

ההוא ערבאקע"ד א'מקמי דלודעינהו ליתמי

הראשונים דנו מה הנפק"מ אי הודיעם או לא, ונאמרו בזה ז' פי' בראשונים -

[א] עי' רשב"ם ד"ה פריעת ובע"ב ד"ה דלהכי, ועולה מדבריו דבמלוה בשטר מודה ר"פ דגובין מיתומים, ורק במלוה ע"פ אינו גובה מיתומים קטנים, וחייב הלואה לערב הוא מלוה ע"פ, ולפי"ז מתבאר דאם היה תובע [עי' במהרש"א דלפי הרשב"ם גרסי' בגמ' דלתבעיה] את היתומים היה המלוה גובה מהם, כיון דלגבי היתומים הוי מלוה בשטר, ורק משום דלא תבע את היתומים, ופרע למלוה, הרי חייב היורשים הוי מלוה ע"פ, ואין גובין מהיתומים, וכן מבואר בר"י מגאש, וכן מתבאר מדברי המהרש"א על תו'.

[ב] ולר"ה, עי' ברשב"ם ד"ה רב הונא דכתב דבמלוה ע"פ חיישי' לצררי, ולכך כתבע ליתומים הרי היתומים חייבים מדין מלוה בשטר, וליכא חשש צררי, ורק בפרע מדעתו פטורים היתומים, וכ"כ ביד רמה אות קל"ג.

[ג] וביד רמה [שם ד"ה ואי קשיא] הק' כיון דאם היו תובעין את היתומים, היו חייבים היורשים לשלם כיון דהוי מלוה בשטר, א"כ מדוע בפרע הערב מדעתו חייבים היורשים לשלם לו, [כגון בחייב מודה לר"ה], הא הוי פורע חובו של חבירו שלא מדעתו דהניח מעותיו על קרן הצבי, והוסיף הרמ"ה דבגוונא דאמר הלואה מעיקרא לערב ערבני ושלם, הוי פרעון בשליחותו, אולם כתב דדוחק להעמיד בכה"ג, ועוד תמה דמ"מ אמאי חייבים היורשים לשלם, הרי הלואה הוא דקאמר ליה ערבני ושלם, והשתא הנכסים של היורשים, ולא שילם מדעת בעל הממון, ותו' ביד רמה דכיון דאם היה תובע את הלואה ולא היה לו לשלם היה הערב חייב לשלם, משו"ה אעפ"י דלא תבעו, הוי כפורע בע"כ, דלא ניח"ל שיהיו נכסיו משועבדים, והוסיף הרמ"ה לבאר דמעיקרא בזמן ההלואה, הלואה מתחייב לערב לשלם לו על ערבותו, ונשתעבד ע"ז מעיקרא, וממילא אי"ז פורע חובו של חבירו שלא מדעתו, אלא מדעתו הוא עכתו"ד, ומבואר מדבריו דהיכא דפרע מדעת הלואה, הוי פרעון בשליחותו, וחייב הלואה כמוציא הוצאות על פיו, אבל היכא דפרע שלא מדעת הלואה, יש בזה ב' טעמים, או משום דמ"מ הוי כפורע בע"כ, או דאיכא אומדנא דהלואה נתחייב מעיקרא אדעתא דהכי, ואעפ"י דפרע שלא מדעתו חשיב כפורע מדעתו, ומה"ט מיושב קו' אמאי איכא חיוב על היורשים, דלסברא קמא דהרמ"ה הרי חיובם מדין פורע בע"כ, ולסברא הב' הרי הלואה נתחייב מעיקרא, ונשתעבדו נכסיו מעיקרא אדעתא דהכי, [אולם ידידי הרב שמואל ולדנברג נ"ו ר"ל דבאמת הוא תי' א', דס"ל להרמ"ה דגם פורע בע"כ שלא מדעת הלואה פטור הלואה, [ודלא כתוס' ב"ק נ"ח], אלא כל יסוד החיוב של הלואה הוא מחמת דנתחייב מעיקרא על פרעון הערב, אולם ודאי דאינו מתחייב על מה שיפרע מדעתו, אעפ"י דלא היה צריך לפרוע, ולכך הקדים הרמ"ה דהוי כפורע בע"כ, וממילא זה נכלל בהתחייבות של הלואה לשלמו, וע"ע בסוף הסוגיא מה דנתבאר בזה.

[ב] א] בתוס' ד"ה מקמי ביארו דאילו אודעינהו אולי היו פורעים, אולם אם לא היו רוצים היה נפרע מן הערב, ומשום דחוב של יתומים קטנים נידון כליכא נכסים ללואה, וכן הוא ברמב"ם פכ"ו ה"ג ושו"ע ק"י ג'.

[ב] ויש להוסיף דתוס' לשי' אינם יכולים לבאר כהרשב"ם, דהנה במהרש"א על תוס' סוד"ה ואם הוכיח מדבריהם דאף לר"ה דבחיוב מודה גובין מקטנים כ"ז הוא במלוה בשטר, אבל במלוה ע"פ מודה ר"ה דהוא רק משום מצוה וקטנים לאו בני מצוה נינהו, ולפי"ז ע"כ צ"ל דחיוב היתומים לערב הוא כדין מלוה בשטר, דאל"כ מדוע בחייב מודה איכא חיוב על היורשים, [נאף בלא הודיעם, ודלא כהר"א אב"ד דרק בהודיעם הוי מלוה בשטר, וכלהן].

[ג] ובעיקר דברי תוס' - עי' ברא"ש סי' מ' דפסק דאין גובין מהערב, דכיון דיש להם נכסים אין נפרעין מהערב תחילה, ורק מקבלן גובין כיון דנפרעין מקבלן אף כשהלואה בפנינו וכ"ש כשאינו בפנינו, וכן הביא בב"י שם משו"ת הרשב"א ח"א סי'

תתקע"ג דחילק בין ערב לקבלן וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' ט', והנה דעת הבעה"מ והראב"ד בכתוב שם להל' כהרא"ש דאין גובין מן הערב, אולם בטעמא דמילתא ביארו משום דאין הערב חייב במה דהלוה פטור, וזהו להיפוך מסברת הרא"ש, [אולם בדו"ח מכת"י לסי' ק"י נקט דהרא"ש כבעה"מ] ועי' בתשובות הרשב"א הנ"ל דכתב דלפי הבעה"מ יש חילוק בין ערב לקבלן.

(ד) וברמב"ן קע"ג ב' הביא לשו' התוס' בשם י"א, וחלק עליהם מכח הסוגיא בשבועות מ"ח ב' דאטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל, והוסיף הרמב"ן דמה"ט אין גובין אף מערב קבלן, אולם הרשב"א שם חלק עליו דכיון דטעמא דאין נפרעין מקטן מחמת טעמא דצוררי, דאינן יודעין לחפש בזכותן, אבל קבלן הרי הוא גדול ויכול לחפש, ואפי' היה הלוה קיים יכול ליפרע ממנו, כ"ש כה"ג דאינו לפנינו, ולענין ערב נמי פליג הרשב"א דליכא ראיא מהסוגיא בשבועות, דשאני התם דהיתומים פטורין לגמרי, כיון דא"א מוריש שבועה לבניו, ואם תובע את הערב הוא מחייב את היתומים, אבל הכא אינו אלא כגברא אלמא, וכ"כ הרשב"א במיוחסות סי' ט', וכן דחה הטור סי' ק"י ז', [ועי' בדו"ח מכת"י שם דביאר דברי הטור דכוונתו לומר דמשום הגמ' בשבועות יש לדחות דאח"כ אף הערב אינו יכול לחזור עליהם עד שיגדלו, ומשום דינא דב' יוב"ש דכל דפטור הלוה פטור נמי הערב, ס"ל דהיתומים בני חיובא כיון דחייבים כשיגדילו, וע"ש דהביא מהדרישה דטעמא דהרמב"ן נמי מחמת דינא דב' יוב"ש, ותמה רע"א דא"כ ודאי יש חילוק בין ערב לקבלן, ע"ש].

