

ערב במלוה ע"פ

(א) רמב"ם פכ"ו מו"ל ה"ה "מי שהיה ערב לחבירו במלוה על פה ובא המלוה לתבוע את הערב והרי הלוה במדינת הים, אומר לו הערב הבא ראייה שלא פרעך הלוה ואני אשלם לך" ועי' במ"מ דכתב דדין זה אין לו מקור מהגמ' אולם הוא פשוט מסברא, דכמו דאין נפרעין מנכסי הלוה, כ"ש דמערב אין נפרעין, ובשו"ע קכ"ט י"ב כתב דבמלוה ע"פ אין נפרעין מהערב עד שיודה הלוה, ומקורו מהרמב"ם, ומבואר דכל דמודה הלוה דהוא חייב, הערב נמי חייב. (ב) ונחלקו האחרונים אמאי פטור הערב אי הוי מדין טענינן לערב אתינן עלה, או מדין א"י אם נתחייבתי, או דהוא מדין טענינן ללוה, וממילא הוא דנפטר הערב.

דהנה במ"מ שם כתב "ואני אומר שאפילו מן הקבלן אין נפרעין אלא בראיה אא"כ נשא ונתן ביד לפי שכל זמן שיש תביעה למלוה על הלוה ואין כאן שטר יש לחוש לפרעון כיון שהלוה היה נאמן בשבועתו בלא שובר וטוענין לערב שמא נפרע המלוה".

אולם הב"ח קכ"ט ט"ו חלק על המ"מ דדוקא בערב פטור כיון דהוי כאומר א"י אם נתחייבתי, כיון דכל החיוב של הערב הוא רק היכא דלא פרע, ושמא כבר פרע ואינו חייב, אולם בקבלן דהחיוב חל עליו מיד ולא נפטר אא"כ פרע הלוה, הוה כא"י א"פ וחייב, וכ"כ בתשו' הב"ח הישנות סי' ל"א.

ובביאור הגר"א ס"ק ל"ט כתב לבאר דכתב דטענינן ללוה, וכשם דאין נפרעין ממנו כך אין נפרעין מהערב כמבואר בבכורות, ומבואר דס"ל כהב"ח דליכא דין טענינן לערב, וס"ל דספק ערב הוי א"י א"פ, אולם כיון דללוה איכא דין טענינן שהרי הלוה אינו בפנינו, וממילא פטור נמי הערב כמבואר בבכורות.

(ג) ובשו"ת ושב הכהן סי' מ"ב [הובא בפתחי תשובה סק"ט] תמה על עיקר דברי הב"ח, דודאי ערב הוי כא"י א"פ, דהא הערב ודאי נתחייב, וספק אם הלוה פרע, אלא טעמא דהרמב"ם הוא מחמת דינא דהגמ' בבכורות דכל דהלוה פטור הערב נמי פטור, וכיון דהלוה פטור מספק, ממילא הערב פטור, וכיון דאין הלוה לפנינו יכול הערב לומר שמא פרע הלוה, ופטור הלוה, וממילא נפטר נמי הערב.

והביא דכן מבואר להדי' במרדכי ב"ב סי' תרנ"ב בשם תשו' מהר"ם דהיכא דהלוה טוען פרעתי והמלוה טוען דלא פרע, דאין נפרעין מהערב, כיון דכל דהלוה פטור אף הערב פטור, והביא לזה המהר"ם ראייה מהסוגיא בבכורות, [ד"פ סי' תתקנ"ו, וע"ש דכתב בסו"ד "דכל היכא שהלוה טוען פרעתי פטור הערב, וגדולה מזו אמרי' רבה ורב יוסף דאמרי תרויהו גברא אשלימת לי גברא אשלימי לך ופטור הערב אפי' לית ליה כיון דהחייב קאי קמן ואף על גב דר"נ פליג עליה ואמר האי דינא פרסאה הוא, בנדון זה היה מודה", וצ"ע כוונתו דשאני התם דהחיוב היה להביא את הלוה לבי"ד, ונפטר מחיובו, אבל אינו ראייה דהלוה נאמן לפטור את הערב], ואדרבא מהא דהמהר"ם לא כתב דטעמא משום דהוי א"י א"נ, ע"כ דגם המהר"ם סובר דחשיב א"י א"פ, ומ"מ הערב פטור כיון דהלוה פטור, ואין לומר דיש חילוק בין היכא דהלוה טוען פרעתי, להיכא דאין הלוה לפנינו, דהא מבואר במרדכי דמת הלוה נמי פטור הערב, ומה"ט במודה הלוה דלא פרע חייב הערב, כיון דאינו יכול לטעון אולי פרע לך, דהא הוי א"י א"פ.

