הרב יעקב יהודה יקיר

בגבית מלוה מן היורשים, מדינא דגמרא

ראשי פרקים

א. מבוא
ב. הצגת הסוגיא והדינים
ג. שיטת הרשב"א
ד. בביאור שיטת ההלכה
ה. פריעת בע"ח מצוה גם למאן דאמר שעבודא דאורייתא
טורח וטיפול בגבייה - חובת הלוה או המלוה?
ו. גדר המצוה המוטלת על היתומים
ז. ביאור הסוגיא ערכין כב,א-ב
ח. סיכום

א. מבוא

במסגרת הלכות גביית מלוה נמצאות הלכות גביית מלוה מן היתומים. במאמר זה נתמקד בסוגיות הש"ס העוסקות בגביה מן היתומים. ננסה לעמוד על משמעותם של חדינים השונים שנפסקו בענין זה מתוך בחינת שיטותיהם של ראשונים ושיטת ההלכה. מטבע הדברים כיוון שהגביה מהיתומים היא פרק מהלכות הגביה הכללית דמלוה, נצטרך לפעמים להקדים הקדמות מדיני הגביה היסודיים.

בדיני המלוה מחלוקת גדולה בש"ס האם שעבודא דאוריתא או שעבודא לאו דאוריתא, הסוגיות השונות בגביה מן היתומים יצטרכו להבחן לפי השטות הללו.

בבוא המלוה לגבות מן היורש חוב מורישו, יש להבחין בין מספר מצבים של ירושה, ועל פיהם להגדיר את חובת היורש ודין הגביה ממנו:

א. יורש שירש נכסים משועבדים ממורשו. קרקעות משועבדות, מטלטלים משועבדים, נכסים שנשתעבדו מדין דאיקני.

ב. יורש שירש נכסים שאינם משועבדים ממורישו. קרקעות או מטלטלין.

ג. יורש שלא ירש דבר ממורישו.

ב. הצגת הסוגיות, והדינים אותם נשתדל לברר

סוגיית הגמרא ב"ב קנו,א-ב

כי קא מיבעיא לן: דאיקני - קנה ומכר, דאיקני - קנה והוריש, מאי? אמר רב

חנא, תא שמע: נפל הבית עליו ועל אביו, עליו ועל מורישיו, 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 דאיקני קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש - לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא! אמר להו רב נחמן, זעירא חברין תרגמה: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. מתקיף לה רב אשי: מלוה על פה הוא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו: מלוה על פה - אינו גובה לא מן היורשין ולא מן הלקוחות!".

הגמ' מסתפקת בדין דאיקני, ומביאה מהמשנה לפשוט שדאיקני קנה ומכר קנה והוריש משתעבד. ואומר רב נחמן זעירא חברין תרגמה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם. כלומר דאיקני לא משתעבד ומיהו אם ירש ממורישו מצוה עליו לפרוע חובותיו. הראשונים (תוס' ד"ה מצוה, הרשב"א שם ד"ה תרגמה וכן היד רמ"ה סי' קסג) דייקו מדברי רב נחמן שנכסים שירש אדם ממורישו אע"פ שאינם משועבדים לחוב, מצוה עליו לפרוע את החוב מהם, וכופין אותו למצוה זו! דודאי דין המשנה בענין הנכסים מדבר בגבית חוב מדינא וא"א להעמיד המשנה במצוה שאין כופין עליה. והקשו הראשונים הנ"ל, **מהגמ' כתובות צא, ב** גבי קטינא דארעא:

"ההוא גברא דהוו מסקי ביה מאה זוזי, שכיב, שבק קטינא דארעא דהוה שויא חמשין זוזי, אתא בעל חוב וקטריף ליה, אזול יתמי יהבו ליה חמשין זוזי, הדר קטריף לה, אתו לקמיה דאביי, אמר להן: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טריף בדין קטריף. ולא אמרן - דלא אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשין זוזי דמי ארעא קטינא - סלוקי סלקוה".

דמשמע מהגמ' דמצוה על היתומים לפרוע היא מצוה שאין כופין עליה! עוד הקשה הרשב"א דבסוגיה ב"ב קנז,א משמע דהמצוה היא דווקא בנכסים שירש מהאב, ממורישו, אבל מנכסי עצמו אין מצוה, דאם יש מצוה גם בנכסיו מה לי מת הוא ראשון מה לי מת האב ראשון! ובקטינא דארעא משמע דיש מצוה גם בנכסי היורש.

עוד יש לעיין בדיני היתומים, דבגמ' **ב"ב קעו,א** פסק רב פפא:

"הלכתא: מלוה על פה - גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, גובה מן היורשין - כדי שלא תנעול דלת בפני לוין, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא".

ומשמע דהגביה מן היתומים במלוה ע"פ היא מדין תורה ואין צורך לתקנת החכמים. ההלכה שאמר ר"פ מתיחסת לגביה של נכסים שנמצאו בידי המוריש בזמן ההלואה ויש לברר שיטת ר"פ עצמו ומסקנת ההלכה לגבי דין זה.

עוד בסוגיה זו מזכירה הגמ' קידושין יג,ב "דמלוה כתובה בתורה ככתובה בשטר דמי" והקשה הרשב"א שם ד"ה "מלוה" דלמ"ד שעבודא לאו דאוריתא מלוה בשטר נמי לאו מדינא גביה אלא שלא תנעול דלת בפני לווין! כמו שרואים בסוגיה ב"ב קעה,ב וא"כ מאי רבותא דככתובה בשטר הויא! והיינו דיש להבין למ"ד של"ד דתיקנו חכמים שגובים למלוה בשטר מלקוחות ויורשים, האם תקנתם היא בגדר שעבוד על הנכסים, או דזהו

דין גביה גרידא ונפק"מ מזה לענין היתומים האם הגביה מהם במלוה בשטר למ"ד זה היא מדינא, דאיכא שעבוד, או משום מצוה.

ביחס לדיון זה יש לציין את הגמ' **ב"ב קעד,א-ב**

"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. מיתיבי: 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".

בגמ' רואים שגם רב פפא מודה דאם טרח וכתב התקבלתי גובים מן היתומים. יש להבין האם כוונתו דנעשה כמלוה בשטר ואז גובים אפי' מקטנים או שכוונתו אחרת, הרשב"ם שם כתב דבמלוה בשטר מודה רב פפא דמשתעבד והתוס' חלקו עליו וכתבו שאף בשטר אין גובה מיתומים קטנים משום שלא משתעבד למ"ד של"ד. היד רמ"ה בב"ב קעה,ב כתב שגם למ"ד שעבודא ל"ד, בשטר יש שעבוד. ועוד יתבאר.

אחת הסוגיות המרכזיות ביותר בדין הגביה מן היורשים היא הסוגיה **בערכין כב,ב**:

"אמר רב יהודה אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ היתה ריבית אוכלת בהן, ורבי יוחנן אומר או לשטר שיש בו ריבית או לכתובת אשה משום מזוני. ורב אסי מ"ט לא אמר לכתובת אשה דהא תקינו ליה רבנן מעשה ידיה ואידך זימנין דלא ספקה... ת"ש ע"מ ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב חובו. בשלמא בעל חוב בין מר ובין מר כדשנין אלא כתובתה בשלמא לר' יוחנן ניחא אלא לרב אסי קשיא, הכא במאי עסקינן כשחייב מודה, השתא דאתית להכי כולהו נמי כשחייב מודה... אמר רב נחמן מרישא לא הוה מיזדקיקנא לנכסי יתמי כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב יתמי דאכלי דלא דידהו ליזלו בתר שיבקייהו, מכאן ואילך מיזדקיקנא מעיקרא מאי טעמא לא אמר ר"פ פריעת בעל חוב מצוה ויתמי לא בני מיעבד מצוה נינהו, רב הונא בריה דרב יהושע אמר אימר צררי אתפסיה מאי בינייהו איכא בינייהו כשחייב מודה, א"נ שמתוה ומיית בשמתיה, שלחו מתם דשמתוה ומיית בשמתיה והלכתא כרהבר"י... רבא אמר משום שובר... אמר רבא הלכתא אין נזקקים לנכסי יתומים ואם אמר תנו נזקקין..."

סוגיה זו צריכה עיון. הסוגיה עוסקת ביתומים קטנים, כפי שלמדו בפשטות הראשונים בב"ב ה,ב (סוגיה דאין אדם פורע תוך זמנו), מפשט הסוגיה נראה שרב פפא ורהבדר"י מסבירים מדוע מעיקרא לא נזקק רב נחמן לנכסיהם, וא"כ בתר דשמע מרב הונא נזקק רב נחמן גם במקום שקודם לא נזקק. ובמאי עסקינן דאי דמלוה בשטר, כפי שמשמע מטעמו של רבא "חיישינן לשובר", מדוע לחשוש לצררי במלוה בשטר, דאי אתפסה צררי שטרא בידיה מה בעי. ואי במלוה ע"פ עסקינן ומעיקרא חשש רב נחמן לצררי, כיצד

נזקק לנכסי היתומים לאחר דברי רב הונא גם במקום שיש לחשוש? עוד יש להבין חשש צררי זה מה הוא ביחס לטענת פרעון דטענינן ליתמי האם היא היא, או חשש אחר הוא. הגמ' בכמה מקומות (שבועות מב,ב, גיטין נ,א וכתובות צד,א) מביאה דברי אביי קשישא דקי"ל כמותו "יתומים שאמרו - גדולים וא"צ לומר קטנים בין לשבועה ובין לזיבורית". והיינו דדין "הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה", דאנן טענינן ליתמי דאביהם פרע, נוהג בין בגדולים ובין בקטנים, ולכאורה היכן מצינו גביה מיתומים קטנים בשבועה דהא לרהבדר"י גובים בשמתוה ומית בשמתיה, ובחייב מודה ושם לא משביעים כלל! ובמקום שיש חשש צררי כלל לא גובים!

עוד יש להבין, דהגמ' מקשה לר"פ דאמר דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ובמה יעמיד את משנת שום היתומים דמשמע דלדבריו כלל אין גובים מיתומים, ויש בר"פ עצמו להבין כיצד מתיישבים דבריו בסוגיין אם פסקו דבין מלוה ע"פ ובין מלוה בשטר גובים מן היורשים, וכפי שנסביר בדבריו ה"ה לכאן.

לצערנו אין בידינו מספרי הראשונים על מסכת ערכין, אולם נוכל להעזר בדבריהם בסוגיות אחרות להבנת הסוגיה ולבניית סדר כללי בדין הגביה מן היתומים.

ג. שיטת הרשב"א

ננסה תחילה ללכת בדרכו של הרשב"א בסוגיות אלו עפ"י דבריו בחידושים ובשו"ת.

