

# יסודות דיני המשכון במשפט העברי

חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים

מאת

**שלום לרנר**

הוגש לסינט האוניברסיטה העברית

סיון תשמ

עבודה זו נעשתה בהדרכתו

של פרופסור מנחם אלון

## תוכן העניינים

### עמוד

1	1. מבוא
	1. מונחים והגדרות
	2. תוכן המחקר
	3. שיטת המחקר
18	2. פרק ראשון: מהותו של המשכון
	1. מטרת המשכון
	2. המשכון כטפל לחוב
	3. זכותו של הנושה במשכון
	4. אחריות הנושה למשכון
	5. המשכון בתורת הגאונים
	6. סיכום ביניים
152	3. פרק שני: יצירת המישכון
	1. הנכס הממושכן
	2. החיוב המובטח
	3. מישכון במסווה של עסקה אחרת
	4. מישכון מכח הדין
	5. תקנת השוק
214	4. פרק שלישי: זכויות הצדדים לבצע עסקאות במשכון
	1. כללי
	2. מכירת המשכון על ידי החייב
	3. המחאת החוב והמשכון
257	5. פרק רביעי: פקיעת המשכון
	1. כללי
	2. מחילת החוב המובטח במשכון
	3. פדיון המשכון
	4. מימוש המשכון
322	6. סיכום
	<u>נספחים</u>
326	א. המשפט העברי וחוק המשכון תשכ"ז-1967
338	ב. השימוש במשכון בחיים הכלכליים

מ ב א

1. מונחים והגדרות - עמ' 2
2. תוכן המחקר - עמ' 8
3. שיטת המחקר - עמ' 13

מ ב נ א

1. מונחים והגדרות

המשכון בעברית המודרנית הוא נכס שחייב מוסר לנושה לבטחון החוב, "חפץ שהלווה מפקיד בידי המלווה לבטחון שיפרע את חובו".<sup>1</sup> בלשון המחוקק הישראלי: "מישכון הוא שעבוד נכס כערובה לחיוב; הוא מזכה את הנושה להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".<sup>2</sup> בעבודתנו אנו בוחנים מקורות שונים, מספרות התנאים ועד לאחרונים בני זמננו, ושומה עלינו להתחקות אחר שימושו של המונח בתקופות השונות.

המלה משכון אינה מופיעה במקרא. במקום אחד בתנ"ך מסופר על הסכם של נתינת חפץ כערובה לחיוב, וזו העסקה בין יהודה ותמר. יהודה התחייב לשלם לתמר גדי עזים ועד לפרעון החוב נתן בידה את חותמו, מטהו ופתילו. חפצים אלו מכונים במקרא "ערבון".<sup>3</sup> למלה במובן זה אין מקבילה במקרא.

שתי פרשיות בתורה עוסקות בגביית חוב. בראשונה נאמר:

"אם כסף תלווה את עמי את העני עמך, לא תהיה לו כנושה לא

תשימון עליו נשך. אם חבול תחבול שלמת רעך עד בוא השמש

תשיבנו לוי".<sup>4</sup>

מלשון הכתוב עולה שאין זו מסירה רצונית של משכון ליד הנושה.<sup>5</sup> החייב לא נתן

אלא הנושה נטל; "חבל תחבל שלמת רעך" - פעולה חד צדדית. לשורש זה מקבילות

1. אבן שושן, המלון החדש.

2. חוק המשכון תשכ"ז-1967, סעיף 1. הסיפא היא חלק מההגדרה וגם הוראה נורמטי-

בית, ראה י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה), עמ' 14,

והערה 2.

3. בראשית לח-יז, יח, כ.

4. שמות כב, כד-כה.

5. ראה רש"י על התורה, שם.

בתורה<sup>6</sup> ובנביאים<sup>7</sup>.

בפרשה השנייה נאמר: "כִּי תֵשֶׁה בְּרַעַךְ מִשָּׂאת מְאוּמָה, לֹא תִבּוֹא אֶל בֵּיתוֹ לְעִבּוֹט עִבּוּטוֹ. בְּחוּץ תַּעֲמֵד וְהָאִישׁ אֲשֶׁר אִתָּה נּוֹשֶׂה בּוֹ יוֹצִיא אֹתְךָ אֶת הָעִבּוֹט הַחוּצָה"<sup>8</sup>.  
אף כאן אין מדובר במסירת חפץ בשעת ההלוואה. החוב קדם לביאת הנושה לביתו של החייב, "כִּי תֵשֶׁה בְּרַעַךְ". הנושה בא לגבות את חובו, הווי אומר: לאחר מועד הפרעון. הנכס שהנושה נוטל מהחייב בשעה זו קרוי עבוט, ואף למלה זו אין מקבילה במקרא.

המונח משכון מופיע לראשונה בספרות התנאים: במשנה ובתוספתא. המלה שמקורה בבלי-<sup>9</sup>אכדי,<sup>10</sup> עברה לארמית ומשם חדרה למשנה. מתחנת הביניים הארמית אנו יכולים ללמוד נקודה מעניינת: אם נעיין בתרגומו של אונקלוס לפרשיות התורה שנזכרו לעיל נגלה שלשלוש המלים; ערבון, חבול תחבול, ועבוט, הוא משתמש במונח ארמי אחד: אם תתן משכונא עד דתשלח,<sup>11</sup> אם משכונא תיסב כסותא דחברך,<sup>12</sup> לא תיעול לביתיה למיסב משכוניה.<sup>13</sup>

כפל שמוש זה מצוי גם בלשון משנה: "המלווה על המשכון"<sup>14</sup> הוא הבטוחה שניתנה

6. דברים כד, ו.

7. יחזקאל יח, יב; עמוס ב, ח, ועוד.

8. דברים כד, י-יב.

9. ראה: נ"ה טורטשינר, מלים שאולות בלשוננו, לשוננו, ח', עמ' 259, 262; Gohn

H. Wigmore, The Pledge-Idea, A Study in Comparative Legal Ideas, 10

Harvard Law Review 389, 413.

10. אבן שושן, לעיל הערה 1.

11. תרגום אונקלוס, בראשית יח, יז.

12. שם, שמות כב, כה.

13. שם, דברים כד, י.

14. משנה, בבא מציעא, ו, ז.

בשעת ההלוואה<sup>15</sup>; "יולא יכנס לביתו ליטול משכנו"<sup>16</sup> הוא העבוט המקראי. כך גם השמוש בפועל "משכן": "משכנה בתובתה או מקצתה"<sup>17</sup> "משכן לו בית משכן לו שדה"<sup>18</sup>, במובן הראשון; "את מי ממשכנין"<sup>19</sup> "יולא ימשכנו אלא בבית דין"<sup>20</sup>, במובן השני. בלשון התלמוד "משכון בשעת הלוואתו" מול "משכון שלא בשעת הלוואתו"<sup>21</sup>. גורלו של העבוט לא שפר מזה של רעהו הערבון ושניהם נדחו מפני המשכון. ההגדרה "משכון שלא בשעת הלוואתו" סובלת מאי דיוק שכבר גרם לטעויות<sup>22</sup> ואנו נחזיר עטרה ליושנה ונשתמש במחקר גם במונח עבוט, לציון נכס שניטל מהחייב שלא ברצונו, לאחר מועד הפרעון. דו משמעות זו הערימה קשיים על באורה של ההלכה המרכזית בסוגייתנו "בעל חוב קונה משכון"<sup>23</sup>. היא אפשרה לבעל התלמוד לשאול: "אימר דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו, במשכנו בשעת הלוואתו מי אמרו?", שאלה שעל השלכותיה המרובות נעמוד בגוף המחקר.<sup>24</sup>

בצד השמוש במלה משכון רווח בתלמוד מונח נוסף - משכנתא.<sup>25</sup> בדרך כלל מילה זו מציינת מישכון מקרקעין, שדה של החייב שנמסרה לנושה לשם אכילת פרותיה. ברם משכנתא, וגם משכונא, מציינות בתלמוד אף משכון מטלטלין.<sup>26</sup> התנאים עדיין השתמשו

- 
15. ראה להלן עמ' 82, 144-145.
16. משנה, בבא מציעא, ט, יג.
17. משנה, כתובות, יא, ג.
18. תוספתא, בבא מציעא, א, יז.
19. משנה, שקלים, א, ג.
20. משנה, בבא מציעא, ט, יג.
21. בבא מציעא, פב, א; שבועות, מד, א.
22. ראה: משנה למלך, שכירות, י, א. ראה עוד להלן עמ' 80.
23. פסחים לא, ב, ובמקבילות.
24. ראה להלן עמ' 80-84.
25. כגון: בבא מציעא, קי, א; בבא בתרא, לב, ב, ורבים אחרים.
26. בבא קמא, קטו, א; עבודה זרה, עה, ב; שבת, קמח, ב.

במונח משכון גם למקרקעין,<sup>27</sup> אך האמוראים ייחדו למקרקעין את המונח משכנתא, המקובל עד לימינו אנו. גם בירושלמי אנו מוצאים שהמלה משכון מיוחדת למטלטלין: "למדו קרקעות מן המשכונות, ודכוותה ילמדו משכונות מקרקעות".<sup>28</sup> בתקופה הבתר-תלמודית השתמשו רבות גם במונח "משכונה" לציון משכון מקרקעין.<sup>29</sup>

לא התיימרנו כאן לערוך מחקר לשוני מקיף. הגענו למסקנות מתוך החומר התלמודי והבתר-תלמודי שעסקנו בו וענייננו בהשלכות ההלכתיות בלבד. כגון: השימוש במלה "משכון" בעיקר למטלטלין, מחזק את טיעונו של רמב"ן שהתוספתא: "המלווה את חבירו על המשכון, ואמר לו: 'אם לא יתתי לך מיכאן ועד יום פלוני - אין לך בידי כלום'..."<sup>30</sup>, אינה עוסקת במקרקעין.<sup>31</sup>

שרשה של המלה "משכון" אינה מענייננו, מה גם, כפי שציינו, אין היא מלה עברית מקורית. ברם, התלמוד שגייר מלים רבות נהג כך גם במשכון: "ואמר רב אשי: אמרו לי סבי דמתא מחסיא, מאי משכנתא, דשכונה גביה. למאי נפקא מינה? לדינא דבר מצרא".<sup>32</sup> מקור המלה, לפי מאמר זה, הוא השרש "שכן".

שני המדרשים הבאים עושים אף הם שמוש בשורש המשכון:

"אמר הקדוש ברוך הוא: אף על פי כן תנאי התניתי עמהם, אם יחטאו יהא בית המקדש מתמשכן עליהם, שנאמר: 'ונתתי משכני בתוכם', אל תהי קורא משכני אלא משכוני... לא מפני שאני חייב לעובדי כוכבים אני ממשכן להם משכני, אלא עוונותיכם גרמו לכם שאמשכן להם".<sup>33</sup>

27. תוספתא, שביעית, ח, ו וראה שי ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 587.

28. ירושלמי, בבא מציעא, פ"ט הי"ב; יב, ב. ודוק, סתם מטלטלין קרויים בירושלמי

משכונות "ועל שם שנלקחין ביד ומושכין אותן מזה לזה", פני משה, שם.

29. ראה: רמב"ם, מלווה ולווה, ז, ד; טוען ונטען, יא, ב; שו"ת הרא"ש, פ, ז,

ורבים אחרים.

30. תוספתא, בבא מציעא, א, יט.

31. חידושי הרמב"ן, שם, מח, ב די"ה ורבי יהודה. ראה עוד להלן עמ' 275.

32. בבלי, שם, סח, א.

33. שמות רבה, פרשה לא, אות ו.

"משכני אחריו נרוצה" - משכני אחריו נרוצה, ממשכני שנטלת ממני אחריו נרוצה... דאמר רבי מנחמא בשם רבי יוחנן, כתיב: "חבל חבלנו לך" זה חורבן ראשון ושני, שלא נתמשכנו אלא על ידינו".<sup>34</sup>

הרעיון - חד הוא. המדרש הראשון רואה שרש משותף-שכן, למלים משכן ומשכון. לדידו של המדרש השני שורשו של המשכון הוא הפועל - משך.<sup>35</sup>

במקורות מצוי פועל נוסף שעניינו מישכון, כגון: "העיד רבי יוסי הכהן ורבי זכריה בן הקצב על תינוקת שהורחנה באשקלון",<sup>36</sup> "נכרי שהרהין פת פורני אצל ישראל...".<sup>37</sup>

מה בין הרהון למשכון? התשובה עולה מן התוספתא: "מעשר שני אין מוכרין אותו, ואין ממשכנין אותו, ואין מרהינין אותו...".<sup>38</sup> ובא הבאור: "כיצד אין ממשכנין אותו? לא יכנס לביתו ומשכנו מעשר שני שלו; כיצד אין מרהינין אותו? לא יאמר לו הילך מעשר זה ויהא בידך ותן לי עליו חולין...".<sup>39</sup>

הרי שהרהון הוא מישכון בשעת ההלוואה, בטוחה שחייב מוסר מרצונו לנושה.<sup>40</sup> ציינו לעיל שהפועל "משכון" כשלעצמו מורה גם על משכון<sup>41</sup> ולא על העבוט בלבד, ברם

34. שיר השירים רבה, פרק א', פסוק ו'.

35. ראה הערה 28 לעיל.

36. משנה, עדויות, ח, ב.

37. בבלי, פסחים, לא, ב.

38. תוספתא, מעשר שני, א, א.

39. שם, הלכה ב.

40. ראה: שי ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם; פני משה וריזב"ז, ירושלמי מעשר שני פ"א ה"א; נב, ב. א' גולאק, החייב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 68, רואה בהרהון, משכון בעסקים עם נכרים שנעשה לפי דיניהם, שהמשכון כולו נחלט לנושה (ראה להלן פרק ראשון סעיף 1.2). ברם הוא עצמו רומז שבאור זה אינו מתיישב עם התוספתא האמורה.

41. הערות 17 ו-18 לעיל.

כשהתוספתא רוצה לומר משכון מול עבוט היא משתמשת בהרהון לציון המישכון ההסכמי. אם צודקים אנו בבאור המונח, מצינו במשנה הנ"ל עדות על מסירת תיבוקת על ידי בני מש-  
פחה כבטוחה עבור חוב.<sup>42</sup>

מחקר זה עוסק במשכון שנמסר לנושה מרצונו של החייב, בשעת ההלוואה או לאחר מכן. בעבוט הוא "המשכון שלא בשעת הלוואתו" לא נדון אלא במידה ויש בו לזרות אור על המשכון נשוא החיבור.<sup>43</sup> משכון סתם בעבודה זו הוא המשכון ההסכמי כמשמעותו בעברית המודרנית. משכון מקרקעין יכולה מכאן ואילך, משכנתא.

לעתים חייב מוסר לנושה, משהגיע מועד הפרעון, נכס מסויים כדי שזה ימכרנו ויגבה ממעותיו את החוב. אין זו במהותה עסקת מישכון אלא הסכם לפרעון החוב בדרך מסוימת. החייב ממנה את הנושה כשליחו למכירת נכס פלוני. חפץ זה קרוי משכון ואף חלק מהלכות המשכון, בעיקר אלו שעניינן אחריות הנושה חלות עליו. במחקר זה אנו עוסקים בהסכמי בטוחה בלבד.

מוסד קרוב למשכון הוא האפותיקי. שני אלה עניינם שעבוד נכס ספציפי, להבדיל משעבוד רגיל החל על כלל נכסיו של החייב. ההבדל בין השניים הוא שנכס האפותיקי נשאר ברשותו של החייב, ואילו המשכון נמסר לחזקת הנושה.<sup>44</sup> באפותיקי נעסוק רק אם ההשוואה נחוצה למשכון.

42. אך לא כל בני המשפחה, לפי המשנה, ידעו על מישכונה.

43. משום כך לא עסקנו בהלכה הידועה: "המלוה את חברו לא ימשכנו יותר מחובו, שכך כותב לו תשלמתא מנכסיה דאית לי מנכסיה דקניתי מן קדמא דנא", תוספתא, כתובות, ד, יב, והשווה: בבלי, בבא מציעא, קד, א. לפי דעתנו הלכה זו עוסקת בעבוט ולא במשכון, וראה: גולאק, לעיל הערה 40, עמ' 66; ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 250. יש להוסיף שהפועל "משכנ" מצוי בעיקר לענין עבוט.

44. ראה: א' גולאק, יסודי המשפט העברי (תל אביב, תשכ"ז) ספר ראשון, עמ' 164.

ברם, ראה עבודה זרה, סג, א, שם האפותיקי הוא למעשה משכון.

## 2. תוכן המחקר

סוגיית המשכון תופסת מקום נכבד בתחום המשפט האזרחי. האשראי בכללו הוא מאבני היסוד בתשתיתה של הכלכלה המודרנית. חברות ואנשים פרטיים מבצעים פרויקטים גדולים כאשר חלק לא מבוטל מהמימון בא ממקורות אחרים. העסקות הפיננסיות הן ארצי-ות ובינלאומיות, והמלווה אינו מכיר את הלווה ואינו יכול לסמוך על יושרו ומהימנו-תו. הנושה מעוניין על כן באמצעי נוסף, מלבד ההתחייבות החוזית של החייב, שיבטיח את פרעון החוב. לפניו עומדות שתי אפשרויות: הוא יכול לדרוש מהחייב להעמיד ערב שניתן יהיה להיפרע ממנו אם הוא לא יעמוד בתשלום החוב או לשעבד נכס מסויים כבטוחה לפרעון החוב.

במציאות הישראלית נפוצה משכנתא על דירות מגורים.<sup>1</sup> הוצאות הדיור בארץ יקרות ואדם מן השורה אינו מסוגל לבדו לממן את קנייתה של דירה. הוא נוטל אפוא הלוואה מבנק וכנגדה הוא משעבד את הדירה במשכנתא. עסקי הלוואות ומשכונות היו שכיחים בין היהודים מקדמא דנא. דומה שהמעבר מחברה כפרית-חקלאית לחברה עירונית-מסחרית, הביא תנופה גדולה בפיתוח דיני המשכון. בצד המסחר עסקו יהודים רבים, באירופה של ימי הביניים, בהלוואות בריבית לנכרים<sup>2</sup> ואלו לא ניתנו באשראי גרידא. נקודה אחרונה זו מקנה ממד מיוחד למשכון במשפט העברי, היות וחלק לא מבוטל מהלכותיו בא לענות על בעיות מתחום הריבית. בתקופת המשנה והתלמוד כמעט ולא היו עסקות ממשכון מטלטלין. גרמו לכך, לדעתנו, סבות כבדות משקל מלבד היותה של החברה חקלאית בעיקרה. אף החקלאי זקוק לאשראי בשעת הזריעה כשהוצאותיו מרובות והכנסות - אין. על הגורמים לעובדה זו נעמוד בגוף המחקר.<sup>3</sup>

1. ראה: י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) עמ' 6.

2. ראה: ח"ה בן ששון, פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים (תל אביב, תשכ"ט) עמ' 67-69.

3. ראה להלן עמ' 30-31.

חשיבותו העיונית של המשכון אינה נופלת מהאספקט המעשי שבו. המשכון הוא אחד מנקודות ההשקה בין דיני החיובים ודיני הקניין. עסקת המישכון נוצרת אגב ההלוואה והיא טפלה לה, המשכון תומך בהתחייבות האישית של החייב לפרעון החוב. על אף שהיא משנית להתחייבות, משבאה לעולם היא יוצרת זכויות קנייניות. המשכון הוא זכות קניין על גבי זכות חיובית. מתח זה בין קניין לחיוב בא לידי בטוי בהלכות אחדות של דיני המשכון.<sup>4</sup>

ייחודו של המשכון ייתבאר על רקע ההשוואה למוסדות קרובים, לאמצעים אחרים המשמשים את הנושה כבטוחה או סעד עזר לפרעון חוב. ההשוואה תסייע לנו בשתיים: נוכל להבין את מניעיו של נושה הנוטל משכון ואינו סומך או מסתפק בבטוחות אחרות, וכן נפתור בעיות המתעוררות בדיני משכון על ידי אנלוגיה משעבודים אחרים. העבודה מכילה ארבעה פרקים, מלבד מבוא, סיכום ונספחים, כשבכל אחד מהם פרקי משנה הדנים בסוגייה שלמה בפני עצמה. בפרק הראשון והמרכזי אנו מנסים לעמוד על מהות זכותו של הנושה במשכון. זכות זו באה לידי ביטוי במאמר התלמודי "אמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון".<sup>5</sup> באורו של מאמר קצר זה אינו פשוט כלל ועיקר, היות והמונחים "קונה" ו"משכון" סובלים פרושים שונים. את זכותו של הנושה אנו בוחנים מזויות ראייה שונות: מטרתו בנטילת המשכון, היחס בין החוב למשכון, ואחריות הנושה למשכון. הקיפה של האחריות תלוי בטיב זכותו של הנושה ולכן עסקנו בה בפרק זה. אף הלכות אחרות בדיני משכון הן תוצאה ממהות זכותו של הנושה, ברם הסוגייה המרכזית בתלמוד עניינה אחריות הנושה, והיא משמשת אבן בוחן להבנת מהות הזכות. יתר הפרקים סדרן כרונולוגי. הם מלווים את המשכון מלידתו ועד מיתתו, מיצירתו ועד פקיעתו.

