

נועם אליעזר

חקרי משפט

עמותה לחקר המשפט היהודי (ע"ד)

שיעורי מורינו הגאון רבי אליעזר רוט שליט"א

מקץ - חנוכה תשפ"ב * מס' 210

מקץ

❖ בדין ערב ויסוד שיעבודו

אנכי אערבנו מידי תבקשנו אם לא הביאתיו אליך והצגתיו לפניך וגו' (בראשית מ"ג, ט').

בסוגיא דב"ב קע"ג ע"ב

א בבבא בתרא (קע"ג:) איתא, אמר רב הונא מנין לערב דמשתעבד, דכתיב אנכי אערבנו מידי תבקשנו כו'. ופירש רשב"ם בד"ה מנין כו', מנין לערב שמשעבד באמירה בעלמא בלא קנין. עכ"ל. ומבאר דזהו מלתא דפשיטא דערב משתעבד, וכל שאלת רב הונא הוא רק לענין שמשעבד באמירה לחודא בלא קנין. - ובגמ' להלן גרסינן, אלא אמר רבי יצחק מהכא לקח בגדו כי ערב זר ובעד נכריה חבלהו. והרשב"ם בד"ה לקח בגדו כו', כתב: "למלוהק אמר קרא קח בגדו של ערב כי ערב בשביל איש זר דהיינו אמירה בעלמא". עכ"ל. והיינו דחידושא דקרא אשמעינן דסגי באמירה לחודא, אבל לעיקר תורת ערב לא בעינן קרא.

בסוגיא דב"ב קע"ו ע"א

ב והנה בהא דאמר רב נחמן, בבבא בתרא (קע"ו), דערב בעי קנין. לא קשה קושיית רב הונא מנין לערב שמשעבד, דהרי כשיש קנין סגי. ובהכרח הא דקאמר רב הונא דערב משתעבד, הוא אליבא דשמואל דס"ל דערב לא בעי קנין. ובהכי הוצרכנו לילפותא, דבאמירה בעלמא משתעבד.

בדין האומר כל המלוה אני ערב לו

ג והנה הש"ך בחו"מ (סימן קכ"ט סק"ו) הביא מתשו' מהרשד"ם (חו"מ סי' ל"ח) דמי שכתב בשטר כל מי שילוח לפלוני הנני ערב קבלן עבורו, דאינו נעשה ערב, מפני שלא אמר

וכתב המהרשד"ם בנידון שאלתו, שנכתב בשטר הערבות לכל מי שמוציאו, דלפ"ד הרא"ש הנ"ל מבואר דגם כשלא יחד לשום אדם דהו"ל ערב.

ויעווי"ש דבתחלה כתב דהו"ל כמי שאמר כל הזן אינו מפסיד, וכמו שנראה בפירוש שאמר כל מי שידבנו לבו לתת. והוסיף: "ואע"פ שאפשר לחלק ולומר דדוקא התם דקאמר אינו מפסיד לבד, אבל בנ"ד שכתב הנני נכנס ערב כו' ושאר הטפויים א"כ אפשר דחייב לפרוע. אמנם כפי הנלע"ד אינו ברור כל כך, דהא בההוא דכל הזן אינו מפסיד לא אמרינן דאינו חייב לפרוע אלא משום דלא קאמר יזון הא אי אמר יזון אפילו אמר לא יפסיד לבד חייב, וכל טעמא דפטורא אינו אלא משום דלא קאמר בלשון ציווי. ואם בנ"ד דלא קאמר בלשון ציווי, גם דאיכא ריעותא אחרינא דלא יחד לשום אדם, איכא למימר דודאי אינו חייב". - וסיים המהרשד"ם: "איברא דמדברי הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' נראה דמהניא". ע"ש.

דברי התומים בנידון המהרשד"ם

ה והתומים (בסי' קכ"ט סק"ב) הקשה, דודאי יש לחייבו בנ"ד, דמאי שנא מהאומר המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה דמתחייב ואי"ז אסמכתא, וכמ"ש הב"י בחו"מ (בסי' ר"ז) בשם הרשב"א. - ואמאי כשאומר מי שלוח לפלוני מנה אני אפרע לא יתחייב בהכי, אדרבה זה יותר בגדר החיוב, דעל אמונת כתבו הלוחה וגמר ומקנה לכל מי שילוח. (והוסיף בתומים, דמהא דאמר בגמ' גבי העמדת פרנס דהאומר כל הזן אינו מפסיד, ולא בלשון יותר ברור כל הזן אני ערב או קבלן, משמע דבכה"ג ודאי דחייב).

עוד תמה התומים, דהרי המהרשד"ם גופיה לא אמרו אלא בלשון משא ומתן, ולא הכריע, ואמאי העתיקו הש"ך בנוסח של הכרעה.

בלשון ציווי תן לו, ודמי למי שאמר כל הזן אינו מפסיד, דאמרינן בכתובות (ע'): דאינו חייב לשלם למי שזן, וה"נ אי"ז ערבות.

והתומים (בסי' קכ"ט סק"ב) הקשה, דהש"ך סתר בזה דברי עצמו, דביו"ד (סי' רל"ה סק"ח) הסכים לדעת הפרישה (שם סק"ב) דס"ל דאפילו האומר כל הזן אינו מפסיד, חייב לשלם, רק לאו שליחותיה קעביד, וא"כ ה"נ הו"ל להיות ערב.

ראיית המהרשד"ם מתשו' הרא"ש

ד והנה המהרשד"ם הנ"ל הביא תשו' הרא"ש (כלל ס"ח דין ט') שנשאל בנידון: "שטר שלא הוזכר בו שם המלוה אלא ששעבד עצמו הלוחה שכל מי שמוציא עליו שטר חוב זה שיגבה ממנו הממון הנזכר בשטר אם הוא שטר או לא". - והשיב הרא"ש בזה"ל: "ראה שהוא שטר וכל המוציאו גובה בו, אע"פ שידוע שהוא לא הלוחה זה הממון כו', בנדון זה הלוחה לא הכיר וידע מוציא שטר זה ששעבד עצמו ונכסיו לו, הרי לך ראה הראשונה מההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך שאינו תלוי בזה, אלא אדם יכול לשעבד עצמו ואת נכסיו אפילו למי שאינו מכיר. וכן מצינו בשאלו על מעשה דגלית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתיים, ובא דוד והכהו, ונתחייב שאול לדוד באותו ממון. דבפרק ב' דסנהדרין קאמר שקדש דוד את בת שאול באותו ממון, אלא דס"ל לשאלו דאע"פ שנתחייב לדוד באותו ממון אינה מקודשת דהמקדש במלוה אינה מקודשת, הרי ראה ברורה שאדם יכול לשעבד נכסיו אף למי שאינו מכיר וידע בשעת השעבוד מי הוא, וכ"ש בנ"ד שהכיר את המלוה ושעבד עצמו ונכסיו לכל מוציא שטר זה דהוי שטר מעליא". עכ"ל הרא"ש.

ויתכן דגם הש"ך הביא רק תחילת דבריו של המהרשד"ם, ולא חש לסיים דהו"ל ספק, מכיון דסיים בש"ך לעיין בתשו' מהר"א ששון ובתשו' הראנ"ח, והרי הם פליגי ע"ד המהרשד"ם. והש"ך גופיה לעיל בחו"מ (בסי' נ' סק"ח) פסק בסתמא כדבריהם. - וכמו שיבואר להלן באות כ"ז.

דברי הקצוה"ח

(ו) והנה הקצוה"ח (בסי' קכ"ט סק"א) הביא קושיית התומים הנ"ל, בסתירת דברי הש"ך, דבחו"מ (סי' קכ"ט סק"ו) פסק כמהרשד"ם דהאומר כל הזן אינו מפסיד אינו חייב לשלם, וביו"ד (סי' רל"ה סק"ח) הסכים לדברי הדרישה (שם סק"ב) דס"ל דאפילו האומר על הזן אינו מפסיד, חייב לשלם, רק לאו שליחותיה קעביד, וא"כ ה"נ הו"ל להיות ערב.

ותירץ הקצוה"ח דיסוד חיובו של הערב הוא מתורת שליחות, וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (קע"ג). ד"ה גמר כו' בזה"ל: "גמר ומשתעבד בלב שלם, ושליחותיה דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה" עכ"ל. - וממילא כיון שאמר כל מי שיתנדב להלוות, אינו שליחות, דאל"כ היה אסור במודר הנאה.

וזהו שכתב הש"ך בשם המהרשד"ם, דדמי לאומר כל הזן אינו מפסיד, דמותר במודר הנאה משום דאינו שלוחו. - ואלא על כרחך דהתם פסק הש"ך (ביו"ד סי' רל"ה סק"ח) דחייב לשלם, שאני התם דא"צ שליחות משא"כ בערב דאינו מתחייב בדיבור משום דהו"ל אסמכתא ובעינן דוקא שליחות.

והוסיף הקצוה"ח דלפ"ז לא קשה מאיש אשר יכנו יעשרנו המלך, דהא הש"ך לשיטתו דהוא חייב לשלם באומר כל הזן ומשום דנתחייב בדיבור, וכן במבשרני, אבל שליחות לא הוי, ובערב בעינן שליחות, דכיון דהוי דרך תנאי אם לא יהיה ללוה לשלם, לא מהני חיובו בדיבור גרידא אלא בדאיכא שליחות וציווי.

וכתב הקצוה"ח, דאמנם המהרשד"ם שהביא ראייה דחייב לשלם מאיש אשר יכנו יעשרנו המלך, היינו דס"ל כשיטת הט"ז (ביו"ד סי' רל"ה סק"ד) דהאומר כל הזן אינו מפסיד פטור. וס"ל להט"ז נמי (ביו"ד סי' רכ"א ס"ק ל"ו) דהא בהא תליא, דהיכא דחייב לשלם בהכרח דהוא שליח דידיה, ומה"ט העלה הט"ז

דהא לשונו של הרשב"ם כך הוא: "ושליחותיה דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה". - דהקצוה"ח נקט דהוא כאילו הערב עצמו הלוה. - אולם הנתה"מ נקט דהוא כאילו הערב עצמו היה הלוה.

הקצוה"ח והנתה"מ לטעמייהו

(י) ודברי הקצוה"ח והנתה"מ אתיא כטעמייהו, בדין השולח חובו בשליח גוי, דדעת הרמב"ן דצ"ל שלח והפטר, והובא בש"ך בחו"מ (סי' קכ"א סק"ד).

והקצוה"ח (שם סק"א) הוכיח כהרמב"ן מסוגיא דב"ב (ע"א). ע"ש. - ובנתה"מ (שם סק"א) השיב ע"ד הקצוה"ח, דשאני התם דחיובו מדין ערב.

