

סימן ו

בדו"ד בענין ערבות, ובתפיסת שיק בגין הערבות

ראשי פרקים

א. השתעבדות כערב

ב. אם צ"ל "חזי דעלך קא סמיכנא "

ג. על מי חובת הראיה

ד. בדין סטראי

ה. תפסו למשכון

ראובן לוח מקופת גמ"ח סך של אלף דולאר, כשלהבטחת החזר החוב הפקיד שיק פתוח. לאחר מספר חדשים פגש את שמעון גבאי הגמ"ח והחזיר לו את סכום ההלוואה, ולטענתו - הבטיח לו שמעון שיחזיר לו את השיק תוך ימים ספורים או שיקרע אותו. את השטר השיב שמעון לראובן לאלתר. כשבא לאחר מספר ימים לבקש את השיק, ענה לו שמעון, שלוי - גבאי הגמ"ח השני, מסרב להחזיר לו את השיק, מאחר ולטענתו ראובן ערב בעבור הלוואה שלקח יהודה.

מהדו"ד בין הצדדים עולה שכחודש לפני מועד הפרעון פנה ראובן ללוי שילוח סכום של 700 דולאר למשך ששה חדשים לקרוב משפחתו. לוי הסכים להלוות את הסכום הנ"ל בתנאי שראובן יהיה ערב. ראובן טוען: "אמרתי לו, הרי הוא כבר לוח מספר פעמים ולא היו בעיות. יהיה בסדר". לוי מודה שאכן הוא אמר לו כנ"ל, אך טוען שהוא עצמו הוסיף בשעה שנתן לראובן את השטר: "דע לך שאתה ערב קבלן, ואני לא מכיר את יהודה רק אותך". ראובן טוען שלא שמע שלוי אמר לו כך. כשבא יהודה ללוות את הכסף, הביא עימו את השטר ועליו חתומים שני ערבים, כשראובן אינו אחד מן הערבים. לדברי לוי - אף שלא הכיר את הערבים החתומים, הסתמך על הבטחתו של ראובן שהוא הערב. לאחר מספר ימים פגש לוי את ראובן ואמר לו שהלוח ליהודה על-סמך ערבותו, וראובן התכחש לערבותו.

כעת תובע ראובן מלוי שיחזיר לו את השיק. לדבריו - אינו ערב על ההלוואה והחתומים על השטר - הם הערבים ולא הוא, ומדוע לא תבע לוי שחתימתו תהיה על שטר ההלוואה כנהוג, ומדלא תבע - גם לוי הבין שאין הוא הערב ולא עליו סמך. מה עוד שמועד הפרעון של הלוחת יהודה הוא רק בעוד מספר חדשים, ואין סיבה מוצדקת להחזיק שיק שלו בעבור ערבותו, שהרי אפילו הוא ערב, אין נהוג לקחת שיק מהערב. לוי טוען שסמך אך ורק על ראובן, והואיל וראובן התכחש לערבותו, נאלץ להחזיק את השיק להבטחת ערבותו. ולענין מה שלא ביקש את חתימתו על השטר - מפני שלא העלה בדעתו שראובן יטען שאינו ערב, וידע שאפשר לסמוך על ראובן.

א. השתעבדות כערב

השאלה הראשונה אותה עלינו לברר - האם לאור העובדות הנ"ל ראובן ערב להלוואת יהודה. נצא מנקודת הנחה שהמציאות היתה ע"פ טענת ראובן, דהיינו שלוי התנה את ההלוואה בכך שראובן יהיה ערב, ואילו ראובן ענה שהוא מחזיר את ההלוואות שלקח ו"יהיה בסדר", האם לשיטתו השתעבד כערב. המהרי"ו (סי' פ) דן בראובן שקיבל משמעון (עבור חוב שהיה חייב לו שמעון) חוב מנכרי (שהנכרי יפרע לראובן), וטוען ראובן שלא רצה לקבל חוב זה, ואמר לו שמעון: "אהיה טוב לך עבור הקרן". ושמעון טוען שלא אמר לו כן אלא; "אינך צריך לדאוג, הקרן הוא בטוח". והשיב המהרי"ו, וז"ל:

"ואם ישבע שמעון שלא דבר אלא כדברים האלה ... אז הוא פטור מראובן, רק שהאמת כך שהחוב היה בטוח בעת ההיא. אבל אם לא היה החוב בטוח בעת ההיא, שמעון חייב לפרוע לראובן כיוון דראובן קסמך על שמעון, מידי דהוה אמראה דינר לשולחני ונמצא רע."

מדברי המהרי"ו עולים שלושה דינים. לענין ההכחשה שבין ראובן לשמעון, אם ישבע שמעון, יאמנו דבריו, והיינו מכח טענת ברי של ראובן. ועל הצד שאכן המציאות היתה כדברי שמעון, אין שמעון ערב וכל ההיכר תימצי לחיובו הוא מדינא דגרמי, וחייב זה קיים כאשר אמר לו "הקרן הוא בטוח", אך לא היה קרן בטוח בשעה שאמר לו כן. ודימה המהרי"ו את הנידון לשולחני שאמר על מטבע טובה ונמצאה רעה. ומבואר שכל הדמיון הוא במציאות שהחוב לא היה בטוח בשעה שאמר לו כן, דומיא דמטבע שהיתה רעה בשעה שאמר עליה השולחני שהיא טובה, דאם השתנתה המטבע לאחר שראה השולחני, פשיטא שאין השולחני חייב, וכל חיובו הוא כשהיא רעה בשעה שאמר עליה שהיא טובה. ועיין ברמ"א חו"מ קכט, ב שהביא את דברי המהרי"ו הנ"ל, וז"ל:

"ואפילו לא נתערב בהדיא רק שאומר למלוה להלוות ללוה כי בטוח הוא ועשאו על-פיו והיה שקר, חייב לשלם לו דהוי כאילו נתערב לו."

