

# עלון המשפט



ביה"ד "נתיבות חיים" שע"י מוסדות מענה שמחה י-ם בנשיאות הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א פנים מאירות 1 י-ם טל: 02-5023637/55

## גליון חודש סבת ה'תשע"ג | 50

### תוכן העניינים:

א | שאלות בדיני ערבות

ב | פסקי דינים – מחוסר אמנה - חלק ב – דיני מתנה חלק ב'

ג | בענין דמי תיווך כשחתמו זכרון דברים וחזרו בהם

### בית הוראה לענייני ממונות "נתיבות חיים"

#### שע"י כולל חושן משפט אוהל יוסף

בית ההוראה מיועד לביור עניינים הקשורים לדיני ממונות, ניתן להתייעץ עם חברי בית הדין "נתיבות חיים" בענייני ממונות, וכן ניתן לקבל סיוע בעריכת חוזים צוואות וכדו' ללא צורך בקביעת תור. ניתן לקבל תשובות גם באידיש, באנגלית ובצרפתית.

בית ההוראה פתוח בימים א - ה בין השעות 13:40-15:30

וביום ו' עם הגר"נ נוסבוים בין השעות 11:00-13:00

ניתן לפנות בשעות אלו גם בטלפון:

02-502-3637

או כל היום בפקס: 02-502-3655

דוא"ל: [beisdin@neto.net.il](mailto:beisdin@neto.net.il)

כמו"כ ניתן לקבוע תור לדיונים בביה"ד "נתיבות חיים"

בפל': 052-7642-346

(בין השעות 6:30-8:00 בערב)

הדיונים נערכים בשפות עברית, אנגלית ואידיש. ההרכבים בבית הדין הם בראשות הדיינים דלהלן:

#### יום א'

הגאון הרב יצחק שובקס שליט"א

#### יום ב'

הגאון הרב נפתלי נוסבוים שליט"א

#### יום ג'

הגאון הרב יוסף פליישמן שליט"א

(ניתן להזמין דיונים גם באנגלית)

#### יום ד'

הגאון הרב אברהם דרבנדיקר שליט"א

#### יום ה'

הגאון הרב יעקב פרבשטיין שליט"א

הרב הגאון יהודא סילמן שליט"א

אב"ד בבית דינו של הגר"נ קרליין שליט"א

### שאלות בדיני ערבות

מתוך שיעור שנמסר ביום עיון בבית מדרשינו ביום כ"ח תשרי תשע"ג

#### האם ומתי ראוי לחתום על ערבות

שנינו בברייתא (יבמות קט,א), "תני בר קפרא, לעולם ידבק אדם בשלשה דברים ויתרחק משלשה דברים כו', יתרחק משלשה דברים, מן המיאון ומן הפקדונות ומן הערבונויות". וביארה שם הגמרא שהערבונויות שיש להתרחק מהם היינו מן הערבון "עברי שלציון", דעבדי שלוף דוץ. והיינו שמניחים למלוה לגבות מהלוה תחילה, ששולף עצמו מן הלוה ותוקע עצמו על הערב.

אמנם הרמב"ם בהלכות דעות (פ"ה ה"ג) מונה את ההנהגות הראויות לתלמיד חכם, וכתב בתוך דבריו שאינו נעשה לא ערב ולא קבלן. ולכאורה תמוה, היכן מצא הרמב"ם דין זה, שראוי לתלמיד חכם שלא יהיה ערב כלל, הרי הגמרא דיברה רק על ערב שלוף דוץ. ועוד, היכן מצא הרמב"ם חילוק בין תלמיד חכם לאדם רגיל.

« המשך בעמ' 3 »

הרב יוסף פליישמן שליט"א

### פסקי דינים – מחוסר אמנה - חלק ב

#### דיני מתנה חלק ב' - המשך מגליון קודם

כפי שהתבאר בעלונים הקודמים, החילוק העיקרי בחיוב לקיים הבטחה לתת מתנה הוא בין 'מתנה מרובה' לבין 'מתנה מועטת', במתנה מרובה שאין המקבל סומך דעתו עליה, מותר לחזור בו. ובמתנה מועטת, שהמקבל סומך דעתו עליה, אסור למבטיח לחזור בו, ואם חזר בו הרי הוא 'מחוסר אמנה'.

11. המבטיח להלוות סכום גדול ללא תמורה, יכול לחזור בו מהבטחתו, וכמו במתנה מרובה, אם אין רגילים להלוות סכומים כאלו בלי היתר עיסקא<sup>26</sup>, ובתנאי שגם אין בזה מצוה להלוות, כגון אם הלוה הוא עשיר ואינו רוצה ללוות משום צורך זמני<sup>27</sup>. ויש מי שנראה מדבריו שמותר לחזור מהבטחתו אפילו באופן שהמבטיח כבר נתן חלק מכסף הלוואה, ואף שעשה הסכם שיפסיד את מה שכבר נתן אם לא ילוה לו את השאר, כדי שהלוה יסמוך עליו, וההסכם תקף, ובכל זאת רשאי לחזור מהבטחתו<sup>28</sup>. אבל העיקר הוא שנחשב בכך מחוסר אמנה כיון שאליבא דאמת

26 כן פסק בשו"ת מהרשד"ם (ח"מ קכח), וז"ל "ואין לך מתנה גדולה מזו ואפילו שהיה דרך הלוואה והיה צריך לחזור הלוה מעותיו לוסף שתי שנים, מכל מקום מה שמפסיד בריחוק שהיה יכול להרויח היו מתנה גדולה שלא מצינו בזמן הזה אדם אחד יעשה כן עם חברו, ואפילו עם אחיו". וכונתו, דכיון שכל דין מחוסר אמנה תלוי בסמיכת דעת, ואנשים לא סומכים על מי שמבטיח להם הלוואה גדולה לכן אפשר לחזור. וצ"ע בדעת החפץ חיים שנוי בהמשך כיון שסותם לאסור לחזור מהבטחתו אם הלוה סמך עליו, ולא חילק בין אם סכום הלוואה הוא גדול או לא. ולכאורה אין ביניהם מחלוקת כי שניהם אומרים שהדין תלוי בסמיכות דעתו של הלוה, ואם כן הדין יהיה תלוי במציאות של אותו מקום וזמן, שאם רגילים להלוות סכומים גדולים יחשב מחוסר אמנה, ואילו במקום או בזמן שאין רגילים בכך, לא ייחשב מחוסר אמנה.

27 אמנם אם הלוה הוא עני אסור לחזור בו, ואפילו בעשיר שיש לו צורך זמני בממון נטה החפץ חיים (אהבת חסד פ"א נתיב החסד יח) לאסור לחזור מהבטחתו, משום נדרי מצוה. וכדי שלא יקשה עליו מהמבואר בחו"מ סימן לט ס"ט, ביאר הח"ח שבסימן לט מדובר במקרה שכתבנו בפנים [שאינו עני, ואף לא עשיר שיש לו צורך זמני]. אבל אחר כך הסתפק הח"ח אם ניתן לומר כן, כיון שפשטות לשון השו"ע שם לא משמע שמדובר דווקא באופן זה.

28 האופן שכתבנו למעלה הוא הנידון בתשובה של המהרשד"ם הנ"ל, ולמעשה הוא פסק שגם התנאי שהתנו שם, שיפסיד מה שכבר נתן, לא היה תקף ודינו כאסמכתא [וכבר כתבנו בעלון הקודם הערה 21 מהפלפולא חריפתא שמה שבסוף אינו נתן את החלק שהוא אסמכתא, דהיינו הסכום שהיה אמור להפסיד, אינו נחשב מחמתו מחוסר אמנה, כיון שהשומע אינו סומך דעתו על דבר שהוא מציאות של אסמכתא, הגם שפה הוא חידוש יותר גדול מהפלפולא חריפתא כי פה החלק של האסמכתא כבר ניתן להמקבל ולכן היה מסתבר שיש יותר סמיכת דעת], ולכן היה ניתן לומר שזהו טעמו של מהרשד"ם לכן, שגם לגבי השאר לא יהיה בו משום מחוסר אמנה. אבל לא נראה כן, כי עוד קודם שהזכיר את הבעיה של אסמכתא כתב המהרשד"ם שאין דין של מחוסר אמנה אם יחזור מהבטחה הזו, ולכן לא נראה שמשום זה הוא פסק שמותר למבטיח לחזור מהבטחתו להלוות את החלק שעדיין לא נתן. ולכאורה « המשך בעמוד הבא »

בין כולם נחשב חלקו של כל אחד כ'מתנה מועטת'<sup>32</sup>. ויש מי שסובר שבמקרה כזה בכלל אי אפשר להם לחזור מהבטחתם<sup>33</sup>, אך דעת רוב הפוסקים אינה כן.

13. כל דבר שאדם חייב לתת לאחר ואינו יכול להשאירו לעצמו<sup>34</sup>, אם הבטיחו לאדם מסוים, אפילו אם הוא שוה סכום גדול, דינו כ'מתנה מועטת' ואסור לו לחזור בו. ולכן, גבאי צדקה שהבטיח לתת סכום כסף מהקופה לאדם מסוים, או אדם פרטי שהבטיח לתת צדקה לפני מסוים אסור לו לחזור בו מדבריו ולתת את הסכום לנצרך אחר<sup>35</sup>.
14. אדם האומר שיתן את בתו לאשה לאדם מסוים, כל זמן שלא פרסמו ארסו ולא עשו תנאים, מותר לו לחזור מהבטחתו, כיון שזו מתנה מרובה<sup>36</sup>.
15. אם אדם הסכים לדור בחינם אצל אדם בודד שחיפש משהו לגור איתו, ואחר כך חזר בו הדייר מהסכמתו, יש לדון שהדייר נחשב כחוזר בו ממקח, ושייכים בו דיני מחוסר אמנה<sup>37</sup>.

