

דעת
אתר לימודי יהדות ורוח
www.daat.ac.il

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

ערבות שאינה קצובה ע"י מנהל שכיר

תיק ממונות מס' 782-ס

(מהד' י אלול)

נושא הדיון

א' עבד כמנהל שכיר של חידר ב' ביחד עם שני מנהלים נוספים. החידר "גלגל" כספים - בהיתר עיסקא - מסוחר הכספים ג', חלק מהכסף נטל א' וחלק אחר נטל המנהל השני. א' הפקיד בידי ג' שני צ'קים חתומים מחשבונו הפרטי ללא סכום נקוב וללא תאריך, ועל גב אחד מהם הוסיף בכתב ידו: אני ערב קבלן על הסכומים שיעביר המלוה לידי חברי המנהל עבור המוסד, ונאמן עלי המלוה לגבי זה. לאחר מיכן "גלגלו" השנים כספים כמה פעמים, בפעמים הראשונות החזירו את החוב, ובפעמים האחרונות לא החזירו משום שהחידר שקע בחובות גדולים. בינתיים פרש א' מתפקידו בחידר, וכיום נתבע ע"י ג' הן על הכספים שקבל בעצמו עבור החידר והן על כספים שנטל חבריו והוא חתם עליהם כערב קבלן. ג' טוען בטענת ברי שא' נטל ממנו \$20.000 וחבירו נטל \$30.000. א' טוען שאינו זוכר אם לוח בכלל את אותה הלואה של \$20.000, ובכלל אינו זוכר כמה נטל בעצמו, אך לפי חשבון שעשה הוא וחבירו החוב כולו לג' היה רק \$27.000. חבירו נתבע גם הוא ע"י ג' בבי"ד אחר, ושם טען החבר שהוא נטל מג' פחות מממה שנטל א'.

לא' אין מהיכן לשלם את הערבות שלו משום ששקע בחובות, ועסקנים הקימו ועד לחלצו מחובותיו. לדברי הועד עד היום לא טיפלו אלא בחובות הרובצים עליו כלוח ולא בחובות שחתם עליהן ערבות, ולא בחובות ברורים של המוסד, אלא רק בחובותיו הפרטיים. עוד הם טוענים שכיון שהערבות היתה בסכום בלתי קצוב אי אפשר לחייבם, מה גם שלא היה קנין על ההתחייבות. עוד הם טוענים שהנאמנות שנתן א' לג' אינה תקפה מבחינה הלכתית, וזה עפ"י מה שביאר מו"ר הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל שנאמנות מועילה רק על טענת פרעון אבל לא על טענת הלואה, ובמקום שכלל לא ידוע אם לוח לא שייך בזה נאמנות, כיון שגם בלי "טענה" היה יכול להפטר מהתובע. ועוד שנאמנות צריכה קנין. ועוד, ערב שטוען אינו יודע אם לוח, אף בערב קבלן, אי אפשר לחייבו.

פסק דין ביניים

א. המלוה נאמן לומר שא' נטל ממנו סכום של \$20.000 לצורך החידר.
 ב. הגם שהכספים שנטל היו לצורך החידר, כיון שנטלם בתורת גבאי, דינו כלוה. ומכיון שהפקיד למלוה צ'קים (פתוחים) מחשבונו הפרטי, דינו גם כערב.
 ג. באשר להתחייבותו כערב קבלן על כספים שנטל חבירו המנהל, יש להמתין לפס"ד ביה"ד שדן בתביעה מאותו מנהל, אם יחוייב, בכמה יחוייב, על איזה הלואות יחוייב ותאריכיהן, ובתור מה יחוייב.

(-) אברהם דוב לוין, אב"ד (-) יהושע ווייס (-) מרדכי אהרן הייזלר

השאלות לדיון

א. לוח עבד מוסד שהוא מנהל בו בשכר, והפקיד בידי המלוה צ'ק מחשבונו, האם חייב עליו כלוה או רק כערב.
 ב. ערב על דבר שאינו קצוב, האם יכול לומר קים לי שאיני חייב.
 ג. ערב על ערב, דינו, והאם יכול להתחייב בערבות קבלנית כלפי המלוה אע"פ שהראשון לא היה אלא ערב סתם.
 ד. האמינו למלוה לומר כמה חייב לו, וגם נתן לו צ'קים "פתוחים", האם נאמן המלוה לומר אם לוח וכמה לוח.

תשובה

א. עי' שו"ת חצלת השרון ח"א יו"ד סי' סד צענין גבאי חזרת לדקה שרואה ללוות צרצית ורואה השואל למלאו לך היתר שמכיון שגבאי כיד עניים הוא נמלא כשלוה המעות בשליחות ולצורך העניים זכה, ולכשיגצה מהנדיבים עבור החזרה יכוין שלא יזכה בדמי הרצית לצורך עניים ונמלא שנותן למלוה מעות שאינן של לוח ואין כאן רצית מלוה למלוה. והשיב חצלת השרון וז"ל: כיון דהאחריות הוא על הגבאי הלוה, דודאי המלוה לא יתצע את העניים או התלמידים רק את הגבאי, הוי הוא הלוה, דהא רק על אמונתו הלוהו, עי' שו"ע יו"ד סי' קסט סעי' יג דגם צלוה לצורך עכו"ס שמותר ליתן רצית אס האחריות הוא על השליח אסור אף צנותן לו משכון של עכו"ס, ומכ"ס צלא משכון, עיי"ש צש"ך ס"ק לד. ואין לומר

דשם שאני משום דאין שליחות לעכו"ם כמ"ש הרא"ש שם, זה אינו, דעיי' בחו"ד שם ס"ק כ דאף אם יש שליחות לעכו"ם מ"מ כיון דהישראל חייב באחריות הוי כערב צעד עכו"ם דאסור רק משום דשם צמשכון של עכו"ם אינו אסור משום ערבות כמ"ש הש"ך ס"ק מט, אבל היבא דליכא משכון אסור אף אם יש שליחות לעכו"ם, עיי"ש בחו"ד באריכות ותמלא כדצרי, ומשמע דש"ך שם ס"ק מט דצכה"ג דתחילת ההלואה הלוה לישראל צעלמו אף דהוי לאורך עכו"ם ואיכא משכון גם כן הוי רצית קלוה, עיי"ש. ועיי' עוד בזה באריכות בחו"ד סי' קס ס"ק ח ותמלא דצכה"ג הוי הגבאי לזה ממש ואף דהגבאי אינו נותן מכיסו מ"מ לא מהני מידי, חדא דהא אף אם לא ימלא הגבאי לאסוף נדבות יהיה מחוייב לשלם מכיסו, דרך על אמונתו הלוה, ועוד דאף אם אחר נותן צעבורו מצוה צ"י קס סעי' יג דאם אומר הלוה פלוני יתן צעבורו אסור ומכ"ש כשנושא ונותן הוא צעלמו ציד. ע"כ.

וכן הורה מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א (ציוס ל ניסן תשס"ה) שדינו כלזה ולא כשליח או ערב, וע"כ אם העיסקא היתה אלל הלוה המשלח ולא אלל השליח, אסור לשליח לפרוע רצית עבד ההלואה.

אם מועילה שליחות ללוה לסוברים שריכה שליחות שתהא מצעל הממון, עיי' פס"ד ירושלים כרך ט עמ' סג.

