

בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

קבל כסף בעסקא וטוען שהפסיד

תיק ממונות מס' A1712-עא

(מהד' ד אב)

נושא הדיון

א' תובע את ב' שקבל ממנו עשרות אלפי דולרים לצורך עסקא, עפ"י שטר עסקא שא' הכין ומסר לב' כדי להחתיים עליו את הערבים (שלא בפני א'), ואח"כ החזיר ב' את השטר לא' כשהוא חתום, וזה נוסחו: מודה אני ב' הח"מ שקבלתי לידי מא' סך כך וכך בתורת עסקא, והתחייבתי את עצמי שכל סחורה טובה שיהיה נראה בעיני שהיא היותר קרובה להרויח בה מחוייב אני לקנות בעד סך הנ"ל, והם קודמין למעותי, וכל הרייוח שיוזמן ה' לידי מאותו סחורה אזי יהיה מחצית הרייוח לי הח"מ והמחצית לנותן העסקא הנ"ל, רק שאנכה מחלקו בעד טרחתי סך שקל לכל משך השותפות, בין שיהיה ריווח או לא, וכן ח"ו להפסד הוא חלק כחלק, ואין לי נאמנות לומר הפסדתי אלא עפ"י ב' עדים כשרים ונאמנים מוחזקים לכשרים, ועל הרייוח אין אני נאמן רק דוקא בשבועה חמורה, ובפירושו הותנה שכאשר ארצה ליתן לנותן העסקא הנ"ל בחלקו ריווח של 1.5% לחודש - כל חודש ב-5 לחודש ישולם לפחות \$500 ע"ח העסקא והקרן - אזי אף שארויח הרבה אין לבעל השטר עלי שום שבועה כי המותר שייך לי לבד, וכל דין תורת נאמנות לבעל השטר אף לאחר זמן הפרעון, רק שמחוייב אני להודיע לו בכל חודש אם לא היה ריווח וכ"ש הפסד ח"י, וכשלא אודיע לו אזי שתיקה כהודאה שהיה ריווח כנ"ל, ופרעון העסקא בכל חודש ופרעון הקרן יהיה בתאריך א' סיון תש"ע, וכל זמן שלא אחזיר המעות הנ"ל הם בידי בעסקא הנ"ל. ונאמן עלי מקבל העסקא בכל דיני נאמנות. כל הנ"ל נעשה בקנין גמור אנב סודר במדלי"ב כתיקון חז"ל דלא כאסמכתא וכו' ובכל אופן היותר מועיל עפ"י דין תורה.

עה"ח: ב'.

לאחר שב' שילם לא' - עפ"י מה שנקבע בשטר עסקא - כמה תשלומים חדשיים של כ-\$500 שכללו חלק מהקרן ועוד 1.5% רווח, הפסיק לשלם, ועתה נותר חייב לו כ-\$30.000. טוען ב' שלא היתה כאן הלואה כלל אלא עסקא שכולה פקדון, ומוסיף ב' - בדין הראשון (בדין השני לא זכר מה שטען) - שמכיון שבשטר העסקא לא פורש כמה הוא הפקדון, ומנגד נכתב שם שכל הנאמנות למקבל העסקא, הרי הוא טוען שכולו פקדון.

א' מגיב שנתנית נאמנות "למקבל" זו טעות סופר מוכחת בשטר, שכיזד יעלה על הדעת שנותן העיסקא יאמין למקבל בכל? אלא ודאי צ"ל שכל הנאמנות "לנותן" העיסקא, מה גם שסותר את הרישא של השטר שכל דין תורת נאמנות לבעל השטר, ועוד, שאיך יתכן שהתחייב לקבל נאמנות של המקבל כאשר רק המקבל חתום על השטר והנותן כלל לא חתום עליו? בדיון השני הוסיף א' שעיין בשטרי עיסקא שעשה עם אחרים ושם כתוב שכל הנאמנות לנותן, ומוכח שט"ס נפלה בשטר הזה, או שהמקבל שינה בנוסח לפני שמסר לו בחזרה.

מספר ב' שכל הכסף שקבל מא' הלך להשקעה בהוצאות של הליך בוררות שניהלה חברה ג' נגד חברה ד' בתביעה של 25 מיליון ש"ח עבור "גביית חובות", לאחר שחברה ג' נזקקה לכסף כדי לנהל את הליך הבוררות. ב' מסביר שהשקעה בהליך הבוררות היתה ב"פרוסות", וכנגד כל השקעה קבל כתב התחייבות מחברה ג' על כסף נגדי שיקבלו בסוף ההליך של הבוררות, וגם כנגד הכסף שהשקיע מהעיסקא עם א' קבל שטר התחייבות כזה (ב' מסביר שלא היה שותף בתביעה עצמה רק במה שייכה אם יזכה). ב' מסביר ששילם לא' את התשלומים הראשונים למרות שעדיין לא היו רווחים מהליך הבוררות, משום שהאמין שלבסוף ירויח וכך היה מוסכם ביניהם עפ"י השטר עיסקא.

הוא טוען שאת חבילת הדולרים הראשונה שקבל מא' מסר מיד כמות שהיא למנהל חברת ג' עבור השקעה בתביעה המשפטית, ואת החבילה השנייה הפקיד בחשבון הבנק שלו, ואחרי כמה ימים שילם את תמורתה בצ'ק של שקלים להשקעה בתביעה המשפטית. הוא אומר שמסר את הכסף למנהל חברת ג' בלא לקבל כל קבלה או אישור, משום שהאמין בו.

ב' מוסיף שעפ"י הנתונים שקבל היתה השקעה זו נראית בעיניו כדאית, ולא ספקולציה, וגם אביו של ב' שהוא איש עסקים גדול השקיע בתביעה הזו, וגם עו"ד ידוע שבדק את הנתונים הביע דעתו שהיתה זו השקעה כדאית. אלא שלבסוף הפסידה חברה ג' את התביעה מחברה ד', וגם הוא הפסיד את הכסף שהשקיע שם, ע"כ אינו חייב להחזיר כלום לא' וזאת עפ"י תנאי העיסקא שאם ישבע על ההפסדים יפטר מהרווח, ואם יביא עדים כשרים על ההפסדים יפטר גם מהקרן, והוא מוכן להשבע על כך, וגם יש לו ע"ז שני עדים כשרים שידועים שהשקיע את הכסף באותו הליך משפטי שהפסיד לבסוף. העדים הופיעו בבית הדין אך לא ידעו ולא ראו את הכסף שקבל ב' מא' ולמי מסר אותו.

אחד העדים ידע לומר שבאותו זמן השקיע ב' גם בהליך משפטי נגד חברות נוספות, שם עוד לא הסתיים ההליך המשפטי, ויתכן שהכסף שם לא הופסד. יצוין שבדיון הראשון טען ב' שההליך המשפטי נגד החברות התחיל רק כמה חדשים אחרי סיום הפרשה של חברה ד', ובזמן העיסקא עם א' לא השקיע אלא בתביעה מחברה ד', אך בדיון השני הודה שאמנם

התביעה מחברה נוספת התחילה כבר בעת העיסקא עם א', אך הוא לא השקיע בתביעה הנוספת אלא רק בתביעה מחברה ד' שנפלה לבסוף.

טוען א' שלפני העיסקא שאל את א' מה טיבה של העיסקא וכמה הוא משקיע את הכסף ובי' התחמק ואמר לו "לגייס נרשמים לקופ"ח", וא' הבין שמדובר בעיסקא בטוחה, ואילו היה יודע את האמת שהוא משקיע בתביעה משפטית שהצלחה תלויה בדעתו של הבורר, לא היה מוכן להשקיע בזה (לאחר סיום הטענות חזר א' וטען שנודע לו שב' אכן השקיע את הכסף בקופ"ח ושם כן הרויח). עוד הוא טוען שאינו מאמין לא' שהכסף שקבל ממנו שולם להליך המשפטי, שהרי ההליך התחיל שנתיים קודם וכבר אז השקיע בו ב' כספים, ואח"כ גלגל כספים מכאן לכאן, ויתכן שהכסף שקבל ממנו הלך לתשלום חובות שב' היה חייב, וא"כ לא היתה כאן עיסקא. עוד טוען א' שלפי השטר עיסקא היה על ב' להודיע לא' בסוף כל חודש אם העיסקא הרוויחה או הפסידה, ואם לא הודיע על הפסדים נחשב כהודאה על רווחים, ומכיון שב' לא הודיע לו באותו חודש על ההפסד אין לו עוד נאמנות לומר שהיה הפסד, וחייב לשלם הקרן עם הרווח. ב' משיב שכשנודע שהפסיד קמה ועדה של עסקנים לסידור החובות שלו וזו הודיעה לא' על ההפסד. משיב א' שהועדה לא אמרה לו שהעיסקא הפסידה, אלא רק שאוספים כסף לב' שנקלע לחובות.

