

קיץ תשע"וערבב"ב קע"ג

מתני' לא יפרע מן הערב. עי' ברשב"ם דצריך לתבוע תחילה את הלוח לדין, ואם אין לו מה לשלם יפרע מן הערב, וכן מבואר ברשב"ם בע"ב ד"ה לא יתבע ערב תחילה, אולם ברמב"ם פכ"ה ה"ג לא הזכיר דצריך שיתבענו בבי"ד, ואולי לשון תביעה הוא רק בבי"ד.

רשב"ם ד"ה בין כך - תחלה. צ"ב דהא באופן דיש ללוח נכסים לא יפרע מן הערב כלל.

ערבות על גופו

(א) רשב"ם ד"ה דלא יהבי - א"כ מאי אהני ערבות. וצ"ב דהא הרשב"ם ביאר בד"ה מאי טעמא דאהני לענין דמחוייב להביא את הלוח לבי"ד, ואם יברח הלוח יהא הערב מחוייב לפרוע, ועי' בריטב"א דביאר "דודאי סתמו על הממון נעשה ערב" והיינו דאין תועלת בממון במה דיביא את הלוח לידו, אולם כתב הריטב"א דמעיקר הדין שייך דין ערבות על הבאת גוף הלוח, אלא דלא מסתבר דהתנו כן.

(ב) וברמב"ם פכ"ה מו"ל הי"ד הביא דיש מן הגאונים שהורה דאף בנתחייב להביא גופו של לוח חייב לשלם, ויש מי שהורה דאפי' התנה דאם לא יביאו ישלם נמי פטור, כיון דהוא אסמכתא, וסיים הרמב"ם דכן דעתי נוטה, ומבואר דהחסרון הוא משום אסמכתא.

אולם עי' בריטב"א דטעמא דהרמב"ם והגאונים משום דאינו יכול לשעבד עצמו בדבר שאינו חיוב ממון, ולדבריהם כוונת הגמ' דמילתא בעלמא הוא דקאמר ליה ערב ולא דמיחייב ביה, וכתב הריטב"א דמ"מ אם נתחייב ממון בלא אסמכתא אם לא יעמידנו בדין, חייב לפרוע לו הממון, וצ"ע מלשון הרמב"ם.

ועי' במ"מ דלפי הגאונים אפי' בלא פירש להדי' נמי חייב לשלם, כיון דאין אדם מוציא דבריו לבטלה, והרמב"ם אזיל לשי' שם בהל' ח' דכל ערבות בתנאי הוי אסמכתא, ולדברי המ"מ נמצא דלפי הרמב"ם לעולם הוי כערבות על ממון, וכדין בתרא דהריטב"א, ומ"מ הוא פטור.

(ג) ובראב"ד הק' דהא מבואר בגמ' דליכא חסרון דאסמכתא בערב, אולם כתב הראב"ד דיש לחלק בין נתחייב בסתמא להביא את הלוח, דע"ז פריך הגמ' דדינא דפרסאי הוא דלא יהבי טעמא למילתייהו, לנתחייב להדי' דאם לא אביאנו אליך אשלם לך, אולם סיים הראב"ד מ"מ יתכן דחייב להביא גוף תחת גוף עד שיתפשו, ובמ"מ תמה דמה התועלת דיבא גוף תחת גוף, בלא תשלומין, אטו יחבשו אותו, או יעמוד לעולם בבי"ד, ועוד צ"ב דהרי הראב"ד כתב דסלקו אותה בגמ' ואיך כתב בסו"ד דמ"מ איכא דין ערבות בזה, וצ"ע.

(ד) ובשו"ע קל"א י"ב פסק כהרמב"ם וברמ"א פסק כהראב"ד, והנה הרי הרמב"ם והראב"ד נחלקו שם בעוד כמה דינים אי איכא חסרון אסמכתא בערבות או לא, והובא בשו"ע שם, אולם הכא בפשוטו איכא עוד מחלוקת דאף בגונא דלא התנה אם לא יהא חייב לשלם, אלא אם שייך שעבוד רק על גופו של לוח בלא חיוב תשלומין, אולם עי' בתומים ס"ק ט' דהרמ"א חולק רק בגוונא דנתחייב לשלם אם לא יביאנו, אבל בלא נתחייב בתשלומין מודה הרמ"א דליכא דין ערב.

ובפרישה כתב דס"ל להרמב"ם דכיון דערבות גופא חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו רק בגוונא דהוא ערב על ממון ולא ערב על גופו של לווה, וצ"ל דאעפ"י דטעמא דלא הוי אסמכתא הוא משום דאיכא הנאה, מ"מ יש חילוק בין גוף הממון לגופו של הלוה, ולפי"ז המחלוקת לגבי גופו של לווה תלוי נמי במחלוקת של הרמב"ם והראב"ד אם טעמא דהנאה מהני לסלק אף שאר סיבות של אסמכתא שיש על הערבות.

(ה) והנה בדעת הגאונים דחייב בכה"ג לשלם, מבואר לכאור' כדברי הרשב"ם בהו"א של הגמ' דאם לא יביא את הלוה הוא חייב לשלם, ורק אם יביאו הוא פטור.

ונראה בביאור הדברים, דגדר דין ערב אינו חיוב ממון לפרוע את חובו של הלוה כ"ז שאינו פרוע, אלא חיובו הוא לדאוג לפרעון החוב, אלא דבערב רגיל כ"ז שלא פרע הלוה, לא חשיב דהעמיד פרעון למלוה, אבל היכא דנתחייב על גופו של לווה, הרי חיובו בהעמדת הגוביינא הוא רק היכא דלא הביא את הלוה בפנינו, אבל בגוונא דהעמיד את הלוה בבי"ד, כיון דבי"ד יכולים לכופו לשלם, אין הערב מחוייב בפרעון החוב, דחשיב דהעמיד את הגוביינא, ויתכן דמה"ט אינו אסמכתא, שהרי הוא חיוב אחד להעמיד את הגוביינא.

