



אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין

הילכך השתא נמי גבי מזיבורית, דהפוכי מטרתא למה לי. והא דפרין בסמוך מניזקין, הוא הדין דהוה מצי למיפרך מבעל חוב, וחד מינייהו נקט, ולא דוקא. מפי רבי:

ה. מלחמת ה' שם

אלא שאני אומר דהא דקא אמרי' בגמ' משום דא"ל אי שתקיתו שתקיתו לאו דפסקינן אן הכי אלא ה"ק כולן נכנסו תחת הבעלים שיכולין לקוחות להגבותן כדיניהן ואי בעי נמי בעלי חובות ונזקין למימר ליה לכה מהדרת מהדרת מצי למימר הכי שאין זה מן הדין אלא שיכול להפסידן שלהן ואנן כי אתו לקמן מגבינן להו לנזקין מעידית כדיניהו ולבע"ח מבינונית כדיניה דאי לא תימא הכי האי מאן דזבין עידית לחודה מחבריה והיו על המוכר נזקין ובע"ח וכתובת אשה לאו מי אמרי' להו גבו מעידית ואף על פי שיכול לומר להם אי שתקיתו שתקיתו ואי לא יהבינא זיבורית דידי במתנה ללוה ואזליתו ושקליתו מיניה ה"נ ל"ש דהא במתנה גמורה צריך ליתנה לו לוקח ללוה שהרי בחזרת השטר לא בטלה מכירתו ולא חזרה נמי וכו' כללו של דבר דינא דאי שתקיתו שתקיתו בכאן לאו דינא הוא אלא אי פקח הוא יכול למימר להו הכי אי בעו אינהו למימר ליה לכה מהדרת שקלינן מיניה ולא הדר שקלינן מעידית ובע"ח מבינונית כדיניהו ואי אתו לקמן כדיניהו ומגבינא ליה לכולהו וכדכתב רבינו הגדול ז"ל ומצינן כתוב בשם ר"ח כלשון הזה ההיא דדחיא לטעמא קמא דאי שתקיתו לאו למימרא דאי איתיה למוכר וקא מדחי להו לוקח באי שתקיתו דמסקלינן ליה לנזקין מעידית ולבע"ח מבינונית בהא דחיתא קלישתא אלא דחויי קא מדחינן מלהוי טעמא דתנא דהכי ע"כ. ואף לרבינו האי גאון ז"ל דאיתא בספר המקח בשער כ"ז שכתב כולן נכנסו תחת הבעלים וטעמא כדמסקנא ולא פירש דביתמי עסקינן אלמא בלא יתמי נמי הוי דינא הכי:

ו. שיטה מקובצת שם

מצי אמר ליה הנחתי לך מקום לגבות. לאו דוקא קאמר האי לישנא וכו' ככתוב בתוספות. וא"ת מטעם מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו הוה לן למימר שיכול לדחותו אצל זיבורית של לוקח דלוקח ראשון נמי היה יכול לדחותו אצל זיבורית משום אי שתקת שתקת. וי"ל כבר אוקימנא לעיל ביתמי והכי נמי כולה שמעתא ביתמי. ויש מתרצים דשלא באחריות מיירי ולא שייך למימר מהדרנא שטרא למריה שזה לא יקבל השטר. ולא נהירא דהא מצי לאהדורי בכי האי גוונא שיתן לו בחינם. ע"כ מתוספות שאנץ.

ז. טור חושן משפט קיט

ראובן שהיה לו עידית ובינונית וזיבורית והיו לו עליו נזקין שדינן בעידית וב"ח שדינו בבינונית וכתובת אשה שדינה בזיבורית ומכרן לשלשה בני אדם כאחד ביום אחד במקום שאין כותבין שעות כולם נכנסו תחת הבעלים וגובה ניזק בעידית וב"ח בבינונית וכתובת אשה בזיבורית ואם טען כל לוקח ולוקח לוח שבא לטרוף ממנו אני לקחתי תחלה והנחתי לך מקום לגבות הימנה כתב הרמב"ן ששומעין לו כיון שהוא ספק ואינו יכול לגבות עד שיביא ראיה מי קנה באחרונה ורבינו יצחק פירש כיון שאינו ניכר מתוך השטר שהרי שלשתן ביום אחד קנו ואין כותבין שעות קנין שלשתן לא חל אלא עד סוף הזמן ואז חלו כולם כאחד וכו'.