ב' אומר שאם יצא חייב בדין יש לאחד חוב זה עם חובותיו האחרים שמטופלים אצל הרב ס'. א' תובע גם את הערבים שחתמו לו בנוסח: "תן לו ואני אתן לך" וכל אחד מהם חתם על זה את שמו. אחד מהנתבעים מודה שכונגתו היתה להיות ערב קבלן, ואחר טוען שהתכוין להתחייב במה שנוסח ההתחייבות הזו מחייב. כל הערבים טוענים שאם הלווה פטור משום שהכסף הופסד גם הם פטורים. לאחר שיצא הלווה חייב בדין, טענו הערבים שאחרי שללוה עצמו יש ועדה שמסדרת לו את פרעון החובות, כדין מסדרין לבע"ח, שוב אין לגבות מהם מה שאי אפשר לגבות מהלווה, שהרי הם אינם חייבים יותר מהלווה עצמו, ועוד, גם להם אין כסף ומגיע להם סידור שהרי הם ערבים קבלנים. הם אומרים שהועדה המסדרת הציעה לא' החזר מידי שליש החוב והחזר תשלומים של סכום מסויים בתנאי שלא יגבה באותו זמן גם מהערבים, וא' דחה את ההצעה. א' משיב שחלק מהכסף שייך לאלמנה שזקוקה לכסף, ולכן הוא מבקש לחייב את הערבים בנוסף להסדר של הועדה המסדרת.

הערבים מבקשים שבית הדין יאסור על המלווה לפרוע את הצ'קים שנתנו לו לבטחון. אחד הערבים הגיע להסכם עם המלווה לשלם לו סכום מסויים בכל חודש.

פסק דין

- א. ב' חייב לשלם לא' את כל הקרן שקבל ממנו, בקיזוז כל מה ששילם לו עד היום (כולל ה"ירווחים", וגם אלו שא' הפריש אותם לצדקה בטעות), ויש לאחד חוב זה עם שאר חובותיו של ב' המטופלים ע"י הרב ס.
- ב. הערבים חייבים מחצית מהקרן (בקיזוז מה שכבר שילם לו), ויש לחייבם לשלם בתשלומים בסכום מסויים.
- ג. בית הדין מצווה על המלוה שהצ'קים שמסרו לו הערבים לבטחון לא יגיעו לידי פרעון.

(-) אברהם דוב לויץ, אב"ד (-) יהושע ווייס (-) שמואל חיים דומב

השאלות לדיון

- א. סתם עיסקא שלא פורש בה אם וכמה הוא חלק המלוה וחלק הפקדון.
- ב. שטר עיסקא שנכתב בו בסיפא שכל הנאמנות היא למקבל העיסקא, בסתירה לרישא.
- ג. קניית זכות עתידית המוטלת בספק.
- ד. קבל כדוי להשקיע בעיסקא והפקיד את הכסף בחשבון הבנק שלו בלי להודיע למשקיע.
- ה. מסר את הכסף שקבל להשקעה ללא קבלה ואח"כ הכסף אבד באונס.
- ו. שילם למשקיע רווח בטרם זכה בהליך המשפטי ולא הרויח כלום.
- ז. "תן לו ואני אתן לך".
- ח. ערב על עיסקא.
- ט. אמר הערב בשם הלווה שלא הרויח בעיסקא.
- י. האם מסדרין לערב קבלן, וחייבו כשסידרו לבע"ח עצמו.
- יא. נתן חומש לצדקה והתברר לו שלא היה חייב, האם יכול לחשב את מה שנתן על חשבון העתיד.

תשובה

א. בגמ' ב"מ קד א': אמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, עזוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה וניחא ליה למלוה. ופרש"י המקבל פרגמטיא מצעה"כ ושמה לה כפי דמיה שהיא שווה כאן והוא מוליכה למקום היוקר למחצית השכר, חצי אחריות אונסים עליו כמלוה וחצי אחריותה על צעלים כפקדון.

תקון רבין הק' תקנתא דניחא להו לתרווייהו. ע"כ. ובדף סח א ד"ה אין מושיצין, כתב רש"י דמה שאמר דעיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, סתם המקבל פרגמטיא למחליט שכר מקבל עליו אחריות חלי הקרן באונסין וזולא, הלכך הדיא פלגא כיון דמיחייב באונסין מלוה הוא אללו שהרי שומא היא אללו במעות כשער השוק ודינו ליטול חלי שכר נמלא מתעסק בחליו של צעה"ב שהוא פקדון אללו וכו'. וכן פירש הרמב"ן שם קד א, והרא"ש פ"ט סי' ט, והמאירי, וכ"מ שלוהין פ"ו ה"ב. והוסיף בתורת חיים למרח"ש ח"ב סי' כו דתקנת חכמים היא כאילו אדעתא דהכי נתעסקו, אבל כשודאי לא נתכוונו לכך הכל לפי כוונתם.

ובנידון דידן דבשטר עיסקא לא פורש אם וכמה הוא חלק המלוה וחלק הפקדון, וטוען היום צ' המקבל שהכוונה היא כולו פקדון, ולכן כשהפסיד צעיסקא כל ההפסד על א' הנותן, לפי דברי הגמ' והראשונים סתם עיסקא הוא פלגא מלוה ופלגא פקדון, דתקנת חכמים היתה כאילו אדעתא דהכי נתעסקו דניחא להו לתרווייהו. וא"כ מה שטוען היום צ' שכולו פקדון הוא נגד תקנת חכמים בשתם עיסקא, ואינו נאמן.

אלא שלטענת צ' על זה כתוב בשטר העיסקא שכל הנאמנות למתעסק, כלומר שהנותן האמינו צמה שטען על העיסקא אם וכמה הוא המלוה והפקדון, אך א' מכחיש וטוען שט"ם הוא, כי איך יתכן שיתן נאמנות בדבר עיקרי כזה למקבל? וע"י להלן.

ב. שטר שיש בו סתירה מרישא לביפא פסק בשו"ע סי' מב סעי' ה דאם אפשר לקיים שניהם מקיימים אותם, ואם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה מנה ולמטה מאתים או איפכא, הולכין אחר התחתון. ונחלקו הסמ"ע והש"ך באופן שאפשר לקיים שניהם ע"י הדחה אם מקיימים אותם, לסמ"ע אפילו אם הקיום הוא בדוחק מ"מ מקיימים משום דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תוך כדי דבור, ולש"ך אין מקיימים. והנה"מ כתב כהש"ך.

ובנידון דידן שמדובר בשטר עיסקא שצרישא נכתב שהנאמנות לבעל השטר, והוא הנותן, ובסיפא כתוב שהנאמנות למתעסק, וטוען הנותן שצודאי ט"ם הוא והיה ל"ל לנותן, כי איך יעלה על הדעת שיתן כל הנאמנות על הכסף שלו למתעסק? מה גם שסותר לרישא שכל הנאמנות לבעל השטר, ואילו המתעסק טוען שהכוונה בסיפא לתת לו נאמנות לפרש את העיסקא אם כולה פקדון או לא, נראה שלא מיבעיא לדעת הסמ"ע עדיף לפרש כדברי המתעסק מאשר לומר ט"ם, אלא אפילו לדעת הש"ך נראה שפירוש זה אינו נחשב לדוחק, וע"כ יש להאמין לצי' שכולו היה פקדון באחריות הנותן ומה שכתב בלשון "כל הנאמנות" י"ל שכוונתו להוסיף גם על מה שפרע אם פרע עבור הקרן או עבור הרווח, עיי' שו"ע סי' פ סעי' ל).

