

'הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד? אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה' — יש שבארו שלעצם חיובו של הערב אין צורך בפעולת קנין, כי התחייבותו לבדה מחייבתו ללא קנין, או שהקנין נעשה בעצם מסירת הממון ללוה, ומה שצריכים לסברת 'בההיא הנאה' — רק משום שבלא זה הרי היא אסמכתא ואין לו רצון גמור, כי סומך בדעתו שהלה יפרע, ובגלל אותה הנאה גומר ומשעבד נפשו בהחלט, אך אין כאן 'מעשה קנין' בההיא הנאה. ובוזה יישבו כמה שאלות (וע"ע בפוסקים קכד, ד ה). עפ"י חזון איש חו"מ לקוטים י, א; חדושי הגרנ"ט — קדושין, קג. וע"ע באילת השחר.

יש שכתבו שלפי המסקנא שני דינים יש, החלוקים ביסודם: דין 'ערב' המתחייב 'בההיא הנאה...!', ודין 'קבלן' הנלמד מקרא דיהודה, ואינו מצד אותה סברה. ע' בספר אמת ליעקב כאן; שיעורי ר' שמואל — קדושין ז. אות קב. וע"ע בקובץ שעורים כאן, אות תרמו. עוד בגדר חיוב 'ערב' — ע' באריכות בקהלות יעקב קדושין יב.

דף קעד

'כל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו — הלכה כמותו' — לפי שהלכות קצובות [כלומר, פסוקות] היה אומר מפי בית דינו (ירושלמי, עפ"י יד מלאכי שו). אמנם כלל זה שאמר ר' יוחנן אינו מוסכם על הכל (ע' בסוגיא דלעיל קלג: וברשב"ם; ב"מ לח: סנהדרין לא. וע' בספר הליכות עולם שער ה פרק א וביבין שמועה שם). וכתבו כמה מהראשונים שאין להסתמך על כלל זה בכל מקום אלא כאשר יש ראייה או שמסתבר טעמו (ערי"ף ורא"ש כאן ופ"ה דב"ק; ראשונים ב"מ קיד; שו"ת הרשב"א ח"א מ. וכן כתבו כמה אחרונים שהרמב"ם לא נקט כלל זה בהחלט. ע' תוי"ט ערובין ז, ח; הגהות הגר"א ב"מ סט. וראה באריכות בספר יד מלאכי שו; שדי חמד ח"ג עמ' 303–299 וע"ש להלן פרטים שונים אודות כלל זה. וראה עוד במצוין בספר אור הישר כאן ובספר נפש חיה (לר"ר מרגליות) ע, ג ובשאלות ותשובות לסיכום לעיל קלו–קלח ובב"מ לח).

'ולא היא, לא מיפטר לוח מיניה דמלוה עד שישא ויתן ביד' — וכל זה מדובר כאשר הלווה בא בדברים עם המלוה שילוהו, אבל אם לא דבר הלווה עם המלוה מאומה, אלא בא זה ואמר לו הלוה מעות לפלוני ואני ערב / קבלן — אפילו נתן ללווה מיד ליד, אין לו למלוה על הלוה כלום אלא על הערב (הרא"ש).

'סלקיה רב חנין בריה דרב יבא... — סילקו מן הדיינות (ע' רבנו גרשום; נמוקי יוסף). מכאן משמע שדיין שפסק לרדת לנכסי הלווה טרם תבעו בדין, הרי הוא טועה בדבר משנה וחוזר (ריטב"א). בספר אילת השחר נסתפק בכל דיין שטעה בדבר משנה, שאינו מפורסם כתלמיד חכם — האם מסלקים אותו מתפקידו. וכבר נשאל על כך בתשב"ץ (ח"ב ט), והסיק להכריע שאפילו אינו חכם מפורסם, וטעותו נובעת מחמת שאינו זהיר בתלמודו, אין לפסלו אלא מלדון יחידי כדין 'דיין המומחה לרבים'. ולכאורה נראה שאף במעשה שלפנינו מדובר שדן יחידי, שכן משמע מדנקטו לשון יחיד [כדוגמת סנהדרין ו. שהוכיחו מ'דן

את הדין... 'דמיירי ביחיד], ומשררה זו סילקו רב חנין. ויש להעיר שהתשב"ץ אשר נהירין ליה כל שבילי תלמודא, לא הביא כלל מעשה זה. ואולי הוא פרש 'סלקיה' — העלהו לאותו אדם מן הנכסים, ולא שסילק את הדיין. אך מהלשון 'מאן חכים למעבד כי הא מילתא... משמע שסילקו לדיין.