התחיל עם טעם שלפיו אי אפשר בכלל לחזור, וממשיך שהוא מחוסר אמנה שהוא הרבה פחות מחייב. ובאמת המשפט שלום הבין שהמרדכי בטעם הזה מיידי רק בכנון ז' או ג' טובי העיר שהם ממונים לטפל בענייני העיר, ולפי"ז א"ש היטב בדברי המרדכי, מתחיל שבתחילה כתב טעם ששייך רק בטובי העיר, ואח"כ הוסיף טעם ששייך בכל מקרה של רבים. וגם משמע כן, כי הדין שרבים לא צריכים קנין מובא בשו"ע ברמ"א ס"ט קס"ג רק לגבי הקהלה, ולא בכל רבים, וז"ל הרמ"א, "וכל דברי הקהלה אינם צריכים קנין", ולכן יתכן מאוד שגם הגר"א רק התכוון לאופן שה'רבים' היו נציגי הציבור, אבל בסתם רבים יתכן שגם הוא מודה שמדיני ממונות אפשר לחזור, ורק משום מחוסר אמנה אסור לעשות כן, ולא כמו שהבינו הערוך והפסקי הגר"א בדעת הגר"א. וכן כתב השו"ע הרב (הלכות מכירה ומתנה ספי"ג) "ורבים שאמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה, אפילו היא מתנה מרובה יש בה חסרון אמנה... ואם היו בהם שלשה ראשי הקהלה מן הדין אין יכולים לחזור בהם שכל מעשה הקהלה אין צריך קנין". [ודברי הגר"א מצד אחר הם נגד מש"כ בנתיחה"מ (שלא, א), שהקשה למה לא הובא בשו"ע שאם ג' שוכרו פועל אי אפשר להם לחזור בהם, ותרין שאולי המרדכי מיידי רק במלמד שהוא דבר צרוה, אמנם מכאן רואים שהגר"א אינו סובר כתירוץ, שהרי הביא כאן את דיון של הרמב"ם שקלה א"צ קנין לגבי כל שוכרי. אמנם מכל מקום רואים שהנתיחה"מ הבין את דברי המרדכי כמו הערוך השלחן ופסקי הגר"א, דמיידי בכל רבים ולא רק בנציגי הציבור, כיון שהנתיחה"מ בסי' של הקשה מחכ המרדכי הנ"ל, ואם נבין את דברי המרדכי כמו הבנת המשפט שלום, אין מקום לקושיית הנתיחה"מ. וכן העיר המשפט שלום בסוף דבריו. וגם מדברי החזו"ן א"ב ב"ב (ד, כב) משמע שלמד את דברי הגר"מ כמו המשפט שלום, ולא כהנתיבות].

ומה שכתבנו שאף בנציג של רבים הדין כן, מבוואר כן במרדכי בפירושו, שכתב 'אפילו יחיד העושה על פי רבים'.

32. כיון שבלבש הובא רק הטעם הראשון של הסמ"ע, דכיון שלכל אחד מגיע חלק קטן נחשב הדבר כמתנה מועטת, והבאנו לעיל שהמשפט שלום כתב שלפי הטעם הזה הדין נכון רק אם אחרי שמחלקים את המתנה לכל אחד לא יחשב מתנה מרובה.

33. זו דעת הגר"א לפי העה"ש ופסקי הגר"א, כמבואר בהערה 31 לעיל.

34. בלשון הגמרא היינו שיש לו בו רק טובת הנאה. ומקור הדין הוא הגמרא הנ"ל, שהוכיחה את הדין שאסור לחזור במתנה מועטת משום מחוסר אמנה, וכך איתא שם, "הכי נמי מסתברא, דאמר רבי אבהו אמר רבי יוחנן, ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך ביד, בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. אי אמרת בשלמא לא מצוי למיהדר ביה, משום הכי רשאי, אלא אי אמרת מצוי למיהדר ביה אמאי רשאי אישתבח דקא אכיל טבלים". וכתב רש"י, "הא מתנה מועטת היא, שאין לישראל במעשר זה אלא טובת הנאה, שהיה בידו מתחילה לתת לכל בן לוי שירצה". ומיהר"ט"א מוכח שטובת הנאה שזה לנותן פחות ממתנה מועטת בעלמא.

35. לאלו הסוברים שבכלל אי אפשר לחזור ממה שהבטיח לפני מסוים הדין פשוט, אבל אפילו לדעת הסוברים שניתן לחזור, וכמו שכתבנו לעיל הערה 8 מהפרי יצחק, מכל מקום אם הוא יחזור מנתינתו לראשון ויתן למישהו אחר, ייחשב מחוסר אמנה, כיון שלא היה לו יותר מטובת הנאה, ואין זו אלא כהתייבנות על מתנה מועטת.

36. כן כתב הגר"א בעין יצחק (אבן העזר מב"ג) ובבאר יצחק (תשו"א ענה"ב), וביאר בה דעה הא דאסור רבא בקידושיין (מה"ב), שאם לא טרח בסעודה צריכים לחוש שהאב חזר מהבטחתו לתת בתו לאדם זה, והטעם משום שאין דמים לאשה. גם האגרות משה (אהע"ז א, צג) כתב שאין בו משום מחוסר אמנה אם יחזור בו, כיון דהוי מתנה מרובה, ורק אם פרסמו שהם התארו או שעשו תנאים יש חסר למי שחזר בו, ולכן אסור מאז לחזור מדיבורו. וכמוכח אותו דין שייך גם לגבי הבת בעצמה, שאף אם הבטיחה להתארס מותר לה לחזור בה על עוד שלא התארסה ממנו.

37. וזה דלא כמו שכתבנו בקובץ הישר והטוב חלק ז שאלה יח. המחבר שם נקט שההסכמה לגור שם נחשבת כקבלת מתנה, ולכן פסק בפשיטות שלא מצינו דין מחוסר אמנה במי שחזר מהסכמתו לקבל מתנה, והתיר לו לחזור מדבריו. אמנם הדמיון ל"מקבל מתנה" תמוה ביותר, כיון שהאדם הבודד הזה לא רצה לתת 'מתנה' לאדם זר שיגור בביתו, אלא מקבל בתמורתו משהו שגורם לו הנאה השווה להנאה שהלה מקבל במגורים אלו ללא תשלום. ולכן יש לדמותו למכר, ששייכים בו דיני מחוסר אמנה, והרי

הלוה אמור לסמוך על הבטחתו, והרי זה דומה לדין שהובא בעלון הקודם (דין 8), שכשיש סיבה מיוחדת שסמך עליו המקבל, אסור לחזור בו<sup>39</sup>. וכן אם אחד יאמר שיתן מתנה מרובה לחבירו, ונתן לו משכון על כך, אינו רשאי לחזור בו<sup>30</sup>.

12. קבוצה של שלשה אנשים או יותר, או נציג של קבוצה כזו, שאמרו לאדם שיתנו לו מתנה, אפילו אם היא מתנה מרובה, אסור להם לחזור בהם<sup>31</sup>. ויש אומרים שדין זה הוא רק באופן שלאחר חלוקת שווי המתנה

הפסק שלו שחזרתו אינו נחשב מחוסר אמנה הוא חידוש גדול, כי כל החילוק בין מתנה גדולה למתנה מועטת הוא בגלל שאין סמיכות דעת אלא במתנה מועטת, ואילו כאן הרי סמך הלוה על ההסכם שעשה עד כדי כך שהסכים לעבור למקום אחר כדי לקבל את ההלוואה, והיה בטוח שהמלוה לא יחזור בו כיון שעל ידי זה המלוה יפסיד סכום גדול, וגם המבטיח חשב שיסמוך על זה. וגם כתבנו לעיל בדין 8 שאם יש סיבות נוספות להאמין לנותן יש משום מחוסר אמנה. ולכן נראה שגם המהרשד"ם מודה שבעלמא יש סמיכות דעת והמלוה יחשב מחוסר אמנה אם יחזור מהבטחתו, ומה שלמעשה המהרשד"ם השיב שאין מחוסר אמנה הוא בגלל שבמקרה שלו לא היה שאלה של מחוסר אמנה בלא הכי כיון שהמבטיח הלוות לו עשה כן כדי להציל הלוה מעבירה, ולכן היה מותר להשטות בלוה, כמו בכל מי שרוצה לעשות עבירה [וכמש"כ בעלון 47 דין 1 לגבי איסורי גניבת דעת], וכמו שהמהרשד"ם כתב בתחילה, אלא שהוסיף המהרשד"ם שתמיד מי שמבטיח הלוות לחבירו סכום גדול אינו נחשב מחוסר אמנה אם חוזר מהבטחתו, אבל מה שכתב אפילו אם קנס את עצמו אינו מחוסר אמנה אין זה דין כללי לכל מקום, אלא פרט זה היה נכון רק במקרה שלו.

29. החפץ חיים שם נוקט כן בפשיטות בסוף הקטע הנ"ל אפילו כשהמבטיח הלוות לא נתן משכון ולא יפסיד כלום, וז"ל, "אם הוא יודע שסמך דעתו עליו נכון לזיהור בזה, כדי שלא יהיה בכלל מחוסר אמנה". ומפשוט דבריו משמע שהכל תלוי במציאות, שאם למעשה מקבל הבטחה סמך על הדברים ייחשב המבטיח כמחוסר אמנה אם יחזור בו. ולפי מה שהתבאר בהערה הקודם גם המהרשד"ם מודה בזה.

30. כיון שזה שוה לדין של הלוה מרובה שהסמך הלוה את דעת המלוה שיחזיר לו את כספו, וכפי שיבארנו באריכות לעיל, וכן משמע בתשובות והנהגות (ג, צג ד"ה ונלע"ד).