ופשטות הלשון שבכגון זה הוא ערב, אך ניתן לבאר דהוי "כאילו" הוא ערב, ועיין בנתיבות קכט, ב שכתב נפק"מ אם חייב מדין ערב או מדינא דגרמי, דמדינא דגרמי, למ"ד דינא דגרמי קנסא הוא, לא קנסו בנו אחריו. כמו-כן נפק"מ אם צ"ל חזי דעלך קסמיכנא, דלכאורה רק אם הוי דינא דגרמי צ"ל חזי דעלך קסמיכנא, וכדלהלן. אך עדיין אפשר לומר דגם אם הוי חיוב מדין ערבנות, אין בלשון זו חיוב מדין ערבנות אא"כ אמר חזי דעלך קסמיכנא.

ומ"מ צ"ע מה הגדר של "היה הקרן בטוח". אם הפירוש שהיה לו נכסים בשעת ההלוואה, או שבשעת ההלוואה היה מוחזק להחזיר חובות בסדר גודל הדומה להלוואה. דלכאורה חזקת גברא בזה, היא חזקה העשויה להשתנות, וכיון שהנידון אם יחזיר חובות לאחר זמן, איך שייך להכלילו בגדר "חוב בטוח". ובשלמא בנידון המהרי"ו מדובר שהנכרי יתן לו את החוב מיד ולא לאחר זמן, וע"כ לפי המצב בהווה ניתן לבחון אם החוב בטוח אם לאו. משא"כ כשמדובר בפרעון בעתיד, לכאורה אין מקום לבחון אם החוב בטוח, הרי יכול בפרק הזמן שבין ההלוואה לפרעון להלוות עוד כספים ולרדת מכל נכסיו. זאת ועוד - כאשר מדובר בקופת גמ"ח לא שייך לדון אם יש לו נכסים וכספים שניתן לגבות מהם, שהרי קופות הגמ"ח מבקשות ערבים לחוב לא רק כנגד מצב שלא יהיה ניתן לגבות מהלויים, אלא גם כדי שלא יצטרכו לטרוח בגביה, וע"כ הערבים הם ערבים קבלנים, והשאלה היא לא רק אם יהיה ללוה כסף

ונכסים אלא גם אם הלוח הוא מהאמינים המחזירים חובותיהם, ובוז החזקה דהשתא אינה מלמדת בהכרח על העתיד לבא.

ועיין בתומים (קכט, סוס"ק ג) שכתב דחייב הערב דוקא אם אמר בלשון זו; הלוח לו כי הוא בטוח, אבל באומר סתם "הלוח לוי", אינו חייב. והביא התומים ראייה מדין מעמד שלושתן (עיין שו"ע חו"מ קכט, י), דאם נמצא הלוח עני ואין לו ממה לגבות ממנו, הרי זה חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו. ועיין בש"ך שם (קכו, מג) שהביא את דעת הרמב"ן (שהובא בבעה"ת) דדוקא בעשו ערמה גדולה. ולכאורה אמאי אין מחייבים אותו מפני שלקח חוב ע"פ דבורו וכדין המהרי"ו. מזה מוכיח התומים דכיון שלא אמר לו שהחוב בטוח אלא רק המחיה אצלו או שאמר לו שיקח החוב, אין חייב מדין ערב;

"ועי"כ צ"ל הואיל ולא אמר בטוח הוא רק המחיה סתם, פטור, דהו"ל בעצמו לחקור כמש"כ הרמב"ן, משא"כ באומר לו בטוח, יטעון מה היה לי לחקור, חשבתי כי לא תשקר, כי שארית ישראל לא ידבר כזב."

חוב מדינא דגרמי יתכן באופן שאומר הממליץ דברים ברורים ולא דברים סתמיים. אמירת "הלוח לוי", אינה אמירה מחייבת וברורה שאכן הלוח יחזיר חובו, וע"כ לא היה על המלוה לסמוך על אמירה זו, משא"כ כשאומר על הלוח שהוא בטוח, זו אמירה מחייבת, ויש לו למלוה על מה לסמוך, וע"כ חייב הממליץ מדינא דגרמי.

ב. אם צ"ל "חזי דעלך קא סמיכנא

ומבואר במהרי"ו שדימה דין זה לדין מראה דינר לשולחני, והנה בגמ' ב"ק צט, ב איתא: אמר רבי יוחנן טבח אומן שקלקל חייב, ואפי' הוא אומן כטבחי דצפורי, ומי אמר רבי יוחנן הכי, והאמר רבה בר בר חנה הוה עובדא קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה זיל אייתי ראייה דממחית לתרנגולים ואפטרך. ותירצה הגמ', לא קשיא, כאן בחנם וכאן בשכר, כי הא דאמר רבי זירא הרוצה שיתחייב לו טבח, יקדים לו דינר. ובהמשך מביאה הגמ': איתמר המראה דינר לשולחני ונמצא רע, תני חדא, אומן פטור והדיוט חייב, ותניא אידך, בין אומן ובין הדיוט חייב. אמר רב פפא כי איתמר אומן פטור כגון דנכו ואיסור דלא צריכי למיגמר כלל, אלא במאי טעו וכו'. ריש לקיש אחוי דינרא לר"א, אמר מעליא הוא, אמר ליה חזי דעלך קא סמיכנא, אמר ליה כי סמכת עלי מאי למימרא וכו'.

והתוס' שם (ק, ד"ה אחוי) כתבו דאפי' לא אמר חזי דעלך קסמיכנא, הוי מחייב, כמו ר' חייא, דאע"ג דלא אמר ליה הוי מחייב, אי לאו דלא הוי צריך למילף. והוסיפו התוס', דדעת רב אלפס דלעולם לא מחייב עד שיאמר חזי דעלך קסמיכנא. ושתי דעות אלו הובאו בשו"ע חו"מ שו, במחבר וברמ"א שם. וכתב הרמ"א דסברא ראשונה (סברת הרי"ף והרמב"ם) עיקר. ובש"ך שם ס"ק יב הביא את הרש"ל שפסק כרא"ש וכתוס' שאין צריך לומר חזי דעלך קסמיכנא, ואפי' באומן ס"ל לש"ך כרמ"א דלא כמהר"ם מרוטנבורג שחילק בין אומן ללא אומן, דבאומן אין צריך לומר חזי דעלך וכו', וס"ל לש"ך דאפי' באומן צריך לומר חזי וכו'. אך עיקר סברת המצריכים לומר חזי וכו', מבוארת בדברי רבינו אפרים המובא בהגהות אשרי פ"ט דב"ק סוף הט"ז וז"ל:

"... ופירש, דמראה דינר מיירי בכהאי גוונא שאם האומן אומר טוב, אז צריך לקבלו על כורחו ואינו יכול להשמט, ולכך חייב אפי' לא אמר חזי וכו', אבל משכון ומקח אין לו בעל כורחו ליקח או

לקנות."