הפרק השני עוסק בבעיות המתעוררות בשלב של יצירת המשכון, כגון: הנכסים הני-תנים למישכון, החיוב המובטח, מישכון במסווה של עסקה אחרת, מישכון מכח הדין וה-סוגייה החשובה של תקנת השוק.

4. בעיקר לענין אופן מחילתו של החוב המובטח במשכון, ראה להלן פרק רביעי, סעיף

הפרק השלישי דן בזכויות הצדדים בתקופה שבין שעת ההלוואה ומועד הפרעון. המשכון, בשעה זו, הוא בבעלותו של החייב וברשותו של הנושה. נבדוק כיצד משפיעים גורמים אלה על אפשרות הנושה והחייב לבצע עסקאות במשכון. במרכזו של הפרק, הסוגייה המעניינת של המחאת חובות ומשכונות. הדגשנו נושא זה היות והוא מבוסס על סוגייה תלמודית וקשור בטבורו להלכה המרכזית "בעל חוב קונה משכון".

הפרק הרביעי עניינו התקופה שלאחר מועד הפרעון, כשהמשכון מגיע לידי קיצו. המשכון פוקע כתוצאה מביטולו של החיוב או עקב ביטול המישכון בלבד. המחילה היא אחת הדרכים לפקיעת חיובים ולנו עניין מיוחד בה, היות וכאן באה לידי ביטוי ההת-גושות בין חיוב וקנין על מעמד הבכורה במשכון. פרעון החוב הוא מבחינת החייב פדיון המשכון, ונדון גם בהקיפה של זכות זו. אם החייב אינו פורע את החוב, הנושה זכאי למכור את המשכון ולהיפרע מדמיו. המשכון בא בדרך זו לקיצו והקונה רכוש זכות נקייה בנכס. משום כך בא הדיון על מימוש המשכון תחת קורתו של הפרק בדבר פקיעת המשכון.

לא מיצינו במחקר זה את כל דיני המשכון. נגענו אך במעט בנושא החשוב של שמוש הנושה במשכון ובפירותיו. הסוגייה היא רחבה ביותר וקשורה בעקר להלכות ריבית. אותנו עניין המשכון כבטוחה ולא הקדשנו דיון רב לאספקט חשוב זה של המשכון והוא - עקיפת דיני ריבית. כן לא עסקנו בחיבור זה בנושאים אחרים, כגון: מישכון חלק מנכס, חילופי המשכון, מישכון נכס אחד לשני נושים, ועוד. העדפנו להדגיש את הנושאים המרכזיים בלבד.

עמדת המשפט העברי נבחנה לאור בעיותיה הספציפיות ולא על פי השוואה לשיטה משפטית זו או אחרת. לדוגמה, סוגיית המשכון קשורה ביחסי גומלין עם שעבוד הנכסים הכללי מזה ועם הריבית מזה, ולאלו כמעט ואין אח ורע בשיטות משפט אחרות. כתוצאה מכך הלכות מסוימות בדיני משכון הן פרי שיקוליים מלבר הסוגייה, וערכו של מחקר השוואתי אינו רב.

שיקולים אלו השפיעו על בחירת נושאי הדיון במחקר זה. לא הלכנו כעוורים אחר הקלטיפיקציה המקובלת בשיטות משפט אחרות. הסוגיות של אחריות הנושה למשכון והמחאת

חוב המובטח במשכון מוסדרות בשיטות המשפט השונות, מחוץ לדיני המשכון. גם המחוקק הישראלי נמנע מלהתייחס לתחומים אלו בחוק המשכון תשכ"ז-1967. אף על פי כן לא יכולנו לדלג עליהם מסיבות שנרמזו לעיל, ויובהרו יותר במהלך המחקר.

מנגד המיון שלנו רחוק עוד יותר מזה הכלול בכותרת "המלווה על המשכון" בטור ובשלחן-ערוך. חלק נכבד של סימן עב בחשן-משפט, הקודקס הגדול של הלכות משכון, עוסק בבעיות שאינן מיוחדות למשכון. סעיפים רבים הם יישומם של דיני הראיות הרגילים, כגון מודה במקצת, בחוב המובטח במשכון. אנו בעבודתנו הדגשנו את האספקטים המיוחדים למשכון. רבי יוסף קארו, כדרכו, כינס תחת קורת גג זו נושאים שראשונים עסקו בהם על אף שאין בהן חידוש מיוחד במשכון. מנגד סוגיות כגון: תקנת השוק ומחילת הוב שעל המשכון נדונו בשולחן ערוך במסגרת אחרת, ואנו ריכזנו אותם בחיבור על דיני המשכון.

על אף שלא ערכנו מחקר השוואתי לא נמנענו להציג, בפתחתם של סוגיות רבות, את עמדת המשפט הכללי. מטרתנו היתה לתת רקע לדיון במשפט העברי ולא לבחון את ההשפעות ההדדיות בין שיטות המשפט השונות.

בסיום המחקר הקדשנו נספח לדיון ביחס בין חוק המשכון הישראלי לשיטת המשפט העברי. לא באנו בכך להקל על קליטתה של הוראה זו או אחרת מהמשפט העברי במשפט המדינה. אף בלא להביע עמדה במחלוקת המלומדים בדבר,<sup>6</sup> ערכה של קליטה זו מפוקפק היות ובמבחנו המעשי של החוק, בפסיקת בתי המשפט, ההוראה מקבלת פרוש שונה מזה שבמקורות המשפט העברי.<sup>7</sup>

מנגד איננו יכולים, ואף איננו רוצים, להתעלם מהעובדה שנושא המחקר הוא בעל חשיבות מעשית רבה. נושא המשכון זכה לשימת ליבו של המחוקק הישראלי בחקיקה האזרחית

6. ראה: מי אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו ועקרונותיו (ירושלים, תשל"ג) עמ' 136-140; י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", הגות והלכה (ירושלים, תשכ"ז) עמ' קסא.

7. ראה ע"א 440/75 זנדבנק ואח' נ. דנציגר ואח', פ"ד ל (2) 260, 266.

החדשה, ומן הראוי אפוא לעמוד בקווים כלליים על כיווני המחשבה של החוק לעומת המשפט העברי. החוק אף משקף מציאות כלכלית חדשה שהמשפט העברי חייב להתמודד עמה.<sup>8</sup> את גוף המחקר ייחדנו לגישת המשפט העברי בלבד, ואת ההשוואה האמורה ערכנו בנספח. נספח נוסף הקדשנו לסקירה הסטורית קצרה אודות השימוש במשכון בחיים הכלכליים. לא ערכנו מחקר מעמיק, והשתמשנו בספרי המקורות של המשפט העברי בלבד, ולא בתעודות ומסמכים חיצוניים. מטרתנו היתה להראות את השימוש האינטנסיבי במשכון ולעמוד בקווים כלליים על הבדלים בין מקום למקום ובין תקופה אחת לשנייה.

---

8. כוונתנו לחידושו של החוק לענין משכון רשום, ראה להלן עמ' 328-333.

3. שיטת המחקר

מחקר המשפט העברי כמקצוע בפני עצמו, עודנו בראשיתו וכבר פרצה מחלוקת עזה בדבר מטרות המחקר ושיטותיו.<sup>1</sup> נוסף גם אנו בסוגייה זו דברים אחדים. מקובל על הכל ששיטת המחקר היא פועל יוצא מהמגמות שהחוקר מציב לפניו ויש אפוא להגדיר תחילה את מטרותיו של המחקר. לדעתנו למחקר המשפט העברי מגמה של פסיקה, ולא - לא משפט ייקרא.<sup>2</sup> דוק - מגמה ולא פסיקה גופה היות ולא לנו עטרת ההוראה. המטרה היא שמורה הוראה בישראל ודיין היושב על מדין יוכלו, אם ירצו, לאמץ את מסקנות המחקר. לשם כך עלינו לקבל את הנחות היסוד וכללי הפסיקה של ההלכה, או, בלשונו של אנגלרד, "לקבל את הנחות השיטה ולנהוג לפי כללי המשחק שלה".<sup>3</sup> חוקר המשנה והתלמוד מעוניין לעמוד על הפרוש המקורי ולא על זה המקובל והמוסכם, ומי שלא טחו עיניו מראות חייב להודות שלא תמיד שני אלה חופפים. לכל דעה ופרוש מתקופה מאוחרת, אין אפוא ערך מכריע. הגישה היא פילולוגית-הסטורית והמחקר מתרכז בתקופה מוגדרת. בשונה ממחקר הסטורי רגיל, חקירת הטקסט התלמודי היא מטרה בפני עצמה ולא אמצעי להכרת הריאליה של אותה תקופה. אין גם פלא שחלק גדול מאבות חכמת ישראל לא נמנו על שלומי אמוני ישראל.<sup>4</sup>

- 
1. ראה: י' אנגלרד, מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו, משפטים ז (תשל"ו) 34; מ' אלון, עוד לענין מחקרו של המשפט העברי, משפטים ח (תשל"ז) 99; ב' שיבר, שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי, שם, 91. ראה עוד לאחרונה: ב' ליפשיץ, קם ליה בדרבה מיניה, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים, תשל"ט) עמ' א'-יא'.
  2. ויש הנמנעים, מסיבה זו ואחרות, מלנקוט מונח זה. ראה עוד אנגלרד, שם, עמ' 37-38.
  3. שם, עמ' 39.
  4. מחקר התלמוד בשיטה ההסטורית נועד לדידם להציב יד ושם מפואר לדת שאבד עליה הכלח.

כאמור למחקרו של המשפט העברי מגמת פסיקה והוא חייב לכאורה להיות כלל-תקופתי. על החוקר לדון בכל החומר הרלבנטי לקביעת ההלכה. ברם לגביו מתעוררת שאלה הפוכה: מדוע הוא צריך להעמיק חקר בבאור דברי תנאים ואמוראים אם ממילא הוא אינו מוסמך, מבחינת פסק הלכה, לפרשם באופן עצמאי. זו, מזוית ראייה שונה, השאלה מה בין חוקר ופוסק שהעסיקה את קודמינו.<sup>5</sup> החוקר די לו לעסוק ברובד העליון בלבד ולפסוק על פי דבריהם של גדולי האחרונים.

על המשפט העברי לסלול לו, לדעתנו, דרך ביניים. פרושה הנכון והמקורי של משנה, העולה מתוך השוואה למקבילות בתוספתא ובמדרשי ההלכה, לא יהיה רלבנטי לפסק הלכה אם זו פורשה באופן שונה על ידי התלמוד הבבלי. כך גם לא נפרש את התלמוד באופן שונה משביארוהו הראשונים. ברם לא כן לגבי החומר הבתר-תלמודי. כאן איננו זקוקים למתווך והפרוש המקורי של דברי ראשונים יהיה גם רלבנטי לפסק הלכה. הפוסק בן ימינו מוסמך לחלוק על פרוש שהציעו אחרונים לדברי רמב"ם, אם ישתכנע שהוא אינו מתאים למקור; ברם הוא לא יפרש את התלמוד במישרין נגד דברי הראשונים. פרוש הראשונים, הקרובים בזמן וברוח לתלמוד, חייב להתקבל כנקודת מוצא.

כדי לעמוד על הפרוש המקורי של שיטות הראשונים נסתייע בכלי העזר המקובלים ובמיוחד במקורות מקבילים וכתבי יד. בידינו מצויים עשרות ספרי ראשונים שלא היו לנגד עיניהם של גדולי האחרונים, ויש להעניק עדיפות לבן דורו של חכם או לתלמידו, בבאור דבריו. האחרונים נהגו לפסוק על פי דעות ששאבו מכלי שני וכעת כשהמקור לפנינו, הדברים מקבלים אור אחר.

תרומתו הייחודית של המשפט העברי באה לידי ביטוי בשני תחומים. הדרך הראשונה שבה דוגל אלבק, מוסברת על ידו כדלהלן:

"כדי להבין את משמעות פרטי הדינים המרובים שבתלמוד לעומקם, כדי לדעת את טעמיהם ואת השיטה והסדר שבהם, כדי לזכור אותם ולהשתמש בהם נכונה כאשר העובדות במציאות מתאימות להם, יש

5. ראה: מי אלון, המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג)

לעמוד על הצדדים המשותפים והשווים של הפרטים השונים, ואותם היסודות המשותפים הם הכללים הגדולים והעקרונות שמתוכם נלמ-דים הפרטים. היסודות הללו הם הטעם לפרטים, מפני מה נפסקו כך ולא אחרת, ובהם מוצאים הפרטים את משמעותם וקיומם".<sup>6</sup>

סבורים אנו שהמשפטן מסוגל, טוב יותר, להגדיר את טיבם של המוסדות המשפטיים השונים והפרטים המסתעפים מהם. הוא יוכל לראות אם פרט מסויים מתאים לעקרון הכללי או אם הוא סוטה הימנו. לשם כך יוכל להעזר גם במשפט השוואתי. ברם הרלבנטיות של בדיקה זו לפסיקת ההלכה תהיה לגיטימית, אם נסיט את נקודת הכובד מהתלמוד לתקופה מאוחרת יותר.

המשפט, וההלכה העברית בכלל, אינם רק תוצאה של עיון מופשט. המעיין בספרות השויית יווכח על נקלה שהמציאות הכלכלית-חברתית והשקפת עולמו של הפוסק מלאו תפקיד נכבד בהכרעת הדין. ההסטוריונים מטבע הדברים, רואים בגורם זה חזות הכל. השפעות אלו באו לידי ביטוי בשיטת המחקר של אלון שהוגדרה על ידו כדלקמן:

"המשפטן-החוקר המבקש להציג את טיבו ומהותו של עיקרון משפטי מסויים, במיוחד כשהוא מבקש להסיק מסקנות לעניין קליטת עיקרון זה בחיי המעשה, שומה עליו לדעת: א. מה היו השלבים השונים בעיקרון זה בכל התקופות של המשפט העברי; ב. מה היו הגורמים הכלכליים והחברתיים שהביאו להתהוותם של שלבים שונים אלה; ג. כיצד אימץ לו המשפט העברי את השינויים שבשלבים השונים כחלק מהותי של מערכת דיניו, ומה הן הדרכים המשפטיות, שנקט המשפט העברי כדי לתאם בין ההלכה הקיימת ובין ההלכה המתחדשת".<sup>7</sup>

הפולמוס שהתעורר למקרא שורות אלו ידוע ואנו נסתפק כאן בהערה אחת. דרך זו מחייבת עריכת מחקר היסטורי מעמיק שבדרך כלל אנשי המשפט העברי אינם מסוגלים לבצעו.

6. שי אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל אביב, תשל"ו) עמ' 16.

7. אלון, לעיל הערה 5, שם.

את התשובה לשאלה (ב) שהציג אלון, יש לחפש גם בספרות שאינה נמנית על מקורות המשפט העברי. מחקר הסטורי כלל תקופתי אינו מקובל על חוקרי תולדות ישראל.

לא יכולנו אפוא לילך בדרך מחקר זו הקרוייה, בפי הדוגלים בה, דוגמטית-הסטורית.<sup>8</sup> נקטנו בעיקרו של דבר בגישה אנליטית, אך לא התעלמנו כליל מהשלבים השונים בגלגולו של עקרון משפטי זה או אחר. כדי להסיר מעלינו תלונות הסטוריונים נודה שהקביעות ההסטוריות שבמחקר אינן מבוססות על מקורות חיצוניים, אלא על ספרות המשפט העברי בלבד. אף לא נמנענו מלהקיש מתקופה אחת על רעותה אם ההנחה נשענת על הגיון משפטי איתן.

נסתפק בהערות אלו אודות מחקרו של המשפט העברי, היות והסוגייה שבחרנו לדון בה פוטר אותנו מהתלבטויות אחדות. ציינו כבר שכמעט ואין סוגיות תלמודיות בנושא המשכון ולכן איננו מתחבטים אם לפרש את התלמוד בפני עצמו או על סמך דעות הראשונים. לדוגמה: לענין מימוש המשכון, אין בספרות התנאית והתלמודית דבר וחצי דבר; הדיון בהמחאת החוב והמשכון מבוסס על סוגייה תלמודית בת שורות אחדות שאין לה כל מקבילה. מטבע הדברים עיקרו של המחקר, בנסיבות אלו, מתמקד בתקופת הראשונים. מצב דומה קיים בנושא שהוא ליבו של החיבור. למאמרו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון", אין כמעט מקבילה במשנה, בתוספתא, במדרשי ההלכה או בתלמוד הירושלמי.<sup>9</sup> נוסף לכך ההלכה נוסחה בדרך נורמטיבית כשלא ברורה הנפקות המעשית שלה. גורמים אלו כמעט ומונעים מאתנו לחשוף את כוונתו המקורית של רבי יצחק. על כרחנו אנו זקוקים לפרשנות מאוחרת ואף סתמה של סוגייה, בכלל פרוש מאוחר הוא.

בעניין אחד הלכנו בדרך שונה ונסיננו לעמוד על עומק פשוטם של דברי תנאים ואמוראים.<sup>10</sup> כך עשינו בנושא של אחריות הנושה למשכון. יכולנו לילך בדרך זו היות

8. ראה: אי"ח פריימן, סדר נישואין וגירושין (ירושלים תשי"ה) בכותרת הספר; מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים תשכ"ד) עמ' יא.

9. ראה להלן עמ' 70 והערה 67.

10. להלן פרק ראשון סעיף 4.

ובסוגייה זו ישנו משא ומתן רחב בתלמוד. ברם הדגשנו חזור והדגש, שאין מחקר זה רלבנטי, מזוית הראייה של המשפט העברי.

על נושא המשכון לא נכתבו ספרים או מאמרים מקיפים, ברם מחברים אחדים מאירים בספריהם זויות אחדות של הסוגייה. גולאק עסק בשלבי התפתחותו של המשכון בתקופת המשנה והתלמוד תוך השוואה למשכון הנוהג ביוון, ברומי ובארצות המזרח הקדמון.<sup>11</sup> אלבק עמד על באור הלכתו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון".<sup>12</sup> סולובייצ'יק דן, מנקודת מבטו של הסטוריון, בשימושו של המשכון בדיני ריבית, במשנתם של חכמי אשכנז במאות הי"א-הי"ג,<sup>13</sup> והסתייענו בדבריו בדיון על המחאת חובות ומשכונות. בגרמניה של ראשית המאה נכתבה על ידי Flörsheim דיסרטציה שעובדה מאוחר יותר למאמר. ברם תחת הכותרת משכון - Das Pfand nach Talmudrecht,<sup>14</sup> המחבר דן באחריות הנכסים הכללית, באפותיקי, באכילת פרות משכנתא ואפילו בהלכה הידועה כשעבודא דרי נתן. לענין המשכון נשוא מחקרנו המחבר עוסק בעיקר במחלוקות התנאים לגבי אחריות הנושה וכן בנושא של מימוש המשכון.

עבודתנו הסתמכה בעיקרה על ספרי המקורות של המשפט העברי, תוך שימת דגש על ספרות השו"ת. המשכון עלה לדיון במאות רבות של תשובות מתקופת הראשונים, ענין שללא ספק מצביע על חשיבותו המעשית. החוקרים דלעיל, חוץ מסולובייצ'יק בתחום דיונו, לא התייחסו כלל לספרות ענפה זו.

11. א' גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 62-81.

12. אלבק, לעיל הערה 6, עמ' 480-485.

13. ח' סולובייצ'יק, משכון וערב: שני מחקרים בריבית ובתולדות ההלכה, חיבור לשם

קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה (ירושלים, תש"ב). החלק העוסק במשכון עובד

למאמר בשם Pawnbroking, A Study in Ribbit and of the Halakah in Exile, Proceedings, vol. 38-39, p. 203.

