

קיץ תשע"ולא יתבע את הערב תחילה

א) מתני' - המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב, ואם אמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה יפרע מן הערב. ומבואר בגמ' דמאי לא יפרע לא יתבע את הערב תחילה, אבל באמר ע"מ יתבע את הערב תחילה, ובגמ' מייתי למימרא דרבה בב"ח אר"י לא שנו אלא שאין נכסים וכו', ועי' ברשב"ם ד"ה ואם אמר לו ובתוס' בשם ר"ת, והעולה מדבריהם, דבלא התנה אף באין לו נכסים צריך לתבוע תחילה את הלוה, והיכא דהתנה ע"מ שאפרע ממי שארצה, אינו יכול לתבוע תחילה אלא באין לו נכסים, אבל ביש לו נכסים לא מהני התנאי, וכן הביאו תוס' מר"ת, וכן דעת רוב הראשונים, אולם דעת הר"י מגאש דבהתנה יכול לתבוע תחילה את הערב, אעפ"י דיש נכסים ללוה, והובאו ב' הדיעות בשו"ע קכ"ט סי"ד.

ובתוס' מבואר דבהתנה אינו גובה מהערב היכא דיש ללוה קרקעות, ומבואר דאם יש ללוה מטלטלין גובין מהערב, וכן הוא בבעה"ת שער ל"ה ח"א אות כ"ח בדעת ר"ת, ובטעם הדבר פירש "אע"ג דאית ליה מטלטלין שהן ידועין, כיון דמחוסרין גוביאנא ויכול להבריחם, נפרע אם רוצה מן הערב תחילה", אולם עי' בנימוקי יוסף דאם יש נכסים ידועים ללוה אינו יכול להפרע מהערב, ומבואר דאף מטלטלין בכלל, וכן הביא במרדכי בשם הראב"ה, ועי' בנתיב"מ קכ"ט ס"ק י"ב דכתב דלהל' קיי"ל כתוס', אולם עי' ברמב"ן רשב"א וריטב"א דכתבו כנימוק"י, ועי' פתחי תשובה ס"ק י"א.

ולענין קבלן דעת רוב הראשונים דאף ביש לו נכסים יתבע את הערב תחילה, וברמב"ן צידד דקבלן שלא התנה הרי הוא כערב שהתנה, ואם יש ללוה נכסים נפרעים תחילה מן הלוה, אולם לדינא מסיק הרמב"ן כהראשונים דלעולם נפרעין תחילה מהקבלן.

ב) והנה בטעם הדין דאף בהתנה אינו גובה כשיש ללוה נכסים, יש לדון אם זה משום אומדנא, או דהוא הלכה דכל היכא דיש נכסים ללוה אין גובין מן הערב, ולכאור' מצינו בזה ב' שיטות בראשונים -

ג) דהנה הרמב"ן מבאר בסו"ד דדין נכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה הוא כאילו אמר ע"מ, ומ"מ אין יורדין לנכסיו קודם שמודיעין אותו, ולפיכך אף בגוונא דהתנה ויש לו נכסים אין יורדין לנכסי הערב, כיון דהם ערבין לו יותר, והנה הדין דצריך להודיעו אינו משום אומדנא, אלא משום דהוא חייב יותר מערבות דנכסיו, ולמד מזה הרמב"ן דה"ה בהתנה ויש לו נכסים ידועים, עיקר החיוב הוא על נכסי הלוה ולא על הערב, ולכך יש בזה דין קדימה, כמו שיש דין קדימה לתביעה.

ולפי"ז י"ל דבאמת יש בזה ב' דינים, דדינא דלא יתבע מן הערב תחילה, הוא משום אומדנא דלא ערב אלא על דעת כן, וכמבואר ברשב"ם ד"ה לא יתבע ערב תחילה דלא נעשה ערב אלא ע"מ וכו', אולם בהתנה ויש לו נכסים ידועים אינו משום אומדנא, אלא הוא מעיקר הדין, דאין לגבות את נכסי הערב כל שיש נכסים ללוה.

