

# בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

ערב הטוען שהמלוה פשע באיבוד המישכון שהיה בידו

תיק ממונות מס' 1710-עא

צד א': א' ע"י ב"כ עו"ד ברוך בן יוסף  
צד ב': בנק ב' ע"י ב"כ עו"ד שלום כהן

## נושא הדין

א' נתבע ע"י בנק ב' לפרוע את ערבותו להלוואה שקבל ג' מהבנק לאחר שהלוה מכר את ביתו שהיה ממושכן לבנק וברח לחו"ל. הבנק כבר פנה להוצל"פ כנגד א'.  
א' טוען שמכיון שתביעת הבנק כוללת רבית ורבית דרבית ונסמכת על היתר עיסקא, יש לדון בזה עפ"י דין תורה, ולפי דין תורה אינו חייב בערבות כשהבנק פשע ולא עיכב את מכירת הבית הממושכן.  
א' מבקש צו מניעה מבית הדין כנגד הבנק שיפסיק את ההליכים בהוצל"פ ויבוא עמו לדין תורה בבית הדין.

## פסק דין לצו מניעה

לאור טענותיו של א', ועפ"י כללי צו המניעה הנהוגים בבית הדין, נענים לבקשה ומצוים על בנק ב' להפסיק את ההליכים בהוצל"פ כנגד א' עד לבירור בדין תורה.

(-) אברהם דוב לוי, אב"ד                      (-) מרדכי אייכלר                      (-) דוד יהושע קניג

## השאלות לדין

- א. מקור הסמכות לצו מניעה בבית הדין, וכללי צו המניעה הנהוגים בבית הדין.
- ב. ערב על הלוואה בהיתר עיסקא.
- ג. חתם על שטר ערבות כשבאותו שטר ישנו גם מישכון ביתו של הלוה לטובת המלוה.

ד. מלוה שאינו יכול לגבות מהלוה באשמת עצמו, האם הערב חייב.

## תשובה

- א. עיי' פסק"ד ירושלים כרך יא עמ' ט: כללי או המניעה הנהוגים בצית הדין:
- א. אם בא לך לבי"ד ומבקש לדון עם בעל דינו בד"ת, וטוען שעד מועד הדיון עלול להפסיד את כסף התביעה, או שעלול להיזק ע"י הגד השני, מקבלים את בקשתו ופוסקים לו עיקול או מניעה נגד הגד השני עד לדיון, באותו נושא שהתובע עלול להפסיד או להיזק, וזאת במעמד לך אחד ומצלי לשמוע טענות נגדיות, תוך כדי קביעת מועד לדיון בין הגדדים במועד קרוב ככל האפשר.
- ב. לו עיקול או מניעה אינו מהווה פס"ד סופי, מה גם שהולא במעמד לך אחד בלבד. הוא משמש ככלי עזר לבית הדין כדי למנוע הפסדים ומזקים למבקש עד למועד הדיון. לפיכך אין צית הדין מוליא לו עיקול או מניעה ללא קביעת מועד לדיון בין הגדדים, ומפקיע את הגד במקרה שהמבקש גורם להארכת הזמן בלי דיונים.
- ג. כדי למנוע הפסד לגד השני כתולאה מזו עיקול או מניעה במקרה של תביעה קנטרנית וש"אין צה ממש, מחוייב המבקש להפקיד סכום כסף שימשם לפרעון הפסדים של הגד השני כתולאה מזו העיקול או המניעה, אם יתברר שהתביעה היתה קנטרנית ומשוללת יסוד, וש"אכן נגרמו לו הפסדים מה"א.
- ד. במקרים מסויימים מסיר צית הדין את הגד בטרם דיון: אם התברר לבית הדין כי בבקשה להולאת הגד העלים המבקש מצית הדין פרטים חשובים צענין שיש צהם לשנות את התמונה; אם הגד השני חותם על כתב צוררות ומשלים בצית הדין את סכום התביעה, או מתחייב להחזיר את המלכ לקדמותו אם יפסוק כך צית הדין, ומבקש להסיר את הגד מכיון שגורם לו הפסדים מיותרים.
- ה. אם לאחר הולאת הגד ע"י צית הדין מבקש הגד השני לדון בצי"ד אחר, והמבקש מוכן לכך, הגד נשאר בתוקפו עד לדיון בין שני הגדדים בצי"ד שבקש הגד השני, בתנאי שהמבקש יפנה לאותו צי"ד בתוך ימים ספורים. אם המבקש לא פנה לצי"ד האחר באותם ימים שנקבעו, מפקיע צית הדין את הגד שנתן.
- ו. אם עמד המבקש על זכותו לדון בצית דין זה על תוקפו של לו העיקול או המניעה, משום שלענין זה הגד המבקש להסיר את הגד דינו כתובע, גם אם צעיקר הדיון דינו ככתב, נענה צית הדין לכך.
- ז. הרכב של זבלי"א שקבעו עליהם הגדדים יש לו תוקף של צי"ד גם לענין לו עיקול או מניעה. אבל זבלי"א צבירר התובע לעלמו בלי הסכמת הנתבע אין לו תוקף של צי"ד, ואין לו כח לפסוק לו עיקול או מניעה.

