

## בענין שעבוד

[לז"ג אאמו"ר הגאון ר' משה זצ"ל]

**בכורות מ"ח ע"א.** א"ר ירמיה ז"א שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בע"ח גובה אותה מהם דא"ל וכו' אמר רבא מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה מי איכא מידי דלדידי לא מצי תבע ולערב מצי תבע והתנן וכו', וכן נפסק בחו"מ סי' מ"ט סעי' ו' כרבא דאין בע"ח גובה מטעם ממ"נ. והרמב"ם השמיט האי דינא דרבא וכבר העיר בזה בעה"ת בשער ל"ג, ובתומים שם סקי"ט כתב לתרץ דהא דאמרינן נכסי דבר איניש אינון ערבין ליה הוא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אבל למ"ד ש"ד הוא בגדר קנין ולא בתורת ערב וממילא לשי' הרמב"ם דס"ל ש"ד גובה בע"ח שפיר מטעם ממ"נ ודלא כרבא יעו"ש.

והנה לשי' הרמב"ן בחי' לב"ב קע"ה ע"ב דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אינו אלא מצוה, והא דנחתין לנכסיה הוא מצד כפיה וכמו דכפינן בגופו, אין כל מקום לתירוץ דהא לדידיה הא דנחתין לנכסיה אינו מדין ערב ורק מצד כפיית בי"ד את הלוח על המצוה וע"כ רבא דקאמר נכסיה דבר איניש אינון ערבין ליה ס"ל ע"כ דש"ד, ומוכח ג"כ דלמ"ד ש"ד שעבוד נכסים הוא מדין דערב ודלא כדבריו. ורק לשי' התוס' בב"ב שם דאף למ"ד של"ד מיניה גובה מצד שחייב לשלם לו, ועיין בש"ך סי' ל"ט סק"ב, שפיר י"ל נכסיה דבר איניש אינון ערבין ליה אף למ"ד של"ד, אולם עצם תירוץ קשה דמה"ת לומר דלמ"ד ש"ד אינו מדין ערב דבמאי תלוי זב"ז.

וראיתי בס' «אבן האזל» להגרא"ז מלצר זצ"ל פ"ט מה' מכירה הנ"ל כתב לתרץ עפ"י דרכו של התומים באופן אחר, עפ"י שכתב התומים שם סק"א להקשות אהא דאמר רבא מי איכא מידי וכו' הא היכא דהלוה כופר והערב מודה חייב הערב לשלם וא"כ ה"נ כיון שטוען שהוא לא לוח הרי מודה שהשני לוח וחייב להמלוה א"כ חייב הוא לשלם כערב. וכתב לתרץ דמ"מ כיון דע"י השטר א"א לגבות ורק דחייב מצד ערבות ע"י הודאתו הרי היא רק מלוה ע"פ ואינו גובה מן הלקוחות, ועפ"י כתב לתרץ בס' אבן האזל שם דזהו רק למ"ד של"ד וכל דין דשעבוד הוא ע"י השטר וכיון דא"א לגבות ע"י

