל נעשה יורש מחיים, אבל נתחדש שנעשה כלוקח מחיים ואינו מחוייב להשיב את הקרקע כדין לוקח, וכן אם גבו קרקע מהאשה אם היה דין הבעל כיוורש, היה המלוה צריך להשיב את הקרקע לאשה, הואיל ולא נעשה יורש מחיים ואף אם היה יורש היה מחוייב להשיב שהרי חובה להשיב אף ליורש, ולכן חידשה הברייתא שדינו כלוקח, ואין המלוה מצווה להשיב לו (וזה כנגד דברי הש"ך שלא עשאוהו כלוקח לרעתו ושמצווה המלוה להשיב).

השו"ע פסק כלשון הרמב"ם שלאחר שנשאת האשה, היא אינה יכולה לגבות, וכן לא יכולים לגבות ממנה. **וכתב הרמ"א** שיש אומרים שלא נאמר דין זה אלא לאחר מתה, **ומפשט דבריו נראה** שהבין כפי שהבין הב"י שלדעת הרא"ש, כל עוד האשה חיה, היא יכולה לגבות את הקרקע וכן יכולים לגבות ממנה.

אך מדברי הסמ"ע (כח) נראה שרוצה לומר שהרמ"א אינו בא לומר שכשאשה חיה יכולה לגבות ויכולים לגבות ממנה, אלא רצונו לומר שבניגוד לדעת הרמב"ם שסבר שהחידוש הוא דווקא בחיים מפני שלאחר מיתתה אין חידוש בכך שלא גובין ממנו שהרי לא גובים, כתב הרמ"א שלשיטת הרא"ש שגובים מיוורש יש חידוש אף לאחר מיתתה, אבל בחייה פשוט שאינו חייב להחזיר שדינו כיוורש מחיים שבזה אף הרא"ש מודה שאינו מצווה להחזיר (א"א- ונראה שהוא הדין שאין מצווים להחזיר לו) וא"כ יוצא שסבר כב"ח שכ"ע מודים שאף בחיים לא גובה ואין גובים ממנו.

הקצות (ט) הסכים עם מסקנת הש"ך לדינא שבחייה יכולה האשה להחזיר את הקרקע אך אין מחזירים ממנה.

אך הקצות הביא טעם אחר לזה וכתב שאין הבעל נחשב כלוקח בגוף הקרקע כלל, והסיבה שיכול להוציא הבעל מקרקע שמכרה האשה בחייו זה מפני שחזקו את שיעבודו של הבעל משום איבה, ועשאוהו חזק כקניין גוף הקרקע כמבואר ברש"י בב"ק פח. ולכן סבר הקצות שכל זה דווקא כשיש לבעל זכות בפירות, אבל בקרקע שגבו מן האשה לפני שנישאה אין לבעל זכות בה, ויכולה האשה להחזיר מן המלוה מדין 'שומא הדר', ובה השיג על טענת הב"ש [והש"ך] שכתבו שאף שבעל זוכה רק בפירות מחיים, מכל מקום לאחר תקנת אושא שבעל מוציא מן הלקוחות, נעשה הבעל כקונה את גוף הקרקע למפרע, וכתב הקצות

²²⁹ **הקצות (ח) יישב את דברי התוס' וכתב** שאדרבה כתוב בגמרא שם לעניין יובל שמה שעשו את הבעל כיוורש לגבי יובל הוא משום הפסד שלו, **וכתבו התוספות ב"ב קלט: (ד"ה גבי יובל)** שהלשון הוא ל"ד ור"ל שהניחוהו על דין תורה להיות יורש, ומזה רואים שאם לא משום הפסד שלו היו מפקיעים ממנו דין תורה והיו עושים אותו כלוקח משום הפסד של המוכרים (ר"ל משפחת אשתו). ומה שלא חששו בדין שלנו להפסד של הבעל ביארו שם בד"ה התם שמכיון שדין 'שומא הדר' אינו אלא משום 'ועשית הישר והטוב' לא נחשב הפסד.

²³⁰ ב"מ תקסט.

²³¹ והו בדיוק היפך דברי תוס' שכתבו שהחידוש הוא בכך שאין מחזירים לו ולא בכך שהוא אינו מחזיר.

שאינו זה נחשב שקנה את גוף הקרקע אלא שחזקו את קניין הפירות וכפי שביארנו, **ומכל מקום כתב הקצות** שאם האשה גבתה קרקע בחובה, אין הלווה יכול להחזיר את הקרקע, מפני שלשם כך צריך קניין חדש [וכפי שהבאנו בשם הקצות בעמוד 64], ולכן יכול הבעל לעכב שלא תמכור את הקרקע מתקנת אושא. **ובזה הסכים הקצות לביאור הש"ך בגמרא** שלעניין זה שלא ניתן להחזיר את הקרקע מהבעל לא כתוב שהיא מתה, שאף בחייה לא ניתן להחזיר ממנה הואיל והבעל מעכב, ולענין החזרת הקרקע לאשה כתוב דווקא שמתה, שבאמת מחיים יכולה האשה להחזיר מפני שאין לבעל קניין גוף בקרקע זו.²³²

היוצא מכל הנ"ל להלכה:

פשוט דברי הרמב"ם והרי"ף כביאורו של המגיד משנה שאף בחייה אין האשה גובה קרקע ואין גובים ממנה. וכלשון זהו פסק השו"ע.

הב"י הבין בדעת הרא"ש שכל עוד האשה חיה ניתן לגבות ממנה קרקע שגבתה בעבור חובה, וכן יכולה האשה לגבות קרקע שגבו ממנה בעבור חובה. **וכן נראה מלשונו של הרמ"א.**

הב"ח והסמ"ע סברו שאף הרא"ש מודה לרמב"ם ולרי"ף וסובר שלא גובה ואין גובים ממנה. **הש"ך סבר** שבחייה לא ניתן לגבות ממנה שדין בעל כדין לוקח, אך יכולה האשה לגבות קרקע מפני שלא עשו את הבעל כלוקח לרעתו.

והקצות הסכים לש"ך אך מטעם אחר שלא נעשה הבעל כבעלים על גוף הקרקע בחייה, ולכן יכולה האשה להחזיר את הקרקע, אבל לא ניתן להחזיר את הקרקע מהאשה, הואיל והבעל יכול לעכב את המכירה מכח קניין הפירות שיש לו בקרקע.

לדעת הש"ך – כשמתה האשה האם מצווה המלוה להשיב את הקרקע ליורשיה?

כתב הנתיבות (יא) שלפי מה שכתב הש"ך שהסיבה שאין מצווים להחזיר את הקרקע לבעל לאחר שמתה האשה היא מפני שלא ירש קרקע זו מפני שאין הבעל יורש ביראוי, צריך להיות הדין שהמלוה יצטרך להשיב את הקרקע ליורשי האשה, שהרי הם יורשים אף ביראוי.

האם דין 'שומא הדר' שייך בקרקע שגובה האשה בעבור כתובתה?

המהרש"ל והרמ"א נחלקו ביניהם בתשובתיהם²³³ במקרה שאשה גבתה קרקע בעבור כתובתה, אם יכולים אח"כ יורשי הבעל לפדות את הקרקע בדמים מדין 'שומא הדר' **הרמ"א סבר שאף לעניין כתובה** שייך דין זה ויכולים לפדות את הקרקע.

המהרש"ל סבר שלעניין כתובה לא שייך דין זה, ולא ניתן לפדות את הקרקע מן האשה, **וכתב הש"ך (יח) שעיקר ראיית המהרש"ל** היא היא מן הגמרא בכתובות צח. שם כתוב שאלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום משום שאומרים לה 'מאן שם לך', ולא נקטה טעם דשומא הדר, משמע שמדין שומא הדר לא שייך להחזיר את הקרקע.

והרמ"א השיב לראיה זו ששם מדובר כשהקרקע השביחה או נתייקרה במקום שגם במלוה רגיל אינו חוזר.²³⁴

והמהרש"ל השיב שדוחק להעמיד כך את הגמרא והאריך בזה.

הש"ך הביא שהרא"ש והראב"י בהקשרים אחרים לא ראו אוקימתא זו וכדוחק.

ומכל מקום כתב הש"ך שאין צורך לתירוץ זה של הרמ"א, מפני שניתן לומר שמדובר באופן ששיך דין 'ומא הדקי' ומכל מקום יש נ"מ בין מציאות בו אנו לנו מחשיבים כלל את גביית האשה לגביה לבין מציאות שנחשב שגבתה אלא שניתן להחזירה, והביא הש"ך מס' נ"מ:

א. כגון מטלטלים שבהם לא שייך דין 'שומא הדר'.

ב. לגבי הפירות שאכלה עד אז, שמדין 'שומא הדר' אינה מצווה להחזיר' אך אם גבייתה אינה גביה אז חייבת לשלם גם על הפירות.

ג. מדין 'שומא הדר' חייבים היתומים לפדות אך ורק במעות ואם גבייתה אינה גביה, יכולים לביא לה קרקע אחרת.

ד. אם מכרה או הורשה שמדין 'שומא הדר' אין היורש או הלוקח מחוייב להחזיר, אך אם גבייתה אינה גביה מצווה להשיב. וכתב הש"ך שיש עוד נ"מ רבות.

להלכה הסיק הש"ך שהעיקר כדעת הרמ"א ושניתן להשיב קרקע אף מאשה שגבתה בעבור חובה.

הב"ח כתב שאף המהרש"ל מודה שאם גבתה את הנדוניא, יכולים היורשים להשיב את הקרקע, שדין נדוניא כדין חוב רגיל.

הפת"ש (ז) הביא שהתפארת שמואל כתב כדעת המהרש"ל שאין מחזירים קרקע מאשה שגבתה בחובה, אך הביא שבשבויי²³⁵ הכריע כדעת הרמ"א שניתן להחזיר אף מן האשה והביא ראיה תמב"מ טז.:

²³² עיי"ש עוד בקצות שהאריך וכתב שבאמת לאחר שמתה אנו אומרים שקנה הבעל אף את גוף הקרקע, שאם לא נאמר כן לא היה יכול הבעל לירש את הקרקע מהאשה, הואיל וחזקו את קניינו בפירות כקניין קרקע, נעשתה הקרקע של האשה כיראוי בלבד ואין הבעל היה יורשה, ולכן לאחר מיתה, תיקנו חכמים שיקנה אף את גוף הקרקע כדין מקנה פירות לעכשיו וגוף לאחר מיתה].

²³³ שו"ת הרמ"א סימן ט, שו"ת מהרש"ל סימן נ.

²³⁴ כנראה הרמ"א הולך לשיטתו בסעיף הקודם כדעת הרא"ש שבשבח מחמת הוצאה, אין הקרקע חוזרת כלל, ולכאורה לפי המ"מ שחולק בזה וסובר שלעולם הקרקע חוזרת נשארה ראת המהרש"ל במקומה, אך עייין לקמן שלפי הש"ך אין צורך בתירוץ זה, ודבריו מתאימים גם לשיטת המ"מ.

²³⁵ ח"ב סימן קסא.

מה הדין בנכסי צאן ברזל שגבתה האשה בעבור חובה או שגבו ממנה, כשהאשה חיה?

הש"ך (יט) הביא את דברי הסמ"ע (כח) שכתב שבנכסי צאן ברזל אף הרא"ש יודה שדין הבעל כלוקח אף בחיי האשה, הואיל והוא חייב באחריותו, וכתב שזה כנגד דברי הלבוש שמשמע ממנו, שהרא"ש סובר שאף בנכסי צאן ברזל אין הבעל נחשב כלוקח בחייה. המשך לשון השו"ע:

שמו קרקע לאשה, ונשאת, או ששמו ממנה ונשאת, בעל בנכסי אשתו כלוקח הוא, ולא מחזיר ולא מחזירין לו. (ו"א דוקא כשמתה האשה) (טור סכ"ח וב"י בשם רש"י והרא"ש):

סעיף יא

אם שומא חוזרת שכגילו שלא היה צורך בשומא זו?

בגמרא במ"מ לה. מסופר על שומר חנם שפשע בשמירתו והגבה רב נחמן את ה'אפדנא' של השומר למפקיד. ולבסוף נמצא הפקדון ונתייקר, והחזיר רב נחמן את הפקדון ואת ה'אפדנא'. ומקשה הגמרא האם באמת סובר רב נחמן שישומא הדר', ומתרצת שכאן שונה שהפקדון היה שם מתחילה, והשומא הייתה בטעות. **וכתב הרא"ש** שאף להלכה שפוסקים שישומא הדר' יש מצבים שבהם שומא אינה חוזרת כגון הנותן מתנה וכו', ובה שייד דינו של רב נחמן שאם השומא הייתה בטעות אז הקרקע חוזרת. רש"י פירש שהמעשה היה כשלא ידע השומר שהפקדון היה בידו.

הנמו"י²³⁶ **כתב בשם הרמב"ם והרמב"ן**²³⁷ שבין נמצא ברשותו ובין נאבד ומצאוהו בעין נחשבת שומא בטעות, אף שמרש"י ור"ח לא משמע כן.

והשו"ע סתם כדברי הנמו"י שבין אם ידע ובין אם לא ידע מחזירים את הקרקע.

וכתב הסמ"ע (כט) שכוונת השו"ע שאם הנפקד ידע שהחפץ אצלו, יכול המפקיד להחזיר את הקרקע, אבל הנפקד לא.

וכתב הנתניבות (יב) שזה דוקא לאחר גביית ב"ד, אבל קודם גביית ב"ד אף הנפקד יכול לחזור בו.

והוכיח כן מדיני הונאה שמבואר בסימן רכז סעיף ד שהואיל ונתבטל המקח, אף המאנה יכול לחזור בו, אך כתב שלאחר גביית ב"ד שוב אינו יכול לחזור בו שכבר הקנו ב"ד, עיי"ש.

כתבו התרומות²³⁸ **והטור** שגם אם שמו למלוה קרקע בחובו ושוב נמצא שיש מעות ביד הלווה, שומא בטעות היא ואם ירצה המלוה יכול לכופ את הלווה לשלם במעות הרשות בידו, אבל אם העשיר הלווה אח"כ אין המלוה יכול לכופו, שהוא כמו קנין על תנאי שאם ירצה הלווה יחזור ויקנה ואם לא ירצה לא.

הסמ"ע (כט) דייק מדבריהם כפי שכתב לעיל שדווקא המלוה יכול לחזור בו אבל הלווה לא, הואיל וידע שהיו לו מעות. לשון השו"ע:

היתה השומא בטעות כגון שומר חנם שפשע וחייבוהו לשלם ושמו קרקע שלו ואחר כך נמצא שהפקדון היה ברשותו או שנאבד ומצאו, לא הוי שומא והדרא, אפילו מכרה הראשון או הורשה, והוא הדין אם שמוה לבעל חוב בחובו ואח"כ נודע שהיה ללוה מעות מצויים דהוי שומא בטעות ואם ירצה המלוה יכופ ללוה שיקחנה ויתן לו מעותיו, אבל אם העשיר אח"כ אינו יכול לכופו שיחזור ויקחנה:

²³⁶ יט. ד"ה למימרא.

²³⁷ הב"י גרס רבינו מאיר והרנב"ר ועיין הגהות והערות ס"ק כח.

²³⁸ שער ג ה יא

סימן קד דין ב"ח מאוחר שקדם וגבה מקרקעי או מטלטלי ומלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר ובו טז סעיפים:

סעיף א

קדימת בעל חוב ובעל חוב מאוחר שקדם וגבה

במשנה בכתובות צ. מבואר שהנושא ב' נשים ומת, הראשונה קודמת לגבית הכתובתה וכן מבואר במשנה בדף צג. ומכאן עולה שהמלוה הקודם בשטר, הוא הראשון לגבות חובו מן הלווה, וכן מבואר בעוד מקומות בש"ס.

וכתב הטור שאפילו אם זמן הפרעון של חוב המאוחר קודם, הולכים אחר זמן ההלוואה. **והביא הב"י** ש"כ"כ הרשב"א בתשובה²³⁹ ושכן כתב התרומות.²⁴⁰

בעל חוב מאוחר שקדם וגבה

המשנה בכתובות צג: מביאה מחלוקת בין ת"ק לבן ננס במקרה שמת הבעל ויש לו די נשים: **שלדעת ת"ק** הראשונה גובה כתובתה ונשבעת לשניה שלא גבתה יותר וכן עושה השניה ונשבעת לשלישית וכן השלישית לרביעית, והרביעית גובה כתובתה מבלי להשבע. **ולדעת בן ננס** אף האחרונה צריכה להשבע.

ושם בגמרא צד: נחלקו האמוראים בשורש מחלוקת ת"ק ובן ננס: **שמואל סבר שלדעת חכמים** בעל חוב מאוחר שגבה בנכס של בעל חוב מוקדם אין גבייתו גביה, ולכן אם יווצר מצב שאחת הנשים גבו קרקע שאינו של הבעל, יוכלו לשוב ולגבות מן האחרונה, ולכן אין סיבה להשביעה.

ובן ננס סבר שאם כבר גבה הבעל חוב המאוחר מן השדה אין מוציאים ממנו, ולכן יש להשביעה שלא גבתה יותר מהמגיע לה.

ורב נחמן סבר שאף בן ננס מודה לחכמים שבעל חוב מאוחר שגבה אין גבייתו גביה, והסיבה שהצריך בן ננס להשביע אותה, זה מפני שיש חשש שתקלקל את השדה הואיל ויודעת שעלולים לטול ממנה את השדה בחזרה.

הלכה כתבו הרי"ף²⁴¹ **הרמב"ם**²⁴² **הרשב"א**²⁴³ **הרמב"ן**²⁴⁴ **והרא"ש**²⁴⁵ שאין גבייתו גביה. **והביא הרא"ש** שכן פסקו ר"ח **ורב האי וביאר** שהלכה כרב נחמן בדיני, ואף אם נסבור כשמואל מכל אף מקום לדעתו חכמים סוברים שאין גבייתו גביה ויחיד ורבים הלכה כרבים.

המגיד משנה כתב שקצת גאונים ראשונים פסקו שגבייתו גביה.²⁴⁶ **הב"י הביא תשובת הרשב"א**²⁴⁷ **שכתב** שאפילו אם גבה בפני המלוה הראשון לא תולים שמחל, **וכן פסק בשו"ע.**

הגר"א (ו) הביא מקור לזה מהגמרא בב"ב קלב שאומרת שבכתובה תולים במחילה בכיוצא בזה משום קולי כתובה, ומשמע שבחוב רגיל אין הדין כן.

אם יכול מלוה מוקדם שלא הגיע זמן פרעונו לעכב ממלוה מאוחר שהגיע זמן פרעונו מלגבות?

כתב הרמ"א בשם תשובת הרשב"א²⁴⁸ שמ"מ כשבא בעל חוב מאוחר לגבות גובים לו כשזמן הפרעון שלו הוא קודם, וכשיבוא זמן הראשון לגבות טורפים ממנו אם צריך.

הגר"א העיר (ז) שדין זה מפורש בירושלמי בכתובות פרק י הלכה ו והביאו הרא"ש בכתובות י סימן ה. **עוד כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל** שאם בא לגבות מטלטלין יכול בעל חוב הראשון לטעון שלא להגבותם שמא יבריחם או יפסידם. ועוד, ששוב לא יוכל לטרוף ממנו.²⁴⁹ **אך כתב הרמ"א שיש אומרים** שאם הלווה בעצמו רוצה לתת לו את המטלטלין לא ניתן למחות בידו.

²³⁹ א, אלף קיא

²⁴⁰ סא, ב, ג.

²⁴¹ כתובות נג.

²⁴² מלוה ולוה כ, א.

²⁴³ שו"ת הרשב"א א אלף ח.

²⁴⁴ כתובות צ. ד"ה מי.

²⁴⁵ כתובות י יא.

²⁴⁶ ועיין ברי"ף וברא"ש שמביאים שבגמרא בערכין ז: משמע שגבייתו גביה, והר"ח חילק בין הקדש לשאר דברים או בין מטלטלים לקרקע עיי"ש, ויתכן שגמרא זו מהווה מקור לאותם גאונים הסוברים שגבייתו גביה, ודוק.

²⁴⁷ ח"א תתקכט.

²⁴⁸ ח"א אלף קיא. מובא בב"י מחודש י ובד"

²⁴⁹ בפיסקא הבאה נתייחס לשאילה אם שייך דין קדימה במטלטלים.

אם ניתן להגבות מטלטלים כשאחד מבעלי החובות אינם כאן?

הב"י הביא תשובת מיימוני²⁵⁰ שכתב שנראה שאין הדיין יכול לכופ את הלווה לפרוע ממטלטלין לבע"ח אחד, אם אין לו מספיק בשביל לפרוע לכל בעלי חובו, אך אם תפס הלווה אין מוציאים ממנו.²⁵¹ **הב"י תמה על דבריו וכתב** שאין סברא לומר שאם אחד מבעלי החובות נמצא במדינת הים, לא יוכלו כל השאר לגבות, שבוה לקתה מידת הדין וכתב שאף פוסק לא הזכיר דין זה ולכן יש לדחות את הת' הנ"ל להלכה.

אך הדרכי משה (ג) כתב שאין לדחות תשובה ברורה מסברא בעלמא, ונראה שהת' מימונית דיבר במקרה שכל בעלי החובות נמצאים כאן, אלא שלא הגיע זמן פרעונם, ולכן אין מגבים הכל לאחד משום הפסד האחרים וכדברי תשובת הרשב"א שהובאה בפיסקא הקודמת. **אך הש"ך (ו) הביא את דברי הב"ח שכתב לקיים את דברי הת' מימוני כפשוטו וסבר** שבע"ח הנמצא במדינת הים לא מפסיד חלקו, ומעכבים חלק אחד בשבילו.

הקצות (ב) הביא שכדברי הב"ח כתב הצמח צדק²⁵² **בשם מהר"ם רקנטי**²⁵³ וכתב הצמח צדק שהואיל וכבר נמצא עוד פוסק שכתב כת' מימונית אין לדחות דבריו, ואין להסתפק בדין זה.

הקצות ביאר שהב"י סבר שאין דין קדימה במטלטלים²⁵⁴ והטעם הוא מפני שמטלטלים אינם משתעבדים כלל לבעל חוב, וכל הסיבה שגובים ממטלטלים זה רק מדין פריעת בע"ח מצוה, ואין מצוה לפרוע אלא כשתובע המלוה, ולכן צריך לקיים את המצוה אצל המלוה שנמצא לפנינו, ואין להשיג שמכח זה לא יכול לקיים מצווה בעתיד לכשיתבע אותו המלוה השני, והאריך להוכיח יסוד זה עיי"ש.

ולכן כתב הקצות שאם כבר תבעו אותו המלווים האחרים, אף הב"י יודה שאין מגבים לזה שלפנינו את כל המטלטלים. ויתכן שבוה דיבר מהר"ם רקנטי.

הקצות הוכיח שאין מצוה לפרוע את ההלוואה מבלי תביעת המלוה, מן הדין בסימן עג שהנשבע לפרוע אינו עובר על שבועתו אלא אחרי תביעה.

והנתיבות (א) השיג על דברי הקצות וכתב שודאי יש מצוה לפרוע גם בלי תביעה, והסיבה שאינו עובר על שבועתו קודם תביעה זה מפני שאנו אומדים בדעתו שכוונתו שאינו חייב הואיל ולא תבעו, אך מן הדין ודאי שחלה עליו המצוה ופשוט שאף אם המלוה שוכח מן החוב מצוה הלוה לפרועו.²⁵⁵

האם שייך דין קדימה במטלטלים?

הבאנו לפני ב' פיסקאות שהרשב"א בת' כתב שיכול מלוה מוקדם לעכב מלפרוע מטלטלים למלוה המאוחר, הואיל והוא קודם בגביה, אך בניגוד לגביית קרקע אם יגבה השני לא יוכל להוציא מידו.

ובת' המיוחסות לרמב"ן סימן סא כתוב ביתר פריט שאם באו יחד לגבות, הבעל חוב המוקדם קודם הואיל וישעבודא דאורייתא,²⁵⁶ אך כתב שאם קדם ותפס אין מוציאים מידו.

הרי"ף והרא"ש²⁵⁷ **כתבו** שאין דין קדימה במטלטלין, ונימקו שהסיבה היא מפני שאין למטלטלים קול כמבואר בב"ב מד: שאפילו אם עשה אדם את שורו אפותיקי לחובו ומכרו, אין בע"ח גובה ממנו.

²⁵⁰ משפטים מא.

²⁵¹ יש להעיר שבת' מימוניות לא הוזכר כלל מי קדם בזמן הפרעון, ונראה שסבר שאין זה רלוונטי כלל הואיל ולא שייך דין קדימה במטלטלים, אך עיין לקמן שהד"מ ביאר בדבריו שאף הוא דיבר באופן שלא הגיע זמן פרעונם ולכן הם אינם תובעים אף כשהם לפנינו.

²⁵² סימן קיח.

²⁵³ סימן תקכד.

²⁵⁴ בפיסקא הבאה נתייחס לכך שנראה שהשו"ע סבר ששייך דין קדימה במטלטלים אלא שאם גבה גבה, ולא כפי שמשמע בקצות פה ודוק.

²⁵⁵ ונראה לומר בדעת הקצות שיתכן שאכן יש מצוה לפרוע אך זמנה של מצוה זו יחול רק כאשר יבקש התובע את כספו חזרה, כשם שהלוה אינו מצווה לטרוח להביא את הכסף למלוה, ולכן יש להעדיף מצוה בזמנה ממצוה שאינה בזמנה. [יסוד הדברים שמעתי מר' דניאל וסטברוק]. עוד כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'דיני קדימה בבעלי חוב':

אפשר שמחלוקת זו היא תלויה במחלוקת ראשונים בכתובות פו. בכוונת רב פפא שאומר שפריעת בע"ח מצוה היא. רש"י פירש שהמצוה היא מ'הין צדק' (ויקרא יט), שדרשו ממנו חז"ל שאמירת 'הן' שלך יהיה בצדק (ב"מ מט.). ולפ"ז נראה שגם בלי תביעה יש מצוה זו וכדעת הנתיבות.

אבל רוב הראשונים שם (עיין שטמ"ק) דחו דברי רש"י משום שנראה שמסקנת הגמרא (שם) היא שענין 'הן צדק' הוא שלא ידבר אדם אחד בפה ואחד בלב (לדעת רש"י י"ל שהוא רק דיחוי, ע"ש). ופירשו שהמצוה היא מ'האיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט' (דברים כד). ופרשה זו בפשטות נאמרה בתביעה (שהרי הפסוק מתחיל 'בחוף תעמד'), והוא מקור טוב לדברי הקצות.

עוד כתב שם:

יש להעיר שפשוט הוא לכאורה שלדברי הכל אין מצוה לפרוע קודם זמן הפרעון, ואם לא הגיע זמן פרעון של אחד מהם גם הנתיבות יסכים שאינו מעכב על האחרים.. ומ"ש הסמ"ע בסעיף א ובסעיף ח שזמן פרעון לא מעלה ולא מוריד היינו דוקא אחרי שכל הזמנים עברו.

²⁵⁶ זו לשיטתו ששעבודא דאורייתא חל על גמ על מטלטלים אך ברמב"ם בהלכות מלווה ולווה פרק יא מבואר שאף למ"ד שיעבודא דאורייתא, אין השיעבוד חל על המטלטלים, שהרמב"ם פסק כמ"ד שיעבודא דאורייתא בפרק יא הלכה ד וכתב שם בהלכה ז: "הבא ליפרע מן היורש בין קטן בין גדול לא יפרע מן המטלטלין אפילו היו מופקדין או מלוה אצל אחרים שהמטלטלין אינן תחת שיעבוד בעל חוב מן התורה".

²⁵⁷ כתובות י יא.

הרי"ף והרא"ש כתבו זאת בהקשר לקושיא מערכין ז: שם אומרת הגמ' לגבי הקדש שבע"ח מאוחר שקדם וגבה אין מוציאים ממנו, וזה לכאורה סותר את מה שהבאנו לעיל שאף אם גבה אין גביתו גביה ובאחד מתירוץיהם כתבו שמדובר במטלטלין שבהם אם גבה גבה שלא שייך בהם דין קדימה.

התוספות בכתובות צ. ד"ה שמע מינה כתבו גם כן את התירוץ הנ"ל אך לא כתבו שאין דין קדימה במטלטלים, ויתכן שסברו ששייך דין קדימה אך אם גבו גבו וכפי שצינו שאף הרשב"א עצמו מודה שאם גבה ממטלטלים אין מוציאים מידו, אלא שסבר שלכתחילה יש דין קדימה.

ולענין מה שכתבו הרי"ף והרא"ש שאין דין קדימה הואיל ואין להם קול ודימו לאפותיקי שאם מכרו אין מחזירים, **כבר התייחס במיוחסות לרמב"ן** וכתב שזה נאמר דווקא לגבי לקוחות או במקרה שכבר גבה.

יש לציין שהב"י הביא את דברי הרי"ף והרא"ש ולאחר מכן הביא את דברי הרמב"ן במיוחסות ומדבריו נראה שאין כלל מחלוקת ביניהם והרי"ף והרא"ש דיברו לענין שאם גבה אין מוציאים ובה אף המיוחסות מודה.

יש לחזק טענה זאת מכך שהשו"ע כאן כתב 'מי שיש עליו בעלי חובות הרבה כל מי שקדם זמן קנינו של שטר קודם הוא לגבות בין קרקע ובין מטלטלים'.

וכן כתב השו"ע בסעיף ג: "במטלטלים וכן עבדים אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאים מידו" משמע שלכתחילה יש דין קדימה.

והגר"א (ב) כתב במפורש שמדברי תוס' ורא"ש ורי"ף נראה כדעת המיוחסות לרמב"ן הואיל וכתבו שהגמ' בערכין כתבה לענין מטלטלין שאין מוציאים ממה שגבה בעל חוב מאוחר, ומשמע שלכתחילה שייך דין קדימה.

אף הקצות (א) כתב שמקושתית תוס' מערכין ותירוצו משמע שסברו שלכתחילה שייך דין קדימה אף במטלטלים.

אך בטור (יא) משמע שסבר שאין במטלטלים דין קדימה כלל ששם העתיק את לשון הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כ הלכה ד שכתב: "באו כולן ביחד לגבות, וכן בעלי חובות שכל אחד מהן קודם לזמן חבירו שבאו לגבות מן המטלטלין שהרי אין בהן דין קדימה".²⁵⁸ **ומפורש ברמב"ם** שלא שייך דין קדימה במטלטלים אפילו לכתחילה.

וכן הבין הד"מ (*) בדבריו והביא שכן כתב רבינו ירוחם נתיב כו ח"ג.

[יש להעיר שהשו"ע העתיק את לשון הטור והרמב"ם הנ"ל ונראה שנסרח בתר לשונם ודוק.]

צינו לעיל שהשו"ע כתב שבעל חוב קודם בין במטלטלים ובין בקרקע.

אך הסמ"ע (א) כתב שהאריך בתשובתו שאין דין קדימה במטלטלים כלל שאין הלכה כמיוחסות לרמב"ן וכתב ששם דייק מלשונו שאף הרמב"ן לא כתב כן להלכה כי אם לסברא בעלמא, ולכן התקשה הסמ"ע בלשון השו"ע הנ"ל, ורצה הסמ"ע לבאר שאף השו"ע לא התכוון לומר ששייך דין קדימה במטלטלים, אלא שרצה לומר שאף במטלטלים לא הולכים אחר זמן הפרעון, אלא צריכים בעלי החובות לחלוק יחד עי"ש.

והשיג הסמ"ע על דברי הלבוש שכתב שבאמת יש קדימה במטלטלים, אלא שאם גבה אין מוציאים מידו. **הקצות (א) כתב שלכאורה קשה על הסמ"ע שכתב** שאין דין קדימה במטלטלים מהגמרא בערכין ז: שהזכרנו לעיל שכתבה לגבי מטלטלין שמה שגבה גבה, ומשמע שלכתחילה יש קדימה אף במטלטלים.

וכתב הקצות שהסמ"ע יבאר שהואיל ומטלטלים משתעבדים מן התורה²⁵⁹, לא הפקיעו שעבודם לענין הקדש, ולכן לכתחילה שייך דין קדימה בהקדש, שלא עקרו דין תורה הואיל והכל הולך למקום אחד, ועוד שאין ביכולתם חכמים לעקור שעבוד הקדש.

התומים (א) כתב שצדק הסמ"ע להלכה שלא שייך דין קדימה במטלטלים כלל, והביא שכן דעת התרומות והשערים דרב אלפס וכתב שכן משמע ברי"ף וברא"ה ובמרדכי ובתוס' עי"ש.

אך כתב שהת' המיוחסות לרמב"ן וכן השו"ע זיברו באופן ששעבד במפורש מטלטלים, אך לא אגב קרקע, שבה שייך דין קדימה כשם שגובים באופן הזה מן היתומים שהואיל וסמך דעתו על זה, הוא קודם בגביה, אך מכל מקום גבה בעל חוב מאוחר אין מוציאים מידו, הואיל ואין לזה קול, וכתב שזה מדוקדק מת' הרמב"ן 'והאחרונים לא עיינו בגוף התשובה רק סמכו על קיצור העתקת הב"י ולכן לא ירדו לכוונת התשובה'.

הנתיבות (א) הביא את דברי התומים והעיר שלפי מה שמוכח בדברי הסמ"ע בסימן ק"ז סק"ג שאף שכתב מקרקע ומטלטלי כשלא כתב בחיי ובמותי אינו גובה מיורשין, עולה שגם לענין קדימה לא יועיל קדימה במטלטלים ללא קניית אגב.

²⁵⁸ **אך עיין בהלכות ערכין פרק ג הלכה יא שם כתב הרמב"ם:** "האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי והיו בידו עשר סלעים ונתן תשע לשניה וסלע לראשונה יצא ידי שתייהן, שהערכין לאו כחובות הן" ו **מפשט דבריו היה נראה** שבא ליישב מדוע בחוב רגיל במצב כזה היינו אומרים שצריך להשיב לחוב הראשון ואילו בהקדש לא צריך.

ולכאורה יש להקשות שהרי מבואר ברמב"ם שהבאנו למעלה שאף בחוב לא שייך דין קדימה במטלטלים וכאן מדובר בסלעים שהם מטלטלים וכן הקשה שם הלח"מ.

אך נראה שהרמב"ם בא לומר שלענין הקדש אף מטלטלים משתעבדים ולכן היה צריך לומר שמה שגבה אינו גבוי, ותיירץ שבהקדש מה שגבה גבוי, **וכן כתב בנחל יצחק בסימן קז סעיף א ענף ב.**

יש להעיר שמקור דברי הרמב"ם שמטלטלים משתעבדים בהקדש הם מן הגמרא בקידושין יג: לענין אשה שהביאה חטאתה ומתה שלמ"ד שעבודא דאורייתא אז היתומים מצווים להביא עולתה, ושם מדובר לכאורה במטלטלים, אך **עיין בירושלמי חגיגה א, א** ששם משמע שדין זה שייך רק אם ירשו קרקע, ועיין בנחל יצחק הנ"ל שהאריך בזה ומכל מקום מסתימת הש"ס שלנו משמע שאין לחלק בזה וכן סתם שם בנחל יצחק בסוף ענף ג.

²⁵⁹ עיין לעיל הערה 256

שעבד בעל חוב מוקדם מטלטלים אגב קרקע וגבה בעל חוב מאוחר

כתב הרשב"א בת ס' תתקכט שאם שעבד הבעל חוב המוקדם מטלטלי אגב קרקע, וגבה הבעל חוב מאוחר אין גבייתו גבייה.

בעל חוב במלוה ע"פ מאוחר שגבה, אם יכול הבעל חוב במלוה ע"פ מוקדם להוציא ממנו?

בסעיף יג נביא שנחלקו רב האי והרי"ף אם מלוה ע"פ מוקדם, קודם למלוה בשטר מאוחר, והשו"ע הכריע כרב האי שמלוה ע"פ מוקדם קודם.

עוד נביא שם שנחלקו בדעת הרי"ף שסובר שמלוה בשטר קודם, מה יהיה הדין בבי מלוה ע"פ, אחד מוקדם ואחד מאוחר שהרי"ן סבר שחולקים והטור סבר שהמלוה המוקדם קודם לגבות.

הרמ"א סתם כאן בשם הרי"ן בשבועות נג. שבמלוה ע"פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה, והרי"ן לשיטתו שאין כלל דין קדימה במלוה ע"פ.

אך הסמ"ע (ג) תמה על הרמ"א שכתב כן כנגד דברי הטור והשו"ע שבמקרה של בי מלוה ע"פ שניהם מודים שהמוקדם קודם.

וכתב הסמ"ע שנראה שסבר הרמ"א שאף שיש דין קדימה במלוה ע"פ, מכל מקום אם גבה המאוחר אין להוציא מידו.

אך הקצות (ג) פקפק בדין זה וכתב שנראה לפי הטור והשו"ע שסוברים ששיך דין קדימה בבי מלוה ע"פ, אי"כ מה שגבה אינו גבוי, וכתב שאף שמצאנו דבר כזה שיש דין קדימה ובכל זאת מה שגבה גבה, וזו לשיטת המיוחסות לרמב"ן שיש קדימה במטלטלים ואעפ"כ מה שגבה גבה, אך כתב ששם זה שונה הואיל ובמטלטלים שייך דין תפיסה ולכן מה שגבה גבה, אך בקרקע לא שייך תפיסה, עוד כתב שמדויק שהרמב"ם והשו"ע לא סוברים כן, הואיל ולדעתם ערכין נחשב כמלוה ע"פ ואם לשיטתם בזה מה שגבה גבה, אז היה להם ליישב את הקושיא שהזכרנו לעיל בין הגמרא בכתובות שמשמע שמה שגבה אינו גבוי לגמרא בערכין שעולה שמה שגבה גבה, ששם מדובר במלוה ע"פ ומכך שלא תירצו כן, משמע שאינם סוברים כן, וצ"ן הקצות שאכן תוסי' הביא באחד מתירוציו את החילוק הנ"ל.

לכן הסיק הקצות להלכה שדין זה לא יצא מכדי ספק, ולכן הואיל ויש בזה ספק, לא יועיל בזה תפיסה, הואיל ובקרקע לא שייך תפיסה.

גבה בעל חוב מאוחר אך השאיר לבעל חוב המוקדם ממה לגבות

הרשב"א בתשובה ח"א ס' תתקכט כתב שאם הניח בע"ח המאוחר מקום לבע"ח המוקדם לגבות ממנו, אפילו גבה מבינונית ולא הניח לו אלא זיבורית, מה שגבה גבה, וכתב שדין זה פשוט בגמרא וכוונתו לגמרא בגיטין נ: שם הגמי' מבארת ברייתא שאם יש כמה בעלי חוב, יכול הבעל חוב המוקדם לגבות מבעלי חוב המאוחרים לו ותמיד גובה מן האחרון אע"פ שלאחרון יש זיבורית ולזה שלפניו יש בינונית.

וכתב עוד שאף אם הניח מטלטלין מה שגבה גבה, שלא אמרו שלא גבה אלא במקום שבע"ח המוקדם מפסיד.²⁶⁰

אך כתב שאם הניח רק שטרי חוב נראה שיכול לגבות ממנו הואיל ואין גופם ממון, וכבר הבאנו בסימן קא שכבר כתב הרשב"א שכופף עצמו בפני גדולי המורים שסברו יש לגבות אף משטרות, וממילא אף בזה נראה שמה שגבה גבה.

גבה בעל חוב מאוחר ומכר את הקרקע, ממי גובה המלוה, ומה הדין במכרו לגוי?

כתבו הטור והתרומות²⁶¹ שאם מכר בע"ח המאוחר את הקרקע, אין הבעל חוב המוקדם גובה ממנו אלא חוזר על הלקוחות ששיעבודו בידם. ואם מכרו לגוי, שאינו יכול להוציאו מידו חייב לשלם מדינא דגרמי, אפילו אם אין המעות בעין **וכן פסק השו"ע**.

[צ"ן הש"ך (ג) שזה סותר למבואר בסימן קז סעיף ד שדעת הרא"ש שאם מכרו יתומים קרקע אביהם אינם מחוייבים לשלם מדינא דגרמי, ועי"ש מה שכתבו האחרונים בזה].

הנשבע לבעל חוב מאוחר שיפרע לו מנכסים שיבואו לו אח"כ?

דין זה הובא בסעיף צט סעיף ב ונחזור על הדברים בתכלית הקוצר:

כתב בת' הרא"ש שאם נשבע הלוה לבעל חוב מאוחר שיפרע מנכסים שיבואו לו אח"כ, מחוייב לשלם לבעל חוב מאוחר, הואיל ובשעה שנשבע עוד לא השתעבדו לראשון. **הרמ"א סתם כאן כת' הנ"ל**.

אך השו"ע בסימן צט סעיף ב כתב שנראה לו שלאחר שיתן הלוה לבעל חוב מאוחר, בי"ד מוציאים ממנו ונותנים למוקדם.

הסמ"ע שם בס"ק ט הכריע כדעת הרא"ש (ונראה שללא הסתייגותו של השו"ע).

והש"ך שם ס"ק י הכריע כנגד ת' הרא"ש וכתב שאף מתחילה אין ללוה לתת לבעל חוב מאוחר, אלא בי"ד מוציאים מהלוה ונותנים למוקדם.

לשון השו"ע:

²⁶⁰ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'דיני קדימה בבעלי חוב':

צ"ע אם דיבר אף במקרה ששוב הפסיד או הבריח הלוה את המטלטלין, שמסבא נראה שבה חוזר וגובה מבע"ח המוקדם מהמאוחר.

²⁶¹ שער מג ח"ד סימן טז בשם הרמב"ן בת' ס' לט.

מי שיש עליו בעלי חובות הרבה, כל מי שקדם זמן קנין של שטרו, קודם הוא לגבות, בין קרקע בין מטלטלים, אפילו אם הגיע זמן פרעון של המאוחר קודם, בין מלוה עצמו בין מלקוחות. ואם קדם המאוחר וגבה קרקע, אפילו הגבו לו בפני המוקדם, ושתק, מוציאין מידו. הגה: מיהו כשבא לגבות, גובין לו, וכשיבא זמן הראשון לגבות, יטרוף ממנו. ודוקא כשבא לגבות מקרקע, אבל כשבא לגבות מטלטלין, יכול בעל חוב הראשון לטעון שלא להגבותם, פן יבריחום או יפסידום, ועוד, דאם יגבה המאוחר שוב לא יכול המוקדם להוציא ממנו. אבל אם הלזה עצמו נותנם לו, י"א דאין בעל חוב המוקדם יכול למחות (תשובת רשב"א אלף קי"א). וכל זה במלוה בשטר, אבל מלוה על פה, אם קדם המאוחר וגבה, מה שגבה גבה (ר"ן פ' מי שהיה נשוי) אלא אם כן גבה בעל חוב מאוחר בינונית, והניח זיבורית לב"ח מוקדם, דאז מה שגבה גבה. ואם מכרם קודם שהספיק הראשון להוציאה מידו, אין המוקדם חוזר עליו, אפילו אם המעות עדיין בידו, אלא חוזר על הלקוחות ששיעבודו בידם. ואם מכרם לעובדי כוכבים, שאינו יכול להוציאם מידו, חייב לשלם לו, אפילו אין המעות בידו, מדינא דגרמי. וכן אם הניח בעל חוב מאוחר מטלטלין לבעל חוב מוקדם, מה שגבה גבה. הגה: יש אומרים דבדבר שאינו עתה בעולם, ועתיד לבא אחר כך, לא שייך ביה דין קדימה, ואם קודם שבא הדבר לעולם נשבע לתת אותו לבעל חוב מאוחר, צריך לקיים שבועתו (תשובת חזה התנפה והביאו הטור סי' צ"ט ס"ו). ועיין לעיל סימן צ"ט סעיף ב'.

הכותב שטר חוב לאשתו קודם כתובה במקום שתקנו שלא תגבה כתובה יותר ממאה זהובים במקום שלא ישארו נכסים לבעלי חובות.

הפתי"ש (א) הביא ת' צמח צדק סימן קט שכתב שבמקום שנהגו שאין מגבים לאשה בכתובה יותר ממאה זהובים במקום שלא נשאר לבעלי חובות אחרים לגבות, וכתב לה הבעל לפני החופה שיתן לה אלף זהובים, אם שטר זה במקום כתובה, או שיש לה כתובה אך מבואר שניתן בעבור כתובה ותוספת הרי זה בכלל התקנה, אך אם זה שטר חוב נפרד, גובה כשאר בעלי חובות.

סעיף ב

אם הכריזו שכל מי שיש לו זכויות יבא תוך ל' יום ועוד בדיני גביה ע"י שלטון

הביא הטור תשובת הרא"ש²⁶² שפסק שאם הכריזו שלושים יום שכל מי שיש לו זכות ושיעבוד על קרקע זה יבוא ויערער, וכל מי שלא יערער עכשיו יבטלו זכויותיו, ולא ערער, מכיון שנהגו כן דינא דמלכותא דינא ובטלו זכויותיו. אבל אם הכריזו סתם שכל מי שיש לו זכות יבוא ויערער לא בטלו זכויותיו בשתיקה, שמא לא היה לו זמן באותה שעה.

השו"ע הביא דין זה וכתב שאם הכריזו יום אחד וכו'.

וכתב הסמ"ע (ד) שאין כאן מחלוקת והכל לפי המנהג.

הביא הרמ"א תשובת הרשב"א²⁶³ שאם טען אחד שלא שמע את ההכרזה נאמן, ולא שייך כאן לומר 'חברא חברא אית ליה' כלומר שהיה לך לשמוע, שסברא זו נאמרה רק לגבי חזקה בקרקע. **וביאר הסמ"ע (ז)** שדוקא לענין אדם שנכנס לקרקע שייך לומר שהיה לו לשמוע, הואיל והיו אנשים שמודיעים לו שנכנס לביתו, אך כאן אין אנשים שיוודעים שאותו לווה חייב לו.

כתב הפתי"ש (ב) בשם החוות יאיר סימן סד שפסק שאם עשה אדם הכרזה על ביתו כדי להראות לחבירו שאינו חייב לאדם ושיסכים להלוות לו כסף, ולאחר זמן בא קרובו של אותו לווה וטען שקרובו חייב לו כסף, ולא בא בשעת ההכרזה בכדי לא להפסידו וידע שבלאו הכי אין בהכרזה זו ממש ושקרובו אינו מתכנן למכור את ביתו, לא הפסיד בזה זכותו מכיון שלא נהגו הכרזה זו אלא לצורך מכירה ולא לצורך בירור שעבודים, ובמקום שנהגו להכריז לצורך שעבודים כתב שצריך לחקור בכל מקום אחר תקנות ומנהגים, ואם יש ספק במהות התקנה יד התקנה על התחוננה ויד בעל השטר על העליונה.

עוד כתב שם שאם לא עשו הכרזה, אלא ששאל הקונה את בע"ח אחד על חובו וכיחש בו, לא הפסיד זכותו בזה, שאף שלא עשה כהוגן, יכול לטעון שכיחש כדי שיהיה ללווה מעות לגבות מהן. ועוד, שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו. ומי"מ יש לקונה עליו תרעומת גדולה וחייב לו מדיני שמים.

עוד כתב שאין יכולים בעלי חובות מאוחרים לקונה לגבות מבית זה בטענה שאם היה הקונה מכריז לא היו מלווים ללוה, שהתקנה נועדה לטובת הלוקח ולא לטובת המלווים.

שנאמן השוטר הגוי לומר בעבור מי משכן את החוב

הביא הב"י מתשובות שבסוף ספר חזה התנפה סימן י שדן בדבר גוי שהיה חייב לכמה יהודים ושלחו שוטר גוי שימשכן בעבורם, ולא יודע מי קדם ואין במשכון זה בכדי לפרוע לכולם וכתב שנאמן הגוי הממונה על זה במקום שאין דרך לדעת ע"פ עדים יהודים, מפני שדינא דמלכותא דינא, **והביאו הרמ"א להלכה.**

וכתב הסמ"ע (ה) שהוא הדין אם היה הלווה ישראל וכתב שכן משמע מלשון הרמ"א, אלא שבמציאות של הרא"ש דובר בלוה גוי, **והשיג בזה על הלבוש** שכתב שדין זה נאמר דווקא בגוי.

הקצות (ו) הצדיק את דברי הלבוש מפני שבדיני ישראל אין זה משנה בעבור מי משכן מבי' סיבות:

²⁶² סוף כלל עט וסוף כלל יח סימן טז.

²⁶³ סימן תתצג

א. שאין שליחות לגוי.
 ב. שאף אם היה הממשכן יהודי לא היה מועיל שזו תפיסה לבעל חוב במקום שחב לאחרים, ואף אם כך היה מנהג המדינה, אנו דנים ע"פ דין תורה ואיננו משנים זאת מכח המנהג.
ולכן כתב הקצות שעל כרחך מדובר שהלווה גוי ובזה שייך לכתב אחר דינא דמלכותא, שהמלווה לגוי נטרצה לילך אחר דינהם.

הגובה ע"פ השלטון וטען בעל חוב אחר שגבה שלא כדין

פסק הרמ"א ע"פ ת' הרשב"א ח"ג ס' סט וסימן תתקמו שאם גבה אחד ע"פ השלטון וטען בעל חוב אחר שגבה שלא כדין, הואיל וגבה מדינא דמלכותא מה שגבה גבה. לשון השו"ע:

בעל חוב שגבה חובו מבתי שמעון בכתב שלטון העיר שעשו הכרזה יום אחד, אחר כך בא בעל חוב (המוקדם) להוציא ממנו, וטוען המאוחר: כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת בכך, אם היה הכרוז יוצא: כל מי שיש לו זכות ושעבוד על קרקע זה יבא ויערער וכל מי שלא יערער יבטלו זכותיו, אם נהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו זכותיו. הגה: והוא הדין אם היו הבעלי חוב חלוקים וצוו להשכין או לעקל נכסי הלווה, ולא ידענו מי הקודם, והשטר מעיד כדברי האחד, נאמן מכח דינא דמלכותא, אם המנהג כן (ב"י בשם תשובה שבסוף חזה התנופה וע"ל ס"ט ש"ט). וכן אם האחד גבה, והשני טוען עליו שגבה שלא כדין ושלא היה חייב לו, הואיל וגובה על פי דינא דמלכותא, מה שגבה גבה (ת' הרשב"א ס"י תתקמ"ו). **אבל אם בסתם הכריזו: כל מי שיש לו זכות יבא ויערער, לא בטלו זכותיו בשביל שלא ערער.** הגה: ואם הכריזו שכל מי שלא יבא יאבד זכותיו, ואחד טען שלא שמע ההכרזה, מהני טענה שלו, ולא אמרינן חבא חבא אית ליה (תשובת רשב"א סימן תתנ"ג/תתצ"ג).

סעיף ג

דין קדימה במטלטלים (השלמה לסעיף א)

בעל חוב מאוחר שגבה עבדים האם מה שגבה גבה?

בדין זה הארכנו בסעיף א²⁶⁴ והבאנו שנחלקו הראשונים, אם שייך דין קדימה במטלטלים, ואף לסוברים ששייך דין קדימה במטלטלים מודים שאם גבה גבה ולשיטה זו כתב במיחושות לרמב"ן סימן סח שאם גבה בע"ח מאוחר ממטלטלין ושוב תפסם בע"ח מוקדם, מוציאים מידו ומחזירים לבעל חוב המאוחר וכן פסק בשו"ע.

הביא הב"י מתשובת הרא"ש²⁶⁵ שדין עבדים הוא כמטלטלין לענין זה כמבואר בב"ב קכח. שאין היתומים גובים מהם, ופרשב"ם שאין דעתו של המלווה סומכת על העבדים, מפני שאפשר להבריחם, ולכן אף כאן אם גבה גבה, וכן פסק בשו"ע, **והעיר הסמ"ע (ח)** שאם עשה את העבד אפותיקי דינו כקרקע כמבואר בסימן קיז.

בעל חוב מאוחר שגבה שטר האם מה שגבה גבה?

הב"י בסימן סד הביא בשם רבינו ירוחם²⁶⁶ שאם בעל חוב אחד תפס שטרות של הלווה לא אומרים שמה שגבה גבה, שאין זה כתפיסת מעות החוב ולכן יחלוקו בחוב זה²⁶⁷, **וכן פסק הרמ"א. וכתב הפת"ש (ה) בשם שבו"י ח"ג סימן קנ** שאם כבר גבה הבעל חוב מאוחר מחוב זה, מה שגבה גבה. **וביאר הסמ"ע (י)** שהסיבה שאם גבה שטר אין גביתו גביה זה פני שהשיעבוד נשאר אצל הלווה וגם המלווה עוד יכול למחול על החוב, ולכן אין זה נחשב כגבוי. **הש"ך (ט) השיג על הסמ"ע וכתב** שהוא אינו יכול למחול הואיל וכבר החוב משועבד ללווה מדינא דרי נתן וזו לשיטתו של הש"ך בסימן פו עיי"ש. [ובשב"י ג קנ כתב שאין קושית הש"ך קושיא ולא הבנתי דבריו] **הגר"א כתב (כ)** שהטעם הוא פני שהואיל ומחוסר כתיבה ומסירה, אין זה נחשב כגבוי. **וכ"כ הקצות**²⁶⁸. (ז)

והעיר הש"ך (ח) שאם כבר נתן לו הלווה את השטר בכתיבה ומסירה, מה שגבה גבה וצ"ל לתי רשב"א²⁶⁹. **וכתב הקצות (ז)** שבשטר ממרני²⁷⁰ מועילה תפיסה אף בלא כתיבה, אבל רק אם הלווה מסר מדעתו, כיון שאין גופם ממון יש צורך לדעת אחרת מקנה. צ"ל לדבריו בסימן סד ס"ק א, **והסכים עמו הנתיבות (ד)**. לשון השו"ע:

²⁶⁴ עיין בעמוד 70.

²⁶⁵ כלל עט סימן ב.

²⁶⁶ נתיב כו חלק ג.

²⁶⁷ נראה שרבינו ירוחם סבר שאין דין קדימה במטלטלים, וכבר הבאנו בסעיף א שכך גם סבר הרמ"א (בד"מ).

²⁶⁸ אך הוסיף שם גם את הטעם שיכול למחול.

²⁶⁹ תתקיד.

²⁷⁰ כלומר שטר בו מתחייב הבע"ח לשלם לכל מי שיגיע עם השטר הזה, ואינו יכול המלווה לומר שפרע.

במטלטלין, וכן עבדים, אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו. ולא עוד אלא שאם עמד הראשון ותפס, הב"ח המאוחר שקדם וגבה מוציא אותם בב"ד מידו. (מ"ה) אם תפס שטרות, אפילו המוקדם, לא הוי כתפס הממון, ויחלוקו) (רבינו ירוחם נתיב כ"ו חלק ג').

נודע ביהודה – תפיסת חוב בסחורה שיש ערב עליה

הביא הפת"ש (ג) תשובת נודע ביהודה²⁷¹ שכתב שאם תפסו בעלי חובות בעורות שיש אדם שערב עליהם וברצונו לעכב מהם, אין שומעים לו מפני שאין דין קדימה במטלטלים, ואף לשיטת הב"ח בסימן צו שבעל סחורות קודם לשאר אדם, אין דין זה שייך בערב, וכתב שאף גביה ע"י ערכות נחשב גביה ברורה וכנגד דברי מהרשד"ם²⁷² ואף שלא נעשתה שומא יש לסמוך על דעת הש"ך שנביא בסעיף הבא שכתב שתפיסה מועילה אף ללא שומא ואין להוציא מידם.

[עוד עיין פת"ש (ד) שהביא תי פנים מאירות ח"ב ס' כ בדבר חביות יין שנתנה אשה לבעל חובה וטען אחד שכבר הקנה לו הבעל לפני מותו את החביות בקניין הסוחרים ופסק שאין שומעים לו, מפני שהקניין ממנהג סוחרים לא חל בחפץ ולכן תפיסה מועילה, ואף לפי הש"ך שהקניין חל בחפץ, אין לו ראייה שהבעל הקנה לו דווקא את אותם חביות, ולרווחא דמילתא החרים את הבעל חוב שלא ידע שחביות אלו קנויות לאחר, וקיצרתי מפני שלא ראיתי מה ענינו לסימן].

סעיף ז

האם בעל חוב מאוחר שגבה מטלטלים ללא שומא גביתו גביה?

כתב הטור בשם תשובת הרא"ש²⁷³ שאם שלח הדיין לסגור חנותו של הלווה אין זה גבייה כדי להפקיע מבע"ח המוקדם, כל זמן שלא שמו את הסחורה ונתנו אותה למלוה. **וכן כתב השו"ע.**

הש"ך כתב שלכאורה נראה אין צורך בשומא בד"כ אלא דווקא כאן מכיון שהמטלטלין אינם ברשותו של המלוה עדיין, אבל תפיסה רגילה מועילה. **וכתב שכן משמע מדברי הר"ן בכתובות**²⁷⁴ שהביא הב"י בתחילת הסימן. **וציין לדברי הב"ח שלא כתב כן.**

הקצות הכריע כדברי הש"ך משום שהתופס שהתופס של הלווה קנה אותם למשכון, ולכן דומה שעבודו לשעבוד על הקרקע, ולכן יש לו לקדום לבעל חוב אחר שאין בו אלא שעבוד מטלטלים, ודין זה פשוט לדעת הרי"ף שמלוה בשטר מאוחר קדום למלוה ע"פ מוקדם, אך גם לדעת השו"ע שמלוה ע"פ מוקדם קודם, זה דווקא במקרקעות ששייך בהם דין קדימה, אבל במטלטלים שלא שייך בהם דין קדימה כלל הואיל ואין בהם שעבוד מן התורה, אף השו"ע יודה שהתופס קודם.

אך כתב הקצות הסתפק הקצות במקום ששני החובות משועבדים במטלטלי אגב קרקע, ואין אחד קודם לחבירו, שבוה היה מקום לומר שהואיל ואף המטלטלים משועבדים, לא תועיל תפיסה ללא גביית ב"ד, אך כתב שעדיין יש לומר שכוחו של משכון חזק משעבוד רגיל והוא קודם, כשם ששביעית איננה משמטתו בשונה מחוב רגיל, ונשאר בצ"ע.

הנתיבות (ה) הביא את דברי התומים (ה) שכתב שקרקע צריכה שומא, ומטלטלים אינם צריכים שומא הואיל ושייך בהם דין תפיסה.
לשון השו"ע:

לא מקרי גביה, אלא א"כ שמו ב"ד המטלטלין ונתנום בידו. אבל אם סגרו בית דין חנותו של לוח בעד בע"ח מאוחר, אין זו גבייה, ובעל חוב המוקדם גובה מאותם המטלטלים. הגה: ב"ד שעקלו מעות של ראובן שביד שמעון, מכח שחייב ללוי, ושמעון עבר ונתן לראובן (עיין לעיל סימן פ"ו סעיף ה')

סעיף ה

דין קדימה בשעבוד מטלטלי אגב קרקע

כתבו הרי"ף²⁷⁵ **והרא"ש**²⁷⁶ שאם שהמטלטלים משועבדים אגב קרקע, שייך בהם דין קדימה ואם גבה המאוחר מוציאם מידו.

וכתב בתרומות²⁷⁷ שאם גבה מעות אין מוציאם מידו, הואיל ואין למעות סימם ואים דרך להוכיח שמעות אלו היו קודם שלה הבעל חוב המאוחר, ואם הגיעו אחרי הרי גבייתו גביה כדין לוח ולוח וקנה שנבאר

²⁷¹ תנינא סימן ל

²⁷² לא הובא מקור מלבד שהובא בבאר היטב של המהרי"ט ס"ק ד ולכאורה מהרשד"ם זה סותר למבואר בשו"ע סעיף בשגביה ע"י שלטון הינה גביה ברורה, וכתב הנו"ב שכן הוא במהרי"ק שורש קנד וביאר שלא כתב כן אלא במקום שיש דרך לברר בעדים, ולפי זה יתכן שלא יסתור לשו"ע ודוק.

²⁷³ כלל עט סימן ג.

²⁷⁴ מב: ד"ה גמרא.

²⁷⁵ כתובות נג.

²⁷⁶ כתובות פרק י סימן יא.

²⁷⁷ שער מג ח"ד סימן יז.

לקמן שהדין הוא שיחלקו ואם קדם וגבה אחד מהם מה שגבה גבה, ואם אפשר לברר כ"פ עדים שהמעות הגיעו קודם זכה הראשון והכל לפי ראות עיני ב"ד, **והביאו הטור**.

וכתב הב"י שמדברי הטור מבואר שרק כאשר ידוע שהמטלטלים אגב קרקע הגיעו קודם המלוה המאוחר מוציאים מידו, וכתב: "ושיים עינך וליבך בזה שכמה גדולים ראיתי שטעו בו".

הסמ"ע (יד) התקשה בלשון הטור והתרומות שכתבו שאם הגיע המעות קודם שלוה השני זכה הראשון, והעיר שלכאורה צריך לגרוס קודם שלווה שניהם, שאם הגיע בין לבין ולא שעבדו את הנכסים שיקנו ('דאקני') אז השני גובה הכל²⁷⁸, אך **כתב** שיתכן שהתרומות סבר שכל שעבוד מטלטלים אגב קרקע כולל בתוכו שעבוד 'דאקני' הואיל וידוע שקשה לדעת אם המטלטלים הגיעו לפני ואחרי, לכן דרך האנשים לשעבד הכל.
לשון השו"ע:

שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, דינם כמקרקעי. ואם קדם המאוחר וגבה, מוציאים (ע' בד"מ ט"ז), מידו; והוא שנתברר בעדים שמטלטלים אלו היו בידו קודם שלוה (משניהן), אבל אם לא נתברר כן בעדים, מחזיקים להו כלוה ולוה וקנה, דקי"ל דיחלוקו, ואם קדם השני וגבה, זכה. ואם קדם המאוחר וגבה מעות, אין מוציאים מידו, שהרי מטבע אין בו סימן שיוכלו העדים להעיד על אלו המעות שראו אותם עצמם ביד הלוה, והיו להו כמו לוה ולוה באגב וקנה וחזר וקנה, שזכה התופס בין אם הוא ראשון או אחרון. ואם אפשר הדבר להתברר בעדים, זכה הראשון; והכל לפי ראות עיני הדיין:

סעיף ו

דין לוה ולוה וקנה ב'דאיקני' (וכן לוה וקנה ולוה שלא ב'דאיקני')

לשון הגמרא בב"ב קנז:

לוה ולוה וחזר וקנה, מהו? לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד? אמר רב נחמן: הא מילתא איבעיא לן, ושלחו מתם: ראשון קנה. רב הונא אמר: יחלוקו. וכן תני רבה בר אבוא: יחלוקו. אמר רבינא, מהזורא קמא דרב אשי אמר לן: ראשון קנה, מהזורא בתרא דרב אשי אמר לן: יחלוקו. והלכתא: יחלוקו.

הגמרא שם מדברת במקרה שעשו המלווים שעבוד דאקני [כך מבואר מתחילת הסוגיא], ומסתפקת מה הדין כשהלוו שנים ללוה אחד בזה אחר זה, ואח"כ קנה הלווה נכס, האם משתעבד לראשון או לשני, והגיע הגמרא למסקנה שיחלוק²⁷⁹.

וכתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כ הלכה א שבמקרה הזה אם קדם אחד וגבה, גבייתו גביה. **וכתב המ"מ** שדין זה לא מוזכר בגמרא, אך כתב שנראה שטעמו של הרמב"ם שרק במקום יש לאחד שעבוד יותר מחבירו אז אין גבייתו וגבייה, ולא כששויים בשעבודם, שרק בזה אמרה הגמ' שבעל חוב מאוחר שגבה גבייתו גביה.

ודייק המגיד משנה שאף הרי"ף סובר כן ממה שכתב בכתובות מה: שבע"ח קודם לכתובת אשה במקום ששניהם שוים בזמן, ואם היה סובר הרי"ף שיש לכל בע"ח קנין בחצי הנכסים לא היה שייך לומר כן והיו צריכים לחלוק.

אף הרא"ש²⁸⁰ הביא כן מדברי הרמב"ן אך המעיין בחידושי הרמב"ן²⁸¹ יראה שהרמב"ן עצמו השיג על דין זה וכתב שנראה לו שהואיל ושעבודא דאוריתא, נראה שאף אם גבה מוציאים מידו וחולקים. **ובסעיף ח נביא שאף הראב"ד** השיג על הרמב"ם בזה לענין ב' שטרות היוצאים ביום אחד שדינם שיחלוקו וכתב הרמב"ם שמה שגבה שגבה, ולכאורה הוא הדין שיחלוק אף כאן.

עוד הביא הרא"ש שרבינו יונה כתב שדוקא אם גבה בב"ד מה שגבה גבה, וכגון שלא ידעו שיש בע"ח מוקדם יותר, אבל אם גבה בעצמו אפילו בשומא מוציאים ממנו.

והביא רמב"ם לזה מהגמרא בב"מ טו. שכותבת שבעל חוב שבה לגבות מן הלוקח, גובה חצי מן השבח ושם מבואר שהואיל והמוכר התחייב באחריות לקונה, נעשו בע"ח והלוקח כשני מלווים שהלוו ואח"כ הגיע הנכס ולכן חולקים, ולכאורה היה צריך לומר שהואיל והלוקח כבר תפוס בשבח שיגבה את הכל, אלא מכאן מוכח שהואיל והגביה לא הייתה מכח ב"ד, מה שגבה אינו גבוי.

הרא"ש כתב שנראים דבריו בקרקע אבל לא במטלטלין.

הב"י הביא שרבינו ירוחם²⁸² כתב בשם הרמ"ה שבכל ענין מה שגבה גבה, וכתב הב"י שכן נראה פשט דברי הרי"ף והרמב"ם שלא חילקו בזה.

וכתב הב"י שהואיל וכל אותם ראשונים²⁸³ עומדים בשיטה זו הלכה כמותם.

²⁷⁸ יש להעיר שזו שיטת הסמ"ע אך הס"ק בס"ק טו נביאו לקמן סובר שבלוה וקנה ולוה יחלוקו, אך לכאורה שאילה זו שייכת אף לגבוי שהרי אף בזה אם תפס תפס כדן נכסים שהגיעו לאחר שניהם.

²⁷⁹ וביאר רשב"ם שכל אחד יחלוק לפי מעותיו, ובסעיף י נתייחס לזה אם חולקים לפי מעות או שוה בשוה, שודעת רוב הראשונים שלא כרשב"ם אלא שחולקים בשוה ממש.

²⁸⁰ כתובות פרק ט סוף סימן יא.

²⁸¹ כתובות פו. ד"ה לבעל.

²⁸² נתיב ו ח"א כב עמוד ד.

²⁸³ הב"י כתב שם מדברי הרמב"ן שהובא ברא"ש משמע שלא מחלק בזה, אך כבר ציינו למעלה שהרמב"ן עצמו סובר שלעולם אף אם גבה צריך להחזיר, עוד כתב הב"י שהמגיד משנה כתב שאף הרשב"א מודה לרמב"ם וא"כ אף הוא

וכתב שזה כנגד דברי הנימוק²⁸⁴ שכתב שאם תפס יותר מחצי יש להוציא מידו. **הש"ך (יד) כתב שודאי דברי הנימוק נכונים** ולעולם לא מועילה תפיסה בקרקע ואף החולקים על רבינו יונה מודים לזה אלא שהם סוברים שאם הלוח הגבה לאחד מהם אין מוציאים מידו, וחייבים לבאר כן בדעת החולקים שהרי רבינו יונה הביא ראיה חזקה מכך שבע"ח ולוקח חולקים בשבח וכפי שהבאנו לעיל, ועל כרחק שהם סוברים שהואיל ושם לא הגבהו הלוח, אז לא מועילה לו תפיסה.

[רע"א ציין שגם הב"י עצמו פסק באהע"ז סימן קב סעיף ג שתפיסה לא מועילה בקרקע.] **הקצות (י) בתחילה השיג על הש"ך** וכתב שהש"ך לא תירץ את הראיה מבעל חוב ושבח, מפני שאף אם נאמר כדבריו שיש לחלק בין תפיסה ללא רשות הלוח לתפיסה ברשות הלוח, הרי במקרה של לוקח ודאי הוא תפוס מרשות הלוח שהרי מבואר שם שאנו אומרים שנעשה המוכר כקונה את כל השבח וכמוכרו בחזרה ללוקח²⁸⁵.

עוד כתב הקצות שרואים מרבינו יונה שלא סבר כן שהיה לו לפרש שתפיסה ע"י הלוח מועילה. **וכתב הקצות שנראה שהחולקים על רבינו יונה סוברים**²⁸⁶ שאין הלוקח נחשב כלל כמוחזק בשבח, מפני שהמלוה יכול לגבות את הקרקע בעל כרחו במידה והוא אומר שהוא מוכן לקבל את הקרקע בעבור כל חובו בלי שומת ב"ד כמבואר בסימן קיד ויכול לסלקו בדמים בלבד, אך כתב הקצות שאף המלוה אינו מוגדר כתפוס, ושם חילק שלעניין יתומים שטוענים שהקרקע השביחה אצלם, אנו מגדירים את בעל הקרקע כמוחזק בשבח, ואין בטענתם להוציא ממחזקתו, אך כאן שאין ספק במציאות וידוע שיש ללוקח ולמלוה שעבוד בשוה, אין להגדיר את המלוה כתפוס ממש, בכדי ליטול את כל השבח²⁸⁷. **הנתיבות כתב (ו) שלא הבין דברי הקצות וכתב** ואחת מטענותיו היא שהמלוה יכול לסלק את הלוקח מהקרקע רק אם טוען שהקרקע שווה לו יותר מחובו, וטענה זו אינה יכולה להאמר ביחס לשבח. [יותר מזה לא הבנתי ועוד חזון למועד].

לסיכום:

נפסק בגמרא שהמשעבד נכסיו ב'דאיקני' ולאחר שלוח משניהם קנה קרקע, הם חולקים בשוה בקרקע. **הרמב"ם והרי"ף** פסקו שאם קדם וגבה אחד מהם את הכל אין מוציאים מידו. **רבינו יונה הגביל זאת** דווקא במקרה שהגבוהו ב"ד. **הרא"ש** קיבל את חילוקו לגבי קרקע אך לא לגבי מטלטלים. **השו"ע הכריע ע"פ סתימת הפוסקים** שלעולם אין מוציאים מידו. **הש"ך השיג על השו"ע וכתב** שכולם מודים שתפיסה לא מועילה, וכל המחלוקת בין רבינו יונה לשאר ראשונים זה במקרה שהלוח עצמו הגבה לבעל חוב. (הקצות יישב את השגתו והנתיבות השיג על דבריו.)

מה הדין כששני המלווים לא עשו 'דאיקני' וקנה הלוח נכסים בין ב' ההלוואות?

כתב הסמ"ע (יט) שאם לא עשו המלווים 'דאיקני' וקנה הלוח נכסים בין ההלוואה הראשונה לשניה, גובה המלוה השני לבדו, הואיל והקרקע נשתעבדה רק לשני שבשעה שהלוח כבר הקרקע הייתה קיימת. **והש"ך (יג) הביא שהגידולי תרומה**²⁸⁸ **סבר שלשיטת רב האי והרשב"א** שנביא לקמן שמלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר, א"כ הוא הדין שהראשון קודם, אך לשיטת הרי"ף שתמיד מלוה בשטר קודם, אז גם כאן השני קודם, הואיל ורק השני יכול לגבות מלקוחות, מפני שכשלוה כבר נשתעבדה לו הקרקע. **והש"ך הכריע** שהדין הוא שיחלוקו, ובס"ק טו ביאר שרב האי דיבר דווקא בנכסים שכבר קיימים ונשתעבדו לו, אבל כאן שבשעה שהלוח לא היו נכסים, אין לאף אחד קדימה על חבירו ויחלוקו. **הקצות (ט) כתב שהעיקר כדעת הסמ"ע** וביאר שלא ראשון לא נשתעבדו כלל הנכסים וכל החיוב לשלם הינו מדין פריעת בעל חוב מצווה, וודאי שקודם זה שנשתעבדו נכסיו, וכתב שדין זה פשוט לשיטת הרי"ף שסובר שמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם וכפי שהביא הגידולי תרומה, אך כתב שאף רב האי שסובר שמלוה ע"פ מוקדם קודם, יודה כאן שהרי כל טענתו היא מפני שמדאורייתא משתעבד, אלא שביטלו חכמים את שעבודו לגבי הלקוחות, אך לא ביטלו שעבודו לגבי הלוח עצמו, אבל נכסים שלא היו בשעת ההלוואה ודאי שלא נשתעבדו. **אך הביא שהתומים (ז) חלק וסבר** שמהתורה משתעבדים נכסים גם שלא נמצאים בשעת ההלוואה והביא ראיה לדבריו מתוספות בבכורות (מט: ד"ה ודידה, בתירוץ האחרון) שכתב כן לגבי פדיון הבן. **והקצות דחה את ראייתו וכתב** שרק במלוה הכתובה בתורה כגון פדיון הבן שייך לומר שנשתעבדו נכסים עתידיים מפני שהתורה מחייבת חיוב חדש בכל רגע, ואין זה שייך להלוואה.

סובר כך, והעירו בהגהות והערות (לה) שבשטמ"ק פו. ד"ה אבל מובאים דברי הרשב"א ומשמע ממנו שרק אם ב"ד הגבוהו מה שגבה גבה.

²⁸⁴ ב"ב עד. ד"ה גמרא.

²⁸⁵ ונראה שיש לדחות בפשטות שכאן הלוח לא הקנה לו בתורת גביה על חוב האחריות, אלא מכר לו את הקרקע, אך עדיין השעבוד מתחלק בין שניהם, ורק במקום שהלוח בא לפרוע חובו מקרקע זו, אז מועילה גבייתו ודוק.

²⁸⁶ יש לציין שהקצות לא מתרץ לשיטתם את קושיית הש"ך שסוף כל סוף תפיסה אינה מועילה בקרקע, ועיין לקמן בסעיף ח שהקצות הכריע כדעת רבינו יונה שלא מועילה תפיסה בקרקע, שומא אף כאן לא בא הקצות לצדד כדעתם אלא לתרץ את קושיית הש"ך הספיצפית ודוק וצ"ע.

²⁸⁷ כך הבנתי מדברי הקצות ואביא כאן את לשון הקצות למעייין:

אלא כיון דעכשיו אכתי אין המלוה מוחזק ואין זה מחמת ספק דנימא ביה ארעא לוגביינא קיימא כההיא דיתומים אומרים אנו השבחנו דהוי המלוה מוחזק משום דהוי מלתא דספיקא, אבל זה לאו מלתא דספיקא מש"ה אין המלוה נוטל רק חצי שבח כיון דלאו תפוס הוא והלוקח נוטל חצי ולא מצי תפיס לכולה שבח כיון דצריך לחזור הקרקע ואינו נוטל אלא דמי חצי שבח ודו"ק.

²⁸⁸ שער מג חלק ד אות י.

[ולפי מה שהבאנו בשם התומים שמהתורה משתעבדים נכסים גם שלא נמצאים בשעת ההלוואה היה צריך להיות הדין שהראשון יגבה הכל הואיל וקדם שעבודו, וכפי שכתב הגידולי תרומה, אך להלכה באורים (כ) הסיק כדברי הסמ"ע שהשני גובה הכל (ונראה לי שבתומים שם הסיק שלרוב השיטות כל עניין דאיקני הוא מדרבנן, ובאמת אם לא שעבד 'דאיקני' אין לו שעבוד כלל²⁸⁹).

לשון השר"ע:

הא דבמקרקעי שייך קדימה, דוקא כשהיו בידו קודם שלוה. אבל אם קנאם אחר שלוה מבעלי חוב הרבה, אף על פי ששעבד לכל אחד מהם מה שעתיד לקנות, אין בהם דין קדימה, אלא כולם שוים, וכל הקודם וגבה זכה, אפילו הוא אחרון:

סעיף ז

לוה וקנה ולוה ב'דאיקני', וכן לוה ב'דאיקני' ולוה שלא ב'דאיקני' וקנה.

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק כ הלכה ב שאם לוה אדם מחבירו ושעבד לו נכסים שעתיד לקנות ('דאיקני') ואח"כ קנה שדה ואח"כ לוה מאחר, השדה משועבד לראשון והוא קודם לגבות. וכן אפילו היו מאה.

כתב המגיד משנה שדין זה פשוט שמבואר בגמרא ב"ב קנז: שהזכרנו בסעיף הקודם, שהסתפקה הגמרא דווקא במקרה שלוה וקנה, אך אם לוה וקנה ולוה, ודאי שקדם שעבודו של הראשון.

לשון השר"ע:

לוה וכתב לו: מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, ואח"כ קנה שדה וחזר ולוה מאחר, השדה משועבד לראשון, והוא קודם לגבות; וכן אפילו היו מאה.

מה הדין כשלוה מאחד ב'דאיקני' ומאחד שלא ב'דאיקני' וקנה?

כתב בבדק הבית שהיה מקום לדייק מדברי הרמב"ם שדווקא כשקנה קודם שלוה מהשני, קדם הראשון, אך אם קנה לאחר שלוה מהשני, אין הראשון קודם אפילו אם השתעבד הלוה לראשון בשעבוד 'דאיקני' ולשני לא השתעבד בשעבוד דאיקני. **וכתב בבדק הבית שאכן כך למד בצרור הכסף²⁹⁰.**

אך כתב הב"י שמדברי הרא"ש²⁹¹ עולה שאף באופן הזה, קודם מי שכתוב לו שעבוד 'דאיקני', והביא שכן **פסק התרומות²⁹²**, וכתב שלכן נראה לומר שאף הרמב"ם לא חולק בזה, שאין דרכו של התרומות לפסוק כנגד הרמב"ם מבלי להזכיר שהוא חולק בזה, וצריך לומר שהתרומות סבר שהרמב"ם נתן דוגמא אחת, אך אין הכי נמי שאף באופן הזה מי שכתוב לו 'דאיקני' קודם, **וכתב שכך יש לפסוק להלכה, וכן הסכים הב"ח.**

אך הש"ך (טו) האריך להוכיח שהעיקר הוא כדעת הצרור הכסף והסברא היא שכל עוד הנכס ביד הלוה, שווה שעבודם ואין נ"מ אם שעבדו בדאיקני או לא, ורק לענין לקוחות יש נ"מ בזה, וכתב הש"ך שגם הרא"ש לא חולק בזה, שהרא"ש שם דיבר לגבי נכסים שנמצאים ביד הלוקח שהגמרא אומרת שהבע"ח והלוקח חולקים בשבח מפני שלשניהן נשתעבד השבח, זה בעבור חובו וזה מכח האחריות, וכתב הרא"ש שאם באחריות של הלוקח לא כתוב 'דאיקני' נוטל הב"ח בכל השבח, ורק בזה כתב הרא"ש שמי שיש לו שעבוד 'דאיקני' קודם הואיל והשבח אינו ביד הלוה.

וכתב שכן מוכח מדברי רבינו ירוחם שכתב בנתיב ו חלק ח שכתב במפורש שאם כתב לראשון 'דאיקני' ולשני לא כתב 'דאיקני' וקנה שחולקים שניהם, ולענין בעל חוב ולוקח בשבח כתב שאם לא כתב ללוקח דאיקני, גובה הבעל חוב לבד.

[**מדברי הש"ך עולה** שסבר שהלוקח נחשב כגובה את השבח מן המשועבדים ולכן צריך 'דאיקני'.

וכתב הקצות (יא) שהתומים (ז) מייאן בדברי הש"ך וכתב שאין הדעת נותנת שאם היה ביד הלוה היה הלוקח נוטל ועכשיו שהוא בידו לא יטול²⁹³]

וכתב הש"ך שגם בתרומות לא מצא שחולק בזה ולבסוף ציין שמצא את התרומות בשער מג חלק ד סימן יא ושם משמע שמדבר בגביה מן המשועבדים הואיל ונקט בלשונו 'וטרף'.

²⁸⁹ ולא זכיתי לעיין בדבריו לעומק כי ארוכים הם.

²⁹⁰ לרבינו חיים ב"ר שמואל מעיר טודילה תלמיד הרשב"א ורבינו פרץ דרך א שער ז אות ד.

²⁹¹ ב"מ פרק א סימן לט.

²⁹² שער מג חלק ד סימן יא.

²⁹³ ונראה שנחלקו הש"ך וב"ה אם מה שגובה הלוקח מן השבח נחשב כגבייה 'מיניה' או כגבייה ממשועבדים, שדעת הבדק הבית שהואיל וגובה מן השבח שבידו לא גרע גבייה זו מגבייה מן הלוקח עצמו, ולכן יש ראייה מן הרא"ש שאף בזה מי שיש לו 'דאיקני' קודם, והש"ך סבר שהלוקח נחשב כגובה מן המשועבדים, וכבר נחלקו בזה הסמ"ע והש"ך בסימן קטו שם כתב הסמ"ע בס"ק ג שאין צורך להקנות ללוקח את השבח בדאיקני ונימק זאת בזה הלשון:

ואין לומר כיון דאמרינן בהשבח כאילו קנאו הלוה מהלוקח א"כ הו"ל דינו כלוה ולוה וקנה וכתב להראשון דאיקני ולא להשני דקנאו הראשון ולא השני, דשאני הכא דהקנית השבח מהלוקח והמכירה לו נעשה הכל בפעם אחת אחר שהשביחה ביד הלוקח, ומשום הכי לא נזכר בשום פוסק ומחבר דצריך הלוקח כתיבת דאיקני, דמצידו לא גרע מאילו לוה ממנו לחוד וקנה ועדיין הוא ביד הלוה ודוק.

והש"ך שם בס"ק א השיג עליו בזה וסבר שודאי אין הלוקח קונה בשבח בלא שכתוב 'דאיקני' לשיטתו שזה נחשב כגבייה מן המשועבדים, ודוק. [יש להעיר שמלשון הרא"ש בב"מ א לט נראה מפורש כרא"ש וכן בד"מ שם ובע"ה נתייחס לזה בסימן קטו ועוד חזון למועד].

ומה שכתב התומים שלא מסתבר שכאשר השבח נמצא ביד הלוקח יגרע כוחו ויחשב כמשועבדים כבר העיר באולם המשפט שבעין זה מצאנו בסימן רעח סעיף ז לענין בכור ואין בידי לעיין בדין זה כרגע.

וכתב הש"ך שיתכן שאף החולקים עליו (בדק הבית, ב"ח) יודו שאם לא כתב לראשון 'דאקני' ולשני כתב 'דאקני' שאין השני קודם, הואיל וקדם חובו של הראשון.

הקצות (ט) הסכים עם הבדק הבית והב"ח וכתב שודאי שמי שיש לו שעבוד דאקני קודם, מפני שיש לו שעבוד נכסים, ואילו לשני אין שעבוד נכסים כלל, כי אם חובה לפרוע מדין מצווה וכפי שהבאנו בשמו בסעיף הקודם.

וכן ציינו בסעיף הקודם שהתומים (ז) כתב שמן התורה משתעבדים גם נכסים שיבואו לאחר ההלוואה, ולפי זה צריך להיות הדין כדעת הש"ך שהדין הוא שיחלוקו והואיל ונשתעבד החפץ לשניהם באותו הזמן, אך כפי שצינו לעיל התומים לא קיבל את דברי הש"ך לברר מדוע מה שכתב הרא"ש לעניין בעל חוב ולוקח בשבח, שאם לא כתוב ללוקח דאקני אינו גובה כלל, אינו שייך לכאן מפני שהשבח אינו ביד הלוח, והאריך לתרץ זאת ובסופו של דבר ביאר שבלוקח הדין שונה, הואיל ולא נשתעבד לו הלוח אלא משעת טריפת הבעל חוב אלא ששעבד נכסיו כבר משעת המכירה, ולכן אם לא כתוב 'דאקני' אז לא נשתעבד לו משעת המכירה, וקדם שעבודו של הבעל חוב.

והקצות האריך להשיג עליו וכתב שלא שייך לומר כלל שישתעבדו הנכסים ללא שעבוד הגוף.

יש לציין שהתומים להלכה הסיק שלא כש"ך ושזה שכתוב לו 'דאקני' גובה את הכל, וכתב שאמנם צרור הכסף ורבינו ירוחם סוברים כש"ך אך רוב ראשונים אינם סוברים כן (ונראה מדבריו שסוברים כנגד מה שכתב קודם שמן התורה משתעבדים גם נכסים שיבואו לאחר ההלוואה, אלא שכל דאיקני הינו דרבנן, עיי"ש)²⁹⁴

לסיכום:

דעת צרור הכסף רבינו ירוחם והש"ך שאם לוח ולוח וקנה ולאחד כתוב 'דאקני' ולשני לא כתוב, שחולקים. **דעת ב"י ב"ח וקצות ותומים** שמי שכתוב לו דאקני גובה את הכל.

והש"ך כתב שיתכן שאף הב"י והב"ח יודו שאם לראשון לא כתוב 'דאקני' ולשני כתוב, שיחלוקו.

[יש להעיר שמסברות הקצות והתומים שסברו שהסיבה שמי שכתוב לו 'דאיקני' קודם הוא משום ששיעבודו מן התורה, נראה שאין לחלק בדבר.]

סעיף ח

דיני קדימה בבעלי חוב שזמנם שווה

המשנה בכתובות צג: כותבת בעניין אדם שהיו לו ב' נשים ובאות לגבות כתובה:

היו כולן יוצאות בשעה אחת, ואין שם אלא מנה - חולקות בשוה. וכך היו כותבין בירושלים

שעות. היו כולן יוצאות בשעה אחת, ואין שם אלא מנה - חולקות בשוה.

לשון הגמרא בדף צד.

אתמר: ב' שטרות היוצאים ביום אחד, רב אמר: חולקין, ושמואל אמר: שווא דזייני. לימא, רב

דאמר כ"מ, דאמר: עדי חתימה כרתי, ושמואל דאמר כרבי אלעזר, דאמר: עדי מסירה כרתי! לא,

דכולי עלמא כרבי אלעזר, והכא בהא קמיפלגי, רב סבר: חלוקה עדיפא, ושמואל סבר: שווא דזייני

עדיפא.

כלומר במשנה מפורש ששטר הכתוב על אותה שעה במקום שכותבים שעות, חולקות הנשים בשווה.

לעומת זאת הגמרא מביאה שנחלקו רב ושמואל מה הדין במקרה שיש שתי שטרות הכתובים על אותו יום שלדעת רב חולקים ולדעת שמואל הדבר תלוי בישווא דדינא [ראות עיני הדיינים].

ובתחילה רצתה הגמ' לתלות מחלוקת זו בשאילה האם הדגש הוא בכתיבה או במסירה **וביאר רש"י** שאם נאמר שהשטר תלוי בכתיבה אז כבר גילה דעתו המלוה שאין לתת עדיפות לאחד יותר מחבירו ולכן יחלוקו, ואם הדבר תלוי במסירה, אז על ב"ד לשער למי נתן הלוח את השטר קודם.

ולבסוף הסיקה הגמ' שכולם מודים שהדבר תלוי במסירה, אלא שנחלקו כיצד עדיף לפטור את הספק לגבי המסירה, האם ע"י חלוקה או לפי ראות עיני הדיינים.

ונחלקו הראשונים מהו היחס בין דברי המשנה שמשמע שחולקים לבין דעת שמואל שאומר שהולכים לפי

ראות עיני הדיין.

הרי"ף²⁹⁵ **כתב** ששמואל דיבר דווקא בשטרות מכר או מתנה ובזה הולכים לפי ראות עיני הדיין, ואילו

המשנה דיברה בשטר הלואה ובזה הדין הוא שיחלוקו.

הרי"ן²⁹⁶ **בתחילה כתב** שאין ראיה מן המשנה והיה מקום לומר שהמשנה דיברה במקום שאין ספק שהיה

הכל בזמן אחד, ואילו שמואל דיבר במקום שיש ספק, והביא הרי"ן שכן משמע בירושלמי שהקשו על

שמואל מן המשנה ותירצו 'לאו שוחדא דדינא את אמרת', והרי"ן הביין שכוונת הירושלמי לומר ששמואל

דיבר במקום שיש ספק וכפי שכתב, והשיג על הרי"ף שהבין שהירושלמי הסיק ששמואל חולק על המשנה.

אך למסקנה כתב הרי"ן שדינו של הרי"ף נכון הואיל ובהלוואה כל עוד לא מוכח בשטר מהו זמנו לא ניתן

לגבות מן המשועבדים, ולכן כל השטרות חלים בסוף היום, ואע"פ שקודם הם נחשבים כמלוה ע"פ, אין דין

קדימה במלוה ע"פ.

²⁹⁴ ולא זכיתי לעיין בדבריו לעומק כי ארוכים הם.

²⁹⁵ כתובות נג:

²⁹⁶ כתובות נג: בסופו.

והביא הר"ן שהר"ח והעיטור סוברים שהלכה כשמואל אף בהלוואות, ובעיטור²⁹⁷ מבואר שסבר שהמשנה הינה דעת ר"מ שעדי חתימה כרתי ולכן יחלוקו, אבל להלכה שהמסירה כורתת הדין הוא שהולכים לפי עיני הדיין.

הרא"ש²⁹⁸ והרמב"ם²⁹⁹ פסקו כר"ף שבשטרות הלוואה כל שקדם מהם וגבה זכה. השו"ע פסק כדעת הר"ף שאם יש לשני מלוים שטרי הלוואה עם אותו יום, הדין הוא שיחלוקו. הש"ך (יז) התקשה כיצד הכריע הש"ך כדעת הר"ף והרי הר"ן ביאר שכל הטעם בדין זה הוא מפני שהשעבוד חל רק בסוף היום, וכל עוד לא חל השעבוד אין דין קדימה ככל מלוה ע"פ, והרי השו"ע הכריע בסעיף יג שיש דין קדימה במלוה ע"פ, וא"כ אף כאן היה צריך לומר שהקודם למלוה קודם אף אם שתי השטרות נכתבו באותו יום?

הקצות (יג) כתב שאין זה קשה שמלבד טעמו של הר"ן, הובא בתוס' שם בד"ה 'לימא' טעם נוסף בשם ר"ת, והוא שהואיל ויתכן שזכו שניהם בבת אחת אנו תולים שכך היה משום נעילת דלת, ובכתובה משום חינא.

עוד הוסיף הקצות טעם נוסף ע"פ דברי הר"ן בכתובת מד: שכתב שלענין הלוואה לא שייך להכריע ע"פ שומא דדייני, הואיל ואדם עשוי להלוות גם למי שאינו אוהבו, ולכן ניתן לומר שזו הסיבה שאנו אומרים יחלוקו, ולא פוסקים ע"פ שודא, וכתב שהסיבה שר"ת נצרך לטעם אחר הוא מפני שהוא סבר ש'שודא' הינו הכרעה לפי רצון הדיין, אבל לסוברים שהכרעה היא לפי אומדנא, אז פשוט שבהלוואה לא שייכת אומדנא ז.

לכאורה יש נ"מ בין טעמו של הר"ן לטעמים שהביא הקצות, שלפי הר"ן אף אם ידוע בוודאות שאחד קיבל את השטר קודם, עדיין לא שייך דין קדימה, ולפי טעמי הקצות במקום שידוע מי קיבל קודם, הוא קודם לגביה, ודוק.

ר' עקיבא איגר הביא נ"מ נוספת שלשיטת הר"ן אם הלוו בקנין והיה קול, אז ודאי חל השעבוד וא"כ יש ללכת אחר 'שודא' ולפי ר"ת אף בזה יחלוקו משום נעילת דלת]

כתב הרמב"ם בפרק כ הלכה כ שאף שהדין הוא שיחלוקו, אם קדם אחד וגבה גבייתו גביה וזו לשיטתו שהבאנו לעיל בסעיף ו בעניין לוח וקנה שכל הקודם לגבות זכה.

והראב"ד השיג על דבריו וכתב: "מאין הוציא זה דין חדש לומר כל הקודם זכה במה שאמרו חכמים יחלוקו ולא לשתמיט תנא בחד דוכתא ולימא יחלוקו או כל הקודם זכה ואין לנו אלא מה שמנו חכמים וחוץ מזה משפט מעוקל".

לשון השו"ע:

היו עליו בעלי חובות הרבה, כולם ביום אחד או בשעה אחת, במקום שכותבין שעות, אין בהם דין קדימה, וכל הקודם לגבות זכה, בין מקרקעי בין מטלטלי:

מה הדין כשאין קדימה בין המלוים ומת הלוה ואחד המלוים הוא יורשו?

הקצות (יב) הביא מחלוקת אחרונים במקרה שמת הלוה ואחד מבעלי חוב הוא גם יורש. המהרשד"ם³⁰⁰ פסק שהיורש נחשב כמוחזק מוחזק ולכן אין המלוה האחר יכול להוציא מידו. והמהרי"ט³⁰¹ חולק וסובר שנשאר הדין שיחלוקו.

הקצות הכריע כדעת המהרי"ט שנשאר הדין שיחלוקו וזאת ע"פ תפיסתו שהבאנו בסעיף ו שאף לוקח שמוחזק בקרקע אינו נחשב כמוחזק והוא הדין ביורש ולכן יחלוקו.³⁰² [דין זה רלוונטי לכאן וכן לסעיף ו בעניין לוח ולוח וקנה שהדין הוא שיחלוקו, ועיין במהרשד"ם שדן ב' המקרים שם].

[עיין בפת"ש (ח) שביא ת' עמודי אור סימן קד שדן בדבר שני אנשים, אחד הלוה ואחד הפקיד ונאנס החפץ מי קודם לגביה, והסיק להלכה שהמלוה קודם, ועיקר הסוגיא קשורה לדין אונס בפקדון בסימן שמא ט' ד]

סעיף ט

בי"ד או הלוה שמכרו קרקע לפרוע למלוה, אם יכולים בע"ח אחרים לחזור ולהפרע מן הלוקח?

לשון השו"ע:

אם בית דין מכרו קרקע של זה להגבות לבעל חוב מוקדם, אין בעל חוב מאוחר יכול לטרוף. אבל אם הלוה מכרו כדי לפרוע לבעל חוב מוקדם, בעל חוב מאוחר טורף מהלוקח:

²⁹⁷ מאמר י שטרות היוצאים דף לד עמוד א.

²⁹⁸ כתובות פרק י סימן יג.

²⁹⁹ מלוה ולוח כ, ג.

³⁰⁰ אבן העזר סימן קמג.

³⁰¹ חו"מ סימן י.

³⁰² אך שם ביסס בעיקר את טענתו שלא מועילה תפיסה בקרקע, ואם נתפוס יסוד זה כפשוטו אז לא מובן מדוע כאשר גבה אחד מהם מה שגבה גבה והרי אין תפיסה בקרקע, ונראה שיש לחלק ביו מושג של תפיסה שאינה מועילה לבין גביה מפורש לצורך החוב שמועילה, אך על פי זה היה ניתן לדחות את ראית הקצות כנגד הש"ך שהבאנו לעיל שסבר שיש לחלק בין תפיסה לבין גביה ע"י הלוה וכתב הקצות שאף בלוקח ובע"ח, תפס הלוקח מכח הלוה ומדוע שלא יגבה מהכל, ולפי דרכינו מבואר שאין זה בכלל גביה שהלוה לא הביא לו בתורת גביית חובו וכבר כתבנו זאת בהערה 285.

מקור דין זה מהב"י בשם ת' הרשב"א³⁰³ ושם ביאר הרשב"א שאם ביי"ד גבו זה נחשב כאילו שעבודו של הבעל חוב הראשון עדיין נמצא על קרקע זה ולכן אין יכולים בע"ח אחרים לגבות ממנו. **ומעין זה כתב הסמ"ע (כה).**

אם הלוח מוכר בעבור חובו, האם יכול המלוה שבשבילו נמכר הקרקע לחזור ולגבות חובו?

הפת"ש (ט) הביא שנחלקו האחרונים האם במקרה שהלוח מוכר את הקרקע בשביל לפרוע לבעח חובו, יכול אותו בעל חוב לחזור ולטרוף את הקרקע מהלוקח בעבור שאר חובו.
דעת השבות יעקב ח"א סימן קנג שאינו יכול ודייק כן מלשון השו"ע שדווקא 'בעל חוב מאוחר טורף מהלוקח' אך לא הוא בעצמו.
והתומים (ט) חלק וסבר שאף הוא יכול לגבות בעבור חובו, שהרי טעם הרשב"א הוא מפני שאם הלוח הגבהו זה נחשב כאילו הנכסים נמצאים ביד הלוח וכפי שהביא הסמ"ע (סי"ק כה), וכשם שמהלוח עצמו יכול לגבות פעמיים הוא הדין כאן. **והובא בתומים ובפת"ש שכן סברו הצמח צדק**³⁰⁴ **ועבודת הגרשוני**³⁰⁵.

סעיף י

כיצד גובים כמה בעלי חוב ששיעבודם שוה?

לשון המשנה בכתובות צג.

מי שהיה נשוי שלש נשים ומת, כתובתה של זו מנה ושל זו מאתים ושל זו שלש מאות, ואין שם אלא מנה - חולקין בשוה. היו שם מאתים, של מנה - נוטלת חמישים, של מאתים ושל שלש מאות - שלשה שלשה של זהב. היו שם שלש מאות, של מנה - נוטלת חמישים, ושל מאתים - מנה, ושל שלש מאות - ששה של זהב. וכן ג' שהטילו לכיס, פחתו או הותירו כן הן חולקין.
כתב רש"י שמדובר שבאופן ששטר כתובתם הוא על אותו יום, שאם לא כן הראשונה קודמת לחברתה. ובגמרא שם:

הגמרא מקשה שלא מגיע לבעלת המנה אלא שלוש ושליש בכל המקרים. **ופרש"י** שאין לה שום זכות אלא במנה, וצריכה לקבל חלקה בזה ולא יותר. וכנראה שהגמרא נשארת ביסוד הזה לפי התנא של המשנה, אלא שמביאה אוקימתות שונות מדוע במקרה של המשנה מגיע לאשה יותר.
ובהמשך מביאה הגמ' ברייתא שאומרת שמשנה זו היא **דעת ר' נתן**, **אך רבי חולק** ואומר שחולקות בשוה. **ונקטו הפוסקים שהלכה כרבי שחולקות בשוה**, אך נחלקו הראשונים בהבנת דברי רבי:
הרי"ף³⁰⁶ **הרא"ש**³⁰⁷ **הרמב"ם**³⁰⁸ שחולקות בשוה ממש, וכן נשמע מרש"י שביאר שהואיל ובאותו מנה שעבודם שוה הדין הוא שיחלקו בשוה.

אך תוספות בד"ה 'רבי הביאו את דעת ר"ח שסבר שחולקות לפי הזכויות שלהן, ומחלקים את מה שיש לששה חלקים, ובעלת המאה גובה חלק אחד, בעלת המאתים גובה שני חלקים, ובעלת שלוש המאות גובה שלושה חלקים וכו' על זו הדרך, וכתב שאם נאמר שחולקות בשוה ממש תהיה לוקה מידת הדין, שהרי יש אחת ששעבודה גדול מחברתה.

ובסעיף ו הבאנו בעניין אדם שלוה ולוה וקנה שפסקה שם הגמ' בב"ב קנז: שיחלקו **וביאר שם רשב"ם** **כדעת ר"ח** שחולקים לפי מעותיהם.

כתב המגיד משנה³⁰⁹ שהלכה כדעת הרי"ף והרמב"ם שחולקים בשוה שכך הסכימו מרבית האחרונים, **וכן פסק השו"ע** בכל המקרים בהם הדין שיחלקו כגון ששעבודם שוה, או בלוה לוה וקנה, או בגבית מטלטלים³¹⁰.

והסמ"ע (כה) דייק מלשון השו"ע שכדרך שחולקים במקום שאין ללווה מספיק לכולם, כך אם יש לו בינונית שאינה מספיקה לכולם, הם חולקים בה בשוה, וכן אח"כ בזיבורית.

כמה גובה מלוה אחד שיש לו כמה שטרות ביחס למלוים האחרים?

כתב הנתניבות (ח) בשם התומים (י) שאם לן מלוה אחד יש כמה שטרות על אותו לוה גובה לפי מספר השטרות אפילו נעשו על הלואה אחת, (שם הביא שכ"כ השי"ך בסימן נג סי"ק ב ודלא כתשובת ב"ח סימן לה). מפני שכל שטר יוצר שיעבוד אחר. אך כתב שבכתבי יד אין הדין כן, הואיל ואין בהם קנין של שיעבוד, ולכן חולק בשוה.

³⁰³ ח"א אלף וכ"ה, ח"ב סימן רכב ד"נה ומפרקינן.

³⁰⁴ סימן ד.

³⁰⁵ סימן קז.

³⁰⁶ כתובות נא.

³⁰⁷ כתובות פרק י סימן ט.

³⁰⁸ הלכות אישות יז, ח וכן סתם בהלכות מלוה ולוה כ, ד ושם הוסיף שיש מן הגאונים שהורו שחולקים לפי ממונם.

³⁰⁹ מלוה ולוה כ, ד.

³¹⁰ **הוכיח הסמ"ע (כו) מכאן** שאין דין קדימה במטלטלים אפילו לכתחילה, ולא רק לענין שאם גבה גבה, ובסעיף א בעמוד 70 בפיסקא 'האם שייך דין קדימה במטלטלים?' כתבנו שנראה שהשו"ע נסרח אחר לשון הרמב"ם והטור, אך דעתו שלכתחילה שייך דין קדימה כמבואר בסעיף א ו-ג ע"ש.

והתקשה שם התומים מדוע בכלל במטלטלים אנו אומרים שחולקים בשוה ולא לפי שווי הממון, והרי הואיל ולא שייך בהם שעבוד³¹¹ היה צריך להיות הדין כדעת ר"ח שיגבו לפי הממון. **וכתב ליישב בדוחק** שהמצוה חלה על הלוח בשוה, ולכן חולקים בשוה. **והעיר התיבות** שלפי זה צריך לומר שלענין מטלטלים אף אם יהיה לו כמה שטרות על אותה הלוחאה, לא יגבה אלא על פי שטר אחד, הואיל ויש כאן רק מצוה אחת. לשון השר"ע:

שטרות שזמן כולם יום א' או שעה אחת, במקום שכותבין שעות, ובאו כולם ביחד לגבות, וכן בעלי חובות שכל אחד מהם קודם לזמן חבירו שבאו לגבות מטלטלים, שהרי אין בהם דין קדימה, או שבאו לגבות מקרקע שקנה הלוח לאחר שלוח מהאחרון שבהם ואין בנכסים כדי שיגבה כל אחד מהם חובו, מחלקים ביניהם.

כיצד חולקים? אם כשיתחלק הממון הנמצא על מנינים יגיע לפחות שבהם כשיעור חובו, (או פחות, חולקים לפי מנינים בשוה. ואם יגיע לפחות שבהם יותר על חובו, חולקים מכל הממון ביניהם, כדי שיגיע לפחות שבהם כשיעור חובו). וחוזרים הנשארם מבעלי חובות, וחולקים היתר ביניהם בדרך הזאת. כיצד? היו שלשה חובות, של זה ק' ושל זה ק"ק ושל זה ש', אם היה כל הנמצא שם ש', נוטלים ק' ק'. וכן אם נמצא שם פחות מש', חולקים בשוה, נמצא שם יתר על ש', חולקים ש' בשוה, ויסתלק בעל הק'; ושאר הממון חולקים אותם השנים על אותו הדרך. כיצד? נמצאו שם ת"ק או פחות, חולקים ש' בשוה, ויסתלק הראשון, וחוזרים וחולקים הק"ק או הפחות, בשוה; ויסתלק השני; נמצא שם ת"ר, חולקים ש' בשוה, ויסתלק בעל המנה, וחוזרים וחולקים הק"ק בין השנים, ויסתלק בעל הק"ק, ונותנין הק' הנשארם לבעל הש', ונמצא בידו ש'. ועל דרך זו חולקים, אפילו הם מאה, כשיבואו לגבות כאחד:

סעיף יא

שהגובה צריך להישבע במקום שחב לאחרים

לשון השר"ע:

בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלוקו, או שזכה הראשון, הזוכה בנכסים ישבע תחלה שעדיין לא נפרע מחובו, ואפילו אם יש נאמנות בשטרו: דין זה מקורו בתרומות שער מג ח"ד סימן יד, והביא הב"י שכ, כ בת' מימוניות בספר משפטים סימן מא, ושכן כ"כ הרא"ש³¹² **והגר"א (כט) ציין כמקור את המשנה בכתובות צג: בדבר נשים עם זמני כתובות שונות שהראשונה נשבעת לשניה וכו'.**

סעיף יב

המוציא ב' שטרות שוים בזמנם ובסכומם האם גובה פעמים?

לשון השר"ע:

מי שהוציא ב' שטרי חובות על אחד שנעשו ביום אחד מסכום אחד, הרי זה גובה שניהם, ואין אומרים שניהם (נעשו) על הלואה אחת:

דין זה מקורו בתרומות שער סו ח"א סימנים דו-ה וכן כתב הטור.

וכתב הסמ"ע (ל) שאין זה דומה לדין של ב' שטרי מתנה שהשני ביטל את הראשון שכאן ב' ההלואות יכולות להיות אמת, **והשיג על הלבוש** שכתב שהטעם הוא מפני שיש חזקה שעדים לא חותמים על ב' חובות פעמיים, שחזקה זו לא שייכת במקום שעל כל שטר קיימים עדים אחרים.

וכתב הש"ך (יט) שבחינם השיג הסמ"ע על הלבוש, שכוונת הלבוש לומר שפשוט שאם יש עדים שונים שאיננו חוששים שאחד מהם העיד על שקר, אלא אף אם אותם עדים חתומים אין לחוש שראו את ההלואה ושכחו שכבר חתמו, שיש חזקה שאין עדים חותמים על שטר אחד פעמיים.

סעיף יג

מלוה בע"פ מוקדם ומלוה בשטר מאוחר, מי קודם, ואם יש קדימה בב' מלוה ע"פ

כבר הזכרנו כמה פעמים במהלך הסימנים שנחלקו רב האי והרי"ף מה הדין במקרה שמלוה ע"פ קודם למלוה בשטר:

שלדעת רב האי³¹³ בעל המלוה ע"פ גובה ראשון. **ולדעת הרי"ף**³¹⁴ בעל המלוה בשטר גובה ראשון.³¹⁵

³¹¹ כך הסיק התומים בסעיף א כדעת הרמב"ם שאין דין קדימה כלל וכבר הבאנו שם שנראה שדעת הרי"ף הרא"ש והשר"ע אינה כן ושכן כתב הגר"א ודוק.

³¹² בהגהות והערות ציינו לכתובות פ"ט סימן כב.

³¹³ תשובת גאוני מזרח ומערב סימן א.

³¹⁴ סימן קצז.

רב האי מבאר דבריו בתשובה שמכיון שגם למלוה ע"פ יש שיעבוד, כפי שמוכח מכך שגובים מיתומים, לכן לענין זה אינו שונה ממלוה בשטר.

הר"ן בכתובות מט: הביא שהרמב"ן³¹⁶ הכריע כדעת הר"ף מכמה ראיות. **והרשב"א דחאם** והכריע כרב האי (בתשובות המיוחסות לרמב"ן סימן כב ביאר שלשניהם יש נעילת דלת ולכן המוקדם גובה).

והר"ן הכריע שהעיקר הוא כדעת הר"ף והרמב"ן. [ובדעת הרמב"ד בזה יש עדויות סותרות, שהטור כתב בשמו כדעת הר"ף והב"י הביא מהתרומות בשמו כדעת רב האי.]

המגיד משנה בהלכות מלוה ולוה פרק כ הלכה א דייק שהרמב"ם לא חילק בין מלוה בשטר למלוה בע"פ לענין זה, ומשמע שסובר כרב האי.

ועפ"ז הכריע בבדק הבית כדעת רב האי, וכן סתם בשו"ע.

הגר"א (לג) השיג על דחיותיו של הרשב"א והכריע כדעת הר"ף מכח ראיותיו של הרמב"ן. **הש"ך (כ)** כתב שאין ראיה מהרמב"ם שסובר שמלוה ע"פ קודם, מכך שלא חילק בזה, מפני שברור בדברי הרמב"ם שדיבר דווקא בשטר שהרי כתב שטורף מלקוחות ואין מלוה ע"פ גובה מלקוחות³¹⁷ והביא שכ"כ המבי"ט³¹⁸ בשם החכם ר' אלעזר, ואף שהמבי"ט עצמו השיג עליו כתב שהשגתו תמוהה וכתב שכדעת הר"ף כתבו הרמב"ן והר"ן שהבאנו למעלה שסוברים כמותו, וכן דעת התרומות שכתב שהסופרים שיבשו תשובת רב האי וכן דעת הריטב"א³¹⁹.

ולענין הלכה כתב הש"ך שנראה כדברי הב"ח (יג) שציין לתשובתו בסימן סג שהכריע שיחלוקו, וכתב הש"ך שאף שהב"ח לא בירר טעמו, נראה שצדקו דבריו מכמה טעמים³²⁰, [בתשובה עצמה כתב הב"ח שהטעם שיחלוקו הוא הואיל וזה ספיקא דדינא].

עוד כתב הש"ך שנראה שגם רב האי לא דיבר אלא בהלוואה בסתם, אבל אם כתב שיעבוד במפורש גם הוא יסכים שאין מלוה ע"פ גובה מהם, כמבואר בש"ס בכמה מקומות שאין מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים³²¹. אמנם הביא שמדברי הרשב"א בתשובה בסימן תתקיד מוכח שלא חילק בזה.

לדעת הר"ף האם יש דין קדימה בב' מלווה ע"פ?

הר"ן בשבועות נג. כתב בשיטת הר"ף שאין כלל דין קדימה במלוה ע"פ ואם באו יחד לגבות חולקים, וכן כתב שאם קדם האחד וגבה גביתו גביה.

אך הטור כתב שבשני מלוה ע"פ, הראשון קודם לגביה.

³¹⁵ כך הבינו מדבריו הראשונים והש"ך (כ) העיר שמת' הר"ף עצמה משמע שאין דין קדימה ולכן הדין שיחלוקו, וגם אני בתחילה בעיוני מהת' המופיע בתרומות היה משמע לי כדבריו, אך מעיון בשו"ת הר"ף מבואר במפורש לא כך: (א) מלשון השואל שם כתב: "וכן מה פירש רבינו שמלוה על פה א"ג מן הקרקעות עם מלוה בשטר" ומבואר שאינו גובה כלל בקרקע מול מלוה בשטר, ובאמת בתרומות מוזכרת שאלה זו מבלי להזכיר שהר"ף עצמו כך פסק וזה הלשון שם: "וכן מלוה אחד בשטר ומלוה אחד ע"פ במטלטלי היש למלוה ע"פ עם מלוה בשטר או לא" (ב) בגוף התשובה כתב הר"ף: "וכן מה ששאלת במלוה ע"פ שא"ג מן הקרקעות עם מלוה בשטר אם דבר זה שזמנו אחד או לא. בשאלה זו אנו תמהים כי כבר פירשנו לשם פירוש יפה וביררנו שמלוה על פה אין לו דין קדימה כלל", ומבואר שכוונתו שאינו גובה כלל מול מלוה בשטר, ובאמת בתרומות במקום המילה 'עם' מלוה בשטר, כתוב 'גם' מלוה בשטר, ובאמת יוצא מכך לשון מוזרה, אך היה מקום להבין שאינו גובה מן הקרקעות, כלומר לבדו, אלא גם מלוה בשטר וכפי שהבין הש"ך.

מכל מקום נראה ברור שהר"ף התכוון למה שהבינו בו הראשונים שמלוה בשטר קודם למלוה ע"פ ודוק.

³¹⁶ כתובות ז. ד"ה 'מי'

³¹⁷ וכתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'דיני קדימה בבעלי חוב':

אבל נראה לי שדיוקו של המ"מ הוא שמ"מ היה לו לכתוב דין מלוה בע"פ אם סבר שיש חילוק.

³¹⁸ ח"ב סוף סימן ע.

³¹⁹ קידושין יז א.

³²⁰ **ונראה שלפי דברי הש"ך** בס"ק טו שסבר שכל ענין השעבוד אינו משפיע לגבי גביה מיניה, פשוט שהדין צריך להיות שיחלוקו.

ופלא שהש"ך לא הזכיר כן, **ועוד** שנראה שנטתה דעתו לשיטת הר"ף שהיא לכאורה ממש היפך דבריו שנתן חשיבות לשעבוד לגבי הקדימה, ומעין זה תמה רע"א (מופיע לגבי הסמ"ע בס"ק טו) שכתב שפלא שהש"ך הכריע כתשובת הר"ף שסובר ששטר דינו כמכר ולכן קודם ואילו הש"ך סובר שאין השטר מהווה קדימה, וכתב 'טעמא בעינן, אך פלא על רע"א שכתב שהש"ך הכריע כר"ף והרי בסופו של דבר הכריע שיחלוקו. (וראה בהערה 315 שהבאנו שהש"ך כתב שבת' הר"ף שמובא בתרומות משמע גם שיחלוקו, אך הודה שהפוסקים לא הבינו כן בדבריו).

ויותר פלא מה שכתב הש"ך בדברי רב האי (נביא לקמן) שאף רב האי מודה שאם שעבד בשטר במפורש, שאין המלוה ע"פ גובה מהם, מפני שאין מלוה ע"פ גובה מן המשועבדים, וזה ממש היפך שיטתו שהשעבוד לא משפיע על הקדימה בגביה מיניה, וצ"ע. [ענין למעלה שהבאנו מהת' המיוחסת לרמב"ן ס' כב שהבלוואה יש לשניהם נעילת דלת ולכן המוקדם קודם, ונראה שאין לחלק בין מקרה שגבה למקרה שלא גבה וכפי שכתבנו ודוק].

עוד יש לדון אם מה שהכריע כב"ח שיחלוקו יהיה תקף אף במקרה ששעבד במפורש, וקצת משמע מלשונו לא כך שכתב:

אבל בשעבד לו נכסי' בפי' בשטר מודה רב האי דהא אמרי' בכל דוכתא דמלו' ע"פ אינו גובה מנכסים משועבדי' ומשמע דאפי' אינו מכורין רק משועבדים וכן משמע מדברי הפוסקים בהרב' מקומות וכן נוהגין אך דבתשובות רשב"א ס' תתקי"ד משמע דאפי' משועבדים בפירוש מלוה ע"פ מוקדמת קודם ויחיד הוא.

וממה שכתב שמשמע בכל דוכתא שאינו גובה מן המשועבדים, וכן ממה שכתב שכך נוהגים, נראה שכוונתו שאין גובים כלל, וצ"ע.

³²¹ עיין בהערה 320 מיותר פלא'.

הב"י כתב שדברי הטור הם ברורים, שהרי אין מלוה ע"פ מפקיע משיעבוד. והניח את דברי הר"ן בצ"ע. **הסמ"ע (לא) רצה לומר** שכל מה שכתב הטור שהמלוה המוקדם קודם, זה דווקא במקרה כשעבד נכסיו במפורש בפני עדים, וכתב כן בכדי שלא יסתרו דבריו את תשובת הראב"ד שהביא הטור בהמשך.

והש"ך (כ) כתב שהדין עם הר"ן שיחלוקו. **עד כאן דיברנו לעניין קדימה לכתחילה** ובמקרה שכבר גבה אחד מהם, כתב הר"ן שאין מוציאים מידו, וזו לשיטתו שהדין הוא שיחלוקו, ולכן במקום שאין קדימה, אם גבה אין מוציאים מידו.

ולכאורה לשיטות שסוברים שהמוקדם גובה לנו לומר שאם גבה המאוחר מוציאים מידו. אך הרמ"א פסק בסעיף א כדברי הר"ן שאין מוציאים.

ושם כתב הסמ"ע שנראה שסבר שאף לסוברים ששיך דין קדימה, מכל מקום אין מוציאים מידו. **ושם הבאנו שהקצות בס"ק ג חלק** וסבר שאף אם גבה מוציאים מידו.

עוד העיר הסמ"ע כאן שלפי מה שכתב שגם הטור מודה שאין דין קדימה ורק במקום ששעבד נכסיו שייך קדימה, אז מובן הרמ"א ששם דיבר כשלא שעבד נכסיו.

ובערוך השולחן סעיף יט הצדיק את חילוקו של הסמ"ע בסעיף א וכתב שאף רב האי מודה שאם גבה אין מוציאים מידו, שהרי כל סברתו שיש קדימה במלוה ע"פ הוא מפני שהשארנו בזה שעבוד דאורייתא הואיל ואין בזה פסידא דלקוחות, אבל במקרה שכבר גבה ודאי שייך נעילת דלת שהרי הואיל ואין להלוואה זו קול, המלוה לא ידע ולא היה לו לשמור עצמו שלא יגבה.³²²

לשון השו"ע:

מלוה בשטר ומלוה על פה מוקדמת, מלוה על פה קודמת לגבות מבני חרי, כיון שעדים מעידים שקדמה:

מתי נאמן הלוה להודות לאחד הצדדים ומתי חוששים לקנוניא?

הבאר היטב (כו) הביא תשובת רדב"ז³²³ שכתב שכל מה שסברו רב האי והרמב"ם שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת, זה כשהמלוה מודה שהמלוה בע"פ קודם, שאם לא כן אין סומכים על הודאת הלוה הואיל ויש לחוש לקנוניא.

והפתי"ש (יא) הביא תשובת פנים מאירות ח"ב סימן צג שדן האם לוח שכיב מרע שהודה שהוא חייב לאדם במלוה ע"פ נאמן, הואיל ואין לחוש לקנוניא ש"אין אדם חוטא ולא לוי' ונשאר בצ"ע מפני שבשבעות מב: משמע שרק נגד הקדש סומכים ע"ז, אבל בב"מ ה. לא משמע כן.

והשער משפט בסימן רנה ס"ק ב כתב שלגבי הדיוט לא סומכים על סברא זו אלא כדי לא לפסול לעדות ומשום חזקת כשרות.

והפתי"ש עצמו כתב שגם זה צ"ע מקידושין סג: ששם סומכים על סברא זו גם בלי חזקת כשרות.

סעיף יז

אם יכול המלוה לגבות מקרקע שניתנה ללוה במתנה של ואחריו לפלוני

לשון הגמרא בב"ב קלז.

תנאי היא זתניא נכסי לך ואחריו לפלוני וירד ראשון ומכר ואכל השני מוציא מיד הלוקחות:

דברי רבי, רבן שמעון בן גמליאל אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון.

ורמיניה נכסי לך ואחריו לפלוני וירד ראשון ומכר ואוכל. **דברי רבי, רבן שמעון בן גמליאל**

אומר אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד, קשיא דרבי אדרבי ודרשב"ג אדרשב"ג דרבי אדרבי

לא קשיא הא לגופא הא לפירא דרשב"ג אדרשב"ג לא קשיא הא לכתחלה הא דיעבד אמר אביי

איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסיו כרבן שמעון בן גמליאל א"ר יוחנן הלכה כרבן

שמעון בן גמליאל.

מבואר בגמרא שנחלקו התנאים בדין האומר לחבירו 'נכסי לך ואחריו לפלוני', האם מועילה מכירתו של הראשון בנכסים אלה בכדי שלא יגיעו לשני.

³²² **ולא הבנתי סברתו** מדוע כשגבה יש נעילת דלת, ולכאורה היפך הוא הנכון שאם ידע אדם שיכול אחר להלוות אחריו ולגבות מהנכסים לפניו, תהיה בזה נעילת דלת, ומדוע אדם ינעול דלתו מסיבה שאם גבה דבר שמן הדין לא אמור לגבותו, יקחו מידו, ואם תאמר שהואיל ואין קול ואינו יודע שאחר חייב לו אז מפתח שבסוף לא יוכל לגבות, אז היה צריך להיות הדין שלעולם יחלוקו, ומה ההבדל בין מקרה שלא גבה למקרה שגבה, וצ"ע.

אך העיר לי ר' דניאל וויסברוק שמכל מקום מוכרח לומר שבעל חוב שגבה דינו כלקוחות וכשם שאין מוציאים מלקוחות אין מוציאים ממנו, שהרי הרשב"א סבר שיש דין קדימה במטלטלים ומשתעבדים מדאורייתא, ומכל אם גבה אין מוציאים מידו ובתי המיוחסות לרמב"ן סימן סא ביאר שהטעם הוא משום דלית ליה קלא ונשמע ממש כדברי הערוך השולחן הנ"ל.

[**אמנם עיין שם במהדיר בהוצאת מכון ירושלים הערה 10** שדן אם הטעם שם משום שלית ליה קלא או שלא נשתעבדו כלל הואיל ולא סמכא דעתיה, אך מכל מקום אין זה נוגע לעניינו שבלאו הכי פשוט שם שבמטלים ששעבד במפורש אף שסמך דעתו, אם גבה המאוחר אין מוציאים מידו מטעם דלית ליה קלא', א"כ בלאו הכי משמע שטעם זה של פסידא שייך אף בבעל חוב מאוחר שקדם וגבה.

אמנם היה מקום לדחוק שמה שכתב הרשב"א דלית ליה קלא' כוונתו ולכן לא סמך דעתו עליו, אך אין זה במשמע שבד"כ מושג זה מתייחס לפסידא דלקוחות, ויש עוד לעיין בזה.]

³²³ ח"א סימן שנה.

שלדעת רשב"ג מועילה מכירה זו. **ולדעת רבי** לא מועילה מכירה זו ויכול השני להוציא מיד הלקוחות. **עוד מבואר בגמרא** שאף רשב"ג מודה שלכתחילה אסור לו למכור, שרשע ערום זהו המשיא עצה למכור בנכסים. **ור' יוחנן הכריע** שהלכה כרשב"ג. **נחלקו הראשונים** מה הדין במקרה שהראשון משועבד למלוה שלו, האם יכול המלוה לגבות בשעבודו, כשם שיכול הלווה למכור או שיש חילוק בין מכר לעשבוד. **כתב הטור** שיכול המלוה לגבות שאינו שונה ממכר. **אך הרמב"ם בהלכות זכיה ומתנה פרק יב הלכה יא כתב** שאין ב"ד מגבים לו מגוף הקרקע, אלא מן הפירות לבד שמים. **וכתב המגיד משנה** שלא מצא מקור מפורש לחילוק בין מכר לשעבוד, ומכל כתב שנראה שהחילוק פשוט שדווקא במכר, מה שמכר מכר, הואיל כשמכר שוב אין למוכר שוב זכות בקרקע, מה שאין כן בשעבוד, שיכול לסלקו הלוה במעות, **והרחיב בסמ"ע (לב)** שהואיל ונשאר לשני משהו בקרקע, שוב לא חל שעבודו של ראשון. **הב"י בבדק הבית כתב** שלענין הלכה נוקטים כרמב"ם, ש'סוגיין דעלמא' כמותו בדיני ממונות, והמ"מ חיזק ידו. וכן סתם בשו"ע.

אם מת הראשון, האם יכול לגבות מן השני מקרקע זו?

עוד כתב הרמב"ם שם שאם מת הראשון אין הבעל חוב יכול לגבות כלל מן השני. **ובסימן רמח מבואר שדעת הטור** שהבאנו לעיל ששעבוד דומה למכר **הינה דעת המהר"ם מרוטנבורג והרא"ש שהביא דבריו בתשובה**, ושהם סוברים שאפילו אחרי מיתת הראשון גובה בעל חובו מהשני. **אך בסמ"ע (לג) כן נראה שהבין** שבדין השני מודה הטור לרמב"ם שאם מת הראשון אין המלוה יכול לגבות מהשני, ולכן הוכרח הסמ"ע לומר דווקא במקרה של הרא"ש בס' רמח בעניין כתובת אשה יכולה האשה לגבות אף לאחר מות הראשון מה שאין כן בשאר בעל חוב.³²⁴ לשון השו"ע:

מלוה שלא מצא נכסים ללוה להפרע מהם חובו, אלא מה שניתן לו על תנאי שאמר לו: ואחריו לפלוני, ובא לבית דין ליפרע מנכסים אלו, אף על פי שהראשון קיים אין ב"ד מגבין אותם מגוף הנכסים, אלא מהפירות בלבד. מת הראשון ובא בעל חוב לגבות מנכסים אלו, אין מגבין לו כלום, אפילו עשאן אפותיקי, אלא הרי הם של שני.

סעיף טו

שנים שהלוו לגוי, אם קודם המוקדם לגבות אף מריבית שנוצרה לאחר הלוואת

השני?

הביא הב"י תשובת הרשב"א חלק ז סימן קיג שכתב בדבר שנים שהלוו לגוי, וחוב המוקדם יש בו ריבית, **וטוען המאחר** שהואיל וריבית מתחדשת בכל יום, אין לו למלוה הראשון לגבות אלא מן הריבית שהיה עד ההלוואה של המאחר, ושאו יגבה המאחר חובו, ורק אח"כ יכול הראשון לגבות את שאר הריבית. **וכתב הרשב"א** שאין דבריו נכונים שודאי שחייב הריבית חל מהרגע הראשון, ודימה זאת לדין המבואר בכתובות קא: שהפוסק לזון את בת אשתו, 'אע"פ שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה הראשונה שקבל עליו המזונות'. **וכך פסק השו"ע כאן.** **ובסימן פו סעיף א מובאת מחלוקת בין המהרי"ל בסימן קפח לב"י בסימן עב** בדבר שנים שהלוו לגוי, והחזיק אחד מהם במשכון מן הגוי, ועוד לא הגיע זמן פרעונו, ולמלוה השני כבר הגיע זמן פרעונו. **שלדעת המהרי"ל** יכול המלוה השני לגבות מן המשכון ולהשאיר למלוה המחזיק במשכון כשיעור חובו והריבית שהגיע לו עד כה. **וכן הכריע הרמ"א.**

ולדעת הב"י יכול המלוה המחזיק במשכון לעכב את המשכון בעבור הריבית שתגיע לו בעתיד. **והסמ"ע (לה) כאן שאל** מדוע הרמ"א לא העיר על כאן השו"ע והרי לשיטת המהרי"ל יכול המלוה מאוחר לגבות חובו, ושהמוקדם לא יגבה יותר מהחוב שמגיע לו כעת, ויישב הסמ"ע שהואיל וכאן המלוה המוקדם רוצה ליטול ריבית שכבר נתחייב לו הגוי בזה הרשות בידו, ואילו במקרה של המהרי"ל רצה המחזיק במשכון לעכב את המשכון בעבור ריבית שהגוי עדיין לא התחייב, וכתב שמעין זה כתב בד"מ בסימן עב ס"ק יט.

והשו"ך בסימן עב ס"ק קסב השיג על הסמ"ע וכתב שמבואר ברשב"א שגובה אפילו את הריבית שלא עלתה עדיין, והשו"ך כתב לחלק בין מקרה בו השכין הגוי את המשכון עד זמן מסוים שבזה אנו אומרים שכל עוד לא פרע הגוי את חובו, זה נחשב שחייב לו את הריבית עד אותו הזמן, לבין מקרה שלא השכין לזמן מסוים שאינו יכול לגבות על הריבית שעוד לא הגיע

והתומים בסימן פו ס"ק ד השיג עליו וכתב שכל עוד יכול לפרוע, זה נחשב שהריבית עוד לא חלה.³²⁵

³²⁴ אך באמת נראה שאין שום הכרח לכך שהטור מודה לרמב"ם בדין השני, אלא שהוא העתיק את לשונו עד הסוף, וכל דבריו מועתקים מהתורמות בשער מח חלק ב, ושם באמת השיג בסוף ציטוט הרמב"ם וכתב שדבריו צריכים עיון, ונראה שהשיג גם על הסיפא ודוק, להרחבה בדין זה עיי' גם בחזו"א בליקוטים לחו"מ סימן יג

³²⁵ בסיכומו לסימן פו הערנו שמהשו"ך בס' עב משמע שבאמת רק כאשר מת הגוי ובטוח שלא יפרע יותר, אז זה נחשב כאילו התחייב בכל הריבית אך מהשו"ך בסימן פו לא משמע כן, והאחרונים הבינו בשו"ך כפי שמשמע בסימן פו ולא מצאתי לי חבר להבנתו בשו"ך, אף שלכאורה נראה שהוא הנכון, והשו"ך בס' פו קיצר ושלח לדבריו בסימן עב ודוק.

האם גם ישראל שהלווה ריבית, קודמת הריבית שלו לחוב של חברו שהלווה אח"כ?

כתב הפת"ש (יג) בשם השב"י ח"ב סימן קפג שריבית של ישראל בדרך עיסקא (המותרת) אינו דומה לריבית של גוי, ולא חל שום חיוב עליו מזמן קבלת העיסקא. שהרי אם לא ירויח וישבע ע"ז לא יחול שום חיוב, וע"כ כשיש חיוב אינו חל אלא משעה שהרויח, ואין לו דין קדימה כדין מלוה ע"פ.

סעיף טז

לווה ומורישו שנפל עליהם הבית, והאם מלוה יכול לגבות מן ה'ראוי'?

לשון המשנה בב"ב קנז.

נפל הבית עליו ועל אביו או עליו ועל מורישיו, והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים: הבן מת ראשון ואח"כ מת האב, ובעלי החוב אומרים: האב מת ראשון ואח"כ מת הבן

ב"ש אומרים: יחלוקו, ובית הלל אומרים: נכסים בחזקתן.

כלומר נחלקו ב"ש וב"ה בדבר מציאות בו נפל בית על הלווה ועל אביו או מוריש אחר שלו, ולא יודעים מי מת קודם, שאם מת האבא הקודם הרי הבן ירש אותו בחייו, וממילא יכול הבעל חוב לגבות מנכסי האבא, אך אם הלווה מת קודם, ורק אז מת האב, יוצא שהלווה לא ירשו כלל ואין המלוה יכול לגבות מנכסים אלה.³²⁶

ובית הלל אומרים שהנכסים הם בחזקתם של יורשי האב. וביבמות לח: מבואר שסברת ב"ה היא שאין הספק של בע"ח מוציא מידי ודאי של היורשים שהרי היורשים ירשו בכל מקרה או מהלווה או ממורישו וב"ש הלכו לשיטתם בסוטה כד. ששטר העומד לגבות הוא כגבוי, ולכן על הצד שהלווה ירש הרי המלוה כבר מוחזק בנכסים ולכן זה נחשב כמצב של ספק וספק ויחלוקו.

הגמרא בדף קנט: מנסה להוכיח שאם הלווה מת ראשון לא גובה בעל חובו מהנכסים של האב אפילו אם יורשי האב הם בני הלווה, והטעם הוא מפני שהם יורשים את הסבא מבלי לעבור דרך אביהם, ולמדה הגמרא זאת מן הפסוק 'תחת אבותיך יהיו בניך' (תהלים מה).

אך דחתה הגמ' ואמרה שבאמת במקרה כזה נוטל מן היורשים, והפסוק הוא רק ברכה ואין לומדים הלכות ממנו. והמשנה דיברה כשירשי האב הם אחיו והם ודאי יורשים באופן ישיר מהאבא.

הרא"ש³²⁷ הרי"ף³²⁸ והרמב"ם³²⁹ סתמו כלשון המשנה שאם מת הלווה קודם, אינו גובה מן היורשים ונראה שהבינו שנפסק להלכה כתחילת דברי הגמ' שאף אם היורשים הם הבנים, אין בעל חוב גובה מהם.

אך יש לציין שהב"י בסימן קז מחודש ג מביא את דברי התרומות³³⁰ שכתב בשם הרא"ש מלוני"ל שלהלכה אנו פוסקים שיכול בעל חוב לגבות מבני הלווה אף אם מת ראשון, ורק מאחיו אינו יכול לגבות. **מכל מקום מסתימת רוב הראשונים נראה לא כך**, ולכאורה לרוב ראשונים נראה שהטעם שאינו יכול לגבות מהם זה מפני שהיורשים ירשו באופן ישיר את הסבא מבלי קשר לאבא. אך בפסקא הבאה נבאר שיש שהבינו שהטעם הוא אחר, והוא מפני שאין בעל חוב גובה מן הראוי ויבואר לקמן:

האם בעל חוב גובה מן ה'ראוי'?

בגמרא בבכורות נב. נאמר שכתובה אינה נגבית מן הראוי, ונחלקו הראשונים, האם דין זה שייך לגבי מלוה והמעניין הוא שהגמרא שלנו יכולה להביא ראיה לבי' צדדים, ונראה שזה תלוי כיצד כל אחד מהראשונים הבין את המושג 'ראוי':

רבינו יונה בב"ב³³¹ הביא ראיה לכך שנוטל בעל חוב מן הראוי בניגוד לכתובה מכך שנצרכה הגמ' ליתן טעם מדוע הבעל חוב לא גובה כאשר מת הלווה קודם, והוא מפני שהבנים ירשו באופן ישיר מן הסבא, והרי אם הבעל חוב אינו גובה מן הראוי, הטעם היה צריך להיות פשוט שהואיל ולא ירש הלווה בחייו אין המלוה גובה ממנו.

אך הרמב"ן³³² הביא מן הגמרא הנ"ל ראיה להיפך וכתב שמכך שאין הבעל חוב יכול לגבות מכח ירושת הלוה, משמע שאינו נוטל בראוי.

ונראה שהרמב"ן תפס שאם בעל חוב נוטל בראוי, זה אומר שיש לו כבר את הזכות לירש, ולכן הוא עומד במקום הלווה לירש, ואין הירושה מדלגת לבניו, אבל רבינו יונה הבין שיש לו שעבוד בירושה לכשתבא, אך אינו עומד ממש במקום הלווה, ולכן כשהלווה אינו יורש, מדלגת הירושה לבניו, ולא יכול לגבות מהם כלל.

³²⁶ ביאור זה ע"פ רש"י ובהמשך נתייחס לכך שמהרא"ש יוצא שהטעם שאינו גובה הוא אחר, שאינו גובה מן הראוי ונבאר זאת לקמן.

³²⁷ ב"ב פרק ט סימן לט.

³²⁸ ב"ב עג: -עד.

³²⁹ נחלות ה, ח.

³³⁰ שער מג חלק ד סימן טו.

³³¹ קכה. ד"ה יעוד הא אמר רב נחמן.

³³² ב" קכה: ד"ה עוד כתב הרב הלוי.

הטור כתב כאן שהטעם שאין הבעל חוב גובה מן הירושה, הוא מפני שאין בעל חוב גובה מן הראוי, וכן נראה שלמד הרא"ש בסוף בכורות שהביא ראיה מהגמ' שלנו שאין בעל חוב גובה מן הראוי וכנראה שהם תפסו כדברי הרמב"ן שהבאנו, שאם היה נוטל בראוי, היה לו לקבל את זכות הירושה במקום הלוה. **אך עדיין נותר לברר אם כן** לפי שיטתם מדוע הוצרכה הגמ' לומר שהבעל חוב אינו נוטל מהירושה מפני שהם יורשים ישר מהסבא, והרי היה לגמרא לומר בפשטות שאין המלוה גובה מן הראוי, וירושה הינה בגדר ראוי.

על כך כתב הקצות (טו) וכן הסכים עמו התיבות (ט) שלמרות שבאמת אף אם היה יורשים דרך האבא, לא היו הנכסים משועבדים למלוה, הואיל והם בגדר 'ראוי', מכל מקום היה על היתומים מצווה לפרוע לבעל חוב בנכסי אביהם, ולשם כך נצרכה הגמרא לומר שאין זה נכסי אביהם כלל.³³³ **השו"ע סתם וכתב** שאם יש ספק מי מת קודם וטוענים היורשים שהלוה מת ראשון וירש את מורישו בקבר והוריש להם, הדין עם היורשים ואין בעל חוב נוטל מהם, והרמ"א הוסיף וביאר שהטעם הוא מפני שאין בעל חוב נוטל בראוי.

הש"ך (כא) העיר שלא זה טעם הדין, אלא מפני שירשו באופן ישיר מן הסבא וכפי שמבואר בגמרא. **והאריך הש"ך בדין זה וכתב** 'אי לאו דמסתפינא הייתי מכריע שבעל חוב גובה בראוי', וכתב שאף הרמ"א לא הכריע שאין גובה מן הראוי, אלא שכתב כן בטעם השו"ע הואיל והשו"ע כתב שהם טוענים שירשו את אביהם, ולא את הסבא, ולכן הוזקק לכתוב את הטעם הנ"ל, אך מבואר בת' הרמ"א סימן ג שלא הכריע בדין זה.³³⁴

והביא הש"ך ראיה לכך שבעל חוב נוטל מן הראוי, מכך שבעל חוב נוטל מן השבח. **הקצות (טו) דחה את ראייתו וכתב** שאומנם בע"ח גובה מהשבח אך שבח שהשביח מחיי המוכר אינו נחשב ראוי ובשבח שהשביח לאחר מיתת המוכר באמת דעת הנ"י שלא גובה ממנו. **יש לציין שהרא"ש מלוניל שהבאנו בפיסקא הקודמת** סובר שבעל חוב נוטל מן הראוי וזו לשיטתו שלהלכה נפסק שבעל חוב נוטל מן בני הלווה, אף אם מת לפני מורישו.

נ"מ בין הטעם שאינו יורש מן הראוי לטעם שיוורשים ישר דרך הסבא.

הביא הש"ך בשם ההגהות אשר"י נ"מ בין הטעמים למקרה שאין היורש יכול לירש אלא דרך הלווה כגון נכסים שנפלו ללוה מאחי אמו שאין אחיו מן האב יכולים לרשת שלא דרכו. **ותמה בדגול ברבבה** על נ"מ זו שהרי אין הבן יורש אמו בקבר להנחיל את אחיו מן האב וכתב שכן מפורש בב"ב קיד: וכתב לתרץ שמדובר באם גיורת ובזה באמת יורש הבן להנחיל לאחיו מן האח, ובתומים (יד) ביאר באופן אחר והשיג עליו התיבות (ט) עי"ש.

נפל הבית על הלווה ועל אביו ותפס המלוה האם מוציאים מידו?

הקצות (טו) הביא את דברי המשנה למלך בהלכות נחלות פרק ה הלכה ח שכתב שאם תפס המלוה אין מוציאים מידו, הואיל ויכול לטעון שלא קים לו כשיטה שמלוה אינו נוטל במוחזק, וכן שלא קים ליה כשיטה הסוברת שהבן יורש ישר מהסבא. **וכתב הקצות** שאין דבריו נכונים שהרי זהו דין מפורש במשנה שאין המלוה נוטל במצב כזה, ואף שנאמר בו ב' טעמים לא ניתן לומר שלא קים לו כשניהם כנגד דין מפורש במשנה. **ותמהו עליו האמרי משה**³³⁵ **והחזו"א**³³⁶ שהרי הגמרא בסופה מביאה אפשרות שדין זה לא נאמר לגבי הבנים, והוסיף החזו"א שכן פסק הרא"ש מלוניל שהבאנו לעיל, וא"כ ודאי שאין זה דין מפורש במשנה. **ומכל מקום כתב החזו"א** שנראה שדעת הרא"ש מלוניל הינה דעת יחיד ואין התופש יכול לומר קים לי כמותה.

נפל הבית על הלווה ואחיו אם יכול לגבות מבן הלוה שהוא גם יורש אחי הלווה

בתרומות שער מח חלק ג אות ב הסתפק מה הדין במקרה של שאר יורשים כגון שנפל הבית על הלווה ואחיו אם יכול לגבות מבן הלוה שהוא גם יורש אחי הלווה, או שגם בזה נאמר שהוא ירש את אחי האב באופן ישיר, והסיק שם שנראה שאין לך בו אלא חידושו ורק בנכד וסבא אנו אומרים שיוורש באופן ישיר, אבל בשאר יורשים לו, ולכן יכול לגבות מהם. **והביא הפת"ש (יד) את דברי רע"א בת' קלח** שתמה מדוע הבי"י והאחרונים לא הביאו דין זה לדינא. **וכתב הפת"ש** שעל הבי"י לא קשה שנראה שבסימן קז הסיק שאין בעל חוב גובה בראוי וא"כ פשוט שהוא הדין כאן, עוד כתב שנראה שהתרומות הסתפק רק לשיטת הרא"ש מלוניל שבעל חוב גובה בראוי. **[והעיר החזו"א**³³⁷ **שודאי** שאין ההסתפקות לדעת הרא"ש מלוניל שהרי לשיטתו אפילו מבן הבן יכול לגבות, אלא הכוונה לשאר הסוברים שגובה מן הראוי ושיש חידוש מיוחד בבן הבן.]

³³³ עיין חזו"א ב"ק סי' טו אות ג שהשיג על סברא זו וכתב שכל המצוה שייכת רק אם יש שעבוד, וכתב שנראה שאפילו מצוה בלא כפייה לא שייכת בלא שעבוד.

³³⁴ עוד הביא הש"ך פוסקים רבים שדנו בשאילה זו אם בעל חוב גובה מן הראוי ולא הכריעו, והם השארית יוסף סימן א, מהר"ם מלובלין סימן יד, וראנ"ח סימן ק, וקטו, עוד העיר הש"ך על המהר"ם מלובלין שהסיק שדעת הרא"ש אינה שלעולם אין בעל חוב גובה מן הראוי אלא במקום שיכול לומר שירש באופן ישיר מן הסבא, והעיר הש"ך שמה שהטעהו הוא שהתרומות הביא בשם הרא"ש שבעל חוב נוטל מן הראוי, אך פשוט שכונתו לרא"ש מלוניל והעיר להוכיח שהתרומות נפטר עוד לפני שהרא"ש נולד (בויקיפדיה כתוב 6 שנים לאחר שנולד).

³³⁵ סימן לח ס"ק כב

³³⁶ ב"ק סי' טו ס"ק ג.

אך כתב הפת"ש שיתכן שהיה מקום להביא הסתפקות זו אף לסוברים שאין יורש מן הראוי ע"פ דברי הקצות שמכל מקום אם אלו נכסי אביו של היורש יש מצוה לפרוע בהם.

[הפת"ש (יד) הביא עוד באריכות מתי רע"א סימן קלח ולא מצאתי הפנאי לעיין בזה עיי"ש.]

לשון השו"ע:

(כפול לקמן ס"ס ר"פ סי"ב) **לוה שאין לו ממה לפרוע, ונפל הבית עליו ועל מורישיו, ובני הלוה אומרים: אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והורישו לנו ואין לבעל חוב ליטול כלום ממנו, (שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי) (טור ס"ס ז'), והמלוה אומר: המוריש מת ראשון ונמצא שזכה הלוה בנכסים מחיים ובעל חוב גובה מהיורשים, הדין עם היורשים.**

³³⁷ ב"ק סי' טו את ד.

סימן קה

דין התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים ונפקד שתפס הפקדון בשביל הבעל חוב ובו ו' סעיפים:

סעיף א

לשון גיטין יא: -יב.

מתני' האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בשניהן יחזור **דברי ר"מ** וחכ"א בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים לפי שזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו אלא בפניו שאם ירצה שלא לזון את עבדו רשאי ושלם לזון את אשתו אינו רשאי...

גמ' יתיב רב הונא ורב יצחק בר יוסף קמיה דר' ירמיה ויתיב ר' ירמיה וקא מנמנס

ויתיב רב הונא וקאמר ש"מ מדרבנן התופס לבעל חוב קנה א"ל **רב יצחק בר יוסף** ואפי' במקום שחב לאחרים? א"ל אין.

אדהכי איתער בהו ר' ירמיה אמר להו **דרדקי הכי א"ר יוחנן** התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה וא"ת משנתנו כל האומר תנו כאומר זכו דמי.

אמר רב חסדא התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים באנו למחלוקת רבי אליעזר ורבנן דתנן מי שלקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני:

ר' אליעזר אמר זכה לו.

וחכ"א יתנונו לעני הנמצא ראשון.

אמר אמיר ואיתימא רב פפא דלמא לא היא עד כאן לא קאמר ר' אליעזר התם אלא דמיגו דאי בעי מפקר להו לנכסיה והוי עני וחזי ליה ומיגו דזכי ליה לנפשיה זכי לחבריה אבל הכא לא, ועד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא דכתיב (ויקרא כג, כב) לא תלקט לעני לא תלקט לו לעני אבל הכא לא ור"א האי לא תלקט מאי עביד ליה מיבעי ליה להזהיר לעני על שלו:

נחלקו התנאים במשנה במקרה שאמר אדם לשלוחו יתן שטר שחרור זה לעבדי אם יכול לחזור בו, שר"מ סובר שאינו יכול לחזור בו אחרי שהגיע השטר ליד השליח, וחכמים חולקים.

רב הונא למד משיטת החכמים שהתופס לבעל חוב קנה, ולכן אין האדון יכול לחזור בו שכבר תפס השליח בשביל העבד,³³⁸ **ושאל אותו רב יצחק בר יוסף** האם אפשר ללמוד שתפיסת אחר מועילה אפילו במקום שחב לאחרים, **וענה לו רב הונא** שכן. **ואז גער בהם ר' ירמיה ואמר בשם ר' יוחנן** שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, ובמשנה יש טעם אחר שהאומר יתנו' הוא כאומר 'זכו' וכבר קנה השליח לשם העבד ואינו נחשב כתופס כלל.

ופסקו הפוסקים כר' ירמיה שאין אדם יכול לתפוס במקום שחב לאחרים, וכן עולה מכתובות פד: ובב"מ י.

האם יכול אדם לתפוס בשביל אחר כשמינהו להיות שליח במקום שחב לאחרים?

רש"י בב"מ י. בד"ה 'לא קנה' ביאר את הסיבה שאינו יכול לתפוס במקום שחב לאחרים בזה הלשון: "דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס", ומשמע מדבריו שאם היה האדם שתופס בשבילו ממנה אותו שליח, הייתה מועילה תפיסתו אף כשחב לאחרים.

אך התוס' בד"ה 'תופס' הקשו על דבריו שמבואר מכתובות פד: לא כך, שם מספרת הגמ' על יימר בר חשו שאמר לשליחו לתפוס בשבילו את הספינה של הלוח וכך עשה ואמרו לו שלא זכה כי תפס לבע"ח במקום שחב לאחרים,

ואף הרא"ש³³⁹ סבר שאינו יכול לתפוס אפילו אם הוא שליח, והוסיף שאפילו אם הבע"ח עשאו שליח ונתן לו הרשאה לא זוכה.

אך כתב הרא"ש בשם ר"ח שדווקא שליח לא זוכה אך אפטרופוס זוכה, והשו"ע פסק את כל דברי הרא"ש הנ"ל.

הקצות (א) הביא את דברי תוס' שם שהקשו קושיא נוספת על רש"י לשיטתם שסוברים (גיטין יא) שזכייה לאחר קונה מדין שליחות וכתבו שכיון שזה לזכותו, אנו עדים שעשאו שליח, וממילא לרש"י לעולם יוכל לתפוס לבעל חוב אף שחב לאחרים,

והקצות כתב לתרץ שפשוט שאין לומר שדין 'זכין' עובד מצד שאנו עדים שמינהו שליח, אלא שזהו גזירת הכתוב, אך יש שסוברים שגזירת הכתוב למדה אותנו שזה עובד מדין 'שליחות' ולכן לא יועיל בגוי כשם שאין שליחות בגוי, ולכן במקום שחב לאחרים שזו זכות לאחד וחובה לאחר לא חידשה תורה דין זה כלל.

והוכיח דבריו מהגמ' בב"מ כב. שם מובאת דעת אביי שיאוש שלא מדעת אינו יאוש וגם שליחות שלא מדעת לא נחשבת שליחות למרות שזה לטובתו כגון התורם שלא מדעת והבעה"ב מעוניין בזה אם לא עשאו שליח בפירוש אינה תרומה וכתב שייתכן שזו הסיבה שיש ראשונים הסוברים שזכייה מדין יד ולא מדין שליחות,

³³⁸ מרש"י ד"ה 'שמע מינה' נראה שהראיה היא מכך שתופס בעל כרחו של האדון, ובתוספות חכמי אנגליה ד"ה 'ואפילו' כתבו בשם ר' יוסף איש ירושלים שהאדון היה אפותיקי לאחרים ובתפיסתו חב לאחרים שלא יוכלו להפרע מעבד זה.

³³⁹ ב"מ א כז.

וכתב שעל כרחק שהסוברים שזכיה כן מדין שליחות מודים שאין זה מצד 'אנן סהדי' אלא גזירת הכתוב וכפי שביאר.

הפני"י³⁴⁰ **באופן עקרוני כתב** שהעיקר כשיטת רש"י שכאשר עשאו שליח ניתן לזכות עבורו גם כשחב לאחרים **ובביאור התוס' כתב** שסברו תוס' כיון שלחוב לאחרים זו עבירה, אי"כ אין שליח לדבר עבירה ולכן לא יכול לזכות אף אם עשאו שליח.

וכתב הקצות (א) לדחות את דבריו שגם אם נאמר שהשליח עושה עבירה כשחב לאחרים עדיין אין לזה שייכות לכך שאינו יכול לעשותו שליח כי זה נאמר במקום שהעבירה היא למשלח וכגון כהן שאומר לישראל לקדש עבורו גרושה, ולא כשהשליח עושה עבירה.

והקצות בס"ק ג כתב ש'לולא דמסתפינא' היה אומר שגם רש"י מודה שאם עשאו המלוה שליח לא יכול לחוב לאחרים ורש"י דיבר שכאשר הלוה עושה שליח ובוזה יכול לזכות עבור המלוה שכיון שהלוה יכל לתת למלוה שיכול לעשות בשלו מה שרוצה יכול למנותו שליח שיזכה עבור המלוה, [ודין זה יבואר בסעיף ג]

ומכל מקום באחרונים נאמרו מספר דרכים ליישב את שיטת רש"י מן הגמרא בכתובות פד:

אם יכול לתפוס במקום שחב לאחרים כשעשאו שליח בהרשאה?

הב"ח(א) כתב שרש"י סובר שאם עשאו שליח יכול לזכות דווקא כשנתן לו הרשאה שאז הקנה לו את המעות שיש לו ביד פלוני וכאילו נתנם לו במתנה ולא יכול לבטל את השליחות ואז השליח הוא כמו הבעלים עצמן ובסיפור של מר יימר מדובר שעשאו שליח בע"פ בלא הרשאה.

הש"ך (א) דחה את דברי הב"ח וכתב שהרי תפקיד ההרשאה בכדי שלא יוכלו לומר לתופס לאו בע"ד דידי את אך כשהלוה מודה שהוא אכן חייב לא שייך כן ועוד כתב שבמציאה לא שייך לומר לאו בע"ד דידי את.

אם יכול לתפוס במקום שחב לאחרים כשיש עדים שעשאו שליח?

הביא הש"ך (א) את דברי המהר"א ששון³⁴¹ שהביא שיטת הריטב"א שסבור כרש"י וכתב שרש"י סובר שדווקא כשעשאו שליח בעדים יכול לתפוס והסיק מהר"א ששון שיכול לומר קים לי כרש"י וכריטב"א³⁴².

אם יכול לתפוס במקום שחב לאחרים כששכרו בכסף לשם כך?

הש"ך (א) כתב ליישב את רש"י באופן אחר והוא שרש"י סובר ששליח יכול לתפוס אף כשחב לאחרים דווקא אם שכרו ואז נעשה כידו ממש, ובוזה מתורצת הקושיא בכתובות פד: לגבי מר יימר ששם לא שכרו, ודייק כן מכך שרש"י הזכיר את עניין השליח דווקא בב"מ ולא בגיטין שם עיקר מקור דין זה, והטעם הוא מפני המשך הגמרא שם בב"מ שם מביאה הגמ' דיעה שאין אדם יכול לתפוס לחבירו מציאה הואיל ובוזה הוא חב לאחרים, ומקשה מן הברייתא שאומרת שפועל שאמר לו בעל הבית 'עשה עמי מלאכה היום' והריים מציאה, זכה לבעל הבית, ותירצה הגמרא שאצל פועל זה שונה הואיל וידו כיד בעל הבית, וכתב הש"ך שפשוט שאין הפועל משועבד לבעל הבית שאפילו עבד עברי אם קנה, קנה לעצמו, אלא הסיבה שהואיל ושכרו לכך הוא נעשה כידו לעניין זה.

וכתב הש"ך שנראה שכל הפוסקים יודו לדין זה שכן מוכח בגמרא שם שאם שכרו הוי כידו ויכול לתפוס אף כשחב לאחרים ומה שהקשו על רש"י זה כי מפני שסברו שהוא אומר כן לא רק בשכרו אלא אף כשרק אומר לו להיות שלוחו.

הנתיבות(ב) השיג עליו וכתב שנעלם מהש"ך דברי המרדכי³⁴³ שהסתפק אם פועל יכול לזכות חוב עבור בעה"ב, **וביאר בתומים (א) דבריו** שאף שגמרא מפורש שיכול לזכות, יתכן שזה רק במקום שיכול לזכות גם לעצמו כגון מציאה, אבל לתפוס בעבור חוב חבירו שמא אינו יכול.

וכתב הנתיבות שהעיקר שלא יכול לזכות במקום שחב לאחרים ואם נאמר שתמיד פועל יכול לזכות מפני שנחשב כידו של בעה"ב אי"כ יהיה הדין שגם חש"ו יכול לזכות ולא מצינו שום פוסק שיאמר כן.

וכתב הנתיבות שהעיקר כתומים (א) שפועל יכול לזכות מדין יד רק כאשר יכל לזכות לעצמו ולפי זה בבע"ח שהתופס לא יכל לזכות לעצמו לא יכול גם לחבירו,

[ובתחילה כתב הנתיבות שלכן אף גוי יוכל לזכות מציאה הואיל ויכול לקנות לעצמו, אך העיר שלפי מה שכתב בסימן רסב ס"ק ג שכל הסיבה שניתן לקנות באבידה מכח יאוש זה מן הפסוק, אי"כ יוצא שגוי אינו יכול לקנות כלל באבידה משום שהפסוק מדבר דווקא על אבידת אחיד]

בסימן קפח ס"ק א דחה הנתיבות את דברי הש"ך מטעם אחר וכתב שלא מועילה תפיסה של פועל לתפוס חובו שאין פועל יכול לקנות מטעם יד בעל הבית ע"י הגבהה, ושם העלה שרק אם הביא לרשות בעל הבית זה יועיל, עיי"ש בדבריו.

³⁴⁰ כתובות פד, ב ד"ה את תופס לבע"ח

³⁴¹ סימן סז.

³⁴² יש לציין שבין בריטב"א שלפניו ובין ברבינו קרשקש כתוב במפורש שחולקים על הרש"י הנ"ל, ובתורת אמת הביא ציטוט מדברי ריטב"א ובלשונו 'לשיטה א' למסכת גיטין להריטב"א' ולא מצאתי מקור זה. וראיתי בספר מגדל חננאל הלכות מלוה ולוה פרק כ שציין שהריטב"א חולק, ושם ניסה לומר שלאחר שהבין הריטב"א שרש"י דיבר רק בהרשאה הודה לו, (ויוצא חיבור בין תירוצו של הב"ח למהר"א ששון) ונראה דוחק, אך עיין בדבריו שכתב שפרק הכותב הודה הריטב"א לרש"י.

³⁴³ גיטין שכח.

הפתי"ש (ד) הביא שהקרבת נתנאל בגיטין³⁴⁴ תמה על הש"ך אלא שהביא שמורו ה"ר אברהם ברודא הסכים לפסק של הש"ך ולא מטעמו. שמכיון שמקבל שכר, יש לו זכות חלקית בכל מה שתפס ומגו דזוכה לנפשו זוכה גם לחבירו.³⁴⁵

הנתיבות (ב) כתב לבאר ברש"י בדיוק הפוך מדברי התומים וכתב שדווקא לענין תפיסת חוב מועילה שליחות אף כשחב לאחרים אבל לענין מציאה לא, ואלו תורף דבריו:

הנתיבות כתב שכל דברי רש"י נאמרו דווקא לענין תפיסת חוב, שיכול לתפוס אם עשאו שליח גם כשחב לאחרים, הואיל ואינו מוציא בזה מרשות הלוה מפני שהנכסים כבר משועבדים למלוה, ואף כעת לא הפכו להיות שלו לגמרי, שהרי יכול הלוה לפדותם במעות כמבואר בסימן קג סעיף ט. אבל באבידה אינו יכול לתפוס אף אם נעשה שליח שכבר חידש הנתיבות בסימן רסב ס"ק ג שאין המציאה יוצאת מרשות האדם ע"י שהתייאש עד שיבא אחר ויקנה אותו, ולכן בזה כשבא להוציא מבעל הממון לא תועיל שליחות של אדם אחר.

וביסס הנתיבות את דבריו על דברי הנמו"י³⁴⁶ בשם הר"ן שכתב שלא ניתן לזכות לאדם מתורת שליחות מבלי להיות השליח של בעל הממון, ולכן לא יועיל שזה שתופס בשבילו מינהו שליח.

וכתב הנתיבות שהר"ן סובר שבאמת אין הלוה נחשב בעל הממון, ולכן תועיל תפיסה במקום שלא חב לאחרים מפני שרק במקום שמוציא מבעל הממון צריך את דעת בעל הממון, ולכן הוא סובר כשחב לאחרים אין זה מועיל, הואיל ושליחות לא תועיל במקום שאין בעל ממון.

ורש"י סובר שכשאין בעל ממון מועיל שליחות גם של מישהו שאינו בעל הממון, אבל במציאה שיש בעל ממון לא תועיל שליחות של אדם אחר וכפי שבארנו.

אך להלכה כתב הנתיבות שהעיקר הוא כדעת התוס' וסייעתם, ואפילו פועל אינו יכול לזכות למשכירו במקום שחב לאחרים וכנגד דעת הש"ך.

האם דין התופס לבעל חוב כשלא חב לאחרים הינו מן הדין או תקנה?

הרא"ש³⁴⁷ **הביא תשובת רי"ף**³⁴⁸ שכתב שכל דין התופס לבעל חוב הינו מדרבנן, שמן הדין יכל הלוה לומר שאין הוא קשור אליו (לאו בעל דברים דידי את) ואינך יכול לתפוס בעבור בעל חובי³⁴⁹

אך הרא"ש השיג עליו וכתב שמשמע מסתימת לשונו של ר' יוחנן שדין הוא ולא תקנה והאריך להוכיח זאת, וכתב הרא"ש שכאן לא שייך לומר 'לאו בעל דברים דידי את', שהרי אינו תובע אותו לדין ורק תופס ממנו ואין הלוה יכול לתבוע את התופס שיחזיר לו, שהרי זכין לאדם שלא בפניו ונחשב כאילו המלוה עצמו תפס, ובסעיף נראה שהכריע השו"ע כדעת הרי"ף שכל דין התופס הינו מדרבנן.

[**לשאלה זו יש השלכה בהבנה מדוע אינו יכול לתפוס כשחב לאחרים** ואינו נחשב כשלוחו של האדם כמו בשאר דברים של תורה, ולפי הרי"ף מבואר שמפני שכל דין תפיסה הינה מדרבנן מפני שאינו בעל דבריו שלו, לכן כשחב לאחרים לא תיקנו.

ובדעת הרא"ש יש למצא טעם, וכבר הבאנו לעיל שהפני"י סבר שהטעם הוא מפני שזה שליח לדבר עבירה, ושהקצות השיג על דבריו.]

השולח חבירו לקחת יין מהגוי בעבור חובו ולקח והביא לבעל חוב אחר של הגוי

כתב הב"י בשם רבינו ירוחם³⁵⁰ בשם מהר"ם³⁵¹ שאם ישראל עשה שליח לקחת יין מגוי עבור חובו, ועשה כן ומשכו והגביהו על העגלה, וכשהביאו לעיר נתנו לבע"ח אחר של הגוי, קנה השני. ורבינו ירוחם ביאר דין זה מגי' טעמים: א) אין שליחות לגוי, ב) תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הוא, ג) שמא משיכה לא קונה מהגוי. **הסמ"ע** הביא את דברי רבינו ירוחם בס"ק ב.

כתב התומים (ד) שכל טעמיו נצרכים מפני שאם היה אפשר לקנות מהגוי במשיכה אפילו אם אין שליחות לגוי קנה, שקנה בשליחותו של הישראל ואין צורך לשליחותו של הגוי, ואם היה שליחות לגוי היה קונה אף שהוא תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, שהרי אם הלוה נותן מדעתו ודאי קנה כפי שיבואר לקמן בסעיף ג, ואם התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים היה קונה לא היה צריך לשום קנין. ולפי דבריו אלו כתב התומים שיפה עשה השו"ע שלא הביא דין זה להלכה, שלהלכה משיכה קונה מגוי ולכן כבר קנה השליח בעבור הראשון.

אך הקצות (ה) השיג עליו וכתב "ולא ידעתי אנה מצא דין זה להכריע דגוי קונה במשיכה במקום דלא הכריעו גדולי ראשונים וגדולי אחרונים" ושם דחה את ראיתו של התומים שמכך שהשו"ע פסק בסימן קצח סעיף א שישאל קונה מישראל בכסף ומכאן פשוט שגוי קונה במשיכה, והוכיח שאין זה מוכרח ע"י ש בדבריו.

³⁴⁴ פרק ראשון סימן יג אות ד.

³⁴⁵ בסעיף ב נתייחס באריכות בהבנת מושג זה מתי יכול לזכות לחבירו במיגו שיכל לקנות בעצמו ע"י, ושם יתבאר שהסמ"ע הבי"ח והנתיבות סוברים שאם שייך רק בחלק מהמעות, אינו יכול לזכות לחבירו בשאר המעות, אך הש"ך והקצות סוברים שאפשר, אך יתכן שפה יודה הנתיבות שהואיל ובכדי לזכות לעצמו חייב לזכות גם לחבירו אז יועיל מיגו זה ע"י שדוק.

³⁴⁶ בב"מ ה: .

³⁴⁷ בבא מציעא פרק א סימן כז.

³⁴⁸ סימן רעה

³⁴⁹ ובע"ה נתייחס לני"מ בזה בסעיף ד.

³⁵⁰ מישרים נתיב כב.

³⁵¹ בלבושי החושן על התומים ציינו לתי מהר"ם מרוטנבורג שער שני סי' רמה

הנתיבות השיג על התומים מטעם אחר וכתב שמדברי התוספות בב"מ³⁵² מוכח שאפילו לזכות מהגוי עבור חבירו א"א מכיון שאין שליחות לגוי, אא"כ הפקיר הגוי את החפץ.
הפת"ש (ד) הביא שכן העיר רע"א בתשובה קכט אלא שכתב שנראה מדברי הריטב"א שם שחולק, והניח בצ"ע להלכה.

עוד הקשה התומים ממה שמבואר בב"ב נד: שנכסי גוי הם כמדבר כשהוא מסתלק מהם, ולכן ברגע שנתן הגוי את היין לשליח כבר נסתלק מהם ודינם כהפקר וכבר קנה השליח בעבור המשלח, כשם שיכול שליח להגביה מציאה בעבור משלחו.

והקצות (ה) דחה את דבריו וכתב שהואיל ומלוה גובה אפילו ממטלטלין שהפקיר הלווה, לכן המלוה השני זכה בהם בעבור חובו (ונראה שכוונתו שהשליח לא יכול לזכות בהם שזה נחשב כתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים).

ולהלכה הסיק הקצות שדברי רבינו ירוחם נכונים להלכה וזכה השני ביין.

אך העיר הקצות שאם העגלה היא של המשלח או ששכר אותה, כבר זכה המשלח ביין מדין קנין חצר, או שמדובר בעגלה שאינו משתמר בתוכה, ובזה לא יועיל אפילו אם השליח ישמור, אלא צריך את הבעלים בכדי שיהיה תופס במקום שחב לאחרים. [ונתייחס לקמן לשאלה אם חצר קונה במקום שחב לאחרים].

האם מותר לתפוס במקום שאינו חב לאחרים אלא מונע מהם ריוח?

הפת"ש (ג) הביא תשובת רע"א סימן קלג שהביא ת' מהר"ם אלשיך סימן לו שכתב שכל הדין שאין אדם יכול לתפוס במקום שחב לאחרים הוא דוקא במקום שיש הפסד לאחרים אבל לא כשיש רק מניעת ריוח מהם. והעיר רע"א שלכאורה דבריו אלו הם כדברי הרמב"ן שביאר מדוע הסקנו שהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, מפני שמציאה לא נחשבת 'חב לאחרים' הואיל ורק מונע ריוח. אך מהתוספות שכתבו שהטעם לזה הוא משום 'מגו דזכי לנפשיה' וכפי שיבואר בסעיף ב' מוכח שלא סברו כן, ולכן הוצרכו לתת טעם אחר. **אך כתב רע"א** שיתכן שכל כוונת המהר"ם אלשיך הוא לומר שאם למשלח יהיה הפסד אם לא יקנה, ולאחרים יהיה רק מניעת הפסד, קנה השליח לדברי הכל, אך במציאה שלכולם זה מניעת רווח בזה סברו תוסי' שלא מועיל שאחד יתפוס בשביל להרויח לאדם אחר.

אם יכול לתפוס לאחר במקום שכעת אינו חב לאחרים, אך לאחר זמן גרם לחיוב.

הביא הפת"ש (ג) ת' החת"ס ח"מ ס' נד הסתפק מה הדין במקרה שבשעת תפיסה לא חב לאחרים, רק אח"כ נתגלל הדבר שגרם להם חיוב, האם מועילה קנייתו. והספק נולד לו מתוך דברי הפנ"י בגיטין ט: שכתב שאין עבד משתחרר עד שמגיע הגט לידו, הואיל ואם ישתחרר אח"כ יכול להגרם לו איסורים כגון ביאת שפחה ואכילת תרומה, ומדברי למד החת"ס שאף שכעת זוהי זכות לו, לא מועילה הקניה הואיל ובעתיד יוצר מזה חיוב.

האם מועילה קניה על ידי חצר במקום שחב לאחרים?

הביא הפת"ש (ב) שדנו האחרונים האם מלוה יכול לזכות בנכסי הלווה ע"י חצירו במקום שחב לאחרים, וכגון ששכר הלווה חצירו של המלוה ומת.

רע"א הניח דין זה בצ"ע בתשובה, שהואיל וחצר האיש קונה מדין שליחות, לא יועיל, הואיל ואין שליחות במקום שחב לאחרים.

והשער משפט מסיק שיכול לזכות, וכן הבאנו לעיל שהניח הקצות בס"ק ה בפשטות בענין השולח לגבות יין מן הגוי שכתב שאם העגלה של המשלח, פשוט שקנה מדין חצר.³⁵³

השער משפט הביא ראיה לדבריו ממה שמפורש במשנה בב"מ יא. שאפשר לזכות במציאה ע"י חצר.

רע"א דחה ראיה זו וכתב שלשיטת הרמב"ן שמציאה לא נחשבת חב לאחרים אין משם ראיה, וגם לשיטת התוסי' ע"כ מה שחצר הוא מדין שליחות הוא רק כלל שכל מה שאפשר לעשות ע"י שליח אפשר לעשות גם ע"י חצר, שהרי חצר מועיל בגיטין וקידושין אף שאינו בתורת גיטין וקידושין, ולכן זוכה על ידי חצר במציאה אף שלא שייך בו סברת 'מגו דזכי', אבל תפיסה מהלווה שא"א לעשות ע"י שליח במקום שחב לאחרים, גם א"א לעשות ע"י חצר.

הקצות (ה) הוסיף עוד טעמים לכך שחצר קונה גם כשחב לאחרים, האחד מכך שנותנים בחצר חפצים בעל כרחיה, ודימה זו למה שאמרה הגמרא בב"מ י: שמטעם הזה חצר נעשית שליח אף לדבר עבירה.

עוד הביא הקצות את דברי הנמו"י בב"מ ה: בשם הר"ן שחצר קונה מציאות מדין יד ולא מדין שליחות הואיל ובאמת בה לא שייכת הסברא שיכולה לזכות לעצמה, וא"כ יוצא שחצר קונה מדין יד אף כשחב לאחרים.

שליח בי"ד שתפס בעבור בעל חוב ובאו בעלי חובות אחרים להפרע גם

הביא הפת"ש (א) ת' משכנות יעקב חו"מ ס' מד שכתב שאם שליח בי"ד תפס מנכסי הלווה בעבור בעל חוב, ובאו בעלי חובות אחרים לגבות מזה גם, חולקים בשהו, ונימק ששליח בי"ד לא תפס בכדי לזכות לו, אלא שאם יזכה בדין יתן לו, עוד כתב שאף אם תפס בכדי לזכות לו אין זה מועיל, שזוהו תופס לבעל חוב

³⁵² עא: ד"ה בשלמא.

³⁵³ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים':

לכאורה נראים דברי השער משפט, שהרי לשיטת הר"ף שכל החסרון בתפיסה לבע"ח הוא משום טענת 'לאו בעל דברים דידי אתי ברוך שאין זה שייך בחצר, וכן לפי הפנ"י שהטעם הוא משום שאין שליחות לדבר עבירה, מפורש בב"מ י: שטעם זה לא שייך בחצר.

במקום שחב לאחרים, ואף שיש ללווה עוד נכסים, טורח הוא להם לעקל ממנו, ואף זה נחשב כהפסד, וכתב שאמנם הטור והשו"ע כתבו שנחשב כתופס לבעל חוב במקום שאין לו כדי לפרוע לכולם אך אין זה בדווקא, ואף אם יש טורח זה נחשב כהפסד.³⁵⁴ לשון השו"ע:

הלוח שחייב לשנים או יותר, ואין לו כדי לפרוע לכולם, וקדם אדם א' ותפס מהמטלטלים של לוח כדי לזכות לאחד מבעלי חובות, לא זכה, שכל התופס לבע"ח במקום שיש עליו חוב לאחרים, לא קנה, ואפי' עשאו שליח וכתב לו הרשאה. אבל אפוטרופוס קנה, דיד בעלים הוא.

סעיף ב

אם יכול לתפוס לאחר במקום שהלווה חייב אף לו?

במשנה בב"מ בדף ט: כתוב שהרואה מציאה ואמר לחבירו תנה לי, אם נטלה ואמר זכיתי בה זכה, ואם הביא לחבירו וכעת טוען שזכה לעצמו לא אמר כלום. ובגמרא נחלקו האמוראים האם יכול אדם לזכות מציאה בעבור חבירו וזה לשון הגמרא בב"מ י.

רב נחמן ורב חסדא דאמרי תרוייהו: המגביה מציאה לחבירו - לא קנה חבירו. מאי טעמא? הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, והתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים - לא קנה...

אמר רבי חייה בר אבא אמר רבי יוחנן: המגביה מציאה לחבירו - קנה חבירו, ואם תאמר משנתנו - דאמר תנה לי, ולא אמר זכה לי.

לומר רב נחמן ורב חסדא סברו שאינו יכול לזכות במציאה בעבור חבירו, מפני שבזה הוא חב לאחרים הרוצים לזכות המציאה.

ורב חייה בר אבא בשם ר' יוחנן אמר שיכול אדם לזכות מציאה לחבירו, והתמודד ר' יוחנן עם כך שבמשנה מבואר שאם הרים בעבור חבירו יכול לקחת לעצמו, ויישב ששם מדובר שאמר המשלח תן לי, אך אם אמר זכה לי, כבר ברגע הראשון זכה למשלחו.

ונתקשו הראשונים מה יענה ר' יוחנן לטענת רב נחמן ורב חסדא שאין אדם יכול לתפוס לאחר במקום שחב לאחרים:

התוספות כתבו³⁵⁵ שר' יוחנן סבר שהואיל ויכול המוצא לקחת את המציאה לעצמו הוא יכול גם להקנותה לחבירו אף במקום שחב לאחרים ובשפה ההלכתית ימגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה'. סברא זו מבוססת על דברי הגמרא בדף ח. שכתבה בדעת הסוברים שאין אדם יכול לזכות במציאה עבור חבירו, שמ"מ במקום שהמגביה זוכה בחלק לעצמו יכול לזכות גם עבור חבירו מכח 'מיגו' זה.

הרמב"ן פירש באופן אחר והוא שמציאה לא נחשבת חיוב לאחרים, שאין לאחרים הפסד בזה. **הרא"ש**³⁵⁶ **והר"ן**³⁵⁷ **והמרדכי**³⁵⁸ **כתבו כדברי התוס'** שהטעם הוא משום שיכל לזכות גם לעצמו ומכח זה למדו שאם בע"ח אחד תופס עבור בע"ח אחר זכה לו מכח שיכל לתפוס לעצמו, **וכן פסקו הטור והשו"ע**. **הב"י הביא ראיה לזה** מהגמרא בדף ט: שאומרת שעני יכול לזכות בפאה עבור עני אחר משום שיכל לזכות גם לעצמו, ורואים שסברא זו של מיגו נאמרה גם לסוברים שניתן לקנות מתנה בעבור חבירו.

האם יכול אחד המלווים לתפוס בעבור כל חובו וחוב חבירו?

לשון הטור: "ואם ראובן חייב ג"כ ליהודה מהני מה שתפס לצורך שמעון אף על פי שלא תפש לצורך עצמו מיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי נמי לחבריה".

ועולה מדבריו שיכול לתפוס לשמעון בין אם תפס מקודם לעצמו ובין אם עוד לא תפס לעצמו, ועוד נראה שמדבריו כשלא תפס קודם לעצמו יש יותר חידוש.

וכתב הב"י שהוא תמוה שאדרבה כאשר כבר תפס לעצמו, שוב אינו יכול לתפוס לחבירו, שכבר אין לו שום חוב אצל הלווה וחזר דינו ככל תופס לבעל חוב.

וכתב הב"י שכוונת הטור לחדש שלא רק במקרה שתפס בפעם אחת גם לעצמו וגם לחבירו מועילה תפיסתו מכח מה שתפס לעצמו, אלא אפילו כשתפס רק לצורך חבירו מועילה תפיסתו.

בתוך דברי הב"י עולה שפשוט שיכול אדם לתפוס סכום שהוא כנגד חובו וחוב חבירו יחד. **וכן כתב הלבוש**. אך **הב"ח (ב) והסמ"ע (ג) השיגו עליהם וכתבו** שיכול לתפוס רק בשיעור חובו, וביותר מזה אין לו מיגו, שהרי לעצמו אינו יכול לתפוס בשיעור זה. **והביא הש"ך (ב) שגם המשאת בנימין**³⁵⁹ **השיג על הב"י בזה**.

³⁵⁴ ולכאורה יש להעיר על דבריו שאף אם נקבל שטורח נחשב כהפסד, הרי כאן הסיבה שאין להם טורח לגבות מאותם נכסים זה מפני שהבעל החוב הראשון טרח לתבוע את הלווה ושב"ד יעקלו בשבילו, ואין זה נראה ישר שהם יוכלו לחסוך טירחה על חשבון טירחה שלו ולהגדיר זאת כמקום הפסד, ולכאורה נראה שאף אם שליח ב"ד לא התכוון לזכות לו, הוא קודם בנכסים אלו לאחרים במקום שיש ללווה נכסים, שהרי הוא טרח בכדי להביאם עליו, ואין סיבה שהם יחסכו טירחה על חשבון טירחה שלו, וצ"ע.

³⁵⁵ ד"ה א"ר יוחנן.

³⁵⁶ ב"מ מציעא פרק ראשון סימן כז.

³⁵⁷ ב"י י. ד"ה אמר.

³⁵⁸ גיטין פרק ראשון סימן שכח. בשם רבינו תם בספר הישר חידושים סימן קו.

³⁵⁹ ס' לב.

וכתב הש"ך ששנים רבות חשב כדברי הב"ח והסמ"ע, אך עכשיו דקדק בסוגיא וראה שהדין עם הב"י והלבוש, שיכול לתפוס גם ביותר משיעור חובו, שהרי אפילו הדיעה הסוברת בגמרא שלא ניתן להגביה מציאה עבור חברו מודה, במקרה ששנים הגביהו ביחד שקנו, אף שכל אחד אינו יכול לקנות יותר מחצי.

הקצות³⁶⁰ (ב) **צייד בדברי הב"י** שיכול לתפוס בעבורו ובעבור חברו אף יותר מכדי חובו, ולפי הבנתי עיקר טענתו היא שמיגו דזכי לעצמו זכי גם לחבירו עובד, גם כאשר אין מיגו דאי בעי זכי לעצמו זכי גם לחבירו כלומר שגם כאשר אינו יכול לתפוס הכל בשבילו, כל עוד תפס חלק לעצמו יכול מכח זה לתפוס אף לחבירו, והוכיח הקצות שמיגו דזכה עובד אף כשאינו יכול להיות שליח של חברו, כגון במציאות שזו שליחות לדבר עבירה, ומכל מקום יכול מכח זה שקנה באותה פעולה לעצמו, בכדי להקנות גם לחבירו.

וראיית הקצות היא מכח הגמרא בב"מ ח. שם כתבה הגמ' שהשותפין שגנבו שניהם חייבים במיגו דזכי לעצמו זכי גם לחבירו, וביאר רש"י שאם גנב אחד בשליחות חברו, שניהם חייבים שמכח שזיכה לעצמו זיכה אף לחבירו, ומבואר שלמרות שלא יכל להעשות שליח בשביל חברו מפני שזו שליחות לדבר עבירה,

ומכל מקום מכח שהצליח לפעול לעצמו פעל גם לחבירו.³⁶¹ **אך הסתפק הקצות** מה יהיה במקרה שתפס יותר מכדי חובו רק בשביל חברו, שבה אנו נצרכים לבי מיגו האחד שיכל לתפוס לעצמו ולחבירו במיגו דזכה לעצמו והשני שיכול לתפוס רק לחבירו במיגו שיכל לתפוס לעצמו ולחבירו.

וכתב שלכאורה אינו יכול לתפוס שהרי בדרך ט: קי"ל כרבנן שאין עשיר יכול לתפוס פאה לפני בב' מיגו, האחד שהיה יכול להפקיר נכסיו ולהיות עני, והשני שמתוך שיכל לתפוס לעצמו יכול לתפוס לחבירו.³⁶² **וכתב הקצות** שא"כ צריך לומר שהב"י דיבר דווקא במציאות שתפס גם בשבילו וגם בשביל חברו, אך נשאר בצ"ע על דין זה.

התומים (ג) השיג על הש"ך וצייד כב"י וכסמ"ע שאין האדם יכול לתפוס יותר ממה שיכל לתפוס לעצמו, והביא ראיה לזה מהגמ' בב"ק ע. שם כותבת הגמ' שבשביל למנות שליח שידון במקום האדם צריך שיזכה התובע לשליח מן התביעה, שאם לא כן יכול הנתבע לומר שאינו בעל דברים שלו, ואמר אביי שדי שיזכה לו מקצת מהתביעה, ונסתפקה הגמרא אם נחשב כשליח שלו לשאר התביעה או כשותף, וכתבה הגמרא שהנ"מ הוא במקרה שתפס, אם ניתן להוציא ממנו.

וביאר רש"י בד"ה כיון שאם הוא שליח אינו יכול לתפוס לחבירו כון שהוא תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים.

³⁶⁰ נתקשיתי בדברי הקצות ואכתוב את מה שהבנתי והמעניין יענין.

³⁶¹ כלומר טענתו שברגע שהצליח לפעול לעצמו זה מועיל לפעול אף לחברו אף כשאינו יכול להעשות שליח שלו, וענין בהמשך שביא דברי הקצות שהסתפק אם אומרים תרי מיגו' האחד שיכל לתפוס בשבילו ובשביל חברו במיגו שתפס לעצמו, והשני שיוכל לתפוס רק לחבירו במיגו דאי בעי היה תופס לו ולחבירו, ונראה שלענין גזל לא ניתן לומר תרי מיגו: האחד שמיגו שגונב לעצמו גונב אף לחבירו השני שאף שאינו גונב לעצמו אלא רק לחבירו, מיגו דיכל לגנוב לו ולחבירו יכול לגנוב גם לחבירו, ולכאורה ניתן להציע ב' טעמים מדוע לא ניתן לומר כן:

א. שאיננו אומרים מיגו שהאדם יכל לעשות עבירה לגנוב, אך לכאורה יש לפקפק בטיעון זה, הואיל ואם לא יהיה לו מיגו בלאו הכי יחשב כעושה עבירה וכגונב לעצמו, וא"כ מדוע שלא יהיה לו מיגו שיכל לעשות עבירה, אך עדיין ניתן לענות בפשטות שמיגו דאי בעי מעיד על כוח שיש בידו, וגניבה אינה כח שיש בידו שהרי אינו רשאי לעשות כן, ואף שבלאו הכי יעבור עבירה, עדיין אין זה אומר שבכוחו לגנוב, ולכן בגניבה מועיל רק הטעם של מיגו דזכה' כלומר שאם כבר האדם יפעל את כוח הקנייה של גזילה, הוא יכול להשתמש בה אף לחבירו.

ב. ניתן לומר שיש לחלק מהותית בין מיגו דזכי למיגו דאי בעי זכי שמיגו דזכי אינו עובד כלל מכח שליחות וכך משמע מלשונו של הקצות: 'משום מגו דזכי לנפשיה בחציו זכי נמי לחבריה אפילו במקום דליכא שליחות', והטעם הוא מפני שאנו רואים את האדם כעושה פעולה לעצמו, ופעולה זו מתפשטת לגבי האחר, אך מיגו דאי בעי זכי לעולם מועיל משום שליחות שהרי כעת פועל רק בשביל האחר, אלא שיש לו כח לעשות פעולה זו בשליחות האחר הואיל והוא יכול לעשותה לעצמו, ולכן בגניבה לעולם לא יועיל תרי מיגו, כי לא שייך בו מיגו דאי בעי זכי שעובד מדין שליחות, ואין שליח לדבר עבירה.

עוד עיין באור שמח הלכות מלוה פרק כ הלכה ב שהשיג על דימויו של הקצות משנים שגנבו וז"ל:

ז"א, דבשותפין שגנבו גם לרש"י **הוי טעמא משום דעל מחצה השניה שהוציאה בשביל חברו, אף דהשתא מגביה לחבירו, אי אמרינן דאין שליח איהו חייב כולא קרן וכפל, וזכי ביה להתחייב כפל, כדון כל גנב הגונב בשביל חברו, לכן נתחייב חברו ג"כ בהוצאתו, אבל כאן, אם חברו לא הוי זכי איהו לא הוי מצי זכי בכולא יתר מכדי חובו, לכן לא מהני מה דזכי לנפשיה,**

כלומר נראה שסובר האור שמח שאף במקום שלא מועילה שליחות ומכל מקום מועיל מיגו דזכי, זה דווקא שבלאו הכי הייתה ביכולתו לזכות לעצמו בכל, כלומר שגם מיגו דזכי צריך לעבוד ביחד עם מיגו דאי בעי זכי.

אך נראה שהקצות סבר שמיגו דאי בעי זכי היא סברא שכל כולה מועילה דווקא בשביל להגדיר את האדם כמסוגל להיות שליח, ולכן במקום שאין דין שליחות אין כלל משמעות למה שיכל האדם לעשות, אלא הכל עובד מכח שפועל כעת לעצמו, יכול להמשיך כן אף לחבירו ואין זה משנה כלל שאין ביכולתו לפעול כן לעצמו, ודוק.

³⁶² **ועיין בטבעת החושן** שהביא משו"ת כתב סופר חו"מ סי' יד שסבר שאין המקרה שלנו דומה לדברי רבנן, ששם כל עוד לא הפקיר נכסיו, אין לו כלל כח לזכות, ולכן צריך מיגו שיכל לזכות, ורק אח"כ שיוכל לזכות לחבירו, אבל במקרה של תופס לבעל חוב ברגע שאנו מגדירים שיש לו מיגו דזכה, כבר ביכולתו לקנות לו ולחבירו, ונשאר מיגו אחד שמיגו שיכל לזכות לו ולחבירו וזה בכוחו עכשיו ממש, ולכן יוכל גם לקנות רק לחבירו [נראה לי שלזה התכוון ומכל מקום נראית הערה זו מסתברת]

והעיר בטבעת החושן שאין דבריו מוכרחים שאף במקרה שלנו, כל עוד לא זכה גם לעצמו אין לו יכולת לזכות לחבירו, וזה דומה ממש לעשיר הצריך להפקיר נכסיו שכל עוד לא הפקיר אין בידו כלל לזכות, וצדקו דברי הקצות.

אך כתב שנראה שהקצות הרגיש שאין הדימוי מוחלט ולכן נשאר בצ"ע, ולכאורה מה יש להסתפק הרי זו גמרא מפורשת שיתרי מיגו לא אמרינן כדעת חכמים, אלא ודאי שראה מקום לחלק כדברי הכתב סופר, אך סיים הטבעת החושן שאין משמעות לשונו כד', ובאמת המעניין בלשון הקצות יראה שלשונו קצת לא ברורה שלא ברור במה נסתפק, אך נראה לי שבאמת הסתפק במה שכתב הטבעת החושן ודוק.

וכתב התומים שלפי הש"ך היה צריך לומר שיכול לתפוס הואיל ויכול לתפוס מקצת לעצמו תופס אף לחבירו.

וכתב התומים לדחות את ראיית הש"ך משנים שהגביהו מציאה, וכתב ששם אם לא היו שניהם תופסים, היה יכול כל אחד לתפוס את הכל, ואין זה דומה לתפוס ביותר מכדי חובו.

הנתיבות (ג) הסכים עם הוכחת התומים מב"ק שמבואר שאינו יכול לתפוס ביותר מכדי חובו, אך כתב שדחייתו של התומים לראית הש"ך אינה נכונה.

וכתב הנתיבות לדחות את ראיית הש"ך משנים שהגביהו מציאה, ע"פ יסוד מחודש, וכתב שאכן יכול אדם במיגו שיזכה לעצמו לזכות לחבירו אף ביותר ממה שיכל לתפוס בעבור עצמו, אך כל זה דווקא במקום שאינו יכול לתפוס לעצמו מבלי שיזכה גם לחבירו, כגון במקרה ששניהם מגביהים מציאה, שאם ירצה כל אחד מהם לזכות בהכל, לא יזכו בכלום, ולכן מכח שרוצה לקנות לעצמו יפשטה זכיותו בכל החפץ אף לצורך חבירו, אך במקום שיכול לזכות לעצמו מבלי לזכות לחבירו, איננו אומרים מיגו זה.

וכתב הנתיבות על ראית הקצות מב"מ דף ח. לעניין שנים שגנבו שזו ראיה לסתור, **שאמנם רש"י** באמת פירש שיכול אחד להגביה ולזכות בעבור חבירו, **אך תוס' שם**³⁶³ השיגו וכתבו שרק כשהרימו שניהם יכולים לזכות זה לזה, ובאמת אין האחד יכול לזכות לחבירו משום שאין אדם יכול להעשות שליח לחבירו לדבר עבירה.

והביא הנתיבות שהקצות בסימן שמח ס"ק ג באמת תמה על התוס' הנ"ל שהרי אף כששניהם תפסו צריכים לטעם של ימיגו דזכי בשביל לזכות זה לזה, ואף בזה היה מקום לשאל שאין שליח לדבר עבירה.

אך כתב הנתיבות שלפי דבריו מבואר שבאמת במקום שבשביל לזכות לעצמו צריך לזכות לחבירו או אומרים מיגו דאי בעי זכה אף ביותר ממה שיכל לקנות לעצמו, אבל בלאו הכי לא.

הפת"ש (ה) הביא שהקרנב נתאל³⁶⁴ הכריע כסמ"ע, שאינו יכול לתפוס בעבור חובו ביותר מכדי חובו.

אך הביא הפת"ש שהנודע ביהודה³⁶⁵ פסק שאפשר לטעון יקים לי כש"ך, ובפרט שגם דעת הב"י והלבוש היא כדבריו.

אם יכול לתפוס חוב בעבור חבירו כשעוד לא הגיע זמן חובו שלו להפרע?

עוד הביא הפת"ש (ב) בשם הנודע ביהודה³⁶⁶ שהסתפק אם יכול אדם לתפוס חוב בעבור חובו חבירו, כאשר עוד לא הגיע זמן חובו שלו להפרע, והכריע שיכול, הואיל ומחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה³⁶⁷.

אם הלזה חייב גם לתופס, זכה בתפיסתו, מגו דאי בעי זכי לנפשיה, זכי לחבריה.

סעיף ג

אם יכול הלזה לצוות לאדם לזכות לאחר במקום שחב לאחרים?

הבאנו לעיל בתחילת סעיף א את דברי המשנה והגמרא בגיטין יא:--יב. שם מבואר שדעת חכמים היא שהאומר תן שטר שחרור זה לעבדי אם רצה לחזור בו אינו יכול לחזור בו הואיל וכבר זכה העבד בשטר מדין זכין לאדם שלא בפניו.

ובגמרא רצה רב הונא ללמוד מכאן שהתופס לבעל חוב תפס אף כשחב לאחרים, ולכן לא יכול האדון לחזור בו, הואיל וכבר תפס השליח בשביל העבד.

ודחאו ר' ירמיה ואמר בשם ר' יוחנן שאינו יכול לתפוס, ושם זה שונה שהאומר 'תנו כאומר זכו וביאר רש"י שהואיל ועשאו שליח לזכות בו, כבר זכה העבד הואיל וזכין לאדם שלא בפניו.

וכתב במגיד משנה שעל פי זה כתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק כ הלכה ב שאם אמר הלזה לאדם זכה לחפץ זה לפלוני, זכה בעל חובו, ואין יכולים בעלי חובות אחרים לגבות ממנו.

הקצות תמה (ג) שאין שום ראיה משם שכיון שצוה האדון בעצמו שיזכה לעבד אין כאן חיוב לאחרים, שהרי כל החוב הוא כלפי האדון, והאדון רוצה בזה³⁶⁸.

³⁶³ ד"ה ושותפין.

³⁶⁴ גיטין פרק ראשון סימן יג אות ה.

³⁶⁵ מהדו"ק חלק חו"מ סי' י"ז.

³⁶⁶ מהדו"ק חלק חו"מ סי' י"ז.

³⁶⁷ ועיין בסעיף ד שם נביא שנחלקו אם יכול לתפוס לבעל חובו כשעוד לא הגיע זמן בעל החוב לפרוע ושם הסיק השו"ע שיכול לתפוס אף קודם הזמן במקום שיש הפסד, וכדעת הרא"ש.

³⁶⁸ ועיין בסעיף א בהערה 338 שהבאנו בשם תוס' חכמי אנגליה בשם ר' יוסף איש ירושלים שהמשנה דיברה כשעשה את העבד אפותקי ולכן זה מקום שחב לאחרים, ולפי זה ודאי שיש ראיה לדין זה שאם אמר זכה מועיל אף כשחב לאחרים, אלא שהוא קצת דוחק שהרי המשנה לא חילקה, אך ניתן לומר שאדרבה הואיל והמשנה לא חילקה, למד ממנה רב הונא שיכול לתפוס במקום שחב לאחרים, שמן הסתם מדובר אף במקום שעשאו אפותקי, וא"כ חזרה הראיה, ודוק.

עוד עיין בשו"ת כתב סופר חו"מ ס' יז שכתב לבאר את סברת הרמב"ם ע"פ חקירה האם מועילה תפיסה במקום שחב לאחרים לגבי החלק שבאלו הכי היה חולק עם כולם, ונ"מ למקרה שתפס אחר שאינו יכול לתפוס בחלקו של הראשון, והסיק שלפי הש"ך וסייעייתה שאם תפס במקצת תפס בהכל, על כרחך שאינו יכול לתפוס כלל, שאם היה מצליח לתפוס מקצת היה יכול לתפוס הכל במיגו, ולפי זה כתב שפשוט שכשהלוה עצמו מזכה, יש בזכותו להקנות לפחות את החלק המגיע לו מדין, ומכח שהקנה לו חלק זה, כבר יכול השליח לתפוס הכל במיגו דזכה במקצתו זכה בכולו, וכתב שיתכן שזכה אף הסמ"ע יודה שהסמ"ע חלק וסבר שאין אומרים מיגו דזכה מקצת לנפשיה לזכות את השאר לחבירו, אבל אף הוא יודה שניתן לומר מיגו דזכה מקצת לחבירו זכה בהכל לחבירו, עי"ש בדבריו הנפלאים.

ולכן כתב הקצות שהרמב"ם למד דין זה מסברא, שהנכסים שלו הם ויכול לעשות בהם מה שהוא רוצה, וכשם שיכול לתת מתנה למי שירצה, יכול לעשות כן אף עיי"ש שליח, ועיי"ש שהאריך להוכיח זאת. **הסמ"ע (ד) כתב** שיכול הלוה לזכות עיי"ש שליח גם לסתם אדם אף שאינו בעל חובו, וכן מדויק מלשון השו"ע והרמב"ם שכתבו ישאם אמר לאדם זכה לחפץ זה לפלוני, וכתב שאף שבטור כתוב לבעל חובי, נראה שהוא לאו דווקא.

עוד כתב הב"י שנראה שעיי"ש ציווי הלווה יכול אדם לזכות עבור בעיי"ח אף אם אינו מכירו, וכן פסק בשו"ע. לשון השו"ע:

אם הלוה אמר לאדם אחר: זכה בחפץ זה לפלוני, או: תן מנה זה לפלוני, זכה לו. ואפילו אין הזוכה מכיר לאותו פלוני. ואין אחד מבעלי חובות יכולים לגבות מאלו, שכבר זכה בהם אחר:

סעיף ז

התופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים?

מבואר בכל הגמרות שהבאנו עד כה שאין אדם יכול לתפוס לבעל חוב מנכסי הלוה דווקא במקום שחב לאחרים, אבל כשלא חב לאחרים יכול לתפוס.

כתב הטור בשם הרמ"ה שיכול לתפוס לבעל חוב רק אם יש לבעל חוב שטר המעיד שהלוה חייב לו, אך אם אין שטר, אינו יכול לומר המתן עד שאביא ראיה אלא מוציאים מידו מיד.

כתב הב"י שמדברי הרמ"ה שהביא הטור נשמע שדווקא כשיכול המלוה להשבע מיד שלא פרע לו מועילה התפיסה, אבל אם אין הבעל חוב בעיר, מוציאים מיד התופס, והסתפק הב"י האם כשנמצא במרחק יום אחד מחכים לו.

ובפרישה ובסמ"ע (ח) כתב שהב"י דקדק מגירסא משובשת בטור, ובגירסא הנכונה אין שום ראיה שחייב המלוה להשבע מיד, ומחכים לו כל עוד הוא קרוב לעיר.

האם תפיסה לבעל חוב שלא במקום הפסד מועילה שלא במקום פסידא

וכבר הבאנו בסעיף א שהרא"ש³⁶⁹ **הביא תשובת רי"ף**³⁷⁰ **שכתב** שכל דין התופס לבעל חוב הינו מדרבנן, שמן הדין יכל הלוה לומר 'אינך קשור אלי' (לאו בעל דברים דידי את) ואינך יכול לתפוס בעבור בעל חובי. **ועל פי זה כתב הרי"ף** שיכול לתפוס לבעל חוב רק במקום שאם לא יתפוס, יהיה הפסד לבעל חוב, כגון שמת הלווה, ואם לא יתפוס כעת לא יכול לגבות מן היתומים, או במקרה שהלוה מפסיד נכסיו ולא יהיה לו ממה לפרוע.

[**העיר הב"י** שמה שכתב ברי"ף 'שמת הלווה' אינו מדוקדק שאם כבר מת לא תועיל תפיסה, אלא כוונה שהוא גוסס ותופס קודם שמת, אך כתב שיתכן שסוברים כגהות מרדכי ב"ק ס' ר א שבזמנינו תפיסה מועילה לאחר מיתה³⁷¹].

והביא הב"י בשם הנימוק³⁷² שבמקום פסידא הוא יכול להשיב אף מדין השבת אבידה, וכתב בשם הרי"ף³⁷³ שיכול לתפוס אף אם לא עשאו שליח מדין זכין.

הרא"ש השיג על מה שכתב הרי"ף שכל דין תפיסה לבעל חוב הינה מדרבנן, שמשמע מסתימת לשונו של ר' יוחנן שדין הוא ולא תקנה והאריך להוכיח זאת, וכתב הרא"ש שכאן לא שייך לומר 'לאו בעל דברים דידי את', שהרי אינו תובע אותו לדין ורק תופס ממנו ואין הלווה יכול לתבוע את התופס שיחזיר לו, שהרי זכין לאדם שלא בפניו ונחשב כאילו המלוה עצמו תפס.

השו"ע פסק כדברי הרי"ף שיכול לתפוס רק במקום שיש הפסד, וכן סתם הטור בשם הרי"ף. **והב"ח כבר העיר שלכאורה לפי הרא"ש** אין דין זה נכון כפי שהשיג על הרי"ף שמן הדין מועילה תפיסה כשלא חב לאחרים, אך **כתב הב"ח** שלדינא מודה רא"ש לרי"ף ומהסברא שהביא בגיטין פ"א סימן יט בשם הרב משה מאייבר"א, שאם יכול כל אחד לתפוס בשביל חברו 'לא שבקת חיי לכל בריה'. **אך הגר"א (י בליקוטים) כתב** שהרא"ש באמת חולק וסובר שיכול לתפוס אף שלא במקום הפסד.

אם יכול לתפוס לבעל חוב קודם שהגיע זמן פרעונו

הרא"ש בגיטין³⁷⁴ **הביא את דעת רבינו פרץ** שאין אדם יכול לתפוס עבור חובו של אחר אלא כשהגיע זמן פרעון החוב.

ושם השיב עליו וכתב שבמקום הפסד מועילה תפיסה אף בתוך הזמן, **וכן סתם השו"ע שמועילה תפיסה.** לשון השו"ע:

אם אין עליו חוב לאחרים, זכה התופס לבע"ח. ודוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח, כגון שהוא גברא דמפסיד נכסי או שהעני וירד מנכסיו. ואפילו תוך זמן מהניא תפיסה, אם אין לו נכסים אחרים ויפסיד המלוה אי לאו הך תפיסה. ודוקא דנקיט ב"ח שטרא בידיה, דיכול השתא לקיימו,

³⁶⁹ בבא מציעא פרק א סימן כז.

³⁷⁰ סימן רעה

³⁷¹ עיין בהגהות והערות ס"ק יב שהביא את תמיהת הכנה"ג שבזמן הזה גובים מיתומים עצמם, ואין שום הפסד בכך שמת הלווה, ובפרישה דחק ליישב את ב"י שכוונתו שהיתומים קטנים ויש חשש שיפסידו את הנכסים עד שיגדלו וכתב שהוא דוחק.

³⁷² ב"מ ה. ד"ה גרסינן.

³⁷³ ב"מ י. ד"ה אמר.

³⁷⁴ פרק ראשון סימן יט.

אבל אי לית ליה ראייה, והלוה מכחיש, מהדרי ממונא למריה, ולא מצי למימר: קבעו לי זמן דמייטינא ראייה.

סעיף ה

האם התופס לבעל חוב חייב באחריות של מה שתפס?

כתב הטור בשם העיטור³⁷⁵ שהתופס לבע"ח במקום שלא חב לאחרים חייב באחריות על מה שתפס, שעשה את עצמו כ'עבד לווה לאיש מלוה'.

והטור דייק שהרא"ש לא סובר כן, שכתב הרא"ש³⁷⁶ שאם יאמר הלווה לתופס 'קבל עליך אחריות או החזר לי מה שתפסתי הדין עמו, שיכול לומר שאין התופס נאמן לו. ומשמע שבסתם אינו חייב באחריות. **בבדק הבית דחה את ראית הטור וכתב** שיתכן שהתכוון הרא"ש שיכול הלווה לכוף את התופס לקבל עליו אחריות בפירוש, אבל גם בלי זה מתחייב באחריותו.

הש"ך כתב (ו) שהנ"מ בזה שקיבל באחריות, הוא שהתופס יתחייב ללוה כמלוה בשטר. **השו"ע סתם כדעת העיטור** שחייב התופס באחריות על מה שתפס, והוסיף על פי הבנתו ברא"ש שאם מבקש הלווה שיתחייב לו בפירוש או שיחזיר לו את החפץ הרשות בידו.

הרמ"א כתב בלשון י"א שאינו חייב באחריותו וכפי שהבין הטור ברא"ש. **בפני הסמ"ע לא היה את הספר בדק הבית ולכן כתב** שודאי יש חסרון בלשון השו"ע והתכוון להביא בו דיעות.

והעיר עליו הש"ך (ו) שלא ראה הסמ"ע את דברי הבי"ב בדק הבית ולכן כתב מה שכתב. **הב"ח הכריע כדעת השו"ע** שמתחייב באחריותו, ואם לא התחייב אין בזה תפיסה כלל, [והביא ראיה לזה מגיטין יד. והש"ך (ה) כתב שראיתו אינה ראייה].

כתב הנתניבות (ד) שנראה שכל המחלוקת היא דווקא לגבי אחריות באונסים, אבל כולם מודים שנעשה התופס לפחות כשומר שכר וכדין שומר אבידה לדיעה הסוברת שנחשב כשומר שכר הואיל ועיי זה נפטר מלתת פרוטה לעני מדין העוסק במצוה פטור מן המצוה, והוא הדין בתופס שאף הוא מחוייב לשטוח ולנער את החפץ שתפס, מפני שאין זה ביד הלוה, לכן מוטלת עליו החובה לטפל במה שתפס.

כתב הקצות (ה) שכ"ז הוא בתפיסה המותרת, אבל אם תפס משכון באיסור כגון בהלוואה לא יכול לזכות לבעל חוב, הואיל וזכיה מקנה מדין שליחות ואין שליח לדבר עבירה, [ונראה שכוונתו שבזה כ"ע יודו שודאי התחייב באחריותו מדין גזלן].

לסוברים שהתופס חייב באחריות, האם נפטר הלוה מחובתו לשלם למלוה?

עוד כתב בבדק הבית שאף שחייב התופס באחריות, אין הלווה נפטר מלשלם למלוה, אלא רק במציאות שיש לתופס נכסים, נכנס התופס במקום הלוה אך אם אין לא נכסים, יכול המלוה לגבות מן הלוה. **ובסמ"ע (ט)** כתב יותר מזה שלעולם יכול המלוה לגבות מן הלוה באופן ישיר, אלא שהלוה יוכל לתבוע את התופס על מה שתפס, שהרי כשתפס שלא מדעת המלוה, יכול המלוה לומר שהתופס אינו בעל דברים שלו. **אך הבי"ח סבר** שלעולם עומד התופס במקום הלוה ממש, שהרי לא יתכן שיוכל גם התופס לקחת ממנו וגם שהמלוה יתבענו וישלם פעמים שלקחה בזה מידת הדין, והביא ראיה לזה מהר"ן בגיטין יט: בדין פרוזבול, **וכתב הש"ך (ה)** שאין ראיתו ראייה שהר"ן עצמו כתב שיתכן שאמרו כן רק בפרוזבול, עיי"ש. לשון השו"ע:

התופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, חייב באחריותו. (ו"א דאינו חייב באחריותו) (טור בשם הרא"ש). **אם יאמר הלוה לתופס: קבל עליך אחריות בפירוש או החזר לי מה שתפסת דלא מהימנת לי, שומעין לו:**

סעיף ו

האם נפקד יכול לתפוס בעבור בעל חובו של המפקיד?

הטור כתב בשם הרמב"ן³⁷⁷ שתפיסת הנפקד מועילה לענין שאם מת המפקיד שאין הפקדון נעשה מטלטלין אצל בניו כדי להפקיע זכותו של המלוה לגבות ממנו, וכן אין שביעית משמטת את החוב, וכן אם נתן המפקיד את הפקדון במתנה אינו נתון. אבל אם אין בעל החוב כאן אינו יכול לעכב את הפקדון בידו עבורו, אפילו אם הלווה מודה שחייב לו. ולכשיבוא המלוה ידונו ב"ד בין שניהם.

³⁷⁵ שלישות ממון מד ע"ב.

³⁷⁶ גיטין פרק ראשון סי' יט.

³⁷⁷ מקור דין זה בתרומות שער סז ח"ב ס' ו שהביא ת' הרמב"ן בס' סט ושם כתב שלשיטתו לעולם אסור לתפוס, הואיל והוא חב בזה ללוה (מפקיד) אך לסוברים שכשאין בעלי חובים אחרים מותר לתפוס, מועילה תפיסתו לגבי היתומים וכו'.

ויוצא לשיטתו לעולם תפיסה לבעל הינה בגדר 'חב לאחרים' ועיין בהגהות על ספר התרומות הוצאת מכון ירושלים הערה 20 שכתב שכן הביא המאירי בגיטין יא: בשם קצת מפרשים, אך שם חילק שדווקא כשהלוה חי אינו רשאי לתפוס, וכן קצת משמע ברמב"ן שכתב שאינו יכול לתפוס בחיי הלוה אך עדיין קשה שלפי מה שהביא המאירי ניתן לתפוס בחיי לווה לגבי היתומים, וברמב"ן משמע שלעולם לא יכול לתפוס בחיי הלוה וצ"ע, ועיין שם בהגהות לתרומות שמנסה לבאר את הסברא בזה, ולא הבינותי, ואין לי זמן להאריך בזה כעת.

נפקד שתפס והשיב את הפקדון למפקיד האם מועילה תפיסתו?

כתב הב"י שמה שכתב התרומות שאם נתן המפקיד במתנה לאחר אין מתנתו מתנה, כוונתו דווקא שהקנה אגב קרקע או קנין סודר, שהרי החפץ אינו אצל המפקיד אלא אצל הנפקד, ולכאורה אם יחזיר הנפקד את החפץ למפקיד שוב לא יועיל מה שתפס לפני כן.

עוד הציע הב"י שיתכן שבאמת תועיל תפיסתו אף אם ישיב למפקיד את החפץ, הואיל וכבר תפס בעבור חובו של אותו אדם.

השו"ע סתם כפירושו הראשון שמדובר שהקנה אגב קרקע, ויוצא שסבר שאם החזיר, שוב לא תועיל תפיסתו.

אך בגידולי תרומה צידד בפירוש השני שברגע שתפס כבר הועילת תפיסתו, וגם אם השיב למפקיד, נחשב המפקיד כשומר של המלוה ע"י ש בדבריו.³⁷⁸

ובסמ"ע ס"ק יא עולה במפורש שלענין שביעית ושיוכל לגבות מיתומים מועילה תפיסתו אף לאחר ששיב למפקיד, [ולענין אם יוכל המפקיד לתת את המטלטלים מתנה לאדם אחר עיין הערה 378].

מדוע הנפקד אינו יכול לעכב את הפקדון בידו ככל תופס לבעל חוב?

כתב הסמ"ע (יא) שהרמב"ן דובר אפילו כשאין הפסד לבע"ח, או שאין המלוה במקום קרוב כדי לקיים את השטר, שבזה תפיסה רגילה לא מועילה אף כשאינו חב לאחרים, וחדש הרמב"ן שמכל מקום תפיסת הנפקד מועילה מכיון שהוא תפוס ועומד, ולכן כתב הרמב"ן שאינו יכול לעכב את הפקדון אם הבע"ח אינו כאן, שאף אם יחזיר לא יפסיד המלוה מפני זה לגבי שביעית וגבייה מן היתומים שהנכסים כבר תפוסים בשבילו.³⁷⁹

הש"ך (ז) הביא דברי הסמ"ע והביא עוד שכתב הב"ח פירוש אחר שמדובר כשיש הפסד אלא שהנפקד לא רוצה לקבל עליו אחריות על הפקדון, ולכן צריך להחזיר ללווה, ובאמת אם מוכן לקבל אחריות אינו צריך להשיב.³⁸⁰

מסר הנפקד את הפקדון למלוה, האם מתחייב על כך?

כתב הטור שאם מסר הנפקד ליד המלוה אינו מתחייב, ואפילו אם היה שומר שכר. שהרי לא גרם לו שום נזק, שגם בלי זה היה חייב לשלם.

והקשה הב"י במה זה שונה מהפורע חובו של חבירו שלא מדעתו שפטור הלווה לשלם לפורע חובו, הואיל ויכול לטעון שהיה מפיס את בעל חובו כמבואר בכתובות קח. וא"כ אף כאן לא היה לנפקד לתת את פקדונו שיכול המפקיד לטעון שהיה מפיסו, וצריך להתחייב על כך?!

וכתב הב"י שנראה שטעם זה שיכול לפייסו מספיק בשביל לפטור את הלווה משלם, אך לא בשביל לחייב את המפקיד.

עוד כתב הב"י שמצא כדברי הטור בתרומות³⁸¹ בשם הרמב"ן³⁸², אלא ששם חילק באופן אחר וכתב שבפורע חובו של חבירו הוא פטור משום שהפורע עשה שלא ברשות, וכאן אין זה שייך מכיון שמשועבד הנפקד למלוה משיעבודא דר' נתן כמו בב"ק מ. ולכן היה מחוייב לפרוע.³⁸³

הסמ"ע (יג) כתב כביאורו של הב"י שטעם זה שיכול לפייסו, אינו מספיק בכדי לחייב את הפורע בשבילו.

³⁷⁸ ע"י ש שהוכיח דין זה מהגמרא בקטו. שם מבואר שהלוקח משכון אף שמחזירו, מועיל מה שמשכון לענין זה שלא תשמש שביעית את חובו ושיוכל לגבות מבניו, ומשמע שאף המחזיר, זה נחשב תפוס לו, והוא הדין אצלנו כשתפוס לבעל חוב, אך נשאר בצ"ע מדוע לא כתבה הגמ' נ"מ גם לענין שאם יתן הלווה מתנה שלא יועיל.

ובאמת התומים בסימן קז ס"ק יד הסתפק בזה אם יוכל הלוה להקנות את המשכון בעודו בידו, ועיין נחל יצחק סימן צז סעיף טז אות ב שהכריע שאינו יכול למכור, וכתב שהגמ' כללה נ"מ זו במה שכתבה שיכול לגבות מבניו, והוא הדין ממשועבדים כלומר מלקוחות או ממקבלי מתנות שקיבלו באותו הזמן.

ועיין בסמ"ע ס"ק יא שביא לקמן שהניח בפשיטות שאף אם החזיר הנפקד את תפיסתו, תועיל תפיסתו לענין שלא תהא שביעית משמט ולענין שיוכל לגבות מבניו, אך לא הזכיר את הני"מ שמתנתו אינה מתנה.

והיה נראה לי בתחילה שבזה סבר שבאמת מתנתו מתנה, וכן היה נראה לי יותר במה שביאר את השו"ע שכתב שהקנה אגב קרקע, ולא העיר שהוא הדין שאם כבר החזיר הנפקד את הפקדון, שאם יתן מתנה לא מועיל.

אך נראה קשה לומר כן, שא"כ יהיה קשה לסמ"ע במה שביאר שם בס"ק יא שאף אם יחזיר הנפקד את הפקדון לא יהיה הפסד לבעל חוב הואיל וכבר השביעית לא תשמש ויוכל לגבות מבניו, שהרי עדיין יש הפסד לענין זה שיכול המפקיד לתת את המטלטלים מתנה לאדם אחר, ויתכן לומר שבאמת הסמ"ע סובר שאף לענין מתנה לא יועיל ורק ביאר בשו"ע כיצד ניתן להקנות כאשר המטלטלים עודם ביד הנפקד, אך הוא הדין שאף אם החזיר למפקיד לא יוכל להקנות, ודוק, ויש עוד לעיין בזה.

³⁷⁹ עיין בהערה 378 שם דנו בדברי הסמ"ע הנ"ל אם לאחר שיחזיר הנפקד למפקד, יוכל המפקיד להקנות לאדם אחר. ³⁸⁰ כתב ר' דינאל וסטברוק בסיכומו 'התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים':

אבל יש להעיר שמדברי התרומות בשם הרמב"ן נראה שלא כדברי שניהם, אלא אדרבה נפקד מחוייב יותר כלפי המפקיד ומשועבד להחזיר לו את הפקדון דוקא.

ונראים דבריו וכן משמע מלשון השו"ע עצמו שכתב 'שהדין נותן בכל פקדון להחזירו למי שהפקידו אצלו' משמע שיש חיוב מיוחד בפקדון להשיבו למפקד, ודוק.

³⁸¹ שער סז ח"ב סי' ז.

³⁸² שו"ת הרמב"ן סי' סט.

³⁸³ ובענין אם שייך דין שעבודא דר' נתן בפקדון עיין בסימן פו סעיף ד.

והש"ך (ט) הביא את דברי האגודת אזוב שכתב ע"פ הרמ"א בסימן קכח בשם מהר"י וייל, שאם היה של חבירו בידו ופרע ממנו פטור. [ונראה שאף שהש"ך הציג זאת כתירוץ נוסף הרי זה נובע מאותה הסברה ודוק].

אך הש"ך עצמו כתב שאין צורך לזה כאן, הואיל והנפקד כבר משועבד למלוה משיעבודא דרי נתן והיה חייב לשלם, וכטעמו של הרמב"ן.

עוד ציין הש"ך (ח) לדבריו בסימן פו שהנפקד יכול לפרוע חוב המפקיד אף כשיש ללוה נכסים אחרים, שאף בזה שייך דינו של ר' נתן, שכל הטעם שאין גובים מן הלוה השני כשיש ללוה הראשון נכסים זה משום ההפסד שלו, וכאן שרוצה לפרוע הרשות בידו.

עוד הקשה הש"ך (י) שמבואר בסימן קכה סעיף ג שאם שלח לוה שליח לפרוע חובו, והמלוה חייב לשליח, אם יש נכסים אחרים למלוה אין השליח יכול לעכב את המעות בעד חובו, שכל עוד יש נכסים למלוה אין המשלח משתעבד לשליח מדינו של ר' נתן, ולכן לא נפטר המשלח מכך שנפרע השליח.

ולכאורה קושייתו שלפי מה שמבואר כאן שהנפקד נפטר מחובו למפקיד מכח שפרע למלוה שלו, אף שיש למפקיד עצמו נכסים, היה צריך להיות שגם שם יפטר המלוה מכך שפרע את חובו למלוה לשליחו.

וכתב הש"ך לחלק שאצלינו מדובר שהנפקד לא ידע שהיה למפקיד נכסים אחרים, ואילו המשלח ידע שהיה למלוה נכסים אחרים.³⁸⁴

[**דברי הנתיות (ו) והתומים (י) כאן** היו קשים לי ואסכם בתמצות מה שהיה נראה לי בדבריהם :

התומים בתחילה כתב שלכאורה כאן הדין פשוט שיכול לפרוע הנפקד הואיל ופקדון הוא תמיד שייך למפקיד ואין צורך לדין ר' נתן בשביל לפרוע, אך כתב שלפי הטור שאף במלוה אם פרע חוב חבירו חייב חבירו לשלם, לא אמור להיות חילוק, ולכן עיקר התירוץ הוא, שכאשר השליח מחייב את המשלח לפרוע חובו של המלוה, הוא אינו פוטר לחלוטין את המשלח מחובו למלוה אלא המלוה גובה ממנו חובה, והמשלח יכול לדרוש ממנו שכר בעבור פרעונו בגדר זה גובה וזה גובה ויש לזה נ"מ כמבואר בסימן פה, ולכן יכול המשלח לטעון שאינו חפץ בזה, וממילא חובו לא נפרע וחייב השליח להחזיר את המעות למשלח, מה שאין כן כאשר הנפקד ברצונו מעוניין לפרוע את חוב המלוה, ולהשאר חייב למפקיד, ושהמפקיד יתחייב לו מדין פורע חובו, אין המפקיד יכול לעכב בעדו.

והנתיות ביאר קצת באופן אחר, שכל הדין שלפי הטור חייב הלוה למי שפרע חובו הוא דווקא אם ברצונו היה לפרוע כמו שהנפקד פרע מרצונו, אבל המשלח לא רצה לפרוע את חובו של המלוה לשליח ולכן אין המלוה יהיה חייב לשלם לו על כך, וממילא חזר הדין שהפרעון לא הועיל, וחייב השליח להשיב את המעות, אבל כאשר הנפקד מוכן לפרוע משלו, לכן חייב המפקיד לשלם לו, וממילא הפרעון תפס, ויש לעיין הרבה בדבריהם ולא מצאתי הפנאי לזה]

לשון השו"ע:

נפקד שתפס בפקדון לתפסו לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, מועיל לו תפיסתו לענין זה שאם מת המפקיד אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ושביעית אינה משמטתו ואם נתנו באגב (פירוש אגב קרקע) או בקנין סודר או במתנת שכיב מרע לאחר אינו נתון. ומכל מקום אם אין בעל חוב כאן, אין הנפקד יכול לעכב הפקדון בשבילו, ואפילו אם הלוה מודה; שהדין נתן בכל פקדון להחזירו למי שהפקידו אצלו, ואם יש לאחרים זכות בו הרי הדין ביניהם. ואם מסרו הנפקד ליד מלוה, פטור, ואפילו אם היה שומר שכר. (דהא אף אם היה מחזירו למפקיד הוא היה צריך לשלם למלוה) (טור ס"ה):

³⁸⁴ בפשטות היסוד הוא שכל עוד יש נכסים אחרים אין הנפקד משתעבד כלל בשיעבודא דרי נתן למלוה של המפקיד ולכן לא מועיל שפרע חובו, שיכל המפקיד לפרוע חובו מדבר אחר, אך כבר הבאנו שהש"ך סובר שדינו של ר' נתן שייך גם כשיש לו נכסים, ושם בסימן קכה ס"ק יח ביאר שמדובר שיש למלוה גם מעות אחרים ובה ודאי יכל המלוה לומר שרצה לפרוע ללוה שלו (השליח) דווקא במעות אחרים, ולפי זה נראה שהש"ך לשיטתו שהואיל ובאמת שייך כאן דינו של ר' נתן, לכן אם פרע הנפקד למלוה במקום לשליח ולא ידע שהיה למפקיד מעות אחרים, פרעונו מועיל, הואיל וסוף כל סוף אף הוא משועבד ודוק.

סימן קו

דין הבא ליפרע שלא בפני בעל חובו ובו ג' סעיפים :

סעיף א

פרטי גבייה מהלוה כשאינו לפנינו

המשנה בכתובת פז. כותבת לעניין גבית כתובה :

ושלא בפניו - לא תפרע אלא בשבועה...שלא בפניו כיצד? הלך לו למדינת הים, והיא נפרעת שלא בפניו - אינה נפרעת אלא בשבועה.
ובגמרא בדף פח. כתוב :

אמר רב אחא שר הבירה: מעשה בא לפני רבי יצחק באנטוכיא, ואמר: לא שנו אלא לכתובת אשה, משום חינוא, אבל בעל חוב לא;

ורבא אמר רב נחמן: אפי' בעל חוב, שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חברו והולך ויושב במדינת הים, ואתה נועל דלת בפני לוויין.

כלומר במשנה מבואר שאשה יכולה לגבות כתובה בשבועה אף כאשר הבעל לא נמצא.

ורב אחא שר הבירה סבר שזהו דין מיוחד באשה כדי שתהיה מוכנה להתחתן ('חינאי') ואבל בעל חוב לעולם אינו נוטל כאשר הלוה אינו נמצא.

ורבא בשם רב נחמן סבר שאף בעל חוב יכול ליטול, שאחרת אנשים ילוו ויברחו למדינת הים ויפסידו את המלווים.

הרא"ש³⁸⁵ **הרי"ף**³⁸⁶ **והרמב"ם**³⁸⁷ פסקו כרבא בשם רב נחמן שאף בעל חוב יכול לגבות.

אך ה"ח פסק כר' אחא שר הבירה שאין בעל חוב גובה, וזה ע"פ הירושלמי בכתובות פרק ט הלכה ח.

בתרומות³⁸⁸ **הביא ת' רב האי שסבר** שגם רב נחמן מודה שאין לפרוע לבע"ח אלא במקום שכבר עמד הלווה בדין, וכתב שמעולם לא עשו מעשה להוריד אדם לנכסי לוח כשאינו לפנינו.

אך הטור ושו"ע פסקו כדעת הרא"ש והרי"ף והרמב"ם שיורדים לנכסי הלוה כשאינו פה.

וכתב הרשב"א בת³⁸⁹ שיכול לגבות בין ממטלטלים ובין מקרקע, ואין לחשוש שאם יגבה ממטלטלים, ואח"כ יבא הלווה ויוציא שובר שכבר פרעו, שלא יוכל להחזיר את המטלטלים, הואיל והמלוה יבריחם, שחשש זה קיים רק במקרה שהלוה ביקש זמן להביא ראיה שפרע וכפי שמבואר לעיל בסיומן צח סעיף ז ע"פ הגמרא בב"ק קיב. , אבל כשלא אמר כן, איננו חוששים לשובר.

כמה זמן מחכים ללווה שיבא לפני שגובים שלא בפניו?

הטור כתב בשם הרמ"ה שאם הלוה יכול לחזור תוך קל"ח יום שולחים לו ומחכים.
וכתב הב"י כתב שזו טעות סופר.

אך הדרכי משה (ב) כתב שמצא בשלטי הגבורים³⁹⁰ **כדברי הרמ"ה** ושהטעם הוא מכח מה שמבואר בירושלמי שנותנים לו שלושה זמני ב"ד, שכל אחד מהם הוא סך הכל מ"ו יום. שהרי קודם כל קובעים לו זמן בה"ב ואם ביקש קביעת זמן לי יום נותנים לו, ואם עדיין לא בא קובעים לו עוד בה"ב.

הרא"ש בתשובה³⁹¹ **כתב שהעיטור**³⁹² **כתב** שנותנים לו צ' יום ולמד זאת מן הירושלמי שהבאנו לעיל.

אך הרא"ש כתב שאיננו פוסקים על פי ירושלמי שלשיטתו אין גובים כשאנו בפנינו אלא אם עמד בדין, אלא מסתבר שאם יכול להודיעו בתוך שלשים יום, מודיעים לו שזהו זמן ב"ד ואין נותנים יותר מזה.

ובתשובת הרשב"א³⁹³ **כתב** כרא"ש שנותנים לו לי יום, אלא שלמד מן הירושלמי הנ"ל ששולחים לו שלוש איגרות.

ובתשובה אחרת³⁹⁴ **כתב הרשב"א** ששולחים לו רק אם הוא קרוב כמהלך יום.
השו"ע סתם כדעת הרא"ש שנותנים לי יום בלבד.

מי משלם שכר שליחות?

עוד כתב הרא"ש בתשובה³⁹⁵ שהמלוה משלם שכר השליחות, וחוזר וגובה אותו מהלווה, מפני שהשליחות היא לטובת הלווה, וכן פסקו הטור והשו"ע.

³⁸⁵ כתובות פרק ט סימן כז.

³⁸⁶ כתובות מח :

³⁸⁷ מלוה ולוה פרק יג הלכה א.

³⁸⁸ שער טו ח"א סי' א.

³⁸⁹ ח"ב סימן צג.

³⁹⁰ כתובות מח : אות ג

³⁹¹ כלל עג סימן ג.

³⁹² אות אלף בחלק ראשון של מלוה בשטר.

³⁹³ ח"ב סימן צג.

³⁹⁴ ח"ו סי' רלא.

וּכְתַב הַרְשֵׁב"א בַּת³⁹⁶ שאם נפטר הלווה מלשלם אינו גובה ממנו שכר השליחות (והסמ"ע (ג) והש"ך (ב) הביאוהו), [עוד ציין הש"ך שאף המזמין את הנתבע שיבא אצלו לדין, על על התובע לשלם שכירות ודין זה מבואר בסימן יד סעיף ה, ושם מבואר שזה דווקא כאשר לא סירב לבא, עיי"ש].

הגובה שלא בפניו וכתוב נאמנות בשאר אם גובה שלא בשבועה?

בשם הרמ"ה שאפילו אם כתוב נאמנות בשטר, אם לא כתבו במפורש שהוא פטור משבועה אפילו אם יגבה שלא בפניו חייב להישבע. **וכן דעת התרומות**³⁹⁷.
והוסיף **התרומות** שאם כתוב בו נאמנות עליו ועל באי כוחו, יכולים ב"ד להשביעו, הואיל וב"ד הם בכלל באי כוחו.

אך לעומתם כתב הרא"ש בתשובה³⁹⁸ שגם אם כתוב בשטר נאמנות סתם פטור מן השבועה, **וכ"כ הרשב"א בתשובה**³⁹⁹.
השו"ע סתם כדעת הרמ"ה והתרומות שאף אם כתוב נאמנות שטר חייב להשבע.

אם צריך התובע להשבע כשגובה שלא בפניו ויצא הלווה למדינת בתוך זמן הפרעון?

