

מראה מקומות, שיעור מאת הרה"ג ר' מאיר קפלן שליט"א

בבא בתרא קעה. - בענין שעבוד דבעלי חוב

נקודות שנידונו בשיעור זה:

- למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, האם יכול האדם להטיל מעצמו שעבוד על נכסיו?
- האם צריכים לומר שעבודא דאורייתא כדי לגבות מן התורה מנכסי בני חורין של הלוה?
- מדברי רב פפא בסוגיין נראה דסבירא ליה להלכה דשעבודא לאו דאורייתא, וצ"ע דבקידושין יג: נראה מדבריו דסבירא ליה שעבודא דאורייתא!
- האיך כתב רבינו תם דמדאורייתא יש שעבוד נכסים במלוה בשטר אליבא דשמואל! והלא שמואל סובר בסוגיין דשעבודא לאו דאורייתא!
- הנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, אמאי לא מוציאם מהאחרון ונותנים לראשון מדין שעבוד, אם שעבודא דאורייתא?

1. **משנה בבא בתרא קעה.**, וז"ל, "המלוה את חבירו בשטר גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים גובין מנכסים בני חורין.

וגמרא שם, וז"ל, "אמר עולא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא? שעבודא דאורייתא. ואלא מה טעם אמרו מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסין בני חורין? משום פסידא דלקוחות. אי הכי, מלוה בשטר נמי! התם אינהו נינהו דאפסידו אנפשייהו. ורבה אמר דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין, מ"ט? שעבודא לאו דאורייתא. ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים? כדי שלא תנעול דלת בפני לוי. אי הכי, מלוה על פה נמי! התם לית ליה קלא.

ורשב"ם שם, וז"ל, "שעבודא דאורייתא. יוציא אליך העבוט (דברים כד), וה"ה למקרקעי. לאו דאורייתא. וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו, בב"מ (דף קיד:)."

2. **תוס' בבא בתרא קעה**. ד"ה **המלוה את חבירו**, וז"ל, "והקשה ה"ר יעקב מקורבי"ל אם כן היאך נשבעין במודה מקצת הטענה, והא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. ואומר רבי כגון שמחל שעבודו, א"נ בדליכא עדים, דהא דשעבודא דאורייתא היינו על פי עדים אבל על פי עצמו לא. ובפרק קמא דבבא מציעא (דף ד: ושם) הארכתני יותר מבכאן."

3. **יד רמ"ה בבא בתרא קעה: (אות קמ"ד)**, וז"ל, "אמר עולא דבר תורה אחד מלוה על פה ואחד מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים מאי טעמא שעבודא דאורייתא, כלומר שעבודא דמשתעבדי ליה נכסי הלוה לבעל חוב למגבא מיניהו זוזיה כמאן דקננהו משעת הלואה להכי מדאורייתא הוא, דכתיב (דברים כד, יא) יוציא אליך את העבוט החוצה, אלמא דאורייתא משתעבדי ליה מטלטליו של לוח למלוה, דאי אמרת מדאורייתא ליכא שעבוד נכסים אלא חיובא כוליה אגופיה דלוה הוא דמיחייב לפרעיה לבעל חוביה מהיכא דבעי."

4. **גמרא שם**, וז"ל, "ומי אמר רבה הכי? והא אמר רבה גבו קרקע יש לו, גבו מעות אין לו! וכי תימא איפוך דרבה לעולא ודעולא לרבה, והא אמר עולא דבר תורה בעל חוב דיניה בזבורית! (אלא) רבה טעמא דבני מערבא קאמר, וליה לא סבירא ליה.

ותוס' שם ד"ה דבר תורה, וז"ל, "דבר תורה ב"ח דינו בזבורית. תימה היכי מוכח מהכא דשעבודא דאורייתא, דלמא היינו מיניה, דמיניה פשיטא דגבי בין קרקע ובין סובין. ושמא עולא אמרה על הא דפי' הניזקין (גיטין דף מח:): דאין נפרעין מנכסים משועבדי' במקום שיש בני חורין ואפי' הן זיבורית, דמשום פסידא דלקוחות אוקמוה אדאורייתא, ומדקאמר אוקמוה אדאורייתא משמע דהתם נמי דאורייתא הוא. מיהו לא אשכחן דקאמר איהו בהדיא הכי אבל הגמרא קאמר התם בהניזקין (שם נ.) כדעולא דאמר עולא כו' ומשום פסידא דלקוחות כו', ואפילו אמר בהדיא הכי לא הוה דוקא, דשפיר משמע אוקמוה אדאורייתא דבמיניה הוא. ונראה שמא מדקאמר בזבורית משמע קרקע זבורית מדלא הזכיר סובין. ואין נראה לפרש דהאי דמ"ד לאו דאורייתא היינו אפי' מיניה דהא פשיטא שחייב לשלם ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע (או) ימכר ויתן לו מעות, אלא בשעבוד לקוחות מיירי שמשועבדים, אע"פ דכתב ליה אחריות בהדיא לאו דאורייתא הוי האי קנין דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות אע"פ שיכול למכרן.

