

סימן ד שני שעבודים על מגרש אחד

ראשי פרקים

- א. אם יכול הממשכן למכור את המשכון
- ב. במשכנו בשעת הלואתו
- ג. משכון בקרקע
- ד. מכירת המגרש - כולו או חלקו, ואופן המכירה
- ה. שטר בעד אחד, ושטר שזמנו בכתב ידו
- ו. עד אחד המעיד על זמן ההלואה
- ז. שני מלוים שאין להם דין קדימה שבאו לגבות מנכסי הלואה
- ח. ריבית החוב של נתבע 1 לנתבע 2 ושומת המגרש
- ט. אופן חלוקת השעבוד
- י. זמן הפרעון של נתבע 2
- יא. נפקד שרוצה לתפוס ממה שהפקידו בידו

ראובן (להלן: נתבע 1) ושמעון מתדיינים ביניהם במסגרת של בוררות בענין חלוקת ריוחים מעסק משותף. לפני תחילת הבוררות סוכם שראובן ישליש סכום של 200,000 מארקים גרמניים ביד לוי (להלן: התובע). לוי אזרח חו"ל, וסכום זה מופקד בחשבונו בחו"ל בתאריך 16.11.95. סוכם שלוי ישמש כנאמן ושליש עד לפסק הבוררות.

כחודש לאחר שהושלש הסכום הני"ל (10.12.95) קנה ראובן מהתובע מטילי זהב בסכום של 140,000 דולאר. ראובן התחייב בכתב ידו לפרוע את תמורת הסחורה תוך עשרה ימים. על כתב היד חתום עד אחד (ר' י. ו.). היות והתובע חשש שעלול להיוצר מצב שראובן לא יפרע את חובו, הוא קיבל ממנו יפוי כח בלתי חוזר למכור מגרש שבבעלותו (באחד מישובי הגליל), שבמידה ולא יפרע את חובו כמתחייב, רשאי לוי למכור את המגרש ולגבות מתמורת המכירה את חובו. בשלהי חודש דצמבר, 95 כשהנתבע לא פרע את חובו, החל התובע לחקור אודות המגרש, ואז התברר לו שהמגרש ממושכן ומשועבד לסוחר אחר (ר' ד. מ. - להלן: נתבע 2), וכפי שיובא להלן. זמן המשכון היה באמצע חודש אוקטובר. ראוי לציין שהתובע לא ראה את שטר המשכון אלא הדבר נאמר לו ע"י גורם שלישי ששמע את הדבר מפי נתבע 2, וכאשר שאל את נתבע 2 על כך, אישר הני"ל את הדבר. כמו-כן הודה נתבע 2 שאת שטר המשכון לא ראה איש מלבדו ומלבד נתבע 1, ורק בפנינו הוצג שטר המשכון.

בין לבין - בר"ח טבת נוי (24.12.95) הוציא הבורר שבין ראובן ושמעון פסק דין, שהכסף המושלש ביד לוי שייך לראובן - חלק אחד מתוך שלוש, ולשמעון - שני חלקים מתוך שלוש.

בפנינו הוגשה תביעה של התובע נגד נתבע 1 שישלם את החוב שחייב לו, וכן תביעה נגד נתבע 2 שיאפשר לו למכור את המגרש. לטענתו - היפוי כח שיש בידו

גובר על המשכון שביד נתבע. 2. לחלופין - היות והחוב שחייב נתבע 1 לנתבע 2 - נכון להיום - הוא מכסימום שליש מערך המגרש, יש ביתרה כדי לכסות חלק מהחוב שחייב לו נתבע. 1. נתבע 2 אינו חפץ להפרע בשלב זה מהחוב, וזאת מאחר והחוב שחייב לו נתבע 1 נושא ריבית קצוצה של % 2 - 5, לחודש, וכפי שיובא להלן. התובע מבקש לחילופין או בתוספת לני"ל לאפשר לו לתפוס את הכסף המושלש בחשבון הבנק שבידו, הן את חלקו של שמעון והן את חלקו של נתבע 1. יש לציין שנתבע 2 מוכן לדון בפנינו רק בענין המסתעף מחוב נתבע 1 לתובע, ואינו מוכן להתדיין בענין החוב שחייב לו נתבע 1. הדבר צוין במפורש בשטר הבוררין.]

א. אם יכול הממשכן למכור את המשכון

בנדו"ד משכן נתבע 1 את המגרש לנתבע 2 בשטר. בין נתבע 1 לנתבע 2 יש קשרי עסקים של קונה ומוכר. השנים התחשבו ביניהם, כשע"פ הסיכום חייב נתבע 1 לנתבע 2 \$45,000 סוכם שהסכום הנ"ל נושא ריבית חודשית של % 2. על חוב זה נתן נתבע 1 לנתבע 2 משכון את המגרש שבבעלותו. יפוי הכח לתובע למכירת המגרש, ע"פ התאריכים שלפנינו, ניתנו מאוחר יותר. בתחילת הדברים הודיע נתבע 1, שהיות והוא כעת נמצא בקשיים כלכליים הוא מוכן שימכרו את המגרש ויפרעו בתמורתו, תחילה את החוב לנתבע 2 - חוב הנושא ריבית קצוצה - ואת היתרה לתובע. באשר לכסף המושלש ביד התובע, לדבריו כסף זה שייך לעסק משותף, ואת החלק שנפסק ששייך לו, עליו להשקיע דחוף בעסק אחר, שאלי"כ הוא עלול להגיע למצב של פשיטת רגל. כמו-כן הצהיר נתבע 1 שאין הוא חוזר מהיפוי כח שנתן לתובע למכירת המגרש.

ראשית דיונו בעצם מתן יפוי הכח למכירת מגרש ממושכן, כשבשעת נתינת יפוי הכח היה המגרש כבר ממושכן לאחר. [בענין תוקפו של יפוי כח בלתי חוזר, ראה מה שכת' כאן בסי' @. ולמסקנת הדברים מהני יפוי כח בלתי חוזר, או מדין הקנין או מדין ההתנאה, עיי"ש.]

הר"ו בגיטין (כב, א בעמוה"ר) כתב בדין משכונא, וז"ל:

"ומשכנתא שאוכל פירותיה מעתה עד שתפדה, אע"פ שלא אמר לו בפירוש גבה מזה, הסכימו הראשונים ז"ל שדינה כאפותיקי סתם וגובה ממנה אם ירצה ..."

הרי שלדעת הר"ן במשכנתא סתם, דינה כאפותיקי סתם. ומשמע שאם אמר לו במפורש "גבה מזה", דינה כאפותיקי מפורש. וכן פסק המחבר בחו"מ קיז, ב. והנתיבות שם בס"ק א כתב דכל הדין שמשכנתא סתם דינה כאפותיקי סתם הינה דוקא לענין שיכול לסלק את המלוה במעות (ועיי"ש בש"ך סי"ק ב שהוכיח דאף באפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות, ורק יורשים ולקוחות אינם יכולים לסלק). אולם בניגוד לאפותיקי סתם, שאם מכר הלוה וכשבא המלוה לגבות מצא נכסים אחרים, אין המלוה מסלק את הלקוחות אלא גובה משאר נכסים, הרי שבמשכונא אינו יכול למכור "מה שכנגד חובו". וע"ע בתומים קיז, ה שכתב דיכול למכור רק משכנתא בנכייטא, דאלי"כ אינו יכול למכור, דלא חלה המכירה. וראיה מדברי המרדכי (ב"ב סי' תקסה), וז"ל:

"... והוא הדין במשכון דאין יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו ...
והא לך תשובת רבינו תם: ואשר שאלת אם אדם יכול לאסור משכונו על חבירו ... אבל ביותר מכדי שיש למלוה על המשכון דשוי טפי ההוא טופיינא, מצי מקדיש ליה ..."

מבואר מדברי ר"ת שאין המשכון ברשותו של הלוח אלא ביתר מדמי החוב, וע"כ יכול הוא להקדיש את החלק היותר מדמי החוב. דברי ר"ת הובאו ברמ"א יור"ד רנח,ז, וכן נראה להלכה מדברי הש"ך יור"ד רכא,מד בדין משכיר בית שהקדישו, וז"ל:

"אז יכול לאסור חלקו של הבית השוה יותר מדמי השכירות והלכך אסור השוכר לדור בו. וכן במשכונא דוקא כששוה יותר מהחוב אבל כשאין שוה יותר, וכ"ש אם אין לבעל-חוב מקום לגבות את חובו אלא מזו, אינו יכול להקדיש, דאין קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד."

הרי שנקט הש"ך להלכה שאת היתר מדמי החוב יכול להקדיש. אלא שהרמ"א ביור"ד רנח,ז הביא מדברי הרבנו ירוחם שאף היותר מהחוב אינו יכול להקדיש. ונראה דמחלוקת ר"ת ורבנו ירוחם תלויה בדין בעל-חוב קונה משכון, דר"ת והמרדכי ס"ל דבעל-חוב קונה משכון רק עד כדי דמי החוב, ואילו לדעת רבנו ירוחם קונה משכון אף ביותר מכדי דמי החוב. דהנה קיי"ל בכמה מקומות בש"ס (קידושין ח,ב, שבועות מד,א ועוד) דבעל-חוב קונה משכון. תוס' ר"י הזקן בקידושין ח,ב, כתב מפורשות דלסוברים דמשכנו בשעת הלואתו קונה למשכון, הטעם הוא מפני שלא בשעת הלואתו "קני ליה עד אותו סכום שהלוח חייב לו, משכנו בשעת הלואתו נמי קצת שעבודא מיהו אית ליה עילויה". גם האחרונים נקטו בפשיטות שאינו קונה אלא רק כנגד דמי החוב. כך מוצאים אנו בדברי הש"ך בחו"מ עב,ט, דאף שסובר הש"ך כדעת רש"י דהמלוה על המשכון חייב באונסין, מ"מ דינו גם כשומר שכן, מאחר וחיובו באונסין הינו רק עד כנגד דמי החוב ולא יותר, דבעל-חוב קונה משכון עד כדי דמי החוב אבל יותר מדמי החוב אינו קונה. וע"ז חידש הש"ך דמ"מ דינו כשומר שכן לענין החלק שלא קנה. וז"ל הש"ך:

"אלא נלפענ"ד דס"ל לר"י דרבי יצחק אמר למילתיה דוקא שלא בשעת הלואתו דקנה אותו קנין גמור אף לאונסין, אבל בשעת הלואתו לא הוי אלא שומר שכן משום פרוטה דרב יוסף. מיהו משום פרוטה דרב יוסף הוי נמי שומר שכן אף שלא בשעת הלואתו משום דעוסק במצוה לשטחה ולנערה ... ונפק"מ, דאי לא הוי שומר שכן, נהי דהוי קני ליה לאונסין היינו מה ששוה כנגד חובו מטעם דבעל-חוב קונה משכון מטעמא דפרישית, דכיון שאין לו לשלם אלא ממשכון זה, שעבודה רמי על משכון זה והוה ליה כאילו מכר לו מה שכנגד חובו, אבל מה ששוה יותר מחובו לא מחייב עליה באונסין, דפשיטא דבעל-חוב אינו קונה משכון יותר ממה שמגיע לו."