(ו) והנה בשו"ת מהר"ם מרוטנברג ד"פ סי' תתקנ"ו כתב דהיכא דטוען הלוה פרעתי דפטור הערב, וכתב בסו"ד דגדולה מזו מבואר בגמ' דלרבה ור"י היכא דהלוה לפנינו פטור הערב, ואעפ"י דר"נ פליג דהוא דינא דפרסאי, מ"מ היכא דטוען הלוה פרעתי מודה ר"נ, וצ"ב כוונתו הרי בגמ' טעמא דפטור משום דקיים את ההתחייבות שלו, ומה ענין לטוען פרעתי.

אולם להנ"ל א"ש היטב, דס"ל למהר"ם דטעמא דפטור הערב בטוען הלוה פרעתי, אינו משום דנאמן הלוה לפטור את הערב, אלא כיון דכל חיובו הוא להעמיד את הפרעון, וכל דהלוה פטור בטענת פרעתי, הוי כמו דהביא את הלוה לפנינו ופטורו, וזהו דהביא ראיה מסוגיין דיסוד החיוב של הערב הוא להעמיד את הגוביינא, ולא סתם חיוב ממון.

(ז) עי' בשטמ"ק קע"ה ב' דהביא מהרא"ש דרבה דאמר שעבודא לאו דאורייתא, ס"ל דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיה אלא רק מנדין אותו ומשום דנכסי דאיניש אינון ערבינן ביה, ואזיל רבה לטעמיה דאמר בסוגיין דלא יתבע מן הערב כלל, דמצי אמר גברא אשלימת לי גברא אשלימת לך, וכיון דקאי איהו לא נחתינן לנכסיה. וצ"ע דהא הרא"ש כתב בסוגיין דגדר דין ערבות דנכסים הוא כדין ערב בתנאי דאפרע ממי שארצה, והרי אף לרבה מבואר דהיכא דהתנה גובין ממי שירצה, וא"כ תקשי אמאי אין יורדין לנכסים, וצ"ע. [שמעתין].

ערבות דיהודה

(א) גמ' - אר"ה מנין לערב וכו' אנכי וכו' קבלנות היא וכו' מהכא לקח וכו'. עי' מהרש"א דהק' דהגמ' מייתי ראיה מקרא דיהודה, ודחי מקרא דראובן, והרי יתכן דיהודה לא היה קבלן, ותי' המהרש"א דכיון דיעקב לא הסכים לראובן מסתמא יהודה לא ביקש פחות מראובן.

אולם במסורת הש"ס הובא גרסת השאלות דקו' הגמ' דיהודה לווה הוי דכתיב שלחה הנער איתי, ולכאור' הכוונה בזה דהא בנו"נ ביד אין למלוה על הלוה כלום.

(ב) עי' בריטב"א דהק' על קו' הגמ' הרי יהודה לא היה קבלן אלא לווה, ותי' בשם מורו דתלמודא לא דק, ועוד תי' דיעקב נתן לראובן ושאר אחיו על קבלנות דיהודה, והיינו דיעקב הלוהו לבניו, על ערבותו של יהודה.

וצ"ע מדוע הק' הריטב"א על תי' הגמ', הרי על ההו"א נמי קשיא דכיון דלוה היה ליכא למילף מינה דין ערב, ועל תי' בתרא נמי יל"ע דהרי יהודה היה גם לוה, ולא רק ערב, וי"ל דס"ל דבב' לוויס א"א לגבות מכל א' אלא מחצה, ולכן יהודה נעשה קבלן, דיהא אפשר לתבוע ממנו תחילה את הכל, אולם עדיין צ"ע דכ"ז למסקנא, אבל להו"א דנעשה ערב סתם אכתי תקשי דיהודה היה גם לוה ומדוע היה צריך אף להיות ערב, הרי בב' לוויס כל אחד נעשה ערב על חצי, ולא היה צריך יהודה להוסיף עוד ערבות, וצ"ע"ג.

(ג) ובשו"ת הרשב"א המיוחסות סי' רכ"ה [בנדמ"ח והובא גם בשלט"ג שלהי ב"ב], כתב להוכיח מהכא דערב משתעבד אף בליכא לוה, וכתב הרשב"א "אלא שתוכל לדחות בזו ששאר האחים היו כבע"ח והוא כערב, וזה דבר שפתיים" והיינו דהרשב"א נקט לעיקר כתי' קמא, וצ"ע דאם כוונת הפסוק דיהודה היה מתחייב בלא ערבות, הרי ליכא למילף מינה לדין ערבות.

(ד) בשו"ע קכ"ט ס"י פסק דגברא אלימא יתבע את הערב, ועי' ביאור הגר"א סוף ס"ק ל"ה דכתב להוכיח כשי' השו"ע מהא דס"ד למילף מיהודה, ולכא' כוונתו דיוסף הוא כגברא אלמא, ומבואר דבאמת יוסף היה הלוח, ויהודה היה ערב על הלואת יוסף את בנימין.

(ה) יל"ע למאי דפסק השו"ע קכ"ט כ' דהיכא דרק הערב דיבר עם המלוה אין למלוה כלום על הלוח, אלא רק על הערב, דא"כ מאי מייתי הגמ' ראייה מיהודה לדין קבלן, הא הכא יהודה דיבר עם יעקב, ועדיף מקבלן, ואי נימא כהריטב"א והרשב"א דהאחין היו הלוויס, א"ש דבתחילה הם בקשו מייעקב להוריד את בנימין ואח"כ יהודה נעשה ערב, אולם לדברי הגר"א עדיין צ"ע.