14. M.J. Flörsheim, Das Pfand nach Talmudrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft bd. 32, 1915, p. 103.

פרק ראשון: מהותו של המשכון

עמ' 20

1. מטרת המשכון

- 1.1 ראייה על ההלוואה
- 2.1 הקלת גבייתו של החוב
- 3.1 בטוחה לפרעון החוב
- 4.1 פרעון באמצעות המשכון

עמ' 41

2. המשכון כטפל לחוב

- 1.2 עמדת התלמוד והמשפט הכללי
- 2.2 אשכנז - תחילת תקופת הראשונים
- 3.2 מנהג נרבונה

עמ' 58

3. זכותו של הנושה במשכון

- 1.3 חיוב וקנין במשפט העברי
- 2.3 שעבוד הנכסים כזכות קניינית
- 3.3 "אמר רבי יצחק... בעל חוב קונה משכון"
  - 1.3.3 מקור ההלכה
  - 2.3.3 באור ההלכה מתוכה - נתוח תאורטי
  - 3.3.3 באור ההלכה על פי סוגיות התלמוד
    - 1.3.3.3 "משכון בשעת הלוואתו" ו"משכון שלא בשעת הלוואתו"
    - 2.3.3.3 סוגיית פסחים
    - 3.3.3.3 סוגיית גיטין
    - 4.3.3.3 סוגיית בבא מציעא ושבועות
    - 5.3.3.3 סוגיית קידושין
    - 6.3.3.3 ס י כ ו ם
  - 4.3.3 מקרקעין
  - 5.3.3 עבוט ומשכון
  - 6.3.3 יחסי נכרי-ישראל

עמ' 109

## .4 אחריות הנושה למשכון

1.4 הצעת הבעייה

2.4 דעות תנאים ואמוראים

3.4 אחריות הנושה על פי דיני השומרים

1.3.4 הבטחון שבפרעון החוב

2.3.4 הלכת רב יוסף

3.3.4 הלכת רבי יצחק

4.4 אחריות הנושה למשכון לאחר פרעון החוב

5.4 סיכום ומסקנות

עמ' 140

## .5 המשכון בתורת הגאונים

עמ' 146

## .6 סיכום ביניים

לעמוד על כוונותיו האפשריות של נושה בנטילת משכון. מטרת הנושה יכולה להיות אחת

או יותר מהאפשרויות הבאות:

- א. ראייה על ההלוואה.
- ב. הקלת גבייתו של החוב.
- ג. בטוחה לפרעון החוב.
- ד. פרעון החוב באמצעות המשכון.

לברורן של אלה, ובעיקר שתי האחרונות, יוקדש סעיף זה.

### 1.1 ראייה על ההלוואה

הנושה עשוי להסתייע במשכון, מנקודת מבטם של דיני הראיות, בשתיים: יש בו ראייה על עצם החוב ועל גובהו כאחד. המשכון מצביע על כך שחובו של הנושה טרם נפרע. החייב לא יהיה נאמן אם יכפור במתן ההלוואה או יטען לפרעונה. כן תומך המשכון בגרסתו של הנושה אם הצדדים חלוקים על גובה ההלוואה. לדעת רבי יוחנן נאמן הנושה אם טען "עד כדי המשכון הלוייתך"<sup>6</sup>, היינו, שסכום ההלוואה אינו נופל מערך המשכון. המקרה דלהלן, המובא בתלמוד הירושלמי, ממחיש את ערכו הראייתי של המשכון:

"חד בר נש קם עם חבריה בשוקא. אמר ליה: 'תרין דינרין לי בידך ומשכונך שוי תרין דינרין'. אמר ליה: 'חד דינר נא בעי למיתן לך ומשכונך טב תרין דינרין'. אתא עובדא קומי נהרדעא, אמרי כיון דכל עמא מודי דמשכונא טב תרין דינרין אוחרנא ייתי עלוי שהדי"<sup>6</sup>.

הצדדים מסכימים על שוויו של המשכון וחלוקים על גבהה של ההלוואה, הנושה תובע שני דינרים והחייב מודה בדינר אחד. חכמי נהרדעא סבורים שהנושה צריך להביא ראייה על הדינר השני.<sup>7</sup> מנגד לדעת ר' יוחנן, שהלכה כמותו,<sup>8</sup> טענת הנושה אינה צריכה ראייה, והוא נאמן עד כדי שוויו של המשכון. הלכת רבי יוחנן אינה מיוחדת למשכון. שרשיה בהלכה הקובעת שאם מצויים ביד התובע נכסים משל הנתבע "יכול (התובע) לטעון עד כדי דמיהן דאי בעי אמר לקוחות הן בידי"<sup>9</sup>, הלכת רבי יוחנן אינה חלק מהותי מדיני משכון ומקומה בדיני ראיות, בהלכות

6. ירושלמי, שבועות, פ"ו ה"ח; לז, ב.

7. ראה עוד פרוש הירושלמי בספר התרומות, מט, ב, א.

8. שו"ת הרא"ש, צ, ב; שו"ע, חו"מ, עב, יז.

9. בבא בתרא, לו, א. ראה ספר המשכון המיוחס לרב האי גאון (וינה, תק"ס), צו,

א, המסתמך דווקא על הירושלמי, וראה ש' אברמסון, עניינות בספרות הגאונים

(ירושלים, תשל"ד) עמ' 132-133.

"מיגוי". הנושה יכול היה לכפור בקיומו של המשכון ולכן הוא נאמן עד ערכו של זה. כוחו של מיגו זה נחלש אם קיימת ראייה או חזקה נוגדת,<sup>10</sup> כגון: בכלים העשויין להשאיל ולהשכיר,<sup>11</sup> כאשר ההלוואה על המשכון היתה בנוכחות עדים<sup>12</sup> ובמשכנתא.<sup>13</sup> הפונקצייה הראייתית של המשכון באה לידי ביטוי בהמלצת רמב"ם: "אסור לאדם להלוות מעותיו בלא עדים ואפילו לתלמיד חכם אלא אם כן הלווהו על המשכון".<sup>14</sup> המשכון כראייה עשוי למנוע מחלוקות עובדתיות - "משכון בבית שלום בבית".<sup>15</sup>

ברם חשיבותו של המשכון בתחום דיני הראיות אינה מכרעת וניתן למצוא לו תחליף. שטר הלוואה מפורט משיג מבחינת הנושה תוצאות דומות, כדברי רמב"ם עצמו, "והמלווה בשטר משובח יתר". יתר על כן, משכון שבא לצידו של שטר הלוואה לא נועד לשמש כראייה, היות והשטר גופו ממלא תפקיד זה.<sup>16</sup>

הקדשנו שורות ספורות בלבד לענין זה היות וכאמור אין הוא דין מהותי בהלכות משכון. מעניין לציין שר' יוסף קארו ייחד כמחצית מסעיפיו של סימן עב, הקודקס הגדול של הלכות משכון, לבעיות מדיני הראיות שאין הן אופייניות למשכון בלבד.

10. ראה: שו"ע, חו"מ, עב, יא.

11. שו"ת רש"י (מהדורת אלפנביין), עח; שו"ת הר"י מגאש (ירושלים, תשי"ט) קמב.

12. שו"ת הרשב"א המיוחסות, פד (= שו"ת הרשב"א א, אלף ומי. ברם ראה סוף תשובה

זו ושם תשובה תתקצח).

13. שו"ת הרא"ש קה, ז.

14. ה' מלווה ולווה ב, ז. מקור הדברים הוא בבבלי בבא מציעא עה, ב ורמב"ם

הוסיף דברים לענין משכון.

15. פלא יועץ, ערך הלוואה (ירושלים, תרס"ג) מט, ב. על אספקט ראייתי אחר של

המשכון, ראה: שו"ת מהרם בן ברוך, פראג, פו.

16. ראה להלן עמ' 141.

2.1 הקלת גבייתו של החוב

החזקת הנושה בנכס של החייב עשוייה לסייע לו בפרעון החוב. עזרה זו שתי

פנים לה:

1. לחץ על החייב - על הנושה לקחת משכון שערכו עולה במידה לא מבוטלת על גובה ההלוואה,<sup>17</sup> ובכך ימנע מעצמו טרחה מיותרת. הרצון לפדות את המשכון יזרז את החייב לפרוע את החוב.
2. פעמים נשמעת מפי חייב הטענה שאין לו נכסים ואין הוא מסוגל לפרוע את החוב.<sup>18</sup> בתקופת המשנה והתלמוד ועד למאה הי"ג קשה היה להתגבר על טענת "אין לי" היות והנושה או שליח בית-דין היו מנועים מלהכנס לבית החייב לבדיקת טענתו.<sup>19</sup> החזקת הנושה בנכס של החייב מסכלת כמובן טענה זו. רבנו תם ורא"ש הביאו לשינוי ההלכה בדבר איסור הכניסה לבית הלווה והקהו את עוקצה של בעייה זו.<sup>20</sup> למשכון בן זמננו אין אפוא משמעות לענין זה. נוכל אפוא לסכם ולומר שהחזקת הנושה במשכון יוצרת לחץ על החייב לפרוע את החוב. יעילותו של לחץ זה תלויה בערכו של המשכון בעיני החייב.

עסקנו עד עתה בשני אספקטים של המשכון: הפונקציה הראייתית והלחץ שהוא יוצר על החייב. ברם נראה שהמשכון נועד לשרת מטרות חשובות מאלה. ההלכה המרכזית בסו-גייה, "בעל חוב קונה משכון"<sup>21</sup> מרמזת על תפקיד אחר. הלכה זו מייחסת לנושה "קנין"

17. זה המקרה הרגיל, ראה להלן עמ' 159.

18. ראה רמב"ם מלווה ולווה, א, ה ו-ז.

19. ראה מ' אלון, חירות הפרט בדיני גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד)

עמ' 31-37 (תקופת המשנה והתלמוד); עמ' 38-49 (תקופת הגאונים) ועמ' 52-59 (התקופה הרבנית).

20. שם, עמ' 59-67.

21. פסחים לא, ב ובמקבילות, וראה להלן סעיף 3.3.

כלשהו במשכון, ואילו השגת המטרות האמורות אינה צריכה ל"קניין" אלא די בזכות לתפוס במשכון עד פרעון החוב. אין לראות בזכות העיכוב גופה תוצאה של "קנייניות" המשכון. המשכון, נשוא מחקרנו, יסודו בהסכם בין הנושה לחייב ואילו זכות התפיסה היא אקט חד-צדדי של הנושה. פריבילגיה זו מוענקת לנושה במסגרת עשיית דין עצמית<sup>22</sup> וקשה לומר שאין במשכון החוזי יותר מאשר בזכות זו. על אופיו העיקרי של המשכון נעמוד בקטע הבא.

---

22. הנושה רשאי לעכב פקדון של החייב שברשותו, ראה: שוייט הריבייש, שצו, וראה

להלן פרק שני סעיף 4.

### 3.1 בטוחה לפרעון החוב

כדי שמשכון ישמש בטוחה יעילה לפרעון חוב, עליו להיות בעל שתי תכונות:

1. הנושה יוכל להחזיק בו עד לפרעון המלא של החוב. 2. הנושה יוכל למוכרו ולהיפרע ממנו את חובו, אם החייב לא יפרע את החוב במועד.

בנקודה הראשונה עסקנו לעיל והראינו שתפקידו של המשכון אינו מתמצה בה בלבד. התכונה השנייה היא המייחדת את המשכון ומעניקה לנושה את הבטחון הדרוש. עיכוב גרי-דא של המשכון לא יביא תועלת אם החייב מסרב לפרוע את החוב על אף החזקת הנושה במש-כון. המשפט הישראלי אינו רואה בנכס הנושא את התכונה הראשונה בלבד משכון אלא עכבון גרידא.<sup>23</sup>

מה הן תכונותיו של המשכון ההלכתי, האם הנושה רשאי למוכרו כאשר חובו אינו נפרע? במקורות המשנה והתלמוד נזכרת זכות זו מפורשות רק לענין עבוט, "ומשלושים יום ולהלן מוכרין בבית דין".<sup>24</sup> חכמים חולקים על דעה זו אולם "דווקא בכר ומחרשה והדומים להם שהוא (החייב) צריך אותם תדיר, אבל שאר כלים... אם לא פדה עד לי יום, מודיעו ומוכרו בבית דין".<sup>25</sup> במשכון החוזי נשוא מחקרנו השאלה תלויה בהסכמת הצדדים וביתר דיוק בדעת החייב, האם הוא העניק לנושה את הכח למכור את המשכון. הבעייה מתעוררת במקום שאין תנאי מפורש ועל בית הדין לתור אחר משמעות מסירתו של משכון לנושה.

קודם שנוכל לתת את הדעת לשאלה זו עלינו לעמוד על יחסו של המשכון לאחריות הנכסים הכללית, העומדת לזכותו של נושה במשפט העברי. מצב בו לחייב אין כלל נכסים אינו שכיח. הנושה המצוי חרד יותר ממקרה בו נכסיו של החייב לא יספיקו לפרעון כל

23. ראה: חוק המיטלטלין תשל"א-1971, סעיף 11; ויסמן, לעיל הערה 4, עמ' 13.

24. משנה, בבא מציעא, ט, יג.

25. מרדכי, שם, תב.

חובותיו, הווי אומר, כשערך התחייבויותיו עולה על ערך נכסיו. השאלה במקרה זה היא מי מהנושים זכאי לפרעון מלא או חלקי של חובו.

מה מעמדם של נושה רגיל ומקבל משכון בסיטואציה זו? שיטות המשפט המודרניות הולכות בעקבות המשפט הרומי<sup>26</sup> ומורות שאין דין קדימה בחובות. הנושים כולם נפרעים מנכסי החייב בהתאם לשווי חובם יחסית לכלל החובות.<sup>27</sup> ברם מצבו של נושה המובטח במשכון עדיף משל נושה רגיל, אפילו הלוואתו של זה קדמה. הנושה המובטח גובה מהמש-  
כון את מלוא הלוואתו ורק לאחר מכן עומדת יתרת המשכון לחלוקה בפני שאר הנושים.<sup>28</sup>

גישת המשפט העברי שונה. להלכות שעבודים וגביית חוב השפעה רבה על מעמדו של נושה האוחז משכון. בדיני גביית חוב מתחשב המשפט העברי במועד מתן ההלוואה. לנושה הראשון זכות קדימה: חובו נפרע במלואו, אף אם לנושים אחרים לא נותר מאומה. אחריו גובה הנושה השני וכן הלאה.<sup>29</sup> נושה האוחז בשטר הלוואה זכאי לגבות את חובו מכלל נכסי החייב וכן מ"נכסים משועבדים", שהחייב העביר לאחר, אחר מועד ההלוואה.<sup>30</sup> אף למאן דאמר "שעבודא לאו דאורייתא",<sup>31</sup> הלכה זו של שעבוד נכסים קדומה היא ביותר.<sup>32</sup> השעבוד חל מכח הדין אף בלא התנאה מפורשת של הצדדים היות ו"אחריות טעות סופר הוא".<sup>33</sup> הנושה רשאי לשעבד, על ידי התנאה מתאימה, נכסים שיהיו בבעלותו בעתיד,

26. ראה: W.W. Buckland, The Main Institutions of Roman Private Law (Cambridge, 1931).

27. pp. 361-362 (1931). א' גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 50.

28. ראה פקודת פשיטת הרגל, 1936, סעיף 33(7).

29. ראה הערה 4 לעיל.

30. משנה, כתובות, י, א ו-ה; רמב"ם מלווה ולווה כ, א; שו"ע, חו"מ, קד, א. ברם

במטלטלין אין דין קדימה רמב"ם שם, כ, ב; שו"ע שם, קד, ג.

31. ראה הערה 2 לעיל.

32. קידושין, יג, ב.

33. גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 32-36.

34. בבא מציעא, יד, א.

לפני מועד הפרעון.<sup>34</sup> דינים אלו אינם חלים במטלטלין שהם נכסים יישיאין להם אחריות,<sup>35</sup> ואם החייב מכר את מטלטליו אחר שעת ההלוואה, הנושה אינו זכאי להוציאם מרשותו של הקונה.<sup>36</sup> ברם אף על הלכה זו ניתן להתנות, ואם החייב שעבד לנושה יימטלטי אגב מקרקעי, הנושה זכאי להיפרע מהם אף אם החייב העבירם לצד שלישי.<sup>37</sup> יש לשער שהנושים היכולים להכתיב את תנאי ההלוואה היו רגילים להכניס בשטרי חוב התנאות כאמור; ותנאים בדבר שעבוד נכסים עתידיים<sup>38</sup> ושעבוד מטלטלין אגב מקרקעין,<sup>39</sup> מצאו את מקומם בשטרי הלוואה, כדבר שבשגרה.

דין מקבל משכון כדין קונה חפץ מן החייב. נושה מוקדם שלזכותו שעבוד כללי של מקרקעין ומטלטלין זכאי להוציא את המשכון מחזקתו. המשכון התלמודי אינו ממלא אפוא אחר הדרישות שהוצגו בראש קטע זה. לא תמיד הנושה זכאי להחזיק בו עד לפרעון חובו.

הלכת המשפט העברי מול דיני האומות, מוצגת בבהירות על ידי רשב"ץ, כדלהלן:

"ואם אינו כן, אלא שכתובת האשה קודמת למשכונה, היא גובה כתובתה קודם לבעל המשכונה. שאין דיננו כדין אומה זאת שאין להם דין קדימת זמן בחובות, והמאחר והקודם גובים כאחת,

34. בבא בתרא, קנז, ב. לדעת גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 39, מקור הלכה זו בדורות

האמוראים. בנכסים העתידיים אין דין קדימה, ראה: בבא בתרא, שם; רמב"ם,

מלווה ולווה, כ, א.

35. משנה, קידושין, א, ה.

36. בבא בתרא מד, א; רמב"ם מלווה ולווה, יח, ב.

37. בבא בתרא שם; רמב"ם שם. במטלטלין אלה יש דין קדימה כבמקרקעין ראה חו"מ

קד, ה.

38. ראה, ירושלמי, כתובות, פ"י, ה"ו; לד, א: "ולא כתב דאי קנינא?".

39. ראה: שו"ת הרשב"א, א, תמקכט; שו"ת הרא"ש, עט, ד; שו"ת מהרש"ם, ב (חו"מ)

רי; א' גולאק, אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו) עמ' 200.

וכן דנין שהמשכונה המאחרת קודמת לחוב הקודם. ובדינינו,  
 כל הקודם בזמן גובה תחילה, בין כתובה, בין בעל חוב ובין  
 משכונה".<sup>40</sup>

נטילת משכון אינה מחזקת אפוא את מעמדו של הנושה. אם ההלוואה היתה בשטר  
 ממילא עומד לזכותו שעבוד נכסים כללי שהמשכון כמעט<sup>41</sup> ולא מוסיף עליו מאומה.<sup>42</sup>  
 נטילת המשכון אינה מונעת מנושה מוקדם, שאינו מוצא נכסים בידי החייב, להיפרע  
 מהמשכון שברשות הנושה.

החברה בתקופה התלמודית היתה חקלאית בעיקרה.<sup>43</sup> רוב בני האדם החזיקו במקר-  
 קעין, והנושה לא חשש שהחייב ייעלם שהרי את קרקעותיו אינו יכול להבריח.<sup>44</sup> שעבוד  
 הנכסים הספיק אפוא לנושה והמשכון לא קידם אותו בסולם הנושים. כתוצאה מכך נטילת  
 משכון לא היתה שכיחה בהלוואות בשטר, כשלנושה היה שעבוד כללי על נכסי החייב.  
 כנראה שנהגו ליקח משכון רק בהלוואות על פה<sup>45</sup> ואלו לא היו נפוצות.

כאן חוזרים אנו לשאלה שהצגנו בראש הקטע. התנאים אכן התלבטו, עקב האמור,  
 במשמעותו של המשכון, האם הוא מוחזק על ידי הנושה ל"גוביינא" או "לזכרון דברים

40. שו"ת התשב"ץ, ג, רה.

41. ראה להלן הטקסט ליד הערה 68 ואילך.

42. ראה גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 62 ו-71.

43. ראה ש' אסף, תקופת הגאונים וספרותה (ירושלים, תשל"ז) עמ' י.

44. הלוואה לחייב שאין לו קרקע נחשבה "מילתא דלא שכיחא", ראה: רש"י, גיטין,  
 לז, א, ד"ה אלא על הקרקע.

45. ראה לשון הברייתא בבא מציעא, פא, ב; שבועות, מג, ב "המלווה את חבירו על  
 המשכון... אבל הלווהו אלף דוז בשטר והניח לו משכון עליהם". "המלווה על  
 המשכון", סתמו, בלא שטר.

בעלמא<sup>46</sup>; האם הנושה אוחז בו כדי למכרו אם החוב לא ייפרע או בשל ערכו הראייתי בלבד "דאין אדם נוטל משכונו לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו שלא יוכל לכפור".<sup>47</sup> בשל אי שכיחותם של המשכונות לא היתה ברורה כוונתו של נושה הנוטל משכון.

נראה שזכותו של הנושה למכור את המשכון אינה מוטלת עוד בספק אחרי שהתקבלה הלכת רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון". בעל זכות עיכוב גרידא אינו צריך "קניין" במשכון. קניינו של הנושה במשכון, שגדרו יתבאר להלן, מאפשר לו לממשו בבוא העת ולהיפרע מן התמורה. הראשונים בתשובותיהם הכירו, כדבר המובן מאליו, בזכות זו.<sup>48</sup>

הספיקות שליוו את המשכון התלמודי וחוסר התועלת שבנטילתו יסייעו בידינו בהבנת עובדה תמוהה. המעיין בשני התלמודים<sup>49</sup> יווכח על נקלה מה מועטים היו המעשים, ה-cases אודות משכון. במקרים אלו, ארבעה במספר,<sup>50</sup> לא מוזכרת כלל מכירה של משכון. במקרה אחד המשכון שימש כראייה גרידא,<sup>51</sup> בשני הנושה נטל משכון היות והחוב לא היה

46. ראה בבא מציעא מט, א; שבועות מד, ב.

