

למהותו של השעבוד

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. למפרע הוא גובה
- ג. בכור נוטל פי שניים
- ד. ביאור דעת רב פפא
- ה. שני סוגי שעבוד
- ו. מכירת שעבוד
- ז. תוספת ביאור בדעת הרי"ף
- ח. שעבודא לאו דאורייתא
- ט. סיכום

א. הקדמה

איתא במשנה ב"ב (קעה,א) :

המלוה את חבירו בשטר - גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים - גובין מנכסים בני חורין.

ובגמ' (קעה,ב) נחלקו עולא ורבה האם שעבודא דאורייתא, לדעת עולא מדאורייתא גם מלוה על פה היה גובה מלקוחות, אלא שרבנן הקלו על הלקוחות משום שלא יוצא קול. ורבה סבר שמדאורייתא לעולם לא גובים מלקוחות אלא שרבנן תיקנו למלווה בשטר שיגבה כדי שלא תנעל דלת.

במאמר זה ננסה לבחון האם שעבוד הינו זכות בגוף הקרקע, (ואם כן עד כמה), או שמא זכות גביה בלבד; נבדוק האם הגדרת מהות השעבוד תלויה בתוקף השעבוד - דאורייתא או לאו דאורייתא?

ב. למפרע הוא גובה

1. הגמ' בב"ב (שם) מקשה שלא יתכן שרבה סובר שעבודא לאו דאורייתא, שלדעתו, הבכור נוטל פי שניים בקרקע שגבו יתומים מבע"ח דאביהם. "ומי אמר רבה הכי? והא אמר רבה: גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו", ומפרש

רשב"ם "דכמאן דמשעבד בחיי אבוהון דמי, וקרינא ביה 'בכל אשר ימצא לוי', אלמא שעבודא דאורייתא". מבואר מדברי הגמ' שרק אם נסבור שהשעבוד מהתורה נוכל להבין שהקרקע הנגבית אינה 'ראוי' אלא מוחזק.

לכאורה דין זה תלוי במחלוקת אביי ורבא בפסחים (לא,ב) האם בעל חוב למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה :

איתמר, בעל חוב: אביי אמר: למפרע הוא גובה, ורבא אמר: מכאן ולהבא הוא גובה... 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 זוזי - הוה מסליק להו בזוזי - אישתכח דהשתא קא קני.

לדעת אביי מלוה יכול למכור ולהקדיש קרקע המשועבדת לחובו, וכשיגבה הקרקע תהיה זו מכורה או מוקדשת, ולדעת רבא שמכאן ולהבא גובה, הואיל ואילו היו לו מעות היה יכול לסלק השעבוד, אין המלוה יכול למכור או להקדיש.

הפנ"י (גיטין נ,א ד"ה תוס' פחות שבכלים) מוכיח, שלדעת אביי שעבודא דאורייתא, שהרי לאביי למפרע הוא גובה, וממילא ברור שבכור יטול פי שניים, ובגמ' בב"ב (קעה,ב) מוכח שרק אם שעבודא דאורייתא בכור נוטל מהקרקע הנגבית.¹

2. בביאור דעת אביי - למפרע הוא גובה

המאירי בסוגיא בפסחים (ל,א) מקשה: לדעת אביי, הסובר שבע"ח 'למפרע הוא גובה', מדוע כל היכא שמלוה גובה קרקע משועבדת אינו זוכה בפירות מזמן ההלוואה (ומוכח בבב"מ לה,ב שאינו זוכה בפירות). מכח קושיא זו מעמיד המאירי את מחלוקת אביי ורבא בעשה אפותיקי, וז"ל:²

זה שנחלקו אביי ורבא בבעל חוב, שלדעת אביי למפרע הוא גובה ולדעת רבא מכאן ולהבא הוא גובה, פירושו כשעשה לו שדהו אפותיקי, שאם

¹ בחידושי ר' דוד מקשה בסוגיא בפסחים, שמדובר שם במטלטלין שאינם משתעבדים; ותרץ דאביי ס"ל שעבודא דאורייתא ויש שעבוד גם על המטלטלין, ע"ש.

² יוצא לדבריו שלרבא אפילו באפותיקי אינו גובה למפרע ולאביי גובה, ואפשר שטעמו של אביי שהואיל ומתנים בפרוש כוונתם כמו קנין מעכשיו על תנאי אם לא יפרע חובו. וכן משמע בפני יהושע, ראה הערה 7.

בשעבוד סתם היאך עולה על דעת אביי לומר למפרע הוא גובה והרי אין המלוה יורד לפירות עד לאחר שומא והכרזה ושטר חליטה מבית דין אלא ודאי באפותיקי.

אמנם מכמה ראשונים מבואר שמחלוקתם בכל שעבוד ולא העמידו הסוגיא באפותיקי. מתוס' בב"ק (לג, א ד"ה איכא) מבואר שלמדו את מחלוקתם בכל שעבוד.³ וכן משמע בחידושי רבינו דוד (על מסכת פסחים) שמחלוקתם בכל שעבוד.⁴

א"כ לדעת ראשונים אלו הדרא קושיית המאירי מדוע אין הפירות למפרע של המלוה. ויש לבאר בכמה דרכים:

א. הנראה בזה ששעבוד פירושו שישנו קנין על תנאי, שמרגע מסירת המעות ללוה קונה המלוה את הקרקע אם הלוה לא ישלם את חובו, אך בנוסף מותנה שעד זמן הגביה הפירות שייכים ללוה אפילו אם יתברר שהיה שייך למלוה.

הגרשש"ק ועוד דוחים הסבר זה מכח כמה קושיות:

1. דוחק לומר שהלוה עושה לעצמו תנאי כזה שמשאר לעצמו את הפירות, ועוד מנין לנו לומר כן במלוה הכתובה בתורה (נוק וכד').
2. אם המלוה הקדיש יחול ההקדש למפרע ויתברר שפירות חולין ינקו מקרקע הקדש.
3. אם קרקע אחת נקנית למפרע תליא בברירה.⁵

ב. האבני נזר (או"ח שלב) מבאר שאין כוונת אביי שקנוי לו לגמרי למפרע, אלא שיש לו 'קנין שעבוד' למפרע, כמו משכון לר' יצחק (שקנוי לו לשעבוד ואינו עובר בבל יראה ע"ש בגמרא), וא"כ כאשר מקדיש את השדה מקדיש את שעבודו וכאשר גובה בזמן הפירעון ממילא זוכה בו ההקדש או הקונה. ולפי זה מבואר מדוע אינו קונה את הפירות שבינתיים.⁶ ומשמע שלדעת רבא אין לו כלל קנין אפילו לא שעבוד כמשכון.