וכן מבוארים הדברים בדברי המרדכי (ב"ק קטז):

"במראה דינר לשולחני, דוקא דאין לו לאישתמוטי וע"כ יש לו ליקח ע"פ השולחני, דהוי כמו דיין שדן דין וטעה, אבל מראה מקח לתגר או קרובו, וכן משכונות, וכן ההיא דפרק חזקת הבתים והא אית לי סהדי דאימלכית בדך ואת אמרת לי זיל זבין וכו', אע"פ שקרקע גזולה והכשילו בעצתו, מ"מ פטורי כולהו מפני שאית להו לאישתמוטי ולא לסמוך על דבריו, והיינו דומיא דפורץ גדר בפני בהמת חבירו, דאמרינן שלא היה לה להזיק, דהתם מודה ר"מ והכא לא שניא. וההוא דמראה דינר רע לשולחני, דוקא שהוא חסר אבל אם הוא אינו כך רע אלא שנפחת צורתו, פטור שולחני, דהשתא אם הוא עושה בידיים אמרינן השף מטבע של חבירו דפטור, ואפי' לרבי מאיר, הואיל ולא חסרו אלא גרם לו ליתן שכר לאומן לתקן צורתו, דהיינו דומיא דזרק מטבע לים דפטור אפי' לרבי מאיר, דמחמת ממון זה גרם להפסיד ממון אחר, ודמיא לריפוי בהמה, הלכך הואיל ולא חסרו פטור, כל-שכן אם הראה דינר לשולחני שנפחתה צורתו שפטור..."

נראה מדבריו דכאשר לא אמר לו חזי וכו', כיון דאינו מחויב לקבל את המקח, אין דינו כברי היזקא, והוי רק כגרמא ולא כגרמי, וכמו שהביא המרדכי ראייה מהפורץ גדר בפני בהמת חבירו, אך כשאומר לו חזי דעלך קסמיכנא, על השולחני לדעת כי במידה ויאמר לו שהמטבע טוב מבחינתו, יהיה זה סוף פסוק והוא ינהג במטבע הנידונת כמטבע טובה, וממילא אם היא מטבע רעה ההפסד ברור ומידי והוי גרמי, וקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי. ברם, כשאינו חייב לקבלו ולא אמר לו חזי וכו', לא היה צריך להיות הנזק ברור, דהא מנין לו לדעת דהמראה מטבע יתנהג ע"פ חות דעתו של השולחני, שהרי בהחלט אפשר שבעל המטבע יראה לעוד שולחני ולא יסמוך על שולחני זה, ע"כ אין זה בבחינת "ברי היזקא" והוי גרמא, ואפי' רבי מאיר מודה דפטור.

והיש"ש (ב"ק פ"ט סי' כד) דן באחד שמוכר בהקפה כדרך הסוחרים, ובא ראובן להקיף ממנו, ושאל המקיף את שמעון אודות ראובן, ואמר לו שמעון שראובן עשיר וניתן למכור לו סחורה בהקפה, ונמצא שהיה ראובן עני, דפטור ראובן אפי' אמר לו הסוחר המקיף חזי דעלך קסמיכנא. ואף דסי"ל ליש"ש כדעת הסוברים דאומן גמור פטור אף דאמר לו חזי דעלך קסמיכנא, מ"מ גבי הקפה ששואל לסוחר אם הוא עשיר וראוי להקיף לו, בזה אין שייך אומנות ובקיאות, וע"כ כאשר אמר לו חזי דעלך קסמיכנא לא היה לו ליעצו בענין:

"שאין אדם יכול לידע מה שיש לחבירו, אפילו אדם לגבי בנו או להיפך, אפילו ראה אצלו זהב וכסף ומטבע הרבה, דילמא אינו שלו או חייב עליהם. אלא בכהאי גוונא שהיה אחיו וידע שנפל להם בירושה סך חשוב, וידע ג"כ שלא היו חייבים מקודם הירושה לשום אדם ... ואח"כ נמצא בהאי שעתא שבא לו סיבה והיזק שירד מכל נכסיו וזה לא ידע, חשוב כאונס ופטור אפילו אמר לו חזי דעלך קסמיכנא."

מבואר מדבריו דאין היכי תימצא שחייב הערב מדינא דגרמי אלא באופן שאומר לו חזי דעלך קסמיכנא, ואף כשאומר לו כן אינו חייב באופן שהערב היה אנוס, וכגון ידע בברור שהוא עשיר, דאז דינו כאומן הפטור אפילו באומר לו חזי דעלך

קסמיכנא, אבל כשאינו יודע בברור וכאופן הנזכר ביש"ש, אין דינו כאומן וחייב באומר לו חזי דעלך קסמיכנא.

ועיין בבעל המאור ב"ק (לה, ב - בעמוה"ר) שמחלק בין היכא שעומד ורואה שהשואל עומד לקבל את המטבע מהנותן ע"פ דברי השולחני, דאין צריך לומר חזי דעלך קסמיכנא כדי שיתחייב השולחני, דכיון שהשולחני רואה שסומך עליו וברור לו שהענין יחתך על-פיו, מבין השולחני שעליו הוא סומך גם אם לא אמר לו זאת במפורש. וכן היא דעת הרמב"ן שם במלחמות :

"אמר הכותב: מצאתי בהלכות ספרדים מדוקדקים, ואי מוכחא מילתא דעליה סמיק, לא צריך לאודועי, ע"כ. והיינו בעומד ורואהו ואין אנו צריכים לתוספת."