31. מקור הדין הוא מהגהות המרדכי (ב"מ תנז-ח), שם מבואר שאם רבים שוכרו מלמד ועדיין לא עשו קנין, אי אפשר להם לחזור, וז"ל, "רבים שהשכירו מלמד, אם יוכלו לחזור קודם שהתחיל במלאכתו או לא, הדין פשוט מההיא דפרק בני העיר כל דבר הנעשה בפני שבעה טובי העיר ואפילו בפני ג' אין יכול לחזור, דאין דומה מעשה רבים למעשה יחיד, ורבים הם שלשה, כדאיתא פרק השולח. ואפילו יחיד העושה ע"פ רבים [אין] יכול לחזור... ולכן נהגו שכל דבר הנעשה ברבים אין צריך קנין במקום שיחיד צריך קנין... ועוד ראה דאין יכול לחזור דלא גרע ממתנה, דאם היו אומרים לאדם אחד אנו רוצים ליתן אינם יכולי לחזור, דהוה ליה לגבי רבים מתנה מועטת, דאמרין בפרק הזהב מתנה מועטת אין יכול לחזור אפילו יחיד". הרי שמביא הגר"מ שני טעמים לכך שהרבים אינם יכולים לחזור בהם מההסכם שעשו עם פועל שיעבוד עבורם, הגם שטרם התחיל הפועל לעבוד, ובדרך כלל עד שלא התחיל הפועל לעבוד רשאי המעסיק לחזור בו מן ההסכם, כמבואר בשו"ע (שלא, ב). טעמו הראשון הוא משום דהוי כמו קנין, ומבואר שם שאם עשו קנין אי אפשר לפטר את הפועל. וטעמו השני הוא דהוי מחוסר אמנה אם יחזור בו, וטעם זה מחדש הוא, שאפילו בדבר שנחשב מתנה מרובה, ובעלמא אין דין מחוסר אמנה במתנה מרובה, היות שהנותנים הם רבים יש לזה דין של מתנה מועטת. [וצ"ע מדוע שכירות פועלים הוי מתנה מרובה, הרי אינם נותנים לפועל תשלום בחינם, אלא מקבלים מלאכה מותרת תשלום. ואולי מיידי כגון שצאצאו פועל אחר יתן טוב ממנו, ולא יתנו לראשון שום מלאכה וכל המשכורת שלו אינו אלא מתנה. או יתכן כמש"כ לעיל הערה 8 ששוכרו במחיר יקר]. דברי המרדכי נפסקו בשו"ע (רד, ט), וז"ל, "יש מי שאומר שאם רבים אמרו לאדם אחד ליתן לו מתנה, אינם יכולים לחזור בהם, אפילו אם היא מתנה מרובה". וכתב הלבוש שהטעם הוא "כיון דלא הוי מתנה מרובה לכל אחד", והסמ"ע (ס"ק יד) כתב שיש שני טעמים בדבר א', "מפני שבזה סמכה דעתו דלא יחזור בו הרבים", [ונראה שהבין שזה הטעם הראשון של המרדכי, ולא כמו שהבינו המפרשים שנביא בהמשך]. ב'. "מפני שאינו מגיע על כל אחד כי אם דבר מועט". ויש נפקא מינא בין שני הטעמים באופן שהמתנה היא כל כך גדולה, שאפילו אם נחלק את שווייה בין כל הנותנים עדיין יגיע חלק גדול לכל אחד מהם, או לכל הפחות לחלק מהם, וזו לגבי אותם נותנים לא יהיה שייך הטעם השני של הסמ"ע, אבל הטעם הראשון עדיין יהיה קיים [ונפק"מ זו מובאת בספר נחפה בכסף (ח"ב עמוד רס"א) ובספר משפט שלום (פה)]. ולפי שני הפשטים של הסמ"ע אסור לחזור, ואף שייכולים לעבור על הדין ולחזור בהם ולבטל את ההסכם, מכל מקום אסור להם לעשות כן, ומה שכתב השו"ע "אינם יכולים" הכוונה שאסור להם לחזור משום מחוסר אמנה [וצ"ע בדברי הפתחי חושן (ח"ז פרק טו הערה ז) שעירב את שני הטעמים של הסמ"ע ועשאם טעם אחד]. אמנם הגר"א (ס"ק י"א) כתב טעם נוסף [מלבד הטעם שלגבי רבים נחשב הקבר כמתנה מועטת], וז"ל, "ועוד, דרבים אינם יכולים לחזור, כמו כתב לעיל ס"ט קס"ג על דברי הקהלה אין צריך קנין", ולפי טעם זה אינם יכולים לחזור כיון שחללה המתנה, ואם יחזרו בהם לא יהיה בזה רק חסרון של מחוסר אמנה, אלא גזל ממש, והביא דעתו וכן ביאר דבריו בערוך השלחן (ס"ק ט) וז"ל "ויש מי שמשמע מדבריו שאין יכולים לחזור בהם לכל דברבים הוי דברים קנזין גמור [הגר"א ס"ק י"א] וצ"ע לדינא", וכן הבין בספר פסקי הגר"א שזו דעת הגר"א והביא את זה כחידוש דין לפי הגר"א. הפשט הזה מתאים מאוד למש"כ המרדכי, אלא שקשה קצת לפי זה להבין את המרדכי, כי לפי זה נמצא שהוא

והנה מקור דין זה שאין גובים מהערב תחילה מבואר במשנה בב"ב (קעג, א-ב), ונפסק בשו"ע (סי' קכט ס"ח), ובספר התרומות (שער לה ח"א סי' טו) ביאר שהטעם הוא משום שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, כלומר, כמו שאין גובים ממי שקנה קרקע מהלוה, כאשר יש ללוה עצמו. ובפשטות דין זה הוא תקנת חכמים, כמו שמבואר במשנה בגיטין (מח, ב) שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, והמשנה מסיימת 'מפני תיקון העולם'. ואם כן, לפי דברי ספר התרומות, שאף מה שאין גובים מן הערב תחילה הוא מאותו יסוד, נמצא שעיקר דין זה הוא תיקון העולם.

וכן יש להביא ראייה מהש"ך (סי' פו ס"ק ה) שביאר שהטעם שכשיש שיעבודא דרבי נתן אין נפרעים מהלוה דלוה במקום דאית ליה ללוה עצמו, הוא מתקנת חכמים, שהרי הראשונים כתבו על הלכה זו שהיא כמו שאין נפרעים ממשועבדים במקום שיש בני חורין, ודין זה הוא תקנה, וממילא הדין הנלמד ממנו הוא ג"כ תקנה. אלא שיש להעיר על הש"ך, שהרי מבואר בתוס' בגיטין (שם) על המשנה של 'אין נפרעים מנכסים משועבדים', שלמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא הרי זה מעיקר הדין שאין גובים מנכסים משועבדים כל זמן שיש בני חורין, ואפילו למ"ד שיעבודא דאורייתא יש לומר שהוא דינא ולא תקנה, ומה שכתוב 'מפני תיקון העולם' מוסב על דין אחר המבואר שם, שגובה מבינונית, וזהו משום תיקון העולם, דמן התורה דינו בזיבורית. וכן העיר האולם המשפט בהלכות ערבות על הש"ך הנ"ל.

אולם גם אם נניח דלא כהתוס', ונאמר שהמשנה היא כפשוטה, שהדין שאין גובים ממשועבדים במקום שיש בני חורין הוא דרבנן, מפני תיקון העולם, מ"מ לאחר שתקנו כן חכמים וכל אדם יודע שאין נפרעים ממשועבדים כשיש בני חורין, הרי הוא משתעבד רק על האופן הזה, וא"כ שוב מעיקר הדין אין גובים מנכסים משועבדים במקום בנ"ח. וסברא זו כתובה בחזו"א לגבי שעבודא דרבי נתן.

וגבי ערב מצאנו סברא זו בחידושי הרשב"א בגיטין (מט, ב), וכן בתשובה (א' תתצב), ומבואר בדבריו שהערב אינו משעבד עצמו אלא אם כן יתבעו את הלוה קודם, וחויב הערב הוא לפי מה שהוא מוכן להשתעבד, וז"ל, "לפי שאין דעת הערב להשתעבד עצמו אלא במקום שהשתעבדו כל בני חורין של לוח".

ובדברי הרשב"ם בב"ב (קעג, ב) יש לכאורה סתירה בדין זה שלא יתבע את הערב תחילה, שבתחילה כתב (ד"ה לא יתבע) "דלא נעשה ערב אלא על מנת אם ימות הלוה או ימאן לבה לדין, או שיחייבוהו בית דין ולא יהיה לו מה לפרוע, אז יפרע מן הערב", ומשמע שזהו מעיקר הדין. ואילו בהמשך דבריו (קעד, א ד"ה וקיימא לן) כתב הרשב"ם "שאין נכון להטריח הערב חנם", ומשמע שאין זה מעיקר הדין, אלא רק 'אין נכון'.

וכדי ליישב את דברי הרשב"ם יש להדחק להסביר כדלעיל, שסיבת הדין מתחילה בכך שאין נכון לתובעו תחילה, ומאחר והערב יודע זאת ומשתעבד רק על דעת כן שלא יתבעוהו תחילה, ממילא נעשה עיקר הדין כך, שאי אפשר לתובעו תחילה.

אמנם, אף שמצאנו דימויים רבים בין דין גביה מבני חורין קודם משעבדי, לדין גביה מהלוה לפני הערב, מכל מקום יש גם הבדל ביניהם, דגבי משועבדים הדין הוא שאין גובים מהם כשיש בני חורין אפילו אם הלוה הוא אלם, ואילו לגבי ערב נפסק בהדיא בשו"ע (קכט ס"י) שאם הלוה אלם גובים מן הערב [הנתייה"מ בסי' פ"ו סק"ג הביא חילוק זה, עיי"ש]. והרמ"א הביא שגבי ערב יש חולקים וסוברים שאף אם הלוה אלם אי אפשר לגבות מהערב, ורק אם הלוה לא צייט דינא ניתן לגבות מהלוה, אך הסיק הרמ"א כדברי המחבר שאם הלוה אלם ניתן לגבות מהערב.

ובמנחת הקומץ (סי' קיד) [שנת תרצ"ז] העלה לדינא שאין לגבות מהערב לפני שתובעים את הלוה בערכאות, שהרי אין ללמוה הוצאות על תביעה

« המשך בעמוד הבא »

ובפשטות היה ניתן לומר שהגמרא דיברה על אדם רגיל, והמליצה לו שלא להיות ערב שלוף דוץ, ואילו הרמב"ם שכותב את ההנהגות לתלמיד חכם מוסיף ואומר שלא יהא אפילו ערב רגיל. אך קשה לומר כאן משני פנים: א. מה המקור של הרמב"ם לתוספת הידור זו לגבי תלמיד חכם, דבר שלא מצאנו בגמרא. ב. וזו קושיא כללית על דברי הרמב"ם כאן, שהרי הרמב"ם מעתיק בתוך ההלכות של תלמיד חכם הרבה הלכות שנאמרו בגמרא לגבי סתם אדם, וגם בהלכה זו גופא הרמב"ם מונה הנהגות נוספות שמוזכרות בגמרא לגבי סתם אדם, כגון מה שכתב שתלמיד חכם אינו בא בהרשאה, ולא ירד לאומנותו חבירו, יהיה מן הנרדפים ולא מן הרודפים, והנהגות אלו מובאות בגמרא לגבי כל אדם, ולא רק לגבי תלמיד חכם.

ובענין הקושיא הראשונה, מה המקור לרמב"ם שגם ערב רגיל בכלל אזהרה זו, יש להביא את דברי המאירי (יבמות שם) שהבין לכאורה כמו הרמב"ם, וכתב "וכן הזהירו עוד דרך עצה, שיהא אדם נזהר מן הערבות, ובפרט בערבי של ציון", הרי שלמד המאירי שאזהרת הגמרא היא בכל ערבות, אלא שנקטה הגמרא את הערבות החמורה ביותר, והיא ערבות שלוף דוץ, אבל גם בסתם ערבות שייכת עצת חז"ל שלא להיות ערב.

ועל כל פני עולה מדברים אלו לכאורה שיש לאדם להמנע לגמרי מלהיות ערב, בין ערב רגיל ובין ערב קבלן.