³ תוס' שם הקשו מדוע לר' ישמעאל הסובר בשור תם שנגח שאין הניזק נעשה שותף בשור שאין הקדישו הקדש, הרי לדעת אביי שלמפרע הוא גובה הקדישו חל, ע"ש. מבואר א"כ שבכל שעבוד לדעת אביי למפרע הוא גובה

⁴ ודאי דלא פליגי אלא במלוה בשטר ובקרקע וכו'. וכן משמע שם בכל דבריו.

⁵ עיין ברכת אברהם על פסחים ל, א שמיישב קושיות אלו.

⁶ דאלי"כ איך יכול בעל השדה להשתמש בקרקע המוקדשת הרי יחול למפרע (אבני"ז).

ג. יש להוכיח מדברי ראשונים שאין הדברים מכוונים לשעבוד למפרע אלא לקנין גמור. תוס' (גיטין מ,ב ד"ה הקדש), שואל מדוע הקדש מפקיע משעבוד "וקשה לר"ת דאי חשיב ברשותו של לוח כל זמן שלא הגיע הזמן, אפי' קדושת דמים נמי תפקיע מיד שעבוד, ואי לא חשיבי ברשותו, אפי' קדושת הגוף נמי לא, דכי יקדיש את ביתו כתיב, מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו". ר"י תרץ, שרבה לשיטתו אך לדעת אביי שסובר שלמפרע הוא גובה אין הקדש הגוף חל ואינו מפקיע מידי שעבוד.⁷ וכתב האבני"ז שמבואר בתוס' שיש נפ"מ בין אביי לרבה האם הלוח יכול להקדיש קדושת הגוף בקרקע משועבדת, ואם כל דינו של אביי הוא רק קנין שעבוד מדוע לא חל ההקדש על הגוף.⁸

הגרשש"ק (מערכת הקנינים) מבאר בדרך מחודשת. לדעתו עד שעת הגביה, בין לאביי ובין לרבה, אין למלוח קנין גמור בנכסי הלוח, ועד הגביה יש למלוח זכות בנכסים שמשמעותו שאם לא יפרע לו יהיו הנכסים למלוח. נמצא דמתחילה יש למלוח זכות וקנין על תנאי בנכסי הלוח על העתיד אם לא יפרע, וכבר ביאר הגר"ש שקאפ במערכת הקנינים (סי' ז-ח) דכשיש זכות וקנין בחפץ על העתיד נחשב שיש לו עכשיו קנין בחפץ ודינו "כשותף עם הבעלים" של עכשיו. ובה נחלקו אביי ורבה: אם שעבוד נכסים לגביית חובו הוא בגדר קנין על העתיד בנכסי הלוח, דאם לא יפרע לו מתברר למפרע שהיה למלוח קנין בחפץ על העתיד ודינו כשותף, וזהו שיטת אביי, ואילו רבה ס"ל

⁷ מסביר הפני"י: "דלאביי כיון דלמפרע גובה, אין הלוח יכול להקדיש אפילו קדושת הגוף, וממילא דה"ה בחמץ ושחרור נמי הוי דינא הכי, דלאביי לא מפקיע מידי שעבוד, ואע"ג דממשנתנו מוכח דאיירי באפותיקי מפורש, כמו שכתבו התוספות בסמוך, מיהו התוספות סברי דאפותיקי מפורש נמי מכאן ולהבא גובה לרבה דלא הוי כמאן דא"ל מעכשיו. ולפי"ז צ"ל דהא דאמרינן בפסחים כי פליגי היכא דאקדיש מלוח ולא משכח פלוגתייהו בדאקדיש לוח לענין קדושת הגוף וחמץ ושחרור, היינו משום דעיקר פלוגתייהו דאביי ורבה התם איירי במקרקעי, מדקאמר דאתי מלוח וטריף מלקוחות, והיינו בקרקעות דוקא, וא"כ ניחא ליה לתלמודא לפרש פלוגתייהו במידי דשייך בקרקעות והיינו קדושת דמים דוקא".

⁸ שהחלות היא ממש למפרע מוכח אף מדעת הרמב"ן בקידושין (ח,ב). דעת הרמב"ן במקדש במשכון דר' יצחק מקודשת רק אם לבסוף גבה חובו מהמשכון: "ובמשכון דאחרים דמקודשת כדרכי יצחק, משמע לי מסוגיא דפסחים (ל,ב) דמשכון דתפיס ליה מלוח ברשותו, אם לא פרעו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע הוא גובה, ואי זבין מלוח או אקדיש משעת הרהנה (מסירת המשכון למלוח) שפיר זבין ושפיר אקדיש, ואי זבין לוח או אקדיש לאו כלום הוא וכולה מדרב יצחק כדאיתא התם, ובכה"ג הוא דאמרינן הכא דמקודשת כגון שהוחלט המשכון אחר כן". מבואר בדבריו, שלמד מהסוגיא בפסחים, שרק אם למפרע הוא גובה ואם ימכור או יקדיש הלוח מכירתו מכירה, רק משום כך אינו עובר בבל יראה, ורק משום כך נחשב ממונו לגמרי כדי לקדש בזה אשה. ודעתו כדעת תוס' שאם מקדיש לוח, היכא דהמלוח למפרע גובה, אין הקדשו חל.

דשעבוד נכסים אינו דומה לקנין ובעלות על העתיד והוא רק בגדר זכות גרידא כיון דזכות המלוה אינה ודאית.⁹

אך עדיין צ"ב האם הגדרתו של רשש"ק תועיל לנו להבנת דברי התוס' והרמב"ן, שלדעתם לפי סברת אביי לא יחול הקדש הגוף של הלוח, בעל הקרקע, משום שעבודו של המלוה, והרי הקדש של שותף חל על חלקו, וא"כ מדוע שלא יחול על הקרקע עד הגביה, ואפשר שכוונת תוס' שלא יחול להיות ממון גמור של הקדש. הרמב"ן אמר שאשה תהיה מקודשת רק אם לבסוף גבה את המשכון, אך אם מוגדר שיש למלוה שותפות בקרקע/במשכון מדוע שלא תהיה מקודשת.

