

שעבוד נכסים – זכות קניינית או חובה אישית?

מבוא

אבני היסוד של המשפט הן הקניין והחובה האישית, שכונתה על-ידי התוספות (כתובות נד: ד"ה אע"פ) והבאים אחריהם "שעבוד הגוף". מבלי להאריך בהבדלים שביניהם, ניתן לומר שהקניין הוא זכות כנגד כל העולם, המתייחסת לנכס מסוים; למשל, בעלות על רכב מסוים מונעת מכל אדם בעולם ליטול אותו ללא רשות. לעומת זאת, החובה האישית, כשמה, היא חובה של אדם מסוים כלפי אדם אחר, ללא הטלת חובה על אחרים וללא תלות בנכס מסוים. דוגמה לדבר, אדם שהזיק לחברו חייב לפצות אותו, כאשר חובה זו אינה מחייבת אף אדם אחר ואינה תלויה בקיומו של נכס מסוים אצל המזיק.

על רקע שני יסודות אלה בולט בעמימותו שעבוד הנכסים של החייב. מחד גיסא, יש לו מאפיינים של חובה אישית – הוא תוצאה של חיוב אישי, ומחילתו של החיוב האישי מפקיעה גם את השעבוד. מאידך גיסא, יש לו מאפיינים של זכות קניינית, בכך שהוא מחייב את כל העולם; למשל, אדם שקנה נכס משועבד מאדם חייב, בעל החוב עלול ליטול ממנו את הנכס (שו"ע חו"מ סי' קיא סע' א). הריטב"א (קידושין יג: ד"ה וטעמא) עמד על הבעייתיות במהות השעבוד, ותלה בכך את הדעה הסוברת כי "שעבודא דרבנן":

וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, משום דסבר שאין הקנאה לחצאים ושעבוד קנין לחצאין...

גם המאירי (בבא בתרא קמז: ד"ה ויש) כתב:

הואיל ויש עליו קנין כל שהו לגבי השעבוד, מתפשט ההקדש מחמת אותו קנין.

חשוב לציין כי בגמרא משמש הביטוי "משועבד" הן לתיאור נכס שנמכר לחלוטין, והן לתיאור נכס המשועבד לחוב. כך למשל מופיע בגמרא (כתובות טז):

תלה ליה רב לרבי בניי חטי: האחין ששיעבדו, מהו? הוה יתיב ר' חייא קמיה, אמר ליה: מכרו או משכנו? ...אכתוב ליה שיעבדו, דמשמע הכי ומשמע הכי.

על רקע זה אין פלא שנחלקו הראשונים בשאלה אם שעבוד הוא זכות קניינית או חלק מהחובה האישית כלפי בעל החוב¹. להלן נדון בחלק משיטות הראשונים בעניין.

שעבוד – מכאן ולהבא הוא גובה

נפתח במחלוקת האמוראים לגבי המועד שבו עוברת הבעלות על הנכס המשועבד למלווה (פסחים ל:–לא):

איתמר, בעל חוב; אביי אמר: למפרע הוא גובה, ורבא אמר: מכאן ולהבא הוא גובה. כל היכא דאקדיש ליה זובין ליה – כולי עלמא לא פליגי דאתי מלוה וטריף, ואתי מלוה ופריק, דתנן: מוסיף עוד דינר, ופודה את הנכסים האלו. כי פליגי – דזבין מלוה, וקדיש מלוה. 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 זווי – הוה מסליק להו בזווי – אישתכח דהשתא קא קני.

אביי טען שכשהמלווה גובה את הנכס המשועבד, הבעלות עליו עוברת למלווה למפרע משעת ההלוואה. לעומתו, טען רבא שהבעלות עוברת מרגע גביית המשועבד והלאה בלבד. הגמרא שללה את האפשרות שהנפקא מינה בין השניים היא אם העברת המשועבד מהלווה לרשות אחרת או לאדם אחר מפקיעה את זכותו של המלווה, וסיכמה כי ההשלכה של המחלוקת היא בשאלה

¹ המהרי"ט אלגזי (על הלכות בכורות לרמב"ן, פרק שמיני אות סט ד"ה איך) טען שישנה מחלוקת ראשונים בעניין זה: אם שעבוד הוא מדין ערב (ואז הוא מותנה בחיוב אישי בר גבייה על חייב), או מדין קניין (ואז הוא אינו מותנה בכך), וכך סבר הרמב"ם. אולם לענ"ד דווקא הרמב"ם הוא שסבר שמדובר בחיוב אישי, והדבר יידון לקמן.

אם המלווה יכול למכור או להקדיש את הנכס קודם זמן הפירעון; כאשר לדעת אביי אם אכן הלווה לא פרע את חובו והמלווה מימש את השעבוד, התברר שהקרקע הוקדשה כבר, ולדעת רבא ההקדש לא חל, כיוון שהוא נעשה בזמן שלמלווה לא היו כל זכויות בנכס המשועבד. להלכה נפסק כרבא.

את דברי אביי ניתן להבין בשתי דרכים:

- א. אביי סבר שהלווה מקנה למלווה את נכסיו בשעת ההלוואה, אם לא יפרע את חובו בזמן.
- ב. אביי סבר שהלווה נותן למלווה בשעת ההלוואה זכות בנכסיו שתתממש במועד פירעון ההלוואה. על-פי הסבר זה, המלווה אמנם מחזיק בזכות מרגע ההלוואה, אבל תוכן הזכות הוא בעלות ממועד הפירעון.

בדרך השנייה הלך "נתיבות המשפט" (סי' קצט סעי' ב):

ולפי זה אפשר לומר לאביי, דסבירא ליה בע"ח למפרע הוא גובה (פסחים לא), ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה מוקדש ומכור, אלמא דס"ל דהוי כאילו קנוי ליה הקרקע להמלוה בשעת הלוואה כשנותן הכסף לידו, והוי כאומר לו "קנה מעכשיו ולכשאגבך". וכיון שנתרצה להגבותו מזה קנה למפרע משעת נתינת המעות, כיון דאדעתא דקנין נתן לו המעות בתחילה, והגוביינא הוא רק כקיום התנאי, דלא בעי קנין.

לדבריו, השעבוד הוא קניין "מעכשיו ולכשאגבך" – כלומר, הזכות ניתנת מיד, ולכן אין צורך במעשה קניין נוסף, אולם הזכות שניתנה היא רק מזמן הגבייה. במילים אחרות, יש כאן חלוקה של זמני הבעלות – הלווה בעלים עד מועד הגבייה, והמלווה בעלים ממועד הגבייה², אם הלווה לא יפרע את חובו בכסף.

על-פי שני הפירושים לדברי אביי, יש לבאר את דברי רבא. על-פי הדרך הראשונה בביאור דברי אביי, שלמלווה יש זכות מידית אך מותנית (באי פירעון) במשועבד, ניתן לומר שרבא סבר כמו הדרך השנייה בביאור דברי אביי, שהזכות איננה ממועד ההלוואה אלא ממועד הפירעון. לשיטה זו, רבא מודה שהזכות של המלווה היא קניינית, אלא שהיא מתחילה ממועד הפירעון.

