

סימן ב אופן ההשתעבדות של ערב קבלן

ראשי פרקים

- א. הודאת בעל דין - בקנין ובאסמכתא
- ב. ערב קבלן לאחר מתן מעות, אם צריך קנין
- ג. הסוברים שקבלן צריך קנין
- ד. הטעם ב"תן לו ואני נותן"
- ה. אינו לשון הלואה או ערבות
- ו. אומדנא דמוכח שהתכוין להיות קבלן
- ז. מחלוקת הראשונים בדין הודאה שנעשה קבלן
- ח. הסוברים דהוי הודאה
- ט. קבלן כ"תיקון חכמים"
- י. בלשון התחייבות

נשאלתי אודות שטרי ההלואה הנהוגים כיום בקופות הגמ"ח, שהערב קבלן חותם על הנוסח: "אני ערב קבלן, ומתחייב לשלם את כל החוב בתאריך הנ"ל", ובפועל לא אמר לו הערב לשון המועילה להתחייבות של קבלן - "תן לו ואני נותן" וכד', כמבואר בגמ' ב"ב קעד, א ובשו"ע חו"מ קכט, יז-יח, ואף המלוה מודה שלא אמרו לנוסח הנ"ל, האם בחתימה על הנוסח הנ"ל מתחייב הערב כקבלן.

א. הודאת בעל דין - בקנין ובאסמכתא

הרא"ש פ"י דב"ב המ"ב, כתב וז"ל:

"ושטר שכתוב בו אני פלוני בן פלוני קבלן, אע"פ שאין מפורש בו שאמר תן לו ואני קבלן, כיון שכתב שהוא קבלן, מסתמא בלשון המועיל להיות קבלן אמר."

משמעות דברי הרא"ש, שכאשר חותם הערב על הנוסח "אני קבלן", אמרינן דמן הסתם נעשה באופן המועיל, ולא תישמע טענה מצד הערב שלא נעשה כדן. ומשמע מדבריו, שאם מודה המלוה שלא נאמרה לשון קבלנות כדן, אינו אלא ערב סתם.

אך לענ"ד הדבר עדיין צריך ברור. דהנה הרמ"א בחו"מ רז, טו פסק כדעת הגהות מימוניות, שאם ציוה המתחייב לכתוב בשטר שקנו ממנו בבית דין חשוב, אע"ג שלא קנו ממנו, מ"מ אין בהתחייבותו חשש אסמכתא, דהודאת בעל-דין כמאה עדים דמי. ובסמ"ע רז, מב הקשה מהא דמוכח מדברי המחבר בחו"מ קיג, ב במלוה שהקנה ללוה ד אמות בחצירו כדי שישעבד לו הלואה מטלטלי אגב מקרקעי, דאע"פ שאין אנו יודעים שיש למלוה קרקע, הודאת בעל-דין כק' עדים דמי. ומשמע, דוקא באין אנו יודעים לו קרקע מהני, אבל בידיעה ברורה שאין למלוה קרקע, לא מהני הקנאתו ללוה.

ואמאי לא נפסקה ההלכה כבאסמכתא, דאע"פ שודאי אין לו וידוע שאין לו, מהני הקנאתו, הודאת בעל-דין כק' עדים. ומתרץ הסמ"ע, וז"ל:

"דשאני התם כיון דאין לו קרקע במה יקנה, אבל כאן דתלוי בגמר ומקנה, והרי הודה שקנה בבית-דין חשוב, והו"ל כאנן סהדי דגמר והקנה."

הסבר דברי הסמ"ע - שיש לחלק בין מצב שצריכים אנו לפעולה מסוימת לצורך מעשה קנין, לבין מציאות בה צריכים אנו לפעולה לשם הוכחה לגמירות דעת. כאשר הפעולה הינה חלק ממעשה קנין או השעבוד, אם אינה נעשית, הרי שחסר במעשה הקנין והשעבוד, ואין בכח הודאת בעל-דין שהפעולה נעשתה, לעמוד במקום עצם הפעולה, והוי חסרון במעשה הקנין. אך כאשר פעולה נצרכת כדי לבטא גמירות דעת מצד מקנה או מתחייב, ואילולי אותה פעולה קיים חשש שהמתחייב לא גמר בדעתו להתחייב, דיינו שמודה המתחייב שהפעולה נעשתה אף אם בפועל לא בוצעה, מאחר ואין אנו זקוקים לעצם הפעולה אלא לגילוי הדעת היוצא ממנה, וקבעו חכמים שע"י פעולה מסוימת יש לנו את גילוי הדעת המבוקש, מאחר ורק בדרך זו אכן חשים אנו שהמתחייב מגלה שגומר בדעתו להתחייב. לכן, אם המתחייב/ המקנה מודה שעשה פעולה זו, מהודאתו עולה שגמר בדעתו. ברם, כאשר מודה המלוה שהקנה ללוה ד אמות, וידעינן שאין לו ד אמות, הרי שלעצם פעולת השיעבוד של מטלטלי אגב קרקע חסר "קרקע", ובעצם מעשה פעולת הקנין יש חסרון שאינו מאפשר לו לחול. משא"כ כשיש חשש אסמכתא, דהיינו חוסר גמירות דעת מצד המתחייב להתחייבותו או למקנה בהקנאתו, איננו זקוקים לקנין בבית-דין חשוב כחלק ממעשה ההתחייבות אלא כגילוי לגמירות דעת, וכאשר מודה המתחייב שקנו ממנו בבית-דין חשוב, הרי הודה שגמר בדעתו, אלא שצריכים אנו שיודה שסילק את חשש האסמכתא באופן שחכמים קבעו לכך, וע"כ צריך להודות שקנו ממנו בבית-דין חשוב, ולא סגי באומר דלא כאסמכתא או באומר שגמר בדעתו, דאמירה שגמר בדעתו אינה מוציאה מחשש אסמכתא, כן נראה בבאור דברי הסמ"ע.

והנה בנידון אמירת "תן לו ואני נותן", שבאמצעותה מתחייב הקבלן, צ"ע לשם מה היא נצרכת, האם אמירה זו הינה חלק ממעשה הערבות, וכשם שיש מעשה קנין בקנינים, יש מעשה קבלת הערבות בערב קבלן, ואף שערב בשעת מתן מעות אינו צריך קנין, כדקיי"ל בסוף ב"ב קעו, ב ושו"ע חו"מ קכט, ב, וכל אמירתו "הלוהו ואני ערב" נצרכת לגילוי הדעת שהוא ערב, דאל"כ מנין לנו שהוא ערב, מ"מ בקבלן האמירה בלשון מסוימת היא המשעבדת. או - לאידך גיסא - שבקבלנות יש חשש לחוסר גמירות דעת, כלומר, כאשר אומר הקבלן לשון שונה מהלשון של "תן לו ואני נותן" או "תן לו ואני קבלן" (לדעת הרא"ש פ"י דב"ב המ"א, והרמ"א קכט, יח), יש חשש שלא גמר בדעתו להשתעבד עד לכדי קבלנות, ולשון זו מגלה לי שגמר בדעתו. הנפק"מ בין ההסברים תהיה בנדו"ד. אם נאמר שצריכים אנו לאמירה כחלק ממעשה ההשתעבדות, א"כ כשחתם על הנוסח "אני ערב קבלן", ומודה המלוה שלא נאמר הנוסח הנ"ל, א"כ הוי חסרון בעצם הערבות ולא מהני. משא"כ אם צריכים אנו להודאתו רק לשם גילוי דעת שגמר בדעתו להשתעבד בקבלנות, א"כ חתימה על הנוסח הנ"ל כמוה כהודאה שהדבר נעשה באופן המועיל ביותר. הודאה כזו דינה כגילוי דעת מצידו שגמר בדעתו להשתעבד.

ב. ערב קבלן לאחר מתן מעות, אם צריך קנין

ובהקדם יש לבאר אם מעשה ההשתעבדות של ערב קבלן, צריך קנין או אינו צריך. התוס' ב"ב קעג, ב (אמצע ד"ה חסורי), הביאו את דעת ר"ת שאין קבלן צריך קנין,

וכן הביאו המרדכי (ב"ב סי' תרנא), וז"ל:

"וכתב ר"ת, דכולם ערבים בעו קנין, לבד מקבלן וערב דבית-דין או ערב בשעת מתן מעות. ורבינו אבי העזרי כתב, דלפי הספרים דגרסינן במכילתין בסופו והנך כולהו בעו קנין, הוה משמע שגם הקבלן בעי קנין, שזה בא לרבות כולהו. ורשב"ם לא גריס כולהו. ומיהו לא הזכיר דין קבלן אי בעי קנין או לא."