ולכאורה בנידון שלפנינו לא שייכת מציאות זו של "עומד ורואהו", שהרי בנידון שלפנינו לא יכל ראובן להסיק בודאות שלוי ילוה ליהודה ע"פ דבריו, וע"כ ודאי אינו חייב אלא באופן שאומר לו חזי דעלך, שהרי יהודה לא עמד שם בשעה ההיא, ואף שנתן לו שטר הלואה, הרי לוי יכל לא להלוות לו אא"כ ראובן חתום בשטר כערב, וע"כ אינו בכלל דברי בעה"מ והרמב"ן. וע"ע בכסף הקדשים שו"ו, וז"ל:

"אחד אמר אני מכיר בעלי מלאכות מי כשר, תן לי ממון לשכור לך אחד מהם, ונתן, ואח"כ ברח הבעל מלאכה ואי אפשר לגבות, י"ל דהו"ל כאמירת חזי דעלך קסמיכנא כיון דקיבל הממון בידו, אילו אמר רק פלוני בטוח, אין ערבות, כי אולי אינו סמוך על מאמרו, משא"כ כשהוא נתן, וצלע"ע."

מבואר מדבריו שחילק בין היכא שנשא ונתן ביד לבין כשרק אמר לו שהחוב בטוח, דהיכא שנשא ונתן ביד הוא עצם פעולתו כערבות, משא"כ האמירה הנ"ל מבלי לומר חזי דעלך קסמיכנא. ובנדו"ד העביר ראובן את השטר ליהודה. אך נראה דלענין זה נשא ונתן ביד היינו דוקא שנו"נ בכסף, דבכגון זה הוא כחזי דעלך קסמיכנא, דכיון שיודע הנושא ונותן שבפעולתו יגמר הדבר, חשיב כאמירת חזי דעלך קסמיכנא וכאמור לעיל, משא"כ שנשא ונתן בהעברת השטר ממלוה ללוה, הרי בפעולתו לא נגמר הדבר, וע"כ לא חשיב כאמירת חזי דעלך קסמיכנא.

אמנם כל הדברים הנ"ל אמורים לשיטת הרי"ף המצריך לומר חזי דעלך וכו'. וכן נראה מדעת הש"ך שו"י, וכן מוכח מדבריו בסי' קכט, ז, ברם, לשיטת התוס' ודעימיה, אין צריך לומר חזי דעלך וכו' בכל ענין. וע"ע בחוות יאיר סי' סד, שחלק על דעת הש"ך הנ"ל הסובר כדעת הרי"ף והרמב"ם שצריך לומר חזי דעלך קסמיכנא ולולי זה אינו חייב, וס"ל לחוות יאיר דאין השולחני יכול לטעון שלא היה לו לסמוך עליו, וממילא כשהראה לשולחני מומחה מטבע שהיה צריך להבחין בטיבה ופשע ולא הבחין, חייב לשלם. אך הואיל ודעת המחבר והרמ"א לפסוק כרי"ף והרמב"ם וכמבואר בשו"ע חו"מ שו"ו, וכן היא דעת הש"ך שם, אין יכול המוחזק לטעון קים-לי כדעת רבינו יצחק והרא"ש, וכמש"כ החוות יאיר עצמו בתשי' (סי' קסה), וכן מבואר בנתיבות (כללי תפיסה כלל ב), בש"ך בתוקפו כהן (סי' עד), ובתומים בקיצור תוקפו כהן (דף מח, ב בדפוסים שלנו). מה עוד דהחוות יאיר עצמו מודה לש"ך דבערב צריך המלוה לומר ל"ערב" חזי דעלך קסמיכנא. וע"כ לא יוכל לוי המוחזק לטעון קים-לי כדעת התוס', ואם אכן כנים דברי ראובן ולפיו לא אמר לו לוי בשעת מסירת השטר כטענת לוי, א"כ לא אמר לו דברים ששמעם חזי דעלך קסמיכנא, ואין ראובן חייב לא מדינא דגרמי ולא מדין ערבות. ועיין בחילוקי

דינים אלה בשלטי גבורים (ב"ב, פ,ב בעמוה"ר).

והתומים (קכט,ג) דן בהלכה זו אם חייב הערב כשלא אמר לו המלוה חזי דעלך קסמיכנא, דלכאורה מדברי המהרי"ו משמע שחייב אף שלא אמר לו חזי דעלך קסמיכנא, ובקושיית הש"ך על הרמ"א מדוע לא הזכיר שחייב רק באופן שאומר המלוה חזי דעלך קסמיכנא, אף שהרמ"א בסי' שו פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם. וכתב התומים דהדבר תלוי ב' הטעמים שנישנו בהצרכת אמירה זו. לדעת השלטי גבורים שם הטעם דמסתמא הראה ג"כ לאחרים ולא סומך רק על דעתו, וע"כ כל היכא שלא אמר חזי דעלך קסמיכנא לא מוכח שאכן סומך עליו. משא"כ לדעת בעל המאור והרמב"ן (הנ"ל) דכל היכא שהיה באותו מעמד ומבין השולחני שאם יאמר שהמטבע טובה יקבל השואל את המטבע, אף שלא אמר לו חזי דעלך קסמיכנא, המעמד מראה ומוכיח שעליו הוא סומך, ואין צריך לאמירה. וס"ל לתומים דהמהרי"ו והרמ"א מייירי באופן שעומדים המלוה והלוה ליד הערב, ואומר הערב שהלוה "בטוח הוא", ויודע ה"ערב" דע"פ אמירה זו ילוה המלוה ללוה, וע"כ הוי כאמירת חזי דעלך קסמיכנא.

ועיין בדברי גאוניס (עח,יד) שהביא משו"ת ספר יהושע לגאון מטארניפאל (ואין הספר תח"י), באחד שבא לחנות לקחת סחורה בהקפה, והיה שם בחנות איש אחר שאמר לבעל החנות שלדעתו יוכל להקיף לאותו סוחר, שאם היה לו סחורה, היה נותן לו בהקפה, וע"פ דבריו הקיף בעל החנות סחורה לאותו סוחר, ולא פרע לו. ובעל החנות רוצה לעכב כסף שחייב לאותו מליץ יושר. ודן המחבר עם דודו בעל הקצה"ח בשאלה זו, והסכימו שאין בעל החנות יכול לעכב ממון הסוחר כיון שלא אמר לו בעל החנות חזי דעלך קסמיכנא, וחלקו על התומים (הנ"ל) דמשמע מדבריו דהוא ספיקא דדינא, והיינו דלפי בעל המאור והרמב"ן היכא שהיו באותו מעמד, אין צריך לאמירת חזי דעלך קסמיכנא. (ועי"ע בנתיבות שו, יא שכתב על דברי הרמב"ם והמחבר, דנראה דדין זה הוא רק ברואה בחינם, אבל בשכר ודאי חייב אפי' בלא אמר לו, וכתב דזה פשוט. אך אין זה ענין לנדו"ד, דהא בנדון שלפנינו לא היה ערב בשכר).