והנראה בדעת תוס' והרמב"ן שלמדו בדעת אביי כהסבר הראשון שהבאנו, שעושה קנין על תנאי שאם לא יפרע יזכה בו המלוה משעת ההלוואה אך בתנאי שכל הזכויות עד מועד הפירעון שייכות ללוה.¹⁰

והנה, נחלקו התומים וקצוה"ח (סו,כו) על פי דברי תוס' (ב"ב עו,ב ד"ה קני) שביאר שאין מועילה מכירת שטרות מדאורייתא "דכמו שאינו יכול להקדישו...כיון שהקרקעות אינם ברשותו כך אינו יכול להקנותן מן התורה". התומים דייקו, שלדעת אביי שיכול להקדיש גם המכירה מדאורייתא, אך קצוה"ח דוחה שגם לאביי, שסובר למפרע הוא גובה, זה רק כאשר המלוה בא וגובה החוב מהקרקע ואז מתברר שזכה למפרע ולכן גם כאשר מוכר לא מועיל המכר עד שיגבה המלוה, ואם המלוה מוחל החוב ולא גובה מהקרקע לא זכה כלל, 'אבל הלוקח דלא זכה בשעבוד משום דהשעבוד גופיה אינו נמכר לו אלא כשגובהו המלוה לבסוף, וא"כ כל זמן שלא גבה המלוה אין הלוקח זוכה בשטר'. יוצא אם כן, שלדעת התומים בדעת אביי תועיל המכירה מדאורייתא ולא יכול למחול ללוה, אך לדעת קצוה"ח המכירה ללקוח מותנת בגבית המלוה את חובו מהקרקע אך אם ימחול בטלה המכירה.

לפי הסבר הגרשש"ק מובן מדוע שתועיל המכירה כאשר מוכר חלקו כדברי התומים, אך לפי ההסבר ששהשעבוד הוא מכר בתנאי, התנאי הוא שאם המלוה יגבה יקנה, מובן שלא יחול המכר אם לא יגבה המלוה.

⁹ ועיי' בפרק יב במערכת הקנינים שמבאר לפי דבריו מדוע לאביי אינו עובר בבל יראה הרי הם שותפים כרגע בקרקע.

¹⁰ ובמלוה הכתובה בתורה, כך התנתה התורה.

סיכום: פתחנו בהוכחה שדעת אב"י שלמפרע הוא גובה, דעתו ששעבוד דאורייתא, וברור בדעתו שבכור יגבה פי שניים, (לדעת המאירי הנחה זו אינה תקיפה שכל דברי אב"י הם באפודתיקי וחשיב שפירש מעכשיו).

הבאנו שלשה דרכים בהבנת כוחו של השעבוד לפי דעת אב"י:

1. קנין על תנאי.
2. אב"ז - קנין שעבוד, מתברר שמתחילה היתה זכות למלוה, וברגע שמכרה עברה ללוקח.
3. רש"י - שותפות בקרקע, כמו ששותפים מתחלקים בזכויות (ע"פ ר"ן פ"ב דנדרים) כך גם הקרקע קנויה למלוה לעניין, אם הלוח לא יפרע חובו. (ראינו שמקצוה"ח משמע כהסבר הראשון ובדעת התומים יש להסתפק).

ג. בכור נוטל פי שניים

בפרק הקודם למדנו שמי שסובר 'שבכור נוטל פי שניים בקרקע' סובר שעבודא דאורייתא וכש"כ מי שסובר שלמפרע הוא גובה.

יש לשאול שתי שאלות. א. האם מי שסובר ששעבודא דאורייתא חייב לסבור שבכור נוטל פי שניים. ב. האם כל מי שסובר שבכור נוטל פי שניים יסבור שלמפרע הוא גובה.

תוס' בב"ב (קכו, א ד"ה ואין) שואל איך יתכן שר"ב פפא סובר שגבו קרקע אין הבכור נוטל פי שנים ומאידך סובר ששעבודא דאורייתא – "וצריך עיון דר"פ סבר הכא בין גבו קרקע בין גבו מעות אין לו, אם כן סבר שעבודא לאו דאורייתא, דשילהי גט פשוט מדמי להו אהדדי, ובפרק קמא דקדושין (יג, ב) סבר ר"פ שעבודא דאורייתא".

מבואר בדברי תוס' שכל הסובר ששעבוד דאורייתא יסבור שבכור נוטל פי שנים כשגבו קרקע, א"כ אם שעבוד דאורייתא, חייב להיות שכבר נחשב למוחזק אצל המלוה עוד קודם שגבה.

האם הדין שבכור נוטל (כשגבו קרקע) תלוי בהכרעה בשאלה אם למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא?

הרי"מ בחידושיו (לט, ד) כותב שהטעם שבכור נוטל פי שנים הוא משום דלמפרע הוא גובה, דמשמע בגמ' (קכה, א) שדין זה תלוי בדין האם יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה, שאם למפרע הוא גובה כאשר

היתומים גבו קרקע בחוב אביהם התברר שעוד בחיי אביהם היתה הקרקע ברשותו, ולכן בע"ח אחר יחזור ויגבה ומאותו הטעם בכור נוטל פי שנים שחשיב שהיה מוחזק עוד אצל אביהם.

אם נלך בדרכו של תוס', שכל הסובר שעבוד דאורייתא בכור נוטל פי שנים, ועל פי הסברו של החידושי הרי"מ שלמפרע הוא גובה, למדנו – שעבוד דאורייתא שווה שלמפרע הוא גובה.

אמנם תוס' נשאר בצ"ע בדעת ר"פ, ועוד שלפי דברינו לדעת רבא מוכרח ששעבוד דרבנן ובתוס' בגיטין (נ,א ד"ה כיוון) כותב שרבא סובר ששעבוד דאורייתא, ועוד שלדעת הרי"ף והרמב"ם קי"ל שעבוד דאורייתא ופסקו שגבו קרקע אין לו.

לכן מבאר החידושי הרי"מ שמה שאומרת הגמ' שלמ"ד בכור נוטל פי שנים סובר ששעבוד דאורייתא אין זה אומר שכל הסובר ששעבוד דאורייתא צריך לסבור שלמפרע הוא גובה אלא גם לדעת רבא שמכאן ולהבא הוא גובה דין זה מדאורייתא.

סיכום: לפי דברי תוס' (ב"ב קכו,א) למדנו שהמשמעות ששעבוד דאורייתא הוא שלמפרע הוא גובה, אמנם ליישב קושיית תוס' וכן מכך דקי"ל שעבוד דאורייתא ובכל זאת גבו קרקע אין לו, למדנו שאף אם שעבוד דאורייתא, מכאן ולהבא הוא גובה.