ומה שפי' רשב"ם גבי שעבוד דאורייתא הוי דכתיב יוציא אליך את העבוט וגבי לאו דאורייתא פי' והא דכתיב יוציא אליך העבוט במשכנו שלא בשעת הלואתו בב"מ (דף קיד:), משמע דבשעבוד דבמיניה פליגי, ולא ידע רבי מאי קאמר, וגם לא הבנתי מה שאומר למ"ד לאו דאורייתא דקרא במשכנו בשלא בשעת הלואתו, כ"ש דהוי דאורייתא דבשלא בשעת הלואתו הוא גבייה מחוב.

5. ריטב"א קידושין יג:, וז"ל, "וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא משום דסבר שאין הקנאה לחצאים, ושעבוד קנין לחצאין ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלואה וכל שכן אנכסי דקנה אחר שלוה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו, וכיון שכן כל זמן שהנכסים ברשותו כופין אותו לפרוע לקיים מצותו, אבל כשנתרוקנו הנכסים ליורשים או ללקוחות אינו מן הדין לגבות מהם כלל אפילו מלוה בשטר, אלא דבמלוה בשטר מיהת עבוד רבנן תקנתא משום נעילת דלת שתגבה מהם אבל מלוה על פה אוקמוה אדינא אפילו לגבי יורשין."

6. גמרא פסחים ל., וז"ל, "איתמר, בעל חוב אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כו'. אביי אמר למפרע הוא גובה כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הוה ליה זוזי הוה מסליק להו בזוזי אישתכח דהשתא קא קני."

7. גמרא קידושין יג:, וז"ל, "הא דתנן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה, אמר רב יהודה אמר שמואל והוא שהפרישתה מחיים אבל לא הפרישתה מחיים לא, אלמא קסבר שיעבודא לאו דאורייתא, אמר רב אסי א"ר יוחנן אע"ג שלא הפרישה מחיים, אלמא קסבר שיעבודא הוה דאורייתא. והא פליגי בה חדא זימנא! דרב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה על פה אינה גובה מן היורשין ולא מן הלקוחות, ור' יוחנן ור"ל דאמרי תרוייהו מלוה על פה גובה בין מן היורשין בין מן הלקוחות! צריכא, דאי איתמר בהא, בהך קאמר שמואל, משום דלא מלוה כתובה בתורה היא, אבל בהך אימא מודה להו לרבי יוחנן ולר"ל, ואי אשמעינן בהא, בהא קאמר ר' יוחנן, דמלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, אבל בהך אימא מודה ליה לשמואל, צריכא.

ורש"י קידושין שם ד"ה לאו דאורייתא היא, וז"ל, "לומר דנכסוהי דאינש ערבין ביה ומשתעבדים מדין ערב, ויהיו מלוה על פה ומלוה של שטר שוין, אלא מלוה בשטר שהוא שיעבדו דכתב ליה נכסי אחראין לך משתעבדי מלוה על פה לא משתעבדי."

