

הרב יונתן ארנברג

## שעבוד הערב לשיטת הרמב"ם

### פתיחה

במאמר שלהלן נדון באופן החיוב של ערב ביחס לדיני אסמכתא על-פי הרמב"ם, בדגש על הבנת הגר"א בשיטתו. בחלק הראשון ייבחן אופן ההתחייבות וההתגברות על בעיית האסמכתא בערב, ובחלק השני נעלה נפקא מינות שונות להלכה מאופן ההתחייבות שהצענו ברמב"ם, לעומת שיטות אחרות בראשונים<sup>1</sup>.

הגמרא (בבא בתרא קעג:) דנה באופן החיוב של ערב להלוואה. הגמרא מביאה פסוקים המראים שיש חיוב כזה, ולאחר מכן דנה ביחס בין שעבוד הערב לבין אסמכתא. אסמכתא פירושה התחייבות או קניין שהאדם עושה על תנאי, וישנה מחלוקת בין התנאים (בבא בתרא קסח.) אם דבר כזה נקנה, או שהקניין כלל לא חל. בתחילה העלתה הגמרא שיש לתלות את אפשרות ההתחייבות של הערב במחלוקת זו, שכן גם הערב מתחייב רק על תנאי שהלווה עצמו לא יפרע את חוב ההלוואה. הגמרא מקשה על תלייה זו:

אמר ליה רב אשי לאמימר: הא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד, אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה, גמר ומשתעבד נפשיה.

עולה מהגמרא בפשטות, שלמרות שאנו פוסקים באופן כללי ש"אסמכתא לא קניא" – ערב בכל אופן ישתעבד, בעקבות ההנאה שיש לו מכך שהמלווה סומך עליו ומוכן להלוות על-פי ערבותו.

הרמב"ם מזכיר את היסוד של "בההיא הנאה" רק בעניין השתעבדות הערב בבית דין (הל' ז). יש מהאחרונים<sup>2</sup> שהבינו שהרמב"ם סבר שלמסקנת הסוגיות בהמשך, הגמרא חוזרת בה מסברה זו. אך נושאי כלים רבים הביאו יסוד זה כדי להסביר את דברי הרמב"ם, כפי שנראה בהמשך.

### חלק ראשון: דעת הרמב"ם בשעבוד ערב

נפתח את הדיון ברמב"ם בהלכה שהוא מביא בשם רבותיו (הל' ז):

ראובן שמכר לשמעון שדה, ובא לוי וקיבל אחריותה עליו – לא נשתעבד לוי, שזו אסמכתא היא. ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה בכל עת שיתבענו שמעון – הרי זה חייב; כך הורו רבותי<sup>3</sup>.

הראב"ד חלק על כך, וכתב:

שבוש הוא זה, שאם אמר בשעת מתן מעות משתעבד, ואין בערבות משום אסמכתא.

כמה הבנות בהלכה זו הובאו במפרשי הרמב"ם<sup>4</sup>. אנו נדון בדברי הגר"א (הגהות על שו"ע ס"ק יט):

כמ"ש בב"ב שם (קעג:), דערב הוא אסמכתא אלא בההוא הנאה וכו', אבל אם בערבות עצמו הוא אסמכתא – לא נשתעבד, וכאן לא נשתעבד על מעותיו, אלא שאם יטרפוהו, ולכתחילה לא לקח ע"מ שיטרפוהו, אע"ג דגם בהלוואה דווקא שאם לא יפרע, שם נתחייב הלווה תיכף, ובההוא הנאה וכו', אבל כאן אין לו שום חיוב תיכף.

נדון תחילה במרכיבים העיקריים בדברי הגר"א:

<sup>1</sup> הפניות סתמיות לרמב"ם יהיו מכוונות להלכות מלוה ולוה פרק כה, והפניות לטור ולשו"ע מכוונות לחו"מ ס"י קלא).

<sup>2</sup> "מרכבת המשנה" (הל' ז), כאשר את השתעבדות הערב בשעת מתן המעות הוא מסביר מצד ההיזק שנגרם למלווה בכך שנתן את המעות על סמך הערב, ועכשיו הוא איננו מקבל אותן מהלווה. עיין שם, ובהמשך דברינו כאן (הערה 22) עוד בשיטתו.

<sup>3</sup> הלכה זו עולה בתשובת הרמב"ם (סי' שצו, מהדורת בלוי) בשם הר"י מיגאש.

<sup>4</sup> ראה ב"מגיד משנה", ב"כסף משנה" (שם), ובטור (סי' קלא). ויש לעיין אם דברי הגר"א זהים לדברי ה"מגיד משנה". מהבנת ה"לחם משנה" בדברי ה"מגיד משנה" נראה לענ"ד שכוונתם שונה.



א. נראה מדבריו שהיסוד של "בההוא הנאה" נדרש גם לשיטת הרמב"ם.

אומנם יש להעיר שהרמב"ם (מכירה פרק יא הל' טו) העלה שהאדם יכול לחייב עצמו בממון לאחר, אף שכלל לא היה חייב לו, על-ידי דיבורו (על-פי התנאים שהוא מפרט שם), "...שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב". מדברים אלו נראה שהרמב"ם הבין שעצם ההתחייבות של הערב נעשית בכך שהוא מחייב עצמו, ולא מתוך קבלת ההנאה<sup>5</sup> (ואולי לכן הרמב"ם אינו מזכיר את היסוד של "בההיא הנאה" במפורש בהלכות הערב<sup>6</sup>). נחזור לעניין זה בהמשך, בביאור היחס שבין שתי יסודות אלו.

ב. הצורך בחוב קיים של הלווה – נראה שזה יסוד מתודש בהבנת החיוב של הערב<sup>7</sup>.

בדברי הרשב"א בתשובה (א סי' אלף נ) נראה שאין צורך בחוב קיים של הלווה לשם השתעבדות הערב – שם הוא דן בשואל שהתחייב בתנאי למשאל, באופן שהתחייבותו לא חלה בגלל אסמכתא, והעמיד לו ערב לדבריו. הרשב"א מעלה שהערב משתעבד, למרות שהשואל עצמו אינו מחויב בדבר<sup>8</sup>. הגר"א (סי' קכט ס"ק כח) כתב על תשובה זו:

כמו "תן מנה לפלוני ואקדש אני לך" (קידושין ו:ז-ו), שאע"פ שאותו פלוני אינו חייב לשלם – אין בערבות משום אסמכתא [התקדשות האשה נחשבת כהשתעבדות ערב. אותו פלוני שמקבל את הכסף הנו כלווה בערבות רגילה, וההשתעבדות חלה למרות שהוא עצמו אינו מתחייב כלל] כמ"ש הראב"ד (בהלכה שלנו בעניין שדה), דכל עיקרו של ערב אסמכתא ואפ"ה משתעבד.

לפי זה נראה שהגר"א מבין שהרמב"ם יחלוק על הלכה זו<sup>9</sup>. עוד עולה מדבריו שהצורך בחוב קיים קשור להתגברות על הבעיה של אסמכתא (לשיטת הרמב"ם, כנראה<sup>10</sup>).