מקור ההלכה לציו מניעה - עפ"י פס"ד ירושלים כרך ז עמ' קעט

כתב הרא"ש צ"ק פ"ק סי' ה: וכן מלאתי צהם הגאון ז"ל כתוב: דתקנתא דרבנן הוא, באיגם דמפסיד

ככסיה, משום השבת אבידה. ולי נראה דלא לריבנא לתקנתא דרבנן אלא דין גמור הוא, שחייב אדם להליל עשוק מיד עושקו בכל טלדקי דמאי למיעבד. וכ"כ בשו"ת הרא"ש כלל לו סי' ד. וכתב בשו"ת מהרש"ך ח"ג סי' נח שדן בשאלה אם כל בית דין ראשי לעכב או רק בי"ד מוחזק ומומחה, עפ"י מש"כ במ"מ מלוה ולוה פ"ב הי"ד שהדיין יש לו לחתוך הדין לפי האמת אפילו חוץ מן הדין, שאין בכל בי"ד כח בזה אלא"כ הוא בי"ד חשוב ומוחזק בחכמה וחסידות, ומסיק המהרש"ך דמ"מ האמת הוא שכל דיין או בית דין סגי לעכב אע"פ שלא יהיה כ"כ מוחזק ומומחה. ודייקו בפד"ר כרך ב עמ' 73 שגם דיין יחיד ראשי לעכב כדי להליל עשוק מיד עשקו, לפי שמעשה העיכוב אינו ככל מעשה בי"ד הדין לחייב את החייב מעטם הדין, אלא מעשה עפ"י הלכה מיוחדת להליל עשוק מיד עשוקו. ובשו"ת דברי חיים מלאנו ח"ב סי' ז כתב: מנהגנו לעקל אפ"י על טענה כל דהו.

וכיון שזו עיכוב אינו ככל מעשה בי"ד הדין לחייב את החייב מעטם הדין, אלא מהלכה מיוחדת כדי להליל עשוק מיד עשוקו, ע"כ ראשי הדיין - ואף חייב - להליל העשוק גם בצעמד נד אחד בצלצד, עד לזירור הדין בבי"ד.

ב. עיי' ש"ך יו"ד סי' קע ס"ק ה שערב על רבית לריך קנין דאלי"כ הוי לגבי הרבית כערב שלא בשעת מתן מעות, שהרי על הרבית לא נחסר המלוה, כמו שכתב המרדכי ב"מ סי' שג בשם הראב"ן חלק התשובות סי' קד, ועיי' אב"מ סי' כט ס"ק ז, ושו"ת מהרי"א ענין סי' פד.