כתב הטור שיש אומרים שאם הלך הלווה למדינת הים לפני זמן הפרעון לא חוששים שפרע וגובה המלוה בלי שבועה, אף אם לא כתוב בשטר נאמנות.

אך הטור השיג על דבריהם וכתב שמכיון שעכשיו הוא אחרי זמן הפרעון יש לחוש ששלח לו מעותיו ע"י שליח, וטען המלוה שאבד שטרו וכתב שובר ללווה. [דברי הטור לקוחים מן התרומות שער טו ס' ד].

האם גובים שלא בפני היורשים?

הדרכי משה (ו) כתב בשם הריב"ש בסימן שנג שכתב שאין לפרוע מנכסי יורשים שלא בפניהם, אף שמצווים לפרוע חוב אביהם מחמת שירשו ממנו ממון אחר, אך מכל מקום אין שעבודו על נכסי אלו של היתומים.

הסמ"ע (ח) ציין שמהריב"ש עולה שדווקא מנכסיהם אינו יכול לגבות שלא בפניהם, אבל מנכסים שירשו מן האבא יכול.

הקצות (א) התקשה להבין באיזה מציאות יוכל המלוה לגבות מנכסי היתומים עצמם, שהרי הם אינם משועבדים לו, ואף שירשו נכסים מאבא, אז יכול לגבות דווקא מהם ולא מנכסי היתומים, ואף אם מכרו היתומים את נכסי האבא אין זה מועיל שאם נסבור שהמזיק שעבודו של חברו פטור, אז אינו יכול לגבות מהם כלל, ואם המזיק שעבודו של חברו חייב, אז כבר נתחייבו היתומים בחוב גמור, ויכול לגבות מהם, אף כשאינם לפנינו.⁴⁰⁰
לשון השו"ע:

מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים שבידו, שלא בפני לווה, אם יכולים בית דין לשלוח לו ולהודיעו עד שיעמוד עמו בדיון, שולחים ומודיעין לו, אם הוא בכדי שילך השליח ויחזור תוך ל' יום, והמלוה יתן שכר השליחות, ויגבנו נוסף על חובו. ואם הוא במקום שאין השליח יכול לילך ולחזור תוך שלשים יום, מגבין לו חובו מיד, אחר שישבע המלוה, ויטול בין מהמקרקעי (רשב"א) בין מהמטלטלים, ואין חוששין לשובר. ואם כתוב בשטר נאמנות בפירוש שאפילו יפרע שלא בפניו, או שכתוב בו נאמנות עליו ועל באי כחו, אינו צריך לישיבע. הגה: יש אומרים דאין גובין שלא בפניו, רק מלוה עצמו, אבל לא מירשיו, אלא צריך לילך אחריהם (ריב"ש סימן שנ"ג). ועיין לעיל סימן ע"ג סעיף י' וסימן י"ד סעיף א':

סעיף ב

אלו ראיות צריך להביא המלוה בכדי לגבות שלא בפניו

פסק השו"ע הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק יג הלכה ב:

שלושה ראיות צריך להביא לבית דין ואחר כך יפרע שלא בפניו: ראיה ראשונה לקיים שטר שבידו; שניה, שבעל חובו במדינה אחרת רחוק יותר מכדי שילך השליח ויחזור תוך שלשים יום; שלישית, שאלו הנכסים בחזקת פלוני הלוה הם:

כלומר השו"ע והרמב"ם הצריכו שהמלוה יקיים את השטר, שיוכיח שהוא נמצא במדינה אחרת, ושנכסיו שגובה מהם שייכים ללוה.

בעניין הראשון שצריך לקיים את השטר אף כשהלוה אינו פה ואינו טוען פרוע, כתבו גם התוספות בגיטין (ב. ד"ה ואם), ונימקו שאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, והביאו ראיה מב"ב קעד: . וכ"כ הר"ן (שם ב: -

³⁹⁵ כלל עג סימן ג.

³⁹⁶ ח"ד סי רי.

³⁹⁷ שער טו ח"א סי ג.

³⁹⁸ כלל עג סי ג.

³⁹⁹ חלק א סימן אלף א.

⁴⁰⁰ ועיין בטבעת החושן ובערוך השולחן סעיף ב ועדיין הדברים צריכים עיון.

ג.) וזה בניגוד לדעת ר"י שהובא בנימוק"י בב"ב פב: שסובר אף הגובה מן היתומים אינו צריך להשבע לקיים שטרו, ורק כשהנתבע טוען כן מחוייב לקיים.
וכתב המגיד משנה שפשוט שאם ההלוואה הינה בע"פ או בכל מצב שיכול הנתבע לטעון פרעתי, אין המל והיכול לגבות מנכסיו כשאינו לפנינו שאנו טוענים לו כן.
ובעניין השלישי כתב השו"ע שצריך להביא הראיה שהנכסים ב'חזקת' הלוה, וברמב"ם כתוב שהנכסים של הלוה, ושינה כן על פי הטור שהביא את דברי הרא"ש בתשובה⁴⁰¹ שכתב שאם הנכסים בחזקת הלוה, יורדים לנכסיו, אף שאינו יודעים כיצד הגיעו לידו.
וכתב הפת"ש (ב) בשם החוות יאיר⁴⁰² שאף הגובה בפני הלוה אינו יכול לגבות מנכסים שאינם ידועים כשייכים ללוה, וכתב שהטעם שדין זה הוזכר דווקא כאן כשגובה שלא בפני הלוה, הוא מפני שבפניו מסתמא גובה דווקא מנכסים ידועים.

שני מלוה הבאים להפרע מן הלוה, האחד עם שטר שאינו מקוים מוקדם והשני עם שטר מקוים מאוחר, ומודה הלוה בשטר הלא מקוים, מי גובה קודם?

הש"ך (ו) הביא תשובת מבי"ט ח"ב סימן ח שפסק שאם שני מלווים באים לגבות, ושטרו של אחד מהם אינו מקוים אלא שזמנו מוקדם לשל חבירו שיש לו שטר מקוים, ומודה הלוה בשטר המוקדם שגובה בו תחילה, ושם ביאר המבי"ט שדין זה נכון אף לחולקים על ר"י שהבאנו לעיל שסובר שלא צריך לקיים את השטר בפני היתומים, שהואיל שכאן הודה הלוה במפורש שהשטר מקוים אין צורך לקיימו לכ"ע.
אך הש"ך השיג עליו וכתב שאינו יכול לגבות קודם השטר המקוים שיש לחוש לקנוניא, וכתב שאף שהרא"ש בסוף כתובות כתב דין דומה ונימק שטענת מזויף הינו טענה שאינה שכיחה, ואין עושים 'טענינן' על דבר שאינו שכיח, כתב הש"ך שהוא סבר שם כדעת ר"י, אבל אנו שחולקים בזה נחלוק גם בדין זה ועוד, שלענין יתומים ולקוחות נפסק להלכה שעושים 'טענינן' אפילו בטענה שאינה שכיחה.
אמנם העיר הש"ך שמדברי התוס' בב"מ עב. ד"ה 'אמר אביי' נראה שלמדו מהגמרא שם שאם מודה הלוה בשטר שיכול לגבות מן המשועבדים, על אף שאינו מקוים, אך בריב"ש בס' רסד מפורש לא כך, והאריך הש"ך להוכיח שלא ניתן לגבות מלקוחות או ממלוה מאוחר מבלי קיום השטר.
הקצות (ב) כתב שאמנם מרש"י בב"מ ז: משמע כדעת המבי"ט אך נראה שאין הדין כן, וכן עולה מן הרמב"ם בשבועות לו: 'ד"ה אלא' שאינו יכול לגבות מלקוחות אף אם הלוה מודה וכפי שכתב הש"ך.

מה הדין שהלקוחות מודים ששטר זה הינו כתב ידו של הלוה והוא אינו מקוים?

אך הסתפק הקצות מה יהיה הדין במקרה שהלקוחות מודים ששטר זה הינו כתב ידו של הלוה, האם שייך לומר שהואיל והלוה היה נאמן לומר פרעתי במגו שיכל לטעון מזויף, אף הם פטורים, או שמא הואיל ולהם אין מגו, הואיל והם אינם יודעים אם פרע, אז חייבים לשלם.
וכתב הקצות שלכאורה דין זה תלוי במחלוקת שמובאת בתו' בב"ב ל. ד"ה 'לאו קא מודית' שלדעת הרשב"א יש לטעון ללוקח כל מה שהמוכר יכל לטעון, ולדעת ר"י אין טוענים לו.
אך כתב הקצות שיתכן שכאן אף ר"י יודה שהלקוחות פטורים, הואיל וכל עוד הלוה עצמו נפטר, הם אינן חייבים, שכל חיובם לשלם הינו מדין שנכסיו ערבים לחובו, ואין הערב חייב כאשר הלוה נפטר, ולכן אין זה משנה שהם מודים שזהו כתב ידו והפנה לדבריו בסימן מט ס"ק ט.
 [ולכאורה כוונת הקצות שמדובר באופן שאינם יודעים שלוה, אלא שזהו כתב ידו, ולכן כל עוד הלוה יכול לכפור, הוא לא יתחייב, אבל אם ידוע שלוה, אין זה משנה שהלוה כופר, הם עדיין מחוייבים לשלם, כן מבואר בקצות בסימן מט].

סעיף ג

כשם שבי"ד יכולים לגבות שלא בפניו כן יכולים למשכן שלא בפניו

לשון השו"ע:

הבא ליפרע שלא בפני לוח, כשם שבית דין יכולים לפורעו מנכסיו שלא בפניו, כך הם יכולים למשכן לבעל חוב קרקע בחובו, שזה יותר טוב לו:
 מקור דין זה בטור בשם אביו הרא"ש בתו' כלל פ' ס' ז.

⁴⁰¹ כלל עג ס' ג.

⁴⁰² סימן פ.

הלכות גבית חוב מהיתומים

סימנים קז-קי

סימן קז

כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם ובו יב סעיפים:

הקדמה בגדר חובת היתומים לפרוע מנכסי אביהם

בכמה מקומות בש"ס מצאנו שמוטל על היתומים לפרוע את חוב אביהם, ובדין זה יש ב' נקודות מרכזיות הטעונות בירור:

- א. מהו גדר החיוב, האם זו מצוה בעלמא או שעבוד, ואם יש כאן שעבוד האם זהו שעבוד נכסים או שעל היתומים עצמם חל שיעבוד הגוף?
- ב. מתי מוטל חוב זה על היתומים, האם זהו דווקא כאשר יש נכסים שהשתעבדו לחוב, או בכל נכסי אביהם, ואם יש חילוק בנכסי אביהם בין קרקעות למטלטלים, או שמא החיוב הוא אפילו בנכסים שלהם שלא ירשו מאביהם?

לאחר שהצבנו את שאילות היסוד נפתח בגמרא בכתובות צא:

ההוא גברא דהוו מסקי ביה מאה זוזי, שכיב, שבק קטינא דארעא דהוה שויא חמשיין זוזי, אתא בעל חוב וקטרף ליה, אזול יתמי יהבו ליה חמשיין זוזי, הדר קטרף לה, אתו לקמיה דאביי, אמר להן: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טרף בדין קטרף. ולא אמרן - דלא אמרו ליה הני חמשיין זוזי דמי דרעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשיין זוזי דמי דרעא קטינא - סלוקי סלקוה.

כלומר בגמרא מסופר על אדם שהיה חייב מנה לבעל חובו ונפטר, והשאיר קרקע בשווי חמישים זוז, הלך בעל חובו וגבה את חצי חובו מן הקרקע הנ"ל, באו היתומים ושלמו לו חמישים זוז, הלך שוב ופרע את החמישים הנותרים של החוב מאותו הקרקע, ואמר אביי שהדין עימו, שאנו מניחים שהחמישים הראשונים שנתנו היה בכדי לפרוע את חוב אביהם שזו מצוה, ולא בשביל לפדות את הקרקע, ולכן יכל לגבות את הקרקע בחמישים הנותרים.

עוד מבואר בגמרא שאם היתומים אמרו במפורש שלא נתנו את הכסף בשביל לפרוע חוב אביהם, אלא בשביל לפדות את הקרקע, הוא אינו יכול לגבות מהם שוב. **ומהגמרא הזו נלמד** שיש ליתומים חובה לפרוע את חוב אביהם. **אך לכאורה ניתן גם ללמוד מכאן** שאם הם אינם רוצים לפרוע, לא ניתן לכופם על כך, ולכן כשאמרו בפירוש שנתנו את הכסף שלא על מנת לפרוע, שוב אינו יכול להפרע מהם. **אך מול הגמרא הנ"ל עומדת הגמרא בב"ב קנז. וז"ל הגמרא שם:**

כי קא מיבעיא לן? דאי קני - קנה ומכר, דאי קני - קנה והוריש, מאי? אמר רב חנא, תא שמע: נפל הבית עליו ועל אביו, עליו ועל מורישו, והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, יורשי האב אומרים: הבן מת ראשון ואח"כ מת האב, ובעלי חובות אומרים: האב מת ראשון כו'; ואי סלקא דעתך דאי קני קנה ומכר, דאי קני קנה והוריש - לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאי קני הוא! אמר להו רב נחמן, זעירא חברין תרגמה: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן...

כלומר הגמ' הסתפקה האם נכסים שהגיעו ללוה לאחר שלוה מבעל חובו משתעבדים במידה ושעבדם בשעבוד דאקני ומכר נכסים אלו לאחר או שהורישם. **והביאה הגמרא** משנה שם כתוב שאם נפל הבית ועל המוריש שלו, יש ספק האם יכול הבעל חוב לגבות מנכסי המוריש, שאם מת המוריש קודם כבר ירשו הלווה, ויכול לגבות ממנו, אך אם מת הלווה קודם, לא הספיק הלווה לירשו בחייו, **ורצתה הגמ' להוכיח** שגם הנכסים שהגיעו לאחר ההלוואה משתעבדים, שאם לא כן, גם א מת המוריש קודם, לא היה המלוה יכול לגבות, שהרי נכסים אלו באו לאחר ההלוואה.

ודחתה הגמ' שיכול המלוה לגבות, הואיל ומצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. **ולכאורה יש סתירה בין הגמרות שמגמ' זו נראה** שזו חובה גמורה ויכול המלוה לכופ אותם לפרוע מנכסים אלו, וזה סותר לגמ' בכתובות ששם משמע שהרשות בידם שלא לפרוע.

התוס' בכמה מקומות כתבו⁴⁰³ שיש חילוק בין קרקעות כלומר דבר שיש בו 'אחריות נכסים', שבהם יש חובה לפרוע וניתן לכופ על כך, לבין מציאות שיש רק מעות ששם אין כופים. **וביאר התוס'** שהסיבה שאין גובים כשאין מעות, זה מפני שאין כופים על מצות כיבוד האב של פריעת חוב אביהם, מפני שזו מצוה שמתן שכרה בצידה, ואין כופים על מצוות מסוג זה. **ודברי תוס' צריכים ביאור** אי"כ מדוע כופים מקרקע אביהם, שיש לציין שלכאורה ברור בתוס' שמדובר בקרקע שלא נשתעבדה לבעל חוב, שהרי זוהי המציאות בה דיברה הגמ' בב"ב קנז: בנכס שהגיע לאחר הלוואה ולמ"ד שקניין 'דאי קני' אינו מועיל, ומשמע שכל החובה לפרוע היא מכח המצוה וא"כ לא מובן מדוע בזה כופים?

הגישה הסוברת שיתומים משועבדים בשעבוד הגוף ושכופים על נכסים שלא נשתעבדו.

ושמא ניתן להבין דבריהם ע"פ הרא"ש המופיע בשטמ"ק בב"ב קנז: וז"ל: **בדמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אפילו לא ירשו מאביהם כלום, והילכך היכא שהניח להם אביהם נכסים חייבים לשלם אפילו קנאם אחר ההלוואה כאלו היו אותם הנכסים שלו בשעת ההלוואה**

⁴⁰³ כתובות פו. ד"ה 'פריעת בע"ח מצוה', בב"ב קנז. ד"ה מצוה.

כלומר מבואר בדבריו שמכח המצוה נעשו הנכסים כאילו משועבדים משעת הלואת האבא⁴⁰⁴, ולפי זה מובן שיכול לגבות דווקא מנכסים ששייך בהם שעבוד.⁴⁰⁵ ביאור זה יכול אולי לבאר את לשון הטור שכתב:

בד"א שהניח להן אביהן אחריות נכסים שאז נשתעבדו אלו הנכסים בחיי אביהם אבל אם לא הניח להן אחריות נכסים מצוה עליהן לפרוע חובות אביהן משום כבוד אביהן: אבל אין כופין אותן דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מן התורה.

ולכאורה דברי הטור קשים שבתחילה פתח בלשון תוס' שכופין על נכסים שיש להם אחריות אך המשיך וכתב ש'כבר נשתעבדו בחיי אביהם', ומשמע שנכסים שנקנו לאחר ההלוואה שלא נשתעבדו, לא שייך בהם כפיה. [ובאמת בשו"ע לא כתוב שקרקעות אלו נשתעבדו] **ושמא ניתן לומר** שכוונתו לדברי הרא"ש שאפילו כשקנאם אחר כך, נעשו כאילו השתעבדו משעת ההלוואה.⁴⁰⁶

ובסמ"ע ובפרישה כתב לבאר את לשון הטור שהיורשים נחשבים כהמשך אביהם 'כרעי דאביהם' ולכן כשם שהאבא היה מחוייב לפרוע אף בנכסים שנקנו אח"כ, הוא הדין לגבי יורשיו, אלא שבמטלטלים אינו גובה מפני שאין דעת המלוה סומכת עליהם 'ומשום הכי אינם משועבדים למלוה מדין תורה לכפות ליורשים שיפרעו מהן חובות אביהן'.⁴⁰⁷

ונראה דבריו קרובים לדברי התומים בסימן סו ס"ק מג שכתב שהיתומים עצמם מתחייבים בשיעבוד הגוף לפרוע חוב אביהם, **וכן כתב הנתיות** כאן בסימן שלנו ס"ק ט, וכן בסימן לג ס"ק ב.⁴⁰⁸ **ועיקר הוכחת התומים** מכך שלפי ר"ת אין שעבוד נכסים פועל ללא שעבוד גוף, ולכן על כרחך היתומים עצמם מחוייבים בשעבוד הגוף.

ובנחל יצחק⁴⁰⁹ **ביאר שכוונת התומים** שמכח המצווה לא פקע שעבוד הנכסים שהיו אצל האבא, אך לפי ביאור זה נותרנו בשאלה מדוע נשתעבדו נכסים שלא נשתעבדו לאבא, וכבר הבאנו שהסמ"ע סבר שזה כפי שגובים מן הלוה, ונראה שסבר שזה נחשב כגביה 'מיניה'.

אך הרב חים שמואלביץ בספרו שערי חים⁴¹⁰ **כתב לבאר** שגם הנכסים שנקנו אחר ההלוואה משתעבדים ללוה, אך שעבוד זה, הינו שעבוד המותנה בשעבוד הגוף, ולכן כאשר נכסים אלו יוצאים מן הלוה פקע שעבודם, ולכן הואיל והיורשים ממשיכים את שעבוד גופו של האבא, אז שוב לא פקע שעבודם. אך במטלטלים, הואיל ואין בהם שעבוד נכסים, לא שייך לכוף את היתומים על כך.⁴¹¹

הגישה הסוברת שאין היורשים משועבדים בשעבוד הגוף

יש לציין שמול דברי התומים והנתיות (ולכאורה הסמ"ע) שהבאנו שסוברים שהיורשים משועבדים בשעבוד גוף לפרוע חוב אביהם.

ניצבת שיטת הקצות בסימן סו ס"ק כג שסובר שאין היורשים משועבדים בשעבוד הגוף.

והביא ראיה לדבריו מדברי הר"ן⁴¹² ששואל את שאלת התומים שהבאנו לעיל כיצד לדעת ר"ת חל שעבוד נכסים על היתומים ללא שעבוד הגוף, ומתרחץ שרק כאשר המלוה מפקיע בעצמו את שעבוד הגוף, פוקע שעבוד הנכסים, אך כאשר מת הלוה, לא פוקע שעבוד הנכסים, ומכך שלא תירץ כתירוצו של התומים, שאף היורשים משועבדים בשעבוד הגוף, משמע שאינו סובר כן.

ולדבריו נותרנו בשאלה מדוע ניתן לכוף יורשים על קרקעות שהיו לאביהם ולא נשתעבדו, לעומת מטלטלים שאין כופים.

ולכאורה לפי דבריו צריך לומר שאף שאין שעבוד, ניתן לכוף מכח המצוה, אך עדין יש לבאר מדוע לא ניתן לכוף על מטלטלים, ויש לעיין זה.

⁴⁰⁴ ונראה שכוונתו שנתחייבו בחיוב חדש, אך רק מנכסי האבא, ולכן כעת כל נכסי האבא משתעבדים, אך המטלטלים לא נשתעבדו מפני שבהם לא שייך שעבוד, ואין לומר שיגבו מכח חיוב היורשים ומכח 'מיניה' שכל חיובם מגיע מכח האבא, ולכן רק נכסי האבא שנשתעבדו שייכים בחוב זה ודוק.

⁴⁰⁵ עוד מבואר מדבריו שהחובה לפרוע הוא אף מנכסיהם ונתייחס לזה לקמן.

⁴⁰⁶ אך לפי מה שביארנו בהערה הקודמת קצת קשה, שהרא"ש לא התכוון שבאמת נשתעבדו לאבא, אלא שהיורש מתחייב כעת ומשעבד את הנכסים, אך במסגרת חוב אביו, ולכן לשון כבר נשתעבדו קשה. ולקמן נביא שיתכן שהטור באמת סובר שאין היורשים מצווים לפרוע מנכסים שלא השתעבדו.

⁴⁰⁷ ונראה לי כוונתו שאין מטלטלים משתעבדים כלל מן התורה אף לגבי המלוה, ולכן אין היורש מתחייב לגבות מהם, אך לא פשוט לי שזו כוונתו ויש לעיין בדבר.

⁴⁰⁸ אמנם עיין בנתיות כאן ס"ק ד שכתב שאינם משתעבדים שעבוד הגוף וכבר העיר בזה בהערות על דבריו וכתב ליישב בשם אביו ששם מדובר דווקא לעניין זה שלא חל עליו השעבוד לפרוע ממועות דווקא עי"ש ודוק.

⁴⁰⁹ סימן קח ענף ג.

⁴¹⁰ קידושין סימן לג בהגה.

⁴¹¹ וזה בדומה למה שהבאנו בסיכומינו לסימן קד סעיף ו בעמוד 77 בדעת התומים ששעבוד דאקני חל מן התורה אף מבלי שאמר דאקני, ולכן ביחס ללוה אנו מעמידים על דין תורה, אלא שחידש ר' חים ששעבוד זה הינו מוזן באופן קבוע מעצם החוב.

אמנם עיין בקובץ מפרשים על התומים (דזימטרובסקי) אות ד שהבין בתוס' שהמצווה מכח כיבוד זה על מטלטלים אבל בקרקעות שייך גם מצווה נוספת של עצם פריעת הבעל חוב, ולכן בזה כופים.

⁴¹² כתובות מד: בדפי הרי"ף.

הגישה הסוברת שאין כופים על נכסים שלא ישתעבדו (ולכאורה שאין שעבוד גוף)

אמנם יש לציין שדין זה של התוס' שכופים את היתומים על קרקעות אינו מוסכם ובסימן קיא סעיף כ כתב השו"ע: "אף על גב דלא כתב דאקנה, אם קנה והוריש, גובה. ויש חולקין". ומקור דבריו בתרומות סוף שער מג.

כלומר מבואר שיש מחלוקת אם ניתן לגבות מיתומים מנכסים שלא השתעבדו למלוה, הואיל ונקנו לאחר ההלוואה.

הש"ך שם בס"ק יד השיג על השו"ע שהביא את דעת החולקים שהרי מבואר בב"ב קנו. מפורש שאף אם לא מועיל דאקני, יש לגבות מן היתומים מדין פריעת בעל חוב מצוה, ומשמע שכופים על כך.

ובנתיבות שם ס"ק ח תירץ בשם התומים שם ס"ק י ששם זה מקרה מיוחד, הואיל וכתב במפורש דאקני, ואף שאין זה מועיל, מכל מקום סמכה דעת המלוה עליהם, ויכול לכופ את היתומים לפרעו.

אך ברמב"ן בב"ב קעז: נכתב במפורש שלדעתו כל החיוב שם הוא רק מדין מצוה, ואין כופים על כך כלל.

ובריטב"א הביא בשם הר"ם שכתב בשם רבותיו והרב אחיו גם כן שאין כופים כלל על מצוה זו, ושם ביאר שכל מה שנאמר בגמרא שגובים מן היתומים מכח המצוה אף שלא השתעבד, זה רק בהו"א שהרי הגמרא בהמשך מקשה משיטת רב ושמואל שסוברים שאין מלוה ע"פ נפרע מן היתומים, ולכן ביארה הגמ' שהטעם שם הוא משום ש'דאקני' מועיל. וביאר הר"ם שקושיא זו אינה דווקא לשיטתם אלא שהקשתה הגמ' שאם באמת כפים על המצוה, אז גם רב ושמואל היו צריכים להודות שיש לכופ, שאין דין זה תלוי בשעבוד, וא"כ למסקנה יוצא שאין כופים כלל מכח מצוה זו, **וכן כתב ביד רמה בב"ב קנז.**

ולכאורה נראה שכן היא דעת הרמב"ם שלא הזכיר בשום מקום שניתן לכופ את היתומים על מצוה זו.⁴¹³

א"כ יוצא לנו שיטת ראשונים הסוברת שעל היתומים יש מצוה בעלמא לפרוע, ולא ניתן לכופ על כך כלל.

ולכאורה כך גם היה אפשר לבאר את דברי הטור שהבאנו לעיל שכתב: "בד"א שהניח להן אביהן אחרות נכסים שאז נשתעבדו", וניתן להבינו כפשוטו שאין לכופ אלא בנכסים שכבר נשתעבדו לאבא.

אך כפי שראינו השו"ע כאן ובסימן קיא הכריע לא כך, אלא שניתן לכופ את היתומים לפרוע מקרקעות אף שלא נשתעבדו. **וכן הכרעת הש"ך בסימן קיא ס"ק יד כפי שהבאנו לעיל.**

הגישה הסוברת שלעולם ניתן לכופ את היתומים לפרוע חוב אביהם

לעומת גישות אלו עומדת שיטת הרשב"א בכתובות⁴¹⁴ הסובר שלעולם כופים את היתומים לפרוע מנכסי אביהם, ורק במקרה שאין נכסים לאבא כלל, לא כופים על כך, ומכל מקום מצווים היתומים לפרוע, וביאר הרשב"א שבוה דיברה הגמ' בכתובות בעניין 'קטינא דארעא' שלא נשאר כלל מנכסי האבא, ולכן לא כפו אותם על כך.

והר"ן בכתובות מה: הביא שכ"כ ר"ח שכופים גם כשירשו מטלטלין. אך כתב הר"ן שאין דבריו נראים והוכיח מהגמרא בכתובות צא: שהבאנו לענין קטינא דארעא ששם משמע שאין כופים⁴¹⁵, וכתב הב"י שיתכן שאף הר"ח לא כתב כך אלא לאחר תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלים.

ויתכן שהרשב"א סובר כדברי רש"י בכתובות צא: ד"ה 'מצוה' שהחובה לפרוע חוב אביהם הינו מדרבנן משום כבוד אב, ואין כופים עליו, אבל אם יש נכסים של האבא, יתכן שחייב בכבוד זה מדאורייתא שהרי מצוה אדם לכבד את אביו מדאורייתא ממונו של האבא, ולכן יש לכופו.

ובגידולי תרומה כתב⁴¹⁶ שכשיש נכסים של האבא חל עליו שעבוד גוף וזה חל אף על המטלטלים.⁴¹⁷

האם יש חובה על היורשים לפרוע חוב אביהם מנכסיהם?

יש לציין מדברי הרשב"א עולה עוד נקודה חדשנית שהחובה לפרוע קיימת, גם כשאין כלל נכסים שחל האבא, וכן הבאנו לעיל בשם הרא"ש בשטמ"ק.

אך רוב הראשונים⁴¹⁸ לא מסכימים בזה. **והטור והשו"ע כתבו במפורש**, שאין חובה כלל לפרוע מנכסי היורשים.

האם החובה לפרוע מוטלת דווקא על הבנים או על כל היורשים

לכאורה לפי הטעמים המובאים ברש"י ובתוס' שהחובה לפרוע הינו משום מצוות כבוד אביו, נראה שדין זה צריך להיות שייך דווקא לגבי הבנים ולא לגבי שאר יורשים.⁴¹⁹

⁴¹³ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':

אבל אין נראה לומר שלמד את הסוגיא כמו הר"ם שבריטב"א, מפני קושיית הריטב"א עליו. ונראה שלמד הרמב"ם שמשמע אחר למסקנה אין כופים על מצוה זו, שהרי להלכה יש להעמיד את דין המשנה שם בשיעבוד 'דאיקני' כמו שחשבה הגמרא בהתחלה. אלא שעדיין צ"ע למה לא פירש הרמב"ם מה דינו של קרקע שאינה משועבדת שירשו היתומים.

⁴¹⁴ כתובות פו. ד"ה 'אכתוב לפניך' (שם 'ובכדי ליישב') וכן בתי ח"ד ס' קנב.

⁴¹⁵ ולא מובן מה ההכרח של הר"ן להבין ששם מדובר במעות של האבא, ויתכן שאלו מעות של היורשים ולכן אין כופים וכפי שהבאנו בשם הרשב"א.

⁴¹⁶ שער סא ח"א אות ט.

⁴¹⁷ ולעוד ביאורים ברשב"א עיין במתיבתא ב"ב ח"ח אוצר עיונים בענין מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אות ה.

⁴¹⁸ רמב"ם הגהות אשר"י כתובות ט, לד והר"ן בכתובות נ. דיבור ראשון, רמב"ם מלוה יא, ח. ועוד.

וכן כתב במפורש הרא"ש בשטמ"ק בב"ב קנו. ד"ה כי קא מיבעיא. **וכן כתב במאירי**⁴²⁰ בשם יש אומרים. **אך החזון איש כתב**⁴²¹ שהחובה היא על כל היורשים והוכיח כן מכך שרב פפא בב"ק קעו. כותב שמלוח ע"פ- גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות, ולפי הרא"ש היה צריך לחלק בתוך היורשים עצמם בין בניו לשאר יורשים.

וכן הוכיח החזו"א שכך דעת השו"ע בסימן קיא סעיף כ שסתם וכתב שקנה2 והוריש, בעל חוב גובה, ולא חילק מי ירש. וביאר שהטעם הוא שכל שירש ממנו מצווה לפרוע חובותיו. **ואף התומים כתב (אורים ד)** שהחיוב לפרוע אינו דווקא על הבנים, וביאר שלא יתכן שירשוהו וישאיר את מורישם בכלל לזה רשע ולא ישלם.

סיכום:

יוצא שיש ג' שיטת לגבי השאילה מתי כופים לגבות מן היתומים:

- (א) שיטת תוס' והשו"ע שכופים בקרקעות אף שלא נשתעבדו ואין כופים במטלטלים.
- (ב) שיטת הרמב"ן והר"ם וכן נראה דעת הרמב"ם ויתכן אף הטור שאין כופים כלל, אלא בנכסים משועבדים.
- (ג) שיטת הרשב"א והרא"ש בשטמ"ק והר"ח שכופים אף על מטלטלים של אביהם.

לגבי גדר חוב היתומים:

- (א) שיטת התומים והנתיבות ונראה שגם הסמ"ע שהיורשים משתעבדים בשעבוד הגוף, וכתבנו שכך ניתן לפרש את הרשב"א בפשטות כפי שפירשו הגידולי תרומה שלכן כופים גם על מטלטלים שהיו של אביהם, אך ניתן לומר כך גם בתוס' שכתב שגובים רק מקרקעות, או כדברי הסמ"ע שעל מטלטלים לא סמך דעתו, או כדברי ר' חיים שמואלביץ ששעבוד הגוף מייצר שעבוד נכסים גם על נכסים שלא נשתעבדו, וגובים מכח שעבוד זה ובמטלטלים לא שייך שעבוד נכסים.
- (ב) שיטת הקצות שאין שעבוד גוף כלל, ולשיטתו ניתן להבין שהכפיה הינה מכח המצווה, אך קשה להבין את החילוק בין מטלטלים לקרקע, וכמובן שלשיטתו מובנת שיטת הרמב"ן ודעימיה שאין כופים על נכסים שלא השתעבדו.
- (ג) שיטת הרשב"א והרא"ש שיש חיוב לפרוע אף בנכסים שלהם אלא שאין כופים על כך.

האם חובה זו מוטלת דווקא על הבנים או גם על שאר יורשים?

מדברי הרבה הראשונים נראה שהחובה היא דווקא על הבנים מכח מצוות כיבוד אב, וכן כתב הרא"ש במפורש. **והחזו"א הסיק** שחובה זו שייכת בכל יורשים. **השו"ע פסק** שכופים על קרקעות שלא נשתעבדו אך לא על מטלטלים, ושאין מצוה כלל לפרוע מנכסיהם, וכן נשמע מדבריו שחובה זו שייך בכל יורשים מסתימתו בסימן קיא סעיף כ.

סעיף א

כבר הארכנו בהקדמה שדעת התוס' שכופים את היתומים לפרוע חוב אביהם אף מקרקעות שלא נשתעבדו, אך אין כופים על המטלטלים, **ושכן פסק השו"ע**.

האם יכולים ב"ד לכופ את היתומים לפרוע ממטלטלים של אביהם?

כבר ביארנו בהקדמה שהטעם שאין כופים הוא מפני שאין כופים על מצות כיבוד שמתן שכרה בצידה. **וציין הסמ"ע (ב) שבסימן צז הביא הב"י ת' הרשב"א במיוחסות לרמב"ן סימן פח שכתב** שאם רוצים ב"ד יכולים לכופ על מצוה שמתן שכרה בצידה, (שם עסק הרשב"א במצוות השבת העבוט), והביאו הרמ"א להלכה שם בסעיף טז, וכתב הסמ"ע שלכאורה היה לרמ"א לכתוב זאת אף כאן⁴²². **וביאר הסמ"ע** שמכיון שהתוס' והרא"ש סוברים שא"א לכופ, הכריע הרמ"א כאן כדבריהם מכיון שהיתומים מוחזקים, ולענין השבת העבוט שהלווה הוא המוחזק בעבוט⁴²³ הכריע שאפשר לכופ את המלוה להחזירו.

הש"ך (א) כתב שחיפש ולא מצא בכל המקומות שהרא"ש חולק על הרמב"ן בזה. וגם התוספות בב"ב⁴²⁴ הסיקו בשם ריצב"א שאפשר לכפות, ואף שבכתובות⁴²⁵ ובחולין⁴²⁶ כתבו התוס' תירוצים אחרים ולא

⁴¹⁹ אמנם עיין בקובץ מפרשים על התומים (דזימטורבסקי) אות ד שהבין בתוס' שהמצווה מכח כיבוד זה על מטלטלים אבל בקרקעו שייך גם מצווה נוספת של עצם פריעת הבעל חוב, ולכן בזה כופים.

⁴²⁰ ב"ב קנו : ד"ה מלוה.

⁴²¹ ב"ק סימן טו ס"ק ו.

⁴²² יש להעיר שלפי הרשב"א כאן ניתן לכופ אף מן הדין ממטלטלים של האבא, ולשיטתו יהיה מותר לכופ אפילו מנכסים שלא ירשו מהאבא, עיין בהקדמה.

⁴²³ ולא פשוט לי שהלוה נחשב המוחזק, שהרי המשכון שייך למלוה ועיין ש"ך בסימן עה ס"ק מד שהעלה שמשכון שלא בשעת הלואתו נקנה למלוה, ואף שבשעת הלואתו לא קנה מכל מקום הוא נחשב כמוחזק. וכן הקצות בסימן צז ס"ק י העלה שהמלוה נחשב כמוחזק, וא"כ לא מובן כיצד קיבל הקצות כאן את חילוקו של הסמ"ע (כפי שנביא לקמן) וצ"ע.

⁴²⁴ ח : ד"ה אכפיה.

⁴²⁵ מט : ד"ה אכפיה.

הזכירו דברי ריב"א, אפשר שזהו רק מפני שלא רצו לומר שרבה אלא את רב נתן במקום שלא היה מחויב לעשות כן.

לכן הסיק הש"ך שדעת הרמ"א שודאי רשאים ב"ד לכופף אלא שסמך על מה שכתב בסימן צז, עוד כתב הש"ך שדין זה כה פשוט שאף בסימן צז לא היה צורך להזכירו אלא כתב הרמ"א דין זה שם רק אגב כך שרצה לומר שאין כופים על מצוה זו.

הקצות (א) הכריע כדברי הסמ"ע מפני שהוכיח שהרמב"ם ודאי סובר שלא ניתן לכופף על כך, וראייתו מדברי הרמב"ם בהלכות מלוה פרק יא הלכה יא שכתב שתקנו הגאונים שהיום גובים מיתומים אף ממטלטלים וכפי שנביא לקמן, והוסיף שבמערב הקפידו לכתוב במפורש בשטר שיגבו מטלטלים מן היתומים, וכתב על כך הרמב"ם: 'וסייג גדול עשו בדבר שמא לא ידע הלוה בתקנה זו ונמצא ממון יתומים יוצא שלא כדין שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים' וכתב הקצות שאם בלאו הכי היה ניתן לכופף על כך, אז לא היו נכונים דברי הרמב"ם שהרי אף ללא התקנה היה מותר לכופף.

ולכן כתב הקצות שהואיל והרמב"ם חולק על הרשב"א לא יצאנו מידי ספק, ודברי הסמ"ע נכונים. **הנתיבות (א) הביא את קושית התומים (א) על הרשב"א** שכתב שניתן לכופף את היתומים לפרוע חוב אביהם, וכתב התומים שדבריו קשים מן הגמרא בכתובות פד: שם כתוב שר"ל החזיר את דינם של דינים שפסקו כר"ט והגבו למלוה מנכסי היתומים שביד אחרים, ולכאורה אם אפשר לכופף על המצוה לא היה לו להחזיר את הדין.

עוד הקשה התומים שלפי דברי הרשב"א לא מובן מדוע נצרכו הגאונים לתקן תקנה חדשה שגובים מטלטלים מן היתומים, והרי גם מדינא ניתן לכופף על כך.

וכתב התומים שאת ב' הקושיות הללו היה ניתן לתרץ שרק בבנים עצמם יש לכופף הואיל ומצווים בכיבוד מדאורייתא, אך בשאר יורשים אין חיוב לכופף ובה מבואר הגמ' בכתובות פד: שיתכן ששם מדובר בשאר יורשים ולכן חוזר הדין, וגם מובן מדוע נצרכנו לתקנת הגאונים בשביל שאר היורשים⁴²⁷.

אך הקשה התומים קושיא נוספת שהרי קי"ל כר"ע שהתופס ממטלטלים של יתומים מוציאם מידו, ודין זה שייך אף בבנים, וחזרה הקושיא מדוע יש להוציא מהם, אם ניתן לכופף לפרוע.

והנתיבות כתב ליישב את כל קושייתו שאף שיש מצוה על היתומים לפרוע, אין המטלטלין יוצאים מרשותם, ואין ב"ד יכולים להוציא הממון מידם אלא שיכולים לכופף עד שיאמרו 'רוצים אנחנו', ועל פי זה מבואר שהתופס ממטלטלין של היתומים גזלן הוא.⁴²⁸

ובהוספת מכתב יד כתב הנתיבות שמכל מקום אין מוציאם מידו, שרשאי לתפוס בעבור חובו אלא שאינו יכול להשתמש בהם, ומה שהחזיר ר"ל, זה רק לענין שלא יוכל להשתמש בהם.

תקנת הגאונים שגובים ממטלטלים של יתומים

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק יא הלכה יא:

כבר תקנו גאונים האחרונים כולם שיהיה ב"ח גובה מטלטלין מן היורשין וכן דנין ישראל בכל ב"ד שבעולם, אבל במערב היו כותבין בשטרי חובות שיש לגבות מן הקרקע ומן המטלטלין בין בחייו בין אחר מותו ונמצא גובה על תנאי זה יותר מן התקנה, וסייג גדול עשו בדבר שמא לא ידע הלוה בתקנה זו ונמצא ממון יתומים יוצא שלא כדין שאין כח בתקנת אחרונים לחייב בה יתומים.

מדברי הרמב"ם עולה שתקנה זו תלויה בדעת הלווה, ורק כאשר הלוה מקבל כן, אין גובים מן היתומים. ובהלכות אישות פרק טז הלכה ט כתב:

הרי שלא כתב כך בשטר הכתובה אלא נשא סתם, אם היה יודע בתקנה זו של גאונים גובה, ואם לאו או שנסתפק לנו הדבר מתישבין בדבר זה הרבה, שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה..

אמנם יש ראשונים שכתבו כיוון קיצוני לצד השני שכיום הגביה של מטלטלים מן היתומים הינה מעיקר הדין.

כך כתבו התוספות בכתובות⁴²⁹ **והרא"ש**⁴³⁰ **שיש שפסקו** שהיום מעיקר הדין המטלטלין משתעבדים, הואיל וסמיכת דעתו של מלוה עליהם היא כמו על הקרקע, בדומה לדין המבואר שם בענין גמלים של ערביא.

אך הביאו התוס' והרא"ש שר"ת דחה דיעה זו וכתב שלפי זה היה יכול המלוה לגבות גם מלקוחות, ולא נהגו כן. אלא ודאי שהכל מכח מתקנת הגאונים היא, וכותבים את המטלטלין בלי לכתוב 'אגב' כדי שלא ישתעבדו בידי הלקוחות. [ור"ת לא התייחס למה קורה למי שלא כתב].

והרשב"ם בב"ב קעז. כתב במפורש שהיום גובים ממטלטלין שירשו היתומים מן הדין ע"פ הגמרא בכתובות הנ"ל, ומשום שלא שכיח אצלנו קרקע. **והר"ן בכתובות שם הביא שהרשב"א כתב** שאפשר להוכיח מגמרא זו שגובים ממטלטלין מן הדין. **ובסוף הסימן הביא הב"י שכן דעת רבינו ירוחם.**

הרא"ש עצמו בב"ק⁴³¹ כתב לגבי תשלומי נזיקין שגובים מהמטלטלין מן הדין. ולכאורה דבריו סותרים את מה שכתב בכתובות בשם ר"ת שאין זה מן הדין.

⁴²⁶ קי: ד"ה כל.

⁴²⁷ ועיין בהקדמה שם ביארנו אם יש בכל חיוב על שאר יורשים לפרוע מנכסי מורשהם, ושם הבאנו שסבר התומים שאף הם מצווים, ומכאן מבואר שבכל אופן חיובם של הבנים גדול יותר.

⁴²⁸ וכתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':

וע"פ יסוד זה לכאורה נופלת ראית הקצות מרהמב"ם, שתקנת הגאונים היתה שגובים ממטלטלין של היתומים ישר וע"פ פקק הרמב"ם.

⁴²⁹ סז: ד"ה גמלים.

⁴³⁰ כתובות פד ו סימן ה.

⁴³¹ פ"א סימן יט.

הב"ש באה"ע סימן ק ס"ק ב הניח סתירה זו בצ"ע.

והקרוב נתנאל בכתובות⁴³² כתב לתרץ שתשלומי נזיקין באמת גובים ממטלטלין מעיקר הדין ואפילו מן הלקוחות, מפני שאינם שכיחים, אבל הלוואות וכתובות לא נגבות מן המטלטלין של הלקוחות משום תקנת השוק, ולכן לגביהם אין דעתו של המלוה והאשה סומכת על המטלטלין, ואפילו מן היתומים אינם גובים אלא מן התקנה.

והשו"ך (ב) ביאר בדעת הרא"ש שבאמת לעניין הגביה מן יורשין הגביה הינה מן הדין, אלא שאין דין זה שייך לגבי לקוחות, הואיל ואין דעתו של בעל חוב עליהם כיון שאין להם דין קדימה, ולכן אינם משתעבדים.⁴³³

השו"ע סתם שתיקנו הגאונים לגבות מהמטלטלין ולא חילק. והסמ"ע (ג) הביא את דברי הרמב"ם שכתב שצריך לכתוב, וכתב שלפי הרא"ש בב"ק שכתב שכיום גובים מטלטלים מן הדין אין צורך לכתוב את השיעבוד של מטלטלין. [ולא התייחס לרא"ש בכתובות] כתב הטור בשם אביו שלאור תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלים, כופים הכל בב"ד, וזה פשוט.

האם היום גובים מן המטלטלים מתקנת הגאונים במלוה ע"פ?

כתב התרומות⁴³⁴ בשם ר"ת ורבינו אפרים שלא תיקנו לגבות ממטלטלין של היתומים אלא במלוה בשטר ולא במלוה בע"פ, משום שאין בו נעילת דלת משום שאינו שכיח. והטור כתב שלא נהגו כן, אלא גובים אפילו ממטלטלין במלוה ע"פ, ואפילו ממה שקנה הלווה אחר ההלוואה ולא כתב 'דאיקני', מפני שירש עומד במקום אביו, וכן פסק השו"ע.

נכסים שנגבו בחובת אביהם בעל חוב גובה מן היתומים ומה הדין במטלטלים?

הגמרא בפסחים לא. ובב"ב קכה. ובכתובת צב עמוד מביאה את דינו של רב נחמן שאמר שאם יתומים גבו קרקע בחובת אביהם, בעל חובו של אביהם חוזר וגובה אותו מהם.

וכתבו התרומות⁴³⁵ והטור (טז) שאחרי תקנת הגאונים אפילו אם גבו מעות בע"ח גובה מהן, וכ"פ השו"ע. והוסיף הסמ"ע (ה) שגם אם לא גבו היתומים עדיין מן החוב, יכול המלוה לגבות משטר חוב שיש לאביהם שדינו כדין מטלטלים.⁴³⁶ אמנם היה מקום לבחון את דברי התרומות שאף שגבו היתומים מעות גובים מהם, לאור הגמרא בכתובות פא: וז"ל הגמרא שם:

..דתינא: הרי שהיה נושה באחיו ומת, והניח שומרת יבם, לא יאמר הואיל ושאיני יורש החזקתי,

אלא מוציאין מיבם ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות. ..

הדור שלחוה קמיה דרב מניומי בריה דרב נחמיה, אמר להו, הכי אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: זו אינה משנה. מאי טעמא? אילימא משום דהוה להו מטלטלי, ומטלטלי לכתובה לא משעבדי, דלמא רבי מאיר היא, דאמר: מטלטלי משעבדי לכתובה! ואלא משום דאמר לה את לאו בעלת דברים דידי את, דלמא רבי נתן היא, דתינא, ר' נתן אומר: מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה? ת"ל ונתן לאשר אשם לו! אלא, לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה, אלא אי כרבי מאיר אי כר' נתן.

כלומר הגמרא מביאה ברייתא האומרת שאם היה אח חייב לאחיו כסף, ומת האח המלוה, וכעת האח הלוה בא ליבם את אשתו, אין הוא יכול לומר שנפטר מחובו, הואיל והוא יורש אחיו ופע לעצמו, אלא צריך לפרוע קרקע, ובקרקע זו תגבה האשה כתובתה, והוא יאכל בפירות מכח זה שהוא מייבמה.

ולהלכה הסיק אביו שאין דין זה נכון להלכה, היות ודין זה מבוסס על ב' הנחות יסוד הנתונות במחלוקת - יתרי חומרי, האחד שהלווה השתעבד לאשה מכח דינו של ר' נתן, שהיות והאח המלוה היה חייב לאשה כתובה, אז הוא נעשה כחייב לה, והשני שאשה גובה ממטלטלים, שהרי חוב דינו כמטלטלים.

ולכאורה יש מקום לדון בדן שהבאנו לעיל שירשים שפרעו חוב אביהם במטלטלים, יכול בעל חוב לגבות מהם, שאף בזה יש יתרי חומרי שהמטלטלים של יורשים משתעבדים מכח תקנת הגאונים, ושיכול המלוה לגבות מנכסים שפרעו לאחר מות אביהם מדינו של ר' נתן.

בעניין דומה הביא הרא"ש בכתובות⁴³⁷ מחלוקת בין הרי"ף לראב"ד, האם בימינו שתיקנו שמטלטלים משתעבדים לכתובה, שייך דין הברייתא, שצריך היבם למכור נכסיו ולפרוע לאשה.

⁴³² פרק ו סימן ה אות ע.

⁴³³ בש"ך שבשו"ע לפני לא מבואר שבה לתרץ את הרא"ש בין ב"ק לכתובות אך במהדורת פרידמאן נוסף ע"פ כתב יד שכך הוא, עיי"ש.

ושמעתי מר' איתן וגנר לבאר מדוע לעניין הלוה עצמו סמכת דעתו ולגבי לקוחות לא סמכת דעתו, והטעם הוא שלעניין קרקע הסמיכות היא באמת על קרקע ספיציפית ולכן אין חילוק בין לווה ללקוחות, אבל לעניין מטלטלים, אין המלוה סומך דווקא על מטלטלים ספיציפיים אלא שיהיו לו מטלטלים שניתן לגבות מהם, ולכן הואיל ואינו סומך על מטלטלים ספיציפיים, הוא אינו יכול לגבות מן הלקוחות, וקל להבין.

⁴³⁴ שער סא ח"א סי' א.

⁴³⁵ שער סא ח"א סי' ז.

⁴³⁶ עיין בסימן קא סעיף ה בעמוד 44 שנחלקו הראשונים אם שטרות ברי גוביינא ויכול בעל חוב לגבות מהם, ושם דעת רוב הראשונים שיכול לגבות מהם, והסמ"ע הלך כאן לשיטתם, שפשוט שלסוברים שטרות לאו בני גוביינא, אף כאן אין המלוה יכול לגבות מהם.

שדעת הרי"ף שכיום שייך דין זה.

ודעת הראב"ד שלא שייך שלא תהיה עדיפה תקנת הגאונים מדינו של ר"מ שלא עושים 'תרי חומרי'.
והרא"ש דחה את דבריו ולשונו שם קצת מסורבלת, והקרבתו נתנאל שם ביאר שתורף טענתו הוא, שאין הכוונה שיש בעיה להחמיר בתרי חומרי, אלא שלא מצינו תנא שסובר כן, וא"כ על כרחך ברייתא זו משובשת, ולכן במקרה שתיקנו שגובים ממשועבדים, אין סיבה שלא יהיה שייך בזה גם דינו של ר' נתן.
יש לציין שביאור זה ביתרי חומרי' שונה מפירוש רש"י שם 'דלא אשכחן תנא דאית ליה תרי חומרי בכתובה שהרי היא מדברי סופרים' ומדבריו עולה שאנו מקלים בכתובה שלא להחמיר בה ב' חומרות.
הש"ך (ג) כתב שבמקרה שיתומים שגבו מעות בחובת אביהם יודה אף הראב"ד שיכול המלוה לגבות ממנו, ונימק זאת הש"ך מב' סיבות:

א. שיש לומר שדווקא במציאות בו היבס הוא גם הלוח וגם המלוה מפני שהוא יורש אחיו, לכן לא נאמר בו דינא דר' נתן בתרי חומרי, מה שאין כן במקרה של יתומים שמלוה והלוח הינם ב' אנשים שונים.

ב. שניתן לומר שאף הראב"ד לא אמר כן, אלא דווקא לענין כתובה שבזה לא מחמירים תרי חומרי וכפי שהבאנו לעיל בשם רש"י שהטעם הוא מפני שהיא מדברי סופרים.⁴³⁸

הנתיבות ציין (ג) שאף לפי הש"ך תווצר נ"מ בין הרי"ף לראב"ד, במקרה שהיורש עצמו חייב לאבא, ובאה אשתו של האבא לגבות כתובתה, שלפי הראב"ד לא תוכל לגבות ע"פ ב' הטעמים.

הקצות (ב) רצה לדחות את קושית הראב"ד באופן אחר, ודבריו ארוכים ותורף דבריו שדווקא שאביי הוא הסבור שאין אומרים תרי חומרי בכתובה, וזה לשיטתו בפסחים לא. שבעל חוב למפרע הוא גובה, ולכן הוא יכול לבאר את דעת ר' טרפון שסובר שמי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהם ומפרשת הגמרא שם לכתובת אשה, ולכאורה אף כאן אנו הנזקקים לתרי חומרי', שמועילה תפסיה מחים לאחר מיתה ולדינא דר' נתן שנשתעבד הלוח של האבא לאשה, אך לפי אביי אין זה קשה הואיל לשיטתו בעל חוב למפרע הוא גובה, וא"כ אף ללא דינו של ר' נתן ניתן לגבות מחוב זה, אלא שבמקרה בכתובות פא: במי שהיה נושה באחיו ומת, שם אין טעם זה מועיל שאף אביי מודה שכל עוד לא גבה את חובו, אין נכסיו משועבדים, ולכן ללא דינו של ר' נתן היבס יכל לומר לאשה שאינו חייב לה כלום, ומכל מקום לפי רבא הסובר שמכאן ולהבא הוא גובה, כבר מצאנו תנא הסובר 'תרי חומרי' בכתובה והוא ר' טרפון, וא"כ אנו סוברים שניתן לומר תרי חומרי בכתובה.

הנתיבות (ב) השיג על דברי הקצות שתירץ שלפי אביי אין ר' טרפון נזקק לדינו של ר' נתן, וכתב שאין הדבר כן, שהרי אף אם נקבל שמלוה זה נגבה כבר מזמן אביהם, עדיין לא היה לבעל חוב לגבות מהם, הואיל ומטלטלים דיתמי לא משתעבדי, אלא על כרחך שאנו רואים מכח ר' נתן שאין המלוה אצל היתומים כלל, אלא שגובה האשה באופן ישיר מן הלוח.

הפת"ש (א) הביא תשובת נודע ביהודה בסימן לד שכתב שהסיבה שיכול המלוה לגבות ממעות שגבו היתומים בחוב אביהם, כיום אינו פועל כלל מדינו של ר' נתן, שכיום כל החובות משתעבדים לבעלי החוה מעיקר הואיל ובזמנו עיקר סמיכות דעת של המלווים היו על חובות, שעיקר פרנסתם ומחייתם היה מזה.
והביא הנודע ביהודה ב' נ"מ לזה: האחד שאף לסוברים שכשיש נכסים לבעל חוב אין גובים מדינא דר' נתן, כאן ניתן לגבות מפני שהחוב עצמו נשתעבד, ואף לסוברים שאין גוי משתעבד מדר' נתן, כאן גובים, הואיל והחוב עצמו על הגוי השתעבד. [עוד עיין שם בפת"ש שהביא ת' חת"ס בסימן סו וארוכה היא, ועיקר ענינה אינו בדיננו והמעייין יעיין].

לסיכום:

פסק השו"ע שלאחר תקנת הגאונים, אם גבו היתומים מעות בחובת אביהם, בעל חוב חוזר וגובה מהם.
לענין כתובת אשה נחלקו הראב"ד והרי"ף אם לאחר תקנת הגאונים שגובים מטלטלים מן האשה, יכולה האשה לגבות כתובתה מן יבמה שהיה חייב לבעלה:

שלדעת הרי"ף יכול.

ולדעת הראב"ד אינו יכול שיש כאן 'תרי חומרי' בכתובה, 'דינא דר' נתן' ותקנת הגאונים.

הרא"ש דחה דבריו שאין זה נחשב כ'תרי חומרי', והקצות הסיק שלהלכה אנו עושים 'תרי חומרי' והנתיבות דחה דבריו.

הש"ך כתב שאף הראב"ד יודה שיתומים שגבו מעות בחובת אביהם, שיכול לגבות, מב' סיבות שכאן המלוה והלוח הינם ב' אנשים שונים ושלא מדובר כאן בכתובה כי אם בחוב.

הנתיבות ציין שתשאר נ"מ במקרה שאשה רוצה לגבות כתובתה מיתומים שהיו חייבים לאביהם.
הסמ"ע ציין שיכול הבע"ח לגבות אף מחוב שלא גבו היתומים.

והנודע ביהודה כתב שכיום החובות עצמם משתעבדים באופן ישיר ולא מ'דינא דר' נתן' מפני שעליהם עיקר סמיכות הדעת, ונ"מ שיכול לגבות אף שיש נכסים ליורשים, ואף מן הגוי לכ"ע.

אם יכולים היתומים לפרוע דווקא מקרקע ולא ממטלטלים?

כתב התרומות⁴³⁹ **בשם הראב"ד** וכן **כתב המגיד משנה**⁴⁴⁰ **בשם יש מפרשים** שאם ירשו היתומים קרקע ומטלטלין זכותם לשלם מקרקע ולא מהמטלטלים, שלא תיקנו הגאונים שיעבוד המטלטלין אלא כשאין

⁴³⁷ פרק ח הלכה יג.

⁴³⁸ ויש להעיר שלכאורה דברי הש"ך מוכרחים שאם נבאר שאין אומרים 'תרי חומרי' מפני שאין תנא שסובר כן, א"כ לא שייכים דברי הראב"ד כלל כשם שהבאנו לעיל בשם הרא"ש, ואם נאמר שהטעם הוא מפני שאין מחמירים תרי חומרי בכתובה דווקא, א"כ פשוט שאין זה שייך לגבי יתומים, ולכאורה אין צורך כלל לטעמו הראשון של הש"ך, ואין לומר שאף כאן שייך לומר שהוא דרבנן הואיל ויש סוברים שהמצוה לפרוע מנכסי אביהם הוא מדרבנן וכדעת רש"י שהבאנו בהקדמה וא"כ אף כאן היה מקום לומר שלא נעשה 'תרי חומרי', שהרי כאן הנכסים משועבדים, ודוק.

⁴³⁹ שער סא ח"א סימן ז

קרקע, אלא אם כן מפורש בשטר ששיעבד הלווה מטלטלין אגב קרקע בין בחייו בין במותו. **וכן הביא הב"י מרבינו ירוחם⁴⁴¹ בשם רבינו יונה, וכ"פ בשו"ע.**

וכתב הש"ך (ד) שאפילו תפס הבע"ח מטלטלין מוציאים ממנו, ושכן מוכח מהתרומות ומהטור בהמשך הסימן, ודלא כב"ח.

הסמ"ע כתב בטעם דין זה שהוא מפני שמעיקר הדין לא גובים ממתלטלין של היתומים כלל.

ודייק הקצות (ג) מדבריו שאם שיעבד הלווה מטלטלין אגב קרקע אף אם לא התנה בפירוש 'בין בחייו בין במותו', לא יוכלו היורשין לדחותו בקרקע, כי אם במטלטלים.

הקצות השיג על דבריו וכתב שאף אם ישעבד מטלטלים אגב קרקע, לא יהיו היתומים מחוייבים לפרוע במעות, שלעולם אין גובים מן היתומים אלא מן הזיבורית, והואיל וגם החובה לפרוע דווקא במעות הוא מדרבנן לא תיקנו זאת ביתומים, ופשוט שיכולים לסלקה במה שירצו. וכתב הקצות שכש"כ שכתב אשה.

אך כתב הקצות שאם יהיה כתוב במפורש שמטלטלים משתעבדין בין בחייו ובין במותו, אז יהיו מחוייבים לפרוע במעות.

הנתיבות (ד) הסכים עם הקצות שאם לא כתוב בשטר שמשתעבדין המתלטלים בין בחייו ובין במותו, אין הם מצווים לפרוע דווקא במעות, אך לא מטעמו של הקצות שבניגוד לקצות שסבר שהחובה לפרוע במעות הינו מדרבנן, סבר הנתיבות שהחובה היא מדאורייתא, שכשם שהביא לו מעות כך מצווה לפרוע לו, ולכן כתב שלכאורה לפי הרא"ש שסובר שמטלטלים של יתומים משתעבדים מן הדין, היו היתומים צריכים להתחייב לפרוע במעות, אלא שאין הדין כן, הואיל והחייב לפרוע במעות הוא דווקא על הלוה, אבל יתומים שאין עליהם אלא שעבוד נכסים ולא שעבוד גוף אינם מצווים על כך.⁴⁴²

ובסימן קא בעמוד 43 הבאנו את דברי הש"ך שם שכותב שהיתומים מחוייבים לפרוע לאשה כתובתה במעות, וכבר תמה עליו הפת"ש שדינו סותר את דין השו"ע שאין היתומים מצווים לפרוע מטלטלים וכן סותר דברי עצמו כאן בס"ק ד שכתב שאפילו אם תפס הבעל חוב מטלטלים מוציאים מידו.

ובשער משפט שם ס"ק א כתב שהש"ך דיבר באופן שהקנה מטלטלים אגב קרקע, וכתב שדבריו נכונים, ונראה שהבין כפי שלמד הקצות בסמ"ע שאף אם לא כתב בחייו ובמותו, מחוייבים לפרוע במעות. [ועיי"ש שהארכנו בדיון זה].

אם יכולים היתומים לסלקו לקרקע של הלקוחות כשיש מטלטלים בידיהם?

הפת"ש (ב) הביא ת' רע"א סימן קלח שפסק שאם יש ליתומים מטלטלים של איהם וקרקע שנמצאת אצל לקוחות או מקבל, גובה הבע"ח ממתלטלין של היתומים ואינם יכולים לדחותו אצל הקרקע. ושם דחה את מה שהשואל למד מדברי המהרש"א בב"ק קח: מדברי התוס' שם (ד"ה לוח) שגובים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין מטלטלין וכתב שמדברי כל הפוסקים לא משמע כדברי המהרש"א, וכן דחה הקצות דבריו בסימן שסז (סק"ד). עוד כתב רע"א שבמקרה של השאלה שהייתה לפניו שהייתה הקרקע אצל מקבל מתנה שמת והניח יתומים קטנים שלא ניתן לגבות מהם, אף המהרש"א יודה שגובים ממתלטלין של היתומים של הלווה בכגון זה. ולענין כתובת אשה הסתפק רע"א שהדין הוא שגובה אף מיתומים קטנים, ולכן לכאורה יכולה לגבות מהם, אלא שיתכן שהואיל ויש מטלטלים אצל היתומים אין בזה חינוא ואינה יכולה לגבות מיתומים קטנים.

לשון השו"ע:

מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם. במה דברים אמורים? כשהניח קרקעות. אבל אם לא הניח אלא מטלטלים, אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין.

אבל הגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם; הילכך כופין אותם לפרוע חובות אביהם, אפילו הוא מלוה על פה, אף מהמתלטלים שהניח אביהם, אפילו קנאם הלוה אחר שלוח ולא כתב: דאיקני, (ע"ל ס' ק"א) דירש במקום אביו קאי.

וכן חייבים לפרוע חוב אביהם ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים, בין גבו קרקע בין גבו מעות. ואם ירשו קרקע ומטלטלים, ואין מפורש בשטר שיגבה מטלטלין בין בחייו בין במותו, והיורשים רוצים להגבות לבעל חוב קרקע, והוא רוצה לגבות מטלטלים, הדין עם היורשים. אבל אם לא ירשו כלום מאביהם, אין חייבים לפרוע חוב אביהם, ואפילו מצוה ליכא.

הגה: ירש קצת נכסים, אין צריך לפרוע רק מה שירש⁴⁴³ (ריב"ש סימן תע"ח). ואם אומר: איני יורש ואיני משלם עיין לקמן סוף סימן רע"ח אם שומעין לו.

סעיף ב

אם טענו היורשים שלא הניח אביהם נכסים

⁴⁴⁰ מלוה ולוה יא, יא.

⁴⁴¹ נתיב כו חלק ג עד ע"א.

⁴⁴² ובהערה 408 הבאנו שלכאורה סותר הנתיבות את דבריו בס"ק ט שסובר היתומים מצווים לפרוע בשעבוד הגוף ושם הבאנו שבהערות על הנתיבות (דזימטרובסקי) כתב בשם אביו ששם מדובר דווקא לעניין זה שלא חל עליו השעבוד לפרוע ממעות דווקא.

⁴⁴³ לכאורה דין זה פשוט וזכור לי שמצאתי מישהו שביאר מה החידוש בזה ואיני מוצאו כרגע.

התרומות⁴⁴⁴ והטור הביאו תשובת רי"ף⁴⁴⁵ שכתב שאם היתומים טוענים שלא ירשו נכסים והמלוה טוען המלוה בטענת ברי שירשו, שיכול להשביע את היורשים שבועת היסת. אך אם אין לו טענת ברי אין לו עליהם אלא חרם סתם, שביתומים לא שייכת תקנת הגאונים המבוארת בסימן צט להשביע את הטוען שאין לנכסים וכן פסק השו"ע.
לשון השו"ע:

טען היורש שאביו לא הניח לו ממון, ואינו חייב לפרוע חוב אביו משלו, אם טוען המלוה ודאי שאביו הורישו ממון, נשבע היורש היסת, ונפטר. ואם טוען: שמה, אין עליו אלא חרם סתם.

מתי יכול המלוה לעכב את קבורת הלוה מפני חובו?

כתב הרמ"א בשם הגהות אשירי בב"ב פרק ט בשם אור זרוע שכתב בשם רבינו תם ורבינו שמחה שאם מת הלוה, יכול המלוה לעכב את קבורת הלוה עד שיפרעו לו, אך אם המלוה הוא קרובו של הלוה בני המשפחה מוחין בידו שלא לעכב קבורתו שלא לנוולו, ואם גבה המלוה את כל נכסי הלוה הוא אינו מצוה בקבורתו.

הסמ"ע (י) כתב שלא ניתן לומר שמעכבים את הקבורה בשביל לחפש נכסים, שהרי אף בחייו לא אוסרים אותו כשאין לו כמבואר בסימן צז סעיף טו (כוונתו שאין כופים אותו לעבוד עיי"ש), אלא מדובר שמלוה והיורשי חלוקים האם יש לו נכסים, ורוצה להשביעם קודם הקבורה⁴⁴⁶.

אך הש"ך (ו) כתב בשם אביו שכונת הרמ"א באופן שיש נכסים, אך פוחד המלוה שישתמשו בהכל לצורך הקבורה.

עוד הביא הש"ך בשם אביו שלולא דמסתפינא היה אומר שלדעתו לא לזה כוון השלטי גיבורים, אלא שדיבר במקרה שהיתומים קטנים שלא ניתן לגבות מהם.⁴⁴⁷

הש"ך הצדיק את הבנת אביו ברמ"א וכתב שמבואר גם באבן העזר בסימן קיח סעיף יח שיכולה האשה לגבות כתובתה על אף שיגמרו הנכסים לקבורה ויקבר הלוה מקופת העיר, וכתב שלפי המבואר שם צריך לומר שמה שכתוב כאן שאם הוא קרוב יכולים לעכבו, זה דווקא בקירבת דם ולא מחמת נישואין כגון אשה או גיסה.

הפת"ש (ג) הביא שהחכם צבי בת' סימן מח פירש שהרמ"א דיבר במקרה שהיורשים אלמים, והמלוה מפחד שאם יקברו את המת תחילה לא יצליח לגבות מהם את חובו.

והתומים (אורים יג) דחה דבריו בחריפות וכתב שודאי לא ניתן לעכב קבורת המת מפני זה, וכתב שהעיקר הוא כפירוש הש"ך.

לשון הרמ"א:

הגה: כתבו הגהות אשירי פרק מי שמת בשם א"ז שכתב בשם רבינו תם ורבינו שמחה, ראובן שהיה חייב לשמעון, ומת ראובן, יכול שמעון לעכב קבורתו עד שיפרעו לו. ואם שמעון הוא קרובו של ראובן, בני המשפחה מוחין בידו שלא לעכב קבורתו, שלא לנוולו. וכן אם בא בעל חוב וגבה כל נכסיו, אין מחוייב לקברו.

סעיף ג

ממי גובה המלוה כשמכרו היורש נכסי אביו

התרומות⁴⁴⁸ דן מה יהיה הדין במקרה שמכרו היתומים את נכסי אביהם, מתי יוכל לגבות מן הלקוחות ומתי מחוייב לפרוע מן היתומים.

וכתב שאם היתומים אינם מעוניינים לפרעו מנכסיהם הדין פשוט, שיכול לגבות מן הלקוחות, מפני שאין היתומים משתעבדים בנכסים שלהם.

מכרו היתומים נכסי אבא ורוצים לפרעו במעות ובמטלטלים ושלא יפרע מהלקוחות

עוד כתב שאם היתומים מעוניינים לפרעו ממעות שלהם, שמחוייב להפרע מהם ולא מן הלקוחות, אלא אם כן אותם הנכסים שנמכרו נשתעבדו באפותיקי לבעל חוב.

הב"י בסימן קב ביאר שהטעם שיכולים היתומים לסלקו במעות שלהם הוא משום שאין סימן על מעות ולכן אין הבדל בין המעות שירשו למעות שלא ירשו.

והקצות (ד) כתב שאין צורך לטעמים אלו אלא פשוט שיכול לסלקו במעות כשם שגם הלוקח יכול שלא לפרעו בקרקע כי אם במעות כמבואר בכתובות צא: אף שיכול לסלקו במעות ובקצות ס"ק ה ביאר שטעם הוא מדין שומא הדר ששייך אף בלוקח ועיין בזה בסימן קג בעמוד 64.

מכל מקום מדברי הב"י עולה שמצווה לפרעו דווקא במעות ולא במטלטלים.

⁴⁴⁴ שער שני ח"א סימן ו.

⁴⁴⁵ בילגורי סימן קלב.

⁴⁴⁶ בגירסא שהיה לפני הנתיות (ה) היה כתוב שאינו רוצה להאמינם בשבועה ותמה על זה, וכתב שיתכן שכונתו שאין היתומים רוצים להשבע אלא בני המשפחה, כמו כן הציע לשנות לגירסא שלפנינו, וכתב שגם זה דחוק, והסיק שהעיקר כביאור אביו של הש"ך.

⁴⁴⁷ ונראה שכונתו שמכל מקום יכול לעכב מהם מלהשתמש במעות, ולכאורה דבר זה צ"ע ושמה רק בשטר יכול לעשות כן, ואף זה צריך בירור ושמה כשנלמד את הסימנים קח וקי נגיע לבירור זה.

⁴⁴⁸ שער ד' ח"ד סימן ב.

אך בפרישה ובסמ"ע(יג) השיג על הב"י וסבר שיכול לפרעו גם במעות, שכל שיכול להוליכן ממקום למקום יש לו דין מעות לעניין זה. הקצות (ד) צידד בב"י שחייב לפרעו דווקא מעות, אך מהטעם שהבאנו לעיל כדין לוקח שמסלק במעות. וכן הסכים הנתיבות (ו) שחייב לסלקו במעות. עוד כתב התרומות שאם יש ליתומים גם קרקע וגם מעות, הם אינם יכולים לסלקו בקרקע אלא רק במעות, שהם לא עדיפים מהאבא שמחוייב לסלק במעות.⁴⁴⁹

אם יכולים היתומים לסלקו בקרקע שלהם ושלא יגבה מקרקע של הלקוחות

וכתב שם התרומות שפשוט שאין היתומים יכולים לסלקו בקרקע פחותה משל הלקוחות אך הביא שיש להסתפק אם יכול לפרעו בקרקע באותו רמה שיש ללקוחות, או שיכול המלוה לומר שרוצה להפרע דווקא מקרקע המשועבדת לו, הואיל והוא חושש שהקרקע השניה גזולה. וכתב שיש אומרים שכל עוד אין ודאות של הפסד, חייב להפרע מן היתומים, שבזה חזר הכלל שאין נפרעין מהמשועבדים כשיש נכסים בני חורין. ויש סוברים שזכותו להפרע מקרקע המשועבדת לו, והכריע התרומות שכן מסתבר ושכך הכריע הרמב"ן. והביא ראיה לדבר מהגמרא בב"ק ח: שכותבת שאם יתומים שמכרו קרקע המשועבדת, הלוקח לא יכול לאיים על בע"ח הבא לטרוף ממנו מהעידית שקנה באחרונה שאם לא יגבה מבינונית כדינו יחזיר את השטר מכר של הזיבורית ליתומים, שאפילו אם יעשה כן לא יעזור לו, שיתומים אינם בני פרעון. ומזה דייק התרומות שאין היתומים יכולים לסלק את המלוה בקרקע שלהם.⁴⁵⁰ וכן פסקו הטור והשו"ע שאין היתומים רשאים לפרעו בקרקע אחרת.

בעל חוב מאוחר שקדם וגבה אם יכול לסלק את המוקדם במעות?

הקצות (ה) הסתפק האם בעל חוב מאוחר שקדם וגבה יכול לסלק את המוקדם במעות כשם שלוקח ויורש יכול, והסיק שראה שאינו יכול, הואיל והסיבה שיכול לסלקו במעות הוא בדין 'שומא דדר' ואין דין זה שיך לבעל חוב, שכמו שהוא רק בעל חוב גם זה שגבה בעל חוב. וכתב עליו בנתיבות (ו) שהוא פשוט. [עוד עיי"ש בהוספות בכתב יד שהאריך בזה]. לשון השו"ע:

יורש שמכר כל נכסי אביו, ודאי בעל חוב טורף הלקוחות, אפילו אם יש ביד היורש נכסים קרקעות שלו, לפי שנכסיו אינם משועבדים לחוב אביו. ואפילו של אביו זיבורית, ושלו עידית, אינו יכול לסלקו בעידית שלו, שלא מדעתו. אבל רוצה לסלקו שלא יטרוף מהלקוחות, ונותן לו מעות, אף על פי שלא ירש המעות מאביו, יכול לסלקו, אלא אם כן עשה אביו נכסים אלו אפותיקי מפורש לבעל חוב:

סעיף ז

יורשים שמכרו נכסי אביהם ולא ניתן לגבות מהם, אם יכול לגבות מהיורשים?

הגמרא בב"ב בדף קמ. כותבת שאם יתומים מכרו הקרקע שירשו מאביהם, אין הבנות ניזונות ממנה מפני שלא תיקנו חכמים מזונות לבנות אלא מקרקע. וכתב הרא"ש⁴⁵¹ שרב האי גאון כתב שאחרי שתיקנו הגאונים שהבנות ניזונות אפילו מהמטלטלין שירשו היתומים מאביהם, הוא הדין שניזונות מהמעות שקיבלו היתומים במכירת נכסי אביהם. הרא"ש חלק וכתב שודאי אינן ניזונות אלא ממה שירשו היתומים מאביהם ממש, וכמו שאין בעל חוב במלוה ע"פ יכול לגבות מדמי המכירה שמכרו היתומים בנכסי אביהם. כתב הטור שבאמת לפי רב האי יוצא שלאחר שתקנו הגאונים שמטלטלים של יתומים משתעבדים, יכול הבעל חוב לגבות ממעות נכסים שמכרו היורשים מנכסי אביהם במידה והוא אינו יכול לגבות מן הלקוחות כגון שמכר את הקרקע לעכו"ם או שהיה מלוה ע"פ, או שלא שעבד מטלטלים אגב קרקע. עוד כתב הטור בתחילה שהיה נראה שאף הרא"ש יודה שאם מכרו קרקע, שניתן לגבות מהם, ולא מטעם שמעות המכירה נשתעבדו, אלא מפני שהזיקו את שעבודו. אך כתב שאם מכרו מטלטלין אין בע"ח גובה שכל מה שתיקנו שעבוד על מטלטלים הוא דווקא בעודם בידם אך כשמכרו חזר הדין לדין תורה. אך כתב הטור שמצא במפורש שהרא"ש סובר בתשובה⁴⁵² שאפילו אם מכרו קרקע אין בע"ח גובה מהמעות, ושם ביאר הרא"ש שאינו נחשב כמזיק שיעבודו של חבירו שדין זה שייך דוקא כשהזיק בגוף הקרקע. השו"ע כתב שיש מי שאומר שגובה בע"ח מהדמים, וי"א שאינו גובה.

⁴⁴⁹ ודברים אלה טעונים קצת בירור שהרי הם יכלו שלא לסלקו כלל, וכן יכולים לסלקו בקרקע כשאין להם מעות, א"כ קצת לא מובן מדוע כשיש להם מעות זה גורע מהם מלסלקו בקרקע, ובה יכול לגבות מן הלקוחות, ונראה שהטעם שאינם חייבים לסלקו, אך אם רוצים לסלקו עליהם להחשב כלוים שלו ולפרוע כדין לוח לבעל חוב, ודוק.

⁴⁵⁰ ולכאורה לא מובנת הראיה שפשוט הגמרא היא שלא יוכל לגבות מן היתומים בעל כרחם, אך יתכן שאם ירצו הרשות בידם, ובתרומות שם כתב "ושמע מינה אפילו רצו אין מסלקין אותו בשלהם ולא ברור לי מנין למד כן בגמרא.

⁴⁵¹ ב"ב פרק תשיעי סימנים א, ב.

⁴⁵² כלל עט סימן י.

הקשה הסמ"ע (טו) במה זה שונה ממה שסתמו הטור והשו"ע בסימן קד ע"פ הרמב"ן שאם בע"ח מאוחר שקדם וגבה, מכר את הנכסים לגוי ובע"ח המוקדם אינו יכול לגבות ממנו, חייב בע"ח המאוחר לשלם מדינא דגרמי, ולכאורה אף כאן היו צריכים היתומים להתחייב.

וכתב הסמ"ע לתרץ שאצל יתומים הנכסים שייכים להם לגמרי ואין למלוה עליהם אלא שיעבוד, אך לגבי בעל חוב מאוחר כל כוחו בקרקע אינו אלא מכח שיעבוד כמו בע"ח המוקדם, ולכן חייב.

וכיוצא בזה כתב הב"ח שלבעל חוב מאוחר אין שום זכות בקרקע.⁴⁵³

עוד הקשה הסמ"ע מדברי הטור בסימן קד שהביא ת' ראב"ד שכתב שאם היורש לווה לאחר מות אביו בשטר, ופרע למלוה שלו מקרקע שהייתה משועבדת לבעל חוב של אביו שהלוה לו במלוה ע"פ, הדין הוא שגובה הבעל חוב של היורש מהקרקע מפני שמלוה בשטר מאוחר קודם למלוה ע"פ מוקדם.⁴⁵⁴ והיורש מתחייב לשלם לבע"ח במלוה ע"פ מפני שהזיק את שעבודו וכתב שכש"כ זה שפרע חובו משיעבודו של

חבירו.⁴⁵⁵ **ושלח לדבריו בדרישה שם תירץ** שבראב"ד מדובר במקרה שכבר הגיע זמן פרעונו של המלוה ע"פ ולכן זה

כבר נקרא כמזיק שעבודו של חבירו.⁴⁵⁶

הש"ך (ח) כתב שבאמת הדין בסימן קד לענין בעל חוב מאוחר שגבה ומכר, סותר לדינו של הרא"ש כאן, והביא סיוע לזה מהשלטי גבורים שהניח את הסתירה בדברי הטור בצ"ע.

וכתב הש"ך שהעיקר הוא כדברי הטור בסימן קד שחייבים לשלם מדינא דגרמי, ושגם כאן סובר הטור כך אלא שלא רצה להשיב על דברי אביו משום כבודו.

עוד כתב הש"ך שנראה עיקר כדעת רב האי שחייב לשלם מן המעות מדין שעבוד, ואין צורך לעניין של מזיק שעבודו, והשיג על קושיות הרא"ש על רב האי, עיי"ש.

הפתי"ש (ה) הביא את דברי השבות יעקב⁴⁵⁷ **והכנה"ג**⁴⁵⁸ שכתבו שהיתומים יכולים לטעון 'קים לי' כדעת הרא"ש ולא לשלם וכנגד דברי הש"ך.

הקצות (ו) הביא שהגידולי תרומה⁴⁵⁹ **הקשה על הרא"ש** שסבר שאין דין מזיק שעבודו כאשר לא הזיק בגוף הדבר, שלכאורה קשה מהגמרא בגיטין מא. שאומרת שהמשחרר עבד שהוא אפותיקי לחובו נחשב מזיק שיעבודו של חבירו. והכנה"ג ניסה לחלק שלא דיבר הרא"ש אלא במלוה בשטר ומשום שמן הדין עדיין אפשר לגבות מן הגוי, וחזר בו מכח דברי הטור שדיבר אף במלוה ע"פ. והקצות העיר שגם ברא"ש עצמו בב"ב מפורש שדיבר אף במלוה בע"פ.

והקצות כתב לתרץ ששיחרור עבד נחשב היזק בגוף הדבר, שמתחילה היה עבד ועכשיו הוא בן חורין.

האם יודה הרא"ש במקרה שמכרו היורשים את הנכסים וקיבלו את דמי המכירה?

ובעניין הקושיא בין תשובת הראב"ד שהבאנו לעיל לדברי הרא"ש כתב הש"ך שאין סתירה, מפני שמקרה של תשובת הראב"ד, היורש נהנה מכך שפרע בקרקע זו את חובו ודינו כדבר שיקמשתרשי ליה' כלומר שנהנה ממנו וההנאה נמצאת אצלו שחייב לשלם, ובה אף הרא"ש מודה.

ולפי זה חידש הש"ך שבמקרה שמכרו היורשים ונטלו דמים בעבור זה, אף הרא"ש יודה שחייבים לשלם, הואיל ויקא משתרשי ליה'.

הנתיבות (ז) כתב שהש"ך לא התכוון למה שהבאנו בדבריו שאף הרא"ש יודה שיש חיוב הנאה כשמשתרשי אלא כתב כן לדיעות הסוברים שמתחייב משום מזיק, שכאן יהיה חייב גם משום משתרשי.⁴⁶⁰

עוד האריך הנתיבות שכל סברת משתרשי שייכת רק למ"ד שעבודא דאוריתא, עיי"ש שהאריך מאוד.

הקצות (ו) הבין את דברי הש"ך כפשוטו ותמה עליו וכתב שמבואר בדברי הרא"ש והטור שאפילו אם קיבל המוכר דמים פטור מלשלם.

וכתב לחלק בין תשובת הראב"ד למקרה שלנו ע"פ דברי הגמרא בחולין קל: שם הקשתה הגמרא אם המזיק מתנות כהונה או אכלם פטור מדוע אם המלך גבה בחובו חייב.

ותירצה הגמ' כיון שמשתרשי כלומר שנהנה בזה שנפרע בחובו. **והקשו התוס'**⁴⁶¹ שהרי גם באכילה משתרשי.

ותירץ שם הר"ן⁴⁶² שבאכלן הפקיע מצוותן ולכן פטור למרות שמשתרשי שהרי גם אין עליו חיוב ממוני ואילו כשגבה המלך בחובו אין המלך יכול להפקיע מצוותו ולכן חייב במידה ומשתרשי.

⁴⁵³ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים :

אבל דבריהם צ"ע לפי מה שנפסק להלכה שבע"ח אינו גובה אלא מכאן ולהבא, והרי מכיון שהמאוחר כבר גבה שלו הוא לכאורה.

⁴⁵⁴ עיי"ש שם שהדבר נתון במחלוקת בין הרי"ף לרב האי.

⁴⁵⁵ נתייחס למשפט זה בהמשך.

⁴⁵⁶ ולא הבנתי דבריו אם רצונו לומר ששטר נחשב כגבוי ויש בזה דיונים גדולים באחרונים ואין כאן המקום, ומכל מקום היה צריך לומר שכאן מדובר דווקא כשמכרו היתומים קודם שהגיע זמן הפרעון, ולא היה לו לסתום בזה, ושמא לא טרח לדקדק בזה מפני שכתב בדרישה שאכן הטור לא סבר כרא"ש, אלא שכל דין שיכל להסתדר עם הרא"ש הביאו, וא"כ נראה שאף הסמ"ע לא בא ליישב את דברי הרא"ש לדינא, אלא לבאר כיצד דינים אלו יכולים להתישב עם דעת הרא"ש ודוק.

⁴⁵⁷ ח"ב סוף סימן סימן קסג.

⁴⁵⁸ הגהות הטור אות כב.

⁴⁵⁹ שער מ"ג ח"ד ס"י ט"ז.

⁴⁶⁰ ואף שנכנסים הדברים בלשון הש"ך בדוחק, קשה לבאר כן שא"כ אין נ"מ כלל בדבריו ודוק.

⁴⁶¹ חולין קלא. ד"ה שאני.

וכתב הקצות שאותו חילוק נאמר כאן שבתשובת הראב"ד מדובר שלא הבעלים הפקיע שעבודו אלא הבע"ח המוקדם ולכן עדיין מצוותו עליו ואילו כאן מדובר שהלוה מכר ולכן הפקיע מצוותו ופטור. **הנתיבות (ז) תמה על הקצות וכתב** שדברי הר"ן אמורים רק לגבי מתנות כהונה שאין בהם שום חיוב ממוני אלא מצוה לתת, ואחרי שהפקיע מעצמו את המצוה לא נשאר כלום, מה שאין כן בפרע מנכסים משועבדים שאם נאמר שמתחייב מכח מזיק שעבודו במשתרשי אז פשוט שאף כאן חייב, וכתב שכאן פשוט שהואיל ועדין נותרה לו המצוה לפרוע ממועות אלו, א"כ לא פקע מצוותו ולכן הדין היה צריך להיות שישלם. **הנתיבות (ז) כתב ליישב בין דברי הטור** שבמקרה שלנו היורשים מכרו את קנין הגוף שהיה להם בשדה, ורק בעקיפין הזיקו את שעבוד חבירו ודינם כגורם דגורם ופטור. ואילו בסימן קד המקרה הוא שפרע לאחר ובעצמו נתן את שעבוד השדה לאחר, ולכן נחשב כמזיק שעבודו שחייב. **ועל פי זה הסיק** שאף שהדמים ביד הלוקח, אינו חייב לשלם, שהרי מכר את השבח שהוא שלו, [נראה לי שכונתו גוף הקרקע].

האם ניתן לגבות ממועות שקיבלו היורשים בעבור מטלטלים של אביהם.

הבאנו לעיל שכתב הטור שאם מכרו היורשים מטלטלין אין בע"ח גובה מהם מעות שכל מה שתיקנו שעבוד על מטלטלים הוא דווקא בעודם בידם אך כשמכרו חזר הדין לדין תורה. **והסמ"ע (טו) הבין שהטור כתב כן אף לדעת רב האי** שלא תקנו הגאונים שמטלטלים ישתעבדו לאחר שמכרו, לעניין המעות. **אך הש"ך (ח) כתב** שזהו דווקא לרא"ש אבל לדעת רב האי ניתן לגבות אף ממועות של מטלטלים.⁴⁶³ **עוד העיר הש"ך** שבזמן הזה שגובים מטלטלין מן הדין⁴⁶⁴, דינם כקרקע לגמרי וחייבים היתומים לשלם כדין מכרו קרקע לדעת הטור. לשון השו"ע:

ירש שמכר כל נכסי אביו, ואין בעל חוב יכול לטרוף מהלקוחות, כגון שמכרם לעובדי כוכבים וכיוצא בזה, יש מי שאומר שגובה מהדמים שביד היתומים, וי"א שאינו גובה:

סעיף ה

תפיסה מנכסי היתומים

לשון המשנה בכתובות פד.

מי שמת, והניח אשה ובעל חוב ויורשין, והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים:

רבי טרפון אומר: ינתנו לכושל שבהן,

רבי עקיבא אומר: אין מרחמין בדין, אלא ינתנו ליורשין, שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה...

כלומר נחלקו התנאים במשנה מה יעשה נפקד או אדם שחייב לאדם שמת ויש לו חוב לבעל חוב ולאשה. **דעת ר"ע** שיתן את המעות ליורשים, הואיל והם אינם צריכים להשבע על כך.

ודעת ר' טרפון שיתן לכושל שבהם.

ונחלקו אמוראים בגמרא מיהו הכושל שבהם.

רבי יוסי ברבי חנינא אומר: לכושל שבראיה, **וביאר רש"י:** למי ששטרו מאוחר שלא יוכל לטרוף לקוחות הקודמים לו.

רבי יוחנן אמר: לכתובת אשה, משום חנינא.

ונפסקה הלכה כר"ע

עוד נחלקו במשנה במקרה שהניח הלווה פירות תלושים מן הקרקע.

שלדעת ר' טרפון כל הקודם בהם זכה בהם, ואם תפסו האשה או בע"ח יותר ממה שמגיע להם המותר ינתן לכושל שבהם.

ור"ע אומר שנותנים ליורשים כדין הקודם, ומסיקה הגמרא שלדבריו לא רק המותר נותנים ליורשים אלא הכל נותנים להם.

מפשט דברי ר"ע נראה שסובר שלא מועילה תפיסה מן היתומים.

אך הגמרא שואלת: יור"ע, תפיסה לא מהניא כלל?

ועונה הגמרא שר"ע מודה שאם תפסו מחיים של הלווה אין מוציאים מהם.

ופירשו התוספות בד"ה ולר' עקיבא שהואיל ומחיי הלווה אינו צריך להשבע, מועילה תפיסתו.

ממשיכה הגמ' ושואלת לפי שיטת ר"ט איפה הפירות הם מונחים כדי שתפיסה תועיל בהם אפילו אחר מיתה, ומביאה שנחלקו האמוראים בזה אם הוא דוקא כשהם צבורים ומונחים ברשות הרבים או אפילו כשמונחים בסימטא.

הגמ' מביאה מקרה:

⁴⁶² חולין מד: .

⁴⁶³ ולכאורה כדברי הש"ך מפורש בטור שכתב בדברי רב האי שיכול לגבות מהמעות ואחד מדוגמאותיו הוא שלא שעבד מטלטלים אגב קרקע, משמע שמדובר כשמכרו מטלטלים.

⁴⁶⁴ עיין לעיל שאין הדבר פשוט והרבה ראשונים סברו שזו תקנה בלבד.

בע"ח אמר: מחיים תפיסנא ליה, ובקרא אמר: לאחר מיתה תפיסיה, אתו לקמיה דרב נחמן, אמר ליה: אית לך סהדי דתפיסיה? אמר ליה: לאו, אמר ליה: מגו דיכול למימר לקוח הוא ביד, יכול נמי למימר מחיים תפיסנא ליה.

מבואר בגמ' שאם יש ויכוח האם תפס המלוה מחיים או לאחר מיתה, נאמן המלוה במגו שיכל לטעון שמה שתפס הוא לקוח בידו, אא"כ מביאים היורשים ראייה שתפס.

כתב הרמב"ם (מלוה ולוה יא, ח) שצריך המלוה להישבע שחייב לו הלווה כך וכך עד כדי דמי מה שתפס, וכולל בשבועתו שמחיים תפס.

ובב"י הביין שמדובר בשביעת היסת ותמה מדוע שלא ישביעו שבועה חמורה ככל הבא להפרע במשכון, וכתב שכאן העיקר היא שבועת היסת, שאם אינו חייב לו, חייב להחזיר לו. [ודבריו קצת קשים]

מכל מקום להלכה כבר הביא הב"י בשם התרומות⁴⁶⁵ שאחרי תקנת הגאונים תפיסה מועילה אפילו לאחר מיתה.

עוד כתב התרומות שאפילו אם אין לתופס ראייה שחייבים לו, אם תפס שלא בפני עדים נאמן בטענתו במגו שיכל לטעון שלא תפס. וכן פסק בשו"ע.

והעיר הסמ"ע שאפילו אם תפס בעדים נאמן הוא אם לא ראו את מה שתפס בידו עכשיו, במגו שיכל לטעון שכבר החזיר, ודין זה מבואר בכמה מקומות בהלכות טוען ונטען ועוד. לשון השו"ע:

האידינא שתקנו הגאונים לגבות מהיורשים אף מהמטלטלים שהניח אביהם, אם תפס המלוה מטלטלי הלוה, אפילו לאחר מיתה, מהניא, אפילו אין לו עדים על חובו, שאם לא תפס לא היו מגבינן ליה, והשתא דתפס נאמן לגבות מהם בשבועה, במיגו דאי בעי אמר: לא תפסתי:

סעיף ו

הנפרע מקרקע/מטלטלים של יתומים ופדו במעות, אם יכול לפרוע שוב מאותו הנכס?

לשון הגמרא בכתובות צא:

ההוא גברא דהווי מסקי ביה מאה זוזי, שביב, שבק קטינא דארעא דהוה שויה חמשין זוזי, אתא בעל חוב וקטרף ליה, אזול יתמי יהבו ליה חמשין זוזי, הדר קטרף לה, אתו לקמיה דאביי, אמר להן: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טריף בדין קטרף. ולא אמרן - דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא - סלוקי סלקוה.

כלומר בגמרא מסופר על אדם שהיה חייב מנה לבעל חובו ונפטר, והשאיר קרקע בשווי חמישים זוז, הלך בעל חובו וגבה את חצי חובו מן הקרקע הנ"ל, באו היתומים ושילמו לו חמישים זוז, הלך שוב ופרע את החמישים הנותרים של החוב מאותה הקרקע, ואמר אביי שהדין עימו, שאנו מניחים שהחמישים הראשונים שנתנו היה בכדי לפרוע את חוב אביהם שזו מצווה, ולא בשביל לפדות את הקרקע, ולכן יכל לגבות את הקרקע בחמישים הנותרים.

עוד מבואר בגמרא שאם היתומים אמרו במפורש שלא נתנו את הכסף בשביל לפרוע חוב אביהם, אלא בשביל לפדות את הקרקע, הוא אינו יכול לגבות מהם שוב.

וביאר הר"ן שאז הוא כמו קרקע שקנו היתומים מכסף שלהם, ואין דינו כקרקע של אביהם כלל. **והביאו הראשונים מהירושלמי (כתובות י, ו)** שה"ה שאין בע"ח מאוחר גובה מהקרקע במקרה הזה.

הטור הביא את דין הגמרא.

ובבדק הבית העיר שאחרי תקנת הגאונים אין לזה שום נ"מ, שגם המטלטלין שירשו משועבדים הם לבע"ח, ואילו נתנו לו משל עצמם אין הבע"ח גובה מהשדה, שמוזה לא היה עליהם מצוה לפרוע⁴⁶⁶, ולכן ודאי שלא נתנו לו אלא בדמי השדה.

השו"ע כתב שבמקרה שלא ירשו שום נכסים חוץ משדה זו, אין בע"ח גובה ממנו אלא פעם אחת אף אם לא פירשו ששילמו בעבור הקרקע ולא בשביל לפרוע וכדבריו בבדק הבית וכן כתב שאין בע"ח מאוחר גובה ממנו.

כתב הסמ"ע (יה) שאם יש ליורשים מטלטלים של אביהם, אז דווקא במקרה שאמרו בפירוש ששילמו בעבור הקרקע, אינו יכול לפרוע מהם, שאחרת יכול לומר שפרעו מכח החובה לפרוע חוב אביהם **והש"ך (ט) כתב** שכל דברי הסמ"ע אינם מכוונים אחרי תקנת הגאונים. ובהגה ביאר שהש"ך אינו מסכים עם הסמ"ע לכך שאם יאמרו בפירוש ששילמו בעבור הקרקע זה יועיל.

ובפת"ש (ד) הביא שהדגול מרבבה הבין שהש"ך סובר כשיטתו בסעיף ד שהואיל ונהנו בכך שפרעו מנכסי אביהם חייבים לשלם, הואיל ומשתרשי⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ שער מט חלק יז סימן ג.

⁴⁶⁶ כך דעת רוב ראשונים כפי שהבאנו בהקדמה בניגוד לרשב"א ולרא"ש בשטמ"ק הסוברים שהחוב לפרוע הוא גם ממעות שלהם.

⁴⁶⁷ אך נראה פשוט שהש"ך עצמו סבר כרב האי שהמעות עצמם שקיבלו בעבור הנכסים נחשבים כמטלטלים של האבא, ונראה שהדגול מרבבה בחר בטעם של 'משתרשי מפני שטעם זה לפי הש"ך הינו לכ"ע, ודוק.

הקצות (ה) האריך לתמוה על הסמ"ע שממ"נ לאחר תקנת הגאונים אם יש עוד מטלטלין חוץ ממה ששילמו ממנו גובה בע"ח מאוחר מהם, ואם לא ירשו עוד מטלטלין אין מצוה עליהם לפרוע, וממילא אינם צריכים לפרש כלל. וכתב שאולי לזה התכוין הש"ך.
והדגול מרבבה המובא בפת"ש (ד) לא הבין את הקושיא על הסמ"ע שהרי אם היו מעות של אביהם והתנו במפורש שנותנים זה שלא בתורת פריעת חוב הרי זה כמוכר מטלטלים של יתומים שאין גובים מהם⁴⁶⁸, ולכן העלה כפי שהבאנו לעיל שהש"ך לשיטתו שניתן לגבות מן המעות שקנו הואיל ומשתרשי. [ועיין בנתיבות (ח) שניסה לבאר את הסמ"ע בדינא דגמרא ודחק בדבריו].

סעיף ז

כיצד גובה מלווה מהיורשים האחים שחלקו?

בגמרא בב"ק ט. דנה במאמר רב אסי שאמר שכספים הרי הן כקרקע, ובאחת מהאפשרויות העלתה הגמ' שכוונת דבריו היא שבמקרה שבעל חוב גבה חוב של אדם שמת מן האחד היורשים ששחלקו, האחים האחרים צריכים להשתתף עמו בפרעון, ויכולים לפרוע לו במעות ולא להתחלק אתו בקרקע [ביאור זה נדחה בסוף ע"ש].

ונתקשו הראשונים שכאן משמע שיכול בעל חוב לגבות את כל החוב מאחד מהם, ואילו בגמרא בב"ב קכד. מבואר שבעל חוב גובה מכל אחד לפי חלקו.

התוס',⁴⁶⁹ והרא"ש⁴⁷⁰ כתבו שמדובר כאן בקרקע אפותיקי, אבל באמת בסתם קרקע, הבעל חוב אינו יכול ליטול את כל חובו מאחד.

אך הוסיף הרא"ש שאם לכל אחי יש רק שדה אחת, הם אינם יכולים לומר לבעל חוב: קח מכל אחד חצי שדה, אלא נוטל הבעל חוב שדה אחד מאיזה מהם שירצה, אבל אם ירשו ד' שדות, וחובו כנגד ב' שדות, אינו יכול לומר: אקח מאחד שתי שדות, אלא יקח מכל אחד שדה אחת. **וכך פסק השו"ע.**

וכתב הסמ"ע (כא) שכל מה שכתוב שאם יש לכל אחד שדה, שיכול לגבות ממי שירצה, זה דווקא אם לא השוו נפשם ב' האחים לתת לו מן הקרקע הגרועה, אבל ודאי שהרשות בידם לעשות כן.

אך הקצות (ט) ציין שמדברי הרמב"ן⁴⁷¹ עולה שתמיד יכול הבעל חוב לגבות מאחד מהם, והוא הבין שהגמ' בב"ב מדברת לגבי חלוקת האחים, אבל הבעל חוב יכול לגבות ממי שירצה⁴⁷².

ובתחילה האריך הקצות להוכיח שאנו איננו סוברים כדעת הרמב"ן הנ"ל, ושמחלוקת זו קשורה במחלוקת הרי"ף והעיטור שהבאנו בסימן קד סעיף ה⁴⁷³ במקרה שיש ב' שטרות היוצאים באותו יום, שלדעת הרי"ף חולקים, ולדעת העיטור עושים שודא, וזה ע"פ הירושלמי שממנו למד הרמב"ן דין זה שכתב שב"ד עושים שודא, אך בעל חוב עצמו יכול לבחור ממי לגבות.

אך לבסוף כתב הקצות שדין זה צ"ע שהרי בסימן עז סעיף ג פסק השו"ע שיכול מלווה לגבות מאיזה ערב שירצה ודין זה למד המ"מ בהלכות נחלות פרק י הלכה א מן הדין של הרמב"ן, שכשם שיכול לגבות מאיזה אח שירצה, הוא הדין שיכול לגבות מאיזה ערב שירצה, וא"כ תימה כיצד כאן סתם השו"ע כנגד דבריו שם. [ואף התומים בסימן קלב ס"ק ב הקשה כן, ועי"ש בנתיבות ס"ק ב מה שכתב לתרץ בזה].

כיצד גובה בעל חוב מאחים שחלקו קרקע ומעות לאחר תקנת הגאונים?

כתב הטור שאחרי תקנת הגאונים, אם חלקו חלק האחים בקרקע ובמעות גובה מכל אחד כפי חלקו. **והש"ך (י) הביא שכתב המהרש"ל⁴⁷⁴** שאם אחד קיבל קרקע ואחד מטלטלין, יכול בעל הקרקע להכריחו לגבות חצי מהקרקע שלו וחצי מהמטלטלין. לשון השו"ע:

ירשו האחים קרקעות מאביהם, וחלקום, ובא בעל חוב לטרוף, אם לא ירשו אלא שתי שדות, ולקח כל אחד אחת, אינם יכולים לומר לבעל חוב: קח מכל אחד חצי שדה, אלא נוטל שדה אחד מאיזה מהם שירצה. אבל אם ירשו ד' שדות, וחובו כנגד ב' שדות, אינו יכול לומר: אקח מאחד שתי שדות, אלא יקח מכל אחד שדה אחת, אלא אם כן עשה לו אפותיקי השתי שדות שנפלו לאחד, דאז נוטלים, אפילו לא עשאים אפותיקי מפורש, אלא שעבד לו כל נכסיו וסיים לו אותם שדות במצריהם להיות תחלה לפרעון:

⁴⁶⁸ ויש להבין מה עשה המלווה, שהרי ודאי זכותו של המלווה לומר שאינו מקבל בתורת קניית הקרקע אלא כפרעון חובו, ושמה מדובר כששתק, אך גם זה מחודש שהרי זכותו לגבות מנכסיו המשועבדים לו.

⁴⁶⁹ ב"ק ט. ד"ה וטרף

⁴⁷⁰ ב"ק פרק א סימן ז.

⁴⁷¹ ב"ב קז. ד"ה הכי גריס.

⁴⁷² אמנם ציין הקצות שלשון הרמב"ן קשה שבתחילתו נראה שהיה קשה לו קושיות תוס' והרא"ש ומשמע שאינו יכול לגבות ממי שירצה, וכתב הקצות שכוונתו הייתה רק להקשות מדוע הבעל חוב רוצה לגבות רק מאחד אבל פשוט שזכותו לעשות כן.

ובתרומת הכרי סי' קעה ובאבן האזל בהלכות מלווה פרק כה הלכה י ביארו שהרמב"ן הקשה לשיטתם הסוברים כן, אך לשיטתו לבסוף באמת אין קושיא כלל, וכן משמע בר"ן ב"ב קז. שזהו תירוץ נפרד עי"ש (הערת מילואי חושן 18).

⁴⁷³ עיין לעיל בעמוד 79

⁴⁷⁴ ב"ק פרק ראשון סי' כג.

סעיף ח

כיצד גובים מן האחים כשאחד אינו לפנינו

כתב הטור שאם אחד מהאחים אינו לפנינו, אין המלוה של אביהם צריך לחזור אחריהם וגובה ממי שנמצא והוא יחזר אחריהם, אלא יגבה ממי שנמצא והוא יחזר אחר האחרים. והביא הב"י שמקורו הוא מהתרומות⁴⁷⁵ בשם רב האי⁴⁷⁶ והראב"ד⁴⁷⁷ והראב"ד חוב גובה מאחד הכל, לבין הגמרא בב"ב קכד. ששם משמע שצריך לגבות מכולם בשוה, ותירץ שבב"ק מדובר כששאר האחים לא היו כאן. השו"ע פסק את דברי הראב"ד להלכה. הסמ"ע (כב) הוסיף שאפילו אם כולם לפנינו אין להכריח את המלוה לגבות מקרקע שהוא במקום אחר, שהרי בסימן קיא נפסק שיכול לגבות אפילו ממשועבדים אם הם לפנינו וכל הבני חורין הם במקום אחר. לשון השו"ע:

הניח להם אביהם מעות ומטלטלים, וחלקו, ובא בעל חוב לגבות מהם, אם הם מצויים לפנינו, גובה מכל אחד חלקו. ואם אין כולם מצויים לפנינו, אינו צריך לחזור אחריהם, אלא יקח כל חובו מאותו שלפנינו, והוא יחזור אחר האחרים:

סעיף ט

אם יכולים לגבות מלקוחות של היורשים כשיש בני חורין ומה הדין כשמכר אחד אחד חלקו אם גובה מן הלקוחות או מן האחים האחרים?

הטור הביא תשובת הרא"ש⁴⁷⁸ שכתב שאם אחד מהאחים שחלקו מכר את חלקו, יכול הבעל חוב לגבות מן הלקוח את החלק שהיה גובה מן האח מפני שגובים ממשועבדים אפילו במקום שיש בני חורין כשהיורש מכר ולא הלווה עצמו.

עוד כתב הרא"ש שכל שכן כאן שחצי החוב מוטל על אחד וחצי על השני. **וכן פסק השו"ע.** הסמ"ע (כד) ביאר את דין השו"ע ע"פ הטעם השני שאין בכוחו של היורש להטיל את כל החיוב על השני ע"י מכירה.

אך הקצות (י) השיג על הסמ"ע וכתב שמהרא"ש נראה שעיקר הטעם הוא מפני שניתן לגבות ממשועבדים של היורשים.

וביאר הקצות שכל הדין שאין גובים ממשועבדים במקום שיש בני חורין הוא משום שהלווה הוא זה שהתחייב ועליו לשלם קודם לאחרים, אבל יורש שלא התחייב כלום אינו חייב יותר מהלוקח. והביא ראיה לזה מהגמרא בכתובות צב. שאומרת שבע"ח יכול לגבות מלוקח שני במקום שלא שייך סברת 'הנחתי לך מקום', ואינו יכול לדחותו אצל לוקח ראשון. וכן פרש"י שם משום שגם לוקח ראשון אינו בעל חוב.

אך הקשה הקצות שלכאורה זה סותר את פסק השו"ע בסימן קיא סעיף י שם כתוב שאם יורשים מכרו נכסי אביהם אין בע"ח גובה ממה שמכרו במקום שיש אצלם בני חורין.⁴⁷⁹

וכתב הקצות בשם בנו ר' דוד לתרץ ששם מכרו היורשים ללוקח כל זכות שתבוא לידם, ולכן יכול הלוקח לדחות את הבע"ח אצל זיבורית כמו שהם יכלו לעשות, כדין יתומים שפורעים בזיבורית, ורק במקרה שלנו שאף האח עצמו אינו יכול לדחותו אצל הנכסים של האחיו, לכן אף הלוקח אינו יכול לעשות כן.

אך הקשה הקצות מפסק השו"ע בסימן ערה שם נפסי' שגר מת ובזבזו ישראלים את נכסיו, ויש על הגר בע"ח, האחרון אחרון מהמבזבזים מפסיד. והרי כאן אף אחד מהם לא התחייב מעצמו, ואיזה כח יש לראשון לדחותו אצל האחרון, ונשאר בצ"ע.

הנתיבות (ט) חולק על יסודו של הקצות וכותב שאין דין היורשים כדין הלקוחות, שעל היורשים יש שיעבוד הגוף וכמ"ש התומים בסימן סו ס"ק מג.

וכתב הנתיבות ליישב את קושיית הקצות מפסק השו"ע בסימן ערה שבגר שמת הואיל והראשונים השאירו לבעל חוב לגבות מבני חורין, יכולים לדחותו אצל האחרונים, מה שאין כן בלקוחות שלוקח השני לא השאיר לו מקום לגבות מבני חורין אלא מלוקח, ולכן אינו יכול סתם לדחותו.

אך במשובב דחה את דבריו שכבר האריך בסימן לג ס"ק ב שאין שום שיעבוד גוף על היורשים.

ובהג"ה השיב המהר"י עניזל שתירוץ הנתיבות על גר אינו נכון מפני שבמיתת הגר נכסיו הם הפקר ואם יקח אותם הבע"ח יזכה בהם מן הפקר ולא בתורת גבייה, והחוב ישאר. ולכן לא שייך כאן לומר שהשאיר

לו בני חורין.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ שער נה ח"ג סימן ג.

⁴⁷⁶ מקח וממכר שער כז דף נח עמוד א.

⁴⁷⁷ ב"ק ט. ד"ה גירסת

⁴⁷⁸ כלל עט סימן ח בסופו.

⁴⁷⁹ ומקורו בתרומות שער ד חלק ד אות ב שהבאנו בסעיף ג שדן במקרה שהיתומים רוצים לסלק את המלוה מנכסים שלהם ושלא יגבה מן הלקוחות, והניח כדבר פשוט שכל עוד יש נכסים של האבא, ששיך הדין שאינו יכול לגבות מן המשועבדים, ועיין לעיל בסעיף ג שחידש יותר וכתב שאפילו אם רוצים לפרעו במעות שלהם הרשות בידם.

⁴⁸⁰ ולכאורה יש להעיר על דבריו שהרי נראה פשוט שאף המהר"י עניזל יודה שאם זכה מהן הפקר וזכה גם אחר, שאין יכול לגבות חובו מהאחר בעוד יש לו נכסים, אלא שסובר המהר"י עניזל שזה נקרא כאילו זכה מן הפקר ואח"כ

לשון השו"ע:

ירשו קרקעות וחלקום, ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה, ובא בעל חוב של אביהם לגבות חובו, טורף חצי החוב מהלוקח שקנה מהיורש, והחצי מהיורש האחר:

סעיף י

יתומים שהודו שחייבים, ואח"כ אמרו שהתכוונו לחוב אביהם ושאלו נכסים

הב"י הביא מדברי התרומות⁴⁸¹ שכתב שהתובע יתומים והודו לו בפני עדים, וכשבא לגבות טענו שלא הודו אלא מחמת מה שאביהם היה חייב, ולא הניח ממה לפרוע, והוא מכחיש ואומר שהם חייבים מחמת עצמם, חייבים לפרוע, מפני שהודאה סתמית היא הודאה על חוב שלהם, ואפילו אם ההודאה היתה בפני עד אחד חייבים, שהם מחויבים להישבע להכחיש את העד ואינם יכולים שהרי מודים שהודו ודינם כדין המבואר בסימן עה סעיף יג' נסכא דר' אבא' שמתוך שאינם יכולים להשבע לשלם.⁴⁸²

השו"ע פסק כדברי התרומות הנ"ל. **הש"ך (יב)** העיר שמדובר דוקא כשלא יכלו היתומים לטעון שפרעו. שהרי אם הם יכלו לטעון שפרעו, נאמנים במיגו שמה שהודו היה על חוב אביהם, ומוכח כן ממה שדימו דין זה לנסכא דר' אבא. לשון השו"ע:

שמעון שאמר ליורשים: מנה לי בידכם, והודו לו בפני עדים, וכשחזר לתובעם אמרו לו: לא הודינו שאנו חייבים לך אלא מחמת אבינו ולא הניח ממה לפרוע; והוא אומר: לא כי אלא מחמת עצמכם אתם חייבים לי, מאחר שהודו סתם, חייבים לפרוע (וע"ל סי' פ"א רשב"א). ואם הודו בפני עד אחד, והם אומרים שלא הודו, נשבעים להכחיש העד. ואם מודים שהודו בפני העד בסתם, אלא שאומרים שלא נתכוונו להודות שחייבים מחמת עצמם אלא מחמת אביהם, חייבים לשלם. (וע"ל סימן ע"ה סעיף י"ג):

סעיף יא

בע"ח מאוחר שקדם וגבה מטלטלין מהיתומים

הב"י הביא את דברי התרומות⁴⁸³ שכתב בשם הר"מ אב"ד שכתב שבעל חוב מאוחר שגבה ממטלטלים היתומים, אין בעל חוב המוקדם טורף ממנו מפני שאין דין קדימה במטלטלין⁴⁸⁴ וכן פסק השו"ע, ופשוט הוא לכאורה.

וביאר הסמ"ע (כו) שלכאורה דין קדימה במטלטלים כבר מבואר בסימן קד, אלא שבא השו"ע לחדש כאן שלא מחייבים את היתומים מדין מזיק שיעבודו של חבירו, ובסעיף ד' ס"ק טו ביאר שבמטלטלים כולם מודים שאינו מתחייב כמזיק שעבודו של חבירו, ועיין שם בש"ך ס"ק ח' שביאר שמכל מקום לפי רב האי יכול לגבות מן הדמים.

הקצות (יא) כתב שבמקרה שלנו פשוט שאינו חייב משום מזיק שעבודו, מפני שאינו מוכר לסתם אדם למישהו שיש לו שעבוד כמותו, וכשם שאם היה תופס הבעל חוב המאוחר לא היו מוציאים מידו, כמו כן אין לחייב את הלוח שנותן לו, כשם שניתן לתופס לבעל חוב במקום שגם לתופס יש חוב על אותו לוח כמבואר בסימן קה, ואיננו אומרים שחייב לשלם מדין מזיק.

אך הביא הקצות שהמהר"ש הלוי חו"מ ס' יא' כתב ב' אפשרויות לצמצם היתר של התופס לבעל חוב:
א. שיתכן שרק בתופס אינו חייב הואיל ונעשה שלוחו, אבל כשאינו יכול לתפוס והביא למלוה אחר כן יתחייב משום מזיק שעבודו.

ב. כתב שיתכן שבאמת דין זה נכון לגבי מטלטלים, הואיל והם עצמם אינם משתעבדים, אבל בבי' בעלי חוביים שנשתעבדו להם הנכסים בשוה כגון בלוה ולוה וקנה (כמבואר בסימן קד סעיף ו'), אם יתן לאחד מהם יהיה חייב לשני, הואיל ושעבוד שניהם שווה.

אך הקצות הסיק כדבריו בתחילה שבכל מקרה שיכול המלוה לתפוס, אם נתן לו אינו חייב משום מזיק. **והסכים הנתיבות (י)** עם דברי הקצות.

הפת"ש (ה) הביא את דברי השבות יעקב בח"ב סוף סימן קסג שכתב שאף לפי הש"ך שסובר שחייב גם כשפרע במטלטלים, יודה כאן הואיל ואותו לוח לא מקבל את הכסף, אלא פורע חוב והדמים אינם מגיעים ליתומים.⁴⁸⁵

לשון השו"ע:

זוכה מן עצמו כגביה מן המשועבדים, וממילא נראה שכבר חידושו טעון בדיקה, שהרי סוף כל סוף זה ברור שכאשר גבה בכדי חובו כבר יצא בכדי חובו, ולכן בפשטות יש להגדיר שגבה חובו מבני החורין וחזרו דברי הנתיבות.

⁴⁸¹ שער שני ח"א סימן ז.

⁴⁸² ועיין בסימן פא סעיף י' שדעת המאור שהודאה בפני עד אחד לעולם איננה הודאה והש"ך שם הסכים לדבריו, וא"כ לפי זה פשוט שבמקרה הזה יכולים לפרש דבריהם ולומר שהתכוונו שאביהם חייב, ודוק. ועיין בששו"ע מופיע בהערה יע"ל סימן פא סעיף י' ומוסב שם על הדין הראשון שאינם יכולים לומר שהודו על חוב אביהם, ונראה שהערה זו שייכת לדין השני לגבי הודאת עד אחד ודוק.

⁴⁸³ שער שני ח"א סי' ז.

⁴⁸⁴ עיין לעיל בסימן קד סעיף א' ששיש מחלוקת אם יש דין קדימה במטלטלים, ומכל מקום לכ"ע אם גבה המאוחר אין מוציאים מידו.

⁴⁸⁵ ונראה שדבריו פשוטים שהרי הש"ך שם לא חלק בעניין מזיק שעבודו, אלא שכתב שלפי רב האי אף המעות שקנו משתעבדים וזה דווקא כשקיבל את המעות והוא פשוט.

הניח להם אביהם מטלטלין, וקדמו ופרעו לבעל חוב מאוחר, אין בעל חוב מוקדם יכול להוציא מידו:

סעיף יב

אם נמצא בפנקסו של המת שהוא חייב לאחר

הב"י הביא תשובת הרשב"א⁴⁸⁶ שכתב שאין גובים ע"י הכתוב בפנקסו של המת, שיש לחשוש שכבר פרע לפני מיתתו וכ"פ בשו"ע.

אך בס"מ צא הביא הטור בשם הרא"ש בת'⁴⁸⁷ שאפשר להוציא אפילו מיתומים קטנים ע"פ הפנקס של אביהם, וכן פסק השו"ע שם בסעיף ה.

והסמ"ע (נז) כתב שבסימן צא נפסק שיכול להוציא הואיל היה רגלים לדבר שהוא חייב כפי שכתוב בפנקסו.

הש"ך (יד) השיג עליו וסבר שגם שיש רגלים לדבר אין זמה מועיל, מפני שיש לחוש שפרע, אך כתב שבסימן צא מדובר באופן שאין חשש שפרע כגון בתוך הזמן וכדו'. לשון השו"ע:

ראובן שמת, ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה, היורשים פטורים, דמלוה על פה, אפילו בעדים, אינו גובה מהיורשים אלא אם כן היה תוך זמנה. (ועיין לעיל סימן צ"א סעיף ה' ולקמן סימן ק"י סעיף ז):

⁴⁸⁶ ח"ג סי' קל.

⁴⁸⁷ כלל פו סימנים א ו-ב.

סימן קח

באיזה ענין נפרע מלוה מיורשיו ואיזה שבועה אדם מוריש לבניו ובו כא' סעיפים :

סעיף א

הראיות הנצרכות כדי לגבות מהיתומים

כתב הרמב"ם בפרק יא הלכה ו שהיכולת לגבות חוב מיתומי הלוה, היא רק כאשר יש ודאות שעוד לא נפרע החוב, והביא ג' אפשרויות בהם ניתן לגבות :

א. שצווה הלוה בחוליו שעדיין חייב למלוה ושלא פרעו.

ב. שעוד לא הגיע זמן פרעון החוב.

ג. שבי"ד נידו את הלוה עד שישלם, ומת בנידויו (ומכאן פשוט שעוד לא פרע).

המגיד משנה כתב שהמקור לדברי הרמב"ם הוא מן הגמרות בב"ב קעד. ובערכין כב. שם דנה הגמרא מדוע אין נזקקים לנכסי יתומים קטנים, שדעת רב פפא היא מפני שפריעת בעל חוב מצוה ואין היתומים מצווים כיון שהם קטנים, ולדעת רב הונא בריה דרב יהושע הטעם הוא מפני שיש לחוש שהלוה כבר התפיס למלוה 'צררי' בחובו, ובעצם כבר פרע חובו. [להלכה נפסק כרב הונא בריה דרב יהושע].

הגמ' שם הביאה ב' נ"מ בין הטעמים: האחת שמודה החייב, והשני כשנידו את הלוה שלא שילם ומת בנידויו, שלדעת רב פפא עדיין פטורים מלשלם כיון שאינם בני מצוה, ולדעת רב הונא בריה דרב יהושע חייבים לשלם, שבמקרים אלו אין חשש ליצררי.

כלומר שהני"מ השלישית שכתב הרמב"ם שמת הלוה בתוך זמנו לא מוזכרת בגמרא זו.

ובאמת הר"ן⁴⁸⁸ והתרומות⁴⁸⁹ הביאו שיש סוברים שגם אם מת תוך זמנו לא ניתן להוציא מיד היתומים קטנים, **וכן כתב הרא"ש⁴⁹⁰ בשם רבינו יונה⁴⁹¹, וכן כתבו תוס' בב"ב⁴⁹²**,

אך מהרמב"ם משמע שאף מיתומים קטנים ניתן לגבות במלוה תוך זמנו הואיל ולא חילק.

רוב הראשונים הסכימו עם הרמב"ם שאף אם מת תוך זמנו ניתן להוציא מן היתומים, **כן כתבו הרמב"ן⁴⁹³ והרשב"א⁴⁹⁴ והרא"ש⁴⁹⁵ והר"ן⁴⁹⁶ ותרומות⁴⁹⁷**, וביאר בתרומות שהביאה הגמ' נ"מ זו והוא הדין לדומים להם כגון שמת בתוך זמנו, **ובגר"א (ב) הזכיר טעם אחר** שרב פפא ורב הונא, לא הסכימו לדין שאין אדם פורע תוך זמנו, ולכן לשיטתם לא שייך ליתן נ"מ זו.

וכתב הב"י בסימן עה שהואיל והרמב"ם וכל שאר הראשונים שהבאנו מסכימים שאם מת תוך הזמן פורעים אף מן הקטנים, כך נפסק להלכה.

אך מכל מקום לענין יתומים גדולים נראה שאין מחלוקת ולכ"ע ניתן להוציא מיתומים גדולים במלוה שהוא תוך זמנו, שבזה לא שייך לטעון להם שפרע.

יש לציין שהגמרא עסקה בעיקרה בדין יתומים קטנים ושם חידשה שלא ניתן לגבות מהם אפילו במלוה בשטר מחשש צררי, אך נראה שהרמב"ם למד שטעמו של רב הונא בריה דרב יהושע שייך אף בגדולים במלוה ע"פ שאף אצלם שייך לטעון בעבורם.⁴⁹⁸

שמא אביהם כבר פרע, כשם שאביהם היה נאמן לטעון כך.⁴⁹⁹

מדוע כתב הרמב"ם שיכול המלוה לגבות מן היתומים דווקא אם הודה הלוה מתוך חוליו?

הרמב"ם כתב בדוגמא הראשונה שכאשר הודה בחוליו שעוד לא פרע, יכול המלוה לגבות מן היתומים. **וכתב הסמ"ע (ב)** שהסיבה שהצריך הרמב"ם שיודה מתוך חוליו הוא משום שאם היה מודה כשהיה בריא, יכולנו לטעון ליתומים שהודה בכדי שלא להשביע את בניו.

⁴⁸⁸ כתובות נח: ד"ה והלכתא.

⁴⁸⁹ שער יד ח"א סימן יג.

⁴⁹⁰ ב"ב א סימן ט.

⁴⁹¹ עליות דרבינו יונה ה: ד"ה עלה.

⁴⁹² ה: ד"ה ו'אפילו מיתמי'.

⁴⁹³ ב"ב ה: ד"ה ואיפסקא.

⁴⁹⁴ ב"ב ה: ד"ה ואע"ג.

⁴⁹⁵ ב"ב א סימן ט.

⁴⁹⁶ כתובות נח: ד"ה והלכתא.

⁴⁹⁷ שער יד ח"א סימן יג.

⁴⁹⁸ מה שכתבנו שהגמרא דיברה לענין יתומים קטנים נכון לגבי הסוגיא בערכין, אמנם לגבי הסוגיא בב"ב הדבר מורכב יותר, היות ושם מדובר על ערב שפרע בעבור חוב היתומים, ושם יש ראשונים שפירשו שגם מיתומים גדולים לא ניתן לגבות אפילו במלוה בשטר אם אין אחד מג' הדרכים, הואיל ושם החשש גדול יותר שהלוה התפיס את הערב בצררי. וכך פירש המ"מ בדעת הרמב"ם וכך גם פסק השו"ע בסימן קל סעיף ה.

⁴⁹⁹ הגר"א (א) שאל שאילה נסתרת שהרי טעמו של רב פפא לא שייך אלא בקטנים שאינם מצווים לפרוע חוב אביהם, וא"כ קשה מדוע כשהגמרא הביא נ"מ בין טעמו של רב פפא לטעמו של רב הונא בריה דרב יהושע, לא הביאה נ"מ ביתומים גדולים, ותיירץ שהואיל ובענין יתומים גדולים יש מחלוקת תנאים כמבואר בכתובות צג: -צד, לכן לא הביאה הגמ' נ"מ זו. ודבריו צריכים עיון שהרי מערכין מבואר שהגמ' דיברה בשטר, ורק ביתומים קטנים אנו חוששים לשטר, אבל לגדולים לא, ושמא סבר כשיטות הסוברות שבמלוה בשטר גובים אפילו מיתומים קטנים (ר"י מיגאש רשב"ם), ואם ירצה ד' נדון בזה כשנגיע לסימן קי בדין גביה מיתומים קטנים.

הש"ך (א) השיג על דבריו וכתב שאפילו אם הודה מתוך חולי, ניתן לטעון שהודה בכדי שלא להשביע את בניו כמבואר בסימן פא סעיף יד, אלא על כרחך כאן מדובר באופן שלא ניתן לטעון טענת השבעה, ע"פ הכללים המבוארים בסימן פא.⁵⁰⁰

אם יכול המלוה לגבות מהיורשים כשטען האבא איני יודע אם פרעתיך?

הפת"ש (א) הביא את דברי הבית מאיר⁵⁰¹ שהסתפק מה הדין במקרה שאמר אביהם בחייו שאינו יודע אם פרע, וחייבו אותו ב"ד ולא פרע, ומת בתוך נידויו, האם יש לחייב את היתומים כשם שהאבא היה חייב מדין 'איני יודע אם פרעתי', או שנאמר שהיתומים הם פטורים מכיון שאם פרע אביהם ייצא שמעולם לא נתחייבו ודינם כאומר 'איני יודע אם נתחייבתי', והביא ראיה לאפשרות השניה מכך שאם יש כתב יד של אביהם שחייב, אנו טוענים עבור היתומים שמא פרע אביהם ופטורים אותם אף כשכל הטענה הינה טענת 'שמא' והאבא לא היה נפטר אלא בטענת ברי, ועל כרחך שזה מפני שדינם כאומר 'איני יודע אם נתחייבתי'. אך הדברי חיים בדיני טוען ונטען סימן ד הקשה על הבית מאיר מפסק הרמ"א בסימן פט סעיף ב שהשכיר נשבע ונטל אפילו מירשי בעה"ב, והרי כל הסיבה שנטלים מן השכיר בשבועה, זה מפני שהואיל שאינו מדקדק אנו מחשיבים אותו כאילו הוא אינו יודע שפרע, ומכל מקום נוטלים מירשיו.⁵⁰²

טענו היתומים שלא לוח אביהם ונתברר שלוח?

הב"י הביא את דברי התרומות⁵⁰³ שכתב שאם טענו היתומים שאמר להם אביהם שמעולם לא לוח, ויתברר בעדים שלוח דינם כאומר 'לא לויתי' ובאו עדים שלוח, שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי וחייבים לשלם. הרמ"א פסק דין זה להלכה.

העיר הב"י שמדברי התרומות עולה שגם ביתומים קטנים הדין כך, והעיר עליו הב"י שאין הדבר כן, שהרי טענת יתומים קטנים לא מעלה ולא מורידה, ופשוט שלא מחייבתם ונשאר בצ"ע.

מה הדין כשמוציא המלוה על היורשים כתב יד של אביהם שכתוב שהוא חייב לו?

בסימן סט נחלקו הראשונים אם נאמן לטעון שפרע חובו כשמוציא המלוה כתב ידו כנגדו. והשו"ע פסק שם בסעיף ב כדעת רוב הראשונים שדין כתב ידו כדין מלוה ע"פ בעדים ונאמן לטעון שפרע. ועל פי זה פסק השו"ע שאם המלוה הוציא כתב יד של האבא נגד היתומים, אינו גובה בו כשם שהאבא יכל לטעון פרעתי.

במקרה שאין ראיה שלא פרע האבא האם משביעים את היורשים שבועת היסת?

כתב התרומות⁵⁰⁴ שבמקום שאין המלוה יכול להפרע מהיתומים כגון שיתכן שאביהם פרע וכדו' צריכים היורשים להישבע היסת שלא צוה להם אביהם על חיוב. הטור חלק על דבריו וכתב שלא מצינו שבועה כזאת אלא לגבות ולא להיפטר, ובסימן סט הביא שכן דעת הרא"ש בתשובה⁵⁰⁵ והב"י בסימן סט ציין שכן כתב הרא"ש בב"ב⁵⁰⁶. והב"י בסימן סט הביא שכדברי הטור והרא"ש סברו ראשונים רבים וביניהם: הרשב"א בתשובה, הנמו"י בסוף ב"ב⁵⁰⁷ בשם הרא"ש⁵⁰⁸, רב פלטוי בתשובה, תשובות מיימוניות⁵⁰⁹.

וכמותם פסק בשו"ע שם בסעיף ה.

⁵⁰⁰ כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':
ולא ביאר טעם אחר לצורך לחולי דוקא, ונראה שהוא משום שאל"כ עדיין חוששים שמא פרע אח"כ. ורק אם צוה מתוך חוליו ומת מאותו חולי (כנ"ל) אומרים שודאי לא היה פורע אח"כ שלא בעדים.
ונראים דבריו.

⁵⁰¹ אבן העזר סימן קעח סעיף טו.

⁵⁰² כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':
לי נראה שלפי מה שביארנו בסיכומי טוען ונטען בענין 'ברי ושמא' שהטעם לחייב ב'איני יודע אם פרעתיך' הוא משום שאין ספק מוציא מידי ודאי, גם כאן טענת היתומים היא 'איני יודע אם פרעתיך'. שהרי להלכה נפסקה כר' יוחנן בכתובות יג: שחזקת האם מועילה גם לבת. וראיתו (של הבית מאיר) יש לדחות שגדר 'טענינן' הוא שחוששים שהאבא היה טוען ולכן נותנים להם הדין שהיה לאביהם אם היה טוען ברי.

ולכאורה יש לפקפק בדבריו שהרי אצל האם והבת אנו עוסקים באותה כשרות ממש ואם האש כשרה, כך גם הבת, אך החיוב של הלוח והיתומים הוא חוב שונה, וכל עוד לא מת האב לא התחייבו היתומים כלל, ולכן הואיל ואיננו יודעים שהאב חייב יתכן שאיננו יכולים להעביר את החוב לבניו.

אך עדיין יתכן לומר שהתחייבו שהואיל וכבר פסקו ב"ד שחייב, אז כבר האב חייב לחלוטין, והיורשים יורשים כל חוב אביהם, אך הדברי חיים הוכיח מדין שכיר שאף כאשר עוד לא נפסק שחייב יש לחייבם, ויש לדון בדבר אם דין שכיר שונה או שבאמת כך הדין בכל יורשים שלעניין זה נחשבים כמשיכי חוב אביהם ממש, ותחת אותה חזקת חיוב.

⁵⁰³ שער יד חלק ב סימן א.

⁵⁰⁴ שער י"ג ח"ב סי' א.

⁵⁰⁵ כלל סז סימן ב.

⁵⁰⁶ פרק ד סימן יד.

⁵⁰⁷ פב: ד"ה גמרא.

⁵⁰⁸ תוספות רא"ש קידושין יג: ד"ה גובה.

⁵⁰⁹ משפטים סימן ז.

הדרכי משה כאן (ד) הביא את דברי התרומת הדשן שכתב שהרשב"ם⁵¹⁰ והאור זרוע⁵¹¹ חולקים וסוברים שיש להשביע את היתומים.

וכתב התרומת הדשן⁵¹² שכמדומה לו שרבותיו נהגו לחייב שבועה, ואף שבדרך כלל במחלוקת ראשונים לא משביעים, אפשר שבדורות האחרונים הנהיגו כן מפני הרמאים, אך כתב שדוקא בדבר הראוי להסתפק משביעים, אבל מי שטוען על חבירו בלי צד ראיה ועסק שבועה לא משביעים. וכן כתב הרמ"א בסימן סט בסעיף ה שאף שהעיקר להלכה הוא כדעת השו"ע, נהגו להשביע מפני הרמאים.

מה הדין כשבאים יתומי המלוה להפרע מיתומי הלוה, ואין ראיה שלא פרע הלוה?

התרומות⁵¹³ הביא מחלוקת מה עושים כשבאים יורשי המלוה לגבות מן יורשי הלוה: העיטור סבר⁵¹⁴ שאם מדובר באחד משלושה הדרכים שכתבנו למעלה שגובים מלוה בע"פ מן היורשים בהם ודאי גובים ואם אינו באחד מהדרכים הנ"ל, אם טענו יורשי הלוה שאביהם אמר שפרע או שמעצמם אומרים שאולי פרע, ודאי אין גובים מהם, אבל אם יורשי הלוה שותקים, אין טוענים להם במקום שיש חיוב ליתומים אחרים.

אך הביא הטור את דעת הרמ"ה וכן הביא התרומות בשם הראב"ד⁵¹⁵ שסוברים שאף מול יתומים טוענים להם שמא פרע אביהם אף אם שתקו. וכתב הטור שמסתבר כדבריהם שטוענים להם. אך התרומות הכריע כדעת העיטור שאין טוענים להם.

הב"י הביא את דברי המרשים שהביא ראיה לשיטת הראב"ד והרמ"ה שטוענים ליתומים גם מול יתומים, מהמבואר בכתובות פח. שם כתוב במשנה שיתומים לא יפרעו אלא בשבועה, וביארה הגמ' שמדובר ביתומים מן היתומים, וכתב המרשים, שיכלה הגמ' להעמיד שמדובר בלוה שטוען שפרע לאביהם, אלא הגמרא העמידה ביתומים מפני שהבינה שמדובר אף במקרה שאין הצד השני טוען כלום, וא"כ יוצא שאף כשאין להם טענה אנו טוענים להם.

והשו"ע אכן הכריע כדעת הראב"ד והרמ"ה שטוענים ליתומי הלוה אף כנגד יתומי המלוה. לשון השו"ע:

מלוה על פה, אינה נגבית מהיורשים, אלא באחד משלושה דרכים, ואלו הם: כשחייב מודה בה וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו עדיין, או שהיתה הלוה לזמן ועדיין לא הגיע הזמן, או שנדוהו עד שיתן ומת בנידויו, כל אלו גובים מהיורשים בלא שבועה. אבל אם באו עדים שהיה אביהם חייב לזה מנה, אינו גובה מהיורש כלום, שמא פרעו. הגה: מיהו אם טענו היתומים: לא לזה אבינו מעולם, הוי כאלו אמרו: לא נפרע החוב, ומאחר דאיכא עדים שלוה, חייבים לשלם (בעה"ת וטור סעיף ל"ג), וכמו שיתבאר לקמן סעיף ט"ו סימן זה.

וכן אם הוציא כתב יד אביהם שהוא חייב לו, אינו גובה בו כלום, שמא פרעו (וע"ל סימן ס"ט ס"ה). ואם מת המלוה, והיורשים באים לגבות מיורשי הלוה, אם הוא על אחד מג' דרכים אלו, גובים מהם בלא שבועה, אף על פי שמת לוה בחיי מלוה. ואם אינה על אחת מג' דרכים אלו, אפילו יורשי הלוה אין טוענים כלל, אינם גובין מהם, דאנן טענינן להו שמא פרע אביהם.

גובים מן היתומים הוצאות רפואה שהוציאו בעבור אביהם?

לשון הרמ"א:

הגה: ואם הוציאו על רפואות בחליו, יש לו דין שאר חוב. שאם ידוע כמה הוציאו ושלא נפרע בחייו, נפרעין מן היתומים, אבל בלאו הכי אין נפרעין; ואשתו אינה נאמנת (תשובת הרא"ש כלל פ"ה סימן ב').

וביאר הרא"ש שם בתשובה שמנהג ידוע הוא שכשאדם נופל למשכב ואינו יכול לסייע את עצמו, משתדלים להמציא לו רפואה. ולכן כל שידוע הדבר כמה הוציאו עליו ושלא נפרעו בחייו גובים מהיתומים.

קושיית הקצות – מדוע גובין מן האחין שחלקו ואין דינם כלקוחות?

הקצות (א) הקשה שמכיון שההלכה נפסקה שהאחים שחלקו לקוחות הם, היה לנו לומר שאחרי חלוקה אין גובים מלוה ע"פ מהיורשים שכך מבואר בבכורות מח:

והביא הקצות שהים של שלמה והמעדני מלך תירצו שהסוגיא שם היא לפי השיטה ששיעבודא לאו דאורייתא, אבל להלכה ששיעבודא דאורייתא, ורק ביטלו אותו מהלקוחות משום הפסד שלהם, לכן ביורשים שלא שייך בהם הפסד לא תיקנו.

אך כתב הקצות שלפי הפוסקים ששיעבודא מדרבנן נשארה הקושיא.

וכתב הקצות שלשיטתם צריך לומר שבאמת הסיבה שגובים מיתומים אינה מדין שיעבוד אלא מפני שבחלוקתם הזיקו את שיעבודו, ונוטה דעת האחרונים שחייבים בזה בסימן קז סעיף ד, (בניגוד לדעת

⁵¹⁰ ב"ב ע: ד"ה מאי לאו.

⁵¹¹ ב"ב סימן מט ע: ד"ה לימא.

⁵¹² פסקים סימן רמח.

⁵¹³ שער יד חלק ט סימן א.

⁵¹⁴ אות ע עיסקא יד ע"ב.

⁵¹⁵ תשובות חכמי פרויניצ"א חו"מ ס' כד.

הרא"ש שסבר שאינו חייב כיון שאינו מזיק דבר בגופו), והסוגיא בבכורות עוסקת במתנות כהונה שבהם אין חיוב מדין מזיק מכיון שהם ממון שאין להם תובעים. ואף שבמקום שנהנה חייב מדין 'משתרשי ליה' אף במתנות כהונה, כבר כתב הר"ן בחולין מד: שבמקום שמפקיע מעצמו את המצוה לעולם פטור. [פרטי דין זה נתבאר בסימן קז סעיף ד בעמוד 116].

סעיף ב

אם חייבים יתומים לשלם חוב אביהם על מלשינות או קנס אחר?

כתב הב"י בשם המרדכי שכתב בשם תשובת רבינו גרשום שאם חייבו ב"ד אדם לשלם משום מלשינות ומת, גובים חוב זה מהיורשים. אבל אם חייבו אותו משום קנס אין קונסים את בניו אחריו. **וכן פסק השו"ע בשם יש מי שאומר**.

הגר"א (ח) הביא מקור לכך שקנס אינו עובר ליורשים מהגמרא בגיטין מד. - : שמסיקה שאם הקנס הוא משום איסור דרבנן אין קונסים את בנו אחריו.

הש"ך כתב (ה) שדין זה שאין גובים קנס מן היורשים הוא רק בקנס שהוא ביותר ממה שהפסיד, שהרי בסימן שפך סעיף ב מבואר שגובים קנס מן היורש, ושם מדובר בקנס בדמי מה שהפסיד.

הש"ך (ד) תמה על השו"ע במה שנשמע מהשו"ע שגובים מן היתומים את חוב מלשינות אביהם רק שכבר עמד בדין, וכתב שפשוט שאין הדין כאן ודינו ככל מלוה ע"פ שגובים מן היתומים באופן שידוע שלא פרע אביהם, וגובים אף אם לא עמד בדין, וכתב הש"ך שרבינו גרשום לא כתב כן אלא למ"ד שאין גובים מלוה בע"פ מן היורשים, ולכן חידש כשעמד כבר בדין יש קול ויכולים לגבות, אבל לשיטתינו אין צורך לזה.

וכתב הש"ך שיתכן שהשו"ע הזכיר את עניין העמדה לדין רק לגבי הדין השני של קנס שאף אם עמד בדין אין גובים מבניו ונשאר בצ"ע.

[ענין בקצות ס"ק ב שכתב את קושית הש"ך באופן אחר והוא שקשה על השו"ע מה חידש בדין זה והרי פשוט שאחרי שעמד בדין לכו"ע חובו עובר לבניו, ותמוה שהרי זה לא זו קושיית הש"ך ודוק].

לשון השו"ע:

יש מי שאומר שמי שנתחייב ממון בבית דין בעבור מלשינות לשקר, ומת, גובה מהיורשים. אבל אם חייבוהו קנס, לא קנסו בנו אחריו (ע"ל סימן שפ"ה ס"א):

סעיף ג

כיצד נפרעים מנכסי קטנים וגדולים ובחוב להשבע, ואם תפס בלא שבועה ועוד

כיצד נפרעים מנכסים קטנים?

עיקר דין יתומים קטנים יתבאר בע"ה בסימן קי, אך נתמצת בקצרה:

כבר הזכרנו בתחילת הסימן שבגמרות בערכין כב. וב"ב קעד. מבואר שאין גובים מנכסי יתומים קטנים ולשיטת רוב הראשונים מדובר אפילו במלוה בשטר.

ולרב פפא הטעם הוא משום שאינם מצווים לפרוע חוב אביהם, **ולרב הונא בריה דרב יהושע** הטעם הוא משום שיש חשש שמא התפיס אביהם 'צררי' למלוה בחייו.

ובהמשך שם בגמרא מוזכר טעם רבא שחוששים שמא הביא לו שובר שנפרע ממנו.

ובגמ' מבואר שהנ"מ ביו רב פפא לרב הונא בריה דרב יהושע הוא במקרה שידוע שאביהם לא פרע, כגון שהודה בחיו, או שנידוהו ומת בנידויו, והזכרנו בסעיף א שלדעת רוב ראשונים, הוא הדין כשמת המלוה בתוך הזמן, ושכך פסק השו"ע כאן ובסימן עח.

עפ"ז פסק השו"ע שאין גובים מנכסי קטנים אפילו בשטר ואפילו היה שטרו מקוים ואפילו היה בשטר נאמנות אינו יכול להפרע מהם אלא אם כן ידוע לנו שלא פרע באחת מג' דרכים שהזכרנו לעיל.

והשו"ע הזכיר את טעמו של רבא בעקבות לשון הרמב"ם [ובע"ה נתייחס לזה בסימן קי].

עוד כתב הטור שאם ההלוואה היתה בתוך הזמן, אין פורעים מהם, אלא אם כן נתקבלה עדות בחיי אביהם, שהרי אין מקבלים עדות בפני קטנים.

וביאר הסמ"ע (יג) שדווקא במקרה זה צריך שהעדוה תהיה בחיי אביהם, אבל אם צוה הלוח בחייו או שנידוהו, אין צריך שתגבה העדות בחייו שבדבר שהוא מבורר ניתן לקבל עדות אפילו בפני קטנים כמבואר בסימן קי ס"ק ט.

עוד כתב הטור שאם אביו הלוח בסתם הלוואה ומת בתוך לי יום, אע"פ שסתם הלוואה לי יום, המלוה אינו יכול לגבות מפני שעביד אנש שפרע בתוך לי יום. [כן נפסק בסימן עח סעיף ח].

וכתב הטור שבאחת מג' הדרכים הללו גובה שבועה.

וכתב הסמ"ע (יב) בשם בעל התרומות⁵¹⁶ שאין חילוק בין אם היורשים הקטנים הם בניו, אחים או שאר יורשים, ואף שיש להם אפוטרופוס דינם זהה⁵¹⁷.

הפת"ש (א) דן מה הדין במקרים בהם האבא לא היה נאמן לומר שפרע כגון מה שמבואר בסימן קיז סעיף יא שהסומך על כותל חבירו ביותר מדי אמות אינו נאמן לומר שפרע וכן במקרים נוספים המבוארים בסימן קנח סעיף ח ובסימן שעה סעיף ט. האם יכול לגבות מיתומים קטנים

⁵¹⁶ שער י"ד ח"א ס"ה.

⁵¹⁷ בניגוד למחלוקת שנראה לקמן בסעיף ד בענין יתומים גדולים אם טוענים להם גם כשיש להם אפוטרופוס ע"יש בעמוד 129.

וכתב הפת"ש שזה תלוי במחלוקת המבוארת בסימן קיז סעיף יא, אם צריך התובע במקרים אלו ליטול בשבועה, או שאינו צריך מפני שברור שלא פרע אפילו יותר מהפורע תוך זמנו, שלדיעה הסוברת שחייב שבועה בנקיטת חפץ הוא אינו נאמן ליטול מיתומים קטנים.

שנפרעים מיתומים גדולים אם יש שטר, ומתי צריך להפרע מהם בשבועה?

עד כאן אמרנו שמיתומים קטנים אין נפרעים אפילו בשטר, אבל מיתומים גדולים ניתן להפרע בשטר, שכשם שהאבא לא יכל פרעתי, גם ליתומים איננו טוענים כן.
אך מכל מקום אין נפרעים מהם אלא בשבועה דין זה נלמד מהמשניות בכתובות פז. ובשבועות מה. שם כתוב שאשה הבאה לגבות כתובתה מן היתומים אינה נפרעת אלא בשבועה, ובכמה מקומות (כגון ב"ב ה:) מבואר שהוא הדין בכל שטרות, ומטעם שחוששים שמא התפיסה הלוח את המלוה צררי בחייו.
וביאר רש"י בכתובות פז. ד"ה 'מנכסים משועבדים' שחיוב השבועה נובע מזכות של כל לוח להשביע את בעל חובו בשטר שלא נפרע ממנו כבר כמבואר באריכות בסימן פב סעיף ב, ולכן ליתומים אנו טוענים להם כן. **וכן כתב הסמ"ע (טו).**

אמנם מתוס' בשבועות מא. ד"ה 'וכי' מבואר ששבועה זו הינה שבועה אחרת, ולמד כן מכך שהגמרא בשבועות הקשתה על הדין הנ"ל שצריך בעל השטר להשבע שלא נפרע שבמה זה שונה משבועת פוגם שטרו. **ושאלו תוס'** מדוע לא הקשתה הגמ' מן המשנה בכתובות שאשה הגובה כתובתה מן היורשים צריכה להשבע, ותירצו שהשבועה ליתומים הינה שונה, ומשביעים אף כאשר האבא אינו יכול להשביע, והביא ראיה לכך מכתובות פז: שהמוותר לאשתו על כל שבועה ומת, צריכה להפרע מן היתומים בשבועה.

הנתיבות (א) בסעיף הבא סתם כדעת תוס' וכתב שלפי הרבה פוסקים שבועת 'אשתבע ליי' איננה שבועת המשנה, ולענין כמה דברים השבועה בבא לגבות מהיורשים היא חמורה יותר.
כתבו הטור והשו"ע שכל עוד אין נאמנות בשטר צריך להפרע בשבועה, ואף אם יש נאמנות ולא כתוב שהנאמנות היא גם כנגד היורשים צריך להפרע בשבועה, ואם כתוב שיש לו נאמנות כנגד באי כוחו, זה מועיל גם כנגד היורשים שיורשיו בכלל באי כוחו

הפת"ש (יא) הביא שהשער משפט כתב שאפילו אם הלך הלווה למדינת הים תוך זמן הפרעון, ושוב מת שם, אין גובים מיורשיו אלא בשבועה. שחוששים שמא פרע ע"י שליח, וכמ"ש התרומות והטור בסימן קו לגבי הנפרע שלא בפניו.

והשיג שער המשפט על הנוב"י סימן יח והשארית יוסף סימן סז בזה שפסקו שאשה יכולה לגבות כתובתה מן הורשים בלא שבועה, אם הלך בעלה ומת, הואיל ובמת פתאום אין חשש שמא התפיסה בצררי, וכתב שער שזה כנגד דברי התרומות והטור שהביא לעיל.

והפת"ש כתב שנראה שגם הנוב"י והשארית יוסף לא חולקים על שער משפט, אלא שהם מחלקים בין כתובה לשאר חובות שבכתובה אינה צריכה להשבע, הואיל ואין דרך להתפיסה 'צררי' ע"י שליח.

האם התופס בנכסי אביו חייב להפרע בשבועה ומה עושים אם אינו רוצה להשבע?

בגמרא ב"ב לב: -לג. מסופר על רבא בר שרשום שהיה ממושכן אצלו קרקע של יתומים וכבש את שטר המשכנתא וטען שאביהם היה חייב לו, ושיהיה נאמן במנו שיכל לטעון שהקרקע היה לקוח בידו. ולא רצה להחזיר את הקרקע ליתומים, כדי לא להתחייב בשבועה של הבא להיפרע מנכסי היתומים.

ודייק הרא"ש⁵¹⁸ מסיפור זה שאף שהקרקע היתה תפוסה בידו, אם לא היה כובש את השטר היה צריך להישבע, ולמד מזה לכל תופס בנכסי יתומים שאינו נפרע אלא בשבועה. **וכ"כ הטור.**
והב"י הביא שהמרשים כתב שהמקור הוא בפרק חזקת.

והחידושי הגהות הביא את הגמרא הנ"ל, והעירו שמהרשב"ם שם משמע קצת להיפך, וכוונתו לכך שהרשב"ם כתב רק שאם היה מחזיר את הקרקע היה צריך להישבע אח"כ.

עוד כתב הטור שאם המלוה אינו רוצה להישבע אחרי תפיסה אין מוציאים ממנו, אלא מנדים אותו עד שישבע כדין המחויב שבועת היסט.

וכתב הב"י שהטור הלך לשיטתו בסימן פב שאם הלווה טוען 'השבע לי שלא פרעתיך' אין מוציאים מהתופס אפילו כשאינו ת"ח, ובשו"ע כאן כתב שהדין בזה הוא כמו שנתבאר בסימן פב, ושם בסעיף ו כתב שדווקא בת"ח אם תפס אין מוציאים מידו⁵¹⁹, עיי"ש.

הסמ"ע (טז) השיג על הב"י על פי שיטתו בסימן פב שבכל אדם אם אינו רוצה להשבע, אין מנדים אותו, וכתב הסמ"ע שהשבועה בפני יתומים חמורה יותר ולכן מנדים אותו.

אך הש"ך (ו) השיג על הסמ"ע אף הוא על פי שיטתו בסימן פב שרק ת"ח אין מנדים אבל שאר אנשים מנדים, ובשניהם אם תפס אין מוציאים מידו.

המוציא שטר חוב על יתומים וטוענים שהוא חייב לאביהם ויש בידם חתימתו בסתם

הפת"ש (ג) הביא את דברי הנודע ביהודה בסימן ז שדן במקרה בו אדם הוציא שטר חוב על יתומים, והיתומים טענו ששמעו מאביהם שהמלוה חייב לו, ונמצא תחת ידם ב' חתימות של הלוח בסתם, בלי שכתוב כלום.

⁵¹⁸ ב"ב פרק ג סימן יח.

⁵¹⁹ אך הסמ"ע בסימן פב ס"ק כב ציין שנראה שהשו"ע בסימן פז סעיף י חזר בו וסבר כטור מכך שכתב שיש אומרים שהמחויב שבועת הנוטלים מדרבנן ותפס אין מוציאים מידו אף לפי שיטת הש"ך שביא לקמן מבואר שבסימן פז רק כתב שאין מוציאים מידו וזה בכל אדם, אך לענין נידוי יש הבדל בין ת"ח לשאר אדם ויתכן שלכן נקט השו"ע בסימן פב דווקא ת"ח וכן פירש הגר"א בסימן פב ס"ק יט.

וכתב הנודע ביהודה שפשוט שאם טוענים כן בברי נאמנים שהרי אביהם יכל להוציא ממנו כל סך שירצה ע"פ המבואר בסמ"ע בסימן מח ס"ק א שכשיש חתימתו בסתם יכול להוציא כמה סכום שירצה (וזה כנגד דברי הלבוש שם), ולכן אף הם נאמנים בזה, ועל אף שאינם יודעים סך מסוים נאמנים על הסכום שחייבים למלוה שכיון ששמעו שאביהם רוצה לגבות חובו מהמלוה, משמע שהוא חייב יותר (כך הבנתי בדברי הנו"ב עיי"ש).

עוד כתב הנו"ב שהוא חוכך בדבר אם גם כאשר לא שמעו מאביהם שהוא חייב שיהיו פטורים, שהרי הסיבה שגובים מיתומים זה מפני שאביהם לא היה נאמן בטענת פרעתי מול שטר, אבל במקרה כאן הואיל ויש לו מיגו שיכל להוציא חתימת יד שמעון ולטעון שהוא שובר על החוב, לכן אף ליתומים נטען כך.

לשון השו"ע:

אין נפרעים מיורשים קטנים בעודם קטנים שאינם בני י"ג שנה, שום הלואה מחוב אביהם, אפילו היה עליו שטר מקויים, ואפילו היה בו נאמנות, ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם, שמא יש להם ראייה ששוברים בה השטר, אלא א"כ היה במלוה זו אחד מג' דרכים הנזכרים לעיל בסמוך (בס"א), ואפילו היתה מלוה על פה, גובה מיתומים קטנים באחד מג' דרכים הנזכרים; ודהיתה תוך זמן, צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם שהיא תוך זמן, שאם לא כן אין מקבלין עדות על קטן, אפילו בפניו.

ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקויים, אפילו אין שם אחד מג' דרכים אלו גובה מהם בלא שבועה, אם יש בו נאמנות מפורש שהאמינו עליו ועל יורשיו או על באי כחו, שיורשיו בכלל באי כחו. אבל אם אין שם כתוב בשטר נאמנות, ואפילו כתוב בו: נאמנות, סתם, ולא פירש על יורשיו או על באי כחו, צריך לישיבע כעין של תורה בנקיטת חפץ, וגובה. ואפילו תפס משלהם בלא שבועה, משיבעין ליה. ואי לא בעי לאשתבעי, דינו כמו שנתבאר בסימן פ"ב, (ופ"ז ס"י).
[עיינין בסיכומינו לסימן צב סעיף יב אם גוי יכול לגבות מיתומים קטנים וגדולים].

סעיף ז

המוציא שטר עיסקא על יתומים, ואם טוענים ליתומים טענה שאינה שכיחה? הגמרא בב"ב ע: מביאה את דינו של רב חסדא שהמפקיד אצל חברו ותבעו ואמר הנפקד החזרתי לך נאמן בשבועה נאמן במיגו שיכל לטעון שנאנס הפקדון ולהשבע ולהפטר. לאחר מכן מקשה הגמרא על דינו מברייתא זו"ל:

דתניא: שטר כיס היוצא על היתומים –

דייני גולה אמרי: נשבע וגובה כולו,

ודייני איי אמרי: נשבע וגובה מחצה,

וזכולי עלמא אית להו דנהרדעי, דאמרי נהרדעי: האי עיסקא – פלגא מלוה ופלגא פקדון; מאי לאו בהא קא מיפלגי, דמר סבר: מצי א"ל שטרך בידי מאי בעי, ומר סבר: לא! אמרי: לא, דכולי עלמא אית להו דרב חסדא, והכא בהא קמיפלגי, דמר סבר: אם איתא דפרעיה מימר הוה אמר, ומר סבר: אימור מלאך המות הוא דאנסייה...

רבא אמר, הלכתא: נשבע וגובה מחצה. אמר **מר זוטרא:** הלכתא כדייני גולה. א"ל רבינא למר זוטרא, הא אמר רבא: נשבע וגובה מחצה! אמר ליה: און דדייני גולה איפכא מתניין לה.

מבואר בגמרא שנחלקו דייני גולה ודייני ארץ ישראל כמה יכול לגבות אדם שיש לו שטר עיסקא על היתומים, ומבואר שכולם מודים ששטר זה נחשב כשטר שחציו פקדון וחציו הלואה.

דעת דייני גולה שיכול לגבות את הכל מהיתומים ואף שיכל האבא לטעון על החצי פקדון שהחזיר במיגו שיכל לטעון שנאנס, איננו טוענים כן ליתומים, שהואיל והאבא לא טען מסתבר שלא פרע.

וביאר הרשב"ם בד"ה ה"ג 'לא' שהואיל וכאן יש ב' ריעותות שיש למלוה שטר כנגדם וגם שלא צוה אביהם, לכן איננו טוענים להם.

אך דעת דייני ארץ ישראל שיכול לגבות רק את החצי שהוא מלוה, אבל על הפקדון אנו טוענים להם שמא פרע אביהם, כשם שאביהם יכל לטעון כן במיגו שיכל לטעון שנאנסו המעות, ויתכן שהסיבה שהאבא לא טען כן הוא מפני שמלאך המוות אנסו ולא הספיק לומר במותו שכבר פרע.

ונפסקה ההלכה כדעת דייני ארץ ישראל שיכול לגבות רק את החצי מלוה.

הסמ"ע (יז) ביאר שהסיבה שנאמן האבא לטעון שהחזיר במיגו שיכל לטעון 'נאנסו' ואין המלוה יכול לומר לו אם החזרת 'שטרך' בידי מאי בעית' כלומר מדוע השטר עוד בידו, הוא מפני שיכול האבא לומר שהואיל וידע שיהיה נאמן במיגו לומר שהחזיר לא חשש לקחת את השטר.

האם צריכים היורשים להשבע שאינם יודעים אם פרע אביהם?

נחלקו הראשונים האם היתומים צריכים להשבע שבועה חמורה על הפקדון כשם שאביהם היה חייב שהרי הוא נאמן רק במיגו שיכל לטעון נאנסו ועל כך היה צריך להשבע שבועה חמורה.

דעת רשב"ם בד"ה 'אמר רבא' שצריכים להשבע. ובתרומות⁵²⁰ כתב בשם ראשונים כדעת רשב"ם.

⁵²⁰ שער הח"א סי' ב.

אך **כתב התרומות שרבינו אפרים סבר** שאינם צריכים שבועה, הואיל ואינם יודעים בברי שהחזיר אביהם, וכתב שראה שהגאון חייב שבועת התורה ותמה עליו.

עוד הביא שגם תוס' השיגו על רשב"ם וכתבו שאין שבועת היורשים אלא כדי לגבות ולא כדי להיפטר.⁵²¹ **הטור סבר כתוס' ודעימיה** שאינם חייבים שבועה וכתב שאין עליהם אלא חרם סתם, **וכן פסק השו"ע.**

האם טוענים ליתומים טענה שאינה שכיחה כגון טענת נאנסו?

התוספות בד"ה 'מ"ד' הקשו על מה שכתבה הגמרא בתחילה שדייני גולה סוברים שבשטר עיסקא המלוה נוטל את הכל מפני שאין אדם נאמן לומר שהחזיר את היתומים ולכן אין טוענים כן ליתומים.

והקשו תוס' מדוע שלא ניתן להם שנאנס המעות שהרי טוענים ליתומים?
ותירצו תוס' שאין טוענים טענת אונס עבור יתומים, מפני שאונס אינו שכיח ואין טוענים להם אלא טענה שכיחה כמו החזרת.

והביא הב"י שכ"כ הרא"ש בתשובה⁵²², **וכן כתב הטור** שאם הם אינם יכולים לטעון 'החזרת' כגון שהודה אביהם שלא החזיר או שהאמין האבא את המפקיד לומר שלא החזיר או שמת האבא בתוך זמן הפרעון⁵²³, גובים מהיתומים את הכל ואין טוענים להם שנאנס הפקדון.

אך לעומתם הביא הר"ן⁵²⁴ **שהרי"ף**⁵²⁵ **והרמב"ן**⁵²⁶ **חולקים וסוברים** שאף אם אינם יכולים לטעון שהחזיר אביהם, טוענים להם שמא נאנס הפקדון, שהרי"ף הביא דין זה בב"מ וכתב שהטעם שנפרע ממעות עיסקא רק על חצי מפני שטוענים להם שנאנסו או שהחזיר.

והרמב"ן במלחמות הקשה על דברי תוס' כיצד ניתן לומר שטוענים להם טענת 'החזרת' ואין טוענים 'נאנסו', והרי כל טענת 'החזרת' מבוססת על מיגו של טענת 'נאנסו' ואם טענה זו אינה מתקבלת אין לקבל גם את טענת 'החזרת'.

אך עדיין קשה על הרמב"ן שמשמע בסוגיא שללא טענת החזרת, מוציאים מן היתומים אף שניתן לטעון נאנסו.

בחידושי ביאר הרמב"ן שהסוגיא דיברה ביתומים גדולים הבאים בטענת עצמם.

אך במלחמות ביאר הרמב"ן שבאמת דייני גולה סברו שסברת 'שטרך ביד מאי בעי' היא הוכחה גם נגד טענת אונס, מפני שאין דרכו של השומר להשאיר את השטר ביד המפקיד במקום שנפטר, אך האבא נאמן בטענה זו, הואיל וכעת באו לב"ד ולכן מובן מדוע השטר עדיין בידו, ובאמת כשסברה הגמי' לומר שדייני הגולה סוברים שאינם נאמן לטעון החזרת הכוונה היא שגם אינו נאמן לטעון נאנסו מאותו הטעם, וממילא לא קשה קושיית תוס'.

ומבאר ברמב"ן במלחמות שסובר שכל טענה שאינה שכיחה ניתן לטעון גם ליתומים ולא רק בטענת אונס. **השו"ע סתם כדעת התוס' וסייעתם** שאין טוענים ליתומים טענה שאינה שכיחה, ולכן כשאינם יכולים לטעון החזרת, יכול בעל עשטר עיסקא לגבות מהם הכל.

אך הביא בלשון יש אומרים את דעת הרמב"ן, שטוענים ליתומים אף טענה שאינה שכיחה.

הש"ך (ח) הכריע כדעת הרמב"ן שניתן לטעון טענת נאנסו ליתומים וחזר על טענת הרמב"ן שלא יתכן שיטענו עבור היתומים טענה 'החזרת' שכל כולה מבוססת על מיגו של 'נאנסו' במידה ולא נאמנים על טענה זו.

עוד כתב הש"ך שלבו מהסס על הנחת התוס' והרא"ש שטענת אונס אינה שכיחה, שהרי בגמרא בב"מ לד. משמע שרק טענת מתה מחמת מלאכה אינה שכיחה. והביא דיעות רבות בראשונים שסוברים כרמב"ן ובניהם הנמו"י והתרומות⁵²⁷ והריטב"א בכתובות בדף פה: כולם סוברים כדעת הרמב"ן.

והשיג על הגידולי תרומה שכתב שהאחרונים הסכימו לדעת התוס' ולא הביא את דברי הפוסקים הנ"ל.

הפת"ש (ה) הביא את דברי השבו"י⁵²⁸ **שכתב** שאמנם הש"ך הכריע שטוענים אף טענה שאינה שכיחה, אך בכנסת הגדולה כתב שזהו ספיקא דדינא, ולכן לא ניתן לטעון ליתומים טענה שאינה שכיחה בכדי להוציא. **ולכן פסק** שבמקרה שאפוטרופוס של יתומים מצא שטר חוב על ראובן, וראובן מביא עדים שנתן לאביהם מעות, אבל לא ידעו אם נתן לו בתורת פרעון או בפקדון או בתורת מתנה, ואפוטרופוס טוען שנתן לו במתנה, אין בכח טענה זו בכדי להוציא מעות מן הלוח.

[עוד כתב השבו"י שבמקרה הזה יש ספק ספיקא כיון שיש דיעה בסימן נח סעיף ב שבמצב כזה שיש עדים שנתן הלוח מעות, וטוען המלוה שקיבלם במתנה שכבר הורע השטר, ולכן יש כאן ספק אחד שמא לא טוענים טענה שאינה שכיחה וספק שני שמא כבר הורע השטר, ולכן הלוח פטור]

וכן הביא הפת"ש תשובת פנים מאירות בח"ב סימן יז שבמקרה של אדם שחייב לקהל אין טוענים לו נאנסו הואיל וקהל נחשבים כמוחזקים כמבואר בסימן ד, ולכן יכולים לטעון קים לי כשו"ע ושלא כש"ך שאין טוענים נאנסו ליתומים.

⁵²¹ כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מיתומים':

וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם (שלוחין ושותפין ז, א), שלא כתב שיש שבועה על היתומים (ואף שגם לא כתב שיש עליהם חרם סתם, י"ל שלא חש להזכירו מכיון שתמיד יש חרם סתם).

⁵²² כלל פו סימנים א-ב.

⁵²³ לני"מ השניה והשלישית נתייחס בהמשך.

⁵²⁴ ב"ב ע: ד"ה דייני

⁵²⁵ ב"מ סב.

⁵²⁶ ב"ב ע: ד"ה נשבע, וכן במלחמות לו.

⁵²⁷

⁵²⁸ ח"ג סי' ק"י

עוד הביא הפת"ש ת' פנים מאירות ח"ג סימן י שכתב שהיום שיש תקנה של מהר"ם שכותבים בשטר עיסקא שלא יהיה תוקף לטעון נאנסו אלא בעדים, אז גם במקרה שלא כתב אנו מניחים שלזה הייתה כוונה 'כי מי הוא זה שיתן עיסקא שיהיה לו דין חצי פקדון שיהיה נאמן לומר החזרתי או נאנסו', [אמנם במקרה שם היו צירופים נוספים להקל עיי"ש].

אם לשיטה שטוענים אף טענת נאנסו הוא הדין בטענת מחילה או יש לי בידך כנגדו?

הפת"ש (ה) הביא תשובת נאות דשא סי' ס"א שכתב, שאפילו הסוברים שטוענין ליתומים טענת 'נאנסו' יודו שאין טוענים טענת מחילה, או טענת 'יש לי בידך כנגדו' ונימק זאת מב' טעמים: **האחד** שיתכן שלשיטתם טענת נאנסו היא טענה שכיחא אבל מודים דמילתא דלא שכיחא לא טענינן כפי שרמז הש"ך פה וכן בכללי מיגו סק"ב. **והשני** שאפילו אם נאמר שטענת נאנסו איננה שכיחא וטוענים להם אף טענה שאינה שכיחא וכמבואר בדברי הריטב"א שהביא הש"ך כאן סק"ח, מ"מ יתכן שטענות הללו יותר לא שכיחות ובה אף דיעה זו מודה 'ואפוש פלוגתא לא מפשינן'.

הוציא עליו שטר עסקא ומת בתוך הזמן אם טוענים ליתומים שהחזיר אביהם?

הבאנו שדעת תוס' הרא"ש ש טור השו"ע שבמקום שלא ניתן לטעון ליתומים 'החזרתי' יכול בעל העיסקא לגבות את כל החוב, ואחד הדוגמאות שהביאו הטור והשו"ע לדבר הוא במקרה שמת האבא בתוך זמן הפרעון.⁵²⁹

הש"ך (ז) השיג על נ"מ זו וכתב שהרי להלכה אדם נאמן לטעון שפרע תוך הזמן במגו, [כך נפסק בסימן עח סעיף ה מכוח בעיא דלא איפשטא בגמרא בב"ב ה:]: ולכן גם כאן יש לטעון עבור היתומים שאביהם פרע במגו דנאנסו לפי שיטה זו. וכתב הש"ך שדין זה לא הוזכר בתוס', וכתב שגם בתשובת הרא"ש אין לו הכרח ברור.

וכתב הש"ך לתרץ בדעת הטור שכנראה הוא סבר שדוקא כשיש לו כח של הפה שאסר אדם נאמן לטעון שפרע תוך הזמן, וכגון במקרה שלא היה לו שום הכרח לטעון שפרע תוך הזמן. אבל במגו רגיל כמו כאן אינו נאמן. והביא שחילוק זה כתוב ברמב"ן בסוגיא, ובתוס' בב"ק עב: . אמנם הוכיח מהתוס' בסוגיא שלנו ובדף ה: שלא מחלקים בזה. ומסיק שאולי גם הטור והשו"ע לא כתבו אלא שלא טוענים כן עבור היתומים מכיון שאינו שכיח, אלא שפשט דבריהם לא משמע כן והניח בצ"ע לפי הכרעתו שטוענים כל דבר עבור היתומים.

והקצות (ד) חזר על דבריו בסימן עח ס"ק ה שפשוט שכל מה שנאמן לטעון שפרע בתוך הזמן הוא דווקא במקרה שהפה שאסר וכפי שהציע הש"ך, ושם בסימן עח האריך בזה.

האם יכול לגבות מן היתומים כשהאמין האבא את המלוה?

הבאנו לעיל שאחת הדוגמאות של השו"ע בהם יכול המלוה לגבות הייתה במקרה שהאמין האבא את המלוה לומר שלא החזיר, ובה איננו טוענים ליתומים טענת 'נאנסו'.

הנתיבות (א) הביא שהקשה התומים (ג) שבסימן עא סעיף יז מבואר שנאמנות לא מועילה נגד היתומים אא"כ פירשו שהאמין לו אפילו כנגדם.

והתומים (שלא הובא בנתיבות) כתב לחלק בין חיוב שבועה שבזה איננו פוטרים את המלוה מכח נאמנות לבין חיוב ממון שהואיל ואף האבא היה חייב לשלם, לא שייך לעשות להם טענינן.

וכתב הנתיבות דבר דומה בשם עצמו רק שהנתיבות נימק וכתב שחיוב שבועה ליתומים אינה מכח 'טענינן' (ולא כפי שכתב רש"י שהבאנו בסעיף ג בעמוד 128), אלא זו תקנה מיוחדת ליתומים (וכפי שהבאנו שם בשם תוס'), ולכן בזה לא מועיל נאמנות של האבא, אבל בחיוב ממון, פשוט שכל פעם שהאבא היה מתחייב, אף היתומים חייבים שלא ניתן לטעון להם טענה שאביהם לא יכל לטעון.

עוד כתב הנתיבות שלפי סברת הסמ"ע בס"ק יז שלא שייכת 'טענת שטרך בידי מאי בעית' בפקדון מפני שיכל לומר שלא חשש לקחת שטרו הואיל וידע שנאמן במיגו לטעון החזרתי, פשוט שסברא זו שייכת רק כשיכל לטעון שהחזיר, אבל כשלא יכל לטעון שהחזיר חזרה חזקת השטר, ולכן פשוט שיכול לגבות מן היתומים.

האם טוענים ליתומים שלא הרויח אביהם מהמעות?

הביא הפת"ש (ד) ת' חת"ס בח"מ סימן קלו שכתב שלדברי הכל טוענים עבור היתומים שלא הרויח אביהם מהמעות, ואין צריכים לשלם אלא הקרן ולא הרויח, שהרי מיעוט המצוי הוא שבעל העסק לא הרויח בניגוד לטענת נאנסו שהוא אינו מצוי כלל.

אך בש"ת טור האבן סימן סד פסק שאם היה כתוב בשטר כמה רווחים ישלם בעל העסק לשנה, גובים סכום זה מהיתומים, וכתב שכן נוהגים בכל ב"ד.

והבגדי ישע בסימן מז האריך להשיג עליו מכמה טעמים וסבר כחת"ס שלא ניתן לגבות מהרווחים וכתב שלא שמענו שמורים לגבות מהרווחים בב"ד מומחים.

⁵²⁹ **בסימן עח סעיף א פסק הרמ"א** שהועסק במעות פקדון נאמן לומר שפרע תוך הזמן, הואיל ואין לו הנאה בכך שישארו אצלו

וכתב הש"ך שם בס"ק ח שדין זה לכאורה סותר לדין כאן שאין אדם נאמן בהיתר עסקא לומר שפרע בתוך זמנו, והרי בהיתר עיסקא חלק מהמעות הינם מעות פקדון?

וכתב הש"ך לחלק שהואיל בהיתר עסקא חלק מהממון הינו הלוואה, אין הוא נאמן גם על החצי השני. **ועוד כתב לחלק** ששם יש לו הנאה אף בחלק הפקדון שהוא משועבד לחלק המלוה להשלים החסרון.

האם טוענים ליתומים במקום שיש אפוטרופוס?

בכתובות קט: יש מעשה שפסק אביי נגד היתומים, עד שטען האפוטרופוס של היתומים טענות שקיבל. ואמר אביי שמי שממנה אפוטרופוס ימנה כמו אותו אפוטרופוס שיודע להפוך בזכותם. **וכתבו התוספות (בד"ה אמר ליה)** שאביי לא זכר את הדין שהזכיר האפוטרופוס, שאילו היה זוכר היה טוען מעצמו עבורם.

אבל הר"ן⁵³⁰ **הביא שהרשב"א**⁵³¹ **תירץ** שבמקום שיש אפוטרופוס אין ב"ד טוענים עבור היתומים קודם שיטען האפוטרופוס, שאם יטען בברי אין דין 'טענין', ואילו היה טוען האפוטרופוס בשמא היה אביי טוען עבור היתומים כל מה שיכל האבא לטעון. **והרמ"א כאן סתם כדברי הרשב"א.** אך הרא"ש **בתשובה בכלל פו סימנים א-** ב שהוא אחד המקורות לדיעה הסוברת שאין טוענים נאנסו ליתומים הבין שבגמרא בכתובות קט: מדובר בטענה שאינה שכיחה ולכן אין טוענים ליתומים, אבל אם טען האפוטרופוס מקבלים את טענתו, [וכדבריו פירש בפסקי הרי"ד בכתובות קט: בתירוץ הראשון]. **והוסיף הרא"ש** שגם לאפוטרופוס אסור לטעון טענה שנראה לו שהוא שקר, משום שנאמר 'מדבר שקר תרחק'.

וכדברי הרא"ש הנ"ל פסק הרמ"א בסימן רצ סעיף יב, שדבר שהוא שכיח ולא שכיח יכול האפוטרופוס לטעון אף שב"ד לא טוענים אותה, וטענה שאינה שכיחה כלל אפילו אפוטרופוס אינו יכול לטעון. [ולכאורה צריך עיון כיצד פסק הרא"ש כאן כהוסי' ושם כרא"ש והרי אלו תירוץ סותרים, שלפי התוס' באמת היה ניתן לטעון ליתומים גם באופן הזה ובהערות על פסקי הרי"ד הערה א175 נשאר על כך בצ"ע]. **הקצות (ה)** ביאר את סברת הרא"ש שכל שלבו של האפוטרופוס נוקפו בספק יכול לטעון, ולבם של ב"ד אינו נוקף אלא בטענה שכיחה ולכן הם אינם טוענים ליתומים.

על פי דברי הרא"ש הנ"ל כתב הקצות שאף לדעת הרא"ש שאין טוענים 'נאנסו' ליתומים מכל מקום יכול האפוטרופוס לטעון כן ליתומים. **ועל פי זה כתב הקצות** שאם היתומים הם גדולים יכולים לטעון מעצמם טענת אונס, שהרי הם אינם גרועים מאפוטרופוס.

אך הקשה הקצות על דבריו מהגמרא בב"ק קיב. בעניין מאכיל בניו מן הגזל שהיתומים שם פסקה הגמ' שהגדולים חייבים לשלם ואינם יכולין לומר 'אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך' כלומר ויתכן שהחזיר לך בדמים, ואף שביארו המאור והרא"ש שהוא טענה שאינה שכיחה, מ"מ היה לנו לקבל אותה מהיתומים עצמם. ואף אם היא טענה שאינה שכיחה כלל, מהיתומים עצמם היה לנו לקבל כמו שאביהם היה נאמן בה, ונשאר בצ"ע.

האם יכול המלוה לגבות ממעות ההלוואה של העיסקא שנשארו בעין?

כתבה הגמרא בב"מ קד: בעניין שטר עיסקא:

אמר רב אידי בר אבין: ואם מת - נעשה מטלטלין אצל בניו. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאם מת - לא יעשה מטלטלין אצל בניו.

כלומר רב אידי בר אבין סבר שאם מת הלווה בשטר עיסקא, אין המלוה יכול לטול מן החצי של הלוואה מפני שהלוואה נעשית כמטלטלין של יתומים שלא ניתן לגבות מהם. **ורבא סובר** שודאי יכול לגבות את כל מעות העיסקא שלכן קוראים לו 'עיסקא' כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו.

הפוסקים פסקו כדעת רבא ועל פי זה פסקו הרי"ף⁵³² **הרמב"ם**⁵³³ **והתרומות**⁵³⁴ **והטור** שאם יתברר בעדים או בראיה ברורה שנותרו מעות בעין מן העיסקא, נוטל המלוה בלא שבועה. **וכן פסק השו"ע** **והעיר הב"י** שביתומים קטנים צריך קבלת עדות בחיי אביהם, **וכ"כ הרמ"א להלכה**. [בסימן צא נחלקו הקצות (י) והנתיבות (ט) בטעם שאינו צריך שבועה, שלדעת הנתיבות זה מפני שהואיל וידוע שהעיסקא בידו ודאי שלא פרע, ולדעת הקצות זה בגלל שאלו מעותיו שלו והוא המוחזק בהם]. **עוד כתב הטור** שאם יש ריוח יטלו יורשי הלווה חלקם מאותו ריוח, **וכן פסק השו"ע**. **וביאר הסמ"ע (יט)** שהחידוש הוא שאין אומרים שהריוח משועבד לקרן עד כלות זמן העיסקא.

האם יכול המלוה לגבות מנכסים שראו עדים שהם חליפי סחורתו ושהם בעין?

כתב השו"ע שגם אם יש עדים על חפצים שביד היתומים שהם מחליפי העיסקא נוטל המלוה בלא שבועה. **והביא הקצות (ו) שהתומים (ו) תמה על דין זה** שבתשובת מיימוני בקנין סימן יא כתב שאם נשתנית הפרקמטיא ונתחלפה באחר טוענים ליתומים החזרתי במגו דנאנסו, וכתב התומים שהרי"ף הרמב"ם והרא"ש לא כתבו אלא שאם המטלטלין באו מחמת העסק נוטל מהם, והיינו שנתן מעות ובהן קנה סחורה. אבל אם החליף יש לחשוש שהחזיר את המעות שקיבל ומשלו החליף כמבואר בת' מיימוניות, וכתב התומים שהשו"ע כתב שגם בחליפין הדין כך ע"פ דברי הטור ביו"ד סימן קעו, אך צ"ע שלכאורה הת' מיימוניות חולק.

⁵³⁰ כתובות סד: ד"ה האי.

⁵³¹ הובא בשטמ"ק כתובות קט: ד"ה הוה.

⁵³² ב"מ סב.

⁵³³ שלוחין ושותפין ז, ה.

⁵³⁴ שער יד ח"א סימן יז.

הקצות השיג על התומים וכתב שנראה לו שאין כאן מחלוקת, ופשוט שאם יש עדים שהמטלטלין הם חליפי סחורתו נוטל הנותן מהם לדברי הכל ופשוט שאף התי' מימוניות מודה שהוא כתב שטוענים להספ טענת 'החזרתי' במיגו דנאנסו, ומה שייד לטעון נאנסו כשיש עדים שהנכסים כאן, אלא פשוט שהתק מימוניות דיבר באופן שאין עדים שראו את החליפין. לשון השו"ע:

הוציא על היורשים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונוטל; והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזרתי, במגו דנאנסו, וטענין להו, הגה: הבית דין; ודוקא אם אין להם אפוטרופסים, אבל אם יש להם אפוטרופסים רואין תחלה אם האפוטרופסים יטענו להם, ואם לאו טוען להם הבית דין (ר"ן פרק שני דייני גזירות).

ואין עליהם שבועה, אלא חרם סתם. אבל אם אין אנו יכולים לטעון להם שהחזיר, כגון שהודה אביהם שלא החזיר, או שמת תוך זמן, או שהאמין לבעל העיסקא אם יאמר שלא החזיר, אין טוענים להם שנאנסו ויש אומרים שטוענים להם שנאנסו.

ואם יש מתעסק בעין, ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפין, נוטל המלוה בלא שבועה; ואם יש ריוח, נוטלים בו יורשי הלוה חלקם. הגה: וכבר נתבאר בסמוך שאין מקבלין העדות לפני יתומים קטנים, אם לא נתקבל העדות בחיי אבוהון (ב"י) וע"ל סימן ק"י ס' ט':

סעיף ה

כיצד גובים יתומי המלוה מהלוה?

לשון המשנה בשבועות מה.

וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה, שבועה שלא פקדנו אבא, ולא אמר לנו אבא⁵³⁵, שלא מצינו בין שטרותיו של אבא ששטר זה פרוע;

במשנה מבואר שיתומים הבאים לגבות חוב אביהם צריכים להשבע שאינם יודעים שכבר נפרע אביהם. **והגמרא בדף מח. מסיקה** שהמשנה מדברת ביתומים הבאים להפרע מן היתומים שדווקא במקרה זה צריכים להפרע בשבועה.

אך הרמב"ם בהלכות מלוה פרק יז הלכה א פסק שאף יתומים הבאים להפרע מן הלוה וטוען השבעו לי שלא פרעתי, אינם נפרעים אלא בשבועה זו, אך אם טוען בסתם פרעתי נוטלים בלא שבועה.

וביאר המגיד משנה שעל אף שמבואר בגמרא שדווקא יתומים מיתומים נפרעים בשבועה, זה מפני שכשגובים מיתומים חייבים להשבע אף שאינם דורשים כן, אבל בלוה אם אינו מבקש שישבעו אין נשבעים כדין כל שבועת 'אשתבע לי דלא פרעתיך' **והביא המ"מ שכדברי הרמב"ם פסקו הרי"ף⁵³⁶ ורב האי⁵³⁷.**

העיטור⁵³⁸ וכן הטור בסימן פב סעיף הביאו עוד ב' דיעות בעניין:

יש אומרים שנוטלים בלא שבועה כלל אף אם מבקש הלוה שישבעו.

ודעת הרב שר שלום סימן קלח שבמקרה כזה הלוה נשבע ונפטר, הואיל והיתומים אינם יכולים להשבע. ובסימן פב הכריע הבי"י כדעת הרמב"ם והרי"ף שאם מבקש משביעים אותם, ואם לא אז אין משביעין. וכן פסק בשו"ע כאן.

כתבו התרומות⁵³⁹ והטור שצריכים לכלול בשבועתם גם שלא אמר להם אביהם שיש לו שטר פרוע בין שטרותיו, שאם אמר להם כן אינם יכולים לגבות, וכן פסק השו"ע.

עוד כתב הטור בשם הרא"ש בתשובה כלל עא סימן ז שאם כתב הלוה נאמנות למלוה ולירשיו, אינם צריכים להשבע, שפשוט שנתן להם נאמנות לעניין זה, שהרי זו השבועה היחידה המוטלת עליהם.

האם משביעים את היתומים שלא מצאו שובר כאשר לא נמצא השטר בין השטרות הקרועין/פרועין?

לשון הגמרא בב"מ כ:

אמר רב ירמיה בר אבא אמר רב: סמפון היוצא מתחת ידי מלוה, אף על פי שכתוב בכתב ידו - אינו אלא כמשחק, ופסול. לא מבעיא כתוב בכתב יד סופר... אלא אפילו כתוב בכתב ידו - פסול. סבר: דלמא מתרמי ואתי בין השמשות, וקא פרע לי, דאי לא יהיבנא ליה לא יהיב לי זוזי, אכתוב אנא, דכי אייתי לי זוזי - אתן ליה... תא שמע: שבועה שלא פקדנו אבא, ושלא אמר לנו אבא, ושלא מצאנו בין שטרותיו של אבא ששטר זה פרוע! - אמר רב ספרא: שנמצא בין שטרות קרועין.

⁵³⁵ רש"י בד"ה 'שלא פקדנו פירש שיפקד' זה בשעת מיתה, ובד"ה 'יששטר זה' פירש שיאמר' זה לפני כן. אבל הרמב"ם (מלוה ולוה יז, א) כתב שיפקד' הוא ע"י אחרים ויאמר' הוא בעצמו, וכן סתמו הטור והשו"ע.

⁵³⁶ הובאה בעיטור אות ע עיסקא יב עמוד ד.

⁵³⁷ הרכבי סי' רלב.

⁵³⁸ עיטור אות ע עיסקא יב עמוד ד.

⁵³⁹ שער יד חלק ט סימן א

כלומר הגמ' מביאה את דברי רב שסובר ששובר הנמצא ביד המלוה, אף שהוא כתוב בכתב ידו, אינו אלא כמשחק ופסול.

ומקשה הגמרא מהמשנה שלנו שאומרת שצריכים היתומים להישבע שלא מצאו בין שטרותיו של המת ששטר זה קרוע, ומשמע שאם מצאו אין גובים בשטר.

ומתרת הגמרא שנמצא בין שטרות קרועין.

רש"י גרס 'פרועין' במקום 'קרועין', ופירש שנמצא השטר בין שטרות אחרים שכבר נפרעו ולכן יש בכח שובר זה להחליש את כוחו של השטר בצירוף הריעותא של השטר שנמצא בין הפרועין, **וכ"כ הרמב"ם** בהלכות מלוה פרק טז הלכה י. **אך הרי"ף**⁵⁴⁰ **הרא"ש**⁵⁴¹ **והטור והשו"ע** גרסו 'קרועין'.

הרמב"ם בהלכות מלוה פרק יז הלכה א בעניין יתומים שפורעים מן הלוה, סתם כלשון המשנה שנשבעים שלא מצאו שובר בין שטרותיו ולא הזכיר שזה דוקא כשנמצא שטר בין השטרות הפרועים.

וכתב הלח"מ⁵⁴² שהרמב"ם סתם את הדברים יותר מדאי.

והש"ך (יב) הבין שהלח"מ משנה סבר שאין משביעים את היורשים, אלא כשכבר ידוע שהיה השטר בין השטרות הפרועים, ורק אז משביעים שלא נשבע שובר, ולכן תמה על הרמב"ם שסתם.

והעיר עליו הש"ך שאין דבריו נכונים ופשוט שלעולם יש להשביע את היתומים שמא היה שובר וגם השטר היה בין בין השטרות הפרועין [הש"ך כתב בלשון קרועין, אך דייקתי על פי לשון הרמב"ם].

יתום שנולד אחרי מיתת אביו שבא ליטול, אם צריך להשבע ועל מה נשבע יתום שהיה קטן בשעת מיתת אביו?

כתוב שם במשנה בשבועות מה. **שר' יוחנן בן ברוקה אמר** שאפילו נולד הבן אחרי מיתת האב, נשבע ונוטל.

אך הרמב"ם כתב⁵⁴³ "ואפילו היה היורש קטן המוטל בעריסה כשמת מורישו, הרי זה נשבע ונוטל." **ודייק המגיד משנה מדבריו** שנראה שלא פסק כר' יוחנן בן ברוקה ולכן רק אם היה חי נשבע ואפילו הוא תינוק, אבל אם לא היה חי לא, והבין הרמב"ם שהתי"ק חולק עליו בנוולד אחרי מיתת הבן ומודה לדבריו בקטן.

אך כתב המגיד משנה שרבינו מאיר פסק כר' יוחנן בן ברוקה, שלפי גירסתו היה כתוב במשנה 'העיד ר' יוחנן בן ברוקה' ויש כלל שכל פעם שכתוב העיד כך הלכה ועוד שלא מוזכר שיש מי שחולק עליו, **וגם הטור**

פסק שהיתום נשבע אף אם לא היה חי קודם מיתת אבו, **והביא הב"י שכן נראה דעת התרומות**⁵⁴⁴.

אך השו"ע סתם כלשון הרמב"ם. **הש"ך (יג) הביא דברי האגודת אזור** שפירש ברמב"ם כמגיד שלשיטתו אין הלכה כר' יוחנן בן ברוקה ואין משביעים קטן שנולד לאחר מיתת אביו וכתב שדבריו נראים⁵⁴⁵.

כתבו התרומות⁵⁴⁶ **והטור** שכשהיה היתום קטן בשעת מיתת אביו הוא אינו צריך להישבע שלא צוהוה וכ"ש כשלא נולד, שהרי ודאי לא צוה אביו את הקטן.

אך הב"י כתב שהוא אומר שגם קטן הוא 'בר צוואה' ע"י אחרים, שיכל לצוות להם שיאמרו לו כשיגדיל. **ומ"מ כתב בבדק הבית** שכבר הורו זקנים ולהם שומעים, וכן פסק בשו"ע.

הדרכי משה (ו) השיג על גוף דברי הב"י וכתב שאין דבריו נראים שאף שיכול לצוות לאחרים להגיד לו, ויותר נוח לאדם לצוות לאחרים בעצמם מבלי לצוות להגיד לקטן.⁵⁴⁷

אם יש עדים שאמר האב בשעת מיתתו שהשטר אינו פרוע

עוד כתוב במשנה שם:

רבן שמעון בן גמליאל אומר אם יש עדים שאמר האב בשעת מיתתו שטר זה אינו פרוע נוטלין שלא בשבועה

וכן פסקו הטור (טז) והרמב"ם בהלכות מלוה פרק יז הלכה ב.

השו"ע לא הזכיר דין זה אך מהב"י לא נראה שחולק עי"ש **ומכל מקום יש לציין לדברי התוס' בדף מח**: בד"ה 'שאמר' שכתבו שתי"ק חולק וסובר שיש לחשוש שמא אמר כן כדי להחשיב את יורשיו.

⁵⁴⁰ ב"מ יב.

⁵⁴¹ ב"מ פרק א סימן נג.

⁵⁴² מלוה טז, י.

⁵⁴³ הלכות מלוה פרק יז הלכה ב.

⁵⁴⁴ שער יד ח"ב סימן ב וכן בחלק ו סימן א.

⁵⁴⁵ יש לציין שהרמב"ם בפירושו המשנה פסק כר"א בן ברוקה

והתוס' יו"ט כתב שכדי ליישב דברי הרמב"ם בהלכות עם דבריו בפיהמ"ש נראה לומר שהבין שאין הבדל בין בן הנולד לאחר מיתת אביו לקטן המוטל בעריסה, ופסק כר' יוחנן בן ברוקה.

וכך נראה בלשון המאירי שכתב "אפילו נולד הבן אחר מיתת האב, או שהיה מוטל בעריסה, שלא היה בר צוואה, נשבע כו". וכתב ר' דניאל ווסטברוק שעדיין אין זה מספיק ליישב למה שינה הרמב"ם מלשון המשנה, אך גם תמה ר' דניאל על פירוש המ"מ שלפי שיטתו היה לו לרמב"ם לומר במפורש שאין משביעים קטן שנולד קודם מיתת אביו, וצ"ע.

⁵⁴⁶ שער יד חלק ו סימן א.

⁵⁴⁷ כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':

אמנם יש להעיר שהרמב"ם לא חילק בזה, ומשמע שאפילו קטן המוטל בעריסה בשעת מיתתו צריך להישבע כל נוסח שבועת היורשים.

לשון השרייע:

מת המלוה, ובאים יורשיו לתבוע השטר מהלוה, והוא אומר: פרעתי לאביהם, והם אומרים: לא ידענו, אומרים לו: זיל שלם. ואם אמר: השבעו לי, אם יש בשטר שהאמין את המלוה ואת יורשיו עליו, גובין בלא שבועה. ואם לא האמין אותם עליו, ישבעו בנקיטת חפץ שלא צוה להם אביהם על יד אחר, ושלא אמר להם בפיו, ושלא מצאו שובר בין שטרותיו ששטר זה פרוע, שאם מצאו שובר עליו, היה בחזקת פרוע, והוא שנמצא השטר בין שטרות קרועים, כמו שנתבאר (סימן ס"ה). ויכללו בכלל השבועה שלא אמר להם אביהם שהיה לו שטר פרוע בין שטרותיו. אפילו היה היורש קטן המוטל בעריסה כשמת מורישו, הרי זה נשבע כשיגדיל, ונוטל. ומיהו אין זה צריך לישיב אלא שלא מצאתי, אבל לא פקדני אבא, לא, דלאו בר צוואה היה:

סעיף ו

האם האפוטרופוס של היתומים צריך להשבע?

כתבו התרומות⁵⁴⁸ והטור בשם תשובת הראב"ד שאם יש לקטן אפוטרופוס שמינה האבא, ותובע את חובותיו של האבא, צריך האפוטרופוס להישבע כשבעת היורשים. ואם מינוהו ב"ד אינו צריך להישבע אלא שלא מצא שובר, ואין חשש שאם יחייב אותו להשבע הוא ימנע מלהיות אפוטרופוס, שמפני זה לא ימנע מלעשות מצוה, שלא יפסידו היתומים את חובם, ובפרישה ביאר שטעם זה נצרך דווקא למקרה שמינוה אביו שבד"כ אין משביעין אותו כמבואר בסימן רצ אבל אם מינוהו ב"ד בלאו הכי משביעים אותו. **ביאר הסמ"ע (כז)** מדוע כאן לא ימנע מלהיות אפוטרופוס והוא מפני שלא שייך חשש זה אלא כשנשבעים נגד טענת היתומים, שרע בעיניהם שחושדים אותם.

הנתיבות (ב) הביא שהקשה היתומים (ז) שמבואר בסימן רצ סעיף יב ברמ"א, שאפוטרופוס נאמן כעד ואין משביעים אותו.

וכתב הנתיבות שהקושיא לא מתחילה, ששם מדובר באפוטרופוס שנתמנה רק לטעון עבור היתומים. אבל כאן מדובר באפוטרופוס שגם נושא ונותן בנכסי היתומים, ונוגע הוא ובעל דין הוא, ואף ליתומים היה צריך להשבע מן הדין אלא שתיקנו שלא ישבע כדי שלא ימנע מלהיות אפוטרופוס וכאן שלא שייך טעם זה כמבואר בטור ובסמ"ע חייב להשבע.⁵⁴⁹

הפת"ש (ו) הביא שהשבות יעקב⁵⁵⁰ כתב בפשיטות שכאן מדובר באפוטרופוס הפסול לעדות, ועל פי זה פסק להלכה למעשה שכשהאפוטרופוס כשר, אין האפוטרופוס והיתומים חייבים שבועה.

לשון השרייע:

אם יש לקטן אפוטרופוס שמינה אביו ומבקש חובותיו של קטן, צריך לישיב שלא צוה אבי היתומים, ושלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע. ואם מינוהו בית דין אינו צריך לישיב אלא שלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע:

סעיף ז

יתומים קטנים וגדולים, אם יכולים הגדולים ליטול בשבועה מבלי להמתין לקטנים?

עוד כתבו התרומות בשם הראב"ד והביא דבריו הטור שאם יש לקטן אחים גדולים אין צריך להמתין עד שיגדיל, אלא הם נשבעים שבעת היורשים וגובים הכל, מפני שאם היה שובר אחיו היו מוצאים אותו. ואם מת הקטן הם נשבעים וגובים חלקם וחלקו.

וביאר הסמ"ע (כז) שהחידוש בזה הוא שאין חוששים שמא היה הקטן מודה ששמע מאחרים בשם אביו שנפרע, והיה נאמן על חלקו.

השרייע פסק את הדברים הללו להלכה בזה הלשון:

אם יש לקטן אחים גדולים, אין צריך להמתין עד שיגדיל הקטן, אלא הם נשבעים וגובים הכל, ונותנין לקטן חלקו; ואם מת הקטן, נשבעים הם ונוטלים חלקו וחלקם:

סעיף ח

מה עושים כשאחד מהיורשים הודה שצוה המוריש שנפרע?

כתב התרומות⁵⁵¹ בשם ראב"י אב"ד⁵⁵² שאם אחד מהיורשים הודה שהמוריש צווה שכבר נפרע מחוב זה, אז הדין תלוי ברשות שבה נמצא השטר, שאם הוא תחת ידי המודה נאמן להפסיד את כולם במיגו שיכל לשרוף את השטר, ולמד כן מהגמרא בסנהדרין לא. שם מסופר על אשה שהיה שטר בידה והאמין לה רב נחמן (בלישנא הראשונה) ששטר זה פרוע במיגו שיכלה לשרוף (יאי בעי קלתיה') אך **כתב התרומות** שאם

⁵⁴⁸ שער יד חלק ו סימנים ב ו-ג בשם הראב"ד ובהגהות והערות אות כט העירו שנראה שיש לגרוס ראב"י אב"ד והוא בתי חכמי פרובינציא חו"מ סימן כד.

⁵⁴⁹ עוד העירו הנתיבות בהוספה מכתב יד שבסימן רצ מדובר שיש לאפוטרופוס מיגו ושלח לדבריו שם בס"ק ד.

⁵⁵⁰ ח"ב סימן קעא.

⁵⁵¹ שער יד חלק ז.

⁵⁵² שו"ת חכמי פרובינציא חו"מ סימן כד.

השטר אינו ביד המודה, הוא הפסיד חלקו, והאחרים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים חלקם. **וכך הביא הטור בתחילת דבריו.**

אך כתב הטור בשם הרא"ש שהיה אומר⁵⁵³ שאפילו אם השטר הוא ביד המודה אינו נאמן להפסיד לאחרים, שבכל שותפים של עסק אין כח ביד אחד להפסיד לאחרים, ורק בשליש נאמן במיגו שיכל לשרוף. **וביאר הסמ"ע (כט)** שאזו זה מיגו רגיל, אלא שבכך שהפקידו שניהם השטר בידו ויכל לשרוף משמע שהאמינוהו בכך, ולכן בשותף לא שייך טעם זה.

ולקמן נביא שהנתיבות (ג) לא הבין כך אלא שנאמן השליש במיגו הואיל והוא נחשב כבע"ד ולכן אין זה מיגו להוציא [ופלא שרצה לבאר כן בסמ"ע שפירש במפורש כפי שכתבנו].

השו"ע סתם כדעת הראב"י אב"ד שאם יש שטר נאמן האחד לומר שצווה אביו שנפרע, והביא בלשון י"ש מי שאומר את דעת הרא"ש, שאף בזה אינו נאמן.

וכתב הסמ"ע (כט) שדעת הרא"ש שאינו נאמן אף כשהשטר בידו, אינה סותרת את פסק השו"ע בסימן צג סעיף יד. שם נפסק שאם יש שטר חוב של שותפים אצל אחד השותפים נאמן אותו שותף לומר שכבר נפרעו עיי"ש, וביאר הסמ"ע ששם זה שונה הואיל והשטר כתוב רק על השותף שבידו השטר, ולמרות שמפורש בו שהוא ממון השותפות, מ"מ הואיל וכתוב על שמו נאמן לעניין זה, מה שאין כאן שהשטר כתוב על שם אביהם 'וכבר הוחזק השטר לרבים בשם אביו שלא היה בידו דזה המחזיק בו להחזירו'.

כתב הנתיבות (ג) שאין להבין בסמ"ע שכבר היה ידוע ששטר זה של אביו קודם שבאו לבי"ד שבמצב זה פשוט שהתרומות לא היה חולק וסובר שנאמן במיגו 'דאי בעי קלתיה' שלא אומרים מיגו למפרע, אלא הסמ"ע דיבר במקרה שטען היורש שנפרעו תכף שהוציא השטר ואע"פ כן אינו נאמן הואיל וזה מיגו להוציא שכבר ידוע שחוב זה של אביהם ואין אחד נחשב כבעלים על החוב שאין אחד יכול לגבות בלא חבירו ועוד שלא שייכת פה הסברה שהאמינו בכך, שהרי לא האח נתן לו מן הירושה⁵⁵⁴, לכן אינו נאמן בניגוד למקרה בסימן צג של שותפין והשטר כתוב על שם אחד מהם, הוא נאמן במיגו הואיל ואין זה מיגו להוציא ששטר זה רשום על שמו והאמינו חבירו להיות אחראי על הכל, ולכן נחשב כבעל דין ממש ונאמן.

עוד כתב הנתיבות לחלק בין המקרה בסימן צג לכאן, וכתב הנתיבות שהסיבה שאינו נאמן במיגו שיכל לשרפו, הוא מפני שזהו מיגו נגד חזקת חיוב, וכתב הנתיבות בסימן סב ס"ק ט שבמקום שיכל האדם לטעון ששלו הוא וטען שהוא של אחר נאמן במיגו אף כנגד חזקה, הואיל ואין כאן חשש קנוניא, לכן במקרה של סימן צג הואיל והשטר כולו רשום על שמו אע"פ שידוע שחוב זה הינו של השותפות, הוא יכל לטעון לקוח במיגו שיכל לשרוף עיי"ש שבסיס דבריו על מה שכתוב בסימן סו, וממילא נאמן גם לטעון שכבר נפרעו מחוב זה.

לשון השו"ע:

אם א' מהיורשים אומר: אמר לי אבא שהשטר פרוע, והאחרים אומרים: לא פקדנו, אם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, הוא נאמן על כולם, במיגו שאם היה רוצה היה שורפו. ואם לאו, אינו נאמן אלא על חלקו בלבד.

ויש מי שאומר שאפילו השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, הוא אינו נאמן אלא על חלקו:

סעיף ט

כיצד נפרעים יתומים מיתומים?

כבר הזכרנו בסעיף ה את דברי המשנה שהיתומים לא נפרעים מן היתומים אלא בשבועה, כלומר שגם יורשי המלוה צריכים להשבע ליורשי הלוה שאינם יודעים מכך שכבר נפרע אביהם ורק אז יכולים ליטול את חוב אביהם.⁵⁵⁵

ובסעיף יא נתייחס להמשך הגמ' שמגבילה את היכולת של יורשי המלוה ליטול, דווקא למציאות בה מת המלוה לפני שמת הלוה, ושם נביא את דברי הסמ"ע (ל) השי"ך (טז) והנתיבות (ד).

בסעיף א בעמוד 126 הבאנו מחלוקת בעניין מלווה ע"פ בין העיטור לראב"ד ולרמ"ה במקרה שאין אחד מגי הראיות שלא פרע אביהם:

שלדעת העיטור כל עוד יתומי הלווה אינם טוענים שפרע אביהם יכולים יתומי המלוה ליטול, מפני שאין טוענים ליתומים כנגד יתומים **וכמותו הכריע התרומות.**

אך הראב"ד והרמ"ה סוברים שאף כשלא טענו יתומי הלוה, אנו טוענים להם **וכמותם הכריע הטור וכן הכריע השו"ע בסעיף א.**

אותה המחלוקת שייכת אף כאן לעניין מלוה בשטר לגבי השאילה אם מלבד השבועה שלא פקדנו אבא צריכים להשבע שלא נפרעו הם בעצמם מן הלווה:

שלדעת העיטור כל עוד לא טוענים יורשי הלוה שאביהם פרע אינם מחוייבים בשבועה זו מאותה סברה שאין טוענים ליתומים כנגד יתומים,

ולדעת הראב"ד והרמ"ה חייבים להשבע גם שלא נפרעו מאביהם, מפני שטוענים ליתומים אף כנגד יתומים.

⁵⁵³ בחידושי הגהות אות ח כתבו שמכך שכתב הטור 'אדוני אבי הרא"ש היה אומר' ולא כתב 'כתב' משמע שאין זה כתוב בתשובה אלא ששמע כן משמו.

⁵⁵⁴ נראה שזו הסברה המרכזית בסמ"ע שכבר הבאנו לשיטתו אין זה מיגו רגיל, אלא שהואיל ונתן לו שטר שיכל לשרפו אנו רואים שהאמינו בכך ונראה שאותו סברה שייכת בשותף שרשום כל החוב על שמו, ודוק.

⁵⁵⁵ מדובר כשיתומי הלוה גדולים ובמלוה בשטר, שאם הם קטנים אין גובים מהם אפילו במלוה בשטר, ואם הם גדולים: במלוה ע"פ אין גובים מהם אלא באחד מג' דרכים שבהם גובים בלא שבועה.

השו"ע סתם כאן כדבריו בסעיף א שצריכים להשבע שלא נפרעו הם עצמם, אלא שהוסיף ע"פ דברי הטור שאם יתומי הלוח טוענים שאביהם אמר להם שפרע למלוה, פטורים משבועה זו, שהרי הם עצמם מודים שאביהם לא פרע ליורשים.

הש"ך (יז) הביא שהריטב"א הביא את דברי העיטור שכל עוד יורשי הלוח אינם טוענים שאביהם פרע ליורשי המלוה אין הם מחויבים בשבועה זו.

וכבר תמה עליו הגר"א (מג) שזה כנגד דברי הראב"ד והרמ"ה והכרעת הטור והשו"ע בסעיף א, **ואף החתם סופר**⁵⁵⁶ תמה על כך שהש"ך לא הזכיר את דעת הראב"ד והרמ"ה.

לשון השו"ע:

כל הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוח כשבאים ליפרע ממנו, כך יש להם עם יורשי הלוח, אם מת ובאים ליפרע מהם, אלא שכשטוענים עם יורשי הלוח צריכים גם כן לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם. ואם טענו יתמי הלוח: אמר לנו אבא פרעתי לאביהם, אין עליהם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם:

סעיף י

האם יכולים יורשי יורשי המלוה ליטול מן יורשי הלוח בשבועה?

בסעיפים הבאים נדון בדין שאין אדם מוריש שבועה לבניו שלפי כלל זה נקבע שאם מת הלוח קודם המלוה, אין יורשי המלוה יכולים ליטול מיורשי הלוח, מפני שכבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוח ואין אדם מוריש שבועה לבניו.

ונחלקו הראשונים מה הדין במקרה שמת המלוה קודם, שבאופן הזה יכולים יורשי ליטול מיורשי הלוח, ולאחר מכן מתו אף יורשי המלוה, האם יכולים ליטול יורשי יורשי המלוה מיורשי הלוח?

דעת הרי"ף בתשובה⁵⁵⁷ **הרי"י ברצלוני**⁵⁵⁸ **והראב"ד**⁵⁵⁹ שאינם יכולים ליטול.

דעת העיטור⁵⁶⁰ **והרא"ש**⁵⁶¹ שיכולים ליטול, שלא שייך לומר בזה שאין אדם מוריש שבועה לבניו, הואיל וכל השבועה הינה שבועת שמא, וכשם שהיורשים יכולים להשבע שבועה 'שלא פקדנו אבא', כך יכולים הם להשבע.

ובתרומות⁵⁶² **ובר"ן**⁵⁶³ **מבואר שנחלקו** בטעם הדבר שאין אדם מוריש שבועה לבניו, שלדעת העיטור הטעם הוא מפני שהאבא התחייב שבועת ברי, והם אינם יכולים להשבע בברי, ולכן כאן לא שייך כלל זה מפני שאף היורשים נשבעים שבועת 'שמא'. ולדעת הרי"ף ודעימיה הטעם הוא שכל תביעה שבכדי ליטול צריך להשבע, אינה נחשבת ממון, ולכן אינה עוברת ליורשים, וטעם זה שייך אף כאן.

התרומות והרי"ן כתבו שלדעתם היה נראה עיקר כדעת העיטור, שיכולים להשבע וליטול אך כתב הרי"ן שהגדולים הסכימו כדעת הרי"ף, וכן כתב התרומות ש'דעתם רחבה מדעתנו ועליהם יש לנו לסמוך'.

השו"ע הביא את ב' הדיעות בלשון יש ויש, [יש בתרא כעיטור שיכולים ליטול בשבועה].

וכתב הש"ך (יח) שלדברי הכל אם יורשי המלוה יכלו להישבע בברי שלא נפרע החוב, אין יורשיהם נשבעים ונוטלים.

[**הזכרנו שהראב"ד סבר** שיורשי יורשי המלוה אינם יכולים ליטול מן הלוח, הראב"ד כתב כן בהקשר לכמה אחים שירשו מן האב ומת אחד מהם שאינם יכולים ליטול חלקו מן הלוח, הואיל והוא כבר נתחייב שבועת היורשים, ויתכן שאביהם אמר דווקא לו שכבר נפרע המלוה, ואינו יכול להוריש שבועה זו הלאה.

והקצות (ז) העיר שעל הדין הנ"ל היה ניתן לחלוק, הואיל וכל אח יכול ליטול את כל החוב מן הלוח גם שלא מכח ירושה [כמבואר בת' הרמ"א סימן כב ובצמח צדק (קדמון) צז], וממילא לכאורה לא שייך הטעם שהואיל וממון זה תלוי בשבועה, הוא אינו עובר ליורשים, שהרי האחים יכולים ליטול שלא מכח הירושה, ולכן הסיק שהראב"ד סבר שאין דין זה תלוי בירושה,

ועיין באבי העזרי בהלכות נחלות פרק ג מהדורא ג שתמה עליו וסבר שודאי כל היכולת שלהם לגבות מן החלק של האח הוא מכח ירושת האח ע"ש.]

לשון השו"ע:

מתו היורשים שהיה להם לישבע שבועת היורשים, י"א שאין יורשיהם נשבעים ונוטלים. ויש אומרים שגם הם נשבעים: שלא פקדנו אבא ולא אבא דאבא, ונוטלים:

⁵⁵⁶ אבהע"ז ח"ב ס' קסד, הובא בפת"ש (ח).

⁵⁵⁷ שו"ת הרי"ף סימן עט.

⁵⁵⁸ כן הביאו בשמו ראשונים רבים: עיטור מלוה ע"פ יח עמוד א בשם הרב המחבר רשב"א שבועות מח. ד"ה וכתב הרב אלברצלוניי ר"ש שבועות ז, טז, תרומות שער יד ח"ב סימן ד

⁵⁵⁹ שו"ת חכמי פרובינצי"א חו"מ ס' כד.

⁵⁶⁰ מלוה ע"פ יח עמוד א.

⁵⁶¹ שבועות ז, טז.

⁵⁶² שער יד ח"ב אות ג ו-D.

⁵⁶³ שבועות לב: דיבור ראשון.

סעיף יא

אין אדם מוריש שבועה לבניו

כבר הזכרנו לעיל את דברי הגמ' בשבועות בדף מח. שהביאה את דעת רב ושמואל שאין אדם מוריש שבועה לבניו ולכן אם מת הלוה קודם המלוה, אין יורשי המלוה יכולים ליטול מיורשי הלוה, מפני שכבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה ואין אדם מוריש שבועה לבניו.

ומסופר שם בגמ' ששלחו את דברי רב ושמואל הנ"ל לפני ר' אלעזר, והוא חלק עליהם ואמר שלעולם נשבעים שבועת היורשים ונוטלים.

בהמשך הגמרא הסתפקו בזה עוד אמוראים, ולהלכה הסיק רב נחמן שאין לעקור את דינם של רב ושמואל אלא 'הבו דלא לוסיף עלה', כלומר שאין להוסיף על דיניהם.

ושאלה הגמ' כגון מאי? וענתה הגמ' שלעניין פוגם את שטרו ומת - יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין, ואין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו. [ובסעיף יד נתייחס בע"ה לשאלה מה נכלל בדוגמא הנ"ל של פוגם שטרו].

עוד מובאת בגמרא דבריו של רב חמא שאמר שמכיון שלא נאמר פסק ברור, מי שעשה כרב ושמואל עשה ומי שעשה כר' אלעזר עשה.

לפני דבריו של רב חמא הגמרא הביאה מספר סיפורים בהם דנו אמוראים שונים (רב פפא, רב הונא בריה דרב יהושע, רמי בר חמא ורבא) בגדר 'הבו דלא לוסיף עלה' - כלומר מתי השבועה עוברת ליורשים ומתי היא אינה עוברת.

באחד מהסיפורים מסופר שהיה לוח שמת ולא הותיר בנים, אלא אחיו ירשוהו, וסבר רמי בר חמא לומר שבזה איננו אומרים את הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו, שהרי אין להוסיף על דינם של רב ושמואל.

ואמר לו רבא שפשוט שאף מן האחים אינו יכול ליטול שאין שום חילוק בין שבועה 'שלא פקדני אבא' לשבועה 'שלא פקדני אחי'.

ומסיפורים אלו דייקו הר"י⁵⁶⁴ והרא"ש⁵⁶⁵ שכל האמוראים הנ"ל פסקו כדברי רב ושמואל, ולכן כתבו שלכתחילה אין לפסוק כר' אלעזר, ורק בדיעבד אם פסקו כן לא מחזירים את הדין. **וכן פסקו הרמב"ם⁵⁶⁶ הטור והשו"ע.⁵⁶⁷**

עוד בהמשך מביאה הגמ' את דברי רב פפא שאמר שלא קורעים שטר של היתומים במקרה כזה ולא גובים בו, וביאר שלא גובים בו שמא פוסקים כרב ושמואל, ולא קורעים אותו מכיון שאם דיין יפסוק כר"א אין מחזירים את הדין.

וכתב הרא"ש⁵⁶⁸ שהואיל ואנו פוסקים כרב ושמואל, אם בא השטר לפני הדיין יש לו לקרעו, הואיל ואין מגבין בו לכתחילה, אלא כוונת הגמרא שאין האפוטרופוס מצווה לקרעו, [וכן ב"ד שהם אביהם של יתומים כל עוד לא באו לפניהם לדין] הואיל ויתכן שימצא דיין שפוסק כר' אלעזר.

הטור הביא את דברי הרא"ש ולאחר מכן את דברי הרמ"ה שכתב שאפילו אם בא השטר ליד ב"ד ועשו כרב ושמואל ולא גבו בו, אם שוב בא לב"ד אחר וגבו בו אין מחזירים את הדין.

וכתב הב"י שלכאורה נראה שדברי הרמ"ה חולקים על הרא"ש שהרי לפי הרא"ש לאחר שפסקו ב"ד כרב ושמואל קורעים את השטר, וממלא לא שייך מציאות שבו יבא עם שטר לב"ד אחר.

אך כתב הב"י שיתכן והרמ"ה דיבר במקרה שטעו ב"ד הראשון ולא קרעו את השטר, או שרק הראו את השטר לב"ד הראשון ולא באו לפניהם לדין. **וכדברי הב"י פסק הרמ"א.**

הב"ח (כז) השיג על הב"י והרמ"א וכתב שודאי לפי הרא"ש אם טעו ב"ד הראשון ולא קרעו את השטר שוב אין גובים בו וצריך לקרעו (הביא ראיה לזה מסימן סה סעיף יט).

עוד כתב הב"ח שהתירוץ השני של הב"י שמדובר שלא באו לפניהם לדין לא מסתדר בלשונו של הרמ"ה.

לכן כתב הב"ח שהרמ"ה באמת חולק על הרא"ש וסובר שלא קורעים את השטר אפילו אם בא לפני דיין.

ולהלכה הכריע הב"ח כדעת הרא"ש והטור שסתם כמותו מכיון שהם 'בתראי', ומשום שלא מוציאים ממון במחלוקת ראשונים, ולכן אם כבר פסקו ב"ד כרב ושמואל אף שלא קרעו, אם בא לפני ב"ד אחר ופסקו כר' אלעזר, מחזירין את הדין.

הש"ך (כא) כתב שאין דברי הב"ח מוכרחים במה שאמר שאף אם לא קרעו את השטר מחזירים את הדין.

⁵⁶⁴ שבועות לב.

⁵⁶⁵ שבועות פרק ז סמינים יב-יג.

⁵⁶⁶ מלוה ולוה פרק יז הלכה ג.

⁵⁶⁷ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'מתי גובים חוב מהיתומים':

אין פסק זה ברור כ"כ, שלכאורה הוא דלא כרב ושמואל והקיימים בשיטתם, ודלא כרב חמא. ואין לומר שפוסקים לגמרי כרב ושמואל, אלא שאין הדין חוזר משום שאינו אלא טעות בשיקול הדעת, שלשיטות של הר"י והרמב"ם אפילו בטעות בשיקול הדעת תמיד הדין חוזר או משלם הדיין מביתו (עיין סיכומי דיינים בענין 'דיין שטעה'). והר"י מיגש באמת כתב בשם רב האי גאון שדברי רב חמא נדחו מפני רב ושמואל. והר"ן כתב שאינו יודע למה, והב"י דחה שלא התכוין הר"י מיגש אלא כמ"ש הר"י, אבל לדברינו דבריו מובנים הם כפשוטם היטב.

כדי ליישב דעת הרמב"ם י"ל שלמד לפסוק כן מההמשך של הגמרא (אף שהר"י לא כתב כן). שבו אמר רב פפא שלא קורעים שטר של היתומים במקרה כזה ולא גובים בו. לא גובים בו שמא פוסקים כרב ושמואל, ולא קורעים אותו מכיון שאם דיין יפסוק כר"א אין מחזירים את הדין. והיינו שיש ספק כמי לפסוק ואין להוציא מן היתומים מספק, אבל אם דיין יחליט שהעיקר הוא כר"א (או אפילו טעה בכללי הפסיקה, כנ"ל) לא מחזירים את הדין. ונראה שהסכים לרב חמא שיש כאן ספק, וחלק על מה שהסיק מזה שהדיין יכול לעשות מה שרוצה. ופסק הרמב"ם כרב פפא מכיון שהוא בתרא, ושמתברר טעמו.

⁵⁶⁸ שבועות ז סימנים יב-יג.

נתחייב המלוה שבועה ליורשים ונשבע שלא נפרע ויש חשש שנפרע אחר כך

כתב הרמ"א בשם תשובת הרא"ש כלל פו סימן ג שאפילו אם נשבע המלוה קודם שמת, אם יש לחשוש שפרעו לו אחר שנשבע אין יורשיו גובים מיורשי הלווה.⁵⁶⁹

האם מועילה תפיסת יתומי המלוה מיתומי הלוה כשמת לוה בחיי מלוה?

כתב הר"ן⁵⁷⁰ שכשם שאין קורעים את השטר במקרה שבאים יורשי המלוה לגבות מיורשי הלוה ומת לוה קודם, נראה שגם אם תפסו יורשי המלוה מנכסי יורשי הלווה אין מוציאים מהם, כמו שאין מוציאים מהם אם פסק דיין כר"א.

אך הביא שהר"י מיגאש⁵⁷¹ **כתב בשם רב האי** שהלכה כרב ושמואל לגמרי ואין סומכים על דברי רמי בר חמא שאמר שהפוסק כר"א פסקו פסק, וכתב הר"ן שאינו יודע למה.

והב"י כתב שיתכן שאף רב האי לא התכוון אלא לכתחילה, אבל בדיעבד דינו דין⁵⁷².
ומכל מקום התרומות⁵⁷³ **והטור והשו"ע הכריעו כדברי הר"ן** שאם תפסו, תפיסתם תפיסה.

מת לוה בחיי מלוה, אם יכולים יורשי המלוה לגבות מערב הלוה?

לשון הגמרא בשבועות מח:

ההוא דשכיב ושבק ערבא, סבר רב פפא למימר: הא נמי זלא לוסוף עלה הוא, אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא: אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל?

כלומר מבואר בגמרא שעל אף שנאמר שאין להוסיף על הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו, מכל מקום אם מת לוה בחיי מלוה, כשם שאין יורשי הלוה יכולים לגבות מן היתומים כך הם אינם יכולים ליטול מן הערב, שזה בכלל עצם הדין שיתומים לא גובים מיתומים, ש הרי בתר יתמי אזיל, ומבואר בטור שהכוונה שלאחר שגבו מן הערב, חוזר הערב וגובה מן היתומים.

עוד כתב הטור שאין חילוק בדינים אלו בין ערב סתם לערב קבלן, **והביא הב"י שכן כתבו התרומות**⁵⁷⁴ **והעיטור**⁵⁷⁵.

וכתב המאור⁵⁷⁶ **בשם ה"ר משה בה"ר יוסף** שאפילו אם לא ירשו בני הלווה כלום אין יורשי המלוה גובים מן הערב, שמכיון שיש מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפילו בכגון זה, ועשה הערב טובה לאביהם, והערב יכול לחזור ולגבות מהם לכן דינו ודין היתומים אחד הוא. **והביא הטור דבריו, וכתב הב"י שכן כתב התרומות**⁵⁷⁷.

אך כתב הטור שנראה שלפי מה שפסק הטור בסימן קז שאין מצוה על היתומים לפרוע חוב של אביהם כשלא ירשו כלום, ממילא אם לא ירשו כלום אין דין הערב כדין יתומים, ויכולים יורשי המלוה לגבות ממנו.

והביא הטור שכן כתב הרמ"ה⁵⁷⁸ שאם ידוע שאין ללווה נכסים גובים מהערב, אך אם אין ידוע בפירוש שאין לו נכסים, רק שאין נכסים שידועים שהם שלו, אין גובים מהערב מחשש שיש ללוה נכסים. **השו"ע פסק כדברי הטור והרמ"ה** שאם לא הותר הלוה נכסים, גובים מן הערב. **וביאר הסמ"ע (מ)** שאם ירשו אפילו מטלטלין אין גובים מהערב, שבזה יש מצוה על היתומים לפרוע.

האם גובים מן הערב כשהוא גם היורש (כשמת לוה בחיי מלוה)?

הביא הד"מ (ח) שהמהרי"ק בשורש צא ענף א כתב שאם הערב הוא יורש של עצמו גובים מן הערב, שהרי בזה לא שייך לומר שהערב יבא לגבות מן היורשים שהרי הוא עצמו היורש, ועל כגון זה אנו אומרים 'הבו דלא לוסוף עליה', **וכן פסק הרמ"א**.

הפת"ש (ט) הביא את דברי הושב הכהן סימן פט שכתב שדין זה צע"ג. ובתשובה בפנים כתב שמכיון שכאשר גובים מהערב משתעבדים קרקעות של אביו לחוב שחייב לבנו משום שפרע את חובו, וא"כ הוא כאילו גבו יורשי המלוה מיורשי הלווה, **עוד כתב** שבזמן הזה אפילו אם ירשו רק מטלטלין אין לגבות מהערב, שגם מטלטלין משתעבדים משום תקנת הגאונים.

⁵⁶⁹ הרא"ש כתב כן לגבי מלוה שהתחייב להשבע ללקוחות, ולקמן בע"ה בסעיף יד נתייחס לזה שזהו כנגד הכרעת הפוסקים שרק במקרה שהתחייב שבועה ליורשים שייך הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו.

⁵⁷⁰ שבועות לב.

⁵⁷¹ מח. ד"ה הא דאמרינן.

⁵⁷² עיין בהערה 567 שהבאנו את דברי ר' דניאל שכתב שנראה שהר"י מיגאש למד שהואיל ולמסקנה קי"ל כרב ושמואל וכפי שהוכיחו הפוסקים, ממילא פשוט שדבריו של רמי בר חמא נדחו, שר' בר חמא סבר שלא הוכרעה הלכה כלל, וכבר הוכיחו הראשונים מהמשך הגמ' שאין הדבר כן. ועי"ש שביאר את הכרעת הרמב"ם.

⁵⁷³ שער יד ח"ב סימן ז.

⁵⁷⁴ שער יד ח"ד סימן א.

⁵⁷⁵ אות ע ערב יא עמוד ד.

⁵⁷⁶ שבועות לב.

⁵⁷⁷ שער יד חלק ד סימן ב.

⁵⁷⁸ בטור שלפנינו כתוב הרב משה הכהן והגיה הב"י על פי דברי המ"מ בהלכות מלוה פרק יז הלכה ד שהכוונה לרמ"ה ובהגהות והערות הערה עז כתוב שבדפוס ואדי אל חגארה כתוב הרמ"ה וכדברי הב"י.

האם יכולים יורשי המלוה לגבות מלקוחות כשמת לוה בחיי מלוה ולא הותיר בני חורין?

כתב הטור שבניגוד לערב שאם מת לוה בחיי מלוה אין יורשי המלוה יכולים לגבות מן הערב, בלקוחות אין הדין כן, ואם לא הותיר הלוה נכסים ליתומים, יכולים יורשי המלוה לגבות מן הלקוחות שהרי לקוחות יורדים על דעת הקרקע ודרכו של אדם לקנות קרקע אפילו ליום אחד.

כתב הבי"י **שדברים אלו לקוחים מהר"ן**⁵⁷⁹ **והתרומות**⁵⁸⁰ **בשם המאור**⁵⁸¹ וכתב המאור כן לשיטת הרב משה ברבי יוסף שסבר לעניין ערב, שאף אם אין ליתומים נכסים, אין גובים מן הערב, הואיל והיתומים מצווים לפרוע משום מצוה, ולכן נצרך לומר שבלקוחות אינם מצווים לפרוע כשאין להם נכסים, שהרי הלקוחות לא עשו טובה לאביהם, שדרך אנשים לקנות אפילו ליום אחד, ולכן לא חל עליהם המצוה לפרוע מנכסי אביהם.

וכתב הבי"י שלפי מה שכתב הטור לעיל שאנו פוסקים שכשאין נכסים של האבא ניתן ליטול אף מהערב, הואיל ואין היתומים מצווים לפרוע חוב אביהם מנכסים שלהם, אין כלל נ"מ בין ערב ללקוחות ואין צורך לדין זה, שלעולם כשאין נכסים יכולים יורשי המלוה לגבות בין מן הערב ובין מן הלקוחות.

ובבדק הבית הרחיב יותר וכתב שכאשר הותיר הלוה מטלטלים, הרי חוזרים הלקוחות לגבות מהם לאחר תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלים, ואם אין לו נכסים כלל אין כלל מצוה ליתומים ואין לקוחות גובים מהם כפי שביארנו לעיל לעניין ערב, ובאמת השו"ע לא הביא דין זה להלכה.

הסמ"ע (מ) הביא את דברי הטור הללו וכתב שאף אם הותיר הלוה מטלטלים, ניתן לגבות מן הלקוחות שהרי אין הלקוחות יכולים לגבות ממטלטלי היתומים, שהואיל ולא עשו הלקוחות לאביהם טובה, אין עליהם מצווה לפרוע מנכסי אביהם, [בניגוד לערב ומלוה שעשה טובה לאביהם ולכן מצווים לפרוע], ותמה על השו"ע שלא הזכיר דין זה, וכתב שכנראה היה פשוט לו שהרי זה דומה לערב. [א"א- נראה שכוונתו שכשם שכשאין נכסים ניתן לגבות מן הערב, הוא הדין בלקוחות כשיש רק מטלטלים].