47. רש"י בבא מציעא פא, ב ד"ה ישבע. בתקופת התלמוד ראו את התפקיד הראייתי כעיקרו של המשכון ולכן אומרים תוספות את הדברים הבאים: "דכיון דעשה שטר, מסתמא לא לקח משכון בשעת הלוואה עד אחרי כן", תוספות בבא מציעא פא, ב ד"ה דברי הכל, וראה גם תוספות שבועות מד, א ד"ה מאי לאו, בסופו.

48. ראה להלן סעיף 5.3.3 ופרק רביעי סעיף 4.

49. במשנה ובתוספתא לא מובאים הסכמי משכון מלבד התינוקת שהורהנה באשקלון (משנה, עדויות, ח, ב). באותו מקרה הנושה היה גוי.

50. לא התייחסתי למקרה המובא בבבא קמא קטו, א היות והעובדות אינן מורות בבירור שהגלימה ניתנה כמשכון.

51. ראה הערה 6 לעיל.

בר-תביעה בבית דין,<sup>52</sup> בשלישי המשכון היה של גוי ולגביו לא היתה דרך אחרת להבטיח את החוב.<sup>53</sup> במקרה הרביעי, התלמוד אינו מוסר נתונים אודות הנושה וסיבת לקיחתו של המשכון.<sup>54</sup> מנגד רפרוף קל בספרות השו"ת של הראשונים יספיק כדי להראות שהלוואה על המשכון היתה שכיחה.<sup>55</sup> חלק מההבדל יש לייחס למציאות הכלכלית השונה. החברה היהודית באירופה של ימי הביניים היתה מורכבת בעיקרה מסוחרים ומלויים בריבית.<sup>56</sup> האשראי בחברה זו מפותח הרבה יותר מאשר בבבל החקלאית. ברם אין לראות בגורם זה חזות הכל, היות והמקרים בהם ניטל משכון בבבל, יחסית למספר הלוואות, גם הוא אפסי.

פתרון הבעייה נעוץ כאמור בתועלת המועטה שצמחה לנושה, בתקופת התלמוד, מהמשכון. שונה היה המצב בימי הביניים. היהודים כמעט ולא החזיקו במקרקעין<sup>57</sup> והנושה סמך בעיקר על מטלטלי החייב. החברה העירונית-מסחרית ניידת יותר והסיכון בבריחתו של חייב מפני נושיו אינו מזערי. במצב זה המשכון מהווה את משענתו העיקרית של הנושה. הלוואה על המשכון באה במקום הלוואה בשטר.<sup>58</sup> מסירת המשכון לידי הנושה היוותה הסכמה מצד החייב שזה יהיה זכאי למוכרו ולהיפרע ממנו את חובו.

---

52. בבלי שבת קמח, ב, "רב אויא שקיל משכונא" כדי להתגבר על ההלכה "הלוואת יום טוב... לא ניתנה להיתבע".

53. עבודה זרה עה, ב.

54. מגילה כז, ב: "לא הוה לי חמרא לקידושא ומשכנתיה להמיינאי ואתאי ביה קידושא".

55. דוגמאות אחדות, מתקופות שונות, המוכיחות את שכיחותו של המשכון, ראה: שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, תקמא; שו"ת הרן, יט; שו"ת תרומת הדשן, שט.

56. ראה את המקורות המובאים ע"י ב"צ אליאש, יסודות בדיני הריבית במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים" (ירושלים, תשלי"ז) עמ' 311.

57. ראה: ח"ה בן ששון, פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים (תל אביב, תשכ"ט) עמ' 55-59.

58. בימי הביניים לא היו שכיחות הלוואות בשטר, ראה: ח' סולובייצ'יק, משכון וערב: שני מחקרים בריבית ובתולדות ההלכה, חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה" (ירושלים, תשלי"ב) עמ' 12.

בעקבות כל אלה חל בתקופת הראשונים, שינוי נוסף שחזק את מעמדו של מקבל המשכון. עמדנו לעיל על קיומם של תנאים גורפים בשטרי הלוואות, לפיהם החייב משעבד לנושה כל אשר לו, כולל מטלטלין שיקנה בעתיד. תנאים אלו הפריעו למהלך התקין של חיי המסחר היות וקונה פוטנציאלי חשש מרכישת נכס משועבד. הפתרון למצב זה טמון בדבריו הבאים של רא"ש:

"אמנם מיום בואי לארץ הזאת (ספרד), תמהתי על כי ראיתי כן

בשטרות שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי, דאם כן אין לך אדם

שקונה חפץ מחבירו. ורציתי לבטלו ואמרו לי, אף על פי

שכותבין כן בשטרות, כבר נהגו בכל הארץ שאין מגבין לבעל

חוב מטלטלי שמכר או שנתן הלווה מפני תקנת השוק"<sup>59</sup>

"מכר או שנתן הלווה" לאו דווקא והוא הדין אם מסרם לרשות נושה כמשכון.<sup>60</sup>

הווי אומר: נושה המובטח במשכון עדיף על נושה שאינו מובטח המוקדם לו בזמן. ההלכה

התקרבה לעמדת המשפט הכללי בדבר עדיפותו של מקבל משכון. שינוי הדין הקיים בא

בדרך של מנהג ו"מנהג מבטל הלכה"<sup>61</sup>. מנהג ספרד היה להתעלם מההתנאות הגורפות של

"שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי". בתקופת רא"ש המנהג לא פשט עדיין בכל המקומות, אך במאה

הט"ז התקבלה כבר ההלכה בכל המקומות וכמעט ללא עוררין.<sup>62</sup>

59. שו"ת הרא"ש עט, ד. דעת הרא"ש התקבלה להלכה ראה טור חו"מ ס, ד-ו; שו"ע

שם ס, א.

60. השאלה שבאה לפני רא"ש עסקה במשכון ותמוהים על כך דברי ראני"ח, שו"ת מים

עמוקים, צג, שאמר: "מיהו דברי הרא"ש בתשובה נאמרו גם על הממשכן מטלטלין

ביד חבירו... נראה שאין התקנה במכירה לבדה... אלא אף במשכון... ולא הסיק

כן מדבריו המפורשים של רא"ש.

61. ירושלמי, בבא מציעא, פ"ז ה"א; יא, ב. ראה מ' אלון, המשפט העברי תולדותיו

מקורותיו ועקרונותיו (ירושלים, תשל"ג) עמ' 732 ואילך.

62. ראה, שו"ת מהרש"ם, ב (חו"מ), קי: "ולעניות דעתי כמו שנתפשט שם בארץ ההיא,

נתפשט בכל ישראל בזמן הזה". ראה עוד: שו"ת מהר"י באסן (ירושלים, תשי"ל),

נג. אולם ראה ש"ך חו"מ ס, סק"ד.

במקרקעין לא חל שינוי בדין והלכת רא"ש אינה חלה במשכנתא.<sup>63</sup> הבעייה במקר-  
 קעין אינה חריפה היות והם אינם עוברים במהירות מיד ליד וקונה או מקבל משכנתא  
 עורכים בדיקה בדבר זכותו של המוכר. ליתר בטחון נהגו להתנות בשטר משכנתא סעיף  
 אחריות, למקרה שהקרקע תוצא מידי הנושה על ידי צד שלישי.<sup>64</sup> די בסעיף כזה ובאמור  
 לעיל לענות על צרכי השוק.

על פי המצב המשפטי כיום, המשכון מעניק לנושה יתרון על שאר הנושים הלא  
 מובטחים. אם החייב מגיע למצב של פשיטת רגל, הנושה זכאי למכור את המשכון ולהיפרע  
 מן התמורה את מלוא חובו, אף אם יהיו נושים אחרים שלחלקם לא יגיע מאומה.<sup>65</sup>  
 לפני שנסיים קטע זה בדבר היחס בין המשכון ואחריות הנכסים הכללית, חייבים  
 אנו את ההבהרה הבאה. אף בתקופת התלמוד, כאשר אחריות הנכסים מלאה בהצלחה את תפ-  
 קיד הבטוחה, היה ערך מסוים למשכון. המשכון הקהה את עוקצן של הלכות אחדות  
 בסוגיית שעבוד נכסים. התלמוד עצמו מתלבט, מטעם אחר, במהותו של העבוט "וכי מאחר  
 שמחזירין למה ממשכנין מעיקרא?"<sup>66</sup> תשובתו היא "שלא תהא שביעית משמטתו, ולא יעשה  
 מטלטלין אצל בניו".<sup>66</sup> כוחם של הדברים יפה גם במשכון. המשכון מאפשר לנושה לתבוע  
 את החוב לאחר שנת השמיטה<sup>67</sup> ואם הוא מוחזק ברשות הנושה לא חל עליו הכלל "מטלטלי

63. עדות לכך שנושה מוקדם בזמן הוציא את המשכנתא מידי הנושה, ראה: שו"ת הרא"ש,

צא, ה, 2; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), קלב; שו"ת התשב"ץ, ב, רפב; ג, רה.

כך אף במישכון זכויות, ראה: שו"ת הרשב"א, ד, כו.

64. ראה: שו"ת הרא"ש, עט, ד; פ, ח.

65. בשו"ת מהרשד"ם, ב (חוי"מ), קח מוזכר "מנהג שנהגו הסוחרים כשאין לאל ידו של

בעל חוב לפרוע, משלם לכל בעלי החובות שלוקח כל אחד לפי מעותיו" הלכה זו

חדרה למשפט העברי המקומי באמצעות המקור המשפטי של מנהג ובהשפעת דיני

האומות.

66. בבא מציעא, קטו, א.

67. ראה להלן סעיף 3.3.3.3.

דיתמי לבעל חוב לא משתעבדיי".<sup>68</sup> ברם בשביל אלה בלבד הנושה לא היה נוטל משכון וטורח בשמירתו. על בעיית השמיטה ניתן להתגבר באמצעות פרוזבול.<sup>69</sup> או על ידי התנאה מתאימה בשעת ההלוואה.<sup>70</sup> לגבייה ממטלטלין של יתומי החייב אין חשיבות מכרעת היות והנושה התלמודי הסתמך בעיקר על מקרקעי החייב ולא הלווה לאדם שאין לו מקרקעין.<sup>71</sup>

- 
68. בעבוט חל דין זה גם אם הוא נמצא זמנית ברשות החייב מכח מצוות השבת העבוט, ראה: בבא מציעא, קיד, ב. ראה עוד דברי המאירי, שם, קד, א, ד"ה המלוה את חבירו.
69. משנה, שביעית, י, ג; גיטין, לו, א. טענת פרוזבול מתקבלת על ידי בית דין אף כשהנושה אינו יכול להראות את שטר הפרוזבול ראה שם, לז, ב.
70. בבלי, מכות ג, ב.
71. ראה הערה 44 לעיל.

4.1 פרעון באמצעות המשכון

המוסד המשפטי הקרוב למשכון הוא האפותיקי. נכס האפותיקי, להבדיל מהמשכון, נשאר ברשות החייב; הוא משועבד לנושה אך אינו מצוי בחזקתו.<sup>72</sup> מטרתה של עסקת האפו-תיקי אינה ברורה על פניה. כבטוחה אין היא מוסיפה מאומה על אחריות הנכסים החלה מכח הדין. נושה שלזכותו שועבדה קרקע פלונית באפותיקי, נסוג לטובת נושה מוקדם בעל שעבוד כללי על נכסי החייב.<sup>73</sup> הדברים שנאמרו לעיל לענין משכון יפים אף לכאן. ואכן בעסקת האפותיקי אין תוספת שעבוד, אין היא בטוחה, אלא ייחוד של נכס מסויים לגביית החוב. הצדדים מביעים את רצונם שהחוב ייפרע באמצעות נכס פלוני. שני סוגי אפותיקי בתלמוד: א. אפותיקי סתם - החייב מתנה "אם לא פרעתוך גבה מזוי".<sup>74</sup> ב. אפותיקי מפורש - כשהחייב אומר לנושה "לא יהא לך פרעון אלא מזוי".<sup>75</sup> החייב רשאי לפרוע לנושה את חובו בכסף או במטלטל שווה כסף, אך אם אין לו מטלטלין או שהוא רוצה לפרוע במקרקעין, עליו לתת לנושה את שדה האפותיקי דווקא. גם הנושה אינו רשאי לתבוע קרקע אחרת זולת האפותיקי.<sup>76</sup> מגמת הנושה בעסקה זו ברורה: שדה האפותיקי מוצאת חן בעיניו, והוא מקווה שלחייב לא יהיו מזומנים או מטלטלין והוא יוכל לגבותה. הסכמת החייב נובעת מרצונו לקבל את ההלוואה או שאין בעיניו עדיפות לשדה זו על אחרת. הלוואה שמגמת הנושה היא זכייה בקרקע פלונית של החייב מצויה במקורות וקרוב לודאי שמדובר בהסכם אפותיקי: "מפני מה אמרו בעל חוב בבינונית? מפני הרמאין, שלא יהא כל אחד ואחד נותן עיניו בתוך שדה חבירו יפה, בתוך חצר

---

72. גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 62.

73. ראה שו"ת המב"ט, ב, קס"ד.

74. רש"י, גיטין מא, א ד"ה לא יהא.

75. גיטין, שם.

76. הראשונים חלוקים בהלכות אלו, ראה סיכום השיטות באנציקלופדיה תלמודית, ערך

אפותיקי, כרך ב, עמ' קל-קלא.

חבירו יפה, ומלווה אותו עליו וקופץ ונוטלה".<sup>77</sup>

ייחודו של האפותיקי המפורש בהלכה "שטפה נהר... אינו גובה משאר נכסים".<sup>78</sup> אם שדה האפותיקי ניזוקה ואינה שווה מאומה, הנושה מפסיד את כל חובו. האפותיקי המפורש מחליף אפוא את שעבוד הנכסים הכללי, ומסיר מעל החייב את החובה האישית לפרוע את החוב. אין עליו חובה לפרוע את החוב שלא מתוך שדה זו ולפנינו אם כן שעבוד נכס ללא חיוב אישי. מגמת החייב בעסקה זו היא לשחרר את כל שדותיו משעבוד הנושה ולהעלות בכך את ערכן בשוק.<sup>79</sup> הנושה מגדיל את סיכוייו לזכות בשדה זו<sup>80</sup> בצד סיכון מסויים להפסד כל החוב.

נתוח מגמות הצדדים בהסכם האפותיקי הראה בעליל, שאין היא עסקת בטוחה אלא קביעת דרך לגביית החוב.<sup>81</sup> בדרך כלל נהגו לעשות הסכם זה במקרקעין ולא

- 
77. תוספתא (מהדורת ליברמן) כתובות יב, ב. ראה עוד: בבלי, גיטין, מט, ב; ירושלמי שם, פ"ה ה"א; מו, ג. השווה: מדרש רבה, שמות, לא, ו "לא תהיה לו כנושה - אם הלויית אותו לא תדחקנו, שאם יש לו שדה או כרם לא תאמר לו, יטול לך מנה ועשה מהם פרקמטיא וכתוב לי אפותיקי על שדך או על כרמך", למחר הוא מפסיד הפרקמטיא ואתה נוטל את שדהו או את כרמו".
- מנגד גם משכנתא משפרת את סיכוייו של הנושה לזכות בקרקע הממושכנת היות ונושים מוקדמים יפנו לבני חורין ולא לשדה זו, ראה: הלכות גדולות (מהדורת טרויב), קט, א.
78. גיטין מא, א. הנושה אינו גובה אף מנכסים בני חורין ראה עיטור תחילת ערך אפותיקי; מהדורת רמ"י סג, ד.
79. גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 59.
80. הלכות רבות המגבילות את זכויות הנושה בשעבוד נכסים, אינן חלות באפותיקי, כגון: הנושה זכאי להוציא את שדה האפותיקי המפורש מצד שלישי, על אף ההלכה "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין" (שו"ע, חו"מ קיז, א).
81. ראה עוד: שי אלבק, דיני הממונות בתלמוד (ת"א, תשל"ו) עמ' 461.

במטלטלין.<sup>82</sup> ואף אנו נערוך את ההשוואה למשכנתא.

המשכנתא, להבדיל ממשכון, מוזכרת פעמים רבות בתלמוד והיתה נפוצה בבבל.<sup>83, 84</sup> כל המקרים המובאים בתלמוד ורוב ההלכות עניינם אכילת פירות השדה הממושכנת על ידי הנושה. אכילת הפירות היוותה פרעון, לפחות חלקי, של החוב והיא מלמדת על מגמתה של המשכנתא התלמודית. המשכנתא אינה, לדעתנו, בטוחה, אלא שימושה העיקרי היה עקיפתו של איסור ריבית.

שתי צורות עיקריות<sup>85</sup> למשכנתא הבבלית:

- א. משכנתא דסורא - פירות כל שנה מוערכים בסכום מסוים. הנושה אוכל את הפירות מספר שנים, עד שהחוב כולו נפרע והקרקע חוזרת לבעליה בלא דמים. סימן ההכר של משכנתא זו הוא התנאי "במשלם שניא אלין, תפוק ארעא דא בלא כסף".<sup>86</sup>
- ב. משכנתא דנכייחא - הנושה משתמש בקרקע תקופה קבועה מראש כנגד ניכוי סכום שנתי מהחוב. בתום התקופה המוסכמת, החוב לא נפרע במלואו. הקרקע חוזרת לחייב

---

82. המקרים בהם נושה מעוניין במטלטל מסויים ולא בכסף, הם נדירים. נוסף לאמור הלכת רבא: "עשה עבדו אפותיקי ומכרו - בעל חוב גובה ממנו; שורו וחמורו אפו-תיקי ומכרו - אין בעל חוב גובה הימנו" (בבא בתרא, מד, ב) רוקנה את עסקת האפותיקי במטלטלין מתוכנה, וראה גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 55-58. לגישת המשפט הכללי, ראה: י' פוקרובסקי, הפרובלימות היסודיות של המשפט האזרחי (ירושלים, תרפ"ג) עמ' 177-178.

83. המושג "משכנתא דסורא" (בבא מציעא, קי, א; בבא בתרא, לה, ב) מלמד על שכי-חותה של משכנתא מסוג זה בעיר סורא. ראה גם כתובות, צה, ב "והא מעשים בכל יום, דהווא גברא דמשכין ליה פרדיסא".

84. בירושלמי לא מצויים מעשים של משכנתא, ברם מהלכות אחדות ניתן ללמוד על מציאותה, ראה: גולאק, לעיל הערה 26, עמ' 72-73.

85. לא התייחסתי ל"קיצותא" (בבא מציעא, סז, ב) שכנראה לא היתה נפוצה, היות ומבין כולן היא הפחות נוחה לנושה.

86. שם.

והנושה זכאי לתבוע ממנו את יתרת ההלוואה.<sup>87</sup>

שיעור הנכוי האמור לא התאים לשווי הריאלי של הפירות והיה מועט ביותר,<sup>88</sup>

סמלי כמעט. הסכם זה העניק אפוא לנושה רווח ניכר. עסקת המשכנתא לא נאסרה בשל ריבית היות ומבחינה משפטית נחשבה לשכירות<sup>89</sup> או למכר פירות לתקופה קצובה,<sup>90</sup> והרי- בית אסורה בהלוואה בלבד "לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה מלווה".<sup>91</sup> המשכנתא, מבחינתו של הנושה, לא נועדה להיות בטוחה אלא דרך חוקית להרויח מהלוואה, בלא לעבור על איסור ריבית.

הנכייטא היתה נפוצה עדיין באירופה של ימי הביניים, בעיקר בספרד, שם החזיקו

היהודים במקרקעין עד לתקופה מאוחרת.<sup>92</sup> בנכייטא התלמודית, הנושה לא היה רשאי

87. שם. על אכילת פירות המשכנתא, ראה בהרחבה: ג' גרמן, זכותו של הנושה לפירות המשכון ולתשמישיו בחוק המשכון תשכ"ז-1967 ובמשפט העברי, ספר סנהדראי (תל אביב, תשלי"ב) עמ' 303.

88. ראה תוספות שם, די"ה במשלם; רמב"ם, מלווה ולווה ו, ח.

89. רמב"ם שם. משכנתא דטורא הותרה ללא היסוס והיא אבדה את צביונה של הלוואה

"מפני שיצאה מתורת הלוואה, באמרו לו אין לי לשוב ולתבוע אותך במלוה הזאת

אלא הריני אוכלה משכר החצר הזאת", שאלות ותשובות הגאונים (קושטא שלי"ה), קפה

(= שערי צדק, חלק ד, שער שני, סימן ב). במשכנתא דנכייטא ההכרעה לא היתה

קלה היות והנושה זכאי, עם תום התקופה המוסכמת, לתבוע את יתרת החוב. ההיסו-

סים בתקופת האמוראים (רב כהנא ורב פפא ורב אשי לא אכלי בנכייטא, רבינא אכל בנכיי-

תא"י ב"מ, סז, ב) נמשכו בתחילת תקופת הראשונים ורי"ף עדיין אסר משכנתא זו.