ד. ביאור דעת רב פפא

לאחר שלמדנו שאף אם שעבוד מדאורייתא, מכאן ולהבא הוא גובה, ננסה להבין מהו תוקפו של השעבוד.

בגמ' בקידושין (יג,ב) משמע שרב פפא סובר שעבודא דאורייתא:

אמר רב פפא, הילכתא: מלוה על פה - גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות; גובה מן היורשין - שעבודא דאורייתא, ואינו גובה מן הלקוחות - דלית ליה קלא.

אמנם בגמ' ב"ב (קעו,א) מובאים דברי ר"פ בשינוי, "אמר ר"פ, 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". על פניו משמע מכאן שסובר ר"פ ששעבוד דרבנן דאל"כ מדוע נצרך הטעם

שגובים מיתומים כדי שלא תנעל דלת בפני לוי, די היה שנאמר שאין כאן צורך לתקן שלא יגבו.

נחלקו הראשונים בישוב סתירת הסוגיות – תוס' ב"ב (ד"ה גובה) כתבו דהוי כמו איכא דאמרי בהבנת דעת ר"פ "ויש לפרש, דר"פ לא אמר אלא מלוה על פה גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות, וגמרא מפרש לה הכא למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, והתם למאן דאמר שעבודא דאורייתא, והוי כמו איכא דאמרי מילתא דהכא ודהתם". הרמב"ן כותב שאף שסבירא ליה לר"פ שעבוד דרבנן כתב בקידושין שגם לסוברים שעבוד דאורייתא לא גובים מהלקוחות אך נשאר הדין ביתומים.

הרי"ף (ב"ב עה,א) לומד שדברי ר"פ עיקרן בקידושין ולכן פוסק דשעבודא דאורייתא – "וקי"ל הכי, דהא ר"פ דהוא בתרא פסק הלכתא הכין בפרק האשה נקנית, דאמר ר"פ הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא".

ומסביר הרי"ף מדוע פה שינה ר"פ את לשונו, כדי לומר מדוע לא תיקנו גם ביתומים, "והא דקא פסק ר"פ הכא, ואמר דהלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא, לאו דפליגא דידיה אדידיה, אלא הא קא משמע לן דהיינו טעמא דאוקמוה רבנן אדאורייתא וגובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לוי".¹¹

יש מן הראשונים (רמב"ן, ריטב"א וכן למד הש"ך – לט,ב) החולקים על הרי"ף, שסובר שלדעת ר"פ שעבודא דאורייתא. לדעתם מוכח שר"פ סובר שיעבודא דרבנן, שהרי סובר שהטעם שלא גובים מיתומים קטנים משום 'דלאו בני מיעבד מצווה ניהו' וא"כ מוכח שסובר דשעבודא לאו דאורייתא, שאם היה שעבוד היה גובה גם מקטנים. וכן מהגמ' בכתובות (פו,א) "א"ל רב כהנא לר"פ, לדידך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיבעיד מצוה, מאי? א"ל, תנינא: במה דברים אמורים - במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין

¹¹ הריטב"א בקידושין מקשה ל"ל טעם להעמיד על דין תורה: "ולא מחוור... שלא היה צריך לתת טעם למה העמידוה רבנן לגבות מן היורשין כדינו דהא פשיטא שאין חכמים יכולין לעקור דבר מן התורה בלא טעם", וכיוצא בזה הקשה הש"ך בסימן לט. אחרונים מתרצים שהואיל וביטלו את השעבוד, בטל השעבוד לגבי הכל או שכעת חסר בסמיכות הדעת ולכן צריך תקנה חדשה.

אותנו עד שתצא נפשו", מבואר שאפשר לכפותו רק משום המצווה ולא משום הממון.

נראה שלמדו שאם קנוי למלווה שעבוד חשיב שממונו אצל היתומים ולא צריך מצווה כדי לחייבם להוציאו. אמנם הרי"ף כלל לא הכניס זאת כשיקול וכן תוס' בב"ב (קכו, א מובא לעיל) שלמד בדעת ר"פ ששעבוד דאורייתא.

סיכום: הרמב"ן, הריטב"א והש"ך למדו בדעת ר"פ הסובר שפריעת בע"ח מצווה ששעבוד לאו דאורייתא ואילו הרי"ף ותוס' לא ראו בדברי ר"פ פריעת בע"ח מצוה נקיטת עמדה בשאלה אי שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא.

ה. שני סוגי שעבוד

בביאור מחלוקתם – נראה בדעת הרמב"ן (והסוברים כמותו) ששעבוד הוי זכות ממונית בנכס ולא רק זכות גביה בעלמא ולכן אף שהקרקע אצל יתומים קטנים יכול המלווה לטרוף מדין ממוני גבד'.

הרא"ש בתוספותיו (כתובות פו, א ד"ה לא ניחא) מקשה את קושית הראשונים ומתרצה -

וא"ת כיון דשעבודא דאורייתא אפילו מיתמי אמאי לא מגבינן לבע"ח שעבודה אפילו מיתמי קטני כיון דמשעבד ליה מאבוהון ואע"ג דלאו בני מעבד מצוה ניהו מ"מ כיון דשעבודו מונח לפניו למה לא יקחנו, ונראה לי כיון דהשתא נפול נכסי קמי יתמי ואינון לאו בני מעבד מצוה ניהו אף לנכסיהם לא נחתינן דנכסוהי דאיניש אינון ערבין היה וכיון דלוה לא מחייב לא נתחייב גם הערב.

מבואר מדברי הרא"ש, שלדעת ר"פ אע"פ ששעבוד דאורייתא אין השעבוד חל על גוף הקרקע אלא נתנה תורה זכות למלוה לרדת ישירות לנכסים. וכן מסביר התומים (לט, ב) "והיינו דסבירא ליה הא דשעבדא תורה הוא דעיקר חיובו על הלוה דמצווה עליו לפרוע, ואי לא רצה הרי כופין אותו כדאמרין בכתובות (פו, א), ונכסיו אינון ערבין, ולכך גובים דבר תורה מנכסיו", אך מיתומים קטנים אין גביה שכן אינם חייבים לפרוע ולכן הנכסים אינם ערבים.

מבואר מדבריהם שהנכסים ערבים ללוה אך אין זכיה בעצם הקרקע, לכן אף שללוה עצמו היו ערבים, לאחר מותו שוב אי אפשר לגבות מהם כי ליתומים אין שעבוד הגוף ולכן גם אין ערבות.

