

## הרב זלמן נחמיה גולדברג

29/07/2018  
בענין ערבות לשטר שידוכין

ראיתי את פסה"ד של הרה"ג בצרי שליט"א ואין מסקנתו נראית בעיני. הנה, טענת הנתבע, שהתנאים הראשונים אינם מחייבים כמבואר בהפוסקים, אינה טענה. שהרי, הטעם שאין תנאים ראשונים מחייבין, מפני שהוא קנין אתן, והוא קנין דברים. אבל זה אמת בזמן הפוסקים, שהיו כותבים בתנאים הראשונים אתן. אבל נוסח התנאים שלפנינו, כך הוא התחייבות מצד החתן וכו' התחייבות מצד הכלה, ונוסח זה אינו קנין דברים. שפשטות הלשון אומר שנתחייב ומסתמא נתחייב כדין, דהיינו התחייבות ממונית ולא התחייבות ליתן ולקיים הבטחה. ואם כי יש לומר, שכיון שבזמנים הקודמים היו רגילים להתחייב בדרך אתן, לכן יש לפרש, שמה שכתוב שנתחייב, היינו התחייבות בדרך אתן. ומ"מ, קשה לומר כן. ויותר נראה, מי שקורא את התנאים לא יעלה בדעתו לפרש, שהכוונה להתחייב בדרך אתן.

טענת הנתבע השניה, על פי מה שהביאו מעטרת חכמים תשובה כ"ז ד"ה ומלבד, שאין ערב מתחייב, אלא בזמן שהמלוה סומך על הערב ובגלל זה מלוה לו, משא"כ בתנאים, שגם אם לא היו הערבים, ג"כ היה עושה תנאים. ולענ"ד, יש לעיין בדבריו. שא"כ איך ערב אחר הלואה משתעבד בקנין, והרי ראינו שהלוה לא בגלל הערב. ובע"כ שבקנין משתעבד גם בלא סומך על הערב. ומתוך כך יש לומר, שהעטרת חכמים מדבר בערב קבלן בתנאים בלא קנין, אבל בעשו קנין מודה שמשתעבדים. אכן עיינתי בנוסח התנאים שבנחלת שבעה, וראיתי שהנוסח הוא בתנאים שקבלו קנין מהערב קבלן, ולכן דוחק לומר, שהעטרת חכמים מדבר בלי קנין. וכן ממה שמדמה העטרת חכמים דין זה לדין מוכר באחריות ונעשה ערב לאחריות, ושם מדובר גם בקנין. והנראה מלשון הרמב"ם פכ"ה מהלכות מלוה הלכה י"א ובשו"ע סימן קל"א ס"ט וכמו שפירש הסמ"ע שם ס"ק י"ח שגם בקנין אינו חייב הערב אם אמר אני אשלם לך באם יגבו ממך השדה. וא"כ בהכרח, שגם בקנין דנים בזה משום אסמכתא.

ויתכן להסביר את דברי העטרת חכמים על פי מה שכתב הסמ"ע בסימן קכ"ט ובפרישה שם ס"ק א', שכתב ליישב איך ערב מתחייב אחר ההלואה בקנין, והרי זה אסמכתא. וכמו שהקשו בגמרא סוף ב"ב בכל ערב איך משתעבד והרי זה אסמכתא, ותרוע הגמרא, שבההיא הנאה שקא מהימן ליה, לא שייך בקנין לאחר מתן מעות. וע"ז כתב הפרישה וז"ל:

וי"ל דגם לאחר מתן מעות מחשיב ליה הנאה קצת במה שמאמין והקנין מצטרף להנאה זוטרתי זו להועיל כמו הנאה גדולה דהימנותא דשעת מתן מעות דמהני בלא קנין וכו' עכ"ל.

ועל פי זה יש לומר, שערב קבלן על תנאים, באופן שאינו סומך עליו כלל אין כאן בהווא הנאה, ויש בו חסרון אסמכתא. כן ניתן ליישב סברת העטרת חכמים. הטענה השלישית, שאחר שכתוב בתנאים אחרונים ששם חתמו שני המחזותנים שנתקיימו ההתחייבויות של הצדדים והרי זה הודאת בע"ד שנתקיימו התנאים, והתובע טוען, שכיון שהביד"ץ חייב את החייב עצמו אף שהובא לפניו התנאים אחרונים, ולכן אין לב"ד הזה לדון בזה מאחר שהלוח חייב, ממילא הערב חייב, ובי"ד בתר בי"ד לא דייקי. אכן, כל זה אם היינו דנים אותו דין עצמו, אבל בנידון דידן שהלוח נתחייב בביד"ץ ואנו באים לחייב את הערב בבי"ד זה, צריך לדעת טעם הביד"ץ שחייב ללוח. אם זה מדרך פשרה אין פשרה מחייבת את הערב, שהרי פשרה צריכה קנין והערב לא קנו ממנו ואיך נחייבו על סמך חיוב הלוח שנתחייב בפשרה שהינו כמתנה. ומעתה יש לעיין, על סמך מה חייבו את הלוח אף שבתנאים האחרונים הודה התובע שכבר נפרע החוב.