'קסבר נכסיה דבר איניש אינן מערבין יתיה...' — בבאור גדר שעבוד נכסים, האם הוא כדין ערבות גרידא או נחשב כקנין במקצת — ע' מהרי"ט אלגאזי בכורות מה. וע"ע בספר שערי ישר ה', בית ישי — צא.
[מהרי"ט א כתב לתלות חקירה זו במחלוקת אמוראים בכורות שם. וצריך לומר שגם אם שעבוד מוגדר כקנין במקצת, לא עדיפה זכות המלוה בנכסים יותר מזכות תביעתו את הערב, שהרי מבואר כאן שדיין שטעה בכך הריהו טועה בדבר משנה. ומוכח שלא נחלק אדם בדבר זה].

'הוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעניהו ליתמי. אמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו, ורב הונא בריה דרב יהושע אמר...' — הרמב"ן פרש [וכן נקטו הרשב"א והריטב"א, דלא כרשב"ם] פריעת בעל חוב מצוה, ומוטלת היא עתה רק על הערב ולא על היתומים שפטורים מן המצוות, ולכך כשפרע חיובם ולא הודיעם, ודאי דעתו היתה לקיים המצוה המוטלת עליו ולא לתבוע את היתומים, ולכן היתומים פטורים לשלם לו לעולם, גם לכשיגדלו. ואילו היה מודיעם מקודם, הרי על דעת שיטול מהם פרע, ועתה שלא הודיעם — מצות עצמו הוא שקיים. וכן לרב הונא בריה דרב יהושע, כיון שלא הודיעם, חוששים לצררי לעולם, שאף לכשיגדלו יהו פטורים.

— שיטת רשב"ם ור"ח ור"י בן מגאש ורמ"ה, שמדובר רק במלוה על פה, אבל במלוה בשטר מודה רב פפא שגובים מנכסי היתומים. ואולם שיטת הר"י בתוס' להפך; מחלוקת האמוראים אמורה רק במלוה בשטר, (וכן שיטת הרי"ד, שלרב פפא אינו גובה אפילו במלוה בשטר), אבל במלוה על פה הכל מודים שאין גובים מנכסיהם, כי טוענים עבורם שפרע אביהם את חובו.
וקשה לפי שיטה זו מהו טעמו של רב פפא, מה בכך שאינם בני מצוה, מדוע לא נגבה מן הנכסים כשם שגובים מלקוחות הגם שאין מוטלת עליהם המצוה לפרוע חובו של זה, [וכן גר שמת — גובים מאת המחזיק בנכסיו]?
ויש לומר כיון שסובר רב פפא שעבודא לאו דאורייתא, לא תקנו חכמים שעבוד בקטנים כיון שאינם בני מצוה, והעמידוהו על דין תורה (קובץ שעורים. וכיו"ב כתב בספר חדושים ובאורים — ערכין כב).
כן היא שיטת כמה ראשונים, שלדעת רב פפא שעבודא לאו דאורייתא — ערמב"ן רשב"א ריטב"א כאן ובקדושין יג: אולם אין הדבר מוסכם וברור — עתוס' להלן קעו. ד"ה גובה ובקדושין יג: ד"ה אמר ר"פ. והרמ"ה נקט כודאי שר"פ סובר שעבודא דאורייתא [וכשיטת הרי"ף בסוף מסכתין והרא"ש בפסקיו ובשו"ת יא, ז]. ואכן שיטתו כאן כרשב"ם, שבמלוה בשטר מודה ר"פ שגובה. וע"ע ש"ך חו"מ ר"ס לט; חדושים ובאורים ערכין כב.