ולכא' יש נפק"מ אי טעמא דפטור הקבלן כבעה"מ או כהרמב"ן בגוונא דאין ליתומים נכסים, דלפי הבעה"מ ודאי דהערב פטור, אולם לפי הרמב"ן יתכן דכה"ג הוא חייב כיון דלא שייך כה"ג הטעם דאזיל בתר יתמי, וצ"ע בזה.

(ה) והנה בגיטין מ"ט ב' פריך הגמ' למ"ד דכי ל"ל לא משתעבד מאי איכא למימר, ולרש"י קו' הגמ' דע"כ מירי בדל"ל כיון דאין נפרעין מן הערב תחילה, והק' רע"א אמאי לא משני דמיירי ביתומים קטנים, [והיינו דמיירי דבני הבן הם קטנים], וכתב רע"א דתלוי במחלוקת הפוסקים דהביא הרמ"א בסי' ק"א י"ג אם יכול הלוקח לומר לבע"ח הנחתי אצל קטנים וימתין עד שיגדלו, ע"ש, וצ"ע דלא הביא מכל הנ"ל דנחלקו בזה הראשונים, ובשו"ע פסק בסי' ק"י ס"ג דנפרעין מהערב, ולדברי רע"א ק' דהיה לרמ"א להביא דיש חולקין, ואף דהרשב"א ב"ב מדמה הדינים, מ"מ בדעת הרמ"א ע"כ מוכח דלא דמו.

וטעם החילוק הוא, דדין ערב הוא כל דא"א בפועל לגבות מהלוה, אבל בלקוחות אין גובין מהם רק באופן דא"א כלל לגבות מהבני חורין, ועד"ז חילק בנתה"מ סי' פ"ו סק"ג וק"י סק"ה בדין לזה אלם, וצ"ע.

[ג] עי' בבעל המאור דהביא מרבינו אברהם בר"י [בעל האשכול] דמיירי ביתומים גדולים, ואילו היה תובע שט"ח מהיתומים, היה גובה מהם מכח השטר, ועי' בספר התרומות של"ה ח"ב דין א' דהביא לדברי הראב"ד הנ"ל דביאר דאילו היה מודיעם ולא פרעו היה גובה מהם מכח השטר, והוי מלוה בשטר, ומשום דלא הודיעם הוי מלוה ע"פ, ועי' בפ"י הראב"ד [קש"ק עמ' ד' אלף עז], דהוסיף דפלוגתייהו דר"פ ור"ה הוא גם במלוה בשטר, דר"פ ס"ל דשל"ד וגם בגדולים החיוב הוא רק משום המצוה, ואף ביתומים גדולים אמרי' דלאו בני מצוה נינהו, אולם בשטר איכא תקנה דגובין מהם שלא תנעול דלת, ולגבי המלוה, אף במלוה ע"פ ס"ל לר"פ דגובין מיתומים גדולים מחמת נעילת דלת, אולם הערב אינו גובה מהם במלוה ע"פ, כיון דלא שייך בו הגזירה דנעילת דלת, וכן לר"ה אי הוי מלוה בשטר לא חיישי' לצוררי, ורק משום דהוא מלוה ע"פ טענינן להו פרעתי, עכתו"ד.

ובכתוב שם השיג עליו הראב"ד [והובא בסה"ת שם] מלישנא דר"פ דלאו בני מצוה נינהו, והא טעמא משום דליכא נעיל"ד לגבי הערב, ועוד הק' עליו מדוע פקע דין שטר מחמת דלא תבעם, וברבינו יונה תמה עליו דממנ"פ אי חייל חיוב על הלוה לשלם לערב גם קודם שתבעו, יגבה אף ממשועבדים, ואי ליכא חיוב קודם שתבע, אמאי איכא חיוב על בני חורין, [ומבואר מרבינו יונה דנקט בדעת הראב"ד דלגבי דין פרוע לא בטל דין השטר, וצ"ב דילמא הוי מלוה ע"פ לגמרי].

ועוד צ"ב מ"ש דבמלוה בשטר גובה הערב מהיתומים, הא ליכא נעיל"ד בערב, ועי' בפ"י ר"י קרקושא [קש"ק עמ' ד' אלף פח] דביאר דבמלוה בשטר תקנו דגם הערב גובה כיון דהוא מילתא דשכיחא, אבל ערבות על מלוה ע"פ, הוי מילתא דל"ש, ולא תקנו דיגבה מהיורשים, וצ"ע.

ד] בבעל המאור ביאר דאילו היו תובעים את היתומים בדין, כשם שהם היו פטורים, כך היה הערב פטור, כיון דאין הערב חייב אלא במה דהלוה חייב, וקמ"ל דלא אמרי' דהוא רק כאריא דרביע עלייהו.

ה] הראב"ד בכתוב שם ביאר דמיירי ביתומים בני דעת, ולכך אילו היה מודיע ליתומים והיו אומרים דיפרע והם יפרעו לו, היו חייבים אעפ"י שהם קטנים, כיון דהפעוטות מקחן מקח, וכמו דחייבים לקיים נדרי צדקה, ה"נ חייבים לקיים את ההתחייבות שלהם לפרעון.

[ו] א) בחי' הרמב"ן ביאר דלר"פ דפריעת בע"ח מצוה, המצוה היא על הערב, ובקדם ופרע בלא להודיעם, איכא אומדנא דעביד הכי משום דהוא רוצה לזכות במצוה, ופטורים היתומים לעולם אף אחר שגיגדלו, אבל בהודיעם הרי ע"כ דעל דעת ליטול מהם עביד הכי, וגובה מהם לכישגדלו, ועי' בדו"ח מכת"י ק"ל ש"ך ט"ו דטעמא דנקטינן דפרע לשם המצוה משום דמעיקר הדין הערב פטור וכמבואר ברמב"ן קע"ג ב', אבל למאי דקיי"ל ק"י ג' ליתא לדינא דהרמב"ן להלכה, אולם עי' בריטב"א דאזיל בשי' הרמב"ן, וכתב בתו"ד דאף להסוברים דהערב חייב, מ"מ מהא דלא הודיעם מוכח דמפני המצוה עשה, וכן עי' ברשב"א העתיק לכל דברי הרמב"ן, אעפ"י דס"ל דגובין מהערב.

ב) והנה ברע"א כתב דמדברי הנימוק"י, משמע להדי' דתלוי זה בזה, אולם הנה הנימוק"י לא הביא לסברת הרמב"ן, אלא כתב דכיון דהוא פטור והם פטורים הוי כפורע חובו של חובו, אולם אם הם חייבים והוא חייב, אעפ"י דלא אודעינהו אינו כפורע חובו של חבירו, דשעבודו הוא פורע, אולם לכא' אין מכאן הכרח דגם לסברת הרמב"ן תלוי הא בהא, וכמבואר בריטב"א הנ"ל, וצ"ע.