הש"ך (כב) השיג על הסמ"ע וכתב שלא ראה את דברי בדק הבית שכתב שכיום אף אם הותיר הלוה מטלטלים אין גובים מן הלקוחות, הואיל ויכולים לגבות מהם מכח תקנת הגאונים.⁵⁸²

אך הביא הש"ך שהב"ח חלק על הבי"י וכתב שכשהלוה הותיר מטלטלין ליורשיו, גובים מלקוחות מהסברא שהבאנו בשם הסמ"ע שלעניין לקוחות אינם מצווה לפרוע מנכסי אביהם, וסבר הבי"ח שאף מן תקנת הגאונים אינן מחויבים לפרוע וביסס דבריו על דעת רבינו אפרים שלא תיקנו הגאונים שיעבוד מטלטלין אלא לגבי בע"ח ולא לגבי נזיקין ומכאן למד הבי"ח שלא תיקנו כן לגבי לקוחות.

אך הש"ך השיג על הבי"ח וכתב שהסכמת רוב הפוסקים והטור והשו"ע בסימן תיט היא שכיום מטלטלים הם כקרקע לכל דבר, [ולשיטתו אין זה מן התקנה אלא מן הדין עיין בסיכומינו לסימן עז סעיף א בעמוד 111], ולכן כאשר יש ליורשים ממטלטלים אביהם, אין גובים מן הלקוחות, הואיל והם יחזרו ויטרפו מן היתומים, עוד כתב הש"ך שנראה שאף רבינו אפרים יודה שגובים מטלטלים מן הלקוחות ורק לענין נזיקין אמר שאין גובים, הואיל ואינם שכיחים.

האם יכולים יורשי מלוה מוקדם לגבות קודם מלוה מאוחר כשיש נכסים רק בעבור אחד מהם?

כתב התומים (יב) שאם אדם לוח משנים בזה אחר זה ומת, ואין לו נכסים אלא כדי חובו של אחד, ושוב מת המלוה הראשון, יורשיו גובים מיורשי הלוה, ואיננו אומרים שכשם שאינו יכול ליטול מן היורשים בלא שבועה, כך אינו יכול ליטול מבעל חוב המאוחר, שהרי אם יטרוף מישהו מן המאוחר הוא אינו יכול לחזור אחר היורשים שהרי אין להם מנכסי אביהם, ולכן חזר הדין של 'הבו דלא לוסף עליה ונטלים בשבועה'.

עוד הביא התומים שהב"ש באה"ע **זי סימן צו** כתב שאם היורשים עצמם הם בע"ח מוקדמים מכח כתובת אמם, אין בע"ח מאוחר גובה מהם מטעם אחר, שיכולים למחול על השבועה שהאמא היתה חייבת להם. **והשיג התומים על טעם זה** וכתב שלא שייך מחילה מכיון שהשבועה היא משום חשש שמא נתן אביהם 'צרי' לאמא שלהם, ואין להם שום כח לגבות. אלא הטעם שיכולים לגבות הוא כפי שביאר, שבמצב הזה אין הבעל חוב יכול לטרוף מן היתומים ולכן ניתן לגבות ממנו.

הנתיבות (ה) השיג על התומים מכמה טעמים:
ראשית כתב שאם לא גבה בע"ח המאוחר עדיין פשוט שאין יורשי המוקדם יכולים לגבות, שהרי הם באים לגבות מן היתומים, וזהו עצם דינם של רב ושמואל שאין יתומים גובים מן היתומים, שהרי אנו פוסקים שבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, וא"כ כעת הוא גובה מן היורשים.

עוד כתב הנתיבות טעם נוסף שאינם יכולים לגבות כאשר הבעל חוב מאוחר עוד לא גבה והוא מפני שאולי ימחול בע"ח המאוחר על חובו.

וכתב הנתיבות שאפילו אם כבר גבה בע"ח המאוחר מן היורשים, אין יורשי בע"ח המוקדם טורפים ממנו, שמכיון שבא מכח היתומים דינו כיתומים. וכתב שהוא הדין שאין גובים מלקוחות שקנו מן היתומים ולא

⁵⁷⁹ שבועות לב.

⁵⁸⁰ שער יד חלק ד סימנים ב-ג.

⁵⁸¹ שבועות לב.

⁵⁸² כלומר נראה שאף הבדק הבית והש"ך מסכימים עם הנחת הסמ"ע [והב"ח שניבא לקמן] שכשיש מצוה על היתומים לפרוע אז אין גובים מן הערב /לקוחות, אלא שלענין לקוחות לא שיכת מצוה זו הואיל ולא עשו הלקוחות טובה לאביהם, ולכן אם הותיר הלוה מטלטלים, היה ניתן לגבות מן הלקוחות הואיל ולא יכולים לחזור אחרי היתומים, רק שהבדק הבית והש"ך סוברים שכיום אין זה רלוונטי מפני שבלאו הכי יכולים הלקוחות לגבות מן המטלטלים מכח תקנת הגאונים, וממילא אין לגבות מהם.

מהאבא, וביאר שזהו דין 'אי שתקת' וכמ"ש הר"ן⁵⁸³ שכל כח שהיו ליתומים שייכים גם ללקוחותיהם, ורק מלקוחות שקנו מחיי האבא יכול לגבות, הואיל ונחשבים כבאים מכח האבא, וגם מהאבא יכל המלוה לגבות.

עוד כתב התיבות שמיד בשעת מיתת המלוה פקע שיעבוד הואיל ולא יכלו ליטול בלא שבועה ואין אדם מוריש ממון שאינו יכול לגבות אלא בשבועה לבניו.

האם יכולים יורשי המלוה ליטול בשטר ממרני אף כשמת הלוה בחיי המלוה?

הקצות (ח) כתב שנראה בסברא שהכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו, אינו תלוי בכך שהיורשים אינם יודעים בוודאות שאביהם לא נפרע, שא"כ לא היו יכולים ליטול מהמלוה עצמו במידה וטוען שכבר פרע שהרי אינם יודעים בברי שפרע, אלא פשוט שמעמידים את השטר על החזקתו שלא נפרע, והטעם שאינם יכולים ליטול מן היורשים הוא מפני שאין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה.

על כן כתב הקצות שלכאורה נראה שבשטר ממרני, שהוא שטר שכל מי שמחזיק בו יכול להפרע מן הלוה, יכולים יורשי המלוה ליטול אף כשמת לוה בחיי מלוה, הואיל ואינם נוטלים מכח הירושה, אלא מכח שהשטר בידם.

אך כתב הקצות שבתשובות הרשב"א סימן תתקעא כתוב שאף אם כתוב בשטר שכל מי שיהיה בידו שטר זה יכול לגבות, ומת לוה בחיי מלוה, אין אחרים יכולים לגבות משטר זה, **ונשאר בקצות בצ"ע**.

מכל מקום כתב הקצות שלענין שטר ממרני אין בזה נ"מ ופשוט שניתן לגבות מהם אף כשמת לוה בחיי מלוה מכח תיקון הארצות שבשטר ממרני לעולם יש דין נאמנות, ולקמן בסעיף יג נביא שנפסק שכשיש נאמנות ליורשים גובים אפילו בלא שבועה, וכשיש רק לאבא גובים בשבועה ע"ש.

לשון השו"ע:

בד"א שירשי המלוה נשבעים ונוטלים מיורשי הלוה, כשמת מלוה ואחר כך מת לוה. אבל מת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת המלוה, אין היורשים, בין שהם בניו או אחים או שאר יורשים, נוטלים כלום אפילו בשבועה, שהרי כבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה, כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים. הגה: ואפילו נשבע המלוה כבר, לא מהני, אם יש לחוש שנפרע אחר השבועה (תשובת הרא"ש כלל פ"ו סימן ג'), **ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה. ואם עבר הדין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם. וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו, אין מוציאים מידם. לפיכך שטר חוב של יתומים הבאים ליפרע מהיתומים, שמת אביהם הלוה תחלה, אין קורעין אותו ואין מגבין בו.**

הגה: ודווקא האפוטרופוס; אבל הבית דין שבא לפניו לדין, ובא השטר לידם, ודאי קורעין אותו מאחר שפסקו שלא לגבות בו. מיהו אם לא קרעוהו, ובא אחר כך לבית דין אחר וגבו בו, מה שעשו עשוי (טור סכ"ו בשם הרמ"ה).

ואפילו היה שם ערב, ומת הלוה תחלה, לא יפרעו יורשי המלוה מהערב אם הניח הלוה נכסים, שאם יפרעו מהערב, הרי הערב חוזר ונפרע מיורשי לוה, כיון שהניח להם אביהם נכסים; ואין חלוק בין ערב לקבלן בזה. ויש אומרים דאם הערב הוא היורש בעצמו, גובה ממנו) (מהרי"ק שורש צ"א):

סעיף יב

מת לוה בחיי מלוה, והחזיק מלוה קרקע במשכון, אם יורשי המלוה יכולים לגבות

מקרקע זו? (ואם אומרים שאין אדם מוריש שבועה לבניו בכדי להוציא)

הטור והתרומות הביאו מחלוקת ראשונים במציאות בו הייתה הקרקע של הלוה ממושכנת למלוה והיה אוכל פירותיו ב'נכיתא' (שהיה מוריד את השווי של הפירות שאכל מהחוב), ומת הלוה בחיי מלוה.

הר"י מיגאש סובר שיתומי המלוה אינם יכולים לגבות מקרקע זו מכיון שיכל הלוה לסלק את המלוה במעות, לכן המלוה לא יכל לגבות מקרקע זו אלא במעות [א"א- נראה לי שהכונה מיתומי הלוה], וממילא כשמת אין יורשיו יכולים לגבות, מפני שאין אדם מוריש שבועה לבניו.

והר"א אב"ד⁵⁸⁴ **סבר** שהמלוה היה יכול לגבות ללא שבועה מכיון שהקרקע היא מוחזקת בידו, ולכן גם יורשיו גובים מקרקע זו, **והטור הכריע כדברי הר"א אב"ד**.

הב"י הביא שאף הריב"ש בסימן עח הכריע כר"א אב"ד שיכולים יתומי המלוה לגבות מקרקע זו, **וביאר הריב"ש** שבמציאות זו אין לחוש שהלוה כבר התפס את המלוה 'צררי' בחיולמלוה מכיון שפרעון החוב מזומן לו מקרקע זו, והביא הריב"ש ראייה לזה מהגמרא בכתובות נה. שאומרת שאם ייחד בעל, קרקע לכתובת אשתו, גובה ממנה בלי שבועה, והביא הריב"ש שכן כתב הרא"ש בתשובה⁵⁸⁵, ושכן כתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק יג הלכה ג שהמלוה על המשכון אין דין אין אדם מוריש שבועה לבניו. ואף שהרמב"ם דיבר במשכון של מטלטלין, וביאר משום שיש לו מגו שיכל לטעון שהמשכון הוא לקוח בידו, לא הוצרך לזה אלא משום שאינו ידוע בכמה הוא משכון בידו (ר"ל שהסך של החוב אינו ידוע, שאין לו שטר). אבל כאן שיש לו שטר אין צורך לזה.

השו"ע אף הוא הכריע כדעת הר"א אב"ד שיכולים יורשי המלוה ליטול מקרקע זו.

⁵⁸³ יבמות י"א ע"ב מדפי הר"ן.

⁵⁸⁴ שו"ת ראב"י אב"ד סי' קטו.

⁵⁸⁵ er כלל פו סימן ד

וכתב הסמ"ע (מא) שגובים היורשים ע"י שבועה שלא צוה להם אביהם על פרעון. **הש"ך (סוף ס"ק כה) תמה על הסמ"ע וכתב** שמכיון שאביהם היה נוטל בלי שבועה לשיטה זו אז גם יורשיו גובים שלא בשבועה.

הש"ך הכריע להלכה כדעת הר"י מיגאש וסייעתו לענין זה שהמחזיק במשכונא אינו נוטל מן היורשים אלא בשבועה, אך מכל מקום הסכים עם פסק השו"ע שאף יורשי המלוה יכולים ליטול בשבועה, ואין אומרים בזה שאין אדם מוריש שבועה לבניו מטעם אחר והוא שאין אומרים 'אין אדם מוריש שבועה לבניו, אלא כשבאים להוציא, וכאן הואיל ואביהם מחזיק בקרקע בתור משכון, אין הם נחשבים כמוציאים.

יסוד זה של הש"ך בנוי על ת' רשב"א שהביא הב"י⁵⁸⁶ שכתב כן לענין אדם שהחזיק בכסא בבית כנסת והודה שאינו שלו שהחזיק בו כמשכון, ונפטר המחזיק, ופסק הרשב"א שאף שהיה צריך המחזיק להשבע, יכולים היורשים להשבע ולהפטר ואין אומרים בזה שאין אדם מוריש שבועה לבניו.⁵⁸⁷ לשון השו"ע:

אם היה השטר משכונא, והיה אביהם מוחזק בה, גובה בלא שבועה; לפיכך אם מת, גם יורשים גובים:

סעיף יג

מת לוח בחיי מלוה והייתה נאמנות בשטר

כתבו התרומות⁵⁸⁸ **והטור** שאם מת לוח בחיי מלוה וכתוב בשטר נאמנות כנגד הלוח ובאי כוחו, נוטלים היורשים בשבועה שלא פקדנו אבא, ואם כתוב בשטר נאמנות אף לבאי כוחו של המלוה, נוטלים אפילו בלא שבועה.

הב"י כתב שדין זה פשוט והביא בשם ת' הרשב"א בסימן אלף קמ ח"א שאפילו לפי הסוברים שאין נאמנות מועילה ביחס ליתומי הלוח, מכל מקום יודו שהכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו לא שייך כשיש נאמנות, שבזה שייך הכלל 'הבו דלא לוסף עליה'. (וכ"כ הסמ"ע (מב) שזה החידוש בדין זה) לשון השו"ע:

במה דברים אמורים שאין היורשים נוטלין כשמת לוח בחיי מלוה, כשאין נאמנות בשטר. אבל אם יש נאמנות בשטר, אם האמין לוח למלוה עליו ועל באי כוחו, נשבעים יורשים ונוטלים, שהרי אביהם לא היה צריך לישבע לא ללוח ולא ליורשים. ואם האמין גם לבני המלוה, נוטלים בלא שבועה (הרא"ש בתשו' כלל ע"ט ע"א סי' ד' / כלל ע"א סי' ז'), אף אם המלוה נתחייב ללוח שבועה על עסק תביעה אחרת.

סעיף יד

במה איננו מקבלים את הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו?

הבאנו בסעיף יא שמבואר בגמרא בשבועות מח. שהכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו, הינו חידוש ואין לנו להוסיף עליו, וביארה הגמ' שלכן מלוה שפגם שטרו ומת, יכולים יורשיו ליטול מן הלוח, ואיננו אומרים שהואיל וכבר נתחייב שבועת פוגם שטרו, הוא אינו מורשה לבניו.

הסמ"ע בס"ק ל ציין שההבנה הפשוטה של דברי הגמרא היא שדווקא שבועה שנתחייב ליורשים אינה עוברת ליורשיו, אבל שאר שבועות עוברות ליורשים.

ואכן כך כתב הטור שבשבועה של הבא להיפרע שלא בפני בעל דין או מן הלקוחות או כשעד אחד מעיד שהוא פרוע, אם מת קודם שנשבע ובחיי הלוח נשבעים היורשים שבועת היורשים ונוטלים.

והב"י כתב שכן כתב העיטור⁵⁸⁹, וכן בשו"ע כאן. **הפת"ש (י) הביא משו"ת פרי תבואה סימן מא** שה"ה וכ"ש שבשבועה של לקוח המוקדם ללקוח המאוחר, אם מת לקוח הראשון יורשיו נשבעים שבועת היורשים ונוטלים.

וכתב הטור שגם מה שנאמר לגבי פוגם שטרו שיכולים היורשים ליטול, זה דווקא במקרה כשהלוח קיים, אבל אם מת לוח קודם מלוה, פשוט שאינם יכולים לגבות שזהו ממש הדין של רב ושמואל שאין יתומים גובים מהיתומים. **וכתב בבדק הבית** שפשוט שהוא הדין כשמת הלוח לאחר מות המלוה, **והביא הב"י**

שכ"כ התרומות⁵⁹⁰ **ובשם ה"ר יהודה ובעל העיטור**⁵⁹¹. **ובבדק הבית כתב בתחילה לדייק מלשון הרמב"ם בהלכות מלוה פרק יז הלכה ה'** שלדעתו בשבועת פוגם שטרו יכולים לגבות אפילו יתומים מן היתומין וכשמת לוח בחיי מלוה, שכל שבועה שאינה שבועת

⁵⁸⁶ ח"א סי' תתקלט.

⁵⁸⁷ עיין ב"ח ס"ק כח שתמה מדוע נצרכנו לכלל זה שהרי כאן מדובר שהתובע חי, ואיננו אומרים שאין אדם מוריש שבועה לבניו אלא במת לוח בחיי מלוה, ויישב שההו"א הייתה שהתובע הוא המוחזק והמחזיק נחשב כנשבע ונוטל, שבה אנו אומרים שאין אדם מוריש שבועה לבניו אף לגבי הנתבע כמבואר לקמן בסעיף יד לגבי נגזל ושכיר וכן בסימן פט סעיף ב עי"ש.

⁵⁸⁸ שער יד ח"ב סימן ח.

⁵⁸⁹ אות ע עיסקא יד עמוד ג.

⁵⁹⁰ שער יד חלק ב סימן ו.

⁵⁹¹ אות ע עיסקא יד עמוד ג.

היורשים לא שייך הכלל שאין יתומים גובים מן היתומים ודייק כך מכך שכתב הרמב"ם: 'וגובים בו בין מהלוח בין מירשיו'.

אך כתב לבסוף שניתן לומר שאף הרמב"ם מסכים שאם מת לוח בחיי מלוה, שאינם גובים, שהרי מלבד שבועת פוגם שטרו, חלה על אביהם שבועת היורשים, והרמב"ם דיבר רק כשמת מלוה בחיי לוח. וכן פסק בשו"ע.

והקשה הסמ"ע (מד) שלכאורה פשוט שאף בפוגם שטרו את מת הלוח קודם, שאין יכולים היורשים לגבות (וכמסקנת בדק הבית) ויישב שבאו להשמיענו שאפילו אם נשבע המלוה שבועת הפוגם ושוב מת הלוח ואח"כ מת המלוה, אין היורשים גובים וכמו שהביא הרמ"א מתשובת הרא"ש בסעיף יא.

א"כ עד כאן העלינו שאין אומרים את הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו, אלא לגבי שבועת הבא להפרע מן היורשים.

אך הבי"י בסוף סימן פד הביא תשובת הרא"ש⁵⁹² **שפסק** שאין אדם מוריש שבועה של עד אחד המעיד על שטר שהוא פרוע לבניו, וכן פסק בשו"ע שם בסעיף ה. והוסיף שם בב"י ובשו"ע שהוא הדין בשבועת הפוגם. **וכל האחרונים הקשו** שהרי הדין הראשון לעניין עד אחד סותר את דברי הטור והשו"ע כאן! והדין השני של פוגם שטרו סותר את דברי הגמרא במפורש שאמרה שאין אומרים כלל זה לעניין פוגם שטרו!:

הסמ"ע בס"ק ל הביא את דברי הלבוש שכתב ליישב שאם עבר זמן פרעון השטר בשעה שמת המלוה, או אם כבר תבע הלוח שישיב לו המלוה אפילו תוך זמנו, אין אדם מוריש שבועה אפילו בשבועת הפוגם לבניו, הואיל וכבר הוטלה השבועה עליו ואינו יכול להורשה לבניו ובוזה דיבר הרא"ש בתשובה, ואם לא עבר זמן הפרעון ולא תבע הלוח מהמלוה שישיב לו, אדם מוריש שבועה לבניו חוץ מהבא לגבות מהיתומים ובוזה דיברו הגמרא והפוסקים בסימן זה.

הסמ"ע השיג על דבריו וכתב שלא ניתן לומר שהגמרא דיברה כשמת המלוה קודם שהגיע זמן הפרעון שהרי מבואר בסימן עח שבמציאות כזאת, אין חיוב שבועה כלל. **ועוד**, שבתשובת הרא"ש משמע שדיבר באותה מציאות בה דיברה הגמ"י. [עיי"ש שהקשה עליו עוד].

לכן כתב הסמ"ע שאינו בידו ליישב כי אם לומר שהרא"ש בתשובה למד שהגמרא נקטה שבועת הפוגם דוקא, שרק בשבועה זו אומרים 'הבו דלא לוסף עליה' וכדמשמע מלשון הגמרא 'כגון מאי' (הביא שהתרומות והשואל בעוד תשובה של הרא"ש דנו באפשרות זו). וזהו משום ששבועה זו קלה היא, שבאמת היה מקום לומר שהמלוה הוא רק משיב אבידה.

אך ציין הסמ"ע שהרא"ש בפסקיו חזר בו מסברא זו, ולכן פסק הטור שכלל זה חל על כל שבועות שאינם שבועת הבא להפרע מן היורשים. וכתב שבאמת דברי השו"ע בסימן פד, והרמ"א שם שלא הגיה כלום, צע"ג.

וכתב הסמ"ע שלא ניתן לתרץ שמה שפסק השו"ע בסימן פד שאין השבועה עוברת ליורשים זה דווקא כשלא גילה המלוה שברצונו להשבע, ולכן יש לומר שמא לא היה נשבע והיו יורשי הלוח נפטרים, ואילו בגמרא וכאן אצלינו מדובר באופן שגילה המלוה שברצונו להשבע, שהרי משמע שהרא"ש דיבר באותה מציאות בה דיברה הגמרא.

עוד כתב שנראה שקשה לומר בדברי הרא"ש שדיבר באופן שכבר פסקו ב"ד את הדין שבזה אף לעניין פוגם שטרו או אומרים, שאין אדם מוריש שבועה לבניו, **וכפי שכתב רבינו ירוחם**⁵⁹³ **בשם הרמב"ן**.

ודחה זו מכמה סיבות: שנראה שהרא"ש והגמרא דיברו באותה מציאות, ועוד שבתשובת הרא"ש משמע שדיבר אף באופן שלא עמדו בדין, ועוד שהגמרא כתבה במפורש שאין לומר שדווקא כשכבר עמד בדין, אין אדם מוריש שבועה לבניו, ומשמע שאין לחלק בזה, ועוד שמשמע מלשון הגמרא שאין להוסיף כלל על דינים של רב ושמואל ורק בזה אומרים 'הבו דלא לוסף עליה'.

הש"ך בסימן פד ס"ק יא הביא שהב"ח כתב שהרא"ש בתשובה דיבר כשמת הלוח בחיי המלוה. **וכתב הש"ך** שדבריו דחוקים הם, ועוד שבמציאות שמת לוח בחיי מלוה, אינם יכולים לגבות אפילו מבלי שנתחייב בשבועת עד אחד ופוגם שטרו.

ומכל מקום כתב הש"ך שצדק הב"ח להלכה, ואין לבדות חילוקים שאינם נכונים, ויותר טוב להשאיר את דברי הרא"ש והשו"ע בצ"ע.

א"כ להלכה עולה שהסכימו הש"ך הסמ"ע והב"ח שלעולם יכולים לגבות בשאר שבועות ורק בשבועות היורשים אינם יכולים לגבות, והלבוש סבר לחלק בין מציאות שכבר נתחייב בשבועה, ורבינו ירוחם כתב לחלק בין מציאות שעמד בדין, למציאות שלא עמד בדין.

הקצות (ט) כתב לבאר את דברי רבינו ירוחם שכל מה שכתב שאם עמד המלוה בדין, הוא אינו מוריש לבניו זה דווקא לעניין לקוחות, ובתחילה הקדים בביאור הכרעת הגמ' מדוע הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו שייך רק ביחס ליתומים, וכתב שכל טעמים של רב ושמואל שאין אדם מוריש שבועה לבניו הוא משום שהם סברו שאין שעבוד התורה ואינו אלא מדרבנן ולכן היתומים שאינם יכולים להשבע בב"י מפסידיים את השעבוד, אך כל זה שייך דווקא כאשר הנכסים לא נמצאים אצל הלוח, שהרי על הלוח מוטלת החובה לפרוע, ולכן לעניין פוגם שטרו ושבועת עד אחד שבאים ליטול ממנו, איננו אומרים כלל זה, ובאמת לפי זה היה צריך לומר שגם בשבועה של הבא לגבות מהלקוחות אין אדם מוריש אותה לבניו, הואיל ואינם גובים ממנו והפסידו שעבודם, אלא שבזה לא החמירו כ"כ מכיון שיש אפשרות ללקוחות לחזור ולגבות מהלוח כשישיג את הכסף, וכמ"ש הרא"ש בתשובה בכלל פו סימן יב.

על פי זה כתב הקצות שיתכן שמפני זה חילק רבינו ירוחם לענין לקוחות שאם עמד בדין או אומרים שאין אדם מוריש שבועה לבניו, הואיל ולא שייך בהם שעבוד וכבר עמד הלוח בדין, שבזה שייך החומרא של רב ושמואל אך באמת לעניין שאר שבועות כגון פוגם שטרו ועד אחד לא שייך חילוק זה, ובוזה מתורצת קושיית

⁵⁹² כלל ס"ח סימן י"ט

⁵⁹³ נתיב כו ח"ג.

הסמ"ע שהקשה שמבואר בש"ס שאין חילוק בין עמד בדין ללא עמד בדין, שבאמת לשאר שבועות אין חילוק בזה.

אך הנהיבות (ד) כתב לקיים את דברי רבינו ירוחם אף לגבי שאר שבועות וביאר בטעם הדבר שהואיל וכבר עמד הלוח בדין והתחייב שבועה, כבר חל הכלל שאם לא נשבע מפסיד והוא הדין ליורשיו.

וכתב הנהיבות שמה שכתבה הגמ' שאין חילוק בכלל זה בין עמד בדין ללא עמד בדין, זה דווקא לגבי חיוב שבועת יתומים מן היתומים כשמת לוח בחיי מלוה והוא מפני שכשמת הלוחה כבר התחייב המלוה בשבועה אפילו בלי העמדה בדין, ולכן אין חילוק בין עמד לדין ללא עמד בדין.

ומכל מקום כתב הנהיבות שהעיקר להלכה הוא כפי ששמע בפוסקים שאומרים 'הבו דלא לוסף עליה' אפילו כשכבר התחייב האבא שבועה בחייו.

האם אומרים את הכלל שאין אדם מוריש שבועה לבניו בשבועת השכיר והנגזל ועוד?

הטור כתב שרק במלוה עם שטר אנו אומרים שירשי המלוה נשבעים ומוריש אדם שבועה לבניו אבל שכיר ונגזל שאין להם שטר וכן שבועת היסת שנהפכה לתובע ומת, אין היורשים יכולים להשבע וליתול

והב"י ציין שמקורו בעיטור⁵⁹⁴ ולמד כן מן הירושלמי בשבועות פרק ז הלכה א.

[ובסימן פט סעיף הביא הב"י שכן למד הרשב"א בת' ובסיכומינו שם הארכנו בדין זה ע"ש.]

ולגבי שבועת החנוני על פנקסו כתב הש"ך (כז) שירשי הפועלים נשבעים ונוטלים מכיון שהחיוב הוא ברור ויש ספק בפרעון (ומעיקר הדין מוציאים ממון אפילו בלי שבועה). והביא ש"כ הר"ן בפרק האיש מקדש והמ"מ בפט"ז מהלכות מלוה ולוה בשם הרמב"ן.

וביורשי החנוני כתב שהדין תלוי במחלוקת הראשונים האם נוטל החנוני מן הדין או מן התקנה, וציין למה שהכריע בסימן צא שהעיקר הוא שדין החנוני הוא כדין הפועלים. ועיין בזה בסיכומינו לסימן צא.

כשהוריש האדם שבועת שכיר, נגזל והיפוך היסת ליורשים, מה נשבע הנתבע?

הב"ח הביא את דברי המהרש"ל בביאורו לטור שכתב שבמקרה של שבועת שכיר שהיורשים אינם יכולים להשבע, נשבע בעה"ב היסת ונפטר.

והשיג עליו הב"ח שהשבועה היא בנקיטת חפץ וכפי שכתב הר"ן⁵⁹⁵ לגבי שכיר שהיה עבד או חשוד שחזרה השבועה אצל בעה"ב. וכן הוא דעת הרמ"ה בסימן צב.

אך הש"ך (כו) ציין לדבריו בסימן פט (סק"ג) שם הביא שדעת המאור והרמב"ם והטור והמחבר היא כמהרש"ל, שנשבע היסת ונפטר.

והקצות (י) כתב שכאן גם הר"ן יודה שבעה"ב לא נשבע אלא היסת, מפני שלירשי השכיר לא תיקנו שום שבועה חמורה אפילו על בעה"ב כדברי הירושלמי.

עוד הביא הב"ח בשם מהרש"ל שאם היפך הלוח שבועת היסת על המלוה ומת המלוה ואין היורשים יכולים להשבע כפי שכתב הטור, נשבע הלוח היסת ונפטר, וכן הסכים הש"ך (כח)

אך הקצות (י) כתב שבזה אין על הנתבע אלא חרם סתם, שכבר נפטר מהיסת בשעת ההיפוך. לשון השו"ע:

זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו, אין דנין מדין זה לכל הדומה לו, אלא הרי הפוגם שטרו ומת, אף על פי שאינו גובה אלא בשבועה, הרי בניו נשבעים: שלא פקדנו אבא על ידי אחר ושלא אמר לנו בפיו ולא מצינו בין שטרותיו של אבא שכל שטר זה פרוע, וגובים שאר השטר, בין מהלוח בין מיורשיו; וכגון שלא מת הלוח קודם מלוה. וכן הבא ליפרע שלא בפני בעל דין, או מהלקוחות, או עד אחד מעיד שהוא פרוע, ומת קודם שנשבע; ובחיי הלוח, יורשים נשבעים שבועת היורשים, ונוטלים. ואם שני עדים מעידים שקצתו פרוע, נשבעים: שלא פקדנו שיש ממנו פרוע יותר ממה שהעדים מעידים. ודוקא בכי האי גוונא, דנקיטי שטרא, נשבעים ונוטלים. אבל שכיר ונגזל שאין להם שטר, וכן שבועת היסת שנהפכה לתובע, ומת, אין היורשים נשבעים ונוטלים:

סעיף טו

יורשי המלוה הבאים עם שטר וטענו יורשי הלוח שמעולם לא לוח אביהם

מסקנת הגמרא בכתובות פח. היא שאם טענו היתומים שאמר להם אביהם שמעולם לא לוח, גובה המלוה בלי שבועה. שכל האומר לא לויתי הוא כאומר לא פרעתי.

וכתב הסמ"ע (מט) שזהו רק אם טוענים כן בברי.

הב"י בתחילת הסימן כתב ששמע מדברי התרומות שאפילו ביתומים קטנים הדין הוא כן, וכתב שזה 'לא נהירא', שטענת קטנים אינה טענה כלל, **והניח בצ"ע.**

כתב הרמב"ם⁵⁹⁶ שאפילו אם האמין המלוה ללוה בטענת פרעתי, כאן חייבים, שלא האמין לו בטענת לא לויתי. וכתב המ"מ שפשוט הוא, וכ"כ התרומות⁵⁹⁷ והטור והשו"ע דין זה.

הסמ"ע (נ) בפירושו לדין זה כתב שירשי המלוה נשבעים ונוטלים.

⁵⁹⁴ אות ע עיסקא יד עמוד ג.

⁵⁹⁵ שבועות כז. ד"ה ירושלמי.

⁵⁹⁶ מלוה ולוה יז, ו.

⁵⁹⁷ שער יד חלק ח סימן א.

הנתיבות (ו) תמה על דבריו שהרי מפורש בדברי השו"ע שנוטלים בלי שבועה. **ולכן הגיה הנתיבות בסמ"ע** שדיבר כשטוענים יורשי הלווה שפרעו אחרי הכפירה, והחידוש הוא שאף שהטור פסק בסימן עט שאפשר לטעון פרעתי אחרי כפירה חוץ לב"ד, מ"מ בטלה נאמנותם, ובזה לא שייך הדין שאין אדם מוריש שבועה לבניו, שלא חל חיוב השבועה אלא אחרי טענת ברי של פרעון. לשון השו"ע:

מלוה או יורשיו שבאו לגבות מיורשי הלוה, וטענו: אמר לנו אבא: לא לויתי שטר זה מעולם, הרי המלוה או יורשיו גובים בלא שבועה, ואפילו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה, ואפילו האמין המלוה ללוה לומר: פרעתי:

סעיף טז

המוציא שובר נגד יתומים קטנים

לשון הגמרא בב"ב ז:

ההוא שטרא דיתמי דנפיק עליה תברא:

אמר רב חמא: אגבויי לא מגבינן ליה ומיקרע לא קרעינן ליה; אגבויי לא מגבינן ליה, דנפק תברא עליה; מיקרע לא קרעינן ליה, דכי גדלי יתמי דילמא מייתו ראייה ומרעי ליה.

אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרבינא: הלכתא מאי? א"ל: בכולהו הלכתא כרב חמא, לבר מתברא, דסהדי בשקרי לא מחזקינן.

מר זוטרא בריה דרב מרי אמר: כהא נמי הלכתא כרב חמא, דאם איתא דתברא מעליא הוא - איבעי ליה לאפוקי בחיי אבוהון, ומדלא אפקיה, שמע מינה זיזייה.

כלומר רב חמא סבר שאם שובר יוצא נגד שטר של היתומים יתומים, לא גובים בו ולא קורעים אותו. שכשיגדלו היתומים אולי יביאו ראייה נגד השובר.

ופסק רבינא שאין הלכה כמותו בעניין זה, הואיל ואין להחזיק את עדי השובר כשקרנים. **ומר זוטרא בריה דרב מרי פסק** כרב חמא גם בזה, שאם שובר אמיתי הוא, היה ללווה להוציא אותו בחיי המלוה, ולכן יש סברא לומר שהוא מזויף.

וכל הפוסקים פסקו כמר זוטרא וכרב חמא שמחכים עם שטר זה עד שיגדלו.

הטור הביא את דברי הר"י מיגש⁵⁹⁸ **שכתב** שהדין הזה הוא נכון אפילו אם זמן פרעון השטר לא הגיע בחיי המלוה, שמ"מ היה ללווה להוציא את השובר בב"ד ולהחזיק את השטר כפרוע. ולכשיגדלו אם יכולים להוכיח שהשובר הוא פסול גובים, ואם לא קורעים את השטר.

אך הביא שהרמ"ה⁵⁹⁹ **חולק וסובר** שלא דיברה הגמרא אלא כשיש עדים שתבע המלוה בשטר הזה אחרי זמנו של השובר, ולא הוציאו הלווה. **והב"י הביא שכן סברו הרשב"א**⁶⁰⁰ **והתרומות**⁶⁰¹.

עוד הביא הטור שהרא"ש כתב כדברי הר"י מיגאש שגם קודם זמן הפרעון מחכים שיגדלו, **וכתבו התרומות והב"י שכן דעת הרמב"ם**⁶⁰² **מכך שלא חילק בין שטר בתוך זמן הפירעון לשטר שלאחר זמן הפירעון.**

השו"ע סתם ולא חילק **והסמ"ע (נא)** העתיק את דברי הר"י מיגש.

אבל הש"ך (לא) כתב שבאמת אין הכרע מדברי הרמב"ם, והעיר שהמ"מ הביא את המחלוקת ולא דייק כלום מהרמב"ם.

והכריע הש"ך שהעיקר הוא כדעת הרמ"ה וסייעתו, **והביא שכן נראה דעת הנמו"י ורבינו ירוחם** שהביא את דעת החולקים על הר"י מיגש.

עוד כתב הש"ך שנראה שגם הר"י מיגש לא דיבר אלא בשובר שאינו מקוים, שאין מקיימים אותו מפני הריעותא מהחשש שכתבו הרשב"א והתרומות ששמא כיון וזיין יפה. אבל בשובר מקוים גם הר"י מיגאש יודה שלא חוששים לזה רק מפאת ריעותא הקטנה זו שלא תבעו בחיי המלוה.

עוד כתב הש"ך שנראה שלא דיבר הר"י מיגש אלא כשעוד לא הגיע זמנו של שטר, שבצירוף החזקה שאין אדם פורע תוך זמנו ועוד ריעותא זו לא מקיימים את השובר. אבל אם עכשיו הגיע זמנו של השטר גם הוא מודה לדברי הרמ"ה. ודייק כן מלשון הרא"ש.

הוציאו יורשי המלוה שטר ויש שובר ליורשי הלוה ויש עדים שזוכרים שפרעו הלוה או שמקיימים את השטר?

הביא הב"י תשובת הרשב"א⁶⁰³ **שכתב בשם רבו**⁶⁰⁴ שאפילו אם יש עדים שמעידים שזוכרים את הפרעון, אין מקבלים עדותם שלא בפני בעל דין.

⁵⁹⁸ ב"ב ז: ד"ה בהא.

⁵⁹⁹ ב"בז: סימן עג.

⁶⁰⁰ ב"ב ז: ד"ה מדלא.

⁶⁰¹ שער לא ח"ב סימן א.

⁶⁰² מלוה ולוה יז, ח.

⁶⁰³ חלק ב סימן שעו.

⁶⁰⁴ בהגהות והערות העירו שזה מופיע בדברי רבינו יונה, ושנראה שהתכוין לו ולא כמ"ש הב"י שהוא הרמב"ן.

וכן כתב המגיד משנה⁶⁰⁵ בשם הרשב"א והוסף שאפילו מעידים שהם חתמו את השובר ושיש נקב בצד אות פלונית, אין מקבלים מהם מטעם זה, וכ"כ הנמו"י⁶⁰⁶, והביאו הדרכי משה (ט).
ובבדק הבית הקשה שהרי נפסק בב"ק קיב: שמקיימים את השטר אפילו שלא בפני בעל דין. **וישב שכאן זה שונה** הואיל ויש רגלים לדבר שלא לסמוך על עדות זו הואיל והשטר קיים ביד היתומים.
אבל דעת רבינו ירוחם⁶⁰⁷ שאם מעידים על חתימות העדים קורעים את השטר שלא כרשב"א. **השו"ע סתם כדעת הרשב"א** שאפילו אם מעידים עדים שראו שפרע, מחכים שיגדלו.
וכתב הש"ך (לב) שכן עיקר ודלא כגידולי תרומה שהניח קושיית הבדק הבית בצ"ע, וגם השיג על הב"ח שסבר שאף הרשב"א לא דיבר אלא שעדים מעידים שראו את הפרעון שבוזה עדיין מחכים, אבל אם באו לקיים ודאי שמקבלים דבריהם, וזה בניגוד למה שהביא המגיד משנה בשם הרשב"א.
הקצות (יא) כתב ליישב את קושית בדק הבית באופן אחר והוא שהרשב"א הלך לשיטתו שסובר שהטעם שמקיימים את השטר שלא בפני בעל דין הוא משום שהעדויות היא רק על כתב ידי העדים ולא על המנה שבשטר ולכן כאן על כרחך צריכים להעיד על המנה שבשטר, שאם יעידו רק על חתימתם עדיין יש לחשוש שמא כיון וזייף יפה.
וכתב הקצות שלהלכה אין מוציאים את השטר מיד היתומים נגד דעת הרשב"א, אף שלפי התוס' היה לנו לקיים את השובר אף שלא בפני בעל דין מכיון שקיום שטרות הוא דרבנן [כנגד תירוצו של בדק הבית שכאן אין מקיימין שלא בפני בעל דין מחמת הריעותא].
 [וציין הקצות שנראה שהב"י בסימן קי הביין את דברי הרשב"א באופן אחר, והוא שאין מקיימין שטר בפני קטן, [שם כתב הב"י כן דווקא בשטר צוואה], ודחה הקצות את דבריו].
 לשון השו"ע:

ורש קטן שהיה שטר חוב לאביו, ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו, אין קורעין את השטר ואין מגבים בו עד שיגדלו היתומים, שמא שובר זה מזויף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בח"י אביו. ואפילו יש עדים שמעידים שזוכרים הפרעון, אין עדותם עדות, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. ואפילו מתקיים השובר בחותמיו, ואפי' מפי עדים שאמרו: אנו חתמנוהו ונקב יש בו בצד אות פלונית, אין מקבלים מהם, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין.

סעיף יז

הנפרע מיתומים שלא בשבועה מנדים אותו

כבר ביארנו בסעיף ג שאפילו יש למלוה שטר, הוא אינו נפרע מיתומים גדולים אלא בשבועה.
וכתב רבינו ירוחם בנתיב כו חלק ג, שאם נפרע שלא בשבועה מנדים אותו עד שישבע.
השו"ע כתב 'אי נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים'.
וביאר הסמ"ע (נב) שכתב כן למרות שבד"כ אין גובים מקטנים כלל אפילו בשטר, ובאחת מג' דרכים גובים בלא שבועה כמבואר בתחילת הסימן, אך מכל מקום כתב כן מפני שיש מצבים שגובים אף מקטנים בשבועה כגון לכתובת אשה כמבואר בסימן קי או במי שלוח לצורך מזונות ומס כמבואר בסימן קט.
 לשון השו"ע:

אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא בשבועה. ואם נפרע שלא בשבועה, היו מנדין אותו עד שישבע:

סעיף יח

מאיזה קרקע נפרעים מן היתומים?

לשון המשנה בגיטין מח:

אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית.
 ובגמרא נ.

בעי רב אחזבוי בר אמיי: יתומים שאמרו, קטנים או אפילו גדולים? תקנתא היא דעבוד רבנן גבי יתמי, לקטנים עבוד רבנן, לגדולים לא עבוד רבנן, או דלמא משום דלא מסיק אדעתא דמלוה דמית ליה ונפלי נכסי יתמי, דהוה ליה נועל דלת, הלכך אפילו גדולים נמי?
ת"ש, דתני אביי קשישא: יתומין שאמרו - גדולים, וא"צ לומר קטנים. ודלמא הני מילי לענין שבועה, דגדול במילי דאבוה כקטן דמי, אבל לענין זיבורית לא.
והלכתא: יתומין שאמרו - גדולים, וא"צ לומר קטנים, בין לשבועה בין לזיבורית.
 כלומר מבואר בגמ' שאין נפרעים מיתומים בין גדולים ובין קטנים אלא מן הזיבורית.
וכתבו הרמב"ם⁶⁰⁸ והר"ן⁶⁰⁹ והתרומו⁶¹⁰ והטור שאין חילוק בזה בין בנים לשאר יורשים.

⁶⁰⁵ מלוה יז הלכה ח.

⁶⁰⁶ ב"ב ד: סוף דיבור ראשון.

⁶⁰⁷ נתיב כו חלק ג.

⁶⁰⁸ מלוה ולוה יט, א.

⁶⁰⁹ גיטין כד: ד"ה גמ' אתה.

⁶¹⁰ שער ד חלק ג סימן ג.

כיצד נפרעים מן היתומים כשהתנו בשטר להפרע מן העידית או מן הבינונית?

לשון הגמ' בגיטין נ.

אמר מר זוטרא בריה דרב נחמן משמיה דרב נחמן: שט"ח היוצא על היתומין, אף על פי שכתוב בו שבח - אינו גובה אלא מן הזיבורית.

אמר אבין: תדע, דבע"ח דיניה בבינונית, ומיתמי בזיבורית.

א"ל רבא: הכי השתא, בעל חוב דיניה מדאורייתא בזיבורית, כדעולא, **דאמר עולא:** דבר תורה בעל חוב בזיבורית, ...וגבי יתמי אוקמה רבנן מדאורייתא, אלא הכא כיון דדיניה מדאורייתא בעידית, אפילו מיתמי נמי בעידית. ולרבא, והתני אברם חוזאה: אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית, ואפילו הן ניזקין; והא ניזקין דינן מדאורייתא בעידית! הכא במאי עסקינן - כגון שהיתה עידית דיניק בזיבורית דמיזיק, ורבי ישמעאל - היא, דאמר מדאורייתא בדיניק שיימינן, ומפני תיקון העולם תקינו רבנן בדמיזיק, וגבי יתמי אוקמה רבנן מדאורייתא. איני? והתני רבי אליעזר ניותאה: אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית, ואפילו הן עידית; מאי אפילו הן עידית? לאו אף על גב דכתיב עידית בשטרא! לא, מאי עידית? שפאי עידית, כדרבא, דאמר רבא: הזיק זיבורית - גובה מן העידית, שפאי עידית - גובה מן הבינונית, וגבי יתמי אוקמה רבנן מדאורייתא.

כלומר מבואר בגמרא שנחלקו מר זוטרא בריה דרב נחמן ורבא ממה גובים מן היתומים כשכתוב בשטר במפורש לגבות מן השבח (עידית).

דעת מר זוטרא בשם רב נחמן שאפילו במקרה זה אין גובים אלא מן הזיבורית.

ורבא סבר שאם התנה במפורש גובה ממה שהתנה, שלא הפקיעו מן היתומים דין התורה אלא העמידו על דין תורה לגבות מן הזיבורית, אבל כשהתנו במפורש לגבות מן העידית, אין מפקיעים דין זה אפילו בשביל יתומים.

הגמרא הקשתה מס' קושיות על רבא ותירצה אותם.

וכתב הרי"ף בדף כד: "ורבא פליג עליה ואקשי ליה ופריק ליה, הילכך הילכתא כוותיה. ואיכא למימר כיון דאביי ורב נחמן קיימי בחדא שיטתא, הוה ליה יחיד לגבייהו ולית הלכתא כוותיה, וההיא פירוקא דפריק שינויא היא [ולא סמכינן אשינויא]."

והביא הב"י מהתרומות⁶¹¹ **שהעיד ה"ר יונתן שחזר בו הרי"ף ופסק כרב נחמן**, וכן הניח המ"מ⁶¹² בדעתו, וכן פסק הרא"ש⁶¹³ והביא התרומות שכ"פ הראב"ד בהשגות על הרי"ף.

ורבינו ירוחם⁶¹⁴ **כתב בשם רבינו יונה** שאפילו אם עשה קרקע של עידית אפותיקי סתם, אין גובים ממנו מן הירשים.

אך כתב התרומות שהר"ח פסק כרבא משום שהגמרא ענתה על כל הקושיות שהקשתה עליו.

השו"ע פסק כדעת רוב הפוסקים כרב נחמן שאף אם התנה אין גובים אלא מן הזיבורית.

וכתב הרא"ש בשם הרמב"ן שעל אף שפסקנו כרב נחמן, שאף אם התנה, אין גובים אלא מן הזיבורית, זהו דווקא שלא כתב במפורש שגם מן היתומים יגבה מן העידית, אבל אם התנה במפורש לגבי היתומים, גובים ממה שהתנה, והמ"מ הביא שכן דייק הרמב"ן מהרמב"ם⁶¹⁵ שכתב: "וכן אם התנה שיגבה מן העידית גובה מן העידית אף מן הירושין, שכל תנאי שבממון קיים.⁶¹⁶" והביא המ"מ שכ"כ רבינו יונה והרשב"א⁶¹⁷.

הטור והשו"ע סתמו כדעת הרמב"ן וסייעתו (וכתב הש"ך (לו) שאף אם התנו ולא כתבו גובים ממה שהתנו) **והסמ"ע (נד) והש"ך (לד)** הביאו דברי רבינו ירוחם.

והש"ך (לד) למד מדברי הרא"ש (בשם רבינו יונה) שדווקא לגבי יתומים קטנים לא מועיל תנאי, שרק בהם תיקנו תקנה מיוחדת, ובגדולים רק השאירו את דינו של התורה שגובים מזיבורית, אבל במקום שמהתורה גובים מעידית לא הפקיעו זאת.

אך כתב הש"ך שמדברי הטור נראה שהוא הדין גם לגדולים וביאר הש"ך שהוא סובר שעשו ילא פלוגי בזה כדי שלא תטעה בין התנה ללא התנה, אך כתב שנראה שמכל מקום אין דעת הרא"ש כן.

לשון השו"ע:

אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא מהזיבורית, ואפילו התנה שיגבה עידית או בינונית, לא מהני תנאה גבייהו. ואם כתב בפירוש שיגבה עידית או בינונית ממנו או מירש"י, מהני תנאה:

⁶¹¹ שער רביעי ח"ג סימן ז.

⁶¹² מלוה ולוה טו, ז.

⁶¹³ גיטין פרק ה סימן ב.

⁶¹⁴ נתיב כו חלק ג.

⁶¹⁵ מלוה ולוה טו, ז.

⁶¹⁶ אמנם היה ניתן לפרש שהרמב"ם פסק כרבא וכדעת הרי"ח אך המ"מ הביא מהרמב"ן שלא הבין כך בדבריו.

⁶¹⁷ גיטין נ. ד"ה אמר מר זוטרא.

סעיף יט

האם גובים מיתומים מקרקע שלא עושה פירות?

כתב הטור בשם תשובת הרי"ף⁶¹⁸ שקרקע שלא עושה פירות יותר על עבודתה אין עליה שם קרקע, ואין בעל חוב גובה ממנו אפילו מן היתומים. וכן פסק השו"ע. וכתב **הסמ"ע (נה)** שכל זה כשיש קרקעות אחרים שחייבים לפרוע לו מקרקע אחרת, אבל פשוט הוא שאם אין לו עוד קרקעות גובה מזה, ואין דינו כמטלטלין. לשון השו"ע:

והא דאמרין דגובה מהזבורית, דוקא כשהיא עושה פירות יותר על עבודתה, שאם לא כן אין שם קרקע עליה אלא ארץ גזירה

סעיף כ

מה הדין כשתפס המלוה קרקע בינונית מיורשי המלוה?

בגמרא בכתובות בדף קי. כתוב שאם שני בני אדם לוו זה מזה, ומת אחד מהם, ולשני יש עידית ובינונית וליתומים יש זיבורית, כל אחד נשאר בשלו. ואף שאין גובים מן היתומים אלא מן הזיבורית, אם תפס לא מוציאים ממנו.

הטור כתב דין זה וכתב שרק כאשר תפס מחיים מועילה תפיסתו, אבל אם תפס לאחר מיתה כגון שקנה הלוח את הבינונית שלו לאחר מיתת המלוה¹, לא מועילה תפיסתו.

וכתב הב"י שהסיבה שהצריך דווקא תפיסה מחיים, הוא כנראה מפני שכתוב בכתובות פד: שתפיסה לאחר מיתה אינה מועילה.

עוד דייק הב"י מדברי הטור שדווקא תפיסה כמו במקרה של הגמרא שהייתה ברשות מועילה, אבל אם תפס מהלוח שלא ברשות, לא מועילה תפיסתו, וכתב שכן משמע קצת בתרומות.⁶¹⁹

וכתב הסמ"ע (נז) שאף שבדרך כלל לא מועילה תפיסה אלא כשידוע מחיים שעשה כן לשם תפיסה כגון שידוע שהלוח ביקש שיחזיר לו את נכסים הללו ולא רצה, בקרקעות אין צורך לזה מכיון שדעתו של מלוה סומכת עליהן.

הנתיבות (ט) הביא שהגידולי תרומה הקשה על מה שכתב הטור שאם קנה הלוח קרקע לאחר מיתת אביהם, שאינו יכול לתפוס בעבור חובו וצריך לפרוע ליתומים, שלכאורה זה סותר את דברי הגמ' בכתובות קי. ששאלה מדוע שלא נבאר שמה שכתוב במשנה שיזה גובה וזה גובה' הוא באופן שעומד הלוח מול היורשים ומחוייב לפרעם בבינונית והם פורעים מן הזיבורית והשיבו שכיון שתפס אין מוציאים מידו, ומדוע שלא נאמר שמדובר באופן שקנה הקרקע לאחר מות אביהם.

וכתב הנתיבות שבכדי לתרץ את דבריו יש להקדים בב' קושיות נוספות:

שלכאורה מהגמ' הנ"ל יש גם לדייק שאף אם יש לו מעות אינו חייב לפרעם במעות, שאחרת הייתה הגמ' צריכה לומר שמדובר באופן הזה, ולכאורה דבר זה קשה מב' סיבות, האחת שלפי הנתיבות החיוב לפרוע במעות הוא מן התורה וכפי שביארנו בסיכומינו לסימן קא בעמוד 42, וא"כ בזה אי אפשר לומר שהואיל ותפס אנו מעמידם על דין תורה, שהרי מן התורה מחוייב בזה, ועוד שאם נאמר שאינו מחוייב להשיב את המעות, אז יותר קשים דברי הטור שאם קנה במעות אלו קרקע מחוייב לפרוע, שהרי אפילו במעות שהוא דין תורה, אינו מחוייב, וכיצד מחוייב לפרוע מן הבינונית שזה דין דרבנן?

וכתב הנתיבות ליישב שהסיבה שאינו מחוייב לפרוע במעות, הוא מפני שהפריעה במעות נחשבת כהפסד, שהרי אם יפרעם במעות והם יפרעו לו בקרקע, ויתברר שהקרקע שפרעו לו אינה שלהם, שוב לא יוכל להפרע מהם שהרי אין הם מחוייבים באחריות בקרקע שאינה שלהם, לעומת זאת אם יפרעם בקרקע, לעולם יוכל לשוב ולגבותה מדין נכסים שגבות יתומים בחובת אביהם שבעל חוב חוזר וגובה מהם, וכבר מבואר בתוס' בכתובות צב. שבמקום הפסד אינו מחוייב לפרוע במעות, ובה מיושבת השאלה מדוע אינו מחוייב לפרוע במעות על אף שהוא דין תורה.

ובכדי ליישב את הקושיא על הטור שכתב שאם קנה קרקע אחר מות האבא אינו יכול לתפוס, יש לומר שבאמת מדינא דגמרא היה יכול לתפוס שהרי יכל לתפוס את המעות עצמם וכפי שביארנו, וממילא מיושבת קושית הגידולי תרומה מדוע הגמרא לא הציעה אפשרות זו, אלא שהטור דיבר לאחר תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלים, שבה כבר אין הפסד, הואיל וגם אם יפרע להם במעות, יוכל לשוב ולהפרע מהם.⁶²⁰

⁶¹⁸ סימן ריח.

⁶¹⁹ שער ד חלק ג סימן ו.

⁶²⁰ עיין בטבעת החושן שכתב:

אינו מונב לכאורה הא אפילו לאחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי אבל זה רק במטלטלים שירשו או שגבו בחובת אביהם אבל אם יוציאו המטלטלים שוב ליכא ממה לגבות וא"כ לפי דברי עדיין מיקרי זה פסידא במה שהוא יפרע להם המעות והם יוציאו אותם המעות, והקרקע שגבה שמא ימצא שהשדה אינה שלהם ויפסד שלא יהיה לו ממה לגבות.

ואף אני נתקשיתי בזה, והיה מקום לומר שסובר שאף אם יסלקו היתומים את המעות, הם יתחייבו מדין מזיק שעבוד חבירו, ואין לי הפנאי לעיין בזה, אך נראה שאין זה יסתדר לשיטת הנתיבות בסימן קז ס"ק ז שם שכתב שבמקום שמכר את גוף הדבר אינו מתחייב מדין מזיק, ורק אם פרע לאחר שבוה נתן את השעבוד עצמו התחייב, ויש לדון בזה.

[עיין בזה בסיכומינו לסימן קז סעיף ד בעמוד 113 ואת דברי הנתיבות בעמוד 114.]

לשון השו"ע:

אם תפס בעל חוב בינונית בחיי אביהם, כגון שלוח אביהם ממנו מנה והוא לוח מאביהם מנה, ויש ליתומים זיבורית ולו יש בינונית, ובאים ליטול ממנו בינונית בחובם וליתן לו זיבורית בחובו, הרי הוא מעכב בינונית שלו בחובו. אבל אם היתה תפיסתו אחרי מות אביהם, כגון שקנה הוא בינונית שלו אחרי מות אביהם, לא מהני תפיסה:

סעיף כא

כיצד גובה הניזק מן היתומים?

הבאנו בסעיף יח שמבואר בגמרא בגיטין נ. שאין גובים מיתומים אלא מן הזיבורית מפני שהעמדנו דינהם על דין תורה.

וכתב הרא"ש⁶²¹ בשם רבינו יונה שלעניין חיוב נזיקין, יש חילוק בין קטנים לגדולים, שמקטנים גובים מן העידית הואיל ולא העלה הניזק על דעתו שימות המלוה וישאיר נכסיו אצל קטנים, אבל מגדולים גובים מן העידית שכך הוא הדין מהתורה, וכתב הרא"ש על דבריו שדברים של טעם הם, וכן פסקו הטור והשו"ע. הסמ"ע (נח) ציין שקשה על השו"ע שסתם כדעת הרא"ש ובסימן תיט סעיף פסק שאין גובין אלא מן הזיבורית וכדעת המ"מ בפרק ח של נזקי ממון בדעת הרמב"ם. [ופרטי דין זה יתבארו בע"ה בסימן תיט.]

לשון השו"ע:

אם הניזק בא לגבות נזקו, אם הם קטנים, אינו גובה אלא מהזיבורית; ואם הם גדולים, גובה כדינו מהעידית:

ועיין בהערות על הנתבות (דזימטרובסקי) הערה 21 שנראה שניסה ליישב קושיא זו ע"י דינא דר' נתן ולא זכיתי להבין דבריו.

עוד כתב בטבעת החושן:

ועצם הסברא דזה מיקרי פסידא צריך להבין, דמה פסידא הוי זה הא פורע חובו עכשיו שמחויב, וגם חששא רחוקא היא שיהא נמצא השדה שאינה שלו.

⁶²¹ גיטין פרק ה סימן ב.

סימן קט

מכריזין על נכסי יתומים ובו ו' סעיפים :
[סיכום זה לקוח הרבה מסיכומי של ר' דניאל ווסטברוק]

סעיף א

לשון המשנה והגמרא בערכין כא :

מתני' שום היתומים שלשים יום, ושום ההקדש ששים יום, ומכריזין בבקר ובערב.
גמי' מאי שנא בבקר ובערב? אמר רב יהודה אמר רב: בשעת הוצאת פועלים ובשעת הכנסת פועלים; בשעת הוצאת פועלים, דאיכא דניחא למיזבן, אמר להו לפועלים: איזילו סירו לה ניהלי; בשעת הכנסת פועלים, דניזכר דאמר להו: ניזיל נישילינהו.
מבואר במשנה שכשב"ד יורדים לנכסי יתומים למוכרן בשביל לגבות בהם לבעל חוב, הם שמין את הקרקע ולאחר מכן מכריזין ל' יום כל הרוצה ליקח יבא ויקח, בבוקר ובערב.
ומבואר בגמ' שהטעם שמכריזים בבוקר ובערב, הוא בכדי שיוכל האדם בערב לשלוח את פועליו לראות אם שדה זו יפה, היא, ומכריזים בערב בכדי שיזכור לשאלו את פועליו על שדה זו.
עוד מבואר בגמרא בשם רב חסדא שאם לא מכריזים ל' יום רצופים, יכולים להכריז ששים יום בימי שני וחמישי.

הגמרא בהמשך מביאה ברייתא שאומרת שנוסח ההכרזה הוא "שדה פלונית בסימניה ובמצריה כך היא יפה וכך היא שומא (של ב"ד), כל הרוצה ליקח יבוא ויקח, על מנת ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב בחובו".

ומסבירה הגמרא שיש אנשים שמעדיפים לפרוע לבעל חוב משום שהוא 'מיקל בזווי'.
ופירש הב"י שאין דרך סוחרים להקפיד על מטבעות שבורים וחסרים, ויש שמעדיפים לפרוע כתובת אשה משום שהיא נוטלת 'על יד על יד' כלומר בתשלומים.

כתב הרא"ש בכתובות⁶²² **בשם מהר"ם** שאם יבוא אדם תוך ימי ההכרזה ויעלה הקרקע יותר ממה ששמו אותה ב"ד, אם רוצה המלוה להחזיק בקרקע צריך לקבל אותה באותו עילוי. וכ"כ המ"מ (כב, י), והטור והשו"ע כתבו זאת בסימן קיד סעיף ה.

ובסימן קג (סעיף א) כתבו שמי"מ אם המלוה רוצה לקבל אותה הוא קודם לכל אדם. ואם לא מצאו קונה בכדי השומא מחליטים את הקרקע למלוה לפי השומא.

עוד כתב הרא"ש שאם המלוה רוצה לקבל את הקרקע של היורשים בדמי כל החוב (אף שודאי אינו שוה כ"כ) כדי שלא יצטרכו לשום אותה, והיורשים רוצים לשום אותה כדי שיוכלו לחזור ולקנותה מהמלוה כשישיגו את הכסף (מדין שומא הדר שהתבאר בסימן קג) שומעים ליורשים, **וכן פסקו הטור והשו"ע**.

וביאר הסמ"ע (ה) שדין זה הוא דוקא לגבי יורשים משום שיכולים לסלק בדמי הקרקע אף שהוא פחות מדמי החוב, שאילו בלוה עצמו אין לו ריוח בשומא, שבכל ענין צריך לפדות בדמי כל החוב.

הש"ך (א) העיר שמה שהניח הרא"ש שירש יכול לסלק בדמי הקרקע ולא בדמי כל החוב, שנוי במחלוקת. שהב"י בסימן קטו הביא מהתורמות שהראב"ד והרמב"ן סוברים שיכול המלוה לטעון שלו שוה הקרקע כשיעור כל החוב, ובסימן קז דייק הב"י שדעת הטור בסימן עב היא כדעת הראב"ד והרמב"ן, [אבל בדרישה שם דחה זאת מכח דברי הטור כאן].

[והש"ך בסימן קטו (סק"כ) כתב לחלק שלדעת הטור דוקא במטלטלין תפיסת המלוה מועילה ולא בקרקע. ואכמ"ל בביאור דברי הטור בסימן עב].

להלכה הכריע הש"ך בסימן קטו כדעת הראב"ד והרמב"ן והביא שכן דעת הריב"ש בסימן תפג.
הקצות כתב שכל זכותו של לוקח לסלק במעות הוא רק משום שיכול להעלות על שווי הקרקע, ולומר שאין לבע"ח זכות אלא בשווי של החוב. אבל דמי החוב ודאי מגיע לבע"ח, ולכן א"א לסלקו בפחות מזה. ול"צ למ"ש התורמות שיכול הבע"ח לומר שלו שוה הקרקע כל חובו. והביא ראיה לזה מדברי התוס' בכתובות שם (ד"ה מאי, וכ"ז יתבאר בילוקח שרוצה לסלק את המלוה). אמנם יורש יכול לסלק מטעם אחר, שישומא הדרא' לירש לעולם. ולכן הוא יכול לסלק אפילו בפחות מדמי החוב אם הקרקע לא שוה כ"כ, וכדברי הרא"ש. ובזה יישב למה הטור סתם כאן כדעת הרא"ש, ובסימן קלד כתב שלוקח אינו יכול לסלק בפחות מדמי החוב.

הביא הפ"ת (א) שהשב"י⁶²³ **הכריע כדעת הש"ך.**
אבל הפנים מאירות⁶²⁴ **כתב** שהוא ספיקא דדינא ולכן משאירים את הקרקע בחזקת היורשים.

והנוב"י⁶²⁵ **העלה שהמחלוקת** תלויה במה שנחלקו הראשונים בסימן קטו האם גובים שבח הבא מעצמו מיתומים וממקבלי מתנה, שמה שרוצים להעלות על שווי הקרקע הוא כשבח הבא מעצמו. ונ"מ מזה שלדברי הכל הבא לגבות מהלווה עצמו יכול לומר שלו שוה הקרקע דמי כל החוב, ואשה אינה יכולה לומר כן לגבי כתובתה. ומסיק שלהלכה פשוט הוא שאפשר לטעון 'קים ל' כדעת הרא"ש.

לשון השו"ע:

כשבאים למכור מנכסי יתומים שמין בית דין הקרקע, ואח"כ מכריזין עליה שלשים יום רצופים, ואם אין מכריזין רצופים אלא בכל שני וחמישי, יכריזו ס' יום שני וחמישי שבהם, מכריזין בבקר

⁶²² פ"י סימן ד.

⁶²³ ח"ג סימן קנה.

⁶²⁴ ח"ב סימן מו.

⁶²⁵ סימן ט.

ובערב, בשעת הכנסת פועלים ובשעת הוצאת פועלים, וכל מי שירצה לקנות יוליך הפועלים לבקר לו. ובשעה שמכריזין, מסיימין את השדה במצרים ומודיעים כמה מוצאים בה, וכמה שמו אותה בית דין, ומפני מה הם רוצים למכרה, אם להגבות לבעל חוב או לכתובת אשה. ואם יאמר המלוה: אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון חובי, והיורש אומר: לא כי אלא ישומו אותה בית דין, שומעין ליורש.

סעיף ב

כיצד כותבים שטר אדרכתא?

לשון השו"ע:

כשכותבים האדרכתא על נכסי יתומים, בין גדולים בין קטנים, כותבים בה: והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת. ואם לא כתבו כך, הרי האדרכתא זו פסולה, ואין אוכלים בה פירות, אפילו אחר שישלימו ימי ההכרזה:

מקור דין זה מהגמרא בכתובות קד: ושם מבואר שהטעם שחייבים לבדוק שאכן הקרקע שמכריזים עליה היא של הלוח ולא של יורשיו, מפני שיש חשש שהיורש ישמור אצלו את הקרקע של המוריש ויתן למלוה את הקרקע שלו, ובנתיים יפסיד היורש את קרקע הלוח, והמלוה ישביח את קרקע היורש, ואח"כ יוציא היורש את הקרקע מיד המלוה ויתן לו את הקרקע המקולקלת ויצא לעז על ביי"ד שלא עיינו טוב בתקנת היורש.

סעיף ג

מה הדין כשלא הכריזו ב"ד וכשטעו בשומא?

לשון המשנה בכתובות צט:

שום הדיינין שפחתו שתות או הוסיפו שתות - מכרן בטל;

רשב"ג אומר: מכרן קיים, אם כן, מה כח בית דין יפה.

אבל אם עשו אגרת בקורת ביניהן, אפילו מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה - מכרן קיים.

ובגמרא בדף ק. מבואר בשם רב נחמן שהלכה כחכמים שאם טעו ביי"ד בשתות חוזר הדין, ולא שייך לומר 'מה כח ביי"ד יפה' אלא במקום שלא טעו.

הגמרא בדף ק: מביא מימרא בשם רב יוסף שאם ב"ד מכרו בלי הכרזה, נעשו כמי שטעו בדבר משנה וחוזר הדין.

והקשטה הגמ' שהרי במשנה מבואר שלא חוזר הדין אלא במקום שהייתה טעות, ועל כרחך מדובר באופן שלא הכריזו שהרי ממשיכה המשנה ואומרת שאם עשו 'אגרת בקורת' וביאר רש"י במשנה שזו הכרזה, המכר קיים, אפילו אם מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה, ומכאן עולה שגם אם לא עשו הכרזה לא חוזר הדין, אלא במקום שטעו וכנגד דברי רב יוסף.

ובתירוץ הגמרא נמצאות ב' גירסאות ונביא בתחילה את גירסת הר"ף והרא"ש:

'לא, רישא וסיפא בדאכרוז ולא קשיא כאן בדברים שמכריזין עליהן כאן בדברים שאין מכריזין עליהן' והגמרא מביאה מקרים בהם אין מכריזים עליהם ונתייחס אליהם לקמן.

בביאור תירוץ זה מצינו ג' שיטות:

שיטת הר"ף⁶²⁶: הגמ' אומרת שבאמת בין ברישא ובין בסיפא מדובר במציאות שהייתה הכרזה:

ובמקום שיש חובת הכרזה, אם לא הייתה הכרזה חוזר הדין אף אם לא הייתה טעות כלל אם הייתה הכרזה אין חוזר הדין אפילו הייתה טעות, ובזה דיברה הסיפא.

ובמציאות שאין בה חובת הכרזה בין הכריזו ובין לא הכריזו, אם טעו בשתות חוזר הדין ואם לא טעו אין חוזר הדין, וההכרזה אינה מעלה ואינה מורידה. ובזה דיברה הרישא.

הרא"ש⁶²⁷ השיג על פירוש זה שהרי פשוט בסברא שגם במקום שאין דרך להכריז, אם הכריזו משמע שדקדקו יפה ואין סיבה לומר שיחזור הדין, אלא כוונת הגמרא שלעולם צריך הכרזה ואם לא הכריזו חוזר הדין אף ללא טעות, אך במקום שאין צורך בהכרזה, אם לא הכריזו לא חוזר הדין אלא בטעות של שתות. ולדבריו מה שכתבה הגמ' רישא וסיפא בדאכרוז הכוונה שבי' הבבות מודות שחובה להכריז במקום שצריך ואם לא הכריזו המקח בטל, (ולכאורה זהו דוחק גדול בלשון).

הר"ן⁶²⁸ הביא את דברי רב האי שפירש באופן שלישי והוא שבין ברישא ובין בסיפא מדובר באופן שהכריזו: ובמקום שיש חובת הכרזה, אם לא הכריזו לעולם המקח בטל, ואם הכריזו המקח בטל רק אם הייתה טעות בשתות, אך במקום שאין חובת הכרזה, לא חוזר הדין אפילו בטעות של יותר משתות, שהואיל ודקדקו כל כך להכריז, אין חוזר הדין אף באופן הזה.

יש לציין שהגירסא של רש"י וכן בגמרות שלפנינו היא אחרת וז"ל הגמרא: 'אלא לעולם בדלא אכרוז, ולא קשיא: כאן בדברים שמכריזין עליהן, כאן בדברים שאין מכריזין עליהן'.

⁶²⁶ כתובות נח.

⁶²⁷ כתובות פרק יא סימן כ

⁶²⁸ כתובות נח. ד"ה גמ'.

וגירסא זו תואמת לדעת הרא"ש שכשלא מכריזים אז יש הבדל בין מקום שצריך להכריז שחוזר הדין אף אם לא טעו, לבין מקום שאין צריך להכריז שאין חוזר הדין, אבל אם הכריזו נראה שאין לחלק ולעולם אין חוזר הדין אפילו אם טעו.

הרמב"ם⁶²⁹ כתב:

ובית דין שהכריזו כראוי ובדקו יפה יפה ודקדקו בשומא אף על פי שטעו ומכרו שוה מנה במאתים או מאתים במנה הרי מכרן קיים, אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת שהיא דקדוק השומא וההכרזה וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל פחות משתות מכרן קיים, וכן אם מכרו קרקע בעת שאינן צריכין להכריז עליה וטעו שתות או הותירו שתות מכרן בטל אף על פי שהכריזו, פחות משתות מכרן קיים אף על פי שלא הכריזו שאינן צריכין הכרזה באותו העת.

כלומר נראה שהרמב"ם סבר כדעת הר"י שאין הכרזה מועילה לטעות במקום שאין צורך להכריז. אך המעניין ברמב"ם שכתב שבמקום שצריך הכרזה והכריזו וטעו אין חוזר הדין דווקא אם דקדקו יפה יפה, וכך פירש את הביטוי 'אגרת ביקורת' בניגוד לרש"י שפירש שזוהי הכרזה. וכך הבין בדבריו הכסף משנה.

אך המגיד משנה ביאר בדעת הרמב"ם שמה שכתב הרמב"ם שאם לא דקדקו בשומא חוזר הדין הכוונה במקום שאין מכריזים.

והשיג עליו הכסף משנה שאם כן חזר הרמב"ם על עצמו שכתב שאם לא דקדקו בשומא, ואח"כ כתב 'וכן אם מכרו קרקע בעת שאינן צריכין להכריז עליה וכו'.

אך הש"ך (ב) כתב שלכאורה מוכרחים לבאר כדברי המ"מ שהרי לפי הרמב"ם לא מובן מדוע נצרכה הגמ' 4334 לחלק בין מקום שמכריזים למקום שאין מכריזים, ולא הסתפקה בחילוק המשנה שבמקום שעשו הכרזה ודקדקו אין חוזר הדין בטעות, וכשלא דקדקו על אף שהכריזו חוזר הדין בטעות, ונשאר הש"ך קצת בצ"ע [ונראה שהוא מפני שבאמת לפי המגיד משנה לשון הרמב"ם קשה וכפי שכתב הכסף משנה].

להלכה כתב בבדק הבית שהואיל והר"י מסכימים לשיטה אחת הלכה כמותם, ואין הכרזה מועילה לטעות במקום שאין צורך להכרזה, ובשו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.

והרמ"א הביא את דעת הרא"ש שודאי הכרזה מועילה לטעות אף במקום שאין צורך בהכרזה.

במקום שלא מכריזים ובטעות פחות משתות שאין חוזר המקח, האם יש בכל אופן להחזיר את סכום ההונאה?

כתבו התוספות בכתובות ק. ד"ה 'רבא' שאם טעו בפחות משתות, אף שאין המכר בטל, צריך להחזיר את האונאה.

והביא הב"י שהרא"ש⁶³⁰ כתב שהרמב"ם בהלכות מכירה (יג, י) כתב במפורש שבפחות משתות יש מחילה כמו בהדיוט, ואינו צריך להשיב את הסכום וכתב הרא"ש שמסתבר כדברי הרמב"ם. וכתב בבדק הבית שלהלכה אין צריך להשיב את הכסף כיון שהרמב"ם והרא"ש מסכימים לדיעה אחת.

טעו ביד בשתות, אם יכולים לקיים את המקח ולהוסיף את ההונאה?

הדין בד"כ בעניין הונאה הוא שאם הנאה היא בשתות ולא ביותר מכך, אין המקח בטל, אך צריך להשיב את סכום ההונאה.

אך מהמשנה שלנו עולה שלעניין יתומים המקח חוזר אף בשתות.

ומכל מקום כתב הרמב"ם⁶³¹ שיכולים ביד לקיים את המקח, ולהוסיף ללוקח את סכום ההונאה, שלא יהיה כוח הדיוט חמור מהם, שהרי במקרה רגיל יכולים לקיים המקח.

אך מדברי הרא"ש⁶³² נראה שחולק כפי שנראה בסעיף ה לעניין קרקעות שחלק על הרמב"ם וסבר שלמרות שאין בד"כ הונאה בקרקעות, הואיל ותיקנו הונאה לגבי היתומים הוא הדין שיכול הלוקח לבטל את המקח, ואין יכולים ביד לקיים את המקח, ולתת לו את סכום ההונאה, וכתב שכך מסתבר, שאם תיפה את כוח היתומים שיכולים לקיים, לא ירצו אנשים לקנות מהם. וכן כתב הטור בשמו במפורש לעניין שתות השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.⁶³³

⁶²⁹ מלוה ולוה פרק יב הלכה יא.

⁶³⁰ כתובות פרק יא סימן ז.

⁶³¹ מלוה ולוה פרק יב הלכה יא.

⁶³² כתובות פרק יא סימן טז.

⁶³³ יש לציין שהרמ"א לא השיג כאן על אף שהשיג על דין השו"ע בסעיף ה.

ועוד יש להעיר שלשון הרמב"ם בהלכות מכירה פרק יג קשה שכתב בהלכה י "בית דין שמכרו נכסי יתומים וטעו בין בקרקעות בין במטלטלין... טעו בשתות בטל המקח ואם רצו שלא לבטל הממכר ויחזירו ההונייה מחזירין. לא יהיה כח הדיוט חמור מהן, ומשמע שאף בקרקע מכל מקום צריכים להחזיר את סכום ההונאה, ואילו ישר אח"כ בהלכה יא כתב: "נראה לי שבית דין שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים. אין הלוקח יכול לחזור בהן. לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים. וכן הדין באפוטרופוס שמכר קרקע ועבדים שאין הלוקח יכול לחזור בהונייה כדן ההדיוט:

התומים (ג) ציין שנראה שהטור והרא"ש הבינו שמה שכתב הרמב"ם בהלכה י שיחזירו ההונאה, אין הכוונה כאשר היתומים לקחו יותר וצריכים להשיב את הכסף שהרי זה סותר להלכה הבאה, אלא הכוונה שכאשר קנו מהם בפחות, יש להחזיר להם את הכסף, ומעין זה ביאר בלח"מ וכתב שהוא דוחק.

אך כתב התומים שנראה שהר"ן הבין אחרת, ושהרמב"ם בהלכה י דיבר באופן שהיתומים הוננו את המלווה עצמו, כשהוא עצמו ירד לקרקע, שבזה מן הדין המקח בטל אף בשתות הואיל ואין לומר שנתרצה בקרקע זו שהרי הורידוהו עליה בעל כרחו, ומכל מקום יכולים לקיים את המקח כדן מטלטלים [ולא הבנתי את הסברא בזה].

וכתב הנתיות (ד) שדין זה של הרמב"ם והשו"ע שיכולים היתומים לקיים המקח, הוא בין במקרה שהייתה הונאה כנגד הלוקח שיכולים לקיים המקח ולתת את סכום ההונאה, ובין אם הייתה ההונאה כנגדם שיכולים לקיים את המקח, ולדרוש את מעות ההונאה, והאריך בזה שעשו הכל בזה לטובת היתומים.

[ועיין בהערה 633 שהתומים כתב שנראה שדין זה בקרקע הוא דווקא כשהיתומים מכרו ביוקר ולא להיפך]

האם חוזר הדין כשהכריזו אך קודם שכתבו שטר 'אחלטא'?

כתב הנתיות (ג) שכל מה שנאמר שאם הכריזו וטעו אין הדין חוזר וזה דווקא אם נתברר הטעות לאחר שכבר כתבו שטר 'אחלטא', אבל אם התברר לפני כן אפילו בכל שהוא בטל. שהיוקר והזול קודם כתיבת שטר אחלטא הם ברשות הלווה כמבואר בסימן קנ.

במקום שאין צורך בהכרזה וטעו ב"ד בשתות, האם חוזר הדין גם לאחר שעבר הזמן בכדי שיראה לתיגר?

עוד כתב הנתיות (ה) שבמציאות כאן לא שייך לומר שאין ההונאה חוזרת לאחר זמן שהיה מראה את המקח לתיגר, שבאופן הזה בד"כ חוזר הדין הואיל והיה לו להראות למומחה שיבדוק אם קנה במחיר הנכון ומכך שלא עשה כן, מן הסתם מחל, אך במקרה שלנו אין הדין כן מפני שאם ההונאה הייתה כלפי ב"ד ודאי שאין הדין חוזר שבד"כ הדין חוזר רק באופן שיזדמן לו מקח אחר וזה לא שייך בב"ד, ואם המקח היה כלפי הלוקח, לא שייך לומר שמחל הואיל והראה לתיגר, שהרי כבר הראה בפני ג' מומחים בב"ד ואישרו את המקח, ולכן לא היה שום צורך להראות למומחה נוסף.

האם שייכת הונאה בתוספת שהוסיף הלוקח ע"ג שומת ב"ד?

עוד כתב הנתיות שההונאה לא שייכת בתוספת שהוסיף מעצמו על גבי מה שהוסיפו אחרים, אבל אם ב"ד טעו בשומא הראשונה, יכול לומר שלא התכוון להוסיף אלא על המחיר המקורי.

מהם הדברים בהם אין צורך בהכרזה?

הבאנו לעיל שהגמרא הזכירה שיש מצבים בהם אין צורך להכריז על נכסי יתומים, ונביא את לשון הגמ' המבארת את המציאות הללו:

ואלו הן דברים שאין מכריזין עליהן: העבדים, והמטלטלין, והשטרות; עבדים טעמא מאי? שמא ישמעו ויברחו, מטלטלין ושטרות? שמא יגנבו.

ואיבעית אימא: כאן בשעה שמכריזין, כאן בשעה שאין מכריזין, דאמרי נהרדעי: לכרגא, למזוני, ולקבורה - מזבנין בלא אכרזתא.

ואב"א: כאן במקום שמכריזין, כאן במקום שאין מכריזין, דאמר רב נחמן: מעולם לא עשו אגרת בקורת בנהרדעא. סבור מינה, משום דבקיאי בשומא, א"ל רב יוסף בר מניומי: לדידי מיפרשא לי מיניה דרב נחמן, משום דקרו להו בני אכלי נכסי דאכרזתא.

כלומר יש ג' מציאות בהם אין צורך בהכרזה:

א. **יש דברים שאינם צריכים הכרזה** כגון עבדים שטרות ומטלטלים, עבדים מחשש שמא יברחו, ושטרות ומטלטלים מחשש שמא יגנבו.

ב. **מצבים בהם יש צורך דחוף לגביה** כגון כשמוכרים לכרגא ופרש"י לצורך כסף גוגולות היתומים, ובב"מ קח: מוסיף שמא יכעס המלך, או כשמוכרים לצורך מזונות וביאר רש"י בכתובות פז. שזהו מזון האשה והבנות והיתומים, או כשמוכרים לצורך קבורה וביאר רש"י לצורך קבורת המת או היתומים).

וכתב הסמ"ע (יד) שאפילו אם מוכרים כדי לשלם למי שהלוה להם בשביל דברים אלה אין מכריזים, כדי שלא תנעול דלת בפני גומלי חסדים המלוים לאנשים בעת הצורך.

ג. **מצבים שאינם מכריזים מכה מנהג המקום** - ומבואר בגמ' שבנהרדעא לא הכריזו, ומסיקה הגמרא שאין זה משום שהיו בקיאים בשומא אלא משום שקראו לאנשים 'אכלי נכסי דאכרזתא' וביאר רש"י שגנאי וחרפה היא להם כשקונים מאנשים שהוצרכו למכור בזול מחמת דוחק.

לפי איזה זמן ומקום שמים? (בעיר או בשוק, בזמן מגיפה ומלחמה)

לשון הגמרא:

ועל פי זה כתב התומים שיתכן שבמקרה והיתומים מכרו בפחות (במקרה של קרקע), הם אינם יכולים לקיים את המקח ולדרוש מעות, וביאר התומים שיש כאן מה נפשך שאם נלך אחר דין הדיוט אין כלל הונאה בקרקעות ואם נילך אחר דין יתומים, בטל המיקח, וכתב התומים שלפי זה אין הרא"ש חולק כלל על הרמב"ם בדין זה, ולכן לא השיג הרמ"א אלא על הדין בסעיף ה'.
והנתיות בס"ק ד שנביא לקמן כתב שלא שייך לומר כאן 'מה נפשך' זה עייש בדבריו בפנים (לא הובא בסיכום).

אמר רב יהודה אמר שמואל: מטלטלין של יתומים - שמין אותן ומוכרין אותן לאלתר, רב חסדא אמר אבימי: מוכרין אותן לשווקים. ולא פליגי, הא דמיקרב שוקא, הא דמרחק שוקא.
ממסקנת גמרא זו מבוואר שבדברים שאין מכריזים עליהם, אם יש שוק קרוב מוכרין בשוק, ואם השוק רחוק מוכרים בעיר.

וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע.

הנתיבות (א) כתב שלמרות שמבואר במשנה בערכין כד. שאין להקדש אלא מקומו ושעתו, ומשמע שאין שמים את החפץ אלא לפי ערכו כאן, ולא לפי מקום אחר, זה דווק לענין השומא, אבל המכירה נעשית באמת לפי המקום שבו נמכר החפץ יותר טוב במידה והוא קרוב שהרי זה נגד השכל והיושר, שבעיר קטנה ואנשים בה מעט, ויש לו סחורה טובה ששוה אלפי אלפים, ומחמת שהיא עיר קטנה ואין להם במה לשלם סחורה כזו ולא יתנו בעדה רק דבר מועט, שישומו וימכרו אותו במקומו בדבר מועט.

ועל פי זה רצה ליישב הנתיבות את קושיית התוס' בערכין⁶³⁴ שהקשו שבערכין משמע שמוכרים מיד, ואילו המשנה בדף כא: אומרת ששום ההקדש הוא ששים יום.

ותירצו תוס' שבמטלטלין מוכרים מיד, ובקרקע מכריזים ששים יום.
והנתיבות האריך לדחות תירוצו וכתב ע"פ דרכו שרק השומא צריכה להיות באותו יום אבל המכירה היא ששים יום.

הב"י הביא שהתשב"ץ⁶³⁵ כתב שאם יש מגיפה חזקה בעיר ובעקבותיה ירד השער, ושמו באותו הזמן, המכר בטל, ואע"פ שכתוב במשנה בערכין שהבאנו שאין להקדש אלא מקומו ושעתו, זה דווקא בדברים שצריך מעשה בשביל לשנות את השער, אבל כאן שהשער יחזור למקומו בלי שום מעשה צריך לחכות, ואם לא עשו כן הדין הוא כמו במכירה שלא בהכרזה. והוכיח כן שהרי כל הדוגמאות בערכין זה דוקא שהשער יכול להשתנות רק ע"י מעשה.

והב"י השיג עליו שאדרבה מוכח מערכין שגם בזה מוכרים כשער של עכשיו, שהרי אחת הדוגמאות שם היא שלא מחכים למכור פרה עד יום השוק, ובזה אין צורך בשום מעשה.

וכתב הב"י שגם ברשב"א בת⁶³⁶ **משמע כמותו** שכתב שניתן להכריז בשעת מלחמה על אף שירד השער ואין מחכים לסוף המלחמה.

הרמ"א הביא שתי הדיעות.

הט"ז כתב שנראה לו שאין כאן מחלוקת בין התשב"ץ לרשב"א, שהתשב"ץ דיבר בשעת מגפה שאין שם שער כלל, שאף אחד לא מוכר אז. והרשב"א דיבר בשעת מלחמה כשיש שער, שבזה הדין שמוכרים לפי השער כיום שהרי אי אפשר לכולם לחכות עד סוף המלחמה, שאין לזה קץ. ובדרך הזה יישב את הקושיא של הב"י על התשב"ץ, שכשיש יום השוק הוא דומה לזמן מלחמה, שיש מוכרים גם שלא ביום השוק.

והנתיבות (א) יישב ע"פ דרכו שהבאנו לעיל שהתשב"ץ דיבר במכירה והרשב"א דיבר בשומא. וכתב הנתיבות שבאמת לא התכוונו לזה, אך מכל מקום תורת אמת נמצא בפיהם שהתשב"ץ נקט לשון מכירה והרשב"א לשון שומא.

וכתב הנתיבות שלגבי מכירה נכון חילוקו של הט"ז שבמגפה מכיון שיש קץ דומה דינו ליום שהשוק קרוב שיש לחכות ליום השוק, ובמלחמה מכיון שאין קץ הוא כמו שהשוק הוא רחוק, ואין לחכות ליום השוק, **ולענין שומא כתב הנתיבות** שהשומא היא דווקא ע"פ האנשים הנמצאין בעיר, ואם לפי אומדנות השמאים לא יהיו קונים, יש להם לשום בסכום כזה שאדם יקנה אף שאינו צריך לזה.

מכרו בי"ד קרקע של יתומים, ויצא ערער על הקרקע, האם יש ללוקח אחריות?

לשון הגמרא בכתובות ק.

אמר רב יוסף... וב"ד זזבין - אחריות איתמי. פשיטא! מהו דתימא כל זזבין מבי דינא - אדעתא למיפק ליה קלא הוא זזבין, קמ"ל.

כלומר מבוואר בגמרא שב"ד שמכרו קרקע ויצא עליו ערער, היתומים אחראים על קרקע זו.
וכתבו הסמ"ע (י) והנתיבות (ב) שהאחריות היא רק על נכסים של היתומים שירשו מאביהם. לשון השו"ע:

בית דין שמכרו שלא בהכרזה, נעשו כמו שטעו בדבר משנה, וחוזרים ומוכרים בהכרזה.

הגה: "ואם דאם מכרו הקרקעות בשעת שאין קונין, כגון בשעת מגפה או מלחמה, מה שעשו עשוי, דאין לבית דין למכור אלא בשעת הגבייה, ויש חולקין. (בית יוסף שתי הדעות).

ובית דין שמכרו, האחריות על היתומים. ובית דין שהכריזו כראוי, ובדקו יפה ודקדקו בשומא, אף על פי שטעו ומכרו שוה מנה בק"ק, או ק"ק במנה, הרי מכרן קיים. אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת, שהיא דקדוק השומא וההכרזה, וטעו והותירו שתות או פחתו שתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים. וכן אם מכרו קרקע בעת שאינם צריכין להכריז עליה, (או) במקום שנהגו שלא להכריז לעולם (טור ס"ז), וטעו ופחתו שתות או הותירו שתות, מכרן בטל אף על פי שהכריזו.

(ויש אומרים דכיון שהכריזו, אף על פי שלא היו צריכים, מכרן קיים). (טור בשם הרא"ש).

⁶³⁴ כד. ד"ה אין להקדשי

⁶³⁵ ח"א סימן נב.

⁶³⁶ ח"ד סימן קנט.

ואם רצו בית דין שלא לבטל המכר, ויחזירו האונאה, מחזירין, שלא יהיה כח הדיוט חמור מהם. פחות משתות, מכרן קיים והוי מחילה כדין הדיוט אף על פי שלא הכריזו, שאינם צריכים (הכרזה) באותה העת.

איזהו העת שאינם צריכים הכרזה? כשמוכרים לפרוע למי שהלוה לצורך קבורה, או למזון האשה והבנות, או ליתן מנת המלך. וכן ב"ד שמכרו דברים שאינם טעונים הכרזה, וטעו בשתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים. ואלו הם הדברים שאין מכריזין עליהם: העבדים, והשטרות, והמטלטלים, אלא שמין אותם בבית דין ומוכרים אותם מיד. ואם השוק קרוב למדינה, מוליכים אותו לשוק:

סעיף ז

האם מכריזים על חוב שלוו אפוטרופוס או ב"ד לצורך יתומים?

כתב הרמב"ן⁶³⁷ שאם לוו אפוטרופוס או ב"ד לצורך היתומים, ובאים לפרוע חוב זה, אין מכריזים על נכסיהם. והביאוהו הרא"ש⁶³⁸ והר"ן⁶³⁹, וכן פסק השו"ע. וביאר הסמ"ע (כ) שהטעם הוא כדי שלא תונעל דלת בפני גומלי חסדים, כפי שהבאנו במקרין שהבאנו בסעיף הקודם בהם יש צורך דחוף לגביה. הש"ך (ד) כתב שלא דק הסמ"ע בזה, שכאן הטעם הוא משום שלעולם אין מכריזים אלא כשמוכרים לפרוע חוב שלא מדעתו של הבעלים, וכאן הוא כמו שבעל הדבר רוצה לפרוע בעצמו, ואם לא רוצים הדין הוא תלוי במחלוקת המופיעה בסימן קג סעיף א לגבי מכירת נכסי הלווה עצמו שלא מדעתו ע"י ב"ד. והעיר הנתניבות (ב) שבמקרים אלו אם יצא ערער על הקרקע, היתומים אחראים אף מנכסיהם, הואיל ולוו לצורך עצמם, בניגוד לסעיף הקודם שהמכירה הייתה לצורך פריעת חוב אביהם שהאחריות היא רק מנכסי אביהם, (ולכאורה דבריו פשוטים). לשון השו"ע:

אפוטרופוס או ב"ד שלוו לצורך היתומים, מוכרים שלא בהכרזה, ופורעים. וכן ב"ד דזבין ואחריותא איתמי, אם טרפו ממנו גובה הלוקח שלא בהכרזה.

סעיף ה

מכרו היתומים קרקע ביותר משתות, האם שייך בזה דין הונאה?

כתב הרמב"ם⁶⁴⁰ שאם מכרו ב"ד לצורך היתומים קרקע ללוקח והייתה ההונאה לטובת היתומים, אין הם צריכים לבטל את המקח ולהשיב את הכסף מפני שאין הונאה בקרקעות ולא יהיה פחות מכח הדיוט. הראב"ד השיג עליו מלשון המשנה שכתבה שהמכר בטל ומדובר בקרקעות שמכריזים עליהם כמבואר בגמרא, ומשמע שהוא בטל מאיליו וגם הלוקח יכול לחזור בו. וביאר שכל מי שקונה בשומת ב"ד לא עלה בדעתו שיתאנה ויהיה שם שום טעות, ולכן הוא מקפיד אפילו בקרקעות. וכן כתב הרא"ש⁶⁴¹ בשם רבינו יונה, והסכים לדבריו. המגיד משנה כתב שהרמב"ן כתב כדברי הרמב"ם, שהלוקח מעצמו הוא כשאר לוקחים בקרקע שאין להם אונאה, וביאר שהמשנה כתבה שהמכר בטל דוקא כשמורידים את המלוה עצמו לקרקע, ולכן הואיל והורידהו בעל כרחו, חוזר הדין אפילו בשתות, אבל בלוקח רגיל אין הדין כן. השו"ע כתב כדעת הרמב"ם והרמב"ן שדווקא במלוה המכר בטל אבל בשאר לוקחים לא. והרמ"א כתב בלשון יש אומרים כדעת הראב"ד והרא"ש שאף לגבי לוקח המכר בטל. [ענין בסעיף ג הערה 633 ביחס בין המחלוקת הנ"ל למחלוקת אם יכולים ב"ד לקיים מקח של הונאה בשתות ולבקש את מעות ההונאה]. הב"ח כתב שאם מכרו ללוקחות לצורך פרעון בעל חוב, דינו כבעל חוב שהמקח בטל אף בקרקע. והש"ך (ה) השיג על דבריו שפשוט שכל שמוכר ללוקח ולא לבעל חוב, המקח בטל. לשון השו"ע:

הא דאמרינן שאם טעו ב"ד ופחתו בשתות או הותירו שתות מכרן בטל היינו כשהורידו לבעל חוב בשומת ב"ד, אבל ב"ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים אין הלוקח יכול לחזור בהם, לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים וכן הדין באפוטרופוס שמכר קרקע ועבדים שאין הלוקח יכול לחזור בהוניה כדין הדיוט (ויש אומרים דכל שפחתו או הותירו שתות מכרן בטל (טור בשם ה"ר יונה והרא"ש):

⁶³⁷ כתובות ק: ד"ה 'הא דאמרינן'.

⁶³⁸ כתובות פרק יא סימן כד.

⁶³⁹ כתובות נח: סוף ד"ה 'אין נזקקין'.

⁶⁴⁰ מכירה פרק יג הלכה יא.

⁶⁴¹ כתובות פרק יא סימן טז.

סעיף ו

דין הונאה במכר ע"י שליח

לשון המשנה בכתובות צח.

אלמנה שהיתה כתובתה מאתים ומכרה שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה נתקבלה כתובתה היתה כתובתה מנה ומכרה שוה מנה ודינר במנה מכרה בטל אפילו היא אומרת אחזר דינר ליורשין מכרה בטל.

במשנה מבואר שאלמנה שמכרה מנכסי יתומים לצורך כתובתה ומכרה נכס שווה מנה במאתים כבר קיבלה כתובתה, וכן אם מכרה נכס שווה מאתיים במנה קיבלה כתובתה, שהיא הפסידה את עצמה, אבל אם הייתה כתובתה מנה, ומכרה נכס ששווה יותר ממנה במנה, אפילו אם זה היה רק בדינר אחד מכרה בטל. (ורשב"ג שם חולק ולא הבאתי דעתו שכבר נפסקה הלכה בגמ' כחכמים)

ומבואר שדין של אשה המוכרת מנכסי יתומים לצורך כתובתה שונה מדין ב"ד שמכרו מנכסי יתומים שכבר הבאנו בסעיפים הקודמים שבמשנה בדף צט: מבואר שרק אם מכרו נכס בפחות משותות משוויו אז מכרם בטל.

והגמרא בדף ק. הסתפקה האם שליח המוכר מנכסי משלחו וטעה, דומה לאשה המוכרת לצורך כתובתה או לב"ד. וז"ל הגמרא:

איבעיא להו שליח כמאן?

רבא אמר ר"ג שליח כד"יין

רב שמואל בר ביסנא אמר ר"ג כאלמנה.

רבא אמר ר"ג שליח כד"יין מה ד"יין לאו לדידהו, אף שליח נמי לאו לדידהו לאפוקי אלמנה לדידהו. רב שמואל בר ביסנא אמר ר"ג כאלמנה מה אלמנה יחידה אף שליח יחיד לאפוקי ב"ד דרביס וניהו והלכתא שליח כאלמנה.

לומר נחלקו האמוראים האם יש לדמות שליח לאשה כוון ששניהם הינם יחידים ולכן על כל טעות יש להחזיר את הדין, או שיש לדמות לב"ד הואיל והשליח מכר לצורך המשלח מה שאין כן אשה שמכרה לצורך עצמה.

ונפסקה הלכה שדינו של שליח כאשה, שעל כל טעות חוזר הדין מפני שהוא יחיד. **התוספות בד"ה רבא** דייקו מסתימת לשון רש"י שסובר שמדובר אפילו בשליח רגיל, **והביאו שר"ת הקשה** שהגמרא לעיל וכן בקידושין מב: אומרת ששליח שטעה אפילו בדבר מועט מעשיו בטלים, שאומר לו המשלח 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי', וא"כ כיצד סבר רב נחמן שרק בשותות המקח בטל.

ותירצו בשם רשב"ם שלדעת רש"י רב נחמן לא סובר את הסברא הזאת לפי רבא, אף שרבא עצמו סובר כן בקידושין שם.

ור"ת פירש שכאן מדובר בשליח של הדיינים, ולכן לפי רב נחמן יש לו כח כמו הדיינים.⁶⁴² הסיקו התוס' כדעת רש"י וכתבו שסברת 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי' היא רק בטעות ביותר משותות או כדי להצריך החזרת האונאה, ולכן היה מקום לומר שדין שליח כדין ב"ד.

הרא"ש הכריע כפירוש ר"ת.

וכנראה שכן נקטו הטור והשו"ע כאן, שכתבו שאם מכרו ב"ד ע"י שליח וטעה בכל שהוא בטל המכר. **וכן העיר הגר"א (יד)** שדברי השו"ע הם ע"פ פירוש ר"ת. **והקשה הנתניבות (ו)** שאין שום סברא לבטל את המקח, שהרי ע"כ מדובר כשמכר השליח ע"י שומת ב"ד שאם לא כן, תמיד בטל המקח, וא"כ השליח לא עיוות כלל. **ותירץ הנתניבות** שמעשה ב"ד צריך להתקיים מידם ולא מיד שליח שלהם. [יש לציין שהרמב"ם לא הזכיר דין שליח ב"ד, וכנראה שלמד כרש"י שהגמרא דיברה בשליח רגיל].

שליח שמכר בטעות ונעשה אונאה ללוקח האם חוזר הדין בכל שהוא?

הבאנו לעיל שנפסק שאם שליח מכר בטעות, חוזר הדין אפילו בטעות קטנה. **וכתב הרא"ש⁶⁴³ שמדברי רש"י נראה⁶⁴⁴** שגם אם נתאנה הלוקח בטל המכר, והביא שכ"כ רב האי שאם הותיר שתות בטל המכר. (נראה שהכוונה אף בקרקעות שבזה אין הונאה) והרא"ש תמה על רב האי שאם רצה להשוות הותיר לפיחות, אפילו בטעות בפחות משותות היה לו לומר שבטל המכר.

והרא"ש הכריע כדעת רבינו יונה שאם הותיר השליח דינו כדין מי שמכר את שלו, וזכה המשלח ביתרון (נראה שהכוונה שבקרקעות אפילו ביותר משותות לא חוזר הדין כדין כל אדם).

⁶⁴² כתב ר' דניאל ווסטברוק 'שומא':

אבל ק"ל לפי פירוש זה למה רבא נימק ששליח הוא כד"יין מפני שהוא מוכר עבור אחר, היה לו לומר בפשיטות שבא מכח הדיינים.

⁶⁴³ כתובות פרק יא סימן טז.

⁶⁴⁴ בהגהות והערות (הערה יד) העירו שדברים אלו נמצאים בשטמ"ק כתובות צט: ד"ה שום הדיינים בשם רש"י במהדו"ק.

וכתב בנדק הבית שכן משמע ברמב"ם (שלוחין א, ה) **וכן סתם בשו"ע**.

מה הדין בשופט הממונה של המלך שצווה לאדם למכור נכסים בשביל חוב וטעה?

כתב הב"י בשם הריב"ש בסימן קעט ששופט הממונה ב'הורמנא דמלכא' שמינה אדם לגבות קרקע בעבור חובו וטעה, דינו כאילו השופט טעה [א"א- ונראה שדינו כב"ד שרק בשתות חוזר הדין], ואין זה דומה למה שמבואר בגמ' ששליח ב"ד שטעה, חוזר הדין תמיד מפני שכאן יש כח לשופט לדון בענינים אלו אפילו ביחידי, ולכן גם שלוחו יכול למכור ביחידי, **וכן פסק הרמ"א**.

וכתב הנתיבות (ז) שזה דוקא כשעשו כדין בהליכה לערכאות, וכגון בישראל שיש לו דין עם הגוי, או באלמנה שיש לה רשות למכור שלא בב"ד. אבל מלוה שהלך לערכאות לגבות חובו מחבירו הישראל גזלן הוא, ובטל המכר. לשון השו"ע:

מכרו ע"י שליח ונתאנה השליח בכל שהוא המכר בטל, ואם אינה השליח לקונה דינו כשאר כל אדם: הגה ודוקא שליח בי"ד אינם כמותם אבל שופט הממונה בהורמנא דמלכא, שלוחו הרי כמוהו (ריב"ש ס' קעט):

סימן קי אין נזקקין לנכסי קטן ובו יא סעיפים : סעיף א

אין נזקקים לנכסי קטן

בסימן קח כבר הבאנו שמבואר בגמרא בערכין כב. ובב"ב קעד שאין גובים מנכסי יתומים קטנים ולשיטת רוב הראשונים מדובר אפילו במלוה בשטר.

ולרב פפא הטעם הוא משום שאינם מצווים לפרוע חוב אביהם, ולרב הונא בריה דרב יהושע הטעם הוא משום שיש חשש שמא התפיס אביהם 'צררי' למלוה בחייו.

ובהמשך שם בגמרא מוזכר טעם רבא שחוששים שמא הביא לו שובר שנפרע ממנו.

ובגמ' מבואר שהנ"מ ביו רב פפא לרב הונא בריה דרב יהושע הוא במקרה שידוע שאביהם לא פרע, כגון שהודה בחיו, או שנידוהו ומת בנידויו, והזכרנו בסימן קח סעיף א שלדעת רוב ראשונים, הוא הדין כשמת המלוה בתוך הזמן, ושכך פסק השו"ע בסימן קח ובסימן עח.

עפ"ז פסק השו"ע שאין גובים מנכסי קטנים אפילו בשטר ואפילו היה שטרו מקוים ואפילו היה בשטר נאמנות אינו יכול להפרע מהם אלא אם כן ידוע לנו שלא פרע באחת מג' דרכים שהזכרנו, ואפילו היה בשטר כל תנאי שבעולם אין גובים מהם.

אך בגמרא בערכין בדף כב. מובאים דבריו של רב יהודה בשם רב אסי שאומר שיש מצבים בהם גובים אף מיתומים, וזאת במקרים שהגביה הינה לטובת היתומים כגון שיש במלוה זו ריבית, ואם לא יפרעו כיום יצטרכו לשלם יותר, ומבואר בגמ' שמדובר במקרה של מלוה גוי, ועל אף שבמלוה גוי יש לומר שבלאו הכי אינו שומע לדין ישראל ויגבה מן הקטנים, מדובר שקיבל על עצמו דין ישראל, אך לא לענין הריבית.

[הסמ"ע (ג) ביאר שהיה אפשר להעמיד את הדין שלנו בגוי שאינו חושש מפרעון כל זמן שלוקח ריבית, אלא שהגמרא רצתה לחדש שאפילו בגוי שקיבל עליו באופן מוחלט לא מחכים, שהיה מקום לומר שדווקא במקרה שלא קיבל, ויתכן שירצה לגבות בקטנותם, מגבים כבר עכשיו.

והשיג עליו הש"ך (ב) שהגמרא הוכרחה לומר שקיבל על עצמו שלא לתבוע את הקטנים, שהרי הגמ' הקשתה מן המשנה שכתבה שמכריזין על נכסי יתומים, ועל כרחך שמדובר בגוי המגיע לבי"ד וכתב הש"ך שיתכן שהסמ"ע לא בא לבאר את הגמרא אלא את דברי הטור, שהוא יכל לפרש את הדין שלנו בגוי שאינו תובע, עיי"ש בדבריו]

והרמ"א הביא את דברי תשובת הר"ן בסימן לא שגם במקום שרואים שמוכן המלוה לתפשר ולמחול על מקצת החוב, גובים, הואיל וזה לצורך היתומים.

וכתב הש"ך (ג) בשם מהר"א חיים בסימן צד שגם אם יש קנס על הפרעון, ניתן לגבות מן הקטנים.

ובגמרא הובאה מחלוקת האם נפרעים מן היתומים לצורך כתובת אשה, והטור שלח לדבריו באבן העזר שם הכריע שנפרעים לצורך כתובת אשה (והטעם הוא משום חינא), וכן השו"ע הפנה לדברי הטור שם.

מה עושים כשיש יורשים קטנים וגדולים?

כתב הטור שאם יש יתומים גדולים וקטנים מעמידים אפוטרופוס לקטנים כדי לחלק עם הגדולים, ואח"כ נזקקים לחלקם של הגדולים בשיעור הראוי להם.

והביא הב"י מקור לזה מתשובותיהם של הרא"ש⁶⁴⁵ והרשב"א⁶⁴⁶, וכן פסק בשו"ע.

האם נפרעים מנכסים של אדם שיתכן שחי ויתכן שמת והותיר יתומים קטנים, ומה הדין כשיש עובר ולא ידוע אם הוא זכר או נקיבה?

כתב הרמ"א בשם תשובת הר"ן בסימן לא שנוקקים לנכסים שהם של יורשים קטנים רק מספק. כגון שיתכן שמורישם עדיין חי ורק שמעו שמועה שמת.

ומכאן הסיק הקצות (א) שאם הניח האבא בנים גדולים ועובר, נזקקים אפילו לחלקו של העובר בנכסים. שסומכים את המחצה של נקבות למיעוט נפלים ונמצא שהסיכוי ללידת זכר הוא רק מיעוט, וכבר מבואר בר"ן שכשיש ספק שהנכסים הינם של הקטנים, נזקקים לנכסים אלו.

אבל במקרה שהניח רק בנות ועובר, נוטה דעת הקצות לומר שאין נזקקים, הואיל ונפלים הם מיעוט, שאף אם תוולד נקיבה היא תירש, וחשש הקצות לסמוך על דעת הרי"ף שעובר אינו נחשב כלל כירש.

והנתיבות (א) כתב שאפילו לפי הרי"ף אין להזקק לחלקו של העובר הואיל ולאחר שיוולד ירש מנכסי אביו למפרע.

עוד כתב הנתיבות שגם כשיש זכרים גדולים, אין לומר כאן שהעובר הינו מיעוט ואין לחוש לו, שהר"ן דיבר דווקא במקרה ששמעו שמת האבא והוא חשש בעלמא, ולכן נזקקים לנכסים, אבל כשיש חשש אמיתי שהעובר הינו זכר, ודאי שאין נזקקים לחלקו.

עוד כתב הנתיבות שיתכן שאף במקרה ששמעו שמת, ונזקקו לנכסיו ונתברר שבאמת מת, שמוציאים מן המלוה עד שיגדלו היתומים, שהרי תפיסה לאחר מיתה בעדים אינה מועילה.

לשון השו"ע:

כבר נתבאר בתחילת סימן קח שאין גובים מיורשים קטנים שלא הגיעו ל"ג שנה, אפילו יש עליהם שטר שום מלוה שאינה על אחד מג' דרכים שנתבאר שם, אפילו הייתה בו נאמנות ואפילו

⁶⁴⁵ כלל פה סימן ח.

⁶⁴⁶ ח"ב סימן ססד.

היה בו כל תנאי שבעולם, אין גובים בו, אלא א"כ יש עליהם מלוה בריבית שלוה אביהם מעכו"ם שקיבל עליו לדון בדיני ישראל שלא יתבע ליתומים עד שיגדילו ולא קיבל עליו שלא יקח ריבית: הגה וכן אם ראו בי"ד שיש בו שאר תועלת ליתומים לגבות כשהם קטנים כגון שבעל חוב רוצה לוותר קצת ולמחול להם כדי שיגבה עכשיו, הרשות ביד בי"ד להגבותו (תשובת ר"ן סימן לא).
וכן נפרעים מהם כתובת אשה כמו שנתבאר בטור אבן העזר, ואם יש יתומים קטנים וגדולים המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם, וכדי שיפרע בע"ח מחלק הגדולים צריכים בי"ד להעמיד אפוטרופוס לקטנים ולחלק עם הגדולים ויגבו לבע"ח מהגדולים חלקם המגיע להם לפרוע: הגה הא דאין נזקקין לנכסי קטנים היינו שהוא ודאי של קטנים אבל אם יש לספק שמא מורישם עדיין חי, אע"פ ששמעו בו שמת גובים מנכסיהם (תשובה הנ"ל):

סעיף ב

האם מועילה תפיסה מיתומים קטנים?

כתב הטור שמכיון שהטעם שאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים הוא מפני שיש חשש שהתפיס הלווה את המלוה 'צררי' בחייו, לכן במקום שכבר תפס המלוה מהנכסים אפילו לאחר מיתת האב, באופן שנאמן לטעון שאותם נכסים לקוחים הם בידו וידוע וברור לו שלא נפרע, מותר לו לתפוס.
[לכאורה כוונת הטור דווקא במקרה שאין עדים שראו שתפס ושהם בידו שרק באופן הנ"ל נאמן לטעון לקוח, אך הבי"ח הבין שאפילו כשיש עדים מועילה תפיסתו, ותמה הש"ך (ה) על דבריו].
הבי"י כתב שדברי הטור הנם דברי טעם, **והביא שדין זה הובא גם בתרומות**⁶⁴⁷.
התרומות למד דין זה מהגמרא בב"ב לב: שם מסופר על רבה בר שרשום שהיה ממושכן בידו קרקע של יתומים, והואיל ורבה בר שרשום רצה להפרע מן היתומים בלא שבועה, הוא כבש את שטר המשכנתא, בכדי להחזיק בקרקע בלא שבועה, ושם נפסק שאינו יכול לעשות כן מפני שכבר יצא קול שהקרקע שבידו הינה של יתומים, ומשמע שלולי זה היה יכול לעכב את השטר בידו.

האם מועילה תפיסה לאחר מיתה כשמודה שתפס?

בתרומות כתב במפורש שדין זה הוא כשאין עדים שראו שתפס ושהחפץ בידו, אך כתב שנאמן במידה ותפס בחיי אביהם.
הבי"י תמה על התרומות שהרי הואיל ותפס באופן הנ"ל מועילה תפיסתו אפילו לאחר מיתה וכפי שכתב הטור.
עוד תמה הבי"י על לשון הטור שכתב שבאופן הנ"ל מותר לו לתפוס, והיה לו לכתוב שמועילה תפיסתו, כלומר גם כשאומר לבי"ד שתפס, מועילה תפיסתו, הואיל ויש לו מיגו שיכל לומר שהיא שלו.
ולמסקנה הסיק הבי"י שגם הטור וגם התרומות התכוונו למה שאמר, שהתפיסה מועילה לאחר מיתה, וגם כשמודה שתפס, **וכן פסק בשו"ע**.
הש"ך (ה) השיג על הבי"י וכתב שודאי דברי התרומות נאמרו בדווקא, שהתפיסה מועילה רק קודם מיתה במידה ומודה שתפס, שהרי לא מועילה תפיסתו לאחר מיתה, ולכן בי"ד מוציאים מידו, וכתב הש"ך שאף הטור מודה לזה, ולכן דקדק וכתב שלאחר מיתה יכול לתפוס, הואיל וידוע שחייבים לו, אך הוא אינו יכול לומר לבי"ד שתפס, שא"כ יוציאו מידו, וכתב הש"ך שכן מדויק מדברי הרא"ש שם שמכאן לקח הטור את דינו שמשמע מדבריו שרבה בר שרשום הורה כן לעצמו, ולא אמר לבי"ד שהקרקע של היתומים, והעיר הש"ך שנראה שהבי"י לא ראה את דברי הרא"ש הנ"ל שהרי כתב על הטור שדבריו דברי טעם, ולא ציין שמקור דבריו הינם מן הרא"ש הנ"ל.
עוד הביא הש"ך שהב"ח סבר שהתרומות דיבר קודם תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלים, ולכן כתב שלא מועילה תפיסתו לאחר מיתה, ואילו הטור דיבר לאחר תקנת הגאונים.
אך דחה הש"ך את דבריו שפשוט שגם לאחר תקנת הגאונים לא תועיל התפיסה במידה שיודה שתפס וכפי שביאר, ודוקא ביתומים גדולים תועיל תפיסה בשביל להפטר מן השבועה, הואיל ולעולם יכול לגבות מהם מיד משבועה, מה שאין כן ביתומים קטנים שאין נזקקים להם.
אך כתב הש"ך שבמעות באמת תועיל תפיסה, הואיל ומיד גובה חובו, ואינו צריך בי"ד בניגוד למטלטלים שאינו נפרע מן המטלטלים עצמם, וצריך לבי"ד בשביל לגבות מהם.
והש"ך הביא ראייה לכל דבריו מרבינו ירוחם סוף נתיב כו שכתב:
אם תפס מעות שהניח להם אביהן בלא עדים וטוען שכך היה חייב אביהן, לא מפקינן מיניה ואינו צריך שבועה, ואפילו ביתומים קטנים. ואם תפס בעדים, אם יש לו שטר אין מוציאים ממנו אלא משביעים אותו. ואם תפס מטלטלין והן בעין, נותנים אותו ביד שלישי עד שיגדלו היתומים ונשבע ונוטל. וכ"כ רבינו יונה. ודוקא כשטוען שהוא תופסם עתה בשביל מה שחייב לו האב ולא משכנן לו האב, אבל אם טוען שאביהם משכנן לו לא מפקינן מיניה כלל אלא נשבע ונוטל.
והבין הש"ך שכוונת רבינו ירוחם הוא שאם הודה בבי"ד שתפס עכשיו מוציאים ממנו, ושדיבר אחרי תקנת הגאונים שגובים מן המטלטלין של היתומים, שהרי לפני תקנה זו תמיד מוציאים מהם אם תפס לאחר מיתה. ואם תפס בחיים מועיל תפיסתו אף אם מודה, הואיל ויש לו מיגו.
וכתב הש"ך שאף האגודת אזור כתב כדבריו שהטור דיבר באופן שאינו מודה ולאחר מיתה, והתרומות דיבר באופן מודה ולכן מועילה התפיסה רק קודם מיתה.
הקצות (ב) הביא שהמשנה למלך⁶⁴⁸ **הביא תשובה שם כתוב שגם מהרש"ך ומהרש"ל כתבו** שתפיסה לאחר מיתה לא מועילה וכמו שפסק הש"ך.

⁶⁴⁷ שער יד חלק א סוף סימן ו.

ושם ביארו שהטעם הוא שאף שיש מגו לתופס שיכל לומר לקוח בידי לא מקבלים מיגו זה בפני קטנים, כשם שאין מקבלים עדים בפניהם, גם מיגו הוא כמו קבלת עדות שלא בפני בעל דין.

וכתב שם בתשובה שיכל ימינו צווחנו ככרוכיא נגד סברא זו, והביא בשם דודו שקיבל מרבתי של הזכירו סברא זו בביהמ"ד מפני שהיא דחוייה מאד, שהרי מקבלים עדות שלא בפני בעל דין בכדי להחזיק כנגד היתומים כמבואר בר"ן בכתובות פרק יא, עוד הביא שהכנה"ג שדרכו להביא אפילו דיעות של יחידים סתם בסימן קצד שתפיסה מועילה אף לאחר מיתה ולא הביא שום חולק.

אך הקצות כתב לצדד בשיטת המהרש"ל המהרש"ך והש"ך וכתב שבגדר עשה של כבוד תורה חובה להפך בזכות אותם גאונים, והביא שהכנה"ג כן הזכיר את שיטת המהרש"ך והמהרש"ל בסימן קז, אף שבסימן קצד באמת פסק שמגו מועיל וכדברי המל"מ.

וכתב הקצות לבאר דבריהם על פי המבואר במהרי"ט⁶⁴⁹ שמה שמקבלים עדות שלא בפני בעל דין להחזיק הוא דוקא כדי להגן על הנתבע שלא יוציאו ממנו עד שיבוא בעל דין השני או עד שיגדלו אם הם קטנים, שאם לא כן לא שבקת חיי לכל בריה, שכל לווה יביא ראיה להפטר שלא בפני בעל דין ויפטר.

והביא שגם במהרש"ל בהגוזל בתרא משמע שמקבלים עדות להפטר רק לאותה עשה, ולכשיגדיל צריך שוב להביא עדים.

וכתב הקצות שאף שכעת יכול להביא עדים בכדי להפטר שלא להשיב מה שתפס, מכל מקום הואיל ויצטרך להביא שוב עדים לאחר מכן, א"כ במיגו לא יועיל שיש לו מיגו כעת, שהרי כעת יודה שתפס, ולכשיגדיל שוב לא יוכל לטעון לקוח, וכבר לא יהיה נאמן במיגו שכבר ב"ד יודעים שתפס ואינו נאמן במיגו למפרע, ולכן לא יועיל מיגו שלא בפני בעל דין, אפילו בשביל להחזיק.

אך הקשה הקצות על דברי עצמו שלפי סברא זו גם תפיסה בחיי אביהם לא תועיל, שהרי בלאו הכי לא נאמן אלא במיגו, ומיגו זה לא יועיל, הואיל וכשיגדלו כבר לא יהיה לו מיגו וכפי שכתב, והרי מדברי כל הפוסקים פשוט שנאמן במיגו כשתפס מחיים.

וכתב הקצות לתרץ שמכיון שבחיי אביהם היה יכול לזכות בטענת לקוח, זה נחשב כאילו כבר זכה, בדומה לתפיסה במטלטלין של יתומים גדולים מחיים לפי דין הגמרא שאינם משתעבדים ובכל זאת מועילה התפיסה מחיים שנחשבה שתפס כבר בחיי אביהם.

ולפי זה כתב הקצות שרק במקום שיצטרך להשבע כשיגדלו, לא יועיל לו מיגו אבל כשלא התחייב שבועה, מועיל המיגו, שהרי אינו צריך כלל כח של ב"ד, שהרי פסק הש"ך בסימן עב ס"ק שבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר שלא צריך שבועה מועיל מגו אפילו בלי ב"ד, וא"כ כבר נתקבל המיגו שלו ולכן אף שיגדיל יגן עליו המיגו הנ"ל בפני היתומים ולא ייחשב כמיגו למפרע.

וכתב הקצות שעל פי זה גם יובן דינו של הש"ך שהבאנו לעיל שתפיסה של מעות מועילה אפילו לאחר מיתה, הואיל ועל תפיסה זו הוא אינו צריך להשבע, שרק במטלטלים מחוייב שבועה כיון שצריכים להוציאם ממנו ולתת לו מעות.

ועפ"ז ביאר הקצות מדוע רבה בר שרשום הוצרך לאכול את הקרקע כשיעור ההלוואה שלו ואז לבוא עם מגו, שלפני כן היה צריך להישבע ומגו לא היה מועיל לו. אבל אחרי שאכל דינו כתפס מעות, שאין צורך לגבות עוד.

הנתיבות (ב) הכריע שהעיקר הוא כדברי התומים שתפיסה מועילה אפילו אחר מיתה וכנגד הש"ך והקצות. וכתב שהטענה שכשם שאין מקבלים עדים שלא בפני עדים, כך אין מקבלים מיגו, אינה נכונה, שדווקא בעדות לא האמינה התורה אלא בפני בעל דין וכמו שלא האמינה לעדות מפי הכתב או לעדות שאי אפשר להזימה, אבל מגו הינה ראיה הנלמדת מסברא ואין הבדל בין לפני בעל דין או שלא בפניו.

וכתב הנתיבות שגם הפוסקים שכתבו שאין מקבלים מגו שלא בפני בעל דין לא התכוונו לומר שיש לדמות מגו לעדות, אלא למדו מכך שלא מקבלים עדות נגד יתומים קטנים אפילו במקרים שבדרך כלל מקבלים שלא בפני בעל דין, והטעם הוא שאין היתומים יכולים לחפש אחר זכויותיהם, וסברא זו שייכת אף לגבי מיגו.

עוד כתב הנתיבות שגם טעמו של המל"מ שאחרי תפיסה מקבלים מגו שלא בפני בעל דין משום שהוא להחזיק, נכון הוא.

ודחה את דברי הקצות שטען שהואיל וצריך לקבל שוב לאחר שיגדלו, אז כבר יחשב המיגו כמיגו למפרע, שאין זה נכון שהרי אחרי שיגדלו היתומים יכולים הבי"ד להעיד שבזמן שטען המלוה בהתחלה היה לו מגו, כמו שמעידים שהודה שלא קנה אלא תפס. ומכיון שהיה בפני ב"ד מועיל המגו, שגם לפני שגדלו היתומים יש שם ב"ד על הדיינים, שאל"כ לא היה צריך המלוה להשיב להם, ועוד שלדברי הקצות גם תפיסה בחיי המלוה לא תועיל וכפי שהקשה הקצות בעצמו, וכתב שתירוצו של הקצות בזה הוא חילוק זר מאד.

האם ניתן לתפוס מעות לאחר מיתה מיתומים קטנים כשיש שטר שאביהם חייב?

הבאנו לעיל שמדברי רבינו ירוחם עולה, שאם תפס המלוה מעות ויש לו שטר, אין מוציאים מידו אלא משביעים אותו.

והקשה הקצות (ג) שהרי מבואר במקרה של רבה בר שרשום שלמרות שכבר אכל מן הפירות הואיל וידוע שקרקע זו של יתומים, לא מועילה תפיסתו, והרי הואיל וכבר אכל הרי זה כמו מעות שכבר נפרע מהם? **וכתב הקצות** שמוכרחים לומר שרבינו ירוחם סבר שרבה בר שרשום רצה לתפוס את הפירות העתידיים.

על פי זה כתב הקצות שרוב המפרשים שפירשו שמדובר שלא מועילה תפיסתו על הפירות שאכל, ודאי יחלקו ויסברו שלא מועילה תפיסה במעות אף אם יש לו שטר, במידה ותפס בפני עדים, ותמה על הש"ך שלא היה לו לסתום כדעת רבינו ירוחם.

⁶⁴⁸ מלוה ולוה כא, א.

⁶⁴⁹ ח"מ סימן לב

סימן קי

הנתיבות (ב) דחה את קושייתו וכתב שרבינו ירוחם והשי"ך דיברו לאחר תקנת הגאונים שמטלטלין של היתומים משתעבדים, ומשום שברגע שתפס המלוה נפרע החוב ולכן מועילה תפיסתו, אבל לפי דין הגמרא תפיסה איננה נחשבת כפרעון, שהרי תפס דבר שאינו משועבד לחוב.
ובמשובב כתב הקצות שמדברי הר"ן בתחילת פרק אלמנה ניזונת מוכח שגם לפי דין הגמרא תפיסת מעות מיתומים גדולים מועילה אפילו לאחר מיתה, וע"כ מה שלא מועילה תפיסה במעשה דרבה בר שרשום הוא מדין יתומים קטנים, וא"כ אין בזה חילוק אף לאחר תקנת הגאונים.
לשון השו"ע:

טעמא דאין נפרעים מהקטנים הוא משום דחיישין שמא התפיס אביהם למלוה צררי, לפיכך אם תפס משלהם אפילו אחרי מות אביהם והוא בענין שיכול להחזיק בו לטעון לקוח הוא בידי, מהניא ליה תפיסתו כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהם:

סעיף ג

האם גובים מערב של יתומים קטנים?

כתב הרמב"ם⁶⁵⁰ שאף שבדרך כלל צריך לתבוע את הלווה תחילה, מכל מקום אם מת והניח יתומים קטנים יכול המלוה לתבוע את הערב תחילה מכיון שאין הלווה מצוי.
אבל הרמב"ן כתב⁶⁵¹ שלא ניתן לתבוע מן הערב שהרי הוא יתבע את הקטנים ומבואר בשבועות מח: לגבי מת מלוה ואח"כ מת לוח שאין אדם מוריש שבועה לבניו ואין לגבות אפילו מהערב, שהרי יערב בתר יתמי אזיל ומטעם זה אין לגבות אפילו מערב קבלן [כמבואר בסימן קח סעיף יא].
ובטור מבואר מדוע לא שייך טעם זה לפי הרמב"ם שמכיון שכשיגדלו יהיו בני חיוב, ויוכל הערב לגבות מהם, וכעת בלאו הכי אינו יכול לגבות מהם, לכן אין בעיה לגבות מן הערב.
אף הרא"ש⁶⁵² כתב שאין לתבוע את הערב, ונימק זאת מכך שצריך לתבוע את הלווה תחילה ואי אפשר, ואפילו אם התנה המלוה שיפרע ממי שירצה אינו מועיל.⁶⁵³
אך כתב שמערב קבלן ניתן לתבוע מכיון שאין צורך לתבוע את הלווה קודם, והוא יתבע מהקטנים לכשיגדלו.

הרשב"א בחידושי⁶⁵⁴ כתב כדעת הרמב"ם.
אבל בתשובה שהביא הב"י כתב הרשב"א⁶⁵⁵ כדברי הרא"ש. **ובעוד תשובה הביא שכן דעת הראב"ד**⁶⁵⁶ **והמאור**⁶⁵⁷ שאין לגבות אלא מקבלן.

הנמו"י⁶⁵⁸ הביא שדעת הראב"ד והרשב"א היא שגובים אפילו מן הערב, ושהרמב"ן והרא"ה כתבו שאין לגבות אפילו מן הקבלן. וביאר שמכיון שחוששים ל'צררי' במקום שאין מי לפקח ולחפש בעסקי הלווה אם פרע, אם נגבה אפילו מן הקבלן נמצא שנחייב את הקטנים לכשיגדלו שלא כדין. שהרי אז יצטרכו לפצות את הקבלן. **והכריע הנמו"י שכן עיקר, והביא מהריטב"א שראה את רבו הרא"ה שעשה מעשה כן**.⁶⁵⁹
המגיד משנה כתב שהעיקר כדעת הרמב"ם, **וכן הכריע בבדק הבית** שסוגיין דעלמא בדיני ממונות כמותו, ומשום שכן דעת הרשב"א והראשונים והמ"מ. וכן פסק בשו"ע.
לשון השו"ע:

נזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים:

סעיף ד

אם צוה האבא לפרוע

לשון הגמרא בערכין כב:

אמר רבא, הלכתא אין נזקקין לנכסי יתומין, ואם אמר תנו נזקקין.

שדה זו ומנה זו נזקקין ואין מעמידין אפוטרופוס, שדה סתם ומנה סתם נזקקין ומעמידין אפוטרופוס.

אמרי נהרדעי, בכולהו נזקקין ומעמידין אפוטרופוס לבד ממצאת שדה שאינה שלו, דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן.

⁶⁵⁰ מלוה ולוה כו, ג.

⁶⁵¹ ב"ב קעג:

⁶⁵² ב"ב פרק י סימן מ.

⁶⁵³ כלומר הרא"ש חלק על נימוקו של הרמב"ם שהואיל ואין הלווה מצוי, ניתן לתבוע את הערב תחילה.

⁶⁵⁴ ב"ב קעג: ד"ה והיכא.

⁶⁵⁵ חלק א סימן תתקעג.

⁶⁵⁶ שטמ"ק ב"ב קעד: ד"ה וז"ל הראב"ד.

⁶⁵⁷ ב"ב פא:

⁶⁵⁸ פא. ד"ה הראשון.

⁶⁵⁹ כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'אין נזקקים לנכסי קטנים':

אבל לי צ"ע בדיעה זו, שהרי לכשיגדלו אם יביאו ראיה על פרעון לא יהיו חייבים כלום לערב, ואם לא נמצאו ראיה לא יעזור להם מה שלא נגבה למלוה מן הערב, שיצטרכו לשלם למלוה.

אמר רב אשי, הלכך אזדקוקי לא מזדקקין, דהא אמר רבא הלכתא אין נזקין, ואי מזדקקין מוקמינן אפוטרופוס, דאמרי נהרדעי בכולהו נזקין ומעמידין אפוטרופוס, לבד מנמצאת שדה שאינה שלו, דאחזקי סהדי בשקרי לא מחזקינן.

כלומר בגמרא מבואר⁶⁶⁰ **שדעת רבא** שאין מזדקקים לנכסי יתומים, מלבד במציאות בה אמר האבא שיתנו לאותו האדם, ובמקום שאמר 'תנו שדה סתם' יש להעמיד אפוטרופוס, אבל אם אמר 'תנו שדה זו', אין צורך לאפוטרופוס שכבר ברור מאיזו שדה יגבה.

ובנהרדעא סברו שזקקים לנכסי יתומים ולעולם גם מעמידים אפוטרופוס, מלבד במציאות בה נתגלה שהשדה אינה של אביהם, שבזה גובים ללא אפוטרופוס שאין להחזיק את העדים המעידים על כך כשקרנים.

והכריע רב אשי להלכה שיש לנקוט כרבא שאין נזקקים לנכסי יתומים, אך לנקוט כנהרדעי שאם כבר מזדקקים כגון שאמר 'תנו' אז מעמידים אפוטרופוס בין אמר שדה זו ובין אמר שדה סתם, ורק במקרה שהתברר שהשדה אינה של אביהם, אין צורך באפוטרופוס.

רש"י ביאר שהצורך באפוטרופוס הוא בכדי שישאיר ליתומים מנכסי אביהם קרקע טובה, ולתת למלוה מן הזיבורית.

אך התוס' בד"ה 'אין' כתבו שמטרת האפוטרופוס הוא לברר שמא פרע אביהם ולבדוק שמא יש שובר בין חפצי המת.

הראב"ד הוסיף טעם נוסף והוא שיש למנות אפוטרופוס בכדי שימצא זכויות בעבור היתומים כגון שכשאמר 'תנו מנה' יתכן שכוונתו לכסף מדינה ולא לכסף צורי שהוא יקר יותר, וכן שאם אמר לתת לאדם והיה גם חייב לו, יוכל לטעון שהכוונה שיתנו בעבור חובו ולא בעבור מתנה נוספת, והוסיף שגם כשאין ממש בטענותיו יש להעמיד אפוטרופוס מפני שע"י כך יוכל להתפשר עם המלוה.

הרמ"א הביא את טעמו של הראב"ד בסעיף ה'.

והביא הפת"ש (ד) את דברי הפנים מאירות⁶⁶¹ **שכתב** שודאי אסור לאפוטרופוס לטעון טענה שיודע שהיא שקר, אלא שיכול לטעון טענות שאינם שכיחות ובכך להתפשר עם המלוה.

כתב הב"י שהטור ורוב הראשונים נקטו להלכה כהבנה הפשוטה בדברי רב אשי, שכל שצוה האבא לפרוע נזקקים ומעמידים אפוטרופוס.

אבל הרמב"ם⁶⁶² **פסק** כחילוקו של רבא בין שדה זו לשדה סתם.

המגיד משנה הביא את דברי הרשב"א בתשובה⁶⁶³ **שכתב** לבאר שהרמב"ם סובר שגם נהרדעי ורב אשי מודים שאין מעמידים אפוטרופוס כשאומר 'תנו שדה זו', ומה שאמרו נהרדעי שבהכל מעמידים אפוטרופוס כוונתם בשאר טענות על ההלואה.⁶⁶⁴

ולהלכה כתב הרשב"א שהעיקר כפשט הסוגיא שאף כשאומר 'תנו שדה זו' מעמידים אפוטרופוס.

אך המגיד משנה כתב שנראה לו עיקר כדעת הרמב"ם שפשוט שכשאומר 'תנו שדה זו' אין להעמיד אפוטרופוס כשם שאין מעמידים במקרה שנמצאת שדה שאינה שלו שלא חוששים שהעדים משקרים, והוא הדין בזה.

[עוד עיין בגר"א (ט) שביאר כיצד ביאר וגרס הרמב"ם בגמרא].

השו"ע סתם בתחילה שאף בזה מעמידים אפוטרופוס **כשאר ראשונים, ואח"כ הביא את דעת הרמב"ם.**

יורש גדול שהביא נכסיו לקטן, אם יכול המלוה להוציא מן הקטן כששטר מקוים בידו?

כתב הטור בשם תשובת הרא"ש⁶⁶⁵ שבמקרה שירש גדול נתן נכסי מורישו לקטן, ויצא שטר חוב מקוים על המוריש, יורדים לנכסי הקטן.

וביאר הרא"ש בתשובה שהדין שאין נזקקים לנכסי קטנים הוא דוקא כשיש להם חזקת אבות, וכדי שהבן יחקור כשיגדיל אם אביו פרע.

עוד הוסיף הרא"ש טעם נוסף שכשם שאמרה הגמרא שנפרעים לבע"ח שלא בפני הלווה ואין חוששים שיש ללוה שובר, מפני שאם לא נגבה נבא למצב ש"כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חבירו והולך ויושב לו", הוא הדין כאן שיש לחשוש שכל יורש נכסים משועבדים יתן אותם לקטנים כדי להבריח אותם מבע"ח של מורישו. **השו"ע פסק את דברי הרא"ש להלכה.**

נראה שהאחרונים לא ראו את דברי הרא"ש בתשובה ולכן פירשו דבריו באופנים שונים:

הסמ"ע (יא) כתב שהסיבה שכאן נזקקים לנכסי קטן הוא מפני שבאו הנכסים לרשות הקטן מיורש גדול, ואם היה שובר היה הגדול מוציא.

ולעומתו כתב הש"ך (יב) שמדובר כאן כשלא הגיע זמן הפרעון הכתוב בשטר ולכן אין לחוש לשובר, ולא טרח השו"ע לכתוב זאת כאן מפני שלא עסק כאן בדין של הזקקות לנכסי יתומים, אלא ביכולת לרדת לנכסי קטן.

⁶⁶⁰ כאן אני מפרש את פשוט דברי הגמ', על אף שנראה בהמשך שכנראה הרמב"ם פירש הכל אחרת.

⁶⁶¹ חלק ג סימן יח

⁶⁶² הלכות מלוה פרק יב הלכה ה.

⁶⁶³ ח"ב סימן רכח.

⁶⁶⁴ ועיין בסעיף ה בעמוד 161 שם נביא את המשך הפירוש הרשב"א בגמרא אליבא דהרמב"ם לגבי ההכרעה אם מעמידים אפוטרופוס כשנמצאת שדה שאינה שלו.

⁶⁶⁵ כלל פה סימן ט.

יורש גדול שהביא נכסיו לקטן, אם יכול המלוה להוציא מן הקטן כשאר שטר מקוים בידו?

והרא"ש כתב שם שאם השטר אינו מקוים אין גובים במקרה זה הואיל ואין מקיימים שטר שלא בפני בעל דין.

הב"י הביא שכבר הקשה השואל בשו"ת זכרון יהודה סימן טו שהרי נפסקה הלכה בב"ק קיב: שמקיימים שטרות שלא בפני בעל דין הואיל וקיום שטרות הינו מדרבנן.

והביא הב"י שהר"י בן הרא"ש כתב שבאמת אין הלכה כדברי הרא"ש הנ"ל שסותר את דבריו בפסקים, ודבריו בפסקים עיקר.⁶⁶⁶

ובבדק הבית כתב שניתן לומר שבתשובה סבר הרא"ש כרש"י שהדין שמקיימים את השטר שלא בפני בעל דין הוא דוקא כשמבקשים העדים ללכת למדינת הים.

עוד הביא הב"י שמצא בשם מה"ר לוי בן הניב⁶⁶⁷ **שהעיר** שהרא"ש עצמו רמז תשובה לקושיא זו, שכתב שבנדון זה אין מקיימים שלא בפני בעל דין, ומשמע שדוקא בזה הנושא הדין הוא כן. וביאר שלמד הרא"ש מהדין שאם נמצאת שדה שאינה של אביהם נזקקים, וזהו ע"כ או ע"פ עדים או ע"פ שטר. ובעדים ודאי צריך קבלת עדות בחיי אביהם, וא"כ ה"ה שבשטר צריך קיום בחיי אביהם. ואף שמדברי הרמב"ם (שם ו) יובא בסעיף ו נראה שאף בעדים אין צורך בקבלת עדות בחיי אביהם שכן פסק לגבי מציאות בה יצא שטר אפילו שאינו מקוים שאין הקרקע של אביהם, מכל מקום אין כן דעת הרא"ש כפי שיבואר לקמן.

כתב הב"י שאין דבריו נוחים לו, שאין ללמוד שטר מעדים ועוד שלא ביאר כיצד דין זה לא סותר את הגמרא שניתן לקבל עדות שלא בפני בעל דין.⁶⁶⁸

והב"י כתב לבאר דבריו שסבר שנגד קטנים אין מקיימים שטר מכיון שיש לחשוש לפרעון. אך העיר שהרמב"ם והטור סוברים שאפילו נגד קטנים מקיימים את השטר [ונבאר זאת בהמשך בסעיף ו לגבי מוציא שטר מכר על נכסי יתומים].

עוד כתב הב"י שמצא שרבינו ירוחם⁶⁶⁹ **הביא מהראב"ד בב"ק**⁶⁷⁰ שאין מקיימים שטר צוואה שלא בפני בעל דין, מפני שהוא רק זכרון דברים ואינו דומה לשאר שטרות שהם כמי שנחקרה עדותן בב"ד (אמנם בחידושי הראב"ד שלנו כתוב הפוך, שגם צוואה מקיימים שלא בפני בעל דין). וא"כ יש לומר שגם הרא"ש סובר כן, ודייק הב"י שכן נראה מדברי המ"מ⁶⁷¹ בשם הרשב"א⁶⁷².

הסמ"ע (יא) כתב שהסיבה שאין מקיימין כאן הוא מפני שיש לחוש לפרעון אצל יתומים קטנים, ואף שבמקרה כאן סבר הרא"ש שניתן לגבות מן הקטן, הואיל והיורש עצמו גדול ואם היה שובר היה מוציא כפי שהבאנו בשם הסמ"ע לעיל, מכל מקום לא מקילים שתי קולות גם לקיים וגם לגבות.⁶⁷³

הש"ך (יב) הקשה על פירושו של הסמ"ע מדברי הטור בהמשך הסימן לגבי נמצאת שדה שאינה שלו, וכמו שהבין אותם הסמ"ע עצמו שאין גובים מהקטנים אלא בשטר שהיה מקוים בחיי אביו.

וביאר התיבות (ג) את קושיתו שאף ששם אם השטר מקוים יש לגבות מן הדין, מכל מקום סבר הסמ"ע בדעת הטור שאין מקיימים את השטר כל עוד הם קטנים.

לכן כתב הש"ך שהעיקר כדברי הב"י שהרא"ש סבר שבקטנים אין מקיימים אך כתב הש"ך שיש לתקן דבריו ולפרש שהסיבה לחילוק היא שבגדול ניתן לקיים שלא בפניו הואיל והפרעון יהיה בפניו, מה שאין כן בקטן שאף הפרעון יהיה שלא בפניו.

וביאר התיבות (יב) שהרי בגדול מדובר כשאינו נמצא במדינת הים ולכן וודאי שיחכו לו לפרעון, שאם הוא נמצא במדינת הים בלאו הכי דנים שלא בפניו מן התקנה בניגוד לקטן שלעולם אין דנים עד שיגדיל כמבואר בסימן כח.

עוד הביא הש"ך שהשארית יוסף תמה על הב"י למה לא תירץ כדברי המרדכי בב"ק שביתומים לא מקיימים משום שאינם בני מיעבד מצוה'. והשיג עליו שלא הבין כוונת המרדכי, וגם כאן אין זה שייך, שהרא"ש דיבר בקטן שקיבל מתנה ולא ביורש והוא חייב לשלם מן הדין ולא רק משום מצוה.

השו"ע סתם בדין זה שמורידים בע"ח לנכסי הקטן, ולא התנה שהשטר יהיה מקוים וכפי שהבאנו שמבואר מדברי הרמב"ם בסעיף ו שמקיימין שטר בפני קטן.

האם ניתן לקבל עדים בפני קטן שאביהם צווה 'תנו מנה לפלוני'?

גם לעניין קבלת עדים בפני הקטן במקרה שצווה נחלקו הראשונים שהטור והרא"ש ועוד חבל ראשונים טרחו להעמיד שמדובר באופנים בהם אין בעיה של קבלת עדות בפניו כתב כגון שטר או שצווה בפני ב"ד או שנתקבלו עדים בחיו.

⁶⁶⁶ המעיין שם בתשובה יראה שלא על כך השיב הר"י בן הרא"ש כי אם על שאילה אחרת שבהם היה סתירה בין התשובות לפסקים וכן העיר המהדיר שם.

⁶⁶⁷ בשו"ת שלו סימן קב.

⁶⁶⁸ נראה שכוונתו שאף שכתב המהרלב"ח שזהו דין מיוחד לגבי יתומים, עדיין לא ביאר שום סברא לחלק.

⁶⁶⁹ סוף נתיב כד.

⁶⁷⁰ במהדורת שירת דבורה ציינו לחידושי הראב"ד קיב. ד"ה אולי, אך שם לכאורה כתוב במפורש להיפך שאף בשטר צוואה ניתן לקיים שלא בפני בעל דין, וצ"ע.

⁶⁷¹ מלוה ולוה יב,ה

⁶⁷² שו"ת הרשב"א ח"ב סימן רכת. ועיין בקצות בסימן קח ס"ק יא בסופו ובסיכומינו בעמוד 142 שדחה את דיוקו של הב"י ברשב"א, וביאר דבריו באופן אחר.

⁶⁷³ ובדרישה דחה את ישוביו של הב"י לדברי הרא"ש ע"ש.

אך המ"מ כתב וכן משמע ברמב"ם⁶⁷⁴ שבמקרה שצווה ליתן, ניתן לקבל עדות אפילו שלא בפניו. [ומחלוקת דומה קיימת לעניין המציאות בה טוען התובע שהקרקע גזולה עיין לקמן בסעיף ה] לשון השו"ע:

קטנים שצוה מורישן ואמר: תנו שדה או מנה לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס להפך בזכותם (טור ס"י בשם הרא"ש). וכן אם אמר: תנו מנה זו, או: תנו שדה זו לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס. ולהרמב"ם בזו אין צריך להעמיד אפוטרופוס. יורש גדול שנתן נכסי מורישו לקטן, ויצא שטר חוב על המוריש, מורידים בעל חוב לנכסיו.

סעיף ה

המערער על בעלותו של אביהם של היתומים

הבאנו בסעיף הקודם שבגמרא בערכין כב: הכריע רב אשי כדברי נהרדעי שכאשר אדם תובע את היתומים בטענה שהקרקע של אביהם אינה באמת של אביהם, מזדקקים לדינו ואין צורך אפילו באפוטרופוס, מפני שאין לנו להחזיק את העדים המעידים שהקרקע גזולה כשקרנים.

אך הרמב"ם בפרק יב הלכה ה כתב שכשנמצאת הקרקע גזולה מעמידים אפוטרופוס.

וגם על זה הביא המגיד משנה שהרשב"א בת' כתב לבאר⁶⁷⁵ שסובר הרמב"ם שרב אשי פסק כרובא בזה, וביאר על פי מה שהבאנו בשמו בסעיף הקודם שביאר שאף נהרדעי לא אמרו שממנין אפוטרופוס באומר 'תנו שדה זו', אלא כוונתם שלשיטתם שלעולם יורדים לנכסים, אז גם במקרים אלו ממנין אפוטרופוס, ורובא שפסק כמותם, כוונתו שמי שיפסוק שכן יורדים לנכסיהם, יש להם גם למנות אפוטרופוס, ומה שהביא בשם שבאומר שהקרקע גזולה אין ממנין אפוטרופוס זה ציטוט מדבריהם, אך בזה לא הכריע כמותם.

אך להלכה הכריע הרשב"א כפשט הגמרא שאין ממנים אפוטרופוס באופן הנ"ל.

אך המגיד משנה סבר שבאמת פסק הרמב"ם כנהרדעי שאין ממנין אפוטרופוס בטוען שהקרקע גזולה, והרמב"ם דיבר במקרה שטען כן ועדיין לא הביא עדים, ונהרדעי דיברו במקרה שכבר באו עדים. השו"ע סתם כפשט הגמרא, ואח"כ הביא את דעת הרמב"ם.

כיצד ניתן לגלות שהקרקע אינה שלהם והרי אין מקבלים עדים בפני קטן?

הראשונים התחבטו באיזו מציאות ניתן לברר שקרקע זו גזולה, והרי אין מקבלים עדות בפני קטן: הרשב"א בת' הוסיף להקשות שמשמע שגם בגזילה הדין כן מהמבואר בב"ק קיב: שנביא לקמן שדעת סומכוס שאף בגזילה אין מקבלים עדים בפני קטן.

והביא שרבינו אברהם כתב שמדובר שהיה למערער שטר, שהרי ניתן לקיים שטר שלא בפני בעל דין, ומה שכתוב שבאומר מנה סתם ומנה זו מורידין זה כשכתב שטר צוואה.

והוסיף הרשב"א שיתכן שמדובר באופן שצווה ביום בפני שלושה שדינם כבי"ד.

עוד הביא הרשב"א שיש שפירשו שמדובר באופן שקיבלו עדים בחיי האב.

אך המגיד משנה בפרק יב הלכה ו כתב שכל הראשונים דחקו עצמם בזה והעיקר הוא שלעניין גזילה מקבלים עדים אף שלא בפני בעל דין.

ואף התרומות בשער יד חלק א סימן ח כתב שלמסקנה נפסקה הלכה כחכמים שלעניין גזילה ניתן לקבל עדות שלא בפני בעל דין.

וכן משמע ברמב"ם שבהלכה ו סתם לעניין גזילה שיוורדים לנכסי קטן, ובהלכה ז שיובא בסעיף ו לקמן לעניין הטוען שקנה קרקע מאביו, התנה הרמב"ם את ההזדקקות לדינו רק באופן שיש שטר.

ושורש מחלוקת זו נעוצה גם בהבנת מחלוקת סומכוס וחכמים שנביא לקמן אם מקבלים עדות בגזל בפני קטן, הראב"ד⁶⁷⁷ הבין שנפסקה הלכה כסומכוס ובאמת אין מקבלים עדות בשביל גזל, ולכן נאלץ לומר שמדובר באופן שקיבלו בי"ד עדות לפני כן.

אמנם הרא"ש סבר⁶⁷⁸ שהלכה כחכמים, ומכל מקום סבר שאף חכמים דיברו דווקא באופן שברור שהקרקע גזולה כגון שנתקבלו עדים בחיי אביהם, אך לא ניתן לקבל עדים בפני גזל אף לגבי קטנים, עיי"ש בדבריו.⁶⁷⁹

השו"ע נקט כדברי הרמב"ם.

⁶⁷⁴ הסמ"ע (יב) כתב שאף התרומות סובר שלעניין אומר תנו וקרקע, מקבלים שלא בפני בעל דין, ולא מצאתי שאומר כן אלא לעניין קרקע הואיל וקיי"ל כחכמים הסוברים שבגזילה מקבלים שלא בפני בעל דין, ואדרבה קצת משמע בתרומות שלעניין צווי האבא לא מועיל אלא באופנים שאין בעיה של קבלת עדות, ואין לי הפנאי להאריך בזה, עיין בתרומות שער יד חלק א סימנים ח-יב.

⁶⁷⁵ ח"ב סימן רכח.

⁶⁷⁶ חלק ב סימן רכז.

⁶⁷⁷ חידושיו לב"ק קיב: וכן כתב הרשב"א שם בשמו.

⁶⁷⁸ רא"ש ב"ק פרק י סימן א, וכן בכתובות פרק יא סימן כד.

⁶⁷⁹ עיין בתומים ס"ק ח שביאר לא כדברינו ברא"ש (אך הביא שכן הבין המהרש"ל) אלא שאף הרא"ש מודה שניתן לקבל עדים לעניין גזל אך דווקא באופן שאין חזקת אבות, וכוונתו שכשיצא קול בחיי האב שהקרקע גזולה, שוב אין חזקת אבות וניתן לקבל עדות בפניהם, (א"א- והרמב"ם ודעימיה סוברים שלעולם מקבלים עדות לעניין גזל, ורק לענין טענת לקוח אין מקבלים).

והטור כתב כדעת אביו שכל המציאויות שאמרנו שיורדים לנכסי קטן זה דווקא כשהיו עדים בחיי האב, או שהוציא שטר מקויים, [ולענין קיום שטר בפני קטן כבר ביארנו באריכות בסעיף הקודם] [ענין בסעיף ט שם נביא את שיטת הרמב"ן שהואיל והדברים הללו הינם מילי דיתומים, ניתן לקבל עדות בפני אפוטרופוס שהוא הבעל דין].

האם מוציאים מן הקטן כשתוקף ולקח ואין לו חזקת אבות, ומה הדין כשיש לו?

לשון הגמ' בב"ק קיב:

בר חמוה דרבי ירמיה טרק גלי באפיה דרבי ירמיה אתא לקמיה דרבי אבין אמר: שלו הוא תובע. א"ל והא מייתינא סהדי דאחזקי ביה בחיי דאבוה א"ל וכי מקבלין עדים שלא בפני בע"ד? ולא והא קתני בין גדולים בין קטנים חייבין א"ל הרי מחלוקת סומכוס בציזר. אמר איכפל כולי עלמא וקאי כסומכוס לאפקוען לדידי?⁶⁸⁰ אדהכי איגלגל מילתא אתא ומטא לקמיה דרבי אבהו אמר לא שמיע לכו. דאמר רבי אושעיא תינוק שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה של חבירו ואמר שלי הוא אין אומרים נמתין עד שיגדיל אלא מוציאין מידו מיד ולכשיגדיל יביא עדים ונראה מי דמי התם הוא דמפקינן מיניה דלא קיימא ליה אחזקה דאבוה אבל היכא דאית ליה חזקה דאבוה לא.

בגמרא מסופר ש' ירמיה רצה להכנס לבית בו היה בר חמוה שהיה קטן, הואיל וטען שאביו מכר לו את הבית לפני מותו, ובר חמוה טרק על ר' ירמיה את הדלת, והלך ר' ירמיה בפני ר' אבין, ואמר לו ר' אבין שהקטן תובע את שלו, אמר לו ר' ירמיה והרי יש לי עדים שהחזקתי בבית לפני מות אביו? ואמר לו ר' ירמיה שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד ושאל אותו ר' ירמיה שהרי חכמים סוברים שמוציאים מן הקטנים אם אכלו מגזל שהיה ביד אביהם, וענה לו ר' אבין שהרי סומכוס סובר שאין מוציאים, ותמה ר' ירמיה מדוע פסק לו אליבא דסומכוס, לאחר זמן שאל את ר' אבין שהרי מבואר שקטן שתקף וירד לשדה חבירו מוציאים מידו אף קודם שהגדיל, וענה לו ר' אבין הואיל ושם לא היה לו שום חזקה בנכסים, מה שאין כן במקרה של ר' ירמיה שיש לבר חמוה חזקת אבות שהנכס שלו.

כתבו התוספות בד"ה אבל שמדויק בגמרא שגם אם היה ר' ירמיה מוחזק לא היה מועיל לו כי הגמרא חילקה רק בין קטן שיש לו חזקת אבות לשאין לו.

לעומת זאת הריב"א הובא במרדכי סימן רטו סובר שאם ר' ירמיה היה מוחזק לא היה צריך להביא עדים שהרי לא היה תובע כלום וכשיגדל הקטן ויתבענו אז יביא ר' ירמיה עדים שהחזיק בחיי אביו.

וכ"כ בהגהות אשר"י סימן ב בשם ר"ת וכתב שכך אתי שפיר הגמרא בבבא בתרא לב: לגבי רבה בר שרשום שמשמע שאילו היה טוען לקוחה היא, היה נאמן אע"פ שהיה צריך להביא עדות על כך והיתומים היו קטנים וא"כ כשמוחזק מקבלים עדות אף שלא בפני הקטן.

וכתב הב"י בסימן כח שיש הבדל בין שיטת הריב"א הסובר שאם הוא מוחזק נשאר בידו גם אם לא יביא עדים, לבין שיטת ר"ת הסובר שצריך להביא עדים.

וכתבו הב"י והב"ח שם שרש"י סובר כריב"א שאם הוא מוחזק אין מוציאים מידו, ובבדק הבית שם כתב שכן דעת הרשב"א וכך נראה מהרמב"ם והב"ח כתב שכן דעת רוב רבותינו.

הסמ"ע כאן (יד) כתב בדעת התוס' בב"ק לכאורה ממש להיפך ממה שכתב, וכתב שסבר שרק במקום שיש לקטן חזקת אבות וגם ונמצא בקרקע כעת אין נזקקים לתובע, וכן פירש באריכות בדברי השו"ע הרמ"א והרמב"ם.

הש"ך (טו) העיר בתחילה שבתוס' בב"ק כתוב במפורש להיפך, אך כתב שכדברי הסמ"ע משמע בתוס' בערכין כב: ד"ה אמר רב אשי, והביא שהמהרש"ל⁶⁸¹ הכריע כדעת הסמ"ע וכדברי התוס' בערכין, ושכתב שראה בספר רבינו תם שיש טעות בתוס' בב"ק, ורק כשיש לו חזקת אבות ומוחזק כעת אין מוציאים מידו. לבסוף כתב הש"ך שהמדקדק היטב בתוס' בב"ק יפרש דבריהם כדברי התוס' בערכין.

ובנתיבות (ד) האריך לבאר כיצד ניתן להבין את תוס' בב"ק ב' האופנים, ולפי ביאור הסמ"ע כוונת תוס' שאפילו אם היה ר' ירמיה מוחזק בתחילה, והוציא מידו, לא יועיל במידה ויש ליתומים חזקת אבות, אבל ודאי שצריכים להיות מוחזקים כעת, וכתב שלכאורה זו סברא פשוטה שלא ניתן לומר שחזקת אבות לבדה מועילה בכדי שקטן יוציא אדם ממקומו אף שהוא מוחזק, שאם לא נאמר כן כל לוקח יפסיד אם ימות המוכר.

וביאר הנתיבות שאף לפי הבנת הש"ך שיכולים היתומים להוציא גם כשאינם מוחזקים, זהו דווקא כשהיה מוחזק לכל העולם אחר מיתת האב שהוא של אביהם, ולא ידוע שמכר קרקע זו, וכתב שכן מוכח מהגמרא ב"ב לב: בסיפור של רבה בר שרשום, שאם לא היה ידוע שהקרקע של אביהם היה יכול להחזיק בקרקע, עיי"ש.

האם יכול אדם לתבוע יתומים קטנים על נזק?

כתב המרדכי בגיטין סימן שפב שאם אדם צווח על יתומים קטנים שיש לו היזק מהם, אין מעמידים להם אפוטרופוס לדון עמו בעודם קטנים, אם לא שהם מזיקים אותו בידים שאז מעמידים אפוטרופוס כמבואר בב"ק לט. ששור של חרש שוטה וקטן שהזיקו ביי"ד מעמיד להם אפוטרופוס וכו', וכתב וכל שיש לספק בדבר ממתנינים עד שיגדילו, **והביא הרמ"א את דבריו להלכה**.

⁶⁸⁰ ועיין בראשונים שם רא"ש רשב"א ראב"ד בשם כתוב, ובמאור ובמלחמות אי פסקנו כסומכוס או כחכמים, והאם גם חכמים מודים שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, ומה דעתם לגבי עדות בפני קטן, ודוק.

⁶⁸¹ ים של שלמה ב"ק פרק י סימן ז.

סימן קי

ולאחר מכן הביא את דברי הראב"ד שהוזכר בסעיף ד שלעולם יש למנות אפטרופוס ליתומים בכדי שילמד עליהם זכות, ויפשר עם המלוה.

וביאר הסמ"ע (טו) שגם כשמפורסם שיש היזק מסלקים אותם אך אין הם משלמים עד שיגדלו. **ובנתיבות כתב (ה)** שמה שכתב השו"ע שכשמפורסם אז מעמידים להם אפטרופוס זה דווקא בנוקי שור שלהם, שהרי מנוקי עצמם אין משלמים עד שיגדלו, וביאר הנתיבות שאף בשור אין מקבלים עדים אלא אם כן מפורסם, ובוה מבואר מדוע כתב הרמ"א דין זה לאחר שכתב שכשיש לקטן חזקה בנכסי אביו אין מוציאים בידו, ולאחר מכן כתב 'ולכך' והביא את דברי המרדכי וכוונת שכשם שאין מקבלים עדים בדבר ששייך לאביהם עד שיגדלו כך אין מקבלים בנוקים של שורם שהוא דבר שנעשה ממילא [ודבריו צריכים ליבון]. לשון השו"ע:

יתומים קטנים שנמצאת קרקע שאינה שלהם, אלא טען הטוען שהיא גזל ביד מורישם, נזקקים להם. ואם נמצאת גזולה, מחזירים אותה לבעלה. ולהרמב"ם צריך להעמיד להם אפטרופוס לטעון ולדון. וכן קטן שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו וכבשה, אין אומרים: נמתין לו עד שיגדיל, אלא מוציאים אותה מידו, ולכשיגדיל, אם יש עדים, יביא עדיו.

הגה: ודוקא שלא היה לו חזקה בנכסים אלו מאבותיו. אבל יש לו חזקה, אין מוציאים ממנו עד שיגדיל (טור). ולכן מי שצווח על יתומים קטנים שיש לו היזקות מהן, אין מעמידין להן אפטרופוס לדון עמו בעודן קטנים, אם לא שמפורסם שהם מזיקים אותו בידים. וכל שיש לספק בדבר ולפקפק, ממתנינים עד שיגדילו (מרדכי פ' השולח). ו"א דממנין לעולם אפטרופוס, בין שיש ממש בטענותיו או לא, אולי יתפשר עמו לטובת היתומים (ב"י בשם הראב"ד).

סעיף ו

המוציא שטר מוכר על נכסי היתומים

כבר ביארנו לעיל בסעיף ד שלעניין מציאות בה טוען התובע שהקרקע גזולה נחלקו הרמב"ם כנגד הרא"י רבים אם ניתן לקיים עדות בפניהם.

וכן הבאנו שם שמדברי הרא"ש לפי פירושים מסויימים גם לא ניתן לקיים שטר בפניהם. **וכתב הרמב"ם בהלכה ז** שלעניין תובע שטוען שקנה את הקרקע, הוא אינו יכול להביא עדים, אך אם יש לו שטר על אף שאינו מקויים מקבלים, שהרי ניתן לקיים שטר שלא בפני בעל דין (בניגוד לפירושים הללו ברא"ש. לשון השו"ע:

קרקע שהיתה בחזקת קטנים, ובא אחד וטען שהיא לקוחה ממורישם, ויש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביהם, אין מוציאים אותה מידם עד שיגדילו, שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. אבל אם הוציא שטר שהיא לקוחה בידו, הרי זה מקיים השטר ומוציאים אותה מידם אחר שמעמידים להם אפטרופוס.

סעיף ז

אם גובים מיתומים כשהודה אביהם בכתב ידו, ומה הדין בגזל אביהם?

אם גובים מיתומים כשהודה אביהם בכתב ידו?

כתב הטור שאם הודה המוריש בכתב ידו שמטלטלים שבידו הם מעסק שיש לו משל אחר, או שהם פקדון של אחר, מוציאים אותם מהיתומים כפי שהתבאר בסימן קח שמטלטלים של עסק פלוני נגבים אפילו מקטנים **וכן פסק השו"ע.**

והעיר הסמ"ע (יז) שלפי דעת הרא"ש שהבאנו בסעיפים הקודמים שאין מקיימים שטר בפני קטן דין זה נכון רק במקרה שהדיינים מכירים הדיינים בכתב ידו.

מתי מחוייבים היתומים לשלם גזל של אביהם?

המשנה בב"ק קיא: כותבת שהגוזל ומאכיל את בניו, והניח לפניהם - פטורין מלשלם, ואם זה היה דבר שיש בו אחריות חייבים לשלם.

ושם בגמרא סבר רב חסדא שאם אכלו קודם יאוש חייבים לשלם, ורק לאחר יאוש פטורים מלשלם, **וכתב הרא"ש**⁶⁸² שכיום שיש תקנת גאונים שגובים מן המטלטלים, לעולם חייבים היתומים לשלם על גזל אביהם, ואין הבדל בין לפני יאוש לאחר יאוש ובין אם אכלו מן הגזל או שלא אכלו.

הטור הביא דין זה לאחר הדין הקודם שהודה המוריש בכתב ידו שהמטלטלים בידו, אך לא הזכיר כאן שצריך שהאבא יודה בחייו שגזל,

אך הש"ך (יח) הביא שהמהרש"ל⁶⁸³ כתב שפשוט שאף בזה צריך שיוודה בחייו, ושם בישי"ש ניסה לדייק כן בלשון הטור מכך שכתב 'וכן' וכוונתו שכשם ששם כתב שהודה בכתב ידו, הוא הדין כאן.

⁶⁸² ב"ק פרק י סימן א.

⁶⁸³ ים של שלמה פרק י סימן ו.

סימן קי

הש"ך עצמו כתב שמלשון הטור משמע שאין צריך לעדות ובה מקבלים עדות כנגד קטנים, וכתב שכן משמע בתרומות, והביא שכן כתב הלבוש במפורש, והשאיר דין זה בצ"ע.⁶⁸⁴ לשון השו"ע:

קטנים שהודה מורישם בכתב ידו על מטלטלים שבידו שהם מעסק שיש לו מפלוני, או שהוא פקדון בידו משל פלוני, מוציאין מהם (ועיין לעיל סוף סימן ק"ז). וכן אם גזל מורישם, חייבים לשלם, בין אכלו בין לא אכלו, בין נתיאשו הבעלים בין לא נתיאשו, בין מקרקע בין ממטלטלים שהניח מורישם.

סעיף ח

אם נזקקים לקטנים כשלוו בי"ד או אפוטרופוס לצרכם, ומה הדין כשלוו בעצמם?

כתב הרמב"ן⁶⁸⁵ שזקקים לנכסי יתומים בדברים שב"ד או אפוטרופוס לוו לצורך היתומים, שדווקא לעניין חובו אביהם אין נזקקים.

וביאר שכשלוו לצורך היתומים אין חשש שמא התפיס אביהם 'צררי', ואפילו למי שסבר שטעם שאין נזקקים הוא מפני שפריעת בע"ח מצוה וקטנים אינם מצווים, מ"מ כאן יש מצוה על האפוטרופוס או הב"ד לפרוע.

וכתב הרמב"ן שמוכרים את נכסיהם בלי הכרזה, וגובים מהבינונית כדין גדולים. וכן אם מכרו ב"ד את נכסיהם האחריות היא על היתומים. וכן הסכים הרא"ש⁶⁸⁶.

הטור הביא שר"י סובר שגם כשלוו היתומים לצרכם, אין נזקקים להם בעודם קטנים.

אך ברא"ש שם כתב שאף ר"י⁶⁸⁷ לא אמר כן אלא כשלוו היתומים בעצמם, אך אף הוא מודה במקרה שב"ד או אפוטרופוס לוו.

וכן פסק הטור בהמשך שכשלוו בעצמם, אין נזקקים להם עד שיגדילו.

השו"ע פסק כדברי הטור שכשב"ד לוו או אפוטרופוס לוו, נזקקים לדינם, וכשלוו לבד, אין נזקקים. **והעיר הסמ"ע (כד)** שגם מה שלוו היתומים עצמם צריכים לשלם אם מודים שחייבים והגיעו לעונת הפעוטות כמבואר בסימן צו בסעיף ג, אך מכל מקום אם הקטן מכחיש, אין מקבלים עדות עד שיגדילו, ובה עסקו הטור והשו"ע כאן. לשון השו"ע:

אם לוו בית דין או אפוטרופוס של יתומים לצרכם, נזקקים לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה, ונפרעים בבינונית כמו משאר בעל חוב. וכן בי דינא דזבין אחריותא איתמי, אם טרפוה מהלוקח גובה בלא הכרזה, ודינו כשאר בעל חוב. אבל אם לוו היתומים עצמם בלא אפוטרופוס, אין נזקקים לנכסיהם עד שיגדילו, ואין מעמידים להם אפוטרופוס לקבל העדות:

סעיף ט

האם אפשר לקבל עדות בפני האפוטרופוס?

עוד כתב הרמב"ן⁶⁸⁸ שבכל מקום שמעמידים אפוטרופוס (שהם 'מילי דיתומים') גם מקבלים עדות נגד היתומים, שאפוטרופוס הוא בעל דין.

והביא ראיה לדבריו מהגמרא בערכין שהבאנו לעיל שבמקומות שנזקקים לנכסי היתומים מעמידים אפוטרופוס, וכבר הבאנו בסעיפים ד ו-ה שנתקשו הראשונים כיצד אנו יודעים שהאבא צווה או שהקרקע גזולה, שהרי אין מקבלים עדות בפני קטן?

והבין הרמב"ן שבכל דבר שמעמידים אפוטרופוס ניתן לקבל עדות אף בפני קטן.

וכתב שאף הראב"ד העמיד שמדבר באופן שהדיינים יודעים ולא צריכים קבלת עדות, או שיש שטר צוואה (ומקיימים את השטר שלא בפני בעל דין), כתב הרמב"ן שתירוצו דחוק.

וכבר ביארנו בסעיפים הקודמים שלשיטת הרמב"ם השו"ע ודעימיה הקושיא אינה מתחילה, שהרי במציאות הללו ניתן לקבל עדות אף בפני קטנים.

הרא"ש הכריע כדעת הראב"ד שאף שמקבלים אפוטרופוס, אין מקבלים עדות בפני הקטנים. **השו"ע כתב** בלשון סתם כדעת הרמב"ן שכשמעמידים אפוטרופוס מקבלים עדות בפני קטן,

⁶⁸⁴ **יש להעיר** שלכאורה לפי שיטת הטור פשוט שאין מקבלים שלשיטתו לעולם אי מקבלים עדות בפני קטן אף בעניין גזל, אך בשיטת הרמב"ם היה מקום להסתפק שיש לומר שסובר שמה שמקבלים עדות על גזל בפני קטן, הוא דווקא על הדבר שבעין, ולא על חיוב שנוצר מכח הגזל, ויש לדון בזה.

ולאחר מכן מצאתי שהתומים בס"ק ח כתב שפשוט בדעת השו"ע והרמב"ם והתרומות שמקבלים עדות אף בחייהם שכך דעתם לעניין גזל, ושצדק הלבוש בדבריו, ושדעת הרא"ש והטור אינה כן.

אך בהגהות על התרומות (הוצאת אור המזרח) הערה 75 העיר שנראה מהמ"מ והתוס' שהסיבה שמקבלים עדות לגבי קרקע, הוא מפני שנמצא שהקרקע אינה שלהם מלכתחילה ובה אין להחזיק את העדים כשקרנים, אבל כאשר באים לחייב את היתומים ממון מכח גזילת אביהם, חזר הדין שאין מקבלים עדות בפניהם, וכתב שיתכן שזהו דעת הש"ך, עיי"ש.

⁶⁸⁵ כתובות ק: ד"ה הא דאמרינן.

⁶⁸⁶ כתובות פרק יא סימן כד.

⁶⁸⁷ ברא"ש לפני כתוב רש"י אך הקרבן נתנאל (אות צ) והכנה"ג (הגהות הטור אות נא) כתבו שיש לגרוס ר"י.

⁶⁸⁸ כתובות ק: ד"ה הא דאמרינן

סימן קי

והרמ"א כתב מדברי הנימוק"י בב"ק שיש אומרים שזה דווקא בדבר שהוא מבורר כגון צוואה או אפוטרופוס שאין בו חשש ניתן לקבל עדות בפני אפוטרופוס של קטן, וכן שכן משמע במרדכי⁶⁸⁹ ואח"כ הביא השו"ע את דעת הראב"ד שלעולם אין מקבלים עדות בפני אפוטרופוס ואפילו במצבים אלה, ורק כאשר ידוע מחיי האב, דנים את היתומים.

הפת"ש (ה) הביא תשובת כנסת יחזקאל⁶⁹⁰ שפסק להלכה שלא להוציא מקטנים אף בעדות על צוואה, וביאר שניתן לומר ב' טעמים מדוע ניתן לקבל עדים על צוואה בפני קטן:

או משום שלא תטרף שעתו של המצוה, וזה שייך רק כשעשה קניין, שאם לא כן נזקק לבי תקנות שצוואה מועילה ללא קניין וגם שמקבלים עדות בפני קטן שלדברי הכל אין לקבל עידי צוואה אלא כשהיה קניין.

או משום שצוואה הינה דבר ברור וזה שייך רק אם מת השכיב מירע מיד, שאם לא מת מיד יש חשש שחזר בו.

והוסיף טעם נוסף וז"ל: "תמה אני אם יש בדור הזה מי שדעתו רחבה להוציא מיתומים קטנים נגד דעת הראב"ד והרא"ש ורבינו ירוחם" לשון השו"ע:

בכל מקום שאמרו שמעמידים להם אפוטרופוס כדי ליזקק לנכסיהם, מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, דאפוטרופוס בעל דין הוא. וכן עידי צוואה מקבלים אותם בפני האפוטרופוס.

הגה: וי"א הטעם בדבר הברור שאין בו חשש, כמו צוואה, מקבלין אפי' שלא בפני בעל דבר. ועל כן מותר לקבל עידי צוואה בפני הקטן (נ"י פ' הגוזל בתרא). והוא הדין בכל דבר המבורר שהקטן חייב (כן משמע במרדכי פרק השולח). ויש מי שכתב שאין מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. והיכי משכחת לה שהמניח יתומים קטנים תהא צוואתו קיימת, במוסר דבריו לבית דין, או שכתבו העדים צוואתו בשטר וחתמוה בחייו, או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לבית דין (ועיין לעיל סימן ק"ח סעיף ג' ד')

סעיף י

גביית כתובה מיתומים קטנים

הביא הב"י תשובת הרשב"א⁶⁹¹ שכתב שאין צורך להעמיד אפוטרופוס כדי לגבות כתובת אשה מהיתומים, שהרי הקילו בה למכור בב"ד הבקאים בשומא.

ובתשובת הריטב"א⁶⁹² שהביא הב"י בסוף הסימן מפורש שאף לגביית כתובה יש למנות אפוטרופוס. השו"ע סתם כדעת הרשב"א שאין צורך באפוטרופוס. לשון השו"ע:

לכתובת אשה, אין צריך להעמדת אפוטרופוס:

סעיף יא

אם ב"ד לא רוצים להעמיד אפוטרופוס

עוד הביא הב"י מתשובת הרשב"א⁶⁹³ שאם ב"ד לא רוצים להעמיד אפוטרופוס, אלא לחפש אחר זכות היתומים בעצמם, הרשות בידם לעשות כן. שאין אפוטרופוס יותר טוב מהם, וכן פסק השו"ע.

הרמ"א הביא את דברי התרומת הדשן⁶⁹⁴ שיש כח ביד ב"ד לפשר מחמת היתומים אם נראה שטוב להם. לשון השו"ע:

כשאמרו מעמידים אפוטרופוס, לא אמרו אלא להקל על הבית דין, הא אם ראו בית דין דלא למנות אפוטרופוס, ויחפשו הם אחר זכות היתומים, אין לך אפוטרופוס טוב מהם. (ויש כח ביד בית דין לפשר מחמת יתומים, אם נראה שטוב להם) (פסקי מהרא"י סימן קס"ב).

⁶⁸⁹ גיטין סימן שפב.

⁶⁹⁰ סימן פח.

⁶⁹¹ ח"א סימן תתקעד.

⁶⁹² קלב.

⁶⁹³ ח"א סימן תתקעד.

⁶⁹⁴ פסקים סימן קסב.

הלכות גביית חוב מנכסים משועבדים

סימנים קיא-קטז

סימן קיא

דין מלווה בשטר גובה ממשעבדי והמלווה על פה ובו כד סעיפים

סעיף א

ממה גובים במלווה ע"פ ובמלווה בשטר?

ממה גובים במלווה ע"פ?

במשנה בב"ב דף קעה. נאמר: "המלווה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובה מנכסים בני חורין. **כלומר** במלווה ע"פ אין גובים מן המשועבדים, אלא רק מנכסיו. **וכתב הסמ"ע (א)** שלמרות שאנו פוסקים ששעבודא דאורייתא, מכל מקום תקנו חז"ל שאין גובים מן המשועבדים משום פסידיא שלקוחות, שלמלווה ע"פ אין קול⁶⁹⁵. **וכתב הטור** שאף במלווה ע"פ גובה מכל נכסיו בין קרקע ובין מטלטלים, בין דברים שהיו לו קודם ההלוואה, ובין דברים שקנה או קיבל לאחר ההלוואה. **וכתב הב"י** שזה גם כשלא אמר 'דאקני' - כלומר שלא שיעבד במפורש את נכסיו שיקנה, וכתב שכן נראה מדברי הרמב"ם בהלכות מלווה ולוה... פרק יח הלכה א. **והמ"מ שם הביא לזה מקור מן הגמרא בב"ב קנז.** ששם נאמר: 'מינה ואפילו מגלימא דאכתפיה'. **וכתב הטור** שכשם שאין גובים מלקוחות, כך אין גובים ממקבלי מתנות. **וכתב הסמ"ע (א)** שלמרות שהמקבל מתנה לא נתן מעות לנותן, ולכאורה לא הפסיד כלום, אך מכל מקום ודאי לא קיבל מתנה זו בחינם והרי זה כמכרו.⁶⁹⁶

ממה גובים במלווה בשטר?

הבאנו לעיל מדברי המשנה שבמלווה בשטר, גובים אף מן נכסים המשועבדים. **וכתב הטור** שגובים מנכסים משועבדים גם במקרה שלא כתב במפורש שקיבל אחריות, **והביא הב"י שמקורו בגמרא בב"ב מ דף טו:** שם נפסק להלכה שאחריות טעות סופר, ואף אם לא כתוב אחריות בשטר, אנו מניחים שהלווה באחריות מפני שאין אדם זורק מעותיו סתם כך.⁶⁹⁷ **וכתב הטור** שאם פירשו במפורש שהלוואה זו ללא אחריות, אין גובים מן הלקוחות, ומקורו בתוספות בב"מ טו: ד"ה שעבוד. **וכתב עליו הב"י** שדבר זה פשוט שהרי כל תנאי שבממון תנאו קיים (ב"מ נא.). לשון השו"ע:

המלווה את חבירו על פה, אינו גובה אלא ממה שימצא ביד הלווה, אבל אינו טורף לא מהלקוחות שקנו ממנו ולא ממתנות שנתן, אבל מכל מה שימצא בידו, גובה, בין קרקע בין מטלטלים, אפי' קנאם אחר הלוואה. אבל המלווה בשטר, טורף מהלקוחות וממקבלי המתנה שקנו ושקבלו ממנו קרקע אחר הלוואה, אפילו אם אינו מפורש בשטר כן. אבל אם פירש בפירוש שהלווה לו על תנאי שלא יטורף מהלקוחות ולא ממקבלי מתנה, תנאו קיים, ואינו טורף מהם:

אם יכול לגבות מנכסי בעל המשועבדים לכתובת אשתו?

כתב הב"י בשם התרומות⁶⁹⁸ שידוע שכל הנכסים המשועבדים לכתובה, שיכול הבעל לסחור בהם, משתעבדים לבעל חובו, ונכסים שבהם מקחו בטל מיד, אינם משתעבדים לבעל חובו. **וכן הביא בשם הרי"ף בתשובה**⁶⁹⁹ שאף אם אין לה נכסים אחרים לגבות מהם, אינו יכולה לעכב מבעל חובו שלא יגבה מהם, וכתב התרומות שכשיבא זמן גבייתה תפרע ממנו. **אך הביא בשם ר"י אברצלוני** שכתב שלא יתנו למלווה להחזיק בקרקע מחשש שייכסיפם' כלומר שישתמש בקרקע שלא כראוי, ויהרוס את הקרקע, ולכן הקרקע תשאר ביד האשה או בעלה והמלווה יקבל את הפירות.

וכתב התרומות שאין דברי ר"י אברצלוני נראים בעינינו, שהקרקע אינה שלה כרגע, ואין לה זכות לחוש לקלקולו, ואף בנכסי מילוג שלה, הגמרא בכתובות פ: ביארה למסקנה שהטעם שיכולה למחות, אינו מטעם של קלקול הקרקע, אלא מטעם שאין הבעל רשאי להשתמש בקרקע אלא לדבר שיש בו ריווח לבית. **והוסיף בתרומות** שבמטלטלים שאין בהם שעבוד לכתובה, אך יכולה לגבות מהם מתקנת שמעון בן שטח, אם תפס בעל החוב זכה בהם לעולם, ואף אם תתאלמן או תתגרש אין מוציאין מידו, מפני שאין דין קדימה במטלטלין, אלא א"כ הקנה אותם אגב קרקע, ואף אם היא תפסה מוציאין מידה, מפני שאין כתובה ניתנה

⁶⁹⁵ ולהרחבה בשאילה אם קי"ל ששעבודא דאורייתא או דרבנן ועוד בענין שעבודא דאורייתא, עיין בריש סימן לט.
⁶⁹⁶ ועיין מרדכי כתובות ב"ב פ"ד רמז קסא שכתב שמתנת ברי לא מפקיע משעבוד כתובה, ונראה שכן יסבור לגבי כל מלווה ע"פ שלא כדברי הטור הנ"ל.

⁶⁹⁷ ועיין בסיכומינו להלכות הלוואה בריש סימן לט שהבאנו ד' אפשרויות מדוע נצרכים לטעם של אחריות טעות סופר למ"ד שעבודא דאורייתא, ובקצרה: **לדעת הנה"י** כל שלא כתוב, היה מקום לומר שזה כאילו פירשו שהלוואה זו ללא אחריות, **לדעת הריטב"א** משמע שאף למ"ד שעבודא דאורייתא, צריך להתנות כן במפורש, **ובדעת הרמב"ם** הבאנו שיתכן שכוונת הביטוי אחריות טעות סופר, שזו טעות של הסופר שלא כתב זאת בשטר, אך לא בזה תלוי השעבוד, עיין שם שהבאנו שיטה רביעית בשם ה"ט"ז.

⁶⁹⁸ שער ו ח"א סימנים א-ג.

⁶⁹⁹ סימן רט.

להגבות מחיים. ולכן אפילו אם הבעל כתב שהמטלטלים יגבו אגב הקרקע, יכול המלוה ליטול מהם, מפני שעוד לא הגיע זמן גבייתה, אך כל זה בסתם מטלטלים למעט תכשיטיה ומלבושיה, או מטלטלים שלקח הבעל לשמה.

והביא התרומות בשם ר"י אברצלוני שכתב שיש חולקים בדבר, אך הכריע הר"י אברצלוני כפי שכתב התרומות, והסתפק במקרה שהאשה רוצה להפקיד את המטלטלים ביד שלישי, ושהמלוה יגבה מפירות. **וכתב התרומות** שכבר ביאר לעיל שאין ביכולת האשה לעכב מנכסים אלה מחמת קלקול. **והסמ"ע (ב) הביא את תחילת דברי התרומות** שבכל קרקע שמקחו קיים, יכול המלוה לגבות.

האם יכול המלוה לגבות מקרקע שהקנה הבעל או אדם אחר לאשה קודם שלוה הבעל?

עוד הביא הב"י בשם התרומות⁷⁰⁰ שאם הקנה אדם לאשה קרקע ע"מ שלא יהיה לבעל רשות בהם, למרות שהבעל אוכל בפירות כמבואר בקידושין כג': מכל מקום אין גוף הקרקע שלו, ולכן אין מלוה הבעל רשאי לגבות מקרקע זו, הואיל ובדבר שאין בו רווח בית, אין לבעל זכות בזה, וכש"כ במציאות שנתנו לה על דעת שתזכה בהם האשה לאכול וכדו', שבה אין לבעל שום זכות בקרקע זו.

וכתב⁷⁰¹ שאם הבעל נתן לאשתו קרקע קודם שלוה, אין המלוה יכול לגבות מקרקע זו הואיל והבעל אינו אוכל בפירות.

והסמ"ע (ב) הביא את דברי התרומות הללו, וכתב שאף אם נתן לה אחר או בעלה קרקע והוא אוכל בפירות, אין המלוה יכול לגבות מקרקע זו.

ותמה הש"ך (ב) שמבואר בדברי התרומות, שאם הבעל נתן לה את הקרקע, המלוה לא יכול לגבות, רק אם הבעל אינו אוכל בפירות, אך אם אוכל בפירות יכול לגבות. **וכתב** שיתכן שיש טעות סופר בסמ"ע.

עוד כתב שניתן לומר שכוונת הסמ"ע שאף אם הבעל אוכל פירות, אין המלוה יכול לגבות מהקרקע, אבל מהפירות יכול לגבות.

וכתב הנתיות (א) לבאר מדוע כשאחר נותן לאשה את הקרקע, אין המלוה יכול לגבות אפילו כשהבעל אוכל פירות, ואילו כשהבעל נותן לה, אם אוכל בפירות, יכול המלוה לגבות, וכתב שהסיבה היא מפני שכשהבעל נותן את הקרקע, מעיקר הדין אין לו זכות בפירות, ולכן אם שייר לעצמו זכות בפירות, זוהי זכות גמורה שניתן לגבות ממנה, ואינה משום ריווח הביית.

המודה בפני עדים שחייב וצווה שיכתבו שטר, האם נחשב כמלוה בשטר לענין משועבדים?

הש"ך (ב) הביא את דברי התרומות⁷⁰² **שהביא הב"י במחודש ח** שיש אומרים שאם הודה הלווה שחייב כן וכך לפלוני וצווה עליהם לכתוב שטר, יש לזה מלווה בשטר, אך מכל מקום לא ניתן לגבות בחוב זה ממשועבדים, שיש לחוש שהודה כן בשביל לחוב לאחרים.

וכתב הש"ך שאין דבריהם נראים ולא משמע כן בש"ס בפוסקים וגם בתרומות בשער מח מבואר בשם תשובת הרמב"ן לא כך.

הד"מ (ד) כתב שכדברי היש אומרים הללו, כתב הרא"ש בת' כלל סח סימן כט ששטר גובה ממשועבדים רק שכתוב בו סכום החלואה אבל בהודאת הלווה אין זה כלום. **[ובהגהות והערות (ט) העירו שלכאורה אין קשר בין ת' הרא"ש לדברי היש אומרים].**

האם במלווה ע"פ ניתן לגבות מנכסי הלווה שהקנה לאחר במתנת שכיב מרע?

כתב הב"י במחודש ו בשם התרומות⁷⁰³ שאף שלא גובים ממלוה ע"פ ממתנה שנתן הלווה, מכל מקום ניתן לגבות ממתנת שכיב מרע, הואיל ודינה כירושה, וכ"כ הר"י מיגאש⁷⁰⁴ ולמד דין זה מכך שאלמנה רשאית לגבות כתובתה ממקבל מתנת שכיב מרע.

והביא שהראב"ד חלק עליו בזה וסבר שאינו יכול לגבות, והוכיח כן מהגמרא בגיטין נ': שכתבה שהמקנה במתנת שכיב מרע את מעותיו לאדם, והוא הקנה חלק מהם לאחר, והוא לאחר, שגובים מן האחרון, מפני שאין גובים ממשועבדים במקום שיש בני חורין, ולכן האחרון הפסיד, מכל מקום מבואר בגמרא שאף במתנת שכיב מרע שייך דין משועבדים, ואיננו מחשיבים מתנה זו כירושה שבזה הדין שחולקים. **ותירץ בעל התרומות** ששם מדובר במתנת שכיב מרע במקצת, שדינה כמתנת בריא.

האם גובים מיורש ומהקדש כשיש ללווה נכסים בני חורין?

וכתב הקצות (א) שהיה לראשונים לתרץ בשופי שמבואר בתוספתא שגם בירושה שייך הדין שגובים מן האחרון, שכתבה התוספתא⁷⁰⁵ שגר שמת וזכו אנשים בנכסיו, ובאה אשתו לגבות כתובתה, גובים מן האחרון.

והמגיד משנה⁷⁰⁶ **כתב בשם העיטור**⁷⁰⁷ שהמחזיק בנכסי גר דינו כיוורש, וא"כ מבואר שאף ביורש שייך דין קדימה, ותמה על הגאונים שנתחבטו בשאלה זו, כשהדבר מוכרח בתוספתא.

⁷⁰⁰ שער ו ח"ג סימנים ב ו-ג.

⁷⁰¹ שער ו חלק ד סימן א.

⁷⁰² שער סא ח"א סי' א.

⁷⁰³ שער סא ח"א סימנים ד ו-ה.

⁷⁰⁴ ב"ב קלג. ד"ה אמר ליה רבא.

⁷⁰⁵ כתובות פרק י הלכה ו.

סימן קיא

ובסי"ק ב כתב שאף אם יש רק זיבורית, אין גובים מן ההקדש והיורש, ואף שמבואר לכאורה בגמרא בגיטין נ: שדוקא לגבי מתנה או אומרים כן שעשו תקנה לקונה מפני שאין אדם מקבל מתנה בכדי, ומן הסתם עשה לו טובה ודינו כלוקח, שבוזה הסתפקה שם הגמרא, וביורש לא שייך טעם זה, מכל מקום מכח התוספתא מוכרחים או לומר שזו הייתה התלבטות הגמרא שם לגבי מתנה, אך למסקנה הסקנו שחכמים לא חילקו בתקנתם ואף ביורש שייך דין זה.

סעיף ב

הקדשות כמשועבדים, והדין בקדם המכר או המתנה להלואה

הקדשות כמשועבדים

הבי"י הביא במחודש ג בשם הרשב"א בת'⁷⁰⁸ שהקדשות דינם כמשועבדים, ואין גובים מהם. וכתב הש"ך (ג) שיש ראייה ברורה לזה משבועות מב: והוכיח כן מעוד כמה מקומות בפוסקים. והקצות (ב) ציין לדבריו בסימן קיז ס"ק ג שכתב שהקדש דמים אינו כמשועבדים, ומלווה ע"פ יכול לגבות מהם, אך כתב שמכל מקום, אם יש בני חורין אינו גובה מהם, שדין הקדש דמים כדין יורש, והבאנו בסעיף הקודם בשם הקצות, שאף מיורש אינם גובים כשיש בני חורין.

הדין בקדם המכר או המתנה להלואה

כתב הטור שאם קדם המכר או המתנה להלואה אינו טורף מהם ואם יש הוכחה שלא כיון במכר ובמתנה אלא להבריה בעל חוב גובה מהם אף על פי שקדמו להלואה והדברים מבוארים בסימן צט. והביא הבי"י במחודש ב בשם הרשב"א בתשובה שאם טוען המלווה שהלוה מכר את הקרקע בשביל להבריה, אינו יכול אפילו להחרימו על כך, אך אם טוען שהשטר מכירה הינו שטר פסים או שטר אמנה, יכול להחרימו על כך. וציין הסמ"ע (ד) לדברי הרמ"א בסימן צט סעיף ו שאם מכר לצורך הברחה, אך התכוונו הצדדים לקניה גמורה, הקניה חלה. לשון השו"ע:

הקדשות, הרי הם כמשועבדים ואין נפרעים מהם, כל שיש לו בני חורין; אם קדם המכר או המתנה להלואה דבר פשוט הוא שאינו טורף מהם, אלא אם כן יש הוכחה שלא נתכוין במכר ומתנה אלא להבריהם מבעל חוב, וכמו שנתבאר בסימן צ"ט שהמתנה בטלה. ואפילו קדמה להלוואה בעל חוב, גובה ממנה אפילו אם היא מלוה על פה:

סעיף ג

המוכר או הנותן קרקע לאדם על דעת שלא ישתעבד למלוה שלו

כתב הטור בשם אביו הרא"ש⁷⁰⁹ שאם נתן אדם מתנה לחבירו על דעת שלא ישתעבד לבעל חובו, תנאו קיים, שהרי אם התבטל תנאו, הקרקע לא תהיה של הלווה, ותחזור לנותן, ושוב לא יוכל המלוה לגבות ממנו.

ואפילו אם הלווה שעבד את נכסיו ב'אקני' כלומר את הנכסים שיבואו, אין זה מועיל. אבל במכר, אם התנה המוכר שמוכר לו על דעת שלא ישתעבד, אין זה מועיל, ובעל חוב גובה ממנו. **ובסימן צט הביא הבי"י (כ) את דברי בניו של הרא"ש⁷¹⁰ שביארו את סיבת החילוק בין מכר למתנה, ואמרו שבמכר, הואיל ואם יתבטל התנאי יצטרך המוכר להחזיר ללוקח את המעות, או מניחים שמן הסתם, אינו רוצה לבטל את המקח, והמקח קיים, ולכן יכול המלווה לגבות מקרקע זו. ובחילוק שלישי כתבו שבנותן מתנה ההתניה באה מצד הנותן, משא"כ במוכר שלא אכפת לו כלל בזה אלא שהלוקח שכנעו להתנות כן. [ונראה שהכוונה שאין להתניה זו שום משמעות, וכך נראה שהבין הנתניבות שזה דומה למבריה נכסיו מן המלוה, שאין לקניין שום משמעות.]** **והביאו שם טעם נוסף שאף אם יתבטל המכר, מכל מקום המוכר יהיה חייב מעות ללוקח, והואיל והלוקח חייב למלוה, יכול המלוה לגבות מהמוכר מדין שעבודו של ר' נתן.** **ואת הטעם הזה הביא הסמ"ע (ז) וכתב שבאמת אם יבוא המוכר לתת לו דמים ולקחת השדה הרשות בידו, עוד הוסיף שמן הסתם לא יתן לו דמי השדה, שכשם שהיה נוח לו למכור השדה ללוקח, כך יהיה נוח לו להשאיר את השדה אצל המלווה.**

וכתב הנתניבות (ב) שיש נ"מ בין הטעמים: שלפי הטעם הראשון שלא רצה לבטל מקחו, אז יוכל המלווה לגבות מן הקרקע אף בדמים שהשביחה מעבר למה ששילם הלוקח למוכר, אך לפי הטעם שהמוכר נתחייב לו מדין שעבודא דרי' נתן, הוא לא יוכל לגבות אלא מה שהתחייב, וזה הדמים ששילם הלוקח למוכר. **וכתב הנתניבות עוד נ"מ במקרה שיש לאותו לווה עוד מלוויים מאוחרים יותר, שלפי הטעם הראשון שהמקח לא בטל, אז למלווה הראשון יש זכות קדימה, אבל לפי הטעם השני שהמקח בטל וגובה מן הקרקע מדין שעבודא, אז אין לו עדיפות על שאר המלוויים ויחלוקו.**

⁷⁰⁶ פ"ב מהלכות זכיה הטי"ז.

⁷⁰⁷ הלכות מלוה על המשכון כד, ע"א.

⁷⁰⁸ ח"א סימן אלף וק.

⁷⁰⁹ כלל עד סימנים ד ו-ה.

⁷¹⁰ זכרון יהודה סימן סב.

וכתב הנתיות שמסתימת השו"ע והטור משמע שסברו כטעם הראשון מפני שסתמו שהבעל חוב גובה משדה זו כדין כל השעבודים **וכתב הנתיות שכ"כ התומים**. לשון השו"ע:

אם נתנו ללוה מתנה על תנאי שלא תחול עליה שום שעבוד, לא חוב ולא כתובה שקדם למתנה, ולא יחול עליו להבא, התנאי קיים, ולא יגבה בעל חוב ממנה, אפילו כתב לו דאקנה. אבל אם קנה קרקע והתנה עמו המוכר על מנת שלא יחול עליו שום שעבוד, אינו מועיל, ובעל חוב [של לוקח] גובה ממנה:

סעיף ז

אב הנותן מתנה לבנו על דעת שלא ישתעבד לבעל חובו, ומת האב

עוד הביא הטור בשם אביו הרא"ש בת'⁷¹¹ שכתב שאב הנותן מתנה לבנו על דעת שלא ישתעבד לבעל חובו, ומת האב, והוא בן יחיד, יכול המלוה לגבות ממתנה זו, מפני שאף אם התבטל תנאו של האב, תחזור הקרקע להיות של אותו הבן מכח שהוא יורשו, ושוב יוכל המלוה לגבות מקרקע זו. **והוסיף הרא"ש וכתב** שהקרקע משתעבדת, הואיל והוא כתב 'דאקני' כלומר שנכסיו שיבואו אליו גם השתעבדו.

וכתב הסמ"ע (ח) שאין צורך שיכתוב דאיקני, אלא במקרה שמכר את הקרקע לאחר קודם שמת אביו.⁷¹² **והש"ך (ה) הביא בשם הב"ח** שהסיבה שכתבו הרא"ש והטור שכתב הלווה דאקני, הוא בכדי לומר שאף אם לווה הלווה ממלוה אחר לאחר מות אביו, למלוה הראשון יש זכות קדימה, ואם לא היה כותב דאקני היו שניהם חולקים בשוה.⁷¹³

כתב הסמ"ע (ט) שהטעם כתב הרא"ש שיש לו בן יחידי הוא מפני שאם היו לו עוד בנים, לא היה יכול הבע"ח לגבות מן הבן, אלא כפי חלקו בירושה, אך אין לומר שאם היו עוד בנים, לא היה גובה כלל, שמסתמא העדיף האבא ששאר האחים ירשו בכדי שהבע"ח לא יגבה, שא"כ אז היה לנו לומר שאף אם יש בן אחד לא יגבה, שמן הסתם האב מעדיף שקרוביו האחרים ירשוהו, אלא ודאי שאיננו אומרים כן.

אם יש חילוק בין מתנה על דעת שלא ישתעבד למשייר אצלו זכות שלא ישתעבד?

כתב הקצות (ג) בשם מהר"א ששון⁷¹⁴ שדין זה שכתב הרא"ש שאם נתן האב מתנה לבנו על דעת שלא תשתעבד לבעל חובו, שיכול בעל חובו לגבות ממנו לאחר מות אביו, הוא דווקא במקרה שהתנה, שאז במותו יורש בנו את הקרקע אף אם יתבטל התנאי, אבל אם אומר חוץ מבע"ח, אין בע"ח יכול לגבות הואיל ואנו פוסקים שלשון 'חוץ' מורה על שיורש ששייר האבא אצלו, וזה לא עבר ליורש, ולא פקע במיתת האב.

והביא הקצות שהתומים (ב) הקשה על דבריו שהרי אף בשיור היה צריך לגבות, שהרי במותו פרח השיור וזכה הבן בכל הקרקע.

וכתב הקצות שניתן ליישב את דבריו ע"פ שיטת המהרי"ק בסימן קסא שסובר שאין היורשים יורשים דברים שאין בהם ממש כגון טובת הנאה, והוא הדין בשיור.

אך כתב הקצות שלפי מה שכתב הש"ך בסימן רעו ס"ק ד שאם הטובת הנאה ביד היורשים הם כן יורשים, אז נותרה הקושיא מדוע לא ירש הבן את אותו השיור, **והסיק** שזכיה זו אינה מדין ירושה אלא בתורת הפקר, והבן לא נחא לו בהפקר זה.

עוד כתב הקצות שלפי מה שכתב בסימן רעו ס"ק ב בשם השלי"ה שטובת הנאה כשם שאין אדם יכול להקנותו כך אין אדם זוכה בו בשום הקנאה אפילו בידו ממש, אז לא קשה כלל שהוא הדין בשיור.

סעיף ה

בי"ד או הלווה שמכרו קרקע לפרוע למלווה, אם יכולים בע"ח אחרים לחזור

ולהפרע מן הלוקח?

לשון השו"ע:

מי שיש לו חובות הרבה, וב"ד מכרו קרקע הלווה כדי לפרוע לבעל חוב המוקדם, אין שאר בעלי חובות יכולים לחזור על הקרקע ולהוציאו מיד הלוקח. אבל אם מכרו הלווה עצמו כדי להגבות לבעל חוב המוקדם, יכולים שאר בעלי חובות לטורפו מהלוקח:

⁷¹¹ כלל עד סימן ג.

⁷¹² ונראה שכוון למה שכתב באמרי ברוך שכתב שהתנאי שעשה אביו הותיר לו שיור בקרקע זו וכשמת האבא יורש הבן את השיור הנ"ל, ואת השיור הזה יכול הבע"ח לגבות ומכח שכבר גבה חלק מהשטר כבר נתבטל תנאו של האבא שלא תשתעבד קרקע זו, וממילא יכול לגבות בכל הקרקע, ואם לא היה כותב דאקני היה יכול למכור לאחר קודם שמת אביו, אך כשאמר דאקני אין מכירה זו תועיל, שעדיין הוא ירש את זכותו של אביו ומכח שבעל חוב יוכל לגבות זכות זו, כבר תשתעבד לו כל הקרקע, עיי"ש בדבריו.

⁷¹³ כך כתב הב"ח ומלשון הש"ך נשמע שהשני גובה את הכל, שכתב: "בלא דאקני הוי גובה בעל חוב השני" והיה ניתן לומר שהוא סובר שהואיל והראשון גובה רק מכח 'ימיניה' והשני מכח שעבוד, השני קודם, אך מוכרחים לומר שאף הש"ך כוון לדברי הב"ח ולא דק בלשונו שנחלקו בדבר זה הש"ך והסמ"ע בסימן קד, שהסמ"ע (טו ו-יט) סבר שהשני גובה את הכל והש"ך (יג) סבר שיחלוקו, עיי"ש ודוק.

⁷¹⁴ תורת אמת רכה.

מקור דין זה מהב"י בשם ת' הרשב"א⁷¹⁵ ושם ביאר הרשב"א שאם ב"ד מכרו זה נחשב כאילו שעבודו של הבעל חוב הראשון עדיין נמצא על קרקע זה ולכן אין יכולים בע"ח אחרים לגבות ממנו. **ומעין זה כתב הסמ"ע (י).**

סעיף ו

האפטורפסים שמכרו נכסי יתומים, אם יכולים לחזור ולגבות מן הלוקח בחובם

כתב הב"י בשם הר"ן⁷¹⁶ שאפטורפוסין שמכרו נכסי יתומים, יכולים לחזור ולגבות מן הלוקח בעבור חוב שחייבים להם היתומים, ואיננו אומרים שהואיל והם מכרו, הם קיבלו אחריות בעצמם על נכס זה, הואיל והם מכרו את הנכס לצורך היתומים ולא לצורך עצמם.
לשון השו"ע:

אפטורפסי יתומים שמכרו לאחרים, לא אמרינן דאחריות דנפשייהו קבילו עלייהו, אלא חוזרים וטורפים בחובם:

סעיף ז

אם יש שני מלווים וללוה יש לפרוע רק לאחד, המוקדם אינו גובה אלא בשבועה

הביא הב"י בשם ספר התרומות⁷¹⁷ שאם אדם חייב לשנים והאחד מוקדם לחבירו ואין ללוה נכסים שיספיקו כי אם לראשון אף על פי שזכה בהם הראשון אין מורידין אותו לנכסי הלוה עד שישבע שבועת המשנה שלא נפרע ממנו כלום כדין טורף שהרי טורף לשני ואפילו אם יש בשטר נאמנות בשטר אין זה מועיל לדעת הר"ן⁷¹⁸ לגבות ללא שבועה מן הלוה השני.

והביא הפת"ש (א) בשם הנודע ביהודה⁷¹⁹ שכתב שאין חילוק בזה בין מלוה בשטר למלוה ע"פ, הואיל והלוה מודה שאותו מלוה חייב לו.
לשון השו"ע:

בעל חוב מוקדם שבא לגבות, (ויש כאן עוד בעל חוב מאוחר) (רבינו ירוחם סוף נל"ב), ואין ללוה נכסים יותר מכדי חובו של זה, אין מורידין אותו לנכסי לזה אפילו יש נאמנות בשטר, עד שישבע שבועת המשנה שלא נפרע כלום, כדין טורף, שהרי טורף מהשני. מי שנמחק שטר חובו וכתבו לו בית דין שטר אחר, וכן מי שהלוה את חבירו מלוה על פה, ונתחייב לו בדין ולא היה לו מה לפרוע, וכתבו לו מעשה ב"ד, אם טורפין מהלקוחות, נתבאר בס"ו ע' ס"ו:

סעיף ח

אין גובים ממשועבדים כשיש בני חורין, והנותן מתנה לכמה אנשים מי קודם לגביה?

לשון הגמרא בגיטין נ:

אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין.

בעי רב אחדבוי בר אמי: במתנה היאך? תקנתא הוא דעבוד רבנן משום פסידא דלקוחות, אבל מתנה דליכא פסידא דלקוחות לא, או דלמא מתנה נמי, אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה, והלכך כי פסידא דלקוחות דמי?

א"ל מר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי, ת"ש: שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני וג' מאות לפלוני וד' מאות לפלוני, אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מכולן; אבל אם אמר תנו מאתים זוז לפלוני ואחריו לפלוני, ואחריו לפלוני, אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מן האחרון, אין לו - גובה משלפניו, אין לו - גובה משלפני פניו; ואף על גב דקמא בינונית ובתרא זיבורית, מזיבורית גבי, מבינונית לא גבי, ש"מ, במתנה נמי עבוד רבנן תקנתא! הכא במאי עסקינן - בבעל חוב. והא תנו קאמרי! תנו בחובי. וליחזי שטרא דמאן קדיס? דליכא שטרא. והא כל הקודם בשטר קאמרי! בשטר פקדתא. ואב"א: אפילו מתנה נמי, ולא קשיא, מאי גובה מן האחרון? אין נפסד אלא אחרון. ואב"א: דשוו כולהו להדדי.

מהגמרא הנ"ל אנו למדים שאין נפרעים מנכסים משועבדים כאשר יש ללוה נכסים בני חורין.

⁷¹⁵ ח"א אלף וכ"ה, וחלק ב סימן רכב.

⁷¹⁶ כתובות נו.

⁷¹⁷ שער כא ח"ה ס' ו.

⁷¹⁸ עיין בזה בסיכומינו בסימן פב סעיף ב.

⁷¹⁹ תנינא אבה"ע סוף סימן קמח.

עוד הסתפק שם רב אחדבוי האם דין זה שייך גם לגבי מקבלי מתנה, שאין נפרעים מהם כאשר יש ללוה נכסים בני חורין, על אף שלמקבלי מתנה אין הפסד, ולא שייך בהם תקנת לקוחות, או שגם לגבי מקבלי מתנה שייכת התקנה, מפני שאין אדם מקבל מתנה ללא שעשה הנאה לחבירו.

ומר קשישא הוכיח מן הברייתא שאף במקבלי מתנה שייך דין זה, שכתבה הברייתא ששכיב מירע שנתן מתנה למס' אנשים, לכל אחד סכום אחר, ויש לו מקצת נכסים, הם חולקים יחד באותה הנכסים ואין לאחד מהם קדימה על חבירו, ולכן אם יש לנותן המתנה מלוה, או גובה משניהם במקביל, בניגוד למקרה שנתן לאחד מאתיים זוז, ואמר שיתן חלק ממנו לאחר, ושהוא יתן חלק לאחר, שבוה הראשון קודם לגביה, ולכן אם יש לנותן המתנה מלוה, הוא גובה מן האחרון, ואף ע"פ שיש לאחרון זיבורית ולאחרים בינונית, גובה מן האחרון, ומשמע שאף במתנה שייך דין זה שאין גובים מבני החורין כשיש משועבדים, ולכן גובים מהאחרון.

והגמרא הביאה מס' דחיות לראיה זו, **אך מכל מקום כתבו הרי"ף**⁷²⁰ **והרא"ש**⁷²¹ שלהלכה דין זה שייך אף במתנה, 'ואף על גב דדחינן.. ההיא דחיתא בעלמא היא ולא סמכין עלה'.

הנותן למס' אנשים סכום דומה ונקט שם של כל אחד, מי קודם לגביה?

וכתב הרא"ש⁷²² שמה שאמרה הברייתא שהאומר תנו ד' אמות לפלוני, ג' מאות לפלוני וכו' שאין אחד מהם גובה בקדימה זה דווקא במקרה הזה, שנתן לכל אחד מהם סכום אחר, אבל אם נתן לכולם את אותו הסכום, הראשון קודם, שודאי רצה להקדימו שאם לא כן, היה לו לומר תנו כך וכך לכל אחד מהם, ולא נקוט שם של כל אחד בנפרד.

והמגיד משנה כתב⁷²³ שהסכימו המפרשים שלא כרא"ש ואף במקרה הזה אין קדימה לאף אחד מהם. **והרמ"א הביא את ב' הדיעות** בלשון וי"א ויש חולקין.

אם יש ירושה ליורשים גובים מן היורשים.

כתב הב"י בשם הנימוק"י שכל עוד יש ליורשים ירושה מאביהם, גובים מהם ולא ממקבלי המתנה. **וכ"כ המגיד משנה**⁷²⁴ **בשם הרשב"א**⁷²⁵.

כיצד מתחלקים מקבלי המתנה?

הבאנו לעיל בשם הברייתא, שאם אמר תנו לאחד ד' מאות ולשני ג' מאות וכו', שאין קדימה לאף אחד מהם בנכסים, ואם יש לו רק נכס אחד חולקים בנכס.

וביאר רש"י שגובים כל אחד לפי חלקו שזה שקיבל ד' מאות לוקח ד' חלקים וזה שקיבל ג' מאות לוקח ג' חלקים וכן על זו הדרך. **וכ"פ השו"ע**.

וכתב הסמ"ע (יח) שאף שבסימן קד סעיף י נחלקו הפוסקים בעניין ג' בעל חוב שנתחייב להם יחד, אם גובים לפי חלקם או שחולקים בשוה בנכס, במקרה שלנו לעניין מתנה כולם יודו, שבנותן מתנה מרצונו הטוב, ההגיון אומר שהנותן רצה שזה שהוא נתן לו יותר יקבל יותר, ולכן יגבה כל אחד לפי חלקו. לשון השו"ע:

בד"א שטורף ממשעבדי, כשאינו מוציא ביד הלוה בני חרי לגבות חובו מהם. אבל אם מצא ביד הלוה בני חרי לגבות, אפילו הם זיבורית, לא יטרוף ממשעבדי, לא שנא אם הם לקוחות או מקבלי מתנה. לפיכך אם נתן הלוה מתנה לאחרים, וכתב להם ק"ק לפלוני וש' לפלוני ות' לפלוני, ואין בנכסיו כדי שיספיק לכולם, אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, אלא חולקים הנכסים לט' חלקים. ויקח בעל הק"ק ב' חלקים, ובעל הש' ג' חלקים, ובעל הת' ד' חלקים. ואם יצא עליהם שטר חוב, גובה מכולם, וכפי החלוקה יפרע כל א' מחלקו. אבל אם אמר ק"ק זוז לפלוני ואחריו ש' לפלוני ואחריו ת' לפלוני, כל הקודם בשטר זכה. לפיכך יצא עליהם שטר חוב, גובה מהאחרון; ואם אינו מספיק, גובה משלפניו; ואם אינו מספיק, גובה משלפני פניו. הגה: יש אומרים דהוא הדין אם אמר ר' זוז לפלוני ור' זוז לפלוני ור' זוז לפלוני, דמאחר דנותן לכולם בשוה ולא כללם ביחד, הוי כאילו אמר: אחריו לפלוני (הרא"ש סוף פרק יש נוחליו). ויש חולקין (המ"מ פ"י מהל' זכיה בשם הסכמת המפרשים:

סעיף ט

המקבל מתנה מהשכיב מירע ומכרו היתומים את כל נכסיו?

לשון השו"ע:

⁷²⁰ כה. בדפי הרי"ף.

⁷²¹ פרק ה סימן ב.

⁷²² ב"ב פרק ח סימן נב.

⁷²³ הלכות זכיה פרק י הלכה יג.

⁷²⁴ זכיה י, יד.

⁷²⁵ ב"ב קלח. ד"ה תוספתא.

ראובן צוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון, ומכרו היורשים כל הנכסים, שלא מצא שמעון לגבות מנה שלו, גובה מהלקוחות, ואין היורשים יכולים לומר שנתנו לו, כיון ששטר הצוואה יוצא מתחת ידו, ולא חיישין לקנוניא: מקור דין זה בתי הרא"ש כלל פו סימן ה.

סעיף י

יורשים שמכרו נכסי אביהם אם יש להם דין משועבדים

לשון השו"ע:

יורשים שמכרו נכסי אביהם, יש להם דין משועבדים, ואין בעל חוב טורף מהם, כיון שיש בני חורין דאביהם. ואם לא השאירו בנכסי אביהם בני חורין, ורוצים לסלקו בקרקע שלהם, נתבאר בסימן ק"ז:

מקור הדין הראשון בתרומות בשער ד ח"ד סימן ב. ולגבי הדין השני כתב הסמ"ע (כ) שבסימן קז מתבאר שאינם יכולים לסלקו בנכסיהם בקרקעות, ובמטלטלים יכולים לסלקו אם לא שעשאו אפותיקי.

סעיף יא

אם יכול לגבות ממשועבדים כשיש בני חורין בעיר אחרת?

לשון השו"ע:

אם מכר הלוה קרקע שיש לו בעירו ויש לו קרקע בעיר אחרת, בעל חוב טורף מהלוה ואינו יכול לומר הנחתי לך בני חורין כיון שאינו בעירו (כ"כ לעיל ס' קב ס"ג) שגם הלוה עצמו לא היה יכול להגבות מנכסיו שיש לו בעיר אחרת:

מקור דין זה הביאו הטור בשם אביו הרא"ש בתי כלל עט סימן יג, והביא הב"י שכ"כ המ"מ בהלכות מלוה פרק כא הלכה א בשם הרשב"א.

וביאר הסמ"ע (כ) מפני שאינו מן הדין שיוציא מנה על מנה בנסיעתו, ושיוציא עוד הוצאות נלוות. והוסיף הרמ"א את דברי הרשב"א בתי ח"א סימן אלף ה

הגה מיהו הכל לפי ראות עיני הדיינים כי אם אין היזק למלוה במה שגובה בעיר אחרת לגבות שם מבני חורין גובה שם (רשב"א):

הנתיבות (ד) הקשה על הדין כאן שכשיש נכסים בני חורין בעיר אחרת יכול לגבות ממשועבדים.

שלפי זה קשה מהגמ' בב"ב מד: שם הביאה הגמ' מימרא בשם שמואל שהמוכר שדה לחבירו, ובא אדם וערער על שדה, אין המוכר רשאי להעיד ששדה זו שלו הייתה, הואיל והוא נוגע, מפני שיש לו אינטרס לומר ששדה זו הייתה שלו, שיוכל בעל חובו לגבות משדה זו.

והקשה הגמרא וכי איזו נגיעה יש לו, שאם יש לו שדה אחרת בת חורין, אז ודאי שהבע"ח יגבה את הקרקע שלו, וביאר רשב"ם מפני שאין גובים מנכסין משועבדים כשיש בני חורין, ואם אין לו שדה אחרת, אז מה אכפת לו אם בע"ח יגבה מן הלוקח או לא.

והקשה התומים שלפי הדין המפויע פה, היה ניתן לומר שמדובר שיש לו שדה במקום אחר, ולכן המוכר מעדיף שבע"ח יגבה מהשדה שבעיר זו, שהרי זו זכותו, ושלא יגבה משדה בעיר אחרת.

ותירץ הנתיבות שהואיל ומבואר ברמ"א שכשאינו לבעל חוב הפסד הוא מוכרח ליטול מן הנכסים בני חורים שבעיר אחרת, אז מן הסתם הלוקח יקנה את הקרקע שבעיר אחרת, שהרי אין לו מה להפסיד, שהרי קנה שלא באחריות, [א"א- ויקנה את השדה שם בדמי השדה שיש לו פה, ובזה לפחות יהיה לו נכס במקום אחר], אלא אם כן השווי של השדה שנמצאת אצלו פחותה מן סכום ההוצאות שיצטרך להוציא בעבור השדה שבעיר אחרת, שאז הלוקח לא יקנה את השדה שם, וזו מציאות רחוקה.

סעיף יב

נתקלקלו הנכסים בני חורין, אם רשאי לגבות מהמשועבדים, ומה הדין

כשהפסידם בעצמו

לשון הגמרא בכתובות צה.

איבעיא להו אישתדוף בני חרי מה דליטרוף ממשעבדי?

ת"ש כתב לראשון ולא חתמה לו, לשני וחתמה לו איבדה כתובתה דברי ר"מ, ואי סלקא דעתך אישתדוף בני חרי טריף ממשעבדי נהי דאיבדה כתובתה משני, מראשון מיהא תגבי..

ועוד תניא לזה מן האחד ומכר נכסיו לשנים וכתב בעל חוב ללוקח שני דין וזכרים אין לי עמך, אין לו על לוקח ראשון כלום מפני שיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו, התם אינהו דאפסיד נפשיה בידיה..

והלכתא אישתדוף בני חרי טרפא ממשעבדי

מבואר בגמרא שאם נשארו נכסים בני חורין ונשדפו רשאי בעל החוב לגבות מהנכסים המשועבדים, אלא אם הוא עצמו גרם לכך שלא יוכל לגבות מן הנכסים בני חורין כגון שמחל על שיעבודם. לשון השו"ע:

הניחו הלקוחות בני חורין ביד הלוח ונתקלקלו, בעל חוב טורף מהלקוחות, ודוקא בנתקלקלו אבל לא נתקלקלו אלא שאינו יכול לגבות מהם מחמת פשיעתו כגון שסילק שעבודו מהם ולקח בקנין שלא יגבה מהם, אינו גובה מהלקוחות שיאמרו הנחנו לך מקום לגבות ממנו: **העיר הש"ך (ח)** שלעניין כתובה דעת ר"ח ורא"ש שאף אם היא הפסידה את עצמה גובה מן המשועבדים, הואיל ובזמן שהפסידה עצמה, עוד לא ניתנה הכתובה להגבות, שאינה נגבית מחיים. [והשו"ע באבע"ז סימן ק סעיף ג' הביא את ב' השיטות ובחור"מ בסימן קיח סעיף א' סתם כדעת הרמב"ם שאינה יכולה לגבות, ושם תמה הש"ך בס"ק א' מדוע סתם בפשטות כדעת הרמב"ם בלי להזכיר חולק עיי"ש].

סעיף יג

אם ניתן לגבות ממשועבדים כשיש קרקע ביד גזלן אנס, עכו"ם, יתומים

כתב הב"י בשם המ"מ⁷²⁶ **שכתב בשם הרשב"א**⁷²⁷ שאם יש ללוח נכסים בני חורין ביד אנס, הוא אינו רשאי לגבות מהמשועבדים, הואיל ומצויין בעלי זרוע ליפול (ירושלמי שביעית פרק י הלכה א). וכ"כ הר"ן.⁷²⁸

לעומת זאת הביא הב"י (יז) את דברי רבינו ירוחם⁷²⁹ **שכתב בשם הרשב"א**⁷³⁰ שכשיש נכסים בני חורין ביד יתומים, רשאי בעל החוב לגבות מן המשועבדים, הואיל ולא ניתן לגבות ממשועבדים דינם כקרקעות שנתקלקלו. **וכתב רבינו ירוחם** ששאר מפרשים חולקים עליו.

עוד הביא הב"י בשם הרא"ש⁷³¹ שיכולה אשה לגבות כתובתה מנכסים משועבדים, כאשר בעלה נשטמד, ולא תוכל לגבות כתובתה מהנכסים בני חורין, שאין לך קלקול שדה גדולה מזו.

השו"ע הביא רק את דברי הרשב"א הראשונים שקרקע שביד גזלן אנס אינה נחשבת כנתקלקלה. **אך הרמ"א הוסיף** את דברי הרא"ש שאם הבעל המיר דתו, רשאית האשה לגבות מן המשועבדים, וכן הביא את המחלוקת לעניין נכסי יתומים.

ויש להבין את היחס בין הדינים הללו:

הש"ך (ט) **כתב** שדינו של הרשב"א לעניין אנס צ"ע, ובפרט ששם כתב שגם כשמכרם לעכו"ם הדין כן ולכאורה זה תמוה, שמדוע נניח שהגוי יתן לו הקרקע על פי דיני ישראל, וכתב שצריך לומר שמדובר שמכר את הקרקע לגוי בסכום נמוך, והתנה עימו כשיהיה לו את הכסף, יחזיר לו הגוי את הקרקע תמורת המעות, וכעת הגוי אינו מוכן להחזיר, הואיל והוא אלם.

והנתיבות (ו) חילק בין מצב בו בדינהם צריך להחזיר את הקרקע אלא שהוא אלם ואינו רוצה, לבין מציאות שבדינהם אינו מוכרח להחזיר, שבזה אנו דנים את הקרקע כנתקלקלה.

ולעניין היחס בין יתומים קטנים לגזלן אנס כתבו בהגהות והערות (לד) בשם כנסת הגדולה⁷³² שיש להדחק ולומר שכל שמחמת הדין אינו יכול לגבות מנכסים בני חורין, גובה ממשועבדים, אבל כל שמחמת הדין יכול לגבות אלא שהם ביד אנס, הם עדיין קרויים כבני חורין.

עוד הביא הנתיבות (ה) בשם התומים שכל דברי הרשב"א לעניין אנס, נאמרו כשגזל לאחר שהלוח המלוח ללוח, אבל אם בשעה שהלוח כבר הקרקע הייתה ביד הגזלן, ודאי הייתה דעתו של המלוח על הקרקע הבני חורין, ואם נשתעבדה, רשאי לגבות ממנה.

וכתב הנתיבות שפשוט שאם הלוח עצמו אלם, ויש לו נכסים משועבדים, שאין המלוח רשאי לגבות מן המשועבדים, שהרי אם הנכסים לא היו בידי הלקוחות הם היו שוב ביד האלם, ולא הפסיד הלוקח במה שקנה שדה זו, וזה פשוט.

לשון השו"ע:

ואם לא נתקלקלו אבל גזלן אנס אינו טורף ממשועבדים, מפני שמצויין הם בעלי זרוע ליפול וסוף שיגבה חובו: הגה מיהו אם המיר לעכו"ם הלוח ולא יוכל לגבות בדינהם הוי כנתקלקלו בידו וטורף ממשעבדי (ת' רא"ש) ויש אומרים דהוא הדין אם הניח הלוח יתומים קטנים ויש חולקין (רבינו ירוחם שתי הדיעות).

כשיש לקוחות ויתומים קטנים, ממי תגבה האישה את כתובתה?

הביא הפת"ש (ה) שנסתפק רע"א בסימן קלט לפי הרשב"א כשיש יתומים קטנים, יכול בע"ח לגבות מן הלקוחות, מה הדין בכתובת אשה, שכתובת אשה מן הדין נגבית גם מיתומים קטנים אך כל זה מפני תקנת 'חינאי', ולכן יש להסתפק כשיש לקוחות ויכולה לגבות מהם, שמא בזה לא שייכת התקנה, ולא תגבה מן היתומים אלא מן הלקוחות, ונשאר בצ"ע.

⁷²⁶ מלוח ולוח יט, ב.

⁷²⁷ מיוחסות לרמב"ן סי' עט.

⁷²⁸ כתובות נה.

⁷²⁹ נתיב כו ח"ג עד ע"א.

⁷³⁰ ב"ק ח: ד"ה אלא.

⁷³¹ כלל מא סי' א.

⁷³² הגהות ב"י אות כט.

אם יכול המלוה למחות בעד הלוח שלא ימכור קרקעותיו לעכו"ם?

לשון הרמ"א:

לוח שבא למכור קרקעותיו לעכו"ם שלא יוכל המלוה לטרוף אח"כ חובו ממנו ובא למחות המכירה אינו יכול למחות, כמו שלא יוכל למחות כשמוכר מטלטלים שלו אע"פ שלא יוכל לטרפן, דשמה יפרענו עדיין קודם שיבא זמנו, מיהו המוכר לא טוב עושה שמזיק שעבודו של חברו (ת' הרשב"א הובא בב"י) עד כאן דברי הרשב"א והוסף הרמ"א מסברתו:

ונראה לי דאם נראה לב"ד שלא יהיה מקום לגבות חובו אח"כ יוכל למחות ועיין לעיל סימן עג סעיף י': והביא הפת"ש (ו) את דברי ר' משה רוטנבורג בח"מ ס' יט שניסה להבין מה הגדר שנראה לב"ד אם הכוונה שאין לו קרקעות ויש מטלטלים, או שאין לו כלום והוא עני מרוד, והכריע שבשניהם עדיין אינו יכול למחות ורק שנראה שרוצה להבריח נכסיו או שמרחיק נדוד, רשאי למחות.

האם יכולים בעלי חוב למנוע מהשותפים לעשות גוד או איגוד כאשר בזה יפסידו שיעבודם?

עוד הביא הפת"ש (ו) בשם ר' משה רוטנבורג שדן האם יכולים בעלי חוב למנוע מב"ד להכריע שיכול השותף לכופ את חברו לתת לו את כל הבית, או לקנות ממנו את חלקו (גוד או איגוד) [בקרע שאין בכדי חלוקה לשנים], מפני שבה יפקע שיעבודם ולא יוכלו לגבות מקרקע זו. וכתב שהדין פשוט שבמציאות שהשותף קדם לבעלי חוב, וכן במקום שמלכתחילה קנה הלוח את הקרקע בשותפות שאינם יכולים לעכב בזה, מפני שתמיד היה הלוח משועבד לשותף בטענת גוד או איגוד, אלא אפילו במקום שהקרקע הייתה שייכת רק ללוח ואח"כ נעשה שותף, הדין שאינם יכולים לעכב, שכוון שיכול לכופ את שותפו בטענה זו ודאי שיכול לכופ את בעלי חובו, ואם ירצו יקנו ממנו גם את חלקו של השותף, כשם שהלוח יכול.

סעיף יז

נתרשל המלוה ולא גבה את החוב בזמנו ונתקלקלה הקרקע אם רשאי לגבות

מלקוחות

לשון השו"ע:

אפילו הגיע זמן הפרעון ונתרשל המלוה מלתבוע חובו וליפרע מבני חרי ואחר זמן רב אישתדוף בני חרי, גבי ממשעבדי: מקור דין זה בת' הרשב"א ח"ב ס' קפז.

סעיף טו

כמה לקוחות שקנו מן הלוח כאחד, ממי יגבה המלוה את חובו?

לשון השו"ע:

אם יש כאן שנים או שלשה לקוחות שקנו ממנו כאחד ואין אחד מהם קודם לחבירו, ובא בעל חוב לטרוף, גובה מאיזה מהם שירצה ואינו צריך ליקח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה: מקור דין זה מדברי הטור בשם רב האי. והוסף הרמ"א:

הגה אבל אם היו כאן שדות הרבה ויכול לגבות שדה מכל אחד, גובה מהן ולא מאחד מהן (רבינו ירוחם נתיב ו' ח"ח):

וכתב הסמ"ע (כו) שכן נפסק לעיל בסימן קז לענין הבא לגבות מן היורשים, והטעם פשוט שכשם שהלוח עצמו לא יכל לסלקו בחצי שדה מכאן וחצי מכאן, אף הם אינם יכולים, אבל בשדה מכל אחד יכולים, כשם שהלוח לא היה חייב לתת לו ג' שדות ממקום אחד. [והקצות (ה) ציין לעיין בדבריו בסימן קז ס"ק ט].

סעיף טז

יכול לטרוף מהקונה של הקונה וכו' ואין הקונה יכול לטעון מדוע לא פרעת מהם?

לשון השו"ע:

אם הלוקח שקנה מהלוח מכרו לאחר, והאחר לאחר, אפילו עד מאה, ובא לטרוף מהלוקח האחרון, אינו יכול לומר: למה לא תבעת חובך מהראשון. מקור דין זה בטור בשם אביו בת' בכלל עט סימן יג.

ושם כתב: "שאנו יכול לומר לו למה לא תבעת חובך מהראשון דשמה לא רצה לתבוע עד עתה שלפעמים הלוח אלם ולפעמים המלוה אדם עשיר ויש לו שטרות הרבה ואינו זוכר לכולם עד שיזדמן לידו ומיהו כשבא ליד שטר ישן אני דורש וחוקר על איחור הגבייה לידע אם יש רמאות בדבר".

סימן קיא

סעיף יז

לוח שמכר נכסיו וחתם המלוה על שטר המכירה אם איבד זכותו

כתב בעל התרומות⁷³³ בשם גאון שלוח שמכר נכסיו וחתם המלוה על שטר המכירה לא הפסיד בשביל זה זכותו וטורף מהלקוחות שיוכל לומר השני נוח לי והראשון קשה ממנו.

וכתב הב"י שאף על גב ששנינו במשנה בסוף כתובות בדף קט. בדבר העורר על השדה והוא חתום עליה .. שדעת אדמו"ר שלא הפסיד זכותו מפני שיכול לומר השני נוח לי והראשון קשה ממנו וחכמים חולקים עליו שם וסוברים שאיבד זכותו ומשמע התם דאין הלכה כאדמו"ר, מכל מקום יש לומר שבלוה כולי עלמא מודו שלא איבד זכותו.