בהמשך המאמר נראה מקומות נוספים שבהם נראה שהראב"ד והרשב"א הבינו את כל יסוד חיוב הערב באופן שונה מהרמב"ם, והדברים מתאימים לנאמר כאן.

<sup>5</sup> וכן העלו אחרונים רבים בדברי הרמב"ם. ראה ב"מחנה אפרים" (ערב סי' א) ועוד.

<sup>6</sup> בדברי הרמב"ם (כתובות קא): עולה הבנה הפוכה: "אבל המחייב עצמו בדבר שאינו חייב, אע"פ שאמר 'אתם עדי' – ודאי פטור, דהא בערב נמי בעינן או קניין או מתן מעות, ובההיא הנאה דקא מהימן ליה".

<sup>7</sup> ניתן לראות הבנה כזו מדברי הר"י מיגאש בתשובותיו (הובא בסוף חידושי לבבא בתרא) בכך שהערב איננו משתעבד לריבית שיש בהלוואה. אומנם שם הוא משווה את הדבר לערב שלא בשעת מתן מעות, שמשתעבד בקניין, ובהלכה שלנו בעניין ערב לאחריות שדה עולה שגם בקניין השעבוד לא יחול, אם הוא לא קיבל על עצמו לשלם בכל עת שיתבענו הקונה.

<sup>8</sup> ועיין בב"ח (סי' קכט סע' ג), שהתקשה בדבר והעלה שהשעבוד יחול רק אם קנה מעכשיו, או בבית דין חשוב, שאלו אופני התגברות על בעיית אסמכתא, כפי שנביא בהמשך הדברים. ואכן, הרשב"א בתשובתו העלה שהשעבוד יחול רק עם קניין מעכשיו. ויש מפרשים שהבינו ששעבוד הערב יחול גם כאן כמו כל ערב – כפי שהביא הב"ח שם.

<sup>9</sup> שלא כ"משנה למלך" (הל' ג).

<sup>10</sup> ובעניין הראיה שמביא הגר"א לשיטת הרשב"א מקידושין, שהאשה יכולה להתקדש באופן דומה להתחייבות הערב, יש להעיר שאכן עצם ההלכה שם קשה לכאורה על הרמב"ם – שהרי כפי שהבאנו לעיל, הרמב"ם מבין שעצם התחייבות הערב היא מתוך שמחייב את עצמו, ולא מתוך שמקבל הנאה, ודבר זה איננו שייך בקידושין (שעל-ידי דיבור ונכונות להתחייב האשה תתקדש). ואכן, כשהרמב"ם פסק את ההלכה הזו בעניין קידושין (אישות פרק ה הל' כא) הוא הביא את היסוד של ההנאה שיש לערב (ובמקרה כאן – לאישה) מכך שהמעות ניתנות על-פיו.

ונראה לומר שהרמב"ם הבין שאופן הקידושין הזה איננו זהה לערב, אלא הגמרא לומדת שיש יסוד של הנאה שיש לערב מנתינת המעות ללווה, ובהנאה הזו האשה מתקדשת. אמנם הערב עצמו לא התחייב מכוח הנאה זו, כפי שהבאנו ברמב"ם, אבל ניתן לומר שלעניין קידושין די בכך כדי להחיל את הקידושין – כפי שהעלה ה"אור שמח" (אישות פרק ה הל' כד), שיש אופנים שבהם נתינת כסף או הנאה לא יועילו לקניינים ויועילו לקידושי כסף (וכן להיפך). והארכנו בהבנות השונות בעניין זה במאמר "דיני הקידושין וקנייני ממון – הדמיון והשוני" ("מישרים" ד, עמ' 24 והילך). ומסתייעים הדברים מכך שבקידושין הזכיר הרמב"ם את ההנאה שיש לערב ממתן המעות, ובהלכות ערב הוא לא הזכיר את זה. כדברינו העלה גם ה"מחנה אפרים" בריש הלכות ערב.

לפי דברים אלו ניתן לומר שאין ללמוד מההלכה בעניין קידושין להלכות ערב, לפי שיטת הרמב"ם.

אכן, הרשב"א (קידושין ו: ד"ה תן מנה לפלוני) העלה שם שהאשה מקודשת באותה הנאה שניתנו המעות על-פיה, כפי שערב מתחייב – ונראה שהרשב"א הולך כשיטת הרמב"ם (רבו), שהבאנו בהערה 6 כאן, ואם כן ניתן ללמוד מההלכה של קידושין מדין ערב להבנת החיוב של ערב להלוואה, כפי שהעלה הגר"א שהבאנו.

ויש לשאול, איך מועיל יסוד זה של קיום חוב של הלווה כלפי המלווה לעניין ההתגברות על בעיית האסמכתא בהתחייבות הערב, ואיך זה משתלב עם הצורך של "בההיא הנאה" לשם התגברות על אותה בעיה. וביותר מתחזקת השאלה מכך שהגר"א (סי"ק כב; כה) מפנה לדבריו כאן כהסבר לשתי הלכות נוספות שמביא הרמב"ם:

1. ערב שחייב את עצמו בתנאי (ה' ח): "וכן הערב או הקבלן שחייבו עצמן על תנאי, אע"פ שקנו מידו – לא נשתעבד, מפני שהיא אסמכתא".

2. ערב לגופו של הלווה (ה' יד): "מי שאמר לחבירו 'הלווה ואני ערב לגופו של הלווה הזה' – לא ערב לעצמו של ממון, אלא כל זמן שתמצא אביאנו לך... ויש מי שהורה שאפילו התנה עליו ואמר 'אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם' – הרי זו אסמכתא ולא נשתעבד. ולזה דעתי נוטה".

בשתי ההלכות העלה הרמב"ם שהערב איננו משתעבד בגלל בעיה של אסמכתא, כאשר הראב"ד חלק על הלכה יד במפורש – באופן דומה לדבריו על הלכה ז, והדרישה (סי' קלא) העלה שהראב"ד חולק גם על הלכה ח. והרי בשתי ההלכות הללו יש חוב קיים של הלווה (שלא כמו במכירת שדה וקבלת חיוב של הערב על מקרה שיטרפו את השדה – שם אין חוב קיים של המוכר לקונה מרגע המכירה), וישנה גם ההנאה שהמלווה נתן מעות על-פי הערב. אם כן, יש לשאול מדוע לרמב"ם יש בכך אסמכתא, ואיך יש בדברי הגר"א על ההלכה של ערב לאחריות שדה לענות על שאלה זו. לשם הכנת הדבר נרחיב מעט בהכנת הרמב"ם בעניין אסמכתא בכלל, בקניינים ובהתחייבויות.

### שיטת הרמב"ם בעניין אסמכתא<sup>11</sup>

הרמב"ם (מכירה פרק יא) דן בבעיות של ההשתעבדות באסמכתא ובאופני הפתרון השונים לבעיות אלו<sup>12</sup>.

בתחילת הפרק מביא הרמב"ם אופני קניין שבהם לא קיימת אסמכתא, למרות שהאדם התנה את החלת הקניין כתנאי, ואופנים אחרים שבהם קיימת אסמכתא והקניין לא יחול, והוא מפרט את הדברים (ה' ג):

כיצד? המוכר בית לחבירו... על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני, והחזיק זה בבית – הרי זה קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום. ואם עבר אותו היום ולא הלך – לא קנה. אבל אם התנה ואמר לו "אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני... אתן לך בית זה"... והלך עמו באותו היום או הביא לו – אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי, לא קנה, שזו היא אסמכתא.