והנה הא דהרמב"ן לא ביאר כהריטב"א דטעמא דפטור משום דהוי כפורע חובו של חבירו, היה מקום לומר דאזיל לשי' דטעמא דפטור הערב מחמת דינא דהגמ' בשבועות, ומה"ט באמת הערב מחוייב, אלא דבפועל הוא יכול לסלק את המלוה כיון דחשיב כתביעה על היתומים, אולם לטעמא דבעה"מ הרי הערב אינו מוייב כלל, אולם באמת דבנימוק"י מבואר כטעמא דהרמב"ן, ומ"מ כתב דחשיב כפורע חובו של חבירו, דסו"ס הערב פרע אעפ"י דבפועל אינו מחוייב לפרוע, [וסברת הרמ"ה דאיכא אומדנא דמעיקרא נתחייב הלוה לערב אדעתא דהכי, לא יועיל כאן, דודאי לא נתחייב לשלם לו באופן דהוא פטור מלשלם], וצ"ע [קטע זה בסיוע ידידי הרב שמואל ולדנברג נ"ו].

ג) ולר"ה דליכא מצוה, ביאר הרמב"ן דבפרע מנפשי' לאו שליחותא דהאב קעביד, והוי תביעת מלוה ע"פ על היתומים, וחיישי' לצררי לערב או למלוה, אבל בהודיעם, כמו דהם חייבים למלוה כשיגדלו, ה"ה דאינם נפטרים מהערב כשיגדלו, כיון דתביעתו היא כתביעת המלוה, והוי תביעה לפרוע למלוה וס"ד, ולכא' כוונת הרמב"ן דהיכא דתבע אותם הרי נתחייב הערב לשלם, ולכך הוא נכנס תחת המלוה וזוכה בשטר ההלואה, אבל היכא דפרע מנפשי' קודם דחייל החיוב על הערב, הא דחייב הלוה לשלם אינו משום דזוכה בשטר, אלא הוא רק מדין מלוה ע"פ.

ד) והנה הרמב"ן בסו"ד כתב דאין לומר דטעמא דר"ה מודה דפריעת בע"ח מצוה אלא דפליג על טעמא דר"פ דיתמי לאו בני מצוה נינהו, "דהא טעמא דר"פ ביתמי טעמא רבה הוא" וכוונתו דודאי קטנים לאו בני מצוה נינהו, ועוד הביא ראיה מהגמ' בכתובות דפריך לר"פ אמר לא ניח"ל מאי, ומהא דלא פריך אף לר"ה, ע"כ דר"ה פליג על עיקר טעמו של ר"פ, אולם יש לדון עדיין אי ר"ה פליג לגמרי וס"ל דליכא מצוה, או דס"ל דאיכא נמי מצוה, דראיותיו של הרמב"ן הוא רק דאיכא עוד טעם, ולכא' יש להוכיח מהא דר"ה פטר את היתומים לשלם לערב מחמת צררי, ואמאי לא פטר מחמת טעמא דר"פ דכיון דאיכא מצוה, נקטי' דפרע לשם המצוה ופטורים היתומים לעולם, וצ"ע בזה.

[ז] עי' ברשב"א [בהוספות] דביאר דר"פ ס"ל של"ד, ואם פרע מעצמו הוי חוב היתומים מלוה ע"פ, וכיון דליכא נעיל"ד בערב אין גובין מן היתומים, ועי' ברשב"א בסו"ד דכתב דלר"פ אפי' מצוה ליכא, אבל בפרע בע"כ הוי כמלוה בשטר, נזוה כדעת רבינו אברהם והרמב"ן, ור"ה ס"ל ש"ד, ומעיקר הדין יורדין לנכסי היתומים, אלא דחיישי' דהאב התפיס צורי לערב, ולכך פרע בלי להודיעם, אבל בהודיעם לא חיישי'.

כתוב בו התקבלתי

הראשונים דנו מהו קו' הגמ' מהברייתא דערב, ומהו המעלה דהתקבלתי, ונשנו בזה ז' פי' בראשונים -

[א] דעת הרשב"ם דביתומים גדולים גובה הערב מכח השטר שבידו, אף בלא כתוב בו התקבלתי, וביתומים קטנים לר"פ מהני התקבלתי דחוב הלזה לערב נידון כמלוה בשטר, וכה"ג מודה ר"פ דגובין מיתומים קטנים, נוכרשב"ם ביאר "דל"א הכא מצוה אלא חוב" וצ"ב כוונתו, ובפשוטו החילוק הוא דשאני מלוה בשטר דאיכא שעבוד נכסים, והנה לפי ר"ה הרי נמי יש לבאר עפ"י דברי הרשב"ם בע"א דליכא חשש צורי במלוה בשטר, אלא דא"כ צ"ב אמאי בלא התקבלתי גובין מיתומים גדולים, ולא חיישי' לצררי, והנה הרי לגי' דידן בגמ' מבואר דגם להו"א א"ש דינא דברייתא אליבא רב הונא כיון דמיירי בחייב מודה, ולפי"ז א"ש אמאי גובה מגדולים, אלא דקשה להיפוך אמאי אינו גובה מקטנים בלא התקבלתי הא חייב מודה, והנה במהרש"א בתוס' בע"א כתב דלפי הרשב"ם גרסי' הכי בגמ', אולם עי' ביאור הגר"א ק"ל ס"ק י"א דלפי הרשב"ם לא גרסי' בגמ' "בשלמא כשחייב מודה" וצ"ע בכ"ז.

[ב] ובתוס' ד"ה ואם הק' על הרשב"ם בקו' הב' דאי הוי מלוה ע"פ, א"כ אף אי בני מצוה נינהו אין גובין מהם כיון דטענינן פרוע, וכן גדולים יהיו פטורים מה"ט, והנה תוס' הק' כן מר"פ, אולם הקו' היא גם לר"ה, דאף בליכא חשש צורי אכתי יש לחוש לפרוע, ועי' במהרש"א דהק' הא י"ל דמיירי בחייב מודה, וצ"ע קו' הרי בכה"ג אף קטנים חייבים לר"ה, וע"כ דר"ה דפטר בקטנים מיירי באין חייב מודה, וא"כ תיפו"ל משום טענינן פרוע, אולם באמת דבר"י מגאש כתב כמהרש"א, וצ"ע. ולכא' י"ל דס"ל להרשב"ם דלגבי דין פרעתי לא בטל דין השטר, ורק לגבי משועבדים בטל דין השטר, וכן ביאר בשו"ת הב"ח סי' ל"ו, אולם עי' רשב"ם ב"ב ל"ג א' סוד"ה אמר ליה דכתב דכל דאיכא עדים על ההלואה נשבע המלוה שלא פרעו ונוטל, וכבר תמה הרמב"ן שם על הרשב"ם דרק באופן דחייב מודה, או בשמתייה ומית, או בתו"ז, הוא דמהני שבועה, ועכ"פ מבואר מהרשב"ם דאינו דוקא בשטר, אלא אף במלוה ע"פ, וע"כ דס"ל דליכא טענינן פרעתי, וצ"ע, וע"ע לק' בסוגיא דב"ב ל"ב ב'.