השטר אין לו דין מלוה בשטר, אבל למ"ד ש"ד דבאמת נשתעבדו נכסים אף

בלא שטר זרק דחכמים הפקיעו השעבוד במלוה ע"פ מתקנת לקוחות, וא"כ הכא דאיכא שטר ותקנת לקוחות אין כאן דהרי איכא מ"מ נ' למה לא יגבה. הנה יסוד תירוצו הוא לפי שנקט לסברא פשוטה דבמלוה בשטר אין השעבוד מתמת השטר זרק דבשטר לא הפקיעו חכמים את השעבוד שנשתעבדו הנכסים מתמת ההלואה, ולהכי אף דא"א להתחייב בשטר כזה ואינו עושה קנין, מ"מ נשאר השעבוד מתמת ההלואה, ובאמת מצינו בזה מחלוקת האחרונים, דעת הקצוה"ח בסי' ס"ו ס"ק כ' היא דבמלוה בשטר לא הפקיעו חכמים השעבוד ונשאר השעבוד שנשתעבד מתמת הלואה, והנה"מ שם ס"ק כ"ג כתב דעכשיו דהפקיעו חכמים השעבוד במלוה ע"פ בכל מלוה בשטר השטר עושה קנין השעבוד. אבל באמת נ"ל להוכיח דלא כסברת הנה"מ מהא דכ' הרא"ש פ"ק דב"מ אהא דפירש הרי"ף הא דאמר ר"א דהא דכותבין שטר למלוה אף שאין לזה עמו דהוא בשטרי הקנאה ופירש שטר שיש בו קנין, וכתב הרא"ש מאי חילוק יש בין יש בו קנין לאין בו קנין הא שעבודא דאורייתא, ואי משום קלא עדים החתומים על השטר מפקי לקלא ולא הקנין אלא היינו טעמא דר"א דאית ליה דלא זכה משעת החתימה לגבות מן הלקוחות משום דלא נפק קלא עד שימסור לו למלוה את השטר וכו', ומוכח מדבריו דאם הי' קלא משעת החתימה הי' זוכה משעת החתימה לגבות מן הלקוחות, ואם כסברת הנה"מ דבכל מלוה בשטר השטר עושה קנין השעבוד א"כ מאי מהני הקלא משעת חתימה הא קנין שטר ליכא קודם מסירת השטר, וע"כ מוכח דבכל מלוה בשטר כיון דאית ליה קלא לא הפקיעו חכמים השעבוד ונשאר השעבוד מתמת הלואה וצדק הקצוה"ח בדבריו, דהא מקור הדין שם בסי' ס"ו סעי' י"ד הוא מהרא"ש פ"י דב"ב שהביא הטור שם, ושוב סברתו של האבן האזל יש לה יסוד נכון, ולכאורה נראה גם דעת התומים כסברת הנה"מ דהא כתב בסי' מ"ט סק"ח שכ' דמה בכך דשעבודא דאורייתא עכשיו בטלו חו"ל לשעבודא וליתא שעבודא אלא בשטרא, י"ל דאין כונתו דהשטר עושה קנין השעבוד זרק דהיכא דאיכא שטרא לא הפקיעו ובליכא שטרא אף דאיכא קלא הפקיעו. אולם עצם תירוצו אין לו כל יסוד דהא דכיון דאין מוכח בשטר מי הוא הלזה אינו שטר כלל, וא"כ הרי הוא כמלוה ע"פ ממש דהפקיעו חכמים השעבוד ואינו גובה מלקוחות, ויעוין בסמ"ע שם סקט"ז דלהכי הוי דינו כמלוה ע"פ משום דבכל שטר שאין מבורר באמת מי הוא המלוה והלוה הרי השטר כאלו אינו ועיין בתומים סי' מ"ט סק"ח, ואף לפי שכ' הב"י סי' מ"ט אות ו' דאם העדים יודעים מי הוא הלזה האמתית אף שאינו מוכח מתוכו מי הוא הלזה מ"מ שטר הוא לטרוף ממשעבדי ועיין בב"ח שם, וע"כ אף דודאי אינו שטר להתחייב בו מ"מ בנוגע להשעבוד מתמת הלואה דהפקיעו חכמים במלוה ע"פ הכא לא הפקיעו דלא מקרי ע"פ דהרי העדים הוציאו הקול

על הלוח האמתי, א"כ הכא אם ידעו העדים בעת ההלואה מי הוא הלוח אף דבהשטר אינו מוכח ואינו שטר להתחייב, מ"מ הרי הוא שטר לענין דנשאר השעבוד מחמת ההלואה כדין כל מלוה בשטר, ואף ששכתו אח"כ העדים מי הוא הלוח הרי הוא כשטר שנקרע ולא נפקע שעבוד הנכסים עי"ז ורק כיון דליכא שטרא יכול הלוח לטעון פרעתי דל"ש חזקה שטרך בידי מאי בעי, אבל הכא דל"ש טענת פרעתי א"כ אף אם אינם יודעים עכשיו מי הוא הלוח מ"מ גובה מצד מ"מ דהא בעת ההלואה נעשו הנכסים ערבין על ההלואה ולא נפקע מתקנת חכמים כיון דנכתב אז שטרא, ושוב יש להם יסוד לדברי הא"ה הג"ל, אך עדיין אינו מספיק היכא דגם בעת ההלואה לא ידעו העדים בבירור איזה יוסף בן שמעון הוא הלוח, דבגונא זו אין לו כל דין שטר כלל זהו מלוה ע"פ ממש, ועוד דלפי דגראה מיירי שקנה האחד מן יוסף בן שמעון השני לאחר ההלואה א"כ בלא כתב לו דאקני א"א לגבות מן הלוקח נכסים שקנה אח"כ ואף למ"ד ש"ד וכדהוכיח הקצוה"ח בסי' קי"ב, ושעבוד דאקני הרי עושה השטר וכיון ששטר שאינו מוכיח אינו פועל לקנין השעבוד א"כ ליכא קנין דאקני, ובכלל לא אבין דכל דבריו טובבים רק אדינא בשו"ע דלקח אחד מן יוסף בן שמעון השני ואשר ע"ז הם דברי התומים, אבל אינם כל טעם להשמטת הרמב"ם דינא דלקחו שניהם שדה בשותפות המבואר בגמ' דבכורות שם ואשר הרמב"ם השמיטו.