על-פי הדרך השנייה בביאור דברי אביי, שהביא "נתיבות המשפט", עלינו לומר שרבא סבר ששעבוד כלל איננו זכות קניינית, אלא חובה אישית של הלווה. לפיכך, אם הלווה לא פרע את חובו במועד, הוא חייב באופן אישי לתת את נכסיו למלווה, ואם לא יעשה כך המלווה ייקח אותם בעצמו. פירוש זה מעורר את השאלה הבסיסית – מדוע מודה רבא, אם הלווה מכר את הנכס, שהמלווה מוציא אותו מהקונים? על כך ניתן להשיב שכל מי שמחזיק בנכס מתחייב בחובה אישית, או שהלווה נשאר חייב לתת את הנכס, וכיוון שכך המכירה בטלה.

מכירת שטר חוב

הן רבנו תם והן הרמב"ם סברו שלא ניתן למכור את שעבוד הגוף. הרא"ש (כתובות פרק ט ס"י) כתב בדעת ר"ת:

ושעבוד נכסיו של הלווה יכול המלווה למכור, אבל שיעבוד גופו של הלווה אין קניין נתפס עליו...

הרמב"ם (שלוחין ושותפין פרק ג הל' ז) הסביר שלא ניתן למכור את שעבוד הגוף כך:

היתה לו מלוה ביד אחר – אינו יכול לכתוב הרשאה עליה, ואפילו היה החוב בשטר, מפני שהמלווה 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...

כלומר, אין כאן זכות קניינית שבאה לעולם, שאותה ניתן להעביר. ייתכן שכוונת הרמב"ם היא שאמנם מוטלת חובה אישית על הלווה לפרוע את חובו, אבל חובה אישית אינה זכות הנמצאת באופן מידי בידי המלווה.

בניגוד לשעבוד הגוף, לגבי היכולת להעביר שעבוד נכסים נחלקו ראשונים. רבנו תם וההולכים אחריו סברו שניתן למכור את שעבוד הנכסים, וכך נדון הדבר בתוספות (בבא בתרא עו: -עו. ד"ה קני):

ואם תאמר: אמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה בו, דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה, ואפילו בלא מסירת שטר חוב יקנה? ויש לומר דכמו שאינו יכול להקדישו, כדמוכח בפרק כל שעה (פסחים לא),

² חלוקה כזו מניחה שהזמן הוא ממד, כמו אורך ורוחב, וכשם שניתן לחלק את הבעלות במרחב הפיזי, כך ניתן לחלק את הבעלות בזמן העתידי, עוד בטרם הגיע.

כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה... ומיהו אומר ר"ת... ולעולם מכירת שטר איכא למימר דהוי מדאורייתא.

שאלת התוספות מניחה ששעבוד הוא זכות קניינית, ולכן מתבקשת השאלה מדוע לא יוכל המלווה למכור לאחר את הנכסים המשועבדים לו. על כך משיבים התוספות שהקרקע אינה ברשותו³, ולראיה הם מביאים את הסוגיה בפסחים, הקובעת שבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה – דהיינו, כל זמן שלא הגיע מועד הפירעון אין למלווה שום זכות. רבנו תם תירץ שאכן ניתן מן התורה למכור את השעבוד⁴, ומדבריו נראה שהוא חוזר להנחת היסוד, ששעבוד הוא זכות קניינית לכל דבר⁵.

את הדעה החולקת על רבנו תם, שהשעבוד אינו ברשותו, ניתן לפרש בשני אופנים:

א. ברשותו – פירושו בבעלותו של הלווה; כלומר, השעבוד אינו בבעלותו של המלווה, ולכן למלווה אין שום זכויות בנכס שאותן יוכל להעביר.

ב. ברשותו – פירושו בשליטתו של הלווה; היינו, למלווה יש זכות קניינית במלווה, שאותה ניתן לממש בזמן הפירעון, אולם עד אז הנכס אינו בשליטתו של המלווה אלא של הלווה, ולכן לא ניתן להעביר את הזכות. בדומה לכך, חוסר היכולת להקדיש נכס שנגנב, כיוון שאינו ברשות בעליו⁶.

הרי"ף⁷ (כתובות מד:), הרמב"ן (בבא בתרא עז. ד"ה ואין) והרמב"ם סברו שתוקפה של מכירת שטרות הוא מדרבנן בלבד, כפי שכתב הרמב"ם (מכירה פרק ו' ה"ב):

קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול, ואפילו יורשו מוחלו.

משיטתם נראה שהם הבינו ששעבוד אינו זכות קניינית אלא חובה אישית, וככל חובה אישית הוא איננו ניתן להעברה מן התורה. הרשב"א (בבא בתרא קמז: ד"ה ולא) גם הוא סבר שלא ניתן להעביר את שעבוד הנכסים, והקשה על ר"ת:

ולא ירדתי לסוף דברים אלו, שאלו תאמר שאינו מוכר לו אלא שעבוד הנכסים שיש לו על חבירו – השיעבוד אין לו גוף שיהא קנוי ומכור, ואילו נכסי הלווה – אינן של מלווה שיוכל למכור, דאקדיש מלווה וזבין מלווה לא עשה ולא כלום, דקיי"ל כרבא, דאמר (פסחים לא.) מכאן ולהבא הוא גובה. ואם חל על השעבוד ועל הגוף מכירה ומדאורייתא מה שהוא קנוי לו – היאך אפשר לאחר למחול, שאין אדם מוחל נכסי חבירו...

כלומר, על-פי שיטת רבא, שהבעלות על הנכסים עוברת רק בזמן הפירעון, למלווה אין שום זכות בנכסים קודם לכן, וממילא הוא אינו יכול להעביר אותה לאחר. מכאן לא ברור אם הרשב"א סבר שלמלווה אין שום זכות קניינית, או שקיימת זכות אלא שלא ניתן למכרה טרם זמן הפירעון.

³ מעניין לציין לדברי רש"י (פסחים ל: ד"ה כולי) בעניין: "כולי עלמא לא פליגי – אפילו לרבא, דאמר עד עכשיו היו ברשות לזה – מודה הוא דאין מכירתו (=של הלווה) לאחרים מכירה, ואין הקדישו הקדש, שהרי ממושכנין הן למלווה, ואף על גב שהן שלו אינן ברשותו; ורחמנא אמר (ויקרא כז): 'ואיש כי יקדיש את ביתו קדש' – מה ביתו ברשותו, אף כל ברשותו".

האחרונים (כגון "קצות החושן" סי' קיז ס"ק ב; "נתיבות המשפט" סי' לז סע' יג; ובאריכות ה"נחל יצחק" סי' לט סע' א) הבינו שלדעת רש"י המשועבד שייך ללווה, אבל נמצא ברשות המלווה. אולם הסבר זה קשה ביותר, כיוון שמקור הביטוי המבחין בין "שלו" ל"ברשותו", נאמר לגבי רכוש גזול (בבא מציעא ז.), ושם הכוונה היא שהרכוש שייך לנגזל, אך נמצא ברשות (בשליטת) הגולן. בהתאמה, כאן הרכוש נמצא בשליטת הלווה, משמע שהוא שייך למלווה! ולכן אולי צריך לפרש בדוחק כך: "ואף על גב שהן שלו (=של המלווה) – אינן ברשותו". וצ"ע.

⁴ וכן כתבו בשמו הרא"ש (כתובות פרק ט' סי' י); והר"ן (כתובות מד: מדפי אלפס).