אמנם הקצוה"ח לטעמיה דערב מתורת שליחות הוא, ואי"ז כגדר שליחות דעלמא רק דחשיב כמשתמש הערב במעות אלו, ולכן השוה דינא דהתם לדין ערב.

בביאור דברי הרשב"ם דערב

הוא מדין שליחות

(יא) וביסוד חיובו של הערב, דמבואר ברשב"ם שהוא מדין שליחות, שהמלוה שליחותו של ערב עביד, מצינו ב"אבני נזר (יו"ד סי' קנ"א סק"ג) דנקט באופ"א ממש"כ הקצוה"ח, דהקצוה"ח מפרש דסברת "מהימן ליה" הוא שעיי"ז הוי שליחות, והאבנ"ז מפרש דסברת "מהימן ליה" הוא כדי לסלק חסרון אסמכתא.

דהנה ביסוד שיעבודו של הערב, מבואר בב"ב (קע"ג): דהיינו משום ההנאה דמהימן ליה גמיר ומשעבד נפשיה. - ופירש הרשב"ם: "דגמיר ומשעבד נפשיה בלב שלם ושליחותיה דערב קעביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה".

והנה הוסיף הרשב"ם בטעמא, דהמלוה הוי שלוחו של הערב, וצ"ב דהרי בגמ' תלינן טעמא בהנאה. (וממנ"פ אם הו"ל מחמת שליחות למה הוצרכנו להיא הנאה).

יישוב הקצוה"ח לדברי הרשב"ם

(יב) והנה בקצוה"ח הנ"ל (סי' קכ"ט סק"א) יישוב, דהנך תרי מילי, הוצרכו לדינא דערב. והיינו, דע"י דהוי המלוה שלוחו של הערב, גמר הערב וסמיך דעתו, שמשעבד עצמו. וממילא אין כאן אסמכתא, שהרי כשיש שליחות אין חסרון דאסמכתא. אך אין כאן שליחות גמורה,

דהאומר כל הזן אינו מפסיד אינו חייב לשלם, דאם היה חייב לשלם הו"ל שליחות. - וזהו ג"כ שיטת המהרשד"ם, ולכן שפיר הוכיח מאיש אשר יכנו דהוי שליחות וממילא הוי ערב. אבל הש"ך לשיטתו דס"ל דחייב לשלם ואפ"ה אינו שליחות, וא"כ מאיש אשר יכנו לאו ראייה, דהא חייב לשלם ואפ"ה לא הוי שליחות, וא"כ אין ראייה מאיש אשר יכנו דהרי חייב לשלם. אבל בערב דבעינן שליחות וציווי לכן לא מהני כמו לענין מודר הנאה דלא הוי לשון שליחות.

דברי הנתה"מ

(יג) אולם הנתה"מ (בסי' קכ"ט סק"א) פליג ע"ד הקצוה"ח. - ע"ש שהקשה דהא איכא תנאי בב"ב (קע"ה): דס"ל דאפילו שלא בשעת מתן מעות חייב, ושלא בשעת מתן מעות ודאי דלא אמר לשון שליחות דתן לו, רק ואני ערב גרידא, ואפ"ה חייב, ואפילו מאן דפוטר הוא מטעם דשלא בשעת מתן מעות לא על אמונתו הלוהו כדאיכא בסוגיא התם. - וא"כ בערב בשעת מתן מעות דעל אמונתו הלוהו ממילא אפילו לא אמר בלשון שליחות רק ואני ערב גרידא ג"כ חייב.

דברי הקצוה"ח כמשובב נתיבות

(יד) והקצוה"ח ב"משובב נתיבות" השיב ע"ד הנתה"מ, דאכתי מה יענה לדברי הרשב"ם שכתב להדיא דהוא מדין שליחות, וכמשנ"ת. - והא דאמרו בגמ' דעל אמונתו הלוה היינו נמי מתורת שליחות. - ומאן דס"ל בגמ' ב"ב (קע"ה): דנעשה ערב אפילו שלא בשעת מתן מעות, ולא בעי שילוהו על אמונתו, ה"נ דלא מצריך שיהיה מתורת שליחות. רק דס"ל דיכול לחייב עצמו במקום שאינו מחוייב אפילו בערבות, אבל לדידן דהו"ל אסמכתא לא מתחייב אלא רק בשעת מתן מעות.

יישוב דברי הנתה"מ

(טו) וביישוב דברי הנתה"מ דס"ל דערב אינו מדין שליחות, צ"ל דהביאור ברשב"ם אינו כמש"כ הקצוה"ח, דהקצוה"ח נקט בביאורו דהמלוה הוא שליח של הערב, דהערב חשיב כאילו הוא עצמו היה המלוה. - אולם הנתה"מ יפרש הרשב"ם באופ"א, אלא דהערב חשיב כאילו הוא עצמו היה הלוה.

דהלא הלוה הוא המתחייב, וכל תפקידו של הערב הוא לדאוג ולהעמיד החוב כשהלוה לא ישלם. - ולכן הוצרכנו לגדר ההנאה, דמהימן הערב למלוה גמר ומשעבד נפשו.

וז"ל הקצוה"ח: "והכא לענין ערב בעינין דוקא שליחות. ומי שאמר הריני ערב בעד חובו של פלוני, והחוב לא היה על פי שליחות ידיה, אינו מתחייב כלל, ומשום דערבות הוי אסמכתא ואינו מתחייב בדבור גרידא. אפילו לדעת הרמב"ם (פי"א ממכירה הט"ו) דאדם יכול לחייב עצמו בדיבור, והוא בשו"ע [חו"מ] סימן מ' (סעיף א'), ערב אינו משתעבד אלא בשעת מתן מעות. - ומשום דהמלוה נתן על פי שליחות ידיה, גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה. - ועיין לשון רשב"ם סוף פרק גט פשוט (ב"ב קע"ג ע"ב בד"ה גמר) גמר ומשעבד בלב שלם, ושליחותיה דערב קא עביד מלוה כאילו הוא עצמו הלוה, עכ"ל כו". עכ"ל הקצוה"ח.

וביאר בזה מש"כ הש"ך (שם בסק"ו) דאם כתב בכתב ידו כל מי שיתנדב להלוות לפלוני כך וכך ממון אני נכנס בעבורו ערב קבלן, דאין זה ערבות, כיון שלא אמר בלשון ציווי. - וביאר הקצוה"ח: "וכיון דאומר כל מי שיתנדב, אינו שליחות, דאל"כ היה אסור במודר הנאה". ע"ש.

דברי ה"אבני נזר"

(ג) אולם בשו"ת "אבני נזר" (יו"ד סי' קנ"א סק"ג), ביאר דיסוד חיובו של ערב הוא משום שליחות. וכמו שפירש רשב"ם. דזהו סיבת השיעבוד בלא קנין. - ומה שאמרינן בגמ' דהיינו מחמת ההנאה דמהימן אצל המלוה, הביאור הוא, דבגמ' פרכינן דאע"פ שהמלוה הוי שלוחו של הערב, עדיין לא מהני, דסו"ס הוי אסמכתא, דכל אסמכתא אע"פ שיש בו קנין לא מהני, מכיון ואין סמיכות דעת. ועל זה משנינן, דמכיון ויש הנאה במה שהמלוה מאמינו ממילא גמר בדעתו להשתעבד. (וכשיש גמירות דעת אין חסרון באסמכתא). - וחיובו מטעם שליחות.

וז"ל האבנ"ז: "ואף שבקצה"ח (בהלכות ערב) כתב דכי צריך לטעמא דשליחות, דוקא בערב ששיעבודו על תנאי ואסמכתא הוא, ע"כ צריך שיהיה שלוחו כאילו הוא

עצמו הלוה, עיי"ש. וא"כ בקדושי אשה אין צריך לשליחות. - אין דבריו נראין לי, שהרי בגמ' קאמר הטעם דלא הוי אסמכתא משום דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. ואיך חידש רש"י טעם אחר, ופירש זה על הגמ' דאמר בההיא הנאה דמהימן ליה. אלא ודאי רש"י רק על עיקר חיוב פירש כן, דמשום זה משתעבד בלא קנין. - ומה שפירש רש"י כן בסוף הסוגיא, בהא דאמר בההיא הנאה דמהימן ליה לא הוי אסמכתא. היינו דבלא מסקנא זו הוה אמינא דשיעבודא דערב משום דבההיא הנאה דמהימן, וערב דלאחר מתן מעות לא שייך דמהימן ליה שאינו מלוהו עכשיו. אבל למסקנת הש"ס דערב אסמכתא, רק בההיא הנאה דמהימן ליה מסלק אסמכתא, א"כ צ"ל דערב דלאחר מתן מעות נמי שייך בההיא הנאה דמהימן, דאל"כ אפילו קנין לא יועיל. וכיון דלאחר מתן מעות איכא בההיא הנאה דמהימן ליה, ומ"מ לא מהני בלא קנין, שוב אי אפשר לומר דשיעבודא דערב משום בההיא הנאה, דהא אפילו לאחר מתן מעות איכא בההיא הנאה, ואעפ"כ לא מהני בלא קנין. על כן פרש"י משום דשליחותיה דערב מלוה כו". עכ"ל האבנ"ז.

בגדר גמירות דעת להשתעבדות הערב

(ד) והנה בדין השיעבוד שמשעבד הערב, לא סגי בהסכמה דמהני לענין קנין דעלמא, אלא בעינן גמירות דעת לשעבד עצמו.

דהרי קטן לא נעשה ערב, וכדקיי"ל בשו"ע חו"מ (סי' קל"ב ס"א) ומקורו ברמב"ם (בפרק כ"ו מהל' מלוה הלכה י"א), וביאר הרב המגיד דלא דמי למתנת קטן שהיא קיימת במטלטלין משום דהתם גמר ומקנה ומוציא הדבר מרשותו. אבל כאן אינו אלא שיעבוד והרי ערב היה בו משום אסמכתא אם לא מפני שכיון שהלוהו על אמונתו גמר ומשעבד נפשיה ואין לקטן דעת כדי לשעבד עצמו בזה. עכת"ד.

וחזינן דבעינן טפי גמירות דעת מהסכמה ליתן בעלמא, דבהסכמה ליתן מתנה איכא סיום לגמירות דעת בעצם הנתינה, משא"כ בהתחייבות בעלמא. - ולענין קבלן, אם קטן נעשה כקבלן. יעויין בבעל התרומות (שער ל"ה ח"א סי' מ"א), שהביא דעות בזה. ולכאורה

כיון דגדר קבלן, להנך דעות דמהני בקטן, דהו"ל כהלואה לקבלן רק שהנתינה היא ללוה, וממילא כיון שקטן שלוחו חייב לשלם כשיגדיל, א"כ גמירות דעת הקטן הוי בקבלת הלוה המעות, דהוי כקבלת הקטן עצמו.