[29/07/2018nna](#)

אך יתכן שהמחזותן הנתבע הודה בביד"ץ שלא פרע, וסמכו על הודאתו של הנתבע יותר מהודאתו של התובע שהודאתו של הנתבע היתה אחרונה ולכן יש לילך אחריה, ואינה כהודאה נגד הודאה שנשאר ספק וכמו שכתב הקצוה"ח בסימו פ"ח סק"ט בענין טענו חיטים והודה לו בשעורים. ששם מדובר, שבאותו זמן עצמו התובע מודה שפטור הנתבע, אבל אם לאחר זמן חזר בו התובע וטוען שחייב הנתבע, והנתבע מודה שחייב בזה חייב הנתבע.

אכן אין מוכרח בסברה שחייב, וגם אם נאמר שחייב מ"מ זה פשוט שהערב אין מחייבין שהרי כבר הודה התובע שפטור הערב ואינו מועיל הודאת הלוח לחייב הערב. ואף שכל ערב חייב כשהודה הלוח שלא נפרע, ואין אומרים שהודאת לוח אינה מחייבת הערב, שהודאת בע"ד במקום שחב לאחרים אינה מועלת ובע"כ שכך נתחייב הערב שכל שהלוח חייב גם הוא חייב. וא"כ גם בנידון דידן נחייב הערב, זה אינו. שרק במקום שיש עדים שלוח הלוח אלא שיכול הלוח לטעון פרעתי והיה נאמן, אבל הערב הרי אומר איני יודע אם פרע הלוח, והאומר איני יודע אם פרעתיך חייב, ומה שאם טוען הלוח פרעתיך פטור גם הערב ואין אומרים שהערב חייב משום שאינו יודע אם פרעתיך חייב, צריך לומר שלכן נפטר הערב משום שליכא לווח ליכא ערב ואם הלוח פטור אי אפשר לחייב הערב, משא"כ כשהודה הלוח שחייב, חייב גם הערב משום שלגבי הערב הרי זה כאיני יודע אם פרעתיך. ואף שיורש פטור גם אם יש עדים על הלוואה ואין אומרים שנחייב היורש משום שהוי כאיני יודע אם פרעתיך. התם הטעם, שטענינו ליורש והרי זה כאילו טעו

היורש אני יודע שפרע הלוה אבל אצל הערב אין דין טענינ' וכו' שכתב הקצוה"ח בסימן ל"ט סק"ה לחלק בין ערב ליורש שבערב אין דין טענינ'. משום שהוא עצמו נתחייב. אכן בנידון דידן, יש לפטור הערב משום שהתובע הודה שפרע הנתבע ואינו זקוק הערב לטענה שהודאת בע"ד כעדים ונאמנים גם אם אין הבע"ד עצמו טוען ררי אלא טוען שמא.

והנה, אם הערב מאמין שלא נפרע החוב אף שטוען איני יודע, בספר נחל יצחק סימן אות ה' האריך מאוד במי שטוען איני יודע אם הלותני אבל מאמין לתובע שאומר שהלוהו אם חייב לשלם. ומסקנתו, שגם אם הנתבע מאמין לתובע אין לנו יכולת לכופו לשלם בע"כ וממילא אם תובע התובע שנחייב לנתבע שבועה או חרם סתם אין מחייבין אותו. וא"כ, בנידון דידן גם אם הערבים מאמינים שלא פרע, אין בכוחנו לכופם לשלם ורק לצאת ידי שמים חייבין. שאם נידון התנאים האחרונים כהודאה, בזה יותר פשוט שאין במה שהערבים מאמינים לו כדי לחייבם כיון שיש הודאת בע"ד.