המרדכי מביא מחלוקת ראשונים אם קבלן צריך קנין, אף במקום שערב שאינו קבלן בעי קנין, כגון שלא בשעת מתן מעות. דדעת ר"ת דקבלן לא בעי קנין בשום ענין, ואילו הראב"ה גורס בסוף ב"ב (קעו, ב), דכולהו בעי קנין, והיינו גם ערב, וגירסתו הינה דלא כגירסת הרשב"ם, שהיא גירסת גמרא דידן. וכדעת ר"ת כתב גם ההגהות-אשרי (ב"ב פ"י סוף המ"א), וכן הביא בתשובת מימוניות (משפטים, טז), וכן הוא בסמ"ג (עשין, צד, ד"ה מסקינן).

ולכאורה צ"ב, מה עדיפות יש לקבלן שאינו צריך קנין במקום שערב רגיל צריך קנין, ואדרבא - קבלן שחיובו גדול יותר, שהוא נכנס ממש לנעליו של הלוה, ויכול המלוה לגבות ממנו בין יש ללוה נכסים ובין אין לו נכסים, ומסתבר יותר שחיוב של קבלן היה צריך קנין מאשר חיוב הערב. ונראה לבאר, דהנה בגמ' ב"ב קעג,ב אמר אמימר, ערב דמשתעבד מחלוקת רבי יהודה ורבי יוסי, לרבי יוסי דאמר אסמכתא קניא, ערב משתעבד, לרבי יהודה דאמר אסמכתא לא קניא, ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר, הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד. אלא אמר רב אשי, בההוא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשתעבד נפשיה. מדברי רב אשי נראה דקאי אדסמך ליה, כלומר, דאף דאסמכתא לא קניא, מ"מ בערב יש טעם לשבח מדוע ישעבד עצמו אף שאינו חייב, והיינו דיש לערב הנאה דקא מהימן למלוה, וכשיש לו הנאה בשעבודו, גומר הוא בלב שלם להקנותו. ומדברי הרשב"ם משמע שדברי רב אשי קאי אערב דשעת מתן מעות, וז"ל (בד"ה גמר): "ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה". ולחשב כשלוחו שייך דוקא בשעת מתן מעות ולא לאחריהן. דמדברי הרשב"ם מבואר שהנאה שמהימן לו קיימת כשמלוה לאחר ע"פ שעבודו כערב, ובכגון זה יש לערב הנאה דקא מהימן ליה. וכן מבואר בדברי הרא"ש שכתב בה"מ, וז"ל:

"אמר רב אשי, הא דערב משתעבד בלא קנין, היינו משום דבההיא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה."

הרי דלדברי הרא"ש רב אשי בא לבאר את אופן שעבוד הערב בלא קנין. ולדבריהם י"ל, דאף דערב לאחר מתן מעות ג"כ יש לו הנאה שחפץ המלוה בערבותו ומהימן ליה, אך כיון שאין המלוה מוציא ממון כתוצאה מנאמנותו, אין בכך הנאה חשובה שיגמור הערב בדעתו להתחייב בעבורה. הנאה חשובה יכולה להיות אף במציאות שיחזיר המלוה ללוה שטר או משכון כתוצאה מערבות הערב, וכמש"כ המרדכי (ב"ב סי' תרנב), וז"ל:

"וערב המקבל ערבות, אם על פיו מחזיר שטרו או על משכונו, הו"ל כערב בשעת מתן מעות ולא בעי קנין."

בנידון המרדכי פעל המלוה והפסיד כח גביה וזכויות ממוניות כשהחזיר ללוה שטר או משכון. כל זה נעשה בתמורה לשעבוד הערב. פעולה כזו מצד המלוה נותנת לערב את ההנאה לגמור בדעתו להשתעבד בתמורתה כערב. הנאה זו נצרכת לשעבוד הערב כדי

שלא יהיה שעבודו בבחינת אסמכתא, דהרי מחייב עצמו אע"פ שאינו חייב. כל זה שייך בשעבוד של ערב רגיל, דהא הכלל הבסיסי באסמכתא היא שמשעבד עצמו בתנאי וכל שעבודו מותנה, וכמש"כ הרמב"ם בפ"א ממכירה ה"ב, וז"ל:

"אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם יתקיים תנאי זה יקנה ואם לא יתקיים לא יקנה, אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה, שזו אסמכתא היא, שהרי סמך קנייתו לעשיית כך וכך."

הרי שאסמכתא הינה כאשר מתחייב על תנאי, משא"כ כאשר התחייבותו או קנינו אינם מותנים אלא חלים משעת קבלת ההתחייבות או הקנין, בניגוד לקנין שנעשה כעת וחלותו מותנת. ע"כ ערב שאינו קבלן ששעבודו מותנה באי פרעון הלוה, צריכים אנו לההיא הנאה כדי שישעבד נפשיה ללא אסמכתא. וכן מבואר בדברי הנימוק"י (פא, א בעמוה"ר), וז"ל:

"ואע"ג דדמיא לאסמכתא, שהרי לא היה נעשה זה ערב אלא משום שסבור שיפרע הלוה, וקיי"ל דאסמכתא לא קניא."

הרי שהאסמכתא בערב נובעת מהיות חיובו מותנה, וע"כ סבר הערב בדעתו שלא תגיע ערבותו לכלל מימוש, כיון שיפרע הלוה, וע"כ בעינן לההיא הנאה כדי לסלק האסמכתא, דכיון דמקבל הנאה תמורת חיובו, גמר ומשעבד נפשיה אף דהוי מותנה.

ומדברי הגמ' הנ"ל והרשב"ם והרא"ש הנ"ל מוכח דכל החשש אסמכתא היה דוקא בערב בשעת מתן מעות שמשעבד בלא קנין. ולכאורה צ"ב, מאי שנא ערב בקנין או ערב בלא קנין, בתרוייהו השעבוד מותנה באי פרעון הלוה. אלא צ"ל דס"ל להנהו ראשונים שערבות אינה אסמכתא גמורה, וכדמשמע מדברי הרמב"ן (ב"ב מד, ב ד"ה והא), וכמש"כ הקצוה"ח יב, ג לענין הא דמהני בפשרה כתיבת דלא כאסמכתא, אף שכתובה זו אינה מוציאה אותנו מחשש אסמכתא, דכתיבה זו מהני כל היכא שאינה אסמכתא גמורה, דומיא דערב ושעבוד מטלטלי אגב מקרקעי, וכן כתב בש"ך קכט, דהוי תולה בדעת אחרים ולא הוי כאסמכתא, עיי"ש. וע"כ ס"ל לגמרא דאסמכתא לא גמורה כערב בעי לההיא הנאה דוקא במקום שאינו עושה קנין, אך במקום שעושה קנין, מהני הקנין לאפוקי מחשש אסמכתא לא גמורה.

ואם כדברינו, צ"ע מדברי המרדכי (ב"ב סי' תרנב) בדין מי שנעשה ערב בקנין, דיכול לחזור בו קודם מתן מעות, ופסק כוותיה המחבר בחו"מ קלא, א. [ומהמחבר עצמו אין להקשות, דאיהו ס"ל דקבלן בעי קנין, וכמו שיתבאר להלן, אך מהמרדכי צ"ב]. ופירש הסמ"ע (קלא, א), דקנין בלא בית-דין חשוב הינה כאסמכתא, דלא קניא אלא מטעם דאגב דהימניה גמר ומשעבד נפשיה, והרי זה חוזר בו ואינו מבקש הימנותו, משא"כ ערב דלאחר מתן מעות, מיד בקנינו נגמרה הערבות. ואם כדברינו, כיון שערבות אינה אסמכתא גמורה, היה הקנין צריך להועיל אף קודם מתן מעות. אלא נראה ברור, דהא דאמרינן שאין ערבות אסמכתא גמורה, היינו דוקא בשעת מתן מעות שהערבות מותנת רק בפרעון הלוה, אם יפרע או לא, אך כאשר כל הענין מוטל בספק, לא רק בפרעון אלא אף בעצם ההלוואה, א"כ הוי ממש אסמכתא, דכל ההשתעבדות מוטלת בספק מראשיתה, וע"כ לא מהני קנין ויכול לחזור בו. אולם לאחר שנתן המלוה מעות ללוה, לא גרע מנתן מעות על-פיו, ומשעבד כערב, אך קודם לכן יכול לחזור בו. לא הקנין משעבד אלא נתינת המעות.