ומכיון שהנצבע צנידון זה היה מנהל בחידר שתפקידו היה לדאוג למימון של החידר, הגם שהיה שכיר ולא צעה"צ, הרי כתב בצדרי מלכאל ח"ג סי' קסז שדינו כצעה"ד עצמו, וכיון שנתן למלוה ל'קים מחשבונו הפרטי חייב על הכל גם מדין ערב, אך מאחר והל'קים היו ללא סכום, יש לדון אם חלה התחייבותו כערב בצדד שאינו קלוב, גם על הכספים שנטל צעלמו. ועיי' להלן.

ב. פסק צש"ע סי' קלא סעי' יג: מי שלא פירש קלצ הדצר שערב כגון שא"ל כל מה שתתן לו תן לו ואני ערב או מכור לו ואני ערב, להרמז"ם אין זה הערב חייב כלום, וכל הצאים אחריו חלקו עליו, והכי נקטינן. ע"כ. ובסמ"ע ס"ק כה: המחצר ס"ל דהרמז"ם פוטר הערב משום דאזיל לטעמיה דס"ל המקנה לחצירו דצר שאין לו קלצה לא משתעצד, וכמ"ש הטור צשמו צסי' ס ובסו"ם רז, וממילא החולקים עמו באותו הדין חולקים עליו ג"כ בהאי. וצפרישה כתצתי והוכחתי מלשון הטור והראצ"ד דאף המחייבים צעלמא בהמקנה דצר שאינו קלוב מודה הכא דפטור כיון דנלטרף לו עוד ריעותא לאסמכתא דערצות, ואע"פ דכל אחד צפני עצמו אמרינן דקנה מ"מ צהלטרפן יחד לא קנה, ומ"ה הראצ"ד דס"ל שם דקנה לגמרי כאן כתב דלא קנה לגמרי אלא אחר אומדנא, ועיי' דרישה מה שכתצתי עוד הוכחות, ודו"ק כי זה נלענ"ד צרור לדינא. ע"כ. אמנם הש"ך ס"ק טו חולק על הסמ"ע וסובר דהעיקר כהצ"י, ואין המוחזק יכול לומר קים לי כהרמז"ם כיון דהצאים אחריו חולקים עליו ולא קי"ל כלל כהרמז"ם בהא, ודלא כמהר"י צן לצ ומהרשד"ם דהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמז"ם. וצנתה"מ שם ס"ק ז ובצו"ת חת"ם אצהע"ז סו"ם קלה כתבו כהש"ך, אמנם קלוה"ח סי' סו ס"ק צ ובמשוצב שם העתיק דצרי הסמ"ע, ועיי' צו"ת צגדי כהונה סי' י דיכול לומר קים לי כהסמ"ע.

אמנם כל זה בערבות רגילה, אבל בערב קבלן שנחשב כלוה בעלמו, ויכול המלוה לגבות ממנו תחילה אפילו יש נכסים ללוה, עיי' ב"ב קעד א' ושו"ע סי' קכט סעי' טו, הרי אין צו חסרון אסמכתא. וכ"כ מחנה יהודה סי' קלא אות טז, ושו"ת יריעת האהל סי' ב' הוצא בשו"מ מהדורא א' ח"ג סי' קסב, וכ"מ בשו"ת חכ"ל הנוספות סי' לו. ועיי' ספר התרומות שער לה חלק א' סי' לח, ובגדולי תרומה שם אות לה. ובנידון דידן שא' כתב "אני ערב קבלן על מה שיטול חצרי המנהל", הרי פסק הרמ"א בשו"ע סי' קכט סעי' יח דשטר שכתוב בו פלוני קבלן הוי ערב קבלן דודאי בלשון המועיל קאמר, אך עיי"ש בש"ך ס"ק לו וקלוה"ח ס"ק א' עפ"י מהרשד"ס דאינו אלא ערב סתם כיון שלא אמר בלשון ליווי לא תן לו, עיי"ש, ועיי' פס"ד ירושלים כרך ט עמ' ש' בשם האמרי יושר ח"א סי' קמד דנעשה ערב קבלן מלד מנהג המדינה. ועיי' "לקט הלכות ופס"ד" (מצית דינו של הגר"ק שליט"א) בני ברק תשנ"ד עמ' ל' ואילך.

ג. רמז"ס מלוה ולוה פכ"ה הי"ב ושו"ע סי' קלא סעי' יד: האומר לחצירו ערוצ זה לפלוני כך וכך ואני ערב לך, ה"ז כמי שאמר הלוהו ואני ערב, וכשם שנשתעבד הערב למלוה כך נשתעבד ערב שני לערב ראשון, ודין הערב עם המלוה ודין ערב ראשון עם השני דין אחד הוא. וכתב המ"מ דקלת סמך יש לזה ממה שאמרו בסוטה לו' ב' ערבא וערבא דערבא. והטעם בזה שאע"פ שערב ראשון אינו נותן מעות אין השני לריק קנין משום דשעת שעבודו של זה כשעת מתן מעות דמלוה דמי, וכן עיקר. עכ"ל. ועיי' תומים סי' קלא ס"ק יא דרק כשהערב הראשון קבל להיות ערב קבלן דהוא נעשה כלוה, והוי עתה כשעת מתן מעות חלה ערבותו בכך.

וכתב בגדו"ת שער כח ח"ב סי' ג, הוצא בש"ך סי' קלא ס"ק טז, דאם ראובן הלוה לשמעון מנה ואחר זמן בקש ממנו ערב וא"ל לוי יהיה ערב שלי, והשיב ראובן אינו נאמן עלי וערביך ערבא לריך, ובא יהודה להיות ערב בשביל לוי הערב של שמעון, כעין מה שאמרו בסוטה לו' ב' ערבא דערבא איכא צינייהו, לוי ודאי כיון דהוי שלא בשעת מתן מעות צעי קנין, אבל יהודה הנכנס להיות ערב בשביל לוי הערב נראה דלא צעי קנין, כי הוא מתערב על לוי על מה שלא היה לוי חייב עד עכשיו לראובן, כי עתה מחדש הוא מתחייב והו"ל לגביה כשעת מתן מעות. וכתב עוד שם בשער לה ח"א אות יא דדין הרמז"ס הנ"ל אין זה כדין ערבא דערבא שכתבו בשער כח, דהתם הערב השני נשתעבד למלוה עלמו בעבור הערב הראשון ובדאי דינו של מלוה הוא לתבוע לשני, אבל כאן הערב השני לא נתערב למלוה אלא לערב הראשון נתערב בעד הלוה ונתחייב לו שאם יפרע בשביל הלוה הוא יחזיר לו, וא"כ אולי יאמר זה הערב השני למלוה אינו חייב כלום לערב אלא אחר שיפרע ולא קודם לכן, או יאמר המלוה אתה ערב לערב על דרך שהוא ערב לי, וכי היכי דאיהו חייב לפרוע לי כשלא פרעני הלוה, ה"נ אתה חייב לו כשאין הלוה פורע לי, ותיכף חל שעבודו בחסרון פרעון הלוה אע"פ שהערב לא פרע כלום וממילא אתה חייב לפרוע לי מדר' נתן, עיי"ש.

נמצינו למדים שיש ערבא דערבא שנתחייב למלוה, ויש שנתחייב לערב ראשון, ושני ענינים נפרדים הם,

וכ"כ באו"ש מלווה ולוה שם שתמה על המ"מ שהביא סמך לרמז"ס מהגמ' בסוטה: אין זו סמך ולא כלום, ששם הוי כמו שנתערב להמלוה שחם לא יגבה מן הערב יגבה ממנו, אבל כאן הוא ערב שחם יפרע הערב יחזור הערב ויגבה ממנו, אבל להמלוה לא נשתעבד כלום.

