

שו"ע קכ"ט א-חסעיף א

א) סמ"ע סק"ב. ומבואר דערב על הרווחת זמן הוי ערב לאחר מתן מעות, ועי' ברמ"א אהע"ז כ"ט ב' דהביא משו"ת הרשב"א דאין אשה מתקדשת בהרווחת זמן למלוה דאחרים, ועי' בח"מ ב"ש וט"ז שם דתמהו דשאני הכא דבא להיות ערב על כל החוב, ובזה נתחדש דלא מהני כיון דהוא לאחר מתן מעות, אולם על הרווחת הזמן גופה שפיר הוי ערב, וממילא להשי' דבהרווחת זמן דידה היא מקודשת, ה"ה דבמרויח זמן על פיה היא מקודשת.

ב) ועי' בבית מאיר שם דדן אם מהני קנין כסף בערב אחר מתן מעות, וכתב דתלוי במחלוקת הראשונים אי מהני שטר אחר מתן מעות או לא, וכיון דהב"י מביא מהרשב"א דמהני שטר, א"כ תקשי דאף אחר מתן מעות יועיל הנאת הזמן לקנין כסף, וישתעבד אף אחר מתן מעות, וכתב הבי"מ דע"כ צ"ל דעמדו חכמים על סוף דעתן של בני אדם דהנאה דאינו מוציא ממון מידו אינו נחשב כפרוטה, רק לגבי הלוח עצמו, ולא לגבי הערב, ולכך אינה מקודשת.

ג) ובאבני מלואים שם סק"ז כתב להוכיח מהא דמבואר בב"י יו"ד סי' ק"ע דערב לישראל בעד גוי על קרן וריבית, דאינו משתעבד על הריבית כיון דהוי שלא בשעת מתן מעות, ואעפ"י דהרחיב הזמן על פיו, מ"מ אינו משתעבד, וה"ה דלא חייל קידושין בכה"ג.

ד) ובמקנה קו"א כ"ח י' כתב דנידון הרשב"א תלוי במחלוקת הראשונים אי מקודשת בהרווחת דידה, וכתב המקנה דלפי החולקים על הרשב"א ע"כ צ"ל דדינא דערב לאחר מתן מעות מיירי בגוונא דלא הרויח את הזמן, אלא דאינו נוגשו כיון דיש לו ערב, אולם אם ירויח לו הזמן, הוי ערב בשעת מתן מעות, ע"ש, וע"ע בכסף הקדשים.

ה) ובקהלת יעקב לנתה"מ שם תי' דודאי הרשב"א מודה דכה"ג מקודשת, כיון דהרווחת הזמן הוא שו"פ, ובמה דהאריך הזמן על פיה איכא הוצאת ממון מהמלוה ללוה על פיה ושפיר מקודשת בזה, אולם הרשב"א מיירי בגוונא דלא היה בהנאת הרווחת הזמן שו"פ, דכה"ג ודאי דאינה מקודשת, והוכחת הרשב"א ממתני', הוא רק לענין דאינו נעשה מה"ט ערב על המנה, [ומדברי האחרונים מבואר דפשיטא להו דאינו גורם דיחול דין ערבות על כל החוב, ועי' להלן סעיף ג' נידון האחרונים בזה].

ו) והנה הרמ"א הביא לדברי הרשב"א דערב ליום אחד אינו כלום, ועי' בסמ"ע וש"ך דמיירי בגוונא דאין ידוע אם כוונתו שילך הלוה בשליחותו יום אחד, או או דיצא כמאן יום אחד, אבל בגוונא דערב לשלם בדע יום אחד הוי ערב, ועי' בתומים סק"ב דהמעייין יראה דכוונת הרשב"א דאם הערב אומר הניחוהו ליום אחד ואני ערב, דהוי שלא בשעת מתן מעות, ובעי' קנין, ולפי"ז למדנו מדברי הרשב"א דערב על הרווחת זמן בעי' קנין.

סמ"ע סק"ד. ע"ע בסמ"ע קל"א סק"א ובקצוה"ח שם, ובש"ך סק"ד הביא לדברי הרמב"ן דהוי קצת תולה בדעת אחרים, וצ"ב דבמ"מ פכ"ה ה"ו הוכיח מהרמב"ם דטעמא דמהני קנין אחר מתן מעות, משום דחסריה מאתמול, אבל בלא"ה לא סגי בקנין, אעפ"י דהוא תולה בדעת אחרים.

א) ש"ך סק"ו - ואם כתב בכת"י וכו' עי' וכו' רשד"ם וכו' שאי"ז ערבות וכו' כל הזן וכו'. ובחי' רע"א הנדמ"ח כתובות ע' ב' ??? תמה מדברי הש"ך סי' נ' סק"ח דהביא מתשובות מהר"א ששון דהכותב בשטר דמשעבד עצמו לפרוע לכל מי שילוח לפלוגי סך פלוני דחייל החיוב, ותי' רע"א דיש חילוק בין שעבד עצמו בשטר, לשעבד עצמו בכת"י, וצ"ב לדברי הקצוה"ח דביאור דברי הש"ך משום דיסוד דין ערב הוא מדין שליחות, מה הנפק"מ דשעבד עצמו בשטר, וע"ע במחנ"א ערב סי' ג' דהאריך בדברי המהרשד"ם.

ב) בעיקר דברי הקצוה"ח, עי' בנתה"מ דהק' דהא איכא תנאי דערב שלא בשעת מתן מעות משתעבד, והתם לא שייך שליחות, ובמשובב תי' דמאן דמחייב שלא בשעת מתן מעות ס"ל דלא בעי' שליחות, אלא דס"ל דיכול לחייב עצמו גם במקום שאינו חייב אפילו בערבות, וצ"ב דהא בפשוטו אף לר"י דמחייב היינו בקנין, וכל המחלוקת הוא רק אם שטר גרוע הוי קנין או לא, אבל לא מצינו דאיכא דמחייב אף בדיבור, ואולי כוונתו להוכיח מדינא דחנוק, דלפי הרשב"ם יתכן דחייב אף בדיבור משום דגמר ומקני, וצ"ע בזה.

סעיף ב

עי' בכסף הקדשים דכתב דמי שקיבל עליו ערבות שפלוני יעשה מו"מ עם פלוני, וקיבל והחזיר כמה פעמים, דיד בעה"ש על התחתונה, ולא קיבל עליו רק על פעם א', וע"ע בקצוה"ח סי' מ"ח ס"ק ג' דהביא משו"ת מהרשד"ם ומשפטי שמואל דערב שכתב בכת"י הריני ערב לפלוני שידבנו לבו להלוות לפלוני עד סך כך וכך, ופרע הלוה ולוה שנית, דאין הערב חייב לפרוע.