לפי"ז י"ל, דבקבלן שחיובו מוחלט ואינו מותנה באי פרעון הלוה, אין חשש אסמכתא ואינו צריך לההיא הנאה דשעת מתן מעות, וכן אינו צריך לקנין דאחר מתן

מעות. דלשיטת ראשונים זו, הקנין שצריך הלוה אחר מתן מעות אינה לגוף השיעבוד אלא לאפוקי מחשש אסמכתא. הקנין לאחר מתן מעות פועל את פעולת ה"בההיא הנאה דקא מהימן ליה", הקיימת בערבות של קודם מתן מעות, וקנין זה נצרך רק במקום שיש חשש אסמכתא, משא"כ בקבלן שחיובו מוחלט ואין חשש אסמכתא כלל, אינו צריך קנין.

והא דאין בקבלנות חשש אסמכתא, מצאנו שכן כתב הר"ן בחידושיו למסכת גיטין (מט, ב ד"ה אלא), וז"ל:

"וקבלן דאמר, היינו שאמר לו אחד מהלשונות של קבלנות המפורשין בגט פשוט, ומשום הכי משתעבד, וכיון שאמר שיפרע ממנו תחילה, גמר ומשעבד נפשיה, אבל בערב, כיון דלאו מידי חסריה, אסמכתא היא ולא אקניה..."

הרי שהר"ן מבחין בין קבלנות שנפרע ממנו תחילה וגמר ומשעבד נפשיה וליכא חשש אסמכתא, לבין ערבות שיש בה חשש אסמכתא. ועיין בתורת חיים בחידושיו לב"ב (קעג, ב) דמפורש בדבריו דבקבלן אין אסמכתא, וכן כתב המחנה אפרים (ערב, סימן א), וכן היא דעת השואל ומשיב (כרך א' ח"ג סי' קסב) "דבערב קבלן לא שייך אסמכתא, דסתם ערב יש לומר דסבר שהלוה יפרע, וכאן הרי בידו לגבות מאיזה שירצה".

ג. הסוברים שקבלן צריך קנין

הזכרנו לעיל דהמרדכי הביא את גירסת הראב"ה בסוף מסכת ב"ב, ולפיה קבלן בעי נמי קנין. וכדבריו פסק המחבר בחו"מ קכט, ה:

"כשם שאין הערב משתעבד אלא בקנין או בשעת מתן מעות או בבית-דין, כך אין הקבלן משתעבד אלא באחת מהדרכים הללו."

והרמ"א, שלא השיגו בשו"ע, כתב כן מפורש בתשובותיו (סי' עב), דאף הרשב"ם שלא גרס בסוף מכילתין "וכולהו בעי קנין", לא משום דס"ל דקבלן לא בעי קנין, אלא משום דלא צריך למיגרס כן. "ומאחר דכל הנהו רבוותא (הגורסים וכולהו וכו') ס"ל דקבלן בעי קנין, פשיטא דפסקינן כוותיהו". וכן מפורש בדברי בעל התרומות (שער לה א, לד). גם מדברי המחנה אפרים (ערב, סי' א) מבואר דנוקט בפשיטות דקבלן בעי קנין, וז"ל:

"וכי תימא א"כ בקבלנות דליכא משום אסמכתא, אמאי צריך קנין כשהוא לאחר מתן מעות, י"ל דלשון קבלנות לא הוי לשון חיוב, אבל אי אמר בלשון חיוב, הניחהו לו ואני חייב לך, בפני עדים, אפילו לאחר מתן מעות הרי זה משתעבד."

הרי שהיה קשה למחנה אפרים מדוע בקבלנות דאין חשש אסמכתא, צריך הקבלן לקבל בקנין על-מנת להשתעבד, וא"כ נוקט בפשיטות דבעי קנין. וע"כ תירץ, דבלשון קבלנות רגילה הוי חסרון במעשה ההשתעבדות, ואינו יכול ליצור חיובים בלא קנין בלשון זו אא"כ יאמר בלשון חיוב. וברדב"ז בתש"י (סי' קל) הפליג עוד יותר, דלכ"ע צריך קבלן קנין, ואף ר"ת סובר דלעצם שיעבודו שלא בשעת מתן מעות בעי קנין, אלא שאם אמר "תן לו ואני נותן", אע"פ שלא קנו מידו, נעשה קבלן. ודבריו קאי על ערבות דשעת מתן מעות, דלא בעי קנין, וקמ"ל דעל תוספת

התחייבותו אין צריך קנין. לדברי הרדב"ז, הוא לכאורה הבנה קיצונית לאידך גיסא מההבנה שהתבארה עד כה. לדבריו יש מקום לחייב קבלן בקנין, טפי מערב שאינו קבלן, דתוספת חיוב שנטל הקבלן על עצמו הוה אמינא שיתחייב רק בקנין, וקמ"ל ר"ת שאינו צריך, וזאת בניגוד למש"כ שקבלן שחיובו אינו מותנה באי פרעון הלוה, מסתבר טפי שאינו צריך קנין.

ולכאורה יש הסתברות לומר כדברי הרדב"ז, שהרי כל דין קבלנות שייך רק בשעת מתן מעות, דכיון שקבלן צריך לומר "תן לו ואני נותן", ואמירה זו הינה תנאי מהותי בהשתעבדות הקבלן, ולאחר מתן מעות אין לאמירה זו כל משמעות, עיין בגידולי תרומה שער לה א, לד"ה איברא. וצ"ל דהנו ראשונים דלעיל ס"ל שיאמר הקבלן "מה שנתת לו אני נותן". דהא חסרון בהשתעבדות הערב בלשון "הלוהו ואני ערב, תן לו ואני פורע", נובע מכך שיצר שוני במילים בין פעולת ההלוואה ביחס ללוה לפעולת ההלוואה ביחס אליו. קבלן, כדי שישתעבד, עליו לומר באופן הברור שמעמיד עצמו כלוה. לכן, כשאומר "מה שנתת אני נותן", אף שלשורש "נתן" הנאמר בזמן עבר אין כל משמעות ביצועית ביחס למלוה, וכל כולה אינה אלא כסיפור דברים הנצרך להמשך הדברים, מ"מ אין אנו זקוקים לאמירת "תן לו" בהוראת ציווי כדי ליצור את שיעבוד הערבות, אלא כהיכי תימצי להשוואת הערב והלוה, אי לכך פועל זה יכול להאמר אף בלשון עבר.

והנה המאירי (ב"ב קעג, ב ד"ה אמר), כתב וז"ל:

"ואין שיעבודו של הערב כדין אסמכתא, אע"פ שהיא דרך גיזום, שכל שאדם מחייב עצמו במה שאין הנאה מגעת לידו, דרך גיזום הוא, מ"מ בהנאה שיש לו כשאדם מאמינו, גומר ומשעבד עצמו."

מדברי המאירי מבואר דאסמכתא בערב אינה כמש"כ מפני שחיובו מותנה, אלא מפני שהיא על דרך גיזום, דהרי מחייב עצמו במה שאינו חייב. אם נפרש כן, יובן מדוע אין דינו של קבלן שונה מדינו של ערב לענין קנין. דדוקא אם חסרון אסמכתא נובע מהתנאת החיוב, יש לחלק בין קבלן - שחיובו מוחלט, לערב - שחיובו מותנה. אך אם חסרון האסמכתא נובע מחיוב בדבר שאינו חייב, א"כ אין מקום לחלק בין ערב לקבלן, ובתרווייהו בעי קנינים. ואפשר דהנו דלעיל דס"ל דקבלן בעי קנין, ס"ל דקבלן הוא אסמכתא מטעם שהתחייב במה שאינו חייב, אף שאפשר דס"ל דאין זה טעם יחיד וס"ל דאית ביה נמי חסרון של חיוב מותנה, וזה וזה גורם, כל חד באפיה נפשיה. ורק בערב דשעת מתן מעות, כיון שיש לו הנאה דהימניה, א"כ לא השתעבד בחינם, וע"כ לא בעי קנין.