(והערת הדיין הגרמ"א הייזלר שליט"א: א"כ המחבר והרמז"ס איירי שהערב אינו ערב למלוה רק להערב שחם ישלם למלוה ישלם הוא להערב, והש"ך איירי שהערב השני ערב גם למלוה שחם ערב אי' לא ישלם, ישלם הוא. והתומים שחולק דשלא בשעת מתן מעות לריך גם השני קנין זה רק על דין דהש"ך ולא על הדין של המחבר. ע"כ).

ונידון דידן, אם ימלא ציה"ד שדן בתביעת המלוה מחזירו של אי', שהוא חייב כערב, כי אז יש לאי' דין ערבא דערבא שנתחייב למלוה, שכתב צגדו"ת דודאי דינו של מלוה הוא לתבוע לשני, שהוא מתערב על הערב הראשון על מה שלא היה הערב הראשון חייב עד עכשיו למלוה. ובאופן כזה יש לחקור האם יתכן שיהיה הערב השני משתעבד למלוה בערבות קבלנית יותר ממה שהתחייב לו הראשון, ש"ל שכיון שהתחייבותו היתה כלפי המלוה ולא כלפי הערב הראשון, יתכן שיתחייב כערב קבלן אע"פ שהראשון לא היה אלא ערב סתם. או שמא אע"פ שהתחייבותו היתה כלפי המלוה כיון שערבותו היא על הערב הראשון, לא יתכן שיתחייב יותר ממנו. וז"ע. אך אם יפסוק ציה"ד שדן בתביעה מהחבר של אי', שחיוצו הוא בתור לוה או שליח של הלוה, כי אז פשוט שאי' יכל להתחייב כערב קבלן כלפי המלוה, וע"כ יש להמתין לפס"ד שם.

ד. מקור הדין של הימניה הוא דברי רב חסדא בגמ' גיטין סד א, וסנהדרין לא א, לענין שליש דנאמן יותר מן הצעלים לומר על השטר שצידו שהוא פרוע, דהא הימניה. ובשיטה לא נודע למי קדושין עד א ביאר שזוהי הנאמנות של דיין לומר לזה זיכיתי, דכיון שקבלוהו עליהם נאמן כשליש. והראני בני שליט"א לנובי"ת אבהע"ז סי' עה, הוצא בהגהות רעק"א בגליון השו"ע סי' עה סעי' יב שה"ה צהאמינו לומר שלוה, וז"ל שם: אם ע"א אומר האמנת אותי להעיד עליך כבי תרי ובקנין ואני מעיד שלוית משמעון, והוא אומר אמת שהאמנתיך עלי אבל מ"מ אני אומר שלא לויתי, מתוך שאינו יכול להשבע משלם.

ובנידון דידן שאי' כתב לג' שהוא מאמינו על הסכומים שיעציר לחזירו המנהל, ובעיקר משום שנתן צידו ל'קים פתוחים מחשבונו הפרטי, וצלי טענה לא היה יכול להפטר מהתציעה, שהרי נתן צידי התוצע ל'קים פתוחים (ואף שהלואות היו לסירוגין, ואת חלקם כבר החזיר למלוה, ואת ה'קים נתן בהלואה הראשונה, ובשפרע את אותה הלואה לא נטל ה'קים בחזרה אלא השאירם צידו וחזר ולווה על גבן הלואות אחרות, כח הנאמנות שנתן למלוה באותם ל'קים עומדים לו למלוה גם על ההלואות הבאות, וכמו שכתב הש"ך סי' מח ס"ק ב לענין ממרכ"י גם לדעת הצ"ח, ועיי' קל"ה"ח שם דסברתו כיון דצממרכ"י התחייב עצמו מתחילה דכל זמן שיוציאו יגבה בו ואפילו יפרעו ויחזור וישתעבד בזה הממרכ"י, והציא ראיה מגמ' נדרים ל א עיי"ש. וה"ה בערבות, אם אמר "אני ערב לעולם בעד פלוני על חוב בסכום זה", כתב בערוך

השלחן סי' קכט סעי' ט שהוא ערב צעד חייב זה לעולם על סכום זה גם אם יפרע החייב את החוב הראשון שעשה ויחזור וילווה הלוואה אחרת, וכן הלאה, ועיי' בסף הקדשים שם סעי' ז. וכשנתן לערבותו ל'קים פתוחים ה"ז כאומר אני ערב לעולם, וע"כ נאמן ג' לומר כמה חייב לו א', ונתינת ל'קים פתוחים צידו של התובע כמוה כקנין, וחשיב נאמנות גם על הכספים שנטל א' עצמו, ולא רק על מה שנטל חצירו, אע"פ שנתינת הנאמנות בכתב היתה רק על הכספים שיטול חצירו.

אלא שכבר כתב הלבוש צעיר שושן סו"ס מח שמי שנתן ציד המלוה נייר חלק משני לדדין ואינו חותם בו רק חתימת שמו מלד אחד, הוא אללי נמנע צעיני בני אדם וכו' אין זה אלא פתי המאמין לכל כו' או משוגע ובכלל שוטים יחשבו ואין צמעים של אדם כזה כלום. ע"כ. אך מכיון שהנתבע וטועניו לא טענו טענה זו, אין צי"ד טוענים זאת עבורו.

אברהם דוב לוין.

ב

א. מה שטען הנתבע בסיכומיו מהנתה"מ צו"ס עז דהיכא דידע המלוה שההלוואה היתה בשביל המוסד ואינו אלא כשליח בעלמא, אינו נכון לניד"ד, דכיון שגם הנתה"מ כתב שם שאם האשה חתמה עצמה בשטר דגוצים ממנה את חלקה אף דידוע שבשביל בעלה לותה, כ"ש צניד"ד דלא רק חתם עצמו בשטר אלא נתן ל'קים אישיים שלו, וא"כ ההלוואה היא על שמו (וכבר אמרו בזה שע"י נתינת ה'קים דינו כערב שלוף דון דהוא בעלם הלוח, עיי' יו"ד סי' קע סעי' ז וחז"מ סי' קכט סעי' ז וסמ"ע ס"ק מד. ואף שיש הבדל בדמיון, דאינו דומה ממש). ומה שכתב בשטר ערבות שלו בשביל המוסד כוונת הדברים הם שהוא ערב לכל מה שיקח חצירו עבור המוסד ולא יהיה ערב אם יקח חצירו הלוואות לאורך עצמו (ובאמת ניסוח זה לוקה מאד בחסר, דאף אם חצירו היה לוקח הלוואה לאורכו אפשר דהיה קשה לנתבע להוכיח זאת והיה מתחייב אף על זה), אבל ודאי שההלוואה היא על שמו. ועיי' מש"כ ידידי הדיינים הגאונים שליט"א בפס"ד ירושלים כרך ט עמ' נו ואילך.

וכוסף לכל זה הוא מה שאמר מרן הגריש"א שליט"א להאצ"ד שליט"א דודאי הוא הוי לוח ולא שליח, ועיי' מה שהאריך האצ"ד צנימוקיו אות א.