הרשב"א בסוגיה דשעבודא דאוריתא בסוף ב"ב, לומד שנחלקו ר"פ ורהבדר"י במחלוקת האם שעבודא דאוריתא או שעבודא לאו דאוריתא. ר"פ סובר ששל"ד אלא פריעת בעל חוב מצוה כדברי הגמ' כתובות פו,א "לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה" ורהבדר"י סובר שש"ד. וחידש הרשב"א (בד"ה אמר רבח שם קעה,ב): **"של"ד פי' ואין יורדין לנכסיו אלא שכופין אותו בשוטים לקיים מצותו,** וכדאמרינן בכתובות... אבל במצות עשה מכין אותו עד שתצא נפשו אלמא אפי' לבני חרי דידית אין יורדין אלא שכופין אותו בשוטים לקיים מצותו". היינו דלמ"ד שעבודא ל"ד כלל אין ירידה לנכסים, ורק למ"ד ש"ד יורדים לנכסים. (עי"ש שהביא סברת הרמב"ן שכופין על המצוה בירידה לנכסים).

בקידושין טו,א (בפיסקא שנמצאת בסוף המסכת) כתב הרשב"א דלשיטת ההלכה דשעבודא דאוריתא, מן התורה חל שעבוד גם על מטלטלין, "משום דשעבוד נכסיו ואפילו שעבוד מטלטלים גורר אחר שעבוד גופו", אמנם בפועל אין גובים ממטלטלי דיתמי, כלומר מטלטלין שהיו של אביהם בשעת החיוב שלו, כיוון דעיקר סמיכות דעתם של אינשי אינה על המטלטלין וירדה[1] תורה לסוף דעתן של בריות והיינו דבסתם הוי כמחל שעבוד המטלטלין.

---

1. אמנם קצוה"ח סי' לט ס"ק א כתב דהא דאין המטלטלין משועבדים אינה מן התורה אלא מדרבנן ובכן יישב את הדין שבגביה עבדי כמטלטלי למרות ששעבודא דאוריתא ובדיני דאוריתא עבדי דמקרקעי, אלא דצ"ע דהרשב"א עצמו בחידושיו ב"ק יב,ב ד"ה ולענין פסק הלכה התקשה בשאלת הקצות ונשאר בקושי ע"ש, ועוד דבחמשך דבריו בסוף קידושין הנ"ל מפרש דמהתורה אין גובים ממטלטלי דיתמי למרות ששייך בהם שעבוד, (וכבר השיגו בזה האמרי בינה הלכות הלואה סי' ב ע"ש).

לפי הבנה זו במצב המטלטלין יש לעיין מה יהיה דין המטלטלין, בגביה מיניה דהחייב עצמו. האם כלל אין בהם שעבוד כיוון שירדה תורה לסוף דעתן של בריות, או דמיניה איכא שעבוד אמטלטלין דהוי רק כמחל על זכותו לגבות מיתומים ומלקוחות. ולשיטת הרשב"א לכאורה נפק"מ מעיון זה, דאם משתעבדי איכא גביה ונחתינן לנכסיה ואי לא אין כאן אלא מצוה והיינו דיכפוהו בשוטים אך לא ירדו לנכסיו.[2]

בענין זה יש לציין דברי הרשב"א ב"ב מד,ב בענין עשה שורו אפותיקי (בד"ה שורו) דכתב: "ומיהו מן היורשים הוא גובה, ואע"פ שאמר מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, היינו טעמא דמלוה לא סמכינן עלייהו כל דנפלי קמי יתמי... אלא אפילו פירש לו מקרקעי ומטלטלי מסתברא לי דגובה מן היורשים ומשום טעמא דאמרן. והללו שכותבין מטלטלי ומקרקעי אהנו למגבי מנייהו מן היורשים מן הדין ושלא מתקנת הגאונים ז"ל". והיינו לשיטתיה דמן התורה משתעבדי מטלטלין וממילא אם פירש המלוה דסמוך עלייהו משתעבדי וגבי מיתומים (ואינו גובה מלקוחות משום דלית להו קלא.) והביא שם ביחס לדברי רב חסדא: "והוא דכתב ליה דלא כאסמכתא" בד"ה ואמר: "דהר"ן ב"ן תירץ משום דנכסים ערבין הן... ועיקר שעבודיה דמלוה על מקרקעי הוא, וכי שעבד ליה מטלטלי הו"ל כמאן דאמר ליה אי לא אפרע ולא משכחת מקרקעי איתפרע מן מטלטלי וכל דאי לא קנה דאסמכתא היא, והשתא גלי אדעתיה דשוי עיקר שעבודא אפי' אמטלטלי והילכך גבי..." וכתב על זה הרשב"א: "ואין טעם זה מספיק כל הצורך לפי דעתי דא"כ אפי' מיניה דידיה לא ליגבי ממטלטלי עד דכתב ליה דלא כאסמכתא וכדקי"ל בדינא דכתובה דאינה גובה אפי' מיניה דידיה ממטלטלי דמטלטלי לכתובה לא משתעבדי". משמע במפורש דסבר, דהגביה מיניה אף היא תלויה בשעבוד החל על הנכסים בין על הקרקעות ובין על המטלטלין. והיינו דאע"פ דירדה תורה לסוף דעתן של בריות דלא סמכו על המטלטלין, היינו דהמטלטלין משתעבדים אלא שמחל המלוה על הזכות לגבות מיתומים ומלקוחות. ומסתבר הדבר דהא הרשב"א כתב, דאין גביה דירידה לנכסים, אא"כ ש"ד, דרק השעבוד הוא המאפשר לרדת לנכסים. ואם דברינו נכונים יש לשאול מדוע לא מצאנו בגביה מיניה חילוק בין קרקעות ומטלטלין שהיו בידי הלוה בזמן ההלוואה ונשתעבדו, לבין קרקעות ומטלטלין שקנה אח"כ, "דאיקני", שלכאורה אין עליהם שעבוד. ונראה לומר דהרשב"א סובר דשעבוד הנכסים נוצר כתוצאה משעבוד הגוף החל על החייב, זוהי סיבת חלות שעה"נ, וממילא ברגע שקונה את הנכסים נתפס בהם השעבוד. אכן כך כתב הרשב"א בקידושין (טו,א בפיסקא מסוף המסכת): "דשעבוד נכסיו ואפי' שעבוד מטלטליו גורר אחר שעבוד גופו וכל היכא דאיהו משתעבד נכסיו נמי משתעבד. אמנם כפי שכבר הוזכר, סובר הרשב"א שתלתה התורה את השעבוד בזה שסמכה דעתו של המלוה ובעי שישתעבדו לו הנכסים, וא"כ צ"ל שסמכה דעתו נמי

2. אולי ניתן להסביר לפי תקירה זו את דברי הגמ' ב"ק יא,ב: "ואמר עולא אמר ר' אלעזר חלכתא גובים מן העבדים, א"ל רב נחמן לעולא אמר ר' אליעזר אפי' מיתמי? לא מיניה. מיניה אפי' מגלימא דעל כתפית..." יש להבין וכי לא ידע עולא דמיניה אפי' מגלימא דעל כיתפיה? ואולי דעולא סבר שגלימה אין גובים בירידה לנכסים אלא מצוה היא וכופין עליה ותו לא והחידוש בעבדים שהם כקרקעות ושייכת בהם ירידה לנכסים. ואילו רב נחמן סובר שגם במטלטלין מיניה יורדים לנכסים.

אנכסים שיקנה הלוה ושעבוד דאיקני הוא מדאוריתא, וכן כתב הרשב"א ב"ב קנז,ב ד"ה ואי: "אלא כדאמרן דלמאן דאמר דאיקני משתעבד דעת שניהם שוה שישתעבדו לו כל נכסיו בין שישנן עכשיו בידו, בין שיקנה לאחר מכאן, ואף על פי שלא כתב כמי שכתב דמי דאחריות טעות סופר הוא[3] בכל מה שראוי להשתעבד".[4]

היוצא מדברינו עד כה, דלשיטת הרשב"א כל קרקעות ומטלטלין הנמצאים ביד הלוה בין שהיו בידו בשעת המלוה **ובין שקנאם אחרי המלוה**, למ"ד שעבודא דאוריתא, נשתעבדו מן התורה. אלא דכאשר מגיעים הנכסים ליורשים, כיוון שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שלא סמך על מטלטלין שנפלו ליורשים - מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי, והוי כמחל שעבודו עליהם. אלא שאם יגלה שסמך עליהו דכתב "מטלטלי וקרקעות" גובה מטלטלין גם מיתמי דחל שעבוד עלייהו.

וכן למדנו שהרשב"א נוקט שירידה לנכסי החייב תלויה בשעבוד החל על הנכסים בין בגביה מיורשים ומלקוחות ובין בגביה מיניה, ואם אין שעבוד על הנכסים אין יורדים לגבות מהם אלא מצוה על החייב לפרוע חובו וכופין אותו לקיימה בשוטים.

הבנה זו בסדרי הגביה תאפשר לנו לישב את הסוגיות העוסקות בגביה מן היתומים. הרשב"א בתשובות חלק ד סי' קנב עוסק בסוף תשובתו בישוב הסוגיות ומטיל שלום בין השמועות, וכן כתב הרשב"א: "אני אומר שהדין זה לצדדין נאמר פעמים שכופין מטלטלים דאב, ופעמים אפי' מטלטלים שלהם. ואני אפרש: בשלא הניח האב מטלטלים, מצוה בלבד בלא כפיה, והיינו קטינא דלא הניח האב מטלטלין כלל. ולפיכך מצוה בלבד, ומשום כבוד האב, כדי שלא יקרא: לוה רשע ולא ישלם, והיינו נמי ההיא דפ' מי שמת, דאילו מת הבן ראשון ולא ירשו ממנו כלום, אין כופין אותם לפרוע. דבדיני כפייה היא מתני'. אבל כשהניח האב מטלטלים, מצוה על היתומים לפרוע וכופין אותם. והיינו דרב נחמן, דאוקמא להההוא משמיה דזעירא חברין: במצוה על היתומים. שאילו מת האב ראשון היו כופין אותם בב"ד לפרוע כתובת אשתו ובע"ת. ומתני' דפרק הכותב ושמעתא דמי שהיה נשוי, והיא דגבו מעות, בדינא ממש קאמיירי. כלומר שיורדים לנכסיהם. ונפק"מ ליתומים קטנים, דאינן בני כפייה, ולאו בני מיעבד מצוה. וא"נ בגדולים, בשיש חוב על עצמם, דחיוב על עצמם דלא לישוו נפשייהו רשיעי, טפי עדיף להו. ומצוה בהם

3. בקידושין (יג,ב ד"ה מלוה) הביא דברי רש"י דאפי' למ"ד שעבודא ל"ד אי שעבד נכסיו בפירוש בשטר גובה מדאוריתא. והקשה הרשב"א דא"כ כיוון דקיי"ל אחריות טעות סופר הוא, כל מלוה בשטר גובה מדאוריתא גם למ"ד של"ד! ובגמ' בסוף ב"ב למדנו שלמ"ד של"ד מלוה בשטר גובה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין והיינו מתקנת חכמים! ותירץ הרשב"א דלמ"ד של"ד אם שעבד בפירוש מהני מדאוריתא, ומ"מ לא שייך לומר בזה אחריות ט"ס, דדווקא אם ש"ד אחריות ט"ס דלא נאמר שמחל על שעבודו, אבל למ"ד של"ד א"א לומר אחריות ט"ס דאי לא שיעבד מה ישעבד נכסיו! וא"כ מוכח דדאיקני חוי שעבוד מדאוריתא דהא כתב הרשב"א שקיי"ל דאיקני ט"ס הוא.