אמנם בהג"ח ב"מ פ"ה סי' ג בשם הראב"ה, הוצא בבי"ד יו"ד סי' קע, כתב שערב על הרבית אין לריך קנין, דחשיב כשעת מתן מעות. וכ"כ ש"ג ב"ב דף פב ב מדפי הרי"ף ושו"ת מהר"ם מרוטנבורג ד"פ סי' שג. וכ"כ להלכה בשו"ת שו"מ מהדורא ד ח"א סי' מה.

ולגבי עיסקא שחיה מלוה וחליה פקדון, כתב הש"ך חו"מ סי' קכט ס"ק יב שעל חלק הרבית (הרווח) לריך קנין, וכ"כ בנתה"מ סי' פא ס"ק ט וסי' קכט ס"ק ד. אך בקצו"ח סי' קכט ס"ק ב ובמשובב שם כתב שבעיסקא כיון שהרבית היא הרווח על חלק הפקדון ורווח זה מיד כשנוצר הוא של המלווה (המפקיד), ומה שממתין לו עד המועד שקבעו הוא בגלל שסומך על הערב, נמלא שהמלוה נחסר גם על הרבית, ולכן בעיסקא אין לריך קנין, ועיי' עמודי אור סי' קה אות א, ואולם המשפט על הש"ך שם. וכתב צערך שי חו"מ סי' קכט סעי' ה שאם לא עשה קנין פטור מספק.

ועיי' שו"ת הרדב"ז סי' ריח שדן בערב על רבית משום התחייבות על דשכ"ל, כיון שחוב הרבית נולד רק אחרי התקופה שמחייבת ברבית, וע"כ לא יועיל בזה קנין, אך עיי' ערך לחס חו"מ סי' קכט סעי' ה ושו"ת זרע יעקב סי' נט שכיון שערב על הרבית ביחד עם הקרן כיון שהקרן בזה לעולם חלה התחייבותו גם על הרבית.

ג. בטור סי' רז ס"ק כד: שאלה לא"ח הרא"ש ז"ל, ראובן היה לו פרה והיה ירא לשוחטה שמה תימלא טריפה, א"ל שמעון שחוט אותה ואם תימלא טריפה אתן לך בשביל בשרה כך וכך, ואם תימלא כשרה תן לי [אתן לך] כך וכך, ומתן שמעון משכון ביד שלישי ושחט ראובן את הפרה וגטרפה והתחילו למכור הבשר וגבה שמעון המעות עד כדי חליה וראה שמעון שהיה מפסיד בה וחזר בו וא"ל טול מעותיך, והשיב לו

ראובן כבר קניתי המשכון ואיך יכול לחזור כך, ואמר שמעון כי לא קנאו כי אם מכרתם היתה אם תימלא טריפה או כשרה, ילמדנו רבינו עם מי הדין וכו'. תשובה, יראה לי שמקח זה נעשה בלא קנין כי לא היה כאן אלא דברים בעלמא ויכול שמעון לחזור בו, אע"פ שנתן משכון ביד שליט בשביל זה לא נגמר המקח וכו'.

והקשה ב"י אמאי לא יתחייב שמעון מדין ערב שהרי על פיו שחטו שאם לא כן היה מוכרה בחיים, וערב נמי הרי הוא אומר אם לא ישלם הלוה אשלם, דומיא דמאי דאמר הכא שמעון אם לא תימלא כשרה אשלם לך כך וכך. ו"ל דערב שאני דמשום שמהימן ליה גמר ומקני כדאמרין, אבל הכא לא הימניה שהרי נתן לו משכון, ועו"ל וכו'. והוצאו דבריו בקלוה"ה שם ס"ק ד. ובדרישה שם ס"ק כד הקשה לפי תירוץ הראשון של הב"י א"כ ערב דעלמא שנתן משכון להמלוה בשעת הערבות יהיה בידו אח"כ לטעון אם מכרתם הוא, ולא אישתמיט שום פוסק מלהזכיר דין זה, ואף שצאמת מ"ו המרש"ל כתב בהגהות לאזהע"ו סוף סי' נ כיו"ב צענין ערב צקנס שידוכין שהניח משכון בעד הקנס, שיש בו משום אם מכרתם, דהנחת המשכון גרע דגלוי דעתה דתסתפי מאם מכרתם, משה"ה לריך לעשות צענין שהמשכון שמיני עליו לא יחא בו קנס, וכתב הדרישה שגם באזהע"ו סי' נ ס"ק ד כתב יאוב אחר דלק"מ.