ואחרי שהוא לוח לכל הפחות על מה שקבל בהלוואה לידו, א"כ אין ענין כאן מה שטען הנתבע בסיכומיו מהש"ך צסי' קכט ס"ק לב דמסיק כהצ"ח דאף ערב קבלן הוי איני יודע אם נתחייבתי, וכן מה שהביא מקלוה"ח סי' לט דהוי איני יודע אם נתחייבתי, דהרי כאן הוא לוח ולא קבלן. סיכום הדברים: אין צטענת הנתבע כלום כלפי חלק ההלוואה שקבל לידו דהוי כלוח, או דהוי כשלוף דון, או דהוא הלוח משום ה'קים שצוה נהפך ללוח, ועכ"פ צרור שנתינת ה'קים הופכים אותו לערב קבלן, וממילא מכל ד שיהא חייב על החלק שקבל לידו.

וכלפי החלק שקבל חצירו של הנתבע, מה נקרא הנתבע, עדיין לא דן בזה בית הדין, וכמו שכתב האצ"ד

בסוף אות ג שלו, יעוי"ש. ועפ"י מש"כ לעיל אפשר דאין לריך להמתין לפס"ד של ציה"ד שדן את חצירו של הנתבע, ומשום דעל חלק זה הוי כשלוף דין.

ב. ומש"כ צ"כ הנתבע בסיכומיו מהש"ך צסי' קכט ס"ק יט דאייירי בלוה עכו"ס אינו נכון, א, דהא הרמ"א פסק לא כך וגם צ"ח עלמו הסיק לא כהצ"י אלא הסכים עם פסק הרמ"א. ב, דהא הימניה ע"י הל"ק על כל אופן שהוא נעשה ערצ.

ג. ומה שטען הנתבע דאף אם נאמר קים לי או שנפסוק כך דגם בערצ מועיל התחייבותו לדבר שאינו קלוז (עי' להלן באריכות בדברי ידידי הדיין הגר"ש יגר שליט"א, ובמה שהוספנו בתוך דבריו), מ"מ כתב הרעק"א בגליון השו"ע דבעי קנין, ובניד"ד הרי לא היה קנין, ובעינן קנין סודר. עכ"ד. נראה לומר דהנה יש דס"ל דמועיל קנין שטר שנכתב בתורת שטר קנין, עיי' בזה צסי' "משפט הערצ" סי' ז, ויש דס"ל דהל"ק הוי קנין, ואף שצסי' עטרת שלמה להגר"ש קרליץ זל"ל צסי' סא ובסי' סה דן צליק ונקט דלא הוי שטר, כרצ הכריע מרן הגריש"א שליט"א דלא כוותיה, וא"כ יש לנו קנין. ואף אם נימא כהחולקים דלא הוי קנין שטר מ"מ לא גרע מקנין סיטומתא דמועיל, והרי נתן ל"ק, ויועיל מלד קנין סיטומתא. ואף אם יראה החולק לחלוק על דברינו אלה מ"מ יאמר המלוה קים לי כהחולקים על הרעק"א, ומוצא צסי' "עמק המשפט" ח"ב סי' כג אות ח ואילך, עיי"ש.

ד. צענין נאמנות: כתב התומים צסי' לא אורים ס"ק כג לחלוק על הש"ך שכתב שם צסי'ק כד דצמקום שאין רגלים לדבר אפילו היסת אין יכול להשציעו עפ"י פנקסו אם לא צפנקם ידוע לו שמדוקדק עד למאד דהוי רגלים לדבר, וכתב התומים דלא נראה לדינא כלל ואין לחלק בין פנקס לפנקס ולעולם הו"ל צרי אם יודע שאין מעלה שגר על פנקסו רק כותב הכל על נכון ויכול להשציעו על כך, וכ"ש שאם יש צידו של החנוני ממון של הצעה"צ שנאמן להשציעו, וסיים התומים שכן מורים כל צעלי ההוראה היושבים על מדין, והציאו הנתה"מ חידושים ס"ק טז, וכן נקט הצ"ח צסעי"א וז. וכ"ש כשטוען צרי ממש וטוען שנתן והלוה טוען שאמנם לקח אבל אינו יודע כמה, דצזה לכו"ע נוטל אף בלא שצועה, כ"כ הסמ"ע ס"ק כב והסכים עמו הש"ך ס"ק כח. ומסקנת הש"ך דנוטל בלא אף שצועה אף לא שצועת היסת. וכן הסכים הנתה"מ חידושים ס"ק כא, וכתב עוד הנתה"מ צסי'ק ו דצמקום שהיה יכול ליתן קלצה ולא נתן, כגון בחנוני וצעה"צ שהיה יודע שכר הפועלים ופשע צעלמו צמה שאינו יודע ומפסיד אנפשיה, נוטל בלא שצועה, אבל צמקום שלא היה יכול לקלוז כגון צמקום שהוליא הולאות על נכסי חצירו צרשות חצירו ותוצע ההולאות והנתבע אינו יודע נוטל התוצע צשצועה כיון דלא פשע צמה שלא קלצ שהרי אי אפשר לקלוז ההולאה.

ובניד"ד צזמן שנתן לו הנאמנות לא היה ידוע כמה יטול ולא היה יכול לקלוז א"כ לנתה"מ לריך שצועה, ולהש"ך אי"ל שצועה. וכיון שהנתבע טוען שמא, הא הוי שמא גרוע, והלכה רווחת בישראל דצצרי ושמא אמרינן מתוך שאינו יכול להישצע משלם וממילא אין כאן אפילו פדיון שצועה למודה צמקלת, דהא לריך (שלם).

ומש"כ האצ"ד צשם צנו ידידי שליט"א לסתור טענת הנתבע שנאמנות מועילה רק על טענת פרעון אבל לא על טענת הלואה, והאריך בזה בסיכומיו להוכיח מכמה מקומות, והציא האצ"ד שם מהרעק"א צסי' עה סעי' יב מהנוצ"י, לאחר העיון נראה דהנוצ"י כתב כן רק לענין אם יש מיגו לפסול העד, ועי' כתב

דהוי כסוגיית נסכא דר' אבא צב"צ דף לד שאין מיגו לסתור העד ולכן דינו מתוך שאינו יכול להשבע משלם, אך בכלל מאתים מנה הוא דאחרי שאינו נאמן לפסול העד אז נאמן העד על הכל אף על גובה ההלוואה, אף שהלוה או הערב מכחישו.

ה. ומה שהציא הנתבע מהמ"מ דיסוד הנאמנות של המלוה הוא מטעם עצד לזה לאיש מלוה וזה שייך רק צמי שמודה שלוה אלא שיש ספק על הפרעון, אבל לא כשיש ספק על גוף ההלוואה דצזה אין דין של עצד לזה לאיש מלוה, ומסתבר דצכה"ג לא מהני נאמנות שנתן הנתבע, עכת"ד, נראה דאינו ענין לניד"ד, דצמקום שיש ל'קים הנאמנות היא לא מד עצד לזה לאיש מלוה שנאמר דאם לטענת הנתבע אין זה הסכום של ההלוואה אז לא נהיה עצד למלוה, אלא הוא מד שמחזיק ל'קים פתוחים של הנתבע, וזהו הנאמנות שלו, ולא מד צינע ההלוואה שהופכת אותו לערב, ומה שייך נאמנות יותר גדולה מזו כשיש ציד התובע ל'קים פתוחים שהגיע לידו בהיתר. ולכן מה שטען הנתבע דהסכומים אינם מדוייקים, לא שם לבו דנתן לו נאמנות. וכן אינו יכול לטעון דשמה היה ההלוואה אחר עזיבתו את המוסד, ומטעם הנ"ל, דהרי החלק שלו בעלמו הרי ודאי היה קודם, אבל החלק שלו חזירו יתכן שהיה רק אחרי פרישתו, ואז אף אם נתן למלוה ל'ק פתוח על כל ההלוואות שילווה, מ"מ אם ידע המלוה על פרישתו מהמוסד הוי כאילו הודיע לו שחוזר צו מן הערבות, דזה צרור דערב שהודיע למלוה לפני ההלוואה שחוזר צו מערבותו מועיל ופטור מערבותו. וגם טענת הנתבע שהוא מכחיש את הסכומים הנתבעים לא הוי כטענת צרי אלא כשמה מחמת שכחת הזמן ולוק העתים.