ד. הטעם ב"תן לו ואני נותן"

מעיקרא הוא אמינא שהחקירה שכת' בתחילת הדברים תלויה במחלוקת הראשונים אם ערב קבלן בעי קנין. דאם בעי קנין, י"ל דאמירת "תן לו ואני נותן" הינה חלק ממעשה הקנין, משא"כ אם לא בעי קנין, נצרכת האמירה לגילוי גמירות הדעת. אך זה אינו נראה, בעיקר מהטעם דלמ"ד דלא בעי קנין, למש"כ י"ל דס"ל דקבלן אין חשש אסמכתא, כיון שאין חיובו מותנה, וא"כ אמאי צריך חיזוק לגמירות הדעת, הא כיון שחיובו מוחלט הוי גמירות דעת טפי. והוא הדין למ"ד דס"ל דבעי קנין, א"כ הוי אסמכתא בקבלן כבערב, ומהיכי תיתי דנאמר שהאמירה מתיחסת לקנין. ויותר מסתבר דלמ"ד זה, כיון שכל הקנין נצרך לסילוק האסמכתא ולא לגוף השיעבוד, א"כ אף אם האמירה הינה חלק מגוף הקנין, כיון שהקנין נצרך רק לסילוק אסמכתא, מהני הודאתו, וכמו דמהני הודאתו שקנו ממנו בבית-דין חשוב. אך מעיון בדברי

הראשונים נלענ"ד שהאמירה "תן לו ואני נותן" מטרתה שונה. הרשב"ם קעד, א, על דברי רב חסדא דלא קיי"ל כוותיה, דכולן לשון ערבות בר מהלוהו ואני ערב (ד"ה בר מהלוהו), כתב וז"ל:

"דכיון דנקט לשון הלואה ולשון ערבות, אז מוציא מכלל קבלנות."

ובדברי רבא, דקיי"ל כוותיה, דכולן לשון ערבות, להוציא "תן לו ואני נותן" שהינה לשון קבלנות (בד"ה בר מתן), כתב וז"ל:

"ודוקא תן לו ואני נותן, דשניהם לשון מתנה, ומשמע קבלנות, שבאותו לשון שציוהו למסור לזה, קיבל עליו לפרעו, דמשמע כאילו קיבל הוא עצמו מיד המלוה."

ובלשון זו כתב בכסף משנה מלוה ולוה כה. בהסבר דבריהם נראה, דכיון שהשתעבד הקבלן בחיוב השהו בכחו לחיוב הלוה, ובפועל הרי הוא כלוה ממש, עלינו להבין בברור שכוונת הערב לשיעבוד מעין זה. כל לשון שלא ברור ממנה כראוי שאין הקבלן משתעבד באופן זה, אמרינן שלא השתעבד אלא כערב רגיל. ע"כ, כל שהזכיר לשון ערבות או לשון הלואה ביחס ללוה, משתמע מכך שלא העמיד עצמו בעמדה שוה למעמד הלוה, וע"כ הוי ערב ולא קבלן. אמירת "תן לו ואני נותן", נצרכת לגוף ההשתעבדות שהינה באמירה בעלמא. ההשתעבדות צריכה להעשות באופן הברור ביותר, והדבר יתכן אך ורק בלשון זו או בדומה לה, והיא הנותנת את בהירות סוג ההשתעבדות. וכן כל המחלוקת המבוארת בדברי הראשונים אם מהני לשון "תן לו ואני קבלן" (עיין ברשב"ם שם, ברשב"א קעד, א ד"ה רבא, בשטמ"ק קעד, א ד"ה רב חסדא, בנימוק"י פא, א בעמוה"ר), הינה אם משתמע מלשון זו השתעבדות בעלת תוקף וכח כהשתעבדות לוח.

לפ"ז, כאשר באים אנו לדון על ערב קבלן שהודה שנעשה ערב קבלן, אף שלא נאמרו הלשונות הנ"ל, כאשר לשונות אלו באים להבהרת השיעבוד, אם לדמות הודאה זו לקנינים או לאסמכתא, נראה דדמי לדין הודאה באסמכתא. דהרי בנדו"ד לא נצרכה ההודאה כחלק מפעולה קנינית, דההשתעבדות נעשית באמירה בעלמא אלא שצריכים אנו להבין כוונתו, האם אכן מתכוין הוא להשתעבד כלוה ממש, ולשם בהירות כוונתו צריכים אנו שיאמר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים. לכן, כאשר מודה הערב שהוא ערב קבלן, ובהודאה זו מונח שהדבר נעשה באופן המועיל, וממילא כוונתו ברורה שהתכוין להשתעבד כערב קבלן, אף אם בפועל לא נאמרו הלשונות הכתובים בגמרא, דהרי אין לנו ספק באשר לכוונת השתעבדותו.

ה. אינו לשון הלואה או ערבות

מדברי הרשב"ם משמע לכאורה דעיקר החסרון בהבנת כוונת ההשתעבדות הינה כשמעורב בה לשון הלואה ופרעון, המורים שאין כוונתו להשתעבד כלוה ממש. דאי נימא דבעינן ממש שיאמר בלשונות שוים, א"כ אמאי ס"ל לרשב"ם דמהני אם אומר "תן לו ואני קבלן". אלא דס"ל לרשב"ם דעיקר החסרון בכוונתו מונח כשאומר לשון הלואה או פרעון, דמשמע שיש לוח אחר, הן מצד אמירת לשון הלואה המתיחסת ללוה, והן מצד אמירת לשון פרעון. וכן היא דעת המהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג, סי' תשיא), וז"ל:

"והוא הדין דבכל לשונות שבעולם נוהג דין זה, דקבלן היינו תן לו ואני נותן, ואינו מזכיר לא לשון הלואה ולא לשון פרעון."

וכן כתבו התוס' ב"ב קעג,ב ד"ה חסורי מחסרא, והמרדכי ב"ב סי' תרג, וכותייהו פסקו הסמ"ע (קכט,לט) והש"ך (קכט,לו). כל זה נראה לשיטת הרשב"ם, הנימוק"י והרשב"א, הסוברים דמהני להשתעבד אף בלשון "תן לו ואני קבלן", דכיון דלא הזכיר לשון הלואה או פרעון, הוי קבלן, כיון שכונתו ברורה לנו. אך לדעת הרי"ף (ב"ב פא,א בעמוה"ר) מבואר דתן לו ואני קבלן הוי לשון ערבות ולא לשון קבלנות. וכן ס"ל לבי"י (קכט,יט) בדעת הרמב"ם, דלא כמש"כ הגהות מימוניות פכ"ה ממלוה ולוה ס"ק ו. והדין תלוי בגירסה בספרי הרמב"ם, עיי"ש בלחם משנה (ה"ו), דבספרים דידן גרס דתן לו ואני קבלן הוי לשון ערבות. וכן למד המבי"ט בדעת הרמב"ם, עיין במש"כ בשו"ת מבי"ט ח"א סי' קיח, וח"ב סי' קב. ובתורת חיים (ב"ב קעד ד"ה כולהו) כתב, דכיון דהוי פלוגתא דרבוותא, דנינן ליה בדין המוציא מחבירו עליו הראיה.

ונראה דאף לשיטות הסוברות דלא מהני אלא אמירת "תן לו ואני נותן", הטעם, מפני דבעינן בהירות בכוונת השתעבדותו. דכאשר אומר "תן לו ואני קבלן", משתמע בכך חילוק בינו לבין הלואה ולא ניכר שמתכוין להשתעבד כלוה ממש, שהרי חילק בלשונו בינו לבין הלואה. ע"כ ס"ל לרי"ף והרמב"ם דדוקא בלשון שוה, שאינה לשון הלואה ואינה לשון פרעון, הוי קבלן. וא"כ גם לשיטתם הלשון אינה לעצם ההשתעבדות, דלו יצויר שהיינו בטוחים שמתכוין להיות קבלן בלשונות אחרים, היה הערב משתעבד כקבלן, וכל צריכות הלשונות הנ"ל הינה בגלל היותנו מסופקים בכוונתו, וע"כ באמצעות הודאה שהינו קבלן, ברורה לנו כוונתו והרי הוא משועבד כקבלן. ובהכי אתי שפיר מש"כ המבי"ט בתש" (ח"ב סי' קב), דאף לשיטת הרמב"ם דלא מהני "תן לו ואני קבלן", מ"מ כשהודה בהודאה גמורה שנעשה קבלן, מהני אף לרמב"ם. אמנם בדבריו נראה מפני שהודה שנעשה באופן המועיל, והיינו שאמר "תן לו ואני נותן", אולם למש"כ יש לומר, דבהכי ברורה לנו כוונתו ואינה בשני פנים, דודאי כשאומר שהוא ערב קבלן, והרי הוא מודה בכך בהודאה גמורה בשטר, ולא נאמרו לשונות חלוקות, הרי שהשתעבד כלוה ממש ואין נפק"מ אם נאמרו הלשונות הנ"ל אם לאו.