[ג] ועוד הק' בתוס' איך מועיל התקבלתי דיהא מלוה בשטר, הרי הלזה לא כתב כלום, ועי' ביד רמה אות קל"ד דביאר דכתיבת התקבלתי מהני מדין מכירת שטרות דאיכא כתיבה ומסירה, וברבינו יונה כתב בפי' א' דהוא מדין הרשאה, דקיבל המעות לא בשביל לפטור את הלזה, אלא בשביל להרשות את הערב לתבוע ע"י השטר, ועוד כתב רבינו יונה דהוא מדין מכירת שטרות, או דמיירי בכתב קני לך איהו וכו', או דס"ל דאותיות נקנות במסירה, ובשו"ע ק"ל ס"ד הביא ד"א דהוי כמלוה בשטר גובה מהלקוחות, ויש מי שאומר דמהני רק לגבי הלזה דלא יוכל לטעון פרעתי, אולם לא מהני לגבי משועבדים עד שיהא כו"מ, ועי' בביאור הגר"א ס"ק י"א-י"ב דשיטה א' זה דעת הרשב"ם, ושי' ב' זהו דעת תוס', ע"ש.

[ד] דעת תוס' דבכתב המלוה התקבלתי, לר"ה אינו גובה אף מגדולים דחיישי' לצררי, ולר"פ גובה מהיתומים רק לכשיגדלו, והיכא דהלזה כתב התקבלתי, לר"ה גובה אף מקטנים כיון דבכה"ג לא חיישי' לצררי, ולר"פ כתיבת הלזה חשיב כשעבד להדי' גם את הקטנים, וצ"ב דכ"ז א"ש לרש"י קידושין י"ג ב' דבשעבד להדי' לכו"ע ש"ד, אבל לתוס' קע"ה ב' ד"ה דבר דלא מהני שעבד להדי', תקשי איך מועיל התקבלתי דיהא שעבוד על היתומים, ומוכח מכאן דלכתר דתקנו רבנן שעבוד, מהני לשעבד להדי', וצ"ע.

ג] כפי' ר"א אב"ד מבאר דבלא התקבלתי אינו יכול לגבות מהיתומים דילמא לא פרע למלוה, ואף אם הקנה לו לא חייל הקנין, כיון דאין אותיות נקנות במסירה, ואם כתוב המלוה התקבלתי איכא ראייה שפרע, אולם אינו אלא כמלוה ע"פ, כיון דנמחל שעבודו, ולר"ה מיירי בחייב מודה, אבל לר"פ קשיא אמאי גובה אפי' מיתומים גדולים, [ובפי' הר"י מקרקושא הוסיף דהא אין לנו ראייה דהודיע לאב, והוי מלוה ע"פ], וע"ז משני הגמ' דכיון דכתב התקבלתי הרי"ז ככו"מ, והוי כמלוה בשטר לגבי הערב.

ד] בבעל המאור ביאר דהתקבלתי היינו דכתב הלוה, ולר"ה מיירי בחייב מודה, והא דלא חיישי' דילמא פרע לערב, דכיון דחזי' דאינו גברא הפורע חובו למלוה, אין לחוש דפרע לערב, ולר"פ מהני התקבלתי דהוי כציוה את היתומים ואמר להם תנו, ועי' בהשגות הראב"ד דתמה על הבעה"מ.

ה] הראב"ד בהשגות ביאר דע"כ מיירי הכא ביתומים, דכיון דסתמא דברייתא מיירי אף בערב קבלן, הרי אם היה הלוה קיים היה יכול לתבוע מהלוה את החוב במסירת השטר לחוד, אף קודם שפרע למלוה, דכיון דקבלן הוא לוח ומלוה, יכול לטעון דאינו רוצה עוד לעמוד תחת השעבוד, כיון דאם ימות לא יוכל לגבות מן היתומים, אבל מן היתומים אינו יכול לתבוע דמאי דהוה הוה, ולכך לא מצי לגבות מהיתומים מכח השטר שבידו כל זמן שלא פרע למלוה, אבל בהתקבלתי גובה אף בלא אודעינהו, וקשיא לר"ה ולר"פ דס"ל דבעי' לאודעינהו, ומשני דמהא דכתב התקבלתי ע"כ דמיירי באודעינהו, דאל"כ למאי כתב הכי.

ו] שיטת הרמב"ן דקו' הגמ' דמוכח מהברייתא דאף בקדם ופרע מעצמו איכא חיוב על היורשים לכשיגדלו, ולא אמרי' דפרע משום המצוה ויפטרו היתומים לעולם, [וזה עפ"י שי' דמשום דלא אודעינהו פטורים היתומים לעולם], ומשני דכיון דכתב התקבלתי ע"כ דדעתו היה לשלם ע"מ לתבוע מהם, ולא בשביל המצוה.

והנה בתחילת דברי הרמב"ן מבואר דקו' הגמ' היא לר"פ, אולם לכאור' אף לר"ה קשיא דהא לדעת הרמב"ן גם לר"ה היכא דפרע אדעתא דנפשי' איכא חשש צריי אף בגדולים, ובאמת דהרמב"ן בתו"ד כתב להדי' דקו' הגמ' גם לר"ה, דכיון דבפרע בלא להודיע הוי מלוה ע"פ הרי חיישי' לצררי, וא"כ מה יועיל הא דכתב התקבלתי דתו לא ניחוש לצררי.

אולם עי' בביאור הגר"א ק"ל ס"ק י"ב דכתב דלפי הרמב"ן מתפרש קו' הגמ' דבשלמא לר"ה כיון דכתוב בו התקבלתי הוי מלוה בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי ליתומים, אבל לר"פ קשיא דהא פרע לשם המצוה ופטורים לעולם, וצ"ע כוונתו, ועי' להלן בקו' הנתה"מ על הש"ך.

ז] וברשב"א ביאר עפ"י דרכו לקו' הגמ' דבשלמא לר"ה כיון דכתב התקבלתי הוי כמלוה וגובה בשטר שבידו כשיגדילו, [והיינו דכיון דביאר הרשב"א דטעמא דחיישי' לצררי משום דפרע בלא להודיעם, ממילא מהני התקבלתי דתו לא חיישי' לצררי, דהא דעתו לתובעם], אבל לר"פ כיון דפרע מדעתו הרי בכה"ג ליכא נעילת דלת וליכא מצוה, כיון דהלוה ליתומים מעצמו, וא"כ אף בכתב התקבלתי אינו יכול לגבות מהם, ומשני דלהכי טרח וכתב דהוי כקונה שטר חוב.

ב"ב ל"ב ב'

א) גמ' - ההוא ערבא וכו' והא שטרא. עי' ברשב"ם דמיירי בקבלן או בהתנה ממי שארצה אפרע, ועי' בשטמ"ק בשם שלנ"ל דפי' כן משום דערב בעלמא אין הערב נאמן לומר דפרע למלוה, דיתכן דהשטר פקדון בידו, ואפי' אי באמת פרע, מצי א"ל הלוה דלא היה לך לפרוע קודם שתבע אותו תחילה, והוי כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור, אבל בקבלן ליכא למימר הכי, [ועי' ש"ך ק"ל סק"ז דנקט כפי' ב' דבערב הוי פורע חובו של חבירו].

ב) וצ"ב דאי בערב רגיל חיישי' שמא לא פרע למלוה ע"כ דמיירי בלא התקבלתי, וא"כ לדעת הרשב"ם בדף קע"ד ב' דבלא התקבלתי הוי מלוה ע"פ, הרי אינו גובה ממשועבדים, וא"כ מדוע אי הוי קבלן מבואר ברשב"ם דע"י השטר הוא משועבד לו כמו דהיה משועבד למלוה, [וכן הוכיח שו"ת הב"ח סי' ל"ו מדברי הרשב"ם כאן דהוא שטר גמור, ותמה על הטור דכתב בשם הרשב"ם דרק בהתקבלתי גובה ממשועבדים], הרי אינו גובה ממשועבדים.