ו. ואגב דאתי לידן נימא ציה ספיקא דהסתפקתי: אם נאמר דצ'קים לא חשיב לזה אלא רק ערב, וכל זכות קיומו של המלוה - על אף שיש ללוה טענת קים לי כהסמ"ע דערב על דבר שאינו קלוצ לא חל, וטענת הלוה שקים לי שצריך קנין כהרעק"א והוא מוחזק צמעותיו, ומנגד טוען המלוה קים לי כהש"ך וקים לי כהחולקים על הרעק"א והוא מוחזק צ'ק שניתן לו צצביל גציה, א"כ נראה דהמלוה הוא מוחזק (ואף שידעתי דיש חולקים צזה וס"ל דהמלוה לא נקרא מוחזק והוא נקרא מוציא ממילא רק לנתבע יש זכות טענת קים לי, מ"מ כתצתי דצרי על דעת הסוצרים שהמלוה נקרא מוחזק), וא"כ חייב לו הנתבע, איך אכן צי"ד נפסוק את פסק הדין, דאם נפסוק דהיות והמלוה מוחזק נחייב את הנתבע לשלם סך דמי התציעה, וצאם אין לו נכהג כדין כל צע"ח שמסדרין לצע"ח, כמצואר צסי' לו וסי' לוט, או שנאמר שהיות וכל זכות קיומו של המלוה הוא עפ"י טענת קים לי וע"י שהוא מוחזק צ'ק, א"כ די לנו צזה ולא נפסוק שהנתבע חייב כצע"ח רגיל אלא נפסוק שזכותו של המלוה לממש בהיתר את ה'ק או צגציה צצנק או צהולל"פ, וצאם אין לו אז צי"ד לא יתערבו. ולל"ע כעת.

מרדכי אהרן הייזלר.

המתחייב צדבר שאינו קלוצ: כתצ הרמב"ם פכ"ה ממלוה ולוה הי"ג: מי שלא פירש קלצ הדבר שערב כגון שאמר לו כל מה שתתן תן לו ואני ערב או מכור לו ואני ערב או הלוה ואני ערב, יש מן הגאונים שהורה

אפילו מכר לו בעשרת אלפים או הלוה מאה אלף נשתעבד הערב בכל, ויראה לי שאין זה הערב חייב כלום שכיון שאינו יודע הדבר ששיעבד עצמו בו לא סמכה דעתו ולא שיעבד עצמו, ודברים של טעם הם למצין. והשיג עליו הראב"ד: "א"א וא"כ לא צרב ולא צמעט אלא כדי שהדעת מגעת לשם שהוא רגיל ואמיד נשתעבד. עכ"ל. וכתב ה"ה דהרמב"ם הלך לשיטתו בפ"א מהל' מכירה הט"ז שהמחייב עצמו צדצר שאינו קלוצ אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד. אך על הראב"ד דאזל צתר אומד הדעת קשה דא"כ נתת דצריך לשיעורין וכו'. ע"כ.

וכ"כ דעת הב"י מדהציא צסי' קלא סעי' טז דצרי ה"ה צסתמא, והוסיף ע"ז דמחלוקת זו נתבארה צסי' ס. וכן נראה גם ממש"כ צשו"ע שם סעי' יג: מי שלא פירש קלוצ הדצר שערב כגון שא"ל כל מה שתתן לו ואני ערב או מכור לו ואני ערב או הלוה ואני ערב, להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום, וכל הצאים אחריו חלקו עליו, והכי נקטינן. ע"כ. נראה להדיא דדעתו כדעת ה"ה דהמחלוקת צערב תלויה צמחלוקת לגצי התחייבות צדצר שאינו קלוצ.

והנה צדין המתחייב צדצר שאינו קלוצ המוצא צשו"ע סי' ס סעי' צ לא נקטינן כהרמב"ם משום דהראשונים הצאים אחריו חלקו עליו, וכלשון השו"ע שם: המחייב עצמו צדצר שאינו קלוצ כגון צנתחייב לזון את צצירו או לכסותו חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד להרמב"ם, וחלקו עליו כל הצאים אחריו לומר שהוא משתעבד, והכי נקטינן. ע"כ. ואפילו "קים לי" כהרמב"ם אינו יכול לומר, כמו שכתב הש"ך שם ס"ק יב ונתה"מ צחידושים ס"ק ז, וכ"כ צשו"ת חת"ס אבהע"ז סוף סי' קלה, ושו"ת מהרש"ם ח"ד סי' קה. וכתב צשו"ת צית אפרים חו"מ סי' עה: כל צתי דינים צציראל פוסקים לחייב המתחייב צדצר שאינו קלוצ. וע"ע צאו"ת סי' ס אורים ס"ק יא. לפי"ז ה"ה צערב צנתערב צלי קלצה חל החיוב, וחייב צדין כל ערב.

אמנם צדרישה סי' קלא ס"ק טז הקשה על דצרי ה"ה דמשה המחלוקת צערב למחלוקת צמתחייב צדצר שאינו קלוצ, דא"כ היה על הטור להציא דעת הרא"ש צשו"ת כלל עד סי' א דחולק על הרמב"ם לגצי דצר שאינו קלוצ, וכמו שהציאו צדין מתחייב צדצר שאינו קלוצ צסי' ס וסי' רז, ואמאי לא הציאו כאן, ועוד דא"כ מדוע פסק הראב"ד לגצי ערב דאזלינן צתר אומדנא ולגצי התחייבות צדצר שאינו קלוצ כתב סתם דאין חילוק צין קלוצ לאינו קלוצ. ולכן מסיק דדעת הטור והראב"ד דיש לחלק צין שני הדינים, דדוקא התם לגצי התחייבות צדצר שאינו קלוצ סוצר הראב"ד דיכול לשעבד כאילו פירש הקלצה בהדיא, מה שאין כן לגצי ערב דנוסף על זה עוד אסמכתא דערבות לא מהני ההתחייבות, אע"פ שלכל אחד צפני עצמו משעבד נפשיה מ"מ צהלטרפות יחד, אסמכתא דערבות לדצר שאין לו קלצה, צזה ס"ל להראב"ד דהולכין אחר אומדן דעת, וכיון דהרא"ש לא גילה דעתו צזה יכול להיות דס"ל צזה כהרמב"ם דלא משועבד כלל, לכן לא הזכיר הטור דעת הרא"ש צזה.

והסמ"ע צס"ק כה חוזר על דצרי צדרישה דאף המחייבים צעלמא צדצר שאינו קלוצ מודו הכא דפטור כיון שנלטרף עוד ריעותא דדצר שאינו קלוצ לאסמכתא דערבות וכו', ואף שכל טעם לצדו אינו מספיק מ"מ צהלטרף שניהם פטור. וכדצרי צשו"ת אצן השוהם יו"ד סי' לט, ושו"ת צית יעקב סי' קטז צשם הצגדי כהונה ויריעות האהל, ושו"ת שו"מ מהדו"ק ח"ג סי' קסב, דאף החולקים על הרמב"ם לגצי כל המתחייב צדצר שאינו קלוצ, צערב מודים דאי אפשר להתחייב צזה, ופוסקים כן להלכה.