⁵ ראה עוד ב"ד רמה" (בבא בתרא קעה. אות קמד): "אמר עולא: דבר תורה, אחד מלווה על פה ואחד מלווה בשטר גובה מנכסים משועבדים, מאי טעמא שעבודא דאורייתא? כלומר, שעבודא דמשעבדי ליה נכסי הלווה לבעל חוב למגבא מיניהו וזויה, כמאן דקננהו משעת הלוואה להכי מדאורייתא הוא, דכתיב (דברים כד, יא) 'ויצא אליך את העבט החוצה', אלמא דאורייתא משעבדי ליה מטלטליו של לזה למלווה".

⁶ קידושין (נב). ועוד. אמנם ישנה מחלוקת אם לגזול יש קניין בחפץ הגזול, אבל לכולי עלמא יש גם לבעלים קניין (ראה בעניין זה במאמרו של הרב עדו רכניץ "קנייני גזול וגנב", חמדת הארץ א, עמ' 85).

⁷ הערת עורך: "הש"ך (סי' סו ס"ק א) חולק בהבנת הרי"ף, וסובר שגם לפיו מכירת שטרות היא מדאורייתא.

ניתן לסכם פרק זה בכך שר"ת סבר ששעבוד הוא זכות קניינית הנמצאת מזמן ההלוואה בידי המלווה, הרמב"ם חלק על כך וכתב ששעבוד הוא בגדר דבר שלא בא לעולם, והתוספות סברו שהנכסים המשועבדים אינם ברשותו של המלווה, כאשר ניתן לפרש את דעתם בשתי דרכים.

לווה שהקדיש נכס משועבד

בגמרא (יבמות מו.) מובא: "דאמר רבא, כי הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד"⁸. אלא שישנם שני סוגי הקדש: האחד הוא הקדש דמים, היינו הקדש שניתן לפדות אותו, והשני הוא הקדש הגוף, שאינו ניתן לפדיון⁹.

ברוח שיטתם, שעד מועד הפירעון הנכס ברשות הלווה, פסקו התוספות (גיטין מ: ד"ה הקדש) כדעת רש"י (פסחים לא. ד"ה ואתי), שרק הקדש הגוף מפקיע מידי שעבוד, אבל לא הקדש דמים:

פירש בקונטרס, דוקא קדושת הגוף מפקיע מידי שעבוד, אבל קדושת דמים לא... ואומר ר"י, דרבא לטעמיה דאמר בפרק כל שעה (פסחים לא.) דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וחשיב ברשותו (=של הלווה), ודוקא קדושת הגוף שאין לו פדיון מפקיע מידי שעבוד... דכיון שחל שעה אחת תו לא פקע, דלא עדיף שעבוד מנתינת דמים... אבל קדושת דמים לא אלים כח הקדש מכת מקדיש, כיון דיש לה פדיון וראויה לפקוע...

כלומר, ר"י קשר בין שאלה זו למחלוקת האמוראים שבה פתחנו, וציין שכיוון ש"מכאן ולהבא הוא גובה", הרי שעד מועד הפירעון הנכס המשועבד נמצא ברשותו של הלווה והוא יכול לעשות בו כטוב בעיניו. אם הוא בחר בהקדש דמים, הרי שההקדש קיבל את הזכויות של הלווה, שמשתיימות במועד הפירעון, ואז הוא פוקע. לעומת זאת, אם מדובר בהקדש הגוף, הרי ברגע שהוא תפס את המשועבד לזמן כלשהו, לא ניתן להפקיע אותו.

לכאורה, ר"י סותר את עצמו. רבי נתן (פסחים לא. ועוד) חידש שאם אדם ג' חייב לב', וב' חייב לא', הרי שג' צריך לשלם לא'. על כך אמר ר"י (תוספות פסחים לא. ד"ה משתעבדנא):

ונראה לר"י דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שיעבוד היא, דכשהקרקע זו משועבדת לראובן חשבינן ליה כאילו היא בידו, דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה, ולכך משועבדת נמי לבע"ח. אבל מטלטלים אין להחשיבם כאילו הם ביד ראובן, כיון שאילו מכרם או משכנם אין גובה מהן.

כלומר, לדברי ר"י, דינא דרבי נתן מבוסס על כך שהקרקע המשועבדת של ג' "כאילו היא בידו" של ב', וממילא "כאילו היא בידו" של א'. לכן הדין חל רק על קרקעות, ששעבוד חל עליהן, ולא על מטלטלים. לכאורה, דברים אלה תואמים את השיטה הרואה בשעבוד זכות קניינית, ולכן כשם שנכסיו של ג' כבר שייכים לב' כך הם שייכים גם לא'; אולם ר"י עצמו כתב שהמשועבד נמצא ברשותו של הלווה, ולכן המלווה אינו יכול להקדישו!

לפיכך נראה לומר בשיטת ר"י שאף שהבעלות על המשועבד עוברת למלווה רק בעת הפירעון, הרי שזכות זו טמונה כבר בנכס משעת ההלוואה. כתוצאה מכך, פוקע הקדש דמים שהקדיש הלווה, ועל סמך זכות זו יכול המלווה לגבות את המשועבד מהלווה של הלווה (דינא דרבי נתן). מנגנון משפטי שיוכל לתמוך בתוצאות כאלה הוא המנגנון שהזכיר "נתיבות המשפט" לגבי שיטת אביי – קניין מעכשיו ולכשיגיע עת הפירעון, והדבר יורחב עוד בפרק הבא¹⁰.

את ההבחנה בין קדושת הגוף לקדושת דמים קיבלו גם הרמב"ן (כתובות נט: ד"ה והא) והרשב"א (שו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' רסט ועוד). נסכם ונאמר ששיטת ר"י, כפי שהיא עולה משני הפרקים האחרונים, היא ששעבוד הוא קניין מעכשיו ולכשיגיע עת הפירעון, וממילא עד מועד הפירעון הנכס שייך ללווה, ולכן המלווה אינו יכול למכור אותו (ולכן מכירת שטרות היא דרבנן); אולם מרגע הפירעון הבעלות עליו עוברת מעצמה למלווה, ובכך פוקע מעצמו ההקדש שהמלווה החיל על הנכסים.

רבנו תם ("ספר הישר", חידושים סי' קיג) חלק על רש"י, והבחין בין קרקע ובין מטלטלין:

⁸ וכן ביבמות סו: ; כתובות נט: ; נדרים פו: ; גיטין מ: ; בבא קמא צ..

⁹ ראה לדוגמה ברש"י (מנחות ק: ד"ה המנחות).

¹⁰ **הערת העורך:** משמעותו של דין "שעבודא דר' נתן", ומה עבר מבעל החוב הראשון לשני, נמצאים במחלוקת ראשונים ואחרונים. הרוצה להרחיב בנושא יעיין ב"אור זרוע" (בבא קמא סי' קפט-קצ), בש"ך (סי' פו ס"ק ה) וב"קצות החושן" (שם ס"ק א-ב).

ומה שפירש בקונטרס בקדשי מזבח מיירי, (ו)ליתה, ואיתא עלה כמה פירכי... אלא בכולהו מילי איתה לרבא לבד מקרקעי, וטעמא משום איש כי יקדיש את ביתו קדש, אמר רחמנא מה ביתו ברשותו – אף כל ברשותו וכל מטלטלין ברשות המקדיש איתנהו... אבל במקרקעי אין הקדש מפקיע אפילו בלא אפותיקי, אלא אפילו בשיעבוד גרידא אין הקדש מפקיע, כדאמרין בערכין מוסיף עוד דינר ופודה את הנכסים הללו. וטעמא משום שלא יאמרו (אין) הקדש יוצא בלא פדיון, משום דמקרקעי כמאן דגביא למלוה דמיא.