ובאבני נזר יו"ד סי' קצ"ז סק"ו תי' דדוקא בערב דעלמא נידון חיוב הלוח לערב כמלוח ע"פ, אבל בקבלן אינו כן, כיון דמעיקרא נשתעבד הלוח לערב על הצד דהערב ישלם חובו למלוח, ולפי"ז ביאר דאיכא עוד טעם אמאי העמיד הרשב"ם לסוגיין בקבלן, כדי דלא יהא נאמן לומר פרעתי, ושיוכל לגבות ממשועבדים.

(ג) עוד צ"ב מ"ש ערב מקבלן, דבערב חיישי' לפקדון ובקבלן לא חיישי' לפקדון, נוע"ש בהמשך דבריו דהביא השלנ"ל די"א דבאמת גם בקבלן חיישי' לפקדון, ואולי י"ל דהא מבואר ברא"ש דמיירי דנזכר העדות על הערבות בתוך השטר, וי"ל דדוקא בקבלן מהני עדות השטר להעיד על החיוב לערב, דכמו דלגבי המלוח אינו יכול לטעון דהשטר פקדון ביד המלוח, ה"ה לגבי קבלן דחשיב נמי כמלוח, מהני תפיסת השטר, כדי שהשטר יעיד עליו, אבל בערב רגיל, דכל חלות חיובו הוא רק אחר שתבעו את הלוח ואין לו מה לשלם, הרי אין לערב דין מלוח כ"ז שלא תבעו ללוח, ושפיר יכול הערב לטעון פקדון הוא בידך, כיון דאין השטר מעיד עליו, וצ"ע עדיין בזה.

וכע"ז י"ל דהא מבואר ברע"א ב"מ ס"ב א' דערב רגיל פורע לחובו של הלוח, אבל בקבלן מיתלי תלי, ואם הערב משלם חשיב לוח ומלוח, ולפי"ז י"ל דהיכא דהקבלן משלם נמצא דמחזיק את השטר כמלוח, ולא שייך בזה טענת פקדון, אבל בערב רגיל דאין השטר בידו כדין מלוח שפיר חיישי' לפקדון.

(ד) עוד צ"ב דהא הרשב"ם כתב דמיירי בהתנה, והרי דעת הרשב"ם קע"ג ב' דביש ללוח נכסים ידועים אין נפרעין מן הערב תחילה, ואכתי יכול לדחותו דהוא פורע חובו של חברו דפטור, כיון דלא תבע אותו תחילה, ואפ"ל דדוקא ערב גמור הוי פורע חובו של חברו כיון דקודם התביעה ליכא כלל חיוב על הערב, אבל בתנאי דממי שארצה איכא חיוב על הערב מיד, אלא דאיכא דין קדימה דגובין תחילה מהכנסים הידועים, אולם אינו נידון כפורע חובו של חברו, וצ"ע בזה.

(א) גמ' - והא שטרא. עי' ברשב"ם דביאר דע"י השטר אתה משועבד לי כמו שהיית משועבד לו, והיינו דהשעבוד עבר לערב, ועי' ברא"ש דצ"ל דמיירי שנזכר הערבות בשטר, או דמיירי בלוח מודה או דמיירי ביש לו שטר ערבות, דאל"כ מנלן שהוא ערב.

(ב) ועוד הביא הרא"ש בשם רבינו יונה דע"כ מיירי בהתקבלתי, דאל"כ יכול לטעון שמא שטר זה שבידך הוא פקדון, או שמא מסר לך ואין אותיות נקנות במסירה, נוע"י גר"ת של"ה ח"א אות מ"ה ד"ה ואגב דדייק מלשון הרא"ש דלפי הרשב"ם מיירי בלא התקבלתי, וצ"ב הרי מיירי הכא דהלוח מודה דהערב פרע למלוח, וא"כ למאי בעי' שיהא מוכח מתוך השטר דאינו פקדון, וצ"ל דאל"ה אין לערב נאמנות דעדיין הלוח חייב לו במיגו דאינו פרוע, ורק מחמת דכתב בו התקבלתי אית ליה מיגו.

וברשב"א כתב בשם רבינו יונה דמיירי דכתב התקבלתי ונתן לו זכותו, דאל"כ אין הלוח מחוייב לערב מדין מלוח בשטר, כיון דלא נשתעבד אלא למלוח, והוי שטר שנמחל שעבודו ואינו חייב אלא כדין מלוח ע"פ, וכ"כ ביד רמה, וצ"ב מה הנפק"מ אי הוי מלוח בשטר או מלוח ע"פ, וצ"ל דאי הוי מלוח ע"פ כיון דיכול לטעון הערב פרעתיך, הרי ליכא מיגו לערב, ולכך בעי' שיהא ע"ז דין מלוח בשטר.

אולם עי' בתורי"ד דכתב לבאר דביאר דאע"ג דמסר לו את השטר בלא כתיבה, מ"מ יש לערב זכות תביעה על הלוח, כיון דמעיקרא אדעתא דהכי שויא ערב, דאי פרע ערב למלוח פרע איהו לערב, וכמו דמשתעבד הלוח למלוח, ה"נ משתעבד לערב.

(ג) והנה בסמ"ע ק"ל ס"ק י"ג הביא מהלבוש דהלוח יכול לטעון פרעתי לערב גם בכתוב בו התקבלתי, וחלק עליו הסמ"ע דכיון דהערב עומד במקום המלוח אינו יכול לטעון פרעתי, אולם עי' בש"ך ק"ל ס"ק י"ח דחלק על הסמ"ע ונקט כדעת הלבוש דמצי טעין פרעתי, והביא דכן מבואר להדי' ברמב"ן קע"ד ב', דכתב דהברייתא מיירי לגבי יתומים, דאי מיירי לגבי הלוח, הרי אף אי כתב התקבלתי מצי טעין פרעתי, ואולם בנתה"מ סוף סק"ה תמה דמוכח ברמב"ן להיפוך, וכוונתו דהרי

הרמב"ן מבאר דתי' הגמ' דהתקבלתי הוי ע"ד להפרע מהיתומים, ומה"ט לא חיישי' לצררי דהוי פרעון בשליחות המלוה והוי כמלוה בשטר, אולם הנתה"מ לא ביאר לתחילת דברי הרמב"ן, ולכאור' מוכח דאעפ"י דאית לי' דין שטר לענין דלא חיישי' לצררי, מ"מ אין לו דין שטר לגבי טענת פרעתי, וע"ע לעיל בדברי הגר"א ס"ק י"ב, וצ"ע בכ"ז.

(ד) ובתו"ד ביאר הש"ך דכוונת הרשב"א הנ"ל הוא דנתן לו זכותו ע"י הקנאה בכו"מ, אבל בלא"ה מצי טעין הלוח פרעתי לערב, והוסיף הש"ך דגם הר"י שברא"ש כוונתו כדברי הר"י שברשב"א דנתן לו זכותו, ובזה ביאר המשך דברי הרא"ש, דכוונתו דלפי רבינו יונה אצ"ל דמייירי דנזכר הערכות בשטר, דהא הקנה לו את השטר בכו"מ, והביא דכן מבואר במבי"ט ח"א סו"ס ר"כ בכוונת הרשב"א, והביא לזה ראיה דהא מבואר בסוגיין דאין הלוח נאמן לומר פרעתי ולכך יש לערב מיגו, ואי נימא דאף בהתקבלתי נאמן לומר פרעתי, הא ליכא מיגו לערב.