יש להוסיף עוד שני מקומות שבהם פירש הגר"א את הפסוקים במשלי כאזהרה על ערבות, א. נאמר בפסוק (משלי יא, טו) "רע ירוע פִּי עֶרֶב זָר וְשֵׁנָא תִקְעִים בּוֹטֵחַ", ופירש הגר"א ש"רע ירוע כי ערב זר" מדובר בערב רגיל, "ושונא תוקעים בוטח" מדובר בערב קבלן, הרי שהפסוק מזהיר להמנע אף מערבות רגילה. ב. נאמר בפסוק (משלי כב, כו) "אַל תְּהִי בְּתִקְעֵי כַף בְּעֵרְבִים מִשְׁאוֹת", וביאר הגר"א ש"תוקעי כף" היינו ערבים קבלנים, וסיום הפסוק "בעורבים משאות" היינו ערב רגיל. הרי שאין להיות ערב כלל, ואף ללא קבלנות. [ראוי להוסיף כי רבינו יונה מבאר לפי זה את המשך הפסוק "אם אין לך לשלם למה יקח משפךך מתחת ידך", כלומר, באופן שהערבות היא על הלוואה לזמן ארוך, אף שעתה יש לערב ממון רב, הרי יתכן שכשיגיע זמן הפרעון יהיה עני, ויקח המלוה את משכבו. ומכל המקומות הנ"ל מבואר שיש לאדם להתרחק לגמרי מכל ערבות שהיא.

ולעומת כל זאת, מצאנו במקומות רבים שיש מצוה להיות ערב, יעויין במדרכי (ב"ק סימן קס מ) שכתב לגבי ערב "אטו משום שמצוה עשה", הרי שיש מצוה בדבר. וכן מובא ביוסף אומץ ?? שערבות רגילה היא מצוה כמו להלוות ממש, והגמרא ביבמות שאמרה להתרחק מן הערבות דיברה דוקא בערב שלוף דוץ.

והנראה לבאר זה על פי דברי החפץ חיים באהבת חסד (ח"ב פכ"א בהערות) שערבות יכול להיות מצוה, באופן שהערב מבין שבעצם הכסף יוצא על פיו, והוא אחראי לו, ויתכן שביום מן הימים הוא יצטרך לשלם את ההלוואה. ובאופן כזה אינו נעשה ערב אלא על הלוואה שהוא אכן מסוגל לשלם אותה. ואדם כזה ראוי שיהיה ערב, ואף מצוה להיות ערב כזה. ואף שבאהבת חסד שם הוסיף שיהיה הלוה בטוח בעיניו, נראה שזו רק עצה טובה, אבל לא זה עיקר הגדר, אלא העיקר הוא שיהיה מוכן ומסוגל לשלם אם וכאשר ידרש ממנו הדבר. כעין זה מובא בשם החזו"א, שאם אדם מוכן להפקיד את סכום הערבות בבנק, רשאי להיות ערב, ובמקרים כאלו יש מצוה גם כן בערבות, דלא גרע מהלוואה.

### מתי נחשב שאין ללוה לשלם וניתן לגבות מהערב

ערב רגיל, אין נפרעים ממנו תחילה, אלא רק כאשר 'אין' ללוה לשלם. אמנם יש לברר מהו הגדר של דין זה, ומתי נחשב שאין ללוה לשלם. שהרי לרוב הלווים יש בית וסלון ואולי אף מכונית, שניתן למוכרם ולפרוע את החוב, אך קשה מאד להוציא אותם מהם, ובפרט לחוב של סכום קטן, ויש לדון האם זה נחשב כמי שאי אפשר להוציא מהלוה, וניתן לגבות מהערב, או שיכול הערב לומר למלוה שיגש תחילה ל'הוצאה לפועל' נגד הלוה, ולולא זאת אינו רשאי לתבוע ממנו כערב.

בערכאות [כיון שהם מחייבים את הלוח בהוצאות], והוא דבר קל, שלא צריך להתעסק עם האלם עצמו, ולכן אין לתבוע את הערב עד שיתבענו בערכאות. וכתב עוד, שבזמנו שכולם פונים לערכאות, הרי שהמלוה סומך על התביעה בערכאות, ואין לגשת לערב לפני כן.

אמנם נראה לדחות את שתי הסברות של המנחת הקומץ, דאף לדעת היש חולקים שהביא הרמ"א, שרק בלא ציית דינא יכול לגבות מהערב, מ"מ אף הם מודים שאין צריך לתבוע בערכאות תחילה.

דמה שכתב המנחת הקומץ שתביעה בערכאות אינה טירחה ואין הפסד, אינו נראה [עכ"פ במציאות של ימינו], כי הגם שאח"כ יחייבו את הלוח בתשלום ההוצאות, מ"מ אי אפשר לומר למלוה שיוציא הוצאות על תביעה בערכאות, כאשר מדובר בדרך כלל בהוצאות גדולות, והתוצאה לבסוף שפעמים רבות עושים חיקור נכסים וללוח אין לשלם, או שמחייבים אותו בתשלומים קטנים, כך שהחזר ההוצאות שהמלוה מובטח לקבל מהלוח אינו ודאי, ולכן אי אפשר להתייחס לזה כאילו אין הוצאות.

ומה שסיים שם שנעשה כהיתר ללכת לערכאות נראה שלא נכון בימינו. ואכן המנחת ש"י פוסק שלא צריך לפנות לערכאות. והתרגום הפשוט בשו"ע של 'גברא אלמא' הוא מי שאינו מציית לדין תורה, וכדי לגבות ממנו צריך לפנות לערכאות, ועל אופן כזה נפסק בשו"ע שיפרע מן הערב תחילה, והיינו שאין צריך לילך תחילה לערכאות.

יש להוסיף, שבספר הישר (סימן תרנו) כתב ר"ת שגם אם אין ללוח קרקע, צריך לתבוע אותו תחילה, לפני שפונים לערב, כיון שיתכן שיפרע הלוח ממקום אחר שיש לו, מטלטלים או כסף.

דין נוסף השייך לענין זה, אם הלוח מכר את קרקעותיו לאחרים, ובא המלוה לגבות מהערב, דעת הגידולי תרומה שגובים ממשועבדים לפני שפונים לערב, והרדב"ז ג"כ כתב כן אולם מסיק שלדינא אין זה ברוך, ולכן יעשו פשרה. אלא שהדיון בימינו אינו רלוונטי כיון שבד"כ בימינו לא מגיעים לבי"ד עם שטרות כשרים שניתן לגבות בהם ממשועבדים, ובד"כ באים עם כת"י של הלוח ואין גובים בהם ממשועבדים.

## דין גביה מהערב בשטר בכתב יד ללא נאמנות, כשהלוח ברח

יש לדון באופן שאין למלוה שטר בעדים, אלא שטר בכתב יד של הלוח, ואין בשטר 'נאמנות' למלוה לומר שאין השטר פרוע, והלוח ברח ואינו לפנינו, האם גובים מהערב, או שחוששים שהשטר פרוע.

בעיקר דין זה, אם נאמן הלוח לטעון פרעתי נגד שטר בכתב יד נחלקו הראשונים, והשו"ע והרמ"א (סי' ס"ט ס"ב) הכריעו שנאמן הלוח לומר פרעתי, וממילא גם כשבאים לערב, טענינו לו פרעתי, כפי שהיה הלוח יכול לטעון אם היה לפנינו, ואי אפשר לגבות ממנו. אמנם באופן שלפי ראות עיני הדיין לא היה הלוח משאיר את השטר בכת"י ביד המלוה, שבכה"ג כתבו הרמ"א והשו"ע שבכל כת"י אין נאמן הלוח לומר פרעתי, כיון שאי אפשר לחייב את הערב שבועה שהרי אינו יודע אם הוא פרוע, לא ניתן גם לחייבו שלישי, כנהוג לפסוק פשרה על חיוב השבועה. ואף אם יטען המלוה שהערב יודע שלא נפרע, עדיין לא תמיד יעשו פשרה על החיוב שבועה, שכן אין בי"ד מפשר על השבועה אא"כ יש לנו רגלים לדבר שיש מקום לתביעה, ואם כן באופן שהערב אינו אמור לדעת כלל אם הלוח פרע, לא יעשו בי"ד פשרה על השבועה.<sup>2</sup>

1 המקור לדין של חיוב שלישי כפשרה הוא השבות יעקב ח"ג סי' קפ"ב, ושם כתוב לגבי נידון אחר, כשרוצים לעשות פשרה קרובה לדין, עד כמה הוא נחשב קרוב לדין, ועל זה כתב שאינו יכול להיות יותר משלישי. ולמעשה הדבר תלוי בכל מקרה של חיוב שבועה לגופו. וכמש"כ הדברי מלכיא ח"ב סי' קל"ג שהכל לפי ראות עיני הדיין עד כמה נראה שהיה מוכן להשבע.

2 שכן אם על כל תביעה יעשו בי"ד פשרה על חיוב השבועה ויחייבו שלישי או כל סכום אחר, תיווצר מציאות שלא תיתכן, שאדם הרוצה

יש להדגיש כי יש שתי דרגות של 'רגלים לדבר', כי לגבי מה שכתבו הרמ"א והשו"ע שיש מקרים שאין הלוח נאמן לומר פרעתי כנגד כת"י, בזה צריך אומדנא חזקה וקרוב לודאי שלא נפרע. אולם לגבי חיוב שבועה ופשרה על השבועה מספיק שיש בסיס לתביעה כדי שנעשה פשרה ע"ז.

נידון נוסף, אם יש צ"ק של הלוח ביד המלוה, גובים בו, ואין הלוח נאמן לומר פרעתי, והוא על פי דברי התומים שאינו נאמן לומר פרעתי בממרוני [והיינו שט"ח שהיה נהוג בזמנם וענינו היה שהלוח התחייב בו באופן סתמי לכל מי שיוציאו ויתבע ממנו, והוא מעין צ"ק בזמנינו], ומאחר שאין הלוח נאמן לומר פרעתי נגד הצ"ק, יוכל לגבות גם מהערב.

## דין ערב שחתם 'אני פלוני ערב קבלן'

הנוסח המבואר בשו"ע לגבי ערב קבלן הוא 'תן לו ואני אתן', ויש לברר את הדין באופן שהערב חתם בלשון 'אני פלוני ערב קבלן', האם חלה ערבותו, כיון שזהו הנוסח המקובל כיום, או שאין נוסח זה מועיל.

הנה בשו"ע (סעיפים יז יח) כתוב שצריך הערב לומר 'תן לו ואני אתן', וביאר הסמ"ע שהכוונה בלשון זו שהערב אומר שהוא ה'בעל דבר' עם המלוה. ומצינו שישנם עוד שתי לשונות שמועילות לדעת הרמ"א, והיינו באומר לו 'תן לו ואני קבלן', שלדעת השו"ע אין זו לשון טובה ואילו הרמ"א פסק שזו לשון המועילה. ולשון 'אני פלוני קבלן', שפסק הרמ"א שמועיל. ובטעם הרמ"א יש שכתבו (גידו"ת שער לה ח"א ס"מ) שמוכרח מהשטר שאמר לו לשון טוב, והרי זו מעין הודאה שאמר את הלשון המועיל. ומאידך הרשב"א (סי' תתצב) מבואר שאם אמר 'הריני קבלן גמור', הרי זה עצמו לשון ערבות המועילה. אמנם, אפשר ללמוד ברשב"א שזה דווקא אם אמר את המילה 'גמור'. אך על כל פנים מוכח מדברי הפוסקים הנ"ל שאין צורך דוקא במילים 'תן לו ואני אתן', אלא יש צורך שתהיה משמעות דבריו התחייבות בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים שמתחייב להיות ערב קבלן, והיינו שאפשר לגבות גם ממנו.