א) רמ"א - ואפילו לא נתערב בהדי' וכו'. ומקור הדין ממחר"י וייל סי' פ', ומבואר שם דהוא מכח דין הגמ' ב"ק ק' א' ונפסק סי' ש"ו ס"ו דמראה דינר לשולחני וא"ל חזי דעלך קא סמיכנא, דחייב, משום גרמי, ועי' ש"ך סוס"ק ח' דציין לדברי השלט"ג סוף ב"ב נ"פ ב' מדפי הרי"ף אות ב', דתלוי אי א"ל חזי וכו' או לא, ועי' בש"ך שם בסי' ש"ו ס"ק י"ב דהביא מהיש"ש דה"ה לגבי מי שאמר למוכר דימכור בהקפה לפלוני וכו', [וצ"ב קצת לשון הרמ"א דהוי כאילו נתערב לו].

ועי' בש"ך ס"ק ז' דהביא מהיש"ש דהכא כו"ע מודו דצריך לומר חזי וכו', כיון דלא היה מוכרח לעשות כן, והש"ך נקט לדינא דכל דמוכח דסמך עליו חייב אף אם לא אמר להדי' חזי וכו', ובתומים ס"ק ג' חלק דהכא לכו"ע לא בעי' שיאמר חזי ע"ש, ובספר יהושע נדפס בזה מו"מ עם הקצוה"ח, וע"ש דלא הסכים לדברי התומים.

ובנתה"מ ס"ק ב' דכתב דאין בזה משום ערבות אלא רק משום גרמי, ונפק"מ להשי' דגרמי הוא קנס ולא קנסו בנו אחריו, ועי' בסמ"ע ס"ק ז' דאם היה בטוח דלא יהא לו הפסד, ואח"כ נתקלקל פטור כיון דאינו לשון ערבות, ומבואר דרק בדינא דגרמי שייך האי דינא, אולם בדין ערבות כל דאין הלוה משלם חייב הערב לשלם.

[ועי' קה"י קדושין סי' י"ב דביאר בדעת הנימוק"י דחייב ערב הוא משום גרמי, כדין מראה לשולחני, וכן עי' במרכבת המשנה פכ"ה מו"ל ה"ז דכתב דערב בשעת מתן מעות לא בעי' קנין כיון דחייב משום גרמי, וכן ביאר שם בהל' י"ד לגבי ערב על גופו של לוה דלכו"ע חייב להביאו מדין גרמי, ובשו"ת מהר"ם ד"פ סי' תשי"א כתב לגבי חנוק שלא בשעת מתן מעות, דאם ביד החנוק להביאו, הוא חייב להביאו מדין גרמי, וכתב דמצא כן בספר הדיינין, וצ"ע דא"כ אמאי בגוונא דאינו אומר לשון ערבות והתחייבות אינו חייב משום גרמי, וכן צ"ב מדוע איכא דין דאין נפרעין מן הערב תחילה, הרי יכול לתבוע ממנו מדין גרמי, [ודוחק לומר דנפק"מ רק במת וכמבואר בנתה"מ], וכן יש לדון לגבי נכרי, דכתב בשער המשפט סי' קל"ב דלפי הרשב"ם ליכא דין ערבות משום דאין שליחות לגוי, וק' דמ"מ יהא חייב משום גרמי, וצ"ע עוד בכ"ז].

ב) אולם לא נתבאר מדוע אינו חייב משום ערב, הרי אמר לו שיכול להלוות לו כי בטוח הוא, ובסמ"ע רמז בלשונו דבעי' לשון ערבות, והיינו דבעי' לשון התחייבות, וצ"ב גדר הדין בזה.

ג) והנה מבואר בשו"ע סי' של"ג ס"ח אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, ועשאו האומן, ואחר כך אינו רוצה לקחתו, והוא דבר שאם לא יקחנו מיד, יפסיד, חייב, ומקורו משו"ת הרא"ש כלל קד סי' ו' וע"ש דהוא משום דינא דגרמי, וכ"כ בביאור הגר"א שם ס"ק מ"א, וק' אמאי אינו חייב משום ערב, הרי על פיו הוא דעשה האומן, ואף נתחייב לקנותו, [ואולי אזיל הרא"ש לשי' דזרוק מנה לים פטור], ואף בזה צ"ל דמ"מ ליכא לשון התחייבות.

(ד) וברמ"א סי' י"ד ס"ה כתב מי שאמר לחבירו שילכו לדון במקום אחר ואמר לו לך ואני אבוא אחריו והלך והשני לא הלך אחריו צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו, ועי' בביאור הגר"א שם שהוא מדין גרמי, וק' אמאי אינו חייב מדין ערב, וצ"ל כנ"ל דבעי' לשון התחייבות.

(ה) ונראה ביאור הדבר, דהנה בטור סי' ר"ז סכ"ד הביא לתשו' הרא"ש דאמר שמעון לראובן שחוט פרתך ואם תמצא טריפה אני אתן לך כך וכך, ואם תמצא כשירה אתן כך וכך, ונתן לו משכון דיכול לחזור בו כיון דהוי דברים בלא קנין, והק' הב"י אמאי אינו חייב מדין ערב, ותי' בתי' בתרא דשאני התם דלא נחית מתורת ערבות אלא דרך מו"מ, וצ"ב כוונתו.

ונראה בכוונתו דדין ערב יסודו הוא כמבואר בחזו"א לקוטים י"ז סק"א דמתשמש במעות של הנותן, ולכך קבלת הלואה כקבלתו, דהא זהו שימוש, ואף בזרוק מנה לים שייך האי טעמא דזהו שימוש, וכל מה שנותן ללוה כאילו נתן לערב, אולם כ"ז באומר לשון ערבות, אבל בלא אומר ואני ערב אינו נידון כמתשמש במעות של הנותן, ומשום דרק היכא שהוא לטובת הערב, כמו בהכרזה במקל, דס"ל לחלק מהראשונים דחייב באונסין מדין ערב, לא בעי' שיאמר לשון ערבות, דהא זהו רצונו שישלח לו את הפרה, אבל בהלואה דעלמא, הרי אינו לטובת הערב, ולכך כ"ז שאינו אומר להדי' שהוא רוצה להיות ערב ולהשתמש במעותיו, אינו נעשה ערב, ורק היכא דאמר להדי' לשון ערבות איכא דין ערבות דמחשיב את נתינתו כאילו הוא משתמש במעות.

וא"ש דינא דאמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, דכוונתו דהאומן יעשה את הכלי בשביל עצמו, אלא דאומר לו דטוב יהא לו עם הכלי, כיון דהוא יקנה את הכלי ממנו, ולכך לא שייך בזה דין ערב, אלא רק דינא דגרמי, וכן א"ש דינא דאמר לו לך ואבא אחריו כיון דמתפרש כאומר לו דיהא לו טובה שילך למקום פלוני, וכן בדינא דשולחני לא שייך בזה דין ערב, כיון דלא אמר לו דתן לו ויהא נידון כאילו השולחני קיבל את הדינר, אלא רק אמר לו דכדאי לו לקבל את הדינר, כיון דאינו מזוייף, וכוונתו רק דיהא לטובתו, וזהו כוונת הב"י דבשחוט פרתך נמי כוונתו דזה לטובתו של השוחט, ולא לעצמו, שיהא נידון כאילו הוא משתמש בפרה, ורק באופן דאומר לשון ערבות הוא דחשיב כאילו הגיעו המעות לידו.