אך מדברי הש"ך בס"ק טו נראה דנקט כה"ה והמחבר דהמחלוקת בערב תלויה במחלוקת דכל המתחייב בדבר שאינו קלוב, וכ"נ דנקט בעה"ת שער לה ח"א דין יב.

ומאידך גיסא, כתב המהר"י בן לב ח"א סי' קטז, הציאו הלח"מ מלוה ולוה וצו"ת לחס רב סי' קעו, דאפילו הסוברים כהרמב"ם בכל המתחייב בדבר שאינו קלוב [והם המה רבותיו של הרמב"ם כמו שכתב בפ"א מהלכ' מכירה], בערב חולקים וסוברים דחייב, ומדייק בן מלשון הרמב"ם, דפ"א מהל' מכירה לגבי כל המתחייב בדבר שאינו קלוב כתב "וכן הורו רבותי", ובהל' מלוה ולוה לגבי ערב לא כ"כ, ואדרבא כתב בלשון "ויראה ליי" ותלה ההוראה בעלמו, משמע דרק הוא לבדו סובר בן ורבותיו לא הורו לו בדין זה, ומוסיף עוד, דאפשר לומר דגם ה"ה סובר בן, ולא כתב אלא שהחולק לגבי סתם התחייבות כ"ס שיחלוק כאן. וע"כ מסיק צו"ת לחס רב דלגבי ערב אין לומר קים לי כהרמב"ם. וכדברי הלח"מ סובר הכנה"ג דדעת המהר"י בן לב, שכתב הכנה"ג בס' קלא בהגה"ט אות לה דדעת המהריב"ל הוא דאף דבמתחייב בדבר שאינו קלוב אפשר לומר קים לי כהרמב"ם, מ"מ צנתערב בדבר שאינו קלוב אינו יכול לומר קים לי כהרמב"ם משום שרבותיו הסוברים כמותו צמתחייב אינם סוברים בן בערב, וחולק על הש"ך שכתב בס"ק טו לגבי ערב דדעת המהריב"ל דאפשר לומר קים לי כהרמב"ם.

עולה מדבריו דיש ג' שיטות בערב המתחייב בדבר שאינו קלוב: א. דעת המחבר והש"ך דדומה ממש למתחייב בדבר שאינו קלוב. ב. דעת הסמ"ע ואבן שוהם וצ"ת יעקב ושו"מ, דאף להסוברים בדבר שאינו קלוב אפשר להתחייב, מ"מ כאן סוברים דאי אפשר להתחייב. ג. דעת הלח"מ, והמהריב"ל אליבא דכנה"ג [ודלא כהש"ך בדעתו] דאף להסוברים בכל מתחייב בדבר שאינו קלוב דאי אפשר להתחייב, בערב מודים דאפשר להתחייב.

ולפמ"ש דאף אי נאמר דתלוי בערב צאותה מחלוקת דכל מתחייב, מ"מ אין המוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ם דאי אפשר להתחייב. נמלא דבערב שהתחייב בדבר שאינו קלוב, דעת המחבר והש"ך והלח"מ ומהריב"ל [אליבא דכנה"ג] דהחיוז חל. ואילו להסמ"ע וסיעתו החיוז לא חל. א"כ לכאורה יכול הערב המוחזק לומר קים לי כהפוסקים דהחיוז לא חל, והגם דכתב החות יאיר דצמקוס דפליגי הסמ"ע והש"ך הלכה כהש"ך דהוא צתרא, והוצאו דבריו צנתה"מ דיני תפיסה אות כ, מ"מ צניד"ד אין להכריע בן, דהא בערוך השלחן סעי' יג הציא שתי הדעות ולא הכריע, וכן צמשובצ נתיבות סי' ס ס"ק ג הציא דעת הסמ"ע. ועוד, דכמה מגדולי האחרונים ס"ל כהסמ"ע וכנ"ל. וכ"כ דעת האמרי בינה הל' הלואה סי' מז ושו"ת מהרש"ס ח"ד סי' קה. וע"ע צו"ת יריעות האהל סי' א ושו"ת צגדי כהונה סי' י שפסקו להדיא דאפשר לומר קים לי כהסמ"ע דערב בדבר שאינו קלוב אינו משתעבד.

והנה כל האמור עד הנה מיירי בערב סתם דיש צו החסרון דאסמכתא, וכדברי הרש"ס צ"צ קעג צ ד"ה רבי יהודה: סומך וצוטח בלבו שהלוה יפרענו ואילו היה יודע שלא יפרע הלוה לא היה נכנס בערבות. עכ"ל. וממילא בהטרפות החסרון בדבר שאינו קלוב לא חלה ההתחייבות. ויש לעיין מה הדין בערב קבלן דלכאורה אין צו החסרון של אסמכתא דהא אפשר לגבות החוב ממנו מיד כדאיתא בצ"צ קעד א ושו"ע סי' קכט סעי' טו, א"כ נשאר גביו רק טעם אחד דהוי ערב קבלן על דבר שאינו קלוב וצ"ה גם הסמ"ע מודה דצחסרון אחד אי אפשר לומר קים לי כהרמב"ם, וודאי חלה ערבותו.

והנה הצעה"ת שער לה ח"א דין לח נקט בפשיטות דאליבא דהרמב"ם אף ערב קבלן אינו משתעבד בדבר

שאינו קלוב. ובש"ת יריעות האהל שקיל וטרי דין זה, דבסי' א כתב דאף בערב קבלן איכא לסברת הסמ"ע הנ"ל, ויכול המוחזק לומר קים לי דלא חלה הערבות, אך בסי' ב דחה דבריו בעל התפארת לבי מכח הסברא דלעיל דכיון דבערב קבלן נפרע ממי שרואה מאי אסמכתא איכא, לכן מסיק דאין יכול לומר קים לי כהרמב"ם. ואח"כ בסי' ג חזר בעל היריעות האהל לדחות דבריו, יעוי"ש דנחלקו בגוף דין זה דערב קבלן שנתערב בדבר שאינו קלוב אס יכול לומר קים לי כהרמב"ם. ובש"ת שו"מ מהדורא א ח"ג סי' קסב הביא דבריהם ומיישב דברי התפארת לבי, ונראה שסובר דבערב קבלן חל החיוב ואינו יכול לומר קים לי כהרמב"ם.

אמנם סברא זו דערב קבלן אין זו אסמכתא אינה מוסכמת. דהנה בשאלות שא"י לא כתב דערב קבלן אין זו אסמכתא, דמיישב שם בתחילה קראי דערב דמייירי בערב קבלן דליכא זו אסמכתא. וכ"כ מחי' הר"ן גיטין מט ב ד"ה אלא, דערב על כתובה כיון שהאשה לא הוליאה ממון על סמך דברי הערב וליכא הסברא דזההוא הנאה, הוי אסמכתא, משא"כ בערב קבלן אע"פ שאין זו הסברא דזההוא הנאה מ"מ כיון דאין זו חסרון דאסמכתא משתעבד, עיי"ש. וכ"כ במחנ"א ה"י ערב סי' א וסי' ב ובש"ת אבני נזר אזהע"ז סי' תז. וכ"כ שסברו בעל התפארת לבי והשו"מ הנזכרים. אמנם דעת הגדו"ת נראה דאינה כן, דביאר בשער לה ח"א אות לה מש"כ שה"ת בערב קבלן אס עשו אותו ביי"ד נשתעבד, דהואיל ויש לו הנאה בדבר כשהאמינוהו ה"י נעשה קבלן, וביאר הגדו"ת מפני שהאמינוהו ביי"ד מסלק האסמכתא כבשעת מתן מעות. נראה מדבריו להדיא דסובר דאף בערב קבלן יש אסמכתא. אמנם בדברי הגדו"ת הנ"ל אפשר לדחוק דכוונתו לומר דהערב סומך שהלוא יפרע ההלואה תחילה ולא יטורכו להגיע אליו, ולכן ההתחייבות אינה מוחלטת, אבל אינה בגדר אסמכתא ממש אלא כעין אסמכתא. ועדיין ל"ע דעתו.