(ה) ועי' בתומים סי' ק"ל סק"ד דהאריך לתמוה על דברי הש"ך דא"כ למאי בעי' דיכתוב התקבלתי, הא קנה את השטר בכו"מ, ואף מי שאינו ערב יכול לקנות את השטר, ועוד הק' שם דבלשון הרא"ש משמע דאף לרבינו יונה בעי' ראיה דהוא ערב, אלא דבעי' נמי התקבלתי, ואי מייירי בכו"מ הרי לא בעי' ראיה דהוא ערב, והיה להרא"ש לבאר דלפי ר"י אי"צ לאוקימתא דידוע שהוא ערב, ועוד הק' שהרי הרא"ש כתב דמשום דכתב התקבלתי אינו יכול לטעון דפקדון בידו או דקנה במסירה ואין שטר נקנה במסירה, דהא לענין פקדון סגי בכתיבת התקבלתי לחוד, ורק משום טענת פרעתי הוא דבעי' אף כו"מ, וא"כ הרי העיקר חסר מן הספר, דאיך יתכן דכוונת הרא"ש רק לכו"מ, וביאר רק טעם מדוע בעי' התקבלתי לחוד.

(ו) ועי' בנתה"מ סק"ה דתמה דאף לדברי התומים דאין כוונת הרא"ש לכו"מ, אכתי דברי הרא"ש צ"ב מדוע לא כתב דאי לאו התקבלתי יכול לטעון פרעתי, דהא זהו נידון הסוגיא שם אם יש לערב נאמנות דחזר והלוהו במיגו דלא פרעת, או לא, ובלא התקבלתי הרי הלוח נאמן לומר פרעתי.

ובנתה"מ ביאר דהנה הא דבעלמא בעי' כו"מ הוא משום דא"א למכור שעבוד הגוף, ולכך אי לאו כו"מ מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את, אולם בערב יש לו שעבוד הגוף על הלוח, ולכך יכול להקנות לו את השעבוד נכסים במסירה בלא כתיבה, אולם הא דהשעבוד הגוף עובר לערב, הוא רק באופן דפרע הערב למלוה מדין פריעת חוב, אבל היכא דנתן לו מדין קניה בעלמא, בעי' כו"מ, ולזה מהני התקבלתי דעי"ז איכא ראיה דנתן לו בתורת פרעון, וכן מתבאר באו"ש פ"ו מכירה הל' .

יסוד חיוב הלוח לערב

(א) ברמב"ם פכ"ו ה"ו פסק דערב שקדם ופרע, חוזר וגובה מהלוח, אף במלוה ע"פ או בלא עדים כלל, אולם כ"ז באופן דהלוח אמר לו בזמן ההלואה ערבני ושלם, אבל אם נעשה ערב או קבלן מעצמו, או דהלוח אמר לו ערבני ולא הרשהו לפרוע, ופרע החוב, אין הלוח חייב לשלם לו כלום, ועי' בסה"ת של"ה ח"א אות ל"א דמסתבר דטעמא דהרמב"ם משום דהוי כפורע חובו של חברו שלא מדעתו, אבל באמר ערביני ושלם חשיב כפורע בשליחותו והוי פורע מדעתו, וכן מבואר בסמ"ע סק"ח, [ועי' ביאור הגר"א ק"ל סק"ג דלדעת הרמב"ם ע"כ צ"ל דעובדא דההוא ערבא מייירי באמר לו ערבני ושלם, דאל"כ בלא"ה היתומים פטורים, כמו דהאב היה פטור, אולם הרמ"ה מיאן בתי' זה, ועי' להלן סק"ז, וע"ע ביאור הגר"א ע"ז ס"ק י"ב דכתב דמוכח מסוגיין כהרמב"ם, וצ"ע כוונתו שם].

(ב) ועי' במ"מ דביאר דכל דברי הרמב"ם מייירי בערב, דכיון דאינו יכול לתובעו תחילה, אם פרע מעצמו הוי כפורע חובו של חברו, אולם היכא דא"ל הלוח שיהא קבלן, אעפ"י דלא הרשהו לשלם ופרע מעצמו, מ"מ כיון דהמלוה היה יכול לתובעו תחילה, אינו נידון כפורע חובו של חברו, ולפי"ז חידש המ"מ דהרמב"ם מודה דהיכא דנכנס הערב מדעת הלוח, ועמד המלוה עם הלוח בדין ואין לו מה לשלם, ועמד ופרע מעצמו, כיון דיכול המלוה לתבוע את הערב, חוזר הערב וגובה מהלוח.

ובגדו"ת של"ה ח"א אות ל"ה תמה על המ"מ דאינו משמע בלשון הרמב"ם, ולכך ביאר דלדעת הרמב"ם דכל שהערב קדם ופרע מעצמו, אעפ"י דהמלוה יכול לנוגשו, פטור הלוה, כיון דיכול לומר אם לא היית פורע הייתי מפייסו למחול, אעפ"י דהעמיד אותו בדין, ורק בהשהו מעיקרא לשלם, או דתבע המלוה את הערב, אבל באמר לו שיהא קבלן, אעפ"י דלא הרשהו לשלם, הוי כהרשהו לשלם וחייב.

ג) ובראב"ד כתב אלו דברים שאין הדעת מקבלתן ואין השכל סובלן, ועי' מ"מ דמסתפק האם לדעת הראב"ד אף בנעשה ערב מאליו ופרע מאליו חייב הלוה, או רק בגוונא דאמר לו ערבני, וכתב המ"מ דמסתבר כצד קמא, אולם בסה"ת של"ה ח"א סי' מ"ה ובטור סי' ק"ל כתבו דהראב"ד ס"ל דרק בערבני הוי כאילו הרשהו, ובגדו"ת שם תמה על המ"מ דלא הביא לדברי הטור.

ד) ובשו"ע ק"ל ס"ב הביא לשי' הרמב"ם והראב"ד כביאור המ"מ, ועי' בש"ך סק"ז דכתב כמה ראיות לביאור התרומות והטור בדעת הראב"ד, ובסו"ד כתב דכן מוכח מדעת הרשב"ם הרא"ש ונימוק"י ב"ב ל"ב ב' דפי' להווא ערבא דמיירי בקבלן, וצ"ע כוונתו, דהא יתכן דס"ל כהרמב"ם דאף באמר לו ערבני נמי פטור הלוה, ולכך העמידו בקבלן, וצ"ע.

ה) ועי' ביאור הגר"א ס"ק ד-ו דביאר בטעמא דהרמב"ם דס"ל כתוס' ב"ק נ"ח א' דכל היכא דפורע בע"כ ול"ל פסידא, או אית לי' פסידא ומדעתו, פטור, ורק היכא דפורע בע"כ ואית לי' פסידא חייב, ולכך היכא דפרע הערב מדעתו פטור הלוה כדין מבריא ארי, אעפ"י דאית לי' פסידא, אבל היכא דהמלוה מכריחו לפרוע, דפורע בע"כ ואית לי' פסידא חייב, ובדעת הראב"ד ביאר הגר"א דס"ל דכיון דהערב משועבד וכופין אותו לשלם אי"ז פורע חובו מדעתו, אלא בע"כ, אעפ"י דנעשה ערב מדעתו, וצ"ב הסברא בזה, הרי הערב מחוייב ועומד, וחוב דיד' הוא פורע, ומה דנתחייב מעיקרא, הרי מדעתו נתחייב כן].