ג. במשנה מכות ג א אומדין כמה אדם רואה ליתן בכחוצתה של זו שאם נתאלמנה או נתגרשה ואם מתה יירשנה צעלה. ופרש"י כמה אדם רואה ליתן בכחוצתה של זו. מספק שאם נתאלמנה או נתגרשה יעלנה לוקח ואם מתה יירשנה צעלה ויפסיד מעותיו שנתן.

מפורש שיש קנין על זכות עתידית המוטלת בצפק, שהיא כמו "הימור". ועיי' פס"ד ירושלים כרך יא עמ' קאף על מחסר בצחורות עתידיות אע"פ שהוא כמו "הימור". וה"ה צידון זה שמכר לו את הזכות שיש לו בשטררי ההתחייבות שנתן לו בעל חברה ד' אם יזכה בצחורות.

ומה שטוען הגותן שדעתו היתה לעיסקא בטוחה כמו הרשמת חברים לקופ"ח, ולא לעיסקא שתלויה בדעתו של צורר שמי יודע מהי, ומתברר לו שנעשתה עיסקא בטעות, למרות שהמקבל אינו מכחיש שלא גילה לו את האמת. נראה ש"כוונה" זו של הגותן אינה אלא דברים שבלב, ואינו יכול על סמך דברים שבלב להזיף ממון מהמקבל.

ד. בגמ' צ"מ קד ז אמר רבא להכי קרו ליה עיסקא דא"ל כי יהיבנא לך לאיעסקוי ביה ולא למישי ביה שיכרא. ופסק הרמב"ם שזוחין וזוחפין פ"ו ה"ד ושו"ע סי' קעז סעי' ל: אין המתעסק יכול לחלק המעות של עסק או הסחורה ולומר אטול אני החצי שבתורת מלוה לעלמי ואשא וחתי צו ואניח החצי שבתורת פקדון צבי"ד, שלא נתן לו ממון זה אלא להתעסק בכולו.

וכתב בתשו' מיימוני לספר משפטים סי' כטו בשם הר"י ברוך שאם לא לקח ראות להזיף הרי שלא יד בפקדון והרי הן עליו מלוה ואינן בחזקת בעלים וא"כ רצית הוא. והרמ"א בשו"ע סי' קעז סעי' ה כתב שאם שינה ואמר לעלמי אני עושה ולא בתורת עיסקא הוי כגזלן ומה שעשה עשה לעלמו, ובמקום שנהגו שלא להפקיד על כך מסתמא הוי כנהגו וועיי' ברית יהודה פל"ח סעי' יא דבהיתר עיסקא דידן דמיא למקום שנהגו ומותר להזיף חלק המלוה. ובשו"ע הרב סעי' מב כתב שאם הזיף המעות לנורך פרנסתו או דירתו או פרעון חובו, אף אם החזיר מעות אחרות תחתיהן ונתעסק בהן והרויח ה"ו הרווח שלו, ואם נתנו לנותן ה"ו רצית גמור. ובגליון רעק"א לאו"ע סי' קעז סעי' ה, ובמל"מ מלוה ולוה פ"ו ה"א בשם בני אהרן, כתבו שהרשב"א חולק בזה וס"ל שאפילו אם נעשה גזלן על מקלת והרויח צו הרווח לבעל המעות או לאמלע, ועיי' יש"ש צ"ק פרק הגוזל קמא סי' ל.

ובנידון דידן שצי מודה שכל הכסף שקבל מאי' היה פקדון להשקיע בעיסקא, כיון שמודה שהפקיד חלק מהכסף בחשבון הבנק שלו, ורק אחרי כמה ימים מסר את תמורתו להשקעה, ה"ו שולח יד בפקדון והחוב על כסף זה נעשה עליו מלוה, ומה שגילס עליו לאי' רווח ה"ו רצית גמורה.

ה. כיון שמדובר כאן בעיסקא, ולפי הודאת המקבל היתה כולה פקדון, אם המקבל מסר את הפקדון למנהל חברה ג' ללא קבלה "מאוס שהאמין לו", זוהי פשיעה בשמירה וכאילו הפקיר את הכסף, וא"כ גם לטענתו שבסופו של דבר הפסיד את הכסף "באונס" בגלל פסיקת הצחורות שהייתה לרעתו והוא לא יזיפה לזה, דינו בתחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב, עיי' שו"ע סי' רלא סעי' ו, וגם לפי מה שכתב שם הסמ"ע ס"ק י' דהיינו דוקא כשמוכל לתלות ולומר דאם לא היתה הפשיעה מתחילה לא היה נעשה האונס, מא"כ אם מתה, הרי צידון דידן לולי האמון הרב שנתן במנהל חברה ג' לא היה מפסיד את הכסף מאוס שלא היה משקיע אלא.

יו"רין צפצפ"ד צימ"ש שלום בראש"ל מ' א 960106 מיום 21.2.08 (כאשר לפני העסקא דן על עובדות שקרו בשנת 2006, לפני שב' נכנס לעסקאות עם אותו אדם) היה מנהל חברת ג' "לקוח מוגבל צננן שאבאר עליו על פי חוק למשך שיקים או לפתוח חשבון בנק", ובינו לבין אותה שברה - שבצנננמיו קמה לה תביעה זו שהעסקא עוסקת בה - הועברו הלוואות של כספים רבים מהאחד לשני. כמו כן נמלאו תיקי תביעה רבים שהתנהלו נגדו בצתי המשפט באותה תקופה, גם כאלה שהנפש היפה מולדת מתוכנס, ואלו הם מהדברים שיתן היה לברר בקלות לפני שב' נכנס אתו לעסקים, ולפיכך טענת א' שאילו היה יודע למי ולמה מיועד הכסף שמשיקע בעסקא, לא היה נותן בשום פנים, היא טענה נכונה ומתקבלת, וברי לי שגם צ' - שהוא אדם מכוזב וראש מוסד תורני, לא היה משקיע אללו פרוטה לו היה יודע מכך).

אלא שלפי הודאת המשקיע - בטענה שכתב לאחר סיום הדיונים בצית הדין - נודע לו שהמקבל השיקע את הכסף בקופ"ח שהוא עסקא בטוחה ושם באמת הרויח, נמלא שיש לנו הודאת צע"ד שאין המקבל פושע, ובהודאה כנגד הודאה הרי אמרו צב"ק לה ב טענו חטים והודה לו בשעורים פטור, וכתב הרמב"ם טו"כ פ"ג ה"י דנמלא דומה למי שאמר לחבירו צבי"ד מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך, שאין צי"ד מחייבים אותו ליתן כלום, ופסק השו"ע סי' פח עפ"י יב שאפילו יש עדים על השעורים פטור דהודאת צע"ד כמאה עדים דמי, וכן פסק בבי' עה עפ"י יא עפ"י שו"ת מהר"ם סי' קלה שאם א"ל חייב אני לך מנה והלה אומר ודאי לי שאיך חייב כלום פטור אע"פ שידע בודאי שהוא חייב דהו"ל כאילו מחל לו.

ו. עיי' ברית יהודה פרק לח עפ"י ו' צס שו"ת מהר"ם במפתחות לח"צ יו"ד סי' רטז שלפי דעת קדושים המקבל מעות על ג' היתר עסקא ונותן רבית אע"פ שלא הרויח אינו אלא אבק רבית, ודוקא כאינו נותן הרווח עד אחרי תשלומי הקרן, אבל אם נותן מקודם בודאי הוי רבית קלו"ה, והביא משו"ת חת"ם חו"מ סי' נח שהמעלים עיניו ממנו נוכל לתלות שכבר הרויח הסכום הקלו"ז. והביא משו"ת אמרי יושר ח"א סי' קפט שמי"י יכול להתנות שנותן לו רווח על החשבון, ושם יתברר לבסוף שלא הרויח ינכה לו הסכום מהקרן, עיי"ש.