8. **רמב"ן בבא בתרא קעה:**, וז"ל, "ואיכא דקשיא ליה ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיה, והא כתיבי תשלומין בתורה, מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם, חיים שנים ישלם, שלם ישלם המבעיר את הבערה, ונתן בפלילים, ובכולהו אבות נזיקין ובארבעה שומרין תשלומין כתיבי, ושעבודא לאו דאורייתא בנזיקין נמי איתמר בשמעתין דהוינן יורשי בעל הבור חייבין לשלם. ולדידי לא קשיא, דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בעל חוב מצוה מן התורה וכופין על מצות עשה אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מצות עשה שלו בעל כרחו, והא דכתיב מיטב שדהו ישלם, היינו שמצוה אותו הכתוב לשלם נזקו במיטב, וכיון שהוא חייב לעשות כן אם לא רצה ב"ד יורדין למיטב שלו ומקיימים לו מצותו, והא דפשיט מדעולא שעבודא דאורייתא, לאו מדקאמר דבר תורה בעל חוב בזבורית דהא איכא למימר דבר תורה בזבורית מסלקו ואינו מצווה לסלקו במיטב כנזקין, אלא עיקרא דהא מילתא משום דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא האי קרא קאמר דרחמנא מנעיה אפילו לשליח ב"ד לבא אל ביתו אלמא שעבוד נכסים לאו דאורייתא, ופריעת בעל חוב מצוה דקאמר היינו מהכא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך העבוט, שהכתוב מצוה עליו לעשות כן, ולא כדברי רש"י ז"ל שפ"י מצוה מ"והין צדק" שיהא הן שלך צדק, דההוא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב הוא, אלא מהאי קרא דוהאיש קאמר מצוה, ועולא דפריש דקרא כדי שיוציא פחות שבכלים שדינו כך הוא בזבורית דבר תורה, אלמא שעבודא דאורייתא קאמר, כך נראה לי זה הענין והוא כפתור ופרח. "

9. **גמרא בבא בתרא קעו:**, וז"ל, "אמר רב פפא, הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא."

10. **רי"ף בבא בתרא שם**, וז"ל, "בפרק האשה נקנית דאמר רב פפא הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, והא דקא פסק רב פפא הכא ואמר דהלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא לאו דפליגא דידיה אדידיה אלא הא קא משמע לן דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי."

11. **יד רמ"ה שם (אות קמ"ח)**, וז"ל, "אמר רב פפא הלכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשין ואינה גובה מן הלקוחות גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי ואינו גובה מן הלקוחות דלית לה קלא. והא דא"ר פפא גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי, למימרא דשעבודא לאו דאורייתא, אי קשיא לך הא רב פפא גופיה הוא דפסק הלכתא בפרק האשה נקנית (קידושין יג,ב) מלוה ע"פ גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא, וכי תימא האי דאצטריך הכא למנקט לה טעמא שלא תנעול דלת בפני לוי הא קמ"ל, דהיינו טעמא דאוקמיה רבנן אדאורייתא ולא עבדו להו רבנן תקנתא ליורשין כי היכי דעבדו תקנתא ללקוחות שלא תנעול דלת בפני לוי, הא נמי לא צריך, דבשלמא גבי לקוחות כיון דיהב דמי עבדו להו רבנן תקנתא משום פסידא דלקוחות, אלא יורשין מאי פסידא אית להו כי היכי דלעבדו להו רבנן תקנתא דאצטריך לאשמועינן דלא עבדו להו רבנן תקנתא שלא תנעול דלת בפני לוי. וכי תימא לעולם קסבר רב פפא שעבודא לאו דאורייתא, ובדין הוא דאפילו מן היורשין נמי לא תגבי אלא שלא תנעול דלת בפני לוי, וההיא דאמרינן התם טעמא שעבודא דאורייתא במלוה דכתיבה באורייתא כגון האשה שהביאה חטאת ומתה יביאו יורשין את עולתה דקאמרינן התם דכיון דכתיבה בתורה כמלוה בשטר דמיא, אי הכי הלכתא למה לי, הלכתא למשיחה היא.

אלא מסתברא דסבירא ליה לרב פפא שעבודא דאורייתא ולא שנא מלוה בשטר ולא שנא מלוה ע"פ גובה בין מן היורשין בין מן הלקוחות דבר תורה, ומה טעם אמרו מלוה ע"פ אינה גובה מן הלקוחות משום דלית ליה קלא ואיכא פסידא דלקוחות,

כהך סוגיא דקידושין, והאי דנקיט הכא טעמא גבי מלוה ע"פ דגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי, לטעמא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אצטריכא ליה, וחדא ועוד קאמר, חדא דשעבודא דאורייתא, ועוד אפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דינא הוא דלגבי מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי.