(

סעיף ג

(א) שו"ע - או משכון. עי' פתחי תשובה דהביא מתשובת הרדב"ז ח"ג סי' תר"ט דמסתפק היכא דהמשכון אינו שוה כנגד החוב, אי מצי אמר דכנגד המותר הוא כערב שלא בשעת מתן מעות, או לא, וכתב הרדב"ז דכיון דהלואה מהדר על המשכון, הרי"ז כאילו שוה לו כל החוב, ונעשה ערב על כל החוב, והביא בפתחי תשובה דבשער המשפט סק"ד חלק, והביא ראיה מהא דמבואר בשו"ע סי' שנ"ו ס"ז דמשכון הגנב את הגניבה, יתר על דמיו, דאין הבעלים צריך להחזיר את דמיו למלוה מפני תקנת השוק רק בכדי דמיו, ולא ככל דמי ההלואה, ומבואר דלא אמרי' דקבלו יותר מדמיו.

ולכא' יש לחלק דשאני ערב דהנאתו הוא במה דהלואה קיבל על פיו, וכיון דללוה יש הנאה כשיעור כל החוב, נעשה ערב על כל החוב, אבל במשכון את הגניבה הרי הנידון כלפי הנגזל, והוא בודאי דאינו שוה לו יותר מכדי שויו, ומשו"ה אינו נותן למלוה רק בכדי שיעור המשכון.

(ב) והנה מדברי הרדב"ז נלמד דבנתערב על ב' הלואות א' בשעת מתן מעות, וא' שלא בשעת מתן מעות, לא אמרי' דבההוא הנאה מתשעבד גם על ההלואה שכבר הלואה, ובספר קרית מלך רב פ"ז מאישות ה"ט נסתפק באופן דנעשה ערב על הכתובה ועל הנדוניא, [להשי' דנעשה ערב על נדוניא כיון דחסריה], אי אמרי' דממילא נעשה נמי ערב על הכתובה או לא, והביא מהב"י יו"ד סי' ק"ע דישאל דנעשה ערב לישראל בשביל הגוי על הקרן והריבית דאינו נעשה ערב על הריבית כיון דהוי שלא בשעת מתן מעות, ועי' באמרי בינה קנינים סי' ב' דהאריך בזה, והביא שם מכמה אחרונים בזה.

ג) בגליון רע"א הביא משי למורא דאם המלוה תפס מהלוה, והחזיר המלוה ללוה עפ"י הערב, דאינו ערב בשעת מתן מעות, וצ"ב הרי לולי הערב לא היה מחזיר לו, ואיכא הנאה לערב, ומה אכפ"ל דתפס ממנו שלא כדין.

א) רמ"א - וכן אם פטר הלוה עפ"י הערב הו"ל כערב בשעת מתן מעות. [ובפשוטו כן הדין בערב שאמר למלוה דיפטור את הערב שהיה מתחילה, דהוי כערב בשעת מתן מעות,], ומקור הדין מדברי התוס' ב"מ קי"ב א' ד"ה חוזר והרא"ש שם בסי' מ"ג דבהמחהו אצל שולחני, ופטר השולחני את הבעה"ב לגמרי, חייב השולחני מדין ערב, וכן מבואר בריטב"א קע"ה ב' במתני', ונתחדש בזה דאעפ"י דהמעות של הלוה, מ"מ כיון דנהפך החוב למתנה חשיב כשעת מתן מעות.

ב) והנה ברמ"א סי' ש"פ ס"א הביא ב' דעות אם זרוק מנה לים ואתחייב אני לך חייב או פטור, וכן ברמ"א אבע"ז סוף סי' ל' הביא ב' דעות באמרה תן דינר על הסלע ואתקדש אני לך, אי הוי כתן מנה לפלוני או לא, ועי' בריטב"א שם דכתב דהוא מדין זרוק מנה לים, ותמה באבנ"ז יו"ד סי' קצ"ו בהג"ה דהרמ"א סותר שיטתו, דכתב לגבי זרוק מנה לים באהע"ז סו"ס ל' דהוא ספיקא דדינא, ומדוע הכא סתם דהא ערב, ע"ש.

ועי' ברע"א החדשות אהע"ז סי' ז' דמסתפק מה הדין דאומרת מחול לפלוני ואקדש אני לך, ותלה את זה במחלוקת הראשונים בגדר דין ערב, וצע"ק מדוע לא הביא רע"א לדברי הרמ"א הכא דאיכא דין ערבות על מחילה.

ג) ונראה ברור דאעפ"י דא"א למיעבד קנין במחילת מלוה, מ"מ ודאי חשיב דהלוה הרויח ממון, והמלוה הפסיד ממון, ונעשה ערב על הפסד הממון, ורק למיעבד עי"ז קנין לא מהני, כיון דליכא קבלת כסף שיועיל לקנין כסף, ורע"א נסתפק אי מהני אף לקנין, [ועד"ז י"ל, דהנה ידוע להק' מדוע א"א למכור חוב ע"י שימחול לו את החוב, ומדין ע"כ יהא החיוב עבור המחילה לאחר, ולהנ"ל א"ש היטב, דליצור חוב חדש לאדם אחר נמי בעי' קנין, ומחילה לא מהני לקנין].

ד) ברע"א ציין לדברי הש"ך יו"ד סי' ק"ע סק"ט דאם המלוה פטר את הערב עפ"י ערב יש לדון אי חשיב כשעת מתן מעות, דכיון דעדיין יש לו דין עם הלוה אינו נחשב כפטר את הלוה, אולם אם פטר לערב קבלן עפ"י הערב, חשיב כפטר את הלוה, וצ"ע הרי גם בקבלן הוא יכול לגבות מהלוה.

סעיף ד

שו"ע - ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות צריך קנין וכו' לאחר מתן מעות. עי' סמ"ע ס"ק י"ב דטעמא דהרמב"ם דכיון ששעבד נפשו בתורת ערבות, גרע מהמחייב נפשו השתא, וממילא אסמכתא היא, וכן מתבאר מדברי הש"ך ס"ק י"א דטעמא דהרמב"ם משום אסמכתא, וצ"ל דמ"מ סודר מהני משום דיש בו גמירות דעת מיוחדת להשתעבד בכל גוונא.