ולפי זה, אם כתוב בשטר הערבות 'תן לו ואני ערב קבלן', או שכתב 'אני קבלן', על אף שלפסק הרמ"א היה נראה שהוא מתחייב מדין קבלן, מ"מ בימינו ישנה כמעט ודאות שאף אחד לא אמר למלוה 'תן לו ואני אתן', כמו שנדרש מערב קבלן, וממילא, לדעת האחרונים שהזכרנו אין לשון זו מועילה [רוב האנשים בימינו אינם יודעים כלל שצריך להגיד לשון זו של 'תן לו ואני אתן'].

ואף בעיקר דינו של הרמ"א יש לדון, שהרי הש"ך (ס"ק לז) הביא את דעת מהרשד"ם שפוסק שלא כהרמ"א. אמנם נראה לדינא שההלכה כהרמ"א, שכן נקטו הגר"א (ס"ק נא), הנתיה"מ (חידושים סק"כ), וערוך השולחן (קכט, יב). אבל עדיין היה מקום לומר שגם דברי הרמ"א הם רק כשניתן לומר שדיברו ביניהם באופן המועיל וכפשוטו לשונם, וכו"ל.

אלא שעדיין נראה לומר שכיום בכל אופן החותם 'הריני ערב קבלן' הרי הוא קבלן, כיון שהמילה 'קבלן' בזמנם סבלה שתי משמעויות, א. אני מתחייב לשלם את החוב (ערב). ב. אני רוצה להיות ממש בעל דין כקבלן. וממילא דוקא אז היה צריך לפרש את הדברים ולומר 'תן לו ואני אתן'. אבל בזמננו שאין למילה זו יותר משמעויות אחת, וברור לחלוטין שהמשמעות היא להיות קבלן ושיגבו ממנו, אז זה מחייב כמו שמבואר ברשב"א באומר אני ערב גמור, כיון שכוונתו ברורה.

והראיה לזה, מהמבואר בשו"ע (יו"ד ק"ע) ביהודי שלוחה מגוי, ויהודי אחר נעשה ערב עבורו, שדין הערב כדין ערב קבלן, שיכול הגוי לגבות ממנו תחילה, כיון שהערב ידע שהגוי יתבע בדיניהם, ובדיניהם הולכים לערב תחילה. ומוכח שאף שלא אמר לשון המחייבת לערב קבלן, הוא מתחייב מדין קבלן, כיון שידע שכך ינהגו עימו. אמנם יש להעיר על ראייה זאת מדברי החזו"א בב"ק (סי' י' אות ה) גבי ישראל שתבע גוי

לגנוב ילך ויתבע בבי"ד אנשים עשירים מאוד בסכומים גבוהים, ויעשו פשרה כנגד חיוב השבועה ויזכו אותו בשלישי. ולכן ברור שצריך פה את שיקול דעת הדיינים אם יש רגלים לתביעת התובע.

«המשך בעמוד הבא»

בדינינו, שההלכה היא שאם ישראל זכאי בדינינו אומרים לגוי "כך דינינו", שישראל זכאי, ואם ישראל זכאי עפ"י דיני עכו"ם, אומר לגוי "כך דינכם". ודין זה בהכרח נחשב ל'קנס', כלומר, יש את מה שבאמת צריך לפסוק ויש את מה שפוסקים כי קונסים את הגוי. והחזו"א מחדש שהדין האמיתי הוא דין העכו"ם, וכך היה צריך באמת לפסוק, והקנס הוא שאם ישראל זכאי בדינינו, דנים כך. ועל-אף שהדבר נראה תמוה, שהדין האמיתי הוא בדיניהם, הוכיח זאת החזו"א מרמב"ם כמעט מפורש, לגבי גר תושב כתב הרמב"ם (הלכות מלכים פ"י הי"ב) שדנים אותו בדיניהם, ומוכח שברגע שאנו מתעלמים מהמרכיב של הקנס בפסק [שהרי לגבי גר תושב לא נאמר הדין הנ"ל שדנים אותו בדינינו כדי לזכות את הישראל], אנו פוסקים כדיניהם. ולפי דברי החזו"א יוצא שאין לנו ראייה מהשו"ע הנזכר לדינינו, שהרי שם יש לפסוק כדיניהם. אלא, שרוב האחרונים לא למדו כהחזו"א.

ראיה נוספת לדין זה, מדברי המהרש"ם (חלק ב סימן קנח), לגבי ראובן שביקש ממנו השר הלוואה, וחשש ראובן להלוות לו, כיון שידע שלא יוכל לתובעו אם לא יפרע לו בזמן. ואמר שמעון לראובן שילוח לאותו שר, והוא [שמעון] יהיה ערב להלוואה זו, אך לא חתם שיהא ערב קבלן אלא ערב סתם. וכשלא פרע השר תבע ראובן את שמעון, ואמר לו שמעון שיתבע תחילה את השר, כדין ערב סתם. וראובן טען שהרי כל הערבות מתחילה היתה מחמת שראובן חשש לתבוע מהשר, ואם יצטרך לתבועו תחילה לא הועיל לו כלום בערבותו, ובודאי היתה כוונתו שיהיה ערב קבלן. ופסק המהרש"ם כטענת ראובן, שברור ששמעון הוא ערב קבלן, ומוכח שברגע שיש אומדנא דמוכח שהוא התכון להיות ערב קבלן הוא מתחייב כדין ערב קבלן.

וכן שמעתי ממרן הגר"ש אלישיב זצוק"ל, אך לא שמעתי את הנימוק לדין ומסתבר שהוא כמבואר.

אלא שיש הטוענים שהבעלי הגמחי"ם עצמם לא מחתימים את הערבים בכדי לתבועם תחילה, אלא רק כדי שתהיה להם האפשרות לעשות כן ביום התביעה, אם לא ישלם הלוה. אך באמת אין בטענה זו כלום. כי בדין 'ערב קבלן' אין צורך שיוכלו לתבוע רק אותו, אלא שתהיה אפשרות לתבוע גם אותו, ומה שהם תובעים תחילה את הלוה אינו מגרע מזכותם לתבוע את מי שידעו, וממילא הערבות היא כדין ערב קבלן לכל דבר.

ובאותו נידון, אם כתוב בשטר ערבות 'אוהל', נראה שדינו שונה היום מבשנים עברו, שכן בעבר המשמעות החוקית של זה פעם היתה שהוא ערב קבלן, ויכלו לפנות לערב תחילה. אולם כיום החוק השתנה וא"א לפנות לערב תחילה, וממילא גם משמעות החוקית של המילה השתנה ואינה מחייבת רק כערב רגיל. והטעם לכל הדינים האלו היא שאנו הולכים אחר כוונת המתחייב כפי שעולה ממשמעות הנוסח שבו התחייב כפי הבנת האנשים באותו זמן.

### חתימת הערב לפני בקשת הלוואה

מקובל היום שערב חותם על שטר חוב לפני שהלוה פנה למלוה, ויש לדון אם יש בזה חיסרון, לדעות האחרונים שצריך בערבות שליחות של המלוה (קצוה"ח קכט,א), שהרי באופן כזה ודאי שהמלוה לא שלח אותו.

והנה ידועים דברי הקצות (שם) שהעלה שיסוד החיוב בערבות הוא שהמלוה שליח של הערב להלוות את הכסף, וממילא אם לא דיבר כלל עם המלוה אינו שליחו, והוא לא מתחייב. ובאמת כן פסקו הש"ך המהרש"ם והקצות, כשאומר 'אני ערב לכל המלוה לפלוני', שאינו מתחייב מדין ערב

3 המהרש"ם הביא ראייה לדבריו מהמדרש שהקב"ה הבטיח לים פי אחד וחצי משלל מצרים ובלבד שיפלוט את השלל לחוף והים אמר שאינו מוכן כי אין עבד התובע את רבו, וענה לו הקב"ה שנחל קישון יהיה ערב. וזה ברור שנחל קישון הוא ערב קבלן, שהרי אם יצטרך הים לתבוע את הקב"ה לפני שיפנה לנחל קישון שוב לא הרויח כלום בערבותו, וע"כ שנחל קישון נהיה קבלן

כיון שחסר פה שליחות.

אלא שבתומים (קכט,ב) פסק שמועיל גם בלי לשון שליחות, ובדעת הנתיבות (שם סק"א) יש לעיין, כי בתחילת דבריו הביא את דברי הש"ך, שאינו מתחייב, ועל זה הביא את התומים שהקשה עליו והעלה שאם אמר לו תן לו ואני ערב הוא ערב, רק אם אמר כל המלוה אינו מפסיד אינו מתחייב, אלא שסיים 'וצ"ע', ובסוף דחה את דברי הקצות שבעיני שליח, ולכן לא ברור אם באמת פסק שבדינו חייב, שהרי נשאר בצ"ע. ובאמת במהדורת ליעוש הגירסא היא 'וכן עיקר', ולא 'וצריך עיון', וזה יותר מתאים עם הנתיבות ב'חידושים', שפסק כמו התומים, שאם אמר אני ערב למי שיתן הרי הוא ערב. וממילא יוצא שדין זה הוא ספיקא דדינא אלא אם נאמר שכיון שהמשמעות של הלשון השתנתה ממילא גם כאן אפשר לחייבו.

### האם הערב יכול לחזור בו

כתב השו"ע (קלא, א) שהערב יכול לחזור כל זמן שהמלוה לא נתן עדיין את המעות ללוה, והמקור הוא תשובת הרשב"א (ח"ב קנח), שבה מבואר שהערב יכול לחזור בו. ודבר פשוט הוא שבכדי לחזור בו הוא צריך להודיע למלוה על כך, ויש להוכיח כן מדברי הנתיבות (קכב ס"ק ג, קפב ס"ק ג), בס' קכ"ב כתב הנתיבות שההתחייבות של הערב היא מעכשיו אם יוציא מעות על פיו, והערך ש"י שם תמה על כך, שהרי הוא אמר סתם 'הריני ערב', והתרומת הדשן (ס' קעג) אומר שבקנין סודר גם אם לא אמר מעכשיו חשיב כמו מעכשיו, כיון שאל"כ הקנין לא חל, ואנו אומרים שמן הסתם לא עשה דבר שאין לו משמעות, ואם כן בערבות, שיש תועלת בערבותו, כשיוציא את הממון שהוא התחייב, מהיכי תיתי שיתחייב כבר קודם לכן, וא"כ היכן מצא הנתיבות את החידוש הזה בערב שזה מועיל כמו מעכשיו.