בגדר השליחות בערב

(טו) ובגדר שליחות בערב, יל"ע אם הוא כשליחות בעלמא, או רק דחשיב שהערב לקח מעותיו של המלוה והלוהו ללוה. - ונפק"מ אם גם בקטן וגוי שייך ערבות.

דעת ה"שער משפטי" דאין ישראל נעשה ערב לגוי

והנה יעויין ב"שער משפטי" (סי' קל"ב ס"ק א') שנקט בזה, דדברים כפשוטן הם. דהו"ל שליחות ממש, ומי שאינו בתורת שליחות לא נעשה ערב. ולכן חידש דאין ישראל נעשה ערב לגוי מדינא, רק דלא צייט דינא דילן.

דברי ה"שער משפטי"

וז"ל בתו"ד: "ילד קטן שערב לאחרים אינו משתעבד, משום כיון דטעמא דערבות דמשתעבד משום דסמך עליו ועל פי ציווי הלוה לו חייב הערב, ואם כן לא עדיף הערבות משליחות, דכל היכא דלא נתחייב המשלח מתורת שליחות ג"כ לא נתחייב מתורת ערבות. - וכן משמע להדיא מדברי הרשב"ם בס"פ גט פשוט דף קע"ג ע"ב, שכתב התם על הא דאמרינן בש"ס דטעמא דערב משום בההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, וז"ל גמר ומשעבד בלב שלם ושליחותא דערב קא עביד מלוה כאלו הוא עצמו הלוה עכ"ל. וא"כ בערב לקטן כיון דאין שליחות לקטן לא אנו לדידהו ולא אינהו לדידן ג"כ אינו שייך לגביה חיוב ערבות, הן קטן שערב לאחרים והן אחר שערב לקטן. ולא עדיף ערבות משליחות גמור. - ובאמת אף שהערב לעכו"ם אינו מתחייב מדינא, כיון דאין שליחות לעכו"ם. אלא דעכו"ם לא צייט דינא דידן. וזו סברא נכונה לפענ"ד. כו". עכ"ד.

קושיית ה"אמרי בינה"

(טז) אמנם נתקשו בדבריו, יעוי' בספר "אמרי בינה" חו"מ (הל' דינין סי' י"ז) שהקשה מהא

דברי הב"ח

וז"ל הב"ח: "אמנם בדברי רבינו צ"ע שכתב כו' בתולה בדעת אחרים הוי אסמכתא מטעם דלא הוי בידו, קשיא טובא א"כ היאך נמצא ידו ורגליו על כל תנאי בני אדם זה עם זה שכולם בלשון אם הם, ותולה בדעת חבירו, וכך התנו משה וישראל עם בני גד ובני ראובן אם יעברו ונתתם. וי"ל דסובר רבינו דבתנאי בני אדם זה עם זה צריך ליהדר שיהיה בדרך שלא יהא בו חששא דאסמכתא כגון במעכשיו או קנין בבי"ד חשוב, ומתנאי בני גד ובני ראובן ודאי לא קשה דהתם הוי משה וישראל ולא הוי בי"ד חשוב בישראל מעולם כמוהו. אי נמי דהוי במעכשיו. אי נמי כל דין אסמכתא דלא קניא אינו אלא מדרבנן, אבל דאורייתא ודאי אסמכתא קניא כי היכא דערב משתעבד דאורייתא בלשון אסמכתא כו', והשתא ליכא קושיא מבני גד ובני ראובן דהתנאי היה חל דבר תורה אפילו אם תמצי לומר דהוי אסמכתא כו'". עכ"ד הב"ח.

קושיות הש"ך

אולם הש"ך בחו"מ (בסי' ר"ז ס"ק י"ח) תמה ע"ד הב"ח, דהא בערב אמרינן בב"ב (קע"ג:) דהטעם דמשתעבד הוא משום דבההיא הנאה דהימניה משתעבד, ומבואר דבלא"ה לא משתעבד נפשיה כלל, הרי להדיא דלא אמרינן דאסמכתא קניא מדאורייתא.

ביאור דברי הב"ח

ובביאור דברי הב"ח י"ל, דבעיקר הדין יל"ע, דאמאי מהני בההיא הנאה דערב לבטל חסרון דאסמכתא, הרי בההיא הנאה בערב אינו אלא כקנין כסף, וכדקיי"ל בשו"ע חו"מ (בסי' ק"צ ס"ג), ובקנין כסף נמי יש חסרון דאסמכתא.

וצ"ל דבמעשה קנין עצמו ליכא חסרון באסמכתא, אלא רק בגמירות דעת, דלא גמר בדעתו לקנין מכיון שהתנה בתנאי דאסמכתא ודעתו שבסופו של דבר יקיים התנאי. - ולכן בערב מהני גמירות דעתו מכיון דאיכא ביה הנאה דנעשה רצונו, ועי"ז גמר בדעתו לכך וממילא אין בזה איסור ליהנות מממון חבירו, דהרי הרשהו. וכל איסורו ליהנות בינתיים עד שיתברר קנינו הוא מדרבנן אטו איסורא דלא

בביאור החסרון דאסמכתא לא קניא

(יח) ולכאורה י"ל דבהאי פלוגתא האם אסמכתא קונה מדאורייתא או לא, תליא יסוד הטעם דאסמכתא אינה קונה, די"ל דהו"ל חסרון בסמיכות דעת, וממילא כשיש תוספת סברא דאית ליה הנאה כגון ערב שפיר משתעבד דאית ליה סמיכות דעת. וזהו דעת המרדכי בב"ק ובסנהדרין. - אולם הרמב"ן והמרדכי בב"מ ס"ל דהחסרון באסמכתא הוא במעשה קנין ולכן לא מהני מה שגמר בדעתו וכגון בערב, דסו"ס חסר במעשה קנין, ובהכרח דשאני ערב דליכא ביה אסמכתא גמורה.

אמנם נראה דשפיר י"ל דלכו"ע החסרון באסמכתא הוא רק בגמירות דעת, אבל במעשה קנין בעצמו ליכא חסרון, ולכן בערב מהני גמירות דעתו מכיון דאית ליה הנאה שנעשה רצונו. - ויסוד הנידון באסמכתא הוא במה שנהנה מממון חבירו בגוונא שעדיין לא נתברר אם יהיה שלו לחלוטין.

ועיקר פלוגתא דקמאי הנ"ל האם בערב יש בו משום אסמכתא או לא הויא בפשטא דגמ', האם הדרינן מקס"ד דאסמכתא וערב חדא מילתא נינהו או לא.

קושיית הפוסקים מ"ש תנאי בני גד ובני ראובן דלא הוי אסמכתא

י"ט) דביסוד דינא דאסמכתא לא קניא, נתקשו הפוסקים מ"ש מתנאי בני גד ובני ראובן דג"כ היה בגוונא דאם יעברו ונתתם וגו'. - והסמ"ע בחו"מ (בסי' ר"ז ס"ק י"ז) חילק, דהא דאסמכתא לא קניא היינו דוקא כשלא ידוע כוונת הנותן, דמכיון שאינו גומר ופוסק למכירתו אלא אומר אם יהיה אם לא יהיה, אמרינן דסמך דעתיה שיהיה אותו הדבר ולא יהיה המכירה. ושאני מתנאי בני גד ובני ראובן, דהתם ידוע כוונת משה רבינו ע"ה, שהיתה דעתו להקנותן.

תירוץ הב"ח

והב"ח בחו"מ (בסי' ר"ז סעיף י"ח) תירץ, דמדאורייתא אסמכתא קניא, וכבר כתב הקצוה"ח (שם סק"א) דמצינו כן במרדכי (ב"ק סי' מ"ו, ובהגות סנהדרין סי' תשכ"א) והובאו בדרכי משה בחו"מ (בסי' ר"ז סעיף י"ד).

דמצינו בב"מ (ע"ב:) וע"ז (ס"ג:) דגוי נעשה ערב לישראל, וישראל לגוי, ואם הוא מטעם שליחות, הרי אין שליחות לגוי.

קושית ה"ערך שי"

וכמו"כ הקשו ה"שער משפט" וב"ערך שי" חו"מ (סו"ס קל"א) מהא דערב דכתובה משתעבד לפעמים, אף דהתם לא שייך לומר הנישואים היו בשליחותו.

והנה בהנך י"ל, דמכיון והוצאת הממון היתה על פיו של הערב, ונתקיים רצונו, חשיב כאילו מסר הערב את האשה לנישואין. ואע"פ דלא שייך בזה שליחות, דלא בעינן לדין שליחות דעלמא, אלא רק שיחשב שהערב נשתמש במעות.

בגדר ההנאה דגומרת דעתו של הערב להשתעבד

י"ז) ובביאור הנידון בגדר ההנאה דגומרת דעתו של הערב להתחייב, י"ל דתלוי בפלוגתא דקמאי האם אסמכתא קניא מדאורייתא או לא, דהרמב"ן בב"ב (קס"ח.) והמרדכי (בב"מ סי' ש"ע) כתבו דאסמכתא לא קניא מדאורייתא, אבל המרדכי (ב"ק סי' מ"ו ובסנהדרין סי' תשכ"א) כתב דאסמכתא קניא מדאורייתא. וע"ש במרדכי דהוכיח כדבריו ממה שמצינו דערב משתעבד אע"ג דהוי אסמכתא.

דברי המרדכי

וז"ל המרדכי: "ועוד מצאתי לרבינו נתנאל מקינון, דאסמכתא קונה בהקדש, דהא אסמכתא קונה מן התורה כדגמרינן מערב, מנין לערב מן התורה שנאמר ואנוכי אערבנו". עכ"ל.

ביאור פלוגתת הרמב"ן והמרדכי

וביאור פלוגתתם י"ל, דהרמב"ן והמרדכי בב"מ דס"ל דערב אין בו משום אסמכתא היינו משום דבהא דקאמר רב אשי דטעמא דערב משתעבד משום בההיא הנאה, קמהדר מטעמא קמייתא דאמר אמימר דערב תליא באסמכתא. אולם המרדכי בב"ק ובסנהדרין ס"ל דלא הדרינן מסברא קמייתא אלא באמת ערב הוי אסמכתא רק דאיכא תוספת סברא בערב דלא ביטלו חכמים קנינו מפאת גמירות דעת.

תגזול וכמ"ש רש"י בסנהדרין (כ"ד): ד"ה לא כו', דהו"ל כעין גזילה בידו.