ועי' בגליון רע"א שו"ע סי' מ' ש"ך סק"ד כתב לגבי מתנה שו"ח להיות כשואל דכיון דמבואר בש"ך שם דהוי כאסמכתא, אינו יכול להתחייב ע"י שטר, ותמה על התומים דכתב בשם המהרש"ך דמועיל שטר, [ויש להוסיף דבתומים סי' י"ב סק"ז כתב דלא מהני שטר התחייבות על פשרה דדמי לאסמכתא, דלפי הרמב"ם לא מהני רק קנין סודר, והובא בנתה"מ שם חידושים ס"ק י"ב].

ועי' בבית מאיר אהע"ז סי' כ"ט סק"ב דלפי הרמב"ם אף קנין כסף לא מהני, ויש להוסיף דלפי"ז ע"כ מוכח דהא דמבואר בגמ' דדין ערב הוא משום בההיא הנאה, אינו מדין קנין כסף, וכמבואר בריטב"א בקידושין דף ז' א', ע"ש בקה"י סי' י"ב, דהא לפי הרמב"ם אינו מועיל לסלק לחסרון דאסמכתא, אלא הוא טעם בפנ"ע לסלק לדין אסמכתא, ודין ערבות חייל מחמת התחייבות בדברים וכדיבאר במחנ"א בשי' הרמב"ם.

ובקצוה"ח סי' מ' סק"א כתב דנפק"מ לאודיתא, ובהגהות ברוך טעם על הקצוה"ח תמה דזה נסתר מהסוגיא בכתובות, [אולם בלא"ה דברי הרמב"ם נסתרים מהגמ' בכתובות], ועי' להלן ס"ה דצ"ע מתקיעת כף וסיטומתא.

ועי' ביאור הגר"א ס"ק י"ד דהשו"ע בס"ה הכריע כהרמב"ם.

(א) עי' בפתחי תשובה סי' מ' סק"ג דהביא דבשו"ת שבות יעקב ח"ג סי' קמ"ה כתב דבאופן דכתוב בשטר דחייב מנה לחבירו, וטוען המתחייב דנעשה כן בשביל ערבות לאחר מתן מעות, והמלוה מודה בזה, דלכאור' נראה דחילל החיוב כמבואר בסי' מ' דחילל חיבו של לא היה חייב, אולם הביא דבשו"ת הרמ"א סי' ע"ב וחות יאיר סי' ל"ו פסקו להיפוך, דכל דידענו דהוא שביל ערבות לאחר מתן מעות לא מהני קנין, וע"ש בפתחי תשובה מה דהביא מהנוב"י.

(ב) וצ"ב הרי מבואר ברמ"א סי' ר"ז סט"ו דאם ציוה לכתוב בשטר דקנו בבי"ד חשוב, אע"ג דלא קנו, מהני מדין הודאת בע"ד, וא"כ ה"ה הכא אעפ"י דלאחר מתן מעות הוי אסמכתא, מ"מ כיון דמודה דנתחייב וקיבל ע"ע לשלם אחר מתן מעות, יחול החיוב מדין הודאה, [ולכאור' זה כוונת הפתחי תשובה בהבאתו לדברי הנוב"י, ודו"ק], וכן יש להק על הקצוה"ח דס"ל דלא מהני אודיתא לפי הרמב"ם, וק' מ"ש מדברי הרמ"א.

(ג) אולם נראה דלק"מ, דכל היכא דמתחייב בתורת ערב על חיוב של אחרים, א"א לחייבו מדין הודאה או אודיתא, ורק היכא דמתחייב חיוב עצמי יש לחייבו, וע"כ מוכח כן, דאל"כ תקשי מדוע ס"ל להרמב"ם דאחר מתן מעות בעי' קנין, הא בערבות נכלל אף התחייבות, ולהתחייבות לדעת הרמב"ם לא בעי' קנין, וע"כ כיון דנתחייב בתורת ערבות לא חילל מחמת דין אסמכתא, משא"כ התם דנתחייב בחיוב שלו, ולא בחיוב של אחר, כל דהודה דהיה בבי"ד חשוב חייב.

סעיף ה

(א) שו"ע - כשם וכו' כך הקבלן. אולם במרדכי ב"ב תרנ"א הביא דיש חולקים דערב קבלן אי"צ קנין, וכן הביא בהגהות מיימונית פכ"ה מו"ל אות ג' בשם ר"ת, ועי' ברע"א דהביא משי למורא דאם תפס יכול לומר קים לי.

(ב) והנה בביאור הגר"א ס"ק י"א הביא ב' ראיות דאין חילוק בין ערב לקבלן - (א) דהא בדינא דחנוק קתני במתני' הנח ואני אתן, ואיכא מ"ד הוי לשון קבלנות, ולישנא דהנח דמי להא דמבואר באהע"ז סי' ק"ב ס"ו דהנשאי ואני אתן הוי לשון קבלנות, ולפי"ז הק' הגר"א דבגמ' מדייק מהא דאמר רבי יהודה דחנוק וקנו מידו משתעבד, דערב בעלמא לא בעי קנין, וקשה כיון דדינא דחנוק מייירי בקבלן, הרי אין להוכיח מקבלן לערב, דאעפ"י דחזי' דקבלן בעי' קנין אחר מתן מעות, יתכן דבערב אף בשעת מתן מעות בעי' קנין, וע"כ דאין חילוק בין קבלן לערב, ולדידן קבלן אחר מתן מעות בעי' קנין. (ב) דהא בן ננס אמר איזהו ערב הלוהו ואני נותן, ולמ"ד דהוא לישנא דקבלנות, תקשי אטו ב"נ פליג על דינא דערב, וע"כ דאין חילוק בין ערב לקבלן.

(ג) והנה בעיקר החילוק בין ערב לקבלן, היה אפ"ל דס"ל כקו' מחנ"א על הרמב"ם דכיון דליכא אסמכתא בקבלן אמאי בעי' קנין בקבלן אחר מתן מעות, הא מתחייב בדיבור, אולם הרי הגה"מ הביא כן מר"ת, ור"ת הרי ס"ל בכתובות דלא כהרמב"ם, וא"א להתחייב בדברים, וצ"ע.

בדין ערב דכתובה

(א) מבואר בגמ' ב"ב קע"ד ב' גיטין נ' א' דערב דכתובה אינו משתעבד משום דמצוה עבד ולא מידי חסרה, ועי' ברשב"ם ב"ב דביאר דלאו מידי חסרה לאשה כיון דטב למיתב טן דו, ועי' במרדכי ב"ב דהביא מחלוקת הראשונים אם ערב על נדוניא לבעל משתעבד או לא, ועי' ביאור הגר"א אהע"ז סי' ק"ב ס"ק כ"ד דבכה"ג לא שייך טעמא דהרשב"ם, ובטעם החולקים ביאר המרדכי דס"ל דעיקר הטעם הוא משום מצוה, ואף בנדוניא שייך האי טעמא.