לפי"ז צנידון דידן אסור היה לצ' לשלם רווח לפני שהסתיים ההליך המשפטי לזכותו כשעדיין לא הרויח, ומה ששילם יש לנכות מהקרן.

ז. בגמ' צ"ב קעד א: אמר רב הונא הלווה ואני ערב, הלווה ואני פורע, הלווה ואני חייב, הלווה ואני (נותן) אתן (הגהות מהרש"ל), כולן לשון ערבות הן, תן לו ואני קבלן, תן לו ואני פורע, תן ואני חייב, תן לו ואני (נותן) אתן (הגהות מהרש"ל), כולן לשון קבלנות הן וכו', רב חסדא אמר כולן לשון קבלנות הן בר מהלווה ואני ערב. רבא אמר כולן לשון ערבות הן בר מתן לו ואני נותן. וכתב הרש"ם דקיי"ל כרבא דהוא ברמא, ודוקא תן לו ואני נותן דשניהם לשון מתנה משמע קבלנות, שבאותו לשון שצויה למסור לזה קבל עליו לפורעו, דמשמע כאילו קבל הוא עצמו מיד המלוה. וכן פסק הרמב"ם מלוה ולוה פכ"ה ה"ה

ושו"ע סי' קכט סעי' ז' ויח. ועיי' ממ"ע שם ס"ק לח שהוסיף על דברי הרשב"ם כאילו קיבלו מיד המלוה וינתן ליד הלוה".

אמנם באו"מ ז"ב סי' רמו כתב שם רבינו צרוך מארזן יון, שהקבלן הוא כגנשא ונתן ציד מהמלוה ללוה, וכ"כ מהרש"א גיטין מט ב בתוס' ד"ה קבלן, בדעת רש"י, אך עיי' קרני ראש על המהרש"א שם שם הרשב"א בדעת רש"י. ועיי' פני" גיטין שם ותומים סי' קכט ס"ק יט שלדעת רש"י דוקא כשאמר ע"מ שתגבה ממי שתראה, וכן כתב בהעיותור ערב (ועיי' כנה"ג סי' קכט בהגה"ט ס"ק ע שיכול לומר קיס לי כהאי. ועיי' מטה אהרן ח"ב ערך קבלן (דף רנב עמ' ד) שקבלן שלא נשא ונתן ציד יכול להפטר בטענת קיס לי כרש"י).

ח. נחלקו האחרונים אם חלה ערצות בעיסקא בלא קנין: הש"ך סי' קכט ס"ק יב, כתב שכיון שאין המלוה נחסר בשביל רוחים של העיסקא הוי כשלא בשעת מתן מעות אין הערצות חלה אלא בקנין, דכשנולד השבח כבר הוא תחת יד המקבל ולא הוי כהוליא ממון על פיו, וכמו שאמרו לגבי רבית, עיי' מרדכי ב"מ סי' שלג בשם מהר"ם, וצ"י וי"ד סי' קע ושי"ך שם ס"ק ה, ואב"מ סי' כט ס"ק ז, ושו"ת מהרי"א"ז עמול סי' פד (אבל להג"א ב"מ פ"ה סי' נג ושי"ג ב"ב דף פב ע"ב מדפי הרי"ף, חייב הערב ברבית אף בלא קנין. ועיי' אמרי בינה קונטרס הקנינים סי' ב, ושו"ת שו"מ מהדורא ד ח"א סי' מה).

אך קלוה"ח סי' קכט ס"ק ב ובמשו"ב שם וסי' פא סוף ס"ק ל, ושו"ת עמודי אור סי' קה, ואולם המשפט סי' קכט על הש"ך שם, כתבו שבעיסקא חייב בערצות גם בלי קנין, דחלק הרייוח שעולה ממחלית הפקדון הוי ממש של הנותן כיון שעוסק עליו והעמיד ערב שכל מה שיהיה בידו חלק הנותן יחזיר לו, הו"ל כאילו העמיד ערב שאם ילוה לו לאחר זמן יחזיר לו ואע"ג דהשתא אינו מלווה, וה"כ האי שבחא דנותן מלווה אח"כ עפ"י ציווי הערב, כיון דחלק הנותן הניח בידו, וכתבו כן עפ"י הגמ"י מלווה ולוה פכ"ה אות ז ורי"י מישרים נכ"ז ח"א. ועיי' נהר"מ סי' קכט ס"ק ד.

וכתב בערך שי סי' קכט ס"ק ה שמשפק הערב פטור, וכ"כ בשו"ת מחזה אברהם חו"מ סי' יא, ושו"ת מנחת יחיאל ח"ד סי' ד בשם שו"ת בית שלמה חו"מ סי' עג.

אלא שבנידון זה הערצות נכתבה בשטר עם החימת הערב, ודעת כמה ראשונים שבכת"י משתעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חוריו, עיי' תוס' כתובות קא ב ובשו"ע סי' קכט סעי' ד בדעה ראשונה, ואף לסבורים שם שאינו משתעבד בכת"י אלא בקנין, ועיי' נהר"מ סי' מ ס"ק א שלדעת רש"י בכתובות שם אינו מתחייב אפילו בשטר גמור אלא בקנין, הרי כבר נהגו הערבים להתחייב באופן כזה וגם בדיניהם הוא מחייב דינו כמיטומתא שנחשב לקנין בערצות, עיי' רמ"א בשו"ע סי' קכט סעי' ה.

אמנם בערב קבלן, כמו בנידון דידן, הרי כתב בנתה"מ סי' עז ס"ק א, בדין שנים שקבלו פקדון ציחד, דלא שייך לחייב ערב קבלן על אומר, דבקבלן אינו חייב מטעם שקיבל על עצמו חיוב תשלומין של השני, רק מטעם דהוי כאילו הוא קיבלן לעצמו, כגון בהלוואה הוי כאילו הוא הלווה לעצמו, ובשומר כאילו קיבל

השמירה בעלמו ומסרו להשני דנפטור משמירתו דמהיכי תיתי יהיה גרע הקבלן מאילו קיבל בעלמו שפטור כשנתנו להשומר, ואין חיוב על השומר מאוס שומר שמסר לשומר דהא מסרו לאיש הנאמן אלל הבעלים. ועיי' חידושי הגר"ש"ש לז"ק סי' יב דערצות זו היא קבלת שמירה, היינו דאינו רק חיוב אחריות על דמיס לחוד, דהרי אם יקבל אדם חפץ בפקדון באופן שלא יהיה מחוייב לשומר לא מליטו שיהיה עליו דין שומרים על חיוב דמיס לחוד.

אלא שצנידון דידן לפי מה שנתבאר לעיל אות ה שהמקבל פשע כשמסר הכסף היכן שמסר, י"ל דתלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש בצומר שמסר לשומר שהבעלים רגילין אללו ופשע השני אם הראשון חייב, עיי' תוס' ב"מ מצ ב ד"ה כל המפקיד, בשם ר"ת, ורא"ש שם סי' כג דהראשון חייב, ועיי' רמב"ם שאלה ופקדון פ"ד הי"ט דפטור, ועיי' קהלות יעקב ז"ק סי' לב צדעת הרא"ש ור"ת דאם פשע השני איגלאי מילתא למפרע ששומר גרוע הוא ולראשון לא היתה ראות להסתלק מהשמירה, ואז הראשון חייב דאיגלאי מילתא למפרע שנשאר הוא השומר של הבעלים, והשני לא קיים בעצורו את חובת השמירה, שהרי פשע (ועיי' רשימות שיעורים ב"ק יא ב).

ט. אם הערב עצמו אינו יודע אם הלווה הרוויח רק טוען כך בשם הלווה, עיי' שו"ת מהדורא ב ח"ד סי' קיד שדינו כאומר איני יודע אם פרעתך, עיי"ש. ועיי' שו"ת מהר"ש ענגל ח"ד סי' עז שאם לא נשבע הלווה שלא הרוויח, חייב הערב, ועיי' שו"ת מהרש"ם ח"א סי' כ. אבל בשו"ת מנחת יחיאל ח"ד סי' ד כתב שאם טען הלווה שלא הרוויח אך לא נשבע, אין לגבות מן הערב, שגם אם לא נשבע אין ראשון לגבות ממנו רק לקרותו עבריו, וא"כ גם הערב פטור.