(ו) ובעיקר תי' הגמ' דשאני קבלן, יל"ע לדעת הרמב"ם דערב מתחייב בדברים, דא"כ מה אכפ"ל דקרא דאנכי אערבנו מיירי בקבלן, הא מ"מ כמו דקבלן יכול להתחייב בדברים, ה"ה דערב יכול להתחייב בדברים, [ובמחנ"א נקט דלפי הרמב"ם תלוי באיזה לשון נתחייב הקבלן].

וי"ל עפ"י מה דביאר רע"א ב"מ ס"ב א' דהחילוק בין ערב לקבלן, אינו רק במה הוא מתחייב, אלא הוא חילוק בגדר הדין, דקבלן יש לו שם מלוה ולוח, דכשפורע למלוה חשיב כלוח, וכשתובע את הלוח חשיב כמלוה, אבל ערב אינו מדין מלוה ולוח, אלא הוא התחייבות לפרוע חובו של פלוני וכשלוחו לפרעון, וכתב רע"א דנפק"מ בתובע הערב ריבית מהלוח, או פורע ריבית למלוה, דבקבלן חשיב כלוח ומלוה, אבל בערב אינו כלוח ומלוה, אלא עובר על לא תשימוץ, ולפי"ז א"ש קו' הגמ' דשאני קבלן דאינו התחייבות באמירה, אלא הוי כלוח ממש, משא"כ ערב דהוא רק חיוב, ושפיר פריך דאיך מהני ערב בלא קנין.

(ז) עי' רש"י גיטין נ' א' ד"ה כיון וכתובות ק"ב א' דכתב דילפי' לדין ערב מקרא דאנכי אערבנו, וק' הא רק דין קבלן למדנו משם, וערב סתם נלמד מקרא אחרנא, ועי' רש"י קדושין ז' א' דילפי' ממה שמצינו בתורה לדין ערב, וק' דהא לא ילפי' לה אלא ממשלי, ומהתורה ליכא ראייה רק לדין קבלן, [אולם עי' בסוגיא שם דנתבאר דיתכן דכל דין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך הוא רק מדין קבלן, וכן הרי תן לו הוא לשון קבלנות, וצ"ע], וכן בטור ריש קכ"ט כתב דהוא מדאו'.

וביד רמה כתב דכל קו' ר"ח הוא רק לשי' דכל היכא דאמר לשון ערבות וקבלנות הוא לשון קבלנות, אבל לרבא דכה"ג הוא ערב שפיר איכא למילף מיהודה, וא"ש דברי רש"י, אלא דיל"ע דהא רב יצחק יליף מקרא דלקח בגדו, ואיהו ס"ל כרבא, ושור"ר דעמד בזה בשו"ת שער אפרים סי' קנ"ג.

ובב"י ריש קכ"ט נקט לקרא דיהודה, ותמהו הנו"כ דהא למסקנא אינו כן, ועי' ט"ז סק"ב דתי' כדברי הרמ"ה הנ"ל, ובפרישה תי' דלבתר דילפי' מקרא דמשלי לדין ערב, ממילא איכא למילף אף מקרא דיהודה לדין ערב סתם.

ח) בספר העמק דבר בראשית מ"ג ט' כתב דודאי הא דיהודה נעשה ערב אינו על גופו של בנימין להעמידו חי, דא"כ אינו ערבות אלא החזרת ההלואה, אלא נעשה ערב לקבל ע"ע את הדין בעת הסכנה תחת בנימין, ולפי"ד מיושב קו' הריטב"א דודאי יהודה היה לזה, אולם היה קבלן על העונש שבזמן הסכנה, וע"ע בהעמק שאלה שאלתא ל"א אות ב' בכ"ז.

ט) בשו"ת מגן שאול סי' קי"ב הק' לפי הראשונים דזרוק מנה לים לא הוי ערב, איך ילפי' ערבות מיהודה, הא נתחייב להביא אותו חי ולא מת, וכמבואר ברש"י עה"ת, ואינו מובן דודאי האחים קבלו אותו להורידו למצרים, אלא דיתכן דאח"כ יהא אונס, והוי כלזה שלבסוף אין לו מה לשלם, ושו"ר דעמד בזה בבית אפרים חו"מ סי' ל"ד, ועי' בסוגיא דקדושין דנתבאר דמוכח מהנחה"מ דחולק על סברא זו.

י) בשו"ת שבוי"י ח"א סו"ס קי"א הוכיח מהכא דאעפ"י דמבואר בגיטין מ"ט ב' דאב לגבי בריה משעבד נפשי', מ"מ בן לגבי אביו הוא כערב רגיל, דאל"כ מאי מייתי ראייה מיהודה, דהוי בן לגבי אב, לערב סתם, ובשו"ת בית אפרים חו"מ סי' ע"ו תמה עליו דשאני הכא דאינו לטובת האב, משא"כ התם דמייר באב שעושה טובה לבנו, דודאי ה"ה בבן שעושה טובה לאביו, והובא כ"ז בפ"ת סי' ר"י סק"א.

י) עי' שואל ומשיב מהדורה ד' ח"א סי' מ"ה דהק' דהוי ערבות על גוף ללא חיוב ממון, ולפי המ"מ והריטב"א הרי לא שייך ערבות כה"ג, ע"ש.