מיהו צריכין לברורי אליבא דרב פפא דפסק הלכתא דשעבודא דאורייתא, דטעמיה דרב פפא לאו מקרא דיוציא אליך את העבוט קא יליף כדעולא, דאם כן אפילו מטלטלי דיתמי נגבי כי דינא דאורייתא, דהא קרא דילפינן מיניה במטלטלי כתיב ותקנתא דרבנן נמי גבי יתמי לא שיכא לאפקועיה לבעל חוב כדברירנא בשמעתינן לעיל. וכי תימא דילמא קסבר רב פפא דמטלטלי מיתמי נמי גבי, קשיא הילכתא אהילכתא, דקי"ל כרב פפא וקי"ל מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. אלא רב פפא כי אית ליה שעבודא דאורייתא מדין ערב הוא דאית ליה, לא שנא מלוה בשטר ולא שנא מלוה ע"פ, דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה, ודוקא במקרקעי דסמכא דעתיה עליהו דלא יכיל לאברוחינהו מיניה, אבל מטלטלי דלא סמכא דעתיה עליהו ליכא לשעבודי מדין ערב, דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד שלא בקנין, שלא על אמונתו הלוהו."

12. דברי יחזקאל סי' מ"ח אות ב', וז"ל,

"ונראה ליישב דברי הרי"ף והרא"ש, דהנה בשלהי גט פשוט כתב הרי"ף דקיימא לן שעבודא דאורייתא דר"פ דהוא בתרא ס"ל כן בפ"ק דקידושין דהלכתא מע"פ גובה מן היורשים שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דל"ל קלא, והא דפסק ר"פ הכא דהלכתא מע"פ גובה מן היורשים שלא תנעול דלת בפני לוי לאו דפליגא דידיה אדידיה אלא קמ"ל דה"ט דאוקומה רבנן דאדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי עכ"ד וכ"כ הרא"ש.

והרמב"ן והרשב"א בפ"ק דקידושין תמהו ע"ז דאם איתא דשעבודא דאורייתא למאי איצטריך לטעמא דנעילת דלת, בלא טעמא נמי מדינא גבי שאין יכולין לעקור ד"ת בחינם. ונראה דכוונת הרי"ף והרא"ש הוא דלפ"מ דקיימא לן דמטלטלי מה"ת לא משתעבדי, והיינו טעמא משום דאין המלוה סומך דעתו עליהם משום שאפשר להבריחן וכמ"ש רש"י בכמה דוכתי, וא"כ נהי דס"ל לר"פ שעבודא דאורייתא וגובה מיתמי ד"ת מ"מ אחרי שתקנו חכמים שלא לגבות מלקוחות שוב הדר דינא דשעבודא לאו דאורייתא, שהרי הנך קרקעות לא עדיפי ממטלטלי כיון שאפשר להבריחן ע"י מכירה, ובע"כ פקע מהן שיעבודא. ומש"ה כתבו

הרי"ף והרא"ש דמשום טעמא דנעילת דלת אוקמוה דאדאורייתא, דכיוון דבלא תקנת חכמים היה גובה מיתמי ומלקוחות ורק ע"י תקנת לקוחות פקע שעבודא מש"ה מהני טעמא דנעילת דלת.

איברא דא"א לומר דאחר דאוקמוה דאדאורייתא חוזר וניעור שעבודא דאורייתא, שהרי א"א ליתפס עליהו שעבודא דאורייתא כמו במטלטלין, אלא דהוא רק דינא דרבנן לגמרי בין דינא דגובין מיתמי ובין דינא דאין גובין מלקוחות. ועפ"ז א"ש קושית הרשב"א שהקשה דמאחר דקיימא לן שעבודא דאורייתא האיך קי"ל כר' נחמן דאין גובין מן העבדים, ולפמ"ש א"ש דלאחר שהפקיעו שעבודא דלקוחות הא דגובין מיתמי הו"ל מילי דרבנן, והרשב"א לטעמיה דס"ל דאף במטלטלי איכא שעבוד ד"ת אף דליכא סמיכת דעת המלוה וה"ה בקרקע דאחר תק"ח שלא לגבות מלקוחות מה שגובין מיתמי הו"ל שעבודא ד"ת, דנהי דהוי כמטלטלין מ"מ בכאן לא הפקיעו, וא"כ שפיר הכריח הרשב"א דע"כ ר"נ דס"ל אין גובין מן העבדים ס"ל שעבודא לאו דאורייתא."