ו. אומדנא דמוכח שהתכוין להיות קבלן

לאור זאת יש מקום לומר, דאף שכאשר נכנס אדם כערב בכוונה לא ברורה מחמת הלשון, אך מאידך יש אומדנא דמוכח מצד המציאות ונסיבות המקרה שבדעתנו להיות ערב קבלן, ישתעבד הערב כקבלן, אף שלשון החיוב אינה ברורה. מקרה כזה נמצא בתש" המהרש"ם (ח"ב סי' קנח), בראובן ושמעון שהיו כפופים לשר אחד מחמת ששכרו עסקים מידו, וביקש השר מראובן שילוה לו סכום מסוים, וסרב ראובן מחשש שיצטרך להתדיין עם השר כשהלה לא יפרע את החוב, וחזר השר וביקש הלואה משמעון, ובא שמעון וביקש את ראובן שילוהו, והסכים הלה בתנאי שיכנס הוא (שמעון) כערב להלואה, ולא נאמרה בערבות זו לשון קבלנות. ובהגיע זמן הפרעון לא פרע השר, וטוען שמעון שעל ראובן לתבוע תחילה את השר, וראובן משיב שהרי סרבו הראשון להלוות לשר נבע מחשש של תביעת השר, ושמעון ידע על-כך, וא"כ ערבותו היתה כקבלנות ולא כערבות גרידא. עונה המהרש"ם, וז"ל:

"ואמרת דבכאי גוונא גם מסתמא הוי קבלן, וראיה מדברי המהרש"א (פסחים קיח,ב), בהא דאמר הקב"ה לשר של ים, פלוט ליבשה ואתן לך אחד ומחצה שבהן. אמר ליה, כלום יש עבד שתובע את רבו, אמר ליה, נחל קישון יהיה ערב. וכתב מהרש"א וז"ל; הגם שתובעין את הלואה תחילה בסתם ערב, מ"מ הכא כיון שאין עבד תובע את רבו, נעשה הערב

מסתם ערב קבלן, עכ"ל. והכי נמי בזה."

מפשטות דברי המהרש"א נראה דמן הסתם תיעשה הערבות כערב קבלן לכתחילה. לא שנעשה נחל קישון ערב סתם ומכח האומדנא נעשה קבלן, אלא דבשעת עשיית הערבות נעשה נחל קישון כקבלן ע"פ דיני ערב קבלן. ולפי"ז לא יהיה ראיה מנידון המהרש"א לנידון המהרש"ס. אך המהרש"ס למד את דברי המהרש"א כפשוטן, כלומר, דבשעת עשיית הערבות נעשה נחל קישון ערב סתם ולא מולאו התנאים של ערב קבלן, והיינו שלא אמר לים "תן לו ואני נותן" או "עשה כן ואני נותן", ואעפ"כ כיון שאין דרך לתבוע את הקב"ה, אומדנא דמוכח שהתכוין להיות ערב קבלן ולא ערב סתם, דעצם התביעה ונסיבות המקרה מוכיחים שאין כל צורך אלא בקבלן ולא בסתם, ונסיבות אלו משהיו ברורות לערב, הרי הוא משתעבד בהתאם לצורך הברור.

בכגון זה נמצא גם לגר"מ אריק בתשובותיו (אמרי יושר ח"א סי' קמד), שכאשר התחייב אדם כערב, וחייב עצמו בשטר התקף ע"פ דיני הערכאות, אע"פ שע"פ הלכה הינו ערב סתם, מ"מ כיון שבדיניהם יכול לתבועו אף שיש נכסים ללוה, "הדבר פשוט שאזלינן בזה בתר דיניהם, דהא חייב עצמו כמות שהוא בדיניהם". ואף שבנידון דידיה מיירי בשטר שמעיקרו הוי שטר שנעשה בדיניהם, מ"מ נראה דאין לחלק, והוא מהטעם שכת' לעיל, דכל מה דבעינן לשונות דאיתמר בגמרא, היינו כאשר מסופקים אנו בכוננתו, אך כאשר ברור לנו שהיה ברור לערב שהוא מתחייב בחתימתו כערב קבלן, הרי הוא משועבד כקבלן, ורצה מזה גובה רצה מזה גובה. אך לפי"ז צריך להיות ברור לנו שידע המתחייב שע"פ דיניהם מתחייב הוא בכהאי גוונא כערב קבלן, כגון שהודיעו והסבירו לו את משמעות הכתוב בשעת חתימתו, אבל בלא הכי יכול לטעון שלא ידע שכך הוא החוק, אא"כ הדבר גלוי וידוע לכל, דבעינן לכוונתו הברורה בשעת ההתחייבות.

וראיתי לגר"י בלוי שליט"א, בספרו פתחי חושן, הלואה יג, (ז) שכתב לדון בדין ערבות "אוואל" הכתובה בשטרות המודפסים, וז"ל:

"ובזמנינו בארץ ישראל, בכל ערבות שע"ג השטרות המודפסים כתוב שמקבל עליו ערבות "אוואל", והמובן של "אוואל" דומה למשמעות קבלת דיני ערב קבלן שבדיננו, והיינו שיכול לתבוע מן הערב תחילה, אבל אין בו לשון קבלת ערב קבלן. ונראה שלדעת המחבר אינו מועיל אם לא מצד מנהג המדינה, ודינו כאילו התנה שיכול לתבוע ממי שירצה. אבל לדעת הרמ"א נראה שיש לו דין ערב קבלן, שהרי התחייב בכך. אלא שאפשר שאינו נעשה ערב קבלן אלא כשהוא מבין משמעות המילה, ורוב בני אדם מן השוק אינם מבינים משמעות המילה, ואין בדעתו לקבל עליו דין ערב קבלן."

הנה מש"כ דלדעת המחבר לא מהני, אפשר דאף לדעת המחבר דלא מהני אלא לשון של "תן לו ואני קבלן", מהני בכהאי גוונא להתחייב כקבלן, וכמו דמהני הודאתו שנעשה קבלן באופן המועיל אף לשיטת המחבר, וכמש"כ המבי"ט בתשי"ב סי' קב, הוא הדין דמהני שנעשה ערב בלשון שממנה עולה כוונה ברורה. וכן למש"כ באמרי יושר, י"ל דב"אוואל" נשתעבד כערב קבלן. ומה שהזכיר דבעינן שיבין את משמעות המילה, י"ל דאף אם אינו מבין את משמעות המילה אלא מבין שהינו מתחייב כקבלן, ויוכל המלוה לגבות ממנו בטרם יתבע את הלוה, סגי בהכי. אולם הדרך הפשוטה יותר - שבנוסח השטר יוסיפו: "ואמרת למלוה, תן ללוה ואני נותן", והוי ציווי בכתב בלשון המועיל. [ואם לא יכתבו כנ"ל בטופסי ההלואה, קיים חשש שישכחו לומר זאת בע"פ.]

ז. מחלוקת הראשונים בדין הודאה שנעשה קבלן

והנה מש"כ הרא"ש הנ"ל בתחילת דברינו, דמהני הודאת הקבלן שנעשה קבלן, דמסתמא נעשה באופן המועיל, מצאנו בכך מחלוקת ראשונים. העיטור (אות ע, ערב וערב קבלן), כתב וז"ל:

"הילכך בעי למיכתב בשטר לישנא דקבלנות, דאמר ליה; הב ליה ואנא קבלן. אי נמי, אנא יהיבנא, ואי לא כתב בשטרא הכי אלא קבלן סתמא, אי נמי לישנא דמשמע הכי ומשמע הכי, דילמא הלוחו ואני קבלן קאמר, ואית ליה דין דערבות."

