

ליכא לזה ליכא ערבבכורות מ"ח א'

(א) עי' היטב כל הסוגיא, ל"ק ול"ב, וברמב"ם פ"א מביכורים ה"כ ושו"ע יו"ד סי' ש"ה סכ"ו פסקו דמת בתוך ל' חייבים ה"ס בין שניהם, ואפי' אחר שחלקו, אולם בטור שם פסק דבתוך ל' אפי' קודם שחלקו פטורים, ועי' ביאור הגר"א שם דפליגי אי קיי"ל כל"ק או כל"ב.

ובדין ב' יוב"ש, עי' בשו"ע סי' מ"ט ס"י דפסק דב' יב"ש שלוח אחד מהם מאחר, וקנה יב"ש אחד מהב', אינו יכול לגבות ממנ"פ, דכיון דאינו יכול לתבוע את הלוח אינו יכול לגבות מנכסיו, וכן ערב לב' יב"ש, בין מלוח אחד בין ב' מלויים, כשם שאינו גובה מהלוח כך אינו גובה מהערב, [ועי' ביאור הגר"א קכ"ט ל"ד בנדמ"ח מכת"י דכתב דלפי הרמב"ם ושו"ע צ"ל דיש חילוק בין ספק מי הבכור לב' יוב"ש].

(ב) והנה בספר התרומות שער ל"א ח"ה אות כ"ו מסתפק בגוונא דלוח גוי כופר בהלואה, והערב מודה דהיה הלואה, האם גובין מן הערב או לא, ובב"י קכ"ט מחודש י' הק' דודאי הוא חייב, דהא מדין כל האומר לא לויתי איכא הודאה של הלוח שלא פרע, וממילא גובין מן הערב, [ובאמת דבספר התרומות שער מ"ו ח"ד סוף דין י' [עמ' תתקמה] הביא מהעיטור דפסק דהוא חייב].

ועי' ב"ח אות ג' [ד"ה לשון] דיישב דהספק של סה"ת הוא אם נעשה ערב רק על גוונא דהלוח לא יפרע אבל לא על כפירת הלוח, או שמא נעשה ערב גם על כפירת הלוח, והספק הוא בין בגוי ובין בישראל, וכן ביאר הב"ח בשות גאוני בתראי סי' ד' בתשו' הב'.

ובהגהות דו"פ אות ה' תי' דס"ל להתרומות דכופר הלוח הרי"ז בכלל הדין דאין נפרעין מן הערב תחילה, כמו בב' יב"ש, וספק התרומות דכיון דסתם עכו"ם כופרים, הוי כמי שחייב עצמו גם במה דאין ערב רגיל חייב, וכ"כ הסמ"ע בתשו' גאוני בתראי, והב"ח תמה עליו דאי נימא דהערב מקבל ע"ע גם את כפירת הלוח, א"כ ודאי דאין חילוק בין גוי לישראל, כיון דלא גרע מגברא אלמא דלא ציייתי דינא, ולכך ביאר דבהא גופא הספק אם נתחייב הערב גם על כפירת הלוח או לא, והספק גם בישראל, ע"ש.

וברמב"א קכ"ט ס"ח פסק דאמר הלוח לא לויתי מעולם חייב הערב לפרוע, ועי' בש"ך ס"ק י"ט דכתב דהב"י מיירי בגוי, והביא לדברי הב"ח דשמא אינו נעשה ערב רק כשאין לו מה לפרוע ולא כשהוא כופר, ובקצוה"ח סי' מ"ט סק"ט נקט דכוונת הש"ך דבישראל פטור ובגוי חייב, וכן כתב בנחלת צבי, ועי' באולם המשפט דתמה ע"ז דהא בש"ך סי' ע"ז ס"ק י"ב נקט דאף להשו"ע שם בס"א דב' שלוו נעשו ערבין, וגובה מכל אחד חצי, ורק אם אין לאחד גובה הכל מהב', מ"מ כשכפר האחד חייב הב', כיון דהוי כמי שאין ללוח, ומבואר דאיכא דין ערבות על כפירה, ולכך ביאר דכוונת הש"ך להיפוך דבישראל הוא נעשה ערב גם על כפירה, אבל בגוי אינו נעשה ערב על כפירה, כיון דבסתמא הם כופרים, ובשו"ע הנדמ"ח הגיהו עפ"י כת"י דכוונת הש"ך דקאי גם על גוי, ואין חילוק בין ישראל לגוי, וכמבואר בב"ח שם.