ובערוך השולחן (קכט,ג) הביא את דעת האחרונים (הש"ך והתומים) אם צריך הלוה לומר חזי דעלך קסמיכנא, והכריע ערוה"ש וחילק בין מצב שפנה שהמלוה בשאלה לערב לברר על הלוה, לבין כשבא הערב למלוה לבקש ממנו שילוח ללוה, דאם המלוה פנה לערב בשאלה, והשיב הערב שהלוה בטוח, כיון שדרך העולם לענות כן שהוא בטוח כיון שהוא סבור שהוא בטוח, אין בכך אמירה מחייבת אם לא אמר לו המלוה חזי דעלך קסמיכנא, דיכול להיות "שהיה סבור שהוא בטוח ולא דקדק אחריו יפה". אולם אם היוזמה היתה של הערב לפנות למלוה בבקשה שילוח ללוה כסף, ואמר הערב למלוה שהלוה איש בטוח, "ודאי דחקר היטב וחייב אם לא היה בטוח", וזאת אף אם לא אמר לו המלוה חזי דעלך קסמיכנא. ובכגון זה "אפילו נתוודע שבאמת לא ידע ממצבו, עכ"ז חייב, דזה גופה הוה כמזיק, דכשלא ידע בברור, למה ציוה לחבירו להלוותו, ואינו פטור אלא כשנתהוותה סיבה שירד הלוה ממצבו אחר ההלואה". ודברים מסתברים הם. ובנידון שלפנינו פנה ראובן ללוי בבקשה שילוח ליהודה, וכיון שראובן הוא היוזם, לאמור לעיל גם ללא אמירת חזי דעלך קסמיכנא, יהיה חייב ראובן בערבותו מדינא דגרמי.

ג. על מי חובת הראיה

אמנם גם ללא דברי ערוך השולחן יש לדון בנדון שלפנינו את התובע כערב להלואת יהודה, וזאת מכח מוחזקות של הנתבע בשיק של התובע, כאשר טוען לוי שאמר לראובן משפט שענינו חזי דעלך קסמיכנא, ואף שראובן מכחיש וטוען שלא שמע

משפט זה, ולאמור במהרי"ו על ראובן להשבע ולהפטר, היינו כאשר המלוה תובע לערב בטענת ברי, שנשבע הערב ונפטר. אולם בנדו"ד שהמלוה מוחזק בשיק של ראובן, נראה שדינו של לוי כמוחזק לענין התביעה, דכבר כתבתי בענין אחר שדינו של המוחזק בשיק כמוחזק לענין דין המוציא מחבירו, עיין משפטיך ליעקב ח"א יא/ג-יד. ובנוסף לאמור שם נראה, דמאחר שהמוחזק בשיק יכול לממשו ולגבות את הכסף מהבנק ללא צורך בפניה לבעל החשבון, ואף שבעל החשבון יכול לבטל את השיק, מ"מ יכול אוחו השיק לגבותו באמצעות ההוצאה לפועל (עיין מש"כ במשפטיך ליעקב ח"ב סי' ו), וע"כ אף לסוברים דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, מ"מ בשיק יודו דהוי טפי כגבוי משטר, דבשטר צריך לפעולת גבייה, והיינו שצריך לשיתוף פעולה מצד הלוה או לגבייה באמצעות בית דין, משא"כ בשיק וכאמור לעיל. לפ"ז נראה דבנדון שלנו שקיימת הכחשה בין התובע לנתבע בסיפור הדברים, חובת ההוכחה הינה על התובע ראובן. ובנוסף לכך יש לצרף את דעת ערוך השולחן, דכאשר פנה הערב למלוה שילוח ללוה, אף באופן שלא אמר לו המלוה חזי דעלך קסמיכנא, חייב הערב מדינא דגרמי. לאור זאת יש לקבוע שראובן ערב עבור החוב של לוי.

ד. בדין סטראי

הדברים דלהלן באים לברר מכח איזה דין תפס לוי מראובן את השיק, והאם רשאי הוא לתפוס ולהשתמש בשיק שנתן ראובן למטרה אחרת (לפרעון ההלוואה שלו), על-מנת להבטיח את ערבותו לחוב לוי. והנה איתא בגמרא שבועות מב,א: : ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא. אמר ליה פרעתידך. אמר ליה הנהו סיטראי נינהו (מצד אחר היית חייב לי - רש"י). אמר רב נחמן, איתרע שטרא (הואיל ומודה שקיבלם ולא כל כמיניה לומר סיטראי נינהו - רש"י). רב פפא אמר, לא איתרע שטרא ... והני מילי דפרעיה באפי סהדי ולא אידכר ליה שטרא, אבל פרעיה בין דידיה לדידיה, מיגו דיכול למימר לא היו דברים מעולם, יכול נמי למימר סיטראי נינהו וכדאבימי בריה דר' אבהו. וצריך ברור, מה הדין כשהלוה חייב לו חוב אחר שלא הגיע זמן פרעונו, האם גם בכגון זה יכול לתפוס את השטר בטענת סטראי. דמצד אחד - הרי חייב לו אף שלא הגיע זמן פרעונו, וכיון שהחוב שלא הגיע זמן פרעונו לית ליה שטרא עליה, יכול לתפוס את השטר בחוב. אך מאידך גיסא י"ל, דכח התפיסה של השטר היא רק במקום שיש חיוב פרעון, דכיון שחייב לו ולא פרעו, תופס את השטר לאלצו לפרוע. אמנם בפשטות נראה לכאורה כצד הראשון, דאמאי לא יוכל לתפוס שטר עבור חוב שחייב, אף שלא הגיע זמן הפרעון, כי היכי דלהוי החוב מלוה בשטר. אלא שמדברי הסמ"ע (נח,א) נראה דלא יוכל לטעון טענה זו כשלא הגיע זמן הפרעון, וז"ל:

"אף שמודה לו שנתן לו לפרעון שטר זה, כל שאינו מודה שהוא קבלם ג"כ על חוב זה, יכול לומר סיטראי נינהו, וכמש"כ המחבר בסו"ס זה גם בסי' פג."