הש"ך מחייב את המלוה בשמירת המשכון, אף במקום שבעל-חוב אינו קונה משכון. וע"כ אף לשיטות הסוברות שאין בעל-חוב קונה משכון בשעת הלואתו, וממילא לשיטות הסוברות כרש"י שבעל-חוב קונה משכון אף להתחייב באונסין, אף כשמשכנו בשעת הלואה ואינו קונה משכון להתחייב באונסין, מ"מ דינו כשומר שכן. והוא הדין שלא בשעת הלואתו לענין היתר מדמי החוב, "דפשיטא דבעל-חוב אינו קונה משכון יותר ממה שמגיע לו".

גם מדברי הקצוה"ח עולה בברור שאין בעל-חוב קונה משכון ביותר מדמי חובו. הקצוה"ח עב,ו, מתייחס לדברי הש"ך שם בס"ק יז המחדש שאף לדברי הרא"ש (פ"ו דשבועות הכ"ט) הסובר דהמלוה על המשכון דינו כשומר חנינם ואין המלוה נותן ללוה יתרון החוב, היינו דוקא במשכנו בשעת הלואתו, אבל במשכנו שלא בשעת הלואתו הוי שומר שכן בההיא הנאה דיכול לקדש אשה כיון דבעל-חוב קונה משכון,

משא"כ בשעת הלואתו דלא קני ליה למשכון. ומשמע מדבריו דיכול לקדש אשה אף ביתר מדמי החוב מטעם דקני ליה מדרבי יצחק, וא"כ משמע מהש"ך דקני למשכון אף ביותר מדמי חובו. וע"ז הקשה הקצוה"ח:

"דמה שכתב הש"ך דכיון דקונה מדרבי יצחק ויכול לקדש בו האשה, ומשמע מדבריו ויכול לקדש בכולה, וליתיה, דודאי אינו קונה מדרבי יצחק אלא בכדי מעותיו, וא"כ אינו יכול לקדש האשה אלא בכדי מעותיו."

ואנו נוסף דא"כ סותרים דברי הש"ך, דבס"ק ט כתב דפשוט שאינו קונה משכון אלא בכדי מעותיו, וכאן משמע מדבריו דקני ליה אף ביותר מדמי חובו. ואין לומר דהש"ך ס"ל דאליבא דהרא"ש והתוס' אף שקונה משכון רק כדי חובו ויכול לקדש אשה רק בכדי חובו, מ"מ בההיא הנאה שיש לו בחפץ בכדי חובו לקדש אשה הוי שומר שכר בכולו, דמהיכי תיתי יהיה שומר שכר על חלק שאין לו בו שכר. גם דוחק לומר דאליבא דהרא"ש קני למשכון אף ביותר מדמי חובו, דהרי הש"ך בס"ק ט נקט "דפשוט" שאינו קונה. ומ"מ חזינן בדעת הקצוה"ח דס"ל ג"כ דאינו קונה משכון ביותר מדמי חובו. ברם, לדעת רבינו ירוחם שהובא ברמ"א ביור"ד הנ"ל, אפשר דס"ל דבעל-חוב קונה משכון אף ביותר מדמי חובו, דאם ס"ל לרבינו ירוחם שאינו קונה משכון ויש לו רק שעבוד על היותר מדמי חובו, הא קיי"ל דהקדש מפקיע מידי שעבוד (גיטין מ, ב ועוד מקומות).

ב. במשכנו בשעת הלואתו

אמנם בנדו"ד שמשכן את המגרש לנתבע 2 בשעת הלואתו (שהרי משעה שהתחשבנו ביניהם התחילה הלואה חדשה נושאת ריבית), אף בכדי דמיו באנו למחלוקת ראשונים אם בעל-חוב קונה משכון. דהנה הרא"ש בפ"א דקידושין ה"י הקשה אמאי חשיב שומר שכר מטעם שיכול לקדש בו אשה, הרי גם במעותיו היה יכול לעשות כן ואיזה הנאה באה לו מהמשכון. ותירץ הרא"ש, דכיון שבשעה שנטלו למשכון לא היו מעותיו בידו, באה לו הנאה מהמשכון שלא יכל להנות ממעותיו. וממשיך הרא"ש, דהנאה זו יכולה להיות דוקא שלא בשעת הלואתו, שלא היו מעותיו בידו, אבל בשעת הלואתו, שמעותיו בידו, לא הוי הנאה ולא קני ליה למשכון. וכן מבואר מדברי תוס' ר"י הזקן בסוגיא שם בקידושין (ח, ב), וז"ל:

"ומשום הכי פרישנא לה במשכנו שלא בשעת הלואתו. והכי אוקימנא לה להא כרבי יצחק בשבועות ובבא מציעא. ואיכא מאן דמפרש במשכון דאחרים..."

וכן היא דעת הראב"י, הובאו דבריו במרדכי קידושין (סו"ס תפו). אולם מצאנו ראשונים אחרים הסוברים דקונה משכון אף בשעת הלואתו. התוס' בקידושין ח, ב כתבו, דאע"ג דרבי יצחק איירי במשכון שלא בשעת הלואתו, מצינו למימר דכיון דשלא בשעת הלואתו קונה קנין גמור, בשעת הלואתו נמי אלים שעבודה לקדש בו אשה. אולם במקומות אחרים נקטו התוס' כדעת הרא"ש דקונה משכון רק שלא בשעת הלואתו. כך מצאנו בדברי התוס' בב"מ פב, ב ד"ה אימור. ואפשר דהתוס' בב"מ כתבו גם, מדברי התוס' בגיטין לז, א (ד"ה משכנו) מפורש דלא קני מדר' יצחק אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו. ועי' בתוס' קידושין יט, א ד"ה במלוה ובמהרש"א שם.

ברם, ראשונים אחרים כתבו מפורשות שר' יצחק מיירי גם במשכון בשעת הלואתו. הר"ן בקידושין (ד, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"והא דר' יצחק בכל ענין היא אפילו משכנו בשעת הלואתו."

וכן מצאנו בדעת הרמב"ן בקידושין יט, א (ד"ה המקדש), וכן מפורש בדברי הרשב"א בגיטין לז, א (ד"ה הא דאמרינן), ובקידושין ח, ב. וכן למד היש"ש (קידושין פ"א סי' יב) בדעת הרמב"ם שסתם ולא חילק וכתב בפ"ה מאישות הכ"ג, וז"ל:

"היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה, אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת, מפני שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון."

הרי שלא חילק הרמב"ם בין משכון בשעת הלואה למשכון שלא בשעת הלואה. וכ"כ המהר"ם מינץ בתש"י סי' מט. ולהלכה כתב היש"ש שם: "וחלילה להקל כנגד כל הני גדולי עולם". כלומר - חלילה להקל ולומר דלא הוי קידושין נגד כל הני גדולי עולם - הרמב"ם והר"ן. אך גם לא קבע מסמרות דהוי קידושין בקדשה במשכון שיש לו מאחרים בשעת הלואתו. גם דעת המהר"ם מינץ הנ"ל דיש להחמיר ויקדש בשנית. ובסי' נ הוסיף בענין זה, וז"ל:

"אך לא יעלה אדם על לבו לומר שהקידושין הראשונים הם קדושי טעות, הא ליתא מכמה טעמים גלויים ומפורסמים. לכן ס"ל מאן דאמר שהקידושין הראשונים טעות הן, לא חש לקימחיה ויחוש לעצמו, כי מה שהוצרכו קדושי אחרים זהו משום להסיר כל ערעורים ועילולי ולהשתיק כח המדברים."

גם הרדב"ז בתש"י (ח"ד סי' אלף רמג) כתב: "וכן הסכימו הפוסקים דבכל גוונא קונה משכון. ולא להתחייב באונסין אלא לענין שיכול לקדש בו את האשה". ולכאורה מהנ"ל נראה שרק לענין קידושין חששו שיחזור ויקדש, אך לענין דיני ממונות ובמקום שיש נפקות אם קונה משכון אם לאו, אף במשכון בשעת הלואה קנה ויש לו בו קנין, דהרי לדעת התוס' בקידושין ח, ב (ד"ה משכון) יש לו קנין במשכון אף לקנות קרקעות, וא"כ אם באנו להחמיר בקידושי אשה החמורים, בקנין קרקעות, אם קנה קרקע במשכון שקבל בשעת ההלואה, הקרקע נקנית לו. ברם, מצאתי בדברי הקצוה"ח שנראה מדבריו דאף לענינים אחרים הוי ספיקא. הקצוה"ח (עב, ל) הוכיח מדברי התוס' בקידושין ח, ב (ד"ה צדקה) דהיכא דלא קנה משכון ומברכו העני בשעת החזרת המשכון, הוי ריבית דברים. וממשיך הקצוה"ח:

"וכיון דבמשכון בשעת הלואה מידי ספיקא לא נפקא אם קונה משכון מדר' יצחק, וגבי קידושין באהע"ז סי' כח פסק הרמ"א דאינה מקודשת, וכיון דהוי ספיקא דאורייתא, באיסור ריבית ספיקו להחמיר ואינו רשאי לקבל."

אך נראה מדבריו דדוקא לענין איסור ריבית החמיר, משא"כ אם אנו דנים על קרקע שנקנתה במשכון שקבל בשעת הלואתו, נראה דקיי"ל שקנה הקרקע.

לכן נראה שכאשר באים אנו לדון על המגרש שמושכן לנתבע, יש לחלק את המגרש לשני חלקים, חלק א מה שקבל כנגד דמי החוב, והחלק האחר מה שיתר מדמי החוב. מה שכנגד דמי החוב נראה שקנה, וע"פ דברי הנתביבות ק"ז, א שכאשר קנה המלוה את המשכון אין הלוה יכול למוכרו לאחרים, א"כ כיון שקנה מה שכנגד חובו, לא מועילה המכירה לאחרים. אולם באשר ליתר מדמי חובו, כיון שאינו קונה

משכון, תופסת מכירה לאחרים. ובנדו"ד נתן יפוי כח לתובע למכור את המגרש. אך יש לראות את תאריך המכירה בפועל שימכור התובע את המגרש, כתאריך המכירה שמכר נתבע 1 את המגרש, שהרי יפוי הכח לא עדיפה משליחות, וכל זמן שלא נמכר המגרש בפועל אין לדונו כמכור. הנפקות תהיה אם בין לבין מכר נתבע 1 את המגרש (היתר מהחוב שחייב לנתבע 2) לאחרים, שבכגון זה תפסה המכירה לאחרים, אף שבידי התובע יפוי כח בלתי חוזר למכירת המגרש. אמנם בנדו"ד שלא מכר נתבע 1 את המגרש בין לבין, וכן לא עומדת שאלת החזרה מיפוי כח בלתי חוזר. שאלה זו אינה עומדת על הפרק, וע"כ אף לדברי הנתיבות הנ"ל (ק"ז, א) רשאי התובע למכור את החלק היתר מהחוב.