ובביאור הגר"א בסוף סק"ו ציין לדברי הרמ"א קכ"ט ס"א דאף באופן דלא חייל דין ערבות כמו בערב לאחר מתן מעות, ופרע הערב בציווי הלוה דחייב הלוה לשלם לערב, ועי' בביאור הגר"א שם סק"ג דביאר דעד כאן לא אמרו דפורע חובו של חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי, אלא בפרע שלא מדעתו, אבל בפרע מדעתו חייב, דהוי הוצאת ממון על פיו, נוכח"ל מהסמ"ע בס"ק ח', ולפי"ז צ"ל דכוונת הגר"א לבאר שי' בעה"ת [דהביא אח"כ] דאף להראב"ד בעי' דיאמר ערבני, משום דהוי כאומר ערבני ושלם, וכה"ג חייב הלוה כיון דהוי כפורע מדעתו.

ו) והנה בנתה"מ סק"ד הוכיח מדברי הסמ"ע דלדעת הרמב"ם אף באופן דנעשה ערב מאליו, ונתחייב הערב בבי"ד, דחייב הלוה לשלם לו, וביאר הנתה"מ דשאני פורע חובו של חבירו, דכיון דאינו רק מצילו מהנזק הוי מבריא ארי, אבל בערב כיון דהמלוה לא רצה להלוות בלא התחייבות הערב, חשיב דהערב מרויח ממון ע"י הערב, וצ"ב דא"כ מה החילוק בין הרשהו ללא הרשהו, סו"ס נתרבה ממנו מכח ערבותו, ואינו כמבריא ארי, וצ"ב.

ובהגהות מחנ"א על הרמב"ם כתב להיפוך דלשון הרמב"ם מורה דבנעשה ערב מעצמו, אעפ"י דעמד הלוה בדין, ותבע את הערב כדין וגבה ממנו, דפטור הלוה, כדין פורע חובו של חבירו, וע"ז השיג הראב"ד דשאני הכא דעל פיו הלוה, משא"כ פורע חובו דהוא רק מבריא ארי, ומבואר דביאר בדעת הראב"ד כסברת הנתה"מ, וכן ביאר בתומים סק"ג לסברת הראב"ד לפי המ"מ, דבכל גוונא הוא חייב, ואינו כפורע חובו של חבירו, [אולם לפי הגר"א טעמא דהראב"ד משום דאף בכה"ג חשיב כפורע בע"כ, דהא השתא כופין אותו לשלם].

וביתרון האור על ב"מ פ"ו מ"א ד"ה ומזה הק' דלכא' סברת הנתה"מ מוכרחת, [והוכיח כן מדינא דשכר פועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דמשלם לפועל וגובה מהבעה"ב כפי מה שההנהגה, ואכ"מ], אולם כתב דיתכן לומר דאעפ"י דמעיקרא הלוהו אדעתא דהכי, מ"מ ליכא חיוב על הלוה עד שעה שיפרע, ורק מזמן פרעון הערב חייל חיוב על הלוה, ובאותה שעה ליכא הנאה מחודשת, ומשו"ה הוי כפורע חובו של חבירו.

ז) ולפי"ז נמצא דהיכא דאמר לו ערבני ושלם חייב הלוח מחמת דהערב פרע בשליחותו, והוי כמוציא הוצאות על פיו, אבל היכא דלא אמר ערבני ושלם, אף בגוונא דחייב, הוא מדין נהנה, ונתבאר לעיל דברמ"ה ביאר דאיכא אומדנא דמעיקרא נתחייב הלוח לשלמו, אולם בנעשה ערב מאיליו לא שייך סברא זו, ורק משום סברת הנתה"מ דאיכא הנאה מחמת עצם ההלואה.

וכן נתבאר לעיל דמדברי הרשב"ם ב"ב ל"ב ב' מבואר דגדר חיוב הלוח לערב, דערב נכנס תחת המלוח בבעלות על החוב, ומה"ט הוא תובע את הלוח בשטר של המלוח, אף בלא התקבלתי, וולדברי הש"ך סק"ז הרשב"ם מיירי באמר ערבני בסתמא], וכן נתבאר לעיל מהרמב"ן והרשב"א בדף קע"ד א' דכל היכא דאודעינהו עומד הערב במקום המלוח, והוי מלוח בשטר, אבל היכא דלא אודעינהו הוי מלוח ע"פ, והיינו דבאודיענהו הוא נכנס תחתיו, אבל בלא אידעינהו חיובו מדין נהנה, וכן מוכח משיטה קמא בסעיף ד' דאיכא גביה ממשועבדים מזמן ההלואה, ואי הוי רק משום נהנה, הרי אינו יכול לגבות רק מלקוחות שקנו אחר זמן הפרעון למלוח, וכן מתבאר מדברי הנתה"מ סק"ה בביאור דברי הרשב"א דהשעבוד הגוף עובר לערב ממילא, וכל מה דבעי' הקנאה הוא רק על השעבוד נכסים.

ח) ובקצוה"ח ק"ל סק"א הביא מחלוקת בין הסמ"ע לש"ך בגוונא דהערב פרע בזמן דהיה ידוע דהלוח עדיין לא פרע, והלוח טוען שפרע אח"כ, וכתב הקצוה"ח דבגוונא דנעשה ערב מאיליו דכל חיובו לערב הוא רק מדין פורע חובו בע"כ, משו"ה אם הלך ופרע אח"כ למלוח, הרי נמצא דהשתא אינו נהנה ופטור, אולם בגוונא דאמר ערבני ושלם, כיון דעבדי שליחותו חייב לפרועו.

ובקצוה"ח קכ"ט א' ביאר דאעפ"י דבאומר כל הזן אינו מפסיד, חייב לשלם לזן, מ"מ אינו נעשה ערב, כיון דבעי' ציווי ושליחות, והא דחייב לשלם לזן אף בלא דין ערבות, הוא מדין התחייבות בדברים, ולפי"ז העירוני דיתכן דערבני ושלם הוי כאומר כל הפורע אשלם לו, וחילל החיוב בדברים, וצ"ע בזה.

ט) והנה עי' ברע"א קכ"ט ס"ב דהביא משו"ת בני יעקב דמסתפק היכא דהערב נתפשר עם המלוח על פחות מסכום ההלואה, ועתה תובע הערב מהלוח את כל סכום ההלואה, כיון דאילו היה בא לפרוע השתא היה צריך לפרוע את כל החוב, ועי' בעין הגליון דהבני יעקב מסיק דאין הלוח משלם לו רק כפי מה ששילם למלוח, כיון דלשון חיוב הערבות משמע דהוא ערב רק על מה דבפועל הוא משלם בעדו, ע"ש, ונהגד"ל שליט"א בקובץ זכרון מיכאל עמ' רל"ג הוכיח מהא דמהני התקבלתי, ואמאי לא חיישי' דילמא היה דחוק לממון, ונתן לו בפחות, וע"כ דמ"מ הוא גובה כל החוב, ע"ש], והנה אי נימא דהחיוב הוא משום דהוי כאילו קנה את החוב מהמלוח, צ"ע סברת הבני יעקב, מה הנפק"מ כמה שילם לו על המקח, אולם אי נימא דחיובו מדין נהנה שפיר י"ל דאינו חייב טפי ממה שנהנה.