כלומר, קרקע משועבדת נחשבת כבר של המלווה, ולכן הלווה אינו יכול להבריח אותה מידי של המלווה בשום דרך. לעומת זאת, מיטלטלין אינם משועבדים למלווה, ולכן אם הלווה הקדיש או מכר אותם לאחר, המלווה הפסיד את זכותו לגבות מהם. מדבריו עולה, שבקרקעות יש למלווה זכות קניינית באופן מידי, ובמיטלטלין יש רק חובה אישית על הלווה לפרוע את חובו, ולכן אם הלווה מכר את נכסיו – המלווה הפסיד, כיוון שעל הקונה אין שום חובה. בכך הולך רבנו תם לשיטתו המובהקת, ששעבוד הוא זכות קניינית הנמצאת מרגע ההלוואה ברשות המלווה, ולכן הלווה אינו יכול להקדיש נכסים אלה, והמלווה יכול למכרם.

על-פי שתי השיטות שישנו הקדש שאינו פוגע בשעבוד, יש לפרש הלכה נוספת. נאמר במשנה (ערכין כג):

המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב... מוסיף (=המלווה) עוד דינר, ופודה את הנכסים האלו על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו.

כלומר, אם הלווה הקדיש את נכסיו, המלווה יכול לפדות את הנכסים בדינר בלבד. בגמרא (שם) ביאר רבי אבהו את הפדיון המוזל:

דא"ר אבהו: שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון.

על כך כתב רש"י (שם, ד"ה אלא):

דודאי לא חייל עליהו הקדש, שהרי אינו שלו, והאי דבר מועט משום גזירה הוא...

כלומר, כיוון שהנכס משועבד, הוא אינו שייך ללווה אלא למלווה, ולכן השעבוד כלל אינו חל; אלא שרבנן גזרו שיש לבצע פדיון, כדי שלא ילמדו מכאן שניתן להוציא הקדש לחולין ללא פדיון. ברוח זו פירשו גם התוספות (נדרים פו: ד"ה הקדש).

בניגוד לשתי השיטות האמורות, סבר הרמב"ם (ערכין וחרמין פרק ז הל' יד-טו) שכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, ואלו דבריו:

המקדיש כל נכסיו והיתה עליו כתובת אשה או שטרי בעלי חובות – אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש, ולא בעל חוב את חובו, שההקדש מפקיע השעבוד שקדם. אבל כשימכור ההקדש הקרקע שלו, ותצא השדה לחולין, יש לבעל חוב ולאשה לגבות מן הפודה, שהרי שעבודה עומד על קרקע זו.

הא למה זה דומה? לשני לקוחות, שכתבה לראשון "דין ודברים אין לי עמך" ומכר לשני, שהיא טורפת מן השני.

מחד גיסא קבע הרמב"ם שכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, ומאידך גיסא הוא כתב שההפקעה היא זמנית, עד שהנכס יימכר על-ידי ההקדש. הנימוק של הרמב"ם, שעל-פיו דומה הדבר לאישה שכתבה לקונה נכס משועבד "דין ודברים אין לי עמך" (כתובות צה:), רומז לכך שהמוקד כאן אינו קנייני אלא אישי. רוצה לומר, הקדש מפקיע מידי שעבוד כיוון שעל ההקדש אין חובה אישית לתת את המשועבד למלווה; אולם ברגע שהמשועבד יגיע לאדם שעליו חלה חובה זו – ישוב השעבוד ויתעורר. דברי הרמב"ם, הרומזים לכך ששעבוד הוא זכות אישית, מצטרפים לקביעתו שחוב הוא "דבר שלא בא לעולם". העולה בשניהם הוא שזכות קניינית אין, וחובה אישית יש.

מלווה שמכר משועבד

בעל "התרומות" (שער מג ב אות ד) דן במקרה שבו המלווה מכר את הנכס המשועבד בטרם גבה אותו, ואלו דבריו:

והיכא שמכר המלווה בין זמן ההלוואה לזמן פרעון הקבוע ביניהם – אין מכירתו כלום, דהא קי"ל כל היכא דפליגי אביי ורבא הלכתא כרבא, בר מיע"ל קג"ם... אבל אם הגיע ועבר זמן פרעונו ולא פרעו – דברי הכל דשפיר זבין, דכדיליה דמי, ועד כדי סך החוב אין הלווה יכול להוציא מידו דקונה...

לדברי בעל "התרומות", לדעת רבא ברגע שהגיע מועד הפירעון הבעלות עוברת למלווה, ללא צורך במעשה קניין נוסף. דברים אלה תואמים את שיטת התוספות, כפי שבוארה בפרק הקודם (ואת הדרך הראשונה בכיבור דברי רבא, שהובאה לעיל). באופן דומה פירש את הדברים גם "נתיבות המשפט" (סי' קצט סעי' ב)¹¹:

ואף דאנן קיימא לן כרבא, דסבירא ליה מכאן ולהבא הוא גובה... דיש אומרים שאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע שיכול המלווה למוכרו, ועיין ב"בעל התרומות" (שער מג ב אות ד), שכתב דהנך רבוותא סבירא להו דאפילו רבא מודה דאחר זמן פרעון למפרע הוא גובה...

כלומר, לדעת רבא, לאחר מועד הפירעון התברר למפרע שהמשועבד שייך למלווה. משמע מדבריו, שלאחר מועד הפרעון מתברר שהבעלות עברה כבר בעת ההלוואה, והדבר קצת קשה, כיוון שאם כך, רבא היה צריך להסכים שאם המלווה מכר קודם זמן הפירעון, הרי שהמכירה חלה למפרע לאחר שהגיע זמן הפירעון. לכן נראה שהדעה שהובאה בספר "התרומות" סברה שמדובר בקניין מעכשיו ולכשיגיע זמן הפירעון, ולכן הזכויות קיימות רק מרגע הפירעון ולא קודם לכן.

בניגוד לדעה זו, מובא ב"תרומות" (סו) שרבי יהודה ברצלוני והרמב"ן¹² סברו שהמלווה אינו יכול למכור את הנכס בלא להסתייע במערכת הגבייה של בית הדין. דעה זו ניתנת לפרש בשתי דרכים:

א. למלווה אין שום זכות בנכסים, אלא ישנה חובה אישית על הלווה לפרוע את חובו, ותפקיד בית הדין הוא לאכוף על הלווה למלא את חובתו – כפי שסבר הרמב"ם.

ב. אמנם שעבוד הוא זכות קניינית בנכסים, אולם הדרך לממש את הזכות עוברת בבית הדין. דרך זו מועדפת לאור דברי הרמב"ן בפרק הקודם, שמהם עולה שאכן יש למלווה זכות קניינית במשועבד.

מזיק שעבודו של חברו

סוגיה נוספת שבה באות לידי ביטוי השיטות השונות ביחס לשעבוד היא סוגיית המזיק לשעבוד. כאן מדובר בלווה או באדם אחר שהזיק לנכס המשועבד, וגרם לכך שכאשר נדרש המלווה לגבות את חובו מהמשועבד, הוא הפסיד חלק מהחוב עקב הירידה בשווי המשועבד. במשנה מובאת מחלוקת תנאים, ובעקבות כך דנה הגמרא (גיטין מ-מא):

עבד שעשאו רבו אפותיקי ואחרים ושיחררו – שורת הדין אין העבד חייב כלום, אלא מפני תיקון העולם כופין את רבו ועושה אותו בן חורין, וכותב שטר על דמיו; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו כותב אלא משחרר.