ג. משכון בקרקע

אמנם מצאנו בדברי התוס' שאין בעל-חוב קונה משכון, כאשר משכן לו קרקע. תוס' בב"מ סז, ב (ד"ה ושביעית) בענין משכנתא באתרא דמסלקי דשביעית משמטתה, כתבו וז"ל:

"לא דמי למלוה על המשכון דאינה משמטתה, דשאני מטלטלין דתפיס להו וקנה להו שלא בשעת הלואתו כר' יצחק, ולהכי גם בשעת הלואה חשוב של אחיך בידך, אבל קרקע לא."

הרי דלדעת תוס' אין בעל-חוב קונה משכון אלא במשכון מטלטלין, משא"כ בממשכן לו קרקע. אלא שאם כדברי התוס' צ"ב אמאי במשכנתא באתרא דלא מסלקי, מדוע אין השביעית משמטת את החוב, ואם נאמר שקונה בעל-חוב משכון קרקע באתרא דלא מסלקי, צ"ע החילוק לענין קנין בעל-חוב משכון בין קרקע באתרא דמסלקי לאתרא דלא מסלקי. דבשלמא בין קרקע למטלטלין יש חילוק, שהיות וכל הלימוד של ר' יצחק נלמד מהפסוק "ולך תהיה צדקה", א"כ קנין בעל-חוב במשכון הוא רק במקום ששייך החזרת המשכון, משא"כ בקרקע שלא שייך שיחזיר לו משכונו, אין בעל-חוב קונה משכון, אך לחלק בין משכנתא באתרא דמסלקי לאתרא דלא מסלקי, צ"ע לחלק.

וראיתי לגרא"ז מלצר זצ"ל בספרו אבן-האזל (מלוה ולוה ז, ז), בהסבר הדין שאין ממשכן קרקע יכול למוכרה, וז"ל:

"אכן יש לומר דדין קנין למשכון לגבי זה שלא יוכל הלוח למוכרה או להקדישה ודין שתשמטנה שביעית, הם דינים מיוחדים. דלגבי שביעית, הא דמלוה על המשכון אין שביעית משמטתה, דילפינן מקרא דאשר יהיה לך את אחיך תשמט ידך, דדרשינן ולא של אחיך בידך, זה ודאי גבי משכון מטלטלין דתפיס ליה והוא ברשותו והוי של אחיך בידך, דאפילו אם יביא לו הלוח החוב צריך בהחזרת המשכון שהמלוה יחזיר לו, אבל במשכון קרקע, דאף דיש לו בזה קנין משכון אבל אינו בידו, וכיון דאם יפרע לו הלוח אפילו שלא ברצונו מתבטל זכות המשכנתא, א"כ שפיר משמטת שביעית החוב וממילא פקע זכות המשכנתא. ולא דמי למשכון מטלטלין דאם נאמר דשביעית משמטת צריכין להוציא ממנו המשכון. ומבואר מה דבאתרא דלא מסלקי אין שביעית משמטת, דכיון דאפילו אם יביא הלוח מעות החוב למלוה אינו יכול לסלקו מהמשכנתא עכשיו, א"כ א"א להשמיט החוב כיון דקנין המשכנתא הוא ברשות המלוה אפילו לכשיביא לו הלוח החוב, ולכן אינו יכול שביעית להפקיע המשכנתא וממילא לא נפקע החוב. וזה דוקא בדין שביעית, אבל בעיקר קנין המשכנתא, כל זמן שלא פרע לו הלוח, אין

חילוק בין אתרא דמסלקי ובין אתרא דלא מסלקי.

מדברי הגרא"ז מבואר הסבר שונה בדברי התוס'. לדברי התוס' אין שביעית משמטת מלוה על המשכון, לא בגלל שקנה את המשכון מדר' יצחק אלא מפני שהמשכון נכלל במיעוט: "את אחיך" - ולא של אחיך בידך. וכאשר מוחזק במשכון, הרי המלוה בבחינת "של אחיך בידך" שמועט מהשמטת כספים. במה דברים אמורים, במשכון מטלטלין, שכאשר משכן לו מטלטלין, הרי הוא תפוס בשל לוח, וזו מציאות של מוחזקות בחפץ של לוח. ואין העובדה שחייב המלוה להשיב את המשכון בעל כורחו, כאשר בא הלוה לפרוע לו את החוב, שכנגד מציאות של "של אחיך בידך", אין חיוב ההחזרה מגרע מהמוחזקות של המשכון. ובמשכון קרקע, מהות המשכון, אף שקונה את המשכון מדר' יצחק, מ"מ קרקע של הלוה שביד המלוה אינה בבחינת "של אחיך בידך", שהרי אינה בידו ממש. [ולעני"ד יש להביא ראיה לדבריו מדברי הקצוה"ח פב, יג, לענין מיגו להוציא, דלא אמרינן מיגו להוציא אלא במטלטלין שתחת ידו "דהיה אלימי טובי, אבל קרקע לעולם אינו תחת יד הבעלים ואינו שייך ביה אלא חזקת מרא קמא", עיי"ש.]. אבל במשכנתא באתרא דלא מסלקי, כיון שאפילו יביא לו החוב אינו יכול לסלקו, א"כ המשכנתא היא ברשות המלוה והוי בידו, שלענין דבר שאינו בידו ממש, המודד של הוצאת המשכון בעל-כורחו של המלוה היא הקובעת והנותנת את כוחו במשכון, וכאשר אינו יכול לסלקו בעל-כורחו, הרי הקרקע היא בבחינת "של אחיך בידך".

יוצא מדבריו, דלמעשה בעל-חוב קונה משכון בין בקרקע ובין במטלטלין, אלא שלענין שביעית בקרקע באתרא דמסלקי לא חשיב "של אחיך בידך". אלא שבקצוה"ח קד, ח, כתב דבקרקע בעל-חוב לא קונה משכון, וראיתו מדברי התוס' בב"מ הנ"ל. וז"ל הקצוה"ח:

"אבל בקרקע דלא שייך בעל-חוב קונה משכון, וכמשי"כ תוס' בפרק איזהו נשך גבי האי משכנתא באתרא דמסלקי שביעית משמטתו, וכתבו תוס' שם דלא שייך בעל-חוב קונה משכון אלא במטלטלין משום דולך תהיה צדקה, דמיניה ילפינן בעל-חוב קונה משכון."

הרי שלמד הקצוה"ח בדברי התוס' שאין בעל-חוב קונה משכון בקרקע. ברם, אפשר דאף לדברי הקצוה"ח לא יכול הלוה למכור את הקרקע הממושכנת, שאף שאינו קונה משכון מדר' יצחק, מ"מ לא גרע ממשכון בשעת הלואה לסוברים שקונה משכון וכמו שהבאנו לעיל, ואף לחולקים וסוברים שאינו קונה כלל בשעת הלואה, במשכון קרקע עדיף, אך זה לא נראה מדברי הקצוה"ח שם, שהרי א"כ מדוע אינה כגבייה וצריך שומת ב"ד, וצ"ע. ואף אם נאמר דהקצוה"ח סובר שיכול הלוה למכור את הקרקע הממושכנת במשכנתא סתם, הרי לנו דעת התומים הנתיבות והגרא"ז (בפירוש דברי התוס') שאין הלוה יכול למכור קרקע הממושכנת. ועיין בנתיבות קד, ו שהביא את דברי הקצוה"ח בס"ק ח, אך התיחס רק לענין שבתפיסה בזרוע קני ליה למשכון, ולא הביא את חילוק הקצוה"ח בין קרקע למטלטלין, עיי"ש. [כל האמור לעיל מתיחס לכח התובע במכירת הקרקע הממושכנת לנתבע, 2אך לתובע יש גם שעבוד על הקרקע, וענין זה יבואר להלן].

ד. מכירת המגרש - כולו או חלקו, ואופן המכירה

בנדו"ד לא הגיע מועד הפרעון של החוב שחייב נתבע 1 לנתבע, 2 חוב שבגינו קבל נתבע 2 את המגרש כמשכון. מועד הפרעון האחרון של הקרן עם הריבית נקבע לדצמבר 96. מועד זה יכול נתבע 1 לסלק את החוב בעל כורחו של נתבע, 2 אך

אם לא סילק, נושא החוב ריבית קצוצה. לאחר דצמבר 96 יכול נתבע 2 לכפות על נתבע 1 לסלק את החוב, הקרן עם הריבית. במצב זה, לא רק שנתבע 2 אינו חייב למכור את חלקו במגרש, אף אסור לו למכור משכון בטרם הגיע זמן פרעון החוב, עיין חו"מ עג, יב-יג. לאור זאת יכול התובע למכור את חלקו במגרש לאחר ולגבות באמצעות מכירה זו את חובו, אך אין למכור את חלק המגרש הממושכן לנתבע 2. הקונה יהיה שותף עם נתבע 1, כשחלק נתבע 1 ממושכן לנתבע 2. ולא יוכל הקונה מהתובע לטעון גוד או איגוד, כיון שגם נתבע 1 וגם נתבע 2 אינם רשאים למכור את חלקם במגרש (וזאת מצד היותו משכון, וע"ע להלן).

השאלה העומדת לפנינו, האם בנדו"ד - לצורך מכירת המשכון - צריך התובע לעבור את כל הפרוצדורות של מכירת משכון, כגון, המתנה של ל יום או שנה במכירת המגרש (עיין ש"ד חו"מ עג, לו), ומכירה בבית דין של ג, עיין שו"ע חו"מ עג, טו. ונראה דכיון שנתבע 1 נתן לתובע יפוי כח למכירת המגרש, אף שיכולת המימוש של היפוי כח מותנת באי פרעון החוב, מ"מ נתינת היפוי כח כוונתה לתת למקבל כח של שליח המוכר בשביל הבעלים, שאינו צריך לתנאים של משכון, והרי זה כממנה שליח למכור שדהו ואומר לו קח את התמורה עבור החוב מהמכירה, דבכגון זה פשוט שאינו צריך לדיני מכירת משכון. וע"כ יכול התובע למכור את המגרש (היתר מהחלק הממושכן לנתבע 2) ולהפרע מתמורתו לאלתר.