לאחר מכן (ה' ז) מביא הרמב"ם פתרון שיועיל אף לאופן התנאי השני:

כל האומר "קנה מעכשיו" – אין כאן אסמכתא כלל וקנה, שאלו לא גמר להקנותו – לא הקנהו מעכשיו. כיצד? "אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו" וקנו מידו על כך – הרי זה קנה אם בא בתוך הזמן שקבע, וכן כל כיוצא בזה.

במפרשי הרמב"ם ניתן לראות שני כיוונים עיקריים בהבנת השוני בין אופני הקניין והתנאי, ומכך עולות שתי הבנות בהבנת הפתרון של "מעכשיו":

א. ה"מגיד משנה" (ה' א-ב ועוד) מעלה שכאשר האדם הקונה כבר מוחזק בבית – אין אסמכתא, בתנאי שהוא מתנה על חלות הקניין, כיוון שהוא כבר מוחזק, ואם התנאי לא יקום – הוא רק יפקיע את הקניין (למפרע).

אסמכתא בתנאי היא כשהאדם לא החזיק בבית או בחפץ הנקנה, אלא שהם עשו קניין על כך, ובכל זאת אפילו כך – אם יאמר שהוא עושה את הקניין "מעכשיו" זו לא תהיה אסמכתא, ונאמר שהוא גמר והקנה. לפי זה אין הבדל בין לשונות התנאי שבהן האדם משתמש, וכן העלה ה"כסף משנה" (ה' ב), וכן בשו"ת מהריט"ץ (הישנות סי' ק).

ב. הגר"א (ליקוט בביאורו חו"מ סי' רז סי"ק ה) מעלה שהרמב"ם מחלק בין תנאי של "על מנת" לתנאי של "אם": כשהאדם עושה קניין ומוסיף "על מנת שתעשה כך וכך" – הכוונה שהוא מעוניין שהקניין יחול מעכשיו, אלא שאם הקונה לא יעמוד בתנאי – הקניין יפקע למפרע. אך אם האדם עושה קניין ומתנה זאת ב"אם" – כוונתו שרק אם יקום התנאי יחול

<sup>11</sup> סוגיית אסמכתא הנה רחבה מאד, ואנו ניגע רק מעט בהבנות העיקריות בשיטת הרמב"ם בסוגיה זו.

<sup>12</sup> סתם הפניות לרמב"ם כאן יהיו לפרק זה.

הקניין, וזוהי בעיה של אסמכתא<sup>13</sup>. כאשר האדם אומר "מעכשיו", או למרות שהוא התנה ב"אם", כיוון שהוא פירש שהוא עושה את הקניין מעכשיו – הקניין יחול עכשיו לגמרי, בדומה לתנאי של "על מנת". הגר"א כותב ששיטה זו היא שיטת ה"הלכות גדולות", וכך הוא מפרש ברמב"ם ומציין שזה לא כדברי ה"מגיד משנה" וה"כסף משנה".

נראה שהבסיס להבנת הרמב"ם, על-פי שתי השיטות, הוא שעצם החלת הקניין על תנאי היא הבעיה – כיוון שאין לאדם גמירות דעת מלאה שאכן הקניין יחול, וכמו שמציין הגר"א, ש"כל דאי לא קני" – כלומר, כל קניין הנעשה על תנאי איננו חל; שלא כדברי ראשונים אחרים, שקישרו את דין האסמכתא לעניין של גוזמה או דרך קנס<sup>14</sup>. וכך כותב הרמב"ם (הל' ו):

שכל האומר "אם יהיה אם לא יהיה" – לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה.

ובהסבר הגר"א עולה שכלל אי אפשר ליצור חלות קניינית על תנאי שיחול בעתיד. הקניין צריך להיגמר מעכשיו ולחול לגמרי, והתנאי בעתיד יהיה על ביטולו למפרע, שלא כנראה בשיטות הראשונה שהבאנו, שתחילת הקניין מעכשיו תאפשר את חלות התנאי, אף שהקניין ייגמר רק בעתיד, בשעת חלות התנאי.

"אבן האזל" (הל' ב-ג) העלה כחילוק הגר"א בין תנאי של "על מנת" לתנאי של "אם", והסביר באופן שונה איך דין "מעכשיו" מועיל: שכאשר הוא אומר "מעכשיו" הרי הוא גומר להקנות, ולכן למרות שהקניין יחול רק משעת קיום התנאי למפרע – אין בעיה של אסמכתא. כלומר, שהעניין הוא גמירות הדעת, ואין צורך שמעשה הקניין יחול מעכשיו ממש.

### התחייבות על תנאי

כל ההלכות שפירטנו עד כה דיברו על מכירה או על נתינת מתנה. יש לברר אם גם בהתחייבות ממונית שהאדם מחייב את עצמו יהיה אותו דין. הרמב"ם (הל' יח) מביא את האופן שבו חכמי ספרד היו יוצרים קניין של התחייבות על תנאי:

קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין, לאחר שחייב עצמו קונין מבעל חובו, שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו...

ונשאלת השאלה מדוע יש צורך באופן מיוחד זה: לקנות מהמתחייב על התחייבות, ואחר-כך לקנות מבעל חוב על המחילה שתהיה בקיום התנאי – לכאורה די בכך שהמתחייב יחייב עצמו עם קניין מעכשיו על תנאי, כמו בקניין רגיל. ה"כסף משנה" במקום שואל שאלה זו, ועונה שזה נובע מכך שלשם דין "מעכשיו" יש להגדיר את הדבר הנקנה מעכשיו, ודבר זה בעייתו בקניין להתחייבות ממונית. אמנם יש מפרשים שחילקו באופן מהותי בין קניינים להתחייבות, כגון מהריט"ץ (שו"ת ישנות סי' ק) ו"אבן האזל" (הל' יח). הם מסבירים את ההבדל כך:

א. בדברי "אבן האזל" נראה שהדבר קשור לגמירות דעת. כיוון שבהתחייבות העניין הוא חיוב ממון, ובשעת ההתחייבות אין יוצא שום ממון מהמתחייב – הרי אין גמירות דעת שתתגבר על האסמכתא, גם אם הוא מפרש שהוא מתחייב מעכשיו. ונראה שהדברים קשורים להבנתו, שהדין של "מעכשיו" נועד להתגבר על הבעיה בגמירות הדעת, כפי שהעלינו לעיל.

ב. מהריט"ץ התנסח באופן זה:

**כיון דליכא מעשה בעין** [בהתחייבות] – לא שייך טעמא דשאלו לא גמר להקנותו לא הקנהו מעכשיו, דהא לא שייך אלא כשמקנהו ממש הבית או החפץ ואומר לו "קנה בית זה מעכשיו", אבל בחיוב כך לי מעכשיו כמו בלא מעכשיו, ולא סמכה דעתיה.