[גמרא:] עבד שעשאו רבו אפותיקי ושיחררו. מי שחררו? אמר רב: רבו ראשון; שורת הדין אין העבד חייב כלום לרבו שני, כדרבא, דאמר רבא: הקדש, חמץ ושחרור – מפקיעין מידי שיעבוד... רשב"ג אומר: אין העבד כותב אלא משחרר כותב. במאי קא מיפלגי? במזיק שיעבודו של חבירו קא מיפלגי, דמר סבר חייב, ומר סבר פטור.

כלומר, רשב"ג סבר שלווה ששחרר עבד והפקיע את השעבוד חייב לפצות את המלווה, כיוון שהזיק לשעבודו, ותנא קמא סבר שהלווה פטור. הרי"ף (גיטין כא-כב: מדפי אלפס) כתב שהלכה כרשב"ג במזיק לאפותיקי, בגלל "דדינא דגרמי הוא", כלומר, שזהו חיוב על גרימת נזק עקיף¹³. כך כתב גם הרמב"ם (מלווה ולוה פרק יח הל' ו; ובפירוש המשניות גיטין פ"ד מ"ד).

את אי ההתייחסות למקרה של פגיעה בשעבוד רגיל ניתן להסביר בכך שרק באפותיקי יש למלווה זכות קניינית, אבל במקרה של פגיעה בשעבוד רגיל, כיוון שרכוש המלווה לא נפגע – הוא אינו זכאי לפיצוי. לחילופין, ניתן לומר שאין למלווה זכות קניינית באפותיקי, אלא רק הגבלה של השעבוד לנכס מסוים. על-פי הבנה זו, במקרה זה הלווה חייב בגלל שגרם בעקיפין לכך שהמלווה לא יוכל לגבות את חובו. להסבר זה מובן מדוע ראשונים אלה תלו את החיוב בגרמי – כיוון שאין מדובר בנזק ישיר לרכושו של המלווה, אלא בנזק עקיף.

¹¹ וכן כתב "אורים" (סי' קג ס"ק יז).

¹² מובא גם בחידושי הרמב"ן (יבמות מו. ד"ה ור"ת) ובשו"ת הרשב"א (א סי' קיא); וברוח זו כתב הרא"ש (בשו"ת) שלווה אוכל את פירות המשועבד עד זמן הגבייה על-ידי בית הדין. ובספר "התרומות" כתב שרבנו חננאל (מובא גם ב"שיטה מקובצת" בבא קמא קיב: ד"ה לפירוש) סבר שהמלווה יכול למכור רק במקרה שהקרקע המשועבדת נמצאת כבר בידו.

¹³ בגמרא (בבא קמא ק.) מובא שרבי מאיר "דאין דינא דגרמי", ולכן הוא מחייב אדם שלא בנה גדר שנפלה בין שדהו לכרמו של שכנו, ובמחלל גרם לאסור את הכרם מדין כלאיים. הראשונים נחלקו בשאלה באיזה מקרה חייב אדם על נזק עקיף ובאיזה מקרה פטור. חלק מהדעות הובאו על-ידי השו"ע והרמ"א (סי' שפו).

בניגוד לכך, התוספות (גיטין מא. ד"ה במזיק) והרשב"א (שם ד"ה במאי) כתבו שמזיק שעבודו של חברו חייב גם לשיטה הפוסטת בגרמי, ואלו דברי הרשב"א:

דלא אמרו מזיק שעבודו חייב אלא בשמזיק לגמרי, שאין לו שעבוד אחר... דאפילו מאן דלא דאין דינא דגרמי במזיק שעבודו של חברו מחייב...

דברים אלה תואמים את השיטה הרואה בשעבוד זכות קניינית של המלווה (גם אם רק משעת הפירעון), ולכן פגיעה בו מחייבת את המזיק. ברוח זו ניתן לדייק מהרא"ש (שו"ת כלל עט סי' י) ¹⁴ שדין זה חל גם נזק לשעבוד רגיל, ולא רק לאפותיקי:

ויתומים שמכרו בנכסי אביהם, ויצאו על אביהם בעלי חובות ואינן יכולין לגבות הנכסים מיד הלקוחות – אין בעלי חובין יכולים להוציא המעות מיד היתומים, כי נכסיהם מכרו; וקיימא לן כרבא, דאמר (פסחים לא): בעל חוב מכאן ולהבא גובה, ואין לבעל חוב אלא משעת טריפה, ושלחם מכרו. ואפילו דין מזיק שעבודו של חברו אין כאן, כי לא קלקלו את גוף הקרקע כלום, אלא ילכו בעלי חובות ויגבו הנכסים, אם יוכלו.

הרא"ש כתב שהמכירה תקפה, כיוון שקודם לפירעון הנכס המשועבד שייך ללווה ולירשיו. כמו כן, היורשים אינם בגדר מזיק, כיוון שהנזק שגרמו למלווה בכך שהעבירו את הנכס המשועבד לידי הגוי (ובכך מנעו את גביית החוב) הוא עקיף ¹⁵. משמע מדבריו, שאילו היו היורשים מזיקים למשועבד בידיים, כגון בהריסת מבנים – הם היו חייבים.

הרמב"ן (שו"ת סי' לט) חייב גם במכירת משועבד לגוי:

אבל אני נתחדש לי בזה דין בשמכרן למי שאינו יכול להוציא ממנו שהוא חייב, מפני שבעל חוב טוען עליו "מסרת המטלטלין המשועבדין לי בידא, דלא מצינו משתעינא דינא בהדיה", והוה ליה מזיק שעבודו של חברו... וקיימא לן מזיק שעבודו של חברו חייב.

אלא ששיטתו היא שחייב רק בגלל דינא דגרמי (רמב"ן יבמות מה: ד"ה וקדם). כך סבר גם "קצות החושן" (סי' כה ס"ק ח) ¹⁶:

שעבודו הוא דאזיק ושעבוד לא הוי ממון גמור שלו, ומשום הכי אינו אלא גורם, וכן מזיק שעבודו של חברו, כגון חופר בורות בשעבוד קרקע של חברו נמי אינו מזיק ממש, כיון דלית ליה למלוה רק שעבוד...

בשו"ע נפסק כדעת הרמב"ן ¹⁷ (שו"ע חו"מ סי' קד סעי' א):

ואם מכרם לעובדי כוכבים, שאינו יכול להוציאם מידו, חייב לשלם לו, אפילו אין המעות בידו, מדינא דגרמי.

ה"תומים" (סי' קז סעי' ח) כתב שעל-פי השיטה שלאחר מועד פירעון יכול מלווה למכור את המשועבד, המזיק לאחר מועד הפירעון – חייב:

והנה בתשובת "פני משה" (סי' עו) עלה ברוח חכם אחד לחלק אם כבר הגיע זמן פרעון של בעל חוב ההוא ומכרן (=הלווה) חייב, מה שאין כן בלא הגיע זמן פרעון, והרב בעל "פני משה" דחה סברא זו בדחיה גמורה.