בסוגיא דגמ' דערבות מהני אע"פ שאסמכתא לא קניא

(כ) והנה בספר "אולם המשפט" בחו"מ (בסי' ר"ז בש"ך שם ס"ק י"ח) כתב להוכיח כדברי הב"ח, דמסוגיא דגמ' גופא משמע כדבריו, דהא לאחר דילפינן דערב משתעבד מקרא דאנכי אערבנו, איתא אמר אמימר ערב דמשתעבד מחלוקת רבי יהודה ור' יוסי, לר' יוסי דאמר אסמכתא קניא ערב משתעבד לר' יהודה דאמר אסמכתא לא קניא ערב לא משתעבד, א"ל רב אשי לאמימר הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד, ומשני אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשתעבד נפשיה. - ודקדק באולם המשפט, מדפריך רב אשי ממעשים בכל יום דערב משתעבד, ולא פריך דערב משתעבד מקרא דאנכי אערבנו או מקרא דאם ערבת לרעך, וקשה מהך קרא למ"ד אסמכתא לא קניא, אלא בהכרח דמקרא לא קשיא, דמדאורייתא אסמכתא קניא.

אמנם נראה ליישב בדברי הש"ך, דמהא לא אירא, ד"ל דהא דפריך ממעשים בכל יום היינו דוקא לענין הא דאסמכתא לא קניא, אבל לענין הא דמהני התחייבות להיות ערב בזה לא הגענו להא דמעשים בכל יום, אלא ידעינן ליה מקראי הנ"ל. ואפ"ה אמרינן דמהני מפאת טעמא דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה. וזהו שהקשה הש"ך דחזינן דבלא"ה לא משתעבד. וחזינן להדיא דאסמכתא לא קניא מדאורייתא. ועכ"פ בהך מלתא תליא פלוגתת הפוסקים הנ"ל.

דברי הרמ"א בשטר שכתוב בו לוייתי ממך מנה ומשעבד עצמו נגד המוציא שטר זה

(כא) והנה הרמ"א בחו"מ (בסי' נ' סעיף א') כתב לענין שטר שכתוב בו לוייתי ממך מנה, דאם כתוב בשטר שמשעבד עצמו נגד המוציא שטר חוב זה עליו, אע"ג שלא היה חייב לו מעולם מ"מ חייב לשלם לו, דהרי מ"מ נשתעבד נגדו.

ומקור דבריו הוא מתשו' הרא"ש (כלל ס"ח סי' ט'), יעוי"ש שכתב מלתא בטעמא, בזה"ל: "יראה שהוא שטר וכל המוציא גובה בו, אעפ"י שידוע שהוא לא הלווה זה הממון, כי המלווה לא רצה להלות ללוה עד ששעבד עצמו לכל מוציא השטר, כדי שלא יצטרך להקנותו לאחר בכתיבה או במסירה אם ירצה למכרו או לתתו לאחר או אם ירצה להרשות לאחר שיגבה החוב בשליחותו שלא יצטרך לכתוב לו שטר הרשאה וכל תנאי שבממון קיים. ואעפ"י שהעדים שזכו בשעת הקנין בשביל מוציא שטר החוב לא הכירוהו ולא ידעו מי יהיה מוציא השטר אעפ"כ מועיל הקנין והזכות שזכו בשבילו. כדאמרינן בגיטין (י"ג): גבי מעמד שלשתן נעשה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. וכן בנדון זה שעבד עצמו בפירוש לכל מוציא שטר זה. ואם ישיב המשיב לא דמי דשאני התם שהמלוה מיהו היה ידוע וניכר בשטר ואגב דמשתעבד ליה משתעביד לכל מאן דאתי מחמתיה, אבל הכא דאין שם המלוה ידוע לא משתעבד כלל. הא לך ראייה ממקום אחר שאינו תלוי בזה אלא אע"פ שאין המלוה נזכר בשטר הוי שטר מעליא, מהא דאמרינן בשלהי בתרא (קע"ב). ההוא שטרא דנפק בבי דינא דרב הונא והוה כתיב ביה אני פלוני בן פלוני לוייתי ממך מנה, אמר רב הונא ממך ואפילו מריש גלותא ממך ואפילו משבור מלכא, כלומר כל מי שהשטר יוצא מתחת ידו אפילו שבור מלכא או ריש גלותא שאינן רגילין להלוות מעות לשום אדם גובין בו, אעפ"י שלא הוזכר שם המלוה בשטר. וכן בנדון זה כיון שכתוב בשטר ששעבד עצמו לכל מוציא שטר זה גובה בו כל המוציא". עכ"ל הרא"ש.

ראיית הרא"ש מהא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך

ויעוי"ש עוד בתשו' הרא"ש, שהוסיף בזה"ל: "ואם תאמר שאני התם דאעפ"י שלא הוזכר שם המלוה בשטר מ"מ הלוה הכיר וידע פנים אל פנים ששעבד עצמו לו, אבל בנדון זה הלוה לא הכיר וידע מוציא שטר זה ששעבד עצמו ונכסיו לו. הרי לך ראייה הראשונה מההיא דמשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך

שאינו תלוי בזה, אלא אדם יכול לשעבד עצמו ואת נכסיו אפילו למי שאינו מכיר". עכ"ל הרא"ש.

ראיית הרא"ש מהא דדוד

קידש בת שאול

והוסיף הרא"ש דגם כשהמתחייב חייב עצמו בדבר שלא היה חייב מעולם שום דבר לשום אדם, חייב.

וז"ל הרא"ש: "וכן מצינו בשאול (שמואל א', ז' כ"ה) על מעשה דגלית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכהו ונתחייב שאול לדוד באותו ממון. דבפרק ב' דסנהדרין (י"ט): קאמר שקדש דוד את בת שאול באותו ממון אינה מקודשת דהמקדש במלוה אינה מקודשת. הרי ראייה ברורה שאדם יכול לשעבד נכסיו אף למי שאינו מכיר וידוע בשעת השעבוד מי הוא, וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה ושבד עצמו ונכסיו לכל מוציא שטר זה דהוי שטר מעליא". עכ"ל הרא"ש.

כשהמתחייב חייב עצמו בדבר שלא היה חייב מעולם

(כב) וכבר ביאר כן הש"ך בחו"מ (בסי' נ' סק"ט) דד"ז נקט הרמ"א בשיטת הרא"ש הנ"ל, ממה שהשו"ע פסק לתשו' זו (בחו"מ סי' ס"א סי' י"י) ואפ"ה הביאו הרמ"א גם בסי' נ' הנ"ל. - וכתב הש"ך: "אלא הר"ב בא לחדש, דאע"ג שהמתחייב לא היה חייב מעולם שום דבר לשום אדם, שלא הלוה לו שום אדם כלום, אלא שחייב את עצמו בדבר שלא היה חייב כדלעיל סימן מ', וזה לא כתבו המחבר לקמן סימן ס"א סעיף י' כלל. והוא מבואר בתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ט', במ"ש שם וכן מצינו (שמואל א' י"ז, כ"ה) בשאול על מעשה דגלית הפלשתי, ששעבד עצמו ונכסיו ליתן עושר גדול למי שיכה הפלשתי, ובא דוד והכהו, ונתחייב שאול לדוד באותו ממון, דבפ"ב דסנהדרין (י"ט): קאמר שקידש דוד את בת שאול באותו ממון כו', עכ"ל. וזהו מדוקדק בדברי הר"ב שכתב נשתעבד נגדו, וכמו שנתבאר לעיל סימן מ' כו', והרי בסימן מ' מיירי במי שחייב את עצמו בדבר שלא היה חייב כלל, ע"ש. וזה ברור". עכ"ל הש"ך.

המחייב עצמו לכל מי שילוח לחבירו

כג) והנה הש"ך בחו"מ (בסי' נ' סק"ח) כתב ע"ד הרמ"א הנ"ל דכשכתב בשטר שמשעבד עצמו נגד המוציא שטר זה דחייב, בזה"ל: "וה"ה במי שחייב ושעבד עצמו בשטר לפרוע לכל מי שילוח לשמעון סך פלוני, כ"כ בתשובת מהר"א ו' ששון סי' קכ"ב וקע"ח, יע"ש. ועיין בתשובת מהר"מ אלשיך סי' צ"ח, ובתשובת מהר"א ו' חיים סי' כ"א". עכ"ד הש"ך.

הכרעת הש"ך כדברי המהר"א ששון והראנ"ח

ומבואר דהכרעת הש"ך היא דלא כדברי המהרשד"ם (בסי' ל"ח) דלעיל דצייד דאינו מתחייב.

וצ"ל לפ"ז דהגם שהש"ך בחו"מ (בסי' קכ"ט סק"ו) הביא דברי המהרשד"ם, אולם הרי בסוף דבריו ציין לתשו' המהר"א ששון והראנ"ח הנ"ל, כוונתו לסיים דלהלכה לא נקטינן כמהרשד"ם.

דברי המהר"א ששון

ויעויין בתשו' מהר"א ששון (בסי' קכ"ב) שהביא בתחילה את דברי המהרשד"ם הנ"ל (באות א') וכתב להשיב על דבריו.

ואעתיק לשונו: "מעשה היה בראובן שנתחייב ושיעבד עצמו לפרוע לכל מי שילוח לשמעון סך כך אלפים כדין ערב פרען וכו'. ונפלה מחלוקת בעירנו יע"א אי הוי שיעבודא כיון שלא שיעבד עצמו לאיש ידוע, ופסקו גדולי עירנו ואני הדיין בתוכם דודאי יכול לשעבד עצמו בסתם לכל איזה שיהיה, וראיה לזה ממש"כ הנמוקי יוסף בפרק גט פשוט (ב"ב פ' ע"ה מדפי הרי"ף) עלה דההיא דאיתמר התם ההוא שטרא וכו', דקאמר ביה אני פלוני לויתי ממך מנה. ע"ש. עוד ראיה ברורה מתשובת הרא"ש ז"ל כלל ס"ח כו'. ויש לדקדק מההיא דאמרין (גיטין כ"ה ע"א) כל היוצאת מפתח ביתי תיהיה מגורשת, דלא הויה מגורשת משום דאין ברירה. ואמאי הא מצי לגרש איזו שתרכזה. וי"ל דשאני גיטין דבעינן ברירה חזקה, וכמו שכתבו התוספות ז"ל [ראה שם כ' ד"ה א']".