ונראה ליישב את דברי הנתיבות, דכוונתו לומר שכיון שאין אפשרות אחרת לחייב את הערב, וברור שהמלוה רוצה שהערב יתחייב, ממילא אם בכדי שהערבות תחול צריך שזה יחול 'מעכשיו' זה יכול לחול מעכשיו.

ועוד ניתן לחייבו מדינא דגרמי, שהרי המלוה הוציא הוצאות על פיו. אלא שבזה תהיה נפק"מ באופן שבינתיים מת הערב, דמדינא דגרמי לשיטות הראשונים שהוא קנס אין לחייב את הירששים, אולם אם החיוב הוא מדין ערב, כצד הראשון שהבאנו, ודאי שגם יורשי הערב חייבים לשלם למלוה ככל יורשי לוח.

כפי שהתבאר, יכול הערב לחזור בו מערבותו קודם ההלוואה, ויש לדון במקרה שיש ויכוח אם אכן חזר בו או לא. המהרש"ם כתב (סימן לח) שהערב נאמן לומר שחזר בו, או ששלח למלוה מכתב שחוזר בו מהערבות ויודע בודאי שהמכתב הגיע אליו לפני ההלוואה.

והנה לפי תשובה זו לכאורה ביטלנו כל ערבות, שכן תמיד יוכל הערב לטעון כן. ולכן נראה שהמהרש"ם נקט כן רק באופן מסוים שהיה בשאלה שבאה לפניו, שם מדובר באדם שהסכים להיות ערב והמלוה דחאו פעם ופעמיים, ולאחר תקופה המלוה הסכים להלוות, וטוען הערב אני הסכמתי להלוואה הראשונה שאתה סירבת לה, ולא הסכמתי שאם פעם ביום מן הימים תלוהו אני אהיה ערב. והמהרש"ם דן האם נאמן בטענה זו והוא אומר שיש לו מיגו שהיה נאמן לטעון חזרתי בי מהערבות, ולכן נאמן לטעון לא הסכמתי לערוב על ההלוואה החדשה אלא רק על הלוואה קודמת. והיינו שהמהרש"ם אומר שעל הלוואה שיש ויכוח האם הסכמת הערב היתה עליה או לא בהלוואה כזו שהיא מסופקת נאמן לטעון חזרתי בי מהערבות.<sup>4</sup>

4 ומעשה היה בהלוואה שהערב אמר ששלח פקס בזמן לפני ההלוואה על ביטול הערבות, והמלוה אומר שלא ראה את הפקס עד לאחר שהלוה לו. וזה ברור שמדינא דגרמי לא ניתן לחייב את הערב, שהרי הוא עשה מעשה שהיה סביר שיוודע ממנו למלוה קודם ההלוואה [אמנם אם באמת זה היה באופן שמצוי שהמלוה לא ישים לב לפקס, יהיה הדין שונה].

## בענין דמי תיווך כשחתמו זכרון דברים וחזרו בהם

### שאלה:

מתווך ביצע עיסקת תיווך של מכירת דירה, וחתמו הצדדים על 'זכרון דברים', לאחר מכן חזרו בהם מהעיסקה, ועתה תובע המתווך את שכרו, כיון שהביא את הצדדים לידי גמר, ומה שחזרו בהם אינו סיבה להפסידו. שני הצדדים טוענים לעומתו שכיון שעדיין לא נחתם 'חוזה מכירה', הרי שעדיין לא הסתיימה העיסקה, וכיון שכך פטורים הם מדמי תיווך.

### תשובה:

א. כאשר נוסח ה'זכרון דברים' עונה לדרישת ההלכה [ולהלן יבואר שיש חמשה אופנים לפרש את משמעותו ההלכתית של 'זכרון דברים'], אם כן נחשב שהביאם המתווך לידי גמר, וחייבים לשלם לו. אך כאשר אין הנוסח מתאים לפי ההלכה, הרי הם פטורים. ומכל מקום אם כבר שילמו לו, אינם יכולים להוציא מידו.

ב. אם החזרה מהעיסקה נגרמה בפשיעת המתווך עצמו, בכל אופן פטורים מלשלם לו.

ג. אם החזרה מהעיסקה נעשתה כיון שישנם פרטים בעיסקה שעדיין לא ביררו ביניהם בשעת החתימה, יש לדון האם נחשב כהביאם לידי גמר, ותלוי בראיית עיני הדיין.

### מקורות ונימוקים

#### חמשה דרכים בביאור מהותו של 'זכרון דברים'

א. ניתן להגדיר את ה'זכרון דברים' כ'שטר מכירה', והיינו כאשר הזכרון דברים מנוסח בנוסח של הוזה, כגון 'בזאת אני מוכר לך את הדירה', או 'בזאת דירתי מכורה לך', ואם חתמו על נוסח זה, הרי זו חתימה על שטר, ומבואר במשנה (קידושין כ"ו) שנכסים שיש להם אחריות נקנין בכסף בשטר ובחזקה. ואף שאין הקנין נגמר על ידי השטר עד שיתן גם את התשלום, כמבואר בגמ' שם [חוץ ממוכר שדהו מפני רעתה], מכל מקום בגמר התשלום קונה למפרע ע"י השטר מהזמן הכתוב בשטר.<sup>1</sup>

ואף שלא חתמו עדים על הזכרון דברים, אין זה מגרע משם שטר שיש לו, אלא די בכך שחתם עליו המוכר, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' קצא ס"א. ואף אם כתבו את השטר בלשון עבר, כגון 'מכרתי לך', מועיל השטר, וכמבואר בסמ"ע שם סק"ו. והביא לכך ראיה מלשון הפסוק "נתתי כסף השדה".

אמנם, אם נגדיר את ה'זכרון דברים' כשטר מכירה, יש לכאורה לדון בזה מצד שתי חסרונות: א. הקצוה"ח שם סק"א למד מהגמרא בגיטין (דף כ') שבכל שטר קנין יש צורך שיהא השטר של המוכר, דבעינן 'ספר המקנה', ואם אינו שלו לא מהני [עי' נתי"מ שם סק"א], ואם כן כאן גם כן יש צורך שיהא השטר של המוכר. אמנם חסרון זה אפשר לתקן על ידי שבאמת הנייר הדיו והכתיבה יהיו משל המוכר. ב. חסרון נוסף הוא המרחק שבין החתימות לבין הכתב, שצריך להקפיד שלא יהא מרחק שתי שורות ביניהם, כדי שלא יהא שטר הראוי להזדייף, שהוא פסול, כמבואר בס' מב"ס ס"א. אך גם חסרון זה לכאורה אינו פוסל, שהרי מבואר שם ברמ"א ובסמ"ע ושו"ך שאם אין השטר עומד לראיה אלא רק לבצע את פעולת הקנין, אף אם הוא שטר הראוי להזדייף חל הקנין. ואף שבקצוה"ח שם חולק על זה, מ"מ אף לדבריו זהו דוקא בשטר בעדים, אך בשטר בכת"י או בחתימת ידו צידד דמהני, עיי"ש.

ב. ניתן להגדיר את ה'זכרון דברים' במובן של התחייבות למכירה, והגדרה זו שייכת כאשר נוסח הזכרון דברים אינו מנוסח בלשון הקנאה אלא בלשון התחייבות, כגון שמחייב עצמו למכור או שמתחייב לעשות חוזה מכירה, או להעביר בטאבו את הדירה על שם הקונה.

ולפי הגדרה זו יש לברר תחילה האם אדם יכול להתחייב בהתחייבות

1 וכמו בכל שטר קנין, שאמנם הקנין נגמר לאחר שנפרע כל התשלום, אך קונה למפרע מזמן הכתוב בשטר, דאל"כ נמצא שבכל שטר שלא נפרע מיד כל התשלום יש פסול של שטר מוקדם, שזמנו קודם לקניינו. אמנם יש להעיר שבאופנים אלו של שטר קנין שלא שולם מיד כל התשלום, יש חשש של ריבית.

חדשה שלא היה חייב עד היום. מבואר בגמרא בכתובות (קא:), האומר לחברו חייב אני לך מנה בשטר, רבי יוחנן אמר חייב, אלימא מילתא דשטרא, כמאן דאמר להו אתם עידי דמי. ובביאור שיטת רבי יוחנן מצינו שלש שיטות בראשונים: א. דעת רש"י (ד"ה לעולם) שמדובר בהודאה על הלואה שהיתה כבר. ב. דעת תוס' (קב. ד"ה אליבא) שמדובר בהתחייבות חדשה, שמתחילה לא היה חייב לו כלום, ועתה מתחייב ע"י שחותם בשטר גמור שרוצה להתחייב בכך. ואף שאין מטלטלין נקנין בשטר מכל מקום חל שעבודו, דיש לומר הואיל וטרח למכתב שטרא, גמר ומשעבד נפשיה. ג. שיטת הרמב"ם (פי"א ממכירה הט"ו) ונפסק כן בשו"ע (סי' מ ס"א), שאמר לו בעל פה חייב אני לך מנה בשטר, והועיל להתחייב בכך התחייבות חדשה, למרות שרק אמר לשון שטר ולא כתב כלום ולא אמר אתם עידי. ובביאור שיטת הרמב"ם נחלקו הפוסקים, הש"ך ונתי"מ ביארו שלדעתו מועיל התחייבות בדיבור לבד, ואילו דעת הקצה"ח שמדובר דוקא כשאמר בלשון הודאה, וטעם הקנין הוא משום אודיתא [שעניינו שבכל מקום שישנה הודאת בע"ד, גם אם ההודאה אינה נכונה, עצם הודאתו יוצרת התחייבות או קנין מכאן ולהבא ראה קצה"ח סי' קצד אריכות בזה]. וא"כ מבואר שנחלקו הראשונים האם ניתן להתחייב בשטר, דלרש"י אין מקור לכך כלל, ולתוס' מועילה התחייבות דוקא בחתימת שטר, ובדעת הרמב"ם לדעת הקצה"ח אין מקור כלל שניתן להתחייב בשטר. אמנם למעשה משמעות הפוסקים שם שעל ידי שטר מועילה התחייבות.