ב) ובתוס' בגיטין כתבו דבעי' תרתי לריעותא, אבל היכא דנעשה ערב אחר הנשואין, כיון דלאו מצוה עבד, או בעבד מצוה וחסרה נשתעבד, אולם הריטב"א בגיטין כתב דעיקר הטעם הוא משום דלא חסרה, ולמד מזה דערב על התחייבות לחבירו אינו משתעבד, אולם ערב על נדוניה משתעבד כיון דחסריה, אולם הריטב"א ב"ב הביא לדברי התוס' בגיטין וביאר דערבות על נדוניה, אעפ"י דמצוה עבד, משתעבד כיון דחסרה, ונבתוס' הרא"ש כתב דנפק"מ לערב על נכסי צ"ב, ועי' בר"ן כתובות כ"ב א' מדפי הרי"ף ד"ה ולכתובת דכתב דדוחק לומר דכיון דבעיקר הכתובה לא חסרה נדוניה בכלל הכתובה, וברשב"א גיטין מ"ט ב' הק' אמאי לא משני הגמ' דמתני' דכתובה מיירי בערב על נדוניה, ע"ש, וערב על התחייבות לחבירו משתעבד אעפ"י דלא חסריה, כיון דלאו מצוה עבד, וסיים דמ"מ בקנין משתעבד אף על הכתובה, והביאו הנימוק"י שם, ועי' להלן בדין ערב במתנה.

ג) וברמב"ם פכ"ה מו"ל ה"ו ופי"ז מאישות ה"ט פסק דערב דכתובה פטור אף בקנו מידו, כיון דמצוה עבד ולא חסרה ממון, ואב שערב לבנו אינו חייב אלא בקנו מידו, ובראב"ד השיג דבקנין חייב, ואב נעשה ערב לבנו אף בלא קנין.

ובפשוטו מבואר ברמב"ם דבעי' לב' הטעמים, דמשום דלא חסרה לא שייך דין הנאה דכל ערב, אלא הוי כערב לאחר מתן מעות דלא מהני בלא קנין, ומשום טעמא דמצוה אף קנין לא מהני, ובאב על בנו לא שייך טעמא דמצוה, דהא מתכוין באמת לפרוע את כתובת בנו, אולם מ"מ בעי' קנין כיון דליכא הנאה דעל אמונתו הלוהו, ויתכן דהראב"ד ס"ל כהריטב"א בגיטין דבאמת עיקר הטעם הוא משום דלא חסריה, ומשו"ה ס"ל דמהני קנין.

ד) והנה במ"מ בהל' מו"ל ביאר דס"ל להרמב"ם דכיון דלאו מידי חסרה ליכא בההיא הנאה, והוי אסמכתא, וקנין לא מהני באסמכתא, ובדעת הראב"ד נסתפק אי ס"ל דקנין באסמכתא מהני, או דס"ל דלא גרע מקנין לאחר מתן מעות דמהני, אעפ"י דלא חסריה, ובדעת הרמב"ם ביאר דס"ל דלאחר מתן מעות מהני קנין כיון דהיה למלוה חסרון כיס מעיקרא, אבל בכתובה דליכא כלל חסרון כיס, לא מהני קנין, והוסיף המ"מ דלשון הרמב"ם משמע דכ"ז לגבי כתובה אבל לגבי נדוניה הוא משתעבד כמו חוב בעלמא.

וז"ב דהא בפשוטו מבואר ברמב"ם דאי לאו טעמא דמצוה היה מועיל קנין בערב דכתובה, ולדברי המ"מ מה הנפק"מ בזה הא כיון דלא חסריה הוי אסמכתא, וקנין נמי לא מהני, ועמד בזה בגידולי תרומה ריש שער ל"ה, וצ"ע.

ה) ובלח"מ הק' אמאי לא תי' המ"מ דשאני ערב אחר מתן מעות דכיון דליכא מצוה מהני קנין, משא"כ בכתובה דאיכא מצוה, [וזה כתי' המחנ"א על תוס' - עי' להלן], ותי' דהא בחונק נמי איכא מצוה, ומ"מ בעי' קנין, וע"כ כתי' המ"מ דאף לאחר מתן מעות איכא חסריה.

ו) ובנימוק"י סוף ב"ב כתב דלפי הראב"ד דקנין בכתובה מהני, הרי כתובה דמי לחנוק, דתרווייהו מצוה עבד ולא חסריה, ולר"י בחנוק מועיל קנין, ולב"נ אף קנין לא מהני, אולם לפי הרמב"ם דקנין בכתובה לא מהני תקשי מ"ש מחנוק דמהני קנין, הא תרווייהו מצוה עבד ולא מידי חסריה, ותי' הנימוק"י דשאני חנוק דמשום צערא דחבריה שחנוק גמר ומקני, אבל בערב דכתובה לית ביה צערא דאדרבא טב למיתן וכו', וצ"ב דא"כ אמאי בחנוק בעי' קנין, וצ"ל דמ"מ כיון דלא חסריה, אינו נעשה ערב בלא קנין, אולם היכא דמצוה עביד לא מהני קנין, ומה"ט בערב אחר מתן מעות מהני קנין כיון דלאו מצוה קעביד, אבל בלא קנין לא מהני כיון דלא חסריה.

ז) וברמב"ן גיטין כתב נמי כדברי המ"מ דמשום דלא חסריה ליכא טעמא דבההיא הנאה, והוי אסמכתא, ולדבריו צ"ל דטעמא דמצוה הוא לרווחא דמילתא, וכן משמע בלשונו בסו"ד, והנה הרמב"ן ב"ב קס"ח א' כתב דטעמא דמהני קנין בערב לאחר מתן מעות, משום דלאו אסמכתא הוא כיון דהוי תולה בדעת אחרים, אולם מ"מ בלא קנין לא מהני כיון דהוי קצת תולה בדעת עצמו, ולכך בשעת מתן מעות בעי' לטעמא דבההיא הנאה, ולפי"ז בערב דכתובה אי הוי ע"י קנין ודאי משתעבד, דאעפ"י דלא חסרה וליכא הנאה, מ"מ הוי תולה בדעת אחרים, וקנין ודאי מהני, וע"כ דס"ל להרמב"ן כהראב"ד דמיירי בלא קנין, אלא דצ"ע לפי"ז אמאי מהני קבלן בכתובה, הא כיון דלא חסרה ליכא בההיא הנאה, וא"כ במה חל הקנין,

הרי הרמב"ן בכתובות ק"א ב' חולק על הרמב"ם וסובר דלא חייל ערב בדיבור, אלא בעי' קנין, ואיך חייל דין קבלן בכתובה, וכן צ"ב מדוע הוצרך הרמב"ן לטעמא דאסמכתא, הא בלא"ה אינו משתעבד כיון דליכא קנין, ועי' להלן בדין ערב במתנה סק"ב ישוב עפ"י הריטב"א.

