

ספר

פרי ערב

גדרי ערב

מפתח סימנים

סימן א' - גדרי דין ערב

סימן ב' - הערות בשיטת הסוברים דערב משתעבד בהנאת פרוטה

סימן ג' - בגדר דינא דאין נפרעין מהערב תחילה

סימן ד' - בפלוגתא רבה ור"י עם ר"נ בדין לא יפרע מהערב תחילה - עמוד

סימן ה' - בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה - עמוד

סימן ו' - הערות בדין ערב במקום נכסים משועבדים - עמוד

סימן ז' - הערות בגמ' ב"ב קע"ג ב' - עמוד

סימן ח' - בדין ליכא ליה ערב ובגדר חיוב הערב - עמוד

סימן ט' - אסמכתא בערב - מחלוקות רמב"ם וראב"ד - עמוד

סימן י' - דין ערב כשהלווה טוען פרעתי, או שאינו בפנינו, או שמת הלווה - עמוד

סימן י"א - בהא דערב לאחר מתן מעות משתעבד בקנין שלא כשאר אסמכתא דלא מהני קנין - עמוד

סימן י"ב - בדין ערב קבלן - אם אית ליה שם לווה ומלוה - עמוד

סימן י"ג - מחלוקות ראשונים בדין קבלן - עמוד

סימן י"ד - דעת הרשב"א בגדר קבלן, ואם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע - עמוד

סימן ט"ו - הערות בסוגית 'ליכא ליה ערב' בבכורות מ"ח - עמוד

סימן ט"ז - דין ערב במקום יתומים קטנים - עמוד

סימן י"ז - הערות בסוגיית 'ההוא ערבא' ב"ב קע"ד א' - עמוד

סימן י"ח - קונטרס בענין חיוב הלווה לשלם לערב את הדמים - עמוד

סימן י"ט - בדין ערב דכתובה וערב על התחייבות - עמוד

סימן כ' - בגדר ערב דבי"ד - עמוד

סוגיית הגמ' בקידושין ז' א'

סימן כ"א - מאיזה דין ערב נלמד הדין, וד' הרשב"א שהסתפק אם יש על האשה שם 'ערב' או לא - עמוד

סימן כ"ב - דעת הריטב"א - עמוד

[סימן כ"ג](#) - דעת התוס' בב"מ ודעימיהו - עמוד

[סימן כ"ד](#) - דעת הרשב"א, הרא"ש, הרמב"ן, הרמב"ם, הנמק"י - עמוד

[סימן כ"ה](#) - בדין בעלים שהניחו עפ"י הערב במקום שאינו משתמר

בדין ב' לוויים וב' ערבים

[סימן כ"ו](#) - בדין ב' לוויים וב' ערבים - עמוד

[סימן כ"ז](#) - ב' ערבים - לדעות שגובים מכל א' מחצה - עמוד

[סימן כ"ח](#) - ב' ערבים - לדעות שגובים מכל א' את הכל - עמוד

[סימן כ"ט](#) - בדעת השו"ע בדין גביה מב' יורשים - עמוד

גדר שעבוד נכסים

[סימן ל](#) - בגדר שעבוד נכסים - אם הוי זכות בעצם הקרקע או לא - עמוד

[סימן ל"א](#) - שיטות הראשונים בביאור הפלוגתא אי שעבודא דאוי או לא - עמוד

[סימן ל"ב](#) - בגדר דין נכסי דבר איניש ערבין ביה - עמוד

[סימן ל"ג](#) - בגדר שעבוד נכסים - על איזה סכום חל השעבוד - עמוד

[סימן ל"ד](#) - אם גביית בני"ח היא מכח שעבוד הגוף או רק מכח שעבוד נכסים - עמוד

[עוד בגדרי שעבוד נכסים - ראה סימן ו'].

תוכן הסימנים

סימן א' - גזרי דין ערב

דעת הריטב"א * דעת הרשב"ם והתוס' * דעת הרשב"א * דעת הנמק"י ורבנו גרשום * דעת הרמב"ם

סימן ב' - הערות בשיטת הסוברים דערב משתעבד בהנאת פרוטה

אם ערב יכול להשתעבד יותר מהדמים שהוציאו על פיו * בדין קנין כסף על התחייבות

סימן ג' - בגדר דינא דאין נפרעין מהערב תחילה

אימת חל חיוב הערב, אם בזמן ההלוואה או בזמן שהלווה אינו פורע * הוכחות שאין על הערב חיוב ממון מתחילה * הוכחות שיש על הערב חיוב ממון מתחילה * בד' הראשונים בדין ערב שפרע קודם זמנו * בנדון אם חיוב ערב הוא כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתיך

סימן ד' - בפלוגת רבה ור"י עם ר"נ בדין לא יפרע מהערב תחילה

בביאור גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך * דרך השטמ"ק בביאור הפלוגתא * דרך המהר"ם מרוטנבורג בביאור הפלוגתא * בביאור טענת ר"נ דהוי דינא דפרסאי

סימן ה' - בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה

מחלוקת הראשונים בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה * ב' דרכים בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה - אם היינו מדין קבלן או מדין תנאי שבממון * בדעת הסוברים דדינא דע"מ שאפרע ממי שארצה היינו מדין תנאי שבממון, מאי טעמא אינו מתחייב מדין קבלן * חילוק ביסוד דין ע"מ שאפרע ממי שארצה ודין ע"מ שאפרע ממי שארצה 'תחילה' * בדעת הגר"א בחילוק בין קבלן לע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה * ד' הגר"א בסי' ע"ז דמשמע דע"מ שאפרע ממי שארצה הוא מדין קבלן * משמעות ד' התוספתא שבב' שלוו סגי שיאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, ואצ"ל 'תחילה'

סימן ו' - הערות בדין ערב במקום נכסים משועבדים

בגדר הדין דגובין תחילה מהנכסים ולא מהערב, אף דנכסים נמי הוו מדין ערבות * בביאור ד' הרשב"א בדין ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה במקום נכסים משועבדים בידי לקוחות * בדין נכסים משועבדים במקום קבלן

סימן ז' - הערות בגמ' ב"ב קע"ג ב'

בד' הגמ' 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר משתעבד' - קושיא בדעת הריטב"א * בד' הרשב"ם שם * בדעת הראשונים דקבלן משתעבד בלא קנין לאחר מתן מעות * בביאור השו"ט דגמ' למילף ערבות מיהודה

סימן ח' - בדין ליכא ליה ערב ובגדר חיוב הערב

א. מחלוקת הב"ח והסמ"ע בדין ערב על שואל באסמכתא * ב. הערות בכמה דוכתי

בגדר חיוב ערב : משמעות ד' הסמ"ע דערב אינו פורע את חוב הלווה אלא את חוב עצמו * ד' הר"ן בדין הגביה מהערב בשמת הלווה * ד' האב"מ בדין נתייאש מחוב הלווה - אם מצי לגבות מהערב * ד' הרשב"א בב"מ בדין ב' ערבים * בטעם חיוב הלווה לפרוע לערב מה ששילם * בד' הגמ' כתובות ק"ב ב' - בחילוק בין חייב אני לך מנה ובין חיוב ערב * אם עבדי לערב טענין או לא

סימן ט' - אסמכתא בערב - מחלוקות רמב"ם וראב"ד

דברי הרמב"ם והשגות הראב"ד * דרך המ"מ בדעת הרמב"ם * דרך הטור בדעת הרמב"ם * דרך הכס"מ בדעת הרמב"ם * דרך אא"ז הגאון רבי גרשון חנוך פישמן זצ"ל בדעת הרמב"ם * ד' הדרישה שהראב"ד מודה בהל' ח' - בערב על תנאי * הערה בדעת הרמב"ם

סימן י' - דין ערב כשהלווה טוען פרעתי, או שאינו בפנינו, או שמת הלווה

דין ערב סתם בהנך אנפי * דין ערב קבלן בהנך אנפי * בטעם החילוק בין ערב שמתחייב כשהלווה מודה שלא פרע, ובין לקוחות שנפטרים בכה"ג * הוכחה לדרך הקצוה"ח בחילוק בין ערב ללקוחות * בד' הראשונים במכות ז' א' בסוגיא דאילעא וטוביה

סימן י"א - בהא דערב לאחר מתן מעות משתעבד בקנין שלא כשאר אסמכתא דלא מהני קנין

דרך הרמב"ן * בדעת הרמב"ם מוכח דפליג * דרך המהרי"ק * דרך הפרישה * דרך הנודע ביהודה

סימן י"ב - בדין ערב קבלן - אם אית ליה שם לווה ומלוה

אם חיוב קבלן הוי דומיא דחיוב ערב או דהוי סוג אחר של חיוב * הוכחות שיש על הקבלן שם מלוה ולווה * הוכחות שיש על הקבלן שם 'לווה' אך אין עליו שם 'מלוה'

סימן י"ג - מחלוקות ראשונים בדין קבלן

כשיש ללווה זיבורית ולקבלן בינונית * אם טענת פרעתי של הלווה פוטרת את הקבלן * דין קבלן כשהלווה מת * קבלן דכתובה * בהא דמחילה ללווה פוטרת את הקבלן * דין קבלן במקום יתומים * הריטב"א אזיל לשיטתו * ד' הב"ח והנתי"מ בגדר קבלן * חיוב הלווה לשלם לקבלן את מה שפרע

סימן י"ד - דעת הרשב"א בגדר קבלן, ואם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע - עמוד

הוכחות שדעת הרשב"א שחלוק חיוב ערב מחיוב קבלן * ג' תמיהות בזה בדעת הרשב"א * ביאור דעתו * ביאור החילוק בין ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה ובין קבלן * אם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע

סימן ט"ו - הערות בסוגית 'ליכא לווה ליכא ערב' בבכורות מ"ח - עמוד

בד' הרמ"א שאם אמר הלווה אמר לא לויתי, חייב הערב לפרוע - דרכי האחרונים בזה * ד' הש"ך בכללי קים לי * בגדר ערבות דנכסים לדרך הש"ך * ד' התומים בביאור השמטת הרמב"ם את הסוגיא בבכורות

סימן ט"ז - דין ערב במקום יתומים קטנים - עמוד

דעות הראשונים אם גובין מערב במקום קטנים * בטעם הדעה שאין גובין מהערב * בטעם הדעה שגובין מהערב *
בדין קבלן במקום יתומים * בדין ערב שקדם ופרע - לדעות שפטור - אם חוזר וגובה מהקטנים * אם דין ערב
במקום יתומים קטנים תלוי בפלוגתת ר"פ ור"ה בריה דר"י * בביאור 'ערבא בתר יתמי אזיל'

סימן י"ז - הערות בסוגיית 'ההוא ערבא' ב"ב קע"ד א' - עמוד

בד' הרשב"ם דסוגיין איירה במלוה ע"פ * בגדר שטרך בידי מאי בעי

סימן י"ח - קונטרס בענין חיוב הלווה לשלם לערב את הדמים - עמוד

הקדמה - ד' דרכים בחיוב הלווה לשלם לערב, ונפק"מ בזה * מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין ערב שפרע מעצמו *
ביאור ד' הראב"ד לדרך סה"ת * ביאור ד' הראב"ד לדרך המ"מ * מקורות לכך שהערב זוכה ע"י התשלומין בעצם
החוב * בטעם הראשונים דהמחייב הוא מצד שליחותיה - אם הוא ממש מדין שליחות * בדין נכרי שגבה מהערב
בעלילה - חיוב הלווה לפצות את הערב, ואם אמרי' כן אף במלוה ישראל שגבה ברמאות מהערב * ד' הגמ' בשבועות
מ"ח ב', דבמת הלווה, כשם שאין גובין מהיורשין, כך אין גובין מהערב * בדין ערב שפרע תו"ז * בד' בעה"מ מכות ג'
א' בסוגיא דאילעא וטוביה * בד' הרמב"ן ב"מ ע"א ב' בדין נכרי שלוה מישראל ברבית, אם שרי לישראל להעשות
ערב ע"ז * בחיוב הלווה לשלם לקבלן מה שפרע

סימן י"ט - בדין ערב דכתובה וערב על התחייבות - עמוד

בביאור הא דבעי' שהערב 'חסריה' למלוה * בדין ערב לאיש בנדוניית אשתו - בדעת הראשונים דעיקר הטעם הוא
'מצוה הוא דעבד' * בדעת הראשונים דעיקר הטעם הוא 'לאו מידי חסריה' * בדעת הראשונים דרק בצירוף ב'
הטעמים נפטר, ואם חסר א' הטעמים משתעבד * מחלוקת הראשונים אם ערב דכתובה לא משתעבד אף בשקנו
מידו או לא * בדין ערב על התחייבות ומתנה * בדעת הרמב"ן דקבלן דכתובה משתעבד בלא קנין * בדעת הרמב"ם
אי ערב לכתובת בנו וקבלן דכתובה בעו קנין

סימן כ' - בגדר ערב דבי"ד - עמוד

מחלוקת הראשונים בביאור ערב דבי"ד * קושית הגר"ש איך משתעבד הערב ללווה * ישוב התמיהה

סוגיית הגמ' בקידושין ז' א'

סימן כ"א - מאיזה דין ערב נלמד הדין, וד' הרשב"א שהסתפק אם יש על האשה שם 'ערב' או לא

- עמוד

[א]

מאיזה דין ערב נלמד הדין:

ג' סוגי ערב * אם יש דין שלוף דוך בדיני ישראל * סוג נוסף של ערב * ד' הגר"א מאיזה ערב נלמד הדין * בדברי
הפוסקים לא נראה כן * לדעת הרמב"ם מאיזה דין ערב למדו דין סוגין * מקורות בד' הראשונים והאחרונים שדין
הסוגיא נלמד מדין ערב סתם

[ב]

בד' הרשב"א שהסתפק אם איכא על האשה חלות שם ערב או לא

סימן כ"ב - דעת הריטב"א - עמוד

ד' הריטב"א, קושית הפנ"י, ודרך הגרש"ר * הא דערב משתעבד בפרוטה על כל המנה * ד' הח"מ והב"ש בדין אמרה תן מנה לפלוני, ונתן על פיה, ואמר לאחר מתן מעות הרי את מקודשת לי * תמיהת המחנ"א בסתירת ד' הריטב"א * דרך החזו"א בביאור ד' הריטב"א * הערה בד' החזו"א * דרך נוספת בביאור ד' הריטב"א * תמיהות בענין זה

סימן כ"ג - דעת התוס' בב"מ ודעימייהו - עמוד

ד' הראשונים דחשבי' שהאשה קבלה את כל המנה * ביאור הדבר * צ"ע דא"כ מאי טעמא שייכא ביה אסמכתא * לדרך זו דחשבי' כאילו הערב קיבל את המעות, מאי טעמא ליכא איסור רבית במלוה נכרי וערב ישראל

סימן כ"ד - דעת הרשב"א, הרא"ש, הרמב"ן, הרמב"ם, הנמק"י - עמוד

דעת הרשב"א * דעת הרא"ש * ביאור ד' הרמב"ן בקידושין ח' ב' * דעת הרמב"ם

סימן כ"ה - בדין בעלים שהניחו עפ"י הערב במקום שאינו משתמר

ד' הריטב"א בדין הניח במקום שאינו משתמר * דרך האב"מ בביאור ד' הריטב"א - דאיכא מתחילה סיבת חיוב ואך דחשבי' שהבעלים חזר וגבה את חובו * לפ"ז היה מקום לפרש ד' הריטב"א * הוכחה כד' האב"מ, וביאור מחלוקת הרמב"ן והריטב"א

בדין ב' לווים וב' ערבים

סימן כ"ו - בדין ב' לווים וב' ערבים - עמוד

מחלוקת הראשונים בדין ב' לווים * בדעת הרא"ש שכל א' חייב בכל * אם יש חילוק בין ב' לווים לב' ערבים * ב' דרכים בביאור החילוק * דין ב' נכסים משועבדים * בדין שנים שנעשו קבלנים זל"ז - לדעות שבב' לווים גובים מחצה

סימן כ"ז - ב' ערבים - לדעות שגובים מכל א' מחצה - עמוד

מחלוקת הש"ך והגרע"א בדין ב' ערבים * סיוע לד' הש"ך מל' הטור * בד' הדרישה מבוי' כש"ך * הוכחה לדרך זו מד' המרדכי * הוכחה מד' הראשונים לדרך הגרע"א * סתירה בזה בד' הראשונים * ישוב הסתירה

סימן כ"ח - ב' ערבים - לדעות שגובים מכל א' את הכל - עמוד

מחלוקת הפוסקים באם א' הערבים פרע את הכל, אם הערב השני חייב לפרעו את חלקו * תמיהת הקצוה"ח על דרך הש"ך * ראיות לדרך הש"ך, וביאור דעתו * דרך הנתה"מ בביאור ד' הש"ך * תמיהת הקצוה"ח על דרך הש"ך * בהא דאם מחל לא' מהערבים, חוזר וגובה מחברו * בהא דמחילה ללווה פוטרת את הקבלן - אם הוא מילתא

דממילא או דחשבי שנתכוין למחול אף לקבלן * ד' הגר"א בביאור התוספתא שבב' ערבים גובים מכל א' מחצה -
דאיירי בערב קבלן

סימן כ"ט - בדעת השו"ע בדין גביה מב' יורשים - עמוד

משמעות ד' הגמ' דבב' אחים יכול הבע"ח לגבות מאיזה שירצה, וד' הראשונים בזה * סתירה בד' השו"ע * ישוב ד'
השו"ע * סתירת הישוב * דרך אחרת בישוב סתירת ד' השו"ע * בד' הרא"ש שדימה ב' יורשים לב' לקוחות

גדר שעבוד נכסים

סימן ל - בגדר שעבוד נכסים - אם הוי זכות בעצם הקרקע או לא - עמוד

ד' רש"י בפסחים שגדר גביה מלקוחות הוא משום שהלוח מכר דבר שאינו ברשותו * בד' הריטב"א ורבנו דוד מב' בענין אחר * ד' הנתה"מ * ד' הש"ך בסוגיית דאקני * ד' הראשונים דהא דשעבודא דא' הוא מחמת מצות פריעת בע"ח * משמעות הראשונים בכמה דוכתי, דא"א לגבות מהלקוחות אלא מכח טענת 'אמאי זבנתה' * ד' הב"ח והגר"א דמכח דשעבודא דא', איכא על היתומים מצות פריעת בע"ח * משמעות ד' הב"ח והלב"ש דא"א לגבות מיניה מכח שעבוד נכסים, אלא רק מכח דין גופין על המצוות

סימן ל"א - שיטות הראשונים בביאור הפלוגתא אי שעבודא דא' או לא - עמוד

שיטת הרשב"ם * שיטת הרמב"ן * ד' הרמב"ן בשבועות בענין שעבוד מטלטלי * ד' הגרש"ש בביאור מד"א פריעת בע"ח מצוה לדרך הרמב"ן * שיטת הרמ"ה * ביאור ראיית הגמ' מד' עולא שבע"ח דינו בזיבורית - לדרך הרמ"ה * ד' התוס', ג' דרכים בביאור דבריהם * שיטת התוס' הרא"ש

סימן ל"ב - בגדר דין נכסי דבר איניש ערבין ביה - עמוד

בד' הראב"ד שבגביית נכסים בני"ח א"צ לדין ערב * תמיהה ע"ז מהגמ' בבכורות, ישוב התמיהה * בד' הרשב"א בגיטין נ' ב' שחילק בין שעבוד נכסים לשעבוד ערב * סתירה בד' הרשב"א אם בגביית בני"ח בעי' לדין ערב, וישוב הסתירה * ביאור תירוץ הרשב"א בגיטין - חילוק בין שעבוד נכסים לשעבוד ערב * בהא דליכא בשעבוד נכסים משום אסמכתא

סימן ל"ג - בגדר שעבוד נכסים - על איזה סכום חל השעבוד - עמוד

סוגיית הגמ' בכתובות צ"ג א' * ג' נידונים בגדרי שעבוד נכסים * בביאור דעת רבי נתן - לדעת הרי"ף * בביאור דעת רבי - מחלוקת הראשונים * דרך האור שמח בביאור מחלוקת הראשונים * דרך הפנ"י בביאור מחלוקת הראשונים * בגדר ערבות הנכסים - אם הוא דין גביית החוב, או ערבות ואחריות * לצד דאיכא שעבוד כנגד כל הנכסים, אם ה"נ איכא תביעת ממון בכל הנכסים * בביאור דעת רבי לדעת הר"ח

סימן ל"ד - אם גביית בני"ח היא מכח שעבוד הגוף או רק מכח שעבוד נכסים - עמוד

מקורות בד' הראשונים בענין זה * סתירות בדעת הרשב"א בזה, ישוב הסתירות * בהא דמטלטלי דכתובה לא משתעבדי * ביאור אחר בהא דמטלטלי דכתובה לא משתעבדי * בדין מוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו, אם מהניא מחילה על קרקע אחת

[עוד בגדרי שעבוד נכסים - ראה סימן ו'].

סימן א'

גדרי דין ערב

דמקודשת מדין ערב, היינו דחשיב כאילו בא הממון לידה³. והביא עוד את ל' הריטב"א בב"ב ס"ט ב' שכתב בתו"ד 'ואפילו אמר ליה זרוק דינר לים ואלוה לך מנה, הרי הוא כאלו הגיע לידו וחזר וזרקו לים, כיון שזה על פיו זרק'.

ג. והנה בפשוטו צ"ל לפ"ז, דמה שאמרו בגמ' 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה', הוא רק כדי לסלק חשש אסמכתא, אך עיקר חלות השעבוד הוא משום דחשבי' כאילו באו המעות לידו. וכן מבוי' בד' הגרע"א בתשובות חדשות אהע"ז סי' ז', וז"ל בתו"ד 'דבבבא בתרא דף קע"ג ב' לא אמרו בההיא הנאה וכו' רק דלא להוי אסמכתא, וכו', אבל לולי אסמכתא, וכן בערב קבלן, שפיר י"ל דמה שמחסר ממון עפ"י דבורו הוי נתינת כסף ממש, וכאלו נשא ונתן מידו'.

אמנם בד' הרשב"ם שכתב בביאור מה שאמרו 'בההיא הנאה' וכו', דהיינו 'דשליחותא דערב קא עביד מלוה', משמע דהא גופא דחשבי' שהמלוה עשה בשליחותו, הוא מכח בההיא הנאה, וצ"ע בטעם הדבר, והיאך הוא מתיישב בל' הגמ'⁴.

ד. עוד יש להעיר, דהנה מד' הרשב"ם נראה, דגדר זה דשליחותא דערב קעביד מלוה, התחדש בתירוץ הגמ' דליכא בערב משום אסמכתא, וכן מבוי' בד' הקצוה"ח

³ ובזה היה מקום לדון, דדין מנה לפלוני אינו מדין ערב סתם אלא מדין קבלן, וא"כ אין ראיה מד' התוס' לגדר ערב סתם, אך ע"י בסימן כ"א שהובאו ד' הראב"ן בקידושין שמבוי' להדיא דאף בערב סתם כן הוא הגדר - דחשיב כאילו באו המעות לידו, וכן ד' הנתה"מ סי' קל"ב סק"ג שנקט שכן הוא גדר ערב סתם.

⁴ ואין לומר דכוונת הרשב"ם דע"י ההנאה גמר בדעתו להתחייב כאילו נתנו בשליחותו, דמלבד דלשונו לא משמע כן, גם הנה הקצוה"ח סי' קכ"ט סק"א הוציא מד' הרשב"ם דבע"י בערבות לשון שליחות, והרי שפירש בכוונתו כפשוטו, דחשבי' למלוה כנותן בשליחות הערב.

בגדר דין ערב, מצינו בד' הראשונים כמה דרכים, וכמו שיתבאר בס"ד¹.

דעת הריטב"א

א. משמעות ד' הריטב"א בכמה דוכתי, דמסוגיין למדנו שאדם יכול לשעבד את עצמו ע"י ההנאה בדבר שלא היה חייב, דהנאה הויא ממון - ע"י בדבריו ק"י ו' ב', שם ז' א', ב"מ י"ד א', שם ע"ג א', שם ע"ו ב', שבועות מ' ב', וכן נקט בדעתו המחנ"א בדיני ערב סימן א'.

וע"י בקה"י קידושין סי' י"ב שהוסיף לבאר, דהא דאפשר להתחייב בהנאת פרוטה על כל החוב, הוא מדין קנין כסף, וכמבוי' בד' הר"ן בריש פ' הנושא דאפי' להתחייב בקנין כסף².

אמנם יש להעיר ע"ז, דמלשון הריטב"א בג' דוכתי משמע, דמדין ערב חשיב כאילו קיבל את המעות לידו, ע"י בדבריו ב"ב קע"ג ב', וב"מ ס"ט ב', ושם צ"ט ב', וע"י בסימן כ"ב מה שנתבאר לדון בזה.

דעת הרשב"ם והתוס'

ב. הרשב"ם ב"ב קע"ג ב' ד"ה גמר ומשעבד, כתב וז"ל 'בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאילו הוא עצמו הלוה'. ובקה"י קידושין סי' י"ב פירש בכוונתו, דבמה שהמלוה עשה שליחותו, חשיב שנשתמש הערב במעות להלוותם לפלוני, והוי כאילו בא הממון לידו.

ועי"ש שכתב שכ"ה שיטת התוס' בב"מ נ"ז ב' וע"א ב', שכתבו דדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך,

¹ כמה דרכים שמצינו בראשונים, נתבארו בס"ד בהרחבה במקומם, וכאן הובאו בקצרה.

² ובנדו"ז אם אפשר להתחייב בקנין כסף, ועוד בנדון אם ערב יכול להתחייב יותר מכפי הנאתו, ע"י סימן ב'.

במשובב סי' קכ"ט סק"א, שכתב דמאן דלית ליה אסמכתא בערב, לית ליה להך כללא דשליחותא דערב קעביד מלוה, אלא ס"ל דאף בלא"ה ערב משתעבד, עיי"ש.

ויל"ע במה נסתלק חסרון אסמכתא ע"י הא דחשבי דהמלוה הלוח בשליחות הערב.

והיה מקום לומר, דלמסקנא המחייב של ערב אינו משום התחייבות גברא, אלא משום דחשיב כקבלת הממון, ובכה"ג לא שייך כלל חסרון אסמכתא, דסו"ס אית ליה למלוה תביעת ממוני גבך.

אכן אי"ז פשוטם של דברים - דלמסקנא ליכא בערב משום אסמכתא כלל - והראשונים בכל דוכתי נקטו דאף למסקנא איכא בערב משום אסמכתא, ואך דמשום ההנאה גמר בדעתו להשתעבד, וכגון הראשונים בב"ב מ"ד ב', ובעה"ת שער ל"ה ח"א אות ז' וטור סי' קל"א סעיף י"ג. גם עי' בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כ"ז שהביא את ד' הרשב"ם, וכתב דודאי אף למסקנא איכא בערב משום אסמכתא.⁵

ה. ונראה בעז"ה די"ל בזה, דכל הא דחשיב כאילו הערב קיבל מהנותן, הוא רק משום ששיעבד את עצמו תחת נתינתו, וביאור הדברים, דהמחייב של ערב הוא משום שהמלוה הוציא מעותיו מחמתו, והשתא כל מה דחשבי שהמלוה הוציא מחמתו, הוא רק משום שהערב משתעבד תמורת זה, אך אילו הערב לא היה משתעבד, מעתה הוי חשבי דהמלוה עביד אדעתא דנפשיה ולא אדעתא דהערב.

ולפ"ז נראה, דע"י ההנאה מקבל הערב על עצמו להתחייב על נתינת המלוה, ואין זה חיוב ממון מסוים בעין, אלא תוכן החיוב הוא ערבות ואחריות על נתינת המלוה, ודומיא דחיוב שומרינ⁶, ומכאן זה

⁵ ועי' בנוד"ז עוד להלן סי' ט.

⁶ ועיקר היסוד דחיוב ערב הוא חיוב מחודש של אחריות וערבות, ואי"ז חיוב ממון כפשוטו, מוכח מכמה דוכתי, וכגון בד' הרמב"ן קידושין ח' ב' שכתב דבאומר לחברו הנח בסלע ואתחייב לך, פטור הערב אפי' כשארע אח"כ אונס, ומשום 'דלא מחייב איניש באחריות שאלה וכו' עד דאתיא לרשותיה וקני לה', עכ"ד (ועיי"ש

חשבי שהמלוה הוציא מחמת הערב והוי כשלוחו, ומעתה חשיב כאילו נתן לערב ונשתמש הערב במעות, וכמו שנתבאר.⁷

ומעתה י"ל, עפ"י המבוי בד' הריטב"א דעיקר החסרון של אסמכתא הוא משום שהאדם קונס את עצמו להתחייב באם לא יתקיימו דבריו, דבכה"ג אין דעתו להתחייב ממון בפועל. ומעתה בערב לא שייך כן, שהרי מכח התחייבותו חשבי ליה כאילו קיבל את הממון, ואי"ז בתורת קנסא כלל, אלא אית ליה גמ"ד מעליא להתחייב, ולהכי לית ביה משום אסמכתא, ומיושבים היטב דברי הרשב"ם.⁸

דעת הרשב"א

שכתב דתלי בפלוגתא אמוראי בב"מ צ"ט א' וק"ל כמאן דפטר, ומכאן דחלות ערב הוא אחריות, ובה התחדש כל הך אחריות הוי רק בשיצא הממון מרשות הנותן, דאל"ה היה בדין שיוכל לשעבד את עצמו שאם יאנס החפץ ישלם.

והעירוני שכן מתבאר גם בד' האב"מ סי' ל' ס"ק י"ב שכתב בביאור ד' הריטב"א בקידושין ח' ב', דבאומר לחברו תן מנה ע"ג הסלע שהוא מקום האבד ונתנו שם על פיו, חייב, דכל זה רק בשלא חזר ונטלם, אך אילו חזר ונטלו משם הריהו פטור, וביאר האב"מ דהוא משום שאין הערב מתחייב אלא אם לא יבוא החפץ לידי הבעלים, ודומיא דערב על לוח - שאם הלוח משלם אין חיוב על הערב לשלם, ומשו"ה בנתנו במקום האבד נמי, אם בא הממון אח"כ לידי הבעלים תו אין חייב הערב לשלם, עכ"ד (ונתבאר דבריו בסי' כ"ה), והוא כנ"ל, דחיוב ערב הוא ערבות ואחריות על הממון, ואי"ז חיוב מחודש, ועל כן כל שחזר הממון לידי הבעלים, אינו חייב.

⁷ והא דההנאה מחייבתו באחריות יל"פ בב' אנפי, או דהיינו מדין קנין כסף, וע"ד המבוי בריטב"א, או דע"י ההנאה גמר ומשעבד נפשיה כדין הן הן הדברים הנקנים באמירה, וכפי שמצינו כן בד' הראב"ן והמהרי"ק, יובאו להלן ס"ק י"ד.

ויל"ד עוד בזה, דבאמת אי"ז חלות התחייבות, אלא דע"י הפרוטה אית לערב גמ"ד לשעבד את עצמו ולהחשיב שהנתינה היא עבורו.

⁸ ועי' להלן סי' ז' סק"ג שנתבאר עוד בזה. ועי' עוד להלן ס"ק ט"ו שיתבאר להוכיח כעיקר היסוד שיש ב' דינים בערב, חדא עצם קבלת הערבות, ועוד, שבתולדה מזה דיינין ליה כמי שקיבל את המעות.

ו. כתב הרשב"א בשו"ת ח"ה סי' קנ"ד וז"ל 'ותדע שהרי ערב אינו מקבל מיד הלוא ולא כלום, ואפ"ה בהוא הנאה דקא יהיב ללוא בדיבורו משתעבד נפשיה, כאילו בא הממון לידו. ותן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מק"ו מדין ערב כאילו קבלה היא המנה, שהרי הנאת המנה בא לידה והרי הוא כאילו קבלה היא'.

והנה פתח בהא דחשיב כאילו בא הממון לידו, וסיים דהנאת המנה בא לידו.

ועי' בסימן כ"ד שנתבאר מדבריו בכמה דוכתי, דבדין ערב התחדש דהא גופא שנהנה פלוני בקבלת הממון מחמת הערב, חשיב כהנאה מהממון עצמו לערב, ונתחייב בכל הממון כאילו היה מקבלו, אך אי"ז חשיב כקבלת המנה עצמו ממש כפי דרך התוס', וכן נקט הגרע"א בתשובות חדשות אהע"ז סי' ז'. ועיי"ש במשנ"ת בזה באריכות.

דעת הנמק"י ורבנו גרשום

ז. ובד' הנמק"י פ"א א' מדפי הרי"ף, ד"ה אמר ר"ה הללוהו ואני ערב, מצינו דרך אחרת בזה, וז"ל שם 'ואע"פ שאין שם קנין אלא באמירה בעלמא, משתעבד ליה, דמצי א"ל המלוה אם לא היית אתה, לא הייתי מלוה אותו כלל', ועיי"ש עוד בהמשך דבריו דמבו' להדיא דמה שאמרו בההיא הנאה וכו', הוא רק לסלק חסרון אסמכתא.

וכן מבו' בד' רבנו גרשום ב"ב קע"ג ב', שכתב בביאור תמיהת רב נחמן על רבה ור"י דאמרו דלא יפרע מן הערב תחילה כלל משום דמצי הערב לומר למלוה 'גברא אשלימית לי גברא אשלימי לך', ותמה ע"ז רב נחמן דהוי דינא דפרסאי, וביאר רבנו גרשום וז"ל 'דבר תימה הוא, היאך יכול ערב לסלק עצמו ולומר לו גברא אשלמת לי וכו', והלא יכול לומר לו המלוה, אי לא את, לא הוה נפקי זוזאי מתחת ידאי'.

וכן בדבריו בשלהי מכלתין, שכתב בטעמא דערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין, משום 'דמצי אמר ליה, אי לאו את, לא נפיק זוזי מתחת ידי'.

ובקה"י קידושין סי' י"ב הביא מס' כתונת פסים, שביאר בד' הנמק"י, דחייב הערב הוא מדין מזיק, והק' ע"ז הקה"י דחדא הוי רק גרמא בעלמא, ועוד דא"כ מהו הנדון אם אית ביה משום אסמכתא או לא, ולכן פירש בכוונת הנמק"י, דכיון שהפסיד המלוה, גמר הערב ומשתעבד. וצ"ע שאי"ז במשמעות ל' הנמק"י ורבנו גרשום⁹.

ח. ובפשוטו נראה, דלדעת רבנו גרשום והנמק"י, עיקר המחייב של הערב הוא משום שהמלוה הוציא על פיו, והא גופא מחייבו. וכן משמע בד' הרמ"ה ב"ב קע"ה ב', שכתב בדעת בן ננס, דלדידיה אין אדם יכול לחייב את עצמו בחיוב חדש, והא דערב בשעת מתן מעות משתעבד, הוא משום דחסריה, עיי"ש היטב בדבריו, ונראה דס"ל דהא גופא דחסריה מחייבו.

ומה שמבו' בגמ' דבעי דעת הערב להשתעבד, ומשו"ה אית בה משום אסמכתא, צ"ל דא"א לחייבו על מה שהוציאו על פיו אא"כ גמר בדעתו להתחייב ע"ז¹⁰, ועוד י"ל, דכל הא דחשבי' שהמלוה הוציא על פיו הוא רק מכח שחייב את עצמו באחריות החוב, ועל דרך שנת' לעיל סק"ד.

דעת הרמב"ם

ט. כתב הרמב"ם בפ"א מהל' מכירה הל' ט"ו, וז"ל 'המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אע"פ שלא היה חייב לו כלום, הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, וכו', אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב'.

⁹ וביותר אי"ז במשמעות ל' רבנו גרשום ב"ב קע"ג ב', דמשמע שכוונתו דהערב אינו יכול לסלק את עצמו בהעמדת גוף הלואה לפניו, משום שהמלוה טוען שהפסיד ממון, ולא משמע דהיינו רק סברא להוכיח שהערב גמר בדעתו להשתעבד ממון.

¹⁰ ועי' עוד בסימן כ"ד ס"ק י"ב שנת' עד"ז בד' כמה אחרונים בדעת הרמב"ם בפ"א מהל' מכירה.

ומבוי בדברי הרמב"ם, שאפשר להתחייב בדיבור, והמקור לזה הוא דין ערב.

ומקור הענין הוא בסוגיא דריש פ' הנושא את האשה, כתובות ק"א ב', דנחלקו שם הראשונים אם אדם יכול להתחייב בדיבור בעלמא או בעי קנין ע"ז, ועיי"ש בר"ן שתמה על השיטה שאפי' להתחייב בדיבור, דהא ערב אינו משתעבד אלא בההיא הנאה כמבוי בגמ' ב"ב, ושלא בשעת מתן מעות בעי קנין ולא סגי בדברים, ויישב הר"ן דערב שאני, דהוא דומה לאסמכתא, וא"א לו להתחייב בדיבור בעלמא אלא בקנין.

אך בד' הרמב"ם שלמד את הך דינא דאפי' להתחייב בדברים מחיוב ערב, אא"ל כן.

י. ובמחנ"א דיני ערב סי' א' כתב בדעת הרמב"ם, דעיקר שעבוד הערב הוא בדברים, ומה שהוצרכו בגמ' להנאה הוא רק לסלק חסרון אסמכתא, עכ"ד. ועיי' בסי' כ"ד סק"ט שנת' דהא דא"א לחייב את הערב בתשלום מכח ההנאה גופא, היינו משום שלא קצצו ע"ז.

ועיי"ש במחנ"א שתמה לפ"ז בד' הגמ' קידושין ז' א', שלמדה את דינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך מדין ערב, ותקשי דהא אשה אינה יכולה להתקדש בדברים. ועיי"ש שכתב דדין הגמ' אינו נלמד מעיקר דין ערב, אלא מההנאה דאיכא בערב ע"מ לסלק חסרון אסמכתא, ולכא' הוא דוחק¹¹.

יא. אמנם הכס"מ כתב, דהך דינא דיכול אדם לחייב עצמו חיוב חדש, הוא מדין אודיתא, וכ"כ הקצוה"ח סי' מ' סק"א, וכתב דאיירי במי שמחייב עצמו דרך הודאה ולא במי שמחייב את עצמו בדרך חיוב חדש, ויסוד הדברים מבוי בתשובות הר"י מיגש סי' ק"ו

וסי' קנ"ג וסי' קס"ח¹², וכן מבוי בד' הגר"א סי' מ' סק"ד, וכן נקטו עוד אחרונים.

וכבר תמהו ע"ז, מד' הרמב"ם שכתב שהמקור לדין הוא דין ערב, וערב הרי מתחייב דרך חיוב חדש ולא דרך הודאה, ומה ענין זל"ז.

יב. וביאור הדברים מצינו בד' כמה מגדולי האחרונים - הלא הם הפני"י חי' חו"מ סי' מ', המקנה ק"י ז' א', וכעיקר הסברא מבוי ג"כ בשו"ת הב"ח סי' קל"ו - דהרמב"ם הוצרך להביא ראיה על הא גופא דשייך להתחייב חיוב חדש בקנין, דהיה מקום לדון דהוי כדבר שאין בו ממש ואינו בעין, וגם דלא מצינו שאדם יכול לחדש חלות חיוב ע"י קנין אלא רק להקנות דבר קיים, וע"ז הוכיח הרמב"ם מדין ערב, שמצינו שנתחייב בחיוב חדש.

ועיי"ש במקנה, שכתב דהראיה היא מערב בשעת מתן מעות, שמשתעבד בהנאה מדין קנין כסף וכד' הריטב"א, ובפני"י משמע, דהראיה היא מערב לאחר מתן מעות שמשתעבד בקנין, וק"ק דלא מצינו מקור לזה בתורה - שיכול להשתעבד לאחר מתן מעות, וערבך ערבא צריך, ואם חז"ל נקטו כן מסברא, א"כ מה הוצרך הרמב"ם להוכיח מדין ערב, תיפו"ל דאותה הסברא שערב משתעבד בקנין, היא גם טעם לכך שאדם יכול להשתעבד בקנין.

ועיקר הסברא מצינו גם בד' הרמ"ה ב"ב קע"ה ב', שביאר בדעת בן ננס דס"ל דערב לאחר מתן מעות אינו משתעבד, דהיינו משום 'דלית ליה לבן ננס דיכול איניש לחיובי נפשיה במידי דלא הוה מיניה חיובא גביה', וביאר כן בטעמיה דר"ל בכתובות שם¹³.

יג. ויש מקום לומר עד"ז בביאור ד' הכס"מ ודעימיה, ובשינוי מועט, דהנה בפשוטו גדר קנין אודיתא הוא,

¹² אכן בפני"י חו"מ סי' מ' סק"ה כתב דאף לדעת הכס"מ איירי אף בשחייב את עצמו בדרך חיוב חדש.

¹³ וזה שלא כשיטת שא"ר שנקטו דר"ל אינו חולק בכל הקנינים אלא רק בקנין שטר, ואכמ"ל בזה.

¹¹ ואמנם י"ל דכוונת הגמ' ללמוד כן מדין ערב קבלן, ונתבאר בזה בארוכה בסי' כ"א.

דע"י שמודה אית ליה גמ"ד מעליא, ומהני מצד הגמ"ד שבזה, שהרי אין ע"ז מעשה קנין בפועל¹⁴.

ו"ל לפ"ז, דלעולם להשתעבדות בקנין א"צ מקור מדין ערב, וכל הא דבעי להוכחה מדין ערב, הוא רק היכא דמשתעבד בדברים בעלמא.

ולפ"ז נ' די"ל, דהרמב"ם סובר דמה שאמרו בסוגיין ד'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה', אין הכוונה דהיינו מדין קנין כסף, אלא דע"י ההנאה אית ליה גמ"ד מעליא, ומשתעבד מכח הגמ"ד, וכדינא דהן הן הדברים הנקנים באמירה, ומזה הוכיח הרמב"ם לדין אודיתא, דאפשר להשתעבד ע"י גמ"ד, ולא בעי מעשה קנין בפועל.

יד. ושוב ראיתי בשו"ת עבודת הגרשוני סי' קי"ז שכתב בתו"ד וז"ל 'אלא ודאי ברור כשמש בצהרים שאין דעת הרמב"ם להביא רא"י מדין זה אגוף הדין, כי פשיטא ליה אילו אמר אתם עדי שמשעבד, וכו', אלא שמביא רא"י שיוכל אדם לחייב את עצמו אעפ"י שאינו חייב כלום, דל"ת שלא מצינו בשום מקום שיוכל אדם לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב כי אם בקנין, ועל זה מביא ראיה מערב בשעת מתן מעות שמחייב נפשי' אף בלא קנין, הגם שהתם יש לו טעם אחר שמשעבד נפשי' אגב דמהימנ', מ"מ מביא רא"י שיוכל אדם לשעבד נפשי' אף בלא קנין, ומשמע שכוונתו כנ"ל, דמה שאמרו בההיא הנאה וכו' הוא רק טעם דמשו"ה גמר ומשעבד נפשיה בלא קנין.

ומצאתי בשו"ת ראב"ן סי' ל"ח שכתב בתו"ד וז"ל 'וטעמו של דבר נודיע, דדברים הללו ניקנין באמירה כמו שפירשו חכמים דבההוא הנאה דקא ציינת ומתחתני גמרי ומקני להדדי בשע[ת אמירה], וכו'. ודבר זה אנו למידין אותו מדין ערב, שכן אמרו חכמים מאיזה טעם ערב משתעבד, בהאי הנאה דקא

ציינת להדדי, דקא סמיך מוזפנא אדיבוריה וקא יזיף ליה ליזופא, גמר ערבא ומשתעבד נפשיה באמירה בעלמא, אף ה"נ בההיא וכו'. ומבוי שדימה בין דינא דהן הן הדברים הנקנים באמירה לדין ערב, דתרוויהו מהני משום דגמר ומשעבד נפשיה באמירה בעלמא.

ועד"ז מבוי גם בשו"ת מהרי"ק סי' קפ"א, ועי"ש שכתב דמשו"ה מהני גם בדבר שלא בא לעולם, והיינו דכל החסרון דדשלבי"ל הוא רק במעשה הקנין, והכא לא קני במעשה הקנין כ"א בגמירות דעת.

טו. אך לפ"ז שוב יק', היאך ילפי' לדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך מדין ערב, והא ערב לא נשתעבד אלא בגמירות דעת, וצ"ל דהוא נלמד מדין קבלן, וכפי שיתבאר לדון בזה בסימן כ"ב.

אך צ"ע, היאך הדברים מתיישבים בד' הראב"ן גופי' בקי' ז' א' שכתב בתו"ד וז"ל 'כדין ערב דכיון דעל פיו יהיב דאמר הלוהו ואני ערב דהוי כאילו קיבלו הוא', והרי דגדר ערב הוא דחשיב כאילו קיבל את הממון.

ושמא הביאור הוא ע"ד משנ"ת לעיל סק"ד, דאחר שנשתעבד הערב באחריות על הממון, שוב חשיב שהנותן נתן מחמתו, והוי כאילו קיבל את הממון גופו לידו, ובזה יתיישבו ד' הראב"ן אהדדי, דראשית כל חיובו של ערב הוא משום דגמר ומשעבד נפשיה, וכדין הן הן הדברים הנקנים באמירה, ועיד"ז חשבי' ליה כאילו קיבל את המעות, ואיכא ביה נתינת ממון הראויה להתקדש בו.

¹⁴ ויש שנקטו דבאמת קנין אודיתא לא חשיב מעשה קנין, אלא דעצם ההודאה מקנה, אך בקצוה"ח הנ"ל מבוי לא כן, שהרי כתב דערב שמתחייב באודיתא לאחר מתן מעות לא מהני, ומשום דסתם קנין אחר מתן מעות לא מהני, אלא בעי דווקא קנין חליפין.

סימן ב'

הערות בשיטת הסוברים דערב משתעבד בהנאת פרוטה

והשתא אי נימא דבערב בלא"ה ליכא אלא הנאת פרוטה, ואך דהך פרוטה הויא מעשה קנין לחייב על כל ההלוואה, לכא' ה"נ יכול הערב להתחייב אף במה שלא הוציא המלוה על פיו.

ג. והיה נראה בדעתם, דס"ל דיסוד דין ערב הוא דחשיב כאילו קיבל את המעות, וכדרך התוס' בב"מ נ"ז א' ודעימיהו, וכפי שכן מבוי בנתה"מ גופיה סי' קל"ב ס"ק ג', ולהכי ס"ל דא"א לחייב יותר מכפי מה שהוציא המלוה על פי הערב.

והא דאינו משתעבד בהנאה, י"ל דבעי' ע"ז קציצה מפורשת שיקנה בתורת הנאה, וליכא, ומשא"כ לדרך הריטב"א דכל חיוב הערב הוא מכח ההנאה, חשיב כקציצה ע"ז, דאלי"ה לא יתחייב הערב כלל.

אמנם בדעת הסמ"ע שם אא"ל כן, דהסמ"ע אזיל לשיטת הרמב"ם דדין ערב הוא התחייבות בדברים.

ד. וכמדומה הביאור בזה, דהנה הא דבעי' הנאה בערב הוא מכח ב' ענינים, חדא כי היכי דלהוי מעשה קנין על החוב, ועוד לסלק חשש אסמכתא, וכמבוי כ"ז בד' הריטב"א ב"ב קע"ג ב'.

ולפ"ז נ', דשאני היכא דאיכא הלוואת מנה עפ"י הערב, דהנאת הערב הויא מכח ההלוואה כולה, דכל ההלוואה ניתנה מכוחו, ולהכי ליכא משום אסמכתא בכל מה שנתחייב, דאית ליה הנאה מכל מה שנתחייב בעבורו, ומשא"כ היכא דהרוויח זמן בלחוד, או שנתן מנה והערב בא להשתעבד על ב' מנים, הרי ליכא הנאה לערב אלא רק מהך שיעור ממון שהמלוה הוציא מחמתו, ומכל שאר הממון אין לו הנאה, ומעתה מכל מה שלא נהנה איכא משום אסמכתא.

ה. אכן אכתי לא נתבארו בזה ד' הנתה"מ שהובאו לעיל סק"ב, שכתב דבאמר לחברו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך מאתיים אינו חייב אלא מנה, והתם הא ליכא משום אסמכתא, דאיי"ז חיוב 'דאי', וא"כ

[א]

אם ערב יכול להשתעבד יותר מהדמים שהוציאו על פיו

א. בסימן א' הובאו ד' הקה"י קידושין סי' י"ב שביאר בדעת הריטב"א, דס"ל דאיכא לערב הנאת פרוטה במה שהמלוה הוציא מעותיו על פיו, והנאה זו הויא קנין כסף על כל החוב, וכן מצינו במקנה שם שכתב כן מדיליה בביאור דין ערב.

ועיקר היסוד דאפשר להתחייב בקנין כסף מצינו בר"ן ריש פ' הנושא.

ויש להעיר לפ"ז, במתבאר בד' הח"מ אהע"ז סי' כ"ט ס"ק ה', דבערב על הרווחת זמן, משתעבד הערב רק כפי השיעור ששווה הרווחת זמן, ואינו יכול להשתעבד על גוף ההלוואה, והטעם לכך, שהמלוה לא הוציא על פיו אלא כפי שיעור שווי הרווחת זמן, עכ"ד, וקשה דמ"מ ההנאה תשמש כקנין כסף להתחייב על כל החוב.

ובאמת בבית מאיר שם כתב, דאילו איכא הנאה בהרווחת זמן, שפיר נשתעבד הערב בהך הנאה על כל החוב, ומזה הוכיח דליכא הנאת פרוטה בהרווחת זמן, עיי"ש, וצ"ע בדעת הח"מ.

ב. ועד"ז יש להעיר עוד, בד' הנתה"מ סי' ר"ז ס"ק ח', שכתב שבאומר לחברו זרוק מנה לים ואתן לך מאתיים, אינו חייב אלא מנה, וכן מבואר בדבריו סי' קכ"ט ס"ק ח' וסי' קל"א ס"ק ג', ועד"ז מבוי בד' הסמ"ע, בתשובתו שהובאה בשו"ת גאוני בתראי סי' ד' ובשו"ת הב"ח סי' קל"ו¹.

¹ ובביאור הטעם כתב הסמ"ע וז"ל 'והא מה דנשתעבד ערב בלא קניין היינו מטעם דאמר' דבהיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, והיינו דוקא בכדי דמים שהימנו ולא יותר'.

מאי טעמא לא מהני, ובדעתו לכא' מוכרח, דאזיל לשיטתו דדין ערב אינו מכח בההיא הנאה אלא משום דעשה שליחותו.

ויש להוסיף עוד, את מה שכתב הנתה"מ בקהלת יעקב אהע"ז סי' כ"ט, דבקי' מדין ערב אין צריך המקדש לומר הרי את מקודשת בהנאת פיוס נתינת הפרוטה, דקבלת הפרוטה שקיבל פלוני חשיב ממש כאילו קיבלה היא, עכ"ד. ולפי"ז י"ל, דלהכי מי שאמר 'זרוק מנה לים ואתחייב לך מאתיים' אינו חייב מאתיים, לפי שסתם דבריו ולא אמר 'ואתחייב לך בהנאת זריקת המנה לים', אך אילו אמר כן בהדיא, י"ל דמהני.

[ב]

בדין קנין כסף על התחייבות

ו. בקה"י שם כתב, דהא דאפשר להתחייב ע"י קנין כסף, הוא כדעת הט"ז בחו"מ סי' ק"צ, דכסף הוא כסף קנין, ולא לדעת הסמ"ע שם דכסף הוא כסף שוויות ופרעון, עכ"ד, ולא פירש כוונתו.

וני' שיש לדון בזה מב' טעמים, חדא, עפ"י המבוא בסוגיא בריש פ' הזהב ובד' הראשונים בכמה דוכתי, דא"א לקנות בקנין כסף 'טבעא', אלא רק 'פירא'.

ועי' בד' הגרע"א ב"מ ל"ג ב' ד"ה ובזה נלענ"ד, ושם מ"ד ב' ד"ה תוס' ד"ה נעשה, ובתשובה סי' קל"ב, שנקט דאין כסף קונה כסף אחר בקנין כסף, וכן מפורש בתשובת ר"י שהובאה באור זרוע ב"מ סי' ק"פ.

והביאור הוא, דיסוד קנין כסף הוא, שהדמים משמשים כתשלום על הדבר הנקנה, ודבר זה שייך רק באופן שהדמים הם טבעא והדבר הנקנה הוא פירא. ועוד טעם יש בזה, דלא שייך לקצוץ דמים על טבעא, דטבעא לעולם הוא דמי עצמו, ולא יתכן לשנות את קביעות שוויותו, ומשא"כ בפירא שייך שהמוכר והלוקח קוצצים את דמיו כפי רצונם, אף שהוא שונה מהמחיר בשוק.

ומעתה יש לדון, דלצד דכסף הוא כסף שיווי לא שייך להתחייב יותר מאשר שווי הכסף, דהתחייבות נידונית כטבעא, ולכן נקט הקה"י לדברי הט"ז דכסף הוא כסף קנין.

ו. אכן באמת נראה שנידון זה שנוי במחלוקת הראשונים, שבד' התוס' בכתובות ק"ב א' ד"ה אליבא מב' דהתחייבות הוא פירא, ונידונית כמטלטלין, ולדרכם נראה דשפיר מהני קנין כסף².

ובד' הר"י מיגש בתשובה, הובא בליקוטים שם, מב' דהתחייבות נידונית כטבעא, ודינה כדין מטבע, ועי' עוד ברש"י בכתובות נ"ו ב' דא"א להקנות חוב בחליפין כיון דהוי מטבע, ולדרכו לכא' באמת א"א להתחייב בקנין כסף.

ובפשוטו להלכה נקטינן כתוס', דהא קי"ל דאפשר להתחייב בקנין סודר, והר"י מיגש שם כ' דא"א להתחייב בקנין סודר, דמטבע אינו נקנה בחליפין³.

ז. ועוד יש לדון בזה מטעם אחר, דלדעת הסמ"ע דכסף הוא כסף שיווי, לא שייך להתחייב כלל, דלדרכו כסף אינו יכול ליצור חלות חדשה, אלא רק לשמש לקניית דבר קיים, שע"י שפורע את דמי הדבר הנקנה, זוכה בו, ולכן נקט הקה"י דמוכח מכאן כד' הט"ז דכסף הוא כסף קנין.

² ואף דחז"ל ביטלו את קנין כסף, נראה דהכא לא שייך טעם התקנה שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה, ועי' בקונטרס השעבוד להגרש"ש סי' א', ואכ"מ.

³ אך אולי הוא סברא מסוימת בהא דמטבע אינו נקנה בחליפין משום דדעתא אצורתא, די"ל דחלוק בזה חוב ממטבע, ואכ"מ.

סימן ג'

בדין לא יתבע את הערב תחילה

ג. והדרך לדון לאידך גיסא, דאיכא על הערב דין ממון כבר מתחילה, יש לדון נמי בב' אנפי, חדא, משום דחשביי כאילו הערב קיבל את הממון, כלשונות הראשונים בכמה דוכתי², והא גופא מחייבו מתחילה.

ובאופ"א י"ל, דהערב קיבל על עצמו אחריות להשיב את הממון, ומצד דיני הערבות, לא מוטל על המלוה לחזר אחר הלווה, אלא יכול לתבוע את הערב תחילה, אלא שמדיני טונ"ט ובסדרי הגביה איכא דינא דאין תובעין את הערב תחילה.

הוכחות שאין על הערב חיוב ממון מתחילה

ד. והנה מהא דמבוי בסוגיא ב"ב קע"ג ב' דאיכא בערב משום אסמכתא, לכא' יש ללמוד דאין הערב חייב כלל אלא רק בגוונא שאין הלווה פורע, וע"ז אמריי דאית ביה משום אסמכתא, דאי נימא דאיכא חיוב על הערב אף מתחילה, ואך דבדיני הגביה אין גובין ממנו תחילה, היה בדין דליכא ביה משום אסמכתא. וכן הוכיח הגרמ"מ אפשטיין זצ"ל בעל לבוש מרדכי במכתב שנדפס בסה"ז וזאת ליהודה.

אמנם העירוני די"ל, דאף אי נימא דמוטל על הערב חוב נפרד מתחילה, מ"מ כיון שבפועל א"א לגבות ממנו אלא רק באופן שאין הלווה פורע, שפיר אית ביה משום אסמכתא, דסמכא דעתיה שיגבה המלוה מהלווה תחילה. ויש משמעות לעיקר היסוד מכמה דוכתי, עי' הערה³.

¹ ועיקר צד זה, דאיכא על הערב חיוב אחריות מתחילה, ואי"ז מתחדש בשעה שהלווה אינו פורע, מבוי בד' הראשונים בכמה דוכתי, כמו שיתבאר להלן סי' ט' סק"ד.

² עי' תוס' ב"מ נ"ז א' וע"א ב', ועוד ראשונים, ונתבאר בסי' א' וסי' כ"ג, ולשיטתם לכא' מוכרח דאיכא דין ממון מתחילה.

³ חדא ממה שדנו הראשונים ב"ב מ"ד ב' דבשעבוד מטלטלין איכא משום אסמכתא - כיון דנכסי דבר אינוש ערבי

אימת חל חיוב הערב, אם בזמן ההלוואה או בזמן

שהלווה אינו פורע

א. בגדר דין לא יתבע את הערב תחילה, יש להסתפק אם אין למלוה על הערב דין ממון מתחילה, אלא רק לאחר שתבע את הלווה ולא היה לו לפרוע.

או דילמא לעולם איכא על הערב דין ממון גמור כבר מזמן ההלוואה, והא דלא יתבע את הערב תחילה, הוא הלכה מסוימת בהל' טונ"ט ובסדרי הגביה.

וי"ל עוד, דהוי כחוב תו"ז, לפי שאין זמנו של המלוה עם הערב אלא כשהלווה אינו פורע.

ב. ודרך זו, שאינו חייב אלא רק באופן שהלווה אינו פורע, יש לבאר בב' אנפי, או דגדר חיוב ערבות הוא, שחוב הלווה מוטל על הערב, ואין עליו חוב בפני"ע, ועל כן א"א להטיל עליו את חיוב הלווה אלא רק כשאין הלווה משלם.

או דלעולם כבר מזמן קבלת הערבות איכא על הערב חיוב ערבות, אלא דתוכן החיוב הוא אחריות על חוב הלווה, וחיוב זה יוצא מהכח אל הפועל רק בשעה שהלווה אינו פורע את חובו, וכעין חיוב שומרין, שחל חיוב אחריות מתחילה, ובשעה שהחפץ נאבד יוצא החיוב מהכח אל הפועל¹.

¹ ועי' בסימן ח' שנתבאר שבב' צדדים אלו תליא פלוגתת הב"ח והסמ"ע בסי' קכ"ט ובתשובותיהם שנדפסו בשו"ת הבי"ח סי' קל"ד - קל"ו, אם שייך חיוב ערבות באופן שלא חל חיוב על הלווה, דאי נימא שאין על הערב חוב בפני"ע אלא כל דינו הוא לפרוע את חיוב הלווה, א"כ באופן שאין לוה לא שייך כן, ואי נימא שמוטל עליו חיוב בפני"ע, ותוכנו הוא אחריות על החוב, שפיר י"ל דה"נ בשאין לוה נתחייב הערב באחריות על קבלת הלווה.

ועי' להלן הערה 5 שנתבאר שנחלקו בזה הש"ך והתומים.

ה. אך הנה לדרך זו - דאיכא על הערב דין ממון מתחילה, ואך דמ"מ כיון שאין גובין ממנו בפועל אלא לאחר שהלווה נתבע, איכא ביה משום אסמכתא - מסתברא מילתא שהטעם לזה הוא, שכן הוא דין התורה, שא' שמקבל על עצמו ערבות, דינו שנתחייב ממון מתחילה, ואך שבסדרי הגביה אין תובעין אותו תחילה, אך אילו בא הערב ואמר להדיא 'אם לא יפרע לך הלווה אני אשלם', מסתברא מילתא שאין עליו כל חיוב ממון אלא רק לכשהלווה לא משלם, דא"א לחייבו יותר ממה שאמר בלשונו, והוא לא נתחייב אלא שאם הלווה לא ישלם, ישלם הוא.

אמנם הרשב"ם ב"ב קע"ג ב' ד"ה רבי יהודה, כתב בתו"ד 'והיינו אסמכתא אם לא יפרע לך אני אשלם לך', ועד"ז כתב בחי' הר"ן ב"ב מ"ד ב' וז"ל 'ואמרי בערב דהוי אסמכתא, דה"ק ליה אם לא יפרע אותך הלווה אני אפרע אותך'. ומשמעות הדברים, דכך הוא לשון קבלת הערבות, שאם לא יפרע הלווה יפרע הוא, וא"כ מסתברא מילתא שלא נתחייב הערב כלל אלא כשאין ללווה מה לפרוע.

ו. וביותר יש ללמוד לזה, דהנה הרמב"ם כתב בפרק כ"ה מהל' מלוה ולווה הל' ח', דערב שחייב את עצמו על תנאי, לא נשתעבד, משום שהוא אסמכתא, ובבעה"ת שער ל"ה ח"א אות ז' תמה בזה וז"ל 'והיינו טעמא דערב מיחייב אע"ג דאיתיה אסמכתא, דהא קאמר ליה אם לא יפרע לך אני ערב לך, ואפילו הכי

ביה, ובערב איכא משום אסמכתא - ואף דבפשוטו ודאי חל עליהם שעבוד מתחילה, וביותר משמע כן בד' הרשב"א שם שדן דאף בגבית מטלטלין מיניה איכא משום אסמכתא, ובכה"ג לכא' ודאי איכא שעבוד מתחילה.

אכן יש לדון בזה, דהנה הרשב"א שם כתב וז"ל 'וכי שעבד ליה מטלטלי הו"ל כמאן דאמר ליה אי לא אפרע ולא משכחת מקרקע איתפרע ממטלטלי, וכל דאי לא קני, דאסמכתא היא', וכ"כ הר"ן, ועד"ז בריטב"א, ומשמע קצת שבאמת לא נשתעבד לפרוע ממטלטלי אלא בגוונא שאין לו זוזי וקרקעות.

עוד משמע כן, מהמבוי בד' הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שס"א דבע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה איכא משום אסמכתא, ודבריו נתבארו בסימן י"ד סק"ז, והתם ודאי שיש על הערב חיוב מתחילה, ומ"מ איכא משום אסמכתא.

משתעבד, והכא אמרינן דערב על תנאי כיון דהוי אסמכתא לא משתעבד, ועיי"ש מה שתיירץ, ונתבאר בסי' ט' סק"ד. וכן הוא בטור סי' קל"א.

והשתא אי נימא שיש על הערב דין ממון גמור מתחילה, ואך דבהל' גוביינא אין תובעין ממנו תחילה, מאי קשה להו מאי שנא ערב בתנאי מסתם ערב, הא שאני ערב שנתחייב בממון בכל גווני, מערב בתנאי שכל חיובו הוי על תנאי, וי"ל דהא הוי אסמכתא טפי, ולא אהני לזה ההיא הנאה דקא סמיך עליה המלוה, וע"כ דס"ל שאף בסתם ערב עיקר חיובו הוי על תנאי, ואי"ז רק דין בסדרי הגביה בעלמא.

ז. עוד העירוני להוכיח דליכא חיוב על הערב מתחילה, ממש"כ הרמב"ם בפרק כ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ב וז"ל 'מלוה שתבע את הלווה ולא מצא לו נכסים, אינו יכול להפרע מן הערב עד אחר ל' יום מיום שנתחייב הערב לשלם, לא יהי' כח זה פחות מן הלווה עצמו', וכתב המ"מ דאירי בשאין לו מעות או מטלטלין, דכה"ג נותנים לו זמן ל' יום להביא מעות.

אכן הש"ך סי' קכ"ט ס"ק כ"ג נחלק עליו, ופירש בכוונת הרמב"ם, דכמו שהלווה אינו חייב לשלם אלא לאחר ל' יום, דסתם הלוואה ל' יום, ה"נ 'הערב שנתחייב עתה, הו"ל כאילו הלווה עכשיו, שאינו חייב לשלם עד ל' יום, כדין סתם הלוואה'⁴.

ומבוי' להדיא, דליכא חיוב על הערב אלא רק כשאין ללווה מה לפרוע, דאילו איכא עליה חיוב כבר בשעת ההלוואה, מאי טעמא אית ביה דינא דסתם הלוואה ל' יום מזמן התביעה ואילך, וכן הוכיח הגרמ"מ אפשטיין זצ"ל בעל לבוש מרדכי במכתב שנדפס בסה"ז וזאת ליהודה⁵.

⁴ ועי' בחי' הגרי"ז הל' מלוה ולוה שם, שהוכיח כפי' הש"ך.

⁵ ולדרך הש"ך בדעת הרמב"ם, מוכרח לכא' שיש על ערב חיוב בפני"ע, וכדרך הב' שנתבארה לעיל סק"ב, דאילו לדרך שחיוב הלווה נעתק על הערב, אין כל טעם לומר שיחול ביה דינא דסתם הלוואה ל' יום, דסו"ס אי"ז חיוב חדש. ובאמת עיי' בתומים סק"ט שתמה על הש"ך וז"ל בתו"ד 'ומה שייך כאן סתם הלוואה ל' יום, כשהוא אצל הלווה זמן רב, רק הואיל ולית ליה לשלם

ח. והעירוני עוד להוכיח כן, מדברי הרשב"א בתשובה ח"ב סי' כ"א, דשם נסתפק השואל בדין לא יתבע את הערב תחילה, אם תפס המלוה אם מפקינן מיניה, 'מי אמרינן מתבע הוא דלא יתבע אבל אם תפס לא מפקינן מיניה, או דילמא אפוקי נמי מפקינן'. ומדברי השואל ודאי מבוי, שסבר שיש על הערב חיוב תשלומין כבר מתחילה, ואך שבדיני הגוביינא אין תובעין ממנו תחילה, ועל כן נסתפק שמא אם תפס לא מפקינן מיניה.

והשיב הרשב"א וז"ל 'ומ"מ אם תוך הזמן הזה תפס המלוה וכו' מן הערב, ודאי מפקינן מיניה, דלא יתבע דקאמר אין לו תביעה עליו קאמר, כלומר שאינו חייב לו כלום עד שיתבע ללוה ולא ימצא לו נכסים, דלא נשתעבד לו אלא על דעת כן, והיינו דקתני לא יפרע מן הערב, שאין לו עליו חיוב פרעון, וכיון שכן כשתפס שלא מן הדין תפס בודאי, וממי שאינו חייב לפרעו עדיין תפס, ואפוקי מפקינן מיניה'.

וביאר הדברים, שמד' השואל נראה שדייק מלשון הגמ' 'מאי לא יפרע מן הערב, לא יתבע ערב תחילה', דהיינו שבפועל לא יתבע את הערב, אך מעיקר הדין יש חיוב תשלומין על הערב, וע"ז השיב הרשב"א דלא יתבע דקאמר 'אין לו תביעה קאמר', והיינו שאי"ז ציווי על המלוה שלא יתבע, אלא שאין לו כח תביעה כלל, לפי שלא נשתעבד הערב אלא על דעת שאם לא יפרע הלווה יפרע הוא. ודייק כן הרשב"א מלישנא דמתני' דקתני 'לא יפרע מן הערב', שאין עליו חיוב פרעון, ולהכי אפוקי מפקינן ממי שתפס מיניה.

ולכא' מבוי בד' הרשב"א, דליכא חיוב ממון על הערב אלא כשאין הלווה פורע.

אמנם יש מקום לדחות, למש"נ לעיל סק"א, דאף אי נימא דאיכא על הערב חיוב ממון מתחילה, מ"מ אין זמנו אלא כשאין הלווה פורע, והוי כחוב תו"ז, וי"ל

תובע לערב, וכי בשביל זה יהיה נחשב אצל הערב כהלוואה חדשה, וקצת משמע מדבריו דס"ל שחיוב הלווה נעתיק על הערב, ולהכי לא שייך בזה דינא דסתם הלוואה ל' יום.

דזה שחידש הרשב"א, דאין למלוה כח תביעה על הלווה, כיון דהוי תוך זמנו.

*

ט. עוד יש להוכיח כן, מד' הרשב"א בגיטין נ' ב', דשם הקשה הרשב"א מה הוצרכו לתקנה שאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בנ"ח, תיפוט' שאין נפרעין מהערב תחילה, ועיי"ש שתירץ וז"ל 'וי"ל דלאו ערבין לגמרי קאמר, דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוה לאיפרועי מיניה, ומלוה גופיה עיקר שעבודיה ליתיה אערב אלא אלווה, אבל גבי נכסי דלוה ודאי עיקר אסמכתיה עליהו, ולוה נמי בעידן מלוה גמר ומשעבד כולוהו נכסיה, והלכך אי לאו תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות, הו"א כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הות, אע"ג דשייר לוה זבורית קמיה מלוה, כי גבי, מבינונית דהוה שעבודיה עליה גבי, דא"ל מלוה ללוקח ארעא ידידי גבי דידך היא, ומשום פסידא דלקוחות אמור רבנן דזבורית דבני חרי לגבי, בינונית דמשעבדי לא לגבי, וכו'.

ומבוי' בדבריו, דמצד דינא דאין נפרעין מן הערב תחילה, היה בדין שאם יש ללוה זיבורית וללקוחות בינונית, יגבו מהלקוחות את הבינונית, ומשא"כ בסתם ערב, אף שיש ללוה זיבורית בלחוד, מ"מ א"א לגבות מהערב את הבינונית, ודבריו צ"ב.

י. ועי' להלן סימן ל"ב שנתבאר בכוונתו, דשאני ערב שאינו משתעבד בזמן ההלוואה, אלא כל שעבודו חל רק כאשר אין הלוה משלם, ומשא"כ בשעבוד נכסים, כבר בזמן המלוה גומר הלווה ומשעבד את נכסיו.

ומהאי טעמא חלוקים המה בדיניהם, דהכלל הוא, שכל שיש אפשרות גביה לפנינו הן מבינונית והן מזיבורית, כי אז אמרי' דזיבורית במקום בינונית לאו כלום היא, אך כל שאין דין גביה אלא מהזיבורית, אז אמרי' דפרעון הזיבורית הוי פרעון מעליא.

ובזה גופא חלוק שעבוד ערב משעבוד לקוחות, דשעבוד ערב אינו חל אלא רק כשאין ללווה לפרוע, וכל שיש ללווה לפרוע, אפי' שהוא זיבורית, מ"מ אין

וצ"ב מנליה לראשונים דשעבוד נכסים הוו בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה.

והביאור נראה, דהוכיחו כן מעיקר דינא דגמ', דמבו' דאפי' באמר ע"מ ממי שארצה אפרע, מ"מ אם יש ללוח נכסים ידועים, גובים מהם תחילה, ומוכח דנכסי דבר אינוש הוו ערבין טפי מערב דע"מ ממי שארצה אפרע, וע"כ מזה דדרגת שעבודס אינה בדרגה פחותה מדרגת שעבודו של ערב ע"מ ממי שאפרע ממי שארצה.

יג. אך הנה למש"כ הרשב"א הנ"ל, הא י"ל דלעולם שעבוד נכסים הוו בגדר ערב סתם, ומ"מ גובין מהם אפי' במקום ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה, ומשום דהערב לא שיעבד את עצמו במקום דאיכא נכסים ללוח, ובאמת הרשב"א בסוגיין לא הזכיר כלל דשעבוד נכסים הוי בגדר ע"מ שאפרע מי שארצה, ונ' דהיינו משום דלשיטתו ליכא ראייה כלל לומר כן⁸.

ובדעת הרמב"ן והרא"ש שמיאנו בזה, היה נראה, דס"ל דערב נמי משועבד מתחילה על כל גוונ, ולא שייך לומר דלא שיעבד את עצמו אלא על אופן שלא יהיו נכסים ידועים ללוח, ומעתה לשיטתם איכא שעבוד שקול על הערב ועל הנכסים, והדר תקשי מאי טעמא גבינן מנכסים במקום ערב ע"מ שאפרע ממי

קטנים, ואף דשעבוד נכסים הוו בגדר ערב ע"מ ממי שארצה אפרע.

⁸ והעירוני דלכא' יש להוכיח כן בשיטתו, דס"ל דשעבוד נכסים הוי בגדר ערב סתם, והוא ממש"ק בגיטין נ' ב', מאי טעמא הוצרכו לתקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום דאיכא בני"ח, תיפו"ל דאין נפרעין מהערב תחילה, עכ"ד, והשתא אי נימא דשעבוד נכסים הוא בדרגת ע"מ שאפרע ממי שארצה, א"כ לכא' יש נפק"מ, באופן שאין ידוע שיש ללוח נכסים, דמצד דינא דכי ליכא לוח ליכא ערב, א"צ לחזר אחר הלוח אם יש לו נכסים, ומצד התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני"ח, צריך לחזר אחר נכסי הלוח, וע"כ דס"ל דשעבוד נכסים נמי הוי בדרגת שעבוד ערב סתם, וגם מצד דינא דאין נפרעין מהערב תחילה צריך לחזר אחר נכסיו.

ועי' עוד סי' ו' סק"ג ובהערה שם שנת' להוכיח מד' כמה ראשונים דשעבוד נכסים אינו בגדר ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה אלא בגדר ערב סתם.

כל תביעה על הערב, ומשא"כ שעבוד נכסים חל מתחילה, ונמצא שיש לפנינו שעבוד בזיבורית דלוח ובבינונית דלקוחות, וזיבורית במקום בינונית לאו כלום הוא, ושפיר גובין מהבינונית דלקוחות, ועי"ש משנ"ת בזה.

ומבו' מזה, דליכא דין ממון על הערב מתחילה, אלא רק אימת שהלוח אינו פורע, והוא מדוקדק בלשון הרשב"א שחילק בין ערב דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוח' ובין שעבוד נכסים דלוח נמי בעידן מלוח גמר ומשעבד כולוהו נכסיו⁶.

יא. ובאמת כ"נ גם מד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב', שכתב דבמקום ערב ונכסים משועבדים ביד לקוחות, גובין תחילה מהלקוחות, אפי' בערב דע"מ שאפרע ממי שארצה, ובתו"ד כתב הטעם לזה וז"ל 'ואילו ערב דעלמא לא שיעבד עצמו אלא כל שאין נכסים ידועים ללוח, והרי יש לו אלא ששיעבדן, ולא על דעת כן שיעבד עצמו הערב' וכו', ומשמעות הדברים, דליכא כל חיוב על הערב אלא כשא"א לגבות מהלוח.

הוכחות שיש על הערב חיוב ממון מתחילה

יב. אמנם בד' הרמב"ן והרא"ש שם לכא' יש ללמוד דפליגי בזה, דהנה הרמב"ן כתב בתו"ד 'וזה גמרו של דבר נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה כאלו אמר ע"מ שאפרע מן הנכסים אם ארצה, וכו', ולפיכך אע"פ שאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה גובה מן הנכסים אם מצא, שהם ערבין לו יותר מזה, לא מצא נכסים גובה מזה, ומבו' בד' הרמב"ן, דשעבוד נכסים הוו בגדר ערב ע"מ שארצה אפרע, וכן מבו' בד' הרא"ש סי' מ"ז.

⁶ ופשוט דשעבוד נכסים אינו בגדר ערב קבלן, כמבו' להדיא בגמ' קע"ד א' דאית ביה דינא דלא יתבע את הערב תחילה, וכ"כ בביאור הגר"א סי' ע"ז סק"ט. ושו"ר בשו"ת דרכי נועם חו"מ סי' א' ד"ה וראיתי עתה שכתב דשעבוד נכסים הוי בגדר ערב קבלן, וצ"ע.

⁷ שכתב דאין גובין מערב דע"מ שאפרע ממי שארצה במקום יתומים קטנים, והוכיח לזה מהא דאין גובין מנכסי יתומים

שארצה, ולהכי הוצרכו לומר דנכסים נמי הוו בדרכת
שעבוד ע"מ שאפרע ממי שארצה, והוו ערבים טפי,
ולהכי גובין מהם.

יד. עוד יש להוסיף בזה, דהנה בד' הרשב"א הנ"ל
סק"ז מב' שחילק בין גדר שעבוד נכסים לגדר שעבוד
ערב, דבשעבוד נכסים איכא שעבוד מתחילה,
ובשעבוד ערב ליכא שעבוד אלא כשאין הלוח משלם.

אכן בד' התוס' הרא"ש שהובא בשטמ"ק ב"ב קע"ה
ב' יש להוכיח דס"ל דאין חילוק בין שעבוד נכסים
לשעבוד ערב, ותרווייהו משתעבדים מתחילה, דע"י
שמשמעות דבריו דהפלוגתא אי שעבודא דא' או לא
היא בגדר שעבוד ערב, אם איכא עליה שעבוד
מתחילה או רק לכשאין הלוח משלם, ודבריו
נתבארו בסימן ד', ומינה דשעבוד ערב ושעבוד נכסים
שוים המה.

טו. עוד העירוני להוכיח שיש על הערב חיוב ממון
מתחילה, ממה שאמרו ב"ב קע"ד א' דאין גובין
מנכסי לוח קודם שיתבעוהו, דנכסי דבר איניש אינון
ערבין ביה וק"ל לא יתבע את הערב תחילה, וכתב
הרשב"ם וז"ל וקיימא לן לא יתבע מן הערב תחלה -
אין נכון להטריח את הערב חנם, דלמא מפצי ליה
לוח, והוא הדין לנכסי דאיניש, למה נזלול בנכסיו
להוריד בהן את המלוה חנם, שמא יסלקנו לוח
במעות ולא יצטרך לירד בנכסיו, ועד"ז מב' ברבנו
גרשום שם.

ומשמע להדיא, דכל הא דלא יתבע את הערב תחילה
הוא דלמא מפצי ליה לוח, ולא משום שאין כל שעבוד
על הערב כל שאפשר לגבות מהלווה⁹.

⁹ ובאמת ד' הרשב"ם צ"ע מהגמ' בבכורות מ"ח א' דמב' דאם
יצא שט"ח על יוסף בן שמעון, ויש קמן ב' יוסף בן שמעון, ומכר
א' את נכסיו לחברו, א"א לגבות מהנכסים מכח ממנ"פ, דנכסי
דבר איניש ערבין ביה וק"ל לא יתבע את הערב תחילה, והכא
א"א לתבוע את הלוח. והשתא אי נימא דמעיקר הדין יש שעבוד
נפרד על הערב, ואך דאין גובין ממנו תחילה דלמא מפצי ליה
לוח, א"כ מאי טעמא התם לא נגבה מכח ממנ"פ, וצ"ת.

אמנם ע"י בדברי משפט סי' ס"ו סק"א שנקט שד'
הרשב"ם הם סברא מסוימת בגדר שעבוד נכסים,
ומשום דשעבוד נכסים הוי שעבוד טפי משעבוד ערב,
משום דעיקר סמיכות דעת המלוה עליהם, וכמב' בד'
הרשב"א בגיטין נ' ב', וגם כתבו הראשונים דחשיבי
כערב דע"מ שאפרע ממי שארצה, אך בערב רגיל אי"ז
רק מכח הסברא דילמא מפצי ליה לוח, ולדבריו אין
ללמוד מכאן לגדר ערב רגיל.

*

בד' הראשונים בדין ערב שפרע קודם זמנו

טז. והעירוני להוכיח שיש על הערב חיוב ממון
מתחילה, ממה שכתב הריטב"א ב"ב קע"ד ב', דערב
שקדם ופרע קודם שהמלוה תבע את הלוח, חייב
הלוח לשלם לו, דלא חשבי ליה כמברח ארי, דשאני
פורע חוב חברו שאין על הפורע שום שעבוד, אבל
הכא דרמיא עליה שעבודא ליכא למימר הכי, וכן מב'
בדבריו בשו"ת סי' מ"ה, וכ"ה בשו"ת הרשב"א ח"ג
סי' שצ"ד, וכן מב' בדעת הראב"ד במ"מ פרק כ"ו
מהל' מלוה ולוח ה"ו, ונת' בסימן סי' י"ח סק"ז.

והשתא אי נימא שאין על הערב כל חיוב ממון עד
לאחר שהלווה נתבע בדין ולא היה לו מה לפרוע, א"כ
איך כתבו הראשונים דחשבי לערב כמסלק שעבודו,
והא ליכא עליה כל דין שעבוד, וע"כ דאיכא שעבוד על
הערב מתחילה. ויסוד הדברים כתב באבן האזל הל'
מלוה פרק כ"ו ה"ו¹⁰.

יז. ויש לדון לדחות ראיה זו, למש"נ לעיל לעיל סק"ב,
לפרש הא דליכא חיוב ממון על הערב אלא רק בשעה
שהלווה אינו פורע, דגדר הדין הוא, דהערב נתחייב
באחריות החוב מתחילה, אלא שאין עליו דין ממון
בפועל אלא רק כשהלווה אינו משלם.

¹⁰ ומדחשיב פורע חוב חברו, מב' שאין הגדר שהערב נתחייב
ממון בפני"ע, כמו שהסתפקנו לעיל סק"א, אלא גדר חיובו הוא
כמש"נ שם דמוטל על הערב לדאוג לפרוע את חוב הלוח, ואין
המלוה מחויב לחזר אחר הלוח אלא רק מצד דיני טוניט שאין
נפרעין מהערב תחילה, ולכן מחד יש עליו דין ממון מתחילה,
ומאידך חשבי ליה כמי שפורע את חוב חברו.

ולדרך זו י"ל, דכיון שחל עליו חיוב אחריות על החוב מתחילה, א"כ נהי שלא נתחייב לשלם ממון בפועל, מ"מ כמשלם את החוב מדידיה חשיב שמתקיים בזה דין ערב, ולא חשבי ליה כפורע חוב חברו דעלמא.

יח. עוד י"ל, דמה שכתבו הראשונים דערב לא הוי כפורע חובו של חברו דהוי מבריה ארי, כיון דרמיא עליה שעבודא, אין כוונתם דיש עליו חוב ממון, אלא דמהאי טעמא לא נח"ל לערב להשאיר את שעבוד הבע"ח עליו, וחשבי ליה כמי שמוכרח לפרוע את החוב, ולא כפורע חוב חברו שלא היה מוכרח בזה, והוא עפ"י מה שכתבו התוס' בב"ק נ"ח א' דהיכא דהפורע היה מוכרח לפרוע חוב חברו לא אמרי' דהוי מבריה ארי, וכפי שכתב הגר"א בסי' ק"ל סעיף ב'.

וכ"ה בלי הריטב"א בנדרים י"א ב' מדפי הרי"ף, שכתב בביאור הא דאם פרע הערב מעצמו חייב הלווה לשלם לו דכיון דהוה עליה שעבודא בעי לאפקועיה נפשיה משעבודא'.

ועד"ז מבו' בד' הרמ"ה ב"ב קע"ד ב', דערב לא הוי כפורע חוב חברו, כיון דלא נח"ל למשבקה לשעבודא דבע"ח עלויה, כי היכי דלא לתזלי נכסיה או מחמת מידי אחרינא¹¹.

*

בנדון אם חיוב ערב הוי כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתיך

יט. בנדון זה אם יש על הערב חיוב ממון מתחילה או שאין חיובו אלא רק משעה שהלווה אינו פורע את חובו, יש להוסיף עוד, דהנה הדין מוסכם בפוסקים שכשאין הלווה בפנינו א"א לחייב את הערב, ובטעם הדבר כתב הב"ח בסי' קכ"ט דחיוב ערב הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, שהרי אין הערב מתחייב אלא באופן שהלווה אינו פורע, ונמצא שיש ספק אם נתחייב או לא.

אכן בד' הראשונים נראה באופ"א, וכמו שית' בסימן י', דהמרדכי ב"ב רמז תרנ"ב כתב דהטעם הוא דטענין לערב שמא פרע הלווה, ובד' המ"מ פרק כ"ו מהל' מלוה ה"ה משמע שהוא משום דטענין ללווה פרעתי וממילא נפטר הערב מדין ליכא ליה ליכא ערב, וכן כתב הגר"א בסי' קכ"ט ס"ק ל"ט, ומהא דלא כתבו לטעם הב"ח נ' דס"ל דחיוב ערב חשיב כאיני יודע אם פרעתיך. וכן נקטו הקצוה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' ובשו"ת ושב הכהן סי' מ"ג.

ולכא' שורש הפלוגתא הוא בזה, דהסוברים דחיוב ערב הוי כאיני יודע אם פרעתיך, נקטו שהערב נתחייב ממון בתחילה, והא דאין גובין ממנו תחילה הוא הלכה בסדרי הקדימה שבגוביינא, ולכן במקום ספק הוי כא"י אם פרעתיך¹², והב"ח דס"ל שחיוב ערב הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, לדידיה אין הערב חייב אלא לכשהלווה אינו פורע את חיובו, ולכן במקום ספק הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, דיש ספק בעיקר החיוב.

כ. אמנם י"ל, דלעולם אף הסוברים דחיוב ערב הוי כאיני יודע אם פרעתיך, מודו שאין חיוב על הערב אלא לכשהלווה אינו פורע, אלא דס"ל דכיון שהערב התחייב לשלם את הלוואת הלווה, שוב אין חיובו נידון בפני עצמו, אלא בתולדה מההכרעה על ההלוואה, והכא ההלוואה עצמה הויא בחזקת חיוב, וצד הפרעון הוא הצד המחודש, ובתולדה מינה דיינין לערב בדין איני יודע אם פרעתיך.

ועוד י"ל בדעתם, למש"נ בסימן ט' סק"א בד' הכס"מ פכ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ז, דהא דליכא בערב משום אסמכתא, הוא משום דכיון דמלוה להוצאה ניתנה, א"כ כבר משעת ההלוואה איכא סיבת חיוב על הערב, ובשביל לפטור את הערב צריך לחדש שהלווה פרע, שהרי אילו המצב ימשך כפי שהיה,

¹² וכן משמעות ל' הושב הכהן, ז"ל ידכיון שנתערב א"כ חל עליו חיוב הערבות ודאי, וספק הוא שמא פרע הלווה ונפטר מהערבות או לא'.

¹¹ ואמנם הרמ"ה שם כתב מטעם אחר, ונת' בסימן י"ח סק"ט.

סופו של הערב להתחייב בתשלומין, ומשא"כ בסתם אסמכתא, שצד החיוב הוא הצד המחודש.

ולפי"ז י"ל, דמה"ט דיינינן ליה כא"י אם פרעתיד, והוא למבוי בדי הר"ף ב"ק מ"ד ב', דדינא דאיני יודע אם פרעתיד הוא מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו דבא"י אם נתחייבתי צריך לחדש בשביל לחייב, ובא"י אם פרעתיד צריך לחדש בשביל לפטור, וא"כ ה"נ בערב חשבי שצד החיוב הוא הצד הפשוט וצד הפטור הוא המחודש, דכדי לפטור את הערב צריך לחדש שהלואה פרע.

ואי"ז תלוי כלל בנדון אם חיוב הערב חל מתחילה או שאינו חייב אלא לכשהלוה אינו פורע, דסו"ס אילו המצב ישאר על מכונו, סופו של הערב לבוא לידי חיוב תשלומין,¹³

כא. והנה בשו"ת תשורת שי סי' תקי"ז הקשה בסתירת ד' הרשב"א, שבח"ג סי' ט' כתב דהיכא דאיכא ספק שטר מחילה לערב, פטור הערב, ולעומת זאת בח"ו סי' ה' כתב דבשטר הלואה וספק שטר

¹³ ובשיעורי ר' שמואל מכות, הערה לאות תקפ"ה, ביאר דהנדון אם חיוב ערב הוי כאיני יודע אם פרעתיד או כא"י אם נתחייבתי, תלוי בגדרי ערב, דאם הגדר שחיובו של הלואה הוטל על הערב, א"כ הוי כא"י אם פרעתיד, דאיכא חזקת חיוב, ומשא"כ אם הגדר הוא שהערב נתחייב בפני"ע, א"כ הוי כא"י אם נתחייבתי, דהא הוי ספק בגורמי החיוב, עכ"ד.

אמנם יל"ד בזה טובא, דלכא' אף להצד דחיוב הלואה מוטל על הערב, מ"מ הוי כא"י אם נתחייבתי, דעיקר החילוק בין א"י אם פרעתיד לא"י אם נתחייבתי הוא, דבא"י נתחייבתי צריך לחדש בשביל לחייב, ובא"י אם פרעתיד צריך לחדש בשביל לפטור, ובדין ערב לעולם צריך לחדש שהלואה לא פרע בשביל לחייבו, והוי כא"י אם נתחייבתי, ומה אכפת לן דהגדר הוא שחיוב הלואה מוטל על הערב.

ויש להוכיח כן בדי' הב"ח, דמחד נתי' לעיל סק"ב ובסימן ח' סק"ח, דס"ל דחיוב ערב אינו חיוב עצמי אלא דהוי חיוב אחריות על חוב הלואה, ומ"מ ס"ל דהוי א"י אם נתחייבתי.

גם יש להוכיח קצת שלא כדבריו, מד' הקצוה"ח, שמחד נקט דהוי א"י אם פרעתיד, ומאידך נתבאר להלן סק"כ שדעתו שיש על הערב חיוב בפני"ע.

מחילה חייב הלואה, דמחילה הוי דבר חיצוני והוי כטוען הלואה נתת לי מתנה, דאמרי' על בעל השטר להביא ראיה, והובאו דבריו בב"י אהע"ז סי' צ"ג, וקשה דהדברים סותרים זל"ז. ומכח זה הכריח התשורת שי כד' הב"ח דספק הוי בגדר א"י אם נתחייבתי, ולהכי פטרינן ליה מספק, ומשא"כ בלואה.

אכן, למה שנתבאר שביסוד הדברים כו"ע מודו להב"ח דערב אינו חייב אלא על הצד שהלואה אינו פורע, אלא דהחולקים על הב"ח סוברים דמ"מ דיינינן בדין א"י אם פרעתיד - או מטעם שאין חיוב הערבות נידון בפני"ע אלא בתולדה מההלואה, או מטעם שבשביל לפטור את הערב צריך לחדש שהלואה פרע - לפ"ז נראה, דבנדון הרשב"א ודאי דיינינן ליה בדין א"י אם נתחייבתי, דהכא לא שייכים ב' הטעמים, דהטעם הא' לא שייך, דהכא ודאי חיוב הערבות נדון בפני"ע, שהרי יש שטר מחילה על הערבות עצמה, והטעם הב' נמי לא שייך, דהכא יש ספק בעצם החוב, כיון שיש שובר לפנינו, ובכה"ג מודו כו"ע דדיינינן ליה בדין א"י אם נתחייבתי, א"ש היטב ד' הרשב"א אף לצד דחיוב ערב הוי כא"י אם פרעתיד.

סימן ד'

בביאור פלוגת רבה ור"י ור"נ בדין לא יפרע מהערב תחילה

והעירוני לומר בזה, דגדר ערבות הוא אחריות על החוב, וחלק מתנאי האחריות על הממון הם להביא את גופו של לווה, וכיון דעצם האחריות הוי דבר שבממון, שוב נתחייב הערב אף להביא את גופו.

דרך השטמ"ק בביאור הפלוגתא

ג. השטמ"ק ב"ב קע"ה ב' הביא בשם תוס' הרא"ש, שביאר את הפלוגתא אי שעבודא דאוי או לא, וז"ל בתו"ד 'אמר עולא ד"ת וכו' עד מה טעם **שעבודא דאוי**, כלומר **משעת הלואה** חל שעבוד המלוה על נכסי הלוה, ואע"ג שלא הגיע זמן הפרעון, וכו', וכיון דחל שעבוד המלוה עליה **מיד**, אי זבניהו גובה מנכסים משועבדים, **משום דחל שעבוד זידיה מעיקרא**, וכו', ורבה אמר שעבודא לאו דאוי, וכו' רבה לטעמיה דאמר איהו ורב יוסף לעיל דלא יתבע מן הערב כלל, דמצי אמר גברא אשלימת לי גברא אשלימת לך, וכיון דקאי איהו לא נחתין לנכסיה'.

ומבוי דהרא"ש תלה את הפלוגתא אי שעבודא דאוי או לא, במחלוקת רבה ור"י עם ר"נ אם לא יפרע מהערב תחילה או לא יתבע מהערב תחילה, ועל כן כתב, דרבה דס"ל שעבודא לאו דאוי, אזיל לטעמיה דא"א לגבות מהערב כלל, דכיון דקאי איהו לפנינו, א"א לרדת לנכסיו.

ד. וצ"ע טובא, דלפ"ז בדין שאם ימות הלוה, יהא אפשר לגבות מהיורשין, והא מבוי בגמ' דלמד"א שעבודא לאו דאוי, ה"נ אין גובין מהיורשין.

ונראה די"ל בכוונתו, ובהקדם, דס"ל כדעת הראשונים דלדעת רבה ור"י ליכא כל חיוב על הערב אלא אם אין הלוה בפנינו, ובזה ס"ל, דיסוד הפלוגתא הוא בעיקר חלות חיובו של ערב, דלדעת רבה ור"י כל עיקר חיובו של הערב חל רק כאשר הלוה מת או ברח, וכאשר הלוה בפנינו ליכא חיוב כלל, ולדעת רב נחמן איכא על הערב שעבוד מתחילה,

בביאור 'גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך'

א. ב"ב קע"ג ב' 'מאי טעמא (דהיינו - מ"ט אמרו במתני' דלא יפרע מהערב תחילה), רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך, מתקיף לה רב נחמן האי דינא דפרסאי, וכו', אלא אמר רב נחמן מאי לא יפרע מן הערב לא יתבע ערב תחלה'.

וברשב"ם ביאר דעת רבה ור"י 'מאי טעמא. לא יפרע מן הערב, דקסלקא דעתך השתא לא יפרע כלל קאמר מתני', דלא מהני ערבות אלא להכי, שאם מת לוח או ברח אז יפרע מן הערב, אך אם הלוה בפנינו בשעה שתובע מלוה את חובו, כיון שהעמידו ערב ללוה בפנינו פטור. **גברא אשלימת לי**. הפקדתי [על] הלוה על מנת שאם ימות או יברח שאפרע ממנו, והרי אני מחזירו לך ותתבענו בדין ואני פטור'.

ומשמעות ד' הרשב"ם, דלדעת רבה ור"י הערב נתחייב להעמיד את הלוה בפנינו, וכל שאינו יכול להעמידו בפנינו, חייב ממון, וכן נקט הריטב"א בתחילת דבריו. ועד"ז מצינו בהשגות הראב"ד ה' מלוה פרק כ"ה הי"ד, שמי שאמר לחברו הלווה ואני ערב לך להביא בידך את גופו, י"ל שיבא גוף תחת גוף עד שיתפטר עמו.

וכן מבוי בד' רבנו גרשום, שכתב 'כלומר לוח הפקדת בידי **שאהיה ערב שלא יברח**, וגברא אשלימי לך, אותו אדם עצמו אני אחזירו לך ושוב אינו נזקק לך'.

אמנם הריטב"א כתב בשם הרמב"ם והגאונים, דלדעת רבה ור"י ליכא כל חיוב על הערב אלא כשהלוה מת או ברח, דהיאך יוכל לשעבד עצמו לדבר שאינו חיוב ממון.

ב. וצ"ע היאך שייך לדון דאיכא על הערב חיוב להביא את גופו של הלוה, דהא אינו חיוב ממון.

ואך דאין תובעין אותו תחילה, ולהכי כל שא"א לגבות מהלווה, שפיר גובין מהערב.

ה. ויש להוסיף עוד, דשורש הפלוגתא בזה הוא בעיקר גדר חיוב ערב, דלדעת רבה ור"י, הגדר הוא שהערב נתבע לפרוע במקום הלווה - או משום דחוב הלווה נעתק על הערב, או משום דהערב קיבל אחריות על חוב הלווה - ולכן כל שיש תביעה ודו"ד עם הלווה, הרי דהחוב מוטל על הלווה, והוא הנתבע לפרוע את חובו - דאף שאין לו מה לשלם מ"מ התביעה היא עליו - ורק באופן שברח או מת, אז אין תביעה על הלווה כלל, והערב הוא הנתבע לקיים את חיובו של הלווה.

ומשא"כ לדעת ר"נ, הגדר הוא, שחיוב הלווה והערב אינם סותרים זל"ז, ושניהם חלים מתחילה, אלא שבדיני הגביה ראוי לגבות מהלווה תחילה, אך כל שא"א לגבות ממנו, שפיר גובין מהערב, ונדון זה אם חיוב ערב חייל מתחילה או רק משעה שאין הלווה פורע, נתבאר באריכות בסימן ג'.

ו. ולפ"ז נראה בכוונת הרא"ש, דכיון דלדעת רבה ור"י כל חיובו של הערב חל רק כאשר הלווה מת, א"כ לא שייך כלל לגבות מנכסי היורשין, שהרי בזמן חלות השעבוד אין הנכסים שייכים ללווה כלל אלא ליורשיו, ועל היורשין אין כל חיוב.

ומשא"כ לדעת ר"נ, דחל דין שעבוד מתחילה, לדידיה שפיר גובין מהנכסים, שהרי יש למלוה זכות ממון בהם כבר מתחילה.

והוא מדוקדק בל' הרא"ש, שכתב דלמד"א שעבודא דאוי, חל השעבוד משעת ההלוואה, ומשמע מדבריו דלמד"א שעבודא לאו דאוי, לא חל שעבוד ערב אלא עד זמן התביעה.

ואכתי יק' דלפ"ז באופן שברח הלווה נשתעבדו נכסיו, ואם ימכרם מכאן ואילך יוכל המלוה לגבות מהם, אף למד"א שעבודא לאו דאוי, ועי' בהערה¹.

דרך המהר"ם מרוטנבורג בביאור הפלוגתא

ז. והנה בדעת התוס' הרא"ש נתבאר, דבהך מילתא אם יש תביעה נפרדת על הערב, או שהתביעה היא לקיים את חיובו של הלווה, פליגי אמוראי אי אין נפרעין מהערב כלל או דרק אין תובעין את הערב תחילה, עיי"ש.

אמנם בד' מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' תתקנ"ו יש ללמוד, שב' המד"א מודים שהגדר הוא שהתביעה היא לקיים את חיובו של הלווה, ואין ביניהם פלוגתא ביסוד חיוב ערב, אלא רק בתנאיו ופרטיו.

דעיי"ש שכתב בתוך דבריו שם 'דכל היכא שהלוה טוען פרעתי פטור הערב, וגדולה מזו אמרי' [רבה] ורב יוסף [דאמרי תרוייהו] גברא אשלימת לי גברא [אשלימין] לך, ופטור הערב, אפי' לית ליה, כיון דהחייב קאי קמון, ואף על גב דר"נ פליג עליה ואמר האי דינא פרסאה הוא, בנדון זה היה מודה', והרי שהוכיח מדעת רבה ור"י שהערב נפטר בטענת הערב, וצ"ב מה הוכחה מכאן, הרי מה שאם הלווה קאי קמון נפטר הערב לדעת רבה ור"י, הוא משום שלא נתחייב אלא באופן שהלווה ברח או מת, ומה זה ענין לדידן

¹ ואמנם מצאתי בראב"ן בשו"ת סי' ס"ט שכתב שבשעמד בדין לכו"ע שעבודא דאוי, ופי' כן בסוגיא ב"ב קע"ה ב', ואולי טעמו כנ"ל. אמנם משא"ר שם שלא פירשו כדבריו אין נראה כן.

וי"ל בזה, דכיון שאין על הערב חלות חיוב בפני"ע, אלא כל חיובו הוא רק לפרוע את חוב הלווה, א"כ אי"ז דין ממון בעצם הנכסים, אלא רק דעיי' גבייתם מתקיים פרעון חובו של הלווה, ומה"ט אף כשכבר חל עליהם שעבוד מ"מ א"א לגבותם אלא רק מהלווה בעצמו, דא"א לחייב את הלקוחות לפרוע את חוב הלווה, ושאני ערב שחייב את עצמו להדיא לפרוע את חוב הלווה, ומשא"כ למד"א שעבודא דאוי, לדידיה יש למלוה זכות ממון בעצם הנכסים, ואי"ז שייך לחיוב הלווה, ושפיר אפשר לגבות מהלקוחות.

חיובו על הערב, ומזה הוכיח מהר"ם לדינו שטענת הלווה פוטרת את הערב, וכמש"נ.

בביאור טענת ר"נ דהוי דינא דפרסאי

ט. בטעמיה דר"נ דהוי דינא דפרסאי, ביאר הרשב"ם וז"ל **'דלא יהבי טעמא למילתייהו**. שגם זה דבר שאינו הגון הוא לומר שלא יפרע מן הערב כלל, א"כ מאי אהני ערבות, אלא ודאי להכי נכנס בערבות, שאם אין נכסים ללוה, שישלם לו ערב תחתיו את הממון'.

ומבוי בדבריו, דהא דהוי דינא דפרסאי הוא משום דאמדי' דלהכי נכנס הערב בערבות, שאם אין נכסים ללוה, ישלם הוא תחתיו.

י. אכן רבנו גרשום כתב בביאור תמיהת ר"נ, וז"ל 'דבר תימה הוא, היאך יכול ערב לסלק עצמו ולומר לו גברא אשלמת לי וכו', והלא יכול לומר לו המלוה אי לא את לא הוה נפקי זוזאי מתחת ידאי', ומשמעות דבריו, דאייז משום דאמדי' שהערב נתכוין לפרוע בכה"ג, אלא משום שיש למלוה תביעה על הערב, שאלמלי שנעשה ערב לא היה מוציא את הממון תחת ידו. וכסברא זו מצינו בדבריו בשלהי מכלתין, ובנמק"י פ"א ב' מדפי הרי"ף, ונתבאר בסימן א'.

דקי"ל שכל שהלווה לא משלם נתחייב הערב, והנדון הוא אם הלווה פרע את חובו או לא.

ח. וני' דיש לבאר בזה, דשורש הנדון אם טענת הלווה פוטרת את הערב, הוא בנדון זה - אם יש על הערב חיוב בפנ"ע, או שהוא חייב לפרוע את חוב הלווה - דאם יש עליו חיוב בפנ"ע, א"כ טענת הלווה אינה פוטרת כלל את הערב, ומשא"כ אם אין עליו חיוב בפנ"ע, אלא חוב הלווה מוטל עליו, הרי דטענת הלווה פוטרת את הערב, דכיון שהלווה נפטר מחיובו, א"כ נפטר הערב נמי.

והשתא תתבאר הוכחת מהר"ם. דהא דלדעת רבה ור"י דיינין שהערב לא נתחייב אלא כשהלווה מת או ברח, הוא כמש"נ לעיל, שאין על הערב חלות חיוב בפנ"ע אלא חיוב הלווה מוטל עליו, ועל כן סבירא להו לרבה ור"י, שלא מטילים על הערב את חיוב הלווה אלא כאשר אין תביעה על הלווה, אך כל שהלווה נתבע קמן בבי דינא, א"כ איהו המחויב בהך פרעון, ואך שאין לו מה לשלם, וא"א להטיל את החיוב על הערב.

וסובר מהר"ם, דר' נחמן לא פליג ביסוד הדבר דחיוב הלווה מוטל על הערב, אלא דס"ל דאף שהלווה לפנינו, מ"מ כל שאין בידו לפרוע, שוב מטילים את

סימן ה'

בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה, וע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה

ועיקר הענין מבוי גם בדין הרמ"ה בסוגיין, וכמו שיתבאר להלן.

ונפק"מ בזה הוא, באופן שהלווה טוען פרעתי - לדעת המרדכי שהקבלן אינו נפטר וכפי שפסק הרמ"א סי' קכ"ט סעיף ט"ו - דאי נימא דע"מ שאפרע ממי שארצה אינו מדין קבלן, י"ל דאם הלווה יטען פרעתי יפטר הערב, דכל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ושאינו מקבלן².

ג. ובדעת הראשונים דלא אהני תנאו, מצינו ג' דרכים, בבעה"ת שם ובריטב"א מבוי, דנקטינן שלא נתכוין לשעבד את עצמו אלא באופן שאין נכסים ידועים ללווה, דסתמא דמלתא מן הלווה אדם רוצה ליפרע, ומכח זה נקטו הראשונים, דאם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, או שהתנה בהדיא, אהני ליה תנאו.

והרשב"א כתב, דאפי' אם התנה להדיא לא אהני תנאו, דהוי פטומי מילי בעלמא, ונתבאר בסי' י"ד.

והרמ"ה כתב, דלישנא דע"מ שאפרע ממי שארצה הוי ל' קבלנות, וכיון דאמר נמי לשון ערבות, שהרי אמר 'הלווה', הרי דאיכא תרי לישנא, ויד בעל השטר על התחתונה, ומ"מ כיון דאתני בהדיא, אהני ליה תנאו דכי לית ליה נכסים ידועים ללווה, נפרע מהערב

דייק הנצי"ב שם. והביאור הוא דאזלי לשיטתייהו, דלדעת הר"י מיגש דהוא מדין תנאי שבממון, א"כ אי"ז תלוי כלל בפלוגתת רשב"ג וחכמים, ומודה רשב"ג דאהני תנאו, אך לדעת השאילתות דהוא מדין דהוי ל' קבלנות, א"כ פשוט דהוא תלוי בפלוגתת רשב"ג ורבנן. אכן ע"י להלן בהערה 5 מה שנתבאר בזה.

² ויתכן עוד נפק"מ לדעת הרמב"ן בגיטין מ"ט ב' דבאופן שיש ביד הלווה זיבורית וביד הקבלן בינונית גובין מהקבלן בינונית, די"ל דבע"מ שאפרע ממי שארצה מודה לתוס' שגובין ממנו זיבורית, דכל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ושאינו מקבלן.

וע"י בסי' י"ב הערה 15 שהובאו ד' הכנה"ג שחילק בין קבלן לערב ע"מ שאפרע ממי שארצה, לגבי דינא דמסדרין לבעי"ח.