א. תלמוד בבלי בבא קמא ח.

ת"ר: מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד - כולן נכנסו תחת הבעלים, בזה אחר זה - כולן גובין מן האחרון, אין לו - גובה משלפניו, אין לו - גובה משלפני פניו. מכרן לאחד היכי דמי? אילימא בבית אחת, השתא לשלשה דאיכא למימר חד מינייהו קדים, אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים, מכרן לאחד מיבעיא? אלא פשיטא בזה אחר זה, ומ"ש שלשה? דכל חד וחד אמר ליה: הנחתי לך מקום לגבות ממנו, האי נמי אכל חד וחד לימא ליה: הנחתי לך מקום לגבות ממנו! הכא במאי עסקינן - כגון שלקח עידית באחרונה. וכן אמר רב ששת: כגון שלקח עידית באחרונה. אי הכי, ליתו כולהו וליגבו מעידית! משום דאמר להו: אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו - שקליתו, ואי לא - מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית. אי הכי, בנזקין נמי נימא הכי! אלא הכא במאי עסקינן - ביתמי דלאו בני פרעון נינהו ושיעבודא דיליה עליה דידיה רמיא, הלכך ליכא למימר הכי! אלא, משום דאמר להו: טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין מנכסין משועבדים במקום שיש בני חורין? משום תקנתא דידי, אנהא בהא תקנתא לא ניחא לי וכו'.

ב. תוספות שם

אי שתקת כו' ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למריה - אף על גב דבלאו הכי אשה גביא מזיבורית מ"מ לא מציא למימר ליה לכה תהדר כיון שאין מפקיע כחה אבל ב"ח לא מצי למימר דלישקול בזיבורית מטעם דאי שתקת דכיון דמפקיע כחו מצי א"ל לכה תהדר דהא השתא נמי מזיבורית אתה רוצה ליתן לי לכך לא פריך בסמוך אלא מנזקין ולא מב"ח כדפירש הקונטרס.

ג. רא"ש שם

ואזליתו כולכו ושקליתו מזיבורית. ולא מצו למימר ליה לכה תהדר. ואפילו האשה שרוצה ליתן לה זיבורית. משום שכל דבר שאדם יכול לטעון רואין אותו כאילו הוא כבר עשוי. כדאמרינן פרק בתרא דכתובות (דף קט ב) מי שאבדה לו דרך שדהו בחד דאתי מכח ארבעה יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר. משום דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאישתעווי דינא בהדייהו. ודלא כפרש"י שפירש התם אי שתקת ואוזילנא גבך דיקח לו דרך במאה מנה קאמר. אלא כל דבר שיכול לטעון פסקינן ביה כאילו כבר עשוי וכן משמע הכא אפילו אי לא טען אי שתקיתו כו' אנו טענינן ליה ופוסקינן להן הדין כך דכולן נכנסו תחת הבעלים ללוקח בזה אחר זה כמו לשלשה בני אדם כאחד.

ד. תלמיד ר"ת שם

אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקולו ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית וכו'. אין זה גיזום דהא כתובת אשה בלאו הכי השתא נמי לא תקח אלא מן הזבורית. אלא הכי קאמר להו, בעל כרחכם יש לכם ליקח מן הזבורית שהרי אני יכול להגבותכם שלכם מן הזיבורית כשאחזיר השטר, הילכך מה תרויחו גם עתה תקחו ממני זיבורית. וכו' ומה שפירש בקונטרס דלהכי מקשה מנזקין בסמוך ולא מבעל חוב, דמצי אמר ליה לכשתחזיר דהשתא נמי זיבורית אתה רוצה ליתן לי. לאו מילתא היא, דאם כן היכי מסיק מעיקרא נמי אכתובת אשה אי שתקת, ואי מציא אמרה לכשתחזיר זיבורית יהבת לי. אלא הא טענה היא כיון שהוא יכול להחזיר השטר בברור ליתן הקרקע במתנה,

ח. חדושי הרשב"א בבא קמא ח.