עוד נראה, לפי מה שנפסק בסימן ע"ה סעיף י"א: אמר ליה חייב אני לך מנה והלה אומר ודאי שאינך חייב לי כלום, פטור. אעפ"י שיודע בודאי שחייב דהוי כאילו מחל לו. וא"כ, יש לדון שהתנאים האחרונים שכתוב בו שנפרע החוב אף שכולם יודעים שאינו כן, מ"מ הוי כאילו מחל לו. ולפי זה גם הלוה שיוּדָה שלא פרע, פטור. וא"כ קשה, למה נתחייב הלוה בבדי"ץ, ונראה, שתפסו שהתנאים אחרונים אין כותבין אותו רק מכח ההרגל מדורות ראשונים ואף שאינו אמת מכ"מ אולי רצונם בתור סגולה שלא יהיה קטרוג על הנישואין. ולכן מודיעים שאין חובות יותר או טעמים אחרים. ולכן, אין סומכים על תנאים אחרונים לדונו כהודאת בע"ד וכמחילה.

אכן לפי זה יש לומר, שגם התחייבות הערב קבלן שכותבים בתנאים, ג"כ אין הכוונה להתחייבות, אלא מכח ההרגל והמנהג. וממילא נפטור הערבים מכח זה. ואם כי יש לחלק לפי מה שנפסק בחו"מ סימן קצ"א ס"ד ובסמ"ע שם ס"ק ח', שבמקום שמנהג לכתוב שטר מכר ואח"כ נותנים מעות, אין סומכין על מה שכתב בשטר שנתן מעות, שכתבו כן ע"ש העתיד. והרי שהמנהג מבטל ההודאה ואילו הערבות אין סתירה מהמנהגים שאינו רוצה להתחייב אלא שיש אומדנא שכותבין כן לקיים מנהג.

1. בחו"מ סימן קכט סעיף י"ב מבואר שבמלווה ע"פ ואין הלווה לפנינו אין גובין מן הערב שמא הלווה, חזינן דגם לערב טענינ', וי"ל דהכא כיון שאי אפשר לחייב את הלווה פטור הערב ואם כן אף ביורש נימא כן, והרי כשהודה הלווה בודאי מחייבים ליורש אמרו מלוקח יש ראייה שאף שהודה הלווה בכ"ז אין מחייבים את הלוקח בחיישינן לקנוניא עיי"ש בקצה"ח.

אכן טענת הנתבעים שלא ידעו מסכום החוב, וגם אם ידעו, אבל מכיון שכתוב כמדובר בראשי פרקים, ואין הסכום מפורש בתנאים עצמו, אין זה מחייב. בזה נראה שדומה למתחייב בחתימה על שטר חלק שחייב. וכמו שכתב הנהניבות בסימן מ"ב ס"ק א' ובקצוה"ח שם ס"ק א'.

תוס' ע"פ

ומה שטוען התובע, שבחיובי שידוכין אין בו משום אסמכתא, ומטעם שכתב הט"ז בסימן נ' ס"ק י"א שבזה שמזמינים אנשים חשובים לתנאים, זהו בי"ד חשוב. אכן נראה, שהב"ש חולק על טעם זה שהב"ש שם ס"ק י"ד כתב הטעם, שבתנאים אין אסמכתא משום בושט. ודן, אם נתחייב קנס יותר משוויה של הבושה מכ"מ חייב. וגם כתב, שקנסות שעושים בחתונה, אינו מחייב, שזה אסמכתא. ונראה, שטעמו, שבשעת שידוכין, הקנס הוא על קיום החתונה, ובזה יש בושט. אבל בשעת נישואין, הקנס הוא על אי קיום ההתחייבות הממונית, ובזה אין בושט. ואם היה סובר כהט"ז, היה מחייב הב"ש גם בקנס שעושים בחתונה, מכח שבאים חשובים לנישואין לא פחות משידוכין. זולת אם נאמר, שהחשובים שבאים לחתונה, לא באו לשם כן, להיות בי"ד על הקנין. משא"כ בשידוכין, שזה סיבת בואם של החשובים, כדי להיות נוכחים בחיובי הממון, שאין טעם אחר לבואם. א"כ יש לומר, שבזמנו, כל החשובים הבאים לא חושבים על ענין הקנס, והתחייבות הערבים. אכן יתכן, שמה שעשו קנס בחתונות לא עשו בזמן ובמקום שנתאספו הנאספים רק זמן קודם, ולכן הב"ש לא כתב כן לחייבו, אולם מאחר שלא הזכיר כלל טעם הט"ז, וגם דן ביותר בלמעשה. בזה נראה, שס"ל, שעיקר הוא הטעם שכתב. מכל זה נראה, שאין כח להוציא ממוז מהנתבעים.