ח) וברמב"ם בהל' אישות כתב דקבלן של כתובה משתעבד אף בלא קנין, וצ"ב הא כיון דלא חסרה ליכא בההיא הנאה ובמה ישתעבד, ובטור אהע"ז סי' ק"ב כתב "והכי מסתבר דהוי כמו ערב בשעת מתן מעות דלא בעי קנין" וצ"ב כוונתו הרי בערב בשעת מתן מעות איכא חסריה, אבל בכתובה הא לא חסרה, ועי' במחנ"א ערב סי' ב' דביאר דברי הרמב"ם והטור דכיון דבקבלנות ליכא דין אסמכתא הרי"ז מתחייב בהנאה דמטיא לחברו על פיו, דהא נתרצית לינשא לו, אבל בערב בעי' חיסור ממון, ע"ש בכל דבריו, וצ"ב.

והיה אפ"ל דהרמב"ם אזיל לשי' פ"א ממכירה הט"ו דיכול להתחייב בדברים, אלא דמ"מ בעי' לטעמא דנהנה, כיון דדמי לאסמכתא, וכמבואר בר"ן בכתובות ק"ב א', ולפי"ז י"ל דשאני קבלן דהוא נחשב כלוה ומלוה, ולא שייך בקבלן הסברא של הר"ן דדמי לאסמכתא, ומשו"ה מתחייב בדיבור, אולם צ"ע, חדא, דהא מ"מ בעי' אמירת אתם עדי, ועוד צ"ע דהא כבר תמה במחנ"א ערב סי' א' מדוע לפי הרמב"ם בעי' קנין בקבלן הא ליכא אסמכתא בקבלן, ותי' דלשון קבלנות אינו לשון התחייבות, וא"כ תקשי דאף בקבלן בכתובה לא הוי לשון התחייבות, ואיך מתחייב בלא קנין, וצ"ע.

ערב דמתנה

א) בעיקר שי' תוס' בגיטין - עי' במחנ"א ערב סי' א' דתמה דא"כ אמאי ערב אחר מתן מעות בעי' קנין, הרי אעפ"י דלא חסריה וליכא בההיא הנאה, מ"מ ליכא מצוה, ותי' המחנ"א דס"ל לתוס' כהרמב"ם דבערב דכתובה אף קנין לא מהני, כיון דמצוה קעביד, וע"ז כתבו דלאחר הנשואין דליכא מצוה מהני מחמת הקנין, אבל בלא קנין ודאי דלא מהני בלא חסריה, וכן מבואר בש"ך ס"ק ט"ו, וכן מבואר בהגהות מרדכי בגיטין, [ואעפ"י דבחנוק איכא מצוה ולא חסריה, ומ"מ מהני קנין, צ"ל כהנימוק"י דלא שייך הטעם דמצוה בחנוק].

ב) אולם כבר נתבאר לעיל דבריטב"א ב"ב מבואר דתוס' מיירי בלא קנין, והדק"ל מ"ש ערב לאחר מתן מעות דבעי' קנין, מערב לאחר נשואין דלא בעי קנין, הא תרוייהו לא חסריה ולא מצוה עבד.

ועוד צ"ע דהנה בריטב"א ב"ב קע"ג ב' מבואר דבלא טעמא דבההיא הנאה לא חייל שעבוד הערב כיון דבעי' קנין, וא"כ תקשי איך חייל שעבוד הערב על התחייבות בלא קנין, הא כיון דלא חסריה ליכא קנין דהנאה, ובמאי חייל שעבוד הערב, ובשלמא לפי תוס' י"ל כביאור המחנ"א דמיירי דעביד קנין, אבל להריטב"א צ"ע, וי"ל דהרי מבואר בריטב"א ב"ב קע"ג ב' דגם להו"א ע"כ דאיכא הנאה, דאל"כ במאי נשתעבד, אלא דבשביל דלא היא אסמכתא נתחדש בגמ' דמשום הנאה גמר ומשתעבד נפשי' כאילו קיבל המעות ממש לטובתו, וי"ל דאעפ"י דבלא חסריה ליכא הנאה, היינו דמשום דלא חסריה ומצוה אינו משתעבד כאילו קיבל המעות ממש, אולם עדיין איכא הנאה בכדי שיחול הקנין, אולם קו' המחנ"א עדיין ק'.

ג) ובב"י הביא לדברי רבינו ירוחם מישורים נתיב ט"ו ח"א דכתב "מי שנעשה ערב למי שמחייב עצמו בקנין לתת במתנה לחבירו אף על גב דלא מידי חסריה כיון דלא עביד מצוה משתעבד ואפילו לא קנו מידו כגון ערב דבשעת מתן מעות, ויש מי שכתב דאינו מועיל בלא קנין, וראשון נראה עיקר בגיטין בתוספות" ומבואר דלמד מתוס' דכל דליכא מצוה אעפ"י דלא חסריה משתעבד בלא קנין, וכמבואר בריטב"א, ועי' במחנ"א דתמה עליו מ"ש מערב אחר מתן מעות דבעי' קנין, אעפ"י דלאו מצוה עבד, וכן תמה בש"ך ס"ק ט"ו,

ד) ובסה"ת שער ל"ה ח"א דין א' הביא לדברי הרמב"ם דלא מהני קנין בכתובה, וכתב דאם קנה בקנין להיות ערב על מתנה, אע"ג דלא חסריה, מ"מ כיון דלאו מצוה עבד משתעבד, ועוד טעם כתב לבאר דחשיב חסריה משום דאי לאו דעבד ניה נפשי'

לא הוי יהיב ליה מתנה, ואח"כ הביא לדברי הראב"ד דערב דכתובה משתעבד בקנין, ועי' בהג"ה על המחנ"א מבנו [בעל קרית מלך רב] דהוכיח מהא דבסה"ת הביא לדין ערב על מתנה בקנין קודם שהביא לדעת הראב"ד, מדוייק כדברי רבינו ירוחם דלפי הראב"ד דערב דכתובה משתעבד בקנין, ערב דמתנה משתעבד אף בלא קנין.

ה) ועל טעם ב' דסה"ת הק' שם בהג"ה דא"כ מבואר דעיקר הטעם הוא משום דלא חסריה, ולכך אי לאו האי טעמא לא היה מועיל קנין אעפ"י דלאו מצוה קעבד, וק' מ"ש מערב לאחר מתן מעות דמהני קנין, וע"כ צ"ל כדברי המ"מ דלאחר מתן מעות נמי חסריה, אלא דא"כ צ"ע מדוע לפי הרמב"ם ערב דמתנה בעי' קנין הא חסריה מחמת דאי לאו דעביד ניה וכו', ולא מצוה עבד, ותי' דמ"מ דמי לערב אחר מתן מעות, או דהסברא דאי לאו דעביד ניה וכו' אינו חסרון גמור, ע"ש, אולם אכתי לא ביאר מדוע לפי הראב"ד ערב לאחר מתן מעות בעי' קנין, וערב דמתנה לא בעי' קנין, וכקו' המחנ"א על רבינו ירוחם.