זה מאוחר ויטרוף הימנו וראיה לזה ממעשה האמור בגמ' כתובות בהנהו תרי שטרי דחד כתוב ביה בחמשה בניסן וחד כתוב ביה בניסן סתמא וזו שבכאן בשכלן ביום אחד ולא נתבררה הקדימה ולפיכך כלם נוטלין כדינן:

יא. קובץ שיטות קמאי שם

האי מוכן לאחד היכי דמי איילמא בבת אחת והשתא לג' בני אדם כאחד דאיכא למימר דחד מינייהו קדים אמרת כלן נכנסו תחת הבעלים מוכן לאחד מיבעיא, מדקאמר השתא לג' בני אדם כאחד דאיכא למימר דחד מינייהו קדים משמע דאי ידעינן מאן קדים יכול לומר הנחתי מקום לגבות ממנו אף על פי ששלשתן קנו ביום אחד, ומיירי בשטרי אקניאתא דמשעת קנין זכה, אי נמי בשטרא דלא אקניאתא וכו' אלעזר דאמר עידי מסירה כרתי. ואפילו הכי מסתמא לא חיישינן דכיון שנכתבו כלן ביום אחד מוכחא מלתא שלא רצה להקדים אחד לחברו, ומשום הכי לא מצי למימר חד מינייהו אני קדמתי עד שיביא ראיה. ומיהו אם לא היה כתוב בהן יום אלא חדש שנה אינו גובה מאחד מהן דאזיל להאי ומדחי ליה ואזיל להאי ומדחי ליה, ומסתברא דאי לא הווי נכסי אלא בכדי נזקין ובעל חוב וכתובה כתבינן הרשאה אהדי וכי אתו למגבי מכל חד לא מצי אמר הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ומורי הרא"ש נ"ר אומר דאפילו כתוב בהן חדש שנה אין אחד מהן יכול לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו עד שיביא ראיה, וטעמא דמלתא משום דכיון דאשתעבדו ליה כולהו נכסי מקמי זביניה דהאי, על הלוקח להביא ראיה דפקע שעבודיה מהאי ארעא. [חדושי תלמיד הרשב"א והרא"ש].

יב. ר"ן (על הרי"ף) כתובות נד.

וכתב הרשב"א יש מי שאומר במי שמכר לשנים ולאחד פירש בשטר בכ"ה בניסן ולשני כתב בניסן סתמא אין בע"ח יכול לטרוף מאחד מהם וכ"א מהם יכול לדחותו אצל השני לומר הנחתי לך מקום לגבות הימנו. ואינו דא"כ כל אדם יהיו עושים כן ויערימו להפסיד מבע"ח כבענין זה אלא מהאי דכתב בניסן סתמא גבי וטעמא דמילתא משום דשדות שניהם משועבדים לבעל חוב אלא שהתקינו להם חכמים שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין א"כ עליו לברר שהוא משועבד במקום בני חורין ועליו הראיה הילכך זה שהוא סתם ידו על התחוננה כך נראה לי טעם הענין עכ"ל אבל ראיתי כתוב שהרמב"ן ז"ל כתב בתשובה בלוח שמכר קרקעותיו לשלשה בני אדם ולא נתפרש בשטריהם זמן ובא מלוה לטרוף וכל אחד מדחה אותו לומר אני מוקדם והנחתי לך מקום לגבות שעליו להביא ראיה ואם לא הביא אינו טורף כל עיקר ותמהני היאך אפשר דהא מסקינן בסמוך בגמ' (דף צה א) דהיכא דאשתדוף בני חרי טריף ממשעבדי כל היכא דליכא למימר איהו דאפסיד אנפשיה וכתבה הרי"ף ז"ל בפ' הנזקין (סי' תפג) אלמא דכי אמרינן דאין נפרעים מנכסים משועבדים כל מקום שיש נכסים בני חורין היינו דוקא בדאפשר לגבות מבני חורין הא לאו הכי גובה ממשועבדים ואף על פי שבשעה שלקח היה ראוי לגבות מבני חורין והכא נמי כיון שאי אפשר לגבות כלל לאישתדוף דמי ורצה מזה גובה ורצה מזה גובה ומשם ראוי ללמד דין זה:

יג. תלמוד בבלי בבא בתרא קנו:

אמר רב משרשיא משמיה דרבא, תא שמע: לשבח קרקעות כיצד? הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה, ובא בעל חוב וטרפה, כשהוא גובה - גובה את הקרן מנכסין משועבדין, ואת השבח מנכסין בני חורין; ואי סלקא דעתך דאיכני קנה ומכר דאיכני קנה והוריש - לא משתעבד, בעל חוב אמאי גובה שבחא? הא מני? ר' מאיר היא, דאמר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