ועוד תמה שם על המ"מ דכתב דאף דאין לדברי הרמב"ם מקור מהגמ', מ"מ הוא פשוט מסברא דכמו דאינו יכול לגבות מנכסי הלוה במלוה ע"פ, כ"ש דאין יכול לגבות מהערב, ותמה דאדרבא מסברא היה ראוי לחייבו כיון דהוי א"י א"פ, ולא דמי להא דאין גובין מנכסי הלוה כיון דהלוה נאמן לומר פרעתי, אולם מ"מ הערב פטור מחמת דהלוה פטור, וזה אינו מסברא אלא רק מכח הסוגיא בבכורות.

(ד) והנה בשו"ע קכ"ט י"ג מבואר דכל היכא דהתנה המלוה עם הערב, נאמן המלוה לומר שלא פרעו, וק' הא כיון דהלוה פטור, ממילא א"א לחייב את הערב, ומה יועיל התנאי, ובושב הכהן עמד בזה, וכתב דהוא מדין תנאי שבממון קיים, וצ"ב כוונתו.

אולם לכאור' מוכח מהכא כדעת הרמ"א קכ"ט ח' עפ"י הרשב"א דכל דמעיקרא קיבל ע"ע ערבות אעפ"י דהלוה פטור, חייל ההתחייבות, ולב"ח הוא מדין התחייבות בעלמא ובעי' קנין, ולסמ"ע הוא מדין ערבות, ולפי הסמ"ע א"ש דין השו"ע דכל דהתנה, אעפ"י דלא עביד קנין, מ"מ חייל התנאי, והוא ערב אף דהלוה פטור, דמעיקרא נתחייב אדעתא דהכי.

(ה) ובשו"ת ושב הכהן כתב דיש בזה נפק"מ לדינא בתפס המלוה מהערב שלא בעדים, אי נאמן המלוה לומר דלא פרע הלוה במיגו דלא תפסתי, דלפי הב"ח הוא נאמן, אבל לפי המרדכי דטעמא משום דהלוה פטור, לא יועיל התפיסה שהרי כנגד הלוה אין לו מיגו, ועי' בנתה"מ סק"ו דנקט בפשיטות דמהני תפיסה שלא בעדים במיגו, ויעי' גליון רע"א ק"ז ה' וצ"ת אם שייך לנידון דהכא].

ועוד נפק"מ יש בזה, דהנה בהגהות חכמת שלמה לסעיף ח' מסתפק בגוונא דהלוה אומר דא"י א"פ, והמלוה ברי, אם גובין מהערב, והנה אי נימא דערב הוי א"י א"נ, י"ל דאעפ"י דהלוה חייב, מ"מ הערב פטור, אולם אי נימא דהוי א"י א"פ, ודאי דיהא חייב הערב בכה"ג, ולדברי נתה"מ ל"ט י' דכל דבפועל הלוה חייב ממילא הערב חייב, הרי ה"ה בציור הנ"ל יהא הערב חייב, וצ"ע בזה.

(ו) ובשו"ת דובב מישרים ח"א סי' נ"ז ציין לשו"ת הרשב"א ח"ג סי' ט' דנשאל בגוונא דאיכא ספק שטר מחילה של המלוה לערב על ערבותו, וכתב בתו"ד דהא בוש"ש לאו ברי עדיף, וק' על האחרונים דנקטו דכל ספק ערב הוי א"י א"פ, ובאמת דעיקר דברי הרשב"א שם צ"ב, דהא מיירי בברי וברי, ומדוע כתב דפטור מדין בוש"ש, וצ"ע. עוד יש לציין בזה לדברי יד רמה שלהי ב"ב אות קנ"א, ודבריו צ"ב אי מיירי בלוה לפנינו או לא, וצ"ע לע"ע.