4. הבנה זו בשעבוד דאיקני תוכל להסביר כיצד אומרת הגמ' ב"ב מד,ב דשעבוד דאיקני יחול על מטלטלין אם כתב לו אגב למרות שמכר את הקרקע עוד לפני שקנה המטלטלין! דהשעבוד ששעבד היינו שגילה דעתו שסמיך עלייהו ונתן קול לדבר, וחלות הדבר מדאוריתא הוא ולית לן בה דשעת חלות השעבוד על הקרקע אינה שעת החלות על המטלטלין. דלא דמי לקנין שהאדם עושה דאז בעינן שיחול בחדא זימנא, דכאן התורה היא המשעבדת, והוא גילה דעתו דסמיך ויצר קול.

יותר משל אביהם. ואי נמי בגדולים ואינן עמנו במדינה שנוכל לכופם, ואין יורדים לנכסיהם".

כלומר הגביה מן היתומים תלויה בנכסים שירשו ממורישם, והדין שנוקטת הגמ' מסתעף למישורים שונים. המשנה בכתובות פד,א: "מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים. ר' טרפון אומר ינתנו לכושל שבהן רבי עקיבא אומר אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה", מדברת בדין גביה דירידה לנכסים, והיינו דבמטלטלין אין יורדים לנכסי היתומים והיינו משום דאין שעבוד על המטלטלין בסתמא כאשר הם ברשות היתומים כנ"ל. והיינו דברי הגמ' ב"ב קנ"ז,א על משנת נפל הבית דתרגמה זעירא חברין משום מצוה על היתומים, ההיא מצוה שכופין עליה. וב"קטינא דארעא" כתובות צא,ב מיירי במטלטלין דיתמי שלא ירשו מאביהם ולכן שם איכא מצוה בלבד בלא כפיה משום כבוד האב כדי שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם. הרשב"א הביא כנפק"מ בין דין ירידה לנכסים לבין מצוה שכופין עליה מצב שבו יש חוב על היתומים עצמם. דאם יש ירידה לנכסים משום חוב אביהם חוב אביהם קודם, ואם אין זו אלא מצוה שכופין עליה חיוב עצמם דלא לישוו נפשייהו רשיעי טפי עדיף להו ומצוה זו קודמת לשל אביהם. דירוג זה ודבריו הנוספים של הרשב"א משום כבוד האב כדי שלא יהיה "לוה רשע ולא ישלם" צריכים לשמש אותנו בבואנו להגדיר את המצוה המוטלת על היורשים בחובת אביהם לשיטתו.

הרשב"א מזכיר כבוד האב ואם כן הרי זו מצות עשה שמתן שכרה בצידה וכיצד כופין עליה? ונראה שניתן להבין דבריו עפ"י חידושיו בסוגיה ב"ב קעד,א "ההוא ערבא דיתמי" דשם בשיטת רב פפא, הסובר לדעת הרשב"א דשעבודא לאו דאוריתא, ופריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו נקט הרשב"א שאפי' כשיגדילו לא יצטרכו לפרוע מנכסים שירשו מאביהם לאותו ערב וטעמו: "ואע"פ שחייבים לפרוע אפילו מלוה ע"פ של אביהם לדעת ר"פ... התם הוא שלוה אביהם ומשום שלא תנעול דלת בפני לווין, אבל זה שפרע מעצמו שלא מדעת האב ושלא מדעתם ואין כאן נעילת דלת וכו'" ובהמשך דבריו שם: "אלא לר"פ דאמר פריעת בעל חוב **שהלוה את אביהם** מצוה, וכשפרע זה מעצמו אפי' מצוה ליכא גבי יתומים דהרי זה כאלו הלוה אותם מעצמו ואין כאן אפי' משום נעילת דלת". כלומר החיוב במצוה תלוי בנעילת דלת בפני לווין, והיינו דכיוון דאיכא מצוה עליהו תקנו חכמים לכופם עליה משום נעילת דלת. וא"כ ה"ה לדידן דקי"ל שעבודא דאוריתא, ומ"מ במטלטלין דיתמי ליכא שעבוד אלא מצוה משום כבוד אביהם, משום נעילת דלת בפני לווין תקנו חכמים לכוף אותם על מצוותם. ממילא יובן דבמטלטלין דידהו נמי איכא מצוה אך אין כופין עליה דליכא נעילת דלת בכה"ג אמנם אם נלמד כך ברב פפא יקשה עלינו כיצד פסקה הגמ' דמלוה בשטר גובה מן הלקוחות כדי שלא תנעול דלת בפני לווין הא בלקוחות ליכא מצות כבוד אב כלל! ולכן נראה שהכפיה לפרעון למ"ד של"ד הוא רק משום תק"ח דנעילת דלת בפני לווין בלי קשר למצות כבוד האב. ותקנו חכמים למ"ד של"ד תקנה אחת לגבות חובות כאשר הלוה אינה פורע חובו משום נעילת דלת, במלוה[5] בשטר בין מלקוחות ובין מיורשים ובמלוה

5. הרשב"א קידושין יג,ב ד"ה מלוה כתב: "מלוה הכתובה בשטר נמי, למ"ד של"ד לאו מדינא גבי אלא

ע״פ רק מיורשים משום דלית לה קלא. רב פפא בסוף ב״ב מכריע את הדין לגבי מלוה ע״פ, לאפוקי מרב ושמואל שם קעה,ב והיינו שיכופו יתומים לפרוע חובת מורישם בין מקרקעות ובין ממטלטלין שירשו, למרות שס״ל של״ד מתקנת חכמים דלא תנעול דלת. וה״ה למ״ד ש״ד[6] במטלטלין שירשו יתומים, והיא המצוה שהוזכרה בב״ב קנז,א.

לסיכום: לשיטת ההלכה דקיי״ל שעבודא דאוריתא קרקעות שירשו יתומים גובים מהם בירידה לנכסים בין אם היורשים גדולים ובין אם הם קטנים ומטלטלין שירשו יורשים כופין אותם בשוטים לפרוע מהם והיינו דווקא ביורשים גדולים וטעם הדבר משום נעילת דלת וא״כ אין לחלק בין יורשים ששייכת בהם מצות כבוד אב ואם לבין יורשים שלא שייכת בהם מצות הכיבוד, בדין הזה. ומ״מ מצוה נוספת משום כבוד קיימת במטלטלים דידהו ואין כופין עליה.

וביסוד שיטת הרשב״א עומדת התפיסה דדווקא במקום שיש שעבוד נכסים ניתן לרדת לנכסים ובמקום שליכא שעה״נ לא שייך דין של ירידה לנכסים אלא חיוב על האדם לכופו בגופו.

וראיה לדבר זה מדברי הרשב״א ב״מ (סא,ב ד״ה ור׳ אלעזר אומר ריבית קצוצה יוצאה בדיינין): ״מסתברא לי דלא יוצאה בדיינין לרדת לנכסיו קאמר אלא שהוא מצוה להחזיר מדכתיב: ״וחי אחיך עמך״ ובמצות עשה כופין אותו ומכין אותו עד שתצא נפשו, וכדאמרינן בכתובות פרק הכותב א״ל רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בע״ח מצוה אמר לא בעינא למעבד מצוה מאי״? ... מכין אותו עד שתצא נפשו, ותדע לך דאי לא בנים נמי ליחייבי לאהדורי בהניח להן אביהן אחריות...״

וכבר כתב הריב״ש בסי׳ שה ותסה בדברי הרשב״א שטעמו משום דליכא שעבוד נכסים.

וכן מצאנו בר״ן כתובות (יח,א מהרי״ף ד״ה ״בעל כרחיה״) שהביא בשם הרשב״א וז״ל: ״דכי אמרינן דהיכא דאמיד כייפינן ליה היינו מדין צדקה מיהו לא נחתינן לנכסיה״ והיינו בפניו לא נחתינן ומשום דליכא שע״נ.

קושיית רע״א על הרשב״א

אמנם ראיתי לרעק״א (הובא על דברי המשנה למלך ממלוה ולוה יא,ז ד״ה וקשה לי) דכתב: ״במ״ש המל״מ עוד, דיותר קשה לשיטת הרשב״א דכופין להיתומים על המטלטלים שירשו א״כ פשיטא דתיהני תפיסה ע״ש, ובמחכ״ת טעה בזה דפשוט וברור דלשיטת הרשב״א והר״ח גם מוציאים ויורדים לנכסיו במטלטלים שירשו והא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי וכולה סוגייא דכושל מיירי ע״כ ביתומים קטנים, כדאיתא להדיא במרדכי ובהגהת אשרי

משום שלא תנעול דלת בפני לוויו״, וגם לאחר שהביא דברי רש״י שם הסיק דבשטר שלא פירש בו שעבוד גובה כן מתקנת חכמים.

6. ולפי הרשב״א ״מטלטלי דיתמי לבע״ח לא משתעבדי״ פסחים לא, כתובות צב היינו דאין ירידה לנכסים שהם מטלטלים ומ״מ כופין אותם לפרוע.

פ' הכותב, ובשו"ת הרשב"א הובא בב"י סי' ק"ז ופשוט". כלומר רעק"א סובר בשיטת הרשב"א דבמטלטלין שירשו יורדים לנכסים.

והמשיך שם רעק"א וכתב: "אמנם תמוה לי על שיטת הרשב"א מסוגיה דריש פרק הגוזל בתרא דאיתא שם "נימא תהוי תיובתא דרב חסדא אמר לך רב חסדא כי תניא ההיא לאחר יאוש" ע"ש. והרי התם ע"כ מיירי ביתומים גדולים דאל"כ גם לרב חסדא לא פריך מידי דקטנים שהזיקו פטורים אלא ע"כ מיירי ביתומים גדולים וכיון שכן אמאי בעי במתני' הניח להם אביהם אחריות נכסים גם בהניח מטלטלים יצטרכו לשלם חוב אביהם דהא יורדין לנכסיהן וצ"ע". והיינו דרב חסדא לימד "גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, מ"ט כל כמה דלא נתיאשו הבעלים ברשותיה דמריה קאי" והקשתה הגמ' לרב חסדא מבריתא דאם אין הגזלה קיימת פטורים והעמידה רב חסדא לאחר יאוש. ובבריתא זו למדנו דאם השאיר אחריות נכסים חייבים לשלם והקשה רעק"א דלרשב"א אין צורך להעמיד שהשאיר אחריות נכסים דהא גם במטלטלין גובים ונשאר בצ"ע. לשיטתנו ולשיטת המל"מ לא קשיא דהא במטלטלין אין יורדים לנכסים וגם הכפיה בשוטים נובעת מתקנה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ולא שייכא בגוזל ומאכיל ואתי שפיר.