מחלוקות הראשונים בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה

א. נחלקו הראשונים בדין ע"מ שאפרע ממי שארצה המבוי בב"ב קע"ג ב', דעת הר"י מיגש והשאילתות פ' ויחי שאילתא ל"א, ובה"ג ריש ה' הלוואה, דיכול לפרוע מהערב תחילה, וכדין קבלן, ודעת שאר הראשונים דאם יש נכסים ידועים ללווה, נפרעין מהלווה תחילה, ואם אין נכסים ידועים ללווה, גובים מהערב תחילה.

ולדעה זו, כתבו הרמב"ן והרא"ש סו"ס מ"א ובעה"ת שער ל"ה ח"א אות כ"ח דאם התנה מפורש ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, שפיר גובים מהערב תחילה, וכ"ה בדין הרמב"ם בפכ"ה מהל' מלווה ולוה ה"ד, לגרסתנו.

והריטב"א כתב דאמדי' שלא נתכוין לכך, אך אם התנה בהדיא שיוכל המלווה לגבות ממנו גם כשיש ללווה נכסים, אהני תנאו.

אכן הרשב"א כתב, דאפי' בשהתנה בהדיא לא אהני ליה תנאו, דהוי פטומי מילי בעלמא, וצ"ע מ"ש מקבלן דלא אמרי' דהוי פטומי מילי, ונתבאר הדברים בסימן י"ד סק"ב וסק"ז.

ב' דרכים בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה -

אם היינו מדין קבלן או מדין תנאי שבממון

ב. ובטעם הראשונים דע"מ שאפרע ממי שארצה דינו כדין קבלן, מצינו ב' דרכים בראשונים והעירוני לזה, דבר"י מיגש כתב, דהוא מדין תנאי שבממון, וכ"כ בבעה"ת שם, אמנם בבה"ג ובשאילתות שם משמע, דהוא משום דהוי לישנא דקבלנות, ומדין קבלן¹,

¹ ועוררוני עוד בזה, דהנה הר"י מיגש כתב, דאם התנה ע"מ שאפרע ממי שארצה מודה רשב"ג דגובין ממנו תחילה, אף דלדידיה בקבלן גובין מהלווה תחילה, אמנם בשאילתות שם משמע, דרשב"ג פליג אף בשהתנה ע"מ שאפרע ממי שארצה, וכן

תחילה. ולדבריו פשוט דהויה בשאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה.

ד. ובדעת השאילתות ובה"ג, דדינא דע"מ שאפרע ממי שארצה גובים מהערב תחילה הוא משום דהוי לישנא דקבלנות, יש לתמוה, דהא אמר נמי לישנא דערבות, שהרי איירי בשאמר הלווה, והרי מסקינן דאם אמר הלווה ואני קבלן לא מהני, וכמו שכתב הרמ"ה.

וני הביאור, דס"ל דליכא דין לשון מסוים בקבלן, אלא כל שידוע שנתכוין לקבל על עצמו שיפרעו ממנו תחילה, הא גופא הוא דינו של קבלן, אלא דאם אמר הלווה ואני קבלן, בזה חשבי דאיכא תרי לישנא, ואין ברירות בכוונתו, ויד בעל השטר על התחתונה, אך היכא דגלי בדעתיה להדיא שכוונתו שיגבו ממנו תחילה, לא אכפת לן במה שאמר לשון הלווה, ונעשה קבלן אף בכה"ג.

ובשורש פלוגתתם עם הרמ"ה הסובר דאף בכה"ג חשבי לה כתרי לישני דסתרי, נראה, דנחלקו בהא דל' 'הלווה' הוי לישנא דערבות, דהרמ"ה סובר דהיינו דחשבי שגילה בהדיא שכוונתו להיות ערב ולא קבלן, וכמש"כ הרמ"ה דלשון הלווה לא שייכא אלא גבי ערב דעיקר שעבודיה דמלוה גבי לוח הוא, ואמטול הכי לא יתבע ערב תחילה, ולכן אף באופן שאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, מ"מ חשבי דל' הלווה סותר לזה, ומשא"כ השאילתות והבה"ג סברי, דהא דל' הלווה הוי לישנא דערבות, הוא משום דאמדיי שכך הוא הסתמא, שנתכוין לקבל על עצמו ערבות בלבד, אך כל שפירש בהדיא שכוונתו שיגבו ממנו תחילה, אהני תנאו ונעשה ערב קבלן.

בדעת הסוברים דדינא דע"מ שאפרע ממי שארצה

היינו מדין תנאי שבממון, מאי טעמא אינו מתחייב מדין קבלן

ה. ויל"ע בד' הר"י מיגש, מאי טעמא הוצרך לומר דע"מ שאפרע ממי שארצה מהני מדין תנאי שבממון, תיפו"ל דיהני מדין קבלנות, דלדידיה בפשוטו א"ל כד' הרמ"ה דחשיב שפירש בהדיא שאין כוונתו

להעשות אלא ערב, דא"כ מאי טעמא אליבא דאמת גובין ממנו תחילה.

ועד"ז יק' בד' הריטב"א והרא"ש והבעה"ת והמ"מ והנמק"י, שכתבו דאם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה לא אהני תנאו, ומ"מ אם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה נפרעין ממנו תחילה, ומשום דכל תנאי שבממון קיים, עכ"ד, ויל"ע מאי טעמא הוצרכו לזה, ולא פירשו בפשוטו דמהני משום מדין קבלן, שהרי לשיטתם הא דבשלא אמר 'תחילה' אין גובין ממנו תחילה, אי"ז משום דלא אהני תנאו, אלא משום דאמדיי שאין כוונתו להשתעבד אלא באופן שלא יהיה ללווה נכסים ידועים, וכשאמר תחילה איכא גילוי דעת שנתכוין שיגבו ממנו תחילה ממש, וא"כ יהני מדין קבלנות, ומאי טעמא הוצרכו לומר דהוי מדין תנאי שבממון.

ו. והנה היה מקום לומר בזה, דס"ל דלשונות קבלנות מהני מתורת שליחות, וכדעת רשב"ם ב"ב קע"ד א' והרשב"א גיטין מ"ט ב'³, ודבריהם יתבארו להלן סי' י"ד, ולכן לדידהו לא שייך כן באמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, ועל כן בעי' לדינא דכל תנאי שבממון.

אכן אי"ז מתיישב בד' המ"מ, שנקט לעיקר דשייך חיוב קבלנות אף בכתובה, ואף דליכא נתינת ממון בשליחותו, ומ"מ כתב דדינא דע"מ שאפרע ממי שארצה מהני מדין תנאי שבממון, וכן יק' בד' הריטב"א, דבגיטין נחלק על הרשב"א, והכא כתב דמהני מדין תנאי שבממון.

ז. וכמדומה דצ"ל, דמודו לרמ"ה דל' הלווה הוי כמי שפירש בהדיא שאין כוונתו להעשות קבלן אלא ערב, אלא דמ"מ אהני תנאה דע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, וגובין ממנו תחילה.

ואמנם הא גופא צ"ב, דמה חילוק יש בין תורת קבלנות לתורת ערבות דע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, וביותר, דהא נתי' בסימן י"ג ס"ק ח' - ט', שבד' המ"מ הל' מלוה ולוה פרק כ"ה ה"ו ובד'

³ שכתב דלא שייך קבלנות בכתובה כיון דליכא הוצאת ממון.

הריטב"א בכמה דוכתי מבו' דחיוב קבלנות הוא לפרוע את חוב הלווה, ואין על הקבלן חוב בפני"ע, ומעתה בשיטתם צ"ע טובא, מה בין קבלן לערב ע"מ שאפרע ממי שארצה - שא"א לחייבו מדין קבלן אלא רק מדין תנאי שבממון.

ח. ונ' די"ל בזה, לפי מה שנתבאר לדון בסי' ג' ובסי' ח', דגדר חיוב ערב הוא, דחוב הלווה עצמו מוטל על הערב, ומהאי טעמא הוא דאין נפרעין מהערב תחילה - דכל שאפשר ליפרע מהלווה, הרי החוב מוטל עליו, וא"א להטילו על הערב, ורק כאשר אין הלווה יכול לעמוד בחיובו, מטילים את חיובו על הערב, ונכנס הוא תחתיו בחיובו.

ומה"ט נמי לא שייך לעולם לדון, שמצד עצם חיובי הערבות יגבו מהערב תחילה, וכל הא דבע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה גובין מהערב תחילה, הוא רק מדין תנאי שבממון.

וי"ל דבזה שאני גדר חיוב קבלן, דאין הגדר דחוב הלווה עצמו מוטל עליו, אלא יש עליו אחריות חיצונית על חוב הלווה, והוא כעין ביטוח על חיוב הלווה, ולכן אפשר לגבות ממנו תחילה, דהערב אחראי לכך שחוב הלווה יפרע, והמלווה אינו צריך להזדקק לדון עם הלווה, אך מ"מ כל חיובו הוא לקיים ולשלם את חיובו של הלווה, ועל כן אם אין ללווה אלא זיבורית, ה"נ א"א לגבות מהקבלן אלא זיבורית, ומה"ט הוא דחשיב הקבלן כפורע חובו של חברו, דחיובו הוא לפרוע למלווה את מה שחייב הלווה.

חילוק ביסוד דין 'ע"מ שאפרע ממי שארצה' ודין 'ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה'

ט. ויש להוסיף עוד בזה, דהנה בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן ל"ט כתב להוכיח מד' התוס' בסוגיין, דאף כשאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, מ"מ אינו גובה מן הערב תחילה, מדלא כתבו אלא רק חמש מדות בערבות, ואם איתא דאם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה א"כ שיתא הו', עכ"ד.

ובשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' קט"ז כתב לדחות לראיית המהרשד"ם, וז"ל 'לאו כלום הוא, דאין לאו מתורת ערבות אתיין עלה, אלא מתורת תנאי שבממון, דכל תנאי שבממון תנאו קיים'.

ובכוונתו נראה, דהגם דודאי שאי"ז התחייבות מחודשת מדין תנאי שבממון, אלא דמדין תנאי שבממון יכול לקבוע שכן הם תנאי הערבות - דהא א"א להתחייב אלא מכח פרשת ערבות, ורק לשיטת הרמב"ם מצינו התחייבות בדברים - מ"מ סו"ס אין זה סוג ערבות אחר בפני"ע, אלא הרי זו ערבות רגילה ששינה את תנאיה כפי רצונו, ואין ראוי למנותה כמידה בפני"ע.

י. אמנם יש לתמוה בדרכו של הרדב"ז, דלכא' המידה הב' שכתבו התוס', שאם התנה ממי שארצה אפרע ואין לו נכסים ללווה, נפרע מן הערב תחילה, גם היא רק מדין תנאי שבממון, שהרי אין מקור לסוג ערב כזה בתורה.

ונראה ללמוד מזה, דדין ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה אינו מדין תנאי שבממון, אלא הגדר הוא דהוי ערב טפי, והוא גדר ותוספת בעיקר חלות שם ערב - וכעין מה שכתבו הרמב"ן והרשב"א בסוגיין, דנכסי דבר איניש אינון ערבין טפי, ועל כן נפרעין מהם תחילה - ולכן מנאוהו התוס' כמידה בפני עצמה בערבות.

ומשא"כ כשאומר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה', אי"ז גדר של ערבות טפי, דלעולם לא יתכן שמצד דין ערב יגבו מהערב תחילה, וכמש"נ לעיל, אלא הוא רק מדין תנאי שבממון, ולכן לא מנאוהו התוס' כמידה בפני"ע בערבות.

ויסוד לזה, ממש"כ הרמב"ן והרא"ש דשעבוד נכסים הוי בגדר ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה, ואי נימא דכל דין ע"מ שאפרע ממי שארצה הוא רק מדין תנאי שבממון, מה שייך כן בשעבוד נכסים, והרא"ש גופיה כתב דאם אמר 'תחילה' הוא מדין תנאי שבממון, אע"כ כנ"ל, דדין זה דע"מ שאפרע ממי שארצה אינו

מדין תנאי שבממון כלל, אלא משום דחשיב ערב טפי, ובוזה דמי ליה ערבות דשעבוד נכסים.

ואמנם אי"ז כד' הר"י מיגש הסובר שאין חילוק בין ע"מ שאפרע ממי שארצה סתם או תחילה, ותרוויחו הו' מדין תנאי שבממון, והטעם לזה פשוט, דלטעמיה דאף בשלא אמר 'תחילה' גובין מהערב תחילה, הרי לא שייך לדון לחייבו אלא מצד תנאי שבממון, וכמש"נ.

בדעת הגר"א בחילוק בין קבלן לע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה

יא. אמנם יש להעיר בזה, מד' הגר"א חו"מ סי' קכ"ט ס"ק מ"ה, שכתב בביאור שיטת הראשונים המחלקים בין אם אמר תחילה או לא, דאע"ג דכל תנאי שבממון קיים, מ"מ אם לא אמר 'תחילה' סתמא דעתו דווקא בשלא יהיו נכסים ידועים, וזה שכתב השו"ע דמודים שאם אמר תחילה מהני, 'דלא גרע מהקבלן, כ"ש באתני בהדיא'.

והנה מכל דבריו מבוי, דאי"ז משום דהוי לישנא דקבלנות, אלא מדין תנאי שבממון, דכן הוא משמעות דבריו, דאם לא אמר תחילה סתמא דעתו בשלא יהיו נכסים ללווה, ואם אמר מפורש תחילה לא שייך כן, ושוב אהני מדין תנאי שבממון. וכן מבוי ממש"כ 'דלא גרע מהקבלן, כ"ש באתני בהדיא', ומבוי דהוא עדיף טפי מקבלן, וע"כ דאי"ז משום דהוי ל' קבלנות.

והשתא לדברינו יש לתמוה מה הכ"ש מקבלן, הא נת' דכל מה שהוצרכנו לדון תנאי שבממון הוא רק משום דבערבות לא שייך לחייבו תחילה, ומשא"כ בקבלנות שייך לחייבו תחילה, וא"כ הרי חלוקים המה ביסוד חיובם, וקבלן עדיף בחיובו מאשר ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה.

יב. והעירוני עוד להקשות בזה בשיטת הגר"א, ממש"כ בסי' ע"ז ס"ק י"ח, דאף שבשני ערבים הדין הוא שגובה מכל א' את הכל, מ"מ בב' קבלנים א"א לגבות מכל א' אלא מחצה, 'דהוי כב' שלוו, שהן בעצמם נשתעבדו', ומבוי בדבריו דחיוב קבלן חלוק

ביסודו מחיוב ערב, דערב הוי שעבוד ובטחון על ההלוואה, ומשא"כ חיוב קבלן הוי שעבוד בפני"ע, וכאילו לווה את גוף המנה, וכבר נתבאר בזה בסי' י"ב ס"ק י"א, ולפי"ז צ"ע מה הוכיח הגר"א מדין קבלן לדון ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה, הא בקבלן הוא גדר אחר של חיוב, דנשתעבד בעצמו.

יג. והעירוני דצ"ל בדעתו, דס"ל בביאור דין ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, דאין הגדר שהערב קיבל על עצמו ערבות רגילה ואך שהתנה בסדרי הגביה שהמלוה יוכל לגבות ממנו תחילה, דזה לא יתכן כלל, דאין על ערב כל חיוב קודם שהלווה אינו פורע, וכמו שנתבאר לדון בזה בסי' ג', אלא הגדר הוא דמדין תנאי שבממון יוכל לקבל על עצמו ערבות מחודשת, ויכול לחייב את עצמו בחיוב נפרד מחוב הלווה, ובוזה דמי לקבלן - שלדעת הגר"א הנ"ל בסי' ע"ז יש עליו חיוב נפרד מחוב הלווה.

ומה שהוצרך הגר"א להוכיח כן מדין קבלן, יל"פ דאף שיש על הערב חיוב בפני"ע, מ"מ כיון שעיקר החיוב הוי על הלווה, היה מקום לדון שלא יגבו ממנו תחילה, וע"ז הוכיח הגר"א מדין קבלן, דהיכא די' חיוב עצמי על הערב, אפשר לגבות ממנו תחילה, וע"י עוד להלן.

והא דאי"ז מתפרש כלי קבלנות, נראה דהטעם הוא, משום דלד' הגר"א קבלנות הוי כקבלת הממון עצמו, וע"מ שאפרע ממי שארצה אי"ז חשוב כקבלת הממון, אלא הוי התחייבות נפרדת, ולהכי בעי' לדינא דכל תנאי שבממון קיים⁴. ועוררוני דנפק"מ בדין ב' שערבו בע"מ שאפרע ממי שארצה, דלהנ"ל יהא דינא כב' ערבים סתם ולא כב' קבלנים.

יד. ואמנם דברינו לעיל סק"ז, הם בשיטת המ"מ, והריטב"א, דס"ל דגם בקבלן ליכא עליו שעבוד בפני"ע, אלא כל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ולשיטתם נ' דהחילוק בין קבלן לע"מ שאפרע ממי

⁴ ובאמת יש לתמוה בשיטתו מד' השו"ע אהע"ז סי' ק"ב דשייך קבלנות בכתובה, אף דשם לא שייך לדון דהוי קיבל את המעות, דהא ליכא נתינת מעות כלל.

שארצה, הוא כמש"נ, דבע"מ שאפרע ממי שארצה הגדר הוא שחוב הלווה מוטל עליו, ולהכי לא שייך לגבות ממנו תחילה אלא רק מכח דין תנאי שבממון, ובקבלן הגדר הוא שיש עליו אחריות בפני"ע, ועל כן מעיקר הדין אפשר לגבות ממנו תחילה, וכמו שנתבאר שם⁵.

ד' הגר"א בסי' ע"ז דמשמע דע"מ שאפרע ממי שארצה הוי מדין קבלן

טו. ויש להוסיף עוד בדעת הגר"א בזה, דהנה בשו"ע ס"י ע"ז סעיף א' נפסק דשנים שלוו כלי' א' חייב מחצה, וכל א' הוי ערב על חברו, ואם יש להם נכסים לא יתבע הערב תחילה, אלא גובה מכל א' חצי, וכתב הרמ"א 'אא"כ פירשו בהדיא שהן ערבים קבלנים זה בזה, שאז תובע איזה מהם שירצה', וכתב הגר"א בביאורו ס"ק י"א וז"ל 'כמ"ש בתוספתא סוף ב"ב, המלוה את חברו ע"י שני ערבים לא יפרע מא' מהם, ואם אמר ע"מ שאפרע מאיזה מהם שארצה, יפרע ממי שירצה, וכמ"ש בערב בב"ב שם וקבלן אף על פי כו' ודלא כרשב"ג, כמ"ש ר' יוחנן שם', ומבוי' שהביא כמקור לד' הרמ"א - דאיירי בשפירשו שהם קבלנים - את ד' התוספתא שדנה בע"מ שאפרע ממי שארצה, ותלה את הדבר במחלוקת רשב"ג וחכמים אם בקבלן גובים ממנו תחילה או לא.

⁵ אמנם יש לדון בזה, דהנה בסי' כ"ג סק"ט הובאו ד' התוס' בכמה דוכתי שכתבו דגדר ערב הוא דחשיב כאילו קיבל את הממון, ונתבאר שאין כוונתם שיש על הערב חיוב בפני"ע, אלא כל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ולפי"ז היה מקום לומר דה"נ הוא גדר קבלן, שאף דחשבי' ליה כמי שקיבל את המעות, מ"מ אין עליו חיוב בפני"ע אלא כל חיובו הוא לפרוע את חוב המלוה. ואם כנים הדברים, כי אז אין סתירה בין ד' הגר"א דקבלנות חשיב כקבלת הממון לבין ד' הריטב"א והמ"מ דחשבי' לקבלן כמי שפורע את חוב חברו.

אכן עיקר ד' הגר"א דחשבי' לקבלן כמי שקיבל את הממון עצמו, לכא' לא אי"ש אלא לדעת הסוברים דחויבא דקבלן הוא מתורת שליחות, כאשר מבוי' כן ברשב"ם ב"ב קע"ד א', אך בדי' המ"מ בפכ"ה מהל' מלוה ה"ו, דאף בכתובה שייך קבלנות מוכח לכא' דאין חיובו מכח דחשבי' ליה כמי שקיבל את המעות, אלא הוי התחייבות בפני"ע, ושוב יק' מה בין קבלנות לערב דע"מ שאפרע ממי שארצה.

ולכא' מבוי' להדיא, דלישנא דע"מ שאפרע ממי שארצה מהני מהני מדין ל' קבלנות, כי על כן תלה לה בפלוגתת רשב"ג וחכמים, וצ"ע היאך הדברים מתיישבים עם דבריו בסי' קכ"ט שמבוי' דהוא מדין תנאי שבממון⁶.

*

משמעות ד' התוספתא שבב' שלוו סגי שיאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, ואצ"ל 'תחילה'

טז. והנה מלי' התוספתא נראה דסגי בשיאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, וצ"ע איך הדברים מתיישבים עם שיטת קמאי דס"ל דבע"מ שאפרע ממי שארצה אין גובין מהערב תחילה אלא בשאין לו ללווה נכסים ידועים.

ואין לדחות דכוונת התוספתא דאיירי בשיאמר תחילה, דאי"ז במשמעות ל' השו"ע ס"י קל"ב סעיף ג', שכתב בדין ב' ערבים, דלחדא שיטה אין גובין מכל א' אלא מחצה, 'ואם אמר ממי שארצה אפרע, יפרע מאיזה מהם שירצה', ומשמע דסגי בע"מ שאפרע ממי שארצה, וצ"ע דהא לעיל ס"י קכ"ט הובאה פלוגתתא אם בעי' שיאמר תחילה או לא.

וביאור הדברים מצינו בדרישה בסי' קל"ב שכתב וז"ל 'נראה דאפילו להחולקים בסימן קכ"ט סעיף י"ז בערבות ואמרו דאפילו אמר ממי שארצה אפרע, ויש נכסים ידועים להלוה, דצריך לתבעו להלוה תחלה, מודים בשני ערבים, ודוקא בלוה שגוף החוב מוטל עליו אמרוהו'.

ובביאור דבריו נראה, דטעמא דאם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה אין גובין מהערב תחילה אלא רק בשאין ללוה נכסים ידועים, הוא משום דסתמא דמלתא מן הלוה אדם רוצה ליפרע, וכמו שכתבו הראשונים,

⁶ ושם י"ל בדעת הגר"א, דאף רשב"ג מודה דאיכא על הקבלן חיוב בפני"ע, אלא דס"ל דמ"מ כיון שעיקר החוב מוטל על הלווה, להכי גובין ממנו תחילה, ואשר על כן, לדידיה אף בערב שהתנה ע"מ שאפרע ממי שארצה אין גובין מהערב תחילה, וצ"ע.

ובזה שאני דין ב' ערבים, דאף דהכא דיינינן לדעה
הסוברת שכל א' הוי ערב במחצה וערב על ערבות
חברו באידך מחצה, מ"מ כל זה רק משום שא"א
שיהיה כל א' ערב בכל, אלא רק באופן שהוא ערב על

חברו, וכמו שנת' בסימן כ"ו ס"ק י"א, אך מצד כוונת
המלוה, רצונו שכל א' יהיה ערב על הכל ויוכל לגבות
ממנו הכל, ולכן סגי בשאמר ע"מ שאפרע ממי
שארצה.

סימן ו'

הערות בדין ערב במקום נכסים משועבדים

בביאור דין לא יפרע מהערב תחילה, דהיינו שא"א לגבות ממנו כלל, ומשום שהערב אומר 'גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך', אך לדעת ר"נ דהיינו רק שא"א לתבוע את הערב תחילה, אך כל שאין ללווה לשלם גובין מהערב, ה"נ שעבודא דאוי.

ובסימן ד' נתבאר בדעתו, דשורש הפלוגתא הוא, אם שעבוד ערב הוי מתחילה או רק משעה שהלווה אינו פורע, דלמד"א שעבודא דאוי איכא שעבוד מתחילה, ועל כן מוציאין מלקוחות, אך למד"א שעבודא לאו דאוי ליכא שעבוד אלא משעה שהלווה אינו פורע, ובשעה זו אין הנכסים בידו אלא ביד הלקוחות, וא"א לחייב את הלקוחות, ע"ש.

והנה כל פלוגתת רבה ור"י עם ר"נ הוא בדינא דלא יפרע מהערב תחילה, והרי הא מבוי במתני', דבע"מ שאפרע ממי שארצה ליכא לדינא דלא יפרע מהערב תחילה, וע"כ דדעת התוס' הרא"ש דשעבוד נכסים לא הוי בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה, אלא הוי בגדר ערב סתם¹, ואי"ז כדברי הרא"ש בפרקין שכתב דהוי בגדר ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה.

וא"כ תקשי אמאי גובין מנכסים ולא מערב דע"מ שאפרע ממי שארצה, דכד' הרמב"ן אא"ל, שהרי לדידיה שעבוד נכסים לא הוי בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה, וכד' הרשב"א נמי אא"ל, דכל חיליה דהרשב"א הוא דשעבוד הערב לא חל אלא על הצד שאין ללווה מה לפרוע, אך לד' התוס' הרא"ש הרי דיינינן דהשעבוד חייל כבר בשעת הלוואה.

בגדר הדין דגובין תחילה מהנכסים ולא מהערב, אף דנכסים נמי הוו מדין ערבות

א. הרמב"ן בב"ב קע"ג ב' כתב וז"ל 'זוה גמרו של דבר, נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה כאלו אמר ע"מ שאפרע מן הנכסים אם ארצה, וכו', ולפיכך אע"פ שאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה, גובה מן הנכסים אם מצא, שהם ערבין לו יותר מזה, לא מצא נכסים גובה מזה'.

ומבוי בד' הרמב"ן, דשעבוד נכסים הוו בגדר ערב ע"מ שארצה אפרע.

וכן מבוי בד' הרא"ש סי' מ', שכתב דאין גובין מהערב במקום יתומים קטנים, אף בערב דע"מ שממי שארצה אפרע, והוכיח לזה הרא"ש מהא דאין גובין מנכסי יתומים קטנים, ואף דשעבוד נכסים הוו בגדר ערב דע"מ ממי שארצה אפרע.

וצ"ב מנליה לראשונים דשעבוד נכסים הוו בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה.

ב. ובסימן ג' סק"י נתבאר, דהוכיחו כן מעיקר דינא דסוגיין, דמבוי דאפי' באמר ע"מ ממי שארצה אפרע, מ"מ אם יש ללווה נכסים ידועים גובים מהם תחילה, והיינו דנכסי דבר אינוש הוו ערבין טפי מערב דע"מ ממי שארצה אפרע, וע"כ מזה דאינם בדרגה פחותה מדרגת שעבודו של ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה.

ועי"ש שנת', דבד' הרשב"א בסוגיין מצינו טעם אחר לזה, דהיינו משום שהערב לא שעבד את עצמו אלא רק באופן שאין נכסים ידועים ללווה, ולפי"ז אין הכרח לומר דשעבוד נכסים הוי בגדר ערב דע"מ שאפרע ממי שארצה, ועי"ש שנת' ביסוד פלוגתתם, דפליגי אם איכא שעבוד על הערב מתחילה, או דכל שעבודו הוא רק על הצד שלא יהיו ללווה נכסים.

ג. והנה בתוס' הרא"ש בשטמ"ק להלן קע"ה ב' כתב דרבה דס"ל שעבודא לאו דאוי, אזיל לטעמיה דס"ל

¹ וכמו"כ פשוט לכא', דלדעת הרמ"ה דיסוד דינא דע"מ שאפרע ממי שארצה הוא משום דאיכא סתירה בין הלשונות, דמחד אמר ל' הלווה ומאידך אמר ל' קבלנות, וכמו שנתבאר בזה בסימן ה', ודאי דאא"ל דגדר שעבוד נכסים הוא כערב דע"מ שאפרע ממי שארצה, וע"כ דלדידיה הוי כדין סתם ערב.

ב. ונראה די"ל בזה, דהנה בד' הראשונים מבוי, דדרגת שעבוד נכסים ושעבוד ערב שווה, דתרווייהו הו ערבין על ההלוואה, ואך דשעבוד נכסים הו ערבים טפי מערב - או משום דהו נמי בגדר ע"מ שאפרע ממי שארצה, או דהערב שיעבד את עצמו רק בגוונא דליכא נכסים.

אמנם נ' דיש ללמוד מד' כמה מרביותא, גדר אחר בזה.

דהנה הבעה"מ פ"א ב' מדפי הרי"ף, כתב דערב במקום יתומים קטנים פטור 'שאין הערב מתחייב אלא במה שמתחייב הלוה, וכדתנן במתני' לא יפרע מן הערב, וק"ל לא יתבע ערב תחלה', ומבוי בדבריו, דיתומים חשיבי כלוה, והערב הו ערב דידהו.

וכיסוד הדברים מבוי גם ברבנו יונה ב"ב קע"ד א' שכתב עד"ז בהא דערב במקום יתומים קטנים פטור, וכ"ה בטור סי' ק"י שכתב דהיינו טעמא דערב במקום יתומים קטנים חייב, משום דלעולם בני חיובא נינהו ואך אריא הוא דרביעא עליהו, ומבוי דאל"ה היה מתחייב, ולכא' היינו משום דחשיב כלוה, וכד' בעה"מ, וכ"ה בריטב"א ב"ב קע"ד א', שכתב דערב הו שלוחא דהיתומים ודאבוהון לפרוע, וכן מתבאר בד' הריטב"א בשבועות מ"ח א' שכתב שבמקום דאיכא שבועת יורשין, כשם שהיתומים פטורים, שהם כלוה, כך נפטר הערב, וכן מוכח גם בד' התוס' בגיטין מ"ט ב' שכתבו דבמקום דאיכא ליתומים זיבורית ולקבלן בינונית, אין גובין מהקבלן אלא זיבורית, דומיא דיתומים, ולכא' היינו משום דחשיבי כלוה, ועי' בסימן ט"ז שיתבאר כ"ז.

וצ"ע דמה"ת לדון את היתומים כלוים, הא לא נתחייבו הם כי אם אביהם, ואינהו רק ירשו את נכסיו.

והנה אמנם לשיטת התומים בסי' ס"ו ס"ק מ"ג, דאיכא על היורשין שעבוד הגוף, א"ש, אך לשיטת הקצוה"ח שם ס"ק כ"ו ובעוד דוכתי דליכא שעבוד הגוף על יתומים צ"ע, ועוד, דלד' רבנו יונה בבבאור ד' הגמ' קע"ד א', נראה בהכרח דהא דאין גובין מערב

במקום יתומים קטנים, דהו כלוה, אי"ז מכח דאיכא שעבוד הגוף על יתומים, ע"י הערה², ושוב צ"ע מאי טעמא דיינינן את היתומים כלוה ביחס לערב.

ג. ונראה דיל"פ בזה בשיטתם, דהא דבמקום דאיכא נכסים משועבדים, גובים מהנכסים המשועבדים ולא מהערב, הוא משום דבכלל קבלת הערבות קיבל הערב על עצמו ערבות על הלוה ועל נכסיו, ונמצא דנעשה ערב על הנכסים עצמם, והוי ערב על ערב³, וממילא פשוט דא"א לגבות מהערב במקום דאיכא נכסים, דהא עליהו גופייהו נעשה ערב, ואית ביה דינא דלא יתבע את הערב תחילה.

וא"ש היטב הא דכתבו הראשונים דהיתומים חשיבי כלוה ביחס לערב ואית ביה דינא דכי ליכא ליה ליכא ערב, והטעם הוא, דהערב הו ערב על הנכסים, וכיון דאיכא פטורא על הנכסים, משום דהו בידי קטנים, ה"נ נפטר הערב מדינא דליכא ליה ליכא ערב.

ד. ויסוד לזה, מהמבוי בד' הגר"א סי' קכ"ט ס"ק נ"ד, דכשם שכתבו הראשונים שבמקום שהלוה רוצה לפרוע, א"א לגבות מהקבלן, ואפי' שבידי הלוה איכא זיבורית ובידי הקבלן בינונית, ה"נ היכא דהלוקחות רוצים לפרוע מהקרקע שבידיהם, א"א לגבות מהקבלן את החוב, ודבריו יתבארו בס"ד להלן סק"ז.

² דבד' רבנו יונה מבוי דאזיל בשיטת ר"ה בריה דר"י דגובין אף מקטנים, וכמו שנת' בסי' ט"ז ס"ק ט"ו. ושם ביאר בטעמיה דר"פ דס"ל דפריעת בע"ח מצוה וקטנים פטורים, דלדידיה שעבודא לאו דאוי, ואין גובין אלא מחמת המצוה, ואהכי קטנים פטורים, דלאו בני מצוה נינהו, ור"ה בריה דר"י ס"ל דשעבודא דאוי, ואהכי גובין אף מקטנים, וכתב די"ל עוד, דאף ר"ה בריה דר"י מודה דשעבודא לאו דאוי, אלא דס"ל דחכמים תקנו דין שעבוד אף על היתומים.

ומבוי' להדיא בדבריו, דהא דלר"ה בריה דר"י גובין מהקטנים, הוא מכח השעבוד נכסים, וא"כ מה"ת לדונם כ'לוים', ואכמ"ל בזה.

³ ומצינו כן בדין ב' ערבים, דלחלק מהשיטות דיינינן שכל א' נעשה ערב במחצה וערב על ערבות חברו במחצה הב', וכמו שנת' בסימן כ"ו.

והנה הגר"א איירי בלקוחות, ובלקוחות ליכא למימר דאיכא עלייהו שעבוד הגוף, דעד כאן לא כתב התומים אלא ביורשין דכרעא דאבוהון נינהו, אע"כ כנ"ל, דהערב חשיב כערב על הנכסים גופא, ולהכי כשבאים הלקוחות לפרוע מנכסיהם, דיינינן להו כדין ערב במקום לווה⁴.

בביאור ד' הרשב"א בדין ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה במקום נכסים משועבדים בידי לקוחות

ה. הרשב"א בב"ב קע"ג ב' כתב 'ואם אמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה וכו', אבל כל שיש לו ללוה נכסים ידועים לעולם אינו גובה מן הערב כל שהוא יכול לגבות מן הלוה, ואע"פ שאמרו דנכסיה דבר איניש אינון ערבין ביה כדאיתא בסמוך, מ"מ יותר הן משתעבדים הנכסים של לווה מנכסי הערב דעלמא, ועל דעת כן נעשה לו זה ערב, שיפרע תחילה מן הערבים שהם שלו, דהיינו נכסים שלו וכו'.

ובהמשך הדברים כתב וז"ל 'ואם אמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה ויש לו נכסים משועבדין כגון שמכר

⁴ אמנם בד' התוס' בגיטין אכתי צ"ע, דבד' התוס' שם מבוי' דהיכא דאיכא בידי היתומים זיבורית, ה"נ אין נפרעין מהקבלן אלא זיבורית, ולא מצינו דאמרי' כן בערב במקום לקוחות, דאם ללקוחות יש זיבורית ה"נ א"א לגבות מהקבלן אלא מזיבורית. ולכא' בד' התוס' מבוי' כד' התומים דאיכא על היתומים שעבוד הגוף, וצ"ע.

ואמנם עיקר הדין דהיכא דאיכא ביד הלקוחות זיבורית מ"מ גובין מהערב בינונית לשיטת הסוברים שבמקום שיש ללוה זיבורית א"א לגבות מהערב אלא זיבורית, אינו סתירה למש"כ, די"ל דכדי לדון דהערב לא יתחייב לפרוע אלא זיבורית, לא די לומר דהוי ערב על הנכסים, דהא הך דינא לפרוע מהזיבורית אינו דין בעצם שעבוד הנכסים, אלא דין על הלוה. ומשא"כ בסוגיא בשבועות ובב"ב דיש פטור בעצם ההלוואה, דחיישינן לפרעון, ושפיר יש לפטור את הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב.

והא דבמקום לווה וערב אין גובין מהערב אלא זיבורית, הוא משום שבכלל הערבות הוא להיות ערב על הלוה ועל נכסיו - שהרי אף היכא דלית ליה נכסים גובין מהערב - ולכן דנים את הערב כדין הלוה.

לאחרים, יש לי לעיין מאיזה מהן יפרע תחילה, אם מן הלקוחות ואם מן הערב, אם נקרא נכסי הערב בנ"ח אצל המשועבדים ששעבד הלוה אם לאו.

ובביאור ספיקו הכא נראה, דכוונתו לדון שלא שייך כאן מה שכתב לעיל שיעל דעת כן נעשה זה ערב, שיפרע תחילה מן הערבים שהם שלו, שהרי כאן הנכסים אינם שלו אלא של הלקוחות, ואי נימא הכי, א"כ אפשר לגבות מהערב תחילה, ונמצא דשעבוד הערב ושעבוד הלקוחות שווים, ומעתה באים הלקוחות ודוחים את המלווה אצל הערב, שהרי אצל הערב הוי בנ"ח ואצלם הוי משועבדים, ואין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בנ"ח.

ו. וע"ז כתב הרשב"א וז"ל 'ומסתברא לי דנפרעין תחילה מן הלקוחות שלו, ותדע לך דשעבוד נכסי הלוה דאורייתא וקודמין לפרעון לנכסי הערב, וכו', ואילו ערב דעלמא לא שיעבד עצמו אלא כל שאין נכסים ידועים ללוה, והרי יש לו אלא ששיעבדן, ולא על דעת כן שיעבד עצמו הערב שלא מדינו, דאסמכתא היא, והלכך גובה מן הלקוחות תחילה'.

והא דהוסיף הרשב"א 'דאסמכתא היא', נראית כוונתו, דמשו"ה בעי' גמ"ד טפי להשתעבד, ואמרי' דמסתמא אין לערב גמ"ד מעליא להשתעבד אלא רק באופן שאין נכסים ידועים ללוה⁵.

ולפ"ז יעלה, שבקבלן שאין בו משום אסמכתא כמבוי' ברמב"ן ובר"ן גיטין מ"ט ב', באמת יכולים הלקוחות לדחותו אצל הערב, ועוררוננו שכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' תשס"א.

אכן בטור ושו"ע סי' קכ"ט סעיף כ"א נפסק להדיא לא כן, וז"ל השו"ע 'קבלן שלא נשא ונתן ביד, ומכר הלוה כל נכסיו, אע"פ שיש נכסים לקבלן, אם ירצה המלוה לטרוף מלקוחות של לווה אינם יכולים לדחותו אצל בני חורין של קבלן, ומקור הדברים בסה"ת שער ל"ו ח"א אות מ"ו, וצ"ע בזה.

⁵ ועד"ז מצינו במ"מ הל' מלוה ולווה פרק כ"ו הי"א, שכתב דמשו"ה אין קטן נעשה ערב, כיון דהוי אסמכתא ובעי' גמ"ד טפי להוציא מידי אסמכתא.

בדין נכסים משועבדים במקום קבלן

ז. ובעיקר דין השו"ע, דהלקוחות אינם יכולים לדחות את המלוה אצל בני"ח דקבלן, הנה בביאור הגר"א ס"ק נ"ד כתב וז"ל 'כנ"ל מהא דגיטין מ"ט ב' וכפי הרמב"ן כנ"ל, וכן מצאתי ברשב"א סי' תתפ"ח'.

ובביאור ד' הגר"א נראה, בהקדם הסוגיא בגיטין מ"ט ב', דהנה בסוגיא שם מב' שאם א' הזיק, ויש לו ערב קבלן, ואח"כ מת המזיק והניח יתומים קטנים, גובים מהערב עידית כדין נזקין. ומקשה הגמ' הניח למד"א קבלן אע"ג דלית ליה נכסי ללוה משתעבד, אלא למד"א אי אית ליה משתעבד אי לית ליה לא משתעבד, מאי איכא למימר, ומתרצת הגמ' דאיירי בדהו ליה ואשתדוף.

ותמהו הראשונים מה הוקשה לגמ', נימא דבאמת אית ליה נכסים ללוה, ולא אשתדפו, ומ"מ המלווה רצה לגבות מהערב.

והתוס' ביארו, דקושית הגמ' היא דאם הניח נכסים נזקין אמאי בעידית, הא דינו של הערב כדין היתומים, ואם היתומים בזיבורית כך גם הערב בזיבורית. והרמב"ן ביאר, דקושית הגמ' היא דאם איירי שהניח נכסים, מאי פסיק ותני דגובין מהערב עידית, הא אם היתומים ירצו לפרעו זיבורית לא יוכל לגבות מהערב, אפי' דהוי ערב קבלן, דסו"ס עיקר החוב מוטל על נכסי הלוה. עד כאן השו"ט שבסוגיא הנוגע לענייננו.

ח. ועתה נפ' לד' הגר"א. דהוקשה לגר"א מה הגמ' הוצרכה לכך שהיו ללוה נכסים ואשתדוף, תיפול דמכר את הנכסים ללקוחות, והוא מקרה שכיח טפי. ולדרך התוס' מוכרחים לומר דאח"כ יכלה הגמ' לומר כן, וחדא מתרתי נקט.

אכן לדעת הרמב"ן י"ל, דבאופן שמכר את הנכסים ללקוחות לא הרווחנו מידי, דגם באופן זה, באם הלקוחות יבואו וירצו לפרוע את הבע"ח מהזיבורית, יוכלו לעשות כן, ולא יוכל לגבות את העידית מהקבלן, דעיקר החוב מוטל על נכסי הלוה, ונכסי הלוה קיימים בידי הלקוחות.

ולפ"ז עולה, דאף במקום ערב קבלן, עיקר השעבוד מוטל על היורשין והלקוחות, כי על כן כשבאים הלקוחות לפרוע, א"א למלוה ליפרע מהקבלן.

ט. והנה שורש דינא דהנחת, יסודו דעיקר השעבוד נופל על הבנ"ח, והלקוחות יכולים לדחות את הבע"ח למקום שבו עיקר השעבוד.

ומעתה כיון שהוכחנו מד' הגמ' בגיטין שבמקום לקוחות וערב קבלן עיקר השעבוד נופל על הלקוחות, כדחזי' שאם ירצו לפרעו זיבורית יוכלו לכפותו ע"ז, א"כ פשיטא דלא מצו למימר הנחת. וזה שהביא הגר"א מקור לדין השו"ע מד' הגמ' בגיטין לדרך הרמב"ן⁶.

⁶ והנה התומים ס"ק י"ט כתב דהכנה"ג והגדו"ת כתבו שהרשב"א חזר בו בסי' תצ"ב ממה שכתב בסי' תתפ"ח שבערב ונכסים משועבדים הדין הוא שגובים מהערב, והטעם לחזרתו הוא, משום שהוקשה לו ההיא דפ' הניזקין, מה מקשה הגמ' למד"א דאין הקבלן משתעבד אלא בדאית ליה ללוה נכסים, ומתרצת הגמ' דאשתדוף, נימא דאיירי בשמכרן, אע"כ דאין גובין ממנו במקום נכסים משועבדים. ותמה התומים טובא מה הראיה מהגמ' בגיטין, דהא התם קבלן הוי, ובקבלן ודאי יכול לגבות מהקבלן כשירצה, ואיך אפשר להוציא מד' הגמ' דא"א לגבות מערב במקום נכסים משועבדים.

אכן לד' הגר"א א"ש היטב, דמהגמ' שם חזינן דאף במקום קבלנות מ"מ עיקר השעבוד נופל על הלקוחות ולא על הקבלן, דנכסי הלקוחות חשיבי כנכסי הלוה, וכ"ש בערב, וממילא אף שבקבלן הדין הוא שאפשר לגבות ממנו תחילה, מ"מ יש לנו ללמוד מזה שבערב רגיל יגבו מהלקוחות ולא מהערב, דלקוחות חשיבי כימיניה, וק"ל לא יתבע את הערב תחילה.

ולדרך התוס' אין כל ראייה משם לאופן שיש לקוחות וערב, אלא רק לאופן שיש יורשין וערב - דעיקר השעבוד נופל על היורשין, ומיורשין ודאי יותר קל לגבות, דודאי הדין הוא שאם יש יורשין ולקוחות גובים מהיורשין, וא"כ אין ראייה ללקוחות וערב, ופשוט.

סימן ז'

הערות בגמ' ב"ב קע"ג ב'

ואין לומר שהריטב"א סובר כדעת הרמב"ם בפרק כ"ו מהל' מלוה ולוה דערב אחר מתן מעות אינו משתעבד אפי' בשטר אלא רק בשקנו מידו, ודעתו הובאה בשו"ע סי' קכ"ט סעיף ד', שהרי הריטב"א בב"ב קע"ה ב' ד"ה ישמש כתב להדיא דאף בשטר מתחייב הערב, וכדעת הרמב"ן בשלהי ב"ב, והרי שדעתו דסגי בכל קנין שהוא ולא בעי דווקא חליפין. וצ"ע בזה.

ג. ונראה ליישב, דהנה הבעה"ת שער מ"ג ח"א אות ו' העתיק תשובת הרמב"ן, ועיי"ש היטב שמבוי בדבריו דהא דערב משתעבד בקנין לאחר מתן מעות, אי"ז מכח עצם חלות הקנין, אלא דע"י הקנין גלי בדעתיה שמתכוין להשתעבד ואי"ז אסמכתא, ומשום דאי"ז אסמכתא ממש, וסגי בגילוי דעת לסלק חשש זה, ועי' בהערה הרחבת הדברים¹.

¹ בגמ' ב"ב מ"ד ב' מבוי' שהגם שמטלטלי לא משתעבדי, מ"מ אם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי וכתב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא מהני. והבעה"ת שם התקשה איך מהני מה שכתב דלא כאסמכתא. והביא מד' הרמב"ן שכתב דהכא לא הוי אסמכתא גמורה, ולהכי מהני ביה מה שכתב דלא כאסמכתא וכו'. וז"ל הרמב"ן 'כבר ידענו מדיני האסמכתות, דכל התולה בדעת אחרים לאו אסמכתא היא, וערב גופיה לאו אסמכתא גמורה היא, תדע וכו', אלא כל כי הך אסמכתא דערב ומטלטלין, לאו אסמכתא נינהו מן הדין, אלא דמו לאסמכתא, דודאי סמך ליה מלוה בדעתיה על לוח דאיהו פרע, ואמר בנפשיה אי לא פרע איהו פרע ערב, וכן הדבר במטלטלין, וכיון דפריש דלא כאסמכתא לומר דעיקר דעתו עליהן כקרקעות, גלי אדעתיה דלאו אסמכתא היא, אלא עיקר שיעבודו עליהן כקרקעות, כדגלי דעתיה בערב או משום קנין או משום הנאה דהמניה', והיינו דס"ל לרמב"ן דערב אינו אסמכתא ממש, כיון דהוי תולה עצמו בדעת אחרים, והמלוה סומך על כך שיוכל לגבות ממנו, וכפי שמבוי' בדבריו ב"ב קס"ח א', ודבריו יתבארו אי"ה בסימן כ"ט ס"ק י"א.

א.

בד' 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר משתעבד' קושיא בדעת הריטב"א

א. הריטב"א בקידושין ו' ב' ובעוד כמה דוכתי פירש, דמדין ערב למדנו שאדם יכול להשתעבד בהנאה שסומכים עליו ומוציאים ממון על פיו, דהנאה חשיבא ככסף.

והנה בב"ב קע"ג ב', דנה הגמ' מנין לערב שמשתעבד מן התורה, והגמ' שו"ט בזה, ואח"כ הגמ' דנה אמאי ליכא בערב משום אסמכתא, ומפרקינן 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה'. וכתב הריטב"א שם וז"ל 'פי' משעבד נפשיה כאילו קיבל המעות ממש לטובתו ולא היה קונס עצמו בשום דבר, שאין בו אסמכתא. וזהו מה שחידש רב אשי, דאנן נמי מעיקרא הכי סברין, דערב דמשתעבד בדברים בשעת מתן מעות אינו אלא משום הנאה זו, דאי לא במה נשתעבד'.

והנה קי"ל דערב לא מתן מעות מעות משתעבד בקנין, ודנו הראשונים אמאי אינו כדין אסמכתא דאינו משתעבד בקנין אלא בשאמר מעכשיו ובבי"ד חשוב, ועי' רמב"ן שם קס"ח א' שכתב דערב אינו אסמכתא גמורה, לפי שתולה עצמו בדעת אחרים, עיי"ש.

ב. ומעתה צ"ע, דהא לד' הריטב"א בב"ב, בתחילת ד' הגמ' ידעה הגמ' דטעמא דערב משתעבד הוא משום דאיכא הנאה, ולדבריו בקידושין הנאה היינו כסף, ומעתה כבר בתחילת הגמ' היה ידוע שאף בערב בשעת מתן מעות איכא קנין כסף על ההתחייבות, ואם כן מה מקשה הגמ' דאיכא ביה משום אסמכתא, הא לא גרע מערב אחר מתן מעות שמשתעבד בקנין בעלמא.

ולפי' נראה, דלהך גילוי דעת לא סגי בהא דאית לערב הנאה, והנאה חשיבא ממון, דסו"ס ליתא גילוי דעת שאי"ז אסמכתא, שהרי מצד הערב ליכא אלא אמירה בעלמא, ולכן הוקשה לגמ' דאיכא בערב משום אסמכתא. ומשא"כ במקום שהערב כתב שטר על ההתחייבותו, אז שפיר איכא הקנאה וגילוי דעת שאי"ז בתורת אסמכתא².

ב.

בד' הרשב"ם שם

ג. הנה בביאור ד' הגמ' בב"ב שם, דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד, כתב הרשב"ם וז"ל 'בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאלו הוא בעצמו הלוח'.

והנה לא פירש כפשוטו דבהנאה לחוד סגי כדי שלא יהיה בה משום אסמכתא, אלא פירש דמחמת ההיא הנאה גמר בדעתיה להשתעבד באופן דשליחותא קא עביד מלוה. ומשמע עוד, דגדר זה התחדש מכח הקושיא מאסמכתא, וכן מב' במשובב סי' קכ"ט סק"א.

וביאור הדברים נראה, דהוא מתפרש ע"ד ד' הריטב"א שם שהובא לעיל סק"א, והיינו, דסתם השתעבדות על תנאי הויא בתורת קנס, ואיכא בה משום אסמכתא, אך השתעבדות ערב אינה בתורת קנס, אלא בתורת שהמלווה עושה בשליחותו. ואף דחיבו הוא רק על הצד שהלווה לא ישלם, מ"מ סיבת החיוב היא משום שהמלווה הלוח בשליחותו ולא בתורת קנס.

וממה שדימה הרמב"ן בין היכא שהמלווה כותב 'והוא דלא כאסמכתא', לדין ערב בקנין לאחר מתן מעות, מב' דגם באופן שעשה קנין אי"ז מכח הקנין, אלא מכח הגילוי דעת שיש שעבוד על הערב, וכן מורה לשונו, ועי' עוד בב"י סי' קי"ג אות ד'.

² בעיקר ד' הריטב"א שלמד דמה שאמרו 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה' היינו משום קנין כסף, דהנאה הוי ממון, עי' בסימן א' ס"ק י"ד שנתבאר בדעת כמה ראשונים דאי"ז מדין קנין כסף, אלא דעיי' ההנאה אית ליה גמ"ד מעליא, וגמר ומשתעבד נפשיה בלא קנין.

ועי' בסימן א' סק"ה שנתבאר עוד בזה, דלא חשבי' שהמלווה הוציא על פי הערב ובשליחותו, אלא רק משום שהערב שיעבד את עצמו לשלם דמי נתינה זו, אך אילו הערב אינו משועבד לשלם נתינה זו, גם לא חשבי' שנתנית המלווה היא בעבורו, אלא חשבי' שהמלווה נתן אדעתא דידיה.

ד. ויש לתמוה בדברי הרשב"ם, מהגמ' להלן שלהי מכלתין, שמב' דערב דבי"ד משתעבד לאחר מתן מעות בלא קנין, ופירש הרשב"ם דהיינו בההיא הנאה דקא מהימני ליה בי"ד, וקשה דהתם לא שייך לומר דשליחותיה דערב קעביד מלווה, דהא איירי שלא בשעת מתן מעות, ומ"מ מהני ההנאה, וחזינן דההנאה לחודא משעבדת, וא"כ מה הזיק את הרשב"ם לפרש בכאן דהוי מכח דשליחותיה דערב קעביד מלווה.

ונראה די"ל בזה והעירוני לשרש הדברים, ובהקדם דהנה בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כ"ז דן מאי טעמא ערב לאחר מתן מעות משתעבד בקנין בעלמא, ולא הוי כשאר אסמכתא דבעי' מעכשיו וקנו מידו בב"ד חשוב.

ועי"ש שחילק בין סוגי אסמכתות, וכתב דהכא עדיפא משאר אסמכתות, 'שהרי המלווה הזה נפסד ע"י הערב ומניח מלדחוקו או לנוגשו או לתבעו בב"ד בהסמכו על דברי הערב, ומשו"ה גמר ומשתעבד נפשיה', וכתב עוד 'ונהי דלא מהני כערב דבשעת מתן מעות, דהתם נעשה כאילו לוח לערב עצמו ושליחותיה קעביד כדפי' רשב"ם בפ' גט פשוט, ומשום כך משתעבד בלא שום קנין, והכא בעי קנין, מ"מ פשיטא דעדיפא משאר אסמכתות כיון שחברו נפסד על ידו'.

ומשמעות דבריו, דלעולם הך הנאה דקא מהימן ליה שייכת בין בערב בשעת מתן מעות ובין בערב לאחר מתן מעות, דאף לאחר מתן מעות המלווה נפסד ע"י הערב, כיון שמניח מלדחוק את הלווה על סמך הערב, ועל כן לאחר מתן מעות משתעבד בקנין בעלמא, ושלא כשאר אסמכתות. וכל החילוק בין שעת מתן מעות לאחר מתן מעות הוא בזה, שבשעת מתן מעות

נקטינן דשליחותיה דערב קעביד מלוה, ומשא"כ לאחר מתן מעות. אך אין כל חילוק בעצם ההנאה.

ולפי"ז אי"ש היטב, דבערב שלא בבי"ד יש הכרח לרשב"ם לפרש דאי"ז מכח ההנאה אלא משום דשליחותיה דערב קעביד מלוה, שהרי ערב שלא בשעת מתן מעות אינו משתעבד אלא בקנין, אף דאית ליה הנאה, ומשא"כ בערב דבי"ד ע"כ דההנאה לחודא מהניא, דלהכי מהני אף שלא בשעת מתן מעות.

ה. והביאור י"ל, דבערב דבי"ד ההנאה מהניא מתורת כסף, דהוי הנאה דממונא, והוי דומיא דערב שלא בשעת מתן מעות דמשתעבד בקנין, ומשא"כ בערב שלא בבי"ד, אין להנאה תורת כסף, כמו שדנו בזה רבותינו, אלא כל ההנאה מהניא רק לאפוקי קצת מחסרון אסמכתא, וכד' המהרי"ק, ולהכי צריכים להא דשליחותיה דערב קעביד מלוה.

וטעם החילוק, דבסתם ערב, מה שהערב נהנה שהמלוה סומך עליו לא הוי הנאה דממונא, דאנשים אינם משלמים ע"ז, ולהכי אי"א לשעבד בזה מחמת תורת קנין כסף, ומשא"כ בערב דבי"ד, הך הנאה שהבי"ד סומכים עליו הויא הנאה דממונא, דאנשים משלמים ע"ז, שעיד"ז סומכים עליהם הבריות ונושאים ונותנים עמם, ולהכי מהניא ההנאה מתורת קנין כסף³.

³ אמנם אי"ז מעלה ארוכה לד' הריטב"א בסוגיין, שבדעתו מבו' דאף בערב סתם ההנאה הויא ממון, ומ"מ איכא ביה משום אסמכתא אי לאו הך סברא דמשעבד עצמו כאילו קיבל הממון לידו, וע"ז יק' אי"כ היאך מהניא ההנאה בערב דבי"ד, הא הוי לאחר מתן מעות ולא שייך לומר דחשיב כאילו בא הממון לידו.

ואולי י"ל, עפ"י ד' הרמב"ן בב"ב קס"ח ובתשובתו הנ"ל שכתב דערב אי"ז ממש אסמכתא אלא רק דמי קצת לאסמכתא, והובאו דבריו בסימן י"א, וי"ל דהוקשה לריטב"א דאם הא דאיכא הנאה מסלק חשש אסמכתא, הא זה כבר ידענו בתחילת ד' הגמ', דטעמא דמשתעבד ערב הוא משום ההנאה, וע"כ דאין די בהך הנאה כדי לסלק את חשש האסמכתא, ורק מכח הסברא דחשיב כאילו קיבל את המעות מתבטל חשש אסמכתא.

וי"ל דלהכי צריכין להך סברא דמשעבד את עצמו כאילו קיבל את המעות ולא סגי בטעמא דהנאה, דסו"ס הוי אסמכתא.

ג.

בדעת הראשונים דקבלן משתעבד בלא קנין לאחר מתן מעות

ו. התוס' בב"ב קע"ג ב' כתבו בשם ר"ת, וז"ל 'וכלוהו ערבין בעי קנין בר מקבלן וערב בשעת מתן מעות וקבלן דהיינו תן לו ואני אתן לך', ומשמעות דבריהם, דערב קבלן משתעבד בלא קנין אפי' אחר מתן מעות, וכן נקט בדבריהם הכנה"ג בהגהות טור חו"מ אות מ'. וכן מפורש בדעת ר"ת במרדכי ב"ב רמז תרנ"א, והביא שם שיטת ראבי"ה דפליג ע"ז. ואמנם בשו"ת רדב"ז ח"א סי' ק"ל נקט שאי"ז כוונת התוס', אלא כוונתם דבקבלן בשעת מתן מעות לא בעי קנין, וכן משמע מל' התוס' שהמשיכו 'דהיינו תן לו ואני אתן לך', ולשון זו שייכת רק בשעת מתן מעות.

ובגליון הגרע"א לשו"ע סי' קכ"ט סעיף ה' הביא בשם המל"מ שהביא מהר"ש יונה דאם תפס מהקבלן מצי למימר קים לי דקבלן משתעבד בלא קנין.

ויל"ע במה נשתעבד הקבלן בלא קנין, ורחוק לומר דדעת ר"ת כדעת הרמב"ם דמדן ערב למדנו שאפשר להתחייב בדיבור בעלמא, דלא משמע כן בפירושו לסוגית הגמ' בכתובות ק"ב א'.

ז. ושם י"ל, עפ"ד הריטב"א הנ"ל שכתב שאף בהו"א ידעה הגמ' שבערב איכא הנאה, אלא שסברה דמ"מ אית ביה משום אסמכתא, וע"ז משני בההיא הנאה וכו', ופירש הריטב"א דכאן התחדש דבהך

וההכרח לזה הוא משום דכל זה מה שנשתנה בין קושית הגמ' לתירוץ הגמ', וכמבוי בד' הריטב"א שגם בהו"א ידעה הגמ' שיש הנאה. ומשא"כ בערב דבי"ד איכא הנאה טפי, ואמדי' שכוונתו להשתעבד אפי' בלא הך סברא.

אמנם למה שנתבאר לדון בסימן כ"ב סק"ו, שאין כוונת הריטב"א דחשיב כאילו קיבל המעות ממש לידו, אלא דהגברא גומר בדעתו להשתעבד כאילו היה מקבל את המעות, אי"ש, דהגמ' ודאי ידעה שיש הנאה, אך בהו"א דנו דאף דהוי הנאה מ"מ אית בה משום אסמכתא, ובמסקנא התחדש דע"י ההנאה אית ליה גמ"ד מעלי, וי"ל דה"נ הנאה דבי"ד הויא הנאה מעליא וגומר בדעתו להשתעבד כאילו היה מקבל את המעות.

הנאה משעבד את עצמו כאילו קיבל את המעות ממשי, עכ"ד.

ולפי"ז י"ל, דלעולם איכא הנאה אף לאחר מתן מעות, דסו"ס המלוה סמך על הערב, אלא דמ"מ בסתם ערב לא סגי בזה, כיון דאיכא ביה אסמכתא, אלא בעי להך סברא דחשיב כאילו קיבל את המעות, וזה שייך רק בשעת מתן מעות, ומעתה בקבלן דליכא ביה אסמכתא, כמבוי ברמב"ן ור"ן גיטין מ"ט ב' ובעוד דוכתי, שוב מצי לשעבד את עצמו אף לאחר מתן מעות, וכנ"ל דאיכא הנאה אף לאחר מתן מעות.

*

ח. עי' עוד בסימן י"ט שנתבארו ב' ענינים השייכים לסוגיין:

חדא, ד' חבל ראשונים דאדם יכול לקבל על עצמו ערבות על התחייבות, אף דלכא' לא שייך ביה בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, וד"ז נתבאר שם ס"ק י"ד.

ועוד, ד' הרמב"ן בגיטין מ"ט ב' דקבלן יכול להשתעבד בשעת מתן מעות אפי' היכא דלא חסריה ממון, ואף דלכא' לא שייך בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, שהרי לא הוציא מעות על פיו, וד"ז נתבאר שם ס"ק ט"ו.

ד.

בביאור השו"ט דגמ' למילף ערבות מיהודה

ט. בגמ' יא"ר הונא מנין לערב דמשתעבד דכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו, מתקיף לה רב חסדא הא קבלנות היא דכתיב תנה אותו על ידי ואני אשיבנו.

ובחי' הריטב"א הקשה וז"ל [הא קבלנות היא]. האי לשון קבלנות אינו כי למי נכנס יהודה קבלן, לזה עצמו היה, תירץ לי מורי דלא דק תלמודא דכל מאי דאמרינן הכא אינו אלא אסמכתא, ולי היה נראה דתלמודא משמע ליה כי יעקב נתנו לראובן ושאר אחיו על קבלנות יהודה, וכך אמר ליעקב תנה אותו להם על ערבותי.

וצ"ב דהא יהודה היה בכלל האחים שלו, וא"כ מה הוצרך לקבל על עצמו קבלנות נוספת.

אך הישוב פשוט, דהריטב"א לשיטתו בב"מ ל"ד ב', דס"ל שבב' לווים גובים מכל א' מחצה, ולכן לולא שיהודה קיבל על עצמו קבלנות, היה הדין שאפשר לתבוע ממנו תחילה רק א' חלקי י', שהרי כל האחים היו שותפים בהלוואה, וכיון שקיבל על עצמו קבלנות, שוב יכול היה יעקב לתבוע ממנו תחילה את הכל.

י. והנה הרשב"א בתשובה מיוחסות סי' רכ"ה⁴, הוכיח מהס"ד דגמ' שרצתה ללמוד דין ערב מיהודה, דשייך להתחייב בלשון ערבות אף היכא דליכא לוה, שהרי התם לא היה לוה⁵.

וז"ל שם יוקרא נמי מסייענו דכתיב אנכי אערבנו, והוה ס"ד למילף מינה בשלהי גט פשוט דערב משתעבד דאורייתא, והתם מאן נתחייב ומאן נשתעבד שיהא יהודה ערב בשבילו, אלא שתוכל לדחות בזו, ששאר האחים היו כבעלי חוב והוא כערב, וזה דבר שפתיים. ומבוי דלא היה ניח"ל לרשב"א לומר ששאר האחים היו כבע"ח ויהודה היה ערב, וזה לכא' דלא כהריטב"א בסוגיין.

יא. אכן בקושטא נראה שאין כל סתירה בין ד' הרשב"א לד' הריטב"א, ואדרבה י"ל שגם הרשב"א נצרך לדברי הריטב"א, וכמו שיתבאר בס"ד.

דהנה יש לדקדק בדברי הריטב"א שהעמיד את קושיתו על דחית הגמ' דהא קבלנות היא, דע"ז הקשה הריטב"א דיהודה היה לוה ולא קבלן, ותימה מדוע לא הקשה כן כבר בס"ד דגמ' שסברה דיהודה היה ערב סתם, אשר יש לתמוה ע"ז דיהודה היה לוה ולא ערב.

וביותר, דנראה שתירוצו דיהודה נעשה ערב על האחים, לא יועיל למאי דס"ד דגמ' דיהודה נעשה ערב, שהרי כבר נתבאר לעיל דיסוד תירוצו הוא

⁴ הוספה מכת"י שנדפסה בהוצאת מכון ירושלים. ודבריו הובאו גם בשלטי הגיבורים שלהי ב"ב.

⁵ ועיקר דברי הרשב"א נתבארו בסימן ח' בס"ד.

דמצד הא דיהודה היה לווה, לא היה אפשר לתבוע ממנו כי אם א' חלקי י', שהרי היו שאר האחים היו שותפים בהלוואה, ולכן קיבל על עצמו קבלנות, שעיד"ז אפשר לתבוע ממנו תחילה.

אכן כ"ז ניחא למסקנת הגמ', דיהודה נעשה קבלן, אך להו"א דגמ' דיהודה נעשה ערב סתם ולא קבלן, הדר יק' דתיפול"ל דיהודה היה גם לווה, ולמאי הוצרך לקבל על עצמו ערבות. ואין לומר דמצד ההלוואה לא היה אפשר לגבות ממנו אלא כפי חלקו, ולכן נעשה ערב על שאר החלקים, שהרי מבוי בראשונים בב"מ שם שבב' לווים כל א' נעשה לווה בחצי וערב בחצי השני, וא"כ גם כאן בלא"ה יהודה היה ערב בשאר החלקים מחמת ההלוואה, ומדוע הוצרך להוסיף על עצמו ערבות נוספת.

ואין לתרץ דכיון שהיו כמה אחים, א"כ דינו כדין ב' ערבים שלדעת הריטב"א שם גובים מכל א' מחצה, דזה אינו, דחדא, גם אחר שקיבל על עצמו ערבות היה דינו כדין ב' ערבים ולא הועילה בזה קבלת הערבות הנוספת.

אך גם בלא"ה עיקר הדבר אינו, שהרי גם לשיטת הראשונים שבב' ערבים גובים מכל א' רק מחצה, מ"מ ודאי שאם אין לאחד מה לפרוע אפשר לגבות

מהשני את הכל, וכמבוי בד' הראשונים ונפסק בסי' קל"ב סעיף ג', ומעתה בנד"ד, הרי להו"א דגמ' יהודה היה ערב סתם, וא"כ יעקב היה צריך לתבוע תחילה את האחים, וכל ערבות יהודה היא רק אם האחים לא יוכלו לפרוע, והרי כשאין לאחד מה לפרוע כו"ע מודו שגובין ממנו שבידו לפרוע, ושוב לא אכפת לן במה שבב' ערבים גובין מכל א' מחצה.

וא"כ צ"ע מאי טעמא לא הוקשה לריטב"א כן בס"ד דגמ' דילפי' מקרא דאנכי אערבנו לדין ערב.

יב. והעירני גיסי הגר"ר שליט"א בזה, דודאי בהו"א סבר הריטב"א כהרשב"א דיהודה היה ערב בלי לווה, ולא הוקשה לו אלא במסקנא דמוקים לה בקבלן, ומסמך קרא דתנה אותו על ידי ואני אשיבנו, וע"ז קשה דמהפסוק נראה שהיה לווה ולא קבלן, ואיך מביאים ראיה מהפסוק לקבלנות. וע"ז תירץ בתירוץו הב' דהפסוק מתפרש הכי, תנה אותו לאחים, על ידי דהיינו מחמתי, ואני אשיבנו, היינו אני קבלן להשיבו.

ולפ"ז אין כל סתירה בין ד' הריטב"א בסוגיין, שכתב שהאחים היו בעלי חוב ויהודה היה קבלן, לבין ד' הרשב"א בתשובה שדחה צד זה, דהרשב"א דן על ההו"א דגמ' דאיירי בערב סתם, ובזה גם הריטב"א מודה, כנ"ל.

סימן ח'

בדין ליכא לזה ליכא ערב, ובגדר חיוב הערב

ומקור הדין בתשובות הרשב"א ח"א סי' אלף נ' וח"ב סי' כ"ב, וז"ל הרשב"א בח"א 'אבל הערב חייב, שהרי חייב עצמו בקנין ונוטל את החפץ ומשלם דמיו. ואע"פ שאמרו אין נפרעין מן הערב תחלה, דאלמא דאין ערב משתעבד בדאיכא לזה, לא היא, דכל שערב והלוה מתחייבין, אין נפרעין מן הערב תחלה, אבל זה הרי חייב עצמו במה שלא היה השואל חייב, וכאותה שאמרו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב'.

ב. והב"ח חו"מ סי' קכ"ט ובתשובה סי' קל"ו ובשו"ת גאוני בתראי סי' ד' תמה על הרמ"א, דלהדיא הצריך הרשב"א שהערב יחייב עצמו בקנין, ומשמע דבלא קנין אינו משתעבד, וטעם הדבר, דחיוב הערב תלוי בחיובו של הלוה, וכמבוי' בגמ' בכורות מ"ח א' דהיכא דליכא לזה ליכא ערב, וכיון דהכא ליכא לזה, לא נתחייב הערב, אלא דדל מהכא חיוב אחריות, מ"מ חייב עצמו בקנין, ואהכי לית ביה משום אסמכתא².

אמנם בד' הגר"א סי' קכ"ט ס"ק כ"ו משמע דפליג על הסמ"ע, דהגר"א שם כ' בתו"ד על דין הרמ"א הנ"ל, וז"ל 'כמ"ש הראב"ד דכל עיקרו של ערב אסמכתא ואפ"ה משתעבד', ומשמע דהוא תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ומשום דהכא נמי לא נשתעבד הערב אלא באופן שהשואל לא ישיב את החפץ בזמנו. וכן כ' באולם המשפט, דדין הרמ"א הוא דווקא לשיטת הראב"ד.

² והב"ח פירש, דהא דהרשב"א הוצרך להביא ראיה לדבריו מההיא דאמרי' בקידושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, אף דהכא איירי שנשתעבד בקנין, הוא משום דעיקר הדין דהתחייבות מועילה בקנין נלמדת מדין ערב, ודבריו הובאו בסי' א' ס"ק י"ב.

וצ"ע טובא, שאי"ז כלל במשמעות ד' הרשב"א, דלהדיא הקשה הרשב"א מדינא דכי ליכא לזה ליכא ערב, וז"ל בח"א 'ואע"פ שאמרו אין נפרעין מן הערב תחלה, דאלמא דאין ערב משתעבד [אלא] בדאיכא לזה, לא היא, דכל שערב והלוה מתחייבין, אין נפרעין מן הערב תחלה, אבל זה הרי חייב עצמו במה שלא היה

[א]

מחלוקת הב"ח והסמ"ע בדין ערב על שואל באסמכתא

א. כתב הרמ"א בסי' קכ"ט סעיף ח', 'מי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך, והעמיד לו ערב בעד הדמים, אע"פ שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור, הערב חייב לשלם'¹.

¹ וצריך להוסיף בזה, דהנה בפשוטו דין הרמ"א הנ"ל תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד פכ"ה ממלוה אם שייך ערבות על תנאי, או דאית ביה משום אסמכתא, דהכא הא לא נשתעבד אלא על אופן שהשואל לא יחזיר את החפץ, וכל שלא בא זמן ההשבה ליכא סיבת חיוב, וא"כ הוי ערב על תנאי.

אכן להדיא כ' הסמ"ע בסי' קל"א ס"ק כ"ד דאי"ז תלוי כלל במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דהכא הוי כסתם ערבות שנתערב בעד המעות לחוד בלא תנאי. ובדעתו נ' דהערב קיבל על עצמו אחריות מתחילה על החפץ, שבאם השואל לא ישיבנו, הוא ישלם את דמיו, ויקח אח"כ את החפץ מהשואל, והוי כהלואה שסיבת החיוב היא כבר בתחילה, וכעיקר היסוד נ' גם בד' הב"ח סי' קכ"ט סק"ג ד"ה כל זה.

ושו"ר בבית אפרים חו"מ סי' ל"ד שביאר את דעת הרמב"ם דבערב על תנאי איכא משום אסמכתא, וכתב וז"ל 'ואע"ג דגם בערב בעד שואל חפץ מהני ערבותו, אע"ג דהחפץ הדר בעיני, וקיי"ל דלא אשתעבדי ניכסי אלא משעת אונסין, מ"מ מהני ביה ערבות, דאע"ג דשעבוד לא רמי אנכסיה (אלא) משעת שאלה, כיון שהחפץ הוא בעין, מ"מ החיוב חל מיד בשעת שאלה, שמתחייב מיד שיחזירנו בכלות ימי שאלה, ועל חיוב זה חל ערבותו, ולכן שפיר הוי ב' דין ערב, וזה מבואר בש"ך סי' רצ"א [ס"ק מ"ד] דמה"ט יש לשומר דין א"י אם (נתחייבת) [החזרת], שחיוב החזרה מתחיל מיד בשעת שאלה ע"ש, משא"כ במקבל אחריות מכירת שדה שאין כאן התחלת שום חיוב בשעת ערבותו, ואין חיוב אלא כשיטרפו ממנו אז מתחיל החיוב, וכיון שאין ברור שיתחיל שום חיוב, דשמא לא יבא לידי טריפה כלל, הוי"ל אסמכתא'.

וכתב הב"ח, דבגוונא דליכא מתחייב, שוב איכא ביה משום אסמכתא.

ג. והסמ"ע בתשובתו לב"ח, הצדיק ד' הרמ"א, וכתב דליכא הכא משום אסמכתא, וככל ערב דלית ביה משום אסמכתא.

ובהא דהרשב"א הצריך שהערב יתחייב בקנין, כתב הסמ"ע דאירי שלא בשעת מתן מעות, וכה"ג בעי קנו מידו, אך לעולם שלא בשעת מתן מעות ל"ב קנין, והוכיח לזה הסמ"ע מהא דהרשב"א לא הצריך מעכשיו, דע"כ דלית ביה משום אסמכתא, אלא הוי כדין ערב שלא בשעת מתן מעות דסגי בקנין.

והא דהביא הרשב"א ראייה מההיא דקידושין, פי' הסמ"ע, דמשם הביא הרשב"א ראייה דליכא דינא דכי ליכא לווה ליכא ערב, אלא רק היכא דחל על הלואה חיוב מתחילה, אך היכא דמתחילה לא חל חיוב על הלואה, שפיר מתחייב הערב בלחוד, עכ"ד, ובביאור הראייה מהגמ' בקי' עי' בסי' כ"ב.

ד. אמנם עי' בד' הרשב"א בח"ב סי' כ"ב, וז"ל שם 'ומפני זה אני חושש שמא הערב שחייב עצמו בקנין סודר, בלשון מעכשיו חייב עצמו, ואם כן עשה נראין הדברים שהוא חייב. ואעפ"י שאמר השואל בלשון אסמכתא וזה אמר ואני ערב, מ"מ הערב הזה חייב עצמו בלא אסמכתא. אעפ"י שאמר בלשון ערבות, מה בכך, הרי חייב עצמו בקנין ומעכשיו, שאם לא יחזיר לו השואל את החפץ או הדמים הקצובים לזמן פלוני, שיחזיר לו הוא או החפץ או אותן דמים'.

ומבוי' להדיא שהצריך גם קנין וגם מעכשיו, ולהדיא בדבריו שם דהא דלית ביה בערב משום אסמכתא הוא משום שחייב את עצמו באופנים שאין בהם

השואל חייב. וכאותה שאמרו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב'.

וכ"ה בדבריו בח"ב, וז"ל 'ואל תשיבני דמאחר דקי"ל המלוה את חברו ע"י ערב לא יתבע את הערב תחילה, דאלמא אין חיוב הערב חל לעולם תחילה, וכיון שאין הלואה חייב היאך יתחייב הערב, דהרי זה כתובע הערב תחילה' וכו'.

משום אסמכתא. והוא כד' הב"ח - דהסמ"ע בתשובתו כ' להדיא דלא בעי מעכשיו - ומ"מ בהמשך דבריו שם דן הרשב"א מצד דינא דכי ליכא לווה ליכא ערב, והובאו דבריו בהערה 2, והוא תמוה כנ"ל, דכיון דנשתעבד בקנין, מה אכפת לי בדינא דכי ליכא לווה ליכא ערב.

ה. והנה הב"ח בתשובתו סי' קל"ו תמה על הסמ"ע, דלדבריו דחיוב הערב נולד מכך שידע מתחילה שהלואה לא נתחייב אלא המפקיד יחזר אחריו בתחילה, 'א"כ לא הו"ל שום עסק בתחילה כי אם עם ערב, וכו', ומעתה נעקר ממנו שם ערב וחל עליו שם מתחייב, וקשה למה מתחייב כל עיקר בלא קנין, כיון שהוא אסמכתא. ומה שכתב כבוד תורתו דבערבות לא נפקא לן מידי באסמכתא, זה אינו, שהרי אנו תופסין עכשיו שאינו ערב'.

וביאור כוונתו, דס"ל דכל הא ד'ההיא הנאה' מועילה לסלק חסרון אסמכתא, התחדש בחלות 'ערבות', ואי"ז דין בעלמא, ובזה ס"ל לב"ח דהיכא דליכא מתחייב, א"כ אין על הערב שם 'ערב' אלא שם 'מתחייב', דלא שייך ערבות אלא על חוב חברו³.

אכן דעת הסמ"ע מבוארת בתשובתו, דאף בכה"ג דליכא 'מתחייב' אנו תופסין שהוא 'ערב', וליכא ביה משום אסמכתא⁴.

³ ועיי' בד' הב"ח שמבוי' שפירש כן בביאור דינא דבכורות מ"ח א' דכי ליכא לווה ליכא ערב.

⁴ ולכא' הדבר תלוי בביאור הא דליכא בערב משום אסמכתא כ"כ, דכחז"י דמשתעבד לאחר מתן מעות בקנין בלחוד, ולא הוי כשאר אסמכתא דבעי מעכשיו ובי"ד חשוב - וכפי שנתבאר בזה בסימן י"א, דלד' הרמב"ן בב"ב קס"ח א', דהיינו משום שהערב סומך בדעתו שהלואה יפרע את חובו, ואל"כ הוא יכולנו לפרוע את החוב - לכא' בנד"ד לא שייך כן, ושוב איכא ביה משום אסמכתא. אך למשי"נ שם בדעת הרמב"ם, דהא דליכא בערב משום אסמכתא כ"כ, הוא משום דהמלוה נחסר על סמך הערב - לפ"ז אין חילוק בין אם איכא חיוב על הלואה או לא.

ואמנם יתכן עוד בדעת הסמ"ע, דכל דאיכא לההיא הנאה ליכא חסרון אסמכתא כלל, וכל ד' הרמב"ן והרמב"ם הם רק באופן דליכא לההיא הנאה. אכן בפשוטו זה אינו, וראייה לזה מדי

ו. וכמדומה דיסוד פלוגתת הסמ"ע והב"ח הוא, דדעת הב"ח דיסוד חיוב ערב הוא לשלם את חוב הלוח, ואין עליו חוב עצמי, ולכן מעיקר חלות ערב, לא שייך חלות ערבות בלי לוח, ומשא"כ דעת הסמ"ע דיש חיוב בפני"ע על הערב, ואי"ז רק דין לפרוע את חוב הלוח, ולכן שייך שפיר חיוב ערבות בלא מתחייב.

אלא דאכתי יל"ע בדעת הסמ"ע, מה פשרו של חיוב ערבות זו, כשאין מתחייב, ויתבאר להלן בס"ד.

ז. והנה בד' הרשב"א הנ"ל שהובאו בסק"ד, היה מקום ללמוד דס"ל דלא שייך חלות 'ערבות' בלא שיש מתחייב, וכד' הב"ח, כי על כן הצריך ביה קנין ומעכשיו, ולא הוי דומיא דערבות, דסגי בההיא הנאה שהמלוה מוציא ממון על פיו לסלק חסרון אסמכתא.

אכן ע"י בתשובות הרשב"א מיוחסות רכ"ה הוצאת מכון י-ס, הובאו דבריו בשלטי הגיבורים שלהי ב"ב, שכתב וז"ל 'עוד כתבת בכלל דברך כי אין ללשון ערבות רגלים בפעל שאין בו לא שום לוח ולא שום משתעבד. גם בזו לא ירדתי לסוף דעתך... **ועוד דלשון ערבות נופל בכיצא מה שאמרת שאין שם מתחייב** ולא משתעבד אחר, **הרי מה שאמרו בפ"ק דקידושין** וכן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ושם אין שום אדם שמתחייב באותו מנה שתקרא היא ערב ותקנה עצמה בו⁵.

ח. וצ"ע היאך הדברים מתיישבים זע"ז, דמחד ס"ל דשייך חלות ערבות בלא מתחייב, ואף א"צ לזה קנין, כמב' ממה שהביא ראיה מהגמ' בקידושין - והוא כד' הסמ"ע, ומאידך בערב על שואל הצריך קנין ומעכשיו - והוא כד' הב"ח.

הרמב"ן בקידושין ח' ב' שכתב דבאומר לחברו הנח בסלע ואתחייב לך, פטור הערב אפי' כשארע אח"כ אונס, ומשום 'דלא מחייב איניש באחריות שאלה וכו' עד דאתיא לרשותיה וקני לה', עכ"ד (ונתבאר דבריו בס"י כ"ה), ומב' דלא שייך להתחייב אלא מצד חלות ערבות, דאל"כ נימא דיתחייב בההיא הנאה מדין קנין כסף שאם יארע אונס ישלם.

⁵ ועיי"ש שדן לדחות את הראיה מהגמ' בקידושין, וחזר וקיים את דבריו, והדברים סתומים, וע"י מה שנתבאר בזה בס"ד בסו"ס כ"א.

ואף דהא דהצריך קנין הוא מצד אסמכתא, ובההיא דקי' לא שייך אסמכתא, מ"מ הא בגמ' בב"ב מב' דבערב ליכא משום אסמכתא.

ומד' הרשב"א נראה, דשאני בד' הגמ' בב"ב, שנעשה ערב על חיוב שאינו אסמכתא, ומשא"כ הכא שנעשה ערב על חיוב שנאמר בל' אסמכתא, היה בדין לומר שכשם שהלוה לא נתחייב משום דהוי בל' אסמכתא, ה"נ אין הערב מתחייב, וע"ז כתב דשאני הערב שחייב עצמו בקנין מעכשיו ובב"ד חשוב, וכן מב' בד' הנתה"מ סי' קכ"ט סק"ח, וז"ב.

ט. עוד יל"ע, דכיון דבההיא דערב על השואל שנתחייב באסמכתא, הצריך הרשב"א שיעשה קנין מעכשיו ובב"ד חשוב, א"כ מהו שדן מצד דינא דכי ליכא לוה ליכא ערב, הא שפיר י"ל דהכא אינו מתחייב מצד דין ערב אלא מצד שנתחייב בקנין.

וכמדו' דצ"ל, דכיון דהתחייב בל' ערבות, היה מקום לדון דגרע, דלא שייך ערב בלא לוה, וע"ז כתב הרשב"א להוכיח דשפיר שייך חלות ערבות אף באופן דליכא לוה, וא"כ ל' ערבות הוי שפיר ל' מועיל להתחייבות, וחייל עליו חלות ערבות.

ושו"ר בד' הנתה"מ שם שכתב עד"ז, דס"ד דכיון שקיבל ערבות על חוב הלוה, וחוב הלוה הוי אסמכתא, ה"נ הערב פטור, וע"ז קמ"ל הרשב"א דשייך ל' ערבות באופן דליכא לוה.

י. ומ"מ מתבאר מד' הרשב"א, דשייך חלות ערבות גם באופן דליכא חיוב לוה, ודינא דליכא לוח ליכא ערב אינו דין בעיקר חלות ערב, אלא רק מכא אומדנא - דהיכא דהיה מתחילה לוה וערב, אמדי' שלא נתכוין זה להעשות ערב אלא באופן דאיכא לוח, אך היכא דמתחילה לא היה כי אם ערב, שפיר יכול להשתעבד בחיוב ערבות אף דליכא לוח, וכ"כ להדיא במל"מ פרק כ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ג⁶.

⁶ ולכא' כן מוכח מד' הרמב"ן והריטב"א בקי' ח' ב' שכתבו דהאומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך מתחייב מדין ערב, והרי דשייך ערב בדליכא לוה. ואין לומר דהתם אינו מדין ערב סתם אלא מדין ערב קבלן או ערב שלוף דוך, דעיי"ש בריטב"א

והביאור הוא, דגדר ערבות הוא חלות חיוב בפני"ע -
דהערב מקבל על עצמו אחריות על קבלת המקבל,
ואי"ז רק חיוב לפרוע את חוב הלווה.

יא. ואמנם ע"י באב"מ סי' כ"ט סק"י שנקט דהרא"ש
בק"י ח' ב' פליג בזה על הרשב"א, ואולי הרא"ש
והרשב"א לשיטתייהו שם.

דשם אמרו 'התקדשי לי במנה, והניח לה משכון
עליה, אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן',
וכתב הרא"ש שם סי' י' בטעם הדין, דא"א לשעבד
את הנכסים אלא על דבר שנתחייב בו הגברא, אבל
בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד על נכסיו, ופי'
האב"מ, דהיינו מדינא דליכא ליה ליכא ערב. אכן
הרמב"ן והרשב"א שם פירשו, דהיינו משום דליכא
ביה נתינת ממון בעין לקידושין, דהממון אגיד גביה
וחשיב כמקדש במלוה.

וכתב האב"מ, דהרא"ש ס"ל דדינא דכי ליכא ליה
ליכא ערב הוא דין בעיקר חלות חיוב ערב, ולכן אף
שנתכוין להדיא לשעבד את נכסיו בלא שעבוד הגוף,
מ"מ לא מהני, אכן הרשב"א אזיל לשיטתו דס"ל
דדינא דכי ליכא ליה ליכא ערב הוא רק משום
דאמדי' שלא נתכוין זה להשתעבד אלא בדאיכא ליה,
ואי"ז בעיקר גדר ערבות, ולכן ס"ל דאפשר לשעבד
נכסים גם בדליכא שעבוד הגוף, עכ"ד, וכיסוד ד'
האב"מ מב' גם בבית מאיר אהע"ז סי' נ"א סעיף ו'.

יב. אמנם יש לעי' בזה טובא, דלכא' בגוונא שבא
להתחייב והניח משכון, יודה גם הרשב"א דלא שייך
ביה חלות ערבות, דעד כאן לא מצינו בדבריו דאיכא
חיוב על הערב אף שאין חיוב על הלווה, אלא בגוונא
שהלווה קיבל ממון מאת המלוה ואיכא 'לווה', אלא
שלא חל עליו חיוב ממון בפועל, ובזה התחדש
דשייכא ביה פרשת ערבות, וחל על הערב אחריות על
הממון, אך בגוונא שבא לשעבד נכסיו בדליכא עליה
שעבוד הגוף, לכא' לא שייכא כלל פרשת ערבות, דעל
מה בא זה להעשות ערב, הרי ליכא הלוואה כלל.

שדימה לדין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, ובדבריו שם דף ז' א'
מב' להדיא דדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך הוא מדין
ערב סתם.

ושמא דעת הקצוה"ח והבית מאיר, דה"נ חשבי' ליה
לבעליהם כ'לווה', שהרי חייב את עצמו ממון, אלא
שלא היה ע"ז מעשה קנין ולא חל חיובו, ודי בהא כדי
שיהא במשכון פרשת ערבות - ואיכא במשכון דין
ערבות ואחריות שבעליהם ישלם ממון, וכיון שהקנה
את המשכון, שפיר חל עליו חיוב ערבות כה"ג, וצ"ת⁷.

ובמה שנקטו בדעת הרמב"ן והרשב"א, דהגברא
מקנה שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, ע"י בקונטרס
השעבוד להגרש"ש סי' ב' שנקט דכוונת הראשונים
דמקנה לו שעבוד הגוף ע"י משיכת המשכון, והוכיח
כן מלשונם. ואכתי צריך תלמוד טובא בכל ענין זה.

[ב]

הערות בכמה דוכתי בגדר חיוב ערב

משמעות ד' הסמ"ע דערב אינו פורע את חוב הלווה אלא את חוב עצמו

יג. נתבאר לעיל ס"ק ו' בדעת הסמ"ע, דס"ל דמוטל
על הערב חוב בפני"ע, יש להוסיף עוד, דלכא' הסמ"ע
אזיל לשיטתו בסי' ק"ל ס"ק ט"ו, דעיי"ש שכתב
לחלק בין בע"ח שגבה מלוקח שלא באחריות - שאין
הלוקח יכול לתבוע מהבע"ח לתת לו את השט"ח ע"מ
שיחזור ויגבה מהמוכר, ובין ערב שפרע בסתם - דאף
לאחר שפרע, יכול לחזור ולתבוע מהבע"ח לתת לו את
השט"ח ע"מ שיחזור ויגבה מהמוכר.

וז"ל הסמ"ע שם 'ועוד אני אומר, דדוקא בלוקח
ומוכר שייך לומר שנמחל שעבודו, דשם נכתב השט"ח
על הלוה ונכסיו, ומיד כשגובה מנכסי הלוה הללו
שביד לוקח, נמחל שעבודו, משא"כ בנדון זה,
דהשט"ח נכתב על הלוה ונכסיו, וכשהמלוה גובה
מהערב עדיין השט"ח בתקפו על הלוה ונכסיו לחזור

⁷ שהרי בד' הריטב"א בקידושין ח' ב' מב' דלא שייך דין ערבות
אלא בשהוציא הלה ממון על פיו, ומשמע דאף דאיכא התם
הנאה הראויה לשעבד מדין כסף, מ"מ איכא חסרון בעיקר חלות
'ערבות', ומשום דלא שייך חלות ערב באופן שלא יצא ממון
מרשות המלוה, וכמו שכי' האב"מ סי' ל' ס"ק י"ב, וה"נ כאן
היאך ישעבד את נכסיו בחיוב ערבות - כשאין להם על מה להיות
ערבים.

הערב ולגבות בו ממנו, עכ"ד, ומבו' דבר חידוש בסמ"ע, דאף לאחר שפרע הערב, מ"מ לא נסתלק חובו של הלווה, אלא השעבוד קיים לענין שיכול הערב לחזור ולגבות ממנו.

ומוכח מדבריו שיש על הערב חיוב בפני"ע, דאי דיינין דחיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, א"כ בשעה שפרע הערב את החוב, נפקע גם חובו של הלווה, שהרי זה כל עיקר חיובו של הערב⁸.

ד' הר"ן בדין הגביה מהערב בשמת הלווה

יד. ולכא' יש עוד ראייה גדולה לדרך זו - דיש על הערב חיוב בפני"ע, והוא מד' הר"ן בפי' הכותב שהק' היאך בשמת הלווה גובים מנכסיו, הא נכסי דבר איניש ערבין ביה, וכי ליכא ליה ליכא ערב, ותיירץ דע"ז גופא נעשו ערבין, דלכשימות הלווה ויפקע החוב, יגבו מהם⁹.

ולכא' יש ללמוד מזה, דדינא דכי ליכא ליה ליכא ערב אינו דין בעיקר חלות ערב, אלא הוא מכח שכן הוא דעת הערב, להתחייב רק עד כמה שהלווה חייב, ובזה כתב הר"ן דהיכא שמת הלווה, ע"ז גופא נעשה לערב, דיהיה אפשר לגבות ממנו, וכן הוא בשעבוד נכסים.

ומבו' דבעצם שייך שעבוד על הערב גם בדליכא שעבוד על הלווה.

אך שו"ר באב"מ סי' צ"ו סק"ד, שנקט דאף אי נקטינן דדינא דליכא ליה ליכא ערב הוא דין בעצם - דלא שייך ערבות באופן שאין חיוב על הלווה - מ"מ שפיר יש לקיים את ד' הר"ן, דשאני התם שהערב

⁸ וגם לצד זה דאיכא על הערב חיוב בפני"ע, מ"מ הוא חידוש רבתי, דבפשוטו אף אם יש עליו חיוב בפני"ע, מ"מ אין חיובו אלא אחריות על חוב הלווה, וכשפורע מסתלק בזה חובו של הלווה, וכ"כ בפשוטו מד' כמה ראשונים שכתבו דחיוב הלווה לשלם לערב מה שפרע הוא מדין פורע חובו, וכמו שנת' בסי' י"ח.

⁹ והרשב"א בב"ב קמ"ז א' הסתפק דשמא אף בשמת הלווה לא פקע החוב, אלא הוי כהלך הלווה למדה"י, ועי"ש שהוצרך לזה מטעם אחר, אך אי"ז דעת הר"ן הנ"ל.

נשתעבד בשעה שהלווה היה בעולם, ומשא"כ היכא בזמן חלות הערבות לא היה חיוב על הלווה כלל. כן יש ללמוד מהשוואת דבריו שם עם דבריו בסימן כ"ט סק"י.

ד' האב"מ בדין נתיאש מחוב הלווה - אם מצי לגבות מהערב

טו. האב"מ סי' ל' סוף ס"ק י"ב, נקט בפשיטות, דאף אם נתיאש המלוה מן החוב, ופקע חוב הלווה, מ"מ לא נפטר הערב בכך, עכ"ד, ומבואר בדבריו, דאף שפקע חוב הלווה ע"י היאוש, מ"מ חייב הערב בתשלומין, ולכא' היינו משום שיש על הערב חוב בפני"ע.

אמנם העירוני, דאף אי נימא דחיובו של הערב הוא לפרוע את חוב הלווה, מ"מ אין מקום לדון שאם נתיאש המלוה מהחוב לא יוכל לגבות מהערב, דלא מצינו כן מעולם, דודאי מצוי שהמלוה מתיאש מהחוב משום דהלווה הוא גברא אלמא או שהלך למדה"י, ולא שמענו שאינו יכול לגבות מהערב.

והביאור הוא, דאדרבה אי נימא דחיובו של הערב הוא לפרוע את חוב הלווה, מסתברא מילתא דאף אם נתיאש המלוה מלגבות את חובו מהלווה, מ"מ לא נתיאש מלגבותו מהערב, ולא חשיב כלל שנתיאש מהחוב, שהרי בידו לגבותו מהערב.

וכל מה שכתב האב"מ דהוי זה יאוש מהחוב, הוא רק לטעמיה דס"ל דאיכא על הלווה והערב ב' חובות נפרדים, ושייך שפיר לדון שהמלוה נתיאש מהחוב של הלווה, ופקע חובו, ולא מהחוב של הערב.

ונפק"מ, דלמש"נ יוכל המלוה לחזור ולגבות אף מהלווה, ולדרך האב"מ לא יוכל המלוה לגבות מהלווה, דכבר נתיאש מחובו.

ד' הרשב"א בב"מ בדין ב' ערבים

טז. הרשב"א בב"מ ל"ד ב' כתב לחלק בין ב' לווים, שכל א' נעשה ליה בחצי, ובין ב' ערבים, שכל א' נעשה ערב בכל.

גם כשפרע הערב מ"מ לא נסתלק שעבוד המלוה מעל הלווה, וכפי שהובא לעיל סק"י¹⁰.

יח. ובעיקר ד' הקה"י יש לדון, דהנה בסימן י"ח יתבאר בס"ד, שמצינו כמה טעמים לחיוב הלווה לשלם לערב את מה שפרע: א) משום דחשבי שפרע בשליחות הלווה, ב) מדין נהנה - דכיון דאיכא עליה שעבוד לא חשבי ליה מבריה ארי, ג) דהלווה התחייב לערב לשלם מה שיפסיד בעבורו, ד) דבמה שהערב פורע את החוב, זוכה בחוב.

והנה לטעם הא', דפרע מצד שליחותיה, שפיר י"ל דאפי' אם יש עליו חיוב בפני"ע, מ"מ כיון שכל סיבת חיובו הוא מחמת הלווה, חשבי שהלווה שלחו לקבל על עצמו ערבות ולפרוע בעבורו.

והרי מצינו בד' הסמ"ע סי' ק"ל סק"ב גווי שהלווה פרע כבר, ואח"כ הערב חזר ופרע, ופסק הסמ"ע שהלווה חייב לשלם לערב, ואף דהתם לא היה בפרעון תורת 'פורע חוב חברו' כלל¹¹.

ולטעם הב', דחיובו לשלם הוא מדין נהנה, לכא' באמת מוכח דאין על הערב חיוב עצמי, דאם יש עליו חיוב בפני"ע, א"כ פרע חוב ידידה ולא חוב חברו¹².

ובביאור חילוקו ע"י להלן סי' כ"ה שנתבאר דבסתמא אין כל טעם וסיבה לחלוק את החוב בין ב' אינשי, שהרי לא קבעו כן ביניהם, אלא דבהלואה דהמחייב הוא ה'ממוני גבד', הרי דא"א שמהלואה מנה יוצר חיוב של ב' מנים, ובהכרח עלינו לחלוק את החיוב בין בין הלווין ולדון שכל א' נעשה לוה בחצי, ומשא"כ בערבות, יסוד המחייב הוא התחייבות הערבים לבטחון ההלואה, ושוב אין מקום לחלוק את החיוב ביניהם, אלא כל א' נעשה ערב בכל, דלכל א' יש סיבת חיוב על כל המנה.

וני' שאין מזה סתירה לדרך שנת' שיש עליו חיוב בפני"ע, דמ"מ חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, והוא קבלת אחריות על הלווה, והמחייב אינו ה'ממוני גבד', ולכן שייך לדון שפיר שבב' ערבים כל א' נעשה ערב בכל.

בטעם חיוב הלווה לפרוע לערב מה ששילם

יז. בגמ' ב"ב קע"ד ב', מבוי דערב שפרע את חוב הלווה, נתחייב הלווה לשלם לו את מה שפרע, ובקה"י קידושין סי' י"ב הוכיח מזה דחיוב הערב הוא לשלם את חוב הלווה, דמה"ט חייב הלווה לשלם לו, כיון דפרע את חובו, אך אילו איכא עליה חיוב נפרד, א"כ חשבי ליה כפורע חוב עצמו ולא כפורע חוב חברו.

והנה אין מזה סתירה למה שנתבאר בדעת הסמ"ע דחלות ערבות הוא חיוב בפני"ע, דשפיר י"ל דהגם שחלות ערבות ביסודו הוא קבלת התחייבות נפרדת, ולא רק אחריות על חוב הלווה, מ"מ הדבר תלוי במה שהערב קיבל על עצמו, והיכא דאיכא לוה דיינין שקיבל על עצמו אחריות על חוב הלווה, והיכא דליכא לוה דיינין שקיבל על עצמו חיוב בפני"ע.

אמנם באמת בד' הסמ"ע גופיה סי' ק"ל ס"ק ט"ו, משמע דס"ל דחיוב הערב הוי חיוב בפני"ע ממש, ולכן

¹⁰ ועוד נת' ראה לזה, מהא דבשמת הלווה גובין מהערב, ואף שלכא' נסתלק חיובו של הלווה, וכפי שמבוי' כן בר"ן. אמנם מזה אין ראייה, ד"ל דנהי דאין צריך שיהא על הלווה חוב בפועל, מ"מ חיוב הערב הוא אחריות על חוב הלווה, וחלק מתנאי האחריות הם דאף כשיסתלק החוב מגוף הלווה מ"מ יתחייב הערב לפרעו.

¹¹ וכסברא זו מצינו גם בד' הר"ן ב"מ ע"א ב', שבמקום מלוה נכרי ולוה ישראל, שרי לישראל להיעשות ערב קבלן, דהרבית מתרבה על הקבלן, ומ"מ אם הקבלן פרע את הרבית לנכרי, יכול לחזור ולגבות מהלווה, והרי דאף שהחוב נתרבה עליו מ"מ חשיב שפורע בשליחות הלווה, וכן מבוי' גם בד' המאירי שם לגבי ערב לנכרי, ויתכן שבאמת טעם חיובו הוא, משום שהלוה נתחייב לשלם לערב את ההפסדים, ואכ"מ.

¹² אמנם יל"ע ע"ז ממה שמצינו בשו"ת הרא"ש כלל ע"ג סי' ט' - הובאו דבריו ונתבארו בש"ך סי' ע"ז סק"ה - שבב' לווים שלדעתו אפשר לגבות מכל אחד את הכל, אם פרע א' את הכל,

ולטעם ג' דהחיוב משום שהלווה נתחייב לערב, א"כ אין כל הוכחה לומר שאין על הערב חיוב בפני"ע.

ולטעם ד' דהחיוב הוא משום שהערב זכה בחוב, לכא' מוכח שהערב חייב את חוב הלווה, דבזה שפרע את חוב הלווה, בזה גופא נעשה לבעלים על החוב. ובזה עוד צ"ע.

בד' הגמ' כתובות ק"ב ב' - בחילוק בין חייב אני לך מנה ובין חיוב ערב

יט. בגמ' כתובות ק"ב ב' מבוי, דר"ל סובר דא"א ללמוד מהא דערב לאחר מתן מעות משתעבד בשטר דאדם יכול להתחייב בשטר שכתוב בו חייב אני לך מנה, דשאני ערב דשייך לה בשעבודא דאוי, ומשא"כ חייב אני לך מנה דלא שייך שעבודא דאוי. ובביאור הדברים נראה ברש"י שם ע"א ד"ה אליבא, דשאני ערב דאיכא ביה שעבודא דאוי דכתיב אנכי אערבנו, ומשא"כ סתם התחייבות.

ומבוי לפ"ז, דיסוד חיוב ערב בשעת מתן מעות ולאחר מתן מעות שווה, שהרי דחינן דשאני ערב דשעבודא דאוי, והא לא נתפרש בתורה דאיכא שעבודא אלא בשעת מתן מעות, וע"כ דגדר ערב לאחר מתן מעות הוא אותו גדר של ערב בשעת מתן מעות.

וביאר הדברים נראה, דגדר שעבוד ערב שונה מגדר התחייבות, דערב משתעבד לפרוע את חוב חברו, ומשא"כ בהתחייבות, הגברא מתחייב לפרוע חוב עצמו.

כ. ויש לתמוה, דא"א מתיישב עם דעת התוס' בב"מ נ"ז א' וע"א ב', דס"ל דיסוד חיוב ערב בשעת מתן מעות הוא משום דחשיב כאילו קיבל את המנה לידו, ועד"ז מבוי ברשב"ם ב"ב קע"ג ב' דגדר ערב הוא

דשליחותיה דערב קעביד מלוה, וגדר זה לא שייך לאחר מתן מעות, וא"כ איך יתפרשו ד' הגמ'¹³.

כא. ונראה, דהנך ראשונים יפרשו כד' המאירי, שכתב בביאור דחיית הגמ' וז"ל 'דשייך בשעבודא דאורייתא, כלומר שכבר נכנס הבע"ח בשיעבוד מן התורה מדין ההלואה, והערב עירב אותו השיעבוד שכבר בא מן הדין, אבל זה שאין כאן שום חיוב, היאך הוא נכנס לשיעבוד בלא שום סרך של חוב', וכ"ה מתפרש לגרסת השאלות שאילתא ל"א, שגרס בגמ' 'כיון דשייך נפשיה בשעבודא קמא משתעבד כי קמא', ועיי"ש עוד בהעמק שאלה.

והיינו דלדרך רש"י, מה שאמרו 'דשייך בשעבודא דאורייתא' אזיל על הערב, ולשיטת השאלות והמאירי הרי"ז אזיל על הלווה.

ולפ"ז נראה, דהוא סברא מסוימת בדין ערב לאחר מתן מעות דמשתעבד בקנין - שאין עליו חיוב בפני"ע, אלא כל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ולהכי קיל טפי לשעבדו מאשר לשעבד מי שחייב את עצמו בחיוב חדש. ואין כוונת הגמ' כלל לדמות בין ערב בשעת מתן מעות לערב לאחר מתן מעות¹⁴.

כב. ובדעת רש"י לכא' מוכרח דערב בשעת מתן מעות משתעבד בהנאה או בדברים לפרוע את חובו של הלווה, ואין הגדר דחשיב כאילו קיבל את המעות או

¹³ אמנם למה שנתבאר בסוף סי' כ"ג, דאף הנך ראשונים מודים דאין על הערב חיוב עצמי אלא רק אחריות על חוב הלווה, לפ"ז יש ליישב דאף דמצד מעשה הקנין על החיוב, חלוק ערב בשעת מתן מעות מערב שלא בשעת מתן מעות, מ"מ מצד חלות החיוב שווים המה, דבתרומיהו איכא על הערב חיוב לפרוע את חוב הלווה, ואין עליו חיוב נפרד.

¹⁴ וקצת יש להוכיח כן, דאל"כ היאך יליף רבא בקי' ז' א' דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, נימא דעד כאן לא מצינו אלא בערב דשייך לה בשעבודא דאוי, ומשא"כ בקידושין. ולא מסתבר לומר דדינא דרבא תלוי בפלוגתא דר"ל ור"י בכתובות שם. ולמש"נ א"ש, דבשעת מתן מעות לא שייכא הך סברא, אלא רק לאחר מתן מעות. ועי' עוד סי' כ"א ס"ק י"ג במה שהובא שם מדי הרשב"א.

חייב חברו לשלם מדין נהנה. אכן בדקדוק ל' הרא"ש משמע דבאמת כל א' נעשה לוה בחצי, והא דגובין ממנו את הכל הוא משום דהוי ערב קבלן בחצי השני, וכן מבוי בכמה פוסקים, ונתבאר בסי' כ"ו, ולפ"ז א"ש.

שהמלווה הלווה בשליחותו, כי על כן מדמה הגמ' בין ערב בשעת מתן מעות לערב לאחר מתן מעות.

אך שוב התבוננתי, שלדעת רש"י שם דהסוגיא איירי בדין הודאה בשטר, א"כ שפיר י"ל דההודאה היא שהערב נעשה ערב בשעת מתן מעות, ולפ"ז יתפרשו ד' הגמ' שם בפשיטות, דהא דההודאה מהניא הוא משום דשעבוד ערב מפורש בתורה, ואין כל מקור לחידושו של המאירי שחיובו של ערב הוא לפרוע את חוב הלווה.