ובמחנ"א שם הביא דיש מי שרצה לומר דטעמא דרבינו ירוחם כסברא הב' דסה"ת דחשיב חסריה מחמת דאי לאו דעבד ניה וכו', וחשיב נמי כערב בשעת מתן מעות, ובמחנ"א הק' דמ"מ אין הערב משתעבד אלא היכא דהוציא חברו ממון על פיו ועל אמונתו הלוהו.

ו) והנה בגידולי תרומה ריש שער ל"ה כתב לבאר בדעת התוס' בגיטין דס"ל דבאמת ההיא הנאה אינו משום דחסריה, אלא כל דעל אמונתו הלוהו איכא הנאה, ואף בלא הוציא ממון על פי הערב שייך הנאה מחמת דעל אמונתו הלוהו, ע"ש, ולפי"ז צ"ל דההנאה היא מה דעל פי הערב נוצר חיוב, דכיון דהמלוה בטוח במעותיו מחמת הערב, לכך נוצר חיוב על הלוה, אולם גם בלא חסריה שייך האי טעמא דעל אמונתו הלוהו, ולפי"ז אי לאו טעמא דמצוה שפיר משתעבד הערב על הכתובה בהנאה שהיא מאמנת לו, אעפ"י דלא חסרה, ורק משום טעמא דמצוה אינו משתעבד, והא דבעי' לטעמא דלא חסרה, משום דבגוונא דחסריה כמו בנדוניא, אעפ"י דמצוה קעביד משתעבד.

ולפי"ז א"ש דברי רבינו ירוחם והריטב"א, דערב דמתנה משתעבד בלא קנין, דכיון דהמקבל מאמינו, דמכוחו נוצר חוב הנותן, הוא משתעבד ע"י הנאה, ורק במצוה בעי' קנין, אבל בלא מצוה משתעבד בלא קנין, ושאיני ערב אחר מתן מעות דליכא חוב ממון דנוצר מכח הערב, אבל החולקים ס"ל דהנאה איכא רק בחסריה, וחשיב כערב שלא בשעת מתן מעות, ואינו משתעבד בלא קנין.

ולפי"ז נמי מיושב לשון התרומות, דלפי הראב"ד דמהני קנין בכתובה, א"כ תקשי למאי בעי' לטעמא דמצוה, וע"כ כרבינו ירוחם, וא"כ במתנה מהני אף בלא קנין, משא"כ לפי הרמב"ם דטעמא מצוה גורם דקנין בכתובה נמי לא מהני.

ערב דמעמ"ש

א) בטור סי' קכ"ו סעיף י"ט הביא תשובה לגאון דראובן שהקנה מנה שיש לו ביד לוי לשמעון במעמ"ש ונתן לוי ערב לשמעון, דאין צריך קנין, דחשיב כערב בשעת מתן מעות, שהרי רק עכשיו לוי נתחייב לו, והביאו בב"י קכ"ט מחודש ו', ועי' בב"י בסי' קכ"ו דהביא לדברי רבינו ירוחם לענין מתנה, וכתב דתלוי דין הגאון בהנ"ל, והיינו דהרי הכא לא חסריה, שהרי שמעון לא נחסר כלום, וא"כ זה תלוי במחלוקת לענין מתנה, ובשו"ע שם סעיף י"ט הביא בזה ב' דעות, ועי' בש"ך ס"ק ע"ח דחלק על הב"י דאינו תלוי, והוכיח כן מסה"ת דפסק בשער כ"ח ח"ב סי' ג' כדברי הגאון, ובשער ל"ה פסק לענין מתנה דבעי' קנין, ובטעם החילוק ביאר הש"ך דשאני מתנה דלא היה חסריה כלל, אבל במעמ"ש הרי היה חסריה מעיקרא, ועכשיו הוא נכנס במקומו, ע"ש, וצ"ע הרי כל ערב שלא בשעת מתן מעות היה חסריה מעיקרא.

ב) וי"ל דהנה נתבאר לעיל דלפי רבינו ירוחם יסוד הדין דהנאה הוא מחמת דנעשה חוב ממון על פיו, אע"פ דלא חסריה, וי"ל דאף החולקים מודו דההנאה הוא במה דנעשה חיוב על פיו, אולם ס"ל דאיכא תנאי דחסריה למלוה, ובלא חסריה אינו משעבד נפשו, אולם ההנאה הוא במה דנעשה חיוב על פיו, ולא מחמת דחסריה, ולכך ס"ל דלא בעי' שיהא חסריה על פי

הערב, אלא כל דנוצר חוב ממון כתוצאה מחסרון ממון הערב משתעבד, אולם אם אינו שעת מתן מעות ליכא על אמונתו הלוהו, ולכך ס"ל להש"ך, דאף הסוברים דלא חייל דינן ערב במתנה, הוא משום דס"ל דלא נוצר החוב ממון מחמת דחסריה, אבל ערב דמעמ"ש הרי אעפ"י דלא היה חוב ממון למקבל, מ"מ כיון דהוא נכנס תחת המלוה, הוי חוב שנוצר מכח חסרון ממון, וחשיב נמי שעת מתן מעות, כיון שהחויב דהשתא של לוי לשמעון נעשה מכח הערב.

(ג) והנה כעין דברי הש"ך מצינו במ"מ, דביאר דטעמא דבכתובה לא מהני קנין, ובערב אחר מתן מעות מהני קנין, משום דחסריה מעיקרא, ויש לבאר בטעמו עפ"י הנ"ל, דבכתובה ליכא חסרה כלל, ולכך אעפ"י דהוא שעת מתן מעות אינו משתעבד, אבל לגבי ערבות על הלואה אחר מתן מעות, הרי החויב שנכנס בו הערב נוצר מכח חסרון ממון של המלוה, וגמר ומשעבד נפשו, אולם כיון דלא הלוהו על אמונתו ליכא בההיא הנאה, ואכתי הוי אסמכתא, ולכך מהני קנין.

(ד) ובהג"ה על המחנ"א הביא מכת"י של המחנ"א דכתב לחלק דשאני מעמ"ש דחשיב חסריה כיון דע"ז נסתלק חיוב הנותן מחמת הא דעבד ל' נייח וכו', אבל במתנה כ"ז שלא הגיע המתנה ליד המקבל, עדיין הוא חייב לו על דעבד נייח וכו', והנה אי נימא דכל ההנאה הוא מחמת דחסריה, הרי במתנה טעמא דרבינו יורחם משום דחשיב חסריה, וטעמא דהתרומות דבעי קנין משום דס"ל דלא דמי לחסריה, כיון דאכתי איכא חיוב מחמת דעבד לייח וכו', ורק בערב דמעמ"ש איכא חסריה מחמת ההנאה דנייח נפשי, כיון דפרע חובו.