מדברי הסמ"ע מבואר דטענת סטראי ענינה שטוען המלוה שהתכוין לקבל את כסף הפרעון עבור חוב אחר. כאשר המלוה מודה שקיבל את כסף הפרעון עבור החוב שהלוה טוען שפרע, אין הוא יכול לטעון טענת סטראי. והוא הדין כאשר החוב השני לא הגיע זמן פרעונו, לא יוכל לטעון המלוה שקבל את הכסף עבור השני, דאיך יוכל לטעון כן כשלא הגיע זמן פרעון החוב. ונראה שהשאלה הנ"ל נתונה במחלוקת הראשונים. רש"י בכתובות פה,א (ד"ה סיטראי), וז"ל:

"מצד אחר היינו נושים בו מלוה על-פה, ומחמת אותה מלוה נחזיק בהם."

נראה מדבריו שמחזיק השטר מחמת החוב האחר, והיינו שאין המלוה טוען שקיבל את הכסף עבור חוב אחר אלא שמחזיק השטר, ולהחזיק השטר סגי בזה שהוא נושה בלוח והלוה חייב לו. ולפי"ז אף בלא הגיע זמן הפרעון של החוב השני, יכול לטעון טענת סטראי. אלא שמדברי הרמב"ם בהל' מלוה ולוה (יד, ט) נראה לאידך גיסא, והיינו שלא יוכל לטעון סטראי בלא הגיע זמן פרעון החוב השני, וז"ל:

"הוציא עליו שטר מקוים שיש לו עליו מנה, ואמר לו הלוה והלא פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ובאו אלו והעידו שפרעו אבל לא הזכיר לו השטר, ואמר לו המלוה כן הוא שפרעת אבל חוב אחר פרעת שהיה לי אצלך, הרי בטל השטר. במה דברים אמורים בשהעידו שנתן לו בתורת פרעון ... ואם אמר פרעון של חוב אחר הוא, הרי זה נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר שהרי לא פרעו בעדים, ומתוך שיכול לומר מתנה נתנם לי, נאמן לומר פרעון של חוב אחר הן."

מדברי הרמב"ם מבואר דטענת המלוה היא "חוב אחר פרעת שהיה לי אצלך", "פרעון של חוב אחר הוא". לאמור - המלוה לא מחזיק בכסף בשביל חוב אחר אלא טוען שקיבל את הכסף לפרעון חוב אחר. טענה זו יכולה להשמע אם וכאשר הגיע כבר זמן פרעון החוב, אך כשלא הגיע זמן הפרעון, מהיכי תיתי יוכל המלוה לקחת כסף עבור חוב שלא הגיע זמן פרעונו.

והנה המשנה למלך שם מסתפק במקרה שפרעו בפני עדים ונתנו לו לשם פרעון, דקיי"ל שהשטר בטל, מה יהיה הדין אם החוב שבשטר לא הגיע עדיין זמנו, אי אמרינן חיזקה אין אדם פורע תוך זמנו ובודאי מחוב אחר הוא כדברי המלוה. וכתב המשנה למלך: "ומי שידקדק בתש' הרא"ש כלל מז' סי' ג, יראה משם דבכהאי גוונא נאמן המלוה לומר סטראי ניהו". ובכלל מז' לא נמצאת תשובה זו. וראיתי במהדורת שבתי פרנקל שציין לכלל עו, וגם שם לכאורה אין דיוק לנדון שלפנינו, ועיין בגידולי תרומה שער טז ח"ב אות ו ד"ה אמנם, וע"ע בדברי משפט נח, ג שהראה מקור לדברי המשנה למלך לרא"ש בכלל עו, ג וביאר דבריו עיי"ש, ועיין להלן בדברי האמרי בינה. ועיין בנתיבות בסי' נח סוס"ק ו, שכתב; "ולא מצאתי אותו בתש' הרא"ש". אלא שהנתיבות חלק גם על עצם הדין, שמדברי הפוסקים שסתמו, משמע שאין לחלק. וצריך להבין את החילוק בין כשהמלוה בשטר הוא תוך זמנו, דאין נאמן לטעון סטראי (לנתיבות) לאם החוב שבע"פ הוא תוך זמנו.

ולאמור לעיל, מדברי הרמב"ם הנ"ל משמע שאין המלוה יכול לטעון שקיבל את הכסף עבור פרעון של חוב שלא הגיע זמנו, ומסתמא קיבל לפרעון החוב שכבר הגיע זמנו, וזאת כאשר לא היו עדים על הפרעון. וצריך להבין סברתו. דהנה מהגמרא בשבועות מב, א וכתובות פה, א מבואר דהטעם שיכל לטעון סטראי הוא מכח מיגו שיכל לטעון להד"ם. וצריך להסביר לשיטת הרמב"ם, דבשלמא לרש"י שתופס את הכסף עבור חוב אחר, מובן המיגו, דכל מקום שיכול לטעון להד"ם יכול לתפוס כדין כל תפיסה, ואין זה מיגו מדין נאמנות, דלתפיסה אין צורך בנאמנות. אך לשיטת הרמב"ם נראה שהמיגו כאן נותן למלוה נאמנות, והיינו נאמנות למה שטוען שקיבלם בעבור חוב אחר. ומבואר שאה"נ העיקר תלוי בכוננת המלוה המקבל, שאם אכן היה ידוע לנו בודאות שקיבל עבור חוב מסוים, ודאי לא היה מקום לטענת הלוה, אלא שכאשר קיבל את הכסף בפני עדים אף שלא הזכיר הלוה את השטר, אין אנו מאמינים למלוה שקיבל עבור חוב אחר, דכיון שיש לנו ודאי פרעון ויש חוב אחד ידוע, לא נאמן שקיבלם עבור חוב אחר. אבל במקום שיש לו מיגו, יש לו נאמנות לטעון שקיבל את הפרעון עבור חוב אחר. אך כאשר לא הגיע עדיין זמן הפרעון של החוב