אם עבדי' לערב טענין או לא

כג. בנדון זה אי איכא על הערב חיוב בפנ"ע, או שחיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ע"י בסימן י'

סק"ח שנת' מדי' הגר"א זורייבין זצ"ל לתלות בזה מחלוקת הפוסקים בהא דטענין לערב שפרע הלווה, אם טענין לערב עצמו, או דטענין ללווה וממילא נפטר הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב, דהדעה דס"ל דלא טענין לערב, ס"ל דאיכא על הערב חיוב בפנ"ע, והוי כבע"ד, ולבע"ד גופו לא טענין בשעומד לפנינו אפי' בלא הו"ל למידע. ומשא"כ הדעה הסוברת דטענין ליה, לדידה אין על הערב חיוב בפנ"ע, אלא חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ולכן טענין ליה גופיה.

סימן ט'

אסמכתא בערב - מחלוקות הרמב"ם והראב"ד

כמה ענינים חלוקים. ואם הראב"ד פליג גם בדין הב', או לא.

דרך המ"מ בדעת הרמב"ם

ב. הנה בביאור הל' ז', מצינו כמה דרכים. דהנה המ"מ שם כתב וז"ל 'אבל הנראה בדעת רבינו ורבותיו ז"ל הוא, שערבות בזה אינו כשאר ערבות שהוא על דעת שהמעות יגבו ויגבם המלוה או מן הלוה או מן הערב, אבל ערבות דמכר כשנותנין המעות על דעת להשתקע נותנין, ואין האחריות על הדמים אלא על הקרקע אם יטרפוה ממנו, וכו', ולפיכך אין כאן ערבות על המעות אלא על הקרקע, והוא על תנאי אם יוציאוה מידו, ואינו כערב דהלואה שהמלוה מוציא המעות מתחת ידו, וכאן הלוקח מחזיק בקרקע, ואין לומר כאן על אמונתו הלוה, ויש בערבות משום אסמכתא'. וכוונתו צ"ב.

ובכתבי א"י הגר"ח פישמן זצ"ל בעל 'שמחת החג' הנמצאים תח"י, ביאר בכוונתו, דבהלואה הוי ערב בשעת מתן מעות, אבל בלוקח, אף שהערב מקבל את ערבותו בשעת מתן המעות, מ"מ לא נקרא ערב בשעת מתן מעות, כיון שהערבות אינה בעד הכסף שמוציא, אלא בעד הקרקע - אם יטרפנה בע"ח אח"כ, וכיון שעכשיו הקרקע עדיין ביד הלוקח ואין על מה להתחייב, לא הוי ערב בשעת מתן מעות, עכ"ד¹.

והנה לפ"ז לכא' אין כל שייכות בין הל' ז' להל' ח' וי"ד, דהתם אין הערבות על הקרקע אלא על הדמים, וודאי הוי ערב בשעת מתן מעות.

¹ והעירוני להקשות, דא"כ אמאי נקיט הרמב"ם לטעמא דאסמכתא, ולא נקיט לטעמא דהוי ערב שלא בשעת מתן מעות, דליכא ביה סיבת שעבוד. אך י"ל דהרמב"ם לטעמיה בפ"א מהל' מכירה דמדון ערב למדנו שאדם יכול להתחייב בדברים, וביאר המחנ"א דיני ערב סי' א', דכל הא דהוצרכו להנאה בשעת מתן מעות הוא רק משום דהוי אסמכתא.

דברי הרמב"ם והשגות הראב"ד

א. כתב הרמב"ם בפרק כ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ז, וז"ל 'ראובן שמכר לשמעון שדה, ובא לוי וקיבל אחריות עליו, לא נשתעבד לוי, שזו אסמכתא היא'. ובהשגת הראב"ד 'א"א שבוש הוא זה שאם אמר בשעת מתן מעות משתעבד, ואין בערבות משום אסמכתא'.

ובהל' ח' 'וכן הערב או הקבלן שחייבו עצמן על תנאי, אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד, מפני שהוא אסמכתא, כיצד כגון שאמר לו תן לו ואני אתן לך אם יהיה כך וכך או אם לא יהיה, שכל התולה שיעבוד שאינו חייב בו באם יהיה ואם לא יהיה, לא גמר והקנה קנין שלם, ולפיכך לא נשתעבד'.

ובהל' י"ד 'מי שאמר לחבירו הלוהו ואני ערב לגופו של לוח זה, לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתצא אביאנו לך, וכו', ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד, ולזה דעתי נוטה'. ובהשגת הראב"ד 'א"א דל אסמכתא מהכא שהרי סלקו אותה בגמרא אלא אם אמר בשעת מתן מעות הלוהו ואני ערב לך להביא בידך את גופו ואם לא אוכל להשיבו אשלם לית דין ולית דין שהוא חייב לשלם'.

ובד' הרמב"ם נתבארו ג' אופנים, הא' הוא דין מי שקיבל אחריות על חברו, הב' הוא דין מי שנעשה ערב על תנאי, והג' הוא דין מי שנעשה ערב להביא את הלוה לפנינו ואם לאו לשלם ממון, שבכל הנך ג' אנפי דעת הרמב"ם דהוי אסמכתא, והראב"ד השיג בא' וג' וכתב דלא הוי אסמכתא, ולא השיג על ב'.

ויל"ע בזה מכמה אנפי. ולפנינו יתבאר שנחלקו הפוסקים אם כל ג' הדינים הם משורש א', או שהם

וקשיא מדי המ"מ שכי' בהלי' חי' וז"ל יוכן הערב או הקבלן. כבר נתבאר זה. ולא נתפרש בדבריו היכן נתבאר. וכתב הדרישה סי' קל"א סק"י דסבר המ"מ דהראב"ד דפליג ברישא פליג נמי בסיפא. וני' מדבריו דד' הרמב"ם שבהלי' ז' שייכים להלי' חי', ולכן הראב"ד דפליג בהלי' ז', פליג נמי בהלי' חי', ולדי' אא"ז אין לזה הבנה.

ג. וני' דהדרישה פ"י בכוונת המ"מ באופ"א. והוא, דהנה הגר"א כי בביאור ד' הרמב"ם בהלי' ז', בדין מי שקיבל על עצמו אחריות על שדה, דהוי אסמכתא, וז"ל 'כמ"ש בב"ב שם דערב הוא אסמכתא אלא בההוא הנאה כו', אבל אם בערבות עצמו הוא אסמכתא, לא משתעבד, וכאן לא נשתעבד על מעותיו אלא שאם יטרפוהו, ולכתחלה לא לקח ע"מ שיטרפוהו, אע"ג דגם בהלואה דוקא שאם לא יפרע, שם נתחייב הלוח תיכף ובההוא הנאה כו', אבל כאן אין לו שום חיוב תיכף. ומבוי' בד' הגר"א, דכל הא דבסתם ערב ליכא אסמכתא, הוא משום דהערבות עצמה היא על כל אופן, אך אם הערבות עצמה היא אסמכתא, לא משתעבד. וצ"ב כוונתו, דלכא' בכל ערב הערבות עצמה הוי אסמכתא, שהרי לא שיעבד את עצמו אלא על אופן שהלוח לא ישלם.

ד. ואמנם כיסוד ד' הגר"א נ' בד' הראשונים והאחרונים בכמה דוכתי. דהנה בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות ז' כתב בביאור ג' ההלכות שבד' הרמב"ם, וז"ל 'והיינו טעמא דערב מיחייב אף על גב דאיתיה אסמכתא, וכו', והכא אמרינן דערב על תנאי כיון דהוי אסמכתא לא משתעבד. הא לא קשיא, דלעיקר חיוב ממונא, כיון דהוי מילתא פסיקא, בההיא הנאה דקא מהמני ליה גמר ומשעבד נפשיה, אבל הכא כיון שתולה ענינו בתנאי, לא גמר ומשעבד נפשיה בלב שלם, שלא סמכה דעתו שיתקיים התנאי'. וכמדומה דהוא כיסוד ד' הגר"א, דהיכא שנעשה ערב על עצם החוב ממון, חיוב הערבות הוי מילתא דפסיקא, ומשא"כ במי שנעשה ערב בתנאי, כל חלות הערבות היא רק בתנאי, ולא סמכה דעתו.

ועד"ז כי הטור סי' קל"א סעיף י"ג בביאור הלי' חי' שברמב"ם - לגבי מי שנעשה ערב בתנאי - וז"ל 'אע"ג

דכל ערב הוי אסמכתא, וכו', שאני כל ערב שלא תלה שיעבודו בדבר אחר, ובההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומקנה, אבל הכא כיון שתלה שיעבודו בתנאי לא גמר ומקנה, דסמכין שלא יתקיים התנאי ולא ישתעבד, וחילוקו הוא כחילוק בעה"ת, דכל ערב לא תלה ענינו בדבר חיצוני להלואה, ומשא"כ ערב שתלה את שיעבודו בתנאי, לא גמר ומקנה. וכוונתו נראית כד' הגר"א, דכל ערב מקבל ערבות על ההלואה עצמה, וערבותו היא בלא תנאי, ומשא"כ ערב שקיבל את ערבותו רק בתנאי. וכ"ה גם בב"ח.

וביאור הדברים נראה, דיסוד חיוב ערבות היא קבלת אחריות על ההלואה, דהערב מקבל על עצמו אחריות שההלואה תשתלם למלוה, ואחריות זו היא על כל אופן, אלא שאם הלוח שילם, לא יצא חיוב הערב מהכח אל הפועל, ואם הלוח לא שילם, יוצא חיוב הערבות מהכח אל הפועל, ומתחייב בתשלומי ההלואה. ולהכי לית ביה כ"כ משום אסמכתא, דאף דחיובו בפועל תלוי ב'דאי', מ"מ יסוד חיובו הוא על כל אופן.²

² ויש להוסיף עוד מקורות לזה. חדא, ע"י בנודע ביהודה קמא ח"מ סי' ל' אות ז' שכתב בתו"ד וז"ל 'הן אמת דבדבר שהוא אסמכתא ממש וכו' אפי' קנין לא מהני, אבל כאן אין כאן אסמכתא, דאסמכתא הוא דבר שאינו מקנה או אינו מתחייב מעכשיו אלא תולה בדבר מה וכו', אבל נידו"ד מעכשיו חייב להשתדל וכן ערב מעכשיו נעשה ערב, אלא שכיון שממילא אם יפרע הלוח פטור לכך כתב הר"ן בר"פ הנושא דערב דומה לאסמכתא, והיינו שדומה לאסמכתא אבל אינו אסמכתא ממש', וכו'.

עוד מקור לגדר זה נ', בד' הש"ך סי' קכ"ט סק"ג, שכתב דערב שנתחייב, אית ביה דינא דסתם הלואה ל' יום, ודבריו צ"ע טובא, דלכא' הערב נתחייב למפרע, דהא גובין מנכסיו למפרע, ומינה הוא מוכרע, דאם כל חיובו הוא רק מכאן ולהבא, א"כ היאך נשתעבד כלל, הא כלתה קנינו. וע"י בתומים שם סק"ט שתמה טובא על ד' הש"ך מה"ת לומר כן, אך עיי"ש שנראה שהוקשה לו דחיוב הערב אינו חיוב חדש אלא דחיוב הלוח הוטל עליו, ולהכי לא שייך ביה דינא דסתם הלואה ל' יום.

וני' בכוונת הש"ך, דס"ל כנ"ל, דגדר חיוב ערב הוא, שחל עליו אחריות על ההלואה מתחילה, ובזמן שהלוח לא משלם יוצא שיעבודו מהכח אל הפועל, וחייל עליו דין ממון בפועל, ולהכי אית

ה. ובזה יתבארו ד' הגר"א הנ"ל בביאור דין מי שקיבל על עצמו אחריות, דאית ביה משום אסמכתא, דהיינו דבסתם הלואה הערבות עצמה אינה על תנאי אלא על כל אופן, וכנ"ל, ולהכי לית בה כ"כ משום אסמכתא, אך הכא כיון שכל עיקר הערבות הוי על תנאי שיטרפו את הקרקע מידי הלוקח, אית בה משום אסמכתא.

ו. ונ' דזו גם כוונת המ"מ שהובא לעיל סק"ב, שהוכיח דהאחריות אינה על המעות אלא על הקרקע, והוא על תנאי אם יוציאוה מידו, וכוונתו, דאילו האחריות היתה על הדמים, א"כ הוי כשאר מלוה שהחויב הוא על כל אנפי, דעל הצד שיגבה בע"ח את השדה, נתברר שניתנו המעות למפרע לשם הלואה, והערב נעשה ערב על אלו המעות, אך כיון דהמעות ניתנו למוכר לשם מקח בכל גווני, דעל דעת להשתקע נותנים, והאחריות היא על המקח, א"כ הוא רק בתנאי שיוציאוה מידו, והוי כערבות על תנאי, שאינה ערבות. ולפ"ז שפיר כל ג' ההלכות שבד' הרמב"ם שייכי אהדדי.

ז. אך צ"ע בל' המ"מ שכתב בתו"ד 'ואינו כערב דהלואה שהמלוה מוציא המעות מתחת ידו, וכאן הלוקח מחזיק בקרקע, ואין לומר כאן על אמונתו הלוה, ויש בערבות משום אסמכתא', וצ"ע מה כוונתו במש"כ דאין לומר על אמונתו הלוה, והא למש"נ החסרון הוא משום דלא גמר ומקני ולא משום דלא על אמונתו הלוה.

והעירוני למש"כ בתשובות בית אפרים סי' ל"ד ד"ה ולפ"ז דהוא טעם נוסף, וכמדומה דהיינו כמו שנקט הגדו"ת שער ל"ה ח"א וכיוון לדבריו אא"ז, דבמקום ערב על תנאי לא חשיב שעל אמונתו הלוה, שהרי המלוה הוציא מעותיו לגמרי אף שהערב לא התחייב בכל גווני.

ביה דינא דסתם הלואה ל' יום, ומאידך לית ביה דינא דכלתה קנינו, וגם גובין ממנו למפרע, דסו"ס קבלת החיוב היא כבר מזמן ההלואה. והוא דומה לדין זרק חץ ואח"כ מת, כמש"כ בנמק"י פ"ב דב"ק.

וה"נ בלוקח באחריות, ליכא משום על אמונתו הלוה, דשאני מסתם הלואה - שהמלוה הוציא את מעותיו והפסידם מחמת שסומך על הערב, שהרי הכא הלוקח קיבל תחת מעותיו קרקע, ולא הפסיד את מעותיו כלל, שכן על דעת להשתקע נתנם, ואין דעתו כלל שיטרפוהו, ואך שרצונו בבטחון צדדי על הקרקע, וכה"ג לא דיינין כלל שעל אמונתו הלוה.

דרך הטור בדעת הרמב"ם

ח. והנה עד כה נתבאר בדרכו של המ"מ דג' הדינים שכתב הרמב"ם הם משורש א', וכן נראה בד' בעה"ת שער ל"ה ח"א אות ז', וכן נ' גם בד' הגר"א בשו"ע שדימה את כל הדינים אהדדי, ע"י סק"ט כ"ב וכ"ה.

אכן הטור הביא את הל' ז' שברמב"ם בזה"ל 'כתב הרמב"ם ראובן שמכר שדה לשמעון ובא לוי וקבל עליו אחריות המכירה, וכו', לא נשתעבד, שלא על אמונתו קנה השדה, שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות, דעביד אינש דזבין ארעא ליומיה'.

ומבו' טעם אחריתי, דחשבי' שלא על אמונתו של הערב קנה הלוקח השדה, כיון דעביד אינש דזבין ארעא ליומא.

וצ"ע מדוע לא פירש הטור דה"ט משום דהוי ערבות על תנאי, וכפי שנקטו המ"מ ודעימיה, וכמו שנת' לעיל.

ט. ונ' דיל"פ בזה, דהנה המ"מ כתב דהאחריות הוי על הקרקע ולא על המעות, והוסיף המ"מ וז"ל 'ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה, וטרפה בע"ח דמוכר, מגבין ללוקח כפי מה שהיא שוה בשעת טריפה, לא כפי הדמים שקנאה, ולפיכך אין כאן ערבות על המעות אלא על הקרקע'.

אכן הטור כ' בסי' קט"ז דאם הוזלה משלם המוכר כפי זמן התשלום, ומשמע דחיוב האחריות הוא על הדמים, ועיי"ש בש"ך סק"ג שהאריך במחלוקת זו, ועיי' עוד בחי' מרן רי"ז הלוי הל' שכנים פ"ג הי"א שנקט דהאחריות היא על הדמים ולא על הקרקע, ותמה על עצמו מדי המ"מ הנ"ל. ומעתה י"ל דהטור

לשיטתו ס"ל דהאחריות היא על הדמים ולא על הקרקע, ושוב לא הוי כערבות על תנאי, ולהכי הוצרך להא דעביד איניש דזבין ארעא ליומא, דרק מה"ט לא חשיב שעל אמונתו הלווהו.

דרך הכס"מ בדעת הרמב"ם

י. ובכס"מ כתב בביאור ה' ז' - גבי מי שקיבל על עצמו אחריות - וז"ל יולי נראה שטעם רבינו דכשאדם מלוה לחבירו והלה נכנס לו ערב בשבילו, **כיון דמלוה להוצאה ניתנה, מעת שנכנס ערב נכנס אדעתא שיוציא זה הלוואתו ויפרע הוא בעדו**, הילכך לא הויא אסמכתא, אבל בערב דשדה, כיון שזה רואהו מוכר שדה זו ואין עליו ערעור, **כשנכנס ערב ודאי אדעתא דקים ליה שלא יוציא והו מתחת יד זה נחית**, ואילו היה יודע שיוציאוהו מתחת ידו לא היה נכנס ערב, הלכך הוי אסמכתא'.

וכוונתו צ"ב, דכשם שבמכר תלינן שנכנס אדעתא דקים ליה שלא יוציא והו מתחת יד זה, ה"נ בהלוואה יש לתלות שנכנס אדעתא שהלוה ישלם את חובו.

ואא"ז הגר"ח פישמן זצ"ל תמה עוד על דבריו, דמה"ת שבהלוואה נכנס אדעתא שיפרע הוא בעד הלוה, וכי לא מיירי שהלוה איש אמיד בנכסים, ולא חשב הערב כלל שיצטרך לשלם, ואח"כ אבדו נכסי הלוה בענין רע שהערב מוכרח לשלם, וכי בענין זה יהיה הערב פטור, ולהיפוך נמי, מי לא מיירי במוכר שדהו, והלוקח והערב יודעים שהמוכר חייב ממון לבע"ח, וכי בענין זה יסבור הרמב"ם שהערב כן משתעבד.

יא. ונראה בכוונת הכס"מ, דאין חילוקו כלל באומדן דעתא, אלא החילוק הוא בעצם החיוב. דבהלוואה הרי כבר משעת ההלוואה יש למלוה תביעת ממון, ויש סיבת חיוב על הערב, ועתה אילו המצב ישאר על מכונו ולא יתחדש כלום, סופו של הערב לשלם, ואדרבה, בשביל **לפטרו** צריך שיתחדש פרעון, ואהכי לית בה משום אסמכתא, דמי יימר שהלוה יפרע.

ומשא"כ בחיוב אחריות, הרי בשעת המכר ליכא ללוקח כל תביעת ממון, ואין על הערב כל סיבת חיוב,

ובשביל **לחייב** את הערב צריך שיתחדש שיגבו מהלוקח את הקרקע, ואהכי אית בה משום אסמכתא, דסמכא דעתיה שלא יגבו את הקרקע מידי הלוקח.

דרך אא"ז הגאון רבי גרשון חנוך פישמן זצ"ל בדעת הרמב"ם

יב. ואא"ז זצ"ל נקט בדעת הרמב"ם בדרך חדשה. דהנה בסוגיא בב"ב הקשו דערב הוי אסמכתא, ופריק רב אשי 'בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה', ובפשוטו כוונת הגמ' דמחמת דאית ליה הנאה גמר ומשעבד נפשיה אף דהוי אסמכתא, וכן פירשו הראשונים בכמה דוכתי.

אכן הרשב"ם שם כתב וז"ל 'גמר ומשתעבד - בלב שלם, ושליחותא דערב קא עביד מלוה, כאילו הוא עצמו הלוה'. ומבוי בד' הרשב"ם, דגדר ערב הוא, דחשיב שהמלוה הלוה בשליחותו, ונתבארו דבריו לעיל סק"א.

ויש לתמוה, למה לו לרשב"ם לחדש חידוש זה כאן, ומדוע לא פירש בפשוטו דמחמת ההנאה שיש לערב ליכא משום אסמכתא.

וכתב אא"ז, דנראה דהרשב"ם סובר דהנאה לא מהניא כלל לסלק חסרון אסמכתא, דסו"ס סמכא דעתיה שלא יתקיים התנאי, ולכן סובר הרשב"ם, דביאור ד' הגמ' 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה' הוא, דכאן הגמ' חוזרת בה וסוברת דליכא בערב משום אסמכתא כלל, דבההיא הנאה הערב משעבד עצמו ללא כל תנאים, דהמלוה נעשה כשלוחו להלוות, והערב חשיב עיד"ז כמשתמש במעות³, ואי"ז חיוב 'דאי' כלל, אלא חיוב ודאי⁴. אכן

³ וצ"ע דלפ"ז מתבאר, שיש על הערב חיוב עצמי בלא קשר לחיוב הלוה, וזה לכא' נסתר מד' התוס' בב"מ ע"א ב' שמבוי שא' שהלוה לנכרי ברבית, ובא ישראל וקיבל ערבות, צריך לשלם את הרבית ולא חשבי' ליה כרבית לגבי ידידה, והשתא אם דיינינן שהערב הוי כלוה, א"כ ליהוי רבית, וכמו שתמה בזה מו"ר הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א בספרו עין הדעת. ועי' מה שנתבאר בזה בסיומן כ"ג סק"ח.

ע"י בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כ"ז שכתב בדעת הרשב"ם להדיא דלא כא"ז.

יג. ולפ"ז מתבאר שיטת הרמב"ם דבערב בתנאי איכא משום אסמכתא - אשר הראב"ד השיג דכל ערבות ליכא משום אסמכתא, ולהנ"ל א"ש היטב, דהרמב"ם סובר כשיטת הרשב"ם דהא דבערב ליכא משום אסמכתא, א"ז כלל מחודש בערב, אלא דערבות לא הויא אסמכתא כלל, שהרי הערב חייב עצמו על כל האופנים, ומשא"כ אם הערב חייב עצמו להדיא בתנאי, ודאי איכא ביה משום אסמכתא ואינו משתעבד. אמנם ע"י בשו"ת מהרי"ק שם שהעלה צד זה בד' הרמב"ם וחלק ע"ז בתוקף.

וד' הרמב"ם בהל' ז' - לגבי מי שקיבל על עצמו אחריות, מתפרשים עד"ז, ובדרכו של המ"מ, דכיון שהאחריות אינה על הדמים אלא על הקרקע, א"כ השתא ליכא כל סיבת חיוב על הערב, ול"ש לומר שהערב משועבד מהשתא, אלא כל חיובו הוא רק אם יגבו את השדה מהלקוחות, וזה הוי אסמכתא גמורה.

ויש לתמוה בכל דרכו של א"ז, דהנה בסתם ערב לאחר מתן מעות מהני קנין, אף דלא שייך שיתחייב מתורת שליחות, וכבר דנו הראשונים מהא דבסתם אסמכתא בעי' ב"ד חשוב ומעכשיו, וכתבו דלא הוי אסמכתא גמורה, ואכ"מ, והנה הא מבוי' בל' הרמב"ם בה"ז דאפי' קנין לא מהני לקבלת אחריות, וכמו שנקטו הנו"כ, וכן מבוי' בדבריו בה"ד להדיא לגבי מי שאמר אם לא אביאנו אשלם, ומוכח אם כן דהנך גווני הוו טפי אסמכתא מסתם אסמכתא דערב, וא"כ

⁴ והנה הקצוה"ח סי' קכ"ט סק"א נקט מכח ד' הרשב"ם, דאין ערב משתעבד אלא היכא דהמלוה הלווה בשליחותו, והנחה"מ הקשה עליו דהא איכא תנאי דסברי דערב משתעבד אפי' שלא בשעת מתן מעות בדיבור בעלמא, אף דהמלוה לא הלווה בשליחותו, ואף מאן דפליג מודה דלא בעי' שילווה בשליחותו, ואך דס"ל דהכא שלא על אמונתו הלווהו.

והקצוה"ח השיב במשובב, דהא דאמרו בש"ס שעל אמונתו הלווה היינו נמי תורת שליחות, ומאן דס"ל אפי' שלא בשעת מתן מעות ולא בעי' על אמונתו הלווהו לא בעי' ג"כ שליחות, ואין ס"ל דכה"ג הוי אסמכתא ובעי' לתורת שליחות, עכ"ל.

שוב אין צריכים לחילוק א"ז, דבע"כ הכא הוי טפי אסמכתא מסתם ערב, ולא מטעם חילוקו של א"ז, דאחר מתן מעות ל"ש כלל תורת שליחות.

אך כעת מסתפקנא, די"ל דבשלא לאחר מתן מעות ע"י הקנין מתחייב נמי בכל האופנים, ולהכי לא הוי אסמכתא, ומשא"כ באופנים שעליהם דן הרמב"ם, הרי אין חיובו על כל האופנים, ואהכי הוי אסמכתא גמורה, ולא מהני קנין.

ד' הדרישה שהראב"ד מודה בהל' ח' - בערב על תנאי

יד. הנה בהל' ח', גבי ערב בתנאי, לא השיג הראב"ד על הרמב"ם. ויש שנקטו דהראב"ד פליג גם על זה, וסמך על מה שהשיג בהל' ז' ובהל' י"ד, וכן נ' במ"מ בהל' י"ד שציין להל' ח', וכן נראה בד' הגר"א שהובאו לעיל שקישר את ג' ההלכות אהדדי.

אך הדרישה כתב שאפשר שבהל' ח' מודה הראב"ד לרמב"ם, כיון שהיה תנאי בדבר. וצ"ב דאף בהל' י"ד היה תנאי בדבר, שהרי לא נתחייב הערב אלא אם לא יצליח להביא גופו של לוח, ואעפ"כ פליג הראב"ד. וצריך לומר, דאף שהחיוב ממון הוא בתנאי, מ"מ קיבל אחריות שלימה על ההלוואה, או להביא את הלוח או לשלם, ומשא"כ היכא שכל חיובו הוא בתנאי.

ועד"ז י"ל עוד, כד' הגדו"ת שהובא לעיל סק"ז דבערב על תנאי לא חשבי' שעל אמונתו הלווה, שהרי חיוב הערב אינו בטחון לגמרי על הממון, כיון שיש תנאי, ולפ"ז בהל' י"ד שנתחייב על כל צד, או להביא את הלוח או לשלם במקומו, שפיר חשבי' שעל אמונתו הלווהו, ולהכי ליכא בה משום אסמכתא.

הערה בדעת הרמב"ם

טו. הנה זה ל' הרמב"ם בהל' י"ד 'מי שאמר לחבירו הלווה ואני ערב לגופו של לוח זה, לא ערב לעצמו של ממון, אלא כל זמן שתצא אביאנו לך, וכן אם אמר לו אחר שהלווה ותבעו, הניחחו, כל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנו מידו על זה אם לא יביא זה הלוח,

בשעת מתן מעות מודה הוא להראב"ד דמשתעבד אפילו באסמכתא'.

וצ"ע, דבפשוטו כוונת הרמב"ם להביא ב' ציורים, חדא 'הלוחו ואני ערב' - והיינו שעת מתן מעות דמשתעבד בלא קנין, ועוד 'וכן אם אמר לו אחר שהלוחו ותבעו, הניחהו, כל זמן שתבענו אביאנו לך' - והיינו שלא בשעת מתן מעות, ועל אופן זה כתב הרמב"ם 'וקנו מידו', ולכא' על ב' אופנים אלו הוסיף הרמב"ם 'שאפי' התנה ואמר אם לא אביאנו וכו' אהיה חייב לשלם הרי"ז אסמכתא'. ולא כן פירש המהרי"ק, אלא פי' שההוספה שאפי' התנה ואמר וכו' אזלא רק על האופן השני של אחר מתן מעות, וצער'.

יש מן הגאונים שהורה שהוא חייב לשלם, ויש מי שהורה שאפילו התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד ולזה דעתי נוטה'. והראב"ד השיג ע"ז.

ובשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כ"ז כתב בתו"ד וז"ל 'מתחילה פתח הרמב"ם ואומר מי שאומר לחברו הלוחו ואני ערב לך לגופו של לוח וכו', וכי רוצה לדבר בדיון מי שאומר בהדיא אם לא אביאנו אליך אהא חייב לשלם לך וכו', כתב וכן אם אמר לו אחר שהלוחו וכו', ומסיים עלה דהויא אסמכתא, משמע דוקא אחר שהלוחו, אבל בשעת ההלואה, אפילו הוא מודה דחייב לשלם, כיון שאומר בפירוש שאם לא יביאנו אליו שיהיה חייב לשלם לו, משמע דבערב

סימן י'

דין ערב כשהלווה טוען פרעתי, או שאינו בפנינו, או שמת הלווה

נפרעין מנכסים שלא בפני הלווה, ונכסי דבר אינוש ערבין ביה, וכוונתו לכא' להוכיח דטענין ללווה וממילא נפטר הערב.³

ולדעת הראשונים דשייך טענין לערב גופיה, כמבוי במרדכי ובמ"מ - וכפי שיובא להלן, לכא' י"ל דה"נ בשאין הלווה לפנינו עבדי' לערב גופיה טענין, ואין צריך לבוא להא דטענין ללווה וממילא נפטר הערב.

אך לכא' יש בזה נפק"מ, והוא למש"כ בתשובות ושב הכהן סי' מ"ב דמהטעם דליכא לווה ליכא ערב יש לפטור את הערב אף באופן שהמלווה תפס ממנו ויש לו מגו, דאף שלגבי הערב מתברר שאכן חייב הוא, מ"מ כיון שלגבי הלווה ליכא מגו, והלווה יצא בפטור, ה"נ נפטר הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב, עכ"ד⁴, ולפ"ז לכא' אם פטור הערב הוא משום דטענין ליה גופיה, בדין דתהני תפיסת הבע"ח, ומשא"כ אם פטורו הוא משום ליכא לווה ליכא ערב.

ועי' להלן בנידו"ז אם עבדי' לערב טענין עצמי או לא.

³ ובהמשך דבריו כי המ"מ לחדש שאף בקבלן אין גובין שלא בראיה, משום דטוענים לערב שמא נפרע המלווה, ונראה שכאן בא לחדש דטענין לערב עצמו, ומשום דלדעתו הכא ל"ש לומר שטענין ללווה וממילא נפטר הערב - דדין הקבלן אינו נגזר מדין הלווה, דהא נפרעין ממנו תחילה - ולהכי הוצרך להא דטענין לערב עצמו, ועי' עוד להלן שבבעה"ת מבוי דאף בקבלן שייך לפטרו מחמת שהלווה נפטר.

⁴ הערת גיסי הגר"ר שליט"א: אך בנתיב"מ סימן קכ"ט סק"ו כתב דבכה"ג הוא חייב, וכמדומה דאזיל לטעמי' בסו"ס מ"ט בביאור דינא דליכא לווה ליכא ערב, עכ"ד.

א.

דין ערב סתם בהנך אנפי

א. כשהלווה טוען פרעתי במלווה ע"פ, ודאי דאין גובין מהערב, ועי' במרדכי ב"ב רמז תרנ"ב שכי' דהוא מדין אין נפרעין מהערב תחילה, והביא לגמ' בבכורות מ"ח א' דכי ליכא לווה ליכא ערב¹.

ב. והיכא שאין הלווה בפנינו, הדין מוסכם שאין גובין מהערב, ובטעם הדבר, כי ה"ב"ח סי' קכ"ט ס"ק ט"ו דהערב חשיב כא"י אם נתחייבתי².

אכן הגר"א בסי' קכ"ט ס"ק ל"ט כתב דטענין ללווה וממילא נפטר הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב. וכ"נ מהמ"מ ה' מלווה ולווה פרק כ"ו ה' ה' שהוכיח להא דאין נפרעין מהערב כשאין הלווה בפנינו, מהא דאין

¹ דין זה נראה מוסכם בראשונים ובפוסקים. אכן מצאתי בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' תשי"א שכתב וז"ל 'ועל ראובן שטוען לשמעון הלויתי מנה לפלוני עליו, שהיית ערב, וכשתבעתי אמרת לי שאין [לתבוע] הערב תחלה, וכן הלכתי ותבעתי הלווה, ואמר שפרע לי ורוצה לשבע, ואיני חפץ בשבועתו, ואפי' אם ישבע לא תפטור ממני, ולהכי טרחית ולקחתך לערב, משום דאת מהימנת לי ולא הוא, ושמעון משיב לא נעשיתי ערב אלא ככל הערבים, שאם אין נכסי' ללווה שאפרע לך, אבל אם ישבע לא אתן לך כלום. נראה שהדין עם ראובן. והרי אליעזר חולק עליו. והרי לפנינו שיטה מחודשת, שאפי' בערב סתם, חייב הערב אף באופן שהלווה טוען בברי שפרע.

והא דלא אמרי' ביה ליכא לווה ליכא ערב, נ' מד' מהר"ם, דהיינו טעמא משום דעל הא גופא נעשה ערב, שאם הלווה יכחיש יתחייב הערב, דעיקר לקיחתו לערב הייתה מחמת שהמלווה לא האמין כ"כ ללווה - כאשר מצינו עד"ז ברמ"ה ב"ב קע"ד ב' ובחי' הריטב"א מכת"י לגיטין דף נ', ודומיא דמש"כ הר"ן בכתובות מ"ד ב' בדפי הרי"ף דהא דאם מת הלווה גובין מנכסיו ולא אמרי' ליכא לווה ליכא ערב, הוא משום דעל הא גופא נעשו ערבין, ואכ"מ.

² ובנידון זה אם חיוב ערב הוי כא"י אם נתחייבתי או כא"י אם פרעתיך, עי' בסי' ג' ס"ק י"ח.

ג. **והיכא דהלואה מת** - כ' המרדכי הנ"ל דנפטר משום דטענין לערב, והובאו דבריו בהגה"מ פכ"ב מהל' מלוה ולוה⁵.

אמנם הנה בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ד כתב לגבי קבלן, ש'אע"פ שהוא כלוה, לא יתחייב אלא במה שיתחייב הלוה, ואם טען במלוה על פה פרעתי משתבע לזה היסת ומפטר איהו והקבלן, **ואם מת הלוה טענין ליתמי כל מאי דמצי טעין אבוהון**, ומשתבעי אינהו דלא פקיד להו אבוהון, **ומפטרי אינהו והקבלן**. ומבוי דטענין ליתמי, וממילא נפטר הקבלן⁶.

ולדבריו נ', דה"נ בערב רגיל כשהלוה מת, טענין ליורשין וממילא נפטר הערב⁷.

⁵ והמ"מ פכ"ו כ' דהיכא שאין הלוה בפנינו נפטר גם הקבלן, דטענין ליה גופיה. ולעיל נתבאר מתו"ד המ"מ, שבסתם ערב מודה הוא דטענין ללוה וממילא נפטר הערב מדין ליכא לזה ליכא ערב, אלא דס"ל דבקבלן כיון דאפשר לתבוע את הערב תחילה, א"כ דין הקבלן אינו תלוי בדין הערב, ולהכי הוצרך להא דטענין ליה גופא, ועיי' בהערה הקודמת.

⁶ ולכא' היינו משום דהיתמי נידונים כ'לוה' וכפי שמצינו בכמה ראשונים בב"ב קע"ד א', והוי בהך דינא דאם הלוה פטור, ה"נ הקבלן פטור, ועיי' מה שנתבאר בזה בסי' ו', אך עיי' בהערה הבאה.

⁷ ולכא' כן צ"ל בהכרח לדרך הקצוה"ח דלא עבדי טענין לערב עצמו, אלא רק ללוה, וממילא נפטר הערב, דלפ"ז בהכרח צ"ל דכשמת הלוה עבדי טענין ליורשין וממילא נפטר הערב.

ויש להקשות בזה, דלפ"ז צ"ל דיורשין נידונים כ'לוה' ועל כן אם טענין להו ממילא נפטר הערב, והרי שיטת הקצוה"ח בסי' ס"ו סקכ"ו ובמשובב ס"י ל"ג סק"ב ושם ס"י ק"ז סק"ט דליכא על היתומים שעבוד הגוף כלל, וא"כ מדוע הטענין ליתמי פטור את הערב. ולמש"נ לדון בסי' ו', דהערב נעשה ערב על השעבוד נכסים, א"ש.

וגיסי הגר"ר שליט"א העיר בעיקר התמיהה בד' הקצוה"ח: הנה טעם זה צ"ע בגונא דאין נכסים ליתומים.

וע"כ נראה דגם כשהלוה מת, שייך למימר דטענין לגבי הלוה עצמו, דאם היינו באים לגבות מן הלוה, הוה פטרינן ל' מכח דינא דטענין, וממילא דהערב פטור, - ודמי להיכא דהלוה

ובהא דהמרדכי הנ"ל פטר ערב סתם באופן שמת הלוה מטעם דטענין ליה גופיה, ולא פטרו משום דטענין ליתומים וממילא נפטר הערב, כד' הבעה"ת לגבי קבלן, יש להסתפק אם לאו דוקא הוא, וה"נ אפשר לפטרו מה"ט, או דס"ל דהיתומים לא חשיבי כלוה עצמו אלא גובין מהם מדין נכסי דבר אינוש ערבין יתיה, וטענין ליתמי לא פטור את הערב ומשא"כ באופן שהלוה חי ואך שאינו בפנינו, ונפק"מ בשתפס המלוה ויש לו מגו לגבי הערב, כנ"ל, ואכ"מ.

ב.

דין ערב קבלן בהנך אנפי

ד. **באופן שהלוה טוען פרעתי**, דעת המרדכי דאפי' בכה"ג הערב חייב, ודעת הבעה"ת והמ"מ דהערב פטור.

ובאופן שהלוה מת - לדעת המרדכי פשיטא שגובין ממנו.

ודעת המ"מ שם דטענין לערב עצמו.

ודעת הבעה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ד דהערב פטור משום דטענין ליתמי שאביהם פרע, וממילא נפטר הערב, ואף דלית ביה דינא דלא יתבע את הערב תחילה, מ"מ אין הערב משתעבד אלא במה שמשעבד הלוה, והיינו דהיכא דההלואה יצאה בפטור, ממילא נפטר הקבלן, דהקבלן מחויב לפרוע את חוב הלוה.

והא דלא פטרו הבעה"ת משום דטענין ליה גופיה, י"ל דס"ל דבקבלן ל"ש למעבד ליה טענין, משום דיש

במדינת הים, דטענין ללוה וממילא פטור הערב, - והרי הא דכשהלוה במדינת הים אמרינן דטענין ללוה וממילא פטור הערב, אי"ז משום דדנים בפועל לגבי הערב, שהרי איירי אף כשאין ללוה נכסים כלל, ואין לדון לגבות ממנו, ומ"מ כיון דכדי לגבות מהערב, בעינן להא דהלוה חייב, שייך שיחול דינא דטענין לגבי הלוה, וה"נ הוא כשמת הלוה. כן נראה בדעת הקצוה"ח.

אמנם אכתי צ"ב בטעם הבעה"ת, שכתב מפורש דטענין ליתומים ועיד"ז נפטר הערב, דלפ"ז בגונא שאין ליתומים נכסים לא שייך לומר כן, וצ"ע.

עליו חיוב עצמי, והוא כבע"ד נתבע - דהיכא דעומד הבע"ד לפנינו בדין לא עבדי ליה טענין, וע"ד שכי הקצוה"ח סי' ל"ט סק"ה - יובאו דבריו להלן. ולפי"ז יתכן שמודה הבעה"ת שבסתם ערב אפשר לפטרו גם מחמת טענין ליה גופיה, וכדי המרדכי, ורק בקבלן הוצרך לסברתו⁸.

ה. והנה בדעת בעה"ת דפטור הלוח פוטר גם את הקבלן יש להסתפק, אם היינו משום דאף חיובו של קבלן הוא לפרוע את חוב הלוח ואך דבה"ל תביעה אפשר לתבוע ממנו תחילה, וממילא כל שהלוח נפטר הי"נ נפטר הקבלן בתולדה ונתבאר בזה בסימן י"ב וי"ג, או דהיינו משום שיש חוב א' על הלוח והקבלן, ודינם נידון בשווה, וכל שיצא א' מהם בפטור, הי"נ נפטר חברו.

ונפק"מ היאך הדין בשהקבלן טוען פרעתי או אולי אף בשאינו בפנינו, אם נפטר הלוח, דאי נימא כצד הא' דדין הקבלן נגזר מדין הלוח, א"כ היכא דהוי להיפוך - שהקבלן טוען פרעתי - לא יפטר הלוח, ואי נימא כצד הב' דדין שניהם נידון בשווה, א"כ הי"נ יפטר הלוח⁹.

עוד נפק"מ נראה, בדין הושב הכהן הנ"ל, דהמלוה תפס מהערב שלא בעדים ואית ליה מגו דלהדי"ם, דלצד דחיובו של הקבלן הוי בתולדה מדין הלוח, א"כ בדין דלא יהני הכא תפיסה מהקבלן במגו, דהלוח עצמו נפטר בתורת ודאי, וממילא נפטר הקבלן, אך לצד דהיינו משום שיש חוב א' על שניהם, ודינם נידון בשווה, שפיר י"ל דכיון דביחס לקבלן עצמו איכא מגו, מהני תפיסת המלוה.

ו. ובאופן שאין הלוח בפנינו, כ' המ"מ דהערב נפטר מכיון דטענין ליה.

⁸ ולמה שית' להלן לדון דלד' בעה"ת אף כשהמלוה תפס שלא בעדים, אכתי נפטר הערב, י"ל דנקט טעם דעדיפא, דנפק"מ דמה"ט גם לא מהני תפיסה.

⁹ ועי' גדו"ת שם שדן בבעי"ז, אך נ' מדבריו שלא חילק כדברינו לעיל בין ד' המ"מ - דעבדי טענין לערב עצמו, לד' בעה"ת - דטענין ליתומים וממילא נפטר הערב, וצ"ע.

ובשו"ת ושב הכהן סי' מ"ג דייק מד' בעה"ת דפליג וס"ל דבכה"ג חייב הקבלן, ושאינו מהיכא דהלוח מת וחלק על הש"ך בזה, ועי' כנה"ג הגהות ב"י ס"ק מ"ט שמבוי בדבריו כד' הש"ך, ועמד שם על דיוקו של הושב הכהן ודחאו.

ובביאור החילוק נ' בדבריו, דהיכא דהלוח מת, א"כ טענין ליתומים בתורת ודאי, וההלואה יצאה בפטור, וממילא נפטר הקבלן, דחוב א' מוטל על שניהם, אך היכא דאין הלוח בפנינו, אין לטענין כח ודאי, וההלואה לא יצאה בפטור, אלא רק ממתנינים עד שיבוא הלוח בפנינו, וכל שההלואה לא יצאה בפטור חלוט, ממילא חייב הקבלן, שהרי יש עליו תביעה בפני"ע.

ונראה דהמ"מ והבעה"ת אזלי לשיטתייהו, דלדעת המ"מ דעבדי לערב עצמו טענין, א"כ בכל גווני - בין בשמת הלוח ובין בשאינו בפנינו - הוי דין פטור (ואך דאם הלוח בפנינו ומודה יש בזה סיבת חיוב בפני"ע, דחיובו תלוי בחיוב הלוח), ומשא"כ לבעה"ת דעבדי טענין ליתמי וממילא נפטר הערב, כ"ז רק בשמת הלוח, דאז יצאה ההלואה בפטור, ומשא"כ היכא שאינו בפנינו, דההלואה אכתי עומדת בספק, וממילא חייב הערב כדין איני יודע אם פרעתיך.

ג.

בטעם החילוק בין ערב שמתחייב כשהלוה מודה שלא פרע, ובין לקוחות שנפטרים בכה"ג

ז. הקצוה"ח בסי' ל"ט סק"ה הקשה, מאי שנא דין לקוחות - שא"א לגבות מהם כשהלוה מודה שלא פרע, או כשנתחייב בשאמר לא לויתי ובאו עדים שפרע מדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ומטעם דחיישינן לקנוניא - מדין ערב, שאם הלוח מודה שלא פרע או שנתחייב באמירת לא לויתי, חייב הערב לפרוע כמבוי בסי' קכ"ט סעיף ח', ולא חיישינן לקנוניא.

וכתב הקצוה"ח ליישב, דבלקוחות ויורשין היינו מדין טענין, דלא חשיבי בע"ד עצמו, ובערב לא עבדי

טענין, כיון שיש עליו חוב הגוף, והוי כבע"ד העומד לפנינו בדין, דלא עבדי ליה טענין.

והנה בסימן קכ"ט סעיף ח' כ' הרמ"א שבאומר הלוח לא לויתי והערב יודע שלוח, חייב הערב, ובדרכ"מ והסמ"ע והגר"א כתבו דהיינו מדין כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ולכא' משמע שלא כדי הקצוה"ח, דלדבריו תיפ"ל דהוי כא"י אם פרעתיך. אך י"ל שבאו לבאר מ"ט לא פטרינן את הלוח וממילא נפטר הערב, וע"ז הוצרכו להא דכל האומר לא לויתי וכו', דמה"ט חייב הלוח, ול"ש לפטור את הערב.

ח. ובעיקר ד' הקצוה"ח דלא עבדי טענין לערב עצמו, הנה במ"מ ובמרדכי מבו' שלא כדבריו, אלא דעבדי טענין לערב גופיה, ומאידך בדי' הגר"א שכי' דהיכא שאין הלוח בפנינו טענין ללוח, וממילא נפטר הערב מדין ליכא לוח ליכא ערב, משמע כדי' הקצוה"ח, וכן נקט בספר ושב הכהן.

וראיתי בספה"ז אבן ציון, במערכת הגר"א זורייבין זצ"ל, שר"ל, דשורש הפלוגתא היא אם חוב ערב הוא חוב עצמי או שחוב הלוח מוטל עליו, דאם חוב ערב הוא חוב עצמי, צדקו ד' הקצוה"ח דלא עבדי טענין לערב עצמו, דומיא דבע"ד העומד לדין, אך אי נימא דחוב ערב הוא לשלם את חוב הלוח, שפיר י"ל דטענין לערב, דעיקר החוב הוי דלוח ולא הוי דערב, עכ"ד, ועי' בסימן ח' שנתבאר בענין זה.

ט. והנה"מ שם סק"י נחלק עליו, וכי ליישב דהא דגובין מהערב, הוא משום דעל דעת כן נעשה ערב, דכיון דאירי במלוה ע"פ, הרי אם נאמר דהמלוה לא יוכל לגבות מהערב אלא כשחוב הלוח יהיה מבורר, לעולם לא יתחייב הערב, אלא ודאי על דעת כך נתערב – דכל שיתחייב הלוח בב"ד ולא יהיה לו מה לשלם, ישלם הוא, ומשא"כ בשעבוד נכסים, כל שהחוב עצמו מוטל בספק א"א לגבות מהלקוחות והיורשין¹⁰.

¹⁰ ועד"ז מצינו בנה"מ סי' פ"ו סק"ג וסי' קי"א סק"ד בענין אחר.

י. ובסי' אבן ציון הנ"ל ר"ל עד"ז, דיסוד חיובו של הערב הוא לפרוע את חוב הלוח, ומעתה כאשר הלוח חייב ממילא חייב הערב, דאין עליו נידון בפני"ע, אלא הוא נידון בתולדה מחיוב הלוח, ומשא"כ בשעבוד נכסים, אין הגדר שמוטל עליהם דין גבית מיניה, אלא דמעיקרא זכה הבע"ח זכות בגוף הנכסים, ולהכי ע"מ לגבות מהם צריך שהחוב יהיה מבורר בעצם, והודאת הלוח לא מהניא לזה, דחיישינן לקנוניא, עכ"ד¹¹.

ד.

הוכחה לדרך הקצוה"ח בחילוק בין ערב ללקוחות

יא. בגמ' ב"ב קע"ו א' מבו', דאם כתוב בשטר 'פלוני ערב' ללא תוספת וא"ו, והעדים חתמו ע"ז, אין גובים מנכסים משועבדים. והרשב"ם שם ביאר, דהיינו משום דבכה"ג העדים לא העידו שפלוני נעשה ערב, אך הרמ"ה ביאר דאדרבה, חשבי' העדים העידו רק על הערב¹², והא דאין גובין מנכסים משועבדים, ביאר הרמ"ה, דחוב הערב מתלי תלי וקאי בחיוב הלוח, והכא חוב הלוח הוי מלוה ע"פ, דהעדים לא חתמו ע"ז כלל, ומעתה כשם שאין גובין מנכסי הלקוחות דלוח, כך אין גובין מנכסי הלקוחות דערב, דטענין להו שהלוח פרע, עכ"ד.

והנה ודאי כוונתו באופן שהלוח לפנינו, ולא עוד אלא אפי' כשהלוח מודה, כי על כן חילק וכתב דגובין מנכסים בני"ח של הערב ולא מנכסים משועבדים, והרי דאירי באופן דלא טענין לערב אלא מחייבין ליה, ומ"מ כתב דללקוחות שפיר טענין.

¹¹ והוא תלוי במש"נ בסי' ל' בגדר דין גבית שעבוד נכסים, אם יש בזה קיום של שעבוד הגוף, או דהוי זכות ממון עצמית בנכסים.

וביותר יש לדון בזה, למה שית' בסי' כ"ו סק"ח, ובסי' ל"ג סק"ח, להוכיח מד' קמאי דאיכא שעבוד נכסים יותר מכפי ערך החוב, והטעם לזה, דשעבוד נכסים הוי בגדר ערבות ובטחון על ההלוואה, ולא רק דין גבית הממון, ע"ש.

¹² דומיא דמה שאמרו שם בגמ', דעדים החתומים על שאילת שלום בגט, הגט פסול, דחיישינן שמא על שאילת שלום חתמו.

יב. והנה לדרך הקצוה"ח שהובאה לעיל סק"ז דהחילוק בין ערב שגובין ממנו בשהלווה מודה, ללקוחות שאין גובים מהם אפי' כשהלווה מודה, הוא, דבלקוחות טענין להו גופייהו שהלווה פרע, ולא אכפת לן שהלווה נתחייב בדין, ומשא"כ בערב לא טענין ליה גופי' - הנה עפ"ז יתפרשו היטב ד' הרמ"ה, דה"נ בלקוחות שקנו מהערב, הרי הם פטורים מהאי טעמא דטענין להו גופייהו שהלווה פרע, ומשא"כ הערב שמכר להם מתחייב שפיר, כיון דלא טענין ליה.

אך לדרך הנתה"מ - דאף בערב היה לנו לפטרו משום דטענין שהלווה פרע, אלא שהערב חייב את עצמו על כל גוונא שיש חיוב על הלווה - א"כ לכא' בדין שיגבו מהלקוחות ידידה, דהא הכא איירי בשהלווה והערב נתחייבו בדין, ומעתה מאי טעמא אין גובין מהלקוחות.

ואין לומר דטענין להו שהלווה פרע, דזה אינו, דכיון דהערב חייב את עצמו בכל גוונא שהלווה יתחייב בדין, א"כ חיובו של הערב ברור, ואין בו ספק כלל, וא"כ מאי טעמא אין גובין מהלקוחות.

ולכא' מכאן הוכחה ברורה לד' הקצוה"ח.

ה.

בד' הראשונים במכות ז' א' בסוגיא דאילעא וטוביה

יג. בגמ' מכות ז' א' מב' דעדים הקרובים לערב ורחוקים מהלווה, אינם יכולים להעיד על הלווה, ומשום דאי לית ליה ללווה אזיל המלוה בתר ערבא, ונמצא דעדותם הוא אף על הערב.

והרמב"ן והריטב"א והרא"ש שם כתבו בשם הראב"ד, דאיירי בשהלווה טען פרעתני, והעדים באו להעיד על הלווה שלא פרע.

והקשו הראשונים, דנימא פלגין דיבורא, וניהימן להו ביחס ללווה ולא ביחס לערב, ועיי"ש מה שתירצו.

יד. והנה לעיל סק"ב נתבאר שמצינו ג' דרכים בהא דאם הלווה אינו בפנינו נפטר הערב, הא', דהוי מדין איני יודע אם נתחייבתי, הב', משום דטענין ללווה שפרע וממילא נפטר הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב, הג' דטענין לערב גופיה שפרע הלווה.

והשתא לדרך דהוי מדין א"י אם נתחייבתי, וכן לדרך דהוא משום דטענין לערב גופיה, א"ש היטב משה"ק הראשונים דנימא פלגין דיבורא וליהמן לעדים רק ביחס ללווה ולא ביחס לערב, דעד כמה שביחס לערב אין עדות שהלווה לא פרע, שפיר נפטר הערב.

אך לטעם הב', דהוא משום דטענין ללווה שפרע וממילא נפטר הערב מדין ליכא לווה ליכא ערב, הנה לפ"ז לא א"ש כלל קושית הראשונים דנפלוג עדותם, דסו"ס כיון שהלווה נתחייב בתורת ודאי, ממילא נתחייב הערב בתולדה.

טו. ובשיעורי ר' שמואל מכות אות שי"ד העיר שמד' הראשונים הנ"ל מוכח לכא' שלא כדי הנתה"מ סי' ל"ט סק"י, שכתב דהא דערב חייב באופן שהלווה הודה שלא פרע, ושאיני מלקוחות דטענין להו שמא הלווה פרע, היינו משום שהערב חייב את עצמו על כל גוונא שהלווה יתחייב בדין, אף שעצם החיוב לא יהיה מבורר והובאו דבריו לעיל סק"ט, דלפ"ז מה יועיל לן למפלג דיבורא, סו"ס כיוון שמקבלים את עדותם שהלווה לא פרע ביחס ללווה, ממילא יתחייב הערב, ומה הקשו הראשונים.

וצ"ע לפ"ז בדעת הנך ראשונים, מה החילוק בין ערב שנתחייב לשלם בשהלווה מודה, ובין לקוחות שאין חייבים לשלם כשהלווה מודה, דא"ל לומר כדי הקצוה"ח דלערב לא טענין בפני"ע, אלא כל פטורו הוא רק מכח שהלווה נפטר, דא"כ היאך נפטר הערב בד' הראשונים במכות, וכמש"נ, וגם א"ל כדי הנתה"מ דהערב חייב את עצמו כל שהלווה יתחייב בדין, דגם לפ"ז לא יובן היאך הערב נפטר בד' הראשונים במכות.

סימן י"א

בהא דערב אחר מתן מעות משתעבד בקנין שלא כשאר אסמכתא דלא מהני קנין

ועיקר חילוק המ"מ, דהיכא דהיה חסרון כיס מעיקרא למלוה מהני קנין, ומשא"כ היכא שלא היה חסרון כיס, צע"ר, דמה אכפת לי שמעיקרא היה למלוה חסרון כיס, הא השתא לא חסר כלל, דהא הוי שלא בשעת מתן מעות.

דרך המהרי"ק

ג. ומצינו בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כ"ז, שביאר בהא דמהני קנין בערב שלא כשאר אסמכתא, דהיינו משום דאף שלא בשעת מתן מעות איכא פסידא למלוה עפ"י הערב, שעיד"ז מניח מלדחוק את הלווה, ולהכי הערב גמר ומשעבד נפשיה¹.

ולפ"ז נראה בביאור ד' המ"מ, דהיכא דחסריה מעיקרא, חשבי' שתובע את ממונו והפסידו, ולא חשיב כתביעת מתנה, ולכן יש ע"ז שם 'הפסד' ביחס לערב, וחשיב שנפסד על פיו במה שלא דוחק את הלווה, ומה"ט אית ליה לערב גמ"ד טפי, ולהכי עדיף משאר אסמכתות. אך כל שלא חסריה ממונא כלל מתחילתו, אלא היתה התחייבות חדשה, חשיב שתובע מתנה, ואין ע"ז שם 'הפסד' ביחס לערב, ושוב הוי כשאר אסמכתות דבעי' מעכשיו ובי"ד חשוב, וכל זה יתבאר עוד באריכות בסימן י"ט ס"ק ז' - ט'.

דרך הפרישה

¹ והובאו דבריו בסימן ז' סק"ד, ושם נתבאר עדיפא מינה, דלדעת המהרי"ק יש את אותה הנאה בשעת מתן מעות ושלא בשעת מתן מעות, וכל החילוק בין שעת מתן מעות ללאחר מתן מעות, הוא רק בכך שבשעת מתן מעות אמרי' דשליחותיה דערב קעביד מלוה ומשא"כ אחר מתן מעות, אכן בדעת הרמב"ם י"ל, דלעולם בשעת מתן מעות איכא הנאה טפי, דלהכי לא בעי' קנין, אלא דמ"מ גם אחר מתן מעות איכא הנאה, דלהכי קנין מהני ולא בעי' מעכשיו ובי"ד חשוב.

בהא דערב אחר מתן מעות משתעבד בקנין ולא בעי' מעכשיו ובי"ד חשוב כדין שאר אסמכתא, מצינו כמה טעמים חלוקים בדברי הפוסקים.

דרך הרמב"ן

א. הרמב"ן ב"ב קס"ח א' נקט כלל בדיני אסמכתא, דהיכא שהמתחייב תולה את עצמו בדעת אחרים ליכא בה משום אסמכתא.

וביאר לפ"ז, דהא דמקשינן בסוגיין דערב הוי אסמכתא, אף שהוא תולה בדעת אחרים, היינו דחשיב קצת תולה בדעת עצמו, משום דסמך על הא דעביד איניש דפרע חוביה, ועוד דקים ליה בנפשיה שיכפה את הלווה לפרוע משלו.

וכתב דמה"ט ערב משתעבד לאחר מתן מעות בקנין, ולא הוי כשאר אסמכתות דלא משתעבדי אלא במעכשיו ובי"ד חשוב, משום דחשיב קצת תולה בדעת אחרים ולא הוי אסמכתא כ"כ. ועד"ז כתב בתשובתו המובאת בבעה"ת שער מ"ג ח"א אות ו'.

בדעת הרמב"ם מוכח דפליג

ב. אכן העירוני שבדעת הרמב"ם לא שייך לומר כן, דהא דעתו בפ"א ממכירה ה"ב וה"ג דאף בתולה עצמו בדעת אחרים איכא משום אסמכתא.

ובאמת המ"מ פרק כ"ה מהל' מלוה ולווה ה"ו וה"ז כתב שדעת הרמב"ם דבעלמא אפי' בערב בקנין איכא משום אסמכתא, ולהכי לדידיה ערב דכתובה אינו משתעבד אפי' בקנין, ורק היכא שהיה חסרון כיס למלוה מעיקרא, ליכא משום אסמכתא. ושוב צ"ע בדעת הרמב"ם, מאי טעמא ערב שלא בשעת מתן מעות משתעבד בקנין, ולא הוי כשאר אסמכתות דבעי' מעכשיו ובי"ד חשוב.

אסמכתא, אך אינו אסמכתא גמורה, ולהכי מהני קנין לחוד.

ד. ובפרישה ס"י קכ"ט סק"א, וכן בסמ"ע שם סק"ד, כתב דגם אחר מתן מעות אית ליה קצת הנאה, וז"ל 'דגם אחר מתן מעות מחשב ליה הנאה קצת במה שמאמין, והקנין מצטרף להנאה זוטרתי זו להועיל כמו הנאה גדולה דהימנותא דשעת מתן מעות דמהני בלא קנין'. ומבוי בדבריו, דהא דמהני קנין לחוד הוא משום שיש קצת הנאה, וקצת הנאה בצירוף קנין שיש לאחר מתן מעות שקול לכח הנאה גדולה שיש בשעת מתן מעות.

דרך הנודע ביהודה

ה. ומצינו דרך נוספת בזה, בנודע ביהודה חו"מ ס"י ל' אות ז', שכתב בתוך דבריו 'הן אמת דבדבר שהוא אסמכתא ממש... אפי' קנין לא מהני, אבל כאן אין כאן אסמכתא, דאסמכתא הוא דבר שאינו מקנה או אינו מתחייב מעכשיו, אלא תולה בדבר מה... אבל **נידון דידן מעכשיו חייב להשתדל, וכן ערב מעכשיו נעשה ערב**, אלא שכיון שממילא אם יפרע הלווה פטור, לכך כתב הר"ן בריש פרק הנושא דערב דומה לאסמכתא, והיינו שדומה לאסמכתא אבל אינו אסמכתא ממש².

ומבוי בדבריו, דחייב ערבות שאני, דאין זה חיוב 'דאי', אלא שכבר בשעת ההלוואה הוי ערב על ההלוואה, ואך שבפועל אינו מתחייב אלא כשהלווה אינו פורע. וכיסוד הדברים דחל על הערב ערבות כבר מתחילה, מבוי בכמה ראשונים, ומפורש בביאור הגר"א ס"י קל"א ס"ק י"ט, ונתבאר בסימן ט' ס"ק ג' - ה'.

ולמה שנתבאר לדון בסי' ג', די"ל דאיכא על הערב חיוב ממון מתחילה, וכל הא דאין נפרעין מהערב תחילה הוא רק דין בסדרי הגביה, יל"פ את ד' הנוד"ב באופ"א, דבאמת איכא על הערב חיוב מתחילה, ואך דכיון שאם יפרע הלווה יהיה פטור, אית ביה משום

² וכעיקר ד' הר"ן דא"ז ממש אסמכתא אלא רק דמי לאסמכתא, כתב גם הרמב"ן בתשובה שהובאה בבעה"ת שער מ"ג ח"א אות ו', ועיי"ש שכתב דהיינו משום שתולה עצמו בדעת אחרים, וכשיטתו שהובאה לעיל.

סימן י"ב

גדרי ערב קבלן - אם אית ליה שם לווה ומלוה

אם חיוב קבלן הוי דומיא דחיוב ערב או דהוי סוג אחר של חיוב

א. בגדר ערב קבלן, יש להסתפק אם הוי אותו חיוב כמו של ערב סתם, ואך שהקבלן מקבל על עצמו שיוכלו לתבעו תחילה, או דהוי גדר אחר במהותו מגדר ערב סתם, דחשבי ליה כלווה, ובתולדה מזה יכול המלוה לתבוע ממי שירצה.

ולצד זה דחשבי ליה כלווה, יש לדון עוד, אם יש עליו ג"כ שם 'מלוה', או שאין עליו שם 'מלוה' אלא רק שם 'לווה', דחשיב כנשתמש במעות, אך לא חשיב שלוה את המעות וחזר והלוה ללווה, ויתבאר כ"ז לפנינו בעז"ה.

ב. והנה בגמ' ב"ב קע"ג ב' דנה הגמ' מנין לערב דמשתעבד, ואמר ר"ה מדכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו, ודחי רב חסדא דהא קבלנות היא, ומסקינן דילפי' לה מדברי קבלה מדכתיב לקח בגדו כי ערב זר וגו'. ולפי' שפיר י"ל דהו' ב' גדרים חלוקים, דערב קבלן נלמד מקרא דאנכי אערבנו, וערב סתם נלמד מדברי קבלה.

אכן רש"י בגיטין נ' א' ד"ה כיון דדיניה, כתב וז"ל 'וערב משתעבד מהתורה דכתיב אנכי אערבנו', וכן כתב בכתובות ק"ב א' ד"ה אליבא דבן ננס, וכן נראה בדבריו בקידושין ז' א' ד"ה מדין ערב שכתב בתו"ד 'ממה שמצינו בתורה שהערב משתעבד למלוה' וכו', ומשמע דכוונתו לקרא דאנכי אערבנו, דאילו קרא דלקח בגדו וגו' לא מצינו בתורה אלא בכתובים¹.

ועי' עוד במרדכי ב"ק פרק שור שנגח רמז מ"ו, והגהות מרדכי סנהדרין רמז תשכ"א, ובמאירי

כתובות ק"ב א' וקידושין י"ג ב', שכתבו שהמקור לדין ערב הוא קרא דאנכי אערבנו, וכ"ה בב"י חו"מ סי' קכ"ט הביא מקור לדין ערב מקרא דאנכי אערבנו, ועי"ש בפרישה שביאר, דמה שדחה ר"ח דהאי קרא הוי קבלנות, המכוון בזה הוא שאין משם ראייה לערב סתם, אך אחר דילפי' מקרא דלקח בגדו לדין ערב סתם, שוב כ"ל הך ערב בקרא דאנכי אערבנו. והט"ז כתב בענין אחר, דר"ח אזיל לשיטתו להלן קע"ד א' דאפשר להתחייב חיוב קבלנות בלי 'ערב', אך למאי דקי"ל דא"א להתחייב בלי 'ערב', ע"כ דקרא דאנכי אערבנו איירי בערב סתם. ובאמת כ"ה להדיא ביד רמה קע"ג ב'. וכ"ז יבאר גם את ד' רש"י הנ"ל.

ולפי' אין לנו כל מקור נפרד לדין ערב קבלן, ומחזורתא דלדרך זו אין חילוק במהות ההתחייבות בין ערב קבלן לבין ערב סתם.

ג. אמנם בד' רש"י בב"מ ע"א ב' מבוי דגדר שעבוד קבלן חלוק במהותו מגדר שעבוד ערב, כפי שית' לפנינו סק"ה, ואף שנת' בדעתו שאין מקור נפרד לשעבוד קבלן, וצ"ע היאך הדברים מתיישבים זע"ז.

גם צ"ע, דבד' הרמ"ה גופיה, קע"ד א' אות ק"ל, מבוי שגדר שעבוד קבלן חלוק במהותו מגדר שעבוד ערב, דעי"ש שדן בלשונות ערבות וקבלנות, וכתב בתו"ד וז"ל 'דלשון הלואה לא שייכא אלא גבי ערב דעיקר שעבודה דמלוה גבי לוח הוא, ואמטול הכי לא יתבע ערב תחילה', ומשמע דחיוב ערבות וקבלנות חלוקים ביסוד החיוב, דבערב עיקר השעבוד גבי לוח, ומשו"ה לא יתבע ערב תחילה, ומשא"כ בקבלן איכא שעבוד עליו כמו על הלווה, וצ"ע איך הדברים מתיישבים עם המבוי בדבריו דאין מקור נפרד לחיוב קבלן.

ד. ויל"פ בזה, דהנה ית' בסימן י"ד ס"ק י"א וכן נתבאר בסי' ה' סק"ו, שנחלקו הראשונים בגדר חיוב קבלן,

¹ ועי' רש"י קידושין ל' ד"ה 'תורה', שכתב 'ולא נביאים וכתובים'.

הוכחות שיש על הקבלן שם מלוה ולוה

ה. ותחילה יש להביא כמה מקורות לצד זה שיש על הקבלן שם 'לוה' ושם 'מלוה'.

חדא, נחלקו הראשונים בגמ' ב"מ ע"א ב' אם מותר לישראל להעשות ערב קבלן עבור חברו שלווה מנכרי ברבית, דעת רש"י ודעימיה דאסור לו להעשות קבלן, דדיינין שהקבלן לוה מהנכרי וחזר והלוה לישראל, והוי רבית, ודעת הרשב"א שם ובתשובות המיוחסות ס"י רכ"ד ודעימיה דשרי לישראל להעשות קבלן בכה"ג.

ובדעת רש"י מבוי, שיש על הקבלן שם לוה ומלוה, ובדעת הרשב"א מבוי, שאין חיובו אלא לשלם את חוב הלוה, דומיא דערב סתם.⁵

ובדעת הרשב"א מבוי שם, שמלבד שאין על הקבלן שם 'מלוה', גם אין עליו ג"כ שם 'לוה', דע"ש שנקט דה"נ מותר לישראל להעשות קבלן באופן של מלוה ישראל ולווה נכרי, ומוכח שאין עליו שם לוה, דאילו היה עליו שם לוה, א"כ היה אסור, שהרי נמצא שממון ישראל מתרבה עליו, וע"כ דהגדר הוא שמוטל

אלא דחשבי' ליה כמי שלוח וזר והלוה, וזה אינו מתיישב עם משנ"ת שלדעתו חלוק חיוב ערב מחיוב קבלן.

ואולי י"ל, דהנה בד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב', מבוי שגם יסוד חיוב ערב הוא משום דהמלוה חשיב כשלוחו להלוות, ואי"ז מכח קבלת התחייבות, וא"כ י"ל שאדרבה גם חיוב קבלן הוא מכח זה, ואך דחשיב המלוה טפי שלוחו מאשר סתם ערב.

ואמנם מ"מ ודאי שאי"ז אותו גדר של שליחות, שהרי בדבריו קע"ד א' מבוי דלשונות קבלן הם לשונות שליחות, ומשמע דלשונות ערבות אינן לשון שליחות, ועכ"ל, דבקבלן דיינין ליה כמי שלוח וזר והלוה, והערב איהו המלוה, ואית ביה לתא דשליחות ממש, ומשא"כ בערב סתם חשבי' דהמלוה הוא המלוה, ולא הערב, ואך דחשיב שבא לערב הנאה מהממון, והוי כאילו לוה, ואכמ"ל, וא"כ רחוק לומר שב' החיובים הם מכח אותו מקור, וצ"ת בכל זה.

⁵ אמנם במקו"א הובא שיש שהוכיחו בזה ממקו"א בד' הרשב"א שהפלוגתא היא בדיני רבית, אמנם העירו שבתשובות הרשב"א ח"ג ס"י נ"ט מבוי שהפלוגתא היא בגדרי קבלן.

דיש הסוברים דיסוד החיוב הוא, משום שמקבל על עצמו התחייבות, ודומיא דערב, ויש הסוברים דיסוד החיוב הוא משום שהמלוה נעשה שלוחו להלוות, כמבוי בד' הרשב"א ב"ב קע"ד א'.

ולפ"ז נ' פשוט, דאי נימא דיסוד חיוב קבלן הוא משום שמקבל על עצמו התחייבות, כי אז שייך שפיר לדון דחיוב ערבות וחיוב קבלנות חלוקים במהותם - והגם שיש מקור א' לב' החיובים, והיינו משום דילפי' מקרא דערב דקבלת אחר חשיבא כנתינה לערב לענין שיתחייב על ידה, ובזה יכול לקבל על עצמו חיוב ערבות דיסודו אחריות על חובו של הלוה, ויכול לקבל על עצמו חיוב קבלנות, דיסודו התחייבות בפנ"ע.²

אך אי נימא דיסוד חיוב קבלן הוא, משום דהמלוה חשיב כשלוחו של הקבלן, הרי דחיוב קבלן וחיוב ערב חלוקים בעיקר המחייב, ואז מסתברא שאין מקור לחלק בין חיוב ערב לחיוב קבלן.

ובדעת הרמ"ה נ' מוכרח דס"ל דיסוד חיוב קבלן הוא משום שמקבל על עצמו התחייבות, שהרי כתב בב"ב קע"ג ב' אות קכ"ח, דל' ע"מ שאפרע ממי שארצה הוי ל' קבלנות³, והרי לשון זו דע"מ שאפרע ממי שארצה אי"ז ל' שליחות כלל, דלא הוי דומיא דתן לו ואני אתן וכו', וע"כ דס"ל דחיוב קבלנות הוי קבלת התחייבות, ולהכי לישנא דע"מ שאפרע ממי שארצה מתפרש כקבלת חיוב קבלנות.

ולפ"ז א"ש היטב הא דס"ל מחד דאין מקור מיוחד בתורה לקבלנות, ומאידך דתרווייהו חלוקים ביסוד חיובם, וכמש"נ⁴.

² ועד"ז יתפרש לד' כמה מרבוותא שכתבו דמקרא דערב ילפי' ליסוד הדבר שאפשר להתחייב חיוב חדש, וכפי שנתבאר בסימן א' ס"ק י"ב.

³ ורבים מן הראשונים כתבו דמהני מדין תנאי שבממון, ע"י ר"י מיגש ורא"ש ס"י מ"א ונתבאר בסי' ה'

⁴ אמנם אכתי לא יתיישבו בזה ד' רש"י בב"מ ע"א ב', שמשמעות דבריו שם דלא זו בלבד שהקבלן מתחייב חיוב נפרד,

על הקבלן לפרוע את חוב הלווה, ואין עליו חוב בפני"ע.⁶

ובאמת הר"ן חילק בין המקרים, וכמו שיתבאר להלן סק"ט בס"ד.

1. עוד מצינו, פלוגתת הראב"ד כתוב שם ב"ב פ"א א' מדפי הרי"ף עם הרמב"ן ובעל התרומות בסה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ד אם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע בעצמו או לא, דהראב"ד נקט דהקבלן יכול לתבוע מהלווה שיפרע את החוב ויסלקנו מהערבות, וביאר טעמו וז"ל 'והדבר ידוע שהקבלן נפרע ממנו אע"פ שיש נכסים ללווה, מעתה הערב נעשה לווה אצל המלוה ונעשה מלוה אצל הלווה', ומב' להדיא דאית ליה לקבלן דין מלוה כלפי הלווה, ומהאי טעמא יש לו תביעה על הלווה אף קודם שפרע את החוב.⁷

ובסה"ת נחלק עליו, וכתב שאין לקבלן כל תביעה על הלווה לפני שפרע את החוב, ואף אם הלווה מבזבז נכסיו ועיד"ז יגבו מהערב, וכתב שהסכים עמו הרמב"ן. ובפשוטו דעתם שכל זכות הקבלן על הלווה היא רק משום שפרע את חובו ועשה את שליחותו, אך קודם לכן אין לו כל תביעה.

ומזה ראייה רק להא דאין על הקבלן שם 'מלוה' אך אין מזה ראייה שאין עליו שם 'לווה', ואדרבה מד' בעה"ת בכמה דוכתי נראה שיש שם 'לווה' על הקבלן, כפי שיתבאר להלן ס"ק ט'.

⁶ ואמנם ע"י להלן סימן י"ד, שנתבאר להוכיח בדעת הרשב"א דאף דס"ל שאין על הקבלן שם לווה ומלוה, מ"מ גם הוא מודה שחלוק חיוב קבלן ביסודו מחיוב ערב.

⁷ ובסה"ת העתיק את ל' הראב"ד בנוסח אחר ממה שהוא ב'כתוב שם' לפנינו, דלפי העתקת סה"ת מב' שיש לקבלן תביעה על הלווה 'שלא יבוא המלוה אצלי וידחקני לפרעו'. אכן בכתוב שם לפנינו מב' שכל תביעתו של הקבלן על הלווה היא, שמא ימות הלווה, ויבוא המלוה ויגבה ממנו, ולא יוכל לחזור על היתומים עד שיגדלו, אבל מן היתומים אין לו טענה זו, דמאי דהוי הוי, וכנראה הביאור בזה, שחיובו של הלווה לערב הוא שלא להפסידו, ולכן רק מכח הטענה שמא ימות הלווה ויגבה המלוה מהקבלן יכול הוא לתבוע את הלווה לפרוע תחילה, ובלא זה אינו יכול לתבוע כן.

ובאמת בלשון בעה"ת משמע שיסוד הפלוגתא היא אם יש על הקבלן שם 'מלוה' או לא, דעי"ש שכתב על דברי הראב"ד 'הרי שפירש הרב שהקבלן כמלוה אצל לוה, ונמצא לפי דבריו שיכול לומר לו הוציאני מן הערבות', ומב' שמכח ההנחה שהקבלן מלוה אצל לוה, יכול הוא לומר ללווה הוציאני מן הערבות, ומשמע שבזה גופא פליג בעה"ת, וס"ל שאינו כמלוה אצל לווה.⁸

וכן נראה מדבריו באות מ"ה, שכתב דהא דהקבלן יכול לתבוע מהלווה להשיב לו את מה שפרע, הוא 'הואיל ובמצותו נכנסו, והוא הרשה אותם לפרעו אם לא יפרענו הוא למלוה', ואי נימא דחשבי' ליה כמלוה, מה הוצרך לכך, תיפו"ל דיכול לתבוע את הלווה מדין מלוה.⁹

ואמנם עי"ש בסה"ת באות מ"ד במחלוקתו עם הראב"ד שדימה את דינו, שאין לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע את החוב, דהוי כחוב תו"ז, שאין למלוה זכות תביעה על הלווה קודם הזמן, דכאן נמי אין זמנו של הלווה אלא לאחר שפרע הערב בשבילו, עכ"ד, ומשמע שמודה ביסוד הדבר שיש ללווה חוב לקבלן אף קודם שהקבלן פרע בעבורו, אלא דהוי כחוב תו"ז, וזה לא כמש"נ, וצ"ב, ועי' הערה¹⁰.

⁸ אמנם צ"ע שהרי דעת בעה"ת בשער מ"ו ח"א אות י' דאסור לישראל להעשות ערב קבלן עבור ישראל שלווה מנכרי ברבית, ומשום דחשיב כמלוה ולווה, ומינה לכא' שדיינין ליה כמלוה נמי. אמנם הנה בתו"ד בעה"ת שם מב' דהוא רק אבק רבית, משום שאינו בא מלוה למלוה, ועי' בביאור הגר"א סי' ק"ע סק"ה שנקט דהוא סברא מסוימת בגדר ערב קבלן, שאינו לוה באמת, אמנם בד' בעה"ת גופיה היה מקום לומר דהוא משום שאין שליחות לנכרי מדאו' אלא רק לחומרא, כמש"כ לעיל מינה, אך לעולם בשתרוויהו ישראל, חשבי' לקבלן כלווה ממש, וצער בכ"ז, ואכ"מ.

⁹ אמנם למשי"ת בהערה 12, די"ל שכל ד' הראב"ד הם רק לענין זכות הקבלן לתבוע את הלווה לפרוע למלוה, אך אין בזה כדי לתבוע את הפרעון לעצמו, אין מכאן ראייה

¹⁰ ואולי י"ל, שדבריו אזלי במסוים על הך גוונא שהלווה מבזבז נכסיו, והיינו שהגם שאין חיוב על הלווה קודם שפרע הקבלן

ז. ואמנם צד זה שהערב נחשב לווה ומלוה, צע"ר, דא"כ מדוע יכול המלוה לגבות מהלווה, הרי חשבי' שלא הלווה אלא לערב, והערב הוא זה שחזר והלוה ללווה.

ומצינו בד' הגרע"א ב"מ ס"ב א', שכתב בדעת התוס' שם וז"ל 'דמתלי, דאם המלוה גובה מהלוה, ממילא לא היה על הערב שם לווה ומלוה, דמה שהמלוה גובה מהלוה הוא מצד עצמו, אבל אי המלוה גובה מהערב והערב גובה מהלוה, בזה הוי הערב לווה ומלוה, ומבוי בדבריו, שהוא מתלי וקאי, דעל הצד שהמלוה גובה מהערב, חשבי' שהערב הוא זה שלווה, ועל הצד שהמלוה גובה מהלווה, חשבי' שהלווה הוא זה שלווה, וכ"כ האבני נזר יו"ד סי' ר'.

ח. אכן בד' הראב"ד שהובאו לעיל סק"ו לכא' אא"ל כן, שהרי כתב דמשו"ה יכול הערב לתבוע את הלווה לסלק את החוב אף קודם שפרע הערב את החוב, ולד' הגרע"א הא כל הא דחשבי' לערב כמלוה הוא רק לאחר שפרע בעצמו את החוב¹¹.

והעירוני לפרש בזה בב' אנפי, חדא י"ל, דכיון שהלווה קיבל את הממון רק מכח שהקבלן התחייב ממון, הא גופא גורם שיש לקבלן שם מלוה כלפיו, שכן ההלוואה באה לידו מכח הממון שהוציא הקבלן, וצ"ת בזה.

ובאופ"א י"ל, דכיון שהמלוה נותן את ההלוואה בשליחות הקבלן, כמבוי ברשב"ם ב"ב קע"ד א' וכפי שנת' לעיל סק"ד, חשבי' ליה כמלוה את מעותיו של המלווה, ונמצא שמחד יש למלוה זכות תביעה על

בעבור, מ"מ הרי השעבוד נכסים הוי למפרע, ומשום שהלווה התחייב מתחילה לערב לשלם לו את מה שיפסיד, והיה מקום לומר שכשהלווה מבזבז את נכסים ועיד"ז יגבו בבירור מהערב, כבר מעתה יש לערב זכות על הלווה, ועי"ז כתב דמ"מ הוי כחוב תו"ז, ואכתי צ"ע.

¹¹ והנה אמנם הראב"ד שם הצריך מסירת השט"ח מידי המלוה לידי הערב, והיה מקום לפרש דהיינו משום שעיד"ז קובע המלווה שהדין גביה ידיה היא מהקבלן והקבלן יחזור ויגבה ע"י השטר מהלווה, ולפי"ז אין הדברים סותרים לד' הגרע"א, אכן הבעה"ת הנ"ל כתב בדעת הראב"ד דל"ב למסירת השטר, ועיי"ש בטעם מה שהראב"ד הזכיר בדבריו את מסירת השטר.

הלווה, מכח שממון ההלוואה הוא שלו, ומאידך יש לקבלן זכות תביעה, משום שיש לו דין מלוה על הממון. ואמנם אכתי צ"ע מכח מה יכול לתבוע את הפרעון לעצמו, ועיי' בהערה¹².

הוכחות שיש על הקבלן שם 'לווה' אך אין עליו שם 'מלוה'

ט. ואמנם, בד' קמאי בכמה דוכתי מבוי דס"ל שאמנם יש על הקבלן שם 'לווה' אך אין עליו שם 'מלוה'¹³.

וחדא הוא בד' הר"ן בב"מ ע"א ב', שחילק בין אם המלוה נכרי והלווה ישראל - שאז שרי לישראל להעשות קבלן עבור חברו, דחשיב שמתרבה עליו ממון הנכרי, ובין מלוה ישראל ולווה נכרי - שאז אסור לישראל אחר להעשות קבלן, כיון שהרבית מתרבה על הקבלן, והוי רבית דישראל, וכ"כ בנמק"י.

ובדעתם נראה בפשוטו, שמחד יש על הקבלן שם 'לווה', אך מאידך אין עליו שם 'מלוה'¹⁴.

אכן בב"י סי' ק"ע מבוי בדעת הר"ן, שאין על הקבלן שם לווה כלל, אלא חיובו מדין קבלן, ומ"מ גדר חיובו הוא דחשיב שנשתמש במעות, והרבית מתרבה גם

¹² ובאמת בסה"ת שם נראה להדיא דתביעת הקבלן אינה לפרוע לו את הממון עצמו, אלא לסלקו מהערבות ע"י פרעון החוב, ויל"פ דהוא מהאי טעמא שיש על הערב שם מלוה על ממון המלוה, וכל כוחו הוא לתבוע פרעון למלוה. ולפי"ז יתכן שאם שילם הקבלן את הדמים, באמת אין לו זכות על הלווה מכח שם מלוה, אלא זכותו היא רק מכח שהלווה נתחייב לשלם את מה שישלם הוא, וצ"ת. ועי"ע בסו"ס י"ד מה שיתבאר בד' הראב"ד.

¹³ ובפשוטו היינו משום דחשיב שנשתמש ונהנה מהמעות, וכן מבוי בד' הגר"א, וכמו שיתבאר להלן, אכן לעיל סק"ד נתבאר בדעת הרמ"ה באופ"א, דקיבל על עצמו התחייבות בפני"ע, ולא רק חיוב לפרוע את חוב הלווה.

¹⁴ ולדרך זו שיש על הקבלן שם 'לווה' ואין עליו שם 'מלוה' יל"ע מאי טעמא חייב הלוה לפרוע לו את מה ששילם עבורו, דמצד דחשיב 'מלוה' א"א לחייבו, ומצד דין נהנה, משום שפרע את חוב הלווה, גם א"א לחייבו, שהרי פרע את חוב עצמו. ועיי' להלן סי' י"ג ס"ק י"א מה שיתבאר בזה בס"ד.

עליו, ושייך ע"ז רבית. ובדבריו שם נראה, שאילו היה על הקבלן שם 'לווה', בהכרח דהיינו משום שדנים שלוה את המעות עצמם וחזר והלוה ללווה, וא"כ אף במלוה נכרי היה אסור לישראל להעשות קבלן, ועל כרחך דחיובו הוא מכח פרשת קבלן, ולהכי לדעת הר"ן אין עליו שם לווה ומלוה.¹⁵

ומ"מ נראה שאך חילוקי לשונות יש כאן, וכל הראשונים שנקטו שיש על הקבלן שם לווה אך אין עליו שם מלוה, וכפי שיתבאר עוד בסמוך, אין כוונתם דחשיב כלוה ממש, אלא דיש עליו חיוב בפני"ע, ולא הוי כגדר ערב סתם שמוטל עליו לפרוע את חוב הלווה, ולהלן יתבאר להוכיח כן.

י. וכדרך זו שיש על הקבלן שם לווה אך אין עליו שם מלוה, נראה מוכח בדעת בעה"ת, דמחד נת' לעיל סק"ה להוכיח בדעתו, דס"ל שאין על הקבלן שם מלוה, ומאידך מבוי בדבריו בכמה דוכתי, דיש על הקבלן שם לווה.

וחדא הוא במש"כ בשער ל"ה ח"א אות מ"א וז"ל 'ומסתברא דקטן שערב ממון אף על גב דלא משתעבד

¹⁵ והנה זה ל' הר"ן שם 'אבל היכא שהוא יכול לתבוע ללוה תחילה, אעפ"י שהוא יכול לתבוע גם לערב, כגון שקבל עליו שיפרע מאיזה מהם שירצה, מותר, שהרי ממונו של גוי אצל שניהם נתרבה, וכשהגוי נפרע מן הערב באותה שעה הוא שחל שעבודו על הלוה, ושרי, שכבר נתחייב בכל מה שהוא פורע בשבילי, והעירוני לתמוה בזה, דלכא' עיקר הטעם דלית ביה משום רבית, הוא משום דליכא על הערב שם מלוה, וכמש"כ הר"ן דבאותה שעה שפרע הוא שחל שעבודו על הלווה, ובאותה שעה הא הוי הכל קרן, וא"כ מהו שפתח הר"ן דממונו של גוי אצל שניהם נתרבה, ומה זה נוגע לטעם ההיתר.

ועפ"י דהב"י נראה, דכוונת הר"ן לבאר דליכא על הערב שם לווה, והיינו דאם כשגבה המלוה מהקבלן חשבי' למפרע דממונו של גוי נתרבה אצל הערב בלחוד ולא אצל הלווה, הרי על כרחינו דהיינו משום דדיינינן דהערב איהו ניהו הלווה, וחשבי' כאילו לווה את המעות וחזר והלוה ללווה, וא"כ הוי רבית גמורה, ולכן פתח הר"ן דממונו של גוי נתרבה על שניהם, ומעתה אין חיובו של הקבלן בתורת לווה אלא בתורת ערב, ומה"ט חזינו ליה כמי שפורע את חוב הלווה בשליחותו, ורק משו"ה דנים דיכשהגוי נפרע מן הערב, באותה שעה הוא דחל שעבודו על הלווה.

בערב שאינו קבלן, בדרך קבלן משתעבד, דהוה ליה **קטן שלוה**. וכו'. ואיכא מ"ד דכשם שלא נשתעבד דרך ערב, מפני שאין לו דעת כדי לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו, כך אינו משעבד עצמו בדרך קבלן. ומבוי בד' בעה"ת, דטעם הדעה דמצי לשעבד את עצמו הוא משום דהוי כלוה.¹⁶

ועי"ש בגדו"ת שכתב, שאף הסוברים שקטן אינו נעשה קבלן, מודים ביסוד הדבר שחיוב קבלן הוא משום דהוי כלוה, אלא דס"ל דכל הא דקטן שלוה חייב לשלם, הוא משום שנהנה מהממון עצמו, וזה לא שייך בקבלן.

וכן מבוי ממה שכתב בריש אות מ"ד לדון שטענת פרעתי של הלווה אינה פוטרת את הקבלן, משום שהקבלן הוא כלוה, והסיק וז"ל 'שהקבלן אף על פי שהוא כלוה לא יתחייב אלא במה שיתחייב הלווה', וכו', והרי דהקבלן חשיב כלוה.

וכן נראה מבוי, ממה שכתב שם, שיש שנתשבשו ואמרו שאף בערב קבלן צריך המלוה להתנות ע"מ שאפרע ממי שארצה - והיא שיטת ר"ש בן חפני המובא בעיטור ערך ערב - וכתב ע"ז הבעה"ת, דלא היא, שהקבלן 'הוא כלוה אצל מלוה, ואע"ג דלא אתני גובה ממנו תחילה', ומשמעות דבריו, דכתב כן לנתינת טעם להא דבקבלן לא בעי' שיתנה ע"מ

¹⁶ ואמנם מד' המ"מ פרק כ"ו מהל' מלוה ולוה הי"א נראה באופ"א, דעי"ש שמבוי בדבריו שמעיקר הדין יש סיבה לחייב קטן שנעשה ערב, דלא גרע ממתנתו של קטן שקיימת במטלטלין, והא דבקושטא אין הקטן נעשה ערב, הוא משום דבערב איכא משום אסמכתא אלא דבמה שהלווה על אמונתו גמר ומשעבד נפשיה, ואין לקטן דעת לשעבד עצמו בזה. ולדבריו בע"כ דשפיר יכול להעשות קבלן, דבקבלן בפשוטו ליכא משום אסמכתא, ושוב מהני מדין מתנת קטן.

ובדעת הבעה"ת שחייב את הקטן רק משום דהוי כלוה, כנראה צ"ל דס"ל דשעבוד חלוק ממתנה, דלהשתעבד שיעבוד חדש בעי' דעת טפי, וא"א לחייב קטן שנעשה ערב מצד מתנת קטן, אלא רק מצד דהוי כלוה.

שאפרע ממי שארצה, דחיובו של הקבלן הוא משום דחשיב כלוה, ואי"ז מכח התחייבות גברא¹⁷.

יא. וכדרך זו שיש על הקבלן שם לוה ואין עליו שם מלוה, נראה גם בדעת הגר"א, ויש להקדים, דהנה בשו"ע סי' ע"ז סעיף א' כתב, דבב' שלוו כל א' הוי לוה במחצה, ואינו חייב על המחצה השניה אלא מדין ערב, ועל כן כל שיש להם נכסים, א"א לגבות מכל א' אלא מחצה, ושם בסעיף ג' כתב, דבב' שערבו נעשה כל א' ערב על הכל, וביד המלוה ליפרע את הכל ממי שירצה, והוא דעת הרשב"א בב"מ ל"ד ב'.

והראשונים הביאו שבתוספתא בשלהי ב"ב מפורש שבב' ערבים אין גובים מכל א' אלא מחצה, והרשב"א שם כתב דלא סמכינן עלה, אכן הגר"א כתב וז"ל 'דמוקמי לתוספתא בערבות קבלנים, דהוה כמו שנים שלוו, שהן בעצמן נשתעבדו'.

ומב' בד' הגר"א דבב' ערבים קבלנים מודו כו"ע דא"א לגבות מכל א' אלא חצי, דהוה כב' לוויים¹⁸.

¹⁷ עוד מב' כן בדבריו שער א' ח"ב אות ג', שכתב בדיני מסדרין לבע"ח, וז"ל 'ומיהו דוקא ערב אבל קבלן מסדרין עמו, דלא גרע משאר לוה, והוה ליה כזקפן עליו במלוה שחזר דינו כלוה'.

וכ"כ שם ח"ג אות ג' בדיני אין ממשכנים לבע"ח, שלערב ממשכנים, אך הקבל דינו כשאר לוה, 'דלא גרע מזקפן עליו במלוה שאי אתה רשאי להכנס לביתו, אלא יתנהג עמו בכל דבריו כלוה'. ומשמע דדינו של הקבלן כלוה. ודין זה נפסק בטוש"ע סי' צ"ז.

אמנם העירוני, שמלשונו מב' שלא היה די לו לומר שהקבלן חשיב כלוה, אלא הוצרך להא דלא גרע מהא דזקפן עליו במלוה. אך מאידך העירוני לכנה"ג סי' קכ"ט הגהות טור אות מ"ח, שצייד שבע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, אף שנפרעין ממנו תחילה, מ"מ אין מסדרין עמו, דחלוק דינו מקבלן.

והביאור הוא, דיש על הקבלן סיבת חיוב בפני"ע, ובזה דמי ללוה, ומשא"כ בערב ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, אין חיובו אלא לפרוע את חוב הלוה ואין עליו חיוב חלוט בפני"ע, ולכן לא חשיב כזקף עליו במלוה. והוא כד' הב"י שהובאו לעיל סק"ח שאין על הקבלן שם 'לוה' ומ"מ דינו כדין לוה.

¹⁸ ועי' בסימן י"ד ס"ק ד' וס"ק ו' שיתבאר מדוע הרשב"א מיאן בזה.

ומאידך מב' בד' הגר"א ביו"ד סי' ק"ע סק"ה דאף אם יש איסור על ישראל להעשות ערב קבלן עבור חברו שלווה מנכרי ברבית, מ"מ אי"ז אלא אבק רבית, 'כיון שאינו באה מלוה למלוה, ואינו כערב שלוף דוץ שהוא לוה באמת'. וצ"ע בכוונתו, וגם איך הדברים מתיישבים עם דבריו בחו"מ סי' ע"ז שמב' דקבלן חשיב כלוה.

יב. ונראה בדעתו, דאדרבה, דבריו בחו"מ משלימים את דבריו ביו"ד, דאף דחיוב הערב הוי כחיוב לוה, כל זה הוא רק לענין דחשיב שגוף המנה בא לידו ונשתמש בו, אך מ"מ 'אינו לוה באמת' - דלא חשבי' שלווה את המעות עצמם וחזר והלווה ללוה, דלעולם ההלוואה נעשתה בין המלוה והלוה, ולכן גם אין עליו שם 'מלוה', דהסיבה לדון שיש עליו שם מלוה הוא משום דחשבי' שלווה את המעות ממש וחזר והלווה ללוה.

אלא דחיובו דמי לחיוב לוה - דיש עליו סיבת חיוב בפני"ע, ולא הוי כסתם ערב שמוטל עליו לפרוע את חוב הלוה, וכמו שנתבאר לעיל מד' הב"י, ולכן לא שייך כאן איסור רבית קצוצה¹⁹.

ובאמת כן נראה מב' מעיקר ד' הגר"א בחו"מ סי' ע"ז שם, ונתבאר בזה בסימן כ"ח ס"ק ט"ו.

¹⁹ ומ"מ ס"ל דאיכא ביה אבק רבית, דכיון דהקבלן פורע חוב המוטל עליו ולא חוב המוטל על הלוה, שוב כאשר הלוה פורע לו את הרבית, חשיב הלוה כמשלם לו תשלום נוסף מאשר עצם דמי ההלוואה, ואכ"מ.

סימן י"ג

מחלוקות ראשונים בכמה דוכתי בדין קבלן

וכצד זה נראה מוכרח בד' הרשב"א, שמחד כתב בגיטין כד' הרמב"ן, שדין הקבלן בבינונית, ומאידך כתב בב"מ ע"א ב' שכל חיובו של הקבלן הוא לפרוע את חוב הלווה ואין עליו חיוב בפני"ע, וכמש"נ בסימן י"ד.

אם טענת פרעתי של הלווה פוטרת את הקבלן

ב. עוד פלוגתא מצינו, אם טענת פרעתי של הלווה פוטרת את הקבלן או לא, דדעת המ"מ ה' מלוה ולוה פרק כ"ו ה' והבעה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ד, דהקבלן נפטר.

ודעת המרדכי ב"ב רמז תרנ"ב שהקבלן חייב, וכן פסק הרמ"א חו"מ סי' קכ"ט סעיף ט"ו.

ובפשוטו נחלקו אם יש על הקבלן חיוב בפני"ע, ולכן טענת הלווה אינה פוטרתו, או שכל חיובו הוא לפרוע את חוב הלווה, ולכן נפטר בטענת הלווה.

ג. אמנם י"ל, שאין ראיה מכאן לא' הצדדים. דז"ל בעה"ת שם 'שהקבלן אע"פ שהוא כלוה לא יתחייב אלא במה שיתחייב הלווה, ואם טען במלוה על פה פרעתי משתבע לוה היסת ומפטר איהו והקבלן', ויל"פ בכוונתו, שיש חוב א' המוטל על שניהם, ולכן נפטר האחד בטענת חברו, ולפ"ז אין הוכחה שכל חיוב הקבלן הוא לפרוע את חוב הלווה.

וכן בדעת המרדכי דפליג יש לדון באופ"א, דהנה זה לשונו 'וגבי ערב קבלן נראה לי [כיון] שאם חפץ שאין לו דין עם הלווה דהתם על הערב קבלן להתנות ואיהו הוא דהימניה', וכוונתו דכיון שבקבלן אם חפץ המלוה אין לו דין עם הלווה - ושלא כסתם ערב דקיי"ל

לשלם זיבורית, דלא תיקנו לשלם בינונית במקום שאין לו כ"א זיבורית, ולכן גם דינו של הקבלן הוא זיבורית, ומשא"כ באופן שאין ללווה מה לשלם כלל, שוב הדרגין להא דעיקר חיוב הלווה בכח הוא בינונית, וה"נ חיובו של הקבלן.

כשיש ללווה זיבורית ולקבלן בינונית

א. נחלקו הראשונים בגיטין מ"ט ב', היאך הדין בשיש ללווה זיבורית ולקבלן יש בינונית, דדעת התוס' ודעימיהו שהמלוה אינו יכול לגבות מהקבלן אלא זיבורית, דומיא דמה שנמצא בידי הלווה, ודעת הרמב"ן ודעימיהו שהמלווה יכול לגבות מהקבלן בינונית כדינו.

והנה בדעת התוס' ודאי מוכח דאין על הקבלן חיוב בפני"ע אלא כל חיובו לפרוע את חוב הלווה, ולכן דינו תלוי בדין הלווה.¹

ובדעת הרמב"ן יש להסתפק, אם דעתו היא דקבלן הוי לוה בפני"ע, או דאף שחיובו לפרוע את חוב הלווה, מ"מ כיון שעיקר החיוב הוא לפרוע מבינונית ואך שאין ללווה אלא זיבורית, שפיר אפשר ליפרע מהקבלן בינונית.²

¹ ועוררני להקשות בסתירת ד' הריטב"א, שבב"ב קע"ד כ' שאם ללווה יש זיבורית גם הקבלן אינו חייב אלא זיבורית, ומזה מבו' דס"ל דגדר חיוב הקבלן הוא לפרוע את חוב הלווה, ועי' עוד להלן ס"ק ז' - ט' שנת' להוכיח כן בדעתו, ולעומת זאת בב"מ ע"א ב' כתב שאסור להעשות ערב קבלן להלוואת נכרי ברבית, ולעיל סי' י"ב סק"ג נת' להוכיח מזה דקבלן חשיב כמי שלווה וחזר והלווה.

² ובאמת ד' התוס' צ"ע, שהרי אילו אין לו ללווה כלל נכסים, ודאי אפשר לגבות מהקבלן בינונית ולא רק זיבורית, וא"כ מדוע אם יש ללווה זיבורית שוב א"א לגבות מהקבלן אלא זיבורית, ולכא' הדברים ק"ו. ובנוס"א יש להקשות, שהרי הא דאם אין ללווה נכסים כלל, גובים מהקבלן בינונית, ע"כ דהוא משום שבעצם חיובו של הלווה הוא בינונית, וא"כ מהאי טעמא גופא נימא שאף אם יש ללווה זיבורית, מ"מ עיקר החיוב המוטל עליו הוא בינונית, ואך שבפועל אין לו אלא זיבורית, ומאי טעמא אמרי' שדין הקבלן הוא בבינונית.

ונראה מוכח, דאדרבה, כשיש ללווה זיבורית, אין הגדר שמוטל עליו לשלם בינונית ואך שבפועל יש לו רק זיבורית, אלא הגדר הוא שבמקום שאין לו בינונית אלא רק זיבורית, כל חיובו הוא

לא יתבע את הערב תחילה, א"כ על הקבלן להתנות, ומדלא התנה איהו הוא דהימניה למלוה.

ומהא דהוסיף דהקבלן הימניה, נראה, דלעולם מודה שאין על הקבלן חיוב גמור בפני"ע, ומה שאינו נפטר בטענת הלווה, הוא משום דנקטינן דע"ז גופא נעשה ערב - שיוכל המלוה לתבוע ממנו אף באופן שאינו יכול לתבוע מהלווה - שהרי זהו גדר קבלן, שאם חפץ המלוה אין לו דין עם הלוה³.

וגדולה מזו מצינו בד' הסמ"ע סי' קכ"ט, שכתב דהיכא דהקבלן פרע, והלווה טוען פרעתי, פטור הלווה לשלם לו, דאיהו אפסיד אנפשיה מדלא התנה, והש"ך סי' ק"ל סק"ג נחלק עליו, ומ"מ בדעת הסמ"ע נראה כמש"נ, דמעיקר הדין הקבלן פטור מלשלם, ואך דמדלא התנה הימניה למלוה, ולהכי חשבי דאפסיד אנפשיה.

אמנם בשו"ת צמח צדק האחרון חו"מ סי' ט"ז ובאבני נזר יו"ד קצ"ז סק"ג, נקטו בדעת המרדכי, דס"ל דיש חיוב בפני"ע על הקבלן.

דין קבלן כשהלווה מת

ד. והנה המ"מ והבעה"ת הנ"ל כתבו שכן הוא הדין באופן שהלווה מת, שאין גובין מהקבלן, ובטעם הדבר נחלקו, דהמ"מ כתב דטוענים לקבלן שמא פרע הלווה, אכן בסה"ת כתב שטוענים ליתומים שאביהם פרע, וממילא נפטר הקבלן, ומשום שהקבלן נפטר בפטור הלווה.

ובסימן י' סק"ד נתבאר לדון בזה, דדעת הבעה"ת שיש על הקבלן חיוב בפני"ע, ולהכי לא שייך לטעון לו עצמו, דאין עושים טענין לבע"ד גופו, כמש"כ הקצוה"ח סי' ל"ט סק"ה, ולכן הוצרך להא דטענין ליתמי וממילא נפטר גם הערב, דחיובם אחד. ודעת המ"מ דחיובו של הקבלן הוא לפרוע את חוב הלווה,

³ וגדולה מזה מצינו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' תשי"א, דאף ערב סתם חייב באופן שהלווה טוען פרעתי, דע"ז גופא נעשה ערב, עיי"ש.

ואין עליו חלות חיוב בפני"ע, ולכן ס"ל דשייך לטעון לו עצמו.

קבלן דכתובה

ה. ובנדון זה יש להוסיף עוד, דהנה בד' הרמב"ם בפ' י"ז מהל' אישות ה"ט, ובד' הרמב"ן והר"ן בגיטין מ"ט ב' מב', דקבלן דכתובה משתעבד בלא קנין, וכן הכריע הטור אבן העזר סי' ק"ב⁴. ומדבריהם לכא' מוכח, דקבלן לא חשיב כלוה, וכ"ש דלא חשיב כמלוה, שהרי אין שם נתינת ממון בעין עד דשייך לומר דחשיב כאילו קיבל את המעות, וע"כ דהוי התחייבות גברא, ולהכי משתעבד בדיבור בעלמא⁵. ובאמת הרשב"א בגיטין נחלק עליהם וס"ל דלא שייך חיוב קבלנות בכתובה, ויתבאר בסי' י"ד.

ו. עוד יש להוסיף בזה, דהנה בגמ' ערכין כ"ג ב' איכא פלוגתא בדין ערב, אי משתעבד דווקא בדאית ליה ללווה נכסים, או אף בדליכא ללווה נכסים, ואמרי' התם דבקבלן דבע"ח כו"ע מודו דמשתעבד אפי' בדלית ליה ללווה נכסים, ופירש שם רבנו גרשום וז"ל

⁴ ובד' הטור מב', דהיינו משום דזמן חיוב הכתובה חשיב כשעת מתן מעות, ועי' סי' י"ט מה שנת' עוד בזה.

⁵ ובאבני נזר יו"ד סי' קצ"ז סק"ב הוכיח עוד בדעת הרמב"ם דליכא על הקבלן שם 'מלוה', ממה שכתב בפרק כ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ו, דמי שנעשה קבלן מעצמו ופרע את החוב, פטור הלווה מלשלם לו, דחשיב פורע חובו של חברו, ואי גדר קבלן הוא דחשיב שלווה את המעות וחזר והלווה ללווה, א"כ אמאי לא יתחייב הלווה לפרוע מה שלווה מהקבלן, והא אית ליה תביעת ממוני גבך, וע"כ דליכא עליה שם מלוה. אכן אכתי אין מזה ראייה דליכא עליה שם 'לווה'.

במש"נ דהרמב"ן ע"כ סובר דהקבלן לא חשיב כמלוה ולוה, יש לתמוה שמד' הרמב"ן ב"מ ע"א ב' משמע דס"ל כשיטת רש"י דאסור לישראל להיות ערב קבלן עבור הלוואת נכרי ברבית לישראל, ומזה משמע דחשבי' שהקבלן לוה וחזר והלוה ללווה, וכמו שנת' בסי' י"ח ס"ק י"ז.

גם יש לתמוה בסתירת ד' הטור, שבאבן העזר ק"ב פסק כדעת הרמב"ם דקבלן דכתובה לא בעי קנין, ובחו"מ סו"ס צ"ז כתב דאין ממשכנים קבלן, דחשיב כלוה, וכמו שנת' לעיל סי' י"ב הערה 17.

ידברי הכל משתעבד. דנעשה כמו שקבל מיד המלוה הממון, ומבוי דהא דקבלן משתעבד הוא משום דחשבי שגוף הממון בא לידו⁶.

בהא דמחילה ללוה פוטרת את הקבלן

ז. עוד עוררוני בזה, דהנה הריטב"א בב"ב קמ"ז ב' כתב בביאור דעת ר"ת בהא דהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול, דהיינו משום דהמכירה היא רק על שעבוד הנכסים, שהן כערבין על שעבוד הגוף, ולא על שעבוד הגוף, וז"ל 'ולפיכך כשחזר ומחלו מחל שעבוד הגוף ונפטרו הנכסים שהם כערבים, שהפטר את הלוה נפטר הערב, ואפי' הוא קבלן'.