(ז) ובעיקר הנידון אם ערב הוי א"י א"נ או א"י א"פ, ואם איכא דין טענינן בערב, מצינו בזה עוד באחרונים - דהנה בעיקר דין השו"ע בסעיף י"ב דהיכא דהלוה מודה דחייב גובין מהערב, עי' בקצוה"ח סי' ל"ט סק"ה דתמה אמאי לא חיישי' לקנוניא, ותי' הקצוה"ח דשאני ערב דהוי א"י א"פ, אולם מלקוחות אין גובין כיון דטענינן ללוקח שמא פרע, אבל לערב לא טענינן כיון דא"י א"פ חייב, אבל לקוחות דאינו חיוב של הלוקח, אלא דין על הנכסים, טענינן ללוקח שמא פרע, ואף אם המוכר טוען דלא פרע חיישי' לקנוניא, ומבואר מהקצוה"ח דליכא דין טענינן בערב, ולא כהמ"מ, וס"ל נמי דהוי א"י א"פ, וזה כדעת ושב הכהן והגר"א.

ובשו"ת בית אפרים חו"מ סי' ט' וקוב"ש ב"ב אות תרנ"ד הק' על הקצוה"ח דא"כ אמאי כתב השו"ע דבמת הלוה פטור הערב, הא הוי א"י א"פ, אולם לדברי ושב הכהן והגר"א א"ש דטעמא דהשו"ע הוא משום דכל דהלוה פטור מחמת דטענינן ל' שלא בפניו, ממילא הערב פטור, אבל היכא דהלוה מודה דלא פרע, אף דחיישי' לקנוניא, מ"מ חייב מדין א"י א"פ, שהרי הלוה נמי חייב.

אולם בהגהות אמרי ברוך על הקצוה"ח שם חלק עליו דערב הוי א"י א"נ, כיון דכל חיובו הוא רק אם לא בא החוב לידי גביה, ואם פרע הלוה לא היה עליו חיוב מעולם, אלא דא"כ לשי' המ"מ דטענינן לערב, תקשי דא"כ קו' הקצוה"ח, מ"ש הודאת הלוה דמחייב את הערב ולא מחייב את הלוקחות.

(ח) ומבואר מהאמרי ברוך דיסוד הנידון הוא האם חיוב ערבות חל מיד בשעת ההלואה, או דכל חיובו של הערב חייל רק כשתובע את הלוה ואינו פורע, ובפשוטו זה תלוי בגדר הדין דאין נפרעין מן הערב תחילה, אם כל החיוב

הוא מעיקרא רק על הצד דלא ישלם חובו, או שהוא חיוב גמור אלא דמדיני סדר הגביה דנפרעין תחילה מן הלוח, דאי נימא דהוא חיוב מעיקרא רק על הצד דלא ישלם, וכשמשלם הוברר למפרע דלא נתחייב מעולם, הוי א"י א"נ, אולם אם הוא חיוב גמור, אלא דנפטר מחיובו ע"י פרעון הלוח, הוי א"י א"פ, נויש להוסיף דאעפ"י דודאי גובין מנכסים משועבדים של הערב מזמן חתימת הערבות, ולא רק משעה שאינו פורע, אולם אינו ראה דהחיוב חל מיד, אלא מדין סיבת החיוב חייל שעבוד נכסים מזמן ההלואה], ולפי"ז בקבלן ודאי דהוי א"י א"פ, וכדעת הב"ח.