י. בגמ' ב"מ קטו א: ת"ר לא תבא אל ביתו לעצוב עצו,ו, לביתו אי אתה נכנס אל אתה נכנס לביתו של ערב וכו'. וכתב הג"י שם וטור סי' אז בשם צעה"ת ש"ח ח"ב אות ג, שהיה לענין דין מסדרין לבע"ח, שלערב אין מסדרין. אך דעת הרמ"ה, הוצא צטור שם, שגם לערב מסדרין, וכתב הצ"י שכן דעת הרמב"ם (ועיי' גדולי תרומה שם וצ"י שם שחולקים צדעת הרמב"ם בזה), וביאר הגר"א שם ס"ק קא, שדין סיודור נאמר גם בחוב כתובה ולא דוקא בחוב הלוואה, ועיי' לבוש שם סעי' כט שלומדים ערב צמה הל"ד מהלוואה וערכין, עיי"ש. והשו"ע סי' אז סעי' כט הביא שמי הדעות, וכתב בצ"ח היטב סי' קכט ס"ק כה בשם כנה"ג סי' קכט בהגה"ט אות מח דכיון דאיכא פלוגתא דרבותא יכול המוחזק לומר קיס לי כהרמ"ה והרמב"ם ורבינו בעל הטורים שסוברים דמסדרין לערב.

וכתב השו"ע צדעת צעה"ת שזה דוקא בערב שאינו קבלן, אבל בקבלן דינו כלוה דמסדרין. והקשה בכנה"ג סי' קכט מהד"ק בהגה"ט אות מח שא"כ נמלא שלדעת צעה"ת קבלן קל מערב רגיל, שלקבלן מסדרין ולערב שאינו קבלן אין מסדרין, ועל זה נאמר יציבא בצ"רעא וגירורא בשמי שמיא.

וכשסידרו לבע"ח עצמו אם גזין מהערב את מה שלא גבו מהבע"ח, נסתפק בזה בפסקי ריקאנטי סי' שז, הוצא בכנה"ג סי' אז מהד"ב בהגה"ט, וז"ל: ומספקי לי לדברי אלו הגאונים [רש"י הרי"ף והרמב"ם

דמסדרין לבע"ח] אם גובה מן הערב מה שסידר לבע"ח, דשם יכול הערב לומר לו איני רוצה לפרוע כלום צדוע שיש ללוה כלום. וכתב בכנה"ג שם: ולי פשיטא שאינו גובה מן הערב, שאין הערב חייב אלא צמה שנתחייב הלוה לפרוע. ע"כ. והקשה באמרי בינה הלי גביית חוב סיי ג מדוע אין גבין מן הערב והרי אין ללוה מעות לשלם, אבל למעשה כתב שם שאין גבין מן הערב כיון דדין מסדרין לבע"ח הוא מחלוקת הפוסקים, שהרי דעת ר"ת בתוס' דאין מסדרין לבע"ח, ואף דאין יכול להוליא מן הלוה מספק, דאפשר להדין הוא דמסדרין, מ"מ גם מהערב אינו יכול להוליא דאפשר דהלכה דאין מסדרין לבע"ח, ויכול הערב לומר קים לי כר"ת דהלוה חייב לשלם ולריך לתצוע מהלוה קודם, ומספק אין יכולין להוליא ממנו, עיי"ש.

אמנם צערב קצבן דגובה ממנו גם אם יש ללוה מה לשלם, גובה מן הערב גם אם סידרו לבע"ח.

יא. בגמ' ע"ז יח א': ת"ר כשחלה רבי וסיי צן קיסמא הלך רבי חנינא צן תרדיון לבקרו וכו' א"ל מעות של פורים נתחלפו לי בצמעות של דקה וחלקתים לעניים וכו'. ופרש"י (לעיל יז ב) סבור הייתי שהן של דקה וחלקתים לעניים שלא לסעודת פורים, ואני פרעתי משלי את של פורים. ל"א, מעות שלי לסעודת פורים נתחלפו לי בצמעות של דקה וסבור הייתי שהן של דקה וחלקתים לעניים ולא חזרתי ליפרע מארנקי של דקה. ע"כ. ולכאורה משמע שזו היתה מעלה מיוחדת של ר' חנינא צן תרדיון שלא חזר ופרע משל דקה, אע"פ שכן הדין היה יכול להפרע משל דקה. ועיי' טוב"ק יו"ד סי' עג, אלה: מי שהיה נוהג כל ימיו מעשר הריוח שלו היה מחלק לעניים וכו', ולפעמים היה מקדים לחלק לעניים ועדיין לא היה צידו ריוח ואח"כ כשהיה מרווח היה מנכה לעצמו הכל וכו', והא"ש הנ"ל מת וגמלא צפנקם של החלוקה עולה יותר ממה שהיה מגיע ממנו מעשר, וגמלא המעשר חייב לו חיזה סך, אם יש ציד היוורשים לנכות זה ממעשר המגיע מהם מירושתם. תשובה: אני אומר שדבר זה שאפילו החי צעודו צחיים ינכה ממעשר ממה שכבר חילק לעניים טרם נתחייב צמעשר הוא מהלכות עמומות, כי מן שורת הדין אין דבר זה מצורר להיתר וכו'. וכתב שמה שאמרו בגיטין ל א המלוה מעות את הכהן וכו', כל זה צמלוה לעני שנתן מתחילה צתורת הלוואה, אבל צנותן לעני סתם דרך דקה וצמתנה אין לו על מה לחשוב ומה שנתן נתן ואי אפשר לו לעכב לעצמו המעשר המגיע מהריוח אח"כ, עיי"ש. וכן צשו"ת צנין ליון יו"ד סי' יג כתב: ספק אם מהני להחשיב מה שכבר נתן צתורת דקה לעניים על חוב המעשר שיתחייב צעתיד.

ויש לדון כיון שהדבר אינו מוכרע, האם אומרים צזה ספיקא דאורייתא לחומר א וצעתיד יצטרך לתת משלו את כל המעשר ולא יוכל לחשב את מה שכבר נתן צטעות, או אזה ספק ממון שאין להוליא מיד המוחזק, עיי' מחנ"א דקה סי' ב ונדריס סי' ח, ונתה"מ כללי תפיסה אות ב, וקונטרס הספיקות כלל א סעי' ט, וחי' הגר"ח על הש"ס צענין ספק ממון עניים, ושע"י ש"ה פ"טו, וקהילות יעקב נדריס סי' ז, ומשנת יעבן יו"ד סי' יח, ועוד.

אברהם דוב לוין.

ב

א. בניד"ד שיש הסתירה בשטר עיסקא בין הרישא לסיפא, הנה בשו"ע סי' מצ סעי' ה כתב: היה כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיימם (שניהם) מקיימים אותם, אבל אם הם כותרים זה את זה וכו' הולכין אחר התחתון. ובסמ"ע סי"ק י הביא מהד"מ דאפילו אם הקוים דוחק מ"מ מקיימים משום דאין דרך הצריות לחזור בדצריהם תוכ"ד. ובש"ך סי"ק ט פליג. וזה וס"ל דרק אם מרוחקים זה מזה ואפשר לקיימם מקיימים אבל כשאי אפשר לקיים רק מדוחק לא שמענו, עיי"ש.

וכתב האב"ד שליט"א דבניד"ד דאפשר לפרש בהנאמנות למתעסק הוא אם הוא כולו פקדון או לא, זה ודאי שאפשר לקיים. ואפילו לדעת הש"ך דדוחק לא מקיימים הכא לאו דוחק הוא.

ולעני"ד נראה דלפרש את הנאמנות בשטר ע"ו אם הוא כולו פקדון ודאי דוחק הוא, דהרי באותו השטר המשקיע אינו מאמינו רק מזריך שני עדים כשרים לשאר דברים וא"כ אחאי יאמין לו בזה ולמת לו את הנאמנות אם הוא כולו פקדון אם לאו, ומאי שאל.