ויש ללמוד מדבריו, דהא דהקבלן נפטר במחילת הלוה, אי"ז משום דאמדי' שבכלל המחילה ללוה נמחל גם חוב הקבלן, דד"ז לא שייך במכירת שטרות שאין המלוה יכול למחול על שעבוד הנכסים, אלא הוא משום שכל חיוב הקבלן הוא לפרוע את חוב הלוה, ולכן כאשר נמחל חוב הלוה, נסתלק חוב הקבלן בממילא⁷.

⁶ ובאמת בד' רבנו גרשום בסוגיא שם מבוי דס"ל כדעת הרשב"א בגיטין מ"ט ב' דלא שייך קבלנות בכתובה ומטעם שלא הוציאה ממון בשליחות הערב, וכפי שיתבאר עוד בסי' י"ד הערה 1, ואזיל לשיטתו.

⁷ ואולי יש לדחות, דהגם שמצד חלות החיוב מוטל על הקבלן חוב בפני"ע, מ"מ מצד קבלת הערבות לא נתכוין הקבלן להעשות קבלן על אופן שהמלוה סילק את תביעתו מהלוה. וביותר, למש"כ בקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו דהא דמחילה ללוה פוטרת את הערב הוא משום דמחילה הריהי כפרעון, ובכוונתו נראה, דמחילה חשיבא כאילו נתקיים זכותו של המלוה על הלוה, ואי"ז סתם סילוק, ונקטינן שלא על כה"ג נעשה לערב. דאין נראה דמחילה נידונית כפרעון ממש, דהא בשמחל לערב לא נמחל ללוה.

ועד"ז נראה במה שמצינו בד' הרמב"ן בגיטין מ"ט ב', שכתב שאם הלוה רוצה לפרוע את החוב, לא מצי המלוה לתבוע את הקבלן, אף שביד הלוה יש זיבורית וביד הקבלן יש בינונית, וכן נפסק בשו"ע סי' קכ"ט סעיף ט"ו. ונראה שאין להוכיח משם שאין על הקבלן חוב בפני"ע אלא כל חובו הוא לפרוע את חוב הלוה - ולכן אם הלוה משלם א"א לתבוע מהקבלן - שכן י"ל

אכן בתשובות הרא"ש כלל ע"ב סי' י"ג משמע דהא דבמחילת הלוה נמחל גם חוב הקבלן, הוא רק משום דאמדי' בסתמא שנתכוין המלוה למחול גם לקבלן, אך אילו גילה בדעתו שלא נתכוין למחול את חוב הקבלן, חייב הקבלן, וכן כתב בדעתו בשו"ת צמח צדק האחרון או"ח סי' מ"ה סק"ה.

ובדעתו נראה, דמחילה ללוה אינה פוטרת את הקבלן בממילא, כיון שמוטל עליו חוב בפני"ע, אלא הוא רק משום דאמדי' שנתכוין המלוה למחול גם לקבלן, ועי' בסי' כ"ח ס"ק י"א שנתבאר להוכיח כיסוד זה.

דין קבלן במקום יתומים

ח. והעירוני עוד בזה, לד' הריטב"א בשבועות מ"ח ב', דשם אמרו גבי דינא דאין נפרעין מנכסי יתומים אלא בשבועה, דה"נ אין נפרעין מהערב אלא בשבועה, כיון דערבא בתר יתמי אזיל, ובביאור הדבר נתבאר בסי' ט"ז דפליגי הראשונים, דיש שפירשו דהיינו משום שהערב יחזור על היתומים ויגבה מהם, ונמצא דלא הועילו חכמים בתקנתם שאין נפרעין מנכסי היתומים.

אכן הריטב"א שם פירש וז"ל 'אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל, פירוש כי עיקר החוב על היתומים הוא, וכיון שנפטרו הם שהם כלוה עצמו, נפטר הערב, ואפי' הוא ערב קבלן, דערב במקום יתמי קאי, אע"פ שהוא קבלן, וכל מאי דפרעי הדר גבי מינייהו כי אית להו, עכ"ל.

ומבוי שפירש, דהיינו משום שהיתומים חשובים כלוה, ועל כן כל שנפטרו היתומים נפטר אף הערב.

ולפ"ז מתפרש מה שאמרו 'אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל', דהיינו דמזה חזינן שעיקר החוב הוא על היתומים, וחיוב הקבלן הוא לפרוע את חובם - כי על כן כשפרע את החוב חוזר וגובה מהם - ולכן כל שנפטרו היתומים, ה"נ נפטר הקבלן.

שהוא סברא בקבלת הערבות, שלא נתכוין הערב להעשות קבלן על אופן שהלוה מעמיד את החוב למלוה.

הריטב"א אזיל לשיטתו

ט. ונראה דהריטב"א לשיטתו אזיל, בב"ב קע"ד ב', שכתב וז"ל 'ולענין ערב או קבלן שפרע קודם זמנו למלוה ולא אודעיה ללוה, וכו', אומר הר"ם שגובה מן הלוה וכו', דלא מיפטר מטעמא דפורע חובו של חברו, דהתם הוא משום דליכא על הפורע שום שעבוד, אבל הכא דרמיא עליה שעבודא ליכא למימר הכי, ואפי' היה ערב סתם, וכ"ש אם היה קבלן, וכו' בנמק"י פ"א ב' מדפי הרי"ף.

ומשמעות לשונו, דחיוב הלוה לערב הוא מדין נהנה, ומשום שהערב פרע את חוב הלוה, ושאיני מפורע חובו של חברו דעלמא, ומדהוסיף הריטב"א 'וכ"ש אם היה קבלן, מבוי' שגם בקבלן טעם החיוב הוא מדין נהנה, ומשום שהערב פרע את חוב הלוה, וכמבוי בדבריו בגמ' בשבועות.

ומכאן שכל חיובו של הקבלן הוא לשלם את חוב הלוה ולא חשבוי ליה כפורע חוב עצמו, וכמו שהוכיח עד"ז בקה"י קידושין סי' י"ב.

וכן משמע במגיד משנה הל' מלוה פרק כ"ה ה"ו⁸, ובביאור הגר"א חו"מ סי' ק"ל סק"ה, דחיובו של הלוה לשלם לקבלן מה שפרע בעבורו הוא מדין נהנה⁹.

ושב עוררוני למש"כ בתשובות הרשב"א ח"ג סי' שצ"ד וז"ל בתו"ד 'וקבלן או ערב שפרע לא הפסיד, ואין דנין אותו כפורע חובו של חברו, שלא אמרו אלא בפורע שאינו שייך בחיוב ופורע מדעתו מה שאינו שייך בחיובו כלל, וגם בדבריו משמע דחיובו

של הלוה לקבלן הוא מדין נהנה, ולשיטתו אזיל, שנת' לעיל סי' י"ב דס"ל דחוב הקבלן הוא לפרוע את חוב הלוה.

ד' הב"ח והנתה"מ בגדר קבלן

י. עוד יש להוסיף בזה, דהנה הטור סי' ע"ז סעיף ד' כתב וז"ל 'ראובן שהוצרך ללוות מנה משמעון ולא רצה להלוותו עד שיכנסו יהודה ולוי ערבות ובעלי חובים' וכו', והב"ח שם פירש וז"ל 'פירוש, שלא נכנסו לסתם ערבות שאינו גובה מאחד כל החוב כי אם המחצה אם יש לשני נכסים, אלא נכנסו ג"כ להיות בעלי חובים עם הלוה וכו', והוא שקורא התלמוד ערב קבלן, ומשמעות דבריו, דחיוב ערב קבלן משום דחשיב כבעל חוב.

ועוד יש להוסיף, ד' הנתה"מ סי' ע"ז סק"א, וז"ל בתו"ד 'ובקבלן אינו חייב מטעם שקיבל על עצמו חיוב תשלומין של השני, רק מטעם דהוי כאילו הוא קיבלו לעצמו, כגון בהלואה הוי כאילו הוא (ה)לוה לעצמו, ועי"ש שחילק בזה בין ערב לקבלן.

חיוב הלוה לשלם לקבלן את מה שפרע

יא. והנה לשיטת חבל הראשונים דסברי שאין על הקבלן תורת מלוה אלא רק תורת לוה, וכמו שנת' לעיל סימן י"ב סק"ח, באמת יש לעי' מה מחייב את הלוה לפרוע את מה ששילם הקבלן בעבורו, דמחד א"א לומר דחשיב כמלוה ידידה, וגם מאידך א"א לדונו כמי שפרע את חובו של חברו ומדין נהנה, שהרי לשיטתם חשיב הקבלן כלוה, וכמי שפרע חוב עצמו¹⁰.

⁸ ויש להכריח כן בד' המ"מ, דהנה המ"מ שם נקט בדעת הראב"ד, דאפי' בשנעשה ערב או קבלן מעצמו חייב הלוה לשלם לו מה שפרע בעבורו, והרי בשנעשה ערב מעצמו לא שייך לחייב אלא מצד נהנה, ואם הלוה חייב לפרוע אף למי שנעשה קבלן מעצמו, ע"כ דיש מחייב של נהנה לקבלן. אמנם למש"י בסיומן י"ח ס"ק י' לדון, דהנהנה הוא מצד ההלוואה ולא מצד הפרעון, ליכא ראייה.

⁹ וצ"ע לפ"ז בסתירת ד' הגר"א הכא לעומת דבריו בסי' ע"ז ס"ק י"ח שהובאו בסיומן י"ב ס"ק י"א, ואולי למשי"ת בהערה הבאה.

¹⁰ ואולי י"ל בזה, דהנה עי' באבני נזר יו"ד סי' קצ"ז סק"ד שכתב דאפי' אי נימא דטענת פרעתי של הלוה אינה פוטרת את הקבלן, מ"מ י"ל דכיון שגם הלוה חייב, חשיב כפורע חוב חברו, עכ"ד, ומשמע שכוונתו, דאף אם מוטל על הקבלן חוב בפני"ע, מ"מ גדר הדבר הוא שמוטל על הלוה והקבלן חוב א', וכיון שעיקר החוב מוטל על הלוה, חשיב הקבלן כפורע חוב חברו.

והישוב לזה מצינו בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ה, שכתב דהוי כמי שהרשהו המלוה לפרוע, וחשיב כפורע בשליחותו, ומדין מוציא הוצאות על פיו¹¹.

ואין לומר דכל הא דחשבי ליה כמי שהרשהו המלוה לפרוע, הוא רק משום שפורע את חוב הלווה, אך אילו מוטל עליו חוב בפני"ע לא שייך לומר כן, שהרי מצינו בפוסקים סי' ק"ל, שאף בגוונא שכבר נפרע החוב מ"מ חשיב כפורע בתורת שליחותא דלווה, וכמו שית' בסימן י"ח, והרי דלא בעי' שיהא בפרעונו תורת פורע חוב חברו כלל, אלא כל שפרע מכח שליחות חברו, מתחייב הלווה.

יב. והדברים מדוקדקים ביותר בד' הראשונים, דהנה הריטב"א הנ"ל כתב 'ואפי' היה ערב סתם, וכ"ש אם היה קבלן', ומבוי' דבקבלן פשוט טפי דחייב הלווה לשלם לו.

אמנם בסה"ת שם כתב בגוונא שפרעו הערב, ד'אע"פ שהיה קבלן ע"פ, חוזר וגובה מן הלוה אותו ממון, הואיל ובמצותו נכנסו והוא הרשה אותם לפרעו' וכו', ומשמע שבסתם ערב הוא יותר פשוט, ובקבלן הוי חידוש טפי, ולהיפוך מהריטב"א.

ולהנ"ל נ', דלשיטתייהו אזלי, דדעת הריטב"א דליכא על הקבלן תורת לווה, אלא חשבי ליה כפורע חוב חברו, ולהכי חייב הלווה לשלם לו מדין נהנה, ולשיטתו קבלן פשוט טפי דאינו דומה כלל לפורע חוב חברו, שהרי יש עליו שעבוד טפי.

אכן בעה"ת לשיטתו אזיל, דס"ל דיש על הקבלן שם לווה, ולדידיה חשיב הקבלן כפורע חוב עצמו, ולא שייך לחייב את הלווה מצד נהנה, ומשא"כ בערב סתם, שפיר יש לחייבו מדין נהנה, ולכן הוצרך לחדש דאף בקבלן חייב הלווה, משום דחשיב שהרשהו לשלם ופרע בשליחותו.

ובאמת אף מצד ההרשאה גופא יש יותר חידוש בקבלן מאשר בערב, דבערב חשבי ליה כפורע את חוב

הלווה, ושייך טפי לדונו כמוציא הוצאות בשביל הלווה, אך בקבלן היה מקום לדון שפורע את חוב עצמו ולא מכח הלווה, וע"ז חידש בעה"ת שגם בקבלן שייך הרשאה, והטעם בזה באמת הוא, דלא בעי' שיפרע בפועל את חובו של הלווה, אלא כל שהוציא על פיו חייב, וכמו שמבוי' בד' הפוסקים בסי' ק"ל, דאף במקום שהחוב כבר נפרע מ"מ שייך תורת שליחותיה והרשאה, דסו"ס הוציא ממון על פיו, וכפי שית' בסי' י"ח בס"ד.

¹¹ ונ' דאזיל לשיטתו, דס"ל שיש על הקבלן שם לווה, ואין עליו שם מלוה, וכמש"נ לעיל סי' י"ב ס"ק י'.

סימן י"ד

דעת הרשב"א בגדר ערב קבלן

ובנדון אם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע

ובביאור דבריו ראיתי לפרש, דהרשב"א סובר דיסוד הפלוגתא שבב"ב קע"ד א' בהל' לשון קבלנות, אי"ז סתם פלוגתא בהל' לשון, אלא דלמאי דקיי"ל כרבא דבעי' תן לו ואני קבלן, הרי דיסוד חיובו של קבלן הוא, דהמלוה חשיב שלוחו להלוות את המעות, ולשון 'יתן לו' הוא לשון שליחות, כמו שכתב הרשב"ם שם ד"ה תן לו, ולהכי ס"ל דבכתובה, דליכא נתינת מעות, ליכא כלל לפרשת חיוב קבלנות³.

ואני נותן, דע"י דעביד המלוה בשליחותו משתעבד הקבלן כאילו בא לידו.

² והנה המ"מ פרק כ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ו כתב שלדברי הרשב"א לא שייך שא' יתחייב קבלנות לאחר מתן מעות, דלא שייך בזה לשון 'יתן לו ואני קבלן', וכתב שדין זה צ"ע ולא נראה כן בדעת הרמב"ם, עיי"ש.

ויל"ע טובא בדבריו, דעד כאן לא דן הרשב"א דקבלן אינו משתעבד בדליכא נתינת ממון, אלא בדליכא קנין, אך באופן שקנו מידו, מה"ת שאינו נעשה קבלן. והא מצינו בריב"ם מן הראשונים שכתבו דקבלן חשיב כלוה, ורחוק לומר דלשיטתם א"א להעשות קבלן לאחר מתן מעות, וצ"ע. ואולי המ"מ לשיטתו, דס"ל דהסוגיא בגיטין שם איירי אף באופן שקנו מידו, וכמו שית' בסימן י"ט, והוקשה לו מדוע הרשב"א לא העמיד בשקנו מיד להעשות קבלן, ומזה הוכיח דלדעת הרשב"א אפי' קנין לא מהני.

וכד' המ"מ בדעת הרשב"א, מצינו בשו"ת מהר"ח או"ז סי' נ"א, שפסק כן להלכה, וז"ל 'ועל גוף הספרים שנתערב שמעון, וכו', הוי ערב שלא בשעת מתן מעות ובעי קנין, ואפילו אם קנו ממנו אין כאן דין קבלנות, דקיימא לן כרבא דאמר דכולן לשון ערבות הן, לבד מתן לו ואני נותן לך או תן לו ואני קבלן כדפי' רשב"ם סוף ב"ב'.

³ ועי' ברש"י בב"ב שם, שכתב דלשיטת הרשב"ם דיסוד דין קבלנות הוא מדין שליחות, בהכרח דצ"ל בביאור מה שאמרו 'קבלן דכתובה' דהיינו כדברי זקנו רש"י דאיירי בשנשא ונתן ביד, וכפי שביאר הרשב"א הנ"ל.

הוכחות שדעת הרשב"א שחלוק חיוב ערב מחיוב קבלן

א. לעיל סימן י"ב סק"ג הובאו ד' הרשב"א בב"מ ע"א ב', דשרי לישראל להעשות קבלן עבור חברו שלווה מנכרי ברבית, והטעם לזה, דחשבי' שהרבית התרבתה על הלווה, והקבלן רק מחויב לפרוע את חוב הלווה, ולא חשבי' לקבלן כלוה ומלוה.

והנה לפ"ז לכאוי' אין חילוק ביסוד החיוב בין ערבות לקבלנות, אלא הכל תלוי בדעת האדם לקבל על עצמו.

אך נראה להוכיח, דאף הרשב"א מודה דחלוק ביסודו גדר חיוב ערב מגדר חיוב קבלן.

דהנה רש"י בגיטין מ"ט ב' כתב דבקבלן דכתובה בעי' שישא ויתן ביד, והתוס' למדו מדבריו שכל קבלן צריך לישא וליתן ביד, והקשו ע"ז כמה קושיות.

אכן הרשב"א שם כתב וז"ל 'ולי נראה שלא בא רש"י ז"ל לפרש שתשא היא ותתן ביד ממש, אלא לומר לך דתן לו ואני קבלן צריך לומר לו וכמו שפסק גם הרב אלפאסי ז"ל, ואלו בכתובה שהיא אינה נותנת כלום לא שייך קבלנות אלא א"כ יתן לה הבעל כסף כתובתה ויחזור הקבלן ויאמר לה תן לו ואני קבלן', ועיי"ש עוד^{1,2}.

¹ וכיסוד ד' הרשב"א נראה גם בד' רבנו גרשום בערכין כ"ג ב' שביאר במה שאמרו שם שמשה עצרי נעשה קבלן לכתובת בנו וז"ל 'כגון שהתפיסה לה בעלה כתובה בשעת נשואיה והיא נתנה לחמיה והוא האמין לבנו ולכך היה משועבד, א"נ שאמר לה חמיה תן לבעליך ואני קבלן', והרי שהעמיד בב' גוונ, או שנשא ונתן ביד, או שאמר לה תני לבעליך ואני קבלן, ולא העמיד בפשוטו שנעשה קבלן עבור הכתובה, ובדעתו אא"ל דס"ל שכל קבלן צריך לישא וליתן ביד, שהרי בגוונא הב' ליכא נוי"נ ביד, ועי"כ כד' הרשב"א דהא דהחשרון הוא משום דבעי' לישנא דתן

ב. וני' עוד להוכיח כן בדעת הרשב"א, והוא ממה שכתב בב"ב קע"ג ב', דאפי' אם המלווה אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, ואפי' התנה מפורש שיגבה מהערב תחילה, לא מהני תנאו, והוי פטומי מילי, דאין דעת הערב לחייב את עצמו באופן שיש נכסים ללוה⁴.

ויש לתמוה, דא"כ אמאי קבלן משתעבד לגבות ממנו תחילה, ומאי שנא ממי שהתנה מפורש שיגבו ממנו תחילה, דלא אהני תנאו.

וע"כ כנ"ל, דיסוד חיוב קבלן הוא בכך שהמלווה נעשה כשלוחו להלוות, ולהכי שפיר אפשר לגבות ממנו תחילה, דאיכא עליה סיבת חיוב מתחילה, ומשא"כ בסתם ערב דיסוד חיובו הוא תנאו והתחייבותו, בזה אמרי' שאין דעתו לפרוע תחילה אלא הוי פטומי מילי. ועי' עוד להלן סק"ז שתבאר עוד הוספה בזה.

ג. והעירוני עוד להוכיח כן בדעת הרשב"א, דהנה במיוחסות ס"י רכ"ה בהוספה מכת"י, והובאו דבריו בשלטי הגיבורים שלהי ב"ב, כתב דאפשר להתחייב חיוב ערבות אף במקום שלא חל חיוב על הלווה, והוכיח לזה הרשב"א מהס"ד דגמ' ב"ב קע"ג ב' למילף דין ערב מקרא דאנכי אערבנו, 'והתם מאן נתחייב ומאן נשתעבד שיהא יהודה ערב בשבילו'.

והנה ע"ז דחי רב הונא דהתם קבלנות הוי, והשתא אי נימא שכל החילוק בין ערב סתם לקבלן אינו במהות החיוב אלא בתנאי החיוב, א"כ מה נפק"מ אם הוא מדין קבלן או מדין ערב. וע"כ דגדר חיוב קבלן חלוק במהותו מגדר חיוב ערב סתם, וגדר חיוב קבלנות הוא משום דהמלווה נעשה כשלוחו להלוות, ואי"ז מכח התחייבות גברא, וזה שדוחה הגמ', שאין מקור מהפסוק לדין ערב סתם אלא לדין ערב קבלן.

ג' תמיהות בזה בדעת הרשב"א

ד. אמנם יש לתמוה בזה מדבריו בכמה דוכתי:

(א) מהא דס"ל בב"מ ע"א ב' שאין איסור להעשות ערב קבלן עבור ישראל שלוח מנכרי ברבית, ולכא' אם גדר קבלנות הוא דחשיב שהמלווה נעשה שלוחו להלוות, א"כ הוי כאילו הגיעו המעות לידי הקבלן, והוא הלום ללווה, ומדוע אין בזה איסור רבית⁵.

(ב) בתשובות הרשב"א המיוחסות ס"י רכ"ה בהוספה מכת"י הוכיח ששייך להתחייב חיוב ערבות במקום שהלווה לא נתחייב, והוכיח לזה מדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך וכמו שאמרו בקידושין ז' א', ועוד הוכיח מהס"ד דגמ' ב"ב קע"ג ב' דקרא דאנכי אערבנו איירי בערב סתם, והתם מאן נתחייב שיהא יהודה ערב בשבילו, עכ"ד.

והנה מדהוכיח מהס"ד דגמ' דב"ב ולא מהמסקנא דקרא איירי בקבלן, מבוי' שדן על ערב סתם ולא על ערב קבלן, ומעתה יש לתמוה, איך הוכיח מדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך, הא יש לדחות דהתם מקודשת מדין ערב קבלן, שהרי לשון 'תן ואני אתן' הוא לשון קבלנות כמבוי' בסוגיא בב"ב קע"ד א'.

(ג) בב"מ ל"ד ב' כתב הרשב"א לחלק בין ב' לווים - שכל אי' נעשה לוה בחצי, לב' ערבים - שכל אי' הוי ערב על הכל, ובטעם הדבר כתב הרשב"א דשאני לווים שנתחייבו מחמת דבר שלקחו ממנו, ולכן חשיב שכל אי' לקח מחצה, דא"א לדון שכל אי' לקח את הכל, ומשא"כ בערבים, שלא נתחייבו מחמת שום דבר שלקחו ממנו שנאמר לכל אי' נתן חציו, אלא המלווה הלווה את הכל ללווה, והערבים לבטחון כעין משכון, ואין השעבוד חל לחצאין, עכ"ד, ודבריו נתבארו בסי' כ"ה ס"ק ה' - ו'.

ובהמשך דבריו הביא הרשב"א תוספתא שמפורש בה שמבוי' בה שבב' ערבים אין גובין מכל אי' אלא מחצה, וכתב הרשב"א דלא סמכינן עלה.

⁵ ולעיל נתבאר שבדבריו שם מבוי' שלא זו בלבד שאין על הקבלן שם מלווה, אלא גם אין עליו שם לווה.

⁶ בעיקר הנדון מכח איזה דין ערב נלמד דין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, עי' בסי' כ"א.

⁴ ורוב הראשונים פליגי בזה, ונתי' לעיל ס"י ה'.

נפרעין מהערב תחילה, כמבו' בד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב"י.⁸

ו. ולפ"ז נ', דהרשב"א הוכרח לפרש בסוגיא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך, שהאשה מתקדשת מדין ערב ולא מדין קבלן, דמדין קבלן אי"ז קבלת ממון הראויה להתקדש בה, דהא לא חשיב קבלת ממון אלא הוי חיוב אחריות על קבלת פלוני, ומשא"כ בדיון ערב חשיב קבלת הנאה הראויה לקידושין.

וא"ש המבו' בדבריו ב"מ ל"ד ב' דבב' קבלנים נתחייב כל א' בכל, והיינו דלא חשבי' שקבלן קיבל את המעות אלא כל חיובו הוא חיוב אחריות חיצוני, שחל עליו מכח שהמלוה הלווה בשליחותו. ויתפרש לד' האו"ש מלוה ולווה כ"ה י' שבב' ערבים חשבי' שהמלווה נתן את הכל מחמת כל אחד מהם, דראוי לייחס לכל א' מהם הסיבה בכללה, עיי"ש.

וא"ש נמי דעתו דליכא איסור רבית בקבלן, והיינו משום דלא חשבי' שקיבל את המעות כלל, וכמו שנת'.

*

ביאור החילוק בין ערב ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה ובין קבלן

ז. לעיל סק"ב הובאו ד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב' שכתב דאף אם אמר המלוה ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, לא אהני תנאו, והוי פטומי מילי בעלמא, ועיי"ש שהקשינו מאי שנא מערב קבלן שאפשר לגבות ממנו תחילה, ולא אמרי' דהוי פטומי מילי בעלמא, ונתבאר ליישב דחלוק ביסודו חיוב ערב קבלן, שאינו משתעבד מחמת קבלת התחייבות, אלא דעצם מה שהמלוה הלווה בשליחותו מחייבו, עיי"ש.

ויש להוסיף בזה והשורש לזה העירוני, דהנה בתשובות הרשב"א ח"ג סי' שס"א, כתב הרשב"א בביאור

⁸ ויתכן לחדש לפ"ז, שגם בקבלן איכא להך אומדנא שלא נתכוין לפרוע כל שיש ללווה נכסים, אלא דלא אכפת לן בהא, שכן חיובו אינו מכח התחייבות הגברא, אלא מכח שיש לו שותפות ואחריות בגוף ההלוואה.

אמנם בביאור הגר"א סי' ע"ז ס"ק י"ח כתב דהתוספתא איירי בערבים קבלנים, 'דהוו כמו שנים שלוו שהן בעצמן נשתעבדו'. ומהא דהרשב"א לא העמיד את התוספתא בהכי, מבו' דס"ל דאף בקבלנים לא חשבי' שקיבלו את המעות עצמם, ואין הערבות אלא לבטחון, ואין השעבוד חל לחצאין, וכגדרו של ערב סתם.

ג. עוד עוררוני להקשות, מהא דס"ל בב"ב קע"ד א' דכשאין ללווה אלא זיבורית, ה"נ אין גובין מהקבלן אלא זיבורית, ולכא' היינו משום שחיובו של הקבלן אינו אלא לפרוע את חוב הלווה, ולכן דינו כדיון הלווה, וכמו שנתבאר לעיל סי' י"ב, ומינה דלא חשבי' לקבלן כאילו קיבל את המעות, ואין עליו סיבת חיוב עצמית.

ביאור דעתו

ה. ונראה בדעתו, דגדר קבלן הוא, דבהא שהמלוה הלווה בשליחותו, וכל ההלוואה היא מכוחו, נעשה הקבלן שותף באחריות הלוואה זו, ויכול המלוה לתבעו תחילה, אך אין הגדר דחשיב כאילו קיבל המעות ממש לידו.⁷

ומשא"כ בסתם ערב, לא חשבי' שהמלוה הלווה בשליחותו, דאי"ז לשון שליחות, אלא התם הערב מתחייב על הנאת פלוני, דהא גופא שפלוני נהנה מכוחו חשיב הנאה לערב, כאשר כן מבו' בד' הרשב"א בקי' ז' א' וחי' ב' וכפי שית' בס"ד לפנינו סימן כ"ד, והתם אמדי' שאין בדעת הערב לשלם כל שאפשר לתבוע מהלווה או מנכסיו, וזהו יסוד דינא דאין

⁷ והעירוני להק' ע"ז ממש"כ במיוחסות סי' רכ"ה וז"ל בתו"ד 'אלא ודאי המוכר מתחייב הוא בקבלת המעות, ואף הקבלן מתחייב באותה נתינה בכל מה שנתחייב בו המוכר, שעל אמונתו נתן לו והרי הוא כאילו קבלו שניהם ממש המעות מיד שמעון', ומשמע דגדר קבלן הוא דחשיב כאילו קיבל את המעות. אכן עיי"ש היטב בדבריו שדן אם קבלן מתחייב ברבית או דבעי' קנין ע"ז, וביחס לזה כתב דהקבלן נתחייב באותו חיוב ממש שנתחייב הלווה, וכאילו קיבלו שניהם המעות מיד המלוה.

שיטתו דאפי' תנאי גמור לא מהני, וז"ל 'לפי שאין הערב משתעבד מן הדין דאסמכתא היא, ומשום דמהימן ליה משעבד עצמו שלא יפסיד, כיון שעל אמונתו הלוח, ועל זה ויתר על דינו, אבל כל שאינו מפסיד על אמונתו לא גמר ושעבד עצמו, ואעפ"י שהתנה עמו בפירוש, פיטומי מילי נינהו'.

ומבו' דהא דחשבי' ליה כפטומי מילי הוא משום דעצם קבלת הערבות הוי אסמכתא, ואך דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, ובזה אמדי' שאין דעת הערב לשעבד את עצמו ולוותר על דינו אלא רק לענין שלא יפסיד המלוה על אמונתו.

וצע"ג, דלכא' כל הא דערב הוי אסמכתא, הוא משום דאינו משתעבד אלא אם לא יהיה ללוה מה לפרוע, אך הכא שהתנה בהדיא שיוכל המלוה לתבוע ממנו תחילה, הרי נתחייב על כל צד, ומאי טעמא חשבי' ליה אסמכתא. ובאמת בשאלות שאילתא ל"א כתב להדיא דערב ע"מ שארצה אפרע לא הוי אסמכתא⁹.

ח. ונראה די"ל בדעת הרשב"א, דלעולם אף בשאמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה איכא משום אסמכתא, ומשום שעיקר הדין גביה הוא מהלוה, וחדא משום שהערב סומך בדעתו שיכפה את הלוה לשלם כאשר כתבו עד"ז הרמב"ן והריטב"א ב"ב קס"ח א' דמה"ט ערב הוי אסמכתא, וביותר למבו' בכמה פוסקים שיש כח לקבלן לתבוע מהלוה לפרוע את החוב ולסלקו מהערבות, וכמו שיתבאר להלן ס"ק י"ב, ועוד, דהסתמא דמילתא היא שהפרעון אמור להיות מהלוה ולא מהערב, וכל מה שהערב קיבל על עצמו להיות ערב מתחילה הוא רק לתועלת המלוה - שבאם הלוה לא ישלם לא יוכל הערב לסלקו לתבוע מהלוה תחילה, וכמו שמצוי כהיום שהערב חותם קבלנות ומ"מ עיקר הפרעון נעשה מהלוה¹⁰.

⁹ ואזיל לשיטתו שם דאף כשלא אמר תחילה מ"מ גובין מהערב תחילה.

¹⁰ ועוררוני לדי' הט"ז יו"ד סי' ק"ע ס"ק ג' ד"ה שאלה, שכתב דשרי ליתן לא' שכר ע"מ שיקבל על עצמו חיוב קבלנות, ולא דיינין דנותן לו מראש שכר על כך שבאם יצטרך הקבלן לשלם

ט. והנה יש לדון לפ"ז, אם ה"נ בקבלן איכא משום אסמכתא, או דקבלן שאני ולית ביה משום אסמכתא.

והעירוני להוכיח בזה, דהנה בשאלות הקשה היכי ס"ד דאמימר בב"ב קע"ג ב' דבערב איכא משום אסמכתא, והא איכא קראי דערב משתעבד, ורב אשי נמי אמאי מקשי ממעשים שבכל יום, ולא מקשי מקראי, ותירץ דאמימר מוקים לה בקבלן או בע"מ שאפרע ממי שארצה. והשתא תקשי לדעת הרשב"א קושית השאלות, ולדידיה ליכא לאוקמי קראי בערב ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, ועל כרחך דמוקים לה לקראי בערב קבלן, ומינה דבקבלן ליכא משום אסמכתא. אלא דהא גופא צ"ב, טעמא מאי.

ולמש"נ לעיל, יש לבאר, דבקבלן לא שייך כלל פרשת אסמכתא, שהרי אי"ז קבלת התחייבות ע"י הגברא, אלא דעצם הדבר שההלואה נעשתה בשליחותו מחייבו באחריות ההלואה, ובזה לא שייך אסמכתא, ודומיא דא' שלוה, שלא שייך בזה פרשת אסמכתא, שכן חיובו אינו נעשה מכח ששעבד את עצמו - דשייך לומר לא גמר ומקני - אלא דעצם ה'ממוני גבך' מחייב אותו, וה"נ בקבלן עצם מה שההלואה נעשתה בשליחותו מחייב אותו.

י. ואם כנים הדברים, כי אז יתבארו באופן נוסף ד' הרשב"א שכתב דלא מהני תנאה דע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה, דהוי פטומי מילי - והקשינו דא"כ היאך מהני חיוב קבלנות ולא אמרי' דהוי פטומי מילי - ולמש"נ עתה, הרי כל הא דהוי פטומי מילי הוא רק היכא דהוה אסמכתא, ומשא"כ בקבלנות דליכא משום אסמכתא, גם ליכא משום פטומי מילי, ושפיר חלה השתעבדותו.

בעדו יהיה הלוה לווה שלו, והוי כרביית מוקדמת, והטעם לזה, דלא עלה על דעת הערב כלל שיצטרך הוא לשלם תחילה, דאם היה חושב כן ודאי לא היה ערב בעדו, וע"כ דהתשלום הוא על עצם קבלת השעבוד ולא על האופן שיצטרך לשלם בסוף, עכ"ד, ולהדיא בד' הט"ז דאין דעת הקבלן שיגבו ממנו לבסוף.

ובסי' י"ג הערה 7 נתבאר דמהאי טעמא כתבו הראשונים שכשהלוה רוצה לשלם א"א לגבות מהקבלן, אפילו אם ביד הלוה יש רק זיבורית וביד הקבלן יש בינונית.

ובאמת ב' האופנים שנתבארו הם ענין אחד, דכל שהשתעבדות לא חלה מכח התחייבותו אלא מצד עצם הדבר שההלוואה נעשתה בשליחותו, לא שייך פטומי מילי ואסמכתא כלל¹¹.

יא. אמנם בשאלות הנ"ל מבוי דאף היכא שהוא השתעבדות הגברא, מ"מ כל שאפשר לגבות ממנו תחילה לית ביה משום אסמכתא, וכן מבוי ברמב"ן ובר"ן גיטין מ"ט ב', דבקבלן דכתובה ליכא משום אסמכתא, וכ"ה בדברי הרמב"ם הל' אישות פ"ז ה"ט, אף דהתם ליכא הוצאת ממון על פיו וכל ההשתעבדות חלה מכח התחייבותו.

ובדעתם נראה, דחיוב קבלנות נמי חייל מכח קבלת התחייבות, ולא מכח שהמלוה נעשה שלוחו.

*

אם יש לקבלן תביעה על הלווה קודם שפרע

יב. הנתה"מ סי' קכ"ט ס"ק י"ד בהוספה מכת"י, כתב וז"ל 'ודאי הקבלן יכול לכפות את הלווה שיפרע הוא להמלוה קודם, דאדעתא דהכי נעשה עבורו ערב קבלן, לא שיפרע הוא קודם ויצטרך הוא לדון עמו', וכו'.

וכן משמע בלשון המחנ"א שלוחין סי' י"ב וז"ל 'ודמי למאי דקיי"ל בדין ערב קבלן, שכתב הטור בהל' ערבות דכל זמן שלא פרע הערב והקבלן למלוה אינו יכול הערב לתבוע ללוה, דאין לערב והקבלן אצל הלווה שום ממון, **כי אם שחייב הלווה לסלק למלוה מעל הערב**'.

יג. ויש לעי' בזה, ממש"כ בסה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ד, וז"ל 'ומסתברא שאף הקבלן אינו יכול לכופ'

הלווה להוציאו מן הקבלנות, אף על פי שהגיע זמן הפרעון, ואף כשמבזבז הלווה את נכסיו, דהוה ליה כמלוה שבא ליפרע קודם זמנו, שפסקנו בשער שהקדמנו שאינו יכול לכופ' הלווה לפרעו, וכאן נמי אין ללווה זמן עם הערב אלא לאחר שפרע בשבילו', והביא שכן הסכים עמו הרמב"ן, ועד"ז הביא בסה"ת שם אות ל' משמיה דהרמב"ן.

ובהמשך דבריו הביא שמד' הראב"ד בכתוב שם ב"ב פ"א ב' נראה שדעתו שהקבלן יכול לכופ' את הלווה בכך, ויכול לתבוע להוציאו מהערבות, עכ"ד, ונתבאר בזה עוד לעיל סימן י"ב סק"ו.

ומבוי שבנדון זה גופא, אם יכול הקבלן לתבוע מהלווה להוציאו מהקבלנות, נחלקו בעה"ת והרמב"ן עם הראב"ד. ותימה שהנתה"מ והמחנ"א סתמו את הדין ולא פירשו שדעתם להכריע כראב"ד.

וביותר, שבד' בעה"ת שם מבוי, שכל טעמו של הראב"ד הוא משום שהקבלן חשיב כמלוה אצל הלווה, ואילו הנתה"מ שם כתב להדיא שאין על הקבלן שם מלוה על הלווה.

יד. אך שו"ר שמקור דברי המחנ"א והנתה"מ הם בטור סי' קל"א, דאחר שהביא הטור את ד' הרמב"ן שם - שהם מתשובה אחרת, אך כעין ד' הרמב"ן הכא - כתב וז"ל 'ונראה שאם תובע את הלווה בזמנו שיוציאו מן הערבות הדין עמו, כי יאמר לו לא נתרציתי להתערב בשבילך אלא עד זמן פלוני', והובאו דבריו ברמ"א בסי' קל"א סעיף ד', ועי' בש"ך סק"ו ובביאור הגר"א סק"ז שכתבו שכוונת הטור לחלוק על הרמב"ן, וכן מבוי בט"ז שם, וכן כתב הגדו"ת שער ל"ה ח"א אות ל'.

וני' שע"ז ייסד הנתה"מ את דינו, דלא זו בלבד שהקבלן יכול לתבוע את הלווה לסלקו מן הערבות בזמנו, ושלא יוסיף להיות ערב לאחר הזמן, אלא גם

¹¹ ועד"ז נראה גם בביאור ד' רבנו גרשום בערכין כ"ג ב', שפירש מה שאמרו שם דבערב דבע"ח פליגי אי דווקא בדאית ליה ללווה נכסים משתעבד הערב, ובקבלן דבע"ח לכו"ע משתעבד אפי' אי לית ליה נכסים, וז"ל 'דנעשה כמו שקבל מיד המלוה הממון', והובאו דבריו לעיל סי' י"ג ס"ק ו' וביאור הדברים נראה, דכיון שהשתעבדות אינה מכח התחייבות גברא אלא משום דחשיב כאילו קיבל את הממון, לא אכפת לן בדעתו.

יכול לתבוע מהלווה שיפרע הוא תחילה, ולא יצטרך
הקבלן לפרוע ולחזור ולדון עמו¹².

אך בכנה"ג הגהות טור חו"מ סי' קל"א סק"ו כתב
לפרש, דהטור והרמב"ן לא פליגי, דהטור שכתב
שיכול לומר הוציאני מהערבות, איירי בערב סתם,
שבזה יש לו טענה שלא נעשה ערב אלא עד זמנו, ובזה
הרמב"ן לא פליג, ומה שכתב הרמב"ן שאין זמנו של
קבלן אלא רק אחר שפרע את החוב, הוא בקבלן,
דקבלן חשיב כלווה אצל מלוה, ולא שייך לומר לא
רציתי להתערב בשבילך עד זמן פלוני.

¹² ועי' בגדו"ת שכתב, שמ"מ בד' הראב"ד שבסה"ת יש חידוש
טפי, שאפי' קודם הזמן ואפי' בשאין הלווה מבזבז נכסיו מ"מ
יכול הקבלן לתבוע מהלווה לסלקו מהערבות, ודין זה הוא רק
בקבלן ולא בערב סתם, ומשום שיש לקבלן שם מלוה לגבי
הלווה.

סימן ט"ו

הערות בסוגית 'ליכא לזה ליכא ערב בבכורות מ"ח א'

א"צ לחייבו מצד השטר, דהא מלוה ע"פ נמי גובה מהיורשין, וא"כ לחייבו מטעם שיודע האמת שמורישו לווה. וכן הקשה על ד' הש"ך שם ס"ק כ' שכתב דה"ה יוסף בן שמעון שערב עבור יוסף בן שמעון חברו, דפטור, דכשם שאינו יכול לתבוע את הלווה, כך אינו יכול לתבוע את הערב, והקשה התומים דהכא א"צ לחייבו מכח השטר, דהא נעשה ערב על גוף ההלוואה, וא"כ לחייבו מצד שיודע האמת שחברו לווה.

וע"ש בקצוה"ח סק"ט, שכתב ביסוד הדברים כדברי התומים, דהחסרון בסוגיית הגמ' בבכורות היא מצד שהשטר אינו מוכח מתוכו, ואת ד' הש"ך תירץ, דהש"ך איירי בגוונא שהערב אינו יודע על חיוב הלווה כ"א מכח השטר¹, וומצד השטר א"א לחייבו כיון שאינו מוכח מתוכו.

ג. וע"י בנתה"מ ס"ק כ"א שתמה, דהא בגמ' בבכורות לא אמרו כלל את הטעם שכתב התומים דליכא שטר כיון שאינו מוכח מתוכו, רק מטעם אחר, משום שאינו יכול לתבוע מהלווה.

ועוד הקשה, דהא הש"ס שם מדמה לזה מתני' דאשה שילדה ב' זכרים ואין ידוע מי הבכור, שאין גובין מנכסיהם מטעם דכי ליכא לזה ליכא ערב, והתם הא הוי מלווה הכתובה בתורה, והגביה אינה מכח השטר, ולא שייך הטעם שכתב התומים, ואעפ"כ מבי' שא"א לגבות מנכסיהם. ואם יש חילוק ביניהם, א"כ מה מדמי אותם הש"ס להדדי, כיון שהפטור של כל אחד הוא מטעם אחר, עכ"ד.

ד. אמנם הדברים נתבארו בד' הקצוה"ח שם, שהק' מה היתה סברת ר' ירמיה שיגבו מיוסף בן שמעון

בד' הרמ"א שאם אמר הלווה אמר לא לוייתי, חייב

הערב לפרוע - דרכי האחרונים בזה

א. כתב הרמ"א בס"י קכ"ט סעיף ח' 'אבל אם אמר הלוה לא לוייתי מעולם, חייב הערב לפרוע'.

והפוסקים תמהו, דלכא' דבריו נסתרים מסוגיא ערוכה בבכורות מ"ח ב', שמבי' שאם יוסף בן שמעון מכר שדהו ליוסף בן שמעון חברו, אין הבע"ח יכול לגבותה מכח ממנ"פ, והטעם הוא, דנכסי דבר איניש ערבין ביה, וקיי"ל לא יתבע את הערב תחילה, וכיון שהלווה נפטר הו"ה נפטר הערב, וא"כ גם הכא כיון שהלווה נפטר מכח לא לווייתי, ה"נ יפטר הערב.

והב"ח כתב, דהסוגיא איירי בשהלווה פטור בדין, ומשא"כ בדין הרמ"א, שהלווה חייב בדין, אלא דלא מצי מלוה להוציא מידו כיון שכופר וטוען להד"ס, שבזה כיון שהערב מודה שהלווה הריחו חייב, דלא עדיף מאם היה הלווה במדה"י או דהוי גברא אלמא דנפרעין מן הערב, עכ"ד.

ובפתחי תשובה סק"ו הביא משו"ת ושב הכהן סי' מ"ד שתמה בזה, דגם בסוגיא בבכורות מה שפטור הלווה הוא רק מחמת שכופר וטוען לא לוותי, ואעפ"כ נפטר יוסף בן שמעון שקנה ממנו את השדה, והגם שיודע שהלווה משקר.

ב. והתומים בס"י מ"ט ס"ק כ"א כתב ליישב, דשאני הסוגיא בבכורות, שכל הגביה היא מכח השטר, דהא מלוה ע"פ אינה גובה מלקוחות, וכיון שהשטר אינו מוכח מתוכו, בטל שיעבודו, ואף שהערב מודה שחברו לווה, מ"מ אין כאן אלא מלוה ע"פ שאינה גובה ממנו עבדים.

ומכח זה תמה התומים על הש"ך שם ס"ק י"ט שכתב דה"ה ביוסף בן שמעון שירש שדה מיוסף בן שמעון דודו, דפטור, דכשם שאין יכול לגבות מהמוריש כך אינו יכול לגבות מהיורש, והקשה התומים דהכא

¹ לא נתברר בדבריו אם מיירי שלא ידוע לו שהלווה לווה אלא רק מכח השטר, או דמיירי בשטרי התחייבות שאין חיובו אלא מכח השטר, והנתה"מ כתב דהקצוה"ח העמיד את ד' הש"ך בשטרי התחייבות.

שקנה שדה מחברו, הא אין השטר מוכח מתוכו, וכתב הקצוה"ח ליישב, דסבר ר' ירמיה, דנהי דאין מוכח מתוכו חיוב הלווה שנתחייב, מ"מ ביחס לשעבוד השדה שפיר איכא שעבוד מוכח מתוכו, דממנ"פ איכא שעבוד. וע"ז פריך רבא דכיון דנכסי דבר איניש ערבין ביה - והלווה לא נתחייב כלל, כיון דאינו מוכח מתוכו - ה"נ לא נתחייב הערב.

וביאור הדברים, דהשו"ט שבגמ' הוא בעיקר גדר שעבוד נכסים, דר' ירמיה סבר שבכל הלוואה יש ב' שעבודים נפרדים, שעבוד הגוף ושעבוד הנכסים, ולכן אפשר לחלק ולומר דנהי דהשעבוד הגוף אינו מוכח מתוכו, מ"מ השעבוד נכסים שפיר מוכח מתוכו, וא"כ ע"ז איכא שטרא, ויש בזה חידוש, שהרי בשעת החיוב אף השעבוד נכסים לא היה מוכח מתוכו, ורק לאחר זמן ההלוואה - כאשר קנה האחד את נכסי חברו - נעשה למוכח מתוכו, ואעפ"כ אין בזה חסרון של מוכח מתוכו.

וע"ז דחי רבא דהשעבוד נכסים מתלי תלי וקאי בשעבוד הגוף, ואינו נדון כשלעצמו, וכיון דהשעבוד הגוף אינו מוכח מתוכו, שוב חשבי' שגם השעבוד נכסים אינו מוכח מתוכו.

ולד' הקצוה"ח א"ש היטב ב' קושיות הנתה"מ. דבאמת הפטור של ב' זכרים שנולדו ופטור ב' יוסף בן שמעון אינו אותו פטור, דבב' זכרים הפטור הוא משום שהלווה פטור מספק, ובב' יוסף בן שמעון לא שייך כן, כיון שהערב יודע בחיוב הלווה, אלא הפטור הוא משום שאין השטר מוכח מתוכו, וכל מה שדימתה הגמ' ביניהם הוא רק ביחס להך כללא דנכסי דבר איניש ערבין ביה וקי"ל לא יתבע את הערב תחילה - והיינו דהשעבוד נכסים אינו נידון כשלעצמו - דכלל זה שפיר מוכח ממתני' דבכורות, דאל"כ היו גובין מנכסי הזכרים ממנ"פ, וא"כ שפיר יש ללמוד מכאן לב' יוסף בן שמעון, דמה"ט חשבי' שאין השעבוד מוכח מתוכו, וכנ"ל.

*

בדין ערב לב' יוסף בן שמעון

ה. והנה השו"ע שם כתב שהערב לשני יוסף בן שמעון פטור, וגם שם צ"ע דנחייבו מצד שיודע את האמת שהלווה חייב ומכחיש בשקר, והכא הא חיובו אינו מכח השטר, אלא מכח הערבות על עצם ההלוואה.

והקצוה"ח כתב ע"ז 'דמייירי דהערב אינו יודע למי הלוה כלל ולהכי כיון דהלווה נפטור הערב נמי פטור, אבל אם הערב יודע שזה יוסף בן שמעון הוא הלווה אע"ג דהלווה כופר הערב חייב'.

וכתב ע"ז הנתה"מ ס"ק כ"א וז"ל 'איני יודע מה הוא שח, דכיון ששניהם כופרין על כרחך הוא מחויב לשלם ממה נפשך, דבודאי אם היה הערב מודה שהיה הערב בעד אחד משני אלו שאין שמם שוה כלל, בעד מנה, רק שאינו זוכר אם בעד ראובן או בעד שמעון, ועכשיו ראובן ושמעון כופרין, ודאי דחייב לשלם, כיון דמודה דעל כל פנים חייב ממון להמלוה. וגם מדברי המחבר משמע שלוו שניהם משני מלוין או ממלוה אחד ואפילו הכי פטור'.

וביאור קושיתו, דשאני ב' אחין שאין ידוע מי הבכור, דשם כל א' אינו יודע את האמת, ופטור מספק, אך הכא הערב יודע דממנ"פ אחד משקר ויש עליו חיוב, א"כ מבורר לו שיש על עצמו חיוב מטעם ממנ"פ².

ד' הש"ך בכללי קים לי

ו. והנה כל קושיתו של הנתה"מ על הקצוה"ח, מיוסדת על ההנחה שאפשר לגבות מהערב מכח ממנ"פ.

אכן יעוין בכללי קים לי שבסו"ס תקפו כהן לש"ך - שהוא מקור הדינים שכתב הש"ך לפנינו ס"ק י"ט - כ', שכתב לחלק בין היכא שהתביעה היא על עצם

² וצ"ע, דא"כ יק' כה"ג על הגמ' בבכורות, דשם הערב ג"כ יודע ממנ"פ שיש עליו חיוב לשלם. וכנראה צ"ל דהוא מתפרש למה שכתב בהמשך דבריו, דלא חשיב ממנ"פ, כיון שאין הוכחה עצמית שחברו לוה, אלא דכיון שהערב יודע שהוא לא לוה, ממילא יש לו אנ"ס דכיון דעדים לא משקרי א"כ חברו לוה, והא הוי עדות בחצי דבר, וא"כ אין ידוע לנו כלל על ההלוואה, ומשא"כ במי שנעשה ערב ליוסף בן שמעון שיודע בבירור על ההלוואה.

השדה, וכגון בטענת גזילה, דשם שייך ממנ"פ, להיכא שהתביעה היא מכח ערב, דאז לא שייך כלל ממנ"פ, וז"ל 'אבל בהך דבכורות לא היו גוף הנכסים שלו מעולם, אלא שרוצה לזכות בהן מכח ערב, כך הוא הדין שמי שלא נתחייב רק מכח ערב אינו חייב רק מה שנתחייב מעצמו, אבל לחייבו יותר ממה שנתחייב מעצמו לא, דכיון שאילו לא נכנס בערבות לא היה חייב כלל, נמצא שלא נתחייב אלא מכח שנתחייב ונשתעבד מעצמו, ואין לנו אלא מה שנשתעבד, דהיינו כשתובעים את הלוח תחילה ויכולין לזכות ממנו בדין, אבל כשאין יכולין לזכות מן הלוח בדין, על זה לא נשתעבד ונכנס בערבות תחילה'.

ומבו' בדבריו, דכיון שכל הגביה היא מכח מה שהערב חייב את עצמו, אין לנו אלא מה שחייב את עצמו בהדיא, והערב חייב את עצמו רק באופן שאפשר לזכות מהלווה בדין, וכל שאי אפשר לגבות מהלווה בדין, לא חייב הערב את עצמו כלל, וכיון דהכא הלוח לא נתחייב בדין, דעל כל א' איכא ספק, ממילא לא נתחייב הערב, ול"ש לבוא כלל מכח ממנ"פ. ונמצא דפטורו הוא בתורת ודאי.

ולפ"ז צ"ל, שדין הרמ"א דהיכא שהלווה טוען לא לויית חייב הערב, היינו משום דכה"ג חשבי' שביחס לערב יכול המלווה לזכות מהלווה בדין - שהרי הערב יודע בשקר הלווה - ואך דהוי כלוה אלים שא"א לגבות ממנו בפועל, דאז שפיר גובין מהלווה.

ולכא' לפ"ז מיושבים ד' הקצוה"ח מתמיהת הנתה"מ, דהו"ה בערב על יוסף בן שמעון א"א לחייב את הערב באופן שלא ידוע מיהו הלווה, שהרי בכה"ג א"א לזכות מהלווה בדין, וגם הערב אינו יודע מיהו הלווה, ובחיוב ערבות לא אמרי' ממנ"פ, כנ"ל.

בגדר ערבות דנכסים לדרך הש"ך

ז. ואמנם ד' הש"ך צ"ע, דלפ"ז לכא' אין מקום לפטור את הנכסים מדין נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, דהכא לא שייך הטעם שהערב לא חייב את עצמו על כה"ג.

אך עיי"ש בד' הש"ך שכתב וז"ל 'וכן נמי בנכסי דאיניש דאינין ערבין, אין לחייב את הנכסים אלא מה שנתחייבו מעצמם ולא יותר'. והוא תימה, דכי הנכסים הוו בני דעת לחייב את עצמם, אתמהא.

ונראה כוונתו במש"כ 'אלא מה שנתחייבו מעצמם' דהיינו מה שנתחייבו בעליהם מעצמם, והיינו שגם בשעבוד נכסים א"א לחייב יותר ממה שהבעלים התחייבו, והבעלים לא התחייבו אלא רק היכא כשתובעים את הלוח תחילה ויכולים לזכות ממנו בדין.

ומזה לכא' ראה אלימתא בדעת הש"ך, דשעבוד נכסים הוי ע"י הגברא, וכדעת החמדת שלמה קידושין י"ג ב' והחזו"א ב"ק סי' ט"ו ס"ק י"ג ונתבאר בזה במקו"א, אך אילו שעבוד נכסים היה ממילא מכח עצם החוב, לכא' לא שייך לומר כסברת הש"ך, ובדין שיגבו מכח ממנ"פ.

ד' התומים בביאור השמטת הרמב"ם את הסוגיא בבכורות

ח. ואם כנים הדברים, יש ליישב בזה ד' התומים סי' מ"ט ס"ק י"ט שכתב לבאר בדעת הרמב"ם שהשמיט את דין הסוגיא בבכורות, שדעתו היא שהגמ' אזלא למד"א שעבודא לאו דאורייתא, דלדידיה עיקר השעבוד הוי על הגברא ולא בנכסים, ואך שחז"ל תקנו לגבות ממשועבדים, ואין להם אלא תורת ערב, ומשא"כ אי שעבודא דאורייתא, א"כ תיכף בשעת ההלוואה משתעבדים הנכסים, והם בתורת שעבוד גמור, ואינם בגדר זה של ערב דנימא ביה לא יתבע הערב תחילה, עכ"ד, עיי"ש.

ולכא' ביאור דבריו, דלמד"א שעבודא לאו דאורייתא אין זכות שעבוד בפני"ע בנכסים, אלא עיקר השעבוד הוי על הגברא, ובגבית הנכסים מתקיים דין מיניה, וגדר הגביה הוא מדין ערב - שדינו לשלם את חוב הלווה, ומשא"כ למד"א שעבודא דאורייתא יש זכות ממון בפני"ע בנכסים, והמלוה גובה מכח זכותו בנכסים ולא מדין מיניה, ולהכי אי"ז בגדר ערב כלל.

ובגליא מסכתא ס"י ה' תמה טובא על ד' התומים, וכתב דאיעקרא ליה תלמוד ערוך בב"ב קע"ד א', דההוא דיינא דאחתיה לנכסי דלווה שלא בפניו, וסלקיה רב חנין בריה דרב ייבא, ופירשה רבא דהיינו משום דנכסי דבר איניש אינון ערבין ביה וקי"ל לא יתבע את הערב תחילה, ופסק כן הרמב"ם בפרק כ"ב מהל' מלוה ולווה, והרי להדיא דאף למאי דפסק הרמב"ם שעבודא דאוי, מ"מ פסק לדינא שלא יתבע את הערב תחילה.

ולמש"נ נראה ליישב, דס"ל לתומים דמה שאמרו בב"ב קע"ד א' לדינא דנכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, אין הכוונה לדין ערב ממש, אלא הגמ' השוותה את דין שעבוד נכסים לדין ערב כדמיון בעלמא לכך שעיקר החיוב והשעבוד מוטל על הלווה, וא"א לבוא על הנכסים אלא רק באופן שא"א לתבוע מהלווה.

ומשא"כ בגמ' בבכורות, ע"כ דהוא דין ערב ממש, כי על כן א"א לגבות את הקרקע מדין ממנ"פ - וכד' הש"ך דכיון דשעבוד נכסים הוא מכח השתעבדות חיצונית ולא מכח עצם החוב, שייך לומר דאין לנו אלא מה שהערב חייב את עצמו - ובזה ס"ל לתומים, דכל זה למד"א שעבודא לאו דאוי, דלדידיה לא שעבדו חז"ל אלא כדין ערב, וחלות השעבוד הוא רק לכאימת שהלווה נתחייב בדין, ומשא"כ למד"א שעבודא לאו דאוי, לדידיה איכא זכות שעבוד בעצם הנכסים, ושפיר אפשר לגבות מכח ממנ"פ³.

³ ועיי' ברמ"ה ב"ב קע"ו א', שכתב דאמוראי פליגי אי שעבוד נכסים נלמד מדין ערב או דאיכא קראי אחרינא, ונפק"מ לשעבוד מטלטלין, עיי"ש, ולדבריו נראה דעכצ"ל דד' הגמ' בב"ב קע"ד א' הם לדמיון בעלמא, וכמש"נ.

סימן ט"ז

דין ערב במקום יתומים קטנים

ג. וברבנו יונה קע"ד א', מצינו טעם אחר בהא דאין גובין מערב במקום יתומים קטנים, דהיינו משום **'דעד דקאי לזה בהדי מלוה לדינא ומתחייב לו בדיון**, וליכא לאישתלומי מיניה, **אין דין המלוה על הערב, וכיון שחושש אתה שמא כשיעמיד המלוה את היתומים בדיון לכשיגדלו, ימצאו להם זכות בראיית התפסת צררי, אף הערב יצפה לחששא זו, ואינו חייב לפרוע עד שיראה איך יפול דבר כשיגדלו היתומים**.

ודבריו צ"ע, שפתח בהא דאין נפרעין מהערב תחילה, דמה"ט כיון שאין גובין מהיתומים, ה"נ אין גובין מהערב, וסיים דכיון דאיכא חשש על היתומים, שמא כשיגדלו ימצאו ראייה שאביהם התפיס צררי, אף הערב יצפה לחששא זו. ומה הוצרך לזה, תיפו"ל דכיון דאין נפרעין מהערב תחילה, דינו נגזר מדיון הלוה, והכא הלוה פטור.

ונראה בכוונתו, דס"ל דכל הא ד'כי ליכא לזה ליכא ערב', הוא רק היכא דיש על הלוה שם 'פטור', והכא אין עליו היתומים שם 'פטור', ובני חיובא נינהו, ואך דא"א לגבות מהם בפועל מטעם חשש וספק צררי, והא לא חשיב כ'ליכא לזה'.

והא דמ"מ פטור הוא מלשלם, היינו משום דהיתומים נידונים כ'לוה', ולא רק כ'ערב', וא"כ נמצא שהחשש צררי הוא בגוף ההלוואה, והוא משפיע בתולדה על הערב, דהערב לא צריך לפרוע הלוואה שחוששים בה לצררי¹.

ד. ובד' הגרע"א בגיטין מ"ט ב' מצינו טעם נוסף לפטור את הערב, דאדרבה דוקא משום שהיתומים

דעות הראשונים אם גובין מערב במקום קטנים

א. כתב הרמב"ם פרק כ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ז וז"ל 'היה הלוה במדינה אחרת שאינו יכול להודיעו ולא לילך אליו, או שמת הלוה והניח יתומים קטנים שאין ב"ד נזקקין לנכסיהן, ה"ז תובע את הערב תחלה, שהרי אין הלוה מצוי'.

ומב' בד' הרמב"ם, דגובין מהערב במקום יתומים קטנים. וכן דעת הרשב"א בב"ב קע"ג ב', והראב"ד ב'כתוב שם' שם קע"ד א', ובעל התרומות שער ל"ה ח"א אות י"ח. וכן פסקו הטור והשו"ע ס"י ק"י סעיף ג'.

אכן דעת הרמב"ן ב"ב קע"ג ב', והרא"ש שם, ובעל המאור פ"א ב' מדפי הרי"ף, ורבנו יונה ב"ב קע"ד א', והנמקו"י בדפי הרי"ף שם, דאין גובין מערב במקום יתומים הקטנים.

ובשיטה זו מצינו פלוגתא, דהרמב"ן כתב דאפי' מהקבלן אין נפרעין, אך הרא"ש כתב דמקבלן שפיר נפרעין. ויתבאר כ"ז להלן בס"ד.

בטעם הדעה שאין גובין מהערב

ב. הנה בטעם השיטה שאין גובין מהערב, מצינו כמה דרכים.

דהנה הבעה"מ כתב, דכשם שהיתומים פטורין בעודם קטנים כך הערב פטור, **'שאין הערב מתחייב אלא במה שמתחייב הלוה, וכדתנן במתני' לא יפרע מן הערב, וקי"ל לא יתבע ערב תחלה'**, וכוונתו דהיינו מדינא דכי ליכא לוה ליכא ערב - דדיון זה נלמד מדינא דלא יתבע את הערב תחילה, וכמב' בבכורות מ"ח א'. וכ"כ הגרע"א בדעת הרא"ש.

¹ ומשא"כ אם היתומים היו נידונים כ'ערב', הערב לא היה נפטור, דחשש הצררי היה רק לגבי היתומים ולא לגבי הערב, דדינו אינו נגזר מדינם. ועיי' עוד להלן ס"ק ט"ו - ט"ז שית' עוד בד' רבנו יונה.

חשיבי בני חיובא, א"כ יש מהיכן לגבות מנכסי הלוה - לכשיגדלו היתומים, ויכול הערב לתבוע שימתינו עד שיגדלו היתומים, ולא הוי דומיא דהלך הלוה למדה"י, שאין קרקעות לגבות מהלוה. ודומיא דמאי דק"י"ל בסי' ק"י שאין גובין מלקוחות במקום יתומים קטנים, דמצו למימר הנחתי לך מקום לגבות הימנו.

ולא מצינו לא' מן הראשונים שכתב טעם זה - זולת בד' הרא"ש בסוגיין, שיש להסתפק שזו כוונתו, אך הגרע"א בליקוטים פ"י בכוונתו כד' בעה"מ - וכנראה משום דבערב ליכא טענת הנחתי, אלא כל שא"א לגבות כהיום מהלוה, שפיר גובין מהערב, ואכ"מ.

בטעם הדעה שגובין מהערב

ה. בשיטת הראשונים דפליגי וסברי דגובין מהערב במקום יתומים קטנים, מצינו ב' דרכים. דהטור בסי' ק"י סעיף ח', כתב בתוך דבריו וז"ל 'כיון שאינם פטורין אלא בעודן קטנים, ולכשיגדלו יתחייבו, נמצא שבני חיובא ניהו אלא אריא דרביע עליהו, והרי זה כמלוה שתבע ללוה ונתחייב לו בדין ואין לו במה לפרוע, שגובה מן הערב'. ומקורו בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות י"ח. ועי' בבעה"מ שם שהעלה צד זה ודחאו.

ומב' דאף הם מודים שהיתומים חשיבי כ'לוה', ודין הערב נגזר מהם, אלא דס"ל דהיתומים חשיבי בני חיובא, והוי כלוה שאין לו מה לשלם.

והיינו דהראשונים פליגי בעיקר חשש צררי, דדעת הבעה"מ ודעימיה דאיכא ספק אמיתי וחשש בעצם ההלוואה, ולהכי ס"ל דחשבי שהיתומים לאו בני חיובא², ודעת הבעה"ת בדעת הרמב"ם ודעימיה,

² וצד זה דחשש צררי הוי ספק בגוף ההלוואה צ"ע, דהא אי"ז טפי מספק, ובספק הרי ק"י"ל דאיני יודע אם פרעתיך חייב. ודבר זה תימא בין כשדנים ביחס ליתומים ובין כשדנים ביחס לערב.

ואין לומר דגדר התקנה הוא דמשום החשש צררי אין היתומים צריכים לשלם, דהא ניחא לדעת בעה"מ דהערב נפטר משום שהלוה נפטר, אך לדי' רבנו יונה דהערב פוטר את עצמו באותו פטור של הלוה, לא שייך לומר כן.

דההלוואה מצד עצמה ברורה ובחזקת חיוב, ואך דתקנו שלא לגבות בפועל עד לכשיגדלו, שמא יביאו ראייה, ולהכי חשבי דהווי בני חיובא ואך אריא דרביעא עליהו, והוי בדין לוה שאין לו מה לפרוע, שגובין מהערב.

ו. אכן הראב"ד בהשגות חלק על בעל המאור מטעם אחר, וז"ל 'ואני אומר לעולם גובה מן הערב, דהוה ליה כמי שאין נכסים ללוה, הואיל וקטנים לאו בני פרעון ניהו. תדע דאלו לא ירתי בני מאבוהון ולא מידי מי לא מיפרע מן הערב, אלא למאי שויה ערב, וכל שכן הכא דגבי מיניה. וזהו האמת והישר, כי עיקר הערבות שאדם שואל לחבירו מפני שחושש למיתה או שלא יהיו לו נכסים ליפרע מן הלוה'.

ומב' דהא דגובין מהערב הוא מטעם אחריתי, משום דהערב נעשה ערב על דעת שיגבו ממנו באם ימות הלוה, והוי כהיכא דליכא יורשין, דודאי גובין מהערב - ואין אומרים דליכא לוה ליכא ערב - דעל זה נעשה ערב³. והוא על דרך מה שכתב הר"ן בכתובות מ"ד ב'.

ושמא י"ל, דכיון דאיכא לברורי לכי גדלו, אין גובין כה"ג אף בא"י אם פרעתיך, ודומיא דמש"כ הרמב"ן בב"מ ו' א' דלא מפקינן פירי ממי שאכלם בספק דאיכא לברורי, אף דאיכא חזקת מר"ק. ואף ש' הרמב"ן דקרקע מפקינן, כ"ז רק במקום טענת גזלות ומר"ק, אך גבית חוב ודאי דמיא לפירי, דהא בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, ואכ"מ. וצ"ע.

³ והעירוני דלכא' כן מוכח בדעת הרמ"א, שבסי' ק"י סעיף ג' פסק השו"ע שגובין מהערב במקום יתומים קטנים, וכשיטת הרמב"ם ודעימיה, ולא השיג ע"ז הרמ"א, ובסי' ק"י"א סעיף י"ג הביא הרמ"א ב' דעות אם גובין מנכסי לקוחות במקום יתומים קטנים, וצ"ע דלכא' דין לקוחות ודין ערב הוי דין א', והעירוני שעמד בזה התומים סי' ק"י"א סק"ח, ע"ש.

ולהנ"ל א"ש, דהרמ"א סובר כד' הראב"ד דהא דמחייבים את הערב אי"ז משום שהיתומים נקראים בני חיובא, אלא מצד שעי"ז גופא נעשה ערב, ומשא"כ בלקוחות לא שייך לומר כן, ולכן בלקוחות הביא דעה שפוטרת את הלקוחות מטעם ליכא לוה ליכא ערב.

אמנם מד' האחרונים נ' שפירשו באופ"א, דודאי נקטינן לעיקר דהיתומים הווי בני חיובא, והא דמ"מ הלקוחות פטורים הוא משום טענת הנחתי, דלא חשבי לה כאשתדוף כה"ג, ומשא"כ

מדפי הרייף וז"ל 'ומיהו כשמת לוח אעי"פ ששעבוד גופו פקע, שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוה שירד לנכסיו ויפרע מהן'.

ונראה שכוונתו לחלוק בזה על בעה"מ הסובר דאיכא ביה לדינא דכי ליכא לוח ליכא ערב, ובזה השיגו הראב"ד, דאף אם ננקוט שגדר התקנה הוא דהוי פטור בעצם ולא רק אריא דרביעא עליה, מ"מ הא מיהת שאי"ז אלא מתקנת יתומים, שהרי אילו היה מת בלא נכסים, הרי היה אפשר לגבות מהערב, והרי ע"ז גופא נעשה ערב, על אופן שסיבת הפטור אינה מחמת המלוה אלא מחמת הלווה.

בדין קבלן במקום יתומים

ז. והנה לבי טעמים אלו, בפשוטו כל הא דהערב נפטר הוא רק בערב רגיל או בערב ע"מ שממי שארצה אפרע, דכיון דאין נפרעין מהערב תחילה, א"כ דין הערב נגזר מדין הלוה, אך בערב קבלן, דקיי"ל שאפשר לתבעו תחילה, בדין דהערב חייב לשלם אף במקום יתומים קטנים, וכן כתב הרא"ש.

אך הרמב"ן והנמוק"י כתבו דאפי' ערב קבלן נפטר, ובטעם הדבר כתב הרמב"ן דהיינו משום 'דאטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל, כדאמר בפי' כל הנשבעין'. וכוונתו למבוי בשבועות מ"ח א' דבמקום שמת לוח בחיי מלוה, ואח"כ מת המלוה, אמרי' דכבר נתחייב מלוה לבני לוח שבועה ואין אדם מוריש ממון שיש בו שבועה לבניו, ודנה הגמ' אם אפשר לגבות מהערב, וע"ז מבוי בגמ' דאטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל, וממילא כשם שנפטרים היורשין כך נפטר הערב. ועי' בבעה"ת שער י"ד חלק ד' אות א' שהוכיח דהגמ' איירה בקבלן.

ודי הרמב"ן צ"ע, שהרי בעודם קטנים א"א לגבות מהם בלא"ה, וכשיגדלו מאי אכפת לן שהערב יחזור עליהם, כשם שהמלוה יחזור עליהם כך גם הערב יכול

לחזור עליהם. ומשא"כ בההיא דשבועות, התם היתומים פטורים לגמרי, אף גדולים, ובזה שפיר אמרי' דמה"ט אין גובין מהערב, דאם יגבו מהערב, הרי הערב יחזור עליהם, ולא הועילו חכמים בתקנתם שאין גובין מהיתומים. ובאמת הרשב"א והריטב"א דחו מה"ט את ד' הרמב"ן.

ח. והיה מקום לפרש בזה, דהנה בדי' הסמ"ע סי' ק"ל סק"ב והשי"ך שם סק"ג מבוי, דאפי' אם הלוה כבר פרע את חובו, מ"מ כל שהערב פרע כדין, חייב הלוה לשלם לו מה שהפסיד, ועי"ש בשער משפט סק"א.

והטעם בזה יל"ד בבי' אנפי, או דחשבי' שהערב פרע בשליחות הלוה, וכמבוי עיקר היסוד בראשונים בכמה דוכתי⁴, או משום שהלוה נתחייב ללוה לפצותו על כל מה שיפסיד מחמת ההלוואה, כמבוי ביד רמ"ה ב"ב קע"ד א', וכפי שנתבאר בזה בסימן י"ח.

ולפי"ז היה מקום לומר, דכוונת הרמב"ן היא, שאם גובין מהערב במקום יתומים קטנים, א"כ שוב יוכל הערב לחזור על היתומים אף בקטנותם, והוא למבוי בדי' התוס' קע"ד א' דאין חוששין שהתפיס את הערב צרי אלא רק שהתפיס את המלוה צרי, ולפי"ז הכא, נהי דחיישינן לצרי לגבי המלוה, מ"מ במה שהערב פרע איכא חיוב חדש לערב גופו, וביחס לערב ליכא צרי. וכבר עמד שם השער משפט בעיקר הערה זו, וי"ל דזה גופא מה שהוקשה לראשונים דידן, וכנ"ל.

אמנם נראה דא"א לומר כן, דהא דעת הרמב"ן קע"ד א' דחיישינן שהלוה התפיס צרי את הערב, וא"כ אף אי נימא דיש ליתומים חיוב חדש לפצות את הערב, מ"מ על חיוב זה גופא איכא חשש צרי.

וגם בדי' הריטב"א נ' להדיא דאין כוונת הרמב"ן שהערב יחזור עליהם בקטנותם, דז"ל 'דכיון שנפטרו היתומים ואין לו לגבות מהם אפי' יש להם נכסים, משום חשש צרי ושמא פרוע הוא, אינו גובה מן הערב, דילמא לכי גדלי יתמי מייתו ראייה שהוא פרוע,

⁴ ואף די"ל דהכא לא שייך שליחותא כיון דכבר נפרע החוב, מ"מ מדי' הסמ"ע סק"ד יש ללמוד דגם הכא שייך שליחותא, כיון שמתחילה הרשהו הלוה לפרוע כדינו, ואכ"מ,

בערב ליכא טענת הנחת, אלא כל שא"א לגבות מהלוה גובין מהערב, ועי"ד שנתבאר לעיל סק"ד.

וקשה גזל הנאכל. וממשי"כ ע"ז ד'קשה גזל הנאכל' נראה להדיא דאין כוונתו שהערב יחזור על היתומים בעודם קטנים, דלפ"ז אי"ז שייך כלל להא דקשה גזל הנאכל.

ט. ובביאור ד' הרמב"ן נראה, דנהי דבקטנותם אין הערב יכול לחזור על היתומים, מ"מ לכי גדלו יוכל לחזור עליהם, ואף אם יביאו ראיה שאביהם פרע את החוב לערב, לא יועיל להם, דכבר נתבאר לעיל דהלוה חייב לפצות את הערב אף אם החוב כבר נפרע, וא"כ אם יגבו מהערב בעודם קטנים, מונח בזה שכשיגדלו יגבה מהם הערב בכל גוונא, וכיון דחיישינן לצררי, הרי יש לן צד שהחוב פרוע, וא"כ אין לגבות מהערב, דעיד"ז יופסדו היתומים חנם.

וזו כוונת הריטב"א במשי"כ ד'קשה גזל הנאכל' - דנהי דע"י שיביאו ראיה שהיה צררי, יוכלו לחזור ולגבות מהמלוה את מה ששילם לו הערב, מ"מ קשה גזל הנאכל, ונמצא שיצטרכו לשלם ממון לערב ולא יוכלו לגבותו מהמלוה.

י. ועי' ברשב"א ובריטב"א שחלקו על הרמב"ן, וכתבו שאין סיבה לחוש לצררי גבי הקבלן ודבריהם יתבארו להלן, ודחו את הראיה מהגמ' בשבועות, 'דהתם היתומים פטורין לגמרי לעולם, ואם אתה תובע את הערב נמצאת מחייב את היתומים, דערבא בתר יתמי אזיל'.

ובכוונתם נראה, דס"ל דחשש צררי אינו חשש בעצם, אלא רק תקנה בעלמא שלא לגבות מהיתומים עד שיגדלו, וממילא לא אכפת לן במה שאם יגבו עתה מהערב, יצא שעיד"ז יתכן שיפסידו היתומים כשיגדלו, דסו"ס מוטל עליהם חוב, ומשא"כ בההיא דשבועות שהיתומים פטורים מהחוב לגמרי, התם ודאי חיישינן לתקנתם, וא"א לגבות מהערב, דעיד"ז יצא שיגבו מהיתומים.

בדין ערב שקדם ופרע - לדעות שפטור - אם חוזר וגובה מהקטנים

יא. והנה הנמק"י הכריע כדברי הרמב"ן, דאף מן הקבלן אין נפרעין כיון דערבא בתר יתמי אזיל.

ובהמשך דבריו פ"א ב' מדפי הרי"ף כ' לחדש, דאילו הערב פרע את החוב, כיון דאינהו פטורין והוא נמי פטור, הו"ל כפורע חובו של חברו שלא מדעתו, והם פטורים לשלם לו אף לכשיגדלו, ומשא"כ כאשר הם חייבין לשלם, וכגון שחייב מודה, לא הפסיד, דלאו כפורע חובו של חברו הוא, אלא שיעבודא דנפשיה פרע, עכ"ד.

ומבוי בדבריו, דכיון שהערב פטור מלשלם ואין עליו חוב ממון, הוי פורע חוב חברו, ומשא"כ היכא שיש עליו חוב ושעבוד.

והנה להלן כתב הנמק"י דהיכא שהערב פרע את חוב הלוה תוך זמנו, חייב הלוה לשלם לו, כיון דרמיא עליה שעבודא.

ויש לתמוה דלכא' ערבא במקום יתומים קטנים דומה לחוב תו"ז, דנהי דאין על הערב חיוב לשלם ממון בפועל, אך יש עליו שעבוד, שהרי פטורו של הערב אינו בעצם, אלא רק משום שאילו יגבו ממנו יחזור על היתומים, ולפ"ז הרי מוטל עליו שעבוד, וא"כ נימא דכיון שפרע מחמת שעבודו, לא הוי פורע חוב חברו, ולכשיגדלו היתומים יצטרכו לשלם לו מה שהוציא, ומאי שנא מערב שפרע בתוך הזמן.

יב. והעירוני לפרש בזה, דהא דאין גובין מערב במקום יתומים קטנים, אי"ז דין בעלמא שא"א לגבות מהערב משום שיחזור על היתומים, אלא הגדר הוא שמחמת הא דאם לא נחוש לצררי לגבי ערב יצא שעיד"ז יופסדו היתומים, מעתה בכלל התקנה לחוש לצררי לגבי יתומים, נכלל גם לחוש לצררי אף לגבי הערב.

ולהכי הוא חלוק טובא מחוב תו"ז, דבחוב תו"ז יש שעבוד גמור על הערב, ואך שלא הגיע זמן התשלום, אך במקום יתומים קטנים, חיישינן לצררי אף לגבי הערב, והשתא אין עליו כל חוב ושעבוד, ולהכי אם פורע את החוב דיינינן ליה כפורע חוב חברו שלא מדעתו.

יג. ויש לזה משמעות בד' הרשב"א והריטב"א, שהביאו את ד' הרמב"ן שפטר את הערב מטעם

דלאו בני מצוה נינהו, וה"נ מיפטר הערב מדין ליכא ליה ליכא ערב⁶.

טו. אמנם בד' רבנו יונה נראה איפכא, דאף דלר"ה בריה דר"י אין גובין מהערב במקום יתומים קטנים, מ"מ לר"פ שפיר גובין מהערב, דז"ל 'נראה לי דהאי דנקט מקמי דלודעינהו ליתמי, משום **דלרב הונא בריה דרב יהושע, דהלכתא כותיה**, משום חששא דצררי הוא דאין נזקקין לנכסי יתומים, אף הערב אינו חייב לפרוע⁷, וכו'. ומבוי בדבריו, דכל הא דהגמ' נקטה מקמי דלודעינהו ליתמי הוא משום דלר"ה בריה דר"י כשם שהיתומים פטורים, ה"נ הערב פטור⁸, ומינה דלר"פ שפיר גובין מהערב אף במקום יתומים קטנים.

ובנמק"י מבוי להדיא דאף לר"פ אין גובין מהערב במקום יתומים קטנים, ושלא כד' רבנו יונה, דעל ד' רב פפא כתב הנמק"י דאילו היה מודיעם הערב, היה נפטר מלשלם. אך אין מזה ראייה, דהנמק"י לשיטתו דפטור הערב הוא משום דערבא בתר יתמי אזיל, ולפ"ז ודאי אין חילוק בין דעת ר"ה בריה דר"י ובין דעת ר"פ, ולתרווייהו אין גובין מהערב.

טז. ושיטת רבנו יונה צ"ע, דלכא' איפכא מסתברא, דלר' פפא יותר היתומים פטורים, דלא בני מעבד מצוה נינהו, ומאי טעמא לא מיפטר הערב.

⁶ והא דהגמ' לא נקטה נפק"מ בינייהו במקום ערב ויתומים קטנים, י"ל דהגמ' הביאה נפק"מ שקשורה לדין גביה מהיתומים עצמם, ולא נפק"מ בדין גביה מהערב.

⁷ ויל"ע דלמבוי בד' רבנו יונה ר"פ מודה שבמלוה בשטר גובין מקטנים, דלא גרעי מלקוחות, ולפ"ז לר"פ יתפרש שפיר הא דנקט מקמי דלודעינהו ליתמי, כד' הרשב"ם דאילו אודיעינהו היו גובין מהם מחמת השטר, ואולי רק אם גרסי 'מקמי דלתבעינהו' יל"פ הכי, ולא אם גרסי 'מקמי דלודעינהו'.

⁸ וזה על דרך בעה"מ והנמק"י שנראה שפירשו את מה שאמרו 'מקמי דלודעינהו', דהיינו שהערב לא בירר עם היתומים לפני שפרע, דאילו היה מברר אצלם, היה מתוודע לכך שאינו צריך לשלם.

דערבא בתר יתמי אזיל, וחלקו ע"ז, דלא שייך צררי אלא בקטנים, כיון שהם קטנים ואינם יכולים לחפש אחר זכותם, ומשא"כ בערב, שהוא גדול ויכול לחפש⁵, ואח"כ חלקו על הראיה משבועות וכתבו דשאני התם דהיתומים פטורים לגמרי, וכפי שהובאו דבריהם לעיל.

ויל"ע במה שהאריכו לבאר דלא שייך צררי לגבי ערב, והא לא מטעם צררי פטרו הרמב"ן לערב, אלא מטעם תקנת היתומים, שלא יחזור הערב ויגבה מהם.

אך להנ"ל ניחא, דהרמב"ן סובר דמשום תקנת היתומים תקנו לחוש לצררי גם לגבי ערב, וע"ז חלקו הרשב"א והריטב"א וכתבו דלא שייך כלל חשש צררי לגבי ערב, אלא רק גבי יתומים, וא"כ אין טעם לפטור מלשלם.

אמנם העירוני, שיש לפרש בכוונת דבריהם, דלא נימא כמש"כ רבינו יונה דאותו הפטור שיש על הלוה יש גם על הערב, וע"ז כתבו דהפטור דצררי ל"ש כלל לגבי הערב.

אם דין ערב במקום יתומים קטנים תלוי בפלוגתת ר"פ ור"ה בריה דר"י

יד. נתבאר לעיל סק"ה בשיטת הבעה"ת והטור, דהא דהערב חייב במקום יתומים קטנים, הוא משום דהיתומים חשיבי בני חיובא, דחשש צררי הוא רק תקנה בעלמא שלא לגבות מהם עד שיגדלו, אך עיקר החוב עומד בתקפו, ולהכי מיחייב הערב.

ולפ"ז היה נראה, דהנך ראשונים יודו, דלר' פפא דפטור היתומים הוא משום דלאו בני מצוה נינהו, ה"נ נפטר הערב, דלדידיה ודאי היתומים פטורים,

⁵ והריטב"א הוסיף עוד, 'דשורת הדין היה שהמלוה יגבה מן היתומים, אלא שנתחסדו חכמים עם הקטנים והפריזו על מדותם לחוש לצררי עד שיגדלו, אבל הערב למה יפטור

וני' דרבנו יונה אזיל לשיטתו, שנת' לעיל סק"ג בדעתו דפטור הערב אינו מדין ליכא לזה ליכא ערב, דלעולם ס"ל דהיתומים חשיבי בני חיובא מצד עצמם, אלא דהערב עצמו יכול לחוש לצררי כשם שחיישינן לצררי גבי יתומים, ולפי"ז י"ל דה"נ לר"פ קטנים חשיבי בני חיובא, דבעצם החוב מוטל עליהם ואך שאינם בני מעבד מצוה לקיים את חובם, וממילא הערב מיחייב, ומשא"כ לר"ה בריה דר"י, דהחשש הוא מצד צררי, ה"נ הערב עצמו יכול לחוש לצררי, כנ"ל.

ואמנם בתוס' הרא"ש כתובות פ"ו א' מב' דלר"פ חשיב דאיכא שם 'פטור' על היתומים, דכתב שם דר"פ ס"ל שעבודא דאוי, ואעפ"כ ס"ל דאין גובין מיתומים קטנים, דכיון דאינהו לאו בני מצוה, אף לנכסיהם לא נחתין, דנכסי דבר אינש ערבין ביה, וכיון דלוה לא מחייב לא נתחייב גם הערב. ולדעת תוס' הרא"ש לכא' פשיטא שכשם שאין גובין מנכסי היתומים, כך לא יגבו מנכסי הערב.

ונראה דרבנו יונה אזיל לשיטתו, שכ' בסוגיין דר"פ ס"ל שעבודא לאו דאוי, ומשו"ה הא דיתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו פטור את היתומים. ולדידיה ע"כ אילו הוי סברי' שעבודא דאוי, היו גובין אף מקטנים, ולא אמרי' דכיון דהלוח נפטר ה"נ נפטר הערב.

בביאור 'ערבא בתר יתמי אזיל'

יז. בביאור ד' הגמ' בשבועות ד'ערבא בתר יתמי אזיל', נתבאר לעיל מד' הראשונים, דהיינו שאם יגבו מהערב, יחזור הוא על היתומים, ומה הועילו חכמים בתקנתם שהיתומים פטורים.

אכן היה מקום לפרש בענין אחר, דאין כוונת הגמ' דבהא דערבא בתר יתמי אזיל יש **סיבה** בפני עצמה שלא לגבות מהערב, אלא כוונת הגמ' דהרי"ז **סימן** לכך שעיקר החוב מוטל על היתומים, ודיינינן להו כלוה, וממילא דין הערב נגזר מדין היתומים, וכשם שא"א לגבות מהיתומים, כך א"א לגבות מהערב.

ואף דהראשונים העמידו את ד' הגמ' בקבלן, ובקבלן הדין הוא דאפשר לתבוע את הערב תחילה, מ"מ הא כ' בעה"ת בשער ל"ה ח"א אות מ"ד דאם הלוח אומר

פרעתי נפטר גם הקבלן, דהקבלן לא יתחייב אלא במה שיתחייב הלוח, וה"נ הכא, וכל המתבאר מד' הגמ' בבכורות מ"ח א' דבקבלן ליכא לדינא דכי ליכא לזה ליכא ערב, הוא רק התם דיש חיוב בכח על הלוח, ואך דא"א לגבותו בפועל מספק, דאז שפיר גובין מהקבלן מטעם ממנ"פ, אך היכא דאיכא על הלוח שם 'פטור', גם הקבלן נפטר.

יח. ויסוד לביאור זה, בד' המהרש"א בגיטין מ"ט ב', דהנה התוס' שם כתבו דהיכא דהלוח מת והניח יתומים וקבלן, אין נפרעין מהקבלן אלא זיבורית, דדינו נקבע כפי דין היתומים, וכתב שם המהרש"א בתו"ד וז"ל 'אע"ג דמצי לתבוע הקבלן תחלה, מ"מ כיון שהקבלן מצי שוב לאשתעווי דינא בהדי היתומים, עיקר דינא עליהו הדר, ולא גבי אפילו מקבלן אלא מזיבורית'. והיינו דהמהרש"א ביאר לדין התוס', דהיינו משום שהקבלן מצי לאשתעווי דינא בהדי היתומים.

והנה בכה"ג לא שייך לומר דהא דהקבלן הדר עליהו הוא סיבה בפני עצמה שלא יוכלו לגבות ממנו בינונית, שהרי אף שהקבלן יוכל לחזור על היתומים, מ"מ פשיטא שלא יוכל לגבות מהם אלא זיבורית, וככל בע"ח. אלא ודאי כוונת המהרש"א, דמהא דמצי הקבלן לחזור על היתומים, מוכח שעיקר החוב מוטל עליהם, ואהכי דין הקבלן נגזר מהם בתולדה, וכיון שדינם בזיבורית, ה"נ דינו של הקבלן.

יט. וגיסו הגר"ר שליט"א העיר, דבד' המהרש"א נראה באופ"א קצת, דאין כוונתו דהא דהערב יכול לחזור על היתומים הוא סימן שעיקר החוב מוטל עליהם, אלא כוונתו דהא גופא שהקבלן חוזר עליהם משווה אותו כשלוחם, וחשיב כפורע את חובם, ולהכי אין גובין ממנו אלא זיבורית, כדין היתומים.

ונפק"מ באופן שהקבלן לא יחזור עליהם - וכגון בנעשה ערב מעצמו לדעת הרמב"ם - דלדרך זו בד' המהרש"א, שפיר יגבו ממנו מהבינונית, דלא חשיב כפורע בשליחותם, ומשא"כ לדרך הריטב"א, ולפי ביאורנו דלעיל בד' המהרש"א, ה"נ לא יגבו מהקבלן

אלא זיבורית, דסו"ס עיקר החוב מוטל על היתומים והוא פורע את החוב שלהם.

ואמנם אכתי יל"ע בזה בסברא, דהא איכא דין גביה מקבלן אף באופן שלא שייך לדון שפורע בשליחותם, וכגון בנעשה ערב מעצמו ובכה"ג גובין ממנו בינונית, ומבוי' ששייכת בו גביה עצמית, וא"כ אף בגוונא שנעשה ערב עפ"י הלוה, מ"מ יוכל המלוה לגבות ממנו מצד עצמו, ונפק"מ שעיד"ז יוכל לגבות בינונית.

וצ"ל דהיכא דנעשה ערב עפ"י הלוה, חשיב שלא קיבל על עצמו לפרוע אלא בתורת שליחותיה דאבוהון. ואכתי צ"ע מד' הראשונים ב"ב קע"ד א' שמבוי' דבאופן שלא אודיעינהו חשבי' שפורע מעצמו, ומ"מ לית בה לדינא דפורע חובו של חברו, דסו"ס היה מוטל עליו שעבוד, וצ"ת בזה.

כ. עוד העיר, למש"כ בחי' הריטב"א שבועות מ"ח ב', וז"ל שם 'אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל. פירוש כי עיקר החוב על היתומים הוא, וכיון שנפטרו הם, שהם כלוה עצמו, נפטר הערב, ואפילו הוא ערב קבלן, דערב במקום יתמי קאי, אף על פי שהוא קבלן, וכל מאי דפרעי הדר גבי מינייהו כי אית להו', ובהמשך דבריו כתב שהסכים לזה הרמב"ן. ומבוי' דהא דהערב נפטר הוא משום דדינו כדין היתומים דפטירי, ומשמע יותר כאופן הא' שנתבאר בד' המהרש"א.

והוסיף עוד, דנראה דהריטב"א לשיטתו שביאר דיסוד פטור הערב הוא משום דהיתומים הוו כלוה, בהכרח מפרש דהא דהערב חוזר על היתומים אי"ז מכח שאביהם נתחייב לו, דאם כן מה הגמ' מביאה להא דערבא בתר יתמי אזיל, דמה ענין זה לזה, וע"כ דהא דהלוה חוזר עליהם הוא משום דחשיב כפורע חובם, ומשום דחשיבי כלוים, שהחוב מוטל עליהם⁹.

דהלוה עצמו נפטר, א"כ פשיטא שאין לחלק בין ערב ללקוחות, דבתרויהו הדין הוא שאם הלוה נפטר נפטר גם הערב, וצ"ע.

ומסתפקנא לומר, שכוונתו כמו שביאר הנ"ל בד' המהרש"א, דהא גופא שהערב חוזר על היתומים חשיב שהערב פורע בשליחותם, והא דחשבי' שפורע בשליחותם, הוא לפי שכל מה שנעשה ערב הוא רק ע"מ שיוכל לחזור על הלוה וכמש"כ הסמ"ע סי' ק"ל ס"ק ט"ו, וחשיב שמעיקר תנאי הערבות חשבי' שפורע בשליחות הלוה.

ובזה נסתפק הריטב"א לפרש דה"נ בלקוחות, גדר האחריות הוא שהלקוחות חשיבי כפורעים את חוב הלוה, ומה"ט יכולים לחזור עליו ובמקו"א נתבאר בזה.

ועי' כתב דלקוחות שאני, דאינם כערב - שלא נעשה ערב אלא על דעת שיחזור על המוכר - אלא דיינינן שקנו את הקרקעו אף שלא על דעת לחזור על המוכר, דעביד איניש דזבין ארעא ליומא, ואך דמ"מ תבעו אחריות נוספת וחיצונית על החוב, ומה"ט לא חשבי' שפרעו בשליחות הלוה, ולכן אף כשהיתומים נפטרים, מ"מ אין נפטרים בזה הלקוחות.

ויתחדש לפ"ז, דאילו יגבו מהלקוחות, יחזרו הלקוחות על היתומים קטנים, וכל סברת 'עביד איניש דזבין ארעא ליומא' באה רק להגדיר את גדר דין אחריות נכסים, ואי"ז כ"כ במשמעות הדברים, וצ"ע.

⁹ אכן צ"ע בהמשך דברי הריטב"א שם שכתב דהיכא דאיכא לקוחות במקום יתומים קטנים, אין נפטרינן הלקוחות, דאין דינם כדין הערב, דלקוחות אדעתא דארעא נחית ועביד איניש דזבין ארעא ליומא', והשתא אילו הא דהערב נפטר הוא משום

סימן י"ז

הערות בסוגיית ההוא ערבא - ב"ב קע"ד א'

הר"י מיגש היא על ד' ר"פ שנאמרו בסתם מלוה ע"פ, ובוזה יק' היאך גובין מגדולים, ניחוש לצררי, וע"ז שפיר תירץ דאיירי בשחייב מודה, או בשמתוהו ומית בשמתיה, או בשמת בתוך זמנו.

וזה הביאור גם בד' המהרש"א, שתירץ ד' התוס' דאיירי בשחייב מודה, והיינו דס"ל דהתוס' לא הקשו כן כלל אסוגיין, דבסוגיין לא שייך כלל טענין פרעתי וכנ"ל, אלא כל קושיתם היא אדר"פ דאיירי בסתם מלוה ע"פ, וע"ז שפיר תירץ דאיירי בשחייב מודה.

ד. וכד' המהרש"א משמע בד' הרשב"ם בסוגין שכתב 'ואע"ג דקיי"ל לקמן בפירקין מלוה על פה גובה מן היורשין הני מילי כגון דשמתוהו ומית בשמתיה אי נמי כשחייב מודה', וצ"ע דהא מאן אמרה בשלהי פרקין, רב פפא אמרה, וע"כ דאיירי בגדולים, דהרי לדידיה אף היכא דליכא חשש פרעון מ"מ אין גובין מקטנים דלאו בני מצוה נינהו, וא"כ מאי קשה ליה לרשב"ם עד דהוצרך להעמיד בשמתוהו ומית בשמתיה או בחייב מודה, הא כיון דאיירי בגדולים גובין הן לר"פ והן לר"ה ממנ"פ, ולא בעי כלל חייב מודה וכנ"ל, ולהנ"ל נ' דכוונתו להק' אף על יתומים גדולים, היאך גובין מהם מלוה ע"פ, ניחוש לצררי, וע"ז כ' דאיירי בשמתוהו או בשחייב מודה, ואיירי גם אליבא דר"פ.

ה. אמנם צ"ע על ד' המהרש"א, מסתימת ל' הרשב"ם לעיל ל"ג א' שכי' וז"ל 'ואי נמי מלוה על פה היא כי גדלי לישתעי דינא בהדיהו וישבע ויטול כדאמר רב פפא בשמעתא בתרייתא דמכילתין הלכתא מלוה על פה גובה מן היורשין, והני מילי שיש עדים שהלוהו וישבע שלא פרעו ויטול'. ולא העמיד דאיירי בשמתוהו ומית בשמתיה.

ועי' ברמב"ן שם שהביא לד' הרשב"ם דאפי' במלוה ע"פ גובה, והק' דהא מלוה ע"פ אינה גובה אלא בחייב מודה או שמתוהו ומית בשמתיה או בתו"ז ובהנהו

[א]

בד' הרשב"ם דסוגיין איירה במלוה ע"פ

א. ב"ב קע"ד א'. התוס' ד"ה ואם הקשו על הרשב"ם, דאם הוי מלוה ע"פ, א"כ אף אי בני מצוה נינהו, מ"מ אין לגבות מהם, כיון דטענין פרוע, ומה"ט אין לגבות אף מגדולים. ועי' במהרש"א שהק' די"ל דאיירי בחייב מודה. וקושיתו צ"ע, דהרי בכה"ג אף ר"ה מודה דקטנים חייבים, וע"כ דאיירי בשאין חייב מודה.

אמנם עי' בר"י מיגש שבאמת כתב כמהרש"א, ודבריו תמוהים.

ב. וכמדומה הביאור בזה, דהר"י מיגש למד שעיקר ד' ר"פ נאמרו בסתם ערב על מלוה ע"פ, ולא בעובדא דסוגיין בפרט, אלא דהגמ' הקישה מזה לנדון סוגיין שהיה מלוה בשטר והערב לא אודיעינהו ליתומים, דעדי"ז תו הוי מלוה ע"פ, ודינו כדן מלוה ע"פ.

ונראה, דבוזה ס"ל לר"י מיגש דמ"מ חלוקין טובא ב' הנידונים, וכמשי"ת.

ג. דהנה רבנו יונה בשלהי סוגיין עמד בקושיא, מ"ט הגמ' צריכה לומר דחיישינן לצררי, הול"ל דחיישינן לפרעון, דהא הוי מלוה ע"פ. וביאר רבנו יונה, דבסוגיין ליכא חשש פרעון כלל, שהרי היה שטר הלואה על האב, ואילו אודיעינהו הערב, היו חייבין, ואך דמדלא אודיעינהו חשיב שהלוה את היתומים הלואה חדשה בע"פ אחר מיתת האב, וע"ז לא שייך כלל חשש פרעון, שהרי כל החוב נוצר אחר מיתת האב, אלא רק חשש צררי. עכ"ד.

ונראה דביחס להך חשש צררי, שפיר דיינינן דהוי חשש רחוק ואין חוששין לו אלא רק בקטנים ולא בגדולים, ולהכי מסוגיין ליכא לאקשווי כלל, ואין צריך כלל לאוקמי בשחייב מודה וכדו', וכל קושית

את המלוה צררי, ואין חשש שמא אביהם התפיס את הערב עצמו צררי.

וצ"ע טובא, דהנה הרי מבוי בגמ', דאילו הערב הוי קדים ותבעינהו ליתמי, היה דינו כדין מלוה בשטר, ולא היו חוששים לטענת צררי, והטעם הוא דשטרך בידי מאי, ולא חוששים לצררי למלוה, וא"כ אף שבפועל הערב קדים ופרע, ונעשה עי"ז כתביעה חדשה על היתומים וכדין מלוה ע"פ, מ"מ ליכא למיחש שמא האב התפיס צררי למלוה, דכנגד זה איכא לראית שטרך בידי מאי בעי, דהא קמן שהשטר היה בידי המלוה.

ז. וכמדומה שמוכח מכאן כד' הגר"ח, דיסוד דינא דשטרך בידי מאי בעי אינו מיוסד על ראייה ואנ"ס, אלא דהוי מדיני השטר, ואשר על כן הוא חלוק טובא, דאם היה הערב תובע מוכח השטר, אז היה דינא דמלוה בשטר דלא חיישינן ביה לצררי, אך כיון דלא תבע את היתומים אלא קדם ופרע מעצמו, א"כ אית ליה תביעה חדשה כדין מלוה בע"פ, ואין לו שטר תח"י, ושוב הדר חיישינן לצררי, ולא שייך לומר שטרך בידי מאי בעי, דהא אין לו כח שטר בתביעתו.

לא בעי שבועת הבא ליפרע, אך אין הכרח בדעתו דפי' דהרשב"ם איירי אף באין חייב מודה וכו', אלא דהרמב"ן הק' ממנ"פ, אם אין חייב מודה וכו', א"א לגבות מלוה ע"פ, ואם חייב מודה וכדו', א"צ שבועת הבא ליפרע. ואמנם בפשוטו הרשב"ם איירי בשאין חייב מודה וכו', דע"ז ודאי יק' מה הצריך לשבועת הבא ליפרע, וצ"ע.

[ב]

בגדר שטרך בידי מאי בעי

ו. הרשב"ם בסוגיין נקט, דאילו הערב היה תובע את היתומים ולא פורע מעצמו, היו חייבים לשלם לו, דלא חשבי' ליה כמלוה בע"פ אלא כמלוה בשטר, כן מבוי בדבריו ד"ה פריעת בע"ח מצוה וד"ה אמר ר"ה ובע"ב ד"ה דלהכי.

ויש לתמוה לפ"ז, במש"כ בד"ה ר"ה, וז"ל בתו"ד 'אלא היינו טעמא דלא גובה ערב מיתמי עד דגדלי וכו', דאיכא למימר אימור צררי אתפסיה אביהם למלוה בחייו לפטור את הערב, והלכך (על) [כל] מלוה ע"פ איכא למיחש דלמא פרעיה אבוהון בחייו, ומבוי בד' הרשב"ם, דהחשש צררי הוא שמא האב התפיס

סימן י"ח

קונטרס בענין חיוב הלווה לשלם לערב את הדמים

א. הקדמה - ד' דרכים בחיוב הלווה לשלם לערב, ונפק"מ בזה

ב. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין ערב שפרע מעצמו

ג. ביאור ד' הראב"ד לדרך סה"ת

ד. ביאור ד' הראב"ד לדרך המ"מ

ה. מקורות לכך שהערב זוכה ע"י התשלומין בעצם החוב

ו. בטעם הראשונים דהמחייב הוא מצד שליחותיה - אם הוא ממש מדין שליחות

ז. בדין נכרי שגבה מהערב בעלילה - חיוב הלווה לפצות את הערב, ואם אמרי' כן אף במלוה ישראל שגבה ברמאות מהערב

ח. ד' הגמ' בשבועות מ"ח ב', דבמת הלווה, כשם שאין גובין מהיורשין, כך אין גובין מהערב

ט. בדין ערב שפרע תו"ז

י. בד' בעה"מ מכות ג' א' בסוגיא דאילעא וטוביה

יא. בד' הרמב"ן ב"מ ע"א ב' בדין נכרי שלוח מן ישראל ברבית, אם שרי לישראל להעשות ערב ע"ז

יב. בחיוב הלווה לשלם לקבלן מה שפרע

א) דחשיב שהערב פרע בשליחות הלווה, והוי כדין מוציא הוצאות על פיו¹, עיי' בעה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ה, וכ"ה רבות בד' הפוסקים, ויתבאר להלן.

¹ ויסוד דין 'מוציא הוצאות על פיו' גופא הוא מדין ערב, וכדין תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, וכמבוי' ברמב"ן קידושין ח' ב' ד"ה תנא, וכן מתבאר עוד בד' הריטב"א שם.

ודרך חיוב זה דשליחותיה קעביד צ"ע, דלפ"ז בדין שאם הלוה יחזור בו ויאמר לערב שלא ישלם, תו כבר לא חשבי' שהערב פרע בשליחותו, והא פשיטא דאיי"ז הדין. ועיי' להלן ענף ו' מה שיתבאר בזה.

עיי' רמב"ן רשב"א וריטב"א ב"ב קע"ד א' שכתבו דחשבי' לערב כמי שפורע בשליחותיה דערב, ולכא' כוונתם כנ"ל, דהוי מדין

א.

הקדמה - ד' דרכים בחיוב הלווה לשלם לערב, ונפק"מ בזה

א. הנה בגמ' ב"ב קע"ד ב' מבואר שאם הערב פרע את חוב הלווה, נתחייב הלווה לשלם לו את מה ששילם.

ומצינו בזה כמה טעמים בדברי הראשונים והפוסקים:

ומ"ש הש"ך, ועי' עוד בסמ"ע סי' ק"ל ס"ק י"ג וס"ק ט"ו.

וטעמים אלו יתבארו בס"ד להלן בהרחבה.

*

ב. הנה בד' הראשונים והפוסקים מבו', דיש אנפי דחשבי' שהערב פרע בתורת שליחותיה דלווה, ויש אנפי דחשבי' שפרע מעצמו וחייב מדין נהנה.

וכגון באופן שנעשה ערב מעצמו לדעת הראב"ד לדרך המ"מ מלוה ולוה כ"ו ו' דהלווה חייב לשלם לו מה שפרע, בכה"ג כל חיובו רק מתורת נהנה ולא מתורת שליחותיה דלווה. או אפי' באופן שנעשה ערב מדעת הלווה, אלא שפרע מעצמו קודם שתבעו המלווה, שאז לחלק מהדעות חייב לשלם רק מדין נהנה, כמו שיתבאר כ"ז להלן.³

ג. ובחילוקי טעמים אלו איכא נפק"מ טובא לכמה דינים.

א) בראשונים הנ"ל בב"ב מבו', דאילו הערב פרע עבור היתומים קטנים, והודיע להם שפורע בעבורם, חשיב שפרע אדעתא דאבוהון, ויכול לגבות מהם כשיגדלו, אך אילו לא אודיעינהו, חשיב כפרע אדעתא דידיה, והוי מלוה ע"פ, ומלוה ע"פ אינה נגבית מהיתומים אף לכשיגדלו, עיי"ש.⁴

ב) דעת הסמ"ע בסי' ק"ל סק"ב והט"ז שם, שאם המלוה הוציא שטר על הערב, והערב פרע את החוב, הרי שאף אם נתברר שאליבא דאמת הלווה שילם

³ ועד"ז מבו' בד' הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בב"ב קע"ד א', שדנו בערב במקום יתומים, וכתבו שאם הערב עמד ופרע, הדין מתחלק, שאם הודיע ליתומים שפורע בעבורם, הוי בתורת שליחותא דאבוהון, ויש לזה תוקף של מלוה בשטר, ואם לא אודיעינהו חשיב שפורע אדעתא דידיה, ובכה"ג יש לזה תוקף של מלוה בע"פ, וכוונתם דהיינו מדין נהנה.

⁴ ויל"ע דמ"מ יש לחייב את היתומים מכח הטעם הג', שאביהם התחייב לערב לפרוע כל מה שהפסיד מחמתו, ועי' בשער משפט סי' ק"ל סק"א שעמד בזה, ובפשוטו הנך ראשונים פליגי על טעם זה.