ובשיעורי הגרש"ר מכות הערה אות תקפה ביאר דיסוד הנידון בזה הוא בגדרי חיוב ערב, אם ביאורו בזה דחוב הממון מוטל גם על הערב, או דהוא חיוב בפנ"ע לפרעון חוב הלוח, באם הלוח לא יפרע את חובו, דאי נימא דהוא מחוייב בחוב הלוח הוי כא"י א"פ, כמו בספק פרעון אצל הלוח, אולם אי נימא דהוא חיוב בפנ"ע, התלוי בחובו של הלוח, שפיר י"ל דהוי א"י א"נ, כיון דאיכא ספק אם הושלמו תנאי החיוב, ולפי"ז לכאור' בערב קבלן מסתבר דגדר הדין דחוב הממון מוטל גם על הערב, ומשו"ה ס"ל לב"ח דהוי א"י א"פ, [אלא דלפי"ז נמצא בדברי הב"ח דהוי א"י א"נ, סותר לדבריו בתשו' גאוני בתראי, דנראה דנקט דנעשה כבעל החוב, ולכך היכא דליכא חיוב על הלוח, לא שייך דין ערבות], וסברת המ"מ ודעימ' דקבלן הוי א"י א"נ, צ"ע.

ובפשוטו יש בזה עוד נפק"מ אם טענינן לערב דהלוח פרע, דאם הערב הוא בעל החוב, הרי כמו דאין טוענינן ללוח בפניו, ה"ה דאין טוענינן לערב, אולם אי נימא דהוא ערבות על הפרעון, שפיר טענינן ל"י כמו דטוענינן ללוקח. ולפי"ז נמצא דהב"ח דס"ל דליכא דין טענינן, הוא משום דס"ל דהערב נידון כבע"ד, ואין טוענינן לבע"ד בפניו, והמ"מ ס"ל דאינו נידון כבע"ד ולכך טענינן לערב, והגר"א ושו"ת ושב הכהן וקצוה"ח נמי ס"ל כהב"ח דליכא דין טענינן לערב כיון דהוי כטענינן בפניו, אולם ס"ל דהוי א"י א"פ, [ויתכן עוד דכיון דהוי א"י א"פ לא יועיל דין טענינן, דאינו אל שמא, ואכמ"ל בגדרי דין טענינן], ולא כהב"ח דנקט דהוי א"י א"נ, וטעמא דפטור משום דטענינן ללוח, וממילא נפטר הערב.

והנה לפי המ"מ דס"ל דאיכא דין טענינן בערב, ואינו נידון כבע"ד, הרי נתבאר דטעמא משום דהוא ערב רק על הפרעון, ולפי"ז יתכן ליישב קו' הקצוה"ח, דכל היכא דהלוח מודה, ממילא חייב נמי הערב, דכיון דהערבות אינו על החוב, אלא על הפרעון, ממילא כל דהלוח חייב, הערב מתחייב בפרעון, [אבל אי נימא דהערבות הוא על ממון החוב, הרי שפיר יש לומר דאעפ"י דהלוח מודה דלא פרע, יתכן לפטור את הערב, דאין הלוח נאמן על חוב הערב], ויתכן דזהו שורש תי' של הנתה"מ דלהלן סק"י.

ט) והנה המרדכי הביא מהמהר"ם דכתב דכמו דאין גובין מנכסי הלוח היכא דטוען פרעתי, ה"ה דאין גובין מנכסי הערב היכא דהלוח טוען פרעתי, וצ"ב דשאני התם דדין השעבוד הוא לפרעון הלוח, וכל דהלוח פטור א"א לגבות מנכסיו, אבל בערב דהוא חיוב בפנ"ע למלוה, יתכן דאעפ"י דהלוח טוען פרעתי, מ"מ כיון דהמלוה טוען דלא פרע חייב הערב לשלם, וע"כ מוכח דאף גדר החיוב של ערב הוא דהחוב גופא מוטל עליו, ומשו"ה ס"ל דשוה דין שעבוד נכסים לדין ערבות, ולשי' נמי ס"ל דהוי א"י א"פ וכדביאר ושב הכהן שם, אולם עדיין צ"ע הראיה דהא גם על דין הערבות שבנכסים יש לו זכות לטוען פרעתי, וליכא ראייה מהכא דאף יש לו זכות טענה לגבי הערב, וצ"ע.