השנת מהר"א ששון על הרשד"ם

וכתב המהר"א ששון: "הן שגדול אחד מהמיוחדים שבעירנו פסק שאינו משתעבד כיון שלא ציוה ולא ביאר שום אדם, מההיא דאמרין בריש פרק המדיר (כתובות ע' ע"ב) והביאו הטור יו"ד סימן רכ"א, דמותר לומר כל הזן לפלוני או עושה עמו אינו מפסיד, אבל אסור לומר כל השומע קולי יזון לפלוני, דכיון שהוא לשון ציווי הוי כשלוחו. ולרשב"ם [המובא בתוס' שם באומר] אפילו שאינו לשון ציווי אסור אלא אם כן אמר בלשון רבים כו'. הרי דכיון דליכא לשון ציווי למר או לשון יחיד למר, לא מתחייב, ולהכי אינו אסור. אם כן הכא בני"ד דליכא לא לשון ציווי ולא לשון יחיד, לא מתחייב. ע"כ. - ונראה ודאי דאין מכאן ראיה, דעד כאן לא קאמרין הכא הכי אלא דקאמר אינו מפסיד, אבל אי קאמר אני משתעבד או מתחייב פשיטא דבכל גוונא אסור, שהרי משועבד הוא לפרוע. וכי תימא, אכתי הא חזינן דכשאמר בלשון ציווי למר ובלשון יחיד למר הוא משתעבד, א"כ משמע דלישנא דאינו מפסיד הוי לישנא דחיובא ופרוע, וחזינן דכשלא אמרו בלשון ציווי או בלשון יחיד לא משתעבד, משמע דאע"ג דלישנא דאישתעבודי הוא כיון דלא אמרו בלשון ציווי או בלשון יחיד לא מהני, אם כן ה"נ ימא במשתעבד או במתחייב. י"ל דשאני התם דמטעמא דעושה שליח הוא, וכיון שכן בעי ציווי או יחוד, וכדדייק לישנא דקאמר רשב"ם (בטור שם) אינו מיחד שום אדם להיות שלוחו, וכן דייק לישנא דקאמר הטור דכיון שהוא לשון ציווי הוי כשלוחו, ולהכי הוא דכשאינו בלשון ציווי או בלשון יחיד לא מיקרי שליח. אבל באני משתעבד כו', פשיטא דאע"ג שיהיה בלשון רבים ואם שלא יהיה לשון ציווי, מתחייב". עכ"ד.

והוסיף המהר"א ששון: "ועוד היינו יכולים לתרץ ולומר, דבאומר לשון "משתעבד" דחייב בין בלשון רבים למר ובין שלא בלשון ציווי למר, וההיא דכל הזן כו' שאני דהוי לישנא דאינו מפסיד כדכתביבנא. וכי תימא אם כן אמאי ביחיד למר או בלשון ציווי למר אסור, איכא למימר דלאו משום דחייב לשלם הוא (החיוב) [והאסור], דהא ודאי כיון דלא אמר לישנא דמתחייב או משתעבד פשיטא

דלא מיחייב, אלא טעם האיסור הוא מפני שנראה כשליח אע"פ שאינו לשון שליח, והכי דייקי דברי הטור שכתב דהוי כשלוחו ונראה כשלוחו, וכן כתבו התוספות (כתובות שם הנ"ל), ולעולם דאינו חייב לפרוע. אלא שהריטב"א ז"ל כתב בחידושו (שם ד"ה באומר) דכיון שהוא אסור הוא חייב לפרוע. ומ"מ אין כאן קושיא וכמו שכתבתי מהטעם הקודם כו'".

עוד כתב מהר"א ששון: "ועוד היה נראה להביא ראיה דהמשתעבד עצמו בלשון רבים מתחייב, מההיא דכתב הרי"ף ז"ל (ב"ק ל"ב ע"ב מדפי הרי"ף) האי מאן דשדר לחבריה דיהיב ההיא מידי כו', והביאו הטור חו"מ (סימן רכ"א סעיף ז). דמשמע מהתם דאע"ג דלא אמר ליה שלחה לי ע"י פלוני, אלא ע"י כל אדם, מהני. הן אמת דהא הכא בלשון ציווי מיירי, ואם כן אי איכא לאתווי ראיה מהכא לא הויה אלא בלשון רבים מהני בלשון ציווי. ומ"מ אף לזה אין זו ראיה מוכרחת, שהרי יש לחלק ביניהם וכמו שהוא מבואר, וכן ג"כ מבואר שאין מכאן קושיא לרשב"ם ז"ל דבעי יחיד דהא הכא מהני בלשון רבים, שהרי החילוק מבואר. ומכל מקום הראיות שכתבתי למעלה הן נכונות ומוכחות למבין, שהאדם יכול להשתעבד ולהתחייב כו'". עכ"ד המהר"א ששון.

דברי תשו' מהר"ם אלשיך

וכיו"ב מבואר בשו"ת מהר"ם אלשיך (סי' צ"ח) שציניו הש"ך הנ"ל.

וז"ל שם: "שאלה. דינה שהכתיבה שטר עליה בקנין גמור מעכשיו, איך היתה ערבנית על כל מה שיקח בעלה ראובן בהלוואה מכל אדם מישראל שיהיה, או שיקח סחורה בהקפה מכל איזה יהודי עד אלף פרחים ערבות גמור כו', והלכה האשה למדינת הים, ואחר כך לזה בעלה וקנה סחורות בהקפה, יורנו רבנו אם היא חייבת מחמת הערבות, שלא ידעה מי ומי יהיו המלוים או מוכרים לו סחורה בהקפה". - וע"ש בתו"ד שכתב: "ועל הטענה הבאה בשאלה דאיהי לא ידעה למי תתחייב, לאו מילתא היא, דהא כתב הרא"ש ז"ל (כלל ס"ח סי' י"א) על שטר שאין כתוב בו שם מלוה כלל אלא שמתחייב כך וכך לכל מי שיוציא שטר חוב זה, כתב וז"ל, ומה שאמר כיון שאין

בחילוק בין קנין או לא

וביסוד דברי הגרעק"א לחלק בין היכא דאיכא קנין או לא, לכאורה יש לדון מדברי התומים (בסי' קכ"ט סק"ב) משמע דליכא לחלק בזה.

דהרי התומים הקשה אמאי לא מיייתי להוכיח ממשנתינו המבשרני אם ילדה אשתי זכר יטול מנה, דחזינן דמהני להתחייב בכה"ג. - ולכאורה יש לחלק, דהתם י"ל דקמיירי שעשה קנין, משא"כ בכותב בכת"י, דאי"ז קנין, לכן לא שמעינן מהתם. - ומהא דהקשה התומים מהתם, שמעינן דלית ליה הך חילוק.

ובאמת דהגרעק"א שם הקדים ליישב קושיית התומים ממשנתינו דהמבשרני, דהתם מייירי בקנין.

וז"ל הגרעק"א שם: "ועיין בש"ך סי' קכ"ט סק"ו ואם כתב בכת"י כל מי שיתנדב ללות לפלוני כך ממון וכו' כיון שלא אמר בשם ציווי ודמי לכל הזן אינו מפסיד כו' ע"ש, נראה דס"ל דהא דאינו חייב לשלם דכל הזן אינו מפסיד אין הטעם דאינו מפסיד לאו לשון חיוב, דהא באמת באמר ליחיד אם תזון אינו מפסיד דעת הרבה פוסקים דחייב לשלם, אלא דהטעם דאף דאינו מפסיד הוי לשון חיוב כמו אתן לי, מ"מ כיון דכל הזן לאו לשון שליחות הוא והוי רק כאומר כל שיעשה כך וכך אתן לו כך וכך דבעינן קנין דמה שזה נפסד על ידו אינו חייב דהא לאו בשליחותיה קעביד, וזה שמתחייב ליתן לו הוי רק כמו מתנה דבעי' קנין. ולא דמי לאומר זרוק דינר לים דעושה כן בשליחותו והוי כמו לוח על הדינר, אבל זה שאינו עושה בשליחותו הוי רק כאומר מי שיבא בפתח תחלה אתן לו כך וכך דבעי' קנין, ומשו"ה דימה מהרשד"ם דלא הוי ערב כיון דלאו שליחותיה קעביד הוי כמו ערב שלא בשעת מתן מעות דבעינן קנין, אבל קנין מהני כיון דאין מפסיד הוי לשון חיוב אף דלאו שליחותיה קעביד, מ"מ דמי לאומר מי שיבא בפתח תחלה אתן לו כך ונתחייב בקנין דחייב אף דזה לא עביד כך בשליחותיה, ומה שהקשה באו"ת מההיא דאם ילדה אשתי זכר, עי' ברא"ש שם דמיירי בשכיב מרע. וגם המבשרני אפשר דמיירי בקנין". עכ"ד הגרעק"א.

וביאור דבריו, דנידון דברי המהרשד"ם מייירי שעשה "קנין" שטר להתחייב, משא"כ כשכתב כת"י לומר כל מי שילוח לפלוני אני ערב אין כוונתו להתחייב בשטר כת"י, דהא לא היתה כתיבתו בתורת "שטר", אלא בתורת ציווי. - והיינו דעיקר הנידון בדברי המהרשד"ם הוא מפאת דהו"ל ציווי, ולא מחמת מה שכתב.

וגדר הדברים, דאע"פ דלא מהני "שטר" לחודא, כשאינו מוציא ממון על פיו, והרי זה הטעם דלא מהני ערב לאחר מתן מעות, מ"מ זהו דוקא בגוונא שלא היתה הוצאת ממון כלל, אבל בנידון דברי המהרשד"ם דשפיר איכא הוצאת ממון על פיו, דהגם דלא ייחד אדם מ"מ הוציא ממון על פיו, ואיתא להערב הנאה שהוציאו ממון על פי ציווי. חזינן להנאתו בצירוף שטר התחייבות כקבלת ערבות.

כשכתב בשטר שמתחייב לכל מי שילוח לפלוני ומסרו ללוח והלוח מסרו למלוח נתחייב הערב

כה) והנה לפ"ד הגרעק"א, נמצינו למדין דכשכתב שטר חיוב, ומתחייב עצמו בערבות לכל מי שילוח לפלוני, ומוסר שטר זה להלוח, והלוח מסרו למלוח אע"פ דהערב לא ידע מי הוא המלוח, דאפ"ה נתחייב הערב.

התם על צ"ק לצורך ערבות והניחו פתוח
וחזינן עוד לפ"ד הגרעק"א הנ"ל, דאם הערב נותן ללוח צ"ק, ואומר לו שיקח הלוחא מהמלוח, ויתן את הצ"ק לערבות על חובו. - דאם נימא דגדר צ"ק הוא כשטר, ממילא נתחייב הערב, אע"פ שהצ"ק היה פתוח, ולא כתבו למוטב או לאדם מסויים.