ונראה שהדברים קשורים לתפיסת מהריט"ץ בדברי הרמב"ם כ"מגיד משנה", שהובאה לעיל, שכאשר החזיק בבית ממש (בקניין), אז אפילו בתנאי של "אם" – אין בעיה של אסמכתא. ועל-פי זה יש לומר שגם כשמפרש שהוא מקנה מעכשיו – זה מועיל דווקא

<sup>13</sup> בכיוון זה מחלקים גם ה"מחנה אפרים" (דיני אסמכתא סי' א) ו"אבן האזל" (הל' ב).

<sup>14</sup> ראה לדוגמה בתוספות (בבא מציעא סו. ד"ה ומניימי). אמנם ישנה הלכה ברמב"ם שבה ניתן לראות יסוד הקשור לעניין גוזמה (שכירות פרק ח הל' יג): אדם שקיבל שדה מחברו כדי לעבדה, והתחייב שאם לא יעבד אותה ישלם לו במיטבא – חייב לשלם, והרמב"ם מפרט: "מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר 'הרי היא אסמכתא' אלא התנה שישלם במיטבא, ולפיכך גמר ושיעבד עצמו". אכן העלה ה"כסף משנה" (מכירה פרק יא הל' ו) ברמב"ם שזה קנס שקנסו אותו חכמים, מתוך ההבנה ברמב"ם שהאסמכתא באופן עקרוני איננה קשורה לגוזמה או לשאלה אם הדבר בידו.

כשיש מעשה בעין של קניין, ולא בהתחייבות. מעשה הקניין יוצר את תחילתו של הקניין מעכשיו, ומתוך כך נוכל להניח שאכן המקנה גמר בדעתו להקנות, שלא כהתחייבות, שכל מימושה הוא רק בשעת החיוב בפועל.

לפי זה נראה להסביר את הדברים בשיטת הגר"א באופן שונה מעט, וזו תהיה אפשרות ג': בדברי הגר"א בהסבר הרמב"ם הדגש הוא על כך שחלות הקניין תחול מעכשיו לגמרי. ונראה לומר שחלות ממשית בדבר שהוצאתו לפועל תלויה בתנאי תיתכן דווקא בקניין שבו ישנה חלות הקניין על החפץ כדבר שעומד בפני עצמו, גם אם איננו יודעים עדיין אם בפועל הוא יהיה שייך לקונה או למקבל המתנה גם בעתיד (בגלל התנאי שיתברר רק בעתיד); מה שאין כן בהתחייבות, שכל עניינה הוא הגדרת האדם כמחויב, כאן, במצב שמימוש ההתחייבות עדיין מסופק, אין חלות שניתן לראותה כדבר העומד בפני עצמו כבר מרגע המחויבות, לכן אין משמעות לאמירתו שהוא יוצר את ההתחייבות מעכשיו, והדבר יחשב כיצירת דבר על תנאי בעתיד.

נציין שעל-פי דברים אלו ניתן להבין את סדר ההלכות בפרק יא: בתחילה מעלה הרמב"ם את האופנים השונים שבהם כלל לא תהיה אסמכתא. בתנאי של "על מנת", או בתנאי של "אם", כשפירש שהוא מקנה מעכשיו. כל זה בעניין קניינים – מכר ומתנה. בהל' יג-יד מפרט הרמב"ם את האופן שבו ניתן להתגבר על האסמכתא כשהיא קיימת, על-ידי קניין בבית דין חשוב, וכמפורט שם. בהל' טו נראה לכאורה שהרמב"ם מביא דין שכלל איננו קשור לעניין אסמכתא: האופן שבו אדם יכול לחייב את עצמו בממון – ללא תנאי. אלא שצריך לומר שהלכה זו מובאת כאן כדי להדגיש את השוני של מחויבות ממונית מדין הקניינים – שרק ללא תנאי ניתן ליצור מחויבות, כאשר בהל' יח יעלה האופן שבו יש לנהוג כשרוצים ליצור מחויבות על תנאי, כמנהג חכמי ספרד, ולא די באופנים שהועלו בקניינים – בתנאי של "על מנת" או ב"מעכשיו".

### חזרה לדין ערב

על-פי הדברים שהעלינו בהבנת דין אסמכתא בשיטת הרמב"ם לפי הגר"א, ננסה להבין את דבריו בעניין שיטת הרמב"ם בגדרי התחייבות של ערב. הגר"א כתב שהיסוד של "בההיא הנאה" נדרש כדי להתגבר על בעיית האסמכתא בשעבוד הערב, אלא שזה אפשרי רק כשיש חוב קיים של הלווה למלווה. ונראה לומר שהערב מתחייב התחייבות גמורה למלווה, ולא התחייבות שמונתית בכך שהלווה לא יפרע – ורק כך ניתן להתגבר על האסמכתא. כפי שראינו בדברי הגר"א בעניין אסמכתא, וכפי מה שהעלינו שבהתחייבות ממונית (שזוהי ההתחייבות של הערב) – לא יועיל תנאי של "על מנת" או "מעכשיו".

לפי הנחה זו יש להבין מדוע לא יוכל המלווה לתבוע את הערב תחילה, ומדוע הערב ייפטר עם פריעת הלווה.

ויש לומר שתוכן ההתחייבות של הערב הוא שעבוד לחוב של הלווה עצמו, באופן ששניהם יחשבו כמחויבים בחוב הזה<sup>15</sup>. לכן, עם פריעת החוב יפקע גם שעבוד הערב, אומנם נאמר למלווה שעליו להיפרע מהלווה תחילה כיון שסוף סוף הוא זה שלווה את הכסף בפועל<sup>16</sup>. לשם כך יש צורך שיהיה חוב קיים של הלווה כלפי המלווה ברגע השעבוד של הערב. יסוד ההנאה שיש לערב נדרש כדי שאכן נאמר שהוא השתעבד באופן המועיל, כפי שפירטנו, ולא שעבוד על תנאי שהלווה לא יפרע – שאז זה לא היה תקף, כאסמכתא<sup>17</sup>. ונראה שזהו התוכן של ההנאה הזו – בכך שהמלווה סמך על הערב והלווה את הכסף ללווה, הערב מסכים להתחייב באופן שהוא ג"כ ייחשב כמי שלווה את הכסף הזה. אלא שיש להדגיש: אין הכוונה שההנאה היא הדבר המחייב, שכן ציינו לעיל שהרמב"ם מבין שהערב מתחייב בלי שקיבל דבר, אלא שההנאה נדרשת כדי שנאמר שהערב השתעבד באופן שפירטנו, כאשר עצם השעבוד נוצר על-פי דיבורו.