ערב דעיסקא ושכירות מטלטלין

(א) עי' סמ"ע ס"ק י"ג דהביא מרבינו ירוחם דנתן לו מעות למחצית שכר והעמיד לו ערב בעד השבח, אע"ג דלאו מידי חסריה, מ"מ כיון דלאו מצוה קעביד, משתעבד בלא קנין, ובפשוטו מיירי דהמקבל העמיד ערב, ולכא' לפי מה דהביא רבינו ירוחם לגבי מתנה דערב דמתנה בעי קנין, כיון דלא חסריה, אע"ג דלאו מצוה קעביד, ה"ה בעיסקא בעי ערב בקנין.

(ב) ובש"ך ס"ק י"ב כתב דרבינו ירוחם מיירי דהנותן העמיד ערב למקבל על שכר הטרחה, דכה"ג חשיב כערב בשעת מתן מעות, דאע"ג דאין השבח בעין, מ"מ אם לא היה מקבל עליו את השבח, לא היה מקבל עליו לטרוח, אולם בגוונא דהמקבל העמיד ערב לנותן על השבח, אסור לו להעמיד ערב על זה, וכן הו"ל כערב שלא בשעת מתן מעות דבעי קנין, ובאולם המשפט תמה על הש"ך דא"כ מדוע כתב רבינו ירוחם דלא חסריה, הרי כיון דקיבל עליו לטרוח על זה, הוי חסריה, ובמה דנקט הש"ך דאיכא איסור ריבית תמה באולם המשפט, הרי ידי' שקיל ומה שייך בזה איסור ריבית.

(ג) ובקצוה"ח ס"ק ב' חולק על הש"ך דכה"ג חשיב כערב בשעת מתן מעות, כיון דהריוח העולה מהפקדון הוא של הנותן, ומה שהמקבל ממשיך להתעסק עם השבח, חשיב דהנותן מלוה לו שוב, וכשמעמיד ערב, חשיב דההלואה שאח"כ נעשית מכח הערב, והוי ערב בשעת מתן מעות, וצ"ע דא"כ מדוע כתב רבינו ירוחם דנעשה ערב אעפ"י דלא חסריה, הא הוי חסריה עפ"י הערב.

(ד) ובנתה"מ סק"ד תמה על הקצוה"ח דכיון דכשנולד השבח הוא תח"י המקבל לא חשיב כמוציא ממון על פיו, וצ"ע הרי כמו דלגבי מתנה ס"ל לרבינו ירוחם דמשתעבד בלא קנין, אע"ג דלא חסריה, ה"ה נימא בעיסקא דכיון דחייל חיוב חדש של המקבל לנותן על השבח שנולד, משתעבד הערב אע"ג דלא חסריה.

ועוד צ"ע קו' הנתה"מ, הרי מבואר בתשו' הרא"ש דכל היכא דאינו מקנה לו את הממון עד שיעמיד ערב, אעפ"י דהחפץ ביד הלוקח, חשיב כערב בשעת מתן מעות, וכן הק' באולם המשפט שם, וצ"ע.

(ה) והנה בעיקר מחלוקת הקצוה"ח והנתה"מ אי חשיב שעת מתן מעות או לא, לכא' יש לחלק בין האופנים, דבאופן דהוא ערב על גניבה, דחושש דהמקבל יגנוב את הריוח, לכא' מסתבר כדברי הקצוה"ח דחשיב שעת מתן מעות, אולם יש עוד

נידון ערבות על הפסד בעיסקא, ולכא' ע"ז מסתבר כדברי הנתה"מ דלא שייך לדונו כשעת מתן מעות, דהא לא היה ריוח כלל, ולא שייך בזה דין ערבות, וצ"ע.

וכן יש לדון בהיתר עיסקא דצריך לישבע על הריוח של הפקדון, ומתנה עמו דאם יתפשר עמו אינו מחייבו בשבועה, אולם בפחות מזה הוא משיבוע, והנה בגוונא דהוא אינו רוצה לישבע וחייב לשלם, לכא' אינו ראייה דבאמת הוא הריוח, דהא שפיר יתכן דלא היה ריוח, אלא דנתחייב לשלם בלא שבועה, וא"כ הרי הערב יכול לטעון שמא לא היה ריוח, ומה דנתחייב מעיקרא דאם לא ישבע הוא ישלם, הרי אינו ערבות של שעת מתן מעות, וצ"ע בכ"ז.

(ו) והנה לדברי הש"ך דערב של הנותן למקבל על הריוח חשיב שעת מתן מעות, הרי מוכח דשכירות מטלטלין חשיב שעת מתן מעות, דדמי לשכר עבור עבודת המקבל.

ובנתה"מ כאן ציין לדבריו בחו"ד יו"ד סי' ק"ע סק"ה דהק' על דברי הש"ך שם סק"ה דפסק דערב על ריבית בעי קנין כיון דהוי ערבות שלא בשעת מתן מעות, דהא הוי אגר נטר, ובערב בעד השכירות מטלטלין ודאי חשיב כערב בשעת מתן מעות, ותי' החו"ד דכמו דחזי' לגבי ירושת בכור דשכירות חשיב מוחזק, וריבית הוי ראוי, ה"ה הכא כיון דחשיב מוחזק חשיב ערב בשעת מתן מעות, משא"כ רבית דהוי ראוי חשיב ערב שלא בשעת מתן מעות.

ונראה בביאור הדברים, דהנה הא דהלואה חשיב שכירות ודאי דאינו כפשוטו, דהא הכסף של הלואה, ושכירות שייך רק בגוונא דהחפץ של המשכיר, אלא הא דחייב לשלם לו רבית הוא משום דהמנה מחייבו ק"כ, ולכך בשכירות מטלטלין דהשוכר משתמש בחפץ של המשכיר, חשיב שעת מתן מעות, דכל שימוש הוי הוצאת ממון, דהוציא את השימוש מרשותו לזמן השכירות, אבל בהלואה הרי הרבית אינו נחשב שהוציא מרשותו יותר מק', אלא דיכול לחייבו לשלם יותר, ולכך אינו נידון כשעת מתן מעות.

שו"ע - אפילו כתב לו שטר. עי' סמ"ע דקמ"ל דאף שטר בפנ"ע לא מהני לפי הרמב"ם, ובש"ך ס"ק י"ב כתב דכו"ע מודו להרמב"ם כיון דשטר גרע מאחר חיתום, וצ"ע מה הסברא בזה, ובביאור הגר"א ס"ק י"ד נקט דהשו"ע הכריע כאן כהרמב"ם.

רמ"א - ואפילו נתן לו תקיעת כף אם הוא במקום שלא נהגו. ועי' ש"ך ס"ק י"ד וביאור הגר"א ס"ק ט"ו דבמקום דנהגו מהני מדין סיטומתא, והנה אי נימא כהסמ"ע והגר"א דהשו"ע אירי הכא לפי הרמב"ם, הרי מבואר דתקיעת כף וסיטומתא דמי לקנין סודר, ולא לקנין שטר, וצ"ע מ"ש מקנין כסף ואודיתא דמבואר בבית מאיר ובקצוה"ח דלא מהני לפי הרמב"ם.