13. ריטב"א קידושין יג:, וז"ל, "וכי תימא וכיון דפסק רב פפא הלכתא דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא ולמאן דאמר לאו דאורייתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות מאי נפקא לן השתא אי שעבודא דאורייתא אי לאו דאורייתא, וכי תימא דנפקא מינה לענין מלוה על פה ומלוה בשטר וזמן מלוה על פה קודם, דלמאן דאמר לאו דאורייתא מלוה בשטר דאית לה קלא קודם לתקנתא דרבנן ולמאן דאמר שעבודא דאורייתא מלוה על פה קודמת, הא ליתא דודאי מלוה בשטר בכל דוכתא לגבי מלוה על פה כנכסים משועבדים דלקוחות חשיבא, וכל מאי דלא טריף מלקוחות לא טריף ממלוה בשטר, וכדאמרינן בריש פרק מי שהיה נשוי בכתובות (צ' ב') שמע מינה כתובת בנין דכרין לא טרפא ממשעבדי דאי סלקא דעתך

טרפא ממשעבדי ליתי בני ראשונה ולטרופ מבני שניה, וכיון דכן כי היכי דמלוה על פה אינה גובה מן הלקוחות אפילו למאן דאמר שעבודא דאורייתא משום דלית לה קלא ומתקנתא דרבנן הכי נמי אינה גובה במקום מלוה בשטר מנכסים בני חורין, וכן כתב הגאון אלפסי ז"ל בתשובת שאלה."

14. ר"ן בכתובות פה: (דף מד: בדפי הרי"ף), וז"ל, "אבל מוכר שטר חוב אע"פ שמכירתו מדאורייתא יכול למחול, לפי ששני שעבודים יש לו למלוה על הלוח - שעבוד גופו של לוח שהוא מחוייב לפרוע, והוא עיקר השעבוד, ושעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע מדין ערב כדאמר ר"י [בב"ב דף קעד א] נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה, ושעבוד הגוף שיש למלוה על הלוח לאו בר מכירה הוא הילכך אינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד, ואע"פ שאינו נמכר לא פקע, אבל כי חזר ומחלו פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים, שאינו אלא מדין ערב. ומיהו כשמת לוח אע"פ ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוח שירד לנכסיו ויפרע מהן אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודא של נכסים נפקע, אלו דברי ר"ת ז"ל."

15. רשב"א קידושין טו., וז"ל, "כתבין לעיל מדר"נ דאמר מנין לנושה בחברו מנה וחברו בחברו מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה דכתיב ונתן לאשר אשם לו, ומדרבנן דפליגי עליה שמעינן דראובן שלוח מנה משמעון והלוח ליהודה אין נכסי יהודה משועבדים לראובן מדין שעבוד דהא שעבודא דאורייתא היא ואפ"ה לרבנן אין מוציאין מיהודה ונותנין לשמעון, ור"נ נמי לא קאמר אלא מדחדית רחמנא לאשר אשם לו הא מדין שעבוד לא, וא"א לומר דהכא בשעבודא אי ישנה מדאורייתא או לא פליגי מדלא מייתו לה בשלהי ב"ב דאיפליגו התם אמוראי בהא אי מדאורייתא או לא. וא"ת וטעמא מאי, י"ל משום דאין שעבוד חל אלא על נכסי לוח ממש הא בנכסים שנשתעבדו ללוח שאין גופן ממון של לוח לא וכדין מכר והקדש שאין אדם מוכר ולא מקדיש מלוה שיש לו על אחרים דבר תורה... אלא דצריך לי עיון בפרק כל שעה (ל"א א') בפלוגתא דאביי ורבא בבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה או למפרע הוא גובה דמפרש טעמא דרב נחמן משום דר' נתן דאמר מנין לנושה בחברו מנה וחברו בחברו דכי היכי דמשעבד ליה משעבד ליה לבע"ח דאבוהא."

16. קצות החושן סימן ק"ח אות א', וז"ל,

"מלוה על פה אינה נגבית מהירשין אלא באחד משלשה דרכים. ועיין בבכורות פרק יש בכור (מח, א) במשנה שם מת האב והבנים קיימים ר' מאיר אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו ואם לאו פטורין ר' יהודה אומר נתחייבו הנכסים, ואמרין שם בגמרא דפליגי במת האב אחר שלשים ואי דאיכא נכסי טובא הכא נמי דשקיל אלא הכא במאי עסקינן דליכא אלא חמש סלעים ודכולי עלמא אית להו דרב אסי האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות ודכולי עלמא מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ודכולי עלמא אית להו דר"פ דאמר ר"פ מלוה על פה גובה מיורשין ואינו גובה מהלקוחות והכא בחמש ולא חצי חמש קמיפליגי דר' מאיר סבר חמש ולא חצי חמש ור' יהודה סבר חמש ואפילו חצי חמש וע"ש בסוגיא.