ועוד פוק חזי דאין משקיע נותן נאמנות למתעסק, וא"כ לא מיבעיא דלהש"ך דהיכא דמיישב דוחק אין מקיימים, דהכא יישב דוחק הוא, אלא אפילו לדעת הסמ"ע דמקיימים כשאפשר ליישב דוחק והוא משום הטעם דאין דרך בני אדם לחזור בהם תכ"ד, הכא אין טוען שחזר בו אלא דהוה ט"ס, ואף שגם זה דוחק, ועוד טען דלא הוא כתב מילים כאלו אלא משהו אחר הוסיף פיסקא זו, והראיה שבשאר שטרותיו אין פיסקא כזו, אפשר דכדי ליישב הסתירה בשטר ולומר דכוונתו לתת לו נאמנות אם כולו פקדון אם לאו הרי אין דרך המשקיעים לתת נאמנות למתעסק, והוה גרוע מיישב דוחק, וז"ע.

והנה בנתה"מ שם סי"ק ב הקשה אם נכתב למעלה מאתיים ולמטה מנה למה לא נקיים שניהם שהלוי לו מאתיים ואחריות נתן רק על מנה, ומירץ דהוה ישב דוחק וכהש"ך דאין מקיימים בישוב של דוחק, עיי"ש. ובנחל יחזק תמה דלאו רחיה היא דהתם לא משום דהוה דוחק אלא דאם נאמר דאחריות קבל רק על מנה הוה נגד חזקה דלא שדי אינש וזוי בכדי והוה חזקה כנגד הכלל דאין דרך בני אדם לחזור בהם, ולכן בעלמא מיישבין אפילו דוחק, עכת"ד. וא"כ אפשר דבניד"ד הוה אין דרך להאמין למתעסק נגד האין דרך לחזור בהם תוכ"ד, ואין מיישבין בכה"ג. ועוד נראה דליכא לפרושי כדברי המתעסק שנתן לו נאמנות אי כולו פקדון, דאי משום הא הו"ל לכתוב בזהו כולו פקדון ולמה כתב שנתן לו נאמנות וסותר דבריו ונלטרך לפרש דבריו.

לכן נראה דשטר עיסקא זה דינו כשטר עיסקא סתם דדינו דחזיו מלוה וחזיו פקדון, ויש לקבל טענת הנותן דט"ס הוא, אי דהמתעסק הוסיף זה על דעתו ולא על דעת הנותן והנותן לא שם לב להוספה זו, אע"פ שאלו טענות דחוקות, דהרי בסתירה זו בשטר אי אפשר לומר מה שכתב בשו"ע סי' מצ סעי' ה דאם אי אפשר לקיים שניהם הולכין אחר התחתון, דאם נלך בזה התחתון וניתן כל הנאמנות למתעסק בטל כל כח השטר ועשינו אותו כחספא בעלמא. לכן עדיף לומר דט"ס הוא וממילא דינו כשטר עיסקא סתם דהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון, וכמו שהביא האב"ד שליט"א מהתורת חיים למהרר"ש דתקנת חכמים היא כאילו אדעתא דהכי נתעסקו.

לפיכך, גם לדברי הנתה"מ דלא שייך ערב קבלן על פקדון, מ"מ על החזי מלוה שייך ושייך, וחייבים הערבים על החזי מלוה.

והיה מי שרלה לומר להשטר הזה הואיל ויש בו פתירה בעיקרו של השטר לאו שטר הוא כלל. ונראה דמ"מ הערבים חייבים על החלי מלוה, כיון שהטותן והמקבל והערבים מודים על הסך שכתוב בו שניתן לעיסקא, א"כ חתימתם של הערבים מחייבת אותם בערבות אף אם השטר עלמו בין הנותן להמקבל פסול, דלא גרע מאמרו הערבים בדיבור תן לו ואני אחן לך, וכן משמע מהש"ן סי' קכט ס"ק ו' שהביא משו"ת מהרש"ם סי' לח דאם כתב כתי"י כל מי שיתנדב ללוות לפלוני כך ממון אני נכנס עצרו ערב קבלן, שז"ד לומר שאין זה ערבות, משמע דאם גם המלוה היה כתוב כתי"י היה חייב דהוה כאומר לא תן לו והחתימה על כתי"י שכתוב בו שם הלוה והמלוה מחייב כאמירה בע"פ, ומה שהביא מחלוקת באם הערב עלמו אינו יודע אם הלוה הרוויח רק טוען כן בשם הלוה אי אפשר לחייבו כשלא נשבע הלוה, בניד"ד לכו"ע חייבים הערבים אף שלא נשבע שהרי נתחייב בשטר דאם לא יביא עדים כשרים על ההפסד יהיה חייב, והרי עדיו לא ידעו להעיד כלום על הכסף שעבר לעיסקא, וא"כ הערבים חייבים את הפלגא פקדון.

ב. מה שהביא יד"ע האב"ד שליט"א ראה שיש קנין על זכות עתידית המוטלת בספק מכתובה שנמכרת אף דאפשר שתמות בחיי בעלה ויפסיד משותיו, עיי' מכות ג א וברש"י. לכאורה כתובה לא דמיא לניד"ד דבכתובה הבעל התחייב בשטר באם ימות קודם או יגרשנה ליתן כתובה והשטר קיים והוא נמכר על אף דהוה ספק אם יבוא לידי גביה דאפשר דתמות קודם, משא"כ הכא לא היה דבר בעולם שיכול למכור, וזה מש"כ בשו"ע סי' רט סעי' ד דאין אדם מקנה דשלב"ל בין במכר בין במתנת בריא בין במתנת ש"מ (ובבס"מ ס"ק ה': דוקא מקנה, אבל יכול לחייב נפשו בדבר שלא בא לעולם וכמו שכתב הטור והמחבר בס"י ס. ע"כ), כי"ז מה שזו"ל שדה זו מכור לך וכו', ויכול לחזור בו אפילו אחר שחלל הפרה ואחר שגדלו הפירות, עיי"ש.

ומש"כ בפס"ד ירושלים כרך יא עמ' קיא בשם מרן הגר"ש שליט"א דעיסקאות בדשלב"ל עיי' הוראה למחשב בלא נתינת כסף או שטר מהני מדיון קנין סיטומתא, נראה דזה רק בדברים שיש בהם מסחר, דהיינו שיש צורקות וצוקרים ודרכי קניה ומכירה, בזה שייך לומר דהוה סיטומתא, דאל"כ האם נתבטל הדין בדבר שלא בא לעולם אין מקנה? אמתמה. ובניד"ד הוה דשלב"ל, דהרי קבל קנין עתידי באם יזכה במשפט שהתנהל בין שני בע"ד וזה לא דבר שנמחר בשוק ובכלל דשלב"ל הוה דאין אדם מקנה ויכול לחזור בו אפילו אחר שבאו לעולם כמבואר שם בשו"ע.

ומה שטוען עוד המשקיע דאם היה שאלו האם להשקיע בזה או מודיע לו שזו היא ההשקעה שהיא "הימורים" ודאי שהיה מתנגד, אפשר דלא הוה דברים שלבז משום דהוה בלבו ובלב כל אדם, דכל אדם לא היה רולה להשקיע בהימורים כאלו שהדבר תלוי בדעת השופט, והרי נתחייב המשקיע בשטר עיסקא להשקיע ב"סחורה טובה", ודעת בני אדם לא מיקרי השקעה כזו סחורה טובה, ועל אף שהמשקיע שאל עוי"ד ואת אצו שבקי הוא במסחר והפסידו שזה כדאי להשקיע, אבל דעת בני אדם לא מיקרי סחורה טובה והיה עליו לספר למשקיע על השקעה כזו. וא"ע.

יהושע ווייס.

ג

שאלה לדיון

א' קבל עיסקא מחבירו וחבירו חתם שהוא ערב קבלן על העיסקא, ולבסוף הפסיד העיסקא, האם חייב הערב קבלן לשלם אם אין הלוח משלם.