ד. בביאור שיטת ההלכה

בפרק הקודם עסקנו בשיטת הרשב"א בגביה מן היתומים, אך שיטת ההלכה אינה כשיטתו, בפרק זה נבחן את שיטת ההלכה וננסה להבין את הסוגיות על פי דרכה.

המחבר בחו"מ בריש סי' קז פסק: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם במה ד"א כשהניח קרקעות אבל אם לא הניח אלא מטלטלין אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין... [7]אפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאקני דיורש במקום אביו קאי". ומשמע דפסק לגבי מטלטלין כפי שעולה מהסוגיה דקטינא דארעא כתובות צא,ב דאין כופין אותם לפרוע וחילק בין ירשו מטלטלין לירשו קרקע. חלוקה זו צריכה ביאור דהא בסוף דבריו כתב דבקרקע כופין אותם, ואפילו קנאה הלוה אחרי שלוה, והיינו לכאורה דאין שעבוד עליה, וגובה משום דיורש במקום אביו קאי וא"כ מה לי קרקע מה לי מטלטלין! דהרי בגביה מיניה דלוה לא מצאנו חילוק בין קרקע למטלטלין.

והנה בספר התרומות פורש לפנינו, רבינו שמואל בן יצחק הסרדי, שיטה ברורה בענינים אלו, בשער מג חלק ד סי' א הביא את הסוגיה ב"ב קנז,א וכתב: "למדנו מזה, שהמלוה סתם הרי כל מה שמוצא ללוה בידו בשעת פרעון הכל נכנס תחת שיעבודו ומכולן גובה חובו ואף שקנאם אחר שלוה, אבל אם לוה ולא כתב לו דאקנה וקנאם אחר שלוה ומכרם או נתנם במתנה הרי זה אינו טורף מהם, שהרי לא נכנסו תחת שעבודו אלא כל זמן שהן נמצאים תחת ידו מטעם מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה". ועוד הקדים

7. וכן הביא בסי' קיא כ וכן הכריע בסי' קיב,ה.

שם וכתב "ומשני אמר רבא מיניה קא אמרת, מיניה לא קא מיבעיא לן, דאע"ג דלא כתב ליה דאקנה קני וגבי מכל מאי דמשכח ליה ואפילו קננהו בתר הכין, כדאמרינן מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה דאע"ג דמטלטלי לא משתעבדי מיניה משתעבד והני דקני בתר הכי מיניה גבי דכוותיהו דמטלטלי". ובהמשך דבריו, שם סי' ח', הזכיר דברי רש"י (פרק א"נ ב"מ סז,ב ד"ה: אין בע"ח) שכתב: "ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב, דבשלמא בעודו קיים גבי אפילו מגלימא דעל כתפיה שהרי הלוה לו מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבוא שליח ביי"ד ויכנס לביתו ויטול משכנו... אבל היכא דמית, בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע הרי לא לוו ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסיה מחיים ומיחייב מדין ערב דנכסייהו דבר אינש אינון ערבין ביה דכי אוזפיה עלייהו סמך, אבל מטלטלי אפילו דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן" וכתב התרומות: "דמיניה שעבודא דאוריתא אף על המטלטלין".

העולה מדברי רש"י ובעקבותיו מדברי בעל התרומות שניתן לחלק את הגביה מן הנכסים לשני מסלולים:

א. דין ערב - היינו נכסים המשועבדים כיוון דעליהם סמך המלוה, וגביה מהם אינה תלויה בהמצאו של הלוה החייב. ב. שעבוד הנוצר על הנכסים כתוצאה משעבוד הגוף החל על החייב. שעבוד זה אינו תלוי בסמיכת דעת המלוה. והוא המאפשר גביה מיניה כל זמן שהלוה קיים וא"כ הדרא קושיין לדוכתא כיצד גובים מקרקע שירשו היתומים כאשר אינה משועבדת מדין ערב? (דהיינו קרקע שקנה מורישו אחר שלוה) הא ליכא שעבוד הגוף כלפי היורשים כפי שכתב רש"י! בעל התרומות (שם, סי' ג), דן בדין זה וכתב: "יש לברר אם לוה וקנה ואין כתוב בשטר חובו דאקנה ועמד והורישן לאחד מיורשיו אם גובים מהן מאותם נכסים שקנה אחר שלוה כיוון שמוצאם ביד יורשיו? ובזה מצאתי כתוב בשם גאון בגליון הלכות [ספרדיות] ישנות, תשובה בשם גאון, דשטרא דלא כתיב ביה דאקנה שלוה וקנה והוריש דמשתעבד, דומיא דמטלטלי דיתמי דלא משתעבדי, והאידנא תקינו דמשתעבדי. וכי קמבעיא ליה לשמואל לוה וקנה והוריש מהו, לא תידון את, דבלא דאיקנה פשיטא ליה דלא משתעבדא, דשמואל אליבא דידיה דסבר מלוה ע"פ אינה גובה מיורשין קא מיבעיא ליה, אבל אנן דקיי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים... ובאותה **מלוה ע"פ הא לית בה לא שעבוד שקניתי ולא שעבוד שאקנה** ואעפ"כ גבי מיניהו והילכך לגבי יורשים אע"ג דלא כתיב ביה דאקנה לא מעלה ולא מורידי". העולה מדבריו שאה"נ מדינא אין לגבות קרקעות מיתמי אם אינן משועבדות מדין ערב, דהא שעבוד הגוף ליכא גבי יתמי דהם לא לוו, ומ"מ תיקנו רבנן חכמי הגמ' שיגבו מהן כשם שמצינו שתיקנו הגאונים לגבות בזמן הזה ממטלטלי דיתמי, וראייתו מהא דקיי"ל מלוה ע"פ גובה מן היורשים ואע"פ שאין בה לא שעבוד שקניתי ולא שעבוד שאקנה. ויש להבין דבריו דכתב דבמלוה ע"פ אין בה שעבוד שקניתי, והא קיי"ל שעבודא דאוריתא ואמרה הגמ' ב"ב קעה,ב דמלוה ע"פ מדינא גובה אפילו מלקוחות למ"ד שעבודא דאוריתא! וא"כ מדוע כתב דאין בה שעבוד? ולכאורה נ"ל דכיוון דתיקנו חכמים שאינה גובה מן הלקוחות ממילא לא סמיך המלוה על נכסי הלוה בהלוואה ע"פ ולא נשתעבדו כלל מדין ערב דאף לדידן דקיי"ל שעבודא דאורייתא מ"מ ההשתעבדות תלויה בדעת המלוה, וא"כ אין על הנכסים במלוה ע"פ אלא שעבוד הנכסים מדין מיניה הנגרר אחר שעבוד הגוף של הלוה ואינו קיים ביתומים. אלא דתקנו חכמים באותה התקנה

שבה עקרו את הגביה מלקוחות דמ״מ, למרות שפקע שעבוד הנכסים מדין ערב, ולמרות ששעבוד הנכסים מדין מיניה קיים רק אצל הלוה, דתהיה גביה מן היתומים מדרבנן שלא תנעול דלת בפני לווין, (אמנם יש להעיר שאין הבנה זו מוכרחת דאע״פ שתיקנו חכמים שאין גובים מלוה ע״פ מלקוחות עדיין ניתן להבין שקרקעות שהיו בשעת ההלואה סמוך המלוה עלייהו לגבות מהן מן הלוה ומיורשיו ונשתעבדו מדין ערב, דגם בערב מצאנו מקרים בהם השעבוד עליו הוא רק לבני חורין ולא לגבות מלקוחות דידיה).

העולה מן הדברים עפ״י תשובת הגאון שדין גבית הקרקע מן היתומים במלוה ע״פ, ובמלוה בשטר אם קנאה מורישו אחר שלוה, היא תקנת חכמים.

כיוון אחר בהסבר הסוגיה מצאנו במאירי ב״ב (קנז,א בד״ה זה) וז״ל: זה שאמרו במלוה בשטר שטורף בה מן הלקוחות פירושו בקרקעות שהיו לו בעת שלוה, שחל השעבוד עליהם בשעת הלואה, אבל אם קנה קרקעות אלו אחר שלוה ומכרן אין בעל חוב טורף מהם שהרי לא חל השעבוד עליהם, ומ״מ אם הם בידו עדיין, הרי אמרו מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה בין שהיתה לו בשעת הלואה בין שבאה לו אחר כן והרי חובו אצל אותם הנכסים כמלוה על פה וכן אם מת והורישן גובה אותם מן היורשים. ומ״מ אם כתב לו בשעת הלוואה דאקנה ר״ל ששעבד לו נכסים שיש לו ושהוא עתיד לקנות מכיון שקנאם חל עליהם השעבוד ואם מכרם טורף בעל חוב מהם. ואע״פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בזו תיכף כשקנאה נשתעבדה לכל הקפותיו מאליו כמו שאמרו מיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, וכיוון שנשתעבדו לו מאליהם מן הסתם, ר״ל אע״פ שלא כתב דאקנה למה נפקע שעבודם כשמכרם? אלא שחסו על הלקוחות מפני שהם סוברים שאינה משועבדת להם, אחר שלא כתב דאקנה, וכי כתב לו מיהא חזר הענין לדינו ונשתעבד משעת המקח מן הדין, ולא מצד הקנאתו, וכן בכל שעבוד שכתוב בו דאקנה כגון מכר או מתנה באחריות״.

ובסוף המסכת בדף קעה,ב בד״ה זה שפסקנו כתב: ״זה שפסקנו שדבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה בעדים גובה ממשעבדי ומטעם שעבודא דאוריתא מפני שהדברים נראין כך שמדת הדין משעבדת נכסים לכל הלואה במה שדעתו של מלוה סומכת עליו כגון קרקעות, שבמטלטלין לא נאמר לעולם שעבודא דאורייתא שלא סמכה עליהם דעת מלוה, ואם מפני שהוא גובה מהם בחיי לוה, אין זה כלום, שמה שהוא גובה ממנו אינו מתורת שעבוד, ואין חולק בעצמו של לוה לומר שעבודא לאו דאורייתא דודאי מיניה ואפילו מגלימא דעל כיתפיה״.