ד) אולם עי' ברשב"א דביאר בטעמא דלא מהני מהני תנאי באיכא נכסים ללוה, דאעפ"י דנכסוהי דבר איניש ערבין, מ"מ הם משועבדים יותר מנכסי הערב, דעל דעת כן נעשה לו ערב שיפרע תחלה מן הערבים שהם שלו, קודם שיפרע ממנו, ומבואר ברשב"א דהוא משום אומדנא, וכן עי' ברשב"א בהמשך דבריו דכתב דאף בהתנה בין שיש לו נכסים ובין שאין לו, מ"מ לא מהני התנאי דפטומי מילי נינהו, דלא שעבד נפשי' אלא כל שאינו יכול ליפרע ממנו, ומבואר ברשב"א דהוא משום אומדנא דלא שעבד נפשי' רק אם א"א להפרע ממנו.

וכן עי' בריטב"א דביאר דלא מהני תנאי ביש לו נכסים, כיון דכל מה דאפשר לו לפחות משעבודו הוא פוחת, ואין דעתו אלא שלא יפסיד הלואה, ואומדים דדעתו להפטר אף בנכסים משועבדים של הלואה,

(ה) והנה הרשב"א בגיטין נ' ב' הק' למאי בעי' לתקנה דאין נפרעין תיפול"ל דנכסוהי דאיניש אינון ערבין ביה ואין נפרעין מן הערב תחילה, ותי' הרשב"א דאין הנכסים ערבין לגמרי, דטעמא דערב משום דלא שעבד נפשי' רק באופן דאין נכסים ללוה להפרע מהם, אבל לגבי נכסי הלואה אדרבא עיקר דעתו על הנכסים, ולכך לולי התקנה היה גובה את הבינונית מהלוקח, ע"ש, ומבואר דדינא דדינא דאין נפרעין מן הערב תחילה הוא משום אומדנא, וליכא להאי אומדנא בנכסי הלואה, אולם כבר תמהו האחרונים דהא מבואר בגמ' קע"ד א' דא"א לירד לנכסי הלואה קודם שיתבע את הלואה, משום דאין נפרעין מן הערב תחילה, ומבואר דגם בנכסי הלואה איתא להאי דינא.

(ו) ובחי' רא"ל ח"א סי' נ"ח תי' דאיכא ב' דינים, דדינא דלא יתבע את הערב תחילה, הוא מעיקר דיני הערבות, דעיקר החיוב על הלואה וצריך לתבוע אותו תחילה, אולם דינא דאין נפרעין הוא משום אומדנא, דאדעתא דהכי גמר ומשעבד נפשי', [וע"ש דכתב לדייק כן מלשון הרמב"ם פכ"ה מו"ל ה"ג דכתב לב' הדינים, ע"ש, אולם אינו מוכרח דכוונת הרמב"ם לדינא דסוגיין, דבתחילה מיירי דלא ידוע שיש לו נכסים, וע"ז הדין הוא דמ"מ צריך לתבועו שמא יש לו מעות, והדין הב' מיירי בידוע שיש לו נכסים, ובזה אעפ"י דתבעו אינו יכול להפרע ממנו], ולכך ביאר הרשב"א דהיכא דאין הלואה רוצה לפרוע יורדין לנכסיו שאצל הלוקחות, אעפ"י דיש לו נכסים, כיון דליכא דין דלא יפרע מן הערב לגבי נכסי הלואה, ואעפ"י דהוא רוצה לפרוע לו זיבורית, מ"מ כיון דאינו פורע לו כדינו לא שייך בזה הדין דאין תובעין את הערב תחילה, אבל דין הגמ' הוא מכח הדין דאין תובעין את הערב תחילה, [ובדברי משפט סי' ס"ו סק"א כתב בקצרה ליישב הקו' על הרשב"א דמ"מ אינו יכול לגבות תחילה מנכסי הלואה דשמא ישלם לו הלואה במעות, והיינו דבאמת בנכסים לא שייך כלל דינא דלא יתבע את הערב תחילה, ומה שמבואר בגמ' שאין יורדין לנכסים מטעם דנכסי דבא אינוש ערבין ביה וקי"ל לא יתבע את הערב תחילה, אינו כלל מעיקר חלות שם ערב, אלא דשמא יסלקנו הלואה במעות וכמש"כ הרשב"ם, ולעולם מצד הדין אפשר לגבות תחילה מהקרקע].