לפי הבנה זו ניתן להבין את כל ההלכות ברמב"ם שעליהן חלק הראב"ד, שפירטנו לעיל, על-פי דברי הגר"א. בערב על תנאי, למרות יסוד ההנאה והחוב הקיים, לא ניתן לראות את הערב כמי שמשעבד כבר מעכשיו לחיוב של הלווה, שכן כל נכונותו להיות ערב היא רק על תנאי. וכן בערב לגופו של לווה, אף-על-פי שהתחייב שאם לא יביא את הלווה ישלם את סכום ההלוואה,

<sup>15</sup> בשני אחרונים מצאתי שמסבירים ברמב"ם את אופן ההתחייבות של הערב כהתחייבות בוודאי מרגע ההלוואה: ב"אבן האזל" (הל' ו) וב"דברות משה" (קידושין סימן י ענף ד). כאשר "אבן האזל" הגדיר שהערב מתחייב בוודאי, ומה שאין נפרעים מהערב תחילה אלא אם אין ללווה נכסים "זהו רק כמו זמן הפרעון, והיינו שהערב מתחייב מעכשיו לשלם החוב בזמן שיהיה צריך המלווה לגבות ממנו, והיינו כשלא יהיה ללווה נכסים". בדברי ה"דברות משה" נראה שהערב מתחייב בוודאי, אלא שכאילו מתנה שפירעון הלווה ייחשב כפירעון חובו, ולא ברור בדבריו מדוע אי אפשר להיפרע מהערב תחילה. אמנם לא התבאר לי על-פי דבריהם אם יש צורך בחוב קיים של הלווה, כפי שנראה בדברי הגר"א, ולכן העליתי בדבריו שהערב משתעבד לחוב הלווה עצמו, ואולי זהו חידוש התורה בפסוקים שהובאו בגמרא (בבא בתרא קעג). כמקור לחיוב הערב. ואולי הדברים מכוונים לדברי האחרונים שהבאתי כאן.

<sup>16</sup> ובערב קבלן ניתן להיפרע ממנו תחילה. בהמשך נראה שתוכן התחייבותו של הקבלן הוא כמי שקיבל את הממון בעצמו.

<sup>17</sup> עניין זה מצאתי בדברי ה"דברות משה" שהוזכר בהערה 15.

בכל אופן אי אפשר לומר שהוא מתחייב כבר מעכשיו, שכן רק כאשר תנאי החיוב הוא אי פירעון של הלווה ניתן לומר שהערב מתחייב בוודאי בחיובו של הלווה, באופן שבפירעון הלווה הוא ייפטר ממילא בכך שהחיוב יפקע, ובאי פירעון שלו הוא ישאר מחויב. לעומת זאת, תנאי של הבאת הלווה הנו תנאי חיצוני לעצם החיוב.

אכן ניתן היה להציע הסבר פשוט להלכות הללו: ניתן לומר שעל האסמכתא שיש בתנאי אחד ההנאה של הערב יכולה להתגבר, אבל כשיש שני תנאים או יותר – אין בהנאה כדי להתגבר על בעיית האסמכתא.

ונראה לי שהדבר מסתבר פחות, מכמה סיבות:

א. מצד הסברה, לא נראה לחלק בין תנאי אחד לשני תנאים לגבי עניין ההתגברות על האסמכתא, ובפרט לשיטת הרמב"ם, כפי שפירטנו לעיל, שעניין האסמכתא הוא בעיה בעצם יצירת קניין או התחייבות על תנאי, ולא עניין בגמירות דעת בלבד.

ב. בלשון הגר"א שאותה באנו להסביר לא נראה כך. ההסבר לצורך בהתחייבות הלווה להחלת חיוב הערב מסתבר לענ"ד באופן שהעלינו.

הדברים עד כה נוגעים לערב שמתחייב בשעת מתן המעות ללווה. ערב שאינו מתחייב בשעת מתן מעות צריך קניין לשם התחייבותו (כעולה בהל' א), כשבאופן פשוט הקניין משמש כתחליף להנאה שישנה בשעת מתן מעות. דין ערב לכתובה מעלה תנאי נוסף להתחייבותו של ערב, שיכול גם הוא להתבאר על-פי דברינו.

### דין ערב לכתובה

הרמב"ם (אישות פרק יז הל' ט) מביא את דין הערב לכתובת אישה:

הערב לאשה בכתובתה, אע"פ שקנו מידו – אינו חייב לשלם, שמצוה עשה, והרי לא חסרה כלום, ואם ערב של כתובת בנו הוא וקנו מידו – חייב לשלם, שהאב בגלל בנו משעבד עצמו וגומר ומקנה. וקבלן של כתובה חייב לשלם, אע"פ שלא קנו מידו. ואיזה הוא קבלן? זה שאמר לאשה "הנשאי לזה ואני נותן כתובה זו", אבל אם אמר לה "אני ערב כתובה זו", "אני פורע כתובה זו", "אני חייב בה" וכיוצא בזה – פטור, אלא אם כן היה אביו. המגרש את אשתו ידירנה הנאה, ואחר כך תפרע כתובתה מן הקבלן או מאביו אם היה ערב, שמא יחזירנה.

ומשיג הראב"ד במקום:

הערב לאשה בכתובתה, אע"פ שקנו מידו – אינו חייב לשלם. א"א מה שאמר אע"פ שקנו מידו אינו חייב לשלם לאו כלום הוא.

מדברי הרמב"ם עולה ששעבוד ערב לכתובת אישה איננו חל אפילו אם עשו עליו קניין. שעבוד אב לכתובת בנו יחול, אך רק עם קניין. בערב קבלן לכתובה יחול השעבוד גם ללא קניין.

דברי הרמב"ם מעלים מספר שאלות:

א. מהי הסיבה לכך שאפילו עם קניין לא יחול השעבוד, למרות שהוא מועיל בסתם ערב גם שלא בשעת מתן מעות, כלומר כשאינן חסרון מעות? ניתן לומר שזה נובע מהטעם הראשון שעולה בגמרא וברמב"ם: שהערב לכתובה מצווה קעבד, והוא אינו מתכוון באמת להשתעבד<sup>18</sup>. ה"מגיד משנה" במקום מסביר גם דין זה מצד שאין בכתובה חסרון מעות<sup>19</sup>, כשהוא מחלק שכאן כלל אין חסרון מעות, שלא כערב להלוואה, שבשעת ההלוואה היה לו חסרון מעות. ויש להבין כיצד חסרון המעות שהיה בעבר משפיע על שעבוד הערב כשהוא בא להשתעבד מאוחר יותר, שלא בשעת מתן מעות.

ב. במה שונה דין הקבלן מהערב לעניין חלות השעבוד, כאשר אצל ערב להלוואה לא מצינו חילוק בעניין אופן ההשתעבדות בין ערב לקבלן<sup>20</sup>?

<sup>18</sup> וכן הסביר "מרכבת המשנה" (הלוואה פרק כה הל' ו).

<sup>19</sup> וכן כתב הגר"א בביאורו על השו"ע (אבה"ע סי' קב אות כ).

<sup>20</sup> השו"ע (סע' ה) כתב במפורש שאין הבדל בשעבוד בין ערב לקבלן, חוץ מדין ערב לכתובה.