י) והנה בעיקר קו' הקצוה"ח, עי' בנתה"מ שם סק"י דחלק על הקצוה"ח דלקוחות נמי הוי א"י א"פ, [ועי' משובב שם], כיון דהנכסים ודאי נשתעבדו וספק אם פקע שעבודן, [אולם הנתה"מ הסכים לעיקר הדין דערב הוי א"י א"פ, וצ"ע דא"כ לא יועיל תפיסה, וכדכתב ושב הכהן, והנתה"מ קכ"ט ו' הרי כתב דמהני תפיסה, וצ"ע], ועל קו' הקצוה"ח, תי' הנתה"מ

דשאני ערב דכיון דנתחייב בערבות על מלוה ע"פ, אדעתא דהכי הוא נשתעבד, דאל"כ על מה נתחייב, הא לעולם הלוח יכול לפטור עצמו במלוה ע"פ, וכ"כ בקוב"ש שם.

ובשיעורי הגרש"ר מכות אות שי"ד העיר דבראשונים מכות ז' א' הק' דבגוונא דהעדים קרובים לערב דנאמינן דהלוח לא פרע ונחייב את הלוח ולא את הערב, ולדברי הנתה"מ הרי אינו נעשה ערב רק אם קמי שמיא גליא דהוא חייב, אלא כל היכא דבפועל הוא חייב, אף הערב חייב, וא"כ כיון דהלוח חייב ממילא הערב נמי חייב, ע"ש. וע"ע קובץ ביאורים מכות אות ז' דכתב סברא חדשה בכ"ז דכל מה דברי ע"י אחר לא מהני הוא רק משום דאינו בע"ד, אבל הכא דהלוח הוא בע"ד כו"ע מודו דמהני ברי ע"י אחר, ולכך כל דהלוח אומר פרעתי נפטר הערב מדין ברי ע"י אחר, וצ"ע אמאי מיאנו כל האחרונים בסברא זו.

א) בעיקר מחלוקת המ"מ והב"ח אי דינא דהרמב"ם נאמר גם בערב קבלן, הנה ברמ"א סעיף ט"ו כתב דבקבלן אין הלוח נאמן לומר פרעתי כיון דהיה לו להתנות, ומקורו מדברי המרדכי ב"ב פ"י אות תרנ"ב, ועי' בש"ך שם ס"ק ל"ב דכתב דזה דלא כדברי המ"מ הנ"ל דאף בקבלן בעי' ראייה ברורה, אולם הביא הש"ך דבסה"ת של"ה ח"א דין מ"ד מבואר כדברי המ"מ, ועוד ראייה הביא הש"ך מהא דמבואר בשו"ע סי' פ"ג ס"ג דהיכא דיש למלוה על הלוח ב' חובות בע"פ, ועל אחד יש לו ערבות ועל א' אין לו ערבות, והלוח אומר דפרע את החוב שיש עליו ערבות, והמלוה אומר דקיבל את הדמים על החוב שאין בו ערבות, דנאמן הלוח, ונפטר הערב, אפילו היה קבלן, וק' הרי לפי הרמ"א והב"ח בקבלן לא מהני הודאת הלוח, כיון דהוי א"י א"פ, [וע"ש בש"ך שם סק"ה מה דתי', ובמה דתמה רע"א שם, ועי' בסמ"ע ובביאור הגר"א שם דהוא מכח דינא דהגמ' בבכורות], ועוד כתב דכן מבואר בשו"ע ריש סי' ק"ל, [ונחלקו שם בזה הש"ך והסמ"ע], ולכך פסק הש"ך כמ"מ, וע"ע בביאור הגר"א ס"ק מ"ז דכתב דפליגי אם בחנוני על פנקסו, הוי הבעלים ערב קבלן, או כנו"נ ביד.

ב) ובשו"ת ושב הכהן סי' מ"ג כתב לבאר בזה, דהנה הרי בסוגיא בבכורות מבואר דטעמא דבב' יב"ש אין גובין מן הערב, הוא משום דאין נפרעין מן הערב תחילה, ולפי"ז בקבלן דנפרעין ממנו תחילה, הרי בקבלן דיש ספק אם פרע הלוח, כיון דהוי א"י א"פ, ממילא חייב הערב, ולא יועיל דין טענינן ללוח, כיון דנפרעין תחילה מקבלן, וכן מבואר בדברי המרדכי בסו"ד דכיון דנפרעין תחילה מקבלן, משו"ה חייב הקבלן מספק.