וכ"כ דעת קלוג"ח דכתב בסי' קכט ס"ק א דאף בערב קבלן צעין שייחד מלוה שיהיה ערב לו, משום דאף בקבלן אינה התחייבות רגילה דדי בדבור בעלמא, משום דצאופן שיש ללוה נכסים ידועים נפרע מהלוה תחלה [שו"ע שם סעי' טו, דאס הלוה רואה לפרעו נפרע ממנו תחילה, וכנראה שזו כוונת הקלוג"ח, דצאופן שאין הלוה רואה לפרוע תחילה אף שיש נכסים ידועים ללוה מ"מ יכול להפרע מהערב קבלן תחילה], ולכן צעין שליחות. ונראה דעתו דאף ערב קבלן יש זו אסמכתא, ונראה דסובר כן גם דעת המהרשד"ם, עיי"ש. וכ"כ בשו"ת אמרי יוסף ח"א סי' קמד.

ונראה דאף אס י"ס דאף בערב קבלן יש זו חסרון אסמכתא, מ"מ יקשה לומר קים לי כאותם הסוברים כן וקים לי כהסמ"ע דאף החולקים על הרמב"ם צמתחייב מודים לו בערב, ומשום דאין לך זו - לומר קים לי כהסמ"ע - אלא חידוש, וקשה לומר עד כדי כך תרי קים לי בזה. וא"כ דין דערב קבלן הרי הוא כשאר התחייבות בדבר שאינו קלוב דאין לומר זו קים לי, וחלה ההתחייבות.

הוספת הדיין הגרמ"א הייזלר שליט"א:

ובניד"ד שהיה למלוה ל'קים פתוחים של א' ויכול להוליאו מחשבונו או צהול"פ (וגם כשחשבון הצנק שלו סגור), ודאי נקרא התובע מוחזק. ואינו ענין לנידון הידוע מהו מעמדו של ל'ק האס הוי ככסף או כהוראת תשלום גרידא, דמ"מ כל מטרת מסירת ה'ליק למלוה הוא צשציל להחזיקו ושיוכל לעשות ככל שלבו חפץ (בנאמנות), וכאומר לו לך קח כסף מחשבוני, ומוחזק הוא המלוה, ולכן יכול לומר קים לי כהש"ך דחייב

על דבר שאינו קלוב וקיס לי כהסוצרים דצקצנן לא איירי הסמ"ע.

ומה שזיין הרעק"א בגליון השו"ע סי' קעה ש"ך ס"ק ד לדברי עוללות הכרס שצטוף ספר תורת חיים למהרש"ש סי' יד, וז"ל: אלא שמ"מ כתב מהריב"ל שם דהיכא דאיכא פלוגתא דרבוותא היא ע"ז גופא מי נקרא מוחזק אין יכול לומר קיס לי ואזלינן בתר רובא דרבוותא, וכ"כ הכנה"ג בכללי קיס לי סי' מו בשם הרבה אחרונים. דבריהם אינם ענין לניד"ד, דכאן אין ויכוח על היותו מוחזק צ"ק, והשאלה אינה אלא אם יכול מלד הדין לפעול עם הל"ק, ואחרי שיש פוסקים המתירים לו לגבות, א"כ גובה הוא צדין.

וצר מן דין. אף אם נאמר כטענת הנתבע דהוי דבר שאינו קלוב הרי כתב המהרשד"ס חו"מ סי' לד דהיכא דא"ל לחצריה תן לו כל הנורף ואני אפרע לך אפילו לא נתן לו קלבה לדבר, משתעבד אף לדעת הרמב"ם, עיי"ש. א"כ צניד"ד הוי חוצ קלוב דהרי ידע דהמוסד צריך הרבה הלואות ללא הגבלה, א"כ הוי חוצ קלוב כל נורכו. וכסניף צודאי אפשר לנרף סצרא וז למש"כ לעיל.

ועוד, דהרי בשעה שקבל ההלואות לידיו ידע כמה מקבל ובשעת קבלת ההלואות חלה ההתחייבות שלו בתור לזה או לכל הפחות בתור ערצ על מה שקבל.

ע"כ מהגרמ"א הייזלר שליט"א.

וכשלא עשה קנין על ערבותו הצלתי קלובה, יש לעיין אם להחולקים על הרמב"ם צריך שיהיה דוקא צקנין או שאפילו בלא קנין חלה ההתחייבות. והנה בכל התחייבות צדבר שאינו קלוב כתב הרשב"א בתשובה ח"י סי' קעה, הוצא צצ"י סי' ס: מעשים צכל יום שאדם מחייב עצמו צקנין וכו' צין צדבר שיש לו קלבה צין צדבר שיש לו קלבה צין צדבר שאין לו קלבה שאין לאחר קנין כלום, ואלא כדברי הרמב"ם ז"ל. ע"כ. מצואר מדבריו דאף להחולקים על הרמב"ם מהני דוקא צקנין, אך בטור סי' ס סעי' ט כתב לאחר שהציא דעת הראב"ד והרמב"ן החולקים על הרמב"ם לפיכך אם לא קנו מידו ולא חייב עצמו צשטר גובה מצני חורין אצל אם קנו מידו או שחייב את עצמו צשטר גובה ממשועצדין. ע"כ. נראה מדבריו דצצני חורין יכול לחייב את עצמו אף צלי קנין.

והנה כל זה צסתם התחייבות צדבר שאינו קלוב, אך צערצ י"ל כיון שערצ צשעת מתן מעות מתחייב בלא קנין ה"ה צדבר שאינו קלוב. ועי' צשו"ת משפטי שמואל סי' מה, והוצא צכנה"ג סי' קלא צהצצ"י אות יד, וצשו"ת תורת אמת למהר"א שאון סי' קיא, שכתבו דהא דמהני צערצ צשעת מתן מעות בלא קנין היינו דוקא צלשון טוב וקלוב, משא"כ צאינו קלוב, אף להחולקים על הרמב"ם, לא מהני אלא צקנין אצל בלא קנין לא מהני. וכ"כ צשו"ת אהלי יעקב סי' נד וחולק על מוה"ר יצחק סרוק, עיי"ש. וכ"כ דעת הרעק"א צהגהות על השו"ע סי' קלא סעי' יג שזיין לדברי אהל יעקב הנ"ל (הערות הדיין הגרמ"א הייזלר שליט"א: לרעק"א שצריך קנין, עי' צס' "משפט הערצ" סו"ס ז דצ"ק הוי קנין ודלא כעטרת שלמה, ועכ"פ הוי קנין סיטומתא).