י) והנה מבואר בגמ' דפרע אחר מיתת האב איכא מצוה על היורשים לפרוע ללוח, והנה אי נימא דחיובו מדין פורע חובו של חבירו בע"כ, א"ש דגם לגבי היורשים שייך ה"ט, אולם אי נימא דחיובו מדין מוציא הוצאות על פיו, קשה דלא שייך כן לגבי היתומים, דהרי הוציא עפ"י האב ולא עפ"י הבנים, ובאמת דעמד ע"ז ביד רמה דהק' בקו' הב' דאף בערבני ושלם לא שייך לחייבו ביורשים, ובתי' כתב או דחיובו מדין פורע חובו בע"כ, או דאיכא אומדנא דחייל החיוב מעיקרא, ועי' בנתה"מ סי' קכ"ב סק"ג דבאמר תן מנה לפלוני וחייב אני לך, ומת ונתן, דחייבים היורשים, כיון דהוי כאומר מעכשיו, וצ"ע.

י"א) ועי' בריטב"א בסוגיין דכתב "אילו אודעינהו ליתמי הא ודאי נראה דשליחותא דידהו ודאביהם עבד וגובה מהם כשיגדילו מיהת בדבר שהיה המלוח גובה" והנה אי חיובו מדין נהנה יש לדון דיוכל לגבות גם מנכסיהם, ולא רק מנכסי האב, ולכא' מוכח דעצם ההתחייבות של הלוח לערב הוי סיבת החיוב, ומשו"ה חייל כבר מחיים שעבוד על נכסי הלוח, אולם עדיין צ"ב דמ"מ מדין נהנה יהיו חייבים לשלם אף מנכסיהם, ומוכח דלא שייך דין נהנה רק על נכסי האב, וצ"ע בכ"ז.

(א) בשו"ע ק"ל ס"א פסק דערב או קבלן שפרעו קודם שנודע אם הלוח פרעו, וטוען הלוח שכבר פרעו, אינו חייב לערב כלום, אבל אם פרע אחר שהמלוה הביא ראיה שלא נפרע, חייב הלוח.

ועי' סמ"ע סק"ב דמיירי במלוה ע"פ, דבשטר הוי כנודע שלא פרעו, אולם הש"ך סק"א הביא מהב"ח דאף במלוה בשטר אם הלוח מברר ע"י שובר או ע"י עדים דפרע למלוה, אף בשטר הלוח פטור, ועי' בט"ז דחלק על הב"ח דמ"מ לא היה ביד הערב כח לדחות את המלוה שמא יש ללוח שובר, ולכך הלוח חייב לשלם לערב, וצ"ע על הב"ח והש"ך כקו' הט"ז כיון דבאמת היה מחוייב לשלם למלוה, מה מועיל הא דהוציא הלוח שובר, ואף דיש לומר דכיון דכבר פרע הלוח הרי חייל דין פרעון על החוב, מ"מ הרי מבואר בסי' קל"א ז' דאיכא חיוב על הלוח לשלם על העלילה, ועמד בזה בשער המשפט סק"א.

ובנתה"מ סק"ב תי' דכיון דנפרע שלא בפניו בעי' שבועה, איהו דאפסיד אנפשי' דפרע שלא בשבועה, והשתא הרי אינו יכול לישבע, דהא איכא שובר, משו"ה פטור הלוח.

ובשער המשפט שם ביאר דהא מבואר בסי' קכ"ט ס"י דהיכא דהלוח קרוב צריך להודיעו, אבל היכא דהוא רחוק וא"א להודיעו צריך הערב לפרוע ויחזור על הלוח, וא"כ הרי כל דברי הט"ז שייך היכא דהלוח רחוק, דכה"ג הערב מחוייב לפרוע, וכיון דלא פשע הערב, חייב הלוח לפצותו, אבל היכא דהוא קרוב, חיישי' לשובר מדינא, ומשו"ה אינו חייב לפצותו, אולם כתב השעה"מ דאינו משמע כן בלשון הט"ז, וע"ע בנתה"מ סק"ד עז

(ובטור כתב דטעמא משום דלא הרשהו לפרוע, רק אם אינו פרוע עדיין, אבל לא כשהוא פרוע, ועי' סמ"ע סק"ד דהק' דהא מבואר ברמ"א קכ"ט ט"ו דלא מהני טענת פרעתי של הלוח לפטור את הקבלן, וא"כ תקשי מדוע כתב הטור דתלוי בהרשאת הלוח, דמשמע דאין הערב חייב לפרוע כל זמן דאין לו הרשאה מהלוח, הרי אף אם טוען פרעתי, הקבלן חייב, אולם כתב הסמ"ע דע"כ מוכח דהטור לא קאי גם על קבלן, דהא מבואר בסעיף ב' דקבלן לא בעי הרשאה לפרעון, אלא סגי בהרשאה להיות קבלן, ואיך כתב הטור דלא נתן הרשאה לפרוע, וע"כ מוכח דמיירי רק על ערב ולא על קבלן.

ועי' ש"ך סק"ג דתמה על הסמ"ע דאכתי יש להוכיח דלא כהרמ"א, דאי נימא דקבלן חייב אף בטוען הלוח פרעתי, תקשי מדוע הלוח פטור, ולכאור' י"ל דס"ל לסמ"ע דכיון דלפי טענת הלוח הוא פרע קודם פרעון הערב, הרי ליכא הנאה, ומהיכ"ת דיתחייב הלוח, משא"כ התם דכל הנידון הוא רק אם הקבלן חייב או לא, ואף דאינו נאמן לומר פרעתי, ואין ביד פוטרינ את הקבלן, מ"מ כשבא הלוח להוציא ממנו ממון, אינו יכול להוציא ממנו, דהא הוא טוען דפרע, והוי מוחזק בממונו.

ובנתה"מ סק"ב יישב דכיון דהמלוה חייב לישבע כדין נפרע שלא בפניו, איהו אפסיד אנפשי' דפרע שלא בשבועה, ומיירי דהשתא אין המלוה רוצה לישבע או שהלך למדה"י.

עוד הק' הש"ך על דחיית הסמ"ע דע"כ הטור לא קאי על קבלן, דכוונת הטור בהרשהו להיות ערב ולפרוע באופן המועיל, ומ"מ פטור הלוח משום דלא הרשהו לפרוע אלא כשאינו פרוע, וצ"ע כוונתו דהא קבלן לא בעי הרשאה לפרעון.

(בשער המשפט סק"א תמה על הט"ז דאעפ"י דיש ללוח שובר דפרע, מ"מ הלוח מחוייב לפצותו, מהא דמבואר בתוס' דלר"ה אעפ"י דהיתומים פטורים משום חשש צררי, אכתי הערב מחוייב לשלם, ותמה דהא מבואר בתוס' ד"ה ואם דכל החשש דצררי הוא רק למלוה ולא לערב, וא"כ אמאי ס"ל לר"ה דפטורים משום חשש צררי, הרי לו יהא דבאמת אביהם פרע, אכתי תקשי כיון דדינא הוא דהמלוה גובה מהערב, א"כ עליהו מוטל לפצותו, וכתב השעה"מ לחדש דירשים שאני ואינם מחוייבים לפצותו על העלילה.