ועי' מחני"א דיני ערב סי' א שלפי הב"י יש לדון בערב קבלן אם נתן משכון האם יש בו אם מכרתם, ועי' שו"ת אורנין תליתאי (תאומים) סי' פד שפסק להלכה כתירוץ ראשון של הב"י, ועי' פורת יוסף (רזין) סי' קכט שתירוץ הראשון ב"י עיקר, והתירוץ השני רק לרווחא דמילתא, ועי' שו"ת מהר"י הכהן (רפפורט) מהד"ת חו"מ סי' לא, מחנה יהודה סי' קכט ס"ק א, ויפה ענף מערכת ערבות אות ג', ובני ישחק דף קכו ע"ד. אך עיי' ערך שי חו"מ סי' קכט ס"ק ג שפסק כהדרישה דלא כתירוץ ראשון של הב"י.

ד. באש"ע סי' מט עיי' י: שני יוסף בן שמעון שלוח אחד מהם מאחר ונמלא לאחד מהם שדה שקנה מיוסף בן שמעון השני או שהיו שותפים בו אין המלוה יכול לטרוף השדה ולומר אם לך הלויתי מוטב ואם לחברך הלויתי כיון שאין לחברך בני חורין הרי לקחת שעבדי וכו' לפי שאין נכסי צע"ח משועבדים אלא מטעם ערב והערב אינו משתעבד אלא במקום שיוכל לתבוע מהלוה עלמנו וכיון שאינו יכול לתבוע מהלוה עלמנו אינו יכול לגבות מנכסיו. נמלא שהערב לשני יוסף בן שמעון בין לשני מלוים בין למלוה אחד כשם שאינו יכול לתבוע מהן כך אינו יכול לתבוע הערב. ע"כ.

וכתב בנתה"מ ס"ק כא בדעת הש"ך שם שאם אמר למלוה הלווה ליוסף בן שמעון ואני ערב, והוא אינו יודע מההלוואה כלל, בזה פטור הערב, לא מיבעיא אם אמר הלוה לו בשטר והלוה לו בע"פ, אלא אפילו א"ל הלוה לו בעדים והוא הלוה לו בלא עדים פטור דלא היתה כוונתו רק שיהיה יכול לתבוע את הלוה בעדים ואז יהיה עליו דין ערב, עיי"ש. ועי' תומים סי' קכט ס"ק ו.

מבואר שיכול הערב לומר למלוה אדעתא דהכי שאלוה עלי עדים ותפסיד בעלמך את הגביה מהלוה, לא התחייבתי, ופטור הערב.

וכן מזוהר בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתל"ב הוצא צ"י סי' קכט וזרמ"א בשו"ע שם סעי' ח: מ"כ הלווה קרקע וחתם המלוה עלמו בעד, נפטר הערב דאיהו דאפסיד אנפשיה וכו', והביא הרשב"א ראיה מכתובות לה א' עיי"ש. וכ"כ בשו"ת ר' משה גלנטי סי' ע בערב על כתובה.

וכעיי"ז בשו"ת נופת צופים חו"מ סי' יט במלוה שא"כ השט"ח וטען הלוה פרעתי והערב ידע שלא פרע אפ"ה פטור כיון שהמלוה גרס לזה שלא יוכל לגבות מהלוה, דאדעתא דהכי לא התחייב. ועיי' ט"ז סי' קכט סעי' ח, ובהגר"א לשו"ע שם ס"ק כח, ומשנת דרבי אליעזר על הט"ז שם, ושו"ת כפי אהרן ח"א חו"מ סי' יא.

ולזהדיל, כך גם משמעות חוק הערבות סעי' 6 (א) (ב).