וביאר הסמ"ע (כח) ששונה הלוח שאין לו אלא שיעבוד, ויכול לומר שסבור היה שיפרע לו חובו במזומנים או ממקום אחר, מה שאין כן במערער על גוף הקרקע.

אך בגידולי תרומה כתב שהחילוק הוא מפני שבהלוואה, הוא אינו מאבד את שיעבודו במכירה, מה שאין כן במכר שלא היה לו לחתום שהשדה הוא של אחר, שבזה הוא מפקיע את זכותו מן הקרקע, שהרי לא יתכן שהקרקע שלו ושהמכירה גם תהיה קיימת. לשון השו"ע:

לוח שמכר נכסיו, וחתם המלוה על שטר המכירה, לא הפסיד בשביל זה זכותו, וטורף מהלקוחות, שיוכל לומר: השני נוח לי והראשון קשה ממנו.

סעיף יח

לוי שהיה לו שטר על בית שמעון והיה במעמד מכירתו לראובן ונתמנה על הבניה,

אם איבד זכותו

לשון השו"ע:

ראובן קנה בית משמעון, ולוי היה לו שטר על אותו בית, ולוי היה במעמד כשקנה ראובן הבית, ולא הוציא שטרו, וגם ראובן סתר הבית ובנה בו ומינה את לוי על הבנין, ואחר כך הוציא לוי

שטרו, לא איבד זכותו בשתיקתו:

מקור דין זה בטור בשם אביו הרא"ש בת' בכלל סה ס' ד.

הסמ"ע (כח) ביאר שאין הכוונה שהיה ללוי שטר שהבית שייך לו, שבזה היה הדין דומה לחותם על שטר מכר, שאינו רשאי אח"כ לטעון שהקרקע שלו, וכפי שהבאנו בסעיף הקודם שכך מבואר בכתובות קט. אלא מדובר שהיה לו שטר שבית זה משועבד לו.

עוד כתב הסמ"ע שניתן לומר שאכן מדובר שבשטר כתוב שהבית שלו, אלא שהוא לא היה חתום על שטר זה, ורק היה במעמד, ובמה שנתמנה לבנות את בית ראובן אינה ראייה שמחל על בית זה, שיכול לומר שבנה בית זה בשביל עצמו.

והגר"א (לג) הבין כאפשרות השנייה של הסמ"ע שהדין כן, אף כשאר השטר של לוי הוא על גוף הקרקע.

סעיף יט

לוח שלוח ואח"כ נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר

לשון השו"ע:

לוח שלוח, ואחר כך נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר, אם הם קרקעות שקנה קודם שלוח, או שקנאם אחר שלוח וכתב לו דאקנה, אין מתנתו כלום. ואם המתנה קדמה להלוואה, ונתנה לזמן ידוע, זכה המקבל במתנה עד שיגיע זמנה. ואם נתנם לו במתנה על מנת להחזיר, בסתם, ולא פירש באיזה זמן יחזירנה לו, ואחר כך לוח, כשם שהמקבל יכול לדחות ללוח לזמן מרובה, שיאמר לו בכל פעם: אחזירנה לך לאחר זמן, כך הוא דוחה למלוח הבא מכחו. אך המלוה יכול לכופו

מדרכי נתן, כשירצה להחזירם שלא יחזירנה אלא [לו ולא] לנותן:

מקור דין זה בטור ובתרומות שער שני ח"ב סימן ב.

סעיף כ

אם לא כתב דאקני האם יכול לשעבד כאשר קנה הלוח והוריש?

לשון השו"ע:

אף על גב דלא כתב דאקנה, אם קנה והוריש, גובה. ויש חולקין:

מחלוקת זו נתבאר בע"ה באריכות בסימן קז, ויש לציין רק לדברי הסמ"ע שכתב ששם הכריע השו"ע שקנה והוריש גובה אף אם לא אמר דאקני, וביאר הסמ"ע שזה מפני שיברא כרעא דאבוה', ואין רשות יורש נחשבת כרשות אחר, וציין שגם בסעיף הבא נראה שהשו"ע הכריע שגובה מיורש אף אם לא אמר 'דאקני'.

[ששם כתב שאם היה ללוח שטר חוב על אחרים ומת, יכול המלוה לגבות משטרי חובות אלה שנפלו ליורשים].

⁷³³ שער נ"ט ח"א סי' ג.

סעיף כא

אם יכול מלוה במלוה ע"פ לגבות מלקוחותיו של הלוה של לווהו

לשון השו"ע:

ראובן הלוה לשמעון על פה, ושמעון הלוה ליהודה בשטר, ומכר יהודה כל נכסיו, ובא ראובן לטרוף מהלקוחות שקנו מיהודה, מכח שטר שיש לשמעון על יהודה, הדין עמו, הואיל ושמעון מודה שהוא חייב לו. לא היו ללוה נכסים, אלא שטרי חובות שיש לו על אחרים, לא מיבעיא בעודם בידו שהמלוה גובה שלו, מדרבי נתן, אלא אפילו מת הלוה ונפלו השטרות לפני יורשים, גובה מהם, אפילו נעשו השטרות שיש ללוה על בעלי חובות אחר שלוה הוא מהמלוה, ואפילו קנו בעלי חוביו של לווה נכסים אחר שלוה הלוה מהמלוה שלו, המלוה גובה מהם ומיורשיהם, מדרבי נתן:

דין זה מקורו בטור ובתרומות שער מג ח"ד סימן יח. ושם כתב שאין לחוש לקנוניא ששמעון מודה שהוא חייב לראובן ובאמת אינו חייב, שהרי שמעון בלאו הכי יכל לגבות מאותם לקוחות.

סעיף כב

מתי יכול המלוה לגבות משטרי חובות של לווה שמכר לאחרים?

כתב הטור וכן הוא בתרומות⁷³⁴ שלוה שמכר או נתן שטרי חוב שיש לו על אחרים לאחר, או שהלווים שלו מכרו נכסיהם, יכול המלוה לגבות את חובו מהם, במידה ויש בשטר שלו על הלוה וכן בשטרות שיש ללוה על בעלי חובות שלו שיעבוד מטלטלין אגב קרקע, כיוון שיש למלוה שעבוד על נכסיהם של הלווים של הלוה שלו, ושעבוד זה קדם למכירת הנכסים. **וכ"פ השו"ע**.

וכתב הסמ"ע (לו) שמה שכתבו הטור והתרומות שהלווים של לווה מכרו 'נכסיהם' הכוונה לשטרותיהם, שהרי אם מכרו קרקעות אין צורך בקנין אגב, ואם מכרו מטלטלים, לא יועיל שיקנה אותם אגב קרקע מכח תקנת הגאונים שאין גובים ממטלטלים בשום עניין.

והביא הסמ"ע את דברי הטור בסוף סימן זה שביאר מדוע בשטרות מועיל קניין אגב קרקע בניגוד לשאר מטלטלים, והוא מפני שכל הסיבה שתקנו שלא יגבו ממטלטלים אף אם עשה קניין אגב, זה משום תקנת השוק, ובשטר לא שייך תקנה זו, הואיל וזה דבר שאינו שכיח, ועוד שהשטר חוב לא יצא לגמרי מרשות המוכר שהרי אם ימחל עליו, מחילתו תהיה מחילה, וכתב שזה כנגד דברי הלבוש שפירש את הביטוי 'נכסיהם' מטלטלין שלהם, **ובש"ך (טז)** פירש שהביטוי נכסיהם יכול להתפרש כמטלטלים והוא כעיקר הדין, ולאחר תקנת הגאונים פירושו דווקא לענין שטרות.⁷³⁵

השו"ע והטור כתבו שהמלוה יכול לגבות מהשטרות 'אם מכר הלוה שטרי חובות.. או שבעלי חוביו מכרו נכסיהם אחר שלוה הוא מהמלוה כו'.

וכתב הסמ"ע (לז) שלשון 'אחר שלוה הוא מהמלוה' כוונתו לבי דברים שונים:

א. המכירה של הלוה הראשון צריכה להיות אחרי שהוא לווה מהמלוה הראשון, ולכן כבר נשתעבדו שטרותיו למלוה הראשון.

ב. המכירה של בעלי חובות של הלוה צריכה להיות אחרי שהם לוו מהלוה.

אך אין הכוונה שצריך שמכירת בעלי החובות של הלוה תהיה לאחר שלוה הלוה מהמלוה הראשון וכפי שפירש הלבוש ונימק הלבוש שזה מפני שיעבוד 'אגב דאגב' לא מועיל, ולכן אם מכרו בעלי חובות של הלוה את שטרותיהם קודם שהלוה המלוה הראשון, אז יש צורך לשני שעבודי אגב, שעבודו של הלוה על שטרות בעלי חובו, ושעבודו של המלוה על שטרותיו של הלוה, וכתב הסמ"ע שאין לפרש כן שמדוע הטור יחדש דין זה שלא מועיל קנין אגב דאגב, והוא כנגד הפשטות שהמלוה הראשון עומד במקומו של המלוה השני לכל דבריו.

עוד העיר הסמ"ע (לח) שמה שכתבו הטור והשו"ע שצריך שגם בשטר של הלוה על בעלי חוביו יהיה קניין אגב, זה דווקא במקרה שהם מכרו את שטרותיהם שיש להם על אחרים, אבל אין צורך לקנין זה אם המלוה בא לגבות משטרות שמכר הלוה שלו, וגם אין צורך שבמקרה הזה, יהיה למלוה קנין מטלטלים אגב קרקע על הלוה, ודי במה שעשה הלוה קניין זה לגבי בעלי חוביו.⁷³⁶

⁷³⁴ שער מג ח"ד סי' יח.

⁷³⁵ ולא הבנתי דבריו שבש"ך טו הסכים עם דברי הסמ"ע וכתב דלא כב"ח שאם לא כן היה לו לטור לפרש, ושם הבי"ח פירש שהתרומות דיבר מדינא דגמרא שבזמניהם היו נוהגים שגובים מטלטלים כשכותבים אגב קרקע אלא שבתקופת הטור לא נהגו כן, ובזה השיג על פירוש הסמ"ע, ולכאורה הש"ך שהבאנו למעלה מסכים עם הבי"ח, ושמא רצה להשיג על הבי"ח בכך שכתב שבתקופת התרומות היו נוהגים כדינא דגמרא, ומשמע מדבריו שהמנהג משתנה ממקום למקום, ובזה היה לטור לפרש.

⁷³⁶ גם הבי"ח העיר שבמקרה שמכר הלוה את שטרי חובותיו, די בכך המלוה יעשה קניין אגב קרקע לגבי הלוה, ואין צורך שגם הלוה יעשה קניין זה לגבי בעלי חוביו והעיר בזה על לשון הטור שמשמע שיש צורך שיהיה קנין אגב בבי שטרות, והבי"ח פירש בטור כפי שהבאנו בשם הסמ"ע והשו"ך (יז) הסכים עמו.

באיזה מציאויות יוכל המלווה לגבות משטרות של לווה שנמכרו אף שלא עשה קניין אגב?

הביא הב"י בשם התרומות שם שהסתפק במקרה שלללוה של הלוה [לוה ב'] יש קרקע, וללוה עצמו אין שום נכסים מלבד אותו שטר שיש לו על לווה ב', אם יוכל המלווה לגבות משטר זה אף אם ימכור אותו הלווה, הואיל וזהו הקרקע היחידה שממנה יכול המלווה לגבות וממילא יוצאת עליה קול, או שמא אף בזה לא יוכל לגבות, אם לא עשה המלווה קניין מטלטלים אגב קרקע, והסיק שמסתבר שיוכל לגבות תמיד מכח שעבודא דר' נתן.

וכתב הש"ך (יח) שאם הלוקח שקנה את השטר מהלווה גבה כבר בשטר זה קרקע, פשוט שהמלווה יכול לטרוף ממנו קרקע זו אף אם לא עשה קניין מטלטלים אגב קרקע, שמכיון שגבה הלוקח קרקע, דינו כקרקע וגובה משיעבודא דר' נתן. וכתב שכן מוכח בר"ן וברמב"ן ובתרומות.

עוד כתב הש"ך שאם לווה ב' [כלומר הלווה של לווה] שיעבד מטלטלין אגב קרקע, הראשון אינו צריך לשעבד מטלטלין אגב קרקע, וכתב הש"ך שכל זה מוכח מהמבואר בסימן פה סעיף ו, וכתב שקצת קשה על הטור והמחבר שלא הזכירו את ב' הדינים הללו, שבהם גובה המלווה, אף בלא קניין אגב קרקע.

והקצות כתב (ו) שדינו השני של הש"ך נכון מעיקר הדין שאם הלווה כתב קניין מטלטלים אגב קרקע, אז המלווה גובה משטרות שמכרו בעלי חוביו של לווה אף אם לא כתב קניין מטלטלים אגב קרקע, וכתב שדין זה מוכח מדברי תוס' בפסחים לא שכתבו שדין שעבודא דר' נתן תופס רק בקרקעות, הואיל והם נחשבים כאילו הם בידו הואיל וגם אם הלווה ימכור אותם הוא יחזור ויגבה מהם, אבל במטלטלים לא שייך דין שעבודא, הואיל ואם ימכרם שוב לא יוכל לגבות מהם. ולכן לכאורה כאשר ללווה יש קניין מטלטלים אגב קרקע לגבי בעלי חובם, חזר דינם להיות כקרקע שהם בני שעבוד, ולכן יכול המלווה לטרוף מהם אף אם נמכרו.

אך כתב הקצות לבאר שהטעם שהטור והשו"ע השמיטו דין זה הוא מפני שלמעשה אחרי תקנת השוק שלא גובים ממטלטלים אף באופן הזה, ממילא אף כאשר יש ללוה א' שטר שבו קנה מטלטלים אגב קרקע, עדיין אין מטלטלין של לווה ב' משתעבדים למלווה, שהרי אם ימכור אותם כבר לא יהיו משועבדים לו, ולכן אם מכר הלווה את מפני שאם לווה ג' ימכור מטלטליו מכרו יהיה מכר, וא"כ אין למלווה שום שעבוד במטלטליו של לווה ג' אף בעודם אצלו, ולכן אם לווה ב' ימכור את שטר חובו שיש לו על לווה ג', לא יוכל המלווה לטרוף מלווה ג', ורק כאשר המלווה הראשון יכתוב שטר על הלווה בו הוא קונה מטלטלים אגב קרקע, אז יוכל לגבות מלווה

לווה ב' אף אם לווה א' לא כתב בשטר קניין מטלטלים אגב קרקע, הואיל וגוף החוב כבר משועבד למלווה. וכל השטרות שיש ללווה ב' נשתעבדו לחובו.

ולענין דינו השני של הש"ך שאם הלוקח גבה קרקע, שיכול המלווה לטרוף ממנו, כתב הקצות שדין זה פשוט מהמבואר בגמ' בפסחים, שנכסים שגבו יתומים בעבור חוב אביהם, חוזר מלווה אביהם וטרוף מהם והוא הדין כאן. אלא שהטור והשו"ע עסקו כאן במקרה שהלוקח גבה מעות, שזה המקרה הפשוט שהרי בעל חוב גובה בראש ובראשונה את חובו ממעות.

הנתיבות השיג על הקצות שאין הדבר תלוי במה שאפשר לגבות מכח השיעבוד בפועל, אלא כל דבר שהוא 'בת שיעבוד' נתפס בשיעבודא דר' נתן. וצ"ל למ"ש בסימן פה (סק"ח) שגם מלווה בע"פ נתפס, ודלא כמ"ש הקצות שם (הבאנו דבריהם בסיכומי טוען ונטען בענין שיעבודא דר' נתן). ולכן מטלטלין אגב קרקע משתעבדים גם אחרי תקנת השוק. ובמשובב כתב הקצות שנעלמו מעיני הנתיבות מ"ש הרשב"א שגם במטלטלין יש שיעבוד מה"ת (אבל עיין 'דיני קדימה בבעלי חוב' שיש חולקים על הרשב"א).

כתב הסמ"ע שצ"ל שמדובר כאן כשהשטרות כבר היו ביד הלווה בזמן שהתחייב, שלא הצריכו הפוסקים שיהיה כתוב שיעבוד 'דאיקני' בשטר. וכתב הש"ך שכן משמע בתרומות, אבל העיר שאם באים לגבות קרקע ל"ז שיעבוד 'דאיקני'. שבלי זה משתעבד משיעבודא דר' נתן.

הקצות הקשה שהסמ"ע עצמו בסימן פה (סקכ"ב) סובר שגם אם השטרות היו ביד הלווה אין המלווה גובה מהם בלי שיעבוד 'דאיקני' (ביארנו א"ז באריכות בסיכומי טוען ונטען בענין 'הורעת כוחו של שטר חוב על ידי שטר אחר'). והנתיבות דחה שמודה הסמ"ע של"ז 'דאיקני' כדי לגבות את השטר עצמו, ולא דיבר שם אלא אחרי שגבה הלווה בשטר, שמה שגבה לא השתעבד משיעבודא דר' נתן. ואין לחייב את הלווה במה שהחזיר את שטרו מדין מזיק שיעבודו של חבירו, שאינו מוכרח שלא יוכל לגבות ממקום אחר.

סימן קיב

אין בעל חוב טורף מהמשועבדים ממה שקנה ומכר ובו ה' סעיפים :
[מסימן זה עד סימן קכ הכל לקוח מסיכומיו של ר' דניאל וסטברוק]

סעיף א

שעבוד דאקני

בעיא דאיפשטא בגמרא שהשמעבד הנכסים 'דאיקני' (מה שיקנה לעתיד) וקנה נכסים, משתעבדים אף לענין שאם שוב הוריש או מכר אותם יכול המלוה לגבות מהם. ואפילו לפי החכמים החולקים על ר"מ וסוברים שא"א להקנות דבר שלא בא לעולם, לשעבד אפשר.

כתב הקצות שצריך ביאור מאיזה טעם שיעבוד עדיף מקנין לגבי חלות על דבר שלא בא לעולם. וכ"ש הוא, ששיעבוד הוא יותר קשה ליצור מקנין. שא"א לאדם ליצור שיעבוד מעצמו, ודאי למ"ד ששיעבוד אינו מה"ת (עיי' יסודות השיעבוד ואחריות טעות סופר', שהוא סובר שגם הסוברים ששיעבוד הוא מה"ת מודים לזה), והסוגיא הולכת לשיטתו. ועוד, שגם הסוברים ששיעבוד הוא מה"ת אין זה אלא בנכסים שהיו ללווה בשעת ההלואה. ועוד, שאין לומר מאיזה טעם ששיעבוד הוא עדיף מקנין, שהגמרא בגיטין יג: וב"ב קלא. מניחה כפשוט שא"א לשעבד לדבר שלא בא לעולם.

הביא הקצות שהמהרי"ט יישב שאפשר להשתעבד לתת דבר שלא בא לעולם כשיבוא לעולם, שהשיעבוד חל על גופו. אבל א"א לשעבד לדבר שלא בא לעולם, ובזה דיברה הגמרא בגיטין וב"ב. והוא השיג ע"ז ששיעבוד נכסים לא יכול לחול על גוף האדם. והוכיח א"ז ממה שאפשר לחזור משיעבוד 'דאיקני' קודם שיבואו הנכסים לרשותו לחלק מהפוסקים (יתבאר בהמשך), ולדברי הכל א"א לאדם לחזור בו ממה שחייב את עצמו לעתיד.

מסיק הקצות ששיעבוד 'דאיקני' הוא תקנה דרבנן כדי שלא תנעול דלת בפני לוויים, והביא שכ"כ רשב"ם ונמו"י בסוגיא במפורש. ולא הוצרכו לתקן אלא במקום שיש לווה, אבל המחייב עצמו לדבר שלא בא לעולם לא נעשה לווה ולא תיקנו כלום.

אם לא כתב 'דאיקני'

כתב הרי"ף בתשובה (סימן קלט) שאם לא כתב שיעבוד 'דאיקני' בתוך השטר לא משתעבדים הנכסים שיקנה אח"כ. וכ"כ הרמב"ם (מלוה ולוה יח, א) והעיטור, והביאו הראשונים שכן דעת הרי"ף מיגש. וכתב המ"מ שכן מוכח מהגמרא בדף מד: שמקשה 'וליחוש דילמא דאיקני אמר ליה' (כן היא גירסת הרבה מהראשונים, אבל בספרים שלנו כתוב רק 'וליחוש דילמא דאיקני הוא' ואין משם ראיה).

הרשב"א דייק מהסוגיא שלנו שגם לגבי שיעבוד 'דאיקני' אומרים שאחריות טעות סופר היא. שהגמרא מוכיחה שיש שיעבוד 'דאיקני' מהמשנה בשביעית (י, ה) שאומרת ששטרות מאוחרים כשרים, שאילו לא היה שיעבוד 'דאיקני' היה לנו לפוסלם מחשש שמא יגבה המלוה מנכסים שלא היה ללווה בשעת ההלואה (ודוחה שהמשנה הזאת היא לדעת ר"מ שסובר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם). ואילו היה צורך לכתוב 'דאיקני' בשטר, גם אם יש שיעבוד 'דאיקני' קשה מהמשנה איך אמרה בפשיטות ששטרות מאוחרים כשרים, שמשמע שאפילו בלי כתיבת 'דאיקני' כשרים הם. וע"כ לשון הגמרא בדף מד: הוא ל"ד.

הריטב"א מסיק שעכ"פ אם כתב שיעבוד בתוך השטר ולא כתב 'דאיקני', אין לו אלא מה שפירש. והביאו הנמו"י והרמ"א (בדרכי משה ובהגהת שו"ע) את דבריו.

בספרים שלנו כתב הטור שדעת הרא"ש היא שגם לגבי שיעבוד 'דאיקני' אומרים אחריות ט"ס, אבל האחרונים תמחו ע"ז מכח דברי הרא"ש בב"מ (פ"א סימן לט) ובתשובה. וכתבו שצריך להגיה בטור.

השו"ע סתם כדעת הרי"ף וסייעתו, והרמ"א הביא י"א כדעת הרשב"א. והשי"ך הכריע שאם לא התנה במפורש שישתעבדו הנכסים שיקנה אח"כ, לא משתעבדים (אבל הסכמת הפוסקים היא ששיעבוד רגיל חל גם בלי זה ודלא כנמו"י, והבאנו א"ז בייסודי השיעבוד ואחריות טעות סופר'). שסברת 'לא שדי איניש זוזי בכדי רק מחייב שיהיה שיעבוד רגיל. אבל בסתם שטר הבא לפנינו תולים שהתנה גם על שיעבוד 'דאיקני' גם אם לא כתב, שמסתמא עשה המלוה כל טצדקי שאפשר.

העלה השי"ך שכל הראשונים סוברים כהכרעתו, ובזה יישב את הקושיא על הרשב"א מהגמרא בדף מד: .: אבל לא ראה את דברי הרשב"א בפנים (אלא מתוך דברי המ"מ) שלא כתב כן וכמ"ש. (ועוד כתב שבלי זה לא קשה, שהגמרא שם דיברה בשיעבוד מטלטלין אגב קרקע וודאי לא אומרים שזה טעות סופר. ומדברי הרשב"א מוכח שלא מחלק בזה).

כבר הבאנו ביזמן בשטרות' מה שהקשה המ"מ על הרמב"ם שלשיטתו היה לו לכתוב ששטר מאוחר פסול אם לא כתב בו שיעבוד 'דאיקני', ושיישב השי"ך על פי ההכרעה שלו כאן. אבל אם כדבריו היה לרמב"ם להשמיענו בשום מקום שתולים בט"ס. והעיקר הוא כמ"ש הקצות בסימן מג, שאחרי ששיעבוד 'דאיקני'

סימן קיב

מועיל, בכל שטר מאוחר השיעבוד חל רק מזמן הכתוב בשטר (וג"ז הבאנו במאמר הנ"ל). ובוזה גם נסתלקה הוכחת הרשב"א מהסוגיא.

הרוצה לחזור בו משיעבוד דאיקני

כתב הרמב"ן בדף מד: שאחרי ששיעבד הלווה את הנכסים שיקנה אינו יכול לחזור בו, אפילו קודם שיבואו לרשותו. ואף שלא חל השיעבוד אלא משעה שבאו לעולם כדמוכח מדין לווה ולווה וקנה שחולקים (ביארנו את הדין הזה ב'דיני קדימה בבעלי חוב'), גם מתחילה חל. ואינו דומה לקנין על דבר שלא בא לעולם לדעת ר"מ, שמפורש בב"מ סו: שיכול המוכר לחזור בו קודם שיבואו לעולם.

הרשב"א כאן כתב שיכול לחזור בו כמו בקנין, והביא ראיה לזה ממה שנפסקה בגמרא כאן שלווה ולווה וקנה חולקים (ביארנו את הדין הזה ב'דיני קדימה בבעלי חוב'). ואילו לא היה אפשר לחזור בו איך יכול לפגוע בשיעבוד של הראשון. והביא הדרכי משה ש"כ המרדכי.

הרשב"א בדף מד: כתב שהוא מודה שכל שלא חזר בו חל השיעבוד בשעה הראשונה, שכן מוכח מהגמרא שם שאומרת שחוששים שאדם שיעבד מטלטלין אגב קרקע אם לא שידועים העדים שמעולם לא היה ללווה קרקע. ומוכח שאף אם לא היה לו את הקרקע והמטלטלין באותה שעה, חל השיעבוד משעה ראשונה אף שיכול לחזור בו קודם שיבואו לעולם. וצ"ע בביאור הדברים לשתי השיטות (וגם אם נקבל שיש חלויות 'מכאן ולהבא למפרע', כאן קשה לומר כן מכיון שגם למפרע לא היו המטלטלין ברשותו אז. ועיין קובץ שיעורים סימן תקעב שגם נשאר בקושיא כאן). ויש להעיר שלדעת רשב"ם והקצות שהכל הוא תקנה דרבנן, אפשר לברוח מכל הקושי ולומר שתיקנו בצורה הזאת כדי שלא תנעול דלת בפני לווים.

הביא הב"י שתלמידי הרשב"א הכריעו כדעת הרמב"ן (מה שהסתפק הכנה"ג בכוונת הב"י בשם הוא תמוה, שדבריו ברור מללו). ובסימן קד הביא שרבינו ירוחם כתב כדעת הרשב"א. והדרכי משה הביא שהמרדכי כתב כדברי הרשב"א, ובהגהת שו"ע הביא הרמ"א את שתי הדיעות.

הש"ך הכריע כדעת הרמב"ן, שלא הלוה המלוה את מעותיו אלא על דעת השיעבוד הזה, וצריך הלווה להחזיר את המעות או לקיים את השיעבוד. וכן במכר לא קנה אלא על דעת שיעבוד זה, ומכיון שאינו יכול לחזור מהמכר אינו יכול לחזור מהשיעבוד (נראה שצ"ל שהשיעבוד הוא חלק מהמכר של הקרקע, והקנין על הקרקע מחייב את הקונה בשיעבוד הזה. שאילו בתנאי רגיל יכול לא לקיים את התנאי ולבטל את המכר). והביא ראיה לדבריו מדין שטר מאוחר, שאילו היה אפשר ללווה לחזור בו מן השיעבוד איך מכשירים שטר מאוחר ולא חוששים שמא חזר בו. ואין לומר שלא חוששים לזה, שבכל מקום חוששים לכל החששות האפשריים של טריפה מלקוחות שלא כדן.

דחה הש"ך את הראיות של הרשב"א שמה שבמכר יכול לחזור בו הוא רק ע"י החזרת המעות, וכן כאן כל שלא מחזיר מה שלווה השיעבוד נשאר בתוקפו. ועוד, ששיעבוד לחכמים הוא עדיף מקנין לר"מ, כמו שהוכיחו התוספות (בד"ה דאיקני) שאפילו לר"מ שיעבוד הוא עדיף לענין שאפשר לשעבד דבר שאינו 'עבידי דאתו' (לפי? לכאורה גם בעיקרון א"א לחזור, ולא רק משום משום שצריך להחזיר את מעות ההלוואה). ומה שחולקים בלווה ולווה וקנה הוא משום שנוח הוא למלוה הראשון שישתעבד הקרקע גם לשני. שע"ז יקבל הלווה מעות ויוכל בקלות יותר לשלם לו. ובתשובת חו"י שהביא הפ"ת (ב) סמך על הכרעת הש"ך בלי שום פקפוק.

התומים והקצות תמחו על כל דברי הש"ך. על הסברא שלו השיגו שיכול לבטל את ההלוואה גם בלי להחזיר את המעות אם אין לו עכשיו, ויהיה חוב עליו. שכיוצא בזה בקנין דבר שלא בא לעולם לר"מ אפשר לחזור מהמכר קודם שיבוא לעולם גם בלי להחזיר את המעות (ראית התומים), ופועל יכול לחזור בו בחצי היום גם כשכבר קיבל שכרו ואין לו עכשיו להחזיר כמו שנפסק בסימן שלג סעיף ג (ראית הקצות).

לגבי הראיה של הש"ך מדין שטר מאוחר כתבו שבאמת לא חוששים לחזרה. והתומים מנמק משום 'שארית ישראל לא יעשו עולה', וכתב כמה הוכחות לזה. והנתיבות הוסיף שלשיטתו היה לש"ך להקשות בפשיטות איך אפשר לטרוף מלקוחות בשיעבוד דאיקני ולא חוששים שמא חזר בו הלווה).

הביא הקצות ראיה לזה מתירוצו של אביי בב"מ יג., שמה שכותבים שטר ללווה אע"פ שאין המלוה עמו ולא חוששים לטריפה מלקוחות שלא כדן הוא משום שיעדיו בחתומיו זכין לו (הכל מבואר ב'מתי כותבים שטר'). ואף שלדעת הר"י והרא"ש אם יחזור בו הלווה לא יזכה המלוה (נראה שסמך על פירושו בסימן לט סק"ז בזה, שלי"מ כן במפורש בדברי הר"י והרא"ש), לא חוששים לזה.

הכריעו התומים והקצות (והנתיבות שהביא דברי התומים) כדעת הרשב"א מכח דין לווה ולווה וקנה, שמה שפירש הש"ך אינו מחוור (והוסיף התומים שלפי השיטה בגמרא שהשני גובה הכל, ע"כ הוא מטעם חזרה).

לגבי מ"ש התוס' ששיעבוד עדיף מקנין העיר הקצות שההכרח שלהם לומר כן צ"ע. שהרי בכמה מקרים מפורש בש"ס שר"מ לא מצריך 'עבידי דאתו', וע"כ ל"צ א"ז בדבר שהוא בעולם אלא שאינו ברשות המקנה וכמ"ש התוס' בעצמם בכמה מקומות (כגון בדף ע: ד"ה אימור).

סימן קיב

מקשה הקצות על הרשב"א מדין עדין בחתומיו זכין לו, שאם כתב שטר הלואה לאחד ושוב כתב לשני ומסר, ואז מסר לראשון, לראשון יש זכות קדימה. וע"כ לא אומרים שבכתיבת שטר לשני חזר בו הלווה מהשיעבוד לראשון (שחזרה מועילה כמ"ש למעלה), ורק בשתי מכירות כתבו הרי"ף והרא"ש שם שחזרה היא. וא"כ גם כאן במה ששיעבוד לשני לא חזר בו מהשיעבוד לראשון, והוא חל משעה הראשונה כמ"ש הרשב"א בעצמו. והניח בצי"ע.

הנתיבות כתב שאין זה קושיא, שבאמת יש חזרה גם בהלואות. ומה שיש לראשון זכות קדימה מדין עדין בחתומיו זכין לו הוא משום שאף שחזר בו מהשיעבוד כשכתב את השטר לשני ומסרו לו, שוב חזר בו עוד פעם כשמסר לראשון. ומסירת השטר לראשון מועילה אף שכבר כתב ומסר לשני, שמכיון שיש לו כח למסור השטר לענין שיעבוד שאר נכסיו, חל גם על הנכסים שכבר השתעבדו לשני (ומתקנה דרבנן גם מפקיע שיעבודו של שני במקצת, שעיקר דין עדין בחתומיו זכין לו הוא תקנה דרבנן. ועיין במאמר הני"ל). ורק במכירה אחרי שכתב ומסר לשני שוב אין לו שום כח בקרקע, ולא מועיל מסירה לראשון.

במשובב השיג הקצות על הנתיבות, אבל השגתו היא רק על סברות נוספות שהיו במהדורא קמא של הנתיבות (וכנראה ששוב מחקם אחרי שראה את המשובב). וצי"ע בכוונתו, שהעתיק גם מ"ש הנתיבות על חזרה השנייה ולא התייחס לזה.

סעיף ב

כשאין שיעבוד 'דאיקני' ואינו ידוע מתי הגיעו הנכסים ליד הלווה

כתב התרומות שמסתבר שעל המלווה הוא להביא ראיה שהנכסים הגיעו ליד הלווה קודם ההלואה וחל שיעבודו עליהם, שהמוציא מחברו עליו הראיה. ושוב הביא שהרמב"ן ענה לו ע"ז (והוא בתשובות הרמב"ן סימן לז) שזהו דוקא אם יש עדים שיודעים שקנה הלווה קרקע זו. אבל אם יש עדים שהיה הלווה מוחזק בו ושהיה שלו, על הלוקח הוא להביא ראיה שקנאו ובאיזה יום קנאו.

ביאר הסמ"ע שמכיון שיש עדים שהיה הלווה מוחזק בו אינו מספיק להביא עדים שקנה הלווה את הנכסים, וצריך עדות על זמן הקנין ג"כ כמ"ש הרמב"ן. ואינו דומה למקרה הראשון שלא היו עדים אלא על הקנין. והשיג על הלבוש שהשמיט את המילים 'ובאיזה יום קנאו' מדברי הרמב"ן.

הנתיבות כתב שיש ליישב דברי הרמב"ן בפשיטות, שהטעם שמחזיקים שהנכסים היו ביד הלווה בשעת הלואה הוא משום 'חזקה דהשתא', שמניחים שבשעת הספק המצב היה כמו שידוע לנו שהיה בזמן שהעדים ראו את הקרקע בחזקת הלווה. אבל אם אין עדים ע"ז אין חזקה דהשתא (לכאורה זהו רק ביאור לחילוקו של הסמ"ע. וצ"ע, שמלשונו משמע שבא ליישב בע"א). ומה שמכר את הקרקע אינו ראיה שהיה שלו. ועוד האריך בזה, אבל לא הבנתי מה בא להוסיף.

הקצות בסק"ו הביא שהמהרי"ט הקשה על פסק המחבר בסעיף הבא למה לא הלך אחרי 'חזקה דהשתא', והקושיא לא מתחילה לפי ביאורו של הנתיבות שצריך הוכחה ודאית שהיו הנכסים שלו בשעה מסוימת. ושם השיג הקצות על גוף המושג של חזקה דהשתא, וציין למה שהאריך בשב שמעתתא בזה. וצי"ע איך הבין את שיטת הרמב"ן כאן.

הטור הביא דברי הרמב"ן, אבל מסיק שמסתבר כ"א שלעולם על המלווה הוא להביא ראיה, שאין ספק מוציא מידי ודאי. והביא הדרכי משה שכ"כ הנמו"י, ושכן נראה סברת המרדכי. והשו"ע הביא שתי הדיעות, והרמ"א הכריע כדעת הטור וסייעתו.

סעיף ג עוסק בדין מי שנותן את נכסיו במתנה ואינו ידוע מה היה שלו בשעת המתנה, ואין כאן מקומו ואי"ה יתבאר במקום אחר.

סעיף ז

בשני מלוים

עוד הביא התרומות מהרמב"ן שאם המלווה הראשון טוען שכבר קנה הלווה הנכסים קודם שהלוו לו, ויש לו זכות קדימה, והשני טוען שקנה אותם אח"כ ויחלוקו, אם אין עדים על הקנין של הלווה זוכה הראשון בכל. שתולים שהנכסים היו של הלווה ושל אבותיו מעולם. ואם יש עדים שקנה ואינם יודעים מתי, יקח הראשון חצי שמודה לו השני בו, ויחלוקו את החצי השני.

ביאר הנתיבות שמה שמעדיפים כאן חלוקה אף שאינה יכולה להיות אמת ויש ודאי רמאי, הוא משום שאין חשש גזילה מאף אחד. שהקרקע היא רק משועבדת ולא בבעלותו של אחד מהם. ואין טעם להניח עד שיבוא אליהו, שאם יבוא אליהו ויברר שהחצי שייך לאחד מהם, יחזור ויטרוף. וכ"ש שאין לפסוק כאן 'כל דאליים גברי', שמכיון שמשועבד הקרקע לשניהם הוא כאילו שניהם מוחזקים בו. וגם הוא דומה למנה שלישית שמחזיק השליש בו עבור שניהם.

סימן קיב

כתב הטור שהרמב"ן הלך לשיטתו בזה, אבל לפי הסברה האחרת גם כאן לעולם הוא ספק וחולקים את החצי שחולקין בו. אבל הדרכי משה כתב שיש לדחות שכאן אין אחד מהמלומים מוחזק, ולכן יש לסמוך על דברי הרמב"ן. והשו"ע הביא שתי הדיעות, וכאן לא הגיה הרמ"א כלום לשיטתו.

בסימן קד סעיף ז נחלקו האחרונים במקרה שקנה הלווה את הנכסים בין שתי ההלוואות, והבאנו א"ז בידינו קדימה בבעלי חובי והכרענו כדעת הסמ"ע והקצות שהשני גובה לפני הראשון. וכאן כתב הסמ"ע שמה שלא נקטו הפוסקים שטען המאוחר שקנה הלווה בין שתי ההלוואות הוא משום שטענה גרועה היא. וביאר הש"ך שאין כוונתו אלא שאין הדרך לטעון כן, אבל אה"י שאם יטען כן טענתו טענה. והביא שכן משמע בב"ח (נביא דבריו בסמוך).

עוד הביא הש"ך שאביו כתב שהראשון זוכה במקרה כזה או לכה"פ יחלוקו, ואין צורך לדחוק של הסמ"ע (כבר הבאנו במאמר הנ"ל שבסימן קד הכריע הש"ך שיחלוקו). והביא עוד שהב"ח הקשה שנאמין את טענת המאוחר במגו שיכל לטעון שקנה הלווה בין שתי ההלוואות, וגם זה לא קשה לפי דברי אביו. וכלי זה לא קשה, שהדין הוא כמו בשנים אוזנים בטלית (א"י"ה יתבאר בהלכות חזקת מטלטלין).

סעיף ה

בעל בנכסי אשתו

הגמרא בב"ב קלט שואלת מה הדין באשה שלוותה בע"פ ואכלה ועמדה ונישאת. ותולה א"ז באם בעל בנכסי אשתו הוא לוקח או יורש, שאם לוקח הוא מפסיד המלוה, שאינו גובה מן הלוקחות. ואם יורש הוא גובה מהבעל. ומביאה הגמרא עוד נ"מ בחקירה הזאת.

מסיקה הגמרא שעשו אותו כיוורש וכלוקח, וידטבא ליה עבדו ליה'. לגבי יובל עשו אותו כיוורש כדי שלא יחזרו הנכסים למשפחת אשתו ולא יפסיד, ואם מכרה האשה בנכסי מלוג עשו אותו כלוקח משעת נישואין כדי שיוציא מיד לוקח מאוחר (תקנת אושא). אבל אם קיבל נכסים שאלמנה היתה ניונית מהם עשו אותו כיוורש משום הפסד של האלמנה. ולא חששו להפסד של הלוקחות במקרה השני, שהם הפסידו על עצמם. ולגבי השאילה הראשונה לא מפורש מה הדין למסקנה, ונחלקו בזה הראשונים וא"י"ה יתבאר בהלכות כתובות.

כאן דנו הפוסקים במקרה שלא כתב הלווה 'דאיקני' וקנה ומת, וירשתו הבת ועמדה ונישאת (כתב הש"ך שה"ה כשכבר היתה נשואה, אלא שנקטו הפוסקים לשון הגמרא. אמנם הפ"ת ג הביא שהתשבי"ץ כתב שאם היתה נשואה נראה לו ברור שיוורש הוא, שמכח ירושה בא). התרומות והטור כתבו שבכגון זה לא גובה המלוה, שבעל הוא כלוקח. וכ"פ השו"ע.

הסמ"ע הקשה מסימן קג סעיף י שהביא הרמ"א דיעה שהבעל אינו לוקח אלא לאחר מיתת האשה ולא בחייה, וכתב שאפשר לומר שכאן מדובר בנכסי צאן ברזל. והשיג עליו הש"ך שמוכח מדברי התרומות שאין זה נכון, ובנכסי צאן ברזל פשוט הוא שהבעל הוא לוקח לכל ענין. וצ"ל לדבריו בסימן קג ליישב את הדין שם. ונראה שר"ל ששם פירש שהכל תלוי בחשבון מה טוב לבעל ואם יש הפסד לאחרים, והבאנו את דבריו שם ב'שומאי'. ובאמת גם לפי מה שפירש הסמ"ע שם הקושיא לא מתחילה, וצ"ע"ק.

העיר הש"ך שבתרומות מפורש שהבין שמסקנת הגמרא היא שבעל הוא לוקח בשאילה המקורית, ושממנה למד את הדין שלנו. שהשאילה היא האם חוששים להפסד של המלוה, או שאומרים שהוא הפסיד על עצמו בזה שהלוה לאשה העומדת להינשא בלי שטר כמ"ש הרי"ף והרא"ש (או במקרה שלנו בלי שיעבוד 'דאיקני'). וא"כ דין זה הוא שנוי במחלוקת, ואף שהשו"ע באה"ע סימן צא סתם שהוא לוקח גם בדין הזה, העיקר בש"ס אינו כן. והאריך להוכיח שגם הראשונים שפסקו שהוא לוקח לא פסקו כן אלא מספק, שאין להוציא ממנו. אבל אם תפס המלוה אין מוציאים ממנו. והביא שכ"כ המהר"ם אלשיך (אבל לי נראה ברור מסתימת לשונם שאין לומר כן, וכן בר"י מיגש הוא כמעט מפורש).

עוד כתב הש"ך שאפילו הראשונים שכתבו שם שבעל לוקח הוא יודו בדין שלנו שדינו כיוורש. שאין לומר שהוא הפסיד את עצמו במקרה שכתב שטר ורק לא כתב שיעבוד 'דאיקני'. ואפילו לפי מ"ש המרדכי שהפסיד את עצמו משום שהיה לו לחשוש שמא היום או מחר תינשא, כתב שהחשש הוא שמא יטעון הבעל שמא החוב הוא פרוע. ואפילו את"ל שטעם זה הוא ל"ד, כאן שהלוה לאבא ודאי אין לומר שהיה לו לחשוש שמא ימות ותינשא בתו. ומ"מ מסיק הש"ך שאינו כדאי לחלוק על התרומות והטור והמחבר ושאר אחרונים, אבל אם תפס המלוה לא מוציאים ממנו. ואפילו אם כתב במפורש שאין שיעבוד 'דאיקני' (זה צלע"ק, שבזה באמת י"ל שהוא הפסיד את עצמו), שאם לא כתב כלום בלי זה תולים בט"ס כהכרעתו למעלה.

על הכרעה זו תמה הקצות שאיך שייך תפיסה כאן, שרק קרקע משתעבדת ואין תפיסה בקרקעות. ואין לומר שדיבר במטלטלי ששיעבד אגב קרקע, שבזה ודאי לא תולים בט"ס לגבי שיעבוד 'דאיקני' (הביא כן מהסמ"ע בסימן פה, והבאנו א"ז בסיכומי טוען ונטען בענין 'הורעת כוחו של שטר חוב על ידי שטר אחר'. וכבר הבאנו שכ"כ הש"ך בעצמו בסימן הזה, אבל דעת הרשב"א אינו כן). ואפשר שיש לקיים את דברי

סימן קיב

הש"ך אחרי תקנת הגאונים שגובים מהמטלטלין של היורשים, אבל גם בזה יש לפקפק מכח מ"ש המ"מ בפ"ד מהלכות גזילה שלא מועיל תפיסה משום ספק תקנה נגד הדין דאורייתא.

הנתיבות הביא את הקושיות של הקצות על הש"ך בשם התומים, וכתב שאין כאן קושיא. שתפיסה על מטלטלין מועילה כל שיש שיעבוד על קרקע, כדמוכח ממעשה דרבה בר שרשום בב"ב לב:-לג. (ששם מועילה תפיסת משכון שאינו משועבד לחוב, עיין סיכומי חזקת קרקעות בענין 'האנשים שאין להם חזקה'). ומה שתפיסה לא מועילה בקרקעות (או על מטלטלין במקום קרקע) הוא דוקא כשיש ספק על גוף הקרקע האם יצא מרשות המרא קמא. אבל כאן אדרבה מתחילה הקרקע היתה משועבדת כשהיתה ביד הבת והספק הוא אם נפקעה השיעבוד ע"י הנישואין (לשיטתו כדעת התומים שיש שיעבוד הגוף על היורשים כשיש קרקע, ועיין 'מתי גובים חוב מהיתומים' שהכרענו כדעת הקצות שחולק).

הפ"ת בסימן קלב הביא שבחידושי רע"א דחה דברי הש"ך, שאף שבעל הוא יורש מעיקר הדין כאן אין גובים ממנו. שמעיקר הדין אין גובים אפילו ממטלטלין של יורשים, ולגבי תקנת הגאונים לגבות ממטלטלין של היורשים לא נכנס הבעל לכלל היורשים אלא כלוקח הוא. והביא שכי"כ התוס' לגבי תקנת שומא הדר (עיין 'שומא'). ואם הקנה באגב לא שייך תקנת השוק לא לטרוף ממטלטלין המשועבדים, שמכיון שמן הדין טורף לגבי תקנה זו הבעל הוא כירש. וצדק הסמ"ע (שם) בזה, ובוזה מתורץ מה שהקשה מדברי הרמ"א כאן שאם לא נישאת גובה מן היורש.

סימן קיג

אין בעל חוב טורף ממשלטים המשועבד ובו ג סעיפים:

סעיף א

שלא גובים ממשלטין של הלקוחות

מבואר בכמה מקומות בש"ס שמטלטלין לא משתעבדים, וכבר ביארנו את זה ב'דיני קדימה בבעלי חוב'. והטור כאן כותב שהטעם הוא משום שאין דעת המלוה סומכת עליהם, וביאר הש"ך שהוצרך לזה כדי להסביר למה אפילו בזה"ז שעיקר סמיכת דעתו של המלוה הוא על מטלטלין כמ"ש הרא"ש, לענין לקוחות לא סומך עליהם משום שאפשר להבריחם (אבל כבר כתבנו ב'מתי גובים חוב מהיתומים' שסברות כעין זו צ"ע, שא"כ פקע השיעבוד).

הביא התרומות שחכמי לונל הסכימו שאם התרה המלוה בלקוחות לא לקנות את המטלטלין של הלווה, הלוקח הפסיד את עצמו. והוא דחה א"ז, שמכיון שבדרך כלל אין קול על מטלטלין לא סמך דעתו של המלוה. וכן סתמו הטור והשו"ע.

שיעבוד מטלטלין אגב קרקע

ב"ב מד: איתא שאם שיעבד מטלטלין אגב קרקע מועיל, ובלבד שיכתוב 'דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי'. ופרשב"ם שמכיון שאין זה מכירה גמורה אלא שיעבוד, דומה לאסמכתא וצריך לכתוב כן 'לאלומי שטריה' (ומה שלא צריכים א"ז בשיעבוד רגיל אולי הוא משום שהשיעבוד חל ממילא, וסובר כדעת הקצות בסימן לט, עיין ייסודי השיעבוד ואחריות טעות סופר). ויטופסי דשטרי הוא שטר העשוי להעתיק ממנו שטרות, ולא נכתב כדי לגבות ואין בו ממש.

הרמב"ן פירש שעיקר השיעבוד הוא על קרקעות, ושיעבוד מטלטלין אגב קרקע הוא דומה לשיעבוד הערב, שהוא דומה לאסמכתא (ולא אסמכתא גמורה, שבה לא מועיל כתיבת 'דלא כאסמכתא'. והוסיף הסמ"ע שהוא גרוע מערב מכיון שאפשר להבריח את המטלטלין, שבערב ל"צ לכתוב 'דלא כאסמכתא'). ולכן צריך לפרש שדעתו סומכת על המטלטלין כמו על הקרקע. ו'דלא כטופסי דשטרי ר"ל שנכתב לשם שיעבוד גמור, ולא שטופס שטרות כך הוא. והתרומות הביא דברי הרמב"ן, וכן העתיק הטור.

הטור התנה שהדין הזה הוא כשכתב 'דאיקני', והסמ"ע הביא שכ"ה בתרומות אבל ל"מ א"ז שם. והעיר הסמ"ע שהרמב"ם (והשו"ע) לא התנה כן, ושגם אין טעם להצריך א"ז אם גובה ממשלטלין שהיה ללווה בשעת ההלואה. ויישב שצ"ל שמשום שאין לברר בקלות מתי הגיעו המטלטלין ליד המוכר, נהגו לכתוב 'דאיקני' בכל שיעבוד מטלטלין אגב קרקע.

כתב הרמב"ן שאם כתב 'מעכשיו' ל"צ לכתוב 'דלא כאסמכתא', שאסמכתא קונה ע"י כתיבת 'מעכשיו' בב"ד חשוב (א"י"ה יתבאר בהלכות מקח וממכר). והתרומות הביא דבריו, וכ"כ הטור והשו"ע. וביאר הב"י שכאן ל"צ ב"ד חשוב מכיון שאינה אסמכתא גמורה. והסמ"ע כתב שגם באסמכתא גמורה מספיק או 'מעכשיו' או ב"ד חשוב.

הביא הנתיבות שכתב התומים שימעכשיו לא מועיל במטלטלין שלא היה ללווה בשעת הלואה. וכתב הנתיבות שיש לעיין בזה לפי מ"ש הרשב"א בקידושין סג. שלפי ר"מ המקנה דבר שלא בא לעולם אינו יכול לחזור בו אם כתב מעכשיו.

עוד הביא הנתיבות שהסתפק התומים האם קנין או הוכחת זמנו של שטר מועיל כמעכשיו. והכריע הנתיבות שלא מועילים, ש'הבו דלא לוסוף עלה' הוא. שאף כתיבת מעכשיו לא כתוב בש"ס שמועיל, והוא נגד הסברא לכאורה אלא שהפוסקים חידשו א"ז ודעתם רחבה.

אם מכר הקרקע קודם שקנה המטלטלין

הגמרא אומרת שלא חוששים שאדם שיעבד מטלטלין אגב קרקע בדרך 'דאיקני' אם לא היה לו קרקע מעולם, ומזה דייק הרמב"ן שאם היה לו קרקע בשעה אחת חוששים לזה. שאם שיעבד מטלטלין אגב קרקע וקנה קרקע ומכרה, ואח"כ קנה מטלטלין, משתעבדים אגב הקרקע שהיה לו (כבר הבאנו הטעם שלו בשיעבוד דאיקני, שהשיעבוד חל משעה ראשונה). אבל הרשב"א כתב רק שאם היה לו קרקע בשעת ההלואה חל השיעבוד אף שקנה המטלטלין אחר שמכר את הקרקע, ומדבריו דייק המ"מ שצריך שיהיה לו קרקע בשעת הלואה דוקא (ולא ראה את דברי הרמב"ן).

הב"י הביא רק דברי המ"מ, אלא שבסוף הסימן ציין לתשובת ריב"ש שהביא דברי הרמב"ן. ובשו"ע כתב ששיעבוד הזה מועיל אפילו אם מכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלין. והסמ"ע חידש עוד טעם לדין הזה, שמכיון שיכל המלוה לטרוף את הקרקע מיד הלוקח והוא כאילו ברשותו, ודאי מקנה ללווה את הקרקע הזאת כדי לשעבד לו מטלטלין אגבה (הניח שאפשר לשעבד מטלטלין אגב קרקע שהיא רק משועבדת ללווה, כנראה משום שיעבודא דר' נתן. ויש לעיין בזה אם הוא דומה לפרוזבול שאפשר לכתוב אם יש קרקע משועבדת ללווה).

סימן קיד

כתב הקצות שאינו מבין שום חידוש בזה של"צ שהקרקע תהיה ביד הלווה בשעה שקונה המטלטלין. שאילו היה חל השיעבוד רק בזמן שבאים הנכסים ליד הלווה, גם אם הקרקע היא בידו בזמן שקנה המטלטלין לא היה חל השיעבוד עליהם. שהקרקע כבר השתעבדה לפני כן. ואם נאמר שהשיעבוד על המטלטלין יכול לחול כל זמן שהשיעבוד על הקרקע קיים, גם אחרי שמכר הקרקע השיעבוד קיים עליו. ויישב השער משפט שאם הקרקע היא עדיין ביד הלווה, המלוה מוחל שיעבודו עליו כדי שישתעבד עוד פעם עם המטלטלין.

סעיף ב

עבדים

העתיקו הפוסקים כאן את כללי קנין אגב גם לגבי שיעבוד, ואין כאן מקומם ואי"ה יתבארו בהלכות מקח וממכר. וכאן נביא רק מה שחידש הרא"ש בתשובה שאפשר לשעבד עבדים אגב קרקע, אף שאינם נקנים אגב קרקע אלא כשהם צבורים בתוכה. שמכיון ששיעבדם אגב קרקע יש להם קול כקרקעות. וכ"פ השו"ע. אבל התומים תמה על הפסק הזה, שהתרומות מצריך צבורים גם בשיעבוד, והוכיח כן גם מדברי הראב"ד.

סעיף ג

תקנת השוק

ציין הטור למה שהביא בסימן ס מתשובת הרא"ש, שברוב המקומות נהגו לא להזדקק לטרוף מטלטלין המשועבדים. והוא מתקנת השוק, שאל"כ כל אחד יצטרך לעשות שטר על קניית מטלטלין ולא ירצו אנשים לקנות מטלטלין מחבריהם. וכן סתם השו"ע שבזה"ז לא טורפים מטלטלין מהלקוחות.

הביא הב"י מהתרומות שאם אדם לווה משנים וכתב לשניהם שיעבוד 'דאיקני', ותפס השני ממטלטלין (שביד הלווה) שקנה בין שתי ההלוואות, הראשון מוציא ממנו. וכתב הב"י שנראה שזה נכון אפילו לפי מ"ש הרא"ש בזה"ז, שכאן לא שייך תקנת השוק. וכ"פ בשו"ע.

סימן קיד

דין בעל חוב עם הלוקח אם יכול לדחותו אצל הלוח ובו ז' סעיפים :

סעיף א הוא חזרה על סדר הגבייה המופיע בסימן צח, וכבר הבאנו אותו ב'סדר גביית חוב'.

סעיף ב

שכופים את הלוקח לדון עם המלוה

הגמרא בב"ב קסח: אומרת שבפרעון הלואה יש לסמוך על כתיבת שובר, ואין לחשוש שמא יגבה המלוה פעם אחרת מהלקוחות שאין להם שובר. שלא יניחו הלקוחות למלוה לגבות מהקרקע שלהם עד שיבררו עם הלוח שמא פייס אותם במעות.

מגמרא זו דייק הרמב"ן שלוקח לא יכול לדחות את המלוה שילך אצל הלוח וישלם לו כשיתחייב הלוח. אלא אם ירצה ילך אצל הלוח ויזיקוהו לבוא לב"ד. אמנם אם הלוח הוא בתוך מהלך יום מודיעים לו, ואם הלוקח מבקש זמן עד ל' יום נותנים לו, ובלבד שהוא להוציא הדין לאמתו ולא לבוא בעקיפין. שכל זמן ב"ד אינו מן הדין, אלא מדת רחמים נהגו חכמים שלא לדחוק בעלי דין יותר מדאי. והרא"ש הביא דברי הרמב"ן, וכ"פ הטור והשו"ע.

סעיף ג

אם רוצה הלוקח לסלק את המלוה במעות

הגמרא בכתובות צא: מביאה מעשה בלוקח שהיה לו שתי שדות שכל אחת שוה חמישים זוז, ובא המלוה וטרף אחת מהן עבור חצי חובו. ואח"כ בא לטרוף גם את השני, והביא לו הלוקח מאה זוז ואמר לו או לקחת את הכסף ולהסתלק משניהם, או לקחת את השדה הראשונה עבור כל החוב. (יש עוד מקרה לפני כן בגמרא ב'תרי אפדני', ובכל הדין הזה העתקנו את דברי הפוסקים כאילו הם נכתבו על המקרה של השדות, כלשון הרמב"ם והטור והשו"ע. שאין הבדל משמעותי בין שני המקרים.) ופסק רבא שמקבלים טענה זו של הלוקח (ודלא כמו שסבר רמי בר חמא לומר), שאין בזה הפסד לאחרים (כנראה שזה תקנה דרבנן משום הפסד של הלקוחות, שבהרבה מקרים לא יהיה שייך לומר שכופים על מדת סדום).

שואלת הגמרא בכמה כותבים את ה'טירפא' (השטר שכותבים ללוקח על המוכר שמכר לו באחריות), ונחלקו האמוראים בזה. רבינא אומר במאה, ורב עזירא אומר בחמישים. ונפסקה ההלכה שהוא בחמישים.

פרש"י שהשאלה היא במקרה שקיבל המלוה את הקרקע במאה זוז. והריטב"א הביא דבריו, ועוד הביא שיש שפירשו שדיברה הגמרא במקרה שקיבל המלוה מאה זוז מהלוקח. והכריע כפרש"י, שאם שילם הלוקח מאה זוז לדברי הכל חוזר וגובה אותם מהמוכר (הלוח) מכיון שסילק אותו במאה.

הנתיבות הוסיף לדברי הריטב"א שאפילו אם סילק הלוקח את המלוה משדה אחת ביותר משווה, חוזר וגובה מה ששילם מהמוכר. שזה נהנה וזה חסר הוא (שהלוה נהנה במה שנפטר מכל חובו, והלוקח חסר מה ששילם). ואינו דומה לפרע חובו של חבירו שפטור הלוח מלשלם (עיין כתובות קז: במשנה, וא"י"ה יתבאר במקום אחר), שמכיון שהשדה היא חביבה בעיני הלוקח הרבה עד שהוצרך לתת כל ממון, הרי הוא כמוכר לפרע חובו (סברא זו צ"ע). והמוכר כתב לו 'אנא איקום ואשפי מהמערערין', וכאילו נתן לו רשות לשפות המערערין כשלא יהיה לו היזק מזה (נראה שזה טעם נוסף שאינו קשור לטעם הראשון, שגובה מכח האחריות ולא מכח 'נהנה'). אבל כשהמלוה מקבל את השדה במאה זה נהנה וזה לא חסר הוא (לגבי החמישים הנוספים, והלך לפי השיטות שבזה לא מקבל אלא מה שחסר, וא"י"ה יתבאר במקום אחר. כ"נ"ל). וגם אין זה בכלל האחריות. והביא הנתיבות ראייה לדבריו מדברי הרא"ש, ויתבאר למטה.

הביא הרא"ש שמצא כתוב בשם רבינו יונה שהמעשה של הגמרא הוא כשלא הכריזו כשטרף המלוה את השדה הראשונה. אבל אם עשו הכרזה בשומת ב"ד והורידו את המלוה לקרקע, שוב לא יכול הלוקח לסלקו. שא"כ אין לדבר סוף. והביא עוד שכיוצא בזה מצא בשם הרמ"ה, אלא שהוא כתב רק שאם מכר המלוה או נתן את השדה לאחר שוב אינו חוזר (שמפורש בסוגיא של 'שומא הדרי' שבזה לא חוזר קרקע לבעלי הראשונים, עיין 'שומא'). והכריע הרא"ש כדברי רבינו יונה, שדין 'שומא הדרי' הוא משום 'ועשית הישר והטוב' והוא רק ללוח עצמו. שללוקח לא שייך זה, שנכנס לשיעבודו של המלוה.

דעת הרמב"ם (כב, טז) היא שיש דין 'שומא הדרי' אפילו ללוקח, וכתב המ"מ שכן מוכח לכאורה מהגמרא שלנו (שלא חילקה כחילוקו של רבינו יונה), וכן עיקר.

ה"ר"ן הביא 'איכא מ"ד' כרבינו יונה, ושכן מוכח מהגמרא בב"מ לה. שאומרת שאין דין שומא הדרי לבעל בנכסי אשתו, משום שלוקח הוא. ומסיק שהפשטות של הסוגיא שלנו ודאי מורה כדברי הרמב"ם, ולכן יש לדחות שהגמרא בב"מ היא רק כשגבו מהאשה ואח"כ נישאת. שאילו גבו מהבעל אחרי נישואין, חוזר לבעל.

הטור הביא רק דברי רבינו יונה ושהרא"ש הכריע כדבריו. והשו"ע סתם בזה, וכדעת הרמב"ם. והרמ"א הביא י"א כדעת רבינו יונה.

סימן ק"ד

הסמ"ע חידש שיש מקרה ביניים, כשעשו שומא והכרזה אבל עוד לא גבו את הקרקע. ובה יכול הלוקח לסלק את המלוה רק אם ישלם לו כל דמי החוב. ומקורו הוא מהכרעת הרא"ש שנביא למטה, אבל למטה נבאר שיותר נראה שלא דיבר הרא"ש במקרה הזה. ולפי"ז צ"ע במקרה הביניים הזה אחרי שומא והכרזה האם יש חסרון בזה שעוד לא גבו (ויכול הלוקח לסלק את המלוה לדברי הכל כאילו לא הכריזו), או שהגבייה אינה אלא כמעשה קוף בעלמא (ואינו יכול לסלקו לדעת רבינו יונה). ולמטה נכריע כצד השני מתוך דברי הרא"ש.

הש"ך כתב שגם כשלא עשו שומא והכרזה אין הלוקח יכול לסלק את המלוה אא"כ יתן לו דמי כל חובו (והוסיף שלשיטת הסמ"ע שיכול גם בפחות בדמי חובו, אינו מובן למה אחרי שומא והכרזה א"א). וציין לדבריו בסימן קטו בזה, שהכריע במחלוקת ראשונים בזה (כבר ביארנו אי"ז קצת ב'שומא', ויתבאר עוד למטה בסעיף ז). ותמה עליו הנהיבות ששם מדובר כשהמלוה אומר שהשדה שוה לו כל חובו, ולכן צריך הלווה לשלם לו כל חובו אם רוצה לסלקו (אף שאין הפסד ללווה בזה. הם דיברו במקרה שמת הלווה, והיתומים לא ישלמו ממקום אחר בכל מקרה). אבל כאן המלוה אינו מוכן לקבל את השדה בדמי כל חובו.

כדי ליישב את דברי הש"ך העלה הנהיבות שטענתו של המלוה שהשדה היא שוה כל חובו אינו ר"ל שיקבל אותה בכל חובו, שבזה לדברי הכל שומעים לו משום הפסד של הלווה (התעלם ממ"ש הש"ך את דבריו בסימן קטו במקרה שמת הלווה). ולא נחלקו אלא כשהמלוה רוצה לקבל את השדה בשוויה, ועדיין יהיה הלווה חייב לו מה שנשאר מהחוב. שלדעת הראב"ד והרמב"ן וסייעתם שומעים לו גם בזה, שהשדה היא משועבדת לכל דמי החוב ולא נפקע השיעבוד ממנה במה ששילם הלוקח את דמי השדה. אמנם המעיין בתרומות יראה שפירוש זה לא נכנס לדברי הראשונים.

הביא הב"י מרבינו ירוחם שכ"ז הוא דוקא כשקנה אדם אחד את שתי השדות, שאילו בשני לוקחים יכול המלוה לומר לו 'לאו בעל דברים דידי אתי' בשדה שקנה מהשני. ופשוט הוא כמו שמסיק הב"י, והביא הדרכי משה שכ"כ הר"ן. וכ"פ בהגהת שו"ע.

הביא הנהיבות שהקשה התומים שלמה אין הלוקח האחד בעל דברים לגבי השדה השנייה, שגם הוא יכול לקנות אותה ע"י הוספת דמים בהכרזת ב"ד (התומים הניח בצ"ע). והנהיבות יישב ע"פ פירושו למעלה, שהחידוש בטענת המלוה שהשדה שוה לו כל החוב הוא שיכול אפילו לקבלה בשוויה. וזה ודאי א"א כששדה השנייה אינה שלו. ולי נראה שדיבר הרמ"א במקרה שיותר בעל השדה הראשונה על זכותו לעשות שומא והכרזה, שהיא לטובתו.

סעיפים ז, ה

שומת הקרקע

סדר השומא ודיני כתיבת האדרכתא כבר ביארנו ב'סדר גביית חוב'. ודין טעות בשומא ביארנו ב'שומא'. והעיקר שצריך לכאן הוא שאחרי השומא מכריזים על מכירת הקרקע, והביא הרא"ש מרבינו יונה שאם יבוא שום אדם ויעלה על השומא, אם המלוה רוצה לקחת את הקרקע צריך לקבלה באותו עילוי. שהשומא וההכרזה לתועלת הלווה היא.

סעיף ו

אם באים המלוה והלוקח להוסיף

עוד הביא הרא"ש מרבינו יונה שאם הלוקח בעצמו רוצה להעלות את השומא כדי שתישאר הקרקע בידו, אין שומעים לו. שודאי התכוין לתועלת עצמו, שיחזור ויגבה מה שישלם למלוה מהלווה המוכר. ועוד הביא הרא"ש שרב האי כתב בספר המקח והממכר שאם בעל חוב ולוקח באים להוסיף כל אחד על חבירו, נותנים הקרקע לאותו שמוסיף יותר. וכתב הרא"ש שאפשר שלא דיבר רב האי אלא כשרוצה אחד מהם להוסיף עד כנגד כל החוב, כמו המקרה בגמרא. אבל אם רוצה הלוקח להוסיף ולא יהיה החוב פרוע, הולכים אחרי השומא (ואין כאן מחלוקת, וכ"כ הטור בשם אביו). וכ"פ השו"ע, וביאר הנהיבות שהחילוק הוא שאם לא מוסיף עד שיעור החוב יהיה על הלווה שני תובעים. והעיר שפשוט הוא שאם קנה שלא באחריות יכול להוסיף גם פחות.

באמת בספר המקח והממכר עצמו (בשער כז) יש דבר דומה למ"ש הרא"ש: "ומה שאמרנו שיכול להוסיף הלוקח, לא אמרנו אלא שגיגענו לשיעור חובו שיהיה לו על הלווה. אבל שיוסיף וילך עד שיתיר על החוב לא." ועי"ז הביא את הגמרא שלנו. אבל משמע שרק להוסיף יותר משיעור החוב אינו יכול, אבל ל"צ להוסיף דוקא עד כדי החוב. וצ"ע בסברא זו.

מדברי הרא"ש הנ"ל הוציא הסמ"ע את החילוק האמצעי שלו, שאם שמו את הקרקע ולא גבו אותה עדיין יכול הלוקח לסלק את המלוה רק אם ישלם לו דמי כל חובו (ולשיטתו צ"ל שלדעת הרמב"ם כן הדין גם אם כבר גבו). אבל לכאורה אין זה מדויק, שכאן מדובר כשרוצה הלוקח להעלות בדמים בתוך ימי ההכרזה, ולהשפיע על השומא עצמה. ונראה שאם כבר הכריזו ואף אחד לא העלה בדמים, אינו יכול לסלק את

המלוה כלל. אלא שצעי"ק מה שלמדו רב האי והרא"ש את דבריהם מהגמרא שלא דיברה בעילוי תוך ימי ההכרזה, ומשמע קצת שלא חילקו בזה.

סעיף ז

אם המלוה רוצה לקבל את הקרקע בכל חובו בלי שומא

כתב הרא"ש ששומעים למלוה בזה אף שהלוקח רוצה שישמו את הקרקע וישלם לפי השומא, שאם יעשו כן יפסיד הלווה. וכ"פ הטור והשו"ע. והעיר הש"ך שמהלשון משמע שרק משום תועלת הלווה הדין הוא כן (ומוכח שכן דעת הטור, ודלא כמו שדייק הב"י מדבריו בסימן עב). אבל לפי הכרעתו בסימן קטו הדין הוא כן גם אם לא יפסיד, מכיון שהמלוה רוצה לקבלה בכל חובו. שם הביא שכן דעת הראב"ד והרמב"ן והתרומות (אמנם המעיין שם יראה שדעתו נוטה יותר לומר הפוך) והריב"ש, ומסיק שכן נראה עיקר מכת הסוגיא שלנו (שיש זכות לאדם לומר שקרקע שוה לו יותר משויה, כנ"ל ויש לדחות).

הקצות בסימן קט (סק"א) הביא הוכחה שלוקח אינו יכול לסלק בפחות מדמי החוב מדברי התוספות בסוגיא (בד"ה מאי). שהם הביאו שרגילים לומר שמה שהגמרא בב"מ קי: מזכירה שיש מחלוקת האם יכול הלוקח לסלק במעות, הוא המחלוקת של רמי בר חמא ורבא. והקשו שאולי רבא מודה שבדרך כלל אי אפשר לסלק במעות, ולא חלק על רמי בר חמא כאן אלא משום שיכול להעלות על דמי הקרקע. ויישבו שמ"מ תמיד יהיה אפשר להעלות על המכר כפלים על שוויו כדי לסלק את הבע"ח.

מזה דייק הקצות כדעת הש"ך אבל לא מהטעם של התרומות. שכל כוחו של הלוקח לסלק את המלוה הוא רק משום שיכול לטעון שהקרקע היא שוה לו יותר מדמי החוב, ואין למלוה כח אלא בדמי החוב. וכתב הנתניבות כאן ששכח דברי הדרישה שפירש שיכול לסלק את המלוה גם בלי עילוי (ומסקנת התוס' היא שאין לחלק בין עילוי ללא עילוי), אלא שהתומים רצה לסתור דברי הדרישה (שלשונם לא סובל פירוש זה). והמשובב הביא שכהנה הפשוטה בתוס' כתוב במפורש בר"ן.

לי נראה שאף שצדק הקצות בדעת התוס' והר"ן לכאורה, מסתימת לשון הרמב"ם (יח, ח) שיכול הלוקח לסלק את המלוה לא משמע כן, והוא מכח לשון הגמרא בשיטה שאפשר לסלק (אמנם אפשר לדחות שבמקרים של הגמרא הקרקע היתה שוה כל החוב). ומזה משמע שאפילו כשרוצה המלוה לקבלה בכל החוב אין שומעים לו, אלא שבמקום הפסד של הלווה מסתבר כדברי הרא"ש (ולא הוצרך הרמב"ם לדבר במקרה כזה, שאינו שכיח).

בתחילת דבריו הביא התרומות שהירושלמי בכתובות (ד, יג) לכאורה אומרת כדעת הרא"ש והטור. אלא שהראב"ד וסייעתו דחו ששם מדובר במדור אלמנה שיכולים היתומים לסלקה ולתת לה דירה אחרת, ולא בכתובה (כן פירש הגר"א בדבריהם). והגר"א הכריע כדעת הרא"ש, שהפשטות היא שהירושלמי התחילה במדור וסיימה בכתובה ולא חילקה ביניהם.

סימן קטו

דין הפירות והשבח בטורף מלוקח ויתומים ובו ו סעיפים :

סעיפים א, ג

שבח מוחמת הוצאה

הגמרא בב"מ טו. מביאה שאמר שמואל שבע"ח גובה את השבח מלוקח. ורבא מוכיח שכן הוא ממה שכותב מוכר ללוקח "אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין, אינון ועמליהון ושביהון. ואיקום קדמך וצבי זבינא דנן וקביל עלוהי." ומקשה הגמרא שא"כ לא יטרוף בע"ח ממקבל מתנה, שבמתנה אין כותבים כך. ומסיקה הגמרא שאה"נ, ויפה כוחו של מקבל מתנה. וכתב הרמב"ם (כא, ג) שאם קיבל עליו הנותן אחריות דינו כמכר, וכתב המ"מ שפשוט הוא.

פרש"י שמה שגובים את הקרקע עצמה ממקבל מתנה (אף שאין לו על מי לחזור) הוא משום שלא היה לו לקבל את הקרקע המשועבדת למלוה, שמאיפה יגבה המלוה את חובו. אבל בשבח לא הפסיד המלוה כלום. ומשמע שסובר שמעיקר הדין חל השיעבוד על שבח כמו על הקרקע עצמה, ורק תיקנו לטובת המקבל שלא יחול במקום שלא הפסיד את המלוה. וכן נראה מדברי הרמב"ן שניבא בהמשך (אלא שהבין דברי רבא אחרת כמו שיתבאר).

בלוקח פירשו התוספות (בד"ה תדע) שמכיון שמשלם לו המוכר את השבח, אין לחשוש אם יגבהו המלוה ממנו. שהלוקח לא מפסיד כ"כ. וכתב הרא"ש שגביית שבח מהלוקח היא תקנה דרבנן משום נעילת דלת, והוסיף עוד שני טעמים למה ראו לתקן עבור הבע"ח ולהפסיד את הלוקח שאינו גובה אפילו הוצאותיו מהבע"ח (יתבאר בהמשך). שהלוקח בא בגבולו של הבע"ח, וגם קנה על דעת זה להשתלם מהמוכר. וביאר שגדר התקנה היא שרואים את השבח כאילו קנאו המוכר ומכרו ללוקח (הנתיבות כתב ביישוב דברי הסמ"ע שלולא התקנה היה רק כאילו קנאו המוכר ולא מכרו, ודבריו תמוהים). וכ"כ הטור.

הנמו"י (בב"ב עד.) פירש בדרך קרוב לזה בשם 'האחרונים'. שמתחילה לא גבה בע"ח משבח אלא באפותיקי מפורש (יתבאר למטה), ומפני דין זה הורגלו לכתוב בכל המכירות שהמוכר מקבל עליו אחריות על השבח. ואז אמרו שבע"ח יגבה את השבח גם בלי אפותיקי, שמכיון שמקבל המוכר אחריות על השבח הוא כשלו. ומחשבים אותו כאילו קנאו מוכר וחזר ומכרו ללוקח. וכתב הש"ך (בסקל"ב) שדבריו דחוקים (ושהעיקר הוא כדעת הרמב"ן, שקרקע המשועבדת למלוה השביחה).

בב"מ הוסיף הנמו"י שקנה המוכר את השבח מהלוקח, וכ"כ הסמ"ע שתיקנו שיהיה כאילו מכרו הלוקח למוכר ושוב הקנהו המוכר ללוקח. והש"ך כתב בסקט"ז שלא יתכן לומר כן.

הרי"ף (ח:) פירש בע"א, שתנאי הוא שהתנה הלוקח עם המוכר שיוכל הבע"ח לגבות מהשבח ושיקבל את הפיצוי רק מהמוכר. וכ"כ הרמב"ם (שם). ולפי שתי השיטות רואים שמן התורה לא אומרים שהקרקע של המלוה השביחה, ובלי תנאי או תקנה לא היה גובה בע"ח מהשבח.

רח"ה (מלוה ולוה יט, ח) הוכיח מהסוגיא בב"ב שניבא בסמוך כדברי הנמו"י בב"מ (בלי לצטט אותו) שיש הקנאה מהלוקח לקונה, שהשיעבוד הוא מדין 'דאיקני'. והקשה ע"ז שאיך אפשר להקנות דבר שלא בא לעולם (אפילו ע"י תקנה לא היה נוח לו בזה), וביאר שהתנה המוכר שהשבח מעיקרו יהיה שייך לו לענין גביית המלוה. וזהו שילוב בין דברי הרי"ף לדברי הנמו"י.

בב"ב קנו שואל שמואל האם אפשר ללווה לשעבד הנכסים שיקנה אחרי ההלוואה לפי החכמים החולקים על ר"מ וסוברים שא"א להקנות דבר שלא בא לעולם (והבינו כל הראשונים שמסקנת הסוגיא היא שאפשר). ופרש"ם שם (ד"ה ומשנל) שמה שאמר שמואל שבעל חוב גובה את השבח הוא לפי ר"מ (התוס' הוכיחו שלא סובר שמואל כר"מ בקנין, אבל מ"מ בשיעבוד סובר כמותו), או שמסברתו פשוט שאפשר לשעבד. והתוספות בב"מ (יד: ד"ה תריץ) כתבו שדברי שמואל בב"מ הם לפי מסקנת הסוגיא בב"ב.

כתבו הרמב"ם (שם) והרא"ש שהדין הזה הוא קיים גם אם לא כתב המוכר את הלשון הנ"ל בשטר, שכבר נודע שזה דין המוכר עם הלוקח. וגם כל הפוסקים סתמו בזה שגובה הלוקח את השבח מהמוכר, ומשמע שכולם מסכימים לדברי הרמב"ם והרא"ש בזה (רק שכתב הרמב"ן שאם פירש ללוקח שלא יהיה אחריות דינו כמקבל מתנה, וכתב המ"מ שפשוט הוא. וכ"פ הרמ"א בהגהת שו"ע, והעיר הסמ"ע שאם פירש לו רק שלא יגבה מ'דאיקני' אין הדין כן אלא גובה המלוה כל השבח. שיכול לגבות ממה שנמצא אצל הלווה אפילו ממה שיקנה אח"כ). וכן דייק הש"ך (ובסק"ג) כתב שכן מוכח מהגמרא בב"מ טו: שאחריות ט"ס הוא גם לגבי שבח, והביא שכ"כ רש"י והמאור).

הגמרא בב"ב קנו: מביאה ברייתא שאומרת שאחרי טריפה של בעל חוב, הלוקח גובה את השבח מבני חורין של המוכר. ומוכיחה ממנה שאפשר לשעבד שיעבוד 'דאיקני', אלא שדוחה שי"ל שהברייתא היא לשיטת ר"מ שסובר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם. ובהמשך מקשה מאותה ברייתא על מה שנפסק להלכה שם ש'לווה ולוה וקנה' יחלוקו (ע"ן שיעבוד דאיקני'), ומתרצת שגובה רק חצי שבח (הסכמת הפוסקים היא שזהו בכל מקרה, ודלא כמ"ש הרא"ש שמחלקים ביחס לחוב שיש להם על המוכר.

סימן קטו

והאחרונים ביארו שדברי הרא"ש הם ע"פ שיטת ר"ח בפרק מי שהיה נשוי, עיין 'דיני קדימה בבעלי חוב' בזה. והבי"י כתב שדברי הרא"ש מתמיהים).

ביאר הסמ"ע שלא עדיף שיעבודו של המלוה בדמי הלואה משיעבוד דמי קרנו של הלוקח. ומלשון זה דייק הש"ך (בסק"ב) שמה שנוטל הלוקח חצי השבח הוא עבור הקרן שלו ולא עבור השבח עצמו. והביא שכן מוכח מדברי הרא"ש (שהבאנו בסמוך לגבי חלוקת השבח) ושכן פירשו המעדני מלך והב"ח בדבריו. והוסיף שאולי תמיהת הבי"י על הרא"ש הוא מפני זה.

הביא הש"ך (שם) שגם הגידולי תרומה כתב שפשוט הוא שהחצי שבח של הלוקח הוא עבור הקרן שלו, שמה שנתחייב לו המוכר עבור השבח הוא רק אחרי שבא לעולם. והשיג הש"ך עליו ועל הסמ"ע שבאמת התחייב המוכר ללוקח על השבח משעת הלואה, אבל מטעם אחר אינו יכול לגבות מהשבח עבור השבח עצמו. שאינו גובה עבור השבח אלא מנכסים בני חורין (וכמו שיתבאר למטה), ומה שמשועבד למלוה הוא מנכסים משועבדים. ואף שהיה נראה לומר שכאן נוטל אפילו ממשועבדים מכיון שהם כבר תחת ידו ולא שייך בזה תיקון העולם, מדברי הפוסקים הנ"ל לא משמע כן. והניח בצ"ע, ויתבאר עוד למטה.

הקצות כתב שנראה לו שבאמת נוטל הלוקח חצי השבח עבור השבח עצמו, ולא נחשב כגבייה ממשועבדים. שלפי מה שנפסק בסימן קד כדעת רב האי שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מואחרת, ע"כ נכסים המשועבדים למלוה לא נחשבים משועבדים לענין זה. ועיין 'דיני קדימה בבעלי חוב' בכ"ז, ושם הבאנו שהש"ך הכריע כדעת הר"י ודלא כפסק השו"ע, ואפשר שכאן הלך לשיטתו.

מהסוגיא הנ"ל מוכח שמה שהשיעבוד של המלוה חל על השבח הוא בדרך 'דאיקני', והוא חל בזמן שבא השבח לעולם ביחד עם שיעבודו של הלוקח (ולכן חולקים בו). ולכן כתב התרומות שאם לא כתב 'דאיקני' לא גובה בע"ח את השבח, וכן דייק הבי"י מהרא"ש, וכ"פ בשו"ע. ומשמע בבי"י שהבין שלא יחלקו ע"ז אלא הסוברים שאחריות טעות סופר היא גם לגבי 'דאיקני'.

הרמב"ם כתב סתם שבע"ח גובה את השבח (כא, א), אבל פירש המ"מ שע"כ צ"ל שמדובר כשכתב 'דאיקני'. ולכן בדוגמא שלו בהמשך ההלכה כתב שכתב 'דאיקני'. ולי נראה שמסתימת לשון הרמב"ם א"א לומר כן, וצ"ל שאף שסובר שלא אומרים שאחריות טעות סופר לגבי 'דאיקני' רגיל, בשבח אומרים כן. ובדוגמא בהמשך היה צורך לכתוב 'דאיקני' מטעם אחר. ושוב מצאתי שכ"כ הרמב"ן, ושכן העלה הקצות בסק"ד בדעת הרמב"ם.

הקשה הקצות (א) שלמה צריך 'דאיקני' כדי לשעבד שבת, שכמו שאפשר להקנות דקל לפירותיו יהיה אפשר לשעבד קרקע לשבחה. ומתוך שרק בקנין הדקל עצמו הוא קנוי לקונה לגבי פירותיו, ולכן הפירות הם שלו כאילו צמחו מדקל שהוא כולו שלו. אבל אין לאדם בעלות גמורה במה שהוא רק משועבד לו, וא"א לו לזכות בפירות של דבר שאין לו קנין גמור בו. והביא שהמהר"י דחה מה שכמה חכמים כתבו שכוונת שיעבוד 'דאיקני' היא שהשיעבוד חל על נכסי הלווה ותמורתם עד סוף העולם. והמהר"י דחה דבריהם, אבל משמע מדבריו שמי"מ אפשר לשעבד בדרך הזה. והשיג עליו הקצות כדרכו, שאי אפשר. והנתיבות הביא שכ"כ התומים.

כתב הסמ"ע שהלוקח מקבל החצי שלו מהשבח גם אם לא כתב לו המוכר שיעבוד 'דאיקני'. שמכיון שהוא מוחזק ועומד בקרקע לא גרע מאילו היה השבח אצל המוכר עדיין, ומן המוכר ודאי גובה שבח בלי שיעבוד 'דאיקני'. ואינו דומה ללוה ולוה וקנה וכתב רק לראשון 'דאיקני' ולא לשני, שהראשון גובה הכל (לשיטתו בסימן קד, וכן הכרענו ב'דיני קדימה בבעלי חוב'). שכאן הקנאת השבח מהלוקח למוכר ומהמוכר ללוקח (לשיטתו) היא הכל בבת אחת (לא ברור לי למה זה מעלה או מוריד). ולכן שום פוסק לא הזכיר צורך שיהיה ללוקח שיעבוד 'דאיקני'. וציין הסמ"ע לדבריו בדרישה שהביא ראה לזה מדברי הר"י והרא"ש והטור והנמו"י, והוסיף שכן מוכח ממ"ש הרמ"א שאם כתב המוכר במפורש שלא יגבה הלוקח מ'דאיקני', אין לו בשבח כלום. שמשמע שבסתם יש לו חצי מהשבח.

הש"ך כתב שאין דברי הסמ"ע נראים, ואין שום ראה מדברי הראשונים. שאף שגובה הלוקח את השבח מהמוכר בלי כתיבת 'דאיקני', השבח עצמו אינו משועבד לחוב זה מן הסתם. וגם מדברי הרמ"א אין ראה, שכתב בלשון הזה כדי שהדין יהיה נכון גם לפי השיטות שאחריות ט"ס היא גם בשיעבוד 'דאיקני' (וכן מוכח בדרכי משה, ומ"ש הסמ"ע שמהדרכי משה מוכח כמותו תמוה הוא). והביא שגם הבי"ח השיג על הסמ"ע בזה.

לי נראה שלפי מה שהניחו רוב הפוסקים ששבח לא משתעבד למלוה בלי כתיבת 'דאיקני', צדק הש"ך מסברא שאין לחלק בין מלוה ללוקח בזה. אמנם מסתימת דברי הגמרא שבע"ח נוטל רק חצי מהשבח נראה כדברי הסמ"ע. ומכאן יש סיוע למ"ש הרמב"ן, שגם לגבי מלוה ל"צ לכתוב 'דאיקני' כדי לגבות שבת.

כתב הקצות (ג) שנראה שאם אדם לווה ומכר ולוה, ואח"כ השביח הקונה את השדה, אין למלוה השני חלק בשבח (אף אם כתב לו 'דאיקני'). שלא תיקנו שהשבח יהיה כאילו קנה אותו המוכר ומכרו ללוקח (גם הוא תפס כדברי הרא"ש והטור בזה) אלא לגבי בע"ח שהקרקע עצמה משועבדת לו. והביא ראה לזה מדברי הרמב"ם (באמת לפי הרמב"ם אין טעם להסתפק בזה, שמעולם לא תיקנו כלום וכמ"ש) ומסתימת לשון הברייתא שהלוקח גובה את השבח מנכסים משועבדים של המוכר, שמשמע שטורף אפילו מלקוחות שקדמו לשבח של הקרקע ואין להם חלק בשבח. וכתב הנתיבות שדבר זה לא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו.

שבח הבא ממילא

כתב הרי"ף (בב"מ) שמתברר שרק שבח הבא מחמת הוצאה לא טורף בע"ח ממקבל מתנה, אבל שבח הבא ממילא טורף. אמנם בסוף הסוגיא כותב שגם שבח הבא ממילא גובים רק מכח התנאי, והוא סתירה לכאורה. וכתב המאור שמי"ש לגבי מתנה היא הגהה מאוחרת, ודברי הרי"ף הם מעורבבים (ומסיק שאין הבדל בין שבח הבא ממילא לשבח מחמת הוצאה). וגם דברי המאור אינם ברורים לי כ"כ, אבל יתכן שכתב כן מפני הסתירה הזאת. וגם הרמב"ן כתב שיפה פירש הרי"ף בזקנותו.

במלחמות ביאר הרמב"ן יותר, שמה שצריך תנאי לגבות שבח מחמת הוצאה הוא רק בכדי ההוצאה, שאילו השבח היותר מההוצאה גובה גם בלי תנאי (ודוחק). שהקרקע כולה ושבחה משועבדת לבע"ח (מלשון זה נ"ל שגם השבח שכנגד ההוצאה הוא משועבד לבע"ח לדעתו, אלא שצריך לשלם את ההוצאות. אבל הש"ך והקצות לא הבינו כן). והביא הבי"י שכ"כ רבינו ירוחם, שלפי דברי הרי"ף נראה שאם השבח הוא יתר על ההוצאה דינו כשבח הבא מאיליו.

גם הרמב"ם (כא, א-ד) כתב כחילוקו של הרי"ף, ומדויק מדבריו שגובה בע"ח שבח הבא ממילא גם בלי התנאי שהתנה עם המוכר (וע"כ גם אין צורך לשיעבוד 'דאיקני' כדי לגבות אותו). אבל הוא לא סובר כדברי הרמב"ן, אלא כל השבח הבא מחמת הוצאה גובה רק מכח התנאי. והביא הש"ך שכן דעת התרומות. והנמו"י הבין שגם דעת הרי"ף היא כן (ודלא כמי"ש הרמב"ן), וביאר ע"פ פרש"י שהטעם שגובה שבח הבא מאיליו אפילו במתנה הוא משום שגם אם הקרקע היתה נשארת ביד הנותן היה עולה השבח הזה. שמה שלא גובה המלוה שבח ממקבל מתנה הוא משום שלא הפסיד המקבל את המלוה בזה, ואילו בשבח הבא מאיליו הפסיד אותו. וכן ביאר הבי"י את דברי הרי"ף.

רח"ה בספרו מסביר את דברי הרמב"ם בע"א, שסובר שיכול לגבות משבח ממילא של הקרקע מעיקר הדין משום שהוא חלק מהקרקע וממילא שיעבודו עליו. אבל שבח מחמת הוצאה הוא שייך למשביח, והוכיח א"ז ממקורות בסדר זרעים.

הרשב"א והרא"ש הסכימו לדברי המאור (והביא המ"מ שכן דעת רבינו אפרים), שאם כדברי הרי"ף היה לגמרא לחלק בזה במפורש. והר"ן (והנמו"י בשמו) הביא ראיה מגמרא בבכורות שגובים שבח הבא ממילא מיתומים (יתבאר למטה), ומזה לדינו של הרי"ף. והשו"ע סתם כדעת הרמב"ם (והסמ"ע ביאר כדברי הנמו"י, וכן הסכים הש"ך בדעת הרמב"ם), והרמ"א הביא י"א כדעת המאור וסייעתו.

הש"ך (כט-ל) האריך להוכיח שצדק הרמב"ן בדעת הרי"ף, ושכן עיקר כדבריו. וביאר שהרמב"ם הוכרח לפרש אחרת לשיטתו כדעת ר"ח, שתמיד משלם המלוה ללוקח את הוצאותיו (יתבאר למטה). וע"כ מה שהתנאי מועיל הוא עבור השבח היתר על היציאה.

הביא הש"ך כמה ראיות לשיטה זו מן הש"ס. הראיה הראשונה שלו היא ממה שמבואר בגמרא בב"ב ששבח משתעבד ע"י שיעבוד 'דאיקני', וא"כ מה ההבדל בין לוקח למקבל מתנה בזה. אבל יש לדחות בקלות, ששיעבוד 'דאיקני' לבד אינו מספיק כדי לשעבד שבח מכיון שמעולם לא קנה אותו הלווה. וצריך גם התחייבות של הקונה או תקנה דרבנן וכמי"ש למעלה.

עוד הביא הש"ך (בסקל"ב) ראיה מדברי רבא, שלא אמר את ההוכחה שלו מלשון שטר מכירה אלא לדינו של שמואל, ולא לדין של הברייתות שמביאה הגמרא בב"ב. ודוחק לומר שהוא משום שאפשר להעמיד את הברייתות בנגזל, וע"כ הוא משום שלי"צ את טעמו של רבא אלא משום השבח שכנגד ההוצאה (אבל ברור שאין זה ראיה מוכרחת). והראיות האחרות של הש"ך נביא בהמשך.

הקצות (י) הקשה על שיטת הרמב"ן ממה שרוב הונא בב"מ העמיד ברייתא שם בלוקח מגזלן, והניח בצ"ע. ויש לדחות קושייתו ולא ראיתי להאריך בזה.

הוסיף הרמב"ם (שם) שנוטל בע"ח כל שבח הבא ממילא ולא רק חציו, וכ"כ הר"ן והנמו"י (דלא כמי"ש הבי"י בדעתם וכמו שהעיר הש"ך). והביא הש"ך שכ"כ הסמ"ג. והרמב"ן כתב שלא מסתבר כדברי הרמב"ם בהוספה זו, שמכיון שאינו גובה את השבח אלא משום טירפא של החוב ואינו יכול לומר 'ארעאי אשבח', חולק עם הלוקח (וכן הביא המ"מ מהרמב"ן. אבל בתחילת הסוגיא נראה מדברי הרמב"ן שסובר כדעת הרמב"ם בזה, וגם בחידושי הר"ן יש סתירה בדעת הרמב"ן בזה. והקצות בכל הסימן כתב שדעת הרמב"ן היא שלי"צ 'דאיקני' לשבח הבא ממילא, וגם רח"ה הקשה על הרמב"ן מהסוגיא בב"ב שמשמע ממנו שצריך שיעבוד 'דאיקני' כדי לגבות שבח).

גם קושיא זו מתורצת ע"פ יסודו של רח"ה, ששבח הבא ממילא הוא חלק מהקרקע שכבר היה לפני כן, ושיעבודו של המלוה קדם. ולפי"ז ההוספה של הרמב"ם הוא תוצאה מוכרחת מחידושו של הרי"ף (אם לא נקבל את הדוחק של הרמב"ן).

כתב הגר"א שמקורו של הרמב"ם הוא מדברי שמואל, שהוא דיבר בשבח הבא ממילא ולכן אמר שבע"ח גובה את כל השבח. ולכן אמר בפשיטות שבע"ח גובה שבח, אף שהוא עצמו הסתפק בב"ב האם אפשר לשעבד 'דאיקני' (כבר הקשו התוס' קושיא זו ותיצרו ששמואל סובר כר"מ להלכה). אבל זה צ"ע, שרבה

סימן קטו

קישר בין דינו של שמואל לתנאי של המוכר, ובשבח הבא ממילא אין זה שייך לדעת הרמב"ם. והיד פשוטה כתב ששמואל סתם ולא פירש שגובה רק חצי שבח משום שדיבר גם בשבח הבא ממילא (הרשב"ם בב"ב כותב ששמואל סובר שבע"ח גובה את כל השבח, ואין ההלכה כמותו אלא כמסקנת הסוגיא בב"ב).

לי נראה שמלשוננו של הר"ף מדויק שהחילוק שלו אינו נלמד מהגמרא, אלא סברא היא (וכן נראה מהשגת הראב"ד על הרמב"ם, שכתב 'הרב ז"ל אמר כן במסתברא וראוי לסמוך עליו'). ומעולם היה פשוט ששבח הבא ממילא הוא כחלק של הקרקע כסברת רח"ה, ובשני המקומות הגמרא דיברה רק בשבח הבא מחמת הוצאה. וכבר כתבנו שדינו של הרמב"ם הוא מוכרח מחילוקו של הר"ף. ולמטה נביא עוד מקור לחילוק זה.

השו"ע סתם כדברי הרמב"ם גם בזה, אלא שהעיר הש"ך (ה) שמלשוננו משמע שגם שבח הבא ממילא לא גובה אלא כשכתב 'דאיקני', ושמלשון הרמב"ם לא נראה כן. ובאמת גם א"א לומר כן לפי מה שפסק כדעת הר"ף במתנה, ונראה שע"כ לא דק בלשונו כאן. והרמ"א הביא י"א כדעת החולקים (הם החולקים על דין הראשון של הר"ף, והרמב"ן) והכריע שהעיקר הוא כמותם.

הש"ך מכריע בזה ע"פ הסוגיא בב"ב קכד. לגבי חלק בכורה, שלהלכה לפי החכמים החולקים על רבי לא נוטל הבכור פי שנים בשבח ששבחו הנכסים לאחר מיתת האבא, משום שחלק בכורה נקראת 'מתנה' וא"א לתת מתנה קודם שבא ליד הנותן. ואמר רב פפא שמודים חכמים שנוטל פי שנים בשבח הבא ממילא כגון 'דיקלא ואלים' ו'ארעא ואסיק שרטון', ולא נחלקו על רבי אלא במה שנשתנה כגון 'חפורה והוה שופלי וישלופפי והוה תמרי'. והטעם הוא משום שמה שנשתנה לא נחשב שהיה ביד האבא, וממילא שהוא גם בכלל 'דאיקני' (ברור שיש לדחות שבכור יש דרשה מיוחדת). אבל למה שלא נשתנה ל"צ שיעבוד 'דאיקני' וכדעת הרמב"ם. וביאר התיבות שאף שנוטל בכור פי שנים בולד של פרה למרות שלא היה בעולם בשעת מיתת האבא, זהו משום שמכיון שיש לו פי שנים בפרה ממילא יש לו גם בולד שלה.

ממשיך הש"ך שחיפש ולא מצא דברי החולקים על הרמב"ם (צ"ע, שכל דבריהם הם בסוגיא בב"מ), ולבו אומר לו שלא חלקו על מ"ש הרמב"ם בשבח של הוקרה ורק על מ"ש כן גם בשבח מחמת עליית אילנות. ודלא כמו שהבינו המ"מ והרמ"א והלבוש והסמ"ע והב"ח והגידולי תרומה בדעתם (אבל כבר הבאנו שבאמת סוברים החולקים שאין שום חילוק בין שבח לשבח, כדברי המ"מ וסייעתו). ונראה שגם מ"ש הרמב"ם 'עלו בה אילנות' הוא 'אגב שיטפא', או שצ"ל 'עבו' במקום 'עלו'.

העיר הקצות (ב) שהש"ך סובר שצריך שיעבוד 'דאיקני' כדי לגבות שבח היתר על היציאה, והמלוה לא גובה ממנו אלא חצי, כדין השבח שכנגד היציאה. אבל לגבי מקבל מתנה כתב שגובה המלוה ממנו, כדין שבח הבא ממילא. ותפס את החבל בשני הראשים (אמנם כבר הבאנו שהרמב"ן עצמו תופס החבל בשני הראשים וסובר שצריך שיעבוד 'דאיקני' גם לשבח הבא ממילא, אף שגובים אותו ממקבל מתנה).

כתב הש"ך (בססק"ל) שבשבח היתר על היציאה או כגון 'חפורה והוה שובלי' גרע כח מתנה מכח מכר, שגובה המלוה את כולו ולא רק חציו (אף שלשיטתו מלוקח גובה רק חציו). שלמקבל מתנה אין שיעבוד בנכסי הנותן.

הקצות (י) תמה ע"ז, שיש למקבל מתנה חלק בשבח מכח עצם המתנה גם בלי אחריות. שלא עדיף כח השיעבוד מכח הקנין וכקושיית התוספות בכתובות ז. (ד"ה שמע מינה. אמנם שם הקשו רק שיטורף בע"ח מבע"ח המאוחר לו כמו שטורף מלוקח). ומסיק שנראה שהוא יותר מזה, שקנין עדיף משיעבוד ואם לא קדם שיעבודו של אחד מהם כל השבח הוא של המקבל מתנה. ולכן הוצרך רבא להסביר שמה שיש למלוה זכות בשבח הוא רק מכח קבלה של המוכר. ובשבח היתר על היציאה לפי הסוברים של"צ 'דאיקני' גובה המלוה הכל, ולפי הסוברים שצריך 'דאיקני' אינו גובה כלום (הלך כאן לשיטתו בסק"ב, שאין לתפוס את החבל בשני הראשים).

מה שהשביחו הנכסים אחר מיתת המוכר

כתב הנמו"י שלא גובה הבע"ח אלא במה שהשביח הלוקח בחיי המוכר, אבל במה שהשביח לאחר מיתתו אינו גובה. שלא גובה שבח אלא מטעם שיעבוד 'דאיקני', ומה שהשביח לאחר מיתת המוכר לא קנה המוכר מעולם.

הרמ"א פסק כדברי הנמו"י בהגהת שו"ע, אלא שדייק הש"ך מלשוננו ומדברי הלבוש שכתבו כן אפילו בשבח הבא ממילא אחר מיתת המוכר. והלכו לשיטתם שלא חילקו בין שבח מחמת הוצאה לשבח הבא ממילא, אבל באמת זה אינו וכדמוכח מדברי הנמו"י עצמו.

האריך הש"ך לחלוק על גוף הדין הזה של הנמו"י, וראיותיו הם מדינים שיתבארו למטה. וגם מסתימת דברי שאר פוסקים נראה שאין מחלקים בזה. והטעם הוא משום שבאמת בכל שבח לא קנה אותו המוכר, ורק אומרים שמכיון שבא מקרקע שלו הוא כאילו קנאו (לכאורה זהו מכח תקנה, אבל ממ"ש הש"ך לגבי שבח היתר מהיציאה נראה שלא סובר כן וצ"ע). וא"כ גם במה שהשביחה אחרי מיתת המוכר הדין הוא כן.

הוצאות

הגמרא בב"מ הבינה מסתימת דברי שמואל שגובה בע"ח את כל השבח ואינו משלם ללוקח את הוצאותיו. ומקשה עליו מברייתא שאומרת שכשטרף המלוה מהלוקח, אם השבח הוא יותר על היציאה נוטל הלוקח את השבח מבעל הקרקע ואת היציאה מבעל חוב.

מכאן הביא הש"ך עוד ראייה לשיטת הרמב"ם בשבח היתר על היציאה. שמשמע שלולא דברי שמואל הברייתא לא תהיה קשה, אף שכתוב שם שהמלוה לא משלם ללוקח אלא הוצאותיו. והיינו ע"כ משום שגובים השבח היתר על היציאה גם בלי דברי שמואל. והביא שראיה זו רמוזה בדברי הרמב"ם עצמו. ואמר לי מבורך שיש לדחות שלולא דברי שמואל היה אפשר להעמיד את הברייתא בלוקח מגזלן, שהיא אחת מהאפשרויות שהגמרא אומרת בקושיא שלה.

מתרצת הגמרא ששמואל דיבר כשהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח, והברייתא דיברה כשהחוב הוא רק נגד הקרקע בלי השבח (למטה נביא כל הפירושים בתירוץ הזה ובהמשך של הגמרא). וכתב רבינו חננאל שהתירוץ הזה הוא דחוק ולא סומכים עליו, ולעולם נותן בעל חוב את ההוצאות ללוקח כפשט של הברייתא. והרי"ף הביא שיטה זו בשם 'איכא מאן דאמר', ומסיק שמסתבר לו שלוקח אינו דומה ליורד לשדה חבירו שלא ברשות. שהיורד משביח על דעת לקחת מבעל הקרקע, והלוקח משביח על דעת לקחת מהמוכר. שהוא חלק מתנאי של המכירה.

הרמב"ם (שם) הביא ש'הורו גאונים גדולים' כשיטת ר"ח, ומסיק שכך ראוי לדון. והתרומות והרא"ש סתמו כדברי שמואל, וביאר הרא"ש שהוא חלק מהתקנה הראשונה על גביית שבח משום נעילת דלת, שאפילו ההוצאה לא יפסיד.

הב"י הביא את דינו של הרמב"ם מהמ"מ, והעיר שלא מופיע כן בנוסחאות שלו. ומסיק שכל מה שאפשר להסכים סברת הרמב"ם עם סברת הרי"ף יש לנו להסכים, ודלא כנוסח של המ"מ. אבל בבדק הבית כתב שאח"כ מצא נוסח מדויק כנוסח של המ"מ, ומעכשיו צריך להכריע כן. וכן פסק בשו"ע כדעת הרי"ח והרמב"ם, והרמ"א הביא י"א כדעת שמואל.

הש"ך פסק כדברי שמואל, והביא שהמגיה בגליון של דפוס הרמב"ם עם המגדל עוז הכריע כנוסח הראשון של הב"י ברמב"ם. וגם לפי גירסת המ"מ רואים ש'הורו גאונים גדולים' הוא הוספה. ודברי הרי"ף נכונים וכסוגיית הש"ס בכמה מקומות. וגם לא מצא בחיבורי הקדמונים ולא מצא מי שכתב כ'איכא מאן דאמר' ברי"ף, וגם רב האי גאון והעיטור והמאור והרמב"ם והתוס' והנמו"י וההגהות מרדכי והסמ"ג ושאר הרבה פוסקים פסקו כשמואל.

כתב התיבות שאם טוען הלוקח שהוא נוטל את העצים והאבנים שלו, שומעים לו. שמבואר בסימן שעה שמה שאינו יכול לטעון כן ביורד לשדה חבירו שלא ברשות הוא משום שהיורד הוא כאומר 'זכה לפלוגי במנה זה אם ירצה', שקנה בעל השדה בקנין חצר. וכאן אין זה שייך, שהקרקע היא של הלוקח ואין למלוה עליו אלא שיעבוד. ועוד, שאחרי תקנת הארצות שהמכיר סחורה שלו הוא מוקדם לגבות, הקנין שהיה בעד מעותיו הוא מוקדם (לשון הזה נראה מגומגם, והכוונה היא שהוא קדם במה ששם בקרקע).

הפיצוי שחייב המוכר ללוקח

בעוד ברייתא בגמרא מפורש שגובה הלוקח מהמוכר את הקרן שהפסיד מנכסים משועבדים, ואת השבח מבני חורין (אף שיש דיעה בגמרא שמדובר בלוקח מגזלן, גם דיעה זו לא חולק על דין זה כמבואר בכמה מקומות. וכתב הש"ך בסק"ד שנוטל גם שבח דממילא והוכיח כן מדברי הרא"ש והטור ושאר פוסקים). והגמרא בגיטין נ: מסבירה שהטעם שלא גובים שבח ממשועבדים הוא משום שאינם כתובים (פרש"י שאין קול לכתובה שלו, שבשעת כתיבה לא בא לעולם עדיין) או משום שאינם קצובים (והקונה לא ידע באיזה שיעור לזוהר).

הקשו התוספות בב"מ יד: (ד"ה תריץ) שאם יש משועבדים מאוחרים שהלוקח יכול לגבות מהם את הקרן, למה לא גבה המלוה מהם מכיון שהלוקח הניח לו מקום. ואין לומר שלא היו נכסים אחרים שיכל המלוה לגבות מהם, ואח"כ קנה הלווה עוד נכסים. שא"כ היה הלוקח גובה גם השבח שלו ממשועבדים האלה שקנה אח"כ, שאחרי שטרף הבע"ח השבח הוא קצוב. ותירצו שמדובר כשהקרקע שקנה הלוקח היה אפותיקי של המלוה (והדוחק מבואר). ובב"ב קנז: (ד"ה גובה) הביאו התוס' את התירוץ הזה כתירוץ שני, ולפני כן כתבו את התירוץ שדחו בב"מ.

המ"מ (כא, א) תירץ שמדובר כשלא כתב שיעבוד 'דאיקני', ולוה וקנה קרקע ומכר קרקע אחרת שהיה לו לפני ההלוואה, שהיא תחת השיעבוד של המלוה. אבל מה שקנה בינתיים הוא משועבד ללוקח ולא למלוה. אי"נ שכשכתב 'דאיקני' ללוקח ולא למלוה.

כל האחרונים תמחו ע"ז שאם לא כתב 'דאיקני' האידך גבה המלוה את השבח, שהמ"מ עצמו כבר כתב שלא גובה המלוה את השבח בלי שיעבוד 'דאיקני'. ויישב הב"ח שאם לא כתב לשניהם 'דאיקני' דינו כמו

סימן קטו

כשכתב לשניהם, ודבריו תמוהים כמ"ש הש"ך. והעיר הש"ך שהלבוש והסמ"ע השמיטו תירוץ זה, ואולי הוא מפני הקושי שבו.

הקצות יישב שכאן הלך המ"מ לפי הסברא של הרמב"ן, שלגבי שבח ל"צ לכתוב 'דאיקני' במפורש. וכתב שעדיין יש לדקדק לפי תירוץ זה ממ"ש במשנה שגובה הלוקח את השבח מבני חורין של המוכר, שלמה לא גבה המלוה את חובו מבני חורין האלו. של"צ 'דאיקני' כדי לגבות מבני חורין (הש"ך כבר יישב א"ז כמו שנביא בסמוך, וצע"ק למה לא הביא הקצות את יישובו של הש"ך).

עוד תירץ המ"מ שמדובר כשהמשועבדים המאוחרים הם במדינה אחרת, שבזה ל"צ המלוה להוציא מאתים על מנה ויכול לגבות מהלוקח הראשון. ודייק הש"ך ממה שלא תירץ בפשיטות כתירוץ הראשון של התוס' בב"ב, שע"כ סובר המ"מ כדברי התוס' בב"ב שמנכסים שקנה המוכר ומכר אחרי טריפה אפשר לגבות גם את השבח. ולכן לא הקשה אלא על גבייה ממשועבדים, שמה שגובה הלוקח את הקרן שלו מבני חורין אפשר ליישב בפשיטות שמדובר בבני חורין שקנה אח"כ.

בסוף תירוץ הראשון של התוס' בב"ב יש לשון שאינו ברור: "ואפי' דאיקני קנה ומכר משתעבד משתעבד כבר לוקח לב"ח כל שעבודו". והב"ח הגיה "ואפי' דאיקני קנה ומכר משתעבד, מכל מקום כבר כל שעבודו דבעל חוב על הלוקח". ופירש כל התירוץ בע"א, שקנה המוכר את הנכסים קודם טריפה אלא שאינו יכול לדחות את המלוה אצל 'דאיקני' כשיש נכסים משועבדים שקנה קודם ההלואה.

הש"ך כתב שצ"ע להמציא סברא חדשה כזו, וגם מסתימת שאר פוסקים לא משמע כן. וגם בדברי התוס' בב"ב מהמ"מ והלבוש והסמ"ע מבואר שלא סוברים כן, וגם בתוס' בב"ב המהרש"א לא פירש כמו הב"ח. והב"ח נמשך אחר דברי המהרש"ל. ואף שפירוש המהרש"א הוא מגומגם, גם לפירוש מהרש"ל צריך להגיה בדברי התוס'.

הקצות כתב שלא דק הש"ך בדברי מהרש"ל, שבאמת לא פירש כדברי הב"ח. ורק כתב שלא יכול הלוקח לטעון 'הנחתי לך מקום' כשלא השאיר כלום למלוה בשעת קנייה (אבל אם השאיר לו משועבדים לגבות מהם, אף שהם 'דאיקני', יכול לדחות אותו אצלם). ועוד האריך הקצות בראיות וקושיות לשיטת הב"ח מכמה סוגיות (לפי מסקנתו גם אם לא נקבל את דברי הב"ח א"א לדחות את המלוה אצל שבח, ויתבאר בהמשך), וכאן נביא רק מה שדן בסוגיא שלנו.

הקשה הקצות שלפי התירוץ של הב"ח לא מיושב מה שגובה הלוקח את השבח שלו מבני חורין של המוכר, שאם יש לו בני חורין למה לא גבה המלוה מהם. ואף שהם 'דאיקני', גם השבח שלו הוא 'דאיקני' וגבה אותו המלוה. ויישב שאפשר שאינו יכול לדחות את המלוה בטענת 'הנחתי לך מקום' אלא כשהוא ידחה אותו לגמרי. אבל כאן מ"מ יגבה את הקרקע ורק יעלה אותו בדמים עבור השבח, ולכן אינו יכול לדחות אותו.

מסתימת לשון הגמרא והפוסקים משמע שחוזר הלוקח וגובה את כל הקרן ממשועבדים. והקשה הגידולי תרומה ע"ז שכבר נטל חצי השבח מהמלוה על הקרן, לשיטתו שהבאנו למעלה. והש"ך כתב לשיטתו שאפשר לומר שאף שבאמת לקח אותו עבור הקרן, שנגד המלוה לא יכל להחזיק בו עבור השבח, נגד קונים המאוחרים לו יכול לטעון שהחזיק בו עבור השבח. וכתב שזה דוחק, ואולי לשון הש"ס והפוסקים הוא לשון קיטע ואינו גובה ממשועבדים אלא הקרן פחות דמי חצי השבח, ומסיק בצ"ע.

כבר הבאנו שהקצות כתב שבאמת נטל הלוקח חצי השבח עבור השבח עצמו, ע"פ דעת רב האי גאון. ואפילו לדעת הרי"ף שחולק כתב שלא קשה, שמכיון שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה לא נחשב משועבדים אלא משעת גבייה ולא משעת הלואה. ובשעת גבייה השבח הוא כבר קצוב ואפשר לגבות עבורו ממשועבדים, וכמו שהבאנו מהתוס' בב"ב.

כתב הש"ך שלהלכה צ"ע אם סומכים על דברי התוס' בב"ב, מכמה טעמים. שלכאורה לפי הטעם שהשבח אינו כתוב בשטר ואין עליו קול, אין לחלק כן. וכבר הבאנו שלפי המהרש"א התוס' בב"ב חולקים ע"ז. וגם מסתימת דברי הרמב"ם ושאר פוסקים נראה שאין חילוק, אף שהוא כתב הטעם משום שאין השבח קצוב. ומסיק שנראה לומר שאפילו לפי הטעם הזה לא חילקו מכיון שלא היה השבח קצוב בשעה שנתחייבו נכסי המוכר, והניח בצ"ע להלכה.

פירות

הגמרא בדף יד: ובדף טו. מדייקת מדברי שמואל שרק שבח גובה בע"ח, ולא פירות. וכתב הרי"ף שזהו דוקא בפירות שכבר אכל הלוקח או שהם תלושים, אבל גובה את הפירות המחוברים לקרקע. שמפורש בדף טו: שמעשים בכל יום שהגבה שמואל לבע"ח אפילו בשבח המגיע לכתפים. וכ"כ ר"ח בפירוש שבח המגיע לכתפים, וכ"כ רש"י שם אלא שהצריך שיהיו צריכים לקרקע עדיין. וכ"כ הרמב"ן ושם הרי"ף יודה לזה וכדאיתא בכתובות נ: שמה של"צ לקרקע הוא כנתלש. וכן דעת הרא"ש והעיטור והטור, והכריע המ"מ (כא, ב) שכן עיקר.

סימן קטו

הרמב"ם (כא, ב) כתב במפורש שאפילו מה שאינו צריך לקרקע, כענבים שהגיעו להיבצר, גובה בע"ח מהם. וכתב הבי"ש שפשט דברי הר"י הם כדברי הרמב"ם (ודלא כמ"ש הרמב"ן). וביאר הש"ך שסובר הרמב"ם שכאן כל הפירות הם כקרקע מכיון שיכול הבע"ח לטעון שאין דעתו לתלוש אותם, וכמו שסובר שבשמירה גם מה שאינו צריך לקרקע דינו כקרקע (עיין סיכומי טוען ונטען בענין 'הדברים שאין נשבעים עליהם').

דעת המאור והרשב"א היא שלא גובה בע"ח שום פירות, אלא שאם צריכים לקרקע נוטלים ושמים אותם ונותן ללוקח את דמיהם. ובה דיברה הגמרא בכתובות (שאף שנוטלת הבת מזונוותיה מקרקע עם פירותיה, שמים אותם ומשלמת ליורשים עבורם). וישבח המגיע לכתפים הוא מה שטרח בו הלוקח. והשו"ע סתם כדעת הרמב"ם.

הש"ך הכריע כדעת רש"י וסייעתו ומשום שמה של"צ לקרקע הוא כמטלטלין כדברי הרמב"ן והרא"ש (והשיג על הסמ"ע שפירש שהוא מדין מה שגבה גבה, שאפילו אם לא גבה עדיין והפירות הם מונחים בקרקע הדין הוא כן). והביא ראיה שפירות הצריכים לקרקע נחשבים שבה (ודלא כדברי המאור והרשב"א) מבכורות כ: ומב"ב ככד. ותמה על הרמ"א שלא הביא שום חולק על הרמב"ם.

הביא הנהיבות מהתומים שמטעם אחר לא גובה המלוה מפירות, שלא כתב המוכר ללוקח שום דבר לגבי פירות. ומה שהוצרך הש"ך לטעם שהם כמטלטלין הוא רק משום שבה הבא ממילא, שלשיטתו גובה המלוה ממנו מעיקר הדין. והעיר הנהיבות שלפ"ז אם שיעבד המוכר ללוקח מטלטלין אגב קרקע, גובה המלוה גם הפירות התלושים. אבל מה שאכל כבר אינו גובה, שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה.

אפוטיקי

נתקשו הראשונים בהבנה הפשוטה בתירוץ של הגמרא שהבאנו למעלה, שהברייתא שאומרת שהמלוה נותן ללוקח את היציאה דיברה כשהחוב הוא כנגד הקרקע לבדה בלי השבח. שמשמע שמקבל המלוה את כל הקרקע עם השבח ורק מנכה את ההוצאות של הלוקח, אף שהוא יותר מסך החוב. ורש"י הוצרך לדחוק שלפי מסקנת הגמרא לשון הברייתא הוא ל"ד, ויציאה' הוא השבח. והוא פירוש תמוה, שאין רמז לזה במילים של הגמרא וגם אינו מובן איזה צורך היה לגמרא לעשות כן. וכן הקשו עליו הרמב"ן ועוד מפרשים.

התוספות (בד"ה הא) כתבו שבאמת היה אפשר להקשות את הקושיא הנ"ל על תירוץ זה של הגמרא, אלא שבלי זה הקשתה הגמרא עליו ולפי המסקנה הכל מסתדר (יתבאר בסמוך). והרא"ש פירש שלא התכוונה הגמרא לומר שהברייתא דיברה כשהחוב הוא נגד הקרקע לבד, אלא נגד הקרקע עם השבח היתר על ההוצאות.

הרמב"ן הבין שגם רש"י התכוין לפירושו של הרא"ש, והקשה עליו שא"כ למה נקטה הברייתא לשון הוצאה מכיון שהכל תלוי במה שיש בקרקע יותר משיעור החוב. ומ"ש רש"י שרצתה להשמיענו שאם היציאה היא יתירה מהשבח אין ללוקח אלא הוצאה שיעור שבה אינו מספיק, שלא היה לתנא לכתוב שקר כדי לחדש לנו דבר זה.

הקצות (ט) יישב קושיא זו ע"פ שיטת הרמב"ן עצמו שהשבח היתר על היציאה גובה המלוה בלי שיעבוד 'דאיקני'. שהוצרך התנא לומר שנוטל הלוקח את היציאה מבע"ח כדי להשמיענו שהמלוה גובה כל הקרקע ורק משלם לו על ההוצאות (או מה שיש בקרקע יותר מחובו) בכסף. והיינו משום שהשבח שכנגד היציאה אינו משועבד לו אם החוב הוא בשווי של הקרקע לבד, ואין הלוקח יכול לכופף אותו לגבות חובו ממנו וכמו שנביא בסמוך.

על התירוץ הנ"ל מקשה הגמרא שהוא מסתדר רק לפי הסובר שהלוקח לא יכול לסלק את המלוה במעות, אבל לפי הסובר שיכול לסלקו לגמרי (וכן ההלכה, עיין 'לוקח שרוצה לסלק את המלוה') ודאי יכול לקחת גם שיעור קרקע כנגד השבח שלו (זה ל"ד לכל הפירושים, ור"ל לפי ההוצאות שלו). וכתב הש"ך שלכן גם פרש"י למעלה אינו דחוק כ"כ.

הקשה הקצות שגם לפי הסובר שהלוקח לא יכול לסלק במעות, מ"מ ודאי יכול לשלם מאיזה קרקע שרוצה ולמה אינו יכול לתת למלוה רק חלק של הקרקע כנגד החוב. ומזה הוכיח כדברי הבי"ח, שא"א לדחות את המלוה אצל נכסים של 'דאיקני'. ולכן נוטל את עיקר שיעבודו שהוא כל הקרקע, ורק משלם ללוקח עבור השבח. ודחה שגם לפי החולקים י"ל שאינו יכול לדחות אותו אצל שבה, ששבח לא משתעבד אלא מכח תקנה, ולא תיקנו שישתעבד אלא במקום שהקרקע עצמה לא מספיקה.

הרמב"ן הקשה על רש"י שמאיפה ידעה הגמרא שנוטל הלוקח את הוצאותיו בכסף ולא בקרקע. ולכן פירש שקושיית הגמרא היא הקושיא שהבאנו למעלה, שאיך אפשר למלוה לגבות יותר מחובו. ואינו מובן לי איך זה נכנס למילים של הגמרא. והקצות יישב את קושיית הרמב"ן ע"פ שיטתו, שלשון 'נוטל את היציאה מבע"ח' מוכיח שהוא בכסף.

מתרצת הגמרא שמדובר כאן באפוטיקי, שאמר המוכר למלוה שלו 'לא יהא לך פרעון אלא מזוי' (ובכגון זה לא יכול הלוקח לסלקו, שכבר הסכים עם המלוה שיקבל פרעון דוקא מקרקע זו). וכתבו התוספות (שם) שלפ"ז מובן למה מקבל המלוה את השבח אף שהוא יותר משיעור חובו. וגם לפי הרמב"ן זה מה שבאה

הגמרא לתרץ. וגם רב האי גאון והרי"ף והרא"ש והרשב"א כתבו כן להלכה (אף שלפי פירוש הרא"ש בסוגיא אין הכרח לזה. ובהמשך דבריו משמע שאפותיקי הוא קנוי למלוה לגמרי משעת הלואה אם לא יפרע). אבל דעת המאור היא שגם אפותיקי אינו קרקעו של המלוה, ולא גובה ממנה יותר משיעור חובו. וכן הביא המ"מ (כא, ו) שיש שיטה אחרת שסוברת כן. וגם הרמב"ם מעולם לא כתב שיש זכות לגבות יותר מהחוב.

הטור סתם כדעת רוב הראשונים (דלא כמאור), וכן נראה מלשון הרמ"א בסעיף ב וכמו שדייק הש"ך שם (השו"ע קיצר מאד בכל דיני אפותיקי כאן. ונביא דברי הרמ"א בהמשך). והאריך הש"ך להוכיח שהעיקר הוא כדעת המאור, ושכן נראה מדברי רש"י בסוגיא (הביא שכ"כ המאור והרמב"ן במפורש בדעת רש"י). ואף שפרש"י הוא דחוק, מ"ש התוס' הוא יותר דחוק. שהקושיא שלא הקשתה הגמרא היא הרבה יותר חזקה מהקושיא שהקשתה. וגם פירושו של הרמב"ן הוא דחוק מכמה טעמים, שאותו לשון של הגמרא מופיע גם בדף קי. ובפרק ראשון של ב"ק, ושם ע"כ אין הפירוש כן. וגם כאן הוא לא נכנס למילים של הגמרא 'הניחא וכ"ו וכמ"ש.

עוד כותב הש"ך שלא הוזכרה בש"ס שאפותיקי הוא כמכור למלוה, והוא גם סברא רחוקה. וגם לפ"ז היה לנו לומר שאפילו השבח שהשביח המוכר יהיה של המלוה, וכתבו הרמב"ן והנמו"י והמ"מ שאינו כן (זה באמת צע"ג, אלא שנראה שהרא"ש באמת סובר כן. ושוי"מ שגם הרי"ף בתשובה סימן רד כתב שגוף האפותיקי הוא כמכור למלוה משעת ההלואה, ורק פירות אין לו אלא מהזמן שהתנו ביניהם). וגם היה לנו לומר שאם הקדיש או מכר המלוה את האפותיקי הועיל, והטור והשו"ע בסימן קג סעיף ו פסקו שאינו כן (אמנם שם כתוב רק שאינו יכול למכור משום שיכול הלווה לסלק במעות, וי"ל שאה"נ שאם מכר ולבסוף לא פרע הלווה מכירתו מכירה היא).

הביא הש"ך עוד כמה ראיות מהש"ס שאין לומר שאפותיקי הוא כמכור, אלא שמכיון שרבו החולקים על רש"י והמאור אינו כדאי להכריע. אבל עכ"פ יכול המוחזק לטעון 'קים ל"י כדעת רש"י והמאור. והעיר שגם לפי החולקים אם רוצה המוכר לדון עם המלוה ולסלקו הרשות היא בידו, וכמ"ש (התוס' ו) הרא"ש בפ"ק דב"מ.

כתבו התוספות (בד"ה כגון) שאחרי שהעמידה הגמרא את הברייתא באפותיקי, אפשר שדיברה אפילו כשהחוב הוא כנגד הקרקע עם השבח. שבאפותיקי אפילו בזה צריך המלוה לשלם ללוקח עבור ההוצאות שלו כדן יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות. והביאו ראייה לזה מדין היתומים (יתבאר בהמשך), ודחו שי"ל שביתומים הטעם הוא משום שאין להם על מי לחזור עבור ההוצאות שלהם. אבל בלוקח ל"צ לשלם הוצאות אפילו באפותיקי, שלא הפסיד משום שעשה אפותיקי. והרא"ש הביא בשם התוס' שדחוק הוא לומר שחזרה הגמרא מהתירוץ הראשון. ויוצא להלכה שגם באפותיקי אינו משלם הוצאות כשהחוב הוא כנגד השבח ג"כ, וכן סתם הטור.

וז"ל הרמב"ם בזה (כא, 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."

לשיטת הרמב"ם שהורה כר"ח לכאורה אינו מובן למה לא מקבל הלוקח את הוצאותיו עד שיעור כל השבח, וגם צ"ב מה השייכות לשיעור חצי שבח באפותיקי. וטרחו המפרשים בזה, והראב"ד והמ"מ והש"ך כתבו שא"א בלי טעות סופר (אמנם מ"ש הראב"ד בתמיהתו אינו מובן לי).

מה שנראה בזה הוא שכאן באמת הלך הרמב"ם ע"פ שיטת הרי"ף שמלוה רגיל לא משלם הוצאות (כמו שעשה הרמב"ם בדוגמא שלו בסוף הלכה א). אבל אפותיקי הוא כמו השדה של המלוה וצריך לשלם הוצאות, אלא שלא מסתבר שכוחו יהיה פחות ממלוה רגיל. ולכן או גובה חצי השבח ולא משלם הוצאות (כדן מלוה רגיל), או גובה כל השבח ומשלם הוצאות. וכן העלה התומים בסוף דבריו לפי מ"ש הש"ך שסובר הרמב"ם כדעת הרי"ף, וכ"כ הנחלת דוד אלא שמזה הוכיח שדעת הרמב"ם היא כדעת הרי"ף.

הרמ"א בהגהת שו"ע בסעיף ב כותב שבאפותיקי גובה בע"ח כל השבח, רק שנותן ללוקח את הוצאותיו עד כדי שיעור השבח. וביאר הסמ"ע שדיבר במקרה שהחוב הוא רק כנגד הקרקע בלי השבח, שאם הוא כנגד השבח ג"כ אינו משאיר ללוקח כלום וכמ"ש הטור. אבל הבי"ח כתב בדעת הטור שאין למלוה אלא חצי השבח מכיון שאינו משלם הוצאה (כעין דברי הרמב"ם), והשיג עליו הש"ך שאין לומר כן.

סעיף ב

אם לא יגיע ללווה שיעור הראוי

כתבו הרי"ף והרא"ש שבמקרה שהחלק שישאר ללוקח עבור השבח שלו הוא פחות משיעור הראוי (ע"פ השיעורים בדיני חלוקת שותפות, עיין סיכומי שכנים בענין שותף שרוצה לחלוק), המלוה נותן לו את דמיו (אא"כ רוצה הלוקח להחזיק בקרקע הזאת).

כבר הבאנו ב'שומא' שרוב הפוסקים סוברים שהדין הוא שווה בכל מקרה שאחרי גביית קרקע כשיעור של החוב לא ישאר ללוקח שיעור הראוי, שאפשר לכוף את המלוה לקחת יותר (ושכ"פ הטור והשו"ע כאן). והרמ"א כתב ש"א שה"ה בחוב כשיעור קרקע בלא שבת, וכתב הש"ך שאינו יודע למה כתב כך רק בשם י"א, שדברי הכל הוא). ורק הרמב"ן במלחמות בסוגיא שלנו בב"מ חולק ע"ז. ובמקרה שלנו שהשיריים הוא עבור שבת, גם הרמב"ן מודה שכופים את המלוה בזה (וכתב שלזה התכוין הרי"ף, והשיג עליו הש"ך בזה). שהשבח אינו משועבד למלוה כלל, ויכול הלווה לעכב על המלוה מלגבות את הקרקע המשובחת אם ישאיר לו שיעור שאינו ראוי.

הקשה הקצות על הרמב"ן שמכיון שע"כ מודבר כשכתב הלווה שיעבוד 'דאיקני' למלוה, למה לא השתעבד השבח לחוב (וכתב שאולי לזה התכוין הש"ך כשכתב שחילוקו של הרמב"ן הוא דחוק). ויישב ע"פ שיטתו שהבאנו כבר, שמכיון שאפילו בשיעבוד 'דאיקני' שבת לא משתעבד אלא מתקנת חכמים משום נעילת דלת, לא תיקנו שישתעבד אלא כשהחוב הוא כשיעור הקרקע עם השבח (או חלק ממנו).

כתב הש"ך שמכיון שההלכה היא כדעת המאור ורוב הפוסקים שאין חילוק בין שבת לחוב רגיל, גם בשבח יכול המלוה לגבות חלק ולהשאיר חלק הראוי בשותפות (וחלקו של הלווה יהיה שווה כשיעור השבח).

סעיף

שבח שהשביחו היתומים

הגמרא בב"מ קי שואלת על מי להביא ראיה כשהיתומים טוענים שהם השביחו, ובע"ח אומר שאביהם השביח. ומעצם השאילה נראה שאין לבע"ח כלום במה שהשביחו היתומים. אמנם המשנה בבכורות נב. אומרת שהאשה לא נוטלת שבח בכתובתה, וכן הבנות לא נוטלות מזונותיהם משבח. ומקשה הגמרא על דין הכתובה ממה שאמר שמואל שבע"ח גובה את השבח, ומתרת 'מקולי כתובות שנו כאן'. וממשיכה שכן הדין במזונות משום שתנאי כתובה הוא ככתובה. ומשמע שרק משום קולי כתובה לא גובים היתומים משבח.

כנראה מפני הקושי הזה פרש"י בבכורות שהחיוב של מזון הבנות שבו דיברה המשנה הוא כגון מי שפסק לזון את בת אשתו. והעירו התוספות בב"מ טו. (ד"ה בעל חוב) ובבכורות שם (ד"ה והאמר שמואל) שלפ"ז אין קושיא, שאפשר ששתי הקושיות הן מדין גבייה מלקוחות. אבל השיגו על פירושו שלשון 'מזון הבנות' לא משמע כך, וגם הפוסק לזון את בת אשתו אינו תנאי כתובה.

מיישבים התוס' שבאמת גובים את השבח מיתומים אף שאין להם על מי לחזור, שהם 'כרעא דאבוהון'. והגמרא בב"מ קי. דיברה באפותיקי (הביאו שכ"כ במסקנת הגמרא, ויתבאר בהמשך), וטענת היתומים היא שיתן להם המלוה את ההוצאות שלהם (כבר הבאנו מ"ש שלכה"פ ביתומים צריך לשלם הוצאות באפותיקי).

הרא"ש בב"מ קי סתם כדברי התוס', אבל בדף טו כתב שדבריהם דחוקים בסוגיא בדף קי. ולכן פסק שלא גובה הבע"ח משבח של היתומים, והביא שכ"כ רבינו יונה. וקושיא הראשונה של הגמרא בבכורות היא על גביית כתובה מלקוחות, ומה שהוצרכה לתרץ גם על מזונות הבנות הוא משום שחיוב מזונות אינו דומה לשאר חיובים של היתומים. שעיקר חיוב מזונות מוטל על היתומים (שחיוב הזה תמיד מתחיל רק אחרי מיתת אביהם), ולכן אם לא משום קולי כתובה היה מהדין שיגבו גם משבח. וברור שגם פירוש זה הוא דוחק גדול וכמ"ש הש"ך.

הטור סתם שלא גובה שום שבח א"כ עשה הלווה אפותיקי, וביאר הבי"י שהלך אחרי הכרעת הרא"ש בפרק ראשון. והניח דבריו בצ"ע, שהיה לו לפסוק כדברי הרא"ש בסוף המסכת. שנראה ששם חזר בו הרא"ש ופסק כדברי התוס', וכן נראה מדבריו בקיצור פסקי הרא"ש. והניח בצ"ע.

גם הש"ך כתב שחזר בו הרא"ש ממ"ש בפרק ראשון, שגם בפ"ג דקידושין ובפ"ה דכתובות כתב כדברי התוס'. ועוד העלה שבפרק ראשון לא דיבר אלא בשבח מחמת הוצאה, אבל בשבח הבא ממילא מודה שגובה בע"ח מהיתומים (זה דוחק גדול, שחילוק זה לא מופיע בדברי הרא"ש בכל הסוגיות). וכתב שכן משמע בדברי הרא"ש בבכורות, אבל ל"מ א"ז. ועוד כתב שיש לפרש דברי הטור כך, שלא כתב אלא שדין היתומים הוא כדין מקבלי מתנה, ולא ביאר שזה אפילו בשבח הבא ממילא (ואינו נראה כלל).

דעת הרמב"ן במלחמות (בפרק ראשון) היא שלא גובה בע"ח מהשבח שהשביחו היתומים, אבל גובה מהם את השבח דממילא והשבח היתר על היציאה כמו במקבל מתנה (לשיטתו בזה). והגמרא בבכורות הקשתה על גביית כתובה מהלקוחות, ומה שדיברה גם על גביית מזונות מהיתומים הוא בשבח הבא ממילא (וכנראה שגמרא זו היא המקור לחילוק בין שבח מחמת הוצאה לשבח הבא ממילא). ומדברי הנמו"י נראה שכל דברי הגמרא בבכורות הם בשבח הבא ממילא (אף שדבריו הם גם בשם הרמב"ן) וכמו שהעיר הש"ך.

ביאר הש"ך שמה שהוצרך הרמב"ן לפרש שהקושיא הראשונה היא מגבייה מלקוחות ולא משבח הבא ממילא מיתומים כמו בהמשך (וכמו שפירש הנמו"י) הוא משום ששמואל דיבר בגבייה מלקוחות. ולכן לא הקשתה על דין מזון הבנות, ורק ביארה שבאמת גם בו שייך קולי כתובה והיינו בגביית שבח דממילא.

הרמב"ם (כא, ד) פסק שלא גובה בע"ח את השבח שהשיבחו היתומים (גם היתר על היציאה, לשיטתו) אבל גובה מהם את השבח הבא ממילא כמו במקבל מתנה. וכן סתם השו"ע, והרמ"א הביא יש חולקים שסוברים שאינו גובה מהיתומים שבח (אפילו הבא ממילא) כמו במקבל מתנה.

הש"ך האריך להוכיח שהעיקר הוא כדעת הרמב"ן. הראיה שלו שלא גובה בע"ח משבח שהשיבחו היתומים היא מהסוגיא בב"מ קי, ואין לקבל את הדיחוי של התוס' שמדובר באפותיקי. שלא מתרצת שמדובר באפותיקי אלא בסוף ומטעם אחר. וגם כבר הסכימו כל הפוסקים שדין יתומים הוא כדין מקבלי מתנה, והוא מוכרע באזני השכל.

לגבי הסוגיא בבכורות הסכים הש"ך למ"ש התוס' שאין לפרש כרש"י, וכבר הבאנו מה שהשיג על פירושו של הרא"ש ומה שיישב את פירושו של הרמב"ן. ומסיק הש"ך שאין צורך לכ"ז, שכל חידושו של שמואל הוא שאפשר לשעבד דבר שלא בא לעולם (הביא סיוע לזה ממ"ש התוס' שדברי שמואל הם לפי מסקנת הסוגיא בב"ב) ושל"צ לשלם הוצאות. והקשתה הגמרא מהחידוש הראשון שבתוך דברי שמואל שלפ"ז היה לנו לומר שגם אשה תטול כתובתה משבח של היתומים מכיון שאפשר לשעבד דבר שלא בא לעולם (ומהתירוץ הוציא שכתובה לא גובה מהלקוחות מ'דאיקני', והשיגו עליו הקצות, הנתיבות בשם היתומים, והפ"ת בשם הישוע"י והברית אברהם מכמה סוגיות מפורשות ואכמ"ל). ולא דיברה הגמרא בהוצאות, שפשוט הוא שצריך לתת ליתומים את ההוצאות כדין יורד.

ע"פ כ"ז השיג הש"ך על הרמ"א שהביא יש חולקים כאן, שמוכח מהגמרא שגובה בע"ח מהיתומים משבח הבא ממילא. והביא שכ"כ רש"י והריטב"א והר"ן בכתובות נה... ואף שדעת רבינו אפרים והמאור והרשב"א היא שבע"ח לא גובה ממקבל מתנה שום שבת, יודו שגובה מיתומים (והביא שכן נראה שהכריע הלבוש, שכאן השמיט את היש חולקים אף שבסעיף א בדין מקבלי מתנה סתם כדברי הרמ"א). וסוברים שמתנה עדיף מיורש (צ"ע בסברא לחילוק זה). ודייק כן מדברי המ"מ שכתב בפשיטות שכן עיקר ביתומים, ואילו במקבל מתנה הביא דעת החולקים. ולא מצאנו מי שישבור כמו הי"ש חולקים של הרמ"א ביתומים חוץ מהרא"ש בפרק ראשון, ודבריו אינם נכונים והוא גם דעת יחיד. וכ"ש שלא היה לרמ"א לסתום בזה, שמדבריו משמע שלא גובה בע"ח מהיתומים אפילו משבח מחמת יוקר. והאמת היא שאפילו בכור וכתובת אשה גובים מזה וכמ"ש למעלה (העיר מבורך שמדברי הרמב"ם נראה שאין זה נכון בכתובת אשה, ואכמ"ל).

בסעיף ו הביא הרמ"א י"א שאם החוב הוא כנגד הקרקע והשבח נוטל המלוה את הכל מהיתומים ולא משלם הוצאה. וההגהה היא כתובה על דברי המחבר באפותיקי. ותמה עליו הסמ"ע שאין שיטה כזאת, ואף שהב"י דייק כן מהרי"ף אין זה נכון (וכן דחה הש"ך את דברי הבי"ו). והביא שיש מי שרצה ליישב שנפל טעות בדפוס וההגהה היא שייכת לסעיף ב לגבי לקוחות. וכתב שאין זה נראה, שבלקוחות לא היה לו לכתוב כן בשם י"א, שאין מי שחולק ע"ז (צ"ע, שהרי הר"ח והרמב"ם סוברים שגם בזה משלם הוצאה). וגם א"כ היה לרמ"א לכתוב כאן שביתומים אין הדין כן.

הביא הש"ך שאביו כתב בגליון סמ"ע שלו שהגהת הרמ"א בסעיף ו מוסב על הדין כשלא עשה הקרקע אפותיקי, והוא דעת התוס' והרא"ש בדף קי. וכ"כ הבי"ח שהסמ"ע לא דק בזה, וכ"כ המעדני מלך שלא ראה הסמ"ע את דברי התוס'. וכתב הש"ך שלו נראה שראה את דברי התוס', שהרי הבי"ח הביאם. אלא סבר שהרמ"א לא חשש לדעת התוס', שהרי בסעיף ה הביא רק י"א אחרים שלא סוברים כן (היה לו להוסיף שכאן הביא י"א שאפילו שבח ממילא לא גובים מהם). ומ"מ אפשר שהביא כמה דיעות בזה. ולהלכה ודאי אין לפסוק כשיטת התוס' וכמ"ש כבר, והביא שכ"כ הדרכי משה.

סעיף ה

אם טען הבע"ח שהאבא השביח

לענין השאילה על מי להביא ראיה סבר רבי חנינא לומר שהקרקע היא בחזקת היתומים ולכן על המלוה הוא להביא ראיה. ואמר לו 'ההוא סבא' שר' יוחנן אמר שמכיון שהקרקע עומדת לגבייה על היתומים הוא להביא ראיה (אפילו אם המלוה טוען רק שמא, כן מבואר ברמב"ם ושו"ע). ומביא אב"י ראיה לדברי ר' יוחנן ממשנה לגבי אילן הקרוב לעיר שאומרת שאם יש ספק אם האילן קדם או העיר קדם, קוצץ ואינו נותן דמים מכיון שהאילן עומד להיקצץ ממה נפשך (ענין סיכומי שכנים בענין 'הרחקת נזיקין'). ופרש"י שגם כאן ממה נפשך נוטל הבע"ח כל הקרקע ורק מעלה ליתומים את השבח בדמים אם הם השיבחו וכמו שיתבאר.

כתבו הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והטור שמה שנפסק שעל היתומים הוא להביא ראיה הוא דוקא כשהקרקע היא אפותיקי, שרק בזה נכון לומר שהקרקע היא של המלוה ממ"נ. אבל הרמב"ם (כא, ז) סתם בזה. והב"י הביא דברי הרמב"ן וסייעתו בלי להעיר שיש חולק, ובשו"ע העתיק לשון הרמב"ם וכנראה שהבין שאין כאן מחלוקת וצ"ע. והרמ"א הגיה ש"י"א שאם לא עשה את הקרקע אפותיקי על המלוה הוא להביא ראיה, ומלשונו מבואר שהבין שאין כן דעת הרמב"ם והשו"ע.

הש"ך האריך להוכיח שגם הרי"ף והעיטור והתרומות סוברים כדעת הרמב"ם שבכל ענין על היתומים הוא להביא ראיה (והשיג על הבי"ו והגידו"ת שהעמידו את דברי התרומות באפותיקין). והכריע שכן עיקר, שמהגמרא משמע שאין צורך להעמיד באפותיקי אלא משום שמסלק את הלוך בדמים וכמו שיתבאר. וגם אם מדובר באפותיקי למה סבר רבי חנינא לומר שעל הבע"ח הוא להביא ראיה. אלא ע"כ שאפילו בלי

אפותיקי הקרקע היא של הבע"ח אף שהשביחו היתומים, ורק משלם להם את דמיה (דין זה יתבאר בהמשך).

סעיף ו

במה מסלקים את היתומים

ממשיכה הגמרא שהביאו היתומים ראייה שהם השביחו, וסבר רבי חנינא לומר שמסלקים אותם בחלקם בקרקע. ומסיקה שאין זה נכון, אלא מסלקים אותם בדמים. שאמר רב נחמן אמר שמואל ששלושה שמים להם את השבח ומעלים אותם בדמים, והם בכור לפשוט, בע"ח וכתובת אשה ליתומים, ובע"ח ללקוחות.

מקשה הגמרא סתירה בדברי שמואל, שכאן אמר שבע"ח נותן שבח ללקוחות אף שהוא עצמו אמר שבע"ח גובה את השבח (מכאן הביא הש"ך ראייה שגובה בע"ח גם את השבח שהשביחו הנכסים אחרי מיתת המוכר, שאלי"כ היה לגמרא לתרץ שמה שאמר שמואל שנותן שבח הוא בשבח כזה. שגם לפי התירוץ של הגמרא לא דיבר שמואל בכל ענין). ומתרצת כל התירוצים של הגמרא בדף טו שהבאנו למעלה, ולמסקנה היינו שמה שאמר שמואל שנותן הבע"ח דמי שבח ללקוחות הוא כשהחוב הוא כנגד הקרקע בלי השבח והקרקע היא אפותיקי, ומה שאמר שגובה בע"ח את השבח הוא כשהחוב הוא כנגד הקרקע עם השבח.

למעלה הבאנו שהרי"ף וסייעתו סוברים שבאפותיקי גובה בע"ח את השבח גם כשהוא יותר מהחוב. וכאן הוצרכו לדחוק שמה שהגמרא אומרת שנותן ללוקח את השבח הוא ל"ד והכוונה היא להוצאה. והעיר מבורך שיי"ל בע"א, שאה"נ שסוגיא זו סוברת שלא גובה המלוה יותר מחובו אפילו באפותיקי, אלא שהעיקר הוא כברייתא בפרק ראשון שלא סוברת כן. והאמוראים כאן לא ידעו את הברייתא הזאת.

כתב הרמב"ן שהמקרה של הגמרא ביתומים שטוענים שהם השביחו הוא כשהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח. שאילו במקרה שהחוב הוא כנגד הקרקע לבד, אדרבה כוחו של המלוה הוא חזק יותר כשהם השביחו שאינו משלם להם אלא ההוצאה מכיון שהוא אפותיקי (לשיטתו כדעת הרי"ף). ואם האבא השביח מקבלים היתומים את כל השבח, שהאבא הוא כיורד ברשות.

המ"מ הביא דברי הרמב"ן, והקשה הבי"י שלפי מסקנת הסוגיא שמואל אמר שבע"ח מעלה את השבח ללקוחות כשהחוב הוא כנגד הקרקע לבד. ותירץ שצ"ל שאחרי התירוץ האחרון שמדובר באפותיקי חזרה הגמרא מהאוקימתא שלפני כן ומדובר כשהחוב הוא גם כנגד השבח. ויותר נראה לו שכל החילוק של הגמרא בין אם החוב הוא כנגד הקרקע או גם כנגד השבח הוא דוקא לגבי לקוחות ולא לגבי יתומים.

ממשיך הרמב"ם (שם): "הביאו ראייה שהם השביחו, שמין להן את השבח ואת ההוצאה ונוטלין הפחות שבשניהן ומעלה אותן בדמים. בד"א? בשעשה שדה זו אפותיקי. אבל אם לא עשהו אפותיקי, אם רצו היתומים לסלק בעל חוב בדמים מסלקין אותו, ואם רצו נוטלין מן הקרקע שיעור שבח שלהן." וודאי דיבר הרמב"ם לכה"פ גם כשהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח, ומ"מ אם לא היה השדה אפותיקי מקבלים היתומים את החלק שלהם בקרקע. וכן נראה מדברי הטור, וגם השו"ע העתיק לשון הרמב"ם (וכבר הבאנו למעלה שהרמ"א הביא דעת הסוברים שאם החוב הוא כנגד הקרקע והשבח לא מקבלים היתומים כלום).

הש"ך הקשה ע"ז שמהגמרא משמע שאילו היה מדובר בחוב שהוא כנגד הקרקע והשבח לא היה קשה למה לא יכול הלוקח לסלק את המלוה במעות. ואף שהגמרא דיברה בלקוחות, פשוט הוא שבזה דין היתומים הוא כדין הלקוחות. וגם הרי"ף כתב את הדין הזה רק כשהחוב הוא כנגד הקרקע לבד, ובפרק ראשון העתיק את כל הסוגיא (שמשמע ממנה לחלק כן וכמ"ש).

הביא הש"ך שגם התורת חיים כתב שאם החוב הוא כנגד הקרקע והשבח משלם המלוה את ההוצאות בכסף, ומבאר שבזה אם רוצים לסלק את המלוה במעות צריכים לשלם לו את כל דמי החוב. שהוא יכול לטעון שהקרקע היא שוה לו כל חובו, וכדעת הסוברים כן (עיין 'לוקח שרוצה לסלק את המלוה' בזה). והוסיף הש"ך שלו נראה שכאן גם החולקים יודו מכיון שהקרקע היא תחת שיעבוד של המלוה ואין ללוה מעות כדי לסלקו ממנה.

יישב הש"ך שלדעת הרמב"ם וסייעתו צ"ל שקושיית הגמרא שלמה לא יכול הלוקח לסלק במעות היא מוסבת גם על שלב הקודם כשהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח. ודייק שכן דעת רש"י, שעל דין היתומים כתב שבהמשך מעמידה הגמרא באפותיקי. וכתב שמ"מ פירוש שלו הוא יותר טוב, ודייק כדבריו מדברי התוס' בפרק ראשון (טו: ד"ה הא). ומסיק שצ"ע לד"א.

כל דברי הש"ך כאן צע"ג, שביתומים השבח לא משועבד למלוה ואיך יוכל לגבות אותו ע"י הטענה הנ"ל. ומטעם זה גופו מ"ש הש"ך שיפשוטו שאין לחלק בין לקוחות ליתומים בזה אינו מובן לכאורה.

סימן קטז

כיצד כותבים לו הטרפא ובו ב' סעיפים:
[סיכום זה נלקח מסיכומיו של ר' בצלאל דניאל]

סעיף א

שו"ע – לוקח שטרפו ממנו השדה – כותבים לו ב"ד הטרפה היאך טרפוהו ממנו בשביל חוב של המוכר, וחוזר וטורף מהמוכר ואין הבעל-חוב צריך לכתוב לו הרשאה או שטר הודאה שטרף ממנו ואם קנאה ב500 והוקרה – אם הייתה שווה אלף – כותבים לו טירפא באלף. וכן אם הייתה שווה אלף ובשעת טירפא אינה שווה אלא 500, או שהייתה שווה אלף ולקחה ב-500 – בכלום כותבים לו טירפא באלף. וכל הדין שיש למלווה עם הלוקח – כך דינו של לוקח ראשון שטרף בע"ח ממנו, ובא הוא לטרוף מהלקוחות שקנו אחריו, אפילו לא מכר לו בשטר אלא בעדים, אפילו לא פירש לו האחריות י"א דווקא מוכר, אבל נתן מתנה בעדים – אינו טורפה ללא שטר, שלמתנה אין קול אלא בשטר וזה שטרף בלא מכר לו בשטר אלא דעדים בעלמא – דווקא כשהעדים מעידים שלא חתמו על שום שטר מזה המכר, וגם לא היו שם עדים אחרים כי אם הם. ומ"מ ב"ד כותבים לו היאך נטרף ממנו לראיה, שיתבע הלווה שמכר לו. למה הקונה מקבל את המחיר הגבוה בכל מקרה? בגלל סגנון נתינת האחריות.

טורף את מה שהשביח

והקשה הסמ"ע שהרי למדנו שטורף חצי שבח!
ותירץ – 1. מדובר באפותיקי. 2. אה"נ – מדובר שחצי השבח שווה 500.
(ויצוין שהרמב"ם פסק שבשבח הבא מאליו גובה כולו. השאלה היא רק למה הרמ"א, שהביא את הדעות החולקות, לא הביא שגם כאן חולקים? ודוק).
ממה גובה?
לכאורה בב"מ(ט"ו) למדנו שגובים שבח רק מבני חורין.
אך כבר בסימן הקודם העיר הש"ך שאם כתבו אחר

הזולה

הייתה שווה אלף, ועתה שווה 500 –
טור – משלם אלף.
מ"מ – משלם 500, כשוויה בשעת טריפה.

למכירת קרקע יש קול

ב"ב(מ"א-מ"ב) – רב – המוכר שדה בעדים – גובה מנכסים משועבדים, והתנן – המלווה את חברו בעדים – גובה מנכסים בני חורין! עונים – אין מה להשוות מלווה, שנעשה בצנעה, למכירה, שעושים בפרהסיא.
רמב"ם (מלוה יא, ה) – המוכר שדהו בעדים ויצאת מתחת ידי הלוקח, אע"פ שאין שם שטר ביד הלוקח הרי זה חוזר וטורף מנכסים משועבדים, שכל המוכר בפרהסיא מוכר וקול יש לו.
האם לוקח מקבל אחריות גם בלי שכתב?
כללית אנו אומרים שאחריות טעות סופר, וכ"כ רבנו יונה, הובא ברא"ש פה.
אך אומר בעה"ת – כאן שאין "סופר", ממילא א"א לדבר על טעות שלו. והש"ך דייק מזה שהרשב"ם בכל הסוגיה כתב שוב ושוב "מכר קרקע באחריות", שאם לא פירש את האחריות – אין לזה משמעות.
אך הג"ת שאל – למה צריך אחריות, הרי שעבודא דאורייתא!
וענה לו הש"ך – זה נכון בהלוואה, כשעושים הסכם. אך כשנוצר חוב מתוך פשלה – אין שעבוד מדאורייתא.
האם הקול משפיע גם על דמי הקרקע?
מבי"ט – אם יש קול למכירה, הרי שלחוב שנוצר ממכירת הקרקע גם יש קול, אז המוכר יכול לגבות את מה שהלוקח חייב לו ממשועבדים!
ש"ך – מה פתאום! למכירה יש קול, אך אדרבה – בד"כ משלמים מיד!

ב"מ(ע"ב) – מוכר שדה גזולה – גובים את הקרן ממשועבדים < והרי לא ניתן להיכתב!
מקשה התומים – אני לא מבין, הרי אמרנו שלמכירה יש קול!
נתיבות – אה"נ – אם היה מוכר רק בעדים – סבבה. הבעיה היא שמכר בשטר, ממילא מתייחסים רק אליו, והוא לא ניתן להיכתב. אה"נ – אם תביא את העדים שיעידו – באמת לא תהיה שאלה!
תומים יישב אחרת – זה פשוט תלוי האם שעבודא דרבנן(ואז התקנה היא על שטר, לא על קול), או דאורייתא(ואז ביטלו את השעבוד רק אם אין קול, לא משנה אם זה ע"י עדים באופן שיוציאו קול או ע"י שטר), ובוזה נחלקו הסוגיות.
הנתיבות כתב שזה לא כ"כ משמע בעולם התורה.

האם אפשר לסמוך על חזקה דהשתא לקבוע מה היה שווי הקרקע?

קצות – אם מניחים שבח הבא מאליו הוא דאינקי. יש שתי חובות, מוקדם ומאוחר. קי"ל שמשעבד לראשון קודם, ואז לשני. סבבה. אבל מאן לימא לן שהקרקע לא הייתה שווה שקל בשעת השעבוד, ואחרי ההלוואה השנייה עלה המחיר ועמד על מה שהוא היום, וא"כ יחלקו בשווה, וכבר אין משמעות לקדימת הראשון(לולי שהוא ישלח שמאים מיד!)

סימן קטז

אך האמת שהבעיה קיימת בכל מקרה – שום היתומים שעושים, מה זה עוזר? אולי בשעת השעבוד זה היה שווה הרבה פחות!
הרמ"ה, בהקשר של קידושין, כתב שאם לא יודעים מה היה שווי החפץ שקידש בו, הולכים אחרי חזקה דהשתא. מציע הקצות – גם כאן, פשוט נלך אחרי חזקה דהשתא.
ברם מתוס' קידושין(עט) עולה שלא הולכים אחרי חזקה דהשתא.
מעניין שרק בגלל זה הקצות מחליט ששינוי הערך בשוק לא נקרא שבח מאליו, אלא הקרקע עצמה.

בעה"ת כתב בשם הראב"ד שאנחנו לא רוצים שהלוקח יפסיד, ולכן גם אם הקרקע הוזלה – ישלם ללוקח במחיר הקנייה המקורי.

והמ"מ כתב שאם הוזלה – משלם לפי המחיר הנוכחי.
ב"ק ט – ראובן מכר שדה לשמעון שלא באחריות, ויצאו עסיקין – לפני שהחזיק – יכול לחזור בו, אחרי שהחזיק – לא יכול, שקנה חתול בשק. ודווקא שלא באחריות, אבל באחריות לא, ואיכא דאמרי שאפילו באחריות אומר לו – אשלים לך את האחריות.
תוספות – למה שישלם לו אחריות אחרת, שיתן לו את הקרקע באחריותו! ועונים – מדובר שהקרקע הוזלה.

אבל זה לא מובן – הרי הלוקח חייב לפי הסכום שקבעו למכירה, ואילו הקרקע שנטרפת שווה פחות, אז חייב לו פחות! מכאן מוכח שתוספות סוברים שחייב לו לפי שעת הקנייה, ולא לפי שעת הטריפה.

וא"כ למה חילקו בין אחריות או לא הא נהי שיוציאו מ"מ לא יצטרך לשלם בשביל אחריות אלא בשער שהוא שווה עכשיו, וא"כ הוא חייב לו יותר דהא הלוקח צריך לשלם הדמים שהיה בשעת המכירה והמוכר אינו צריך ליתן לו בעד האחריות אלא כשעת הזול, ואם ירצה הלוקח להשלים עד הזול ולשלם כפי דמי המקח רק שרוצה לגבות בעד האחריות הדמים שהוא (בשעת) [כשעת] הזול (בעד האחריות), א"כ בלאו הכי מצי אמר שקיל ארעך בזוזך, אלא על כרחך מוכרח מתוס' דס"ל דאם הוזל כותבין הטירפא כשעה שקנה כדי שלא יהיה ללוקח פסידא. וא"כ כיון דהתוס' והראב"ד הכי סבירא להו אין לחלוק על דבריהם ובפרט שבדברי הרב המגיד הגיה (מתשובת) [בתשובת] מוהר"ש יונה (שי למורא) בפירושו להלכות ערב סימן קל"א (סקי"א ד"ה וכמ"ש) וכתב שטעות סופר נפל בדברי הרב המגיד:

אחריות ט"ס בחליפין

צ"צ – בחליפין לא אומרים שאחריות ט"ס. ונ"מ אם החליפו בתים, ובא בע"ח וגבה את הבית שהיה משועבד לו – לא צריך לשלם.

אך הקצות מצא ר"י מגש שאומר שאחריות טעות סופר, הועתק במרדכי כתובות(רצ"ב) ואת הראיה

וראיית הצ"צ – ב"ב(ק"ז) – האחים שחלקו לקוחות הן, וביאר הרשב"ם שזה תלוי האם יש ברירה, ומכיוון שאין ברירה – זה כאילו החליפו קרקעות זה בזה, ואין אחריות < א"כ בכל החלפת קרקעות אין אחריות!
ודחה הקצות – אדם שמחליף יודע שנותן דבר איכותי, ולכן מצפה שמה שיתנו לו יהיה שלם ולא מעורער.
אך באחים שחלקו, הם יודעים שהכל חתול בשק, ומוכנים להמר. והנתיבות נתן לקצות ח"ח

סעיף ב

שו"ע – אם לקח בפירוש שלא באחריות, ומבקש מהמלווה שיתן לו כוחו מהשט"ח כדי שיוכל לתבוע הוא מהלווה – אם כבר טרף ממנו שוב אינו יכול לעשות לו ממנו לא הרשאה ולא מכר, שכבר נמחל שעבודו ובטל. אבל לפני שיטרף בו – יכול לפייסו שיתן לו כוחו, אבל אין כותבים לו טירפא, שהרי קנה בפירוש שלא באחריות.

סימן קיז

דין העושה שדהו או עבדו אפותיקי ובו ז' סעיפים :
[סיכום זה נלקח מסיכומיו של ר' דניאל וסטברוק]

סעיף א

אם אי אפשר לגבות מהאפותיקי

הגמרא בדף מא. מביאה ש"אמי שפיר נאה' אמר בשם ר' יוחנן שהעושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר, לא יכול המלוה לגבות משאר נכסים. ואביו של שמואל אמר שגובה משאר נכסים. ורב נחמן בר יצחק ביאר שגם אמי שפיר נאה לא דיבר אלא כשאמר 'לא יהא לך פרעון אלא מזו' (אפותיקי מפורש), ומביאה הגמרא ברייתא שמחלקת בזה במפורש.

הפ"ת (א) הביא מהשער משפט שאם ייחדו את דרך הפרעון, אף שלא אמר הלווה במפורש 'לא יהא לך פרעון אלא מזו', ל"צ לשלם ממקום אחר (המקרה שלו הוא מסובך, וצ"ע בגדר הדבר). שהוא דומה לדין של המשנה בגיטין ל. שהמלוה מעות לכהן ולעני כדי להפריש עליהם (תרומות ומעשרות), ונפסק ברמ"א ביו"ד סימן רנז (סעיף ה) שאם העשיר העני זכה העני במה שבידו וא"א להפריש עליו (מקור דין זה הוא מהירושלמי. אבל הרמ"א שם מסביר שהטעם הוא משום שעני היה באותה שעה, ולכאורה אין זה כהבנת השער משפט. אמנם טעם זה של הרמ"א צ"ב).

הביא הב"י מהתרומות שאפותיקי מפורש הוא כמכירה שלא באחריות, ואפילו נמצא שהשדה אינו של המוכר אין המלוה גובה משאר נכסים. וכן הביא רבינו ירוחם מהרמב"ן, והביא שדעת התוס' אינו כן. ומ"מ אם בא בע"ח מוקדם ממנו וטרף את האפותיקי, אינו גובה משאר נכסים. והרמ"א בהגהת שו"ע הביא י"א כדעת התוס' של רבינו ירוחם.

עשה שדה אפותיקי ומכרה

מביאה הגמרא עוד ברייתא שאומרת שהעושה שדהו אפותיקי לבע"ח ולכתובת אשה, גובים משאר נכסים. ורשב"ג אומר שאשה לא גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזר על בתי דינין. ברייתא זאת הובאה גם בירושלמי יבמות (ז, א) בשינוי לשון קצת: "העושה שדהו אפותיקי לאשה בכתובתה ולבעל חובו על חובו, מכרה הרי זו מכורה. הלוקח יחוש לעצמו. רבן שמעון בן גמליאל אומר לאשה בכתובתה אינה מכורה כו".

הרי"ף כאן העתיק א"ז עם עוד שורה של הירושלמי: "הוי בשמכרן לשעה אן קיימין, אבל אם מכרן לעולם דברי הכל אינן מכורין." אבל המעיין בירושלמי יראה ששורה זו לא מתיחסת למכירת אפותיקי אלא למכירת נכסי צאן ברזל, וכמ"ש הרמב"ן שלא נכתב הירושלמי ברי"ף כל הצורך. וכ"כ הרי"ן, והביא שדעת המפרשים היא שלא הביא הרי"ף את השורה הזאת אלא כדי ללמוד ממנה שהברייתא דיברה כשמכר את השדה האפותיקי.

ברייתא זו מופיעה גם בירושלמי בשביעית (י, א). שם נחלקו האמוראים במי שמכר שדה ששיעבד לחבירו, שר' אחא אמר שמכורה היא לשעה ור' יוסי אומר שאינה מכורה לשעה. ומסבירה הגמרא שנחלקו באפותיקי מפורש, והברייתא דיברה כשאמר 'יהא לך פרעון מזו' (אפותיקי סתם). וכתב הרמב"ן ביבמות סו: ש"אנן לא קים לן פסקא מדרבנן מערבאי" והמכר קיים.

וז"ל הרמב"ם (מלוה ולוה יח, ד): "עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה ומכרה, ה"ז מכורה. וכשיבא ב"ח לגבות, אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה. בד"א? בשמכר לשעתה. אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה." ונראה שהבין שביאורו של הירושלמי ביבמות מוסבת גם על מכירת אפותיקי וכמשמעות דברי הרי"ף. ויוסף פירש שביירושלמי בשביעית נחלקו האמוראים האם אפשר למכור אפותיקי מפורש לשעה, ופסק הרמב"ם שאפשר (ושוי"מ שכן נראה מדברי הגר"א בסק"ח). ולפי כ"ז מובן מאד מה שהשיג הראב"ד "לא הבחין ולא הבין דרך הירושלמי אשר מצא על זאת המימרא", ומ"ש המ"מ בסוף פירושו לרמב"ם "וכל זה דחוק מאד".

הטור סתם כדעת הרמב"ן שהמכירה קיים עד שעת גבייה. והשו"ע העתיק לשון הרמב"ם, והרמ"א כתב שרוב המפרשים חולקים ושכן עיקר.

כתב הרי"ף בתשובה (סימן רד) שהברייתא דיברה באפותיקי סתם, ולכן יכולים הלוקחות לומר 'הנחנו לך מקום' וגובה מבני חורין. אבל באפותיקי מפורש אינם יכולים לדחותו, ששיעבודו הוא עליו לבד (הוסף שגוף הקרקע מכור למלוה ורק אין לו פירות עד הזמן שהתנו ביניהם). וכן סתם הטור, וכ"כ הרמ"א שהחולקים על הרמב"ם סוברים שאפילו אם יש בני חורין טורף המלוה מאפותיקי מפורש.

סימן ק"ז

דייק הסמ"ע מדברי הרמ"א שהבין שהרמב"ם דיבר גם באפותיקי מפורש, והאריך להוכיח שאינו כן. שמסתמא לא חלק על הרי"ף. וגם סוף הלכה הקודמת דיברה באפותיקי מפורש, ואם כאן דיבר הרמב"ם בכל אפותיקי היה לו לקצר ולכתוב 'ואם מכרה וכו' (ראיה זו אינה מובנת לי כלל, שאם היה נוקט הרמב"ם לשון זה היה משמע שהוא דוקא באפותיקי מפורש. וגם בלי זה לא היה אפשר לקצר, שהפסיק בדין המפורש שאין לו עליו אחריות). ועוד הוכיח א"ז מדברי המ"מ. ומה שלא כתב הרמב"ם את דין אפותיקי מפורש בזה הוא משום שלא כתב אלא דברי הגמרא. וגם הגר"א כתב שלא דיבר הרמב"ם אלא באפותיקי סתם, אבל לענין לשון הרמב"ם לא סובל א"ז.

כתב הר"ן שנראה שהרמב"ם מפרש שכוחו של האפותיקי הוא שאם מכר הלווה שאר נכסיו אחרי מכירת האפותיקי, גובה המלוה מהאפותיקי וכאן אין טענת 'הנחתי לך מקום'. והביא שכן פירש רבינו אפרים.

הרוצה לסלק את המלוה

לכאורה מפורש בגמרא בב"מ טו: ובעוד מקומות שרק באפותיקי מפורש לא יכול הלוקח לסלק את המלוה במעות. וכ"כ הטור והשו"ע כאן. אבל הרמב"ם (יח, ח) כתב סתם שאם עשה אפותיקי לא יכול הלוקח לסלקו, ומשמע אפילו באפותיקי סתם. וביאר מבורך שהגמרא לא העמידה באפותיקי מפורש שם אלא כדי להסביר למה גובה המלוה יותר משיעור חובו (עיי' בעל חוב גובה את השבח שכן נראה מדברי הרמב"ן, אבל דוחק הוא), ולפי פרי"ח שם כל התירוצים שם הם דחוקים ולא להלכה. וסמך על הירושלמי שאומרת שהלוקח יחוש לעצמו. ועדיין צ"ע.

כתב הטור שהלווה עצמו יכול לסלק את המלוה מאפותיקי סתם בנכסים אחרים, ומאפותיקי מפורש רק במעות (כתבו הסמ"ע והב"ח שה"ה בשאר מטלטלין, והביא הש"ך את דבריהם). אבל הרמב"ן והרשב"א והר"ן כתבו שגם באפותיקי סתם כל זמן שלא שטפה נהר א"א לדחות למלוה לנכסים אחרים, והביא המ"מ (יח, ג) את דבריהם. והביא הב"י שכ"כ התרומות בשם ה"ר יהודה. והרמ"א בהגהת שו"ע סתם כדברי הרמב"ן והרשב"א, והביא יש חולקים. והגר"א הכריע כדעת הרמב"ן וסייעתו, אבל ראיתו אינה מוכרחת כלל לכאורה. ונראה לדייק שהרמב"ם סובר כדעת הטור, שלא כתב שום זכות למלוה באפותיקי הנמצא אצל הלווה יותר מביעבוד רגיל.

כתב הב"י שמה שאפשר לסלק מאפותיקי מפורש במעות נראה כן מדברי התרומות. שכתב אינו יכול לסלקו בשומא של קרקע אחרת, אפילו עידית. והב"ח הוכיח שאפשר לסלק במעות ממה שרבה אמר ששיחרור מפקיע מידי שיעבוד (יתבאר בהמשך), וע"כ זהו לשיטתו שבע"ח גובה מכאן ולהבא וזה נכון אפילו באפותיקי. ואילו לא היה אפשר לסלק במעות א"כ למפרע הוא גובה ולא היה כח לשיחרור להפקיע מידי שיעבוד (גם הגר"א הביא ראיה זו). וכתב הש"ך שלפענ"ד אין להוכיח משם כלום, כנראה משום שיש לדחות שעד שעת גבייה האפותיקי היא של הלווה אבל משעת גבייה היא של המלוה וא"א לסלקו.

הש"ך הביא שהמקור הוא מדברי הרא"ש בב"מ (פ"ה סימן כט, וכן בפ"א סימן לח) שכתב במפורש שאפשר לסלק. שאלי"כ לא היה שייך לקרוא לה אפותיקי, שמעכשו היא מכורה מקצת או כולה (נראה שלא שייך לדחות א"ז כדרך שדחינו את ראית הב"ח, שגם אם היא מכורה לאחר זמן לא שייך לשון אפותיקי אלא לשון מכירה). וכן נראה מהתוס' בפרק השולח (ל"מ), וכן מוכח מדברי המ"מ בספכ"א בשם הרמב"ן והרשב"א, שאפילו הירשאים אינם יכולים לסלק במעות. שמשמע שהמוריש יכל לסלק.

סעיף ב

משכונא

בסוף תשובת הרי"ף כתוב שאפותיקי סתם הוא כגון משכונא. והביא הרמב"ן שכ"כ ר"ח, ודייק שמשמע שאפותיקי סתם הוא שמשכן לו שדהו לאכול פירות בכדי דמיהן או ב'נכיתא', והתנו שיגבה ממנו לזמן פלוני אם לא פרעו. ומשכונא סתם היא כשלא כתוב (בשטר) גובינא כלל. והביא שכן פירש הרב אלברגלוני ז"ל.

הטור כתב שמשכונא דינה כאפותיקי, ואם משכן סתם דינה כאפותיקי סתם ואם פירש שלא יהיה לו פרעון אלא מזו דינה כאפותיקי מפורש. והביא הב"י שכ"כ הרשב"א בתשובה ושכן מסקנת התרומות. וכ"פ בשו"ע. ועפ"ז כתב הנתניבות בסימן רעח (סק"ו) שבכור שהיה חייב לאביו אינו יכול לפרוע חובו מגוף הקרקע של המשכונא, שפירותיו של הקרקע הם האפותיקי וא"א לסלק אלא במעות. ודלא כמ"ש הקצות שם שיכול לסלק בגוף הקרקע כדי להרויח בחלק בכורתו (שבקרקע זו לא יקבל פי שניים, שראוי הוא).

כתב הר"ן שמשכונא היא עדיפה מאפותיקי, שאם מכרה בתוך הזמן שאוכל פירות אינה מכורה כלל. שכן מוכח בכתובות נט: . וכתב הנתניבות שפשוט שגם (הטור ו)השו"ע לא התכוין לחלוק ע"ז.

סעיף ג

אפותיקי של מטלטלין

הגמרא בב"ק יא: ובב"ב מד: אומרת שאם אדם עשה שורו אפותיקי ומכרו, אין בע"ח גובה ממנו. שאין לזה קול (ולא ידעו הלקוחות כדי לזהר). וכתב הטור שאפילו ידע הלוקח שעשאו אפותיקי אין המלוה גובה ממנו, ש"ל פלוג' חכמים. והביא הב"י שכ"כ התרומות ובשם העיטור, וכ"פ בשו"ע. וציינו הדרכי משה

סימן ק"ז

והסמ"ע למה שפסקו הטור והשו"ע בסימן קיג שאפילו התרה המלוה בלקוחות שלא יקנו את המטלטלין של הלווה, אינו גובה מהם (עיין 'שיעבוד מטלטלין'. ואף ששם לא מדובר באפותיקי, הבינו הרמ"א והסמ"ע שאין חילוק ונכון הוא).

הביאו הדרכי משה והסמ"ע מתשובת הרשב"א שגם אם נתן הלווה את האפותיקי במתנה, אין בע"ח גובה ממנו. אבל הקצות העיר שמדברי התוספות בב"ק קח: (ד"ה לוח) לא משמע כן (באמת כתבו במפורש שמכיון שלא שייך הפסד של הלקוחות, גובה בע"ח מהם). אלא שמדבריהם בדף יא: שם (ד"ה כגון) משמע שלא גובים מיתומים אף שאין להם הפסד (שמכיון שלא חשש לאפשרות גבייה מלקוחות, גם לא תיקנו לו אפשרות גבייה מיתומים. ומוכח שסוברים שמה שאין שיעבוד על מטלטלין הוא מה"ת, כנ"ל), וכ"ש שלא גובים ממקבלי מתנה. והניח הקצות בצ"ע.

סעיף ז

לענין קדימה

כתבו התרומות והטור שגם לענין קדימה לא מועיל עשיית אפותיקי במטלטלין. וכ"פ השו"ע, אלא שהוסיף שזהו כשלא שיעבד המטלטלין אגב קרקע (עיין 'שיעבוד מטלטלין').

סעיף ה

העושה עבדו אפותיקי ומכרו

אומרת הגמרא (שם ושם) שבזה גובה המלוה מהעבד, שיש לו קול. והביא הב"י שביאר הרא"ש בתשובה שהקול הוא מה שהעבד מגיד לכל שעשאו רבו אפותיקי. וכתב המ"מ (יח, ה) בשם המפרשים שאפילו עשה אותו אפותיקי בעדים בלי שטר גובה ממנו, ובלבד שההלואה היתה בשטר. והב"ח כתב שצ"ע, שנראה שאפילו במלוה בע"פ גובים את העבד, שהעבד מוציא קול. והביא הש"ך את דבריו ושכ"כ התורת חיים, והעיר הש"ך שלדבריהם צ"ל שיש עדים שלא פרע או שהוא תוך זמנו. ועוד הביא שמדברי הרא"ש בב"ק נראה שצריך לעשות את האפותיקי בשטר, ושכ"כ השלטי גבורים בדעתו.

סעיף ו

העושה עבדו אפותיקי ושחררו

נחלקו התנאים במשנה בגיטין מ: בזה. הת"ק אומר ששורת הדין היא שאין העבד חייב כלום, אלא מפני תיקון העולם כופים את רבו ועושה אותו בן חורין, וכותב שטר על דמיו. ורשב"ג אומר "אינו כותב אלא משחרר". ובגמרא נחלקו האמוראים בפירושו, וכל הראשונים הביאו רק פירושו של רב שמדובר שהאדון הראשון שיחרר. ושורת הדין היא שהעבד לא חייב כלום לאדון השני, ששיחרור מפקיע מידי שיעבוד. אלא מפני תיקון העולם, שמא ימצאנו בשוק ויאמר לו 'עבדי אתה', כופים את האדון השני לעשות אותו בן חורין, וכותב לו העבד שטר על דמיו. ורשב"ג סובר שאדון הראשון הוא שכותב לשני את השטר, שהוא היזק את שיעבודו. והת"ק סובר שהמזיק שיעבודו של חבירו פטור מלשלם.

כתבו התוספות (מא. בד"ה במזיק) שמדובר כשעשה הלווה את העבד אפותיקי מפורש, שא"כ יכול המלוה לגבות משאר נכסים ולדברי הכל האדון הראשון הוא זה שמשלם. וכ"כ הר"ן בשם המפרשים, ואף שמלשון רש"י במשנה לא משמע כן כ"כ דחק הב"י שגם הוא התכוין לזה. והכנה"ג כתב שאין צורך לזה, שרש"י פירש לפי פירושו של עולא בגמרא.

כתב הרמב"ם (יח, ו): "עבד שעשאהו רבו אפותיקי ושחררו, אע"פ שכתב לו לא יהיה לך פרעון אלא מזה יצא לחירות. והרי ב"ח גובה חובו מן הלוה, וכותב עליו שטר בחובו וטורף מזמן זה השטר. ולמה הוא חייב לשלם? מפני שגורם לאבד ממון חבירו וכל הגורם להזיק משלם כמו שבארנו במקומו." וכיוצא בזה כתב גם בהלכות חובל ומזיק (ז, יא). וכאן השיג הראב"ד שהרמב"ם פסק כרשב"ג 'והרב לא פסק כן', ובהלכות חובל ומזיק ביאר יותר שאין זה דומה לשורף שטרותיו של חבירו, 'דהתם בחבריה קא עביד מעשה, אבל הכא אמר בדנפשי קא עבידנא'. והרמב"ן פסק כרשב"ג בקונטרס דינא דגרמי, וכ"כ הר"ן שדברי הרמב"ם מחוררים יותר.

יש מקום עיון בדברי הרמב"ם כאן, שלכאורה דבריו מוסבים גם על אפותיקי סתם. וא"כ למה צריך לכתוב שטר חדש, ולמה אינו יכול לטרוף מזמן הראשון. והיד פשוטה כתב שבאמת מ"ש הרמב"ם שכותב שטר חדש ושטורף מזמן ראשון הוא רק באפותיקי מפורש, ומה שנקט לשון שמשמע שדיבר גם באפותיקי סתם הוא לגבי הדין שיוצא לחירות. ונראה דוחק, וצ"ע.

סעיף ז עוסק בדין הקדש ואיסורי הנאה שמפקיעים מידי שיעבוד, והוא תלוי בכמה סוגיות בקדשים ובנדירים שכעת אינו בידי לברר ואי"ה יתבאר במקום אחר.

סימן קיח

הכותב ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך ובו ד סעיפים :

סעיף ב

בשניים שקנו מהלווה

המשנה אומרת שמי שהיה נשוי שתי נשים ומכר שדהו, וכתבה האשה הראשונה ללוקח 'דין ודברים אין לי עמך' (בגמרא מבואר שצריך גם קנין, והקצות בסק"א דן בהוכחה של הגמרא ולא ראיתי להאריך), השנייה מוציאה מיד הלקוחות וראשונה מיד השנייה ולוקח מהראשונה. וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם. וכן בעל חוב, וכן אשה בעלת חוב. והגמרא מבארת שכוונת סוף המשנה היא שכן הדין בבע"ח ושני לקוחות, ובאשה בעלת חוב ושני לקוחות.

פרש"י שהמקרה של הבעל חוב הוא כגון בחוב של מנה, וללווה יש שתי שדות שכל אחת שוה חמישים. והמלווה ויתר על זכותו לגבות מלוקח השני (וקנו מידו ע"ז), ויכול לגבות מהראשון מכיון שגם אם לא היה מוותר לשני היה גובה גם מהראשון. וכן מופיע פירוש זה בכתבי יד המתוקנים של הרמב"ם (מלווה ולוה יט, ח- עין יד פשוטה ומהדורת הרב קאפח). וכ"כ הטור והשו"ע.

ביאר הסמ"ע שלא שייך כאן טענת 'אי שתקת שתקת וכו'" שיתן הלוקח הראשון את השדה ללוקח השני. שיכול המלווה לטעון 'לכי תהדר' מכיון שאין לו ריוח בנתינה הזאת ללוקח השני יותר מאילו היה נותן למלווה. והש"ך השיג עליו שמוכח מדינו של ה(ראב"ד וה)טור ששייך טענת 'אי שתקת' גם כשאין ריוח. והתומים דחה את הקושיא, והכל יתבאר בהמשך.

הש"ך עצמו כתב שנראה שכאן שונה מכיון שהטורוף בא מכח הלווה. וביאר הנתיבות שעיקר הטעם לטענת 'אי שתקת' הוא משום שהראשון מכר לשני כל זכות שהיה לו וכמ"ס הר"ן בפרק החולץ, ואין זה שייך כאן מכיון שלא בא הלוקח הראשון מכח הלוקח השני אלא מכח הלווה. וכיוצא בזה כתב הטי"ע.

הקצות (ב) דחה תירוץ זה, שמוכח מסימן קיט שיש טענת 'אי שתקת' גם כשלא בא מכח הראשון. שכל מה שאדם יכול לעשות רואים אותו כעשוי (אי"ה יתבאר ב'ממנה גובים'). ויישב שכאן לא שייך טענת 'אי שתקת', שאם יתן לשני יתחייב מדין מזיק שיעבודו של חבירו. ובמקרה של הטור אין דין מזיק שיעבודו של חבירו, שמכר את שלו. ותירוץ זה אינו מובן לי כלל, שגם כאן מכר את שלו.

סעיף א

לפני הדין הדין הנ"ל כתב הרמב"ם (שם) שבמקרה דומה לא יכול המלווה לטרוף מהראשון, שהרי אומר לו "הנחתי לך מקום לגבות ממנו אצל בעל חובך, והם הנכסים שקנה לוקח שני אחרי. ואתה הפסדת על עצמך, שהרי סלקת עצמך מהן". אבל אם כתב כן לראשון, טורפים מהשני. וברור שכאן מדובר כשהחוב הוא פחות מדמי שתי השדות (בדין של סעיף ב כתב הרמב"ם במפורש שמדובר כשהחוב הוא כנגד שתי השדות). וכתב היד פשוטה שהמקור לזה הוא ממקרה דומה בגמרא.

במי שקנה מלוקח הראשון

בכת"י אחרים של הרמב"ם המקרה של המשנה הוא כשהלוקח הראשון קנה את אותה שדה מלוקח הראשון, וכתב המלווה ללוקח הראשון 'דין ודברים אין לי עמך'. והדין הוא שהמלווה טורף מלוקח השני, הלוקח הראשון טורפה מהמלווה מכח מה שכתב לו, והשני טורפה מהראשון מכח המכירה. (וכתבו החוקרים שיש כאן שתי מהדורות של הרמב"ם עצמו). והראב"ד כתב שלא ראה בכל ספריו (של הרמב"ם) טעות גדולה מזו מכמה טעמים:

(א) לפי הפירוש הזה צ"ל שמכר הלוקח הראשון ללוקח השני באחריות, והמשנה סתמה בזה. וזה אפשר לדחות בקלות, שהמשנה לא גילתה שום פרט במקרה הזה וע"כ צריך להשלים.

(ב) במשנה הפשרה היא בין שלושה אנשים, ובמקרה הזה הפשרה היא רק בין שניים. שאחד מן הלקוחות קיבל מעותיו. ונראה שכוונתו היא שהלוקח הראשון לא הפסיד כלום אחרי שקיבל את דמי המכירה מהשני.

(ג) לא שייך כאן פשרה כלל, שהרי לוקח השני יטול מעותיו מלוקח הראשון, לוקח הראשון יטרוף מהמלווה, ולא יהיה למלווה על מי לחזור. וזה לא קשה, שמדובר כשאין ללוקח השני נכסים אחרים חוץ מהשדה הזאת.

(ד) המלווה לא יכול לטרוף מלוקח השני כלל, שיכול הלוקח השני לטעון 'אי שתקת שתקת וכו'" (וביאר התומים שיש לו ריוח בזה, שימכור את הקרקע בחזרה לראשון ולא יפסיד). וכן דחה הטור את דברי הרמב"ם מכח קושיא זו. והמ"מ כתב שאפשר שדברי הרמב"ם אמורים כשביאר המלווה את דבריו שלא סילק את עצמו מהשדה אלא כל זמן שיהיה ביד הלוקח הראשון.

סימן קיח

השו"ע השמיט את הדין הזה, כנראה מפני שהכריע כדעת הראב"ד והטור. וכ"פ הרמ"א בהגהת שו"ע.

כדי ליישב את כ"ז הקשה רח"ה עוד קושיא על הרמב"ם, שאיך טורף לוקח הראשון מהמלוה, שמ"ש לו 'דין ודברים אין לי עמך' הוא רק שלא יטרוף ממנו ולא שפקע שיעבודו של המלוה לגמרי. וכתב שמוכרח לומר שכל דין אחריות של המוכר הוא תנאי שהקרקע יהיה נחשב כשלו לענין גביית המלוה, ושע"ז מקבל הלוקח פיצוי. ולמד א"ז מהסוגיא של בעל חוב גובה את השבח, והבאנו את דבריו במאמר על הנושא ההוא.

עפ"ז יישב רח"ה את קושיות (ב) וג), שמה שסילק המלוה את זכותו מלוקח הראשון מועיל כדי לבטל את הגבייה לגמרי, שהרי מכח האחריות של הלוקח השני הגבייה היא מלוקח הראשון ולא מהשני. ואחרי שבטלה הגבייה לא שייך כאן אחריות של הלוקח הראשון לשני, והשדה היא של השני לגמרי מכיון שמכר לו הראשון. ושוב טורף המלוה מהשני וחוזרים חלילה. ובזה מיושבת גם קושיא ד), שהסילוק הוא רק מטירפא מחמת הקנין הראשון, וגם אם יחזיר הלוקח השני את השדה לראשון יגבה המלוה מהראשון. ומה שחוזרים חלילה הוא רק משום ביטול הגבייה וחזרה למצב הראשון.

עוד ביאר רח"ה שהראב"ד גם מסכים ליסוד הנ"ל, אלא שסובר שמ"מ יש חיוב על הלוקח הראשון לשני מכח האחריות משום המצב שחוזרים חלילה.

סעיף ג

אם נמצא שהשדה לא היתה של המוכר

התרומות הביא את הפירושים הנ"ל בגמרא, ואח"כ הביא שהר"א אב ב"ד פירש שהגמרא דיברה בשנים שקנו שדות מהלוה, והחוב הוא כנגד דמי אחת מהן, ונמצא שהשדה של הראשון לא היתה של המוכר. שבזה טורף הראשון מהשני, המלוה מהראשון, והשני מהמלוה. והביא שחתנו (הראב"ד) חלק עליו ודן שבזה לא יכול המלוה לטרוף מהראשון (טעמו לא נתברר לי). והטור והשו"ע סתמו כדעת הר"א אב ב"ד.

סעיף ד

הביא התרומות מהר"א אב ב"ד עוד אפשרות שמדובר כשהשדה שקנה הראשון היא אפותיקי לבע"ח מוקדם, שאותו בע"ח מוקדם טורפה ממנו, הראשון טורף מהשני, בע"ח האחרון טורף מהראשון, ולוקח שני טורף מבע"ח האחרון שכתב לו 'דין ודברים אין לי עמך'. וגם כאן חלק הראב"ד, והטור והשו"ע סתמו כדעת הר"א אב ב"ד. ולא ראיתי להאריך בדברי הסמ"ע והב"ח והש"ך כאן, שהדינים הם פשוטים.

סימן קיט

המוכר כל שדותיו ולוה שהתנה שיגבה מן העידית ובו ו סעיפים :

סעיף ב

הגמרא בכתובות קד: אומרת שאדרכתא על נכסי יתומים שלא כתוב בה 'ואשתמודענא דנכסים אלו דמיתנא אינון' פסול הוא, ואפילו אם ירשו נכסים המשועבדים לחוב (החוב שם הוא כתובת אשה). שיש לחשוש שמא תגבה אשה מקרקע שאינה משועבדת לכתובתה ותשביח אותה, והיורשים לא ישביחו את הקרקע שהיא משועבדת לה משום שיודעים שיכולים לומר לה אח"כ לקחת אותה ולהחזיר מה שגבתה. ואז יבואו להוציא לעז על בית דין, ופרש"י שלא עיינו בתקנה של זו.

הרמב"ם (יב, ט) הביא דין זה לגבי כל חוב, וכ"ה בטור ובשו"ע. ויש לעיין בזה לפי פרש"י, שמדבריו משמע שרק בכתובה יש את החשש של לעז, שהיה לב"ד לדאוג לתקנתה של אלמנה. אבל באנשים אחרים י"ל שהאחריות חלה עליהם שלא לפרוע אלא מקרקע המשועבדת. ואם לא עשו כן הם הפסידו את עצמם. ואולי צ"ל שע"כ אין הטעם של לעז אלא תוספת, שגם בלי לעז יש לב"ד לדאוג לתקנתה של אלמנה. וא"כ י"ל שיש להם לדאוג גם לתקנתם של אנשים אחרים. ועדיין צ"ע.

סעיף ג

המוכר נכסיו לשלושה בבת אחת

הגמרא מביאה ברייתא שאומרת שאם יש על אדם נזיקין, בעלי חוב וכתובת אשה, ומכר את נכסיו לאחד או לשלושה בני אדם כאחד, כולם נכנסו תחת הבעלים (והניזקין גובים מהעידית, בעלי חוב מהבינונית וכתובת אשה מהזיבורית).

הקשו התוספות (ד"ה כולן) שתשלומי נזיקין הם מלוה בע"פ, ואיך גובים ממשועבדים. ותירצו שמדובר אחרי העמדה בדין, שאז דינו כמלוה בשטר. א"נ מלוה הכתובה בתורה היא ככתובה בשטר (זה מחלוקת תנאים, ואי"ה יתבאר במקום אחר. והש"ך השיג על הלבוש שהביא תירוץ זה, שלהלכה נפסק ביו"ד סימן שה שאינה ככתובה בשטר, וכ"כ הלבוש עצמו שם). והנמו"י הביא שהרמ"ה תירץ שמדובר כשכתב שטר לניזק, או כשעשו קנין, או כשעמדו בדין והתברר שלא פרע או שחייבו אותו לשלם וסירב, ששוב אינו נאמן לטעון שפרע.

המ"מ (יט, ה) הביא שיש מתרצים שניזקין יש להן קול יותר ממלוה, וטורפים ממשועבדים גם בלי כל הנ"ל. וכ"כ התוס' בדף יד: (ד"ה שמע מינה) לפי המ"ד ששיעבודא דאורייתא, וכ"פ המהרש"ל שם (סימן טז). אבל הקצות הקשה על תירוץ זה שלכאורה מוכח מהגמרא בב"מ טו. שלא גובים נזיקין ממשועבדים אלא אחרי העמדה בדין. וגם הקשה בדברי הרמב"ם, שכאן (יט, ה) סתם ובהלכות גזילה (ט, ד) הביא את הגמרא בב"מ. וכתב שאולי שם שונה משום שמדובר בגזלן שהזיק, וכל זמן שלא התברר שהשדה אינה שלו אין קול. והניח בצ"ע.

גם הטור והשו"ע סתמו כאן אף שהצריכו העמדה בדין בסימן שעב. והסמ"ע הביא את התירוץ של המ"מ, והש"ך הניח בצ"ע למעשה. והקצות העיר שלפי מה שמסיק הש"ך שיש ספיקא דדינא האם שיעבוד הוא דאורייתא או לא, גם כאן לפחות מספק אין לגבות ממשועבדים.

אם טוען כל לוקח שהוא קנה תחילה

שואלת הגמרא על המקרה שמכר לאחד, שאם מדובר במכירה בבת אחת אין צורך להשמיענו דין זה. שאפילו במכירה לשלושה, ש"ל שאחד מהם קדם, מ"מ הדין הוא שנכנסו כולם תחת הבעלים, כ"ש הוא במכירה לאחד. אלא ע"כ מדובר במכירה זה אחר זה.

פרש"י שהטעם שבאמת תולים גם בשלושה שמכר בבת אחת הוא משום שאינו ניכר בשטר מי קנה ראשון. ומזה דייק התרומות (שער ד ח"ח סימן ג) שגם אם כל לוקח טוען שהוא קנה תחילה ויש לכולם לגבות מהאחרים (כמו שיתבאר בהמשך), אינם יכולים לדחותו. אבל שאל את הרמב"ן ע"ז, והוא ענה לו שיכולים לדחותו כמו בהרבה מקומות בש"ס. והגמרא שלנו דיברה דוקא כשקנו ביום אחד, שאז לא חוששים שמא כתב ומסר לאחד תחילה, והדין הוא שחולקים או שעושים שודא כמו בשני שטרות היוצאים ביום אחד בכתובות צד: . והחלוקה או השודא הנכונה כאן היא שכולם נכנסים תחת הבעלים.

בידני קדימה בבעלי חוב' בביאור הסוגיא של שני שטרות היוצאים ביום אחד הבאנו שר"ת ביאר הדין שם כעין דברי הרמב"ן, ושדעת ר"י והר"ן היא שמתעם אחר אין קדימה שם משום שלא חל שיעבוד השטר אלא בזמן שמוכח מתוכו שחל, דהיינו סוף היום. וברור שסברא זו שייכת גם כאן, והביא הטור את דברי הרמב"ן ושר"י חולק. אמנם מלשונו מוכח שהוא הבין שהרמב"ן סובר שיכולים הלקוחות לדחות את

סימן קיט

המלוה גם אם שטרותיהם יוצאים ביום אחד, וזה אינו וכמ"ש. וגם השו"ע הביא י"ש מי שאומר' כדעת הרמב"ן ויש מי שאומר' כדברי ר"י, והביא הש"ך שמהרש"ל פסק כדברי ר"י.

גם הסמ"ע בסוף דבריו כתב כעין דברינו, שמשמע מדברי הרמב"ן שלא חולק אלא כשאין זמן כלל בשטרות. אלא שכדי ליישב דברי הטור והשו"ע דחק ופירש שנחלקו ר"י והרמב"ן במקרה שטוען כל לוקח טענת ברי ששטרו נמסר קודם. ומ"מ אם לא טוענים כן ודאי לא טוענים עבורם כדי להזיק לאחרים.

כתב הנתיות שלכאורה היה נראה שאם אין זמן בשטר מכר או שאין לו שטר כלל ובא מכח חזקת ג"ש, וטוען הלוקח שקנינו קדם, על הבע"ח הוא להוכיח שחובו קדם לקנין (ביאר שגם דיעה השנייה בשו"ע לא סובר שזוכה הבע"ח אלא משום שגם אם אינו יכול לגבות הוא רק משום תקנה שאין נפרעים ממשועבדים במקום שיש בני חורין. וזה אין לו קיום לכאורה וצ"ע). אבל אחר העיון נראה שעל הלוקח הוא להביא ראיה מכיון שזמן ההלוואה הוא מבורר, וכמו בשני שטרי מכר שאחד יש לו זמן והשני אין לו, ואחד הבא על הקרקע מכח חזקת ג"ש ואחד הבא מכח שטר כמבואר בב"ב ל:.

ביאר הנתיות שכל דבר שהיה ידוע למוכר אינו יוצא מחזקתו עד הזמן שיבורר, וכן לענין שיעבוד שהוא כמכר (יש לפקפק בזה הרבה, שיותר נראה לומר שמכיון שגם אם השיעבוד קדם חל הקנין, הקנין הוא והשיעבוד הוא ספק ועל בע"ח הוא להביא ראיה לשיעבודו). אמנם כ"ז הוא אם קנה בקנין סודר וכיוצא"ב, אבל אם הלוקח הוא מוחזק בקרקע אין מוציאים מידו בלי ראיה כדמוכח בגיטין יז לגבי עבד שהוא מוחזק בעצמו (לשיטתו חילוק זה צ"ע, שהרי בקרקע לא הולכים אחרי המוחזק אלא אחרי המרא קמא. ואינו דומה לעבד).

סעיף ז

מכירה לשלושה בזה אחר זה

בזה אומרת הברייתא שכולם גובים מהאחרון, אם אין לו גובים משלפניו, ואם אין לו גובים משלפני פניו. וכתבו התוספות (בד"ה אין לו) בשם ריב"א שאם באו כולם בבת אחת כל הקודם בשטר גובה מן האחרון תחילה, אפילו אם יוצא שהניזקים גובים מזיבורית ואשה מעידי עידי. וכ"כ הרא"ש בשם ריב"ם, והוסיף שנראה לו שאם הניזקים יפייסו את הלקוחות הראשונים שיניחו אותם לגבות מהם תחילה ולא יטענו 'החננו לך מקום', הבע"ח והאשה אינם יכולים לעכב. שיכול הניזק לומר להם שכל הקרקעות משועבדות לו, ורק תיקנו זכות ללקוחות לטעון 'הנחתי לך מקום' והרי מחלו על הזכות הזאת. וכ"פ הטור והשו"ע.

כתב הסמ"ע שה"ה שבע"ח יכול לפייס את הלקוחות כדי שיקבל מבינונית ולא מזיבורית. וביאר הנתיות שאינו יכול לקבל יותר מדינו ע"י פיוס, שאם הלוקח מוחל על התקנה דרבנן חוזר הדין לכמו שאם קנו בבת אחת.

סעיף ה

מכירה לאחד בזה אחר זה

כבר הבאנו שלמסקנת הגמרא על מקרה זה אמרה הברייתא שכולם נכנסו תחת הבעלים כמו במכירה לשלושה בבת אחת. ומקשה הגמרא שלמה לא יכול הלוקח לטעון שבקנייות הראשונות הניח מקום לגבות ממנו, וכולם יגבו ממה שקנה באחרונה. ומתרצת שמדובר כגון שקנה עידי באחרונה. ומקשה שא"כ כולם יגבו מעידי.

מתרצת הגמרא שיכול הלוקח לומר להם "אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו, שקליתו. ואי לא, מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית." ומקשה שא"כ יאמר כן גם לניזקים ולא יגבו מעידי, אלא ע"כ מדובר כאן ביתומים שאינם בני פרעון והשיעבוד הוא על הלוקח ולכן אין לטעון כן. ופרש"י שאף אם יחזיר הלוקח את הקרקע ליתומים, הם כיתומים שקנו קרקע אחר מיתת אביהם (והחיוב לשלם הוא רק מכח הנכסים שהיו משועבדים כבר אצל הלוקח, ועדיין יגבו ממה שקנה אחרון קודם).

הרשב"א דייק מלשון הגמרא שמדובר דוקא ביתומים קטנים ודלא כרש"י (אבל לא הבנתי את הדיוק שלו). ולכן לא יועיל להחזיר להם את הזיבורית, שלא יוכלו לגבות מיתומים קטנים ויגבו ממנו מה שנשאר אצלו (ענין ייסודות גביית חוב מהלקוחות שנחלקו הראשונים בזה). ונראה שצ"ל שאף שיכול להחזיר להם את העידי ולא יוכלו לגבות ממנו, אין לו תועלת בזה שאם יעשה כן יפסיד את העידי. שיתומים קטנים לא יתנו לו כסף עבור הקרקע.

מסיקה הגמרא שהטעם שהבע"ח והאשה גובים כדינם הוא משום שהלוקח יכול לוותר על התקנה שאין גובים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין (כתב הסמ"ע בסוף הסימן שמ"מ א"א לוותר במקצת, ואף אם קנה בינונית תחילה ואח"כ זיבורית ואח"כ עידי, אינו יכול לדחות אצל זיבורית אלא אצל בינונית). והר"י הביא רק תירוץ זה והשמיט כל טענת 'אי שתקיתו', וכן הרמב"ם (יט, ו) סתם בזה.

ביאר המאור שלמד הר"י מסוגיא בגיטין נ. שלהלכה תמיד גובים נזיקין מן העידי של היתומים, וא"כ ה"ה מהלקוחות ולא מקבלים טענת 'אי שתקיתו'. והברייתא שלנו היא לפי ר' ישמעאל, ור"ע חולק שם.

סימן קיט

אבל כ"ז אינו מובן לכאורה וכמו שהאריך הרמב"ן להשיג עליו במלחמות. וביאר שם שכל טענת 'אי שתקיתו' היא איום של הלוקח ואינו מן הדין, ולא בא הרי"ף אלא להשמיענו את הדין. ואה"נ שיכול הלוקח לאיים, אלא שלא פותחים לו בזה. וגם יכולים הבע"ח לומר לו 'לכי תהדר'. ומה שהוצרכה הגמרא להעמיד את הברייתא ביתומים הוא לירווחא דמילתא. וכ"כ הרשב"א.

הביא המ"מ (שם) שדעת העיטור אינו כן, אלא שאם המוכר קיים דין כולם הוא בזיבורית מכח טענת 'אי שתקיתו'. וכ"כ הרא"ש, וביאר יותר שכל מה שאדם יכול לעשות רואים אותו כעשוי וגם טוענים כן עבור הלוקח. ולא יכול הבע"ח לומר 'לכי תהדר' (ולמד את דבריו מהסוגיא בכתובות קט; ועיין סיכומי חזקת קרקעות בענין 'מי שאבדה לו דרך שדהו'). והביא שהראב"ד השיג על הרי"ף בזה. וכתב הנמו"י שכן העלו המפרשים.

רש"י פירש שמה שהקשתה הגמרא מניזקים ולא מבע"ח הוא משום שרק אצלם יועיל האיום להוריד אותם לזיבורית, כדי שישכימו לפשרה לגבות מבינונית. אבל למי שדינו הוא לגבות מבינונית לא יועיל איום כדי להורידו לזיבורית, שאין לו מה להפסיד אם יאמר 'לכי תהדר'. (ועיין במאמר הנ"ל שגם בסוגיא בכתובות קט: פירש לשיטתו בזה). וכן הסכימו התוספות כאן (בד"ה אי שתקת). ובכתובות (ד"ה ורבנן) דחו דברי רש"י ופירשו בע"א, שאין מקבלים טענת 'אי שתקת' אלא כדי להחזיר את המצב כמו שהיה לפני כן.

הטור סתם כדברי הרא"ש ושם המוכר חי כולם גובים מזיבורית. והשו"ע העתיק לשון הרמב"ם, והרמ"א הביא י"א כדעת הרא"ש. והביא הש"ך שהמהרש"ל הכריע כדברי רש"י. ובפנים כתב שגם טוענים עבור הלוקח להוריד כל אחד לדינו (וכן מוכח מדין כתובת אשה וכמ"ש התוס' בכתובות), אבל כדי להוריד לפחות מדינו לא מועיל אלא באיום. והביא ראיה לזה מהסוגיא בכתובות, והש"ך דחה ראיתו (עיין במאמר הנ"ל).

כתב הנתניבות שאפשר שהוכיחו הפוסקים שלהלכה לא מקבלים טענת 'אי שתקיתו' ממה שמבואר ביבמות לו: שמשום סברת 'קם דינא' הקונה מארבעה יש לו את הזכות שהיה לארבעה לדחות את מי שאבדה לו דרך שדהו (עיין במאמר הנ"ל שאינו פשוט כלל שלמסקנה הוא משום 'קם דינא'). וא"כ אילו היה אפשר לדחות בטענת 'אי שתקיתו' בחיי המוכר, גם אחרי מותו לא יפסידו הלקוחות את דינם. אבל לי נראה שהאמת היא שלא אומרים 'קם דינא' אלא במה שהיה כח למוכר, וברגע שמכר את הזיבורית גם המוכר הפסיד את כוחו לשלם ממנה.

עוד כתב הטור שלי"ד שיחזיר הלוקח את השדה שקנה, אלא אפילו שדה אחרת יכול להחזיר לו ואפילו במתנה. ואפילו מטלטלין יכול לתת לו, רק שימצאו לו שום דבר לגבות ממנו ואז אינם יכולים לגבות מהלקוחות. והסמ"ע העתיק דברי הטור, וכתב הנתניבות שגם הטור יודה שאם לא קנה שום זיבורית מהמוכר שאינו יכול להחזיר לו מזיבורית שלו ולהפסיד את הבע"ח. שמבואר בכמה מקומות שיתומים ולקוחות אינם יכולים לסלק את הבע"ח מקרקע המשועבדת לו אלא בכסף. ועוד, שא"א לסלק את המלוה מאפותיקי מפורש בטענה שיחזיר מעות למוכר. והטעם הוא כמ"ש התוס' בכתובות, שרק מחזירים למצב הקודם.

הראיות של הנתניבות חזקות הן, אבל מדברי הרא"ש לא נראה שהדין תלוי במצב הקודם. ומדברי הטור משמע בבירור שלא סובר כמ"ש הנתניבות, שאלי"כ למה הזכיר החזרת שדה אחרת. ואף שהביא הנתניבות יישוב לזה מהדרישה, לא הבנתי את דבריו.

סעיף ו

אם מכר הקונה לאחר

אומרת הגמרא שפשוט הוא שאם מכר הלוקח בינונית וזיבורית ושייר עידית אצלו, כולם גובים מהעידית מכיון שקנה אותה באחרונה (העיר הסמ"ע שמ"מ אם רוצה הבע"ח לגבות מבינונית של הלוקח כדינו, הרשות בידו. וכן מוכח מהמשך הסוגיא וכמו שיתבאר). וגם אם מכר העידית ושייר בינונית וזיבורית, סבר אביי לומר שכולם גובים מהעידית. ואמר לו רבא שאינו כן, שכמו שהראשון היה יכול לוותר על התקנה שאין גובים ממשועבדים במקום שיש בני חורין ולשלם לכל אחד כדינו, גם השני יכול לעשות כן. שהראשון מכר לשני כל זכות שתבוא לידו.

סעיף א

מכירה לאחד בבת אחת

אומרת הגמרא שאם ראובן מכר כל שדותיו לשמעון, והלך שמעון ומכר שדה אחת ללוי, בעל חוב של ראובן יכול לגבות מאיזה מהם שירצה. וביאר הסמ"ע שלא שייך כאן טענת 'אי שתקת', שלא אומרים שלוי קנה את הזכות שהיה לשמעון לטעון כן. א"נ לפי השיטות שאומרים טענת 'אי שתקת' גם למסקנת הגמרא צ"ל שמדובר כאן כשמת המוכר (אבל נראה ברור שבאמת אין צורך לזה, והעיקר הוא כתירוץ הראשון). אבל הביא הש"ך שמפני קושיא זו דחה המהרש"ל את השיטות האלה.

סימן קיט

ממשיכה הגמרא שזהו רק אם לוי קנה בינונית, אבל אם קנה עידית וזיבורית יכול לטעון שדייק וקנה
קרקע שאינה ראויה לבע"ח. ואפילו אם קנה בינונית, אם שייר עוד בינונית אצל שמעון אינו גובה מלוי.
שיכול לומר לבע"ח 'הנחתי לך מקום לגבות ממנו'.

סימן קכ

הזרוק חובו סתם או בתורת גיטין וזרקו נאבד ובו ב סעיפים :

סעיף א

אמירת 'זרוק לי חובי'

כבר ביארנו את הסוגיא לענין הגט בסיכומי גיטין בענין 'נתינת הגט'. ואומרת המשנה "וכן לענין החוב: אמר לו בעל חובו זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה זכה המלוה. קרוב ללוה, הלוה חייב. מחצה על מחצה, שניהם יחלוקו." ומקשה הגמרא (בע"ב) מזה על מה שאמר ר' אסי אמר ר' יוחנן שלגיטין אמרו ולא לדבר אחר, והוצרכה לעשות אוקימתות במשנה וכמו שנבאר בהמשך. ומזה הוציאו כל הפוסקים שבאמת אם אמר המלוה רק 'זרוק לי חובי' ועשה כן הלווה, לא נפטר הלווה מהחוב אלא הגיע ליד המלוה.

ביאר הסמ"ע שכוונת האומר 'זרוק לי חובי' היא 'זרוק ושמור'. והנתיבות דחה א"ז וכתב שאף שלא התכוין לשמירה לא נפטר הלווה אם לא שיאמר כן המלוה במפורש, וכדאיתא בב"ק צג. שלא נפטר אדם ממה שבא לידו בתורת שמירה עד שיאמר המפקיד שיפטר. והוכיח כדבריו מכח שלוש קושיות:

- (א) לפי פירוש הסמ"ע אם אמר 'זרוק לי', שא"א לומר שכוונתו היא 'זרוק ושמור', יפטר הלווה.
- (ב) אם אמר 'תן לקטן' ועשה כן יתחייב הלווה, שכוונתו היא 'תן ושמור'. וזה אין סברא כלל.
- (ג) אם אמר 'זרוק לי חובי' ועשה כן ונאבד באונס, יפטר הלווה. אבל משמע שכל דין לווה יש עליו עד שיגיע ליד המלוה.

'זרוק לי חובי ותיפטר'

מתרצת הגמרא שהמשנה דיברה כשאמר המלוה 'זרוק לי חובי ותיפטר'. ודוחה הגמרא את התירוץ הזה שא"כ 'מאי למימרא'. והקשו התוספות שאדברה היה לגמרא להקשות שאם מדובר בזה למה לא נפטר הלווה אם נפל קרוב לו. ותירצו שמסתמא מדובר כשפירש לו שיזרוק למקום שיכול הוא לשומר. והרשב"א מתרץ בדרך שונה קצת, שכוונתו היא שיזרוק לתוך רשותו (גם אם לא פירש). והביא ש"ח בירושלמי.

וז"ל הרמב"ם בזה (מלוה ולוה טז, א): "אמר לו המלוה זרק לי חובי והפטר, וזרקו לו ואבד או נשרף קדם שיגיע ליד המלוה, פטור." והמ"מ הביא רק דברי הרשב"א, וכתב שאפשר שדיבר הרמב"ם כשזרק לתוך רשות המלוה. אבל השי"ך כתב שהרמב"ם למד כתוס', והביא ש"כ הב"ח. ודייק כן גם מדברי הסמ"ע (אבל לא הבנתי את הדיוק).

בפיהמ"ש כתב הרמב"ם שגם באמירת 'זרוק לי חובי והיפטר' לא נפטר הלווה עד שיגיע ליד המלוה. ותמה עליו הקצות שמהגמרא משמע שאינו כן, והניח בצ"ע. והרב קאפח יישוב שמ"ש הרמב"ם בפיהמ"ש שצריך להגיע ליד המלוה ר"ל לרשותו, וכדעת הרשב"א. וצדק המ"מ בפירוש דברי הרמב"ם ביד החזקה. והדוחק מבואר. והיד פשוטה האריך להוכיח שהיה גירסא אחרת בגמרא שעל פיה כתב הרמב"ם את דבריו בפיהמ"ש, ושנראה שביד החזקה חזר בו והשתכנע שהגירסא של הספרים שלנו היא הנכונה.

הביא הפ"ת (א) שהמל"מ (שם) העיר שלפי דעת רבינו ישעיה שהביא הטור בסוף סימן יב, שמחילה לא מועילה על מלוה בשטר, צ"ל שמדובר כאן במלוה ע"פ דוקא. והשער משפט חולק עליו שגם כולם יודו שנפטר הלווה. שכל טעמו של רבינו ישעיה וסייעתו היא שכל זמן שלא מחזיר המלוה את השטר מוכח שלא מוחל לו בלב שלם, וכאן אין זה שייך.

'זרוק לי חובי בתורת גיטין'

מסיקה הגמרא שדיברה המשנה כשאמר המלוה 'זרוק לי חובי בתורת גיטין' (שאז כל הדינים של הלכות גיטין נוהגים, וביארנו אותם במאמר הנ"ל ואכמ"ל). וביארנו התוספות (בד"ה מחצה על מחצה) שבמקרה של מחצה על מחצה לא שייך לומר המוציא מחבירו עליו הראיה, שאין כאן ספק. והעירו האחרונים שזה אינו אלא לפי ר' יוחנן בגמרא, שהמקרה הוא ששניהם יכולים לשומר או שניהם אינם יכולים לשומר. שאילו לפי רבה ורב יוסף המקרה הוא שיש שתי כיתי עדים המכחישים זא"ז, ויש ספק.

המהרש"א יישוב שסוברים התוס' כפירוש המרדכי, שמדובר כשהחוב הוא עדיין בעין והוא לפני זמן הפרעון, ורוצה הלווה לחזור בו (כתב כן כדי ליישב את הקושיא הנ"ל). והקשה הקצות שא"כ מה הקשו מתחילה, שודאי לא שייך לומר המוציא מחבירו עליו הראיה כגון זה. אבל אינו מובן לי כ"כ למה באמת אין שייך כאן הממע"ה, שלכאורה הלווה הוא המרא קמא ועל המלוה הוא להוכיח שזכה בחוב.

יישב הקצות שלפי ר' יוחנן ודאי לא מדובר כשהחוב הוא בעין, שמכיון שפירש שיקרוב לו הוא רק שיכול לשומר, אין זה מספיק כדי שיזכה המלוה בחוב ולא יוכל הלווה לחזור בו. ומפני זה הקשו התוס' לפי ר' יוחנן, שלפי רבה ורב יוסף באמת לא היה קושיא כלל. אבל העיר שמהמרדכי משמע שרצה לפרש גם בדעת ר' יוחנן שהחוב הוא בעין, וקשה הוא. ומה שמשמע מדברי הטור שזכה המלוה, י"ל שמדובר בתוך ד"א ומדין חצר.

סעיף ב

אם המלוה מסרב לקבל פרעון

כתב הרמב"ן בתשובה (סימן נא) שבכגון זה ל"צ הלווה להניח הפרעון בב"ד, אלא זורקו בפניו או בחיקו והולך לו. שנתנה בע"כ נתינה היא כדאיתא בגיטין עה. והתרומות הביא דבריו, והוסיף שאפילו למ"ד בגמרא שם שנתנה בע"כ אינה נתינה, זהו רק בגירושין ע"מ לתת מאתים זוז או בפדיון בית בערי חומה תוך שנה, שמכר הוא. אבל בפרעון הכל מודים שמועיל בע"כ של המלוה. וגם הטור הביא דברי הרמב"ן, וכן סתם השו"ע.

ממשיך הטור שגם אם אמר הלווה "הנה מעותיך צרורים ומונחים בביתי, בוא וטול מעותיך!" והמלוה מסרב, אם נגנבו או אבדו פטור הלווה אא"כ פשע בהן. והמרדכי הביא מחלוקת בזה, שריב"א כתב שבה לא נפטר הלווה מכיון שיכול לחזור בו ולהשתמש במעות. וראב"י סובר שנפטר אם המעות הן מזומנים בידו, ואם אמר במפורש שאינו רוצה להיות שומר חנם על המעות, פטור אפילו מפשיעה.

השו"ע סתם כדברי הטור, והרמ"א כתב שיש חולקים. והסמ"ע הקשה שברמ"א בסימן עד סעיף ג ובטור וש"ע בסימן קצח סעיף יז מבואר שלא מועיל אמירת 'בא וטול זוזך'. ותירץ שכאן מדובר כשמתחילה הביא הלווה את המעות למלוה וסירב לקבלם, ואז אמר לו שיניח אותם בביתו. או שלא התכוין הלווה לומר שהמלוה יבוא אחריו ויקח את המעות, אלא שיהיה מזומן לקבלם בעת שיביא אותם. וסירב המלוה בזה, ולכן נפטר הלווה (אפילו מלהיות שומר חנם אם כן התנה, כן ביאר בסק"א).

הש"ך יישב בע"א, שכאן נפטר הלווה מיד מכיון שאמר למלוה שהמעות הן צרורים, ושוב אינו יכול להשתמש בהם (כנראה שזה מטעם מחילה, וצ"ע). ובסימן עד לא אמר לו הלווה שהן צרורים, אף שבמצאותה היו צרורים כמ"ש הרמ"א שם. וכן הדין של סימן קצח מתורץ בדרך הזה. וביאר כן בכוונת ראב"י, ואף שכתב כן אפילו בפקדון (שהוא תמיד כמו צרורין, כנ"ל בכוונתו) י"ל שיודה שאם אמר 'טול את שלך' שנפטר (אבל לי נראה מלשון המרדכי שלא הצריך ראב"י אמירה מפורשת שהמעות הן צרורים).

עוד ביאר הש"ך שה"ש חולקים' שהביא הרמ"א הוא דעת ראב"י שאפילו אם פשע פטור, ודלא כב"ח שכתב שהוא דעת ריב"א שחייב הלווה. שהריב"א רק הסתפק בזה (אין זה ברור כלל מלשון המרדכי), וגם לפי הבנת הב"ח היה לרמ"א לכתוב שהעיקר הוא כדעת היש חולקים לשיטתו בסימן עד. ודייק כהבנתו ברמ"א מדברי הסמ"ע שהקשה סתירה בפסקי הרמ"א, ואינו מוכרח. ועוד הביא שלענין הלכה גם המהרש"ל פסק כדעת ראב"י שפטור אפילו מפשיעה.

בסימן עד דייק הסמ"ע (בסק"ח) מדברי הרמ"א שיישב בע"א, שכתב דבריו שם כשבא הלווה לפרוע לפני זמן הפרעון. והט"ז שם תמה עליו שגם בתוך הזמן אפשר לפרוע בע"כ, ושלדבריו לא מסתדר מ"ש הרמ"א שם שבפקדון פטור (הסמ"ע עצמו שם הקשה כן ממקום אחר והסתפק אם אפשר ליישב). אלא לשון הרמ"א שם 'בזמן ר"ל כשנשלם הזמן'.

הנתיבות כאן יישב את דברי הסמ"ע שם, שתוך הזמן לא נפטר הלווה כשאמר רק 'טול את שלך', ש"ל שרק רצה להודיע למלוה שיכול לבוא ולקחת, ואה"נ שאם יזדמן לו עסק יחזור בו. אבל אחר זמן הפרעון ע"כ כוונתו היא לפטור את עצמו משמירה, של"צ המלוה את רשותו כדי לגבות את מעותיו. ומ"ש הרמ"א שם שבפקדון פטור הוא רק מאונסים או גניבה, ולא מפשיעה.

עוד כתב הנתיבות שאם אמר הלווה רק 'טול את שלך' וסירב המלוה ושתק הלווה, לא נפטר מהחוב. שצריך פרעון כדי להיפטר, אף שפרעון בע"כ של המלוה מספיק. ובזה מדובר בסימן קצח, וממילא י"ל שהפוסקים שם לא נחלקו. שמי שפטור דיבר כשרצה הלווה לשלם וסירב המלוה לקבל, ומי שחייב דיבר כשאמר הלווה 'טול את מעותיך' ואח"כ שתק.

פרעון לאשת המלוה

הביא הרמ"א מתשובת הרשב"א ומתשובת מיימוני בשם מהר"ם שהפורע לאשת המלוה נפטר מהחוב אם היא בת דעת ונושאת ונותנת בתוך הבית, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד (זה ביטוי מושאל, שהגמרא אמרה א"ז לגבי אשתו ובניו של שומר). והש"ך הביא שהמהרש"ל חולק ע"ז.

הרוצה לשנות הלוואה ל'עיסקא'

הביא הרמ"א מהמרדכי שבמעשה שהגיע זמן הפרעון ואמר המלוה ללווה שיתעסק במעות למחצית שכן, ונאנסו, פסק ר"י שהלווה חייב כבתחילה. שאין המעשה משתנה ב'דברים בעלמא'. ובפנים מבואר שהטעם הוא משום שלא התכוין לפוטרו אם לא אמר במפורש שיפטר. וכתב הקצות שזהו דוקא משום שלא אמר אלא שיתעסק בהם למחצית שכן, אבל אם אמר שיהיו לו בתורת עיסקא לא גרע מזרוק לי חובי בתורת גיטין' של"צ אמירה מפורשת לפטור.

הלכות הרשאה

סימנים קבא-קכו

סימן קכא

השולח חובו על ידי שליח ובו יב סעיפים:

סעיף א

המצווה מלווה לפרוע חובו ע"י שליח ואבד, האם נפטר מהחוב?

לשון המשנה בב"מ צח:

השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו, או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור. אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בןך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאל: הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי או ביד בןך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה - חייב. וכן בשעה שמחזירה.

כלומר מבואר במשנה שאם סיכם אדם עם חברו שישלח לו פרה בהשאלה ע"י שליח מסויים, ושלח המשאל את הפרה ע"י אותו שליח, מרגע ששלח התחייב השואל באחריות פרה זו במידה ומתה כדין שואל, והוא הדין להיפך שאם סיכם השואל עם המשאל שיחזיר את הפרה ע"י שליח, מרגע ששלח נפטר מאחריות פרה זו, אך אם לא סיכם השואל עם המשאל שישלח לו ע"י שליח לא התחייב השואל עד שהגיע לידו, וכן אם החזיר למשאל ע"י שליח מבלי שסיכם עמו לא נפטר עד שיגיע לידו. **ע"פ זה פסקו הטור והשו"ע** שהוא הדין לעניין הלוואה, שאם שלח פרעון חובו על ידי שליח ועשאו המלווה שליח, כבר נפטר מחובו.

מהו טעם הדין כשצווה שישלח לו חובו ע"י אחר ושילח על ידו, נפטר הלווה?

נראה שלפני שאנו נכנסים לפרטי סימן זה יש להקדים בהבנת הטעם מדוע נפטר הלווה מחובו במידה ושלח את חובו ע"י אדם שצווה המלווה לשלוח עמו:

השיטה מקובצת⁷³⁷ **הביא בשם הר"ן** ששאל מדוע נפטר הלווה במציאות זו, והרי מבואר בגמרא בב"ק קד שניבא בסעיף ב שבכדי למנות שליח קבלה יש לעשות כן בפני עדים, וכאן לא מינה בפני עדים.

וכתב בתחילה שהיה מקום לומר שהואיל ומינה את השליח בפני הלווה, אינו צריך עדים. **אך הקשה** שביאור זה לא מועיל לדעת רבה שם בגמרא שסובר שאפילו אם שלח בפני עדים לפרוע חובו אין זה מועיל, מפני שיתכן שעשה כן בכדי לומר לו שאותו אדם נאמן ושיכול לשלוח על ידו, אך לא שמינהו כשליח קבלה.⁷³⁸

ולכן כתב הר"ן שהסיבה שנפטר הינו מדין ערבות, שכשאמר המלווה ללווה ליתן את המעות לשליח, נתחייב לו מדין ערב כמבואר בקידושין ו: שכל מוציא ממון מרשותו על פי חברו נתחייב לו חברו מדין ערב. **וכן נקט הנתיבות (ד)**

אך מדברי הסמ"ע בתחילת סימן קכ ס"ק א עולה שהטעם הוא מפני שהמלווה פטרו במידה ויתן לאותו אדם, ושם ביאר הסמ"ע מדוע כאן אין צורך לומר והפטר, בניגוד למקרה בסימן קכ שאומר זרוק חובי, שאין הלווה נפטר עד שיאמר המלווה 'והפטר', שבמקרה שם כל עוד לא אמר והפטר יתכן שכוונתו זרוק ושמו, ואילו במציאות שלנו ברור שלא התכוון המלווה לומר ללווה שישלח יחד עם השליח, ולכן ברור שפטרו.⁷³⁹

בסעיף ב נביא שהנתיבות (ד) ביאר שהש"ך והמהרש"ל נחלקו בטעם דין זה, שהמהרש"ל סבר שהפטור הינו משום ערבות, ולכן אף שלא אמר במפורש שיהיה שליחו ורק אמר לך אמור לו שישלח על ידך, ואף שלא היו עדים זה מחייב, ואילו הש"ך סבר שדין זה עובד מדין שליחות ולכן צריך למנותו ובפני עדים.

ושם ביאר שהסיבה שהש"ך סובר שאין כאן פטור מטעם דין ערב, הוא מפני שבערב האדם נותן לפלוני מעות ונעשים המעות ממש של פלוני, ולכן מתחייב המצווה לערב, אך כאן כשנתן לשליח לא נעשו המעות של השליח, וכל עוד לא זכה המשלח יכול ליטול ממנו כמבואר בש"ך בס"ק מ"ד. אך הנתיבות הכריע שהעיקר הוא שהתחייב מדין ערב. [ושם נרחיב במחלוקת הני"ל].

צווה המלווה בכתב או שלא בפניו שיפרע לו חובו ע"י שליח ושלח, האם נפטר מחובו?

כתב הנימוק⁷⁴⁰ **בשם הריטב"א**⁷⁴¹ שאין הבדל בין אם צוה בפיו או בכתב שישלח לו ע"י שליח ובשניהם נפטר הלווה, **וכן כתב הרמב"ם**⁷⁴² שאפשר לסמוך על כתב יד ובלבד שיכיר שהוא כתב ידו.

⁷³⁷ ב"מ צח: ד"ה וזה לשון הר"ן

⁷³⁸ לכאורה אין קושייתו קשה שכאן עוד יותר פשוט לומר שרבה אמר כן דווקא שמינהו שלא בפני הלווה, אבל כשמינהו בפני הלווה, נראה שכוונתו למנותו כשליחו, ויש לדון בזה.

⁷³⁹ והשיג עליו הנתיבות שם ס"ק א לשיטתו שהטעם שאינו צריך לומר והפטר הוא מפני שנפטר מדין ערב, והנתיבות לא קיבל את החילוק לעניין אמירת והפטר בין זרוק חובי, לשלח ע"י עבדי ע"ש.

⁷⁴⁰ ב"מ נו: ד"ה מתני

⁷⁴¹ ח' הריטב"א החדשים ב"מ צח: ד"ה וכן.

⁷⁴² שלוחין א, ח.

אף הרי"ף⁷⁴³ כתב שאם כתב בכתב ידו זה מועיל, אך תלה זאת מכח מנהג התגרים, וכתב שכן שלחו הגאונים מהשיבה.

הרא"ש⁷⁴⁴ תמה על דבריו וכתב שאינו יודע מדוע תלה זאת במנהג התגרים, שהרי שפשוט שאם יש עדים שהוא כתב ידו של המלוה או שהוא מודה בזה שיועיל.

הטור והשו"ע פסקו דין זה ולא הזכירו שהוא מכח המנהג.

הסמ"ע כתב (ב) שיש טעות סופר ברי"ף ומה שכתב שתלוי מכח המנהג זה לענין דין אחר: ששלח בסתם שיפרע לו ולא הזכיר שישלח לו ע"י שליח (ולקמן נביא שכך גרס התרומות בדבריו), והוכיח שבטור משמע שדין זה אינו מן התקנה.

והביא הש"ך (ב) שכן כתב המהרש"ל⁷⁴⁵ והב"ח.

יש לציין שדעת תוספות בב"ק⁷⁴⁶ שלא מועיל כתב יד, עד שיאמר בפניו, וזה קשור לשיטתו הכללית שדין זה של האומר שלח ביד עבדי וכו' מועיל דווקא כשאמר כן בפניו, אך שלא בפניו אין זה מועיל.

והתוס' הוכרח לזה מהגמרא שם בדף קד: שמביאה את דעת שמואל שאין לאדם לפרוע לחבירו ע"י שליח אף אם הגיע בחותמו של המלווה (דיוקני) ושאלה הגמ' 'מאי תקנתיה' והסיקה שיעשה קניין, ולכאורה היה פתרון פשוט יותר שיצווה בכתב שישלח בידו, אלא על כרחך שאין זה מועיל אלא כשאומר כן בפניו⁷⁴⁷.

לעומת זאת התוס' בב"מ⁷⁴⁸ כתבו שבאמת מועילה אמירה זו אף שלא בפניו ואף בכתב יד, והסיבה שלא אמרו תקנה זו היא מפני שרצו ללמד את תקנת הקניין וגדר 'הרשאה'.

הנתיבות (ד) כתב שרואים שהפוסקים הכריעו כדברי תוס' בב"מ שמועילה אמירה זו אף שלא בפניו מכך שפסקו כאן שמועיל כתב ידו, וכן הביא בשם מהרש"ל שכתב שאף תוס' חזרו בהם מדבריהם בב"ק והסיקו כדבריהם בב"מ.