השתא מכר לג' דאיכא למימר דחד מנייהו קדים כו'. קשיא לי כיון דכלהו שטרי נפקי בחד יומא האיך אפשר לומר דחד מנייהו קדים דהא אפילו כתב ומסר לאחד בבקר וכתב ומסר לשני בערב כולן לא קנו עד סוף היום לר' מאיר דאמר עדי חתימה כרתי וכדאמר' בפרק מי שהי' נשוי (צ"ד א'), ומ"מ לדעת מי שפוסק אפילו בשאר שטרות כר"א דאמר עדי מסירה כרתי משכחת לה דדלמא כתב ומסר לאחד בבקר ולאחד בערב וכדאיתא נמי התם בפ' מי שהיה נשוי, אבל לדעת הפוסקים כר' מאיר בשאר שטרות וכו' אלעזר בגטין לבד היכי משכחת לה, וי"ל בשטרי אקנייתא דלכ"ע משעת קנין קנו.

ט. ספר התרומות שער ד חלק ח אות ג

ואחרי אשר פסקנו שאם מוכן לשלשה זה אחר זה שכלן גובין מן האחרון, יש לברר אם מכר נכסיו לשלשה בני אדם זה אחר זה ואין בשטריהם זמן, וכשבא בעל חוב לטרוף טען כל אחד ואחד מהן אני ראשון הייתי והנחתי לך מקום לגבות, עד שכל אחד ואחד מדחה אותו אצל חבירו, מה דינו עמהם...

ומסתברא דעיקר הדין כך הוא, דכיון שהקרקעות כולן נכנסו תחת שיעבודו הוה ליה איהו בהני נכסי ודאי ואינהו דבעו לאפוקינהו משעבודה ספק ועליהם לברר. והראיה בזה ההיא דגרסינן בב"ק מוכן לשלשה כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים. ואמרינן בגמ' השתא לשלשה כאחד דאיכא למימר חד מניהו קדים. ופר"ש ז"ל דאיכא למימר כיון שהן שלשה שטרות שזה קנה בבקר וזה בערב ומצי למטען הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ואפילו הכי אמרינן דאין טענתם טענה, הואיל ואין נכר בשטר המכר מי קנה ראשון ומי קנה אחרון, ונחשוב השלשה כאלו קנו בבת אחת ולא מצו מדחו ליה. כך פר"ש. ומתוך פירושו אתה למד דין זה דכל זמן שאין מבורר זמן קנייתם בשטרותיהם, הווי להו כאלו קנו כולם בבת אחת ולא מצו מדחו ליה, זהו הנראה לי.

אבל שאלתי בזה ה"ר משה בר' נחמן ז"ל ולא השוה עמי... וההיא דגרסינן בפ"ק דב"ק לשלשה בני אדם כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים, דוקא קאמר כאחד, כגון שהיו שטרות יוצאין ביום אחד ממש, והיינו דדיקינן עלה בגמ' השתא לג' בנ"א כאחד דאיכא למימר דחד מינייהו קדים אמרת כולן נכנסו תחת הבעלים. כלומר דכיון דלאו בירושלם יתבינן דכותבין שעות לא חיישינן דילמא כתב ומסר לזה וכתב ומסר לזה, דקיימא לן ב' שטרות היוצאין ביום אחד או חולקין או שודא דדייני, הלכך הכא אי מחלוקה אי נמי מדין שודא, מוקמינן להו אדיניהו ונכנסו תחת הבעלים, דהיא שודא דרבנן, אבל מוכן בזה אחר זה ולא נתברר מי משניהם קדם, דוחין אותו עד שיביא ראיה. וכן פרשה רבינו בעל התוספות ז"ל לשמועה זו כענין שכתבנו, ע"כ.

י. בית הבחירה למאירי בבא קמא ח.