ב) דחייב לשלם משום נהנה, דכיון דאיכא עליה שעבוד לא חשבי' ליה פורע חובו של חברו, עי' רמב"ן רשב"א וריטב"א ב"ב קע"ד א', ובריטב"א שם קע"ד ב' ד"ה ולענין, ובשו"ת הריטב"א סי' מ"ה, ובשו"ת הרשב"א ח"ג סי' שצ"ד, ובריטב"א שבועות מ"ח א', ובנמק"י שם פ"א ב' מדפי הרי"ף, וביאור הגר"א חו"מ סי' ק"ל סק"ה וסק"ו, וקצוה"ח סי' ק"ל סק"א.²

ג) דחשבי' שבזמן ההלוואה קיבל הלווה שיעבד את עצמו לפרוע את כל הפסדי הערב, עי' יד רמה קע"ד ב', שער משפט סי' ק"ל סק"א, וכן משמע בסמ"ע סי' ק"ל סק"ט.

והשער משפט כתב שכן מבו' בד' הטור והשו"ע סי' קל"א סעיף ז', ועי' בענף ז' שנתבאר לדון בזה.

ד) בכמה דוכתי נראה שיש עוד טעם לחייב את הלווה, דבמה שהערב פרע את החוב, בזה גופא הוא זכה בחוב, וקם תחת המלווה, ויתבאר להלן בס"ד, ועי' נתה"מ סי' ק"ל סק"ה ד"ה לזה נראה, ושם ד"ה

מוציא הוצאות על פיו, אך אי"ז ברור כלל בביאור דבריהם, ועי' להלן ס"ק י"ט מה שיתבאר בזה.

² והנה בשו"ת הרא"ש כלל ע"ג סי' ט' כתב וז"ל 'ושאלתם, שנים שלוו ונעשו אחראין וערבאין זה לזה, והאחד מהם פרע כל החוב, ונתן המלוה שטר החוב ביד הפורע, אם יוכל לגבות חצי החוב מחברו, או נאמר שהפסיד מעותיו, כדין פורע שטר חוב של חברו. תשובה. הא מילתא דפשיטא היא, **כיון שמן הדין יכול להוציא המלוה ולגבות ממנו כל חובו**, שחברו חייב לפרוע לו חלקו. דהא דאמרינן הפורע חובו של חברו הפסיד מעותיו, היינו היכא דמדעתו קם ופרע, ולא היה מוכרח לכך, דהוי כמו מבריה ארי מנכסי חברו. אבל היכא דמתחלה נעשו אחראין וערבאין זה לזה, אין בכאן מבריה ארי, וצריך חברו לפרוע חלקו'.

ובד' הרא"ש מבו', דכל הא דלא הוי פורע חובו של חברו, הוא משום שבב' שלוו יכול המלווה לגבות כל חובו מאחד מהם, ונמצא שהיה מוכרח לשלם כל חובו, וכן פירשו הש"ך סי' ע"ז סק"ה, וא"כ אי"ז ענין לאופן שהערב פרע מעצמו את החוב אף קודם שתבעו המלווה.

אכן בד' הריטב"א והנמק"י שהובאו בס"ק ו' - ז' מבו', דאף בכה"ג שפרע מעצמו לא חשבי' ליה פורע חובו של חברו, דסו"ס איכא עליה שעבודא, אף שבפועל לא היה מחויב בפרעון.

מעצמו, דכל חיובו לשלם הוא רק מדין נהנה, ודאי דיפטר באופן שלא הודיע ללוה שפרע.

ב.

מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדיון ערב שפרע מעצמו

ד. ויש להקדים בזה, את מה שכתב הרמב"ם בפרק כ"ו מהל' מלוה ולוה ה"ו וז"ל 'ערב שקידם ונתן לבעל חוב את חובו, הרי זה חוזר וגובה מן הלוה כל מה שפרע על ידו, וכו', בד"א בשאמר לו בעת שנעשה לו ערב ערבני ושלם⁶, אבל אם עמד זה ברשות עצמו ונעשה לו ערב או קבלן, או שאמר לו הלוה ערבני ולא הרשהו שיתן, ופרע החוב, אין הלוה חייב לשלם לו כלום'. ובהשגות הראב"ד כתב ע"ז 'א"א אלו דברים שאין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן'.

וכתב המ"מ, דהרמב"ם מודה בב' אנפי, חדא באופן שנעשה ערב קבלן מדעת הלוה, דאז לא בעי שיאמר לו ערבני ושלם אלא די שיאמר ערבני, דלא חשבי ליה פורע חובו של חברו מדעתו, דהא הוי בע"כ דערב ועי' הערה⁷, ועוד, בערב רגיל באופן שהמלוה עמד עם הלוה בדיון, ולא היה לו מה לשלם, דאז אפי' אם הערב עמד ופרע בלא נגישת ב"ד, הרי"ז חוזר וגובה מהלוה.

ומשמעות ד' המ"מ, דהיינו מטעם דין נהנה, דכה"ג לא חשבי ליה פורע חובו של חברו, כיון דאיכא עליה שעבוד, וכן מבוי בביאור הגר"א חו"מ סי' ק"ל סק"ה, וכן משמע בש"ך סי' ע"ז סק"ה.

⁶ ויש לידע, שאין המכוון שאמר הלוה 'ערבני ואשלם', אלא שאמר 'ערבני ושלם'. דאילו אמר 'ערבני ואשלם' מסתברא מילתא דלא יועיל לדעת הרמב"ם כלל, דאף שנתחייב הלוה לשלם לערב, מ"מ לא נתחייב אלא באופן שיגבו מהערב בע"כ, ולא באופן שפרע מעצמו, ומשא"כ כשאמר 'ערבני ושלם' כוונתו שיכול הערב לשלם על דעת עצמו, וממילא הדר נתחייב לו הלוה על מה שהוציא בשליחותו, וכן נ' מבוי בסמ"ע סי' קל"ב סק"ו.

⁷ אמנם בד' הריטב"א בפסחים ל"א א' ובשו"ת הרשב"ש סי' תק"ט, מבוי שלמדו בדעת הרמב"ם, שאף בשנעשה קבלן ע"י הלוה, מ"מ כל שפרע קודם שתבעו המלוה, פטור הלוה מלשלם לו, ודלא כמ"מ.

למלוה, והיה לו שובר ע"ז, מ"מ חייב הלוה לשלם לערב מה שפרע, משום שפרע בשליחותיה⁵. ופשיטא דכל זה לא שייך אם המחייב הוא מדין נהנה, וכגון בנתערב מעצמו לדעת הראב"ד אליבא דהמ"מ, ובעוד כמה גווני.

ג) דעת הש"ך סי' ק"ל סק"ג, דלהנך דס"ל שקבלן חייב אפי' היכא שהלוה טוען פרעתי, הרי שבכה"ג שהלוה טוען פרעתי, וחייבו את הקבלן לפרוע, יכול הוא לשוב ולתבוע את הלוה, משום דהלוה הרשהו לפרוע. ופשיטא שאם המחייב הוא מצד נהנה לא שייך לחייב את הלוה בכה"ג.

ד) דעת הסמ"ע בסי' ק"ל סק"ו, דערב שפרע ולא הודיע ללוה שפרע, והלוה חזר ופרע את המלוה, חייב הלוה לשלם לו, והטעם לזה כתב הסמ"ע, דנהי דליכא ביה משום נהנה, מ"מ ערב שאני, דחשיב כאילו פרעו ברשותו, וכ"כ התומים שם סק"ב. ופשיטא דלא שייך לחייב ע"ז מצד נהנה, וכ"כ הקצוה"ח סי' ק"ל סק"א, דהיכא דנעשה ערב

⁵ ועי' בטור סי' קל"א סעיף ז' - ט' דאייירי באותו גוונא ממש, אלא דהמלוה היה נכרי, וגבה מהערב על סמך השטר שבידו, וללוה היה שובר שפרע, וחייבו הטור מכח דהלוה התחייב מתחילה לפצות על הערב על ההפסדים שהנכרי יגבה ממנו שלא כדיון, ומבוי שאם יש מקום לחייב, אי"ז משום דפרע בשליחותו, אלא משום שהלוה נתחייב לפצותו. ועי' להלן ענף ז' שנתבאר דכל דין זה הוא רק במלוה נכרי, שידוע לכל כאנס, ותלינן דעל דעת כן נעשה זה לערב, עיי"ש, וא"כ משמע להדיא שלא כדי הסמ"ע, אלא כדי הב"ח והש"ך שם, וצ"ב.

ובעיקר דעת הב"ח והש"ך דאם הוציא הלוה שובר שפרע פטור מלשלם לערב, הנה ודאי שאין ללמוד בכוונתם דכל המחייב לשלם לערב הוא רק מצד נהנה ולא מצד שליחותיה, וממילא הכא דלא שייך נהנה נפטר הלוה מלשלם לערב, אלא פשוט שכוונתם דהיה לו לערב לחוש ולחזר אחר הלוה לשואלו דילמא פרע למלוה ויש לו שטר, ועי' עוד בשער משפט שם שדן בכע"ז.

וראיה ברורה לזה, דלהדיא מבוי בש"ך שם סק"ג דלשיטות שערב קבלן אינו נפטר בטענת פרעתי של הלוה, חייב הלוה לשלם לקבלן אפי' בשטוען שפרע, והרי דאף במקום שהלוה עצמו פטור מהחוב, מ"מ צריך לשלם לערב.

ובב"ח סי' ק"ל סעיף א' כתב, דהא דחייב בקבלן הוא משום דהו"ל כאומר ערבני ושלם, שהרי מכח דין הערבות היה חייב לפרוע את החוב, ולא חשיב פורע מעצמו⁸.

ה. ובדעת הראב"ד נחלקו הפוסקים, דהמ"מ שם נטה לומר, שדעת הראב"ד היא, שאפי' בשנעשה ערב מעצמו חייב הלווה לשלם לו, ומדין נהנה. ודעת הבעה"ת שם, שהראב"ד נחלק רק על אופן שנעשה ערב על פיו אלא שלא אמר לו ערבני ושלם, אך בשנעשה ערב מעצמו מודה הראב"ד דחשבי' ליה כפורע חובו של חברו, וכן מבוי' בד' הריטב"א כתובות ע' ב' ד"ה באומר.

והשו"ע סי' ק"ל סעיף ב' העתיק את דעת הרמב"ם והראב"ד, ובדעת הראב"ד הכריע כדרך המ"מ.

ג.

ביאור ד' הראב"ד לדרך סה"ת

ו. ובביאור דעת הראב"ד לדרך סה"ת - שבשנעשה ערב מעצמו מודה הראב"ד שהלווה פטור מלשלם, וכל מחלוקתו היא רק בשנעשה ערב ע"י הלווה ופרע מעצמו - מבוי' בסה"ת, דהראב"ד מודה ביסוד הדברים להרמב"ם דחשבי' ליה לערב כפורע חובו של חברו, אלא דס"ל דכל שנעשה ערב הו"ל כאומר לו ערבני ושלם, והוי כהרשהו לשלם מחמתו.

אך בביאור הגר"א שם סק"ו מבוי', דאף לדרך זו בדעת הראב"ד, הא דחייב הלווה בגוונא שנעשה ערב על ידו, אי"ז משום דפרע בשליחותיה, אלא מדין

נהנה, דכיון דאיכא עליה שעבוד לא חשיב כפורע חובו של חברו מדעתו. ולדרך זו צ"ל, דהיכא דנעשה ערב מעצמו, חשבי' שעיקר מה שנעשה ערב מתחילה הו"ל כפורע חובו של חברו, וית' עוד להלן.

והב"ח הביא את ב' הסברות, הן את הסברא דחשיב כהרשהו לשלם, והן את הסברא דחייב משום נהנה.

ז. וכד' הגר"א דהמחייב הוא מצד נהנה מבוי' בריטב"א ב"ב קע"ד ב', והובאו דבריו בנמק"י שם פ"א ב' מדפי הרי"ף, וז"ל הריטב"א שם 'ולענין ערב או קבלן שפרע קודם זמנו למלוה ולא אודעיה ללוה ועדיין הלוה בחיים, אומר הר"ם שגובה מן הלוה אם העדים מעידין שלא פרעו אחר כך, דלא מיפטר מטעמא דפורע חובו של חברו, דהתם הוא משום דליכא על הפורע שום שעבוד, אבל הכא דרמיא עליה שעבודא ליכא למימר הכי, ואח"כ כתב להדיא שאם נעשה ערב מעצמו אין הלווה חייב לשלם לו, וכן מבוי' בדבריו בשו"ת סי' מ"ה, ובכתובות ע' ב'.

וכ"ה בחי' הריטב"א נדרים י"א ב' מדפי הרי"ף, וז"ל 'מיהו ערב או קבלן שפרע חובו של לווה שלא מדעתו אפי' שלא ע"י תביעת מלוה משתלם מן הלוה כדינו, דכיון דהוה עליה שעבודא בעי לאפקועיה נפשיה משעבודא, והכי איתא בפ' גט פשוט¹⁰.

וכ"ה בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' שצ"ד, וז"ל בתו"ד 'וקבלן או ערב שפרע, לא הפסיד, ואין דנין אותו כפורע חובו של חברו, שלא אמרו אלא בפורע שאינו שייך בחיוב, ופורע מדעתו מה שאינו שייך בחיובו כלל'.

ח. ואמנם בד' הריטב"א קע"ד ע"א מבוי', שאם הודיע ללווה, חייב הלווה משום דחשיב כפרע בשליחותיה, וכל דבריו הכא הם רק בתו"ז¹¹.

¹⁰ וכוונתו למבוי' בגמ' קע"ד א' דאף היכא דפרע בלא לאודיעניהו חייב הלווה לשלם לו, ומבוי' בד' הריטב"א דהוי חיוב חדש כדנין מלוה ע"פ, והיינו דחיובו מדין נהנה, וכמש"נ לעיל הערה 3.

¹¹ ולכא' בתו"ז אף בשהודיע הערב ליתומים א"א לגבות מהם, דלא שייך לומר דבשליחותיהו פרע, שהרי אין עליהם חוב.

⁸ ולדבריו לכא' הו"ה בערב בשהמלווה עמד עם הלווה בדין, אמנם בגדו"ת בשער ל"ה ח"א אות ל"א חילק בזה בין קבלן דחשיב כאמר לו ערבני ושלם, לבין ערב בשהמלווה העמיד את הלווה בדין, דאז לא חשיב כא"ל ערבני ושלם, עיי"ש.

⁹ והא דהב"ח לא חייבו מטעם דין נהנה, אף שלהלן ביאר את דעת הראב"ד שאף בפרע מעצמו חייב הלווה לשלם לערב, דהיינו משום נהנה, כמו שית' בסק"ו, נראה דס"ל דבקבלן לא שייך לחייב מצד נהנה, דלא חשבי' ליה כפורע חובו של חברו אלא כפורע חוב עצמו, ונת' בזה בסו"ס י"ג.

וביותר מב' בדבריו בשו"ת סי' מ"ה, שאף אי נימא דערב שפרע מעצמו, פטור הלווה מלשלם לו, מ"מ כל זה רק כשעמד ופרע מעצמו, אך כל שפרע בע"כ בבי"ד, ודאי חייב הלווה לשלם, וכן היתומים חייבים לשלם לו אף בשלא אודיעינהו, ודבריו הובאו ברמ"א סי' ק"ל סעיף ז' - ולמב' בדבריו בב"ב קע"ד א', הרי הביאור הוא דכשפרע בע"כ חשבי' ליה כפורע בשליחות הלווה, וחייב הלה לשלם לו.

והמב' בדבריו, דכשפורע הערב בע"כ, חשבי' ליה כפורע בשליחותיה דמלוה בכל גווני, וכשפורע מדעתו הדין מתחלק, דהיכא דהודיע ללווה, חשיב כפורע בשליחותיה דלווה, והיכא דלא הודיע ללווה, חשיב כפורע אדעתא דנפשיה, ואין הלווה חייב לו אלא מדין נהנה, אך כל זה רק בשנעשה ערב מדעת הלווה, ולפ"ז הוא כעין הכרעה בין ד' בעה"ת למב' בד' הגר"א¹².

אך שו"ר בב"י סי' ק"ל סק"ו שהעתיק את ד' הריטב"א הנ"ל - דהיכא דפרע קודם זמנו לא מפטר מטעם פורע חובו של חברו, כיון דרמיא עליה שעבודא - וכתב ע"ז הב"י, וז"ל 'ושיטה זו כהראב"ד דס"ל שכיון שאמר לו ערבני כאלו הרשהו (לתבוע) [לכא' צ"ל - לפרוע] דמי, דאילו להרמב"ם אפי' הגיע זמנו נמי בעי לאודועי¹³, ומשמע שפי' בד' הריטב"א, דחייב לשלם משום דחשיב כהרשהו, וצ"ע שא"ז במשמעות ל' הריטב"א, וגם דא"ז מתיישב עם דעת הריטב"א דס"ל דכל שפרע מעצמו חשיב כפרע אדעתא ידיה ולא מכח שליחותיה דלווה, וגם צ"ע דבשו"ע כתב הב"י דלדעת הראב"ד הו"ה בשנעשה ערב מעצמו ולא רק כשאמר לו ערבני, וכדעת המ"מ, ואולי כתב כן בדעת הריטב"א דס"ל דבשנעשה ערב מעצמו פטור הלווה מלשלם לו, וצ"ע ר.

¹² וכל זה רק אם ננקוט דמש"כ הריטב"א דחשבי' לערב כמי שפרע בשליחותיה, הוא מדין הוציא הוצאות על פיו, אכן להלן ס"ק י"ט נתבאר להוכיח דא"ז מכח הך דינא, אלא מדין אחר.

¹³ וצ"ע מהו שכתב דלהרמב"ם אפי' הגיע זמנו בעי לאודועי, הא לכא' לא סגי בשיודיעו הערב, אלא צריך שהלווה יסכים לזה, דהרי איירי במקום שאינו יכול לכפות את הערב לשלם, דאם יכול לכפותו לשלם, כתב המ"מ שהרמב"ם מודה דחייב הלווה לשלם לערב בכל גווני.

ט. וביד רמה ב"ב קע"ד ב' מב' בזה בענין אחר, דחייב הלווה לשלם לערב, הוא משום שבזמן ההלוואה השתעבד לשלם לערב מה שיפסיד מחמתו.

וז"ל בתו"ד ידכי אמרינן פורע חובתו של חברו שלא מדעתו הניח מעותיו על קרן הצבי, הני מילי בעלמא דלא רמי עליה חיובא למפרעה להאי חובה מחמת הלואה כלל, דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה דפרע מידי דלא הוה רמי עליה שעבודה כלל, אבל ערב דאי לא הוה יכול המלוה לאפרועי חובו מיניה דלוה ... הוה מיחייב הערב למפרעה, אע"ג דהוה יכול ערב למדחיה למלוה לגבי לוח ... ולא דחיה, אלא קדים ופרעה, לאו כפורע חובתו של חברו שלא מדעתו דמי. דלא ניחא ליה למשבקיה לשעבודה דבעל חוב עלויה, דלא ליתזיל נכסיה או מחמת מידי אחרינא, וכמאן דפרע על כרחיה דמי. **ומעיקרא כי עייליה לוח לערב בהאי ערבותא אשתעבדי אשתעבד ליה הלואה לערב מחמת ההיא ערבותא**, וכל היכא דפרע ליה ערב למלוה הני זוזי דהאי ערבותא, ליחייב ליה בגויהו מהשתא, דכיון דעיליה בערבותא ניחא ליה ללוה דלפרעה הערב למלוה, ושעבדי שעביד ליה לנפשיה לערב מעיקרא להכי, ולא פורע חובתו של חברו שלא מדעתו הוא'.

וצ"ע שפתח בהא דלאו כפורע חובו של חברו שלא מדעתו, כיון דלא ניח"ל למשבקיה לשעבודה דבע"ח עילויה, וכמאן דפרע על כרחיה דמי, וסיים בהא דמעיקרא הלווה השתעבד לערב לפרוע את מה שישלם עבורו. ויש שנקטו שיש בדבריו ב' טעמים חלוקים.

ויותר נראה, דהביאור בדבריו הוא, דלעולם הטעם הוא משום שהלווה התחייב לערב לפרוע כל מה ששילם מכח הערבות, אלא דבאופן שבא הערב ופרע מעצמו היה מקום לדון דלא חשיב ששילם מכח הערבות, שהרי לא היה חייב לפרוע כלל, דהא קי"ל לא יתבע את הערב תחילה. וע"ז באו דבריו דלא ניח"ל למשבקיה לשעבודה דבע"ח עילויה, וכמאן דפרע בעל כרחיה דמי, דעיד"ז שוב הוא כייל בהשתעבדות הלווה לשלם לערב מה שפרע בעבורו.

ולדרכו לכא' פשוט שבאופן שנעשה ערב מעצמו ליכא
חיוב תשלומין, ושלא כד' המ"מ.

ועיי עוד בהערה מד' הר"י קרקושא¹⁴.

ד.

ביאור ד' הראב"ד לדרך המ"מ

י. ובביאור דעת המ"מ, דאף בשנעשה ערב מעצמו
חייב הלווה לשלם לו, עיי בביאור הגר"א שם סק"ו
שכתב דכיון דאיכא על הערב שעבוד לא חשבי ליה
כפורע חובו של חברו מדעתו, אף שבא ופרע מעצמו.

ויל"ע, דנהי דבזמן הפרעון לא חשיב פורע חובו של
חברו, כיון דאיכא עליה שעבוד, מ"מ נימא דהוי פורע
חובו של חברו מצד זמן ההלוואה, שנעשה ערב
מעצמו, וכמו דס"ל להריטב"א.

וצ"ל בדעתו, דבשעת ההלוואה א"א לדונו כמבריה
ארי, שהרי ההנהו את עצם ההלוואה, דבהא לא שייך
אברוחי ארי ופיוס, דאייז מחילת חוב קיים אלא
הלוואה חדשה, ועוד דניח"ל ללווה בכך, דהא קמן
שנתרצה ולווה, וכל הנדון הוא רק מצד שעת הפרעון,
ואז לא הוי פורע חובו של חברו.

וכן מבוי בתומים סי' ק"ל סק"ג, דעיי"ש שכתב
בביאור ד' המ"מ, וז"ל בתו"ד 'אבל אם מתחילה לא
רצה זה להלוותו עד שזה נעשה ערב ועל ידו הלווה לו,
ואח"כ הוצרך הערב לפרוע, פשיטא דחייב הלווה
לשלם לו, וכו', דסוף כל סוף על ידו קיבל המעות
ולולי ערבות שלו לא קיבל המעות, ולא שייך ארי
אברחת מנכסי, וכו', דבלי ערב לא היה מלווה לו, ובזה

¹⁴ עיי ר"י קרקושא ב"ב קע"ד א' שכתב בתו"ד 'דכמו ששעבוד
המלווה על הלווה כך שעבוד הערב עליו, וכמאן דכתיב שעבודא
בשטר דמי, שהרי נפרע הוא מנכסים משועבדים. ודוקא
כשהערב פורע כהלכה, דהיינו אחר שתבע המלווה את הלווה, אבל
אם קדם לפרעו אין לו דיני ערב, ואינו נפרע מנכסים משועבדים,
ואין לו שעבוד על הלווה מתורת שטר אלא מתורת מלווה על פה'.
ומדיוק לשונו נראה, דבשטר ההלוואה יש שעבוד מתחילה
לערב, וכמאן דכתיב שעבודא בשטרא, ומשמע דהוא השתעבדות
נוספת לערב, ובזה חילק בין אופן שפרע לפי דיני ערב, דאית ליה
דין מלווה בשטר, לאופן שפרע מעצמו, דאית ליה דין מלווה ע"פ.

לא שייך פיוס, וכיון דנעשה ערב, בעל כרחו הוצרך
לפרוע, דהא הוא ערב, ולכך חייב'. ומבוי דמצד
ההלוואה לא שייך אברוחי ארי, ושוב חייב מצד
הפרעון, דהא הערב לא פרע מדעתו אלא בעל כרחו.

יא. אמנם בהגהות המחנה אפרים על הרמב"ם נראה
שביאר בענין אחר, דחייב מדין נהנה מצד עצם
ההלוואה וכלל לא מצד הפרעון, וז"ל 'דהא לא דמי
לפורע חובו של חברו דפטור, דלא אהנהו כלום, אבל
הכא הרי על פיו הלווה לו והוא נתרצה ולווה', ודבריו
יתבאר עפ"ד הנתה"מ.

דהנה הנתה"מ סי' ק"ל סק"ד חידש בדעת הרמב"ם,
דמודה שבאופן שהערב נתערב מעצמו, דאם נתחייב
בבי"ד לשלם, חייב הלווה לשלם לו, ובטעם הדבר
כתב, דשאני מפורע חובו של חברו שלא מדעתו, דהוי
כמבריה ארי, שאינו מצילו רק מהיזק, ומשא"כ
בנעשה ערב עבורו, כיון שהמלווה לא רצה להלוות
לווה עד שנעשה לו הלה ערב, הוי הערב כמרוויח לו
ממון, שהרי על ידו הגיע הממון לרשותו¹⁵, עכ"ד,
עיי"ש.

וצ"ב הצירוף בין שעת ההלוואה והפרעון, דממנ"פ,
אם הערב חשיב כמרויח לו ממון, א"כ יתחייב הלווה
לשלם לו אף אם לא פרע את החוב, ואיך הפרעון של
אח"כ מצטרף להלוואה.

ונראה הביאור, דמתחילה בזמן ההלוואה הרוויחו
הערב **הלוואה** אך לא הרוויחו **ממון**, וההלוואה לא
חשיבא כנהנה, שהרי חייב להשיב את הממון לבעליו,
ולכא התרבות ממון. ומשא"כ כאשר הערב פורע את
החוב, בזה גופא הוא מרבה הוא את ממון ההלוואה
למפרע - שמתחילה הרוויחו את עצם ההלוואה, ועתה
סילק ממנו את הדין השבה - ונמצא שהממון התרבה
בידי הלווה מכח הערב, ויש כאן דין נהנה גמור.

¹⁵ וצ"ע דמלי' המ"מ משמע להדיא דלא כנתה"מ, וז"ל 'ולפי
דברים אלו, אפילו בערב שאינו קבלן, כל שנכנס מדעת הלווה,
אם כבר עמד המלווה בדין עם הלווה ולא נמצאו לו נכסים, וכו',
ועמד הוא ופרעו בלא נגישת ב"ד, הרי הוא חוזר וגובה מן הלווה'.

ואמנם כ"ז רק בשנתחייב הערב בבי"ד, דאז חשיב שפרע מכח דין ערב, ומשא"כ בשפרע מעצמו, בכה"ג אין פרעונו מתייחס לערבותו, והוי כאדם אחר שבא ופרע מעצמו, ואיכא דין מבריה ארי.

וזה גם ביאור ד' המחנ"א שביאר כן בדעת הראב"ד, דהיכא דנעשה ערב מעצמו חשיב כמהנה את עצם ההלוואה¹⁶. אלא שבדעת הראב"ד מבוי, שאייז דווקא באופן שהערב נתחייב לפרוע בדין, אלא אפי' היכא שקדם ופרע מעצמו חשיב שפורע מכח דין ערב, כיון דאיכא עליה שעבודא.

ה.

מקורות לכך שהערב זוכה ע"י התשלומין בעצם החוב

יב. ומצינו דרך נוספת בטעם חיוב הלווה לשלם לערב מה ששילם, דבמה שהערב פרע את החוב, בזה גופא זכה בחוב וקם תחת המלווה.

דהנה בב"ב ל"ב ב' 'ההוא ערבא דאמר ליה ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא', וכתב רשב"ם 'והרי אתה משועבד לי בשטר זה כמו שהיית משועבד לו'¹⁷.

¹⁶ והיה מקום לדון בזה גם מצד משתרשי, דהנאת ההלוואה הייתה כרוכה בהפסד הערב, ואף שבזמן ההלוואה לא הפסיד ממון בעין, מ"מ עצם החיוב ערב שחל עליו חשיב כהפסד וחסרון ממון, וכאשר הערב משלם, חיוב זה יוצא מהכח אל הפועל.

¹⁷ והרשב"ם העמיד את הסוגייתא באופן שהיה ערב קבלן או שאמר המלוה ממי שארצה אפרע, והטעם לזה י"ל בבי' אנפי, חדא, דמצי למימר ליה לא מהימנת לי דפרעת, שהרי לא היית חייב לפרוע, ועי' ברא"ש שם בזה, ועוד, דאילו קדם ופרע מעצמו אין לזה כח שטר אלא הוי כמלוה בע"פ, ועי' המבוי בראשונים ב"ב קע"ד א', וכ"כ האבני נור יו"ד קצ"ז. וד' השטמ"ק בזה בשם שיטה לא נודע למי, דס"ל לרשב"ם כדעת הרמב"ם שערב שפרע מעצמו הלווה א"צ לשלם לו, צע"ר מדי הרשב"ם ב"ב קע"ד א' שמבוי דאף בשפרע מעצמו אית ליה לערב תביעת תשלומין, והרשב"ם לא העמיד את הסוגייתא דווקא בשאמר האב ערבני ושלם כמו שכי' הבעה"ת שער ל"ה ח"ב אות ב' שכן צ"ל לדעת הרמב"ם.

ומבוי' שהלווה משועבד לערב בשטר ההלוואה. ומשמעות הדברים, שבעצם מה שהערב מחזיק את השטר זוכה בשעבוד, ואין צריך כתיבה ומסירה, וכן מבוי' בדי' הרא"ש שם סי' י"ג, ובסמ"ע סי' ק"ל ס"ק י"ג ובדרישה שם.

וכן מתבאר בדי' בעה"ת שער ל"ה ח"ב אות א' בשם הראב"ד ב"ר יצחק, שכתב בביאור ד' הגמ' ב"ב קע"ד א', וז"ל בתו"ד 'הא אודיעינהו ולא פרעו והיה תובע ליתומים גדולים, אה"נ שהיה גובה מהן בכח השטר', ועי' ביאור הגר"א סי' ק"ל ס"ק י"ב שכתב דשיטת הרמב"ן כשיטת הראב"ד.

יג. ובביאור הדבר, הנה בסמ"ע שם משמע דהוא משום שחכמים העמידוהו במקום המלווה¹⁸.

אך הנתה"מ שם סק"ה כתב בביאור הדברים וז"ל 'דשטר כזה נקנה מהמלווה לערב במסירה בלא כתיבה, דעיקר הטעם דמכירת שטרות דרבנן ובעי כתיבה ומסירה הוא מטעם דאינו יכול למכור שעבוד גופו של הלוח, דהלוח מצי טען לאו בעל דברים ידי את, וכיון דפורע הערב, ממילא נשתעבד גופו של לוח ונכסיו להערב, משו"ה יכול להקנות ג"כ השטר במסירה בלא כתיבה¹⁹, והיינו דהנתה"מ חידש דשטר כעין זה נקנה במסירה לחוד, דטעמא דבעלמא בעי' כתיבה ומסירה הוא משום דא"א להקנות את השעבוד הגוף במסירה, ומשא"כ הכא, בעצם מה שהערב שילם נשתעבד הלווה בשעבוד הגוף לערב, ולא נשאר אלא להקנות את השטר, ולזה סגי במסירה גרידא, עכ"ד.

וצ"ע, דהדר יקשה היאך הך שטר נקנה במסירה בלחוד, הא השעבוד הגוף שמחמתו איכא שעבוד נכסים לא נקנה לערב. ולכא' מבוי' מזה, דהשעבוד

¹⁸ ועי' בהערה 14 מדי' הר"י קרקושה, גדר אחר בזה, דחשיב שבשטר ההלוואה איכא שעבוד לערב.

¹⁹ ועי' עוד בנתה"מ שם ד"ה ומ"ש השי"ך, שכתב יועיין עוד ברמב"ן שם (קע"ד א') דאם הודיע ללוה וליתומים שפורע עבורם, ודאי יש לו דין שטר, ומשמע דהוא אף באופן שלא מחזיק את השטר, וצ"ע בסתירת הדברים.

לערב אינו שעבוד חדש שנוצר מכח השתא, אלא הערב זוכה בעצם השעבוד הגוף של ההלוואה²⁰.

יד. וראיתי עוד בזה בכתבי גיסי הגר"ר שליט"א, דהנה הרשב"א במיוחסות ס"י רכ"ג כתב דשרי לישראל להעשות ערב קבלן עבור חברו שלווה ברבית מגוי. והטעם לכך, דהרבית התרבתה על הלווה ולא על הקבלן, ואין המלווה גובה מהערב אלא מה שכבר נתחייב הלווה, וכשחוזר הקבלן וגובה מהלווה מה שפרע עליו, אינו כגובה ממנו רבית. והוסיף הרשב"א וז"ל 'ולא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלוה'.

וצ"ע טובא מה הוצרך להא דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מלווה למלווה, תיפו"ל דליכא בכאן רבית כלל, שהרי הקבלן גובה מהלווה מה שפרע עבורו, ומה שפרע עבורו הוא קרן ורבית.

ובהמשך דבריו שם כתב הרשב"א, לפרש את ד' הגמ' ב"מ ס"ב א', דהגמ' שם דנה אם רבית ניתנה להשבון או לא, ומוכיחה הגמ' מדתניא דרבי נחמיה ור"א בן יעקב פוטרין את הערב משום שיש בו קום עשה, והיינו דאמר' ליה קום אהדורו, ומכלל דת"ק סבר שאין בו קום עשה, וא"כ ש"מ דלא ניתן להשבון, ודחי גמ' מאי קום עשה קרועי שטרא. והראשונים התקשו דהא מבוי בגמ' שם ע"ה ב' דערב לא קעבר אלא משום לא תשימון, עיי"ש בתוס'.

והרשב"א שם כתב, דס"ד דגמ' דליכא לא תשימון אלא בשימה הבאה לידי גוביינא, ואין הערב עובר על לא תשימון אלא באופן שהמלווה גבה ממנו, והערב חוזר וגובה מהלווה. ועיי"ש שכתב בבאור מאי דדחינן 'מאי קום עשה קרועי שטרא', וז"ל 'הערב נמי כל שפרע למלוה ולא הספיק לגבות מן הלווה יכול לתקן ליהוי כקרועי שטרא, כלומר כפוטרו הלווה משיעור הרבית'. ומבוי בד' הרשב"א, דכל שלא גבה

הערב מן הלווה, אכתי לא באה שימת הרבית לידי גוביינא.

וצ"ע, שהרי מבוי שם בד' הרשב"א, דבגביית הערב מן הלווה ליכא איסורא כלל, דלא פרע מיניה אלא מה שפרע בעדו, וא"כ לכא' אי"ז גביית רבית כלל, ומ"ט חשיב' ליה כרבית הבאה לידי גוביינא.

ויש ללמוד מזה בדעת הרשב"א, דהא דמחויב הלווה לשלם לערב, אי"ז משום שהוציא בשליחותו, אלא היינו דע"י שהערב משלם למלווה, זוכה בחוב עצמו, וקם תחת המלווה, ועל כן גבייה ידידה חשיבא גביית הקרן והרבית.

ולכן הוצרך הרשב"א לומר דלהכי שרי ליה לערב לגבות את החוב מהלווה, משום דאי"ז רבית הבאה מלווה למלווה.

ו.

בטעם הראשונים דהמחייב הוא מצד שליחותיה - אם הוא ממש דין שליחות

טו. בעיקר שיטת הראשונים והפוסקים דהחייב של הלווה לערב הוא משום שפרע בשליחותו, צע"ר דלפ"ז בדין שאם הלווה יבטל את השליחות, ויאמר לערב איני חפץ שתשלם, ביטל בזה את השליחות, והרי פשיטא שלא כן הדין, וקשה איך אפשר לדון את הערב כשליח הלווה, כאשר הלווה עומד וצווח איני רוצה שתשלם, ועוררוני לתמוה כן.

אמנם נראה, דהנה דין זה גופא ד'מוציא הוצאות על פיו' נלמד מדין ערב, דהוי כתיב מנה לפלוני ואתחייב אני לך, וכמבוי ברמב"ן ובריטב"א קידושין ח' ב', ועוררוני עוד, שכ"כ להדיא בגדר חיוב הלווה לשלם לערב מה שפרע, בשו"ת הרשב"ש סי' תק"ט, וז"ל שם 'שכל האומר הכנס ערב בעדי, וגבה ממנו מלווה, חייב לוה לשלם, ואפי' אמר לחברו לזון בניו או בני

²⁰ ושמא הוא ע"ד הר"י קרקושא ב"ב קע"ד א' הובא בהערה 14, דהלווה משתעבד מזמן ההלוואה לפרוע לערב מה שישלם בעבורו, וחשיב שבשטר ההלוואה איכא שעבוד נפרד לערב, ולהכי אין צריך אלא להקנות את השטר לערב.

אחרים, כתב הרמב"ן ז"ל בפ"ק דקדושין גבי הניחם על גבי הסלע, שזה זן וזה משלם²¹.

טז. והנה בדין 'מוציא הוצאות על פיו' הדין פשוט, דאם אחד אמר לחברו תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, מתחייב המשלח אף אם ביטל את השליחות שלא בפני שלוחו, דפשיטא דלא בעי' בזה תורת שליחות גמורה, אלא הגדר הוא, דכל שהנותן הוציא ממון מחמת הערב, חייב הערב לשלם ממון, והוא מפרשת ערב ולא מפרשת שליחות²².

ומצינו עד"ז, בדי' הרשב"ם ב"ב קע"ג ב' שכתב דיסוד חיוב ערב הוא משום דהמלוה שליחותיה קעביד, והוכיחו בהגהות האב"מ סי' ע' סק"י הגהה ד', ובקה"י קידושין סי' י"ב, מכמה ראיות ברורות שאין כוונתו לדין שליחות ממש.

ולפ"ז נראה, דה"נ יתפרשו ד' הראשונים דהחיוב של הלוח לשלם לערב מה שפרע הוא משום שפרע בשליחותו, דאין כוונתם דהוי מפרשת שליחות גמורה, אלא דכל שהערב הוציא ממון מכח הלווה, נתחייב הלווה לפרוע לו מדין מוציא הוצאות על פיו,

²¹ וצ"ל דאף שהלוה לא אמר 'ואתחייב אני לך', מ"מ אמדי' דעל דעת כן לקחו לערב, ועי' בריטב"א כתובות ע' ב' שכתב וז"ל 'ושמענין מהכא דמאן דאמר הב לפלוני או זון לפלוני, על מנת לשלם הוא, ואף על פי שלא פירש'. וגדולה מזאת מצינו בדבריו בב"מ ק"א א', שכתב דהחיוב לשלם ליורד בשדה חברו העשויה ליטע, הוא משום דמדשתקו הבעלים ודאי ניחא להו במאי דעבד, וכאילו ירד מדעתם דמי. והרי דלא בעי' כלל אמירת 'ואתחייב אני לך'.

ואמנם צ"ע ממש"כ הריטב"א בקידושין ח' ב' ד"ה ואיכא דקשיא ובב"מ צ"ט א' ד"ה רב אמר, דהאומר לחברו זרוק מנה לים ולא אמר 'ואתחייב אני לך' פטור, עיי"ש, וצ"ל דשאני התם דקאמר זרוק מנה לים, ולא סמכא דעתיה שהלה באמת יורקנו אא"כ אמר 'ואתחייב אני לך'.

²² ועיקר הדין מבוי' בנתה"מ סי' קכ"ב סק"ג, ויובא בסמוך. והנה אמנם ראייה זו אפשר לדחות, דאף אי נימא דהוי מתורת שליחות, מ"מ לא מהני ביטול שלא בפניו, והוא למה שכבר דנו לומר דבשליחות מעשה - וכגון באמר לחברו צא והרוג את הנפש לדעת שמאי - לא מהני ביטול שלא בפניו, דסו"ס עשה בשליחותו, וכל הא דמהני ביטול שלא בפניו הוא רק בשליחות חלות.

ולכן אף היכא דעתה עומד הלווה וצווח שהערב לא ישלם ממון, מ"מ כיון שנתחייב הערב בדין, והממון שמוציא עתה הוא מחמת הלווה, נתחייב הלווה לשלם לו מדין ערב²³.

ובנוס"א י"ל, דכיון שעיקר חיוב ושעבוד הערבות נעשה עפ"י הלווה, הא גופא חשיב כמוציא על פיו, דחייב את עצמו על פיו, וכשמשלם הרי"ז כמוציא חיובו מהכח אל הפועל, ומכח זמן חלות החיוב דייננן ליה כמוציא הוצאות על פיו.

יז. אך אכתי יש לתמוה בזה, דלפ"ז בדין דהשעבוד נכסים חל רק משעה שהערב שילם בפועל, שהרי רק אז הוציא הערב על פיו, והרי בדי' הראשונים בב"ב קע"ד א' מצינו דבשמת הלווה גובה הערב מהנכסים המשועבדים מכח הא דבשליחותיה פרע.

ועד"ז יק' מה שכתב בעה"ת שער ל"ה ח"ב אות ב' - בדעת הרמב"ם דערב שפרע מעצמו פטור הלווה לשלם לו - דלדעתו ע"כ דעובדא דגמ' ב"ב שם, בההוא ערבא דפרע בלא להודיע ליתומים ובא לגבות מהיתומים, איירי בשאמר לו הלווה ערבני ושלם, וכ"כ הגר"א סי' ע"ז ס"ק י"ב וסי' ק"ל סק"ג, ותקשי מה בכך, הא בשעה שמת הלווה פקעה שליחותו, ותו חשיב הערב כפורע מעצמו.

ובאמת הרמ"ה שם ב' כתב מהאי טעמא דא"א להעמיד כן את דינא דגמ', אך תקשי בדעת הרמב"ם, וכד' בעה"ת והגר"א.

²³ והנה לכא' כל זה יתיישב רק לצד דהחיוב של ערב הוא משום שהמלוה הוציא בשליחותו, דה"נ חשבי' שהערב הוציא בשליחות הלווה ומכוחו, אך אם המחייב של ערב הוא משום שבמה שהוציאו על פיו אית ליה הנאה, תקשי דהכא לא שייך כן, דהא בשעה שהערב שילם היה מוכרח בזה, והלווה כלל לא רצה שישלם לו, ולית ליה הנאה כלל.

אכן באמת קושיא זו היא טעות, דאם דנים מצד המעשה קנין להתחייב, הרי הכא ודאי דאית ליה ללוה הנאה טובא בשביל שיתחייב לערב, וכל הנדון הוא על מה לחייב את הערב, ובזה התחדש בדין ערב, דכל שהנותן הוציא ממון על פיו, חייב הערב באחריותו, ואכמ"ל בזה.

יח. והעירוני לד' הנתה"מ סי' קכ"ב סק"ג שכתב בתו"ד וז"ל 'דודאי באומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך דחייב, אפילו ביטל שלא בפניו והוא לא ידע ונתן על פיו, דחייב, דאין כאן ענין שליחות שיתבטל, וכיון שהוציא זה הממון על פיו, חייב, וכן אפילו מת והוא לא ידע, דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא זה הממון על פיו'.

ומבו' בדבריו, דבאומר תן מנה לפלוני ואתחייב, כוונתו להתחייב מעכשיו באם יוציא את הממון על פיו, והוא חידוש גדול.

וצע"ר בסברא, דהרי מקור הדין הוא דין ערב, והרי לא שמענו שערב שאמר למלוה 'הלווה לפלוני ואני ערב', יש עליו שעבוד נכסים מהזמן שאמר 'הלווה לפלוני', ואף קודם זמן ההלוואה.

וגם תקשי, במה נשתעבדו נכסיו קודם שהוציא הלה על פיו, הא ליכא מעשה קנין על השעבוד, דבשלמא כשהוציא הלה את הממון על פיו, יש לחייבו מדין ערב, אך קודם שהוציא את הממון אין כל מעשה קנין על השעבוד נכסים, וצע"ג בכ"ז, ועי' הערה²⁴.

יט. ובעיקר מה שנתבאר בדברינו לדמות את ד' הראשונים בב"ב קע"ד א' דחשבי' לערב כפורע בשליחות הלווה, בחדא מחתא עם ד' הבעה"ת ודעימיה דחשבי' שהלווה הרשה את הערב לשלם -

²⁴ ואולי דעת הנתה"מ דכיון דהסיבה להוצאת הממון היא דיבורו, משתעבדים נכסיו כבר מאז, והוי דומיא דמש"כ הנמק"י בב"ק י' א' מדפי הרי"ף דאם אי זרק חץ ומת ואח"כ קרע החץ שיראין, גובין מנכסיו, דהגורם לנזק היה זריקת החץ, וכבר מאז משתעבדים הנכסים (ועד"ז כתב החזו"א אהע"ז סי' נ"ו ס"ק ט"ז, דשעבוד נכסים תלוי בסיבת החיוב), ושו"ר שכ"כ בהגהות מלואי משפט. והוא חידוש, ולא משמע כן כ"כ בלי הנתה"מ.

ומ"מ כל מה שנתבאר להקשות על הנתה"מ, יק' רק בגוונו של יתן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, אך כשדנים על חיוב הלווה לפורע לערב מה ששילם, שפיר יש לדון שהלווה מתחייב כבר מתחילה, דההנאה שיש ללווה אינה מחמת התשלומין שהערב שילם, אלא עצם חלות הערבות הוי הנאה מעליא ללווה, ובזה שפיר י"ל דחשיב כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך מעכשיו. וממילא מיושבת בזה הסוגיא בב"ב קע"ד א'.

וכמבו' בד' הפוסקים דאף במקום שהלווה פטור בלא"ה, מ"מ כל שהערב פרע את החוב, חשבי' ליה כפורע בשליחות הלווה, יש לפקפק טובא בזה, מלי הריטב"א בב"ב שם שכתב דאילו הודיע הערב ליתומים שליחותם דידהו ודאבוהון עבד וגובה מהם כשיגדילו', והרי דחשבי' ליה כפורע בשליחותם נמי, וכ"ה בד' הגר"א סי' ק"ל ס"ק ט"ז שכתב דהוי 'כאילו פרע בשליחותם בגדולים או בשליחות ב"ד בקטנים'.

והשתא תקשי טובא, דהכא לא שייך לומר דהוי מדין מוציא הוצאות על פיו וכדינא דתן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, שהרי היתומים כלל לא ציוו על הערב לתת את הממון.

כ. ובאמת משמעות ד' הראשונים שם, דמחמת דחשבי' ליה לערב כשליחא דאבוהון ודידהו, אית ליה כח מלוה בשטר, וגובה מכח השטר, ולהכי לא חיישינן ביה לצררי²⁵, ומשא"כ אילו לא אודיעינהו, חשבי' ליה כמי שפורע על דעת עצמו, ובזמן הפרעון נוצר חיוב חדש על היתומים, והך חיוב הוי בגדר מלוה ע"פ וחיישינן ביה לצררי.

וכן הוא להדיא בד' הנתה"מ ק"ל סק"ה ד"ה ומ"ש הש"ך, וז"ל בתו"ד 'ועיין עוד ברמב"ן שם דאם הודיע ללוה וליתומים שפורע עבורם, ודאי יש לו דין שטר'.

והוא כמש"נ לעיל ענף ה' להוכיח מד' קמאי דע"י שהערב פורע זוכה בחוב - אשר בזה נקטו הראשונים, דכל זה רק באודיעינהו.

וצ"ע טובא מה השייכות בין הא דשליחותא דאבוהון קעביד, להא דע"י זוכה הערב בשטר.

ז.

²⁵ וז"ל הרמב"ן שם 'ואלו אודיעינהו בזמן דאיתיה לשעבודא דשטרא, כי היכי דלא מפטרי מיניה דמלוה אלא בעודן קטנים, לא מפטרי מיניה דערב, דהא ערב כמלוה, ולמפרעי' למלוה תבע, ושעבודא דאורייתא'. וכוונתו צ"ב, וגם צ"ב דא"כ אינו מדין שליחותא דאבוהון אלא משום דחשבי' ליה לערב כמלוה, ולמפרעיה למלוה תבע, ושעבודא דאורייתא'.

בדין נכרי שגבה מהערב בעלילה - חיוב הלווה
לפצות את הערב, ואם אמרי' כן אף במלוה ישראל
שגבה ברמאות מהערב

כא. השער משפט סי' ק"ל סק"א הביא את דין השו"ע בסי' קל"א סעיף ז', דאם א' נעשה ערב לחברו שלווה מנכרי, והנכרי בא בעלילה על הערב וגבה ממנו שלא כדין, חייב הלווה לפרוע לערב את כל מה שהפסיד, ובטעם הדבר כתב השער משפט בתו"ד וז"ל 'דמסתמא קיבל עליו הלוה לפצות הערב אף מעלילה', ועיי' שנקט דמה"ט איכא שעבוד נכסים וגובין ממנו בע"כ.

והנה מקור דין זה הוא במרדכי פ' הגוזל ומאכיל רמז ק"ס, ושם העתיק המרדכי את ל' מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' תצ"ה, ועיי' בלשונו שכתב בתו"ד 'ואני אומר שדין גמור [הוא], בגמרא דגרסי' פ' הגוזל בתרא (ק"ד ע"א) האי בר ישראל דזבין ארעא לגוי אמיצרא דבר ישראל חברי' משמתי' לוי [כו'] עד דאמר אריא ארבעת לי אמצראי, ה"נ כיון שהעמידו ערב לגוי עלי' רמיא לסלוקי', ועיי' עוד מש"כ בזה.

ומבוי' להדיא דאיי' מטעם שהערב נתחייב לחברו לשלם לו כל מה שהפסיד מכוחו, אלא הוא דין מסוים במלוה נכרי, שדינו כדין המוכר שדה לנכרי במיצר ישראל, שמבוי' בגמ' ב"ק דמשמתי' ליה עד שיקבל על עצמו לשלם את כל הנזקים שיארעו לישראל.

כב. והנה הך דינא דמי שמכר קרקעו לנכרי, מבוי' בסי' קע"ה סעיף מ', ועיי' בביאור הגר"א, והעולה שם דנחלקו הראשונים בזה, דדעת הראב"ד ודעימיה, שאם לא קיבל על עצמו להתחייב בכל האונסין, פטור הוא מלשלם, ודעת הרא"ש ודעימיה, דלעולם חייב לשלם אף אם לא קיבל על עצמו, וכדין גרמי.

והאחרונים נקטו, שדעת מהר"ם הכא, דחייב לשלם אף בשלא קיבל על עצמו, כי על כן חייב את הלווה לשלם לערב, אף שלא קיבל על עצמו.

ובשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' ס"ו כתב דהכא אף הראב"ד מודה, דהכא חשיב כעושה בשל חברו, ולא הוי דומיא דמי שמכר את קרקעו שעושה בשלו, ועי'

בשו"ת אורים גדולים סי' מ' לימוד רט"ו שתמה עליו, ומה שיישב בזה בשרשי הים הל' שכנים פ"ב ה"ז.

ומ"מ מבוי' שאיי' משום שהלווה שעבד את עצמו לערב, אלא הוא מדין גרמי. ויש לדון אם הך דינא שייך בהלוואת ישראל, שהרי עד כאן לא מצינו אלא בשלווה מנכרי, דכה"ג חשיב שהעמיד עליו ארי, ודומיא דמי שמכר קרקעו לנכרי.

ופשוט עוד, דהך טעמא דמיחייב מדין גרמי, לא שייך אלא באופן שהנכרי גבה מהערב שלא כדין, אך באופן שגבה כדין, לא שייך כלל לחייב את הלווה מה"ט, אלא חייב הלווה לפרוע לערב כדין פורע חובו או שאר הטעמים שנתבאר לעיל. וכל זה לכא' דלא כשער משפט.

כג. אכן הנה בשו"ת הרא"ש כלל י"ח סי' ז' כתב וז"ל 'כיון שמודה ראובן שהכניסו ערב לאנס, חייב לפרוע לשמעון כל מה שיברר שמעון שהוצרך ליתן לאנס, ואפילו אם האנס תבע ממנו הממון שלא כדין ואנסו ליתן לו, כי הדבר ידוע שידם תקפה עלינו, וכו', וזה ידע ראובן כששם אותו ערב לאנס וקבל עליו שעבוד זה לפצותו ולסלקו מכל מיני היזק שיבא לשמעון מחמת ערבות זה, אעפ"י שלא פירש זה בפירוש, דודאי אמדינן דעת שמעון שלא היה מכניס עצמו לידי סכנה להתערב נגד האנס אם לא לדעת כן, וגם ראובן ידע זה והוי כאלו פירשו והתנו בו. ודמי האי מילתא להא דאמרינן בפרק המקבל זבין ארעא לאנס אמצר' דחבריה משמתינן ליה עד דמקבל עליה כל אונסא דמתיליד ליה מחמתיה, דאמר ליה אריא ארבעת אמצראי, וכן נמי בנדון זה צריך לסלקו מכל אונס שיבא לו מערבות זה'. ושם סי' ו' העתיק את ד' מהר"ם הנז'.

ואת ד' הרא"ש העתיק הטור לפנינו סי' קל"א סעיפים ז' - ח' בקיצור.

ובד' הרא"ש מבוי' להדיא, דטעמא דחייב הלווה לערב, הוא משום דחייב את עצמו לפרוע את כל הנזקים שיארע לערב, והוא על דרך השער משפט.

וצ"ע דהרא"ש ארכביה אתרי רכשי, דמחד כתב דהלווה קיבל על עצמו לפרוע לערב את הנזקים, ומאידך כתב דדמי לסוגיא דבר מצרא.

כד. ומצינו באחרונים ב' דרכים בד' הרא"ש, דהמהר"י בן לב שם כתב, דתרי טעמא קאמר הרא"ש, חדא דהו"ל כאילו התנו בהדיא, ועוד דדמי לההיא דפ' המקבל, וחסור לשון נפל בספרים.

ובשו"ת אורים גדולים שם כתב, דכוונת הרא"ש לחייבו מכח שהתנה, והא דהביא מההיא דהמקבל, כוונתו דהשורש לב' הדינים - דינא דהמקבל ודינא דערב - הוא א', דסתם גוי אנס וגזלן, ומאותו טעם משמתי ליה בהמקבל, ומחייבין ליה בערב מדינא, ולד' האורים גדולים ציין הגרע"א בגליון השו"ע סי' קל"א. ועי' עוד בשרשי הים שם, ואכמ"ל.

כה. ומ"מ לנתבאר עולה, דבפשוטו אין כל מקור בד' הרא"ש לדון שכל לווה מתחייב לערב לפצותו מכל ההפסדים, דהרא"ש הא איירי באופן שיש מלוה נכרי, ובכח"ג הן הלווה והן הערב יודעים מראש שהנכרי אנס, ותלינן שלא נעשה זה ערב אלא על דעת שהלווה יקבל על עצמו לפרוע הפסדיו, והוי כאילו התנו כן, והכי דייק להדיא לשון הרא"ש, ול' הטור בשמו²⁶.

ואדרבה, משמע דאילו יארע כן במלוה ישראל - שיתגלה אחר זמן ההלוואה כאנס וגזלן, ויוציא מהערב שלא כדין - בכח"ג לא יתחייב הלווה לפרוע לערב את ההפסדים. דכיון שלא היה ידוע כן מתחילה, לא הוי כאילו התנו ע"ז.

ושו"ר בשער משפט שם שכתב דדוחק לחלק בזה בין ישראל לעכו"ם, ואזיל לשיטתו, וצ"ב מכל לשונות הראשונים הנ"ל.

²⁶ שהדגישו שהדבר ידוע שידם של הגוים תקיפה עלינו, ושהלווה והערב ידעו מתחילה שהגוי אנס, וודאי לא היה הערב מכניס את עצמו לזה אם לא לדעת שהלווה יפצנו, עיי"ש. וביותר מוכח כן לדרכו של בעל שו"ת האורים גדולים שדין הרא"ש מיוסד על ד' הגמ' בהמקבל שסתם גוי אנס.

ח.

ד' הגמ' בשבועות מ"ח ב', דבמת הלווה, כשם שאין גובין מהיורשין, כך אין גובין מהערב

כו. בגמ' בשבועות מ"ח ב' מבואר דאם מת הלווה, כשם שאין נפרעין מהיתומים אלא בשבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים, כך גם אין נפרעין מהערב ידיה, ומשום ד'ערבא בתר יתמי אזיל'.

ובביאור הדבר פירש הרשב"א שם ובב"ב קע"ג ב', ד'היתומים פטורים לגמרי לעולם, ואם אתה תובע את הערב נמצאת מחייב את היתומים, דערבא בתר יתמי אזיל', וכן מבוי בתשובותיו המיוחסות סי' ט', ובריטב"א ונמק"י ב"ב.

והנה התם לא שייך לחייב כלל מצד נהנה, שהרי ביחס ליתומים נקטינן שהחוב פרוע, ואין להם כל ענין בפרעון הערב, ומ"מ מבוי שיש כח לערב לחזור על היתומים, וכן הקשה בשו"ת בעי חיי חו"מ סי' ס"ז.

כז. והישוב לזה נראה, דהרשב"א והריטב"א לשיטתם שם קע"ד א', דס"ל דהא דהערב פרע בשליחותיה דלווה מחייב אותו, ואי"ז מצד נהנה, וכפי שמצינו בפוסקים בסי' ק"ל, דשייך לחייב מצד שליחותיה דלווה אף היכא שהחוב פרוע, כפי שנת' לעיל סק"ג²⁷.

ולפ"ז בגוונא שלא שייך לחייבו מצד שליחותיה, וכגון בשנעשה ערב מעצמו לדעת המ"מ אליבא דהראב"ד, באמת בדין שיגבו מהערב וא"צ שבועת הבא ליפרע, דהשתא לא יוכל לחזור ולגבות מהיתומים, שהרי נקטינן דהחוב פרוע.

אך יל"ד דהגדר הוא, דמהאי טעמא שהערב יחזור על היתומים קבעו שבכלל התקנה דאין נפרעין מנכסי

²⁷ והיה מקום לומר עוד, דהוא משום שהלווה השתעבד לערב לפרוע לו כל מה שיוציא מחמתו, וכפי שמצינו ברמ"ה ב"ב קע"ד ב', וכן נראה בחזו"א חו"מ סי' ט' סק"א, אכן בד' הראשונים הנ"ל יותר נראה דאזלי לשיטתם, כנ"ל, ויתבאר יותר למשנ"ת לעיל דבדי' הפוסקים נ' דלא ס"ל לד' הרמ"ה.

יתומים אלא בשבועה, ה"נ אין נפרעין מערב דיתומים אלא בשבועה, ולא פלוג חכמים בתקנתם ובכל גווני תקנו כן.

ט.

בדין ערב שפרע תו"ז

כת. נתבאר לעיל מד' הריטב"א, שערב שפרע בתוך הזמן יכול לחזור על הלווה, דלא חשבי ליה כפורע חובו של חברו, כיון שסילק את השעבוד מעליו, וכ"ז בשיטת הריטב"א דהמחייב הוא מצד נהנה, ולדרך הבעה"ת דהמחייב הוא משום דחשיב כהרשהו לשלם, יש להסתפק אם הו"ה הרשהו לשלם תוך זמנו או רק לאחר זמנו, ולכא' מסתבר יותר שאף בתו"ז.

ובשו"ת מהרשד"ס חו"מ סי' קי"ח כתב בדעת הרמב"ם, דהגם דמודה שקבלן שפרע מעצמו חייב הלווה לשלם לו, וכמש"כ המ"מ בדעתו, מ"מ אם פרע תוך זמנו פטור הלווה מלשלם לו, דבכה"ג לא היה המלוה יכול לנגוש בו²⁸.

י.

בד' בעה"מ מכות ג' בסוגיא דאילעא וטוביה

כט. הך מילתא, דחייב הלווה לשלם לערב מה שפרע הוא משום מדין נהנה, ומשום שפרע את חובו, יש ללמוד גם בד' הבעה"מ במכות ובד' הרמב"ן בב"מ, וכפי שיתבאר בס"ד.

דנה בסוגיא במכות ז' א' מבו', דהיכא שהעדים קרובים לערב ורחוקים ללווה, אינם נאמנים כלל, ופי' בעה"מ ג' מדפי הרי"ף דאירי בשמעידים על ההלוואה והערבות, ואעפ"כ לא פלגין דיבורא ואמר' דניהמן ביחס ללווה ולא ביחס לערב, דעד כאן לא קאמר' פלגין דיבורא אלא בתרי גופי או בתרי זימני, אבל בזמן א' וגוף א' ליכא למד"א, 'הלכך כיון

דערב במקום לוח קאי, דאי לית ליה אזיל מלוה בתר ערב, **והדר ערב עליה דלווה**, דתרוויחו כגוף אחד דמו, ובזמן אחד (תלה) [חלה] העדות על שניהם²⁹, וכי."

ונראית כוונתו, דמהא דהערב חוזר על הלווה מוכח דחשיב הערב כפורע חוב הלווה, והיינו דא"י ב' חובות נפרדים על הלווה והערב, אלא חוב הלווה עצמו מוטל על הערב, וממילא תרוויחו הו' כגוף א', ולא שייך בזה פלגין. ומוכח מדבריו, שחייב הלווה לשלם לערב מה שפרע בעבורו הוא משום שפרע את חובו, ולא מכח סברות אחרות³⁰.

יא.

בד' הרמב"ן ב"מ ע"א ב' בדין נכרי שלוח מישראל ברבית, אם שרי לישראל להעשות ערב ע"ז

ל. וכן נראה בדעת הרמב"ן, שכתב בב"מ ע"א ב' להתיר לישראל להעשות ערב עבור גוי שלוח מישראל ברבית, וז"ל 'בתוספתא תניא שאף גוי הלוה מישראל, ישראל נעשה לו ערב ואינו חושש משום רבית, דאע"ג דגבי מיניה ישראל חברה הקרן והרבית, הדר איהו גבי ליה מן הגוי ולא מפסיד ביה מידי, דמסתמא בגוי שקבל עליו לדון בדיני ישראל דמי, דדינא דידן שלא יתבע ערב תחלה, וכיון שכן מותר, שהרי לא נתחייב ישראל זה לחבירו עד שיתבע את הגוי, וההיא שעתא דפרעיה חל שעבודא עליה, לא שקיל מיניה חמשה ויהיב שיתא'.

²⁹ ועי' עוד במאירי ב"ב קל"ד ב' שכתב דהו' ב' גופין, וכן כתב העיטור אות ק' ענין קבלת עדות ד"ה תנן התם, וי"ל דהמאירי אזיל לשיטתו בב"מ ע"א ב' שאסר על ישראל להעשות ערב סתם עבור גוי שלוח מישראל ברבית, דחשבי שהרבית התרבתה על הערב, והרי דלא חזינן לערב כמשלם את חוב חברו, אלא כמשלם את חוב עצמו, עד כדי דחשבי שהרבית התרבתה עליו.

³⁰ ואמנם הרמב"ן והריטב"א שם נחלקו, ופירשו דעדות על הלוואה ועל ערבות הוי ב' עדויות שונות, וא"צ אפי' לפלגין בכה"ג. ובדעתם נראה דאע"ג דהלוואה והערבות הם חוב א' מ"מ הוי ב' עדויות חלוקות, דאפשר להלוואה להתקיים בלא ערבות.

²⁸ וגם לטעם הב"ח דהוא משום שקבלן חשיב כהרשהו לשלם, מ"מ כ"ז שייך רק לאחר זמנו ולא בתו"ז, דלדידיה לא הרשהו לשלם אלא כאשר המלוה יכול לנגוש בו, כי על כן בערב סתם לא חשבי שהרשהו לשלם.

וצ"ע שפתח בהא דהישראל לא מפסיד ביה מידי כיון דהדר גבי מהגוי, וסיים בהא דלא נתחייב לחברו עד שיתבע את הגוי, והרבית לא התרבתה עליו.

עוד תמוה, מהי אכפת לי דהדר גבי מהגוי, הא סו"ס הוי רבית.

וביותר, דהא קבלן נמי חוזר על הגוי ולא מפסיד מידי, ומ"מ אסור לו להעשות קבלן עבור הנכרי.

לא. ונראה הביאור, דהא דהישראל לא מפסיד הוא גילוי על כך שעיקר החוב מוטל על הלוח הנכרי והערב פורע את חוב הנכרי, כי על כן חשבי ליה לערב כפורע חובו של חברו, ונתחייב הלוח לשלם לו כמבוי בד' הראשונים בכמ"ד ונת' במקו"א, ואילו הישראל היה מפסיד, ע"כ דהגדר הוא שמוטל עליו חוב בפנ"ע ולא חשיב פורע חוב חברו, ושוב חשבי שהרבית התרבתה עליו.

והא דקבלן אסור אף שחוזר וגובה מהנכרי, נ' דלק"מ, דהא דעת הרמב"ן שם נראית כדעת רש"י דאסור לישראל להעשות קבלן עבור חברו שלוח מנכרי³¹, והטעם הוא, דחשבי שהקבלן לוח את המעות מהנכרי ומלוח אותם ללוח, ולפ"ז הרי אין כל הוכחה מהא דהקבלן חוזר על הנכרי, דהא מה שחוזר עליו הוא מטעם דחשיב מלוח ידידה. ורק בערב רגיל, דע"כ אינו נדון כמלוח, שהרי קי"ל לא יתבע את הערב תחילה, שפיר יש הוכחה לכך שעיקר החוב מוטל על הלוח מהא דהערב חוזר עליו.

ולמבוי עולה, שאף בד' הרמב"ן משמע דהחייב לשלם לערב מה שפרע הוא מדין נהנה, ומשום שפרע את חוב הלוח.

יב.

בחייב הלוח לשלם לקבלן מה שפרע

³¹ שהרי כתב שבלוח נכרי וערב ישראל צריך הלוח לקבל על עצמו את דיננו שלא יתבע את הערב תחילה, ומדברי הראב"ד שכתב כן הוכיח הרשב"א דס"ל כדעת רש"י, דאילו לדעת הרשב"א די שיקבל על עצמו שלא לתבוע את הערב תחילה, דהדר הו"ל כקבלן דחשבי שהרבית התרבתה על הלוח.

לב. עי' בסו"ס י"ג שנתבאר שיש חילוקי לשונות בראשונים איזה חיוב יותר פשוט, חיוב הלוח לערב סתם שפרע את החוב, או חיובו לערב קבלן שפרע את החוב, שבד' הריטב"א בב"ב קע"ד ב' שהחייב לקבלן יותר פשוט מאשר החייב לערב סתם, ובסה"ת שער ל"ה ח"א אות מ"ה מבוי שהחייב לערב סתם יותר פשוט מהחייב לקבלן, ועיי"ש מה שנתבאר בזה.

סימן י"ט

בדין ערב דכתובה וערב על התחייבות

אין שייכות כלל להא דלטובתה נתכוין, והול"ל בפשיטות דכיון שהאשה לא הפסידה כלום מחמת הערב ליכא לההיא הנאה.

וכן מבוי משיטת הרמב"ם והבעה"ת והמרדכי בגיטין ודבריהם יובאו להלן דערב דכתובה אינו משתעבד אפי' בקנין, ומבוי דהא דלאו מידי חסרה אי"ז חסרון בהך הנאה שהוציא המלוה ממונו על פי הערב, דהא כל מה דבעי להך הנאה הוא רק היכא דהוי בשעת מתן מעות, דליכא ביה קנין, אך היכא דאיכא קנין ל"ב כלל לבההיא הנאה וכו', כדחזינן דערב שלא בשעת מתן מעות משתעבד בקנין, וע"כ כמש"נ בד' הרשב"ם דהוי חסרון בעצם, שכל ערב גומר בדעתו להשתעבד רק מחמת שהמלוה נפסד על פיו.

ועד"ז מבוי בנמק"י ב"ב דף פ"א א' מדפי הרי"ף שכתב וז"ל 'אמר רב הונא הלוהו ואני ערב הלוהו וכו', ואע"פ שאין שם קנין אלא באמירה בעלמא, משתעבד ליה, דמצי א"ל המלוה אם לא היית אתה לא הייתי מלוה אותו כללי, וכ"ה ברבנו גרשום שלהי ב"ב שכתב וז"ל 'והלכתא ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין. ומשתעבד, דמצי אמר ליה אי לאו את לא נפיק זוזי מתחת ידי, וכ"ה בדבריו שם קע"ג ב' ד"ה אדרבה, וז"ל בתו"ד 'והלא יכול לומר לו המלוה אי לא את לא הוה נפקי זוזאי מתחת ידאי, ומבוי בדבריהם, דעיקר המחייב של ערב הוא משום דחסריה, ואי"ז רק ה"ת לכך שתהא הנאה הראוי לחייב מדין קנין כסף, ובביאור דבריהם עי' בסי' א' סק"ז.

ונראה שמקורם הוא בד' הגמ' הנ"ל דבעי בערב שיהא חסריה למלוה, וזה כדרך הרשב"ם ודעימיה דביאור ד' הגמ' הוא דהוי סברא בעיקר שעבודו של

בביאור הא דבעי שהערב 'חסריה' למלוה

א. בגמ' גיטין נ' א' וב"ב קע"ד ב' מבוי דערב דכתובה אינו משתעבד, ומטעם 'דמצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה', ומשא"כ קבלן משתעבד אף בכתובה.

והנה נשנו כאן ב' טעמים, חדא 'דמצוה הוא דעבד', ועוד 'דלאו מידי חסריה', ונחלקו הראשונים אם בעי את ב' הטעמים ביחד ובלא זה לא מיפטר הערב (דעת התוס' והריטב"א), או דא' מן הטעמים הוא העיקרי ומשנהו טפל לו - ויש סוברים דאזלי רק בתר 'מצוה הוא דעבד' (ה"ה המרדכי, וכ"מ ברמ"ה ב"ב קע"ד ב', וע"ע להלן), ויש הסוברים דאזלי רק בתר 'לאו מידי חסרה' (ה"ה המ"מ וכ"כ ברבנו גרשום ובנמק"י), ויתבאר כ"ז עוד להלן בס"ד.

ב. ויש להקדים בזה, דהנה בביאור לאו מידי חסריה מצינו שנחלקו הראשונים, דהרמב"ן בגיטין שם ביאר דהכוונה היא דמה"ט חסר בהנאה שהמלוה סומך על הערב - שמחמתה משתעבד ערב בעלמא בלא קנין - ומשום שהמלוה לא גילה בדעתו שמסכים להוציא ממון ולהפסיד מחמת שסומך על הערב.

אכן הרשב"ם בב"ב שם כתב וז"ל 'ולא מידי חסרה לאשה, דהא טב למיתב טן דו, ולטובתה נתכוין'. ומדהוסיף ש'לטובתה נתכוין', מבואר שפירש דהא דבעי 'חסרה' הוא דאין ערב גומר בדעתו להשתעבד אלא באופן שהמלוה נפסד על סמך ערבותו, והכא האשה לא נפסדה כיון דטב למיתב טן דו, ולטובתה נתכוין ולא להפסידה¹. ואילו כוונתו היתה כרמב"ן,

¹ והנה לשיטות הראשונים דיסוד חיובא דערב הוא דחשיב כאילו באו המעות לידו, לכא' יש הא דבעי חסריה בערב מבוי כפשוטו, דלולא דחסריה ליכא בכל המחייב של הערב. וצ"ע בד' הרשב"ם ב"ב קע"ג ב' מבוי דהמחייב של ערב הוא משום דהמלוה הוציא מעות בשליחותיה, ונת' בסי' א' מד' הקה"י דהוא חד טעמא עם ד' הראשונים דחשיב כאילו המעות באו לידו, וצ"ע א"כ מדוע לא פירש כן בביאור 'חסריה'. ואולי דעתו

דאפי' ערב בקנין לא משתעבד היכא דלאו מידי חסריה, וכשיטת הסוברים כן.

הערב - דאינו גומר בדעתו להשתעבד אלא באופן שהפסיד את המלוה.

ג. והנה עוד נחלקו הראשונים בביאור דין 'חסריה', אם היינו דווקא חסרון ממוני או אף חסרון שאינו ממוני, דבד' הרשב"ם הא מבוי' דלא בעי' חסרון ממוני, כי על כן הוקשה לו דהאשה חסרה בעצם מה שהיא מתקדשת לבעלה, ועי' כתב דאית בה משום טב למיתב טן דו, ומזה דייקו האור זרוע והמרדכי דהיכא שנעשה ערב מהאשה לבעל חשיב חסריה, דבבעל לא שייך לומר טב למיתב טן דו. אכן הביאו שם שיטת רבנו יואל דפליג וס"ל דאף הבעל לא חשיב חסריה, ודעתו נראית דבעי' חסריה בממון, והכא ליכא, דאי"ז אלא התחייבות בעלמא, וכן נ' בדקדוק ל' רש"י בגיטין מ"ט ב', וכן מפורש ברש"י בערכין כ"ג ב'.

ויש לתלות פלוגתא זו בב' הדרכים, דאי נימא דהא דבעי' חסריה היינו מחמת ההנאה שהמלוה מוציא ממון על פי הערב, הכא ודאי לא חשיב חסריה, אך אילו נימא דהוי סברא בגמירות דעת הערב להשתעבד, סגי בכל חסריה שהוא ולא בעי' שיחסרנו ממון.

אך באמת הגם שפשיטא דלדעת הרמב"ן בעי' חסריה ממוני, מ"מ השיטות הסוברות דבעי' חסריה ממון, דנו כן אף לצד דאי"ז משום הנאת הערב, שהרי נחלקו בזה אף באופן שנשתעבדו בקנין, וכמבוי' בשו"ע אבהע"ז סי' ק"ב סעיף ו', והרי לשיטת הרמב"ן בשנשתעבדו בקנין כו"ע מודו דמשתעבד הערב ולא בעי' חסריה, ועי"כ כנ"ל. ובדעתם נראה אופן שלישי בביאור 'לאו מידי חסרה'.

בדין ערב לאיש בנדוניית אשתו - בדעת הראשונים דעיקר הטעם הוא 'מצוה הוא דעבד'

ד. דהנה כתב המרדכי ב"ב סי' תרנ"א וז"ל 'הלשון משמע דוקא [דומיא] משה בר עצורי הוא דנעשה ערב לכלתיה [בכתובתה], דלא חסרה, דטב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו, [אבל] אם ערב לחתן בנדוניית אשתו משתעבד, וכן שמעתי משמו של רבינו אליעזר ממ"ץ

ששמע משם רבותיו, ומקור הדברים באריכות באור זרוע סי' רנ"ד, ושם דייק כן מד' הרשב"ם שכתב לטעמא דטב למיתב טן דו, הא בבעל דלא שייך כן חשיב חסריה².

ואח"כ כתב המרדכי 'אבל מן אבא מרי רבינו יואל קבלתי דלא שנא, וגריס דלא מידי חסריה, ואמר לי שראב"ן זקני היה ערב לחתן של רבי יעב"ץ על נדונייתו שקצבו לתת לחתן, ופטר עצמו מזה הטעם דלאו מידי חסריה, ועיקר הטעם משום דמצוה קא עביד'.

וכ"ה בביאור הגר"א אבהע"ז סי' ק"ב ס"ק כ"ה שכתב בביאור שיטה זו וז"ל 'כגירסא דלאו מידי חסריה, וכתב דעיקר הטעם הוא משום דמצוה קעביד'.

וצ"ע שפתחו בהא דגרסינן 'לאו מידי חסריה' - והיינו שהבעל לא נחסר כלום, וסיימו בהא דעיקר הטעם משום ד'מצוה קא עביד', והדברים סותרים זל"ז.

עוד יש לתמוה בזה, דהנה בחלקת מחוקק אבעה"ז סי' ק"ז ס"ק י"ז כתב דערב לאשה בעד הנדוניא שהיא נותנת לחתן משתעבד כיון דחסרה ממון, ותימה דלכא' הוא תלוי בב' הדעות שהובאו אח"כ ברמ"א אם ערב מאשה לאיש משתעבד או לא, דהא טעמא דמאן דס"ל דלא משתעבד הוא כד' המרדכי דעיקר הטעם הוא דמצוה עביד, וא"כ מאי אכפת לן דחסרה. ועי"כ דטעם המרדכי הוא משום דהבעל לא חסר, ומשא"כ אשה בנדונייתא חסרה, וכן מבוי' בדברי הח"מ להלן שם סק"יט. ושוב צ"ע דא"כ מהו שכ' המרדכי דעיקר הטעם הוא משום דמצוה קעביד, הא מבוי' לפנינו דהטעם דלא חסרה שקול לטעם מצוה הוא דעבד, והיכא דחסרה משתעבד הגם דמצוה קעביד.

² ומצינו בראשונים עוד סברות דהבעל חשיב ממש חסריה, דעי' בבעה"ת שכתב שמתחייב לאשתו כמה דברים ומוסיף חומש על שומת כתובתה, ועי' באו"ז שדן מטעם אחר דהבעל חסריה.

ה. ונראה בעז"ה בביאור הדברים, דהנה בפשוטו נשנו בגמ' ב' טעמים חלוקים, חדא 'מצוה הוא דעבד' ועוד 'לאו מידי חסרה', אכן עי' בלבוש אהע"ז סי' ק"ב סעיף ו' שכתב וז"ל 'דאמרינן הואיל ולא מידי חסרה לאשה, (אינה) [אינו] מכיון אלא לטובתה דטב למיתב טן דו, הרי מצוה קעביד שעל ידי ערבותו הם מתרצים לזיווג, ולא היה דעתו לפרוע אלא כדי לזווגם ולא שיעבד נפשיה'.

ונראה מדבריו, דהכל הוי טעם אחד, ועיקר הטעם הוי המצוה, דכיון דלא חסרה להכי מצוה הוא דעביד, והיינו דאילו הוי חשיב חסרה, לא היה במעשהו מצוה כלל אלא אדרבה הוי עבירה, שהרי הזיק והפסיד את האשה, ורק כיון דלאו מידי חסרה, הדר הוי מצוה, ושוב אמרי' דלמצוה איכוין ולא לשעבודי נפשיה. ולפי' בערב בעלמא לא בעי' 'חסרה' בחיוב, ורק בערב בה"ת של מצוה ליכא שעבוד אא"כ חסרה.

ונראה דיש נפק"מ בין ב' הדעות, באופן שיש צער הנפש בלא הפסד ממון, דלדעות הסוברות דטעמא דלא חסרה הוי טעם בפנ"ע, הביאור הוא דהערב לא גומר בדעתו להשתעבד אלא באופן שהפסיד את חברו לעשות דבר שאינו רוצה לעשות, ולזה די בכל צער וקפידא שהיא, ולא בעי' הפסד ממון. ומשא"כ לדעות הסוברות דטעמא דלא חסרה הוי ריעותא במצוה, נראה דבעי' הפסד ממון, דעיד"ז חשיב שהערב הפסידו והזיקו ולא קעביד מצוה, אך צער וקפידת הנפש לא משווים את הערב כ'מזיק', ואי"ז מגרע את גוף המצוה.³

³ עוד נפק"מ לפי'ז, באופן דאיכא מצוה אף דחסרה ממנא, והציוור לזה הוא בחנוק, דאף אם נימא דחשיב חסרה וכדעת המ"מ דסגי במה דנחסר המלוה מתחילה, מ"מ ודאי דהערב מצוה קעביד, שהרי אין היתר לחנוק אדם שלא שילם.

ואי"ז במשמעות ד' הרשב"ם ב"ב קע"ו ד"ה חנוק והנמק"י בשלהי מכילתין שכתבו דבחנוק מצוה קעביד ולא מידי חסרה, ומשמע דהוצרכו להא דלא חסרה (אך בלא"ה דעתם דלא בעי' חסרה דממונא וכמשי"נ לעיל סק"ג וד', וא"כ אין להקשות מזה).

ו. ומעתה לפי'ז אתיין שפיר ד' המרדכי, דלהצד דטעמא דלא חסרה הוי טעם בפנ"ע, ודאי דהיכא דהוי ערב מאשה לבעל חשבי' שהבעל הוי חסר, שהרי אינו רוצה לישא את האשה אלא בכתובתה דהא בדידיה לא אמרי' דטב למיתב טן דו, והערב הונוהו ורימהו.

אך כיון דנקטינן דעיקר טעמא הוא ד'מצוה קעביד' ואך דבעי' להא ד'לא חסרה' ע"מ שלא תיפגם המצוה ותיעשה עבירה, די בהא דהבעל לא חסר ממון בעין כדי שלא נדון את הערב כמזיק, ושוב הדר עביד הערב מצוה במעשהו, ואמרי' דלמצוה איכוין ולא לשעבודי נפשיה. ונמצא דהגרסא 'לא חסרה' תלויה בהא דעיקר הטעם הוא 'מצוה קעביד'.

בדעת הראשונים דעיקר הטעם הוא 'לאו מידי חסרה'

ז. כתב הריטב"א בגיטין 'ואסיקנא בכולהו דאע"ג דלית נכסים ללוה משתעבד לבר מערב דכתובה משום דלאו מידי חסרה, וזהו עיקר טעמא, לפיכך המחייב עצמו לאחר ונתן לו ערב, ערב זה לא משתעבד דהא לאו מידי חסרה', ומבוי' בדבריו, דאף היכא דלא עביד מצוה, מ"מ כל דלא חסרה לא משתעבד.

וכן נראה ברבנו גרשום והנמק"י שהוצרכו לומר דערב הוי חסרה, ותיפו"ל דהכא ליכא מצוה, וע"כ שעיקר הטעם הוא משום דבעי' חסרה.

וכן מוכרח ברמב"ן שכתב בביאור הא דלא חסרה, דמשו"ה הוי אסמכתא, כיון דליכא להנאה שהמלוה הוציא ממון על פיו, ולשיטתו ע"כ דעיקר הטעם הוא הא דלא חסרה ולא הא דמצוה קעביד.

אכן הנה בביאור חנוק מצינו משמעויות סותרות בד' הנמק"י, דבדף פ"ג א' מדפי הרי"ף ד"ה אמר המחבר, כתב דלאו היינו שחנק ממש אלא שמחזיק בבע"ח שיפרעו, ועבר שמעון ואמר הניחחו ואני אתן, ובד"ה אע"פ שקילס, כתב דודאי מצוה קעביד שמציל חברו, וקשה שהרי לאו היינו שחנק ממש. וצ"ל דעצם הדבר שמצילו מהבושה חשיב מצוה, ומ"מ לפי'ז נראה לכא' דהחנוק שנזכר בגמ' אינו עובר על איסור.

וכן מבוי במ"מ פכ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ו, שכתב בטעמו של הרמב"ם דערב דכתובה לא משתעבד אפי' בקנין, וז"ל 'שהרי ערב אסמכתא היא, אלא דמשום דאית ליה הנאה דקא מהימני ליה גמר ומשעבד נפשיה כדאיתא בגמרא, ומשום הכי בכתובה דלאו מידי חסריה בהימנותיה לא גמר ומשעבד נפשיה, והויא לה אסמכתא, והיא אפילו בקנין'.

ובהמשך דבריו הק' דא"כ מאי טעמא ערב שלא בשעת מתן מעות משתעבד בקנין, הא לאו מידי חסריה, וכתב וז"ל 'דשאני התם דמ"מ היתה שם הלואה וחסרון כיס למלוה מעיקרא', ומהא דהוצרך לזה ולא כתב דליכא מצוה מבוי שנקט דעיקר הטעם הוא ה'חסריה', והוא יותר מהמבוי בשא"ר, דבדבריו מבוי דלולא החסריה אפי' קנין לא מהני.

ובבעה"ת נראה שהסתפק בזה, וז"ל 'אבל אם קנה בקנין גמור להיות ערב במתנה שאדם עושה לחבירו מממון, אע"ג דלאו מידי חסריה, כיון דלאו מצוה קא עביד משתעבד. ותו דאנא אמינא דחסריה, דאי לאו דעביד לזה ניח נפשיה לא הוה יהיב ליה'.

ח. ולדרך זו צ"ע איך ערב לאחר מתן מעות משתעבד⁴. והנה ע"ז כ' המ"מ דחשיב חסר מתחילה, וצ"ע מה בכך, הא סו"ס בשעה שנחסר לא נחסר מחמת הערב, ומאי טעמא ישתעבד הערב עתה.

ונראה הביאור, עפ"ש"כ בשו"ת מהרי"ק החדשים ס"י כ"ז וז"ל 'אבל הכא גבי ערב דלא בשעת מתן מעות, אע"ג דהויא פשיטא דהויא אסמכתא כדהוכחתי לעיל, מ"מ עדיפא משאר אסמכתות, שהרי המלוה הזה נפסד ע"י הערב, ומניח מלדחוק או לנוגשו או לתובעו בב"ד בהסמכו על דברי הערב, ומשום הכי גמר ומשעבד נפשיה'. ומבוי דאף שלא בשעת מתן מעות חשבי שהמלוה הוי חסר, דעל סמך הערב מניח מלדחוק את הלוח או לנוגשו.

ונראה דזה גופא הביאור בד' המ"מ, דכל הא דחשבי למלוה כחסר מחמת הערב, הוא רק היכא דאית ליה תביעת ממון המגיע לו בדין מחמת הלואה או מקח וממכר וכדו', אך כל שתובע ממון שניתן לו דרך מתנה, דומיא דכתובה, בזה אף שעתה מניח הוא מלדחוק את המתחייב על סמך הערב, מ"מ לא חשבי ליה כ'חסריה', דהוי בגדר מניעת רווח ולא בגדר פסידא.

ט. וכיסוד ד' המ"מ שדי בהא דחסריה מתחילה מבוי גם בבעה"ת, שכתב דאם קנה בקנין להיות ערב במתנה, חשבי ליה כחסריה, כיון דאי לאו דעביד ליה ניח נפשיה לא הוי משתעבד ליה.

והנה התם ודאי הוי כחסריה לשעבר, שהרי נקטינן דמתחייב את המתנה בתמורה להא דעביד ליה ניח נפשיה, וע"כ דדי בהא דחסריה לשעבר כדי שיתחייב הערב. והביאור הוא כנ"ל, דכיון שיש לתובע תביעה בדין, ואי"ז רווח בעלמא, שוב חשבי ליה לערב כמפסיד את התובע, דעל סמך ערבותו התובע מניח מלדחוק את המתחייב. ופשיטא שכ"ז אינו סברא בעצם, אלא סברא בגמירות דעת הערב, שמאחר שנחשב הדבר כהפסד למלוה, גומר הערב ומשתעבד.

בדעת הראשונים דרך בצירוף ב' הטעמים נפטר, ואם חסר א' הטעמים משתעבד

י. כתבו התוס' בגיטין ד"ה מצוה הוא דעבד וז"ל 'תרתני בעינן, אבל היכא דלאו מצוה עבד ולא חסרה, כגון שנעשה ערב אחר הנישואין, או עבד מצוה וחסרה משתעבד'⁵. וכ"כ הריטב"א בב"ב קע"ד ב'. וכ"כ גם בעה"ת בריש שער ל"ה.

ומבוי בדבריהם דרך בצירוף ב' הטעמים נפטר הערב, ואם חסר א' מהטעמים משתעבד.

ועי' עוד להלן ס"ק י"ג אם היינו דווקא בקנין או אף שלא בקנין.

⁵ ומה שכתבו 'או עבד מצוה וחסרה' נתפרשו הדברים בתוס' הרא"ש דהיינו בשקיבל ערבות על נכסי צאן ברזל שהביאה האשה עמה.

⁴ ובשלמא בדעת הריטב"א י"ל דס"ל דבאמת בקנין משתעבד כדעת הרמב"ן, אך בד' המ"מ והבעה"ת דאפי' בקנין לא משתעבד צ"ע.

מחלוקת הראשונים אם ערב דכתובה לא משתעבד אף בשקנו מידו או לא

יא. הנה הרמב"ם כתב בפי' כ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ו דערב דכתובה אינו משתעבד אפי' בקנין, והראב"ד השיג עליו שם, וכדעת הרמב"ם כ"ה דעת בעה"ת שער ל"ה והגהות מרדכי בגיטין, וכדעת הראב"ד כ"ה דעת הריטב"א בב"ב.

והנה הרמב"ן ביאר דטעמא דערב דכתובה לא משתעבד הוא משום דליכא למימר ביה בההיא הנאה דמיהמן ליה גמר ומשעבד נפשיה, כיון דלא מידי חסרה נפשה בהימנותיה, וממילא הוי אסמכתא. ולדבריו פשוט כדעת הראב"ד דכל זה רק היכא דלא השתעבד בקנין, אך היכא דהשתעבד בקנין לא גרע מערב שלא בשעת מתן מעות דמשתעבד בקנין אף דליכא ביה לההיא הנאה.

ובדעת הרמב"ם ודעימיה מוכרח דס"ל דביאור 'לאו מידי חסרה' היינו סברא בעצם, דמשו"ה לא גמר ומשעבד נפשיה, וכבר נת' בזה לעיל סק"ב.

יב. ובדעת הרמב"ם ודעימיה הסוברים דאפי' בקנין לא משתעבד, מצינו ב' דרכים בראשונים. בבעה"ת שער ל"ה כתב דהיכא דעביד מצוה ולא חסרה לא גמר ומשעבד נפשיה אפי' בקנין. ומשמע דהוא סברא בפני"ע ואי"ז משום אסמכתא.

והמ"מ כתב דהיינו משום דהוי אסמכתא, והכא לא גרע משאר אסמכתא דלא מהני אפי' בקנין.

ולדרך המ"מ נראה דהרמב"ם והרמב"ן אזלי לשיטתייהו, והוא למש"נ בסימן י"א, דהנה הרמב"ן ס"ל בב"ב קס"ח א' ובעוד דוכתי דכלל הוא באסמכתא דכל שתולה עצמו בדעת אחרים לא הוי אסמכתא, ולשיטתו שם כתב דערב לא הוי אסמכתא גמורה, כיון דהוי תולה עצמו קצת בדעת אחרים, ולהכי מהני ביה קנין, עכ"ד, וא"ש היטב דהיכא דאיכא קנין אין צריכים שיהא חסרה אלא מהני מעיקר הדין.

אכן דעת הרמב"ם בפי"א מהל' מכירה ה"ב וה"ג דאפי' תולה עצמו בדעת אחרים הוי אסמכתא, ולדידיה עכצ"ל דהא דערב משתעבד היינו משום דחסריה, וכמו שנת' לעיל מד' המהרי"ק, ושפיר כתב המ"מ דהיכא דלא חסריה לא מהני אפי' בקנין.

בדין ערב על התחייבות ומתנה

יג. והנה נת' לעיל מד' התוס' בגיטין שכתבו דרך היכא דאיכא לב' הטעמים, מצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה, נפטר הערב, והיכא דחסר א' התנאים משתעבד הערב.

ונחלקו הראשונים בביאור ד' התוס', ונ' דשורש מחלוקתם הוא בהך פלוגתת הרמב"ם והראב"ד אי סוגיין איירי אפי' בקנין או לא.

דנה רבנו ירוחם מישרים נתיב ט"ו ח"א כתב וז"ל 'מי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקנין לתת במתנה לחבירו, אע"ג דלא מידי חסרי', כיון דלא עביד מצוה משתעבד, ואפילו לא קנו מידו, כגון ערב דבשעת מתן מעות. ויש מי שכתב דאינו מועיל בלא קנין, וראשון נראה עיקר בגט' בתוספות'. ומבוי' שלמד מד' התוס' דהיכא דלא עבד מצוה לא בעי קנין, ואע"ג שלא חסריה. ונראה דהיינו משום דס"ל דסוגיין איירא שלא בקנין, דאילו בקנין ודאי משתעבד אפי' ערב דכתובה, וממילא היה לו הכרח לומר שהתוס' סוברים דהיכא דלא עביד מצוה משתעבד אפי' שלא בקנין.

וכ"כ גם הריטב"א ב"ב קע"ד ב', הובאו דבריו בנמק"י שם פ"א מדפי הרי"ף.

אכן בהגהות מרדכי גיטין רמז תנ"ו כתב בתו"ד וז"ל 'ואי נעשה ערב לאחר נשואין מן הכתובה ובקנין דערב שלא בשעת מעשה בעי קנין, התם לאו מידי חסריה, אבל מצוה ליכא כיון דכבר נעשו הנשואין'. ומבוי' שנקט דסוגיין איירי בקנין, וע"ז חידשו התוס' דהיכא דלא עביד מצוה משתעבד. וכן פירשו המחנה אפרים דיני ערב סי' א' והש"ך סי' קכ"ט ס"ק ט"ו בד' התוס', דס"ל דסוגיין איירי אפי' בקנין, דהיכא דעביד מצוה ולא מידי חסרה לא מהני קנין, וע"ז

חידשו התוס' דהיכא דחסר א' התנאים משתעבד מחמת הקנין.

וב' הדעות הובאו ברמ"א חו"מ קכ"ט סעיף ה'.

יד. והשיטה הסוברת דערב על התחייבות משתעבד אפי' שלא בקנין, צע"ר, אמאי לית ביה משום אסמכתא, הא טעמא דסתם ערב משתעבד שלא בקנין, וליכא ביה משום אסמכתא, הוא משום ההנאה שהמלוה מוציא ממון על פיו, והכא לא שייך כן, דמי שהתחייבו לו לא הוציא כל ממון על סמך הערב, וכן הקשה המחנ"א שם.

ובגדו"ת ריש שער ל"ה כתב על ד' התוס' בגיטין וז"ל 'אלא ודאי הא דאמר רב אשי בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד הוא ענין כולל מצד הנאמנות עצמו שמאמין בדבריו שיפרע בעד המתחייב, וזה הנאמנות מתהנה ממנו הערב עד שמסלק מכאן חשש האסמכתא בין בדאיכא חסרון כיס בין בדליכא חסרון'.

ומבוי' שאכן אלו הראשונים סוברים דלא בעי' כלל להנאה שהמלוה נחסר ממון על פיו כמו שכתב הרמב"ן בגיטין, אלא די בכך שלקחו את הערב בשעת מתן מעות לחזק ולהאליס את החיוב, דמזה מוכח שהערב בר סמכא לתת תוקף לחוב, ומשא"כ ערב אחר מתן מעות שאין לערב כל שותפות בהתחייבות עצמה.

ולדרך זו, ע"כ דכוונת 'לאו מידי חסריה' היא דהוי טעם בפנ"ע, ולא משום שחסר בהנאה שמחמתה משתעבד ערב, וכפי שכבר דנו בזה לעיל סק"ב.

בדעת הרמב"ן דקבלן דכתובה משתעבד בלא קנין

טו. נתבאר לעיל שהרמב"ן פי' דביאור לאו מידי חסריה היינו דחסר בהנאה שיש לערב שהמלוה הוציא מעותיו על פיו, וממילא הוי אסמכתא. ולשיטתו שם כתב הרמב"ן, דקבלן משתעבד בכתובה כיון דלית ביה משום אסמכתא. ופשיטא שכוונתו דמשו"ה משתעבד אפי' שלא בקנין, דאילו בקנין הא אפי' ערב סתם משתעבד, דלא גרע מערב שלא בשעת

מתן מעות, דליכא ביה להך הנאה שהוציא מעותיו על פיו ומ"מ משתעבד בקנין.

ויש לתמוה טובא, דנהי דלית בה משום אסמכתא, מ"מ תקשי במה נשתעבד הערב, דאי בדברים, הא דעת הרמב"ן בכתובות ק"א ב' דא"א להתחייב בדברים, ואי בהנאה, הא הכא ליכא הנאה, וסייעוני בקושיא זו.

טז. ונראה עפ"ד הריטב"א בב"ב קע"ג ב', דשם הגמ' דנה בתחילה מנין לערב מן התורה, ומביאה ע"ז קראי, ואח"כ מקשה הגמ' דערב הוי אסמכתא, ומפרקין בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. וכתב הריטב"א שגם בהו"א ידעה הגמ' דערב משתעבד בהנאה, דאי לא במה נשתעבד, אלא דסברין דמ"מ אית בה משום אסמכתא, ור"א חידש דבההיא הנאה 'משעבד נפשיה כאילו קיבל המעות ממש לטובתו ולא היה קונס עצמו בשום דבר, שאין בו אסמכתא', עכ"ד.

ולפ"ז י"ל בדעת הרמב"ן, דודאי גם בערב דכתובה איכא הנאה, דהערב מהימן לאשה, ואינה נישאת אלא מחמתו, ואך דליכא להך הנאה שמועילה לבטל את טענת אסמכתא, ולהכי קבלן משתעבד ולא ערב רגיל. וכהך סברא דגם בערב דכתובה איכא הנאה מבוי' להדיא בריטב"א מכת"י גיטין נ' א'.

והא דשלא בשעת מתן מעות אין משתעבד הקבלן אלא בקנין, ולא אמרי' דמשתעבד בהנאה בלחוד, צ"ל דהכא ליכא כלל הנאת ממון, דהמלוה לא גילה בדעתו שמוכן לעשות כל פעולה שהיא מחמת הערב, ושאיני מכתובה שאין האשה נישאת אלא מחמת שסומכת על הערב, ודומה למה שנת' לעיל.

בדעת הרמב"ם אי ערב לכתובת בנו וקבלן דכתובה

בעו קנין

יז. כתב הרמב"ם בפכ"ה מהל' מלוה ולוה ה"ו וז"ל 'ואם היה האב ערב לכתובת בנו וקנו מידו חייב, וקבלן של כתובה חייב'.

ובביאור מש"כ הרמב"ם דבאב שנעשה ערב לכתובת בנו בעי' קנין, כתב המ"מ וז"ל 'שדעתו ז"ל דכל שאין שם מתן מעות, שאין לומר על אמונתו הלוהו, צריך קנין, וה"ז האב ערב דאחר מתן מעות דעלמא דבעי קנין'. ומבוי דשעת התחייבות הכתובה הוי כאחר מתן מעות, ולהכי בעי' קנין, וכן מבוי בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות ב' בדעת הרמב"ם.

והנה ממה שהמשיך הרמב"ם 'וקבלן של כתובה חייב' ולא פירש דהיינו דווקא בשקנו מידו, משמע דלא בעי' שיקנו מידו. וכן הוא להדיא ברמב"ם אישות פרק י"ז ה"ט.

וכן הוא בטור אבה"ע סי' ק"ב וז"ל 'אבל בקבלן שאמר לה הנשאי לזה ואני קבלן או אני אתן לך משתעבד, ולכאורה נראה דוקא בקנין, אבל הרמב"ם כתב אפילו בלא קנין'. ובטעמא דמלתא כתב שם הטור וז"ל 'והכי מסתבר דהוי כמו ערב בשעת מתן מעות דלא בעי קנין'.

וצע"ג שהדברים סותרים זל"ז, דטעמא דאב שנעשה ערב לבנו צריך קנין פי' המ"מ דהוא משום דהוי אחר מתן מעות, וטעמא דמי שנעשה קבלן אינו צריך קנין פי' הטור דהוא משום דהוי ערב בשעת מתן מעות.

סימן כ'

בגדר ערב דבי"ד

נותן לו הנאה הראויה להשתעבד בה, אכן לדעת הרשב"ם והרמב"ם ודעימיהו, דהיינו שהבי"ד עשאוהו ערב, תימה, דהך הנאה ניתנה לו ע"י הבי"ד ולא ע"י המלווה, ואיך יכול להשתעבד למלוה.

ועי"ש שכתב דרחוק לומר דהיינו מדין עבד כנעני. ובכוונתו נראה, דלדין ע"כ בעי שהבי"ד יפרשו שנותנים הנאה זו עבור המלווה, ולא הוזכר בשום מקום שהבי"ד צריכים לפרש כן, ואיך אפשר לחייב את הערב בסתמא¹.

ישוב התמיהה

ג. ונראה, דבאמת הערב אינו משתעבד כלל למלוה, אלא משתעבד הוא לבי"ד לפרוע למלוה את חובו של הלווה. והכי דייק לשון הרמב"ם שכתב שאמר להם 'הניחוהו ואני ערב לכם'.

ומקור לגוף הסברא, ששייך שראובן יתחייב לשמעון לתת ללוי, מצינו בד' התוס' הרי"ד כתובות נ"ג א', ועי"ש שדן שבכה"ג יוכל שמעון למחול על החוב של ראובן ללוי.

ושם מצאתי בשו"ת מהריט"ץ החדשות סי' קל"ז שכתב בתו"ד 'ועוד, דחזינן לישנא דהרמב"ם זלה"ה שכתב שאמר הניחוהו ואני אפרע לכם, משמע שצריך שיאמר שיפרע להם כאילו הם בעלי חובו, שייך לומר בההיא הנאה דהאמינוהו בית דין שיפרע להם. אבל אם אמר אני ערב לפרוע ל[מ]לוה, כפי הנראה מדברי הרמב"ם זלה"ה לא מהני. ובאמת הרמב"ם ז"ל דייק מלישנא (דמתניתין) דקתני ערב דבית דין. וכתב הרב המגיד וזה לשונו ופירש רבינו ערב דבית דין שערב מיד הבית דין עכ"ל. כוונתו דמפרש ערב שערב מיד הבית דין, שנתחייב כך לפרוע להם וזהו ערב דבית

מחלוקת הראשונים בביאור ערב דבי"ד

א. בגמ' שלהי ב"ב מבז', דערב דבי"ד משתעבד בלא קנין אף לאחר מתן מעות, 'דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה'. ונחלקו הראשונים בפירוש ערב דבי"ד, דהרשב"ם כתב וז"ל 'דבההיא הנאה דקא מהימני ליה ב"ד גמר ומשעבד נפשיה'. ומבז' דאיירי שנעשה ערב לבי"ד עצמו, והבי"ד סמך עליו והאמינו.

וכן מבואר בלי' הרמב"ם הלי' מלוה ולווה פרק כ"ה ה"ב, 'וכן אם ב"ד עשו אותו ערב נשתעבד אע"פ שלא קנו מידו, כגון שהיו ב"ד רוצין לגבות מן הלוה ואמר להם הניחוהו ואני ערב לכם, הואיל ויש לו הנאה שהאמינוהו ב"ד, באותה הנייה שעבד עצמו'.

וכ"ה בנמק"י ב"ב פ"ג א' מדפי הרי"ף, ושם כתב מפורש דלא סגי במה שעשאו המלווה ערב בפני בי"ד, אלא בעי שהבי"ד עשאוהו ערב והאמינוהו.

אכן הרמ"ה שם קע"ו א' כתב בביאור ערב דבי"ד דהיינו 'שנכנס לו ערב בפני ב"ד', וכ"ה ברבנו גרשום שם ב' 'וערב דבי"ד. לפני ב"ד'. ומבז' שאין צורך שהבי"ד עצמם עשאוהו ערב, אלא די בכך שנעשה ערב בפני בי"ד.

והובאו ב' הדעות בטור סי' קכ"ט סעיף א', וז"ל 'ולכאורה נראה ערב דבי"ד היינו שנעשה ערב בפני ב"ד, והרמב"ם כתב אע"ג דאמר בפני ב"ד אני ערב לא משתעבד, אא"כ היו רוצים ב"ד לגבות מהלוה, ואמר להם הניחוהו ואני אתנם או ערב לכם, הואיל ויש לו הנאה דהימנוהו ב"ד, באותה הנאה משעבד עצמו'.

קושית הגר"ש איך משתעבד הערב ללווה

ב. ובשיעורי ר' שמואל קידושין דף ז' אות ק"ד הקשה, דבשלמא לשיטת רבנו גרשום והרמ"ה, דהיינו שנעשה ערב בפני בי"ד, מבז' שפיר, דחשיב שהמלווה

¹ ובהמשך דבריו הוסיף דא"ז הנאה דממונא ולא שייך ביה דין ע"כ, עי"ש, ואכמ"ל בדבריו.

דין, אבל אם היה ערב למלוה לא מקרי ערב דבית דין
אלא ערב על ידי בית דין, אבל ערב דבית דין משמע
שיצא ערב לבית דין ממש¹.

והנה המהריט"ץ דייק מהלשון 'הניחוהו ואני אפרע
לכם', ולפנינו בל' הרמב"ם 'הניחוהו ואני ערב לכם',
והכל הוי ענין א', וכמו שנתבאר².

² אך שוב התבוננתי, דיתכן שהמהריט"ץ פירש לפי גרסתו 'ואני
אפרע לכם', דהיינו שהערב חייב לשלם לבי"ד את הממון,
והבי"ד חוזרים ופורעים בזה למלוה את חובו, וזה לא א"ש
לגרסא דידן שהערב אומר 'ואני ערב לכם', ומ"מ כמדומה
שהדברים מסתברים כשלעצמם.

סימן כ"א

מאיזה דין ערב נלמד דין הגמ' בקידושין

ד' הרשב"א שהסתפק אם יש על האשה שם 'ערב' או לא

כלום, ובדיני ישראל אופן זה שאין למלוה על הלווה כלום נתבאר בגמ' ב"ב קע"ד א' רק על אופן שהערב נשא ונתן מיד המלוה בידו.

ועי' עוד ברשב"א ב"מ ע"א ב' שכתב דבדיני הגוים ערב הוי ערב שלוף דוך, שיכול הלווה לדחות את המלוה אצל הערב, ויהרי הוא כערב שלנו שנשא ונתן ביד דנפטר לוח מיניה דמלוה, והיינו שהמקור בדיני ישראל לאופן הדומה לערב שלוף דוך שאין למלוה על הלווה כלום, הוא ערב שנשא ונתן ביד, ומשמע כנ"ל.²

ועי' עוד בתוס' ב"ב קע"ג ב' ובריטב"א שם ובסמ"ע ס"י קכ"ט ס"ק מ"ד שכתבו כמה סוגי ערב, ולא הזכירו כלל שיש ערב 'שלוף דוך', ומשמע כנ"ל, שמושג זה של 'שלוף דוך' הוא כינוי לערב שאין למלוה על הלווה כלום, ובדינינו הוא ערב שנשא ונתן ביד, וצ"ת.

ואם כנים הדברים, הרי נראה פשוט שלא שייך לדמות את דינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך לערב שנשא ונתן ביד, דשאני הכא שהאשה לא נשאה ונתנה כלל בידה, ושייך לדמות הך דינא רק לערב רגיל או לערב קבלן, ונלמד מכאן שיתכן ערב או ערב קבלן באופן שלא חל כל חיוב על הלווה, ויתבאר עוד להלן.