ג. מדוע שונה דין האב של החתן מסתם אדם, שלמרות שהוא משתעבד כערב ולא כקבלן שעבודו חל, ומצד שני, שלא כקבלן הוא צריך לעשות קניין?<sup>21</sup>

ננסה לענות על שאלות אלו על-פי היסוד שהעלינו בשיטת הרמב"ם, ששעבוד הערב צריך להיות ביצירת חיוב מידי. הגמרא (נבא בתרא קעג:) העלתה שבהנאה שהמלווה מאמין לערב ומלווה את הכסף על-פיו הערב משתעבד, ואין אסמכתא בכך. לעיל ביארנו שהנאה זו מביאה להתחייבות מידית של הערב. כדי להסביר את ההלכות שהבאנו כאן, נראה לומר ששני עניינים עומדים מאחורי היסוד הזה:

1. נתינת הממון של המלווה – דבר זה נדרש כדי שנוכל להניח שיש אפשרות שהערב אכן ישתעבד לאלתר לדאוג למילוי חסרונו של המלווה, כאילו גם הוא קיבל את המעות.<sup>22</sup> במצב שהחוב נוצר מהתחייבות, ולא מתוך חסרון ממון (כמו בכתובה), אנו נניח שהערב בכל אופן ישתעבד רק על תנאי שהחתן לא ימלא חובתו, והשעבוד לא יחול כי זו אסמכתא. יסוד זה קיים גם לגבי ערב שלא בשעת מתן מעות, שכן הוא מאפיין את החיוב שלגביו נוכל להניח שהערב ישתעבד באופן המועיל.

2. עצם ההנאה שיש לערב בכך שסומכים עליו בנתינת הממון על-פיו. דבר זה קיים רק בשעת מתן מעות, ונראה שהוא בא לוודא שהערב אכן ישתעבד לאלתר, באופן המועיל. בערבות שלא בשעת מתן מעות, יחליף הקניין את ההנאה הזאת.<sup>23 24</sup>

לפי דברים אלו מובן מדוע ערב לכתובה איננו משתעבד גם אם יעשה קניין, כיוון שאנו נניח שגם אם הוא גמר בלבו להשתעבד – זה רק על תנאי (בעתיד), כיוון שזה איננו חוב של חסרון מעות.

ובענין ערב קבלן. מדברי הרמב"ם (הלכה ה) בענין לשון ההתחייבות של הקבלן, ניתן לראות ששעבודו שונה באופן מהותי משעבוד ערב רגיל. וזהו לשונו:

אמר לו: "תן לו ואני נותן לך" – זהו קבלן, שיש למלווה להפרע ממנו תחילה.

וה"כסף משנה" (שם) כתב:

"תן לו ואני אתן לך" – בשניהם לשון מתנה משמע קבלנות, שבאותו ממון שצוהו למסור לזה קיבל עליו לפרעו, משמע כאילו הוא עצמו קיבל מיד המלווה.

נראה שהתחייבות הקבלן באופן שניתן לפרוע ממנו תחילה נובעת מכך שהוא מחשיב עצמו כמי שקיבל את המעות בעצמו. באופן התחייבות כזה שייך לומר גם בכתובה שההתחייבות תהיה לאלתר, כאילו הוא עצמו נושא את האישה ומתחייב לתת לה את כתובתה. וכן נראה מלשון ה"מגיד משנה" (הלכות אישות שם):

כל שאמר "הנשאי לו ואני נותן" – הרי זה כאומר בעלמא "תן לו ואני נותן".<sup>25</sup>

<sup>21</sup> בהלכות הלוואה (הל' ו) חולק הראב"ד על הצורך בקניין לשעבוד האב לכתובת בנו.

<sup>22</sup> הסבר זה לאופן ההתחייבות של הערב מתאים להסבר הגר"א בשיטת הרמב"ם, שאדם יכול לחייב עצמו בדיבור. הגר"א (חו"מ סי' מ ס"ק ד), מסביר את הדבר מדין "אודיתא", כלומר שזה כאילו האדם הודה שלוה כסף ממי שהוא רוצה להתחייב כלפיו. אכן, לעיל ראינו שהרמב"ם לומד את הדין מהתחייבותו של הערב, ונראה שגם בערב ניתן לאפיין את התחייבותו לאלתר כמי שקיבל גם הוא את מעות הלוואה. לשם כך יש צורך בחסרון מעות.

כנגד שיטה זו ניתן לראות את שיטת בעל ה"מרכבת המשנה" (בהלכות הלוואה לאורך פרק כה) בדעת הרמב"ם בחיוב הערב. הוא נקט כדברינו כאן, שהחיוב צריך להיות לאלתר, אולם דווקא בערב שלא בשעת מתן מעות. מדבריו עולה שאין עניין בחסרון מעות לשם החלת החיוב, אלא די בקניין; זאת מתוך הבנתו בדין אדם המחייב עצמו בשיטת הרמב"ם, שזה כמתנה, וממילא על-ידי קניין שייחשב כקניין "מעכשיו" נוכל להתגבר על בעית אסמכתא בערב. כל זה שלא ככל מה שהעלינו בהבנת הגר"א ברמב"ם, בדין אסמכתא ובדין ערב.

<sup>23</sup> בעניין הצורך בקניין בהתחייבות על תנאי, לשיטת הרמב"ם, עיין בשו"ע (חו"מ סי' מ סע' א) ובש"ך שם. וכן בסי' ס סע' ו, בעניין אדם המחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם, שם כתב השו"ע שיש צורך בקניין להחלת ההתחייבות. ה"תומים" ו"נתיבות המשפט" הסבירו שזה נדרש גם לשיטת הרמב"ם, כיוון שיש ספק אם יבוא הדבר לרשותו. וכן כתב שם הגר"א, שהדבר דומה לערב שלא בשעת מתן מעות (שלא כש"ך שם, שהעלה שלשיטת הרמב"ם אין צורך בקניין, ונשאר בצ"ע על השו"ע). ונראה לומר שגם יש יסוד להניח שהאדם יתחייב לאלתר, אולם מימוש ההתחייבות איננו ודאי, ולכן יש צורך בקניין, כדי לוודא שהאדם אכן משתעבד מיד, ולא רק על תנאי שיבואו המעות לעולם.

<sup>24</sup> את הצורך בשני העניינים להחלת שעבוד הערב: הנכונות להתחייב וגמירות הדעת להחלת החיוב, מצאתי בשני אחרונים: ב"אבן האזל" וב"יד פשוטה". את מכלול הדברים הם הסבירו באופן שונה, כל אחד כשיטתו, עיי"ש.

מתוך הדברים מתחדד ההבדל באופי החיוב של הערב מול זה של הקבלן. הערב בא לדאוג למילוי חסרונו של המלווה, שכן זהו תוכן חיובי – שאם הלווה לא ישלם למלווה, הוא ישלם לו. ערבותו היא על החוב, על חסרון המעות. הקבלן לעומת זאת מעמיד עצמו במקום הלווה, או החתן, כפי העולה מלשון ההתחייבות שלו.<sup>26</sup>

את קביעת הרמב"ם, שהקבלן לכתובה אף הוא אינו צריך קניין, נראה להסביר בכך שלגבי אופי התחייבות כזה הנישואין נחשבים כשעת מתן מעות בהלוואה. ההנאה בנתינת המעות אצל ערב איננה מקרית להשתעבדותו, שכן הוא משתעבד לחוב. אומנם אצל הקבלן, המשתעבד תחת החתן עצמו, שעת הנישואין יוצרת את גמירות הדעת הנדרשת לשעבודו.