האחר (אף לדברי המלוה), הכיצד יוכל לקחת את הכסף עבור חוב זה. ומכאן לנידון המשנה למלך - כאשר החוב שבשטר הוא תוך זמנו וראו עדים את פרעון החוב, מצד נאמנות המלוה לא השתנה דבר מכך שהחוב הוא תוך זמנו, אף שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, מ"מ כיון שהחוב הודאי הוא בשטר, אין למלוה נאמנות לטעון שיש חוב אחר, דאם הכל תלוי בנאמנות המלוה, מה לי אם כלפי הלוה יש חזקה שאינו פורע תוך זמנו, הא עביד דפרע בגו זימניה. ולשיטת רש"י שכל טענת סטראי היא תפיסה, פשיטא דבמקום שאין למלוה מיגו, לא מהני תפיסתו.

אמנם האמרי בינה הראה מקור בדברי הרא"ש (עו, ג) לדברי המשנה המלך הנ"ל, והוא מדברי זקנו בעל הדברי משפט, וטעמו של הדברי משפט - דכמו דשובר סתם אינו מבטל שטר של תוך זמן הפרעון, כמו-כן סתם פרעון אינו מבטל חזקת השטר, וכיון שאין עדות ששטר זה נפרע, נשאר השטר בחזקתו. ובאמרי בינה הביא מה שחלק הגידולי תרומה (הנ"ל) על הרא"ש, ולפי זה אין יכול לטעון סטראי בשטר תוך זמנו. ובהמשך דבריו הביא מחלוקת בין נתיבות משפט (שעל הרבינו ירוחם - דף כא) דס"ל דאם השטר היה תוך זמנו, לא שייכת הסברא שאין אדם מניח מלוה בשטר ופורע מלוה ע"פ. ואף אם גם המלוה מודה שהמלוה ע"פ היתה תוך זמנו, נאמן המלוה במיגו של הפה שאסר. ומבואר מדבריו שסברת אי הנאמנות של המלוה בטענת סטראי כשיש עדים - דחזקה אין הלוה פורע מלוה ע"פ ומניח מלוה בשטר. ולדבריו יוצא דטענת סטראי תלויה בכוונת הלוה, וא"כ מה איתרע החזקה כשפרעו שלא בעדים. ומביא האמרי בינה את הבשמים ראש (סי מב) שכתב דאף אם השטר הוא תוך זמנו, מ"מ פרעון בפני העדים הוא כמאן דנקיט תברא בידיה דמי, ואינו נאמן להוציא אחר שההלואה האחרת לא נודעה כלל. לדבריו - כאשר פרעו בפני עדים, הרי זה כיש בידו שובר על ההלואה, משא"כ כשפרעו שלא בעדים, נאמן לומר שהתכוין שיהיה הכסף לפרעון.

וא"כ לפנינו ב דעות בראשונים במהות טענת סטראי. דעת רש"י דבטענת סטראי תופס המלוה עבור חוב אחר, ודעת הרמב"ם דבטענת סטראי קיבל המלוה את הכסף בפרעון חוב אחר. ונפק"מ לחוב שלא הגיע זמן פרעונו. ולכאורה צריך להבין בשיטת רש"י, איך יכול לתפוס עבור חוב שלא הגיע זמן פרעונו, דהא בשו"ע חו"מ עג, ב פסק המחבר דאין למלוה זכות תביעה על חוב שלא הגיע זמנו. ואפשר דהוי כתפיסה למשכון, וכדלהלן.

עוד נראה דבנדון שלפנינו לא יוכל לוי לטעון טענת סטראי, וזאת ע"פ מש"כ הסמ"ע נח, יא שאם יש ביד הלוה כתב יד המלוה שפרעו, אף שלא כתוב שפרעו על חוב זה, מ"מ אינו יכול לטעון סטראי. ועיין בבאר היטב סוס"ק ט ובפתחי תשובה מה שהביא מתש" עבודת הגרשוני כדעת הסמ"ע. לפ"ז בנדו"ד שהחזיר שמעון לראובן את שטר ההלואה, ושטר זה מצוי קרוע ביד ראובן, א"כ דמי לכאורה לשובר ואינו יכול לטעון סטראי, דהא בהחזרת השטר הודה שפרעו עבור חוב זה.

ה. תפסו למשכון

אלא שבנדו"ד נראה דהוי תפיסה מדין משכון, שתופס השטר כמשכון עבור ערבותו לחוב יהודה. ועיין בקצוה"ח ד, א שהביא מהיש"ש החולק על המהרי"ק וס"ל שאינו יכול לתפוס למשכון אפילו במידי דליכא איסור למשכנו, כגון בגזילה וערבות. והביא שם יש מפרשים דהיינו דוקא שתופס משלו, אך במקום שיש תחת ידו פקדון, יכול לתפוס. והביא שם מדברי הש"ך בספרו תוקפו כהן שיכול לתפוס, וז"ל (סי קטו-קטז):

"ולפי עניות דעתי נראה כדברי מהרי"ק, דלמה יהיה אסור לתפוס כדי להציל את שלו, הלא מהרי"מ (במרדכי פרק המניח, ובתשי' מיימוניות לספר נזיקין סי' יב, ובתשי' מהרי"מ דפוס פראג סי' תתקן) והרא"ש בפרק המניח שכתבו דהיינו דוקא בחפץ המבורר, היינו משום דלא תיקשי מפרק המקבל דאסור למשכן שלא ברשות, והיינו דוקא במשכן בעד הלואה, אבל כשנוטל חפץ והוא יודע בודאי שאינו עושה שום איסור, פשיטא דשרי... וכן אם החוב שחייב לו אינו דרך הלואה אלא דרך שכירות וכהאי גוונא."