ולהנ"ל הרי הנך ב' דינים, הם דינא דמתני' ודינא דריו"ח, דדינא דמתני' הוא דליכא חיוב ערבות קודם התביעה, ודינא דריו"ח הוא דין בפנ"ע, ולהרשב"א הוא משום אומדנא, והגמ' בדף קע"ד א' דמייתי לדינא דמתני', משום דמיירי קודם תביעת הלואה.

אולם עדיין צ"ע דהא להרשב"א איכא אומדנא דדעתו על נכסי הלואה, וא"כ הרי לא שייך בזה דינא דמתני' דלא יתבע, אלא רק משום דינא דברייתא יש להק' דאיכא אומדנא דמ"מ לא יפרע תחילה מנכסיו, ואולי י"ל דאף שדעתו על נכסי הלואה, מ"מ כיון שיש עליהם שם ערב, א"א לגבות מהערב רק אחר שתובעים את הלואה, וע"ע.

(ז) והנה ברשב"ם ד"ה לא יתבע ביאר דטעמא משום דלא נעשה ערב אלא ע"מ כן, ומבואר מדבריו דאי"ז רק דין קדימה דצריך מתחילה לתבוע את הלואה, אלא דכל הזכות גביה מהערב הוא רק אחר שתבע את הלואה, אבל קודם שתבע את הלואה אין לו זכות גביה מהערב, ומשום דאיכא אומדנא דלא נעשה ערב אלא ע"מ כן, וצ"ב דלק' קע"ד א' ד"ה וקיימא לן כתב דטעמא משום דאין נכון להטריח את הלואה וכו', ומבואר דהוא רק דין בסדר הגביה.

ולהנ"ל י"ל דלדעת הרשב"ם דין דלא יתבע הוא דין בעיקר החיוב דליכא חיוב על הערב עד שיתבע את הלואה, אולם דינא דלא יפרע הוא רק הלכה בסדר הגביה, ונפק"מ דאף בגוונא דהתנה ממי שארצה, מ"מ סדר הגביה דהיכא דיש ללוה נכסים נפרעין מהלואה תחילה, וכיון דמבואר ברא"ש וברמב"ן דנכסי דאיניש אינון ערבין ביה הוי כאומר ע"מ שאפרע מהנכסים אם ארצה, משו"ה הוצרך הרשב"ם לבאר דהא דאין יורדין מתחילה לנכסים הוא רק מחמת הסברא דטרחה, דזה בכלל הדין דאין נפרעין.

אולם עדיין צ"ע דהא הגמ' מייתי לדינא דמתני', ולהנ"ל הרי דינא דמתני' הוא דלא יתבע ואינו שייך בתנאי, אלא רק דינא דברייתא דאף בהתנה לא יפרע מן הערב תחילה, וצ"ע.

א) ברמב"ם פכ"ה מו"ל ה"ד פסק דאם התנה ע"מ שאפרע ממי שארצה ויש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב, אולם אם התנה ע"מ שאפרע ממי שארצה תחילה יפרע מן הערב, אעפ"י שיש נכסים ללוה, ובראב"ד תמה עליו דגם בהתנה תחילה, ויש נכסים ללוה, אינו נפרע תחילה מן הערב, ועי' ברמב"ן דנקט כהרמב"ם, אולם הרשב"א נקט כהראב"ד, וביאר דאף באומר ממי שארצע אפרע, נמי הוי כאומר ממי שארצה תחילה, ומ"מ צריך ליפרע תחילה מהלוה.

ב) ועוד הוסיף הרשב"א דאף באופן דהתנה ואמר אף אם יש נכסים ידועים ללוה, נמי אינו יכול לתובעו תחילה דפטומי מילי בעלמא נינהו, דלא סמכא דעת' דיפרע ממנו כל זמן שיש לו נכסים ללוה, וצ"ב אמאי לא כתב לעיל דזהו סברת הראב"ד, והביא הרשב"א ראייה לזה מהא דס"ל לרבא דכולם לשון ערכות עד שיאמר תן לי ואני אתן לך, והרי התנה להדי' ואני קבלן, ואמאי לא מהני, וע"כ דלא מהני תנאי, ועי' במ"מ דביאר דהרמב"ם סובר דחייב משום דתנאי שבממון קיים, וכן מבואר בנימוק"י בשם האחרונים, וצ"ב כיון דהוי פטומי מילי בעלמא מה יועיל הא דתנאי שבממון קיים.