ואף שהלקוחות גם הם אינם חייבים, אך לזה התורה שעבדה את הנכסים ונתנה רשות למלוה לגבות חובו של הלוה מנכסים אלו אפילו שכבר יצאו מרשות לוח, אך במות הלוה שוב אין חוב כלל ולא ניתן לירד 'לערב'. לפי הגדרה זו שעבוד אינו אלא זכות גביה בלבד.

נמצאנו למדים שלדעת הרי"ף השעבוד הוא רק זכות גביה אך לא קנין בקרקע ולרמב"ן הוי קנין בקרקע.

הרמ"ה בסוף ב"ב (קעו,א) מבאר שכבר נחלקו אמוראים בשאלה זאת דעת עולא ששעבוד דאורייתא מקרא דיוציא אליך את העבוט ולכן מדאורייתא גם מטלטלין משתעבדים אך לדעת ר"פ שאין גובים מטלטלין מיתומים (ואין לומר שהפקיעו השעבוד אפילו מיתומים שהרי ליתומים אין ענין לתקן) למד שהשעבוד מדין ערבות וזה שייך דוקא בקרקע שהמלוה סומך דעתו על כך.

סיכום: לדעת הרמב"ן שעבוד הוא בגוף הקרקע ולדעת הרי"ף ותוס' שעבוד אינו אלא זכות גביה. ולפי רמ"ה תליא במחלוקת אמוראים.

ו. מכירת שעבוד

למדנו בגמרא שלדעת רבא הסובר שמכאן ולהבא הוא גובה לא מועילה מכירת המלוה את הקרקע, אמנם לפי דעת הרמב"ן מדוע אינו יכול למכור את זכותו שבקרקע? וצריך לומר שאין כלל אפשרות למכור שעבוד, אף שיש לו שייכות בקרקע אין זה חלק מוגדר, ורק לדעת אביי שהקרקע נעשית למפרע של המלוה, אם מכרה נעשית של הקונה כמו ההסבר הראשון בפרק א, וכן לפי הסברו של רשש"ק שלדעת אביי זוכה המלוה מרגע ההלואה, אלא שחלקו בקרקע מוגדר מרגע הגעת הזמן, ולכן יכול למוכרו. אמנם נראה שהאבני נזר סובר שלדעת רבא אין כלל שעבוד בקרקע שהרי לדבריו גם בדעת אביי כל זכותו זה שעבוד בעלמא.

אכן לדעת ר"ת ניתן למכור את שעבוד הקרקע. ידועה דעת ר"ת שמהני מכירת שטרות מדאורייתא אך המלוה יכול למחול את השעבוד משום שרק שעבוד נכסים נמכר ולא שעבוד הגוף. וכפי שמביאו הרשב"א (ב"ב קמז,ב): "וטעמא דמוכר שיכול לחזור ולמחול אע"פ שמכירתו מן התורה, לפי שאין אדם יכול למכור אלא זכות השעבוד שיש לו בנכסי חבירו אבל חיוב הגוף שחבירו מחוייב לפרוע לו חובו כדאמרין (לקמן קעד,א) פריעת בעל חוב מצוה אינו יכול למכור, ונכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה וכל שזה מוחל ללוה חיוב הגוף פקע שעבוד הנכסים".

הרשב"א מקשה על ר"ת "ולא ירדתי לסוף דברים אלו, שאלו תאמר שאינו מוכר לו אלא שעבוד הנכסים שיש לו על חבירו, השעבוד אין לו גוף שיהא קנוי ומכור ואילו נכסי הלוחה אינן של מלוה שיוכל למוכרו, דאקדיש מלוה וזבין מלוה לא עשה ולא כלום דקיי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה".

הרי קיי"ל כרבא שלהבא הוא גובה וא"כ השעבוד אין לו גוף והוי דבר שאין יכול למכור.

בפרק הקודם (ה) הבאנו שדעת הרמב"ן שלשעבוד יש ממשות בקרקע וכן דעת הרשב"א בקידושין (יג,ב) ובכל זאת ברור לו שאין דרך למכור שעבוד זה. ומשמע א"כ שדעת ר"ת היא שאפיל לדעת רבא יש קנין בקרקע שיכול למוכרו וקשה שלרבא משמע שאינו יכול למוכרו.

הגרשש"ק (מערכת הקנינים יא) הקשה על ר"ת ששעבוד ניתן למכירה, מבאורו בדעת רבא לפיו אין קנין בקרקע אלא רק זכות לגבות מהקרקע.

בישוב קושייתו הגדיר את מחלוקת אביי ורבא וכתב: "דלאביי דסובר דזכות זה הוא חלק ממש בקרקע אם נתקיים אח"כ זכותו באותה שדה, ע"כ הוא נמכר בקנין שנקנה שאר נכסים, קרקע בכסף ושטר, ומטלטלין בחליפין או במשיכה, ולרבא דסבירא ליה דזכות זה אינו חלק בקרקע, אף שנמכר ונקדש מן התורה אבל אינו נמכר כשאר חפצים, וצריך קנין זה מעשה קנינים מיוחדים ונמכר ע"י כתיבה ומסירה...וע"י מעשה קנין כזה אפשר למסור זכות זה לאחרים מן התורה".

ז"א שלפי ר"ת ההבדל בין אביי לרבא הוא בדרך בה ניתן לקנות את השעבוד. לפי זה נוכל לומר שאף אם יש קנין וזכות בקרקע המשועבדת, כמו שהוכחנו להרבה ראשונים, י"ל שלדעת רבא ניתן למכור זכות זו רק ע"י שטר הואיל ואין זה חלק מוגדר.

סיכום: אף לסוברים ששעבוד הינו זכות בגוף הקרקע אינו יכול למכור זכות זו שאין זה בעלות על גוף הקרקע, כך מוכח מהרשב"א, אמנם בדעת ר"ת משמע שיכול למכור זכות זו אך לכך בעי כתיבה ומסירה. (ומהגרשש"ק משמע שאף שאין זכות כלל בגוף הקרקע ניתן למוכרה).

ז. תוספת ביאור בדעת הרי"ף

האם ניתן לומר שאין שום רושם קניני בקרקע המשועבדת?