והג"ל בטעמו דהשמטת הרמב"ם דהנה לכאורה יש להבין לפי"מ שכי' הר"ן פ"ט דכתובות על דברי ר"ת דשני שעבודים יש וכתב מיהו כשמת הלוח אעפ"י ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסים לא פקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא דכ"ז שלא ימצא הלוח שירד לנכסיו ויפרע מהם, אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה גם שעבוד נכסים פקע, והקצוה"ח סי' ס"ו סקב"ז ביאר בכונתו, דהלא בכל ערב נתערב בשביל הלוח אם לא יפרע חובו מן הלוח או יהיה קם תחתיו לפרוע חובו, ורק דכשהלוח פורע בעצמו או שמוחל לו המלוה זהו כפרעון נפטר הערב, כיון שכבר קיבל המלוה את חובו ע"י פרעון או ע"י מחילה זהו כפרעון ממש, וה"ה בנכסיה דבר איניש אינון ערבין יעו"ש, ולפי"ז קשה מאי מקשה רבא אר"י יהא נכסיה דבר איניש אינון ערבין ליה מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ולערב מצי תבע הא אף דלא מצי תבע להלוח מספק והלוח פטור מדין דהממע"ה מ"מ החוב הא לא נפרע וגם לא נמחל ע"י המלוה דיחשב כפרעון א"כ חייב הערב לשלם, ואף לפי שכי' הקצוה"ח בסי' מ"ט ס"ק ט' דקושית רבא היא משום דשטר שאינו מוכח מתוכו מי הוא הלוח הא אינו שטר כלל ולא נתחייבו בו וממילא כיון דהלוח לא נתחייב בשטר כזה גם הערב פטור אכתי אינו גוזר דכל שטרא מהכא גובין מנכסיו מחמת השעבוד מההלואה.



והנה הקצוה"ח שם בסי' מ"ט שכ' בהמשך דבריו דכיון דהעדים א"צ לראות נתינת המעות דהא יכול לחייב עצמו בשטר אף שאינו חייב וכנראה נשמר עי"ז ממה שהערתי, דמ"מ נשתעבדו מחמת הלואה, ע"ז כונתו דהא העדים א"צ לראות ההלואה ואפשר שלא הי' הלואה כלל וכל חיובו הוא מחמת השטר וכיון דאינו מוכח מתוכו לא נתחייב בשטר כזה. אבל דבריו אלו תמוהין דנהי דאדם יכול להתחייב עצמו בשטר אף שאינו חייב אבל בכתוב בשטר פלוני לזה מפלוני מנה ואין אנו יודעים אם היתה ההלואה באמת הרי העדאת עדים לפנינו שלוח, ולפי העדאת העדים שהיתה ההלואה נשתעבדו מחמת ההלואה וא"כ אף אם אין כאן שעבוד מצד השטר מ"מ הרי השעבוד הוא מצד ההלואה. וביותר תמוהין דברי הסמ"ע סי' ס"ו ס"ק ק"ה שביאר דברי ר"ת דשני שעבודים יש וכשנפקע שעבוד הלוח מחמת מחילת המלוה נפקע גם שעבוד נכסים דבמקום שנפטר הלוח נפטר גם הערב וכמש"כ הטו' בסוף סי' מ"ט, וכתב עוד ול"ד למת הלוח דשם לא נפטר מחמת המלוה. והוא תמוה דהא אדרבא מסוף סי' מ"ט מוכח דאף היכא דפטור הלוח שלא מחמת המלוה פטור הערב.