גדרי ערב

גמ' - אמר רב הונא מנין לערב דמשתעבד וכו' אמר אמימר וכו' אלא אמר רב אשי בההוא הנאה וכו'. ולכאור' מצינו בראשונים ג' ביאורים בגדר דין ערב למסקנא

דעת הרשב"ם

א) רשב"ם ד"ה מנין "באמירה בעלמא בלא קנין" ומבואר דבערב בקנין ליכא קו' מנין דנעשה ערב, ועי' בתו"ח דהק' דבב"מ קט"ו א' יליף מקרא לביתו של לזה אי אתה נכנס לעבוס עבוסו, אבל אתה נכנס לביתו של ערב, וכן הוא אומר לקח בגדו וכו', ומבואר דקשיא לי' מנלן לערב דמשתעבד דממעטי' ליה מקרא דלא תעבוס, ולכך מייתי לקרא דלקח בגדו, וק' דילמא קרא ממעט ערב בקנין, וע"כ דגם בערב בקנין איכא חסרון דאסמכתא, ובעי' למילף מקרא, אבל קבלן דחייל חיובו מתחילה אינו אסמכתא, ע"ש בדבריו, וצ"ב דהא בפשוטו הא דאינו אסמכתא הוא מסברא, ולא משום גזה"כ, ובסוגיא דערב בכתובה יתבאר ביאור דברי הראשונים בטעמא דמהני הקנין.

ועי' בשו"ת גאוני בתראי סי' ד' דהב"ח נקט דלולי דין ערב לא היה מועיל התחייבות אף בקנין, דלא מצינו חלות קנין רק על חפץ מסויים, ולא על התחייבות, אולם הסמ"ע נקט כמבואר בדברי הרשב"ם הכא דכל החסרון הוא משום דהוי בלא משעה קנין אלא בדיבור בעלמא, אבל בקנין פשיטא דחייל ההתחייבות, ע"ש.

והנה הובא לעיל דהרשב"א במיוחסות סו"ס רכ"ה כתב דיהודה היה מתחייב ולא ערב, וק' לפי הרשב"ם דנידון הגמ' הוא איך ערב מתחייב באמירה, א"כ ע"כ דיהודה נתחייב באמירה לחוד, והרי דעת הרשב"א דא"א להתחייב בדיבור בלחוד, וע"כ צ"ל דמערב ילפי' דההנאה חשיבא כמעשה נתינת דמים, וה"נ היה הנאה ליהודה במה שיעקב שלח את בנימין על פיו.

(ב) רשב"ם ד"ה גמר "בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוח" ומבואר מהרשב"ם דלא סגי בטעמא דהנאה, אלא בעי' נמי לדון את הערב כמלוה.

ועי' בקצוה"ח קכ"ט סק"א דביאר בדעת הרשב"ם דאי לאו דחשיב המלוה כשלוחו של הערב, הוי אסמכתא כיון דהוא מתחייב בדברים, ורק משום דהמלוה נותן בשליחות הערב גמר ומשעבד נפשי' בההיא הנאה, והיינו דאין הערבות כתמורה להנאה, אלא דמחמת ההנאה ליכא כלל סיבה לאסמכתא, דהא נידון הערב כמלוה, אבל בלא"ה הוי אסמכתא, ובקצוה"ח ביאר עפ"יז לדברי המהרשד"ם דבאומר כל מי שילוח לפלוני הריני ערב, אינו ערב, ואעפ"י דבעלמא האומר כל הזן אינו מפסיד חייב לשלם, מ"מ כיון דאינו לשון שליחות, הוי אסמכתא ופטור, וכ"כ במשובב סק"א, ובנתה"מ סק"א חלק על הקצוה"ח דלא בעי' לשון שליחות, דכיון דהלוהו על אמונתו לאו אסמכתא הוא, אולם בחזו"א ליקוטים סי' י"ז סק"א במוסגר כתב דודאי הא דמייתי הגמ' לטעמא דהנאה הוא רק כדי לבאר אמאי אינו אסמכתא, אולם הקנין הוא בממון עצמו, וכתב דכן מבואר ברשב"ם בסוגיין.

(ג) ולכאור' ע"כ מוכרח דכוונת הרשב"ם לבאר אמאי אינו אסמכתא, דהרי עד דאתי ר"א לדחות לדברי אמימר דאינו תלוי בפלוגתא דאסמכתא, לא ביאר הרשב"ם לה"ט, וע"כ דהוא טעם לסלק את החסרון דאסמכתא, וכדביאר בקצוה"ח.

ועי' באבנ"ז יו"ד סי' קנ"א סק"ג דנקט כחזו"א בכוונת הרשב"ם, והוסיף דמה דביאר הרשב"ם כן רק בסוף הסוגיא, משום דאי לאו החסרון דאסמכתא שפיר י"ל דערב משתעבד בההיא הנאה, ולאחר מתן מעות בעי' קנין כיון דליכא הנאה, אבל למסקנא דהנאה מסלק לחסרון דאסמכתא, הרי ע"כ דגם לאחר מתן מעות שייך טעמא דהנאה, דאל"כ איך מועיל קנין, וע"כ דהא דערב משתעבד אינו משום הנאה, אלא הוא משום שליחות, ולכך לא בעי קנין, אבל לאחר מתן מעות דלא שייך שליחות בעי' קנין.

(ד) ובשו"ת מהרי"ק החדשות סי' כ"ז הביא דהשואל הוכיח דערב ל"ה אסמכתא, דאל"כ איך מועיל קנין לאחר מתן מעות בלא ביי"ד חשוב, ודחה המהרי"ק דאעפ"י דהוי אסמכתא, מ"מ עדיפא משאר אסמכתות, כיון דהמלוה אינו נוגש את הלוח מחמת דברי הערב, וגמר ומשעבד נפשי', אולם בערב בשעת מתן מעות לא בעי' קנין דהא פירש הרשב"ם דנעשה המלוה כשלוחו של הערב, אולם מ"מ גם שלא בשעת מתן מעות עדיף משאר אסמכתות, ולכך מהני קנין שלא בביי"ד חשוב, ע"ש, וזה להדי' כדברי האבנ"ז דלפי הרשב"ם איכא הנאה גם לאחר מתן מעות.

(ה) והנה הנתה"מ הוכיח כדבריו מהא דאיכא מ"ד דערב שלא בשעת מתן מעות חייב, ואף למ"ד דבעי' שעת מתן מעות, מ"מ סגי במה דהלוהו על אמונתו, [ועי' בזה בסוגיא דפלוגתא דר"י וב"נ], ובמשובב דחה דעל אמונתו הלוהו היינו שליחות.