תשובה

הנה יש שכתבו דאין שייך להיות ערב קבלן על כל העיסקא, כיון שכל עיסקא היא מחלה מלוח ומחלה פקדון, וא"כ אמנם יכול להיות ערב קבלן על מחלה מלוח אך אינו יכול להיות ערב קבלן על המחלה פקדון. וכתבו ללמוד זאת מדברי הגמ"מ סי' עז ס"ק א'.

דהנה כתב בשו"ע סי' עז סעי' א': שנים שלוו כאחד או שלקחו מקח אחד או שקבלו פקדון ביחד (ה"ה פכ"ה), בין בשטר בין בע"פ (ב"י), שניהם ערבים זה לזה אע"פ שלא פירשו. וכתב הש"ך ס"ק א': או שקבלו פקדון וכו', כתב הר"ב בתשובה סי' כז: ב' שומרים שקבלו השמירה ביחד לא אמרינן דאחד ערב בעד חבירו וכו', ולא נהירא לפע"ד וכו', עיי"ש.

וכתב בנתה"מ ס"ק א': או שקבלו פקדון ביחד, עיי' ש"ך ס"ק א', אמנם נראה דהרמ"א שם לא הביא רק נגד דעת האומרים דשנים שקבלו פקדון ביחד הוו כקבלנים, דהא בעובדא דרמ"א שם מיירי שהיה להשני לשלם, רק שרצה לחייבו מטעם קבלן וצקבלן אינו חייב מטעם שקבל על עצמו חיוב תשלומין של השני רק מטעם דהוי כאילו הוא (וקיבלן) [קיבלן] לעצמו, כגון בהלוואה הוי כאילו הוא לזה לעצמו, ובשומר כאילו קבל השמירה בעצמו, וא"כ לא גרע מאילו קיבלו לעצמו ומסרו להשני דנפטר משמירתו, דמהיכי תיתי יהיה גרע הקבלן מאילו קבל בעצמו וכו'. עיי"כ.

מבואר מדברי הגמ"מ דאין שייך ערב קבלן על פקדון, שהרי חיוב קבלן הוא משום דהוי כאילו קבל לעצמו, ואפילו קבל ממש בעצמו אם נתן זאת לשומר אלל שומר בן דעת הלא נפטר מחיוב שמירה על הפקדון, וא"כ לו יהי שהמקבל הוא קבלן וכאילו קבל לעצמו מ"מ כיון שנתן להשני לשומר על הפקדון בזה נפטר הערב קבלן משמירתו. ולפי"ז כתבו דה"נ אין שייך ערב קבלן על עיסקא על המחלה פקדון שהרי אין שייך ערב קבלן על פקדון.

איברא נראה דזה אינו, ואין לדמות דין ערבות על פקדון שבו לא שייך ערב קבלן כיון שנתן את זה לשותפו הרי נפטר מחיוב שמירה, משא"כ דין עיסקא שניתן להולאה שאמנם הוא פלגא פקדון אך ניתן להולאה ולהרוויח מזה, ובוה ודאי שייך ערב קבלן. וכ"כ בהדיא בשו"ת אמרי יוסר סי' קפט וז"ל: מכתבו הגיעני אודות הבאנק שנתייסדה שם והמנהלים ישראלים באיזה אופן שיהיה בהיתר, והביא מתשובות המהרש"ס ח"א סי' כ שיעשו כתב על זה שכל הלוואות שעושים יהיה עפ"י היתר עיסקא, וכן יהיה עפ"י הכרזת צ"ד, וליתר שאת יתנו גם חותם שלהם שהוא בהיתר עיסקא, וגם לעיני הערבים, ואין הספר

תח"י, וכ"ת פקפק אודות ערבים. ובאמת יש בזה פקפוק כי אחר שאין הערב מקבל המעות רק הלווה, ועפ"י חוקי הבאגק הערב הוא קבלן, ולפעמים מוצעים להערב תחילה, וההיתר עיסקא של הבאגק עם הלווה אינו מועיל להערב כדמוכח בש"ך סי' קכט ס"ק יב ד"ש לזה איסור רבית אף שנתן להלווה בעיסקא, ומ"מ נראה כיון דעושה היתר עיסקא ומפרסם בשטר ועפ"י ז"ד שגם נגד הערבים היא בהיתר עיסקא, שפיר מועיל, דזה הוי כמו שמחייב הערב את עלמו בשמעת שגשעתבד לקנות סחורה למחלית שטר. ועי' חווי"ד סי' קעו ס"ק ה דאף דאם הלווה בהלוואה ואח"כ אמר שיהיה למחלית שטר אינו מועיל, היינו על העסקים שמכבר, אבל שיתעסק אח"כ שפיר מועיל, עיי"ש. ע"כ.

הרי מצוה להדיח דשייך דין ערב קבלן בעיסקא, דהערב קבלן הוי כאילו קבל את המעות והתחייב להשקיע את זה בעיסקא טובה הנושאת פירות, וא"כ אמנם נתן זה להלווה להתעסק בזה, אבל על הערב ישנו חיוב אחריות על העיסקא, ואם הפסיד העיסקא וחייב הלווה להשבע שמלידו השקיע את המעות באופן הראוי, כמו כן ישנו חיוב על הערב קבלן, ואם נתברר שלא השקיעו המעות באופן הראוי חייב אף הערב קבלן לשלם, משום התחייבותו להיות ערב קבלן.

מרדכי אייכלר.

ד

יש לדון בהאי שטרא דכתוב ביה בלשון התחייבות של המתעסק "ואין לי נאמנות לומר הפסדתי אלא עפ"י שני עדים כשרים וכו', ועל הרווח אין אני נאמן רק דוקא בשבועה חמורה וכו', וכל דין תורת נאמנות לבצל השטר אף לאחר זמן הפרעון וכו' ונאמן עלי מקבל העיסקא בכל דיני נאמנות". ולכאורה יש בכאן סתירה דברי שא כתוב שאין נאמנות למתעסק, ואדרבא כל דין נאמנות הוא לבצל השטר, ובסיפא כתוב ונאמן עלי מקבל העיסקא בכל דיני נאמנות, ובעת הדיון צבי"ד טוען המתעסק שכוננת השטר הוא שהוא יהיה נאמן לומר אם העיסקא הוב פלגא מלוה או שכולו פקדון, והוא טוען אזה כולו פקדון.

והנה יש כאן כמה דוחקים לומר כדברי המתעסק. א. שהרי בתחילת השטר נאמר כמה פעמים שכל דין נאמנות הוא לבצל השטר דהיינו נומן העיסקא, וצויתר שהרי בתחילת השטר מפורט על מה קאי הנאמנות, ולמה בסיפא בנאמנות של המתעסק סתם דבריו ולא פירט על מה הוא נאמן? ב. נומן העיסקא הוא שהכין השטר, וגם לפי המתעסק לא דיבר ולא היתנה עם הנותן שהוא יהא נאמן לומר שכולו פקדון ורק דיון צבי"ד רוצה הוא לטעון כך, ולמה היה לנותן לכתוב דבר שהוא לטובת המתעסק? ג. בסיפא הלשון הוא "נאמן עלי מקבל העיסקא", ותימה, שהרי כל השטר הוא בלשון של התחייבות של מקבל העיסקא? ד. אם באמת היה זה כולו פקדון למה כתב בלשון סתומה ולתת נאמנות למקבל לומר שכולו פקדון, היה לו לכתוב זאת מפורש בשטר? ה. כיון שסתם עיסקא בלשון חז"ל הוא תלוי מלוה ותלוי פקדון, ורק היכי שמתנה להדיח יכול להיות כולו פקדון, כיון שהשטר כתוב בסתם, למה נאמר אזה נגד סתמא של חז"ל?

והנה השו"ע סי' מז סעי' ה כתב דאם יש סתירה בלשון השטר, אם אפשר לקיים שניהם מקיימים שניהם,

ונחלקו הסמ"ע והש"ך (כדמשמע מהנהגת"מ ס"ק ג) אם אפשר לקיים בדוחק, וכתב הגאב"ד שליט"א שעדיף כאלו לפרש כדברי המתעסק ואינו נחשב לדוחק.