(ג) ובב"ח שם תמה על הרמ"א מהסוגיא בבכורות, דנימא מי איכא מידי דהלוח פטור והערב חייב, ותי' הב"ח דיש חילוק בין היכא דהלוח פטור מן הדין, להיכא דהלוח פטור מחמת דכפר, דכה"ג דמי לגברא אלמא דגובין מן הערב, ועי' פתחי תשובה סק"ו דהביא משו"ת ושב הכהן סי' מ"ד להק' על תי' הב"ח דהא בגוונא דמכר יב"ש ליב"ש, הרי הא דפטור הלוח הוא משום דכופר בהלואה, ומ"מ הערב פטור.

(ד) ובתומים סי' מ"ט ס"ק כ"א יישב דכיון דאין מוכח מתוך השטר מי הלוח, הרי"ז כמלוח ע"פ דאין גובה ממשועבדים, ועי' בנתי"מ ס"ק כ"א דתמה על התומים דהא בב' אחין דאיכא ספק מי הבכור, איכא שעבוד נכסים, אעפ"י דליכא שטר, והרי אם הוא אינו בכור אחיו הוא הבכור, ודמי לדינא דהערב מודה, והתם לא שייך תי' התומים, דהא איכא שעבוד נכסים, ועוד תמה דהא בגמ' מבואר דטעמא משום דאין נפרעין מן הערב תחילה, ולא משום דמלוח ע"פ אינו גובה ממשועבדים, ועוד תמה דהא השו"ע פסק עפ"י דינא דסוגיין דה"ה בערב לב' יב"ש, ומלוח אחד, והתם לא שייך תי' התומים, דהא הנידון הוא על חיוב הערב, ולא על שעבוד נכסים, ועי' בהגהות ברוך טעם על התומים דג"כ תמה עליו.

(ה) ובנתי"מ תי' דמיירי באופן דאין הערב יודע שהלוח חייב, אלא רק מכח השטר, וכה"ג אין מצרפין את עדות השטר להודאתו, כיון דהוי חצי דבר, ע"ש באריכות, וע"ש בתו"ד דיישב נמי לדינא דספק בכור.

(ו) ובשערי ישר ש"ה פ"י כתב ליישב, דהנה בחי' רע"א ב"מ פ' א' [וציינו בפתחי תשובה סי' מ"ט] כתב דב' שקבלו שמירה, ואיכא ספק מי פשע, אעפ"י דכל אחד הוא ערב לחבירו, כיון דמכל אחד בפנ"ע אינו יכול לגבות, אינו יכול לגבות מכל אחד חצי מצי מדין ממנ"פ, כיון דליכא לוח ליכא ערב, ואעפ"י דמבואר ברמ"א דכל דהערב מודה דחבירו לוח הוא חייב, וביאר התומים דה"ה בלוח וערב, כיון דהערב מודה דהב' הוא הלוח, שאני ב' שומרים דאינו טוען דחבירו פשע, אלא דטוען דפטור מספק שמא לא פשע, ומודה דחבירו נמי פטור מספק שמא לא פשע, וכה"ג ליכא חיוב על הערב, ועוד חידוש הגרש"ש דכיון דכל נאמנות דעדים הוא גזה"כ, אבל לולי חידוש התורה ב' עדים נמי חיישי' דשקנים ניהו, וכל דאין מקבלים עדותן, ליכא אנ"ס מכח עדותן, דחיישי' דשקרנים ניהו, ולכך ביב"ש שמכר ליב"ש, דאין הערב יודע דהב' הוא הלוח, אלא רק מכח השטר, וכיון דאין מקבלים לעדותן על השטר משום דאינו מוכח מתוכו, ממילא איכא ספק שמא לא לוח והעדים שקרנים, וכל דהערב מודה דהלוח פטור מספק, פטור נמי הערב, וכן לענין בכור, כיון דמודה דאחיו נמי פטור מספק, ליכא חיוב על הערב.