הרי דס"ל לעיטור דכשהודה שנעשה קבלן לא אמרינן שנעשה באופן המועיל, אלא חיישינן דילמא אמר לשונות דלא מהני בקבלנות. לשיטתו י"ל, דהני לשונות נצרכות לעצם ההשתעבדות, וכשלא אמר לשונות אלו, אף שברור לנו שהבין שמתחייב כערב קבלן, מ"מ לא מהני אלא בלשון דאיתמר בגמרא. ברם, לכשנדייק בלשונו של העיטור, אפשר דס"ל דמעיקר הדין מהני אף כשאינו אומר "תן לו ואני קבלן", ואין-הכי-נמי, אם כתב "אני קבלן" וידעינן בודאות שלא אמר לא לשון של "תן לו ואני קבלן" ולא לשון של הלואה או פרעון, מהני כתיבה זו לעשותו ערב קבלן, דהא ידעינן בודאות שכוונתו היתה להשתעבד כקבלן. אולם כאשר נכתב בסתם "אני קבלן", חוששים אנו שמא בשעת ההשתעבדות נאמרה לשון של הלואה או פרעון, ולשון זו משימה בספק את כוונתו להשתעבד כערב. הסבר זה מדויק ממש"כ "דילמא הלוחו ואני קבלן קאמר", ואי ס"ל כהסבר הראשון שכתב, הו"ל למימר דילמא לא אמר לשון של "תן לו ואני קבלן", דהא לשון זו נצרכת לעצם ההשתעבדות ולא רק להבהרת כוונתו. אלא צ"ל דס"ל דאי אמירה כלל לא מעכבת בהשתעבדות כשברורה כוונתו, והחשש הוא שמא נאמרה לשון של הלואה שהיא הגורמת לנו להסתפק בכוונתו, וע"כ החשש אינו באי האמירה אלא באמירה של לשון שמשמעותה ערבות ולא קבלנות.

כדעת בעל העיטור מצאנו בבעל התרומות (שער לה, ח"א, מ), אך מטעם שונה,

וז"ל:

"ואחרי אשר פסק הרב אלפסי ז"ל דאפילו תן לו ואני קבלן לשון ערבות הוא, בעי למיכתב בשטרא שאני אמרתי לו תן לו ואני נותן, דאי כתיב בשטרא ערב קבלן סתם, אמרינן יד בעל השטר על התחתונה, ונאמר אולי מתן לו ואני קבלן רוצה לומר שהוא כמו ערב, הילכך לא הוי אלא ערב בלבד."

בניגוד לעיטור שכתב את דבריו אליבא דכולי עלמא, כדמוכח מדכתב דתן לו ואני קבלן מהני, עיי"ש, בעה"ת ס"ל דלשון זו לא מהני רק לשיטות הרי"ף ודעימיה, דסבירא להו דלא מהני לשון של "תן לו ואני קבלן", וע"כ, כאשר כותב ערב "אני קבלן", חיישינן שגוזר את דבריו "מתן לו ואני קבלן". דמאחר ומצאנו לשון של "אני קבלן", שאינה באה עם לשון הלואה או פרעון, שאינה מועילה לערב להשתעבד כקבלן, א"כ גם כשכותב "אני קבלן", אף שאין כאן ריעותא של לשון הלואה או פרעון, מ"מ אפשר דכוונת הערב להשתעבד כאילו אמר "תן לו ואני קבלן". והא דלא ס"ל לבעה"ת דחסרון זה קיים אף לחולקים על הרי"ף, מחשש שמא כוונת הערב להשתעבד כאמירת "הלוחו ואני קבלן", דלכך לא חיישינן, דכיון שאין לשון הלואה מעורבת בכתיבה זו, מהיכי תיתי לחשוש שעירב בשעבודו לשון הלואה או פרעון. אך לשון של "תן לו ואני קבלן", שאין בה ריעותא של הלואה או פרעון, ובכל זאת לא

ברורה לנו כוונתו, חוששים אנו שבכתיבתו התכוין לאני קבלן דומיא דתן לו ואני קבלן, ויד בעל השטר על התחתונה.

כדעה זו פסק המהרשד"ם בתשי' (חחו"מ סי' לט), וכן הביאם הש"ך (קכט, לז) על דברי הרמ"א שפסק כרא"ש, וכן נראה מדברי קצוה"ח קכט, א, וז"ל:

"ועוד, דזה הלשון, אני נכנס עבורו ערב קבלן, אינו קבלן ממש, וערב קבלן היינו דוקא תן לו ואני אתן, אבל כותב הריני ערב קבלן, אינו אלא ערב סתם, וכמשי"כ בטור, ועיין ש"ך ס"ק לז."

הרי שנקט כדעת הני ראשונים, אך אפשר הדברים שכתב שם הם אליבא דהש"ך, עיי"ש. אך מפורשות נמצא לחכם צבי בתשי' (סי' נא) דס"ל דבעינן להני לשונות כדי להחיל את ההשתעבדות. החכם צבי דן בענין שטר תנאים שהשתעבדו שני ערבים להיות קבלנים לביצוע שטר זה, בלשון של "פלוני קבלן", אי הוי ערבות או קבלנות, וז"ל:

"בנידון דידן מודו דאנן סהדי ומעשים בכל יום בשעת כתיבת התנאים, שהסופרים שואלים למחותנים מי הם הערבים ואומרים פלוני ופלוני, ומעולם לא נשמע ולא נראה שיאמרו הלשון המצטרך להיות קבלן."

עיי"ש שאין דינם כערב קבלן. אף שאפשר שאותם ערבים לתנאים ניכר בהם שהבינו את משמעות השתעבדותם, מ"מ צריך דוקא שיאמרו לשון קבלנות הכתובה בגמרא ב"ב הנ"ל. הרי שסובר דלשון זו נצרכת לעצם ההשתעבדות ולא רק להבהרת כוונתו.

ח. הסוברים דהוי הודאה

התוס' ב"ב קעג, ב סד"ה חסורי, כתבו וז"ל:

"ואם היה כתוב בשטר שנעשה פלוני בן פלוני קבלן, אומר ר"י דהוי קבלן, דאע"ג דלא כתב בו תן לו ואני נותן לך, שלא פירש היאך אמר, מ"מ קבלן קאמר דהוי."

בדברי התוס' יש שינוי לשון ממש"כ הרא"ש, דהרא"ש כתב ד"מסתמא בלשון המועיל להיות קבלן אמר". הרא"ש כתב דמסתמא אמר בלשון המועיל, וכבר כתי' לעיל דאף לרא"ש בעינן רק שתהא כוונתו ברורה, וע"כ מהני אף שלא אמר כל לשון, אך מדברי התוס' שלא הזכירו דמסתמא בלשון המועיל קאמר, ודאי דס"ל דאין כל צורך באמירת "תן לו ואני נותן" וכד', אלא דכיון שאמר שהוא קבלן, ודאי השתעבד כקבלן, והיינו כסברא שכת' לעיל שאמירות אלו נצרכות להבהרת כוונתו, וכאשר בהירה לנו כוונתו להשתעבד כקבלן, סגי בהכי ואין צורך בלשונות הנ"ל. אך ברשב"א מצוטטים דברי התוס' באופן שונה, וז"ל (ב"ב קעד, א ד"ה רבא):

"ויש מי שאומר שאם כתוב בשטר ונעשתי לו קבלן גמור, דנין אותו בקבלן, דכל שהודה שנעשה קבלן גמור, סתמא דמילתא קבלן בדיניה הוא, וכך אמר לו תן לו ואני נותן, ובענין זה כתוב בתוס'."

מדבריו נראה דגם לתוס' מיירי דמסתמא אמר לו כלשונות הנ"ל, והוא עוד פרט יותר מדברי הרא"ש, דהרא"ש כתב "באופן המועיל", וזה ניתן לפרוש כמש"כ, וברשב"א מפורש שאמר לו תן לו ואני נותן. אלא שמדבריו בתשי' (ח"א סי' תצב)

מפורש דאף שלא אמר לשונות אלו מהני להשתעבד כקבלן, וז"ל:

"וכאן אע"פ שלא אמר לו תן ואני נותן, נראה דכיון שאמר אני קבלן גמור, הרי כמאן דאמר תן לו ואני נותן, שהרי יש מן הגדולים ז"ל שאמרו דכל שאמור קבלן גמור, הרי הוא כאומר תן לו ואני נותן, שהרי חייב עצמו כקבלן גמור, דהיינו תן לו ואני נותן."