ג) ובעיקר דברי הרשב"א צ"ב אמאי הוי פטומי מילי, הא התנה להדי', ועי' בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' שס"א, ומתבאר מדבריו שם דהא כל ערב הוי אסמכתא, אלא משום דמהימן ליה, משעבד עצמו שלא יפסיד, כיון דעל אמונתו הלוהו, ומשתעבד שלא יהא לו הפסד מאמונתו, ולכך כל היכא דבאמת יש ללוה נכסים, ואין למלוה הפסד על אמונתו, הרי באמת לא נתחייב הערב, ולכך הוי פטומי מילי.

ד) עוד צ"ב כיון דאף בהתנה להדי' לא מהני, דפטומי מילי נינהו, מ"ש קבלן דחייב, אעפ"י שיש נכסים ללוה, וי"ל דמכח ההנאה הוא מקבל עליו דין ערכות, או דין ערב רגיל, או דין ערב קבלן דחשיב כלוה, וכל שקיבל עליו דין קבלן, הרי ממילא הוא דחייב אעפ"י דיש נכסים ללוה, כיון דזהו מה דקיבל ע"ע מחמת הנאתו, משא"כ בקיבל ע"ע להיות ערב, אלא דהוא רוצה להוסיף על דיני ערב, דיהא חייב אעפ"י דיש נכסים ללוה, בהא חידש הרשב"א דההנאה גורם דיחול עיקר החיוב, ולא עוד התחייבות, דזה ודאי פטומי מילי.

א) עי' ברמב"ן די"א דבמת הלוה והניח יתומים קטנים, דגובין מן הערב, והרמב"ן חלק דאטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל, וכמבואר בשבועות מ"ח ב' לענין שבועה, דחשיב כשבועת היתומים, שהרי סו"ס יגבה מהם, וכתב הרמב"ן דאף מקבלן אין גובין, אלא ימתין עד שיגדלו, ועי' ברשב"א דחלק על הרמב"ן דחשיב כאין נכסים ללוה.

ב) ועי' ברא"ש דכתב דאף בהתנה צריך להמתין על היתומים, והביא ראייה דהא נכסי דבר איניש הוו כערב בתנאי, ומ"מ אינו גובה מיתומים קטנים, ה"ה בהתנה צריך להמתין, אולם בקבלן אינו צריך להמתין, ויהא חייב כשיגדלו, וצ"ב כוונת הרא"ש הרי היתומים לעולם אין חייבים לשלם אלא רק מנכסים שירשו, וא"כ מדוע צריך להמתין. ולכאור' מוכח מהכא דהרא"ש ס"ל כיסוד התומים דיש על היורשים שעבוד הגוף, וכשגובין את הנכסים מיד היורשים הוי כגביה מיני', ומשו"ה הוכיח הרא"ש מהא דצריך להמתין.

ג) ובעיקר דברי הרא"ש עי' פלפולא חריפתא אות נ' דהק' מהא דמבואר בגמ' קע"ד א' דאף על נכסי הלואה אמרי' דינא דלא יתבע, והא להרא"ש הוי כתנאי, ועוד הק' מהסוגיא בבכורות, ע"ש, ועי' במה דנתבאר לעיל ליישב דברי הרשב"א בגיטין, ולכאור' זהו ישוב גם על דברי הרא"ש.

ד) יל"ע להרא"ש דכל הלואה הוי כתנאי ממי שארצה, דא"כ לשי' תוס' והרא"ש דאין מטלטלין בכלל יש לו נכסים, נמצא דבאופן דיש למלוה מטלטלין יגבו מקרקעות שביד הלוקח, וע"כ מוכח דבאמת מדין תקנה דאין נפרעין הוא דאין גובין מהקרקעות שביד הלוקח, ומוכח דלא כמהרש"א ב"ק ק"ח דליכא דין הנחתי במטלטלין, ובזה יתורץ קר' הרשב"א בגיטין, דנפק"מ למטלטלין.

יל"ע מדוע מבואר בגמ' בכתובות וב"ק דמעיקר הדין אין הלואה בע"ד רק משום טעמים דתרעומת וכו', ותיפו"ל דהוא בע"ד כיון דלא יתבע מן הערב תחילה.