[ובסעיף ב נתייחס ליחס בין דין זה שמועיל אף שלא בפניו לבין הדיון בב"ק אם ניתן לעשות שליח לקבל בפני עדים ע"י ש.].

אם צווה המלוה שישלח ע"י שליח חרש שוטה וקטן, האם נפטר הלוה? (וכן להיפך)

כתב הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק ב הלכה ג: "האומר לחבירו מנה שיש לי בידך בין מלוה בין פקדון שלחהו לי ביד פלוני אפילו היה קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר ואינו חייב באחריותו.

והכתב התרומות⁷⁴⁹ שנראה מדברי הרמב"ם שכשם שמועיל בזה שליחות ע"י קטן, הוא הדין בחרש ושוטה. אך הביא שהרמב"ן חולק וסובר שאינו נפטר אלא במי שראוי להיות שלוחו, שכל עוד לא ראוי לשלחו לא יצא מרשותו, והביא ראיה לדבריו ממה שמבואר בב"מ צט. שאם שלח ביד עבד כנעני, לא נפטר הואיל ויד העבד כיד רבו, וכן מבואר בגיטין עח: שאם אמר המלוה זרוק לי חובי וזרק אפילו קרוב למלוה, חייב הואיל ולא יצאה מרשותו.

[ובתרומות מבואר שלרמב"ם יש לחלק בין שולח ע"י עבדו שלא הוציא מרשותו לבין שולח ע"י סתם גוי וכ"כ הש"ך (ג)]

והכתב הרמב"ן שמכל מקום כשכותב במפורש 'שלח לי ביד גוי פלוני והפטר' נפטר. (א"א- כדן האומר זורק חובי והפטר).

הטור והשו"ע סתמו כדעת הרמב"ם שאם אמר שלח ע"י חש"ו ושלח, נפטר.

הקצות (א) כתב להוכיח כדעת הרמב"ן מהגמרא בב"מ עא: שם אומרת הגמ' שיהודי שלוח מגוי בריבית לא יכול לתת את אותו כסף לחבירו ע"מ שהוא ישלם את הקרן והריבית לגוי, אפילו בציווי של הגוי, הואיל ואין שליחות לגוי זה נחשב שהיהודי הראשון מלוה לשני בריבית, ורק כאשר אמר הגוי לללוה הנח על גבי קרקע והפטר, רשאי שהשני יקח משם ויתחייב לגוי.

וכן להיפך לענין מקרה שגוי לווה מישראל, ואמר הישראל לגוי ליתן לישראל אחר ושיתחייב לפרעו, מבואר שם שרק מכח שליחות לגוי לחומרא, אסור לעשות כן.

ולמד הקצות מכאן שהואיל ואין שליחות בשם הגוי, לכן במקרה הראשון אף שהביא היהודי את המעות ליהודי השני בשליחותו של הגוי לא יצא המעות מרשותו של היהודי הראשון, וכן במקרה השני שהגוי נתן בשליחותו של היהודי לא יצא מרשותו של הגוי, ולכן כתב הקצות שהוא הדין שנתן לגוי לפרוע למלווה לא יצאו המעות מרשותו של היהודי, וחייב עליהם אם אבדו, אך במקרה שאמר 'תן לזה והפטר' זה מועיל, ואף ששם כתוב שרק אם אומר תן על גבי קרקע והפטר, כבר מבואר בריב"א שם שהוא הדין באומר תן והפטר, ומבואר בשטמ"ק שאף החולקים שם בריבית, לא חולקין אלא מטעם שעדיין נראה כריבית, אך במקרה שלנו יודו שדי לומר תן ותפטר⁷⁵⁰.

⁷⁴³ ב"ק בדף לו :

⁷⁴⁴ ב"ר פרק ט סימן כג.

⁷⁴⁵ ב"ק פרק תשיעי סימן לו.

⁷⁴⁶ קד: ד"ה 'אישי'

⁷⁴⁷ עיין לקמן הערה 777 שהבאנו את דברי ר' מבורך טויטו בהבנת הרמב"ם בסוגיא המיישבת גם את קושיית תוס' הנ"ל.

⁷⁴⁸ צח: ד"ה 'ואמר לו'

⁷⁴⁹ שער נ ח"ג סימן ז.

⁷⁵⁰ יש להעיר שאכן מלשון הריב"א משמע שהוא מדרבנן, אך מלשון הרשב"א בשם הרמב"ן וכן ברמב"ן עצמו קצת משמע שזהו מעיקר הדין, הואיל וכשנתן לישראל עדין לא נפטר מחובו ורק באותו שלב נפטר (אך לא מוכרח ע"י ש).
אח"כ מצאתי שבהערות לחידושי הרמב"ן (מכון הרב הרש"ל) הערה 515 העירו כדברינו שברמב"ן משמע שהוא מעיקר הדין, והביא שברשב"א ד"ה אמר רב הונא הסתפק במפורש אם הוא מדאורייתא או דרבנן, ונראה שעיקר

הנתיבות (א) כתב שדברי הקצות תמוהים למעיין בסוגיא שם. ובהוספה מכתב יד ביאר שפשוט במקרה שלנו שאמר המלוה תן לגוי והפטר ואבד, שנפטר הלווה מפני שנתחייב המלוה ללוה מדין ערב, ואמת שכל עוד שלא אבד לא נתחייב לו, הואיל ולא יצא מרשות הלווה שאין שליח בגוי, אך כאשר אבד כבר נתחייב, וכן בסוגיא שם בגוי שאומר לישראל תן לישראל אחר והפטר, הוא יתחייב לו מדין ערב במידה והמעות יאבדו, אך כל עוד לא אבדו הם ברשות הישראל הואיל ואין שליחות לגוי, ולכן הישראל מלווה משלו ועובר על ריבית.

יש להעיר שנראה שהקצות והרמב"ן למדו שהטעם שנפטר הלווה כשאומר המלוה שלח ע"י פלוני, הוא מפני שנעשה כשליח קבלה, ולכן אם לא יצא מרשותו לא נעשה שליח קבלה, שהרי לפי הטעם של ערב כבר העיר הנתיבות שאין דין זה שייך⁷⁵¹, וכן מבואר שאינו נפטר מהטעם שפטר אלא כשאמר במפורש 'הפטר' ומשמע שבמקרה רגיל אינו נפטר מטעם 'הפטר' אלא מטעם שליחות ודוק.].

מה הדין כשאומר המלוה פרע לי ע"י מי שתוצה ולא מינה שליח מסוים?

כתב הרי"ף⁷⁵² שאם התנו מתחילה שיש ללווה רשות לשלוח למלוה ע"י מי שירצה, כל תנאי שבממון קיים ואם עשה כן ונאבד פטור. **וכן כתב הרמב"ם בפ"ב ה"ג.**

אמנם הבי"י (ו) הביא בשם התרומות⁷⁵³ שדייק מלשון הרמב"ם בפרק א הלכה ח שצריך לייחד אדם מסוים שכתב שם שאמר לו לשלח ביד לו.

והב"י כתב שאין הכרע משם שאורחא דמילתא נקט, **והגידולי תרומה תמה יותר** וכתב שזה סותר את דבריו המפורשים בפרק ב הלכה ג.⁷⁵⁴

מה הדין ככששלח המלוה שלח לי את החוב ולא כתב שיעשה כן ע"י שליח?

הבאנו לעיל שהרי"ף⁷⁵⁵ **כתב** שהכותב בכתב ידו שישלח ע"י שליח ושלח פטור, ותלה דין זה מכח המנהג. והבאנו שהרא"ש תמה שדין זה הינו מעיקר הדין.

ובאמת בתרומות⁷⁵⁶ **ובטור** נראה שגרסו ברי"ף באופן אחר, והוא שאפילו כתב המלוה רק לשון 'שדרינהו ניהלי' כלומר שלח אליי, ולא הזכיר ע"י שליח אין הלווה חייב באחריותו משום מנהג תגרים.

הטור הביא שהראב"ד העיר שאם אין מנהג ידוע חייב הלווה באחריות, שאין ראייה מהבאת הכתב לתת הממון למי שהביא הכתב, שאפשר שכוונתו שישלח ביד מי שראוי לשלחו שיביאהו בלי סכנה.⁷⁵⁷

וכתב התרומות שברמב"ם בפרק א הלכה ח משמע שצריך שימנה שליח מסוים, וכתב הבי"י שאין בדיוקו של התרומות הכרע.⁷⁵⁸

אמר המלוה שלח ע"י מי שתוצה ושלח ע"י מי שלא נאמן או עכו"ם ואבד האם נפטר מחובו?

עוד כתבו בתרומות ובטור בדברי הרי"ף שכתב שאם כתב 'שדרינהו ניהליה' ושלח ע"י שליח ואבד פטור שזה דווקא כששולח ע"י אדם נאמן וכדרך שבני אדם רגילים להעביר שם ממונם. אבל אם שלח לו ע"י מי שהחוזק כפרו, או במקום סכנת דרכים שאין הרבים רגילים להעביר שם ממונם, הרי פשע וחייב. שעל דעת כן לא הרשהו אלא אם כן פירש לו, **וכן פסק השו"ע.**

הספק הוא האם האיסור בריבית היא ההלוואה ע"מ לקבל ריבית, או עצם הלוואה תמורת ריבית, אף שהוא אינו מקבל אותה, ועיין בש"ך יו"ד קסח ד שכתב בפשיטות שדין זה הינו מדרבנן.

ומכל מקום נראה שאף לשיטה הסוברת שהאיסור הינו מדאורייתא נכונים דברי הקצות, שהרי כל טעמם הוא שבשעה שנתן עוד לא יצא מרשותו, אך לאחר מכן כבר נפטר מחובו, וא"כ במקרה שלנו לאחר שנתן נפטר מחובו, ולכאורה דבר זה פשוט שאין הדבר תלוי בשליחות, אלא בתנאי שהתנה עמו המלוה, **וצריך עיון** מדוע נצרך הקצות לטעם של מחזי ריבית.

ושמעתי מר' איתן וגנר שנראה שלקצות היה פשוט שאיסור ריבית הוא רק באופן שמקבל את הריבית, ולכן אם האיסור הינו מן התורה, היה מוכרח להיות שהמעות לא יצא מרשותו ונותר חייב, ולכן הוכרח לומר שהוא מדרבנן, אך באמת לשיטה הסוברת שניתן לעבור על ריבית על אף שכבר נפטר מחובו ואינו יקבל בעצמו את הריבית, באמת אין כלל דימוי בין הסוגיות, ודוק.

אמנם יש להעיר שיתכן שאף דין ערב לא עובד אלא במקרה שהשני קיבל את המעות באופן שלם, ורק אז מתחייב המצווה, אבל כאן שהמעות אינם של הגוי, יתכן שאף אם יאבדו לא התחייב המצווה, ולכן רק כשיצא ברשותו בשעה שנתן, רק אז נתחייב מצוה מדין ערב, (מכל מקום נראה לי שהרמב"ן סבר שהפטור הינו מטעם שנעשה שליח קבלה, ואין לי הפנאי להעמיק בזה).

⁷⁵² בי"מ לו :

⁷⁵³ שער נ ח"ג סימן ט

אך נראה לי שהתרומות התכוון ללמוד ברמב"ם שבמקרה שסתם ואמר 'שלח לי' ולא אמר ע"י מי שתוצה, שאינו מועיל, וסתם בזה הואיל וכשאומר ע"י מי שתוצה זה כאומר שם פלוני מפורש, וכן בסימן לפני כן (סימן ח) כתב התרומות כן בשם הרמב"ם מפורש שאם אמר שלח ע"י מי שתוצה ושלח פטור, ולא יתכן שסימן אח"כ יטעה בזה. ונראה שאף הבי"י הבין כך את התרומות ולכן לא הקשה עליו מפרק ב הלכה ג רק כתב שאין בדבריו הכרע, ודוק.

⁷⁵⁵ בי"ק לו :

⁷⁵⁶ שער נ ח"ג סימן ט.

הבי"י נתקשה מניין הבין הראב"ד שכוונת הרי"ף שהמנהג הוא לתת דווקא לאותו אדם שהביא את הכתב והסיק שכנראה למד מהגאונים, ולדינא פשוט שהכל תלוי במנהג.

⁷⁵⁸ ועיין הערה 754 מה שביארנו בדברי התרומות הללו.

הש"ך (ח) הביא שהלבוש הבין שדי שיפרש לו שישלח ע"י מי שירצה ויפטר, ובאופן הזה כבר יכול לשלוח ע"י מי שהוחזק כפרן.

ההש"ך השיג על דבריו שפשוט שרק שפירש לו באופן ספציפי לשלוח ע"י מי שהוחזק כפרן הרשות בידו. **עוד הביא הש"ך (ו) את דברי המהרש"ל** שאם לא פירש פשוט שאינו יכול לשלוח ע"י חש"ו ועכו"ם, **והוסיף הש"ך** שאינו יכול לשלוח אפילו ע"י גוי נאמן וכל שכן בחש"ו שאין לומר שהם נאמנים מפני שאינם בני דעה.

עוד כתב הש"ך (ז) שאם הפקיד ביד מי שאינו נאמן, אפילו אם לא כפר ונאנס השליח, חייב מפני שתחילתו בפשיעה וסופו באונס⁷⁵⁹

מלוה שאמר לפרוע לו ע"י שליח מסויים ושלחו הלוה בדרך שאין בני אדם ללכת ונאנס, האם חייב הלוה?

כתב הסמ"ע (ד) שאם ייחד לו שליח והשליח הלך בדרך שאין בני אדם ללכת בה ונאנס, התלונה היא על השליח ולא על הלוה.

הש"ך (ה) חלק וסבר שהלוה חייב אף באופן הזה שהרי כל הסברא שחייב היא שלא על דעת כן מינהו בכדי שילך בדרך שאין דרך בני אדם ללכת, ולכן חייב גם כשמינה שליח מסויים, וכתב הש"ך שאמנם בתוס' שנביא בסעיף הבא מוכח שסובר כדברי הסמ"ע [ששם כתבו שגם כאשר לא עשאו שליח אלא רק אמר לשני לשלוח על ידו וכוונתו שהוא אדם נאמן, נפטר הלוה אלא אם כן שלחו במקום סכנה, ומשם יוצא שאם עשאו שליח נפטר אף באופן הנ"ל עיי"ש⁷⁶⁰], מכל מקום נראה שהתוס' יסבור כך אף כשלא מינה המשלח אדם מסויים, וכשם שבוזה חולקים התרומות והטור, כך יחלקו גם כשמינה אדם מסויים. **הנתיבות (ב) הביא את דברי התומים** שכתב, שדברי הסמ"ע נכונים במקום שמינה שליח שדרכו ללכת בדרך המסוכנת, שבוזה פשוט שעל דעת כן מינהו.

מה הדין כשאמר המלוה תן למי שתרצה, ואמר הלוה שנתן לפלוני, ופלוני כפר בכך ומה הדין כשאמר לו ליתן בסתם וכפר השליח?

כתב הרמב"ם⁷⁶¹ שאם אמר לו המלוה שלח ע"י מי שתרצה, וטען הלוה ששלח ע"י פלוני וכפר פלוני בכך, פטור הלוה. **וכן פסקו הטור והשו"ע.**

וביאר הנתיבות (ב) שדין זה שפטור הוא דווקא כשאמר תן למי שתרצה שמכיון שאמר לו לתת למי שירצה זה נחשב כאילו ייחד לו כל אדם ולכן אינו צריך לתת לו בעדים, אך אם אמר שלח בסתם, חייב מפני שהיה לו לתת בעדים, ובוזה יישב מדוע פסק הרמ"א בסעיף יא שהאומר למשכנו סתם ומשכנו והלה כופר חייב לשלם, ששם זה היה בסתם.

הנתיבות דן בשאילה מדוע שם התחייב והרי גם אם היה עושה כן בעדים היה יכול לטעון לקוח במיגו דנאנסו, ויישב שהואיל ומכל מקום אם היו עדים שראו שהפקדון כעת בידו לא היה יכול לטעון כן, ולכן נחשב שתחילתו בפשיעה, ואף שכעת נאנס הואיל ואין עדי ראה ובלאו הכי יכל להפטר בטענת לקוח, מכל מקום כעת האונס בא לו מכח הפשיעה, הואיל וכופר בעצם המשכון, מה שלא היה יכול לעשות אם היה ממשכנו בעדים.

על כן הסיק הנתיבות שאם משכן מעות שבהם לא שייכת המציאות שהעדים ראו את החפץ, שאינו צריך לפרעו בעדים, ופטור אם כפר. לשון השו"ע:

שלח לו חובו או פקדונו על ידי שליח, אם אמר לו המלוה לשלחו על ידו, ונאבדו, פטור. אפילו לא אמר לו פה אל פה, אלא ששלח לו בכתב: שלח לי על ידי פלוני, ושלחם על ידו ונאבדו, פטור. והוא שיכיר שהוא כתב ידו, אפילו שהשליח עובד כוכבים או חרש שוטה וקטן. אפילו לא יחד לו אדם ידוע לומר: שלח על ידי פלוני, אלא כתב לו: שלח לי ביד מי שתרצה, ושלחם לו ונאבדו, או כפר בהם השליח, פטור, והוא ששלח לו ביד אדם נאמן, ובדרך שבני אדם רגילים להעביר שם ממונם. אבל אם שלח לו ע"י מי שהוחזק כפרן, או במקום סכנת דרכים שאין הרבים רגילים להעביר שם ממונם, הרי פשע וחייב, שעל דעת כן לא הרשהו, אלא אם כן פירש לו.

סעיף ב

דין מלוה שמינה שליח בעדים מבלי לסכם עם הלוה

לשון הגמרא בב"ק קג.

איתמר: שליח שעשאו בעדים:

רב חסדא אמר: הוי שליח. **רבה אמר:** לא הוי שליח.

⁷⁵⁹ ונראה שכוונתו כביטוי מושאל שהרי אף הסוברים שחייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, יודו כאן הואיל ולא נעשה שלוחו כלל וגם לא פטרו באופן הזה, ולוהו חייב לשלם אף כשנאנסו מעותיו, ופשוט.

⁷⁶⁰ **ולכאורה היה ניתן לומר** שאף תוס' לא אמרו כן, אלא במקרה שמינהו כשליח קבלה ממש, אבל במקרה שאמר לו לשלוח על ידי פלוני, שבוזה יש דיעות שהפטור אינו מדין שליח קבלה אלא משום פטור או ערבות, יתכן שבוזה אף תוס' יודה שלא יפטר באופן ששלחו בדרך מסוכנת, אך עיין שהבאנו לעיל שהנתיבות הבין בש"ך שלעולם הפטור הינו מדין שליח קבלה, ועיין בסעיף הבא מה שהערנו בזה.

⁷⁶¹ שלוחין ב.ג.

רב חסדא אמר הוי שליח, להכי טרחי ואוקמייה בעדים דליקו ברשותיה;
רבה אמר לא הוי שליח, ה"ק: איניש מהימנא הוא, אי סמכת סמוך, אי בעית לשדוריה בידיה שדר בידיה.

תנן: השואל את הפרה, ושילחה ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו, או ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור; האי שלוחו היכי דמי? אי דלא עשה בעדים, מנא ידעינן? אלא דעשה בעדים, וקתני דפטור, **קשיא לרב חסדא! כדאמר רב חסדא:** בשכירו ולקטו, **הכא נמי** בשכירו ולקטו.

תנן: לא יתן לא לבנו ולא לשלוחו; האי שלוחו היכי דמי? אי דלא עשאו בעדים, מנא ידעינן? אלא לאו דעשאו בעדים! **תרגמא רב חסדא:** בשכירו ולקטו. אבל שליח שעשאו בעדים, מאי? הכי נמי דהוי שליח, אדתיני סיפא: אבל נותן הוא לשליח בית דין, לפלוג וליתני בדידיה: שליח שעשאו בעדים הכי נמי דהוי שליח! אמרי: לא פסיקא ליה; שליח ב"ד, לא שנא עשאו נגזל ולא שנא עשאו גזלן הוי שליח - פסיקא ליה, שליח שעשאו בעדים, דכי עשאו נגזל הוא דהוי שליח, עשאו גזלן לא הוי שליח - לא פסיקא ליה; ולא פוקי מהאי תנא, דתניא, **רבי שמעון בן אלעזר אומר:** שליח בית דין שעשאו נגזל ולא עשאו גזלן, או עשאו גזלן ושלה הלה ונטל את שלו מידו - פטור.

רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרוייהו: שליח שעשאו בעדים הוי שליח, וא"ת: משנתנו! במציא לו שליח, דאמר ליה: אית לי זוזי גבי פלניא ולא קא משדר להו, איתחזי ליה, דלמא איניש הוא דלא משכח לשדורי ליה; א"נ, כדרב חסדא: בשכירו ולקטו.

כלומר הגמרא מביאה מחלוקת בין רבה לרב חסדא במקרה שהמלווה מינה שליח שיפרע חובו מן הלווה, והביא הלווה לשליח את הפרעון ונאנס, האם נפטר הלווה מחובו.
דעת רב חסדא שהואיל ומינה בפני עדים גילה דעתו שהוא שלוחו, וכשמגיע המעות אליו כבר הגיעו לרשותו, ולכן נפטר הלווה.

דעת רבה שאינו נפטר, ולטענתו יכול המלווה לומר שכל סיבת המינוי הייתה בשביל לומר ללווה שאותו שליח נאמן, ואם ירצה יוכל לשלוח על ידו בתור שליח שלו ולא של המלווה.

הגמרא מנסה להוכיח מהמשנה בב"מ צח: שהבאנו בסעיף הקודם כדעת רבה שהרי שם כתוב שאם שלח המשאיל פרה ביד שליחו של השואל מבלי שסיכמו על כך הוא פטור ורק אם אמר לו ליתן לשלוחו כבר התחייב השואל משעה שהגיע לשלוחו, ואמרה הגמ' שהרי פשוט שהמקרה הראשון מדובר באופן שמינה השואל שליח בפני עדים, שהרי אם לא נאמר כן, כיצד יכל המשאיל לדעת שהוא שלוחו.
ראיה דומה הביאה הגמ' מהמשנה בב"ק קג. שאומרת שלא יתן הגזלן את הגזילה לשלוחו של הנגזל. ועל כרחק מדובר באופן שמינה שליח בפני עדים כפי שהבאנו לעיל.

הגמרא מביאה שרב חסדא עצמו ביאר שהמשנה בב"ק כשאומרת שליחו מתכוונת לשכירו ולקטו, ומתרצת הגמ' שכך ניתן לבאר גם בב"מ. (עוד מבואר שבגזל, נעשה שליח בעדים רק כשמינהו נגזל ולא גזלן) **להלכה הכריעו ר' יוחנן ור' אלעזר** שהלכה כרב חסדא ואם מינה המלווה שליח בעדים, ושילח הלווה על ידו, נפטר מחובו, וביארו שאת המשנה בב"ק ניתן לבאר כרב חסדא שמדובר בשכירו וכן ניתן לומר שמדובר באופן שאמר המלווה לשליח: "יש לי מעות אצל פלוני לך תתראה אליו מפני שלא מצא איש לשלוח דרכו את חובו", ובמקרה כזה מבואר שאינו נחשב כשליח המלווה.

כלומר עולה מגמ' שהממנה שליח בעדים ונתן לו הלווה חובו, נפטר מחובו, אך אם המציא לו שליח לו נפטר בחובו.

ונחלקו הפוסקים מה נכלל 'בגדר מציא לו שליח':

הטור והשו"ע כתבו שאם אמר לשליח בפני עדים 'מעות יש לי ביד פלוני, לך ואמור לו שדעתך לבוא לכאן ואם יתנם לך הביאם לי', שליח הוא ונפטר הלווה ע"י נתינה לו. ורק אם אמר 'יש לי מעות ביד פלוני ואינו שולחם לי אולי אינו מוצא שליח לשלחם לך והתראה אליו אולי ישלחם על ידיך לי', אינו נחשב כשליח.
הש"ך (י) הביא שהמהרש"ל חולק וסובר שגם הלשון הראשונה הינה בגדר המצאת שליח, ודייק כן מדברי רש"י והנימוק"י, והש"ך חיזק את דבריו.

עוד כתב הש"ך שמשמע מרש"י והנימוק"י שאף כשאומר בפני עדים "אמור לפלוני שישלח על ידך מעות שבידו אינו נעשה שליח, וזה בניגוד לדברי הרא"ש שכתב במפורש שנעשה שליח בזה, ואף המהרש"ל הסכים לדבריו, אך הש"ך כתב שאינו נעשה שליח עד שאומר "הריני עושה אותך שליח לקבל מעותי, או אמור לפלוני שישלח על ידך שעשיתך שליח בעדים"⁷⁶²

הנתיבות (ד) הכריע כדברי מהרש"ל ב' הלשונות שאם אמר 'אמור לפלוני ששלחתיך וכו' שנפטר, אך באמת אם אמר 'אם יתנם הביאם לי' אינו נפטר כדברי המהרש"ל וכנגד דברי השו"ע.

⁷⁶² לכאורה יש להקשות על הש"ך שלשיטתו צריך לומר שאף באופן הזה חולק רבה, ולכאורה כל סברתו של רבה היא שיכל לומר שלא התכוון לעשותו שליח אלא לומר שהוא אדם נאמן, וא"כ אין סיבה שרבה יחלוק כשאומר במפורש שעושהו שליח, וצ"ע.

האומר 'אמור לפלוני ששלחתיך' אם צריך שיאמר כן בפני עדים בכדי שיפטר הלווה?

וכתב הנתיות שכשאומר 'אמור לפלוני ששלחתיך' אינו צריך שיאמר כן בפני עדים, שהרי במצב זה נפטר מדין ערב כמו במקרה שאומר ללווה 'שלח עי' פלוני', ופשוט שאין צורך בעדים על כך ודי שיוודה המלווה שאמר כן, ואף המהרש"ל שאמר שצריך לומר בפני עדים, לא אמר כן אלא לצורך הראיה שבאמת אמר, והוכיח כן שהרי כבר ביארנו בסעיף הקודם שקיי"ל להלכה כדעת תוס' בב"מ שכשאומר שלח עי' פלוני ושלח פטור אף כשלא אמר כן בפני הלווה, ובניגוד לדברי התוס' בב"ק.

אמנם בש"ד (ט) מבואר שכל עוד לא אמר בעדים אין זה מועיל גם כשאמר אמור לו שישלח על ידך (וגם לשיטת השו"ע שנפטר באופן הנ"ל), **והש"ד הבין כן אף בדעת הסמ"ע (ו)**

אך הנתיות (ג*) העיר שהסמ"ע לא אמר כן אלא כשממנהו שליח אבל כשאומר לו אמור ללווה שישלח על ידך, זה מועיל אף ללא עדים כפי שמועיל כשאמר כן בפני הלווה (ובאמת כך משמע בסמ"ע) וכתב שכן מבואר בפרישה אלא שלש"ד לא היה פרישה כידוע.

וביאר הנתיות (ד) שהש"ד והמהרש"ל נחלקו בטעם הדין שנפטר כשאמר המלווה שלח עי' פלוני, שלטעם המהרש"ל הוא מדין ערב ולכן אין צורך שיהיה בעדים (א"א- ולכן גם אין צורך במינוי שליח במפורש) ואילו לשיטת הש"ד הטעם הוא מפני שעשאו שליח קבלה, ולכן ללא עדים אין זה מועיל (ועיין בסעיף א שאלו ב' אפשרויות שהובאו בשטמ"ק בשם הר"ן).

וכתב הנתיות שיש נ"מ האם באופן הנ"ל יועיל כשצווה לתת לעכו"ם או חש"ו שלשיתו שהטעם מדין ערבות, אז יועיל אף בהם, ואם הטעם מדין שלחות אין זה מועיל.⁷⁶³

סיכום הדברים העולים לדינא:

דעת הטור שרק במקרה שאומר במפורש לשליח 'לך אולי שישלחם על ידך', אינו נעשה שליחו של המלווה אף אמר בעדים, אך אם אמר 'אמור שדעתך לבא ואם יתן לך הביאם לי' נעשה שלוחו של המלווה.

המהרש"ל חולק וסובר שכל עוד לא אמר 'אמור לו שישלח על ידך' לא נעשה שליח. **וכן סבר הנתיות.**

הש"ד סובר שאף במקרה זה לא נעשה שליח עד שיאמר במפורש שממנהו כשליח שלו.

כמו כן נחלקו הש"ד והנתיות, האם מועילה אמירה 'שלח על ידי פלוני' כאשר אומר כן שלא בפני עדים, **שדעת הש"ד** שאינו מועיל **ודעת הנתיות** שמועיל.

וביאר הנתיות ששורש המחלוקת היא האם הפטור הינו מדין שליח קבלה ולכן צריך עדים, או מדין ערבות ולכן אין צורך בעדים.

וכתב הנתיות שיש נ"מ נוספת לזה בשאלה אם מועיל דין זה בחש"ו ובעכו"ם שלנתיות יועיל ולש"ד לא.

השולח ללווה שאדם זה נאמן ושלח על ידו ואבד, האם נפטר הלווה הואיל והאמינו?

הבאנו לעיל את דברי הגמרא שמביאה שרבה סובר שמלווה הממנה שליח בעדים ושלח הלווה על ידו אינו נפטר, שלא התכוון המלווה להופכו לשליחו אלא לומר שהוא אדם נאמן וניתן לשלוח על ידו.

והקשו תוס'⁷⁶⁴ שלכאורה הואיל והמלווה אמר שאותו שליח הוא אדם נאמן שוב אינו יכול לומר מדוע שלחת על ידו, שהרי הוא נאמן עליו, וא"כ מדוע שלא יפטר הלווה על אף שלא נעשה השליח שלוחו של מלווה?

ותירצו תוס' שמדובר באופן ששלחו לילך בדרך מסוכנת, ולכן יכול לומר שלא היו לו לשלוח בדרך זו.

והעיר הש"ד שמתוס' הנ"ל עולה שגם במקרה שלא מינהו שליח והמציא לו שליח ואמר שהוא נאמן, יפטר הלווה במקרה שהשליח הלך בדרך שאינה מסוכנת.

וכתב הש"ד (יא) שמדברי הפוסקים שסתמו בזה משמע שלא כתוס', ושאף באופן הזה אינו נפטר הלווה.

וכתב הש"ד לתרץ את קושית תוס' באופן אחר שאיננו אומרים שהואיל והאמינו אינו יכול לומר שאין ברצונו שישלח על ידו אלא במקום שהפקיד אותו אדם אצלו ממש, וגם דווקא כשרגיל להפקיד אצלו כמבואר בסימן רצא סעיף כו, אבל במקרה שלנו, המלווה אומר על השליח שהוא נחשב כאדם נאמן אך שאין ברצונו, לשלוח עי' ידו, ואם ירצה הלווה ישלח על ידו, ולכן אין הלווה נפטר כששולח על ידו.⁷⁶⁵

⁷⁶³ **ולכאורה קשה לומר** שהש"ד סבר שהטעם מדין שליח קבלה מכמה סיבות שא"כ היה צריך לחלוק על הדין שבסעיף א שניתן לשלוח עי' חש"ו או עכו"ם (והנתיות עצמו כתב שלא ניתן לומר שהש"ד חולק בזה) וגם נפסק שם שניתן לומר כן אף שלא בפניו, ולשיטתו לכאורה שלא בפניו אין זה מועיל אלא אם כן אמר בפירוש שממנהו שליח. [אמנם בעניין קושיא זו מבואר בנתיות (ז) שהש"ד מחלק בין כתב יד שבוה מועיל כשכתב 'שלח לי עי' פלוני' לעשותו שליח אף שלא בעדים ואף לא בלשון מינוי, לבין ששלח ב"פ שבוה צריך עדים ומינוי במפורש].

וראיתי בסיכומי של הרב אריאל אלקובי 'בנין אריאל' שהקשה מעין זה על הנתיות וכתב שנראה שעיקר טעמו של הש"ד שצריך לומר במפורש שממנהו שליח, הוא מפני שרק כשכותב בכתב ידו שישלח על יד פלוני, מועיל, מפני שאינו יכול להכחיש, אך כשאמר סתם בפני עדים אין זה מועיל עד שיאמר במפורש שעשאו שליח, עיי' שד"ח. (ועיין בהערה 773 שם הבאנו שתיירץ גם בעניין דיוקני ששם כתב הש"ד שפשוט שמועיל לשון 'שלח' ולא הצריך שימנה במפורש) **ור' איתן וגנר הבין** שהש"ד אינו מצריך שיאמר שעשאו שליח קבלה, אלא שעשאו שליח לצוות שיפטר לו, וברגע שיש עדים שהוא שליח לצוות שיפטר, אנו מחילים אוטומטית את הדין של האומר 'שלח עי' פלוני ונפטר', ויש לזה קצת דיוק בלשון הש"ד שבמקרה הראשון כתב שאינו נפטר עד שיאמר הריני עושה אותך שליח לקבל מעותי, אך בלשון השנייה כתב אמור לפלוני שישלח מעות על ידך כי עשיתך שליח בעדים, ולא הזכיר שעשיתך שליח לקבל מעותי.

אך קצת תמוה לי ביאור זה שהרי לכאורה אף כשנוקט בלשון השנייה נשמע שעשאו שליח ממש לקבלה, **ומכל מקום כל דברי הש"ד הנ"ל תמוהים בעיניי** וכפי שהקשיתי בהערה שלפי דבריו לא מובן מדוע רבה חולק אף באופן שאומר במפורש בפני עדים שממנהו שליח קבלה, וצ"ע.

⁷⁶⁴ ב"ק קאד. ד"ב הכי קא"ל.

⁷⁶⁵ עיין בסעיף א ששם כתב הש"ד שמדברי התוס' יוצא שבאומר שלח על יד פלוני ושלח בדרך מסוכנת נפטר, שהרי בזה נחלק רב חסדא על רבה, ושם בהערה 760 כתבנו שיש לדחות דבריו שלא אמר התוס' כן אלא בממנה שליח קבלה,

לשון השריע:

אפילו לא אמר לשליח: אמור לפלוני שישלח על ידך מעות שבידו, אלא אם אמר לו בפני עדים: מעות יש לי ביד פלוני לך ואמור לו שדעתך לבא לכאן ואם יתנו לך הביאם לי, ונתנם לו הלוא ונאבדו בדרך, פטור. אבל לא עשאו שליח, אלא אמר לו: יש לי מעות ביד פלוני ואינו שולחם לי אולי אינו מוציא שליח לשלחם לך והתראה אליו אולי ישלחם על ידך לי, לא הוי שליח, ואם נתנם לו ונאבדו, חייב באחריותם.

סעיף ג

שלח המלווה ע"י שליח בחותמו שיפרע לו, ופרע הלווה האם נפטר מהחוב?

לשון הגמרא בב"ק קד.-:

א"ר יהודה אמר שמואל: אין משלחין מעות בדיוקני, ואפילו עדים חתומים עליה.

ורבי יוחנן אמר: אם עדים חתומים עליה משלחין.

אמרי: לשמואל מאי תקנתא? כי הא דרבי אבא הוי מסיק זוזי בדרב יוסף בר חמא, א"ל לרב ספרא: בהדי דאתית אייתניהו ניהלי. כי אזל להתם, אמר ליה רבא בריה: מי כתב לך התקבלתי? א"ל: לא. אי הכי, זיל ברישא ויכתוב לך התקבלתי. לסוף אמר ליה: אי כתב לך נמי התקבלתי לאו כלום הוא, דלמא אדאתית שכיב רבי אבא ונפלו זוזי קמי יתמי, והתקבלתי דרבי אבא לאו כלום הוא.

א"ל: ואלא מאי תקנתא? זיל נקנינהו לך אגב ארעא, ותא את כתוב לן התקבלתי. כי הא דרב פפא הוה מסיק תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אבא אגב אסיפא דביתיה, כי אתא, נפק לאפיה עד תואך.

כלומר שמואל סבר שאין שולחים מעות בדיוקני, ואפילו עדים חתומים עליו.

ור' יוחנן סבר שאם יש עדים חתומים עליו שולחים.

[לקמן נבאר מהו בדיוק הדיוקני הנ"ל].

הרי"ף⁷⁶⁶ כתב שהלכה כשמואל.

ותמה עליו הרא"ש⁷⁶⁷ שהרי הכלל הוא ששמואל ור' יוחנן הלכה כר' יוחנן כמבואר בעירובין מז :

אך הביא הרא"ש שגם רב אחאי בשאלתות⁷⁶⁸ פסק כשמואל.

וכתב הרא"ש שאף שדבריהם תמוהים אין לחלוק עליהם.

אך תוס'⁷⁶⁹ פסקו שהלכה כר' יוחנן שאם יש עדים ושלח ע"י השליח נפטר הלווה. ובהגהות אשר"י כתב בשם האור זרוע שר"י ומהרי"ח פסקו כר' יוחנן, והש"ך בס"ק י"ז הביא שכן פסק ראב"ן.

הטור כתב שאף הרמב"ם פסק כשמואל ונתייחס עוד לדברי הרמב"ם לקמן.

מהו דיוקני, ואם נפטר הלווה בדיוקני מפורסם, ומה הדין בכתב יד של אחר וחתומת המלווה?

רש"י פירש בביתו 'דיוקני' שמדובר שמסר שליח עם סימנים ועם חותמת ידו, ואמר לו לומר בע"פ ללוה שימסור דרכו את מעות החוב, והדין הוא שאין לו לשלח על ידי אותו אדם, ואף שיש עדים החתומים על אותה חתימת יד (דיוקני).

לעומתו כתבו תוספות (בד"ה אין) שמדובר שסופר כתב עבור המלווה במפורש שישלח לו הלווה את המעות, וחתם המלווה בדיוקני שלו.

ולשיטתם הקשו תוספות⁷⁷⁰ מדוע שלא תועיל חתימת ידו בשביל לשלוח על ידו והרי הגמרא בגיטין לו. מביאה שהחתימות של כמה מהאמוראים היו סימנים, ותירצו שזה רק בשמות חכמים, שהם מפורסמים. עוד כתבו בתוס' שלפי מה שהבאנו בשם בסעיפים הקודמים שלעולם לא מועיל כל כתב ידו, עד שיאמר בפניו שישלח על ידי פלוני, פשוט מדוע לא ניתן לשלוח על ידי דיוקני.

וכבר הבאנו בסעיפים הקודמים שהתוס' בב"מ חולקים וסוברים שגם כשאומר שלא בפניו שלח ע"י פלוני ושלח נפטר.

ולכן נקט המהרש"ל⁷⁷¹ כתירוצו הראשון של התוס', ובשלטי הגבורים⁷⁷² כתב שבאמת אם שלח דיוקני מפורסם, זה מועיל, ויכול הלווה לשלוח מכח דיוקני זה.

אבל כשאומר שלח על ידו, שטען הפטור הינו או משום ערבות או משום שפטרו בזה פשוט שזה דווקא כשהולכו בדרך שאינה מסוכנת, עיי"ש.

⁷⁶⁶ ב"ק לו.

⁷⁶⁷ ב"ק פרק ט סימן כא.

⁷⁶⁸ סוף פרשת ויקרא.

⁷⁶⁹ ד"ה ורבי יוחנן

⁷⁷⁰ ד"ה יאין משלחין.

⁷⁷¹ ב"ק פרק ט סימן מ

⁷⁷² ב"ק לו :

הש"ך (יג) כתב שלפי פירוש רש"י אין צורך בתירוץ זה, ואין הלווה יכול לשלח אפילו מכח חתימת גדולי הדור, (שהרי לא כתוב בכתב יד שום אזכור לגבי שליחת המעות), וכתב הש"ך שעל אחת כמה וכמה שאין זה יועיל כשהמלווה כופר שצווה לשלוח על ידו, וכתב שכן משמע בשלטי גיבורים בדעת רש"י. **עוד כתב הש"ך שלפי ב' הפירושים** פשוט שאף אם סופר כתב שישלח על יד השליח, וחתם המלווה על כך וניכרת חתימתו, ושלח הלווה על ידו נפטר, שהרי זה מקביל לדין המבואר בסעיף א שאף שכתב כתב ידו שלח ביד פלוני ושלח הלווה, נפטר.⁷⁷³

הודה המלווה כשצווה בדיוקני שישלח על יד השליח, אם נפטר הלווה כששלח ע"י?

הטור והשו"ע נקטו את ביאורו של רש"י בביטוי 'דיוקני' ששלח לו חותמו, אך לא כתב לו כלום ואמר לו בע"פ לומר ששלחו וכו'.

הסמ"ע (ח-ט) כתב לבאר שבאמת אם היה אומר לו 'שלח ע"י פלוני' והיה מודה שכך אמר, הוא היה נעשה שליחו אף כשלא אמר כן בפני עדים כדין המבואר בסעיף א שבאומר שלח ע"י פלוני נעשה שליח ושם מבואר שהדין כך אף שאמר שלא בפני הלווה, אלא שכאן מדובר כשאמר לו 'אמור לו שישלח לי ואם יתנם לך הביאם לי' שבזה כל עוד לא נעשה שליח בעדים אין זה מועיל כמבואר בסעיף ב.⁷⁷⁴

ולכן הסיק הסמ"ע (ט) שבאופן הזה כשאמר 'אמור לי שישלחם ואם יתנם לך' וכו' אין סיבה להשביע את המלווה שלא אמר כן, שאפילו יאמר כן, זה לא יועיל.

ולכן תמה הסמ"ע על הרמ"א שהביא כאן מחלוקת אם מחרימים את המלווה בסתם או שמשיביעים אותו שבועה חמורה.⁷⁷⁵ וכתב שדין זה שייך רק כשטוען הלווה שכתב המלווה שישלח על יד השליח, והמלווה מכחיש, שבזה אם יודה המלווה שכתב כן, באמת נעשה שליח ונפטר הלווה, ולכן שייך לדון אם להשביעו.

הש"ך (טו) לא הבין בדברי הסמ"ע מדוע כשאמר בלשון 'שלח ע"י פלוני', זה יועיל והרי לפי לשיטת תוס' אין זה מועיל מפני שלא נעשה שליח בפני עדים, [וזו כפי שבסעיף הקודם לא הבין שהסמ"ע סובר שכשאומר לשון שלח ע"י זה מועיל אף שלא בפני עדים, וכפי שהעיר הנתיבות שם].

הש"ך כתב שבאמת דעת תוס' שאף אם יודה המלווה שאמר לו שישלח על ידו, לא נעשה שליח, הואיל ולא מינהו בפני עדים.⁷⁷⁶ והביא שכן כתב במפורש הרמב"ן במלחמות ושכן דעת המהרש"ל בסימן מ'.

אך כתב (יז) שדעת הרבה פוסקים שאם הודה המלווה שאכן צווה לשלוח על ידו, נפטר הלווה.

ובהבנת דבריו יש להקדים בלשון הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק א הלכה ח שכתב:

ראובן ששלח כתב לשמעון ואמר לו מנה שיש לי בידך שלחתי לי ביד לוי, אם רצה לשלחו אינו חייב באחריותו, בין שהיה מלווה בין שהיה פקדון, והוא שיכיר שהוא כתב ידו, ואם טען המלווה ואמר לא כתבתי ולא שלחתי לך ישבע הלווה היסת שכתב ידו בא אליו ולפיכך שלח ויפטר וזוה הורו רבותי אבל אם לא היה הכתב כתב ידו, או שאין הלווה יודע שהוא כתב ידו, או אפילו היו כתובין בו סימניו ואותיות שביניהן בייחוד, אם טען ראובן ואמר לא שלחתי כתב ואחרים רמו בו, שמעון חייב, ומשלם לו ראובן אחר שיחרים על מי ששלח כתב זה מדעתו ולא יודה, ויש מי שהורה שישבע ראובן ואחר כך יטול כדין כל הנשבעין ונוטלין.

הטור הביא את דברי הרמב"ם הללו לאחר שכתב שבדיוקני אינו נעשה שליח, כדעת הרי"ף שפסק כשמואל, אך הטור לא הביא את המקרה של דיוקני אלא כתב שאם טען שלא שלח אלא אחר שלח ורימה, נפטר מלשלם.

הסמ"ע הבין (ט) שדין זה אינו מדבר בעניין דיוקני שהרי לשיטתו בדיוקני לא נעשה שליח אף אם מודה המלווה.

והש"ך (יז) העיר עליו שלא ניתן לומר כן ברמב"ם שהרי כתב שם גם את המקרה שהיו כתובין בו סימנים וכו' וודאי שזהו הדיוקני הכתוב בש"ס וכדעת תוס' שמדובר שכתב שמינהו, אך לא חתם בכתב ידו ופסק כשמואל שאף באופן הזה אינו נפטר הלווה, אך אם יודה המלווה שכתב כן, נפטר הלווה.

והביא הש"ך שכן פירשו בדברי הרמב"ם הכסף משנה וההגהות מימוניות, וביאר הש"ך שהטור הביא את דברי הרמב"ם הללו כראיה לכך שהלכה כשמואל וכשיטת הרי"ף.⁷⁷⁷

⁷⁷³ ויש להבין מדוע לא הצריך כאן הש"ך שיכתוב במפורש שממנהו שליח כפי שהצריך בסעיף ב' ובסיכומי הרב אריאל אלקובי 'בנין אריאל' כתב שנראה שהואיל וכתב כן בכתב יד מוכח יותר גמירות דעתו בזה, אף כשלא צווה במפורש, ובאמת ביאור זה מתיישב למה שהבאנו בתחילת הסימן בשם הרי"ן בשטמ"ק שכשאומר בפני הלווה יש יותר גמירות דעת ואין צורך לומר בעדים, וסברא דומה ניתן לומר כשכתב בכתב ידו.

⁷⁷⁴ עיי"ש שהבאנו שזו ההבנה הפשוטה בסמ"ע שכשאמר אמור לו שישלח על ידך אין צורך בעדים, אך הש"ך לא הבין כן בדבריו, ושהעיר עליו הנתיבות שם.

⁷⁷⁵ יובא לקמן בסעיף זה בלשון הרמ"א וביתר פירוט בסעיף ד

⁷⁷⁶ לא הבנתי מנין ההכרח להבין כך בתוס' ואדרבה נראה שכל הבעיה לפי תוס' שאף עדים עד הדיוקני אינם מהווים ראיה גמורה לכך שבאמת צווה לשלוח על ידו, אך אם יודה המלווה יתכן שבאמת יפטר הלווה.

⁷⁷⁷ יש להעיר שלפי ביאור זה לא מובן מדוע לא כתב הרמב"ם שאף שיש עדים שזהו דיוקני שלו, לא נעשה שליח, והרי זהו תורף מחלוקת שמואל ורי' יוחנן והעיקר חסר מן הספר?

ושמעתי מר' מבורך טויטו לבאר שהרמב"ם הבין ששמואל לא דיבר כלל בגדר הדין של עשיית שליח, ורי' יוחנן ושמואל שניהם מודים שאם היה דיוקני בעדים נעשה שליח, אלא שאין משלחין כלומר שאינו נעשה בא כוחו, ואין השליח יכול לחייב את המלווה לשלוח דרכו, ולכן שאלה הגמ' מאי תקנתיה? כלומר וכיצד יוכל להיעשות בא כוחו, וענתה הגמ' בקנין, ובזה גם מתורצת קושית תוס' מדוע לא תירצו שימנה בפני עדים, שאף באופן הזה לא יועיל להיות בא כוחו, ולפי זה הרמב"ם לא הביא את דינו של שמואל כלל, שהרי דינו של שמואל הוא בעצם כל דיני הרשאה שיבוארו לקמן.

וכתב הש"ך שאף מדברי הסמ"ג⁷⁷⁸ והראב"ן (דף צ עמוד ג) עולה שלדעת שמואל אם הודה המלווה שכך צווה, שנפטר הלווה.

וכתב הש"ך שכך יש להורות להלכה ובפרט שלפי דעת הראב"ן והתוס' הלכה כר' יוחנן, שאם שלח בדיוקני לעולם נעשה שליח.

ולפי זה כתב הש"ך שצדקו דברי הרמ"א שהביא את המחלוקת אם די בחרם סתם או בנקיטת חפץ, אף לגבי דיוקני שהרי לפי דעת הראשונים הנ"ל (ולהלכה) אף בדיוקני אם יודה המלווה שזהו דיוקני יפטר הלווה ולכן שייך להשביעו.

הנתיבות (ז) כתב שניתן לומר שהרמ"א הביא את המחלוקת לגבי השבועה, אף לפי הסוברים שאף אם הודה בדיוקני אינו חייב, והטעם הוא בלאו הכי חייב היום מכח מנהג התגרים שכל השולח בסתם פרע לי, ומסר הלווה למוסר כתב זה, נפטר כמבואר בסעיף א, וסבר הרמ"א שמנהג התגרים כן אף השולח על ידי דיוקני. לשון השו"ע:

לא עשאו שליח בעדים, אלא מסר לו חותמו לסימן שהוא שלוחו, ומסרו לו לאמר: לך והבא לי מעותי, והוא בא אצל הלווה לומר: פלוני שלחני אליך שתשלח לו מעותיו והילך חותמו לסימן, ועדים מעידים שהוא חותמו אבל אינם מעידים שעשאו שליח, ושלחם לו ונאבדו, לא נפטר הלווה. הגה: ויחרים תחלה מי ששלח שליח זה ולא יודה (טור ס"ו בשם הרמב"ם). ויש אומרים שצריך לישבע תחלה כדין שאר נשבעין ונוטלין (טור בשם י"א).

סעיף ז

מה הדין כשהלווה טוען שקיבל כתב יד או דיוקני שישלח שליח והמלווה כופר?

כתב הרמב"ם בשלוחין פרק א הלכה ח (הובא לעיל) שאם כפר המלווה בכך שמינה שליח בכתב יד, הלווה נשבע שבועת היסט שכך צווה המלווה בכתב יד וששלח ע"י שליח ונפטר, וביאר הסמ"ע (י) שכוונתו במלוה ע"פ שנאמן הלווה כשם שנאמן לומר פרעתי.

אך הוסיף הרמב"ם שאם הלווה אינו יודע שזה היה כתב ידו או ששלח לו סימנים (דיוקני), והמלווה מכחיש, חייב הלווה באחריות הכסף אף ששלח ע"י שליח, אך יכול להחרים את המלווה בחרם סתם.

וכתב הרמב"ם שיש מי שהורה שצריך המלווה להשבע שבועה חמורה שלא צווהו כדין שבועת הנוטלים. השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.

[וכבר הבאנו שבסעיף הקודם הביא הרמ"א את המחלוקת הנ"ל אף לענין דיוקני, ושהסמ"ע סבר שבמקרה של דיוקני, אין צורך אפילו להחרים את המלווה, מפני שאפילו אם יודה המלווה, לא יפטר הלווה, ושהש"ך השיג עליו בזה ואת דברי הנתיבות בעניין, עיי"ש.]

הסמ"ע (י) העיר שהרמב"ם דקדק בלשונו ומדבריו עולה שאם הלווה טוען שקיבל את כתב יד הלווה, הוא נפטר אפילו שאין הכתב לפניו (ונאמן בזה הואיל וזהו מלוה ע"פ שנאמן לומר פרעתי), וכשאינו יודע שהוא כתב ידו, חייב אפילו אם הכתב יד לפניו, **והסכים עמו הש"ך (כ).**

הב"י ביאר מדוע הלווה חייב כשאינו יודע בוודאות שהכתב יד הינו של המלווה, והוא מפני שדינו כאומר 'איני יודע אם פרעתי' שחייב לשלם כמבואר בב"ק קיח. ובסימן עה סעיף ט.

עוד ביאר הב"י שהטעם של הסוברים שצריך המלווה להשבע שבועה חמורה הוא מאותו הטעם שחייבו חז"ל את הפוגמת כתובתה להשבע מפני שיתכן שנפרעה ואינה זוכרת, ואם תשבע תדקדק כמבואר בכתובות פז: והוא הדין כאן שיתכן ששלח כתב ידו ואינו זוכר, והטילו עליו שבועה כדי שידקדק.

הש"ך (כד) כתב שהמהרש"ל⁷⁷⁹ הכריע כדעת הרמב"ם שאין להשביעו, הואיל ולעולם אין נשבעים מכח טענת שמא.

והביא המהרש"ל ראייה לדבריו מסעיפים ו-ז שם מבואר שכשהודה המלווה שמינה שליח והלווה טוען שפרע לאותו שליח והשליח כופר, אין על הלווה אלא חרם סתם, הואיל והמלווה אינו יודע בבירור שלא פרע לשליח.

הש"ך דחה את ראיית המהרש"ל וכתב שניתן לומר שבאמת אין להשביע את הבא להפטר מכח טענת שמא, אבל את הבא ליטול ניתן להשביע בטענת שמא באופן הזה כמבואר בסעיף ט שאם הלווה צווה

ויש להעיר שלפי זה יש לומר שמכל מקום למד הרמב"ם ממחלוקת ר' יוחנן ושמואל שדווקא כשיש עדים על אותו דיוקני נעשה שליח, ובזה נחלקו ר' יוחנן ושמואל שאפילו שהיו עדים ונעשה שליח, אינו נהיה בא כוחו, ולכן כתב הרמב"ם שסתם דיוקני אינו מהווה ראייה, ויכול המלווה לומר שלא הכחיש.

ויש מקום לפי זה לשאול כיצד הבין הרמב"ם את המושג עדים, האם הכוונה עדים על הדיוקני, או על האירוע עצמו, **שאם נאמר** שהעדים הוא על הדיוקני, יוצא חידוש דין שאפילו בזה נעשה שליח בניגוד לדעת תוס'.

ויותר נראה לומר שהכוונה עדים על האירוע עצמו, ור' יוחנן סבר שאם נתן לו דיוקני שבו כתוב שיהיה שליחו ויש עדים על כך שכך עשה, הוא נחשב ממש בכא כוחו אף ללא קניין ושמואל חולק בזה, וא"כ לא יצא מחלוקת בין תוס' לרמב"ם, ואף הרמב"ם יודה שאף עדים על הדיוקני אינם ראייה מספקת לומר שאכן צווהו, מפני שדיוקני אינה חתימת ידו ממש ויותר קל לזייפה.

[וראייתו שהמאור והפנ"י הלכו בכוון דומה לבאר שגם לשיטת רב יוחנן וגם לשיטת שמואל הוא נעשה שליח אלא שאינו משלח מחשש שמא ימות וכי' אלא שהפנ"י כתב שמתעם זה לבסוף גם אינו נעשה שליח כלל עיי"ש בדבריו, ויש עוד לדון בזה בישוב הדעת, לכשימצא הזמן]

עוד עיין בתומים (ז) שהסיק שהרמב"ם פסק כר' יוחנן, ואף הוא מודה שכשאינו עדים שאלו סימנים שלו, לא נפטר הלווה אך אם יש עדים על כך ודאי נפטר, וכתב שמסברא לא מובן מדוע שלא יפטר כשיש עדים וכיצד ניתן לומר שאחרים רימו, וכתב שדוחק לומר שאנשים מחציפים לזייף סימנים ואינם מחציפים לזייף כתב יד, עיי"ש. ודוק.].

⁷⁷⁸ עשין פב.

⁷⁷⁹ ב"ק פרק ט סימן לח.

לשליח לפרוע למלוה והמלוה טוען שלא קיבל, נוטל המלוה בשבועה, על אף שאין הלווה יודע שהמלוה אכן קיבל⁷⁸⁰,
אך כתב הש"ך שהיה מקום להוכיח כדברי המהרש"ל מסעיף י שם מבואר שאם מת השליח יכול המלוה ליטול בלא שבועה, אך כתב שא"כ קשה מדוע בזה סתמו הטור והשו"ע שאין להשביע, ואילו במקרה שלנו הביאו בידיעות, ולכן כתב שעל כרחק יש לומר ששם הסיבה שפטור הוא מפני שאף הלווה מודה ששלח ע"י אדם שלא מינהו המלווה, אלא שמסתפק שמא שילם למלוה וזוהי טענת שמא גמורה, ואילו כאן הלווה סובר ששלח ע"י שליחו של המלוה, וכך מסתבר לו, הואיל וכך השליח הציג את עצמו, ולכן יש יותר סברא לומר שיכול הלווה להשביע את המלווה שלא מינה שליח זה, **והביא הש"ך שאח"כ מצא כוון דומה במהרי"ק**⁷⁸¹ שביאר כאן יש סברא להשביע הואיל ויש רגלים לדבר שאכן המלוה מינה את אותו אדם כשליחו מפני שהביא כתב יד או סימנים.

המלוה מכחיש ששלח, אך השליח מצדד בדברי הלווה, אם חייב המלוה שבועה?

העיר הש"ך (כג) שכשהשליח לפנינו וטוען שאכן שלח את הכתב ידו, כולם יודו שחייב המלוה שבועה חמורה, כפי הדין שהזכרנו לעיל המבואר בסעיף ט שכשהשליח מכחיש את המלוה וטוען שפרע לו, הוא חייב להשבע שבועה חמורה, אף שהלווה טוען טענת שמא.

כפר המלווה ששלח, וכתוב בשטר החוב נאמנות, אם פטור המלוה מחרם או שבועה?

הש"ך (כה) הביא את דברי המבי"ט **בתשובה שכתב**⁷⁸² שאפילו אם כתוב נאמנות בשטר ההלואה ושפטר הלווה את המלוה מחרם ושבועה, מכל מקום במקרה שאחר הוציא את השטר וטען שמסר לו המלוה ושילם לו הלווה מקצת, יש חרם או שבועה על המלוה אם כופר בזה.
וכתב הש"ך שיתכן שהמבי"ט כתב כן דווקא במקרה שם שהיה כתוב בשטר שיגבה בו המלוה או כל המוציא. והניח הש"ך בצ"ע להלכה.
והביא התיבות (כה) שהתומים (ח) מסיק שאם כתוב בשטר נאמנות, פטור המלוה משבועה. לשון השו"ע:

שלח המלוה, או המפקיד, כתב ללוה או לנפקד: מנה שיש לי בידך שלחהו ביד לוי, ושלחו בידו, וטען המלוה: לא כתבתי ולא שלחתי לך, ישבע הלוה היסת שכתב ידו בא אליו ולפיכך שלח, ויפטר. אבל אם לא היה הכתב כתב ידו, או שאין הלוה יודע שהוא כתב ידו, אפילו היו כתובים בו סימנים ואותיות שביניהם ביחוד, אם טען המלוה ואמר: לא שלחתי כתב ואחרים רימו בו, הלוה או הנפקד חייב באחריותו ומשלם אחר שיחרים על מי ששלח כתב זה מדעתו ולא יודה. ויש מי שהורה שישבע ואח"כ יטול, כדין כל הנשבעים ונוטלים:
 [עוד פרטים בדין זה יבוארו בסעיף הבא]

סעיף ה

עוד פרטים בעניין שמכחיש המלוה ששלח בכתב ידו שיפרע ע"י פלוני

טען הלווה שפרע ע"י כתב יד, ולא סיכמו ביניהם מראש שיפרעם ע"י אחר

כבר הבאנו בסעיף הקודם שהרמב"ם פסק שבמלוה ע"פ, אם טען הלווה בברי שקיבל כתב יד מהמלווה שיפרע ע"י פלוני ופרע, נשבע היסת ונפטר.
התרומות⁷⁸³ הביא דין זה (בתוספת פרטים שנתייחס אליהם בהמשך) **בשם הראב"ד**⁷⁸⁴ אך כתב דין זה במקרה שהסכימו שניהם מתחילה שישלח הלווה את הכסף ע"י מי שיביא כתב ידו, ובלשון זו נקט הטור. **השו"ע** העתיק את דברי התרומות, אך מבלי להזכיר תנאי זה.
והב"ח דייק מדברי הטור שלשיטתו, אם לא סיכמו כן מתחילה, אין הלווה נפטר, מפני שיכול המלוה לטעון שאכן כתב כן, אך לא שלח כתב יד זה, והוא נגב ממנו.
והש"ך (כו) השיג על דברי הב"ח וכתב שהואיל והשליח הביא כתב יד של המלוה, פשוט שהלווה היה יכול לפרוע לו, אף אם לא סיכמו ביניהם, ומה היה לו לעשות? וכתב הש"ך שפשוט שאף התרומות והטור לא התכוונו להתנות דין זה דווקא במקרה שהתנו, אלא 'אורחא דמילתא נקטו'.

אם נאמן המפקיד לומר שקיבל כתב יד שיפרע ע"י פלוני ומה הדין במלווה בשטר, ובמלווה ע"פ באומר אל תפרעני אלא בפני ב' עדים?

עוד כתבו התרומות והטור שבמקרה של מפקיד ונפקד, אף אם יש למפקיד שטר, ויש בידינו כתב יד שצווה המלווה שישלח פקדונו ע"י אחר, אך אין בידינו לקיים כתב יד זה, נאמן הנפקד לומר שידוע שזהו כתב יד

⁷⁸⁰ ושם בע"ה יבואר שהטעם הוא מפני שאף השליח מכחישו.

⁷⁸¹ שורש קכ.

⁷⁸² ח"א סימן רסו

⁷⁸³ שער נ סימן ג

⁷⁸⁴ תמים דעים סימן סג.

המלוה, במגו שיכל לטעון שנאנסו המעות ונשבע שבועה חמורה ונפטר, אבל לווה אינו נאמן מכיון שאין לו שום טענה.

המהרש"ל⁷⁸⁵ **ביאר** שהטור והתרומות דיברו בהלוואה בה אמר המלוה 'אל תפרעני אלא בעדים', שבאופן זה אין הלווה יכול לטעון 'פרעתי', ולכן לא נאמן אף בטענה זו.

והשיג המהרש"ל על דבריהם מפני שברמב"ם משמע שאף במקרה זה נאמן, הואיל וסתם ולא חילק. **הש"ך (כט) תמה על המהרש"ל** וכתב שמבואר בטור שכאן מדובר במלוה בשטר שאינו יכול לטעון 'פרעתי', והרמב"ם דיבר במלוה בע"פ.

וכתב הש"ך (ל) שאף במקרה שאמר אל תפרעני אלא בעדים, נראה שדומה הדין למלוה בשטר, הואיל ואינו נאמן לטעון פרעתי, לא נאמן גם לומר שפרע מכת כתב ידו, וכתב שכן מדויק מדברי הסמ"ע והלבוש.

הקצות (ב) השיג על הש"ך וכתב שבמקרה שאמר אל תפרעני אלא בעדים, נאמן לומר שפרע לשליח מכת כתב ידו של המלוה כשם שנאמן לומר 'פרעתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים' כמבואר בסימן ע סעיף ג, אך כתב שבמקרה שנתן הלווה למלוה נאמנות לטעון שלא נפרע, אין הלווה נאמן על הכתב יד.

הנתיבות (ט) הכריע כדברי הש"ך שאף במקרה שאומר 'אל תפרעני אלא בעדים', אינו נאמן לטעון שפרע לשליח מכת כתב ידו מפני שטענה זו גרועה כיון שהכתב הוא לפנינו ואינו מוצא עדים לקיימו, ורק כשיש לו מגו נאמן בטענה זו.

במלוה בשטר, אם השליח צריך להשבע שנאנסו המעות כשלא ביקש הלווה, ואם צריך המלוה להשבע בלי בקשת הלווה?

דין זה שהבאנו הופיע בתרומות בטור ובשו"ע בנוסחים שונים:

בתרומות כתוב שבמלוה בשטר הלווה חייב, אך יכול להשביע את המלוה בשבועה חמורה שאין זה כתב ידו, והשליח גם כן צריך להשבע בשבועה חמורה שאכן נאנסו המעות.

לעומת זאת הטור בבי' המקרים לא התנה את השבועות בבקשת אחד מן הצדדים.

ולכאורה לשון השו"ע היא התמוהה מכולם שהיפך היוצרות וכתב בזה הלשון:

ואם היה מלוה בשטר, אין הלווה נאמן, וחייב לשלם אחר שישבע המלוה שבועה חמורה שאין זה כתב ידו. אם טען הלווה: ישבע לי (השליח) שאומר שנאנסו, צריך לישבע שבועת השומרים.

כלומר בשבועת המלוה לא התנה השו"ע את השבועה בבקשת הלווה, ואילו את שבועת השליח התנה בבקשת הלווה.

הב"ח למד מדברי הטור שסובר שבמקרה שלנו המלוה מחויב להשבע אף מבלי בקשת הלווה, אף שבד"כ אין המלוה מחויב בשבועת 'השבע שלי שלא פרעתיך' ללא בקשת הלווה, כאן זה שונה הואיל והסכימו ביניהם שישלח הפרעון ע"י מי שיביא כתב ידו (לשיטתו שהטור דיבר דווקא במקרה הזה), אך ציין שבתרומות התנה את השבועה בבקשת הלווה, והשאיר בצ"ע.

הש"ך (לב) כתב שפשוט שאף הטור התכוון כדברי התרומות, ואף בשו"ע מוכרחים לומר כן, שהרי לא יתכן לומר שכוונתו שהשליח אינו נשבע מבלי בקשת הלווה, שהרי שבועת השומרים אינו תלויה בבקשת התובע, ופשוט שמה שכתב השו"ע 'אם טען הלווה ישבע לי' מוסב על המקרה לפני כן, וצריך לגרוס אח"כ 'והשליח שאומר נאנסו צריך להשבע שבועת השומרים', וכתב שאף שמדברי הרמ"א והלבוש משמע שגרסו שהתנאי מוסב על המקרה של שבועת השליח, אין נראה לומר כן.

אם מחויב המלוה להשבע שלא שלח כתב ידו כשיש בשטר נאמנות?

הב"ח כתב שאף שיש בשטר נאמנות מחויב המלוה להשבע, ונימק זאת שהואיל והתנו שיפרע ע"י מי שיביא כתב ידו ויש כתב יד לפנינו, יש בזה רגלים לדבר ודומה לטענת מחילה שחייב להשבע אף כשיש נאמנות כמבואר בסימן פב סעיף יא. **והש"ך (לג) הביא את דבריו**⁷⁸⁶

לווה טוען בבירי שקיבל כתב יד המלווה שיפרע ע"י פלוני כל חובו, והמלווה טוען שמא לא כתבתי לפרוע אלא מחצה מהחוב?

הש"ך (לא) הביא את דברי המהר"ם אלשיך⁷⁸⁷ **שכתב** שאם הלווה טוען בבירי שקיבל כתב יד המלווה שיפרע ע"י פלוני, והמלווה טוען שמא לא כתבתי אלא מחצה מהחוב, הלווה נשבע היסת ונפטר, הואיל וזה דומה לדין המבואר בסימן נט שכשהלווה טוען ברי שפרעתי והמלווה טוען שמא לא נפרעתי, שפטור הלווה. **והש"ך תמה על המהר"ם אלשיך** בכך שהצריך שהלווה ישבע היסת והרי בסימן נט מבואר שאינו חייב להשבע כלל, וכתב: 'ואולי שבועת היסת דנקט הוא לאו דוקא'.

[הש"ך (לד) ציין למחלוקתו עם הסמ"ע בסימן רצו, אם שבועה החזרתית מיגו דנאנסו הינה שבועת התורה ממש, או כעין של תורה, ובע"ה מחלוקת זו תבואר במקומה].

לשון השו"ע:

⁷⁸⁵ ים של שלמה ב"ק פ"ט סימן לו.

⁷⁸⁶ ויש לדון אם הש"ך מסכים עמו לחלוטין ותולה זאת בכך שהתנו מתחילה, או שהואיל וכתב שהשו"ע שכתב שהתנו מתחילה הוא לאו דווקא, לכן בכל מקום שיש כתב יד שאינו מקוים לפנינו, יוכל להשביע, שאף זה נחשב כרגלים לדבר.

⁷⁸⁷ ס' כא.

טען המלוה או המפקיד: אין זה כתב ידי, ואין עדים מצויים לקיימו, והנפקד אומר: אני מכיר שהוא כתב ידך, אם זה הממון נפקד אצלו שלא בעדים, או אפילו בעדים על פה, מתוך שיכול לומר: לא היו דברים מעולם, או: החזרתים לך מידי לידך, נאמן בשבועת היסת אני מכיר שהוא כתב ידך ועל פיו מסרתיו ביד שלוחך. (ואם נפקד אצלו בשטר, מתוך שיכול לומר: נאנסו, נאמן ג"כ לומר: מסרתיו ליד שלוחך), אלא שצריך לישיבע שבועה חמורה כעין של תורה. ואם היה מלוה בשטר, אין הלזה נאמן, וחייב לשלם אחר שישבע המלוה שבועה חמורה שאין זה כתב ידו. הגה: ודוקא במלוה, אבל בפקדון אפילו בשטר, פטור במיגו דהוי מצי למימר: נאנסו בידי (טור ס"ח). אם טען הלזה: ישבע לי (השליח) שאומר שנאנסו, צריך לישיבע שבועת השומרים:

סעיף ו

מודה המלוה שמינה שליח אך אינו מאמין שנאנסו המעות ושהלוה פרע לשליח
כתבו הטור והשו"ע שאם מודה המלוה שמינה שליח שיפרע מן הלוה, אך טוען שאינו מאמין לשליח שהמעות נאנסו, ולא מאמין ללוה שאכן פרע לשליח, השליח נשבע שבועה חמורה שנאנסו, ועל הלוה אין לו אלא חרם סתם.
וביאר הב"י שהואיל והשליח טוען ברי שפרע והמלוה טוען שאינו יודע שנפרע הלוה פטור אפילו בשבועת היסת כמבואר בסימן נט.
השו"ע כתב כן במקרה שצווה המלוה בכתב יד, **וכתב הש"ך** (לו) בשם הב"ח שפשוט שהוא כשצווה בע"פ שישלח ע"י פלוני, והוסיף הש"ך שהוא הדין במלוה בשטר.

אם ניתן להשביע את השליח כשהלוה איננו כאן?

הב"י (יד מחודש א) הביא את דברי המרדכי⁷⁸⁸ שכתב שהמלוה אינו יכול להשביע את השליח עד שיבוא הלוה.
וכתב הש"ך (לו) שמשמע במרדכי שהטעם הוא משום שאולי לא ירצה הלוה להשביע את השליח וישלם למלוה, ולכן אם מת הלוה או הלך למדינת הים אפשר להשביע את השליח שלא בנוכחות הלוה.
הקצות (ג) כתב שמוכח במרדכי שהטעם שמחכים ללוה הוא מפני שרק הלוה יכול להשביע את השליח משום שהוא בעל דינו.
והקשה הקצות מדוע לא יכול המלוה להשביע מדין שיעבודא דרי' נתן שהרי אם פשע השליח הוא חייב ללוה והלוה חייב למלוה. [ועיין בשער המשפט ס"ק ו' שביאר את דברי המרדכי באופן אחר].
לשון השו"ע:

אם התובע מודה שהוא כתב ידו, אלא שאומר לשליח: איני מאמינך שנאנסו ואיני מאמין לנפקד וללוה שנתנם לשליח, הגה: הרי זה מחרים על הלוה או הנפקד שנתנו (טור ס"ט), ונשבע השליח שבועת השומרים:

סעיף ז

מודה המלוה שמינה שליח, וטען השליח שפרע למלוה ומכחיש המלוה
כתב הטור שאם לווה שלח מעותיו ע"י שליח ששלח לו המלוה שיפרע לו, והשליח טוען שהביאם למלוה, והמלוה טוען שלא קיבלם, נשבע נשבע היסת שפרע, והלוה מקבל חרם סתם על כך מסר ליד השליח.
הב"י מביא שיסודו של דין זה לקוח מהמגמרא בקידושין מג: שם מבואר שבתחילה כאשר אדם היה ממנה שליחים לפרוע לבעל חובו, הם היו יכולים גם להעיד אח"כ שאכן פרעו את החוב, ובזה היו פוטרים את הלוה מלשלם. אך לאחר שתיקנו חכמים שבועת היסת, הדין הוא שהעדים נשבעים שאכן פרעו והם פטורים מלשלם, והמלוה נשבע שלא קיבל את הכסף ונוטל מן הלוה.
וכתב הב"י ששם המלוה יכול ליטול הואיל ולא מינה שליח, ולעומת זאת כאן הואיל ומינה את השליח כשלוחו, הלוה נפטר, הואיל והלוה טוען בוודאות שפרע, והמלוה טוען בטענת שמא שלא נפרע, שהרי במידה ושילם הלוה לשליח, כבר נפרע החוב.
לשון השו"ע:

במה דברים אמורים, שהשליח מודה שבאו לידו ונאנסו. אבל אם כופר במלוה או במפקיד, שהשליח אומר להם: נתתם לכם, והם אמורים: לא קבלנו, השליח אינו נאמן, אפילו הם שנים, מפני שהם נוגעים בדבר, אלא שהשליח נשבע היסת, ונפטר, והלוה או הנפקד מקבלים חרם, סתם שמסרו ליד השליח:

סעיף ח

מודה המלוה שמינה שליח וטען הלוה שפרע לשליח, ומכחיש השליח.
כתב הטור שאם מודה המלוה שמינה שליח וטען הלוה שפרע לשליח, ומכחיש השליח, נשבע השליח שבועת היסת ונפטר, והלוה נשבע היסת למלוה שפרע ונפטר.
וכתב הטור שיש אמורים שאין הלוה מחויב להשבע היסת ודי לו בחרם סתם.
וכתב הטור שמסתבר כדיעה הראשונה.

⁷⁸⁸ ב"ק פרק ט' ס' קלא.

וביאר הבי"י ששורש המחלוקת היא האם ניתן להשביע מכח טענת שמא כשאף השליח מצדד בטענת התובע.⁷⁸⁹

השו"ע סתם כדעת הטור שהלווה צריך להשבע היסת.

הסמ"ע (יט) כתב שהטעם הוא כפי שכתב הבי"י שהואיל והשליח עמו יכול להשביעו.

והש"ך בס"ק מו הביא את טעם הסמ"ע והרחיב שזה דווקא במקרה שגם ידוע בוודאות שהמעות היו בידו, **וכן פירש בדברי התרומת הדשן בסימן שח**, ולכן הלווה חייב להשבע, הואיל ידוע שהמעות היו בידו, והשליח טוען שלא קיבל מעולם.

התרומות שם בסימן שח כתב מכח יסוד זה שאם אדם שלח מעותיו ללוי לקנות לו סחורה, וטען השליח שמסר את המעות ללוי, ולוי מכחיש, השליח מחויב שבועת היסת, ולוי פטור, מפני שאין עליו רק טענת שמא ואינו יודע בוודאות שהמעות הגיעו לידו. **הובא בש"ך (מב)**

והנתיבות (יא) העיר שלכאורה לפי טעם זה לא מובן מדוע השליח צריך להשבע, שהרי לטענתו לא הגיעו המעות לידו כלל.

והשיב הנתיבות שהואיל ומכח זה שנעשה שליח, יכול הלווה לטעון שפרע לו ולהפטר, זה נחשב כאילו כבר התחייב למלוה ונתקלקל החוב בידו, וזה בניגוד לדין שהביא הש"ך בס"ק מב לגבי שולח מעותיו ללוי לקנות לו סחורה, שאיננו יודעים כלל שהתחייב לוי ממעות אלו, ולכן אינו צריך להשבע אף כשיש נגדו הכחשת שליח.

שולח לאדם מעות לקנות סחורה וטוען שלא קיבל, אם יכולים המשלח/שליח להשביעו?

הבאנו לעיל שהתרומת הדשן כתב שהשולח מעותיו ללוי לקנות לו סחורה, וטוען לוי שלא קיבל, אי המלוה יכול להשביעו, אף אם מכחישו המלוה.

עוד כתב בתרומת הדשן שם שמכל מקום יכול השליח להשביע את לוי שלא קיבל ממנו את המעות ואינו יכול לומר שהשליח אינו בעל דברים שלו, ואפילו שכבר נשבע השליח למלוה, הוא נחשב כבעל דברים שלו.

וכתב הש"ך (מב) שלפי זה אפילו אם פטר המשלח את השליח מהשבועה יכול השליח להשביע את לוי **עוד כתב תרומת הדשן** שאין המלוה יכול לכופ את השליח להשביע את לוי בין קודם שנשבע ובין לאחר, הואיל ומכח זה יגרום לאחד מהם להשבע שבועת שקר, ולכן יכול לכופ את השליח רק אם יפוטרו מן השבועה.

הש"ך (מב) השיג עליו בזה וכתב שיכול לכופ את השליח שישביע את לוי וכתב: "ולכא דודאי אחד ישבע שבועת שוא שהרי ראובן יאמר לו אם אתה יודע שהאמת אתך תשבע ולוי לשקר נשבע" **אך כתב הש"ך** שמכל מקום יוצא שבאמת אם השליח איננו לפנינו, אין המלוה יכול להשביע את הלווה, הואיל וטוענו רק טענת שמא.

השולח מעותיו לשליח לפרוע חובו וטוען שפרע לאשתו, והאשה מכחישה

כתבו הבי"י והסמ"ע (יח) בשם מהרי"ל⁷⁹⁰ שאם אדם שלח שליח שיפרע לאשה שהיה חייב לה, ואותו שליח נתן לאשתו שתפרע לאותה אשה, והאשה המלוה טוענת שלא נפרעה, הדין הוא שהמלוה נשבעת שלא נפרעה ואשת השליח נשבעת שפרעה, והשליח נשבע שפרע לאשה.

וכתב המהרי"ל שאין השליח נחשב כשומר שמסר לשומר שחייב, מפני 'שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד'.⁷⁹¹

והש"ך (מג) כתב שאין השליח צריך להשבע שנתן לאשה ודי בשבועת אשתו, ודחה את ראיית המהרי"ל מבי"מ מב. ששם מדובר שהאשה לא ידעה שהמעות היו מעות פקדון ולכן לא די בשבועתה, וצריך שהוא ישבע שמה מסר לה היו באמת ממעות הפקדון מה שאין כן במקרה שלנו שידעת האשה שהמעות הינם מעות פקדון, [והוכיח דבריו מהמ"מ רמב"ן רשב"א ונימוקי"י עיי"ש בדבריו].

הלווה לא זוכר ביד מי שלח אם יכול להשביע את המלוה שלא נפרע?

עוד כתב המהרי"ל בתשובה הנ"ל שאם הלווה טוען ששלח ע"י מישהו את הפרעון ואינו זוכר ע"י מי, המלוה צריך ליטול בשבועה, ואינו יכול להפך את השבועה על הנתבע שיסבב שהמעות באו לידה, שהרי הוא הוא אינו יודע שהמעות באו לידה.

וכתב הבי"י שדבריו צריכים עיון, שלכאורה במקרה הזה המלוה יכול ליטול בלא שבועה מכיון שאינו יודע הלווה ביד מי שלח.

והדרכי משה כתב (ה) שדברי הבי"י צ"ע, שאין זה משנה שאינו יודע ביד מי שלח, שהרי סוף כל סוף ידוע ששלח.

אך כתב הד"מ שלהלכה צדק הבי"י, מפני שרק כאשר השליח מכחיש את המלוה בברי וטוען שברי לו, הוא מחויב להשבע על אף שהלווה טוען טענת שמא.

וכתב הש"ך (מג) שנראה שגם הבי"י התכוין לזה, והביא ראיה לדבריהם מסעיף י ששם מבואר שכשאין השליח מכחיש, אין המלוה מחויב שבועה. לשון השו"ע:

⁷⁸⁹ ועיין בסיכומינו לטוען ונטען סימן עה סעיף כג.

⁷⁹⁰ סימן קעב.

⁷⁹¹ עיין ד"מ (ד) ובד"מ הארוך (טו) שהבין את דברי מהרי"ל באופן אחר ומ'ה שהקשה על דבריו, ובחידושי הגהות שתמה על הד"מ.

אם השליח כופר בנפקד או בלוה, שאומר: לא נתתם לי, והם אומרים שנתנו לו, נשבע השליח ללוה או לנפקד, במעמד הלוה או הנפקד, שבועת היסת, ונפטר, והלוה או הנפקד נשבע למלוה או למפקד, במעמד השליח, שבועת היסת, ונפטר.

סעיף ט

לשון הגמ' בקידושין מג.

אמר רבא אמר רב נחמן: אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה - הן הן שלוחיו, הן הן עדיו; וכן בגירושין וכן בדיני ממונות... (רש"י-אם שלח חוב למלוה ע"י שנים.)
מאי קסבר? אי קסבר: המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים, הני נוגעים בעדות ניהו, דאי אמרי לא פרעניה, אמר להו פרעוני! אלא לעולם קסבר: המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים, ומגו דיכלי למימר אהדרניהו ללוה, יכולין למימר פרעניה למלוה. והשתא דתקון רבנן שבועת היסת, משתבעי הני עדים דיהיבנא ליה, ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה, ופרע ליה לוח למלוה.

מהגמרא למדנו שבתחילה כאשר אדם היה ממנה שליחים לפרוע לבעל חובו, הם היו יכולים גם להעיד אח"כ שאכן פרעו את החוב, ובזה היו פוטרים את הלוה מלשלם. אך לאחר שתיקנו חכמים שבועת היסת, הדין הוא שהעדים נשבעים שאכן פרעו והם פטורים מלשלם, והמלוה נשבע שלא קיבל את הכסף ונוטל מן הלוה.

מדוע לאחר שתיקנו היסת אין השלוחים יכולים להעיד?

רש"י והרי"ף והר"ן (יז. בדפי הרי"ף) פירשו שלאחר שתיקנו חכמים שבועת היסת, העדים אינם נאמנים מפני שהם נוגעים בעדותם שאם יאמרו שפרעו לא יצטרכו להשבע.
והקשו תוס' בקידושין מג. ד"ה והשתא שמכל היה לנו להאמין לשליחים לאחר שנשבעו, מפני שכעת אין הם נחשבים נוגעים שהרי מכל מקום הם נשבעים, וכתבו שהטעם שאינם נאמנים הוא "משום דרחמנא אמר יעל פי שנים עדים יקום דבר" דמשמע הנאמנים בדיבור בלבד אבל העדים הטעונים לישיב קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם. **וכ"כ הר"ן (יח: סוף דיבור ראשון).**
הש"ך (ג) הביא שהלבוש פירש טעם אחר שאם הוא היה מכחיש את הלוה, הוא היה צריך להשבע כנגדו בעוד שהוא ידוע שהוא משקר, מה שאין כאן שאין הלוה יודע שהוא משקר.
והש"ך השיג על דבריו שהרי גם כעת שנשבעים המלוה מכחישם, והם חייבים להשבע בפני המלוה, אלא הפשט כדברי הראשונים, שאם היינו מקבלים עדותם, על כרחך לא היינו משביעים אותם, שאינו עד נאמן כשהוא מחויב שבועה, וכפי שהבאנו לעיל.

ונחלקו הראשונים איזה שבועה נשבעים השלוחים ואיזה שבועה נשבע המלוה:

- א. **רש"י והמאור⁷⁹² סברו** ששניהם נשבעים שבועת המשנה כדין הפועלים והחנוני בדין החנוני על פנקסו, וביארו שמה שכתבה הגמ' 'והשתא דתקון רבנן שבועת היסת', פירוש שלאחר שתיקנו חכמים שבועת היסת, שוב הם נעשו נוגעים בדבר, וממילא אינם נאמנים להעיד, וחזר הדין להיות כדין המשנה של 'חנוני על פנקסו'.
 - ב. **הרי"ף והר"ן סברו⁷⁹³** שהשלוחים נשבעים שבועת היסת והמלוה נשבע שבועה בנקיטת חפץ כדין החנוני על פנקסו.
 - ג. **הרי"ף מיגאש⁷⁹⁴ סבר** ששניהם נשבעים שבועת היסת, ושם ביאר מדוע לא תיקנו למלוה שבועת היסת על אף שהוא נוטל, וזה מפני שלא תיקנו שבועת הפועלים אלא במקום ששניהם נוטלים, אבל כאשר רק אחד נוטל, אינו צריך להשבע.
- השו"ע** סתם כאן כדברי הרי"ף והר"ן שהשלוחים נשבעים היסת והמלוה נשבע בנקיטת חפץ. **וכתב הש"ך (מט) שכן עיקר⁷⁹⁵.**

מקרים שבאים נאמן השליח לחייב שבועה, ושנים לחייב ממון

אם נאמן השליח כשפטר הלוה את השליח משבועה?

כתב הר"ן⁷⁹⁶ שאפילו אם יפטר הלוה את השלוחים משבועה אינם נאמנים כעדים, מפני שהם עדיין נחשבים כנוגעים שניתן לומר שמשום אותה הנאה שפטר אותם הם מעידים לו.
וכתב הש"ך (נב) שאף שנפסק בסימן קמ סעיף ט בעניין שוכרים הרוצים להעיד עבור המשכיר, שאם כבר שילמו למשכיר את הכסף למשכיר הם אינם נאמנים, מפני שיתכן שמעידים כדי לא לאבד ממונם, ומכל מקום אם השיב להם המשכיר את המעות, נאמנים להעיד בעדו, כאן זה שונה, הואיל ושם המשכיר מחזיר

⁷⁹² קידושין דף יז: בדפי הרי"ף וברש"י כך משמע ויש מקום לדון בדבריו.

⁷⁹³ יח. בדפי הרי"ף.

⁷⁹⁴ שבועות מז: ד"ה מתני'.

⁷⁹⁵ עיין בסימן צא שם הביא השו"ע מחלוקת בעניין דומה של חנוני ופועלים, והש"ך תמה מדוע הביא שם מחלוקת וכאן סתם כדעת הרי"ף, ועיין בנתיבות שם ס"ד מה שכתב ליישב בזה.

⁷⁹⁶ קידושין יח: סוף דיבור ראשון.

להם את שלהם, ושישלמו למי שמגיע לו, ואילו כאן הלווה מוותר להם אף שאינו יודע שהם דוברים אמת, ולכן כאן יש חשש שמעידים לטובתו, הואיל ופטרם מן השבועה.

הנתיבות (יד) כתב לחלק באופן אחר וכתב שבדרך כלל עד לא נעשה נוגע במה שעשה לו בעל דין טובה, שהרי אף אם נתן אדם מתנה לעד באותו יום הוא אינו נפסל להעיד בעדו, והטעם שכאן אנו פוסלים מכח שעשה לו טובה, הוא מפני שבלאו הכי אין לנו להאמין לשליח מפני שיש לחשוש שרוצה להחזיק את המעות לעצמו ולכן טוען שפרע, אלא שעדיין היה לנו להאמין להם מכח מיגו שיכל לטעון שהחזיר את המעות ללווה, והואיל וכל הסיבה שהם נאמנים הוא מכח מיגו, אין להם מיגו כאשר עשה להם הלווה הנאה, שבוה אנו אומרים שלכן העדיפו לומר שפרעו למלוה.

עוד כתב הר"ן שאם כשמינה הלווה את השליח פטרו מן השבועה, הוא נאמן להעיד לטובתו, שבמקרה זה אין הוא נחשב כנוגע.

והעיר (נד) הש"ך שזה דוקא כשיש עדים שפטר אותם הלווה מהשבועה קודם, והם עצמם אינם נאמנים בזה.

הש"ך (נג) הביא שהמרדכי בתירוץ הראשון חולק על הר"ן הנ"ל וסובר שאם יפטור הלווה את השליח מן השבועה הוא יהיה נאמן, שהמרדכי הקשה מדוע שלא פטרנו, ותיירץ שאינו רוצה לפטור מפני שיתכן שהוא לא פרע והוא עצמו חייב ללווה, ויוצא מדבריו שאם באמת יפטרונו, זה יועיל.⁷⁹⁷

הטור כתב שאין השליחים נאמנים לפטור את הלווה, ולא יועיל שהלווה ימחל לו על השבועה, ולא הזכיר מה יהיה הדין כשמחל לפני כן.

והשו"ע הביא בלשון יש מי שאומר כדברי הר"ן, שאם מחל לפני, זה מועיל.

וכתב הש"ך (נג) שאף כשיש רק עד אחד יש נ"מ בפטור במקרה שהמלוה תפס בפני אותו עד ובפני עוד עד אחד, שאם העד הראשון הוא כשר חייב המלוה שבועה דאורייתא ויורדים לנכסיו אם אינו רוצה להישבע, ואם הוא פסול אינו חייב אלא שבועת היסט ולא מוציאים ממנו.

כשידע הלווה שעשו השליחים שליחותם, אם נאמנים השליחים לפטור את הלווה?

כתב התרומות⁷⁹⁸ בשם הירושלמי⁷⁹⁹ שאם ידע הלווה שהשליח עשה שליחותו כגון שהלך עמו וראה שמילא שליחותו, יכול השליח להיעשות עד, מכיון שאינו צריך להישבע וממילא אינו נחשב נוגע, ומחייב את המלוה שבועה דאורייתא, ואם הם שניים יכולים לפטור את הלווה מן החוב.

העיר הש"ך (נה) שמדובר במלוה בשטר, שהרי במלוה ע"פ הלווה פטור הואיל ויודע בודאות שפרע למלוה. **הב"י תמה מה שכתב הטור** ששני עדים יכולים לפטור ממון, וכתב שלא יתכן שהלווה יהיה נאמן לומר שראה שהעדים פרעו ומכח זה להחשיבם ככשרים לעדות ולא כנוגעים, ולכן אין העדים יכולים לפטורו, **ונשאר הב"י בצ"ע.**

אך כתב הב"י שלעניין עד אחד מובן דין זה מכיון שאינו מחייב אותו אלא שבועה [ונתייחס לזה בפיסקא הבאה].

השו"ע כתב שאם היה עד אחד, נאמן הלווה לומר שראה שפרע, ובכך יחייב העד אחד את המלוה שבועה, **אך לעניין ב' עדים כתב בזה הלשון:** "ואם הם שני שלוחים, והלך המשלח עמהם ועמד מרחוק וראה שעשו שליחותם, לשווינהו עדים על פיו לאפקועי ממונא דמלוה" ולשונו סתומה ואינה ברורה, ולכן הגיה הרמ"א על דבריו כך: "ואם הם שני שלוחים, והלך המשלח עמהם ועמד מרחוק וראה שעשו שליחותם, [הם עדים ופטור הלווה, ולי נראה דאינו נאמן בשנים], לשווינהו עדים על פיו לאפקועי ממונא דמלוה."

כלומר שהשו"ע הכריע כדבריו בב"י שאין הלווה נאמן לומר שראה שפרעו ובכך לעשותם עדים כשרים **הסמ"ע (כז) כתב ליישב את קושיית הב"י** וכתב שהטור דיבר במקרה ששמעו עדים שהלווה אומר שראה את הפרעון קודם שיצא שום ערעור, ודין זה דומה למקרה שפטר את השליח מתחילה משבועה וכדעת הר"ן, וכתב שיתכן שאף השו"ע חזר בו מה שכתב בב"י והבין בטור כדברי הסמ"ע ואין צורך לכל הגהת הרמ"א ודי להוסיף את המילה 'נאמן' לעשותם עדים.

הש"ך (נז) כתב שהבנת הסמ"ע בטור הינה דוחק וגם המקרה של הסמ"ע אינו דומה למקרה המובא בר"ן שרק בשעת המינוי מועיל שיפטור אותו מן השבועה כמבואר בדברי הר"ן שהבאנו בפיסקא הקודמת.

וכתב הש"ך לתרץ את קושיית הב"י באופן אחר וכתב שהואיל והלווה ראה שהעדים פרעו, זה נחשב שהוא עצמו פרע ושהעדים מעידים על כך, ואף שמעידים שהם היו שלוחים לפרעון, אין זה משנה ומבחינתנו זה נחשב שהעידו שפרע הלווה, עוד כתב שיש להם מיגו שיכלו לומר שראו שהלווה עצמו פרע, אך אין צורך לזה שבלאו הכי הואיל וראה שפרעו זה נחשב שהוא פרע הלווה.

עוד כתב הש"ך שאע"פ שמסברא נראה יותר כדברי התרומות והטור, אין ראייה לדבריהם מהירושלמי. שהירושלמי דיבר קודם תקנת שבועת היסט וכמ"ש המרדכי בשם ראב"י, וגם התרומות לא הביא ראייה אלא מכך שהרי"ף הביא את הירושלמי, וגם זה אינו ראייה כמו שכתב הר"ן שהביא הרי"ף את הירושלמי כדי ללמוד למקרה שפטר הלווה את השליח משבועה מתחילה. ועוד נראה שלומדים מהירושלמי שאפילו שליח מושכר נעשה עד בקידושין, שבוה מדובר שם. ולכן הרי"ף הביא את הירושלמי לגבי קידושין ולא לגבי ממון.

⁷⁹⁷ **אך בתירוץ השני כתב המרדכי** שאפילו אם היה פוטרם הלווה הם עדיין היו נחשבים כנוגעים מכיון שעד שלא פטרם הוזקקו לומר פרענו ולכן יש לומר שעדיין אומרים כן כדי להחזיק בדיבורם.

ואף מדבריו ניתן ללמוד שאם פטרו הלווה מלכתחילה זה יועיל, שבוה לא שייך לומר שמתחילה היה צריך לומר שפרעו כדי שלא ישביעם ודוק.

⁷⁹⁸ שער כט חלק ב סימן ד.

⁷⁹⁹ קידושין פרק ב הלכה א.

כשטוען הלווה שראה עד אחד שפרע, אם יכול לחייב את המלוה שבועה דאורייתא?

הזכרנו בפיסקא הקודמת שהב"י תמה על דין הטור שיכול הלווה לומר שראה שהעדים פרעו, ושלא יהיו נוגעים ובכך יפטרנהו משבועה, אך לעניין עד אחד כתב שבזה מובן שנאמן, הואיל ואין העד מחייב אלא שבועה.

וכתב הסמ"ע (כז) שלפי קושית הב"י אין טעם לחלק בין עד אחד לשניים, שהואיל ואינו נאמן לומר שראה שפרעו והם אינם נוגעים, כך אינו יכול להעיר לגבי אחד שאינו נוגע, וכמו שכתב הרא"ש בת' שהביא הטור בסימן צג שאין חילוק בין ממון לשבועה מפני שאף שבועה מביאה לידי ממון.

וכתב הנה"י (טו) שלפי מה שכתב הש"ך שהבאנו לעיל, שיש לעדים מיגו שיכלו לומר שהלוה עצמו פרע, מובן החילוק בין עד אחד לשנים, שהרי אין אומרים מיגו בשנים אלא במקום שע"י זה יפטר מממון כמבואר בתוס' בקידושין⁸⁰⁰, וכאן הם אינם צריכים להפטר, שהלוה כבר אמר שראה שמסרו והרי זה כאומר ודאי לי שאינך חייב לי, והם אינם צריכים להשיב כלל, ולכן רק עד אחד נאמן במיגו זה.

הש"ך (נז) הביא שהאגודת אזור הקשה על הב"י מכך שמבואר בירושלמי שאם אומר הלווה שראה שמסר העד, שנאמן לפוטרו, ואין סברא לחלק בין עד אחד לב', וכבר הבאנו לעיל בפיסקא הקודמת שכתב הש"ך שאין ראיה מהירושלמי הנ"ל.

עוד הביא הש"ך את דברי הלבוש שכתב שנראים דברי הרמ"א, ומשמע מדבריו שאפילו בעד אחד אינו נאמן לחייב שבועה דאורייתא אלא היסת.

וכתב הש"ך שאפשר שגם הב"י התכוין לזה, ומה שכתב בלשון שבועה דאורייתא הוא לאו דווקא.

הסמ"ע (כו) והש"ך (נו) העירו שלכאורה לא שייך לחייב את המלוה שבועה דאורייתא, שהרי המלוה בא ליטול, ואין שבועת הנוטלים מן התורה.

וביאר שיכול הלווה לפרוע למלוה פעם שניה בעדים ואז להשביע אותו שבועה דאורייתא שלא נפרע פעמיים.

האם נאמן השליח לומר שפרע למלוה במקום שהיה לו ליקח שטר מהמלוה?

הקצות (ד) התקשה מדוע כאשר הלווה ראה שפרע השליח, הוא אינו נחשב כנוגע, והרי הואיל ומדובר כאן במלוה בשטר, לא היה לשליח לפרוע בלא עדים, והואיל ופרע שלא בעדים הוא חייב לשלם וא"כ הוא נוגע, ואף שכשהוא מעיד שפרע למלוה הוא מעיד לרעתו, מפני שהוא מחייב את עצמו מכל מקום מוכח מהר"ן בכתובות⁸⁰¹ שאף כשמעיד לרעתו אינו נאמן, הואיל ואדם קרוב אצל עצמו, והארך הקצות בזה בסימן לו ס"ק ה' וס"ק ט'.

וכתב הקצות שיש לומר שמדובר כאן באופן שאין השליח מתחייב, כגון שהלווה לא הזכיר לו שהמלוה הנ"ל הינו מלוה בשטר כמבואר בסימן נח סעיף א'.

פטר הלווה את השליח משבועה או שהלך וראה שפרע, אך כשמינהו אמר הולך לפלוני באופן שזכה המלוה, אם נאמן להעיד שפרע למלוה?

הש"ך (מד) הביא את דברי הראב"ן בתשובה⁸⁰² שכתב שאם מינה הלווה שליח בלשון 'הולכי לפלוני או יתנו' או 'זכו' אין השליח נאמן לומר שפרע למלוה וביאר הש"ך שהכוונה אפילו קודם שתיקנו חכמים שבעת היסת, והטעם הוא מפני שבאופנים האלה כבר זכה השליח במעות בשביל המלוה, ולכן הוא לא יכל לומר שהחזיר את המעות ללוה, שבלאו הכי היה מתחייב למשלח ואין לו מיגו.

הש"ך כתב שאף בימינו יש נ"מ בזה במקרים בהם נאמן השליח כגון שפטר הלווה משבועה בשעה ששילחו או שהלך וראה שפרע למלוה.

וכתב הש"ך שאף שברמב"ם ובסמ"ג ובשאר פוסקים נקטו בלשון 'הולך', אין זה אומר שהם חולקים על הראב"ן, אלא שניתן לומר שהואיל וכיום אינם נאמנים בלאו הכי לא ראו נ"מ בזה, או שלא עסקו בדיני זכיה וקיצרו בלשונם, ולשון הולך יכול להיות דווקא כשאומר הולך לו ויהיה ברשותי, וכתב שאף הטור והשו"ע נקטו בלשון זה והביאו מציאותיות בהם נאמן השליח, צריך לומר שמדובר שאין עדים שאמר בלשון הולך ולכן נאמן השליח שיכל לומר שלא אמר לו הולך, והביא שכן כתב הריטב"א בקידושין במפורש שנאמן באופן הזה.

אך כתב הש"ך שהמרדכי בקידושין⁸⁰³ כתב שהרי"ף חולק על הראב"ן וכתב הש"ך שלפי מה שכתב אין ראיה שהרי"ף חולק.

הנתיבות (יב) כתב בתחילה שלפי הדיעה בסימן רצא סעיף כד שאם הביא הנפקד את הפקדון לאשתו ובניו הוא אינו חייב אף אם פשעו, אין דינו של הראב"ן נכון ואף אם זיכה הלווה לשליח בשביל המלוה, הוא יכול להשיב ללוה ואינו מתחייב על כך, הואיל וידוע שהמלוה סמך על הלוה, לכן אין המלוה יכול לומר לו שהלווה אינו נאמן עליו, וממילא נאמן במיגו שיכל לומר שהחזיר כפקדון את המעות ללוה, ואף אם יכפור הלוה דומה דינו למקרה שפשע שאף באופן הזה נפטר לדיעה זו.

אך לבסוף הסיק הנתיבות שגם לדיעה זו, השליח אינו נאמן, מפני שמכל מקום הוא התחייב להשבע שבועת השומרים שהפקיד ביד הלווה, ועד שצריך שבועה אינו עד.

⁸⁰⁰ מ"ג ע"ב ד"ה והשתא.

⁸⁰¹ מב, ב בדפי הרי"ף

⁸⁰² סימן פא

⁸⁰³ פרק ב סימן תקח

אם חייב השליח לפרוע בפני עדים?

נחלקו הראשונים האם שליח שפרע למלוה שלא בפני עדים נחשב פושע, ורובם סוברים שאין זה פשיעה וכן נפסק בשו"ע סימן נח סוף סעיף א **והביא הש"ך (מה) שהראב"ן**⁸⁰⁴ לא סובר כן, ולשיטתו חילק שהגמרא שלנו דיברה רק בשני שלוחים וזוה לא נחשב פשיעה, שיכולים לומר שסברו שהקפיד לתת לשנים דוקא כדי שיהיו עדים. **וכתב הש"ך** שלהלכה אין הבדל כיון שיכול לפרוע שלא בפני עדים. [עיין בש"ך (מו) שהאריך בדבר תשובה הכתובה במהרש"ל ולא מצאתי הפנאי להאריך בזה]. לשון השו"ע:

במה דברים אמורים? בשעשאו שליח להביא את שלו. אבל אם לא עשאו שליח, אלא שאמר לו הלואה או הנפקד: תוליך לפלוני מעותיו שבידי, או שבא אחד ללוה או לנפקד ואמר: פלוני עשאי שליח להביא מעותיו, והאמינו ומסר לו הממון, והשליח אומר: נאנסו, או: מסרתי למלוה, והמלוה אומר: לא עשיתיו שליח ולא קבלתיו, ישבע השליח שנתנם למלוה (טור), וישבע המלוה או המפקיד בנקיטת חפץ שלא קבלם, ויגבה חובו מהלוה או הנפקד, שהשליח אינו נאמן, לפי שהוא נוגע בעדות, שהרי צריך ליטען ליפטור.

ואפילו יפטור הלוה או הנפקד את השליח משבועה, כדי שלא יהיה נוגע בעדות, אינו מועיל. ומיהו אם מתחלה כשמסרו בידו פטרוהו משבועה, יש מי שאומר דמהני.

ואם אין השליח צריך ליטען, כגון שהלך המשלח עם השליח ועמד מרחוק וראה שעשה שליחותו, אינו נוגע בעדות והרי הוא עד אחד, ומזיקי למלוה שבועה דאורייתא; ואם הם שני שלוחים, והלך המשלח עמם ועמד מרחוק וראה שעשו שליחותם, (הם עדים ופטור הלוה. ולי נראה דאינו נאמן בשנים), לשווינהו עדים על פיו לאפקועי ממונא דמלוה:

סעיף י

טען הלווה שפרע ע"י שליח אם יכול להשביע את השליח או את המלוה כשרק אחד מהם לפנינו?

כתבו הרמב"ם⁸⁰⁵ **והתורמות**⁸⁰⁶ **בשם הראב"ד**⁸⁰⁷ שהלווה יכול להשביע את השליח שפרע למלוה ואת המלוה שלא נפרע, רק כשהם מכחישים זה את זה, אך כשרק אחד מהם בפנינו אינו יכול להשביעם, מפני שכל טענתו הינה טענת שמא.

הביא הש"ך (נח) בשם תרומת הדשן בסימן שח שאף אם מת המלוה ויורשיו תובעים, אינו יכול להשביעם במידה והשליח לא טוען שפרע לאביהם, ולמרות שצריך לשלם פעמים אינו יכול להשביע מכח טענת שמא והסכים הש"ך לדבריו.⁸⁰⁸

עוד כתב הש"ך (נט) שאף אם טוען הלווה שהשליח אמר לו בברי שפרע, אינו יכול להשביע את המלוה, מפני שיתכן שלא היה אומר כן בפני המלוה, אך אם באמת אמר השליח כן בפני ב"ד ומת, יכול הלווה להשביע את המלוה. לשון השו"ע:

במה דברים אמורים, כששניהם לפנינו, השליח והמלוה, ומכחישים זה את זה. אבל אם בא השליח לבדו ואמר: נתתי כמו שאמרת לי, אינו יכול להשביעו שעשה שליחותו, שהרי אין שם טוען עליו ודאי שלא עשה שליחותו. וכן אם מת השליח או הלך למדינת הים, ובא בעל חוב לתבוע את הלוה, אינו יכול להשביעו שלא פרעו השליח, שהרי אין כאן מי שטוען עליו ודאי שלקח, אלא מחרים הלוה חרם סתם, ומשלם החוב שעליו:

⁸⁰⁴ בתשובה סימן פא.

⁸⁰⁵ שלוחין א, ז

⁸⁰⁶ שער נח"ג סוף סימן י.

⁸⁰⁷ תמים דעים סוף סימן סג.

⁸⁰⁸ והעיר הש"ך שצריך לומר שהתורמות הדשן מדבר במלוה בשטר, לפי מה שנפסק בשו"ע בסימן צא סעיף ב ע"פ הרמב"ם שאין יורשי השכיר יכולים ליטול מבעה"ב וביאר המ"מ שעל אף שבד"כ היתומים נשבעים שבועת אביהם ונוטלים יתכן ששם זה שונה הואיל ויש עד (על אף שהוא נוגע) שמעיד כנגדם, וא"כ אף כאן היה צריך לומר שאין היורשים יכולים ליטול כלל, אלא מוכרחים לומר שמדובר במלוה בשטר, אך לפי מה שכתב הש"ך שם ס"ק י אין צורך לזה, ששם ביאר שאף הרמב"ם מודה שיכולים היורשים ליטול, ושם דיבר באופן שאין יורשים, עיי"ש. עוד כתב הש"ך שמדובר כאן כשמת השליח ולא העיד בב"ד, אף שהלווה טוען שאמר לו השליח בודאי שפרע. אבל אם העיד בב"ד ומתף משביעים את המלוה. ופשוט הוא.

סעיף יא

היה השליח חייב ללוה ואמר פרע מעותי למלוה שלי, והשולח להפקיד משכון

היה השליח חייב ללוה ואמר פרע מעותי למלוה שלי

לשון השו"ע:

ראובן שאמר ללוי: מנה שאתה חייב לי תנהו לשמעון שהוא דר בעירך שאני חייב לו, לוי אומר: נתתיו, ושמעון אומר: לא קבלתי הדין בזה כמו שנתבאר באומר: תולין לפלוני מעותיו שבידי.

מקור דין בטור בשם הרא"ש בתשובה בסוף כלל סט. **הסמ"ע (כט) כתב** ב' פירושים להבנת דברי הרא"ש, או שברצונו לומר שלענין זה אין חילוק בין מקרה שאמר לו לזכות בשביל המלוה, לבין מקרה שאמר שישלח לו, וכתב שיותר נראה לומר שכוונתו לומר שלא רק במקרה שהיה לשליח מעות בעין, ואמר הלווה שיפרע למלוה, שפטור השליח מכת חזקת שליח עושה שליחותו, אלא אף במקום שלא היה לשליח מעות, ויש ספק שאומר שפרע למלוה בשביל להשתמט מחובו, פטור.

והש"ך (ס) הביא מלשון הרא"ש שממנו משמע כפירוש הראשון, עיי"ש.

השולח להפקיד משכון

לשון הגמ' בב"מ לה.

ההוא גברא דאפקיד כיפי גביה חברה, אמר ליה: הב לי כיפי. - אמר ליה: לא ידענא היכא אותבינהו. אתא לקמיה דרב נחמן, אמר ליה: כל לא ידענא - פשיעותא היא, זיל שלים.

מבואר בגמ' שנפקד שאינו יודע היכן הפקדון נחשב כפושע וחייב לשלם. **מכאן כתב הנימוק⁸⁰⁹ בשם הר"ן** שהשולח שליח להפקיד משכון תמורת הלוואה, והשליח אינו זוכר היכן השכין, חייב השליח לשלם, שכל האומר איני יודע נחשב פושע. **וכן פסק הרמ"א.** **והביא שם הנימוק⁸⁰⁹** שנחלקו הר"ף והר"ן במקרה שהשליח יודע היכן השכין, אך השכינו שלא בעדים וכעת המלוה כופר בכך:

דעת הר"ף שחייב לשלם, שלמרות שגם אם היה מביא לו בפני עדים, היה יכול לטעון נאנסו, מכל מקום זו טענה פחות שכיחה, ועדיין נחשב כפושע, ורק אם אמר שימשכן אצל פלוני, פטור השליח, הואיל ובכך האמין לאותו אדם.

[וכתב רע"א שלשיטת הר"ף צריך גם לומר למלוה שלא יחזיר אלא בעדים שאם לא כן, עדין יוכל לטעון טענת 'החזרתית']:

ולעומתו סבר הר"ן שפטור השליח, הואיל ואמר לו למשכן ולא הזכיר שיתן בעדים, משמע שהאמין שהמלוה לא יכפור.

הרמ"א פסק כדעת הר"ף שחייב לשלם.

ותמה עליו הש"ך (סא) שהרי כל טעמו של הר"ף הוא לפי שסבר שהמלוה נחשב כשומר שכר ולכן נפטר בטענת נאנסו, שהיא טענה שלא שכיחה, אבל להלכה נפסק בסימן עב שהמחזיק במשכון דינו כשומר חנם, ולכן אף אם היה נותן לו בעדים היה יכול לטעון שנגנב או נאבד, וזו טענה שכיחה, וא"כ אין סיבה לחייבו. **וכתב הש"ך שהיה מקום לומר** שאף טענת 'נגנב או נאבד' אינה טענה שכיחה, אך שעדיין קשה שמנין למד כן שהרי הנימוק⁸⁰⁹ לא אמר כן אלא לגבי טענת נאנסו.

עוד כתב הש"ך שהיה מקום לומר שהואיל ואנו פוסקים רק משום ספק שהמחזיק במשכון דינו כשומר חנם, היה מקום לומר שהמלוה לא היה טוען כן מפני שהיה ירא שמא נפסוק שדינו כשומר שכר, **ונשאר הש"ך בצ"ע.**

לשון הרמ"א:

הגה: מי ששלח שלוחו למשכן לו משכון, ומשכנו ואינו יודע אצל מי, הוי פשיעה וחייב לשלם לו. ואם אמר: אצל פלוני, והוא כופר, חייב לשלם, דהוה ליה למשכנו בעדים. אבל אם המשלח צוהו למשכנו אצל פלוני, והוא כופר, פטור (נ"י פרק המפקיד וכפול לקמן סי' קס"ח ס"ט ע"ש):

סעיף יב

מלוה או לוה ששלחו ע"י שליח ליקח מעות מפלוני, הנותן טוען שנתן לשליח

חמישים והשולח טוען ששלח שיקח רק שלושים

כתב הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק א הלכה ט:

לוי שבא בשליחות ראובן ולקח חמישים משמעון, ובא ראובן ואמר לא שלחתי ליקח אלא עשרים, ועשרים בלבד הביא, הרי ראובן נשבע שלא שלחו להביא אלא עשרים ועשרים בלבד הביא לו כדין כל מודה מקצת. ולוי נשבע היסת שהחמישים שנתת לי נתתי לראובן, וישלם שמעון מביתו אם היה חייב לראובן. וכן כל כיוצא בזה.

הפוסקים התקשו מאוד בדברי הרמב"ם הנ"ל והביאו פירושים שונים לדבריו:

⁸⁰⁹ יט. בדפי הר"ף. ד"ה 'יכל לא ידענא'

ראשית יש לברר מהו המקרה בו עסק הרמב"ם, כתב הרמב"ם: 'לוי שבא בשליחות ראובן ולקח חמישים משמעון' האם מדובר שלקח משמעון בתור הלוואה, או שבא להפרע משמעון בעבור חובו שהיה חייב לראובן.

(1) **הטור הבין** שהרמב"ם דיבר במציאות בה השליח בא להפרע משמעון בעבור חוב המשלח, וכן עולה מסוף דברי הרמב"ם שכתב שצריך שמעון לשלם מביתו במידה וחייב לראובן. **ולפי זה תמה הטור על דברי הרמב"ם** שלפי זה יוצא שהרמב"ם פסק שהואיל והמלווה טוען ששלח שיפרע לו רק שלושים, ופרע הלוה חמישים, הלווה לא נפטר מן העשרים, ונשבע המלווה שבועה דאורייתא מדין מודה במקצת, שצווה לשליח שיפרע רק שלושים, ולא מובן מה שייכת שבועת מודה במקצת כאשר בא ליטול.

לכן כתב הטור שהדין הוא שהואיל והלווה טוען שפרע הכל, נשבע הלווה היסת ונפטר. **הב"י והדרכי משה (ו) ביארו** שהטור סובר שנפטר הלווה ע"י פרעון לשליח של המלווה אף שלא היה שליח לגבות כל החוב, שכיוון שצוהו לקבל חלק, הוא הפסיד את עצמו. **וכתב הדרכי משה** שנראה שזה דוקא כשלא ידע הלווה שהיה שליח רק על מקצת, אבל אם ידע ששלחו רק למחצה לא נפטר.

הב"י השיג על דינו של הטור שהרי אם אינו יודע שבאמת המלווה צווה לשליח שיקח את כל החוב הרי הוא כאומר 'איני יודע אם פרעתי' שחייב לשלם.

המהרש"ל הקשה על הטור שלכאורה על כרחך הוא מדבר באופן שיש עדים שמינהו שליח, שהרי אם אין עדים שמינהו שליח אלא שמודה המלווה שמינהו, ודאי שיש לו מיגו שיכל להכחיש ונאמן לומר שלא מינהו אלא על העשרים, ואם יש עדים שמינהו בסתם, אנו מניחים שמינהו על כל הסכום, ואם נקב במפורש רק עשרים, אז פשוט שהלווה פטור [א"א-ואינו צריך להשבע כלל]. **הש"ך (סב) כתב שאין קושייתו קשה** שיתכן שמדובר שאין עדים ואף שנאמן במיגו מכל מקום נפטר הלווה, מפני שהמלווה הפסיד את עצמו בכך, וכפי שביאר הב"י בדעת הטור

והמהרש"ל⁸¹⁰ סבר שבמקרה הזה חייב הלווה לשלם אף לדעת הטור, ולכן כתב לתרץ שהטור דיבר באופן שיש עדים שמינהו שליח, אך שאינם יודעים את סכום ההלוואה, וסבר הטור שבזה נאמן הלווה לומר שפרע חמישים ונפטר, אך כתב המהרש"ל שנראה שאף בזה הדין שיהיה חייב, הואיל ואינו יודע בוודאות שנפטר, שיתכן שלא מינה המלווה את השליח אלא על העשרים.

למסקנה הסיק הש"ך שאף הטור מודה שאם אין הלווה יודע בוודאות שהמלווה צווה לשליח לקבל את כל החוב, הוא חייב לשלם (ולא כפי שהבין הב"י בדבריו) וכתב שלא שייך לומר שהמלווה הפסיד נפשו, שאדרבה הלווה הפסיד נפשו שהיה לו לברר על מה מינה המלווה את השליח, וכתב שהטור דיבר במקרה שהלווה טוען בבירור שהמלווה צווה לשליח שיגבה את כל החוב, ולכן נפטר, ושהוא הבין שהרמב"ם מחייב את הלווה אף באופן הזה. [ולקמן נביא את הבנת הש"ך ברמב"ם].

(2) **הב"י ביאר** שהרמב"ם כתב ב' מקרים שונים ובלשונו 'לצדדין קטני': **המקרה ראשון מדבר** באדם ששלח שליח ללוות מחבירו, וטוען שביקש שילווה רק שלושים, והמלווה טוען שהלווה לשליח חמישים, נשבע הלווה שבועת מודה במקצת שביקש ללוות רק שלושים ושהוא מה שקיבל ונפטר.

ואילו המקרה השני מדבר כששלח מלווה את שליחו להפרע מן הלווה וטוען שביקש שיקח רק שלושים והלווה טוען שפרע חמישים, שבזה המלווה נשבע שבועת הנוטלים שלא ביקש משליחו שיקח אלא שלושים ושלא הגיע לידו אלא שלושים, ומתחייב הלווה לשלם את שאר החוב.

וכתב הב"י שאמנם הרמב"ם לא הזכיר שהמלווה צריך להשבע שבועת הנוטלים, אך זה מפני שסמך על מה שכתב בזה בהלכה ז.

והעיר בבדק הבית שמדויק מלשון הרמב"ם שאלו ב' מקרים שונים מפני שכתב בסוף 'וישלם שמעון מביתו אם היה חייב לראובן' משמע שעד עכשיו עסק במקרה ששמעון לא היה חייב למשלח, אלא הביא לו מעות כהלוואה.

על פי פירושו זה פסק השו"ע את המקרה השני של הרמב"ם שאם שלח המלווה שליח לפרוע חובו, וטען הלווה שפרע הכל, והמלווה טוען ששלח רק שיפרע חצי ושקיבל רק חצי, המלווה נשבע שבועה חמורה ונוטל, והשליח ישבע היסת ללווה שאכן פרע את כל החמישים למלווה.

הש"ך (סב) הקשה על פירושו של הב"י וכתב שלפי דבריו אף במקרה הראשון ששלח את השליח ללוות, לא היה ללווה להשבע שבועת מודה במקצת שהרי אין המלווה יודע שצווה ללוות חמישים ואין משביעים בטענת שמוא.

וכתב הש"ך שאם נאמר שמדובר בטענת ברי שיודע שצווה ללוות חמישים, אי"כ לא יהיה מובן הדין השני שכשצווה המלווה להפרע מן הלווה, וטען הלווה בוודאות שצווהו להפרע הכל, ושפרע הכל, היה צריך להיות הדין שהלווה יפטר.

וכתב הש"ך שאמנם היה מקום לומר שבמקרה הראשון נשבע הלווה שבועת מודה במקצת כלפי השליח שטוען שהביא לו חמישים, וכפי שכתב תרומת הדשן בסימן שח, שאף השליח נחשב בעל דברים.

אך כתב שמכל מקום מפשט דברי הרמב"ם נראה שהרמב"ם דיבר בכל ההלכה במקרה שהמלווה שלח שליח להפרע מן הלווה, וכתב שדיוקו של הב"י [מכך שכתב הרמב"ם לבסוף שישלם מביתו אם היה חייב לו, שמשמע שעד כאן עסקנו במקרה ששלח לקחת מעות מאדם שלא חייב לו] אינו נכון שכל כוונת הרמב"ם לומר שאם הלווה מכחיש וטוען שמעולם לא היה חייב, אינו יכול לגבות ממנו.

⁸¹⁰ ב"ק פרק ט סימן לו.

(3) **הב"ח כתב לבאר** שהרמב"ם דיבר גם בשליח ללוות וגם בשליח לגבות, ובמקרה שאין עדים שהמשלח מינה את השליח, ולכן במקרה שמינה המלוה שליח לגבות חובו ואין עדים על כך, ופרע הלווה לאותו שליח, נעשה אותו שליח כשליחו של הלווה, ולכן כל עוד הוא לא יודע שהשליח אכן הביא את החמישים למלוה הוא חייב לשלם, ומה שכתב הרמב"ם שצריך להשבע שבועת מודה במקצת, כוונתו שהשליח תובע את המלוה על כך שהביא לו חמישים, והמלוה נשבע שבועת מודה במקצת שלא קיבל אלא שלושים.

הש"ך השיג על דבריו וכתב שלא שייך להשביע את המלוה שבועת מודה במקצת שהרי כבר נשבע ללוה שלא שלח להביא אלא עשרים ונטל ממנו את השלושים, וכעת שהשליח תובעו, אינו תובעו אלא עת השלושים, והמלווה כופר בכל, ועוד שכבר נשבע המלווה על אותם עשרים ומה שייך להשביעו שוב, ועוד שאין לשליח שום הפסד שהרי אינו משלם כלום וכיצד יכול להשביעו.

והש"ך ובכדי שלא לעשות את הב"ח כטועה לגמרי יש לומר שהב"ח התכוון לומר שקודם כל נשבע המלווה שלא מינה את השליח כלל ונטל כל החמישים מהלווה, ואח"כ תובע השליח מהמלווה את כל החמישים, אך כתב הש"ך שודאי שאין זו כוונת הרמב"ם שלא הזכיר אלא שבועה אחת של המלווה, ועוד פשוט שיכול המלווה לסרב לקבל את כל החמישים ולקבל רק את השלושים ולהפטר מן השבועה, וגם נראה שהרמב"ם דיבר אפילו במקרה שהודה המלווה שמינה שליח או שזה ידוע ע"פ עדים, וכן נראה מדברי שאר אחרונים.

הב"ח כתב לפי פירושו שהטור השיג על הרמב"ם מפני שהבין שמדובר במקום שיש עדים שהמלווה מינה את השליח, ולכן פשוט שהלווה נשבע היסט ונפטר, וכתב שכאן הוא לא נפטר בחרם סתם, מפני שהמלווה טוען טענת ברי כנגדו שלא מינה את השליח אלא על עשרים.

והש"ך השיג על דבריו שלפי ההבנה שהטור סבר שאף שטוען המלווה שצווה לשליח לתת רק עשרים, הלווה פטור הואיל ונתן ברשות⁸¹¹, אין זה משנה שהמלווה טוען שצווה לתת עשרים וחזרה טענתו להיות טענת שמא, לא פרע אלא עשרים.

(4) **הש"ך עצמו כתב לבאר** שהרמב"ם דיבר בכל ההלכה במצב שהמלווה שלח שליח להפרע מחובו, והלווה טוען טענת שמא צוית לפרוע חמישים⁸¹², ולכן המלווה נוטל רק בשבועה, ובאמת אין זו שבועת מודה במקצת אלא שבועת הנוטלים, ואף שכתב הרמב"ם במפורש שנשבע שבועת מודה במקצת "אין להוציא בשביל כך הענין מפשוטו ושלא אליבא דהלכתא" וכתב שלכן השו"ע לא כתב שהשבועה הינה שבועת מודה במקצת.

עוד כתב הש"ך ליישב את לשון הרמב"ם וכתב שדבר גדול דיבר בזה, שאף שאין זו שבועה דאורייתא מכל מקום שייכים בה כל הנ"מ שיש בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, וזה מה שבה לרמזו הרמב"ם, **וביאר הש"ך** שאין המלווה יכול להפך את השבועה על הלווה מכיון שהלווה טוען שמא, ואם המלווה אינו רוצה להישבע או שהוא חשוד, מפסיד. והרמב"ם הלך לשיטתו בזה שפסק כן לענין שבועת שלא פרעתך בחשוד, אבל להלכה חשוד נוטל בלי שבועה מכיון שמדין תורה לא היה צריך להישבע [כל זה מבואר בסימן פב סעיף ח, וגם אם תפס המלווה אין מוציאים מידו, הואיל ומן הדין היה לו ליטול בלא שבועה כמבואר בסימן פז סעיף י.

הש"ך סיכם את ההלכות היוצאות מדבריו:

א. שליח שבא בשליחות המשלח לגבות חובו וטען הלווה בשמא שצווה מהשליח שיפרע כל חובו, השליח נשבע היסט ללווה שנתן את כל מעות הפירעון למלווה. והמלווה נשבע בנקיטת חפץ ונוטל את יתרת החוב כטענתו,⁸¹³ אף שיש עדים שמינהו שליח, אך בתנאי שאינם מעידים שמינהו בסתם, שאז אנו מניחים ששלחו על כל הסכום, אלא שאינם זוברים את סכום ההלוואה.

במקרה זה לא יועיל שהלווה ישלם את כל החמישים בלא שבועה, ושלאח"כ ישביע השליח את המלווה שבועה דאורייתא שלא קיבל ממנו את כל החמישים, מפני שתביעת השליח תהיה רק על השלושים הנותרים, ודינו של המלווה יהיה ככופר בכל.

במקרה זה אם היה המלווה חשוד נוטל בלא שבועה, ואם תפס אין מוציאים ממנו, אלא משמתין אותו.

ב. שליח שבא בשליחות המשלח לגבות חובו, ולווה טוען ברי ששלחתו לגבות כל החוב והחוב הינו מלווה בע"פ, הלווה נשבע ונפטר.

ג. שליח שבא בשליחות המשלח ללוות מחבירו וטוען המלווה בברי ששלחו הלווה ללוות חמישים, הלווה צריך להישבע שבועת התורה, כדין מודה במקצת, והשליח נשבע היסט למלווה שנתן ללווה חמישים.

הפתי"ש (ו) הביא שהבית אפרים⁸¹⁴ כתב שמה שכתב הש"ך שהלווה חייב שבועה דאורייתא צ"ע, שהרי אף אם היה מודה הלווה שאכן צווה ללוות חמישים, לא היה יכול המלווה ליטול מן הלווה בלא שבועה שאכן נתן לשליח חמישים, ובשבועה נאמן כדין המצווה חנווני לתת שכר לפועלים, וטוען החנווני שנתן שנשבע ונוטל, ומבואר בסימן עה שבכל מקום שאף אם יודה הנתבע, לא התחייב לשלם ללא תביעת התובע, אינו מתחייב שבועת מודה במקצת.

⁸¹¹ ולעיל בהבנה מס' 1 הבאנו שהטעם הוא מפני שהמלווה הפסיד את עצמו ע"י ש.

⁸¹² והטור הבין שהרמב"ם דיבר גם כשטוען טענת ברי, ולכן השיג עליו, ואין כלל מחלוקת ביניהם לדינא.

⁸¹³ כנגד הבנת הב"י בטור שבה שהמלווה הפסיד את עצמו, וכפי שסבר הב"י בדעת הרמב"ם שאף בזה שייך לומר שחייב מכח איני יודע אם פרעתך.

⁸¹⁴ ח"מ סימן יא.

ותירץ שהש"ך לשיטתו בסימן צא ס"ק כו שכתב שבמקום שהפועלים או במקרה שלנו השליח מודים שאכן נתן החנוני/מלווה את הכסף, מתחייב בעה"ב/לווה שבועה דאורייתא במקרה שטוען שלא צווה ליתן את הכסף, הואיל ואם היה מודה שצווה היה נוטל המלווה/ בעה"ב בלא שבועה.⁸¹⁵

עוד כתב הבית אפרים שמה שכתב הש"ך שהשליח נשבע היסת צ"ע, שהרי המלווה אינו יכול לטעון בברי שלא נתן את הכלל לווה, ואין לצרף את טענת הלווה כאן, שלפי טענת המלווה הוחזק הלווה כפרן במה שטען שלא צוה לשליח אלא ללוות פחות ממה שטוען המלווה. והניח בצ"ע.

ד. שליח שבא בשליחות המשלח ללוות מחבירו וטוען המלווה בשמא ששלחו ללוות חמישים, המלווה יכול רק להטיל חרם על הלווה או שיכול לפטור את המשלח משבועה והמשלח יתבע את ראובן בברי ואז שמעון יהא חייב שבועת "מודה במקצת".

לשון השו"ע:

לוי שבא בשליחות ראובן לגבות משמעון חמשים דינרים שחייב לו, וגבאם ממנו, וראובן אומר: לא שלחתיו לגבות אלא עשרים, ועשרים בלבד הביא, ישלם שמעון אחר שישבע המלווה בנקיטת חפץ (שלא שלחו רק להביא עשרים) (רמב"ם), ושלא קבל אלא עשרים, והשליח ישבע היסת לשמעון שכל החמשים נתן למלווה:

אם שכח השליח כמה כסף פרע

הש"ך (סוף ס"ק סב) הביא את דברי המבי"ט בתשובה⁸¹⁶ שכתב שבמקרה שהשליח טוען ששלח את כל הכסף למלווה ע"י שליח נוסף, והרשה לו הלווה לשלוח ע"י כל מי שירצה, והמלווה טוען שלא הגיע כל הכסף אליו, והשליח אומר שאינו יודע כמה היה, אך כל מה שקיבל מסר לשליח הנוסף, ואינו זוכר ביד מי הוא. **וכתב הש"ך שאין דבריו נראים**, שטענת השליח היא כמו 'איני יודע אם אני חייב לך' שהרי אינו יודע כלל שקיבל יותר ממה ששלח, **ועוד**, שאפילו אם ידע שלא הגיע כל הכסף למלווה, כתב הש"ך שהוא חוכך לומר שפטור השליח מכיון שהיה לו רשות לשלוח ביד מי שירצה, שמיד שנתן לשליח פקע כל חיובו כלפי הלווה. והניח א"ז בצ"ע.

כתב הנתיבות (יז) שאם לא אמר הלווה לשליח לשלוח ביד מי שירצה, לפי השיטה בסימן צ שעשו תקנת נגזל בפקדון, ישבע הלווה כמה מסר לשליח, וישבע המלווה שלא הגיע אליו אלא סך מסוים, והשליח משלם על פשיעתו.

⁸¹⁵ עיין שם בסימן צא סעיף שהשו"ע פסק במפורש שאף באופן שמכחיש שצווהו, חייב שבטעת היסת ואם הודה במקצת חייב שבועה דאורייתא, והדין הראשון כתוב במפורש ברמב"ם והשני בתרומות, ושם הש"ך רק צמצם את דינם למקרה שהפועלים אינם מכחישים את החנוני, ויוצא שביין אם נקבל את חידושו של הש"ך וביין אם לא, פשט שו"ע שם מורה לכאורה שאף כאן התחייב הלווה להשבע שבועה דאורייתא, אלא שע"י שם באחרונים שהאריכו להבין טעם דין זה אם הוא מדינא דגרמי, דבר הגורם לממון, או שהחנוני נוטל מעיקר הדין ולא מן התקנה, והדיונים הללו יהיה תקפים לגבי ההכרעה, כאן ואין לי הזמן לעיין בזה.

⁸¹⁶ ח"ב ס' קמ.

סימן קכב

אם מת המלוה או שביטל השליחות את ההרשאה ובו ט סעיפים :

סעיף א

האם צריך הלווה לשלם לשלוחו של המלוה?

לשון הגמרא בב"ק ע.

ואמרי נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך - לית ביה מששא. מ"ט? משום דא"ל האיך: לאו בעל דברים דידי את. אמר אביי: ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלאג משתעי דינא אכולה

כלומר אנשי נהרדעא אומרים שאדם שמינה את חברו להיות מורשה שלו לדון בשבילו בדבר חוב שחייב לו חברו, חייב לכתוב 'לך תדון ותזכה בחוב זה לעצמך' שאם לא אומר לו כן, יכול הנתבע לומר איני רוצה לדון עמך שאינך בעל דברים שלי.

עוד מבואר שם שדי שיזכה לו סכום מסויים מהחוב, בכדי שיתחייב הנתבע לדון עמו. לעומת גמרא זו עומדת הגמ' בדף קד :

אמר רב יהודה אמר שמואל: אין משלחין מעות בדיוקני, ואפילו עדים חתומים עליה;

ורבי יוחנן אמר: אם עדים חתומים עליה משלחין.

אמרי: לשמואל מאי תקנתא? כי הא דרבי אבא הוי מסיק זוזי בדרב יוסף בר חמא, א"ל לרב

ספרא: בהדי דאתית אייתניהו ניהלי. כי אזל להתם, אמר ליה רבא בריה: מי כתב לך התקבלתי?

א"ל: לא. אי הכי, זיל ברישא ויכתוב לך התקבלתי. לסוף אמר ליה: אי כתב לך נמי התקבלתי לאו

כלום הוא, דלמא אדאתית שכיב רבי אבא ונפלו זוזי קמי יתמי, והתקבלתי דרבי אבא לאו כלום

הוא. א"ל: ואלא מאי תקנתא? זיל נקנינהו לך אגב ארעא, ותא את כתוב לך התקבלתי. כי הא דרב

פפא הוה מסיק תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אבא אגב אסיפא

דביתיה, כי אתא, נפק לאפיה עד תואך.

כלומר בגמרא זו אנו רואים שהסיבה בה יכול הלוה לסרב למסור את ממונו לשליח הוא דווקא מפני שהלווה חושש שמא ימות המלוה עד שיגיע השליחות לידו, ובכך יתחייב לשלם שוב ליתומים, ולכאורה היה מקום לומר שללא זה אין הצדקה לסירובו של הלווה.

ולעומת זאת מהגמ' בדף ע שהבאנו משמע שתמיד יכול לסרב, מפני שאין השליח בעל דברים שלו, כעת ננסה לראות כיצד הראשונים והאחרונים יישבו בין ב' הגמרות:

הרי"ף⁸¹⁷ בהתיחסותו לדין המבואר בסימן קכא שניתן למנות שליח בעדים שלא בפני הלוה לקבל מעותיו. כתב שבכל אופן אין הלוה מחוייב לפרוע לשליח מפני שיכול לומר לו שאינו בעל דברים שלו, וביסס את דבריו על המבואר בב"ק בדף ע. וכן כתב הרמב"ם פרק ג הלכה ה.

והרא"ש כתב על דברי הרי"ף⁸¹⁸ שאינו מבין מדוע יכול הלוה להמנע מלפרוע לשליחו גם במקרה שאם יפרע לו יפטר, והרי שלוחו של אדם כמותו?

וכתב הרא"ש לבאר שהטעם שיכול להמנע הוא דווקא מפני שיש לחוש שמא יבטל המלוה את השליחות בפני עדים, ולכן כאשר נתן לו הרשאה גמורה, אין לחוש לזה, הואיל ובמצב כזה הוא אינו יכול לבטל.⁸¹⁹

דברי התרומות צריכים ביאור שבמקום אחד⁸²⁰ כתב שכשעשאו שליח לעולם יכול לומר שאינו רוצה לשלוח על ידו מפני שאינו בעל דברים שלו [וכפשוט דברי הרי"ף].

ובמקום אחר⁸²¹ **האריך להוכיח בשמו ובשם העיסור** שאין הלווה יכול לחוש למיתה ולביטול השליחות, ומדבריו יוצא שמחוייב לפרוע לשליח.

הגידולי תרומה תמה על הסתירה הנ"ל ולא מצא דרך ליישב אם לא שנאמר שמה שכתב בהמשך שאינו יכול לסרב, זה במקרה שכבר הביא את הממון לשליח וכעת רוצה לחזור בו, וכתב שהוא דוחק.

הש"ך (ד) כתב לבאר שהתרומות סבר שודאי אין הלווה יכול לסרב סתם כך שלא לפרוע לשליח, וכתב שאף הרי"ף מודה לזה, וכל מה שכתב הרי"ף והתרומות בתחילת דבריו, שיכול לומר 'לאו בעל דברים דידי את', זה דווקא במקרה שיש ללוה טענות שאינו חייב, ואינו רוצה לירד לדין עם השליח אלא עם המלווה, ודחה

⁸¹⁷ ב"מ לו: בדפי הרי"ף.

⁸¹⁸ ב"ק פרק ט סימן כא.

⁸¹⁹ לכאורה דברי הרא"ש בנויים על ב' הנחות יסוד השנויות במחלוקת: הראשונה שאם ביטל המלוה את השליחות, והלוה לא ידע ושלח ע"י שליחו, הוא לא נפטר מאחריותו, ובסעיף הבא נראה שהשו"ע הכריע שהלווה נפטר אף באופן הנ"ל.

השניה שבהרשאה, אין המרשה יכול לבטל את הרשאתו, וזה בניגוד להכרעת השו"ע בסעיף ג, ושם נראה שהב"י הבין שאף הרא"ש אינו חולק בזה, ושם יבואר.

⁸²⁰ שער נ ח"ג אות ד.

⁸²¹ שער נ ח"ג אות ו.

את פירושו של הרא"ש ברי"ף והביא הש"ך שאף המהרש"ל⁸²² כתב שרק במקום שיש ללוה טענות הוא יכול לסרב מלשלם לשליח המלוה.

עוד האריך הש"ך להוכיח שאינו יכול לדחות מטעמים אחרים של חשש מיתה, ומחשש שמא יבטל, ולזה נתייחס בע"ה לקמן.

התומים (ב) כתב ליישב את הסתירה בדברי התרומות באופן אחר וכתב שבאמת סבר התרומות שיכול הלוה לסרב לתת את המעות לשליח מטעם שאינו בעל דברים שלו, אך במקרה שאותו שליח שבא לקבל את המעות בשם המלוה, הוא אותו שליח שהביא לו את המעות מתחילה, הוא אינו יכול לומר לו שאינו בעל דברים שלו, ובהוה כתב התרומות שאינו יכול להפטר גם מטענות של חשש ביטול או מיתה.

עוד כתב התומים שהיה מקום לומר שכל מה שאמרו התרומות והרי"ף שיכול הלוה לסרב לתת את המעות לשליח זה דווקא בהלוואה של מעות שאינם צרורים, שהרשות בידו להשתמש, ולכן השליח שלוקח מידו הוא חב ללוה, ובהוה לא שייך לומר שלוחו של אדם כמותו, אך במקום שהמעות צרורים וממילא הלוה אינו יכול להשתמש בהם, מחוייב הלוה לפרוע לשליח, שבהוה שלוחו של אדם כמותו, וכפי שסבר הרא"ש, ובהוה גם מתורצת הסתירה בדברי התרומות.

הנתיבות (ב) דחה את תירוצו הראשון של התומים וכתב שזה שהשליח הוא זה שהביא לו את המעות, אין זה הופך אותו לבעל דברים שלו, שברגע שהביא לו את המעות כבר סיים את שליחותו, ומכאן ואילך מחוייב הלוה למלוה בלבד.

עוד כתב הנתיבות לדחות את תירוצו השני של התומים שמה שכתב התרומות שיכול הלוה לסרב לשלם לשליח הוא דווקא במעות צרורים של פקדון, שהרי התרומות שם באות ו כתב כן אף לגבי הלוואה, עוד השיג על עצם יסודו של התומים, שבמצב כזה זה נחשב כתופס במקום שחב לאחרים, שהרי החוב ללוה אינו נחשב כחב לאחרים.

והנתיבות כתב ליישב את הסתירה בתרומות באופן אחר, והוא שבאמת הלוה יכול לסרב לשלוח את המעות ע"י השליח, ורק במקום שממילא רוצה ליתן את המעות לבי"ד, מפני שאינו רוצה להחזיק בהם יותר, בזה כופים אותו ליתן לשליח, ואינו יכול לומר שחושש למיתה, ולביטול השליחות.

עוד כתב הנתיבות ליישב שבכדי לסרב לפרוע לשליח, צריך לטעון 'לאו בעל דברים דידי את', כמבואר בסימן סו סעיף יא⁸²³, וכשאינו טוען כן אינו יכול לפטור עצמו בחשש מיתה וביטול שליחות.

להלכה כתב הטור שיכול הלוה לסרב מלשלוח ע"י שליח המלוה ונימק זאת מבי טעמים: שמא ימות המלוה, או שמא יבטל.

השו"ע כתב שיכול לסרב, אך נימק זאת רק מהטעם שמא ימות.

והעיר הסמ"ע (ג) שזאת מפני שבסעיף הבא פסק השו"ע שאף אם ביטל המלוה את השליחות, הלוה נפטר במידה ולא ידע, ואף לזה נתייחס לקמן.

לסיכום:

דעת הרי"ף והרמב"ם שיכול הלוה לסרב לתת המעות לשליח המלוה.

הרא"ש ביאר שזה דווקא כשחושש שיבטל את שליחותו.

בתרומות יש סתירה שבתחילה כתב שלעולם יכול לסרב, ולבסוף כתב שאין לחוש למיתה ולביטול שליחות. **הש"ך ביאר בדבריו ובדברי הרי"ף** שאינו יכול לסרב אלא במקום שיש לו טענות בדין, וכן סבר מהרש"ל.

התומים הציע ב' תירוצים: האחד: שלעולם יכול לסרב, מלבד לשליח שהביא לו את המעות, והשני: שבמעות שיכול להשתמש יכול לסרב, ובמעות שאינו יכול להשתמש אינו יכול לסרב.

הנתיבות הציע ב' תירוצים: האחד: שלעולם יכול לסרב, מלבד במצב בו רוצה למסור המעות לבי"ד, והשני: שכשאינו טוען 'לאו בעל דברים דידי את' אינו יכול לסרב מחשש מיתה או ביטול שליחות.

הטור כתב שיכול לסרב מחשש מיתה וביטול שליחות.

והשו"ע כתב שיכול לסרב מחשש ביטול שליחות. [ונתייחס לזה לקמן].

פרע הלוה לשליח ומת המלוה ונאנס השליח, אם חייב הלוה, ואם יכול לסרב לשלם לשליח מטעם זה?

הבאנו לעיל את הגמרא בב"ק קד: שם מסופר על רב יוסף בר חמא שהיה חייב לר' אבא, ושלח ר' אבא שליח לרב יוסף לפרוע חובו, ואמר רב יוסף שאף אם יאמר ר' אבא שברגע שהוא יפרע לשליח, זה ייחשב שהוא פרע אין זה יועיל, מפני שאם הוא ימות: 'התקבלתי דר' אבא לאו כלום הוא', ולכן לולא שיעשה קניין אגב קרקע על כך, אין לזה משמעות.

לכאורה מדברי הגמ' הנ"ל עולים מספר דברים:

(א) שאם מת המלוה ונאנס השליח, חייב הלוה,

(ב) שיכול הלווה לסרב לפרוע מטעם זה.

(ג) שהפתרון לזה הוא להקנות לשליח אגב קרקע את החוב.

ובאמת כבר הבאנו לעיל שהטור והשו"ע כתבו שיכול הלוה לסרב לפרוע לשליח מחשש שימות המלוה.

אך הש"ך (ה) האריך להוכיח שיש הרבה פוסקים שדוחים את כל ההנחות הנ"ל וסוברים שאין לחוש כלל למיתה, והראיה לזה מכך שרש"י ביאר שר' אבא היה חולה, ורק בזה שייך לחוש למיתה, ובלאו הכי אין לחוש למיתה כשם שאיננו חוששים למיתה בשאר דברים.

⁸²² ים של שלמה ב"ק פרק שביעי סימן יב

⁸²³ עיין בטבעת החושן שתמה שלכאורה אין שום קשר בין הדין שם לכאן, ששם יש ספק האם נעשה בעל דברים דידו, וכאן פשוט שאינו בעל דברים שלו, ואין לו שום טענה בעניין, ולכאורה דברי הנתיבות תמוהים טובא.

ועוד כתב הש"ך שדעת העיטור התרומות שאף אם מת, לא התבטלה שליחותו של השליח, ושם ביארו שכל חששו של ר' אבא הוא מכך שיטענו היתומים שהחליף את הזוזים הטובים שהביאו אביהם בזוזים גרועים, אך בלאו הכי ודאי נפטר הלווה, שכשם שיכול אפטרופוס למנות שליח ליתומים, כך יכול האב למנות שליח בחייו, וממילא גם ירדה ההנחה השלישית שרק כשהקנה אגב קרקע, נפטר הלווה, שאין זה נכון וכל הטעם צריך הקנאה אגב קרקע, הוא בכדי שהיתומים לא יהיה להם שום עסק וערעור במעות אלה.

על כן השיג הש"ך על דברי הב"י שכתב שהעיטור מודה שמיתה מבטלת שליחות אפילו לעניין הרשאה, שמפורש בעיטור שלא למד כן.

אך ציין הש"ך שאכן דעת המהרש"ל והראב"ן והרא"ש **בתשובה**⁸²⁴ והרמ"ה ורבינו ברוך והריטב"א⁸²⁵ ותוס' **בכתובות**⁸²⁶ שמיתה מבטלת שליחות.

ולהלכה הסיק הש"ך (ד) שמכל מקום אינו יכול לחוש למיתה שהרי מיתה לא שכיחא, וכתב שאף הרא"ש מודה לזה, ולכן כתב שרק מטעם ביטול שליחות יש לחוש, וכבר הבאנו שאף את הטענה הנ"ל דחה הש"ך.

הסמ"ע (ג) ביאר בדעת השו"ע והטור ודעימיה שחוששים למיתה, שאף שבד"כ קי"ל שאין חוששים למיתה, זהו דווקא באיסור, אבל בממון שהוא בין אדם למקום זכותו של אדם לחוש למיתה שלא יבא לידי הפסד, ומי ימחה בידו.

הקצות (א) הקשה על שיטת מהרש"ל ודעימיה שר' אבא היה זקן, ולכן חששו למיתה שהרי לגבי גט קי"ל שגם אם הניחו זקן או חולה נותן גט ולא חוששים למיתה.

ותירץ הקצות ע"פ התוס' בב"מ לט: שדווקא לגבי גט ואכילת קורבן לא חששו למיתה משא"כ בנכסי יתומים וא"כ ה"ה כאן מחמירים בנכסי יתומים וחוששים למיתה ולכן לא יתן לשלוחו.

עוד תמה הש"ך על הרמ"א שבסימן שמ הביא הרמ"א את דעת המרדכי וההגהות אשר"י שמסתפקים אם השליחות מתבטלת כשמת הלווה, וכאן סתם בפשיטות שהשליחות מתבטלת, ונשאר בצ"ע.

הנתיבות (ג) כתב ליישב את הסתירה שבסימן שמ מדובר במקרה שאמר שלח ע"י פלוני, שבזה יש מחלוקת האם הפטור של הלווה הוא מדין ערב, שכשאמר לו לשלם לשליח, הוא התחייב לו ובוהו נפטר הלווה מחובו, וממילא אף אם הוא מת ונתן מכח צויו נפטר, או שהוא מטעם שנעשה שליח קבלה שלו, וכאילו קיבל המלווה, ולכן אם מת לא נפטר מחובו, ואילו כאן מדובר במציאות של שליח ממש, ולכן פשוט שאינו נפטר מחובו.

עוד הביא שהתומים (ג) תירץ שבסימן שמ מדובר בפקדון ושם הטעם לפטור הינו מדין שומר שמסר לשומר, שאינו יכול לומר שהשומר השני אינו נאמן עליו, הואיל והוא שלחו, ואילו אצלינו מדובר בהלוואה שלא שייך טעם זה.

והנתיבות תמה עליו שהרי היתומים לא מינו את השליח והם יכולים לומר שהוא אינו נאמן עליהם.

האם מיתה מבטלת הרשאה ללא קנין אגב קרקע?

הבאנו לעיל שהב"י הבין בדעת העיטור שמיתה מבטלת הרשאה, אלא א"כ הקנה לו בקנין אגב. **והש"ך הראה שהעיטור במפורש סבר** שאף ללא קנין אגב, אין המיתה מבטלת את ההרשאה.

כתב הש"ך שמלבד התרומות והעיטור שהבאנו לעיל שסוברים שמיתה אינה מבטלת שליחות רגילה, **לגבי הרשאה מודים גם המהרש"ל והראב"ן (סימן עט) והגהות אשר"י**.

אך סבר המהרש"ל שמכל מקום יכולים היורשים לבטל את ההרשאה, ולכן אם יודע במפורש שמת המלווה, יכול לסרב לשלוח עמו, מחשש שהיורשים יבטלו את ההרשאה. [בפיסקא הבאה נראה שהש"ך כתב בדעת הרמ"א שהדין כך גם בקניין אגב קרקע].

הרשהו אגב קרקע וידע הלווה שמת המלווה, אם יכול לשלוח ע"י השליח?

הבאנו לעיל שהשו"ע כתב שיכול הלווה לסרב לשלם מחשש שימות, וכתב השו"ע 'אלא אם כן בא בהרשאה שהקנה לו בקנין גמור אגב קרקע...'

העיר הש"ך (ו) שבמלווה לא מועיל קנין אגב קרקע, ולעולם דינו כהרשאה שאינה אגב קרקע, ובמטלטלים קניין סודר דינו כמטלטלים אגב קרקע.

על דברי השו"ע כתב הרמ"א "מיהו אם ידוע שמת לא יתננו לשליח" ומקורו בת' הרא"ש כלל סב. **ומכאן למד הסמ"ע (ד)** שאפילו בהרשאה אגב קרקע, אם ידע שמת אינו נפטר מאחריות ולכן יכול לסרב לשלם, והטעם שלא נפטר מאחריות על אף שהקנה לו אגב קרקע הוא מפני שמן הסתם לא הייתה כוונת המלווה לעשותו שליח עבור בניו, וביסס דבריו על ת' רא"ש שהביא הד"מ.

הש"ך (ו) השיג על דבריו וכתב שאין שום סברא לחלק בין ידע ללא ידע, כשם שכשלא הרשהו המלווה סבר השו"ע שאינו נפטר מאחריות אף אם לא ידע, א"כ בהרשאה פשוט שנפטר גם כשידע, והאריך להוכיח שמדברי ת' הרא"ש משמע כדבריו ולא כדברי הסמ"ע.

וכתב הש"ך שנראה שאף הרמ"א מודה לזה ואין כוונת הרמ"א לומר שאם לא הקנה חייב באחריות, אלא שיכולים היתומים לבטל וכפי שהבאנו בשם המהרש"ל ולכן זכותו לומר שאינו רוצה לשלוח, ולכן כתב הרמ"א בלשון עיצה 'לא יתננו לשליח', ולא כתב שאם נתן חייב, אך כתב שאף דברי הרמ"א לא מוכרחים בתשובת הרא"ש.

[אני כותב את דברי הנתיבות ע"פ הבנתו והמעייין יעיין].

והנתיבות (ד) כתב לבאר בדברי הרמ"א כדברי הסמ"ע שאם ידע הלווה שמת ושלח ע"י שליח חייב באחריות, שהרי כל הטעם הפטור כששלח ע"י שליח הוא מפני שיכול לומר למלווה שסמך על החזקה

⁸²⁴ כלל סב.

⁸²⁵ קידושין כה.

⁸²⁶ כתובות נה.

שבעה"ב עומד בדיבורו ולא מבטל שליחו כמבואר בסמ"ע ס"ק ה שניבא לקמן, וטעם זה לא שייך לגבי יתומים, ולכן רק במקרה שיש ב' חששות שמא ימות ושמא יבטלו היתומים שליחותו, פטור, אך כשודאי מת, ושייך רק החשש שמא יבטלו, ואין חזקה שלא יבטלו, לכן אם שלח על ידי השליח חייב באחריות.

המנהג שיכול אדם לתבוע על חוב חבירו מבלי שמינהו

הבאנו לעיל שהשו"ע פסק שיכול הלוח לסרב לפרוע לשליח מחשש שמא ימות המלוה. **אך כתב הרמ"א בשם התרומת הדשן בפסקיו**⁸²⁷ שהמנהג היום שיכול אדם לתבוע על חוב חבירו מבלי שמינה במידה ורוצה להיות ערב על אותו החוב, וכופין את הנתבע לבא עמו לדון, במידה ורואים שזוהי זכות של המפקיד, וכתב התרומת הדשן ש'דין תורה כך הוא שזכין לאדם שלא בפניו'. **אך בתרומת הדשן סייג זאת וכתב:** "אבל אם הוא בענין זה שזה הרוצה להתערב הרשאה כוונתו מחמת מריבה ומחמת קנאת הנתבע, או כדי להבהילו לתת לו ממון, פשיטא בדרך זה לית מששא בתביעתו. ואכל כה"ג נאמר אין לדיין אלא מה שענינו רואות". לשון השו"ע:

אף על פי שזה ששלח למלוה חובו בצוויו על ידי שלוחו, ונאבד, פטור, כמו שנתבאר בסימן שקודם זה, אם ירצה הלוח לא ישלחנו לו ע"י שלוחו, אפילו אם יש עדים שעשאו שליח להביאו לו, עד שיבא בהרשאה.

הגה: מיהו נוהגין האידנא שאם מעמיד לו ערב בעד הרשאה צריך לדון עמו, אף על פי שאינו שלוחו כלל, אם נראה לב"ד שהוא זכות למלוה, דזכין לאדם שלא בפניו (פסקי מהרא"י סי' ר"ז). **והטעם, מפני שיש לחוש שמא ימות המלוה קודם שיתן לשליח, ואם נאנסו בדרך יהיה חייב לשלם ליורשים, כיון שלא נתנם לו עד שמת המלוה, לפיכך עצה טובה ללוה או לנפקד שלא יתנו לשליח אלא א"כ בא בהרשאה שהקנה לו בקנין אגב קרקע מה שיש לו אצל פלוני. הגה: מיהו אם ידוע שמת, לא יתנו לשליח (תשובת הרא"ש כלל ס"ב).**

עוד כאן הבאנו את ההבנה הפשוטה שכל עוד לא הרשהו, יכול הנתבע לסרב מלדון עמו והבאנו שלדעת השו"ע הטעם הוא משום שחושש שימות ולדעת הש"ך הטעם הוא משום שרוצה לדון דווקא עם הנתבע. **אך הד"מ (ג) הביא שדעת המרדכי**⁸²⁸ שגם ללא הרשאה אינו יכול לסרב מלדון עמו, וכל עניין ההרשאה הוא רק במקרה שכבר מת, שעדיין יוכל לדון, ולפי שיטה זו מיתה אינה מבטלת הרשאה וכדעת העיטור].

סעיף ב

שלח הלווה את המעות ע"י שליח המלוה, וביטל המלוה את השליחות

הטור הביא שנחלקו העיטור מול הרא"ש והראב"ד מה יהיה הדין במקרה ששלח המלוה שליח לפרוע חוב מן המלוה, וביטלו, והלווה לא ידע מן הביטול ופרע ללוה ואבדו המעות, האם נפטר מן החיוב? **דעת העיטור**⁸²⁹ שנפטר מן החוב, מפני שהלווה סמך על החזקה שהמלוה לא יבטל את שליחותו. **ודעת הרא"ש והראב"ד** שחייב, הואיל וסוף כל סוף לא פרע ללוה. **הב"י כתב** שאף העיטור מודה שאם מת הלווה התבטלה השליחות, וכבר הבאנו בסעיף הקודם שהש"ך השיג עליו בזה שמפורש בעיטור שסובר שמיתה אינה מבטלת כלל שליחות.⁸³⁰ **השו"ע פסק כדעת העיטור** שאם פרע הלווה לשליח ולא ידע שהמלוה ביטלו, נפטר מן החוב. **והרמ"א כתב** שחייב כל עוד לא מינהו כמורשה, [שבזה לשיטת הטור בדעת רא"ש לא מועיל שיבטל ועוד נתייחס לזה לקמן בסעיף הבא]. **הש"ך (ח) הכריע בעיטור וכשו"ע והביא שכן פסקו מהרש"ל**⁸³¹ **והב"ח. וכתב הש"ך** שגם מה שכתבו הטור והרמ"א שהרא"ש והראב"ד חולקים בזה, כבר האריך הב"ח שהרא"ש מודה שפטור הלווה, וגם בראב"ד המובא בתרומות⁸³² נראה שלא אמר כן אלא לענין מיתה ולא לענין ביטול שליחות.

האם נפטר הלווה במקרה שהשליח ידע מביטול השליחות?

הסמ"ע (ה) כתב שלדעת השו"ע אף אם השליח ידע מביטול, כל עוד הלווה עצמו לא ידע הוא נפטר, וביאר שזה שונה מהמבואר בסעיף ג ברמ"א שאם ידע השליח מביטול ודן, הדין בטל, מפני שבזה אין הפסד גדול ללוה לדון שוב, מה שאין כאן שאבדו המעות.

⁸²⁷ סימן ר"ז

⁸²⁸ ב"ק פרק ז סימן ע.

⁸²⁹ אות ה הרשאה עד ע"ג.

⁸³⁰ בניגוד לביטול מפורש שמבטל, ומכל מקום אם לא ידע פטור על התשלום.

⁸³¹ ב"ק פ"ט סימן יב.

⁸³² שער נ ח"ג סימן ו ובהגהות והערות אות ב העירו שבתמים דעים סוף סימן סא כתוב במפורש שדעת הראב"ד כדעת העיטור שאף אם ביטל המלוה את השליחות, פטור המלוה, וכדברי הש"ך.

הש"ך (ז-ח) חלק על הש"ך וסבר שאם ידע השליח לא נפטר מחובו, **בס"ק ז ביאר** שהואיל וכל הפטור הוא משום החזקה שבעה"ב אינו מבטל שליחותו, אין זה שייך כשבפועל השליח יודע שבטלה השליחות.⁸³³ **ובס"ק ח כתב** שהמהרש"ל שפסק כעיתור הנ"ל כתב שהטעם שפטור הוא שאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתו וכל אחד יבטל שליחותו, ועוד שאין לך אונס גדול מזה, וכתב הש"ך שבי' הטעמים לא שייכים במקרה שהשליח ידע, שהרי אינו נחשב אנוס שהיה לו לחקור את השליח ואף אם היה מכחישו, השליח אנסו ולא המפקיד.⁸³⁴ וגם הטעם של ימה הועילו חכמים בתקנתו לא שייך מפני שהואיל וביטלו מן הסתם השליח לא יילך ללוח. לשון השו"ע:

העושה שליח בעדים להביא לו מה שיש לו אצל פלוני, וביטל השליחות קודם שיתן זה לשליח, ולא ידע הנתבע בביטול, ונתן לשליח ונאבדו, פטור הנתבע. הגה: ויש אומרים דחייב, אלא אם כן כתב ליה: זיל דון ואפיק לנפשך (טור בשם הרא"ש).

סעיף ג

האם ניתן לבטל הרשאה?

בגמרא בב"ק ע. נחלקו האמוראים אם מורשה דינו כשליח או כשותף של המלוה/מפקיד ונפסק להלכה שהוא כשליח, ונתייחס להשלכות מסקנה זו בסעיף ו.

בעקבות גמרא זו כתב הרי"ף⁸³⁵ בשם רב יהודאי גאון שיכול המלוה או המפקיד לבטל את שליחותו של המורשה ולמנות מורשה אחר, שהרי אינו נחשב כשותף אלא כשליח, **וכן כתב הרמב"ם⁸³⁶, וכן כתב הרשב"א בתשובה⁸³⁷** שאם מינה מורשה אחר, זה ביטל את המורשה הראשון.⁸³⁸ **הרא"ש בפרק מרובה הביא את דברי הרי"ף ולא השיג עליו רק דייק בלשונו** שיכול לבטל רק אם עושה כן בפניו, אבל אם ביטל שלא בפניו והלך המורשה ודן בפני ב"ד וחייבוהו, אין המלוה יכול לומר כבר ביטלתי את הרשאתו, שהואיל וכבר נזקקו לדין מכח ההרשאה דינהם דין, וכן אם נתן הנתבע את הכסף למורשה ונאנס, פטור הנתבע מאחריות.

אך כבר הבאנו בסעיף א את דברי הרא"ש בפרק תשיעי⁸³⁹ שביאר שהלוה יכול לסרב לשליח מחשש שמא המלוה יבטלו, אבל בהרשאה אינו יכול לסרב, מפני שאין המלוה יכול לבטלו, ויוצא מדבריו שחולק על הרי"ף וסובר שלא ניתן לבטל הרשאה, ויש לתמוה אם כן מדוע לא השיג עליו שם.

הטור הבין שהרא"ש אכן חולק וסובר שלא ניתן לבטל הרשאה, ובפרק מרובה כתב לשיטת הרי"ף. **הב"י השיג על הבנת הטור** וכתב שאילו היה חולק הרא"ש על הרי"ף היה צריך לכתוב כן מפורש בפרק מרובה.

וביאר הב"י שהרא"ש באמת מודה שיכול המורשה לבטל את הרשאתו, ומה שכתב בפרק תשיעי שהוא אינו יכול לבטל, הכוונה שביטל מבלי שידע המורשה על כך וכבר עמד בדין, וכפי שביאר בפרק מרובה בדעת הרי"ף.

אך הסתפק הב"י בדעת הרא"ש מה קורה במקרה שהמורשה יודע מהביטול אך הלוה אינו יודע. והכריע שדי שהמורשה ידע מהביטול, בכדי שהדין לא יהיה דין, אך לענין פטור, כל עוד לא ידע הנתבע מהביטול הוא נפטר שהרי הוא אנוס.

אף הרמב"ם כתב בפרק ג הלכה י שאם נתן הנתבע מעות למורשה וביטלו, ואבדו נפטר המורשה, ונימק שהמורשה הפסיד את עצמו בכך שמינהו.

השו"ע פסק שרשאי המורשה לבטל את הרשאתו, ושאינן הנתבע יכול לסרב לשלם למורשה, ואם שילם ובאמת ביטל המורשה, נפטר הנתבע (כל זה העתיק מן הרמב"ם) והוסיף את דברי הרא"ש שאם כבר עמד המורשה בדין, אינו יכול לבטל שליחותו.

[כתב הש"ך (ט) שנראה שאפילו אם כתב בתוך ההרשאה שהקנה המורשה למורשה אגב קרקע, יכול לבטל את ההרשאה. שהרי לדעת הרמב"ם כל הרשאה צריכה קנין, וגם הטור והשו"ע סתמו בזה ומשמע שבכל ענין אפשר לבטל].

הרמ"א הוסיף את הכרעת הב"י שדי שהמורשה ידע מן הביטול בכדי שהדין יהיה בטל, אף שהנתבע לא ידע ממנו.

הש"ך (יא) השיג על פסק הרמ"א וכתב שכל עוד לא לקח המורשה את שטר ההרשאה מן המורשה, אין הדין בטל אפילו אם המורשה ידע מן הביטול, וכתב שזה החילוק בדברי הרא"ש שבפרק מרובה כתב שמועיל הביטול כשלקח את שטר ההרשאה, ובפרק תשיעי כתב שאינו מועיל כשלא לקח, והבין הש"ך שזוהי גם דעת הרמב"ם, וכתב הש"ך שיתכן שאף הב"י כתב שדי בידיעת המורשה בשביל לבטל דווקא

⁸³³ לא הבנתי זאת, שהרי הלוה לא ידע וסמך על החזקה.

⁸³⁴ לא הבנתי זאת שהרי סוף כל סוף הוא אנוס.

⁸³⁵ ב"ק כז :

⁸³⁶ שלוחין ג, ח.

⁸³⁷ ח"א ס' אלף וע"א.

⁸³⁸ הנתביות (ה) כתב לבאר מדוע לדעת העיתור אין מיתה מבטלת הרשאה, ומכל מקום יכול לבטל בעצמו כפי שהביא הש"ך בשמו בסעיף א ס"ק ה, וביאר ע"פ הרמב"ן שכתב שהרשאה הינה כמתנה ע"מ להחזיר, וכתב הנתביות שהרי זו כמתנה ע"מ להחזיר מתי שירצה המורשה, ולכן תמיד יכול להחליט שכרעג הוא רוצה שיחזיר, ולכן מיתה לבדה אינה מבטלת עד שיבטלו היורשים.

⁸³⁹ סימן כא

בדעת הרא"ש, אך אף הוא מודה שהרמב"ם סובר שכל עוד לא לקח את שטר ההרשאה אינו יכול לבטל ולכן השמיט השו"ע את הדין הזה.
הרמ"א הביא מתשובת הרא"ש בכלל סב שאם רוצה למנות מורשה נוסף על הראשון הרשות בידו.

סיכום: האם ניתן לבטל מורשה?

דעת הרי"ף והרמב"ם שניתן לבטל. [הרא"ש ביאר בדבריהם שאם נתן למורשה ולא ידע שביטל וכבר דנו אין הדין חוזר.

דעת הטור ברא"ש שלא ניתן לבטל.

דעת הב"י שאף הרא"ש מודה שניתן לבטל מלבד שנתן כשלא ידע וכבר דנו, והוסיף הב"י שדי בכך שהמורשה ידע מהביטול בכדי שהדין יתבטל, וכן פסקו השו"ע והרמ"א.
הש"ך סבר שלעולם לא ניתן לבטל עד שיקח ממנו את שטר ההרשאה, והוסיף שאף הב"י שכתב במפורש לא כך בדעת הרא"ש, יודה שכן דעת הרמב"ם וכך הלכה, אך ברמ"א מפורש לא כך.
 לשון השו"ע:

מי שהרשה לאחד, ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר, רשאי. הגה: ואם ירצה, יוכל לומר שגם הראשון יהא שליחותו קיים, וכל אחד משניהם יהיה מורשה בדבר (תשובת הרא"ש כלל ס"ב סימן ד'),
ואין הנתבע יכול לדחות למורשה לומר: שמא המורשה ביטל שליחותך והרשה אחר, שהרי זה אומר לו: תן לי מה שיש בידך וזאת הרשאתי תהיה אצלך ואם ביטל שליחותו הוא הפסיד על עצמו, והנתבע פטור, שהרי בהרשאתו נתן. וכן אם עמד המורשה בדין עם הנתבע, ונתחייב המורשה, אין המרשה יכול לסתור הדין בטענה שכשעמד עם זה בדין כבר ביטל שליחותו. הגה: (טור בשם הרא"ש) מיהו אם ידע המורשה בביטול שליחותו, אף על פי שהנתבע לא ידע, דינו בטל וצריך לחזור ולדון (בית יוסף).

סעיף ז

לשון ההרשאה ומהותה

כבר הבאנו לעיל בסעיף א את דברי הגמרא בב"ק ע שבכדי לחייב את הנתבע לדון עם השליח יש לעשותו מורשה ולומר לו 'לך דון ותזכה לנפשך', ואם לא עשה כן יכול הנתבע לומר שאינו בעל דברים שלו.

וכתב הרמב"ם⁸⁴⁰ שצריך לעשות קנין.

וכתב הב"י שמסתבר שהרמב"ם למד כן מכך שנחלקו שם האמוראים אם מורשה דינו כשליח או כשותף, והרי פשוט שהוא אינו יכול להיעשות שותף ללא קניין, וכן למד כן ממה שכתוב אשם הקנה לו שליש יכול לדון, משמע שאם לא הקנה לו כלל אינו יכול לדון.

עוד כתב הב"י שאין צורך בקנין אגב ודי בקנין סודר, **וכפי שהביא הטור בהמשך** בשם הרמ"ה, וכתב הב"י שאף שמשמע מלשון הטור שהוא חולק על הרמב"ם, אין הדבר כן, והטור לא דק בלשונו.

הש"ך (יג) השיג על דברי הב"י וכתב שודאי דק הטור, ונחלקו הרמב"ם והרמ"ה שלדעת הרמב"ם צריך קנין שיועיל להקנות את גוף המעות כקניין אגב קרקע, ולא מועיל קנין סודר, ולדעת הרמ"ה אין צורך בקניית המעות עצמם, מפני שאינו מתכוון להקנות לא את המעות עצמם, אלא לתת לו רשות לדון בשבילו.
המהרש"ל⁸⁴¹ **הכריע במפורש כדעת הרמ"ה** שמתקנת חכמים אין צורך בקנין גמור ודי בקנין בעלמא⁸⁴².

הרשהו שלא קנין, ונתן הלוה את המעות לשליח ואבדו, האם נפטר מחובו?

וכתב הש"ך שלפי זה ברור שמקורו של הרמב"ם אינו ממה שהביא הב"י אלא מהגמרא בב"ק קד שם כתוב שהדרך שמועילה, היא בקניין אגב קרקע.

עוד כתב הטור שאף אם לא עשה קנין, ונתן הלווה לשליח ונאבדו, נפטר מחובו, שלא גרע משליח בעדים.

והב"ח הבין שהרמ"ה חולק וסובר שאם לא עשו קניין חייב, וכך ביאר את דברי הרמ"ה שהביא הטור.

והש"ך (יג) השיג עליו וכתב שדבריו דחוקים, והביאור ברמ"ה הוא כפי שהבאנו בשמו לעיל.

מהי לשון ההרשאה?

הבאנו לעיל שהגמרא כתבה שלשון ההרשאה היא 'זיל דון זכה ואפיק לנפשך'.

הסמ"ע (ח) ציין לדבריו בדרישה (ה) שם כתב בדעת הטור שאין צורך לומר זכה, ודי לומר דון ואפיק לנפשך מפני שלשון זכה הוא דווקא כשזוכה לאחר ודייק זאת מכך שהטור השמיט זאת באחד המקומות, אך ציין שמלשון השו"ע משמע שלשון 'זכה' הוא בדווקא'.

הש"ך (יד) ציין לדברי המהרש"ל⁸⁴³ שכתב שאף לדעת הטור לשון 'זכה' הוא בדווקא, וטעות סופר הוא בטור וכן משמע ברמזים.

⁸⁴⁰ שלוחין פרק ג הלכה א.

⁸⁴¹ ב"ק פרק שביעי סימן י.

⁸⁴² בסימן קכג סעיף נרחיב בזה שלדעת הרמב"ם הרשאה צריכה להיעשות בקניין גמור, ולדעת הרא"ש ור"ת די בקניין בעלמא, ושם יבואר.

⁸⁴³ ים של שלמה ב"ק פרק ז סימן יג.

הב"י הביא תשובת רשב"א⁸⁴⁴ שכתב שאין צורך דווקא בלשון הגמרא ודי בכל לשון שמשמע שמקנה לו מסכום התביעה, והביאו הרמ"א להלכה. **וכתב הש"ך** (טו) שלפי מה שנפסק בתחילת סימן כג שכיום אין צורך להקנות את גוף הממון (בניגוד לדעת הרמב"ם), די בלשון שליחות מבלי לשון קניין. לשון השו"ע:

המרשה את חברו להוציא את שלו מיד המחזיק בו, צריך ליקח לו, בקנין, שהרשהו, וצריך לכתוב לו: דון וזכה ואפיק לנפשך (או שאר לשון כדומה לזה) (ב"י בשם הרשב"א). ואם לא כתב כן, אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר, שיאמר לו: לאו בעל דברים דידי את (כ"כ הרא"ש פ' מרובה ופשוט הוא דאין חולק ולא כב"ח שכתב דהרמ"ה שהביא הטור באחרונה חולק ע"ש)⁸⁴⁵. ומיהו אפילו לא כתב לו כן, ונתן המחזיק מה שבידו ליד המורשה, ונאבד, פטור, דלא גרע משליח שעשאו בעדים.

מורשה שכתב שטר חוב בעדים שזקף את הפקדון למלוה והלווה טוען ששטר זה מזויף?

הש"ך (יז) הביא את דברי המבי"ט⁸⁴⁶ שדן במקרה בו יצא על הנתבע שטר מלוה שכתבו המורשה בעדים, והנתבע טוען ששטר זה הינו זיוף, והמקרה היה שהיה חייב מעות פקדון, והעדים לא ידעו שהוא פקדון, והאמינו למורשה וחתמו על כך שהוא מלווה, ולכן טוען הנתבע שיש לו להפטר בטענה שנחסרו המעות, והתובע טוען שאכן היו המעות פקדון, אבל הוא מאמין למורשה שאח"כ זקף את המעות בתורת מלוה, והמורשה אינו נמצא

ופסק המבי"ט שיש לחכות למורשה, והמורשה נאמן כיון שהתובע עצמו אינו טוען טענת ברי, וציין הש"ך שהמבי"ט לא כתב מה יהיה הדין במקרה שהמורשה לא יגיע.

מכל מקום הש"ך עצמו השיג על פסק זה וכתב שאף אם המורשה יבא לא יהיה נאמן, שהואיל ויש עדים בשטר, אין לו להחזיקם שחתמו על שטר מזויף, ולכן טענת התובע נחשבת כטענת ברי שתובע מכח ב' עדים, ודימה זאת למבואר בסימן עה סעיף כג שהתובע בשמא מכח עד אחד דינו כטענת ברי.⁸⁴⁷

סעיף ה

הרשאה למקצת

הבאנו לעיל שמבואר בגמרא שאם כתב בשטר ההרשאה 'למחצה לשליש ולרביעי', מתוך שיכול המורשה לדון עם הנתבע במקצת יכול לדון עמו על הכל.

והטור הביא את דעת הראב"ד⁸⁴⁸ שזה דווקא כשהקנה לו חלק כגון שליש או מחצה, אבל אם הקנה לו סכום מעות כגון מאה דינרים, המורשה יכול לדון דווקא על אותו סכום מסויים. **השו"ע** הביא דבריו בלשון יש מי שאומר.

הסמ"ע (יא) כתב שיש אומרים (כ"כ הב"ח) שטעמו של הראב"ד הוא משום שבשליש ורביעי חלקו של המורשה יתרבה כפי מה שיוציא מהנתבע, ויש לו נ"מ בכל פרוטה, ולכן יכול לדון על הכל, מה שאין בסכום מסויים.

וכתב הסמ"ע שטעם זה אינו מספיק, שא"כ היה לו לומר שדוקא אם מקנה לו שליש ממה שיוציא מועיל, ולא אם מקנה לו שליש מהחוב.⁸⁴⁹

לכן כתב הסמ"ע שהטעם הוא שבמאמר המצטרף בשם שליש או רביעי נכלל כל החוב ולכן יש לו שייכות בכל החוב, וכן הסכים הש"ך (כא).

המרשה שליש ממה שיוציא מן הנתבע האם זה מועיל?

בהקשר לפיסקא הקודמת סבר המהרש"ל שהאפשרות הראשונה שהביא הסמ"ע שביארה את דברי הראב"ד שכאשר הרשהו על חלק ממה שיוציא, רק אז יכול לדון על הכל, אינה נכונה הלכתית, שכאשר ממנהו רק על מה שיוציא, ולא על חלק מכל התביעה, הרי זה כמקנה לו דקל לפרותיו שאינו מועיל, ואינו חייב לדון עמו כלל.

אך כתב המהרש"ל שאם הנתבע דן עמו הדין דין, כשם שמועילה תפיסה בדבר שלא בא לעולם. **הש"ך (כא) ציין שמדברי הסמ"ע והב"ח** נשמע שחלוקים על המהרש"ל [א"א-שהב"ח פירש כן את דברי הראב"ד והסמ"ע לא שלל את הדין אלא את הביאור לדבריו].

⁸⁴⁴ ח"ב סוף סימן קמג

⁸⁴⁵ לא ברור מי כתב זאת, ובמהדורת פרידמן מופיע שהוא מדברי הש"ך ולכאורה לפי זה יש להעביר הערה זו לסוף ההלכה ששם כתוב שאם לא עשה קנין ונתן לשליח נפטר, ועל זה כתב הב"ח שהרמ"ה חולק בזה, ובזה השיגו הש"ך, אבל לעניין הצורך בקניין, אכן יש מחלוקת לדעת הש"ך שהרמב"ם סובר שצריך קנין אגב קרקע, ולרמ"ה די בקנין סודר.

⁸⁴⁶ ח"א סימן ריג.

⁸⁴⁷ עי"ש שאין דין זה מוסכם, אך כאן נראה פשוט יותר שהרי ידיעה ע"פ עדים ודאי דינה כידעה ברורה, ובפרט שכאן איננו עסוקים בחיוב שבועה אלא בחיוב ממון, ודי בדברי העדים בכדי לחייב ממון.

⁸⁴⁸ בהשגות שלוחין ג,ב.

⁸⁴⁹ כתב ר' דניאל ווסטברוק: "ולכאורה יש לדחות בקלות, שגם אם מקנה לו שליש מהחוב מסתמא חלקו של המורשה במה שהוציא הוא שלישי".

אך עיין במהרש"ל ב"ק פרק ז סימן ז שדחה פירוש זה מטעם אחר, והוא שלשון 'מיגו דאי' בעי' לא שייך כאן שאין זה משום 'מיגו' אלא משום שכל הדיון רלוונטי לגביו, שלפי כמה שייצא, כך יקבל את הסכום.

וכתב הש"ך שהיה מקום לומר שהמהרש"ל דיבר במקרה שרוצה לדון בשליש מכח שהוא שלו, והוא אינו יכול מפני שלא קנה זאת עדיין, אך הסמ"ע והב"ח דיברו באופן שרוצה לדון מכח שמינהו שליח על השליש, ולא מכח שהוא שלו, וזה מועיל אף אם לא קנה בפועל, כמבואר בתחילת סימן קכג (בניגוד לדעת הרמב"ם). **אך כתב שאין לומר כן** כפי שנביא בשם הש"ך בפסקא הבאה שכתב שהרשאה שאינה בקנין גמור, מועילה רק לגבי אותו חלק עליו הרשהו.

לכן כתב הש"ך שיש לבאר שהמהרש"ל דיבר דווקא בהלוואה, שכל עוד לא הוציא מן התובע זה נחשב כדבר שלא בא לעולם, ואילו הסמ"ע והב"ח דיברו בקרקע או פקדון שנמצאים ביד הנתבע, שבכגון זה אין דין דבר שלא בא לעולם מכיון שהוא באמת שלו ויעביד דאתו.

הקצות (ג) כתב שמה שכתב הש"ך שהואיל והרשהו רק על מחצה ממה שיוציא, אין זה מועיל, אינו נכון כאן, שהואיל והרשהו על מחצה ממה שיוציא, אף שלא קנה עדיין את מה שיוציא, נעשה כשכירו על אותה התביעה וחייב המרשה לשלם לו ממונו כסכום מה שיוציא כפי המבואר בסימן שלב שהמבטיח לתת חפץ בשכרו, אף שלא נתחייב לתת לו את החפץ מפני שלא משך, מכל מקום מחוייב לתת לו דמיו, ואף כאן הואיל ויש לו ריוח מהמעות שיוציא, יכול לדון על הכל, ואף שמשמע בפוסקים שאין הרשאה מועילה בדבר שלא בא לעולם, זה דווקא כשמרשהו על הכל שבזה ודאי שלא נעשה שכירו, [וכן אין זה דומה למה שנביא בפסקא הבאה שהמרשה במקצת בלא קניין גמור, אינו נעשה מורשה על הכל, שאף בזה לא נעשה שכירו]. **והנתיבות (ז) תמה על הקצות** שמכיון שאין למורשה קנין בגוף הדבר, ורק אחרי שגבה המרשה חייב לתת למורשה את דמיו, לא שייך לומר מגו.

והמשובב האריך להוכיח מדברי התרומות הדשן בסימן רל כדבריו.

האם הרשאה במקצת מועילה דווקא בקנין ממש?

כתב המהרש"ל⁸⁵⁰ שהרשאה במקצת מועילה לשאר רק כאשר הקנה בקנין גמור שמועיל, אבל אם הקנה באופן אחר, אין זה מועיל אלא מן התקנה⁸⁵¹, ולכן זה לא מועיל לגבי שאר הסכום. **הש"ך (יט) צידד בדברי המהרש"ל וביאר** שכאשר הרשאה החלקית נעשית בקניין, אז ניתן לומר שהרשהו רק על חלק, בכדי שרק את החלק הנ"ל יקנה, ועל השאר יהיה שליח, אך אם כל הרשאה אינה בקנין גמור, על כרחך מינהו להיות שליח רק על אותו חלק שהרשהו, ולכן אינו יכול לדון על השאר. לשון השו"ע:

אם כתב: דון וזכי ואפיק לנפשך מחצה או שלישי או רביע והמותר שלי, מתוך שהוא דן עמו על חלקו צריך הנתבע לדון עמו על הכל. ויש מי שאומר דדוקא בכה"ג, אבל אם כתב לו: דון וזכי ואפיק לנפשך מאה דינרים והשאר שלי, איננו מזקיפו לדון עמו אלא על המאה דינרים:

סעיף ו

אם רוצה המורשה לזכות לעצמו

כתבה הגמרא בב"ק ע. בענין מורשה:

אמר אמיר: אי תפס לא מפקין מיניה.

רב אשי אמר: כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שויה.

ואיכא דאמר: שותפא שויה. **למאי נפקא מינה?** למיתפס פלגא. **והלכתא:** שליח שויה.

רש"י פירש גמרא זו בבי פירושים:

פירוש ראשון שסבר אמיר שאם תפס השליח מן הנתבע גם במקום שלא כתב 'ואפיק לנפשך' כלומר הוצא לעצמך אין מוציאים ממנו, ורב אשי חולק.

והפירוש שני שעליו כתב רש"י שהוא עיקר וכמותו נקטו הראשונים:

שאמיר סבר, שיכול המורשה לתפוס ממעות התביעה, ואין התובע יכול להוציא ממנו.

אך רב אשי סבר שמוציאים מידו שהרי כתב לו 'כל דמתעני מן דינא קבילית עלי' ומדברי הרמב"ם⁸⁵² יוצא שהכוונה שכתב שכל הוצאות בית הדין יהיו על המרשה⁸⁵³, ויש בי' לישנות במשמעות הדבר: או שהוא נחשב כשליחו של המורשה ולכן אינו יכול לתפוס בעבור עצמו, או שהוא שותף, ולפי הטעם השני, הוא יכול לתפוס חצי מהתביעה.

לפי גירסתנו בגמרא נפסק שמורשה דינו כשליח ולכן הוא אינו יכול לתפוס שום סכום מהתביעה.

אמנם הרי"ף⁸⁵⁴ לא גרס כן, אך מכל מקום כתב בשם רב יהודאי גאון, שהלכה שנעשה שליח.

יש לציין שהב"י בסימן קכג הביא תשובת הרשב"א⁸⁵⁵ **שפסק בשם הראב"ד** שיכול המורשה לזכות לעצמו, ואע"פ שנפסקה ההלכה שמורשה דינו כשליח, מכל מקום אם זכה בזה קודם שתבעו המרשה הרשות בידו.

⁸⁵⁰ רש"י ב"ק פרק ז סימן יא.

⁸⁵¹ כפי שהבאנו בסעיף הקודם שהכריע בסימן י שהרשאה מועילה אף בקנין שאינו גמור אך רק מן התקנה.

⁸⁵² שלוחין ג, ה.

⁸⁵³ ועיין במאירי ד"ה 'כל מה שפירשנו' שפירש באופן אחר וז"ל: כל שתזכה בדין או תחוב עלי לקבל ולא אוכל לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

⁸⁵⁴ כז:

⁸⁵⁵ ח"ג סימן שצא.

ותמה שם הדרכי משה (ז) על כך שהביאו הב"י בסתם ללא חולק, שהרי אין בדבריו בכדי לדחות דברי כל הראשונים.

אך החזו"א⁸⁵⁶ כתב שכוונת הרשב"א שיכול לזכות עד שיתבע אותו המרשה וזוכה בזה רק לקניין שעה, וכן הוכיח מחידושי הרשב"א בשבועות לג: וכתב שלפי פירוש זה אין מי שחולק על הרשב"א ולא כפי שכתב הד"מ.

אם יכול לעכב את המעות כשלא כתב המרשה 'כל דמתעני מן דינא קבילית עלי'?

מדברי רב אשי שהבאנו לעיל משמע שהסיבה שאין המורשה יכול לעכב את מעותיו אצלו, היא מפני שהמלוה אמר שהוא מקבל עליו את אחריות ההוצאות (ע"פ הרמב"ם).

אך הש"ך (כז) הביא את דברי המהרש"ל⁸⁵⁷ שכתב ע"פ שיטתו שהזכרנו בסעיפים הקודמים שהרשאה מועילה אף באופן שלא הקנה בקניין גמור וזאת מתקנת חכמים, ולפי זה כתב שגם כשלא כתב המלוה שמקבל את אחריות ההוצאות, המורשה אינו יכול לעכב את המעות אצלו, שהרי כל התקנה נתקנה לטובתו.

וביאר שמה שמשמע בגמרא שאם לא כתב שמקבל עליו הוצאות המשפט, יכול המורשה לעכב זה דווקא בקרקע ופקדון שבהם קניין מועיל, ולכן אם היה מקנה ולא כותב שההוצאות המשפט עליו, היה המורשה זוכה בכל לעצמו.⁸⁵⁸

הקנה המרשה למורשה בקניין אגב קרקע, אם יכול המורשה לתפוס לעצמו?

כתב הב"י שנראה שאם הקנה המרשה למורשה בקניין אגב קרקע, כל מה שדנים הוא של המורשה לגמרי ואין מוציאים ממנו אם תפס, אך סייג זאת דווקא בדברים שנקנים באגב (להוציא מלוה).

והדרכי משה (ו) כתב שאין דבריו נראים, שהטעם שהמורשה הוא רק שליח הוא לא משום חסרון בקניין אלא משום אומדנא שלא עשה אותו אלא שליח, ולכן אפילו אם הקנה לו אגב קרקע אנו מניחים שלא התכוין אלא לעשות אותו שליח וכתב שכן מוכח מדברי הרא"ש בתשובה (כלל סב סימן א).

וכן נקט הסמ"ע (יג) והוסיף שבזמנינו כל שכן שהדין כך, הואיל ונוהגים לכתוב בכל ההרשאות שהקנה לו אגב קרקע, ודעת המורשה והמרשה היא רק להיות שליח, ולא להקנות בקניין גמור.

הש"ך (כה) כתב בתחילה שנראה שהסמ"ע והב"י נחלקו לשיטתם בסעיף א ששם סבר הב"י שמיתה אינה מבטלת הרשאה כשהקנה אגב קרקע וזה מפני שסבר שנעשתה הקרקע כקנויה למורשה, ואילו הסמ"ע סבר שמיתה מבטלת אפילו בקניין אגב קרקע, ולכן אם ידע שמת לא יתן לשליח ע"ש.

והש"ך כתב שאמנם שם הכריע כדברי הב"י שאין מיתה מבטלת הרשאה, אך דקדק הש"ך מדברי התרומות⁸⁵⁹ שאף לפי שיטה זו שמיתה אינה מבטלת את ההרשאה, אין המורשה זכה לעצמו, אך מכל מקום דקדק מהתרומות שאם הקנה לו אגב קרקע ולא הזכיר כלל לשון הרשאה, והמשלח טוען שרק עשאו מורשה, והשליח טוען שהקנה לו בקניין גמור, נאמן השליח, וכתב שכן מדויק מלשון השו"ע והטור בסעיף ז, ומדברי הישי"ש בפ"ט סימן מ.

מתי מחוייב המרשה לשלם על הוצאות בית הדין?

הבאנו לעיל שכתב הרמב"ם שכל הוצאות המורשה על המרשה הואיל וכך כותב בהרשאה, שכל ההוצאות עליו, (וכל דמתעני).

דייק הב"י מדברי הרמב"ם שאם לא כתב 'כל דמתעני' אין המרשה חייב בהוצאות של המורשה, ותמה על דבריו שהרי בגמרא משמע שאם לא כתב כן, המורשה אינו צריך כלל להשיב את הממון, וכתב שכנראה התכוון הרמב"ם במקרה שכבר החזיר את הממון למרשה, שמכל מקום אין המרשה מחוייב לשלם לו על ההוצאות. **וכ"כ הסמ"ע (יב).**

הש"ך (כג) כתב שאין קושיית הב"י קשה, שהרי רק במקום שטוען השליח שהמשלח הקנה לו בקניין גמור יכול להחזיק בממון, אך אם מודה שהרשהו מחוייב להשיב לו את הממון, ובמקרה זה יש נ"מ שבכל אופן אין המרשה מחוייב לשלם לו על ההוצאות.

וכתב הש"ך שנראה שאף הב"י והסמ"ע יודו לעצם הדין, שאם מודה שמינהו כמורשה, שאינו יכול לתבוע הוצאות, והם מדברים במקרה בו טוען המורשה שהמרשה התחייב להם בע"פ לשלם את ההוצאות, ובהם סברו הסמ"ע והב"י שנאמן במיגו שיכל להחזיק בכל הממון בעצמו בטענה שהקנה לו בקניין גמור, [בסמ"ע משמע כך במפורש].

והביא הש"ך שהמהרש"ל כתב שאפילו אם לא כתב 'כל דמתעני' בשטר, חייב המרשה לשלם על הוצאותיו של המורשה, שמשתמא על דעת כן נתרצה. ונראה שאפילו קצץ שכרו צריך לשלם יותר אם הוציא יותר. **והעיר הש"ך** שלמעשה היום פשוט שצריך לשלם את כל ההוצאות מצד המנהג, שתולים שדעתו של כל מי שמקנה בסודר הוא שיכתבו את השטר כמנהג המדינה, כמו שנפסק בסימן סא סעיף ה.

⁸⁵⁶ חו"מ סימן ג ס"ק ט.

⁸⁵⁷ ב"ק פרק שביעי סימן יג.

⁸⁵⁸ ולפי המהרש"ל כל דברי הגמרא עסקה דווקא בקניין גמור וכפי שהבאנו בשמו לעיל שביאר את דברי אב"י שאמר 'ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביעי, מיגו דמשתעי דינא אפלא משתעי דינא אכולה' שזה דווקא במקרה של קניין גמור, והוא הדין להמשך הגמ' בדברי אמימר ורב אשי שכתב אמימר: 'אי תפס לא מפקינן מיניה. ורב אשי אמר: כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שויה'. שכל זה הוא דווקא כשהיה קניין גמור, אבל במעות שאינם נקנים בקניין גמור, פשוט שאף אמימר מודה שלא יכול לתפוס, עיי"ש בדבריו.

⁸⁵⁹ שער נ חלק ג אות ו.

וכתב הסמ"ע (יב) שנראה שצריך לשלם לו על הוצאותיו אפילו אם הם יותר ממה שקיבל מהנתבע. וציין לדבריו בדרישה (שם הניח אי"ז בצ"ע), ולסימן שעה סעיף ד (שנפסק שם שהיורד לשדה חבירו ברשות ידו על העלינה ונטל הוצאותיו אף שהם יותר מהשבח).

הש"ך (כב) העתיק את דברי הסמ"ע בקיצור.
עוד הביא הש"ך את דברי המהרש"ל⁸⁶⁰ שכתב שאם התנה המרשה עם המורשה שלא ישלם לו אפי"כ יוציא את ממונו, פשוט הוא שאפילו הוציא יותר משווי הממון הניח המורשה את מעותיו על קרן הצבי, ואין המרשה חייב לשלם לו.
 לשון השו"ע:

המרשה את חבירו, כל ההוצאות שיוציא המורשה על דין זה, המשלח חייב בהם (וע"ל סי' שע"ה ס"ד), שכך כותבין בהרשאה: כל דמתעני (פירוש הרמב"ם בפ"ג משלוחין כל שתוציא בדין זה עלי לשלמו) לך מן דינא, עלי הדר. הגה: ואינו אלא שליח בעלמא, ואם רוצה המורשה להחזיק בממון, אינו יכול, וצריך להחזיר, דאינו אלא שליח בעלמא (טור).

הממנה מורשה שיקח מטלטלים מן הנפקד, ואותו מורשה לקח ושוב החזיר לנפקד

לשון רמ"א:

לפיכך אם תבע פקדון מן הנפקד, וטען שנתנו למורשה וחזר והלוה לו עליו, צריך להחזיר לבעל הפקדון, דהרי המורשה אינו אלא שליח בעלמא (הגהות מרדכי דשבועות⁸⁶¹).

קבע עם המורשה שיקח מעות המנפקד בעיר אחרת ושישתמש בהם עד שיביאם לעירו של הורשה, אם יכול המרשה לחזור בו שלא ישתמש המורשה במעות?

כתב בתרומת הדשן⁸⁶² שאם הרשה אדם לחבירו לקבל מעותיו בעיר אחרת, והתנה עמו שישביע לו את המעות בעיר הנוכחית [כלומר ועד שיבוא לעיר יכול להשתמש במעות], ולבסוף התחרט המרשה והגיע לעיר הנפקד, הוא אינו יכול לחייב את המורשה להשיב לו את המעות בעיר זו, אלא צריך לחכות עד שיחזור למקומו כמו שהתנה, וישלם לו שם. **וכן פסק הרמ"א.**

הסמ"ע והש"ך הביאו את המשך דברי התרומת הדשן שכתב שאם המורשה עוד לא לקח את המעות מהנפקד, יכול המרשה לחזור בו ולקחת את המעות מהנפקד, ואף שעשה המרשה קניין עם המורשה שיוכל להשתמש במעות עד שיבוא לעיר המרשה, מכל מקום אין זה מועיל מפני שאין המעות נקנות בחליפין ודומה לקנין על דבר שלא בא לעולם, שיכול לחזור כל עוד לא זכה בו המקבל.

הקצות (ד) דייק מלשון תרומת הדשן שדין זה שיכול לבטל את ההסכם קודם שהמעות הגיעו למורשה, זה דווקא במציאות בה המורשה הוא זה שרצה ליקח את המעות מן הנפקד בשביל להשתמש בהם, ובזה מעשה הקנין אינו מקנה לו את המעות, אבל במציאות שהמרשה הוא זה שצווה למורשה לילך לקחת את המעות ובתמורה הרשה לו להשתמש באותם מעות עד שיגיע לעירו, אין המרשה יכול לחזור בו מההסכם, הואיל ודין המורשה כשכיר, וכבר ביאר הקצות לעיל שבשכירות חלה ההתחייבות גם על דבר שלא בא לעולם, ולכן אינו יכול לחזור בו, אך יכול לקחת את המעות וליתן לו את הסכום של השווי של היכולת לשכור במעות עד שיגיע לעירו.

הנתיבות (ח) תמה על הקצות שאין דברי הקצות נכונים במה שהבין שהמורשה מקבל כשכר על טרחתו את השימוש במעות, שלפי דבריו יוצא שיש כאן ריבית גמורה שתמורת הלוואה המעות, טורח המורשה בשביל המרשה, אלא פשוט שהסיבה שאין זו ריבית היא כפי שכתב הטי"ז ביו"ד קעג (סקכ"ד) שהמורשה טורח בשביל עצמו כדי שיגיעו המעות לידו, וממילא הוא אינו נחשב כשכיר ואינו יכול לתבוע שכר טרחתו. **[ויוצא לפי הנתיבות,** שאף במקרה שהמרשה משלח את המורשה תמורת השימוש במעות, הוא יכול לחזור בו כל עוד לא הגיע המעות למורשה].

המשובב כתב שהנתיבות לא הבין את דברי הטי"ז, שהמעין בדבריו יראה שהטורח של המורשה אינו רק בשבילו אלא בשביל המורשה, אלא מכיון שהוא טורח גם בשביל עצמו אין בזה איסור ריבית, ולכן יכול המורשה לתבוע שכר טרחתו כפי תנאי השכירות, שהרי הוא לא היה מוכן לטרוח בחנם אלא בשביל הנאת עצמו שישתמש בכסף, ומכיון שלא קיבל את ההנאה הזאת צריך לשלם לו.

האם מועילה תפיסה בקנין שלא בא לעולם מבלי ידיעת זה שתפסו לו?

עוד כתב הקצות (ד) שבב' המקרים אם תפס המורשה אין המרשה יכול לחייבו ליתן לו כפי שמתבאר במפורש מהתרומת הדשן, והטעם שתפיסה מועילה בדבר שלא בא לעולם, וביאר הקצות בסימן קכג ס"ק א שתפיסה זו מועילה אף מבלי ידיעתו כל עוד לא חזר בו במפורש, ובזה השיג על הש"ך בסימן סו ס"ק סו שהסיק שאין תפיסה מועילה בדבר שלא בא לעולם בלי ידיעתו של זה שתפסו לו.

ותמה הקצות על הש"ך כיצד כאן לא השיג על התרומת הדשן, שמדבריו פה מבואר שתפיסה מועילה אף ללא ידיעתו.

וכתב הקצות שיתכן שכאן אף הש"ך מודה הואיל והנפקד נותן למורשה ע"פ שליחותו של המרשה, ולכן אין צורך בדעתו [כך הבנתי בדבריו, עיי"ש].

⁸⁶⁰ ב"ק פרק ז סימן יד.

⁸⁶¹ סימן תשפו.

⁸⁶² סימן שיג.

המשך לשון הרמ"א:

ואם ראובן שהיו לו מעות בעיר אחרת והלך שמעון לשם ונתן לו הרשאה לקבל שם המעות ולתת לו תמורתם בעיר ראובן, והלך שמעון וקבלם, ואח"כ בא ראובן לשם ורוצה ששמעון יתן לו מעותיו, הדין עם שמעון (תרומת הדשן):

סעיף ז

פרטים בנוסח שטר הרשאה

הבאנו בסעיף א ובסעיף ד את דברי הגמ' בב"ק ע. שבכדי למנות מורשה צריך המרשה לומר 'זיל דון וזכי ואפיק לנפשך', כלומר לך תדון ותזכה ותוציא את הכסף לעצמך'.
וכתבו התרומות⁸⁶³ **והטור בשם תשובת הרי"ף**⁸⁶⁴ שבמקום לומר 'זכיי' ניתן לומר 'סבי' כלומר קח, וכן אם כתוב 'כל דמתענית מן דינא עלי הדרי' ולא כתוב את המילה 'דון' זה בסדר.
עוד הביאו שכתב רב שרירא גאון שאם כתוב בו 'דון' זה מועיל אף שלא כתוב 'כל דמתענית וכו' כלומר אף בלי שהמרשה מתחייב לישא בתוצאות הדיון, שלשון זה הוא רק לטובת המרשה כדי שלא יוכל המורשה להחזיק בממון וכפי שהבאנו בסעיף ו. וכך פסק השו"ע.
וכתב הש"ך (כח) שאם מקנה לו את גוף הדבר אין צורך באף אחד מהלשונות האלה.

האם יש צורך לכתוב זמן בכתב הרשאה?

כתב הרמ"א בשם המרדכי⁸⁶⁵ **בשם רבינו שמחה** שאף שנוהגים לכתוב זמן בהרשאה, אין צורך לזה. שאין לחשוש אם הוא מוקדם או מאוחר.
והש"ך כתב (ל) שנכון לכתוב זמן, שיש נ"מ אם ביטל ההרשאה. והביא מתשובת הרמ"א שפשוט הוא שלכתחילה אין להקדים זמן ההרשאה או לאחרה, אבל בדיעבד אם עשה כן כשר.

האם צריך עדים על קניין ההרשאה?

כתב הש"ך (כט) שהמהרש"ל⁸⁶⁶ **כתב** שצריך לעשות קנין בפני עדים, אף שמספיק שהמרשה יחתום ולא העדים.
וכתב הש"ך שאינו יודע למה הצריך עדים, שעדים אינם יוצרים כלום אלא נועדו בכדי שלא יוכל להכחיש. וכתב שאולי רק כתב כן לירווחא דמילתאי לחשוש לדעת הראב"ד המצריך עדים בשביל קנין, אבל כתב שלדעתו גם לכתחילה אין לחשוש לדעתו, וגם הראב"ד לא מחליט את הדבר, ורק כתב שאין הכל מודים בדבר.

האם כותבים בשטר ההרשאה לשונות המבטלות ביטולי מודעא?

כתב הרמ"א בשם המרדכי⁸⁶⁷ שאין צורך במה שכותבים 'ברעות נפשאי בדלא אניסנא' כלומר שהמרשה מודה שכתב כן שלא מכח אונס, שלא שייך כאן מסירת מודעא.
והש"ך (לא) הביא שגם המהרש"ל לא העתיק לשון זה ולא ביטול מודעות בנוסח ההרשאה שלו, אבל בתיקוני שטרות הנדפסים שניהם כתובים, וכן נוהגים.
 לשון השו"ע:

הרשאה שאין כתוב בה דון וזכי אלא כך היה כתוב בה: "סב ואפיק לנפשך" אין לפוסלה מפני שאין כתוב בה זכיי, דסב וזכי חדא מילתא היא, וכן אין לפוסלה מפני שאין כתוב בה דון, כיון שכתוב בה כל דתעני מן דינא עלי הדרי זה במקום דון וכשרה, אם אין כתוב בהרשאה כל דמתעני מן דינא עלי הדרי, כשרה היא שאין כותבין לשון זה אלא לתקנת המרשה שלא יוכל לומר הקנת אותו לי כיון שכתבת דון וזכי ואפיק לנפשך: הגה שטר הרשאה אין צריך לכתוב בו זמן וכן מה שכותבין ברעות נפשאי בדלא אניסנא וכו' (מרדכי פרק מרובה והגהות מרדכי שבועות):

סעיף ח

בעל בנכסי אשתו

לשון הגמרא בגיטין מח:

אמר אביי, נקטינו: בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה. ולא אמרן אלא דלא נחית אפירי, אבל נחית אפירי, מיגו דמשתעי דינא אפירי - משתעי דינא אגופא.

⁸⁶³ שער נח"ד סימן ו.

⁸⁶⁴ סימן רפג

⁸⁶⁵ ב"ק פרק ז סימן עח.

⁸⁶⁶ ב"ק פר ז סימן ו.

⁸⁶⁷ ס"ק סרק ז סימן עח.

מבואר בגמ' שבעל יכול לדון בנכסי אשתו רק אם נתנה לו הרשאה לכך, אך אם הוא דן על הפירות (שהם שלו) הוא יכול לדון גם על הקרקע מכח זה.

וכתב רש"י שרק אם אין טענה על הפירות כלל אינו יכול לדון בלי הרשאה.

הטור הביא תשובת הרא"ש⁸⁶⁸ שדן במקרה שאשה הכניסה לבעלה שטר, ודן הבעל עם הלווה והגבו לו ב"ד קרקע שאינו עושה פירות, ואז רצה הבעל לבטל את השומא בטענה שלא היה לו זכות לדון על זה בלי הרשאה.

ופסק הרא"ש שאינו יכול לבטלה, שאם השטר הזה היה נכסי צאן ברזל הוא שלו לגמרי, וגם אם הוא נכסי מלוג, יקח ממה שיוציא מכוחו קרקע והוא יאכל פירות, ואף ששמו לו קרקע שאינו עושה פירות, יכול למוכרו ולקנות דבר שעושה פירות. ועוד, מתחילה היו המעות עומדות ליהנות פירותיהן.

ומדברי הרא"ש יוצא שהבעל יכול לדון אף בקרקע שאינה עושה פירות והואיל והוא יכול למוכרה.

אך כתב הטור שרב האי כתב בתשובה שהבעל לא יכול לדון בלי הרשאה אא"כ יש בקרקע עצמו פירות, **והכריע הטור** שמסתבר כדעת רב האי.

ודייק הב"י כן גם מפרש"י שהבאנו, ובבדק הבית כתב שכן נראה מדברי הרמב"ם (ג, ד). והעתיק את לשונו בשו"ע.

הסמ"ע כתב (טז) שגם אם אין פירות בקרקע עכשיו, אם הקרקע היא ראויה לפירות יכול הבעל לדון עם הנתבע לדברי הכל. והביא שכן הוכיח התרומת הדשן בסימן שיב, ודלא כתשובת ריב"ש סימן תצו, ובדרישה הוכיח את זה מדברי רש"י ומלשון הגמרא, שרק אם אינו דן בכלל על הפירות צריך הרשאה.

עוד כתב שלשיטת הרא"ש אף אם הקרקע אינו ראויה לפירות הוא יכול לדון על אותו קרקע (וכפי שכתבנו שמשמע ברא"ש), ורק במקום שהודו האשה והבעל שהקנו את הפירות לנתבע לכמה שנים.

הש"ך (לג) כתב שמפשט דברי רב האי נראה שצריך פירות בקרקע עכשיו, ושכן נראה מדברי התרומת הדשן שכן דעת רב האי, וגם משמע שם שכן דעת הרמב"ם והסמ"ג. [עיי"ש שהאריך בזה].

אך הסכים הש"ך לסמ"ע שלפי הרא"ש יכול הבעל לדון אף בקרקע שאינה עושה פירות כלל. והאריך להשיג על הסמ"ע בביאור דברי התרומת הדשן.

אך הביא שהב"ח הביין שגם לפי הרא"ש הוא אינו יכול לדון על קרקע שאינה עושה פירות, והוכיח כן שהרי בקרקע שאינה עושה פירות אין בעל חוב יכול לגבות ממנה כלל כמבואר בסימן קח, ודחה הש"ך את דבריו שאין הכוונה שאינו יכול לגבות, אלא שאם יש קרקע אחרת מחוייבים לתת קרקע אחרת.

האם יכולה האשה למנוע מהבעל לדון בקרקע שלה, כאשר יש לו זכות בפירות?

כתבו הרשב"א⁸⁶⁹ **והר"ן**⁸⁷⁰ שגם כשהבעל דן על הפירות אם האשה מוחה או שאינה נמצאת בעיר, אין הבעל יכול לדון בחלקה ללא רשותה כדין שמבואר בשותפים שיובא בסעיף הבא.

אבל הריטב"א⁸⁷¹ כתב שיד הבעל היא כיד אשתו ואינה יכולה לעכב, **והב"י הביא דבריו בסימן קעו.**

הש"ך (לד) דייק מלשון השו"ע כאן שמכך כתב רק שאין הבעל צריך הרשאה, משמע שיכולה למחות בו שלא ידון עם הנתבע בלעדיה וכדעת הרשב"א והר"ן. וכתב הש"ך שנראה שגם הריטב"א לא דיבר אלא בדיון על פירות שהם שלו, עוד כתב שאפילו אם אין זה הפשט בדברי הריטב"א, ההלכה היא כדעת הרשב"א והר"ן. ודברי הריטב"א תמוהים, שאם ידו היא כידה אז גם כשאין לו פירות היה יכול לדון מבלי ההרשאה, והגמ' במפורש אומרת לא כך.

הקצות (ה) השיג על הש"ך והוכיח שודאי דיבר הריטב"א בדיון על גוף הקרקע, ששם כתב שאשה היא כאילו לא נמצאת בעיר, ולשיטתו כשהשותף אינו בעיר יכול חבירו לדון גם על החלק שלו, והוא הדין כאן שליכול לדון גם על הקרקע.

וכתב הקצות ליישב את קושית הש"ך שלפי הטעם שידו ידה, אז היה צריך להיות שגם כשאין לו פירות, יוכל לדון בקרקע, **וביאר הקצות** שסובר הריטב"א שכל שיש פירות גם הגוף הוא שייך לבעל מתקנת אושא שהבעל מוציא מיד הלקוחות, אך כשאין לו פירות באמת אין לו שום זכות בקרקע.

והפת"ש (א) הביא שהשב"י⁸⁷² **כתב** שאין כאן אפילו קצת קושיא על הריטב"א⁸⁷³.

הקצות דייק מלשון הרמב"ם כדברי הריטב"א שיכול לדון ללא רשותה אף כשנמצאת בעיר מכך שנימק את הטעם שיכול הבעל לדון גם בקרקע בזה הלשון: 'שאם אין קרקע אין פירות'. וכתב הקצות שמשמע מדבריו שכוחו של הבעל הוא יותר מוכחו של שותף וידו היא כידה לענין זה, עיי"ש בדבריו. לשון השו"ע:

הבעל שבא לדון עם אחד שמחזיק בנכסי מלוג של אשתו, צריך הרשאה ואם יש פירות בקרקע, מתוך שיש לו לדון על הפירות דן על העיקר ואינו צריך הרשאה (ועיין באבן העזר סימן פה):

סעיף ט

שותפים שהלוו כאחד, אם יכול אחד מהם לבדו לתבוע את הלווה

⁸⁶⁸ כלל לח.

⁸⁶⁹ גיטין מח, ב ד"ה אמר אביי

⁸⁷⁰ גיטין כד:

⁸⁷¹ כתובות צד.

⁸⁷² ח"א סימן קנז.

⁸⁷³ הסתכלתי בתוך דבריו ולא הבנתיים לאשורם.

לסעיף זה יש סעיף מקביל בסימן עז סעיף ט ולכאורה יש חוסר התאמה בין הדינים כאן לדינים שם, ההתייחסות לסתירה בין ב' הסעיפים נמצאת בנושאי כלים בסימן עז, ונביא בקצרה את מה שנכתב שם ואח"כ נביא את הדינים הנוספים שנכתבו כאן.

הרא"ש בשבועות⁸⁷⁴ הביא מחלוקת ראשונים בהבנת דברי הירושלמי בשבועות פרק ה הלכה א: **לדעת הרמב"ן** מבואר בירושלמי שאם שניים הלכו יחד לאדם אחד, אחד המלווים אינו יכול לבדו לתבוע את חובו.

ולדעת הר"א אב"ד מבואר בירושלמי בדיוק להיפך שכל אחד מהמלווים יכול לתבוע לבד את כל החוב. **הרא"ש הכריע כדעת הרמב"ן** שמלוה אחד אינו יכול לתבוע לבדו.

אך כתב הר"א ש שכל הדין שאין מלוה אחד יכול לתבוע לבדו את הלווה זה דווקא כשהמלווה השני אינו נמצא בעיר, אבל אם המלווה השני נמצא בעיר ולא בא, הרי זה מעיד שהוא סומך על שותפו ושליחותו הוא עושה. חילוק זה מבוסס על הגמרא בכתובות צד. וז"ל:

אמר רב הונא הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חז ואזל חז מינייהו בהדיה לדינא לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים זידי את אלא שליחותיה עבד. אקלע ר"נ לסורא שיילוהי כי האי גוונא מאי? אמר להו מתניי היא הראשונה ושבעת לשניה ושניה לשלישית ושלישית לרביעית ואילו ראשונה לשלישית לא קתני מאי טעמא לאו משום דשליחותה עבדה מי דמי התם שבועה לאחד ושבועה למאה הכא אמר אילו אנא הואי טעיננא טפי, ולא אמרן אלא דלא איתיה במתא אבל איתיה במתא איבעי ליה למית.⁸⁷⁵

הטור והשו"ע פסקו את דברי הר"א ש הנ"ל להלכה בסימן עז.

לעומת הדברים שנכתבו בסימן עז מצטיירת בסימן קכב תמונה שונה לחלוטין:

הטור כאן בסימן קכב מביא את דברי הר"א ש בכתובות⁸⁷⁶ שמביא את דברי הרמב"ם⁸⁷⁷ שפסק ע"פ הגמרא בכתובות, שאם השותף השני נמצא בעיר, יכול שותפו לתבוע את כל החוב, ואם הוא אינו נמצא בעיר, יכול לתבוע רק את חובו שלו.

דין זה לכאורה סותר את דברי הר"א ש שהבאנו שסובר שכשהשותף אינו נמצא בעיר, הוא אינו יכול לתבוע אפילו את חלקו.

אך הר"א ש בכתובות חלק על דברי הרמב"ם בדיוק בכיוון ההפוך וכתב שלדעתו גם כשהשותף השני אינו בעיר, יכול השותף לתבוע את כל החוב ולא רק חצי, ונימק זאת מהטעם שלא אמור להיות אכפת לנתבע לדון על הכל, וכשיזכה בדין כנגדו יפטר, ועוד שיכול התובע לומר שאם יתבע אותו רק על חצי, הוא יצטרך לחלוק אח"כ עם שותפו באותו החצי, שהרי הם עדיין לא חלקו את השותפות.

הטור כתב שמסתבר להלכה כדעת הרמב"ם שיכול לתבוע רק את חלקו שלו, וכתב שודאי אכפת לנתבע מכך שתובעים אותו על הכל שהרי אם יזכה, הוא יזכה רק בחצי, ואם יפסיד, הוא יפסיד הכל ולקתה מידת הדין, עוד כתב שאין טעם לחייב את הנתבע לדון על הכל מהטענה שהשותף עוד לא חלק עם שותפו בחצי, שזו לא סיבה טובה לכופו אותו לדון בדבר שיכול רק להפסיד ולא להרוויח.

הב"י צידד בהכרעת הטור הנ"ל וכתב שטענה שכתב הר"א ש שהשותף יצטרך לחלוק בחצי עם שותפו אינה נכונה, מפני שבדבר שאין עדיפות בין חצי אחד לשני, אין צורך בחלוקה מסודרת.

דברי הר"א ש הנ"ל צריכים עיון שסותר את עצמו מן הקצה אל הקצה.

וגם הכרעת הטור והשו"ע צריכה עיון ששם פסקו כדברי הר"א ש בשבועות שאם המלוה השני אינו בעיר, אינו יכול לתבוע אפילו את חלקו, וכאן פסקו שיכול לתבוע את חלקו ע"פ דברי הרמב"ם.

הסמ"ע בסימן עז ס"ק כא כתב לחלק שבסימן עז מדובר לעניין להוציא ממון שאין יכול המלווה להוציא לבדו, ורק אם חבירו בעיר ולא בא, יכול, שמן הסתם עשהו שליח. ואילו אצלנו בסי' קכב מדובר רק לעניין העמדה בדין, שבזה יכול כל מלווה לתבוע בפני עצמו, **וכן כתב הלבוש.**

⁸⁷⁴ פ"ה סי' ב ובר"ן שם יז.

⁸⁷⁵ בפירוש הגמרא הנ"ל נחלקו הראשונים:

רש"י ביאר שמדובר שאדם תבע את השותפים ולקח מהם את הכסף ע"פ תביעת אחד, וטוען הנתבע השני שישב לו את הכסף, הואיל והוא לא היה שם, ופסקה הגמ' שאין הוא יכול לומר כן, הואיל ושותפו היה שלוחו, אך לבסוף הגמ' הסיקה שאין הוא שלוחו הואיל ויכל לומר שהוא היה טוען טענות טובות יותר, ובכל זאת אם היו באותו העיר ודאי עשאו שליח הואיל והוא לא בא מעצמו, וכנראה הסיק מכאן הר"א ש שגם לענין שני מלווים שהדין שאינם יכולים לגבות אחד ללא חבירו, מכל מקום באותו העיר הם יכולים שבזה ודאי עשאו שליח.

אך הר"ן פירש שמדובר במקרה של שני מלווים ולווה אחד, שיכול כל אחד לתבוע ללא חבירו, ואין יכול הלווה לומר לאחד מהם שאינו בעל דברים שלו, אך מכל מקום אם השני נמצא בעיר אחרת יכול לתבוע רק חלקו ולא חלק חבירו. וכן ביאר הרמב"ם ועפ"י פסק הרמב"ם בהלכות שותפים ג,ג שתמיד יכול השותף לגבות חלקו, אך חלק חבירו יכול לגבות רק אם הוא נמצא בעיר, אך אם אינו נמצא בעיר הוא אינו יכול, ולכאורה דעת הרמב"ם אינה כדעת הרמב"ן בביאור הירושלמי וגם לא כדעת הר"א אב"ד, שלפי הרמב"ם יוצא שכל שותף שייך רק בחלקו שלו, ובריטב"א לח ביאר שהרמב"ם פירש את הירושלמי בדומה לביאור הראשון של התרומות עיין הערה **שגיאה! הסימניה אינה וגדרת**, והנציב במרומי שדה שבועות לו: ד"ה ודע, כתב שהרמב"ם לא פסק כירושלמי הנ"ל כלל. אך עיין לקמן שהשו"ע פסק כרא"ש בסימן עז ואצלנו בסימן קכב פסק כרמב"ם ומה שכתבו ליישב הסמ"ע והש"ך.

והרשב"א בת" ח"ד ס' כז הוכיח מן הגמרא הנ"ל כדעת הר"א אב"ד וכן בחידושו לשבועות, וכתב שאפילו כאשר אינו נמצא בעיר יכול לתבוע לבדו, ונראה מחידושו שלמד מהגמרא שודאי שיכול לתבוע חלקו, וכל החילוק בין נמצא בעיר לאינו נמצא בעיר, הוא רק לענין אם יכול אח"כ התובע השני לתבוע שוב.

⁸⁷⁶ פרק י סימן יב.

⁸⁷⁷ שותפים ג,ג.

אך הש"ך בסימן עז ס"ק כה כתב שלא נראים דבריהם שכיוון שאין יכול מלווה אחד להכריחו לתת לו חלקו, מה יועיל שיתבענו?

והש"ך כתב לחלק באופן אחר שבסימן עז מדובר שאין ידוע כמה חלק יש לכל אחד מן השותפים בהלוואה, ולכן לא יכול אחד לתבוע לבדו, ואילו אצלנו בסימן קכב מדובר שידוע שלכל אחד יש חצי מן ההלוואה, ולכן יכול כל אחד לתבוע לבדו את חלקו אף שחבירו אינו בעיר.

והנצי"ב⁸⁷⁸ כתב לתרץ באופן אחר וכתב שיש לחלק בין שנים שהלוו שאינם שותפים ממש, שודאי הלוו על דעת שיפרע לשניהם יחד, ובזה מדובר בסימן עז, ובסימן קכב מדובר בשותפים ממש שבוזה פשוט שיכול הלווה לתת את כל הסכום לאחד מהם, ולכן מחוייב לתת לו לכל הפחות את החצי שלו.

תבע שותף אחד לבדו, והיה חבירו בעיר, וטוען השותף שיש לו טענות חדשות

כתב הרא"ש בכתובות⁸⁷⁹ שכל מה שנאמר שאם היה השותף בעיר, הוא חייב לקבל את הדין שעשה שותפו, זה דווקא כשאין לו טענות חדשות, וכל העניין שאינו יכול לבקש עוד זמן, ונ"מ שיורדים מיד לנכסיו (כלומר הרא"ש דיבר באופן שהשותפים הם הנתבעים ועיין הערה 875 שנראה שכך למד את הגמרא), אך אם יש לו טענות חדשות, יכול להשמיען, והביא הטור את דבריו.

אמנם מלשון הרמב"ם משמע שאינו יכול לטעון טענות חדשות, שכתב הרמב"ם: "ואין השותף האחר יכול לומר לשותפו שדן אילו הייתי אני שם הייתי תובע טענות אחרות ומחייב בעל דיני, שהרי אומר לו למה לא באת לתבוע גם אתה".

וכן דייק מדבריו בבדק הבית וביאר בטעם הדבר, שאנו מניחים שהואיל והוא היה בעיר ולא בא, כנראה שלא היו לו טענות כנגד, וכעת בודה טענות מלבו, ולכן אין לשמוע לדבריו, ובשו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.

אך הסמ"ע (יט) כתב שהרמב"ם מודה לרא"ש שיכול לטעון טענות חדשות, וכל כוונת הרמב"ם שאינו יכול לטעון שאין לקבל את הדין עם שותפו מחמת שיתכן שהיה יכול לטעון טענות אחרות ולכן אף אין לו אין משמעות לדין, כמו שבעיר אחרת, אין נותנים לשותף לדון על חציו של שותף חבירו, אף שאיננו יודעים שיש לו טענות אחרות.

אך הש"ך (לח) הצדיק את דברי בדק הבית שהרמב"ם סובר שאינו יכול לטעון טענות חדשות, וכתב שדברי הסמ"ע מגומגמים, והביא שאף התרומות⁸⁸⁰ והרשב"א⁸⁸¹ והר"ן והראב"ן⁸⁸² ורבינו ירוחם⁸⁸³ ומהר"ם שבמרדכי⁸⁸⁴ בתשובות מיימוניות⁸⁸⁵ סוברים כדעת הרמב"ם.

אך הפת"ש (ב) הביא את דברי הושב הכהן⁸⁸⁶ שכתב שנראה עיקר כדעת הטור והרא"ש שיכול לטעון טענות חדשות וכפי שסתם השו"ע בסימן קעו, ושם האריך להוכיח שהרמב"ם לא חולק בזה, וכן שכל הראשונים שהביא הש"ך אינם בהכרח חולקים על הרא"ש עיי"ש.

אם יכול השותף לדון על הכל כשחבירו בעיר, אך לא ידוע במפורש ששמע על הדיון?

הש"ך (לז) ציין שבסימן עז מדויק מלשון השו"ע שיכול הלווה לתת את כל המעות לאחד השותפים רק במציאות שהשותף בעיר וידוע ששמע מהדיון, ואילו אצלנו בסימן קכב נשמע שדי בזה שהשותף נמצא בעיר, וכתב הש"ך לחלק שבסימן עז מדובר בנתינת המעות בפועל ובה צריך וודאות שהשותף שמע ולא בא, ואילו אצלנו מדובר רק על הדיון, ובזה די בכך שהוא בעיר, אך כתב שאם ידוע בוודאות שלא שמע, אז אינו יכול לדון על חלק חבירו, אפילו אם הוא בעיר.

אם יכול אדם לתבוע שותף אחד גם על חלקו של חבירו?

הבאנו לעיל את דברי הרא"ש שהבין שהגמ' דיברה לעניין תובע שבא לתובע ב' שותפים וכתב שאם השותף השני בעיר, הוא יכול לטעון טענות חדשות, אך אם אין לו טענות חדשות, אינו יכול לבקש זמן ויורדים לנכסיו מיד.

וכתב בבדק הבית שמדברי הרמב"ם משמע שכל הדין שניתן להתדיין עם אחד השותפים, זה דווקא כשהם התובעים, אבל כשהם הנתבעים לא ניתן להתדיין עם אחד לבדו, ובהמשך הביא הב"י שכן כתב המרדכי⁸⁸⁷ בשם ראב"ה ועוד גדולים במפורש ונימק זאת מכך שהנתבע יכול לומר שלא רצה לבא לדין, כי אמר לעצמו שהלוואי ולא יתבענו אותו תובע לעולם.

וכתב הש"ך שנראה שיש נ"מ לדברי הרא"ש שהרי המרדכי נימק שהטעם שאינו יכול לתבוע שותף אחד על חלק חבירו, הוא מפני שקיווה שלא יתבענו, וזה שייך דווקא בדבר שמחוסר גוביינא, אבל אם תובע את השותפים על קרקע בטענה שמי שמכר להם את הקרקע חייב לו, וקרקע זו משועבדת לחובו, או שקרקע זו

⁸⁷⁸ מרומי שדה שבועות לו.

⁸⁷⁹ פרק י סימן יב.

⁸⁸⁰ שער מד חלק א סעיף ו.

⁸⁸¹

⁸⁸² חלק ג כתובות ס' סו.

⁸⁸³ מישרים נתיב ג ח"א.

⁸⁸⁴ כתובות פרק י סימן רלט.

⁸⁸⁵ קנין סימן יג.

⁸⁸⁶ סימן נט

⁸⁸⁷ כתובות פרק י סימן רלט וכן רמב.

גזולה היא, ודאי שאם לא בא השותף, יכול לתבוע את הכל, וכפי שהביא הטור בשם הרמ"ה בסימן קעו, ויוצא שלא נחלקו הרא"ש והמרדכי והרמ"ה כלל, ולא כפי שהבין הבי"ח שעשה מחלוקת בדבר עיי"ש.

תבע אחד השותפים את הנתבע ושותפו בעיר וטען הנתבע שרוצה לדון בפני שניהם

לפי מה שראינו עד כה נראה שיכול שותף אחד לתבוע לבדו כאשר שותפו בעיר, שאם היה רוצה שותפו לבא היה בא.

אך הבי"ח הביא שהסמ"ג⁸⁸⁸ הבין את דברי הגמ' באופן אחר, ויצא לו שאם השותף בעיר יכול הנתבע לומר שרוצה לדון דווקא עם השותף, **וביאר הבי"ח** שהטעם הוא מפני שטוען שהשותף השני לא יעיז לטעון כנגדו שקרים כפי שהשותף הזה טוען, ורק כאשר השותף השני אינו בעיר חייב לדון עם השותף שנמצא כאן. **וכתב הבי"ח** שאף שאר ראשונים לא פירשו כן, הדין אמת.

והש"ך (לט) תמה על דבריו וכתב שפשוט ברמב"ם ובשאר ראשונים, שאם השותף בעיר ולא בא, חייב הנתבע לדון עם השותף שנמצא לפניו, והביא שאף ההגהות אשר"י כתב שדברי הסמ"ג הם כנגד הרמב"ם, ושהמהר"ם טיקטין בגליון המרדכי כתב שדברי הסמ"ג הינם כנגד רש"י והמהר"ם.

והפתי"ש (ג) הביא את דברי החכם צבי⁸⁸⁹ **שדן במקרה** בו קהילה אחת תבעה קהילה אחרת על עסקי הקהילות, וסירבה הקהילה הנתבעת לדון ללא הקהילה הנוספת (שנחשבת גם כתובעת).

וכתב החכם צבי שצודקים הקהילה הנתבעת, שפשוט שלדעת הבי"ח יכולים לומר כן, ואף הש"ך יודה שבמקום שלא ניתן לחלק את התביעה, שיכול הנתבע לסרב לדון בפני שותף אחד, ואין לומר שלקחה מידת הדין שאם אחד התובעים יסרב לבא יפסיד חברו, מפני שניתן לכופו לבא, או שיקבל את מה שיפסק על התובע הראשון ושלא ישנה את פסק הדין, אך לפי טעמו של הבי"ח אף אם מקבל התובע זאת, אין זה מועיל, שיכול הנתבע לומר שרוצה לדון בפני התובע השני שלא מעיז לשקר, ולדינא יכולים לומר 'קיים לי כדעת הבי"ח אף בזה. לשון השו"ע:

אחד מהאחים שלא חלקו, או מהשותפים, שבא לתבוע, תובע על הכל, הואיל ויש לו חלק בזה הממון אינו צריך הרשאה משאר שותפיו. ואם יצא חייב, אין השותף האחר יכול לומר לשותפו שדן: אילו הייתי אני שם הייתי תובע טענות אחרות ומחייב בעל דיני, שהרי אומר לו: למה לא באת לתבוע גם אתה.

לפיכך אם היה בעיר אחרת, יש לו לחזור על הבעל דין ולדון עמו ולומר לו: איני מודה בכל מה שטען שותפי. ולפיכך (יש) לנתבע לעכב ולומר: או דון עמי בחלקך, או הבא הרשאה, שהרי ממון שניכם בידי, ושניכם בעלי דיני, ולמחר יבוא אחיך או שותפך ויתבע גם הוא. ויתבאר זה עוד בסימן קע"ו סעיף כ"ה וסעיף כ"ו.

⁸⁸⁸ עשה פב דף קסט ע"א.

⁸⁸⁹ סימן קסט.

סימן קכג

הרשאה על מה נכתבת וכיצד נכתבת ובו טו סעיפים :

סעיף א

על מה ניתן לעשות ההרשאה, ואם חייב להקנות למורשה את גוף הדבר?

לשון הגמ' בב"ק ע.

אמרי נהרדעי: לא כתבין אורכתא אמטלטלי.