ונראה לפי הדעת לעיל (סי' קג סעי' ו) דלאחר זמן הפרעון יכול למכור בלי רשות לוח והב"ד, ונתן בבעה"ת טעם דכי אמר רבא מכאן ולהבא הוא גובה דאם מכר לאו כלום, היינו קודם זמן פרעון, אבל לאחר זמן פרעון יכול למכור. אם כן הרא"ש דהשיג אמאן דס"ל דהוי מזיק, ונתן טעם דהא שלהם מכרו, דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה.

¹⁴ וכן הרא"ש (בבא בתרא פרק ט סי' ב).

¹⁵ "נתיבות המשפט" (ביאורים סי' קז סעי' ז) דן בשאלה מדוע המוכר אינו חייב אם נהנה מהמכירה (משתרשי), וזו תשובתו: "אלמא דבשדה המשועבדת לבעל חוב יש שני קנינים, לבעל השדה קנין הגוף, ולבעל חוב יש לו שעבוד בהשדה, ותלינן הדמים שנטל הן בעד קנין גופו של שדה... מהאי טעמא פטורין נמי לגבי בעל חוב כשמכרו לגוי אלם, דלא נגעו בשעבוד השדה כלל, רק שנטלו דמי הזבינא בעד חלקם, דהיינו גוף הקרקע, דעביד אינש דזבין ארעא ליומא, ולא שייך משתרשי ליה כיון שלא נטל הדמים בעד שיעבודיה של חברו כלל, רק בעד הגוף שהוא שלו. ומטעם מזיק ג"כ פטורין..."

היינו, ללווה ישנו קניין גוף בשדה, ולכן הוא מכר את חלקו וממנו הוא נהנה, ובאופן עקיף הוא מנע מהמלווה לממש את השעבוד. כאן "נתיבות המשפט" לא הסביר את מהות השעבוד ביחס לקניין הגוף של הלווה.

¹⁶ במקום אחר הסביר "קצות החושן" (סי' כה ס"ק ב) ש"הוי גורם, כיון דגוף הנכסים אינו שלו".

¹⁷ שו"ע (סי' קז סעי' ד) הביא את שתי הדעות, כאשר הדעה השנייה היא שפטור, ועיין בנושאי הכלים (שם) שדנו בעניין.

א"כ לפ"ז להך דיעה אם עבר זמן פרעון תו לא שייך מכאן ולהבא גובה, דהרי הוא של בע"ח ויכול למכרו בלי רשות, א"כ פשיטא דהוי ניזק, וליתא לטעמו של הרא"ש.

כלומר, על-פי השיטה שמאפשרת למלווה למכור את המשועבד בהגיע עת הפירעון, הבעלות על המשועבד עברה למלווה ללא צורך במעשה, ולכן מי שהזיק לנכס לאחר זמן הפירעון חייב למלווה, כיוון שהזיק לנכס השייך לו.

לסיכום פרק זה, ניתן לומר שלגבי מזיק שעבודו של חברו ישנם שני כיוונים עיקריים:

א. חיוב במסגרת "דינא דגרמי", כאשר ההנחה היא ששעבוד אינו זכות קניינית, והמזיק חייב כיוון שגרם בעקיפין לכך שהמלווה לא יוכל לגבות את חובו. כך כתבו הרי"ף, הרמב"ם והרמב"ן.

ב. החיוב אינו נובע מ"דינא דגרמי", אלא ככל הנראה מכך שלמלווה יש זכות קניינית במשועבד, ולכן המזיק למשועבד מזיק גם למלווה באופן ישיר. בשיטת זו אחזו הרשב"א והתוספות, וכך גם הרא"ש, שהדגיש שהמזיק חייב רק כשהזיק באופן פיזי למשועבד, ולא כאשר מכר אותו לגוי. ברוח זו כתב ה"תומים", שעל-פי המובא ב"תרומות", לאחר מועד הפירעון המזיק למשועבד חייב, כיוון שממועד הפירעון המשועבד שייך באופן מלא למלווה.

תופס לבעל חוב שאינו חב לאחרים

בגמרא (גיטין יא:) מובא:

אמר רבי יוחנן: התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה.

היינו, אדם אינו יכול לתפוס את רכושו של הלווה עבור חובו למלווה מסוים, בזמן שישנם מלווים נוספים שנפגעים מהתפיסה. ופירש רש"י (בבא מציעא י. ד"ה לא):

דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס.

רוצה לומר, אדם אינו יכול לתפוס את רכושו של הלווה עבור המלווה בלא שהתמנה לשליח. מדבריו עולה שניתן למנות שליח לתפיסה, וזאת בהתאם לגישתו, הרואה בשעבוד זכות קניינית¹⁸ ¹⁹. התוספות חלקו על רש"י, וסברו שלא ניתן למנות שליח לתפיסה. כך כתב הרא"ש (בבא מציעא פרק א סי' כז), והוסיף:

אפילו עשאו בעל חוב שליח וכתב לו הרשאה...²⁰ ולא נהירא לי דאמר רבי יוחנן (כתובות פד:) דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים – לא קנה, מכלל דהיכא שאין חב לאחרים מדינא קנה ולא מחמת תקנה.

מצד אחד כתב הרא"ש שלא ניתן למנות שליח לתפיסה מנכסי לווה כשהוא חייב לאחרים, ומצד שני הוא כתב שכשלא חב לאחרים ניתן לתפוס גם ללא שליחות. ככל הנראה סבר הרא"ש שאם הלווה חייב גם לאחרים, הרי שהזכות בנכסים שייכת גם לאחרים, ולכן לא ניתן למנות שליח לכך. אולם במקרה שהלווה אינו חייב לאחרים, יש למלווה זכות קניינית לכל דבר, ולכן ניתן לתפוס עבורו. כך בדיוק כתב "נתיבות המשפט" (סי' קה סע' א), שהוסיף שהתפיסה אינה משנה את מעמדו של המשועבד:

ועל כרחך צ"ל, כיון דהלווה לא מיקרי בעל הממון כלל, כיון שהוא משועבד למלווה ולית ליה לאשתלומי ממקום אחר, וגם בתפיסה של התופס לא יוצא מרשות הלווה לגמרי, דהא הרשות ביד הלווה עדיין לסלק בזווי אחריני, רק שתופס לאלם השעבוד.

ובמקום אחר דחה הרא"ש (גיטין פרק א סי' יט) את דברי רבנו פרץ, שטען שניתן לתפוס רק לאחר מועד הפירעון:

אבל תירוץ ה"ר פרץ ז"ל [אינו נכון] דאף אם הוא תוך הזמן אם אין לו (=ללווה) נכסים אחרים ויפסיד המלווה אי לאו האי תפיסה – מהניא תפיסה.

¹⁸ ראה לעיל בפרק "לווה שהקדיש נכס משועבד".

¹⁹ הערת עורך: עיין בש"ך (סי' קה סע' א), שמסביר אחרת את שיטת רש"י.

²⁰ וכן בתוספות (כתובות פד: ד"ה א; בבא מציעא י. ד"ה תופס).

רבנו פרץ סבר ככל הנראה שהזכות הקניינית של המלווה מתממשת מאליה במועד הפירעון, בדומה לשיטה הסוברת שהמלווה יכול למכור את המשועבד לאחר מועד הפירעון. כאמור, הרא"ש (בבא קמא פרק א סי' ה) חלק על רבנו פרץ במקרה שיש חשש שהמלווה לא יוכל לגבות את חובו, אולם יש לעיין בנימוקו לכך:

דין גמור הוא שחייב אדם להציל עשוק מיד עושקו, בכל טצדקי דמצי למיעבד.