(ז) ובהגהות ברוך טעם על התומים כתב לתרץ דהיכא דמכר הלוח את הקרקע ליב"ש, הרי הא דגובין את הקרקע מהלוקח אינו משום דאיכא חיוב על הלוקח, אלא משום דהוי נכסי המוכר, וכיון דפטור הלוח, א"א לגבות מנכסיו. ובדברי משפט קכ"ט סק"ב כתב ליישב דכיון דמבואר ברש"י פסחים ל' ב' דגדר הגביה מהלוקח הוא מדין אינו ברשותו והוי כאילו הוא גובה מהמוכר, ולכך כיון דהלוח פטור הרי חייל מכירתו, ואעפ"י דהערב מודה דהוא הלוח, מ"מ כיון דכלפי הלוח חיילא המכירה, אינו יכול לטרוף מהלוקח, משא"כ בערב, כיון דמודה דהלוח כפרן, אף הוא חייב, וכ"כ באחיעזר ח"ג סי' מ"א אות ב'.

(ח) ולכאור' יש לחלק עוד דבספק בכור הרי כל אחד הוא ספק בפנ"ע, וכל אחד יש עליו ספק ערבות בפנ"ע על נכסיו, ויש לו פטור דהמע"ה, אלא כיון דנשתתפו בנכסים, הרי כלפי הנכסים איכא חיוב ודאי משום ממנ"פ, אולם כיון דבעיקר החוב כל אחד הוא ספק בפנ"ע ופטור, א"א לגבות את נכסיו, אבל בגוונא דלוח וערב, כיון דהערב יודע דהלוח גזלן, אין גזילת הלוח פוטרת את הערב.

(א) עי' בש"ך סי' מ"ט ס"ק י"ט דכתב דבגוונא דיב"ש ירש לדודו יב"ש אין גובין ממנו, ובסק"כ כתב הש"ך דה"ה בגוונא דיב"ש היה ערב ליב"ש דאין יכולים לגבות מהערב, כיון דאין נפרעין מהערב תחילה, והיינו דכשם דס"ל לרבא בגוונא דהגמ' בבכורות דאעפ"י דאיכא ממנ"פ, אין גובין מהערב, ה"ה בגוונא דהכא.

ובתומים שם ס"ק כ"א תמה דהא מבואר ברמ"א קכ"ט ח' דהיכא דהלוה כופר והערב מודה דהלוה חייב, דנפרעין מהערב, ומדוע הכא אין נפרעין מהערב, הא מודה דהב' הוא הלוה, וכן ביורש הרי מלוה ע"פ גובה מן היורשים, [ועל דינא דמתני' תי' התומים כנ"ל].

(ב) ובנתה"מ שם ס"ק כ"א תי' כמו דתי' על עיקר דינא דמתני' דמיירי באופן דאין הערב יודע שהלוה חייב, אלא רק מכח השטר, והוי חצי דבר, ולדברי השערי יושר הנ"ל נמי מיושב דכיון דכל הידיעה של הערב הוא מכח השטר, כל דאין מחייבים מכח השטר ליכא דין אומדנא מכח העדות, ורק היכא דהערב מודה דהלוה כופר איכא חיוב על הערב.

ובהגהות ברוך טעם על הנתה"מ תמה דבש"ך בספר תקפו כהן כללי קים לי למד מסוגיין לגבי המחלוקת של רב ירמיה ורב אבא לגבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בתר דחלקו הספק והיבם, אי קם דינא או הדר דינא, דלהלכה קיי"ל דקם דינא, ולדברי הנתה"מ אינו ענין להתם, וע"כ דס"ל להש"ך דיש הלכה דליכא גביה ממנ"פ בתרי גברי, ועי' בשער"י שם מה דביאר בראיית הש"ך.