סוג נוסף של ערב

² ומה שיש תוקף לדיני הגוים אצל ישראל, שהרי מה"ט אסור לו לישראל להעשות ערב עבור חברו שלוח מגוי ברבית, אין לומר דהוא מכח דינא דמלכותא, דאין נ' כן בד' התוס' ב"מ ע"א ב' שכתבו שכשהמלוה ישראל הריהו מחויב לדיני ישראל, ונראה דצ"ל דשאני התם דאיכא גמ"ד מעליא וודאי כוונת הערב להעשות ערב שלוף דוך, שהרי יודע בבירור שיגבו ממנו תחילה, ומשא"כ בדיני ישראל, כשבא להעשות ערב שלוף דוך אמרי' דלא גמר ומשתעבד אא"כ נשא ונתן ביד.

[א]

מאיזה דין ערב נלמד הדין

ג' סוגי ערב

א. קידושין ז' א' 'אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב', וכו'.

והנה תחילה יש לדון מאיזה דין ערב נלמד דין זה, וכבר דנו בזה רבותינו, דהנה מצינו ג' סוגי ערב עיקריים, הא' הוא ערב סתם, שדינו הוא שלא יתבע את הערב תחילה.¹

הב' הוא ערב קבלן, שדינו הוא שממי שירצה המלוה יתבע.

והג' הוא ערב שלוף דוך, שדינו הוא שאין למלוה על הלווה כלום, אלא כל דינו הוא עם הערב.

ומסברא היה נראה דסוגיין דומה יותר לערב שלוף דוך, שהרי אין לבעל, דהיינו המלוה, על המקבל כלום, אלא כל דינו הוא רק עם האשה, שהיא הערב.

אם יש דין שלוף דוך בדיני ישראל

ב. אכן כמדומה שלא מצינו בדיני ישראל דין ערב שלוף דוך כלל, שהרי בגמ' בב"ב קע"ד א' מבוי' שיש דינים בלשונות התחייבות ערב קבלן, דבעי' תן ואני אתן או תן ואני קבלן וכו', ולא מצינו דיני לשון היאך להעשות ערב שלוף דוך, והמקור היחיד למושג זה של ערב שלוף דוך הוא בגמ' יבמות ק"ט ב', ושם הוא נאמר ככינוי על ערב כזה שאין למלוה על הלווה

¹ ונחלקו קמאי אם הוא דין בעיקר חלות ערב, או דהוא מטעם אומדנא, שאין דעת הערב להשתעבד אלא באופן שלא יהיה אפשר לגבות מהלווה, ונתבאר באריכות בסימן ח'.

ג. אמנם באמת מצינו ברא"ש ב"ב פ"י סי' מ"א סוג נוסף של ערב שאין בו למלוה על הלווה כלום, והוא באופן שהלווה לא דיבר כלום עם המלוה, אלא הערב אמר למלוה 'הלוה מעות ואני פורע', דבכה"ג אפי' אם המלוה נתן ללווה מיד ליד, אין לו על הלווה כלום אלא על הערב שאמר לו הלווה, והיינו שהערב נידון כלווה גמור, והמלוה חשיב כנותן לערב, ודין זה נפסק בשו"ע סי' קכ"ט סעיף כ' בלשון י"א³.

והנה דין זה שפיר יש לדמותו לסוגיין, דהכא נמי האשה היא שאמרה לבעל תן מנה לפלוני ואקדש לך, ואותו פלוני לא דיבר כלום, וי"ל דמתקדשת מכח דינא דהרא"ש.

ד' הגר"א מאיזה ערב נלמד הדין

ד. ונראה דזו כוונת הגר"א שם ס"ק נ"ג, שכתב על דין השו"ע וז"ל 'ע' תוס' דגטין מ"ט ב' ד"ה בקבלן כו', אבל הרשב"א כ' שכוונת רש"י כיון דצריך דוקא ללשון תן ואני נותן וכאן לא שייך, וע' בני"י סוף ב"ב ומ"מ פכ"ה דמלוה ה' ו', וע"ש שהרמב"ם וכן בש"ע א"ע סי' ק"ב ס"ו חולק ע"ז, ומ"מ לדברי רש"י מ"ש בקדושין א"ר תן מנה לפלו' כו' מדין ערב צ"ל כמ"ש כאן'.

ותוכן דברי הגר"א, דהנה בד' רש"י בגיטין מ"ט ב' נראה בפשוטו דקבלן היינו בגוונא שנשא ונתן ביד, וכן פירושווהו התוס', אך הרשב"א שם השיא כוונתו לענין אחר, דהיינו דווקא בקבלן דכתובה, וסיים הגר"א דלד' רש"י הנ"ל צ"ל דמה שאמרו בקי' תן מנה לפלוני ואקדש אני לך הוא מדין השו"ע הנ"ל דהיינו דין הרא"ש.

ודבריו חתומים, דמה ענין הסוגיא בקידושין לד' רש"י הנ"ל.

ונראה בכוונתו בעז"ה, שנקט דהסוגיא בקידושין היא מדין ערב קבלן, ולא מדין ערב סתם, וכפי שיתבאר בסמוך, והוקשה לגר"א דלדרך התוס' בדעת רש"י דבכל קבלן בעי' שישא ויתן ביד, אי"כ אי"א לפרש שהסוגיא בקי' נלמדת מדין קבלן, דהא האשה לא נשאה ונתנה בידה, וע"ז כתב דע"כ דהסוגיא בקידושין מתפרשת דהיינו מדין הרא"ש, דהיכא שהלווה לא דיבר עם המלוה, אין למלוה כלום על הלווה אלא רק על הערב, וה"נ בדין, כיון שאותו פלוני לא דיבר עם הבעל אלא רק האשה, כל החיוב והדו"ד הוא רק עם האשה ולא עם אותו פלוני.

ה. ומה שנקט הגר"א שהסוגיא בקידושין אינה נלמדת מדין ערב סתם, יל"פ הטעם, דס"ל דסתם ערב כל חיובו הוא רק לשלם את חוב הלווה, ואין עליו חוב עצמי, כי על כן קי"ל דלא יתבע את הערב תחילה, ואמרי' בגמ' בכורות מ"ח א' דהיכא דליכא לווה ליכא ערב, ונתבאר בזה במקו"א ואכ"מ, וממילא אין האשה יכולה להתקדש בזה.

ועוד י"ל, דס"ל דסתם ערב הוי התחייבות בדיבור, כמבוי' בד' הרמב"ם פ"א מהל' מכירה ה"טו, וא"א לקדש בזה אשה, דהוי כמקדש במלוה ואף גרע מיניה, וכפי שעמד בזה המחנ"א דיני ערב סי' א', ויתבאר עוד להלן.

ומשא"כ בערב קבלן, דאיכא עליה חיוב עצמי, כי על כן נפרעין ממנו תחילה, וגם דאין חיובו בדברים אלא חשבי' שבאו המעות לידו והוי כלווה, וכמבוי' בד' הגר"א גופיה בסי' ע"ז ס"ק י"ח - ועי' בסו"ס י"ג מה שנתבאר בדבריו אלו.

ו. העולה מד' הגר"א, דהסוגיא בקי' אינה נלמדת מדין ערב סתם, אלא לפי פשוטו היינו מדין ערב קבלן, ולדעת רש"י בגיטין שבקבלן בעי' נשא ונתן ביד, אי"א ללמדה מדין ערב קבלן, אלא היינו מכח דינא דהרא"ש, דהיכא שהלווה לא דיבר עם המלוה, אין דינו של המלוה אלא עם הערב, ודיינינן את הערב כלווה.

בד' הפוסקים לא נראה כן

³ ונראה דמה דנקט לה בלשון י"א ולא בסתם, ושינה מלשון הרא"ש שכתב לה בפשיטות, הוא מכח ד' התוס' בב"ב קע"ג ב' שכתבו ה' דיני ערב, ולא הזכירו לדין הרא"ש, ומזה נראה שחולקים על דינו.

ז. והנה הגם שכתב הגר"א דלדעת רש"י הסוגיא בקידושין מתפרשת עפ"י דין הרא"ש, מ"מ נראה דשאר הפוסקים לא נקטו כן, שהרי כתב השו"ע באהע"ז סי' כ"ט סעיף ב' וז"ל 'אמרה לו הלוח מנה לפלוני ואתקדש אני לך, והלוח לפלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי הוי קידושין כמו במתנה', ומקורו בתשובות הרשב"א ח"א סי' אלף רכ"ד ובד' הריטב"א בסוגיין. ובד' הרשב"א שם מבוי' להדיא דאותו פלוני הוי לוה של הבעל, ובזה חידש הרשב"א דמ"מ האשה מתקדשת, כיון שיש לה הנאת מלוה, והוי כנתינת פרוטה.

והשתא אי נימא דדינא דתן מנה לפלוני ואתקדש לך הוי מדין הרא"ש - שהלוה לא דיבר עם המלוה אלא רק הערב, הרי לפ"ז אף בשאמרה האשה הלוח מנה לפלוני דיינינן שהאשה היא המלוה לאותו פלוני, וחשיב כקנתה את הדמים במה שהתקדשה תמורתם, והלוותה אותם לאותו פלוני. ומהא דנקטו שהבעל הוא המלוה, ואותו פלוני מחויב להשיב את הדמים לבעל, מבוי' שלא פירשו את דינא דסוגיין עפ"י דין הרא"ש.

ויש להוסיף עוד, דכן נראה מבוי' בד' הרשב"א בתשובה ח"ה סי' קפ"ט, דעיי"ש היטב דאירי בלוי שרצה לשאול פרה משמעון, ובא יהודה ואמר לשמעון השאל פרתי ללוי ואני אתן לך דמים לשכור בהמה, ונאנסה הפרה ביד לוי, ועיי"ש בתשובה ויש שם הרבה שיבושים, אך משמעות הדברים היא, שהשואל בתשובה שם נקט דחשבי' שיהודה שכר את הפרה והשאלה ללוי, ודימה דין זה לדין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך, והרשב"א דחה דאינו כן, אלא דהגם שבקבלת השכר מיהודה נתחייב שמעון להשאל ללוי, מ"מ מדין שואל לא נפיק לוי, ולא חשבי' שיהודה שכר את הפרה. ומבוי' מד' הרשב"א דשפיר יש לנותן דו"ד עם המקבל, ולא חשבי' שכל הדו"ד של הנותן הוא מול הערב, ואי"ז כדין הרא"ש הנ"ל.

לדעת הרמב"ם מאיזה דין ערב למדו דין סוגיין

ח. והנה כיסוד ד' הגר"א שהסוגיא בקי' אינה נלמדת מדין ערב סתם אלא מדין ערב קבלן, נראה בפשוטו

בדעת הרמב"ם בפ"א מהל' מכירה הט"ו שלמד שאדם יכול להתחייב בדברים בעלמא מדין ערב, ולדבריו יק' א"כ היאך אשה מתקדשת בזה, וכפי שכבר עמד בזה המחנ"א, ועיי"ש שנדחק בזה, ובפשוטו צ"ל לדעת הרמב"ם דדין הגמ' נלמד מדין ערב קבלן, וכד' הגר"א הנ"ל⁴.

מקורות בד' הראשונים והאחרונים שדין הסוגיא נלמד מדין ערב סתם

ט. אמנם יש להביא כמה מקורות בד' הראשונים והאחרונים שהסוגיא בקידושין נלמדת מדין ערב סתם.

דהנה בשו"ת הרשב"א המיוחסות סי' רכ"ה בהוספה שנדפסה מכת"י בהוצאה החדשה, ומובאת גם בשלטי הגיבורים שלהי ב"ב, נקט שם השואל דלא שייך ערבות בלא לוה, והרשב"א נחלק עליו וכתב וז"ל 'עוד כתבת בכלל דברך כי אין ללשון ערבות רגלים בפעל שאין בו לא שום לוח ולא שום משתעבד. גם בזו לא ירדתי לסוף דעתך, וכו', ועוד דלשון ערבות נופל בכיוצא מה שאמרת שאין שם מתחייב ולא משתעבד אחר, הרי מה שאמרו בפ"ק דקידושין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ושם אין שום אדם שמתחייב באותו מנה שתקרא היא ערב ותקנה עצמה בו, וכו', וקרא נמי מסייענו דכתיב אנכי אערבנו והוה ס"ד למילף מינה בשלהי גט פשוט דערב משתעבד דאורייתא, והתם מאן נתחייב ומאן נשתעבד שיהא יהודה ערב בשבילו, ועיי"ש בד' הרשב"א שדן לדחות את הראיה מהגמ' בקידושין, ודחה לדחיה, ודבריו יתבאר להלן.

ותו"ד הרשב"א, דהוכיח דשייך ערב גם באופן שאין לוה, מב' דוכתי, חדא מההיא דקידושין שהאשה מקודשת מדין ערב אף שאין אדם שמתחייב באותו מנה, ועוד מקרא דאנכי אערבנו, דהוי ס"ד למילף

⁴ ועיי' עוד בסו"ס א' שנתבאר דעיקר ההנחה שבד' הרמב"ם מבוי' שדין ערב הוא השתעבדות בדברים, במחלוקת שנויה, ועיי' בסי' כ"ד מה שנת' בזה.

מינה בשלהי גט פשוט דערב משתעבד דאוי, והתם ליכא לווה אלא רק ערב.

והנה בגמ' גט פשוט שם ס"ד למילף לערב מקרא דאנכי אערבנו, ודחי דהא קבלנות היא. וא"כ מהא דהרשב"א הוכיח מהס"ד דגמ', מבוי דאיירי בערב סתם ולא בערב קבלן, ולכן הוכיח רק מהס"ד, ומעתה א"כ מהא דהוכיח הרשב"א בתחילה מהגמ' בקידושין, מבוי שנקט דדינא דהתם נלמד מדין ערב סתם, ולא מדין ערב קבלן.⁵

ובאמת ממקומו הוא מוכרע, דהא הרשב"א בא להוכיח מסוגיין דאפשר להתחייב בלי ערבות בדליכא לווה, והרי קבלן אינו יכול להתחייב בלי 'ערב' כמבוי בגמ' ב"ב קע"ד א', וע"כ שכל ד' הרשב"א איירי בערב סתם.⁶

י. גם בד' הריטב"א בקידושין שם, נראה שדין הגמ' נלמד מדין ערב סתם ולא מדין ערב קבלן, דהריטב"א שם פירש שהאשה מתקדשת בהנאה שהוציא ממון על פיה, והמקור לזה הוא בדין ערב, כמבוי בגמ' ב"ב קע"ג ב' דשעבוד ערב הוא בההיא הנאה דקא מהימן

⁵ וכן משמע בדבריו בקי' ו' ב', שדינא דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך נלמד מדין ערב סתם ולא מדין קבלן, דעיי"ש שדימה לזה ממה שאמרו בגמ' ב"ב קע"ג ב' דערב הוי אסמכתא ולא משתעבד אלא בההיא הנאה דקא מהימן עליה, וכן כתב הגר"א אבהע"ז סי' כ"ט סק"ה בדעת הרשב"א, והרי בקבלן בפשוטו ליכא משום אסמכתא כמו שכתב הרמב"ן בגיטין מ"ט ב', ולא בעי' לזה.

ואין להקשות, היאך שייך לפרש שדין סוגיין הוא מדין ערב סתם, הא קי"ל דלא יתבע הערב תחילה, וכי ליכא לווה ליכא ערב. דע"ז באו ד' הרשב"א דכל הך דינא דכי ליכא לווה ליכא ערב הוא רק בגוונא שהיה לווה מתחילה, דבזה אין דעת הערב להשתעבד אלא באופן שהלווה לא ישלם, אך היכא דליכא ערב מתחילה, שפיר מהני דעת הערב לשעבד את עצמו אף באופן דליכא לווה, והיינו דיסוד חלות ערבות הוא דאיכא על הערב חיוב עצמי.

⁶ ובאמת צ"ע מה ההוכחה מסוגיין, הא אפשר לדחות דדינא דסוגיין נלמד מדין ערב קבלן, דלי' תן' הוא לשון קבלנות כמבוי בסוגיא בב"ב הנ"ל, ועי' בס"י י"ד ס"ק ד' - ז' מה שנתבאר בזה.

ליה. והנה ד' הגמ' הנ"ל אזלו על ערב סתם, ומינה שגם קידושין נלמדים מערב סתם.

אמנם כ"ז הוא בדעת הריטב"א לשיטתו בביאור הסוגיא, דהיינו מחמת ההנאה, אך לדעת שאר ראשונים שפרשו דחשיב כאילו האשה קיבלה את המנה שהבעל הוציא על פיה, כמבוי בתוס' ב"מ מ"ז א' וע"א ב' וכפי שיתבאר להלן סי' כ"ד, היה מקום גדול לפרש דהיינו דווקא בערב קבלן ולא בסתם ערב.

יא. אך העירוני לד' הנתה"מ סי' קל"ב ס"ק ג', שמבוי בדבריו להדיא שלמד דאף לדרך זו דחשבי' שהאשה קיבלה את המנה מיד הבעל, דינא דתן מנה לפלוני נלמד מדין ערב סתם ערב, דעיי"ש שלמד מזה לדין ערב סתם.

ועי' ברשב"ם ב"ב קע"ג ב' ד"ה גמר ומשתעבד שכתב וז"ל 'ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה', ואזיל על ערב, ובקה"י קידושין סי' י"ב ביאר שכוונתו כד' הראשונים דמכח שהמלוה נותן בשליחותו, חזינן ליה כאילו קיבל את המעות, והרי דאף בערב סתם חשבי' ליה כאילו קיבל את המעות.

וכן מוכח בד' הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף רכ"ד, שכתב דאף באומרת הלוה מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ונפסק ברמ"א אבה"ע סי' כ"ט סעיף ב', והרי הך לישנא ד'הלוה' ואני אתחייב הוא לשון ערב סתם, כמבוי בגמ' ב"ב קע"ד א', ומינה דמה שאמרו 'מקודשת מדין ערב' הוא מדין ערב סתם.

והעירוני עוד, דכ"ה להדיא בד' הראב"ן בקידושין ז' א', וז"ל 'אמרה תן מנה לפלוני ואיקדש אני לך מקודשת אע"פ שאינה מקבלת כלום, דכיון דעל פי' יהיב הוי כאלו קיבלה, כדן ערב דכיון דעל פיו יהיב 'דאמר הלוהו ואני ערב' דהוי כאלו קיבלו הוא', עכ"ל, ולהדיא דדין ערב בקידושין נלמד מדין ערב סתם, שהרי בגמ' ב"ב קע"ד א' מבוי דלשון 'הלוהו' ואני ערב' הוא לשון ערבות סתם.

עוד יש להוסיף, שבשיטת כמה ראשונים נראה שאין חילוק מהותי בין ערב סתם לערב קבלן, וכמו שנת' קב

בזה בסי' י"ב - י"ד, ואף לשיטתם נראה דדין הגמ' בקידושין נלמד מדין ערב סתם, כפי שמשמע מפשטות ל' הגמ'.

[ב]

בד' הרשב"א שהסתפק אם איכא על האשה חלות שם ערב או לא

יב. כתב הרשב"א במיוחסות סי' רכ"ה בהוספה שנדפסה מכת"י בהוצאה החדשה, ומובאת גם בשלטי הגיבורים שלהי ב"ב, וז"ל 'עוד כתבת בכלל דברך כי אין ללשון ערבות רגלים בפעל שאין בו לא שום לוח ולא שום משתעבד. גם בזו לא ירדתי לסוף דעתך... ועוד דלשון ערבות נופל בכיוצא מה שאמרת שאין שם מתחייב ולא משתעבד אחר, הרי מה שאמרו בפ"ק דקידושין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ושם אין שום אדם שמתחייב באותו מנה שתקרא היא ערב ותקנה עצמה בו. ואף כשתמצא לומר דהכי קאמר מקודשת מדין ערב שמשמעבד בממון שאינו נהנה ממנו, אף זו מקנה עצמה בממון זה אע"פ שאינה נהנת, מ"מ אם איתא דערב כענין זה לא היה משתעבד אלו היה מן האפשר למצוא לו דרך בכענין כזה, אף זו לא היתה מתקדש מדין ערב, שהרי לא מצינו ערב משתעבד בכענין זה'. ויסוד דבריו, דשייך חיוב ערבות באופן שאין חיוב על הלווה, נתבאר בסי' ח'.

וצ"ב הנדון בד' הרשב"א, שבתחילה נקט שיש על האשה שם ערב, ומכאן זה הוכיח דשייך להתחייב בלשון ערבות, ואח"כ דן לדחות שאין עליה שם ערב, אך מ"מ יש ראייה שאפשר לערב להשתעבד במקום שאין לוה.

יג. והביאור נראה, די' חלקים בחיוב ערבות, חדא, מעשה הקנין המחייב - והיינו שבנתינת המלוה ללווה חשבי' שבא ממון לידי הערב, ויש בזה מעשה הראוי ליצור חיוב, ועוד, עצם חלות החיוב - דחל על הערב חיוב ערבות, ותוכן חיוב זה הוא אחריות על קבלת הלווה.

ובתחילה דן הרשב"א דעצם חלות הקידושין הם מדין ערב, דחל על האשה ערבות ואחריות על קבלתו של פלוני, ומכאן חיוב זה מתקדשת⁷.

ואח"כ דן הרשב"א דאין על האשה חלות ערב ממש, וכל הא דילפי' מדין ערב הוא לחלק הא', דנתינה לאחר עפ"י הערב חשיבא כקבלת ממון להתחייב בו, ולעולם מתקדשת האשה מדין כסף גמור ולא מכח חלות דין ערב - דאותה קבלת ממון שמחמתה משתעבד הערב, היא היא קבלת ממון לקידושין, וא"כ לכא' אין מכאן מקור ללמוד דשייך חלות ערבות במקום שאין חיוב על הלווה⁸.

וע"ז כתב הרשב"א, דאף כשת"ל הכי, מ"מ אכתי יש ראייה דשייך חלות ערבות במקום שאין חיוב על הלווה, דאלי"כ לא היה לנו מקור ללמוד מדין ערב לקידושין, דעד כאן לא מצינו דנתינה עפ"י הערב הויה מעשה קנין על התחייבות, אלא רק לענין לצרף את הערב בשעבודו של הלווה, אך אין מכאן מקור ללמוד דאיכא ביה מעשה קנין גמור הראוי להחיל התחייבות חדשה⁹, ומהא דילפי' לה לקידושין, ע"כ דמדין ערב ילפי' דאיכא ביה נתינת ממון גמורה, הראויה אף להחיל חיוב חדש, וא"כ מכאן מקור שהערב יכול להשתעבד אף במקום שאין חיוב על הלווה.

⁷ וכ"כ הפנ"י בקידושין שם, ועי' בזה להלן סי' כ"ד הערה 5.

⁸ ומל' הרשב"א יואף כשתמצא לומר דהכי קאמר' וכו' משמע שכן הוא האמת שאין על האשה חלות שם ערב, דל' 'כשתמצא לומר' משמעו כשתדקדק בדבר כמו שכתב רש"י בכמה דוכתי עי' ב"מ מ' ב' ועוד.

⁹ ועל דרך שדחו בגמ' בכתובות ק"ב ב' יעד כאן לא קאמר ר"י התם אלא דשייך לה לשעבודא דאוי אבל הכא לא שייך שעבודא דאורייתא, ועי' בסי' ח' הערה 12.

סימן כ"ב

סוגיית הגמ' בקידושין - דעת הריטב"א

מועלת האי הנאה לקנינים, ומבוי כנ"ל¹, עכ"ד הגר"ש, ועיי"ש עוד מש"כ בזה.

הא דערב משתעבד בפרוטה על כל המנה

ב. והא דלדעת הריטב"א ערב בעלמא משתעבד עבור כל המנה, אף שהנאתו הויא שוי"פ בעלמא, כתב בקה"י קידושין סי' י"ב דמהני מדין קנין כסף, שבהך הנאה משעבד את עצמו עבור כל המנה, והוא ע"ד המבוי בר"ן בריש פ' הנושא את האשה, שאדם יכול להשתעבד בקנין כסף².

ד' הח"מ והב"ש בדין אמרה תן מנה לפלוני, ונתן על פיה, ואמר לאחר מתן מעות הרי את מקודשת לי

ג. והנה החלקת מחוקק סי' כ"ט סק"ד כתב דאם אשה אמרה לבעל תן מנה לפלוני שבמקום פלוני ואתקדש אני לך, והוא קיים שליחותה, אם לאחר זמן בא אליה ואומר לה הרי את מקודשת במנה זה שנתתי על פיך, הודעה זו הויא כמתן מעות, דבאותה שעה היא נהנית שנתקיים דיבורה, וכ"כ הב"ש שם סק"ו.

ובשו"ת הגרע"א תשובות חדשות אהע"ז סי' ז' הקשה, דכיון דאין הקידושין מתחילין רק משעת דיבורו, א"כ באותה שעה כבר עברה הנאתה, דאף אם

ד' הריטב"א, קושית הפנ"י, ודרך הגרש"ר

א. הריטב"א בקי' ז' א' כתב בתו"ד וז"ל 'אפילו הכי משתעבד בהנאה דמטי ליה שהלוח לזה על אמונתו, דהנאה בכל דוכתא חשובה ככסף כדפרישנא בכמה דוכתי, הכא נמי אע"ג דלא מטי לידה הנאת מנה עצמו, מקניא נפשה בההיא הנאה דשויה פרוטה דיהיב מנה לפלוני בדבורה'. ומבוי בדבריו, שאינו מקדשה בעצם המנה, אלא בהנאה שוי"פ שהוציא ממון על פיה.

ובפנ"י הקשה 'ולכאורה יש לתמוה, דעל זה לא היה צריך להביא מדין ערב, דפשיטא בכולה סוגיין דהיכא דהנאה שוה פרוטה מקודשת'.

ובחי' רבי שמואל סי' ט' כתב ליישב, דשאני הנאת ערב שאינה 'הנאה דממון', ואינה מחייבת תמורה, אלא הויא קורת רוח בעלמא, וא"א לקצוץ ע"ז ממון, ואך דמ"מ הויא הנאה וקורת רוח בשיעור כזה שאדם משלם פרוטה עבורו, וס"ד דהנאה כזו לא מהניא לקידושין ולמכר, וע"ז מיייתנן מדין ערב דמהני הך הנאה.

וני' ביאור דבריו, דאי"ז פעולה לטובת הערב ששייך לקצוץ עליה ממון, דומיא דשחוק לפני, אלא היא הנאה הבאה לערב אגב אורחא.

והביא עוד הגר"ש, דמצינו כה"ג בד' הריטב"א בב"מ ט"ז א' גבי גזלן שמכר שדה גזולה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים, דאמר' דנקנה השדה ללוקח, ומפרש התם טעמא דתהא במאמינו, בההיא הנאה דלא קאמר ליה לוקח מידי וקסמיך עליה דטרח ומיייתי ליה, גמר ומקני ליה, ופירש הריטב"א שם דההיא הנאה שמחזיקו לאדם נאמן הוי כסף לקנינים. והתם ודאי דאי"ז הנאת ממון ואינו יכול לתבוע מחברו ממון בשביל שמחזיקו לנאמן, ואפ"ה

¹ ויש להוסיף עוד, את ד' הריטב"א בשבועות מ' ב', שכתב דיכול אדם לשעבד עצמו אחר ההלוואה שלא לפרוע אלא בעדים, 'דבההיא הנאה דקא מרווח ליה זימניה השתא או דלא דחיק ליה, גמר ומשעבד נפשיה, דבהנאה אדם גומר ומשתעבד כדאמרינן (ב"ב קע"ג ב') גבי ערב', ומלשונו משמע דדי בהך הנאה דלא דחיק ליה כדי לשעבד עצמו, והך הנאה דלא דחיק ליה המלוה לכא' אינה הנאה דממונא שמשלמים עליה, וצ"ע.

² ועיי"ש בקה"י שכתב דזהו רק לדעת הט"ז בחו"מ סי' ק"צ דקנין כסף הוי כסף קנין ולא כסף שיווי ופרעון, ולא ביאר את כוונתו. ונתבאר בזה בסימן ב'.

לא תתרצה להתקדש מ"מ המתנה קיימת ביד פלוני, עי"ש.

ולכא' ד' הח"מ והב"ש יתיישבו עפ"ד הריטב"א, דהקידושין הם בהנאת הקורת רוח שהוציא ממון על פיה, וכפי שביאר הגר"ש דלא בעי הנאה דממונא, דלפ"ז שעת ההנאה אינה עצם הנתינה לפלוני, אלא הזמן שנודע לאשה שהבעל נתן לאותו פלוני עפ"י ציוויה, וא"כ חשבי ליה כמקדש בשעת מתן מעות³.

תמיהת המחנ"א בסתירת ד' הריטב"א

ד. ובמחנ"א דיני רבית סי' י"א הקשה דד' הריטב"א סתרי אהדדי, דבב"מ ס"ט ב' כתב דהיכא דא"ל מלוה ללוה זרוק דינר לים ואלוה לך מנה 'הרי הוא כאילו הגיע לידו וחזר וזרקו לים, כיון שזה על פיו זרק', והוי רבית קצוצה. וקשה דהא במסכת ק"י פירש דלא חשבי שמטי לידי האשה מנה אלא רק הנאת שו"פ, ואיך זה מתיישב עם מש"כ הכא דחשיב כאילו כל המנה בא לידו וחזר וזרקו לים⁴.

וראיתי עוד להקשות בזה, דהנה הריטב"א בקידושין ח' ב' כתב דאם האשה אומרת לבעל תנהו בסלע שאינו משתמר, הדין חלוק, דאם הבעל לא חזר וזכה בו הריהי מקודשת, אך אם חזר וזכה במנה אינה מקודשת, עכ"ד, וצ"ע דאם הקידושין הם בהנאת קורת רוח, א"כ אף שחזר וזכה במנה, מ"מ אית לה הנאה במה שהסכים להוציא ממון על פיה, ומדוע הוא תלוי בכך שלא חזר ונטלו משם⁵.

³ ויתכן דמה שהוקשה לגרע"א, הוא משום דנקט דדעת השו"ע בסי' כ"ט אינה כדעת הריטב"א שהקידושין הם בהנאת הקורת רוח, אלא הקידושין הם בעצם הנתינה לפלוני, ואכ"מ.

⁴ ואין לומר כמו שיש שר"ל דהתם הוא מדין ערב קבלן או ערב שלוף דוך, דכבר הביאו בזה לד' הריטב"א בקי' ח' ב' שדימה דין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך לדינא דזרוק מנה לים ואתחייב אני לך.

⁵ ואין לומר שאם חזר וזכה גלי אדעתא למפרע שלא הסכים להוציא ממש את הממון מתחת ידו, ושוב בטלה לה הקורת רוח, שהרי הריטב"א שם תלה לה בפלוגתת רשב"א ורבנן בדין מוצא מציאה במקום שרבים שם, אי חייב להחזיר או לא, עי"ש

דרך החזו"א בביאור ד' הריטב"א

ה. ובחזו"א חו"מ ליקוטים סי' י"ז סק"א דן בזה בדבר החדש, דעי"ש שנקט דאין האשה מתקדשת בהנאת קורת רוח, אלא בהנאת ההשתמשות בגוף המנה, והקשה על דבריו שמד' הריטב"א נראה שהאשה מקודשת בהנאת קורת רוח. וכתב וז"ל 'ונראה דבאמת אי היה הדין דקדושין בכסף ולא בשוה כסף לא היה מועיל תן מנה לפלוני, שאין כאן כסף אלא שו"כ, וכן אילו לא היה מטי שום הנאה להאשה אף שהמקדש מפסיד על ידה לא היתה מקודשת, אבל השתא דיש כאן הנאה שוה פרוטה ואי אפשר להנאה זו אלא בהפסד ממון של הנותן, מתחשבת ההנאה לשוה מנה, והוא מקדש לה במנה, ובזה הוא חידוש דין ערב, ונקט ריטב"א תחילת ההנאה של קורת רוח'. וכתב דעפ"ז מיושבת קושית המחנ"א, דלפ"ז באמת יש כאן קבלה שוה דינר, וכי מפקינן מיניה דינר מפקינן מיניה. ודבריו צ"ב.

ונראית כוונתו, דהגדר הוא דחשיב שהאשה משתמשת במנה כולו להפיק ממנה הנאת קורת רוח של פרוטה, והיינו דמה שהוציא על פיה חשיב כהשתמשותה במעות, וכד' הריטב"א דחשיב כאילו בא הממון לידו והוא זרקו, והדברים יתבארו עוד להלן, אלא שאם לא הייתה לה הנאת קורת רוח השוה פרוטה, חשיב שאין לה כל תועלת מנתינת המעות לפלוני, ושוב אינה חשובה כמשתמשת במנה, ורק מחמת שיש לה הנאת קורת רוח השוה פרוטה, דיינינן שמשתמשת במנה עצמו, כנ"ל.

וזה גופא גדר דין ערב, דחשבי ליה כמשתמש במנה כולו להפיק ממנו הנאת פרוטה, ונמצא דאחר דאית ליה קורת רוח שו"פ, שוב מתחייב על כל המנה, ולדרך זו א"צ לד' הקה"י שהובאו לעיל סק"י. ומיושבים ד' הריטב"א אהדדי.

הערה בד' החזו"א

דבריו, ומבוי' שא"י סברא בסמיכות דעת אלא בעיקר חלות שם ערב.

ו. אמנם יש להעיר על ד' החזו"א, מד' הריטב"א בקי' ו' ב' שכתב בתו"ד 'דהנאה בכל מקום חשובה ככסף, וכדאמר' גבי ערב דמשתעבד בהנאה, וגבי קידושין אמרי' שחוק לפני רקוד לפני הרי זו מקודשת' וכו', ומהא דדימה דינא דשחוק לפני לדין ערב, משמע דחד גדר לתרוויהו, והקידושין נעשים בעצם ההנאה ולא בהשתמשות במנה. גם בדברי הריטב"א בב"מ ט"ז א' שהובאו לעיל סק"א, ובד' הריטב"א בעוד דוכתי עי' הערה⁶, נראה דהקידושין הם בעצם ההנאה.

ומאידך משמעות דברי הריטב"א בב' דוכתי דמדן ערב חשבי' כאילו קיבל הערב את המעות ממש, וכד' החזו"א, דעי' בדבריו בב"מ צ"ט ב' שכתב 'אלא שכל שאומר לחברו שיוציא ממונו על פיו למקום שאינו משתמר או שיוזקנו לים וכיוצא בו ויתחייב לו, מיד שעשה כן על פיו **נשתעבד לו בההיא הנאה כאילו קבלו ממונו ממש**, ואב לכולן ערב וכדפרשין בפ"ק דקידושין'.

וכן נראה בדבריו בב"ב קע"ג ב' שכתב 'בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. **פי' משעבד**

⁶ דעי' בדבריו בב"מ ע"ג ב' שכתב 'ומורי הרב תירץ דהכא אף על פי שלא קבל עליו תשלומין כלל, כיון שנתן לו מעותיו ליקח סחורתו, ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחרים, אלא שזה הבטיחו שיקח לו וסמך עליו ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמך עליה ונתן לו ממונו משתעבד ליה משום ערב', והכא ליכא השתמשות במנה, אלא איכא השתעבדות לשלם למשלח את כל הפסדיו.

ושם ע"ו ב' ביאר לדינא דהשוכר את הפועלים וחזרו בהם, שבמקום דבר האבד שוכר עליהן או מטען, וז"ל 'הטעם בתשלומין אלו הוא ממה שאמרנו למעלה, דכל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו, ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד, חייב לשלם לו'. וגם התם הוי השתעבדות חדשה לשלם לבעה"ב את ההפסדים.

וכ"ה בדבריו בשבועות מ' ב', שכתב דיכול אדם לשעבד עצמו אחר ההלוואה, שלא לפרוע אלא בעדים, 'דבההיא הנאה דקא מרווח ליה זימניה השתא או דלא דחיק ליה גמר ומשעבד נפשיה, דבהנאה אדם גומר ומשתעבד כדאמרין (ב"ב קע"ג ב') גבי ערב'.

נפשיה כאילו קיבל המעות ממש לטובתו ולא היה קונס עצמו בשום דבר, שאין בו אסמכתא⁷.

ומל' הריטב"א נראה, דהגדר הוא, שהאדם משעבד את עצמו בהנאה כאילו קיבל את המעות לידו. ואם נצרף את דברי הריטב"א זל"ז, הרי שכוונתו שמחמת ההנאה חשבי' כאילו קיבל הערב את המעות, וחזר וזרקם לים או נתנם ללווה, וצ"ע גדר הדברים, ומדוע הוצרך לזה ולא פירש בפשוטו דמשעבד את עצמו בההיא הנאה.

דרך נוספת בביאור ד' הריטב"א

ז. ואולי י"ל בישוב הסתירות, עפ"י מה שנת' לעיל סימן א', דכל הא דחשיב כאילו הערב קיבל מהנותן, הוא רק משום ששיעבד את עצמו תחת נתינתו, וביאור הדברים, דהמחייב של ערב הוא משום שהמלווה הוציא מעותיו מחמתו, והשתא כל מה דחשבי' שהמלווה הוציא מחמתו הוא רק משום שהערב משתעבד תמורת זה, אך אילו הערב לא היה משתעבד, מעתה חשבי' דהמלווה עביד אדעתא דנפשיה ולא אדעתא דהערב.

ולפ"ז נראה בדעת הריטב"א, דהערב מקבל על עצמו בפרוטה להתחייב על נתינת המלווה, ותוכן החיוב הוא לישא באחריות נתינת המלווה, ועיד"ז נתינת המלווה מתייחסת לערב, ושוב הוי שלוחו דערב, וחשיב שנתן לערב ונשתמש הערב במעות.

והמקור לדרך זו, הוא בד' הגמ' בב"ב קע"ג ב', דמבו' דהא דערב משתעבד הוא בההיא הנאה דקא מהימן ליה, ומאידך בד' הראשונים מבו' דחיובא דערב הוא משום דחשיב כאילו קיבל את המעות, והביאור בזה מצינו בד' הריטב"א גופיה שכתב שם שבההיא הנאה גמר ומשעבד נפשיה כאילו קיבל את המעות, והיינו כנ"ל.

⁷ ושם יש לדחות, דאין כוונתו דחשבי' כאילו קיבל ממש המעות, אלא דאית ליה סמיכות דעת גמורה לשעבד עצמו כאילו קיבל המעות, ואין כוונתו להתחייב בתורת קנס, ולהכי לית ביה משום אסמכתא, ועי' עוד להלן סק"י שלכא' מוכח כן בדבריו.

תמיהות בענין זה

ט. אך ד"ז לא ברירא כ"כ בלי הריטב"א דף ז' א' דמשמע דהקידושין הם בהנאת שוה פרוטה ולא בגוף המנה.

גם יל"ד בדעתו לחלק בין קידושין לממון, דבממון בעי' שיתחייב תמורת כל הממון, ולזה בעי' להא דחשיב כאילו קיבל את הממון, אך בקי' סגי בפרוטה להתקדש, וי"ל עוד, דהא דחשיב כאילו קיבל את הממון אי"ז נתינת ממון בעין הראויה להתקדש בה, וצ"ע רב.

י. שוב העירני גיסי הגר"ר שליט"א, דקשה מאד לומר בדעת הריטב"א דהמחייב של ערב הוא משום דחשיב כאילו קיבל את הממון, שהרי הריטב"א לשיטתו בב"ב קע"ד ב' נוקט דערב על התחייבות מהני אף שלא בקנין, אף דהתם לא שייך לומר דחשיב כאילו קיבל את המעות.

*

בד' הריטב"א בקידושין ח' ב' בדין 'תנהו על גבי סלע שאינו משתמר' - עי' להלן סי' כ"ה.

ולדרך זו, תחילת קידושי האשה הוא במה דאית לה גמ"ד להשתעבד תמורת הפרוטה, ועיד"ז נתינת הבעל חשיבא כנתינה מחמתה, ושוב מתקדשת האשה בעצם הנתינה והוי כנותן לה. ובאמת כן מדוקדק מאד בלי הגמ' 'האי איתתא נמי, אע"ג דלא מטי הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה', ומשמע מזה דבעי' כוונתה להשתעבד, וכן מורים ד' הרא"ש קידושין סי' י"ב, יובאו דבריו להלן סי' כ"ד.

ח. ולפ"ז מבוארים ד' הריטב"א שהובאו לעיל סק"ד, שכתב דאם האשה אומרת תנהו על סלע שאינו משתמר, הרי שאם הבעל לא חזר וזכה במנה הריהי מקודשת, ואם חזר וזכה אינה מקודשת, ונתבאר להקשות, דאם הקידושין הם בהנאת קורת רוח, א"כ מה אכפת לן שחזר וזכה במנה, הא סו"ס אית לה הנאה במה שמצידו הוציא את הממון על פיה.

אכן להנ"ל מיושב, דראשית כל בעי' שיחול על האשה שם ערב ממש, להתחייב באחריות המעות, ורק עיד"ז חשבי' לה כמי שקיבלה את המעות, וכיון דכל שחזר ונטלם מהסלע, לא חל עליה חיוב ערבות, הרי דמה"ט גם אינה מקודשת.

והנה ז"ל הריטב"א שם 'והוא הדין שאם אמרה לו בפירוש תן מנה על גבי הסלע ואתקדש אני לך שהיא מקודשת אפי' בסלע שאינו שלה כל זמן שלא חזר ונטלם משם וכו', ואפילו חזרה היא ונטלתם משם ונתנתם לו לית לן בה, שכבר נתקדשה לו כשנתחייבה בו ועכשיו תשלומין הוא שמשלמת לו', ולשונו 'שכבר נתקדשה לו כשנתחייבה בו' צ"ע, דהא לא חל עליה שם חיוב, ולהנ"ל י"ל שכוונתו דראשית האשה מתחייבת על הוצאת הממון מדין ערב, ושוב עיד"ז מתקדשת בכל המנה כאילו קיבלתו לידה⁸.

⁸ והיה מקום לדון באופן פשוט יותר, דס"ל לריטב"א דגדר קידושין מדין ערב הוא, דחל על האשה חיוב ערב ממש לפרוע את מה שנתן על פיה, ובחיוב זה גופא מתקדשת, וכמו שכתב הפנ"י בסוגיין ויתבאר להלן סי' כ"ד, וזה שכתב הריטב"א להא 'שכבר נתקדשה לו כשנתחייבה לו', דרק בהא מתקדשת.

להתקדש בהנאה זו גופא שהוציא ממון על פיה, ומה"ט נזדקק לדון שמתקדשת בחיוב ממון שחל עליה מדין ערב.

אך לכא' אי"ז מסתבר בדעת הריטב"א, דהרי לדידיה מדין ערב למדנו דהנאה זו היא ממון, וא"כ מאי טעמא לא תוכל

סימן כ"ג

סוגיית הגמ' בקידושין - דעת התוס' ודעימייהו

שמחמת האשה נתנם הרי הוא כנותנם לידה ממש', וכו'.

וכ"ה בד' הראב"ן 'אמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת אע"פ שאינה מקבלת כלום, דכיון דעל פיה יהיב הוי כאלו קיבלה, כדן ערב דכיון דעל פיו יהיב, דאמר הלוחו ואני ערב, דהוי כאלו קיבלו הוא'.

ביאור הדבר

ב. ובביאור הדברים היה מקום לומר, דהוא חידוש התורה בדן ערב, דכיון דהלוח קיבל מחמת הערב, חשב"י שקבלתו הויא כקבלת הערב, והערב מתחייב בכל הדינים שמחמת נתינה זו, ולדרך זו בע"י קבלת בר דעת.

וכן משמע בד' הר"ן על הרי"ף קידושין ד' ב' וז"ל 'ואחרים כתבו דלעולם לא מיחייב מדין ערב אלא במוציא ממון מרשותו לרשות אחר בן דעת, לפי שבזכותו של זה מתחייב זה מדין ערב, אבל במוציא ממון לאיבוד כי הכא, אע"ג דאמר בהדיא ואתחייב אני לך לא מהני, וכן זרוק מנה לים ואתקדש לך לאו כלום הוא'.

וכן נראה בד' הגר"א חו"מ סי' ש"פ סק"ב וז"ל בתו"ד 'אבל כשהמקבל אינו בר זכיה אין כאן דין ערבות'.

ג. אך בד' הריטב"א בב"מ סי"ט ב' שהובאו לעיל מצינו בענין אחר, דהא כתב וז"ל 'ואפילו אמר ליה זרוק דינר לים ואלוה לך מנה הרי הוא כאלו הגיע לידו וחזר וזרקו לים, כיון שזה על פיו זרק', ומב' שאפי' באופן דליכא בר זכיה כלל, וכגון שזרקו לים, מ"מ חשב"י כאילו בא הממון לידו, וחזר וזרקו לים. ועיקר הדין מב' בד' הרמב"ן קידושין ח' ב'.

וביאור הדברים כבר נתבאר לעיל, דכיון שהמלוה מוציא ממון עפ"י הערב, דיינינן שהערב משתמש

ד' הראשונים דחשבי' שהאשה קבלה את כל המנה

א. התוס' בב"מ נ"ז ב' ד"ה לספק כתבו בתו"ד וז"ל 'וכן בזווי אם נתן ק' זווי לאדם שיחזיר להקדש מאה ועשרים אסור דאפילו מדאורייתא נראה דאסור דחשיב כאילו מקבל מלוה עצמו כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב דחשוב כאילו קבלה ממנו'.

וכן כתבו שם ע"א ב' ד"ה מצאו, דאסור לישראל להלוות לחברו ע"מ שיתן לנכרי רבית, דהוי רבית גמור, ד'כיון דמשכר הלואה נותן לנכרי הרבית ע"פ המלוה הרי הוא כנותן למלוה עצמו מדין ערב כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב בפ"ק דקדושין. ודבריהם הובאו במחנ"א דיני רבית סי' י"א.

וכ"ה בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג ח"ד סי' תתקצ"ט 'ראובן שהלוה לשמעון י' זקוקי' לתת לעניים של קהילה אחת י' רבעים לשנה [שמעון] לא יתן אותם, וכו', אבל כה"ג אסור כמו תן מנה לפלוני ואקדש [אני לך] דמקודשת מדין ערב, דחשיב כמו דמטי לידה בפ"ק דקידושין, ודבר זה למדתי [מדברי ר"ן] בפי' הזהב בההוא דמקבל עליה [לספק סלתות מדי' ועמדו מגו] וכו'.

וכן הוא בשו"ת הרא"ש כלל ק"ח סימן י"ג וז"ל 'ועוד אפילו לא היה המלוה חייב לכותי הרבית, כיון שבשכר ההלואה נתן לכותי הרבית על פי המלוה, הרי הוא כאלו נותנו למלוה עצמו, כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב, דמתחייב במה שהמלוה נותן ללוה על פיו, [ד]חשבינן כאלו נותנו ליד הערב'.

וכן הוא בשו"ת הר"ן סי' כ"ט 'וראיה לדבר מדאמרין בפ"ק דקדושין תן מנה [לפלונית] [לפלוני] ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב, אלמא כיון

במעוֹת ליתנֵם ללוֹה או לזֶרְקֵם לִים, וחֲשִׁיב כֵּאלִיל
קִיבֵל הַמַּעוֹת וְנִתְנָם ללוֹה או לזֶרְקֵם לִים, ולדֶרֶךְ זֶה הָא
דְּחִשְׁבִי שֶׁהָעֶרֶב קִיבֵל אֶת הַמַּעוֹת הוּא מִשּׁוּם דְּחִשְׁבִי
שֶׁמִּשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם.

וְכֵן כָּתַב הַחֲזוֹנִי חוֹמֵם לִיקוּטִים סִי י"ז סִק"א
בְּיֹאזֵר ד' הַרְמַב"ן.

וּבִקְהָ"י קִידוּשֵׁין סִי י"ב בִּיֹאזֵר כֵּן גַּם בְּדַבְרֵי הַרְשֵׁב"ס
ב"ב קַע"ג ב' שֶׁכָּתַב בְּד"ה גִּמְרָה וּמִשְׁתַּעֲבֵד וְז"ל בְּתוֹרַת
יְשׁוּלִיחוֹתָא דְּעֶרֶב קָא עֲבִיד מְלוּהָ כֵּאלִיל הוּא עֲצָמו
הַלוּהָ. וְבִיֹאזֵר הַקְהָ"י, דִּהְיִינוּ כְּדֶרֶךְ הַרִיטְב"א בְּב"מ
וְהַתּוֹס' בְּכִמָּה דּוֹכְתִי, דְּחִשְׁבִי שֶׁהָעֶרֶב קִיבֵל אֶת
הַמַּעוֹת, וְהַטַּעַם הוּא מִשּׁוּם דְּכִיוּן שֶׁהַמְלוּהָ הוּצִיא
בְּשִׁלְחוֹתוֹ חֲשִׁיב שְׁנֵתִשְׁמֵשׁ בְּמַעוֹת, וְכֵאלִיל קִיבֵלֵם
וְחֹזֵר וְהַלּוּם.

ד. וּנְפַק"מ לְדֶרֶךְ זֶה, דְּבִדִּין תֵּן מִנָּה לִפְלוֹנִי וְאַתְקַדֵּשׁ
אֲנִי לָךְ, לֹא בְּעִי שִׁיתֵן אֶת הַמִּנָּה לְאוֹתוֹ פְּלוֹנִי לִשְׁם
קִידוּשֵׁין, אֲלֹא יִכּוֹל לִיתֵנוּ לִשְׁם מִתְנָה, שֶׁהָרִי אֵינָה
מִתְקַדֶּשֶׁת בְּעַצֵּם קִבְלַת פְּלוֹנִי, אֲלֹא הַקִּידוּשֵׁין הֵם
בְּמָה שֶׁהַבַּעַל מוֹצִיא עַל פִּיהָ לִשְׁם קִידוּשֵׁין, דְּחִשְׁבִי
שֶׁנִּשְׁתַּמֵּשׁ בַּמִּמּוֹן לִיתֵנוּ לִפְלוֹנִי, וְהוּא כֵּאלִיל בֹּא
הַמִּמּוֹן לִידָה לִשְׁם קִידוּשֵׁין וְחֹזֵר וְנִתְּנָתוֹ לִפְלוֹנִי לִשְׁם
מִתְנָה, וְכֵדִינָא דְּזֶרְקֵם מִנָּה לִים.

וּמִשְׁא"כ לְדֶרֶךְ הָא', דְּקִבְלַת פְּלוֹנִי נִחְשַׁבֶּת קִבְלַתָּהּ,
א"כ בְּעִי שִׁיתֵן אֶת הַמִּנָּה לִפְלוֹנִי לִשְׁם קִידוּשֵׁי הָאִשָּׁה,
וְכֵן מִטּוֹ מִשְׁמִיָּה דִּהְגֵּר"נ.

צ"ע דא"כ מה שייכא ביה אסמכתא

ה. וְהִנֵּה יֵשׁ לְדוֹן אִם הִגְדֵּר הַמְּבּוֹ בְּד' הַתּוֹס'
וְהַרִיטְב"א הוּא גִּדֵּר דִּין עֶרֶב סֵתֵם, או דְּהוּא דּוּקָא
גִּדֵּר עֶרֶב קִבְלָן, דֹּאפֶּשֶׁר לְתַבּוּעַ לְעֶרֶב תַּחֲלִילָה.

וְכֵן נִתְבָּאָר בְּסִימָן כ"א לְהוֹכִיחַ דֹּאִירִי בְּעֶרֶב סֵתֵם,
הָא', מְד' הַרְשֵׁב"ס הַנִּי"ל דֹּאִירִי בְּדִין עֶרֶב סֵתֵם, הִב'
מְד' הָרַאב"ן שֶׁהוּבָאוּ לְעִיל, שֶׁכָּתַב שְׁדִין עֶרֶב בְּקִי
נִלְמַד מִדִּין הַלוּוֹהוּ וְאֵינָה עֶרֶב שֶׁהוּא לְשׁוֹן עֶרֶב סֵתֵם
כְּמִבּוֹ בְּב"ב קַע"ד א', הִג' מְד' הַנִּתְה"מ סִי קל"ב
סִק"ג דְּמְבּוֹ שֶׁכֵּן הוּא גִּדֵּר עֶרֶב סֵתֵם, וְצ"ע בְּתַרְתִּי,

חֲדָא דֹּא"כ מֵאִי קָא מְקַשִּׁין דֹּאִיכָא בֵּה מִשּׁוּם
אִסְמַכְתָּא, הָא אֵין חִיּוּבוּ מִכַּח הַתַּחֲיִיבוֹת אֲלֹא מִשּׁוּם
דְּחִשְׁבִי שֶׁבָּאוּ הַמַּעוֹת לִידוֹ, דְּלִכְא' לֹא שִׁיךְ אִסְמַכְתָּא
בְּאִדָּם שְׁלוּוָה או קִנָּה מִקַּח, דִּהְמַחִיִּיב הוּא ה'מְמוֹנִי
גְּבַד'.

וְעוֹד, דֹּאִיךְ דְּבֵר זֶה מִתִּישֵׁב בְּתִירוֹץ הַגִּמ' דְּבַהֲיָא
הִנָּה גִּמְרָה וּמִשְׁעַבֵּד נַפְשִׁיָּה, דְּלִפ"ז אִי"ז מִשּׁוּם דְּגִמְרָה
וּמִשְׁעַבֵּד נַפְשִׁיָּה אֲלֹא מִשּׁוּם דְּחִשְׁבִי שֶׁבָּאוּ הַמַּעוֹת
לִידוֹ.

ו. וְעִי' בַּחֲזוֹנִי שֵׁם בְּמוֹסָגֵר, וּמִשְׁמַעוֹת הַדְּבָרִים דְּכִיוּן
שֶׁאִי"ז קִבְלַת מִמּוֹן בְּפוּעַל, אֲלֹא רַק חֲשַׁבִי לִיה
כְּמִשְׁתַּמֵּשׁ בְּמַעוֹת בְּדִין, בְּעִי דַּעַת הָאִדָּם לְהַשְׁתַּעֲבֵד
וּלְקַבֵּל עַל עֲצָמוּ חִיּוּב זֶה.

וְיֵשׁ לְהוֹסִיף עוֹד, לְפַמְש"כ לְעִיל סִי א', דְּכָל הָא
דְּחִשְׁבִי שֶׁהָעֶרֶב נִשְׁתַּמֵּשׁ בְּמַעוֹת הוּא רַק מִשּׁוּם
שֶׁנִּתְחַיֵּב לְשֵׁלֵם תַּחְתָּם, דְּכַה"ג חֲשַׁבִי שֶׁעֲשִׂיתִי
הַמְלוּוָה הִיא עֲשִׂיָּה עֲבוּרָה, אֲךְ אֵילוּ לֹא נִתְחַיֵּב הָעֶרֶב
לְשֵׁלֵם עַל הַמַּעוֹת שֶׁהוּצִיאוּ מִחֲמַתּוֹ, גַּם לֹא חֲשַׁבִי
שֶׁנִּשְׁתַּמֵּשׁ בָּהֶם, שֶׁהָרִי הַמְלוּהָ הוּצִיאֵם אֲדַעְתָּא
דְּנַפְשִׁיָּה, וְלִהְיֵי ס"ד דֹּאִית בֵּה מִשּׁוּם אִסְמַכְתָּא,
דֹּאִילוּ הַתַּחֲיִיבוֹת דִּידִיהָ הוּי אִסְמַכְתָּא, הָרִי דָּגֵם לֹא
חֲשִׁיב שֶׁבֹא הַמִּמּוֹן לִידוֹ.

ז. וְלְדַבְרֵינוּ עוֹלָה, דֹּאחֲרֵי דְּמִסְקִין דְּחִשְׁבִי שֶׁבָּאוּ
הַמַּעוֹת לִידֵי הָעֶרֶב, א"כ אֵין חִיּוּבוּ דֹּאִי אֲלֹא נִתְחַיֵּב
כְּבֵר מִתַּחֲלִילָה¹.

אֲךְ רֵאִיתִי בְּסִפְרֵי שְׁעָרֵי רַבִּית שְׁדָן בְּדַבְרֵי הַחֲדָשׁ, דְּחִיּוּב
הָעֶרֶב מִתְּלֵי תְּלֵי וְקֹאֵי, וְכָל הָא דְּחִשְׁבִי שֶׁקִּיבֵל אֶת
הַמַּעוֹת הוּא רַק עַל הַצַּד שִׁיגְבוּ מִמֶּנּוּ וְלֹא יִגְבוּ
מֵהַלוּוָה, וְבִיֹאזֵר הַדְּבָרִים, דִּהָא דְּחִשְׁבִי שֶׁהָעֶרֶב קִיבֵל
אֶת הַמַּעוֹת הוּא מִשּׁוּם שֶׁהַמְלוּוָה הוּצִיא מַעוֹתָיו עַל
פִּיו, וְהַשְׁתָּא כָּל שֶׁהַמְלוּוָה יִכּוֹל לְגַבּוֹת מֵהָעֶרֶב לֹא
חֲשַׁבִי שֶׁהוּצִיא עַל פִּי הָעֶרֶב, שֶׁהָרִי יֵשׁ לוֹ לְגַבּוֹת
מֵהַלוּוָה, וְרַק הִיכָא שֶׁאֵין לְלוּוֹה מֵהַשְׁלֵם, או בְּקִבְלָן
הִיכָא שֶׁגַּבָּה מֵהָעֶרֶב וְלֹא מֵהַלוּוָה, חֲשַׁבִי שֶׁהַמְלוּוָה

¹ וּמ"מ יֵשׁ לְדוֹן בְּזֶה דִּין אִסְמַכְתָּא כְּמִשְׁ"נ בְּסִימָן ג' סִק"ג.

הוציא מעותיו על פי הערב, ושוב נתחייב הערב למפרע כאילו קיבל המעות, דחשבי שנסתמש במעות שהוציא הלה על פיו.

ועיי' שדימה ד"ז למש"כ הריטב"א בקי' ח' ב' דהיכא דאמר לחברו תן מנה על גבי סלע שהוא מקום האבד ואתחייב אני לך, אזי אם הסלע הוא מקום שאינו משתמר נתחייב הערב לאלתר, ואם הסלע הוא מקום המשתמר, הדין תלוי, דאם חזר הנותן ולקחו לא נתחייב הערב, אך אילו לא חזר ולקחו נתחייב הערב, ומבוי דכיוון דיסוד חיוב ערב הוא במה שהמלוה מוציא מעות על פיו, בעי' שהמעות יצאו מרשות המלוה בפועל.

ועד"ז מבוי בד' הרמב"ן שם, דהיכא דאמרה האשה תנם לחרש, אינה מקודשת, כיון שהחרש לא קנה כלום, אך אילו אבדו מהחרש, והנותן אינו יכול להוציאם ממנו, מקודשת. וכסברא זו י"ל גם גבי הלואה, וכנ"ל, עכ"ד.

ולדרך זו, אף למסקנא חיוב הערב אינו חיוב מוחלט, אלא רק על הצד שהלווה לא ישלם.²

*

לדרך זו דחשבי' כאילו הערב קיבל את המעות, מאי טעמא ליכא איסור רבית במלוה נכרי וערב ישראל

ח. והנה בעיקר שיטות הראשונים דחשבי' כאילו הערב קיבל את המעות, צ"ע מהמבוי בד' התוס' ב"מ ע"א ב' דשרי לישראל ליעשות ערב עבור לווה נכרי

ומלווה ישראל ברבית, והיינו דחשבי' שהרבית התרבתה על הנכרי, והערב מחויב לשלם את תשלומי הנכרי, והשתא אם המחייב של ערב הוא משום דחשבי' שקיבל את המעות עצמם, א"כ לכא' ע"כ דאף הרבית מתרבה עליו, וא"כ הא הוי רבית מישראל לישראל, וכפי שהוכיח כן בספר עין הדעת למו"ר הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א סי' ז', ולכא' אי"ז מתיישב בד' הראשונים הנ"ל. ובאמת המאירי שם נחלק על התוס' ואסר לישראל ליעשות ערב לגוי, ומטעם שהרבית מתרבה על הערב נמי, וכן הראב"ד בתו"כ פרשת בהר הסתפק לאסור בזה. אך לדעת שא"ר צ"ע.

ט. ונראה לדון בזה, דהנה המרדכי בב"מ פ' איזהו נשך רמז של"ג כתב בשם הראב"ן, דערב בקרן ורבית אינו משתעבד על הרבית אלא בקנין, דהרבית הו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות.³

ומעתה י"ל עפ"מ שיש לדון לדרך התוס', דחלוק גדר ערב בשעת מתן מעות, מגדר ערב לאחר מתן מעות, דבשעת מתן מעות י"ל דאיכא על הערב חיוב נפרד, אך לאחר מתן מעות לכו"ע חיוב הערב הוא לשלם את חובו של הלווה ואין עליו חיוב עצמי, ומעתה שפיר מבוי בגמ' דהערב חשיב כפורע את חובו של הלווה.⁴

אמנם אכתי צ"ע בזה בד' התוס' בב"מ ע"א ב' ד"ה כגון, דמסתימת דבריהם משמע דאף בשלא נעשה ערב עבור הנכרי בקנין, מ"מ חייב לפרוע את הרבית, וכן משמע בב"ח יו"ד סי' ק"ע סק"ב.

ולכא' בהכרח צ"ל, דאף דחשבי' ליה לערב כמי שקיבל המעות, מ"מ אינו חייב לפרוע את עצם המעות אלא רק חייב בערבות על חוב חברו, והטעם

³ ודבריו הובאו בב"י יו"ד סי' ק"ע, ועיי' בחו"ד מה שביאר בזה, ועיי' באב"מ סי' כ"ט סק"י מה שביאר בזה, ואכ"מ.

ואמנם עיי' בשו"ת הרשב"א המיוחסות סי' רכ"ה וכמדומה דמתבאר להדיא בדעתו דהקבלן לא בעי קנין על הרבית, ושלא כד' הראב"ן.

⁴ ועיי' בסי' ח' ס"ק ט"ו שנתבאר כן.

² ויש לתמוה לדרך זו, דהנה מהא דהראשונים הוצרכו לומר דגדר דין ערב הוא דחשיב כאילו קיבל את המעות לידו, מבואר דהך הנאה דקא סמיך עליה המבוארת בגמ' ב"ב קע"ג ב', לא מהניא לענין עצם התחייבות הערב בדמים, אלא רק מהניא לסלק חסרון אסמכתא, וכ"כ המחנ"א דיני ערב סי' א', וצ"ע דהא מבוי בשלהי ב"ב דערב דבי"ד משתעבד אפי' שלא בשעת מתן מעות שלא בקנין, דבהחייא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, והרי התם ליכא הוצאת ממון עפ"י הערב, ומ"מ נשתעבד, ומבוי דההנאה לבדה יכולה לחייב את הערב. ועיי' בסימן ז' מה שנת' בזה.

דהלווה נתחייב בעצם הממון, והערב נתחייב בערבות
על חוב הלווה, ואכתי צ"ע. ועי' בספר עין הדעת שם
שכתב עד"ז.

לזה נ', דא"א שמנה א' יחייב ב' חיובי מנה גמורים,
דסו"ס מהלווה לא יצא אלא מנה - ועי' בסי' כ"ה
שנתי להוכיח כיסוד זה - ובהכרח שהגדר הוא,

סימן כ"ד

סוגיית הגמ' בקידושין - דעת הרשב"א, הרא"ש, הרמב"ן, הרמב"ם

דעת הרשב"א

א. הרשב"א בקי' ו' ב' כתב בביאור דין הגמ' וז"ל 'כלומר וחוזר הוא ואומר לה התקדשי לי בהנאה זו שאני נותן מתנה זו לזה בדבורך, דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן ליה משתעבד, ולא מחמת גוף הממון ממש, שאינו מקבלו, וכ"כ הרמב"ם האשה שאמרה תן דינר לפלוני מתנה ואתקדש אני לך ונתן ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאת מתנה זו שנתתי על פיך ה"ז מקודשת'.

והמחנ"א נקט דדעת הרשב"א כדעת הריטב"א, דמקדשה בהנאת שוה פרוטה שהוציא ממון על פיה.

אכן הגרע"א בתשובות חדשות אהע"ז סי' ז' כתב דדעת הרשב"א והרמב"ם שאין הקידושין בהנאה דשוה פרוטה שהוציא ממון על פיה, אלא 'דהנאתה במה שנעשית רצונה ונהנה פלוני בגללה, כאילו היא עצמה נהנית בכל מה שנהנה פלוני בעבורה'. וכתב דלדרך זו הנאתה היא הנאת מנה¹.

ובאמת כן מוכח לכא' בד' הרשב"א ח' ב', שכתב דאם אמרה זרוק מנה לים ואתקדש אני לך אינה מקודשת, דבעי' קבלת בן דעת, עכ"ד, ואילו דעתו היא דהאשה מתקדשת ע"י שנהנתה הנאת פרוטה במה שהבעל הוציא ממון על פיו, א"כ אין כל טעם לומר שבזרוק מנה לים אינה מקודשת, וע"כ דהקידושין הם בעצם

ההנאה שנהנה פלוני, ולהכי בעי' קבלת בן דעת, ואכן הריטב"א שם כתב דאפשר לקדש אף בזרוק מנה לים, ואזיל לשיטתו.

וכן נראה בדברי הרשב"א לעיל ח' ב' שכתב בתו"ד וז"ל 'והא דאמרין לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב דוקא בשחזר הוא וא"ל בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן לזה', ומבוי' שאפשר לקדש בלשון 'הרי את מקודשת במנה זה', והרי דהקי' הם בכל המנה.

וכן מבוי' להדיא בתשובת הרשב"א ח"ה סי' קנ"ד, שכתב וז"ל 'ותן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקי' מדין ערב, כאילו קבלה היא המנה'.

אמנם עיקר ענין זה, דהנאת פלוני נחשבת להנאת האשה, ויכולה להתקדש בזה הוא דבר הצ"ע בסברא, מהו גדר דין זה, ומה"ת לומר שמה שנהנה פלוני חשיב כהנאתה.

ב. ותחילה יש להקדים ל' הרשב"א בדף ח' הנ"ל, וז"ל שם 'ומסתברא דלעולם אינה מקודשת אלא בשפשטה ידה וקבלתו, או שאמרה ליתנו לבן דעת, **שהיא מתקדשת מדין ערב כאילו קבלתו היא**, ובהמשך דבריו כתב 'דאין דין ערבות אלא במי שנותן לבר זכיה על דבורה, לפי שהערב אינו מתחייב אלא מפני זכיית הלוה, דכל שאמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך אע"פ שהמקבל אינו מתחייב עליו בכלום, דהא מתנה הוא דקא שקיל, **מ"מ היא מתקדשת בו באותה הנאה הבאה לאותו בן זכיה בדבורה**, אבל כשהמקבל אינו בר זכיה אין כאן דין ערבות'.

והנה הרשב"א הזכיר בדבריו ב' סברות, בתחילה שפתח דיסוד דין ערב הוא דחשיב כאילו קבלתו היא, ואח"כ כתב דהאשה מתקדשת באותה הנאה הבאה לבן זכיה בדיבורה, וצ"ב בביאור הדבר.

¹ וצ"ע לפ"ז מש"כ הרשב"א בתו"ד וז"ל 'דערב נמי בההיא הנאה דקא מהימן ליה משתעבד ולא מחמת גוף הממון ממש, שאינו מקבלו, ולהנ"ל הא אין שעבודו של ערב בההיא הנאה אלא במה דחשיב כנשתמש בכל המנה. ועמד בזה החזו"א חו"מ ליקוטים סי' י"ז. ואולי יל"פ, דהנה בגמ' בב"ב שם מקשינן דערב הוי אסמכתא, ומפרקינן בההיא הנאה וכו', וזה שהוכיח הרשב"א, דאם גדר דין ערב הוא דחשיב שהערב עצמו קיבל את הממון, א"כ לית בה משום אסמכתא כלל, דא"י התחייבות חיצונית, אלא גוף הממון אצלו, ומדצריכין להך הנאה הרי דחזינן דלא חשיב שהממון עצמו בא לידו.

ועי' עוד בשו"ת הרשב"א ח"ה סי' קנ"ד שכתב וז"ל 'ותדע שהרי ערב אינו מקבל מיד הלוח ולא כלום, ואפי"ה בההוא הנאה דקא יהיב ללוח בדיבורו משתעבד נפשיה כאילו בא הממון לידו. ותן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מק"ו מדין ערב כאילו קבלה היא המנה, **שהרי הנאת המנה בא לידה והרי הוא כאילו קבלה היא**'. וגם כאן כתב באותו דיבור דחשיב כאילו קיבלה היא את המנה, כיון שהנאת המנה בא לידה.

ג. והיה מקום לומר בזה, דהנה הרמב"ן בקי' שם כתב דאשה שאמרה זרוק מנה לים ואתקדש אני לך מקודשת, וכן כתב הריטב"א בב"מ ס"ט ב', והובאו דבריו לעיל סק"ח, ונתבאר שם בכוונתו, דחשיב שהאשה משתמשת במעות לזרקם לים, והא גופא חשיב כקבלת המעות.

ומעתה י"ל, דהרשב"א מודה ביסוד הדברים דיסוד דין ערב הוא דחשבי' שהערב משתמש במעות ליתנם לפלוני, ואך דס"ל דכ"ז בשנתם המלווה לבן דעת, דכה"ג איכא תורת 'השתמשות' במנה, ומשא"כ היכא שזרקם לים עפ"י הערב, ליכא תורת 'השתמשות' במנה, דהזריקה לים אינה שימוש במנה אלא איבודו, וההנאה שיש לערב במה שהנותן הוציא ממון מחמתו אינה הנאה מגוף הממון אלא הנאה צדדית².

אכן אין נראה כן בד' הרשב"א בב"מ קי"ח ב', דשם מבוי' דא' ששכר פועל לעבוד בשדה הפקר, אינו חייב לשלם לפועל, כיון דלית ליה הנאה מזה, והיינו דלא חשיב שעשה לו פעולה, והקשה הרשב"א מ"ש מהא דשנינו דא' ששכר פועל לעשות בשל חברו נותן לו שכרו משלם, וכתב הרשב"א וז"ל 'ני"ל דשאני התם דנהנה בו חברו, (ו)[ד]מ"מ הרי ההנה פועל איניש דעלמא על ידו של זה ועל מה שנשכר זה אצלו, ולפיכך חייב כאלו נהנה הוא ממנו וה"ל כעין דין ערב, אבל גבי הפקר לא נהנה לא הוא ולא אחר על [ידי] שכירותו, והיינו דהרשב"א תירץ, דכיון שההנה איש

אחר מחמתו, הו"ל כאילו נהנה הוא, ודימה ד"ז לדין ערב.

ואי נימא דיסוד דין ערב לדעת הרשב"א הוא דחשיב כמשתמש בממון להוציאו, ואך דס"ל דבעי' לזה קבלת בן דעת, א"כ מה ענין דין ערב לדין שכירות פועלים, הא התם ליכא השתמשות.

ד. והמבוי' בכ"ז, דדברים כפשוטם, דדעת הרשב"א היא דלהנות פלוני גופא חשיב הנאה, דהוי תועלת והנאה למנהנה, וזהו חידוש דינא דערב, דליהנות פלוני הוי הנאה מהממון.

ונראה דהרשב"א מודה ביסוד הדבר דדין ערב הוא דחשבי' לערב כמשתמש במעות, אלא דס"ל דאין הגדר דמשתמש בעצם הנתינה לפלוני או הזריקה לים, אלא דמשתמש במעות להפיק מהם הנאת נתינה לפלוני, ולכן ס"ל דבעי' הנאת בן דעת, דזו אופן ההשתמשות בממון שהתחדש בדין ערב³.

וזה פשרו של דבר, שמחד כתב הרשב"א דחשיב כאילו קבלה היא, ומאידך כתב דהוא משום שהנאת הממון בא לידה.

³ וצ"ע לפ"ז מה שכתב הרשב"א בב"מ ל"ד ב' לחלק בין ב' לווים, שנתחייבו מחמת קבלת הממון, וכל א' נעשה לוה בחצי, לב' ערבים, שחיובם הוא כבטחון ומשכון על ההלוואה, וכל א' נעשה ערב בכל, ועי' בס"י כ"ו שנתבאר דהיכא דחייב הוא קבלת הממון, א"א שיווצר חיוב יותר מעצם הממון, דסיבת חיוב של מנה אינה יכולה ליצור חיוב של ב' מנים, ומשא"כ בב' ערבים דהמחייב הוא השתעבדות הערב לבטחון, שפיר יתכן שכל א' נתחייב במנה שלם.

וצ"ע היאך הדברים מתיישבים בד' הרשב"א דיסוד דין ערב הוא דהוא משום דבקבלת פלוני איכא לערב הנאה מהממון, וכאילו בא הממון לידו, דלפ"ז לכא' הוי כב' לווים, והיה לדון דה"ל שכל א' מהערבים נהנה מחצי.

ואולי י"ל, עפ"ד האו"ש פכ"ה מהל' מלוה הי"י, שכתב דבב' ערבים, כיון ששניהם סיבה להוצאת הממון, ראוי לייחס לכל א' הסיבה בכללותה, דהמלוה היה מוציא את הממון משום כל א' בפני"ע, עכ"ד, ולפ"ז י"ל, דכיון שהממון עצמו אינו מתחלק בין הערבים, אלא הנאה מהממון, שפיר יש לדון שכל א' נהנה הנאה שלימה מהממון, ונתחייב בכל ההלוואה, וצ"ע.

² וזכר לדבר, הא דשרי להנות מאיסורי הנאה שלא כדרך הנאתם, דכיון דאין החפץ עומד להנאות אלו, דיינינן ליה כהנאה צדדית שבאה אגב החפץ.

דעת הרא"ש

ה. הרא"ש סי' ו' כתב שהבעל אומר לאשה 'הרי את מקודשת במנה שנתתי לפלוני', ובמחנ"א דיני רבית סי' י"א דייק מזה דהק"י הם בגוף המנה, וכתב דהרא"ש סובר כדעת התוס' בב"מ דחשבי' שהאשה עצמה קיבלה את הממון. ובאמת כ"ה להדיא בשו"ת הרא"ש כלל ק"ח סימן י"ג וז"ל בתו"ד 'כמו תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב, דמתחייב במה שהמלוה נותן ללוה על פיו, [ד]חשבינן כאלו נותנו ליד הערב'.

ובסי' י"ב הסתפק הרא"ש בדין תנהו על גבי הסלע ואקדש אני לך, או תן ככר לכלב ואקדש אני לך, אם מקודשת מדין ערב או לא, ובטעם דלא מהני כתב 'דילמא לא אמר מדין ערב אלא דומיא דערב, דאע"ג דלא מטיא לידה, מיהו מטיא לאיניש אחרינא, גמר ומשעבד נפשיה, אבל היכא דלא מטיא הנאה לשום איניש לא דמי לערב', ובסוף דבריו כתב שכן דעתו נוטה.

והנה לעיל סק"ט נתבאר בביאור דעת הסוברים דחשבי' שהאשה קיבלה את גוף המנה, דהביאור הוא שבמה שהבעל הוציא בשליחותה חשיב שמשתמשת בגוף המנה, וכאילו בא הממון לידה והיא נתנתו לפלוני, ולפי"ז בדין דלא בעי' קבלת בן דעת, וכמבוי' בד' הריטב"א ב"מ ס"ט ב'. ויש להבין מהו ספק הרא"ש.

אכן בדקדוק ל' הרא"ש מבוי', דעיקר ספיקו הוא דהכא הערב לא גמר ומשעבד נפשיה, כיון דלא מטי הנאה לאיניש אחרינא, ואי"ז ספק בעיקר גדר דין ערב. ונ' הביאור, דכיון דלא נתכוין להשתעבד, גם לא חשיב כאילו בא הממון לידו, דחשבי' שהנותן הוציא אדעתא ידיה ולא מכח המתחייב, והוא עפמשי"נ בסימן א' סק"ה, ונזכרו הדברים בסי' כ"ב וכ"ג.

שוב שמעתי ממו"ר הגר"ד כהן שליט"א שהביא ד' הרא"ש בקידושין סי' כ"ו שכתב בתו"ד וז"ל 'ועוד שנתן לה רשות להתקדש אפי' בשטר, ולא שייך כאן דין ערב, כיון שאין נהנה בקבלת השטר, דערב משעבד

עצמו בשביל הנאת הלוה', ומבוי' ששעבוד ערב הוא בהנאה ולא בגוף המנה, וצ"ע דהא הרא"ש גופיה פירש שהאשה מקודשת בגוף המנה.

ועכצ"ל דהיינו בהנאת כל המנה, וכדעת הרשב"א - וכמבוי' בל' הרשב"א בתשובה ח"ה קנ"ד, שמחד כתב שמקודשת במנה ומאידך כתב דהיינו הנאת המנה - אלא דלפי הרשב"א בהכרח דבעי' הנאת בן דעת, וכמו שכתב באמת בקידושין ח' ב', וא"כ יוצא שגם ד' הרא"ש בקידושין סי' י"ב שבעי' קבלת בן דעת מתפרשים עד"ז, ודלא כמו שכתבנו לעיל, וצ"ע.

עוד העירוני לד' הרא"ש בב"ב קע"ג ב' שפירש דמה שאמרו בההיא הנאה וכו', אי"ז רק לסלק חסרון אסמכתא, אלא דכל עיקר השעבוד הוא בההיא הנאה וכו'. וצ"ע דהא כתב דהקידושין הם במנה.

ונראה דד"ז יתבאר למה שנת' בסימן א' סק"ה, דע"י שמשעבד את עצמו להתחייב תמורת נתינת המלווה, בהא גופא חשבי' שנתנית המלוה היתה מכח הערב, ושוב חשבי' לערב כמשתמש בממון המלוה, ונמצא שתחילת החיוב היא השתעבדות הערב בהנאת פרוטה, וסופו במה דחשבי' ליה כמשתמש במעות.

ביאור דברי הרמב"ן בקידושין ח' ב'

ו. הרמב"ן בדף ח' ב' כתב בתו"ד דבתנהו על הסלע אינה מקודשת, וכתב עוד 'והא דאמרינן לעיל תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך, איכא למימר התם שאני דכיון דמפיק ממונא אפומה, ואם קבלה עליה מדין ערב חייבת לשלם, ממונא שקלה מיניה, אבל הכא אינה לא שקלה כלום ואיהו נמי לא אפיק כלום, לשקול ממונא וליזיל. אבל הדברים מראין שאם אמרה לו השלך מנה לים ואתקדש אני לך וזרק מקודשת, וכן בדין ערב מיחייב בקבלן⁴.

⁴ בביאור מש"כ הרמב"ן 'וכן בדין ערב מיחייב בקבלן', יש להסתפק אם כוונתו לקבלן בפתח, דהיינו לערב קבלן, והיינו שהוכיח מערב קבלן שיתכן שיחול חיוב על הערב בלא שחל חיוב על הלווה, ואף דבערב קבלן יש חיוב גם על הלווה, מ"מ חובו של הערב הוא חוב בפני"ע ואינו תלוי בחוב הלווה, כי על כן נפרעין

ובביאור מה שכתב 'שאני התם דכיון דמפיק ממונא אפומה, ואם קבלה עליה מדין ערב חייבת לשלם, ממונא שקלה מיניה', חכ"א ר"ל שהוא בתור סיבה, והכוונה דכיון דחל עליה חיוב מדין ערב, הא גופא גורם דממונא שקלה מיניה. ואם כן אזי הוא כדברי הפנ"י לעיל ז' א' דמקודשת מדין ערב היינו שחל עליה חיוב מדין ערב, ובחיוב זה גופא מתקדשת⁵.

אך י"ל בכוונתו, שהוא בתור סימן, דהא גופא שאם היתה מקבלת על עצמה להתחייב היתה מתחייבת, מוכיח דממונא שקלה מיניה, דאל"כ לא היתה מתחייבת מדין ערב, ובממון זה גופא מתקדשת היא. וכן נראה יותר.

וכ"נ בד' הריטב"א בב"מ ס"ט ב' שכתב דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך חייב, דחשיב כאילו קיבל המעות לידו וחזר וזרקו, וסיים שכן כתב רבנו בשם הרמב"ן.

ז. אמנם צ"ע מדבריו בגיטין מ"ט ב' דקבלן דכתובה משתעבד בלא קנין, דמזה נראה דאין הגדר דחשיב כאילו בא הממון לידו, שהרי בכתובה ליכא הוצאת ממון כלל, ורחוק לומר דקבלן לא חשבי ליה כאילו באו המעות לידו, דיציבא בארעא וגיורא בשמיא.

*

ממנו תחילה. או שכוונתו לקבלן בחיריק, והיינו דהרמב"ן שם פתח דכל 'שמפיק ממונא אפומה, ואם קבלה עליה מדין ערב חייבת לשלם, ממונא שקלה מיניה', ועי' המשך הרמב"ן דהו"ה אם זרק לים על פיה יכולה להתקדש בזה, 'וכן בדין ערב מיחייב בקבלן', והיינו שבזרוק מנה לים, יכול אדם לקבל על עצמו להתחייב מדין ערב.

⁵ ועי' בקונטרסי שיעורים להגרי"ז גוסטמאן זצ"ל שביאר צד זה, דיש ב' אפשרויות לפרש את סוגיין, או דאזתה הסיבה שמחמתה משתעבד ערב היא היא הסיבה שמחמתה האשה מתקדשת, והיינו דחשבי' שהאשה קיבלה ממון, או דא"א לומר כן, דחידושא דערב הוא שמשתעבד בדיבור בעלמא ובזה אין האשה יכולה להתקדש, אלא דאחר שמתחייבת לשלם את הממון בדין ערב, יכולים לקצוץ שתחת החיוב שחל עליה תקדש.

דעת הרמב"ם

ח. הרמב"ם כתב בהל' מכירה פרק י"א הל' ט"ו 'המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא... אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב'. ומב' בפשוטו בדברי הרמב"ם, דיסוד חידושו של ערב הוא שמשתעבד בדיבור בעלמא, כי על כן הביא מזה ראיה שיכול אדם לחייב את עצמו בחיוב שלא היה חייב מעולם⁶.

ותמוה לפ"ז, היאך למדנו מדין ערב לתן מנה לפלוני ואקדש אני לך, הא התם לא שייך לומר שהאשה מתחייבת ומתקדשת תחת החיוב שחייבה את עצמה, דהא לא מטי לידה מידי, ולכא' אף גרע טפי ממקדש במלוה.

⁶ בדעת הרמב"ם נחלקו האחרונים, דהסמ"ע (בתשובתו בשו"ת הבי"ח הישנות ס"י קל"ד, ובשו"ת גאוני בתראי ס"י ד') כתב שהחידוש שבדין ערב הוא משום שהתחייבות לא נעשתה בקנין אלא בדיבור בעלמא. ולדעתו ליכא חסרון בחלות הקנין אלא במעשה הקנין. וכדבריו נ' בל' הרשב"ם ב"ב קע"ג ב' ד"ה מנין לערב.

אכן דעת הבי"ח (בשו"ת ס"י קל"ו ובגאוני בתראי שם) שלולא דין ערב לא היתה מועילה התחייבות אפי' בקנין, והתחייבות בקנין נלמדת גם היא מדין ערב, והיינו שלדעתו אי"ז חסרון במעשה הקנין אלא בחלות הקנין. ובביאור דבריו נראה, דלא מצינו דקנין מהני אלא להעביר ממון מבעלות אחת לחברתה, אבל לא ליצור התחייבות חדשה, ומשו"ה בעינן לדין ערב, ועי' עוד מה שנתבאר בזה בס"י א'.

ועי"ש עוד בד' הבי"ח, דאפשר דסתם התחייבות מהניא מדין אודיתא, שאע"פ שלא אמר בלשון הודאה, מ"מ משווין כאילו הודה בכך, אלא שבערב שהתחייבותו על תנאי, א"א לחייבו מדין הודאה (וצ"ע, דבכמה דוכתי נראה דשייך הודאת בע"ד על תנאי, ואכמ"ל), ומשו"ה בעינן לדין ערב דמהני מדין התחייבות. וצ"ע מד' הרמב"ם שהובאו באות א', שעל גוונא שהתחייב ללא תנאי, כתב דמהני מדין ערב.

ט. ובמחנ"א דיני ערב סי' א', כתב דבאמת לא ילפי לקידושין מעיקר דין ערב, אלא רק מהא דבערב ליכא משום אסמכתא, ופרשין בגמ' ב"ב קע"ג ב' דהיינו בההיא הנאה, ומינה מוכח דהנאה זו היא ממון, והאשה מתקדש מצד ההנאה שבקי', ולא מצד עצמו של דין ערב. ולכא' הוא דוחק.

ויל"ע לפ"ז, מדוע ערב גופא לא משתעבד מה"ט, ומה"ת לחדש בדין ערב שיכול אדם לחייב עצמו בדיבור בעלמא⁷.

ונראה די"ל, דאף דבכל גוונא איכא הנאה השווה פרוטה, מ"מ א"א למכור ולהתקדש בזה אא"כ קוצצים כן, והוא למה שייסדנו האחרונים דבעי' כסף החוזר, ונראה דהכא גם אם ננקוט דאפשר לקצוץ להתחייב תמורת הנאה זו - דלא כמשנ"ת לעיל סק"א, אלא כמו שהוכיח בחי' ר' שמואל שם מד' המחנ"א - מ"מ ודאי שאין זו הנאה המחייבת תמורה בסתמא. ולכן בסתם ערב, שלא קצצו במפורש שישתעבד בזה, א"א לחייבו מה"ט, ומשא"כ בקידושין ובמכר, שמפרשים בשעת המכירה דמקודשת בהנאה, מהני, דהא איכא קציצה להתקדש תחת הנאה זו.

אמנם כ"ז בדעת המחנ"א לשיטתו, דדעת הרשב"א והרמב"ם שווה לדעת הריטב"א דהקי' הם בהנאת שוה פרוטה, אך למה שנקט הגרע"א בדעת הרמב"ם פכ"ה מהל' אישות, דס"ל דהקידושין הם בכל המנה, דחשיב שהנאת פלוני עצמה היא הנאת האשה, וכמו שנת' לעיל סק"ב, אא"ל כד' המחנ"א.

י. ודרך נוספת היה מקום לומר בדעת הרמב"ם, דדין הגמ' נלמד מדין ערב קבלן, וי"ל דערב קבלן לא משתעבד בדיבור בעלמא, אלא דחשיב כאילו בא הממון לידו⁸.

⁷ ולמה שנקט החי' הרי"ם ריש פ' הזהב ועוד אחרונים דא"א להתחייב בדין קנין כסף, ושלא כד' הר"ן ריש פ' הנושא את האשה, א"ש.

⁸ והנה באבני נזר יו"ד סי' קצ"ז סק"ב הוכיח מד' הרמב"ם בפרק כ"ו מהל' מלוה, דס"ל דלא חשבי' לקבלן כמלוה ללווה,

אלא דילה"ע מהא דכ' בפ"ז מהל' אישות דקבלן משתעבד בכתובה, ואף דלא שייך לדון שם שבאו מעות לידו, וצ"ת.

יא. ועי' בשו"ת גאוני בתראי סי' ד', בתשובת הב"ח והסמ"ע שם, שנקטו להדיא דהקידושין הם תחת החיוב שנתחייבה לפלוני, וז"ל הסמ"ע 'דהתם נמי ידעה האשה דאותו פלוני יקבל ולא יחזור ליתן המנה לזה הנותן, שהרי מיירי גם במי שלא ביקש אותו המקבל מזה הנותן ליתן או להלוות לו, והיא גמרה ומשעבדה נפשה להיות לו בחיוב אותו המנה, ובעד אותו חיוב מתקדשה לו נפשה'. וז"ל הב"ח בתו"ד 'ומשו"ה נאמר נמי בקידושין, דמקודשת מטעם דאדם יכול להשתעבד עצמו להתחייב בדבר שאינו חייב', וכו', ועיי' עוד שתמה מה בעי' לדין ערב, תיפו"ל שאדם יכול לחייב את עצמו, וכתב דע"כ הא גופא דהאדם יכול לחייב את עצמו נלמד מדין ערב, עכ"ד, וצ"ע כנ"ל, דלכא' גרע ממקדש במלוה.

ועי' בספר עין הדעת למו"ר הגרמ"מ פרבשטיין שליט"א שתמה בזה טובא, וכתב דלא יעלה על הדעת שאשה יכולה להתחייב ממון לבעלה ולהתקדש עי"ז.

יב. ונ' די"ל בדעתם, דלעולם גם לדעת הרמב"ם שלמד דין התחייבות בדברים מדין ערב, מ"מ חיובו של ערב רגיל אינו מדין התחייבות בדיבור גרידא דמצד זה הוי מקדש במלוה כנ"ל, אלא לעולם קבלת פלוני מחייבתו, ואך דיסוד החיוב הוא משום שיכול אדם לקבל על עצמו התחייבות, דכשם שיכול לחייב את עצמו בממון ולומר חייב אני לך מנה, כך גם יכול לקצוץ שיתחייב ממון עבור הוצאת הממון⁹, וה"נ בדין, האשה קוצצת להתקדש תחת החיוב שהתחייבה מחמת שהוציא ממון על פיה.

ונראה דכה"ג לא חשבי' לה מקדש במלוה, והוא עפ"י מה שכתב הגרש"ש בקונטרס 'גדרי קנין כסף', דכל

אך עי' בסימן י"ג הערה 5 שנתבאר דאכתי יש לדון דאיכא עליה שם לווה, וחשבי' כאילו נשתמש בגוף המעות.

⁹ ועי' סימן א' סק"ו שנת' עי"ז בד' רבנו גרשום והנמק"י.

החסרון של מקדש במלואו הוא משום שהאשה לא קיבלה דבר המחייב אותה בתמורה, דלא התרבה אצלה דבר בעין המחייב תמורה, ומשא"כ היכא דקצצה להתקדש תמורת הפעולה, שפיר חשבי' שקיבלה מידי, שהרי הפעולה היא דבר המחייב תמורה, ובזה שפיר יכולה לקצוץ שבמקום חיוב הממון שהיה אמור לחול עליה הריהי מקדשת את

עצמה, ודינא דמקדש במלואו הוא רק היכא שכבר חל עליה חיוב ממון, והמקדש מוחל לה, דכה"ג לא התרבה אצלה מידי, ואין כאן דבר המחייב ממון, עיי"ש.

ואמנם גם דרך זו צ"ע בל' הרמב"ם פכ"ה מהל' אישות שמבוי' דהקידושין הם בהנאה שנהנה פלוני, ולא בעצם שעבוד הממון שחל על האשה.

סימן כ"ה

בדין בעלים שהניחו עפ"י הערב במקום שאינו משתמר

אכן נ' מוכח דא"יז כוונתו, אלא הוא חסרון בעיקר חלות שם ערב, ומשום דלא שייך כלל חלות ערבות אלא כשהממון יצא מרשות הבעלים.

דהנה בהמשך דבריו כתב הריטב"א דאם נתנו במקום האבד והלך לו וחזר ונטלו משם, תליא בפלוגתא דרשב"א ורבנן בדין מצא אבידה במקום שהרבים מצויין שם, אם חייב להחזיר או לא, דלרבנן דאין חייב להחזיר, ה"נ אין הערב חייב לבעלים, ורק לרשב"א דק"ל כוונתו הוא דהערב חייב לבעלים.

ובאב"מ סי' ל' סק"י"ב הקשה, דלכא' בדין דהכא אף לרבנן יתחייב הערב, דסו"ס הלה הוציאו למקום איבוד על פיו, ונהי דליכא ביה יאוש, דמ"מ איכא ביה תוחלת ותקוה לבעלים, מ"מ כיון דמקום איבוד הוא לכו"ע מ"ט לא יתחייב הערב, ולכא' כוונתו להק', דאיכא משום בההיא הנאה וכו', ומאי טעמא לא יתחייב הערב.

וכתב האב"מ, דהוי דומיא דערב על הלוואה, שאם הלווה משלם, אין הערב משלם, וה"נ בשנתנו הבעלים את החפץ במקום האבד, אם בא אח"כ החפץ לידי הבעלים, אין חיוב על הערב לשלם, וכ"ז לחכמים דס"ל דהחפץ לא יצא מרשות הבעלים, וכשחוזר ונטלו חשבי' ליה כמי שנוטל את שלו, ומשא"כ לר"ש בן אלעזר דס"ל דיצא החפץ מרשות בעלים, לא אכפת לן במה דהדר שקליה, דכבר יצא החפץ מרשות בעלים, וכי הדר שקליה לאו ממנו הוא דשקל אלא מהפקירא זוכה, עכ"ד.

ולפ"ז מבוי' להדיא, דא"יז חסרון במעשה קנין על ההתחייבות, דהא בכה"ג שנתן במקום איבוד איכא הנאה הראויה לחייב ערב אף לרבנן, אלא החסרון הוא בעצם חלות הערבות, דחיוב ערבות הוי חיוב אחריות על הממון, וכל שהממון נפרע לא שייך כלל חיוב ערבות.

ד' הריטב"א בדין הניח במקום שאינו משתמר

א. כתב הריטב"א בקי' ח' ב' וז"ל 'הלכך האומר לחבירו תן מנה על גבי הסלע שהוא מקום האבד ואתחייב אני לך, ונתנו שם על פיו חייב, והוא שלא חזר ונטלו משם, דאי חזר ונטלו משם הא לא עבד כלום על פיו, ובמה נשתעבד לו. מיהו אם נתנו שם, והלך לו והניחו לאיבוד במקום שאינו משתמר, ואחר כך חזר ונטלו משם, איכא למימר דחבירו חייב לו, דמאי דהדר השתא ושקלינהו, כמציאה הוא אצלו, ומן שמיא הוא דאקנינהו ניהליה'.

והנה מבוי' בדבריו ב' אנפי, חדא שנתנו במקום האבד, ובזה כתב הריטב"א דחייב הערב, אך התנה שהבעלים לא יחזור ויטלנו, ועוד גוונא, שנתנו במקום האבד והלך לו משם, דאז אפי' אם חזר ונטלו לא אכפת לן, שכבר יצא הממון מרשותו.

ותימה מהו האופן הא', דאם איירי שהבעלים נמצא שם, א"כ מאי טעמא נתחייב הערב כלל, הא לא יצא הממון מרשות הבעלים.

וני' פשוט, דאיירי בשהבעלים נמצא שם - ואכן כל שעודנו שם לא יצא הממון מרשותו - אך בא אחר ונטלו, והבעלים לא מחה בו, כיון שאין עליו חיוב לעשות כן, ומה"ט חשיב"י שהממון יצא מרשות הבעלים מחמת הערב.

דרך האב"מ בביאור ד' הריטב"א - דאיכא מתחילה סיבת חיוב ואך דחשבי' שהבעלים חזר וגבה את

חובו

ב. והנה הריטב"א כתב 'דאי חזר ונטלו משם הא לא עבד כלום על פיו ובמה נשתעבד לו', ומלשונו משמע דהוא חסרון במעשה הקנין על ההתחייבות, דחיובא דערב הוא בהא דאית ליה הנאה שהמלוה הוציא על פיו, והכא לא שייך כן, שהרי לא יצא כלל מרשות הבעלים.

בד' הרמב"ן מוכח דליכא על הבעלים סיבת חיוב

ג. והנה בד' האב"מ מתבאר, שנקט בד' הריטב"א, דכל שהבעלים הניחו במקום האבד, חייב הערב, ואך דכשהבעלים חזר ונטלו, חשיב כחוזר ונפרע, ודומיא דהלוואה - דכשבא הלווה ופרע, נפטר הערב.

ולדבריו נ' פשוט, דבגוונא שהלך הממון לאיבוד, אף שהוא שלא מחמת הערב, וכגון שנאנס במקום שהונח שם, נתחייב הערב, שהרי כבר חל עליו חיוב, וכל הא דאם חזר ונטלו נפטר הוא רק משום דחשבי' שהבעלים חזר ונפרע, ובמקום שהממון נאבד לא שייך הכי.

ד. אכן בד' הרמב"ן בסוגיין נ' להוכיח באופ"א. דהנה הרמב"ן כתב דאם הערב אמר למלוה 'הלוחו לחרש', יכול לשוב ולומר למלוה טול ממנו מעותיך, כיון דהחרש לא זכה בממון, אך אם אבדו המעות, שפיר חייב הערב, שהרי הוציאם החרש. וכתב הרמב"ן דאשכחן בכי האי גוונא בהא דאתמר ב"מ צ"ט השאילני פרתך, ואמר לו ביד מי, הכישה במקל והיא תבא אחרי, ואמר ר"נ עלה דכיון שיצתה מרשות משאיל ומתה חייב, וסוגיא משמע דפליגי עלה שמואל ורב אשי, ופסקו ר"ח והרמב"ם דפטור, 'ושמעין מינה דלא מחייב איניש באחריות שאלה וכו' עד דאתיא לרשותיה וקני ליה', עכ"ד הרמב"ן.

והנה בב"מ שם איירי בשאמר הערב הכישה במקל והיא תבא אחרי, ואח"כ מתה הפרה, ואעפ"כ כ' הרמב"ן דנפטר הערב, והטעם לזה, דכיון דמה שמתה ואבדה אינו מחמת הערב, לא נתחייב בדין ערב, דלא חשיב כמוציא הוצאות על פיו.

ומוכח בדעתו, דכל המחייב של הערב הוא רק במה שהמעות יצאו לגמרי מרשות הבעלים מחמתו, ולכן כל שלא אבדו מהעולם מחמת הערב, פטור הוא מלשלם, דליכא עליה סיבת חיוב.

וזה שלא כפי העולה מד' האב"מ בדעת הריטב"א, דלעולם איכא עליה סיבת חיוב כבר מתחילה משעה שהוציאו למקום שאינו שומר, ואך דכשנטלו הבעלים חשיב כחוזר ונפרע, דלדידיה ודאי לא אכפת לן

שהפרה לא מתה מחמת הערב, דסו"ס נתחייב כבר מתחילה מדין ערב, וכל שלא נפרעו הבעלים, חייב הערב לשלם.

לפ"ז היה מקום לפרש ד' הריטב"א

ה. והיה מקום לפרש בזה גם בד' הריטב"א, בביאור ב' הדינים שבדבריו, הן הדין הא' - בשהניח הבעלים את החפץ במקום שאינו משתמר, ולא הלך משם, דהדין הוא שאם בא אחר ונטלו חייב הערב, ואם חזר הבעלים ונטלו נפטר הערב, והן הדין הב' - בשהניח במקום שאינו משתמר, והלך משם, וחזר ונטלו, דלדעת רבנן אין חייב הערב.

דהנה שורש א' לב' הדינים, דכל שלא יצא החפץ מרשות הבעלים, ליכא חיוב מוחלט על הערב. והאב"מ נקט, דלעולם איכא חלות חיוב על הערב כבר מתחילה, ואך דאם חזר הבעלים ונטל את שלו, חשיב כמי שנפרע את חובו.

אך למבוי' בד' הרמב"ן י"ל, דכל שלא יצא החפץ מרשות הבעלים לגמרי, ליכא כל עיקר חלות חיוב ערב, וכל עיקר החיוב חל רק כאשר נאבד החפץ ויצא לגמרי מרשות הבעלים.

הוכחה כד' האב"מ, וביאור מחלוקת הרמב"ן והריטב"א

ו. אמנם באמת מלי' הריטב"א משמע יותר כד' האב"מ, דלעולם איכא סיבת חיוב בעצם הדבר שהניחו הבעלים במקום האבוד, ואך דכשחזר ונטלו חשיב כחוזר ונפרע את חובו.

ונראה עוד, דהרמב"ן והריטב"א אזלי בזה לשיטתייהו, דהנה הרמב"ן פירש בטעמיהו דרב ורב אשי דס"ל דאם אמר הכישה במקל והיא תבא פטור הערב, דהיינו משום דליכא חיוב אחריות בכה"ג שלא בא הממון לרשותו, ולשיטתו אזיל, דליכא סיבת חיוב כלל כל כמה שלא יצא הממון מרשות הבעלים.

אכן הריטב"א שם כתב בטעמיהו, דס"ל דכיון שלא אמר 'ואתחייב אני לך' לא סמכא דעתיה ולא שעבד נפשיה, אך אילו אמר בהדיא ואתחייב אני לך ודאי

חייב. ואזיל לשיטתו, דכל שהוציאו למקום שאינו משתמר, חל על הערב חיוב ערבות, ואך דכשחזר הבעלים ונטלו חשיב שנפרע את חובו, ומה"ט בעובדא דהתם, שמתה הפרה ברה"ר או במקום שאינו משתמר, שפיר חייב הערב, דהבעלים לא נפרעו בחובם.

ז. ובאמת הוא מוכח בדעת הריטב"א, דהנה הריטב"א בקי' שם כתב, דאם הניחו הבעלים במקום האבוד, תליא בפלוגתת רשב"א וחכמים, דלרשב"א דא"צ להחזיר, יצא החפץ מרשותו, והערב משתעבד אפי' בשחזר הבעלים ונטלו, ולחכמים דצריך להחזיר, לא יצא החפץ מרשותו, ולכן אם חזר הבעלים ונטלו, פטור הערב, עכ"ד, ומבו' מדבריו דבעי' שיצא מרשותו למקום האבוד לגמרי עד שתפקע בעלותו, ורק בכה"ג משתעבד הערב.

וקשה, דבב"מ שם, בשאמר הכישה במקל והיא תבוא, הא לא הניחו הבעלים במקום האבוד על דעת להפקירה כלל, וודאי הפרה אכתי הויא בחזקת הבעלים ולא יצאה מרשותו, ולא דמי למי שהניחה ע"ג סלע על דעת שמי שירצה יבוא ויטלנה, וא"כ ליכא חיוב ערב בכה"ג.

ולד' האב"מ א"ש, דכל שהניחו במקום שיכולה להאבד, כבר חייל עליה חיוב ערבות ואחריות, אלא שאם חזר ונטלו משם, חשיב כחוזר ונפרע, והתם הא מתה הפרה, וחייב מעיקר דינא.

סימן כ"ו

בדין ב' לווים, ב' ערבים, וב' נכסים משועבדים

ומזה למד הרא"ש שם, דא' שהלווה או הפקיד לב', כל א' חייב בכל, ויכול הבעלים לתבוע את מי שירצה תחילה.

ב. אכן הרמב"ן והרשב"א והר"ן בב"מ ל"ד ב', והריטב"א בשבועות ל"ח ב' ובב"מ שם ובעה"ת שער מ"ד ח"א אות ב' בשם העיטור והרמב"ן, כתבו בביאור ד' הירושלמי, שאין האחד חייב בכל כלוה ממש או כנפקד ממש, אלא כל א' חייב במחציתו ונעשה ערב על השאר, ואין נפרעין ממנו עד שיתבע הבעלים את חברו תחילה כדין ערב.

וצ"ע דא"כ מהו שלמד לה הירושלמי מדינא דשנים שהפקידו אצל א', אשר נתבאר לעיל שמשם למדים דא"כ ב' הפקדות והלוואות חלוקות, אלא הפקדה אחת, וה"נ לב' לווים, דלא חשבי' לה כב' הפקדות, אלא כהפקדה אחת לב', ועל כן כל א' חייב בכל.

ונראה דצ"ל בזה, ובהקדם, דיש חילוק בין מעשה ההלוואה לבין חיובי ההלוואה, שמצד מעשה ההלוואה, לא חשבי' ליה כב' הלוואות חלוקות, אלא כהלוואה אחת לשנים, אך מצד חלות החיוב, מתחלק חיוב ההלוואה בין שניהם, דא"א לחייב כל א' מהם בכל, שכן המחייב של ההלוואה הוא הממון שיצא מהבעלים ועבר ללווה, ומהבעלים לא יצא כי אם מנה, וא"א לחייב מכח זה ב' מנים, ועל כן החיוב מתחלק בין ב' השותפים, וכל א' מתחייב במחצה.

ולפ"ז נראה, דהא דכל א' מהם נעשה ערב במחצה של חברו, אי"ז משום דאמדי' שנתכווין להעשות ערב, דמנלן הא, אלא הטעם הוא, דכיון שמצד מעשה ההלוואה הוי הלוואה אחת לשניהם, הרי שכל א' מהם נתחייב באחריות כל ההלוואה, וההלוואה עצמה מחייבתו להעשות לוה במחצה וערב במחצה השני.

נחלקו הראשונים בדין ב' לווים ובדין ב' ערבים, אם יכול המלוה לגבות מכל א' את הכל, או שאינו יכול לגבות מכל א' אלא מחצה.

מחלוקת הראשונים בדין ב' לווים

א. ותחילה יש לדון בדין ב' לווים, ובזה דעת הרא"ש בסופ"ה דשבועות שיכול לגבות מא' את הכל, וכן פסק הטור חו"מ סי' ע"ז. ודעת הרמב"ן, הרשב"א והריטב"א ועוד ראשונים שאינו יכול לגבות מכל א' אלא מחצית, אך באופן שאין לא' לשלם את חלקו, גובים מחברו את הכל, ויעוי' בכ"ז ברמב"ן וריטב"א ור"ן שבועות ל"ח ב', וברמב"ן ורשב"א וריטב"א ור"ן ב"מ ל"ד ב'.

והנה מקור הענין הוא בירושלמי בריש פ' שבועות הפקדון, דשם מבוי' שבאופן ששנים הפקידו אצל א', ובא א' מהשותפים ותבע את הנפקד, והלה כפר ונשבע, לא חשבי' ליה ככפירת ממון לענין שבועת הפקדון, אלא הוי כפירת דברים, והטעם לזה, משום שאין אחד מהם יכול לתבוע בלא חברו, ולא אמרי' דנעשה כמי שלווה מחצה מזה ומחצה מזה, ולמד מזה ר' יוסה שם, דהו"ה א' שהלווה לשנים, אע"ג שלא כתבו שהם אחראים וערבים זל"ז מ"מ נעשו אחראים וערבים זל"ז. ושם דן הירושלמי היאך הדין בשהפקיד להם פרוטה אחת, וכפר א' מהם, אם חשיב שכופר בפחות משו"פ, ופריק דהכא שבועה חלה על פרוטה, ומשום שחייב בכל.