אמר רב אשי לאמימר: מאי טעמא? אמר ליה: משום דרבי יוחנן, דא"ר יוחנן: גל ולא נתייאו הבעלים - שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו.

איכא דאמרי, אמרי נהרדעי: לא כתבין אורכתא אמטלטלי דכפריה. טעמא דכפריה, דמיחזי כשיקרא, אבל לא כפריה - כתבין.

הגמ' מביאה ב' לישנות בשם 'נהרדעי':

בלישנא הראשונה, אנשי נהרדעא אומרים שאין הרשאה מועילה לגבי מטלטלים, ומבואר שהטעם הוא לפי ר' יוחנן שמטלטלים גזולים הם נחשבים כאינם ברשותו ולכן הוא אינו יכול להקנותם למורשה [ולקמן נתייחס לשאלה האם הכוונה דווקא למטלטלים גזולים או גם למטלטלים שנמצאים בפקדון].

אמנם בלישנא השנייה סוברים אנשי נהרדעא שניתן לעשות הרשאה גם לגבי מטלטלים, ורק במציאות בה כופר הנפקד באותם מטלטלים, לא ניתן, הואיל וזה נראה כשקר שמקנה לו דבר, שחבירו טוען שאינו שלו כלל.

הרא"ש⁸⁹⁰ הביא שהרי"ף פסק⁸⁹¹ כלישנא בתרא ונתייחס עוד לזה לקמן.

דרך גמרא זו עסקו הראשונים בשאלה מהי בעצם הרשאה, והאם צריך המורשה לקנות את הדבר עליו הוא מורשה בקניין גמור, ונציג בקצרה את צדדי הספק ונעבור לשיטות הראשונים בזה:

כפי שכתבנו בסימנים הקודמים עיקר עניינה של ההרשאה היא להפוך את המורשה לבעל דבר ע"י שהמרשה נותן לו ליטול לעצמו מהתביעה, וכתבה הגמ' שהמרשה אומר למורשה 'לך תדון ותטול ותזכה לעצמך', ולפי זה היה צריך להיות שהמרשה יקנה בפועל את הדבר אותו הוא תובע.

ונראה שזו סברת הלישנא הראשונה שאומרת שהואיל והגזל אינו ברשותו של המרשה ואינו יכול להקנותו לאחר, הוא אינו יכול למנות מורשה עליו.

אך לפי זה צריך להבין מה סברה הלישנא השנייה האומרת שאף באופן הזה ניתן למנות מורשה, ורק במקום שכופר הנתבע בחוב לא ניתן, משום חשש שקר שנראה שנותן לו דבר שאינו שלו.

עוד צריך להבין שמפשט דברי הגמרא שעסקה במטלטלים נראה שעסקו לא רק בגזל אלא גם בפקדון, וא"כ צריך להבין מדוע סברה הלישנא הראשונה, שלא ניתן לעשות מורשה על פקדון, והרי פקדון נחשב ברשותו של בעליו ויכול להקנותו אף כשאינו אצלו?

קצת נעבור לשיטות השונות בעניין זה:

(א) **תוס' 892 ורא"ש 893 כתבו בשם ר"ת** שבהרשאה אין צורך בקניין גמור, הואיל ומורשה אינו בעל דבר אלא שליח כמבואר בגמ' בב"ק ע. אלא שחכמים תיקנו שע"י קניין כל שהוא, הוא נחשב כבעל דבר ממש.

הרשב"א 894 הזכיר שיטה זו בשם רבותיו וחיידד יותר וכתב שהואיל ונפסק שמורשה הינו שליח, א"כ בלאו הכי לעולם אין המורשה קונה לחלוטין ורק מהתקנה הוא נחשב כבעל דבר, ולכן אין צורך לדייק בקניין.

על פי זה כתבו תוס' ודעימיה שניתן לעשות הרשאה אף על גזל ואף על מלוה בע"פ על אף שלא ניתן להקנותו, [עוד כתבו תוס' 895 שאף לישנא קמא מודים שניתן למנות מורשה בפקדון שהרי ניתן להקנות פקדון בקניין גמור, ומה שעסקו במטלטלי הכוונה מטלטלים של גזילה].

ראיה לשיטה זו הביא הרא"ש מן הגמרא בב"ק קד. שם מסופר על רב יוסף בר חמא שהיה חייב כסף לרבי אבא, וביקש רבי אבא מרב ספרא להביא לו את הכסף, ולא מצאו תקנה שיפטר רב יוסף מאונסים אלא במקרה שרבי אבא יקנה את החוב לרב ספרא אגב קרקע, ויכתוב 'התקבלתי'. **והוכיח הרא"ש** שמשמע שהחוב של רב יוסף היה הלוואהו כך משמע מלשון הגמרא שכתבה: 'מסיק זווי בדרב יוסף בר חמא ועל כרחך לא היה קנין ממש אלא הרשאה, ומשמע שדי בזה.

(ב) **לעומת שיטה זו ניצבת שיטת הרשב"א 896 והרמב"ם 897** הסוברים שלא ניתן למנות מורשה ללא קניין גמור, וכך כתב הרמב"ם:

⁸⁹⁰ ב"ק פרק ז סימן ד.

⁸⁹¹ ב"ק כז.

⁸⁹² ב"ק ע. ד"ה 'אמטלטלין דכפריה'.

⁸⁹³ ב"ק פרק ז סימן ד.

⁸⁹⁴ שבועות לג: ד"ה 'אמר שמואל'.

⁸⁹⁵ ב"ק ע. ד"ה לא כתבין.

⁸⁹⁶ שבועות לג: ד"ה 'אמר שמואל, וב"ק ע. ד"ה 'איכא דאמרי'.

⁸⁹⁷ שלוחין ושותפין ג, ז.

מי שהיו לו מעות פקדון ביד אחר ורצה להרשות שליח להביאן אין הקניין מידו מועיל בזה שאין המטבע נקנה בחליפין, אלא כיצד עושה נותן לו קרקע כל שהו ומקנה לו המעות על גבה כדי להוציאן בהרשאה זו והולך ודן עמו ומוציאן, היתה לו מלוה ביד אחר אינו יכול לכתוב הרשאה עליה ואפילו היה החוב בשטר מפני שהמלוה להוצאה ניתנה ואין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו בעולם, ואין לו דרך שיקנה אדם חוב בה אלא במעמד שלשתן והוא דבר שאין לו טעם כמו שביארנו או בהקניית שטר החוב עצמו בכתיבה ומסירה מפני שהוא מקנה השיעבוד שבו, זהו הדין שיראה לי מן הגמרא.

לפי זה צריך להבין את שיטת לישנא בתרא שמשמע ממנה שניתן להרשות על הגזל והרי המרשה אינו יכול להקנותו, שהרי אינו ברשותו?

הרשב"א בב"ק כתב לבאר שליטנא בתרא דיברה בגזל שהוא בעין ולא נתייאשו הבעלים ממנו, ולכן לא יצא מרשותו ויכול להקנותו, ועל אף שלא ניתן להקדישו, ניתן להקנותו, והטעם שלא ניתן להקדישו הינה גזירת הכתוב מיוחדת, וכתב שבאמת לישנא קמא סברה שכשם שלא ניתן להקדישו, כך לא ניתן להקנותו.

הקצות (א) האריך להשיג על שיטת הרשב"א במה שכתב שניתן להקנות גזל על אף שלא ניתן להקדישו, וכתב להביא ראיה מב"ק סט. שלומדים שלא ניתן להפקיר גזל מכך שלא ניתן להקדישו, ומשמע שאין חלוקה בין הקדש לקנין.⁸⁹⁸

אמנם יש להעיר שהרמב"ם לא הזכיר כלל שניתן למנות מורשה על גזל, ונראה שרמב"ם הבין את הגמ' כפי שדייק הב"י מרש"י וכפי שיבואר לקמן:

רש"י ביאר בלישנא קמא שאינו יכול למנות מורשה על מטלטלי הואיל ואינו ברשותו, וכתב שלכן אם שלח ה'נאמן' ע"י אותו מורשה יכול המרשה לתבוע מן ה'נאמן' ומכך שכתב נאמן משמע שהבין שליטנא קמא עסקה בפקדון, וסברה שאף בפקדון לא ניתן למנות מורשה, ולפי זה ניתן לומר שאף לישנא בתרא שאמרה שניתן למנות מורשה עסקה דווקא בפקדון.

וכך גם דייק הב"י מלשון הטור שסבר שגם לפי לישנא בתרא לא ניתן למנות מורשה על הגזל.⁸⁹⁹ **אלא שעדיין צריך להבין** א"כ מדוע סברה לישנא קמא שלא ניתן למנות מורשה על פקדון והרי פקדון נחשב כברשותו.

וכתב הקצות (א) לבאר שרש"י סבר שכל עוד לנפקד יש טענות כלפי המפקיד, אין הפקדון נחשב ברשותו.

יש לציין שיש מחלוקת לדינא בין הרשב"א והרמב"ם שלדעת הרשב"א ניתן למנות מורשה על מלווה בשטר, ועל אף שלא ניתן להקדישו, ניתן להקנותו, והסיבה שלא ניתן להקדישו הינה מגזירת הכתוב מיוחדת, וכפי שהבאנו לעיל שכתב כן לגבי גזל שהוא בעין, ואילו לשיטת הרמב"ם לא ניתן למנות אף במלווה בשטר, אא"כ מקנה במעמד שלושתם, או שמקנה לו את גוף השטר בכתיבה ובמסירה.

[וכן נראה שלפי הרשב"א ניתן למנות מורשה בגזל שהוא בעין, ולרמב"ם נראה שלעולם לא ניתן למנות מורשה על הגזל וכפי שביארנו].

אף הטור הלך בדרך זו שצריך הקנאה גמורה וכתב שמדין הגמרא⁹⁰⁰ לא ניתן להרשות על הלוואה ללא קניין, וכבר ציינו שהטור לא כתב שניתן למנות מורשה על הגזל [וכפי שהבאנו בשם הרמב"ם], אך כתב שניתן למנות מורשה על מלווה בשטר, וכן כתב בתרומות ושם מבואר הטעם שכיון שיש לו שטר בידו זה נחשב כאילו המעות בידו, שהואיל והכפירה הינה בקרקעות ניתן להרשות עליה.

הב"י העיר שבזה חלוקים הטור והתרומות על הרמב"ם שלפי הרמב"ם לא ניתן למנות מורשה על מלווה בשטר, **ובשו"ע** פסק כדברי הטור.

אך הש"ך (ז) הביא שבכסף משנה ביאר שאף הרמב"ם מודה לטור שאם מוסר את גוף השטר, הוא יכול למנותו מורשה, וכתב שלפי זה אין כלל מחלוקת בין הטור לרמב"ם, וצידד בפירוש זה.

שיטה אמצעית הינה שיטת הרמב"ן⁹⁰¹ הסובר בעיקרון שצריך קניין גמור בשביל למנות מורשה וקדעת הרמב"ם והרשב"א, אך בניגוד אליהם סבר הרמב"ן שניתן למנות מורשה על גזילה ומלווה, והטעם הוא שעל אף שלא הקנה לו כעת כלום, מכל מקום מקום נעשה קניין ומועיל לעניין שאם

⁸⁹⁸ וכתב ר' דניאל וסטרבורק:

אבל נראה פשוט שהרשב"א יכול לסבור שאה"נ שהפקר הוא דומה להקדש משום שאינו קנין, ובמהדורת מוסד הרב קוק הביאו שכ"כ העיטור במפורש.

וכן בהערות על הקצות (דזימטרובסקי) הערה 111 הביאו בשם הקונטרסי שיעורים לרב גוסטמאן (ב"ק שיעור כ אות יח) שכתב שהבעיה להקדיש דבר שאינו ברשותו אינו משום חוסר בבעלות, אלא שלא ניתן להחיל שם הקדש על דבר שאינו ברשותו, ובממון אין צורך בשינוי בחפץ, ואילו הפקר דומה בזה להקדש ע"י בדבריו.

יש להעיר שהש"ך (א) תמה על הב"י על כך שדייק מהטור שגם לפי לישנא בתרא לא ניתן למנות מורשה על הגזל, וכתב שזה כנגד הגמרא, וגם שהתוס' והרא"ש כתבו במפורש שזה מועיל אף לגזילה ושאלו צורך בקניין גמור וכפי שהבאנו לעיל בדעת תוס', והביאם הטור בעצמו.

הב"ח כתב שהב"י צדק בדיוקו, וביאר שהטור נשאר בספק אם לפסוק כלישנא הראשונה או כשניה, וזאת מפני שהרא"ש תמה על הרי"ף מדוע פסק כלישנא בתרא, והרי אנו פוסקים כ' יוחנן שלא ניתן להקדיש גזל, וכתב שלכן הטור החמיר כ' הלישנות: שלא ניתן למנות מורשה על גזל כלישנא קמא, ושגם בפקדון לא ניתן למנות מורשה אם כפר כלישנא בתרא.].

⁹⁰⁰ וכתב הב"ח שעל אף שהרא"ש הביא בשם ר"ת טעמים מעיקר הדין מדוע ניתן למנות מורשה על הלוואה וגזל, "מכל מקום מאחר שראה רבינו שהרמב"ם העיד שתקנת הגאונים היא ולא מדינת נמשך אחריו ולכן כדי להוציא מדברי רבינו תם כתב מדינת דגמרא".

⁹⁰¹ מלחמות ב"ק כז:

תפס אין מוציאים מידו, וממילא נחשב המורשה כבעל דין של הנתבע, והוא אינו יכול לומר לו לאו בעל דברים שלי אתה.

[הקצות צידד בשיטה זו והאריך לבאר שאף לישנא קמא מודה לעניין זה שתועיל תפיסה, ולכן אין הנתבע יכול לומר שאינו בעל דברים שלו, אלא שלישנא קמא סברה שעדיין אין זה מועיל לעניין לפטור את הנתבע מאחריות, וביסס זאת על דברי תרומת הדשן שסובר שניתן לתפוס בדבר שלא בא לעולם, אך אין זה פוטר את הנתבע מאחריות].⁹⁰²

א"כ יצאו לנו ג' שיטות בעניין הרשאה:

דעת תוס' ורא"ש שאין צורך בקניין גמור, ודי בקניין בעלמא, ולכן ניתן להרשות אף במלוה ובגזל. **דעת הרמב"ם והרשב"א** שצריך להקנות בקניין גמור, ולכן לא ניתן להקנות בגזל ובמלוה, אמנם לדעת הרשב"א ניתן להקנות במלוה בשטר, שאף שלא ניתן להקדיש מלוה בשטר, ניתן להקנותו, וכן ניתן להקדיש גזל שהוא בעין ולא נתיאשו הבעלים ממנו.

וכמותם סבר הטור שצריך להקנות בקניין גמור, ודייק הבי"י בדבריו שלא ניתן למנות מורשה על גזל (והשי"ך השיג עליו עיין הערה 899), אך סבר שניתן למנות מורשה על מלוה בשטר. (לפי השי"ך אף הרמב"ם סובר כן).

דעת הרמב"ן שלא די בקניין בעלמא, אך די בקניין שיועיל במידה שאם יתפוס המורשה לא ניתן להוציא מידו, ולכן ניתן למנות מורשה אף בגזל ובמלוה.

השו"ע פסק כדברי הטור שצריך הקנאה, אך ניתן להקנות במלוה בשטר. **אך בסוף הסעיף כתב השו"ע בשם יש אומרים** שעושים הרשאה על הכל בין פקדון בין גזל ובין הלוואה, אך יתכן שכוונתו מתקנת הגאונים וכפי שנבאר כעת:

תקנת הגאונים ופסיקה למעשה.

עד כאן עסקנו בדין מינוי מורשה מן התורה ומצינו בזה ג' שיטות.

אך כתב הרמב"ם שהגאונים תיקנו שניתן למנות מורשה אף בדבר שלא ניתן להקנות, בשביל שלא כל אחד יטול ממון חבירו, וביאר שתיקנו שאף שאין לו קרקע מקנה אגב קרקע שבא"י, אך מדברי הרמב"ם עולה שתקנה זו אינה באמת מאפשרת מינוי מורשה, ובעיקר נועדה בכדי לאיים על הנתבע, אך אין הוא מחוייב לדון עמו, ומכל מקום אם נתן את המעות למורשה נפטר כדין כל נותן לשליח [ונתייחס לזה לקמן].

עוד כתב שתקנת הגאונים הנ"ל נתקנה רק במלוה בשטר ואפילו אם כבר בה אף לא במלוה ע"פ. **הבי"י תמה על מה שכתב הרמב"ם** שהתקנה הינה רק על מלוה בשטר, שהואיל ומטרת התקנה הייתה כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו, לא שייד לחלק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר, וכתב שרצה לדחוק ולומר שכוונת הרמב"ם שקודם התקנה היה חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ אבל לאחר התקנה אין חילוק, אך הודה שאין זה נכנס בלשונו של הרמב"ם.

ומ"מ סיים הבי"י שהיום נהגו לכתוב הרשאה אף על מלוה ע"פ ואף אם כבר בה, מפני תיקון העולם.

הסמ"ע (ה) כתב לבאר שהסיבה שלא תיקנו במלוה ע"פ, הוא מפני שאינו שכיח.

והשי"ך (ט) הוסיף שהסיבה שלא תיקנו זה מפני שאינו שכיח בצירוף שגם כבר, (ונראה שכתב כן בכדי לבאר מדוע תיקנו במלוה ע"פ שלא כבר)

הטור הביא שבלאו הכי דעת אביו הרא"ש שכותבים הרשאה על הכל בין גזל ובין פקדון, בין הלוואה בשטר ובין בע"פ ואף שכופר בה הנתבע.

ברא"ש עצמו משמע שסובר שמעיקר הדין ניתן לעשות מורשה על הכל ולא מן התקנה, **ומביא שהר"ח כתב** שכיום המנהג לכתוב הרשאה אף על מלוה שכפר בו ואינו יודע מדוע, **והביא בשם ר"ת** שהטעם הוא מפני שאנו פוסקים כלישנא בתרא שניתן למנות מורשה אף על גזל ופקדון, ואיננו חוששים למה שכתוב שאין למנות בדבר שכופר הנתבע מחשש שנראה כשקר, מפני שמוכח מסוגיות אחרות שאיננו חוששים לזה, וכן ביאר שאין צורך בקניין בפועל לצורך הרשאה וכפי שהבאנו לעיל בשמו.

הבי"ח עמד על כך שברא"ש משמע שמעיקר הדין ניתן למנות מורשה, ובטור משמע שהוא מן התקנה וביאר שהואיל והרא"ש חיפש טעם למנהג והטור ראה שהרמב"ם העיד שתקנת הגאונים היא ולא מן הדין, הוא נמשך אחריו.

השו"ע הביא בתחילה את דברי הרמב"ם, ואח"כ כתב בשם יש אומרים שניתן למנות מורשה על הכל בין גזל ובין פקדון.

ובסמ"ע (ז) כתב שזוהי דעת רא"ש ור"ת שניתן למנות מורשה מן הדין וביאר שמן התקנה לא שייד לתקן במלוה ע"פ הואיל ואינו שכיח וכפי שהבאנו בשמו לעיל.

[**אך היה מקום להבין** שכוונת השו"ע שניתן למנות בזה רק מן התקנה וכפי שמשמע בטור, וכפי שהבין הבי"י שאף בזה שייד תיקון העולם].

מכל מקום הרמ"א כתב שנוהגים למעשה למנות מורשה על הכל ואף על מלוה ע"פ שהנתבע כבר בו, וכפי שכתב הבי"י.

⁹⁰² ועל פי זה כתב לבאר את דברי רש"י שכתב שלישנא קמא אם נתן הנתבע את המעות למורשה, הוא אינו נפטר מחובו ותמה הבי"י במה זה שונה מסתם שליח שנתמנה ע"י עדים שעל אף שאינו מורשה, נפטר הנתבע, והביא את דברי הבי"ח שביאר שהואיל ורצה לעשותו מורשה ולא הועיל, גרע כוחו משליח שנתמנה ע"י עדים, וכתב הקצות שטעמו נכון אך אינו מספיק, שלפי דבריו היה לרש"י לתת נ"מ פשוטה יותר, שאינו מורשה שלו ויכול לומר לו שאינו בעל דברים שלו, וכתב הקצות שלפי דבריו מיושב שבאמת אינו יכול לומר שאינו בעל דברים שלו, הואיל ואם יתפוס זה יועיל, אך מכל מקום הנתבע אינו נפטר אם נתן לו, ולכן דייק רש"י לכתוב דווקא את הנ"מ הזאת.

אם ניתן למנות מורשה על קרקע שכופר בה הנתבע ומדוע?

מדברי הגמרא שהבאנו משמע שדווקא במטלטלים לא ניתן למנות מורשה אם כופר בהם הנתבע, ומשמע שלעניין קרקע ניתן למנות מורשה אף אם כופר, **וכן כתבו הטור והשו"ע**.
המהרש"ל⁹⁰³ **הבין כדברי הרא"ש ותוס'** שדווקא על מטלטלים של גזל אין כותבים הרשאה מפני שלא ניתן להקנותו הואיל ואינו ברשותו, אבל בפקדון שברשותו כותבים הרשאה, ועל פי זה ביאר שהסיבה שאפשר לכתוב הרשאה על קרקע שכפר בה הנתבע הוא משום שבקרקע ההרשאה היא מעיקר הדין, הואיל והקנה בקניין גמור וזוהו אין חוששים לכך שנראה כשקר, בשונה ממטלטלים של גזילה שההרשאה מועילה רק מהתקנה, ולכן בזה חוששים לחשש שקר.
והקצות (ב) כתב שאמנם דברי המהרש"ל נכונים בטעמם, אך מדברי רש"י בבכורות⁹⁰⁴ ובשבועות⁹⁰⁵ משמע שבקרקע לא שייך לומר שההרשאה נראה כשקר מכיון שהקרקע ודאי קיימת.

האם כופר בפקדון נחשב כגזול?

עוד השיג המהרש"ל על הרמב"ם במה שכתב שבפקדון שכפר בו הנתבע, לא ניתן למנות מורשה, והשיג שלפי מה שביאר שהגמי דיברה דווקא במטלטלים של גזל, אין דברי הרמב"ם נכונים שהרי פקדון נקנה מעיקר הדין, ולכן ניתן למנות מורשה אף אם כופר בהם.
והקצות (ב) תמה על דבריו שהרי פקדון שכפר בו הנתבע הוא כמו גזילה ממש ונחשב כאינו ברשותו. וכמו שכתב הרמב"ם בהלכות מכירה פרק כב הלכה ט ונפסק בשו"ע סימן ריא סעיף ט.

ממנה מורשה באופן שלא הועיל ושלח הנאמן על ידו ונאנסו, אם נפטר הנאמן?

הבאנו לעיל שמדברי רש"י היה נשמע שאם מינה מורשה באופן שלא הועיל, כגון בגזל ללישנא קמא, ונתן הנאמן ביד המורשה ונאנסו המעות, לא נפטר הנאמן מן החוב.
והב"ח תמה עליו במה זה שונה ממנה שליח ע"י עדים שאם מינה על ידו נפטר.
ובב"ח כתב לבאר שהואיל ורצה לעשותו מורשה ולא הצליח, גרע כוחו אפילו משליח ע"י עדים.
ובקצות (א) הצדיק את דברי הב"ח, אך כתב שמחוייב הנאמן ליתן לאותו המורשה, ומכל מקום אינו נפטר מחובו אם נתן, עיין בזה הערה 902.
מכל מקום הרמב"ם כתב בפשיטות שאף כשלא הועילה הרשאתו, אם שלח הנאמן ע"י נפטר, מפני שלא גרע משליח שנתמנה בעדים וכקושית הב"ח, **וכן סתם הרמ"א להלכה**.

האם ניתן למנות מורשה על מטלטלים שכפר בהם לאחר שמינהו?

הבאנו לעיל שמדינא דגמרא עולה שלא ניתן למנות מורשה על מטלטלים שכופר בהם הנתבע. (מלבד לדעת ר"ת שסבר שלא נפסק כך להלכה).
וכתב הטור שזה דווקא אם כפר בהם הנתבע לפני שמינהו המורשה.
והביא הב"ח בשם התרומות⁹⁰⁶ **שכן דעת הראב"ד בתשובה**⁹⁰⁷.
אבל הרי"ף כתב בתשובה⁹⁰⁸ שכפירת הנתבע מבטלת הרשאה שנכתבה כבר, והרשב"א בתשובה⁹⁰⁹ הביא רק דברי הרי"ף.⁹¹⁰
הש"ך (ב) נקט כדברי הטור והראב"ד שרק אם כבר כפר, לא יכול למנותו מורשה.
 לשון השו"ע:

מדינא דגמרא אין כותבין הרשאה אלא לתבוע פקדונו שביד חבירו ולא כפר לו. ואם היה פקדון של מעות, צריך להקנות לו אגב קרקע. וכן יכול להרשות לתבוע קרקע, אפילו כפר בו. וכן מלוה בשטר, אפילו כפר בה, שכשם שיכול להקנות השטר ושעבודו בכתיבה ומסירה, כך יכול להרשות עליו ולמסור השטר בידו כדי שיגבהו. וצריך לכתוב לו: קנה לך איהו וכל שעבודיה דאית ביה. אבל אין כותבין הרשאה על פקדון שביד חבירו שכפר בו. וכן אין כותבין הרשאה על מלוה שבעל פה;

⁹⁰³ ים של שלמה ב"ק פרק ז סימן י.

⁹⁰⁴ מט. ד"ה אדרכתא.

⁹⁰⁵ לג: ד"ה אמטלטלין.

⁹⁰⁶ דערא נ ח"ד סימן ז.

⁹⁰⁷ תמים דעים סימן סב.

⁹⁰⁸ סימן קכג.

⁹⁰⁹ ח"ב סימן רכד.

⁹¹⁰ **יש להעיר שמלשון הרמב"ם** משמע כדעת הראב"ד שכתב: 'התובע חבירו בדין במטלטלין או במעות שהפקיד אצלו וכפר בו אינו יכול לכתוב הרשאה', ומשמע קצת שזהו דווקא אם כבר כפר בו לפני כן ודוק.
וכן עולה מן הרמב"ם בהלכה יא שכתב שאם טען הנתבע שלא היו דברים מעולם "אבל ישבע שמעון ויטול מוציאין הממוון מיד לוי ויהיה מונח בב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול"
ותמה עליו הראב"ד שהרי אם כבר אין הרשאה כלל, וכתב שיתכן שמחלק בין כפר קודם שמינהו, למקרה שכפר שאחר שמינהו.

ובכסף משנה שם כתב שאין ספק שזו כוונת הרמב"ם. [דינו של הרמב"ם הנ"ל יובא לקמן בסעיף ח].
וקצת תימה שהב"ח כאן לא הזכיר שאף הרמב"ם סובר כתרומות וכראב"ד לאור דבריו בכסף משנה.

אבל הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה, בין בשטר בין בעידי קנין, אף על פי שכפר בה בבית דין, כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדינה אחרת. אבל על מלוה על פה שכפר, לא תקנו שיכתבו הרשאה. (ומכל מקום לא גרע משליח שעשאו בעדים, שנתבאר בסימן קכ"ב) (בית יוסף וטור ס"ד בשם הרמב"ם ורא"ש פ' מרובה ע"ל סי' קכ"ב ס"ו ד').
 ויש אומרים שעל הכל כותבין, לא שנא פקדון וגזל, לא שנא מלוה בשטר ובעל פה, ואף על גב דכפריה. (וכן נוהגין מרדכי וב"י):

סעיף ב

אם ניתן להרשות על השבועה ותביעה ודבר שלא בא ליד המורשה לעולם?

אם ניתן להרשות על השבועה?

כתב הרמב"ם⁹¹¹: "מי שנתחייב לו חבירו שבועה אינו יכול להרשות אחר עליו להשביעו, שאין שם דבר שיקנה לו. ואין אדם מרשה על תביעת דברים, שאין הדברים נקנין אלא על תביעת הממון".
וכתב הכסף משנה שדברי הרמב"ם פשוטים בטעמם.
הטור הביא דברי הרמב"ם, **וכן סתם השו"ע**.
אך הש"ך כתב (ד) שדין זה נכון דווקא לשיטת הרמב"ם שסובר שהרשאה נעשית רק ע"י קנין גמור של גוף החפץ כפי שהבאנו בסעיף הקודם, אבל לפי ההלכה שנוקטים שאין צורך בקניין גמור, ניתן להרשות גם על שבועה, וכתב שכן משמע בטור שדין זה נכון רק לרמב"ם וכן נוהגים למעשה להרשות אף על שבועה.
אך בד"מ (ד) משמע שדין זה הינו לכו"ע, מפני שלהרשות על השבועה זה פחות ממשי מלהרשות על הלוואה, ועוד שאם היה רוצה היה מרשהו על הממון ולכן אין סיבה לתקן שתועיל הרשאה באופן הנ"ל, [ויובאו דבריו לקמן לגבי הרשאה על תביעה].

האם מועיל שמורשה יקנה למורשה את התביעה?

המרדכי⁹¹² **בניא שספר החכמה דן** באדם שהיה לו תביעה על חבירו, ונתן את התביעה לאחר בקנין. ופטר ר"י משפירא את הנתבע אפילו משבועה, מפני שאין הקנין כלום מאחר שלא היתה התביעה בעין.
ותמה המרדכי על כך שהרי מעשים בכל יום שאדם מרשה את חבירו על הלוואה בקנין, ותירץ ששם עשה אותו שליח, [ובב"י נוסף- ולכן הנתבע יכול לומר לשליח שישבע שלא פרעו].
הדרכי משה (ד) כתב שאין דברי המרדכי מובנים לו, והבין בתחילה שכוונתו שכשהוא שליח יכול לתבוע את הנתבע, ולכן לא הבין מדוע המקרה של ספר החכמה שונה שהרי גם שם עשאו שליח, ולבסוף כתב שיתכן שכוונתו שהואיל ואין המלוה בעין אינו אלא שליח בעלמא, ובאמת הר"י משפירא סובר שלעולם לא ניתן להרשות על הלוואה כנגד המעשים שבכל יום שהביא המרדכי, אך כתב שדחוק לפרש כן בלשונו.
מכל מקום הדרכי משה כתב לבאר את דברי ספר הר"י משפירא באופן שונה וכתב ששם הקנה לו את התביעה ולא את מעות הלוואה, ובאמת אם היה מקנה את מעות הלוואה זה היה מועיל או מפני שאף אע"פ שהמעות ניתנו להוצאה מכל מקום הם נמצאות בעולם או משום התקנה שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו ובורח למדינת הים (כמבואר בסעיף הקודם שכך תיקנו הגאונים) אך בתביעה שאין בה ממשות כלל, אין זה מועיל הואיל וזה קנין דברים בעלמא, ועוד שאין סיבה לתקן שיועיל שאם היה רוצה היה מקנה את גוף הממון, וכתב שזו גם הסיבה שלא ניתן לעשות הרשאה על השבועה, **וכן פסק הרמ"א להלכה**.
הסמ"ע (ח) כתב שפירוש של הד"מ אינו נראה לו, וכתב לבאר שהר"י שפירא דיבר במקרה שלא עשה הרשאה כלל, ורק הקנה לו בקנין את התביעה וזה לא מועיל הואיל ולא ניתן להקנות דבר שאינו בעין. ולזה התכוין המרדכי במה שחילק בין עשאו שליח ללא, שרק לשון הרשאה מועילה ולא לשון קנין. **וכן פירשו הב"ח והש"ך (יג)**.
אלא שכתב הש"ך שמכל מקום צדק הרמ"א לדעת הרמב"ם, שכשם שלשיתנו אין כותבים הרשאה על שבועה כך אין כותבים אותה על תביעה. ומכל מקום אם יכתוב הרשאה על הממון זה יועיל אף לרמב"ם משום תקנת הגאונים⁹¹³ ולכן כתב הרמ"א שהרשאה תועיל, אבל להלכה נוקטים כדברי המרדכי וכמו שפירשו הסמ"ע והב"ח דבריו ולכן ניתן להרשות אף על תביעה, רק שלא ניתן לקנות את התביעה בלשון שליחות.

אם ניתן להרשות על תביעה שלא בא לידו של המורשה לעולם כגון קנס?

במשנה בשבועות בדף לג: כתוב שהמשביע עדים שאינם יודעים שאיש פלוני אנס או פיתו את בתו, ונשבועו ונתברר שידעו פטורים, הואיל ואין בזה תביעת ממון.
כתב רש"י שיש שפירשו שהכוונה שאנס את בתו שלו, ופטורים הואיל ובלאו הכי חייב מיתה ולכן פטור מלשם.
ורש"י דחה דבריהם שהרי האבא אינו חייב קנס בלאו הכי שהרי הקנס הולך אליו.

⁹¹¹ הלכות שלוחין פרק ג הלכה ו

⁹¹² ב"ב פ"ט סימן תריג.

⁹¹³ המעין בסעיף הקודם יראה שלדעת הרמב"ם אין תקנת נהגאונים מועילה לכפות על הנצטבע לדון, אלא נועדה רק לאיים עליו, וא"כ לכאורה אין דין זה יהיה נכון בדעת הרמב"ם.

ולכן פירש רש"י שכוונת המשנה שהאבא אנס את ביתו של איש אחר, ואין אדם אחר יכול לתבוע את הקנס על אף שעשאו מורשה כפי שהעמידה הגמ' שם, הואיל ועדיין לא הגיע הנאת הקנס אליו מעולם, ויוצא לפי רש"י שלא ניתן למנות מורשה על דבר שעוד לא הגיע למרשה מעולם. אך הר"ן שם כתב להצדיק את הפירוש הראשון שהביא רש"י, וביאר שיש מצבים בהם חייב האבא לשלם קנס כגון נערה שתארסה ונתגרשה שהקנס לעצמה, עיי"ש.

הדרכי משה (ג) הביא את דברי רש"י וכתב שהר"ן דחה דבריו.

והש"ך (יג) כתב שיתכן שאף רש"י מודה להלכה שניתן לעשות מורשה אף כשעוד לא הגיע הדבר לידו, ויתכן שביאר רש"י כך רק במשנה, וסבר כראב"ן המובא במרדכי⁹¹⁴ שבזמן המשנה עוד לא תיקנו הרשאה אלא בקנין אגב קרקע, ואח"כ אנשי נהרדעא תיקנו שניתן לעשות מורשה אף בלא קנין גמור, וכן הסכימו להלכה התוסי' והרא"ש ושאר פוסקים שאפשר לכתוב הרשאה גם על דבר שאינו נקנה בקנין. לשון השו"ע:

מי שהיה לו שבועה על חבירו, אינו יכול להרשות אחר עליו ולהשביעו, שאינו דבר שנקנה בקנין, שאינו אלא דברים בעלמא.

הגה: והוא הדין מי שהיה לו תביעה על חבירו וכתב לו הרשאה על התביעה שיש לו אצל חבירו, אין הרשאה כלום (מרדכי פ' מי שמת), דהתביעה אינה דבר שיוכל להקנות, אלא צריך לכתוב הרשאה על הממון שעליו התביעה (ד"מ בפירוש המרדכי):

סעיף ג

מינה המורשה מורשה ולאחר מכן מינה מורשה אחר במקומו

בסימן קכב סעיף ג⁹¹⁵ **כבר התבאר שלדעת הרי"ף והרמב"ם** ניתן לבטל הרשאה, ושהטור הבין שהרא"ש חולק בזה ושהב"י סובר שאין הרא"ש חולק עיי"ש.

הטור הביא את דברי הרמב"ם⁹¹⁶ שיכול לבטל השליחות ולהרשות לאחר, אך מכל מקום אם נתן הנתבע למורשה הראשון מבלי שידע שנתבטל שליחותו, נפטר מן החוב. [והובא כל זה שם בסימן קכב סעיף ג].

והוסיף הטור מדברי התרומות⁹¹⁷ שאם ידע הנתבע שביטל שליחות המורשה והרשה לאחר, ושניהם באים לפנינו כל אחד בהרשאתו, אין לו להשיב אלא לשני.

וכתב הב"י שדין זה פשוט והוסיף שאם דן עם הראשון ונתחייב התובע, מחזירים את הדין.

והש"ך (טו) העיר שאם זכה התובע אין מחזירים את הדין, מפני שזכין לאדם שלא בפניו, ונחשב המורשה הראשון כבעל דברים של התובע, ודומה למה שכתב הרמ"א בסימן קכב סעיף א בשם תרומת הדשן⁹¹⁸ שאם נראה לב"ד שזכות היא לתובע, יכול אדם להתערב עבורו ולתבוע במקומו גם בלי הרשאה.⁹¹⁹

הסמ"ע (ט) כתב שהתרומות דיבר באופן שלא ביטל את הראשון במפורש, אך היות ומינה את השני, מן הסתם ביטל את הראשון ואינו רשאי לתת לראשון, אך כתב שאם ידוע שלא ביטל את הראשון, יתן למי שקדם, ואם באו יחד למי שירצה.

הש"ך (יד) לעומתו כתב שהתרומות דיבר במציאות שלא ידע כלל מהביטול, ולכן יכול לתת לראשון.⁹²⁰

עוד כתבו הסמ"ע (י) והש"ך (יד) שאם ידע הנתבע מהביטול לא רק שחוזר הדין, אלא אפילו אם נתן לראשון ואבדו המעות, חייב באחריותו. [ולכאורה זה פשוט]. לשון השו"ע:

המרשה לאחד ואחר כך הרשה לאחר, ושניהם באים בהרשאתו לפנינו, אין לנתבע להשיב אלא לשני:

סעיף ז

האם יכול המורשה למנות מורשה אחר?

כתב הרי"ף בב"ק⁹²¹ שהמורשה אינו יכול להרשות לאחר, מפני שיכול המרשה לומר שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר וכמבואר בגיטין כט. לגבי שליחות רגילה.

וכ"כ הרמב"ם⁹²² **והוסיף** שאם התנה שיכול להרשות לאחר, ואחר לאחר, הכל הוא לפי תנאו, **וכן פסקו הטור והשו"ע.**

⁹¹⁴ ב"ק פרק מרובה סימן ע.

⁹¹⁵ עיין לעיל בעמוד 239.

⁹¹⁶ שלוחין פרק ג הלכה ח והלכה י

⁹¹⁷ שער נ חלק ד סימן ח.

⁹¹⁸ פסקים סימן רז.

⁹¹⁹ כתב ר' דניאל וסטברוק שאין ראייה מדברי הש"ך הנ"ל שסובר שניתן לזכות מאדם ולא רק לאדם, מפני שהש"ך סובר שאין צורך בקנין גמור לגבי הרשאה, ודוק.

⁹²⁰ ולא ברור מדבריו אם ידע מהמינוי של השני, וחולק על הסמ"ע שאנו אומרים שאם מינה אחר מן הסתם ביטל את הראשון או שמדובר שלא ידע כלל מהמינוי של השני, ולא חידש דין חדש אלא כפי שכתב הרמב"ם שכל עוד לא ידע נפטר מן החוב.

⁹²¹ לז:

⁹²² שלוחין פרק ג הלכה ח.

וכתב הש"ך (טז) שאם לא התנו כלום ונתן הנתבע למורשה השני, לא נפטר מאחריות אבל המורשה הראשון פטור, מפני שלא היה לנתבע לשלם לשני על פי הרשאתו. לשון השו"ע:

אין למורשה רשות לכתוב הרשאה לאחר, שזה יאמר: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, לפיכך אם התנה עמו שירשה לאחר ואחר לאחר, הכל לפי תנאו:

הממנה ב' מורשים והרשה לאחד לעשות לבדו רק אם אירע לשני אונס, והתעסק האחד לבדו מחמת שהשני לא רצה, ומה הדין כשמינה שתיים בסתם?

הש"ך (טז) הביא שכתב המב"ט בתשובה⁹²³ שאם מינה אדם ב' מורשים למכור את ביתו והרשה לאחד למכור לבדו, רק אם אירע לשני אונס, ומכר אחד מהם לבדו מחמת שהשני לא רצה לטפל במכירה, המכר קיים, מפני שלא תלה את הדבר אלא במציאות שלא הודיע לראשון. וכתב הש"ך שאין דבריו מוכרחים.

והפ"ש הביא את דברי השער משפט שציידד במב"ט וכתב שהואיל וסירב השני למכור את הדירה, אין לך אונס גדול מזה.

עוד כתב השער משפט שאם מינה ב' מורשים בסתם, לדעת הרמ"א ביו"ד סימן רטז סעיף ז והשו"ע בסימן רכח סעיף מ, יכול הנתבע ליתן לאחד מהם כשם שפסקו שהמשיביע בנו שלא ילווה מעותיו לאחרים ללא רשות ראובן ושמעון, שדי ברשות אחד מהם, אבל לפי שיטת הרא"ם⁹²⁴ שהביא הש"ך⁹²⁵ שהולכים אחר לשון בני אדם שכוונתם דווקא לשניהם יחד, א"כ הוא הדין כאן שאינם יכולים לדון לבדם, ואינו יכול לתת לאחד מהם לבדו.

סעיף ה

האם יכול המורשה למחול על חובו של המורשה?

כתב הטור שאם מחל המורשה לנתבע, או מכר לו או מחל לו על השבועה או עשה עמו פשרה, לא עשה ולא כלום, מפני שיכול המרשה לומר 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי', כלומר שלחתיך לתקן ולא לעוות, אך אם התנה עמו שמרשהו בין לתקן בין לעוות, אפילו מחל לו על הכל מעשיו קיימים.

והביא הב"י שכן כתב הנמו"י בב"ק כז: שכך הורו הגאונים, וכ"כ המרדכי בב"ק סימן עח. **עוד כתב הטור** שפשוט שאם אמר המרשה למורשה 'מחילתך כמחילתי' שמועילה מחילתו של המורשה, והביא הב"י שמקורו הוא מתשובת הרא"ש⁹²⁶.

מינה מורשה להתפשר עם הנתבע, אם נאמן לומר שצוהו שלא להתפשר אלא בסך פלוני?

וכתב הפת"ש (ב) בשם השער משפט (ה) שאם שלח מלוה שליח כדי להתפשר עם הלווה, ואח"כ טען שצוה לו לא להתפשר אלא בסך פלוני והשליח שינה, יכול הלווה לומר שאינו מאמין לו אלא לשליח מפני שהשליח הוא כשליש שנאמן, כמו שהביא הש"ך בסימן נ"ו סק"ה בשם הרא"ש בתשובה⁹²⁷.

עוד הביא הפת"ש שהנודע ביהודה⁹²⁸ **כתב כדברי השער משפט ושם מבואר** שאפילו אמר לשליח בפני עדים לא להתפשר עמו אלא בסך הזה יכול הלווה לומר שחזר בו אח"כ, ואפילו אם יודה השליח ששינה, אינו נאמן להפסיד את הלווה.

היכן צריך המרשה לכתוב שצוהו לתקן ולא לעוות?

כתב הפת"ש (ג) בשם הצמח צדק (קדמון)⁹²⁹ שהלשון 'בין לתקן בין לעוות' מועיל דווקא בשורה הראשונה של ההרשאה, לפני המשפט 'זיל דון וזכיי, ולא אחר' כל דמתעני מן דינא עלי דדר', ואפילו אם כתב אח"כ 'ולא אוכל לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי' אינו מועיל. והאריך בטעם הדבר והביא ראיה מדברי המרדכי, ואם כתב 'בין לדין בין לפשרה' יכול לומר שלא התכוין אלא לפשרה של ב"ד שהיא קרובה לדין.

לשון השו"ע:

הבא בהרשאה שמחל לנתבע או שמכר לו או מחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה, לא עשה כלום, שזה יאמר: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, לפיכך אם התנה עמו בין לתקון בין לעוות, אפילו אם מחל על הכל, מחול. וכל שכן אם פירש בה: מחילתך כמחילתי:

⁹²³ ח"ב סימן עד.

⁹²⁴ שו"ת הראם סימן נב.

⁹²⁵ יו"ד סימן רטז ס"ק כב.

⁹²⁶ כלל סב סימן ג.

⁹²⁷ כלל ס"ח סי' כ"ב.

⁹²⁸ תנינא סימן לה.

⁹²⁹ סימן קכד.

סעיף ו

האומר למורשה 'כשם שתעשה בשלך כן תעשה בשלי ועוד

הב"י הביא תשובת הרשב"א⁹³⁰ שכתב שמי שהרשה לחבירו לדון עם הגוי על חוב שיש לו אצלו, ואמר לו 'כשם שתעשה בשלך כך תעשה בשלי', אף שמחל המורשה על כל החוב חייב לשלם למרשה לפי הסכום שהיה שוה חובו במעות מוכנים, ומבואר בתשובה שם שהטעם הוא מפני שמוכן מאיליו שלא התכוין המרשה אלא שיעשה את הטוב ולא שימחל חובו לגמרי, והאומר לחבירו 'קרע כסותי' ועשה כן צריך לשלם אם לא אמר 'ע"מ לפטורי', וכן פסק השו"ע.

מורשה הטוען שצוהו המרשה להתפשר עם הנתבע

עוד הביא הב"י מתשובה אחרת של הרשב"א⁹³¹ שאם המורשה טוען שאמר לו למרשה להתפשר, והמרשה כופר בזה, דינו של המורשה ככופר בכל ונשבע היסת ונפטר. [הסמ"ע (יא) הביא את דבריו, ושינה קצת ע"פ הדרכי משה הארוך (י) וכתב מקרה זה על מציאות בה מחל המורשה על החוב.] לשון השו"ע:

היה לו חוב על עובדי כוכבים, ואמר לחבירו שהיה לו גם כן חוב עליהם: כשם שתעשה בשלך תעשה בשלי, והלך ומחל להם חובו וחוב חבירו, חייב לשלם לחבירו מה שהיה שוה חובו במעות מוכנים:

שלחו לפרוע חובו מן הגוי ופרע חובו, אך טען שהאריך לו את הזמן ולא פרעו עדיין, ומכח זה קנה השליח את החוב הנ"ל בתמורה לשטר חוב אחר שהיה לשליח, וכעת רוצה המשלח לבטל את המכר ולקבל מעותיו?

הקצות (ג) הביא את דברי הרא"ש בת⁹³² שהביא הב"י בסימן סו מחודש יח שם דן הרא"ש במקרה בו שלח אדם שליח לפרוע חובו מן הגוי ופרע השליח את החוב, אך טען השליח למשלח שהאריך לגוי את הזמן ולא פרעו עדיין, ומכח זה קנה השליח את החוב הנ"ל בתמורה לשטר חוב אחר שהיה לשליח, וכעת רוצה המשלח לבטל את המכר ולקבל מעותיו, בטענה שהמכר היה בתנאי שלא יגבה באותם חודשים. ופסק הרא"ש שאם היו עדים על המכר ולא שמעו מן התנאי, המכר קיים ואין המשלח יכול לבטלו. הב"י שם תמה על דבריו שהרי הואיל והשליח כבר פרע את החוב, הרי כבר נקנו המעות למשלח, ואין להפסיד את המשלח מכח ששמעון הטעהו.

הקצות כתב להצדיק את דברי הרא"ש בטענה שהואיל ואין שליחות מן הגוי, ממילא לא יכל הגוי להקנות את המעות למשלח ע"י השליח, ולכן כבר זכה בהם המשלח, וביסס דבריו על תוס בב"מ עא: ד"ה 'בשלמא'. הנהיבות (א) כתב שדברי הקצות תמוהין שהרי למרות שאין המשלח זכה במעות, מכל מקום נפטר הגוי מן החוב, ולכן נעשו אותם מעות אפותיקי ואין השליח יכול לזכות בהם.

במשו"ב כתב שעיקר טענתו בקצות הייתה כנגד דברי הב"י שכתב שכבר זכה המשלח, ובוזה הודה לו אף הנהיבות, ולגבי טענתו החדשה של הנהיבות, כתב שרק כאשר שייך שעבודא דר' נתן, ניתן לומר שאין השליח יכול לזכות בהם, הואיל והמעות עדיין שייכים לגוי, והגוי שייך למלוה, ולכן הזוכה מחוייב לאותו המלוה, אבל כלל לא פשוט ששייך 'שעבודא דר' נתן' בגוי, ואף אם שייך, כאן זה לא שייך שהואיל ונפטר הגוי מן החוב, שוב לא שייך שעבודא דר' נתן, עוד הוסיף במשובב שבמקרה של הרא"ש בלאו הכי לא שייך לחייב את שמעון להשיב את המעות מכח 'שעבודא דר' נתן' שהרי כבר החליף חוב זה בחוב אחר.

לסיכום:

לדעת הרא"ש והקצות במקרה זה אין המשלח יכול לבטל את המכר, וביאר הקצות שהטעם הוא מפני שהשליח זכה במעות לעצמו, והמכר קיים הואיל ולא היה בו תנאי (כך כתב הרשב"א). **ולדעת הב"י והנהיבות** יכול המשלח לבטל את המכר, הב"י נימק זאת מכח שכבר זכה המשלח במעות, והנהיבות ביאר שאף שלא זכה במעות, הם נעשו כאפותיקי ואין אחר יכול לזכות בהם.

סעיף ז

כפר הנתבע בחוב ודרש שהמרשה ישבע ויטול

פסוק השו"ע והטור ע"פ דברי הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק ג הלכה יא:

ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע ללוי, ואמר לוי לא היו דברים מעולם אבל ישבע שמעון ויטול, מוציאין הממון מיד לוי ויהיה מונח ביד ב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול. וכן כל הדברים שתולה לוי בשמעון, ידון ראובן ויהיה הממון מונח בב"ד עד שיבא שמעון, ויש לראובן להחרים על מי שטוען טענת שקר כדי לעכב הממון ולאחרו.

הראב"ד תמה על הרמב"ם בזה הלשון: "דומה שסותרין דבריו זה את זה, שהרי אמר למעלה דהיכא דכפרה לא כתבינן הרשאה. ואפשר שהוא מחלק בין שכפר קודם הרשאה לכופר אחר הרשאה, וצריך אריכות בזה."

⁹³⁰ ח"א סימן אלף צז, והוא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סימן תרצט.

⁹³¹ ח"ג סימן כא.

⁹³² כלל סב סי' ה.

וכתב הכסף משנה שודאי האמת הוא כפי שהציע הראב"ד שיש לחלק בין כפירה קודם ההרשאה לאחר ההרשאה.

וביאר שם בכסף משנה וכן בב"י שהטעם שמוציאים את הממון מיד הנתבע הוא בכדי שהנתבע לא יערים ויאמר 'יבוא התובע וישבע' משום שסובר שלא יבוא, 'לכך נתחכמו עליו חכמים ואמרו נוציא הממון מידו ליד ב"ד ואז יהיה הרשות ביד שמעון לבא ולהשבע וליטול מיד ממונו ואולי מצד זה יתפשר לוי עם השליח ולא יצטרך שמעון לבא כאן', ואף הסמ"ע (יב) הביא טעם זה.

אם יכול הנתבע לעכב את הממון בב"ד מכח שבועת 'השבע לי שלא פרעתיך'?

הש"ך (יט) הביא את דברי המהרש"ל⁹³³ **שכתב** שאם בא המורשה עם שטר, וטוען הנתבע 'השבע לי שלא פרעתיך', אין בידו לעכב את הפרעון מפני התקנה של רב פפא שתיקן שבועה זו, אלא ישלם למורשה, והב"ד שבמקומו של הנתבע יכתבו לב"ד שבמקומו של המרשה וישבע בפניהם, או אח"כ כל זמן שיפגע בו מזיקין לשבועה.

וכתב הש"ך שאין דבריו נראים, וכתב שאף המהרש"ל יודה שבשבועת פוגם שטרו או עד אחד מעיד שהוא פרוע, שיכול הנתבע לעכב את הממון בב"ד עד שישבע המרשה הואיל ושבועות אלו מדין המשנה.

סעיף ח

הזכרנו בסעיף הקודם שאם כופר הנתבע ודורש שישבע המרשה, מוציאים הממון ממנו ומחכים שיבא המרשה להשבע.

וכתב השו"ע ע"פ דבריו בב"י:

ונראה לי שקובעין ב"ד זמן לתובע לבא ולהשבע, ואם לא יבא בתוך אותו זמן, יחזירו בית דין לנתבע ממונו.

ושם ביאר שהטעם הוא שאלי"כ לקתה מידת הדין, שמא תובעו שקר ולא ישבע מעולם ויהיה ממונו של זה מעוכב ביד ב"ד לעולם, **והסמ"ע (יג) והש"ך (כ)** ביארו יותר, שמתוך כך ישוה עם הנתבע לשלם חצי התביעה בחנם.

סעיף ט

נתחייב הנתבע שבועה אם יכול לעכב את השבועה עד שיחרים את המורשה?

כתב הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק ג הלכה יא: "נתחייב לוי שבועה, אינו יכול לעכב ולומר לו איני נשבע עד שאחרים בפני שמעון על מי שטוען עלי שקר, שאין זה החרם אלא תקנה קלה שתקנו הגאונים האחרונים כדי שיכוונו בעלי דינין טענותיהן, ואין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנה זו הקלה." **הטור הביא את דברי הרמב"ם ואח"כ כתב** שיש אומרים שב"ד ישלחו כתבם לב"ד שבמקום המרשה ויחרימו בפניו, ואז ישבע זה.

והב"י הביא שהרא"ש בתשובה⁹³⁴ **כתב כדעת הרמב"ם, ודעת היש אומרים לקוחה מדברי התרומות**⁹³⁵ **בשם הר"א אב"ד**⁹³⁶.

השו"ע העתיק רק את לשון הרמב"ם.

אך הש"ך (כא) הביא שמהרש"ל פסק כ"י א.

הפתי"ש (ה) הביא שדעת הושב הכהן⁹³⁷ **והשער משפט (ח) היא לפסוק כפסק השו"ע.**

וביאר השער משפט שאף שקי"ל שאין משביעים את הנתבע מספק כמבואר בש"ך בסימן פז ס"ק י, מכל מקום אין ספק תקנה של הגאונים, מוציא מידי ודאי של שבועת חז"ל, וכמו שכתב הב"ש באה"ע ק"ח סק"ה.

אך הסתפק שער המשפט במקום שההרשאה לא מועילה אלא מפני תקנת הגאונים, או שהיא תלויה במחלוקת הפוסקים, שבזה יתכן שגם הרמב"ם יודה שצריך המרשה לקבל חרם קודם.

עוד כתב הש"ך (כא) שמשמע שלפי דעת הרמב"ם גם בשבועת היסת אין הנתבע יכול לעכב לשלם עד שיחרים את המרשה וזה כנגד דברי המבי"ט⁹³⁸ **בתשובה.**

אם יכול המורשה ליטול חרם על כך שהמורשה יבא עם הנתבע למקום פלוני?

הקצות (ד) הביא שהמהרש"ל⁹³⁹ **הביא את דברי תרומת הדשן**⁹⁴⁰ **שכתב** שיכול המרשה לקבל חרם על כך שהמרשה יבא עם הנתבע למקום פלוני, אלא אם כן יש בהליכה הזו אונס וסכנה, שבזה 'אנן סהדי' שלא לשם כך מינהו שליח, והראיה לכך שמועיל החרם של המורשה לגבי המרשה הוא מהגמ' בגיטין מו. שם

⁹³³ ים של שלמה ב"ק פרק ז סימן יד.

⁹³⁴ כלל סב סימן ב.

⁹³⁵ שער נ חלק ד סימן ז.

⁹³⁶ תמים דעים סימן ר"ז.

⁹³⁷ סימן צא.

⁹³⁸ ח"ב שאילות שניות (במהדורה המופיע בשו"ת בר אילן ח"ג) סימן כג

⁹³⁹ ב"ק פרק ז סימן טז.

⁹⁴⁰ פסקים סימן רנד.

מבואר ששבועת נשיאי העידה לגבועונים, חייבה את כל עם ישראל, ומכאן ראייה שיכול אדם לקבל שבועה למשלחו.

אך הקצות הביא שמדברי התוס' בנוזיר⁹⁴¹ **והרמב"ן בב"ב**⁹⁴² **וכן במשפטי החרם** עולה שאין שליח יכול לקבל שבועה בשביל משלחו, **וכן עולה מן הר"ן בפסחים**⁹⁴³ **שכתב שאין שליח יכול להפקיר, וביאר הב"י**⁹⁴⁴ שטעמו מפני שסבר שהפקר עובד מדין נדר.

וכתב הקצות שיש לומר שמה שמבואר בגיטין שיכלו נשיאי העידה לקבל שבועה בעבור העם, זה דווקא מפני שלטובי העיר יש כח להחרים בעל כרחם של העיר.

אם יכול המרשה למחול על השבועה או החוב גם מחלקו של המורשה ועוד

הש"ך (כא) הביא את דברי המהרש"ל⁹⁴⁵ **שכתב** שאם מחל המרשה על השבועה, אין המורשה יכול לומר שאינו מוחל על חלקו, אלא אם כן יש למורשה חלק בגוף הממון כגון בהרשאה על קרקע או פקדון, וכתב המהרש"ל שאם לא קנוי לו חלק בגוף הממון יכול למחול אפילו על החוב עצמו, שאין זה שונה מהמוכר שטר חוב, שיכול למחול.

עוד כתב שאין המרשה חייב למורשה אלא על הוצאותיו, ולא שכר בטלה, שכל ההזקים הללו דינם כגרמא בעלמא שפטור עליהם.

[**הש"ך העיר** שהמהרש"ל בנה על כך שהנותן שטר חוב ומכרו פטור, אך הש"ך עצמו העלה בסימן סו ס"ק לו, שחייב באופן הנ"ל]

עוד כתב המהרש"ל שגם אם יש למורשה חלק בגוף הממון, מועילה עדותו והודאותו של המרשה, שלא בא המורשה אלא מכח המרשה. אבל יכול המורשה להחרים על המרשה שבאמת הוא מודה או מעיד, ולא בתורת קנוניא.

כתב הש"ך שמה שכתב המהרש"ל שנאמן המרשה גם כשיש למורשה חלק, הוא דוקא במקרה שלא כתב לו המרשה אלא בתוך ההרשאה, שאז שייך לומר שלא בא אלא מכוחו של המרשה. אבל אם הקנה לו את השטר במתנה וטען אח"כ שהוא פרוע ושלא היה אלא מורשה או שהקנה לו חלק בקנין או במתנה, והרשה אותו על השאר, אין המרשה נאמן כדי להפסיד את המורשה, וכתב שכן משמע מלשון מהרש"ל.

אך כתב הש"ך שלפי מה שהעלה בסימן סו ס"ק ל"ה שכל שיכול למחול נאמן לומר פרוע, ה"ה כאן שבכל ענין נאמן לומר פרוע, אף שנתן לו במתנה את השטר, אא"כ הוא מעות פקדון ונתן לו גוף המעות אגב קרקע.

לשון השו"ע:

נתחייב לוי שבועה, אינו יכול לעכב ולומר: איני נשבע עד שאחרים בפני [שמעון] על מי שטוען עלי שקר, שאין זה החרם אלא תקנה קלה שתקנו הגאונים אחרונים כדי שיכונו בעלי דינין טענותיהם, ואין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנה זו הקלה:

סעיפים י-יא

האם המורשה וקרוביו יכולים להעיד?

הטור הביא את דברי הרמב"ן בתשובה שכתב שאם יש למורשה שכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע, קרוביו הם כשרים להעיד או לדון, מפני שאין למורשה שום נגיעה בדבר, אבל אם יש לו חלק במה שיוציא, קרוביו הם פסולים בין לדין ובין לעדות.

וכתב הב"י שגם בעיטור⁹⁴⁶ ובמרדכי⁹⁴⁷ הובאה תשובה זו בשם הר"י⁹⁴⁸, וגם התרומות⁹⁴⁹ הביאה בשם גאון, ואף הרא"ש כתב בתשובת הרא"ש⁹⁵⁰ בשם העיטור⁹⁵¹ והתוס' שאפוטרופוס יכול להעיד בנכסי יתומים.

הב"י הביא ב' תשובות רשב"א שכנראה חולקות על הראשונים הנ"ל:

בתשובה אחת כתב הרשב"א⁹⁵² שקרובי המורשה הם פסולים משום שיכול המורשה לתפוס לעצמו⁹⁵³, והביא שכ"כ הראב"ד.

⁹⁴¹ יא. ד"ה דהוי.

⁹⁴² קכו: ד"ה הרי זו מקודשת

⁹⁴³ ג:

⁹⁴⁴ או"ח סימן תלד בסוף הסימן.

⁹⁴⁵ ים של שלמה פרק ז סימן יד.

⁹⁴⁶ אות ה הרשאה עה עמוד א.

⁹⁴⁷ ב"ק פרק ז סימן עז.

⁹⁴⁸ שו"ת הר"י סימן קנז.

⁹⁴⁹ שער נ ח"ד סימן ה.

⁹⁵⁰ כלל פז סימן ג.

⁹⁵¹ אות ק קבלת עדות סב ע"ב.

⁹⁵² ח"ג סימן שצא.

⁹⁵³ **הדרכי משה (ז) תמה על כך שהביאו הב"י בסתם ללא חולק, שכבר מבואר בסימן קכב סעיף ו שדעת הפוסקים שאין המורשה יכול לתפוס לעצמו (עיין לעיל עמוד 242)**

ובתשובה שנייה כתב הרשב"א⁹⁵⁴ שאם המורשה עצמו הוא אחד מעידי השטר, נראה שהדבר מכוער ודמדומי פיסול יש בשטר אף אם אין לו שום חלק בתביעה, וצריך חקירת ב"ד כדי לדון אמת לאמתו. **והדרכי משה (ח) הביא מהמהר"י וייל**⁹⁵⁵ שאם המורשה אינו נוגע יכול להעיד, ואפילו אם יש לו חלק יכול לסלק את עצמו ולהעיד. **וכתב הש"ך (כג)** שמכוער הדבר לעשות כן וכדברי הרשב"א בתשובה השנייה, שאפילו במורשה חיים הדבר מכוער. **בסעיף י הביא השו"ע** שקרובי המורשה רשאים להעיד, **ובסעיף יא** כתב שני"ל שמתעם זה גם המורשה עצמו יכול להעיד. **וכתב הסמ"ע (טז)** שצ"ע למה נקט לשון זה, שהוא מפורש בטור שכתב שאין למנות את המורשה כעד אלא אם כן קצץ לו שכר קבוע, ומפורש שאם קצץ לו כשר להעיד. **והש"ך (כג) יישב** שמקצת ספרי הטור לא נמצא כן, וכ"כ מהרש"ל⁹⁵⁶ ופסק שבאמת המורשה עצמו פסול להעיד ומבואר בפנים שטעמו משום שהוא 'מחזי כשיקרא', והש"ך הכריע כפסק השו"ע, וכמ"ש מהר"י וייל.

אמר למורשה שאם יזכה, השכר יקבע לפי רצון המרשה, האם נחשב המורשה כנוגע?

כתב התרומת הדשן⁹⁵⁷ שאם לא קצב המרשה שכר המורשה ורק אמר שאם יזכה יהיה הדבר תלוי עליו ועל רצונו אם יתן לו שכר או לא, לא נפסל המורשה מפני זה, ומ"מ אין לדין אלא מה שענינו רואות. **הב"י ציין לדברי התרומת הדשן** וכתב שאין דבריו נראים לו. **והעיר הדרכי משה (ח)** שלא כתב הב"י טעם מדוע אין דבריו נראים. **הש"ך (כב) כתב שיפה כתב הב"י** מפני שכל ראייתו של התרומת הדשן היא ממה שלא חוששים לשמא יתעשר ויהיה נוגע⁹⁵⁸, וכאן זה שונה מכיון שקרוב הדבר שיתן לו יותר כשיזכה משאינו יזכה.⁹⁵⁹

אם יכול למנות את הלווה כמורשה לדון עם הערב?

הב"י הביא תשובת הריטב"א⁹⁶⁰ שפסק שיכול מלוה להרשות את הלווה לדון עם ערב קבלן שלו, **וכן פסק הרמ"א בסעיף י**. **וכתב הסמ"ע (יז)** שהוא הדין בערב רגיל, אם אין ללווה מה לשלם, אך אם יש לו ממה לשלם לא שייך דין זה שהרי הלווה עצמו צריך לשלם.

לוה שאין לו לשלם ויש לו ערב, אם יכול הלוה להעיד למלוה שהוא חייב?

כתב הסמ"ע (יז) שלווה שאין לו ממה לשלם יכול להעיד שחייב בכדי שהמלווה יגבה מן הערב שלו, ואינו נחשב כנוגע, שהרי ברגע שיהיה לו מה לשלם יצטרך לשלם לערב וא"כ אין לו הנאה בזה, וכתב הסמ"ע שדוחק לומר שיחשב נוגע מצד שנוח לו להתעסק עם הערב ולא עם המלווה, ועוד שאין לפוסלו מחשש מה שאולי יקרה בעתיד שהרי כתבו התוס'⁹⁶¹ שאם עכשיו לא נוגע לא חוששים שיתעשר ויהיה נוגע. **וביאר הסמ"ע** שלפי זה צריך לומר שמה כתב הרמב"ם⁹⁶² שאדם נפסל לעדות ע"י כל הנאה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה, כוונתו דווקא במידה ואותה הנאה מזומנת לו כבר עכשיו. **הש"ך (כד) הביא את דברי הסמ"ע וכתב שהוא עצמו חוכך להחמיר** מטעם אחר, והוא שהוא נחשב כנוגע מצד שנוח לו שהערב ישלם עכשיו ולא יקראוהו לוה רשע ולא ישלם, ולא אכפת לו שיתחייב לערב, שהרי אין דרך העולם לקרוא למי שלא משלם לערב לוה רשע ולא משלם. **עוד כתב הש"ך שנראה שאף הסמ"ע יודה** שבמקרה שאין הלווה יהיה מחוייב לשלם לערב שאינו רשאי להעיד כנגד הערב, כגון במקרה שלא אמר לו הלוה בשעת ההלוואה 'ערבני ושלם' וכן לא אמר לו 'הכנס קבלן עברוי שאז אם משלם בלא רשותו, אינו חייב לשלם לו כמבואר בשו"ע בסימן קל סעיף ב, ולכן ודאי נחשב כנוגע, שכעת נפטר מחובו, ובזה יש חילוק שאם יש לו נכסים אז נאמן לגבי ערב רגיל שבלאו הכי גובים ממנו תחילה אך לא נאמן לגבי ערב קבלן, שהרי אם יגבה מהערב, לא יהיה הלוה מחוייב לשלם לו מפני שלא אמר לו 'ערבני ושלם', ואם אין לו נכסים אז גם בערב רגיל הדין כן, הואיל והמלווה גובה ממנו, ואינו יתחייב לשלם לו כפי שביארנו.

אך החזו"א (חו"מ סימן ג ס"ק ט). **כתב** שכוונת הרשב"א שיכול לזכות עד שיתבע אותו המרשה וזוכה בזה רק לקניין שעה, וכן הוכיח מחידושי הרשב"א בשבועות לג: וכתב שלפי פירוש זה אין מי שחולק על הרשב"א ולא כפי שכתב הד"מ.

⁹⁵⁴ ח"ג סימן צב.

⁹⁵⁵ סימן קיט.

⁹⁵⁶ ים של שלמה ב"ק פרק ז סימן יד.

⁹⁵⁷ שנד.

⁹⁵⁸ כמבואר בתוס' ב"ב מה. ד"ה 'מאי נפקא מינה' ונזכירו עוד לקמן.

⁹⁵⁹ וכתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'פרטי דיני הרשאה':

ונראה להוסיף שודאי מקרה הזה הוא בכלל מ"ש הרמב"ם בהלכות עדות (טז, ה) שאדם נפסל לעדות ע"י כל הנאה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה.

⁹⁶⁰ לט, קכח.

⁹⁶¹ ב"ב מה. ד"ה 'מאי נפקא מינה'

⁹⁶² עדות פרק טז הלכה ה.

לשון השו"ע:

סעיף י:

מורשה שהורשה בשכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע, קרוביו כשרים בין לעדים בין לדיינים, שאין לו חלק לא בהפסד ולא בהנאה:

סעיף יא:

ומטעם זה נראה לי שגם הוא כשר להעיד. אבל מורשה שיש לו חלק במה שיוציא מהנתבע, קרוביו פסולים בין לעדים בין לדיינים. לפיכך מי שיש לו עדים על תביעתו, לא ירשה אחד מהעדים או מקרוביהם, אלא אם קצץ לו שכר ידוע אפי' אם לא יוציא הממון מיד הנתבע. (יכול אדם להרשות ללוה לדון עם ערב קבלן שלו) (בית יוסף בשם הריטב"א).

סעיף יב

כתבו הטור והשו"ע שנתבע שיש לו עדים שפרע את חובו לא יבוא לדון עם מורשה שיש לו חלק בתביעתו במידה והוא קרוב לעדים, שהרי זה יבטל את העדות.

והסתפק הש"ך (כה) אם כוונת הטור והשו"ע לומר רק עצה טובה שכדאי לו להתחמק, אך מכל מקום אין ביכולתו לדחות את המורשה מהטעם הזה, או שיכול לדחות אותו ולומר שאינו רוצה לדון עמו בטענה שהמורשה עשה בכוונה כן למנות מורשה הקרוב לעדים, ורק שכבר התחיל לדון עמו אינו יכול להביא עדים הקרובים למורשה.

וכתב שמצא בשו"ת הרמ"א⁹⁶³ שהבין שיכול לדחות את אותו מורשה.

קצץ המורשה שכר למורשה רק במידה ויזכה, אם כשרים קרוביו להעיד לטובת הנתבע?

הש"ך (כו) דייק מלשון הטור והשו"ע שדווקא כשיש לו חלק בגוף הממון, פסולים קרוביו אף כשמעידים לרעתו- כלומר לטובת הנתבע, אבל אם קצץ לו שכר, אפילו אם הוא תלוי דווקא בכך שיזכה בדין, אין קרוביו המעידים לרעתו נפסלים לעדות, וזאת לשיטתו בסימן לו שרק בבעל דבר קרוביו פסולים בין לזכות בין לחובה, אבל בנוגע, אין הקרובים המעידים לרעתו נפסלים.
לשון השו"ע:

וכן מי שיש לו עדים בפריעתו, לא יבא לדון עם המורשה בזמן שיש לו חלק בתביעתו, אם הוא קרוב לעדים, שהרי יבטל העדות.

סעיף יג

אם ניתן למנות אישה או עבד כמורשה?

כתב הטור שאפשר להרשות נשים ועבדים.

והביא הב"י שמקורו הוא מתשובת הגאון שהביא התרומות, והוכיח זאת מהמשנה בגיטין נב. שאומרת שאבי היתומים יכול למנות נשים עבדים או קטנים כאפוטרופוס.

עוד כתב הטור שאדם אינו יכול להרשות את העבד שלו, מפני שאין קנין לעבד בלא רבו ונמצא שאינו אלא שליח ויכול הנתבע לומר 'לאו בעל דברים דידי את'. אבל יכול אדם להרשות את אשתו, שאם נתן לה מתנה קנתה והוא לא אוכל פירות⁹⁶⁴.

והביא הב"י שהמרדכי כתב שיכול אדם להרשות את עבדו,

ובשו"ע כתב כדברי הטור בלשון 'יש מי שאומר'- שלא יכול למנות את עבדו כמורשה.

הש"ך (כז) הביא שהמהרש"ל⁹⁶⁵ פסק כדעת הטור, וביאר הש"ך שאפילו לפי ההלכה שאפשר להרשות על דבר שלא ניתן להקנותו, זה דווקא במציאות שכשיבואו המעות לידו יקנהו, אבל עבד אף כשיבואו המעות לידו לא יוכל לקנותם, ולכן אינו יכול להיעשות מורשה.

וכתבו הסמ"ע (יט) והש"ך (כז) שמכל מקום אם נתן הנתבע את המעות לעבד נפטר מחובו, שלא גרע דינו משליח שנעשה ע"י עדים, ורק אינו יכול להיות מורשה לחייבו לדון עמו.
לשון השו"ע:

יכול אדם להרשות נשים ועבדים. ויש מי שאומר אבל לא את עבדו, שאין קנין לעבד על ידי רבו, שהרי גופו קנוי לו וידו כידו, נמצא שאינו אלא שלוחו, ויכול הנתבע לומר: לאו בעל דברים דידי את. אבל יכול להרשות את אשתו, שהרי אם נתן לה מתנה, קנתה ואין הבעל אוכל פירות, נמצא שככתב לה: זכי לנפשך, אין הנתבע יכול לומר: לאו בעל דברים דידי את:

⁹⁶³ סוף סימן קד.

⁹⁶⁴ **כתב הסמ"ע (כ)** שאם היה לבעל זכות בפירות שנתן לה במתנה, הוא לא יכל למנותה כמורשה, אע"פ שקנתה את גוף הקרקע, הואיל ואין היכר בזה שגוף הקרקע שלה, שהרי אם היא תמות קודם לבעל, לעולם לא תשתמש בקרקע ז.

הש"ך (כט) השיג על דבריו וכתב שודאי שמי שיש לו גוף הקרקע עדיף ממי שיש לו פירות, והסיבה שהטור נקט כאן את הטעם שאינו יכול לאכול בפירות, הוא מפני שאם לא היה לה פירות גם בקרקע גופה לא יהיה לה זכות עדיין ולא יכלה לדון על הפירות במגו של הקרקע.

⁹⁶⁵ ים של שלמה פרק ז סימן יג.

סעיף יז

האם ניתן למנות גוי כמורשה וכן אם יכול גוי למנות ישראל כמורשה?

האם ניתן למנות גוי כמורשה ואיזה קניין מועיל בגוי?

התוספות בקידושין⁹⁶⁶ כתבו שר"ת היה רגיל לשלוח הרשאה ביד גוי, והיה מקנה בחליפין, וכתבו שצריך להיזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה' שמשמע שהעדים זוכים עבורו, שאין שליחות וזכייה לגוי. אלא יכתבו יוקנה הגוי, וכן פסקו הטור והשו"ע.

וביאר הטור שאף שנפסקה ההלכה שהמורשה הינו שליח, זה דווקא לעניין שלא יכול לעכב את הממון אצלו, אבל לעניין זה, נחשב שקנה ממש, ולכן מועיל אף בגוי.

כתב הש"ך (ל) שהמהרש"ל⁹⁶⁷ חולק על ר"ת מפני שסבר שאין שליחות לגוי ולא יועיל הרשאה אלא בקרקע או פקדון שאפשר להקנות. וכתב הש"ך שנראה שגם ר"ת יודה לזה, אך כתב הש"ך שמלשון השו"ע משמע שאינו מודה בזה ושהרשאה מועילה בגוי בכל ענין.

עוד כתב הש"ך שיש להשיג על עצם דינו של ר"ת מפני שנראה שלא מועיל קנין חליפין בגוי, והאריך בזה⁹⁶⁸ וכתב שלא מצינו מפורש בש"ס שקניין חליפין מועיל בגוי, וכן הביא הש"ך מספר מקרים שהפוסקים דנו כיצד להקנות לגוי הואיל ואינו קונה במשיכה ולא הציעו שיקנה בקניין חליפין.

וכתב הש"ך לדחות את ראיית ר"ת שהביא ראייה מכך שנצרך פסוק ללמד שאין גוי קונה עבד עברי בחליפין משמע שלשאר דברים קונה, וכתב שאין ראייתו ראייה שהרי פסוק זה מלמד שעבד עברי לא נקנה בחליפין אף לישראל.

עוד כתב הש"ך שניתן לומר שהפסוק הזה עצמו בא ללמדנו שגוי לא קונה בחליפין, והשמיע התורה דין זה בעבד והוא הדין לשאר דברים.

התומים (יב) חלק על הש"ך וכתב שקניין חליפין מועיל בגוי והאריך בזה מאוד, וכתב שהסיבה שהפוסקים לא הציעו פתרון זה לעניין חמץ הוא מפני שרש"י ורשב"ם אכן סוברים שאין קניין חליפין מועיל, ובאיסורין חוששים לשיטתם מה שאין כן בממונות.

אך כתב התומים שקניין אגב אינו מועיל בגוי ולכן הפוסקים לא הציעו במכירת חמץ וכד' להקנות לגוי אג"ק.

הקצות (ו) כתב שהתומים לא דק וקניין אג"ק בגוי הוזכר ברבינו ירוחם⁹⁶⁹ וכן המנהג במכירת חמץ אך גוי לא קונה בקניין חצר הואיל וחצר קונה מדין שליחות ואין שליחות לגוי.

האם יכול למנות גוי כמורשה ע"י סודר העדים?

הבאנו לעיל שהטור והשו"ע פסקו ע"פ ר"ת שניתן למנות גוי כמורשה ע"י קנין חליפין. **וכתב הסמ"ע (כא)** שצריך לקנות דווקא בסודרו של הגוי, שהגוי מקנה ליהודי, וע"י זה קונה ממון התביעה, אבל לא ניתן לעשות קניין בסודר העדים, שהרי אין יכולים לקנות עבורו מהמרשה, מפני שאין שליחות לגוי.

הט"ז השיג על דבריו וכתב שמלשון הפוסקים לא משמע כן מכך שלא דיברו אלא על לשון השטר ומשמע שאין הקפדה שהסודר עצמו יהיה של הגוי.

החכם צבי בהגהותיו על הט"ז כתב שדברי הט"ז שגבו ממנו.

הקצות (ה) כתב לצדד בדברי הט"ז וביאר שהקניין בסודרם של העדים אינו פועל מדין שליחות אלא מדין עבד כנעני, שכשם שבעבד כנעני כשאדם אחר נותן ממון לאדון, קונה העבד את עצמו אע"פ שלא חיסר מעצמו דבר, הוא הדין כאן כגון קונה ע"י הסודר של העדים, ואין צורך בזה לשליחות וצ"י לדבריו בסימן קצה ס"ק ט ובע"ה שם יתבאר הדבר.

אם יכול גוי למנות ישראל כמורשה?

הש"ך (לא) הביא שנחלקו האחרונים בדעת ר"ת אם גוי יכול למנות ישראל כמורשה:

בשו"ת דברי ריב"ת⁹⁷⁰ כתב שיכול הגוי למנות ישראל למורשה.

והמהרש"ם סבר⁹⁷¹ שאינו יכול, וביאר המרש"ם שכל האפשרות למנות גוי כמורשה הינה מתקנת הגאונים שבביל ממון ישראל, מפני שמעיקר הדין אין שליחות לגוי, ולצורך ממון גוי לא תיקנו.

גם המהרש"ך כתב שלא מועיל הרשאה אם המרשה והמורשה הם גוים, [ויש לברר אם כוונתו דוקא כשניהם גוים או שפשוט כך היה מעשה].

לשון השו"ע:

⁹⁶⁶ ג. ד"ה ואשה.

⁹⁶⁷ ים של שלמה פרק ז סימן יג.

⁹⁶⁸ כתב ר' דניאל ווסטברוק בסיכומו 'פרטי דיני הרשאה':

⁹⁶⁹ ליה, וצ"ע שלא הזכיר א"ז.

⁹⁶⁹ נתיב כ" ח"ב (קעג, ע"ב)

⁹⁷⁰ סימן שא.

⁹⁷¹ חו"מ סימן נט.

יכולים לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים, ובלבד שיזהר מלכתוב בה: וקנינא מיניה, דאין שליחות זכיייה לעובד כוכבים, אלא יכתוב: וקנה העובד כוכבים.

סעיף טו

אם טוב להיות מורשה, והמרשה שלא בפני המורשה

לשון הגמרא בשבועות לא.

ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו - רב אמר: זה הבא בהרשאה וביאר רש"י שהבא בהרשאה, לא טוב עשה הואל ומתעבר על ריב לא לו, ושמא הראשון נוח לו ונוח לפשרה יותר מזה שאינו יכול לעשות פשרה בממון אחרים.

וכתבו התוספות בד"ה זה שאם טורח להביא לחבירו מעותיו שאין חבירו יכול לטרוח, מצוה הוא.

הרמב"ם בהלכות שלוחין פרק ג הלכה ה הביא את דברי רב סתם.

והראב"ד בהשגות כתב לחלק שאם המרשה נמצא בעיר אחרת, אז טוב להיות מורשה הואיל והוא מציל ממון חבירו.

וכתב הב"י שגם דברי התוס' וגם דברי הראב"ד נכונים הם, והכלל הוא שכל שבעל הדין עצמו אינו יכול מאיזה סיבה להגיע לב"ד, הבא בהרשאה עושה מצוה.

הטור והשו"ע סתמו כחילוקן של הראב"ד שאם המרשה בעיר אחרת טוב להיות מורשה.

והרמ"א הביא י"א שאין חילוק בין נמצא בעיר ללא נמצא בעיר, והכל תלוי אם המורשה אלם ומתעבר על ריב לא לו, או שעושה כדי להציל עשוק מיד עושקו.

הש"ך (לב) כתב שלשון הרמ"א הוא מגומגם ואין מחלוקת בין תוס' לראב"ד וכמ"ש הב"י, ועוד שאין הבדל אם המורשה אלם או לא, שהרי אם מוציא כדן אף אם הוא אלם עושה טוב ואם שלא כדן כגון שמשקר וכד' אף אם אינו אלם אינו עושה טוב מצד עצם הדבר, אלא מדובר שהלוא אלם ומחמת כן נמנע המלוה לתובעו ובוזה אומרים שאין לאדם אחר להתערב כל שהמלוה עצמו לא תובע, אך כתב הש"ך שכאשר ידוע שהמלוה לא תובע מפני אלמות הלוה וידוע שאין לו סיכוי נגדו ואדם אחר יודע שאם הוא יתבע כן יכול להוציא מהלוה מצוה קעבד.

האם מותר למורשה לטעון שקר ?

כתב המרדכי⁹⁷²:

והשיב ר"מ ושאלת אם האנטלר יכול לטעון כל מה שיכול לטעון ולהערים אפילו בדבר שהוא יודע שאינו (לו כי) חלילה מעשות כן להיות חוטא ולא לו ואפילו בשל עצמו אין רשאי לשקר כדאמרינן בפרק 'שבועת העדות מנין לנושה בחבירו מנה וכו' ת"ל מדבר שקר תרחק ולא דמי לאפוטרופוס דיתמי דההוא ודאי יש לו לטעון כל מה שירצה כי אין שם שום בירור ואלו היו אביהן קיים שמא הוה טעין הכי:

האם ניתן לעשות מורשה שלא בפניו?

כתב המרדכי⁹⁷³ בשם ר' קלונימוס שאין אדם יכול למנות שליח להרשאה שלא בפני השליח מפני שחוב הוא לו משום שלא טוב להיות מורשה ככתוב ו'אשר לא טוב עשה בעמיו ולא לא מועיל בזה קנין ואפילו אם יתרצה אח"כ השליח, אך כתב שלפי מה שכתב ר"י שרק כאשר עושה כן מפני שהוא אלם לא טוב להיות מורשה, אבל כשהוא טורח להביא מעותיו לחבירו כשאין חבירו יכול לטרוח זו מצוה, אז ניתן למנות מורשה אף שלא בפניו.

הרמ"א כתב שיש אומרים שאין אדם יכול לעשות מורשה שלא בפניו מפני אין חבין לאדם שלא מדעתו ולכן אפילו אם נתרצה אח"כ בדבר אינו כלום ו

ותמה שהסמ"ע על הרמ"א שהרי לפי מסקנת המרדכי נראה שלפי כל הפחות אם נתרצה אח"כ זה בסדר,, והביא שהלבוש כתב באמת שאם נתרצה אח"כ בדבר וקיבלו קנאו שגילה דעתו למפרע,

וכתב הסמ"ע (כג) שהרמ"א הכריע כדעת ר' קלונימוס שאינו יכול למנות שלא בפניו, מפני שאף אם נאמר יש שיש מצוה בדבר, מכל מקום ע"פ רוב אין אדם מתרצה להיות מורשה ולהכניס ראשו בריב לא לו ולפעמים קוראין עליו ואשר לא טוב עשה.

והש"ך כתב (לג) שדחוק לומר שהרמ"א הכריע שלא כר"י אלא שסבר שאין מחלוקת בין ר' קלונימוס לר"י שבמקרה בו לא טוב להיות מורשה שאין לעשות מורשה שלא בפניו ואף אם יעשה מורשה ויתרצה אח"כ המורשה לא יועיל כיון שבשעת המינוי לא היה קניין דאין חבין שלא בפניו אלא שר' קלונימוס כתב סתמא שתמיד אין למנות מורשה שלא בפניו וזה משום שסובר שבכל מקרה לא טוב להיות מורשה מטעם ואשר לא טוב עשה בעמיו, אך לדעת ר"י יש הרי מקרים שבהם מותר ומצוה להיות מורשה ובמקרים אלו אין זה חובה ולכן יכול לעשות במקרים אלו מורשה שלא בפניו וא"כ הרמ"א שכתב שא"א לעשות כן זה דווקא במקרים שבהם לא טוב להיות מורשה.

לשון השו"ע:

ואשר לא טוב עשה בעמיו (יחזקאל יח, יח), זה הבא בהרשאה. בד"א, כשהנתבע והתובע בעיר אחת. אבל אם הנתבע בעיר אחת והתובע בעיר אחרת, הרי זה עושה מצוה.

⁹⁷² ב"מ רעו-רעז.

⁹⁷³ ב"ק עב.

הגה: וי"א דאין חילוק בין אם היה עמו בעיר או לא, אלא שכל זמן שהמורשה הוא אלם ובעל טענות, מתעבר על ריב לא לו, (משלי כו, יז); אבל אם עושה כדי להציל עשוק מעושקו, מצוה קעביד (ב"י בשם תוספות).

י"א דאין אדם יכול לעשות מורשה שלא בפניו, דאין חבין לאדם שלא מדעתו, והרי כתיב ואשר לא טוב עשה בעמיו (יחזקאל יח, יח); ולכן אפילו אם נתרצה אחר כך בדבר, אינו כלום (מרדכי פרק מרובה):

סימן קכד

נתבע אם יכול לעשות מורשה ובו סעיף אחד:

סעיף א

הרא"ש⁹⁷⁴ והרמב"ן⁹⁷⁵ הביאו מחלוקת ראשונים אם יכול הנתבע למנות מורשה במקומו, ודיונם נסוב סביב הירושלמי בסנהדרין פ"ב הלכה א שם כתוב שכהן גדול לא דן ולא דנים אותו ומקשה הירושלמי שימנה אנטלר ועונה הירושלמי וכי אנטלר נשבע?

ויש שלמדו מקושיית הירושלמי שניתן למנות שליח וכ"כ הערוך⁹⁷⁶ ומה שאמרה הגמ' בדף ו: במכות שאין העדים יכולים למנות מתורגמן מביניהם, מפני שצריכים הדיינים לשמוע את הטענות מהעדים עצמם, זהו דווקא לגבי העדים אבל לגבי התובע והנתבע אין דין כזה.

ויש שלמדו שלא רשאי, וכך הבינו את מסקנת הירושלמי, וביארו שהטעם לאסור למנות מורשה הוא מפני שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן כמבואר בכתובות. ולשיטתם הגמ' במכות דיברה גם לגבי בעלי הדין ולא דוקא לגבי העדים.

אף הרמב"ן אסר לנתבע למנות שליח אך לגבי נשים יקרות ות"ח הציע הרמב"ן שב"ד ישלחו לו שלוחי ב"ד אליו. וכך פסק השו"ע.

וכתב הסמ"ע (ג) שגם לגבי נשים יקרות יכול התובע לילך לביתה ע"מ שתבוש מלטעון שקר בפניו.⁹⁷⁷ ולגבי ת"ח כתב השו"ע שלא נהגו כן היום בת"ח משום שהכל בזה אחר המנהג כמו לגבי מס. הסמ"ע כתב שלוש סיבות מדוע יכול התובע למנות מורשה אך לא הנתבע:

- א. לגבי נתבע יש חשש שיטעון שקר ע"י שליח מה שלא היה עושה אם היה טוען בעצמו מפני שיש חזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ובתובע אין כזו חזקה.
- ב. התובע מקנה את המעות למורשה ולכן יכול לעמוד במקומו משא"כ נתבע שרוצה ליפטר ולא מקנה דבר למורשה.
- ג. דווקא בתובע היה צורך לתקן מורשה כדי שלא ילוה אדם וילך למדה"י, ולא נצרכה תקנה זו למורשה של הנתבע.

הרמב"ם בהלכות סנהדרין פרק כא הלכה ח כתב שאין הדיין יכול לשמוע את טענות בעלי הדין מן המתורגמן, ורואים מדבריו שהבין שהגמ' במכות דיברה גם לגבי בעלי הדין, ועוד רואים מדבריו שאין חילוק בזה בין תובע לנתבע.

ועפ"ז כתב הב"י שלפי הרמב"ם גם התובע לא יכול למנות אנטלר.⁹⁷⁸

ובבדק הבית כתב שמכל מקום לעניין הלכה פוסקים שהנתבע אינו יכול למנות אנטלר, ומשמע ממנו שתובע יכול.

והד"מ (ב) חלק על הב"י וסבר שדין מורשה ומתורגמן הינם שני עניינים שונים שבמתורגמן עדיין נשארו הבעלי הדין והמתורגמן רק מליץ ביניהם וזה ודאי אסור בין בתובע ובין בנתבע הואיל ויכולים לטעון בעצמם, ואילו מורשה זה כאשר בעלי הדינים אינם נמצאים והמורשה מקבל את כוחם ובזה יש חילוק בין תובע לנתבע.

השו"ע פסק שהנתבע אינו יכול למנות מורשה, ולכאורה משמע שתובע יכול.

ותמה הדרישה בסימן יז מדוע לא הזכיר את דעת הרמב"ם שאוסר אף בתובע ושם משמע שסובר כמותו? וכתב לתרץ שסבר הב"י שכשי"כ שתובע אסור, שהואיל ויכול לתת כוח ורשות בתביעתו אין סיבה שנתיר לו לעשות מורשה⁹⁷⁹, אבל נתבע שאינו יכול היה הו"א שיהיה מותר.

⁹⁷⁴ שבועות ד, ב.

⁹⁷⁵ שבועות ל.

⁹⁷⁶ ערך אנטלר.

⁹⁷⁷ וכתב הערך לחם שלנשים יקרות ישלחו דווקא סופרי דיינים ולא את הב"ד עצמם משתי סיבות, האחת שאין דרכם לדבר מול ב"ד והשני שלא יסתתמו טענות הצד שכנגדם מפאת הכבוד שנותנים להם.

עוד כתב הערך לחם שלת"ח ניתן לשלוח ב"ד ואין חשש שישתתמו טענות שכנגדו הואיל והוא יודע שזה משום כבוד תורה וכיצא בזה עושים לתלמיד חכם שתורתו אומנותו, וזילא ביה מלתא למיזל לבית דין ולערער בהדי ע"ה.

⁹⁷⁸ ויש לדון בכוונת דברי הב"י שהרי פשוט שהתובע יכול למנות מורשה וכפי שמבואר בסימנים הקודמים.

וקצת נראה שהב"י הבין ש'אנטלר' אינו מורשה ואינו קיבל את כוחו של התובע, ואעפ"כ לשיטת שאר ראשונים הוא יכול לטעון בשביל התובע, ויש לומר שהבין כפי הטעם השני שהבאנו בשם הסמ"ע שדווקא בנתבע יש דגש לשמוע מפיו, מפני שאינו מעיז פניו בפני בעל חובו, אבל בתובע לא שייך סברא זו.

ולפי זה יצא חידוש דין גדול שהשו"ע שפסק שהתובע יכול למנות מורשה כוונתו גם ללא שנתן לו את כוחו, ולפי זה נהיה מוכרחים לומר שהכוונה דווקא כשהתובע נמצא שהרי אם אינו נמצא יכול הנתבע לומר ל'אנטלר' לאו בעל דברים דידי את כמבואר ב"ק ע. ומכל מקום דין זה מחודש וצ"ע ויש מקום לדון בדברי הב"י הנ"ל.

עוד היה ניתן להציע שהב"י הבין ברמב"ם כפי שהבין הדרישה בד"מ, שאף כאשר נותן התובע את כוחו למורשה אין זה מועיל במידה והתובע נמצא פה, ובזה חולקים הראשונים האחרים, אך לכ"ע לא ניתן למנות מורשה מבלי ליתן לו את כוח התובע.

אך גם ביאור זה קשה, שמניין הבין הב"י כך בדברי הרמב"ם והרי אין זכר לזה בדבריו, והרמב"ם דיבר רק לענין שמינת הטענות מפי מתורגמן, ולא באדם שקיבל את כוח התובע.

והיה מקום לומר שהב"י למד כן במרבי"ם מפני שהרמב"ם סתם שלא ניתן לשמוע את טענות הצדדים מפי המתורגמן ולא הציע שהתובע יתן כוחו למתורגמן, וכמובן שהדברים נשארו דחוקים טובא, ויש לעיין בזה.

⁹⁷⁹ מכאן סמך לאפשרות שהבאנו בהערה 978 שהב"י הבין שמדובר כאן במורשה שלא קיבל את כוח התובע, ודווקא בזה סבר הרמב"ם שאין זה מועיל, ולפי זה עולה שלדעת הסוברים שרק נתבע אינו יכול למנות אנטלר, משמע שתובע יכול גם שאינו נותן לו את כוחו ע"י, וכך נראה שהבין הדרישה ודוק.

עוד הביא את דעת הד"מ שיש חילוק בין מתורגמן למורשה.
וביאר דבריו שכל עוד נמצאים הבעלי דינים במקום אין יכולים להעניק כוחם לאחר ולכן אסור בין לתובע ובין לנתבע אבל אם אינם נמצאים יכול התובע להעביר כוחו לאחר.
אך הש"ך (א) ביאר שלפי הד"מ גם כאשר נמצאים בעלי הדין לפנינו יכולים לתת כוחם לאחר, ומה שכתב הד"מ שלא ניתן למנות אנטלר כשהם לפנינו, זה דווקא במציאות שלא נותנים להם את כוחם. [וכפי שהערנו בדרישה בסימן יז מפורש שאינו סובר כן].
על פי זה ביאר הש"ך כיצד בימינו ממנים 'אנטלר' וכתב שאין לומר זה מפני שקיבלו עליהם, שהרי עושים כן אף בעל כרחו של נתבע, וגם לנתבע לא נותנים למנות, אלא הסיבה היא מפני שהתובע מעביר את כוחו לאנטלר וזה מועיל אף כשהוא לפנינו.

עוד הביא הש"ך (ד) בשם מהרשד"ם⁹⁸⁰ שנתבע אינו יכול למנות מורשה אפילו בקניין.
וכתב בערוך השולחן:

וכ"ז מדינא אבל עכשיו המנהג בכל בתי דינים שגם הנתבע מעמיד מורשה וכ"ש התובע ובין שהבעלי דינים הם בעצמם בב"ד ובין שאינם בעצמם בב"ד ומ"מ אם אינם בב"ד והב"ד רואים שע"י המורשים אין ביכולת לברר הדין על הביורור שולחים אחריהם ובאים בעצמם לב"ד [או"ת] וכן נכון לעשות"
ואף בתקנות הדיון לרבנות הראשית כתוב שניתן למנות אדם שיטען בשביל הצדדים.

עמדו בדין מורשה הנתבע והתובע, וזכה התובע מכח הודאת המורשה, אם יכול הנתבע לחזור בו?

פסק המהרשד"ם⁹⁸¹ שאם עמדו בדין מורשה הנתבע והתובע, וזכה התובע מכח הודאת המורשה, יכול הנתבע לחזור בו.

והש"ך (ד) חלק וכתב שהעיקר כדברי הריב"ש בסימן שצב שלא יכול לחזור בו.
הקצות (א) כתב לחלק שאם הנתבע מינה מורשה ואמר לו בדיוק מה לטעון וטען כפי שאמר לו, אינו יכול לחזור בו שבזה אנו אומרים ששלוחו של אדם כמותו, והביא הקצות ראייה שיכול להיות שליחו לעניין הודאה מדברי הריב"ש בסימן פב שכתב שאם עשה שליח לקדש אישה והשליח אומר שקידשה והאשה אומרת שלא נתקדשה המשלח אסור בקרובותיה ששלוחו של אדם כמותו והיא מותרת בקרוביו.
אך כתב הקצות אם העמיד מורשה ולא שם דבריו בפיו אלא שטען המורשה מעצמו והודה בזה לא מועילה הודאתו, ויכול הנתבע לחזור ממנו.
 לשון השו"ע:

הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לבית דין וישיב בעדו לתובע, והוא ישב בביתו. ונשים יקרות שאין כבודן לבא לבית דין, משגרין להן סופרי הדיינים ויטענו בפניהם. וכיוצא בזה עושים לתלמיד חכם שתורתו אומנותו, וזילא ביה מלתא למיזל לבית דין ולערער בהדי ע"ה:

⁹⁸⁰ סימן תלט.

⁹⁸¹ סימן תלט.

סימן קכה

השולח חובו או פקדונו ע"י שליח ובו י' סעיפים :

סעיף א

האומר הולך מעותיי לפלוני

לשון הגמרא בגיטין יד.

איתמר הולך מנה לפלוני שאני חייב לו.

אמר רב חייב באחריותו, ואם בא לחזור אינו חוזר.

ושמואל אמר: מתוך שחייב באחריותו, אם בא לחזור חוזר.

לימא בהא קמפלגי, דמר סבר הולך כזכי דמי, ומר סבר: הולך לאו כזכי דמי.

לא דכ"ע הולך כזכי דמי, והכא בהא קמפלגי, מר סבר לא אמרינן מיגו, ומר סבר אמרינן מיגו.

תניא כוותיה דרב: הולך מנה לפלוני שאני חייב לו תן מנה לפלוני שאני חייב לו, הולך מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו, תן מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו - חייב באחריותו, ואם בא לחזור

- אינו חוזר. פקדון. לימא ליה: אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר. א"ר זירא: כשהוחזק כפרן.

כלומר נחלקו רב ושמואל בשאלה מה הדין במקרה שאדם נתן מעות שיוליך למלוה שלו, ואמר לו 'הולך מנה לפלוני', האם יכול לחזור הנותן ולקחת את המעות מאותו שליח, הואיל וסוף כל סוף, הלווה עדיין חייב באחריות המעות הללו⁹⁸², ולכן זכותו לקחתם אליו (שמואל), או שלמרות שחייב באחריותו, אינו יכול לחזור ולקחת את המעות מהשליח (רב).

ומבואר בגמ' ששניהם מודים שבעיקרון האומר 'הולך מנה לפלוני' דינו כאומר 'זכה' וכבר זכה המלוה במעות ע"י השליח, ומכל מקום סבר שמואל שכאן הואיל והוא חייב באחריותו, הוא יכול לחזור בו.⁹⁸³

הטור פסק כרב שאינו יכול לחזור בו, וביאר הבי"י שזה מפני שהגמרא הביא ברייתא שמסייעת לרב.

[רע"א ציין לדברי הריטב"א בקידושין מג: שכתב בשם רבו שפוסקים כשמואל שיכול לחזור בו, מפני שבמלווה אין אומרים הולך כזכי, אלא אם כן הוחזק הכפרן]

יש לציין שכאן מדובר בהלוואה ובפקדון, ולקמן בסעיף ה נראה שלענין מתנה הדין שונה ואיננו האומרים שהאומר 'הולך' כוונתו להקנות למקבל ע"י השליח. [ולענין פקדון מבואר שאומרים 'הולך כזכי' רק כאשר הנפקד הוחזק כפרן ויבואר בע"ה בסעיף ב].

בגמרא בהמשך בדף יד: מבואר שלמ"ד שאף במתנה אומרים שהאומר 'הולך' דינו כאומר 'זכי', גם אם מת המקבל, נותנים את המעות ליורשיו.⁹⁸⁴

ומכאן יש ללמוד לגבי הלוואה ופקדון שהואיל ונפסק שאומרים הולך כזכי, לכן אף אם מת המלווה או המפקיד נותנים ליורשיו, וכך פסקו הטור והשו"ע.

האם האומר שא מנה/יהא מנה/החזר מנה/צא ופרע/ תן מנה לפלוני בעבור חובי דינו כאומר זכה ומתי צריך לומר לשונות אלו?

הרמ"א פסק ע"פ הרשב"א בגיטין⁹⁸⁵ שהאומר שא מנה לפלוני או יהא מנה זה לפלוני דינו כאומר הולך או זכה מנה לפלוני.

עוד כתב הרמ"א ע"פ תשובת הריטב"א⁹⁸⁶ שהובאה בב"י שהאומר החזר לפלוני אין דינו כאומר הולך זכה.

הסמ"ע (ז) העיר שנראה שלא ניתן להוציא דין זה מהריטב"א, הואיל והריטב"א דיבר במתנה, ובמתנה אף אם אמר הולך אין דינו כאומר זכה וכפי שהבאנו לעיל, ויתכן שבהלוואה ופקדון יאמר הריטב"א שהאומר 'החזר' דינו כאומר 'זכה', ונשאר הסמ"ע בצ"ע.

⁹⁸² כמבואר בסימן קכא שכל שלא מינה המקבל שליח בעדים או שאמר לשולח שלח ע"י פלוני, השולח אינו נפטר מאחריותו.

⁹⁸³ מדברי רש"י (ד"ה דכ"ע) ותוס' (ד"ה לא דכ"ע) עולה שכאן אין אומרים הולך כזכי, הואיל והוא חייב באחריותו ולפי רש"י רק במתנה שייך לומר 'הולך כזכי' ותוס' השיגו עליו שהרי במתנה אין אומרים 'הולך כזכי' וביארו שרק במקום שפטר המשלח את השליח מאחריותו שייך דין 'הולך כזכי',

אמנם עיין בחידושי הרי"ם (בחידושי שם ד"ה לכאורה) שמדבריו עולה שאף במקרה שלנו שייך דין 'הולך כזכי' ובאמת אף לפי שמואל כבר זכה המלווה במעות הללו, אלא שבכל מקרה יכול המשלח לחזור בו ולקחת את המעות מן השליח בתוך פקדון, וליתן אותם בעצמו למלווה.

עוד יש להעיר שמדברי רש"י עולה שכאן איננו אומרים הולך כזכי ומשמע שאם יאמר זכה במפורש זה יועיל אלא שכאן אנו מניחים שאין כוונתו לזכותו אך הרמב"ן כתב שאף אם יאמר במפורש זכה זה לא יועיל וזה נימוקו: "שאי אפשר לזכות בו מאחר שעדיין ברשות זה עומדין והוא חייב באחריותו ואפילו אמר בפירוש זכה.

⁹⁸⁴ המעיין בגמרא לא יראה במפורש שגמרא זו דיברה לגבי מתנה אך כך פירשו רוב ככל הראשונים עיין תוס' יא: ד"ה יכל האומרי' (בעמוד ב), תוס' ר"ד (בגמרא יד:) וכן בשאר ראשונים

⁹⁸⁵ יד: ד"ה והלכך, ועיין לעיל ד"ה ירושלמי.

⁹⁸⁶ סוף סימן רה.

הש"ך (ט) כתב שנראה שצדק הרמ"א בהבנת הריטב"א ודייק כן מכך שהביא את דברי הירושלמי בעניין שטר מתנה, ששם מבואר שאם אמר הולך שטר זה, נותנים ליורשיו⁹⁸⁷, ואע"פ כן כתב שיש חילוק בין אומר הולך לאומר החזר.

עוד הביא הש"ך את דברי הראב"ן⁹⁸⁸ שכתב שהאומר צא ופרע לפלוני בעל חובי אין דינו כאומר 'זכה', וכתב הש"ך שהוא הדין באומר 'החזר' שהרי אין לשון זו עדיף על הלשון 'צא ופרע'.

וכתב הש"ך (ב) שאם אמר תן מנה לפלוני בחוב או פקדון⁹⁸⁹ דינו כאומר זכי, אך כתב שיש אומרים שצריך שיאמר כן דוקא בשעה שנותן והוא הדין כשאומר הולך, וכתב שמכל מקום אף בלשון 'זכה' עצמו צריך שהמעות יגיעו לרשות השליח, קודם שיחזור בו המשלח, שאם לא כן יכול לחזור בו.

האם בנותן שטר מתנה או שטר אחר ואמר הולך לפלוני דינו כאומר זכי?

כתב רבינו ירוחם⁹⁹⁰ שאם נתן שטר מתנה לשלוחו של פלוני, כבר זכה בו אותו פלוני. **וכתבו הדרכי משה (ג) והסמ"ע (א)** שזה דווקא כשאמר לו זכה, אבל לשון תן אינו כזכה שאין שטר עדיף משאר דברים [א"א- של מתנה שאין אומרים בהם הולך כזכה].

ובש"ך (ג) כתב שלפי אחת הגירסאות בתוספתא⁹⁹¹ **המובאת בהגהות אשר"י**⁹⁹² **ובמרדכי**⁹⁹³ יוצא שבשטר מתנה מועיל לא רק זכה אלא גם תן, ולפי"ז צ"ל שהדי"מ והסמ"ע שכתבו על דברי ר' ירוחם שדווקא כשאמר 'זכה' זה מועיל, זה דווקא לגבי שאר שטרות, אך שטר מתנה דינו כחוב, ומועיל לשון תן. **ובנתיבות (א) חולק ואומר שהעיקר כתומים (א)** ששטר מתנה דינו כמתנה ולא אומרים בו שהולך ותן כזכי.

והוכיח כן מהתוס' שכתבו⁹⁹⁴ לגבי שטר שיחזור, שדינו כחוב מפני שאם לא היה עושה לו העבד טובה לא היה משחררו ולכן בשחרור הולך כזכי, וא"כ מתנה שכתובה בשטר דומה לשטר שחרור אלא שבמתנה אמר הרא"ש שלא אומרים בה שאם לא היה עושה לו נחת לא היה נותנה וא"כ אינה כחוב ותן לאו כזכי.

וכתב הנתיבות שבכדי שלא יהיו דברי הש"ך תמוהין כ"כ יש לחלק בין שטר שפועל את קניין המתנה שבו איננו אומרים 'תן כזכי' מפני שאינו חוב, ויכול לחזור בו שיתכן שלא עשה לו נחת רוח, לבין מקרה שצריך לומר שעליו דיבר הש"ך שהמתנה כבר נקנתה ועכשיו רוצה הנותן להקנות לו את גוף שטר הראיה שבה ניתן לומר שאומרים 'תן כזכה' כי כאן הואיל וכבר נתן לו את המתנה אנו אומרים שאם לא היה עושה לו נחת לא היה נותן לו מתנה ונמצא שהשטר הזה דומה לחוב, ורק שעוד לא נתן לו ורק התחייב לתת, היה מקום לומר שלא עשה לו נחת רוח ולכן רוצה לחזור בו, ואין דינו כחוב.

עוד כתב שיש סיבה נוספת לחלק בין שטר הקנאת מתנה לשטר ראייה על מתנה, שבשטר הקנאה, הנותן מוציא ממון מרשותו ולכן תן אינו כזכה משא"כ בשטר ראייה שלא בא להוציא ממון מרשותו שהרי כבר נתן ולכן אומרים ש'תן כזכה', **וסיים הנתיבות:** "יזה ברור בכונת הש"ך".

מה הדין כשהחזיר השליח למשלח על אף שאמר לו 'הולך מעות לפלוני'?

עוד הובא בגמרא שם :

ר' אחי בר' יאשיהו הוה ליה איספקא דכספא בנהרדעא, אמר להו לר' דוסתאי ב"ר ינאי ולר' יוסי בר כיפר: בהדי דאתיתו אתיוה ניהלי. אזול, יהביה ניהליה. אמרי להו: נקני מיניכו, אמרי להו: לא. אמרי להו: אהדריה ניהלן, ר' דוסתאי ברבי ינאי אמר להו: אין, ר' יוסי בר כיפר אמר להו: לא. הוּו קא מצערו ליה, א"ל: חזי מר היכי קא עביד! אמר להו: טב רמו ליה. כי אתו לגביה, א"ל: חזי מר, לא מיסתייה דלא סייען, אלא אמר להו נמי טב רמו ליה: א"ל: אמאי תיעבד הכי? א"ל: אותן בני אדם הן אמה וכובען אמה, ומדברין מחציהן, ושמותיהן מבוהלין, ארזא וארטא ופילי בריש, אומרין כפותו - כופתין, אומרין הרוגו - הורגין, אילו הרגו את דוסתאי, מי נתן לינאי אבא בר כמותי! א"ל: בני אדם הללו קרובים למלכות הן? א"ל: הן. יש להן סוסים ופרדים שרצים אחריהן? א"ל: הן. א"ל: אי הכי שפיר עבדת.

בגמרא מסופר שר' דוסתאי ור' יוסי נשלחו ע"י רב אחי לגבות את חובו מאנשים בנהרדעא, ולאחר שאנשים מנהרדעא נתנו את הכסף, הם ביקשו שר' דוסתאי ור' יוסי החייבו בקנין לקחת אחריות על האונסים של המעות בדרך, וסירבו שניהם, וכשביקשו מהם להשיב את הכסף, ר' דוסתאי הסכים ור' יוסי סירב, ומבואר בגמ' שר' דוסתאי נהג כדין, והואיל והוא היה אנוס להשיב להם מפני שהם אנשים אלימים.

⁹⁸⁷ וזה כפי שנביא בשם הש"ך בפסקא הבאה שסבר שדין שטר מתנה אינו כמתנה, שבמתנה אין אומרים 'הולך כזכי' ובשטר כן.

⁹⁸⁸ סימן פא

⁹⁸⁹ דווקא בחוב ופקדון שאם אומר סתם תן, הרי זה מתנה וכבר ציינו שבסעיף ה' יתבאר שבמתנה אין אומרים 'הולך כזכי'.

⁹⁹⁰ נתיב כח ח"א.

⁹⁹¹ גיטין פרק א הלכה יא.

⁹⁹² גיטין פרק א סימן יט.

⁹⁹³ גיטין שלב.

⁹⁹⁴ גיטין יב. ד"ה 'כל האומרי' (החידוש עצמו בדף יב:).

ועולה מן הגמרא הנ"ל שאף שכבר קנה השליח את המעות בעבור המלוה, הוא רשאי להשיב את המעות למשלח במידה והוא אלם וכדו'.

ונראה שדווקא באופן שהוא אנוס הדבר מותר, אך סתם כך אסור לא להשיב את המעות, ואם השיב חייב לשלם, **וכך כתב הטור בתחילה** שאם סתם כך החזיר השליח את הכסף והעני המשלח, חייב השליח. **אך הוסיף הטור שלדעת הרמב"ם** אם השיב השליח את המעות למשלח, שניהם חייבים באחריותו עד שיגיע לידי המלוה.

המגיד משנה ביאר בדברי הרמב"ם שגם במקרה שלא העני המשלח, יכול המלוה לגבות את המעות מן השליח.

השו"ע סתם כדברי הטור בתחילה וכתב לאחר מכן בלשון יש אומרים את דעת הרמב"ם, שיכול לתבוע ממי שירצה.

הסמ"ע (י) והב"ח ביארו שלפי הדיעה הראשונה, אין המלוה יכול לתבוע מן השליח במידה ויש למשלח מעות ורק כשהעני יכול לתבוע מן השליח, וזה ההבדל בין ב' הדיעות.

וכתב הב"ח שהלכה כדיעה הראשונה שרק כאשר העני המשלח, יכול לתבוע מן השליח.

הש"ך (ז) השיג על דברי הסמ"ע והב"ח וכתב שאין כלל מי שחולק על מה שכתב המגיד משנה ברמב"ם, שגם כאשר לא העני המשלח, יכול לתבוע את המעות מן השליח, הואיל והשליח הוא החייב העיקרי שכבר זכה במעות בעבור המלוה, וחזר ומסרם לאחר.

וכתב הש"ך שהמחלוקת בין הדיעה הראשונה לרמב"ם היא במקרה שאיימו על השליח, שלדעת הדיעה הראשונה פטור כפי שמבואר בגמרא, ולדעת הרמב"ם חייב⁹⁹⁵.

הט"ז הבין כדברי הסמ"ע שלדעת הרמב"ם יכול לילך אחר השליח גם אם לא העני, ולדעת הטור רק אם העני, וכתב שלפי הטור מה שיכול לילך לשליח אם העני המשלח, זה דווקא במקרה שפשע השליח, כגון שהחזיר מלוה, שמקודם היו המעות בידו וכעת השיבם למשלח, או שהחזיר פקדון לנפקד שהוחזק כפרן ובוזה הפסידו, אבל אם קרו הפסדים אחרים, פטור השליח אף אם העני, וכל זה לפי הטור והראב"ד שסברו שטעם החיוב הינו משום שפשע, אבל הרמב"ם סובר שלעולם ניתן לגבות מן השליח.

הנתיבות (ב) כתב שמתבאר מדברי הט"ז (דברים שלכאורה לא כתב הט"ז)⁹⁹⁶ שאם החזיר ללווה הלוואה חייב אף אם אח"כ אבדו המעות, מפני שתחילתו בפשיעה בסופו באונס, ובוזה חייב אף אם לא העני, ואם החזיר בתורת פקדון שלא יוכל הלווה להשתמש בהם, פטור השליח לכ"ע אם לא העני הלווה, ואם העני השליח חייב, ודין זה תלוי במחלוקת המבוארת בסימן רצא סעיף כד אם המפקיד לאשתו ובניו ואין להם ממה לשלם חייב.

שליח שהחזיר מעותיו למשלח בכדי שלא יעכב המשלח את מעות השליח

הבאנו לעיל שהטור והשו"ע למדו מן הגמרא ששליח שנאנס יכול להחזיר את המעות למשלח.

ולעומת דין זה פסק הרמ"א ע"פ דברי המרדכי⁹⁹⁷ **וההגהות אשר"י**⁹⁹⁸ ששליח מלוה שקיבל מעות בעבור המלוה, וכעת ביקש המשלח שישב לו את המעות בטענה שפרע לו בטעות, ואמר שאם לו ישיב לו, הוא יכפור בחוב שחייב לשליח שלוה ממנו שלא בעדים, אין השליח יכול להחזיר את המעות, הואיל וכבר זכה בעבור המלוה, ושם כתב שאפילו בפקדון הדין כן ואף שלא הוחזק כפרן, הואיל וכאן השליח נשלח ע"י המלוה, ובוזה הדין שאם נתן לו זכה, אף כשלא הוחזק כפרן.⁹⁹⁹

והקשה הסמ"ע (ט) במה זה שונה מהמבואר בגמרא שהאנוס רשאי להחזיר את המעות, ואף כאן נאנס שיקחו ממנו מעותיו.

וכתב הסמ"ע לחלק שבמקרה של הרמ"א המקבל היה שליחו של המלוה ולכן מיד כשקיבל את המעות, הוא זכה במעות בשביל המלוה ואם יחזיר ללוה הרי הוא מציל עצמו בממון חבירו ולכן חייב, מה שאין כן בדין השו"ע ששם לא מדובר שהמלוה עשאו שליח אלא שהלוה אמר לו הולך.

הש"ך (י) השיג על דבריו וכתב שאין זה משנה אם עשאו שליח או לא, שהרי גם אם לא עשאו שליח כבר זכה במעות בשביל המלוה, שהרי אנו אומרים 'הולך כזכה', עוד כתב שגם אם עשאו שליח אם יש אונס פטור ולא דומה למציל עצמו בממון חבירו שחייב מפני ששם החיוב הוא שאונסו של הנרדף הוא לא מחמת ממון חבירו ולכן חייב.

והש"ך כתב לבאר את החילוק בין המקרה של השו"ע למקרה במרדכי שהשו"ע דיבר במקרה שהשליח נאנס על אותו ממון עצמו ולכן פטור, ואילו במקרה של הרמ"א הוא לא מוגדר אנוס באותו ממון עצמו אלא שאומר לו הלווה שאם לא יחזיר לו את הממון שנתן לו הוא יכפור בממון שלו, ובוזה אסור להחזיר לו שהוא נחשב כמציל ממון חבירו.

⁹⁹⁵ **ולכאורה דין זה** שפטור במידה ואיימו מבואר בגמרא וצריך לומר שהש"ך הבין שהרמב"ם פירש שבגמרא מבואר שמוותר לו להחזיר אך אין זה פוטר אותו מאחריות.

אחרי כותבי כן מצאתי בחת"ס (גיטין יד. ד"ה 'איסקפא') **שביאר כדברינו** וכתב שר' דוסתאי שהחזיר את המעות לאנשי נהרדעא קיבל אחריות על המעות, אלא שר' יוסי בר כפר מסר נפשו שלא לתת על אף שיתחייב, מפני שמן הסתם ר' אחאי רצה את החפץ עצמו, אך באמת אין מחלוקת שאם מסר חייב בתשלום מפני שמציל עצמו בממון חבירו.

⁹⁹⁶ ואף האבני חושן כתב שמה שיחס הנתיבות את דבריו לט"ז אינו מוכרח, ועיין עוד שם מה שהאריך בדין זה.

⁹⁹⁷ גיטין פרק א סימן שלד.

⁹⁹⁸ גיטין פרק א סימן יט.

⁹⁹⁹ כן הביא הטור בשם הרמ"ה שאם הוא שליחו של המלוה, אומרים הולך כזכה בפקדון אף שלא הוחזק כפרן, יובא בע"ה בסעיף הבא.

הנתיבות (ג) כתב שלכאורה אין הבנה לדברי הש"ך שאף שנפסק שאונס ממון אינו אונס, זה דווקא במקרה שמראה לאנס ממון חבירו שלא היה פקדון אצלו, אך כאשר אונס הממון נובע מחמת זה שהיה מופקד אצלו אי"כ מה זה משנה אם האנס אומר לו שאם לא יחזיר לו את הממון יכפור בממון אחר או שלוקח לו ממון עד שיחזיר לו את הפקדון.

וכתב הנתיבות לבאר שלדעת הש"ך יש לחלק בין מקרה בו האנס היה יכול להגיע לממון המפקיד בכל מקרה ואף ללא אונס הממון של הנפקד היה מגיע לממון דרך אונס הגוף שבוה השליח פטור אם הביא לו. לבין מקרה שלולא שהיה הנפקד נותן לאנס את הפקדון לא היה יכול להגיע לממון המפקיד ולכן כאשר נותן לו את ממון המפקיד ע"מ להציל את ממונו חייב ונחשב מציל עצמו בממון חבירו.

והנתיבות כתב שלדעתו יש לחלק שהמקרה בגמרא מדבר בשליח הולכה שאסור לו להשתמש במעות וממילא הוא נחשב רק שומר חנם ולכן פטור מאונס, לעומת זאת הרמ"א מדבר בשליח קבלה שמוטר לו להשתמש במעות ולתת במקומם למלוה מעות אחרים ולכן למ"ד ששומר שכר חייב באונסים פשוט שחייב ואפילו למ"ד ששומר שכר אינו חייב באונסים זה דווקא באונסים מחמת החפץ משא"כ באונסים שהם בגוף השומר שאף שיטה זו מודה שחייב.

וכתב הנתיבות שלדינא ב' החילוקים נכונים שבמידה והוא יכול להשתמש במעות, לעולם חייב מפני שהוא חייב באונסים, ואם הוא אינו רשאי להשתמש, יש לחלק בין מקרה בו בלאו הכי יוכל המשלח להגיע לממון על ידי אונס הגוף שבוה פטור, לבין מקרה שאינו יכול שבוה חייב.

לווה החושש שירד ערך המטבע, אם יכול לזכות למלוה את חובו ע"י אדם אחר?

הש"ך (ח) הביא את דברי המהרש"ך¹⁰⁰⁰ שכתב שאם לוח אדם מעות והלך המלוה למדינת הים, וחושש הלוח שהערך של המטבע ירד, יכול לזכות למלוה את המעות ע"י אדם אחר.

ודימה זאת לדינו של שואל שמשיב את החפץ שלא מדעת שאמנם מחויב בגניבה ואבידה, אך פטור מאונסים, וירידת שווי המטבע דינו כאונסים ולכן פטור עליו.

וכן דימה זאת לגזול מטבע וערך המטבע ירד שיכול לומר לו הרי שלך לפניך. **עוד הביא רמב"ם** בסימן עד שכתב בשם מצאתי כתוב שלוח שאמר טול מעותיך ואמר המלוה איני חפץ בהם והרי הם צרורים ומונחים ונגנבו או נאנסו, חייב הלוח מהטעם שאם היה מזדמן לו עיסקא היה משתמש במעות הללו, וכתב המהרש"ך שלכן במקרה שנתן לאחר, שודאי לא ישתמש בהם נפטור אף על האונסים.

הש"ך חלק על דבריו וכתב שיש חילוק מהותי בין שואל ללוח, ששואל מחזיק בחפצו של המשאיל וברגע שנגמר זמן השאילה, זה נחשב כאילו הוא אצל המשאיל, ולכן פטור על האונס, ואילו מלוה להוצאה ניתנה, ולכן כל שלא הגיעו המעות ליד המלוה הרי הם ברשות הלוח ולכן חייב אף באונסי.

וכן דחה את דימויו מהגזול מטבע ששם יכול לומר הרי שלך לפניך דווקא באותה מטבע עצמה שגזל וא"כ ודאי שזה לא שייך במלוה שלהוצאה ניתנה, ואין מטבע מסויים ששייך למלוה.

עוד דחה את ראייתו מהב"י בסימן עד, וכתב שמה שמשמע בב"י שאם לא היה יכול להשתמש במעות היה נפטור, זה דווקא במקרה שם שהמלוה סירב לקבל, מה שאין כאן שהמלוה לא סירב לקבל. לשון השו"ע:

ראובן שהיה חייב מנה לשמעון, או שהיה לו פקדון בידו, ואמר ללוי: הולך מנה זה לשמעון, אם בא לחזור וליטלו ממנו, אינו יכול, דהולך כזכי דמי ומיד כשהגיע ליד לוי זכה בשבילו לשמעון. לפיכך בין מת לוח או מלוה, יתנוהו ליורשי שמעון; ומכל מקום ראובן חייב באחריותו עד שיגיע ליד שמעון. הגה: והוא הדין אם אמר: שא מנה זו לפלוני, או: יהא מנה זו לפלוני, כולם היו כהולך והיו כזכי (ר"ן ס"ק דגיטין). אבל אמר: החזיר לפלוני, לא היה כהולך ולא היה כזכי. (ב"י בשם הריטב"א). **ואם החזיר לוי המנה לראובן, והעני (ראובן) אחר כך ולא היה לו ממה לפרוע, בענין שהפסיד שמעון שלו, לוי חייב לשלם, שהוא פשע במה שהחזירו לראובן, ואם מחמת אונסו החזירו לראובן, שאיים עליו בדבר שיש בידו לעשות, עד שהוצרך להחזיר, פטור.**

ויש אומרים שכשהחזיר לו המנה לראובן, שניהם חייבים באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו. הגה: ראובן שהיה לו מעות ביד שמעון, ואמר ללוי לקבלן משמעון, והלך לוי וקבלן, ואחר כך אמר שמעון ללוי שיחזיר לו מעותיו שקבל בשביל ראובן, (כי בטעות פרעו), ואם לא יחזירם יכפור לו חוב שחייב שמעון ללוי ממקום אחר. והנה לוי אומר לראובן: לא קבלתי בשבילך כדי שאפסיד את שלי, ורוצה להחזירם, וראובן אומר שלא יחזירם מאחר שכבר עשה שליחותו וזכה בשבילו, הדין עם ראובן (מרדכי והגהות אשרי ס"ק דגיטין):

האם אומר הולך דינו כזכה ממש או שמונתנה בכך שיגיע בסוף ליד המלוה?

הקצות בסימן ז ס"ק ג הביא את דברי הרשב"א בגיטין שהסתפק במה שמבואר בגמרא שהאומר הולך גט לפלוני אינו יכול לחזור משום שאנו אומרים שכבר זיכה לה, אם הכוונה שמרגע שקיבל השליח כבר נתגרשה לגמרי כזכה גמור, או שאמנם זיכה לה מעכשיו אך רק בתנאי שהגט יגיע לאשה ואם לא יגיע יתבטל הגט, ולכן לכתחילה אסורה להנשא שמה לא יגיע הגט לידה, ונשאר בצ"ע.

הקצות (ג) ציין שמדברי הרמ"ה בסעיף ד מבואר שסבר שדין הולך כזכה הוא דווקא בתנאי שיגיע המעות ליד המקבל, ולכן פסק שהשליח אינו יכול לעכב את המעות לעצמו בעבור חוב שחייב לו המקבל, שהואיל ולא הביא לידו נתבטלה שליחותו.

¹⁰⁰⁰ ח"ב סימן צט

וכתב הקצות שדעת הרמב"ם כרמ"ה שדין הולך כזכי נעשה בתנאי שבאמת יביא למקבל את החפץ כמבואר בהלכות עבדים¹⁰⁰¹ שהאומר זכה בגט זה לעבד יצא מיד לחירות אף על פי שלא הגיע לידו קודם מיתת האדון אבל אמר תנו לו אף על פי שאינו יכול לחזור בו לא יתנו לאחר מיתה.

וציין הקצות שיש הבדל בין הרשב"א לרמב"ם שהרשב"א כתב במפורש שניתן לקיים את התנאי גם לאחר מיתה, הואיל וכשנתקיים התנאי האשה מגורשת עוד מחיים, ואילו הרמב"ם סובר שהואיל והתנאי הוא בגוף מעשה הנתינה של השטר, אין לתת לאחר מיתה וביאר הקצות שהטעם הוא שלא יאמרו שניתן לתת גט ושטר שחרור לאחר מיתה, והואיל ואסור לתת את הגט והשטר ממילא לא התקיים התנאי ואין האשה מגורשת ואין העבד משוחרר.¹⁰⁰²

אך הקשה הקצות שלפי הרמב"ם והרמ"ה שהכל עובד על תנאי שיתן בפועל, קשה מדוע פסקו הרמב"ם והשו"ע שאם השליח החזיר את המעות למשלח חייב הואיל והממון כבר שייך למלווה ופשע במה שהחזירם לללוה, והרי לכאורה כל עוד לא הגיע ליד המלווה לא התקיים התנאי וממילא עדיין לא זכה בו ולמה חייב השליח?

עוד הקשה הקצות שמבואר בגמ' בגיטין א שלמ"ד הולך כזכי ומת המלווה ינתנו ליורשי המלווה, ולכאורה הואיל והמעות לא הגיעו אליו עדיין לא התקיים התנאי, ונפסק באבן העזר בסימן קמג שהאומר פסקו לי הכוונה דווקא לו ולא ליורשיו וא"כ גם כאן שאמר תן לפלוני הכוונה דוקא אליו ולא אל יורשיו.

ותירץ הקצות שיש חילוק בין האומר פסקו לי שבזה אנו אומרים שהתכוון דווקא אליו לבין אומר תן לו שכונתו גם ליורשיו.

[יש לציין שהקצות לא תירץ את קושייתו הראשונה ולכאורה זו קושיא עצומה כיצד חייב הרמב"ם את השליח אם לא נתקיים התנאי]

הנתיבות (י) כתב שקושיית הקצות אינו קשה שהרי כל תנאי זה נעשה לטובתו של המקבל (מלווה) ולכן ביכולתו למחול על התנאי ולזכות במעות מהרגע הראשון ולכן אם יחזיר השליח יתחייב.

במשובב כתב שלא שייך שהמקבל ימחל שהרי תנאי זה אינו לטובתו.¹⁰⁰³

סעיף ב

דין 'הולך כזכי' בפקדון

הבאנו בסעיף א את דברי הגמ' בגיטין יד. שבפקדון אין אומרים הולך כזכי, אלא במקום שהנפקד הוחזק כפרן, מפני שבמקרה רגיל אין הנפקד יכול לזכות למפקיד ע"י שליח, מפני שיכול המפקיד לומר, אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר, אבל האם הנפקד הוחזק כפרן ודאי רצונו בכך.

וכתב הטור בשם הרמ"ה שאם נתן הנפקד את הפקדון לשליחו של המלווה, ודאי בזה אומרים הולך כזכי ואין הנפקד יכול לחזור בו, כיון שהמלווה גילה דעתו שרצונו שיתן לאותו שליח, ואף אם לא מינה לו שליח אלא רק המציא לו שליח, כלומר שגילה דעתו שמוכן שישלח על ידו, אין המשלח יכול לחזור בו, למרות שאינו נפטר מאחריות בזה, והוסיף שאף אם לא מינהו שליח ולא המציא לפניו, אלא שידוע שהוא נאמן על המפקיד ובכל יום היה מפקיד אצלו, אומרים 'הולך כזכי' ואינו יכול לחזור בו.

הב"י הביא שכן כתבו הרשב"א¹⁰⁰⁴ והר"ן¹⁰⁰⁵ ואף הרמב"ם כתב¹⁰⁰⁶ שאינו יכול לחזור בו הואיל ועדיין חייב באחריותו, **ולמד מדבריו המגיד משנה**, שבא לומר שבמקום שאינו חייב באחריותו כגון שרגיל להפקיד אצלו, אינו יכול לחזור בו וכדברי הרמ"ה.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰¹ פרק ו הלכה א.

¹⁰⁰² עיי"ש שעפ"י זה יישב את קושיית התוס' בגיטין יא: ד"ה 'כל האומר'.

¹⁰⁰³ העירני ר' איתן וגנר שמלשון הרמ"ה בטור אכן משמע כנתיבות שהתנאי נעשה לטובתו של המלווה, אך ברשב"א לכאורה משמע כקצות שהתנאי אינו לטובת המקבל, שהרי האשה ודאי מעדיפה למחול על התנאי וכבר להתגרש, ואעפ"כ כתב הרשב"א שאסורה להתגרש לכתחילה, ודוק.

¹⁰⁰⁴ גיטין יד: ד"ה הילכך.

¹⁰⁰⁵ גיטין ו: ד"ה איתמר.

¹⁰⁰⁶ שכירות פרק א הלכה ו.

¹⁰⁰⁷ **יש לדון אם כוונת המגיד משנה לומר** שהטעם שהשומר אינו יכול לחזור אינו מפני שאינו חייב באחריותו, אלא זהו רק סימן לדבר שכשם שאינו חייב באחריותו הואיל ורצונו של המפקיד היה שישלח על ידו, הוא הדין שיכול לזכות לו ע"י אותו אדם, ושוב אינו יכול לחזור בו, ויוצא שגם כאן הטעם שאינו יכול לחזור בו הוא מפני שכבר זיכהו [כן נראה שסבר הלחם משנה, והגדיל לעשות בכתבו " כלומר רבינו כתב טעם זה אע"ג דליתיה משום דנפ"מ הא", כלומר שאינו חייב בהחזר, אלא רק בא לומר שכאשר אינו חייב באחריותו יש בזה זכות].

או שהמגיד משנה סבר שכאן באמת איננו אומרים שיכול לזכות למפקיד אף אם נתן לאחד שנאמן אצלו, שעדיין אין זו זכות, אך מכל מקום אינו יכול לחזור בו מטעם אחר, והוא- שלשומר עצמו אין זכות בחפץ מלבד בחובת שמירה, ולכן הואיל וכבר אינו מחוייב בשמירה, אין לו זכות לקחת את החפץ אצלו חזרה, ועיין בהערה 1008 שם הראינו שנראה שהנתיבות הבין כאפשרות השניה, ושפשט דברי הטור והשו"ע כאפשרות הראשונה, אמנם מן הרמב"ם עצמו באמת נראה כהבנת הנתיבות, וכפי שדייקנו, שהטעם שפטור כשהפקיד אצל נאמן אינו משום זכות, אלא משום שכבר אין לו זכות בחפץ.

ולאחר כותבי זאת מצאתי בלשונו הקצרה של המחנה אפרים בחידושו על הרמב"ם דין זה, שנראה שכתב ממש כאפשרות השנייה שהבאנו, ומחמת חביבות הדברים נעתיק לשונו כאן:

בגמרא אמרו מטעם שאין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר, אבל האי טעמא לחוד לא סגי אי לא הוה עדיין חייב

באחריותו, דהרי זה אומר לאו בעל דברים דידי אתה [א"א- וזה מה שכתבנו שאם אינו חייב באחריות, אין לו זכות

להחזיר את החפץ אף אם לא זיכהו].

עוד כתב שם:

וכתבו הב"ח הסמ"ע (טו) והש"ך (יז) שאף אם ירצה הנפקד לקבל שוב אחריות על החפץ, אין הנאמן צריך להשיב לו, שכבר אין לו עסק עימו.

הנתיבות (ד) כתב שנראה ששיטה זו שאינו יכול לחזור כשהפקיד ביד נאמן, זה דווקא לפי הסוברים בסימן רצא סעיף כד שמסר לשומר שנאמן אצל המפקד, פטור מתשלום אף שפשע השני ואין לו ממה לשלם, ולכן זה נחשב שמסר לו לגמרי ואינו יכול לחזור בו, אבל לפי הסוברים שאם פשע השומר השני חייב הראשון, א"כ יסברו שיכול הנפקד לחזור בו, שאין לומר שזכות למפקד במה שנתן לשומר שנאמן עליו שיאדרבה הוא קצת חוב דהראשון היה חייב לשומר ולא שייך לומר שכבר זכה בו.¹⁰⁰⁸

הסמ"ע (ב) ביאר מדוע במלווה איננו אומרים שאינו יכול לזכות לו ללא רשותו, מפני שהואיל והלוואה להוצאה ניתנה, תמיד טובת המלווה שיצאו המעות מן הלווה, לעומת פקדון שהוא בעין, שבד"כ אין רצונו שיצא לאחר.¹⁰⁰⁹

עוד כתב הסמ"ע (ג) שכאשר לא הוחזק כפרן הברירה ביד הנפקד אם לחזור בו או לא ולא אומרים שחייב לחזור בו שהרי ודאי המפקד יודע שיום אחד יחזיר לו הנפקד גם ע"י שליח נאמן
וכתב הש"ך (יד) שגם אם יחזור וגם אם לא בכל מקרה יהיה זה באחריותו עד שיגיע ליד המפקד אלא שנפ"מ היא לומר שגם אם לא יחזור בו לא נקרא עובר על דעת הבעלים.

הנפקד לא הוחזק כפרן אך השליח קיבל עליו אחריות מלאה, אם יכול הנפקד לחזור בו?

הב"ח התקשה בלשון הרמב"ם שהבאנו לעיל שכתב שאם מסר לפקדון לשליח יכול לחזור בו הואיל ועדיין חייב באחריותו, שלכאורה טעם זה סותר את דעת רב שכמותה פסק הרמב"ם עצמו בהלכות שכירות¹⁰¹⁰ שאף שחייב באחריותו אינו יכול לחזור בו¹⁰¹¹, וכתב שביאורו של המגיד משנה שכונתו למעט מקרה שהשליח נאמן על המפקד אינו מספק.¹⁰¹²

על כן ביאר הב"ח בביאורו השני שהרמב"ם בא למעט מקרה בו קיבל השליח אחריות גם על האונסים, שבזה אין הנפקד יכול לחזור בו, הואיל ובוזה אין המפקד יכול לומר שהשליח אינו נאמן עליו בשבועה.
והש"ך (טו) חלק על דבריו וכתב שגם אם השליח קיבל אחריות אונסים, יכול הנפקד לחזור בו, וכן המפקד לומר שהשליח לא נאמן עליו בשבועה וייתכן שהשליח לא באמת נאנס, והחפץ בידו עדיין.
והפ"ש (א) הביא את דברי הדגול מרבבה שביאר בדברי הש"ך שאע"פ שהשליח חייב כי קיבל אחריות, וממילא לכאורה אין סיבה שלא להאמין לו שנאנס שהרי בלאו הכי ישלם, מכל מקום יש סיבה שלא להאמינו שיכול המפקד לטעון שהשליח נתן ענינו בחפץ.¹⁰¹³ לשון השו"ע:

הא דבפקדון אינו יכול לחזור וליטול מיד לוי, דוקא כשהוחזק הנפקד כפרן, דאז זכות למפקד שתצא מתחת ידו. אבל לא הוחזק כפרן, יכול הוא לחזור וליטול.
ואי שווייה מריה דפקדון שליח להביא לו, כיון דגלי דעתיה דניחא ליה דליתביה ליה, אם בא לחזור אינו חוזר.

כתב המגיד משנה 'ונפקא מינה שאם היו הבעלים רגילים וכו', בגמרא אמרו הטעם דאין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר, אלא דלפי זה קשה עדיין בלאו האי טעמא כל שלא הוחזק כפרן מאי זכיה שייך, מה לי שומר ומה לי זה ואמאי לא מצי מהדר ביה, ולזה אמר משום דחייב באחריותו מהטעם הנזכר, אבל כל היכא דליכא להאי טעמא הרי זה פטור כמו שכתב המגיד משנה ז"ל. [א"א- וזה מה שכתבנו שהדין הראשון אינו עובד מדין זכיה, שלא שייך זכין בזה].

עוד עיין למעלה בסיכום שהבאנו שהב"ח ביאר את הרמב"ם באופן אחר, והוא שהרמב"ם רצה למעט מציאות שבה הנפקד הראשון פטור מתשלום והשני לא, שבזה ודאי שאינו יכול לחזור בו, שזכות הוא למפקד שיהיה החפץ ביד השני.

¹⁰⁰⁸ **מה שהבנתי בדבריו** שסבר שלשתי הדיעות זה לא נחשב כזכות למפקד, והסיבה שלדיעה הראשונה אינו יכול לחזור בו, אינה משום שזיכה לו אלא הואיל ומסר לשומר אחר ברמתו שוב, אין לו זכות בחפץ זה, שאין לשומר זכות בחפץ מלבד האחריות, וכשבטלה האחריות בטלה שייכותו לחפץ.

ויש להעיר שמדברי הטור והשו"ע נראה שאף במקרה שהפקיד ביד נאמן, סיבת הפטור הינה משום שזכות הוא לו, וא"כ אין חילוק בין מציאות שנפטר הנפקד מאחריות למציאות שאינו נפטר כדעת רב שאף שחייב באחריות אינו יכול לחזור בו ודוק. ובהערה 1007 הראינו שדווקא ברמב"ם נראה כדברי הנתיבות ושכן הבין המחנה אפרים עיין שם.

¹⁰⁰⁹ **ר' אהרון קרמר העירני** שהיה מקום לומר טעם פשוט יותר: שבפקדון האדם חפץ החפץ זה ספיציפי ולכן לא מועיל שהנפקד חייב באחריות, עדיין אין רצונו שפקדונו יילך ביד אחר, מה שאין כן במלווה שאין חפץ ספיציפי ולכן, הואיל ונשאר חייב באחריות, ודאי זכות הוא לו שכבר ישלח לו את המעות ע"י שליח, שהרי גם אם יאנסו, הוא ישלם לו מעצמו. **ומצאתי שכן ביאר המהרש"א שם.**

אמנם מצאתי בספר שמחת עולם לר' חיים שבתאי לאגו שאין טעם זה מספיק, הואיל ובפקדון של מעות, אין לאדם קפידא במעות מסויימים, ולכן בזה היה צריך להיות הדין כהלואה והיה לגמי לומר בפשטות שהבריתא דיברה במעות בפקדון, ולא הייתה צריכה להעמיד במקרה שהוחזק כפרן.

ויתכן שלכן הסמ"ע נשמר מטעמו של המהרש"א וכתב שהטעם מפני שמעדיף שיהיו מעות בעין ולכן בפקדון הואיל והם כבר בעין, הוא מעדיף שהם ישארו ברשותו.

ולפי יש לדון מה יהיה הדין במעות שאינם צבורים שמותרים בשימוש, ויתכן שבהם הדין יהיה כמלווה, שגם כשלא הוחזק כפרן, אינו יכול לחזור בו, **ויש לעיין בזה.**

¹⁰¹⁰ פרק טז הלכה ג.

¹⁰¹¹ כמו כן זה סותר את המשך ההלכה עצמה בשכירות א, ו שכתב שאם הוחזק כפרן אינו יכול לחזור בו אף שחייב באחריות.

¹⁰¹² ובהערה 1012 כתבנו מה שנראה לנו בהבנת הרמב"ם, ע"ש

¹⁰¹³ המעייין יראה שאכן זוהי כוונת הש"ך ודוק.

ואפילו בממציא לו שליח, דלא מיפטר בהכי שומר מאחריות, או אפילו לא ממציא ליה שליח, אלא דשליח מהימן גבי מפקיד ובכל יומא הוה מפקיד גביה, אם בא לחזור אינו חוזר.

סעיפים ג-ז¹⁰¹⁴

אם יכול השליח לעכב ממועות המשלח בטענה שהמלוה (הנמען) חייב לו מעות?

כתבו התרומות¹⁰¹⁵ והטור ששליח שקיבל מעות למסור למלוה של המשלח, יכול לעכב את המעות בטענה שאותו מלוה חייב לו כסף, אך זאת בתנאי שהמלוה מודה שהוא חייב לשליח, וכן שאין למלוה שאר נכסים שיכול השליח לגבות מהם ושהגיע כבר זמן הפרעון, שרק במקרה הזה אין המשלח יכול לעכב בעדו, מפני שאף הוא מחוייב לו מכח 'שעבודא דר' נתן', אך במקרה שיש לו נכסים יכול המשלח לעכב בעדו ולומר שהואיל והוא אינו משועבד מדינו של ר' נתן, אם יעכב השליח את המעות בעדו, הוא יתחייב לשלם שוב למלוה, ולכן מחוייב השליח למלא שליחותו ולתת את המעות למלוה.¹⁰¹⁶

וכן במקרה שהמלוה אינו מודה כלל בחוב, שאף בזה עדיין ישאר המשלח חייב לו, ולכן מחוייב לתת למלוה, אף אם אין לו נכסים אחרים, והשליח אינו נאמן לומר שהמלוה חייב לו במיגו שיכל לומר שכבר הביא לו את המעות, הואיל ומיגו זה הוא כנגד המלוה, אך כנגד הלווה (המשלח) אין לו מיגו שאינו יכול לטעון שהשיב למשלח, שהואיל ונפסק שאנו אומרים שהאומר 'הולך' דינו כ'זכה', ממילא אין השליח יכול להשיב למשלח ולכן אינו נאמן שכך עשה.

הש"ך (יח) העיר שבפשטות דין זה של התרומות והשו"ע בנוי על ההנחת יסוד שדינו של ר' נתן שייך רק כאשר אין ללוה נכסים, ולכן כל עוד יש למלוה נכסים אין המשלח התחייב לשליח, וא"כ הש"ך אמור לחלוק על דין זה כשם שהשיג על השיטה הנ"ל בסימן פו ס"ק ה, וביאר שדינו של ר' נתן חל גם כשיש נכסים, אלא שכשאינן נכסים, לא ניתן לכופ את הלווה השני לשלם כשיש לו פסידא כשם שתיקנו חז"ל ללקוחות שאין גובים ממשועבדים כשיש בני חורין, וא"כ כאן שלשמשלח אין נ"מ אם השליח יקח את הכסף או המשלח, היה צריך להיות הדין שגם שיש למלוה נכסים, יכול השליח לעכב מכח דינו של ר' נתן.¹⁰¹⁷

אך **כתב הש"ך שניתן לומר שאף התרומות והטור מודים** שדינו של ר' נתן שייך גם כשיש נכסים משועבדים, אלא שכאן מדובר שיש למלוה גם מעות אחרות ובזה ודאי יכל המלוה לומר שרצה לפרוע ללוה שלו (השליח) דווקא במעות אחרות, מפני שתמיד זכותו של הלווה לבחור מאיזה מעות לפרוע, אך באמת אם אין לו מעות אחרות, אלא קרקע וכדו' יכול השליח לעכב את המעות אצלו, ואפילו אם יש למלוה זיבורית, יכול הלווה לעכב את המעות, הואיל ודינו של בעל חוב במעות.

וסיים הש"ך: 'ואם לא תפרש דבריהם כן, אלא כפשוטו וכאשר באמת דברי בעה"ת לא משמע כן למעיין בדבריו... אין דבריהם נראין לדינא'.

לעומתו הנהיבות (ה) כתב להצדיק את דין השו"ע כפשוטו ע"פ תפיסתו בסימן פו ס"ק ב שהשעבוד בדינו של ר' נתן, פועל מדין 'ערב', ולכן כל עוד יש למלוה נכסים והוא מוכן לשלם, לא ניתן לגבות מן הלווה המשלח, ורק במקרה שהמלוה אלים ניתן לגבות מן הלווה המשלח, על אף שיש למלוה נכסים.¹⁰¹⁸

עוד עיין בפיסקא הבאה שיתכן שהרמ"ה חולק על דין השו"ע הנ"ל.
[הבאנו שכתבו הטור תרומות שכשיש למלוה נכסים ומודה בחוב, אין יכול השליח לעכב את המעות. ונתקשה הב"ח מדוע שלא יוכל לעכב בידו, הרי בלאו הכי יצטרך המלוה לשלם לו, וכתב שהנ"מ היא שיוכל המלוה להוציא מעות אלו לצרכו או שיקנה בהם קרקע עידית והשליח יגבה מן הזיבורית. והש"ך (כ) השיג על דבריו שפשוט שזכותו של השליח לגבות ממועות ולא מקרקע, וכבר הבאנו לעיל בשמו שרק במקום שרוצה המלוה להביא לו מעות אחרות הרשות בידו].

מת המשלח ולא הותיר נכסים אם יכול השליח לעכב את המעות כשאין המלוה מודה בחוב, ומה הדין כשאין למלוה (החזי) נכסים ומודה בחוב, אך יש לו עוד בעלי חובות אחרים?

עוד כתבו התרומות והטור שבמקום שמת המשלח ולא השאיר נכסים, יכול השליח לעכב את הממוון בטענה שהמלוה חייב לו, אף אם אין המלוה מודה, וזאת מפני שכעת כל טענתו הינה מול המלוה, ובזה נאמן

¹⁰¹⁴ בסעיפים אלו עלו מסי קשיים בעיקר בהבנת דברי הנהיבות השונים, ולכן יש לקחת את הדברים כאן בערבון מוגבל, אמנם יש לקחת בחשבון שהשקעתי מחשבה בעניין, ולכן אף שבמבט ראשון נראה שלא לזה כוונת המפרשים ובעיקר הנהיבות, כדאי לבחון שוב את הדברים.

¹⁰¹⁵ שער נ חייב סימן ג.

¹⁰¹⁶ הש"ך (יט) הביא שהב"ח כתב שבפקדון אין חילוק בין מקרה שיש לו נכסים למקרה שאין לו כמבואר ברשב"א המובא בסימן פו, והעיר הש"ך שלשיטתו אין חילוק בזה כפי שיבואר שגם במלוה שיש לו נכסים שייך שעבוד דר' נתן.

¹⁰¹⁷ וכתב הש"ך שבמקרה שלנו שכבר תפס השליח, עוד יותר פשוט שהדין צריך להיות שאין מוציאים מידו שהרי המהרש"ל (ים של שלמה פרק ד סימן יט) כתב בדעת התרומות והטור שסברו שלא שייך דינו של ר' נתן כשיש נכסים שאף הם מודים שזה נאמר דווקא לגבי ב"ד שאינם מצווים להוציא מידו, אבל אם תפס אין מוציאים מידו, והעיר הש"ך שאמנם הש"ך בסימן פו חלק עליו בזה וסבר שאין לחלק בזה ושגם מהתרומות והטור כאן משמע כנגד דבריו, מכל מקום הדין עצמו אמת, ששייך דינו של ר' נתן אף בנכסים משועבדים.

¹⁰¹⁸ ועיין שם בסימן פו שביאר כן גם בשיטת הש"ך, ומכאן נראה שהש"ך לא מודה לזה.

במיגו שיכל לומר שכבר הביא לו את הכסף¹⁰¹⁹, ואפילו אם קיבל את הכסף בעדים נאמן בשבועת היסט לומר שהמלוה חייב לו כנגד המעות הללו כשם שהיה נאמן לומר בשבועת היסט שפרע, ולירשי המשלח אין צד בדבר, שבלאו הכי לא הותיר אביהם נכסים, ולא נותר להם שום חוב מול המלוה.

לאחר דברים אלה הביא הטור את דעת הרמ"ה שסובר שאינו יכול להחזיק במעות אלו כנגד חוב שיש לו אצל המלוה, וזאת מפני שהמשלח אמר לו 'הולך' והתכוון לזכות למלוה, ולכן אם זיכה למלוה נתקיימה שליחתו, ואם לא זיכה למלוה, המעות לא יצאו מרשות המשלח כלל, ולכן אינו יכול לעכב בעד חובו.¹⁰²⁰

הב"ח הבין שהרמ"ה חולק על הדין הראשון שכשאין למלוה נכסים אחרים ומודה המלוה בחוב, יכול השליח לעכב את המעות בידו, ולדעת הרמ"ה אינו חייב.

ונתקשה הב"ח מדוע שאינו יוכל לעכב בידו, והרי אף אם המעות היו ביד המשלח, היה יכול לחייבו לתת לו את המעות, הואיל והמלוה חייב לו.

וביאר שמדובר באופן שיש עוד בעלי חובות לאותו המלוה, ולכן לדעת הרמ"ה מחוייב להחזיר את המעות למשלח, ויחלוק בשוה יחד עם שאר בעלי החובות, ולדעת התרומות כבר זכה המשלח במעות ואינו חולק עם השאר.

ולהלכה הכריע הב"ח כדעת הרמ"ה הואיל והלכה רווחת בישראל שכל שעבר על דעת משלחו שליחתו בטילה.

הש"ך (כג) השיג על דברי הב"ח במה שהבין שהמחלוקת מוסבת על הרישא, וכתב שפשוט שלא מדובר פה באופן שהמלוה חייב לאחרים, שהרי עיקר דעת הטור שיכול השליח לעכב, הוא מפני שהמשלח כבר נפטר מחובו בטענה שבלאו הכי היה מחוייב לתת את המעות לשליח מכח דינו של ר' נתן, ואם מדובר במקרה שיש עוד בעלי חובות, הרי הוא היה צריך לתת אף לאחרים, ולכן אף לדעת הטור פשוט שאם יש בעלי חוב אחרים אף להם יש זכות במעות.

עוד הוסיף הש"ך (כד) על הכרעת הב"ח וכתב שהעיקר כדעת השו"ע שיכול לעכב בעבור חובו, ואין זה נחשב כעובר על דעת משלחו, אלא שרוצה להחזיקם לעצמו.

הקשו שער משפט (ג) והנתיבות (ט) על מה שכתב הש"ך בהשיגו על הב"ח, שלא מועילה תפיסה של השליח במידה ויש עוד בעלי חוב, שהרי פשוט שבדבר שאין בו קדימה מועילה תפיסה כמבואר בסימן קד. **וכתב הנתיבות לבאר** שתפיסה מועילה דווקא מן הלווה עצמו מפני שהוא מחוייב לכל אחד מהלווים מנה בפני עצמו, אבל לא מהלווה של הלווה שמשועבד רק מדינו של ר' נתן, שהוא חייב מנה אחד ולכולם יש שעבוד שווה בו, ולכן לא מועילה בזה תפיסה של אחד מהם.¹⁰²¹

מת המשלח ולא הותיר נכסים, אם נאמן השליח לומר שהמלוה חייב לו במיגו דפרעת?

וכתב הש"ך ששיטת הרמ"ה אינה חולקת על הרישא כי אם על הסיפא, שהרמ"ה סובר שאף אם מת המלוה ולא הותיר נכסים, לא זכה השליח במעות במידה והמלוה אינו מודה, ואינו נאמן מכח מיגו. **השער המשפט כתב לבאר** לפי זה מה סבר הרמ"ה, שהרי פשוט שמועילה תפיסה מחיים, אף אם החפץ לא יצא מיד הלווה, וכתב לבאר שהרמ"ה סבר כדעת הריטב"א שכאשר קיבל אדם פקדון מן המת לא מועילה תפיסה מחיים.¹⁰²²

וכתב הנתיבות (ח) שמה שנחלקו במקרה שמת המשלח זה דווקא כשאין נכסים למשלח, ויש נכסים למלוה. אך במקרה שגם למלוה אין נכסים מודה הרמ"ה שיכול השליח לתפוס במעות לעצמו ואף שלא יצאו המעות מרשות המשלח כל שלא הגיעו למלוה, שהרי אף המשלח עצמו מחוייב לו מכח שעבודו של ר' נתן.¹⁰²³

וכתב הקצות (א) שדווקא באומר תן או הולך סובר הרמ"ה שנחשב לשון של תנאי שמזכה לו רק כשיגיע לידי המלוה אך אם אמר זכה גם לדעת הרמ"ה זכה מיד וא"כ יכול השליח לתפוסו עבור חוב שחייב לו המלוה.

¹⁰¹⁹ עיין בהערה 1025 שהבאנו שהנתיבות סבר שהטעם שכשחי הוא אינו נאמן, אינו מפני שטענתו כנגד המלווה ולא כנגד המשלח, אלא מפני שאין לו מיגו, שטוב לו לטעון שהמלווה חייב לו מאשר לטעון שפרע ובכך נראה כמעיד עדות שקר, ולפי דבריו צריך לומר שהטעם שנאמן כאשר הוא מת אינו מפני שהטענה כעת הינה כנגד המלווה, אלא מפני שכעת אין בדבריו משום עדות שקר, שהרי כבר אינו מעיד לטובת המשלח שכבר מת.

¹⁰²⁰ עיין בסעיף א בעמוד 270 שהבאנו את דברי הקצות שדן בדברי הרמ"ה הללו שמדבריו יוצא שדין הולך אינו כזכה גמור אלא מותנה בכך שגייע למקבל, והקשה מספר קושיות על יסוד זה, וכן עיין שם שהנתיבות הבין שהתנאי נעשה לטובת המלווה (המקבל) ויכול למחול עליו, ושהקצות השיג עליו שם.

¹⁰²¹ **אך עיין בשער משפט** שהוכיח מסימן קיא סעיף כג שאף בשעבודא של ר' נתן שייך תפיסה. **והנחל יצחק כתב ליישב** (פו סימן א ענף ב) ששם מדובר שנשתעבד מטלטלים אגב קרקע, ולכן יש לכל אחד שעבוד בנכס עצמו ולכן מועילה תפיסה, מה שאין במקרה שלנו שאינו משועבד אלא בגוף, ובה לא מועילה התפיסה.

ובערך שי כתב לבאר שהמקרה בסימן קיא הוא במקרה שגם לוהו ב' חייב כנגד כל בעלי החובות אלא שיש לו לשלם רק כנגד אחד מהם, ולכן בזה מועילה תפיסה, (מקורות אלו לקוחים מההערות על הנתיבות (דזימטרובסקי) הערה 74.

¹⁰²² על פי זה שאין צורך לנימוקו של הש"ך שהבאנו לעיל מדוע לפסוק כשייך שהרי באלו הכי כבר השיג הש"ך על הריטב"א הנ"ל במקום אחר ולדעתו מועילה תפיסה באופן הזה, עיי' בדבריו.

¹⁰²³ עוד עיי' בהמשך דבריו במה שביאר שאף לפי הש"ך שסבר שגם כשיש נכסים שייך שעבודא דר' נתן, מכל מקום יש לחלק בין יש לו נכסים לאין לו נכסים ולא הבנתי דבריו לאשורם.

האם נאמן השליח לטעון שהמלוה חייב לו במידה ויכל לכפור בכך שהלווה שלחו?

הבאנו לעיל שכתב הטור שהסיבה שהשליח לא יכול לעכב את המעות בידו במידה והמלווה כופר בחוב ואינו נאמן במיגו שפרע לו, מפני שהמיגו כנגד המלווה ולא כנגד הלווה, שאינו נאמן לומר שהחזיר ללוה הואיל וקיי"ל שאין המשלח יכול לחזור בו.

על פי זה למד הדרישה וכן כתב בסמ"ע (יט) שאם יש לו מיגו שכלל לא קיבל את המעות, כגון שמסרו המשלח שלא בעדים, נאמן לומר שהמלווה חייב לו במיגו זה, וכתב שיש לומר שהמשלח נפטר אף הוא מחובו למלוה.¹⁰²⁴

אך הב"ח כתב שאין לו מיגו הואיל וכבר הודה שקיבלם מהמשלח, שוב לא נאמן לומר שלא קיבל. **ובתחילה כתב הש"ך (כא) שדברי הב"ח תמוהים** שהרי כל מיגו הוא כזה שאומר דבר מסויים אך נאמן כיון שיכל לטעון משהו אחר ולשקר.

אך בסוף כתב הש"ך שדברי הב"ח נכונים מפני שכעת אין לשליח שום טענה כנגד המשלח ולכן לא מועיל מה שיכל לטעון כנגדו, שכעת אינו נפטר משליחותו עד שיתנם למלוה ולכן כופהו ליתנם למלוה, והאריך להוכיח שאף שמפשוטות הטור והתרומות משמע כסמ"ע, מפני שאמרו שאינו נאמן בטענת החזרתי, משמע שאם היה נאמן זה היה מועיל, מכל מקום נראה שכוונתם לומר שאינו נאמן לטעון שהמשלח חייב לו במיגו שהחזיר, אבל לטעון שהמלוה חייב לו אינו נאמן, גם כשיש לו מיגו כנגד המשלח.

הט"ז השיג על הסמ"ע שכתב שנאמן השליח לומר שהמלוה חייב לו במיגו שיכל לומר שלא קיבל מהלווה, וקושיתו מכיוון אחר, וכתב שפשוט שאין דברי הסמ"ע נכונים במה שכתב שבאופן הזה נפטר המשלח מן החוב, שהרי המלווה יכול לומר שהמשלח פשע בכך שאפשר לשליח להיות נאמן במיגו לטעון שהמלוה חייב לו, וא"כ פשוט שאין השליח יכול לעכב את הממון, שאף אם נאמינו שהמלוה חייב לו, מכל מקום אין ביכולתו להפסיד את משלחו. [אמנם הט"ז הסכים שבתרומות משמע שיהיה נאמן במיגו כזה רק תמה מדוע עיי"ש].

והנתיבות (ו) כתב שנראים דברי הט"ז במה שכתב שאין המשלח נפטר.

ומכל מקום הצדיק בס"ק ז את דברי הסמ"ע במה שכתב שנאמן לטעון שהמלוה חייב לו במיגו שיכל לטעון שלא קיבל את המעות, שהרי טענה זו הינה כנגד המשלח שטוען בעצם שפרע לו ע"י שגבה חובו מן המלווה, ולכן כשיש לו מיגו על טענה זו נאמן. [א"א- ולכן לא שייכת טענת הט"ז שאינו יכול להפסיד את משלחו, שהרי לטענתו כבר פרע לו ונאמן על כך, ומה בכך שאין זה פוטר את המשלח].

אך כתב הנתיבות שמכל מקום אינו נאמן לטעון שהמלוה חייב לו במיגו שיכל לומר שפרע למלוה, והסיבה היא מפני שאין זה מיגו טוב, שהרי פשוט שהוא מעדיף לטעון שהמלוה חייב לו מאשר להראות כמעיד עדות שקר שפרע למלווה מה שלא פרע.¹⁰²⁵ (זה מבואר בנתיבות ס"ק ו).

[**וכתב הנתיבות** שאין זה דומה למבואר בסימן נח סעיף א שאין המלווה יכול לקחת משליח הלווה מעות, ששם המעות נחשבות עדיין של הלווה, והשליח יכול לטעון שאין ביכולת המלווה להפסידו שיתחייב לשלם למשלחו, מה שאין כן כאן שכבר הוציא המשלח את המעות בידו הואיל ואמר 'הולך' ודינו כ'זכאי' ובה נאמן השליח לומר שהמלווה חייב לו אף שמפסיד את משלחו, אלא שלדעת הרמ"ה דין 'הולך' כ'זכאי' נעשה על תנאי שיפרע למלווה ולכן כאשר לא פרע למלווה זה נשאר ברשות משלחו, ואין ביכולתו להפסידו ולכן חייב ליתן למלווה].

אף הנודע ביהודה¹⁰²⁶ סבר כדברי הנתיבות שאם יש לשליח מיגו כנגד המשלח נאמן לעכב את המעות, ומכל מקום אינו פוטר את המשלח מחובו, **והובאו דבריו בקצרה בפת"ש (ב)**

האם נאמן השליח לטעון שהמלווה חייב לו במיגו שיכל לטעון שנאנסו המעות?

הקשה המהר"א ששון¹⁰²⁷ מדוע השליח אינו נאמן לטעון שהמלווה חייב לו במיגו שיכל לטעון שנאנסו המעות, **ונשאר בצ"ע.**

וכתב הש"ך (כא) שבאמת נאמן במקרה שיש לו מיגו זה, אלא שכאן לא עסק הטור בדינים אלו, וכאן מדובר שאינו יכול לטעון נאנסו, כגון שידוע שכבר נשתמש במעות שכבר מחוייב באונסים או במקרים אחרים המבוארים בסימן רצו סעיף ג.¹⁰²⁸

¹⁰²⁴ הנתיבות (ו) נתקשה מדוע כאן סבר הסמ"ע שהמשלח נפטר מכח טענתו של השליח שהמלווה חייב לו במיגו שיכל לומר שלא קיבל מעות מהמשלח, ואילו בסימן קכא סעיף ט נפסק ע"פ הגמרא בקידושין מג. שאף שנאמן השליח לומר שפרע למלווה, מכל מקום אין הוא פוטר את הלווה.

ותירץ הנתיבות שבמקרה בסימן קכא אין לו מיגו טוב, שאין לו יתרון לומר שהחזיר ללוה ולא שפרע למלווה, ולכן אינו פוטר את הלווה, אך במקרה שלנו יש לו מיגו מעולה, שיכל לטעון שלא קיבל מעות מהלווה והיה לו עסק רק עם הלווה, וכעת שטוען שפרע למלווה יש לו עסק גם עם הלווה שדורש ממנו לקיים שליחותו וגם עם המלווה שטוען שאינו חייב לו, ובמיגו כזה נאמן לפטור את המשלח, ועיין בנתיבות בסימן נח ס"ק א מה שהקשה על ביאור זה מהמבואר שם.

¹⁰²⁵ ולכאורה זה סותר את דברי הטור שכתב שהטעם שאינו נאמן במיגו זה, הוא מפני שטענה זו הינה כנגד המלווה ולא כנגד המשלח, ולפי הנתיבות טענה זו הינה גם כנגד המשלח שהרי טוען שפרע, אלא שאינו נאמן בה שאין זה מיגו טוב, ודוק, ודברים אלו מבוארים יותר בס"ק ו.

עוד יש להעיר שאין הכוונה שבאמת מעיד עדות שקר, שהרי אין הוא נאמן לפטור את הלווה כמבואר בקידושין מג. אלא הכוונה שנראה כמעיד עדות שקר ודוק.

¹⁰²⁶ ח"מ מהדורא קמא סימן יט.

¹⁰²⁷ תורת אמת סימן קו.

¹⁰²⁸ אף הט"ז כתב שנאמן השליח במיגו של טענת 'נאנסו', וכתב שהתרומות רק בא לומר שמיגו של טענת החזרתי אינו מועיל וצריך מיגו אחר כגון נאנסו או שלא קיבל מעולם, אך גם כאן שייכת תמיהתו שהבאנו לעיל, שאינו מובן

לשון השרייע:

סעיף ג:

אם אמר שליח למלוה: הנה מעותיך ששלח לך פלוני בחובך בידי אך אני רוצה להחזיק בהם בשביל חוב שיש לי בידך, אם המלוה מודה לשליח שיש לו בידו ואין לו שאר נכסים שיגבה מהם זה חובו, והגיע זמן הלואתו, אין כח ביד המלוה לערער על המשלח ולומר: הפסדתני מעותי שמסרתם לידי מי שאיני יכול להוציאם מידו, שהרי המשלח יאמר: אף אם היו עדיין בידי היו מוציאין מידי מדרבי נתן הואיל ואין לך נכסים אחרים. אבל אם יש לו נכסים אחרים, המשלח כופהו לשליח ליתנם למלוה, שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב, והשליח חוזר וגובה אותו ממנו (מהמלוה). וכ"ש אם אין המלוה מודה לשליח, שחייב ליתנם לו אפילו אם אין לו נכסים אחרים.

סעיף ד:

ואם מת המשלח ולא הניח נכסים, חזר הדין בין השליח ובין המלוה שנשתלחו לו. ואפילו קבלם השליח מהמשלח בעדים, מגו שיכול לומר למלוה: (פרעת'ך) ונאמן בהיסת, נאמן גם בהיסת לומר לו: אני תופסם בחובי שאתה חייב לי, כיון שאין תובעו בהם המשלח ולא יורשיו. ויש מי שאומר שאם בא השליח להחזיק בהם בשביל חוב שיש לו ביד המלוה או המפקיד, אינו יכול.

סעיף ה

האומר הולך מנה לפלוני במתנה אם יכול לחזור בו?

לשון הגמרא בגיטין גיטין לב:

אמר אביו, נקטינו: שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט; נפקא מינה? להולך לאו כזכי דמי. **כלומר מבואר מדברי אביו** שהאומר הולך מתנה זו לפלוני, לא זיכה למקבל את החפץ, וממילא יוצא שיוכל הנותן לחזור בו ולבקש את החפץ שלו חזרה. **ביאר הסמ"ע (כג)** מדוע במתנה לשון הולך אינו כזכה בניגוד למלוה ופקדון, מפני שבמלוה ופקדון הוא כבר חייב למלוה ולמפקיד ולכן מספיקה לשון קלה בשביל לזכות לו משא"כ במתנה שממון זה לא היה של המקבל מעולם ולכן צריך לשון מבוררת יותר בשביל לזכות לו.

האומר לשליחו של המקבל הולך מנה זה במתנה, האם זיכה לו?

הטור הוסיף שאפילו אם נתן לשלוחו של המקבל ואמר הולך לא זיכה לו. **וביאר הסמ"ע (כג)** שבאמירת הולך ביטל את שליחות המקבל ולמרות שהמקבל רצה שיזכה בשבילו אין זה מועיל, ובדרישה ביאר שהטור למד כן מהגמרא בגיטין סג. שם מבואר שהאומר לשליח הולך גט זה, ביטל את שליחות המקבל.

האומר הולך מנה מתנה לעני אם יכול לחזור בו?

כתב הטור שהאומר הולך מתנה לעני, אינו יכול לחזור בו, מפני שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. **והעיר הב"י** שדברי הטור לקוחים מן הירושלמי בב"מ¹⁰²⁹ והביאו הר"י בב"מ בפרק הזהב¹⁰³⁰. אך **כתב הב"י** שדבריו אינם מדויקים שהרי רק לגבי הקדש שייך לומר שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אלא כוונתו לומר שעשה נדר, וכך הלשון בירושלמי, **וכן כתב בשו"ע** שהאומר הולך מנה לעני אינו יכול לחזור והואיל ונעשה כנדר.

הסמ"ע כתב (כה) שדברי הטור מדויקים ומוכח בגמרא בר"ה ו. שגם לגבי צדקה לעני אנו אומרים שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט שהרי הגמרא למדה מן הפסוק "מוצא שפתיך..לה" אלוקיך" גם לגבי הקדש וגם צדקה ועל כולם כתוב לה' אלוקיך, וביאר שאמירה לעניים דינה כהקדש והואיל ועניים זוכים משולחן גבוה.

וכתב הסמ"ע שאמנם בצדקה אינו יכול לחזור בו, אך יכול למצא פתח לנדרו, אך כאן שכבר הביא לאחר שוב לא מועיל למצא פתח כמבואר ביו"ד סימן רנח שכאשר מסרם לגזבר שוב אינו להשאל על נדרו. **ובזה יישב את קושית הב"י בסימן רמג** שהקשה אם הדין היה שאמירתו כמסירתו, אז אפילו אם היה אומר אתן אינו יכול לחזור, וכתב שאכן כך אלא שבא לומר שהואיל ונתן כבר, שוב לא מועיל למצא פתח.

הש"ך (כז) הצדיק דבריו והביא שכן מבואר ברשב"א בתשובה¹⁰³¹ שכל שהביא ביד מי שזוכה לעניים אינו יכול להישאל עליו.

התומים (ח) הסתפק אם דברי הסמ"ע נכונים שיתכן שרק בנותן לגזבר, לא מועיל למצא פתח והואיל ונחשב כיד עניים, משא"כ בנותן למי שאינו גזבר.

כיצד יכול להפסיד את משלחו בגלל שהמלווה חייב לו שהרי לשיטת ה"י אין המשלח נפטר מכח המיגו של השליח ודוק.

¹⁰²⁹ פרק ד הלכה ב.

¹⁰³⁰ כ"ט:

¹⁰³¹ סימן רנו.

הקצות (ב) כתב בתחילה שודאי דווקא בגזבר לא מועיל למצא פתח בו שהרי כתב בתשובת ר' בצלאל הובא בש"ך סימן רנה ס"ק ו' שהטעם שאצל גזבר לא מועיל למצא פתח הוא בכדי שלא יהיה חמור כח הדיוט מכח הקדש, וכשם בהדיוט לאחר שהקנהו במשיכה שוב אינו יכול לחזור בו הוא הדין שנתן לגזבר, ומשמע שזה דווקא מפני שהגיע כבר ליד ההקדש, והוא הדין כאן דווקא שכבר הביא לגזבר העניינים.

אך למסקנה כתב הקצות שלענין עני אנו אומרים 'תן כזכי', מפני שהואיל וכבר התחייב לשלם מדין נדר, נעשה כחוב, שבו אנו אומרים 'תן כזכי'.¹⁰³²

הוסיף הקצות טעם נוסף שכשם שלענין שכיב מירע פסק השו"ע בסעיף ט שאנו אומרים שיתן כזכה' הואיל ודברי שכ"מ ככתובים ומסורים ולכן כוחו חזק ('אילים דיבוריה'), והוא הדין לגבי צדקה שכוחו חזק, ולכן לא יועיל להשאל על כך.

האומר הולך מנה מתנה לת"ח אם יכול לחזור בו?

הפתי"ש (ג) הביא שהכנה"ג¹⁰³³ **הביא את דברי המבי"ט**¹⁰³⁴ שהאומר הולך מנה לת"ח אינו יכול לחזור משום שהתחייב לקיים מצוה של יעץ חיים היא למחזיקים בה'.

אך השבות יעקב¹⁰³⁵ **השיג על הכנה"ג וכתב** שהמבי"ט דיבר במקרה של ת"ח עני, וכתב כן רק לרווחא דמילתא, אבל אם אינו עני ופרנסתו בריווח, יכול לחזור בו.¹⁰³⁶

הנותן מעות עיסקא לשליח בכדי שיתן הריווח והקרן לקטנה לכשתנשא ואירע קלקול במעות ורוצה אביה ליטול המעות כעת?

הפתי"ש (ד) הביא את דברי הבית אפרים¹⁰³⁷ **שדן בדבר** הנותן מעות לשליח בכדי שיתן הרווח והקרן לקטנה לכשתנשא ואירע קלקול במעות ורוצה אביה ליטול המעות כעת.

והשיב הבית אפרים שאין האבא יכול ליטול את המעות שהרי המעות עוד לא הגיעו לרשותה עד שתנשא. **וכתב הבית אפרים** שאפילו אם אמר הנותן בפירוש להשליח שיהא הזוכה עבורה שתזכה לכשתגדיל, לא קנתה היתומה כמבואר בנדריים מ"ח: , ואין זה כאומר תן מתנה לעני שאינו יכול לחזור כמבואר אצלנו, מפני שאצלנו אמר הילך ולא הגביל זמן, אבל במגביל זמן יכול לחזור בתוך הזמן.

עוד כתב שאפילו אם נעשה באופן שהנותן אינו יכול לחזור בו, והקנין יחול בעל כרחו בהגעת הזמן, מ"מ כיון שכעת הקטנה עוד לא זכתה, היא אינה יכולה לדון עם השליח כלל.

ועל פי זה כתב שאפילו אם פשע השליח בהמעות ונגנבו או נאבדו, הוא פטור מחמת זכות היתומה לאחר שתגדיל, מפני שאין זה ממון גמור אלא רק גורם לממון, ואין זה נחשב כמזיק שעבודו של חבירו, מפני שבה השעבוד קיים כעת מה שאין כן במקרה שלנו ובפרט שכאן הנותן יכול לחזור בו. לשון השו"ע:

במה דברים אמורים דהולך הוי כזכי, במלוה או בפקדון; אבל במתנה לא הוי כזכי, אפילו עשאו שליח לקבל וא"ל הנותן: הולך לו, לא הוי כזכי. לפיכך אם אמר: הולך מנה לפלוני שאני נותן לו, יכול לחזור עד שיגיע ליד המקבל. ואם היה המקבל עני שאין לו ק"ק זוז, נעשה נדר ואינו יכול לחזור בו.

סעיף ו

האומר תן מנה במתנה מה לפלוני, אם יכול לחזור בו?

הבאנו בסעיף הקודם שמבואר בגמרא בגיטין לב: שהאומר הולך מתנה לפלוני, לא זיכה לו ויכול לחזור בו. **ונחלקו הראשונים** מה הדין במקרה שאומר 'תן מנה לפלוני', האם בזה נאמר שכן זיכה למקבל או לא:

ר"ת¹⁰³⁸ **סובר** שאף בזה אנו אומרים שלא זיכה לו, **וראייתו** מכך שהוצרכה הגמי' לומר שבמלוה ופקדון הולך ותן נחשב כזכה, ואם תן היה נחשב כזכה במתנה לא היה צריך לומר שנחשב כזכה לעניין מלוה, שהרי זה ק"ו שאם לשון הולך שלא נחשב כזכה במתנה נחשב כזכה לעניין מלוה, אז לשון תן שנחשב כזכה במתנה פשוט שיחשב כזכה לעניין מלוה.

ור"י הביא ראיה לדבריו מהתוספתא בגיטין¹⁰³⁹ ששם כתוב שהאומר תן יכול לחזור, אם לא אמר שהוא בחובו. **וכן הסכים לדברי ר"ת הרשב"א בתשובה**¹⁰⁴⁰.

¹⁰³² ודבריו מבוססים על תוס' (גיטין יב, א ד"ה כל האומר) שביאר שבשטר שחרור לעבד אנו אומרים 'תן כזכי' הואיל והאדון לא היה משחררו ללא שעשה לו טובה, ולכן זה נחשב כחוב.

¹⁰³³ הגהות הטור אות כג.

¹⁰³⁴ חלק א סימן קצה.

¹⁰³⁵ חלק ב סימן קנט.

¹⁰³⁶ ונראים דברי השבות יעקב שהרי אם הוא אינו צריך לכסף נראה שגם לא קיים בזה יעץ חיים למחזיקים בה' שהרי אינו צריך להחזיקו.

¹⁰³⁷ ח"מ סימן ע.

¹⁰³⁸ תוס' גיטין יא: ורא"ש פרק ראשון סימן יט, ר"ן ו: ד"ה וכתב

¹⁰³⁹ פרק א הלכה ז במהדורת ליברמן ובישנות הלכה יא.

¹⁰⁴⁰ ח"ג סימן קכו.

אך הרמב"ם¹⁰⁴¹ סובר שלשון תן נחשב כזכה אף לעניין מתנה, וציין הרשב"א בתשובה הנ"ל שנראה שהראב"ד מודה לרמב"ם.

וביאר הבי"י שהרמב"ם למד כן מכך שהגמ' אמרה שהולך לא מועיל במתנה משמע שדווקא לשון 'הולך' לא מועיל, אך 'תן' כן מועיל, עוד כתב שכן משמע בגמ' ש בדף יא: שכותבת שהאומר תן שחרור זה לעבדי אינו יכול לחזור בו, ודומה דינו למתנה.¹⁰⁴²

אף הרמ"ה סבר שלשון תן נחשב כזכה אף במתנה אלא שהוא מחלק שאם מתחילה המתנה הייתה אצל השליח שלא לשם מתנה, אז לשון תן אינה כזכה, ורק כאשר נותן לו כרגע מיד ליד, מועיל לשון 'תן', ומשמע מהמשך דבריו שצריך דווקא שיתן כעת מיד ליד, אבל אם אמר לו 'תן' ולקח השליח אח"כ אין זה מועיל, ורק בלשון 'זכה' מועיל דבר זה.

וכתב הבי"ח שהרמ"ה כתב כן כדי שלא יקשה מהתוספתא והירושלמי משמע מהם שתן אינו כזכה במתנה כפי שהבאנו לעיל, ולכן העמיד הרמ"ה ששם מדובר כשלא הגיע לידו מתחילה לשם כך.

הבי"י הביא שהראשונים¹⁰⁴³ **הביאו חילוק זה בשם ר"ת** אך יש להעיר שר"ת הביא חילוק זה לגבי כל דין הולך כזכי שלא נאמר אלא במקום שבעת נותן לו את החפץ.

והעיר הבי"ח שהרמ"ה חולק על ר"ת וסובר שדווקא במתנה חילוק זה נכון, אבל במלווה אנו אומרים שלשון הולך כמוהו כזכה אף אם לא נותן לו את החפץ כעת.

השו"ע הביא בסעיף ו את דעת ר"ת שאף לשון תן אינה מזכה במתנה, אלא אם כן אמר לו זכה בפירוש **ובסעיף ז הביא את דעת הרמ"ה** שהאומר תן במתנה זיכה למקבל, אך דווקא אם המתנה לא הייתה אצל השליח כבר לפני כן, ואם כבר הייתה לפני כן אינו יכול להקנותו אלא במעמד שלושתם, והוסיף שאפילו אם לא הגביה השליח בשעה שזיכה לו יכול להגביה אח"כ ולזכות לטובת המקבל אפילו שלא בפני המקבל והנותן.

האם במתנה במלווה ופקדון מועיל לשון 'תן' גם אם הממון לא הגיע כעת ליד השליח?

הבאנו לעיל שהשו"ע הביא ב' דיעות אם מועיל לשון 'תן' במתנה, ולדעת הרמ"ה זה מועיל במידה ומסרו לו מיד ליד.

וכתב הש"ך (כח) שאף ר"ת מודה שגם במלווה ופקדון לא מועיל לשון אם לא מוסר לו מעות כעת ליד השליח כמבואר בתוס' גיטין יג ד"ה והא, אלא שהשו"ע בא להשמיענו שלדעת ר"ת במתנה לא מועיל לשון תן אפילו אם מוסר לו את המעות כעת מיד ליד.¹⁰⁴⁴

התומים (יא) **העיר** שנראה שהש"ך לא צודק בדעת ר"ת שר"ת הביא חילוק זה דווקא קודם שתירץ שיש חילוק בין מלווה למתנה, אך לאחר שחילק שלעולם לא מועיל לשון תן במתנה, אין צורך לומר שגם במלווה צריך מיד ליד.

אך מכל מקום כתב התומים שמדברי הטור משמע שקיבל את ב' תירוצי תוס' לדינא, ולכן נכונים דברי הש"ך להלכה, **וכן הסיק באורים (כג).**

¹⁰⁴¹ זכיה מתנה ד, ד.

¹⁰⁴² ועיין הערה 1032 שהבאנו שהתוס' ביארו שהואיל ואין אדם משחרר עבדו אלא אם כן עשה לו טובה, נעשה דינו דומה לחוב.

¹⁰⁴³ תוס' גיטין יא: ד"ה כל, מרדכי גיטין שכת, רא"ש גיטין פרק א סימנים טו-טז.

¹⁰⁴⁴ **יש להעיר** שמדברי הש"ך נשמע שלעניין מלווה, יודו גם ר"ת וגם הרמ"ה לכך שלא מועיל לשון תן אם לא מסר מיד ליד.

ולכאורה היה מקום לומר שלפי מה שהבאנו לעיל בשם הבי"ח אין הדברים נכונים, שהבאנו לעיל שהבי"ח כתב שלדעת הרמ"ה יש חילוק בין מלווה למתנה, שבמלווה אין צורך למסירה מיד ליד ובמתנה יש, וכך ביאר את התוספתא.

אך מכל מקום מדקדוק לשון הרמ"ה המובא בטור נראה שיש לחלק בין מקרה שהמעות כבר נמצאות ביד השליח שבזה יש חילוק בין מלווה ומתנה, שבמלווה זה מועיל ובמתנה לא, לבין מציאות שאמר תן ועוד לא מסר המעות כלל, שבזה גם במלווה וגם במתנה אינו מועיל אלא אם כן ימסור המעות כעת.

ונביא את לשון הרמ"ה ונראה כיצד הוצאנו כן מדבריו וז"ל:

והרמב"ם כתב דתן הוי כזכי במתנה וכ"כ הרמ"ה וכתב ומיהו דוקא שנותן לו החפץ עתה בידו ואומר לו תן

חפץ זה לפלוני דכיון דנותנו עתה לידו כדי ליתנו לו מיד שבא לידו זכה בו המקבל אבל אם מתחילה לא בא לידו

על דעת לזכות לזה ואחר כך אמר לו תנהו לפלוני לא קנה אלא במעמד שלשתן ואפילו הוא תופש החפץ בידו

בשעה שאמר לו תן כיון שלא בא לידו מתחילה לשם כך והני מילי שא"ל תן אבל אם אמר לו זכה לו בעוד

שהחפץ בידו זכה לו אף על פי שלא בא לידו מתחילה לשם כך או אפילו לא היה בידו בשעה שאמר לו זכה לו

אלא שהגביהו אח"כ כדי לזכות לו זכה אפילו שלא בפני הנותן ושלא בפני המקבל דכיון שא"ל זכה שליחותיה

קעביד אבל אם לא אמר לו זכה מחד אנפי אפילו איתיה לפקדון בחצרו של שליח לא זכה למקבל מתנה ע"כ:

ונראה שכשכאב לחלק בין מתנה למלווה (ע"פ ביאורו של הבי"ח) הדגיש את ההבדל בין אם החפץ היה בידו לפני או שנותנו עכשיו, שבמלווה אף אם היה בידו לפני זה מועיל וגם בלשון תן והולך, וכשכתב שנתן בלשון 'זכי' כתב שזה מועיל אפילו אם לא נתנו עדיין ויקח לאחר זמן, ונראה שבאופן הזה אין זה מועיל בלשון 'תן' ו'הולך' אפילו במלווה ופקדון, וכן ניתן לדייק מסוף דברי הטור שכתב שאם אמר לא אמר בלשון זכה במתנה אין זה מועיל אפילו אם החפץ היה בידו, משמע שכשהחפץ בידו יש יותר מקום לומר שיועיל מאשר במקרה שבעת לא נתן לו כלום, ובאמת במלווה מועיל כאשר היה החפץ בידו, אך לא מועיל אם לא נתן לו עדיין, ודוק.

וכן נראה ממה שהביא בסברא שבלשון זכה מועיל אף אם לא נתן לו כעת 'דכיון שא"ל זכה שליחותיה קעביד' והכוונה שאמר לו תזכה בומן מסויים בשביל המלווה, ולכן זה מועיל אף לאחר זמן, מה שאין כן בלשון תן והולך שלא שייד לומר כן, ודוק.

אמר לו תן לפלוני והשליח הוליך למקום המקבל ועוד לא הגיע לידי המקבל?

הש"ך (כט) הביא את דברי המבי"ט¹⁰⁴⁵ שכתב שהאומר 'תן לפלוני' והשליח הביא את החפץ כבר למקון המקבל, כבר זכה המקבל אף לדעת ר"ת שלשון 'תן' אינו כזכה במתנה מפני שהמקבל כבר יכול לזכות בעצמו

והש"ך חלק על דבריו וכתב שכל שלא הגיע ליד המקבל יכול לחזור בו, וכתב שיתכן שהמבי"ט כתב כך רק כצירוף למעשה שהיה שם שכבר נתן השליח למקבל חלק מהמעות, אך כתב שגם בזה אין סברא, שמה שעוד לא קיבל לא זכה בו כלל, ויכול הנותן לחזור בו.

במלוה ופקדון ואמר לו זכה ועוד לא הגיע לרשות השליח האם יכול לחזור בו?

השו"ע כתב בדעת ר"ת שגם שכשנתן לשליח מתנה ואמר זכה לפלוני, זכה לפלוני רק כאשר הגיע לרשות המשלח.

וכתב הש"ך (ל) שהוא הדין במלוה ופקדון שצריך שיגיע לרשות השליח.

האם זכה השליח למשלח כאשר לא הגיע הממון לידו אלא רק לרשותו?

הבאנו לעיל שהשו"ע כתב בדעת ר"ת שגם בלשון זכה, לא זכה לו אם כן הגיע לרשות השליח. אך הטור כתב בשם הרמ"ה: 'אבל אם אמר לו זכה לו בעוד שהחפץ בידו זכה לו אף על פי שלא בא לידו מתחילה לשם כך או אפילו לא היה בידו בשעה שאמר לו זכה לו אלא שהגביהו אח"כ כדי לזכות לו זכה .. אבל אם לא אמר לו זכה מחד אנפי אפילו איתיה לפקדון בחצרו של שליח לא זכה למקבל מתנה. והב"ח והש"ך (לב) הבינו שהרמ"ה סובר שאין חצירו קונה לו, אלא שצריך שיהיה בידו בשעת ההקנאה או שיגביהו אח"כ.

ועל פי זה כתב הב"ח שהרמ"ה חולק על ר"ת וכתב שהעיקר כר"ת שדי שיגיע לרשותו. אך הש"ך (לא-לב) כתב שאין מחלוקת ביניהם שר"ת דיבר באופן שלאחר אמר המשלח 'זכה', אמר השליח 'יקנה למקבל חצרי' שבוז מועיל אף אם לא הגביה, והרמ"ה דיבר באופן שלא אמר כך.

לעומת הב"ח והש"ך הבין הסמ"ע (כו) שאף הרמ"ה מודה שאם היה בחצירו של שליח, מועיל לשון 'זכה', ומה שהצריך הרמ"ה שיגביהו זה דווקא עם החפץ אינו בחצירו.

והש"ך (לב) השיג על דבריו וכתב שמלשון 'אפילו אמר לו זכה מחד אנפי' משמע שלא כדבריו, אך הודה שמכך שהשו"ע השמיט לשון זה משמע שהבין כסמ"ע.

האומר הולך ותן האם דינו כזכי או שיכול לחזור בו?

הפתי"ש (ה) הביא את דברי השבו"י¹⁰⁴⁶ שכתב שאף לדעת הרמ"ה והרמב"ם שלשון תן דינו כזכה אף במתנה, אם אמר הול ותן, פשוט שאינו כזכה עד שיתן לו.

לשון השו"ע:

סעיף ו:

אם אמר: תן ק' לפלוני במתנה, י"א שאינו כזכי ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע לידו, אלא אם כן א"ל: זכי לו, ואז זכה לו וקנה; וכגון שהיה ברשותו, אבל אם אינו ברשותו, לא. ומיהו אפילו אינו ברשותו, לכשיבא לרשותו יזכה לו, אם לא יחזור בו הנותן קודם לכן:

סעיף ז:

וי"א דתן הוי כזכי במתנה, והוא שנותן לו עתה החפץ בידו ואומר לו: תן חפץ זה לפלוני. אבל אם מתחלה לא בא לידו על דעת לזכות לזה, ואחר כך אמר לו: תנהו לפלוני, לא קנה אלא במעמד שלשתן, ואפילו אם הוא תופס החפץ בידו בשעה שאמר (לו): תן, כיון שלא בא מתחלה לידו לשם כך. אבל אם א"ל: זכה לו, בעוד שהחפץ בידו, זכה לו אף על פי שלא בא לידו תחלה לשם כך. או אפילו לא היה בידו בשעה שאמר לו: זכה לו, אלא שהגביהו אחר כך כדי לזכות לו, זכה, אפילו שלא בפני הנותן ושלא בפני המקבל. אבל אם לא אמר: זכה, אפילו איתיה לפקדון בחצירו של שליח, לא זכה למקבל מתנה:

[עייני בסעיף א בעמוד 273 שם הבאנו את דברי הקצות בס"ק ג שדן בשאילה האם דין הולך כזכה מותנה בכך שבסוף יגיעו המעות למקבל או שכבר עכשיו זכה בו המקבל לגמרי ללא תנאי. עוד עיין בקצות (ד) שכתב ליישב את קושיית תוס' בגיטין יג בשונה מדברייהם, והואיל ויסודו בדיני שחרור עבד וגט אישה לא ראיתי צורך להביאו כאן].

¹⁰⁴⁵ חלק א סימן קצה.

¹⁰⁴⁶ חלק ב סימן קנט.

סעיף ח

אמר בריא הולך מנה מתנה לפלוני ומתו הנותן והמקבל, למי שייך המנה?

הגמ' בגיטין יד: מנסה להביא מחלוקת תנאים האם האומר הולך כמוהו כאומר זכי לעניין מתנה¹⁰⁴⁷, או לא, וז"ל גמרא:

הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו:

תני חדא: יחזרו למשלח,

ותניא אידך: ליורשי מי שנשתלחו לו.

לימא בהא קמפלגי, דמר סבר: הולך כזכי ומ"ס: הולך לאו כזכי!

אמר ר' אבא בר ממל: דכ"ע הולך לאו כזכי, ולא קשיא: הא בבריא, הא בשכיב מרע.

רב זביד אמר: הא והא בשכיב מרע, הא דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות, הא דליתיה למקבל בשעת מתן מעות.

רב פפא אמר: הא והא בברי, הא דמית מקבל בחיי נותן, הא דמית נותן בחיי מקבל.

כלומר הגמרא ניסתה להוכיח שהאומר הולך במתנה דינו כאומר זכי מהברייתא שאמרה שאם מת המקבל יתנו ליורשיו, ומשמע שכבר זכה בהם ולכן המעות עוברים ליורשיו.

ודחה רבי אבא שהברייתא דיברה בשכיב מרע ולכן כל זמן שלא חזר בו דבריו ככתובים וכמסורים ובאמת אצלו כשאוומר הולך אנו אומרים שרצה שהשליח יזכה למקבל.

רב זביד דחה באופן אחר ואמר שהברייתא דיברה בשכיב מרע שנמצא בשעת קבלת המעות וביאר רש"י שהכוונה שהוא חי, אבל אם בשעת קבלת מעות המקבל מת, אין משמעות לדברי השכיב מרע שהרי זו זכיה בטעות.

רב פפא אמר שהברייתא דיברה באדם בריא, אך הנותן מת קודם המקבל, והואיל ומצווה לקיים דברי המת, כבר זכה המקבל במעות ולכן לאחר שמת המקבל זכו בו יורשיו.

והעיר הסמ"ע (ל) שבסימן רנ סעיף ג יבואר שדווקא כשהמעות אינם נמצאים אצל הנותן אלא ביד אחר כמו במקרה שלנו אנו אומרים שזכה המקבל מכח המצוה לקיים דברי המת.

הרי"ף¹⁰⁴⁸ והרא"ש¹⁰⁴⁹ והרמב"ם¹⁰⁵⁰ והטור פסקו את כל האוקימתות להלכה, וכן פסק השו"ע בסעיף זה כחילוק של רב פפא ובסעיף הבא הביא את חילוקיהם של ר' אבא ורב זביד.

ראובן שאמר לשמעון: הולך מנה ללוי שאני נותן לו מתנה, והלך שמעון ליתנו ללוי, ומצאו שמת, אם בריא היה הנותן, ומת בחיי מקבל, יתן ליורשי מקבל, דמצוה לקיים דברי המת. ואם מת מקבל בחיי נותן, אף על פי שאחר כך מת הנותן, יחזיר ליורשי משלח.

סעיף ט

אמר שכיב מירע הולך מנה מתנה לפלוני ומתו הנותן והמקבל, למי שייך המנה?

כפי שהבאנו בסעיף הקודם השו"ע כאן פסק כחילוקיהם של ר' אבא ורב זביד ששכיב מרע שאמר הולך מנה לפלוני, ומת נותנים ליורשיו, ודווקא שהמקבל היה חי בשעת קבלת מעות, וז"ל השו"ע:

ואם שכיב מרע היה הנותן, אם בשעה שנתן המנה לשליח כבר מת מקבל, יחזיר ליורשי משלח. אבל אם היה חי המקבל בשעה שנתן המנה לשליח, יתן ליורשי מקבל, אפילו אם מת המקבל בחיי נותן, ואפילו נולדו יורשי מקבל אחר מיתת נותן, משום דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים

דמו, ואין הנותן יכול לחזור בו כל זמן שלא עמד. ואם עמד חוזר, אפילו אם בא כבר ליד המקבל.

בטעם שאם שכיב מרע אמר הולך מנה ומת יתן ליורשי המקבל נאמרו ב' טעמים בראשונים:

רש"י ביאר¹⁰⁵¹ שדברי שכיב מרע חזקים מאדם רגיל ולכן אף במתנה אנו אומרים שאמירת הולך כמוה כזכה.

לעומתו תוס' סברו¹⁰⁵² שהסיבה שנותנים ליורשי המקבל אינו מדין הולך כזכה, אלא מפני שמתנת שכיב מרע ככתובה ומסורה וזכה בה המקבל.

כתב הש"ך (לה) שבמקרה שהמקבל היה מת בשעת הניתנה, אין הכסף עובר ליורשיו אף אם היה אומר זכה.

מבואר בשו"ע ששכיב מרע אינו יכול לחזור בו אם אמר הולך כזכי אלא אם כן הבריא.

וביאר הטור בשם הרמ"ה שהטעם שאינו יכול לחזור בו אף שבמתנת שכיב מרע יכול לחזור, מפני שבמתנת שכיב מרע עוד לא יצא דבר מתחת ידו בשעת מיתתו, מה שאין כן כאן שכבר אמר הולך אך מכל

¹⁰⁴⁷ המעיין בגמרא לא יראה במפורש שגמרא זו דיברה לגבי מתנה אך כך פירשו רוב ככל הראשונים עיין תוס' יא: ד"ה יכל האומר (בעמוד ב), תוס' רי"ד (בגמרא יד:) וכן בשאר ראשונים.

¹⁰⁴⁸ גיטין ו:

¹⁰⁴⁹ גיטין פרק א סוף סימן יט.

¹⁰⁵⁰ הלכות זכיה ומתנה פרק ד' הלכה ה ופרק י' הלכה יב.

¹⁰⁵¹ ד"ה יהא והא'

¹⁰⁵² ד"ה הא בשכיב מרע

מקום יכול לחזור בו אם הבריא, [לכאורה הסברא הוא שהואיל והבריא ואנו מניחים שכך הייתה דעתו לתת רק כי סבור שימות וכן מבואר בתומים (יג)].¹⁰⁵³
והש"ך (לט) הביא שהריב"ש¹⁰⁵⁴ **בשם הרשב"א והמרדכי**¹⁰⁵⁵ **חולקים על דין זה וסוברים** שאע"פ שהבריא הנותן אינו יכול לחזור בו.
וכתב הש"ך שנראה מהריב"ש שבמתנת שכ"מ גמורה כגון שנותן את כל נכסיו או כשמצוה בפירוש מחמת מיתה אף לדעת הרשב"א אם עמד חוזר.
התומים (יג) הביא שהריב"ש למד שהרשב"א סובר שאינו יכול לחזור בו, הואיל והטעם שנותנים ליורשי המשלח הוא מדין הולך כזכי ולא מדין מתנת שכיב מירע.
והשיג על דבריו שהרי אף רש"י כתב טעם זה ומכל מקום סבר שאינו יכול לחזור בו, וכתב שטוב עשו הרמ"א והשו"ע שלא הביאו את דעת הרשב"א.
והקצות (ה) כתב שנעלמו מדברי התומים רשב"א מפורש בחידושו בגיטין יד: ששם עולה שאינו יכול לחזור בו אם הבריא וכדעת הריב"ש, ולכן הסיק שאם תפס המקבל את המעות יכול לומר קים לי כדעת הרשב"א.

אמר שכיב מירע הולך מנה במתנה לפלוני ומת המקבל קודם הנותן

השו"ע והטור פסקו ע"פ התוס'¹⁰⁵⁶ **והרא"ש**¹⁰⁵⁷ ששכיב מירע שאמר תן אם היה המקבל חי בשעת נתינת המעות אע"פ שבשעת מיתת השכ"מ כבר מת המקבל זכו יורשיו, [וכך משמע בפשט הגמרא שדווקא אם המקבל לא היה חי בשעת מתן מעות אין נותנים ליורשיו].
והקשה הר"ן¹⁰⁵⁸ שהרי מבואר בב"ב קלז. שמתנת שכיב מירע לא חלה אלא לאחר גמר המיתה וכיון שבזמן שהייתה אמורה לחול המקבל כבר מת היאך קנה והרי אין קניין למת.
ובב"י כתב שלגירסת התוס' שבפנינו לא קשה שכתבו שדעת הנותן הוא שכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו ודברי שכ"מ כשמת כמסורין למקבל משעת נתינת השכ"מ.
והוסיף הב"י טעם נוסף שהואיל ואמר הולך כזכה כבר זכה המקבל בחייו ולכן זכו יורשיו במעות.
וכתב הקצות (ה) שדברי הב"י אינם מובנים, וכתב הקצות לתרץ שהואיל ומתנת שכיב מירע דינה כירושא, א"כ גם אם מת המקבל קודם מיתת השכיב מירע, אמנם לא קנה את החפץ אך נעשה יורש ולכן כשמת השכיב מירע זכו יורשיו, ורק אם בשעה שנתן הנותן כבר מת המקבל, לא זכה הואיל והמתנה הייתה במקח טעות.
עוד ציין הקצות שכל קושיית הר"ן נכונה דווקא לשיטת תוס' שסברו שהסיבה שבשכיב מירע נותנים ליורשי המקבל הוא מדין מתנת שכיב מירע אך לפי רש"י שהסיבה משום שבשכיב מירע אנו אומרים שהאומר הולך כמוהו כזכה אין כלל קושיא, מפני שכבר זכה המקבל בחיים, ולכן אף אם מת קודם מיתת הנותן עובר המנה ליורשיו. (לכאורה כטעמו השני של הב"י)

אמר השכ"מ הולך לפלוני מנה שלא מחמת מיתה או רק שנתן רק מקצת נכסיו

וכתב הקצות (ה) לחדש שבין לשיטת רש"י ובין לשיטת תוס' מה שנותנים ליורשי המקבל זה דווקא כשחילק השכיב מירע כל נכסיו או שצווה מחמת מיתה שבזה יש לו תורת שכיב מירע ולשיטת רש"י אנו אומרים שאמירת 'הולך' שלו כמוה כאמירת 'זכה', ולשיטת תוס' אנו אומרים שנתן מתנת שכיב מירע, אך במקום שאין דין של מתנת שכיב מירע, כמו כן אין נותנים ליורשי המקבל.
וכתב שהרשב"א סבר לשיטת רש"י שהסיבה שנותנים ליורשי המקבל זה מפני שכוחו חזק ולכן אנו אומרים שאמירת 'הולך' שלו כמוה כזכה.
אך מדבריו רואים שדין זה נכון גם כשאינו מצווה מחמת מיתה או שנותן מקצת נכסיו, מכך שסבר שאפילו כשהבריא אינו יכול לחזור בו, ומשמע שאנו אומרים שאמירת הולך שלו כמוה כזה אף כשאין כוח של מתנת שכיב מירע שהרי שכיב מירע יכול לחזור בו אם הבריא, אלא הואיל ובמתנת שכיב מירע כוחו חזק, כמו כן כוחו חזק גם במתנת ברי.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵³ ונראה שהקצות (ה) שהטעם שיכול לחזור בו הואיל ולא שייך בזה תורת מתנת שכיב מירע, וא"כ אין כוח דיבורו חזק ואין אומרים בזה הולך כזכה עיין בזה לקמן.
 ועיין נתיבות שהביא ט"ז שדן בדין זה וכן ציין לסמ"ע בסימן רנ ס"ק מד שגם כשנתן השכיב מירע בעצמו את המתנה יכול לחזור בו אם הבריא אך כל עוד לא הבריא אינו יכול לחזור בו.

¹⁰⁵⁴ סימן שמו.

¹⁰⁵⁵ גיטין ס' של"ד.

¹⁰⁵⁶ גיטין יד: ד"ה הא.

¹⁰⁵⁷ גיטין פרק א סוף סימן יט.

¹⁰⁵⁸ גיטין ו.

¹⁰⁵⁹ ולכאורה דימויו של הקצות חלש שהרי במקרה של הרשב"א יתכן שדיבר במקרה שדיבורו מועיל גם לעניין שכיב מירע, כגון שצווה מחמת חוליו וזה ולכן כוח דיבורו חזק, ולכן אמירת הולך שלו כזכי ודנים בה כדן כל הולך כזכי וממילא אינו יכול לחזור בו אף אם הבריא, אבל במציאות שאינו יכול לתת מתנת שכיב מירע כגון שנתן ממקצת נכסיו, יתכן שגם דיבורו אינו חזק, וממילא אין אומרים הולך כזכי, וצ"ע.
 אחרי כותבי זאת מצאתי שכן השיג על הקצות הבית אפרים בשו"ת חו"מ סימן מא.

שכי"מ שאמר הולך מנה לפלוני במתנה אם אומרים 'הולך כזכה' אף שלא מסרו ליד ליד?

בסעיף ו הבאנו את דעת תוס' ועוד שאין אומרים במלוה ובפקדון הולך במציאות שלא מסר את המעות כעת.

והסתפק הקצות (ה) האם אף במתנת שכיב מירע אנו אומרים כן, או שאמירת שכיב מירע חזקה יותר ואף שלא מסר את המעות כעת זכה.

והסיק שלפי תוס' שהטעם שנותנים ליורשי המקבל אינו משום הולך כזכי אין שאילה, אך לפי רש"י היה נראה לומר שבשכיב מירע אנו אומרים הולך כזכי אף שלא מסר את המעות כעת, וכתב שאף אם נגרוס במשנה בגיטין יא: שהאומר תן גט שחרור זה לעבד יכול לחזור בו, ואף שרב פפא העמיד שמדובר בשכיב מירע, מפני שלא תיקנו דין מתנת שכיב מירע בשטר אלא בצוואת ממון, והואיל ואין בכוחו לתת מתנת שכיב מירע כמו כן אין כוחו אלים שנאמר שאמירת הולך שלו כמוה כזכי כמבואר בפיסקא לעיל.

אך לפי הרשב"א שסובר שגם כשאין כוח של מתנת שכיב מירע אמירת הולך שלו כמוה כזכי, א"כ צריך להיות הדין שאף בשטר נאמר שאמירת הולך כמוה כזכי וגם אם לא מסר מיד ליד, ובאמת הרשב"א לא נגרוס שאומר 'תן שחרור זה לעבד', ובאמת אם מסר גט מסויים זה יועיל מדין הולך כזכי

סעיף י

אמר השכי"מ הולך מנה מתנה לפלוני אם צריך השליח לחכות שמא יבריא ויחזור בו?

לשון השו"ע:

ומכל מקום כל זמן שלא נתברר שנתרפא, צריך השליח לעשות שליחותו, ואם ימות הנותן ישאר למקבל; ואם יתרפא, יחזיר לנותן.

דין זה לקוח מן הטור בשם הרמ"ה ושם מבואר שלמרות שבמתנת שכיב מירע אנו ממתנינים ולא נותנים את המתנה עד מותו, שמא לא ימות השכי"מ ואח"כ יהיה קשה להוציא את המתנה מהמקבל כאן זה שונה הואיל וכבר מסרו ליד השליח.

סימן קכו הפורע חובו במעמד שלשתן ובו כג' סעיפים: סעיף א

דין מעמד שלושתן

לשון הגמרא בגיטין יג:

גופא, אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה.
אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא, והאלקיס! אמר רב אפילו במלוה.
אתמר נמי, אמר שמואל משמיה דלוי: מלוה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן - קנה.
וטעמא מאי?

אמר אמימר: נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך לדיך ולכל דאתו מחמתך.
א"ל רב אשי לאמימר: אלא מעתה, הקנה לנולדים דלא הוו בשעת מתן מעות, הכי נמי דלא קנו!
דאפילו לר"מ, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה"מ לדבר שישנו בעולם, אבל לדבר שאינו בעולם לא!
אלא א"ר אשי: בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, גמר ומשעביד נפשיה.

א"ל הונא מר בריה דרב נחמיה לרב אשי: אלא מעתה, כגון הני דבי בר אלישיב דכפתי ושקלי לאלתר, ה"נ דלא קנו! וכי תימא ה"נ, א"כ נתת דברך לשיעורין!
אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מיילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא....

מבואר בגמרא שכשיש ביד אדם מעות של חבירו, יכול חבירו להקנות את אותם מעות לאדם שלישי, במידה ושלושת האנשים נמצאים כאן (בעל המעות-ממחה, המחזיק-מומחה, והמקבל-זוכה), ודין זה עובד בין אם אותו אדם חייב את המעות מכח מלווה, ובין אם הוא מחזיק במעות חבירו מכח פקדון.

הגמ' ניסתה לברר מה הטעם שיכול להקנות באופן הני"ל.¹⁰⁶⁰
לאחר כמה אפשרויות הגיע הגמ' למסקנה שדין זה הינו ללא טעם.
וביארנו התוספות¹⁰⁶¹ שאמנם אין טעם כיצד מועיל הקנין, אבל ודאי יש טעם למה תיקנו, בכדי שלא יצטרכו אנשים לטרור ולעשות קנינים.

ובתשובת הרא"ש¹⁰⁶² **ביאר בשם ר"י** שתיקנו כן בשביל תקנת השוק, שמי שקונה סחורה ואין בידו מעות יוכל להקנות לו את החוב שחייב לו חבירו, ולא צריך להמתין עד שיקנה לו בקנין.

האם מעמד שלושתם מועיל כשרוצה לפרוע בזה חובו?

בהמשך הגמרא מובא מימרא של רב שלא ניתן לחזור מקניין של מעמד שלושתם, וביארה הגמ' שהחידוש בדבריו שגם במתנה מועטת לא מועיל שיאמר לשליח מבלי שהמקבל יהיה שם.
והרי"ף בב"מ בדף סח. הביא שיש שדייקו מכאן שמעמד שלשתן מועיל דווקא כשרוצה לתת לזוכה מתנה ולא כשרוצה לפרוע חובו.

וכן הוכיחו מהגמרא בב"מ קיב. ששם נאמר שרבה סובר שבמקרה שבעה"ב צווה לחנוני לשלם לפועליו יכולים הפועלים לחזור בהם ולדרוש את הכסף מהחנווני, ומכאן למדו שלא מועיל מעמד שלושתם כאשר רוצה לפרוע למקבל חובו.¹⁰⁶³

הרי"ף דחה דבריהם וכתב שמעמד שלושתם מועיל אף כשרוצה לפרוע חובו, והביא ראיה מהגמרא אצלינו בהמשך בדף יד: שמספרת על אנשים שעבדו יחד בגינה, וחילקו את הכסף ביניהם, וגילה אחד מהם שהוא

¹⁰⁶⁰ **מדברי רש"י מבואר** שהקושיא היא דווקא לגבי מלוה, כיצד קנין זה עובד בעוד המעות אינם בעין, ומשמע שבפקדון פשוט שזה עובד.

וביאר הפנ"י שהוא מפני שבה אנו אומרים תן כזכה [א"א- ונראה שקנה בקניין חצר]. וביאר שהצורך במעמד שלושתם ולא די באמירת תן כזכי בלבד, מפני שהפקדון כבר ביד המומחה ובה לכ"ע לא מועיל לשון תן כזכה כמבואר לעיל בסימן קכה, וכל הטעם שאינו מועיל מפני שיכול להיות שהמקבל יאמר שאין ברצונו במתנה זו, ולכן כאשר הוא נמצא לפנינו זה מועיל.

הקצות (ג) כתב שדרכו של הפנ"י רחוקה, וכתב הקצות שבאמת יש צורך לטעם כיצד הקנין עובד גם לענין פקדון [וביאר ר' דניאל שיתכן מפני שדין זה עובד אף בחצר שאינה משתמרת וכדו'] אך בפקדון די היה לאמר שתיקנו חז"ל שיועיל קניין זה כמו שתיקנו שאר קניין כגון משיכה ואגב, ולא יגרע קניין זה מקניין סיטומתא שהוא דבר שנהגו בו הסוחרים ומועיל, אך במלווה לא די לומר שחז"ל תיקנו שקניין זה יועיל, הואיל ולעולם לא מועיל קנין בדבר שאינו ברשות הנותן, ומלוה אינה ברשותו הואיל ולהוצאה ניתנה, ולכך נצרכה הגמ' לומר שהוא דין בלא טעם.

¹⁰⁶¹ גיטין יד. ד"ה כהלכתא.

¹⁰⁶² כלל סט סימן ט הובא בטור ס"ק יב.

¹⁰⁶³ הוכחה זו בנויה על ההנחה שאין הזוכה יכול לחזור ממעמד שלושתם ובסעיף ט נרחיב בזה ובסעיף ב נביא בע"ה כיצד שאר ראשונים פירשו גמרא זו.

קיבל יותר מהמגיע לו, ואמרו לו שיפרע בזה את המס שצריכים לתת לבעל השדה. והתחייבו על כך במעמד שלושתם בפני בעל השדה, ומשמע שמעמד שלושתם מועיל אף בזה.
אך העיטור¹⁰⁶⁴ **כתב שניתן לדחות את ראייתו** וכתב שאין לגרוס בגמרא שפרעו בעבור פרעון חוב, אלא שנתנו לו זאת במתנה.
אך הרמב"ם¹⁰⁶⁵ **הטור והשו"ע פסקו כדעת הרי"ף** שמעמד שלושתם מועיל בין בעבור במתנה ובין בעבור פרעון חוב.
הסמ"ע (ב) הבין שהחידוש בדבריהם שמעמד שלשתן מועיל אפילו במתנה אף שלכאורה במתנה לא שייכת תקנת השוק.
והש"ך (ה) השיג עליו וכתב שפשוט שהשו"ע בא להוציא מהדיעה המובאת ברי"ף שמעמד שלושתם אינו מועיל בפירעון חוב.

האם מעמד שלושתם מועיל אף בחיובי נזק ובושת?

בגמרא בב"ק לו: מבואר שניזק שאומר למזיק שישלם מה שחייב לו לעניים, אינו יכול לחזור בו וכבר זכו בהם עניים, ואמר רב יוסף שדין זה נכון גם אם אין עניים, מפני שאנחנו ידי העניים.
והבינו הרי"ף¹⁰⁶⁶ **רא"ש**¹⁰⁶⁷ **תוס'**¹⁰⁶⁸ **ומרדכי**¹⁰⁶⁹ שהקניין עובד מדין מעמד שלושתם, ואנו קונים בעבור העניים.
ולמד הש"ך (ג) מדבריהם שמעמד שלשתן מועיל גם על חיוב תשלומים עבור נזק או בושת, ואף שלא באו המעות ליד הניזק מעולם.

אם מועיל מעמד שלושתם לכתובה ולחוב שעוד לא הגיע זמנו?

התוספות¹⁰⁷⁰ **הקשו** לשיטתם שנראה לקמן שסברו שלא ניתן למחול על מעמד שלושתם, מדוע בסוגיות בב"ק פט. וב"מ יט: לא העלתה הגמ' אפשרות למכור כתובה ע"י מעמד שלשתן ובכך לא תוכל האישה למחול.
ומזה הסיקו תוס' שלא תיקנו מעמד שלשתן בכתובה מכיון שאפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם.
הש"ך (א) הביא שכדברי התוס' כתבו ראשונים רבים וביניהם הרשב"א והרא"ש כאן ובסוגיא, והרמב"ן בב"מ¹⁰⁷¹ ונמו"י תרומות¹⁰⁷², ריב"ש¹⁰⁷³, אך ציין שהר"ן¹⁰⁷⁴ לא סובר כן, וכתב שהוא דעת יחיד.¹⁰⁷⁵
הש"ך דייק מלשון תוס' שדווקא בכתובה לא מועיל מעמד שלושתם, אבל לעניין מלווה שלא הגיע מן פרעונו זה מועיל, הואיל ותוס' נימקו שהסיבה שבכתובה זה לא מועיל, הואיל ויתכן שלא יבא לידי גביה לעולם.
אך כתב הש"ך שמדברי התוס' בב"מ¹⁰⁷⁶ **משמע** שאף בהלוואה שלא הגיע זמן פרעונה זה לא מועיל, הואיל ושם נימקו שהסיבה שלא מועיל מעמד שלושתם בכתובה הוא מפני שלא תקנו מעמד שלשתן אלא בדבר שראוי לגבות מיד, אבל בכתובה שאינו חייב אלא עד אחר גירושין, וגם שמא לא תתגרש, לא תקנו מעמד שלשתן, ומתחילת לשונם משמע שכל שלא הגיע זמן הפרעון לא תיקנו מעמד שלשתן. וכן בב"ק פט. בד"ה 'כלי וברא"ש שם כתבו שהסיבה שזה לא מועיל משום שעדיין לא ניתנה כתובה לגבות, אך כתב הש"ך שיתכן שאף התוס' והרא"ש הני"ל התכוונו למה שמשמע בגיטין, שבמלווה זה מועיל.
אמנם ציין הש"ך שבמרדכי בפרק איזהו נשך מובא בשם תשובת מהר"ם שהסתפק בזה אם מועיל מעמד שלושתם בחוב שלא הגיע זמן פרעונו.
ולהלכה הסיק הש"ך שדין מעמד שלושתם מועיל אף בחוב שלא הגיע זמן פרעונו.
אך ציין שהמרשד"ם בסימן שנט חולק בזה.

¹⁰⁶⁴ הובא בש"ך ס"ק ה.
¹⁰⁶⁵ הלכות זכיה ומתנה פרק ג הלכה ג.
¹⁰⁶⁶ ב"ק יח:
¹⁰⁶⁷ ב"ק פרק ד סימן ג.
¹⁰⁶⁸ ד"ה יד עניים אגן.
¹⁰⁶⁹ ב"ק פרק ד רמז מג.
¹⁰⁷⁰ ב"ק יג: ד"ה תנהו.
¹⁰⁷¹ קמד.
¹⁰⁷² סוף שער כח.
¹⁰⁷³ סימן רז.
¹⁰⁷⁴ גיטין ו. למעלה.
¹⁰⁷⁵ **ו' דניאל וסבטרוק העיר** שנראה שהרמב"ן והרשב"א מסכימים לר"ן שהרי הם לא הביאו תירוץ זה אלא לסוברים כר"ת שלא ניתן למחול על מעמד שלושתם, אך לשיטתם אין צורך לחילוק זה.
¹⁰⁷⁶ כ. ד"ה ש"מ.

אם מועיל מעמד שלושתם כשקיבל הנפקד ליתן את הסחורה לזוכה רק לאחר שיגבה ממנו חובו שלו?

הש"ך (א) הביא שכתב מהרשד"ם¹⁰⁷⁷ שאם אמר המפקיד לנפקד שיתן את הפקדון לזוכה במעמד שלושתם, והסכים הנפקד לזה, אך אמר שיתן רק לאחר שיגבה מפקדון זה את החוב שחייב המפקיד לו, לא קנה הזוכה, מפני שאפשר שלעולם לא יבא הסחורה ליד הזוכה, שהרי יתכן שתזלזל הסחורה ולא ישאר יותר מסכום חובו של הנפקד.

וכתב הש"ך שהמהרשד"ם דיבר דווקא במקרה שהשווי של הסחורה לא היה ידוע בזמן שקיבל עליו הנפקד לתת לזוכה, אך אם בתחילה היה שווה יותר מכדי חובו של שמעון, ודאי קנה הזוכה אף שיתכן שתירד הסחורה אח"כ.

הקצות (ב) השיג על הש"ך וכתב שמדברי המהרשד"ם משמע שגם אם כעת שווה הסחורה יותר לא קנה, הואיל ויתכן שתירד בשוויה אח"כ.

וביאר הקצות בטעם הדבר, שהואיל וכעת המפקיד אינו יכול לכופף את הנפקד ליתן לו את הפיקדון קודם שיפרע חובו ממנו, ממילא כעת לא יכל להקנות לזוכה ולא קנה כלום, וכל הזכות תהיה רק לאחר שיגבה חובו, ולכן אם אח"כ ירד שווי הפקדון, יתברר שלעולם לא קנה הזוכה את הפקדון.

הנתיבות (א) השיג על הקצות וכתב שכבר כתב בסימן עד שיכול המפקיד לחייב את הנפקד למכור את הפקדון ולגבות ממנו חובו, ולקחת ממנו את הנוטר, ולכן כבר כעת יכול המפקיד להקנות את הנוטר לזוכה. **וכתב במשובב** שדברי הנתיבות תמוהים שהרי פשוט שאין המפקיד יכול לכופו לגבות מן הפקדון שהרי חייב לפרעו במעות ואם אינו רוצה להפרע ממטלטלים אין ביכולתו לכופו [א"א-ודין זה מבואר בסימן קא סעיף ד שיכול לומר אינו רוצה להפרע כרגע ואחכה שיהיו לך מעות].

וכתב במשובב שכנראה שחזר בו הנתיבות ממה שרצה לכתוב כן, שהרי בסימן עד לא נמצא כן בנתיבות.¹⁰⁷⁸

אם מועיל מעמד שלושתם בנותן המעות לזוכה שיקנה לו סחורה ומה הדין שמלווה לו?

הש"ך (ו) הביא את דברי המהר"ם אלשקר שפסק בתשובה שלא ניתן לעשות מעמד שלושתם כשאינו רוצה להקנות את המעות לזוכה אלא שיקנה במעות אלו סחורה.

וביאר הש"ך שאין מעמד שלשתן אלא במי שמקנה דבר לגמרי להיות של המקבל, ולא כשישאר הדבר ברשותו.

וכתב הקצות (ד) שלפי טעם ש"ך עולה שאם רוצה הממחה ליתן את המעות הללו בהלוואה לזוכה, זה מועיל, הואיל והלוואה יוצאת מרשותו לגמרי.

אך הנתיבות (ב) הביא את דברי התומים (ב) שפסק שלא מועיל דין מעמד שלושתם בהלוואה, והביא ראייה לכך מהגמרא בב"מ ע"א: שם אומרת הגמ' שיהודי שלוח מגוי בריבית לא יכול לתת את אותו כסף לחבירו ע"מ שהוא ישלם את הקרן והריבית לגוי, אפילו בציווי של הגוי, הואיל ואין שליחות לגוי זה נחשב שהיהודי הראשון מלוה לשני בריבית, ולכאורה אם היה מועיל מעמד שלושתם בהלוואה, המעות היו אמורות כבר לצאת מהיהודי לגמרי שהרי הדבר נעשה כאן במעמד שלושתם, וכתב התומים שבאופן הני"ל לכ"ע מועיל מעמד שלושתם אף בגוי, אלא מכאן מוכח שלא מועיל מעמד שלושתם כשרוצה להלוות לזוכה.

הנתיבות הסכים לדברי התומים וביאר שהטעם שזה לא מועיל הואיל וכל התקנה של מעמד שלושתם נעשתה לטובת המקבל, ובהלוואה מעמד שלשתם הינו לרעת המקבל, שיתחייב בהלוואה על אף שהמעות עדיין לא הגיעו לידו, והואיל ולא שייך לעשות לרעתו ולשעבדו קודם שהגיעו המעות לידו, גם לא שייך שיקנה את המעות הללו.

וכתב הנתיבות לבאר לפי דבריו שמה שכתב הש"ך שהטעם שלא מועיל מעמד שלושתם כאשר רצה שיקנה במעות הללו סחורה הואיל ולא נסתלק מהמעות, אינו בא בשביל לבאר מדוע לא נתחייב הממחה ולא זכה הזוכה שדין זה פשוט שלא בזה תיקנו מעמד שלושתם, אלא הש"ך בא לבאר שגם הממחה יכול לחזור בו ואין לומר שהואיל וצווה ליתן לו, ואם יתן יפטר מחובו כמבואר בסימן קכא, א"כ מחוייב לתת לו, אלא

אינו חייב לתת לו שיכול השליח לחזור משליחותו.¹⁰⁷⁹

הפת"ש (ב) ציין לדברי השער משפט (ג) שסבר כתומים ונתיבות (מבלי להזכירם) שלא שייך מעמד שלושתם בהלוואה, אך המעניין שהוא למד כן דווקא מדבריו של המהר"ם אלשקר וכתב שאף בהלוואה אין הממחה רוצה שיצאו המעות מרשותו וגוף המעות עדיין של הראשון הוא, וחזר על ראייתו של התומים מב"מ.

¹⁰⁷⁷ ח"ב סימן כ.

¹⁰⁷⁸ והיה נראה לי לקיים את דברי הנתיבות, שאכן יכול הלווה לומר שאינו רוצה לפרע ממטלטלים גם כשאין למלוה כעת מעות כמבואר בסימן קא, וכן יכול הלווה לעכב את הפקדון עד שיפרע לו כמבואר בסימן עד, אך אין הוא יכול לתפוס את החבל מבי' קצותיו, אם ברצונו להמתין עד שימציא לו מעות, עליו להשיב לו את הפקדון ולהמתין עד שיהיו לו מעות, ואם ברצונו לעכב המשכון בידו, יכול המלווה לכופו שימכרנהו ויפרע ממנו, כן נראה לי לבאר בדברי הנתיבות, ולעניין דינא יש לדון בזה.

¹⁰⁷⁹ כך הבנתי את סוף דברי הנתיבות והמעניין יעיין.

האם מעמד שלושתם עובד כשיש לממחה חוב בשטר על המומחה?

כתב הש"ך (ב) שדין מעמד שלושתם מועיל אף אם יש לממחה חוב בשטר על המומחה ואף שלא נתן את גוף השטר, והפנה לסימן סו סעיף יט שם מבואר שניתן להקנות חוב שבשטר אף בלא מסירת השטר, וכתב שכן כתב מהר"מ אלשיך בסימן ד.¹⁰⁸⁰ [ועיין בשער משפט ס"ק א שהאריך בדין זה].

אם מועיל מעמד שלושתם להקנות אבק ריבית?

הפת"ש (ג) הביא את דברי שער משפט (ה) שכתב שלא מועיל מעמד שלושתם להקנות אבק ריבית, שלא מועיל מעמד שלושתם לדבר איסור, ומבואר בשער משפט שדין זה פשוט לסוברים שמעמד שלושתם עובד מדין שליחות ולכן לא מועיל לגוי הואיל ואין שליחות לגוי, שלפי זה גם לא יועיל באיסור שאין שליח לדבר עבירה, אך גם לחולקים בזה, יודו שלא מועיל, הואיל וכל דין מעמד שלושתם הינו תקנה, ומן הסתם לא תיקנו כן לדבר איסור.

מתי ניתן לחזור מקנין של מעמד שלושתם?

כתב התרומות¹⁰⁸¹ בשם הרמב"ן¹⁰⁸² שלא ניתן לחזור ממעמד שלשתן אפילו כשעדיין עסוקים באותו ענין, ורק בקנין סודר אפשר לחזור אז מכיון שלא נעשה הקנין בגוף הדבר.
אך כתב שדעת רבינו יעקב¹⁰⁸³ נוטה לומר שאפשר לחזור בזמן שעסוקים באותו ענין, ורבים חולקים עליו. **והטור והשו"ע** סתמו כדעת הרמב"ן וסייעתו שלא ניתן לחזור כשעסוקים באותו ענין.

אם יכול הזוכה במעמד שלושתם להקנות לאחר את המעות במעמד שלושתם?

כתב הש"ך (ז) בשם הרשב"א¹⁰⁸⁴ שהזוכה במעמד שלושתם יכול להקנות לאחר במעמד שלושתם.

אם יכול להתחייב במעמד שלושתם בדבר שאין לו קיצבה?

כתב הש"ך (יד) בשם מהר"א ששון¹⁰⁸⁵ שלא ניתן להקנות במעמד שלושתם בדבר שאין לו קיצבה, אפילו לדיעה הסוברת שבד"כ ניתן להקנות דבר שאין לו קיצבה ע"י קנין.

האם יכול הממחה למחול למומחה על חובו לאחר שכבר הקנה לזוכה במעמד שלושתם?

כתבו תוספות¹⁰⁸⁶ בשם ר"ת שהמקנה חוב במעמד שלשתן אינו יכול לחזור ולמחול, ואינו דומה לדינו של שמואל המבואר בכתובת פה: שהמוכר שטר חוב ומכרו יכול למחול.
תוס' הביאו ראיה לדבריהם מקידושין מח. שם כותבת הגמ' שלשיתת שמואל שניתן למחול על שטר, לא ניתן לקדש בשטר, הואיל ויכול הבעל למחול ואין האשה סומכת דעתה על החוב. ובהמשך לענין מלוה ע"פ במעמד שלושתם, תולה הגמ' את הדיון אם יכול לקדש בכך בשאילה אם ניתן להקנות במעמד שלושתם ומשמע שאם ניתן מקודשת, ואיננו אומרים שלא סמכה דעתה הואיל ויכול הבעל למחול.