(ע"ב) 'מיתבי, ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו — אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך — גובה' — וודאי מדובר כאן ביתומים, כי אם מן הלווה עצמו ויש עדים שפרע הערב למלוה והלווה לא פרע לערב — ודאי גובה ממנו. ואם אין עדים בדבר, פשיטא שאין הערב חוזר וגובה מן הלווה, ואפילו כתוב 'התקבלתי' יכול לומר לו הלווה, אחרי כן פרעתך. אלא ודאי מסתבר להעמידה ביתומים (רמב"ן וריטב"א. ועע"ש).

ובתוס' הרי"ד גרס בתירוץ הגמרא 'אמר לך רב פפא: לא, מלוה — ואין מדובר כלל ביתומים, וברישא אינו גובה לפי שיכול הלוה לומר אני פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו.

'אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש?' — על סידור הגט שלא בבית דין, ע' במצוין בסנהדרין ב.

'בנו שאני וצורבא מרבנן שאני' — כתב הרמ"ה: דוקא בנו שהוא תלמיד חכם והאב אינו נותן לו כפי הראוי לו, אבל בנו ואינו ת"ח או ת"ח ואינו בנו — אסור להשיאו עצה זו. וכן מבואר בשלחן ערוך (אה"ע קב,ז), דתרת' בעינן.

ואולם מדברי הריטב"א משמע שאף בצורבא מרבנן לחוד די ואין צריך שיהא בנו (כאשר העיר באילת השחר. וצ"ב לשיטה הראשונה לערבינהו וליתנינהו, ומדוע הפסיק ביניהם ב'שאני').

'זהא ערב הוא [וקיימא לן] ערב דכתובה לא משתעבד?' — ולא תרץ שמדובר שקיבל קנין — מכאן ראייה כשיטת הפוסקים שאפילו קנין אינו מועיל. וטעם הדבר, כי קבלת ערבות בעצם הינה 'אסמכתא', אלא רק משום סברת 'בהדיא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשעבד נפשיה' — מועיל (כדלעיל קעג:). וכאן שלא חסרה דבר לא גמר ומשעבד. והרי קיימא לן שאסמכתא אינה קונה אפילו בקבלת קנין (עפ"י באור הגר"א — אה"ע קב סק"כ).

'ככתבם וכלשונם'

'בר מערב דכתובה דאע"ג דאית ליה לבעל — לא משתעבד. מאי טעמא, מצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה' — בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (ח"א ז. ונראה מחתימת התשובה שהיא תשובת רש"י) נשאלה שאלה אודות אנשים שבאו בקשרי שידוכין זה עם זה, והניחו ערבון ביד שלישי על מנת שמי משניהם שיחזור בו מן השידוך — יפסיד ערבונו, וחזר בו אחד מן הצדדים, והיה שם תלמיד אחד שאמר 'ערב דכתובה לא משתעבד'. ועוד, אסמכתא הוא, ולא יפסיד ערבונו. והנה קטעים מתוך התשובה:

'טעה התלמיד בכל צדדין; חדא, דערב דכתובה משתעבד, דמשה בר עזרי ערבא דכתובה הוה, ומותבינן ערב דכתובה מי משתעבד? ומשנין: קבלן הוה.

ועוד, מה ענין זה לקבלנות דכתובה... אבל קבלנות זו אינו אלא עירבון לקיים התנאים, ואסמכתא זו ודאי קניא. ואם נעשה דבר זה בפני חשובי העיר קיימא לן בזה אסמכתא קניא... ואפילו יש חשובים מהם בשאר מקומות, אין לנו לילך אלא אחר ב"ד של אותו מקום, שנאמר 'אל השופט אשר יהיה'... וכל שכן על שידוכי אשה שהנהיגו הראשונים כן, כדי שלא לבייש בנות ישראל. ויש מן הדין לקונסו ממון ורידוי הגוף, ותלמיד המסייעו אין חולק כבוד לתורתו להחזיק יד מרעים, ומן השמים מנעוהו מכבוד, וניכסו מיניה גילותיה (אולי: 'גילוייה' או 'נגלותיה') של תורה, וכל שכן שלא יבין בעמקיה. ולמוכיחים ינעם ועליהם ברכת טוב. שלמה בר יצחק'.