העולה מדברי המאירי דשעבוד הקרקעות לדידן דקיי״ל שעבודא דאורייתא, חל מדינא בין על קרקע שהיתה ביד הלוה בשעת המלוה ובין על קרקע שקנה לאחר מכן. דאיקני משתעבד מאליו מהתורה, אלא דחסו חכמים על הלקוחות שלא ידעו שקרקע שקנו דאיקני הוא, דהא לא כתב דאיקני בשטרו, ולכן אין גובין מלקוחות למרות שהקרקע משועבדת, ומ״מ אם כתב דאיקני חזר הדין למקומו ויגבו מלקוחות דהקרקע משועבדת מאליה מדין התורה ותו ליכא למיחש לפסידא! וא״כ יתומים שירשו קרקע לאחר מיתת מורישם בין שהיתה הקרקע משועבדת משעת הלואה ובין שהיתה הקרקע דאיקני משועבדת היא מדין תורה ופשוט שאפשר לגבותה מן היורשים כשם שגובים אותה מן החייב עצמו, שונה הדבר במטלטלין שאינם משועבדים מן התורה, לשיטת המאירי, ואין בהם גביה אלא מדין מיניה וא״כ ביתומים א״א לגבות דליכא עלייהו אלא מצוה משום כבוד אביהם.

בתומים בסי׳ קד ס״ק ז ביאר: ״דכיון דקיי״ל שעבודא דאורייתא א״כ ראובן החייב לשמעון וקנה אח״כ שדה, כ״ז שראובן חייב וקונה נכסים, תיכף בעת קנין חל שעבוד דכי בעינן דווקא בעת ורגע שתלוהו יחול שעבוד של מלוה דהא מהתורה עבד לוה לאיש מלוה לעולם כ״ז שלא פרעו וכל זמן שמגיע לו שדה חל עליו שעבודו של מלוה. דאל״כ, דאין חל הואיל לא היה בעת ההלואה, א״כ הרי הוא כמטלטלין וכמו דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי כן לא יהיה זה משתעבד ולמה קיי״ל דאם קנה שדה אחר הלואה דגובה מיתומים, ש״מ דחל שעבודא דש״ד הוא תמיד כ״ז דחייב לו״. (הנתיבות בסי׳ ס׳ ס״ק יב נקט כתומים, והקצות בסי׳ קד ס״ק ט׳ חלק על התומים עיי״ש).

בבואנו לברר את דברי המחבר, ריש סי׳ קז הנ״ל, באיזו שיטה קאי, יש לנו לבדוק פסקיו בדין דאיקני. בסי׳ קד,ז כתב המחבר: ״לוה וכתב לו מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, ואח״כ קנה שדה וחזר ולוה מאחר השדה משועבד לראשון״ והוא לשון הרמב״ם, ובבדק הבית כתב:

> ״דלכאורה משמע... שאם לוה וכתב לו דאקנה וחזר ולוה מאחר ולא כתב לו דאקנה ואחר כך קנה נכסים יחלוקו, אבל מדברי הרא״ש בפ״ק דב״מ, גבי בע״ח גובה את השבח משמע דבהא נמי לקמא משתעבד ולא לבתרא, שכתב ופעמים נוטל כולו כגון שכתב למלוה דאקנה ולא כתב ללוקח דאקנה. וכן כתב בספר התרומות שער מ״ג. ואין לומר שהרמב״ם חלוק בדבר דאם כן לא הוה שביק בעל התרומות מלהביא סברת הרמב״ם כמנהגו, הלכך צ״ל דסבר בעל התרומות דהרמב״ם חדא מיניהו נקט וה״ה לאידך״.

והיינו דלמד ברמב״ם וכן הכריע להלכה דלוה וכתב דאיקני ולוה וקנה, הראשון גובה קודם לשני. ולכאורה לפי דעת המאירי והתומים בכה״ג הדין הוא יחלוקו דהא סבירא להו דאף אם לא כתב דאיקני מ״מ משתעבד מן הדין וא״כ מיניה דידיה הוי משועבד לשניהם ויחלוקו, ואכן כך כתב המאירי במפורש (בב״ב קנז,א ד״ה זה):

> ״אבל אם לוה וחזר ולוה ואחר שלוה משניהם קנה קרקע אע״פ שכתב לראשון דאקנה הרי יד השני שוה עמו וכן כולם ויחלוקו״

וכן כתב התומים בסי׳ קד ס״ק ז בבאור דעת רבינו ירוחם:

> ״דבשני מלוים ולאחד כתב דאיקני ולשני לא כתב דאיקני וקנה אח״כ והיא ביד לוה ס״ל יחלוקו כמש״ל הטעם דבעת שבא השדה לרשות הלוה תיכף חל שעבוד שניהם כהנ״ל ולכך יחלוקו״.

ואם כן המחבר לא קאי בשיטתם אלא נראה דקאי בשיטת בעל התרומות שהביא דברי רש״י והבחין בין שעבוד מדין ערבות החל על קרקעות שהיו לו בשעת ההלואה או שאר נכסים שסמך דעתו עליהם בשעת הלוואה בפירוש והיינו דכתב דאיקני, לבין קרקעות שקנה לאחר הלואה דשעבודם הוא מדין מיניה דהחוב שחייב הוא היוצר שעבוד זה, ולפי זה ניתן להבין דאם כתב לאחד דאיקני ולשני לא כתב דאיקני וקנה, דהראשון קודם דבסי׳ קיב בב״י כתב:

> ״כתב נמוק״י בפרק חזקת כל שכתב דאקנה שוב אינו יכול לחזור בו אפי׳ קודם

שקנה והרשב"א חולק וסובר שיכול לחזור בו קודם שקנה ומכל מקום חייל שעבודא משעה ראשונה"

והיינו שמהתורה משתעבדים נכסים שיקנה כבר משעה ראשונה! ופירושו דעליו חל שעבוד הגוף לענין זה משעה ראשונה, היכא שגילה שסמיך עליהו, וא"כ קדם שעבודא זה לשעבודו של השני שלא כתב לו דאקנה דשיעבודו חל רק כאשר קנה את הקרקע מכח החוב שיש על הלוה. א"כ, למחבר, כאשר יורשים מקבלים קרקע דאיקני ממורישם, אע"פ שלא כתב דאיקני למלוה שלו, חובה עליהם לפרוע דאיכא שעבוד מדין מיניה על קרקע זו ואעפ"י שלכאורה במיתת החייב פקע השעבוד (כמו שכתב בעל בתרומות ולכן נזקק לגאון[8] ולתקנת חכמי הגמ' כנ"ל). המחבר סובר כמו שכתב האמרי בינה בדיני הלוואה סי' ב ד"ה והנה: "ודאי כל זמן דאישתעבד הגוף לקיים המצוה אישתעבדו הנכסים וכשמת נעשה חפשי מן המצות נפקע השעבוד מנכסים ג"כ רק כיוון דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן נשאר השעבוד על הנכסים גם כן". ונראה דזה הפשט בדברי הטור והמחבר: "דיורש במקום אביו קאי" דפריעת החוב מצוה היא עליו. אבל במטלטלין סובר המחבר[9] דליכא בהו שעבוד, ולכן אין כופין את היורשים לפרוע חובת אביהם.

ה. פריעת בע"ח מצוה גם למ"ד ש"ד

אחר שהסברנו את ההבדל בין קרקעות לבין מטלטלין בדברי המחבר יש לנו עדיין לעיין בלשונו שכתב **מצוה** על היורשין **וכופין** דמה נצרך לכפיה והרי ש"ד ויורדים לנכסים ומה לנו צורך בכפיה המזכירה לנו את מ"ד שעבודא ל"ד?

בביאור לשון הטור "כופין" ציין הכנה"ג בהגהות הטור על אתר לסי' רעח. שם בהלכות נחלות סע' י"א הביא הטור דברי הראשונים על הסוגיא ב"ב קכד,א ודן בדיני הכפיה. הגמ' אומרת: "יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, ואם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי מאי טעמיהו דרבנן דאמר קרא: "לתת לו פי שניים". מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטייא לידיה אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה". והביא הטור דברי הר"י מיגש שם בחידושיו: "דדווקא בחלק הבכורה שהוא מתנה אבל בחלק הפשיטות אינו יכול לסלק עצמו ולומר לבעלי חובות הרי הנכסים לפניכם, איני רוצה לירש כלום ולא

8. בעל התרומות שסובר שלאחר שהפקיעו גביה מלקוחות במלוה ע"פ תו ליכא שעבוד במלוה ע"פ כלל (בפסק במפורש בשער סא ח"ב אות א-ב. וכן משמע מדבריו בשם גאון בשער מג חלק ד אות ג) מצא בגמ' תקנה לגביה במלוה ע"פ מן היורשים, גם לדידן דס"ל ש"ד והיא התקנה שקיימת לדעתו במלוה בשטר בקרקע דאיקני לגבי יתומים, אבל המחבר שסובר שגם לאחר שהפקיעו את הטירפא מלקוחות במלוה ע"פ נשאר שעבודא דאוריתא ומלוה ע"פ שייכים בה דיני קדימה, לא מצא בש"ס תקנת גביה, דהא מיורשים גבי דש"ד, וא"כ גם בדאיקני במלוה בשטר יצטרך לחסביר כיצד גובה מדינא.

9. יש להעיר דבריש סי' קד כתב הגאון דאיכא שעבוד אמטלטלין ובשיטת המחבר נקט הסמ"ע דלית בהו שעבוד ודלא כע"ש.

בב"י בסי' קד הביא דברי שו"ת הרשב"א המיוחסות, דיש קדימה במטלטלין מיניה ואם נלמד כך למסקנה בשיטת המחבר נצטרך לבאר את החילוק בין מטלטלין לקרקעות בדרך אחרת.

לפרוע כלום, אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותן ולהגבותן או לשומן עליהו. שהוא במקום מורישו וכמו שהמוריש אינו יכול לסלק עצמו גם היורש אינו יכול לסלק עצמו.

טורח וטיפול בגבייה - חובת הלוה או המלוה?

ומשמע מדברי הר״י מיגש דיש חובה על הלוה לטפל בגביה וחובה זו מוטלת גם על יורשו וא״י לומר רד לנכסי וגבה. והיינו דגם למ״ד ש״ד איכא מצוה על הלוה לטפל בגביה מדין מצוה וכופין אותו עליה. ולפי דבריו ניתן להסביר את המחבר והטור דידן שכתבו ״כופין״ דלא רק שיורדים לנכסים אלא כופים את יורשי הלוה לטפל בהן. אלא דהטור הביא דברי הרשב״א והראב״ד החולקים על הר״י מיגש. דהרשב״א כתב: ״אפשר שלא אמר אלא לרב הונא (ותיקנו הפרישה ועוד, לרב פפא) דאמר פריעת בעל חוב מצוה וכופין אותו בשוטין, כי אמר לא בעינא למעבד מצוה אבל לדידן אין כופין בשוטין אלא בהורדה לנכסים״. עוד הביא הטור: והראב״ד כתב: ״דאפי׳ בחלק פשיטות אם אמר איני רוצה בירושת אבי ולא אפרע חובותיו אין כופין אותו״ והנמוק״י נד,ב מהרי״ף כתב לשיטת הראב״ד: ״שאם אמר איני רוצה ליטפל בו הורידוהו בנכסים ועשו לו שומא רשאי, והוא הדין לכל לוה שאמר הרי נכסי לפניכם עשו לו שומא והורידוהו בהם אין כופין אותו ליטפל בהם״. עוד מצאנו לרמב״ן בתשובות סי׳ סב שנשאל: ״מלוה שתבע חובו מן הלוה ולא נמצאו לו נכסים אלא במדינת הים. אמר לו טרח וזבין ואייתי לי. והלוה אומר לאו עלי רמיא ישומו לך ביי״ד מהן כאן. מי אמרינן הדין עם לוה דלא אמרינן זיל טרח וזבין ואיתי ליה אלא בתילוי מעותיו לגוי כדאיתא בכתובות, או דילמא הדין עם מלוה שלא יוציא מנה על מנה?״ והשיב: ״הדין כן הוא שיכתבו לו כאן אדרכתא על אותן נכסים, אבל הכרזה ושומא אי אפשר ליכתב אלא במקומן, ילך לביי״ד שבמדינת הים והם מגבין לו מהן בשומא והכרזה״.