סיום הגרעק"א דהמהר"א ששון פליג ע"ד המהרשד"ם

אמנם הגרעק"א סיים דבריו שם בזה"ל: "אולם המעיין במהר"א ששון יראה דטעמיה דמחלק בין אין מפסיד דלא הוי לשון חיוב, וא"כ אין ראייה כלל להא דכל הזן אינו מפסיד, ודלא כמהרשד"ם, וצע"ג". עכ"ד. - הרי דהגרעק"א נחית לדון דהמהר"א ששון פליג ע"ד המהרשד"ם. ונמצא דקמה וגם ניצבה הקושיא בדברי הש"ך. [אכן בעיקר החילוק בין שטר לכת"י, נראה דלא הדר ביה].

מזכיר שום מלוה בשטר שאין השטר כלום, אין בדבריו כלום, דאמרינן בסוף בבא בתרא (קע"ב ע"א - ב') ההוא שטרא דנפיק בבי דינא דרב הונא דהוה כתיב ביה אנא פלוני בן פלוני לויתי ממך מנה, אמר רב הונא ממך אפילו מריש גלותא, ממך ואפילו משבור מלכא, אלמא אעפ"י שלא הזכר שם המלוה בשטר, שטר הוי וכל המוציאו גובה בו, וכן בנ"ד כיון שכתוב בו ששיעבד עצמו לכל מוציא שטר זה, גובה בו כל המוציאו אעפ"י שלא הזכר בו שם המלוה, ע"כ. וכן נמי משמע מההוא דמודר הנאה מחבירו דקאמר כל הזן אינו מפסיד וכו' (כתובות ע' ע"ב), ואם איתא דאפילו בקנין לא משתעבד היכא דלא ידע למאן משתעבד, מאי איריא כל הזן אינו מפסיד הא אפילו אי קנו מיניה דמתחייב לזן לא משתעבד, אלא ודאי כדכתיבנא" עכ"ד המהר"ם אלשיך.

דברי הגרעק"א דהכרעת הש"ך לדינא כמהרשד"ם

כד) ובעיקר מה שנתבאר דהכרעת הש"ך היא דלא כמהרשד"ם, והיינו מהכרח דבריו שלא יקשה ממשי"כ (בסי' קכ"ט סק"ט) על מה שכתב (בסי' נ' סק"ח), ומה"ט נתבאר דגם (בסי' קכ"ט סק"ו) לא בא לפסוק כמהרשד"ם, ורמז לזה במה שסיים לציין בתשו' מהר"א ששון והראנ"ח. - מצינו דהגרעק"א לא נקיט הכי בדעת הש"ך, אלא כתב להקשות בסתירת דברי הש"ך בזה.

חילוק הגרעק"א בין דברי הש"ך בסי' נ' לדבריו בסי' קכ"ט

דיעויין בחי' הגרעק"א מכת"י (נדפס בסו"ס חי' הגרעק"א סדר נשים) בחי' לגיטין (ס"ו), שעמד בקושיא זו, ע"ש שהביא דברי הש"ך בסי' קכ"ט סק"ו, וכתב: "אולם הקשה לי הוא דהש"ך סותר בעצמו לדבריו לעיל סו"ס סימן נ' סק"ח וה"ה במי שחייב ושעבד עצמנו בשטר לפרוע לכל מי שילוח לשמעון סך פלוני כ"כ בשו"ת מהר"א ששון, ע"ש, הרי דמהני בכה"ג".

וע"ש דכתב ליישב: "וחשבתי לחלק, דהתם (בסי' נ') שעבד עצמו בשטר, והוי כמו קנין. והכא (בסי' קכ"ט) כתב רק בכת"י". עכ"ד.

קושיית ה"שער משפט" ע"ד המהרש"ם והש"ך

כו) והנה ה"שער משפט" (בסי' קכ"ט סק"ב) הקשה ע"ד המהרש"ם והש"ך, דהיאך יתכן לדון הכותב כתי" דכל המתנדב להלוות לפלוני סך מסויים אני ערב עבורו, והרי הערב צריך לדבר עם המלוה, וכמש"כ קמאי בקידושין (י"ט). - בדגמ' התם איתא אמר רבא אמר רב נחמן אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושייך דהיא מקודשת מדר' יוסי בר יהודה וכקידושי יעוד. והקשו קמאי אמאי לא מקודשת מדין ערב, דכשאמר לה צאי וקבלי קידושיך הו"ל כאומר לה כל הנותן לך פרוטה הרי את מקודשת לו, ודמי לתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב. ותירצו הר"ן והרשב"א בזה"ל: "דלא דמי, דערב מדבר עם המלוה וגמר ומשעבד ליה נפשיה, אבל זה אינו מתנה עם אדם ידוע, והכא היינו טעמא דמהני משום דהו"ל כתנם לפלוני שיקבלם לי, וה"נ הך בת כי מקבלה קידושין זוכה לאביה". עכ"ל. - הרי דדין ערב אינו אלא רק כשמדבר עם המלוה בעצמו. וא"כ היאך כשכותב בכת"י כל המתנדב להלוות אני ערב עבורו מהני, הרי לא דיבר עם המלוה.

יישוב ה"אולם המשפט"

ובספר "אולם המשפט" (בסי' קכ"ט סק"ב) כתב ליישב קושיית השער משפט הנ"ל, דשאני הכא כיון דנתן כת"י הו"ל כאומר לו. ובודאי ליכא למימר בזה דין עדות לומר מפיהם ולא מפי כתבם.

והוסיף ה"אולם המשפט": "ואי איכא לדמויי לשם הא איכא לדמויי אם אומר אדם ללוה צא למלוה פלוני ואמור לו שאני ערב, דלא הוי ערב כיון דהמלוה לא שמע ממנו. אבל גם בזה נראה דלא קיי"ל כן כיון דהשמיטו זה כל האחרונים. וטעמם נראה, דלכאורה מאי גרעותא דלא שמע ממנו, למה גרע מכל התורה דמהני שליח. והרי במעמד שלשתן נתחבטו הפוסקים הא דלא מהני שליח, וכתבו משום דהוא הלכתא בלא טעמא, אבל ערב דמשתעבד מן הדין למה לא מהני שליח, וצ"ל ע"כ דהיינו טעמא כיון דלא שמע אלא מהלוה והימניה ללוה הרי חזינן שלא על אמונתו של הערב הלוהו" עכ"ד.

ובעיקר הראיה מסוגיא דצאי וקבלי קידושייך, כתב שם לדון בזה, דמכיון והיא קטנה ואין עליה חיוב אפשר הו"ל כאומר זרוק מנה לים, דיש פוסקים ברמ"א בחו"מ (בסי' ש"פ ס"א) דליכא ערבות, והגר"א הביא שם מהירושלמי תן מנה לחרש ואתקדש אני לך דאינה מקודשת.

הערה בדברי ה"אולם המשפט"

ויש להעיר בדברי ה"אולם המשפט", דלכאורה יש חילוק בין הנותן לחרש, דלא יגיע לכלל דעת, משא"כ בהנותן לקטנה דאיתא בתורת דעת קלישתא ותגדל בדעתה אח"כ.

וד"ז מוכרח בדברי הרשב"א, דבקידושין (י"ט). כתב כנ"ל, דכשלא דיבר הערב עם המלוה אינו נעשה ערב, מפאת קושייתו דהקטנה תקבל קידושיה מתורת ערב. והרי הרשב"א גופיה בקידושין (ח'): ד"ה ומסתברא כו' כתב דכשהמקבל ההלואה אינו בר זכיה אין דין ערבות, ומייתי הירושלמי (פ"ב דקידושין ה"א) שאם האשה אמרה תן לחרש ואתקדש אני לך מקודשת, וסיים הרשב"א לפי שאינו בר זכיה והלכך אי אפשר לה להתחייב מדין ערבות.

וצ"ל דבקידושין (י"ט). הקשה שתתקדש מדין דעת אחרת מקנה. - ועכ"פ מיושב קושיית ה"אולם המשפט".

תשו' מהרש"ם כשמייחד כל מוכרי החנויות דלא הוי ערב

כז) ובתשו' מהרש"ם (ח"א סי' ע"ז) פסק לדינא דלא כהמהרש"ם (בסי' ל"ח) שהובא בש"ך הנ"ל בחו"מ (בסי' קכ"ט סק"ו), מפני קושיית ה"שער משפט".

יעווי"ש בעובדא שהיה אנטליר שעבד אצל בעה"ב אחד ודרכו היה לקנות בהחנויות בשביל הבעה"ב, אח"כ היה הבעה"ב משלם. ועתה הלך האנטליר מהבעה"ב והחנונים תובעים חובותיהם, והבעה"ב טוען שהאנטליר לקח זאת לעצמו ולא בא לידו כלל, והאנטליר מודה ג"כ בזה. והחנונים טוענים כי ע"י שהיה רגיל לשלם עד עתה לכן הקיפו גם להלאה, והיה לבעה"ב להזהירם שלא יקיפו יותר.

וע"ש שדן לחייב את הבעה"ב משום ערב. והגם דהש"ך בחו"מ (בסי' קכ"ט סק"ו) הביא מהרש"ם (סי' ל"ח) דבאומר כל הנותן אינו מפסיד לא הו"ל ערב, מ"מ הרי בש"ך יו"ד (סי' רלה סק"ח) מבואר דבכה"ג הוי ערב. - רק שכתב: "אבל בשער משפט חו"מ שם סק"ב הביא מדברי הרשב"א והר"ן והרא"ש פ"ק דקידושין (דף י"ט) בהא דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושין כו' דמפורש דבערב בעינן שיאמר הערב להמלוה, ודלא כהש"ך ביו"ד הנ"ל". עכ"ד המהרש"ם.

הערה בדברי המהרש"ם

איברא דיש להעיר בדברי המהרש"ם, דלכאורה נידון שאלתו לא דמי לנידון תשו' מהרש"ם הנ"ל שהובא בש"ך בחו"מ (בסי' קכ"ט סק"ו). דהרי המהרש"ם קמיירי בגוונא שלא ייחד אדם מסויים שיהיה המלוה, ולכן מדמי לכל הזן אינו מפסיד. - משא"כ בנידון המהרש"ם קמיירי שייחד את כל מוכרי החנויות, ואדרבא רצונו שכולם יתנו ואח"כ ישלם לכל מי שנותן.