אך מדברי הר"ר מרדכי מטאלון, הוצא צשו"ת משפטי שמואל שם, נראה דסובר דאף אם צדעת הרשב"א אין הכרח שחייב אף בלא קנין, מ"מ מלשון הרמב"ם מוכח דיש מהגאונים שמחייבים אף בלא קנין ויכול המוחזק לומר קיס לי כמותם, והסכים עמו הכנה"ג צחו"מ סי' מו צהגה"ט אות ע. וכ"כ דעת מהר"י אדרכי צשו"ת דברי ריבות סי' קפח, וכן הציא צשו"ת אהל יעקב סי' נג צשם מוה"ר יצחק סרוק שדוקא

במתחייב צעינן קנין לדעת החולקים על הרמב"ם, אבל בערב בשעת מתן מעות אפילו אם אינו קלוב סוברים החולקים על הרמב"ם דא"ל קנין, ומש"כ הרשב"א שאין אחר הקנין כלום, שגראה שסובר שהכל תלוי בקנין, היינו דוקא בדברים שאינם נקנים אלא בקנין, אבל בערב בשעת מתן מעות שא"ל קנין, אף בדבר שאינו קלוב א"ל קנין. עכ"ד.

וכיון שנחלקו הפוסקים בזה יכול הערב לומר קים לי כהסוברים דלא חלה הערבות, ואי אפשר להוציא ממנו ממון.

וכשכתב "אני ערב קבלן" יש לעיין האם הוא לשון המועיל. דהנה בשו"ע סי' קכט סעי' יז כתב: איזהו ערב ואיזהו קבלן. א"ל תן לו ואני נותן לך זה הוא קבלן וכו'. ובסעי' יח: אבל אם א"ל הלוהו ואני ערב וכו' הלוהו ואני קבלן וכו' כולם לשון ערבות הם. ע"כ. וכתב הרמ"א: שטר שכתוב בו פלוני קבלן הוא ערב קבלן, דודאי בלשון המועיל קאמר. ע"כ. וכתב הש"ך בס"ק לו דהמהרשד"ם סי' לט פסק כדעת בעה"ת והעיטור דלא הוא אלא ערב. וכ"כ בתשובות מהר"ח או"י סי' נא. ומדהביא הש"ך דברי המהרשד"ם נראה שכן סובר להלכה. נמצא דשטר שכתוב בו פלוני קבלן, תלוי במחלוקת הרמ"א והש"ך אי הוא ערב קבלן או ערב סתם.

אך עדיין ל"ע בדעת הרמ"א דכתב בטעם הדבר דודאי בלשון המועיל קאמר, וכמו שכתב הטור בשם הרא"ש, וה"ה פכ"ה ממלוה ולוה ה"ה בשם הרשב"א והתוס', משמע דדוקא משום אותו טעם אנו מחשיבים אותו לערב קבלן, אבל באופן שאנו יודעים שלא התחייב אלא בלשון הכתוב בשטר אינו אלא ערב סתם. וכ"כ בשו"ת חכם לצי סי' נא בדעת הרא"ש, וע"ע בשו"ת עטרת חכמים אבהע"ז סי' כז.

והנה בגדו"ת שער לה ח"א אות מ כתב דדוקא בלשון משמע שקבל על עצמו קודם לכן את הערבות אמרינן שמתמא קבל עליו בלשון המועיל, אבל אם משמע שעכשיו מקבל על עצמו לא מהני. ואע"פ שמריהטת לשון הרא"ש לא משמע כן כן לריך לפרשו. ומלשון תשובת הרשב"א נראה דאף אם מתחייב רק עכשיו בערבות ודודאי לא אמר מתחילה בלשון המועיל הוא ערב קבלן [אמנם הרשב"א איירי ב"קבלן גמור", ולא ב"ערב קבלן" לחוד].

וכתב המצ"ט ח"ב סי' קצ דאע"פ שהרמב"ם סתם כלשון הגמ', מכיון שהרמב"ם סתם בלשונו אמרינן דמודה לדעת הרא"ש והרשב"א דאם כתוב להדיא בשטר שהערב התחייב להיות ערב קבלן דינו כערב קבלן, והביאו הש"ך להלכה סי' קכט ס"ק לד גס אליבא דהרמב"ם והשו"ע. ומסיים שם המצ"ט: וכן אנו דנין בכל שטרי חובות שכתוב בהם שנעשה קבלן. ע"כ.

נמצא דלדעת הרמ"א שמועיל יש מפרשים דהיינו דוקא כשיש להניח שאמר מקודם בלשון המועיל, אבל אם ברור שלא אמר מתחילה בלשון המועיל לא מהני, ולהש"ך לא מהני כשאמר בלשון "ערב קבלן", ובדעת הרמב"ם כתב המצ"ט דסובר כהרא"ש והרשב"א, ומשמע דסובר דאפילו אם ברור לנו שלא אמר לשון המועיל ומתחייב רק בלשון זה אעפ"כ מהני.

ולפי"ז בניד"ד שכתב "אני ערב קבלן" יוכל לומר קים לי כהש"ך שפסק כהמהרשד"ם דאינו אלא ערב סתם, ואפילו אליבא דהרמ"א לפי החכ"ל ודעימיה דדוקא אם יש לתלות שהתחייב בלשון המועיל מהני, א"כ בניד"ד שברור שלא התחייב אלא בלשון הכתוב בשטר לא הוא אלא ערב סתם.

אמנם עדיין יש לדון עפ"י מש"כ בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קנח באחד שהלוח לשר ובתחילה לא ראה

להלוותו מפני היראה שינטרף לתוצעו צערכאות ואח"כ הלוהו עפ"י ערבות של שמעון ולא כתבו לשון קבלות, ופסק שם כיון שהענין מוכיח שכוונתו לערב קבלן אף שכתב ערבות סתם נעשה ערב קבלן, עיי"ש. נראה מדבריו דהיכא דהוי אומדנא דמוכח שדעת המלוה וכן דעת הערב שיהיה ערב קבלן הוי ערב קבלן אפילו אם לא התחייב כלל בלשון המועיל.

ולפי"ז יש לדון דנר"ד דנראה דהתכוון להתחייב להיות ערב קבלן, משום שמטרת ההלוואות היו לנורך המוסד צו עצדו הלווה והערב ואחריות גיוס הכספים למוסד היה על שניהם באופן שווה, וחלק מההלוואות לקח הלווה וחלק הערב, ולמעשה אחריות החזרת ההלוואות - מלד המוסד צו עצדו - היתה על שניהם, ומכל משאם ומתנס נראה שלכל אחד מהשניים, דהיינו הלוה והערב, היה מעמד אחד לגבי אחריות גיוס הכספים והחזרת ההלוואה. ולמעשה נראה שדעת הערב היתה להתחייב להיות ערב קבלן על כל המשתמע מכך. ע"כ נראה דעפ"י דברי המהרש"ס הנ"ל יש מקום לומר דנר"ד יהא דין הערב כדין ערב קבלן, אך עדיין ז"ע.

ולמעשה נראה דלא יוכלו להוציא ממון מהערב, אפילו אם נאמר דיש לו דין של ערב קבלן כיון שלא עשו קנין, ולפי כמה פוסקים ערב שנתחייב בדבר שאינו קאוב ולא עשה קנין לא נשתעבד, יכול הערב לומר קים לי כאלו הפוסקים דלא חלה הערבות, ואי אפשר להוציא ממנו ממון.

שמואל יגר.

דעת

אתר לימודי יהדות ורוח
www.daat.ac.il