ופרשוה גדולי הרבנים אף על פי שאי אפשר בלא קדימת שעה הואיל ולא נזכר בשטרות מי הוא הקודם ולמדו רבים מדבריהם שאף בזה אחר זה כל שאין קדימת אחד מהם נכרת כך הוא הדין כגון שאין זמן בשטרות או שכתוב בכלן בניסן סתמא ומכל מקום עיקר הדברים דדוקא בשטרי המכירה ביום אחד ובמקום שאין כותבין שעות שנמצאו כלם שוים אפי' נתבררה שעת הקדימה אלא היה בה קנין שבודאי משעת הקנין קנה והרי בשני שטרות היוצאים ביום אחד אמרו כתובות צ"ד א' חולקין או שודא דדייני ובזו אם מדין חלוקה אם מדין שודא מעמידין אותם על חזקתם וגובה כל אחד כדינו אבל בניסן סתמא או שאין זמן בשטרות כלם נדחין דזיל הכא מדחי ליה לומר אני ראשון והנחתי לך מקום וזיל הכא וכו' עד שיביא ראיה אי

דמלוה דכתובה בתורה ככתיבה בשטר דמיא. מהכא מוכח דמלוה בשטר כולי עלמא לא פליגי דשעבודא דאורייתא. וקשיא לי דבשלהי גט פשוט אמר רבא דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינה גובה אלא מנכסים בני חורין שיעבודא לאו דאורייתא ויש לומר שלש חלוקות בדבר:

כב. חדושי הרשב"א שם

מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. ותמיה לי והא מלוה הכתובה בשטר נמי למ"ד שעבודא לאו דאורייתא לאו מדינא גביא אלא משום שלא תנעול דלת בפני לווין כדאיתא התם בשלהי גט פשוט וכו' ואפשר לומר דאפי' למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אי שעבד נכסיו בפירוש בשטרא גביא מדאורייתא, והכי משמע מדברי רש"י ז"ל דפי' לעיל אינה גובה מן היורשין שעבודא לאו דאורייתא אבל מלוה בשטר הוא עצמו שעבדן דכתב ליה כל נכסים דאית לי אחראין לשטרא דנן, עכ"ל ז"ל, ותימה הוא דהא קי"ל אחריות ט"ס הוא וא"כ כל מלוה בשטר ליגבי מדאורייתא והדרא קושיין לדוכתא דהתם אמרינן דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא מלוה בשטר משום שלא תנעול דלת בפני לווין הוא דגביא, אלא דאיכא למימר דס"ל לרבינו ז"ל דכששעבד נכסיו בפירוש בשטר אלים כח השטר לשעבדן דבר תורה, וההיא דבשלהי גט פשוט דאמרינן אחד מלוה על פה ואחד מלוה בשטר אינה גובה מן היורשין ולא מן הלקוחות בשלא שעבדן בפירוש, ולא אלים אחריות ט"ס הוא למיגבי מדאורייתא כיון שלא נכתב בפירוש בשטר, וצ"ע.

כג. רש"י שם

לאו דאורייתא היא - לומר דנכסיה 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.

כד. תלמוד בבלי ברא בתרא קעד.

ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסי [דלוה] מקמי דלתבעיה ללוה, סלקיה רב חנין בריה דרב ייבא. אמר רבא: מאן חכים למעבד כי הא מילתא, אי לאו רב חנין בריה דרב ייבא! קסבר: נכסיה דבר איניש אינון מערבין יתיה, ותנן: המלוה את חברו ע"י ערב - לא יפרע מן הערב, וקי"ל: לא יתבע ערב תחלה.

כה. רשב"ם שם

אינון ערבין ביה - כדכתיב (משלי כב) אם אין לך לשלם למה יקח משכבך מתחתך וכתיב (דברים כד) יוציא אליך העבוב החוצה וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה - אין נכון להטריח את הערב חנם דלמא מפצי ליה לזה והוא הדין לנכסי דאינש למה נזלזל בנכסיו להוריד בהן את המלוה חנם שמא יסלקנו לזה במעות ולא יצטרך לירד בנכסיו.

גובה את הקרן מנכסים משועבדי' ושבח מבני חורין - וא"ת כיון שיש לו נכסים ללוה שיגבה ממנו הלוקח א"כ לא יקח הבעל חוב ממנו לימא ליה לוקח מקום הנחתי לך לגבות ממנו וי"ל דאיירי כגון שאין לו למוכר נכסים אחרים אלא משועבדים ולכך טורף הימנו המשועבדים ולכשיחזור ויקנה נכסים בני חורין יחזור זה לוקח ויטרוף מבני חרי ואפי' דאיכני קנה ומכר משתעבד משתעבד כבר לוקח לב"ח כל שעבודו א"נ י"ל כגון שעשאו לזה למלוה קרקע זה אפותיקי דהשתא לא מצי למימר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו.