בעל התרומות בשער ס אות א מביא שאלה זו כנפק״מ אפשרית מהסירוב של הבכור האומר שאינו רוצה ליירש, דאם הוי יורש יצטרך ״להשתדל אחריהם ולהעמיד מעותיו במקום שלוה מעותיו ממנו כדי שלא יצטרך המלוה להוציא מנה על מנה וליזיל בסכנת הדרך״ ודחה אפשרות זו דאין חובה על הלוה לעשות זאת והביא תשובת הרמב״ן הנ״ל דס״ל כמותו. בשו״ת המהרי״ט חלק חו״מ סי׳ לה הביא את דברי הטור והביא דהב״י שם בסי׳ רעח כתב שרשב״ם סובר כר״י מיגש, ודן שם בדבריהם והסיק שהחובה היא על המלוה ולא על הלוה. האמרי בינה בדיני הלואה סי׳ ג דן בדרך הגביה במלוה למ״ד שלי״ד ולמ״ד ש״ד. והביא את דברי הרשב״א הנ״ל דלמ״ד שלי״ד כופין אותו בשוטין ולמ״ד ש״ד יורדים לנכסים וכתב: הן אמת קשה להבין אם נאמר דלר״פ לא נחתינן לנכסיה רק שכופין אותו בשוטים לקיים המצוה ובשביל זה אינו יכול לסלק עצמו מן הנכסים רק כופין לטפל בדבר ולמכור, מי חלוק ע״ז הא אף אם נאמר ש״ד היינו דנתווסף עוד שעבוד על הנכסים ויכולים הבי״ד לגבות מנכסיו אף שלא בפניו, אבל מ״מ אם הוא לפנינו ודאי דחיובו דגופו שחויב לשלם לא נפקע?״ וא״כ אם סובר הרשב״א שלר״פ הלוה צריך לטפל בנכסים כ״ש לדידן דש״ד. דהא למ״ד ש״ד, השעבוד הוא תוספת על המצוה ומצוה ודאי איכא? ואי אין הבי״ד יכולים לרדת לנכסיו והוא כאן ואומר שאינו רוצה לקיים המצוה ודאי כופין אותו! ולכן הביא הרי״ף הברייתא דכופין אותו בהלכותיו בכתובות פרק הכותב. ולכן הסביר האמרי בינה ברשב״א דהבין בר״י מיגש

דהנפק"מ היא רק דאם של"ד צריך לכוף אותו בשוטים כדי שיוכלו לרדת לנכסיו. כמו שביארנו בשיטת הרשב"א דלמ"ד של"ד אין ירידה לנכסים, ואם יסתלק לא יוכלו לכופו, אבל אם ש"ד ליכא נפק"מ דבין כך ובין כך יורדים לנכסיו וגם הר"י מיגש מודה שאין על הלוה ליטפל בנכסים. הב"י עצמו בסוף סי' קא הביא את דברי הנמוק"י הנ"ל "לוה שאמר הרי נכסי לפניכם עשו לו שומא והורידוהו בהם אין כופין אותו ליטפל בהם"[10].

ומ"מ למדנו שגם לדידן דקי"ל ש"ד איכא נמי מצוה לפרוע החוב ונפק"מ דאם הלוה אינו מאפשר לגבות מנכסיו יש כח לבי"ד לכוף אותו בשוטים ובזה כו"ע מודו.

ו. גדר המצוה המוטלת על היתומים.

המחבר בסי' צז סע' טו פסק: "שפריעת בעל חוב מצוה ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיימה". (לענין גביה ממי שאינו רוצה לפרוע דשליח בי"ד נכנס לביתו) וכן בסי' קז ס"א: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופים אותם בכך כמו שכופין את אביהם." כלומר גם למ"ד ש"ד איכא מצוה דפריעת בע"ח.

בגדר המצוה על הלוה עצמו לפרוע חובו כתב רש"י (בכתובות פו,א ד"ה פריעת): "מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכתיב הין צדק שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק" מצוה זו שייכת לכאורה רק בלוה עצמו דהוא זה שהתחייב לפרוע לפי דבריו והוא זה שעליו לאמת את דיבורו, אך אינה שייכת ביורשיו שלא דיברו ולא מידי[11]. [רש"י עצמו (בכתובות צא,ב בקטינא דארעא, בד"ה מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם) כתב: "משום כבוד אביהן. אלא שאין לבי"ד לכופן על כך דלאו מצות עשה מפורשת היא כסוכה ולולב אלא

10. (עפ"י הערת העורך:) אמנם לאחר כל הדברים הנ"ל יש להאיר מדברי הרא"ש בתשובה כלל ח סי' ב, שהובאו להלכה בטור ובמחבר בסי' עג סעי' ח. "ראובן נשבע שלא למכור משלו לפרוע שום חוב, ואח"כ נשבע לפרוע לשמעון לזמן פלוני וכשהגיע הזמן טוען אין לי מעות וכבר נשבעתי שלא למכור משלי לפרוע שום חוב, אם חוב שמעון קדם לשבועה שלא למכור משלו לא חלה השבועה כלל דהוה ליה נשבע לבטל המצוה דמושבע ועומד הוא מהר סיני לפרוע חוב שלו ומכין אותו עד שתצא נפשו אם אינו רוצה לפרוע". וכבר תמה שם הט"ז: "למה לא יקח המלוה אותן דברים בחובו.." (ויתכן לומר דלשיטת הרא"ש כפי שמשמע בתוס' הרא"ש כתובות פו' וכן בפסקים בפרק גט פשוט סי' מ, שעה"נ תלוי בשעה"ג דהמצוה וא"כ אם נשבע וחלה שבועה ופקע שעה"ג פקע נמי שעה"נ). וק"ל מה לי ולשבועתו. ירדו הבי"ד לנכסיו ויתנו לזה כדי חובו דהא נכסותי דאינש ערבין ליה ושעבודא דאוריתא" והיינו דכיוון דקי"ל ש"ד יש בידינו לירד לנכסים בלי שימכור הוא, ומשמע מתשובת הרא"ש שמכח המצוה יש על חלוה למכור נכסיו ע"מ לפרוע חובו! והיינו דהוא יטפל בנכסים, דחרי לא נשבע למנוע ירידה לנכסיו אלא שלא ימכרם הוא בעצמו, וזה הוי נשבע לבטל המצוה. השו"ע בסי' קג ס"ד מחלק בדין שומת בי"ד שטעו בין נכסי לוקח לבין נכסי הלווה ונכסי היורשים. וכתב הסמ"ע שם ס"ק ו: "משום דעל הלוה היה מוטל לטרוח לזבן את שלו ולשלם לחמלוה וכן אם גובים מהיתומים לשלם חוב אביהן משום דגם עליהן היה מוטל לזבן ולשלם חוב אביהם מהנכסים שירשו ממנו". ומשמע מהסמ"ע שפוסק כר"י מיגש, ועדיין דין זה צ"ע.

11. עיין חינוך מצוה רנט ובמנ"ח שם שהביא הגמ' ב"מ מט. "והין צדק יהיה לכם" הן שלך יהיה צדק ולאו שלך יהיה צדק". ועיין במצוה רכט שלא לעשוק, דכתב במנ"ח שהלוה עצמו עובר גם בלאו והיתומים אינם עוברים בלאו.

מצוה בעלמא דרבנן". לשיטתו קשה לומר שמצות היורשים היא אותה המצוה המוטלת על החייב, ולכן פירש שמצוותם משום כבוד ותלה את אי הכפיה על מצוה זו בהיותה מצוה בעלמא מדרבנן.)

אבל יש מן הראשונים שלמדו את מצות הלוה ממקור אחר. הרמב"ן והרשב"א בחידושיהם ב"ב קעה,ב כתבו שלמדנו כן מדכתיב: "והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט". ומשמע שיש עליו להוציא חיובו וזו מצות פריעת בע"ח. אם נלך בכיוון זה יתכן לומר שהיורש חייב באותה המצוה שחייב מורישו, ומצוותו היא מן התורה. הגמ' עירובין ע,ב אומרת "יורש כרעיה דאבוה" והמחבר בריש סי' קז נוקט "שהיורש במקום אביו קאי" והיינו דאם יורש דבר המשועבד ניתן לקרותו, "האיש אשר אתה נושה בו", ומצוותו היא: יוציא. כלומר המגדיר את היורש ככרעיה דמורישו הם הנכסים המשועבדים שירש, ומצב זה הוא המחדש עליו את המצוה. כפי שכבר הסברנו ישנו שעבוד מדין ערב על הנכסים שמימושו אינו תלוי במצוה, ומ"מ נראה שביורש תתחדש עליו מצות פריעת בע"ח כשירש נכסים כאלו. וישנו שעבוד נכסים הנובע מן המצוה והוא לא יפקע, אלא תתחדש מצוה על היורש ושעבוד הנכסים יימשך. בתשובת הראב"ד שהביא התרומות בשער סא חלק ב (הובאת בטור וב"י סי' קד) כתב לגבי לוה ויורשו: "ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע" ומשמע דמדאוריתא יש מצוה על היורש לפרוע חוב מורישו והיא זהה למצות פריעת בע"ח, דהיורש עומד במקום מורישו. בחדושי הר"י מיגש ב"ב קכד,א (הובא בטור רעח,יא) כתב: "אלא כופין אותו... שהוא במקום מורישו" וגם בדבריו משמע שמצות היורש היא כמצות הלוה. בתוס' ב"ק צו,א ד"ה הא כתבו שבע"ח גובה שבח מיורשים "משום דכרעא דאבוהון נינהו".