וביאור הדברים, דבהך דינא דשנים שהפקידו אצל א' אין האחד יכול לתבוע בלא חברו, ולא אמרי' דכל א' הוי מפקיד על חצי מהסכום, מבואר, דלא חשבי' לה כב' הפקדות חלוקות, אלא כהפקדה אחת ע"י שנים, ומזה למדו בירושלמי דהו"ה א' שהפקיד אצל שנים, לא אמרי' דהוי ב' הפקדות חלוקות, מחצה לזה ומחצה לזה, אלא הוי הפקדה אחת לשניהם, וכל א' חייב בכל.

ולפי"ז יתבאר עוד, מה שמבוי בירושלמי, דאם הפקיד לשנים פרוטה אחת, וכפר אי מהם, חשבי ליה ככופר בפרוטה ולא ככופר פחות משוי"פ, ותמה אפי"ז הגר"ח פישמן זצ"ל בספר חקירות והארות סי' ט"ז, דאי נימא דמצד ההלוואה אינו חייב כי אם מחצה, ומה שחייב במחצה השני הוא מדין ערב, מאי טעמא חשבי ליה ככפירת ממון אי של פרוטה, הא לכא' הוי ב' תביעות חלוקות של ב' חצאי פרוטה¹, ולהנ"ל נ' די"ל, דכיון שהתביעה היא מכח מעשה הפקדון, והתובע תובע את אחריות הפקדון כולו, חשבי לה כתביעת פרוטה אחת ולא כב' תביעות חלוקות².

בדעת הרא"ש שכל אי חייב בכל

ג. ובדעת הרא"ש דס"ל שכל אי חייב בכולו, בפשוטו היינו מדין לוה, דחשבי ליה כלוה בכולו, וכן מבוי מהשו"ט שבד' הרמב"ן בב"מ שם, דהנדון בזה הוא, אם חשבי ליה כשואל וכלוה בכולו או רק במחצה. וכן נקט הקצוה"ח סי' ע"ז סק"א³,⁴.

אכן בסה"ת שער מ"ד ח"א אות ב' מבוי בטעם דעה זו, דלעולם כל אי הוי לוה במחצה, אלא דנעשה כערב קבלן על מחצית חברו. וכן מבוי בש"ך סי' ע"ז סק"ה ובביאור הגר"א שם סק"ז, וכן משמעות ד' הרא"ש בשו"ת כלל ע"ג סי' י"ג. ובסה"ת מבוי שהמקור לזה הוא ל' הירושלמי דנעשו 'אחראין וערבאין זל"ז⁵.

וגם לדרך זו נראה בביאור ד' הירושלמי, דמה שנעשה כקבלן במחצה של חברו, אפי"ז משום דאמדי' שנתכוין להעשות קבלן, דמה"ת לומר כן, אלא היינו משום שכיון שהייתה הלוואה אחת לשניהם, נתחייב כל אחד באחריות כולה, וההלוואה גופא מחייבתו להעשות לוה במחצה וקבלן במחצה השני. וכן משמע בשו"ת הרדב"ז ח"א סי' תקנ"ו, וז"ל שם י'כן שנים שלוו בשטר אחד, הוי כאילו כל אחד לוה הכל, וגובה ממי שירצה, דהוי כאילו נעשה כל אי ערב קבלן לחברו, ובכוונתו נראה כנ"ל, דכיון שמצד מעשה ההלוואה, כל אי לוה את הכל, להכי נתחייב באחריותה כולה, ונעשה קבלן לחברו.

אם יש חילוק בין ב' לווים לב' ערבים

ד. והנה אי נימא שבב' לווים א"א לגבות מכל אי מהם תחילה אלא מחצה, מסתברא דה"נ בב' ערבים,

אם פרע כולו חוזר וגובה מחברו חלקו, וע"כ משום דנעשה לוה בכולו ומלוה במחצית לחברו, כיון שעל פיו הלוה לשני, עיי"ש. וצ"ב, דכיון שלכל אי יש זכות בכל, הרי מה שקיבל כל אי מהם קיבל מכח עצמו ולא מכח חברו. וצ"ל שהיה בדין שישתמשו במשותף, שהרי ההלוואה נעשתה לשניהם במשותף, ומה שכל אי נתן את זכותו לחברו משוי ליה כמלוה ידידה.

⁴ ושם סק"ז כרך יחדיו את ב' הסברות, הן את הסברא שכל אי נעשה לוה בכל ומלוה במחצית, והן הסברא שכל אי נעשה כקבלן עבור חברו, וצער.

⁵ ונפק"מ בין ב' הדרכים, באופן שלאחד מהלווים יש זיבורית ולשני בינונית, וכל אי רוצה לפרוע את חלקו, דאילו יש שם לוה גמור על כל אי מהם, יכול המלוה לגבות הכל מהבינונית, אך אילו כל אי הוי לוה בחצי וקבלן בחצי, א"כ א"א לו לגבות מבעל הבינונית כ"א מחצה, שהרי באידך חצי דינו כקבלן, ובמקום שהלוה רוצה לפרוע א"א לגבות מהקבלן, כמבוי בסי' קכ"ט סעיף ט"ו.

¹ ושם ר"ל דבכה"ג של פקדון פרוטה באמת כל אי חייב מדין נפקד את הכל, עיי"ש בטעמא דמלתא, אכן בריטב"א בשבועות ל"ח ב' מבוי להדיא דהיינו משום דהוי לוה בחצי פרוטה וערב בחציה השני.

² ואפי"ז זצ"ל שם תמה בכעיי"ז על ד' הרמב"ן שם, שהוכיח דלא חשבי לכל אי מהם כשואל בכולו, ממה שאמרו בב"מ צ"ו א' שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם מהו, לכולי שואל בעי' או דלמא להווא פלגא דשייליה מיהת פטור, וז"ל הרמב"ן שם י'ואם אתה אומר שכל אי מהם חייב בכל, אמאי לא פטר אפי' בכוליה, דהא שואל הוא בכל, וכו', אלא משמע דבדין ערב הוא באידך פלגא דחבריה ומשו"ה לא פטר אלא פלגא ידידה, והקשה אפי"ז, דאי נימא דכל אי הוי שואל במחצה וערב במחצה השני, א"כ אמאי דיינין ליה כשואל במחצה, הא לכא' הוי שואל גמור בחצי פרה, והוי דומיא דב' פרות שהפקידם לב' אנשים.

ולהנ"ל א"ש, דנהי דכל אי אינו חייב אלא במחצה, מ"מ לא חשבי לזה כב' שאילות נפרדות, אלא דיינין לה כשאלה אחת שמחייבת כל אי במחצה, ומשו"ה לא חשבי ליה כשואל בכולו.

³ ועיי"ש בקצוה"ח שכתב, דלשיטה זו שכל חד וחד נעשה לוה בכולו, ע"כ דה"נ נעשה כל חד מלוה במחצית השני לחברו, דהא

א"א לגבות מכל א' מהם תחילה אלא מחצה. וכן מבוי בד' הרמב"ן והריטב"א ב"מ ל"ד ב'.

והראשונים הביאו תוספתא בב"ב פרק י"א הל' ט"ו שהמלוה את חברו ע"י שני ערבים לא יפרע מאחד מהם, וביאר הרמב"ן דהיינו שלא יפרע מאחד מהם תחילה, ורק כשאין לא' מהם יגבה הכל מהשני, וכתב שמזה ראיה לדין ב' שלוו מאחד, שגובים מכל א' מחצה, ותמה מכח זה על הרמב"ם בפכ"ה מהל' מלוה ה"י שכתב שיכול לגבות מאיזה מהערבים שירצה.

אכן הרשב"א בב"מ שם כתב לחלק בין ב' לווים לב' ערבים, וז"ל 'ואינו דומה לשותפין ששאלו ולשנים שלוו, **דהתם כיון דלהשתמש בה השאילה להם, הרי זה כמשאיל לזה מחצה ולזה מחצה, וכו', וה"ה** לשנים שלוו מאחד שכל אחד נוטל מחצה ומוציא לעצמו, ואפשר נמי דבמפקיד אצל שנים שהדין בעצמו כן, שאע"פ שאין משתמשין בה כיון שהפקיד לשנים, ה"ז כמפקיד לזה מחצה ולזה מחצה, אבל במלוה לאחד ע"י שני ערבים אינו כן, דכיון שהמלוה אחד, הערבות אינו חל לחצאין, או יתחייב כל אחד בכל או לא יתחייב כלל, דמי חלקו להם, **שהרי הם לא נתחייבו לו מחמת שום דבר שלקחו הם ממנו שנאמר לכל אחד נתן חציו או הפקיד חציו אצלו, אלא ללוה הלזה הכל והערבים לבטחון כעין משכון, ואין השעבוד חל לחצאין.**

ועד"ז כי המהרי"ק שורש קפ"ב, וז"ל בתו"ד 'דכיון שאין נכסים ללוה ואינו יכול להפרע מן הלוה עצמו אלא מן הערב, מה לי ערב זה מה לי ערב אחר, הלא שניהם בתורת ערבות ירדו, וכו', אבל הכא בשנים שלוו בשטר א' י"ל שכל א' נעשה לזה בחצי המעות וערב בחצי האחד בעבור חברו וכו'.

ב' דרכים בביאור החילוק

ה. ובביאור החילוק נראה שנחלקו המהרי"ק והב"י, דהנה המהרי"ק שם ובשורש ק"כ חילק בין ב' לווין בעלמא לב' שותפין שלוו לצורך השותפות, דבב' לווין אינו גובה מכל א' אלא חצי, ומשא"כ בב' שותפין

יכול לגבות מכל א' את הכל. וכ"כ המב"י ח"א סי' קע"ז, הובאו דבריו בש"ך סי' ע"ז סק"ג.

והטעם הוא, דסתם ב' לווים לוו ע"מ לחלוק ביניהם את הממון, ועל כן כל א' נעשה לזה בחצי, ומשא"כ בב' שותפין, כיון שלוו לצורך השותפות, וכל א' אית ליה הנאה בכולא, א"כ נעשה כל א' לזה בהכל, ויכול המלוה לגבות מא' מהם את הכל.

ולדרך זו, חילוק הרשב"א בין ב' לווים לב' ערבים, תלוי במציאות, שבב' לווים הכסף מתחלק ביניהם, וממילא כל א' נעשה כלווה חצי, ומשא"כ בב' ערבים, כיון שאינם מתחייבים מחמת שהגיע הממון לידם, אלא מכח התחייבות, נעשה כל א' ערב על כל הממון, דמה"ת לחלוק את החיוב ביניהם. ובב' שותפין, כיון ששניהם יחד משתמשים בכל הממון, יש לכל א' מהם הנאה מהכל, והוי לווה בכל.

ו. אכן בד' הב"י סי' ע"ז מבוי, שגם בב' שותפין דיינין שכל א' נעשה לווה בחצי וערב בחצי השני, דע"ש בב"י שתמה על המהרי"ק, ונחלקו הש"ך שם

⁶ והנה מד' הראשונים שכתבו דה"ה בשנים ששאלו, חשבי שכל א' הוי שואל במחצה וערב במחצה, משמע לכא' כד' הב"י, שהרי התם כל א' נהנה מכל החפץ. אכן בד' הרשב"א מבוי להיפך, שכתב בביאור הדבר וז"ל 'כיון דלהשתמש בה השאילה להם, הרי"ז כמשאיל לזה מחצה ולזה מחצה, שכל א' משתמש בה לעצמו, ומבוי דחשיב שכל א' שאל מחצה, כיון שמשתמש בה לעצמו, והביאור נ' דחשיב שכל א' שאל מחצה בזמן השאילה, והא גופא מחשיבו לשואל במחצה, ומשמע שאם השימוש הוא לשניהם, חשיב כל א' כשואל בכולו.

אמנם בהמשך דבריו כתב הרשב"א עוד, 'ואפשר נמי דבמפקיד אצל שנים שהדין בעצמו כן, שאע"פ שאין משתמשין בה, כיון שהפקיד לשנים ה"ז כמפקיד לזה מחצה ולזה מחצה, ומבוי שאף באופן שהשימושים אינם מתחלקים ביניהם, מ"מ דיינין שכל א' שאל מחצה, וזה לכא' כד' הב"י, אך בסוף דבריו צידד שבאמת אם הפקיד לשנים חייב כל א' בכל, וזה לכא' כדרך המהרי"ק. אמנם באמת משמעות דבריו שם, דהצד לדון שכל א' מהנפקדים נתחייב בכל, הוא משום שחיוב פקדון דומה לחיוב ערב, שהמחייב אינו מכח קבלת הממון - שהרי אין בזה הנאה מהממון - אלא הוי התחייבות חיצונית, ולכן כל א' חייב בכל, וצ"ע. ובכ"ז עמד התומים סי' ע"ז סק"ג, ועיי"ש משי"כ בזה.

והתומים סק"ג בכוונת תמיהת הב"י, אך הא מיהת תרוויהו מודו דדעת הב"י שאינו נעשה לוה בכל.

ולדרכו צ"ב חילוק הרשב"א בין ב' לווים לב' ערבים, דע"כ אין הדבר תלוי במציאות, שהרי בב' שותפין אית לכל א' הנאה בכולו ומ"מ אינו מתחייב אלא בחציו.

ונראה בביאור החילוק, דהוא כמש"נ לעיל סק"ב, דלעולם בדין הוא ששנים שלוו יתחייב כל א' בכל, שהרי לא חלקו ביניהם את החיוב מעולם אלא לוו כאחת, והלוואה כאחת מחייבת כ"א בכל⁷, והא דבקושטא כ"א נעשה לוה בחצי בלבד, היינו טעמא, דבהלוואה המחייב הוא ה'ממוני גבד', וליכא סיבת חיוב אלא כפי ערבך ההלוואה, ולכן לא יתכן שהלוואה אחת של מנה תגרום חיוב של ב' מנים, ועל כרחינו לחלוק את החיוב בין ב' הלווים ולומר שכל א' חייב בחצי.

ומשא"כ בב' ערבין, סיבת החיוב אינה עצם הוצאת הממון מידי המלוה וקבלת הערבים, שהרי לא קיבלו מאום, אלא הוי חיוב חיצוני של בטחון על ההלוואה, וכל ערב התחייב בפנ"ע, ובזה שפיר שייך שהלוואת מאה תחייב יותר ממאה, ואין כל סיבה לחלוק את החיוב ביניהם, וכל' הרשב"א ימי חלקו להם^{8,9}.

⁷ דומיא דשנים שהפקידו דחשיב הפקדה אחת של שניים, ולא חשיב ב' הפקדות של ב' חצאין, כמש"נ לעיל,

⁸ וכן מוכח בד' הגר"א סי' ע"ז סק"ח שכתב שהראשונים שנקטו שבב' ערבין גובה מאיזה שירצה, יעמידו את ד' התוספתא שבב' ערבין גובה מכל א' מחצה, 'דאיירי בערבות קבלנים, דהוו כמו שנים שלוו, שהן בעצמן נשתעבדו, ומבו' שבב' קבלנים לכו"ע אין גובין מכל א' אלא מחצה, דערב הוי כלוה.

וכל זה א"ש רק למה שנת' בדעת הב"י, דהא דבב' לווין נעשה כל א' לוה בחצי, הוא משום שהמחייב הוא הממוני גבד, וא"א שיווצר חיוב יותר ממנה, ומשא"כ בערב, שהמחייב הוא התחייבות הערב, שפיר שייך שיהא ב' חיובים חלוקים של מנה, אשר לפ"ז שפיר כתב הגר"א דבקבלן סיבת החיוב הוא דחשיב שהערב משתמש בגוף הממון כפי שנתבאר במקו"א, והוי כב' שלוו.

דין ב' נכסים משועבדים

ז. ובהמשך דבריו כתב הרשב"א להוכיח את דינו - שבב' ערבים אפשר לגבות מא' את הכל - מההיא דפרק בית כור, דג' אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם, וז"ל 'דאילו אינו יכול לפרוע הכל מאחד מהערבים, היאך הוא יכול ליטול חלקו של אחד מהם, והלא הנכסים של אב אינן אלא כערבים, כדאמר' נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה', עכ"ד¹⁰, וכן הוכיח המ"מ הל' מלוה ולוה פרק כ"ה ה"ו.

וצ"ב, שהרי בשעבוד נכסים ודאי א"א לומר שכל קרקע חשיבא כערב בפנ"ע, שהרי בהיות הנכסים אצל הלוה עצמו, לא מטריחין לבע"ח לגבות מקצת מכל קרקע וקרקע, אלא יכול לגבות חובו מאחת הקרקעות, והטעם לזה, משום שכל הנכסים בכללותם ערבים לחוב, ויש לבע"ח זכות ממון בכללות הנכסים, ויכול לגבות חובו ממקום אחד, וא"כ מה ההוכחה מכאן לב' ערבים.

ח. ונראה הביאור, למשנ"ת לעיל, דשורש הנדון בזה הוא, אם שעבוד ערבות דמי לשעבוד הלוואה שא"א לשעבד יותר מכפי החוב, או דחלוק משעבוד הלוואה, וחייל שעבוד יותר מכפי החוב, ונדון זה הוא גם

אך לד' המהרי"ק דהחילוק בין ב' שלוו לב' ערבין הוא שבב' שלוו סיבת החיוב היא בכך שלוו על מנת לחלוק את הממון ביניהם ולהשתמש כל אחד במחציתו (ולהכי ובב' שותפין שכל א' משתמש בכל נעשה גם לוה בכל), ומשא"כ בב' ערבין סיבת החיוב היא השתעבדות והתחייבות הערב, וכל א' מהערבים נעשה ערב על כל הממון, לפ"ז לכא' אין חילוק בין ערב לקבלן, ובתרוויהו י"ל שכל א' נעשה ערב בכל.

⁹ וצ"ע היאך הדברים מתיישבים עם דעת הרשב"א בכמה דוכתי דגדר דין ערב הוא דהנאת קבלת פלוני חשיבא לערב כהנאה מהממון עצמו, והוי כאילו קיבל את הממון, ולפ"ז לכא' ב' ערבים דומים לב' לווים, ועי' בסימן כ"ד הערה 3 מה שנתבאר לדון בזה.

¹⁰ וקושיא כעין זו הקשו התוס' בב"ק ט' א', ותירצו דאיירי בשעשאה אפותיקי, עיי"ש.

בשעבוד נכסים, אם איכא שעבוד כנגד החוב בלחוד, או שכל הנכסים משועבדים לחוב.

ובזה תלוי הדבר, דאילו השעבוד הוא כנגד החוב בלחוד, ודיינינן שבכל הנכסים איכא שעבוד מאה, א"כ נהי דכשכל הנכסים הוו ברשות האב, יכול היה הבע"ח לגבות ממקום אחד, אך כשמת ונחלקו לכמה רשויות, גם השעבוד התחלק לרשויות, דמה"ת להטיל על רשות אחת את כל השעבוד¹¹, ומשא"כ אילו איכא שעבוד בכל הנכסים, שפיר גובה ממי שרוצה, דכל נכס ונכס משועבד כולו לחוב בפני עצמו, ולא רק מצד התחלקות השעבוד הכללי בנכסים, ויכול לגבות כולו¹².

והדברים מבוארים להדיא בעליות דרבנו יונה ב"ב קכ"ד א', דעיי"ש שדן בענין זה אם אפשר לגבות מא' האחין את הכל או שגובה מכל א' כפי חלקו, וכתב וז"ל 'ונראים הדברים שהבע"ח יכול לתבוע כל חובו לאחד מן היורשין אם יש בחלקו בנכסים כדי כל החוב, ואינו יכול לדחותו אצל אחין, וכו', **לפי שכל שדה ושדה משועבדת לו לכל חובו**, ומבוי' להדיא דיסוד הנדון אם אפשר לגבות מא' האחין את הכל,

¹¹ הנה הרמב"ן והרשב"א בב"ב כתבו בתחילה ליישב את הא דהבע"ח גבה מאחד האחים ולא מכולם, דלעולם א"א לגבות מא' את הכל, אלא דאיירי בגוונא שהיה אצל האח בינונית, שעיקר דינו של בע"ח עליה, ולמש"נ דהא דגובין מכל האחים הוא משום שהשעבוד מתחלק בין כולם, צ"ע מה אכפת לן שא' האחים מחזיק בינונית, סו"ס אינו משועבד לבדו אלא אחיו משועבדים ג"כ.

ולנה"ל נ' הביאור פשוט, דכל הא דהשעבוד התחלק לכמה רשויות, הוא משום שכל הנכסים ראויים להך שעבוד, אך במקום שלא' יש בינונית ולשאר יש זיבורית, הרי דעיקר השעבוד חייל בקרקע ידידה, דבע"ח דינו בינונית, ולכן גובים ממנו הכל.

¹² ולפ"ז עולה, שגם שעבוד נכסים הוי בטחון על החוב, ואי"ז רק ה"ת לפרוע את החוב, כי על כן משתעבדים הנכסים יותר מדמי החלואה, וכ"כ הפנ"י בכתובות צ"ג, וית' בסימן ל"ג.

או לא, הוא אם איכא שעבוד כנגד כל החוב, וכמש"נ בס"ד¹³.

ט. אמנם הרמב"ן, אף שבב"מ ל"ד ב' כתב שבב' ערבים גובים מכל א' מחצה, מ"מ כתב בב"ב ק"ז א' שבב' לקוחות וב' יורשים, אפשר לגבות מכל א' את הכל, ותימה מאי שנא דין שעבוד נכסים מדין ערבים, הא דין שעבוד נכסים גופא הוא מדין ערב, וכמו שהק' הרשב"א.

וביאור הדברים מצינו בחי' הר"ן בב"ב שם, שכתב וז"ל 'ולפיכך אני אומר שאין הנדון דומה לראיה, דהכא בע"ח אדעתא דחד נחת, דהיינו לזה ונכסיה כי הדדי נינהו ודחד גברא, ואע"פ שמת לא הורע כוחו של מלוה שלא יוכל לגבות אלא מזה מחצה ומזה מחצה, אבל המלוה את חברו ע"י שני ערבים, כיון דאדעתא דתרווייהו נחת, על דעת כן נשתעבדו, שלא יגבה הכל מאחד מהם אלא א"כ לא ימצא נכסים לשני'.

והנה בחידושי הר"ן לשבועות ל"ז א' ושם י"ז א' מדפי הר"ף כתב ללמוד את דין ב' לווים מדין ב' ערבים, שמבוי' בתוספתא שגובים מכל א' מחצה, ולפ"ז מתבאר בשיטת הר"ן והרמב"ן, דדינא דב' לווים וב' ערבים, שגובים מכל א' מחצה, אינו מיוסד על כך שהחלואה התחלקה בין ב' הלווים, וכפי המבוי' בד' הרשב"א ב"מ ל"ד ב', אלא הוא משום דאמדי' שעל דעת כן נשתעבדו, שלא יוכל לגבות הכל מא' מהם, אלא א"כ לא ימצא נכסים לשני'.

בדין שנים שנעשו קבלנים זל"ז - לדעות שבב' לווים גובים מחצה

י. בסי' ע"ז סעיף א' כתב הרמ"א על דין השו"ע שבב' שלוו א"א לגבות מכל א' אלא חצי, וז"ל 'אא"כ

¹³ ולכא' כ"ז מתיישב לדרך הב"י שהחילוק בין ערב לחלואה הוא בעיקר חלות החיוב, אך לדרך המהרי"ק שהחילוק אינו בעיקר החיוב, אלא תלוי במציאות השימוש בחלואה, לא מתבאר כ"כ הראיה משעבוד נכסים, שהרי אי"ז חיוב מכח הנאה והשתמשות וגם לא שייך לדון שהחיוב מתחלק בין הנכסים, וכמש"נ.

פירשו בהדיא שהן ערבים קבלנים זה בזה, שאז תובע איזה מהם שירצה. ומקור הדברים בד' הרא"ש סי' י"ג, ושם בד' הרא"ש מב' להדיא שהוא מדין ערב קבלן, שכל א' נעשה קבלן עבור חברו, וכ"ה מב' בד' הגר"א סק"א שהביא לזה מקור מד' הגמ' ב"ב קע"ג ב' דק"ל דנפרעין מהקבלן תחילה, ודלא כרשב"ג.

יא. ובד' הרא"ש שם מב' עוד, שאם נעשו קבלנים זל"ז, ומחל לא' מהם, נמחל החוב כולו, דשאני מב' ערבים שמחל לא' מהם, שלא נמחל החוב לחברו, כיון שהשעבוד עדיין קיים אצל הלווה, עיי"ש והובאו הדברים בב"י סי' ע"ז סק"ו, וברמ"א סי' ע"ז סעיף ב'.

וצ"ע, דכיון שמצד דין לוח, חייב כל א' במחצה, ורק מדין קבלן חייב במחצה השני, א"כ כשמחל לו המלוה את כל החוב, חשיב שמחל לו מדין לוח חצי ומדין קבלן חצי, והרי הדין הוא פשוט, שאם מחל המלוה לקבלן, לא נמחל ללווה, וא"כ מאי טעמא בשמחל לא' מב' שלוו ונעשו קבלנים זל"ז, אמרי' שנמחל הכל לשניהם.

יב. וצ"ל שטעם הדין בזה הוא, שהרי מב' שם בד' הרא"ש, שכל הא דאם מחל ללוה א' נמחל גם לחברו בשיכול לגבות מכל א' את הכל, הוא משום דחשבי' דשותפין היו בחוב זה, ומה שמחל לא' מן השותפין הוא מחול לכל השותפין, דתלינן שבפיוס מחל, ולפ"ז, הגם שמצד הדין נעשה כל א' לווה בחצי וקבלן בחצי השני, כל זה רק משום שא"א לתת דין לווה בכולו על כל א' מהם, וכמש"נ לעיל סק"ב וסק"ו, אך מצד קבלת ההלוואה חשיבי' כשותפין גמורים בחיוב ובתשלומם, ולכן אמדי' שאם מחל לא' מחל גם לחברו, דתלינן שבפיוס מחל, וכמש"כ הרא"ש.

וצ"ל כן בביאור ד' הרא"ש בסוף דבריו, וצ"ל 'ובנדון זה שכתבתי וכו', כיון שכתוב בו ששניהם לווין וקבלנין פשיטא שיגבה מאיזה מהם שירצה, אפי' יש לשני ממון, לפי שכל אחד נעשה לוח על הכל, ויש לתמוה שבתחילת דבריו מב' דמה שכל א' חייב בכל הוא מדין לוח בחצי וקבלן בחצי, ובסו"ד כתב שכל א' נעשה לוח על הכל, וצ"ל עד"ז, דהגם שמצד חלות החיוב, א"א לחייבו אלא מדין קבלן, מ"מ מצד הדו"ד עם המלוה חשבי' שנעשה שותף בכל ההלוואה, וכאילו לוח הכל, ואכתי צ"ת.

סימן כ"ז

בדין ב' ערבים - לדעת הראשונים שגובים מכל א' מחצה

אין גובין ממנו תחילה אלא מחצה אלא רק כשא"א ליפרע מחברו, ומהאי טעמא כל שמחל המלוה לא' הערבים, לעולם א"א לגבות מחברו את חלקו, דכי ליכא ליה ליכא ערב.

סיוע לד' הש"ך מל' הטור

ג. ויש לסייע לד' הש"ך, מל' הטור סו"ס קל"ב, וז"ל 'כתבו הגאונים, שנים שנכנסו ערבים, ופטר המלוה אחד מהם, יכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני שלא פטר אותו, לפי שהממון כולו נתקיים על כל אחד ואחד מהם, ולאותו שפטר פטור, ולאותו שלא פטר לא פטור, נשאר עליו ועל הלוח החוב עד זמן פרעונו. וזה נוטה לדברי הרמב"ם ז"ל שיכול לגבות כל הממון מאיזה מהם שירצה'.

ויש לדקדק בלשון הטור שכתב 'וזה נוטה לדברי הרמב"ם', דמשמע שאי"ז בהכרח אלא הוא רק נוטה, והשתא לדרך הגרע"א בדעת הרמב"ן שכל א' הוי ערב במחצה וערב על חברו באידך מחצה, הרי א"א כלל להעמיד את דין הגאונים עם ד' הרמב"ן, שהרי לד' הרמב"ן כל חיוב הערב באידך מחצה הוא רק משום דהוי ערב על חברו, ואם מחל לחברו פקע החוב ופקע חיוב הערבות, ואיך יגבה מהאחד את הכל.

ומשא"כ לדרך הש"ך, א"ש, דהיה מקום לומר שכיון שחל על שניהם חיוב מנה, הרי דכשם שאם אין לאחד לפרוע גובים מחברו מעיקר הדין את הכל, כך גם אם מחל המלוה לאחד מהם, אפשר לגבות מחברו את הכל, והא דבקושטא אי"ז מסתבר, הוא משום דחשבי ליה למלוה כמי שהפסיד את עצמו בידיים, וע"ד המבוי בגמ' כתובות צ"ה א', ולכן כתב הטור בלשון 'נוטה' ותו לא.

בד' הדרישה מבוי' כש"ך

ד. וכד' הש"ך ואף טפי מינה מבוי' בד' הדרישה סי' קל"ב סק"ה ד"ה וכן כתב הרמב"ן, דשם ביאר

מחלוקת הש"ך והגרע"א בדין ב' ערבים

א. הש"ך סי' ע"ז סק"כ כתב, שאף לדעת הסוברים שבב' ערבים א"א לגבות מכל א' אלא מחצה, מ"מ באופן שמחל המלוה לא' מהערבים, ואין לאותו ערב לשלם בלא"ה, יכול הבע"ח לגבות כל החוב מהערב השני. ודימה לזה את הדין המבוי' בסי' קל"ב סעיף ג', שבאופן שאין לא' הערבים לשלם, כו"ע מודו שיכול לגבות מהערב השני את הכל.

ובהגהות הגרע"א תמה ע"ז וז"ל 'לא הבנתי, דלהסוברים דביש לו א"י לגבות רק החצי מכל אחד, א"כ חל החיוב תביעה על כל א' החצי, ואם אין לו לזה, גובה כולו מהשני, א"כ במחל לאחד, כיון דאף אם הי' לו לא הי' יכול לגבות ממנו, כיון שמחל לו, ממילא א"י לגבות מהשני, כיון דנמחל לזה חלקו שוב א"צ השני לשלם עבורו'.

ב. ועוררוני דשורש פלוגתתם הוא, בעיקר גדר הדין שבב' ערבים חייב כ"א מחצה ואם אין לא' לשלם גובים מחברו את הכל, דהש"ך סובר, שאין הגדר שעל כל א' מוטל מחצה ממש, אלא הגדר הוא שיש חוב מנה א' המוטל על שניהם, וכיון ששניהם אחראים לו, מחלקים את התשלום ביניהם, אך כל שאין לא' מה לשלם וא"א לחלק את התשלום ביניהם, שפיר גובים מהאחד את הכל מעיקר הדין, שהרי מוטל עליו חוב מנה.

ולכן סובר הש"ך, דבאופן שמחל לא' הערבים, כל הא דא"א לגבות מהשני הוא משום דחשבי למלוה כמי שהפסיד את עצמו בידיים, וע"ד המבוי' בכתובות צ"ה א', אך כל שלא שייך לבוא עליו בטענה זו, וכגון בשאין לנמחל לשלם בלא"ה, שפיר גובים מהערב השני את הכל.

אך הגרע"א סובר, דגדר הדין הוא, שכל א' מהערבים נעשה ערב במחצה, וערב על חברו במחצה השני, ולכן

הדרישה בתחילת דבריו, שדעת הטור שבב' ערבים כל א' נעשה ערב במחצה, ואף שבסי' ע"ז כתב שבב' לווים אפשר לגבות מכל א' הכל, והיינו משום דבב' לווים איכא לכל א' הנאה מכולא, ומשא"כ בערבים, והוא להיפוך מסברת הרשב"א, ותמה ע"ז מד' הטור בסי' ע"ז סעיף ט' שכתב בראובן ושמעון שנעשו ערבים בשביל לוי, ופטר את ראובן מהערבות, שיכול המלוה לגבות כל החוב משמעון, לפי שלא מחל אלא לערב ולא ללווה, והיינו שהחוב נשאר בתקפו, ומשא"כ בב' לווים שאם מחל לא' מהם פקע החוב דהוי כאילו נפרע החוב, עכתו"ד הטור, והיה לו לכתוב הטעם דמשו"ה אינו דומה לב' לווים שמחל לא' מהם, דהתם היה יכול לגבות כל החוב מאותו שמחל לו, משא"כ בערבים, כמב' כאן. וכתב הדרישה דהטור שם חדא מב' טעמים נקט.

ומב' בד' הדרישה, שאף לצד שא"א לגבות מב' ערבים כ"א מחצה - כפי שצייד שכן הוא דעת הטור בסי' קל"ב - מ"מ איכא לדין הטור בסי' ע"ז, שאם מחל לא' הערבים, יכול לגבות את כל החוב מהערב השני. ובד' הדרישה מב' אף טפי מד' הש"ך, שאף בשיש ביד הערב שהמלוה מחל לו לפרוע, מ"מ יכול לגבות מהערב השני, וצ"ת בזה¹.

ואמנם בסוף דבריו צידד הדרישה, שבאמת דעת הטור לפסוק כרמב"ם בב' ערבים, שגובה מאיזה שירצה. ונתבארו הדברים יותר בפרישה שם סק"ה, שבאמת דין הרא"ש שהובא בסי' ע"ז, שאם מחל לא' הערבים יכול לגבות הכל מהשני, הוא רק לדעת הרמב"ם, דאילו לדעת הרמב"ן 'איהו דאפסיד אנפשיה במה דמחל להשני', וזה כדעת הש"ך, דלד'

¹ ובהמשך ד' הדרישה מב', דמה שכתב הטור הנ"ל סק"ג על דין הגאונים בלי' יוזה נוטה לדברי הרמב"ם, אי"ז מכח עצם הדין, דעצם הדין נכון גם לדעת הרמב"ן, וכשיטתו הנ"ל, אלא הוא מלשון הגאונים שכתבו 'לפי שהממון כולו נתקיים על כל אחד ואחד מהם, ולאותו שפטר פטור, ולאותו שלא פטר לא פטור', ומשמע מלשונם שכל א' חייב בכל. ועיי"ש שכתב שלדך זו, מה שהטור כתבו בלי' 'נוטה' ולא הכריח כן, הוא משום שאפשר לדחוק שהגאונים חדא מינייהו נקטו, ולדעת הרמב"ן הטעם יהיה משום שלא נפטר הלווה שהוא העיקר בשעבוד, עיי"ש.

הגרע"א לא היה לו לנקוט לטעם דאפסיד אנפשיה, אלא דבלא"ה אינו יכול לגבות מהערב השני, דכיון שאין עליו חיוב בפני"ע אלא רק ערבות על הערבות, הרי דכיון שמחל על הערבות של הא', בטל ממילא חיובו של הערב השני, דכי ליכא לווה ליכא ערב.

הוכחה לדרך זו מד' המרדכי

ה. וכדרך הדרישה והש"ך, משמע בד' המרדכי בב"ב סי' תרנ"ב, וז"ל 'ועוד פסק רבנו מאיר, דאם ארבע או חמשה ערבים, כל א' ערב עבור הכל, וראיה מדאמר' לעיל נכסיהון דאיניש אינון ערבין ביה, ואם מתו הני גובה מהני'. וקשה שבתחילת דבריו כתב שכל א' הוי ערב עבור הכל, ומזה משמע שאפשר לגבות מכל א' את הכל, אך אח"כ כתב 'ואם מתו הני גובה מהני', ומשמע שרק באופן שמתו הני גובה מהני.

ועי' בדרכי משה סק"א כתב שבד' המרדכי משמע כד' הרמב"ן שגובים מכל א' מחצה, וכן הוא בכנה"ג חו"מ סי' קכ"ט הגהות ב"י אות ס"ב, שכתב בדעת המרדכי, שרק בשאין לא' לפרוע גובים מחברו את הכל, ולא בא אלא לאפוקי מסברת הראב"ד ז"ל בהשגות פרק כ"ה, שנראה מדבריו דלעולם אינו גובה אלא מחצה מזה ומחצה מזה, ואף אם אין לא' מה לשלם, ולאפוקי מזה כתב המרדכי שכל א' נשתעבד גם על חלק חברו, אך אבל כשישנו לחבירו בעולם ויש לו לפרוע, אינו גובה הכל מהערב הא', עכ"ד, עיי"ש.

ולפ"ז הרי מב' להדיא בד' המרדכי דהא דאם מתו הני גובה מהני, אי"ז משום שכל א' מהערבים הוי ערב על חלק חברו, אלא הוא משום שכל א' הוי ערב על הכל, ולזה הוכיח מדאמר' נכסי דבר איניש ערבין ביה, וכד' הדרישה והש"ך².

² ואכתי צ"ע מה הוכיח מדאמר' נכסי דבר איניש ערבין ביה, דמה"ל ללמוד לדין ה' ערבים, הא נת' לעיל סק"ח דלא דייננן כל נכס כערב בפני"ע, אלא כולוהו הוה כערב א', דאל"כ הכי יעלה על הדעת שלדעות שאין גובין מב' ערבים אלא מחצה, הי"א א"א לגבות מלווה שדה אחת כולה אלא רק כמה חלקי שדות. ואין לומר שכוונתו לקושית הראשונים בגמ' ב"ב ק"ז א' אמאי נטל בע"ח חלקו של א' מהם, שהרי גם לדבריו יק' כן, שהרי כתב

הוכחה מד' הראשונים לדרך הגרע"א

ו. אמנם כמדומה שבד' הראשונים בכמה דוכתי שדימו בין ב' לווים לב' ערבים³, ולמדו מב' ערבים - שמבו' בתוספתא שאין גובים מכל א' אלא מחצה - לב' לווים, מבוי' להדיא כד' הגרע"א, דגדר הדין הוא שכל א' נעשה ערב במחצה וערב על חלקו של חברו, שהרי להדיא בראשונים דבב' לווים דיינין כל א' כלוה במחצה וערב על חלקו של חברו במחצה השניה, ועל כן כתבו דלא חשבי' ליה כשואל בכולה, וא"כ ה"נ הוא גדר דין ב' ערבים.

ובאמת צ"ע בזה, למש"נ בס"י כ"ה סק"ב, דיסוד הדין שבב' לווים כל א' נעשה ערב עבור חברו, הוא משום דדיינין למעשה ההלוואה כמעשה הלוואה אחד, ומשו"ה נתחייב כל א' באחריותו כולו ונעשה כלוה במחצה וערב באידך מחצה, עיי"ש, וטעם זה לכא' לא שייך בב' ערבים, דשם אין חיובם מכח מעשה ההלוואה אלא מכח שקיבלו על עצמם ערבות.

ואולי הביאור הוא, דה"נ בב' ערבים חשבי' שנעשו ערבים על ההלוואה כולה, וכל' הרשב"א דמי חלקו להם', אלא שא"א לחייב כל א' אלא במחצה, דהמחייב של ערב הוא משום דחשיב שבאו המעות לידו, דומיא דלווה, ועל כן אמר' דההלוואה גופא מחייבתם להעשות ערב בחצי וערב על הערבות בחצי השני.

סתירה בזה בד' הראשונים

ז. והעירוני שמאידך יש להוכיח כדרך הדרישה הש"ך, והוא ממה שדימו הראשונים דין הגביה מב' יורשים שירשו נכסי אביהם, לדין ב' ערבים, וכפי

שא"א לגבות מה' ערבים אלא כשמת א'. ושמה באמת ס"ל למרדכי שכל נכס הוי ערב בפני"ע, וא"כ ע"כ דהא דגובין משדה אחת את הכל הוא משום שכל שדה משועבדת כולה, והכא לא הוי דומיא דב' ערבים שמסבא א"א להטיל את החיוב כולו על א' אלא צריך לחלקו ביניהם, וצ"ע.

³ ה"ה הרמב"ן הרשב"א והריטב"א בב"מ ל"ד ב', הר"ן בשבועות ל"ז א' ובדפי הרי"ף שם י"ז א', סה"ת שער מ"ד ח"א אות ב',

שהובאו הדברים בס"י כ"ה ס"ק ז' - ט', ובשעבוד נכסים לא שייך לדון שהשעבוד נחלק בין הקרקעות וכל קרקע משועבדת בחלקה כנגד מקצת החוב, דודאי דנים לכל הנכסים כאחת ודנים שיש לבע"ח זכות מנה בכללות הנכסים, וכמש"נ כ"ז לעיל.

וע"כ דהצד לדון שגובים מכל יורש חצי, הוא משום שמוטל על כולם כאחת שעבוד מנה, וחולקים את החיוב בין היורשים, וודאי שכ"ז רק בשאפשר לגבות מכולם, אך באופן שהשתדפו שאר הקרקעות, ודאי השעבוד מצטמצם וחל בכולו בקרקע בת הגביה, וא"כ ה"נ בדין ב' ערבים, אין הגדר שכל א' משועבד בחצי, אלא יש עליהם זכות אחת של שעבוד מנה, ואך שבסדרי הגביה גובים מכל א' מחצה, והוא כדרך הדרישה והש"ך.

אך צ"ע, שבד' הראשונים עצמם מוכח כד' הגרע"א, וכמש"נ לעיל להוכיח כן ממה שדימו בין ב' לווים לב' ערבים, ובב' לווים הא מבוי' בדבריהם שלא נתחייב האחד בשאין לחברו מה לשלם אלא מדין ערב, ולא משום עצם שעבוד החוב, וכמש"נ לעיל.

ישוב הסתירה

ח. ונראה דצ"ל, דכל הדימוי בין דין ב' ערבים לדין ב' יורשין הוא רק לענין דבר זה, אם שייך שעבוד ערבות יותר מכפי החוב או לא, דאילו שייך שעבוד ערבות יותר מדמי החוב, כי אז אפשר לגבות מאחד הערבים - ולא משום שהשעבוד נחלק בין הערבים, אלא משום שכל ערב משועבד בפני"ע כולו לחוב - וה"נ אפשר לגבות מאחד מהנכסים המשועבדים, דכל נכס ונכס משועבד כולו לחוב.

אך לענין מהות החיוב להצד דליכא שעבוד אלא כנגד שווי החוב, בזה אין כל דימוי ביניהם, וחלוקים המה בגדרם, דבב' ערבים החיוב עצמו מתחלק ביניהם, וכל א' חייב מחצה, והטעם הוא, משום שהם ב' מתחייבים שונים, וא"א להטיל חיוב א' על ב' אנשים, אלא כל א' חייב בפני"ע, ואך דמ"מ כל א' הוי ערב על חלקו של חברו.

ומשא"כ בשעבוד נכסים, כיון שהנכסים הם בידי מתחייב א', הרי דחלה זכות ממון אחת בכללות הנכסים, ולכן גם בהיות הנכסים אצל היורשים, לא דנים שיש כאן כמה שעבודים חלוקים, אלא דנים

שיש שעבוד מנה אחד בכללות הנכסים, והשעבוד מתחלק בין הרשויות, ורק משו"ה הוא דגובים מכל א' מחצה. והיכא דא"א לגבות מא' מהם, גובים מחברו מעיקר הדין ומכח עצם השעבוד.

סימן כ"ח

בגדר דין ב' ערבים - לדעות שאפשר לגבות מכל א' הכל

חייב הערב השני לחברו שפרע את הכל, והטעם לזה, דעל דעת כן נכנסו שיהיו בשיתוף בכל הפסד ופרעון, ועיי"ש בד' הש"ך שהביא עוד מקורות לזה³.

תמיהת הקצוה"ח על דרך הש"ך

ב. והקצוה"ח סי' ע"ז סק"ז, כתב להכריע כד' המבי"ט, ודחה את כל ראיות הש"ך, וטעמו, דבביאור דין זה שאפשר לגבות מכל ערב את הכל, יש ב' דרכים, חדא, הוא דרך הראשונים דה"נ בב' לווים, אפשר לגבות מכל א' את הכל, ולדעה זו, חשבי שכל א' לווה מחצה ונעשה קבלן עבור המחצה שנתחייב חברו - כמבוי בד' הבעה"ת שער מ"ד ח"א, והובא לעיל סי' כ"ה סק"ג - וה"נ בב' ערבים, חשיב שכל א' נעשה ערב במחצה וקבלן על ערבות חברו.

ולדרך זו, ודאי שאם א' פרע את הכל, חייב חברו לשלם לו, שהרי פרע את חוב חברו, וכדין קבלן שפורע את חוב המלוה.

אכן אכן קי"ל כדעת הרשב"א ודעימיה, דאף שבב' לווים נתחייב כל א' מחצה, מ"מ בב' ערבים חייב כל א' את הכל, והטעם לזה, דגבי שנים שלוו נעשה כל א' לווה במחצה, ועל המחצית השניה אינו חייב אלא מדין ערב, אך בב' שערבו, נעשה כל א' ערב בכולו, דהוי כמו משכון ובטחון ואין שעבוד לחצאין, ומשוי"ה גובה המלוה מאיזה שירצה, ולדרך זו, חשבי

מחלוקת הפוסקים באם א' הערבים פרע את הכל, אם הערב השני חייב לפרעו את חלקו

א. שו"ע חו"מ סי' קל"ב סעיף ג' שנים שערבו לא', כשיבא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה וכו', ויש חולקים ואומרים שאם יכול להפרע משניהם לא יפרע מא' מהם הכל, אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה וכו'.

ובסעיף ד' פרע אחד מהם כל החוב למלוה, ובירר זה בעדים או בהתקבלתי שכתב לו שפרעו הכל, אע"פ שלא אמר לו ערבני ושלם, חוזר ותובע מחברו חלקו.

והש"ך שם סק"ה, הביא את ד' המבי"ט ח"ב סי' כ"ב, שכתב שכי"ז לדעות שגובים מכל א' מחצה, דמש"ה כיון שפרע כל החוב שלא היה המלוה יכול ליפרע ממנו, חייב השני לפרוע לו חלקו, אבל היכא שהיה יכול ליפרע כל החוב מכל א' מהם מתחילה, כשנפרע מא' מהם, אינו יכול לחזור זה לתבוע מחברו חלקו, שלא פרע בעדו שום דבר¹.

והש"ך גופיה נחלק עליו, וכתב דאדרבה, לדעות שכל א' חייב רק מחצה, הרי שאם קדם א' ופרע את הכל, הוא תלוי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אם ערב שפרע מעצמו חייב הלוה לשלם או דהוי כפורע חובו של חברו², ומשאי"כ לדעות שכל א' חייב בכל, הכא לכו"ע

¹ וצ"ע דלהלן בסעיף ו' כתב השו"ע שאם מחל המלוה לא' מהערבים, יכול לגבות מחברו את הכל, ודין זה הוא לדעת הסוברים שיכול לגבות מכל ערב את הכל, כמו שכי' הטור, וא"כ איך בסעיף ד' סתם דין שנכון רק לדעת הסוברים שגובה מכל א' מחצה, ובסעיף ו' סתם דין שנכון רק לדעת הסוברים שיכול לגבות מכל א' את הכל.

² וכמזומה דהש"ך אזיל בזה לשיטתו בסי' ע"ז סק"ה, שכתב כעיי"ז בב' שלוו, שלדעות שכל א' חייב מחצה, אם קדם א' ופרע, הוא תלוי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אם ערב שפרע מעצמו חשיב פורע חובו של חברו או לא, אך למשמעות ד' השו"ע שם, דבב' שלוו, דיינין להו כמי שאמרו ערבני ושלם, מכח השותפות

שביניהם, ומודה בזה הרמב"ם, וכפי שנקטו גם התומים והנתה"מ שם, ה"נ הכא.

³ ועיי"ש שהביא עוד מדי' הסמ"ע סק"ו, דהו"ל כמי שאמר ערבני וירד המלוה עם הלוה לדין, שאז אף אם פרע הערב מעצמו חייב הלוה לחזור ולשלם לו, וכדין קבלן שכי' המחבר בסי' ק"ל סעיף ב', דבכה"ג מודה הרמב"ם.

לכל א' כמי שפרע את חוב עצמו, ולא נעשתה שום השתתפות בין ב' הערבים, עכ"ד הקצוה"ח⁴.

ועיי"ש היטב בד' הקצוה"ח, שמבוי שמלבד דלא חשביי שהערב פרע את חוב חברו, אלא את חוב עצמו, יש בזה עוד תוספת סברא, דכל חיליה דהבעה"ת לחייב את הערב אף שלא אמר לחברו ערבני - וכשיטתו בשער ל"ה ח"א אות מ"ה דאם הלוח לא אמר בשעת ההלוואה ערבני, אינו חייב לשלם לערב שפרע - הוא משום דהוה שותפין זל"ז, וכ"ז רק לבעה"ת לשיטתו, דס"ל שנעשו ערבאין זל"ז, דהא גופא משוי להו כשותפין, אך לדידן שכל א' נעשה ערב על הכל, ומטעם דהוי כמשכון, א"כ כל ערב נתחייב בפני"ע, ולא נעשתה כל שותפות ביניהם, ועי' עוד להלן ס"ק ח' - ט' מה שית' בזה.

ג. ובאמת כד' הקצוה"ח משמע להדיא בד' בעה"ת הנ"ל, שהוא מקור ד' הש"ך, וז"ל שם 'ומסתמא **דכיון שפסקנו שהן ערבאין זה על זה**, אם לוי שנים או שלשה ובא המלוה ותבע אחד מהן, וברר בעדים וכו' שפרע הכל, חוזר ותובע מחביריו את חלקם, **כדיו שאר ערב שתובע את הלוח כשמברר שפרע בשבילו**, ואע"פ שפסקנו שאין הלוח חייב לשלם לערב עד שיאמר לו בשעה שנכנס ערבני ושלם, וכו', דמסתמא כיון דנעשין ערבין זה על זה כמי שהרשהו דמי, שעל מנת כן נשתתפו בכך, וכ"ה בל' הטור.

ומבוי להדיא, דהוא מכח שנעשו ערבין זל"ז, וכדיו ערב שפרע עבור הלוח, שחוזר תובע את הלוח⁵, ומעתה שפיר כתב הקצוה"ח דלדידן דק"ל דהאי טעמא שגובים מכל ערב את הכל, הוא משום דנעשה כל א' ערב בכל, ולא משום שנעשה ערב עבור חברו,

א"כ אם פרע א' את הכל, חשיב כפורע חוב עצמו, ואין מה שיחייב את חברו לשלם לו.

ראיות לדרך הש"ך, וביאור דעתו

ד. אמנם בד' השו"ע משמע כד' הש"ך, דהשו"ע גופיה פסק בסי' ע"ז שבב' לווים כל א' חייב הכל, ומ"מ פסק הכא שבב' ערבים, אם פרע הא', חייב חברו לשלם לו.

וכן מבוי להדיא בד' הסמ"ע סי' ע"ז סק"א, דשם כתב לחלק בין ב' שלוו, שחייב כל א' מחצה, לב' שערבו, שחייב כל א' הכל, ובתוך דבריו כתב, שבב' שערבו יגבה כולו ממי שירצה, וזה שפרע יחזור ויגבה החצי מהשני⁶.

ה. עוד יל"ע בזה, ממש"כ השו"ע סי' ע"ז סעיף ד' וז"ל 'ראובן שהוצרך ללות מנה משמעון ולא רצה להלוותו עד שיכנסו יהודה ולוי ערבים, והעני ראובן, וגבה שמעון כל חובו מלוי, וחזר לוי לתבוע מחצית המנה מיהודה, וטען יהודה לא נכנסתי ערב לך אלא לראובן ואיני חייב לך אלא השליש, אין בדבריו כלום, וצריך לפרוע החצי'.

והנה שם בסעיף א' הכריע השו"ע שבב' שלוו חייב כל א' מחצה, ובסעיף ג' כתב דבשנים שערבו חייב כל א' את הכל⁷, ולפ"ד הקצוה"ח, היינו שבב' שערבו כל א' חייב את הכל בפני"ע, ותקשי, מאי טעמא חייב הערב לשלם לחברו את המחצית, והא לד' הקצוה"ח חשבי ליה כפורע חוב עצמו⁸.

⁴ ובגליון הגרע"א ציין לשו"ת דרכי נועם חו"מ סי' א', ועיי"ש שהביא את ד' המבי"ט ונחלק עליו, ולכא' כוונת הגרע"א שמד' הסמ"ע מקור לד' הדרכי נועם.

⁵ ואך שהביא שבסי' קל"ב כתוב שיש חולקים בזה, ומשמע שנקט לעיקר כדעה ראשונה, וכ"כ הש"ך סי' קל"ב סק"ה והקצוה"ח שם.

⁶ אמנם בזה י"ל, דהנה ד' השו"ע ודאי אזלי בקבלן, דאל"כ מה ההו"א שישלם שלישי, הא כל מה שגובים מערב הוא רק בשאין ללוה מה לשלם, ואז היה מוטל החוב על ב' הערבים, ומה הצד לדון שחייב רק שלישי, אלא ע"כ דאירי בשנעשו קבלנים,

⁴ וצ"ע דהמהרי"ט גופיה דן לדעת הראשונים שכל א' מהערבים חייב מחצה, ובגוונא שנעשו כל ערבים קבלנים זל"ז - שאז גם לדעה זו גובים מכל א' את הכל.

⁵ וגם בד' הסמ"ע שהעתיק הש"ך, מבוי להדיא דהאי טעמא שחוזר וגובה את הערב השני, הוא משום שנעשה ערב בעבורו, וכדיו ערב שתובע את הלוח.

ו. והביאור בד' השו"ע, יש ללמוד מד' הסמ"ע שם ס"ק י"ג שציין לדבריו בדרישה, ושם כתב להדיא, דמהא דלדינא יכול המלוה לגבות הכל מא' אם רוצה, אין בזה תועלת ללוי לטעון כן נגד יהודה, 'דיש ליהודה לומר **אדרבה כיון דבדין גובה מאיזה מהן שירצה וגובה ממך הכל נסתחפה שדך**, ואילו היה גובה ממני היה היוזק שלי, וכו', **ולכן עדיפא ליה לטעון נגד יהודה, כיון שהמלוה היה יכול לגבות מכל א' החצי, נמצא שניהם שוים בשעבוד החוב, ועל כל א' מוטל לפרוע המחצה**.'

והיינו דהדרישה הזכיר את טענת הקצוה"ח, שיש ליהודה לטעון לערב ששילם הכל, נסתחפה שדך, וע"ז כתב, דהערב ששילם טוען, דכיון שהמלוה היה יכול לגבות מכל א' החצי, נמצא ששנינו שוים בשעבוד החוב, ועל כל א' מוטל לפרוע המחצה, ויל"ע בביאור סברתו.

ז. והנה בביאור הגר"א שם ס"ק י"ז, הביא מקור לדין זה שבב' ערבים גובה מכל א' את הכל, מד' הגמ' ב"ב ק"ז א' וב"ק ט' א' שבא בע"ח וגבה חלקו של א' האחין, וכד' הרשב"א⁹, ושם סק"כ, כתב כמקור לדין

דבכה"ג המלוה היה יכול לגבות מכל א' מהם שליש, וכ"ה בלי הטור ובד' הב"ח שם.

ומעתה י"ל למש"כ הגר"א בסי' ע"ז ס"ק י"ח, דהדעות הסוברות שבב' ערבים גובים מכל א' את הכל, יעמידו את ד' התוספתא שבב' ערבים לא יפרע מא' אלא מחצה, בערבים קבלנים, דהוי כמו שקיבלו המעות בעצמם, וכדין ב' שלו, עכ"ד, ונתבאר להלן ס"ק י"ג, ולפ"ז י"ל, דהכא איירי בשפירשו שיוכל המלוה לגבות הכל מכל א' מהערבים, ובכה"ג דיינין ליה כב' שלו ונעשו קבלנים זל"ז, דה"נ חשיב שכל א' נעשה קבלן במחצה וקבלן עבור המחצה של חברו. ולפ"ז אי"ש המסקנא שחייב לשלם כל החצי, דאה"נ במה שהא' שילם את הכל חשבי ליה כפורע חוב חברו, ואכ"מ.

ועוד י"ל, דאה"נ איירי בשנעשו קבלנים בסתמא, ואז לד' הגר"א באמת אי"א לגבות מכל א' מהם תחילה אלא מחצה, דעל אידך מחצה אינו חייב אלא מדין ערב על קבלנות חברו, ומעתה הערב שפרע את הכל, חשיב כערב שפרע חוב הלווה, וצ"ע.

⁹ ואיירי שם בדעות המחלקות בין ב' לווים לב' ערבים, וכמבוי בדבריו שם ס"ק י"ח.

זה שכתב השו"ע שאם פרע א' הערבים הכל, חוזר וגובה מחברו את חלקו, וז"ל 'ממ"ש האחים שחלקו כו', רב אמר כו', וכנ"ל, משמע דמדין הנכסים להחזיר לו המחצה, וכמ"ש רש"י, ונכסים הן הערבים', ומבוי שהביא מקור מדין האחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם, דאמרי' דבטלה מחלוקת, וציין לד' רש"י ב"ק שכתב וז"ל 'כיוורשים דמו. ועל שניהם לפרוע, הלכך מחצית חלקו יחזיר לו'. וכן כ' בשו"ת דרכי נועם חו"מ סי' א'.

ומשמע דהיינו, דאף שמצד הדין יכול המלוה לגבות מא' מהם, מ"מ כיון ששניהם מחויבים באותו החוב של הלווה, דיינין להו כשותפין בו ועל כל א' מוטל לפרוע מכיסו מחצה, והאחד שפורע הכל חשיב כפורע את המוטל על חברו, והוי דומיא דערב שפרע את חובו של הלווה, שחוזר על הלווה מטעם שפרע את חובו.

ונתחדש עוד בד' הש"ך שם סק"ה, דאף אם מחל הלווה לא' מן הערבים, וחזר על הערב השני, מ"מ יכול זה שגבו ממנו לחזור על הערב הראשון, ולהנ"ל היינו, דאף שלמלוה לא היתה זכות גביה מהך ערב, מ"מ מצד השותפות בין הערבים, חלק זה מוטל עליו.

ועיקר הסברא כבר נזכרה בד' הקצוה"ח שם, וכתב לדחות את הראיה מהגמ' בב"ק, דמבוי' שם בראשונים, דאע"ג שהחוב היה מוטל על היתומים, מ"מ לאו משום הנאתו דמהנה ליה שפרע בעדו חוזר וגובה ממנו, אלא משום בטלה מחלוקת הוא, כיון דהיה על שניהם מוטל לפרוע הוי כאילו לא נשאר אלא שדה זו ובטלה מחלוקת, עיי"ש, ומ"מ בד' הגר"א והדרכי נועם מבוי' כן.

דרך הנתה"מ בביאור דעת הש"ך

ח. ודרך נוספת בזה, מצינו בד' הנתה"מ סי' קל"ב סק"ג, שכתב להשיג על ד' הקצוה"ח, 'דשנים שערבו דמי ממש לשנים שלו, דמה לי אם אמרו שנים תן לנו מעות ונהיה חייבים לך, או שאמרו תן לפלוני ונהיה חייבים לך, דתן לפלוני הוי ממש כאומר תן לי, דהא

באשה, אם אמרה תן לפלוני ואתקדש לך, מקודשת, דהוי כקיבלה בעצמה, והכא נמי דכוותיה'.

ועיי"ש היטב, שמבוי בדבריו, דחלוק שעת מתן מעות, דהוו שותפין ממילא, אף שלא קבעו כן ביניהם, ומטעם דחשיב שבא לידיהם גוף הממון, לבין אחר מתן מעות, דלא הוו שותפין אא"כ קבעו כן ביניהם.

ביאור פלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ

ט. ובמשובב שם נחלק עליו, וכתב דדברי הנתה"מ תמוהים, דלדידן דהא דנעשה כל א' ערב בכולו הוא משום דהוי כמו בטחון ומשכון, ואין שעבוד לחצאין, א"כ לא נשתתפו כלל.

וביאור דבריו, דבאמת אילו נקטינן כנתה"מ דחשיב כאילו הערב קיבל את גוף המעות, באמת צדקו ד' הנתה"מ דעיד"ז הוו שותפין, אך כל חיליה דהרשב"א הוא לומר דלא חשבי' שהערב קיבל את גוף המעות, דהא זה חילוקו בין ב' לווים - שכל א' נעשה לוה בחצי, לבי' ערבים - שכל א' נעשה ערב בכל, דבהלוואה המחייב הוא עצם קבלת הממון, ובערב הוי התחייבות חיצונית לבטחון על ההלוואה, וכמו שנת' לעיל, ואילו היה סובר הרשב"א דחשבי' שהערב קיבל את גוף המנה, א"כ בדין דכל א' הוי ערב בחצי, דומיא דשני לווים.

ובדעת הנתה"מ צ"ל, דס"ל ע"ד משנ"ת לעיל סי' כ"ה, בדעת המהרי"ק, דחילוק הרשב"א בין ב' לווים לבי' ערבים אינו בעיקר המחייב, אלא באומדנא, דבי' לווים לוו על דעת לחלוק ביניהם את ההלוואה, ובבי' ערבים ליכא להך אומדנא, ודעת כל א' להיות ערב בכל ההלוואה, ולכן ס"ל דגדר זה שייך אף להצד דמדין ערב חשבי' שהערב קיבל את גוף המנה.

בהא דאם מחל לא' מהערבים, חוזר וגובה מחברו

י. והנה בדעת הטור, הוכיח הקצוה"ח שם, דס"ל דהא דבב' שערבו גובה המלוה מא' את הכל, הוא משום שכל א' נעשה ערב בחצי וקבלן על חברו באידך מחצה, והובאו הדברים לעיל סק"ב.

וצע"ג בזה, ממה שכתב הטור בסו"ס קל"ב, וז"ל 'כתבו הגאונים, שנים שנכנסו ערבים, ופטר המלוה אחד מהם, יכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני שלא פטר אותו, לפי שהממון כולו נתקיים על כל אחד ואחד מהם, ולאותו שפטר פטור ולאותו שלא פטר לא פטור, נשאר עליו ועל הלוה החוב עד זמן פרעונו. וזה נוטה לדברי הרמב"ם ז"ל שיכול לגבות כל הממון מאיזה מהם שירצה', ומבוי בדבריו, שאם מחל המלוה לא' מן הערבים, חוזר וגובה את הכל מהערב השני.

והשתא תקשי, דהא לדעת הטור לשיטתו, דס"ל דהא דגובין מכל א' את הכל, הוא משום שנעשה ערב במחצה וקבלן על ערבותו של חברו באידך מחצה, א"כ כשמחל המלוה לא' הערבים, בדין שהערב השני יפטר ממילא מלשלם הך מחצה, שהרי אינו חייב בזה אלא מדין קבלן על הערב שמחל לו המלוה, ומחילה ללוה הא פוטרת את הקבלן, ושו"ר בחי' הרי"ם חו"מ סו"ס ע"ז ובאולם המשפט סו"ס קל"ב שתמהו כן.

בהא דמחילה ללוה פוטרת את הקבלן - אם הוא מילתא דממילא או דחשבי' שנתכוין למחול אף לקבלן

יא. ונ' דצ"ל בזה, עפמשי"נ לדון בסי' י"ג סק"ז, דהא דמחילה למלוה פוטרת את הקבלן, אי"ז משום דכיון שנמחל חוב הלוה, נמחל חוב הקבלן בתולדה, אלא היינו משום דאמדי' בדעת המלוה שנתכוין למחול גם לקבלן, ולפ"ז נ', דהכא הרי מצד המלוה לא היה לו כל ענין שכל א' מהערבים יהיה ערב בחצי וקבלן על חברו, אלא כל כוונתו היתה שכל א' יעשה ערב על הכל, ואך דד"ז לא יתכן מצד הדין, דלא שייך בי' ערבים על הכל, כמו דלא שייך בי' לווים בכל, וכמו שנת' בסי' כ"ה, ולכן ע"כ רצונו חל באופן שכל א' נעשה ערב בחצי וקבלן על ערבותו של חברו באידך מחצה, אך מצד הך אומדנא דמחילה ללוה הויא מחילה לקבלן, הכא לא שייך כן כלל, דהמלוה אינו רואה בו ערב על ערבות חברו אלא ערב בפני"ע על החוב, וכשמוחל לחברו לא נתכוין למחול לו.

מודו כו"ע דא"א לגבות מכל א' אלא חצי, דהו כב' לוויס¹⁰.

יד. והנה הגרע"א בב"מ ס"ב א' נקט דחיובו דקבלן מתלי תלי וקאי, דעל הצד שיגבו ממנו איגלאי מילתא למפרע דאיהו לווה את המעות מהמלווה וחזר והלווה ללווה, ועל הצד שיגבו מהלווה חשבי שהלווה איהו שלווה את המעות מהמלווה.

ובד' הגר"א לפנינו מוכח דלא ס"ל הכי, דלד' הגרע"א שפיר איכ"ל דבב' קבלנים גובה מאיזה שירצה, ולא אכפת לן כלל דהוי כאילו קיבל המעות, דכל הא דחשבי כן הוא רק כשגובה ממנו המלווה, ושפיר יכול לגבות מאיזה קבלן שירצה ויתברר למפרע דאיהו ניהו הלווה. וע"כ דס"ל לגר"א דקבלן הוי כלווה מתחילה וחיובו לא תלוי בשום דבר.

טו. אמנם יש לעיין בעיקר ד' הגר"א, דאם חשבי שהערב קיבל את גוף המנה, א"כ תקשי בכל הלוואה שיש עליה ערב קבלן, דליהוי כב' שלוו, ולא יוכל לגבות מהלווה או מהקבלן אלא מחצה. וע"כ דלא חשיב כלווה ממש, וצ"ב הגדר בזה, ומה החילוק בין לווה וקבלן - שיכול לגבות מכל א' את הכל, לב' קבלנים - שאינו יכול לגבות מכל א' אלא מחצה.

ונראה בביאור הענין, דיש ב' מערכות של חיוב, יש חיוב הלוואה, דהחיוב הוא עצם הממוני גבד, ויש חיוב ערבות, דהחיוב הוא דחשבי שהערב משתמש במעות המלווה להלוותם לפלוני, ומשום שהמלווה נתנם בשליחותו, ואף שבדיני ממונות המלווה הוא הבעלים על הממון, מ"מ כיון דעביד מחמת הערב יש בזה סיבה לחייב את הערב. ומעתה יש לו למלווה ב' דרכים חלוקות לגבות את חובו, והוי כדינא דהגוזל ומאכיל שרצה מזה גובה רצה מזה גובה - דיכול לבחור לגבות את חובו באחת מב' סיבות, וכשגובה מסיבה אחת שוב אינו יכול לגבות מהסיבה השניה.

וא"ש היטב החילוק בין היכא דיש לווה וערב קבלן - שיכול המלווה לגבות מכל א' את הכל, להיכא שיש ב'

וזה על דרך משנ"ת לעיל סי' כ"ו ס"ק י"ב בדעת הרא"ש, דבב' שלוו, אם מחל המלוה לא' על הכל, נמחל אף לחברו, ונתבאר להקשות דהא לדידה חשבי לכל א' כלוה במחצה וקבלן במחצה, והרי הדין הוא דמחילה לקבלן אינה פוטרת את הלווה, ועיי"ש שנת' ליישב, דאף שמצד הדין כל א' הוי לווה במחצה וקבלן במחצה, מ"מ מצד המלוה חשיבי כב' שותפין שלוו כאחד, וכשמחל לא' אמדי' שנתכוין למחול אף לחברו, ועד"ז הוא הכא.

יב. ועיקרא דהך מילתא, דהא דמחילה ללוה פוטרת את הקבלן, אי"ז משום דחובו נמחל בתולדה, אלא משום דאמדי' שהמלוה נתכוין למחול לו, משמע כן גם בד' הרא"ש שם כלל ע"ג סי' י"ג, דעיי"ש שדן בשטר שכתוב בו ששניהם נעשו לוויס וקבלנים זע"ז, וכתב שודאי יכול לגבות ממי שירצה, כיון דקיי"ל דשטר שכתוב בו אני פלוני קבלן אית ליה דין קבלן, וכ"ש בשטר זה שכתוב בו ששניהם לוויס וקבלנים זע"ז, שיכול לגבות מאיזה שירצה את החוב.

ובהמשך דבריו כתב, שכשמחל המלוה לא' מהם, נמחל אף לחברו, דכיון שיכול לגבות מראובן כל החוב ומחל לו, מה שמחל לו הוא מחול גם לשמעון. ואין לוי יכול לומר לראובן מחלתי וממך אני רוצה לגבות, זו אינה טענה, דשותפין היו בחוב, ומה שמחל לאחד מן השותפין הוא מחול לכל השותפין, והביא ע"ז את ד' התוספתא שמב' שהוא משום דאמדי' בהכי, עכ"ד, ומשמע מדבריו דגם קבלן נפטר מה"ט.

*

ד' הגר"א בביאור התוספתא שבב' ערבים גובים מכל א' מחצה - דאיירי בערב קבלן

יג. הראשונים הביאו שבתוספתא בשלהי ב"ב מפורש דבב' ערבים גובה מכל אחד חצי, והרשב"א בב"מ ל"ד ב' כתב שאין סומכים עליה.

אכן בד' הגר"א חו"מ סי' ע"ז סק"ח מצינו ביאור בזה, וז"ל 'וסברא ראשונה צ"ל דמוקמי לתוספתא בערבות קבלנים, דהו כמו שנים שלוו שהן בעצמן נשתעבדו'. ומב' בד' הגר"א דבב' ערבים קבלנים

¹⁰ ובדעת הרשב"א שמיאן בזה - עיי' בסימן י"ד.

ונראה דהגר"א אזיל לשיטתו ביו"ד סי' ק"ע סק"ה,
כפי שנתבאר בסימן י"ב ס"ק י"א - י"ב, דלדידה
ליכא על הקבלן שם 'לווה ומלוה' ומאידך חשבי
שגוף הממון בא לידו, עיי"ש מילתא בטעמא.

קבלנים - שאינו יכול לגבות מכל א' אלא חצי.
דבמקום שיש לווה וערב קבלן יכול המלווה לבחור
מכח איזה סיבה רוצה לגבות את חובו, דהוי ב' אופני
גבייה חלוקים, ומשא"כ בב' קבלנים, שם באותה
מערכה של גביה עצמה יש ב' שותפים, ובזה אינו יכול
לגבות מכל א' אלא חצי, דכל א' נהנה במחצה.

סימן כ"ט

בדעת השו"ע בדין הגבייה מב' יורשים וב' לקוחות

ב. ובשו"ע ס"י ק"ט סעיף ז' נפסק דא"א לגבות מא' את כל חלקו אלא גובה מב' האחין בשוה², והוא כדעת התוס' והרא"ש.

ובקצוה"ח שם הקשה, דהא בס"י ע"ז סעיף ג' פסק השו"ע דבב' ערבין על חוב א', גובה מאיזה שירצה, וא"כ בדין שגם מיורשין יגבה מאיזה שירצה, שהרי גבית יורשין היא מדין ערב, דנכסי דבר אינוש אינון ערבין ביה, וכמו שדימו כן הראשונים הנ"ל, ומאי טעמא פסק השו"ע שגובה מחצה מכל א'³.

ישוב ד' השו"ע

ג. ולכא' יש ליישב בזה, דהנה העירוני דהגם שבפשוטו התוס' ושאר הקשו את אותה קושיא, מפני מה גובה מא' את הכל, מ"מ יש חילוק רב ביניהם, דהראשונים הקשו מצד השעבוד נכסים, דנכסי דבר אינוש ערבין ביה, ומה"ת יכול לגבות מא' את כל החוב, אך התוס' הקשו מצד דין מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, דכיון דכולן חייבין לפרוע חוב אביהן א"כ יטול מכל א' בשוה, וצ"ב בזה.

ונראה דנ"ל בזה, דס"ל לתוס' דבב' ערבין בעלמא גובה מאיזה שירצה, ולכן אי מצד שעבוד הנכסים לא קשיא להו מיד, דשעבוד נכסים הוי מדין ערב, ובערב כל א' הוי ערב על הכל, ויכול לגבות מאיזה שירצה, ולכן הקשו התוס' מהא דעל יורשין מוטל לפרוע חוב

משמעות ד' הגמ' דבב' אחים יכול הבע"ח לגבות מאיזה שירצה, וד' הראשונים בזה

א. בגמ' ב"ק ט' א' וב"ב ק"ז א', פליגי רב ושמואל בדין אחין שחלקו ובא בע"ח וטרף חלקו של א' מהם, דרב אמר בטלה מחלוקת, ושמואל סבר ויתר (והאח שגבו ממנו הפסיד), ובגמ' מבוי דרב סובר דאחין שחלקו הוו לקוחות (והיינו דהוי כלקוחות שלא באחריות), ושמואל סובר דאחין שחלקו הוו יורשין, ולהכי בטלה מחלוקת.

ובתוס' בב"ב הקשו וז"ל 'וא"ת היאך טרף כל חלקו של אחד מהן הא כולן חייבין לפרוע חוב אביהן ויטול מכל אחד חלקו המגיעו וכו', ותירצו התוס' דמירי באפותיקי, וכע"ז כתבו בב"ק, וכן תירץ הרא"ש בב"ק.

וכע"ז הקשה הרשב"א שם וז"ל 'ואיכא למידק אשמעתין היכי דמי דאתא בע"ח וטרף חלקו של א' מהם, והלא הנכסים ערבין וכולן נכנסו תחת הבעלים, ועד"ז מבוי בעוד ראשונים.

והנה התוס' והרא"ש נקטו להלכה דא"א לגבות חלקו של א' מהם אלא חולקין בשוה, ולכן תירצו דסוגיין מיירי באפותיקי.

אמנם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן הסיקו דיכול לגבות כל חלקו של א' מהם, ורצה מזה גובה רצה מזה גובה.

והרשב"א והריטב"א דימו דין ב' יורשין דסוגיין לדין ב' ערבין על חוב א', וכתבו שגם בב' ערבין יכול לגבות ממי שירצה, וכן הביא המ"מ פכ"ה מהל' מלוה ה"י¹.

סתירה בד' השו"ע

¹ אכן הר"ן בב"ב ק"ז ב' חילק בין ב' יורשים לב' ערבים, ונתבאר בסימן כ"ו סק"ט.

² אלא דאם לכל א' יש רק שדה אחת, ואם יחלקו ביניהם יקבל ב' חצאי שדה, יכול לגבות מא' את הכל, עיי"ש,

³ והיינו דדעת השו"ע היא בהיפך מדעת הרמב"ן ב"ב ק"ז א' וב"מ ל"ד ב' והר"ן ב"ב שם, דהרמב"ן והר"ן ס"ל דבב' ערבין גובה מכל א' מחצה, ובב' יורשין גובה מאיזה שירצה, והשו"ע ס"ל דבב' ערבין גובה מאיזה שירצה, ובב' יורשין גובה מכל א' מחצה.

דרך אחרת בישוב הסתירה בד' השו"ע

ה. וני' לדון ליישב בזה באופ"א, דהנה בשו"ע סי' ק"ז מב' עוד, דהיכא דב' האחין חלקו ב' קרקעות, ואילו יגבה מכל א' חצי החוב, יהיו בידו ב' חצאי שדות, בכה"ג יכול לגבות מא' האחין את הכל, ומקור דין השו"ע הוא בד' הרא"ש ב"ק סי' ו'.

ולמש"נ בהא דא"א לגבות מא' את הכל, דהיינו משום שהשעבוד נחלק בין האחין והלקוחות, וכפי שנתבאר בסימן כ"ו סק"ח, צ"ע מה אכפת לן שאם יגבה מכל א' חצי יעלו בידו ב' חצאי שדות, סו"ס ליכא שעבוד גמור על כל אח אלא כפי חלקו, ומה"ת יכול לגבות מאיזה שירצה את הכל.

ומצינו הביאור בזה, בסמ"ע סי' קי"א ס"ק כ"ו, וז"ל 'ומטעם דלא עדיפי היורשים והלקוחות מהלואה עצמו דמגבה מאיזה בינונית שירצה, אבל אינו יכול להגבות חצי שדה מזה וחצי מזה. אבל שדה מכאן ושדה מכאן היה יכול להגבותו, ולא היה מחויב להגבות להמלואה במקום אחד, כן הדין ביורשים ובלקוחות', ומקורו בד' הרא"ש בב"ק ובד' הטור סי' ק"ז.

ובסי' ק"ז סק"כ הוסיף עוד בזה וז"ל 'ומהאי טעמא כשירשו כל אחד שתי שדות צריך ליקח אחת מכל אחד, כיון דגם אביהן היה יכול להגבותו בשני מקומות כשהיה בכל אחת שיעור שדה'.

ומב' מזה מילתא חדתא, דהא דהבע"ח גובה חצי מכל א', אי"ז משום דכל א' אינו משועבד אלא כפי חלקו, אלא משום שגם אביהן היה יכול להגבותו משני מקומות, ואין לבע"ח זכות על היורשין והלקוחות יותר מאשר על הבע"ח, ומהאי טעמא היכא שהבע"ח לא היה יכול להגבותו משני מקומות, גם הלקוחות והיורשין אינם יכולים להגבותו כן, ויכול לגבות מאחד את הכל, ועד"ז כ' בהגהות אמרי ברוך על הקצוה"ח.

אכן למשנ"ת בסימן כ"ו סק"ו דהא דגובים מכל ערב את הכל, הוא משום דשייך לחול שעבוד אף יותר מכנגד החוב, אין לומר כן, דכל א' מהנכסים משועבד כולו כנגד החוב.

אביהם⁴, דמצד זה חובת אביהן מתחלקת בין כולם בשוה, דא"א שכל א' יהיה חייב בכל, שהרי חובת אביהן היא מחמת עצם דמי ההלואה, ול"ש שהלואה תחייב יותר מדמיה, וכמש"נ לעיל⁵.

ולפ"ז א"ש היטב מה שהקשה הקצוה"ח בד' השו"ע, שבסי' ע"ז סעיף ג' פסק שבב' ערבין גובה ממי שירצה, ובסי' ק"ז סעיף ז' פסק שבב' יורשין גובין מכל א' חצי. ולהנ"ל א"ש היטב, דב' יורשין הוו כב' לוויין, שבזה פסק השו"ע בסי' ע"ז סעיף א' שגובה מכל א' חצי, וככל מה שנתבאר. ושו"ר בנחלת דוד בב"ק ט' א' שכתב כן בקיצור רב.

סתירת הישוב

ד. אך העירוני דאכתי צ"ע בד' הרמ"א סי' קי"א סעיף ט"ו, שכתב שגם בב' לקוחות אינו יכול לגבות מא' את הכל אלא גובה מכל א' חצי⁶, והתם ודאי גובה מצד שעבוד נכסים, ותקשי דהא פסק השו"ע סי' ק"ז שבב' ערבין גובה מאיזה שירצה, וכקושית הקצוה"ח, וצ"ע⁷.

⁴ בין אם הוא משום דאית עליהו שעבוד הגוף וכד' התומים סי' ס"א, ובין אם הוא משום שיש שעבוד על הירושה לקיים את חובת האב, מ"מ אי"ז מצד שעבוד נכסים מדין ערב אלא מצד קיום חובת אביהם, וכמב' ד"ז גם ברש"י בב"ק ט' א' בביאור דין אחין שחלקו יורשים, ובב"ח והגר"א ריש סי' ק"ז, והדברים ארוכים.

⁵ והנה אם א' הבנים ימות, לכא' פשיטא שאפי' הכל לגבות משאר האחין, וצ"ל דכשיש כמה אחים מתפשט החיוב על כל מי שבפרשת החיוב, וכשמת א' מצטמצם החיוב על הנותרים, דכולהו הוו בתורת כרעא דאבוהון.

⁶ ומקורו בבעה"ת שער נ"ה ח"ג, וכ"ה משמעות הרא"ש ב"ק סי' ו'.

⁷ בעיקר קושית הקצוה"ח היה מקום לדון דבשעבוד נכסים כל הנכסים הוו כערב א' על החוב, ואין הגדר שכל א' מהנכסים הוי ערב בפני"ע, ולכן היכא שהנכסים התחלקו בין כמה גברי, אין גובין מיורשים ומלקוחות אלא לפני חשבון וא"א לגבות מא' את הכל, ולא הוי דומיא דב' ערבין שגובה מאיזה שירצה.

הרא"ש דהיכא דכל א' ירש שדה אחת יכול לגבות מא' האחים הכל. וכן ציינו לנחל יצחק סי' ק"ז שכתב ליישב קושית הקצוה"ח עד"ז, וכתב שם שרימז לזה הסמ"ע.

*

בד' הרא"ש שדימה ב' יורשין לב' לקוחות

ח. בד' הרא"ש בב"ק סי' ו' נראה להדיא דדימה ב' יורשין לב' לקוחות, דבתרווייהו אינו יכול לגבות מא' מהם את הכל, אלא חולקים ביניהם, עיי"ש היטב, וכ"מ בביאור הגר"א סי' קי"א סק"ל, ולכא' היינו כמו שכתבו הראשונים, דנכסי דבר אינוש ערבין ביה, ואינו יכול לגבות מא' את הכל, ואי"ז דין ביורשין דווקא משום דהוה כרעא דאבוהון. ומזה יש ללמוד, שכן הוא הדין גם בב' ערבין, שא"א לגבות מכל א' את הכל, אלא חולקין ביניהם.

וצ"ע שהרי הרא"ש גופיה סובר בשבועות, שבב' לוי' גובה מכל א' את הכל, והכא מבוי' בדעתו שבב' נכסים אין גובים מכל א' אלא מחצה.

אמנם למבוי' בד' בעה"ת בשער מ"ד, דהא דבב' לווי' גובה מא' את הכל, הוא משום שכל א' נעשה לזה בחצי וקבלן בחצי השני, וכמו שנתבאר בדעת הרא"ש בסימן כ"ו, א"ש, דה"נ בערב דיינינן שנעשה ערב במחצה וקבלן על מחצה של חברו, וד"ז לא שייך כלל בשעבוד נכסים, אלא בין כל הנכסים איכא שעבוד מנה א', וחולקים את החיוב ביניהם.

ט. עוד י"ל, למה שנתבאר לעיל סק"ז בד' הרא"ש, דלעולם ס"ל דמצד השעבוד נכסים יכול לגבות מא' את הכל, והא דמחלקים את השעבוד בין האחין הוא מטעם אחר, לק"מ, דלפ"ז באמת מצד השעבוד ב' ערבים הוו כב' לווי', ובערבין בעלמא באמת גובה ממי שירצה, ואך דהכא הוא דין אחריתי.

ו. וצ"ע טובא בהך דינא, ואולי הוא מצד שהיורשין יורשים זכות אביהן, והלקוחות מקבלים זכות המוכר מדינא דמה מכר, ויכולים לדחותו שיגבה מכל השדות בשוה כפי שהאב והמוכר היה יכול לעשות כן.

וכבר מצינו כן באור שמח פכ"ה מלו"ל, שהקשה בד' המ"מ שבפכ"ה הלכה י' כתב דבב' ערבין גובה מאיזה שירצה, והוכיח לזה מהא דבב' יורשין גובה מאיזה שירצה, ולעומת זאת בפ"ט הלכה ה' כתב שבב' לקוחות שמכר להם כאחת גובה לפי חשבון, וקשה מ"ש, והיא קושיא אלימתא. וכתב שיש לתרץ בדוחק, דבלקוחות איכא מה מכר וכל א' יכול לדחותו לשני, ומשא"כ ביורשין. והוא כנ"ל.

וצ"ע דלכא' לא שייך בזה מה מכר, שהרי בשעה שמכר לא' מכר גם לחברו והנכסים לא היו בידו לדחותו בהם. וצ"ל דכיון שאפשר לגבות משאר הנכסים, דכולהו משעבדי, חשיב שהנכסים בידו ויכול לדחותו אצלם, ויש להוכיח כן ואכ"מ.

עוד יל"ע, דהא המ"מ כ' דנוטל לפי חשבון, ולדרך זו לכא' לעולם הדין הוא יחלוקו בשוה. וי"ל דכיון שהלוקח משתמש בזכות שהלוח גופא היה עושה, יש לחלק את השעבוד בין כל הנכסים לפי ערכם.

ז. ולדרך זו א"ש היטב קושית הקצוה"ח, דלעולם מצד עצם השעבוד נכסים יכול לגבות מא' היורשין את הכל, וכדין ב' ערבין – כדמוכח מהא דהיכא דכל א' ירש שדה אחת, גובה מא' את הכל – והא דהיכא דאפשר חולקין היורשין את החוב בשוה, הוא מדין אחר, דאביהם גופא יכול היה לדחותו בכמה שדות, ואינהו ירשו זכות אביהם.

שו"ר שצינו בזה לדברי משפט סי' קל"ב, שכתב ככל הנ"ל, דלעולם אפשר לגבות מערב א', ואך דהכא אית להו זכותא דאבוהון, והוכיח את ההוכחה מהא דכ'

סימן ל'

בגדר שעבוד נכסים - אם הוי זכות בעצם הקרקע או לא

גובה מלקוחות היינו משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, הרי דחזינו מדברי רש"י דאם אף ה' המכירה קיימת לא ה' גובה ממנו, דאין חובו אלא על הלוח, ואך מה שגובה הוא משום דלענין גבי' אין בכוחו למכור כלל, ואף דהוי שלו עדיין משום דמיחסרא גוביינא, מ"מ מאחר דמשועבד להמלוה מקרי אינו ברשותו².

ויל"פ בזה ב' דרכים, יש שפירשו דהבע"ח מבטל את המכירה ללקוחות, ושוב גובה מדין מיניה³.

ובד' הגר"ח הנ"ל נ' בענין אחר, דלגבי דין הגביה לא חלה מכירתו כלל, והוי ברשותו דמוכר - והטעם לזה, דביחס להפקעת הגביה הוי אינו ברשותו - ושוב גובין מדין מיניה⁴.

בד' הריטב"א ורובנו דוד מבו' בענין אחר

ב. אמנם עיי' בחי' הריטב"א הישנים לב"מ בכללי שבח ובחי' בסו"פ הזהב שכתב בתו"ד וז"ל 'ואפילו לרבא דמכאן ולהבא גובה, מודה הוא שיש לו קניה באותן קרקעות למפרע, שהוא תובע וטורף אותן מן הלקוחות למפרע מיום ההלואה, דאם לא כן איך יטרוף אותן, מיהו אותו קניה אינו מועיל לגבי הקדש שיחול עליהן מעכשיו, דגבי הקדש רשותו ממש בעינן, וכיון שיכול לדחותו מאותו שעבוד לא אקרי רשותו, ומשמע דס"ל דאית ליה קנין למפרע, אלא דחשיב כ'אינו ברשותו' עד שיגבה.

² והאחרונים דנו לפ"ז, היאך גובין מיורשין, והיאך מלקוחות, ועוד הקשו ע"ז מהתוספתא בכתובות פ"י ה"ו שגובין מנכסי גר שמת, ודין התוספתא נפסק בשו"ע סי' ער"ה, ואכ"מ, ויתבאר עוד להלן. ועיי' עוד דברי משפט סי' קכ"ט סק"ב.

³ וכן משמע ברש"י ב"מ ט"ו, וכפי שיתבאר לפנינו סק"ח.

⁴ וכך נ' בד' הש"ך שיובא להלן סק"ד.

ד' רש"י בפסחים ל' ב' שגדר דין גביה מלקוחות הוא משום שהלוח מכר דבר שאינו ברשותו

א. הנה בפסחים ל' ב' פליגי אביי ורבא אי בע"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה, ואמרי' התם דכל היכא דאקדיש לוח או זבין לוח את נכסיו בתוך הזמן, כו"ע לא פליגי דאתי מלוח וטריף מן הלקוחות.

וכתב רש"י שם, ד"ה כו"ע לא פליגי, וז"ל 'אפילו לרבא דאמר עד עכשיו היו ברשות לוח, מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה, וכו', שהרי ממושכנן הן למלוח, ואע"ג שהן שלו, אינן ברשותו, וכו'.

ומשמעות ד' רש"י, דלדעת רבא דמכאן ולהבא הוא גובה, הא דהבע"ח גובה מהלקוחות, אי"ז מכח דאית ליה זכות וקנין בעצם הקרקע, אלא משום דמכירת המוכר לא היתה מכירה - דחשיב שמכר דבר שאינו ברשותו - ונמצא דאכתי הויא הקרקע ברשות המוכר, ותו הדר הבע"ח וגובה את הקרקע מהמוכר¹.

ועיי' בספר התרומות שער מ"ג ח"ב שכתב וז"ל בתו"ד 'גרסינן בפסחים ב' כל שעה, איתמר בע"ח אביי אמר וכו' ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה, ואמרי' בגמ' כל היכא דאקדיש לוח וזבין לוח, פירוש קודם זמן הפרעון, כו"ע לא פליגי דאתי מלוח וטריף, פירוש, סותר מעשיו למפרע וטורף את מכירתו, ומשמע כד' רש"י, דהמלוה מבטל את המכירה למפרע, ותו גבי מיניה דלוח, ואי"ז דין גביה וזכות ממון בעצם הקרקע.

ועיי' בחי' הגר"ח מכת"י לב"מ דף ק"ח א' שכתב בתו"ד וז"ל 'דהנה רש"י כתב בפסחים דהא דבע"ח

¹ והקצוה"ח סי' קי"ז סק"ב נקט בדעת רש"י דעיי' הגביה מתברר דהוי אינו ברשותו למפרע ממש, וחשיב שלא מכר כלום, והרבה אחרונים נקטו דרך ביחס לזמן של הגביה חשיב כאינו ברשותו, אך עד הגביה שפיר חלה המכירה.

ועי' עוד בחי' רבינו דוד בפסחים שם שכ' בתו"ד
'ורבא סבר שאין הגבאתו מזמן ראשון אלא לקיים לו
שעבודו. **שהוא ודאי מזמן ראשון** לענין שאם הקדיש
הלוח או מכר שלא עשה כלום, ואם היו מגבין לו
מזמן זה, היה בע"ח אחר בא וטורפה ממנו, **ולפיכך**
מגבין לו מזמן ראשון, כדי שתהיה הקדמתו קיימת
לו מאותו זמן, אבל לענין שאם הקדיש או מכר שיהא
קיים **אינה ברשותו**, מכיון דאי הו' ליה זוזי ללוח
הוא מסלק ליה בזוזי אישתכח דהשתא הוא דקא
קני'. והיינו שהוקשה לרבינו דוד את קושית רש"י
אמאי גובין מלקוחות לרבא דמכאן ולהבא הוא גובה,
ותירץ דאית ליה בעלות וזכות ממון למפרע, ואך
דחשיב כאינו ברשותו לענין להקנותו או להקדישו.

ועי' חי' הגר"ח פ"ח מהל' שבועות שכתב בתו"ד וז"ל
'דאם באנו לדון מחמת דין שעבודא דאורייתא,
דהנכסים בעצמן משועבדים לגבית החוב גם בלא דין
גביה של הלוח, וכדחזינן דגובה גם מן הלקוחות, בזה
ודאי דין תביעת קרקע ביה, כיון דהוי זכות ושעבודא
דרמיא על עצם הנכסים דאית בהו גם קרקעות',
ומבוי' שנקט דהדין גביה מהלקוחות הוא דין עצמי
בנכסים ואינו קיום השעבוד הגוף.

ד' הנתה"מ בזה

ג. ובנתה"מ סי' ל"ט סק"ב כתב 'והנה בפירושא
דשעבודא דאורייתא, ליש פוסקים הפירוש דמאן
דס"ל שעבודא דאורייתא הוא **דשעבוד הוי כקנין**
ואינו יכול למכור ולהוריש, ולמאן דס"ל לאו
דאורייתא, האמת דמיניה גובין מדאורייתא, רק
דס"ל **דמכאן ולהבא גובה ולא אלים בשעת שעבוד**
כקנין, וכשמכר והוריש קודם הגביה שוב אינו יכול
לגבות מהן⁵.

⁵ וצ"ע מש"כ הנתה"מ שאינו יכול למכור ולהוריש, דבשלמא
למכור מצינו ברש"י פסחים ל' ב', דהוי אינו ברשותו, אך מהו
שאינו יכול להוריש, הא בירושה אין חסרון של אינו ברשותו.
וצ"ל שכוונתו שמוריש דבר שיש בו שעבוד, והירושה אינה
מפקיעה את השעבוד, דהשעבוד הוא בעצם הממון ולא רק
שעבוד על הגברא.

והנה הגם דק"ל כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה,
מ"מ נקט הנתה"מ דשעבוד הוי כקנין, ומשא"כ
למד"א שעבודא לאו דאוי', מכאן ולהבא הוא גובה,
והביאור הוא, דלמד"א שעבודא דאוי', אית ליה זכות
בעצם הנכסים, וביחס לזה חשיב כזכות למפרע,
ולמד"א שעבודא לאו דאוי' אין הגביה אלא מדין
מיניה ולא בעצם הנכסים, ולכן הוי מכאן ולהבא
לגמרי.

ואחי הר"נ שליט"א ר"ל בדעתו, דגדר שעבוד הוא
כקני ע"מ להקנות, שיש לו בעלות להגבותו לעצמו
בחובו, ולהכי הוי כקנין, ומאידך מכאן ולהבא הוא
גובה, ומשא"כ למד"א שעבודא לאו דאוי', אין בעלות
עצמית כלל בנכסים, אלא רק דין גביה מיניה.

ד' הש"ך בסוגית דאקני

ד. ומדי הש"ך חו"מ סי' ק"ד ס"ק ט"ו נ' מוכרח כדי
רש"י בפסחים, דהנה מבוי' בגמ' ב"ב קנ"ז ב', דא"א
לגבות מנכסים שהלווה קנה אחרי זמן ההלוואה,
ומכרם ללקוחות, אא"כ כתב הלווה למלוה שמשעבד
לו דאקני'.

והש"ך שם נקט, דאם לוח ולא כתב דאקני, ואח"כ
לוח מאחר וכתב לו דאקני, ואח"כ קנה נכסים, והם
בנ"ח, יחלוקו. ובהמשך דבריו כתב, דאין לומר דלגבי
גביית מיניה איכא דין שעבוד גמור בדאקני, וכל מה
דבעי דאקני הוא רק כשהנכסים בידי הלקוחות -
דחז"ל ביטלו את השעבוד ביחס ללקוחות - ונפק"מ
שביחס לבנ"ח יקדם המלוה הא' למלוה הב', וכדעת
הגדו"ת שהביא שם, דזה אינו, דהדין שעבוד חל בזמן
ההלוואה בלבד ולא אח"כ, וכיון שהנכסים לא היו
בידו בזמן ההלוואה, לא נשתעבדו למלוה הא' שלא
כתב לו דאקני⁶, עכתו"ד.

ודבריו צ"ע, דא"כ מאי טעמא יחלוקו ב' המלוים, הא
לראשון שלא כתב דאקני, ליכא דין שעבוד, והשני

⁶ ונפק"מ שאם ימכרם הלוח ללקוחות, לא יוכל המלוה הא'
לגבות מעיקר הדין, ומ"מ הנכסים הוו בידי הלוח, אין קדימה
לא' מהמלוים על פני חברו.

שכתב דאקני, יש לו דין שעבוד, ובדין שהשני יקדם לראשון.

ה. וני מוכרח בדעתו, דלעולם אף היכא דאיכא דין שעבוד, מ"מ דין הגביה הוא מיניה דלוה ואי"ז זכות בעצם הנכסים, וכל כוחו של קנין השעבוד הוא, שיש לבע"ח זכות לענין שהמכירה לא תפקיע את זכותו לגבות את הנכסים מדין מיניה, ומעתה כל שהלוה לא מכר את הנכסים, אין כל קדימה למלוה הב' על פני המלוה הא', ותרווייהו גובין מיניה בשווה, והוא כד' רש"י בפסחים הנ"ל.

ד' הראשונים דהא דשעבודא דא' הוא מחמת מצות פריעת בע"ח

ו. ובנדון זה אם זכות שעבוד נכסים הוי זכות בעצם הנכסים, או דהוי דין גביה מיניה, ובעי' שיתקיים בזה חובת הלוה, יש להוסיף עוד, דהנה בב"ב קע"ד א' איפליגו ר"פ ור"ה בריה דר"י בהא דאין גובין מנכסי קטנים, אם היינו משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו, או דהיינו משום דחיישינן לצררי, ונחלקו בזה הראשונים, דדעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בשלהי גט פשוט, דר"פ דס"ל פריעת בע"ח מצוה לית ליה הא דשעבודא דא', ולדידיה כל החובת פרעון היא רק מכח מצות פריעת בע"ח.

אכן הר"י שם כתב, דר"פ דס"ל פריעת בע"ח מצוה סובר דשעבודא דא', וכ"כ הרא"ש כתובות פ"ט סי' י"ג, ובביאור דבריו מצינו בתוס' הרא"ש כתובות פ"ו א' וברמ"ה ב"ב קע"ד א', דהשעבוד נכסים נובע מחמת המצוה, וכל דליכא מצוה גם ליכא שעבוד נכסים, ולכן אין גובין מיתומים קטנים⁷.

⁷ וז"ל התוס' הרא"ש 'וא"ת כיון דשעבודא דאורייתא אפילו מיתמי אמאי לא מגבינן לב"ח שעבודיה אפילו מיתמי קטני, כיון דמשעבד ליה מאבוהון, ואע"ג דלאו בני מעבד מצוה נינהו, מ"מ כיון דשעבודו מונח לפנינו למה לא יקחנו, ונראה לי כיון דהשתא נפול נכסי קמי יתמי ואינון לאו בני מעבד מצוה נינהו, אף לנכסיהם לא נחתין, דנכסיה דאיניש אינון ערבין ביה, וכיון דלוה לא מחייב, לא נתחייב גם הערב'.

ולכא' שורש פלוגתתם הוא בזה, דדעת הרמב"ן ודעימיה, דגדר הדין שעבוד הוא זכות ממון בעצם הנכסים, ואין בזה קיום של חובת הגוף, ולכן אי נקטינן דפריעת בע"ח מצוה ליכא שעבוד⁸, ודעת הר"י ודעימיה, דגדר דין שעבוד הוא לקיים את חובת הגוף ומצוותו, ויש בזה קיום של דין מיניה, ולכן גם לצד דנקטי' פריעת בע"ח מצוה מ"מ איכא ע"ז גופא שעבוד⁹.

ז. והנה לדעת קמאי דשעבודא דא' נובע מחמת המצוה, תקשי היאך גובים מלקוחות, הא ליכא עלייהו מצות פריעת בע"ח, ועכצ"ל דהוא מתפרש ע"ד המבוי בד' רש"י בפסחים, דגדר דין גביה מלקוחות הוא, דהמכירה מתבטלת, ותו גובים מהלוה מדין מיניה.

וז"ל הרמ"ה 'דאע"ג דשמעין ליה לרב פפא דאמר אפילו במלוה ע"פ שעבודא דאורייתא כדאיתא בפרק האשה נקנית, קסבר רב פפא דהיא גופא משום מצוה היא ויתמי לאו בני מעבד מצוה נינהו עד דגדלי'.

ועי"ש ברמ"ה דמשמע, דבהא גופא פליג ר"ה בריה דר"י, דלדידיה השעבוד הוא זכות בעצם ולא רק דין לקיים את המצוות גברא, אכן בד' הר"י ב"ב פ"א ב' ובד' הרשב"ס ב"ב קע"ד א' ובד' הרא"ש שם מבוי דאף ר"ה בריה דר"י מודה להא דפריעת בע"ח מצוה, אלא דס"ל דיתמי קטני בני מעבד מצוה נינהו, ואכ"מ.

⁸ ובד' הרשב"א ב"ב קכ"ו א' מבוי דמהאי טעמא לית ליה לר"ה בריה דר"י דינא דפריעת בע"ח מצוה, ואין כופין את גופו לפרוע, וביאר הדרישה סי' רע"ח ס"ק י"א וז"ל 'דלרב פפא דאמר פריעת החוב הוה מצוה, וכו', ממילא ס"ל דאין החיוב מוטל על נכסיו כי אם אגופו דהלוה, ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיימו, משא"כ לר"ה דס"ל דחיוב פריעת בע"ח הוא מוטל על נכסיו, ואין מכין אותו אלא מורידין לנכסיו, וכו'.

⁹ אמנם במקו"א נתבאר לדון בביאור פלוגתת הראשונים באופ"א, דשורש הפלוגתא הוא בגדר דינא דפריעת בע"ח מצוה, דדעת הרמב"ן דהיינו מצות גברא בעלמא, דומיא דסוכה ולולב, ולהכי לדידיה אא"ל דס"ל שעבודא דא', דאי"ז חוב ממון אלא מצוות גברא, ומשא"כ דעת הר"י דהיינו חובה ממונית, ולדידיה ל' 'פריעת בע"ח מצוה' ענינו דאין החיוב מכח ממוני גבך אלא משום שהתורה חייבתו לפרוע, אך אי"ז דין מצוה בעלמא אלא חוב ממוני גמור, ולכן שייך ע"ז שפיר שעבודא דא'.

משמעות הראשונים בכמה דוכתי, דא"א לגבות מהלקוחות אלא מכח טענת 'אמאי זבנתה'

ח. ומצינו עוד בד' הראשונים, דלא סגי בעצם השעבוד לבדו כדי לגבות את הנכסים, אלא בעי' לטענה על הלקוחות והיתומים, וכמשי"ת להלן, ומשמעות הדברים כנז', דהשעבוד הוא לקיים את הדין גביה מהגברא, ואי"ז זכות ממון ובעלות בעצם הנכסים.

וחדא מצינו כן, בד' רש"י בב"מ ט"ו א' ד"ה יפה ויפה, שביאר דחלוק הדין גביה מעצם הקרקע, מאשר הדין גביה בשבחה, וז"ל 'דבשלמא גופה של קרקע אמר לו אמאי זבנתה, מאין אגבה חובי, אבל שבחא אמר ליה מאי אפסדתך'.

ובביאור הדברים נ', דע"י טענת אמאי זבנתה מתבטל קנינו של הלוקח בקרקע, וחוזרת הקרקע לידי בעליה הראשונים, ותו הדר המלוה וגבי מיניה.

וחכ"א העיר, דבשו"ת רבינו משולם איגרא חו"מ סי' י"ט ס"ק ד' הוציא מכח ד' רש"י דין חדש למעשה, עיי"ש, וכסברתו הביא הפתחי תשובה חו"מ סי' רכ"ה בשם הבית מאיר, אלא שלא ציין לד' רש"י הנ"ל¹⁰.

ט. עוד מצינו כן, בחי' הרמ"ה ב"ב קנ"ז ב' אות קס"ו, שביאר את הצד דבע"ח מאוחר שקדם וגבה

¹⁰ אמנם בד' רש"י היה מקום לפרש דהא דבעי' לטענת אמאי זבנתה הוא רק מכח התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני"ח, דז"ל דגדר התקנה הוא שא"א לגבות מהלוקח אא"כ הפסיד את הבע"ח.

ויסוד לזה בד' הנתה"מ סי' קי"א סק"ה שכי' דהיכא דהלואה אלם א"א לגבות מהלקוחות, דיכולין לומר הנחנו לך מקום לגבות ממנו, דהא אם לא היו קונים את השדה ג"כ לא היה אפשר לגבות מהלואה, ומשא"כ היכא שאם היה השדה ביד הבע"ח היה אפשר לגבות ממנו, וכגון אם המיר הלואה דתו, ובדיניהם מה שקנה קודם ההלואה משתעבד ומה שקנה אחר ההלואה אינו משתעבד, דבזה אם לא היו קונים את השדה היו גובין ממנו, שפיר גובין מהלקוחות, עכ"ד. ומבוי' דבדין אין נפרעין התחדש דא"א לגבות אלא באופן שאם הלוקח לא היה קונה את השדה היה אפשר לגבות מהלואה.

מה שגבה גבה, שהקשו התוס' בכתובות צ' א' מאי שנא מהא דמוציאין מלקוחות, וביאר הרמ"ה דשאני לקוחות דקנו שלא כדין, ומשא"כ הבע"ח¹¹, ועד"ז כי המאירי בכתובות שם, וביאור הדברים נ' כנ"ל, דא"א לגבות מהלקוחות אלא מכח טענת אמאי זבנתה, ולא מכח עצם השעבוד.

עוד מקור לזה נראה, בד' הר"י מיגש ב"ב קע"ד א', שכתב בדעת רב פפא, דס"ל דשעבודא דמלוה בשטר דאוי', כיון דאית ליה קלא, ושעבודא דמלוה ע"פ לאו דאוי', כיון דלית ליה קלא, וצ"ב דלכא' סברת קלא אינה סברא בדאורייתא. ובביאור הדברים נ', דהוא מתפרש ע"ד ד' רש"י, דא"א לגבות מלוקח אלא בטענת אמאי זבנתה, ולהכי בעי' שיהא קול להלוואה.

ד' הב"ח והגר"א דמכח דשעבודא דאוי', איכא על היתומים מצות פריעת בע"ח

י. והנה בשו"ע חו"מ סי' ק"ז איתא 'מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם', וביאור הגר"א שם סק"א כתב וז"ל 'ר"ל לאו משום כבוד אביהם, דאין כופין, כמו בהניח מטלטלין, וכו', אלא שמצוה עליהן מן התורה כעל הלואה עצמו, וכמו שאמרו בפ"ק דקדושין מלוה ע"פ גובה מן היורשים שעבודא דאורייתא, עכ"ל, וכע"ז כתב הב"ח שם.

ומבוי' בדבריו, דאיכא על היורשים מצות פריעת בע"ח, ולא רק מצוה מכבוד אביהם, והמקור לזה הוא ד' הגמ' בקידושין דשעבודא דאוי'.

וצ"ע דאם איכא שעבודא דאוי', א"כ מה בעי' להא דאיכא עליהו מצות פריעת בע"ח, תיפו"ל דאיכא שעבודא.