כלומר, לעיל הובא שהרא"ש הסיק מדברי רבי יוחנן שניתן לתפוס כשלא חב לאחריים, ללא אזכור של הגבלה למקרה של חשש לאבדן החוב. בניגוד לכך, תפיסה קודם מועד הפירעון הוגבלה למקרה כזה בלבד, ונומקה בכך שיש חובה להגן על חובו של המלווה. נראה מכאן, שלאחר מועד ההלוואה היכולת לתפוס עבור המלווה מבוססת על זכותו במשועבד, אולם, קודם מועד הפירעון היכולת לתפוס אינה יכולה להתבסס על זכות שטרם התממשה, ולכן היא תוצאה של חובה כללית להגן על העשוק.

הרי"ף (גיטין ה. מדפי אלפס) והרמב"ם (מלווה ולוה פרק כ הל' ב) פסקו גם הם שניתן לתפוס עבור בעל חוב כשאינו חב לאחריים, אולם בתשובה כתב הרי"ף (שו"ת סי' רעה):

שאלה: ראובן היה לו אצל שמעון מאה דינרים, ולוי אצל ראובן מאה דינרים. יש מן הדין שיאמר לו ראובן לשמעון: "לאו בעל דברים דידי את?" ואם אפשר שיאמר לו ראובן "לאו בעל דברים דידי את", באיזה מקום אמרו "התופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים קנה"?

תשובה: ...וכן נמי אם יהיה ראובן עני וירוד מנכסיו ושמעון בעל ממון נראה מן הדבר לבעל דין שאם נטל ראובן המאה ואבד אותם ולא ישתייירו ברשותו ולא יוכל לוי להוציא ממנו כלום, היא תפיסת שמעון מלוי תפיסה, ולא יתן לראובן כלום זכה לו. ואם אמר ראובן "לאו בעל דברים דידי את" אין שומעין לו.

אבל אם היה ראובן בעל ממון ויכול הוא לפרוע ללוי מה שיש לו אצלו, אע"פ שכשיוציא אלו הדינרים משמעון יוציא אותם בצרכי עצמו, אין לשמעון מן הדין שיתפוס אותם, לפי שאינו זוכה לו כי האי גוונא. אבל אם רצה להניח אלו המאה דינרים אצל שמעון ללוי במה שיש לו אצלו, ואח"כ רצה לחזור בו, אין שמעון רשאי להחזירם לו – שכבר זכה בהן ללוי.

במקרה הנדון שמעון חייב לראובן, וראובן חייב ללוי. שמעון מסרב לפרוע לראובן את חובו בטענה שהוא תופס את הכסף עבור לוי. על כך כתב הרי"ף שאם ראובן עני, ויש חשש שאם שמעון ייתן את הכסף לראובן הוא יזבזב אותו וללוי לא יהיה מאין לגבות את החוב, הרי שמותר ללוי שלא לפרוע לראובן. מכאן הסיקו כמה ראשונים²¹ שלדעת הרי"ף, רק במקרה של חשש לאבדן החוב ניתן לתפוס עבור בעל חוב. מסקנה זו תואמת את שיטת הרי"ף והרמב"ם, ששעבוד אינו זכות קניינית, ולכן ניתן לתפוס עבור חוב רק כשיש חשש להפסד. כך נפסק בשו"ע (סי' קה סעי' ד):

אם אין עליו חוב לאחריים, זכה התופס לבע"ח. ודוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח, כגון שהוא גברא דמפסיד נכסיו או שהעני וירד מנכסיו. ואפילו תוך זמן מהניא תפיסה, אם אין לו נכסים אחרים ויפסיד המלוה אי לאו הך תפיסה...

כלומר, נפסקה הלכה המגבילה תפיסה רק למקרה שאינו חב לאחריים, וגם יש חשש שייגרם נזק למלווה, כדברי הרי"ף בתשובה.

גר שמת והניח נכסים משועבדים

מובא בתוספתא (כתובות פ"י ה"ד):

גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו ויצתה עליו כתובת אשה ובעל חוב – גובין מן האחרון שבהן. אין להן – גובין משלפניו. אין להן – גובין משלפני פניו.

כאן הנכסים נשארו הפקר, ללא אדם שיש עליו חובה לפרוע את החוב, ובכל זאת השעבוד נשאר בתוקפו, וכן פסקו הרשב"א²² (שו"ת ב סי' רנב), בעל "העיטור" (אות ע עיסקא וחוב, הלכות מלוה על המשכון, הובא ב"מגיד משנה" זכיה ומתנה פרק ב הל' טז) וספר "התרומות" (שער מט יח אות ג), וכן נפסק בשו"ע (סי' רעה סעי' לא) וברמ"א (שם סעי' כח). לעומת זאת, הרמב"ם (זכיה ומתנה פרק ב הל' טז) פסק דין זה רק לגבי משכון:

²¹ הרשב"א (בבא מציעא י. ד"ה ולענין); הרא"ש (בבא מציעא פרק א סי' כז); הטור (ה"מ סי' קה).

²² וכן בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' טז), וברשב"א (בבא מציעא פרק א סי' כז) (שם סעי' כח). (זכיה ומתנה פרק ב הל' טז).

היה משכון הגר ביד ישראל ובא ישראל אחר והחזיק בו – לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו, והאחרון קנה את השאר.

לגבי משכון סבר הרמב"ם²³ (פירוש המשניות שביעית פ"י מ"ב) שהוא קנוי באופן חלקי למלווה:

והכלל אצלנו: בעל חוב קונה משכון, לפיכך אם הלווה על המשכון – מהרי זה כאלו הקנה לו המשכון בחובו לזמן.

אולם לשעבוד רגיל הרמב"ם נמנע מלהתייחס. שתיתקו יכולה להיות מוסברת בכך ששעבוד הוא חובה אישית על אדם, וכשאין מי שקיבל על עצמו את החובה – השעבוד פוקע. בניגוד לכך, כאשר אדם קונה משועבד, הוא ככל הנראה מקבל על עצמו התחייבות אישית לפרוע מהמשועבד את החוב. לדוגמה, לגבי יורשים כתב הרמב"ם שיש עליהם מצווה לפרוע את חוב מורישם²⁴.

חזר בו משעבוד "דאיקני"

הגמרא דנה בשאלה אם אדם יכול לשעבד למלווה גם נכסים שיקנה ("דאיקני") לאחר ההלוואה. הרשב"ם (בבא בתרא קנו. ד"ה אלא) הסביר כך את האפשרות שהדבר ניתן:

אלמוהו רבנן לשעבוד יותר מקנין, דלא תנעול דלת בפני לוי או לא.

כלומר, אמנם לא ייתכן למכור נכס שלא הגיע לידי המוכר, ולכן ברור היה שמעיקר הדין לא ניתן גם לשעבד נכס כזה. השאלה הייתה אם חכמים תיקנו תקנה מיוחדת המאפשרת זאת. להלכה נפסק שניתן לשעבד נכסים שהלווה יקנה, אולם ראשונים נחלקו אם הלווה יכול לחזור בו ולהחליט לקנות נכסים ללא שעבוד. הרשב"א²⁵ (בבא מציעא סו: ד"ה אמר) סבר שיכול לחזור בו:

מכאן נראה לי לשעבוד "דאיקני" שיכול לחזור בו עד שלא קנה... כל שכן לדידן, דסבירא לן כרבנן, דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דאם בא לחזור ב"דאיקני" שיכול לחזור בו.