והנה צעטעס המהמר שאם יש סתירה בין הריבא לסיפא אזלין ביה סיפא דאמרינן שנתחרט ממה שכתוב קודם לכן, כתב ז"ד בר מרדכי" (להגר"מ ברנט שליט"א) שזה שייך צומניהם שכתוב שטר לא היה בניקל, וגם למחוק לא היו יכולים כ"כ בניקל, לכן אמרינן שהתחיל לכתוב ושוב נחרט ולא חזר למחוק את הראשון, אבל צומניהם שבניקל לכתוב, ובפרט כשכותבין במחשב, שבאם היה חוזר בו היה מתקן בניקל, ולא היה מניח שיהיה דבר בשטר שאינו מסכים לזה, ובפרט בניד"ד בשטר התחייבות שהמחייב הכינו להתחייב שיחתום על כך, מה שייך לומר שהמתחייב חזר בו מלשון הכתוב למעלה, הרי כל חיובו הוא בחתימה ולא בכתיבת השטר. וכעיי"ו איתא ברא"ת סי' קי שדרך כתיבת הסופר הוא אחר גמירת המעשה ואמירת בעל השטר ואין לתלות כ"כ שנתחרט בעל השטר, יעוי"ש.

ובניד"ד דוחק לומר שיש כאן ט"ם שז"ל "וכאמן נתן העיסקא", כדברי בעל השטר, אך אם נאמר שחיתת "עלי" הוא ט"ם וגם נדחוק ככל הני דוחקים המטיים לעיל ולומר שזה לטובת המתעסק, כ"כ בשו"ת לחס רב סי' מט שאם יכולים לתרץ באופן שיש רק דוחק אחד בלשון השטר ויכולין לתרץ באופן שיש שני דוחקין, אזי מותרים לשון השטר באופן שיהיה רק דוחק אחד, יעוי"ש. והכוונה בדבריו שלא אמרינן כיון שראוין שלא דקדק בלשון השטר אפשר שלא דקדקו בעוד מקומות.

ובשו"ת חוט השני סי' לוט בשטר שכתוב בו שהיה בשנת שמי" ונתחייב שנתיים עד לשנת ש"ס, שהוא טעות דמוכח שז"ל שנת ש"ג, ובתוך דבריו כתב: אבל ודאי האמת הברור שיש כאן טעות הקולמוס ואע"ג דלא אשכחן בשום מקום טעות כזה מ"מ אנו מוכרחים לומר כן מאחר שלשון השטר פותר זה לזה, ועוד דהא ט"ם שכיח הוא. ע"כ. הרי דאיתו כ"כ דוחק לומר ט"ם בשטר.

עוד ראיה להג"ל משו"ת רא"ת ח"א סי' קי בשטר שנעשה בשנת שכ"ז אחרי מות פלוני, ובשנה היא עדיין לא מת אלא לאחר כ"י שנים, והיורשין טוענין שאכן המעשה היה בשנת שכ"ז והסופר טעה וכתב שכ"ז במקום שכ"ז, ומביא ראיה מדברי תשובות הרא"ש שהביא הטור אזהר"ע סי' קמא בשטר שליחות הגט שתחילה כתוב שמינה שליח להולכה ואח"כ מינה שליח לקבלה ומיכף שיגיע לידו מגורשת, שלכאורה משמע שזיטל שליחות ההולכה ועשה שליח לקבלה שהיה סבור שיש צידו למנות שליח לקבלה, והשיב הרא"ש וראה לי שאין לתלות בזה שחזר בו משליחות ההולכה אלא ודאי תלין הענין בטעות סופר, ומדייק הרא"ש שאע"פ שמלד הלשון נראה שחזר בו תלחה הרב בטעות סופר, ואע"ג דליכא למיתלי שטעו בעיבור החודש וגם אין הוכחה מימה וציה, יעוי"ש, וא"כ בניד"ד יש לתלות בט"ם של נתן השטר.

וברא"ת ח"ב (מים עמוקים) סי' ק בשטר בירורין שכתוב שראובן נרץ לעשות מחילה על כל הדברים שבעולם ואשמען טוען שזה כולל גם על החנות, אף שהיה קודם לכן נתנאי שזה יהיה של ראובן כל ימי חייו, ומביא הרא"ת כמה ראיות שאף שהלשון אכן משמע מחילה על הכל יש לנו לומר דמסתמא לא כיוונו על זה, שזהו נגד תקנת חכמים, כמו בזה שאמרו שאם כתב לשון סתם שמשמע בין הוא בין יורשין לא היו לריבין להשביע, מ"מ כיון שאמרו בזה ליפרע מנכסי יתומין אין נפרעין אלא בשבועה, אמרינן שלא נתכוין כמו שמשמע מסתימת לשונו, וכמו שמוסיק: מכל הנוכח יאל לנו דכשהלשון מסופק ואיכא אומדנא לא מן הדרדין אזלין ביה האומדנא ואע"פ שסתם הלשון היפך האומדנא. יעוי"ש. וא"כ בניד"ד

שפתם עיסקא עפ"י חז"ל הוא מחלה מלוח ומחלה פקדון, והלשון שכל הנאמנות יהיה למקבל העיסקא מוספקין לנו זו אם כדברי המתעסק דהכוונה ליתן לו נאמנות לומר שהיה כולו פקדון, או שזה ט"ס, אזלינן ביה בתר האומדנא, וכנ"ל שכמה וכמה אומדנות לומר שהנותן לא היה נותן לו נאמנות על כך.

נפתלי צבי מרמורשטיין.

ה

אם ננקוט דשטר עיסקא זה פסול משום הסתירה בעיקרו של שטר (עיי' בדברי הדיין הגר"י ווייס שליט"א), ממילא גם החתימות של הערבים על השטר אינן כהתחייבות של ערבות בשטר קנין, וא"כ יש לדון האם במקרה שהערבים אמרו רק בדיבור תן לי ואני אתן לך, וזאת הרבה זמן לפני זמן הערבות, וגם לא אמרו דבור זה למלוה עמו, האם סגי באתו דבור או בכתיבה כזו לעשותם ערבים. והנזון בסכנת חיוב הערבות של צההיא הנאה דאינש מיהמני הוא גמר ומקני, האם הנאה זו מועילה משום שהערב מתחייב תמורתה, וא"כ גם אם האמירה הייתה הרבה לפני הערבות ושלא בפניו אם רק אח"כ נולדה צפועל הנאה היא תחייב תמורתה את חיוב הערבות, או דלמא הנאה זו מועילה משום שהיא גורמת בשעת מעשה את הסמיכות דעת להתחייבות של הערב (א"כ היא יולדת את שם הערב שבו), וא"כ אין הנאה זו כחה יפה אלא רק בידיעת הערב עמו בשעת הערבות ובעמדו לפני המלוה. ואפשר דגם לענין ההנאה עצמה דשיעורה של הנאה זו היא רק צמידה ותהיה ידיעת הערב בשעת הערבות ובעמד המלוה כשהוא נוכח באימון שהמלוה רוכש לו.

ועיי' בשו"ת שו"מ מהדורא רביעאה ח"א סי' מה דאין הערב משתעבד לפני זמן ההלוואה. ועיי' באולם המשפט סי' קכט ש"ך ס"ק ו' שדן האם הערב משתעבד כשלא דיבר עם המלוה, ועיי"ש שהסיק מסתימת הפוסקים דחייב. ועיי' בשו"ת בעי חיי ח"ו חו"מ ח"א סי' רלט ד"ה ראיתי שנקט דיש לדחות את הראיה מהמרהרש"ד במקום שאין על הכתב דין שטר. וראוי להוסיף דבניד"ד גם לא מינה הערב שליח למלוה. ונמלא דבניד"ד כאשר אין דינא דמלכותא בא"י (עיי' פתח"ח הלוואה פ"יג הערה יט), ולכאורה גם סיטומתא וגם מנהג הסוחרים (עיי' מסקנת הבעי חיי) קשה לקבוע בחתימת תן לו ואני אשלם על שטר היתר עיסקא שהוא פסול, דיש אז לערב טענה של קיס לי כהשו"מ. ועיי' בספר עמק המשפט ערבות סי' ג וסי' ז.

טוביה גולדשמידט.