¹¹ וז"ל הרמ"ה בתו"ד 'דאלו בע"ח מאוחר, כי יהיב זוזי לאו אדעתיה דמגוליה לשעבודיה דבעל חוב מוקדם (כל) [קא] יהיב, דאפשר דמשכח נכסיה (ה) אחריני גבי לוח, ואלו לוקח אחרון, מעיקרא כי נחית וקא יהיב זוזיה למגוליה לשעבודיה דבע"ח קא יהיב'.

יא. ולכא' הביאור כנ"ל, דלעולם מצד השעבוד לחודא א"א לגבות, דכל השעבוד הוא לקיים את המצווה, ומעתה כאשר מבוי' בגמ' דגובין מיורשים משום דשעבודא דאוי', ע"כ דאיכא עליהו מצות פריעת בע"ח, ומכוחו נובע השעבוד.

אלא דאא"ל כן, דלפ"ז הא דגובין מיורשים א"י כלל מכח השעבוד, אלא רק מכח דאיכא עליהו את מצוות פריעת בע"ח שהיתה מוטלת על אביהם, והשעבוד הוא בתולדה, וזה ודאי אינו, דלהדיא מבוי' בגמ' בקי' דהא דגובין מיורשים הוא משום דשעבודא דאוי', וגם הרי חזינן דרק אם ירשו קרקעות איכא עליהו דין פרעון, ומשא"כ אם ירשו מטלטלין, וע"כ דכל המצווה נובע מהא דשעבודא דאוי'.

וצ"ע השייכות בין השעבוד למצוה, ומדוע השעבוד גורם שתהא מוטלת על היורשים מצוות פריעת בע"ח.

וביותר יק', דאיכא ביה תרתי דסתרי, דמחד מבוי' בד' הראשונים בכמה דוכתי, דהדין שעבוד שעל היתומים נובע מחמת המצווה, והשעבוד הוא לקיים את המצווה, כי על כן אין גובים מיתומים קטנים, וכמש"נ לעיל סק"ו, ומאידך מבוי' בד' הב"ח והגר"א דמצוות היתומים נובעת מהדין שעבוד, ואיך הדברים מתיישבים זע"ז.

יב. ונראה ליישב, ובהקדם, דהא דמבוי' בד' הפוסקים דאיכא על היתומים מצות פריעת בע"ח, כעל הלווה עצמו, אין הגדר דאיכא על היתומים מצוה בפני"ע, אלא המצוה המוטלת עליהם היא מצוות אביהם, אלא שבעודם קטנים אין מצוות אביהם חלה עליהם, כיון שהם קטנים, ולכי גדלי חלה עליהם מצוות אביהם¹².

והדברים מוכרחים, שהרי התוס' הרא"ש בכתובות שם כתב דמצוות פריעת בע"ח נלמדת מדכתיב הין צדק שיהא הין שלך צדק ולאן שלך צדק, והיינו דאיכא על הלווה מצוה לאמת דבריו שיפרע, וקי' דא"כ מה שייך להטיל מצוה זו על היתומים, הא אינהו לא התחייבו בלשונם מאום. וע"כ כנ"ל, דמוטלת עליהם מצוות אביהם, ועליהם לאמת את דברי אביהם.

יג. ולפ"ז נראה בביאור ד' הב"ח והגר"א, דמבוי' בדבריהם דמצוות היתומים לפרוע את חוב אביהם נובעת מהשעבוד נכסים.

ונראה הביאור, דאלמלא השעבוד נכסים, אין מצוות האב אלא מצווה לאמת את דבריו, ומצווה זו הויא מצוה דגופיה ואינה בתורת ירושה, ואין היורשים מתחייבים בה, ומשא"כ השתא דאיכא שעבוד נכסים, כי אז השתנתה מצוות הלווה, ממצווה דגופיה לאמת דבריו, למצוות ממונית, ותו א"י דין בדיני או"ח אלא דין בדיני חו"מ - דיש בנכסים דין ממון לאמת את דברי בעליהם. והשתא שפיר איכא ביה ירושה - דהיורשים קמו תחת אביהם בנכסים, ונתחייבו במצוותו בנכסים¹³.

¹² ויתבאר בזה ד' בעה"ת בשער י"ד ח"א אות א', שכתב בתו"ד וז"ל 'רב פפא אמר פריעת בעל חוב מצוה. פירוש, רב פפא לטעמיה דאמר שיעבודא דאורייתא, כדאיתא בקידושין דאמר רב פפא הלכה מלווה על פה גובה מן היורשים שעבודא דאורייתא', ומבוי' דפי' דהא דס"ל לר"פ פריעת בע"ח מצוה הוא משום דשעבודא דאוי', וצ"ב מדוע הדברים תלויים זב"ז, דעד כאן לא מצינו בד' הראשונים אלא דר"פ דס"ל פריעת בע"ח מצוה מצי למסבר שעבודא דאוי', אך לא מצינו דאדרבה מכח דס"ל שעבודא דאוי' להכי ס"ל דפריעת בע"ח מצוה. והוא להיפוך ממש מד' הרמב"ן ודעימיה שהוכיחו מהא דס"ל לר"פ פריעת בע"ח מצוה, דס"ל שעבודא לאו דאוי'.

ולמש"נ נראה, דהנה הבעה"ת שם אזיל על ד' הגמ' בערכין שדנה על יתומים, ואמר ר"פ דהא דגובין מהם הוא משום דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, וע"ז הוקשה לו היאך אפשר להטיל עליהם את חובת אביהם, הא הוי מצות גברא בעלמא, ומזה הוכיח הבעה"ת דר"פ אזיל לטעמיה דס"ל שעבודא דאוי', דמשו"ה הוי מצוה דממונא, ובניו מתחייבים במצוותו.

¹³ והוא מוכרח, שהרי השעבוד הוא למפרע משעת ההלוואה, והשתא אי נימא דאיכא על היתומים מצוה בפני"ע, ומצוה זו גורמת לשעבוד לחול, א"כ בדין דלא יהא שעבוד אלא לכי גדלי, ולא יוכלו לגבות מכל הנכסים שהיו בזמן ההלוואה, אע"כ כנ"ל, דחלה עליהם מצות אביהם, והשעבוד הוא לקיים את מצוות אביהם.

ומאידך, כיון דסו"ס כל השעבוד הוא לקיים את המצווה דממונא, הרי דאם היתומים קטנים ולא בני מעבד מצווה ניהו, גם אין גובים מנכסיהם, וכד' התוס' הרא"ש הנ"ל, וא"ש היטב.

משמעות ד' הב"ח והלבוש דא"א לגבות מיניה מכח שעבוד נכסים, אלא רק מכח דין גופין על המצוות

יד. והנה כ"ז נתבאר לפום פשוטם של דברים, דאחר דאיכא דין שעבוד בנכסים, תו גובים מכח השעבוד, וא"צ לדינא דכופין על המצוות. וכן מבוי' בד' התוס' הרא"ש שם, דאם איכא שעבוד לא אכפת לן בחובת הלוה.

אכן בד' הב"ח והלבוש סי' ק"ז משמע באופ"א, דז"ל הב"ח שם, מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן וכו', נראה שמה שהוצרך לומר כמו שכופין את אביהם הוא לבאר דאין המצוה משום כבוד אביהן, וכו', אלא המצוה היא כשאר לוח בעצמו, **שמצוה מוטלת עליו**

לפרוע חובו מן התורה כשאר מצות עשה, כסוכה ולולב, ה"נ היתומין, המצוה מוטלת עליהן מן התורה כאילו היו הם הלווים בעצמם, ולכן כופין אותן כמו שכופין את אביהן דחייב מדאו', וכו', וכדאמר ר"פ מלוה ע"פ גובה מן היורשים **דשעבודא דאורייתא**.

וז"ל הלבוש שם 'וכופין אותו (היינו-את הלווה) לשלם כמו שכופין את האדם על כל שאר מצות עשה, **דדינא הוא שמכין אותו עד שתצא נפשו,** וכו', וכיון שכופין את הלוה לשלם משום מצוה, כופין ג"כ היורש שלו לקיים המצוה בממונו שירש ממנו, **שחלה שעבוד המצוה על הממון,** והלבוש גופיה כ' בסי' ל"ט דשעבודא דאו'.

טו] ומשמעות דבריהם, דאף דשעבודא דאו', מ"מ אם הלווה אינו משלם, א"א לרדת לנכסים מכח השעבוד, אלא בעי' לדינא דכופין על המצוות. וצ"ע טובא, דכיון דאיכא שעבוד מ"ט בעי' לדין כופין על המצוות, נירד לנכסיו ונקיים שעבודו.

סימן ל"א

שיטות הראשונים בביאור הפלוגתא אי שעבודא דא' או לא

דשעבודא דא' מקרא דיוציא אליך את העבוט, והאי קרא הא איירי במטלטלין.

אך נראה דזה אינו, דהא לדעת הרשב"ם קרא איירי במשכנו בשעת הלואתו, ונ' דבכה"ג לכו"ע מטלטלין משתעבדים, דהא טעמא דמטלטלין לא משתעבדים, כתבו הראשונים דהוא משום דהמלוה לא סמיך דעתיה עליה, כיון דהלוה יכול להבריחם, ולפ"ז פשוט דבמשכון בשעת הלואתו ל"ש לומר כן, שהרי המשכון הוי ביד המלוה.

ועד"ז נראה עוד, למבוי' בד' התומים סי' קי"ג סק"א והרש"ש ב"ב מ"ד ב', דכשעבד את המטלטלין בהדיא סמיך דעתיה ומשתעבדים מדאורי', ואך דחז"ל ביטלו משום דלא סמיך דעתיה, ולפ"ז א"ש, דהכא הא שיעבד להדיא, ובכה"ג מטלטלין משתעבדים מדאורי'.

שיטת הרמב"ן

ג. שיטת הרמב"ן, דמד"א שעבודא לאו דא' יליף לה מקרא דיוציא אליך את העבוט, דבהאי קרא מנעיה רחמנא לשליח ביי"ד מליכנס לביתו ליטול משכונו, והכתוב מצווה על הלוה שיעשה כן, אלמא שעבוד נכסים לאו דאורייתא, וביאר עוד הרמב"ן, דהאי מד"א ס"ל דפריעת בע"ח מצוה, וכמבוי' בכתובות פ"ו ע"א שרב כהנא הק' לר"פ, לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה, אמר לא ניחא לי למעבד מצוה מאי, והשיב לו ר"פ דתנינא דכופין על המצות, וכגון בשאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, וה"נ הכא. וכתב עוד הרמב"ן, דמ"מ מהך דינא דכופין על המצות אפשר לרדת גם לנכסיו, ד'כיון שהוא חייב לעשות כן, אם לא רצה

בביאור הפלוגתא בב"ב קע"ה ב', אי שעבודא דא' או לא, מצינו בראשונים ה' שיטות, ויש בזה נפק"מ רבות, וכמשי"ת בס"ד.

שיטת הרשב"ם

א. שיטת הרשב"ם, דמד"א שעבודא דא' יליף לה מקרא דיוציא אליך את העבוט, והו"ה למקרקעי, ובטעמיה דמד"א שעבודא לאו דא' פי' הרשב"ם, דס"ל דקרא איירי במשכנו שלא בשעת הלואתו, וביאור הדברים מצינו באמרי בינה דיני הלוואה סי' ב' בשינוי מועט, דס"ל לרשב"ם בטעמיה דמד"א שעבודא דא', דס"ל דלא שייך גדר של קנין שעבוד, דהוי קנין לחצאין, וא"א לשעבד אפי' בשפירשו בהדיא, וכד' הריטב"א בקי' י"ג ב', וחלוק בזה משכון בשעת הלואתו, דהוי זכות שעבוד, וניתן לשם כך, ומשא"כ משכון שלא בשעת הלואתו, דניתן לשם גביה ואית ליה קנין גמור ביה, כמבוי' בד' התוס' בקי' ח' ב' ד"ה משכון דאחרים¹.

וזה שכי' הרשב"ם דלמד"א שעבודא דא' קרא איירי במשכון בשעת הלואתו, שניתן לשם שעבוד, ומינה דשייך תורת קנין שעבוד, ומשא"כ למד"א שעבודא לאו דא', קרא איירי במשכון שלא בשעת הלואתו, ולהכי אין ללמוד מכאן דשייך מציאות של קנין שעבוד.

ב. והנה מצינו בד' הראשונים דעות חלוקות אם למד"א שעבודא דא', מטלטלין הוו בכלל השעבוד או לא, ובפשוטו היה נראה מד' הרשב"ם, דס"ל דמטלטלין הוו בכלל השעבוד, דהא לדידיה ילפי

¹ והגדר בזה נראה מד' הראשונים שם, דהמשכון ניתן לשם קנין גמור, ואך שיש בו תנאי שהלוה יכול לפדות את המשכון ולפרוע את החוב, ועיד"ז בטל הקנין למפרע, אך בתוס' ובראשונים בב"ק מ"ט ב' נראה בענין אחר, ואכ"מ.

בי"ד יורדין למיטב שלו ומקיימים לו מצותו, עכ"ד הרמב"ן.²

ולא נתפרש בד' הרמב"ן מהו המקור למד"א שעבודא דאוי, ומדבריו נראה דאדרבה, ההנחה הפשוטה היא דאיכא שעבוד נכסים, ובעי' ילפותא כדי לחדש שאין שעבוד נכסים.

וכפה"נ הטעם הוא, דהנכסים משתעבדים מדין ערב, דנכסי דבר אינוש ערבין ביה כמבוי בגמ' לעיל קע"ד א', וא"צ לזה קרא מפורש.³

ובבית יעקב כתובות פ"ו א' כתב דהרמב"ן כתב דמקרא דיוציא אליך את העבט ילפי' דשעבודא דאוי, וצ"ע שאין לזה רמז בד' הרמב"ן.

ד' הרמב"ן בשבועות בענין שעבוד מטלטלי

ד. והנה הרמב"ן בשבועות ל"ז ב' כתב בתו"ד וז"ל 'הילכך שעבוד מטלטלין הוא דרמי על כל מאי דאית ליה לדידיה, [ד]שעבודא דאורייתא, כדמוכח בפרק גט פשוט מוהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט החוצה', והיינו דהרמב"ן הוכיח דמטלטלין משתעבדים מדאוי, מפרק גט פשוט מוהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט.

וצ"ע דבדבריו בפי' גט פשוט מבוי' דלא ילפי' כלל לשעבודא דאורייתא מוהאיש אשר אתה נושה בו, ואדרבה, אי ילפי' מהך קרא הרי יש לנו ללמוד דשעבודא לאו דאוי, דלהכי רחמנא מנעיה משליח בי"ד מליכנס לביתו - ואך דמד"א שעבודא דאוי' ס"ל

² ועי' בבית יעקב כתובות פ"ו ע"א שכתב שהרמב"ן כתב דמאן דס"ל דקרא דיוציא אליך את העבט הוא למצוה, לדידיה א"א למילף מהך קרא דשעבודא דאוי, עכ"ד, וצ"ע שבד' הרמב"ן נראה עדיפא מינה, דהמקור לשיעבודא לאו דאורייתא הוא מהך קרא, דמהא דרחמנא מנעיה לשליח בי"ד ליכנס לביתו ליטול משכונו, והתורה ציוותה על הלוה שיעשה כן - מהא גופא ילפי' דפריעת בע"ח מצוה בעלמא.

³ ובד' הראשונים בכמה דוכתי מבוי' שדין שעבוד נלמד מדין ערב, עי' יד רמה בסוגין, רש"י גיטין נ' א' וקידושין י"ג ע"ב, סה"ת שער מ"ג אות ח', תוס' הרא"ש בסוגין, ויתבאר עוד להלן.

דקרא בא ללמד דבע"ח דינו בזיבורית, דלהכי רחמנא תלה את הדבר בלוה - ומהו שכתב הרמב"ן דמהך קרא יש לנו ללמוד דשעבודא דאורייתא במטלטלין.

והעירוני לנכון, דהביאור בד' הרמב"ן הוא, דהנה בסוגין כ' הרמב"ן דמד"א שעבודא ל"ד יליף לה מהך קרא דיוציא אליך את העבט, דלהכי רחמנא מנעיה לשליח בי"ד מליכנס לביתו ליטול משכונו, ועתה אי נימא דמטלטלין אינם משתעבדים כלל מדאוי, א"כ הרי אין לנו כל מקור מהך קרא דליכא שעבודא, שהרי הך קרא איירי במטלטלין, ולהכי רחמנא מנעיה מליכנס לביתו, וע"כ דלצד דשיעבודא דאוי, אף מטלטלין בכלל השעבוד, וז"ב.

ד' הגרש"ש בביאור מד"א פריעת בע"ח מצוה לדרך הרמב"ן

ה. ובמש"כ הרמב"ן דמד"א שעבודא ל"ד ס"ל דפריעת בע"ח מצוה, הק' הגרש"ש בשערי יושר שער ה' פ"ב, דלפ"ז הוי מצוה דאיסורא, וא"כ מ"ט ספק פרעון הוי לקולא כדין ספק ממונא, הא הוי דין איסור ודינו לחומרא. עוד הק' הגרש"ש, דא"כ היאך יכול אדם לחייב עצמו בקנין כמש"כ הראשונים בריש פ' מי שהיה נשוי, והיאך יוכל לחדש על עצמו מצוה חדשה. עוד הק' הגרש"ש עמש"כ הרמב"ן דלמד"א פריעת בע"ח מצוה נחתין לנכסיו ומקיימים מצותו על כרחו, וקשה דאכתי איך זכה המלוה במעות, הא הווי של הלוה, ועוד דמאי טעמא לא אמרי' כן גם בשאר מצות, כגון רבית, דנחתין לנכסיו ומקיימים מצותו בעל כרחו. ובקוב"ש הקשה עוד, דאי הוי מצוה בעלמא א"כ היאך שייך ביה ירושה, הא לית ליה לתובע זכותי ממון אלא הוי מצוה בעלמא על הנתבע.

ומכח זה כתב הגרש"ש, דהנה כתבו הראשונים בכמה דוכתי, שיש ב' שיעבודים, שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים, וכ' הגרש"ש שכל הויכוח אם שיעבודא דאוי או לא, הוא רק על השעבוד נכסים, אך הא פשיטא לכוי"ע שיש שעבוד הגוף קדום, והוא נלמד מן הסברא, ולהכי אפשר להתחייב בקנין, ולהכי ספיקו

לקולא, ולהכי שייך ביה ירושה, ומיושבות הקושיות הנ"ל.

וכתב עוד הגרש"ש, דמחמת הך שעבוד הגוף, אם תפס המלוה מעות, זכה בהן, ומשום שכל המניעה שיש בעלמא לזכות בנכסי אחר, הוא מכח בעלותו בממון, והכא כיון שהלוה חייב דמים למלוה, אין לו זכות בעלים לעכב מהמלוה לזכות במעותיו.

ומה שבגמ' בכתובות הקשה ר"כ לר"פ, 'לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה, אמר לא ניחא לי למעבד מצוה מאי', ביאר הגרש"ש, דהגם שאילו המלוה תפס ודאי זכה במעות, וכמש"כ לעיל, מ"מ ביי"ד אינו מתעבר בריב לא לו אלא רק להציל עשוק מעשוק, וכ"ז שייך רק בממון בעין, שא' מונע מחברו מלהחזיק בממונו, אך בשעבוד הגוף אין הלוה מעכב את המלוה בממון בעין, אלא יש רק חוב הגוף בעלמא, ואין כאן הצלת עשוק מעשוק, ולהכי בעי לשעבוד נכסים, דעיד"ז אית ליה למלוה זכות בעין בגוף הנכסים והבי"ד מחויב להציל עשוק מעשוק.

וזה שהק' ר"כ לר"פ, לדידך דליכא שעבוד נכסים, אמר לא ניח"ל למעבד מצוה מאי, ועי"ז ענה ר"פ דמ"מ כייפין ליה מדין כופין על המצות, ובזה כתב הרמב"ן, דמתורת כופין אפשר לרדת לנכסיו ולקיים מצותו בע"כ, והלוה זוכה בזה ממילא, שהרי יש לו שעבוד הגוף, ועד כאן לא בעי לתורת כפיה על המצות, אלא רק לענין שהבי"ד מחויב לכפותו. ומיושבת הקושיא איך הלוה זוכה, ומ"ט ברבית לא עבדי הכי, והיינו משום דברבית ליכא שעבוד הגוף, שהרי אי"ז חוב ממון גמור, עכתו"ד הגרש"ש בקיצור.

שיטת הרמ"ה

1. שיטת הרמ"ה, דמד"א שעבודא דאוי' יליף לה מקרא דיוציא אליך את העבוט, דאי אמרת דמדאורייתא ליכא שעבוד נכסים, אלא חיובא כוליה אגופיה דלוה הוא, אמאי מחייב למיתב ליה משכון למלוה, ליזיל ליה גופיה וליזבין וליפרע, אלא לאו ש"מ שעבודא דאורייתא.

ולדבריו ע"כ ילפי' לה ממשכון שלא בשעת הלואה, דאילו איירי במשכון בשעת הלואה פשיטא שהלוה יכול ליתן כל שירצה למלוה.

ובטעמיה דמד"א שעבודא ל"ד פי' הרמ"ה, דאיהו יליף מהך קרא דיוציא אליך את העבוט להיפך, דליכא אלא שעבוד הגוף, ומשו"ה הרשות ביד הלוה לתת משכון ממה שירצה, ואין ביד המלוה לקבוע איזה משכון יקבל, ולא נתפרש בדי' הרמ"ה מה יסוד פלוגתתם של ב' המד"א, ומה ישיב מד"א שעבודא דאוי' על הא שביד המלוה לקבוע איזה ממון לתת, ומה ישיב מד"א שעבודא לאו דאוי' על הא דיש זכות למלוה ליטול ממון לשם משכון, ולהלן יתבאר בזה מעט.

ובהמשך דבריו כ' הרמ"ה, דלדרך זו ע"כ דאיכא שעבודא גם במטלטלין, שהרי קרא איירי במטלטלין, ור"מ היא דאמר מטלטלי לכתובה משתעבדי⁴.

ולהלן קע"ו א' כתב הרמ"ה, דר"פ פליג בזה וס"ל דשעבודא דאוי', וילפי' לה מדין ערב, וכ"ז רק במקרקעי, דסמכא דעתיה דמלוה עליהו כיון שהלוה אינו יכול להבריחם, ומשא"כ במטלטלין דלא סמכא דעתיה עליהו וליכא לשעבודי מדין ערב, דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות שלא על אמונתו הלוהו, ובהמשך דבריו כתב דה"מ מלקוחות, אבל מיניה דלוה אפי' מגלימא דעל כתפיה, דקרא מיניה דלוה כתיב ואמר קרא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה, עכ"ד הרמ"ה⁵.

⁴ ומבו' בדבריו ב' חידושים, חדא דר"מ קאמר דינא דאוי', ועוד דכתובה לאו דוקא אלא הו"ה בע"ח, ומד' שא"ר בכמה דוכתי אין נראה כן.

⁵ והנה בחי' הגרש"ש ב"ק סי' כ"ט שכתב דהא דאמר' נכסי דבר איניש ערבין ביה, הוא רק משל בעלמא, אך אי"ז דין ערב ממש, ומד' הרמ"ה הנ"ל מבו' שלא כדבריו, אלא דאית בהו דין ערב ממש. וכ"מ בדי' רש"י גיטין נ' א' שכתב וז"ל 'שהרי שעבדה לו ונעשה קרקע זו ערב למלוה, וערב משתעבד מה"ת דכתיב אנכי אערבני'.

ביאור ראיית הגמ' מד' עולא שבע"ח דינו בזיבורית - לדרך הרמ"ה

ז. והנה הגמ' הוכיחה בדעת עולא דס"ל שעבודא דאוי, דעולא אמר ד"ת בע"ח דינו בזיבורית, ויליף לה מקרא דיוציא אליך את העבוט החוצה, מה דרכו של אדם להוציא, פחות שבכלים, ומינה דשעבודא דאוי, והראשונים טרחו לפרש מה הראיה מעולא, ועי' ברמ"ה שהביא את ד' עולא, וסיים 'אלמא מדאורייתא משתעבדא ליה זיבורית לבע"ח'.

עוד יש להוסיף בזה, דהנה בחי' חמדת שלמה קידושין י"ג ב' ובחזו"א ב"ק ס' ט"ו סק"ג כתבו דאף למד"א שעבודא דאוי, אין השעבוד חל ממילא אלא האדם הוא המשעבד נויש לדון בזה מדי' התוס' בב"ב קנ"ז ע"א, דמשמע בדבריהם דשעבוד חייל ממילא ולא ע"י הגברא].

ובד' הרמ"ה לפנינו לכא' מוכרח כדבריהם, דמלבד דבפשוטו דין ערב הוא קבלת התחייבות וכמבוי בד' הגמ' ב"ב קע"ג ב' שדנה אם אית ביה משום אסמכתא או לא, גם הנה לכא' הוא מוכרח מיניה וביה, דהנה אף אי נימא דיסוד חיובו של ערב הוא חיוב התורה, מ"מ הא פשיטא דצריך שיקדם לזה מה שהערב קיבל על עצמו שאם הלוח לא יפרע הוא ישלם ועל סמך זה הוציא המלוה את מעותיו, ושוב חייבתו התורה מדין ערב, וכ"ז שייך בגברא שמעמיד את עצמו כערב, אך בנכסים לכא' לא מתחיל ענין הערבות, דאין לומר שהמלוה סמך עליהם שבאם לא יהיה ללוה מה לשלם יגבה מהנכסים המשועבדים, דמה"ת לו שמשעבדים אף כשנמכרו, הא אין פרשת ערבות כזו בתורה, וא"כ אין מהיכא להחיל בנכסים דין ערב, וערבך ערבא צריך. וע"כ דהיינו שהגברא מכוון לשעבד את הנכסים ולעשותם ערבים לקיום החוב, ושעבודם חייל מדין ערב.

והנה החזו"א שם כתב וז"ל 'שהוא קונה השעבוד במעותיו', ומדבריו משמע דהשעבוד חל ע"י הדמים, ומדין קנין כסף, והעירוני דכ"ה מבוי בסוגיא בב"מ מ"ח א' דאפשר להשתמש בדמי הלואה כדמי מקח. אך בד' הרמ"ה לפנינו אין נראה כן, דהרמ"ה כתב וז"ל 'ודוקא במקרקעי דסמכא דעתיה עליה דלא יכיל לאברוחינהו מיניה, אבל מטלטלי דלא סמכא דעתיה עליהו ליכא לשעבודי מדין ערב, דהו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דלא משתעבד שלא בקנין שלא על אמונתו הלוהו, ומדבריו מבוי דמקרקעי משתעבדים שלא בקנין, דהוי ממש כדין ערב שמשעבד שלא בקנין, ואילו לד' החזו"א לעולם גם מקרקעי משתעבדים בקנין, ואך דמי ההלואה הוה הקנין.

ודבריו צע"ר, שהרי למבוי לעיל בדבריו, בעיקר הדין לא פליגי כלל ב' המד"א, ולתרווייהו מתפרש קרא במשכון שלא בשעת הלואתו, וכל המחלוקת היא היאך לפרש הך קרא, דמד"א שעבודא דאוי למד דע"כ דאיכא שעבודא, דאל"כ לא היה למלוה זכות ליטול משכון, ומד"א שעבודא לאו דאוי ס"ל דכיון שהכח ביד הלוח לקבוע איזה משכון לתת, ע"כ שעבודא לאו דאוי, ועתה לכא' הא דינו של עולא מתפרש לב' הצדדים, דכיון שהתורה מסרה את הזכות לקבוע איזה משכון לתת ביד הלוח, ע"כ דבע"ח דינו בזיבורית.

והעירוני לפרש היטב בזה, דהנה הרמ"ה כתב דמאן דס"ל שעבודא לאו דאוי, למד ד"ז מהא דביד הלוח לקבוע איזה משכון לתת למלוה, דאי שעבודא דאוי בדין שהמלוה הוא זה שיקבע איזה משכון לתת, ונראה דמד"א שעבודא דאוי למד דבאמת אין כוונת הפסוק שהלוח הוא הקובע איזה משכון לתת, אלא הוא דין בעיקר חלות השעבוד, דחלות השעבוד וזכות הגביה חלים על זיבורית, וזה המכוון במה שאמרו 'מה דרכו' של אדם להוציא זיבורית, דהכל תלוי במה שדרך ב"א להוציא, ומזה יליף עולא דבע"ח דינו בזיבורית⁶, ומשא"כ למאן דס"ל שעבודא לאו דאוי, לדידיה אין מקור ללמוד שדינו של בע"ח בזיבורית, אלא הכל תלוי בלוח, ובמה שירצה ישלם⁷.

והוא מדויק היטב בל' הרמ"ה שכתב על דברי עולא 'אלמא מדאוי' משתעבדא ליה זיבורית לבע"ח, וכ"ה ברשב"ם וז"ל 'אלמא שעבודא זיבורית דאורייתא', ולשון זו צ"ע, שהרי ודאי דאף שאר השדות משועבדות למלוה, אך להני"ל אי"ש היטב, דכוונת

⁶ ונפק"מ בזה למבוי בד' התוס' בב"ק ח' ב' וברמב"ן כתובות צ"ב א' דאית ליה לבע"ח זכות לגבות זיבורית, והלוח לא מצי לסלקו בעידית או בינונית.

⁷ ועי' בחי' ר' שמואל ב"ק ס"י ז' הערה ה' שהביא דבנידו"ז נחלקו הראשונים, אם מה שאמרו בע"ח דינו בזיבורית היינו דאית ליה זכות ותביעה על זיבורית, או היינו דהכל תלוי ברצון הלוח. ולנתבאר בדעת הרמ"ה עולה, דבזה גופא פליגי ב' המד"א אי שעבודא דאוי או לא.

הראשונים דבעיקר חלות השעבוד יש קדימה לשעבוד זיבורית על פני שאר השדות, ומזה מוכח דס"ל לעולא שעבודא דאורי, וכמשי"נ.

ד' התוס', ג' דרכים בביאור דבריהם

ח. שיטת התוס', דמיניה לכו"ע יורדין לנכסיו, דהא פשיטא שחייב לשלם, ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע ימכור ויתן לו מעות, אלא בשעבוד לקוחות מיירי, ולמד"א שעבודא לאו דאורי, אינם משתעבדים אפי' בשכתב אחריות בהדיא, דלא שייך קנין שעבוד, וכד' הריטב"א קי' י"ג ב' דהוי קנין לחצאין, ולמד"א שעבודא דאורי שפיר משתעבדים.

ומבו' בד' התוס' דמיניה ודאי יורדין לנכסיו, ונחלקו בזה האחרונים, הקצוה"ח בסי' ל"ט סק"א נקט דשיטת התוס' היא כשיטת הרמב"ן, דהא דיורדין לנכסיו למד"א שעבודא לאו דאורי הוא מדין כופין על המצוות, והנתה"מ בסי' ל"ט סק"ב נקט בביאור ד' התוס', דלב' המד"א איכא שעבוד נכסים, ואך דבהא פליגי, דמד"א שעבודא דאורי ס"ל דשעבוד הוי כקנין ואינו יכול למכור ולהוריש, ומאן דס"ל לאו דאורי, ס"ל דמכאן ולהבא גובה ולא אלים בשעת שעבוד כקנין, וכשמכר והוריש קודם הגביה שוב אינו יכול למכור מהם.

ט. ובאמת מפשטות ל' התוס' לא משמע כד' הקצוה"ח, דהתוס' סתמו דמיניה ידידה פשיטא שחייב לשלם, ולד' הקצוה"ח עיקר חסר מהספר, והול"ל דיורדין לנכסיו מדין כופין על המצוות.

והעירוני עוד, דלכא' יש להוכיח עוד שלא כד' הקצוה"ח, ממשוה"ק התוס' ד"ה גבו קרקע, מה הוכיחה הגמ' מדברי רבה גבו קרקע יש לו, דס"ל שעבודא דאורי, הא איירי מיניה, ועיי"ש מה שתירצו, והעולה מדבריהם דלא סגי בשעבוד דמיניה אלא בעי' שעבוד אלים דמהני לגבות מלקוחות. והשתא לד' הקצוה"ח לא מובן מאי קשיא להו, דמה אכפת לי דאיירי מיניה, הא למד"א שעבודא לאו דאורי גם מיניה ליכא שעבוד, וכל הא דגובין מנכסיו אינו אלא

מדין כופין על המצוות, וע"כ לכא' דגובין מעיקר הדין.

י. אמנם בל' התוס' לא משמע כ"כ גם כד' הנתה"מ, דהתוס' כתבו בהא דגובין מיניה וז"ל 'דהא פשיטא שחייב לשלם, ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך אלא יתן לו סובין או קרקע ימכר ויתן לו מעות', והשתא אי נימא דהא דגובין מנכסים הוא משום השעבוד נכסים, צ"ע מה כתבו התוס' 'דהא פשיטא שחייב לשלם, ומה בכך, מ"מ אין בזה כדי לירד לנכסיו, והול"ל דאיכא שעבוד נכסים.

גם מהמשך לשונם 'ואם אין לו מעות פשיטא דאינו פטור בכך' וכו', נראה שדנו על חיוב הגוף ידידה ולא על השעבוד נכסים, דאילו דנו על השעבוד נכסים מה חידשו, הא הוי מילתא דפשיטא דכל נכסיו משועבדים לגבית החוב ולא רק מעות.

יא. ובפשוטו נראה מדבריהם, דע"מ לגבות מיניה ל"ב כלל לשעבוד נכסים, אלא די בשעבוד הגוף, ושלא כד' הגרש"ש שהובאו לעיל סק"ה, וכל נדון התוס' היה על החיוב דמיניה, ובזה ס"ד דהתוס' דכיון דעיקר החיוב שעל הלוח הוא ממון, אינו חייב רק דמים, ואם אין לו דמים פטור מלשלם, דחפצים ל"ה ממון, שהרי עיקר יעודם להשתמש בהם, וע"ז חידשו התוס' דמ"מ פשיטא שאינו פטור בכך אלא יתן סובין או קרקע⁸.

ועי' בתוס' הרא"ש שכתב דלרבה ליכא שעבוד נכסים, ומ"מ נחתנין לנכסיה לגבות מטלטלי או זוזי, משום דזוזי דאינהו מטלטלי אוזפיה, אבל מקרקעי לא משעבדי, ומבו' בדבריו דחלוק מטלטלי ממקרקעי, והביאור נראה דמטלטלי נידונים כערך ממון, כיון דדרכם לימכר, כי על כן במטלטלי כל מילי הוי מיטב, ומשא"כ קרקעות נידונים כחפצא ששימוש בגופו ולא כממון, כיון שאין דרכם לימכר כ"כ, ולהכי א"א לירד לנכסיו לגבות מקרקעי.

⁸ וצ"ע לשונם 'או קרקע ימכור', דהגם שיש מקום לחלק בין קרקע למטלטלין, וכמו שיתבאר בסמוך, מ"מ ודאי דאינו חייב למכור קרקע וליתן דמים אלא יכול לפרוע בקרקע עצמה.

יב. ועיקר הענין שנת' בד' התוס' דלגבות מיניה ל"ב לשעבוד נכסים, העירוני להוכיח כן מד' הראב"ד לעיל קע"ד א', דשם בסוגיא איתא דההוא דיינא דאחתיה לנכסי דלוה מקמי דלתבעיה ללוה, סלקיה רב חנין בריה דרב ייבא, ופירש רבא טעמו, משום דנכסי דבר איניש איננו מערבין יתיה, וק"ל לא יתבע ערב תחילה, ובפשוטו היינו שהדיין הוריד את המלוה לבני חורי דלוה, וכ"נ ברשב"ם, אך בשטמ"ק שם הביא בשם הראב"ד שכתב דהיינו דאחתיה למשעבדי דלוה, דאילו בני חרי ידיה הוו כבע"ח ולא כערבים, ולכא' כוונתו דמיניה ידיה ל"ב לשעבוד נכסים אלא אפשר לגבות מצד השעבוד הגוף.

ואמנם מד' הרשב"ם שפירש דאיירי מיניה ידיה אין הכרח דס"ל דבשביל לגבות מהנכסים בע"י לשעבוד נכסים ולא די בשעבוד הגוף, די"ל דאף דסגי בשעבוד הגוף מ"מ אית ביה לדינא דאין נפרעין מהערב תחילה, דהטעם שאין נפרעין מהערב תחילה פי' הרשב"ם דהיינו משום דלמא מפצי ליה ליה, וה"נ בנכסים אמרי' שמא יסלקנו במעות ולא יצטרך לירד לנכסיו.

ובעיקר הנדון אם לגבות מיניה ידיה בע"י שעבוד נכסים או לא, ע"י בסי' ל"ג מה שיתבאר בזה.

שיטת תוס' הרא"ש

יג. שיטת תוס' הרא"ש, יעוין בשטמ"ק בסוגין שהביא ד' הרא"ש, ולשונו מגומגם וחסר, וע"י בהערה שלשונו הועתקה וחולקה לקטעים⁹.

⁹ זה לשון תוס' הרא"ש [לשונו חולקה לקטעים ע"מ להקל את הבנת דבריו]:

[א] והאמר עולא בעל חוב דינו בזבורית, [תימה] ואפילו לא הוי דאורייתא מכל מקום מיניה גבי אפילו מגלימא דעל כתפיה. ושמא עולא אמרה אהא דאמר אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ואפילו הן זבורית, דמשום פסידת לקוחות אוקפא דאורייתא, ומייתי התם תלמודא הך דעולא, ומיהו לא אשכחן מילתא דעולא אהך בהדיא, ושמא מדקאמר בזבורית משמע דבקרע זבורית קאמר מדלא קאמר סובין.

וסדר דבריו, דבתחילה הקשה מה הראיה מהא דעולא דאמר ד"ת בע"ח דינו בזיבורית, דהא איירי מיניה, וע"ז תירץ כד' התוס' דמדאמר עולא זיבורית ולא סובין מוכח דאיירי מלקוחות.

אח"כ הק' תוס' הרא"ש דמ"מ מה המקור דשעבודא דאוי, דליכא למימר דילפי' לה מקרא דיוציא אליך את העבט, דהאי קרא איירי מיניה, ומיניה לכו"ע גובין (עד כאן הוא ביאור ד' הרא"ש באות א').

וע"ז כפה"נ תירץ תוס' הרא"ש, דהא דשעבודא דאוי הוי מסברא, מדין ערב, דנכסי דבר איניש ערבין ביה, וחדש הרא"ש דאף מד"א שעבודא לאו דאוי מודה

[ב] מיהו קשיא לי מנא לן דשעבודא דאורייתא מלקוחות, דקרא דיוציא אליך העבט היינו מיניה.

ופירוש השמועה כך אמר עולא דבר תורה כו' עד מה טעם שעבודא דאורייתא, כלומר משעת הלואה חל שעבוד המלוה על נכסי הלוה, ואף על גב שלא הגיע זמן הפרעון, והוו כאלו הן ממושכנין לה, ואי אקדיש ליה אתי מלוה וטריף כדאמרין בפרק כל שעה, וכיון דחל שעבוד (הלואה) עליה מיד, אי זבנינהו גובה מנכסים משועבדים משום דחל שעבוד ידיה מעיקרא.

[ג] והשתא פריך שפיר והאמר רבה גבו קרקע יש לו ואי אמרת שעבודא דקודם זמן הפרעון לאו דאורייתא אם כן הוה ליה ראוי, אבל אי אמרין שעבודא דאורייתא ניחא, דכיון דשעבוד אביהם חל בחייו לא הוי ראוי ובכור נוטל בה פי שנים.

[ד] ורבה אמר שעבודא לאו דאורייתא, דמדאורייתא לא נחתין לנכסיה אלא מנדין אותו או מכין אותו בשוטים עד שיפרע, ודריש קרא כפשטיה בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך כו' כיון דנכסי דאיניש איננו ערבין ביה, רבה לטעמיה דאמר איהו ורב יוסף לעיל דלא יתבע מן הערב כלל דמצי אמר גברא אשלימת (לך) [לי] גברא אשלימת לך וכיון דקאי איהו לא נחתין לנכסיה. ואפילו אם תמצא לומר דנחתין לנכסיה הני מילי מטלטלי או זוזי, משום דזוזי דאינהו מטלטלי אוזפיה, אבל מקרקעי לא משעבדי, ומדאורייתא אם מקדיש ליה קדישי, אלא רבנן אמרו דמשעבדי למלוה ולא מצי ליה לאקדושינהו, ואם הקדישן לא קדישי אלא מדרבי אבהו.

[ה] והשתא פריך שפיר מדעולא דאמר דבר תורה בעל חוב בזבורית, משום דנכסי ליה משועבדים משעת הלואה. עכ"ל תוס' הרא"ש.

לזה, ושורש מחלוקתם היא אימתי חל הך שעבוד ערבות, והיינו דע"מ לגבות מלקוחות בע"י שהשעבוד יחול כבר מזמן הלואה ולא בזמן הפרעון, דעיד"ז קדמה זכותו של המלוה על פני הלקוחות (עד כאן הוא ביאור ד' הרא"ש באות ב').

יד. ועפ"ז תירץ הרא"ש את קושית התוס', היאך מוכיחין מדרבה דאמר דבכור נוטל פי שנים בקרקע, דס"ל שעבודא דאורייתא, שהקשו בזה התוס' ד"ה גבו קרקע דמאי הוכחה בזה, הא הוי מיניה, ומיניה לכו"ע גובין, וע"ז תירץ הרא"ש דע"מ לאשוויי לבכור מוחזק בע"י לשעבוד כבר מזמן שאביהם היה חי, ואילו שעבוד דמיניה – למד"א שעבודא לאו דאורייתא – אינו חל אלא מזמן הפרעון (עד כאן הוא ביאור ד' הרא"ש באות ג').

טו. אח"כ ביאר הרא"ש את דעתו של רבה דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, וביאר דרבה אזיל לטעמיה, והיינו דלעיל קע"ג ב' איתא 'המלוה את חברו ע"י ערב לא יפרע מן הערב', וביאר רבה דהמכוון בזה שאין הערב חייב לשלם כל שהלואה בפנינו – אף אם אינו משלם, וכל חיוב הערבות הוא רק על אופן שהלואה ימות או יברח, וע"ז הק' שם ר"נ דהוי דין בלא טעם, דלהכי נכנס בערבות, שאם אין נכסים ללוה ישלם תחתיו את הממון, ולכן מפרש ר"נ דכוונת המשנה היא שלא יתבע את הערב תחילה, אך אם תבע את הלוה ואין לו מה לשלם, שפיר גובה מהערב.

וזה שכי' הרא"ש, דלדעת רבה לעולם א"א לגבות מנכסים אף מיניה דידיה, דהגם דנכסי דבר איניש ערבין ביה, מ"מ כל שהלואה בפנינו לא נתחייב הערב.

וכתב הרא"ש דרבה דריש קרא כפשטיה, והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבט החוצה, ובכוונתו נ' כד' הרמב"ן שהובאו לעיל סק"ג, דמהך קרא מוכח דשעבודא לאו דאורייתא, דלהכי מנעיה רחמנא לשליח ביי"ד מליכנס לביתו.

טז. והוסיף הרא"ש, דאפ"י את"ל דנחתין לנכסיה, ה"מ זוזי או מטלטלי, דאינהו אוזפיה, אבל מקרקעי לא משעבדי, וכוונתו דגם אם נאמר דלעצם גבית

החוב ל"ב לשעבוד נכסים, אלא אפשר לגבותו משום תביעת 'ממוני גבך', כ"ז בזוזי או מטלטלי, דאינהו חשיבי 'ממוני', אך מקרקעי לא חשיבי 'ממוני' אלא 'חפצא' כמש"נ לעיל סק"ט, ואין בזה משום תביעת ממוני גבך, אלא בע"י לשעבוד נכסים וליכא (עד כאן הוא ביאור ד' הרא"ש באות ה').

והנה לעיל מבוי' בדבריו דיש צד נוסף, דהנכסים משתעבדים מזמן הפרעון, וזה לכא' א"ש אף לדעת ר"נ דדינא דמתני' הוא דלא יתבע את הערב תחילה, וזה כנראה טעמם של ר"ש דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, דרחוק לומר דס"ל כרבה התם, וכל מה שביאר עתה בדעת רבה דאזיל לשיטתו דס"ל דמצי אמר הערב גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך, לכא' הוא רק לרווחא דמלתא, לפי שכן הוא האמת.

ובסוף דבריו ביאר הרא"ש, דלפ"ז א"ש הא דמוכחין מעולא דאמר ד"ת בע"ח דינו בזיבורית, דס"ל שעבודא דאורייתא, דמד' עולא מוכח דשעבוד נכסים הוי משעת הלואה, עכ"ד, וצ"ע כוונתו¹⁰.

ובביאור מש"כ הרא"ש דרבה אזיל לטעמיה דס"ל דאין הערב חייב לשלם כל שהלואה בפנינו, צע"ט דא"כ בדין שכשהלואה מת או ברח יגבו מהיורשין ומהלקוחות, והרי לא כן הוא הדין, ודבריו נתבארו בס"ד בסי' ד' סק"ד.

¹⁰ ויל"פ למה שנת' בסי' ד' הערה 1 בביאור השעבוד דאיכא למד"א שעבודא לאו דאורייתא, דא"י דין ממון בגוף הנכסים אלא זכות גבייה בעלמא על השעבוד הגוף, ולפ"ז י"ל ע"ד שנת' סק"ז, דמפשטיה דהך קרא אין ללמוד דבע"ח דינו בזיבורית, די"ל דדינו של בע"ח במה שיחפץ הלוה ליתן לו, ונפק"מ שאין לבע"ח זכות תביעה על זיבורית, אלא דמד"א שעבודא דאורייתא ס"ל דע"כ כוונת התורה דבע"ח דינו בזיבורית, דלדידה אית ליה למלוה זכות וקנין בעצם הנכסים, ואינו בדין שיחא ביד הלוה לקבוע במה להגבותו, ומשא"כ למד"א שעבודא לאו דאורייתא ליכא לבע"ח אלא זכות גבייה בעלמא על השעבוד הגוף, ושפיר מתפרש קרא דדינו של הבע"ח במה שירצה הלוה ליתן לו, ואין מקור לומר שבע"ח דינו בזיבורית, ומדיליף עולא דבע"ח דינו בזיבורית, ע"כ דס"ל שעבודא דאורייתא.

סימן ל"ב

בגדר דין נכסי דבר איניש ערבין ביה

שמעון, ויש לשניהם שדה בשותפות, ודעת ר' ירמיה דגובין מהשדה, שהרי שדה זו משועבדת בחציה ממנ"פ, ורבא פליג ואמר 'מכדי נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה ולערב מצי תבע ליה, והתנן המלוה את חבירו על ידי ערב לא יפרע מן הערב, וקי"ל דלא יתבע מן הערב תחלה'.

ושם ב' מב' עוד, דהו"ה בקנה א' מהם שדה מחברו, דאע"פ ששדה זו משועבדת בתורת ודאי - דאילו הלוקח הוא הלוה, משועבדת מצידו, ואילו המוכר הוא הלוה, משועבדת מצד הלוואת המוכר - מ"מ דעת רבא שאין גובין מהלוקח, מהאי טעמא דלא יתבע את הערב עד שיתבע את הלוה תחילה, והכא א"א לתבוע א' משניהם, דכל א' מדחי ליה והממע"ה.

וצ"ע לדעת הראב"ד שבגבייה מבנ"ח א"צ להגיע לדין ערב, דהרי בגמ' בכורות איירינן בגבייה מבנ"ח, ואעפ"כ אמר רבא שהגבייה מהשדה היא מדין ערב.

אך נ' דקושיא מעיקרא ליתא, דכל מה דלא בעינן לדין ערב בגבייה מיניה, היינו רק משום שיש לבע"ח תביעה ברורה מיניה ידידה, אבל בההיא דבכורות הא א"א לתבוע מיניה ידידה, דכ"א מדחה לחבירו, ואין הגבייה אלא מכח שעבוד נכסים מדין ערב, ובזה שפיר אמרו בגמ' דאי ליכא ליה ליכא ערב, וז"ב.

בד' הרשב"א בגיטין נ' ב' שחילק בין שעבוד נכסים לשעבוד ערב

ג. הגמ' בגיטין נ' ב' הסתפקה אי תקנו את התקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום נכסים בנ"ח אף במתנה או לא, ובחי' הרשב"א שם הקשה וז"ל '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,

בד' הראב"ד שבגביית נכסים בנ"ח א"צ לדין ערב

א. ב"ב קע"ד א' '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 חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב, וקי"ל לא יתבע ערב תחלה'.

ובפשוטו איירינן שגבה מנכסי הלוה, אלא שלא תבע ממנו קודם, וכן פירשו הר"ף כתובות מ"ח ב', הרשב"ם והרמ"ה והמאירי בסוגיין, והרא"ש כתובות פ"ט סי' כ"ז, וכן מבואר מד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב'.

ומבואר דגבייה מנכסים, ואפילו בנ"ח, אינה אלא מדין ערב, ולא מצד שעבוד הגוף דמיניה¹, וע"י להלן סק"ד שיתבאר לדון אם בכל גוונא דנים כן.

אמנם הראב"ד בשטמ"ק כאן, וכן מב' מדבריו בהשגות לר"ף גיטין כ"ד ב', כתב וז"ל 'פירוש, דאחתיה למשעבדי דלוה מקמיה דלשבעיה לוח דלית ליה נכסי², ואינהו נינהו דהוה כערבים דיליה, ובני חרי דיליה הוה כבעל חוב', ומבואר שאין צורך לבוא לדין ערב בגבייה מבנ"ח, אלא גובים מדין שעבוד הגוף, ולכן אילו היה מגבהו מבנ"ח, לא מסלקינן ליה.

תמיהה ע"ז מהגמ' בבכורות, ישוב התמיהה

ב. והנה בבכורות מ"ח א' דנה הגמ' בא' שמוציא שט"ח על יוסף בן שמעון, ובעיר זו יש ב' יוסף בן

¹ והדברים יתבארו עפ"מ ש"כ הגרש"ש שע"י ש"ה פ"ב, דבי"ד אינם יכולים להגבות מכח שעבוד הגוף, אלא רק מכח שעבוד נכסים, וע"י בסימן ל"ד מה שנתבאר בזה.

² הא דפירש דאיירי קודם שנשבע הלוה, נ' כוונתו דאל"ה אלא שלא תבע את הלוה כלל, פשיטא שלא היה מגבהו ההוא דיינא ממשעבדי.

וגבי לקוחות נמי אמאי איצטריכו לתקוני, הא מדינא לא גבי מהאי טעמא דאמרן.

סתירה בד' הרשב"א אם בגביית בני"ח בעי' לדין ערב, וישב הסתירה

ד. ומבואר ברשב"א, דגבייה מיניה אינה מדין ערב, ומשא"כ גבייה מלקוחות ומתנה. והעירונו להקשות בזה, דהרי בגמ' ב"ב קע"ד א' מבואר דגם גבייה מבני"ח ידידה היא מדין ערב, וא"כ מאי קשיא ליה להרשב"א³.

ומבני החבורה יש שר"ל, דלעולם מודו הראשונים להראב"ד דבגבייה מבני"ח לא בעינן לדין ערבות דשעבוד נכסים, וכל הא דבב"ב הוצרכו לדין ערב, היינו מפני שהגבו לבעי"ח בלא שתבע ללוה, והיינו שא"א לכפות את הלוה על השעבוד דמיניה בלא שתבעוהו כלל, אך היכא שתבע את הלוה, והלה לא שילם, שפיר אפשר לכפותו על שעבודו, וגובין מנכסי ידידה בע"כ מדין מיניה, ולא בעי' לשעבוד נכסים מדין ערב, וא"ש ד' הרשב"א דגבייה מבני"ח חשיבא גבייה מיניה⁴.

אך צ"ע מד' הרשב"א בב"ב קע"ג ב', שכתב 'כל שיש לו ללוה נכסים ידועים, לעולם אינו גובה מן הערב כל

שהוא יכול לגבות מן הלוה. ואע"פ שאמרו דנכסיה דבר איניש אינון ערבין ביה כדאיתא בסמוך, מ"מ יותר הן משתעבדים הנכסים של לוח מנכסי הערב דעלמא, ועל דעת כן נעשה לו זה ערב, שיפרע תחלה מן הערבים שהם שלו, דהיינו נכסים שלו, קודם שיפרע ממנו.

והיינו שהוקשה לרשב"א מדוע גובין מנכסי ידידה ואין גובין מהערב, הא תרוייהו ערבין ניהו, ומאי אולמיה האי מהאי, וע"ז תירץ הרשב"א דמ"מ נכסי ידידה יותר ערבין מהערב, ומבוי' לכא' דאף בגבייה מבני"ח ידידה בעי' לדין ערב, ואין זה מצד שעבוד הגוף⁵.

אך אפשר שכוונת הרשב"א דבכל גוויי גובין מנכסים ידידה ולא מהערב, אף בגוונא שא"א לגבות מצד מיניה, כגון בגבייה שלא בפניו - שלמשי"נ לעיל בעי' לדין ערב - וע"ז הוקשה לרשב"א מאי אולמיה האי מהאי, וע"ז תירץ דנכסים ידידה הוו ערבין טפי. וקצת מדויק כן ממש"כ הרשב"א 'כל שיש לו ללוה נכסים ידועים, לעולם אינו גובה מן הערב כל שהוא יכול לגבות מן הלוה'.

ביאור תירוצי הרשב"א בגיטין - חילוק בין שעבוד נכסים לשעבוד ערב

ה. ותירץ הרשב"א בגיטין וז"ל 'וי"ל דלאו ערבין לגמרי קאמר, דטעמא דערב משום דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוה לאיפרועי מיניה, ומלוה גופיה עיקר שעבודיה ליתיה אערב אלא אלוה, אבל גבי נכסי דלוה ודאי עיקר אסמכתיה עליה, ולוה נמי בעידן מלוה גמר ומשעבד כולוהו נכסיה, והלכך אי לאו תקנתא דעבוד רבנן גבי לקוחות, הוה אמינא כיון דעיקר שעבודיה אהאי בינונית הות, אע"ג דשייר לוח זבורית קמיה מלוה, כי גבי מבינונית דהוה שעבודיה עליה גבי, דא"ל מלוה ללוקח ארעא ידידי גבי דידך היא, ומשום פסידא דלקוחות אמור רבנן דזבורית דבני חרי ליגבי, בינונית

³ ואף אי נימא דנכסי דיניה הוו ערבין טפי - ע"ד המבואר בראשונים ב"ב קע"ג ב' בענין אחר - מ"מ הרשב"א הקשה מהדין דלא יתבע מן הערב תחילה, ומשמע דהגבייה מנכסי ידידה אינה מדין ערב כלל.

⁴ ואמנם לפ"ז צ"ע מדוע הרשב"א בגיטין לא תירץ דאיצטריך לתקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני"ח, במקום דהערב שלא בפנינו, דאז א"א לגבות מנכסיו מדין מיניה, אלא רק מדין ערב, ותו אא"ל ביה לדינא דאין נפרעין מהערב תחילה. ואולי משום דאכתי לא יתיישב, דמ"מ נכסי ידידה הוו ערבין טפי, דאחכי נפרעין מנכסי הלוה תחילה ולא מנכסי הערב, וכמשי"נ בהערה הקודמת.

ואמנם הוא חידוש לדון שגם בנכסים ידידה שייך לחלק בין גוונא דהוו ברשותו לגוונא שמכרם, דהיה מקום לומר דכל דהוו נכסים ידידה, שעבודם שווה, ואין חילוק בין אם הוו ברשותו ובין אם מכרם, ועי' סי' ו' סק"ה.

⁵ ואין לומר שכוונתו בגביה מלקוחות, דע"ז דן בהמשך דבריו, עיי"ש.

דמשעבדי לא ליגבי, הלכך גבי מתנה אי לא עבוד בה תקנתא מבינונית דמתנה גבי.

ותשובת הרשב"א מתחלקת לבי' ענינים: א', שבסתם ערב עיקר שעבוד המלוה הוא על הלווה ולא על הערב, ומשא"כ בערבות דנכסים, עיקר דעת המלוה הוא על הנכסים, ולוה נמי גמר ומשעבדם בעידן מלוה.

ב', משו"ה אם ללוה יש זיבורית וביד הלקוחות יש בינונית, גובה מהבינונית, דעיקר שעבודיה הוא בבינונית. ומשא"כ בסתם ערב, כיון דעיקר שיעבודיה על הלוה, אינו יכול לגבות מהערב, אפי' כשביד הלוה יש זיבורית וביד הערב יש בינונית, אלא כשאין ללוה נכסים כלל⁶.

ו. וביתר ביאור, דהנה מדקדוק לשון הרשב"א נראה, דערב אינו משתעבד אלא על אופן שלא יהיה ללווה מה לפרוע, ומשא"כ בערבות דנכסים, חייל שעבוד כבר מתחילה. דלגבי שעבוד ערב כתב הרשב"א 'דלא גמר ומשעבד נפשיה אלא היכא דלית ליה נכסי ללוה לאיפרועי מיניה', ולגבי שעבוד נכסים כתב 'ולוה נמי בעידן מלוה' גמר ומשעבד כולהו נכסיה', ומשמע דערב לא גמר ומשעבד נפשיה בעידן מלוה, וכנ"ל דכל שעבודו הוא רק לכאימת שהלווה לא יפרע. ועיי' בסי' ג' שנתבאר לדון בזה באריכות.

ז. ועפ"ז יתבאר מה שכתב הרשב"א דמצד דינא דאין נפרעין מהערב תחילה, היה בדין לגבות מהלקוחות בינונית במקום שללווה יש זיבורית, אף שבערב גופו אין הדין כן.

והביאור הוא, דשאני ערב שכל שיעבודו חייל רק על מצב שאין ללווה מה לשלם - והטעם הוא משום שאין הערב גומר ומשעבד את עצמו אלא בכה"ג - ובזה כל שיש ללווה זיבורית, ליכא סיבת שעבוד על הערב וא"א לתבוע ממנו בינונית.

ומשא"כ בערבות דשעבוד נכסים - דאיכא מתחילה דין שעבוד בנכסים ודין שעבוד על הגברא - בזה אף שיש דין קדימה לגבות מהלווה, מ"מ כל זה באופן

שיש לו לשלם כדינו מבינונית, ולא באופן שאין לו לשלם כדינו מבינונית, דאז גובין מהערב. ויתבאר יותר להלן.

ח. אלא דלפ"ז יקשה מהגמ' בכורות הנ"ל, דמבוי' דאף בגוונא שא"א לגבות מיניה, יש טענה שלא יתבע את הערב תחילה, ואילו בד' הרשב"א נראה שכשיש חסרון כלשהוא בגבייה מיניה, שפיר גבינן מהנכסים מדין ערב, ולא מיניה, ואין טענה דלא יתבע את הערב תחילה.

ונראה, שבגוונא שכתב הרשב"א שיש ללוה זיבורית וביד הלקוחות בינונית, חשיב שפיר שתובע את הלוה תחילה, אלא שאין לו לשלם כפי הראוי - כיון שעיקר זכות המלוה היא בינונית ובידו יש רק זיבורית - ולכן גובין מהערב, ומשא"כ בההיא דבכורות, שאינו יכול לתבוע את הלוה כלל, דזיל הכא קמדחי ליה וכו', ולא בא אלא מכח תביעת הערב, בזה איכא להך דינא דלא יתבע את הערב תחילה.

ט. וביותר נראה בזה, דהא דבמקום נכסים משועבדים אם אית ליה ללוה זיבורית חשיב שאין לו לשלם את דינו הראוי, הוא משום שבאותה שעה איכא נמי שעבוד על בינונית, והטעם הוא, **דזיבורית במקום בינונית** לאו כלום היא, ולכן חשיב שאין ללוה לשלם כראוי וגובין מהלקוחות.

ומשא"כ במקום ערב, כיון שבשעה שיש ללוה זיבורית ליכא כלל שעבוד על בינונית, שוב חשבי' שהזיבורית שבידו הוי תשלום מעליא, והטעם הוא, דזיבורית **במקום שאין בינונית** חשיבא תשלום מעליא, ושוב ליכא סיבת גביה מהערב, ולא חשבי' שאין ללוה מה לפרוע.

בהא דליכא בשעבוד נכסים משום אסמכתא

י. לעיל נתבאר בדעת הרשב"א, דס"ל דשעבוד נכסים חלוק במהותו משעבוד ערבות, דשעבוד נכסים חייל כבר מזמן ההלואה, ומשא"כ שעבוד ערבות אינו חל אלא כשאין הלווה משלם.

⁶ כן משמע מדי' הרשב"א, וכן מבוי' להדיא ברמב"ן ב"ב קע"ג ב'.

ויש להוסיף בזה עוד, דהנה הרמב"ן בב"ב מ"ד ב' הביא את ד' הגמ' בב"ב קע"ג ב' דערב הוי אסמכתא, והא דמשתעבד הוא בההיא הנאה דקא מהימן ליה, והביא עוד לד' הגמ' שם קע"ד א' דנכסי דבר איניש ערבין ביה, וכתב דהא דלית בהו משום אסמכתא הוא משום דעיקר שעבודו עליהן ולא הלווהו אלא על מנת ליפרע מהם, ועד"ז הביא הרשב"א בשמו.

ולמה שנתבאר בד' הרשב"א לפנינו היה נראה לפרש, דהא דערב הוי אסמכתא, הוא כמבוי בד' הרשב"א שכל שעבודו הוא רק באופן שלא יהיה ללווה מה לפרוע, ונמצא דהוי חיוב 'דאי', ומשא"כ בשעבוד נכסים, כיון שחל שעבוד כבר מזמן החוב, ואדבריה עיקר דין הגבייה הוא מהם, דעלייהו סמך מלוה, א"כ אין זה שייך כלל לדין אסמכתא.

יא. אמנם בתשובת הרמב"ן שהובאה בבעה"ת שער מ"ג ח"א אות ו' והובאו דבריו בב"י חו"מ סי' קי"ג מבוי באופ"א, דעיי"ש שכתב בביאור המבוי בגמ' ב"ב מ"ד ב' דאי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי וכתב דלא כאסמכתא, מהני כתיבה זו, אף דבסתם אסמכתא לא מהני לכתוב הכי, וכתב בתו"ד, דאסמכתא דערב ומטלטלין לא הוי אסמכתא גמורה, כיון שתולה עצמו בדעת אחרים, 'וכיון דפריש דלא כאסמכתא לומר דעיקר דעתו עליהן כקרקעות, גלי אדעתיה דלאו אסמכתא היא, אלא עיקר שיעבודו עליהן כקרקעות, כדגלי דעתיה בערב או משום קנין או משום הנאה דהמניה'.

ובביאור דבריו נראה, דביסוד הדברים אף במקרקעי איכא משום אסמכתא, דסו"ס אין גובין אותם אלא באופן שהלווה אינו פורע מעצמו, אלא דבאמת כללא הוא דכל שתולה עצמו בדעת אחרים ליכא משום אסמכתא, וכמו שהאריך בזה הרמב"ן בב"ב קס"ח א', וכל הא דבערב דיינין משום אסמכתא, אף שתולה עצמו בדעת אחרים, הוא כמו שכתב הרמב"ן שם דהערב סומך בדעתו שהלווה ישלם או שיכפה את הלווה לשלם, ומעתה בשעבוד קרקעות, שכל ההלוואה נעשתה מחמת השעבוד קרקעות, ודאי ליכא משום אסמכתא, והדרינן לכללא דכל התולה עצמו בדעת אחרים ליכא ביה משום אסמכתא, ולהכי

מהני מה שכותב על המטלטלין דלא כאסמכתא, דעיד"ז גלי בדעתיה דהוי כקרקעות, וסגי בגילוי דעת לזה⁷.

והנה ע"ז כתב הרמב"ן דהך גילוי דעת מהני 'כדגלי דעתיה בערב או משום קנין או משום הנאה דהמניה', ומבוי שדימה גדר שעבוד נכסים לשעבוד ערב, ושלא כדברינו דחלוקים במהותם.

וכן מבוי בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב סימן ז' שכתב וז"ל 'ומקרקע לא הויא אסמכתא, אע"ג דהוי דאי, משום דעיקר ההלוואה לא היתה כי אם על קרקעותיו של לוה, כאלו התפיס משכונות ביד המלוה, דסמך עלייהו כיון דאינו יכול לכלותם ולהבריחם', ומבוי דביסוד הדברים אף שעבוד מקרקעי הוי 'דאי', אלא דלית בה משום אסמכתא, דהוי כאילו התפיס משכונות שא"א להבריחם והם נמצאים תח"י המלווה. ומשמע שלא כמש"נ בד' הרשב"א דחלוק שעבוד נכסים משעבוד ערב.

יב. אך העירוני די"ל דהוא סברא מסוימת באסמכתא, דאף דאיכא שעבוד נכסים כבר בשעת ההלוואה, מ"מ כיון שא"א לגבות בפועל אלא אם הלווה לא יפרע, יש לדון בזה מצד אסמכתא, דסו"ס סמך בדעתיה שלא תהא גביה מהקרקע, וכבר נתבאר בזה בסי' ג', ולכן לא פירש הרמב"ן דהא דלית בה משום אסמכתא הוא משום דאיכא שעבוד מתחילה, ולעולם י"ל כמש"נ בד' הרשב"א דשעבוד נכסים ושעבוד ערב חלוקים במהותם, וכמש"נ, ואכתי צ"ת.

אמנם למש"נ לעיל סי' ג' ס"ק י' - י"א בדעת הרמב"ן והרא"ש, דס"ל דאין חילוק בין שעבוד נכסים

⁷ ועי' בביאור הגר"א סי' ר"ז ס"ק נ"ט - סי' שנראה שפ"י בענין אחר, דהא דמטלטלי בעלמא גריעי ודיינין דלא סמכא דעתיה והווי אסמכתא, היינו משום שאפשר למכרם ולבטל את השעבוד, ומשא"כ כשמשתעבד באגב, גורם שישתעבדו אף אחר שימכרו, ושוב הווי כמקרקעי, והא דכותב דלא כאסמכתא הוא רק לגלות שבאמת התכוון לשעבדם ולא הוי כטופסי דשטרא דעלמא, ואכ"מ.

דהא דליכא בשעבוד נכסים משום אסמכתא הוא
משום דלא דמו לשעבוד ערב, וכמש"נ.

לשעבוד ערב, ותרווייהו חלים מתחילה, י"ל דהרמב"ן
והרא"ש לשיטתייהו אזלי, והרשב"א באמת יפרש

סימן ל"ג

בגדר שעבוד נכסים - על איזה סכום חל השעבוד

והחוב מאתים, אי משועבדת לכל המאתים, או רק למאה^{1,2}.

(ב) יש לדון אם לחוב יש כח לשעבד ממון רק כשיעורו, או אפילו יותר משיעורו. וכגון כשהחוב מאה ויש

¹ והנה הפניי בסוגיין הוכיח דכל הנכסים משועבדים לחוב, דהרי מבוי בגמ' צ"ה א' דבאשתדוף גובין מלקוחות, ומינה דחוב משתעבד ליותר מכפי דמיו.

אכן ד' הפניי צ"ע, דהא מעיקר הדין אין כל מעלה לנכסים בני"ח על פני משועבדים, ורק הוי מתק"ח, ומה"ח דבאשתדוף לא יגבו מהלקוחות. אך מ"מ נראה שהראיה נכונה, דאילו נימא דליכא שעבוד אלא כנגד החוב, א"כ כל א' מהלקוחות ידחה את הבע"ח ויאמר לו כלך לך למקום אחר, דשדי לא השתעבדה אלא שדה אחרת.

וצ"ב בד' הרי"ף שכי' בהדיא בדעת ר' נתן דליכא שעבוד אלא כנגד החוב, ואולי כשגובה איגלאי מילתא למפרע שעל קרקע זו חל שעבודו, או שמא הגדר, שבכל הנכסים יש לה ערך ממון של מנה, ומהיכן לגבותו – בידה הדבר, ומשא"כ לבעלת הג' מאות יש ערך ג' מאות בכל הממון. וכך נראה קצת בל' הריטב"א.

ועי' ברמב"ן ב"ב קכ"ה ב' שכי' בתו"ד וז"ל 'דכל שגבו קרקע בחובת אביהם רואין אותו כאלו על אותו קרקע חל שעבוד מתחלת הלואה, וכו', דאי לא תימא הכי גבו קרקע בחובת אביהן היאך בעל חוב גובה מהן, לימרו ל' מכי מיית אבונא ושבק מטלטלי ביד לוח לדידך לא משתעבדי, ואף על גב דהוו משתעבדי לך מחיים ידיה מדרכי נתן, כי מת פקע ליה שעבודא מינייהו, אלא כל שגבו קרקע בחובת אביהם על אותו קרקע חל שעבוד משעה ראשונה' (ועיי"ש שמבוי שכתב דבריו למאי דקיי"ל מכאן ולהבא הוא גובה), ונראה מדבריו כדרך הא', דכשגובה איגלאי למפרע שקרקע זו היתה משועבדת לפרעון.

וכ"ה בר"י מיגש שם קכ"ד ב' יעוד הא אמר רב נחמן יתומין שגבו קרקע, וכו', אלמא אע"ג דההוא חוב מעות הוה ולא משתעבדי לבעל חוב, וכו', כי קא גבו ביה השתא קרקע איגלאי מלתא למפרע דההוא קרקע הוא דשבק אבוהון, וכאלו מחיים גבה ליה ומשתעבד ליה לבעל חוב'.

² ועי' בנתה"מ סי' קי"ד סק"ו שדן בזה, ובסוגיית קטינא דאביי משמע דאיכא שעבוד כנגד כל החוב, ונת' במקו"א.

סוגיית הגמ' בכתובות צ"ג א'

א. מתני' דג' נשים, כתובות צ"ג א', עיי"ש.

והנה במתני' התבארו דיני ג' נשים, האחת כתובתה מנה, השניה מאתים, והשלישית שלש מאות, שנפלו לפנין קרקע: (א) שוה מאה, (ב) שוה מאתים, (ג) שוה שלש מאות.

ובגמ' מבואר, שהמשנה היא דעת ר' נתן, ולדעתו במאה הראשון, חולקות בשוה, כל אחת מהן שלשים ושלש ושלש. במאה השני, חולקות בעלת מאתים ובעלת שלש מאות, לכל אחת מהן חמישים. והמאה השלישי נוטלת בעלת ג' מאות לבדה.

ובדעת רבי נחלקו הראשונים, דעת הרי"ף ודעת רה"ג בזקנותו, דאינו חולק אדר"נ אלא במאה השני והשלישי, ומודה שבמאה הראשון חולקות בשוה, אלא שסובר שאף כשיש יותר ממאה, חולקות בשוה, עד שתפרע כל אחת כדי כתובתה. ולכן באופן הב' שיש מאתים, כל אחת נוטלת ששים ושש ושלש, ובאופן הג' שיש שלש מאות, כל אחת נוטלת מאה.

ודעת הר"ח ודעת רה"ג בילדותיה והראב"ד בהשגות על הרי"ף, דרבי חולק בכל האופנים, וסובר שלעולם חולקות לפי מעות, וכל אחת נוטלת יותר לפי חשבון מעותיה. וכגון באופן של המשנה שסך כל הכתובות הוא שש מאות, מחלקים הממון הנמצא לששה חלקים, ונוטלת בעלת הג' מאות ג' חלקים, ובעלת המאתים נוטלת ב' חלקים, ובעלת המאה נוטלת חלק אחד.

ג' נידונים בגדרי שעבוד נכסים

ב. ובשורש המחלוקות, יש להקדים ג' יסודות שעליהם סובבת הסוגיא.

(א) יש לדון אם קרקע משתעבדת אף יותר מכדי שוויה, או רק כנגד שוויה. וכגון קרקע שווה מאה,

בביאור דעת רבי - מחלוקת הראשונים

ודעת רבי, דחוב משעבד אפי' יותר מכדי שוויו, ולכן לבעלת המאה והמאתים יש חלק בכל השלש מאות, ודבר זה מוסכם לכל שיטות הראשונים.

ובביאור מחלוקת הראשונים הנ"ל אות א' בדעתו, אם חולקין בשוה או לפי מעות, מצינו ב' דרכים באחרונים, ובתוספת ביאור.

דרך האור שמח בביאור מחלוקת הראשונים

ד. דהנה האור שמח (אישות פי"ז ה"א) פירש, שנחלקו ביסוד הג', בב' בע"ח שזמן שעבודם שוה, אי לכל א' מהבע"ח יש שעבוד כנגד הכל, או שלכל א' משועבד רק חצי, דדעת הר"ף שלכל אחד יש שעבוד כנגד הכל, וממילא אף כשיש ג' מאות, אין לבעלת השלש מאות יתרון על חברותיה, שהרי כל השלש מאות משועבדים אף לבעלות המאה המאתים.

ואילו דעת הר"ח שלכל אחד יש שעבוד כפי מעותיו, ולכן חולקות לפי מעות⁸, עכ"ד האו"ש⁹.

ה. וצ"ב בדעת הר"ף, דהן אמת שאף לבעלות המאה והמאתים משועבדים כל השלש מאות, אבל סוכ"ס תביעות ג' הנשים חלוקות זו מזו, דבעלת המאה תובעת מאה לחוד מתוך ג' מאות, ובעלת הג' מאות תובעת את כל הג' מאות, ומדוע החלוקה היא לפי

⁸ והאו"ש תלה בזה את הנדון אם תפיסה מהניא, דהרמב"ם בפ"כ מהל' מלוה ולוה פסק כהר"ף, ופסק דמהני תפיסה בכל המנה, וה"נ מהני תפיסה בלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו, והיינו טעמא משום דלדידיה השעבוד הוי על כל המנה. והראב"ד השיג עליו דתפיסה לא מהניא, ולדידיה צ"ל דהשעבוד הוי רק על חלק מהממון. ואכן הראב"ד בהשגות בסוגיין פסק כשיטת הר"ח.

ובאמת הדברים מכוונים בד' הראשונים, דהנה הריטב"א פסק בב"ב קנ"ז ב' דבלוה ולוה ואח"כ קנה לא מהניא תפיסה, ובסוגיין פסק כר"ח. והרשב"א פסק בכתובות פ"ו א' ובתשובה א' תתק"ד דמהני תפיסה, ובגיטין נ' ב' פסק כר"ף בסוגיין. ובדעת הר"ף גופיה נקט הרמב"ן בכתובות פ"ו א' דמהני תפיסה, ולשיטתו אזיל.

⁹ ועי' להלן אות ו' בביאור אופן החלוקה לשיטתו.

קרקע שווה מאתים, אם רק מאה מהקרקע משועבדים לחוב, או כל הקרקע משועבדת לחוב³.

ג) בחובות שזמנם שווה, ויש קרקע שאינה כנגד כל החובות, יש לדון אם הגדר הוא דלכל א' מהבע"ח יש שעבוד כנגד הכל, וממילא חולקים בשווה, או שלכל א' משועבד חצי⁴.

בביאור דעת רבי נתן - לדרך הר"ף

ג. ובביאור דעת רבי נתן, עולה מד' הר"ף⁵, דהא דבאופן הא' - כשיש קרקע שווה מאה - חולקות בשווה, הוא מחמת שדעתו היא שקרקע משועבדת רק כנגד שוויה, ולכן אין עדיפות לכתובות המרובות על פני בעלת המאה⁶.

והא דבאופן הב' - כשיש קרקע שווה מאתים - אין לבעלת המנה חלק במאה השני, הוא משום שלדעתו החוב אינו משעבד אלא כנגד שוויו. וכן הא דבאופן הג' - כשיש קרקע שווה ג' מאות - אין לבעלת המאתים חלק במאה השלישי, הוא משום שחוב אינו משעבד אלא כנגד שוויו.

³ ועי' בסימן כ"ו סק"ח שהובאו בזה ד' רבנו יונה בב"ב קכ"ד א'.

⁴ ועי' ברמ"ה ב"ב קנ"ז ב' שהסתפק בזה, והביאור לכא', דממון א' אינו יכול להשתעבד לשניים בשוה, דשעבוד היינו בעלות, ואי דמר לאו דמר.

⁵ ובזה כפה"נ לא נחלק הר"ח, כפי שיתבאר להלן.

⁶ וצ"ע דגם אי נימא דמעיקר הדין איכא שעבוד רק על מנה, מ"מ הכא כיון דמה"ט אינו יכול לגבות אלא שליש, נימא דחשיב אשתדוף ויתפשט שעבודו אף על המנים היתרים. אכן קושיא זו בטעות יסודה, דדין אשתדוף הוי רק כשדנים על החפצא, וכגון באופן שיש שעבוד על מנה, והיו נכסים בני"ח בשעור מנה, ואשתדפו, אז שפיר דיינינן דין אשתדוף, והשעבוד חל ועובר על המשועבדים. אך הכא אין נדון על חפצא מסוים, אלא שאין לה לאשה בכל הנכסים אלא זכות של ערך מנה בלחוד, ובזכות זו דינה לקבל שליש ותו לא, ול"ש בזה כלל אשתדוף.

⁷ ונמצא שהמאה הב' אינו משועבד לה אלא רק לבעלת המאתיים והג' מאות

השעבוד שבו כולן שוות ולא לפי התביעה שבה תביעותיהן משתנות.

בגדר ערבות הנכסים - אם הוא דין גביית החוב, או ערבות ואחריות

ח. ובביאור מחלוקתם, נראה מתוך ד' הפני"י, שהוא עפ"י"מ דיש לדון בגדר דין שעבוד, האם הוא ה"ת ליפרע ממנו את החוב, וממילא אין התביעה על הממון המשועבד אלא כנגד החוב, או דלמא ענין השעבוד הוא להיות ערב ואחראי לתשלום כל החוב, ואפילו באופן שעל מנת לשלם את החוב יגבה מהממון המשועבד יותר מכדי החוב, וממילא הכא התביעה עליו היא כנגד כולו, דעיד"ז יפרע חלק יותר גדול מהחוב.

והוסיף הפני"י ביאור בזה, דהשעבוד נכסים נובע מחמת מצות פריעת בע"ח, והנכסים משועבדים לקיים את המצוה, וממילא אין מקום לומר שהשעבוד הוא לפי ערך הממון בשווה, שהרי המצווה שווה בין לחוב מועט ובין לחוב מרובה.

ויש להוסיף בזה, דהדברים מתאימים ביותר עם שיטת הרי"ף בשלהי ב"ב, שכתב דרב פפא ס"ל דשעבודא דאז, והקשו הרמב"ן ועו"ר דהא ר"פ ס"ל בב"ב קע"ד א' ובכתובות פ"ו א' דפריעת בע"ח מצוה. ובדעת הרי"ף נתיב בסי' ל' סק"ו מדי התוס' הרא"ש בכתובות שם והרמ"ה בב"ב שם, דס"ל דהשעבוד נובע מחמת המצווה, דנכסיו השתעבדו לקיים את המצוה, וא"ש היטב דהרי"ף הכא אזיל לשיטתו.

לצד דאיכא שעבוד כנגד כל הנכסים, אם ה"נ איכא תביעת ממון בכל הנכסים

ט. והנה לעיל נתבאר לחלק בין השעבוד לבין התביעה, דאף אם איכא שעבוד כנגד כל הנכסים ולא רק כנגד כל החוב, מ"מ ליכא תביעה אלא כנגד שווי החוב.

אכן באמת נראה, דעל הצד דאיכא שעבוד כנגד כל החוב, גם איכא תביעה כנגד כל הנכסים, והוא למה שנתבאר בסי' כ"ו סק"ו, דשורש הנדון אם איכא שעבוד רק כנגד החוב או כנגד כל הנכסים, הוא אם המחייב של השעבוד הוא עצם ההלוואה ו'הממוני גבך' - דאז ליכא שעבוד אלא כנגד החוב, או דשעבוד

ובשלמא באופן הא' - שהקרקע שווה מאה - י"ל דכיון שתביעת שלשתן שווה, שכל אחת מהן תובעת לקבל בפועל את כל המנה, חולקות בשווה. אך באופן הג' - שהקרקע שווה ג' מאות - צ"ע, דסו"ס בעלת המאה תובעת רק מאה מתוכם, ובעלת הג' מאות תובעת את כל הג' מאות, ומדוע חולקות בשווה.

ו. ונראה דיי"ל, דחשיב כאילו דנים על כל פרוטה ופרוטה בפני"ע, ובכל פרוטה ופרוטה יש לשלשתן תביעה שווה, לקבל את כל הפרוטה¹⁰, וחולקות בשווה¹¹.

ונמצא דהוי כאופן הא' ממש, שלכל אחת יש תביעה על כל הסכום שעליו דנים עתה, וממילא חולקות בכל הממון בשווה. ולפ"ז החלוקה היא באמת לפי התביעה ולא לפי השעבוד¹².

דרך הפני"י בביאור מחלוקת הראשונים

ז. וזו היא דרך האו"ש, אמנם בד' הפני"י בסוגיין מבואר, שלד"ה לכל אחד מהבע"ח משועבד הכל, אלא דפליגי אם תביעת בעלת המאה היא על מאה לחוד, או על כל הג' מאות, דהר"ח סובר שבעלת המאה אינה תובעת אלא מאה, וכיון שתביעת בעלת השלש מאות מרובה, אף חלקה מרובה, ולכן כל אחת נוטלת לפי מעותיה.

והרי"ף סובר שבעלת המאה תובעת את כל הג' מאות, וממילא אין יתרון לבעלת השלש מאות עליה, וחולקות בשווה.

¹⁰ וגם את הפרוטה שבמנה הב' והג' תובעת בעלת המנה לקבלה לגמרי, שהרי בכל הפרוטות שקודם לכן חלקה רק שליש, ועוד לא נסתלק חובה.

¹¹ והטעם לזה הוא, דכל פרוטה ופרוטה משתעבדת בפני עצמה.

¹² ואמנם בקושטא נראה באופ"א, דלעולם חשיב שגם תביעת בעלת המנה היא על כל הג' מנים, וכמו שיתבאר להלן סק"ט.

הוי כבטחון וכמשכון על ההלוואה, ואז המחייב אינו עצם ההלוואה אלא התחייבות חיצונית, ולכן שייך שפיר שיתחייב יותר מכפי דמי ההלוואה. ולפי"ז נ', דעל הצד דאיכא שעבוד כנגד כל הנכסים ולא רק כנגד החוב, שפיר יש לדון דגם איכא תביעה בפועל על כל הנכסים לפרוע את החוב.

*

בביאור דעת רבי לדעת הר"ח

י. בביאור אופן החלוקה לדעת הר"ח אליבא דרבי, הנה מוכרח שקרקע משועבדת אף ליותר משווייה, ולכן אף באופן הא' - שהקרקע שווה מאה - נוטלת בעלת השלש מאות חלק מרובה לפי מעותיה.

וכן מוכרח שחוב משעבד יותר מכדי שוויו, ולכן באופן הב' והג', יש לבעלת המאה תביעה אף במאה הב' והג'.

סימן ל"ד

הערות בנדון אם גביית מיניה היא מכח שעבוד הגוף או מכח שעבוד נכסים

מקורות בד' הראשונים בענין זה

ענין זה אם אפשר לגבות מצד שעבוד הגוף, או דבעי שעבוד נכסים, הוא ענין רחב מאד, ובאתי רק להביא מראי מקומות בזה.

א[הגרש"ש בשע"י שער ה' פ"ב ייסד דבי"ד אינו גובה אלא מצד שעבוד נכסים ולא מצד שעבוד הגוף, דאין בי"ד מתעבר אלא להציל עשוק וגזול מיד עושקו, והוא רק באופן שיש זכות ממון בעין, ולזה לא סגי בשעבוד הגוף גרידא, דסו"ס אין הלווה מחזיק בממון בעין השייך לחברו. אמנם כתב שם, דמ"מ תפיסה מהניא מצד השעבוד הגוף, דאין ללווה זכות למנוע מחברו ליפרע את חובו.

וכדבריו דא"א לגבות מצד שעבוד הגוף גרידא אלא רק מכח שעבוד נכסים, מבוי לכא' גם בקצוה"ח סי' ל"ט, שדן בד' התוס' בב"ב קע"ה ב' שכתבו דאף למד"א שעבודא לאו דאוי יורדים לנכסים, וכתב הקצוה"ח דהא דנחתנין לנכסיו הוא מכח פריעת בע"ח מצוה, וכן מתבאר בנתה"מ שם סק"ב, שהוצרך לחדש בדעת התוס' שאף מד"א שעבודא לאו דאוי מודה שיש דין שעבוד על מיניה ידידה, ואף דדברים אלו לא נזכרו בדבריהם כלל, ועל כרחך דס"ל לקצוה"ח ולנתה"מ דא"א לרדת לנכסים מכח שעבוד הגוף, ונתבאר בזה בסי' ל"א סק"ח והלאה.

ב[והנה בגמ' בכמה דוכתי מבוי דמיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה. ומצינו בד' רבים מן הראשונים שפירשו דהיינו דין שעבוד נכסים גמור, עי' רמב"ן שבועות ל"ז ב' שכתב דקי"ל מיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה כיון דשעבודא דאוי, וכ"כ המאירי ב"ב קנ"ז א', וכ"ה בריטב"א קידושין י"ג ב'.

וכך עולה מד' הרשב"ם דהמקור לשעבודא דאוי הוא מקרא דיוציא אליך את העבוט, ואם אפשר לגבות מצד שעבוד הגוף מאי ראייה¹.

ובאמת התוס' שם הקשו על הרשב"ם מאי ראייה, הא הוי מדין מיניה, ובדעתם יש ב' דרכים, או דס"ל דסגי בשעבוד הגוף, או דאיכא סוג שעבוד נכסים מיניה, וכדרך הנתה"מ סי' ל"ט סק"ב.

וכן מבוי בבאור הגר"א סי' ק"ד סק"ב, דדין גביית מיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה הוא מדין שעבוד נכסים, עיי"ש היטב.

ג[ובד' ברבנו יונה ב"ב מ"ד ב', וכן ברשב"א בהשמטה לקידושין ט"ו א', מבוי דמיניה ידידה הוא מדין שעבוד נכסים, אך מדבריהם נראה דהוא סוג שעבוד אחר, ואינו אלא זכות גביה על השעבוד הגוף, וע"ד שכתב הנתה"מ סי' ל"ט סק"ב, וכך עולה מד' הש"ך סי' ק"ד ס"ק ט"ו. ולדבריהם יתכן דאף מד"א שעבודא לאו דאוי מודה לזה, כד' הנתה"מ.

ויעוין עוד בתשובת הרי"ף שנדפסה בד' הרי"ף לכתובות צ"ג א', שכתב שם הרי"ף דהא דגובין ממטלטלין הוא מדין שעבוד נכסים, דחייל שעבוד בשעת גביה, ובדבריו יש מקור לד' הבית יעקב כתובות פ"ו.

ד[עוד יש לציין בזה, למבוי בטור ושו"ע סי' קי"א סעיף י"ב, דמצי המלוה להסתלק בקנין מא' מנכסי הלוח הבני"ח, ואף דעיקר שעבוד הגוף לא נמחל, וכמש"כ שם הדרישה. ויש לתמוה מה מהני הסילוק,

¹ והגרש"ש הוכיח מד' הראשונים בשלהי ב"ב שכתבו דלמד"א שעבודא לאו דאוי לא נחתנין לנכסיו אלא רק מצד פריעת בע"ח מצוה.

נימא דיגבה מחמת השעבוד הגוף, וע"כ דא"א לגבות בלא שעבוד נכסים, ומזה הסתלק².

ה] והנה בגמ' ב"ב קע"ד א' מבואר דא"א לגבות מנכסים קודם שתבעו את הלוח לדין, דאין נפרעין מהערב תחילה, ומשמע דגביית נכסים היא מדין ערב ולא שייך לגבות מדין שעבוד הגוף.

אמנם למשי"ת להלן ס"ק י"א בדעת הרשב"א, לחלק בין אם הלוח לפנינו ואינו רוצה לפרוע את חובו, דאז נחתינן לנכסיו מדין מיניה, ובין אם אינו בפנינו, דאז א"א לרדת לדין מיניה - דאין כל תביעה על גופו ואין על מה לכפותו - אלא כל הירידה לנכסיו היא רק מדין ערב, עיי"ש, לפ"ז אין ראיה מהגמ' בב"ב, דשאני התם דאין הלוח בפנינו.

ויש להוסיף דהגם שהראשונים שם נקטו דאיירי במיניה, אך הראב"ד בשטמ"ק שם ובהשגות לגיטין נקט דאיירי בגביה מלקוחות, ובד' הראב"ד מב' להדיא דאפשר לגבות מדין מיניה, וכבר נתבאר בזה בסי' ל"א ס"ק י"ב.

ו] ועי' ברא"ש פ' הכותב ס' י"ג ובבעה"ת שער מ"ג ח"ד אות ח' שכתבו ב' טעמים להא דגובין מטלטלין מיניה, חדא דמיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה ועוד

² אמנם יל"ד לדחות את הראיה, דהנה עיי"ש בדרישה ס"ק שביאר, דהא דמסתלק מהנכסים אע"ג דלא נמחל שעבוד הגוף, הוא משום דחשיב כחזר ומכר לו השעבוד, ולהכי בעי' ביה קנין דלא כסתם מחילה, עכ"ד [וכוונתו לכו', דא"א למחול על שעבוד נכסים, אלא רק בקנין, וכן מב' באב"מ ס' ק' סק"ז, וכן משמעות ביאור הגר"א כאן סק"ה, ועי' עוד בית מאיר בחידושי כתובות צ"ח א' שהסתפק בזה, ואכ"מ].

ולפ"ז יש לדון לדמותו למב' בד' ר"ת שהובא בד' הרא"ש בכתובות פ' הכותב ס' י', בביאור דינא דמוכר שט"ח, דהויא מכירה על השעבוד נכסים ולא על שעבוד הגוף, עכ"ד, והרי דכל שמכר את השעבוד נכסים תו א"א לו לבע"ח לבוא מצד שעבוד הגוף, וה"נ כיון שמכר את השעבוד נכסים ללווה, תו א"א לו לבוא מכח שעבוד הגוף, ולעולם ליכא ראיה דא"א לגבות בעלמא מצד שעבוד הגוף.

אמנם באמת ד' ר"ת גופייהו צע"ר, ומצינו בזה בד' קמאי כמה דרכים, ובפשוטו אין נראה כ"כ לדמותו לדהכא, ואכ"מ.

משום דשעבודא דאוי, עכ"ד, ומשמע דדין מיניה אינו מדין שעבודא דאוי אלא דין אחר.

ויש לדחות שהטעם הראשון הוא מדין הנתה"מ ס' ל"ט סק"א, דאיכא גדר חדש של שעבוד נכסים מיניה ידידה, וכד' רבנו יונה הנ"ל סק"ג, וכפי שגם עולה בד' הש"ך ס' ק"ד ס"ק ט"ו, והטעם השני הוא מדין שעבודא דאוי.

ז] ויעוין עוד ברמ"ה קע"ו א' שכתב בדעת ר"פ דליכא שעבוד נכסים במטלטלין, ומ"מ מיניה ידידה גובין, ומסתמת דבריו נראה דהוא מצד שעבוד הגוף.

ח] ועי' עוד בש"ך ס' ל"ט סק"ב ד"ה ומש"כ הרמב"ן, שמב' להדיא דס"ל דאפשר לגבות מצד השעבוד הגוף ול"ב לשעבוד נכסים. אך עי' בדבריו ס' ק"ד ס"ק ט"ו ד"ה גם מ"ש ר' יוסף שכתב דמיד בשעת קניה נשתעבדו לשניהם דמיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה, ומשמע שם בדבריו דאיירי בשעבוד נכסים, אלא שמב' שם דא"ז שעבוד נכסים גמור, וצ"ע.

ט] ועי' עוד בקצוה"ח ס' פ"ו סק"ה שהביא בשם המהרי"ט דאפשר לרדת לנכסים מיניה אפי' בלא דין שעבוד נכסים, וכ' דמשו"ה גובה המלוה אף למד"א שעבודא לאו דאוי, וצ"ע מדבריו בסי' ל"ט סק"א שהוצרך לומר דהא דנחתינן לנכסיו למד"א שעבודא לאו דאוי הוא משום דפריעת בע"ח מצוה.

י] ובגיטין כ' ב' דנה הגמ' בא' שנתן גט לאשתו על גבי עבד שלה, ומסתפקת אם אמרי' דהאשה התכוונה להקנות את העבד לבעלה כדי שיכתוב בו את הגט - דבעי' ספר המקנה - וממילא מגורשת, או דלא נקטי' שנתכוונה להקנות את העבד, ואינה מגורשת.

ושם כ"א א' מביאה הגמ' ראיה מהא דערב היוצא אחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני"ח, ופרש"י 'מנכסים בני חורין. אבל לא ממשעבדי, כיון דליכא שטר בעדים לית ליה קלא, והוה ליה כמלוה על פה, אלמא כל אדם נמי מקנה, דהא האי שטרא כשחתם בו הערב לאחר זמן כבר היה מסור למלוה, והיאך נכסי הערב הזה משתעבדים בו, והא בעינן ספר

מקנה, אי לאו דאקנייה ניהליה מלוה לערב וחתם והדר מסריה ניהליה.

ומבוי' להדיא, דאפילו דליכא גביה ממשעבדי, אלא כל הגביה היא רק מהבני'ח, מ"מ בעי' ביה ספר מקנה, ואם לא כן אין הנכסים משתעבדים, והשתא אי נימא דאפשר לגבות בני'ח מצד שעבוד הגוף, מאי קשה לגמי, וע"כ דא"א לגבות אלא מצד שעבוד נכסים, ולהכי בעי' ספר מקנה³.

סתירות בדעת הרשב"א בזה, ישוב הסתירות

יא] עוד מקור גדול לענין זה, מצינו בד' הרשב"א ב"ב מ"ד ב', שהקשה איך גובין ממטלטלי דידיה הא הוי אסמכתא, עכ"ד, ומבוי' להדיא דא"א לגבות מצד שעבוד הגוף אלא בעי' שיחול ע"ז שעבוד נכסים.

אכן הנה בסימן ל"ב סק"ג נת' להוכיח מד' הרשב"א בגיטין נ' א', דסגי בשעבוד הגוף ע"מ לגבות מנכסים, דהנה הרשב"א שם הק' מה בעי' לתקנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום בני'ח, תיפו"ל דאין נפרעין מהערב תחילה, עכ"ד, ומבוי' מד' הרשב"א דגביה מיניה לא הוי בגדר ערב.

ונתבאר לתמוה מד' הרשב"א ב"ב קע"ג ב', שכתב דגביית נכסים היא מדין ערב. ונתבאר ליישב, דאחר שתבעוהו לדין ולא שילם, אפשר לגבות מדין מיניה, אך בלא שתבעוהו לדין, א"א לגבות מדין מיניה, אלא רק מדין שעבוד נכסים, ובזה הדין הוא דאין נפרעין מהערב תחילה, וי"ל דהרשב"א בב"ב דן בגביה שלא בפניו, שכתבו הראשונים שאם אין הלוה לפנינו אפשר לגבות מנכסיו שלא בפניו, וע"ז כתב הרשב"א דהגביה היא מדין ערב.

יב] וצ"ע מדבריו בב"ב מ"ד ב' דמשמע דא"א לגבות מצד שעבוד הגוף, וכנ"ל שהק' היאך גובין ממטלטלין הא הוי אסמכתא, ואיך הדברים מתיישבים עם המבוי' בדבריו בגיטין נ' ב' דגביית מיניה אינה מדין ערב. ואין לומר דקושיתו בב"ב שם היא רק על אופן

³ ואמנם יל"ע מאי טעמא הוצרך רש"י לזה, ולא פירש בפשוטו דראיית הגמי' היא מהא דחילל שעבוד גופו.

שאין הלוה בפנינו - דאז א"א לגבות מצד שעבוד הגוף אלא רק מצד שעבוד נכסים, וע"ז הק' דהוי אסמכתא - דלהדיא הק' שם על מיניה דידיה, ודימה לכתובה.

יג] ואולי י"ל בדעתו, דלעולם גביית מיניה היא מכח שעבוד הגוף ולא מכח שעבוד נכסים, אלא דס"ל לרשב"א דבעי' שעבוד הגוף מסוים לפרוע זוזי ומטלטלי, ולא סגי בשעבוד הכללי לפרוע את החוב, וע"ז הק' דההתחייבות לפרוע ממטלטלי הויא אסמכתא, ונימא דלא נתכווין לשעבד את גופו אלא לפרוע מזוזי.

ולפ"ז מבואר בדעת הרשב"א, דא"א לגבות סתם מצד ממוני גבך, אלא רק מצד ששעבד את עצמו לפרוע ממעות ומזוזי⁴.

בהא דמטלטלי דכתובה לא משתעבדי

יד] ויש להוכיח כן, דהנה קי"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה, וכתבו הראשונים דהיינו אפי' מיניה דידיה, ובטעם הדבר כתב הרשב"א בקי' ס"ה ב' וז"ל 'דכל אסמכתינהו אינה אלא על הקרקע, לפי

⁴ והנה התוס' בקי' י"ג ב' כתבו דהא דסתם חוב הוי מלוה שאינה כתובה בתורה, היינו טעמא דסברא הוא, דמה שלוח יש לו לשלם, וצ"ע מדוע ניזקין לא הוי סברא דמה שהזיק יש לו לשלם.

ונת' במקו"א מד' הברכת שמואל ב"ב ס' ד' - וכפי שביארם מו"ר הגר"י שץ שליט"א - דבחוב איכא לתביעת ממוני גבך, וזה הוא הך סברא, ומשא"כ בנזקין דליכא לתביעת ממוני גבך אלא רק מכח גזירת מלך לחייבו באחריות מעשיו.

ולהאמור לכא' הרשב"א חולק ע"ז, ולדידיה כל חיובו רק משום ששעבד עצמו בהדיא לפרוע, ואמנם גם לדידיה הוא חיובו מסברא אך אי"ז סברת 'מה שלוח יש לו לשלם', אלא משום שחייב את עצמו, וכ"כ באמת מד' הרשב"א בקי' שם שכתב באופ"א מד' התוס' שם, ובמקו"א נת' עוד.

אלא שיש לתמוה דהרשב"א גופיה סובר דחוב הוי ממוני גבך, דהרי ביאר במיוחדות רכ"ג דרבית היינו שכירות המעות. ואולי אף שמודה לממוני גבך, מ"מ כיון שאי"ז ממון מסוים ביי"ד לא כופה ע"ז, וכד' הגרש"ש, ורק משום ששעבד את גופו לשלם לבע"ח, שפיר ביי"ד כופה ע"ז.

דע"ז איכא סמיכ"ד לאשה, ובסתם חוב השעבוד הגוף הוא לפרוע מזוזי ומטלטלי, דסמיך דעתיה ע"ז.⁶

ומעתה בזה חלוק סתם חוב - דאיכא ביה שעבוד הגוף לפרוע בזוזי ובמטלטלי, מכתובה - דליכא שעבוד הגוף אלא לפרוע ממקרקעי, ולא מזוזי ומטלטלי, וכנ"ל.⁷ ומכאן ראייה למש"נ, דא"א לגבות חוב מצד ממוני גבך אלא מצד ששעבד את גופו במסוים לפרוע את חובו ממטלטלי.

בדין מוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו, אם מהניא

מחילה על קרקע אחת

טז] והנה בהא דמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול, פירשו הראשונים בשם ר"ת, דהיינו שהמכירה חלה על השעבוד נכסים, וא"א למכור את שעבוד הגוף, ועל כן כשחזר ומחלו מחול, דהמחילה הויה על השעבוד הגוף, וכי ליכא לזה ליכא ערב. ובקצוה"ח ס"י ס"ו ס"ק ל"ז כתב, דלפ"ז אם נסתלק המלוה מקרקע אחת, לא מהני סילוקו, דהכא לא מחל את שעבוד הגוף אלא רק נסתלק משעבוד הנכסים בקרקע אחת, וזה אינו בידו כלל, שהרי מכרו ללוקח.

אמנם הביא הקצוה"ח מד' הריטב"א במכות ג' א' ד"ה מתניתין מעידין, שכתב בשם הרא"ה, דמהניא ביה מחילת שעבוד קרקע אחת. וכתב הקצוה"ח דצ"ל דהרא"ה ס"ל כשיטת הרמב"ם דטעמא דחזר ומחלו מחול משום דהמכירה לא הויה אלא מדרבנן, עכ"ד.

⁶ וזה שלא כדי ההפלאה שהביא הגר"ח בפ"ח מהל' שבועות, דאיכא בכתובה שעבוד הגוף על מטלטלין, ומחויב הוא לפרוע ממטלטלין, ואך דלא כייפין ליה.

ובד' ההפלאה דאיכא בכתובה שעבוד הגוף על מטלטלין ומחויב הוא לפרוע ממטלטלין, לכא' מוכרח דמצד שעבוד הגוף א"א לרדת לנכסים, אלא רק מצד השעבוד נכסים.

⁷ ובאמת הרשב"א ב"ב שם דימה את מטלטלי דבע"ח לכתובה, דק"ל דאינה נגביה ממטלטלי, וא"ש למש"נ דעיקר הדין בזה הוא אם איכא על הגברא שעבוד הגוף לפרוע ממטלטלי. אמנם צ"ע שבקי' ס"ה ב' חילק בין כתובה לסתם חוב, וא"כ מה הוקשה לו בב"ב.

שעומדת ימים רבים ואין זמנה קבוע, ועוד שאין דרכה לחזר אחר המטלטלין שיכול להטמין אלא אחר הקרקע שהוא ידוע אצל הכל, משא"כ בב"ח שזמנו קבוע ודעתו שיטרח בעל חובו לפרוע לו במעות'. ועד"ז כתב הר"ן בנדרים ס"ה ב' 'שמעי' מהא דלדידן דק"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה, אפי' מיניה ידידה לא משתעבדי, וטעמא משום דאין זמן כתובה ידוע ושמא לא תגבה לעולם, וכשהיא גובה אינה גובה אלא ע"י מיתה וגרושין, הלכך לא סמכה דעתה אלא על הקרקע'.

וצ"ע מה בכך שלא סמכה דעתה על הקרקע, מ"מ אית לה עליה שעבוד הגוף ומכח זה תגבה.

ובפשוטו היה נראה מזה, דאין זכות גביה בנכסים אלא מכח שעבוד נכסים, ובזה באו ד' הראשונים דכיון דלא סמכה דעתה על המטלטלין, לא נשתעבדו, ושוב לא מציא לגבות מהם⁵.

ביאור אחר בהא דמטלטלי דכתובה לא משתעבדי

טז] אמנם העירוני, דאדרבה מד' הרשב"א הנ"ל נ' באופ"א, שהרי כתב 'משא"כ בב"ח שזמנו קבוע ודעתו שיטרח בעל חובו לפרוע לו במעות', והנה הך 'שיטרח בע"ח לפרוע לו במעות' אינו מטעם שעבוד נכסים, אלא דמטעם שעבוד הגוף עליו לטרוח להשיג מעות.

אלא דצ"ע כנ"ל, דאם מטעם שעבוד הגוף, מ"ט צריך סמיכות דעת.

ונראה מוכח כנ"ל, דא"א לגבות חוב מצד ממוני גבך סתם, אלא רק מצד דאיכא עליה שעבוד הגוף מסוים לפרוע את הממון.

ולפ"ז נ', עפ"י העולה מד' הקרן אורה בנדרים ס"ה ב', דבכתובה כל השעבוד הגוף הוא לפרוע ממקרקעי,

⁵ ועי' ברמב"ן בקידושין שם, הו"ד ברשב"א, שכתב דמ"מ מהניא תפיסתה מיניה, והוא א"ש היטב לדי' הגרש"ש דכח גביית ב"ד ליכא אלא אם יש לבע"ח זכות בעצם הנכסים, ומ"מ תפיסה מהניא.

אכן בחי' הריטב"א קידושין מ"ז ב' כתב בשם רבנו נר"ו על דרך רבנו תם בהא דהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו מחול, עיי"ש, ו'רבנו נר"ו' היינו הרא"ה, ולפ"ז הדר תקשי, מאי טעמא מהני מחילה בשעבוד קרקע אחת.

וראיתי מביאים בשם הגר"ח שמואלביץ זצ"ל לפרש בזה, דלדין שעבוד נכסים לא סגי בשעבוד הלוה הכללי לפרוע את החוב, אלא בעי' שיהא על הלוה שעבוד הגוף מסוים לפרוע מנכסים אלו, ורק מכח זה הוא דאיכא שעבוד נכסים, ועל כן כל שמחל המלוה על שעבוד הגוף לפרוע מקרקע זו, פקע אף שעבוד הנכסים, עכ"ד, וזה על דרך משנ"ת דא"א לגבות מהגברא מצד תביעת ממוני גבך גרידא, אלא רק מצד שנשתעבד במסוים לפרוע מהנכסים⁸.

⁸ אמנם צ"ע למש"נ לעיל הערה 2 בשם הדרישה, דהא דאפשר להסתלק משעבוד קרקע אחת, היינו משום דהוי הקנאת השעבוד, ואינו מכח פרשת מחילה, ועל כן בעי' קנין, עכ"ד, ולפ"ז יק' דהא כל חיליה דר"ת הוא דא"א למכור שעבוד הגוף אלא רק שעבוד נכסים, וא"כ הכא נמי בנסתלק משעבוד קרקע אחת, ליכא אלא הקנאת שעבוד הקרקע, וא"כ אא"ל דהא דחזר ומחל שעבוד קרקע אחת היינו משום דהוי מחילה על שעבוד הגוף.

אך באמת בל' הריטב"א במכות משמע קצת דלא בעי' לזה קנין, ושור"ר בהגהות מלואי חותם על האב"מ סי' ק' סק"ז שהאריך בטו"ד מכמה דוכתי בענין זה אם במחילת שעבוד על קרקע אחת בעי' הקנאה או דסגי במחילה. ולעיל הערה 2 הובאו כמה מקורות בזה.