אולם עדיין צ"ע דהרי ערב דביי"ד מהני אף לאחר מתן מעות לכו"ע משום הנאה דביי"ד האמינו אותו, והתם לא שייך לדון את המלוה כשליח של הערב, ומוכח לכאור' דמהני הנאה לקנין, וליכא חשש אסמכתא, אף בלא טעמא דשליחות, אולם עי' בחזו"א שם במוסגר בתחילת דבריו דכתב דודאי הנאה של ערב דביי"ד זה הנאה של שמחת הנפש דהוא רק שו"פ, אבל בערב דעלמא הוא קנין במנה, ומשמע מדבריו דזה באמת כל הנפק"מ, ולפי"ז כל מה דהוצרך הרשב"ם לדין שליחות הוא רק בשביל דיחול הקנין במנה, אולם בדברי הקצוה"ח מבואר דבלא לשון שליחות ליכא כלל דין ערב, וצ"ע.

וי"ל עוד דערב שלא בביי"ד אי"ז הנאה דכסף דודאי אין משלמים על הנאה זו, וכל מה דמהני הנאה הוא רק בשביל שלא יהא אסמכתא, אולם בשביל חלות השעבוד ודאי בעי' שיהא נידון כשלוחו, ומה"ט שלא בשעת מתן מעות

בעי' קנין, אבל בערב דבי"ד הוי הנאה דכסף דאנשים ישלמו ע"ז שבי"ד מאמין לדיבורו, וא"כ הרי חל ע"י קנין כסף, ולכך סגי בהנאה לחד.

והנה במחנ"א ערב סי' ג' הביא לדברי המהרשד"ם הנ"ל, והביא דמהר"א ששון חולק בזה, וכתב דתלוי במחלוקת הראשונים בקדושין י"ט א' לגבי אומר אדם לבתו צאי וקבלי, אם אפשר לומר דחייל הקדושין מדין ערב כאילו הגיע הכסף ליד האב, אעפ"י דלא התנה עם אדם ידוע, או לא, ע"ש, ולפי"ז נמצא דיסוד הקצוה"ח דלערב בעי' לשון שליחות, נחלקו בו כבר הראשונים.

(ו) עי' שער המשפט סי' קל"ב סק"א דלמד מדברי הרשב"ם דליכא דין ערב בקטן, כיון דאין שליחות לקטן, ועי' בהגהות לאבנ"מ סי' ע' אות ד' ובאמרי בינה דיינים סי' י"ז דתמהו דהא מוכח מע"ז ס"ג א' דאיכא דין ערב בנכרי, וע"ש דהק' מעור כמה דוכתי.

ובקה"י קדושין סי' י"ב ביאר דברי הרשב"ם דיסוד חיוב ערב דחשיב שהערב משתמש במעות האלו ליתנם להלוואה, ולזה בעי' שיהא הערב נידון כשלוחו של המלוה.

(ז) עי' ברמב"ן וברשב"א קדושין ח' ב' דהביאו לדברי הירושלמי דפליגי ר"ז ור"א אם המלוה מזכה לערב והערב מלוה ללוה, או דהלוה מזכה לערב, וזוכה ממנו, ונפק"מ לחרש, ע"ש, ולכא"ו דברי הרשב"ם אזלי כר"ז דהמלוה מזכה לערב.

דעת הריטב"א והרא"ש

(א) בריטב"א ביאר דודאי גם בהו"א ידענו לטעמא דהנאה, דאל"כ איך הוא משתעבד, אלא דאכתי הוי אסמכתא, ותי' הגמ' דבההיא הנאה הוא משעבד נפשי' כאילו קיבל המעות ממש לטובתו, והיינו דלולי הנאת הערב הרי ליכא קנין על השעבוד, [וזה דלא כהרשב"ם דקרא קמ"ל דמשתעבד בדיבור, והריטב"א לשי' דכל הפסוקים שבסוגיין אינו אלא אסמכתא], אלא דלמסקנא קמ"ל דמחמת ההנאה הוא נידון כאילו הגיע המעות לידו והוא מלוה אותם ללוה, ולכך לא שייך בזה חסרון דאסמכתא.

והנה הריטב"א קדושין ז' א' כתב דמקודשת מדין ערב הוא מקדש בהנאה, ועי' מחנ"א ריבית סי' י"א דלמד מזה דפליג על הראשונים דס"ל דגדר דין ערב דהוי כבא הממון לידו, אולם צ"ע דבריטב"א בסוגיין מבואר להדי' דחשיב כהגיעו המעות לידו, וא"כ הרי הקדושין הם המנה, ולא רק בהנאה.

(ב) עי' ברא"ש דכתב "אמר רב אשי הא דאמר דערב משתעבד בלא קנין היינו משום דבההיא הנאה דקמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה" ומבואר דר"א לא ביאר רק אמאי אינו אסמכתא, אלא ביאר אמאי מהני בדיבור, וע"ז ביאר דבההיא הנאה גמר ומשעבד, ולכא"ו הכוונה כדברי הריטב"א דההנאה הוי קנין על חלות השעבוד.

אולם צ"ע דהרי הרא"ש קדושין ח' ב' כתב דזרוק מנה לים פטור, והרי בפשוטו אי הוי קנין ע"י ההנאה, מה אכפ"ל דצוהו לזרוק לים, אולם עי' בסוגיא שם דנתבאר דלפי הרא"ש החזרון בזרוק מנה לים, הוא חסרון בגמ"ד.

ועוד צ"ע דהרי הרא"ש כתב דמקדשה במנה, והוכיח מזה המחנ"א דפליג הרא"ש על טעמא דהנאה, ולכא"ו מוכח כדברי רע"א דלדעת הרשב"א והרמב"ם אעפ"י דהקדושין בהנאה, מ"מ חשיב דאיכא הנאת מנה, וה"נ י"ל בדברי הריטב"א, וצ"ע.