ישנם מספר סוגיות שמשמע מהם שיש השלכות קנייניות בקרקע:

דין הילך

הגמ' בב"מ (ד,ב) מביאה הוכחה למ"ד שפטור משבועה ב'הילך' ממודה בשטר 'והאי שטר דקמודי ביה - הילך הוא, ושמע מינה: הילך פטור', ומסביר רש"י שמודה בשטר הוי הילך 'דכיון דכל הודאתו בשטר כתובה, דשטר נמי שתיים משמע, וכל משמעות השטר הילך הוא - שהרי הקרקעות משועבדים על כך' דהיינו הואיל והקרקע משועבדת חשיב הילך, ומבאר הפני"י במקום 'דמה שמודה לו בשעבוד קרקעות מיקרי הילך שהרי הם ברשות המלוה בכל מקום שהם' – מבואר מדרך זאת שכבר יש למלוה זכות בקרקע.

דין קדימה

הגמ' בכתובות (צ,א) דנה מה הדין בבעל חוב מאוחר שקדם וגבה, ואומר הרמב"ן שהסוברים שמה שגבה לא גבה וחוזר המוקדם וגובה מהמאוחר זה למ"ד שעבוד דאורייתא. והנראה בטעמו, שמשום שהמוקדם כבר זכה בזכות בקרקע לא יכול הבע"ח המאוחר למנוע ממנו לקחת זכותו, אך אם נסבור שכל השעבוד הוא רק דין ערבות ונכסים אלו ערבים גם לבע"ח המאוחר מנין לנו שיכול לחזור ולגבות (רוצה לומר – אם יש זכות קניינית מובן שחל לראשון קודם לשני אך אם זה זכות בעלמא מנין שיש לראשון עדיפות).¹²

לכאורה יש לומר שאף שהרי"ף סובר שהשעבוד נובע מדין ערבות והיכא שאין מצוה אין שעבוד, אך ניתן להבין שכאשר יש מצוה וחובה על הלוח יש גם זכות למלוה בנכסים, שעומדת ותלויה בשעבוד הגוף, וברגע שיופסק שעבוד הגוף גם פוקע שעבוד הנכסים.

כדרך זו נשמע, לכאורה מדברי התומים:

הראשונים שאלו על דעת ר"ת במוכר שט"ח (לעיל) מדוע כאשר מוחל את החוב בטל השעבוד שמכר אך כאשר מת הלוח אף שפוקע שעבוד הגוף עדין קיים השעבוד נכסים, ואומר הר"ן (כתובות מד,ב בדפי הרי"ף) 'ומיהו כשמת הלוח אע"פ ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסים לא פקע, לפי שעיקר ערבותו של

¹² כדוגמא לדבר מבאר הרב שך (אבי עזרי אישות יח,יד) החילוק בין פוסק מזונות לבת אשתו לחיוב מזונות לאשתו. החיוב לבת הוא חיוב ממון והמזונות זה השיעור לעומת חובתו לאשתו בתנאי ב"ד עצם החיוב זה מזונות "וא"כ אם היה שעבוד נכסים לגבות מלקוחות אין זה מגדר קנין שהיא האשה יש לה בנכסים שהרי אין לה ממון גביה כלל רק מזונות והנכסים הרי אינן מזונות אלא שמ"מ הנכסים משועבדים לה מטעם שהן ערבין לכל החיובים שיש. ואף שיש דין ערבות על הקרקע אבל דין קדימה לא שייך שחיוב הערבות חל שפיר אף שיש כבר ערבות על הנכסים בעד חיוב אחר".

נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע מהם, אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים נפקע.

ומבאר דבריו הקצות (סו, כו) "דשעבוד נכסים דין ערב ממש הוא, ודון מיניה דערב אילו הלך הלוה למדינת הים או מת הלוה ולא הניח אחריו כלום ודאי הערב חייב לשלם, ואילו היה המלוה מוחל ללוה גם הערב נפטר, ומשום דהערב נתערב בשביל הלוה אם לא יפרע חובו מן הלוה אזי יהיה קם תחתיו לפרוע חובו, ובזה נתחייב מתחילת הערבות בעוד שהיה חל על הלוה שעבודו ובשעה שהיה הלוה קיים, אלא דכשהלוה פורע בעצמו או שמחל לו המלוה דהוי כפרעון א"כ ממילא נפטר הערב כיון שכבר קיבל המלוה את חובו על ידי פרעון או על ידי מחילה דהוי כפרעון ממש". דהיינו כאשר האדם מוחל הוי כפרעון וממילא נפטר הערב אך אם מת הלוה עדין אחריות הערב חלה וניתן לפדות מהנכסים.

התומים (סו ס"ק מג) אינו מקבל הסבר זה, לדעתו אין אפשרות שיהיה שעבוד נכסים ללא שעבוד הגוף "וצ"ל לפירוש ר"ת אם כן במת לוח ונפלו נכסים קמי יורשים דהא פקע שעבוד גוף, באיזה אופן יחול שעבוד נכסים וצ"ל דאף במת לוח כשירש זוכה בנכסים אף הוא משתעבד כמו לוח בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה". מבואר בתומים שאין אפשרות לגביה ממשועבדים כאשר אין שעבוד הגוף.

לעיל (פרק ד) הבאנו את ישובו של התומים לדעת הרי"ף, שאף דסבירא לן שעבוד דאורייתא אין גובים מיתומים קטנים שכל השעבוד הוא רק דין ערבות ולא זכות קנין בקרקע וא"כ כאשר מת האב ופקע חובת הגוף ממילא אין דין ערבות על הנכסים. אך קשה א"כ אף כאשר היתומים גדולים היה צריך להיות הדין שאין שעבוד שהרי שעבוד הגוף פקע, אלא שצריך לומר שכוונת התומים בדעת הרי"ף כמו שהסביר בדעת ר"ת שעל היתומים יש שעבוד הגוף וגובה מהנכסים, אך דווקא מיתומים גדולים שחייבים במצוות אך קטנים הואיל ואין מצווה אין שעבוד הגוף וממילא אין שעבוד נכסים.

היוצא מדברי התומים - בדעת ר"ת - שכאשר יש שעבוד הגוף יש זכות קניינית בקרקע, שהרי לדעתו הבע"ח יכול למכור רק את שעבוד הנכסים, אך בכל זאת סובר שבמיתת הלוה פוקע גם השעבוד נכסים.

מבואר שאף שנסבור שדין השעבוד הוא רק כערבות לשעבוד הגוף, וכאשר פקע שעבוד הגוף פוקע שעבוד נכסים, יש זכות קניינית בקרקע.