נותר לנו לבאר את דין הערב לכתובת בנו, המשתעבד רק עם קניין. דין זה נראה קשה לפי מה שכתבנו, שכן אם אין חסרון מעות – יש בעיה באופן ההשתעבדות של הערב, וכפי שכתבנו, גם קניין לא יועיל כאן.<sup>27</sup> נראה להסביר את הדין על-פי לשון הגמרא: "כל לגבי בריה שעבודי משעבד נפשיה". האב בפשטות מוכן לשעבד עצמו לטובת בנו. נראה שתוכן השעבוד הזה דומה לתוכן השעבוד של הקבלן, כמי שעומד תחת החתן עצמו, דבר המאפשר את ההתחייבות גם ללא חסרון מעות, כפי שכתבנו.<sup>28</sup> עם זאת, לא ברור מגדרי ההתחייבות שלו שהוא אכן מתכוון להשתעבד תחת בנו, שכן הוא מתחייב רק כערב – לשלם אם בנו לא ישלם, ולכן יש צורך בקניין, לשם גמירות הדעת להשתעבדות.

נסכם את הדברים שעלו עד עכשיו: בחיוב ערב ישנה בעיה של אסמכתא, כיוון שהגבייה ממנו מותנית בכך שהלווה לא ישלם. האסמכתא היא בעיה בעצם יצירת הקניין על תנאי, כאשר הפתרון לכך הוא יצירת הקניין לאלתר, עם התניית ביטולו בעתיד למפרע.

אי אפשר לפתור את הבעיה על-ידי שיאמר שהוא מתחייב "מעכשיו" (דבר המועיל בקניינים), כיוון שאין שום חלות ברגע ההתחייבות, בניגוד לקניין. לכן יש לומר שהערב מתחייב מיד באופן ודאי, אלא שפירעון הלווה ייחשב כפירעונו. עם זאת נפנה תחילה לגבות את החוב מהלווה, כיוון שהוא לווה את הכסף בפועל. לשם כך הגדרנו שהערב משתעבד לחוב של הלווה, ולכן יש צורך שבשעת שעבוד הערב יהיה על הלווה חוב קיים. זהו אופי השעבוד של הערב. באופן שבו יחול שעבוד זה ראינו, על-פי דיני ערב לכתובה, שיש צורך בשני יסודות:

- א. חסרון מעות מצד המלווה, כדי להניח שיש אפשרות שהערב ישתעבד מיד בחיוב ודאי.
  - ב. הנאה מכך שהמלווה סומך עליו ומוציא את המעות על-פיו, או קניין, אם זה שלא בשעת מתן מעות – דבר הנדרש לשם גמירות הדעת להתחייבות באופן המועיל.
- אצל הקבלן, וכן בערבות אב לכתובת בנו, העלינו שהשעבוד הנו תחת הלווה או החתן, ולכן אין צורך בחסרון מעות כדי להגיע ליצירת שעבוד מידי. אצל הקבלן גם אין צורך בקניין (כשהשעבוד נעשה בשעת הנישואין), כיוון שמתוך התחייבותו מוכחת גמירות הדעת לשעבוד באופן המועיל דווקא.
- בחלק השני של המאמר נביא נפקא מינות הנובעות מתפיסה זו לגבי אופני הגבייה של חוב שיש עליו ערב.

<sup>25</sup> "מגיד משנה" מדגיש ששיטתו של הרמב"ם אינה כשיטת רש"י (גיטין מט: ד"ה בקבלן וכו'), שבקבלן לכתובה צריך שהבעל יתפס מטלטלין לכתובה וייתנם לאשה, והיא תמסור אותם בתורת קבלנות לערב ואחר-כך תחזיר אותם לבעל. נראה שרש"י מבין שמה שמחייב את הקבלן הוא ראייתו כמי שקיבל את המעות לידיו; לכן בכתובה, שאין מתן מעות, יש צורך ליצור נתינת מעות כדי שהשעבוד יחול. וברמב"ם העובדה שהקבלן מראה עצמו כמי שקיבל המעות איננה הדבר המחייב (שכן גם בקבלן נראה שהדיבור הוא המחייב, כמו בערב), אלא הדבר שיראה על נכונותו להשתעבד תחת הלווה עצמו לאלתר – דבר ששייך גם בכתובה, כשאין חסרון מעות.

<sup>26</sup> האריך בתפיסה זו הרב מנחם קופרמן במאמרו בקובץ זה, "בין ערב לקבלן בשיטת הרמב"ם".

<sup>27</sup> וכן הקשה ב"משנה למלך" על "מגיד משנה". עיין ב"מרכבת המשנה" וב"אבן האזל" במקום.

<sup>28</sup> עם זאת, גדרי ההתחייבות שלו יהיו רק כערב, כפי שהוא קיבל על עצמו. השעבוד תחת החתן איננו מחייב בהכרח שאפשר יהיה להיפרע מהערב תחילה, שכן גם כאן, כבהלוואה, נאמר שיש להיפרע מהחתן תחילה. מה שהעלינו בעניין הקבלן הוא שברור מתוך התחייבותו שהוא משעבד את עצמו תחת החתן, לעניין הקביעה שניתן להניח שהוא מתחייב לאלתר. עצם המחויבות שלו, באופן שניתן להיפרע ממנו תחילה, חלה רק מתוך שהוא התחייב במפורש לכך – מה שאינו קיים אצל אב הערב בנו.



## ב. השלכות לגבי אופן גביית החוב

מתוך דברינו בתחילת החלק הקודם עולה שישנם שני ראשונים שחלקו על תפיסת הרמב"ם בערב: הראב"ד והרשב"א. הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם בעניין ערב לאחריות שדה וכן ערב לגופו של הלווה, והרשב"א לגבי שעבוד הערב ללא חוב קיים של הלווה. נראה שהם מבינים ששעבודו של הערב הוא רק על תנאי, ויחול רק בעתיד – אם הלווה לא ישלם; ולמרות שיש בדבר משום אסמכתא – ההנאה בשעת מתן המעות, או הקניין שלא בשעת מתן מעות, יתגברו על אסמכתא זו. לעומת זאת, ברמב"ם העלינו שחוב הערב הנו חיוב שחל מיד באופן ודאי, כפי שפירטנו בחלק הראשון.

ניתן לראות שני דינים הנוגעים לאופן פירעון החוב שיש עליו ערב, שבהם ישנה נפקא מינא לשתי התפיסות שראינו באופן השעבוד של הערב, בהתאמה.

### דין לווה אלים

הרמב"ם כותב (ה' א):

המלוה את חבירו על ידי ערב, **אע"פ שהערב משועבד למלוה** – לא יתבע את הערב תחלה, אלא תובע את הלווה תחלה, ואם לא נתן חוזר אצל הערב ונפרע ממנו. בד"א בשאין נכסים ללווה, אבל אם יש נכסים ללווה – לא יפרע מהערב כלל אלא מן הלווה. היה הלווה אלם ואין בית דין יכולין להוציא מידו, או שלא בא לבית דין – הרי זה נפרע מן הערב תחלה, ואחר כך יעשה הערב דין עם הלווה.

תחילה נציין שכבר מאופי הדברים של הרמב"ם בתחילת ההלכה נראה שהוא תופס שבעצם הערב משועבד למלווה, אלא שאנו מורים לו שבכל זאת לא יתבע את הערב תחילה, אלא את הלווה. הרשב"א בתשובה (ב ס"י קסא) הביא דברי הרמב"ם בזה (בשם יש מן הראשונים ז"ל), אבל בשם הגאונים הביא שאינו חייב לעולם, עד שיעמוד הלווה בבית דין וישיבע שאין לו, וכתב שנראין דבריהם<sup>29 30</sup>.