ה. שטר בעד אחד, ושטר שזמנו בכתב ידו

ראוי לציין שאם היה נתבע 1 ממשכן את המגרש לנתבע 2 בדרך של מכירה, דהיינו ש"מכר" לו את המגרש ורשם את המגרש ע"ש נתבע 2 בטאבו, כפוף לאי פרעון החוב, יש מקום לומר שאין לתובע חלק ונחלה במגרש זה, שהרי הקנה לו את כל המגרש בפועל, וכל הדיון אם בעל-חוב קונה משכון הינו רק במציאות שנתן לו בתורת משכון ולא בצע את הדבר כמכר. [הנוהגים לעשות את המשכון כמכר עושים זאת כדי להמנע מהתדיינות בענין מכירת משכון וכו', וכן כדי ליצור מוחזקות, וכן מאחר ואין אפשרות לרשום הערת אזהרה בטאבו על משכון אלא רק על שעבוד.] אולם בנדו"ד כתב לו על שטר החוב בכתב ידו שממשכן לו את המגרש גוש ... חלקה ... לחוב זה.

אך בנדו"ד יש לדון ממקום אחר שעבודו של מי קודם. ע"פ דיני השעבוד, הקודם בזמן ההלואה קודם בגבייה, עיין כתובות צג, ב ושו"ע חו"מ קד, א. לכאורה בנדו"ד חובו של נתבע 2 קודם לחובו של התובע. ברם, בנדו"ד נתבע 2 הקודם מחזיק בשטר הכתוב בכתב ידו של נתבע 1 וחתום בחתימתו, בעוד שעל השטר של התובע חתום עד אחד.

דהנה נחלקו הראשונים בדין מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת, איזה מהן קודמת בגבייה. הר"ן בכתובות (מט, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"כתב הרמב"ן דמהא שמעינן שכל מי שאינו טורף מן הלוקחות אינו גובה מנכסים משועבדין למלוה בשטר. ונפקא מינה למלוה על-פה מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת, דלמלוה בשטר יהיבין, למלוה ע"פ לא יהיבין, וכן כתב הר"י בתשי".

ובהמשך דבריו מביא הר"ן דעות חולקות, אולם מסקנת דבריו דדברי הר"י שמלוה בשטר קודמת נראים עיקר, והיינו דוקא בגבייה מקרקעות ולא בגבייה ממטלטלין כשבאו שניהם לגבות כאחד, עיי"ש שהביא ראיות לדברי הר"י. ובעה"ת בשער סא

(חלק ב,א) הביא מתשי רב האי גאון שמלוה ע"פ המוקדמת קודמת למלוה בשטר, וכ"פ המחבר בשו"ע חו"מ קד, יג. אולם בש"ך שם (ס"ק כ) הסיק להלכה כדעת הרי"ף וההולכים בשיטתו. והנה הדעה הסוברת שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת בגבייה למלוה בשטר מאוחרת, סוברת כן דוקא כשיש למלוה ע"פ עדים על זמן ההלוואה, אבל כאשר אין למלוה ע"פ עדים, אף לרב האי ולהולכים בשיטתו, מלוה בשטר המאוחרת קודמת בגבייה. כן כתב הש"ך בחו"מ מח,א, וז"ל:

"ומיירי שהלוה לו בעדים, דאל"כ אינו קודם למלוה ע"פ כלל לכ"ע, דכתב ידו אפילו מוקדמת לא מהני, דחיישינן לקנוניא שמא לא כתב כתב-יד זה קודם לכן רק עתה כתב ומסר לו ... והוא פשוט ודלא כנראה מתשי מהר"מ מלובלין סי' לה. והיה אפשר לפרש דבריו דמיירי שידוע בעדים, אך לא משמע כן מסוף תשובתו שכתב כי אותו כתב-יד שטר גמור הוא לכל הדברים ויש לו דין קדימה אפילו בקרקעות ... והוא ליתא, אלא כמש"כ."

הרי מפורש מדברי הש"ך שכל סברת הסוברים שיש קדימה למלוה ע"פ הינה דוקא במקום שעדים מעידים על זמן המלוה ע"פ, דלא כמהר"מ מלובלין. ולכאורה כדעת הש"ך נראה גם מדברי המחבר בחו"מ קד, יג, וז"ל:

"מלוה בשטר ומלוה בע"פ מוקדמת, מלוה ע"פ קודמת לגבות מבני חרי, כיון שעדים מעידים שקדמה."

הרי שלדעת המחבר הטעם שמלוה ע"פ קודמת הינה דוקא במציאות שעדים מעידים שקדמה ההלוואה שבע"פ, וזאת אף לשיטת רב האי גאון. ומעתה, הן לדעת רב האי גאון וההולכים בשיטתו והן לדעת הרי"ף וההולכים בשיטתו, אם היו שני עדים על החוב של נתבע 1 לתובע, היה התובע קודם בגבייה אף שהיה מאוחר בהלוואה, וזאת מאחר ושני עדים מעידים על זמן ההלוואה. ואף אם היה החוב לתובע בע"פ, במידה ושני עדים היו מעידים על זמן ההלוואה, הרי שהתובע היה קודם בגבייתה, דכיון שאין עדים על זמן ההלוואה לנתבע 2, אין לקדימה בהלוואה כל משמעות, דמנין שלא עשו המלוה והלוה קנוניא וכמש"כ הש"ך.

ו. עד אחד המעיד על זמן ההלוואה

דא-עקא, שבנדו"ד אין לתובע שני עדים על החוב שחייב לו נתבע 1, אלא רק עד אחד (ר' י. ו. חתום על שטר החוב. השאלה היא אם עד אחד על זמן ההלוואה נותן לתובע עדיפות בגבייה על פני נתבע 2, שזמן הלוואתו לכאורה מוקדם אולם אין עדים על-כך.

בענין כוחו של עד אחד המעיד על זמן ההלוואה, מצאנו מחלוקת אחרונים. הסמ"ע עה, לא, בפרוש דברי המחבר "מנה הלוייתך והרי עד אחד, והלה אומר, כן הוא אבל פרעת"ך, כתב וז"ל:

"גם י"ל דמש"כ המחבר שהעד מעיד שהוא בתוך זמנו של קאי נמי ארישא אטוען פרעת"ך, וכגון דהנתבע מודה לו שהוא בתוך זמנו אלא שאומר פרעת"ך אף שהוא בתוך הזמן, ומשום הכי חייב לשלם לו כיון שמודה שלוח ושעדיין הוא בתוך הזמן."

מדברי הסמ"ע מבואר שאין הלוה נאמן בטענתו מפני שמודה לדברי העד שהוא תוך

זמן ההלואה, אולם אם היה מכחיש את הלואה את העד וטוען שכבר עבר זמן הפרעון, היה על הלואה להשבע. וכן מפורש בדברי הש"ך חו"מ עה"ו, וז"ל:

"ואם יש עד אחד על הזמן והוא אומר פרעתנך תוך זמנו, הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם."

אלא שהקצוה"ח עה"י הקשה בטיבה של שבועה זו, דכיון שהוא מודה בעיקר החוב כדברי העד ואינו מכחישו אלא בזמן, אין זה דררא דממונא לחייב שבועה. והוסיף הקצוה"ח דאין להביא ראיה לסתור מדברי הרמב"ם בפ"ד מהל' מלוה ולוה ה"י, בדין הוציא עליו שטר חוב בעד אחד והלוה טוען פרעתי, דהו"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע, ומשמע שאם היה מכחיש העד היה על הלואה להשבע, דהרי שם מכחיש את עצם ההלואה והוי הכחשה לעצם עדות העד על החיוב, משא"כ בעדות על הזמן לא הוי הכחשת העד בעצם החיוב ולא הוי דררא דממונא, וע"כ אין צריך להשבע.

הרי לנו מחלוקת הסמ"ע והש"ך מול הקצוה"ח אם עדות העד על הזמן מחייבת שבועה. וכאשר עדות העד הינה בשטר, יש לבאר שהדין הינו רק לדעת הרמב"ם וההולכים בשיטתו דעד אחד בשטר מחייב שבועה, משא"כ לחולקים (עיין ברב המגיד הל' מלוה ולוה יד"י, ובשו"ע חו"מ נא"ב ובנו"כ שם). אולם בנדו"ד אין כאן הכחשה לענין הזמן שנבוא לדון במחלוקת זו. השאלה מה מידת המשקל שאנו מיחסים לעדות העד אחד בענין זמן החוב, דאף לדעת הסמ"ע והש"ך שבכוחו של העד לחייב שבועה כאשר מכחיש אותו הלואה לענין זמן ההלואה, מ"מ כאשר דנים על הכח שיש לעדות עד אחד לענין קדימה בגבייה, אין בידנו הוכחה, אף לא לדברי הסמ"ע והש"ך, דהרי בכגון זה אין מי שיכחיש את העד, ומנין שיש לעד אחד נאמנות לענין קדימה בגבייה. ולכאורה מדברי המחבר הנ"ל נראה דדוקא בשני עדים המעידים על הזמן, יש צד לומר שתהיה קודמת למלוה בשטר מאוחרת, אך כשאין ב עדים, אין משמעות לזמן ודינו כזמן בכתב ידו. לאור זאת היות ושטר המשכון שיש לנתבע 2 לא נראה בעדים, ולראשונה נראה בפנינו, אין לזמן הכתוב בשטר כל משמעות לענין קדימה בגבייה.

אלא שיש לחקור בדין זמן בכתב ידו, האם דינו כאין בו זמן כלל, או שדינו כאין בו זמן כלל רק ביחס למלוה בשטר אך ביחס למלוה אחר בכתב ידו, שיש בו את אותה הריעותא של המלוה המוקדמת - זמן בכתב ידו, יש קדימה למלוה המוקדמת. ולכאורה לפי הטעם שכתב הש"ך בס"י מח"א הנ"ל דחיישינן לקנוניא, מה לי חשש נגד מלוה בשטר ומה לי חשש נגד מלוה בכתב ידו. ולמעשה חשש קנוניא בשטר בכתב ידו, מצאנו בדברי הרשב"א בתש"י (ח"ב סי' קנא), במי שהודה בכתב ידו לבן אחיו, שאחיו (אבי בן האח) שותף עימו בכל רכושו, ולאחר מכן נשא אשה ונפטר, ובא בן האח לחלוק ברכוש הנפטר, וטוענת האלמנה שאינה מאמינה שנכתב הכתב יד קודם שנשאה. ופסק הרשב"א שהדין עם האלמנה. מדברי רשב"א אלו מסיק המהר"מ אלשיך בתש"י (סי' סב) "שכתבת יד אפילו מוקדמת לא מהניא, דחיישינן לקנוניא". וכבר כת' דכן היא מסקנת הש"ך, וכן הסיק בקצוה"ח ס"ט, א דאין דין קדימה בזמן בכתב ידו אלא דמהני תפיסה. ואם כל הטעם דחיישינן לקנוניא, א"כ כל הזמן הכתוב בכתב ידו אין בו דין קדימה. ולמעשה זמן בכתב ידו אין לו כל משמעות, וזמנו של השטר הינו משעה שראו עדים את השטר ביד המלוה, וכמו שפסק המחבר בחו"מ מג"א מדברי הירושלמי, ועיי"ש בש"ך ס"ק ב. ואף כאשר אין מלוה אחר ובא לגבות מהלוה ולא חב לאחרני, הרי הוא גובה בשטר ללא זמן, רק כיון דאינו חב לאחרני לא איכפת לן שאין זמן בשטר. אך בכל ענין שחב לאחרני, בין כשהאחריני יש לו שטר בעדים ובין שהוא מלוה ע"פ, כיון שיש לו טענה על נכסי

הלוה, חיישינן לקנוניא בזמן בכתב ידו של המלוה הקודמת.