אלא דעתה פש גבן לברורי, לפי הדעות שאכן ניתן להתחייב על דבר שלא היה עד עתה, האם ניתן להתחייב גם על דבר מסוים, כגון שמתחייב למכור לחבירו דירה מסוימת זו, או שניתן להתחייב רק התחייבות שחלה על האדם בכללות, כגון שהוא חייב למכור לו דירה, אך אינו יכול להתחייב עד דבר מסוים. ובנידון זה מצאנו בס' רו שנפסק לפי הגמ' (ע"ז ע"ב), שהאומר לחברו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במאה, וקנה מידו על כך, ולאחר זמן מכרה לאחר במאה, קנה ראשון. ונחלקו הפוסקים באופן שכתב רק לשון התחייבות, ולא לשון שמשמעותה שמעתה יחול הדבר, דעת מהר"א ששון (שו"ת תורת אמת סי' קלג) שאם כתב שהוא מתחייב למכור לחבירו, חלה התחייבותו, אף שאין זה קנין מעכשיו. והמשנה למלך (פי"ח ממכירה ה"ז) נחלק עליו וכתב דבלשון חיוב לא חלה התחייבותו, ולכן אם הלך ומכרה לאחר, זכה הלוקח השני, משום שאין כאן אלא התחייבות למכור, ואף שלא קיים את התחייבותו מ"מ זכה הלוקח השני.

ובקצוה"ח שם הסכים לדברי מהר"א ששון, שחלה התחייבותו למכור דבר מסוים, וכיון שכתב לשון חיוב בשטר הנ"ל יש לו דין שטר ממש, אף לענין לגבות ממשועבדים, וממילא אם מכרה לשני יטרופי הראשון «המשך בעמוד הבא»

מהשני, שהרי הקרקע משועבדת לו. אלא שהוסיף הקצות וביאר את דברי השו"ע, שצריך קנין מעכשיו, דהיינו כיון שאם אינו עושה קנין מעכשיו לא חל כל חיוב על גוף המתחייב, כיון שאם יאבד אותו דבר מסוים לא יתחייב להעמיד תמורתו, ונמצא דהוי קנין דברים בעלמא, ורק באופן שקנה מעכשיו חל שעבוד על גוף המתחייב, ואז חל שעבודו הממוני על קרקע מסוימת זו, אף לענין כתיבת שטר וטריפה ממשועבדים. אמנם הנתיה"מ שם חולק על הקצוה"ח וס"ל שאפשר להתחייב להקנות דבר מסוים גם בלא לקבל אחריות על גופו, ואין בזה חסרון של קנין דברים.

ושרש מחלוקתם בדברי בעה"ת (שער סב ח"ב הובא בטור סי' ס), שכתב שאע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בל"ע, היינו דוקא בלשון קנין, אבל לשון התחייבות מהניא אף על דבר שלא בא לעולם. ולמד הנתיה"מ (סי' רג סק"ו) שאפשר להתחייב גם דבר מסוים שלא בא לעולם, ותחול התחייבותו, ועל כך סובר הקצות (שם סק"ב) בשם המהרי"ט דגם בפירות דקל הוא מקבל אחריות דמשבאו לעולם משתעבד בהם מעתה שיתחייב באחריות עד שיתנם, ואם יאבדו יפרע לו ממקום אחר, שאם אי אתה אומר כן אלא שמתחייב לתתם בידו כשיבואו לעולם ולא יהא באחריותו, א"כ לא חל החיוב על גופו כלל, והו"ל כקנין דברים, כמי שקנו מידו לחלוק.

נמצא איפוא, שנדון זה האם יכול מסמך זכרון דברים להיות כהתחייבות למכירת הדירה המסוימת הזאת שעליה נחתם, היא תלוי במחלוקת זו, לדעת הקצות לא יוכל מסמך זה להחשב כהתחייבות, כיון שאין רגילות לקבל עליו אחריות בחתימה זו, וללא קבלת אחריות הוי קנין דברים. ולדעת הנתיה"מ יועיל מסמך זה ליצור התחייבות על החותם. אלא שלענין הלכה כתב האבני נזר (ח"מ ס' ל) שאין מורים כהקצוה"ח, וכן באמרי יושר (ח"ב סי' נה) וכן אומרים בשם הגרי"ש אלישיב זיע"א, דאין לומר קים לי כהקצוה"ח בנידון זה.

ג. אופן נוסף שאפשר לבאר את שטר הזכרון דברים, הוא במובן של 'קנין דברים', וזהו באופן שהזכרון דברים מנוסח בלשון עתיד, כגון 'אמכור לך', או בלשון הבטחה או הסכמה, כגון 'מאחר והצדדים הסכימו למכור' או 'המוכר יעביר את הדירה ע"ש הלוקח' וכדומה מלשונות אלו. ובאופנים אלו יהא הדבר תלוי במחלוקת יסודית בדין קנין דברים, וכמו שיבואר להלן.

מבואר בגמרא בב"ב (ג.) לגבי חצר של שותפים שאין בה דין חלוקה [כלומר שאין אחד השותפים יכול לכופף את חבירו לחלוק בה], שהסכימו שני השותפים לחלקה ביניהם, שכופין זא"ז לבנות את הכותל באמצע. ושאלה הגמ' ומה בכך שהסכימו לחלקה, הרי יכולים לחזור בהם מההסכמה. ותיצוה הגמרא שקנו מידן. המשיכה הגמרא והקשתה, וכי קנו מידן מאי הוי, קנין דברים בעלמא הוא. ופירש רש"י (ד"ה קנין דברים) שאין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או במתנה, או שעבוד קרקעות שהקנין חל עליו, או המטלטלין. וביאר הסמ"ע (סי' קנז סק"ה) שכל מובנו של קנין הוא שע"י שהקונה נותן סודרו למקנה מקנה לו המוכר כנגד סודרו את החפץ הנקנה, אך כאן ע"י שנותן לו סודרו שיחלקו בחצר הרי לא נקנה עדיין שום דבר שיחול עליו הקנין, שמעשה החלוקה הוא דבר שאין בו ממש.

אמנם לעומת גמרא זו, בה מבואר שקנין דברים אינו מועיל, מבואר לכאורה בגמרא בע"ז (ע"ב) להיפך, שהרי שם דנה הגמרא באדם שהבטיח לחברו 'כשאמכור קרקע זו אמכרנה לך במאה', והלך ומכרה לאחר במאה ועשרים, ומסקנת הגמרא היא כרב אחא בר יעקב ד'האי זוזי אנסוה, וקנה בתרא', כלומר, כיון שהשני נתן לו תשלום גדול יותר, הרי לא על דעת כן התחייב לראשון. ומשמע, שדוקא מכיון שמכרה ביוקר חל המקח, אבל אם היה מוכר לשני במאה, היה זוכה הראשון, אף שלא היה קנינו על דבר שיש בו ממש, ולכאורה הוי קנין דברים בעלמא. והגאונים הקשו כן (הו"ד בנמוק"י ב"ב שם), ותיצו דמיירי דאמר לו מעכשיו, וקנו מידו, דבכה"ג לאו קנין דברים הוא, אלא הוה מכירה על תנאי. ומכאן זה פסקו, שבאומר 'אתן לך מאתים זוז' וקנו מידו, לא מהני,

דהוי קנין אתן. אך בעל העיטור (הובא בב"י סי' רו) פליג על הגאונים, וביאר שהסוגיא בע"ז לא מיירי במעכשיו, וא"כ לדבריו האומר 'אתן לך' ועושה על כך קנין, מהני הקנין לחייבו בנתינה זו. וכן דעת הרשב"א בתשובותיו (הובא בב"י סי' קצה מחו' כ) שאם אמר אתן וקנו מידו, מהני, משום דקנין מילתא אלימתא היא, ומתקן הענין, וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. וכן מבואר ביד רמה (ב"ב פ"א אות כו), שאם קנו מידו שחייב ליתן כך וכך, אין הקנין על הנתינה עצמה, אלא אגופא דממונא קנו ממנו, דמחייב למיתן ליה כך וכך ממון, דכי קנו מיניה הכי ממונא קא מחייב נפשה, ולא קנין דברים בעלמא הוא, דשעביד נפשיה להכי. ומבואר בדבריהם ש'קנין אתן' הוי שעבוד על גופו של המתחייב, ולכן הוא מועיל. ולפי"ז מבוארת הגמרא בע"ז, ואילו הגמרא בב"ב ג"כ אינה קשה, כיון ששם לא התחייבו על נתינת ממון אלא על חלוקה, וכיון שהחלוקה אינה 'ממון' אלא פעולה בעלמא, אין היא יכולה לחול כלל אף לא כשעבוד על גופם של השותפים, ולכן אמרה הגמרא שזהו קנין דברים שאינו מועיל. [אולם דעת הנה"מ סי' רו סק"ב שלא חל שיעבוד בכה"ג עיי"ש טעמו, ולפי"ז הדרא קושיא לדוכתה, וכן הקשה עליו במילואי משפט שם]. ואף לדעת המגיד משנה (פ"ח מזכיה ה"ו), שלמד בדעת הרשב"א שאף הסוברים ש'אתן' מהני היינו דוקא בקנין ולא בשטר, מ"מ יש נפק"מ כשכתב בנוסח הזכרון דברים 'וקנינא מיניה על כל הנ"ל במנא דכשר למיקניא ביה', דבזה יש הודאת בע"ד שנעשה קנין, ומהני.

ולענין הלכה הביא המחבר בסי' רמה ס"א וס"ב את שתי הדעות ולא הכריע, והרמ"א פסק שלא מהני קנין אתן.

ד. ניתן לומר שהזכרון דברים מועיל במובן של 'סיטומתא', ומקור דין זה הוא בגמ' בב"ב (ע"ד), אמר רב פפי, האי סיטומתא, קניא. ועוד מבואר שם דבאתרא דנהיגו למקני ממש, קנו. וא"כ כיון שהמנהג הוא שבזכרון דברים מתחייבים הצדדים לעשות חוזה מכירה או להעביר בטאבו, א"כ יש לדון שכתובת זכרון דברים נחשבת כסיטומתא לענין זה שחלה עליהם החובה לקיים את המכירה [אא"כ כתבו במפורש לשון שאין בה התחייבות, כגון 'נראה לצדדים למכור' וכיו"ב]. ומבואר בשו"ת מהרי"ל דיסקין (ח"א פסקים סי' ככו) שאף בהתחייבות יש קנין סיטומתא, ולא רק בקנין של דבר מסויים, ראה בדבריו שהוכיח כן.