ובהבנה נוספת - קשה לומר שהזכות בקרקע תפקע ותחזור מאליה, אלא לפי הבנה זאת נאמר שיש זכות קנין בקרקע מזמן ההלוואה ועד לפרעון, אך הגישה לקרקע מותנת בשעבוד הגוף בפועל ולכן יתומים קטנים או כאשר המלוה מוחל אף שאין כלל שעבוד הגוף עדין הזכות הקניינית קיימת אך אין את הגישה לקרקע. לפי זה נוכל להבין גם בדעת הרי"ף ששעבוד חשיב הילך משום הזכות הקניינית וכן משום השעבוד יש דין קדימה.

אך לאור הבנות אלו עדין קשה השאלה הנוספת ששאלו הראשונים על שיטת הרי"ף, דמבואר שלר"פ אין שעבוד דאורייתא ששאלה הגמ' 'אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי?', מבואר שאין שעבוד בקרקע, אך לפי דברינו אף שהשעבוד מדין ערבות צמודה לו זכות קניינית. ונראה שבדעת הרי"ף נישאר בהסברנו שאין כלל זכות בגוף הקרקע.¹³

סיכום: הוכחנו מדברי התומים שגם לדעה ששעבוד הוא מדין ערבות ומותנה כל הזמן שיש כאן שעבוד הגוף, עדין ניתן להבין שיש כאן זכות קניינית רק שבהסתלק שעבוד הגוף אין גישה לשעבוד בקרקע. אך לבאר שזה סברת ר"פ על פי הרי"ף קשה דא"כ לא נכפה אותו מכפיה על המצוות אלא מדין 'ממוני גבד'.

ה. שעבודא לאו דאורייתא

מה כוח השעבוד למ"ד שעבוד דרבנן?

הגמ' ב"ב (קעה,ב) שאלה איך יתכן שרבה סובר שעבודא דאורייתא הרי סובר שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בכור נוטל פי שנים, "ומי אמר רבה הכי? והא אמר רבה: גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו", ומבאר תוס' (ד"ה גבו) שאף דעסקינן שגובים מהלוה עצמו מ"מ משמע שהקרקע משועבדת שהרי במעות אין הבכור נוטל "אלא ודאי עיקר שעבוד הוא על קרקע אלמא שעבוד קרקע לקוחות דאורייתא".

¹³ בגמ' בב"מ בדין הילך ישנם הסברים נוספים מדוע חשיב הילך. התורת חיים מבאר (לא גירסת רש"י ע"ש) כיוון שמודה בשטר חשיב כאילו נתן לו שטר עכשיו 'והא כיון דקמודי ביה לפני הבית דין על שתים, בהך הודאה הוי כאלו יהיב ליה השתא שטר חוב, דמעיקרא חספא בעלמא הוה והשתא הוא דמשוי ליה שטרא בהודאתו, וא"כ מודה במקצת הוא והילך גמור הוא ואפילו הכי פטור ש"מ דהילך פטור'. ובדין קדימה גם יש להסביר שאף שעבוד זה דין ערבות כאשר הבע"ח מאוחר לקח הקרקע עדין יש למוקדם כח לגבות הקרקע מדין ערבות, וצ"ב.

וצריך ביאור מנין הפשיטות לגמרא, שאם שעבוד דרבנן אין הבכור נוטל פי שנים בקרקע שגבו.

הר"י מיגאש כותב "אלמא שעבודא דאורייתא וכאלו הך קרקע שבק אבוהון והוה ליה מוחזק, דאי סלקא דעתך שעבודא לאו דאורייתא, ומעידנא דגבי ליה בע"ח לקרקע הוא דזכי ליה בההוא קרקע, אבל מקמי הכי לא, דהא שעבודא לאו דאורייתא..." , מבואר מהר"י מיגאש שאם שעבודא לאו דאורייתא זוכה בקרקע רק מזמן הגביה.

הקוב"ש (ב"ב שפו) מביא גם עקרון זה מהרמב"ן (קכו,א) ומבאר: "ואף דמדרבנן טורף מלקוחות, כבר כתב הרמב"ן דמשום שעבודא דרבנן לא מיקרי מוחזק כדמוכח בגמ' שילהי גט פשוט, וטעם ד"ז נראה דהא דטורף מדרבנן ע"כ הוא מטעם הפקר בי"ד, וההפקר הזה מתחדש בשעת הטירפא ולא קודם לכן דאז עדיין אין לו שום זכות בנכסים, ומשו"ה מיקרי ראוי ולא תיכף משעת הלואה, ובבכורות דף נא מבואר דלמ"ד ירושת הבעל דרבנן חוזרת ביובל והיינו דבשביל תקנת חכמים אין לו דין יורש אלא דבשעת מיתת האשה הקנו לו חכמים נכסיה והוי כמתנה דחוזרת ביובל".

אך עדין לא מוסבר מדוע אין בכוח חכמים לתקן שעבוד לא גרע מכוחם להפקיר, הניחא אם נאמר שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו לשעבד בפירוש אינו יכול, (תוס' סו"פ ג"פ דאעפ"י שיכול למוכרן אינו יכול לשעבדן, וכ"כ הריטב"א בפרק קמא דקידושין (יג,ב) סוד"ה א"ר יהודה) דאפילו שעבד בפירוש לא מהני ואף שיכול למוכרן לפי שאין הקנאה לחצאין ע"ש), מבואר שאין חלות כזאת כלל של קנין לחצאין. אך לסוברים שאף שאין שעבוד מהתורה אדם יכול לשעבד נכסיו (רש"י קידושין יג,ב) כש"כ שיש בכוח חכמים לתקן שעבוד – ר' שמואל (שעורים ב"ב קעה) כותב "וצריך לומר דאי שעבודא לאו דאורייתא, גם מדרבנן לא תקנו בגדר שעבוד וקנין, רק זכות גביה תקנו לו, ולכן כל זמן שלא גבה לא חשיב מוחזק".

האור שמח (עדות יא,ו) מבאר שמדרבנן מוכרח שהגביה תהיה רק מכאן ולהבא, כי בדברי סופרים אזלינן בתר גמרו וסופו, שאינו נעשה איסור בעצם רק במקרה, והטעם שתמיד בי"ד גדול יכול לבטל התקנה, "ולכן אמר בסוף ב"ב דאם שעבודא לאו דאורייתא ומהתורה יכול למכור הוי מלוה ראוי בגבו קרקע...מ"מ כיון שהוא דדבריהם לכן בשעת מות אביהם חזינן דאימור תבטל התקנה ולא יהיו יכולים לטרוף מהתורה מלוקח, רק כי אתא שעת

הגביה והתקנה עוד קיימת אז אלימא כדברי תורה אבל חשיבא כאלו באה לאחר מיתת אב."