ז. שני מלוים שאין להם דין קדימה שבאו לגבות מנכסי הלוה

לאמור לעיל, היות ושני השטרות לא נראו אלא כאחת, ולא נראה שטרו של נתבע
בבטרם נראה שטרו של התובע, וא"כ בנדו"ד שעבוד התובע ונתבע 2 שוה, ושניהם
באים כאחת לגבות מנכסי נתבע, 1 אלא שמשעה שנראה השטר (בבי"ד או בעדים) זכה
נתבע 2 במשכון (במגרש) המשועבד לו ולתובע, ובה בשעה חל השעבוד של חוב נתבע
2 לחוב התובע (מותנה שאין בעל-חוב אחר הטוען על המגרש, ובודאי שאין לפנינו
בעל-חוב אחר, עיין בש"ך חו"מ קד, ו, ובקצוה"ח שם ס"ק ב).

בבעלי חוב שאין בהם דין קדימה, קיי"ל בגמ' כתובות צג, ובשו"ע חו"מ קד, ח,
שכל הקודם לגבות זכה בין בקרקע ובין במטלטלין. השאלה היא אם המשכון שיש
לנתבע 2 על הקרקע מהוה קדימה ותפיסה ביחס לתובע. המחבר בחו"מ קד, ד, כתב
וז"ל:

"לא מיקרי גבייה אא"כ שמו בית דין המטלטלין ונתנו בידו, אבל אם
סגר בית דין חנותו של לוח בעד בעל-חוב מאוחר, אין זו גבייה
ובעל-חוב המוקדם גובה מאותם מטלטלין."

ועיי"ש בש"ך ס"ק י דאף כשתפס מעצמו בלי בית דין אלא בשומא, מקרי גבייה.
ועיין בקצוה"ח שם ס"ק ח שכתב לחלק בין קרקע למטלטלין, דבמטלטלין, אע"ג
שגבייה בבית דין אינה בשומא, מ"מ לא גרעה גבייה ללא שומא מתפיסה
למשכון. אך כל זה במשכון מטלטלין שבעל-חוב קונה משכון, משא"כ במשכון קרקע
שאינו בעל-חוב קונה משכון (עיין מה שהבאנו לעיל), "כיון דבקרקע לא שיך תפס
למשכון, משום הכי בעינן גבייה ממש, וגבייה לא הוי אלא ע"פ בית דין אבל
מעצמו לא מיקרי גבייה, דמאן שם לך ומאן מגבה לך". ברם, לעיל הבאתי שנראה
מדברי התומים, הנתביות והאבן האזל שסוברים שבעל-חוב קונה משכון אף בקרקע,
ולדבריהם נראה דאף בקרקע מקרי גבייה בלא שומת בית דין אלא בתפיסה. ודוחק
לחלק דאף לדבריהם כיון שלא חשיב מוחזק לענין מיגו להוציא (באם ס"ל כקצוה"ח
פב, יג, והיא גופה צ"ע) צריך שומא וגבייה של בית דין. דהרי לשיטתם קנה
למשכון, וא"כ מה גרע חלקם ממטלטלין שקנה למשכון, דכיון שקנאם הוי גבייה.
כמו-כן אין לומר דלדעת הקצוה"ח דוקא בתפס מעצמו בזרוע לא מהני אבל בנתן לו
הלוה משכון חשיב תפיסה, דאם בעל-חוב לא קונה משכון קרקע, מה לי תפס בזרוע
מה לי תפס מעצמו, כיון שלא קונה משכון לא חשיב גבייה, וצ"ע. אלא שבתומים
קד, ה כתב טעם אחר לחלק בין קרקע למטלטלין, דבקרקע כיון שצריך גבייה של בית
דין, לא תתכן גבייה של בית דין בלי שומא, עיי"ש. וא"כ אף לדבריו לא חשיב
גבייה בקרקע בלי שומא. ברם, לדבריו פשוט שיש לחלק בין תפס מעצמו ובין התפיס
לו הלוה משכון, דבהתפיס לו הלוה משכון אין צריך שומא לענין משכון. אך מ"מ
נראה דאף דהוי משכון, נראה דגבייה לא מקרי, דגבייה בקרקע הינה רק כשהגבוהו
בית דין ובשומא.

יש להבחין בין הנידון כאן לנידון לעיל. לעיל דנו אם יכול הלוה למכור את
הקרקע הממושכנת, או במילים אחרות - אם יכול התובע להפעיל את יפוי הכח
שבידו. כאן יוצאים אנו מנקודת הנחה שאין התובע יכול להפעיל את יפוי הכח
שבידו ואעפ"כ יוכל להפקיע את משכונו של נתבע 2 מכח השעבוד שיש לו על המגרש.
ולמש"כ לעיל שעבודם של התובע ונתבע 2 שוה, והשאלה אם המשכון יחשב כגבייה
וכתפיסה של בעל-חוב שדינו "מה שגבה גבה". ולאמור לעיל נראה, דלקצוה"ח לא

חשיב גבייה ביחס לבעל-חוב שאינו מאוחר ממנו, ואפשר דאף החולקים בדין קניית משכון קרקע, יודו לקצוה"ח לענין גבייה דלא מקרי גביית קרקע אף באופן שקנה משכון, כיון שגביית קרקע הינה רק בבית דין ובשומא, וכמש"כ התומים. וכל זה כמובן אם החוב של התובע ונתבע 2 שוה בזמנו, וכמש"כ, דכיון שהזמן הקובע הוא הזמן שנראה השטר בבית דין, שהרי אין שני עדים על זמן ההלוואה או המישכון (שהוא זמן החיוב), יש לפנינו שתי הלוואות השוות בזמן, ואף המישכון היה באותו זמן (שנראה בבית דין או בעדים), ובנדו"ד חשיב כזמן אחד כיון שלא נראה שטר אחד קודם זמן חבירו, וע"כ גם המשכון לא קדם לזמן הלוואת התובע. אולם אם היה המשכון קודם הלוואת התובע, והיה ידוע בעדים זמן הלוואת נתבע 2 או המשכון קודם לכן, פשיטא שזכה נתבע 2, והן מכח הקדימה בשעבוד והן מכח קניית המשכון, דאם סוברים שקונה משכון אף בקרקע, אין השעבוד המאוחר חל על המשכון כל זמן שלא נפדה שהרי דינו כאפותיקי, עיין חו"מ קיז, ב ובנתיבות שם ס"ק א, וכנ"ל.

ח. ריבית החוב של נתבע 1 לנתבע 2 ושומת המגרש

נתבע 1 חייב לנתבע 2, \$45,000 כשאר נתבע 1 מתחייב לשלם ריבית כל חודש בשעור של 1.5% דולארי, כשם לא תשולם הקרן תוך תשעה חדשים, ישלם נתבע 1 ריבית 2% לחודש! ברצוני לציין שנתבע 1 ונתבע 2 לא ערכו ביניהם היתר עיסקא, ולכן יש בריבית זו איסור דאורייתא של ריבית, אך אין נתבע 1 ונתבע 2 מתדיינים בפנינו, ואין בידנו הסמכות לדון בענינם מאחר, אך לנושא זה יש השלכות לקביעת שעור השעבוד שיש לנתבע 2 על נכסי נתבע 1.

הב"י בחו"מ קד, ט הביא מתשי' הרשב"א, וז"ל:

"שנים שהלוו לעכו"ם בזה אחר זה ואין בנכסי העכו"ם כדי לזה ולזה, וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן וריבית, טען שמעון, קרן זה וריבית שהרוחת קודם אתה נוטל, ומן המותר אגבה קרן חובי, לפי שלא חל חוב הריבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה, והוא יכול לפרוע בכל עת ולסלק שעבודו. תשובה. אין בדברי שמעון כלום, לפי שמשעת זמן השטר חייב עצמו בכל הריבית שיעשו מעותיו. ובהדיא שנינו (כתובות קא, ב) גבי פוסק לזון את בת אשתו שנונת מנכסים משועבדים אע"פ שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם, אלא שהשעבוד חל משעה שקבל עליו המזונות."

וגם את הטענה השניה - שיכול לפרוע לו כל יום - דוחה הרשב"א מחיוב לזון את בת אשתו, שהרי שם כתב לה "כל זמן שאת עימי", א"כ יכול לסלק שעבודו ע"י גרושין. ומבואר מדברי הרשב"א שאף ריבית שלא עלתה עדיין, קודם ראובן, המוקדם בחוב, בגבייתה. דברי הרשב"א הובאו להלכה בשו"ע חו"מ קד, טו, וז"ל:

"שנים שהלוו לעובד כוכבים בזה אחר זה, ואין בנכסי העכו"ם כדי לזה ולזה, וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן וריבית, טען שמעון, ריבית שעלה בזמן השטר לא תגבה עד שאגבה קרן חובי ... אין בדברי שמעון כלום."

המעין יבחין בשינוי לשון בדברי המחבר מדברי הרשב"א במקורם. דברי המחבר מפורשים שטענת שמעון היא כנגד כל גבייה של ריבית, בניגוד לאמור בתשי' הרשב"א שהטענה היתה כנגד הריבית שלא עלתה עדיין. בזה יובנו תרוצו של הסמ"ע שם בס"ק לה. הסמ"ע הקשה על דברי המחבר מדברי הרמ"א (שכאן לא הגיה כלום) בחו"מ פו, א,

וז"ל:

"ראובן שיש לו משכון מן העכו"ם והעכו"ם חייב לשמעון, יש אומרים
דיוכל שמעון לפדות המשכון מראובן, ונותן לו קרן וריבית שעלה
עליו וגובה חובו מן המותר, וכן נ"ל מאחר שאין לעכו"ם לפרוע
בענין אחר, שמעון יש לו כל זכות העכו"ם, ואע"פ שיש מי שחולק
בזה, נראה לדון כמו שכת'."