הרא"ש¹⁰⁸⁷ סבר כר"ת וביאר שדווקא במכירת שטר שהוא דבר שמועיל ע"פ דין לא נמכר אלא שעבוד נכסים, אבל מעמד שלושתם שכולו תקנה של חז"ל ודאי תיקנו שהגוף עצמו של המומחה ישתעבד לזוכה שאם לא כן כן לא תועיל התקנה שלא יסמוך המקבל על מעמד שלשתן מכיון שעדיין יכול הנותן למחול, ותיקנו דבר שאינו מועיל ע"פ דין.

הרמב"ן¹⁰⁸⁸ הביא שיש שדייקו כשיטת ר"ת משיטת אמימר שמעמד שלשתן הוא בנוי על כך שהלווה השתעבד למי שבא מכחו של המלוה, וא"כ מן הדין משועבד המומחה למקבל ולא לנותן ופשוט שאין לו שום זכות בחוב כדי למחול.

וכתב הרמב"ן לדחות ראיה זו שאפילו לפי אמימר יתכן שלא השתעבד המומחה למקבל מן הדין, אלא שתיקנו חכמים להחשיב את זה כאילו השתעבד לו, ואפילו אם לפי אמימר הוא מן הדין, למסקנת הסוגיא אינו כן.

הרמב"ן חלק על ר"ת וסבר שיכול הממחה למחול.

¹⁰⁸⁰ אמנם עיין בסימן סו בש"ך ס"ק צו שם רצה הש"ך לחדש שאין דין מעמד שלושתם מועיל בחוב שבשטר בלא מסירת השטר, אך כתב שאינו יכול לחלוק על הראשונים הממורשים שאמרו לא כך, ומכל מקום הסיק שבמעמד שלושתם כזה לא מסר את החוב לענין משועבדים.

¹⁰⁸¹ שער כד ח"ד סימן א.

¹⁰⁸² ב"ב קיד: ד"ה והלכתא.

¹⁰⁸³ בחידושי הרמב"ן כתב כן בשם רבינו תם.

¹⁰⁸⁴ גיטין יג: ד"ה וצריך לדקדק.

¹⁰⁸⁵ תורת אמת סימן קיא.

¹⁰⁸⁶ יג: ד"ה תנהו.

¹⁰⁸⁷ גיטין פרק א סימן טז.

¹⁰⁸⁸ גיטין יג:

וכתב לדחות את ראיית תוס' מקידושין מח. ובתחילה כתב שניתן לומר שאכן האשה מקודשת במעמד שלושותם, למרות שיכול הבעל למחול, הואיל והאשה לא חוששת לכך מכיון ששלושתם היו שם ודעתה סומכת שלא ימחול הנותן.

והעיר הקצות (ה) שלפי סברא זו נדחים דברי הרא"ש שכתב שודאי תיקנו חז"ל שלא ימחול שאם לא כן לא תועיל התקנה, ולפי דברי הרמב"ן¹⁰⁸⁹ הללו ניתן לומר שתועיל התקנה למרות שאפשר למחול הואיל וסומך דעתו שלא ימחול.

עוד כתב הקצות שעפ"י יש לדחות את ראיית הר"ן¹⁰⁹⁰ שהרמב"ם סובר כר"ת שלא ניתן למחול, הואיל ופסק שניתן לקדש במעמד שלושותם, שיתכן למרות שניתן למחול, מקודשת וכפי שכתב הרמב"ן.

אך לבסוף כתב הרמב"ן שהואיל והרי"ף השמיט את כל הדיון לגבי מעמד שלושותם בקידושין, משמע שסבר שבאמת האשה אינה מקודשת בזה, וכל הדיון בגמרא היה אליבא דשיטה שאינה להלכה.

אף הר"ן דייק מהרי"ף שסובר שניתן למחול על מעמד שלושותם, ולכן השמיט את הדיון הנ"ל.

אך הכסף משנה כתב¹⁰⁹¹ שנראה שאף הר"ן מודה שלא ניתן למחול והסיבה ש שמיט את הסוגיא בקידושין הוא מכיון שכבר כתב מספיק כדי ללמוד את הדין שהמקדש במעמד שלושותן מקודשת.

וכתב הכסף משנה שמוכח שהרי"ף סובר שלא ניתן למחול מכך שפסק בב"מ סח: שאין המקבל יכול לחזור בו ממעמד שלושותם וכבר נפטר הממחה מחובו למקבל כפי שנביא לקמן בסעיף ט, וטען הכסף משנה ששני מחלוקות אלו תלויות זו בזו, שמי שסובר שניתן למחול סובר שיש לממחה עדין שייכות בחוב, ולכן לא פטרו הזוכה מחובו, ומי שסובר שלא ניתן למחול, סובר שכבר נסתלק המומחה מחובו לממחה, וכעת חייב לזוכה בלבד, ולכן ודאי פטר הזוכה את הממחה מחובו.

הרמב"ן והטור הביאו את דעת הראב"ד שכתב לחלק שבעיקרון יכול ממחה למחול, אך אם בשעת ההלואה השתעבד הלווה בפירוש ללוה ולכל הבא מחמתו, הממחה אינו יכול למחול, שכבר השתעבד הלוה בשעבוד גוף לזוכה, **והביא הביא שהרשב"א בתשובה**¹⁰⁹² **הסכים לדברי הראב"ד.**

הרמב"ן כתב לדחות את דברי הראב"ד וכתב שלפי דברי הראב"ד יוצא שלדעת אמימר לעולם דינו של שמואל אינו נכון, שהרי לשיטתו האדם תמיד משעבד את עצמו וכל המגיע מחמתו וא"כ אף כשמוכר שטר חוב, היה צריך הלווה להשתעבד בשעבוד גוף למלוה, וא"כ לא יכול המוכר למחול על חובו שודאי הקונה שטר חוב בא מכח המוכר ודאי בא מכחו הוא.

להלכה הכריע הר"ן כדעת ר"ת שאינו יכול למחול וכן כתב הטור בשם הרמ"ה והרא"ש, וכן כתב הבי"ש בשם התרומות¹⁰⁹³, וכתב הבי"ש שכבר הוכיח בכסף משנה שכן דעת הר"ן והרמב"ם וכפי שהבאנו לעיל.

ועל פי זה פסק השו"ע שאינו יכול למחול

אך הש"ך (י) השיג על הכרעה זו וכתב שהבי"י לא הזכיר שום חולק על ר"ת והאמת שרבו החולקים שהריטב"א והר"ן ביארו בדעת הר"ן שסובר שיכול למחול, וכן סברו הנימוק"י והרמב"ן והעיטור, וכן דעת הראב"ד והרשב"א שיכול למחול אם לא שעבד הלווה עצמו לכל הבא מחמתו כפי שהבאנו לעיל, וכתב שגם מהמגיד משנה בהלכות מכירה משמע שנוטה לדיעה זו הואיל וכתב לבסוף, ולכן יכול המומחה לומר שקיים לו כמותם, ושיכול למחות. והביא שאף רבינו ירוחם הביא את ב' הדיעות ולא הכריע.

וכתב הש"ך שגם לענין קידושין יש להחמיר ולהגדירה כמקודשת רק כספק ולא כמקודשת ודאית, וכיצד נקל בעריות ולא נחוש לדעת הרמב"ן, וכתב שהשו"ע עצמו הביא באהע"ז בסימן כח סעיף יג הביא גם את הדיעה הסוברת שהאשה אינה מתקדשת מכח מעמד שלושותם, והשיג על הלבוש שלא הזכיר דיעה זו.

עוד ערער הש"ך על קביעתו של הכסף משנה שהמחלוקת אם יכול למחול או לא, תלויה במחלוקת אם יכול הזוכה לחזור ולגבות מן הממחה, והוכיח שאין שום תלות מן המחלוקות, שהרי הרמב"ן סובר שיכול למחול, ושאינו הזוכה יכול לחזור בו, ור"ת סובר שלא יכול למחול, ושיכול הזוכה לחזור בו.

לשון השו"ע:

ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלוה בין פקדון, ואמר ליה במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, בין שנתנו לו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו, קנה, ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם, אעפ"י שעדיין עסוקים באותו ענין. וכן אין הנותן יכול לחזור ולמחולו למי שהוא בידו, ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון, קנה;

סעיף ב

אם המומחה אינו חייב לנותן כלום?

במשנה בקיא. מבואר שאדם שהיה חייב כסף לפועליו והמחה את השולחני לתת להם את הכסף בפניהם אינו עובר על איסור בל תלין של עיכוב שכרם.

ובגמ' בדף קיב. נחלקו האמוראים אם יכולים הפועלים לחזור בהם, ולבקש את הכסף מבעה"ב.

לדעת רב ששת אין הפועלים יכולים לחזור בהם.

לדעת רבה יכולים הפועלים לחזור בהם.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁸⁹ הקצות הביא כן בשם הריטב"א.

¹⁰⁹⁰ גיטין ה: ד"ה ואיכא.

¹⁰⁹¹ הלכות מכירה פרק ו הלכה ח.

¹⁰⁹² ח"ב סימן לט.

¹⁰⁹³ שער כח ח"ו סימן ג.

¹⁰⁹⁴ עיין בהערה 1108 שהבאנו דברי תוס' שהביא ג' אפשרויות בהבנת מחלוקתם

הרי"ף¹⁰⁹⁵ **התקשה** מדוע כאן יכולים הפועלים לחזור בהם, בניגוד לדין מעמד שלושתם רגיל שבו אף אחד מהצדדים אינו יכול לחזור בו.¹⁰⁹⁶
ויישב הרי"ף שהטעם שכאן הפועל יכול לחזור בו, הוא מפני שהשולחני לא היה חייב כלום לבעל הבית, וממילא לא שייך כאן כלל דין מעמד שלושתם.¹⁰⁹⁷
והביא הרי"ף שבירושלמי כתוב¹⁰⁹⁸ שאם העמיד בעל הבית את הפועלים ע"י החנוני כבר אינו חייב להם כלום, ומשמע שאינם יכולים לחזור בו, וישב הרי"ף שהירושלמי הכריע כרב ששת ואין ההלכה כן. **והובאו דבריו בתוספות**¹⁰⁹⁹, **וכן פסק הרמב"ם**¹¹⁰⁰, **וכן פסק השו"ע**.

המחזהו שולחני אצל חנוני, אם יכול החנוני לחזור בו?

הב"י הביא שהנימוק¹¹⁰¹ **כתב בשם גאון**, שגם רבא שאמר שיכולים הפועלים לחזור בהם, יודה שהחנוני אינו יכול לחזור בו וחייב לשלם לפועלים, מכיון שגומרים ומשעבדים נפשם מכח הנאה שסומכים עליהם, שזו אומנתם.

הב"י כתב שהרי"ף ודאי חולק על הגאון וסובר שאף השולחני יכול לחזור בו, שאם היה סובר כגאון לא היה לו שום קושי מדין חנוני לדין מעמד שלושתם, שהרי אף כאן אין השולחני יכול לחזור בו, וכן לא היה שום צורך להעמיד שהירושלמי שכתב שאם המחזהו אצל שולחני, הוא אינו חייב לפועלים כלום הינו כרב ששת שיכל לומר שזה כרבה שהשולחני אינו יכול לחזור בו אבל השכיר יכול, והעיר הב"י שגם מהרמב"ם והסמ"ג ורבינו ירוחם משמע שאין חילוק בין החנוני לפועלים ושכולם יכולים לחזור בהם.

ולכן כתב הב"י שאין ההלכה כחילוקו של הגאון מפני שיחיד הוא לגבי כל המפרשים.
הש"ך (יג) כתב שלא הבין את דברי הב"י שהרי בירושלמי משמע שאינו חייב לשכיר כלום ואילו לפי רבה יכול השכיר לתבוע את בעה"ב, ולכן כתב שאין שום הכרח שהגאון יחלוק על הרי"ף, וגם בנימוק"י משמע כן.¹¹⁰²

אך הסכים הש"ך להלכה שאף החנוני יכול לחזור בו מכיון שכך מפורש בתוס' וברא"ש, [יובאו דברי הרא"ש לקמן].

האם יכול הפועל לחזור בו אף במידה שהחנוני מוכן לשלם?

הרא"ש כתב שפשוט שאף רב ששת מודה שבמקום שהחנוני לא מוכן לשלם לפועלים, שיכולים הפועלים לחזור בהם, שהרי פשוט שהפועלים לא פטרו את בעה"ב במציאות שהשולחני לא ישלם להם 'דאטו בשופטני עסיקני', ופשוט שהשולחני יכול לחזור בו שהרי לא קיבל כלום מבעל הבית, ורב ששת חלק רק במקרה שהחנוני מוכן לשלם, וסבר שבמקרה הזה אין הפועלים יכולים לדרוש את הכסף מהחנוני, ורבה סובר שגם באופן הזה יכולים לדרוש את הכסף מבעה"ב.

והב"י כתב שמדברי הרמב"ם¹¹⁰³ משמע שבמקרה שחנוני מוכן לשלם, אין הפועלים יכולים לחזור בהם, מפני שכתב שאם לא פרע הממחה לשמעון, יכול הזוכה לתבוע את הממחה, ומשמע שאם רוצה המומחה ללשלם, אינו יכול לתבוע את הממחה, וכתב שכן משמע מרש"י שביאר שאם לא נתן החנוני יכול הפועל לחזור בו.¹¹⁰⁴

אך כתב הב"י שיתכן שהרמב"ם כתב בלשון הווה שבד"כ אם רוצה החנוני לפרוע, אין הפועלים הולכים לבעל הבית.

מחל השוכר לבעה"ב בקניין/ בלא קניין על החוב האם זה מועיל ולמה ובאיזה לשון?

כתב הרא"ש שממחלוקת רב ששת ורבא אנו למדים שמחילה בעלמא לא צריכה קניין, ונחלקו כאן האם השכיר מחל לבעה"ב או לא, ופשוט שלא מדובר כשעשו קניין, שאם עשו קניין פשוט שמחל לבעה"ב אף שלא שילם לו החנוני, שאם שילם לו אין צורך לקניין.

ועולה מדבריו שאם עשה קניין, אין השכיר יכול לחזור בו.
וכתב רבינו ירוחם שאפילו אם מחל השכיר במפורש לבעה"ב יכול לחזור בו, אלא אם כן עשה קניין, **וכן פסק הרמ"א**.

¹⁰⁹⁵ ב"מ סח.

¹⁰⁹⁶ הרי"ף לשיטתו בסעיף ט שבמעמד שלושתם אף הזוכה אינו יכול לחזור בו, ולקמן בסעיף ט נביא מחלוקת בדבר.

¹⁰⁹⁷ ובסעיף הקודם הבאנו שהביא הרי"ף שיש שביארו שהסיבה שלא חל כאן מעמד שלושתם הוא מ[נ]י שדין מעמד שלושתם פועל רק כאשר הממחה רוצה לתת מתנה לזוכה ולא לפרוע לחוב, והבאנו שהרי"ף השיג על דבריהם.

¹⁰⁹⁸ שבועות פרק ו הלכה ה.

¹⁰⁹⁹ ד"ה חוזר.

¹¹⁰⁰ מכירה ו, ט.

¹¹⁰¹ ב"מ סח. ד"ה גמ'.

¹¹⁰² יש להעיר, שבר"ן שהוא מקור הדברים משמע שדין זה חולק על הרי"ף וכן הובא בהגה על הנימוק"י שלפנינו.

¹¹⁰³ מכירה ו, ט.

¹¹⁰⁴ ודברי הב"י תמוהים שהרי הרמב"ם כתב שאפילו אם פרע המומחה מקצת יכול הזוכה לחזור ולתבוע את הממחה 'אם לא פרע' וכל כוונת הרמב"ם לומר שלמרות שפרע חלק, יכול לתבוע על מה שלא פרע, לאפוקי ממה שכבר פרע, ואין שום משמעות בדבריו שאם רוצה המומחה לפרוע, אינו יכול לחזור בו. וגם מרש"י אין ללמוד כלום שרצה לומר שאם כבר פרע החנוני לפועל שוב אין הפועל יכול לתבוע את בעה"ב ופשוט, ודברי הב"י צריכים עיון.

וכתב הש"ך (טו) שמדברי הרמ"א ורבינו ירוחם משמע, שמחילה בלא קניין לא מועילה גם במקרה שהחנוני מוכן לשלם לשכיר, **וכן כתב הסמ"ע (ט).**

וכתב הש"ך שלא ניתן לומר כן, שהרי כל עוד החנוני מוכן לשלם, אין זו מחילה בטעות, ואינו יכול לחזור, וכתב הש"ך שמדויק ברא"ש כדבריו¹¹⁰⁵ ושכך יש לפרש ברבינו ירוחם וכך הבינו הסמ"ע וכן פסק מהר"י וייט¹¹⁰⁶.

הקצות (ו) חלק על הש"ך וכתב שפשוט שבמחילה בלא קניין, יכול הפועל לחזור בו, כל עוד לא פרע לו החנוני,

ואף התיבות (ג) חלק על הש"ך והוסיף שגם במקרה שעשו קניין, אין המחילה מועילה במקרה שהחנוני חוזר בו, כשחוזר בו הרי זו מחילה בטעות,¹¹⁰⁷ ובוה השיג גם על הסמ"ע, וביאר שמה שכתב הרא"ש שאם עשה קניין, זה פוטר את בעה"ב אף אם לא יתן החנוני, הכוונה שדוחה אותו, אבל לא שמסרב לתת.

וכתב התיבות שמה שכתב הרמ"א שאינו יכול לחזור בו אף אם לא משלם לו כלל, זה דווקא באופן שמחל בפירוש באופן הזה שאף אם החנוני לא יתן לו, בעה"ב יפטר.

הרמ"א בהמשך כתב בשם המרדכי שאם המקבל פטר את הנותן לגמרי, צריך זה שהמעות בידו [מומחה] ליתן למקבל כדין ערב.

הסמ"ע (יא) נתקשה בדבריו באיזה אופן דיבר שהרי ללא קניין לא מועיל מה שפטר והסיק שמדובר באופן שמועיל כגון בקניין או שיש מעות בידו וכדו',

והש"ך כתב (טז) שאין צורך לדחוק זה וודאי אם פוטר לגמרי מבלי לתלות זאת שסומך על כך שאחר יפרע לו, שמועיל גם בלא קניין כדין כל מחילה שאינה צריכה קניין, והביא שכן פירש הב"ח

[במה נחלקו רב ששת ורבה וביאור מחלוקת בבלי וירושלמי.]

נושא זה בעיקרו לימוד עיוני ואין בו נ"מ ישירות להלכה, לכן הבאתיו בהערה.¹¹⁰⁸

אם יכול הפועל לחזור בו כשפרע החנוני מקצת החוב/כששילם לו כבר החנוני

כתב הרמב"ם¹¹⁰⁹ שאפילו פרע כבר החנוני מקצת החוב יכול לחזור בו, וכן כתב שאם כבר שילם החנוני לפועל חוזר וגובה מבעה"ב, והדברים פשוטים וכן פסקו הטור והשו"ע. לשון השו"ע:

¹¹⁰⁵ לשון הרא"ש: 'דאי לפוטרו כשיתן לו השולחני, לזה לא הוצרך קניין שכבר נפרע, ומבואר בש"ך ס"ק יז שגרס ברא"ש שכבר נפטר, וביאר התיבות שהש"ך הבין שמדובר באופן שרוצה השולחני לפרוע אך לא פרע עדיין, ונראה שעיקר דיוקו של הש"ך הוא מכך שכתב הרא"ש שבאופן הנ"ל אין צורך לקניין ולא כתב שאין צורך למחילה, ומשמע שיש משמעות למחילה, ועל כרחך שזה לעניין שאם לא חזר בו החנוני אין השכיר יכול לחזור בו. סימן לג.

¹¹⁰⁷ ויש להעיר שנראה שהש"ך סובר שכשעשו קניין, אין החנוני יכול לחזור מדין ערב, שהרי מכוחו, פטר המלוה את הלוה.
¹¹⁰⁸

במה נחלקו רב ששת ורבה? וביאור מחלוקת בבלי וירושלמי

תוס' בד"ה 'חוזר' הציעו ג' אפשרויות בהבנת מחלוקת רב ששת ורבה. **ביאור ראשון:** רב ששת סובר שלמרות שלא שייך כאן מעמד שלושתם הואיל והחנוני לא חייב דבר לבעה"ב, מכל מקום, התחייב השולחני לשלם לפועל, הואיל ומכח אמירתו שישלם לפועל, מחל הפועל לבעה"ב, ודינו כערב בשעת מתן מעות, ולפי זה יוצא שמחלוקת רב ששת ורבה אינה דווקא לגבי הפועל, אלא גם לגבי החנוני. ורבה סבר שהואיל ולא הואיל כאן מעמד שלושתם, הפועל לא מחל לבעה"ב על חובו, וממילא השולחני לא התחייב מדין ערב. **ביאור שני:** שמדובר שהפועל התנה במפורש שהוא מוחל, רק אם החנוני ישלם לו, והשאלה אם זה מועיל או לא. **ביאור שלישי:** גם רבה וגם רב ששת מודים, שיכול הפועל לחזור ולתבוע את המעות מבעה"ב, וכל המחלוקת הינה לגבי איסור בל תלין, לדעת רב ששת, אם חוזר הפועל ביום הראשון ותובע מבעה"ב ובעה"ב אינו משלם לו, אין בעה"ב עובר על בל תלין, כיון שהתנתק כבר מהאיסור, שוב אינו חוזר אליו, ולדעת רבה אם חזר ביום הראשון, עובר על בל תלין. **הבאנו לעיל** שהרא"ש בתחילה הביא שמחלוקת רבה ורב ששת הינה במציאות בה החנוני אינו חוזר בו, ונחלקו אם השכיר יכול לחזור, וזה דומה לפירושו השני של תוס'.

אך הביא הרא"ש שבירושלמי כתוב שאם המחלוקת בעה"ב את השולחני אצל הפועל, שוב אין לפועל אצל בעה"ב כלום, ומשמע שלעולם אינו יכול הפועל לחזור ולתבוע את הבעה"ב.

ויישב הרא"ש שהירושלמי פסק כרב ששת וכפי שהבאנו לעיל, וביאר שרב ששת סבר שנתחייב השולחני מדין ערב בשעת מתן מעות, ולכן פטר הפועל את בעה"ב לגמרי, וכביאורו הראשון של תוס'.

ובפלפולא חריפא (אות ג) כתב שהסיבה שהרא"ש לא ביאר את דברי רב ששת כך אף לפי הבבלי, מפני שסבר שיותר פשוט לבאר שהחוב אינו מדין ערב, אלא שבירושלמי מוכרחים לפרש כן.

אך התומים ובעקבות התיבות כתבו ליישב באופן אחר שכוונת הרא"ש שהחוב מדין ערב, אינו על הפטור מלשלם, אלא על כך שאין בעה"ב מתחייב על איסור בל תלין, ודייק כן ממה שכתב הרא"ש שהואיל ובעה"ב חייב לשלם **מיד** ופטר הפועל ע"פ השולחני נעשה ערב, ומכך שהדגיש 'מיד' משמע שהפטור הוא על איסור בל תלין, והירושלמי דיבר באופן שכבר ערב היום הראשון, וממילא כבר פטור מאיסור זה, ולכן לפי רב ששת אינו יכול לחזור בו, והבבלי דיבר באותו היום, ולכן בזה אף רב ששת מודה שאם חזר בו החנוני, יכול הפועל לחזור בו, וביאר התומים שההכרח לבאר שהבבלי דיבר על אותו היום הוא מכח דיוקו של רבה מהמשנה שאומרת שבעל בית אינו עובר על תלין, ומשמע שאם רוצה לחזור יכול, והמשנה ודאי מדבר ביום הראשון שרק בזה שייך לעבור על בל תלין.

ע"פ זה רצה התיבות להוכיח שמחילה ללא קניין אינו מועילה אפילו אם החנוני לא חזר בו, שאם היא הייתה מחילה מועילה לעניין זה שלא יוכל לחזור שהחנוני לא היה חוזר, עדיין היה החנוני מתחייב מדין ערב, ויכול הרא"ש להעמיד את הירושלמי אף לשיטת רבה.

¹¹⁰⁹ מכירה ו, ט.

במה דברים אמורים? כשהיה לראובן מנה ביד שמעון, אבל אם לא היה לו מנה בידו, אלא שא"ל: תן מנה ללוי בשבילי ואפרענו לך, לא קנה, וכל אחד משלשתן יכולין לחזור בו, (ואפילו מחל המלוח ללוה, יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה בקנין) (ר"י נ"ט). ואפי' פרע שמעון ללוי מקצת החוב. ומכל מקום אם נתנו לו, חוזר וגובה מראובן, מאחר שעל פיו נתן. הגה: וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי, צריך זה שהמעות בידו ליתנם למקבל, דהא לא גרע מערב דעלמא. (נימוקי יוסף ומרדכי פרק איזהו נשך):

סעיף ג

כשלא פירשו איזה מנה

הטור הביא מחלוקת ראשונים אם מועיל מעמד שלושתם כשיש למומחה מעות משל הממחה, אך הממחה לא אמר במפורש שיתן ממעות אלה.

לדעת הרמב"ן¹¹¹⁰ מועיל מעמד שלושתם באופן הזה, ואחד מראיותיו הינה מהגמרא בגיטין יג. שאומרת לגבי שכיב מירע שאמר תנו מנה לפלוני, והיו לו מעות צרורים, שנותנים לאותו אדם אף שלא אמר מעות אלו. **והרמ"ה סובר** שאין הקניין מועיל.¹¹¹¹

והרא"ש בתשובה¹¹¹² כתב כדברי הרמ"ה ונימק שמכיון שמעמד שלשתן הוא 'הלכתא בלא טעמא' אין לך אלא מה שתיקנו חכמים. ואם לא הזכיר את המנה לא נראה אלא כערבות, וביאר הסמ"ע (יב) שהואיל וזה שלא בשעת מתן מעות זה לא חל בלא קנין.

כתב בבדק הבית שכיון שרבו ראיות הרמב"ן הלכה כמותו. **וכן פסק השו"ע** בלשון סתם, והביא את החולקים בלשון 'ויש אומרים'. הש"ך (כא) כתב שדעת היש אומרים שהביא השו"ע מודים שאם יש לו יותר מהמנה אותו הקנה זה מועיל, ודוקא כשיש לו רק מנה אחד זה לא מועיל, וכתב שבאמת בתשובת הרא"ש משמע שאף באופן הזה זה לא מועיל, וכתב שבזה יש לבאר מדוע הביא השו"ע את דעתם בעוד בבדק הבית הכריע באופן נחרץ כדעת הרמב"ן, שמה שהכריע נגדם זה דווקא נגד הדיעה הסוברת שאף אם יש לו עוד מעות זה לא מועיל **ולהלכה הכריע הש"ך כדעת היש אומרים לפי פירושו**.

וכתב הש"ך (כ) שאם אמר במפורש 'יהלוח לי מנה ותן לי' לא קנה לדברי הכל, אף שחייב לו מנה מלפני כן. והביא שכן פסק המהרי"ט¹¹¹³.

האומר למומחה תן מנה לפלוני ואין לו אצלו אלא חמישים

הפתי"ש (ד) הביא את דברי השער משפט שהסתפק במקרה שצווה הממחה לתת יותר ממה שיש לו אצלו, אם אנו אומרים שלגבי מה שיש לו קנה מדין מעמד שלושתם, שהתכוון לתת לו ממעות אלו והשאר ללות ממנו, או שכבר התכוון ללות מהכל. לשון השו"ע:

אמר ראובן לשמעון, סתם, במעמד שלשתן: תן מנה ללוי, ולא אמר ליה: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, ושמעון מודה שיש לראובן מנה בידו, אלא שאומר שכיון שלא פירש: מנה שיש לי בידך, לא היה דעתו על מנה שיש לו בידי, אלא שאלוה לו מנה ואתננו לך, אין בדבריו כלום, דמסתמא על מנה שיש לו אמר, וקנה. ויש אומרים שלא קנה.

סעיף ד

היה בידו חיטים וצוה לתת מעות

עוד כתב התרומות¹¹¹⁴ **בשם הרמב"ן בתשובה**¹¹¹⁵ שאם היה למומחה חיטים של הממחה, ואמר הממחה שיתן מעות לפלוני מחטים אלה, יש בזה מספר חילוקים:

אם היו החיטים פקדון וצוה הנותן לתת במעות מן החיטים לא קנה, שאין המומחה חייב למכור את החיטים כדי לשלם למקבל מעות, ואפילו אם יאמר המקבל שהוא מוכן לקבל חיטים יכול המומחה לומר לו שלא צוה לו הנותן לתת חיטים אלא מעות ואין זה הועיל, אבל אם צוה סתם לתת כגון חמישים דינרים מהחיטים, נעשה כאומר לו חיטים שוה חמישים דינרים וקנה.

ואם חיטים אלו נמצאים אצל הממחה בהלוואה, לעולם קנה, ויכול לתת לו או מעות או דמי חיטים שבשער השוק, שהרי מלוה להוצאה ניתנה, וודאי שלא התכוון לחייבו לתת חיטים אלו.

¹¹¹⁰ שו"ת סימן לב, הובא בתרומות שער כח חלק ג סימן א.

¹¹¹¹ הקצות (ז) ציין שהגידולי תרומה הקשה על ראהו זו שלפי רב פפא בגמרא שחוששים למנה קבור, על כרחך מדובר באומר מנה זו, וציין הקצות לדבריו בסימן רג ס"ק יא שם תירץ שאין חוששים למנה קבור אלא בפקדון וביסס דבריו על דברי ר"י בתוס' שם, ואכמ"ל.

¹¹¹² כלל סט סימן ו.

¹¹¹³ סימן לו.

¹¹¹⁴ שער כח חלק ג סימן א.

¹¹¹⁵ סימן לב.

והשו"ע פסק דינים אלו להלכה.

לשון השו"ע מתחילה בכך שאם אמר תן המעות שהרי לי בידך כור חטים במעות אין זה מועיל, ומסיים שאם אמר תן לו חמישים דינר מהחטים זה מועיל, כלומר שמלבד ששינה בסוףשלא אמר במעות שינה גם את הלשון במקום 'שהרי יש לי בידך' כתב 'תן לו מהחטים'.
וכתב הש"ך (כג) שאין זה בדווקא ואף אם אמר תן חמישים שהרי יש לי בידך וכו' זה מועיל, וכתב שכן מדויק בתרומות¹¹¹⁶.

עוד כתב הש"ך בשם מהרי"ט¹¹¹⁷ שאם אמר במפורש למומחה שיתן ממעות שלו, ושיהיה הפקדון בידו למשכון, או שאמר לו 'תן סך פלוני כיון שאתה בטוח ממנו מחמת הפקדון', לא קנה. לשון השו"ע:

היה לראובן ביד שמעון כור חטים, ואמר ליה במעמד שלשתן: תן ללוי חמשים דינרים שהרי יש לי בידך כור חטים, ונתרצה, ואח"כ רצה שמעון לחזור בו, אם היו החטים פקדון ופירש: תן לנו חמשים דינרים במעות מהחטים, לא קנה לוי, שיכול לומר שמעון: איני חייב למכור חטים של ראובן כדי לפרוע חובותיו. ואפילו אם יאמר לוי: תן לי חטים שוה חמשים דינרים, יכול לומר: לא ציוני ליתן לך חטים אלא מעות. אבל אמר ליה, סתם: תן לו חמשים דינרים מהחטים שיש לי בידך, נעשה כאומר לו: חטים שוה חמשים דינרים, וקנה. ואם היו הלואה אצלו, אף על פי שאמר לו: חמשים דינרים (במעות), קנה, ונותן לו מעות או חטים שוה חמשים דינרים, כשער שבשוק.

אם המומחה אומר שיתן בזמן שרוצה

כתב הב"י בשם תשובת הרשב"א¹¹¹⁸ שאם צווה הממחה למומחה שיתן לפלוני ממעות שיש לו בידו ואמר הממחה שיתן בזמן שירצה, חייב לתת למקבל מיד שהגיע זמן פרעונו לממחה, והביא שכן דעת ר"ת שניתן להקנות במעמד שלושתם אף בעל כרחו של המומחה, [ונרחיב במחלוקת זו בסעיף ז], וכתב שדעתו נוטה לדעת ר"ת אע"פ שיש מן הגדולים שחולקים בדבר.
השו"ע סתם כדברי הרשב"א שחייב לתת מיד, והוסיף שיש חולקים.
הש"ך (כו) תמה מדוע הביא השו"ע כאן את ב' הדיעות, בעוד בסעיף ז סתם שניתן להקנות במעמד שלושתם בעל כרחו של המומחה, וכתב שיתכן מסיבה זו השמיט הלבוש את דעת היש חולקים כאן. לשון השו"ע:

אמר לו: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן, ואמר לו: אני אתנהו לך לכשארצה, וכשתובעו אומר לו: איני רוצה עכשיו, אין בדבריו כלום, כו וחייב ליתן לו לזמן שהוא חייב לממחה; ויש חולקים:

סעיף ו

טענת פרעון אחרי מעמד שלשתן שלא הועיל

הטור הביא ת' רא"ש שדן בדבר אדם שתבע את חבירו על חובו, והודה לו חבירו בחוב אך טען שכבר אמר לאמו שתפרע למלוה שלו במעמד המלוה, וגם ראה את אמו פורעת למלוה את מקצת החוב, והמלוה טוען שלא יתרצה למעמד שלושתם זה, והודה שאכן נפרע מאמו קצת אך זה היה בעבור חוב שחייבת לו אמו.
ופסק הרא"ש שהדין עם המלוה, הואיל ולא היה כאן דין מעמד שלושתם שהרי לא היה ללטה יד אמו כלום, ו'אנן סהדי' שהלוה לא פרע הואיל וחשב ששכבר פרע מכח שהעמיד לו את אמו, ואין אדם פורע פעמיים והלואי שיפרע פעם אחת.

עפ"י דבריו אלה פסק השו"ע שאם עשה הלוה מעמד שלשתן שלא כדין ולא קנה המקבל, אין הנותן נאמן לטעון שפרע למקבל אח"כ, שמכיון שהוא חשב שחל הקנין ודאי לא ישלם. וכן פסק בשו"ע,
וכתב הסמ"ע שכל זה הוא כשלא חזר המקבל ותבעו בטענה שלא חל הקנין, אך אם חזר אחרי, נאמן הלוה לומר שפרע אז. (והעיר הש"ך (כז) שנאמן גם לטעון שהמלוה חזר אחרין אחרי כן).¹¹¹⁹
הש"ך (כז) השיג על דין השו"ע וכתב שבקרה של השו"ע נאמן הלוה לחזור ולומר שפרע באופן אחר כדין כל החוזר מטענת פטור לפטור כמבואר בסימן פ, והרא"ש דיבר במקרה שכבר טען בב"י שפרע ע"י מעמד שלושתם, ולכן בזה שוב לא נאמן לטעון שפרע באופן אחר.
וכתב הש"ך שכנראה הב"י למד מהרא"ש שאף כשלא טען בב"י שפרע מכוח מעמד שלושתם אינו נאמן לטעון שפרע שוב, מכח נימוקו של הרא"ש שכתב שהטעם שאינו נאמן הוא מפני שאין סהדי דלא הדר תו ופרע, ולואי שיפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב, ומשמע שאף שלא טען בב"י הדין כן, הואיל ואין אדם פורע לאחר שחשב שכבר פרע, אך כתב הש"ך שאין מכח דיוק לשון ראייה מספיקה בכדי להוציא ממון.
עוד כתב הש"ך שנראה שאף השו"ע יודה שאם אין עדים שהלוה חייב למלוה או שאין עדים על מעמד שלושתם, הלוה נאמן לטעון שפרע במיגו, שהרי החזקה של הרא"ש יותר טובה מהחזקה שמופיעה

¹¹¹⁶ יש לציין שאכן כך משמע בתרומות אך ברמב"ן אין ראייה ברורה, ויש לעיין בדיוק בלשון השאלה שהגיע לתרומות ובסברא ודאי שיש מקום לחלק שכשאומר 'שהרי וכו' יש מקום לומר שלא התכוון שיתן משם, אלא רק ציין לו שיש לו ביטוח שאם לא יחזיר לו, יוכל לעכב ממה שיש בידו, כמקרה שהביא הש"ך בשם מהרי"ט שנביא לקמן, ודוק.

¹¹¹⁷ סימן לו.

¹¹¹⁸ ח"ב סימן שעח.

¹¹¹⁹ והקשה ר' דניאל בסיכומו 'שעבוד הערב וסדרי הגביה' שלפי זה לא ברור מדוע שלא יהיה נאמן לומר שפרע במיגו שהיה אומר שהבעלים חזר אחריו.

בש"ס שאין אדם פורע חובו בתוך זמנו, שלהלכה נאמן הלווה במגו נגד חזקה זו מכח ספק הגמרא בב"ק ה.¹¹²⁰
וכן השיג הש"ך על הלבוש בסעיף יז שכתב שדין השו"ע נכון רק שאין לו מיגו, אך כשיש לו מיגו נאמן,
 שאין זה נכון הואיל ואין מיגו מועיל בב"ד, מפני שאינו יכול לחזור ולטעון.¹¹²¹

האם הטוען שעשה מעמד שלושתם שאינו מועיל, ומכח זה מתחייב לשלם, נחשב כמודה במקצת לעניין להשבע על השאר?

כפי שהבאנו בתחילת הסעיף במקרה של הרא"ש טען הלוה שמקצת החוב נפרע ממש ע"י האמא, וכתב הרא"ש שעל סכום זה נאמן הלווה שאמו פרעה, ולכן אינו משלם אלא על מה שלא טען שאמו ופרעה, ונשבע על מה שאמו פרעה ונפטרה.

הב"ח כתב ששבועה זו, הינה שבועה דאורייתא, מדין מודה במקצת.
אך הש"ך השיג עליו וכתב שאינו נשבע אלא שבועה דרבנן, הואיל ולא הודה במפורש, אלא התחייב מתוך טענתו ומפורש בסימן עה סעיף, שבמציאות זו לא שייכת שבועת מודה במקצת.¹¹²²
 לשון השו"ע:

המחהו אצל חבריו, בענין דלא קנה, אינו נאמן לומר שפרעו אחר כך:

[מכאן ואילך עד סוף הסימן זהו סיכומו של ר' דניאל וסטברוק].

סעיף ז

קנין מעמד שלשתן בעל כרחו של המומחה

הביאו התוספות (בד"ה גופא) והרא"ש מריב"א ור"ת שמעמד שלשתן מועיל אפילו בע"כ של המומחה, שאלי"כ למ"ד שאין מעמד שלשתן אלא בפקדון לא היה שום צורך לתקן, שיכול המומחה לזכות עבור המקבל. וכתבו שאין נראה לומר שהוצרכו לתקן במקרה שהפקדון אינו בידו, ועוד שאף בזה יכול להקנות ב'אודיתא'. ועוד הביאו ראיה מהמעשה בב"ב קמט. שרבא מנע מהאפשרות לעשות מעמד שלשתן כשסירב לבוא, ומשמע שאם היה מגיע היה חל בע"כ. וכתבו שאין לומר שלא הלך משום שהתבייש לסרב, שא"כ גם בלי מעמד שלשתן היה צריך לומר שאינו הולך שמא יאמר לו 'זכה'.

הר"ן דחה את הראיות של התוס' בדרך שכתבו בעצמם. ולא חשש לקושיא מקנין אודיתא, וביאר הגר"א בסק"כ משום ש'לאו כולי עלמא דינא גמירא'. (ונראה שלדבריו אין להקשות איך ילמדו העולם את דין מעמד שלשתן, שכנראה שנהגו לעשות מעמד שלשתן גם לפני שחז"ל נתנו אישור לזה.) ואי"ה יתבאר במקום אחר שאינו פשוט שיש כזה קנין, וא"כ הקושיא לא מתחילה.

לגבי קושיא האחרונה של התוס' ביאר הר"ן שבלי דין מעמד שלשתן היה יכול להבריא הנכסים מרשותו וללכת, ואז לא תועיל זכייה. ודייק שצריך הסכמה של המומחה משיטתו של רב אשי שמעמד שלשתן מועיל 'בההיא הנאה כו' (וגם התוס' כתבו שע"כ לפי רב אשי היסוד שלהם אינו נכון). וכתב שאף לפי אמיתר ששיעבד הלווה לכל מי שיבוא מכחו של המלוה, לא שיעבד את עצמו אלא לאלו הבאים מכחו ברצונו.

הביא הטור שהרמ"ה כתב כדעת ר"ת והרא"ש, ויש חולקים. והב"י הביא שהתרומות הכריע דלא כר"ת (בפנים ביאר טעמו משום שיכול לומר 'הראשון נוח לי והשני קשה הימנו'), ושגם הרא"ש עצמו כתב בתשובה שצריך הסכמה של המומחה (אבל הש"ך טרח ולא מצא א"ז, ואדרבה משמע מדבריו בכלל סט כמו בפסקים). והביא שהרשב"א כתב כר"ת בתשובה, וכן הכריע להלכה (והדרכי משה הוסיף שכן דעת המרדכי). וכן סתם בשו"ע ולא הביא דעת החולקים.

¹¹²⁰ לכאורה יש להעיר שפשוט דברי הרא"ש הינם לא כשו"ע ולא כש"ך, שמהרא"ש עולה שהטעם שחייב הינו מכח אגן סהדי שפרע וכפי שהבינו השו"ע, ולא כפי שטען הש"ך שהוא מכח שאינו יכול לחזור מטענת חיוב לפטור, אך מהרא"ש לא ניתן להוכיח כדברי השו"ע שדין זה נכון אף כשלא טען כעת שפרע מכח מעמד שלושתם, הואיל ויתכן שלאחר זמן החליט לפרוע לו בעצמו, מכח שהבין שדין מעמד שלושתם לא מועיל וכד', ורק שטוען כרגע שפרע ע"י מעמד שלושתם, אגן סהדי שלא פרע באופן אחר, ותימה על הש"ך שכתב שחזקה זו שאין אדם פורע פעמיים לא חזקה יותר מאין אדם פורע תוך זמנו, והרי פשוט שהסברא שאין אדם פורע פעמיים, אינה סתם חזקה אלא 'אגן סהדי גמורי' וכלשון הרא"ש, ודוק.

¹¹²¹ ולפי מה שכתבנו בהערה 1120 הטעם שאינו נאמן אף במיגו אינו מכח שחוזר וטוען, אלא שיאגן סהדי שלא פרע, ודוק.

¹¹²² יש להעיר ששם בסימן עה מבואר שהיה כאן ב' סברות שונות לפטרו משבועה: האחד עצם זה שטען שפרע ע"י מעמד שלושתם, וכלומר שהוא סבר שנפטר בזה ובעצם טעה בדין ואינו נפטר בזה, ובזה כתב הרשב"א בתשובה לענין ריבית שנפטר משבועה, אך הש"ך השיג עליו וסבר שבזה נחשב כמודה גמור, שהרי מדבריו עולה שלא פרע כלל, אך פה מודה הש"ך שאינו חייב שבועה, הואיל וטוען שוב שפרע, אלא שאיננו מאמינים לו מכח החזקה שאין אדם פורע פעמיים, וזה אינה הודאה מכח טעות בדין, אלא שפשוט אינו נאמן בטענתו, ובזה מודה הש"ך שאינו חייב שבועה, כמבואר שם.

הש"ך הביא שהרשב"א בחידושו כתב כדעת הר"ן, ועוד הוסיף לרשימת החולקים על ר"ת את הנמו"י בב"ב ובב"ק (בשם הרא"ה), הריטב"א בקידושין, העיטור והרש"ל (ויש להוסיף גם הרמב"ן בחידושו לגיטין). וכתב שכן עיקר בש"ס ושכן משמע מלשון 'מעמד שלשתן'. וכן נראה לעני"ד מטעמו של התרומות, ולפי מה שהכרענו למעלה שיש מעמד שלשתן גם בכתובה וש"א"א למחול אחרי מעמד שלשתן, ע"כ צ"ל כן מהקושיות של התוס' שהבאנו שם.

סעיף ח

קנין סודר על הלואה

כבר הבאנו מה שלומדת הגמרא ממעשה של רב שבמקום שלא היו במעמד שלשתן לא קנה אפילו במתנה מועטת. וכתב הטור שאם עשו קנין מועיל, אלא שהביא מהרמ"ה שבהלואה צריך לקנות ממי שיש לו המעות בידו, שמלוח להוצאה ניתנה. וג"ז אינו מועיל אלא בתורת הודאה שחייב לו כסף (כתבו הסמ"ע והש"ך שזה ל"ד אלא ה"ה בתורת התחייבות מועיל. ובהודאה ביאר הש"ך שצריך קנין כדי שלא יוכל לטעון טענות השטאה או השבעה מכיון שלא עשו מעמד שלשתן, ועיין סיכומי טוען ונטען בענין 'הודאת בעל דין', שאילו בתורת מתנה אין מטבע נקנה בחליפין. וכ"פ השו"ע.

כתב הסמ"ע שלא דיברו הפוסקים כאן במקרה שהמקבל הוא עני, שאז צריך לקיים דבריו מדין נדר או אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. וכתב הש"ך שנתן מקום לטעות כאן, שבאמת לא קנו העניים א"כ הם עומדים שם מדין מעמד שלשתן, או בפקדון של מטלטלין או מעות חתומים שנחשב ברשות הבעלים בכל מקום שהוא. והקצות חולק עליו ואומר שכל שלא הוציא הנפקד את המעות, אפילו אינם צוררים וחתומים ברשות המפקיד הם.

סעיף ט

אם המקבל רוצה לחזור בו

כתב הר"י שאם המומחה דוחה את המקבל ומפני זה רוצה לחזור על הנותן, אינו יכול. שמיד שקיבל עליו לגבות מהמומחה נפטר הנותן (שמה שהקנה למקבל במעמד שלשתן היינו פרעון של החוב שלו, כנ"ל. ובסימן צא סק"י כתב הסמ"ע ששתיקת המקבל היא כהסכמה, והש"ך שם הסתפק בזה, עיין סיכומי טוען ונטען בענין 'החונני על פנקסו'). והביא ש"ח בירושלמי (קידושין ג, ד) שאם העני המומחה אין הנותן חייב בכך א"כ עשו ערמה. וכן דעת הרמב"ם (מלוה ולוה טז, ג).

הביא הטור שהעיטור והרא"ש (בב"מ) חלקו על הר"י בזה וכתבו שלא נפטר הנותן א"כ פטרו המקבל במפורש. ועוד הביא שהרא"ש ביאר יותר בתשובה שאפילו אם שתק המקבל יכול לטעון שעשה כן לטובת הנותן ולא שהתכוין לפוטרו. שמעמד שלשתן נתקן לטובת המקבל. ותמה הב"י על הטור שהרא"ש בב"מ לא כתב כן אלא במקום שלא חל קנין מעמד שלשתן כשלא היה חייב המומחה לנותן כלום (אבל בתשובה כן כתב כדעת העיטור). ומ"מ הר"ן בגיטין הביא שדעת רב האי ור"ת היא שיכול המקבל לחזור בו. והתרומות הביא מהראב"ד כדעת הר"י.

הריטב"א בקידושין מח. כתב בשם הרא"ה (בלשונו רבינו נר"ו) כדעת העיטור, שאילו היה הנותן פטור מהמקבל לגמרי לא היה מעמד שלשתן 'הלכתא בלא טעמא'. שהרי מכיון שהוציא המקבל את שיעבודו על פיו של המומחה (הלך לשיטתו שצריך דעת המומחה) התחייב לו המומחה. והש"ך דחה ראיה זו שבלי תקנת מעמד שלשתן יכול המומחה לחזור בו ופשוט שגם המקבל יכול לחזור בו, ולכן הוצרכו לתקן.

השו"ע סתם כדעת הר"י והביא י"א כדעת העיטור, והרמ"א הכריע כ"א. והש"ך כתב שהמוציא מחבירו עליו הראיה ואין המקבל חוזר על הנותן וכדעת הר"י. והוסיף לסייעתו של הר"י והרמב"ם את הרמב"ן והרשב"א בתשובה והנמו"י בפרק מי שמת והסמ"ג והראב"ן. וכתב שאולי אם הרמ"א היה רואה דברי כל הפוסקים האלה לא היה פוסק כ"א.

כתב הטור שאפילו לפי דעת העיטור צריך המקבל לתבוע את המומחה תחילה, שהוא עיקר החיוב. וביאר הש"ך שמ"מ לשיטתו ל"צ אלא דחייה קצת ואז אפשר לגבות מהנותן, ואף שמלשון המחבר לא משמע כן כ"כ לא דקדק בלשונו.

הר"ן (והנמו"י בשמו) בב"מ הביא מגאון שאף שיכול המקבל לחזור בו, אם נתרשל ולא תבע את המומחה עד שהעני פטור הנותן מלשלם לו. שהוא כמו לווה שהראה למלוה את מעות הפרעון ופשע בהם המלוה. וכ"פ הרמ"א, והביא הש"ך ש"ח בתרומות בשם הרמב"ן.

סעיף י

נמצא המומחה עני-

כתב הטור שיש אומרים שאם העני המומחה אחר שעשו מעמד שלשתן פטור הנותן כדברי הירושלמי, אבל אם כבר היה עני באותה שעה ולא ידע המקבל מקח טעות הוא וחוזר המקבל על הנותן. וכתב הב"י שאינו יודע למה כתב א"ז בשם י"א, שזהו מ"ש בירושלמי שאם עשה ערמה חייב הנותן.

הסמ"ע דייק מסתימת לשון הטור שאפילו אם הנותן לא ידע שהמומחה היה עני מ"מ מקח טעות הוא וחיוב (וכ"כ הב"ח). ובזה יישב את קושיית הב"י, שהירושלמי לא דיברה אלא בערמה. ודייק עוד שהשו"ע

הוסיף טעם לדין הזה 'מפני שהטעהו' (והוא לשון הרמב"ם שם), לשיטתו שדוקא בערמה חייב הנותן. אבל הש"ך דייק מתחילת לשון הרמב"ם והמחבר 'ונמצא הלוח עני' שאפילו אם לא ידע הנותן מקח טעות הוא.

העיר הש"ך שלפי דיוקים אלה קשה מהירושלמי שלא דיברה אלא בערמה. והביא מהתרומות (שער נא ח"ו אות ט) שהרמב"ן פירש לדעת רב האי גאון שהערמה של הירושלמי ל"ד היא, וכל שאין המקבל יודע נחשב ערמה. אבל פשוט לשון הירושלמי לא מורה כן, וכן נראה מהעיטור ומתורומות בשם הרמב"ד. והרמב"ן בתשובה שם כתב יותר מזה שהערמה היא רק אם מיד אחרי מעמד שלשתן הלך המומחה למדינת הים, שאם רק נמצא עני המקבל הפסיד את עצמו, שהיה לו לשאול עליו.

הביא הש"ך תשובת מהר"א בן ששון שפסק שאפשר לטעון 'קים ל' כדעת הרמב"ן. וכתב הש"ך שזה צ"ע, שהרמב"ן הוא יחיד נגד הרמב"ם והסמ"ג והתורומות והראב"ד והעיטור והנמו"י והטור. אבל אם לא ידע המקבל, אף שגם הנותן לא ידע, אפשר לטעון 'קים ל' כדעת הרמב"ן והראב"ד והעיטור נגד הרמב"ם והסמ"ג והשו"ע, ובפרט שכן הוא פשוט הירושלמי (וכן נראה לעני"ד).

הקשה הקצות שאפילו אם לא ידע המקבל מפני מה בטל הקנין, שאין אונאה לשטרות (ביאר שלפי השיטות שדוקא בערמה בטל המקח, הוא מדין קנס). ולפי דעת התוס' והרא"ש שיש אונאה ביותר מחצי לא קשה, שאם נמצא המומחה עני נחשב כיותר מחצי, אבל לפי מה שפסק השו"ע בסימן סו ובסימן רכז שלעולם אין אונאה בשטרות קשה (א"י"ה נבאר מחלוקת זו במקום אחר). והעלה שאם נמצא המומחה עני נחשב כמו שנולדה ידיעה המתחדשת בגוף הדבר, ובלי דיני אונאה בטל כדין מום.

שוב הביא הקצות שהתרומות כתב שאין ביטול מקח במכירת שטרות, שמום לא שייך בהם מכיון שהיה לקונה לשאול (ושכן נראה דעת השו"ע בסימן סו סעיף לד וכמ"ש הש"ך שם). וחילק שמעמד שלשתן הוא שונה, שמכיון שאמר הנותן למומחה לשלם, וגם המומחה קיבל על עצמו לשלם, ודאי לא קנה המקבל אלא על דעת שביכולתו של המומחה היא לקיים את דבריו. אבל הקונה שט"ח רוצה שהמומחה יהיה העבד שלו ואפילו אם אינו בידו לשלם, שהרי לא פירשו שיהיה באחריותו של המוכר. וגם לא הטעהו המוכר ממש, שאפשר שקנה נכסים היום או מכר ויפרע לו.

על חילוקו של התורומות כתב הקצות ש'אכתי לא איתברר לנא'. והוא חילק שדוקא במכירת שטרות אין אונאה מכיון שאין גופו של השטר ממון, אבל במעמד שלשתן יש אונאה, שהחוב עצמו נחשב גופו ממון (נראה שסמך על שיטת ר"ת שבמכירת שטרות החוב עצמו לא נמכר). ומה שא"א למלוה להקדישו הוא רק משום שאינו ברשותו. ומזה הסיק שאם יש עד אחד על מעמד שלשתן והנותן כופר, נשבע שבועת התורה.

במקרה שלו כתב המהר"א ששון שהנותן חייב מכיון שלא כתבו את הפטור במפורש על השטר, וכדברי הרמב"ם שנביא בסמוך שהפטור הוא כמו שובר של שטר וכמו שצריך לקיים את השובר כן צריך להוכיח את הפטור. ועוד, שלא הוציא המקבל את שטר ההלואה מתחת ידו וע"כ לא התכוין לפטור את הנותן. ועוד, שהמקבל שאל פעמים רבות על המומחה ואמרו לו שהוא עשיר, ואפילו לדעת הרמב"ן מה היה לו לעשות.

הש"ך השיג ע"ז, שפשוט הוא שלדעת הרמב"ן ל"צ לכתוב את הפטור על השטר או אפילו לפטור אותו במפורש, שהחמאה היא היא הפטור. והרמב"ם סובר שכל שנמצא עני אין ההמחאה פוטרת ולכן צריך הנותן להביא ראיה שהיה עשיר, אבל לפי הרמב"ן אין זה שייך. וכתב שאולי התכוין לומר שא"א לטעון 'קים ל' מכיון שהמקבל הוא מוחזק בשטר, אבל ג"ז אינו נכון מכיון שדנים על הפרעון ועל הצד שהיה פרעון השטר אינו שוה כלום. וצ"י למ"ש בספר תקפו כהן סימן קל שכל שהספק הוא בכשרות השטר עצמו אין בעל השטר מוחזק.

מ"ש הש"ך שהלווה נחשב מוחזק כשדנים על הפרעון צ"ע, שלכאורה השטר הוא ודאי והפרעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. ואולי ר"ל שמכיון שודאי היה המחאה אלא שיש ספק האם נעשה כדין, על המקבל להוכיח שהיה פסול בהמחאה. ונראה שהוא דומה למחלוקת שהבאנו בסיכומי טוען ונטען בענין 'ברי ושמאי' במקרה שטוען המלוה שפרע לו הלווה במטבע מזויף, אם נחשב כספק חיוב או ספק פרעון. ושם הכרענו שהעיקר הוא שהוא ספק פרעון, וא"כ לא צדק הש"ך כאן לכאורה. וגם בתקפו כהן שם לא כתב כן אלא בדעת החולקים על הרי"ף (שם הספק הוא במחילה על כתובה, ולכאורה דינו שוה לספק בפרעון).

בספרי הטור שלנו כתוב שהנותן יכול להחרים סתם על מי שיודע שעני היה ועכשיו כופר. והש"ך דייק מלשון השו"ע שמן הסתם אומרים שאינו יודע, שיאטו בשופטני עסקינן. וכתב שלפ"ז אינו יכול להחרים סתם.

הרמ"א בסעיף ט כתב שלפי הכרעתו שאין הנותן פטור א"כ פטרו המקבל בפירוש, ל"צ לחילוקים הכתובים בסעיף הזה. והעירו הסמ"ע והש"ך שמ"מ יש נ"מ גם לפי הכרעתו במקום שפטרו המקבל בפירוש. והסמ"ע כתב שגם מ"ש השו"ע שאם ידע המקבל שהוא עני אינו יכול לחזור בו הוא נכון אפילו לדיעה זו משום שסבר וקיבל, ובזה השיגו הש"ך שמעולם לא קיבל עליו לפטור את הנותן.

סעיף יא

אם יש ויכוח על מתי העני

כבר הבאנו מ"ש הרמב"ם (שם) שאם טען המקבל שהמומחה היה עני והטעהו, והנותן אומר שהיה עשיר ואח"כ העני, יראה לי שעל הנותן הוא להביא ראיה כמו שצריך הלווה לקיים את השובר שלו. וביאר המ"מ שע"כ דיבר במלוה בשטר (הוסיפו הסמ"ע והש"ך שצריך שטר מקויים, ופשוט הוא כמבואר בסיכומי הלוואה בענין 'קיום שטרות'), ונראה שמוכרח הוא אף שצ"ק במה שהרמב"ם לא ביאר א"ז. וכ"פ השו"ע.

הביא הנתניבות מהתומים שע"כ טענת 'עשיר היה והעני' היא טענה גרועה (ומוזה למד הנתניבות שאפילו אם טוען המקבל שמא, על הנותן הוא להביא ראיה). שאל"כ לא היה השטר של המקבל עוזר לו, שהרי אין כאן חזקת 'שטרך בידי מאי בעי'. ובפנים ביאר התומים שמכיון שיש עדים על מעמד שלשתן הוא כעדים על פרעון, ולכן אין סיבה לבקש את השטר מהמקבל. אבל לי נראה שיש לפקפק בזה, שאם העדים אינם יודעים אם הטעהו או לא, אינם יודעים באמת אם היה פרעון. ולכאורה ג"ז תלוי בדין טענת מטבע מזויף וכמ"ש למעלה.

כתבו התרומות והטור שאם לא הביא הנותן ראיה ישבע המקבל ויטול, וכ"פ השו"ע. ופירשו הסמ"ע והש"ך שהיא שבועה חמורה ומדובר כשטען הנותן 'השבע לי', שכל הבא לגבות בשטר צריך להישבע אם הלווה מבקש א"ז וכמו שהבאנו בסיכומי טוען ונטען בענין 'הזכות להשביע את הבא לגבות בשטר'. וק"ק לי שמסתימת לשון הטור והשו"ע משמע שנשבע גם בלי טענה, אבל נראה שע"כ צריך לפרש כן.

דייק הגידולי תרומה שלא דיברו הפוסקים במקרה שמודה הנותן שהמומחה היה עני אלא שטוען שידע המקבל א"ז, שאינו בידו לטעון כן אפילו במלוה בע"פ. שהרי 'אנן סהדי דלאו בשופטני עסקינן דמפסיד ממונא בכדי'. והשיג עליו הש"ך שזה לא גרע מטענת מחילה שהיא נאמנת במגו דפרעת, ש"ל שפייס אותו ומחל. וגם כאן י"ל שפייס הנותן את המקבל, ושחשב שיטרח המומחה בכל האפשרי להשיג את הכסף. ומה שלא דיברו הפוסקים בזה הוא משום שאינו שכיח, או משום החילוקים במקרה שכתוב נאמנות בשטר (יתבאר בסמוך).

לכן כתב הש"ך להלכה שאם הוא מלוה בע"פ נאמן הנותן בטענה זו במגו, ואם הוא מלוה בשטר יכול להשביע את המקבל היסת שלא ידע שהיה עני, כדמשמע בסימן פב שבטענת מחילה לדברי הכל אפשר להשביע את המלוה היסת אחר הפרעון (ונחלקו האם יכול להשביעו שבועה חמורה לפני הפרעון כמו שהבאנו במאמר הנ"ל). ודבריו צלע"ק, שמכיון שסוף סוף חילק שבוה אינו יכול להשביעו אלא היסת ואחרי הפרעון, היה לו לתרץ בפשיטות שמפני זה לא כללו הפוסקים את הטענה הזאת בדבריהם.

עוד כתבו התרומות והטור שאם יש נאמנות בשטר גובה המקבל בלי שבועה. וכתב הש"ך שלא היה אפשר לכתוב כן אם טען הנותן שידע המקבל שהיה המומחה עני, שטענה זו היא כמו טענת מחילה, ולשתי הדיעות בסימן פב נאמנות לא מעלה ולא מוריד. ועוד כתב הש"ך שאם כתוב בשטר נאמנות כשני עדים, אפילו אם ביא הנותן עדות כדבריו אינו נאמן, ולא הוצרכו הפוסקים לכתוב א"ז (הגידו"ת הסתפק בזה).

הרמ"א בהגהת שו"ע בסעיף ט כתב גם על הסעיף הזה שלפי הכרעתו כדעת העיטור והרא"ש אין חילוק. אבל הסמ"ע כתב שגם הרא"ש מודה שאם המומחה היה עשיר והעני פטור הנותן, שיכול לומר למקבל שמזלו גרם שהעני, או שאם לא היה מקבל עליו היה מוציא מידו מיד קודם שהעני. ולא חלק הרא"ש אלא במקרה שדוחה המומחה את המקבל ב"לך ושובי. והביא ראיה לזה מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסוף הסימן.

הש"ך השיג על הסמ"ע שמכיון שיכול המקבל לחזור בו ודאי א"א לומר שמזלו גרם, וגם הטענה שהיה מוציא מידו מיד לא מעלה ולא מוריד. וכן מוכרח מכל דברי הרמ"א, ורק כשנתרשל המקבל בגבייה פטור הנותן כדברי הנמו"י. והנתניבות הכריע כדברי הש"ך אם הנותן הציע את המעמד שלשתן, אבל אם המקבל ביקש א"ז כתב שמכיון שעשה הנותן מעשה על פיו של המקבל מפסיד המקבל מדין ערב.

סעיף יב

מעמד שלשתן על שטר חוב

הביא הב"י מהתרומות שאם עשו מעמד שלשתן על שטרות חוב שביד נפקד, כל זמן שלא חזר בו הנותן חייב הנפקד לתת את השטרות למקבל. אבל אם חזר בו הנותן לא יתנם לו, שמכיון שלא קנה המקבל את השיעבוד שבהם בדרך זו, גם לא קנה את גוף השטרות. ורק אם כתב והקנה למקבל זכה בהם, שהמחאה כמסירה היא וקונה כמו בכתובה ומסירה. וכ"פ המחבר כאן ובסימן סו סעיף כ.

הש"ך כאן ציין למ"ש בסימן סו שפסק זה צ"ע, שהרי מפורש בתרומות במקום אחר שהרמב"ן חולק ואומר שהמחאה אינה כמסירה, וכתב שהראב"ד שסובר שכן הולך לשיטתו שאפשר להקנות שטי"ח בחליפין. והשו"ע שם סעיף ד פסק דלא כראב"ד בזה, וא"כ יש סתירה בדבריו. ומסיק שלהלכה ודאי אין להוציא ממון נגד דעת הרמב"ן, ודייק שכן דעת הריטב"א בקידושין (ע"ש שאינו מוכרח כ"כ לעני"ד).

הקצות שם (וכאן בקיצור) הביא שגם התוספות כאן (יג. ד"ה תנו) כתבו שלא תיקנו מעמד שלשתן בשטר (כתבו כן בפירוש בגמרא שהסיקו של"צ לפרש, אבל הבין הקצות שמ"מ הדין נכון לשיטתם). אבל הר"ן כתב כן רק בשטר הנפקד לא יכול לזכות בו לעצמו כמו גט שיחרור, ומשמע שיודה לפסק של השו"ע. ורק אם נכתב השטר על שם המלוה ועוד לא הגיע לידו א"א להקנותו במעמד שלשתן אפילו לדעת הר"ן.

הנתיבות שם השיג על הקצות וכתב שגם הר"ן מודה שלא שייך מעמד שלשתן בכל השטרות, שצריך כתיבה מלבד המסירה ומכיון שכותב שמקנה לאחר אין הנפקד יכול לזכות בשטר לעצמו. והמשובב כתב שאין זה נכון, שמכיון שאפשר לו לעשות חלק המסירה בשביל עצמו יכול לעשותו גם לאחר, אף שאינו יכול לכתוב לעצמו (כן הבנתי מדבריו).

סעיף יג

טען המומחה שטעה ואין לנותן בידו כלום

הגמרא מביאה מעשה ד'הנהו גינאי' שבו הקנו הגינאי לבעל הקרקע מה שהיה אחד מהם חייב לשאר, ושוב התברר שהיה טעות בחשבון ובאמת לא היה חייב להם כלום. ומסיקה הגמרא שכל קנין בטעות אינו כלום. וכל הפוסקים כתבו שמדובר כשהביא ראיה לדבריו שטעה, או שבעל הקרקע האמין לו בזה. וכבר הבאנו א"י בסיכומי טוען ונטען בענין 'חזקת כפרן' וביתר אריכות בענין 'הודאת בעל דין', ושם הבאנו גם מה שנחלקו הפוסקים האם אדם נאמן לומר שטעה במגו דפרעתי והכרענו שהעיקר הוא שאינו נאמן.

הביא הש"ך שהקשה המהרי"ט שלפי דעת העיטור והרא"ש המגו לא מתחיל, שאם היה טוען שפרע היה המקבל מפסיד, ואם נקבל את הטענה שטעה הנותן מפסיד (מגו מגברא לגברא). והש"ך כתב שהקושיא לא מתחילה, שכגון זה מגו טוב הוא. והביא ראיה לזה מקידושין מג. אבל באמת אינה ראיה, שהמגו שם אינו מגו רגיל והוא רק לסלק את הנגיעה. וכן הביא הפ"ת (ו) שהנובי"י תמה על הש"ך, והסכים לתירוץ של המהרי"ט שנביא עכשיו.

המהרי"ט העלה שאולי סוברים המפרשים שגם אם יטען המומחה שפרע, יחזור המקבל על הנותן וישבע שלא פרעו המומחה ויפסיד הנותן. וכתב שקשה לגרוע כוחו של מעמד שלשתן, ומסיק שצריך להתיישב בדבר. והש"ך כתב שלפי דעת העיטור והרא"ש באמת יכול לחזור על הנותן גם בזה, ואף שכתב הרא"ש בתשובה שהנותן הוא רק כערב, אין זה דוקא.

כתבו הטור והשו"ע שאם הביא המומחה ראיה לדבריו, אם ההמחאה היתה לפרעון חוב חוזר המקבל על הנותן. ובהמשך דברי הטור מבואר שאם היה רק מתנה אינו גובה מהנותן, וביאר הסמ"ע שיכול לומר שאם היה יודע שלא היה חייב לו המומחה לא היה נותן מתנה.

אם לא הביא המומחה ראיה, אלא שהוא נאמן משום שלא היו עדים בהמחאה או לפי הפוסקים שהוא נאמן במגו דפרעתי, כתב הטור שהדין הוא תלוי במחלוקת שהבאנו למעלה האם יכול המקבל לחזור בו. והש"ך הביא שהמהרי"ט הקשה ע"ז שאפילו לפי הר"ף וסייעתו אין טעם לפטור את הנותן כאן, שהרי טוען המקבל שכל ההמחאה היתה בטעות, והראיה שא"א לגבות מהמומחה. וכתב הש"ך שאין כאן קושיא, שהנותן טוען שלא היה בטעות והמקבל הפסיד את עצמו במה שלא יחד עדים להמחאה. והביא שכ"כ הב"ח.

עוד כתב הטור שהמומחה נשבע שבועת היסת למקבל. והש"ך מסיק שאפילו אם אין כאן שום טענת ברי אפילו של הנותן שהמומחה היה חייב לו, מ"מ צריך להישבע במקרה שנאמנותו היא רק במגו דפרעתי. שאילו היה טוען שפרע היה צריך להישבע היסת נגד טענת המקבל (אבל אם לא המחאו בעדים נאמן בלי מגו משום שלא דקדק, ואז דוקא בטענת ברי של הנותן נשבע למקבל וכמ"ש הש"ך בתחילת דבריו, כנ"ל).

סעיף יז

אם הנותן מודה לדברי המומחה

כתבו הרא"ש והטור שבזה אם נתן לו בפרעון חוב ויש נכסים לנותן חוזר המקבל עליו, אבל אם אין לו נכסים או אפילו יש לו אלא שהמומחה הוא נוח יותר לגבות ממנו, או אם היה רק מתנה, לא מפסיד המקבל ע"י הודאת הנותן וגובה מהמומחה (במקרה שאינו נאמן מכח עצמו בטענת טעות).

השו"ע פסק כדברים האלה, אבל הש"ך הביא שהרשב"א בחידושו כתב שאפילו אם אין למקבל הפסד, יכול לגבות מהמומחה. שהרי מכיון שנסתלק המקבל מעל הנותן לגמרי אינו ביד המומחה לדחותו. וכתב הש"ך שנראה שטעמם של הרא"ש והטור הוא משום שמכיון שמפסיד הנותן בהודאתו והמקבל לא מפסיד כלום, 'אנן סהדי' שהודה באמת ובכגון זה כופים על מדת סדום.

עוד כתב הטור שחוזר המומחה וגובה מהנותן, שבגרמתו התחייב לשלם. וכתב הב"י שפשוט הוא וכן סתמו הלבוש והסמ"ע. אבל הש"ך תמה שאין זה אלא גרמא, וחוף מזה יכול הנותן לטעון שאף שהוא טעה גם המומחה טעה והשתתף בהגרמת ההפסד. ואף שכדברי הטור כתוב גם בתרומות, נראה שלא כתב

התרומות כן אלא 'אגב רהיטא', ודיבר במקרה שצוה לו הנותן לשלם בכל מקרה. וגם בדברי הטור והלבוש והסמ"ע דחק הרבה וכתב שדיברו במקרה שלא הודה אלא מפני שהבטיחו הנותן בזה. ומסיק שיותר טוב לדחוק בדבריהם כדי שלא יצא דין תמוה.

הנתיבות יישב את דברי הטור והנמשכים אחריו כפשוטם, ע"פ היסוד שכתבו התוספות בכמה מקומות שיותר יש לאדם להיזהר שלא יזיק ממה שיש לו להיזהר שלא יזיק. ולכן גם כאן היה לנותן להיזהר יותר מהמומחה. אבל לכאורה זהו יישוב רק לקושיא השניה של הש"ך, ולא לקושיא הראשונה שאין כאן אלא גרמא (וכעת אינו בידי לבאר גדר גרמא).

כתבו הרשב"א והר"ן שאף שיש עד אחד המעיד כדברי המומחה, והמקבל אינו יכול להישבע להכחישו מכיון שאינו יודע, אינו מפסיד בזה. שהרי השבועה שעד אחד מחייב על פרעון אינו אלא מדרבנן, ובמקום שא"א לו להישבע אינו מפסיד.

ע"פ דברי הרשב"א והר"ן כתב הרמ"א בהגהת שו"ע שאפילו אם יש עד אחד המעיד כדברי המומחה לא נפטר. והקשה הש"ך שהעד יצטרף עם הנותן ויפטר את המומחה ככל שני עדים. וכתב שאולי י"ל שדיבר הרמ"א במקרה שאין לנותן נכסים ולא יצטרך לשלם, ולכן יש לחשוש לקנוניא והוא נוגע בעדותו. ונשאר בצ"ע.

סעיף טו

אם המקבל מודה לדברי המומחה

בזה כתב הטור שפטור המומחה בלא שבועה, והנותן נשבע למקבל שכבר פרע לו ע"י מעמד שלשתן ונפטר. וביאר הבי"י שזהו לשיטת הר"י שאין המקבל יכול לחזור בו. א"י שסובר הטור שאפילו החולקים מודים בזה, שהרי המקבל הפסיד את עצמו במה שהודה לדברי המומחה, ודלא כמ"ש הר"ן שגם דין זה תלוי במחלוקת הנ"ל.

הלבוש והסמ"ע והב"ח כתבו כפירוש השני של הבי"י, אבל הש"ך השיג שלא מסתבר שיפסיד המקבל במה שהודה על האמת (ויגבה מהנותן ויחזור הנותן על המומחה אם ישבע להכחיש את המקבל, וכ"ז הוא במקרה שאין המומחה נאמן במגו). וכתב ששוב ראה שגם הגידו"ת תמה על הפירוש השני של הבי"י. וביאר שמ"מ הטור לא נמנע מלכתוב הדין הזה, שיש בו נ"מ אפילו לדעת החולקים במקרה שפטר המקבל את הנותן בפירוש.

הביא הש"ך מהרשב"א שאפילו אם הנותן שכח את החשבון פטור הוא ע"י שבועה שאינו יודע, שאין זה דומה ל"איני יודע" פרעתיך. שהפרעון הוא ודאי ורק יש ספק אם היה טעות. וג"ז הוא תלוי באותה חקירה של דין מטבע מזויף, ולדברינו אין זה נכון. וכבר הבאנו את דברי הרשב"א בענין 'ברי ושמאי', ומה שהקצות רצה לחלק בין המקרים.

סעיף טז

כשהטעות התבררה אחרי שהתחיל המומחה לשלם

הביא הטור תשובת הרא"ש שפסק שאפילו אחרי שהתחיל המומחה לשלם נאמן הוא לטעון שטעה לגבי שאר הכסף (כשלא היו עדים בהמחאה, וכן ביאר הסמ"ע). ואף הש"ך ושאר אחרונים שהביא לא נחלקו אלא בדקדוקי לשון ולא בתוכן הדברים. אבל אינו נאמן להוציא מיד המקבל את מה שנתן לו כבר (שהוא מגו להוציא, כנ"ל). ועוד, שאפילו אם נקבל שהיה טעות תולים שמ"מ רצה לשלם כדי לעמוד בנאמנותו.

דייק הש"ך שיוצא מטעם השני של הרא"ש שאפילו אם בירר את הטעות בעדים אין המומחה יכול להוציא מה ששילם כבר מיד המקבל. ומ"מ כתב שצ"ע להלכה, שמסברא לא נראה כדבריו. שהרי אין כאן שום הוכחה שמחל, שמיד שנמצא הטעות מחה. ומסיק שנראה שגם הרא"ש לא סמך על טעם הזה בלבד, אלא עיקר הטעם הוא משום שאינו נאמן.

הנתיבות הביא שהתומים הכריע שהעיקר הוא כמ"ש הבי"ח שאפילו בעדים אין המומחה מוציא מיד המקבל, שתולים שמסתמא ידע המומחה קודם שנתן. שהרי אדם מדקדק בשעת פרעון, וזה נלמד מכ"ש ממה שאין אדם נאמן לומר שטעה בהודאתו.

סעיף יז

אם המומחה היה חייב לנותן והתבטל החוב

הביא הטור תשובת הרא"ש לגבי מי שחכר חכירות מהקהל, והקהל היו חייבים כסף לאדם שני, והעמידו הקהל אותו אצל החוכר שהוא ישלם לו והסכים. אח"כ התבטלו החכירות ותבע המקבל את החוב שלו מהקהל. ופסק הרא"ש שחייב החוכר לשלם לו מכיון שכבר היה חייב בשעת ההמחאה, ואינו דומה לטעות.

השו"ע הוסיף ללשון הטור שהחכירות התבטלו מדעתו של החוכר, וכתב הש"ך שלא התכוין לומר שאם התבטלו בע"כ פטור, ורק ר"ל שאפילו נבטלו מדעתו הדין הוא כן (אבל לא הבנתי איך שייד לומר 'אפילו

בזה). וכתב שלזה התכוין המחבר בסוף דבריו שכתב 'אע"פ שנתבטל החכירות', ר"ל בכל ענין שנבטלו. וגמגם במה שהוסיף הרמ"א את המילה 'מדעתו' גם שם.

הביא הפ"ת (ט) מהשב יעקב שאם אשתו של המומחה תפסה ממרני שכבר הקנו לאחר ע"י מעמד שלשתן, מוציאים ממנה ונותנים למקבל. ואף שיש לה זכות לתפוס מנכסי בעלה במקרה שלו (שהיה מאוס עליה), אין לה שום זכות בנכסים שכבר הקנה. והוא דומה לדין של הסעיף הזה ולא לדין של הסעיפים הקודמים. והאריך מאד להשיג על הרב השואל בזה.

הביא הטור עוד תשובה של הרא"ש, ומכיון שנחלקו האחרונים בביאור המקרה אעתיק כאן את לשון השאלה (כלל סט סימן ד): "סוחר שאמר לסרסור אחד שיקבל בשבילו מעות מן השולחני, והעמידו אצל השולחני וכתבם על שמו, ואחר כך עכב השולחני את המעות מחמת שהיה חייב לו הסרסור." פסק הרא"ש שאם באמת היה הסרסור חייב מעות לשולחני הרי עכבם כדון, והוא כאילו נתנם בידו (של הסרסור), וחייב הסרסור לתת לסוחר. אבל אם הסרסור אומר שאינו חייב לשולחני, והוא עכבם שלא כדון, ישבע הסרסור שאינו חייב לשולחני כלום ויפטר מן הסוחר.

הב"י הבין שהסוחר קנה חפץ מהסרסור, שהוא השליח של אדם שלישי למוכרו ולהביא לו את המעות. ואמר לו הסוחר לקבל את המעות משולחני (במעמד שלשתן), וכן עשה אלא שהשולחני עיכב אותן עבור חוב. ופסק הרא"ש שאם באמת חייב לו כדון עיכב אותן וישלם הסרסור מביתו למוכר.

ע"ז הקשה הב"י כמה קושיות:

- (א) איך השולחני יכול לעכב ממון של אחרים עבור חובו של הסרסור (שהרי הסרסור הוא רק שליח)?
 (ב) אם אין לסרסור נכסים כדי לשלם למוכר, למה יפסיד המוכר?
 (ג) אם טוען הסרסור שלא היה חייב לשולחני למה יפסיד המוכר? והיה לנו להוציא את המעות מיד השולחני ולתת אותן למוכר, והשולחני יעמוד לדין עם הסרסור.
 (ד) לשיטת הרא"ש למה הסרסור (המקבל) אינו יכול לחזור על הסוחר (הנותן) אחרי שהשולחני (המומחה) דוחה אותו?

מסיק הב"י שאם תאמר שלא היה הסוחר חייב כלום לסרסור, ורק אמר לו להביא מעותיו מהשולחני, כ"ש שקשה איך עיכב השולחני את מעותיו של הסוחר. והניח בצ"ע.

הדרכי משה כתב שהפירושים של הב"י הם זרים (וכ"כ הש"ך על הפירוש הראשון). והוא פירש שאם מודה הסרסור שהוא חייב לשולחני הרי הוא כאילו קיבל את המעות מיד השולחני, ולכן הוא חייב והשולחני פטור. אבל אם כבר בחיוב פטור הסרסור וחייב השולחני לשלם לסוחר. ופירוש זה אינו מובן כמ"ש הש"ך, שלמה יהיה כאילו הסרסור קיבל את הכסף מכיון שסוף סוף שליח הוא. ועוד, שאין שום משמעות מהתשובה שחייב השולחני לשלם לסוחר. וגם אם אין הסוחר מפסיד למה צריך הסרסור להישבע לו.

הב"ח פירש שהסרסור באמת היה רק שליח, אבל מכיון שהסוחר אמר במעמד שלשתן בסתם שיתן השולחני את מעותיו לסרסור, והשולחני אינו יודע שהמעות אינן של הסרסור, מעכב אותן בדין וישלם הסרסור לסוחר. אבל אם טוען הסרסור שאינו חייב לשולחני כלום, מכיון שלא פשע כלום בשליחותו נשבע ונפטר, וגם השולחני נשבע לסוחר שהסרסור חייב לו. והסוחר הפסיד את עצמו במה שהמחה בסתם.

גם הפירוש הזה דחה הש"ך, שמפשט לשון התשובה לא משמע שהמחאה היתה בסתם, וגם לא הוזכר שהשולחני נשבע. וכשכופר הסרסור בחוב גם הדין של הב"ח אינו אמת, שהרי אין לסוחר אלא טענת שמא ואינו יכול להשביע את הסרסור. ואף שהשולחני טוען ברי אין הסוחר משביעו ע"י טענתו, שהרי מעולם לא היה לסוחר שום דבר ביד הסרסור (הביא מקורות לדין זה ואינו בידי לבאר כעת).

הנתיבות הביא שהתומים הכריע כפירושו של הב"ח, ותמה הנתיבות על הש"ך שבאמת במקורות מבואר ההיפך שיש שבועה חמורה בכגון זה. וביאר שמכיון שהיה בידו של הסרסור לפטור את הסוחר, נחשב כאילו מעותיו של הסוחר היו בידו.

הש"ך עצמו פירש שהסרסור הוא שליח של אדם שלישי לקנות סחורה מהסוחר (מהמעות של השלישי), אלא שהוא מקבל דמי סרסרות (תיווך) מהסוחר. והוצרך הסוחר למעות ולכן העמיד את הסרסור אצל השולחני שישלם לו דמי הסרסרות, והסרסור יתן לו כל דמי הסחורה. ואז עיכב השולחני את דמי הסרסרות עבור חוב, ואם זה הוא כדון חייב הסרסור לתת את דמי הסחורה לסוחר (וכתב שלפירושו מסתדר לשונו של הרא"ש 'ליתן לו לסוחר' ולא כתב 'לשלם', שהרי הוא המעות של השלישי). והסרסור נשבע אפילו ע"י טענת שמא של הסוחר בצירוף של טענת ברי של השולחני, שהרי בודאי המעות של הסוחר היו בידו. ועוד, שבלי זה יצטרך להישבע היסת לשולחני כדי להיפטר מהחוב.

סעיף יח

המחאה בדמי שכירות

הביא הטור תשובת הרא"ש במקרה שאדם השכיר חפץ בסך ידוע ליום לזמן שיצטרך לו השוכר. ואז המחאה את בעל חובו אצל השוכר, ולבסוף לא עלה דמי השכירות כשיעור החוב. ופסק הרא"ש שאם אמרו

סתם שהשוכר (המומחה) יתן שיעור החוב למקבל, ולא פירשו שהחוב הוא רק משום השכירות, חייב המומחה לשלם את הכל כשתבעו המקבל. אבל אם המקבל מודה שחייב לו רק בעד השכירות, אינו מחויב לשלם כלום, ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ולא חלה ההמחאה כלל. וכ"פ הטור והשו"ע כ"ז.

הש"ך תמה על הדין השני כשמודה המקבל, שאף שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף מ"מ להלכה ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וחייב השוכר למשכיר גם קודם, והוא דומה להלואה שלא הגיע זמן הפרעון שלה שאפשר להקנות במעמד שלשתן. ומסיק שדברי הרא"ש והטור והמחבר צ"ע.

הקצות מוכיח מדברי רש"י בקידושין מח. (ד"ה אלא) ותוספות בב"ק צט. (ד"ה אלא) שאפילו למ"ד שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, אין זה אלא למפרע אחרי שמחזיר השוכר את הכלי. ולכן חוב זה א"א להקנות במעמד שלשתן מכיון שאינו חוב ברור, וכמו כתובה. והביא שכיוצא בזה כתב הב"ש באה"ע סימן כח. ואף שאפשר שכי"ה דעת הרא"ש, לפי מה שהכרענו למעלה שאפילו בכתובה שייך מעמד שלשתן, להלכה צדק הש"ך.

יש להעיר עוד שמלשון הרמב"ם בהלכות אישות (ה, כ) מוכח שלא סובר כהגדרה של הקצות ב"ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. ועוד, שלפי דברי התומים והנתיבות בסימן צה שהבאנו בסיכומי טוען ונטען בענין 'הדברים שאין נשבעים עליהם', אין ראייה ליסודו של הקצות מהתוס' בב"ק. ואי"ה יתבאר עוד במקום אחר.

סעיף יט

ערב בשעת מעמד שלשתן

הביאו התרומות והטור תשובה לגאון שאם נתן המומחה ערב למקבל בשעת מעמד שלשתן, חלה הערבות בלי קנין. שהוא דומה לערב בשעת מתן מעות שלי"צ קנין כמו שנפסק בסוף בב"ב. והביא הב"י שכ"כ רבינו ירוחם, אלא שכתב שיש מי שחולק, התוספות בגיטין (נ. ד"ה מצוה). אבל לא הבנתי את ההוכחה מדבריהם, וגם מה שהביא הב"י שדעת הרא"ש בהמקבל היא כדעת הגאון לא הבנתי, שדברי הרא"ש שם כבר הבאנו למעלה והם לפי רב ששת שאין ההלכה כמותו.

השו"ע סתם כדעת הגאון וכתב שיש מי שחולק. וכתב הסמ"ע שאפשר שטעמו של החולק הוא שערב בשעת מתן מעות משתעבד רק משום ההנאה שקיבל במה שהאמין לו המלוה והוציא מעות על ידו (כ"ה מסקנת הגמרא בב"ב קעג:), וכאן לא הוציא המלוה שום ממון ע"י הערבות.

הש"ך כתב שאפילו מדברי רבינו ירוחם אין הכרח שיש חולק על הדין הזה, שהוא דיבר בערב למי שהתחייב הקנין לתת מתנה. ויש לחלק שהמקבל מתנה לא הפסיד כלום ולכן יש מי שסובר שאין הערב משעבד את עצמו לו. וכתב שע"כ צריך לחלק כן בדעת התרומות, שדעתו במתנה היא שאין הערב משתעבד.

דייק הש"ך מדברי הב"י שאם פטר המקבל את הנותן לדברי הכל משתעבד הערב, שעשה המקבל מעשה על פיו של הערב. ומסיק שלכן לפי מה שפסק למעלה שהמע"ה ואין המקבל חוזר על הנותן, כאן לדברי הכל משתעבד הערב.

סעיף כ

מעמד שלשתן ע"י שליח

הרא"ש בפסקיו הביא מהרמב"ן שאם שלח הנותן שלוחו להקנות למקבל במעמד של המומחה לא חל הקנין, שמעמד שלשתן הוא 'הלכתא בלא טעמא' ולכן 'הבו דלא לוסוף עלה'. והביא הב"י מתרומת הדשן שלכן אפוטרופוס אינו יכול להקנות ממונם של היתומים ע"י מעמד שלשתן.

ממשיך הרא"ש שנראה שמועיל מעמד שלשתן ע"י שליח המקבל, שרק לענין הפקעת ממון הנותן אומרים 'הבו דלא לוסוף עלה' ולא לענין זכיית המקבל. וכ"פ השו"ע בשם 'יש מי שאומר', וכתב הש"ך שבאמת דברי הכל הוא, ומסיק שאפשר שגם המחבר לא התכוין לומר שיש חולקים.

כתב הטור שאפילו לפי דברי הרא"ש נראה שאם לא עשה המקבל שליח, אלא שרצה הנותן לזכות למקבל ע"י אחר במעמד שלשתן, אינו מועיל (וכתב הש"ך שמ"מ אם עשאו שליח קנה אע"פ שדיבר הנותן בלשון זכייה, שמסתמא התכוין לשליחות. והביא שכ"כ הגידו"ת). שהרי זכייה לא מועילה א"כ יבוא החפץ ליד הזוכה, ונמצא שלא זכה המקבל כלל. וכ"פ השו"ע. וכתב הסמ"ע שאם בא החפץ ליד הזוכה שוב אין הנותן יכול לחזור בו, אבל הש"ך חולק ואומר שמכיון שלא זכה בשעת מעמד שלשתן גם אח"כ לא זכה א"כ אמר לו לשון 'זכה לוי' וכדומה. והקצות בסקט"ז כתב שאפילו אמירת 'זכה לוי' לא תועיל בחוב, שאין זכייה בדבר שלא בא לעולם.

כתב הב"ח שאם בשעת המחאה אמר הנותן לזוכה סתם 'נתנה למקבל', קנה. והביא ראייה לזה מדין הסרסור שהבאנו למעלה. והש"ך השיג עליו שאף שלא אמר לו במפורש לזכות עבור המקבל, מכיון שאינו זוכה לעצמו לא קנה. ואינו דומה לדין הסרסור אף לפי פירוש הב"ח, ששם טוען השולחני שבאמת זכה הסרסור במעות.

סעיף כא

מעמד שלשתן מפי הכתב

הביא הב"י מהריב"ש שצריך מעמד שלשתן ממש ואינו מועיל מפי הכתב, שיהבו דלא לוסוף עלה. והוא דיבר בכתב של הנותן, וכתב הש"ך שה"ה שכתב של המקבל לא מועיל, ואדרבה הוא יותר גרוע.

הביא הקצות מהכנה"ג שאם המקבל הוא קטן מעמד שלשתן לא מועיל, שקטן דומה לשלא בפניו.

סעיף כב

מעמד שלשתן בגוי

הביאו התרומות והטור שדעת הרי"ף בתשובה היא שאין הבדל במעמד שלשתן בין ישראל לגוי, ולכן אם המומחה הוא גוי ולא ישראלי, אין המקבל חוזר על הנותן (לשיטתו למעלה, והעיר הש"ך שהשו"ע שהעתיק א"ז קיצר) והוא הפסיד את עצמו. ואם הנותן הוא גוי ואמר המומחה 'כן אעשה', אינו יכול לטעון שהיה אנוס אף אם הנותן הוא שלטון.

ביאר הסמ"ע שאף שלי"צ דעתו של המומחה (לשיטת הטור והשו"ע), בגוי אם לא אמר 'כן אעשה' יכול לומר ששתק מחמת אונס (ולא היה חייב כלום לגוי, כנ"ל ולא קשה קושיית הש"ך). והש"ך כתב שצ"ע בשתק, שנראה ששתיקה כהודאה היא ול"ד כתבו הטור והשו"ע שאמר 'כן אעשה'.

הביאו התוספות (יג: ד"ה במעמד) והרא"ש שר"ת סובר שלא תיקנו מעמד שלשתן אם המומחה הוא גוי, שהרי אפילו אם אמר הנותן (לנפקד) 'זכה לוי לא קנה' (ומטעם זה כתב הש"ך שישראל משומד דינו כישראלי, שהרי יש לו זכיה). והשיג על מהרשד"ם בזה). אמנם הביא הרמ"א מהמרדכי והמהר"י וייל בשמו שאם אמר הנותן לגוי 'החוב שאתה חייב לי תדור אותו לפלוני, ובוז תהיה פטור ממני', קנה (אם הסכים הגוי לזה).

הש"ך דייק מלשונו של הרמ"א שר"ל שבכגון זה חל דין מעמד שלשתן והוא קנין גמור. והשיג ע"ז וכתב שאינו מועיל אלא משום מחילת הנותן, וזוכה המקבל כזוכה מן ההפקר. וכתב נ"מ לזה שאם אח"כ יכול הנותן להוציא מהגוי ע"י תחבולה מותר לו (עמנואל אמר לי שזהו מדין טעות של גוי, ועדיין צל"ע בזה). והנתיבות הביא מהתומים שמדובר כאן כגון שהתחייב הגוי חיוב גמור למקבל, ובחיוב זה פטר אותו הנותן. ואם אמר הגוי למקבל 'פטור ללווה שלך ואני אתן לך' חייב הוא מדין ערב.

אם המקבל הוא גוי דעת ר"ת היא שכל זמן שלא חזר בו הנותן יתן המומחה לגוי (מסיק הקצות שאין כאן חסרון של שלוחות על דבר שלא בא לעולם מכיון שהיה בידו של המומחה), אבל אם חזר בו ואפשר להישמט מהגוי לא יתן לו. ואם הנותן הוא גוי קנה, שאם הפקיעו ממונו של ישראל ע"י מעמד שלשתן כ"ש שהפקיעו ממונו של גוי.

הש"ך כתב שדין השלישי של ר"ת צ"ע, שמכיון שכתב שמעמד שלשתן אינו יותר טוב מזכיה היה לו לומר שגם בנותן גוי לא תיקנו מעמד שלשתן. ולכן פירש שמעולם לא התכוין ר"ת לומר שהמקבל זכה, רק שהפקיעו חכמים את כוחו של הגוי הנותן ע"י מעמד שלשתן. ודייק כדבריו מלשון התוס' ועוד כמה ראשונים (מרדכי, אגודה, סמ"ג, תשובת מיימוני), ורק הודה שאין כן דעת הרא"ש וכמו שיתבאר תיכף. והפ"ת (ו) ציין למ"ש הקרבן נתנאל שקושיית הש"ך לק"מ, שלי"צ אפשרות זכיה בכל מקרה של מעמד שלשתן.

כתב הרא"ש שבמקרה של נותן גוי אפילו אם אחרי הקנין אנס הגוי את המומחה עד שפרע לו, אם הלואה היא חייב המומחה לשלם עוד פעם למקבל. שהרי כבר התחייב לו, ואין המקבל מפסיד במה שאנס הגוי את המומחה. והטור הביא א"ז וכ"פ השו"ע, אבל הש"ך הניח א"ז בצ"ע וכמ"ש.

אם היה פקדון כתב הרא"ש שאין המומחה חייב למקבל, שאינו אלא שומר עליו ופטור הוא על האונסים. וכתב עוד שאפילו אם אנסו הגוי עד שהביא את הפקדון לביתו פטור מכיון שעל חפץ זה אנסו, ואינו דומה למציל עצמו בממון חבירו (יתבאר אי"ה במקום אחר). וכ"כ הטור והשו"ע, ודייק הקצות שאם פשע המומחה ועי"ז נגנב הפקדון, חייב הוא לשלם. וכתב שאינו יודע מאיפה הוציאו א"ז, שהרי למ"ד שאין מעמד שלשתן אלא בפקדון ע"כ הוא משום שא"א להקנות אלא דבר שבעין ולא חיובים כמו שמירה. ואפילו למ"ד שיש מעמד שלשתן גם בהלואה, מ"מ חיוב שמירה אינו חיוב ברור, שמי יאמר שיפסע. והוא דומה לכתובה שא"א להקנות במעמד שלשתן.

לי נראה להעיר שקושיית הקצות נובעת מההבנה שאפשר להקנות במעמד שלשתן בע"כ של המומחה (ויפה הקשה על הטור והשו"ע לשיטתם). שאילו לפי השיטות שא"א, כל הקנין הוא בנוי על דעתו של המומחה ולכן מובן מאיליו שהוא מקבל על עצמו לשמור עבור המקבל כדרך ששמר עבור הנותן. וזהו עוד הוכחה למה שהכרענו למעלה כשיטות האלו.

הב"י בסימן עב הביא מ"ש בהגהות מרדכי שאם נטל הגנב משל המומחה והציל את הפקדון, נוטל המומחה מהפקדון כל מה שהוציא עליו (כתב הש"ך שמוכח מדבריו שאפילו כבר החזיר את הפקדון גובה מהמקבל).

והב"י שם כתב שאין דבריו נראים בעיניו, ושגם במרדכי משמע שיש מי שחולק (ה"ר משה מפונטייזא). ובדרכי משה כאן הביא הרמ"א את דברי הב"י, אבל בהגהת שו"ע סתם כדברי ההגהות מרדכי (אלא שבדבריו הסתפק הש"ך האם התכוין לומר שגובה דוקא מהפקדון, שרק כשהנפקד הוא מוחזק הכריע כדברי ההגהות מרדכי).

הש"ך העיר שלפי מה שהכריע למעלה שאין המומחה חייב למקבל כלום, דינו של הרמ"א בנותן גוי פשוט הוא. ובהגהות מרדכי המקרה הוא בנותן ישראל, אבל אין לומר שהרמ"א חילק בזה מכיון שסתם למעלה. וכתב שאפשר שחזר בו הרמ"א והכריע דלא כב"י, שכן משמע קצת בתשובת הרמ"א שכתב לשון 'לדברי הב"י'.

שוב העלה הש"ך שיש לחלק שאם באו הגנבים על הנפקד בשביל המקבל, וחשבו שלקחו פקדון של המקבל, פטור המקבל וכדברי הב"י. שהרי מזלו הרע של הנפקד גרם לזה שלא ידעו שהפקדון הוא שלו, וגם היה לו להודיע לגנבים שהוא שלו. אבל אם לקחו אותו בעד המקבל, אף שידעו שהוא של הנפקד, נחשב כאילו נטלו את החפץ של המקבל ובוזה צדק הרמ"א בהגהת (אף שה"ר משה מפונטייזא והב"י חלקו גם בזה). וכן הכריע הש"ך שהמקבל הוא פטור כשטעו הגנבים.

עוד כתב הש"ך שי"ל שלא דיבר הרמ"א אלא במקרה שיכלו הגנבים לקחת גם את הפקדון, וכגון שידעו איפה הוא אלא שלא רצו להטריח את עצמם. שבכגון זה נחשב כאילו לקחו את הפקדון, ונוטל השומר ממנו. אבל אם לא יכלו לקחת את המשכון פטור המקבל.

סעיף כג

מכנסת מלוה ע"פ לבעלה

הביא הב"י מהתרומות שהמכנסת מלוה ע"פ לבעלה ל"צ מעמד שלשתן, וכ"פ בשו"ע. וביאר הסמ"ע שידו כידה היא, ויתבאר אי"ה במקום אחר (ציינו הנו"כ לסימן סו, שדין זה מופיע שם ג"כ).

נפקד הרוצה לגבות חובו מחפץ שהקנה ע"י מעמד שלשתן

הביא הש"ך תשובת מהר"ם אלשיך שפסק שאפילו אחרי מעמד שלשתן יכול הנפקד לגבות חוב שיש לו על הנותן מהפקדון, אם שיעבד לו מטלטלין אגב קרקע. ואפילו אם שיעבודו הוא מאוחר לקנינו של המקבל, דינו כבע"ח מאוחר שקדם וגבה מטלטלין שאין מוציאים ממנו (עיין סיכומי הלואה בענין 'דיני קדימה בבעלי חוב'). והשיג הש"ך ע"ז שודאי אינו יכול לגבות ממה שכבר הקנה הנותן, שמעמד שלשתן הוא קנין גמור (כנראה שהמהר"ם אלשיך נמשך אחר דעת העיטור והרא"ש שיכול המקבל לחזור בו, וע"כ סוברים שאינו קנין גמור). ואפילו אם שיעבודו קדם צידד לומר שגם בזה שייך תקנת השוק, וכאילו אין לו שיעבוד (אי"ה דין תקנת השוק יתבאר יותר במקום אחר).

סימן קכז

דין איש שלוחה מאשתו וגירשה או מעבדו ושחררו, והלוה מן העכו"ם שנתגייר

ובו ב' סעיפים:

סעיף א' ¹¹²³

אשה שלוחה או קנתה מבעלה ומוציאה עליו שט"ח האם חייב לה?

לשון הגמרא בב"ב נא:

לוה מן העבד ושחררו, מן האשה וגרשה - אין להן עליו כלום; מ"ט? לאו משום דאמרי: לגלויי

זוזי הוא דבעא! שאני התם, דלא לישוי איניש עבד לוח לאיש מלוה

כלומר מבואר בגמרא שאדם ששחרר את עבדו או שגירש את אשתו, ומוציאים העבד או האשה שטר חוב שחייב להם, אינו חייב לשלם מפני שאנו מניחים שאין אדם יעשה דבר כזה להשתעבד לאשתו ולעבדו, ומן הסתם הלווה מהם רק בכדי לגלות את מעותיו הטמונים אצלו.

וכתבו תוס' ¹¹²⁴ שפשוט שגם שלא שחרר את העבד ולא גירש את האשה אינו חייב לשלם, ונקטה הגמ' בלשון זו לומר שאפילו כששחררו איננו אומרים שהייתה דעתו שיהיה מלוה אחרי השחרור או הגירושין.

ובגמ' בהמשך בעמוד ב מבואר שלגבי מכירה שאם מכר אדם שדה לאשתו, יש חילוק בין מקרה בו שילמה לו אשתו ממעות טמונים שבזה אנו אומרים שלא מכר לה, אלא רק רצה לגלות את המעות הטמונים, לבין מקרה שנתנה לו מעות גלויים, שבזה המכירה תקיפה.

ונחלקו הראשונים אם החילוק נכון גם בהלוואה:

לדעת הרמב"ם ¹¹²⁵ חילוק זה אינו נכון במלווה, ולעולם אינו חייב.

המגיד משנה הביא שהרשב"א ביאר ¹¹²⁶ שטעמו של הרמב"ם שבהלוואה אינו חייב אף במעות טמונים, מפני שאנו אומרים שהואיל והאשה הביאה לו את המעות יש לחוש ששלו הם, שלא היה לה להלוות לו, אלא לקחת בהם קרקע, ודווקא במכר אנו מאמינים לה הואיל וסברה שהמכר קיים ולכן הביאה לו את המעות.

והרא"ש ¹¹²⁷ הביא את דעת רבינו שמשון שכתב שגם בהלוואה, אם הלוו העבד או האשה ממעות גלויים, הלוואת הלוואה, אך כתב שנראה שאף הוא מודה שאם היא נושאת ונותנת בתוך הבית או שהבעל מפקיד בידיה את כל אשר לו, אינו חייב לה אף הלוותה לו ממעות גלויים וסיים: 'וצריך עוד עיון בדבריו..

והמ"מ ¹¹²⁸ הביא שהרשב"א ¹¹²⁹ סובר כר"ש ³⁰⁵ ש. **השו"ע** הכריע כרמב"ם שבהלוואה אין חילוק **והרמ"א** הביא את דעת רבינו שמשון שאף בהלוואה שי חילוק, בלשון 'ויש חולקים'.

כתב הב"י שלדעת הרמב"ם אפילו אם הבעל לא טוען ברי שהמעות שלו אעפ"כ אין לה או לעבד עליו כלום. **והביאו הסמ"ע (א) והוסיף** שגם אם יש לה שטר חוב כתוב, אין לה עליו כלום.

עוד כתב הב"י שנראה שלדעת החולקים אפילו במעות טמונים, הבעל או האדון חייב אלא אם כן טען בטענת ברי שהמעות שלו ובזה אומרים שנאמן ושלא הייתה הלוואה, **והביאו הסמ"ע (ב)**. לשון השו"ע:

האיש שלוחה מאשתו ואח"כ גירשה, או לוח מעבדו ואח"כ שחררו, אין להם עליו כלום, שכל מה שקנה עבד קנה רבו, וכל מה שהוא ביד האשה הוא בחזקת בעלה, עד שתביא ראיה שהוא מנדונייתה. (ויש חולקין בזה, וכמו שנתבאר באבן העזר סימן פ"ו).

אשה אומרת שהבעל נתן לה מעות שבידה במתנה והוא אומר מעשה ידיך הם והם שלי ומה הדין באומרת שקיבלה מתנה מאחר?

השו"ע באבן העזר בסימן פה סעיף יב פסק שנאמנת אישה לומר על מעות ומטלטלים שבידה שקיבלה אותם במתנה, ולא מקבלים את טענת הבעל שאלו דברים שנעשו ממעשה ידיה ושייכם לו, אך אינה נאמנת ללא ראיה לומר שקיבלה במתנה ע"מ שלא יהיה לבעל זכות אף בפירות.

והרמ"א הביא שיש אומרים שאם המעות גלויים נאמנת לומר שקיבלה ע"מ שלא יהיה לבעל זכות בהם, אך זה דווקא אם היא אינה נושאת ונותנת בתוך הבית.

עוד כתב הרמ"א שיש אומרים שאם יש לה מיגו שיכלה לטעון שלא לקחה את הממון כלל נאמנת בכל עניין.

¹¹²³ סעיף זה סוכם במהירות ומומלץ לעיין שוב במקורות.

¹¹²⁴ ב"ב נא. ד"ה לוח מן העבד.

¹¹²⁵ הלכות אישות פרק כב הלכה ב.

¹¹²⁶ הב"י כתב שהמ"מ כתב כן בשם הרשב"א ובהגהות והערות על הטור העירו שבמגיד משנה משמע שאלו דברי המגיד משנה בעצמו.

¹¹²⁷ ב"ב פרק ג סימן נה.

¹¹²⁸ הלכות אישות כב, ב.

¹¹²⁹ ב"ב נא. ד"ה שאני.

עוד כתב הרמ"א שנאמנת האשה לטעון שהבעל עצמו נתן לה את המעות במתנה, ונשבעת שבועת היסת, והבעל לא אוכל את הפירות.
הש"ך (ה) השיג על הרמ"א במה שכתב שלדיעה הסוברת שנאמנת האשה לטעון שקיבלה במתנה ע"מ שלא יקבל בעלה, שזה דווקא כשהמעות גלויים, וכתב הש"ך שאין זה נכון ולדיעה זו אין חילוק בין טמונים לגלויים שהרי חילוק זה שייך דווקא כשטוענת שקנתה או שהלוותה לבעל שדווקא בזה שייך לומר שאם הם גלויים עשה כאן בכדי לגלות את המעות, ולא שייכת סברא זו כשטוענת שקיבלה מאחר.
עוד השיג הש"ך על מה שכתב הרמ"א [ומקורו במהר"ם] שאם לא ראו את הממון בידה נאמנת במיגו גם כשנושאת ונותנת בתוך הבית ומשמע מדבריו שדיעה זו חולקת על הדיעה המופיע בשו"ע [שהיא דעת הרמב"ם] ואין זה נכון שהמהר"ם דיבר במקרה שטוענת שהבעל נתן לה ובזה אף השו"ע והרמב"ם מודים שנאמנת אפילו שנושאת ונותנת בתוך הבית, כפי שכתב הש"ך בסימן סב ס"ק ו, ודווקא כשאומרת שאחרים נתנו לה אינה נאמנת.

סעיף ב

לוח מהגר ומת הגר האם צריך או טוב להחזיר לבניו?

לשון הגמרא בקידושין יז: יח.

לוח מעות מן הגר שנתגירו בניו עמו - לא יחזיר לבניו, ואם החזיר - אין רוח חכמים נוחה הימנו.

והתניא: רוח חכמים נוחה הימנו! לא קשיא: כאן שהורתו ולידתו שלא בקדושה, וכאן שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה.

כלומר מבואר בגמרא שאדם שלוח מעות מגר שנתגיר ומת הגר, לא יחזיר את המעות לבניו ואם החזיר אין דעת חכמים נוחה הימנו, אך יש חילוק בין אם הורתו של הבן ולידתו שלא בקדושה לבין מקרה שהורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה.

בביאור חילוק זה נחלקו הראשונים:

דעת רש"י שאם הורתו ולידתו שלא בקדושה אין רוח חכמים נוחה הימנו כלומר אין מחזיקין לו טובה על כך שהחזיר כי לא הצריכוהו לכך, ואם הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה רוח חכמים נוחה בכך שהחזיר הואיל והוא מתחלף בעיני אנשים כישראל גמור.

הקשה הר"ן¹¹³⁰ על דברי רש"י שמלשון אין רוח חכמים נוחה הימנו משמע שעושה משהו שלילי ולא רק שלא מחזיקים לו טובה.

ותוס'¹¹³¹ **הקשו על פירוש רש"י** מהמקרה המובא בגמרא בב"ב קמט. לגבי איסור הגר שהיה לו בן בשם בשם רב מרי בר רחל שהורתו הייתה שלא בקדושה ולידתו בקדושה ורצה רב לזכות בנכסיו וקשה לומר שלא רצה שתהיה רוח חכמים נוחה ממנו.

[**אמנם הנימוק**¹¹³² **אכן תירץ כך** שרק לפני משורת הדין צריך ליתן לבן 'אבל מי שרוצה שיקוב הדין את ההר אינו עובר כלל']

וכתב ר"ת לתרץ לשיטת רש"י שדווקא במלוה, רוח חכמים נוחה ממנו כיון שהגוי עשה טובה לישראל שהלוה לו, ולכן אין רוח חכמים נוחה אם לא יחזיר לבנו שמשלם רעה תחת טובה, משא"כ במקרה של רבא בפקדון שלא עשה לו הגוי טובה, ואדרבה רבא טרח לשמור על המעות הללו.

ור"י כתב שלא נראה לחלק בין מלוה לפקדון אלא פירש הפוך מרש"י שאם הורתו ולידתו שלא בקדושה רוח חכמים נוחה ממנו שיחזיר לבנו אך אם לידתו בקדושה אין רוח חכמים נוחה ממי שיחזיר לו שע"י כך נוכל לחשוב שהוא ישראל גמור ואם ייבס את אשת אחיו יאמרו שאינה זקוקה עוד לאחיו.

השו"ע פסק כדעת רש"י שאם לידתו שלא בקדושה לא יחזיר, ואם לידתו בקדושה רוח חכמים נוחה ממנו שיחזיר.

בפירוש דברי הטור נתקשו המפרשים מפני שסתם וכתב שלא יחזיר ואם החזיר אין רוח חכמים נוחה הימנו, ואם היו הבנים שהורתם ולידתם בקדושה יחזיר.

ודבריו תמוהים שהרי אם הורתם ולידתם בקדושה פשוט שיחזיר שהם יורשיו ממש.
ולכן כתב הב"י שיש להגיה ולא כתב כיצד להגיה.

וכתב בד"מ (א) שבכוונה לא כתב כיצד להגיה, הואיל ואינו יודע אם פסק כר"י או כרש"י, והד"מ כתב שהטור כתב כן, הואיל ודן רק לגבי עיקר הדין שכל עוד אין הורתו ולידתו בקדושה אין כופים עליו לתת, ולא ראה להאריך בדין 'רוח חכמים' בדבר שנחלקו בו הפוסקים.

אך הב"ח כתב שבכוונה כתב הטור כך, מפני שסבר שבין אם לידתו בקדושה ובין אם לידתו שלא בקדושה כל שהורתו שלא בקדושה לכתחילה לא יחזיר, ורק אם גם הורתו וגם לידתו בקדושה יחזיר לכתחילה, וכל הדיון בין ר"י לרש"י הוא רק בדיעבד במה רוח חכמים נוחה הימנו, ובזה לא הכריע בין ר"י לרש"י.

הש"ך (ז) השיג על דבריו וכתב שפשוט שהדיון אינו לגבי הדיעבד אלא גם לכתחילה וכו מוכח בלשון שרוח חכמים נוחה הימנו [ופשוט], וכתב שנפלה טעות סופר בטור וכפי שכתב הב"י, וסבר כרש"י שאם הולדתו בקדושה רוח חכמים נוחה בכך שיחזיר וכתב שכן הוא ברמזים, וכן מסקנת הרא"ש וכן עיקר.

¹¹³⁰ ב"ב ז:

¹¹³¹ תוס' קידושין יח. ד"ה 'כאו שהורתו'.

¹¹³² ב"ב ע.

גוי הבא על בת ישראל, אם טוב לתת את המעות לבן הנולד מהם?

הרא"ש¹¹³³ **והר"ן**¹¹³⁴ **והר"ש**¹¹³⁵ **הביאו תירוץ נוסף** לבאר מדוע רב לא רצה להשיב את המתנה לרב מרי, והוא מפני שאמו של רב מרי הייתה יהודיה והואיל והוא משוייך אחרי האמא כדין גוי הבא על בת ישראל, אין הוא נחשב כיורש אביו כלל שגם אם היו שניהם חוזרים לסורם לא היה יורש את אביו שהרי הולך אחר אמו, **והביא הש"ך (ח) את דבריהם להלכה.**
לשון השו"ע:

הלזה מהגר שנתגיירו בניו עמו, ומת, לא יחזיר לבניו, ואם החזיר אין רוח חכמים נוחה הימנו. במה דברים אמורים, כשהיתה הורתן ולידתן שלא בקדושה; אבל אם היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן ז' בקדושה, רוח חכמים נוחה הימנו.

¹¹³³ קידושין פרק א סימן כד.

¹¹³⁴ קידושין ז: ד"ה אמר.

¹¹³⁵ מסכת שביעית פרק י משנה ט.

סימן קכח

דין הפורע חובו של חבירו או שמשכנו בשביל חבירו ובו ב' סעיפים :

סעיף א

פורע חובו של חבירו שלא מדעתו האם צריך הלוה לשלם לפורע?

הפורע מזונות אשת חבירו

לשון המשנה בכתובות דף קז: -קח.

מי שהלך למדינת הים, ועמד אחד ופירנס את אשתו:

חנן אומר: איבד את מעותיו,

נחלקו עליו בני כהנים גדולים ואמרו: ישבע כמה הוציא ויטול.

א"ר דוסא בן הרכינס: כדבריהם. א"ר יוחנן בן זכאי: יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי. ובגמ'.

תנן התם: המודר הנאה מחבירו - שוקל לו את שקלו, ופורע את חובו, ומחזיר לו אבידתו,

ובמקום שנוטלין שטר - תפול הנאה להקדש;

בשלמא שוקל לו את שקלו - מצוה קעביד, דתנן: תורמין על האבדז ועל הגבוי ועל העתיז

לגבות, ומחזיר לו אבידתו - נמי מצוה קעביד, אלא פורע לו את חובו הא קמשתרשי ליה!

אמר רב אושעיא: הא מני? חנן היא, דאמר: איבד את מעותיו.

ורבא אמר: אפי' תימא רבנן, הכא במאי עסקין - שלוה על מנת שלא לפרוע.

כלומר נחלקו התנאים בשאילה מה הדין במקרה שאדם פירנס את אשתו של אדם שבעלה הלך למדינת הים.

שלדעת חנן ור' יוחנן בן זכאי אין הבעל חייב לשלם לאותו אדם על כך שפטר מחוב המזונות לאשתו. **ולדעת בני כהנים גדולים ור' דוסא בן הרכינס** חייב הבעל לשלם לאותו אדם על שפטר מחוב המזונות לאשתו.

בגמרא בדף קט. מבואר שנפסקה הלכה כחנן.

הפורע שאר חובות של חבירו, אם חייב חבירו לשלם?

הגמ' מביאה משנה שאומרת שאדם שנדר שלא יגרום הנאה לחבירו יכול לפרוע חובו, וביאר רב אושעיא שברייתא זו סוברת כדעת חנן שאין אדם חייב לשלם למי שפרע את חובו, וביאר רש"י שהואיל ואם היה פורע את חובו ע"מ שיחזיר לו הוא לא היה מחוייב בכך, לכן גם כשפרע ומחל על התשלום אין בכך כלום ולא נקרא שנתן לו הנאה. [בהמשך רבא מבאר שניתן לבאר ברייתא זו אף לחכמים עיין בלשונו לעיל]

מפשט דברי הגמרא נראה שלדעת חנן אף בפורע שאר חובות של חבירו, אין חבירו חייב לשלם, שהרי בברייתא לא מדובר בפורע מזונות אשתו אלא בשאר חוב, **וכן פירשו רש"י וריב"א**¹¹³⁶ **וכן כתב הרמב"ם**¹¹³⁷

וכתב הב"י שכן משמע שסבר הרי"ף¹¹³⁸ שהביא את דברי הירושלמי¹¹³⁹ שכתב שבשאר חובות אף בני כהנים מודים לחנן שהלווה אינו חייב לשלם, מפני שיכל לומר שהיה מפייס את המלוה שלו.¹¹⁴⁰

אך לעומתם כתבו תוס'¹¹⁴¹ **בשם ר"ת**¹¹⁴² שדווקא בחוב של מזונות סבר חנן שאם פרע לחבירו אין חבירו מחוייב לשלם לו. הואיל ולא ברור שהבעל היה מחוייב לשלם לאישה מפני שיתכן שהייתה מצממצת מזונתיה וניזונית בפחות מהסכום שחייב לה, אך בשאר חובות מודה חנן שחייב לשלם למי שפרע בשבילו, שהרי נתן לו הנאה גמורה שלא יכל להפטר בשום עניין.

הטור כתב שהרא"ש סובר כר"ת.

אך הב"י חלק וכתב שהרא"ש סובר כרש"י ודעימיה והוכיח כן מפירושו בנדרים¹¹⁴³. **וכתב בבדק הבית שהלכה** שאף בשאר חובות אינו חייב לשלם למי שפרעו הואיל ולכך הסכימו הרי"ף הרמב"ם רש"י וריב"א ואף הרא"ש ע"פ האמת. **וכן הכריע הד"מ (א)** אך כתב שהמהר"י וייל¹¹⁴⁴ הכריע כר"ת.

¹¹³⁶ הובא בתוס' כתובות קח. ד"ה הא.

¹¹³⁷ מלוה ולוה פרק כו הלכה ו.

¹¹³⁸ כתובות סג.

¹¹³⁹ כתובות פרק יג הלכה ב וכן נדרים פרק ד הלכה ב.

¹¹⁴⁰ והביא הב"י את דברי הרי"ף (כתובות סג. דיבור ראשון) שבה חלוק הירושלמי על הבבלי, שלפי הבבלי בני כהנים אינם מודים בזה שהרי הגמרא העמידה שהברייתא לעניין פורע חוב היא דווקא לשיטת חנן.

¹¹⁴¹ כתובות קח. ד"ה הא.

¹¹⁴² ספר הישר חידושים סימן פו.

¹¹⁴³ לג: ד"ה חנן.

אך ה"ח כתב שדעת הרא"ש כר"ת וכפי שכתב הטור. ולכן פסק להלכה שזהו 'ספיקא דדינא' ולכן מי שפרע חוב ברור של חברו כגון שיש עליו שטר ותפס מחבירו עבור מה שפרע בשבילו לא מוציאים ממנו. אך הסמ"ע (ג) הכריע שיש לפסוק כר"ת וכטור שבשאר חובות חייב לשלם למי שפרעו לו. והש"ך (ה) פסק כדעת השו"ע שאף בשאר חובות לא חייב לשלם למי שפרעו, כיון שיש שלושים פוסקים שסוברים כן והחולק עליהם יחידים הם, ובפרט שבש"ס משמע שלא כר"ת וכן בירושלמי, ונראה שגם הרא"ש פסק כרש"י וכפי שכתב הב"י ואף המהר"י וי"ל לא הכריע במפורש כר"ת.

האם חייב לשלם למי שפרע עבורו כאשר המלווה דחקו לשלם?

הבאנו לעיל שמהירושלמי עולה שהטעם שאינו חייב למי שפרעו מפני שיכל לומר הלווה שהיה מפיס את המלווה.

הב"י הביא את דברי הר"ן¹¹⁴⁵ שכתב בשם הירושלמי שאפילו אם היה המלווה דחקו לפרוע באופן שנראה שאין דעתו קרובה אליו למחול לו אעפ"כ אם פרע חברו עבורו לא חייב לשלם לו.

ובתוספות בב"ק¹¹⁴⁶ מבואר שלמרות שבזה אינו יכול לטעון שהיה מפיסו מכל מקום יכול לטעון שהיו לו אוהבים אחרים שהיו פורעים חובו.

וכך פסק השו"ע שאף אם המלווה דחקו ופרע לו חברו אינו חייב לשלם לו.

אך הש"ך כתב (ג) שדין הינו 'ספיקא דדינא' והוכיח שהרבה ראשונים (רי"ף רמב"ם סמ"ג ועוד) השמיטו את הדין הזה בשם הירושלמי ובפשטות משמע שאינם סוברים אותו.

וכתב הש"ך שהירושלמי למד דין זה מכך שכתוב במשנה שיכול אדם לשלם את שקלו של חברו אף על פי שנדר שלא יתן לו הנאה, והרי אם אדם לא משלם את שקלו ממשכנן אותו וזה דומה לכך שבעל חובו דחק, וראיה זו אינה ראייה לפי הבבלי שסובר שניתן להעמיד את הברייתא במקרה של אבוד וגבוי וכפי שפירשו תוסי' שאבד שבא לידי הגבאי או השליח ואבד שכבר נפטר בעל השקלים מאחריות, ומה שפרע חברו היה רק בשביל לקיים מצוה, וא"כ אין ראייה שבעל חוב דחק פטור במידה ופרעו חברו.

עוד כתב הש"ך שיתכן שאף הירושלמי למסקנה מודה שבעל חוב דחק חייב לשלם, עיי'ש בביאור לירושלמי, [התומים] (א) השיג על פירושו של הש"ך והקצות (ב) הצדיק את פירוש הש"ך והנתיבות (ב) הסכים עם הקצות].

וכתב הש"ך שכאן גם יש לצרף את דעת הב"ח והסמ"ע שפסקו כר"ת וכרא"ש¹¹⁴⁷ שבכל פורע חוב צריך לשלם לו ואעפ"כ שבזה אין הלכה כמותם אלא כרוב הראשונים שסוברים שפטור מ"מ במלווה דחק דעת רוב הראשונים שחייב לשלם לפרוע ועכ"פ הוי ספיקא דדינא ואם תפס הפורע אין להוציא ממנו.

היה למלווה משכון של הלווה ופרע חברו עבור הלווה ונטל המשכון?

עוד למדו הרי"ף הר"ן והרמב"ם מהירושלמי הנ"ל שגם אם היה חייב אדם למלווה ונתן לו משכון, ופרעו חברו אינו חייב לשלם לו.

וכן פסק השו"ע והוסף ע"פ הטור שאף אם לקח הפורע את המשכון חייב להשיבו ללווה.

אך הש"ך (ה) כתב שאם המשכון ביד הפורע יכול להחזיק בו הואיל ודין זה אינו מוזכר בש"ס שלנו ובשאר פוסקים ויש לצרף כאן את דעת הפוסקים שניתן לומר קים לי כר"ת שעולם בשאר חוב חייב לשלם לפרוע חובו.

מה ההבדל בין פורע חוב חברו שפטור מלשלם לבין קונה שט"ח ממלווה שיכול לגבות מהלווה?

הסמ"ע (ב) התקשה מדוע כאן פסק השו"ע שהפורע ונטל משכון חייב להשיבו ללווה ולעומת זאת יכול אדם למכור שטר חוב של חברו, ויכול הקונה לגבות מן הלווה, ואיננו אומרים שהניח מעותיו על קרן הצבי בכך שפרע ממון חברו.

וביאר הסמ"ע שבקונה שטר חוב זה שונה, הואיל ובעל החוב העמידו במקומו בניגוד לסתם פורע חובו.

והשיג על השארית יוסף¹¹⁴⁸ שדימה בין המקרים.

והש"ך (ב) כתב שבחינם השיג על השארית יוסף כי המקרה של השארית יוסף היה שהשטר נמכר בלא כתיבה ומסירה, ולכן דומה דינו לפרוע שטר חוב של חברו.

הקצות (א) התקשה מדוע השו"ע פסק לגבי משכון שאם פרע חוב חברו ונטל את המשכון חייב להשיב ללווה, ואילו לגבי מלווה שהקנה את השטר לאחר כתיבה ומסירה, אנו אומרים שקנה את גוף השטר וחייב לפרוע ללווה, והרי משכון יכול להקנות בלא כתיבה ומסירה כמבואר בסימן סו סעיף ה, וצריך להיות דינו זהה לקניית שטר חוב ושיקנה את המשכון.

ותירץ הקצות שאם באמת היה משלם את הכסף למלווה בשביל לקבל את הזכות במשכון, זה היה מועיל, אך כאן רצה לפרוע חוב חברו לגמרי, והואיל וכבר נפרע החוב שוב אין לו זכות במעות.

¹¹⁴⁴ סימן קסו.

¹¹⁴⁵ כתובות סג.

¹¹⁴⁶ נח. ד"ה 'א"י'.

¹¹⁴⁷ הב"ח פסק כאן רק בתופס מכח ספיקא דדינא וכפי שהבאנו לעיל.

¹¹⁴⁸ סימן נח.

גוי שמכר לישראל שטר חוב שיש לו על ישראל אחר האם צריך כתיבה ומסירה?

הבאנו לעיל שהש"ך (ב) הביא שהשארית יוסף כתב שהקונה שטר בלא כתיבה ומסירה דומה לפורע חוב של חברו, והש"ך ציין ששם דיבר השארית יוסף בגוי שמכר את השטר לישראל וכתב השארית יוסף שעל אף שכתב הנימוק¹¹⁴⁹ שמכירה זו מועילה אף בלא כתיבה ומסירה הואיל וכך הוא בדינהם, זה דווקא כשהלווה מסכים למכירה, והחידוש הוא רק בכך שהקניין עובד, אך אם הלווה לא מסכים דינו כפורע חוב חברו.

אך הש"ך חלק על דבריו וכתב שכשקונים מגוי בלא כתיבה ומסירה זה נחשב כאילו קנה מישראל עם כתיבה ומסירה, ולכן חייב הלווה לפרוע לו חובו.

וביאר התיבות (א) את דברי הש"ך שמי שמחייב את עצמו לגוי מחייב את עצמו לכל דיני הגויים ולכן חייב לשלם למי שקנה את השטר בלא כתיבה ומסירה הואיל וכך הוא בדינהם ודומה דינו למי שמתחייב מראש לשלם לכל מי שיוציא עליו את השטר.

פרע עבור חברו למלוה גוי, אם חייב לשלם הלווה לשלם לפרוע?

כתב הב"י בשם מצאתי כתוב (והוא מתשובת מהרי"ל¹¹⁵⁰) שאם חייב אדם מעות לגוי ובא חברו ופרע חובו, חייב לשלם לפרוע.

וביאר המהרי"ל בטעם הדבר שכל הפטור מלשלם הוא מפני שיכל לומר שהיה מפייס את הלווה, ובגוי לא שייך טיעון זה מפני שגוי לא מתרצה אלא בריצוי כסף, וגם לא שייך לומר שאוהביו היו פורעים לו כפי שאנו אומרים כשפרע לבעל חוב דוחק, שאין האוהבים פורעים אלא בבעל חוב דוחק ולא בגזלן דוחק.

ובמהרי"א ששון בסימן עו ביאר את דברי המהרי"ל שאנשים פורעים דווקא על חוב אמיתי מפני שאומרים 'אני אפרע לו חובו וארחם עליו וכך הוא יפרע חובי בעתיד', אבל אין אנשים חוששים לעלילה הואיל ואינה שכיחה, עוד הוסיף שבעלילה אין האוהבים מרחמים הואיל וסוברים שיתכן שיפטר מה שאין כן בחוב גמור.

מן הטעם השני של המהרי"ל ומדברי מהרי"א ששון עולה שדווקא כשפרע חוב של חברו שלא כדין שחייבו הגוי בגזילה, חייב הנפרע לשלם למי שפרעו, אבל אם פרע חוב של חברו שחייב לסתם גוי, אינו חייב לשלם כדין כל הפורע חובו של חברו, **ואכן כך הבין הש"ך (ו), וכן מבואר בדברי המהרי"ק¹¹⁵¹ שהביא הב"י¹¹⁵².** והשיג הש"ך על הרמ"א שכתב דין זה לגבי כל פורע חוב חברו שחייב לגוי, שחייב הלווה לשלם למי שפרע.

והרמ"א נשען על הטעם הראשון שמובא במהרי"ל שלא יכול לטעון שהיה מפייסו.

והשיג עליו הש"ך בזה שמכל מקום שייכת סברת תוס' שהבאנו לעיל שיכול לטעון שאוהביו היו פורעים בשבילו.

אך כתב הש"ך שלפי מה שהבאנו בשמו לעיל שגם במקרה שחייב למלוה שדוחק ובא חברו פרעו יש ספק בדין אם חייב הלווה לשלם לפרוע, א"כ אף כאן נשאר דין זה כיספיקא דדינא, **עוד כתב** שיתכן שאף הסוברים שחייב לשלם במלווה שדוחק וכנגד השו"ע, כאן במלווה גוי יודו שפטור, [ולא ביאר טעם לחלק¹¹⁵³]

אך התומים (ב) כתב להצדיק את פסק הרמ"א וטען שכל חוב של גוי נחשב כעלילה כיון שהפקעת הלוואתו של הגוי מותרת א"כ יש הפקעתא דמלכא על החוב, ותמיד נחשב שהגוי בא עליו בעלילה, ולכן תמיד יתחייב לשלם למי שפרע חובו, והוסיף טעם נוסף שתמיד נוח לישראל להיות חייב לישראל מאשר לגוי.

אך הקצות (ג) דוחה את דברי התומים וכותב שיהודי חייב לפרוע לגוי מעיקר הדין ויש איסור לגזול ולעשוק את הגוי והפקעת הגוי מותרת דווקא במציאות שהגוי לא יודע שהוא באמת חייב לו כגון שאומר ליורש שכבר שילם לאביו, כמבואר ברש"י ב"ק קיג:

האם חייב לשלם לפודה משכונו מן הגוי?

עוד כתב הרמ"א שכשם שאם פרע חוב חברו שחייב לגוי שחייב הלווה לשלם לפרוע, הוא הדין במקרה שפדה משכונו מן הגוי.

וכתב הש"ך (ז) שכשם שהשיג לעיל שאין דין זה שייך אלא בגוי שחייבו שלא כדין, הוא הדין כאן.

המשלם בכדי לפדות את חברו מן הגוי אם חייב חברו לשלם ומדוע?

כתב בתשובת מיימוניות¹¹⁵⁴ שאם אדם פדה את חברו מן הגוי, חייב הנפדה לשלם לפודה ואין לפטור את הנפדה כדין מבריה ארי, שדווקא במציל מצער שייך דין מבריה ארי ולא במציל מן ההפסד, ואמנם הפורע

¹¹⁴⁹ ב"ב סט.

¹¹⁵⁰ סימן עח

¹¹⁵¹ שורש קנה ענף ה.

¹¹⁵² מחודש ב

¹¹⁵³ ואולתני סבר שיש יותר סיכוי שאנשים ירצו להציל אדם מחוב לגוי שלעיתים יש בזה סכנה, מאשר להצילו מסתם חוב שחייב לחברו.

¹¹⁵⁴ זיקין סימן יז.

חוב של חבריו, אין חבריו חייב לשלם, אבל זה דווקא מפני שהוא חייב מעיקר הדין, אבל כשההפסד לא היה אמור להיות מעיקר הדין והצילו חבריו חייב לשלם.¹¹⁵⁵

ובתחילה תמה הנתבות (ג) על דברי תשובות מימוניות שלכאורה זה נגד הסברא שכשמצילו ממה שחייב מן הדין פטור מלשלם וכשמצילו מהפסד שאינו מן הדין חייב לשלם לו.

אך כתב הנתבות שלאחר העיון זה מובן מאוד שהרי מבואר בגמ' בב"ק פא: שהשופך יינו להציל דבש חבריו, קיים בזה מצוות השבת אבידה, וא"כ העושה כן לא נחשב כפורע שלא מדעת חבריו שהרי יש כאן דעת שכינה שיעשה כן, ונחשב כפורע מדעת¹¹⁵⁶, ואילו בפורע חוב חבריו שאין לו שום חיוב לפורע חובות חבריו מן התורה, הוא נחשב כפורע חוב חבריו שלא מדעת.

היה בידו ממון משל חבריו ופרע בו את חוב חבריו, אם חייב חבריו לשלם?

כתב מהר"י וייל¹¹⁵⁷ שהפורע חוב חבריו מממון חבריו שנמצא בידו מה שעשה עשה ואין צריך הפורע להחזיר ממון ללוה.

וביאר הבי"י בסימן קה בעניין דומה שהואיל וממון הלוה נמצא אצל הפורע יכול לומר לא הפסדתך בזה שפרעתי למלוה שהרי גם אם אני לא הייתי יוזם לפורע והיה המלוה תובע אותי היו הבי"ד מחייבים אותי לשלם לו מדינו של ר' נתן, ושם כתב טעם נוסף שאם פרע של חבריו אין זה מספיק בשביל לחייב את הלווה, אבל זה מספיק בשביל לא לחייב את הפורע, אם מחזיק ממון הלווה.

והרמ"א פסק דברים אלו להלכה.

ובתשובת מהר"ם לובלין¹¹⁵⁸ כתב שדברי המהר"י צריכים יישוב שהרי מבואר בירושלמי שהטעם שפטור לשלם לפורע חובו הוא שיכול לומר הייתי מפיסו, וטעם זה שייך גם כשממון הלוה נמצא אצלו.

והש"ך (ח) כתב להצדיק את דברי מהר"י וייל והרמ"א וכתב שעיקר הטעם שפורע חוב חבריו שלא מדעתו פטור הוא מפני שהוא כמבריה ארי מנכסי חבריו שאע"פ שיש לו בזה הפסד אין חבריו חייב לשלם לו מפני שיש אומדנא שהתכוין למצווה כמבואר בתוס' בב"ק נח, ולכן במקום שפרע ממון הלווה עצמו, האומדנא לא קיימת שהרי לא שילם משלו, ולכן לא יכול הלווה להוציא מהפורע.

עוד כתב הש"ך שלפי מה שפסק בסי' פו שדין שעבודא דר' נתן הינו מן התורה ואפילו כשיש נכסים ללוה הראשון משועבד מעיקר הדין, והסיבה שבד"כ אין מוציאים מלוה ב' כשיש לו ללוה א' נכסים הוא משום שדינו כלקוחות שתיקנו משום פסידא שאין גובים מלקוחות כשיש בני חורין, ולכן כאשר לוח ב' רוצה לשלם, פשוט שיכול לשלם מן הדין ואין הלווה יכול לתובעו, שהרי אף הוא משועבד מדינו של ר' נתן.

עוד הביא רביה לדבר ממה שנפסק באבן העזר סימן ע סעיף ח ע"פ ההגהות מרדכי שאם זן אשת חבריו מממון של חבריו שנמצא בידו מנכה ממה שבידו, והביא שיש שגרסו אחרת בהגהות מרדכי אך כתב שאין גרסתם נכונה.

[עייני בתומים (ג) מה שהקשה על דין זה ובנתבות (ד) מה שתייר].

היה אצלו ממון של חבריו ונתן למלוה את ממון עצמו בתור משכון

כתב ההגהות מרדכי¹¹⁵⁹ שאם היה לאדם ממון של חבריו ופרע למלוה של חבריו ממון שלו, אינו חייב לשלם ללוה מכיון שהייתה לו אפשרות לתת כמשכון את ממון הלוה ולכן לא מוציאים ממנו, **וכן פסק הרמ"א**.

והש"ך (ט) כתב שדין זה צריך עיון שהרי במרדכי מדובר באנס שאם לא היה נותן לו את המשכון שלו, היה לוקח בכח את משכון חבריו, וא"כ ניתן לומר שכאשר לא פרע את חוב חבריו אלא רק נתן למלוה משכון יכול הלוה להוציא ממנו.

אך כתב הש"ך שלפי מה שביאר לעיל שיש כאן דין שעבודא דר' נתן וא"כ אפילו אם לא נתן לו עדיין את המשכון, הרשות בידו לפורע למלוה את מה שחייב לשלם ללוה מדין ר' נתן, ולכן פשוט שפטור וכן עיקר. לשון השו"ע:

הפורע חובו של חבריו שלא מדעתו, אפילו היה בשטר, ואפילו היה עליו משכון ונטלו זה שפרע, אין הלוה חייב לשלם לו, ונטל משכונו בחנם, והרי אבד זה הנותן, מעותיו. ואפילו אם היה המלוה דוחקו לפורע, (שמא) היה הלוה מפיס את המלוה ומוחל לו. הגה: וכן נראה לי עיקר. ודלא כיש חולקין ואומרים דחייב לשלם (טור בשם ר"ת והרא"ש).

ויש אומרים דוקא כשפורע לישראל, אבל אם פרע לעובד כוכבים חייב לכולי עלמא, וכל שכן אם פדה משכונו מן העובד כוכבים, דחייב לשלם לו (תשובת מהר"ל סימן פ"ב ע"ח). וכן ראוי להורות ועיין ביורה דעה סוף סימן רנ"ב הפודה חבריו מן השביה, אם חייב לשלם.

יש מי שאומר שכל זה שלא היה לו משל חבריו בידו, אבל אם היה בידו משל חבריו ופרע חובו, מה שעשה עשה (מהר"ו סימן קס"ו). ויש אומרים דאפילו נתן משכון שלו בשביל חבריו, הואיל ואם רצה יכול לתת של חבריו, אע"פ שלא נתנו, חייב לשלם לו: (הגהות מרדכי פרק ג' דבתרא).

¹¹⁵⁵ בהמשך מבאר התשובות מימוניות מדוע לא שייך לומר שאוהביו היו פורעים לו כשם שאנו אומרים כן בפורע למלוה שדוחק, וביאר שאין אוהבים פורעים אלא דבר שנתחייבו בו מן הדין, והש"ך (ו) הביא מדבריו רביה למה שהבאנו בפיסקא הקודמת שדווקא בגוי גזלן אנו אומרים שאם פרע חבריו לגוי, אין הנפרע חייב לשלם.

¹¹⁵⁶ וביסס דבריו על רש"י בב"ק כ: ד"ה הקדש.

¹¹⁵⁷ סימן קסו.

¹¹⁵⁸ סימן כב.

¹¹⁵⁹ ב"ב תרס.

פתחי תשובה חושן משפט סימן קכח

המתחייב לשלם לגוי במקום חבירו, וחזר חבירו ופרע לגוי?

הפתי"ש (א) הביא ת' בית אפרים¹¹⁶⁰ שדן באדם שהיה חייב לגוי, ונאלץ שותפו להתחייב לשלם לגוי בעצמו בעבור חובו בשביל שלא יקח מהשותפות, ומחל הגוי ללוה הראשון, ואמר השותף ללוה הראשון שלא יפרע לגוי ולא הקשיב לו ופרע לגוי, והשותף בא אליו בטענה שאותו גוי היה חייב לו, ולכן התחייב לו בשביל להציל את אותו מון וכעת לא יוכל להשיג את הממון, [ולפי עיוני בתשובה הוא תובע את הלווה הראשון שישלם לו בעבור מה שנתחייב לגוי במקומו ואף הוא היה באותו מעמד ורוצה לעכב מן השותפות בעבור זה].
והסיק הבית אפרים שהדין עם אותו שותף.

הקונה בית שיש עליו בעל חוב והתנה את המשך התשלום בסילוק הבעל חוב, ולאחר שמת המוכר סילקו בסכום מסויים והיורשים מערערים שהיו מסלקים אותו בפחות

עוד הביא הפתי"ש את דברי הבית אפרים בסימן יט שדן באדם שקנה בית שהיה לאדם חוב על אותו בית, והתנה הקונה שכל עוד לא יסלק האדון מתביעתו לבית לא ישלם את כל הסכום, ומת המוכר, והקונה הלך לאותו בעל חוב וקנה ממנו את השטר חוב בסכום מסויים, וכעת באים היורשים וטוענים שרצו לסלק את אותו בעל החוב בסכום פחות, ותובעים את הסכום הנותר של הבית.
ופסק הבית אפרים שהדין עם הקונה, הואיל והוא התנה את שאר החוב בהסתלקות הבעל חוב, והוא לא הסכים להסתלק בפחות, ואף אם יטענו היורשים שזה גרם להם היזק שהיה אפשר להם לסלק החוב בפחות מזה, כיון שאי אפשר להם לברר דבר זה שהיה האדון מתרצה, אין יכולים להוציא מידו בטענה זו כו', וגם אין זה דומה לפרע שטי"ח של חבירו, כיון שבקנין בא לידו.

סעיף ב

הנתפס בשביל חוב חבירו האם צריך הלוה לשלם לנתפס?

בירושלמי בב"ק פרק י הלכה ו מובאים דברי של ר' יהושע בן לוי שאומר שאין אדם נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון וגולגולת', כלומר שאם נתפסו מבן אדם וגבו ממנו כסף בגלל שחבירו היה חייב להם, אין חבירו צריך לשלם למי שגבו ממנו.
ושם בירושלמי מובאת דעת רב שחולק וסובר שחייב חבירו לשלם.

וכתב הבי"י שהלכה כר' יהושע בן לוי מפני שמבואר בירושלמי בכתובות¹¹⁶¹ שאף ר' יוחנן סובר כמותו.
וביאר הפרישה וכן בסמ"ע (ו) בטעם הדבר שאינו חייב לשלם אם נתפס בעבור חבירו אפילו לשיטת הראש"ש ור"ת שסוברים שאם פרע חוב חבירו, חייב חבירו לשלם לו, שזה דווקא כששילם מרצון ועשה לו טעה וחייבו כדי שלא תנעול דלת בפני גומלי חסדים, אבל כשנתפס שלא עשה לו טובה אלא כפווה לשלם בזה לא תיקנו חכמים שישלם לו.

ולגבי מה שאמר ר' יהושע בן לוי שאם נתפס בעבור מס חבירו, חייב חבירו לשלם, **כתב המרדכי**¹¹⁶² שזה דווקא אם נתפס על מס משנה זו, אך אם נתפס על מס משנה שעברה אינו יכול לתבוע את חבירו כיון שהמלך כבר התפייס, וכן כתב הרמ"א בשם מהר"י וייל שלא ניתן לגבות על מס שכבר מחל המלך, ותמה הש"ך (יח) שהביאו דין זה בשם מהר"י וייל וזהו ש"ס מפורש בב"ק קיג.

וכן כתב הרמב"ם¹¹⁶³ **והוסיף** שזה דווקא במס קצוב ושלקחו ממנו בפירוש על מס חבירו ובעדים.
המגיד משנה ביאר מדוע במס חייב לשלם והוא מפני שמחוקי המלך למשכן אחד בעבור חבירו, ולכן אין זה נכון שיפסיד חבירו.

וכתב הש"ך (טו) בשם מהרש"ל¹¹⁶⁴ שבזמן הזה גם אם פרעו על מס של כמה שנים חייב לשלם הואיל שלעיתים המלך עושה חסד ומרויח זמן לכמה שנים ולכן אין זה נחשב שמחל.

אם יכול לעכב מאחד מהקהל עבור מס חבירו ומתי הציבור אחראי אחד לשני במס ועוד.

עוד הביא הטור ב' תשובות רא"ש :

באחת מהם כתב¹¹⁶⁵ שאדם שהחזיק שטרות שלו ושל חבירו, והיו חייבים שניהם מס לקהל, וגבו הקהל מס ממחזיק השטר משטרות אלו, אין המחזיק יכול לטעון שחלקו בשטרות יגבו בעבור מס ושל חלקו של חבירו יגבו בעבור מס שלו, אלא הרי הוא כפורע חובו בממון חבירו וחייב לשלם לו משטרות אלו.
ובתשובה השנייה כתב שיכול אדם להחזיק ממון חבירו בעבור מס שגבו ממנו בני הקהל שלא כדין, שהרי אף אותו אדם הינו חלק מהקהל והוא כשותף שלהם לפרוע חובו.

¹¹⁶⁰ חו"מ סי' ט"ז.

¹¹⁶¹ פרק יג הלכה ב.

¹¹⁶² ב"ב תרס.

¹¹⁶³ חובל ומזיק פרק ח הלכה ו.

¹¹⁶⁴ ים של שלמה בב"ק פרק י סימן כא.

¹¹⁶⁵ כלל פט סימן ט.

וכתב הב"י שלכאורה ב' תשובות אלו סותרות אך כתב שהמעין בתשובה תתישב דעתו קצת ובפרישה כתב שיתיישב לגמרי.

ובבדק הבית כתב שדברי הטור אינם מדוייקים ויש לעיין בגוף התשובה, ובאמת המעין בתשובה הראשונה רואה שהקהל גבו ממחזיק השטרות בעבור מס שלו במסורש ולכן אינו יכול לעכב בעבור מס חבירו עי"ש. עוד כתב הרמ"א מספר דינים שלקוחים מתשובות רשב"א שהביא הב"י בסימן קסג מחדש ט ו-י וזה לשונו: "פרנסי הקהל שהלוו לצורך המס, יכולין לפרוע בעד כל הקהל, וכל אחד צריך ליתן חלקו (נ"י בשם הרשב"א). והא דאין אדם נתפס על חבירו, היינו שאין תקנה בעיר. אבל אם יש תקנה בעיר, הולכין אחר המנהג. ומ"מ אם קצתן עשו שלא כהוגן, והעליל השר עליהם, אין אחרים צריכים ליתן לזה, דודאי אדעתא דהכי לא נשתתפו, אם לא שפירשו בהדיא (ב"י סימן קס"ג בשם הרשב"א)".

הנתפס בעבור תשורת המלך שנתחייב חבירו

הבאנו לעיל שמבואר בירושלמי שאין אדם נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון וגולגולות. **ופירש המגיד משנה** שארנון פירוש ארוחה ומשאת.

ועפ"י זה פסק זה השו"ע שאם נתפס בעבור חבירו עבור תשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעברו עליהם הוא או חייליו, חייב חבירו לשלם.

וכתב הש"ך (טז) בשם הב"ח שזה דווקא במתנות שהם דבר קצוב על כל אחד ואחד אך אם זו מתנה פרטית שאחד התנדב לתת למלך כל שנה אם תפסו את חבירו עבור מתנה זו ל"צ לשלם לו על כך.

גוי שתופס מאדם בעבור חוב חבירו למכשכון בלבד, אם יכול הנתפס לתבוע את הלווה?

הנתיבות (ה) חידש שאם תפס הגוי מאדם בעבור חוב חבירו שלא לשם פירעון אלא לשם משכון, יכול זה שתפסו לו לתבוע את הלווה של הגוי מדינו של ר' נתן, שהרי הגוי גזלו וחייב לו מדין גזילה והלווה של הגוי משועבד לגוי, וממילא יכול הנתפס לתבוע ישירות את הלווה.

אם בעל הבית שהיה מלמד בביתו יכול ליתן משכונות המלמד לגוי שהיה המלמד חייב לו?

כתב המרדכי¹¹⁶⁶ מלמד שהיה אצל בעל הבית, והלווה לגוי על משכונות, ויצא משם ולא פשר עצמו עם הגוי, ויצא משם והניח קצת מעותיו ביד בעל הבית, ורוצה לעכבם כי הוצרך להתפשר עם העובד כוכבים וכ"פ הרמ"א אין בעה"ב יכול לעכבם, **וכן פסק הרמ"א**

וביאר הסמ"ע (ז) שאע"פ שבסעיף הקודם פסק הרמ"א שהפורע לגוי חייב הלווה לשלם לו, כאן זה שונה הואיל ושמ הפורע עשה טובה ללווה, שאם הוא לא היה משלם היה הגוי פורע מהלווה מה שאין כאן שברח שהמלמד אינו בעיר והגוי לא יכול להוציא ממנו, וכן כתב הסמ"ע שאין דין זה דומה לדין המבואר בסימן קכו שמי שבאו אליו גויים לקחת פקדון של חבירו יכול ליתנו מפני ששם הם באו בשביל הפקדון של הלווה שידעו שנמצא כאן, ועוד ששם מדובר בפקדון שהוא בעין ושייך ללווה מה שאין כאן מלווה שלהוצאה ניתנה ואף שאף שהשאיר המלמד כאן מעות אין הם נחשבים בעין.

אך הש"ך (יא) חלק על פסק הרמ"א וכתב שהואיל והמלמד היה חייב מן הדין לתת לגוי את המשכונות כמבואר שם במרדכי, לכן יכול בעה"ב לשלם ממעות המלמד, ודין זה נכון גם לפי מה שאנו פוסקים שהנתפס בחוב חבירו אפילו שהיה חייב חבירו מן הדין בטור וגם לשיטה הסוברת שהפורע חוב חבירו שחייב לגוי אינו חייב מפני שכאן הגוי הגיע לגוי מחמת שהמלמד היה בביתו ולכן יכול לשלם ממעות המלמד.

וכתב הש"ך שהמרדכי לא כתב כדברי הרמ"א אלא כתב שאינו יכול לתת לגוי לפני שמודיע למלמד תחילה, כדין ערב שגובים קודם מן הלווה, ואדרבה משמע משם שאם הודיע למלמד, יכול לתת לגוי את המעות.

עוד כתב הש"ך (יב) שאף הרמ"א שכתב שאין בעה"ב יכול לעכב, דיבר דווקא שהכריחו את בעה"ב שיתפשר עמו מחמת שהמלמד היה בביתו אם באו לבעה"ב מחמת שידעו שמעות המלמד בידו, ודאי שגם הרמ"א יודה שיכול לתת להם שהרי אפילו בגוי שאנסו לתת מעות חבירו שלא היה חייב לשלם נפסק בסי' קכו שיכול לתת וכל שכן כאן שהמלמד חייב לשלם.

מלכות מסויימת גבתה חוב מאדם שאינו מאותו מלכות בעבור אדם השייך למלכות

כתב השלטי גיבורים¹¹⁶⁷ שאם מלכות מסויימת גבתה חוב מאדם שאינו מאותו מלכות בעבור אדם השייך למלכות, אין אותו אדם חייב לשלם לפרוע שכיון שהמלך גזלו ואנסו אינו חייב לשלם **והביאו הש"ך (יד)**¹¹⁶⁸

הנתפס ע"י הגוי בעבור מקח טעות שעשה חבירו?

הפת"ש (ג) הביא את דברי החכם צבי¹¹⁶⁹ שדן במקרה שקנה שר אחד קנה סוסים מראובן ומשמעון, ושמעון הטעה את השר במכרו לו סוס אחד שהיו בו מומין המבטלין את המקח, והחזיר השר את הסוס לראובן ולקח ממנו את הדמים, וכעת תובע ראובן את הדמים משמעון מפני שהיה זה הסוס שלו.

¹¹⁶⁶ ב"ב תרע"ד.

¹¹⁶⁷ ב"ב יא.

¹¹⁶⁸ ועיין בשלטי גיבורים שמאריך בזה ובתחילה כתב שמסתימת הפוסקים לא משמע כן.

ופסק החכם צבי ששמעון אינו חייב לשלם שהרי אין אדם נתפס בעבור חבירו מלבד על המס. **אך כתב החכם צבי** שהרשות ביד ראובן להגיד להשר שהסוס הוא של שמעון, שהרי אין כאן שום גזילה לשמעון שהרי מן הדין הוא חייב להחזיר להשר דמי הסוס.

היו נכסי שמעון אצל לוי ותפסם הבע"ח של לוי?

כתב הנהיבות בספרו מקור חיים בסימן תמא שאם אדם הפקיד נכסיו אצל חבירו, ובא בעל חובו של חבירו ותפס מנכסי המפקיד, חייב הנפקד לשלם למפקיד והביא ראיה מהגמרא בחולין קלא. שם כתוב שאם היה לאחד חוב למלך והמלך אנסו ולקח מגרונו בשביל חוב זה צריך אותו אדם לעשר ולתת לכהן מה שהיה אמור לקבל.

והפתי"ש (ה) הביא שבספר מעין גנים דחה ראיה זו וכתב ששם מדובר במתנות כהונה ומה שחייב הוא רק לצאת ידי ולא מדיני אדם.

לשון השו"ע:

שולחן ערוך חושן משפט הלכות הרשאה סימן קכח

מי שנתפס על חבירו, ולקחו עובדי כוכבים ממון בגלל חבירו, אין חבירו חייב לשלם.

הגה: מלמד שהיה אצל בעל הבית, והלוה לעובד כוכבים על משכונות, ויצא משם ולא פשר עצמו עם העובד כוכבים, ויצא משם והניח קצת מעותיו ביד בעל הבית, ורוצה לעכבם כי הוצרך להתפשר עם העובד כוכבים, אין יכול לעכבם (הגהות מרדכי סוף בבא בתרא). (ועיין לעיל סוף סימן קכ"ו).

אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו, חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפס על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעברו עליהם הוא או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו, והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני, בפני עדים. הגה: אחד שנתפס מכח מס של קהל אחר, ותפס משל א' מן הקהל, יכול לתפוסו בשביל כל הקהל, כי כולם אחראין וערביין זה בשביל זה, ולכן א"צ לגבות מכל אחד חלקו (טור). וי"א דאין אדם נתפס בעד מס חבירו, אלא קודם שנתפייס המלך. אבל אם כבר נתפייס המלך, אין אדם נתפס על חבירו (הגהות דבבא בתרא מהרי"ו ס' ק"ו). מיהו פרנסי הקהל שהלוו לצורך המס, יכולין לפרוע בעד כל הקהל, וכל אחד צריך ליתן חלקו (נ"י בשם הרשב"א).

והא דאין אדם נתפס על חבירו, היינו שאין תקנה בעיר. אבל אם יש תקנה בעיר, הולכין אחר המנהג. ומ"מ אם קצתן עשו שלא כהוגן, והעליל השר עליהם, אין אחרים צריכים ליתן לזה, דודאי אדעתא דהכי לא נשתתפו, אם לא שפירשו בהדיא (ב"י סימן קס"ג בשם הרשב"א). וע"ל סוף סימן קכ"ו מי שנאנס בעד חבירו מכח מלוה או פקדון, וע"ל סימן קס"ג:

המלווה לקהל נמזי יכול לגבות חובו?

הפתי"ש (ה) הביא תשובת בית אפרים¹¹⁷⁰ **שהביא תשובה מדודו הגאון מו"ה סענדר ז"ל**, אודות קהל אחד שלוו מעות כדי ליתן להשר, והמלוה היה יודע מזה, וחתמו [ראשי הקהל] כולם על השטר, ועתה בא הבע"ח ותבע לאיש אחד שכבר עקר דירתו משם אלא שהוא מן החתומים, מה דינו אם יכול לתבוע כולו מאיש הזה.

והשיב: "זה פשוט דאם מבואר בשטר רצה מזה גובה ורצה מזה גובה כנהוג כעת, דיכול לתבוע מזה הכל, אמנם אם לא נכתב רצה מזה גובה, יש חילוק, דאם לא נכתב אצל חתימתן עבור הקהל, אזי יש להחתומים דין שנים שלוו שהם ערבים אבל לא קבלנין כמבואר בשו"ע סימן ע"ז [סעיף א'], ואינו יכול לדחותו רק ליתר החתומין [ואם הם אלמים מבואר דינו בסימן קכ"ט סעיף י"א] אבל לא לכל בני העיר, וזה מעשים בכל יום שהקהל צריכים למעות ואין מוצאים מי שילוו להם באופן שיהא שעבודו על קופת הקהל, נותנים ראשי הקהל להמלוה סתם ממרני בחתימתם בכדי שיוכל לתבוע מעותיו מהחתומים לבד, אולם אם מבואר אצל החתימה עבור הקהל, אז הם רק כשלוחי בני העיר ואינו יכול לתבוע ממנו כלל, אלא דאם זה האיש היה עדיין דר שם והוא מפורעי המס, אכתי לא גרע משנים שלוו, שגם הוא היה שותף בהלוואה עכ"פ כו', אבל אם אינו דר שם ואינו עתה מפורעי המס ופרעון חובות כפי המנהג, א"כ אינו יכול לתבוע כלל, כי אין דינו כשותף כלל, שהרי מבואר בסימן קס"ג [סעיף ג'] דלענין פרעון חוב הולכין אחר שעת הגביה או הערכה לשיטת הט"ז [הובא בבאר היטב שם סק"ז], וא"כ כיון שהוא אינו מפורעי המס עכשיו א"כ לא נשתעבד כלל, כי לא נשתעבד להמלוה תחילה רק אותו שיהיה מפורעי המס בשעת גביה. כללא דמילתא לדעתי, אם לא נכתב רצה מזה גובה ואצל החתימה כתוב עבור הקהל והוא עכשיו אינו דר שם ואינו חייב מדינא לפרוע מס ופרעון חוב כפי המנהג, אזי אין עליו תביעה מזה השטר".

¹¹⁶⁹ סימן סח.

¹¹⁷⁰ חו"מ ס"י י"ז.

הלכות ערב

סימנים קבט-קלג

סימן קכט

דין הערב בשטר ועל פה ומתי נפרעין מן הערב ובו כב' סעיפים:

סעיף א

הקדמה – המקור לכך שערב משתעבד, וכיצד הוא עובד?

לשון הגמרא בב"ב קסג:

א"ר הונא: מנין לערב דמשתעבד? דכתיב: אנכי אערבנו מידי תבקשנו.

מתקיף לה רב חסדא: הא קבלות היא, דכתיב: תנה אותו על ידי ואני אשיבנו!

אלא אמר רבי יצחק, מהכא: לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו; ואומר: בני אם ערבת לרעך תקעת לזר כפך, נוקשת באמרי פך ולכדת באמרי פך, עשה זאת אפוא בני והנצל כי באת בכף רעך לך התרפס ורהב רעך, אם ממון יש לו בידך – התר לו פיסת יד, ואם לאו – הרבה עליו ריעים.

אמר אמרי: ערב דמשתעבד – מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי,

לרבי יוסי דאמר: אסמכתא קניא – ערב משתעבד,

לר' יהודה דאמר: אסמכתא לא קניא – ערב לא משתעבד.

אמר ליה רב אשי לאמרי: הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד!

אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה זקא מהימן ליה – גמר ומשתעבד נפשיה.

כלומר הגמי חיפשה מקור לכך שערב משתעבד, ומצאה ב' מקורות האחד לערב קבלן מן הפסוק 'אנוכי אערבנו' והשניה לערב רגיל מן הפסוק 'לקח בגד וכו', וכן מהפסוק 'בני אם ערבת וכו'.

עוד מבואר שבתחילה רצה אמיר לתלות את השאלה אם ערב משתעבד בשאלה האם קניין אסמכתא מועיל, שלכאורה בקניין ערב יש אסמכתא שמתנה את הקניין בכך שהלווה לא ישלם, אך רב אשי דחה דבריו שהרי אנו פוסקים שאסמכתא לא קונה ושערב משתעבד, וביאר שהואיל ויש לערב הנאה בכך שהמלווה מאמין לו, הוא גומר ומשעבד את עצמו.

מפשט הגמרא עולה שבערב בעיקרון המציאות הינה מציאות של אסמכתא, אך בכל אופן הערב משעבד עצמו מכח ההנאה שהוא נאמן ע"י המלווה, ונביא לקמן שכך הבין הסמ"ע (ד).

אך הש"ך (ד) כתב בשם התרומות¹¹⁷¹ ששעבוד של ערב אינו אסמכתא באופן מלא, וביאר הש"ך ע"פ הרמב"ן¹¹⁷² שאין זה אסמכתא הואיל והוא תולה בדעת אחרים, ונראה שהם הבינו שהגמרא עסקה באסמכתא שאינה גמורה ולכן מועילה גמירות דעתו, ומשמע שבאסמכתא גמורה זה לא היה מועיל.¹¹⁷³

עוד יש לציין ללשונו של הרשב"ם שכתב: "גמר ומשתעבד – בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה"

ונביא לקמן שהקצות (א) הבין בדבריו שאין הערב יכול לחייב את עצמו בדיבור בעלמא באופן כזה שיש בו אסמכתא, וכל הסיבה שהוא משתעבד הוא שהמלווה נעשה כביכול כשליחו של הערב להלוות ללווה, ורק

כאשר ממנהו בלשון שליחות, שייך שעבוד של הערב.¹¹⁷⁴

¹¹⁷¹ שער מג ח"א סימנים ד-ו.

¹¹⁷² ב"ב קסח.

¹¹⁷³ וכן כתב הרמב"ן במפורש בב"ב קסח. ד"ה ואי.

¹¹⁷⁴ לשונו של הרשב"ם עצמה נתונה לפרשנות, שלא ברור אם כוונתו שהמלווה נעשה כשליחו של הערב לפרוע ולכן נחשב כאילו הערב הוא זה שהלווה ללווה, או שהכוונה שהואיל והמלווה הלווה בשליחותו, נעשה הערב עצמו כלווה.

ולכאורה המושג של שליחות שייך רק אם נבאר כאפשרות הראשונה שכאילו הערב הוא זה שהלווה, ובזה שייך להבין שהמלווה נעשה כשליחו במובן של שליחות, אך עדיין צריך לבאר על פירוש זה מדוע זה שהמלווה הלווה מכח שליחותו של הערב, חייב את הערב, ונראה לבאר שבאמת עיקר החיוב הוא מכח ההנאה בכך שקיים שליחותו וסמך עליו, ומכח הנאה זו, הוא חייב את עצמו, ולכן דין זה שייך רק כשבאמת היה שליחו.

אך אם נבין כאפשרות השניה, עיקר החיוב הוא מכח זה שהערב לווה מהמלווה עצמו, ולכן לא שייך לראות את המלווה כשליחו, אלא הכוונה שהואיל ונתן בצויו זה נחשב שהכסף הגיע אליו, ולפי זה היה נראה לבאר שמה שכתבה הגמ' 'בההוא הנאה' הכוונה שלמרות שלא התחייב בקניין וגם לא הגיע הכסף בידו, מכל מקום הערב חייב את עצמו מכח אותה הנאה שהסכים כביכול להלוות לו ע"י נתינה לאדם אחר, אך גדר החיוב הוא שנחשב שבעצמו קיבל את הכסף ועיין בחזו"א חו"מ ליקוטים סימן יז ס"ק שצידד בצד זה והאריך בזה.

יש להעיר שספק זה במושג ערב מתבטא בסתירה בין הריטב"א בב"ב סט: שם משמע שנחשב כאילו הערב קיבל את כסף וכאפשרות השניה שהבאנו, לבין הריטב"א בקידושין ז. ד"ה הערב שם משמע שאין זה נחשב שהערב קיבל את הכסף אלא שיש לו הנאה בכך שהמלווה מוציא מעות מכח אמירתו וזו כאפשרות הראשונה שהבאנו ועיין בחזו"א שם שכתב לישב את דברי הריטב"א ע"פ שיטתו].

אמנם יש להעיר שגם לפי האפשרות הראשונה, ההבנה הפשוטה היא שאין זה עובד מדין שליחות, אלא שיש לו הנאה בכך שהמלווה מקבל את צויו, ובהערות לקצות (דזימטרובסקי) הערה 142 ביארו עפ"י הקהילות יעקב (קידושין סימן יב) שאף הקצות לא התכוון לשליחות ממש אלא שנעשה מכח צויו ונ"מ לכך שדין ערב מועיל אף בגוי כמבואר בע"ז סב. ובב"מ עא: והשיגו בזה על השער משפט בסימן קלב שכתב שבאמת דין ערב לא יועיל בגוי, ובזה ביארו את ת' רשב"א (ח"ד סימן ב) שמשמע ממנו שאין דין ערב מועיל כשאומר לו לעשות עבירה והואיל ואין שליחות לדבר

והנתיבות (א) השיג עליו וכותב שפשוט שאין צורך בשליחות בשביל להשתעבד מדין ערב, ומוכיח זאת מכך שהיו תנאים שסברו שדין ערב מועיל בלא קניין אף לאחר מעות, ובה לא שייכת כלל סברת שליחות, ואף לפי מה שנפסק להלכה שלא מועיל דין ערב שלא בקניין שלא בשעת מתן מעות, אין זה מהטעם שלא נעשה שליחו, אלא מהטעם שלא שעבד נפשו הואיל ולא נהנה מכח שהאמינהו ועל פי נתנו כסף. **ובמשוּבב השיב** שהנתיבות התעלם מדברי הרשב"ם, עוד כתב שאין ראיה מהתנאים שסוברים שיכול להשתעבד מדין ערב אף שלא בשעת מתן מעות שהם באמת סוברים שאין זה מדין שליחות, והתנאים שסוברים שרק בשעת מתן מעות זה מועיל ומשום שעל אמונתו הלווהו - 'היינו נמי תורת שליחות'.¹¹⁷⁵

מתי ערב משתעבד? ומתי צריך קניין?

לשון המשנה בב"ב קעה :

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות - גובה מנכסים בני חורין.

מעשה ובא לפני ר' ישמעאל, ואמר: גובה מנכסים בני חורין.

אמר לו בן ננס: אינו גובה לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין.

אמר לו: למה? אמר לו: הרי החונק את אחד בשוק, ומצאו חברו ואמר לו הנח לו [ואני אתן לך] - פטור, שלא על אמונתו הלווהו;

אלא איזה הוא ערב שהוא חייב? הלווה ואני נותן לך - חייב, שכן על אמונתו הלווהו. **ואמר רבי ישמעאל...** והרוצה שיעסוק בדיני ממונות - ישמש את שמעון בן ננס.

ובגמרא קעו-קעו :

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות וכו'.

אמר רבי: קודם חיתום שטרות - גובה מנכסים משועבדים, לאחר חיתום שטרות - גובה מנכסים בני חורין.

זמין אמר רבי: אפילו קודם חיתום שטרות - אינו גובה אלא מנכסים בני חורין.

קשיא דרב אדרבו

לא קשיא: הא דכתב ביה פלוני ערב, הא דכתב ביה ופלוני ערב.

ור' יוחנן אמר: אחד זה ואחד זה - אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, ואף על גב דכתב ביה ופלוני ערב.

מתיב רבא: עדים החתומין על שאילת שלום בגט - פסול, חיישין שמא על שאילת שלום חתמו; **ואמר רבי אבהו,** לדידי מיפרשא ליה מיניה דרבי יוחנן: שאילו - פסול, ושאלו - כשר! הכא נמי דכתב פלוני ערב. אי הכי, היינו דרבו אימא: וכן אמר רבי יוחנן.

מעשה ובא לפני רבי ישמעאל וכו'.

אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: אף על פי שקילס רבי ישמעאל את בן ננס, הלכה כמותו. **איבעיא להו:** בחנוק מה לי אמר רבי ישמעאל?

תא שמע, דאמר ר' יעקב אמר רבי יוחנן: חלוק היה רבי ישמעאל אף בחנוק.

הלכה כמותו או אין הלכה כמותו?

תא שמע, דכי אתא רבין אמר רבי יוחנן: חלוק היה רבי ישמעאל אף בחנוק, והלכה כמותו אף בחנוק.

אמר רב יהודה אמר שמואל: חנוק וקנו מיזו - משתעבד. מכלל, דערב בעלמא לא בעי קניין. **ופליגא דרב נחמן, דאמר רב נחמן:** ערב דבית דין הוא דלא בעי קניין, הא בעלמא בעי קניין.

והלכתא: ערב בשעת מתן מעות לא בעי קניין, אחר מתן מעות - בעי קניין; ערב דבית דין לא בעי קניין, דבהיא הנאה דמהימן ליה - גמר ומשעבד ליה.

נתמצת את דברי המשנה והגמרא :

דעת ר' ישמעאל שערב יכול להשתעבד אף שלא בשעת נתינת המעות אך ניתן לגבות רק מנכסיו שבני חורין. **בן ננס חולק וסובר** שערב יכול להשתעבד רק בשעת מתן המעות, מפני שרק כאשר המלווה הלווה ללוה מכח הערב, חל השיעבוד שכן על אמונתו הלווהו'.

עבירה, שאין הכוונה שצריך שליחות ממש, אלא שצריך שיחשב שעשה בצויו, ולא ניתן לומר שעשה בצויו מפני הטעם של דברי הרב ודברי התלמיד וכו' אבל אין הכי נמי שזה יעבוד אף בגוי. ויש עוד להאריך בזה ועיין בטבעת החושן שהאריך בדברי הקצות הנ"ל.

¹¹⁷⁵ עיין לעיל שהבאנו בהערה 1174 בשם ההערות על הקצות (דזימטרובסקי) שביארו שאין כוונת הקצות שערב פועל מדין שליחות ממש, אלא שנהנה מכח שעשה ע"פ צויו ולפי פירוש זה, מובנים דברי הקצות כאן שכתב שהטעם שעל אמונתו הלווהו, היינו נמי מדין שליחות, שהרי כל הכוונה של דין שליחות הוא שהמלווה נתן מעות ע"פ צויו, ודוק.

ודימה בן ננס דין זה למקרה שאדם מתחייב לשלם לאדם בכדי שלא יחנוק את חבירו שישלם, שאינו מתחייב מכח כך.

ומבואר בגמרא בשם ר' יוחנן שר' ישמעאל חולק גם על המקרה השני, וסובר שגם שמתחייב בכדי שלא יחנוק חבירו בשוק, זה מועיל.

ופסק ר' יוחנן כר' ישמעאל.

אמנם הגמרא בהמשך מביאה מחלוקת אמוראים אם יכול ערב להשתעבד שלא בקניין.

והכריעה הגמ' להלכה שבשעת מתן מעות אין צורך לקנין, אך לאחר מתן מעות יש צורך בקניין [ופשוט שהוא הדין כשחנקו בשוק] מלבד בערב של בית דין שאינו צריך קניין.

[נחלקו הראשונים מה היחס בין מחלוקת האמוראים לגבי הצורך בקניין, לבין מחלוקת התנאים אם ערב משתעבד שלא בשעת מתן מעות

לדעת רבינו יונה¹¹⁷⁶ **והריטב"א**¹¹⁷⁷ כל מחלוקת התנאים עסקה בערב שלא בקניין, אך גם בן ננס מודה שיכול ערב שלא בשעת מתן מעות להתחייב ע"י קניין, ולפי זה יוצא שלהלכה פסקנו כדעת בן ננס ושלא כר' יוחנן שפסק כר' ישמעאל. **אך הנימוק**¹¹⁷⁸ **והרמב"ם בפירוש המשניות כתבו** שהתנאים נחלקו אף כשנעשה קניין, ולדעת בן ננס אין ערב שלא בשעת מתן מעות יכול להשתעבד אפילו בקניין, ולפי זה נפסקה הלכה כר' ישמעאל שניתן להשתעבד על ידי קניין, אך ללא קניין זה לא מועיל, אלא אם כן בשעת מתן מעות, או בערב של בית דין].

הסמ"ע (ד) התקשה כיצד יועיל קניין לערב שלא בשעת מתן מעות, והרי כל קניין ערב הינו אסמכתא שמתנה את ההתחייבות בכך שלא ישלם חבירו, וא"כ שלא בשעת מתן מעות שלא שייכת הסברא שמתחייב מכח ההנאה שמלווה על פיו, לא היה צריך להועיל הקניין אם לא אמר מעכשיו ובפני בי"ד חשוב ככל קניין אסמכתא המבואר בסימן רז.

וכתב הסמ"ע לבאר שאף שלא בשעת מתן מעות יש לו הנאה קצת במה שמאמינו.

הש"ך (ד) כתב שהקושיא מעיקרה לא מתחילה שכבר מבואר בתרומות שהביא הב"י בסימן קיג שקניין ערב אין בו משום אסמכתא גמורה ולכן מועיל בו קניין¹¹⁷⁸. ועוד ציין הש"ך למ"ש הרמב"ן¹¹⁷⁹ שאין בתולה בדעת אחרים משום אסמכתא.

מכל מקום מבואר מכל הדברים הללו להלכה שאין ערב משתעבד שלא בשעת מתן מעות, אלא ע"י קניין, והוא הדין למתחייב לשלם לאדם שחנק את חבירו בשוק ליתן לו, **וכן פסק השו"ע**.

הסמ"ע (א) ביאר שיש חידוש בכך שגם בראהו חונק חבירו צריך קניין, שהיה מקום לומר שהואיל וראה צער חבירו שעבד נפשו, וכן יש חידוש בכך שגם שלא בשעת מתן מעות צריך קניין, שהיה מקום לומר שדווקא בראהו חונק חבירו צריך קניין, הואיל ועשה מצווה, וציין שב' סברות אלו נכתבו ברשב"ם.

נעשה ערב שלא בשעת מתן מעות ופרע למלוה, אם חייב הלוה לשלם לו?

כתב ההגהות מימונית בשם ר"י¹¹⁸⁰ שכל הצורך בקניין לערב שלא בשעת מתן מעות, הוא בשביל להשתעבד למלוה, אך כדי שהלווה השתעבד לערב אין צורך בקניין שהרי זה כאומר לו תפרע חובי.

הרמ"א הביא את דינו להלכה באופן קצת שונה וכתב שאם צווה הלווה לערב שישלם חייב לשלם לו, אף אם לא נעשה קניין על כך, ומלשונו משמע שזה דווקא אם צווהו במפורש.

ותמה הסמ"ע (ג) שהרי בהגהות מימונית מפורש שאינו צריך לצוותו ועצם זה שאמר לו להיות ערב זה מספיק.

ותירץ הסמ"ע שהרמ"א כתב כן הואיל ולדעת הרמב"ם אם אמר הלווה 'ערבני' ושילם הערב ללא רשות מפורשת מהלווה, אין הלווה חייב לשלם לו, ורצה הרמ"א לכתוב דין זה 'אליבא דכ"ע'.

נשבע אדם על ערבות ופרע למלוה, אם חייב הלוה לשלם לו?

הסמ"ע בס"ק טז הביא שכתב הלבוש שאם נשבע אדם על ערבות או תקע כפו, מכיון שלא עשה קניין אם פרע למלוה אינו חוזר וגובה מהלווה.

והשיג עליו הסמ"ע שאין זה נכון, שמכיון שנתן למלוה תקיעת כפו על פי הלווה והתחייב לשלם לו הוא כאילו פרע בציוויו.

האם נעשה ערב בכך שאומר 'כל המלוה לפלוני אני נכנס עבורו ערב קבלן'?

הש"ך (ו) הביא את דברי המהרשד"ם¹¹⁸¹ **שכתב** שהאומר 'כל המלוה לפלוני אני נכנס עבורו ערב קבלן' אינו נעשה ערב למי שהלווה לאותו פלוני, כיוון שלא אמר בלשון למלוה בלשון ציווי כגון תן לו, ודימה דין זה לאומר כל הזן אינו מפסיד, שאינו מתחייב למי שזן.

והקשה התומים (ב) שהש"ך סותר את דברי עצמו שהרי פסק ביו"ד סימן רלה ס"ק ח כדעת הפרישה הפרישה שהאומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם, אלא שאינו נעשה שלוחו.

¹¹⁷⁶ שטמ"ק קעו. ד"ה אמר רב יהודה אמר שמואל.

¹¹⁷⁷ ב"ב קעו: ד"ה והלכתא ועיין בהערה 59 של מוסד הרב קוק.

¹¹⁷⁸ כלומר הש"ך שהואיל ויש פה אסמכתא שאינה גמורה די או בגמירות דעת של 'ההוא הנאה' אף בלא קניין, או קניין בלא אותה גמירות דעת.

¹¹⁷⁹ ב"ב קסח.

¹¹⁸⁰ מלוה ולוה פכ"ה אות ב.

¹¹⁸¹ סימן לח.

ולמסקנה הכריע התומים שלגבי האומר כל הזן אינו מפסיד העיקר כדעת כטי"ז שפטור, אך במקרה שאומר 'כל המלוה לפלוני אני נכנס עבורו קבלן, הדין שחייב לשלם הואיל ונעשה ערב ולמד כן מתשובת הרא"ש¹¹⁸² מהפסוק והאיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול" שממנו ממשמע שאף לשון זה מועילה לחיבו, ועוד הוסיף התומים ראייה ממשנה שכותבת שהאומר 'המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה וכו'.

אך הקצות (א) כתב לצדד בדברי הש"ך וכתב שהדין הוא בדיוק להיפך מהכרעת התומים, שבאומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם, ואע"פ שאינו נעשה כשלוחו חייב לשלם שאין זו אסמכתא שדומה זה לאומר מי שיזון למודר אשלם לו וכדעת הרמב"ם¹¹⁸³ שיכול אדם לחייב עצמו אף בלא קניין, אבל כשאומר כן לגבי ערבות אין זה מועיל, הואיל וכל חיוב ערבות הינו אסמכתא מפני שתולה בכך שהלוה לא ישלם, ואין זה מועיל אלא מדין שליחות וכפי שהבאנו בהקדמה בשם הקצות.

אך לבסוף הסיק הקצות שאף באומר 'כל הזן אינו מפסיד פטור לשלם' וזה לפי מה שכתב בסימן מ ס"ק א שאף לפי הרמב"ם אין אדם יכול לחייב עצמו אלא בדרך הודאה וכשאומר אתם עדיי.

וכבר הבאנו לעיל בהקדמה שהנתיבות (א) השיג על הקצות וסבר שערבות מועילה אף שלא בלשון שליחות, ולכן הכריע כאן כתומים שהאומר 'כל המלוה לפלוני אני נכנס עבורו ערב קבלן', נעשה ערב וחייב לשלם.

האומר אני ערב לך בעד יום אחד, אם נעשה ערב?

הרמ"א פסק ע"פ תשובת הרשב"א¹¹⁸⁴ שהאומר אני ערב לך בעד יום אחד אינו כלום.

וכתב הסמ"ע (ה) שמדברי הרשב"א מבואר שהוא מפני שלא ביאר על מה ערב לו, ושמה הכוונה שילך הלוה בשליחותו יום אחד או שלא יצא יום אחד, וכתב הסמ"ע שלכן אפילו אם נעשה ערב בלשון זו בקניין זה לא יועיל.

אך הב"ח (ג) השיג על פסק הרמ"א וכתב שמבואר ברשב"א ששם מדובר כשלא היה קניין, ולכן כתב שיתכן שלא להתכוון להשתעבד בעבור יום אחד, אך משמע מדבריו שאם היה משתעבד בקניין לא היינו אומרים כן, אלא תולים שנשתעבד בעבור יום אחד שיגבה מהלוה, ואם לא יתן הלוה שיבא אליו, ואם יתמהמה המלוה, שוב לא יתחייב.

הש"ך (ה) ציין לדברי הב"ח וכתב "וצריך עיון לדינא".

לוה שפרע ואח"כ לוח שוב האם הערבות מומשיכה?

הש"ך (ו) הביא את דברי המהרשד"ם¹¹⁸⁵ שכתב שאדם שהיה ערב ללוה וכבר פרע חובו, ואח"כ לוח שוב, אין הערב משועבד להלוואה השניה.

ובסימן מח הביא הש"ך שם בס"ק ב מחלוקת בין הסמ"ע לב"ח במקרה שאדם כתב בכתב ידו ולווה שוב, האם יכול המלוה לגבות ממשועבדים על ההלוואה השניה, שלדעת הסמ"ע יכול ולדעת הב"ח לא יכול.

וכתב שם הש"ך שמכל מקום אף הב"ח יודה שאם לווה שוב משטר ממרני [כלומר שטר בו מתחייב הבע"ח לשלם לכל מי שיגיע עם השטר הזה, ואינו יכול המלוה לומר שפרע] שיכול המלוה לגבות ממשעבדי.

אך הקצות בסימן מח ס"ק ב כתב שנראה שאין לחלק בין ממרני למקרה שלנו, מפני שגם בממרני אינו יודעים שדעתו הייתה לך שיחזור וישתעבד שוב מאותו שטר.

הפתי"ש (א) הביא ת' בית אפרים¹¹⁸⁶ שדן באדם שנתן סחורה לחבירו שימכרנה, ומקבל הסחורה הפקיד חפצים שלו אצל שלישי כפקדון שאם לא תצליח הסחורה יוכל המפקיד ליטול את החפצים הללו, והצליחה הסחורה, ולאחר זמן הביא שוב המפקיד סחורה ביד אותו אדם וסמכו על אותה סחורה שביד לוי שתהיה כפקדון ולא הודיעהו על כך, ובאמת לא הצליחה הסחורה, ובא המפקיד ליטול את הסחורה מהשליש, והשליש לא הסכים בטענה שהשליח היה חייב לו כסף, ועיכב את הפקדון בעבור חובו, והואיל והתנו שהסחורה תהיה בטחון שלא מדעתו, הוא אינו מחוייב לכך.

ופסק הבית אפרים שהדין עם השליש, מפני שכאשר פרע השליח למפקיד בפעם הראשונה, כבר נעשה הסחורה שביד השליש כפקדון ולא כמשכון ויכול לעכב בעבור חובו, והואיל ולא הודיע לו שעשו שוב הסכם אין הוא מחוייב לזה, ואם היו מודיעים לו, יתכן שהיה מתחייב מדינא דגרמי שלא הודיע למפקיד שכעת הפקדון כבר נתפס בעבור חובו, וכתב שזה שנשאל הכתב של ההסכם הראשון, אין זה אומר שהסכים להשתעבד שוב. והאריך לבאר שאין זה קשור למחלוקת סמ"ע וש"ך ולדברי הב"ח שהבאנו לעיל, וכתב שאין לומר שכיון שנכתב בסתם הרי זה כאילו נתרצה על כמה פעמים, וביסס דבריו על תשובת הרשד"ם שהובאה לעיל. עיי"ש עוד שהאריך הרבה בדין זה.

לשון השו"ע:

המלוה את חבירו, ואחר שהלוה אמר לו אחד: אני ערב, או שתבע את הלוה בדין, ואמר לו אחר: הנח ואני ערב, או שהיה חונק את חבירו בשוק ליתן לו, ואמר לו: הנח ואני ערב, אין הערב חייב כלום ואפילו אמר בפני ב"ד: אני ערב. הגה: מיהו אם פרע למלוה בציווי הלוה, חייב לשלם לו מה שנתן למלוה (הגהות מיי' פכ"ה דמלוה). אבל אם קנו מידו שהוא ערב ממון זה, בין בפני בית דין בין בינו לבין המלוה, נשתעבד. האומר לחבירו: אני ערב לך בעד יום אחד, אינו כלום:

¹¹⁸² כלל סח סימן ט.

¹¹⁸³ הלכות מכירה פרק יא הלכה טו.

¹¹⁸⁴ סימן אלף קמח.

¹¹⁸⁵ סימן לח.

¹¹⁸⁶ חו"מ סימן כא.

סעיף ב

ערב בשעת מתן מעות ודין ערב בבית דין

בסעיף הקודם הבאנו את דברי הגמרא שפוסקת שערב משתעבד בשעת מתן מעות אף בלא קניין, וכן ערב בבית דין משתעבד בלא קניין.

וכתב הטור שלכאורה היה ניתן להבין שערב בבי"ד הינו כל ערב שנעשה בפני בי"ד.¹¹⁸⁷

אך הביא שהרמב"ם כתב¹¹⁸⁸ שלא מספיק שיאמר 'אני ערבי בפני בי"ד ורק אם בי"ד עשו אותו ערב משתעבד אף בלא קניין, והשו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.

האומר 'אל תצטרך לדאוג כי בטוח הוא' ולא היו בטוח אם חייב לשלם ומדוע?

הדרכי משה (ב) הביא את דברי המהר"י וייל¹¹⁸⁹ שכתב שאם אמר אדם למלוה שלא ידאג להלוות ללווה כי בטוח הוא, ועשה כן על פיו ונמצא ששקר אמר, חייב לשלם לו.

וביאר שאף שאין זה לשון ערבות, ואם לא שיקר אז לא מתחייב על מה שיקרה לעתיד, אך מכל אם שיקר בשעת אמירה הרי זהכמראה דינר לשולחני ונמצא רע שחייב לשלם מדינא דגרמי.¹¹⁹⁰

וכתב הדרכי משה שכן משמע מתשובת רשב"א¹¹⁹¹ שכתב שכל העושה מעשה על פי אחד חייב מדין ערב. הרמ"א הביא דין זה וכתב שחייב לו שהרי כאילו נתערב לו [ולכאורה נשמע שלא כוון לדברי המהר"י וייל שחייב מדינא דגרמי אך הסמ"ע (ז) הגר"א (ה) והש"ך (ז) ביארו את פסק הרמ"א ע"פ המהר"י וייל].

והקשה הש"ך (ז) על פסק הרמ"א שהרי בסימן שו פסק הרמ"א שהמראה דינר לשולחני לא מתחייב משום דינא דגרמי אלא אם כן אמר לו השולחני 'חזי דעלך קסמיכנא-כלומר ראה שעליך אני סומך, וכתב הש"ך שגם בדברי מהר"י וייל נראה שדיבר דווקא במקרה שיש הוכחה שסמך עליו, וכתב הש"ך שצריך לומר שגם הרמ"א דיבר באופן שיש הוכחה שסמך עליו.

עוד הביא הש"ך שהב"ח ביאר שהרמ"א והמהר"י וייל דיברו באופן שאמר במפורש 'חזי דעלך קסמיכנא', וכתב הש"ך שאין משמעות דברי מהר"י וייל והרמ"א כן.

עוד הביא הש"ך שהמהרש"ל¹¹⁹² כתב שאפילו הסוברים שהמראה דינר לשולחני חייב בלי אמירת 'חזי דעלך קסמיכנא', יודו שכאן פטור אם לא אמר כן, מפני שלא היה מוכרח להלוות. והביא הש"ך שכן מוכרח מדברי המרדכי וההגה"א בשם רבינו אפרים.

עוד כתב הש"ך שאפילו אם אמר 'חזי דעלך קסמיכנא', אם היה אונס גמור כגון שהיה שותפו מקודם ויודע בבירור מה הגיע לו ושאינו חייב לשום אדם, ואח"כ נמצא שבא לו סיבה והיזק שירד מכל נכסיו וזה לא ידע, פטור.

לשון השו"ע:

אמר להם בשעת מתן מעות: הלוה ואני ערב, נשתעבד הערב ואינו צריך קניין. הגה: ואפילו לא נתערב בהדיא, רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא, ועשאו על פיו והיה שקר, חייב לשלם לו, דהוי כאילו נתערב לו (מהר"ו סימן פ'). וכן אם בית דין עשו אותו ערב, נשתעבד אע"פ שלא קנו מידו, כגון שהיו בי"ד רוצים לגבות מהלוה, ואמר להם: הניחוהו ואני ערב לכם, הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו בי"ד, באותה הנאה שעבד עצמו:

סעיף ג

אימותי משתעבד ערב שלא בשעת מתן מעות?

המחזיר משכון ע"פ הערב, אם משתעבד הערב

כתב הב"י בשם המרדכי¹¹⁹³ שאם החזיר המלוה מכח דברי הערב שטר או משכון, דינו כערב בשעת מתן מעות. **וכתב הדרכי (ב) משה שכן משמע בתשובת רשב"א**¹¹⁹⁴, **וכן פסק השו"ע.**

המחזיר משכון שאינו שווה ככל החוב ע"פ הערב, אם משתעבד הערב?

הפתי"ש (ב) הביא את דברי הרדב"ז¹¹⁹⁵ **בתשובה שכתב שאף אם המשכון אינו שווה את כל החוב, נעשה ערב לכל, והטעם שהואיל והלוה מעדיף לפדות את המשכון מאשר לשלם את החוב זה נחשב שהוא שווה לו את כל החוב.**

¹¹⁸⁷ וכתב ר' דניאל וסטברוק שכן כתוב בפסקי רי"ד ובלשון המיוחסת לרבינו גרשום.

¹¹⁸⁸ מלוה ולוה כה, א-ב.

¹¹⁸⁹ סימן פ.

¹¹⁹⁰ כמבואר בב"ק צט:

¹¹⁹¹ ח"א סימן אלף טז.

¹¹⁹² ים של שלמה בב"ק פרק תשיעי סימן כד.

¹¹⁹³ ב"ב סימן תרנב.

¹¹⁹⁴ אלף טז.

¹¹⁹⁵ חלק ג סימן תרט.

והשער משפט (ד) כתב שקשה להוציא ממון ע"פ סברא זו, ודימה לדין בסימן שנו סעיף ז שהממשכן גניבה יתר על דמיו אין הבעלים צריכים להחזיר הממון מפני תקנת השוק, אלא בכדי שווי המשכון. **והסתפק שער המשפט** אם במקרה כזה נעשה ערב אפילו על חלק מהחוב וכתב שיתכן שהואיל וכל סברת ערב היא שמשמעבד מכח שהאמינו, והרי על חלק מסויים לא האמינו, ובזה שייך לומר שהוא אסמכתא שסומך דעתו שיפרע הלווה הכל, ולכן לא מתחייב כלל.

פטר המלווה את הלווה ע"פ הערב

כתב הדרכי משה (ב) בשם המרדכי¹¹⁹⁶ **שפסק המהר"ם מרוטנבורג בתשובה**¹¹⁹⁷ שאם פטר אדם את החוב שחייב לו השר ע"פ דבריהם של הקהל שנדרו לשלם לו מן המס, חייבים לשלם לו הואיל ונעשים כערב בשעת מתן מעות.

וביאר מהר"י וייל¹¹⁹⁸ שאף שערב שלא בשעת מתן מעות לא משמעבד, מאחר שמעות הלווה היו ביד הערב בשעת הערבות משמעבד.

והעיר הדרכי משה שמדברי מהר"ם נראה שאין זה הטעם, אלא שמכיון שפטר המלווה את הלווה, זה נחשב כשעת מתן מעות. **והביא שכ"כ התוספות בבא מציעא**¹¹⁹⁹.

הרמ"א כתב שאם פטר הלווה ע"פ הערב הרי זה כשעת מתן מעות וכהבנתו במהר"ם, והוסיף בלשון יש אומרים את דברי מהר"י וייל שאם היו לערב מעות של הלווה בשעה שנעשה ערב השמעבד בכל עניין.

והש"ך (י) דייק מלשון מהר"י וייל שגם הוא לא דיבר אלא כשאותו ממון שנעשה ערב עבורו הוא ביד הערב, אבל ממון אחר, לא, וכתב שכן עיקר. לשון השו"ע:

אם על פיו החזיר שטר או משכון, הוה ליה ערב בשעת מתן מעות. הגה: וכן אם פטר הלווה על פי הערב, ה"ל כערב בשעת מתן מעות (מרדכי פרק איזהו נשך ותוספתא פרק המקבל). וי"א דאם היו לערב מעות של לווה בידו בשעה שערב, נשתעבד בכל ענין (מהר"ו סימן ל').

[ענין עוד בסעיף ה אם הנותן מעות למחצית שכר ונעשה ערב בעד השבח דינו כערב בשעת מתן מעות. וכן האם ערב למחייב עצמו בקניין נחשב כערב בשעת מתן מעות].

סעיף ז

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות

הטור הביא שנחלקו הראשונים האם ערב צריך קניין בכדי להשתעבד במקרה שיוצא לאחר חיתום שטרות כלומר שחתם על השטר וכתב אני ערב לאחר שחתמו העדים.

שלדעת הראב"ד¹²⁰⁰ **והרמב"ן**¹²⁰¹ אינו צריך קניין וראייתם מכך שהגמ' בכתובות קב. רצתה להשוות בין דין המשנה לגבי ערב היוצא לאחר חיתום שטרות לאומר מנה אני חייב לך שמשמעבד באמירה זו, ושם ודאי מדובר שלא עשה קניין.¹²⁰²

¹¹⁹⁶ ב"מ סימן שלד.

¹¹⁹⁷ דפוס פראג סימן לח.

¹¹⁹⁸ סימן ל.

¹¹⁹⁹ קיב. ד"ה חוזר.

¹²⁰⁰ הובא בשטמ"ק סוף ב"ב ויתכן שאלו דברי רבינו יונה עיין בעליות דרבינו יונה בסוף המסכת.

¹²⁰¹ סוף ב"ב.

¹²⁰² **ולכאורה שיטתם צריכה ביאור**, שהרי בן ננס ור' ישמעאל נחלקו בדיוק באופן זה של ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, ואם נבאר שנחלקו במקרה שנעשה קניין כשיטת הנימוק"י והרמב"ם שהבאנו בסעיף א, יצא שעל כרחך פסקנו כר' ישמעאל שיכול להשתעבד אך רק בקניין, ואם נבאר שנחלקו במציאות שלא עשו קניין, אם נאמר שפסקנו כבן ננס, אז פשוט שאין דינם נכון שלשיטתו לא ניתן להשתעבד אלא בקניין, ואם נאמר שפסקנו כר' ישמעאל אי"כ יקשה ממה שמבואר בגמ' שר' ישמעאל חולק אף בחנוק, ומשמע שאף בערב שלא בשעת מעות ולא בשטר אין צריך קניין, וזה כנגד דברי רב נחמן שנפסקו להלכה ואף ראשונים אלו מודים שערב שלא בשעת מתן מעות לא משמעבד אלא בקניין.

ועיין פרישה שביאר שלשיטתם המשנה דיברה באמת בערב היוצא לאחר חיתום שטרות שלא בקניין, אך בן ננס דימה דין זה לחונק חבירו והתחייב בקניין, ובזה סבר ר' ישמעאל שמועיל, אך ללא קניין יודה שאינו משמעבד, אך כבר כתב הפרישה שביאור זה דחוק.

ויותר נראה שסברו כדברי תוס' בד"ה והלכתא שביארו שאף המציאות של החונק מדברת במקרה שהתחייב הערב בשטר, ולכן אין צורך בקניין. [וכן מצאתי בספר מגדל חננאל על הרמב"ם לר' חננאל חאביף, [מופיע בהיברובקס על הרמב"ם]].

עוד שמעתי מר' מבורך טוויטו שיתכן שפירשו שיש ג' תנאים במשנה: התנא הראשון סתם שערב היוצא לאחר חיתום שטרות משמעבד בבני חורין, ולא השווה דין זה לחונק חבירו, ומדבריו נראה שזהו דין עצמאי, ואח"כ הובאו דעת ר' ישמעאל ובן ננס שדימו בין המקרים, ויתכן שסברו ראשונים אלה שאנו פוסקים כתי"ק בעניין זה שאין תלות בין דין ערב לחונק חבירו, ומבורך הוציא כן מלשון רבינו יונה שכתב בביאורו השני 'אבל חתם בשטר החוב משמעבד לבני חרי כפשטה דמתניתין' ערב היוצא וכו' ולכאורה לשון זו תמוהה שהרי נחלקו בזה התנאים, ויותר תמוה שבביאורו הראשון כתב רבינו יונה שהלכה כבן ננס, ואם היה רוצה להכריע ר' ישמעאל היה לו לכתוב, אלא יתכן שכוונתו שסתמא דמתני' כלומר ת"ק קבע דין זה של ערב היוצא לאחר חיתום שטרות כדבר פשוט ללא תלות בדין החונק חבירו, ויש לעיין בדבר ודעתי נוטה למה שכתבתי לעיל בלשון ויותר נראה.

ולעומתם סבר הרמ"ה¹²⁰³ שאף שחתום בשטר, כל שהוא לא בשעת מתן מעות, אינו משתעבד בלא קניין. **ומדברי הרמב"ם**¹²⁰⁴ **נראה שסבר כרמ"ה** שאף אם חתם אינו משתעבד בלא קניין, ובדבריו משמע שאפילו אם חתם קודם חתימת העדים צריך קניין וביאר שם הרב המגיד, שזה מפני שמכל מקום הערבות נעשתה לאחר מתן המעות.

הלחם משנה התקשה כיצד יבאר הרמב"ם את הגמרא בכתובות שדימתה בין ערב לאחר חיתום שטרות למחייב עצמו ושם ודאי מדובר שלא בקניין (כהוכחת הרמב"ן) וכתב לבאר שכשאומר חייב אני לך מנה יש גם מציאות המקבילה לקניין שאומר חייב אני לך בשטר וזה כאומר אתם עדיי שהוא קנין או שמוסר לו את השטר עיי"ש בדבריו.

אך הש"ך (יא) כתב ליישב באופן אחר שהגמרא בכתובות הניחה שר' ישמעאל וכן ננס נחלקו בין לפי הדיעה שאסמכתא קונה ובין לפי הדיעה שאסמכתא איננה קונה, וא"כ לפי הדיעה שאסמכתא קונה, יוצא שניתן להתחייב אף ללא קניין, [שהרי בקניין אף בן ננס יודה], אך להלכה שנפסק שאסמכתא קונה באמת אין זה מועיל ללא קניין, וכתב שלזה כוון הר"ן.

הנתיבות (ג) הקשה על דברי הש"ך שהרי יוצא שלשיטת ר' ישמעאל זה יועיל אף בלא קניין וגם לשיטה שאסמכתא לא קונה¹²⁰⁵.

לכן כתב הנתיבות לבאר בדברי הש"ך שעיקר ראיית הגמ' בכתובות מדין ערב הוא שניתן להתחייב אף כאשר מודה בשטר גרוע, והמשנה דיברה באופן שאין עדים שאכן חתם על השטר, ורק חתימתו מעידה על כך וחתם כן לאחר החיתום ובאמת עשה קניין סודר על כך, והרי זה כהודאה על שטר גרוע ודומה למודה בפני עדים על חוב שלא קיים, וכתב הנתיבות שאף הש"ך הבין כן אלא שהיה קשה לו שעדיין מניין לגמרא שטעמו של בן ננס שאין זה מועיל מפני שאין ההודאה בשטר גרוע מועילה, שמא סבר בן ננס שהערב לא התחייב כלל ע"י קניין סודר, הואיל ולא נעשה ערב בשעת מתן מעות, על כן יישב הש"ך שפשוט שכן ננס כתב דינו אף לשיטה הסוברת שאסמכתא קונה, ולשיטה זו פשוט שמתחייב ע"י קניין, ולפי זה אין שום קושי בדברי הרמב"ם שערב שחתם בשטר לאחר ההלוואה, לא מתחייב אלא בקניין.

והביא הנתיבות שהתומים יישב את הקושיא מכתובות באופן אחר, וכתב שקנין מועיל לסלק את האסמכתא רק במקרה שאין צורך קניין לגוף החיוב. ומכאן הביאה הגמרא בכתובות ראייה שעל כרחך ר' ישמעאל שסבר שערב משתעבד בקניין, סובר שניתן להתחייב לא קניין, שאם היה צורך בקניין לגוף הדבר הוא לא היה מסלק את האסמכתא.

והנתיבות דחה דבריו וכתב שמשמע מהפוסקים שקנין מסלק אסמכתא גם כשהוא נצרך לגוף הדבר, וגם מניין הרמב"ם חידש יסוד זה שאין קניין מסלק אסמכתא כשנצרך לגוף הדבר.

השולחן ערוך הביא שלוש דיעות בעניין זה, האחת שערב היוצא לאחר חיתום שטרות משתעבד בלא קניין כדעת הראב"ד והרמב"ן, השנייה שצריך קניין, ודעת הרמב"ם שאף קודם חתימת העדים צריך קניין, כל עוד השתעבדו לאחר מתן מעות.¹²⁰⁶

הסמ"ע (יב) כתב לבאר מדוע לדעת הרמב"ם אין ערב משתעבד בלא קניין כשחתום בשטר ואינו דומה למחייב עצמו מנה בפני עדים שאינו צריך קניין, וביאר שהואיל ובערב כל המציאות הינה של אסמכתא אין זה מועיל ללא קניין. לשון השו"ע:

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב: ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או שהעדים מעידים עליו, י"א שמשתעבד בלא קניין לגבות ממנו מבני חורין, וי"א שאינו משתעבד אלא בקניין.

ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות, צריך קניין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות:

העושה עצמו ערב למוכר הכותב בהקפה על מוכר קדום?

הפת"ש (ג) הביא את דברי הרשמי שאלה¹²⁰⁷ **שכתב** שהמוכר בהקפה ומקפיד המוכר על כתיבת השטר, אע"פ שהלוקח משך את הסחורה, אם יתחייב הערב בשעת כתיבת המוכר נעשה כ"ערב בשעת מתן מעות, שהרי הלוקח עדיין אינו קונה את הסחורה. ומה שמבואר בגמרא שצריך דווקא שעת "מתן מעות", זהו דווקא בהלוואות שאין דרך לכתוב שטר. ומסיים שם: "ולפי שלא מצאתי גילוי לדין זה בשום פוסק קדמון, ליבי מהסס להלכה למעשה, אם אמנם ישר הדבר בעיניי".

[**נדחוק לומר** שראשונים אלו סברו שהמשנה דיברה בלא קניין והלכה כר' ישמעאל וחלקו על ר' יוחנן וסברו שר' ישמעאל באמת מודה לבן ננס שחונק עצמו אינו משתעבד בלא קניין כדן ערב שלא בשעת מתן מעות.]

¹²⁰³ ב"ב פרק י סימן קנד.

¹²⁰⁴ מלוה ולוה פרק כו הלכה א.

¹²⁰⁵ ולכאורה התירוץ פשוט שלמ"ד שאסמכתא קניא סבר ר' ישמעאל שזה יועיל רק בקניין ולשיטת בן ננס אין זה מועיל אפילו בקניין, הואיל ועדיין זה אסמכתא.

¹²⁰⁶ ונראה שאין סיבה לומר שהרמ"ה ודעימיה חולקים על הרמב"ם, אלא שסברו שבד"כ אם חותם קודם חיתום שטרות זה בשעת מתן מעות, וא"כ יש כאן רק ב' דיעות ודוק.

¹²⁰⁷ סימן נא.

סעיף ה

דיונים נוספים אימותי ערב משתעבד שלא בשעת מתן מעות

שיעבוד הקבלן

כתב הטור שבכל מציאות בה נפסק שערב אינו משתעבד בלא קניין, גם ערב קבלן אינו משתעבד בלא קניין. **ונימק** שאין חילוק בין ערב לערב קבלן אלא לעניין כתובה כמפורש בגמרא. **ובמשך הביא הב"י (ו) שכן למד המגיד משנה**¹²⁰⁸ **מדברי הרשב"א**¹²⁰⁹, וכתב שמדברי הרמב"ם לא נשמע כן לפי מה שכתב בכתובה. **ואף הדרכי משה (ד) ציין לדברי המרדכי**¹²¹⁰ שיש חולקים בזה. **וציין הטור** שבמציאות שצריך קניין, אם נעשה ערב בלא קניין אין גובים ממנו כלל אפילו מבני חורין.

ערבות בכתובה, בנדוניה ובשידוכין

וביאר הסמ"ע (יג) את הדבר שבכתובה אינו משתעבד מפני שסבר שעשה מצווה בכך שהשתעבד ולא חיסר את האשה כלום בכך שהתקדשה ע"פ אמירתו שהרי טוב לה להנשא שיטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלוי, וציין הסמ"ע שלפי הטור ערב רגיל אינו משתעבד בכתובה אלא בקניין אפילו בשעת מתן מעות, ולפי הרמב"ם אפילו בקניין אינו משתעבד אם לא נעשה ערב קבלן, **וציין הסמ"ע** שלעניין נדוניה יש מחלוקת באבן העזר אם משתעבד מפני ששייכת בו הסברא שעושה מצוה, אך לא שייכת הסברא שלא חיסרה כלום, וכתב הסמ"ע שבערב נדוניה קודם הנישואים יכול לחזור לכ"ע הואיל ולא נעשה שום מעשה על פיו. **אך כתב הסמ"ע** שהערבים של ימינו על השידוכין, אינם יכולים לחזור הואיל והם אינם ערבים על הנדוניה אלא על הקנס.

ערב שהתחייב בתקיעת כף שלא בשעת מתן מעות, אם משתעבד ואם חייב לשלם?

הב"י ציין לדברי רבינו ירוחם¹²¹¹ **שכתב** שתקיעת כף אינה משעבדת אותו. **והד"מ (ה)** שלח לסימן רא שם מבואר מתי תקיעת כף נחשבת כקניין וברמ"א ציין שתקיעת כף אינה משעבדת במקום שלא נהגו לכתוב בכך. **עוד כתב הד"מ** שגם במקום שאינו נחשב כקניין, מכל מקום חייב לקיים שבועתו, וברמ"א כתב שכופים אותו על כך.

ערב למתחייב לתת מתנה לחבירו

הב"י (ו) הביא את דברי רבינו ירוחם¹²¹² **שכתב** שמי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקניין לתת מתנה לחבירו, דינו כערב בשעת מתן מעות, ואף על גב שכרגע לא נחסר הנותן, כיון שלא עשה מצוה משתעבד. **והביא רבינו ירוחם** שיש מי שכתב שאינו מועיל בלי קניין, וכתב רבינו ירוחם שהראשון נראה עיקר. **הרמ"א הביא את ב' הדיעות.** **והסמ"ע (יז)** הביא שרבינו ירוחם הכריע כדיעה הראשונה וכתב שנראה טעמו הואיל ושעת המתנה כמוה כשעת מן המעות והשיג על הלבוש שפסק כיש חולקים. **והש"ך (טו) הסכים** להכרעת הלבוש, שאינו משתעבד בלא קניין, ואע"ג שלא חסרו כלום ומועיל ערבות מכל מקום אין זה מועיל בלא קניין, ודייק מדברי הראב"ד והתרומות בתחילת שער לה, כדבריו.

ערב בעד שבח מעות שניתנו למחצית שכר, אם משתעבד שלא בשעת מתן מעות?

כתב רבינו ירוחם¹²¹³ שהנותן מעות למחצית שכר ונעשה לו ערב בעד השבח, דינו כערב בשעת מתן מעות ואינו צריך קניין, ולמרות שלא חיסרו כלום בערבות זו, הואיל ולא עשה כאן מצוה משתעבד כערב בשעת מתן מעות. **וביאר הש"ך (יב)** שרבינו ירוחם דיבר במציאות שנעשה ערב על הנותן בעבור מה שיתחייב למקבל שיקבל מחצית שבח על שכר טרחתו, ואף שכעת השבח לא קיים, זה נחשב כמתן מעות בכך שרק מכח התחייבות זו מוכן המקבל לטרוח במעות אלו ולהוציא מהם ריווח, אבל אם מקבל המעות העמיד ערב שיתן מחצית השבח מהמעות לנותן המעות, אין הערב משתעבד בלא קניין שדינו כערב שלא בשעת מתן מעות. **הקצות (ב) כתב** שאף בזה משתעבד, מפני שבכל מעות עיסקא יש חלק שהם של הנותן לגמרי וכל הריוח גם שלו, ובזה ודאי שמועיל ערב שמתחייב על כל מעות שיהיו שייכים של הנותן שמחזיר לו במידה והמקבל לא חזיר, וזה דומה לנעשה ערב על הלוואה עתידית שזה מועיל.

¹²⁰⁸ מלוה כה, ו.

¹²⁰⁹ גיטין מט: ד"ה ותיפוק.

¹²¹⁰ ב"ב סי' תרנא.

¹²¹¹ מישרים נתיב ג סוף חלק ח.

¹²¹²

¹²¹³ נתיב כז חלק א

הנתיבות (ד) השיג על הקצות וכתב שכשנולד השבח הוא כבר תחת יד המקבל, ואינו כמוציא ממון על פיו של הערב, וכתב שאין זה דומה למבואר בסימן פא ששותפים שלו נעשים ערבים על השבח, מפני ששם הם עסקו יחד אף בשבח.

המשובב כנראה לא ראה שהנתיבות כאן ובסימן פא השיב במהדורא בתרא לחילוק בין סימן פא, ולכן כתב שהנתיבות הסכים עמו בסימן פא, ולאחר שראה שאף הקצות כתב כן, החליט לחלוק עליו עיי"ש.

הפתי"ש (ד) הביא שהעמודי אור¹²¹⁴ כתב שדברי הקצות נכונים וברורים. לשון השו"ע:

כשם שאין הערב משתעבד אלא בקנין, או בשעת מתן מעות או בבית דין, כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מדרכים הללו, שאין חילוק ביניהם אלא לענין שעבוד כתובה או נדוניה לחתן), כמו שנתבאר בטור אבן העזר (סימן ק"ב סעיף ו'). כל היכא דבעי קנין, אי לא קנו מיניה אינו גובה אפילו מנכסים בני חורין, אפילו כתב לו שטר. הגה: ואפילו נתן לו תקיעת כף, אם הוא במקום שלא נהגו לקנות בכך (ר' ירוחם נתיב ג' ח"ה). ומ"מ כופין אותו לקיים שבועתו (ד"ע) וע"ל סי' ע"ג סעיף ח'. מי שנתן מתנה לחבירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב, י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות (ר' ירוחם נתיב ט"ו ח"א ותוספות פ' הנזקין), ויש חולקין: (הגהות מרדכי שם ותשובת רשב"א אלף ט"ז):

סעיף ו

מתי אפשר לגבות ממשועבדים של הערב?

הבאנו לעיל בסעיפים הקודמים שנפסק להלכה שערב משתעבד שלא בשעת מתן מעות עיי' קניין, וכן הבאנו שמבואר במשנה (בדעת ר' ישמעאל) שגובה רק מנכסים בני חורין. ושלפי הנמו"י (ולכאורה גם ברמב"ם¹²¹⁵) מדובר כשעשו קנין. ויוצא מזה שלשיטתם קנין אינו מספיק כדי לגבות ממשועבדים של הערב. **ואכן הרמב"ם**¹²¹⁶ **והנימוק**¹²¹⁷ **פסקו במפורש** שערב שלא בשעת מתן מעות, אינו משתעבד לגבי בני חורין אף שנעשה קניין.

וביאר הנמוק שאף שסתם קנין לכתובה עומד, אינו עומד לכתוב בו אחריות.

מסתנימת לשון הנמו"י משמע שסובר שבכל הלואה קנין אינו מספיק כדי לגבות ממשועבדים של הלווה, **והב"י השיג עליו וכתב** שבדרך כלל הלוואה בקניין מספיקה בשביל לגבות ממשועבדים אלא שערב הוא שונה, מכיון שהחוב לא בא מצד עצמו ולכן אין לו קול.

הנתיבות (ה) הביא את דברי התומים (ה) שביאר שהטעם שקנין לא מועיל כאן לענין משועבדים, הוא מפני שהואיל והקניין נצרך בכדי שלא יהיה אסמכתא, הוא אינו מועיל לענין משועבדים, וכפי שכבר הבאנו בשם התומים בסעיף ד, וציין שלפי הרמב"ם גם אם חתם קודם חיתום שטרות ולאחר מתן מעות בקניין אינו גובה ממשועבדים.

הסמ"ע (יח) ציין לדבריו במקומות אחרים שם וכתב שאף הנימוק"י מודה לדברי הב"י שבד"כ קניין משעבד אף לגבי משועבדים במידה ועדי הקניין לפנינו וזוכרים הקנין, ורק בערב הדין שונה.

הטור הביא בענין זה ב' דיעות:

בתחילה כתב שלא גובים ממשועבדים של הערב עיי' קנין לבד, **וכתב שכן כתב רב האי**¹²¹⁸ שלא ניתן לגבות מערב שלא בשעת מעות אף שעשה קניין כל עוד לא השתעבד בשטר¹²¹⁹, **וכתב הטור שכן עיקר.**

והביא שהרמ"ה¹²²⁰ **והראב"ד**¹²²¹ סברו שקניין מועיל לגבות ממשועבדים.

ובסעיף ד ציינו שהרמ"ה סובר שאף ערב היוצא לאחר חיתום שטרות צריך קניין.

ולכאורה קשה שהרי ר' ישמעאל כתב במפורש שערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה רק מבני חורין.

אך המעיין בדברי הרמ"ה¹²²² **יראה** שכנראה הרמ"ה סבר שמה שכתב ר' ישמעאל שגובה מבני חורין, זה מדבר בערב היוצא לאחר חיתום שטרות אך בשעת מתן מעות שבוה אינו צריך קנין, ומכל מקום אין גובים ממשועבדים.

¹²¹⁴ סימן קה.

¹²¹⁵ למרות שלפי הרמב"ם יתכן שסבר שהמשנה דיברה בלא קניין, ושנפסק כבן ננס שאין זה מועיל ללא קנין, וכפי שהבאנו אפשרות כזו בסעיף א.

¹²¹⁶ מלוה ולוה פרק כו הלכה א.

¹²¹⁷ ב"ב פג. ד"ה גמי'

¹²¹⁸ ספר המקח שער כו נו.

¹²¹⁹ ובענין דין זה אם מועיל שטר לגבי משועבדים אף שלא בשעת מתן מעות עיין הערה 1228 שם כתבנו מה שיש לפקפק על דין זה.

¹²²⁰ יד רמ"ה ב"ב קעו. סי' קנד.

¹²²¹ זה רבינו יונה שהבאנו לעיל בסעיף ד שכתב בפירושו הראשון שהתנאים נחלקו שלא בקנין, ואף בן ננס מודה שערב היוצא לאחר חיתום שטרות משתעבד בקניין ונפסקה הלכה כבן ננס, וכתב רבינו יונה שנראה לו שאמנם ללא קניין זה אינו מועיל אפילו לבני חורין, אך לאחר קניין זה מועיל אף לגבי משועבדים, וז"ל: 'דנהי דבלא קנין איכא דלא משתעבד כלל, מיהו כי קני מידו אמאי לא משתעבד לגמרי.'

¹²²² בסימן קנג.

אך הוסיף הרמ"ה וכתב¹²²³ שערב של ב"ד משתעבד אף לגבי משועבדים מפני שהעמדה בב"ד דומה לכתיבה בשטר, ועוד כתב שגם ערב בשעת מתן מעות שכתב 'פלוני ערב' משתעבד אף לגבי המשועבדים ואף בלא קניין.

ויוצא שהמציאות היחידה לשיטתו שבו אינו משתעבד לגבי המשועבדים זה ערב בשעת מתן מעות שכתב בו 'פלוני ערב' בלא 'ואיני' [ובסעיף הבא נביא את המקור לחילוק בלשונות אלו].

הב"י כתב שנראה שגם רב האי סובר כרמ"ה לעניין שערב בב"ד וכן ערב היוצא קודם חיתום שטרות וכתוב 'פלוני ערב' משתעבד לגבי משועבדים אף בלא קניין.

ובפרישה (ו) האריך להוכיח שהרמב"ם ורב האי לא מודים בזה.

השו"ע כתב בסתם את דעת הרמב"ם והנימוק"י שאף שנעשה קניין אינו גובה ממשועבדים, ולאחר מכן הביא את דעת הרמ"ה והראב"ד בלשון יש אומרים שאם עשו קניין יכול לטרוף ממשועבדים.

והוסיף השו"ע בלשון 'ונראה לי שבערב בית דין, משתעבד אף לגבי משועבדים ואף בלא קניין. לשון השו"ע:

נעשה לו ערב בקנין וכתב לו שטר, יש לו דין מלוה בשטר לטרוף ממשעבדי. לא כתב לו שטר, אע"פ שנעשה ערב בקנין, דינו כמלוה על פה ואינו גובה אלא מבני חרי.

ויש אומרים דהיכא דקנו מיניה, טורף ממשעבדי אף על פי שלא כתב לו שטר.

ונראה לי דבערב בית דין לדברי הכל גובה ממשעבדי, אפילו לא כתב לו שטר, דהודאה בבית דין כשטר דמיא:

סעיף ז

באיזה לשון בשטר משתעבד קודם חתימת העדים אף לגבי נכסים משועבדים?

לשון הגמרא בב"ב קעו.

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות וכו'.

אמר רבי: קודם חיתום שטרות - גובה מנכסים משועבדים, לאחר חיתום שטרות - גובה מנכסים בני חורין.

זמנין אמר רבי: אפילו קודם חיתום שטרות - אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. קשיא דרב אדרבי לא קשיא: הא דכתב ביה פלוני ערב, הא דכתב ביה ופלוני ערב.

ורי יוחנן אמר: אחד זה ואחד זה - אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, ואף על גב דכתב ביה ופלוני ערב.

מתב רבא: עדים החתומין על שאילת שלום בגט - פסול, חיישינן שמא על שאילת שלום חתמו; ואמר רבי אבהו, לדידי מיפרשא ליה מיניה דרבי יוחנן: שאילו - פסול, ושאלו - כשר! הכא נמי

דכתב פלוני ערב. אי הכי, היינו דרבי!

אימא: וכן אמר רבי יוחנן.

מבואר מהגמרא למסקנה ששטר שיש בו עדים חתומים וחתום בו גם הערב, אם כתוב בשטר ופלוני ערב, גובים מן הערב אף ממשועבדים, ואם כתוב רק 'פלוני ערב' בלא 'ואיני' אין גובים אלא מבני חורין.

וביאר רשב"ם בטעם הדבר שהואיל וכתוב 'ואיני', אנו יודעים שהעדים העידו גם על הערבות, אך אם כתוב 'פלוני ערב' בלא 'ואיני' אין גובים מהערב אלא מבני חורין שנראה העדים חתומים רק על גוף השטר.

הרי"ף¹²²⁴ והרא"ש¹²²⁵ כתבו שבלשון 'פלוני ערב' לא שייך הערב בשטר, והיה מקום להבין שכוונתם כדברי הרשב"ם, שאין העדים חתומים על הערבות.

אך הנימוק"י פירש¹²²⁶ שהואיל ולא כתוב 'ואיני' זה נחשב שהערב פירש שאינו משתעבד באחריות והרי זה ככותב על מנת שאין עלי אחריות נכסים.

וביאר הדרישה שהנימוק"י דייק זאת מכך שכתבו שהערב אינו שייך לשטר ולא שאינו שייך לעדים.

וכתב הדרישה שכן יש לפרש ברמב"ם שכתב¹²²⁷: 'שהרי אינו מעורב עם הלוח במלוה'.¹²²⁸

¹²²³ סוף סימן קנד.

¹²²⁴ ב"ב פג.

¹²²⁵ ב"ב פרק י סימן נ.

¹²²⁶ ב"ב פג. ד"ה 'גמי'.

¹²²⁷ מלוה ולוה פרק כו הלכה א.

¹²²⁸ הבאנו לעיל ג' אפשרויות בטעם החילוק בין 'ערב' ל'וערב', שלפי הרשב"ם כשכתוב רק ערב בלא 'ואיני' העדים חתמו רק על השטר ולא על הערבות ויש בזה דוחק שלפי זה לא ברור ההשואה לגט ולשאלת שלום, ולכאורה יוצא בדיוק ההיפך מגט, מפני ששם כתוב שהעדים מוסבים על הסוף, ולפי זה אף אצלנו היה צריך לומר שהעדים מוסבים על הסוף והעידו רק על הערבות ואכן כך ביאר הרמ"ה, וגם בזה יש דוחק ששלשיטתו הגמי חידשה שהשטר עצמו פסול, ולכאורה לא נראה שבוז דנה הגמי, וכל הדיון הוא לגבי הערב, והבאנו שלשון הרי"ף הוא שאין הערב שייך בשטר וביאר הנימוק"י שהרי זה כאומר שאינו רוצה להשתעבד ובפשטות דבריו תמוהים שלא מובן מה הקשר לגט

שאנו אומרים שהעדים חתמו על הסוף.

ומר' מבורך שמעתי פשוט שנראה שהוא הנכון ברי"ף ברא"ש וברמב"ם (וכנראה שלזה כיוון הנימוק"י אמנם בשינוי קל כפי שנבאר להלן) שהגמי למדה שכשם שבגט העדים אינם משייכים עצמם למעלה אלא א"כ הוסיפו 'ואיני', הוא

הרמ"ה פירש באופן אחר וכתב (לא הובא בנושאי כלים) שהסיבה שאינו גובה ממשועבדים, הוא מפני שאנו מניחים שהעדים חתמו רק על הערבות ולא על עצם ההלוואה, ולכן ההלוואה עצמה הינה מלווה ע"פ ואין המלוה יכול לגבות מהלוה אלא מבני חורין, ולכן גם מהערב אינו גובה אלא מבני חורין. [וזה הפוך מפירוש הרשב"ם שהבין שהעדים מעידים על המלוה ולא על הערבות].

השו"ע העתיק דין זה וביאר בטעם החילוק שככתב בלא ואיי"ו הרי זה כתחילת דבר ואינו מעורב עם הלוה והמלוה (ומקורו מלשון הרמב"ם כפי שצינו לעיל).

לדעת הי"א בסעיף ו שקניין מועיל לגבות ממשועבדים שלא בשעת מתן מעות, מה יהיה הדין כשעשו קנין בשעת מתן מעות והיה כתוב פלוני ערב בלא ואיי"ו?

הסמ"ע (יז) כתב שאף היש אומרים בסעיף הקודם (רמ"ה וראב"ד) שכתבו שקנין מועיל לגבות ממשועבדים אף שלא בשעת מתן מעות, יודו שבמקרה שחתמו בשטר קודם חתימת העדים בלשון 'פלוני

הדין כאן שהערב שכתב בלא ואיי"ו אינו רוצה להתייחס לגוף השטר שלעיל, אלא מתחייב באופן עצמאי וזה שהוא כתוב באותו שטר אינו בעצם, אלא שהוא מעין שטר חדש על אותו נייר, ולכן אף שהעדים באמת מעידים על ב' הדברים יחד, הערב אינו משתעבד, ונראה שלזה כיוון הנימוק"י שהרי זה כאומר שאינו רוצה להשתעבד.

אלא שהיה מקום להקשות שהרי כבר פסק השו"ע בסעיף ו' ע"פ דברי רב האי שהביא הטור, שהמתחייב בשטר ובקניין לאחר מתן מעות משתעבד אף לעניין משועבדים, וא"כ אף שהוא שטר נפרד עדיין היה לו להשתעבד.

ולאחר העיון בדברים עלה לי שדין זה שנפסק בשו"ע אינו פשוט כלל, שהרי דין זה מבוסס על דברי הטור שהביא שרב האי סובר שקניין אינו מועיל לעניין נכסים משועבדים, והביאו בזה הלשון: "ורב האי כתב... דבלא שטר אינו גובה אלא מבני חרי אף על גב דקנו מיניה".

אך המעיין בדברי רב האי בפנים יראה שלא כתב כלל שבשטר זה מועיל ואדרבה מלשון קצת משמע כפי שביארנו שכל שהשטר אינו משוייך למלוה וללוה, אין זה משעבד, אף שהעדים חתומים עליו, וז"ל:

אבל היכא שנכתב הערב בשטר בלשון שהוא מחולק ומובדל מן ההלוואה ואינו מערב עמו, ואע"פ שהוא כתוב בגופו של שטר קודם חתימת העדים, כבר נתחלק זה מזה ואין למלוה שיטול מן המשועבדים ששעבד הערב ולא כלום..

ומשמע שעיקר העניין הוא שהחלק השני אינו שייך לראשון על אף שגם לגביו ניתן לשייך את העדים.

[ויש להעיר שלפי ביאור זה פשוט כאן שהעדים מתייחסים לשני חלקי השטר ואין זה דומה למקרה של גט ודרישת שלום, מפני שכאן הערבות וההלוואה הינה דבר אחד, ואין סיבה לומר שהעדים מעידים רק על דבר אחד מתוך השטר, מה שאין כן בגט ודרישת שלום שהם ב' נושאים שונים, ולכן כל ההשוואה של הגמ' זה לעניין זה שיש חשיבות ל'ואיי"ו' לגבי הערב לגבי השאלה אם כוונתו להשתייך לנאמר לפני או לא, ודוק, ולקמן הבאנו סברא נוספת לחלק המבוססת על תוס' רא"ש שכתב שגט ושאלת שלום הינם ב' דברים הסותרים זה את זה, ולכן יש להניח שהעדים חתמו רק על הסוף, מה שאין כן בחוב וערבות שהינם דברים משלימים ודוק].

ובטעם הדבר שאינו משתעבד אף בשטר נראה שזה כפי שפירש הב"י בסיבה שאינו משתעבד בקניין, והוא משום שאין קול אלא על הלוואה או מכר ולא על ערבות שהיא דבר נספח להלוואה.

ובכך גם לא נצטרך לדברי הב"י שביאר בזה לחלק בין קנין לשטר, אלא שבאמת אף בשטר אין זה מועיל, ואכן הרמב"ם כתב שבקניין זה לא מועיל לגבי משועבדים שלא בשעת מתן מעות ובשום מקום לא הזכיר שבשטר זה מועיל, והואיל ולעולם קניין דינו כשטר, יש להניח שהוא הדין כאן.

אמנם יש להעיר שהנימוק"י ודאי לא סבר כן, שהרי טרח לבאר מדוע ערב שעשה קניין אינו משתעבד על אף שקניין עומד להכתב ולפי דברינו אין מקום לקושיא, שלעולם לא משתעבד גבי נכסים משועבדים אם אינו כתוב בשטר של המלוה והלוה.

ובשיטת הנימוק"י יש לפרש שבאמת אם רשום בשטר נפרד משתעבד הערב, אך כאן שטרם להפריד את עצמו מגוף השטר המקורי, הרי רצונו שעיקר השטר לא יתייחס אליו, ובוה גם יתכן שלא ייצא קול לגבי זה, שהקול יוצא דווקא לגבי גוף השטר, שהוא מרכז הדבר בניגוד לשטר שכתב הערב בלבד שאכן כל הדגש הוא עליו ולכן יוצא קול, אמנם אין צורך לומר כן ויתכן שלפי הנימוק"י עצם זה שהביע רצונו שלא להתייחס לשטר, הרי זה כמתנה מפורש שאינו רוצה להשתעבד וכפי שכתב הנימוק"י ולשיטתו עיקר השואה בין מקרה זה לגט, הוא לעניין שאנו נותנים חשיבות ל'ואיי"ו'.

[לאחר כותבי זאת מצאתי בתוס' רא"ש [הובא בשטמ"ק] ששאל במפורש מדוע לגבי שאלת שלום אנו אומרים שהעדים חתמו על הסוף ולגבי ערב אנו אומרים שחתמו על ההתחלה ותיירץ שגט ושאלת שלום הינם ב' דברים הסותרים ז"א? ולכן אנו אומרים שחתמו על הסוף בלבד ששמה חזר בו מן הגט, אבל בשטר ודאי חתמו לדעת המלוה וודאי שהוא העדיף שיחתמו על הלווה שממנו הוא גובה תחילה, ויוצא שהרא"ש לא סבר כדברינו אלא שבאמת הודה לרשב"ם שהעדים חתומים על עיקר החוב, ומכל מקום מלשון הרי"ף והרמב"ם נראה כדברינו אף שיתכן שהרא"ש לא ביאר כך את לשון הרי"ף הואיל והעתיקו להלכה, אך עדיין ניתן להוציא מדברי הרא"ש את הסברא מדוע כאן פשוט שהעדים מוסבים על הכל, וכל הדיון הוא לגבי הערב וכפי שכתבנו לעיל.