והנה הש"ך הביא דבסה"ת מבואר כמ"מ, אולם בושב הכהן הק' על הש"ך דמדקדוק לשונו של הבעה"ת מבואר דדוקא באופן דהלוח לפנינו וטוען פרעתי, הוא דפטור הקבלן, אולם היכא דאין הלוח לפנינו חייב הקבלן, ומשום דכל דהלוח נפטר בטענתו, ממילא פטור נמי הערב, דהא חוב אחד לשניהם, ודוקא היכא דאין הלוח לפנינו, חייב מדין א"י א"פ, וכמו"כ במת הלוח כיון דטענינן ליתמי וחייל פטור על הלוח, א"א לחייב את הערב, דהא חיוב אחד לתרויהו, וכל דיתמי הלוח פטורים אף הערב פטור, אבל אם הלוח אינו לפנינו, כיון לא חייל פטור על הלוח, ליכא פטור על הערב, ולפי"ז מסיק דיש בזה ג' שיטות, דלפי המרדכי בשם המהר"ם גם אם הלוח טוען פרעתי חייב הקבלן, ולפי המ"מ גם אם אינו לפנינו פטור הקבלן, ולפי התרומות יש חילוק בין נמצא הלוח לפנינו וטוען פרעתי, או מת הלוח דטענינן ליתמי, לגוונא דאין הלוח לפנינו דחייב הערב מדין א"י א"פ, וכתב לפי"ז לדחות ראיית הש"ך מהא דסי' פ"ג דשאני התם דאמר הלוח פרעתי.

ג) אולם עדיין צ"ב דהא מ"מ בסוגיא בבכורות מוכח דבקבלן ליתא לדינא דליכא לוח ליכא ערב, וכדהוכיח בתחילת דבריו, וא"כ מדוע כשטוען הלוח פרעתי פטור הקבלן, וע"כ צ"ל דכל מה דמבואר בסוגיא בבכורות הוא

משום דליכא פסק דין על הלוח דהוא פטור, דהא לא ידענו מיהו הלוח, וכיון דליכא פסק דין על הלוח דהוא פטור, הוצרכנו לדין דלא יפרע מן הערב תחילה, ובכה"ג בקבלן שפיר גובין מן הקבלן, אבל בגוונא דהלוח לפנינו וטוען פרעתי ונפסק עליו דהוא פטור, אף בקבלן א"א לחייבו, וכן ביתומים אף הקבלן פטור, כיון דנפסק על היתומים דפטורים.

והנה בדעת הש"ך ע"כ צ"ל דס"ל דודאי איכא דין טענינן ללוח, וממילא יש לפטור את הערב, מחמת דהלוח פטור, וגם לדבריו צ"ל כהנ"ל דשאני התם דליכא פסק על הלוח דהוא פטור, אלא דאין מי לחייב, ולכך בעי' לדינא דאין נפרעין מן הערב תחילה, ובקבלן ליתא לדין הגמ' בפסחים, , ושור' בשער המשפט מ"ט ו' דכתב דהסוגיא בבכורות מיירי רק בערב ולא בקבלן, והוסיף דאעפ"י דמבואר בש"ך דבטוען הלוח פרעתי פטור הקבלן, שאני התם דאיכא חיוב על הקבלן ממנ"פ.

ד) בפתחי תשובה ס"ק י"ב הביא משו"ת חכם צבי ליקוטים סי' ל"ו דדן בערב קבלן דאיכא דו"ד בין הלוח למלוח כמה הלוח, ופסק החכ"צ דחייב לדון המלוח עם הלוח, כיון דעדיין לא ידוע כמה הלוח, והוסיף החכ"צ דלא דמי לחנוני על פנקסו דשניהם נשבעים ונוטלים, ולא אמרי' דקודם ידון החנוני עם הפועלים, דשאני התם דאין לחנוני עם הפועל כלום, אבל הכא הרי הלוח נאמן לומר פרעתי, ולחלק מהפוסקים אף נאמן לפטור את הקבלן, וממילא נאמן לומר לא נטלתי במיגו דפרעתי, עכתו"ד, ובפתחי תשובה תמה עליו דכה"ג גם המרדכי בשם מהר"ם מודה, והיינו דכה"ג הוי א"י א"נ, וכו"ע מודו דפטור הקבלן.