מלשון הטור והשו"ע בריש סימן קז: "מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם וכופין אותו כמו שכופים את אביהם" משמע שאותה המצוה המוטלת על הלוה היא המוטלת על יורשיו. הב"ח בריש סי' קז כתב: "המצוה היא כשאר לוה בעצמו שמצוה מוטלת עליו לפרוע חובו מן התורה כשאר מ"ע כסוכה ולולב, הכי נמי היתומים המצוה מוטלת עליהם מן התורה כאילו היו הם הלווים בעצמם ולכן כופין אותם כמו שכופין את אביהם". הגאון בריש סי' קז כתב: "אלא שמצוה עליהן מן התורה כעל הלוה עצמו וכמ"ש בפ"ק דקידושין מלוה ע"פ גובה מן היורשים שעבודא דאוריתא". מכל הדברים הללו משמע שכאשר יורשים היורשים קרקעות, הכפיה עליהם נובעת ממצות פריעת בע"ח והם עומדים במקום מורישם.

התומים בסי' סו ס"ק מג כתב: "במת לוה ונפלו נכסים קמי יורשים דהא פקע שעבוד הגוף באיזה אופן יחול שעבוד נכסים וצ"ל דאף במת לוה, כשיורש זוכה בנכסים אף הוא משתעבד כמו לוה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה. המחבר בסי' קג,ד פסק: "בי"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא מכרן בטל אפי' הכריזו, אבל אם היו נכסים בנ"ח וטעו בשומא דינם כבי"ד שמכרו נכסי יתומים וטעו שיתבאר בסי' קט" ושם פסק בסע' ג: "וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל, פחות משתות מכרן קיים". כלומר המחבר משוה את דין היתומים לדין הלוה ובהסבר דבריו כתב הנתיבות בסי' קג ס"ק ד: "דבשלמא בלוה ויתומים שיש עליהם שיעבוד הגוף דמחויבים לטרוח בעצמם", קאי בשיטת התומים שיתומים חייבים כמו מורישם. מצוה זו דפריעת

בע"ח לפי אופיה, שייכת בכל יורש ויורש ואינה דוקא בבני המוריש, יתומיו. דהא יסודה של המצוה הם הנכסים שירשו ממילא ממורישם ומה אכפת לן מיהו היורש[12].

המחבר הוסיף וכתב "אבל אם לא הניח אלא מטלטלים אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם". רש"י בכתובות צא,ב ד"ה מצוה כתב: "משום כבוד אביהם אלא שאין לבי"ד לכופן...דלאו מצות עשה מפורשת היא... אלא מצוה בעלמא דרבנן".

התוס' בכתובות פו,א ד"ה פריעת כתבו: "אבל בדליכא אחריות נכסים מצוה על היתומים ואין כופין". וטעמא משום דהוי מצוות כיבוד מצוה שמתן שכרה בצידה", שאין בי"ד של מטה מוזהרין עליה". והקשו שם על רש"י שכתב דאין כופין משום דהויא מצוה דרבנן דהא מצינו מצוה לקיים דברי המת דהיא דרבנן וכופין עליה. כדבריהם כתבו גם הראב"ד בשטמ"ק ב"ב קנז,א והרא"ש בהכותב סי' יד. הטור בעקבותיהם כותב: "אבל אם לא הניח להם אחריות נכסים מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם, אבל אין כופין אותם דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח מן התורה... וטעמא משום דמצות כבוד היא מצות עשה שמתן שכרה בצידה..." וכן מפרש הסמ"ע ס"ק א את המחבר והוסיף דלכן אם לא הניח להם כלום אפילו מצוה ליכא: "שהוא דווקא בממון של אביהן ואמן".

הסמ"ע והש"ך הזכירו דעת הרמב"ן במיוחסות בתשובה פח: "דמ"מ אם הבי"ד רוצים לכוף הרשות בידם". והביאו רמ"א בסי' צז לגבי מצות השבת העבוט. הסמ"ע כתב שכאן שתק הרמ"א כיוון שהתוס' והרא"ש חולקים על הרמב"ן ולכן לא נצריך ליתמי להוציא מידם במקום פלוגתא, אבל במשכון שהוא עומד ברשות הלוה לא מיקרי הוצאה מידו במה שכופין אותו להשיב העבוט, והש"ך כתב ששתק הרמ"א לפי שסמך על דבריו בסי' צז וה"ה הכא. התומים הקשה לדעה זו מכתובות פד,ב "דן דייני כר"ט היינו במטלטלין של יתומים המונחים ברה"ר דיתנו לבע"ח ואהדר עובדא ונחלקו התם אי הו"ל טועה בדבר משנה או בשיקול הדעת. ומה טעות יש אם הדיין רצה לכוף ליתומים הרשות בידו והוא כפה ונתן מטלטלים המונחים ברה"ר לב"ח?" ותירץ התומים דנעמיד גמ' זו ביתמי אחי המת או בבני אחי המת שאין עליהם מצות כיבוד. והוסיף להקשות דהא קי"ל תפס מטלטלין דיתמי לאחר מיתה מוציאין מיד התופס וכלל זה הוא בכל היתומים גם בבני המת! וקשה מדוע שיוציאו מהתופס לדעה שסוברת שמותר לבי"ד לכוף, "איך יזדקקו להוציא מיד מוחזק לבטל מ"ע דאוריתא" והסיק שדעה זו דהרמב"ן ס"ל כרש"י ור"ן דאין זו מ"ע של תורה, רק מצוה בעלמא מדרבנן שאין כופין עליה כלל. הנתיבות ריש סי' קז, תירץ קושית התומים "דאף דמוטל מצוה על היתומים לפרוע, חיובא דגופא הוא דאיכא אבל מ"מ גוף המטלטלין אינן יוצאין מרשות היתומים, אף שתפסן שכנגדו. והרי הן של היתומים ושכנגדו אסור להשתמש בהם וגם הן גזל בידו כשמחזיק בידו.

12. ראה מאמרו של ד"ר א. ורהפטיג "חיובי ממון - האם עוברים בירושה?" תחומין כא. ואע"פ שזהו הנושא, הרי לשאלה - בנים בלבד או כל יורש הוקדש משפט אחד בלבד תוך הפניה לדברי האו"ת (ע"ש ליד הערה 88) בפרק שלפנינו השלמה לענין זה. (הע' עורך).

וגם הב״ד אינן יכולים להגבותן להמלוה שיהיה שלו רק הבי״ד יכולים לכוף עד שיאמר רוצה אני. ולכן אם תפס מוציאין כדי שלא יעבור אלאו דלא תגזול...״[13] בהסבר הדברים האם הוי כבוד דאוריתא או מתקנת חכמים כתב החת״ס בשות חו״מ סי׳ קעז ד״ה והנה: רש״י ממ״ש גבי קטינא דארעא נ״ל דס״ל לרש״י דלפי מאי דקי״ל דכיבוד אב משל אב, ולא משל בן א״כ במטלטלין דיתמי לא שייך מצות כיבוד כלל...דכיון דמת נכסי ברשות יורשים קיימא״. וכן כתב הנחל יצחק סי׳ קיא ס״ד ענף כ בהגהה. ויש שביארו ברש״י כשיטות הסוברות דכיבוד אב ואם לאחר מיתה הוא רק מדרבנן.

יש מהראשונים שכתבו שכיוון שזו מצות כיבוד אינה נוהגת אלא בבנים ובנות בלבד ולא בשאר יורשים. הראב״ד בשטמ״ק ב״ב קנז,א כתב: מצוה על היתומים... משום כבוד אבוהון דכי בעיא לן דאיקני קנה ומכר או הוריש ליורשים אחרים שאינם בניו. המאירי שם,א ד״ה מלוה ע״פ כתב: ״ומצוה זו יש אומרים שאינה אלא על הבנים מפני כבוד אביהם, אבל על יורשים אחרים כגון אחים או שאר קרובים אין למצוה זו מקום״. בשו״ת באר יצחק חו״מ סי׳ ב׳ הסיק: ״וי״ל דהא מצוה על היורשים לא שייכא רק בבני הלוה משום מצות כיבוד אב אבל ביורשין קרוביו של המת לא שייכא מצוות כבוד עליהם לפרוע מטלטלי שירשו״.

התומים בסי׳ קא סק״י בסופו מדייק בסוגיה ב״ב קנז,א דמיירי אפילו בשאר יורשים: ״הא במשנה קתני נפל על אביו או על שאר מורישו ש״מ דאיירי בשאר יורשיו, מ״מ קאמר מצוה. וכן פסק באורים סי׳ קז ס״ק ד: ״נראה אפילו אינו אביהם רק דודם דלא שייך ביה מצות כיבוד אב מ״מ מצוה הואיל ויורשים שיסלקו חובתו ולא יהיו הם יורשים ומורישם יהיה בכלל לוה רשע״. וחזו״א ב״ק טו ס״ק לו מפנה לתוס׳ כתובות לח,א ד״ה יש לענין בגר בקנס ומדייק מן התוס׳ דבע״ח גובה מהאב כסף שירש מביתו ומשמע דהמצוה קיימת גם כאשר לא שייך כיבוד.

מלשון המחבר שלא חילק בין המצוה הקיימת בקרקעות דהיא ודאי שייכת בכל היורשים כנ״ל לבין המצוה במטלטלין והשמיט את נימוקו של הטור דהוא משום כיבוד משמע שסובר שאף המצוה במטלטלין היא על כל היורשים, וא״כ נראה להסביר כטעמו של התומים.

ז. ביאור הסוגיה ערכין כב

בסי׳ קח ס״א פסק המחבר: ״מלוה ע״פ אינה נגבית מהיורשים אלא באחת מג׳ דרכים ואלו הן: 1) כשחייב מודה בהן, וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו עדיין, או 2) שהיתה הלואה לזמן ועדיין לא הגיע הזמן, או 3) שנידוהו עד שיתן ומת בנידויו כל אלו גובים מהיורשים בלא שבועה.

ושם ס״ג כתב: ״אין נפרעים מיורשים קטנים בעודם קטנים שאינם בני י״ג שנה שום הלואה מחוב אביהם ואפי׳ היה עליו שטר מקויים ואפי׳ היה בו נאמנות ואפי׳ היה בו

13. ועיין עוד בזה שערי יושר שער ה פ״ב בסברת הרמב״ן ״עד שתכפנו בגופו כופהו בממונו״.

כל תנאי שבעולם שמא יש להם ראיה ששוברים בה השטר. אלא א"כ היה במלוה זו אחד מגי דרכים הנזכרים לעיל בסמוך (בס"א) ואפי' היתה מלוה ע"פ גובה מיתומים קטנים באחד מגי דרכים הנזכרים. ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקוים אפי' אין שם אחד מגי דרכים אלו גובה מהם..."