ומבואר מדברי הש"ך דכל היכא דליכא איסור דלא תבוא לביתו, יכול לתפוס בדבר שברור לו שהוא שלו. לפ"ז בנדון שלפנינו שהוא תופס עבור ערבות, ובערבות ליכא איסור, כדאיתא בגמ' ב"מ קטו, א ובשו"ע חו"מ צז, יד. אלא ששם בשו"ע הביא מהנימוק"י (ב"ב ע, א בעמוה"ר) דערב קבלן דינו כלוה ויש בו איסור, וכן כתב בעל התרומות (שער א, ג, ג), ומבואר בבעה"ת שהטעם דדמי לזקפן במלוה, וא"כ גם בנדון שלפנינו שטוען לוי שאמר לראובן שיהיה ערב קבלן, א"כ לדבריו אסור לו לתפוס.

וי"ל, דכיון שהשיק נמצא כבר ברשות, אין בזה איסור ממשכון. אמנם שהקצוה"ח ד, א הביא מהזוהר שיש איסור למשכן אף כשבא לידו בתורת פקדון, דצריך להשיב הפקדון השבה מעליא, עיי"ש דכן דעת הריטב"א. אלא שראיתי לגר"א וולקין בספרו חושן אהרון (ד, א) שכתב לחלק ולאסור דוקא כשתופס הפקדון בתורת גוביינא ואינו יורד עימו עוד לדיון, בזה י"ל דכיון שמחויב בהשבה, אסור לו לתפוס, דאע"ג שמעכבו בשביל חובו, מ"מ לא עביד השבה. אבל כאשר אינו תופסו אלא בשביל משכון עד שירד עימו לדיון, בזה אין איסור, דמה שמודה בבית דין שהחפץ הינו בפקדון, הוי השבה מעליא. והביא ראיה לדבריו מדברי השטמ"ק ב"מ ו, ב בשם רב האי גאון, עיי"ש.

אך בעיקר הדין נלענ"ד דאין כאן מקום לדון מאיסור דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו, דכל איסור זה הוא רק באופן שממשכן לו דבר שגופו ממון כגון בגד ורחים ורכב שגופם ממון, אבל שטר שאין גופו ממון, אין בו כלל דין משכון, וראיה מהא דאיתא בגמרא כתובות פה, א בההיא איתתא דאפקידו גבה מלוגא דשטרא (ועיין שו"ע חו"מ סי' סד), ומבואר שם שיכולה לתפוס שטרות למשכון. ואף ששם מדובר שתפסה את השטרות שכבר היו בידה לפקדון, מ"מ הרי לדעת הזוהר והריטב"א אסור לתפוס גם ככהאי גוונא למשכון. ע"כ נראה דדוקא דבר שהוא דומיא דשלמה או רחיים ורכב שגופם ממון, הוא דאסור למשכנו, משא"כ בשטר שאין גופו ממון, ליכא איסורא דלא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו.

ומעיקרא סברתי דדין זה תלוי לכאורה במחלוקת הרמב"ם והראב"ד אם איסור זה הוא מחמת הפקעת ממון חבירו או איסור עצמאי, ע"פ מש"כ הרב המגיד בהל' מלוה ולוה (ג, ד), וז"ל:

"והרי"א ז"ל מדמה לאו זה ללאו דלא תגזול דכתיב ביה והשיב את הגזילה אשר גזל, ואפילו אין הגזילה בעין, כיון שהוא חייב באונסיה, הרי זה לאו שניתק לתשלומי ממון ואין לוקין עליו... ודעת רבינו הוא שאין זה לאו שניתק לתשלומין, שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו, שהרי נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו."

ומבואר דמחלוקתם אם איסור דלא תבוא לביתו הוא איסור ממון או גזירת הכתוב עצמאית. ועיין במנחת חינוך (תקפג, יא וכן תקפה, ד) דנפק"מ ממחלוקתם במשכון שאינו שוה פרוטה, דלדעת הראב"ד דוקא בשוה המשכון פרוטה יש בו את האיסור דלא תבוא לביתו לעבוט עבוטו, דאל"כ לית ביה דין ממון, משא"כ לדעת הרמב"ם אין צריך שיהיה בו דין ממון כלל וחייב אף בפחות משוה פרוטה.

לפ"ז בתופס שטר למשכון, באנו למחלוקת הרמב"ם והראב"ד הני"ל. אך לענ"ד נראה דאף לדעת הרמב"ם בעינן עכ"פ שיהיה כלי, וכשיטתו בהל' טוען ונטען (ג,ה) דכל הכלים דינם ככסף, עיי"ש. ואף דלהסבר הרב המגיד אין כאן כלל דין של כסף, וא"כ אפילו אם כל הכלים אינם ככסף, אסור למשכנו, מ"מ לטעמו של הרב המגיד ברמב"ם דדין זה הוא; "גזירת הכתוב היתה שלא לעשות כל אדם דין לעצמו", א"כ היינו דוקא בדבר שגופו ממון שבתפיסתו עושה דין לעצמו, אך בתפיסת שטר שצריך לממשו, לא חשיב עצם תפיסתו כעשיית דין לעצמו, (וצ"ע לגבי שיק לפמשי"כ לעיל בענין מוחזקות, ויש לחלק).

ומ"מ נראה דהואיל וראובן לא התפיס את הגמ"ח בשיק הנידון בעבור ערבותו לחוב יהודה, על גבאי הגמ"ח ליטול רשות מבית דין בטרם יפנו לממש את השיק, דלא עדיף שיק זה ממשכון שאינו מוכרו אלא ע"פ בית דין, וכמבואר בשו"ע חו"מ עג, יב. ובשלמא כאשר לוח נותן לגמ"ח שיק בעבור הבטחת הפרעון, הרי שנותן על-דעת כן שאם לא יפרע את חובו יגבו את הכסף ישירות מהבנק באמצעות השיק. אך כאן שלא נתן את השיק בעבור חוב יהודה, לא עדיף ממשכון, ואין לגמ"ח לממש את השיק אלא לאחר שיפנו לבית דין, ויקוים בו ההליך האמור בשו"ע חו"מ עג, יב.

לאור האמור לעיל, יכולים גבאי הגמ"ח שלא להחזיר לראובן את השיק שנתן, וזאת עד שיתברר אם יפרע יהודה את חובו לגמ"ח. במידה ולא יפרע - יפנו גבאי הגמ"ח לביה"ד, וביה"ד ידון על מימוש של השיק.