ברם מנהג העם הכריע להתר: "והאידינא מעשים בכל יום וקא (דקא) אכלי בנכייטא..

וסוף דבר, הנח להם לציבור לנהוג בהלכה זו שהיא הלכה שאין לה הכרע והיא רו-

פפת ומרופה בידינו" (שו"ת הרמב"ן, מהדורת אסף, מא).

90. ראה שו"ת הרשב"א ב, ריג: "וכל בנכייטא הרי הוא מקח וממכר אלא שהוזל

בדמים, ועל כך אנו נוהגים התר במשכנתא דנכייטא".

91. בבא מציעא, סט, ב.

92. ראה: רמב"ן, לעיל הערה 89; רשב"א, לעיל הערה 90.

לאכול מפירות השדה לאחר התקופה המוסכמת, אלא אם ניכה מהחוב את שוין הריאלי.<sup>93</sup>  
 בספרד שופרו תנאי המשכנתא לטובת הנושה: הנושה קיבל אופצייה לאכול מפירות השדה  
 באותם התנאים, אף לאחר התקופה המוסכמת, עד שהחייב יפרע את כל החוב.<sup>94</sup> מטרת המש-  
 כנתא נשארה כבעבר, עקיפת איסור ריבית.

כללית, המשכנתא ירדה מחשיבותה. מסיבות שהזמן גרמן רוב היהודים לא החזיקו  
 יותר במקרקעין מלבד דירת המגורים. מנגד נמצאו דרכים נוספות, נוחות יותר,  
 להתגבר על איסור הריבית.

הדברים שהובאו כאן די בהם להראות שאין לנו במחקר זה ענין רב במשכנתא זו  
 שהנושה אוכל את פירותיה.<sup>95</sup> היא אינה שכחה, ואלמנט הבטוחה בה שולי ביותר.  
 המשכנתא כאפותיקי הינה ייחוד נכס לגביית החוב; ברם בעוד האפותיקי מוחזק ברשות  
 החייב וההסכם בא לידי ביטוי לאחר מועד הפרעון, המשכנתא היא אמצעי פרעון מיידי.<sup>96</sup>  
 הניתן להפעיל הסדר נכיייתא אף במטלטלין?

תשובה ישירה בספרות התנאים והאמוראים לא מצאנו. שימוש הנושה במשכון  
 מטלטלין נזכר במשנה, כדלהלן: אבא שאול אומר: רשאי אדם להשכיר משכונו של עני  
 להיות פוסק והולך עליו, מפני שהוא כמשיב אבדה.<sup>97</sup> בתלמוד באה הגבלה נוספת: "אבא  
 שאול לא אמר אלא במרא ופסל וקרדום, הואיל ונפיש אגרייהו וזוטר פחתייהו".<sup>98</sup> ניכרת

93. ראה שו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר) קנה, 2.

94. על תנאי ספרד, ראה: רי"ף, שם; שו"ת הרמ"ה, רס; ספר התרומות, מט, ה, ג;

שו"ת הרשב"א, ב, שפא; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), קלב.

95. על המשכנתא המודרנית, בה החייב ממשיך להחזיק לאחר המישכון, ראה להלן עמ'  
 328-333.

96. אולם ראה ר"י אלברגלוני, ספר השטרות, שטר מב, הסכם של אכילת פירות  
 משכנתא, אם החוב לא יפרע במועדו.

97. משנה בבא מציעא ו, ז.

98. בבלי שם, פב, ב.

מגמה למנוע שימוש במשכון היות והוא מביא לפחת ניכר בערך המטלטלין. הפסקה "ונפיש אגרייהו" מרמזת, לדעתנו, שהשכרת המשכון אינה נעשית בדרך של נכייחא אלא בתמורה ריאלית.<sup>99</sup> הראשונים התלבטו אם עסקת נכייחא מותרת במטלטלין.<sup>100</sup> בפועל כנראה שלא השתמשו בדרך זו, ובספרות השו"ת מצאנו מקרה אחד בלבד של נכייחא במטל-טלין.<sup>101</sup> הנושה לא נהנה אפוא מפירות משכון מטלטלין, וזה שימש אותו לבטוחה בלבד.

העלינו בסעיף זה שהמשכנתא לא היתה בטוחה, אלא דרך חוקית לאכילת פירות השדה על ידי הנושה. ראינו עוד שתקנת השוק מיסודו של רא"ש, אינה חלה במשכנתא.<sup>102</sup> גם הלכה זו מונעת לראות במשכנתא בטוחה יעילה. להלן נראה שההלכה המרכזית "בעל חוב קונה משכון" אף היא אינה חלה במקרקעין.<sup>103</sup> מעייננו במחקר זה הוא המשכון כבטוחה ועל כן נתייחס בעיקר למטלטלין. המשכנתא תידון רק לשם השוואה והבהרת המצב המקביל במשכון.

- 
99. למשנה מקבילה בתוספתא שם, ז, יט שזו לשונה: "אבא שאול אומר: מותר לאדם להשכיר משכונו של עני בפחות ושל עשיר אינו רשאי ליגע בו" (גרסה דומה במשנה כ"י רומי). האם השכרה "בפחות" היא נכייחא? קשה לייחס לתוספתא משמעות זו היות והסדר זה אינו נוח לחייב ומה טעם אפוא לחלק בין עני ועשיר.
100. ראה חידושי הריטב"א החדשים, שם, פב, ב ד"ה אבא שאול; תלמיד הרשב"א, שם (בתוך שיטת הקדמונים, מהדורת בלוי, ניו-יורק תשכ"ז) ד"ה רשאי. ראה עוד ש"ך, חו"מ, עב, סק"ה.
101. שו"ת זכרון יהודה, טז, שעניינו מישכון חביות. יוצאת מן הכלל היא שאלת השימוש בספרים ממושכנים שם קיים גורם נוסף של מצוות לימוד תורה, ראה: שו"ת הרגמ"ה (מהדורת אדלברג), סו.
102. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 63.
103. ראה להלן סעיף 4.3.3.

## 2. המשכון כטפל לחוב

### 1.2 עמדת התלמוד והמשפט הכללי

בשיטות המשפט הקדומות נשאה עיסקת המשכון, בשלבה הפרימיטיבי, אופי של עיקול ("forfeiture pledge"). אם החייב לא עמד במועד הפרעון, עבר המשכון כולו, אף החלק העודף על החוב, לבעלות הנושה. אחר מועד זה החייב איבד את הזכות לפדיון המשכון.<sup>1</sup> מבחינה משפטית הושגה תוצאה זו בדרך הבאה: עם מסירת המשכון, החייב העביר לנושה את הבעלות בנכס, וזכותו לפדיון המשכון נתפסה כהקנאה חדשה. הווי אומר: עסקת המשכון התבצעה בדרך של מכר חוזר. זו היתה תמציתו של הסכם ה-fiducia הרומאי.<sup>2</sup>

תפיסה זו הביאה למסקנות הבאות: א. לנושה אין זכות תביעה כנגד החייב. הוא בא על סיפוקו מיידיית, עם רכישת הבעלות במשכון. ב. אבד הנכס, אף מפאת ארוע שאינו בשליטתו של הנושה, הוא נושא בהפסד. אובדנו של נכס נופל על כתפי בעליו. הנושה יוצא קרח מכאן ומכאן, היות ואין לו יותר תביעה כנגד החייב לפרעון ההלוואה. ג. אם ערך המשכון עלה על גובה ההלוואה, הנושה זוכה ביתרה. אם דמי המשכון לא הספיקו לכיסוי החוב, הנושה מפסיד את יתרת החוב.<sup>3</sup>

1. ראה את סקירתו המקיפה של John H. Wigmore במאמר "The Pledge-Idea, A Study in Comparative Legal Ideas" 10, Harvard Law Review pp. 321, 389; vol.11, p. 18.

2. ראה: W.W. Buckland, The Main Institutions of Roman Law (Cambridge, 1931) p. 320; י' פוקרובסקי, הפרובלמות היסודיות של המשפט האזרחי (ירושלים, תרפ"ג) עמ' 176.

3. ראה: Wigmore, הערה ו לעיל, עמ' 326-327; פוקרובסקי, שם, עמ' 178.

במשך הזמן חלו שינויים לא מעטים בדיני משכון. הנושה היה מוכר את המשכון ומעביר את העודף, אם נשאר, לידי החייב. ברם עדיין היתה העסקה, בשלהי ימי הביניים, שונה באופן מהותי מהמשכון המודרני.<sup>4</sup> מסירת המשכון לנושה הסירה מהחייב את החיוב האישי לפרעון החוב. הנושה היה רשאי להיפרע באמצעות המשכון בלבד. לחייב מנגד היתה זכות לפדות את המשכון וזו הבדילה את עסקת המישכון ממכר רגיל. לחייב נשמרה זכות לפדות את המשכון אך לא חובה, והנושה לא היה רשאי להכריחו לפדות את המשכון. הנושה נשא בהפסד שנגרם מאבדן המשכון היות והוא לא היה זכאי לתבוע את החייב אישית. המשכון לא עמד בצילו של החיוב אלא בא במקומו. בשיטת המשפט המודרנית, והמשפט הישראלי בכלל,<sup>5</sup> אין למשכון קיום עצמאי וכל כולו טפל לחוב. הוא מהווה בטוחה לחוב ולא תמורה. למקבל המשכון שני סעדים כנגד החייב: תביעה אישית רגילה כאילו לא ניטל משכון ותביעה למימוש המשכון. הווי אומר: נטילת משכון אינה מסירה את החיוב האישי המוטל על החייב לפרוע את החוב, אלא באה לערוב לו.

מה עמדתו של המשפט העברי בשאלת יסוד זוג גולאק<sup>6</sup> רואה במשפט העברי התפתחות מקבילה לזו שבמשפט הרומי, בשלושה שלבים: 1. מישכון בדרך של מכר חוזר. ראייה לכך מוצא גולאק בתוספתא זו: "המוכר שדה לחבירו ואמר לו...אימתי שארצה אני נותן בה דמים ונוטלה".<sup>7</sup> התנאי האמור מלמד שזו הלוואה במסווה חיצוני של מכר.

4. ראה: R. Hübner, History of Germanic Private Law (New-York, 1968) pp. 473-5; J. Brrissaud, History of French Private Law (New-York, 1968) pp. 583-5.

5. ראה: חוק המשכון תשכ"ז-1967, סעיף 23; י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשלי"ה) עמ' 11-13; 382-379.

6. א' גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 62-66.

7. תוספתא, בבא מציעא, ד, ד.

2. הבעלות עוברת לנושה במועד הקבוע לפרעון וכנגד אי תשלום החוב. עסקה

זו מצויה בברייתא דלהלן: "הרי שהיה נושה בחבירו מנה ועשה לו שדהו מכר...". עשיית שדה כמכר מתפרשת כהסכם לחילוט המשכון אם החייב לא יעמוד בתשלום החוב.<sup>8</sup>

בשני המקרים האמורים הנושה זוכה, עם כשלון החייב לפרוע את ההלוואה, במש-  
כון אף אם ערכו עולה על שווי החוב.

3. השלב המאוחר - הנושה גובה מן המשכון רק כדי שוויה של ההלוואה.

תאוריה זו של גולאק לא עומדת במבחן הבקורת. התנאי "אימתי שארצה אני נותן בה דמים" מלמד אמנם שהסכם הלוואה לפנינו, אך הסוואת תוכנה של העסקה באה לעקוף את איסור ריבית ואין זה הסכם בטוחה.<sup>9</sup> הסכמים כאלו היו שכחים גם בתקופות מאוחרות יותר, במיוחד בארצות תוגרמה במאה הטי"ז,<sup>10</sup> ואין לראות בהם שלב מוקדם בהתפתחות המשכון. הברייתא השנייה דנה, כפי שעולה מהמקבילה המשנאית,<sup>11</sup> במקרה פרטי, כאשר הצדדים הסכימו על סעיף חילוט, ואין היא מייצגת את המשכון הטיפוסי. תמוהה יותר גישתו העקרונית של גולאק. האם די בהשוואה למשפט הכללי כדי ללמד על מוקדם ומאוחר במקורות התנאים? האם ניתן להגיע למסקנה זו ללא נתוח, לשוני או ענייני, של ההלכה התנאית מתוכה? ברי שישנם מקורות תנאיים אחרים,<sup>12</sup> שאף מובאים על ידי

8. בבלי, שם, סג, א.

9. השווה לברייתא שם, סה, ב: "מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו: 'לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור...".

10. ראה להלן פרק שני סעיף 4.3.

11. ראה משנה, בבא מציעא, ה, ג: "הלוהו על שדהו ואמר לו: 'אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי' הרי היא שלו. וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים". "עשה שדהו מכר" שבברייתא זהה לסעיף החילוט במשנה, כפי שניתן ללמוד ממעשהו של ביתוס בן זונין.

12. ראה משנה בבא מציעא ו, ז; שבועות ו, ז, ולהלן הטקסט ליד הערה 17 ואילך.

גולאק,<sup>13</sup> מהם עולה שהמשכון נשא אופי של בטוחה גרידא; והאם אפשר להסיק, על סמך ההשוואה האמורה, שכל אלה מקורות מאוחרים המה? נכון הדבר שהלכות מסוימות מבוססות על ראיית המשכון כתמורה לחוב ולא כבטוחה בלבד. אלו עוסקות באחריותו של הנושה לנכס הממושכן ונדון בהם להלן.<sup>14</sup> ברם אין מקורות אלה מוכיחים את שלביו של גולאק.

הדעה המקובלת במשפט העברי לא הכירה במשכון הנחלט כולו לנושה. בעבות שניטל מהחייב אחר מועד הפרעון, קובעת המשנה: "ומשלשים יום ולהלן מוכרן בבית דין".<sup>15</sup> לפנינו sale-pledge ולא עבות העובר לבעלות הנושה. אם נאמרו הדברים בעבות, קל וחומר במשכון בו זכותו הקניינית של הנושה פחותה.<sup>16</sup> ברם הראייה העיקרית היא ממשנת בבא מציעא "הלווהו על המשכון שומר שכר".<sup>17</sup> כשומר שכר, הנושה אחראי לנזקי גנבה ואבידה, ופטור מנזקי אונס,<sup>18</sup> ואם אירע למשכון נזק כתוצאה מאונס, הוא רשאי לתבוע את חובו מהחייב.<sup>19</sup>

- 
13. גולאק, לעיל הערה 6, עמ' 70.
14. ראה להלן סעיף 2.4.
15. משנה, בבא מציעא, ט, יג.
16. "דאדרבה טפי שייך למימר בעל חוב קונה משכון במשכנו שלא בשעת הלוואתו על ידי בית-דין, ממשכנו בשעת הלוואתו... ואם במשכנו שלא בשעת הלוואתו אינו יכול למוכרו כי אם על ידי בית דין, כל שכן במשכנו בשעת הלוואתו..." - שו"ת הריב"ש, שצו.
17. לעיל הערה 12.
18. משנה, בבא מציעא, ז, ח.
19. כך פשוטה של משנה, השווה לדברי רבי אליעזר בברייתא (בבא מציעא פא, ב; שבועות מג, ב) "המלוה את חברו על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו..."<sup>19</sup>, ולמשנה שבועות ו, ז.

מכאן - המשכון במשפט העברי אינו תחליף לתביעה האישית נגד החייב<sup>20</sup> והנושה רשאי להיפרע אף משאר נכסיו של זה. המשכון הוא שעבוד נכס הטפל לחיוב האיש של הלווה לפרוע את החוב.

אף על פי שהמשכון ההלכתי אינו שעבוד נכסים בלא חיוב אישי, אפשרות זו אינה זרה להלכה. בשני מקומות אנו מוצאים שעבוד נכסים כזה ואלו השפיעו, בתקופות מסוימות, על התפתחותו של המשכון. מוסדות אלו הם העבוס והאפוטיקי המפורש ונדון בהם בקצרה.

1. עבוס (משכון שלא בשעת הלוואתו) - העבוס הוא נכס ששליח בית דין נטל מהחייב, בגין אי פרעון החוב, ומסר לנושה.<sup>21</sup> פעולה זו באה בעקבות תביעת הנושה, היינו לאחר מועד הפרעון. לחייב זכות לפדות את העבוס בדמי ההלוואה ולכן הנכס קרוי משכון ולא פרעון גמור.

אלו סעדים עומדים לנושה המחזיק בעבוס, אם החייב אינו פורע את חובו? נראה שאין לו אפשרות לתבוע את החייב לתשלום החוב, היות ונטילת העבוס גופה באה אחרי תביעה דומה. הדרך היחידה העומדת לו היא מימוש המשכון, אם הוא מהדברים שהחייב אינו צריך להם ולא חלה מצוות "השבת העבוטי".<sup>22</sup> הווי אומר: העבוס הוא שעבוד

---

20. השיטה הרואה במשכון תמורה לחוב, אינדיפרנטית לגבי המאורע שהביא לאבדן המשכון, ובכל מקרה אין עוד לנושה תביעה אישית נגד החייב, ראה להלן סעיף 1.4.

21. על פי סוגיית הבבלי בבא מציעא קיג, א-ב, שליח בית דין בלבד רשאי ליטול עבוס מהחייב, וראה עוד מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) עמ' 31-37.

22. דעת חכמים, משנה בבא מציעא ט, יג, והלכה כמותם. אם חלה על הנושה מצווה זו אין לו אפוא כל תרופה, והוא חוזר ונוטל עבוס "כדי שלא יוכל הלווה לכפור, וגם ימהר לפרוע חובו ולבקש מעות, כי מתבייש שבכל יום ויום יחזירו משכונו" (תוספות שם, קטו, א ד"ה למה). גם בדברים אלה יש רמז לכך שהנושה אינו רשאי לתבוע את החייב והוא זקוק להסתייע ב"בושתו" של זה.

נכסים ללא חיוב אישי, והנושה רשאי להיפרע באמצעותו בלבד.<sup>23</sup> אם העבוט אבד, אף כתוצאה ממקרה אונס, אין לנושה על החייב כלום, ויצא חובו בעבוטו.<sup>24</sup> תוצאה דומה תחול כאשר הנושה לא השיג במכירת העבוט סכום המגיע לכדי ההלוואה.

2. אפותיקי מפורש - על מהותו של אפותיקי זה כשעבוד נכסים ללא חיוב אישי עמדנו כבר לעיל.<sup>25</sup> הרעיון מובע בהלכה התלמודית "שטפה נהר... אינו גובה משאר נכסים".<sup>26</sup> הוא הדין אם מכירת שדה האפותיקי אינה מכסה את כל החוב. לחייב זכות לפדות את האפותיקי בכסף, אך הנושה אינו זכאי לכופו לכך, והוא חייב לקבל את השדה המשועבדת בפרעון החוב.<sup>27</sup> התביעה שהנושה מגיש נגד החייב באה להוציא את האפותיקי מרשות החייב, אולם אין היא תביעה אישית, אלא צעד ראשון למימוש המשכון. אין פלא שראשונים אחדים התבטאו שהאפותיקי המפורש "יותר הוא משעבוד דקנוי לו דמי".<sup>28</sup>

כפי שראינו יישום רעיונות אלו במשכון ההלכתי אינו עולה בקנה אחד עם המקורות התנאיים, ואף על פי כן נמצאו להם תומכים בראשית תקופת הראשונים. השקפות אלו הורتن במשפטי העמים, והעבוט והאפותיקי המפורש שמשו הצדקה לקליטת רעיונות אלו. להוכחת דברים אלה יוקדשו שני הסעיפים הבאים.

23. זאת בדרך של מכירה ואין הוא נחלט לנושה, ראה לעיל הטקסט ליד הערה 15.

24. זו דעת ראשונים רבים, ראה: רש"י פסחים לא, ב ד"ה קונה משכון; ראב"ד בהגהותיו, שכירות י, א; רז"ה, המאור הגדול, שבועות מד, א ד"ה כתב הרי"ף ואחרים. ראה עוד שייך חוי"מ עב, סק"ט, ולהלן עמ' 119-120.

25. ראה לעיל עמ' 35-36.

26. גיטין מא, א.

27. ראה דעת ראב"ד, בשיטה מקובצת, בבא מציעא, סו, ב ד"ה ואלא אפותיקי; פסקי הרא"ש שם, פרק ה', סימן כט.

28. ספר התרומות מג, ב, ב. ראה עוד ספר העיטור, ערך פותיקי, מהדורת רמ"י

2.2 אשכנז - תחילת תקופת הראשונים

שיטה אחת בהלכות משכון השאירה את רישומה באשכנז של תחילת תקופת הראשונים.

ר' יצחק אור זרוע, מאספה הגדול של תורת אשכנז, מביא כדלקמן:

"מיכן<sup>29</sup> היה פוסק הרב ר' קלונימוס זצ"ל, דהמלווה שהלווה ללוה על המשכון, שאין בידו של מלוה לכופ את הלווה לפדות משכונו או למוכרו. מדקאמר (רשב"ג) דמשלשים יום ואילך מוכרן בבית דין,<sup>29</sup> מכלל דלרבנן אף לאחר שלשים יום אינו מוכרן כלל, אלא ימתין עד שיפדה"<sup>30</sup>.