(ג) ובקצוה"ח סי' מ"ט סק"ט יישב לקו' התומים על הש"ך, [והא דלא הק' הקצוה"ח על הרמ"א מעיקר דינא דמתני', לכאור' צ"ל כדביאר התומים] דהא באמת אינו מוכח מתוכו, אלא דס"ל לרב ירמיה דמ"מ כיון דקנה יב"ש את השדה מיב"ש, לגבי השעבוד חשיב כמוכח מתוכו, ורבא פליג כיון דהלוה פטור משום דאינו מוכח מתוכו, אף הערב פטור, וה"ה בגוונא דהש"ך נמי פטור הערב, כיון דהלוה פטור מחמת דאין השטר מוכח מתוכו, אולם היכא דהערב מודה דהלוה שקרן לא שייך האי טעמא, אבל הגמ' מיירי דאין ידוע ללוקח דהמוכר לוח, אלא רק מכח השטר, וכיון דהלוה פטור מחמת דאין מוכח מתוכו, אף הערב פטור, והוסיף הקצוה"ח בתו"ד דאעפ"י דאיכא דין מלוה ע"פ גם באינו מוכח מתוכו, וא"כ אכתי נחייב את הערב, מ"מ י"ל דהכא מיירי בשטר התחייבות.

ובנתה"מ שם תמה דודאי פשטות הסוגיא והשו"ע דמיירי בשטר הלואה ולא בשטר התחייבות, ובהגהות ברוך טעם על הקצוה"ח הק' דהא רבא אמר דטעמא משום לא יפרע, ולדברי הקצוה"ח הרי הטעם הוא פשוט דהא לא חייל חיוב על הלוה, וכן תקשי איך ילפי' מהא לבכור, הרי בבכור איכא חיוב, אבל הכא ליכא כלל חיוב.

(ד) והנה בעיקר קו' האחרונים על הש"ך, י"ל דכיון דלבי"ד יש ספק גמור מי הלוה ומי הערב, ואילו היו תרוייהו טוענים שמא, היו תרוייהו פטורים, לא אכפ"ל דהשתא כל אחד טוען בברי דחבירו הלוה, דכיון דהממון מצ"ע הוא בספק מי הלוה, ואיכא פטור מן הדין, ממילא אף הערב פטור, אבל הרמ"א מיירי בגוונא דידוע מי הלוה ומי הערב, אלא דהשתא הלוה מכחיש את ההלואה, אין טענת גזילה פוטרת את הערב, דאי"ז פטור מן הדין.

(ה) והנה בעיקר דברי רע"א דהיכא דהערב מודה דהלוה פטור מספק, דהערב נמי פטור, יל"ע בזה, דהנה בתוס' ב"מ י"ד א' הק' בהא דמבואר שם דאם בא המלוה וטרף מהלוקח דהלוה יכול לעמוד בדין עם המלוה, והק' התוס' מאי נפק"מ הא כל מה שיטען ראובן יטען שמעון, ותי' דנפק"מ באמר שמעון אין לי עדים ואין לי ראיה, ואח"כ מצא עדים, דשמעון אינו יכול הביאם, וראובן יכול להביאם, ותמה בשער המשפט סי' כ' סק"ב הרי דינא דאין לי ראיה הוא מדין הודאת בע"ד דאין הראיה נכונה, וא"כ מה יועיל הא דראובן יביא את העדים, הא מ"מ שמעון הודה דהוא חייב, וכתב השער המשפט דע"כ טעמא משום דכל דליכא לוח ליכא ערב, וכיון דנפטר הלוה, נפטר נמי הלוקח, אולם תמה ע"ז דהא בערב מודה דהלוה חייב מבואר ברמ"א דחייב הערב, וביאר התומים דשאני יב"ש דלקח מיב"ש דכיון דאינו מוכח מתוכו הוי כמלוה ע"פ, והוכיח מזה דתוס' פליגי על הרמ"א.