לאור האמור יוצא שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה בשטר אין למלוה זכות בנכסים.¹⁴

שאלנו לעיל (פרק ו) מדין קדימה ממנה משמע שיש זכות בגוף הקרקע, אכן הרמב"ן שם בסוגיא (כתובות ז,א) תולה את המחלוקת בשאלה האם מה שגבה גבוי בשאלה האם שעבוד מדאורייתא או מדרבנן, ובלשון הריטב"א: "ורבינו הגדול ז"ל פירש דהאי פלוגתא שייכא בפלוגתא דעלמא (קדושין יג,ב) בשעבודא אי דאורייתא אי לאו דאורייתא, דמאן דאמר מה שגבה גבה קסבר שעבודא לאו דאורייתא ואין מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים אלא בתקנתא דרבנן שלא תנעול דלת בפני לוויין ובשני בעלי חובות ליתיה לההוא טעמא כדפירש רש"י ז"ל, ומאן דאמר מה שגבה לא גבה סבר שעבודא דאורייתא ומלוה בשטר טרפא מנכסים משועבדים ואפילו מלוה על פה היתה טורפת אי לאו משום דלית ליה קלא הלכך לגבי בעל חוב מאוחר נמי מפיך מיניה דאמר ליה שעבודא גבך הוא, ובזה יבא יפה מה שפסקו הגאונים ז"ל מה שגבה לא גבה משום דהא קיימא לן שעבודא דאורייתא".

אומר הריטב"א שלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא מה שגבה גבה, שאין טעם לתקן שיזכה הראשון משום נעילת דלת שהרי גם השני מלוה, אך למ"ד שעבודא דאורייתא גובה 'דאמר ליה שעבודא גבך הוא'.

למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, האם ניתן ליצור שעבוד?

דעת רש"י בקידושין (יג,ב ד"ה אינה) שגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, יכול אדם להשתעבד בשטר.

הרשב"א מקשה על רש"י. איתא בב"ב (קעה,ב) דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא "ומה טעם אמרו: מלוה בשטר - גובה מנכסים משועבדים? כדי

¹⁴ יש ראשונים (רמב"ן, רשב"א וריטב"א) שהוכיחו שקי"ל שעבודא דאורייתא מכך שהלכה כרב הונא בריה דרב יהושע, הש"ך (לט,ב) כותב 'ואני בעניי איני מכיר ראייה זו' אף אם שעבוד לאו דאורייתא סוף סוף תקנו שעבוד ואם כן מובן שיגבו גם מיתומים קטנים. וצריך לומר בכוונתו שאינו שואל מכוח זה שתיקנו שעבוד ואין סיבה שיפקע במות הלוח אלא כוונתו שחכמים תקנו כל היכא דלא שייך חשש צררי כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. וזה לשונו 'ורב הונא בריה דרב יהושע ס"ל טעמא משום צררי, ואה"נ דסבר שעבודא לאו דאורייתא, אלא דמשום נעילת דלת תיקנו רבנן דגובים מן היורשים, וא"כ בכל ענין גובין מן היתומים אם לא היכא דאיכא למיחש לצררי'.

שלא תנעול דלת בפני לוי". מבואר שאף שיש שטר גובה רק משום נעילת דלת. הרשב"א מתרץ שאפשר שכוונת רש"י רק אם שעבדו בפרוש והתם מיירי בסתמא שלא משעבד. מתורי"ד משמע שלרב ושמואל מהני כתיבה בשטר אך הגמ' בב"ב, למ"ד שעבודא דרבנן, סברא שאף בשטר לא מועיל.

תוס' ב"ב (ד"ה דבר) סובר, שאי אפשר לשעבד "אע"פ דכתב ליה אחריות בהדיא, לאו דאורייתא הוי האי קנין, דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות אע"פ שיכול למכרן". וכ"כ הריטב"א בקידושין.

ניתן לומר ששרש מחלוקתם נעוץ בגדר שעבוד, שלסוברים שלא ניתן לשעבד אם התורה לא חידשה כן, ששעבודא הוי רק כערב ללא זכות קנינית וממילא לא ניתן ליצור ערבות כזאת בנכסים, אך אם נסבור ששהשעבוד הוא זכות קנין בקרקע אין סברא שאם יכול למכור שלא יכול לשעבד. אמנם הריטב"א כותב שלא מועיל לשעבד משום שאין קנין לחצאין, מבואר שאף אם הוי זכות בקרקע ניתן לסבור שאי אפשר לשעבד, ולפי זה למד הקצות (לט,א) שאפשר שאף למ"ד שעבודא דאורייתא לא מועיל לשעבד מה שלא השתעבד מהתורה.

סיכום: למ"ד שעבודא לאו דאורייתא מבואר בגמ' ב"ב (קעה,ב) שהשעבוד אינו אלא זכות גביה בלבד (הפקר בי"ד הפקר – קוב"ש) אך לא קנין משעת הלואה, ומובן שלא יהיה דין קדימה. לפי רש"י ולפי תורי"ד לרב ושמואל - בשטר הוי שעבוד דאורייתא, ולדעת הרשב"א רק אם שעבד בפירוש.

ט. סיכום

ננסה לדרג את ממשותו של השעבוד בנכסים לפי הדרכים שהבאנו:

א. למפרע הוא גובה

1. כל מלוה קונה את הקרקע משעת הלואה באם הלוה לא יפרע. (תנאי שהפירות ללוה)
2. המלוה קונה את הקרקע כשותף לזמן וירד לקרקע בהגעת זמן הפירעון. (רשש"ק)
3. המלוה קונה מרגע הלואה קנין שעבוד בקרקע. (אבני נזר)

ב. מכאן ולהבא הוא גובה

1. המלוה קונה זכות קנינית בקרקע שתתן לו זכות לרדת לקרקע בהגעת זמן ואף למכור זכות זו. (ר"ת אם סובר כרמב"ן לקמן)
2. יש זכות קנינית אך אינו יכול למוכרה. (רמב"ן, רשב"א)

למהותו של השעבוד

3. יש זכות קניינית אך אינו יכול לגשת אליה ללא שעבוד הגוף. (דעת הרי"ף בבאורנו בהסבר התומים)

4. אין זכות קניינית רק הנכסים ערבים על החוב ויפקע בחיסרון שעבוד הגוף. (הרי"ף בדרך הפשט וצי"ב)

ג. שעבוד דרבנן

אין שום זכות בקרקע אלא זכות גביה מדרבנן.