כנראה שבעל שמועה זו הוא ר' קלונימוס הזקן בר' יצחק משפירא, שפעל בסוף המאה הי"א וראשית המאה הי"ב.<sup>31</sup> לדעתו אם הצדדים לא קבעו מועד לפרעון ההלוואה,<sup>32</sup> נטילת המשכון מתפרשת כויתור של הנושה על זכות התביעה כנגד החייב. לחייב זכות לפדות את המשכון ("ימתין עד שיפדה") אך הנושה אינו יכול לכופו לכך. הלכה כחכמים הסוברים "שאינו יכול למוכרו לעולם"<sup>33</sup>.

עמדנו על כך שהלכות אלו אופייניות למשכון הקדום במשפטי העמים, שהיה שעבוד נכסים ללא חיוב אישי.<sup>34</sup> הנושה אינו זכאי לתבוע את החייב היות והמשכון מהווה

- 
29. משנה, בבא מציעא, ט, יג.
30. פסקי אור-זרוע, שם, מט. ראה עוד: מרדכי, שם, תא; שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תש; פסקי ושו"ת רקאנטי, רצז.
31. ראה אודותיו חיים מיכל, אור החיים, ערך 1174. מסייע לזיהוי זה בר פלוגתיה, ר' יצחק בר' אשר הלוי, ראה אור זרוע, שם. על ריב"א, ראה: א"א אורבך, בעלי התוספות (ירושלים, תשט"ו) עמ' 141-148.
32. לפי ר' קלונימוס, במשכון לא חל הכלל שסתם הלוואה שלושים יום, מכות, ג, ב. ברם קביעת מועד פרעון, מתפרשת כמתן זכות לתבוע את החייב, ראה במיוחד אור זרוע, שם.
33. שו"ת מהרי"ם בן ברוך, הערה 30 לעיל.
34. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 4.

תמורתה של ההלוואה. לחייב מנגד זכות לפדות את המשכון, וזו מבדילה בין מישכון ומכר גמור. אלו אף היו עיקרי הלכותיו של המשכון במשפט הגרמני באותה עת.<sup>35</sup> ברם דעת ר' קלונימוס אינה ברורה. הוא שולל מהנושה אף את הסעד של מימוש המשכון, "אין בידו של מלווה... למוכרו". לנושה אין אפוא דרך לגבות את החוב; לא תביעה אישית נגד החייב ולא זכות להיפרע מן המשכון, והוא חייב להחזיק בו עד שיעלה רצון מלפני החייב לפדותו. הלכה זו עלולה לפגוע בשוק האשראי ש"אם כן, אם לא ירצה הלווה לפדותו או למוכרו כל ימיו, לא יתפרע המלווה ונמצאת נועל דלת בפני לוויין".<sup>36</sup> על דברי ר' קלונימוס באה "הגהת מרדכי" זו:

"ימתין עד שיפדה" - דהיינו תוך שנה, שאם אינו פודה

תוך שנה נקרא אין צריך להם ומוכרו".<sup>37</sup>

הערה זו פותרת אמנם את הקושי האמור אך אין לה כל בסיס. בדברי ר' קלונימוס המובאים בשו"ת מהר"ם בן ברוך מבואר שהנושה אינו זכאי למכור את המשכון לעולם.<sup>38</sup> יש להעיר שלדעת ר' קלונימוס ההלכה חלה גם במקרה שערך המשכון נמוך מסכום ההלוואה. אף משכון זה מהווה תחליף לתביעה האישית, תמורה להלוואה ולא בטוחה. בשו"ת מהר"ם נשמטה בטעות מילת "ואינו".<sup>39</sup>

35. ראה Hübner, לעיל הערה 4, שם.

36. ראה מהר"ח בנבנשת, כנסת הגדולה, מהדורא קמא, הגהות הטור, עג, כט.

37. לעיל הערה 30. ההגהות הן של ר' יוסף כ"ץ (פולין, המאה הטי"ז), מחבר שו"ת שארית יוסף. הן נדפסו במהדורה הראשונה של השו"ת שיצאה בחיי המחבר (קראקא, ש"נ) ונשמטו במהדורות המאוחרות. בדפוס וילנה נקבעו ההערות בצמוד לדברי המרדכי. המעיין במקור יבחין שההגה באה לענות על קושיה ממקום אחר ואינה מבוססת על ניתוח דברי ר' קלונימוס לגופם.

38. ראה הקטע המצוטט לעיל, בסמוך להערה 33.

39. השווה: כ"י בודלי 678, עמ' 370 (מס' 20593 במכון לצילום כת"י עבריים בירושלים).

דעת ר' קלונימוס צריכה תלמוד אף מאנפי אחריני. ההסבר שהוא מציע לדברי חכמים דחוק, היות וי"לא נחלקו חכמים על דברי רשב"ג פרק המקבל, אלא בעני שצריך להחזיר לו משכנו, אבל באחר לא".<sup>40</sup> חכמים טוברים שמצוות השבת העבוט מונעת מה- נושה למכור את המשכון. ברם כשזו לא חלה, כגון בחייב עשיר או בכלים שאין החייב צריך להם, הם מודים שהנושה זכאי למוכרו לאחר שלשים יום. יתר על כן, דברי חכמים נאמרו בעבוט שניטל מהחייב אחר מועד הפרעון, ובכגון דא סבורים כל חכמי אשכנז יבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור עד שיפדה".<sup>41</sup> העבוט לדעת כולם אינו בטוחה גרידא אלא תחליף לחוב, וכיצד למד ממנו ר' קלונימוס על מהותו של המש- כון?<sup>42</sup>

נראה שעמדת ר' קלונימוס הושפעה מהמשפט הגרמני לפיו נהגו יהודים בעסקיהם עם הנכרים, והעבוט ההלכתי שימש ראייה שלאחר מעשה. יתכן שהשקפה זו חדרה מלמטה למעלה, ממנהג העם לפוסקי ההלכה. ישנן עדויות שיהודים בגרמניה תפטו באופן זה את מהות המשכון,<sup>43</sup> ועקבותיה של דעה זו שרדו בפסקי חכמים.<sup>44</sup> התשובה החשובה מכולן

40. תמים דעים, נ (= שו"ת הראב"ד (מהדורת קאפח), קלא) וראה עוד דברי ריב"א

באור זרוע ובמרדכי, לעיל הערה 30.

41. תוספות קידושין, ח, ב ד"ה משכון דאחרים. ראה עוד: תוספות שבועות מד, א ד"ה שומר אבדה, בסופו; תוספות פסחים לא, ב ד"ה בדרכי יצחק ולהלן עמ' 96-97.

42. דבריו של סולובייצ'יק, במאמר: Pawnbroking, A Study in Ribbit and of the

Halakah in Exile, Proceedings, vol. 38-39, p. 203, 220 n. 33 שר' קלוני-

מוס עוסק בעבוט, ולא במשכון, נוגדים את פשט הלשון "מלוה שהלווה ללווה על המשכון".

43. ראה מעשה הגאונים (מהדורת אפשטיין) סי' פא, עמ' 70, שם הנושה לא היה יכול

להכריח את החייב לפדות את המשכון או למוכרו, ופנה לרשות השיפוטית הזרה.

ראה עוד שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, תתקעז: "קמי דידי משכן סוס לפדותו

וקיבל עליו בחרם לפדותו ועבר על החרם ולא פדאוהו". הנושה נזקק לחרם כדי

לכופ על החייב את פדיון המשכון.

44. ראה: תוספות, בבא מציעא, סה, ב ד"ה לא תמכרם; תשובת מהר"ם בן ברוך,

(המשך ההערה בעמוד הבא)

היא של ראב"ן ומן הדין להקדיש לה שורות אחדות.

לפני ראב"ן בא המקרה הבא:

"ראובן טענו לשמעון 'פרע לי מנה שהלוייתך',

ושמעון משיבו: 'לא הלוייתני כלום אלא על המשכון,

תפוס משכון עד שאפדנו'".<sup>45</sup>

טענת ההגנה של החייב מבוססת על דעת ר' קלונימוס. הוא טען שהנושה אינו

רשאי לתובעו ועליו להחזיק במשכון עד שהוא ירצה לפדותו. ראב"ן דחה טענה זו

בנימוק שהמשכון אינו פרעון מותנה של החוב ואין הוא משחרר את החייב מהחובה

לפרוע את ההלוואה. המשכון אינו "חילופי זוזי" אלא ראייה על החוב: "יכל זמן

שהמשכון קיים, לא הוי משכון אלא זכרון דברים בעלמא כמו שטר, שאם יכפור לו בחובו,

שישבע ויטול עד כדי דמיו של המשכון". המשכון אפילו אינו בטוחה וכוחו מוגבל

לדיני הראיות בלבד.<sup>46</sup>

ברם, חידוש חשוב עולה מבין השיטין: אם ההלוואה היתה בשטר, המשכון אכן

משחרר את החייב מתביעת הנושה: "אבל המלוה זוזי בשטר והניח משכון עליהם... כיון

דאיכא שטר לזכרון דברים, ודאי המשכון חילופי זוזי נינהו". במקרה זה השטר משמש

כראייה והמשכון כפרעון מותנה של החוב. מבחינה מעשית אין להערה זו משקל רב,

היות והלוואות בשטר לא היו שכיחות באירופה של ימי הביניים.<sup>47</sup> נושה הסתפק במש-

כון ולא ראה ערך בכתיבת שטר הלוואה.

שיטת ר' קלונימוס נשארה דעת מיעוט ולא התקבלה כהלכה מחייבת במשפט העברי.

(המשך הערה 44)

תשובות מיימוניות, משפטים, כג: "אבל מלוה על המשכון שאין ישראל המלוה ולא

העכו"ם נוגשים את הלווה בכלום דבר ואין להם שום אחריות עליו זולתי על

המשכון". ראה עוד להלן עמ' 249, הערה 131.

45. ראב"ן, ספר אבן העזר, קיא.

46. על הפונקציה הראייתית שממלא המשכון, ראה לעיל סעיף 1.1.

47. ראה לעיל עמ' 31, הערה 58.

מחוץ לאשכנז לא נמצאו חכמים שהחזיקו בדעה זו ואף באשכנז חלקו עליה רבים. בין החולקים: רבנו חננאל מקירואן,<sup>48</sup> רשי"י<sup>49</sup> בצרפת, ריב"א<sup>50</sup> באשכנז, ראב"ד<sup>50</sup> ור"י יצחק בעל העיטור<sup>51</sup> בפרובנס ורמב"ם.<sup>52</sup> התייחסו לסוגייה זו גם רמב"ן<sup>53</sup> ובית מדרשו.<sup>54</sup> רמב"ן הוכיח שהנושה זכאי לכופף את החייב לפדות את המשכון שברשותו, כדלהלן:

"והכי נמי משמע מדקיימא לן "המלווה על המשכון שומר שכר", ואם נאנס גובה חובו. שמע מינה דכי איתיה בעיניה, נמי יכול לכופו לפורעו, דאי לא הוי כאפותיקי מפורש שאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים".<sup>53</sup>

על טיבה של ראייה זו עמדנו לעיל.<sup>55</sup> הנושה אינו אחראי לנזקי אונס, ופטור זה מאפשר לו לתבוע את מלוא החוב מהחייב. הווי אומר: הנושה זכאי להיפרע מנכסים

---

48. מובא בספר העיטור, ערך מלווה על המשכון, מהדורת רמ"י כג, א. אולם ראה להלן עמ' 92, הערה 161.

49. שבועות, מג, ב ד"ה אבד קתא.

50. הערה 40 לעיל.

51. הערה 48 לעיל.

52. הלכות מלווה ולווה, יג, ה.

53. חידושי הרמב"ן שבועות מג, ב. ד"ה אבד קתא דמגלא; שו"ת הרמב"ן (מהדורת שעוועל), מ; ספר התרומות מט, ה, ג.

54. חידושי הרשב"א, שבועות, מג, ב ד"ה אבד; שם, מהדורת סופר, (ירושלים,

תשכ"ה) מג, א ד"ה סלע; חידושי הריטב"א, שם מד, א ד"ה אמר; חידושי הרי"ן שם ד"ה אבד; ר"ן על רי"ף, שם; ר' אברהם טאזארטי, תלמיד הרשב"א, חוקת הדיינים, (ירושלים, תש"ב) קצ. ראה עוד המאירי, בית הבחירה, שבועות מד, א ד"ה סתם הלוואה; מגיד משנה, מלווה ולווה, יג, ה.

55. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 17.

אחרים של החייב ולא רק מן המשכון. ההשוואה לאפותיקי מפורש אינה מקרית ושם הנושה זכאי להיפרע מן האפותיקי בלבד ואין לו כל תביעה אחרת נגד החייב.<sup>56</sup> ר' יעקב ברי אשר בספר הטורים הלך בעקבות רוב הפוסקים, וקבע:

"המלווה לחבירו סתם ולא קבע לו זמן, יש לו זמן

שלשים יום שאינו יכול לתובעו קודם, בין במלווה

בשטר בין במלווה על פה, בין במשכון ובין שלא

במשכון".<sup>57</sup>

מכאן - לאחר שלשים יום הנושה רשאי לתבוע את החייב בין במשכון ובין שלא

במשכון, שלא כר' קלונימוס.<sup>58</sup> דעת המיעוט אינה מוזכרת כלל.<sup>59</sup>

פסיקתו של ר' יוסף קארו בסוגייה זו אינה ברורה. לבד מההלכה האמורה

בעקבות הטור<sup>60</sup> הוא מביא סעיף נוסף שזה לשונו "אם המשכון הוא בעין ואינו שווה

שיעור מעותיו, יכול המלווה לכופו לפרוע מעותיו".<sup>61</sup> הכפילות אינה מובנת: אם

כשערכו של המשכון עולה לכדי ההלוואה, הנושה זכאי לכופו את החייב לפרוע מעותיו,

הדברים קל וחומר במשכון שערכו נמוך מגובה ההלוואה.<sup>62</sup>

56. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 25 ואילך.

57. טור חו"מ עג, א.

58. ראה בית יוסף ובי"ח שם, סק"א.

59. ראה שו"ת מהרשד"ם, ב (חו"מ), נד "ולא חש (ר' יעקב בעל הטורים) להביא סברה

מנוגדת אף על פי שדרכו להביא כל הסברות, אלא שכאן חשב סברת ראב"ד כסברת

בית שמאי במקום בית הלל שאינה משנה...".

60. שו"ע, חו"מ עג, א.

61. שם, עב, מה.

62. נושאי הכלים של שולחן ערוך לא העלו שאלה זו.

ראינו בקטע זה שהתפיסה המקובלת בהלכה רואה במשכון סעד לחיוב האישי ולא תחליף לו. הנושה זכאי להיפרע אף משאר נכסיו של החייב. נטילת המשכון מאפשרת לו לנקוט שתי דרכים: להגיש תביעה אישית נגד החייב או לממש את המשכון. ברם הנושה אינו זכאי להפעיל את התביעה כאילו לא נטל משכון. הנתבע פטור מפרעון החוב כל עוד הנושה אינו מחזיר את המשכון או מוכיח שהוא אבד.<sup>63</sup>

---

63. ראה חידושי הריטב"א, לעיל הערה 53: "ומיהו לית ליה ללווה למיפרעיה עד

דמהדר ליה משכוניה או דמשתבע עליה כדיניה".

## 3.2 מנהג נרבונה

בחבל ארץ אחר, בנרבונה שבפרובנס, צמחה שיטה מקבילה במשכנתא. עיקריה היו דומים לעמדת ר' קלונימוס במטלטלין. החייב היה מעביר לנושה את המשכנתא והאחרון היה אוכל את פירותיה. אכילת הפירות נעשתה בדרך של נכייטא כדי לא לעבור על אי-סור ריבית.<sup>64</sup> הנושה ניכה סכום קבוע מהקרן כנגד אכילת פירות של כל שנה ושנה. שאלת מהותה של המשכנתא עלתה כאשר הצדדים לא קבעו או לא הגבילו את זמן אכילת הפירות. הספק היה כיצד יש לפרש את ההסכם: האם הנושה זכאי לאחר זמן מסויים להחזיר את הקרקע לחייב ולתבוע ממנו את יתרת החוב, או שמא אינו יכול לכופף עליו את פדיון המשכנתא. לשון אחר האם הסכם המשכנתא מוריד את שעבוד הנושה משאר נכסי החייב, או לא.

חכמי נרבונה<sup>65</sup> סברו שהנושה אינו זכאי לתבוע את פרעון החוב ועליו להמשיך ולהחזיק ממשכנתא עד שהחייב ירצה לפדותה: "מנהגם שאינו יכול לכופו לפדות המשכנתא",<sup>66</sup> "הואיל ומשכונא ביד המלוה, הוה ליה האי ממונא כמאן דמטא לידיה, ושטרא לאו לגוביינא קאי אלא לזכרון דבריי".<sup>67</sup> החוב "לאו לגוביינא קאי", הנושה אינו זכאי להובעו אלא להיפרע על ידי אכילת פירות המשכנתא. החוב כאילו נפרע: "הוה ליה האי ממונא כמאן דמטא לידיה", ואכילת הפירות מהווה תמורתה של ההלוואה. המשכנתא אינה טפלה לחוב אלא באה במקומו.<sup>68</sup>

השפעת המשכנתא הנכרית על תפיסה זו גלויה לעין וראבי"ד לא ניסה כלל להסוותה:

64. על הסכם הנכייטא ראה לעיל עמ' 37-39.

65. ראשוני נרבונה, בני המאה הי"ב: ר' יצחק בן מרון הלוי, ותלמידו ראבי"י אבי"ד, מחבר ספר האשכול.

66. ספר העיטור, ערך פותיקי; מהדורת רמ"י סד, ב.

67. שו"ת הריטבי"א (מהדורת קאפח), קמז.

68. ראה עוד: שו"ת הראבי"י אבי"ד (מהדורת קאפח), קטו; ספר התרומות מט, ה, ג; פסקי ושו"ת רקאנטי, רצח.

"ובמשכונה של קרקע, במקום שאין מנהג לישראל הולכים אחר מנהג של עובדי כוכבים, והם נהגו שאם לא התנה בשעת הלוואה אינו יכול לכופו לפרוע".<sup>69</sup> קליטתה של השקפה זו לא קשתה על חכמי נרבונה, היות וגם ההלכה הכירה במוסד דומה - האפותיקי המפורש, המסיר את שעבוד הנושה משאר נכסי החייב.<sup>70</sup> באפותיקי מושגת תוצאה זו על ידי התנאי: "לא יהא לך פרעון אלא מזו", אך במשכנתא, לדעת חכמי נרבונה, אין צורך בכך. החזקת הנושה בקרקע ואכילת פירותיה מהווה ייחוד שאינו נופל מהתנאי המפורש באפותיקי: "ושמעתי מנהג נרבונא, דמשכונא מוחזקת הרי הוא לא יהא לך פרעון אלא מזו, ואפילו שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים".<sup>71</sup> הווי אומר: סתם משכנתא כאפותיקי מפורש דמי.<sup>72</sup>

ראשוני ספרד חלקו על חכמי נרבונה. רבינו חננאל קבע: "דמשכון סתם היא כאפותיקי סתם, וגובה משאר נכסים".<sup>73</sup> ראב"ד מביא: "כי מקומות יש בברצלונה ובספרד,

- 
69. תמים דעים, נ (= שו"ת הראב"ד (מהדורת קאפח), קלא). על המשפט הכללי, ראה עוד: תשובות גאונים קדמונים, נא: "ואם אין בדיני הגויים שיירד בעל המשכונה על נכסי הממשכן...". על המשפט הגרמני ראה Hübner, לעיל הערה 4, עמ' 377-378. על משמעותה של תשובת ראב"ד, ראה עוד: מי אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקור-רותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג) עמ' 57.
70. ראה לעיל ליד הערה 25 ואילך.
71. ספר העיטור, לעיל הערה 66. וראה עוד: ספר התרומות מג, ב, ג.
72. ראה עוד רמב"ן, לעיל הערה 53: "ויש למדין ממנה (ממשכון מטלטלין) למשכונת קרקע (שיכול הנושה לכפות את החייב לפרוע). ואף על פי שיש לומר התם כיון דקא אכיל פירי או בנכיתא אי בשומא כזביני הוא, אלא אם כן שטפה נהר". ראה עוד המאירי, בית הבחירה, שבועות מד, א ד"ה סתם הלוואה. לפי שיטות אלו אם שטפה נהר, הנושה רשאי לשוב ולתבוע את החייב, כמכר ולא כאפותיקי מפורש.
73. מובא בספר התרומות, לעיל הערה 71. כך סובר אף רי"ף ראה פסקי ושו"ת רקאנטי, לעיל הערה 68.