אולם לדברי רע"א יש ליישב דהיכא דכל ידיעת הערב הוא רק מכח עדות על הלוח, והרי גם הערב מודה דהלוח פטור משום דהם עדים כשרים לגביו, ולא דמי לגוונא דהערב מודה דהלוח כופר, וכבר כתב לעיקר הסברא בחי' הגרש"ש ב"ק סי' ח' סק"א.

(ו) והנה בתוס' שם ב"מ כתבו בתחילה דנפק"מ בעידי קיום הקרובים ללוח ורחוקים ללוח, דיכולים העדים להעיד לחייב את הלוח, ובנתה"מ ל"ג סק"ב הק' כיון דאין יכולים לגבות מהלוח הרי בטל השעבוד הגוף, ואיך יוכלו לתבוע את הלוח, ותי' הנתה"מ דכיון דאם הלוח מודה דהשטר אינו מזויף, יכול המלוה לגבות מהלוח, ה"ה בבאו עדים דאינו מזויף, נמי הוי כאילו הלוח מודה דאינו מזויף, ולמד מזה הנתה"מ דה"ה בעדים הקרובים לאב ורחוקים מהבנים, ויצא שט"ח על האב, דכיון דהם רחוקים מהבנים הוי כאילו מודה הערב דהלוח חייב, דביאר התומים דהערב חייב, ועדים חשיבי כהודאת הערב, ע"ש, נלפי"ז נמצא דאיכא סתירה בתוס' בין הוכחת הנתה"מ להוכחת השעה"מ].

אולם לדברי רע"א יש לפלפל דהיכא דכל ידיעת הערב הוא רק מכח עדות על הלוח, והרי גם הערב מודה דהם פסולים לגבי הלוח, ומודה דהלוח פטור, ולא דמי דלינא דערב מודה דהלוח כופר.

(א) בשו"ת הרשב"א ח"א סי' אלף נ' פסק דבאופן דראובן השאיל חפץ לשמעון ע"מ שאם לא יחזירנו לו ליום פלוני שיהא החפץ שלו וישלם לו, ולוי נעשה ערב בקנין שישלם את הדמים, דשמעון פטור ומחזיר את החפץ דהא אסמכתא היא ולא קניא, אבל הערב חייב שהרי חייב עצמו בקנין ונוטל את החפץ ומשלם דמיו, ואע"פ דאין נפרעין מן הערב תחלה, שאני הכא דחייב עצמו במה שלא היה השואל חייב, וסיים הרשב"א "וכאותה שאמרו תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב". וע"ע בשו"ת הרשב"א ח"ב סי' כ"א-כ"ב דנמי פסק כן.

(ב) וברמ"א קכ"ט ח' פסק כדברי הרשב"א, אולם השמיט להא דבעי' קנין, ועי' בסמ"ע ס"ק כ"ה דהאריך לבאר דלא דמי לסוגיא בבכורות כיון דחייב עצמו במה שאין השואל חייב, וכמבואר בתשו' הרשב"א, ובש"ך ס"ק כ' כתב דעדיין קשה מהסוגיא בבכורות, וכן הק' בט"ז דהא חזי' דאעפ"י דליכא חיוב על הלוח, ליכא חיוב על הערב, אולם כבר ביארו המל"מ פכ"ה מו"ל ה"ג ובאבנ"מ סי' כ"ט סק"י דשאני התם דבשעת הלואה הוברר הלוח, ורק אח"כ נפטר מחמת ספק, אולם בגוונא דהרשב"א הא נעשה ערב במקום שאין הלוח חייב.

(ג) ובשו"ת גאוני בתראי סי' ד' כתב הב"ח לבאר כוונת הרשב"א דבאמת ליכא חיוב על הערב מדין ערבות, כיון דליכא דיני ערבות באופן דליכא חיוב על הלוח, וכמבואר בבכורות, נוצ"ל דאעפ"י דאיכא על השומר חיוב להחזיר את החפץ, מ"מ הערבות הוא מעיקרא על דמי החפץ, אלא דמ"מ הוא חייב מחמת ההתחייבות ע"י קנין, דכה"ג ליכא חסרון דאסמכתא, והא דהרשב"א הביא ראיה מערב, ביאר הב"ח דכוונת הרשב"א להוכיח מערב דחייל דין התחייבות, וכמו דהוכיח הרמב"ם פ"א ממכירה הט"ו, ע"ש, ולפי"ז פסק דלא כהרמ"א דלא הזכיר דבעי' קנין, וצ"ב דאף דהרמב"ם הוכיח מערב, אולם דין תן מנה לפלוני אינו מקור לחיבו ערב, ועוד קשה דהרמב"ם הביא ראיה מערב דאפשר להתחייב בלא קנין, אולם להתחייבות ע"י קנין לא מצינו ברמב"ם דהביא ראיה מערב.