והנה בביאור הגר"א ס"ק מ"ז כתב דטעמא דהרמ"א משום דס"ל דאיכא הוכחה מדינא דחנוני, דאעפ"י דהפועל דהוי לוח טוען לא ליתי, מ"מ חייב הבעה"ב מדין ערב קבלן, והמ"מ ס"ל דהתם הוא מדין נו"נ ביד, ולכאור' מדברי הגר"א מבואר דלפי הרמ"א גם בגוונא דאיכא ספק הלוח נמי חייב הקבלן.

ה) [ס"ק זה לא מסודר] וברמ"א בסעיף ט"ו כתב דהמלוח נשבע ונוטל, ובשו"ע בסעיף ט' מבואר דהלוח צריך לכלול בשבועתו דעדיין הוא חייב, משום חשש קנוניא, ועי' בסמ"ע ס"ק כ"ח דכ"ז במלוח ע"פ, דלולי שבועת הלוח לא היה גובה מהערב, אבל במלוח בשטר דאין הלוח נאמן, אף בשבועה דכבר פרע, אדרבא נשבע המלוח שעדיין הוא חייב לו ונוטל, והביא לזה ראייה מסי' קי"ד ס"ט דבטירפא מלקוחות נשבע המלוח ונוטל, ומשום דמיירי במלוח בשטר, והסכים לזה הש"ך ס"ק כ"ב.

ובתומים סק"ח חלק דאין לדמות דין ערב לדין לוקח, ואעפ"י דלגבי לקוחות צריך לישבע, בערב אי"צ לישבע, ומה דמבואר בנימוק"י דצריך המלוח לישבע כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים, הוא רק באין הלוח לפנינו, אבל היכא דהלוח לפנינו ומודה שלא פרע, אינו יכול להשביעו, ורק מדין יתומים למדנו דאפשר להשביע גם כשהוא לפנינו.

ועי' בקצוה"ח ס"ק ד' דביאר דברי הסמ"ע דכ"ז דאין הלוח נשבע שעדיין חייב לו, צריך המלוח לישבע כמו בגובה מלקוחות, אולם אם הלוח נשבע אין המלוח צריך לישבע, ומשום דלא גרע מנפרע שלא בפניו, ועי' נחל יצחק קי"א ג' ענף ב' דכיון דהערב חוזר וגובה מהלוח, הוי כגביה מהלוח שלא בפניו.

ובתומים ס"ק ט"ו כתב להוכיח מדברי הרמ"א בסעיף ט"ו דלולי ברי דלוח דפרע, לא היה המלוח צריך לישבע, ואינו דומה להבא ליפרע מנכסים משועבדים, דאל"כ מדוע כתב הרמ"א לדין זה הכא, הא בכל מקום שנוטל אינו נוטל בלא שבועה, ולא כדברי הסמ"ע הנ"ל דהמלוח צריך לישבע, ובקצוה"ח סק"ו דחה דהשו"ע קמ"ל דהמלוח נשבע ונוטל, וה"ה כאין הלוח לפנינו דאינו נוטל בלא שבועה.

ובשו"ת ושב הכהן סי' מ"ג ביאר דכל מה דכתב הרמ"א דצריך לישבע הוא רק באופן דהלואה לפנינו וטוען פרעתי, ומשום דמקור דין השבועה הוא מהסוגיא דחנוני על פנקסו, דאעפ"י דהבעה"ב א"י א"פ ופעלים ברי, מ"מ צריכים לישבע, כיון דחנוני טוען ברי, אבל כשאנינו לפנינו אי"צ לישבע, אלא נוטל מדין א"י א"פ, אבל בערב דשורש החיוב על הלואה בעי' שבועה, אעפ"י דהוי א"י א"פ, משא"כ בקבלן דהוא חיוב עליו בפנ"ע, אבל מדין נפרע שלא בפניו אין לחייבו, ע"ש, והביאו בפתחי תשובה סק"ח.