והקשה הסמ"ע, דאמאי לא הגיה הרמ"א כאן. ותירץ הסמ"ע דהמחבר בסי' קד מיירי
לענין הריבית שתעלה בעתיד, ובזה גם הרמ"א מודה. הרי שפירש הסמ"ע את דברי
המחבר דלא כמבואר בתש' הרשב"א, ולדבריו יכול לגבות רק ריבית שעלתה עד זמן
גבית החוב המאוחר.

אך נראה דכל זה דוקא בריבית מעכו"ם, אבל בריבית מישראל שנעשת באיסור,
ודאי שע"פ ההלכה לא חל השעבוד מכח הריבית האסורה, ואדרבא - בעמוד והחזר
קאי, ולדעת הסמ"ע ט, ג אף בלא תובעו הלוה חייב להחזיר ועיי"ש בפ"ת ס"ק ב.
וע"כ בנדו"ד אין לנו לדון אלא על בסיס החוב ללא הריבית. לאמור - ביחס
לתביעה הנידונת בפנינו, ועל-מנת להעריך את שעבוד נתבע 2 במגרש נתבע, 1 החוב
של נתבע 1 לנתבע 2 עומד על \$45,000.

במאמר מוסגר אציין, שאף אם היה מלוה נתבע 2 לנתבע 1 על דרך היתר עיסקא,
יש לבחון את שטר העיסקא על מנת לקבוע אם ניתן לגבות את הריבית. השבות יעקב
(ח"ב סי' קפג), כתב בהשוואה בין דברי הרשב"א בתש' שהביא הב"י לבין מלוה
בעיסקא, וז"ל:

"איברא כד מעינינן שפיר יראה דאין הנידון דומה לראיה כלל, דודאי
אדם מחייב מחייב עצמו בשטר מהיום בשעבוד גמור על מכאן ולהבא
לזון את פלוני וכהאי גוונא, וטורף אף ממשעבדי מהיום, ויכול
לשעבד את עצמו לחייב את עצמו מה שאינו חייב כיון שזמן השטר הוא
מהיום וטורף אף ממשעבדי, משא"כ בריבית ישראל שאין יכול לשעבד
את עצמו אם לא בצד ההיתר עיסקא כתקנת חז"ל, ואם אינו מרויח
כלום ונשבע כפי התנאי, אינו מחויב ליתן לו כלום, א"כ אין
השעבוד חל מזמן."

הרי שבהלואת ישראל אין מקבל העיסקא משועבד אלא משעת הריוח. עם זאת יש לדעת
שיש חילוק בין שני סוגים של היתר עיסקא. היתר עיסקא שבנויה על תקנת המהר"מ
מקרקא, ועל-פיו לא נאמן המקבל לענין אי הריוח אלא בשבועה חמורה, ולענין
הפסד הקרן נאמן רק בעדים כשרים ונאמנים ע"פ דיני ישראל, א"כ הריוח נזקף
לזכות הנותן בשעת הפרעון שתובע את הריוח ואין המקבל מוכן להשבע. אך בהיתר
עיסקא שבנוי או/וגם על תקנת החכמת אדם, א"כ כל ערב ראש חודש שלא הודיע על
הפסדים הרי הוא כמודה בריוח, ובכל ערב ראש חודש מתרבה הקרן וחל שעבוד
הריבית של החודש שעבר.

א"כ לפנינו חוב של \$45,000 שחייב נתבע 1 לנתבע 2, וחוב של \$140,000
שחייב נתבע 1 לנתבע 2. [לערכו של המגרש נאמד ע"י שני שמאים. אחד נקב סכום של
\$140,000 והשני נקב בסכום של \$155,000.]

ט. אופן חלוקת השעבוד

לאור האמור לעיל, אין ביפוי כח של התובע כדי להפקיע את משכונו של נתבע 2, ואין במשכון של נתבע 2 כדי להפקיע את שעבודו של התובע, השה בשעבודו לנתבע 2. השאלה העומדת לפנינו - חלוקת השעבוד של התובע ונתבע 2 במגרש השייך לתובע, 1, לאור העובדה שהסקנו ששני השעבודים חלים כאחת.

תנן במשנה כתובות צג, א: מי שהיה נשוי שלוש נשים (ושלושתן נחתמו ביום אחד - רש"י), של זו מנה ושל זו מאתיים ושל זו שלוש מאות ואין שם אלא מנה, חולקין בשוה. היו שם מאתיים, של מנה נוטלת חמישים, של מאתיים ושל שלוש מאות - שלושה שלושה של זהב. ופירש רש"י שם בטעם שברישא חולקות בשוה, "שהרי כח שלושתן שוה בשעבוד מנה, דבכולהו איכא מנה". אבל במציעתא - בהיו שם מאתיים - "אין לבעלת מנה שעבוד אלא במנה ראשון, אבל במנה שני אין שעבוד לשטרה של מנה". והגמרא הקשתה אמאי של מנה נוטלת חמישים, כיון שיש שלושה שעבודין שוה על המנה, היה על בעלת המנה ליטול רק שליש. ותירצה הגמ' דמיירי שכותבת בעלת מאתיים לבעלת מנה, דין ודברים אין לי עמך במנה, אבל בלאו הכי נוטלת בעלת מנה רק שליש. ובהמשך שם בגמ' תניא - זו משנת רבי נתן, רבי אומר אין אני רואה דבריו של רבי נתן באלו אלא חולקות בשוה. ופירש רש"י שרבי חולק על מש"כ המשנה בסיפא "וכן ג שהטילו לכיס, פיחתו או הותירו, כך הן חולקין". על דמיון הדין בין חלוקת השעבוד לשנים שהטילו לכיס, חולק רבי וסובר שבשנים שהטילו לכיס, שבח מעות הן חולקין וע"כ כל אחד אחד יטול לפי ממונו, אבל בכתובה "משום שעבודא הוא וכל נכסיו אחראין לכתובתה, הלכך שלוש המנים משועבדין לבעלת המנה כשאר חברותיה עד שתגבה כל כתובתה, לפיכך חולקות בשוה".

לפי פרושו של רש"י בגמ', ולאור פירושו שרבי חולק על הסיפא בענין שנים שהטילו לכיס ולא על אופן חלוקת השעבוד של כתובת הנשים, כאשר יש מספר בעלי חובות ואין ללוה מספיק נכסים כדי להגבות לכולם, על נכסים בערך החוב הקטן כפול מספר בעלי החובות, יחלוקו כל בעלי החובות בשוה מאחר ושעבוד כולם שוה. היתר מהנ"ל עד לגובה החוב הבא אחריו, שעבוד כל האחרים שוה ויחלקו ביניהם בשוה, וכן הלאה. וכן הסיק הר"י שם (נב, א בעמוה"ר), וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות יז, ח ובהל' מלוה ולוה כד, זז"ל:

"כיצד חולקין, אם כשיתחלק הממון הנמצא על מנינם יגיע לפחות שבהן כשיעור חובו או פחות ממנו, חולקים לפי מנינם בשוה. ואם יגיע לפחות שבהם יתר על חובו, חולקים מכל הממון ביניהם כדי שיגיע לפחות שבהם כשיעור חובו, וחוזרין הנשארים מבעלי חובות וחולקין היתר ביניהן כדרך זאת."

וממשיך הרמב"ם שם לפרט ולישם את הכלל הנ"ל, וכ"פ המחבר בחו"מ קד, י, עיי"ש. והנה הרא"ש שם בכתובות (ה"ט) הביא את דעת רבינו חננאל שמפרש דלא כפרוש הראשונים הנ"ל, זז"ל:

"פירש רבינו חננאל ז"ל דקיי"ל בהא הלכה כרבי, ואי אפשר להעמיד דבריו בזמן שיש שם שלש מאות שיחלקו בשוה אלא כל עזבון המת חולקין לששה חלקים, של מנה נוטלת חלק אחד, ושל מאתיים שני חלקים, ושל שלוש מאות שלשה חלקים, וכל חדא וחדא נוטלת לפי מעותיה עד שתפרע כל כתובתה, כי זה הדין דין צדק."

לדברי רבינו חננאל, רבי פליג גם על אופן חלוקת השעבוד האמור במשנה, ולדברי

רבי חלוקת המלוים בנכסי הלוה תעשה באופן יחסי לשאר בעלי החובות, דהיינו - כל בעל-חוב יטול בנכסים הקיימים לפי האחוז שתופס חובו בכלל החובות. אך כבר ציינו שדעת רבינו חננאל לא הובאה להלכה בשו"ע וברמ"א, ועיין בסמ"ע קד, כז.

אם נישם את האמור לעיל לנדו"ד, הרי שתשעים אלף דולאר משווי המגרש, משועבדים לתובע ולנתבע 2בשוה, והיתרה שייכת לתובע לבדו. דא עקא, שנתבע 2 טוען שאינו חפץ לגבות את החוב, לדבריו אין לביה"ד סמכות לדון בענייני החוב שבינו לבין נתבע 1אלא במסתעף מהחוב שחייב נתבע 1לתובע. אין נתבע 2חפץ בפרעון בשלב זה, והדברים אמורים מפורשות בפרוטוקול הדיון (עמ' 3, שורה 1 ולהלן). מנגד - נתבע 1טען שאם חייבים למכור את המגרש, הוא מבקש לסלק גם את החוב שחייב לנתבע 2ולהפטר מהריבית, לכל הפחות באופן חלקי, והוא מבקש לסלק בתחילה את השעבוד של נתבע 2. א"כ השאלה המעשית שלפנינו - איך לחלק את המגרש בכהאי גוונא.

י. זמן הפרעון של נתבע 2

הרשב"א בתש"י (סי' אלף קיא) דן בבעל-חוב מוקדם שזמן פרעונו מאוחר, ומולו בעל-חוב מאוחר שזמן פרעונו מוקדם, האם יכול בעל-חוב מאוחר לגבות את נכסי הלוה כיון שכעת הגיע זמן פרעונו. והשיב הרשב"א:

"נראה ודאי הדין עם הבעל-חוב שני (המאוחר שזמן פרעונו מוקדם), והטעם לפי שהבעל-חוב מוקדם אין לו כלום בנכסי לווה עד דמטי זמן גוביינא דיליה, דהא קיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה, הילכך כל זמן שלא הגיע זמן חובו, אותו שהוא מאוחר והגיע זמנו, טורף אותו בחובו..."