כשבדעת הערב להתחייב להרבה מלוים שילוו על פי כתבו מהני אף למהרש"ם

ונראה להוסיף בביאור הדברים, דגופא דעובדא דהמהרש"ם (בסי' ל"ח) היה מפאת שלא ייחד אדם אבל בדעתו היה שלא יקבל הלואה אלא רק מאחד, ובזה נקט דאיכא חסרון במינוי המלוה להיות כשלוחו, וכפ"מ שביאר בקצוה"ח (בסי' קכ"ט סק"א) הנ"ל, וכמו שתמה ה"שער משפט" דהערב לא דיבר עם המלוה. - משא"כ כשבדעתו של הערב להתחייב להרבה הלואות, ומה"ט הוא דלא מייחד אדם, בזה מסתברא דלכו"ע נתחייב הערב. דבכה"ג ליכא חסרון דמינוי שליחות. ואדרבא הרי עשה לכולם שלוחיו. - ושפיר איכא ציווי בכתיבתו לכל מי שילווה. ושאינו מגט, דלא שייך שכולם יכתבו, דאין יותר מגט אחד.

ראיה מנידון שותף שנעשה ערב להכיר, ודחיה להראיה

ומצינו בשו"ע חו"מ (סי' ע"ז ס"ב) בשותף שלוה שלא מדעת שותפו, דשניהם נתחייבו, וכדין שנים שלוו. - ודין שנים שלוו, מתבאר שם

בשו"ע (סעיף א') דכל אחד חייב בחצי וגם נעשה ערב על חלק השני.

וחזינן מדנעשה ערב על חצי השני, הגם דלא ציוהו להלוות לשותפו, דבהכרח כל שותף חשיב כמצווה לכל העולם שכל מי שילווה לשותפו יהיה הוא ערב שלו.

אמנם יש לחלק, דהתם השותף הלוה חשיב כשליח של השותף השני לצוות להמלוה שילווה לו, ולכן חזינן בהלוואתו כשליחות בציווי מהשותף השני.

בדברי המחנ"א מבואר דלא מהני ייחוד לכל העולם

אך בעיקר הדברים מתבאר ב"מחנה אפרים" (דיני ערב ס"ג) דהאומר לחבירו צא וקח מהשוק ואני אשלם, דאינו משתעבד מכיון שלא דיבר עם אדם ידוע. - וע"ש דגם כשייחד לכל העולם לא הו"ל ייחוד, מפני שצריך לצוות לאדם ידוע.

דברי המחנ"א

כה) והנה דברי ה"מחנה אפרים" הנ"ל הם יתד גדול לסמוך עליו בביאור נידון דידן.

ואעתיק לשונו: "במי שנשתעבד וחייב עצמו לפרוע לכל מי שילווה לשמעון עד סך מה אין חל השעבוד. מי נימא כיון שלא שעבד עצמו לאיש ידוע לא חל השעבוד. וכ"כ מהרשד"ם (בס' ל"ח) שכל שלא אומר בלשון צווי ולא ייחד אדם לא משתעבד. והביא ראיה לזה מר"פ המדיר דמותר אדם לומר כל הזן אינו מפסיד דכיון דלא אמר בלשון ציווי ולא ייחד שום אדם לא משתעבד הבעל לנותן, ולהכי שרי. - אבל הרב מהר"א ששון ז"ל בס' קכ"ב חולק ע"ז, וכתב דהיה דפרק המדיר שאני משום דלא קאמר כל הזן אני מתחייב דאי הוה אמר בכי הוה מתחייב ביה מדין ערבות, אבל לא קאמר אלא כל הזן אינו מפסיד שאינו לשון שעבוד." עכ"ד.

ביאור המחנ"א בדברי המהר"א ששון

והנה המחנ"א הביא דברי המהר"א ששון, בזה"ל: "ולכאורה נראה לחלק בהכי, אבל עדיין צריך להבין דהא חזינן דבאומר בלשון צווי שאמר יזון ולא יפסיד, מוכח שם דמשתעבד. משמע דלישנא דלא יפסיד הוי

לשון חיובא ופורע ואפ"ה כשלא אמר בלשון צווי לא משתעבד. משמע דהכל תלוי בשאמר לשון צווי הוא דמשתעבד, אבל כל היכא דלא אמר בלשון ציווי לא משתעבד." עכ"ד.

וכתב המחנ"א: "וכבר ראיתי שהרב הרגיש בזה וכתב דשאני התם דטעמא דעושה שליח הוא כו', כלומר דלעולם לישנא דאינו מפסיד לא משמע חיובא, ומיהו כל שאמר בלשון ציווי הרי זה מתחייב לנותן משום דשליחותיה קעביד, ואפילו לא אמר אלא תנו לפלוני לבד שליחותיה קא עביד, דתנו על מנת לשלם הוא דקאמר. וכן כתב לה הריטב"א בחידושו בפרק המדיר וז"ל ושמעינן מהכא דהאומר יזון לפלוני על מנת לשלם הוא אע"פ שלא פירש וכו', אבל באומר כל הזן דמשום שליחות ליכא ומשום חיובא נמי ליכא שהרי לא קאמר אני מתחייב או אני נותן אלא שאמר אינו מפסיד, ולישנא דאינו מפסיד אינו משמע שמתחייב ולהכי שרי. כך היה נראה לכאורה בשיטת ההלכה. ובהכי אתי שפיר דלא אוקמה למתניתין באומר כל הזן אני נותן לו, משמע דבכה"ג הרי זה מתחייב משום ערב." עכ"ד.

הטעם דהאומר כל הזן אינו מפסיד אינו חייב הוא משום דאינו בלשון ציווי

וסיים המחנ"א: "ולפי דרכנו נראה דטעמא דבאומר כל הזן אינו מפסיד דלא מתחייב היינו טעמא משום דלא הוי לשון ציווי. ומשום שליחות ליכא ומשום חיובא ליכא. דלישנא דאינו מפסיד לא הוי לשון חיובא." עכ"ד.

וכתב עוד המחנ"א: "נראה דה"ה באומר לחבירו אם תזון לא תפסיד, דהרי זה לא מתחייב לפרועו, כו" עכ"ד המחנ"א.

ראיית המחנ"א מהריטב"א בכתובות והר"ן והתוס' והרא"ש בקידושיין

כט) אמנם יעוי"ש ב"מחנה אפרים", דבד"ז נחלקו קמאי בסוגיא בכתובות (ע:).

וז"ל המחנ"א: "אבל מדברי הריטב"א ז"ל (שם ד"ה באומר) שכתב דבאומר אם תזון לא תפסיד, שליחותיה דבעל קא עביד וחייב לפרוע לו, נראה דבאומר כל הזן אינו מפסיד דשרי היינו טעמא משום דאמר דרך כלל ולא ייחד שום

אדם. וכן כתב הרב בעל התרומות בשער ס"ה (ח"א אות ב). - נראה כסברת המהרשד"ם ז"ל, דכל שלא ייחד שום אדם הרי זה לא משתעבד משום ערב, ואפילו אמר בלשון חיוב שאמר כל הנותן לפלוני אני נותן לו. וכן נראה מדברי הר"ן פ"ק דקידושיין (ז' ע"ב מדפי הרי"ף) גבי ההיא דאומר אדם לבתו צאי וקבלי קידושיך, כתב הר"ן שפירש הראב"ד דטעמא משום דהוי כאילו אמר כל מי שיתן לך מנה מעלה אני עליו כאילו נתנו לי דמקודשת מדין ערב. והר"ן ז"ל דחה זה הפירוש, וכתב דמשום ערבות לא שייך הכא, שכל שאינו מתנה עם אדם ידוע לא גמר ומשעבד נפשיה. וכ"כ התוס' שם (ד"ה אומר), והרא"ש (שם בס' כ"ה), ג"כ דמשום ערב ליכא, כיון שאינו מדבר עם המקדש אלא עם הבת, ונראה דר"ל כמ"ש הר"ן שכל שאינו מדבר עם אדם ידוע לא גמר ומשעבד נפשיה." עכ"ד.

הוכחת המחנ"א לעוברא דידן

וכתב ה"מחנה אפרים": "ולפי זה נראה דהאומר לחבירו או לבגו צא וקח מן השוק ואני אשלם, לא משתעבד, כיון שלא דיבר עם אדם ידוע. והיה דכל השומע קולי יזון, דמשמע דמשתעבד, היינו משום דאמר בלשון ציווי ועשאם שליח, אבל כל שלא אמר בלשון שליחות הרי זה לא גמר להשתעבד כל שאינו מדבר עם אדם ידוע. - וכ"ז לדעת הריטב"א והתוס' והר"ן. אבל לדעת הראב"ד, שם בפ"ק דקידושיין נראה דאפילו בשאינו מדבר עם אדם ידוע הרי זהו משתעבד מדין ערב. וכן הוא דעת הרשב"א והרמב"ן ז"ל שם, שכתב בדף ט' (עמוד א') וז"ל וכן אם אמר כל הנותן כסף לבתי קטנה מקודשת בהיהא הנאה שהוציא זה כספו לאיבוד על פיו עכ"ל. - ולא דמי לאומר כל הזן אינו מפסיד, דהתם לא אמר ואני אשלם" עכ"ד המחנ"א.

הוכחת המחנ"א כהשיטות דמשתעבד

והוסיף ה"מחנה אפרים": "ולכאורה היה נראה להביא ראיה לזה דאפילו כשאינו מדבר עם המלוה הרי זה משתעבד מדין ערב. מדאמרינן בריש פרק בתרא דעבודה זרה (ס"ב:) דבי רבי ינאי הווי יזפי פירות מענייין בשביעית ופרעי להו בשמינית, אתו ואמר להו לר"י וא"ל יאות הן עבדין, ומותיב ליה

חילוק המחנ"א דתלוי אם אמר בלשון ציווי

וע"ש ב"מחנה אפרים" שכתב לחלק, בזה"ל: "מש"ל נראה דע"כ לא אמרה הר"ן אלא באומר כל מי שיתן לפלוני אני ערב לו, אז הוא דלא גמר להשתעבד כל שלא יחדו כיון דלא אמר בלשון ציווי תנו. אבל אם אמר בלשון ציווי כל הרואה כת"י יתן לפלוני מנה ואני ערב לו, אע"פ שאינו מבורר המלווה, הרי זה גמר להשתעבד לכל מי שיתן, כיון שציויה ליתן. ואע"פ שאין חיובו של זה אלא מדין ערב. דהא לא מטייא לידיה מידי, וכדאמרין פ"ק דקידושין (ו'): תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, אלמא דאפילו אמרה בלשון ציווי אינה מתחייבת אלא מדין ערב, אלמא דכל כה"ג דערבות לא שייך לדיני ברירה אלא כל שגמר נפשיה להשתעבד חל השעבוד בשעתא ויוציא חבירו ממון על פי כת"י, ובאותה שעה הרי הוא מבורר מי הוא המלווה." עכ"ד.