דברי הרשב"א מניחים ששעבוד הוא זכות קניינית, ולכן לא ניתן ליצור אותה קודם שהנכס הגיע לידי הלווה. בהקשר זה כתב "קצות החושן" (סי' קטו ס"ק א) דברים מפורשים:

ולא עדיף שיעבוד מקנין, וכשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אין אדם משעבד דבר שלא בא לעולם.

בעניין חזרה משעבוד "דאיקני" כתב "קצות החושן"²⁶ (סי' קיב ס"ק א):

אמנם דע דהאי שעבודא "דאקנה" באמת לאו דבר תורה, דמדאורייתא אין לנו לחלק בין קנין לשעבוד, אלא הא דשעבוד "דאקנה" מהני, היינו מדברי סופרים, שלא תנעול דלת בפני לוי. וכן כתב רשב"ם להדיא שם (בבא בתרא קנו.) בטעמו של דבר ד"דאיקני" מהני, משום דאלמוהו רבנן לשעבודא, כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, וע"ש. וכן כתב ב"נמוקי יוסף" (בבא בתרא עד. מדפי אלפס) שם, דתקנתא עבדי רבנן דלא תנעול דלת בפני לוי...

כלומר, שעבוד הוא זכות קניינית לכל דבר, ולכן מן הדין אין שום תוקף לסיכום כי הנכסים שיקנה הלווה בעתיד ישתעבדו למלווה, כשם שלא ניתן להקנות נכסים שטרם באו לידי המוכר. חכמים הם שאפשרו ליצור תנאי כזה, והם גם אפשרו ללווה לחזור בו מהסיכום קודם שקנה את הקרקע. דברים דומים כתב גם "נתיבות המשפט" (סי' סא סעי' ז). בניגוד לכך כתב הרמב"ם (בבא בתרא

מד: ד"ה כגון):

ואע"ג דשעבודא מעידן דקנה הוא דחיל עליה, ולא מקמי הכי כדאמרינן (בבא בתרא קנו:) בלוה ולוה, מיהו מעיקרא נמי משתעבד. וכן בדין שהרי כי אמר ליה "דאיקני" אינו יכול לחזור בו קודם שיקנה, אלמא מההיא שעתא חיל שעבודא. ולא דמיה לזבני דאמרינן (בבא מציעא סו:) עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, ואפילו למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

²³ ראה גם ביד החזקה (אישות פרק ה הל' כג) ועוד.

²⁴ מלווה ולוה פרק יח הל' י.

²⁵ וכן בבבא בתרא קנו: ד"ה וכן.

²⁶ וכן בסי' ס"ק ז.

דברי הרמב"ן תואמים את שיטת הרמב"ם, הרואה בשעבוד רק חובה אישית המתייחסת לכל נכס שיגיע לידי הלווה, ולכן לא יכול הלווה לחזור בו מחובתו. אולם כפי שהוכח לעיל, דעת הרמב"ן היא ששעבוד הוא זכות קניינית! על כן נראה לתרץ שלדעת הרמב"ן ישנה חובה אישית להחיל על כל נכס שיירכש על-ידי הלווה זכות קניינית למלווה, ומחובה זו לא ניתן לחזור²⁷. הרמ"א (סי' קיב סע' א) הביא את שתי הדעות:

י"א דאף אם כתב לו "דאקנה" יכול לחזור בו, כל זמן שלא קנה; ויש חולקין.

הש"ך (סי' קיב ס"ב) פסק כדעה השנייה, שהלווה אינו יכול לחזור בו, ו"קצות החושן" (סי' קיב ס"ג) דחה את ראיותיו.

סיכום

שעבוד הנכסים הוא מעין יצור כלאיים, בין ההתחייבות האישית והקניין. לכאורה, נראה היה שהבנת מהות השעבוד עמדה בלב מחלוקת האמוראים בשאלה אם בעל חוב "למפרע הוא גובה" או "מכאן ולהבא הוא גובה"; אלא שלמרות הפסיקה כדעה השנייה, סברו הראשונים שהשאלה המהותית לא הוכרעה, והם שבו ועוררו את המחלוקת:

רבנו תם מחזיק בדעה המקרבת את השעבוד לקניין במידה הרבה ביותר – לדבריו, בעל החוב יכול למכור את השעבוד מדאורייתא עוד בטרם הגיע מועד הפירעון של ההלוואה. ובהתאמה, הלווה אינו יכול בשום דרך להקדיש נכס משועבד.

בספר "התרומות" מובאת שיטה שלפיה לאחר מועד הפירעון יכול המלווה למכור את המשועבד. נראה שהסברה היא שבמועד הפירעון עוברת הבעלות מעצמה למלווה, כיוון שכבר בעת ההלוואה קיבל המלווה קניין מעכשיו לכשתגיע עת הפירעון ("נתיבות המשפט").

גם התוספות, הרא"ש, הרמב"ן והרשב"א, החזיקו בדעת ביניים, הרואה בשעבוד זכות קניינית, אולם זכות זו מתעוררת רק בזמן הפירעון, ועד למועד זה הנכס אינו ברשותו של המלווה.

שיטת הרמב"ם היא ששעבוד הוא חובה אישית, לפרוע חוב מנכס מסוים. לשיטתו, הוא פסק שכל הקדש מפקיע מידי שעבוד, אולם לאחר פדיון הנכס והגעתו לאדם שחלה עליו החובה האישית לפרוע – חוזר השעבוד וניעור.

נסכם את הסוגיות שנדונו בטבלה:

²⁷ ראה עוד במאמרו של הרב דניאל כץ "דאיני – בין התחייבות לקניין", בקובץ זה.

רמב"ם	ר"י	שיטה ב"תרומות"	רבנו תם	
שעבוד הוא חובה אישית	שעבוד הוא קניין מזמן ההלוואה ולכשיגיע מועד הפירעון		שעבוד הוא קניין	סברה
מדרבנן, כיוון ששעבוד אינו בעולם	מדרבנן, כיוון שהמשועבד אינו ברשותו של המלווה		שעבוד נמכר מדאורייתא	מכירת שטר חוב
כל שעבוד חל, ולאחר הפדיון יחזור ויתעורר	שעבוד הגוף חל, שעבוד דמים אינו חל		שום הקדש לא חל על קרקע	לווה שהקדיש נכס משועבד
	אינו יכול למכור ללא בית דין	מכר לאחר מועד הפירעון – חל		מלווה שמכר משועבד
חייב מ"דינא דגרמי"	חייב רק בנזק פיזי, גם אם פטור בגרמי	"תומים": לאחר זמן פירעון חייב כשמכר לגוי		מזיק שעבודו של חברו
קנה, רק כשיש חשש הפסד	ממועד הפירעון – מועיל מן הדין קודם למועד הפירעון – רק כשיש חשש הפסד (תקנה)			תופס לבעל חוב כשאינו חב לאחרים
באפותיקי בעל חוב גובה ממנו	בכל מקרה בעל חוב גובה ממנו			גר שמת והניח משועבד
רמב"ן: אינו יכול לחזור	רשב"א ו"קצות החושן": יכול לחזור			חוזר בו משעבוד "דאינני"