טו. תלמוד בבלי ברא בתרא קעה.

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 לווין. אי הכי, מלוה על פה נמי! התם לית ליה קלא.

טז. רשב"ם שם

שעבודא דאורייתא - יוציא אליך העבוב (דברים כד) וה"ה למקרקעי. לאו דאורייתא - וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו בב"מ (דף קיד:).

יז. תלמוד בבלי ברא מציעא פב.

דאמר רבי יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון - שנאמר ולך תהיה צדקה, אם אינו קונה משכון - צדקה מנא ליה? מכאן לבעל חוב שקונה משכון. - ותסברא? אימור דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו, אבל משכנו בשעת הלואתו - מי אמר? וכו'.

יח. תוספות ברא בתרא קעה:

ומה שפי' רשב"ם גבי שעבוד דאוריית' הוי האי קנין דכתיב יוציא אליך את העבוב וגבי לאו דאורייתא פי' והא דכתיב יוציא אליך העבוב במשכנו שלא בשעת הלואתו בב"מ (דף קיד:) וכו' 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.

יט. תוספות ברא קמא ח.

כולן נכנסו תחת הבעלים - וא"ת והא נזקין מלוה על פה נינהו ומלוה על פה לא גבי ממשעבדי וי"ל דכשעמד בדין כמלוה בשטר דמיא כדאמר בהגוזל בתרא (לקמן קיב) ובכמה דוכתין אי נמי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא וחייב.

כ. תוספות ברא קמא יד:

ומפרש ר"ת ש"מ לזה ומכר נכסיו אין ב"ד גובין לו מהם מן התורה דשיעבודא לאו דאורייתא ולהכי בנזקין נמי לא גבי דמלוה בשטר דוקא תקון רבנן דליגבי ממשעבדי משום נעילת דלת דאי שיעבודא דאורייתא ובמלוה ע"פ מדרבנן הוא דלא גבי משום תקנת לקוחות א"כ תיקשי הכא אמאי לא גבי בנזקין דהכא ליכא תקנה דלקוחות ולא דמי למלוה על פה דהתם מאן דיזיף בצנועא יזיף אבל מזיק לא דייק ואית ליה קלא וכו'.

כו. חדושי הריטב"א קידושין יג:

והוי יודע דמאן דסבירא ליה שעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה בשטר נמי איתא והכי מוכח בבבא בתרא (קע"ה ב') ובמסכת ערכין (כ"ב א') נמי דאמרינן אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ואפילו במלוה בשטר פריש רב פפא טעמיה דפריעת בעל חוב מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו, כלומר וכיון דליכא שעבודא אין נזקקין להם, אלמא מאן דסבר שעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה בשטר קאמר לה, והכי אמר רבה בהדיא בפרק גט פשוט (ב"ב קע"ה ב') במאי דפליג בהדי עולא.

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. וכו'.

אי נמי דהכי קאמר דהך מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר מודה שמואל דגובה מן היורשין, דאע"ג דשעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה בשטר, הא עבוד רבנן תקנתא למלוה בשטר משום נעילת דלת, ולא פליג רבנן בתקנתיהו להוציא מלוה הכתובה בתורה להקדש מן הכלל, שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, וזה נראה לי נכון.

כו. יד רמ"ה בבא בתרא קעה:

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 יוציא אליך את העבוט החוצה, אלמא דאורייתא משתעבדי ליה מטלטלי של לוח למלוה. דאי אמרת מדאורייתא ליכא שעבוד נכסים, אלא חיובא כוליה אגופיה דלוה הוא דמיחייב למפרעיה לבעל חוביה מהיכא דבעי. אמאי מיחייב למיתב ליה משכון למלוה, ליזיל לוח גופיה וליזיבן ולפרע. אלא לאו ש"מ שעבודא דאורייתא. וכו'.

לא תקשי לך דקסבר עולא דמדאורייתא לא שנת מלוה בשטר ולא שנת מלוה ע"פ, כי היכי דגביא מקרקעי דמשתעבדי הם הכי נמי גביא מטלטלי אפילו מן הלקוחות וכ"ש מן היורשין, ורבנן הוא דתקינן דלא ליטרוף מטלטלי מלקוחות כדפרישנא בעלמא. אבל מיורשין גבי, סבר לה כרבי מאיר דאמר מטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה וכ"ש לבעל חוב. ולית הלכתא כותיה דהא דקי"ל מטלטלי לב"ח לא משתעבדי אלא מחיי לוח, וכ"ש לכתובה דאפילו מחיי בעל נמי לא משתעבדי.