ובסי' קי ס"ב: "טעמא דאין נפרעים מהקטנים משום דחיישינן שמא התפיס אביהם למלוה צרר"י המחבר פוסק כרב הונא בריה דרב יהושע דהא דאין נזקקים לנכסי יתומים קטנים הוא משום חשש צרר. והיינו דאפי' במלוה בשטר לא יגבו מהם אלא באחד מגי דרכים דבהם אין לחשוש לצרר. ולכאורה יש להבין, דבפרקים הקודמים למדנו שגביה מן היורשים תלויה בזה שירשו קרקע דאית עליה שעבוד. דאז גובים מהם בעל כרחם, והסברנו שאפילו בקרקע שלא נשתעבדה בזמן המלוה, אלא נקותה אחריו, ישנו שעבוד הנובע מהמצוה לפרוע את החוב משעה"ג החל על החייב ומצוה זו קיימת גם ביורשים ולכן לא פוקע השעבוד מהקרקע, ולכאורה מה נאמר בקטנים הא לאו בני מימד מצוה נינהו? ותינח קרקע המשועבדת מאת המלוה שאין השעבוד תלוי במצוה דשעבודא דאוריתא אך מה נאמר בקרקע דאיקני? והנה המעיין בדברי הראשונים בסוגיה ב"ב קעד,א בערבא דיתמי ימצא תשובה לשאלתינו. בהסבר שיטת רהבדר"י כתב הרי"ף פא,ב מדפיו לרב הונא בריה דרב יהושע דסבר מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם אבל חיישינן לצרר והיינו דגם בקטנים איכא מצוה זו. וברש"י שם על הרי"ף: "וקי"ל הלכה כרהבר"י דלא אמרינן יתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו" כלומר גם קטנים הם בני מצוה זו. וכן כתב שם הרשב"א קעד ד"ה כהבדר"י "לעולם יתמי בני מיעבד מצוה נינהו כדאמר בערכין פרק שום היתומים יתמי דאכלי דלאו דיזהו ליזלי בתר שיבקיהו". וכן בב"י קח,א כתב: "ולרב הונא דסבר מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אלא דחיישינן לצרר"י, וא"כ נמצינו למדים[14] דמצות פריעת בע"ח איכא גם ביתומים קטנים וממילא נשאר השעבוד גם על קרקע דאיקני וניתן לגבותה מיתומים קטנים.

בסי' קל הביא המחבר את דין "ערבא דיתמי" מהגמ' ב"ב קעד,א "מת הלוה וקדם הערב ופרע החוב קודם שיודיע את היורשים אם נודע לנו שלא פרע הלוה שטר חובו קודם שמת. כגון שהודה בו קודם (שמת) או שנידוהו ומת בנידויו או שלא הגיע זמן המלוה לגבות ה"ז חוזר וגובה מהיורשים כל מה שפרע". המחבר נקט לשון הרמב"ם ונראה שהוא מפרש את הסוגיה אפילו ביתומים גדולים, וטעמו כסברת הר"י מיגש שהובא בשטמ"ך שם. דכל שפורע בלי הודעה נראה שכבר התפיסוהו צרר. ומ"מ יש להבין דמשמע דאם היה מודיע ליתמי היה נפרע מהם. והרי בערכין למדנו שלרב פפא אין נפרעים כלל מקטנים? הנמוק"י שם פא מהרי"ף, כתב שאין לדייק מהגמ' דאם היה מודיעם היו חייבים אלא דאז היה הערב עצמו פטור כשם שהם פטורים. וכן כתב בעל המאור. א"כ יוצא שהסוגיה בערכין מיירי במלוה בשטר. לפי זה מובן מדוע נקטה

14. בשיטת רש"י בב"מ סז,ב ד"ה "אין בע"ח" הנ"ל מובן שאין צורך לטעם זה דיתמי בני מצוה, אלא בקרקע דאיקני, ולא בנכסים שנשתעבדו מדין ערב! ולפי"ז ניתן לומר שגם הרי"ף שהזכיר את חמצוה סובר כמותו. לפי"ז תיושב קו' האמרי בינה בהלכות הלואה סי' ב ד"ה "אך קשה" כיצד גובים לשיטת הרי"ף מנכסי גר שמת שנכסיו הם הפקר.

הגמ׳ טעם צררי, ולא השתמשה בדין טענינן ליתמי, דטענת פרעתי בשטר אינה פוטרת מממון אלא מצריכה שבועה דרב פפא, אשתבע לי דלא פרעתיך. ואילו חשש צררי מונע את בקביה עצמה. גם השינוי בהנהגתו של רב נחמן מובן, דהסתפק רב נחמן האם יגבו מקטנים מלוה בשטר, וכדכתב רב האי גאון בתשובה הביאה התרומות שער יד חלק א אות ב: "כבר נתקשה לרב נחמן ואמר מריש לא הוה מזדקיקנא, כיון שמעית יתמי דאכלי בלאו דידהו לזלו בתר שיבקיהו הוה מזדקיק." כלומר התלבט רב נחמן בדין זה ובחששות לפרעון בצורת צררי ע"י מורישם של יורשים.

לפי דברינו יוצא שלרב פפא גם במתוה בשטר אין גובים כלל מיורשים קטנים. ודבריו בסוף ב"ב "הלכתא" פירועם ביתומים גדולים ואנן קי"ל כרהבדר"י שנזקקים לקטנים באחד מג׳ דרכים (והא דפסק הרי"ף בב"ב פג,א מדפיו כר"פ אע"פ שבדף פא פסק כרהבדר"י צ"ל דמה שפסק כר"פ היינו במחלוקת ש"ד או של"ד מה הדין מעיקרא ומה עקרו חכמים אך לעצם ענין הגביה הכריע כרהבדר"י.)

ח. סכום

1. עיקרי הדינים בשיטת הרשב"א:

א. למ"ד של"ד אין יורדים לנכסים אלא כופין בשוטים לקיים מצוותו.

ב. למ"ד שעבודא דאוריתא, וכן קס"ל, מן התורה חל השעבוד גם על מטלטלין ומ"מ אין גובים ממטלטלי דיתמי מן התורה, דירדה תורה לסוף דעתם של בריות שאינם סומכים על המטלטלין והוי כמחל שעבוד המטלטלין לגבות מיתמי ומלקוחות, ומ"מ חל עליהם שעבוד.

ג. שעבוד דאיקני הוא מדאוריתא וטעות סופר הוא. והיינו דמסתמא דעת שניהם שוה שישתעבדו כל נכסיו בין שישנם עכשיו בידו בין שיקנה לאחר מכאן. וא"כ כל הנכסים הנמצאים אצל הלוה משועבדים למלוה, לא משנה מתי קנאם.

ד. אם יגלה המלוה שסמיך על המטלטלין היינו שיכתוב "מטלטלין וקרקעות" גובה מטלטלין מיורשים.

ה. ההבדל בגביה מיתומים בין קרקעות למטלטלין נובע מכך שהקרקעות איכא עליהם שעבוד וממילא יש בהן דין ירידה לנכסים והמטלטלין בסתמא נמחל שעבודם אצל היורשים וממילא אין דין ירידה לנכסים כנ"ל בשיטת מ"ד של"ד.

ו. המצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם שהוזכרה בסוגיה ב"ב קנז, היא מצוה שכופין אותם לקיימה. יסודה בתק"ח, דבמקום שלא פרע הלוה חובו והוריש מטלטלין יפרעו הם חובו שלא תנעול דלת בפני לווין. במצוה זו אין לחלק בין יורשים השייכים במצות כיבוד אב לבין כאלה שאינם שייכים בכבוד אב.

ז. ישנה מצוה נוספת שאין כופין עליה שהוזכרה בכתובות צא,ב בקטינא דארעא והיא משום כבוד אב. מצוה זו מתיחסת לפרעון חוב מנכסי היתומים עצמם. במצוה זו שייכים רק יורשים החייבים בכבוד מורישם בגדרי מצות כיבוד אב.

2. עיקרי הדינים בשיטת המחבר:

א. שעבודא דאוריתא רק לגבי קרקעות, אבל לא במטלטלין.

ב. למדנו מרש"י ב"מ סז,ב ד"ה אין בע"ח, ובעקבותיו מהתרומות, ששעבוד הנכסים מתחלק לשני דינים:

1) דין ערב דהיינו נכסים המשועבדים כיוון דעליהם סמך המלוה. שעה"נ הזה אינו תלוי בהמצאותו של הלוה ובשעה"ג.

2) שעבוד הנוצר כתוצאה משעה"ג החל על החייב. שעבוד זה הוא החל על קרקעות דאיקני כל זמן שהלוה קיים, גם בלי שכתב דאיקני. שעבוד זה אינו תלוי בסמיכות דעתו של המלוה.

ג. אמנם כאשר מת הלוה ופקע שעה"ג לקיים מצות הפרעון פוקע שעה"נ 2 הנ"ל, אבל כיון שגם על היורשים מצוה לפרוע חובת אביהם "דיורש במקום אביו קאי", והיינו דמצות פריעת בע"ח שהיתה על מורישם מוטלת גם עליהם, ממילא לא פוקע שעה"נ ולכן אם ירשו קרקעות גובים אותן מהם ואפי' קרקעות שקנה מורישם אחר המלוה. במטלטלין שאין בהם שעבוד כלל, ממילא יורשים שיורשום אינם במצות פריעת החוב דמורישם ולכן אין גובים מטלטלין מיורשים.

ד. במטלטלין שירשו, פסק שאין כופין והשמיט דברי הטור דמצוה זו היא מפני כבוד אב, ומשמע מדבריו שאין חילוק בין המצוה הזו, לבין המצוה בקרקעות השייכת בודאי בכל היורשים. נראה שענין המצוה הוא כדבריו של התומים: שלא יהיו הם יורשים, ומורישם יהיה בכלל לוה רשע.

3. גדר המצוה המוטלת על היורשים:

א. גם למ"ד ש"ד איכא מצות פריעת בע"ח על הלוה עצמו.

ב. לרש"י מצות הלוה היא לאמת דבריו שנא' "הן צדק", מצוה זו אינה שייכת ביורשים. לשיטתו מצות היתומים היא משום כבוד ומדרבנן.

ג. הרמב"ן והרשב"א למדו מצות הלוה מ"והאיש אשר אתה נושה בו - יוציא". מצוה זו שייכת גם ביורשים שירשו נכסים משועבדים ממורישם, דנועא דמורישם הם כיון שירשו משועבדים. הראב"ד כתב במפורש: "ועל שניהם מצוה מן התורה לפרוע" והיינו דגם היורש מצוה מן התורה כמורישו. כשיטתו משמע שפסקו הטור והמחבר.

ד. מצוה זו כוללת את כל היורשים גם אלו שאינם חייבים בכבוד מורישו. עצם הירושה היא המחדשת את המצוה.

4. על מי מוטל לטפל בגביה ובשומא:

א. מהר"י מיגש ב"ב קכד משמע שעל הלוה מוטל לטפל בגביה, אמנם הרשב"א והראב"ד הביאם הטור בסי' רע"ח חולקים על הר"י מיגש וכן כתבו הרמב"ן ספר והתרומות דעל המלוה לטפל בגביה. המהרי"ט נמי הסיק שחובה זו מוטלת על המלוה והאמרי בינה כתב שגם הר"י מיגש מודה לזה.

ב. מהטור והמחבר עג,ה שפסקו את תשובת הרא"ש לגבי הנשבע שלא למכור משלו לפרוע כל חוב, משמע שמצוה על הלוה לטפל הוא בגבית הנכסים.