כופין על המשכנתא סתם לפדותה אחר שנה, או אחר הזמן שיפסקו זה עם זה<sup>74</sup>. החוב הוא בר תביעה אחר תקופה מסוימת והנושה זכאי להיפרע משאר נכסיו של החייב ולא רק באמצעות המשכנתא. חכמי ספרד המאוחרים הלכו בעקבות קודמיהם כדברי רשב"א: "..." גובין את הכל בין מן המשכונה בין משאר נכסים, אלא אם כן יש בשטר שלא יפרע אלא מן המשכונה, דמשכונא דין אפותיקי סתם יש לה ולא דין אפותיקי מפורשי<sup>75</sup>. על אף דברים חד-משמעיים אלה היו כנראה, אף בספרד, מנהגים שונים. נושים העדיפו על כן להדגיש בהסכם את זכותם לגבות מכל נכסי החייב<sup>76</sup>.

בספרי הפוסקים לא הובאה כלל שיטת נרבונה. המחבר פסק: "משכונא אם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם; ואם פירש לו, 'לא יהא לך פרעון אלא מזו' דינה כאפו-תיקי מפורשי<sup>77</sup>, ולא הביא דעה חולקת. להלן נראה שהלכות אחדות מבית מדרשם של חכמי נרבונה נתקבלו להלכה, ועל כך נעמוד במקום אחר<sup>78</sup>. יש לזכור שביחס להסכם הנכייטא התרוצצו מגמות נוגדות שהשפיעו על פתרון הבעייה. מחד קיימת נטייה לצמצום תחולתה של הנכייטא, היות וחלק מהפוסקים ראו בה הסכם ריבית, ולכן יש להתיר לנושה לתבוע את החוב ולהביא לידי סיום המשכנתא. מאידך התר הנכייטא מבוסס על ההפסד הצפוי לנושה אם הקרקע לא תניב פירות, ועל כך

- 
74. לעיל הערה 69. יתכן שבמשכנתא "סתם הלוואה" - שנה ולא שלושים יום ראה ש"ך חו"מ עג, סקל"ו, אולם ראה המאירי, בית הבחירה, שבועות מד, א ד"ה סתם הלוואה.
75. שו"ת הרשב"א א, אלף קמ וראה שם ג, מג. ראה גם: שו"ת הרמ"ה, רס; דעת הרא"ש המובאת אצל רבינו ירוחם, מ"שרים ל, ה; שו"ת הרשב"ש, עד.
76. ראה את נוסח השטר בשו"ת הרשב"א ב, רי: "ויהא כח ביד ראובן (הנושה) לגבות חובו בין מן המשכונה, בין משאר נכסים, לגבות מהם כל מה שיברורי ושם ג, לו: "והתנה (הנושה) שלאחר הזמן יהיה רשות בידו לתבוע חובו, או לדור בו הוא וסיעתו". לפעמים הסכימו על תנאי הפוך, ראה הקטע המצוטט בסמוך להערה 75.
77. שו"ע, חו"מ קיז, ב.
78. ראה להלן פרק שלישי סעיף 5.3.

שבמקרה זה הוא לא יוכל לתבוע מהחייב את יתרת החוב.<sup>79</sup> במשכנתא דסורא לא התעוררו קשיים. העסקה נתפסה כשכירות ולא כהלוואה וממילא הנושה אינו רשאי לתבוע מהחייב דמים. הנושה זכאי לגבות את חובו באמצעות המשכנתא בלבד,<sup>80</sup> ואף התנאה נוגדת בהסכם המשכנתא אינה תקיפה.<sup>81</sup>

ראינו בסעיף זה שני נסיונות לחזוק מעמדו של המשכון; של רבי קלונימוס במטלטלין, ושל חכמי נרבונה במקרקעין. לשיטות אלו מקבילות, ואולי שרשים, במשפט הכללי של אותה עת. ברם הם נוגדים את עקרונותיה הבסיסיים של תורת המשכון ההלכתי, ונפלטו במשך הזמן ממעגל ההלכה. גוף זה אינו יכול לקנות שביתה לזמן רב במערכת המשפט העברי, אם הוא נוגד עקרון יסוד שלה. המשכון ההלכתי טפל לחוב ומהווה בטוחה גרידא. ברם הצדדים רשאים להסכים שהנושה יוכל להיפרע מהמשכון בלבד וליצור בכך שעבוד נכס ללא אחריות אישית. אחד השמושים המעניינים של אחריות נכסים זו הוא בסוגיית הריבית. איסור זה חל רק אם מוטלת על הלווה חובה לפרוע את החוב. כאשר אחריותו מוגבלת, ולמרות שיש לו נכסים אחרים אינו חייב לפרוע מהם, האיסור אינו חל.<sup>82</sup> אחד מגדולי הפוסקים בדורנו פסק בעקבות האמור שאין איסור בנטילת ריבית מחברה בערבון מוגבל.<sup>83</sup> הוא הדין ביחיד המשעבד את ביתו במשכנתא ללא אחריות אישית.

- 
79. שו"ת הרמ"ה, לעיל הערה 75. ראה עוד: חידושי הריטב"א, כתובות צה, ב ד"ה והא.
80. שו"ת הרשב"א ג, יד (ונכפלה שם, שנד): "דמשכונה דסיפא (דסורא) דלא לגוביינא קיימא"; מגיד משנה, מלווה ולווה, ו, ח.
81. ראה: שו"ת התשב"ץ ג, קג; שו"ת הרדב"ז ו, שני אלפים קסב; שו"ת המבי"ט א, רעה; שם ב, סד. אולם, ראה: שו"ת אבקת רוכל, קיב.
82. בבלי גיטין ל, א: "כיון דכי לית ליה לא יהיב ליה, כי אית ליה נמי אין בו משום ריבית".
83. שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, ב, סג.

3. זכותו של הנושה במשכון1.3 חיוב וקניין במשפט העברי

דומה שחלוקת דיני הממונות לחיוב וקניין מקובלת על שיטות המשפט השונות. מקור החלוקה במשפט תרומי שהבחין בין *iura in personam* ל-*iura in rem*.<sup>1</sup> בעולם המשפט קיימות שתי הגדרות לאבחנה האמורה. ההגדרה הקלסית, המשתמעת מהמינוח הרומי והמקובלת על עד היום בקונטיננט, מבחינה בין זכות כלפי אדם לבין זכות בנכס פלוני. לבעל הזכות החיובית תביעה נגד פלוני למילוי הזכות, והזכות הקניינית היא "זכות חפצא - או זכות חפצית, ריאלית - שוכנת כביכול בתוך החפץ גופו".<sup>2</sup> לבעל הזכות הקניינית יחס אל חפץ, ולבעל הזכות החיובית תביעה ויחס אל אדם. במשפט האנגלו-אמריקאי ההגדרה שונה: בזכות חיובית מספר החייבים מוגדר ומסויים, ואילו בקניינית כל העולם הוא בבחינת חייב, על הכל מוטלת חובת הימנעות מהפרעה לזכותו של פלוני.<sup>3</sup> שתי ההגדרות לוקות בחסר ומעוררות קשיים תיאורטיים עד שחלק מהמשפטנים נואשו מלמצוא הגדרה מדויקת.<sup>4</sup> ברם האבחנה כוחה עימה למרות שאינה חדה עוד כמו אצל משפטני המאה הקודמת. לצידה של הבעלות קיימות זכויות קניין נוספות, הקרויות במשפט הרומי "*iura in re aliena*" או זכויות בנכסי הזנלה.<sup>5</sup> הן קנייניות. במובן זה שכוחן יפה כנגד הכל, אף כלפי בעל הנכס. הן עבירות עם הנכס ואינן פוקעות עם שינוי הבעלות בו, ומתבטלות רק בהסכמת בעל הזכות. לדוגמה ה-"*servitutes*", שעבודים כגון: זכות המעבר בחלקתו של אחר נחשבו, במשפט הרומי, לזכויות קנייניות.<sup>6</sup>

1. ראה: W.W. Buckland, The Main Institutions of Roman Law (Cambridge, 1931) p. 143.

2. לשון השופט זילברג, בע"א 208/51, הקר נ. בדש, פ"ד ח, 566, 571.

3. ראה לאחרונה: שי גנוסר, הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקותו, משפטים, ט (תשל"ט), 5, 7-9.

4. שם, הי"ש 3.

5. Buckland, לעיל הערה 1, שם.

6. ראה: W.W. Buckland and A. McNair, Roman Law and Common Law, 2nd ed. (Cambridge, 1952) p. 127.

לא נוכל לבחון את זכותו של הנושה במשכון טרם שנעמוד על יחסו של המשפט העברי לקלסיפיקציה זו. לדעת גולאק "ההבדל בין הקנין בחפץ ובין החיוב שבין אדם לחבירו, הוא כל כך הכרחי בתורת המשפטים ומונח בטבע המחשבה היורידית, עד שאי אפשר להשתמט ממנו בחקירה מדעית בדיני ממונות".<sup>7</sup> דומה שכיום היינו מהססים להשתמש במושג בלשון כה החלטית אך אין אנו חולקים על המסקנה המקובלת גם על שאר חוקריו של המשפט העברי. אצל מחברים אחדים כצורי<sup>8</sup> והרצוג<sup>9</sup> אין כמעט דיון בנושא, אך עצם חלוקת דיני הממונות ל"משפט הנכסים" ו"משפט ההתחייבות" או ל-"Law of Property" מול "Law of Obligations" מבוססת על ההנחה האמורה. גם אלבק תומך בקיומה של אבחנה זו ומגדירה בלשון זו: "זכותו של בעל זכות הקנין היא בגופו של נכס, ואילו זכותו של בעל החיוב היא כלפי חייב פלוני שימלא את הבטחתו ואין זו זכות בגוף של שום נכס".<sup>10</sup> הגדרת אלבק זהה אפוא להגדרה הקלאסית במשפט הכללי. הבעלות לדעתו, היא דוגמה טיפוסית של זכות קניינית לעומת הלוואה שהיא זכות חיובית היות ולמלווה אין זכות שמטבע פלונית תשמש להחזרת חובו "שמלווה להוצאה ניתנה".<sup>11</sup> לשווא נחפש בספרות התלמודית והביתר-תלמודית דיון בסוגיא זו. המשפט העברי עסק במקרים קונקרטיים ולא בהגדרות כוללניות ומופשטות.<sup>12</sup> יש אפוא לבדוק את הזכויות לגופן כדי להגיע למסקנה כללית.

אם נאמץ הגדרה זו נוכל להתקדם צעד נוסף ולראות במשפט העברי זכויות קנייניות מלבד הבעלות. כך השכירות היא זכות קניינית היות ו"מכר אינו דוחה שכירות"<sup>13</sup>

- 
7. א' גולאק, יסודי המשפט העברי (תל אביב, תשכ"ז) ספר ראשון, עמ' 19.
8. י"ש צורי, משפט התלמוד (וורשה, תרפ"א).
9. I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law, 2nd ed. (London, 1965).
10. שי אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל אביב, תשל"ו) עמ' 368.
11. בבלי קידושין מז, א.
12. ראה: גולאק, לעיל הערה 7, ספר שני, עמ' 5.
13. מטבע לשון של זילברג, לעיל הערה 2, עמוד 572. ראה על כך בבא מציעא קא, ב: זבניה, או אורתיה או יהביה במתנה, א"ל: לא עדיפת מגברא דאתית מיניה".

וחילופי הבעלים במושכר אינם פוגעים בזכויותיו של השוכר. " (שכירות) ביומיה מכי-  
 רה היא", קרי: השוכר רוכש במושכר זכות קניינית ולא בעלות ממש.<sup>14</sup> המשפט העברי  
 מכיר אפוא במצב משפטי לפיו פלוני הוא בעליו של נכס, ולאמוני זכות קניינית בו.  
 הזכות היא קניינית אם היא מונחת בחפץ גופו וכוחה יפה גם נגד צד שלישי. חלוקת  
 הזכויות הקנייניות לבעלות ול-*iura in re aliena* מקובלת לדעתנו גם על המשפט  
 העברי.<sup>15</sup>

הלכת רבי יצחק, "בעל חוב קונה משכון", היא ההלכה המרכזית בדיני משכון.  
 הפועל "קונה" מהווה מילת מפתח בהלכה זו ושומה עלינו לבדוק את שימושו של שורש  
 זה במקורות התלמודיים.  
 "קנה" הוא פועל יוצא משמעותו רכישת נכס בתמורה.<sup>16</sup> בלשון תורה: "השדה  
 אשר קנה אברהם מאת בני חתי";<sup>17</sup> "כי תקנה עבד עברי",<sup>18</sup> ובלשון משנה: "בנה בית חדש  
 וקנה כלים חדשים".<sup>19</sup> המשמעות המשפטית המדויקת של "קנה" היא רכישת זכות הבעלות:  
 "מכר לו עשר שדות בעשר מדינות, כיון שהחזיק באחת מהן, קנה את כולן",<sup>20</sup> והקונה  
 הפך לבעלים של עשר השדות. כך גם מתפרש המאמר: "הקונה אילן אחד בתוך של חברו  
 מביא ואינו קורא, לפי שלא קנה קרקע".<sup>21</sup>

14. ראה אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 370.

15. ראה: הרצוג, לעיל הערה 9, עמ' 319; אלבק שם, עמ' 398-399 וב- *The Principles of Jewish Law*, edited by M. Elon, Jerusalem 1975, pp. 198-199.

16. ראה אבן-שושן, המלון החדש, עמ' 2365.

17. בראשית כה, י.

18. שמות כא, ב. על משמעות נוספת בלשון מקרא, ראה נ"ה טורטשינר, על קניית

קרקע אשה ועבדים בלשון המקרא, לשוננו, יד, 49.

19. ברכות, ט, ג.

20. קידושין, כז, ב.

21. בבא בתרא, פא, ב.

כיצד יתבאר המאמר התלמודי "דבר תורה מעות קונות, ומפני מה אמרו משיכה קונה...".<sup>22</sup> כאן הנשוא "קונה" אינו נתמך במושא. יתכן וזהו קיצור גרידא "מעות קונות נכס פלוני", אך מחקר פילולוגי זה אינו מענייננו. ברי שהמונח "קנה" קיבל משמעות נוספת והיא יצירת עסקה תקיפה. "מעות קונות", פירושו: הן מעשה קנין תקף, שלאחריה הצדדים אינם רשאים לחזור בהם. מכאן הדרך אינה רחוקה לשימוש בשורש זה להתחייבויות שאין בהן כל העברה ריאלית, כגון: "כמה אתה נותן לבנך, כך וכך: לבתך, כך וכך; עמדו וקדשו קנו";<sup>23</sup> "והוא דקנו מיניה בבית דין חשוב";<sup>24</sup> ו"יאסמכתא קניא".<sup>25</sup> הפועל קנה מתייחס לא רק לנכס פלוני אלא גם לפעולה משפטית ומשמש שם כפועל עומד. אין בעל המאמר "כשם שקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה, כך שכירות נקנה בכסף ובשטר ובחזקה".<sup>26</sup> רוצה לומר שהקרקע המושכרת היא בעלת סממנים קניינים אלא שהשכירות נכנסת לתוקפה, "נקנית", באחת מן הדרכים המנויות.

כפל השימוש במילה קונה מומחש יפה בקטע התלמודי הבא:

"תנן: "הזהב קונה את הכסף" מאי לאו בחליפין, ושמע

מינה מטבע נעשה חליפין? לא בדמים. אי הכי "הזהב

קונה את הכסף", מחייב מיבעי ליה? תני: הזהב מחייב.<sup>27</sup>

תחילה סברה הסוגייה ש"קונה" מתבאר כפשוטו, רכישת הבעלות: "משמע מעכשו הכסף

קנוי לו בכל מקום שהוא שם, ואין לשון הזה נופל אלא בדבר שהוא בעין והחליף זה בזה".<sup>28</sup> מסקנת התלמוד היא שזו התחייבות ולא עסקה ריאלית. "קונה" מתפרש כתקיפות

22. בבא מציעא, מו, ב.

23. קידושין, ט, ב.

24. נדרים, כז, ב.

25. בבא בתרא, קסח, א.

26. בבא מציעא, צט, ב.

27. שם, מו, ב.

28. רשיי שם, דייה הזהב קונה.

הפעולה המשפטית ולא כרכישת בעלות, והתלמוד "אינו מגיה המשנה, אלא קונה פירושו מחייבי".<sup>29</sup> אין צורך בשינוי גרסה במשנה היות והמלה קונה מתפרשת לשתי פנים. דוגמה זו מבהירה ענין נוסף: על אף המושא הישיר, "קונה את הכסף", נדחק התלמוד ומפרש את הביטוי במובן תקיפות הפעולה המשפטית.

המלה קונה אינה אפוא חד-משמעית. כאשר רב פפי אומר "האי סיטומתא קניא" חלוקים אמוראים בפרוש דבריו: "רב חביבא אמר למקניא ממש, רבנן אמרי לקבולי עליה מי שפרע".<sup>30</sup> כשהתלמוד רוצה לומר בעלות הוא משתמש לעתים במלת הבהרה נוספת "חדא דשאלה וחדא דשכירות... דשאלה קני לגמרי, דשכירות עבד בה ימי שכירותיה ומיהדר ליה למרה".<sup>31</sup>

בשורות הבאות נעמוד על פרוש נוסף למונח "קונה", והוא רכישת זכות קניינית פחותה מבעלות, בנכס מסויים. במספר מאמרים תנאיים ותלמודיים "קנה" אינו מתבאר יפה כרכישת בעלות או כיצירת מעשה קנין תקף. נתעכב קמעא על מקרים אלו שלדעתנו אף המשכון נמנה עליהם.

א. במסכת קידושין שנינו "אמר רבא: זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי, והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול".<sup>32</sup> אין זו פעולה משפטית; המילה "קנוי" מתייחסת לסטטוס של עבד עברי ולא לדרכים שהוא נקנה בהם.

מה טיבו של "קנוי" זה? "יודאי לאו קנוי לגמרי קאמר שאם כן מה בינו לכנעני".<sup>33</sup> לאדון בעלות מלאה בעבד כנעני ולא בעבד עברי: "שהרי אין ידו כיד רבו

29. תוספות שם, ד"ה מאי לאו, וראה אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 370-371, המוכיח

מכאן שהמשפט העברי מאמץ את האבחנה בין חיוב וקנין.

30. שם, עד, א.

31. שם, לה, ב. ראה עוד יבמות, כט, ב "מאמר קונה קנין גמור".

32. קידושין, טז, א.

33. לשון המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה כל שביארנו.

במציאה ובעירוב ובפדיון מעשרי".<sup>34</sup> עבד עברי הוא אישיות משפטית נפרדת מאדונו, הוא נושא חובות וזכויות ואינו אובייקט לבעלות. על כרחנו קנוי מובנו: "שיש לו (לאדון) זכות בגופו של עבד וקנאו למעשה (ידיו) של עבד".<sup>35</sup> לאדון זכות בגופו של עבד למעשה ידיו, לשון אחר זכות קניינית בגופו של עבד. העבד אינו כפועל גרידא החב לאדון "חוב ממון עבודת שש שנים שיש עליו".<sup>36</sup> לאדון יש זכות בעבד ולא זכות כלפיו. זכות זו אינה פוקעת במחילה גרידא בלא מעשה קנין "והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחולי".

ראשונים אחדים סבורים שהמונח "גופו קנוי" מביע את הסטטוס המיוחד של עבד עברי, יהודי המותר בשפחה כנענית: "אף עבד עברי יש לרבו בו קנין אסור שהרי מתירו בשפחה כנענית".<sup>37</sup> השימוש בשרש קנה בתחום דיני איסורים מצוי כבר בתלמוד.<sup>38</sup> אלי-בא דשיטה זו אין ראייה מכאן שהמלה "קנוי" מתפרשת גם כזכות קניינית.

ב. במשנה אנו גורסים: "האשה נקנית בשלש דרכים, וקונה את עצמה בשתי דר-כים".<sup>39</sup> מינוח זה, "האיש קונה", מצוי גם בתלמוד.<sup>40</sup> אמנם הכוונה לתקיפות מעשה הקידושין, ברם עצם השימוש במונח זה ולא ב"מתקדשת" ו-"מקדש", מלמד שיחסי הבעל והאשה ניתנים להגדרה ממונית רגילה.

איזו זכות רוכש הבעל באשתו? הוא אינו רשאי למכור או להעביר אותה לאחר, או לעשות בה שימוש אחר כרצונו. על אף אלה טוען אלבק שלבעל, ומכאן שמו, זכות

34. חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה זאת אומרת.

35. המיוחס לר"י הזקן, שם.

36. רש"י שם, ד"ה למה לי שטר.

37. רמב"ן, לעיל הערה 35, ובעקבותיו רשב"א, ריטביא ור"ן, שם.

38. בבא מציעא, צו, ב.

39. משנה, קידושין, א, א.

40. בבלי, שם, ב, ב.