ובנימוקי יוסף [פ' ב'] כתב "אבל אמרו בשם הגאונים ז"ל דאינו נפרע מן הערב אלא בשבועה שלא נפרע מן הלואה כדין הבא ליפרע מן היורשים וכן הדין בקבלן" ועי' בדרכי משה אות ז' דמסתפק אם בערב סתם נמי גובה בשבועה, ופליג על דדינא דסעיף ט', או דדוקא בכה"ג דאמר ממי שארצה אפרע גובה בשבועה, ובושב הכהן שם נשאר בתימא על הנימוק"י, ע"ש.

ו) עי' בגליון רע"א דהביא ממהריק"ש דשותפין שקנו, ואחד מן השותפין טוען פרעתי כל המכירה, והשני טוען שמא, והמוכר טוען דלא נפרע לו מידי, וטוען לפחות חצי מהשותף שטוען שמא, דהשותף נשבע ופוטר לתרייהו, ולכאור' קשה דהא שותפין הוו ערבין, וא"כ מה אכפ"ל דטוען פרעתי, ונראה דלק"מ דשאני התם דכיון דשותפין נינהו, כשאחד מהשותפין נאמן בטענת פרעתי, הרי ממילא הב' פטור ואינו נידון כא"י א"פ, משא"כ בערב קבלן.

ז) בשו"ע סעיף ט"ז נפסק דהיכא דנפל השטר ולוה מודה שלא פרע, דהקבלן יכול לטעון שמא פרע, ועי' ביאור הגר"א ס"ק מ"ח דאף הרמ"א דסעיף ט"ו מודה, כיון דאיתרע בנפילה, וכן מבואר בסמ"ע ס"ק כ"ג, והנה בספק קבלן בפשוטו הוי א"י א"פ, וכמבואר בב"ח, ולפי"ז העיר בשו"ת גנת ביתן סי' כ"ה דנפשט מזה ספיקו של רע"א ח"א סי' קצ"ז האם בשטר שנפל א"י א"פ חייב או לא, ולהנ"ל הרי מבואר כאן להדי' בשו"ע דלאו ברי עדיף, וצ"ע"ג.

ח) בשו"ע סעיף י' פסק דהיכא דאין הלואה בפנינו או שהוא אלים דגובין מהערב, ועי' ביאור הגר"א ס"ק ל"ד [ליקוט מכת"י בנדמ"ח] דביאר דכיון דמבואר בגמ' דנכסיה דבר איניש ערבין, כמו דלגבי הנכסים קיי"ל דנפרעין שלא בפניו, וגברא אלים יורדין לנכסיו, ה"ה לגבי ערב, וכתב "אבל צ"ע בבכורות מח, אבל לדעת הרמב"ם ושו"ע יו"ד סימן ש"ה סעיף כ"ו מוכח דאע"ג דלא מצי תבע לדידהו נוטל מהנכסים, ולא דמי לשני יוסף בן שמעון כמו שצריך לחלק שם".

ולכאור' כוונת הגר"א להק' דכמו דמבואר שם בגמ' דאעפ"י דאיכא ממנ"פ מ"מ אין יורדין לנכסי הערב, ה"ה דבגברא אלים דנידון כאינו לפנינו, נימא דאין יורדין לנכסי הערב, וע"ז תי' דהא דעת הרמב"ם והשו"ע דבמת האב תוך ל' וחלקו האחין, דגובין ה"ס מבין שניהם, [ועי' ביאור הגר"א שם ביו"ד דיבאר דפסקו כל"ק], ואעפ"י דהא קיי"ל בסי' מ"ט דכל דליכא לוא ליכא ערב, וע"כ דצריך לחלק דבספק בכור חשיב דהלואה לפנינו אלא דאין אנו יודעים מיהו, אבל בב' יוב"ש כיון דלא פסקו מי הוא החייב, חשיב דאינו לפנינו, ולכך גברא אלים דנפסק דחייב חשיב דהלואה לפנינו, אולם עדיין צ"ב מ"ש הלך למדה"י מספק בכור, ויש לחלק.