והמתבאר משם דאי נימא האחין שחלקו לקוחות הן ומלוה על פה אינה גובה מלקוחות אין מלוה ע"פ נגבית מיורשין אחר

חלוקה, ואם כן קשה לדידן דקיימא לן האחין שחלקו לקוחות הן ומלוה על פה אינו גובה מלקוחות איך גובין מיורשין אחר חלוקה, וכבר האריך בקושיא זו יש"ש בדיני ברירה, ועיין במעדני מלך ובתי"ט במשנה זו, וע"ש שתירצו לפי שעבודא דאורייתא ומלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ומדינא אפילו מלקוחות גבי אלא משום פסידא דלקוחות אינו גובה ולגבי יורשין דלא שייך פסידא אוקמה אדינא וע"ש.

אמנם אכתי תיקשי דהא תינח במלוה הכתובה בתורה, דיש לומר שעבודא דאורייתא, אבל שאר הלואות שאין כתוב בתורה, הא דעת התוס' דלא אמרינן שעבודא דאורייתא, והוא דעת כמה גדולי פוסקים הראשונים וכאשר הובא בסימן לט ע"ש, והאחרונים לא הכריעו בזה, אם כן היאך מגבין מאחין שחלקו דהוי כלקוחות כיון דלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מדינא לא גבי תו לא שייך דבריהם, שאמרו כיון דאינו אלא משום פסידא דלקוחות ובאחין

שחלקו אוקמה אדינא, דהא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא מדינא לא גבי.

ונראה לפי מה שנתבאר בסימן קז (ס"ד) דירש שמכר כל נכסיו בענין שלא יכול לגבות, כגון מלוה בשטר מכרו לעכו"ם או מלוה על פה מכרו לישראל, חייב היורש מדינא דגרמי, וכן נוטה דעת האחרונים, ואם כן אתי שפיר דגובין מאחין שחלקו, דממה נפשך אם יורשין הן בדין הוא דליגבי מינייהו, דהא מלוה על פה נגבית מיורשים, ואי נימא אין ברירה וכלקוחות הן והוי ליה כאלו מכרו זה לזה חלקו, אם כן נמי חייבין משום דינא דגרמי כיון דקודם חלוקה היו משועבד לבעל חוב ובחלוקתן דהוא במכירה הפקיעו שעבודו, ואע"ג דלא נתכוין להזיק נמי שייך דינא דגרמי.

אלא דגבי חמש סלעים דבן אמרינן למאן דאמר לקוחות דאינו גובה ולא אמרינן דליגבו מדין מזיק שעבודו, דהתם גבי מתנות כהונה קיימא לן בפרק הזרוע (חולין קל, ב) דהמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דהוי ממון שאין לו תובעין וכמבואר

בי"ד סימן סא ע"ש, ואם כן דין מזיק לא שייך גבי מתנות כהונה, ודוקא כשהוא בעין צריך ליתן לכהן, אבל כשאינו בעין אינו חייב מדין מזיק, ולהכי גבי חמש סלעים דבן א"צ, דאחין שחלקו לקוחות וכבר הופקע שעבוד שהיה על הנכסים ואינו אלא משום מזיק וגבי מתנות כהונה אם הזיקן פטור. ואע"ג דמשתרשי ליה ומשמע בש"ס פרק הזרוע (שם קלא, א) דחייב נמי במתנות כהונה והכא משתרשי ליה דהא החליף חלקו בחלק חבירו, דלפי מ"ש בסימן קז ס"ק ו בשם הר"ן אפילו היכא דמשתרשי ליה נמי פטור במזיק מתנות כהונה, דהא אכלן נמי משתרשי ליה, אלא היכא דהפקיע הוא מצוותו לעולם פטור ע"ש.

ובהכי ניחא דלפי אוקימתא דש"ס בפרק יש בכור דפליגי ר' מאיר ור' יהודה בדרב פפא ובדרב אסי, אם כן הוי מצי לאפלוגי גם בשאר חוב ואמאי פליגי דוקא בחמש סלעים דבן, ולפי מ"ש ניחא דבשאר חוב אף על גב דלקוחות נינהו חייבין היורשין מדינא דגרמי, אבל גבי חמש סלעים דבן לא שייך דין מזיק דמזיק מתנות כהונה פטור וק"ל."