גם ה"תרומות" (שער לה א ס"י כא) הביא את דברי הרמב"ם ואחר-כך את דברי הר"א בר"ד ז"ל שחלק עליו, וב"גידולי תרומה" עולה שהוא הבין שהכוונה לראב"ד<sup>31</sup>. ונראה שהדבר מתאים למה שהעלינו בשיטתם, שכל השתעבודת הערב הנה על תנאי שלא יפרע הלווה, ולכן עד שהמלווה לא יתבע את הלווה וימצה עמו הדין – כלל לא יחול שעבוד הערב, ואין להיפרע ממנו.

### דין מי שהתנה עם הערב שיפרע ממי שירצה תחילה

הרמב"ם (ה' ד) כותב:

אמר "על מנת שאפרע ממי שארצה תחלה" או שהיה קבלן – הרי זה יתבע את הערב הזה או את הקבלן תחלה ויפרע מהן, אף על פי שיש נכסים ללווה.

הראב"ד במקום חולק על הרמב"ם:

...שאע"פ שאמר לו "על מנת שאפרע ממי שארצה תחלה", אם יש נכסים ללווה – לא יפרע מן הערב.

וכן העלה הרשב"א בחידושו (בבא בתרא קעג: ד"ה במה דברים אמורים) כדברי הראב"ד, וכתב שההבדל בין מצב שנעשה ערב סתם למצב שהתנה "על מנת שאפרע ממי שארצה" הוא רק בכך שכשלא התנה, גם אם אין ללווה נכסים ידועים – עליו לתבעו ולחזור

<sup>29</sup> בהגהות על הרשב"א (שם, הוצאת מכון ירושלים, הערה 5), הקשו שבחידושו (בבא בתרא קעג:): העלה הרשב"א שגם בגברא אלמא ניתן לתבוע מיד את הערב. ונלע"ד לתרץ הדבר על-פי מה שהבאנו בהמשך בתפיסת הרשב"א בעניין מלווה שהתנה ממי שירצה (מהלווה או מהערב), שאם אין ללווה נכסים ידועים הוא יכול לתבוע מיד את הערב. נראה שהרשב"א אומר שלווה אלים נחשב כמצב שבו אין נכסים ידועים ללווה, ואז אם המלווה התנה שיפרע ממי שירצה – הוא יוכל להיפרע ישר מהערב. אבל בסתם הלוואה עם ערב – המלווה יצטרך תחילה לתבוע את הלווה ולהשביעו שאין לו ממה לפרוע, ורק אז הוא יוכל לתבוע את הערב. וכן נראה מהמשך דברי הרשב"א בחידושים, שכתב שכאשר הלווה איננו במדינה, אף-על-פי שנעשה ערב סתם – אין אומרים למלווה לחפש את הלווה ולהוציא מאתיים על מנה, אלא הערב ישתדל להביא את הלווה או יפרע. כאן מדגיש הרשב"א שזה אף-על-פי שנעשה ערב סתם, ונראה שבה לומר שזה לא כדין לווה אלים, שהובא כהמשך לדין של ערב עם תנאי בדווקא.

<sup>30</sup> **הערת העורך:** עיין במאמרו של הרב מנחם קופרמן בקובץ זה: "בין ערב לקבלן בשיטת הרשב"א", שהסביר את הרשב"א באופן אחר.

<sup>31</sup> בהערות על ה"תרומות" (שם, הוצאת מכון ירושלים), העלו שהכוונה לראב"א ולא לראב"ד בעל ההשגות.

אחר נכסים שאינם ידועים<sup>32</sup>. לעומת זאת, כאשר הוא התנה כנ"ל, אזי אם אין ללווה נכסים ידועים הוא יכול לתבוע את הערב מיד, אבל אם יש ללווה נכסים ידועים – עליו להיפרע מנכסי הלווה, אפילו אם התנה שיפרע ממי שירצה תחילה. ומוסיף הרשב"א, שנראה שאפילו אם התנה המלווה עם הערב בפירוש שיתבע את מי שירצה תחילה בין שיהיו נכסים ידועים ללווה ובין שלא – לא יתבע את הערב תחילה:

דפיטומי מילי בעלמא ניהו... דעד כאן לא גמר ומשעבד נפשיה בההיא הנאה, דקא מהימן ליה ומותר על דיניה, אלא כל שאי אפשר לו להפרע ממנו (מהלווה).

נראה מפורש מדבריו שהיסוד של "בההיא הנאה" יוצר שעבוד על תנאי של הערב, שאם אי אפשר יהיה להיפרע מהלווה – רק אז יתחייב הערב, ומתגבר על בעיית האסמכתא. לכן אפילו אם המלווה יתנה במפורש שבכל אופן יפרע ממי שירצה תחילה – נאמר שזה סתם "פיטומי מילי בעלמא", כיוון שזה סותר את אופן ההתחייבות של הערב. הדברים מתאימים למה שהעלינו בשיטת הראב"ד והרשב"א, שכל שעבוד הערב הוא על תנאי, שלא כרמב"ם.

### סיכום

במאמר נדון אופן השעבוד של הערב, ביחס לדיני אסמכתא שישנם בקניינים ובהתחייבויות על תנאי. בדעת הרמב"ם, על-פי דברי הגר"א בשיטתו, העלינו שהערב מתחייב מיד באופן ודאי, אלא שההתחייבות היא לפירעון חוב הלווה. לכן יש צורך בחוב קיים של הלווה – לשם יצירת השעבוד של הערב. הפירעון יהיה לכתחילה מהלווה, כיון שסוף סוף הוא שלוה את הכסף, אבל במצב שלא נוכל לממש את הפירעון, כגון בלווה אלים – נוכל ללכת ישר ולתבוע את הערב. וכן אם התנה המלווה שיפרע ממי שירצה תחילה – הוא יוכל להיפרע ישר מהערב.

כל ערכות על תנאי יהיה בה אסמכתא, והיא לא תחול.

לעומת זאת, מדברי הראב"ד והרשב"א נראה שכל התחייבות הערב מותנית בכך שאי אפשר יהיה להיפרע מהלווה. מתוך כך עולה שבלווה אלים יש לתבעו תחילה, ורק אחרי שיעמוד עמו בדין ויישבע הלווה שאין לו ולא יוכלו להיפרע ממנו – רק אז נוכל לתבוע את הערב. תנאי שמתנה המלווה, שיפרע ממי שירצה תחילה – לא יועיל, לפחות למצב שיש ללווה נכסים ידועים.

משיטתם יוצא שבכל ערב יש אסמכתא, כי ההתחייבות היא על תנאי, ובכל זאת חלה הערכות, בגלל ההנאה בשעת מתן מעות, או הקניין שלא בשעת מתן מעות. לכן, גם אם תהיה הערכות על תנאי – לא תהיה בכך בעיה, והיא תחול.

<sup>32</sup> המקור להבנה זו היא שיטת ר"ת (הובא בתוספות, ד"ה חסורי מחסרא).