דעת הרמב"ם

(א) עי' במחנ"א ערב סי' א' דכתב דבפשוטו דין ערב הוא דמחמת ההנאה חייל ההתחייבות, והיינו דההנאה הוא המעשה קנין על הערבות, אולם כתב המחנ"א דברמב"ם מוכח דכל הטעם דהנאה מהני לסלק החסרון דאסמכתא, אולם חלות דין ערב הוא באמירה.

דהנה ברמב"ם פ"א ממכירה ה"ו פסק דהמחייב עצמו בממון, אעפ"י דלא היה חייב לו כלום הרי"ז חייב, וכתב בסו"ד דטעמא משום "שהרי חייב עצמו וגמר ושעבד עצמו כמו שישתעבד הערב", ומקורו מדינא דריו"ח בכתובות ק"א ב', וביאר המחנ"א דכוונת הרמב"ם דטעמא דהנאה אינו אלא לבאר אמאי אינו אסמכתא, אולם דין ערב הוא משום התחייבות בעלמא, דיכול לחייב עצמו אף במה שאינו חייב, כיון דגמר נפשי' להשתעבד, וכן כתב בביאור הגר"א סי' מ' סק"ב ע"ש, וכן כתב רע"א בתשו' החדשות אה"ע"ז סי' ז' דזהו פשטות הגמרא, אולם נקט רע"א להיפוך דאינו התחייבות בדברים, אלא דעפ"י דיבורו הוי נתינת כסף ממש, [והוסיף רע"א "וכן בערב קבלן שפיר י"ל דמה שמחסר ממון עפ"י דבורו הוי נתינת כסף ממש וכאלו נשא ונתן מידו" וצ"ב קצת כוונתו, דהא בנו"נ בידו הוא עדיף מקבלן דאין למלוה על הלוח כלום].

(ב) וצ"ב, דהא מבואר בגמ' דאי לאו קרא אינו יכול להתחייב בדברים, וא"כ אכתי ליכא ראייה מדינא דערב דיכול להתחייב בדברים, דדילמא טעמא דהנאה מהני אף לקנין על ההתחייבות, ומנלן דגם למסקנא מהני התחייבות באמירה, ועי' בהערות על השו"ע סעיף ד' דנתבאר להוכיח מכאן כהבי"מ דלפי הרמב"ם לא מהני קנין כסף, וצ"ע, ובסוגיא דקדושין נתבאר עוד בזה.

(ג) וברמב"ם פכ"ה מו"ל ה"י פסק דב' שערכו יכול ליפרע ממי שירצה לכל החוב, ובראב"ד השיג עליו דכמו דב' שלוו ס"ל להרמב"ם דכל אחד חייב חצי, ה"ה בב' שערכו, ועי' באבן האזל שם דביאר דהראב"ד ס"ל דגדר דין ערב דכיון דהוציא מנה על פיו הוי כבא המנה ליד הערב, ומשו"ה ס"ל דא"א לחייב כל אחד יותר ממחצה, אבל הרמב"ם לשי' דהוא רק רק התחייבות בדברים, משו"ה ס"ל דלא דמי לב' שלוו, אלא כל אחד מתחייב בכל החוב. (ד) ברמב"ם פכ"ו ה"ב פסק דא"א להפרע מן הערב עד לאחר ל' יום דלא יהא כח הערב פחות מהלוה, ונפסק בשו"ע קכ"ט ט' ועי' במ"מ שם דביאר דמייר באין לו מעות, וכ"כ הב"ח, ועי' בש"ך ס"ק כ"ג דחלק דמיירי אף ביש לו מעות וביאר דלא כח הערב גרע מכח הלוה דסתם הלוואה ל' יום וה"ה הערב דנתחייב עכשיו הו"ל כאילו הלוהו עכשיו, ואינו חייב עד לאחר ל' יום, ועי' בתומים סק"ט דתמה מהיכ"ת דיהא נידון כהלוואה חדשה, הא כבר נתחייב ע"ז כבר מזמן ההלוואה, [ועי' ח"י מרן רי"ז הלוי דהוכיח מהכא דדין סתם הלוואה ל' יום אינו אומדנא אלא גזה"כ], ולכאור' יסוד המחלוקת מתי חל חיוב הערב, האם מזמן ההלוואה, או רק משעה שאין ללוה מה לפרוע, ונתבאר בזה בסוגיא דספק ערב.

וע"ע בכל ענין זה באריכות בסוגיא דקדושין ד' א'

אסמכתא בקבלן

(א) מבואר בגמ' דבערב אי לאו טעמא דהנאה הוי אסמכתא, ויש לדון לענין קבלן, אי שייך בו דין אסמכתא, דבפשוטו כיון דיכול לתבוע ממי שירצה, לא שייך בזה אסמכתא, וכן מבואר בשאלתות ש' ל"א דהק' על קו' ר"א ממעשים שבכל יום, אמאי לא הק' מקרא דלעיל דאיכא דין ערב, משום דאיכא למימר דקרא מיירי או בהתנה ממי שארצה אפרע או בקבלן, ומבואר דליכא אסמכתא בקבלן.

וכן מבואר להדי' ברמב"ן ובחי' הר"ן גיטין מ"ט ב' דקבלן דכתובה משתעבד, אעפ"י דליכא טעמא דהנאה בכתובה משום דלא חסריה, כיון דלא שייך אסמכתא בקבלן, אבל בערב דכתובה כיון דלא חסריה ליכא בההיא הנאה והוי אסמכתא.