מבלי להכנס לעצם השאלה אם יש חילוק בין אם אומר "פלוני קבלן" או "פלוני קבלן גמור" (עיי' במש"כ בזה בתשי' שער יהושע, לרבי יהושע בנבנישתי, סי' טז), חזינן מדבריו דס"ל שאין צריך הקבלן לומר את הלשונות הנ"ל, כשברור שהתחייב כקבלן גמור, וכשכותב כן, הרי הוא כאומר תן לו ואני קבלן, וזה דלא כהסבר שנראה מדבריו בחידושים. והיות שדבריו בתשי' מפורשים יותר וברורים שאינו צריך לומר לשונות אלו. נראה דס"ל להלכה דאף במקום שלא אמר לשונות הנצרכים לערב קבלן, מ"מ דינו כקבלן כיון שחייב עצמו כקבלן.

כדעה זו מצאנו שהביא גם הסמ"ג (סוף עשין צד) ללא חולק, ונראה שכן היא דעתו. וכן נראה מדברי הרב המגיד (מלוה ולוה כה, ה) שהביא את דברי הרשב"א בתשי' הנ"ל. וכדברי התוס' שלא הזכירו דמסתמא בלשון המועיל קאמר ליה, אלא סתמו דנעשה קבלן, מצאנו גם בדברי המאירי בחידושו לב"ב (קעד, א ד"ה כתב), וז"ל:

"כתב שהוא נכנס לו ערב קבלן, יש מי שכתב שיד בעל השטר על התחתונה והרי הוא ערב. ולא יראה לי כן, אין זה אלא ביאור, כלומר שערבות זה היא קבלנות."

גם המאירי אינו מזכיר דמסתמא אמר לו בלשונות המועילים, וכמש"כ הרא"ש הנ"ל בתחילת דבריו, אלא כדברי התוס', שמפרשים אנו את דבריו שנעשה ערב קבלן ללא כל קשר ללשונות שנאמרו בשעת קבלת הערבות. והטעם צ"ל, דס"ל דהני לשונות של "תן לו ואני נותן" וכו', נצרכו לבהירות כוונתו, וכאשר ברורה לנו כוונתו, אין אנו זקוקים ללשונות הנ"ל. וכן נראה מדברי הגהות מימוניות בתשי' השייכות לספר משפטים (סי' טז), וז"ל:

"ומיהו אם היה כתוב פלוני ערב קבלן, נראה דמועיל, דמסתמא לא רצה לומר אלא כענין השנוי במשנה."

גם הגהות מימוניות לא הזכירו את הלשונות שנאמרו בגמרא, ומדבריו עולה כדפי לעיל, והיינו שמדברי הערב בכתבו חזינן שכונתו להתחייב באופן הנזכר במשנה ב"ב קעג,ב, וכמו שביארה שם הגמ' דחסורי מחסרא והכי קתני, עיי"ש. ועיי"כ לדבריהם גם באופן שבודאי לא נאמרו הלשונות הנזכרים בגמרא, הרי הוא משועבד כערב קבלן.

וכדבריהם פסק המבי"ט בתשי' ח"א סי' רכח. וכן הוא בדבריו הנ"ל (ח"ב סי' קב) דמהני כתיבה זו אף לרמב"ם הסובר דתן לו ואני קבלן לא מהני. וכן נראה מדברי הרדב"ז בתשי' (אלף קפז), וכ"פ הרמ"א חו"מ קכט, יח, והזכיר בלשונו את דברי הרא"ש "דמסתמא בלשון המועיל קאמר".

אלא שמדברי הגידולי תרומה נמצאנו למדים פירוש אחר בדברי הראשונים הנ"ל, וז"ל (שער לה א, מ):

"ונראה לכאורה שאין הדברים האלו אמורים אלא כשכתוב בו לשון המורה על העבר, שהוא כעין הודאה על מה שכבר נעשה ואומרו בקיצור, דמסתמא נעשה החיוב כהלכתו, אבל אם הוא לשון שמתחייב בו עכשיו, כולי עלמא מודו דבעינן שיכתוב בו הלשון עצמו שמתחייב בו, דהיינו, תן לו ואני אתן. והיינו דכתב הרב המגיד ז"ל פכ"ה בשם הרשב"א ז"ל, יש מי שאומר שאם כתוב בשטר ונעשיתי לו קבלן גמור, דנין אותו בקבלן, דכל שהודה שנעשה קבלן גמור, סתמא דמילתא קבלן כדיניה הוא, וכך אמר לו; תן לו ואני אתן, וכענין זה כתבו התוס', עכ"ל. ואע"ג דדברי הרא"ש ז"ל אינם מורים כן, צריך לפרשה כך."

מדברי הגדולי תרומה עולה פירוש אחר בדברי הראשונים, ולדבריו בעינן לאמירות הנזכרות בגמרא לעצם יצירת ההתחייבות, וע"כ דוקא כשאומר בלשון עבר מהני, מפני שמודה שהתחייבות נעשתה באופן המועיל, משא"כ ליצור כעת השתעבדות של ערב קבלן, לא ניתן לעשותה אלא באופן הנזכר בגמרא, והיינו בלשונות הני"ל, לדבריו - אמירת "תן לו ואני נותן" היא זו היוצרת את השתעבדות הקבלן, וזולתה לא תיתכן השתעבדות קבלן. אך מדבריו מבואר דלרא"ש אין הפירוש כן, ודבריו נסובים רק לדברי הרשב"א, דדוקא ברשב"א נזכר לשון עבר, "ונעשיתי לו ערב קבלן", משא"כ הרא"ש שדבריו נאמרו בלשון הווה, וא"כ אף כעת יכול להשתעבד בהודאה, והיינו מהסברא שכת' לעיל.

אלא שבהמשך דבריו מביא בגדולי תרומה את הרשב"א בתש' דאף בלשון הווה מהני, אלא שלומד הגדולי תרומה בדבריו "דלשון קבלן גמור מצד עצמו הוא המחייב, דהוי כאילו אמר ממש תן לו ואני נותן". לדבריו יצא דדוקא לשון של "קבלן גמור" יכול לחייב, דלשונות אלו הם היוצרים את ההתחייבות, ולשון "קבלן גמור" מהני כלשון של "תן לו ואני נותן", וא"כ לדבריו לא מהני גילוי דעת דכוונתו להשתעבד קבלן, דלשונות אלו לא נצרכו להבהרת כוונתו אלא לעצם השתעבדות.

ט. קבלן כ"תיקון חכמים"

בתש' המהר"מ מינץ (סי' לג) מצאנו לשון אחרת שעל פיה ישתעבד הקבלן, וז"ל:

"וערב קבלנות הואיל ואתא לידן, נימא בה מילתא ... אע"ג דישי חילוקי דעות בלישנא, דישי דבעי לומר תן לו וכהאי גוונא הלשונות המבוארים שם, מ"מ רש"י פירש דהוא הדין אם אמר אני קבלן. אכן עובדא דידן עדיף טפי, דכיון דמבואר בשטר, וז"ל, קבלנו עלינו וכו' ואני יצחק בתוקף כל שטרי שעבוד וקבלנות העשויים כראויים וכתיקון חכמים וכו' עכ"ל, לכך מועיל השטר כאלו נתקן כדחזי בענין המועיל. ולכן נמי מועיל אפי' לראבי"ה דכתב דקבלן בעי קנין, זהו בעלמא, אבל הכא בעובדא דידן דכתב בשטר דעשוי כראוי וכתיקון חכמים, ושאר לישנא דיפוי כח המבואר בשטר, מודה ראבי"ה דלא בעי קנין."

מדברי המהר"מ מינץ נראה דלשון זו "שנעשה ערב קבלן כראוי וכתיקון חכמים", מהני דוקא במקום שתהיה הכחשה אם נעשה קנין, למ"ד דבעי קנין, ואם נאמרו הלשונות שקבעו חז"ל, אך מדבריו ראייה שיש בלשון זו משום גלוי דעת לבאור כוונתו להתחייב קבלן ולהכנס בחיוב הלוה, אלא שכאשר יבוא הקבלן ויטען שלא

נעשתה הערבות כתיקון חכמים, סגי לן בהודאתו הכתובה לסלק טענתו, משא"כ אם יודה המלוה כדבריו, אין בלשון זו משום כח התחייבות. ואפשר דאף לסוברים שאם הודה שנעשה קבלן מהני אף שלא אמר במפורש את הלשונות שקבעו חכמים, אין בלשון זו שנעשה באופן המועיל משום תוספת הבהרה לכוונתו להתחייב כקבלן, וצ"ע.