עוד עיין בר"י מייגאש [הובא בשטמ"ק] שכתב בתחילה כפי שביארנו שהשוואה בין גט לנידון דידן אינה בין העדים לעדים אלא בין העדים לערב, אך נראה שלבסוף הסיק כדברי הרמ"ה שהשוואה היא גם לגבי העדים, ולכן המלוה עצמו הינו מלווה ע"פ, ע"ש ודוק, ויתכן שהרמב"ם פירש את הגמ' כרבו אך חלק על המסקנה שגם העדים עצמם מוסבים על הסוף, מפני שמדברי הגמ' לא נשמע שבו לפסול את עצם השטר, ודוק.

עוד מצאתי שהמהדיר על הרי"י מייגאש - הרב משה שמואל שפירא, העיר שמדברי הרמב"ם והרי"ף נראה שהערב משתעבד רק מכוח שעבודו של הלווה, ולא מועיל להשתעבד מכח שהערב עצמו כתוב בשטר ומדין שטרו של הערב, והקשה על כך **מדין השו"ע בסעיף ז** שערב יכול להשתעבד ע"י שטר בעצמו, וכפי שהערנו לעיל, ותיירץ שבכדי להשתעבד בעצמו היה צריך שהשטר ימסר לכל אחד ואחד כמו בחמישה שכתבו גט אחד לכולם, וכאן אין צורך למסירה בפני עצמה, הואיל ומשתעבד מכח שטרו של הלווה, ואין לי הפנאי לדון בטענה זו, ולא הבנתי מה כוונתו שצריך שהשטר מסר לערב וללוה, שלכאורה הם אלו שצריכים למסור, והמלוה הוא המקבל. גם לא הבנתי את השוואה למקרה של חמשה שכתבו גט ואם יימצא הזמן נדון בגוף טענתו של הרב משה שמואל שפירא, אך יש להעיר שלפי דבריו ייצא שאם באמת יהיו ב' מסירות זה יועיל אף כשכתוב 'פלוגי' בלא ואיי"ו ודין זה לא נזכר ברמב"ם, ולכאורה נראה העיקר כדברינו לעיל שבאמת ערב אינו משתעבד לגבי משועבדים בשטר, והדברים עוד צריכים לימוד.].

ערבי בלא ואי"ו, שאינו גובה מהמשועבדים והטעם הוא שהואיל וכתבו בלא ואי"ו גילה הערב דעתו שאין רצונו להשתעבד וכפי שכתב הנימוק"י שהובא לעיל.

הש"ך (יז) השיג על דבריו וכתב ששיטה זו תפרש שהגמ' שדיברה קודם חיתום שטרות התכוונה בזמן מתן מעות ובאופן הנ"ל ניתן להשתעבד אף בלא קנין, ולכן גובים ממשועבדים אם לא כתוב 'פלוני ערב', ובאמת לשיטתם אם עשו קניין לעולם ישתעבד אף אם כתוב רק פלוני ערב.

[יש לציין שהבאנו לעיל בשם הרמ"ה שסבר שהטעם שאין הערב משתעבד הוא מפני שהלוואה עצמה הינה מלווה ע"פ ולפי זה ברור, שכל שכתוב 'פלוני ערב' בלא ואי"ו אינו משתעבד לענין משועבדים, והוא פשוט¹²²⁹].

לשון השו"ע:

לא עשה לו הערב שטר בפני עצמו, אלא כתב הערבות בשטר החוב עצמו, אם כתבו אחר חתימת העדים, אינו גובה אלא מבני חרי. ואם כתבו קודם חתימת העדים, אם כתב: פלוני ערב, בלא וא"ו, ואח"כ חתמו העדים, גם זה אינו גובה אלא מבני חרי, מפני שהוא כתחלת דבר ואינו מעורב עם הלוח והמלוה. אבל אם כתוב: ופלוני ערב, בוא"ו, שהרי הוא מעורב עם הלוח והמלוה, ואחר כך חתמו העדים, הרי זה נפרע מנכסים משועבדים:

סעיף ח

אין נפרעים מן הערב תחילה

לשון המשנה בב"ב קעג. - :

המלוה את חבירו על ידי ערב - לא יפרע מן הערב, ואם אמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה -

יפרע מן הערב;

ובגמ':

מאי טעמא?

רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו: גברא אשלימת לי, גברא אשלימי לך.

מתקיף לה רב נחמן: האי דינא דפרסאי! אדרבה, בטר ערבא אזלי! אלא, בי דינא דפרסאי דלא

יהבי טעמא למילתייהו!

אלא אמר רב נחמן: מאי לא יפרע מן הערב? לא יתבע ערב תחלה.

תניא נמי הכי: המלוה את חבירו על ידי ערב - לא יתבע ערב תחלה, ואם אמר על מנת שאפרע

ממי שארצה - יתבע ערב תחלה

כלומר במשנה מבואר שאין גובים מן הערב, אלא אם כן אמר במפורש המלוה שהלווה על מנת שיגבה מן הערב.

ורב פפא סבר שהכוונה שלעולם לא ניתן לגבות מן הערב, וביאר הרשב"ם אלא אם כן הלווה מת, או ברח, אך כל עוד הוא חי אינו יכול לגבות ממנו שיכול לומר שערבתי לךך שהערב יהיה לפני והנה הוא.

אך רב נחמן ביאר שכוונת המשנה היא שלא ניתן לגבות מן הערב בתחילה במידה ויש ללוה נכסים, והגמ' הביאה ברייתא שמצדיקה את דברי רב נחמן.

בהמשך הגמ' מבואר שאף במקרה שאמר המלוה 'על מנת שאפרע ממי שארצה' אינו יכול לגבות מהערב במידה ויש ללוה נכסים.

וכתב הרא"ש¹²³⁰ **שמכאן למד ר"ת**¹²³¹ שבמקרה רגיל שהמלווה לא אמר שיפרע ממי שירצה, צריך לתבוע את הלוה תחילה, אף שאין לו נכסים ידועים, שמא יתן לו מהמטלטלים, **וכן פסקו הטור והשו"ע.**

וכתב הב"י בשם התרומות¹²³² שאפילו אם אין ללווה אלא זיבורית צריך לגבות ממנה, שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואפילו הם זיבורית. שכן מפורש בב"ב מז. שרק קבלן מפסיד אם אין ללווה אלא זיבורית, ולא ערב רגיל.

דין הטועה ומוריד לנכסי הערב תחילה

בגמרא בב"ב קעד. מסופר על דיין שטעה וירד לנכסי הלווה מבלי להודיעו, וסלקיה רב חנין בריה דרב ייבא.

על פי זה פסק הטור שאם טעה הדיין מסלקין אותו

וע"פ זה פסק רבינו ירוחם¹²³³ שמסלקים דיין שהוריד מלוה לנכסי הערב קודם שיתבע מן הערב, והביאוהו הד"מ (ו) והסמ"ע.¹²³⁴

¹²²⁹ אמנם יש לציין שהיש אומרים שהובאו לעיל הינם הרמ"ה וכן הראב"ד וכבר הבאנו עיל שלכאורה הראב"ד שהביא הטור הינו רבינו יונה שכתב כן מפורש, וברבינו יונה לא מצאתי התייחסות לשאילה כיצד פירש את ההבדל בין 'ערבי ליוערבי', לכן עדיין שייך לדון בשיטתו מה יהיה הדין במקרה שעשו קנין וכתבו וערב, וכפי שדנו הסמ"ע והש"ך.

¹²³⁰ ב"ב פרק י סימן מ.

¹²³¹ ספר הישר חידושים סימן תרנו.

¹²³² שער לה ח"א סימן יד.

¹²³³ מישרים נתיב א חלק יא.

טען הלווה שהוא פטור מלשלם, אם יכול המלווה לגבות מהערב?

כתב הטור שאם טוען הלווה שפרע במלווה ע"פ, נשבע היסת ונפטר הוא והערב. **וכתב הבי"ש** שדין זה פשוט ושכן כתבו התרומות¹²³⁵, במרדכי¹²³⁶ והגהות מימוניות¹²³⁷ וכתב הבי"ש שפשוט הוא. **וכן פסק הרמ"א להלכה.**

טען הלווה שהוא פטור, ותפס המלווה מהערב בלא עדים, אם מוציאים מידו?

כתב הנתיבות (ו) שאם טען הלווה שהוא פטור ותפס מן הערב שלא בעדים ויש לו מגו, אין מוציאים ממנו. הואיל ומיגו שווה לעדים. **אך הפת"ש (ט) הביא את דברי הושב הכהן**¹²³⁸ **שכתב** שתפיסה שלא בעדים לא מועילה, ועיקר טענתו שאין הערב מתחייב כאשר הלווה אינו חייב, [ועוד יובא יסוד זה בשמו מספר פעמים בזה הסימן].

היה ערב ללווה וכפר הלווה בהלוואה, והערב מודה בהלוואה אם יכול לגבות מהערב?

הבי"ש הביא תרומות¹²³⁹ **שהביא את דברי הר"א אב"ד**¹²⁴⁰ **שכתב** שגם אם הלווה הוא גוי נפטר הערב בטענתו שפרע, אם לא התנה עמו שיהיה נאמן לומר שלא נפרע. אך הסתפק במקרה שהלווה הגוי כופר בהלוואה והערב מודה שהלווה לו, אם יכול לגבות מהערב. **והבי"ש כתב** שאינו יודע מה נסתפק לו, שהרי ברגע שהגוי הודה שלוה, הרי זה כאומר שלא פרע, ולכן יכול לגבות מן הערב, **וכן פסק הרמ"א להלכה.**

לעומתם הבי"ח ביאר שעיקר ספיקו של התרומות הוא אם הערב חייב לשלם במקום שהלווה טוען שאינו חייב, שסתם ערבים נעשים למקרה שמודה שחייב אך שאין לו מאיפה לשלם, אך לא במקרה שהלווה כופר, או שמא נעשה ערב אף באופן שכופר, וכתב שספק זה שייך בין בגוי ובין ביהודי.

והקשה הבי"ח על דינו של הרמ"א שהרי בבכורות מ"ח. משמע שכשלא ניתן לתבוע את הלווה, לא ניתן לתבוע את הערב, שם מבואר שמלווה לא יכול לגבות משדה שותפות של ב' יוסף בן שמעון, במקרה שאחד מהם חייב לו, על אף שיכול לומר שאם אחד מהם חייב לו, הוא לוקח מתוך השדה מנה שלו, ואם השני חייב לוקח את המנה שלו, והטעם שאינו יכול, הואיל ונכסי האדם משועבדים כערב, ואין גובים מערב, כשלא ניתן לתבוע את הלווה.

וכתב הבי"ח לבאר שהבי"ח והרמ"א הבינו שהגמ' לא דיברה באופן שלא ניתן להביא ראיה, אלא במקום שאינו חייב מעיקר הדין¹²⁴¹.

הפת"ש (ו) תמה על מה שכתב הבי"ח לבאר ברמ"א שהגמרא בבכורות דיברה במציאות שהלווה אינו מתחייב מן הדין, אבל אם כופר הערב כן משתעבד, והעיר שהרי בגמרא שם מבואר שערב אינו משתעבד במקרה שאין ראיה, ולא מצד עצם הדין, והביא שכן כתב בשו"ת ושב הכהן¹²⁴², [והעיר הפת"ש שניתן ליישב את הבי"ח ע"פ ביאורו של התומים כאן ובסימן מט בביאור הגמ' שם, מכל מקום בשו"ת ושב הכהן כבר דחה פירוש זה של התומים]. **ונשאר הושב הכהן במסקנה** שדין זה של הרמ"א צריך עיון גדול.

[ועיין בסעיף כ בעניין ערב לעכו"ם כשבדיניהם יכול הלווה לדחות אצל הערב].

אם ניתן להיות ערב על חוב שלא חל הואיל והוא אסמכתא?

הבי"ש הביא תשובת הרשב"א שכתב¹²⁴³ שאם השאיל אדם חפץ לחבירו, והתנה עמו תנאי שהוא אסמכתא שאם לא יחזיר עד זמן מסויים ישלם סכום מסויים של כסף, ונתן לו ערב, אף שאינו יכול לתבוע את השואל על כך יכול לתבוע את הערב, ובתשובה מבואר שחיובו של הערב הוא משום שקיבל קנין. **אך הרמ"א פסק** דין זה בלי להזכיר שעשה קניין.

וכתב הסמ"ע (כה) לבאר בדברי הרמ"א שערב לעולם משתעבד אף במציאות של אסמכתא, שהרי כל ערבות הינה אסמכתא, ומכל מקום משתעבד מכח אותו הנאה שסומך עליו, וכתב הסמ"ע שאין זה דומה

¹²³⁴ ועיין בסיכומינו לגביית חוב בסימן צח סעיף ד מה שהערנו על הגמרא הנ"ל ועל כך שמסלקים על טעות כזו, והבאנו שניתן להבין שהגמ' לא דיברה על סילוק הדין, אלא על סילוק המלווה מהנכסים, ע"ש.

¹²³⁵ שער לה חלק א סימן כב.

¹²³⁶ ב"ב סימן תרנב.

¹²³⁷ מלווה ולוה פרק כב אות א

¹²³⁸ סימן מב

¹²³⁹ שער לה חלק א סימן כו.

¹²⁴⁰ שו"ת ראבי"א אב"ד סימן קכג.

¹²⁴¹ **הש"ך (יט) כתב** שהבי"ח דיבר על לווה גוי, ואח"כ ציין לדברי הבי"ח בביאור ספיקו של הראבי"א אב"ד, וכתב שדבריו נכונים.

וכתב הפת"ש (ו) שדבריו סתומים וציין לעיון ספרו נחלת צבי שם ביאר שהש"ך קיבל את ביאורו של הבי"ח לספק, שיתכן שלא התכוון להיות ערב במידה והלווה כופר, אך סבר שספק זה שייך רק בלווה יהודי, שסבר שלא יכפור, אבל לגבי לווה גוי, לא שייך ספק זה שודאי דרכו לשקר, ולכן צדק הבי"ח בתמיהתו, שפשוט שנעשה ערב.

¹²⁴² סימן מב.

¹²⁴³ ח"א סימן אלף ג, ובח"ב סימנים כא-כב מבואר יותר.

לגמי בבכורות שהבאנו לעיל ששם מבואר שלא ניתן לגבות מהערב כשהלוה לא התחייב, מפני שכאן הערב התחייב בלי קשר ללוה.

אך הש"ך (כ) כתב שאכן קשה מהגמרא בבכורות.

הב"ח כתב שמפשוט דברי הרשב"א נראה שהסיבה שהערב השתעבד, הוא מפני שעשה קניין וכפי שהבאנו לעיל.

ומכל מקום כתב הב"ח לבאר בדעת הרמ"א שהואיל ובלאו הכי חייב השואל להחזיר אף בלי התחייבות, אלא שאינו מחוייב לשלם את הסכום שהתנו אם לא יחזיר, לכן באופן הזה מתחייב הערב אף שהוא אסמכתא מכח אותה הנאה שסמך עליו, והרמ"א הבין שהרשב"א הצריך שם קניין מפני שזו הייתה הלוואה שלא בשעת מתן מעות, אבל בשעת מתן מעות באמת יתחייב אף בלא קניין.

אך כתב הב"ח שאין להוציא ממון ע"פ סברא זו ולסמוך על שערב משתעבד באסמכתא בלא קניין, **והסכים הש"ך לדבריו.**

הנתיבות (ח) כתב בשם הב"ח והתומים שאף קניין רגיל לא יועיל וצריך דוקא קניין בבית דין חשוב כדי לסלק את האסמכתא, מכיון שאין כאן ערבות רגילה.

ויתר המלוה ללוה, אם יכול לגבות מהערב?

הרמ"א פסק ע"פ תשובת רשב"א¹²⁴⁴ שאם מכר הלווה קרקע וחתם המלוה כעד על המכירה, נפטר הערב. מפני שהמלוה הפסיד את עצמו, אבל הערב הינו ערב קבלן, יכול המלוה לגבות ממנו.

והעיר הסמ"ע (כו) שבתשובה עצמה לא כתוב את המילה 'בעד', והרשב"א דיבר במציאות שהמלוה חתם שמוכן למכירת הקרקע, ולכן הפסיד זכותו לגבות מהערב מכיון שיכל לגבות מהלווה. אבל עדיין יכול לגבות מהקבלן, שיכל לבחור לגבות ממנו בכל ענין, וכתב הסמ"ע שכן מוכרח ממה שנפסק בסימן קיא סעיף יז שאם חתם המלוה בתור עד על מכירת נכסי הלווה לא הפסיד את זכותו לגבות מהם, שיכול לטעון שלא ויתר על הלוואה אלא שהיה קשה לו לגבות מהלווה, והעדיף לגבות מהקונה שלו. ויכול לטעון שיהראשון קשה לי והשני נוח הימנו.

אך כתב הסמ"ע שהיה מקום לומר שהרמ"א דיבר דווקא במציאות שהקרקע היא המשכון של החוב [שבזה דיבר הרשב"א], ובזה אף אם היה עד, איבד זכותו, הואיל והערב ערב רק למקרה שלא יהיה ניתן לגבות מהמשכון במידה ומשכון זה יעלם, אך כאן שהמלוה עצמו העיד, הוא הפסיד עצמו, ואף ע"פ שלא ויתר במפורש.

אך כתב הסמ"ע שדוחק לבאר כן ברמ"א שא"כ היה לו לפרש שזה דווקא במציאות הזו, ועוד שנראה ברשב"א שהדין נכון גם במציאות אחרת.

לשון השו"ע:

המלוה את חברו ע"י ערב אע"פ שהערב משתעבד למלוה לא יתבע את הערב תחילה אלא יתבע הלוה, ואפילו אין ללוה אלא זיבורית, לא יפרע מהערב, ואפילו אין ללוה נכסים ידועים כגון קרקעות, ויש נכסים ידועים לערב, לא יגבה מהערב, אלא (צריך) לחזור אחרי הלוה אולי יש לו מטלטלין:

הגה ואם אמר הלוה פרעתין והוא מלוה ע"פ נשבע הלוה היסת ונפטר הוא וערב (טור ס"ח) ואפילו הלוה עכו"ם ואמר שפרע נפטר הערב, אבל אם אמר הלוה לא לזמני מעולם, חייב הערב לפרוע (ב"י בשם התרומות),

מי ששאל חפץ מחבירו ואומר לו אם לא אחזרינו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך, והעמיד לו ערב בעד הדמים אע"פ שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור, הערב חייב לשלם (רשב"א אלף נ') ועיין לקמן סוף סימן קלא סעיף יב.

מכר הלוה קרקע וחתם המלוה בעצמו בעד, נפטר הערב, דאיהו אפסיד אנפשיה, אבל בקבלן בכה"ג חייב הערב לפרוע (רשב"א ס' תתצב):

סעיף ט

מלוה הפורע מן הערב כשאינ נכסים ללוה

כתבו התרומות¹²⁴⁵ **והטור** שכשאין נכסים ללוה, גובה המלוה מהערב, אך קודם צריך הלווה שישבע שאין לו נכסים משבועת הגאונים כמבואר בסימן צט סעיף א.

וכתב התרומות בשם הרב צמח שיכול לגלגל על שבועה זו, שבועה שעדיין חייב חוב זה, בכדי לבטל את החשש שהלווה והמלוה עשו קניין על נכסי הערב, **וכן פסק השו"ע.**

הסמ"ע (כח) כתב שהטור והשו"ע דיברו במלווה ע"פ, ולכן הלווה הוא זה שנשבע, מפני שאם היה כופר לא היה חייב הערב לשלם, אבל במלוה בשטר שאין הלוה יכול לטעון שפרע, המלווה נשבע ונוטל.

לעומתו הב"ח כתב שלעולם תיקנו שהלווה ישבע, מפני שבמקרים שהלווה נתן נאמנות למלוה, אין הערב יכול להשביעו, וצריך להשביע את הלווה ולכן לא חילקו בזה, ואף במלוה בשטר, הלווה הוא זה שנשבע. וכתב שלעניין לקוחות המלוה הוא זה שנשבע הואיל וגם במקרה שנתן הלווה נאמנות למלווה, חייב המלוה להשבע ללקוחות.

הש"ך (כב) כתב שדברי הב"ח לא נראים לדינא.

¹²⁴⁴ תתצב.

¹²⁴⁵ שער לה חלק א סימן טו.

הקצות (ד) הביא את דברי התומים שפקפק בדברי הסמ"ע וסבר שבמלוה בשטר המלוה אינו צריך להשבע, וכתב התומים שאין מקור לכך שהמלוה צריך להשבע לערב, וכתב שאין לדמות לשבועת המלוה ללקוחות, ששם הלקוחות אינם יודעים מההלוואה כלל, והביא ראייה לחילוק זה מכך שהתרומות הסתפק בתחילה אם אדם מוריש שבועה של הבא לגבות מהלקוחות לבניו¹²⁴⁶ אף שמפורש בגמרא שלגבי ערב אדם מוריש שבועה לבניו, וכתב התומים שאף שהנמו"י¹²⁴⁷ כתב בשם הגאונים שהבא לגבות מן הערב צריך להישבע, זה דוקא כשאין הלווה בפנינו, אך אם הלווה לפנינו ומודה שלא פרע הוא אינו צריך להשבע, וגם על שבועה זו של הנימוק"י כתב שאינה נראית מעיקר הדין, אלא א"כ היא מתקנת הגאונים, ונשאר בעניין זה בצ"ע.

הפת"ש (ח) הביא שאף הושב הכהן¹²⁴⁸ השיג על פסק הסמ"ע וכתב שנראה שבערב קבלן וכן במלוה בשטר אין המלווה חייב להשבע, שדינו של הערב כאומר איני יודע אם פרעתי, ורק במלווה ע"פ ובערב רגיל שנאמן הלווה לומר פרעתי ולפטור את הלווה, אין המלווה יכול ליטול בלא שבועה, שכל שהלווה פטור, אף הערב פטור [אף שטענתו הינה טענת איני יודע אם נפרעתי עיין לקמן בעמוד 333].

והביאו התומים והושב הכהן ראייה לדבריהם מפסק הרמ"א בסעיף טו שכתב לגבי ערב קבלן שנראה לו שאם טען הלווה שפרע, חייב המלווה ליטול מן הערב בשבועה, ומשמע שאם לא טען הלווה כן במפורש, אינו חייב שבועה.

הקצות (ד) דחה את ראיית התומים מהתרומות וכתב שכל התלבטות התרומות היא האם החומרא שאין אדם מוריש שבועה לבניו לגבי היתומים שייכת גם לגבי לקוחות למרות שאינה שייכת בערב, ואין זה קשור לעיקר חיוב השבועה כלפי ערב שקיימת תמיד, והצדיק הקצות את דברי הסמ"ע שחייב המלווה להשבע, אך כתב שגם הסמ"ע מודה שגם במלווה בשטר, אם נשבע הלווה, אין המלווה חייב להשבע.

ובס"ק ו כתב הקצות שאין ראייה מדברי הרמ"א בסעיף טו, ובאמת הרמ"א בא להשמיענו שהמלווה צריך להשבע וליטול אף אם הלווה אינו כאן ואינו טוען שפרע.

גם הנתיבות (ט) הכריע בדברי הסמ"ע ונימוקם של הנתיבות והקצות הוא, שהבא לגבות הערב, דומה לבא לפרוע מנכסי הלווה שלא בפניו שחייב שבועה, וביאר הנתיבות שהרי נכסי האדם הינם כערבים לאדם כמבואר בגמרא, וא"כ מוכח שאין גובים מהערב (הנכסים) שלא בפני הלווה, וכתב הנתיבות שלפי זה אין מקום להוכחתו של התומים מהתרומות, שהשוואה אינה מהבא לגבות מן הלקוחות, אלא מהגובה שלא בפני הלווה.

אם יכול המלווה לגבות מהערב כשהלווה לפנינו ואינו מוכן להשבע?

הקצות (ד) הבין בדברי הסמ"ע שאם הלווה לפנינו ואינו רוצה להשבע, אין המלווה יכול לגבות מהערב, כשם שאם אינו רוצה להשבע שאין לו, אין המלווה יכול ליטול מהערב.

אך כתב הקצות שאם הלווה הודה בפנינו בערב שבת בזמן שלא היה לו להשבע, וברח במוצאי שבת, יכול המלווה לגבות בשבועה, כפי שמבואר בסעיף י שלמרות שכתוב שם שאם הביאו הערב לב"ד וברח, פטור הערב, אם ברח בזמן שעוד לא היה שהות לדונו, יכול לגבות מהערב, והוא הדין כאן.

אך הנתיבות (ט) כתב שברור שהסמ"ע לא התכוון שאם הלווה אינו רוצה להשבע, שאין המלווה יכול להשבע ולטול, וכוונתו דווקא במציאות שהלווה טוען שכבר פרע, ובזה באמת נפטר הערב, והוכיח כן שהרי כל היכולת להשביע את הלווה על כך שלא פרע, מגיעה דרך גלגול של שבועה שבאמת אין לו נכסים כמבואר בדברי הרב צמח שהביא התרומות לעיל, ואף לגבי מציאות שיש לו נכסים, אם הלווה אלם ואינו רוצה לשלם מוציאים מן הערב, והוא הדין כאן, ורק במקרה שברח שייך לפטור את הערב, הואיל והמלווה אשם שלא תבע מן הלווה עצמו.

שנותנים ל' יום לערב לפרוע

כתב הרמב"ם¹²⁴⁹ "מלוה שתבע את הלווה ולא מצא לו נכסים, אינו יכול להפרע מן הערב עד אחר שלשים יום מיום שנתחייב הערב לשלם. לא יהיה כח זה פחות מן הלווה עצמו. וכזה הורו המורים. ואם התנה עמו הכל לפי התנאי." **וכן פסקו הטור והשו"ע.**

וכתב המגיד משנה שכשיש לערב מעות או מטלטלים פורעים ממנו מיד, **וכן הסכים הב"ח.**

אך הש"ך (כג) השיג על דבריהם וכתב שברמב"ם ובתרומות משמע שלעולם נותנים לו ל' יום, והטעם הוא שיש לו ל' יום לפרוע ככל מלווה שסתמו ל' יום.

והקצות (ה) הבין מדברי הש"ך שהזמן שנותנים לערב אינו בשביל שימצא זמן לפרוע, אלא שנתחייב בחיוב חדש, וזמן חיובו של הערב הוא מהשעה שנשבע הלווה, ונחשב שלווה באותו הרגע.

לשון השו"ע:

חזר אחר הלווה ולא מצא כלום, צריך לישבע כתקנת הגאונים, שאין לו כלום, קודם שיפרע מהערב. וצריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו חוב זה, שלא יעשו קנויאל על נכסי הערב. ואינו יכול ליפרע מהערב עד לאחר שלשים יום מיום שנתחייב הערב לשלם, אלא א"כ היה תנאי ביניהם (ע"ל סי' י"ג וסי' ק"ו):

¹²⁴⁶ ובסוף הכריע שכן מדברי העיטור.

¹²⁴⁷ ב"ב פ.:

¹²⁴⁸ סימן מג

¹²⁴⁹ מלווה ולוה פרק כו הלכה ב.

סעיף י

גביה מן הערב כשהלוה אינו לפנינו או שהוא אלם

היה הלווה במקום רחוק, כמה זמן מחכים ללווה ומי הולך להביאו?

כתב הרא"ש¹²⁵⁰ שאם הלוה אינו כאן מודיעים לו וממתניים לו כמבואר בב"ק קיב: [ושם מבואר שנותנים ג ימים וכפי שנביא מרבינו ירוחם] ואם הוא במדינת הים גובים מן הערב מיד.

ורבינו ירוחם כתב¹²⁵¹ שאם אינו בעיר, רק אם הוא במרחק יום מכאן, שהשליח יכול לצאת אליו ביום שלישי ולהגיע אליו ביום רביעי ושיבא לדין ביום חמישי, אז מחכים לו, ואם נמצא במרחק רב יותר, גובים מן הערב מיד, אך אם אמר הערב שיתנו לו זמן להביאו, נותנים לו ל' יום **והביא שכן כתב העיטור**¹²⁵² **בשם רב צמח, וכתב הב"י שכן כתב ר"י בן הרא"ש**¹²⁵³.

ובטור מבואר שכל שיכול השליח ללכת ולחזור תוך ל' יום מחכים ללוה, ורק אם לוקח יותר זמן, גובים מן הערב מיד, וזה לכאורה סותר את דברי רבינו ירוחם והרא"ש.

ולאחר מכן כתב הטור בשם רב נחשון שאם הערב אומר שיתנו לו זמן להביאו, אם יודעים היכן הוא, נותנים לו זמן כשיעור המרחק בו הוא נמצא, ואם לא יודעים מביאים לו ל' יום.

השו"ע כתב רק שאם הוא קרוב שולחים שליח בכדי שילך ויבא תוך ל' יום וכדברי הטור.

וברמ"א הוסיף את דברי הטור בשם רב נחשון לגבי מקרה שהערב רוצה לילך שאם לא יודעים היכן הוא נותנים ל' יום ואם יודעים נותנים יותר.

ולא הזכירו כלל מדברי רבינו ירוחם והרא"ש.

אך הסמ"ע (כט) כתב לישיב בין הדברים וביאר שיש שלושה חילוקים:

- א. אם לא מבקש הערב כלום לא שולחים ב"ד ללווה אלא אם כן יכול השליח לחזור תוך שלושה ימים כמבואר בב"ק [כמבואר ברבינו ירוחם וברא"ש].
 - ב. ואם הערב מבקש שבי"ד ישלחו שליח ללוה, שולחים רק אם ידוע איפה הוא, וכשאינו במרחק של יותר מל' יום, [כמבואר בטור].
 - ג. ואם הערב עצמו רוצה לטרוח להביא אותו, נותנים לו לפי צורכו אפילו יותר מל' יום במקרה שידוע היכן הוא, וזה רחוק יותר ממרחק ל' יום, [כמבואר בטור], ואם אינו ידוע היכן הוא נותנים ל' יום, [כמבואר בטור וברבינו ירוחם].
- והנתיבות (י)** ביאר בטעם החילוק, שכל שהוא במרחק ג' יום זה נחשב שהלווה לפנינו ואין תובעים את הערב תחילה, אך אם הוא רחוק יותר ניתן לתבוע את הערב, אלא שזכותו לבקש שישלחו ב"ד שליח בתוך ל' יום להביאו, [כל זה לענין הדרישה מבי"ד אך הוא עצמו יכול לדרוש ללכת להביאו אף ביותר זמן וכמבואר בטור].

הש"ך (כד) הביא ג' חילוקים אחרים:

- א. שאם ידוע שהוא תוך ל' יום הטירחה היא על המלוה.
 - ב. אם לא ידוע, הטירחה על הלווה ונותנים ל' יום.
 - ג. אם יודעים שהוא רחוק יותר, על הערב לטרוח ונותנים לו כדי צרכו.
- ולא ברור** כיצד הוא מיישב את הזמן המובא ברא"ש וברבינו ירוחם של ג' ימים.
- אמנם בתומים (י) מבואר** שהזמן של ג' ימים שייך רק לגבי פריעה מלקוחות, אבל לגבי לפרוע מנכסי הלוה שלא בפניו, או הערב צריך ל' יום כמבואר בטור בסימן קן, וכתב שהפנייתו של הרא"ש אינה צריכה להיות לב"ק אלא לכתובות פרק ט שם כתב הרא"ש במפורש¹²⁵⁴ שנותנים ל' יום, ואמנם רבינו ירוחם כתב ג' ימים, אך הוא באמת סבר שאף לגבי נכסי הלוה שלא בפניו נותנים רק ג' ימים וכנגד הרא"ש והטור, ולכן הסיק התומים שחילוקו הראשון של הסמ"ע אינו נכון לדניא, וידינו לנו לבדות מליבנו חילוקים לא שערום קדמונים ז"ל.

יש לציין שגם ברמב"ם מבואר¹²⁵⁵ שאם נמצא הלווה במדינה אחרת שאינו יכול להודיעו או ללכת אליו תובעים אותו מיד.¹²⁵⁶

לעומת שיטה זו הביא הב"י שכתב המרדכי¹²⁵⁷ שאם הלוה רחוק ימתין לו או שילך שם לתובעו, וזה לכאורה סותר את הנפקס להלכה וכן ציין הב"י.

¹²⁵⁰ ב"ב פרק אחרון סימן מ.

¹²⁵¹ נ"ה כ ע"ד.

¹²⁵² אות ע ערב י עמוד ג.

¹²⁵³ זכרון יהודה סימן ס.

¹²⁵⁴ פרק ט סימן כז.

¹²⁵⁵ מלוה ולוה פרק כו הלכה ג.

¹²⁵⁶ ויש לדקדק קצת מלשון הרמב"ם שכתב שאינו יכול להודיעו ולא לילך אליו שמלשונו נשמע שבמידה וניתן ללכת אליו מוטל על הלוה לילך אליו, ויש לעיין עד איזה מרחק אנו מחשיבים שניתן לילך אליו, ואם זה מקביל לג' ימים המובאים בב"ק, ולא היה לי הפנאי לעיין בזה.

¹²⁵⁷ ב"ב סימן תרמט.

מי משלם על שכר השליח?

כתב הסמ"ע (כט) שנראה שהמלוה משלם על שכר השליח, ואח"כ תובע את הלוה, או את הערב.

היה הלוה אלם, אם תובעים את הערב?

כתבו הרשב"ם¹²⁵⁸ **ותוספות**¹²⁵⁹ **הרא"ש**¹²⁶⁰ **והרמב"ם**¹²⁶¹ **והטור** שניתן לגבות מן הערב במידה והלוה אלם ולא ניתן לגבות ממנו.
וכתב המגיד משנה שדין זה הוא בהסכמה בראשונים ובאחרונים שכשהלוה אלם זה דומה למקרה שאין לו נכסים, אע"פ שיש חולקים.
והביא הב"י שהתרומות¹²⁶² **הביא שהראב"י אב"ד**¹²⁶³ חולק וסובר שלא ניתן לגבות מהערב.
והביא הב"י שגם הרשב"א בתשובה¹²⁶⁴ נטה לדברי הראב"ד. (אמנם בחידושים¹²⁶⁵ סבר שניתן לגבות מהערב).
וכתב בבדק הבית שלענין הלכה ניתן לגבות מהערב, מפני שישוגיין דעלמא' כרמב"ם ועוד שרוב ראשונים ואחרונים כמותו.
וכן סתם בשו"ע, וכתב הרמ"א שכן נראה עיקר אף שיש חולקים.

אם ניתן לגבות מהערב כשהיה הלוה אלם לפני ההלוואה?

הב"י הביא את דברי רבינו ירוחם¹²⁶⁶ **שכתב** שאם הלוה היה אלם קודם ההלוואה, לא ניתן לגבות מהערב, מפני שעל דעת כן הלוה לו.
הב"י כתב שלא נראים לו דבריו שהרי המלוה הלוה, על דעת שיגבה מן הערב.
הסמ"ע (לא) הצדיק את רבינו ירוחם וכתב שלא ניתן לומר שהמלוה סמך על הערב, שאם היה באמת סומך רק על הערב, היה לו לדרוש שיהיה ערב קבלן.
וכתב הש"ך (כז) בשם הב"ח שאף רבינו ירוחם והסמ"ע יודו שאם כפו בי"ד את הלוה, ועדיין נשאר באלמותו, או שהלוה קרוב לשררה ולא ניתן לכופו מחשש חורבה, שניתן לגבות מהערב אף שידוע מרא"ש שאותו לוה אלם.

הביא הערב את הלוה לבי"ד וברח, אם ניתן לגבות מהערב?

כתב הטור שמשיביא הערב את הלוה לבי"ד נפטר עד שישבע הלוה שאין לו מה לפרוע, אא"כ הביאו ערב שבת בין השמשות וברח במוצאי שבת שבזה לא נפטר הערב.
והב"י הביא שכן כתב התרומות¹²⁶⁷ **בשם ת' הרי"ף**, אך המגיד משנה¹²⁶⁸ פירש שזה דווקא במקרה שהוא ערב לגוף הלוה.
וכתב בבדק הבית שמדברי הרמב"ם בפרק כה הלכה יד, מבואר שאין עיקר לדין זה.
אך הד"מ (ו') כתב שמדברי הטור משמע שאף בערב רגיל הדין כן, **וכן פסק הרמ"א להלכה**.
והסמ"ע (לג) הסכים לפסק של הרמ"א, **והש"ך (כז) כתב** שגם המגיד משנה מודה בזה והב"י לא דק בדבריו.
 לשון השו"ע:

ואם אין הלוה בפנינו צריך להודיעו אם הוא קרוב כדי שיוכל לילך ולבא תוך שלושים יום, ואם לא יתן אז יתבע לערב, ואם הוא במדינת הים שאי אפשר להודיעו ואין לו כאן נכסים, או אם הוא גברא אלמא דלא ציית לדינא, אז יתבע את הערב ויגבה ממנו ואח"כ יחזור הערב על הלוה ויוציא ממנו או ינדוהו עד שיפרע לו מה שפרע בשבילו: הגה וכן נראה עיקר אע"ג דיש חולקין וסבירא להו דאע"ג דהלוה אלם ולא ציית לדין, אין נפרעים מהערב עד שבי"ד יכופו הלוה להיות ציית דין (מגיד משנה בשם יש חולקין ומרדכי, ב"י בשם ת' רשב"א).
טען הערב תנו לי זמן ואביא הלוה לבי"ד (טור בשם רב נחשון) אי ידעינן היכן הוא, יהבינן ליה זמן עד דאייתי, ואי לא ידוע, נותנים לו זמן ל" יום ומשיביאנו לבי"ד נפטר הערב עד שישבע הלוה שאין לו, הביאו ערב שבת בין השמשות ובמוצאי שבת ברח לא נפטר הערב (טור):

¹²⁵⁸ ב"ב קעג: ד"ה לא יתבע.

¹²⁵⁹ ב"ב קעג: ד"ה 'חיסורי מחסרא'.

¹²⁶⁰ ב"ב פרק בתרא סימן מ.

¹²⁶¹ מלוה ולוה פרק כה הלכה ג.

¹²⁶² שער לה ח"א סימן כא.

¹²⁶³ שו"ת ראב"י אב"ד סימן קכב עיין הגהות והערות הערה נג.

¹²⁶⁴ ח"ב סימן קסא.

¹²⁶⁵ ב"ב קעג: ד"ה ואלא.

¹²⁶⁶ נ"ה כ סוף עמוד ד.

¹²⁶⁷ שער לה ח"א סימן כג.

¹²⁶⁸ מלוה ולוה פרק כה הלכה יד.

סעיף יא

אם גובים מהערב כשיש ללווה נכסים במדינה אחרת?

כתב הרשב"א בחידושו¹²⁶⁹ שאפילו אם יש ללווה נכסים ידועים במדינה אחרת, נפרע המלווה מהערב. שאין אומרים לו שיוציא מאתים על מנה, וכן פסק השו"ע וז"ל: **אפילו יש ללווה נכסים ידועים במדינה אחרת, נפרע מהערב תחילה שאין אומרים למלווה שיוציא מאתים על מנה:**

סעיף יב

כשהלווה אינו בפנינו, מתי מחוייב המלווה להביא ראיה בכדי לגבות מהערב?

כתב הרמב"ם¹²⁷⁰: "מי שהיה ערב לחבירו במלווה על פה, ובא המלווה לתבוע את הערב והרי הלווה במדינת הים, ואומר לו הערב הבא ראיה שלא פרעך הלווה ואני אשלם לך." **ודייק הב"י** שבמלווה בשטר אינו צריך להביא ראיה שלא נפרע, שאיננו תולים בפרעון ושובר, וכן דייק מהתורמות¹²⁷¹ ומהמ"מ ומדברי הרמב"ן בכתובות.¹²⁷² **הדרכי משה** (**ו) **העיר שמדברי הרשב"א בתשובה נראה**¹²⁷³ שגם במלווה שטר, צריך המלווה להביא ראיה שלא נפרע, שחוששים לפרעון ושובר.¹²⁷⁴ **השו"ע פסק כהרמב"ם ודעימיה** שרק במלווה בשטר ניתן לגבות מהערב במידה והלווה במדינת הים, אבל במלווה ע"פ לעולם אין גובים, מחשש שפרע, והרמ"א לא הגיה כלום להלכה. **בפיסקא הבאה נביא שהב"ח** הבין שהטעם שלא ניתן לגבות מהערב ללא ראיה, הוא מפני שדינו כאומר איני יודע אם נתחייבת. **והושב הכהן**¹²⁷⁵ הביא טעם אחר שהוא מפני שלא ניתן לגבות מהערב כשלא ניתן לגבות מהלווה. **והביא הושב הכהן** נ"ימ בין הטעמים שלפי הב"ח, אם תפס המלווה מהערב בלא עדים, אין מוציאים ממנו, ולפי טעמו שלו מוציאים ממנו, הואיל ולא ניתן לגבות מהערב באופן הנ"ל.

כשהלווה אינו בפנינו, אם גובים מערב קבלן ללא ראיה?

המגיד משנה כתב שגם מערב קבלן, לא ניתן לגבות ללא ראיה שהלווה לא פרע כבר חובו. **הב"ח חלק על דבריו וכתב** שהרמב"ם הצריך ראיה רק מערב רגיל מפני שבערב רגיל, כל עוד אין ראיה שהלווה לא פרע, אין ראיה שהערב התחייב כלל ודינו כאומר איני יודע אם נתחייבתי שפטור. אבל ערב קבלן מתחייב מיד, אלא שפרע הלווה נפטר, ודינו כאומר איני יודע אם פרעתי שחייב לשלם. **הש"ך בסעיף טו בסקל"ב** הסכים לדברי המגיד משנה שאף מערב קבלן לא ניתן לגבות ללא ראיה. **הפת"ש (טו) הביא את דברי הושב הכהן** שתמה על טעמו של הב"ח, שמנין לו שהערב לא התחייב מהרגע הראשון. **וכתב שיש טעם טוב יותר לדברי הב"ח** והוא מפני שבערב רגיל לעולם אין גובים ממנו כשלא ניתן לגבות מהלווה, ולכן אף שהוא כאומר 'איני יודע אם פרעתיך' אין גובים ממנו, ודין זה מבואר מהגמרא בבכורות מח. שהבאנו בסעיף ח בעמוד 328 ודין זה שייך דווקא בערב רגיל שאין תובעים ממנו קודם שתובעים מהלווה, אך מערב קבלן שניתן לתובעו מבלי לתובע את הלווה, לא שייך טעם זה.¹²⁷⁶

ערב שנתבע בבי"ד לשלם, ולאחר זמן טוען 'שמוא פרעך הלווה אח"כ'

הושב הכהן¹²⁷⁷ **דן במקרה** בו נתבע הערב לדין בעקבות הודאת הלווה שלא פרע, אך לאחר זמן מבקש מהמלווה ראיה שמא פרעו הלווה אח"כ. **והסיק** שהערב חייב לשלם, וכתב שפשוט שדין זה פשוט לפי דברי הב"ח שערב קבלן חייב לשלם מפני שדינו כאומר איני יודע אם נפרעתי, וא"כ פשוט שהוא הדין כאן הואיל וכבר נתחייב בבי"ד, וכתב השוב הכהן שגם לפי טעמו שלו שלא ניתן לגבות מהערב כשלא ניתן לגבות מהלווה, כאן חייב לשלם, הואיל וכבר תבע את הלווה ונתחייב לשלם, ולכן דינו כאומר איני יודע אם פרעתי.

¹²⁶⁹ ב"ב קעג: ד"ה ואלא.

¹²⁷⁰ מלווה ולוה פרק כו הלכה ה.

¹²⁷¹ שער לה חלק א סימן כד.

¹²⁷² קז. ד"ה בשמעו.

¹²⁷³ ח"ב סימן קסב.

¹²⁷⁴ אמנם עיין בתשובה שהרשב"א הסתפק בזה ולא הגיע להכרעה אך כתב שמכל מקום אם הערב במקום שיוכל לשלוח ולהודיעו אין נפרעים מהערב עד שישלחו ויודיעו ללווה.

¹²⁷⁵ סימן מב.

¹²⁷⁶ בסעיף טו (עמוד 333) נרחיב יותר בדיון זה ונתמקד בשאילה אם יכול הלווה לומר שפרע למלווה ובכך לפטור את הערב.

¹²⁷⁷ סימן מב.

אם טוענים לערב כשהלווה מת, שכבר פרע?

הב"י הביא את דברי ההגהות מימוניות¹²⁷⁸ והמרדכי¹²⁷⁹ שכתבו שאם הלווה נפטר, והערב אינו יודע הלווה פרע למלוה, אין המלוה יכול לגבות ממנו שאנו טוענים לערב שהלווה פרע, אך המלוה יכול להחרים חרם סתם על אדם שיודע שאין הלווה פרעו.¹²⁸⁰

עוד כתבו שאם הלווה מת בתוך זמן הפרעון, יכול המלוה לגבות מהערב ואיננו תולים שהלווה פרע. והוסיף בבדק הבית שהוא הדין במקרה שהודה שלא פרע או שמת בתוך נידויו, באופן הנ"ל אין טוענים לערב.

השו"ע פסק את הדברים הללו להלכה

טען הלווה שנתן את דמי הפרעון לערב, האם נאמן?

הדרכי (ו) משה הביא את דברי תשובת מיימוני¹²⁸¹ שכתב שאם הלווה טוען שנתן את דמי הפרעון לערב בכדי שיתן אותם למלוה, נאמן על כך, במיגו שיכל לטעון שפרע למלוה, ונפטר בשבועת היסת, ואין המלוה יכול לטעון לו שלא היה לו לפרוע דרך הערב שהרי המלוה האמין לערב יותר ממנו, ועוד שלא גרע הערב משליח שעשאו בעדים, וגם אם כופר המלוה בערבות עצמה, נשבע הלווה שהעמיד לו הערב ושפרע לו, ונפטר, **וכן פסק הרמ"א להלכה.**

הסמ"ע (לה) הביא שהלבוש תמה על הרמ"א וכתב שאין נראה להורות כן, מפני שהמלוה יכול לומר שהערב אינו בעל דברים שלו עד שיתבענו, ולא היה לו לתת את מעותיו לו.

וכתב הסמ"ע שנראה שהלבוש הבין שהרמ"א כתב דין זה מעצמו, ואינו כן וגם אין מי שחולק על זה והוא 'מילתא בטעמא'. וגם מצאנו לענין שומרים שאם מסר למי שהאמין לו בעל הבית הרי הוא כמוהו, ולכן אין לדחות דין זה ב'סברא בעלמא'.

הש"ך (ל) כתב שאין ענין שליח שעשאו בעדים לכאן, ויפה השיג הלבוש ואפילו על תשובת מיימוני היה משיג. וגם מהרש"ל¹²⁸² חולק על התשובה הנ"ל, וכן עיקר.

הפת"ש (י) הביא את דברי הושב הכהן¹²⁸³ שכתב שקשה להוציא ממון מיד המוחזק בזה (כלומר מהערב וכנגד דברי הרמ"א), אבל זה דוקא אם הערב קיבל אחריות אונסים כמו הלווה, ולכן נפטר הלווה כשהביא לו, אך אם הערב אינו חייב באונסים, פטור שהלווה לא נפטר כשהביא לו.

והנתיבות (יא) הביא את דברי התומים שכתב שאם הערב הינו ערב קבלן, גם הלבוש והש"ך יודו שדינו כשליח שעשאו בעדים, ולא שייך לומר שאינו בעל דברים לו. שבקבלן כולם יודו שהוא כשליח שעשאו בעדים, שלא שייך לומר שאינו בעל דברים שלו כדי שיתבענו. לשון השו"ע:

הא דכשהלווה במדינת הים נפרע מהערב בלי שיודיעו ללווה, דווקא כשהמלוה בשטר. אבל אם הוא מלווה על פה, לעולם אינו נפרע מהערב בלא הודאת הלווה, דחיישין שמא פרעו, אלא א"כ הוא תוך הזמן. והוא הדין אם מת לווה, מלווה על פה אינו נפרע מהערב (הגה"מ פכ"ב ממלווה), אלא אם כן הוא תוך הזמן, או שהודה בשעת מיתתו, או שנידוהו מפני שאינו פורע חוב זה, ומת בנידויו.

הגה: טען הלווה שנתן דמי הפרעון לערב ליתנם למלוה, נשבע היסת ונפטר, במיגו דיכול לומר: פרעתי לך, נאמן גם כן לומר דפרע לערב, ונפטר בזה, דהא המלווה האמין לערב. ואם המלווה כופר ואומר שלא העמיד לו אותו ערב, נשבע הלווה שהעמיד לו הערב ושפרע לו, ונפטר בזה (תשובת מיימוני סוף ספר שופטים סימן ג')

סעיף יג**התנה המלווה עם הערב שיהיה נאמן לומר שהלווה לא פרע**

כתבו התרומות¹²⁸⁴ והטור שאם התנה המלווה עם הערב שהמלווה יהיה נאמן לומר שהלווה לא פרע, ולגבות מן הערב, התנאי עובד וגובה מן הערב. לשון השו"ע:

אין כל אלו הדברים אמורים אלא בשלא התנה המלווה עם הערב, אבל אם התנה עמו שיהא נאמן לומר שלא פרעו, הכל לפי תנאו:

¹²⁷⁸ פרק כב הלכה א.

¹²⁷⁹ ב"ב סימן תרנב.

¹²⁸⁰ הבדק הבית תמה על דבריהם במה שכתבו שיכול להחרים בחרם, וכתב שאין להחרים שהרי יתכן שפרעו בינו לבין עצמו, והעמיד את במלווה בשטר, עיי"ש בדבריו כי לא זכיתי להבינם

¹²⁸¹ משפטים סימן ג בהגה.

¹²⁸² ים של שלמה ב"ק פרק תשיעי סימן לט.

¹²⁸³ סימן טז.

¹²⁸⁴ שער לה חלק א סימן כד.

סעיף יז

מלוה האומר 'על מנת שאפרע ממי שארצה'

בסעיף ח הבאנו את לשון המשנה בב"ב קעג.: שם כתוב שאין גובים מן הערב, ובגמ' מפורש שהכוונה שאין גובים מן הערב תחילה. וממשיכה המשנה וכותבת:

ואם אמר לו על מנת שאפרע ממי שארצה - יפרע מן הערב;

רשב"ג אומר: אם יש נכסים ללוה - בין כך ובין כך לא יפרע מן הערב. וכן היה רבן שמעון בן גמליאל אומר: הערב לאשה בכתובתה, והיה בעלה מגרשה - ידירנה הנאה, שמא יעשו קנוניא על נכסים של זה ויחזיר את אשתו.
ובגמרא:

ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה כו'.

אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: לא שנו אלא שאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב.

והא מדקתני סיפא, **רבן שמעון בן גמליאל אומר:** אם יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב, מכלל דתנא קמא סבר: לא שנו הכי ולא שנו הכי!

חסורי מחסרא והכי קתני: המלוה את חברו על ידי ערב - לא יפרע מן הערב, ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה - יפרע מן הערב; במה דברים אמורים - בשאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב;

וקבלן, אף על פי שיש נכסים ללוה - יפרע מן הקבלן

רבן שמעון בן גמליאל אומר אם יש נכסים ללוה - אחד זה ואחד זה לא יפרע מהן.

אמר רבה בר חנה אמר ר' יוחנן: כל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו - הלכה כמותו, חוץ מערב וצידון וראיה אחרונה.

כלומר מבואר במשנה שאם המלוה התנה שיוכל לגבות ממי שירצה - מהלווה או מהערב, גובה ממי שירצה. **אך בגמרא מבואר** שכולם מודים שדין זה נכון רק אם אין ללוה נכסים.

ונחלקו ת"ק ורבן גמליאל, שלדעת ת"ק שניתן לגבות מערב קבלן אף אם יש נכסים ולדעת רשב"ג גם מערב קבלן לא ניתן לגבות כשיש נכסים ללווה.

ופסק רבה בר חנה בשם ר' יוחנן שאין הלכה כת"ק בדין זה.

בפשט נראה שדברי רשב"ג מוסבים על מה שכתוב במשנה שאם התנה שיפרע ממי שירצה, יכול לפרוע מן הערב.

ולפי זה יוצא שדברי רבה בר חנה מוסבים אף הם על מקרה זה, ויוצא שלכו"ע אף אם התנה במפורש שיגבה ממי שירצה, הוא אינו יכול לגבות מהערב במידה ויש נכסים ללוה, אלא שלדעת ת"ק יכול לגבות מערב קבלן אף אם יש ללוה נכסים ולדעת רשב"ג אף מערב קבלן אינו יכול לגבות כשיש ללוה נכסים.

ולפי זה צריך לבאר במה שונה מי שהתנה ממי שלא התנה, שהרי במשנה מבואר שיש חילוק?

וביארנו תוס'¹²⁸⁵ בשם ר"ת¹²⁸⁶ שאם לא התנה אינו יכול לגבות מהערב אף אם אין ללוה קרקעות וחובה עליו לבדוק אם יש מטלטלים שניתן לגבות מהם, אך אם התנה שיגבה ממי שירצה יכול ישר לגבות מן הלוה במידה ואין לו קרקעות, ולשיטתו הביטוי 'אין לו נכסים', פירושו שאין לו קרקעות, אך אם יש ללווה קרקע חייב לגבות ממנו על אף שהיא זיבורית.

בניגוד לפירוש זה כתב הר"י מיגאש¹²⁸⁷ שדברי רשב"ג ורבה בר בר חנה מוסבים על תחילת המשנה לגבי מלוה שלא התנה שיגבה ממי שירצה, שאף שתבע את הלוה תחילה אינו יכול לגבות מן הערב במידה ויש ללוה נכסים, אך פשוט שאם התנה, יכול לגבות מהערב אף במידה ויש ללוה נכסים.

בדברי הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כה הלכה ד יש גירסאות שונות:

הגירסא הישנה מציגה את דעתו רבו הר"י מיגאש, שאם התנה שיפרע ממי שירצה, יכול לגבות ממי שירצה אף אם יש לו נכסים, (כדעת ר"ת) **וכן כתב התרומות¹²⁸⁸ בשם הרמב"ם והביאו הב"י.**

אך בגירסא המופיע לפנינו כתוב שיש חילוק בין מקרה שהתנה תנאי רגיל שיפרע ממי שירצה, שבזה אינו יכול לגבות מן הערב במידה שיש ללווה נכסים, לבין מקרה שהתנה שיגבה ממי שירצה תחילה, שבזה הרשות בידו לגבות מן הערב תחילה.

וכן כתב התרומות שאף החולקים על הר"י מיגאש יודו שאם התנה במפורש שיפרע ממי שירצה תחילה, יכול לגבות מן הערב אף אם יש ללוה נכסים, וציין שיש שכותבים שכך כתב הרמב"ם ושהוא לא מצא כן, וכבר הבאנו שכן הוא בגירסאות שלפנינו. **ואף הרא"ש¹²⁸⁹ הסכים לסברא זו.**

1285

1286 ספר הישר חידושים סימן תרנו

1287 קעג: ד"ה בד"א.

1288 שער לה חלק א סימן כח

אך הראב"ד בהשגות השיג על הרמב"ם בזה וכתב שאף אם אמר אפרע ממי שירצה תחילה, אינו יכול לגבות מן הערב במידה ויש ללוה נכסים.

השו"ע סתם כדעת הר"י מיגא"ש שלעולם יכול לגבות מהערב במידה שהתנה שיפרע ממי שירצה, ואף כשיש ללוה נכסים.

והביא בלשון יש חולקים שרק אם התנה שיפרע ממי שירצה תחילה, יכל לגבות מהערב. ולא הזכיר כלל את דעת הראב"ד שאף אם התנה שיגבה ממי שירצה תחילה אינו יכול לגבות מהערב במידה ויש ללוה נכסים.

הפת"ש (יא) הביא את דברי הרשמי שאלה¹²⁹⁰ שכתב ש'סוגיין דעלמא' כדעת הר"י המיגאש שכשהתנה יכול לגבות מהערב, אך יש מקומות שנהגו לפסוק כיש חולקים כקהילת פוזין.

לסיכום:

דעת הר"י מיגאש שכל שהתנה שיפרע ממי שירצה יכול לגבות מהערב.

דעת ר"ת שכל שיש לו נכסים אינו יכול לגבות מן הערב אף שהתנה, אלא אם כן התנה במפורש שיגבה ממי שירצה תחילה [כך כתבו הרא"ש והרמב"ם בגירסא שלפנינו].

ולדעת הראב"ד אף באופן הזה אינו גובה מן הערב תחילה.

השו"ע סתם כר"י מיגאש והביא כיש אומרים את דעת ר"ת.

וברשמי שאילה כתב שהלכה כר"י מיגאש בלבד במקומות שנהגו כר"ת.

לסוברים שאף אם התנה אינו גובה מן הערב תחילה כשיש נכסים, מה הדין כשאין קרקע אך יש מטלטלים ידועים?

הבאנו לעיל שלדעת ר"ת פירוש הביטוי 'אין לו נכסים' שוה לאין לו קרקעות, ואם אין לו קרקעות יכול לגבות מהערב תחילה במידה שהתנה, על אף שיש ללוה מטלטלים.

אך הד"מ (*ז) הביא שהמרדכי¹²⁹¹ כתב שהראב"ה חלק על ר"ת וסובר שאף אם יש ללוה מטלטלים ידועים, אינו יכול לגבות מן הערב, למרות שהתנה, שמטלטלים ידועים כמוהם כקרקע לעניין זה.

הנתיבות (יב) העיר ששורש המחלוקת היא האם חייב לפרוע מקרקעות של הלוה הואיל ושם עיקר שעבודו אבל ממטלטלים לו, או שעיקר הדגש אינו בעיקר השעבוד, אל בכך שקרקעות הינו דבר ידוע וא"כ הוא הדין במטלטלים ידועים, ודייק שהנימוק"י סובר שהעיקר משום שהם ידועים וכראב"ה, אך להלכה הסיק

שהעיקר כתוסי שרק בקרקע הדין כן.

לשון השו"ע:

התנה המלוה עם הערב: 'ממי שארצה אפרע' יכול ליפרע מהערב תחילה, אפילו אם יש נכסים ללוה, ויש חולקים בזה ומודים שאם אמר בפירוש: 'ממי שארצה אפרע (תחילה) יכול לתבוע מהערב תחלה אפילו אם יש נכסים ללוה:

סעיף טו

אם ניתן לגבות מערב קבלן תחילה, ואם ניתן לגבות ממנו כשהלוה טוען שפרע?

אם ניתן לגבות מערב קבלן תחילה?

בסעיף הקודם הבאנו שלדעת ת"ק ניתן לגבות מן הערב על אף שיש נכסים ללוה, ולדעת רשב"ג לא ניתן לגבות אף מן הקבלן כשיש נכסים ללוה, והוכרעה הלכה כת"ק ולא כרשב"ג וזה אחד מגי' מקומות במשנה

שאין הלכה כרשב"ג.¹²⁹²

אם ניתן לגבות מערב קבלן כשהלוה רוצה לפרוע?

הב"י הביא את דברי הרשב"א בגיטין¹²⁹³ שכתב בשם הרמב"ן¹²⁹⁴ שאף בערב קבלן, אם רוצה הלוה לפרוע, אין המלוה יכול לגבות מן הערב, ושם מבואר שאפילו אם הלוה רוצה לפרוע מזיבורית ולערב יש

בינונית, אין המלוה יכול לגבות מן הערב, [עיין הערה¹²⁹⁵ מנין הוציא הרמב"ן דין זה] וכן פסק השו"ע.

¹²⁸⁹ רא"ש ב"ב פרק אחרון סימן מא.

¹²⁹⁰ סימו מננא.

¹²⁹¹ ב"ב סימן תרנ.

¹²⁹² רוב הראשונים הניחו שלעולם יכול לגבות מערב קבלן אף אם לא התנה תחילה שיגבה ממי שירצה.

אמנם ברמב"ן בחידושו לב"ב קעג: ד"ה וקבלן הביא בתחילה אפשרות שכל הדיון בקבלן הוא רק במקרה שהתנה שיפרע ממי שירצה, אך ללא זה לכ"ע אינו יכול לגבות אף מהערב קבלן תחילה. [ולמסקנה הסיק כהנחת רוב הראשונים].

כמובן ששיטה זו יכולה להתיישב רק לשיטת ר"ת שהבאנו בסעיף הקודם שמערב רגיל אינו יכול לגבות אף אם התנה כל עוד יש ללוה נכסים, ולא כר"י מיגאש שסובר שכשהתנה לעולם יכול לגבות אף מערב רגיל ואף כשיש לו נכסים.

ונראה שרש"י בגיטין מט: ד"ה 'מאי איכא למימר' סבר כשיטה זו ששם כתב שלא ניתן לגבות מערב קבלן במידה ויש ללוה נכסים ותוסי' שם ד"ה 'אי לית ליה' תמהו על דבריו. והפני"י כתב לבאר שרש"י סבר כשיטה זו שרק כשהתנה במפורש ניתן לגבות מן הערב אף כשיש ללוה נכסים.

¹²⁹³ מח: ד"ה 'הניחא'.

¹²⁹⁴ גיטין מח: ד"ה 'הניחא'.

¹²⁹⁵ דין זה יצא מן הסוגיא בגיטין מח:

אם ניתן לגבות מהערב קבלן מקרקע בינונית כשיש ללוה רק זיבורית?

הרמב"ן סבר¹²⁹⁶ שניתן לגבות מן הערב קבלן מקרקע בינונית, אף שללוה יש רק בינונית. **ולעומתו כתבו תוס'**¹²⁹⁷ שלא ניתן לגבות מן הערב קבלן מן הבינונית כשיש ללוה רק זיבורית. **המגיד משנה**¹²⁹⁸ הביא שהרשב"א [כוונתו בב"ב¹²⁹⁹] סבר כדעת תוס' אמנם בגיטין נראה שדעתו נוטה לדעת הרמב"ן, [לביאור מקור מחלוקת רמב"ן ותוס' עיין הערה 1295]. [בשו"ע אין התייחסות מפורשת, אך נראה שסבר כרמב"ן הואיל ופסק כרמב"ן לעניין אם רוצה לפרעו, ולפי זה אין צורך לדינו של ר"ת עיין הערה 1295]

אם ניתן לגבות מערב קבלן כשהלוה טוען שפרע?

לעיל בסעיף יב בעמוד 333 הבאנו דיון אם המלוה צריך להביא ראיה שהלוה לא פרע בכדי לגבות מן הערב קבלן:

שלדעת המגיד משנה¹³⁰⁰ צריך להביא ראיה. **ולדעת הב"ח והושב הכהן**¹³⁰¹ אינו צריך להביא ראיה, וטעמם שהערב נחשב כאומר שאינו יודע אם פרע שחייב לשלם.¹³⁰² **הד"מ (י) כאן הביא את דברי המרדכי**¹³⁰³ **בשם מהר"ם**¹³⁰⁴ **שכתב** שאפשר לגבות מערב קבלן גם אם טוען הלווה שפרע, אם לא שהתנה הערב קבלן במפורש שיפטר בטענת הלווה. **וכתב הד"מ** שנראה לו שבמקרה זה צריך המלוה להשבע וליטול, **ומן פסק הרמ"א להלכה**¹³⁰⁵. **ודין זה תואם לשיטת הב"ח והושב הכהן**, שניתן לגבות מערב קבלן אף ללא ראיה. **הש"ך (לב) הביא את דברי המ"מ שהבאנו** שסבר שאף כשהלוה אינו טוען כלום, לא ניתן לגבות מן הערב קבלן ללא ראיה, והביא שגם בתרומות מפורש¹³⁰⁶ שאם טוען הלוה פרעתי, לא ניתן לגבות מהערב קבלן. והביא התרומות שכן כתב הראב"ד, **ולהלכה כתב הש"ך** שאין להוציא ממון מיד הקבלן.

שם אמר מר זוטרא בשם רב נחמן שאשה יכולה לגבות כתובתה מן הבעל מבינונית, ומה שמבואר במשנה שכתובת אשה נגבית מן הזיבורית, זה דווקא ביחס ליתומים.

והקשתה הגמ' על דבריו שהרי במשנה כתוב שניזקין נגבין מעדית ובעל חוב מבינונית, והרי מיתומים תמיד גובים מזיבורית, אלא על כרחך שמדובר לגבי הגביה מהבעל חוב עצמו, וא"כ כתובת אשה נגבית מזיבורית אף מן הבעל. **ולמסקנה תירצה הגמ'** שמדובר בערב קבלן לחוב ולניזקין ולכתובה, והקשתה הגמ' שהרי לפי השיטה הסוברת שערב קבלן לא משתעבד במציאות שאין ללוה נכסים בשעת ההלוואה, קשה, הואיל והניחה הגמ' בתחילה שעל כרחך גם כעת יש ללוה נכסים.

ונתקשו הראשונים שעדיין לא ברור מה הקושיא שהרי הוא ערב קבלן ולמרות שיש ללוה נכסים ניתן לגבות ממנו. **ותירצו תוס' בד"ה 'אלא'** שהואיל ויש ליתומים קרקע זיבורית, לא ניתן לגבות מהערב מן הבינונית/עידית, ורק כשאין ללוה נכסים כלל גובים מן הערב כדין המקורי של החוב. **הרשב"א הביא שהרמב"ן דחה את הדברים** מפני שפשוט שגם כשיש ללוה זיבורית ניתן לגבות מן הערב קבלן כדין המקורי.

ולכן פירש הרמב"ן שהואיל והיתומים רוצים לסלק את המלוה בזיבורית, הוא אינו יכול לגבות מהערב מן הבינונית **וא"כ מכאן יצא חידוש דינו של הרמב"ן** שאם הלווה רוצה לפרוע מן הזיבורית לא ניתן לגבות מהערב על אף שהוא קבלן.

עוד יצא לנו שנחלקו תוס' והרמב"ן האם ניתן לגבות מהערב מן הבינונית כאשר ללוה יש רק זיבורית: **שלדעת תוס'** לא ניתן לגבות מהבינונית של הערב קבלן אלא רק מהזיבורית.

ולדעת הרמב"ן ניתן לגבות אף מן הבינונית. **יש לציין שרש"י כתב כיוון שלישי** והוא שבאמת לא ניתן לגבות מן הערב קבלן במידה ויש ללוה נכסים, והקשו עליו הראשונים שזוהי דעת רשב"ג בב"ב קעג: ולא נפסק כמותה, ועיין בהערה 1292 שהבאנו בשם הפנ"י שכנראה רש"י סבר שת"ק חלק על רשב"ג רק במקרה שהתנה.

¹²⁹⁶ גיטין מח: ד"ה 'הניחא'.

¹²⁹⁷ גיטין ד"ה 'אלא'.

¹²⁹⁸ הלכות מלוה ולוה פרק כו הלכה ג.

¹²⁹⁹ קעד. ד"ה 'ולא היא'.

¹³⁰⁰ מלוה ולוה כו, ה.

¹³⁰¹ סימן מב.

¹³⁰² אמנם יש חילוק בין הב"ח לושב הכהן שלדעת הב"ח בערב רגיל דינו כאומר איני יודע אם נתחייבתי, ולדעת הושב הכהן אף בערב רגיל נחשב כאומר שאינו יודע אם פרע, אלא ששם יש דין שאין גובים מן הערב תחילה, ודין זה לא שייך לגבי ערב קבלן, עיי"ש.

¹³⁰³ ב"ב סימן תרנב.

¹³⁰⁴ בהוצאת שירת דבורה ציינו לדפוס פראג סימן תשיא, ועיין בתשובה שם היטב שם כתוב שניתן לגבות אפילו מערב רגיל אף כשהלווה טוען שפרעו ור' אליעזר חולק עליו, ולא הוזכר כלל מעניין ערב קבלן. וכן עיין במרדכי שנראה שדין זה כתב בשם עצמו ולא בשם מהר"ם, ומהר"ם כתב רק לעניין ערב רגיל שלא ניתן לתבוע ממנו, וכן עיין בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג וחבריו ח"א סימן שמג בעמוד 694 וגם שם לא נמצא דין זה, אלא רק הדין של ערב רגיל.

¹³⁰⁵ בסעיף ט בעמוד 326 הבאנו מחלוקת בין הסמ"ע והקצות לתומים, אם המלוה צריך לגבות מן הערב בשבועה אף שאין לערב טענת ברי כדין הבא להפרע מלקוחות (קצות-סמ"ע) או לא (תומים).

והתומים הביא ראיה לדבריו מפסק הרמ"א כאן שרק במקרה שהלווה טען שפרע, צריך המלוה להשבע, ומשמע שסתם כך אם הלווה אינו כאן, אין צריך המלוה להשבע. והקצות (ו) דחה דבריו, וכתב שהרמ"א בא להשמיע כלל שתמיד המלוה צריך להשבע בכדי ליטול מן הלווה.

אמנם הביא הש"ך שהב"ח חלק על המ"מ כפי שהבאנו לעיל וכתב שניתן לגבות מערב קבלן אף ללא ראייה שהלווה לא פרע.

אך כתב הש"ך שאם היה רואה את הפוסקים שכתבו כמ"מ לא היה מכריע כן.

וכפי שהבאנו לעיל אף הושב הכהן¹³⁰⁷ **סבר כב"ח** שניתן לגבות מערב קבלן אף ללא ראייה, והאריך להוכיח שאף התרומות והראב"ד מודים שאם הלווה אינו כאן שניתן לגבות מן הערב, ורק כשטען שפרע או שמת, פטור הערב הקבלן, הואיל וכבר נפטר הלווה, **אך הודה הושב הכהן** שבמקרה שטען הלווה פרעתי, לא ניתן להוציא מהמלוה מעות כנגד התרומות והראב"ד.

ערב קבלן שנתחייב לשלם את מה שלוה הלוה, ונחלקו הלוה והמלוה כמה לוה?

כתב הפת"ש (יב) בשם החכם צבי בתשובה¹³⁰⁸ שאם הקבלן קיבל עליו להתחייב בכל מה שלוה הלווה, ונפלה מחלוקת בין המלוה ללווה בכמה הוא חייב, צריך המלוה לדון עם הלווה על זה קודם שיגבה מהקבלן, מפני שהרבה פוסקים סוברים שהקבלן נפטר בטענת 'פרעתי' של הלווה, וא"כ נאמן גם בטענת 'לא נטלתי במגו'.

והפת"ש כתב שאינו מבין את דבריו במה שנוקק לדעת הפוסקים הסוברים שנפטר כשהלווה טוען פרעתי, מפני שכאן אף הסוברים שאינו נפטר כשהלווה טוען פרעתי יודו, ונשאר בצ"ע. [ונראה טעמו מפני שהמלוה צריך להוכיח כמה הערב התחייב מתחילה, ואין זה דומה לדיון על פריעת החוב, ששם הערב קבלן ודאי נתחייב רק שלא יודע אם פרע]. לשון השו"ע:

קבלן לעולם יפרע ממנו תחילה אם ירצה, אפילו אם יש נכסים ללוה, אלא אם כן הלוה רוצה לפרעו (נימוק"י סוף ב"ב ורשב"א ריש פרק נזקיין) ואין הלוה נאמן לומר פרעתי דהוה ליה לקבלן להתנות (מרדכי) ונראה לי דהמלוה נשבע ונטל:

סעיף טז

ערב קבלן למלוה בשטר, ואבד השטר, אם יכול המלוה לגבות מן הערב?

הב"י [מחודש יב] הביא תשובת רשב"א¹³⁰⁹ **שכתב** שערב קבלן למלוה בשטר, ואבד השטר, אין המלוה יכול לגבות מן הקבלן, אפילו אם הלוה מודה שלא פרעו, הואיל ואנו חוששים שפרע הלוה, והמלוה והלוה עושים קנוניא כנגד הערב קבלן. ודין זה מלמד מכך שאין מחזירים שטר שנפל למלוה אפילו כשמודה הלווה בחוב (כדאיתא בב"מ ג): בכדי שלא יגבו מן המשועבדים, וק"ו במקרה שלנו.

השו"ע פסק דין זה בלשון 'יש מי שאומר'. **וכתב הש"ך (לג)** שהשו"ע הביא דין זה בלשון 'יש מי שאומר רק כשהלווה טוען שפרע, אבל אם הלוה טוען שלא פרע, פשוט שלא ניתן לגבות מן הערב'.

מלוה שבא לגבות מהקבלן ואין שטרו בידו וטען שאבד, ולוה מודה שלא פרעו, וקבלן טוען שמא פרעך הלוה וקרע שטר חוב, יש מי שאומר שהדין עם הקבלן:

סעיפים יז-ח

באיזה לשון נעשה ערב רגיל, ובאיזה לשון נעשה ערב קבלן?

לשון הגמרא בב"ב קעד.

אמר רב הונא: הלווה ואני ערב, הלווה ואני פורע, הלווה ואני חייב, הלווה ואני (נותן) [אתן] - כולן לשון ערבות הן; תן לו ואני קבלן, תן לו ואני פורע, תן לו ואני חייב, תן לו ואני (נותן) [אתן] - כולן לשון קבלנות הן.

איבעיא להו: הלווה ואני קבלן, תן לו ואני ערב, מאי?

אמר ר' יצחק: לשון ערבות - ערבות, לשון קבלנות - קבלנות.

רב חסדא אמר: כולן לשון קבלנות הן, בר מהלווה ואני ערב.

רבא אמר: כולן לשון ערבות הן, בר מתן לו ואני נותן.

כלומר הגמ' מביאה ג' דיעות לגבי השאילה באיזה לשון נעשה הערב, ערב רגיל, ובאיזה לשון נעשה ערב קבלן:

א. דעת רב הונא שכל שאומר הלווה, נעשה כערב רגיל, אף שאומר הערב שהוא יפרע, או שהוא יתחייב, או שהוא יתן.

וכל שאומר 'יתן', נעשה כערב קבלן, בין שאמר שהוא יפרע, שהוא יתחייב, ושהוא יתן. **ובתוך דיעה זו הסתפקה הגמרא** מה הדין כשאומר הלווה ואני קבלן, או תן לו ואני ערב.

¹³⁰⁶ לה ח"א אות מד.

¹³⁰⁷ סימן מג

¹³⁰⁸ דפוס לבוב בליקוטים שבסוף הספר סימן לו.

¹³⁰⁹ ח"ב סימן שסז.

והכריע רב יצחק שכל שאמר 'ואני ערב' נעשה ערב וכשאמר ואני קבלן נעשה קבלן.¹³¹⁰
ב. דעת רב חסדא שגם כשאמר הלווה ואני אתן, הלווה ואני חייב, נעשה כערב קבלן, ורק כשאומר הלווה ואני ערב, נעשה ערב רגיל.
ג. דעת רבא להיפך שבכל לשונות אילו נעשה כערב רגיל וגם כשאומר תן ואני ערב, תן ואני חייב, ורק כשאומר תן ואני אתן נעשה ערב קבלן.
להלכה כתב הרי"ף¹³¹¹ **ש'רבוותא קמאי' פסקו כרב הונא** שכל שאומר הלווה נעשה ערב וכל שאומר תן נעשה קבלן, **והביא הטור שכן פסק הרמ"ה**¹³¹².
אך הרי"ף הכריע כרבא שבכל הלשונות נעשה ערב רגיל מלבד באומר תן ואני אתן. **וכן פסקו הרא"ש**¹³¹³ **והרמב"ם**¹³¹⁴, **וכן פסק השו"ע**.
וכתבו התרומות¹³¹⁵ **והטור** שאם נעשה ערב לאחר מתן מעות, יועיל לשון של קבלנות כשיאמר 'מה שנתת לזה אני נותן לך' (וצריך לעשות קניין כדין כל ערב שבלא בשעת מתן מעות). **וכן פסק השו"ע**.

האומר תן לו ואני קבלן אם נעשה ערב קבלן?

הבאנו שנפסק כרבא שרק כשאומר 'תן לו ואני אתן' נעשה ערב קבלן.
ונחלקו הראשונים מה הדין כשאומר 'תן לו ואני קבלן':
דעת הרשב"ם¹³¹⁶ **והרא"ש**¹³¹⁷ שפשוט שנעשה ערב קבלן מפני שאמר במפורש שנעשה קבלן, (ולא אמר לשון הלוואה).
ודעת הרי"ף¹³¹⁸ שלא נעשה ערב קבלן עד שיאמר ואני אתן, **וכן כתוב ברמב"ם המופיע לפנינו**.
אך ברמב"ם שהיה לפני הב"י לא היה ברור דעתו ונסתפק הב"י בזה, ולבסוף הכריע שמסתמא דעתו כדעת הרי"ף.
הטור פסק כדעת הרא"ש והרשב"ם שכשאמר תן ואני קבלן נעשה ערב קבלן.
וכתב הרמ"א שכן נראה להורות.
וכתב הש"ך (ו) שכן נראה עיקר בש"ס, **והוסיף מדברי המרדכי וההגהות מימוניות** בסוף פרק גט פשוט שהביא הסמ"ע (לט) שאף אם אמר בלשון לע"ז כל שלא הזכיר לשון הלוואה ופרעון נעשה ערב קבלן.
והשו"ע כתב כדעת הרי"ף והרמב"ם שאם אמרתן לו ואני קבלן, נעשה ערב רגיל ולא קבלן.

אמר תן לו ואני חייב ליתן לך.

כתב הטור בשם התרומות¹³¹⁹ שאם אמר תן לו ואני חייב ליתן לך, לא נעשה ערב קבלן אף שאמר שיתן לו, מפני שלשון 'תן' מוסבת על 'חייב אני לך'.

כתוב בשטר שנעשה קבלן, ולא כתוב באיזה לשון, אם נעשה קבלן?

כתבו התוספות¹³²⁰ **והרא"ש**¹³²¹ **והרשב"א**¹³²² **והמגיד משנה**¹³²³ שאם כתוב בשטר שהוא ערב 'קבלן' לבד, אנו אומרים שערב קבלן הוא, שמסתמא אמר בלשון המועיל.
אך התרומות כתב¹³²⁴ שחוששים שאמר בלשון ערבות, ויד בעל השטר על התחתונה.
הרמ"א סתם כדעת התוס' וסייעתם, שאנו מניחים שנעשה ערב קבלן בדרך שמועילה.
אבל הש"ך (לז) הביא שהמהרשד"ם¹³²⁵ פסק כדעת התרומות.
 לשון השו"ע:

סעיף יז: איזהו ערב ואיזהו קבלן, אמר לו: תן לו ואני נותן לך, זה הוא קבלן. ואם הוא לאחר מתן מעות יאמר: מה שנתת לזה אני נותן לך, והוא דקנו מיניה, כמו שנתבאר:

¹³¹⁰ **לדעת רשב"ם (ד"ה לשון)** הכל תלוי בלשון שכשאמר ערב, לעולם נעשה ערב וכשאמר קבלן לעולם נעשה קבלן.
אך רבינו גרשום (ד"ה אמר רב יצחק) תלה הכל במה שנאמר בסוף שהואיל ואמר ערב בסף נעשה ערב, וכן אם אמר קבלן בסוף נעשה קבלן.
¹³¹¹ פא.
¹³¹² ב"ב קעד. סימן קל.
¹³¹³ ב"ב פרק גט פשוט סימן מא.
¹³¹⁴ מלוה ולוה פרק כה הלכה ה.
¹³¹⁵ שער לה חלק א סימן לד.
¹³¹⁶ ד"ה בר מתן.
¹³¹⁷ ב"ב פרק גט פשוט סימן מא.
¹³¹⁸ ב"ב פא.
¹³¹⁹ שער לה ח"א סימן לט.
¹³²⁰ תוס' ב"ב קעד. ד"ה חסורי.
¹³²¹ ב"ב פרק גט פשוט סימן מב.
¹³²² ב"ב קעד. ד"ה רבא.
¹³²³ מלה ולוה פרק כה הלכה ה.
¹³²⁴ שער לה ח"א סימן מ.
¹³²⁵ סימן לט.

סעיף יח: אבל אם אמר לו: הלוה ואני ערב הלוה ואני פורע הלוה ואני חייב הלוה ואני נותן הלוה ואני קבלן תן לו ואני ערב [תן לו ואני פורע] תן לו ואני חייב ליתן לך, ואפילו אמר: תן לו ואני קבלן, כולם לשון ערבות הם. הגה: ויש אומרים דתן לו ואני קבלן, הוי קבלן (הרא"ש ורשב"א סוף ב"ב וטור), וכן נראה להורות. ושטר שכתוב בו: פלוני קבלן, הוי ערב קבלן, דודאי בלשון המועיל קאמר (טור בשם הרא"ש והמגיד פכ"ה דמלוה ותוספות):

סעיף יט

ערב שנשא ונתן ביד

לשון הגמרא בב"ב קעד.

א"ל מר בר אמימר לרב אשי, הכי אמר אבא: תן לו ואני נותן - אין למלוה על הלוה כלום. ולא היא, לא מיפטר ליה מיניה דמלוה עד שישיא ויתן ביד. **כלומר** מר בר אמימר סבר שכל פעם שיש ערב קבלן, נפטר הלוה מחובו לגמרי. **ומסיקה הגמ' שדין זה נכון רק בערב שנשא ונתן ביד, כלומר שלקח את המעות מהמלוה ונתן ללוה, ובכך נעשה הערב קבלן, היחיד שחייב למלוה.** **וכתבו התוספות¹³²⁶ הרא"ש¹³²⁷ המגיד משנה¹³²⁸ הרמב"ן¹³²⁹ והנימוק¹³³⁰ בשם ר"ת** שאף כשנשא ונתן ביד, אם אין לערב קבלן מעות, יכול המלוה לגבות מהלוה מדינו של ר' נתן.

האם יכול הערב קבלן למחול ללוה ובכך לפוטרו מן המלוה?

הב"י הביא את דברי הנימוק¹³³⁰ שכתב שאם מחל הערב קבלן ללוה על חובו, אין המלוה יכול לגבות ממנו מדינו של ר' נתן.

עוד הביא הב"י שרבינו ירוחם כתב שהרשב"א הסתפק אם הערב קבלן יכול למחול.

ופסק כאן השו"ע שיכול הערב קבלן למחול.

ולכאורה פסק זה סותר את פסק השו"ע בסימן פו סעיף ה שם פסק שלוח א' אינו יכול למחול על חובו של לוח ב' הואיל שהרי פקע שעבודו של לוח ב' ללוח א', וכבר נשתעבד לוח ב' למלוה.

והסמ"ע (מב) כתב ליישב שכאן מדובר כשלא היה ידוע כל כך שאין לערב נכסים וזוה מועילה מחילתו, **וכעין דין זה הביא הש"ך בשם הב"ח בסימן פו ס"ק (ה).**

והש"ך (לח) השיג על הסמ"ע וכתב שפשוט שגם באופן שלא ידוע שאין נכסים לערב, לא מועיל מחילה, וכן השיג הש"ך בסימן פו על הב"ח.

והש"ך כתב שבאמת דין זה אינו נכון לדינא, והנימוק¹³³⁰ והרשב"א סברו כדעיה שניתן למחול בשיעבודא דר' נתן, ודיעה זו לא נפסקה להלכה.

הקצות (ז) הביא שהתומים כתב ליישב את הסתירה בשו"ע וכתב שלכאורה לא שייך כאן כלל דינו של ר' נתן, שכל שלא פרע הערב קבלן למלוה, אין הלוה חייב לו כלל, וכשפרע הערב קבלן למלוה, אמנם נתחייב הלוה לערב קבלן, אך כבר אין שום חוב כלפי המלוה שכבר נפרע, אלא שאם אין נכסים לערב קבלן, אנו מלמדים את המלוה לומר לערב קבלן שכאילו קיבל את פרעונו ותמורת כך זקף עליו חוב חדש, וכעת כביכול כבר פרע הערב קבלן למלוה, וכבר נתחייב הלוה לערב קבלן, ולכן יכול המלוה לפרוע ממנו מדינו של ר' נתן, ולכן אם הערב קבלו ימחול ללוה קודם שסרע, פשוט שזה יועיל שהרי עדין לא נתחייב לו.

והקצות השיג על דבריו וכתב שפשוט שהואיל ובערב שנשא ונתן ביד כבר נפטר הלוה לגמרי, הוא מיד השתעבד לערב, ולכן המלוה יכול לגבות ממנו מדינו של ר' נתן, וכתב הקצות שהתומים ערבב בין ערב קבלן רגל שבו אין הלוה מתחייב לשלם לו עד שיפרע למלוה, לבין ערב קבלן שנשא ונתן ביד.

אך הנתניבות (יד) הצדיק את דברי התומים וכתב שבאמת גם לערב קבלן שנשא ונתן ביד לא מתחייב הלוה לשלם אלא כשהוא ישלם למלוה, ונימוקו שודאי הערב קבלן אינו נחשב כאדם שלוח מהמלוה והלוה ללוה, אלא ודאי שנעשה כערב קבלן ללוה, אלא שבנוסף נעשה לוח ישיר למלוה מכח שלוח ממנו, ולכן אין הלוה משתעבד לו עד שיפרע בפועל למלוה,

אך כתב הנתניבות שמכל מקום פשוט שהלוה משתעבד לערב מרגע ההלוואה לענין נכסיו, וזה מפני שחוב זה נחשב שמתחיל מעכשיו (רגע ההלוואה) אך נגמר כשהערב פורע למלוה, וכל עוד לא נגמר החיוב לא חל דין ר' נתן.

וכתב הנתניבות שפשוט שאם המלוה הוא גר שמת שהערב קבלן נפטר מחובו, גם הלוה אינו חייב לשלם לערב.

אך למסקנה הסיק הנתניבות שאין לזוז מפסק של הש"ך שדין השו"ע אינו נכון, ואין הערב קבלן יכול למחול ללוה על חובו.

¹³²⁶ קעג: ד"ה 'חסוריי'.

¹³²⁷ ב"ב פרק גט פשוט סימן מא.

¹³²⁸ מלוה ולוח כו, ג.

¹³²⁹ ב"ב קעד. סוף ד"ה לא שנו.

¹³³⁰ ב"ב פא.

ובמהדורה בתרא ביאר שאין זה מטעם הקצות, אלא מפני שהערב קבלן יכול לכפות את הלוה שיפרע למלוה, שלכך נעשה ערב ולא שיפרע למלוה ואח"כ יתבע את הלוה, וא"כ כבר נשתעבד הלוה לערב לעניין הפריעה למלוה, וא"כ אף המלוה יכול לתבוע שיפרע לו מדינו של ר' נתן.

האם דין 'נשא ונתן ביד' שייך אף בערב רגיל?

כתב הרמ"ה¹³³¹ שדין נשא ונתן ביד הוא רק בערב קבלן, אבל אם אמר לשון ערבות לא נפטר הלוה אף כשנשא ונתן ביד.

וכתב הב"י שניראה שהרמב"ם¹³³² **סובר כרמ"ה**, מפני שכתב דין זה בזה הלשון: "ואם נשא הקבלן המעות מיד המלוה... ומשמע שדין זה שייך רק בקבלן.

וכתב הטור שדברי הרמ"ה לא נהירים לאביו הרא"ש [ובחידושי הגהות (ט) ביאר שכן מדויק ממה שכתב הרא"ש לגבי נשא ונתן, שאם אין לערב ממה לשלם ניתן לגבות מהלוה מדינו של ר' נתן כפי שהבאנו לעיל, וממה שכתב ערב משמע שדין זה שייך אף בערב רגיל]

השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם שממנו משמע שדין זה הוא רק בערב קבלן ובלשון יש מי שאומר כתב כדברי הטור בשם אביו שדין זה שייך אף בערב רגיל.

בנידור בדעת רש"י ורשב"ם שאף בערב קבלן יכול המלוה לגבות ממי שירצה?

[הד"מ (י) ציין לדברי המרדכי¹³³³ שהביא שלדעת רש"י¹³³⁴ והרשב"ם¹³³⁵ אף בערב קבלן שנשא ונתן ביד, יכול המלוה לגבות או מהערב או מהלוה, ושם נשאר המרדכי בצ"ע. וכן הקשה הש"ך בסימן לו ס"ק טז שהרי מבואר בגמרא במפורש שבנשא ונתן ביד, אין למלוה על הלוה כלום.

רש"י והרשב"ם כתבו כן בפירוש הביטוי ערב קבלן, ופירשו שזה ערב שנשא ונתן ביד.

וכתב התומים בסימן לו ס"ק ז ליישב רש"י ורשב"ם סברו שדווקא בערב קבלן שנשא ונתן ביד, הדין הוא שהלוה נפטר, אבל בערב רגיל שנשא ונתן ביד הדין הוא שנעשה כקבלן רגיל.

ע"ש שתירץ בתחילה תירוץ אחר והוא שיש חילוק בין מקרה בו הלוה לא דיבר עם המלוה כלל, שבזה אין לו עסק לבין מציאות שבתחילה דיבר עמו, ואח"כ בה הערב ונשא ונתן ביד, אך לבסוף דחה תירוץ זה.]

אם דין 'נשא ונתן ביד' שייך כשבא בשליחות הלוה או שהמלוה הביא לו בתורת שליחות?

כתב התיביות (יג) שנראה שדין נשא ונתן ביד הוא רק כשלקח הקבלן את הכסף בשם עצמו או בסתם, אבל אם בא בשליחותו של הלוה או שנתן לו המלוה את הכסף בתורת שליחות, שלוחו של אדם כמותו הוא ונחשב כאילו קיבל הלוה את הכסף בעצמו.

ערב קבלן על הקפה של סחורה שלקח את הסחורה מהמוכר לאחר שכבר קנאו הקונה, אם דינו כנשא ונתן ביד?

עוד כתב התיביות שערב קבלן על הקפה של סחורה שלקח את הסחורה מהמוכר לאחר שכבר קנאו הקונה, אינו נחשב כנשא ונתן ביד, הואיל וכבר קנאו הלוה ואינו דומה למלוה, וכתב שדין זה פשוט. לשון השו"ע:

אם לקח הקבלן מעות מיד המלוה ונתם ליד הלוה, אין למלוה על הלוה כלום, ואין יכול לתבוע אלא את הקבלן, ואם אין לקבלן גובה מהלוה מדרבי נתן, אלא אם כן מחל הקבלן ללוה. ויש מי שאומר דהוא הדין לערב:

סעיף כ

דיבר המלוה רק עם הערב

כתב הטור בשם הרא"ש¹³³⁶ שאם אמר הערב למלוה שילוח ללוה, והלוה לא דיבר עם המלוה כלל, יש לו עסק רק עם הערב למרות שהלוה ללוה עצמו, מפני שלא הלוה לו אלא בשליחות של הערב, ולא משנה באיזו לשון התחייב הערב למלוה.

והשו"ע פסק דין זה בלשון יש מי שאומר.

וכתב הסמ"ע (מג) שנראה שגם בדין זה אם אין נכסים לערב יכול המלוה לגבות מהלוה משיעבודא דר' נתן.

לשון השו"ע:

¹³³¹ ב"ב קעד. סימן קל ד"ה 'נקטינן'.

¹³³² מלוה ולוה פרק כו הלכה ג.

¹³³³ ב"ב פרק גט פשוט סימן תרנ.

¹³³⁴ ערכין כג: ד"ה קבלן.

¹³³⁵ ב"ב מז. ד"ה קבלן.

¹³³⁶ ב"ב פרק גט פשוט סימן מא.

יש מי שאומר דערבות וקבלנות היינו כשתבע הלוה מהמלוה שילווננו, ונכנס הערב עמו בדבר בלשון ערבות, או בלשון קבלנות, אבל אם לא דבר הלוה עם המלוה כלום, אלא ראובן אמר לשמעון: הלווה ללוי מעות ואני פורע, הלווה ואני נותן לך, או הלווה ואני חייב לך, אין לשמעון על לוי כלום, אפילו נתנם לו מידו, אלא על ראובן שאמר לו הלווה, ובשליחותו של ראובן נתנם לו:

הנעשה ערב לעכו"ם כשבדיניהם יכול הלוה לדחות את המלוה אצל הערב?

כתב הב"ח שאם נעשה הערב לעכו"ם, ובדיניהם יכול הלוה לדחות את מלוה אצל הערב, יכול המלוה לגבות מן הערב תחילה.

והש"ך (לט) תמה שהרי הרי הרמ"א פסק בסעיף ח, שאם העכו"ם טוען שפרע, נפרע הערב, והרי לשיטת הב"ח נעשה הערב לעכו"ם כערב קבלן, ואין ערב קבלן נפטר בטענת פרעתי של הלוה כמבואר בסעיף טו. **וכתב הש"ך** שיש לומר שהרמ"א דיבר בסעיף ח במקרה שבדיניהם אין הלוה יכול לדחות את המלוה אצל הערב.¹³³⁷

סעיף כא

ממי גובים תחילה מערב קבלן או מלקוחות?

כתב הטור בשם התרומות¹³³⁸ שיכול המלוה לטרוף מהלקוחות של הלווה ואינם יכולים לדחות אותו אצל הערב קבלן, אך אם נשא ונתן ביד, אינו גובה אלא מן הערב. וכן הדין בשנים שנעשו אחראים זה לזה, שניתן לגבות מהמשועבדים.

והב"י הביא רשב"א בתשובה¹³³⁹ שכתב שהדעת נוטה שאינו יכול לגבות מהמשועבדים, אלא מן הערב, וכתב שיש להתיישב בדבר.

ובחידושי¹³⁴⁰ **כתב הרשב"א בכיוון ההפוך וקיצוני יותר מהתרומות** שצריך לגבות דווקא מן הלקוחות. **השו"ע פסק את דברי התרומות.** לשון השו"ע:

קבלן שלא נשא ונתן ביד, ומכר הלוה כל נכסיו, אע"פ שיש נכסים לקבלן, אם ירצה המלוה לטרוף מלקוחות של לזה, אינם יכולים לדחותו אצל בני חורין של קבלן, וכן הדין בשנים שנעשו אחראין [זה] לזה ומכר אחד מהם נכסיו, אבל קבלן שנשא ונתן ביד, אינו יכול לגבות מהלקוחות של לזה אלא אם כן אין נכסים לקבלן:

סעיף כב

מתי גובים הערב והקבלן ממשעבדי של הלוה, וכיצד מתחייב הלוה לערב על כך שערב בעבורו?

מתי גובים הערב והקבלן ממשעבדי של הלוה?

כתב השו"ע ע"פ דברי הטור בסימן קל בשם רבינו יונה:

הערב והקבלן אין טורפין ממשעבדי דלוה עד שימסור לו המלוה שטר חוב ויקנהו לו דרך קנין שטרות כי היכי דלא ליהוי תביעה על פה:

כיצד מתחייב הלוה לערב על כך שערב בעבורו?

כתב הרא"ש בתשובה¹³⁴¹ שבכדי שהלווה יתחייב לשלם לערב על כך שערב לו יש צורך בקנין ולא די באמירה, כי ערבות אינו דבר שלוקחים עליו שכר שיקנה באמירה, **וכן פסק הרמ"א:**

מי שנדר שכר לחבירו שיערב בעדו, אם קיבל קנין ליתן לו שכר, חייב כפי מה שקצב ואם לא קיבל קנין א"צ ליתן לו שכר באמירה בעלמא (רא"ש):

¹³³⁷ **לכאורה נראה שאין צורך לזה** ואף כאשר בדיניהם יכול לדחותו, אינו נעשה כערב קבלן לכל עניין, אלא רק לעניין זה שיכול המלוה לגבות ממנו תחילה, הואיל ובלאו הכי הגוי ישלחוהו אליו ע"פ דיניהם והרי הוא כלוה אלם, ומכל מקום לא השתעבד הערב יותר מערב רגיל, ונפטר בטענת הלוה.

אך נראה שבאמת דין זה תלוי במחלוקת הב"ח והושב הכהן (שהבאנו בסעיף יב בעמוד 330), אם הטעם שבערב קבלן אינו נפטר בטענת פרעתי, הוא מפני שנעשה כאומר 'איני יודע אם פרעתי וכפי שכתב הב"ח, ומשמע שהתחייב חיוב באופן ישיר בשונה מערב רגיל ויתכן שכאן לא נתחייב באופן ישיר וכערב רגיל, אלא שניתן לפרוע ממנו תחילה כדין לזה אלם וכפי שכתבנו, או שהטעם שנפטר בטענת פרעתי הוא מפני שאין גובים מן הערב תחילה וכפי שכתב הושב הכהן, והואיל וכאן ניתן לגבות ממנו תחילה, אינו נפטר בטענת פרעתי, ודוק.

¹³³⁸ שער לה ח"א סימן מו.

¹³³⁹ ח"א סימן תתפח.

¹³⁴⁰ קעג: ד"ה ואם.

¹³⁴¹ כלל סד סימן ג.

סימן קל

דין הערב שפרע למלוה כיצד נפרע מן הלוה ובו ז' סעיפים:

סעיף א

ערב שפרע למלוה בלי שהביא המלוה ראייה שלא נפרע מהלוה

כתבו התרומות¹³⁴² והטור שערב או קבלן שפרעו למלוה בפני עדים, יכולים לתבוע את הלוה שישלם להם על מה שפרעו רק במידה והמלוה הביא ראייה שהלוה לא פרעו, שאם פרע קודם שנודע לו אם פרעו וטוען הלוה שכבר פרע, אינו חייב כלום, שודאי הלוה לא הרשהו לפרוע באופן זה, אך אם פרעו לאחר שהביא המלוה ראייה, צריך הלוה לפרעו, בין שהלוה נתחייב במלוה בשטר ובין בע"פ ואפילו בלא עדים, **וכן פסק השו"ע**.

[ובסעיף הבא נדון באילו מקרים הערב פורע, ובאיזה מקרים אינו יכול לפרוע הואיל ולא קיבל הוראה מפורשת לפרוע ללא רשותו].

האם במלוה בשטר יכול הערב לפרוע בלא להביא ראייה מהמלוה שלא נפרע מהלוה?

כתב הסמ"ע (ב) שבמלוה בשטר יכול הערב לפרוע בלי ראייה שלא נפרע מהלוה, מפני שהשטר עצמו הוא ראייה לכך.

אך הש"ך (א) הביא שהב"ח כתב שגם במלוה בשטר אם הלוה יביא שובר שפרע, הוא אינו חייב לשלם לערב וכתב שהוא קל להבין.

וביאר הנתניבות (ב) שהסיבה שהלוה אינו חייב לשלם לו על אף שפרע הערב כדון, הוא מפני שהיה לערב להשביע את המלוה על כך שלא נפרע. [א"א – ויוצא שאם השביעו, הלוה יהיה חייב לשלם על אף שיש לו שובר].¹³⁴³

קושיא מסימן קכט שמשמע שיכול מלוה לגבות מערב קבלן אף ללא ראייה?

העיר הסמ"ע (ד) שמדברי השו"ע כאן עולה שאין הערב קבלן צריך לפרוע למלוה בלא ראייה שהמלוה לא נפרע, ואילו בסימן קכט סעיף טו פסק הרמ"א ע"פ המרדכי שאף כשטוען הלוה שפרע, יכול המלוה לגבות מן הקבלן מפני הקבלן האמין למלוה אלא אם כן התנה במפורש לא כך.

ותירץ הסמ"ע שלשון השו"ע מוסב על ערב רגיל ולא על קבלן.

ובסימן קכט ס"ק לו ביאר הסמ"ע שלמרות שהקבלן אינו יכול לגבות מהלוה בלא ראייה שהלוה לא פרע למלוה, עדיין יכול המלוה לגבות מהקבלן, מפני שהקבלן הפסיד את עצמו, שהיה לו להתנות שלא יתחייב אלא בראיה ברורה.

הש"ך (ג) לא זכר מדברי הסמ"ע בסימן קכט ולכן כתב שאין דברי הסמ"ע נכונים ומוכח מכאן שבאמת לא ניתן לגבות מהקבלן ללא ראייה [וזאת לשיטתו בסימן קכט עיין בעמוד 337], שאם היה מוכרח לפרוע, היה יכול לתבוע את הלוה.

הנתניבות (ב) ניסה ליישב את הסמ"ע (שלא ע"פ דברי הסמ"ע עצמו) **וכתב** שהסיבה שאין הלוה חייב לשלם לערב, הוא מפני שהערב היה צריך להשביע את המלוה שלא נפרע כמבואר בסמ"ע בסימן קכט ס' כח¹³⁴⁴, והואיל ולא השביעו, הוא הפסיד את עצמו.

פרע הערב כדון ולא הודיע ללוה, והלך הלוה ופרע שוב, אם חייב לשלם ללוה?

הבאנו לעיל שכתבו התרומות והטור שאם הערב פרע למלוה לאחר שהביא ראייה שלא נפרע מהלוה, חייב הלוה לשלם לו, ובתרומות מבואר שהחידוש בזה שאין דין זה דומה לפרוע חוב חבירו שלא ברשותו שאין חבירו חייב לשלם לו.

ובפרישה נתקשה שהרי הטור בסימן קכח סבר שחייב לשלם אף לפרוע חוב חבירו שלא ברשותו, וא"כ מה החידוש?

וכתב בדרישה ובסמ"ע (ו) שהחידוש הוא שאם פרע הערב כדון, אפילו אם לא ידע הלוה מזה ופרע אח"כ, חייב לשלם לערב, ואין זה דומה לפרוע חוב חבירו ולא הודיעו וחזר חבירו ופרע בעצמו, שלכ"ע אינו חייב לשלם לפרוע, מפני שהיה לו להודיע, אך כאן זה נחשב שפרע ברשותו.

ובזה ביאר הדרישה גם מדוע הביא הטור את מחלוקת הראב"ד והרמב"ם שנביא בסעיף הבא אם יכול לפרעו כשאמר ערבני מבלי שאמר ואשלם, ובמה זה שונה מכל פורע חוב חבירו שלדעת הטור חייב לשלם, והסיבה היא שכאן מדובר שהלוה כבר פרע שוב.

הש"ך (ד) השיג על דבריו וכתב שאף הערב צריך להודיע ללוה על כך שפרעו, והואיל ולא הודיעו, אין הלוה חייב לשלם לו, אמנם אם מדובר במלוה בשטר, אין הלוה נאמן לומר שפרע אלא אם כן קיבל שובר מהמלוה, ובה נאמן. **[וכתב הנתניבות (ג)]** שאף הש"ך יודה שאם נאנס הערב ולכן לא הודיעו שחייב הלוה לשלם לו].

¹³⁴² שער לה ח"א סימן מה.

¹³⁴³ עיין בעמוד 326 תחת הכותרת 'מלוה הפורע מן הערב כשאין נכסים ללוה' שהתומים חולק בזה וסובר שלא שייכת שבועה באופן הנ"ל.

¹³⁴⁴ עיין בעמוד 326 תחת הכותרת 'מלוה הפורע מן הערב כשאין נכסים ללוה' שהתומים חולק בזה וסובר שלא שייכת שבועה באופן הנ"ל.

והש"ך ביאר שהטור בא לומר שאין הלוה נאמן לומר שפרע אח"כ לערב, מפני שהטור סבר שכשיש לערב ראייה מן המלוה שפרע, דינו כשטר שאינו נאמן בטענת פרעון, ובה גם ביאר מדוע הטור הביא את מחלוקת הראב"ד והרמב"ם, שהרי לפי הרמב"ם כשאמר 'ערבני' אין פרענו נחשב כפרעונו של ערב, אלא כסתם פורע חוב חבירו, ובה נאמן הלוה לומר שפרע ואילו לפי הראב"ד שפרעונו- פרעון של ערב, אין הלוה נאמן לומר שפרע אח"כ.

אך התומים (ב) הכריע כדעת הסמ"ע שהלוה חייב לשלם לערב על אף שפרע ללוה, ודייק כן מהתרומות הטור ושוי"ע, וביאר בטעם הדבר שהלוה הוא משועבד לערב שעשה לו טובה, ולכן עליו מוטלת החובה לברר אם פרע הערב קודם שפרע הוא.

הקצות (א) כתב שדברי הסמ"ע נכונים דווקא כשאמר שנכנס הערב מכח הלוה, שבה חייב לשלם לו על שפרע למרות שגם הלוה פרע הואיל ופרע בשליחותו, אך כשנכנס ערב מאליו, אינו חייב לשלם לו כשפרע הלוה גם הוא, הואיל וכל חיובו לשלם לערב הוא מדין פורע חובו ומדין נהנה¹³⁴⁵, וכאן לא ההנהו הואיל ופרע הלוה אף הוא בלאו הכי. [כלומר עיקר סיוגו של הקצות הוא שכשנכנס ערב לעצמו, למרות שחייב הלוה לשלם לו ונעשה ערב (ואינו כפורע חוב חבירו שלא ברשות) מכל מקום בזה אינו חייב לשלם אם כבר פרע בשונה מה שמשמע בדרישה].

לסיכום:

דעת הסמ"ע והתומים שאם פרע הערב לאחר שבירר שלא נפרע המלוה, חייב הלוה לשלם לו על אף שפרע הלוה שוב למלוה.

והקצות כתב שדין זה נכון רק כאשר נכנס ערב ע"פ הלוה מפני שפרע בשליחותו, אבל כשנכנס על דעת עצמו לא, הואיל ולא ההנהו.

והש"ך חולק וסובר שאינו חייב לשלם, הואיל והיה מוטל על הערב להודיע ללוה שכבר פרע. **וכתב הנתניבות** שאף הש"ך יודע כשהערב היה אנוס מלהודיע.

אך כתב הש"ך שכשיש לערב ראייה שפרע למלוה, אין הלוה נאמן לומר שפרע לו אח"כ כדן מלוה בשטר.

ערב לישראל וגוי שלוה מישראל, ופרע הישראל מחצה מן החוב, ולאחר מכן פרע הגוי את כל החוב, אם חייב המלוה להשיב לערב את מה שפרע?

הב"י הביא תשובת הרשב"א¹³⁴⁶ שדן במקרה בו ישראל וגוי קנו סחורה מישראל ביחד בהקפה מישראל אחר, וישראל נוסף נעשה ערב בעד הישראל הלוה ופרע חצי החוב ונתן למלוה שטר חוב על החצי השני. ואח"כ פרע הגוי את כל החוב בטעות, ותובע הערב את המלוה שיחזיר לו מה שפרע.

ופסק הרשב"א שזכה המלוה בכסף ששילם הערב, מפני שכדין שילם ונפטר הגוי בזה הואיל והישראל שלוה נעשה כחייב חצי וערב על חצי של חוב הגוי. ולכן הגוי פרע אח"כ בטעות וחייב המלוה להשיב לו את מה שפרע. ומכל מקום חייב להחזיר את השטר חוב שעשה לו הערב על החצי הנותר הואיל ולא התחייב לו הערב אלא מחמת החוב והרי נפרע.

והקשה הנתניבות (א) שהואיל והגוי נעשה אף הוא ערב בעד חלקו של לוה הישראל, נעשו הגוי והערב ערבים לחצי החוב שלוה הישראל ולכן הואיל והערב הראשון פרע את חלק הערב נעשה הגוי חייב לערב כדן שנים שנעשו ערבים, שיכול הערב שפרע לגבות חצי מן הערב השני, והואיל והמלוה חייב לגוי על שפרע לו בטעות, הוא השתעבד מדינו של דר' נתן גם לערב על מחצה מחובו של הלוה הישראל, וא"כ חייב להשיב לו את החוב שחייב לגוי.

ותירץ הנתניבות שהרשב"א דיבר במקרה שהערב פרע בלי להודיע ללווים, ולכן הוא אינו יכול לתבוע את הלווים כפי שסבר הש"ך שהבאנו לעיל.

לשון השו"ע:

ערב או קבלן שפרעו למלוה בפני עדים אם פרעו קודם שנודע אם פרעו הלוה, וטוען הלוה שכבר פרעו, אינו חייב לערב כלום. אבל אם פרעו אחר שהביא המלוה ראייה שלא נפרע, צריך הלוה ליתן לו כל מה שפרע בשבילו, בין שנתחייב לוה למלוה בשטר, בין שנתחייב לו בעל פה, אפילו בלא עדים:

סעיף ב

באיזה אופן מתחייב הלוה לשלם לערב על שפרע בשבילו?

כתב הרמב"ם¹³⁴⁷ שהלוה חייב לשלם לערב על שפרעו רק כשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב 'ערבני ושלם', אבל אם עמד ברשות עצמו ונעשה לו ערב או קבלן, או שאמר לו הלוה ערבני ולא הרשהו שיתן ויפרע החוב, אין הלוה חייב לשלם לו כלום.

¹³⁴⁵ והעיר שגם הסוברים שהפורע חוב חבירו שלא ברשות פטור, יודו שבה פטור מדין ערב, וצ"ל לעיין בדבריו בסימן קכח ס"ק ב ולא הבנתי מה הקשר לשם.

ועיין במשפט ערב סימן לג שם ניסה לעמוד בטעם הדבר שכאן התחייב אף למ"ד שפטור כשפרע שלא ברשות, והעלה שדין זה נכון רק לסוברים שהטעם שפטור הוא מפני שמסמא מחל, ובערב לא שייך טעם זה הוא והיה חייב לשלם, אבל נשאר בצ"ע לפי טעמם של הר"י והרמב"ם שהטעם שפטור משום שיכל הלוה לומר שהיה מפיסו, וא"כ אף בערב שייך טעם זה, ויש להעיר שבלאו הכי פשוט שהרמב"ם לא סובר כן, ולכן פוטר כל עוד לא אמר ערבני ואשלם, ודוק.

¹³⁴⁶ רבינו ירוחם תולדות אדם חלק ב סימן רלב.

¹³⁴⁷ מלוה ולוה כו, ו.

הראב"ד השיג על דבריו וכתב ש'אלו דברים שאין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן. **וכתב המגיד משנה שלשיטתו** גם בערב הנכנס מאיליו חייב הלווה לפצות אותו. **אך התרומות**¹³⁴⁸ **והטור כתבו בדעת הראב"ד** שמכיון שאמר לו 'ערבני' הוא כאילו הרשהו לשלם, ומבואר שהם הבינו שגם הראב"ד יודה שאם נכנס הערב מעצמו ושילם, אין המלוה חייב לשלם לו. **וכתב הש"ך (ד)** שהתרומות והטור צדקו בהבנת הראב"ד, ובאמת אף הוא מודה שאם נכנס מאיליו, אין הלוה חייב לשלם, וכתב שאף המגיד משנה כתב באת פירושו בראב"ד בדרך 'אפשר'.

ולהלכה הכריע המגיד משנה כרמב"ם. **השו"ע הביא דברי הרמב"ם בשם 'יש מי שאומר', והביא 'יש מי שחולק' כהבנת המגיד משנה בראב"ד,**

שהלווה חייב שלם לערב אפילו כשנכנס ערב מעצמו ושילם. **והביא הש"ך** שדעת רבינו ירוחם היא כדעת הרמב"ם, ושכתב שכן דעת רס"ג. **התומים (ג) כתב** לבאר שאין מחלוקת בין המ"מ והתרומות בהבנת הרמב"ם שהמגיד משנה דיבר במקרה הפשוט שאם פרע הערב חייב לשלם, ואין זה נחשב כפורע חוב חבירו שלא מדעתו, הואיל וכאן הוא מרויחו בכך שע"י כך הסכים המלוה להלוות בשונה מפורע חבירו, שרק מונע לו היזק¹³⁴⁹, ואילו הטור דיבר במקרה שהלוה טוען שפרע שוב למלוה, וזוה באמת יש חילוק, שדווקא כשאמר הלוה 'ערבני' היה מוטל על הלוה לשאול את הערב אם פרע, קודם שיפרע למלוה, אך אם לא אמר ערבני, יכול הלווה לפרוע מבלי לשאול את הערב, ולכן נאמן לומר שכבר פרע.

אמר לערב קבלן 'ערבני' ולא אמר לו לשלם, וכן ערב רגיל שאמר ערבני ולא היו נכסים ללוה, אם חייב הלוה לשלם לערב?

המגיד משנה ביאר בדעת הרמב"ם שבערב קבלן די שיאמר ערבני בשביל שהתחייב לשלם לו הואיל והמלוה יכול לגבות ממנו בעל כרחו. **וכן ערב רגיל שאמר ערבני, ועמדו בדין ולא היה ללוה לשלם, ופרע הערב, ודאי שחייב הלוה לשלם לו, מאותה סברא שהיה חייב לשלם.** **ורק במקרה שלא היה חייב הערב לשלם, ושילם, אין הלווה חייב לשלם לו, ודינו ככל הפורע חוב חבירו שלא ברשות, שבעל החוב אינו חייב לשלם לו, וכן פסק השו"ע בדעת הרמב"ם שהביא.**

נכנס הערב מעצמו ותבעו המלוה אם יכול לגבות מן הלווה

הסמ"ע (ז) כתב שהטעם שכתבו השו"ע שאם עמד מעצמו פטור, זה בכדי להגיד שערב קבלן אם עמד בעצמו פטור, אבל אם אמר לו ערבני אף מבלי שאמר לו לשלם חייב וכדברי המגיד שהבאנו לעיל. **ודייק הנתיות (ז) מכך** שלא כתב הסמ"ע שדין זה נצרך אף לערב רגיל למקרה שכבר עמד בדין, שבזה אם אמר ערבני, חייב לשלם, ואם נכנס מעצמו לא, שבאמת גם אם נכנס מעצמו חייב לשלם, אם כבר עמד בדין. **וביאר הנתיות בטעם הדבר,** שאין זה דומה לפרוע חוב חבירו שלא מדעתו, שפטור הלווה לשלם לדעת הרמב"ם. מפני שכאן הערב, לא רק מנע היזק, אלא גם הרויחו, שרק מכת שנעשה ערב, הסכים המלווה להלוות לו.¹³⁵⁰

פרע הערב קודם זמנו, אם חייב הלוה לשלם לו?

הד"מ (א) הביא את דברי הנימוק"י¹³⁵¹ **בשם הריטב"א בשם הר"ם** שכתב שאף אם הערב פרע קודם זמנו, חייב הלוה לשלם לו, וביאר שלמרות שהפורע חוב חבירו שלא ברשות, אין בעל חוב חייב לשלם לו, כאן זה שונה, הואיל ויש לו שעבוד כלפי אותו מלוה (וזה נראה כסברת הראב"ד שלכן חייב לשלם אף כשלא אמר לו לשלם).

לשון השו"ע:

יש מי שאומר: במה דברים אמורים? כשאמר לו הלוה בעת שנעשה לו ערב, ערבני ושלם, אבל אם עמד מעצמו ונעשה לו ערב או קבלן, וקדם ופרע למלוה, ולא הרשהו הלוה לפרוע, אין הלוה חייב לשלם לו כלום.

ואם אמר לו הלוה הנכנס קבלן בעבורי, אף ע"פ שלא הרשהו לשלם, אם עמד הקבלן ופרע מדעתו, אפילו שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים, חייב לשלם לו.

אבל אמר ליה להכנס ערב, ולא הרשהו לשלם, אם משעמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים, פרע הערב למלוה, חייב הלוה לשלם לו.

ואם עד שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים, פרעו הערב אין הלוה חייב לשלם לו כלום.

¹³⁴⁸ שער לה ח"א סימן מה.

¹³⁴⁹ לקמן נביא סברא זו בשם הנתיות בהקשר קצת אחר.

¹³⁵⁰ **יש להעיר** שמפשוט לשון המגיד משמע שלא כנתיות, ונראה בדבריו שרק כשנעשה ערב מדעת המלוה מתחייב, שכתב:

אפילו בערב שאינו קבלן, כל שנכנס מדעת הלוה, אם כבר עמד המלוה בדין עם הלווה... הרי הוא חוזר וגובה מן הלווה"

ומפורש שרק כאשר נכנס מדעת הלוה, ולא כשנכנס מעצמו, ונראה שהנתיות הבין, שהכוונה שנכנס מדעתו אך לא על פיו.

¹³⁵¹ ב"ב פא:

יש מי שחולק ואומר שאפילו ערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו חוזר וגובה מהלוה: הגה עיין לעיל סימן מט דאין ערב משתעבד אלא במקום שיכול לגבות מהלוה: ¹³⁵²

סעיף ג

האם מציאות השטר אצל הערב מהווה ראיה שפרע, ומה הדין כשכתוב בו 'התקבלתי'?

לשון הגמרא ב"ב קעד:

ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי:

א"ר פפא: פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו.

ורב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה.

מאי בנייהו?

איכא בנייהו כשחייב מודה. אי נמי, דשמתוהו ומת בשמתיה.

שלחו מתם: שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע.

מיתבי: ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו - אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך - גובה;

בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע - משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב פפא קשיא! שאני

התם, להכי טרח וכתב ליה התקבלתי

הגמ' מביאה דין מוסכם שערב שפרע חוב של לוח שמת מבלי להודיע ליורשים, אין היתומים צריכים לשלם לערב.

ונחלקו האמוראים בטעם הדבר:

דעת רב הונא בריה דרב יהושע שהיתומים לא מצווים לפרוע חוב אביהם.

ולדעת רב פפא, הסיבה שאינם חייבים, זה מפני שאנו חוששים שמא כבר אביהם פרע למלוה.

והנ"מ ביניהם הוא במקרה שהחייב הודה שלא שילם או שמת בנידויו:

שלדעת רב הונא, עדיין היתומים אינם חייבים, ולדעת רב פפא חייבים, כי אין חשש שאביהם פרע.

והכריעה הגמ' שלעולם אינם חייבים וכדעת רב הונא בריה דרב יהושע.

והקשטה הגמ' מברייטא שם מבואר שערב אינו יכול לגבות אף משטר היוצא מתחת ידו (בטור מבואר

שבשטר כזה אין כלל ראיה שפרע, ויתכן שהשטר נפל מיד הלוח לאחר שפרע וכדו'), אך אם כתוב בשטר

התקבלתי יכול לגבות, ונראה שהגמ' הבינה שברייטא זו דיברה ביתומים ¹³⁵³, והקשטה שהרי לפי רב הונא

בריה דרב יהושע, אף באופן הזה, היו צריכים להפטר, הואיל וסוף כל סוף הם אינם מחוייבים לפרוע חוב אביהם.

ותירצה הגמ' שבמקרה שכתב התקבלתי זה שונה, הואיל וטרח וכתב כן בשטר.

ולכאורה תירוץ הגמרא איננו ברור, שבמה זה מועיל שכתוב בשטר התקבלתי שהרי היתומים בלאו הכי

אינם מצווים לפרוע חוב זה?

1) הרשב"ם פירש ¹³⁵⁴ שכאשר המלוה כתב התקבלתי בשטר לערב, נעשה הערב מוחזק בשטר, ולכן

באופן הזה חייבים היתומים לפרוע, שיתומים פטורים לפרוע רק מלוה ע"פ, אך מלוה בשטר הינו חוב גמור ומוטל עליהם לפרוע. ¹³⁵⁵

2) אך תוס' פירשו בשם ר"י ¹³⁵⁶ שהכוונה שהלוה כתב בשטר החוב בתחילה התקבלתי, בכדי שיוכל

הלוח לגבות ממנו במידה ויפרע למלוה, ולכן באופן כזה יכול לגבות גם מיתומים, שכשכתב התקבלתי, שעבד נכסיו לשם כך.

3) ומדברי הרשב"א ¹³⁵⁷ והרמב"ן ¹³⁵⁸ נראה שסברו שכל עניין כתיבת התקבלתי באה רק להוכיח

שהלוה לא התכוון לפרוע חוב אביהם ולהלוות להם הלואה חדשה, שבמקרה כזה הם אינם

¹³⁵² ועיין בזה בסיכומינו לסימן קכט סעיף ח שם מבואר מקור דין זה ופרטיו ובסעיף ט הבאנו שכתב הושב הכהן שבערב קבלן, אין הדין כן, עיי"ש.

¹³⁵³ ובעניין הזה נחלקו הראשונים, אם ברייתא זו נאמרה גם לגבי הלוח עצמו, ובעי"ה נתייחס לזה לקמן.

¹³⁵⁴ קעד: ד"ה דלהכי.

¹³⁵⁵ וזה מסתדר עם שיטת הרשב"ם בדף לב: שניבא בסעיף הבא שממנו עולה שניתן לגבות בשטר כזה אף ממשועבדים, וזה לשיטתו שכאשר כתב המלוה התקבלתי, נעשה החוב לערב כחוב בשטר לכל דבר.

עוד עיין בעליות דרבינו יונה (מופיע בשטמ"ק קעד): שכתב שבתחילה סברה הגמ' שרוב פפא אין יתומים חייבים אף במלוה בשטר, הואיל ואינם מצווים לפרוע חוב אביהם, אך לבסוף הסיקה שעל אף שאינם מצווים לפרוע, מכל מקום הנכסים משועבדים לשטר, עיי"ש.

ובהמשך דבריו כתב רבינו יונה:

הסכמת הראשונים דמלוה בשטר לרב פפא גובה מיתומים קטנים כן תמצא בפירושי רבינו חננאל והרא"ש וה"ר

היוסף הלוי ז"ל. ודבר של טעם הוא שהרי מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים אף על פי שאין מצוה עליהם

לפרוע חובת המוכר

¹³⁵⁶ ב"ב קעד. ד"ה 'ואם כתב בו התקבלתי'

¹³⁵⁷ קעד. עיי"ש שבתחילה הביא את דברי הרמב"ן ואח"כ פירש בעצמו, ונראה שדבריו באו כביאור לרמב"ן ולא כהשגה עיי"ש ודוק.

חייבים לשלם לו, הואיל וכל החיוב לשלם למלווה היה מכח מצווה, ולכן אם פרע הלווה אין זה מחייבם, וכשכתוב בשטר התקבלתי, גילה הערב דעתו שדעתו הייתה להמשיך את החוב הקיים, ופרע רק מכח שנאלץ מחמת ערבותו, והואיל שפרע 'אדעתא דידהו' הם חייבים לשלם, וברשב"א כתב יותר שהרי הוא כקונה שטר החוב של מלווה ולכן חייבים לשלם.¹³⁵⁹

כלומר מפירוש רשב"ם עולה שכאשר כתב המלווה בשטר התקבלתי, נעשה השטר כשטרו של הערב, ולפי זה לא יוכל הלווה לטעון שפרע לו.¹³⁶⁰

וכן עולה מדברי הרמ"ה¹³⁶¹ **והר"א אב"ד**¹³⁶² שהבינו שכשכתב התקבלתי, העביר לו את השטר עצמו, ובוה אין צורך בכתובה ומסירה, שבכתבת התקבלתי נעשה כאומר שהעמידו במקומו על השטר ממש.¹³⁶³ **אך לפי פירוש ר"י בתוס'** נראה שאין זה מועיל שהמלווה כתב בשטר שפרע, ורק אם הלווה כתב כן בשעת ההלוואה זה מועיל, **וכן כתב הב"ח בדעתו**.¹³⁶⁴

ובשיטת הרשב"א והרמב"ן נראה שנחלקו בזה הש"ך (ג) והנתיבות (ה) עיין הערה 1359 שם ביארנו שהש"ך הבין שלדעתם החוב הינו מלווה ע"פ, רק שהוא כממשיך החוב הקודם, והנתיבות הבין, שנעשה החוב במלווה בשטר ממש, ולכן נאמן לומר פרעתי.

מעבר לגמרא זו ישנה גמרא נוספת שממנה לכאורה עולה שהלווה לא נאמן לטעון שפרע לערב, כאשר הערב מחזיק בשטר ההלוואה. שכן הגמ' בדף לב: דנה מה הדין במקרה שהערב מוציא את שטר ההלוואה כנגד הלווה, והלווה טוען שפרעו, והערב מודה בכך אלא שטוען שהלווה לוח שוב. ומסיקה שבאופן הזה הלווה פטור, הואיל ואף הערב מודה שכבר פרעו, ומשמע שאם לא היה מודה, הלווה לא היה נאמן לומר שפרע.

וברשב"ם לכאורה עולה שאף כשלא אמר התקבלתי הדין כן, וכן הבין בדבריו הב"ח, וכתב שהוא דעת יחיד.¹³⁶⁵

לעומת זאת הרא"ש הביא בשם רבינו יונה שמדובר בגמרא שם שכתוב בשטר 'התקבלתי' ולכן הלווה אינו נאמן לומר שפרע. וכן פירשו הרשב"א ועוד ראשונים רבים.

מדברי הטור הריב"ש¹³⁶⁶ **עולה** בפשטות שאין הלווה נאמן לטעון פרעתי כשכתוב בשטר התקבלתי. **והסמ"ע (יג) הלך בעקבותיהם וכתב** שכן דעת התרומות והרמב"ם, וביאר שהואיל וכתוב בשטר התקבלתי, העמידוהו במקום המלווה, וכתב שלכן הרשב"ם סובר שאפילו יכול לגבות ממשועבדים כפי שנביא בסעיף הבא, ומכל מקום גם החולקים מודים, שלענין טענת פרעתי, זה נחשב שיש לו שטר בידו.

אך הש"ך (ח) והלבוש כתבו שפשוט שיכול לטעון פרעתי, וביאר הש"ך שכל הראשונים שהעמידו את הגמרא בב"ב לב: שמדובר כשכתוב בשטר התקבלתי ולכן הלווה אינו נאמן לומר פרעתי, כוונתם שמלבד זה, גם הקנה המלווה ללווה את השטר בכתובה ומסירה, וכתב שכן מדויק מדברי הרשב"א שכתב שכתוב בשטר התקבלתי **ונתן לו זכותו**. וציין שכן פירש הב"ח בראשונים אילו, ושכן פסק מהרש"ל.¹³⁶⁷

וכתב הש"ך שאין ראיה מהגמרא בקעד: שכשכתוב 'התקבלתי' הלווה אינו יכול לטעון פרעתי מפני שניתן לבאר ששם מדובר שהקנה את השטר בקנייה ומסירה, וכן ניתן לבאר את הגמרא כפירוש ר"י בתוס'.

¹³⁵⁸ קעד: ד"ה ואותבינן'.

¹³⁵⁹ והש"ך הבין בדבריהם שאין הכוונה שנעשה הערב כמחזיק בחוב של מלווה בשטר ממש לענין שלא יוכל הלווה לטעון פרעתי, והנתיבות העיר שברמב"ן מפורש שלא יהיה נאמן לומר פרעתי.

ועל אף שמסוף הרמב"ן והרשב"א, ובפרט מדברי הרשב"א שכתב שנעשה כקונה שטר, היה נראה שהצדק עם הנתיבות, נראה שאין זה כך, מפני ששניהם כתבו במפורש שפשוט שאין הברייתא דיברה לגבי לווה רגיל, הואיל והוא נאמן לטעון פרעתי, ונראה פשוט שלא חזרו בזה במסקנתם, שא"כ חזרה השאילה מנין שהברייתא דיברה ביתומים ולא בלווה עצמו, אלא על כרחך שכוונת דבריהם היא, שנעשה כממשיך חוב אביהם לענין זה שלא התחילה כאן הלוואה חדשה, והואיל והיו חייבים לפרוע למלווה מפני שהוא חוב שבשטר הוא הדין שחייבים לפרוע לו, הואיל ופרע במקומו, אך עדיין החיוב עצמו הינו חיוב של מלווה בע"פ, וכפי שכתבו במפורש בתחילת דבריהם.

אמנם המהדיר על הר"ן (מוסד הרב קוק) בדף לב: בהערה 190 כתב שבתשובת הרמב"ן סימן לה כתב במפורש כנתיבות שלשון 'התקבלתי' מועיל, אך עיינתי שם וכל מה שכתב הוא שמועיל להוכיח שאכן פרע, אך לא לענין שאין הלווה יהיה נאמן שפרע לערב, וא"כ זה לא סותר את הש"ך כלל, וברמב"ן עצמו שממנו למד הש"ך מוכח שכל מה שלא מועיל לשון התקבלתי, הוא לענין טענת פרעתי, אך פשוט שיש בזה ראיה שפרע למלווה, ודוק.

¹³⁶⁰ אמנם מדברי הרשב"ם בדף לב: ניתן להבין שאפילו כשלא כתוב התקבלתי אין הלווה נאמן לומר שפרע לו, וכן הבין הב"ח בדבריו ובע"ה נתייחס לזה לקמן.

¹³⁶¹ ב"ב קעד: סימן קלד.

¹³⁶² ב"ב קעד: ד"ה מיתביב.

¹³⁶³ וברבינו יונה מופיע טעם נוסף, והוא שהמלווה קיבל את המעות בתורת ומכר ולא פרעו ונעשה כאילו הרשה את הערב לגבות מן הלווה שלזה אין צורך בכתובה ומסירה, ועל אף שקי"ל שהרשאה צריכה קניין (כמבואר בסימן קכה) זה דווקא כשהנתבע בעיר אחרת ויש חשש מיתה, ועיין בסימן קכב סעיף בפרטי ענין זה, וראה שאינו מוסכם.

[יש לציין שבתחילה כתב רבינו יונה שבאמת אין מסירת השטר מועילה ללא כתיבה ומסירה, ובגמ' מדובר כשהייתה כתיבה ומסירה, עוד העלה אפשרות שבאמת לא הייתה כאן כתיבה ומסירה, ותנא זה סבר שאותיות נקנות אף בלא כתיבה ומסירה.]

¹³⁶⁴ אמנם הש"ך (ג) העיר שאין ראיה מדברי תוס' לכך וסיים 'ודוק', ולא הבנתי מדוע אין ראיה.

¹³⁶⁵ והאבני נר (יו"ד סימן קצז אות ו) כתב לבאר שרשב"ם כתב כן דווקא בערב קבלן, שבערב קבלן נעשה הלווה חייב לו משעת ההלוואה, והואיל וכתוב בשטר שהוא ערב קבלן, נעשה כמלווה בשטר רגיל, והרשב"ם במפורש פירש גמרא זו בערב קבלן, והוכיח כן שהרי הרשב"א עצמו בב"ב ביאר שכשלא כתב התקבלתי, אף שאוחז בשטר, החוב הינו מלווה ע"פ.

¹³⁶⁶ סימן תתפח.

¹³⁶⁷ שו"ת מהרש"ל סימן צג. ועיין בהערה 1363 שכן כתב רבינו יונה באחת מאפשרויותיו, אך לאחר מכן כתב שיתכן שמועיל אף ללא כתיבה ומסירה, עיי"ש בטעם הדבר.

שמדובר שהלוה כתב כן בשטר מתחילה, וכתב הש"ך שגם רבינו יונה התכוון שכתוב התקבלתי והקנה בקניין ומסירה.¹³⁶⁸

וכתב הש"ך שאמנם מהטור והריב"ש מוכח כסמ"ע אך בתרומות ורמב"ם ובשו"ע לא מוכח כלום, ואדרבה בתרומות משמע להיפך, מפני שכתב 'שנתן לו זכותו', והפירוש שהקנה לו בקניין גמור.

הנתיבות (ה) והתומים (ד) צידדו בדברי הסמ"ע שאם כתוב התקבלתי, אין הלוה נאמן לטעון שפרע, אם לא היה בשטר כתיבה ומסירה, והתומים הביא ראיה לכך, שהרי אם היה צורך בכתיבה ומסירה, לא היה לו לרבינו יונה לכתוב שמדובר באופן שכתוב התקבלתי, שהרי כתיבה ומסירה מועילה אף בלי שכתוב התקבלתי, אלא ודאי דעתו שכתוב התקבלתי מועילה לבד.

והנתיבות ביאר שהסיבה שבערב אין צורך לכתיבה ומסירה, הוא מפני שכל הצורך לכתיבה ומסירה, זה דווקא במכירת שטר רגילה, שהיא מדרבנן מפני שלא ניתן למכור את שעבוד הגוף שיש למלה על הלוה, מהסיבה שיכול הלוה לומר לקונה 'לאו בעל דברים דידי אתי', אך בערב אין הדין כן, הואיל והלוה משתעבד לערב בלאו הכי מכח זה שפרע בשבילו, ולכן בזה ניתן להקנות את השטר אף בלא כתיבה ומסירה, והסיבה שצריך שיהיה כתוב בשטר 'התקבלתי', זה בשביל להוכיח שהערב שקיבל את השטר בתורת פרעון ולא בתורת מכירת שטר חוב.

וכתב הנתיבות שהראשונים שהצריכו כתיבה ומסירה, ולא הסתפקו בלשון התקבלתי, זה מפני שהם סוברים שאין רשות לערב לפרוע בלי ציווי מפורש, ולכן לא שייך לומר שהלוה השתעבד לערב בלאו הכי בעצם הפרעון, עוד כתב שהרא"ש עצמו דיבר בערב קבלן, שבזה כולם יודו שדי בלשון התקבלתי, הואיל והוא רשאי לפרוע בלא רשותו, כפי שיתבאר בסעיף ב.

ערב שפרע למלוה בעדים, אם יכול הלוה לטעון שפרע לו?

הטור כתב שאם הערב מביא עדים שפרע למלוה, אין הלוה יכול לטעון שפרע לו. **וכתב הש"ך** שהטור כתב כן לשיטתו שכשכתוב התקבלתי, הלוה אינו יכול לטעון פרעתי, אך לשיטת הש"ך שכל שלא הייתה כתיבה ומסירה יכול לטעון פרעתי, הוא הדין כשיש עדים.

ולכן תמה הש"ך על הלבוש שסבר כש"ך שגם כשכתוב 'התקבלתי' יכול הלוה לטעון פרעתי, ולעניין עדים כתב שאם יש עדים שפרע אינו נאמן לטעון פרעתי.

סיכום הדברים כפי שהובאו להלכה:

כתב הטור שאף שיש לערב את שטר המלוה, הוא אינו יכול לגבות מהלוה ואין בשטר זה ראיה שפרע למלוה, ויכול הלוה לומר שפרע למלוה, ונפל ממנו ומצאו, הערב אך אם כתוב בשטר התקבלתי יכול לפרוע, ואין הלוה נאמן לטעון שפרע, והוא הדין שיש לערב עדים שפרע. **וכן כתב הסמ"ע בדעת השו"ע.**

הש"ך כתב שגם שכתוב בשטר 'התקבלתי' יכול הלוה לטעון שפרע, אלא אם כן הקנה לו את השטר בכתיבה ובמסירה, **וכן כתב הלבוש.**

אך נחלקו הש"ך והלבוש במקרה שיש עדים שהעידו שפרע, שלדעת הלבוש, הלוה אינו נאמן לטעון שפרע, ולדעת הש"ך נאמן.

התומים והנתיבות הכריעו כטור וכסמ"ע שכשכתוב התקבלתי, אינו נאמן לטעון שפרע. **וכתב הנתיבות** שדין זה נכון דווקא לסוברים שיכול הערב לפרוע בלא רשות הלוה, ולכן כבר השתעבד לו בעצם זה שפרע, וניתן להקנות את השטר אף בלא כתיבה ומסירה,

אבל לדעת הרמב"ם שאינו יכול לפרוע בלא רשות הלוה, לא מועיל לשון 'התקבלתי' בלא כתיבה ומסירה. **ובערב קבלן** כולם יודו שאין צורך בכתיבה ומסירה, הואיל ורשאי לפרוע בלא רשות הלוה (א"א - נראה שזה דווקא כשאמר לו ערבני כמבואר בסעיף ב).

לא כתוב בשטר שנעשה הערב ומודה הלוה בכך, וכתוב בשטר התקבלתי אם נאמן לומר פרעתי.

כתב הטור בפשטות שכל שאמרנו כשכתוב בשטר התקבלתי, הלוה אינו נאמן לטעון שפרע, זה דווקא אם הערבות כתובה בשטר, שאחרת מנין אנו יודעים שהוא ערב.

ומבואר ברא"ש¹³⁶⁹ שאם הודה הלוה שנעשה ערב, אינו נאמן לומר פרעתי, אם כתוב בשטר התקבלתי.

והנתיבות הביא שהגידולי תרומה תמה¹³⁷⁰ מדוע שלא יהיה נאמן במיגו שהיה אומר שלא נעשה ערב. **והביא שתירץ התומים (ז)** שאין זה מיגו טוב, הואיל ולדעת הרא"ש, גם אם נעשה ערב מעצמו ופרע, חייב הלוה לשלם לו, וא"כ בלאו הכי יצטרך לטעון שגם לא נעשה ערב וגם שלא פרע, ומיגו אינו מועיל אלא באופן שאם יטען טענה אחרת לא יצטרך לטעון גם את הטענה הנוכחית.

ערב שפרע בלא עדים למלוה, אם יכול לתבוע את הלוה ללא ראיה?

הקצות (ד) כתב שערב שפרע במלוה ע"פ שלא בעדים, חייב הלוה לשלם לו, ואינו יכול לומר לו שהיה לו לפרוע בעדים, כפי שדייקו הראשונים מסוגיית חנוני ופועלים, שכשצווה לשלם במלוה ע"פ אינו חייב לפרוע בעדים, ולכן יכולים גם החנוני וגם הפועלים לתבוע את בעה"ב כאן, והוא הדין כאן, הואיל והלוה אמר לו 'ערבני ושלם' לדעת הרמב"ם, ולשיטת הראב"ד אפילו כשאמר לו 'ערבני' נעשה כאומר לו לשלם, ולכן חייב לשלם, אמנם כתב הקצות שלכאורה דין זה נכון, רק לסוברים שהטעם שחייב לשלם לחנוני הוא מן

¹³⁶⁸ ובהערה 1363 הבאנו שרבינו יונה העלה אפשרות זו, אך גם העלה אפשרות שאין צורך בכתיבה ומסירה.

¹³⁶⁹ ב"ב פרק ג סימן יד.

¹³⁷⁰ שער לה ח"א סי' מה.

התקנה, ותקנה זו שייכת אף כאן, הואיל וצווה לשלם ללוה, אבל לדיעה שהסיבה שחייב לשלם לחנוני הוא מפני שיש חזקה שעשה שליחותו, לכאורה זה לא שייך כאן, מפני שזה שייך דווקא בחנוני שצווה ממש לשלם, וחזקה שעשה שליחותו, אבל בערב אינו צווה ממש לשלם, אלא שיערוב לו, וכשאמר לו 'ישלם' זה כנותן רשות ולא שייכת חזקה זו, אך ההכרעה בפוסקים שדין זה הינו מן התקנה, ומכל מקום גם לסוברים שהוא מהטעם של החזקה, עדיין נראה שהוא הדין כאן מפני שאף שיטה זו מודה שגם כשאין חזקה של שליח עושה שליחות שייכת התקנה של המוציא הוצאות על חבירו שנשבע ונוטל.

אך מכל מקום כתב הקצות שאם הערב חשוד אינו נוטל בלא שבועה, אפילו לדיעה שהחנוני נוטל בלא שבועה, מפני שהסיבה שנוטל לפי דיעה זו, הוא מפני שחייב לחנוני מן הדין מפני החזקה ששליח עושה שליחות, וחזקה זו אינה שייכת בערב וכפי שביארנו.

הנתיבות (ז) תמה על דברי הקצות שכתב שבמלוה ע"פ יכול ליטול מן הלוה בלא ראייה, שהרי זה סותר אף השו"ע כאן שאינו יכול ליטול בלא ראייה, [עיי"ש שביאר במה שונה מדין החנוני].

וכתב במשובב שאין ראייה מכאן מפני שהשו"ע כתב כן לשיטתו, שכשאינו צווה לו לשלם אינו חייב לשלם, אך אם יאמר 'ערבני ואשלם' באמת יוכל ליטול ללא ראייה.¹³⁷¹

ומכל מקום סיים המשובב שהדין עם הנתיבות שהערב לא נאמן שפרע בלא עדים (א"א-כלומר שחזר מדבריו בספר קצות החושן) לשון השו"ע:

אין הערב גובה מהלוה, עד שיביא עדים שפרע בשבילו. אבל כל זמן שאין לו עדים, אינו גובה ממנו כלום, אפילו אם שטר החוב בידו. ואם כתב המלוה לערב: קבלתי ממך דמי החוב, מהני ליה לגבות מהלוה, וכגון שמפורש הערבות בשטר, או שהלוה מודה בו, דאם לא כן מה אנו יודעים שהוא ערב:

לווה שכתב לערב שטר פיצוי עם נאמנות, אם נאמן הלווה לטעון שהערב פרע ממועות הלווה?

הפתי"ש (א) הביא את דברי עבודת הגרשוני שכתב¹³⁷² שאם כתב הלווה לערב שטר פיצוי שיפצה אותו בעבור מה שגבה ממנו המלוה, וכתוב בשטר זה נאמנות, שהלווה לא יהיה נאמן לומר שפיצהו, הוא הדין שאינו נאמן לומר, שהמועות שפרע הערב, הינם מעות שהביא הלוה לערב בכדי שיפרע למלווה, וכנגד טענת אחד החכמים שסבר שנאמנות אינה מועילה אלא לעניין מקרה שלוה יטען שהערב לא פרע, אך יכול לטעון שפרע ממועות שלו, (אך עולה מדבריו מכל מקום צריך הערב להשבע שלא קיבל את המעות מהערב שבוה כן ממעטין בנאמנות).

וכתב העבודת הגרשוני שאף שפסק המהרש"ל בתשובה¹³⁷³ לעניין שנים שלוו בשותפות ופרע אחד מהם, שנאמן שותפו לומר שכבר הביא לו מעות שיפרע למלוה שלהם, אין זה דומה למקרה שלנו שטעמו של המהרש"ל שאין בשטר ההלוואה ראייה לכך שהשותף לא הביא לו מעות, מה שאין כאן שיש לערב שטר על הלוה, ושייכת ראיית 'שטרך בידי מאי בעית, עוד כתב שגם על דינו של המהרש"ל גופא יש לפקפק, ודין זה יתבאר בסימן עז בפת"ש ס"ק ו.

סעיף ז

האם יכול הערב לגבות מהמשועבדים כשכתוב בשטר 'התקבלתי'?

בסעיף הקודם הבאנו שנחלקו הראשונים, אם כשכותב המלוה לערב 'התקבלתי', נעשה חובו של הלווה לערב כמלווה בשטר שאינו יכול לטעון כנגדו פרעתי.

והטור כאן הביא מחלוקת, אם נעשה חוב הערב כשטר ממש לגבות אף מן המשועבדים:

לדעת רשב"ם¹³⁷⁴ יכול לגבות אף מן המשועבדים.¹³⁷⁵ **ולדעת רבינו יונה** על שאף שאינו יכול לטעון פרעתי, אינו יכול לגבות מן המשועבדים, אלא אם כן הקנה לו את השטר כדרך קניין שטרות.

עוד הוסיף הטור ומופיע גם בתרומות¹³⁷⁶ שאם הלוה כתב לערב בשעת ההלוואה בשטר, שהוא משעבד עצמו ונכסיו מעכשיו שכשתפרע למלוה, נעשה כאילו קיבלתי המעות מידך, ניתן לגבות מן הלקוחות שזהו מלווה בשטר ממש.¹³⁷⁷

השו"ע כאן הביא את דברי הרשב"ם בלשון 'יש מי שאומר', ואת דברי רבינו בלשון 'יש מי שאומר' (בתרא).

¹³⁷¹ כתב ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'חוב הלווה לערב':

וזה תמוה, שלדעת הרמב"ם גם אם הביא עדים על הפרעון אינו גובה מהלווה אם לא צוה לו לפרוע.

¹³⁷² סימן ע.

¹³⁷³ סימן צג.

¹³⁷⁴ ב"ב לב: ד"ה והא שטרא.

¹³⁷⁵ ועיין בהערה 1365 שהבאנו שלכאורה פשט דבריו שאף כשלא כתוב התקבלתי יכול לגבות מן המשועבדים, וכתב הב"ח שהרשב"ם הינו דעת יחיד בזה ולכן לא הזכיר הטור את דעתו במלווה, וכן הבאנו שהאבני נזר פירש שהרשב"ם סבר כן דווקא בערב קבלן, שהואיל והחוב התחיל משעת ההלוואה, נעשה חוב כחוב של משועבדים רגיל.

¹³⁷⁶ שער לה ח"ב סימן ג.

¹³⁷⁷ ולכאורה דין זה לקוח מפירוש התוס' לביטוי התקבלתי שהבאנו בסעיף הקודם, אך יש להעיר שמתוס משמע שדי שהלווה כתב התקבלתי ואילו בטור ובתרומות נשמע שצריך לכתוב במפורש שהוא משעבד עצמו ונכסיו מעכשיו, ויש לדון בזה.

אמנם בסימן קכט סעיף כב סתם השו"ע כדעת רבינו יונה, שאינו יכול לגבות מן המשועבדים. ואף הש"ך (יא) **הכריע כרבינו יונה** על פי שיטתו לעיל, שכל שלא הקנה את השטר, יכול לטעון פרעתי, וכל שכן שאינו יכול לגבות מן המשועבדים.

כתב הלוח לערב בשטר 'התקבלתי', אם נעשה הערב כערב קבלן?

הבאנו בסעיף הקודם שתוס' ביארו בשם ר"י שמה מבואר בברייתא שכשכתוב בשטר התקבלתי, אין הלוח נאמן לטעון פרעתי, זה דווקא כשהלוח כתב כן כדי לשעבד עצמו לערב. והקשו תוס' **על פירוש זה** מלשון התוספתא שמשמע ממנה שהמלוה הוא זה שכתב לערב בשטר בשעת הפרעון.¹³⁷⁸

ותירצו שאכן הלוח כתב, אך הבעל חוב צווה לכתוב כך בכדי שיהיה ערב קבלן גמור. **והתומים (ח) למד מכאן** שבמקרה שהלוח כתב בשטר לערב 'התקבלתי' נעשה הערב כערב קבלן. **והקצות (ג) השיג עליו** שאין סברא בזה, שהרי לשון התקבלתי מסמלת הסכם בין הלוח לערב, ואין המלוה קשור לזה כלל.

וכתב הקצות לבאר שתוס' התכוונו לומר שהמלוה רצה שהערב יעשה ערב קבלן, והערב לא הסכים אם הלוח לא יכתוב לו התקבלתי, ולכן המלוה הכריח את הלוח לכתוב כן, אבל אם לא נעשה ערב קבלן במפורש, לא נעשה ערב קבלן גם כשכתוב בשטר 'התקבלתי'.

אם יכול המלוה לכתוב לערב 'התקבלתי' לאחר שכבר נפרע, ואם מועיל לעניין משועבדים?

הדרכי משה (ב) ציין לסימן קטז בעניין השאילה אם יכול מלוה לכתוב 'התקבלתי' אחרי שנפרע החוב ונמחל שיעבוד השטר, ושם מבואר שהקונה שלא באחריות שרוצה לקנות זכותו של המלוה לטרוף מהלווה, יכול לעשות כן רק קודם שפרע, ויכול שיקנה לו המלוה את שעבודו, אבל לאחר שכבר פרע לא, שכבר פקע השעבוד.

והסמ"ע (טו) העיר שכוונת הרמ"א לומר שאף כאן אין המלוה יכול לכתוב 'התקבלתי' לאחר שכבר נפרע, הואיל ופקע השעבוד.

הסמ"ע חלק וסבר שודאי יכול לכתוב 'התקבלתי' אף לאחר הפרעון, הואיל וכאן הערב השתעבד על דעת לגבות מן הלוח, ואינו דומה ללקוח שקנה על דעת שלא יהיה לו שעבוד, וכאן גם אין זה תלוי כלל ברצונו של המלוה בניגוד למקרה שם שיכול המלוה שלא להעביר לו את שעבודו, ואילו כאן כופים את המלוה שיכתוב שקיבל בכדי שהלווה לא יוכל לטעון שהערב לא פרע.

עוד כתב הסמ"ע שאפילו לפי מי שמבאר שלשון התקבלתי נעשה בקנין גמור ומועיל אף לעניין משועבדים הדין כן, על אף שכאן היה מקום לדמות למקרה בקטז, הואיל והלווה לא השתעבד מתחילה לערב לעניין משועבדים, אך מכל מקום נראה שיכול לכתוב גם אח"כ 'התקבלתי', הואיל ואנו מניחים שעל דעת כן פרע לו הערב בכדי שיוכל לגבות מן המשועבדים ולפרוע מן הלוח. שאין אדם זורק מעותיו סתם, ודומה לנותן מעות על מנת לקנות שטר, שפשוט שיכול המלוה להקנות לו את השעבוד אף לאחר קבלת המעות, מפני שעל דעת כן הביא לו. וכתב שלכן אף פוסק לא כתב שצריך לכתוב 'התקבלתי' קודם הפרעון, וגם מלשון 'התקבלתי' מוכח כן, שהוא לשון עבר, ומשמע שכותב לאחר שקיבל.

והוסיף הסמ"ע טעם נוסף, שאף שכבר פרע הערב לא פקע שעבוד השטר, הואיל והלווה עדיין לא שילם, ואין זה דומה לפרוע חובו מהמשועבדים, שפקע שעבוד הלוח לגמרי. **הש"ך (י) ציין לדברי הסמ"ע והביא שהב"ח לא מחלק בזה** וסובר כדעת הדרכי משה 'בלא טעם'. לשון השו"ע:

כשכתב לו: קבלתי ממך דמי החוב:

יש מי שאומר דהוי כמלוה בשטר לטרוף בו מהלקוחות שקנו מהלוח.

ויש מי שאומר שאע"פ שכתב לו כן לא מהני אלא לגבי הלוח בעצמו, שאינו נאמן לומר: פרעתי, אבל אינו יכול לגבות ממשעבדי שמכר הלוח, עד שימסור לו המלוה השטר חוב ויקנה לו דרך קנין שטרות, שלא תהא תביעתו תביעה על פה.

והוא הדין אם כתב הלוח לערב כשהכניסו ערב: הריני משעבד עצמי ונכסי מעכשיו שכל זמן שתפרע אותו חוב שנעשית עליו ערב לפלוני המלוה כאילו קבלתי המעות ממך, הרי זה גובה מהלקוחות ומיתומים גדולים, שאין לך מלוה בשטר גדולה מזו:

סעיף ה

ערב התובע את הלוח על שפרע למלוה, והשטר עדיין ביד המלוה

כתבו התרומות¹³⁷⁹ והטור שאם הערב פרע למלוה והשאיר אצלו את שטר ההלואה, אין הלוח חייב לפרוע לערב, עד שיקח את השטר מהלוח, מפני שפשע בזה אצלו את השטר, **וכן פסק השו"ע**.

¹³⁷⁸ עיין בתוספות שדייקו מלשון 'בו', ועיין בביאור מהרש"א במקום, ולכאורה הדיוק היותר פשוט הוא שכתוב שהבע"ח כתב, ולא הלוח, ונראה שהמהרש"א הבין שהדיוק הוא מב' הדברים גם יחד, ודוק, ולא מצאתי הפנאי כעת להעמיק בזה.

¹³⁷⁹ שער לה חלק ב' סימן ד.

הסמ"ע (טז) כתב שדין זה נכון אף אם הלוח לא הזכיר לערב לקחת את השטר מהמלווה, ואע"פ שבסימן נח סעיף א נפסק ששליח שפרע בשליחות הלווה ולא לקח שטר, חייב לשלם רק אם הלווה הזכיר לו לקחת את השטר, מכל מקום בערב זה שונה מפני שהוא ידע שההלואה הייתה בשטר ושהשטר ביד המלווה. **וכתב הש"ך (יב)** שאף שבמקרה בסימן נח, כתב התרומות שהשליח פטור אף שהזכיר לו הלווה שיש לו שטר, כל שלא הזכיר לו לקחת, בערב זה שונה שכיון שרוצה לגבות מן הלווה בעבור מה שפרע, היה לו לקחת את השטר מהמלווה, (א"א- בניגוד לשליח שעניינו היה רק למלא את שליחות הלווה, ואין ברצונו לתובעו אחר כך).

ערב שפרע בלא עדים למלווה, אם יכול לתובע את הלווה ללא ראיה?

דין זה הובא בקצות כאן אך הבאנו דבריו בסעיף ג בעמוד 348 תחת הכותרת הנ"ל ששם מקומו. לשון השו"ע:

ערב שפרע למלווה, ולא בקש ממנו השטר, אין הלוח חייב כלום לשלם לו מה שפרע בשבילו (ע"ל ס' נ"ח נ"ס א), שהרי פשע במה שהניח השטר ביד המלווה:

סעיף 1380

מת הלווה ופרע הערב בלי להודיע ליורשים

נחזור להביא את הגמרא ב"ב קעד שהובאה בסעיף ג:

ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי:

א"ר פפא: פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו.

ורב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה.

מאי בינייהו?

איכא בינייהו כשחייב מודה. **אי נמי,** דשמתוהו ומת בשמתיה.

שלחו מתם: שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע.

מיתבי: ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו - אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך - גובה;

בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע - משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב פפא קשיא! שאני

התם, להכי טרח וכתב ליה התקבלתי

הגמי מביאה דין מוסכם שערב שפרע חוב של לוח שמת מבלי להודיע ליורשים, אין היתומים צריכים לשלם לערב.

ונחלקו האמוראים בטעם הדבר:

דעת רב הונא בריה דרב יהושע שהיתומים לא מצווים לפרוע חוב אביהם.

ולדעת רב פפא, הסיבה שאינם חייבים, זה מפני שאנו חוששים שמא כבר אביהם פרע למלווה.

והנ"מ ביניהם הוא במקרה שהחייב הודה שלא שילם או שמת בנידויו:

שלדעת רב הונא, עדיין היתומים אינם חייבים, **ולדעת רב פפא** חייבים, כי אין חשש שאביהם פרע.

והכריעה הגמ' שלעולם אינם חייבים וכדעת רב הונא בריה דרב יהושע.

הב"י ציין שנחלקו הראשונים בשאילה אם גמרא זו דיברה ביתומים קטנים או גדולים.

- **לדעת הטור** כל הגמרא דיברה ביתומים קטנים, ולכן לא ניתן לגבות מהם, במידה ולא ידוע במפורש שהלווה לא פרע כגון שהודה, או שמת בנידויו, וכן הוסיף הטור מקרה שלא הוזכר בגמרא והוא שהלווה מת בתוך זמנו.¹³⁸¹ אבל לעולם ניתן לגבות מיתומים גדולים מכח השטר. **ומבואר בגר"א (טו)** שזה דווקא במקרה שכתוב בשטר התקבלתי, שבה אין לחוש שהתפיסו צררי.

וכן נראה מדברי הד"מ (ב) שמוסב על דברי הב"י שכתב שמהרמב"ן¹³⁸² עולה שכל שכתוב בשטר 'התקבלתי' יכול לגבות מיתומים גדולים, **וכתב הד"מ** שכן נראה שסבר הטור, ומשמע שאף הטור לא כתב כן אלא כשכתוב בשטר התקבלתי.

- **לעומת זאת מדברי הרמב"ם עולה** שגמרא זו דיברה ביתומים גדולים, ולמרות שיש שטר, אין הערב יכול לגבות מהיתומים, מפני שבכך שפרע מבלי להודיע ליתומים מתעורר חשש שהערב היה

¹³⁸⁰ בכדי להבין סעיף זה לאשורו יש להתעמק בדברי הגמרא בב"ב קעד. ולהבין כיצד כל ראשון פירשה, שאינו דומה פירושו של הרז"ה לפירוש הר"א אב"ד ואינו דומה פירוש הר"א אב"ד לפירוש הראב"ד בכתוב שם, וכן יש לעיין בפירוש הרמב"ן בחידושים ובמלחמות, כמו כן יש מקום לדון כיצד הרמב"ם למד גמרא זו, ולצער לי לא היה לי את הפנאי לברר את הדבר לאשורו, ולכן אכתוב בתכלית הקוצר, את היוצא להלכה מהפוסקים, וד' יצילני משגיאות.

¹³⁸¹ עיין בזה בסיכומינו לגביית חוב בסימן קח בתחילת סעיף א שרבינו יונה (עליות דרבינו יונה ה: ד"ה עלה). ותוסי' (ב"ב ה: ד"ה יואפילו מיתמי') חלוקים על נ"מ זו, וסוברים שלא ניתן לגבות מיתומים קטנים על אף שמת אביהם בתוך זמן הפרעון, אך להלכה נפסק כדברי הטור כאן שאם מת תוך זמנו ניתן להוציא מקטנים בשטר שכן הסכמת רוב הפוסקים, עיי"ש

¹³⁸² ב"ב קעד: ד"ה מקמי.

תפוס בצררי מהלוה, כך למד המ"מ ברמב"ם מפני שסתם וכתב דין זה לגבי כל יורשים מבלי לחלק.¹³⁸³
השו"ע פסק כדעת הרמב"ם שאף מיתומים גדולים לא ניתן להפרע, אלא א"כ היו פה אחת מג' דרכים (הודה, מת בנידויו, מת בתוך זמן הפרעון).
אך הרמ"א פסק שיתומים גדולים צריכים לשלם כשיש שטר ביד הערב, (והבאנו לעיל מהד"מ והגר"א שנראה שזה דווקא כשכתוב בשטר 'התקבלתי').
הש"ך (טז) כתב שצ"ע לדינא אם ניתן לפסוק כרמ"א ולהוציא מיתומים גדולים כנגד דעת הרמב"ם ועוד ראשונים.

האם יכול הלווה לגבות מערב של יתומים קטנים?

לשיטת הטור ודעימיה שכתבו שהגמרא דיברה ביתומים קטנים, **יש לבאר** מדוע כתוב בגמרא שהערב אינו יכול לגבות מן היתומים כשפרע ללא שהודיע להם, שלכאורה אף אם יודיע להם אין זה יועיל, שהרי אף הלווה עצמו אינו יכול לגבות מן היתומים.
הב"י הביא בשם הנימוק"י,¹³⁸⁴ **שביאר** שבאמת אף אם היה מודיעם, לא היו היתומים מחוייבים לשלם, אלא שאף הערב היה נפטר מלשלם, כשם שהיתומים פטורים כעת מלשלם. (וכן כתוב במאור).
אך הש"ך (יד) הביא בשם תוס',¹³⁸⁵ שבאמת בלאו הכי, יהיה הערב חייב לשלם, שלא גרע ממקרה שללוה אין נכסים שחייב הערב לשלם¹³⁸⁶, וביארו שהסיבה שכתוב שפרע לפני שהודיעם, שיתכן שאם היה מודיעם היו מוכנים לפרוע מרצונם, [א"א-אך באמת לדינא אין הבדל ובשני המקרים, יכול הלווה לגבות מהערב, ואין הערב יכול לגבות מיתומים].

לשיטת הטור והרמ"א – ערב שפרע ליתומים קטנים ושטר בידו, אם יכול לגבות מהם לכשיגדילו?

כתבו הסמ"ע (יח) והש"ך (טז) שלשיטת הטור והרמ"א שיכול ערב לגבות מיתומים גדולים כשפרע מלוה אביהם שבשטר, הוא הדין שיכול לגבות מיתומים קטנים לאחר שיגדילו, שהרי לשיטתם אין ריעותא בכך שפרע ללא הודעתם, ואיננו חוששים לצררי. לשון השו"ע:

מת הלוה, וקדם הערב ופרע החוב קודם שיודיע את היורשים, אם נודע לנו שלא פרע הלווה שטר חובו קודם שמת, כגון שהודה בו קודם [שמת], או שנידוהו ומת בנידויו, או שלא הגיע זמן המלוה לגבות, הרי זה חוזר וגובה מהיורשים כל מה שפרע:
 הגה: ו"א כל זה דוקא ביתומים קטנים, אבל גדולים צריכין לשלם כשיש השטר ביד הערב, ובדרך שנתבאר סעיף ד' (טור והמגיד פכ"ו דמלוה בשם הרמב"ן), וכן נראה לי עיקר:

סעיף ז

מת הלווה ופרע הערב בלי להודיע ליורשים, אך המלוה היה גוי

לשון הגמרא בב"ב קעד:
 הווא ערבא דעובד כוכבים דפרעיה לעובד כוכבים מקמי דלתבעינהו ליתמי:
א"ל רב מרדכי לרב אשי: הכי אמר אבימי מהגרונאי משמיה דרבא, אפילו למ"ד: חיישינן לצררי - ה"מ ישראל, אבל עובד כוכבים כיון דבתר ערבא אזיל - לא חיישינן לצררי.
א"ל: אדרבה: אפילו למ"ד: לא חיישינן לצררי - הני מילי ישראל, אבל עובדי כוכבים כיון דדינייהו בתר ערבא אזלי, אי לאו דאתפסיה צררי - מעיקרא לא הוה מקבל ליה.
כלומר מבואר בגמרא שסבר רב מרדכי לומר, שכאשר לוה אדם מגוי, ונעשה חבירו ישראל ערב לו, אין חוששים שהמלוה תפוס בצררי, הואיל ואין דרך הלווה להתפס צררי למלוה גוי, הואיל ודרכם לגבות מן הערב קודם, ולכן יכול ערב לגבות אפילו מיתומים.

¹³⁸³ כפי שהבאנו כך פירשו בדבריו הב"י והמ"מ, אך אביא מדברי ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'חיוב הלווה לערב':
 נראה לומר שגם הרמב"ם לא פירש את הסוגיא ביתומים גדולים, אלא שסובר שלפי רב הונא בריה דרב יהושע הדין הוא נכון גם בגדולים. אבל צ"ע בזה, שמכיון שמדובר במלוה בשטר למה מציאת השטר ביד המלוה איננה ראייה על אי פרעון. ומבורך אמר לי שאה"נ שאם ידוע ע"פ עדים שהשטר היה ביד המלוה בשעת מיתה הוא כאילו הודה הלווה בלווה בשעת מיתה שחייב, וכאן מדובר כשהשטר הוא ביד הערב ואינו ידוע שהיה ביד המלוה בשעת מיתה.

¹³⁸⁴ ב"ב פא:

¹³⁸⁵ ב"ב קעד ד"ה 'מקמי'.

¹³⁸⁶ ובמאור מבואר שכאן זה שונה הואיל והיתומים לא נתחייבו כלל כרגע, ולא התחייבו עד שיגדלו, ולכן אף הערב לא התחייב כעת כלל.

וענה לו רב אשי שהדין הוא להיפך, שכאן גם הדיעה שסוברת שלא חוששים לצררי, תודה כאן הואל וכאן יש חשש גדול יותר שהלווה התפיס לערב מתחילה צררי, הואיל והערב ידע שהמלוה יבא אליו, ולא היה מוכן לערוב לו, לולי שהיה מתפיסו.

כפי שצינו בסעיף ו הלכה כרב הונא בריה דרב יהושע שחוששים לצררי, **ומכל מקום** יש נ"מ להלכה, כפי שמבואר שם שבמלוה רגיל אין לחוש לצררי כאשר מת בנידוי, או בתוך זמן פרעונו, וכאן עדיין יש לחוש, מפני שאנו חוששים שהתפיסו מתחילה.

ומכל מקום כתב הרמב"ם¹³⁸⁷ שדין זה נכון רק אם הלוה פרע שלא מדעתם, אך אם הודיע ליורשים מתחילה שהגוי תובעו, ושהוא משלם להם, חייבים לשלם לו, ובזה אין חשש לצררי.

הפורע מחמת בי"ד אם נחשב שהודיע?

הב"י הביא תשובת הריטב"א¹³⁸⁸ שכתב שאם פרע ע"י כפייה בב"ד חייבים לשלם לו אף שלא הודיעם, שבזה אין לחוש לצררי, ועוד שמכיון שיש לזה קול הוא כאילו הודיע להם¹³⁸⁹, **וכן פסק הרמ"א**. לשון השו"ע:

היה המלוה עובד כוכבים, אין היורשים חייבים לשלם, שמא אביהם נתן ליד הערב כל החוב שהיה עליו, מפני שהעובד כוכבים תובע את הערב תחלה ולפיכך פרע זה מדעתו קודם שיודיע את היתומים. אבל אם הודיען שהעובד כוכבים תובע אותו והרי הוא נותן, חייבים לשלם. (ואם כפאו אותו בית דין לפרוע, הוי כאילו הודיעם) (בית יוסף בשם תשובת הריטב"א):

שניים שלוו מן השר בשטר, אך אחד היה רק ערב, ומת הלוה, ורוצים היורשים שהערב יפרע חצי בטענה שהוא חייב ללוה ממקום אחר.

הפתי"ש הביא תשובת נאות דשא¹³⁹⁰ שדן במקרה בו ערב אדם לחבירו על הלוואה מהשר, אך בשטר עצמו כתוב שהוא שותף בהלוואה, ולאחר שמת רצו היורשים שהשר יגבה חצי מהערב, הואיל והלוה אמר להם שנראה שיוכל לזכות בדין על טענות שיש לו כנגד הערב.

וכתב הנאות דשא שהיה מקום לומר שאם היה הלוה נאמן בטענה שהוא שותף גמור בהלוואה, היו נאמנים אף יורשיו במיגו זה, והאריך להוכיח שהלוה עצמו לא היה נאמן בזה מסיבות שונות, וגם אם היה נאמן, כתב שזהו דבר שאינו שכחת, ועוד שגם הלווה עצמו לא ידע בוודאות שיזכה בדין ע"ש שהאריך בזה.

¹³⁸⁷ מלוה ולוה כו, ו

¹³⁸⁸ סימן מה.

¹³⁸⁹ הריטב"א אינו מתייחס למלוה גוי, אלא למקרה רגיל.

¹³⁹⁰ סימן סא.

סימן קלא

מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב ובו יד סעיפים:

סעיף א

מתי יכול הערב לחזור בו

הטור כתב בשם תשובת הרי"ף שערב יכול לחזור בו מערבותו קודם נתינת המעות ללוה, ואפילו אם נעשה ערב בקנין, אבל לאחר מתן מעות שצריך קנין על הערבות, מפני שאין לאחר קנין כלום. והביא ה"ב"י שכן כתב התרומות¹³⁹¹ בשם ה"ר"א אב ב"ד¹³⁹², וכ"כ הרשב"א בתשובה¹³⁹³ והמרדכי¹³⁹⁴. וכן פסק השו"ע. וכתב הרמ"א על בסיס המרדכי שאין חילוק בזה בין ערב לקבלן.

האם יכול הערב לחזור בו כשעשה קנין בבי"ד חשוב?

הסמ"ע (א) הבין מדברי הרשב"א בתשובה שהסיבה שיכול לחזור בו קודם מתן מעות אפילו בק ין, זה מפני שחיוב ערבות קודם מתן מעות הינו אסמכתא, ולא מועיל קנין שלא בבי"ד חשוב, מה שאין כן לאחר מתן מעות, שזה קניין ככל הקנינים ואינו אסמכתא ולכן אינו יכול לחזור בו. ה"ח כתב שמדבריו עולה שאם עשה קניין בבי"ד חשוב, לא יוכל לחזור בו. והשיג ה"ח עליו וכתב שהטעם אינו משום שהקניין לא הועיל, אלא כל שמרצונו השתעבד יכול לחזור בו משעבודו, ואף במקח וממכר הדין כן כמבואר ברשב"א.

מלוה שהתחייב בקניין להלוות, אם יכול לחזור בו.

הסמ"ע (א) ציין שבסימן לט מבואר שנחלקו הרמב"ן והרשב"א אם יכול המלוה לחזור בו לאחר שהתחייב בקניין להלוות, שלדעת הרשב"א יכול לחזור בו, ולדעת הרמב"ן אינו יכול. וכתב הסמ"ע שמכל מקום אף הרמב"ן יודה שאם הערב חזר בו, יכול גם המלוה לחזור, שעל דעת כן לא השתעבד.

ערב שהתחייב לאחר מתן מעות בקניין סודר, אם יכול לחזור בו

הפתי"ש (א) הביא שהשער משפט הסתפק אם ערב שהתחייב לאחר מתן מעות בקניין סודר, יכול לחזור בו, כשם שבכל קניין סודר של מטלטלים יכול לחזור בו, או שמא דווקא בקנין מטלטלים הדין כן מפני שחצר מעשה נתינה, מה שאין כן כאן. לשון השו"ע:

מי שנתפייס להיות ערב קודם שיתן המלוה המעות ללוה, יכול לחזור בו, אפילו קנו מידו. ואם לא חשש המלוה ונתן המעות ללוה, אין לו על הערב כלום. אבל ערב דלאחר מתן מעות, כיון שקנו מידו, אינו יכול לחזור בו. (ואין חילוק בזה בין ערב לקבלן) (מרדכי ס"פ ג"פ):

סעיף ב

הכחשות על הערבות

לשון השו"ע:

האומר לחבירו: ערבת לי, והוא אומר: לא ערבתי, או שאמר הערב ללוה: אתה הרשיתי לערוב אותך וליתן, והוא אומר: מדעתך ערבת, או: לא ערבת כלל, או שאמר הערב: פרעתי המלוה בפניך, והלה אומר: לא פרעת, או שא"ל: כן פרעת ונתתי לך מה שפרעת, או שאמר המלוה: ערבת לי ק"ק, והוא אומר: לא ערבתי אלא מנה, בכל אלו הטענות וכיוצא בהן, המע"ה; או ישבע הנתבע שבועת היסת או שבועת התורה, אם הודה במקצת:

מקור דין זה ברמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כו הלכה ח.

והמגיד משנה הזכיר את שיטת הרמב"ן שהבאנו בסימן הקודם (סעיף ג) שאם כתב המלוה לערב בשטר התקבלתי, אין הלוה יכול לטעון שפרע, הואיל והחוב לערב נהיה כמלוה בשטר, אך עיי"ש שנחלקו הסמ"ע והשי"ך אם אף השו"ע והרמב"ם מודים לדין זה. כתב הפתי"ש (ב) בשם שער משפט שגם בויכוח אם הערב היה ערב רגיל או קבלן יש להשביעו היסת, שהטורח שיצטרך המלוה לתבוע את הערב תחילה הוא כממון גמור.

¹³⁹¹ שער לה ח"א סימן כה.

¹³⁹² תשובות חכמי פרובינצא חו"מ סימן כה.

¹³⁹³ ח"ב סימן קנח.

¹³⁹⁴ ב"ב פרק גט פשוט סימן תרנב.

סעיף ג

ערב הרוצה לצאת מהערבות בטענה שהלווה מבזבז נכסיו

כתב התרומות¹³⁹⁵ **והטור בשם הרמב"ן**¹³⁹⁶ שאין הערב או הקבלן יכולים להסתלק מן הערבות בטענה שהלווה מבזבז נכסיו, כשם שאין מלווה יכול לתבוע את הלווה קודם זמן הפרעון בטענה שהלווה מבזבז נכסיו.

וכתב התרומות שהראב"ד חולק וסובר שבאמת אף מלווה יכול לתבוע את הלווה בתוך הזמן כשמזבז נכסיו, וכן ערב יכול להסתלק מהערבות. **הטור והשו"ע פסקו כדברי הראב"ד**. לשון השו"ע:

ערב או קבלן שרואים שהלווה מבזבז נכסיו, יכולים לתבוע שיוציאם מהערבות, אף על פי שהוא בתוך הזמן:

סעיף ד

ערב הדורש מהמלווה והלווה שההלוואה תפרע בזמנה, ואם לא יסתלק מן הערבות

עוד כתבו התרומות והטור בשם הרמב"ן שערב שבא למלווה בזמנו והתרה בו בפני עדים שיתבע ממונו מהלווה, ואם לא שיפטר מהערבות, אין שומעים לו. ואפילו היו נכסים ידועים ללווה ואמר הערב למלווה שיגבה מהם, אם שוב נשתדפו יכול המלווה לגבות מהערב. שכמו שהמלווה יכול להאריך זמן ההלוואה ולגבות אח"כ מנכסי הלווה, כן יכול לגבות אח"כ מהערב.

וכתב הטור שנראה שאם תובע את הלווה בזמנו שיוציאנו מהערבות הדין עמו, שיכול לומר שלא נתרצה להיות ערב אלא עד זמן פלוני.

אמנם הש"ך (ו) הביא שבתרומות מבואר שלדעת הרמב"ן לא ניתן לכופף גם את הלווה שישלם. **ובבדק הבית השיג על דברי הרמב"ן** עצמו מטעמו של הטור, שהסברא אומרת שהערב יכול לומר למלווה שיפרע מן הלווה עכשיו, ואם לא יסתלק, שהרי לא נתרצה להיות ערב אלא עד זמן הפלוני, וכתב בבדק הבית שקרוב לומר שדין זה אינו מהרמב"ן.

הד"מ (ב) כתב שמדברי מהר"י וייל סימן פ נראה שחולק על הרמב"ן הנ"ל, ותמה כיצד היה פשוט לו כל כך כנגד דברי הרמב"ן.

וכתב ליישב שיתכן שמהר"י וייל כתב שיכול לכופף את המלווה להפרע מהלווה רק במקרה שהלווה מוכן לשלם.

השו"ע הביא את דברי הרמב"ן בשם יש מי שאומר, וסיים 'וצריך להתיישב בדברי'. **וביאר הרמ"א** שזה מפני שיש חולקים, וסיים בחילוקו שכתב במהר"י וייל שמכל מקום אם הלווה מוכן לפרוע, והמלווה לא רוצה להפרע ממנו, הערב פטור.

הסמ"ע (ז) כתב שה"ש חולקים' שהביא הרמ"א זה המהר"י וייל¹³⁹⁷, אך סיים שנראה לו שאין מחלוקת בדבר, ואף הרמב"ן יודה שבמקום שהלווה רוצה לשלם, צריך המלווה להפרע ממנו, ולאחר מכן סיים בדברי הטור שיכול לכופף את הלווה לשלם, **הש"ך (ה) ציין** שבבדק הבית חולק.

והט"ז הבין שהטור עצמו חולק על הרמב"ן במה שכתב שיכול הערב לכופף את הלווה לשלם, וכבר ציינו שהש"ך כתב שברמב"ן מפורש שאינו יכול לכופף אף את הלווה, וכתב שהרמ"א שהביא את דין הטור, זה מפני שנמשך אחר סברת החולקים על הרמב"ן.

הפת"ש (ד) הביא שהתומים חולק על הש"ך, וכתב שהרמ"א סתם כדינו של הטור לדברי הכל. **והבית אפרים**¹³⁹⁸ **דוחה דברי התומים** והסכים לדברי הש"ך.

הפת"ש (ג) הביא שהחכם צבי¹³⁹⁹ **והראנ"ח**¹⁴⁰⁰, **והכנה"ג**¹⁴⁰¹ **כתבו** שהמוחזק יכול לטעון 'קים לי' כיש חולקים.

לסוברים שיכול הערב לכפות את המלווה לגבות בזמן, מה הדין כשלא תבעו בפירוש

הפת"ש (ג) הביא שנחלקו האחרונים האם לדעת החולקים על הרמב"ן, הערב משתעבד לאחר זמן הפרעון במידה ולא תבע מהמלווה שיפרע בזמן.

לדעת החכם צבי¹⁴⁰² **והראנ"ח**¹⁴⁰³ הערבות פקעה מאליה, אף שלא תבע. **אך המהרש"ך**¹⁴⁰⁴ **והגר"א (ה) סוברים** שכל שלא תבעו בפירוש, עדיין משועבד.

¹³⁹⁵ שער לה ח"א סימן ל.

¹³⁹⁶ שו"ת הרמב"ן סימן לד.

¹³⁹⁷ וכתב הסמ"ע שאף שלבסוף הסיק הד"מ שאינם חולקים וכפי ששמעו ברמ"א שכשיש ללווה מעות אף הרמב"ן מודה, מכל מקום מדברי מהר"י וייל עצמו משמע שחולק אף בזה עי"ש בדברי הסמ"ע שקצת נדחק בזה.

¹³⁹⁸ חו"מ סימן יג.

¹³⁹⁹ סימן נא.

¹⁴⁰⁰ ח"א סימן ס.

¹⁴⁰¹ הגהות ב"י אות ב.

¹⁴⁰² סימן נא.

¹⁴⁰³ ראנ"ח ח"א סימן ס

מדוע המנהג לעשות קנין חדש על ערבות של הוספת זמן לנישואין?

הסמ"ע (ה) תר אחר טעם המנהג שכאשר עושים שטר על התחייבות לנישואין ומעמידים ערב, ולאחר מכן מרחיבים את זמן הנישואים עושים קניין מחדש.

וכתב שאין לומר שזה נצרך לכ"ע כדעת הרמ"א שלעולם יכול הערב לכופ את הלווה לפרוע תוך זמנו, שא"כ לא היה צורך לזה במקום שכל צד סמוך בערב שלו שלא יכפנו.

וכתב הסמ"ע שנראה שעושים כן לדעת החולקים שסוברים שהערב יכול לכופ גם את המלווה שיפרע עכשיו.

עוד כתב הסמ"ע שיתכן שבזה אף הרמב"ן יודה, הואיל וחיוב זה אינו ידרא דממונא' כי אם מהבושת, ולכן אף הרמב"ן יודה שיכול הערב לומר שלא התחייב ליותר מהזמן הקצוב.

הש"ך (ד) כתב שדברי הסמ"ע צריכים עיון, וגם קשה לשיטתו מדוע מקבלים את הקנין מבעל דבר, אלא צריך לומר שערבות של שדוכין אינה דומה לערבות של ממון.

האם ערב קבלן יכול לדרוש מהמלווה שיפרע בזמן.

הביא הפת"ש (ג) בשם החכם צבי¹⁴⁰⁵ שבערב קבלן כ"ע יודו שאינו יכול לדרוש מהמלווה שיפרע בזמן, כיון שנעשה כלווה ממש, אך ציין שמה שאף שכתוב בשטרי התנאים שנעשה ערב קבלן, אינו נעשה ערב קבלן, מפני שאנו עדים שאינו נעשה ערב קבלן באופן המועיל.

ערב שהתנה בתחילה שנעשה ערב רק לזמן מסוים.

כתבו הב"ח הש"ך (ג) שאף הרמב"ן מודה שאם התנה הערב מתחילה שיהיה ערב לזמן פלוני, ודאי שהדין הערב שיכול לגוף את המלווה להפרע עכשיו, או שיצא מהערבות.

והפת"ש (ד) הביא את דברי הבית אפרים¹⁴⁰⁶ שכתב שאף שהתנאי היה בין הערב למלווה, אין הלווה יכול לחייב את הערב להאריך את ערבותו בטענה שהתחייב להיות ערב כל זמן שהחוב קיים.

ערב הנשלח לפרוע חוב לגוי ושכח הגוי מהחוב, אם יכול הערב לעכב המעות בידו?

כתב המרדכי¹⁴⁰⁷ **בשם מהר"ם**¹⁴⁰⁸ שאם הלווה שלח מעותיו למלווה גוי ע"י הערב, ושכח הגוי ולא לקח את המעות, לא יכול הערב לעכב את המעות בטענה שהוא חושש שיזכור הגוי ויתבענו. שמכיון שהאמין הערב ללווה פעם אחת ונעשה ערב בעדו בלא משכון, גם עכשיו לא יעכב מעותיו בספק בשביל שערב בעדו.

וזייק הדרכי משה (ב) מדבריו שסובר כטור, שבמקרה רגיל יכול הערב לכופ את הלווה לשלם בזמן הפרעון, ורק כאן שיש ספק שמא לא יתבענו, אין הרשות בידו. לשון השו"ע:

ערב שבא אצל המלווה בזמנו והתרה בו שיתבע ממונו מהלווה ואם לא, יפטר מהערבות, ולא רצה המלווה והאריך זמן ללווה, יש מי שאומר שאין הערב נפטר בכך, ואצ"ל קבלן, ואפילו היו נכסים ידועים ללווה והערב אומר למלווה: רד עם הלווה לדין וגבה חובך מנכסים, והאריך זמן ללווה ובנתיים נשתדפו הנכסים, גובה מהערב. וצריך להתיישב בדין זה. הגה: כי יש חולקין בזה. מיהו אם הלווה היה מוכן ליתן למלווה מעותיו, והערב שלח אחריו שיבא לקבלם, או לשלוח לו שטר לתבוע החוב ולא רצה, ונאבד החוב, פטור הערב (מהר"ו סימן פ'). והערב יכול לכופ ללווה לפוטרו מן הערבות בזמנו, כי יכול לומר: לא נתרציתי להיות ערב, אלא עד כאן (טור).

ואם המלווה עובד כוכבים, והלווה נתן (המעות) לערב לפרוע לעובד כוכבים, ושכחם העובד כוכבים אצל הערב, צריך להחזיר המעות ללווה, ולא יוכל לומר: שמא יזכור העובד כוכבים, דהואיל וכבר ערב בעדו והימניה, צריך להמתין לו עוד יותר (מרדכי פ' הגזל בתרא):

סעיף ה

ערב שלקח משכון מהלווה וביקש הלווה את המשכון ושיערוב לו שוב, ואמר הערב

'הריני כמו שהייתי אם נעשה ערב?'

לשון השו"ע:

ישראל שהיה ערב לחבירו בשביל עובד כוכבים, ונטל הערב משכון מהעובד כוכבים ונתנו למלווה, ובא העובד כוכבים אצל הערב בע"ש בין השמשות וא"ל: היה ערב בשבילי לזה שאני חייב לו שיחזיר לי משכונני שאני צריך לו, א"ל הערב: כבר נכנס שבת ואיני עושה שום ערבות, פייסו העובד כוכבים לערב עד שאמר למלווה: הריני כמו שהייתי, והחזיר המלווה לעובד כוכבים משכוננו, לאחר זמן תבע המלווה לערב, טען: לא היה בדעתי כשאמרתי הריני כמו שהייתי, אלא כמו

¹⁴⁰⁴ הובא בכנה"ג הגהות הבי"י אות ה.

¹⁴⁰⁵ סימן נא.

¹⁴⁰⁶ חו"מ סימן יג.

¹⁴⁰⁷ ב"ב פרק הגזל ב"ק סימן קסט.

¹⁴⁰⁸ דפוס פראג סימן שכו, תתקנג.

שהייתי אחר שבא המשכון לידך, וראיה לדבר (שכבר ראית) סרבנותי כנגד העובד כוכבים מלהכנס ערב ותליתי הדבר באיסור שבת, הדין עם הערב, שהיה לו למלוה לפרש ערבותו. ואף על פי כן חייב הערב לסייעו להוציא החוב מיד העובד כוכבים.

מקור דין זה בטור בשם הרי"ף וכן מופיע בתרומות¹⁴⁰⁹ בשם ר"א אב"ד.¹⁴¹⁰ וביאר הסמ"ע שמה שחייב הערב לסייע למלוה הוא משום שהגוי לא יעז נגדו בשביל הטובה שעשה לו.

סעיף ו

ערב ללווה גוי שאמר למלוה בעברית שאינו ערב, ולגוי אמר שהוא ערב, אם נעשה ערב?

הטור הביא תשובת רש"י שאם גוי ביקש מישראל שיתן לו את משכונו ושישים לו ערב ישראל, והסכים המלוה בתנאי שיביא לו ערב ישראל, ובא ישראל ואמר בעברית שאינו ערב, אך לגוי אמר שהוא ערב, נעשה ערב, ודינו כערב בשעת מתן מעות שלא צריך קניין, והתראה שהתרה בו אינו כלום, מפני שהיה לו להשתמט מלהיות ערב, והואיל ואמר לגוי שמוכן להיות ערב, לא יכל המלוה להמנע מלהביא לו את המשכון, והואיל וכבר הסכים לו מתחילה שיתן לו במידה ויביא לו ערב.

השו"ע הביא הדין זה, והשמיט את הנימוק 'והוא כבר הודה לגוי שיחזיר לו המשכון ע"י ערבות'. וזייק הסמ"ע (יב) שסובר שגם אם התרה הערב במלוה לא לקבלו כערב בלי להסכים לבקשת הגוי קודם, התראתו אינה כלום. שמכיון שלא רצה לומר לגוי שאינו רוצה להיות ערב, גם המלוה יכול לומר שלא רצה לומר לגוי שאינו רוצה לקבלו כערב. ומה שנקט רש"י את מה שהודה לגוי קודם הוא ל'רווחא דמילתא'. ומסיק הסמ"ע שכן מסתבר להלכה.

הש"ך (ח) השיג על הסמ"ע שאין כאן השמטה, ואדרבה דקדק המחבר לכתוב 'והודה לדבריו'. וכן עיקר להלכה, וכן משמע בלבוש, וכ"כ הגידולי תרומה. לשון השו"ע:

ישראל שהיה בידו משכון מעובד כוכבים, ושואל ממנו שיחזירנו לו בערב ישראל, והודה לדבריו, והביא העובד כוכבים ישראל וא"ל בלשון הקדש: אני מתרה בך שלא תקבלני ערב, ואומר בפני העובד כוכבים: אני ערב, התראה שהתרה בו אינו כלום, והרי הוא ערב כבשעת מתן מעות.

סעיף ז

ערב שהוצרך לשלם למלוה גוי, מחמת עלילות הגוי

הטור הביא תשובת הרא"ש¹⁴¹¹ שכתב שאם הוכרח הערב לפרוע למלוה גוי שהוציא עליו שטר, צריך הלווה לשלם לו גם אם הוציא הגוי ממנו שלא כדין וגם אם יש ללווה שטר פרעון מהגוי. שהדבר ידוע שידם תקפה עלינו וצריך לתת לו כל מה שיתבע ממנו, והלווה ידע זאת וקיבל על עצמו לפצותו ולסלקו מכל היזק שיבוא לו מהגוי אע"פ שלא פירש כן בפירוש. ומכיון שהניח עיקר השטר ביד הגוי צריך לפרוע לערב כל מה שיכיר שפרע בשבילו. והבירור יהיה ע"י עדים או פיתקא של הגוי ניכרת שקיבל ממנו כך וכך, או שכתוב בשטר בין השיטות שפרעו כך וכך, והביא הב"י שכן כתב המרדכי¹⁴¹² בשם מהר"ם¹⁴¹³, וכן פסק בשו"ע.

עוד הביא המרדכי שפסק מהר"ם שבכל מקום שהעליל הגוי על הערב, חייב הלווה לסלקו, מאחר שמחמת ערבות שלו בא אליו הצרה. אמנם אם יביא הלווה עדים שפטר הגוי את הערב, או שמודה הערב בזה, אף שחזר הגוי והעליל עליו אין הלווה חייב לסלקו. אבל אם שופט פטר את הערב אין זה מספיק.

הביא הב"י בשם מהרי"ק¹⁴¹⁴ שהלוה אינו מחוייב לפרוע על הוצאות משום אונס שאינו שכיח, כגון אם נתפס הערב בדרך או הוצרך לשלם לגוי ריבית יותר מהנהוג, וכן פסק הרמ"א בשם יש אומרים. [כתב הסמ"ע (יד) שלמרות שבסימן צג סעיף טו, עולה שאין שותף יכול לחייב את חבירו על כך שפרע לגוי, כל שלא ברור שהשותף השני לא פרעו כבר, כאן זה שונה שהואיל ושמעון נכנס להיות ערב ובדיניהם הולכים על הערב תחילה, לכן מוטל על ראובן לפצותו בכל עניין].

כיצד מבררים שהערב פרע לגוי?

כתב הסמ"ע (טו) שצריך לגרוס 'או שכתב בשטר' ולא 'שכתוב', והכוונה היא שבפיתקא כתוב שכתב את הפרעון בין השיטות. שאין להוכיח כלום ממה שכתוב בין השיטות של השטר, שמכיון שהוא ביד הערב אולי זייף וכתב כך.

הב"ח השיג על הסמ"ע וכתב שגם כתיבת הגוי לא מועילה, שיש לחשוש שמא עשה הערב קנוניא עם הגוי. אלא מדובר בכתיבה בין השיטות הנעשית בערכאות שלהם.

והש"ך העיר (י) שמה שהניח הסמ"ע שהשטר הוא ביד הערב אינו מוכרח, שיתכן שמדובר כשלא פרע הכל והניח את השטר ביד הגוי.

¹⁴⁰⁹ שער לה ח"א סימן כז.

¹⁴¹⁰ שו"ת ראב"י סימן קכד.

¹⁴¹¹ כלל יח סימנים ו-ז.

¹⁴¹² ב"ק סימן קס-קסא.

¹⁴¹³ ד"פ סימן תצה.

¹⁴¹⁴ שורש ז ענף ד.

עוד הביא הרמ"א בשם המרדכי בשם מהר"ם שאין הערב נאמן אפילו בשבועה כמה הוציא על העלילה, אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר מכח הערבות ואז נשבע כדין המוציא הוצאות על נכסי חבירו ונוטל (בהגהות דו"פ הניח הסמ"ע א"ז בצ"ע, שמתשובת הרא"ש משמע שגם בזה אינו נאמן בשבועה, עד שיהיה מבורר בפיסקא או בעדים). וכן אם העדים או אחד מהם מעידים כמה הוצרך לשלם, נוטל בלא שבועה. לשון השו"ע:

שמעון יצא ערב לעובד כוכבים בשביל ראובן, והלך לו ראובן, והוצרך שמעון לפרוע בשבילו, וכשבא ראובן תבעו שמעון, א"ל: לא היה לך לפרוע כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו, א"ל שמעון: הוצרכתי לפרוע כל זמן שלא הנחת בידי שטר הפרעון והנחת שטר החוב ביד העובד כוכבים, הדין עם שמעון, וחייב ראובן לשלם כל מה שיברר שנתן לעובד כוכבים, אפילו שהעובד כוכבים תבע ממנו הממון שלא כדין ואנסו ליתן לו. והבירור יהיה על ידי עדים או על ידי פתקא של העובד כוכבים ניכרת, או שכתוב ביני שיטי בשטר. הגה: וה"ה בכל ערב לעובד כוכבים בשביל ישראל חבירו, אפילו העליל העובד כוכבים על הערב מכח הערבות, חייב הלוה לסלקו. ודוקא שאין הערב מודה שהעובד כוכבים פוטרו בפניו, אבל אם מודה שהעובד כוכבים פוטרו, או שיש עדים על כך, ואח"כ חזר והעליל עליו, פטור הלוה. ואין הערב נאמן, אפילו בשבועה, כמה הוציא על העלילה, אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר עם העובד כוכבים מכח הערבות, ואז נוטל בשבועה, אם לא שהעדים או אחד מהן מעידים דבר ברור, שאז נוטל בלא שבועה, אבל אם לא העמיד עדים, איהו דאפסיד אנפשיה (מרדכי פרק הגוזל בתרא). וי"א הא דמחייב לפוטרו מן האונסין, דוקא באונס דשכיח; אבל באונס דלא שכיח, לא (מהרי"ק שורש ז' וקל"א):

סעיף ח

שנים שחכרו מגוי וגבה הגוי מאחד מהם

לשון השו"ע:

וכן ב' שקבלו חכירות מעובד כוכבים ונעשו ערבים זה לזה, והעובד כוכבים מצא אחד מהם וגבה ממנו, חייב חבירו לפרוע חלקו מכל הפסד שבאה לו מאותו העובד כוכבים. ואם היה מזומן לפרוע חלקו, וההפסד בא לו מכח חבירו שלא פרע, חייב חבירו לפרוע לו כל ההפסד. מקור דין זה בתשובת הרא"ש כלל יח סימן ז.

סעיף ט

האם ערב למכר משתעבד וכיצד?

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק כה הלכה ז:

ראובן שמכר לשמעון שדה, ובא לוי וקיבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי. שזו אסמכתא היא. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה כל עת שירצה שיתבענו שמעון, הרי זה חייב. וכזה הורו רבותי. והראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב ומשתעבד בשעת מתן מעות ואין בערבות משום אסמכתא. הטור ביאר שהסיבה שלרמב"ם ערבות הינה אסמכתא, היא מפני שבכל ערבות יש אסמכתא, אלא שמקנה מכח שעל אמנתו הלווה, ובמכר טעם זה לא שייך, שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות.¹⁴¹⁵ לעומתו המגיד משנה פירש שהסיבה שערבות במכר הינה אסמכתא, היא שסכום החיוב משתנה לפי השווי של הקרקע.¹⁴¹⁶

הב"י כתב שלו נראה לפרש שיש בזה אסמכתא משום שמכיון שרואה הערב שאין מערער על השדה, בטוח הוא שלא יוציאו אותו מהקונה.¹⁴¹⁷

וביאר הב"י שהסיבה שכשאמר שיגבה ממנו כל עת שירצה שמתחייב, הוא מפני שנעשה כאומר מעכשיו, שבזה אין אסמכתא. **וכתב הש"ך (יב)** שטעמו אינו ברור.

אך הסמ"ע (יח) ביאר שהמקרה השני מדבר שהערב התחייב לשלם ללוקח בכל עת שירצה, אפילו כשלא יהיה מערער על השדה, ולעולם יוכל הלוקח לחזור בו, ובזה נעשה כערב רגיל מפני שעיקר לקיחתו הייתה על המעות, והסיבה שצריך קניין ולא נחשב כערב בשעת מתן מעות, היא מפני שהמעות לא ניתנו בתחילה בתורת הלוואה

השו"ע כתב כדברי הרמב"ם בשם י"ש שכתבו, **והרמ"א הביא י"א** כדעת הראב"ד.

לשון השו"ע:

יש שכתבו שאם ראובן מכר לשמעון שדה, ובא לוי וקבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה בכל עת שיתבענו שמעון, הרי זה חייב. הגה: וי"א דאין ערב באחריות בשעת מתן מעות משום אסמכתא, ומשתעבד (טור בשם הראב"ד).

¹⁴¹⁵ וכתב ר' דניאל וסטרוק בסיכמו ל'דינים בודדים':

אבל טעם זה צל"ע, שגם הרבה אנשים מלויים בלי ערב ומ"מ במלוה בערב תולים שעל אמונתו הלווה.

¹⁴¹⁶ כתב ר' דניאל וסטרוק בסיכמו ל'דינים בודדים':

וגם טעם זה קשה לי, שהרי אפשר להשתעבד לחיוב המשתנה כדמוכח ממה שהמוכר באחריות משתעבד.

¹⁴¹⁷ עיין ביד פשוטה שהביא ג' טעמים אפשריים ברמב"ם.

סעיף י

האם ערב שהתחייב בתנאי משתעבד

כתב הרמב"ם בהלכות מכירה פרק כה הלכה ח: **וכן הערב או הקבלן שחייבו עצמן על תנאי, אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד מפני שהוא אסמכתא. כיצד? כגון שאמר לו תן לו ואני אתן לך אם יהיה כך וכך, או אם לא יהיה. שכל התולה שיעבוד שאינו חייב בו באם יהיה ואם לא יהיה לא גמר והקנה קנין שלם, ולפיכך לא נשתעבד.**
וכתב הטור שגם בזה יש חולקים, מפני שבערבות אין בעיה של אסמכתא. (אמנם הראב"ד עצמו לא השיג על הדין הזה).
השו"ע העתיק לשון הרמב"ם, והרמ"א הביא י"א שאין בערבות משום אסמכתא.
כתבו התרומות והטור שאם קנו ממנו מעכשיו השתעבד הערב לדברי הכל, וכן פסק השו"ע.
והעיר התיבות (ב) שזה דווקא לשיטת הרמב"ם והשו"ע שדי במעכשיו בכדי לסלק אסמכתא, אך לדעת הרמ"א בסימן רז סעיף יד צריך קנין בבית דין חשוב דוקא.
לשון השו"ע:

ערב או קבלן שחייבו עצמם על תנאי, אף על פי שקנו מידו, לא נשתעבד מפני שהוא אסמכתא. כיצד, כגון שא"ל: תן לו ואני אתן לך אם יהיה כך וכך או אם לא יהיה, מפני שלא גמר והקנה. ואם קנה מידו מעכשיו שיתחייב לו בממון זה אם יתקיים התנאי, הכל לפי תנאו, שכל קנין מעכשיו אין בו משום אסמכתא: (וי"א דאין בערבות משום אסמכתא) (טור סי"א בשם י"א):

סעיף יא

ערב שהתחייב לכך שאדם התחייב לו בשטר ואותו אדם מסרב

לשון השו"ע:
ראובן קנה שדה משמעון וכתב לו שטר, וא"ל שיעשה לו שטר גם על אשתו, ולא היתה שם, נתערב לוי בשבילו שלכשתבא שתעשה שטר עליה, וכשבאה, לא רצתה, ותבע ראובן לערב שיכתוב לו הוא שטר על נכסיו, והערב טוען שאינו חייב אלא יחזיר לו מעותיו, הדין עם הערב.
מקור דין זה בתשובת הרא"ש כלל עג סימן ה, והביאו הטור כאן.

סעיף יב

ערב שהתחייב לגופו של הלוה, אם משתעבד?

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה פרק כה הלכה יד: **מי שאמר לחבירו 'הלוהו ואני ערב לגופו של לוח זה, לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך', וכן אם אמר לו אחר שהלוהו ותבעו 'הניחהו, כל זמן שתבענו אביאנו לך' וקנו מידו על זה, אם לא יביא זה הלוה יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם. ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר 'אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם' הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד, ולזה דעתי נוטה.**
וכתב הראב"ד:
דל אסמכתא מהכא, שהרי סלקו אותה בגמרא. אלא אם אמר בשעת מתן מעות 'הלוהו ואני ערב לך להביא בידך את גופו, ואם לא אוכל להשיבו אשלם' לית דין ולית דיין שהוא חייב לשלם. ואם לא אמר לו כך למה יתחייב ממון?! אלא י"ל שיבא גוף תחת גוף עד שיתפטר עמו.
כתב המגיד משנה שהרבה מן הגאונים סוברים כדעיה הראשונה ברמב"ם שהערב משתעבד ואין זה אסמכתא, עד שיש מי שכתב שאם הביא הלוה את הערב בערב שבת וברח במוצ"ש, לא נפטר הערב בכך. **ולענין הלכה כתב המגיד משנה** שאינו כדאי להכריע.
ובבדק הבית כתב שלו נראה שמכיון שהרמב"ם 'דיינא הוא' והוא להקל על הנתבע, נוקטים כדבריו, שהערב פטור, וכן סתם בשו"ע.
והרמ"א הביא י"א שאין בערבות משום אסמכתא.
[וציין הרמ"א לסימן קכט סעיף ח שם פוסק הרמ"א שהערב משתעבד אף בחוב שהוא עצמו אסמכתא, ושם ציין לכאן.
אבל העיר הסמ"ע (כד) שגם מי שסובר ששם אינו אסמכתא יכול להסכים שכאן הוא אסמכתא.]
לשון השו"ע:

מי שאמר לחבירו: הלוהו ואני ערב לגופו של לוח ולא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה אביאנו לך, וכן אם אמר ליה לאחר שהלוהו ותבעו: הניחהו וכל זמן שתבענו אביאנו לך, וקנה מידו על כך, אפילו התנה ואמר: אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זה אסמכתא ולא נשתעבד. (וי"א דאין בערבות משום אסמכתא) (וע"ל סימן קכ"ט ס"ח):

סעיף יג

ערבות על דבר שאינו קצוב

כתב הרמב"ם בהלכות הלוואה פרק כה הלכה יג:

מי שלא פירש קצב הדבר שערב, כגון שאמר לו כל מה שתתן תן לו ואני ערב, או מכור לו ואני ערב, או הלווה ואני ערב, יש מן הגאונים שהורה שאפילו מכר לו בעשרת אלפים או הלווה מאה אלף נשתעבד הערב בכל. ויראה לי שאין זה הערב חייב כלום, שכיון שאינו יודע הדבר ששיעבד עצמו בו לא סמכה דעתו ולא שיעבד עצמו, ודברים של טעם הם למבין.

וכתב הראב"ד על דבריו:

וא"כ לא ברב ולא במעט, אלא כדי שהדעת מגעת לשם שהוא רגיל ואמיד נשתעבד."

המגיד משנה כתב שמחלוקת זו תלויה בשאילה אם אפשר להתחייב בדבר שאינו קצוב, והרמב"ם הלך לשיטתו בהלכות מכירה (יא, טז), שלא ניתן להתחייב על דבר שאינו קצוב.

וכתב המגיד המשנה על דברי הראב"ד שאין דעתו נוחה בפשרת הראב"ד מפני שנתן דבריו לשיעורים. ולהלכה כתב המגיד משנה שנראה עיקר כדברי קצת גאונים.

וכן פסק השו"ע ונימק שכל הבאים אחרי הרמב"ם חלקו עליו, ונוקטים כדבריהם.

כתב הסמ"ע (כה) שהאמת היא שגם החולקים על הרמב"ם בהתחייבות רגילה על דבר שאינו קצוב מודים כאן, ודלא כמגיד משנה, והטעם הוא שמכיון שהצטרפה עוד ריעותא של ערבות זו אסמכתא.

וכתב הסמ"ע ולכן הראב"ד לא החליט את הדבר כאן, ושם כתב שאפשר להתחייב בדבר שאינו קצוב.

ולכן הסיק לדינא כנגד השו"ע, וכתב שאינו מתחייב בדבר שאינו קצוב.

אך הש"ך (טו) חלק על הסמ"ע וכתב שהעיקר כדברי המגיד משנה והשו"ע. וכן מוכח בדברי המהריב"ל.

והביא הש"ך שהמהרשד"ם¹⁴¹⁸ והמהריב"ל¹⁴¹⁹ כתבו שהמוחזק יכול לטעון 'קים לי' כרמב"ם.

וכתב הש"ך שצ"ע בזה מכיון שהבאים אחריו חולקים עליו, ומדברי השו"ע ושאר אחרונים נראה שלא נוקטים כרמב"ם בזה כלל.

עוד כתב הש"ך בזה מהר"י בן לב שאסילו אם הערב נשבע שערב בדבר זה, אינו צריך לקיים שבועתו הואיל ובטעות נשבע שסבר שהשתעבד (כל זה לשיטת הרמב"ם).

לשון השו"ע:

מי שלא פירש קצב הדבר שערב, כגון שא"ל: כל מה שתתן תן לו ואני ערב, או: מכור לו ואני ערב, או: הלווה ואני ערב, להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום. וכל הבאים אחריו חלקו עליו, והכי נקטיבן:

סעיף יז

לשון השו"ע:

האומר לחבירו: ערוב זה לפלוני ואני ערב לך, הרי זה כמו שאמר: הלווה [ואני] ערב, ואינו צריך קנין.

מקור דין זה ברמב"ם פרק כה הלכה יב.

כתב הש"ך (טז) בשם הגידולי תרומה¹⁴²⁰ שמי שנעשה לחבירו ערב לאחר מתן מעות, ולא רצה מלוה לקבלו עד שהעמיד הערב ההוא ערב אחר שנתערב בעד הערב הראשון, הערב השני לא צריך קנין, ולמד הגידולי תרומה כן מתשובת גאון שהביאו התרומות והטור בסימן קכו.

והסכים הש"ך לדבריו שהערב הראשון השתעבד בקנין כדין.

¹⁴¹⁸ סימן פב וסימן קכא וקכדו וקעו.

¹⁴¹⁹ ספר א סוף כלל יב.

¹⁴²⁰ שער כח סוף חלק ב.

סימן קלב

סימן קלב

עבד אישה וקטן שערבו, ושנים שנעשו ערבים בשביל אחד ואחד בשביל שניים ובו ו סעיפים :

סעיף א

עבד אישה וקטן שערבו

אישה וקטן שערבו

כתב הרמב"ם בהלכות מלה ולוה פרק כו הלכה ט : "עבד או אשת איש שלוו או שערבו את אחרים ונתחייבו לשלם, כשישתחרר העבד ותתגרש האשה או תתאלמן ישלמו."
וכתב המגיד משנה שכן כתבו כל המפרשים ולמדו כן מהרבה מקומות וביניהם המשנה בב"ק פז. שם כתוב: "עבד או אשה שחבלו פטורים אבל משלמים לאחר זמן, נתגרשה האשה ונשתחרר העבד חייבים לשלם."

קטן שערב

כתב הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כו הלכה יא בשם הגאונים שקטן שערב לאחרים אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל, מפני שאין לקטן דעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב. **וכן פסקו הטור והשו"ע.**
וכתב המגיד משנה שאף שלעניין מטלטלין אנו אומרים שמתנתו קיימת, בערב הדין שונה, הואיל ואין כאן קניין גמור, אלא שעבוד ודומה לאסמכתא, ובקטן איננו אומרים שמכח הנאה שהאמינו שעבד נפשו.

האם יכול קטן להשתעבד כערב קבלן?

כתב התרומות¹⁴²¹ שנחלקו הפוסקים אם קטן יכול להשתעבד כקבלן כמו שיכול ללוות, והניח בצ"ע. לשון השו"ע:

עבד או אשת איש שערבו לאחרים, או נכנסו קבלנים ונתחייבו לשלם, אין חייבים לשלם עד שישתחרר העבד ותתאלמן האשה או תתגרש. אבל קטן שערב לאחרים, אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל (טור ס"ב בשם הגאונים):

סעיף ב

פנויה שלוותה ונשאת, אם יכול המלוה לגבות מנכסיה?

הגמרא בב"ב קלט. מסתפקת מה הדין במקרה שאשה לוותה ואכלה כשהייתה פנויה ואח"כ נשאת, אם הבעל נחשב כלוקח ואין המלוה יכול לגבות מנכסי האשה שהגיעו לרשותו מפני שמלוה ע"פ אינו נגבה מן הלקוחות, או שדינו יורש, ויכול המלוה לגבות מנכסים אלו.
וכתבו הרי"ף¹⁴²² **והרא"ש**¹⁴²³ שהואיל ולא נפשט הספק, הדין הוא כקולא לנתבע, ואין גובים מן הבעל, והוא הפסיד את עצמו בכך שלא הלווה לאשה בשטר.
וכן פסק הרמב"ם¹⁴²⁴ שאשה שלותה או ערבה ללוה ונשאת, אין מוציאים מיד הבעל, אבל אם לוותה בשטר מוציאים כשם שמוציאים מן הלקוחות.
אך כתב הרמב"ם שאם המעות נשאר אצל האשה, יכול המלוה לגבותם
והמגיד משנה בהלכה ט הביא שכן כתבו רב שרירא ורב האי¹⁴²⁵ **ותמה על דבריהם**, שהרי כאשר היא לוותה, נעשו המעות שלה ממש וזכה בהם הבעל.
ובהלכה יב כתב שנראה שיצא להם ממה שכתוב בגמרא שלוותה ואכלה, משמע שאם לא אכלה, ודאי שיכול המלוה לגבות ממנה.
וכתב הסמ"ע (ג) שכל שיש מעות ביד הלוה, אין המלוה יכול להוציא מהאשה אפילו כשהמעות בעין אצל הלוה.

לוותה האשה בשטר ונשאת, אם ניתן לגבות ממטלטלים שלה, ואם יש חילוק אם שעבדה מטלטלים אגב קרקע או לא?

הסמ"ע דן בשאילה (ד) האם ניתן לגבות מהבעל במלוה בשטר, מטלטלים אגב קרקע. והשאילה היא אם עשו לו תקנה כלוקח שאין גובים ממנו מטלטלים אפילו כשנקנו אגב קרקע, או שמא לא עשוהו כלוקח במקום פסידא לאחריו, וכתב שמדברי הרמ"א בסוף סימן קיב עולה שעשו תקנה אף בזה.
והש"ך (ב) כתב שלא עשו תקנה ללוקח במקום פסידא, ויכול המלוה לגבות מן הבעל מטלטלים שהשתעבדו אגב קרקע, וכתב שכבר השיג על הרמ"א והטור והשו"ע שם בסימן קיב בזה.

¹⁴²¹ שער לה ח"א סימן מא.

¹⁴²² ב"ק סה.

¹⁴²³ ב"ק פרק ח סימן נו.

¹⁴²⁴ מלוה ולוה פרק כו הלכה יב.

¹⁴²⁵ שו"ת הגאונים ירושלים תרפ"ז סימן ג.

עוד כתב הש"ך שנראה לו שכאשר היה המלוה בשטר, ניתן לגבות ממטלטלים אף כשלא שעבדו מטלטלי אגב קרקע, מפני שכאן לא שייך הטעם שהבעל הפסיד את עצמו שלא הלווה בשטר, שהרי הלווה בשטר, ועוד שהלבוש והגהות פרישה כתבו בסימן קיב שהטעם שלא גובים מהבעל, הוא מפני שיכול לטעון פרעתי וכן משמע בתשובת רשב"א ורמב"ן, וא"כ כאן שלוה בשטר לא שייך טעם זה.

והפתי"ש (א) הביא שרע"א¹⁴²⁶ **כתב להצדיק את דברי הסמ"ע** שאם לא שעבד מטלטלים אגב קרקע אין המלוה יכול לגבות מהאשה אע"פ שלוותה בשטר, מפני שכל מה שאמרנו שאין הבעל נחשב כלוקח במקום פסידא, זה דווקא במקום שמן הדין היה צריך לשלם, אבל כאן שמן הדין לא היה צריך לשלם במטלטלים הואיל ואינם משתעבדים מדינא דגמרא, בזה הבעל נחשב כלוקח.

אך כשעבד מטלטלי אגב קרקע צדד רע"א בדברי הש"ך שבוה הבעל נחשב כיוורש, ויכול המלוה לגבות ממנו, הואיל ומן הדין אף לוקח חייב, ורק מתקנת השוק, אינו מחוייב. **אך הסתפק רע"א** במטלטלים אפותיקי שלא השתעבדו אגב קרקע.

אשה שלוותה ונשאת ויש לה מטלטלים בעין, אם יכול המלוה לגבותם?

כתב הש"ך (ב) שפשוט שכשהמטלטלים של האשה בעין יכול המלוה לגבותם, ואפילו שלוותה במלווה ע"פ, שלא גרע דינם מכשיש לה מעות בעין, שיכול לגבות.

הנתיבות (א) הביא שהתומים (א) תמה על דבריו שהרי לא אמרו כן במעות, אלא באותם מעות של ההלוואה, ולכן הסיקו התומים והנתיבות שאף כשיש מטלטלים בעין אינו יכול לגבות מהם.

הפתי"ש (א) הביא שכן תמהו על הש"ך רע"א¹⁴²⁷ **והבית מאיר**¹⁴²⁸.

לשון השו"ע:

אשה פנויה שערבה לאחרים ונשאת, דינה כלוותה ונשאת, שאם ערבה על פה [אינה] חייבת לשלם עד שתתאלמן או תתגרש, ואם ערבה בשטר, גובה ממנה ממה שהכניסה לבעלה:

[עיין בקצות (א) שמפלפל בדברי הרשב"ם בב"ב קלט].

סעיף ג

כיצד גובה המלוה משני ערבים.

בסימן עז מבואר שנחלקו הראשונים האם בשניים שלוו, יכול המלוה לגבות את כל החוב מאחד מהם, או שצריך לגבות חצי חצי, ורק כאשר אין לאחד יכול לגבות מהשני, ודיונים נסוב סביב ירושלמי.

ודעת רוב ראשונים שאינו יכול לגבות הכל מאחד במידה ויש לשני.

אמנם לענין ב' ערבים יש תוספתא מפורשת בסוף ב"ב שמבואר שאינו יכול לגבות את הכל מאחד, אלא גובה חצי חצי,

אך הרמב"ם כתב¹⁴²⁹ שאף שבשני לווים צריך לגבות חצי מכל אחד אם אפשר, בשני ערבים יכול המלוה לגבות הכל מאחד, ואם אמר יעל מנת שאפרע ממי שארצה נפרע ממי שירצה.

הרמב"ן¹⁴³⁰ **השיג על הרמב"ם** שהרי מבואר בתוספתא, שאינו יכול לגבות ממי שירצה.

והרשב"א כתב שאין סומכים על התוספתא הזאת, מפני שבגמרא בב"ב קז. משמע שבאחים שחלקו יכול בעל חוב של אביהם לגבות מאיזה מהם שירצה. ונכסי האב הם כמו ערבים כמבואר בבכורות מח.:

וביאר הרשב"א בטעם הדבר שלא שייך לומר שיגבה רק חצי מן הערב, שהרי הם לא לקחו שום דבר כדי שנאמר שכל אחד לקח חצי, ואינו דומה לשניים שלוו, שניתן לומר שכל אחד לקח חצי.

הראב"ד כתב שדינו של הרמב"ם אינו מחוור, אבל נכון לנהוג כך מצד המנהג.

המגיד משנה הכריע כדעת הרמב"ם, וכתב שאין עיקר לדברי הראב"ד. ועוד, שמקום שאין מנהג מה יהא דינו.

השו"ע סתם כדעת הרמב"ם, והביא שיש חולקים.

הקצות ציין לדבריו בסימן עז בס"ק ג שהכריע שאם נשתעבדו הערבים בקנין שלא בשעת מתן מעות גובה המלוה מאיזה מהם שירצה וכביאורו של הרשב"א, אבל אם נשתעבדו בשעת מתן מעות, מכיון שהשיעבוד הוא רק ע"י שהוציא המלוה את מעותיו ע"פ שניהם, צריך לגבות חצי מכל אחד.

עוד ציין הקצות לדבריו בסימן קז ס"ק ט שהניח בצ"ע איך סתם השו"ע כאן כדעת הרמב"ם על בסיס דברי הרשב"א שכך מבואר לענין אחין שחלקו, ואילו בסימן קז סעיף ז פסק כנגד הרשב"א שבאחים שחלקו,

אינו יכול לגבות את הכל מאחד מהם.

וכן הקשה התומים כאן, והכריע שהעיקר הוא כדעת הרמב"ן. **וכן הכריע הגר"א בסימן עז (סקי"ח).**

הנתיבות (ב) כתב לתרץ שלגבי לקוחות נפסק שחייב לגבות בשווה כיון שאנו פוסקים שאין ברירה וביאר רש"י שהכוונה שנחשב שלכל אחד מהם יש שייכות בכל חלק שבקרקע והחצי השני שבאותו חלק הינו מכר

ולכן יכול המלוה להוציא מכל אחד רק את החצי של הירושה שהרי לגבי החצי שקנה מאחיו יכול לומר לו הנחתי לך מקום אצל אחי לגבות את חלק הירושה ולא גובים מלקוחות שקנו מיורשים כשנשאר ליורשים

ירושה.

¹⁴²⁶ חידושי רע"ק איגר ז"ל [דו"ח] בסוף הספר בליקוטים מסכת בב"ב קל"ט ע"ב.

¹⁴²⁷ חידושי רע"ק איגר ז"ל [דו"ח] בסוף הספר בליקוטים מסכת בב"ב קל"ט ע"ב.

¹⁴²⁸ אה"ע סימן צ"א סעיף ד' בהג"ה.

¹⁴²⁹ מלוה ולוה כה, י.

¹⁴³⁰ ב"מ לד:

עוד כתב הנתיות שאפילו לדעת תוס' בגיטין¹⁴³¹ שסברו שיש ספק שמא כל מה שקיבל היורש שייך לחבירו, ושמא החלק של חבירו אצלו, דין זה נכון, שמכח הספק אינו יכול לטרוף יותר מחצי, עיי"ש שהאריך לבאר זאת. לשון השו"ע:

שנים שערבו לאחד, כשיבא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה, ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב, חוזר ותובע מהשני שאר החוב. ויש חולקים ואומרים שאם יכול להפרע משניהם, לא יפרע מאחד מהם הכל, אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה, אלא א"כ אין לאחד מהם, שאז גובה מהשני הכל. ואם אמר: ממי שארצה אפרע, יפרע מאיזה מהם שירצה.

סעיף ז

האם חייב הערב השני לשלם לערב שפרע למלוה, מחצית מהסכום?

הבאנו בסעיף הקודם שלדעת הרמב"ם, אם יש ב' ערבים יכול המלוה להפרע ממי שירצה. ולדעת הרמב"ן צריך המלוה להפרע מכל ערב, רק ממחצית הסכום.

וכתבו התרומות¹⁴³² והטור שלאחר שפרע הערב את כל הסכום, הוא יכול לתבוע מחצית מהסכום מהערב השני, אך צריך להביא ראיה בעדים שפרע למלוה, או שיהיה כתוב בשטר 'התקבלתי', **וכן פסק השו"ע. וכתב הסמ"ע (ח)** שלמרות שלפי הרמב"ם אין הלוה חייב לשלם לערב כשלא אמר לו במפורש לשלם, מכל מקום בשני ערבים, חייב הערב לשני אף שלא אמר לו לשלם, הואיל והיה השני מחוייב לשלם, נעשו כאומרים בשעת ההלוואה ערבני ושלם.

הש"ך (ה) הביא שהמב"ט כתב בתשובה¹⁴³³ שדין זה הוא רק לפי שיטת הרמב"ן שצריך לגבות חצי מכל אחד, אבל לפי הרמב"ם כל ערב מחוייב בכל ואינו חוזר על ערב השני.

הש"ך השיג על דבריו וכתב שמפורש בתרומות שדין זה נכון גם לדיברי הרמב"ם, וכן דעת הרא"ש בתשובה שהביא הטור בסימן עז.

וכתב הש"ך שההיפך הוא הנכון ודין זה נכון דווקא לשיטת הרמב"ם, אך לשיטת הרמב"ן, אם פרע ערב אחד את כל הסכום, אינו יכול לתבוע את הערב השני על מחצית מהסכום, מפני שדינו כפורע חוב חבירו שלא מדעתו שאינו חייב לשלם עליו. (לסוברים שאינו חייב בפורע חוב חבירו, ושחייב רק שאמר לו לשלם)

הקצות (ג) ציין לדבריו בסימן עז ס"ק ז שם צידד בדברי המב"ט ותורף דבריו שאכן לפי הטור והרא"ש צודק הש"ך שיכול הערב לתבוע את חבירו, למרות שיכל המלוה לגבות מאחד את כל הסכום, אך זה מפני שהם סוברים שאף בשניים שלוו יכול המלוה לגבות מאחד את כל הסכום, ובכל זאת חייב חבירו לשלם לו. ועל כרחק שהם סוברים שכל אחד נחשב שלווה הכל ונעשה ערב לשני על חצי, אך אנו שסוברים שאין המלוה יכול לתבוע משנים שלווה, על כרחק לא מודים לטעם זה, ולכן אף בערבים איננו אומרים שכל אחד לווה הכל ונעשה ערב למחציתו, אלא כל אחד לווה לבדו, ולכן אם שילם ערב אחד, אין חבירו חייב לשלם לו.

עוד הוכיח הקצות את דבריו מדברי רב יהודה גאון שהובא ברא"ש בב"ק פרק קמא ששני לקוחות שלקחו שתי שדות כאחד יכול בעל החוב לגבות את החוב מאחד השדות, ואין יכול זה שגבו ממנו לגבות מהלקוח השני, יוצא שהואיל וכל אחד נעשה כערב עצמאי לבעל החוב, אין הוא יכול לדרוש מחבירו שישלם לו מה שפרע. [עוד כתב להוכיח מב"ב קז. לגבי שני אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו עיי"ש שהאריך בזה.]

הנתיות (ג) השיג על דבריו במה שדימה את המקרה של שני ערבים, לשני לקוחות, וכתב ששני ערבים דומים לשניים שלוו, שהרי אין שום הבדל בין שניים שלוו לצורך עצמם, לשניים שעמדו ואמרו 'תן מנה לפלוני' שהרי אף באופן הזה, זה נחשב שקיבלו את הכסף כשם שמבואר בקידושין שאשה שאומרת תן מנה לפלוני ואקדש לך מקודשת, שנעשה כמי שקיבלה בעצמה, וכתב שדין זה נכון אפילו אם התחייבו שלא בשעת מתן מעות, ורק אם ערבו בנפרד לגמרי, אין האחד חייב לחבירו, שבזה אינם דומים לשנים שלוו.

המשובב תמה עליו במה שכתב ששנים שלוו דומים לשני ערבים, שהרי בשנים שלוו אנו אומרים שלא ניתן לגבות את הכל מאחד מהם בניגוד לשני ערבים, שכל אחד התחייב בנפרד, מפני שאין ערבות לחצאין.¹⁴³⁴

מלוה שמחל לאחד הערבים ופרע מהערב השני, האם יכול הערב שפרע לגבות מחבירו?

המב"ט בתשובה הנ"ל כתב שכשמחל המלוה לאחד הערבים ופרע השני, פשוט שאינו יכול לתבוע את ערב חבירו.

והש"ך השיג עליו וכתב שאף אם מחל המלוה לערב אחד, ופרע מהשני יכול חבירו לגבות ממנו שאף שהוא מחל לו מכל מקום הערב יכול לחזור ולגבות ממנו.¹⁴³⁵

¹⁴³¹ מז: ד"ה טבל וחולין.

¹⁴³² שער מד חלק א סימן ה

¹⁴³³ ח"ב סימו כבו ח"א

¹⁴³⁴ **עוד האריך הנתיות** לבאר שבלקוחות הסיבה שאין הלוקח יכול לתבוע את חבירו, הוא מפני שהואיל והאחריות חלה על שניהם רק מהיום השני, נעשה דינו של הלוקח כלוקח שקנה שלא באחריות, שגבו ממנו קרקע במקרה שלא יכלו לגבות מן הלווה, שאינו יכול לגבות מן הלוה את הקרקע הבני חורין.

וכתב המשובב שעדיין אם היינו סוברים שכל מקרה שהמלווה יכול להפרע משנים ונפרע מאחד מהם, יכול האחד להפרע חצי מחבירו, היה צריך להיות הדין אף כאן, ואין זה קשור לעניין אחריות, אך כתב שבאמת להלכה אינו יכול לגבות, מפני שכל אחד התחייב בפני עצמו.

סימן קלב

והקצות (ג) ציין לדבריו בסימן עז ס"ק ז שם צידד בדברי המבי"ט שבמקרה שמחל המלווה לאחד הערבים ופרע מהשני, פשוט שאין יכול הערב לגבות מחבירו, שמא יזהה כח יבא עליו, הרי אין הוא נעשה ערב לו? לשון השו"ע:

פרע אחד מהם כל החוב למלוה, ובירר זה בעדים, או בהתקבלתי, שכתב לו שפרעו הכל, אף על פי שלא אמר לו: ערבני ואשלם, חוזר ותובע מחבירו חלקו:

סעיף ה

אדם שערב לשני לווים

לשון השו"ע:

אחד שערב בשביל שנים, כשיפרע המלוה יודיעו בשביל איזה מהם הוא פורע, כדי שיחזור עליו:

מקור דין זה ברמב"ם בהלכות מלוה ולוה פרק כה הלכה יא.

ובגירסאות שלפנינו כתוב ברמב"ם 'כשיפרע למלוה יודיעו'.

ולא כפי שמופיע בשו"ע 'כשיפרע המלוה יודיעו'.

אך הסמ"ע (ז) צידד בגירסת השו"ע מפני שזכותו של המלוה להחליט בעבור מי פרע, ולכן צריך המלוה להודיע לערב בעבור איזה חוב גבה ממנו כדי שיידע ממנו להפרע.

אך הש"ך (ו) כתב שהגירסא ברמב"ם היא המדוייקת, וצריך הלווה להודיע למלוה בעבור מי פרע, ואם לא יודיע לא יוכל להפרע מן הלווים, שכל אחד יאמר שפרע בעבור חבירו, וכתב הש"ך שנראה שמדובר בו במקרה שלמלוה לא אכפת בעבור מה נפרע, והחידוש שדי בהודעת הערב בכדי לחייב את אחד הלווים.

סעיף ו

מלוה שפטר את אחד הערבים

הביא הטור שכתבו הגאונים שאם פטר המלוה את אחד הערבים, יכול לגבות את הכל מהערב. וכתב הטור שדיעה זו נוטה לדברי הרמב"ם שהבאנו בסעיף ד, שיכול המלוה לגבות מכל אחד מהערבים את כל החוב.

השו"ע פסק את דברי הגאונים בלשון יש אומרים.

שנים שנכנסו ערבים, ופטר המלוה את אחד מהם, יש אומרים שיכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני. ועיין בסימן ע"ז.

¹⁴³⁵ ובחידושי הרי"ם בסימן עז סעיף ד אות ז הסתפק מאיזה טעם חייב ערב אחד לחבירו כאשר שילם את כל החוב למלווה, ובתחילה העלה שהוא מדין הפרע חובו של חבירו, ולכן הסיק שבמידה ומלווה מחל לאחד הערבים מן השעבוד, שוב אין הוא מחוייב לפרוע לחבירו, אך לבסוף הסיק שאין זה הטעם, אלא הטעם הוא שהערבים ערבו גם אחד לשני, ולכן אף אם מחל המלווה לאחד מהם, מכל מקום חייב אותו ערב לפרוע למי שפרע את כל החוב וכדברי הש"ך.