(ב) אולם בספר התרומות של"ה ח"א דין ל"ח כתב דכמו דס"ל להרמב"ם פכ"ה מו"ל הי"ג דליכא דין ערב בלא קצב הדבר, כיון דהוי אסמכתא, ה"ה דליכא דין קבלן באינו קצוב כיון דהוי אסמכתא, ושם בדין ל"ה כתב התרומות דקבלן שנעשה עפ"י ביי"ד משתעבד בהנאה שבי"ד האמינוהו, ובגדו"ת שם כתב דמהני אף בלא קנין כיון דהנאה מסלק לאסמכתא, ומבואר מהגדו"ת דפשיטא לי' דאף בקבלן שייך דין אסמכתא.

(ג) והנה בקצוה"ח קכ"ט סק"א כתב דלדין ערב בעי' לשון שליחות, כיון דבלא"ה הוי אסמכתא וכמבואר ברשב"ם, וכתב בתו"ד "ואפילו אומר הריני ערב קבלן לא דמי לאומר הריני משלם דנתחייב בדיבור גרידא וכדעת הרמב"ם וכו', אבל ערב קבלן נמי דרך תנאי הוא דהא אם יש נכסים ידועים ללוה נפרע מהלוה תחילה" והנה מה דכתב לענין נכסים ידועים ע"כ כוונתו כשהלוה רוצה לפרוע, דבלא"ה יכול לתבוע מהקבלן תחילה אף בכה"ג, [וכן ביאר בשו"ת אמרי יושר ח"א סי' קמ"ד], ומ"מ מבואר מדבריו דאף בקבלן בעי' לשון שליחות, ולא מיחייב באומר כל הזן, ומבואר דפשיטא לי' דגם בקבלן שייך דין אסמכתא.

(ד) בדרכ"מ קכ"ט ד' הביא מהמרדכי דקבלן אחר מתן מעות לא בעי קנין, ועי' אבנ"ז אהע"ז סי' ת"ז דטעמא משום דליכא אסמכתא בקבלן, וכן ביאר בהעמק שאלה ש' ל"א אות ה' בשם התורת רפאל.

אולם בשו"ע קכ"ט ס"ה מוכח דקבלן בעי קנין, וכן הוכיח בשו"ת רמ"א סי' ע"ב, ויש לבאר או דס"ל דבאמת יש חסרון דאסמכתא גם בקבלן, ומשו"ה בשעת מתן מעות דאיכא הנאה גמורה, לא בעי קנין, אבל שלא בשעת מתן מעות דליכא הנאה גמורה הוי אסמכתא ובעי קנין, או דס"ל דאין ערב מתחייב בדברים, והא דבעי להנאה הוא בשביל שיהא קנין על ההתחייבות, ומשו"ה לאחר מתן מעות דליכא הנאה, בעי קנין, כיון דא"א להתחייב בדברים, אלא דצ"ע דהרי השו"ע סי' מ' פסק כהרמב"ם דיכול להתחייב בדברים, וע"כ צ"ל דגם בקבלן יש חסרון דאסמכתא.

אולם באמת דבמחנ"א ערב סי' א' הק' לפי הרמב"ם דאפשר להתחייב בדברים, וכל מה דבעי' להנאה הוא משום אסמכתא, דא"כ אמאי בקבלן בעי' קנין לאחר מתן מעות הא לא שייך בו אסמכתא, ותי' דלשון קבלנות לא הוי לשון חיוב, אבל אי אמר בלשון חיוב הניחא לו ואני חייב לך בפני עדים אפי' לאחר מתן מעות הרי"ז משתעבד, וצ"ע דאי נתחייב בלשון ערב קבלן, הרי נתחייב דיתבע ממנו תחילה, ולא שייך בזה אסמכתא, ומה החילוק באיזה לשון נתחייב, וי"ל דלשון קבלנות אינו לשון התחייבות אלא לשון שליחות.

מחלוקת הרמב"ם והראב"ד בדין אסמכתא בערב

(א) רמב"ם פרק כ"ה מו"ל ה"ז "ראובן שמכר לשמעון שדה ובא לוי וקיבל אחריותה עליו לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא" ובהשגות הראב"ד "שבוש הוא זה שאם אמר בשעת מתן מעות משתעבד, ואין בערכות משום אסמכתא", והובא בשו"ע וברמ"א קל"א ט'.

וּכְתַב הַמֶּמְ"מ "אֲבָל הַנִּרְאָה בַּדַּעַת רַבֵּינוּ וּרְבוּתֵיו ז"ל הוּא, שֶׁעֲרֻבוֹת בִּזָּה אֵינּוּ כְּשֶׁאֵר עֲרֻבוֹת שֶׁהוּא עַל דַּעַת שֶׁהַמַּעֲוֹת יִגְבּוּ וַיִּגְבּוּ הַמַּלּוּה אוֹ מִן הַלּוּה אוֹ מִן הָעֶרֶב, אֲבָל עֲרֻבוֹת דְּמֻכָּר כְּשֶׁנּוֹתְנִין הַמַּעֲוֹת עַל דַּעַת לְהַשְׁתַּקֵּעַ נוֹתְנִין, וְאֵין הָאֲחֵרִית עַל הַדְּמִים אֲלֵא עַל הַקִּרְקָע אִם יִטְרַפּוּה מִמֶּנּוּ וְכוּ', וּלְפִיכָךְ אֵין כֹּאֵן עֲרֻבוֹת עַל הַמַּעֲוֹת אֲלֵא עַל הַקִּרְקָע,

והוא על תנאי אם יוציאוהו מידו, ואינו כערב דהלואה שהמלוה מוציא המעות מתחת ידו, וכאן הלוקח מחזיק בקרקע, ואין לומר כאן על אמונתו הלוהו, ויש בערבות משום אסמכתא, וצ"ב דבתחילת דבריו כתב דטעמא משום דשאני ערבות דהלואה דהוא אחריות על הדמים, משא"כ אחריות דמקח דהוא אחריות על הקרקע, ואח"כ כתב עוד טעם דשאני מקח דלא מכר על אמונתו, אלא על הקרקע, ועמד בזה בקרית מלך רב פי"ז מאישות הי"א.