י. בלשון התחייבות

ולכאורה צ"ב, מדוע לא יוכל אדם להתחייב באמצעות כתיבה או אמירה "הריני מתחייב כערב קבלן", ואף שלא אמר לשונות שקבעו חז"ל, מ"מ לא גרע מהתחייבות רגילה שיכול אדם לחייב עצמו. ואכן מצאנו בקצוה"ח קכט,א שדן במי שנהיה ערב ללא ציווי שליחות, דלשיטת הרמב"ם, וכוותיה פסק הש"ך בסי' מ, היכא דמתחייב עצמו בלא שום תנאי, יכול לחייב עצמו בדברים היכא דליכא טענת השטאה והשבעה. וא"כ כאשר חותם על שטר בחתימת ידו, דליכא טענת השטאה והשבעה, וכמש"כ הרא"ש בתש" סה,א, הובא להלכה בשו"ע חו"מ פא,יז, א"כ יהיה חייב גם בנדו"ד מדין התחייבות. אך הקצוה"ח לשיטתו דס"ל דלא מהני ההתחייבות אלא בדרך הודאה ודוקא אם יאמר אתם עדי, א"כ לא יהני אלא באופן זה לשיטתו. כל זה יהיה נפק"מ אם יהיה כתוב בשטר לשון שהוא מתחייב לשלם את החוב בין יפרע הלוח ובין לא יפרע, והוא הדין בנדו"ד שמתחייב לשלם את כל החוב בתאריך הפרעון, דהוי לשיטת הרמב"ם התחייבות תקפה לפרעון. ודברי הגמ' יש להעמידם באופן שלא אמר בלשון התחייבות, וע"כ צ"ל לשונות כנ"ל. [יש להעיר דבמקום שמתחייב, עליו לציין שהתחייב בקנין סודר בבית-דין חשוב, דהא התחייבות בעי קנין, וכמש"פ המחבר בשו"ע חו"מ ס,ח, או שיכתוב שהתחייב באופן המועיל, דהרי כאן אתינן עלה מדין התחייבות ולא מדין ערבות, ע"כ בכל ענין צריך קנין. ונראה שדין החתימה כדין קנין סיטומתא, ומהני חתימתו לתת תוקף להתחייבות. ואף שלשופרא דמילתא ראוי לכתוב שקיבל בקנין סודר בבית-דין חשוב, נראה שמעיקר הדין סגי בחתימה על ההתחייבות.]. ומ"מ בנדו"ד שהתחייב לפרוע בתאריך המוסכם, הרי זו התחייבות, וחייב לשלם מכח התחייבותו.

לאור האמור לעיל:

ערב קבלן שחתם על נוסח "אני ערב קבלן ומתחייב לשלם בתאריך הנ"ל", ומודים המלוה והערב שלא נאמרו לשונות של "תן לו ואני נותן" וכד', באנו לכאורה למחלוקת ראשונים ואחרונים, אם דינו כערב קבלן, וצ"ע להוציא מיד המוחזק. אך מ"מ, אף אם אינו ערב קבלן, חייב הערב לפרוע מכח התחייבותו לפרוע בתאריך המוסכם.

וראוי ונכון לציין בכל השטרות שעליהם חותם הערב בזוה"ל: "אני ערב קבלן, ואמרת למלוה: 'תן ללוה ואני נותן', ומתחייב לפרוע את החוב בתאריך הנ"ל".

מסקנות

א. 1. על-מנת להתחייב כערב קבלן, על הערב לומר או לכתוב את הנוסח: "תן לו ואני נותן".

2. חתם הערב על נוסח "אני קבלן", יש הסוברים שמן הסתם נעשה באופן

המועיל, ולא תישמע טענה מצד הערב שנעשה שלא כדין.

ב. 1. ציוה המתחייב לכתוב שקנו ממנו בבית-דין חשוב, כדי להוציא מחשש אסמכתא, אע"פ שלא קנו מידו בבית-דין חשוב, לענין אסמכתא מספיקה הודאתו אע"פ שאינה אמת, כיון שבהודאתו יש גמירות דעת המוציאה מחשש אסמכתא.

2. לכתוב בשטר שהקנה המלוה ללוה ד אמות בחצירו, וזאת כדי שישעבד לו הלוה מטלטלי אגב קרקע, אם יודעים אנו שאין למלוה קרקע, לדעת המחבר לא מהני השעבוד, כיון שלענין קנין ושעבוד, לא מספיק גמירות דעת אלא הקנאה בפועל.

ג. יש לדון אם הנוסח הנ"ל בסעי' א', 1, נצרך לעצם מעשה הערבות או רק לגמירות דעת. נפק"מ אם כתב שהוא קבלן, ויודעים אנו שנוסח זה לא נאמר. אם הדבר נצרך לעצם המעשה, לא מהני הודאת הערב, משא"כ אם נצרך לגמירות דעת, דמהני הודאתו.

ד. 1. נחלקו הראשונים אם ערב קבלן צריך קנין.

2. יש הסוברים שערב קבלן צריך קנין גם במקום שערב רגיל אינו צריך קנין (כגון בשעת מתן מעות).

3. ערב משתעבד בשעת מתן מעות ללא קנין, מפני שבהיא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה.

4. הנאה כנ"ל יכולה להיות גם אם מחזיר המלוה ללוה שטר או משכון.

ה. 1. החסרון באסמכתא - מחמת היותה חיוב מותנה.

2. ערבות הינה אסמכתא, אך לא אסמכתא גמורה. הסיבה להיותה אסמכתא - או בגלל שהחיוב מותנה או שהוי חיוב על דרך גיזום.

3. קיבל הערב בקנין, יכול לחזור בו קודם מתן מעות.

4. הסוברים שקבלן אינו צריך קנין, י"ל שהקנין בערב רגיל נצרך לאפוקי מחשש אסמכתא, ובקבלן שחיובו מוחלט ואינו מותנה באי פרעון הלוה, שהרי יכול לגבות ישר מהקבלן, אין חשש אסמכתא ומתחייב בלי קנין.

ו. 1. לאחר מתן מעות יאמר הערב קבלן - "מה שנתת אני נותן".

ז. 1. אמירת "תן לו ואני נותן" נצרכת כדי ששעבוד הקבלן יהיה בלשון שוה ללשון הפעולה המתיחסת ללוה, כדי שיעמיד עצמו במעמד שוה למעמדו של הלוה.

2. אם נאמר שהאמירה הנ"ל נצרכת להבהרת השעבוד, א"כ אינה חלק ממעשה ההשתעבדות ומהני הודאתו, אף אם לא אמר לשונות כנ"ל.

ח. נחלקו הראשונים אם מהני אמירת "תן לו ואני קבלן", להשתעבד כערב קבלן.

ט. 1. כאשר יש אומדנא דמוכח מצד המציאות ונסיבות המקרה שדעתו להשתעבד כקבלן, הרי הוא ערב קבלן.

2. התחייב כערב בשטר התקף ע"פ החוק, אע"פ שהתחייבות זו ע"פ ההלכה דינה כערב סתם, מ"מ כיון שע"פ החוק דינו כקבלן - דין המתחייב כקבלן. אך הדבר צריך להיות ברור שהמתחייב ידע שלשון זו ע"פ החוק דינה כקבלנות, או שהדבר ידוע לכל.

3. למרות האמור לעיל, ראוי להוסיף בשטרות נוסח: "ואמרתי למלוה, תן לו ואני נותן", ובכך יצאנו ידי חובת כל הדעות.

י. 1. נחלקו הראשונים אם מהני כתיבה בשטר "אני פלוני קבלן", אף במקרה שאין לנו ידיעה ברורה שלא נאמרו הלשונות כדין.

2. הסוברים שלא מועיל, הטעם - שלשונות אלו נצרכו לעצם השעבוד.

3. יש המחלקים בין אמר בלשון עבר (דמהני) ללשון הווה (דלא מהני).

4. אם כתוב בשטר שנעשה ערב קבלן "כתקון חכמים" - דינו כערב קבלן. אך צ"ע מה יהיה הדין אם מודים שלא נאמרו הלשונות הנ"ל.

יא. 1. כתב הריני מתחייב כערב קבלן, נראה לכאורה שדינו כערב קבלן.

2. כתב שהוא מתחייב לפרוע בתאריך המוסכם, הרי זו התחייבות וחייב לשלם כפי שהתחייב. ואף שלא קיבל בקנין, יש להסתפק בחתימת המתחייב כדי לתת תוקף להתחייבות.