מיהו צריכינן 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 בשמעתין 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 שנת מלוה בשטר ולא שנת מלוה על פה דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה.

ודוקא במקרקעי דסמכא דעתיה עליהו דלא יכיל לאברוחינהו מיניה, אבל מטלטלי דלא סמכא דעתיה עליהו ליכא לשעבדי מדין ערב,

דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד שלא בקנין שלא על אמונתו הלוהו. ולא תימא הני מילי גבי בעל חוב דשייך ביה טעמא דשלא על אמונתו הלוהו, אלא אפילו גבי ניזק ונגזל דלא שייך בהו האי טעמא דעל אמונתו הלוהו ושלא על אמונתו הלוהו דלא מדעתיהו קא מיתזקי, כיון דבכולהו ליכא שעבוד נכסים אלא מדין ערב דנכסוי דבר איניש אינון ערבין ביה, לא שייך בהו שעבודא אלא במידי דסמכא דעתיה דב"ח למגבא מיניה. וה"ה לגבי ניזק ונגזל, דדיו לבא מן הדין להיות כנידון כדברירנא בפרק ארבע אבות (ב"ק דף י"ד ע"ב) ובפרק הגוזל בתרא (ב"ק דף קי"א ע"ב).

כח. חדושי הרמב"ן שבעות לז:

וכי גבי מיניה גבי ומיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה הילכך שעבוד מטלטלין הוא דרמי על כל מאי דאית ליה לדידיה שעבודא דאורייתא כדמוכח בפרק גט פשוט מוהאישי אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, ומשום הכי כל מודה מקצת נשבע דלאו שעבוד קרקעות הוא וכו'.

כט. תלמוד בבלי גיטין מח:

מתני'. הניזקין שמין להן בעידית, ובעל חוב - בבינונית, וכתובת אשה - בזיבורית; ר"מ אומר: אף כתובת אשה - בבינונית. אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסי בני חורין, ואפילו הן זיבורית. אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית. אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדין, מפני תיקון העולם. והמוצא מציאה לא ישבע, מפני תיקון העולם.

ל. חדושי הרשב"א גיטין נ:

וגרסינן בפרק מי שהיה נשוי (צ"ה א') איבעיא להו אשתדוף בני חרי מהו דלטרוף ממשעבדי ואיפסיקא הלכתא אשתדוף בני חרי טריף ממשעבדי, ותמיהא לי למאן דס"ל למימר דבמתנה לא עבוד רבנן תקנתא תיפוק לי משום דאין נפרעין מן הערב תחלה וקי"ל דנכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה, וגבי לקוחות נמי אמאי איצטריכו לתקוני הא מדינא לא גבי מהאי טעמא דאמרן, וי"ל דלאו ערבין לגמרי קאמר דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי לוח לאיפרועי מיניה ומלוה גופיה עיקר שעבודיה ליתיה אערב אלא אלוה, אבל גבי נכסי דלוה ודאי עיקר אסמכתיה עליהו ולוח נמי בעידן מלוה גמר ומשעבד כוליה נכסיה, והלכך אי לאו תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות הוה אמינא כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הות אף על גב דשייר לוח זבורית קמיה מלוה כי גבי מבינונית דהוה שעבודיה עליה גבי, דא"ל מלוה ללוקח ארעא דידי גבי דידך היא ומשום פסידא דלקוחות אמור רבנן דזבורית דבני חרי ליגבי בינונית דמשעבדי לא ליגבי, הלכך גבי מתנה אי לא עבוד בה תקנתא מבינונית דמתנה גבי, כנ"ל.

לא. השגות הראב"ד על הרי"ף גיטין כד:

ואומר אני דאפי' לדעת רבא דאמר דמאן דאית ליה מן דינא למגבי מעידית אפי' מיתמי נמי גבי לא אמר אלא מיתמי אבל מלקוחות היכא דאיכא בני חורין אפי' זבורית לא גבי אלא מבני חרי מפני שהלקוחות כמו ערבים הם ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יתבע את הערב תחלה.