אמנם עדיין יש לדון שלא תועיל התחייבות זו לכולי עלמא, אלא רק לדעת הנתיה"מ שהובאה לעיל, שאפשר להתחייב על דבר מסוים, דלדבריו אף בהתחייבות שצריכה קנין ניתן לעשותה ע"י סיטומתא. אך לשיטת הקצות שא"א להתחייב בדבר מסוים, כיון דהוי קנין דברים, א"כ גם ע"י סיטומתא אי אפשר לעשות כן, שהרי החסרון בקנין דברים הוא בכך שאין את החפץ הנקנה, והקנין הוא רק על הפעולה, ואף אם נגדיר את הזכרון דברים כסיטומתא, הרי עדיין לא חל כאן קנין על חפץ אלא רק התחייבות למכור, והוי קנין דברים. אלא שעדיין יש לדון בזה לפי דברי החת"ס (יו"ד סי' שיד), שלומד שסיטומתא מועיל מדאורייתא, דכיון שהנהיגו כן הסוחרים הו"ל כאלו התנו שכך יהיה הקנין, וכל תנאי שבממון קיים, וא"כ אף קנין דברים יכול להועיל, כיון דהוי כאילו התנו ביניהם שעל ידי חתימת זכרון דברים חל חיוב לקיים את המכירה. משא"כ בקנינים המועילים מדרבנן, שאינם מועילים במקום שזהו קנין דברים, כיון שיתכן שרלבנן יש כח מדאורייתא רק להפקיר, ולא להקנות [והוכיח שגם הרמב"ן למד שסיטומתא הוי קנין המועיל מן התורה, ופוסט מבכורה]. וא"כ יתכן לפי"ז שגם לדעת הקצות יועיל הזכרון דברים, אף שהוא קנין דברים, כיון דהוי כתנאי, ומהני מעיקר הדין. אך בנתיה"מ (סי' רא) לא למד כך, שכתב ודין סיטומתא הוא רק קנין דרבנן, דהא קנין דרבנן ודאי לא גרע ממנהג הסוחרים, ואפ"ה לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן לענין קידושין.

ולפי צד זה של 'סיטומתא', יש לדון אם תועיל בדבר שלא בא לעולם, וכגון באופן שראובן מכר לשמעון את ביתו ב'זכרון דברים' שיחול בעוד שלשה חדשים, ובתוך אותו זמן מכר שמעון את הבית ב'זכרון דברים'

« המשך בעמוד הבא »

ללוי לאלתר, הוי לכאורה כמכירת דבר שלא בא לעולם, ויש לדון לפי הצד ש'זכרון דברים' אינו נחשב קנין גמור, וממילא לגבי הלוקח הראשון נחשבת הדירה כדבר שלא בא לעולם, האם מועילה סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, ויוכל הלוקח הראשון למוכרה על ידי זכרון דברים אף ללוקח השני.

והנה המרדכי (שבת ס' תעב-תעג) דן במי שאשתו מעוברת, ונדר לחברו שהוא ימול את בנו שעתיד להיולד לו, והביא בזה מחלוקת ראשונים האם מהני כיון שכולם נוהגים כן. והנידון הוא האם סיטומתא מועילה אף על דבר שלבל"ע, או שסיטומתא מועילה דוקא על דבר שמועיל בו קנין להחשב כקנין, אך על דשלבל"ע, שלא מועיל קנין, גם סיטומתא לא תועיל. וכן בחידושי רעק"א נקט בשם תשובות הרא"ש שמהני סיטומתא אף בדשלבל"ע, וכן דעת החת"ס (הובא בפת"ש סי' רא סק"ב). ואפשר לבאר את מחלוקת הראשונים הנ"ל בשתי דרכים: א. שנחלקו האם 'סיטומתא' מועיל כקנין רק בדברים ששייכים בהם הקנינים האחרים, וזהו רק סוג קנין נוסף, אך בדבר שאין מועילים קנינים אחרים אף הוא אינו מועיל, או שסיטומתא מועיל אפילו בדברים שאין קנינים אחרים שייכים בהם, כגון דבר שלא בא לעולם, שאם הדרך היא לקנותו בסיטומתא, שפיר דמי. ב. עוד ניתן לבאר, שנחלקו במהות החסרון של דבר שלא בא לעולם, האם זהו חסרון סמיכות דעת, או שזהו חסרון בעיקר כח הקנאה ובעלות, דאי הוי רק חסרון בגמירות דעת, ניתן לומר שסיטומתא הוא גומר בדעתו, כיון שכך הוא המנהג. אך אם החסרון הוא בבעלות וכח ההקנאה, אין תועלת בקנין סיטומתא, שהרי הדבר נחשב כאינו בר קנין, וכן ביאר את דעת הראשונים הללו בקובץ שיעורים (ב"ב סי' רעו).

ולפי"ז נמצא דאדרבה, בנידון דידן, לדעת הקצה"ח לכו"ע אינו מועיל, כיון שהוא סובר שההתחייבות על דבר מסוים נחשבת כקנין דברים, הרי שאף סיטומתא לא תועיל, שהרי אינו מקנה את הדבר כלל. אלא אם כן נימא כדעת החת"ס (ח"ה חו"מ סי' סו), שלכו"ע מועילה סיטומתא אף בדבר שלא בא לעולם, וטעם הראשונים שהביא המרדכי שאמרו שבמילה לא הועילה התחייבותו היא רק משום שאין המנהג להבטיח למוהל קודם שנולד הילד, וא"כ הוא שינה מהנהגה ולכן לא מהני.

יש להוסיף שהב"ח (חו"מ סי' רא) למד שסיטומתא לא מהני בקרקע, ומהרש"ל פליג וס"ל שאם נהגו לקנות שכירות או מכירת בית ע"י מסירת המפתח, מועיל. והש"ך נקט דהיכא דנהגו להדיא גם בקרקעות, מהני. ולפי זה יש לדון שגם לזכרון דברים יש כח של סיטומתא, ויתכן שגם הב"ח יודה בזה.

וא"כ אי נימא שזכרון דברים הוא סיטומתא, וכטעמים שהתבארו לעיל, הרי ודאי נהגו בכך להדיא, שהרי שטר זה מועיל אף בערכאות, ומועיל אף בקרקעות. אמנם באופן שהלשוניות מסופקים וצריך הכרעה של שופט כדי לתת להם מעמד חוקי, בזה הורו גדולי הדיינים שאין נחשב כמנהג המדינה כיון שזה לא פשוט אף בערכותיהם, וצריך הכרעת שופט לפי שיקוליו. וא"כ מבואר ברוח הדברים של זכרון הדברים שהוא עובר לחתימת חוזה או בהעברה בטאבו.

ה. יש לדון ש'זכרון דברים' יועיל מדין 'אודיתא', והיינו עפ"י מה שהאריך הקצה"ח (סי' קצד סק"ג) בשיטות הראשונים שאודיתא מהני אפילו כשיודעים את האמת שאינו חייב כלום.

ואם כן, אם יכתוב בנוסח הזכרון דברים שהקנו באופן המועיל, מהני מדין אודיתא, רק שתלוי מה כתוב בתחילה, אם כתבו לשון מכירה, יועיל בתור מכירה. ואם כתבו לשון התחייבות, יועיל קנין על התחייבות. אך לדעת הקצות שאין התחייבות מועילה על דבר מסוים, כיון דהוי קנין דברים, א"כ לשון 'הקניתי באופן המועיל' לא תועיל, אא"כ נימא שכשאמר 'הקניתי באופן המועיל' כונתו גם להוסיף על עצמו חיוב אחריות, וצ"ב. וישנם גם דיעות [עיין חמדת שלמה אבה"ע סי' ס וברכי יוסף סי' מ] שלא מועיל קנין באודיתא.

### העולה לדינא

ומעתה שעלו בידינו בס"ד חמשה מובנים של זכרון דברים, א"כ לגבי תביעתו של המתווך שהביאם לכדי חתימת זכרון דברים יהיה חילוק באיזה נוסח נכתב הזכרון דברים. דהנה כתב בשו"ת חקרי לב (חו"מ סי' קלו) בסרסור שהביא את המוכר והקונה לידי קנין הנהוג במנהג, ושוב חזרו בהם הצדדים ועדיין לא יצא המקח מרשות המוכר לקונה, ופסק שחייבים לשלם לו דמי הסרסור כיון שעיקר התיווך הוא להביאם לידי קנין, והרי הביאם לידי קנין, ובכך הוא סיים את עבודתו והתחייבו לשלם לו, ומה שחזרו בהם אח"כ אין זה נוגע לו. ואם גמרו את המקח בדברים ופיסוק דברים, שלא קנו, אלא שהקדימו ושילמו שכר הסרסור, ושוב חזרו בהם, פסק שאין צריך הסרסור להחזיר את המעות, והביא ראיה מהגמרא בב"ק (קט"ז), תניא, הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעוברת לפניו, אמר לו טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו, כיון שיכול לומר לו משטה אני בכך, וכתב הרשב"א (הובא בב"י סי' רסד), דהא דאין לו אלא שכרו היינו דוקא כשלא הקדים לו שכרו, אך אם כבר הקדים ושילם שכרו אין להוציא מידו. וכן מוכח מדברי התוספות (ב"מ ע"ט), גבי השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך, רבי נתן אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, וכתבו תוספות (ד"ה אי) דהמוחזק יאמר לחברו לית לך גבאי ולא מידי, דקיים תנאך. והקשו, אי נתן כל השכר מדוע לא יטול שכר הדרך שלא הלך, ותיירצו דכיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהא שלו לגמרי, אע"ג ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, לדעת כן נתנו שיהא שלו לאלתר.

ואם כן באותם לשונות המבוארים לעיל שיש בזה קנין או שטר או התחייבות או סיטומתא ואודיתא המועילים עפ"י ההלכה, חייבים לשלם למתווך, שהרי הביאם לידי גמר מסוים, והוא מבחינתו סיים את עבודתו. ואם הם לשונות שאינם מחייבים עפ"י ההלכה, וכנ"ל, אינם מחויבים לשלם. אמנם אם כבר שילמו, הרי גילו דעתם שהסכימו לשלם על עבודה זו.

אמנם כל זה הוא באופן שחזרו בהם מטעמים צדדיים, אך אם חזרו בהם מחמת פשיעת הסרסור, שהוא הטעה אותם בדבריו וכשהתבררה האמת חזרו בהם, ודאי אף אם שילמו לו צריך להחזיר את הדמים, שהרי לא הביאם לידי גמר אמיתי, ומה שגמרו את העיסקה הוא רק מחמת הטעות שהטעה אותם.

ואם לא דברו על תנאים מסוימים בעיסקה לפני החתימה על הזכרון דברים, ואח"כ לא השתוו ביניהם על פרטים אלו, צריך הדיין לדון לפי ראות עיניו האם פרטים אלו החסרים נחשבים כחסרון שלא הביאם לידי גמר, או שלמרות חסרון פרטים אלו נחשב שגמרו את עצם העיסקה, ואם כן מחויבים לשלם לו.

## הגליחו מוקדשו לעילוי גשמות

ר' אורי אפרים ז"ל ב"ר יוסף יצחק פרלמן יבלחט"א

נלב"ע יב טבת, ת.נ.צ.ב.ה.

"עלון המשפט" יוצא לאור על ידי "מכון מענה שמחה", © כל הזכויות שמורות