ובהמשך דברי הרשב"א מבואר שהדין הנ"ל הינו דוקא כשבא לגבות קרקע, אולם כאשר בא לגבות מטלטלין יוכל בעל-חוב הראשון לטעון שלא לאפשר לו לגבות פן יבריחם או יפסידם. ועוד, היות ואין דין קדימה במטלטלין, מה שבנה המאוחר גבה, ולא יוכל המוקדם להוציאם מידו. עד כאן דברי הרשב"א, והובאו דבריו להלכה ברמ"א חו"מ קד, א. והנה כל דברי הרשב"א מתיחסים כשיש שני בעל-חוב, האחד מוקדם והשני מאוחר, שבקרקעות לא תשמע טענת בעל-חוב המוקדם למנוע את פרעון החוב המאוחר שזמן פרעונו מוקדם, ובמטלטלין תשמע טענתו כאמור. לכאורה כאשר מוכרים מגרש לצד שלישי, הבעל-חוב המאוחר שגובה, ביחס לטענת הבעל-חוב המוקדם - הרי הוא כגובה מטלטלין, שהרי בידו של הבעל-חוב המאוחר מצוי כסף ולא קרקע שאותה ניתן להגבות לבעל-חוב המוקדם כשיגיע זמנו, ויכול לטעון שחושש שיבריחם או יפסידם.

אולם בנדו"ד מדובר בשני בעל-חוב שזמנם שוה, ובכגון זה נראה שלא יוכל לטעון שלא להגבות לתובע את חובו. דהנה הר"ן בכתובות (נגא בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ועוד י"ל דהתם דתרוייהו מלוה ע"פ נינהו, דמלוה הכתובה בתורה לאו כמלוה הכתובה בשטר דמיא, וכיון שאינה טורפת מן הלקוחות, אין בה דין קדימה וכמו שכתבתי למעלה בריש פירקין. ועוד י"ל, דהתם מטלטלין הן ואין דין קדימה במטלטלין כמש"כ הרי"ף בסמוך."

וע"ע בר"ן שם (מט,ב בעמוה"ר), וכ"פ הרמ"א בחו"מ קד,א. הרי שלדעת הר"ן במלוה ע"פ שאין בה דין קדימה, מה שגבה גבה. ולכאורה אם לפנינו שני בעל-חוב במלוה ע"פ שזמן שעבודם שוה, אף אם במציאות היתה כאן הלואה מוקדמת והלואה מאוחרת, מ"מ למש"כ הר"ן הרי שאין ביניהם דין קדימה, וכאשר שונים הם בזמן הפרעון, היות שאין לבעל-חוב המאוחר בזמן הפרעון דין קדימה, אין הוא יכול לבוא בטענה שלא להגבות לבעל-חוב שזמן פרעונו מוקדם, שהרי מאיזה כח יכול הוא לבוא ולמנוע את הגבייה, הרי כל כח המניעה מסור למי שיש בו דין קדימה, אך למי שאין בו דין קדימה ולגביו קיים הכלל שמה שגבה גבה, מהיכי תיתי שיבוא בטענה למנוע ממי שהגיע זמן פרעונו לגבות ולהיות מוקדם בגבייה.

ואף שהקצוה"ח קד,ג הביא שהטור חולק על הר"ן וסובר שבמלוה ע"פ יש דין קדימה, וכן נראה מדעת הר"ן והרמב"ם, עיי"ש. ומסיק הקצוה"ח שם :

"וא"כ נראה דמספיקא לא נפקא, דלפי הנראה לר"ן והרמב"ם והרב המגיד לא מהני תפיסה במלוה ע"פ, וכיון דספיקא, תו לא מהני תפיסת בעל-חוב מספק כיון דבקרקע לא שייך תפיסה."

נראה דכל דברי החולקים וסוברים שיש דין קדימה במלוה ע"פ הינה דוקא במלוה ע"פ בעדים, שיש עדים שראו את ההלואה, דאל"כ חיישינן לקנוניא וכמש"כ לעיל בסעי' ה. והר"ן ס"ל דאף שיש עדים, כיון שאינו גובה מלקוחות, אין בו דין קדימה. והסוברים שיש דין קדימה ס"ל שאין אי הגבייה מלקוחות משנה את הקדימה מהלוה עצמו, אך כל זה מותנה בירידת החשש של הקנוניא, וע"כ כשאין עדים על זמן ההלואה, אין דין קדימה גם במלוה ע"פ.

ומ"מ בנדו"ד שאין דין קדימה וכמש"כ לעיל סעי' ה-ו, נראה שלא יוכל נתבע 2 למנוע מהתובע לגבות את חובו. יתירה מזו - נתבע 2 אינו יכול לאחוז את החבל בשתי קצותיו, מצד אחד לומר שאינו מעונין שנתבע 1 יפרע את החוב שחייב לו, ומצד שני לומר שמבקש שישמרו את שעבודו. אם לדבריו לא הגיע זמן הפרעון של החוב, מהיכי תיתי שימנע מהמוקדם לגבות, ואם ברצונו להפרע כבר עתה, שהרי לכאורה אף שמבחינת נתבע 2 הוא החוב כלא הגיע זמן הפרעון, שהרי אינו יכול לכופף את נתבע 1 שיפרע כעת את חובו, אך היות ונתבע 1 מבקש בהזדמנות זו לפרוע את חובו לנתבע 2, שהרי שרצונו של נתבע 1 מביא את החוב לזמן פרעונו, שע"פ ההסכם ביניהם בשעה שיפרע לו נתבע 1 את החוב, הרי זה זמן פרעון החוב, והוי כשני בעל-חוב שזמנם שוה שבאו יחד לגבות, שמגבים להם כאמור לעיל. אך כל זה מותנה בכך שנתבע (2 המלוה) יתבע את החוב, שאין מצות פריעת בעל-חוב ללא תביעת המלוה, עיין ש"ך רלב,ב, קצוה"ח קד,ב, סמ"ע עג,יט, הגהות אמרי ברוך שם ובאמרי בינה (גביית חוב ב), ואכמ"ל, דנראה דאף לחולקים וסוברים שיש מצוה אף באינו תובעו, מ"מ בעומד ומוחה וצווח שאינו רוצה בפרעון, נראה פשוט דלכולי עלמא אין מצות פריעת בעל-חוב בכהאי גוונא, וע"כ אין תביעת נתבע 1 לתשלום החוב לנתבע 2 יכולה לשמש כתחליף לתביעת נתבע 2, וע"כ הוי לגבי נתבע 2 כלא מטא זימניה. ואף שנתבע 2 הודיע שהוא מוכן לקבל את הפרעון בתנאי שיפסקו לו ריבית כמסוכם עד לזמן הפרעון, אסור לנו לפסוק ריבית שאסור ללוה לקחתה והרי הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, וע"כ מבחינתנו נתבע 2 מסרב להפרע מהחוב.

[במאמר מוסגר אציין שאין נדו"ד שייך למש"כ הרא"ש בתש"י, הובאו דבריו בשלטי גבורים מכות (א,ב-ב,א בעמוה"ר) ובשו"ע חו"מ עד,ו, וז"ל :

"לוה שאמר שהגיע זמן הפרעון, אין לי מעות ולא מטלטלי אלא קרקע,

טול אותו בחובך, ומלווה אומר איני חפץ בקרקע ואני רוצה להמתין עד שיהיו לך מעות ואינך יכול לכופני שאקח קרקע כיון שאיני תובע חובי עכשיו, הדין עם המלווה."

ועין בטעם הדין בנו"כ שם. וע"ע בפתי"ש שם ס"ק ד שהביא ב דעות אם הדין הני"ל הינו גם בזילי נכסי הלווה. אך בנדו"ד הרי הקרקע תמכר ע"י התובע ונתבע 2 יקבל מעות וע"כ לא שייך לטעון כנ"ל.]

לאור האמור לעיל, ולאור העובדה שנתבע 2 מסרב לדון בשלב זה בכל פורום שהוא בענין החוב שחייב לו נתבע 1, ולאור העובדה שנתבע 2 עומד על דעתו שלא הגיע זמן הפרעון של החוב שנתבע 1 חייב לו, יש לקבוע שתמורת המגרש תנתן לתובע לצורך פרעון חובו, ואת היתרה לנתבע 1. ברם, מהיות טוב, מאפשרים אנו לנתבע 1 ולנתבע 2 להתדיין ביניהם ולהוציא פס"ד סופי בענין החוב שביניהם, וזאת תוך 30 יום מיום שיגיע פסה"ד לצדדים. במידה ולא ימצאו פס"ד סופי כנ"ל, יהיה רשאי התובע למכור את המגרש למרבה במחיר, כשהמכירה כפופה לאישורנו. בכל מקרה וענין לא יוכל נתבע 2 לגבות מתמורת המגרש יותר מ-\$45,000 שנתבאר לעיל.

יא. נפקד שרוצה לתפוס ממה שהפקידו בידו

בנדו"ד תובע התובע לאפשר לו לתפוס את הכסף שהשולש בידו. כמובן שתביעה זו מותנת בכך שלא יאפשרו לו לגבות מהמגרש את מלוא החוב שחייב לו נתבע 1. ע"פ פסק הבורר חלקו של נתבע 1 בריוחי העסק המשותף שלו ושל שמעון - 66,666 מארק גרמני (שהם במונחים של היום - \$144,700 ואילו חלקו של שמעון - 133,333 מארק גרמני. התובע תובע שיאפשרו לו לתפוס את חלקו של נתבע 1 וכן את חלקו של שמעון. לדבריו - הכסף הושלש ע"י נתבע 1, ולאחר זמן נפסק שהכסף שייך בחלקו לשמעון, וא"כ - לטענתו - חובו קדם וזכותו לתפוס גם מחלק שמעון, במידה ולא יוכל לגבות את חובו בדרך אחרת. נתבע 1 מתנגד לתפיסת הכסף המושלש, הן שלו והן של שמעון. לדבריו - כסף זה אמור להיות מושקע בעסקו, ובמידה ולא יושקע, הוא צפוי לפשיטת רגל.

השאלה שעלינו לברר, האם יכול מי שהושלש כסף בידו לבוא ולתפוס עבור חוב שחייב לו המפקיד. הב"י בחו"מ סי' נח, הביא מתשובת הרשב"א, וז"ל:

"על ראובן שהיה חייב לשמעון מנה, ונתן לו מנה ליתנו ליהודה בעל חובו, וקבל שמעון דרך שתיקה ועיכב לעצמו, וכשתבעו יהודה אמר לא זכיתי מחמתך אלא מחמת חובי, שהדין עם שמעון, והביא ראיה מההיא דאין שקלי ודידי שקלי דבסמוך."

דברי הרשב"א הובאו להלכה ברמ"א חו"מ פג, ב. הלבוש (הובא בסמ"ע שם ס"ק ג) ביאר שדין זה הינו דוקא כאשר שלח הלווה למלווה את מעותיו והלווה חייב גם לשליח, שיכול השליח לומר מתחילה כוונתי היתה לזכות בכסף לעצמי, "משא"כ אם שלח המעות עם אחר שישלם עבורו להרבה מלוין שלו, וידוע שדעת השליח היה מתחילה לעשות כן ונתנם השליח לאחד מהם", שאין אותו מלווה שתפס יכול לומר שרוצה לתפוס את כל הכסף עבור חובו. ונראה דסברת הלבוש הינה, דכאשר השליח לא התכוין לזכות עבור המלוים אלא עבור עצמו, הרי הוא כתופס מהמשלח ושפיר עבד. אך כאשר כבר זכה עבור המלוים שכסף זה נשלח אליהם, אין הוא או מלווה אחר יכולים לתפוס, שהרי אין הוא תופס מהמשלח אלא מהמלוים שכסף זה נשלח אליהם,

והם הרי אינם בעלי דין ודברים שלו ואין לו זכות לתפוס ממון השייך להם.