מסקנת המחנ"א - דכל שאמר לשון חיוב - חלה התחייבותו אפי' לא יחד אדם מסויים ולא אמר לשון ציווי

וסיים ה"מחנה אפרים": "וראיתי להר"ן שכתב בפרק אין בין המודר (נדרים ל"ו ד"ה הכא) גבי כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום, דהאי לישנא מציעא הוא ומשום הכי נהי דלגבי מודר לא הוי שליחות לתרומה מיהא הוי שליחות, אבל אי אמר כל התרום אינו מפסיד אפשר דאפילו לגבי תרומה לא מהני דלא לישנא מעלייא היא, והכי מוכח דהא האומר כל הזן אינו מפסיד והלך אחר זון אינו חייב לשלם דלאו שוייה שליח כלל. עכ"ל. - משמע בהדיא דאפילו כשלא אמר בלשון ציווי, וג"כ לא ייחד אדם, ה"ז מתחייב כל שאמר כל הזן אני אשלם לו, וכמ"ש מהר"א ששון דהוי לשון שליחות. - ומ"ש הרשב"א בתשו' שהביא ב"י באבן העזר סימן קמ"ה, דאפשר שאם אמרה כל מי מכם שירצה הבעל ליתנו יהא שלוחי לקבלה, שנאמר בזה אין ברירה, כענין לאיזו שארצה אגרש בו דאין ברירה עכ"ל. לכאורה דבריו תמוהים, דהא דאומר כל השומע קולי יזון או יכתוב גט לאשתי, אינו מבורר השליח, ומהני השליחות." עכ"ד המחנ"א.

וה"נ באומר כל מי שיתן מנה לראובן אני ערב לו אי אפשר להשתעבד בו לכל העולם, אלא לאחד מהם דווקא משום ברירה. - איברא דיראה דבנ"ד לא שייך לדיני ברירה, ולא דמי להיא דשטר שכתוב בו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, דאי לאו טעמא משום שראוי להתחייב בו לכל העולם לא הוה מועיל משום דאין ברירה, דהתם על ידי מסירת השטר הוא מתחייב ואינו מבורר בו למי מתחייב, אבל בגדון דידן שמתחייב על ידי מה שהוציא ממנו על פיו ובשעה שהוציא ממון על פיו כבר הוא מבורר מי הוא שזכה בשיעבוד. וכיוצא לזה כתב הרב מהרימ"ט בח"א (סי' כ"ג). והביא ראיה לזה מההיא (בבא בתרא קמ"א): דהמבשרני במה תלד אשתי אם זכר יטול מנה, דאלמא זכה המבשר במנה ואף על פי שבשעה שנדר ליתן לא היה מבורר מי הוא שיזכה, משום דבשעה שעשה שליחותו כבר הוא מבורר ובאותה שעה זכה במנה משום שכר אמירתו אפילו בלא קנין. וכדבריו מצאתי בהגהת מימון לספר שכתבו הכי בשם התוס'. - איברא במ"ש בההיא דהמבשרני דשליחותיה קא עביד קשה דהא לית כאן לשון שליחות." עכ"ד.

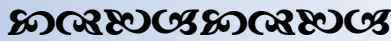
דברי המהרי"ט

וכתב עוד ה"מחנה אפרים": "אבל ראיתי להרב מהרי"ט בח"מ סימן כ"ג, שאחר שכתב כ"ז, הביא תשו' הרב מהרשד"ם (ח"מ סי' כ') על מי שנתחייב בשטר למי שיתן לפלוני סחורה עד סך מה דהשטר כשר. והוא חולק עליו דקיי"ל דאין ברירה. יע"ש. - נראה שמחלק בין הך לערבות להיא דהמבשרני, דהתם שכירות הוא ובשעה שעשה שליחותו זכה בשכרו, אבל בערבות דאין זה שקיל מידי ואין הערב מתחייב אלא משום דעל אמונתו הלוהו כיון דלא מתחייב באותה שעה שנדר שעדיין אינו מבורר לא מתחייב נמי בתר הכי בשעה שנתן המנה לשמעון כיון דלא מטי ליה לערב שום הנאה. - אבל מדברי הר"ן שהבאתי מפ"ק דקידושין (ו'): נראה דהא דלא משתעבד הערב כל שלא יחדו למלווה, לאו משום דין ברירה הוי אלא משום דלא גמר זה לשעבד אנפשיה כל שאינו מתנה עם אדם ידוע." עכ"ד.

מהברייתא (שם ס"ג). דקתני דאם א"ל לפועליו צאו ואכלו ואני פורע הרי זה חושש משום שביעית ומשום יין נסך, אלמא כי קא פרע דמי איסורא קא פרע. ומשני התם בחנוני המקיפו. ופריך וכי חנוני שאינו מקיפו לא משתעבד, והאמר רבא תן מנה לפלוני ויקנה נכסי לך קנה מדין ערב. כלומר והכא נמי בדר' ינאי אע"פ דהוי בחנוני שאינו מקיפו הרי הוא נשתעבד מדין ערב. אלמא דאע"פ דר' ינאי לא דיבר עם העניים, אלא שאמר לבני ביתו צאו ואכלו ואני פורע, נשתעבד משום ערב. - והטור באורח חיים (סי' ת"ג ס"ו) כתב דאסור לומר לעבדו צא ואכול ואני פורע אלמא דאע"פ שלא ייחד לחנוני משתעבד יע"ש. - אבל יש לחלק דהתם ר' ינאי גמר להשתעבד עצמו במה שהיו לוקחים בני ביתו, כיון שהיו סמוכים עליו לפרנסם ולכך חל השעבוד ואע"פ שלא היה מדבר עם המלווה. - והא דהאומר כל הזן לא משתעבד, ואפילו גבי מזונות אשתו שמוטל עליו לפרנסה, היינו משום דקאמר אינו מפסיד, דלשון זה לא משמע ערבות, אבל אי אמר אני ערב או אני אתן לו הרי משתעבד." עכ"ד.

הערה בראיית המחנ"א ששון

ל) וכתב עוד ה"מחנה אפרים": "וראיתי להרב מהר"א ששון שהביא הוא ג"כ ראיה לזה, מאותה שכתב הנ"י בפרק גט פשוט (ב"ב פ' ע"א מדפי הרי"ף) דשטר שכתב בו משתעבד בו לכל המוציאו דכשר, ואי משום שלא נתברר כשכתבו למי נתחייב וקי"ל דאין ברירה, שאני הכא דכיון דהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם אין כאן דין ברירה. עכ"ל. - אלמא שאף על פי שלא שיעבד עצמו לאיש ידוע חל החיוב. אלו דבריו ז"ל. - ולכאורה איכא למישידי בהו נרגא, וממקום שבא, שהרי כתב הנימוקי יוסף דהכא לא שייך לדין ברירה משום שהוא ראוי להתחייב בו לכל אדם, כלומר שאפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה, על דרך שכתב הר"ן בפרק קמא דגיטין (ו' ע"א מדפי הרי"ף) גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. משא"כ בנ"ד דלא אפשר לומר הכי, דאי משתעבד להאי לא משתעבד להאי, הרי זה דומה לההיא (גיטין כ"ה). דכל היוצאה מפתח ביתי דאינה מגורשת משום דאין ברירה, שאי אפשר להתגרש בו אלא אחת מהם בדווקא,



חקרי משפט

עמותה לחקר המשפט היהודי

(ע"ר) מס' 580442473

לעמותה אישור מס הכנסה

לפי סעיף 46

לפקודת מס הכנסה.

משרד:

רח' הרב קוטלר 21 ב"ב,

טל/פקס: 03-5785091

דוא"ל:

chekermishpat@gmail.com

Chikrei Mishpat Institute

Office:

21 Harav Kotler St.

Bney Brak

Tel / fax: 03-5785091



וזאת תורת העולה מן האמור

א] מלוה שאמר ללוה, זרוק חובי והפטר, פטור. ואם לא אמר לו הפטר וזרקו, חייב. ואפילו זרקו בפניו. - אמר לו הנח ע"ג קרקע והפטר, והניחם פטור, ולא זכה בהם המלוה, וכל הקודם בהם זכה, ואפילו הלוה יכול ליטלם בחזרה. - ב] האומר כל מי שילוח לפלוני הנני נכנס ערב קבלן עבורו, לדעת מהרשד"ם לא נעשה בכך ערב, כיון שלא אמר בלשון ציווי, והביאו הש"ך. אולם בתשובת מהר"א ששון וכן הראנ"ח ובתשובת מהר"מ אלשיך מבואר דלא כדבריו. והתומים מצדד דלא כהרשד"ם משום דאף הוא לא פסיקא ליה כן. אכן הקצוה"ח מקיים דבריו, דלא נעשה ערב, משום דערב בעינן שיאמר בלשון שליחות. והנתה"מ נוקט דלא כוותיה, והערבות חלה. - ג] ה"שער משפט" מחדש דכיון דערבות הוא מדין שליחות הרי שאין ישראל נעשה ערב לגוי, וכן אין קטן נעשה ערב. ואף אין גדול נעשה ערב לקטן. - ד] מבואר ברא"ש דיכול אדם לשעבד עצמו נגד כל העולם, ואין בזה משום ברירה. והאריכו בזה הפוסקים בחו"מ ס' ס'. - ה] עפ"ז אם כתב בשטר לוייתי ממך ומשתעבד לכל מי שיוציא כתב זה, חייב לשלם לו, ואפילו ידוע שלא הלווה לו. - ז] במחלוקת מהרשד"ם ומהר"א ששון נוקט רעק"א דאם נתחייב בכתב ידו לא מהני, אבל אם נתחייב בשטר מהני. ולפי"ז אם נתן הערב צ'ק פתוח כערבות, נתחייב בזה כדין שטר לכל המוציאו. ומדברי התומים עולה, דאף בלא קנין שטר, מתחייב. - ח] ה"שער משפט" נוקט דהערב צריך לדבר עם הלוה, כיון שהחיוב הוא מדין שליחות. וה"אולם המשפט" דחה דבריו מהלכה, כיון שהשמיטוהו הפוסקים. וכן המהרש"ם נוקט דלא כה"שער משפט". - ט] אפשר לחלק ולומר דכל נידון הפוסקים, הרשב"ם ודעימיה, היינו שדעתו שאחד ילוה לחבירו, אבל אם דעתו שהרבה ילוו לו, הוי ממש כעובדא דהרא"ש, ומהני שיעבודו לכל העולם. - י] מסקנת המחנ"א בדין זה לחייב כל מי שאמר בלשון התחייבות, ואפילו שלא אמר בלשון ציווי, ואף אם לא דיבר עם אדם מסויים.