(ד) אולם הסמ"ע שם בתשו' חלק דודאי כוונת הרשב"א דהחיוב הוא מדין ערבות, ולא דמי לסוגיא בבכורות כיון דמעיקרא נתחייב אדעתא דהכי, וכדיאר הרשב"א, ולכך לא הזכיר הרמ"א דבעי' קנין, והוסיף הסמ"ע דאעפ"י דהוי ערבות על אסמכתא, לא אכפ"ל כיון דכל ערבות הוי אסמכתא, ומ"מ מהני, וכוונתו לבאר דאעפ"י דסומך

בדעתו דלא יגיע לידי חיוב, כיון דכל החיוב של השואל הוא אסמכתא, מ"מ חייל עליו דין ערבות, כמו כל ערב דחייל אעפ"י דהוי אסמכתא.

אולם עדיין צ"ב דשאני הכא דסומך בדעתו דלא יהא כלל סיבת חיוב, משא"כ ערב בעלמא דסומך בדעתו דהלוה ישלם, [והנה ברמב"ם פכ"ה ה"ז הביא מרבתי דאם ראובן מכר לשמעון שדה ולוי קיבל עליו אחריות דלא חייל השעבוד של לוי כיון דהוי אסמכתא, ובראב"ד השיג דאין בערבות משום אסמכתא, ועי' ביאור הגר"א קל"א י"ט דביאר דס"ל להרמב"ם דשאני ערב על אחריות דהוי אסמכתא בעצם החיוב ולא רק על הפרעון, אולם בדברי הסמ"ע מתבאר דגם בכה"ג דיש אסמכתא בעיקר החיוב, חייל דין ערבות].

והביא לזה הרשב"א ראייה מהסוגיא בקידושין, דשייך ערב בלא חיוב, דהא בתן מנה לפלוני ליכא חיוב על הפלוני להחזיר את המנה, ומ"מ היא מקודשת מדין ערב, ומוכח דשייך דין ערב גם בלא חיוב הלוה.

ויתכן להוסיף בזה ביאור, דבתן מנה לפלוני ואקדש אני לך, כיון דהמקבל אינו חייב מידי, וכל החיוב של האשה הוא לנותן, ע"כ דמי רק לערב קבלן או לנו"נ ביד, דכל החיוב הוא רק לנותן, ומזה הוכיח הרשב"א דה"ה בגוונא דידוע דאין השואל מתחייב, דדין ערבותו דמי לקבלן או לנו"נ ביד.

ה) והב"ח חלק ע"ז דמנלן דידע הערב דהתחייבות השומר היא אסמכתא ולא קניא, ועוד הק' כיון דמעיקרא ידעו אינו ערבות אלא התחייבות בעלמא, וע"כ דבעי' קנין, והיינו דהב"ח סובר דכל דין ערבות הוא רק על פרעון חוב הלוה, וכל דהלוה מעיקרא פטור לא שייך בזה דין ערבות, אולם הסמ"ע נקט דדין ערבות הוא חיוב בפנ"ע להחזיר ממון המלוה, ולכך ס"ל דשייך ערבות גם בגוונא דהלוה פטור.

ו) ובאבנ"מ כ"ט סק"י הוכיח מדברי הרשב"א דאיכא שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף, וכן נקט באו"ש פ"ו ממכירה הי"ב, וצ"ע דלפי' הב"ח הא מיירי בהתחייבות, ולפי הסמ"ע הא הוי כערב גמור.