ובש"ך שם בס"ק ב הקשה מחו"מ קכה,ג-ד דמשמע שם שהשליח יכול לתפוס רק כאשר יש לו מיגו. ומתוך הש"ך, ששם בס"י קכה מודה שקיבל מתחילה להוליכם לפלוני וכעת הוא מתחרט וחפץ לעכבם לעצמו, ע"כ כיון שמתחילה זכה בהם למלוה, אינו יכול לתפוס. אולם בנידון הרשב"א אומר שמעולם לא התכוין לזכות בהם למי שנשתלחו המעות אליו רק מתחילה התכוין לעכבם לעצמו, ובכגון זה יכול לתפוס. ולכאורה שם בס"י קכה מדובר שהשליח רוצה לתפוס את המעות שנשתלחו עבור חוב שחייב לו מי שנשתלחו המעות אליו, עיין במקור הדין בבעה"ת שער נ ב,ג. [ושם מבואר שכל היכא שיכול השליח לגבות מהמשלח מדין שעבודא דרבי נתן, יכול לתפוס עבור חובו.] ולכאורה לפי הסברא דלעיל אמאי לא יוכל לתפוס את המעות, דאף שזכה עבורו, אין מניעה שיתפוס ממנו, שהרי הוא החייב וממנו תופס. אלא ששם מבואר בנו"כ שכיון שאין לו מיגו נגד המשלח, טוען המשלח שעל השליח לבצע את השליחות שהוטלה עליו, וכל זמן שלא בצע השליחות שלשמה זכה בכסף, לא פקעה השליחות ומוטלת עליו החובה לבצעה, וע"כ כיון שהוא בעל דין עם המשלח, אינו יכול לזכות כאשר זכה עבור בצוע השליחות.

והנה שם בס"י קכה הביא הטור את דעת הרמ"ה הסובר שאינו יכול לתפוס את המעות שנשתלחו בידו, אף כשיש לו מיגו, ואף כשיש שעבודא דרבי נתן וחייב מי שנשתלחו לו גם לאחרים, עי"ש בש"ך ס"ק כג. אלא שבקצוה"ח שם בס"ק א באר את דברי הרמ"ה, וז"ל:

"מיהו נראה דהיינו דוקא באומר לו הילך או תן, דזה הוי כאומר בפירוש הולך לפלוני או תן לפלוני, דצריך ליתן ולהוליד דוקא אלא דהוי כזכי לענין חזרה, אבל מ"מ כיון דאמר לו לשון הולך ותן, צריך ליתן ליד המפקיד והמלוה והוה ליה כאילו התנה עמו שיזכה לפלוני בתנאי שיתנו לידו ... אבל באומר לו זכה לו נראה דאין כאן שום תנאי ותיכף זכה לו, וא"כ יכול השליח לתפוסו בעד המלוה והנפקד."

מדברי הקצוה"ח נמצאנו למדים שיש חילוק בין אמר לו הולך או תן לפלוני לבין אמר זכה לפלוני. כאשר אומר הילך או תן לפלוני, סובר הרמ"ה שהרי זה תנאי בעצם השליחות "שיוליך ויתן", וכל זמן שלא התקיים תנאי זה לא בצע את השליחות, והרי הוא זכה בכסף על-מנת לבצע את השליחות. משא"כ כאשר אמר זכה לפלוני, אף לדעת הרמ"ה אין בתפיסה עבור החוב שחייב לו פלוני פגיעה ביסודות השליחות, שהרי זכה לפלוני וממנו תופס. והדברים עולים בקנה אחד עם הסבר דברי הלבוש.

ובהכי אתי שפיר הסבר דברי הב"ש באהע"ז ריש סי' קז. הב"ש מתיחס לדברי המחבר (ומקורם מדברי הגמ' בב"ב קלא,ב-קלב,א) במי שכתב כל נכסיו לאשתו שלא עשאה אלא אפוטרופא. והסתפקה הגמ' אם דין זה הוא דוקא בשכיב מרע אבל בבריא שכתב כל נכסיו לאשתו קנתה את הנכסים, או שדין זה הינו גם בבריא. וסלקא בעיא זו בתיקו. ופסק המחבר שם באהע"ז קז,א שאף בבריא לא עשאה אלא אפוטרופא. ובא הב"ש שם בס"ק א לישב קושיא. הרי אפילו אם עשאה אפוטרופא יש לתת לה את כל הנכסים, וא"כ תלך האשה ותתפוס ותטען קים-לי שבבריא לא עשאני אפוטרופא אלא כל הנכסים שלי. ותיירץ הב"ש, דבשעה שנותנים לה הנכסים אומרים לה שנותנים לה על-מנת שלא תתפוס אלא שתהיה אפוטרופא. ולכאורה צריך להבין, מה מהני מה שנותנים לה ואומרים לה שנותנים לה על-מנת שהיא אפוטרופא ושלא תתפוס, איך

מהני תנאי זה להפקיע ממנה את זכות התפיסה. אך ע"פ דברי הקצוה"ח אתי שפיר, דכיון שנותנים לה על-מנת שהיא אפוטרופא ועל-מנת שלא תתפוס את הנכסים, הרי זה תנאי בעצם הנתונה שנותנים לה בית-דין את הנכסים, וכל זכייתה בנכסים מכח בית הדין מותנת באי תפיסה, וע"כ אינה יכולה לתפוס. [עוד י"ל, שלא תאמר שבית דין התפיסוה עבור ספק זה והו"ל תפיסה ברשות, ע"כ בית דין אומרים לה מפורש שהתפיסוה כדי שתהיה אפוטרופוס, וכיון דהוי בעיא דסלקא בתיקו ואין האשה טוענת ברי, הרי שזקוקה היא לתפיסה ברשות כדי שיהני תפיסה, וכאשר מודיעים לה לא הוי תפיסה ברשות, עיין בדיני התפיסה לבעל הנתובות, סעי' ד, י, יז.]

בנדו"ד השלישו ביד התובע ממון עבור שני הצדדים, ואף שרק נתבע 1 העביר את הכסף לחשבון התובע, מ"מ ההשלשה בכגון זה היא עבור שני הצדדים, שהרי לשם כך השלישו בידו, והוי כאומרים זכה בשביל שנינו עד שיפסוק הבורר, עיין בקצוה"ח סי' נו ס"ק א' וס"ק ד. וכאשר כבר זכה בשביל שניהם אינו יכול לתפוס את הכסף המושלש, שהרי אף שנתבע 1 מסר לו את הכסף, בשעה שזכה עבור מי שנשתלחו לו אינו יכול לתפוס, וכמשי"כ הלבוש והשי"ך בסי' פג. הדברים אמורים לפני פסק הבורר. לאחר פסק הבורר, שע"פ פסק הבורר על השליש להעביר שליש מהסכום לנתבע ושני שלישים לשמעון, והיות ותנאי השלישות היה לעשות כפסק הבורר, לא סיים התובע את תפקידו עד אשר ימסר הכסף לנתבע 1 ולשמעון, והרי תנאי השלישות היה שיזכה את הכסף על-מנת שיעשה כפסק הבורר, וכל זמן שאינו מעביר את הכסף לנתבע 1 לא בצע את השליחות והשלישות. והנה ביחס לכסף ששייך לשמעון, פשוט שהן ללבוש והשי"ך הנ"ל לא יוכל לתפוס אחרי שזכה עבורו. [ואף אם היה הדין נותן שרשאי לתפוס, אין בידנו לפסוק פס"ד בענין, היות ושמעון אינו צד בהתדיינות ולא חתם על שטר בוררין, ובסמכותנו רק לענות על-כך כשאלה של איסור והיתר, ועל שמעון היה להתדיין עם התובע.]. אך בענין הכסף של נתבע 1, ככל הסברא דלעיל מושתת על דברי הקצוה"ח שמסבירים את דברי הרמ"ה. ונראה דלדעת בעה"ת ודעימיה, כיון שאם היה מושלש אצל אחר יכל התובע לגבות מדין שעבודא דרבי נתן, א"כ לא גרע מה שהממון בידו ויכול לתפוס את ממון נתבע 1 בעבור חובו, מותנה בכך שלא יוכל התובע לגבות את כל החוב מתמורת המגרש. ומה שטוען נתבע 1 שהוא זקוק לכסף נזיל, הרי בנדו"ד מעכב נתבע 1 את ממון התובע מספר שבועות, ובודאי שזכותו של התובע לגבות את חובו. ואף שקיי"ל שמסדרין לבעל-חוב, היות ונתבע 1 אינו נותן ערובות מתאימות לתשלום החוב, ואינו יכול לתת זאת ככל הנראה, אין לעכב את פרעון החוב לתובע.

לאור האמור לעיל:

א. נתבע 1 חייב לתובע סכום של \$140,000.

ב. התובע רשאי להשתמש ביפוי כח שבידו ולמכור את המגרש שבבעלות נתבע 1.

ג. תמורת המכר תושלש במקום מוסכם על הצדדים, עד לפס"ד סופי בנידון, כפוף לאמור להלן סעי' ד.

ד. 1. מאפשרים לנתבע 2 ונתבע 1 להתדיין ביניהם ולהביא פס"ד סופי בענין שעור החוב שחייב נתבע 1 לנתבע 2, וזאת עד יג אדר נ'.

2. במידה ולא יוצא פס"ד כאמור בסעי' ג, 1 יהיה התובע רשאי

לגבות את מלוא חובו מתמורת המגרש, והיתרה לנתבע 1.

3. במידה ויוצא פס"ד סופי כנ"ל, יהיה רשאי נתבע 2 לגבות מתמורת המגרש את חובו עד לסכום של \$45,000 והיתרה לתובע, עד לסכום של \$140,000.

ה. 1. על התובע לתת לאלתר לשמעון שני שליש מהסכום שהושלש בידו.

2. התובע רשאי להחזיק את הכסף שהושלש, וע"פ פסק הבורר שיידן לנתבע 1, וזאת עד שיתברר אם יכול לגבות מתמורת המגרש את מלוא החוב שחייב לו נתבע 1.

3. במידה ויתברר שאין התובע יכול לגבות את מלוא חובו מתמורת המגרש, רשאי התובע לגבות את היתרה מהכסף המושלש בידו והשייך לנתבע 1, ואת היתרה עליו להעביר לנתבע 1.

מסקנות