וע"כ דבאמת כונת הר"ן היא דבערב חייב הערב לשלם כ"ז שלא יצא הלוח ידי חובו ורק היכא דנפקע החוב ע"י שיצא הלוח יד"ח נפקע גם חיוב הערב, ורק במת הלוח דנהי דפקע חיובו של הלוח אבל לא מחמת שיצא יד"ח ורק דליכא על מי שיחול החיוב להכי לא פקע חיוב הערב, ולהכי בנכסיה דבר איניש דאינון ערבין ליה אף במת הלוח ופקע שעבוד הגוף לא פקע שעבוד הנכסים, ולהכי בספק כיון דמצד הדין דהממע"ה פטור הלוח לשלם הרי יצא הלוח יד"ח מדין דהממע"ה דפטור, ליכא גם חיוב הערב, ורק זה יהי' תלוי לכאורה אם נימא בכל ספק ממון דהדין הוא דהממע"ה ולמ"ד תקפו כהן מוציאין מידו דמיחשב כודאי ממון של המוחזק וכדמוכח מש"ס ב"מ ו' ע"ב דמקשה הש"ס למ"ד תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא דפוטר א"ע בממונו של כהן ומוכח דלמ"ד תקפו מוציאין מידו מקרי ממונו של הישראל המוחזק, ועיין בקונוה"ס כלל א' סי' ח' דבכל מוחזק למ"ד תקפו מוציאין מידו הוא ודאי ממונו של המוחזק ויכול לקדש בו אשה, ולפי"ז בספק חוב דאף למ"ד תקפו אין מוציאין מידו וכדפסק הרמב"ם פ"ב מה' בכורות ה"ו מ"מ בספק חוב ודאי דאם תפס התובע מוציאין מידו, דהרי כבר כתב הרשב"א הביאו הפנ"י לב"מ שם דלפי המסקנא בב"מ שם דמוקי הברייתא דהספיקות בספק פדיון פ"ח ליכא כל סיוע מהכא דתקפו כהן מוציאין מידו, דהכא הוא איתחזק ביד ישראל ממילא אם תפס כהן לכו"ע מוציאין מידו משא"כ בספק בכור, ולפי"ז כש"כ בספק חוב דאם תפס התובע מנכסי הלוח דמוציאין מידו לכו"ע, וממילא נראה בספק חוב דלכו"ע מדין

דהממע"ה ליכא כל חוב. ובלאו זה לפי שכ' הכ"מ פ"ב מה' בכורות בשיי הרמב"ם דאף אם תקפו כהן אין מוציאין מ"מ כל כמה דלא תפס מקרי ממונו של המוחזק, וא"כ בספק חוב דהדין הוא הממע"ה אין כאן כל חוב כלל על הלוח ומדפטור הלוח פטור גם הערב.

אבל באמת בחקירה זו מצינו שנתוכחו החמדת שלמה והנה"מ בשו"ת חמדת שלמה סי' א' וב', דהח"ש הוכיח מש"ס דב"מ הנ"ל דבכל ספק ממון למ"ד תקפו מוציאין מידו מקרי ודאי ממונו של המוחזק, ודעת הנה"מ היא דלא מקרי ודאי ממונו של המוחזק ונשאר בגדר ספק ממון, והא דב"מ הנ"ל מטעם יאוש נגעו בה וכמש"כ התה"ד בהא דקם דינא יעו"ש, וא"כ לפי"ז הוא הדין גם בספק חוב אף דהדין הממע"ה מ"מ אינו פטור ודאי, ומצד יאוש לא שייך כמו בכל ספק ממון כסברת הנה"מ, לפי"מ שהעלה בהגהת הט"ז סי' קס"ג דלא מהני יאוש בחוב, ואף כפי שהוכיח הקצוה"ח שם כהמהרי"ק דמהני יאוש בחוב, מ"מ י"ל דכאן לא שייך יאוש דהרי אפשר שידע הלוח ויתברר מי הוא הלוח ואינו בגדר אבידה, ולפי"ז דכל חוב ספק אינו פטור ודאי ורק ספק חוב ממילא גם ספק בחיוב הערב דאף דסו"ס אינו יכול לתבוע מן הלוח מ"מ כיון דאינו פטור ודאי ורק דהמלוח אינו יכול לתבוע מן הלוח מספק הרי הוא כמת הלוח או הלך למדה"י דחייב הערב לשלם ושוב שייך שפיר מ"מ"נ, ולפי"ז י"ל בטעמא דהשמטת הרמב"ם האי דרבא די"ל דרבא פריך משום דס"ל דשל"ד ושיי הרמב"ם היא כהרמב"ן דלמ"ד של"ד אינו אלא מצוה ורק דהא דנחתנינן לנכסיה אינו מדין כפיה כדס"ל להרמב"ן ורק מחמת ערבות דהנכסים ערבין ליה על מצות פריעת בע"ח דרמי על הלוח, ולהכי כשאנו דנין בנוגע למצות פריעת בע"ח שעל הלוח לשיי הרמב"ם דכל ספק מה"ת לקולא א"כ פטור הלוח וממילא ליכא ערב, אבל למ"ד ש"ד דערבות הנכסים הוא משום חיוב ממון שעל הלוח לשלם וממילא לדברינו לסי' הנה"מ אינו פטור ודאי ורק הוא ספק חיוב דהממע"ה ממילא הוא ספק גם בחיוב הערב, ושייך שפיר מ"מ"נ ולהכי הרמב"ם דס"ל ש"ד השמיט שפיר הא דרבא, ואכמ"ל.