ובכס"מ ביאר "ולי נראה וכו' 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 יוציאוהו מתחת יד זה נחית, ואילו היה יודע שיוציאוהו מתחת ידו לא היה נכנס ערב, הלכך הוי אסמכתא" והק' בגדו"ת של"ה ח"א דין ה' מ"ש דבהלואה לא תלינן דנכנס ע"ד שהלוה יפרע, ועי' תומים סק"ז דשאני ערב דאיכא חד ספיקא, משא"כ בשדה איכא ב' ספיקות חדא שמא לא יטרפו השדה ואם יטרפו דילמא יהא למוכר מה לשלם.

ובביאור הגר"א קל"א ס"ק י"ט כתב 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 הלוה תיכף ובההוא הנאה כו', אבל כאן אין לו שום חיוב תיכף" וצ"ב כוונתו.

ובטור ביאר לדברי הרמב"ם "לא נשתעבד שלא על אמונתו קנה השדה, שפעמים אדם קונה שדה שלא באחריות, דעביד אינש דזבין ארעא ליומיה" והיינו דחסר בעיקר דין ערבות בכה"ג כיון דעביד דקונה ליום אחד, וכן נקטו הסמ"ע ס"ק י"ח קצוה"ח קל"א סק"ה ונתה"מ שם חי' סק"ט, ובט"ז הק' דהא קיי"ל אחריות ט"ס גם במקח, ולא אמרי' דזבין ליומא, וכתב דע"כ צ"ל דערב שאני, אך צ"ב הסברא, ועי' בית אפרים חו"מ סי' ל"ד דהאריך בכ"ז. והנה בשו"ע סי' קכ"ו סי"ט ראובן הקנה לשמעון מנה שיש לו ביד לוי, במעמד שלשתן, ונתן לוי לשמעון ערב, אף על פי שלא היה ערב בקנין, משתעבד, דהוי כערב בשעת מתן המעות. ויש מי שחולק, ועי' בש"ך ס"ק ע"ח דכתב דאם היה חייב למקבל ע"ז ועכשיו פטרו, מודה הב"י דליכא מאן דפליג בהא, דהא אין לך מידי חסריה גדול מזה, דעכשיו עפ"י המחאתו וערבותו של זה פטריה להמומחה, וכל המחלוקת באופן דלא היה חייב להמקבל, דלאו מידי חסריה, ע"ש בכ"ד, ומבואר דבגוונא דערבות על מכירה של חוב פשיטא דאיכא דין ערבות, כיון דחסריה, וצ"ב מ"ש מאחריות דהכא, וי"ל דדוקא בקנה קרקע דכל האחריות הוא על רק טירפא של בע"ח, יש צד דהוא אסמכתא, אבל היכא דקנה רק זכות תביעה על החוב, וחל על הערב שעבוד שהחוב יגיע ליד הלוקח, כו"ע מודו דאינו אסמכתא.

וכן מצינו לענין אחריות בשכירות, דכתב בנתה"מ סי' קכ"ט סק"ד דיש ערבות בשכירות מטלטלין, והיינו דמתחייב הערב בערבות על תשלומי השוכר, אעפ"י דעדיין לא חייל חיובו כיון דקיי"ל שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, וק' מ"ש מגידון הרמב"ם והראב"ד לגבי ערבות על מכירת קרקע באחריות, וצ"ל דכיון דעדיין הוא לא השתמש דמי למכירת חוב, ועדיין צ"ע בכ"ז, ועי' בזה עוד בהערות לשו"ע סעיף ? מה דנתבאר בזה.

(ב) כתב הרמב"ם בהל' 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", וכאן לא השיג הראב"ד, ובשו"ע וברמ"א קל"א ס"י הבוא ב' הדעות.

ועי' במ"מ דכתב כבר נתבאר זה, ועי' בדרישה קל"א י"א דהעיר דהא לא ביאר מידי על הל' ח', וביאר דכוונתו דהראב"ד פליג גם על הל' ח', ואזיל הרמב"ם לשי', אולם הדרישה כתב דאפשר דהראב"ד מודה הכא כיון שהיה תנאי בדבר, וצ"ע הרי בהל' י"ד נמי איכא תנאי דתלוי אם יביא לגופו של לוח, ומ"מ חלק הראב"ד, וצ"ב. ובספר התרומות שער ל"ה ח"א דין ז' ביאר בדברי הרמב"ם "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". וזה כעין דברי הגר"א לעיל על דברי הרמב"ם לגבי אחריות.

ובטור סי' קל"א סעיף י"ג כתב לבאר "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, דסמכינן שלא יתקיים התנאי ולא ישתעבד".

והנה בשו"ע סעיף י"ג דאם התנה המלוה עם הערב שיהא נאמן שלא פרעו הלוה, הכל לפי תנאו, אבל בלא התנה זה תלוי בתנאים דסעיף י"ב, ולכאור' כה"ג דלא התנה המלוה עם הערב, הרי הוי ערב בתנאי, שהרי רק באופן דיודה הלוה דהוא חייב למלוה, יכול המלוה לתבוע מהערב, אולם החילוק פשוט, דדוקא באופן בתנאי מבחוץ דאם יהא כך אינו חייב לו, הוא דס"ל להרמב"ם דהוי אסמכתא, אבל היכא דהוא תנאי בגוף הפרעון ודאי דאינו אסמכתא. (ג) כתב הרמב"ם בהל' י"ד כתב הרמב"ם "מי שאמר לחבירו הלוהו ואני ערב לגופו של לוח זה, לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתמצא 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" ובהשגות הראב"ד ד"ל 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 דיין שהוא חייב לשלם", ועי' מה דנתבאר בזה בתחילת הסוגיא.