בעלות באשה.<sup>41</sup> אפשרות המכירה אינה לדעתו, מרכיב הכרחי בזכות הבעלות, ולענין השימוש, די בזכות לשימוש רגיל בנכס כדי להיקרא בעליו, וזכות זו מוקנית לבעל באשתו. ברם התלמוד גופו מעיד שלבעל אין בעלות גמורה באשתו. במקום אחד נאמר על האשה: "נהי דקני ליה למעשה ידיה, ידה גופה מי קני ליה",<sup>42</sup> ובמקום אחר: "ומה עבדא דקני ליה גופיה כי אמר ליה הרי את לעצמך קני גופיה, אשה דלא קני גופה לא כל שכן".<sup>43</sup>

נראה על כן שלבעל זכות קניינית בגופה של האשה, אך לא בעלות, זכות זו היא למעשה ידי האשה ושווה לזכותו של האדון בעבד עברי. אף האשה היא אישיות משפטית בפני עצמה ואינה משמשת נשוא לבעלות של אחר.

הוכחנו אם כן, שהביטוי קונה מתפרש במובן של זכות קניינית.

ג. לענין זכויותיו ומעמדו של שואל נכס מחבירו, שנינו: "אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו, בקע בו קנאו, לא בקע בו לא קנאו".<sup>44</sup> "יקנה" לא נאמר, אלא קנאו. השואל "יקנה" את הנכס המושאל, ואין מדובר בתקיפות מעשה הקנין. מסיבה זו אומר כנראה רש"י: "קנאו - עד שיכלו ימי שאילתו".<sup>45</sup> השאילה היא כמתנה על מנת להחזיר והשואל הוא בעלים לכל דבר.

ברם קשה לייחס לשואל בעלות במושאל. חיובו בנזקי אונס נובע מדיני שומרים ולא מעקרון הבעלות והפטור ביימתה מחמת מלאכה" יוכיח. אנו נוטים לומר שלשואל זכות קניינית בנכס נשוא השאילה.<sup>46</sup> זכות השימוש בנכס היא קניינית ואינה מתבטלת

41. אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 392-395.

42. גיטין, עז, ב.

43. גיטין, פה, ב; קידושין ו, ב.

44. בבא מציעא, צט, א.

45. רש"י שם, ד"ה בקע בו.

46. כך סובר אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 339-340. אולם ראה חידושי הריטב"א,

קידושין, מז, ב ד"ה הא דרב הונא.

עם העברת הבעלות במושאל. אפשרות אחרת היא ש"קנאו" זה מתפרש, למרות האמור לעיל, כמעשה קנין תקף, כפי ששמע גם מהמשך הסוגייה "למאי, אילימא לאונסין... אלא לחזרה".

ד. במשנה מסכת בבא קמא למדנו: "נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם. נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן וקלקל, חייב לשלם".<sup>47</sup>  
על משנה זו אומרת הגמרא:

"אמר רב אסי: לא שנו אלא שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לנעוץ בהן מסמר, ונעץ בהן מסמר ושיברן, אבל נתן לחרש עצים לעשות שידה תיבה ומגדל, ועשה מהן שידה תיבה ומגדל ושיברן פטור. מאי טעמא? אומן קונה בשבח כלי".<sup>48</sup>

אומן המשביח כלי קונה, אליבא דרב אסי, בשבח הכלי ופטור עקב כך מנזקיו. האומן זוכה כנראה בשבח שהשביח ולא בכלי גופו, דהיינו בחומר הגלם של המזמין אין לו חלק.<sup>49</sup>

מה מובנו של "קונה בשבח כלי"? קיימות שתי אפשרויות: 1. קונה במובן בעלות - האומן הוא בעליו הגמור של השבח, והכלי הוא אפוא בבעלות משותפת של המזמין והאומן.<sup>50</sup> חלקו של האומן בכלי שווה לערך היחסי של השבח לעומת חומר הגלם. אם הכלי נזוק האומן פטור, כדין מזיק חפץ שלו, אלא שעליו לשלם למזמין את הוצאו-תיו. 2. קונה במובן זכות קניינית - לאומן אין בעלות בשבח אלא זכות קניינית

47. משנה, בבא קמא, ט, ג.

48. בבלי, שם, צח, ב.

49. ראה שו"ת תרומת הדשן, שט.

50. ראה רש"י, בבא מציעא קיב, א ד"ה אומן קונה: "וזוכה במה שהשביחו ומשום קבלנותו יוצא לו. וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו" וראה עוד המאירי, בית הבחירה, בבא קמא, צח, ב ד"ה נתן לאומנין.

בכלי בגובה השבח. הכלי משמש לו כמשכון עד לפרעון שכרו.<sup>51</sup>

אין בידנו להכריע לטובת אחד הפירושים. די שנציין שיש חכמים התומכים בפרוש השני ולשיטתם מצאנו מקור נוסף בו הפועל "קנה" מתפרש במובן זכות קניינית.<sup>52</sup> העולה מן המקובץ הוא שהשרש קנה מופיע במקורות התלמודיים בשלוש משמעויות

שונוות:

א. רכישת זכות בעלות בנכס פלוני.

ב. רכישת זכות קניינית הפחותה מבעלות.

ג. ציון לתקיפות פעולה משפטית.

רבי יצחק השתמש במונח רב-משמעי זה כדי לתאר את זכותו של הנושה במשכון. על מובנה של מילה זו בהקשר דידן נעמוד בקטע הבא, לאחר שנברר את טיב זכותו של נושה שלזכותו שעבוד נכסים רגיל.

---

51. ראה: רמב"ן, מלחמות ה', שבועות, סוף פרק ששי; המיוחס לריטבי"א, בבא מציעא

פב, א ד"ה והא דאמרינן; קצות החשן, חו"מ, ש"ו, סק"ד.

52. ראה גם דברי התלמוד, גיטין, לח, א: "יכול לא יקנו זה את זה למעשה

ידיו...".

2.3 שעבוד הנכסים בזכות קניינית

לנושה, בהלוואה בשטר, שתי זכויות: זכות אישית נגד החייב ושעבוד כללי על נכסיו. בצד החובה האישית ("שעבוד הגוף") של החייב לפרוע את החוב, קיים שעבוד נכסים לטובת הנושה. לשעבוד זה אופי קנייני: הנושה זכאי לגבות את חובו, בהתמלא תנאים מסוימים,<sup>53</sup> גם אם הנכסים נמכרו על ידי החייב לצד שלישי. הקונה כמובן אינו חב מאומה, ברם הנכס כפוף לזכות הקודמת של הנושה. כזכות קניינית, השעבוד אינו נפקע עם חילופי הבעלות והנושה זכאי לגבות את חובו מהנכס באשר הוא שם.<sup>54</sup> שעבוד זה מיוחד להלכה ואין לו ריע בשיטות משפט אחרות. יש לו השפעה מכרעת על הלכות גביית חוב במשפט העברי. כפי שראינו נושה מוקדם בזמן עדיף על נושה מאוחר וזה אינו גובה מנכסי החייב, עד שהראשון נפרע את מלוא חובו.<sup>55</sup> זכותו של הנושה היא קניינית ואינה נפגעת על ידי זכות מאוחרת. במשפט הרומי ובשיטות משפט אחרות זכות הנושה לפרעון חובו היא אישית גרידא, ואין עדיפות לנושה אחד על רעהו. כל הנושים נפרעים יחסית לערך הלוואה.

חוקרי המשפט העברי מסכימים ששעבוד הנכסים הוא זכות קניינית.<sup>56</sup> מסקנה זו נובעת מבדיקת תוכן הזכות, מהאפשרות לגבות חוב מנכסים משועבדים, ולא ממינוח לשו-ני זה או אחר. השרש "קנה" אינו מופיע, ולו פעם אחת, בספרות התלמודית לענין

53. ההגבלה העיקרית היא "אין נפרעין מנכסים משועבדים מקום שיש בני חורין" משנה גיטין ה, א.

54. ראה אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 456-457.

55. ראה לעיל עמ' 27.

56. ראה גולאק, לעיל הערה 7, ספר שני, עמ' 10; אלבק, לעיל הערה 10, עמ'

460-461. הרצוג מהסס בנקודה זו ראה לעיל הערה 9, ספר ראשון, עמ' 345.

בעמ' 47-48, שם, מקביל הרצוג את הקנין והשעבוד התלמודיים ל-real right

ול-personal right במשפט האנגלי. ראה עוד א' ורהפטיג, למהותו של החוזה

במשפט העברי (לבעיית קנין דברים), חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים

(ירושלים, תשלי"ח) עמ' 11.

שעבודים.<sup>57</sup> ברם הראשונים השתמשו בו להגדיר את אופיו המיוחד של שעבוד הנכסים, ונסתפק בהבאת שני מקורות.

רמ"ה אומר כדלהלן:

"שעבודא דמשתעבדי ליה נכסי הלווה לבעל חוב למגבא מינייהו זוזיה, כמאן דקנינהו משעת הלוואה... וכיון דאיכא שעבוד נכסים, כל היכא דאיתנהו משתעבדי ליה לבעל חוב".<sup>58</sup>

ריטבי"א מתבטא באופן דומה:

"וטעמא דמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, משום שטבר אין הקנאה לחצאין, ושעבוד קנין לחצאין ולא חייל אנכסי דאיתנהו בשעת הלוואה... וכיון שכן כל זמן שהנכסים ברשותו, כופין אותו לפרוע לקיים מצוותו. אבל כשנתרוקנו הנכסים ליורשים או ללקוחות אינו מן הדין לגבות מהם כלל, אפילו מלוה בשטר, אלא דבמלוה בשטר עביד רבנן תקנתא".<sup>59</sup>

הביטויים "כמאן דקנינהו" ו"קנין לחצאין" בפי הראשונים, מקבילים לזכות

הקנינית בלשוננו.<sup>60</sup>

אין מקום במסגרת זו לדיון רחב יותר בשעבוד הנכסים, היות והוא נחוץ לנו רק כרקע להבנת מהותה של זכות הנושה במשכון. ראינו לעיל שהמשכון אינו מהווה תחליף לחוב אלא טפל לו. המשכון, שלא כאפותיקי מפורש, אינו מחליף את שעבוד הנכסים הרגיל אלא קיים לצידו. השאלה שאנו חייבים לתת עליה את הדעת היא, מה משמעות הביטוי "קונה משכון", אם זכותו של כל נושה קניינית היא?

57. הרצוג, שם.

58. יד-רמה, בבא בתרא קעה, ב, אות קמד, די"ה אמר עולא.

59. חידושי הריטבי"א, קידושין יג, ב די"ה אמר רב יהודה.

60. ראה להלן עמ' 96.

### 3.3 "אמר רבי יצחק... בעל חוב קונה משכון"

#### 1.3.3 מקור ההלכה

בתלמוד הבבלי מופיע חמש פעמים המאמר הבא:

"אמר רבי יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון, שנאמר

'ולך תהיה צדקה' אם אינו קונה משכון צדקה מנין לו?

מכאן לבעל חוב שקונה משכון".<sup>61</sup>

קטע הפסוק המצוטט עוסק במצוות השבת העבוט. בתורה נאמר: "השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ושכב בשלמתו וברכך, ולך תהיה צדקה לפני ה' אלקיך".<sup>62</sup> הפרשה עוסקת בעבוט ולא במשכון, עובדה שעל משמעותה נעמוד בהמשך. כיצד למד רבי יצחק את ההלכה מן הפסוק; האם אין בהחזרת המשכון כשלעצמה, שעה שלנושה זכות לעכבו, משום צדקה, ומנין שיש לנושה זכויות קנייניות במשכון? תוספות התקשו בשאלה זו, וכך תשובתם: "דלא מיקרי צדקה אלא הנותן משלו, כמו צדק משלך ותן לוי".<sup>63</sup> ניסוחו של ריטבי"א זהיר יותר: "הפירוש הנכון: דאי לאו דקני ליה והוי כדידיה, מאי צדקה עביד כשמחזיר לו משכון שלו...".<sup>64</sup> המשכון אינו לגמרי של הנושה אלא "הוי כדידיה". יש בדברים אלה לרמוז על המאוחר, ובהבדלי הניסוח ניכרת השפעת הגישות השונות בהבנת זכות הנושה במשכון.

קודם להבנת הדרשה, עלינו לזהות את בעל המאמר. שני רבי יצחק מופיעים בספרות

61. פסחים לא, ב; גיטין לז, א; קידושין ח, ב; בבא מציעא פב, א; שבועות מד, א.

הבדלי הניסוח בין המקורות השונים אינם משמעותיים.

62. דברים כד, יג.

63. ראה: תוספות, קידושין ח, ב די"ה צדקה; תוספות הרא"ש, גיטין (מהדורת וילמן)

לז, א די"ה אם אינו.

64. חידושי הריטבי"א, קידושין, ח, ב, די"ה והא דאמרינן.

התנאית והתלמודית. הראשון הוא תנא<sup>65</sup> בבלי בן הדור הרביעי, הנמנה על תלמידי רבי ישמעאל. רבי יצחק זה אינו נזכר במשנה, אך מופיע רבות בברייתות בתלמוד הבבלי, ובמדרשי ההלכה מדבי רבי ישמעאל. השני הוא רבי יצחק נפחא שנזכר בתלמודים גם ללא הכינוי. הוא בן הדור השלישי לאמוראי ארץ ישראל ותלמידו של רבי יוחנן.<sup>66</sup> ההכרעה בין השתיים אינה קלה, אף שאנו נוטים להעדיף את האפשרות הראשונה היות והמאמר מופיע כבר במקור תנאי.<sup>67</sup> גם הרב הרצוג, שלא ציין מקור לדבריו, סובר כך.<sup>68</sup> הרצוג טוען שההלכה קדומה עוד יותר, ומלשון המאמר עולה שרבי יצחק הערה את מקורה של הלכה ידועה בימיו. הווי אומר: ההלכה קדמה לדרש והפסוק הוא אסמכתא בלבד. לתפיסה זו יש השלכות מרחיקות לכת. הניתוק בין ההלכה לפסוק מאפשר לבארה באופן עצמאי, ושוב אין הכרח לומר שדינו של רבי יצחק מתייחס לעבוט בלבד.<sup>69</sup> למונח משכון היו שתי משמעויות כבר בתקופת התנאים<sup>70</sup> והשימוש למשכון של שעת הלוואה היה אפילו נפוץ יותר.

ברם תפיסת התלמוד הבבלי היא דווקנית. בתלמוד מובא שנושה גוי אינו "קונה" את משכונו של חייב שמבני ברית היות ו"הני מילי ישראל מישראל הוא דקרינא ביה ולך

---

65. ראה כתובות לה, ב: "מאן תנא דפליג עליה דר' נחוניא בן הקנה, אי רבי מאיר אי רבי יצחק". ראה אודותיו: א' היימאן, תולדות תנאים ואמוראים (ירושלים, תשכ"ד) כרך ב', עמ' 781.

66. ראה ח' אלבק, מבוא לתלמודים (תל אביב, תשכ"ט) עמ' 252-253.

67. ראה מדרש תנאים (מהדורת הופמן) עמ' 158. ברם רמז יש כאן ולא ראייה, היות ו"ימדרש תנאים" שוחזר על ידי ליקוט ממקורות מאוחרים.

68. הרצוג, לעיל הערה 9, עמ' 339. אולם ראה דברי ראב"ד בשיטה-מקובצת, בבא מציעא, קד, א ד"ה וז"ל הראב"ד.

69. ראה להלן הטקסט ליד הערה 108 ואילך.

70. ראה לעיל עמ' 3-4.

תהיה צדקה, אבל ישראל מנכרי לא קניי".<sup>71</sup> התלמוד משתמש בפסוק כדי לתחום את גבולותיה של ההלכה.

מלבד הנזכר<sup>72</sup> אין להלכת רבי יצחק מקבילות בספרות התנאים ובתלמוד הירו-שלמי. בתלמוד הבבלי אין חולק עליו והלכתו מתקבלת ללא עוררין.<sup>73</sup> העמודים הבאים יוקדשו לברורה המדויק של ההלכה. בחינה זו תערך בשני שלבים: תחילה נבאר את ההלכה מתוכה, על פי לשונה לאור משמעויותיו השונות של השרש "קנה"; לאחר מכן נבדוק כיצד השתמשו סוגיות התלמוד הבבלי בהלכה זו.

### 2.3.3 ביאור ההלכה מתוכה - ניתוח תיאורטי

אמרנו כבר שבאורה של הלכת רבי יצחק הולך אחר המילה "קונה". ראינו שלמונח זה שלוש משמעויות שונות בספרות התלמודית, והשאלה היא אפוא כיצד יתפרש בהקשר דידן. הפועל "קונה" מתייחס לחפץ מסוים למשכון, ולא לציון תקיפותה של עסקה משפטית. נותרו אפוא שתי אפשרויות:<sup>74</sup> 1. קונה במובן בעלות: לפיו המשכון

---

71. פסחים לא, ב. ברם ראה גירסת כ"י מינכן: "הני מילי ישראל מישאל, דקרינא ביה הוא דקני אבל...". ראה רבינוביץ, דקדוקי סופרים, שם, המעיר שהמלים "דקרינא ביה" מחוקות ולפי זה ההלכה לענין נכרי אינה סומכת על המקרא. ברם עיון בתצלום כתב היד אינו מראה על מחיקה.

72. ראה הערה 67 לעיל. הנוסח במדרש תנאים זהה לנוסח הבבלי.

73. ראה גירסת רבינו חננאל (על הדף בדפוס וילנה) פסחים לא, ב "וכי דר' יצחק תנאי היא? ודקדוקי סופרים שם, אות מ'. ראה עוד רמב"ן, מלחמות ה', שבועות, סוף פרק ששי: "במילתא דר' יצחק ליכא פלוגתא והלכה פסוקה היא ואפילו בתנאי לא בעי לאוקמה בגמרא".

74. על אף האמור לעיל בסמוך להערה 29.

עובר לבעלותו של הנושה. 2. קונה במובן זכות קניינית: לנושה זכות קניינית פחותה מבעלות בגופו של המשכון. נעסוק עתה בהרחבה בשתי אלה.

א. שיטת הבעלות - כאמור, הנושה הופך לבעליו של המשכון כבר בשעת ההלוואה. מנגד לחייב ישנה זכות לפדות את המשכון, שאם לא כך אין זה מישכון אלא מכר רגיל. לנושה אין אפוא בעלות מוחלטת במשכון, והחייב יכול לאכוף עליו ביצוע מכר חוזר. אף על פי כן, בתקופת הביניים שבין ההלוואה לפרעון, הנושה נחשב כבעלים גמור של המשכון. ההלכה מכירה במוסד דומה והוא הימתנה על מנת להחזיר<sup>75</sup> כאשר הנותן משאיר בידו זכות לכפות על המקבל את החזרת המתנה. לפי פשוטה של סוגייה, עד למימוש אופצייה זו, מקבל המתנה נחשב לבעליו של הנכס.<sup>76</sup> הנושה אינו רשאי למכור את המשכון מכירה גמורה היות והנכס כפוף לזכות הפדיון של החייב והנושה אינו יכול להעביר יותר משיש לו. גם השימוש במשכון אסור על הנושה על פי הלכות ריבית, אם הנאת השימוש אינה מנוכה מהקרן.<sup>77</sup> השאלה היא אם ניתן לראות בנושה בעלים של משכון, בהעדר זכויות אלו. לנו נראה שאין הזכויות האמורות מרכיב הכרחי בהגדרת הבעלות. מקבל ימתנה על מנת להחזיר<sup>78</sup> בעלים ייקרא, על אף שהנכס עומד לחזור לנותן בעל נכס שהשכירו לתקופה ארוכה, לא יוכל עוד להשתמש בו וכלום יעלה על הדעת לומר שאינו נחשב לבעליו של החפץ. מנגד יתכן שהמשקל המצטבר של גורמים אלה מובע מלראות בנושה בעליו של המשכון.<sup>78</sup> תשובה מדויקת וחד-משמעית לא נמצא במקורות, היות והמשפט העברי לא עסק מעודו בהגדרות כוללניות ומופשטות, וגורלה של הבעלות לא שפר.

לעיל הוכחנו שהמשכון טפל לחוב ואינו תחליף לו.<sup>79</sup> עקרון יסוד זה אינו

75. בבלי קידושין ו, ב.

76. ראה, ר' אביגדור כ"ץ, שו"ת הרא"ש, לה, ב, 1: "קנין הגוף לשעה מיקרי... דכל כמה דלא אהדריה חשוב ממוניה...".

77. ראה להלן עמ' 214.

78. ראה עוד להלן הטקסט ליד הערה 94.

79. ראה בהרחבה סעיף 1.2.

עולה בקנה אחד עם ראיית הנושה כבעלים. אם הנושה זוכה מיד בבעלות המשכון מה לו עוד להלין על החייב? הוא קיבל בעלות בתמורה להלוואה והחייב האישי של החייב צריך לפקוע.

הטענה העיקרית נגד שיטת הבעלות היא כדלקמן. אם הנושה הוא בעליו של המשכון, עליו לשאת בכל הנזקים שנגרמו לו; ההפסד נופל על כתפי הבעלים, אם אחר לא קיבל עליו אחריות שמירה. אם כך, מה טעם "הלווהו על המשכון שומר שכר"<sup>80</sup> גרידא, ונזק שאירע כתוצאה ממקרה אונס נופל על החייב? נראה שדי בטענות אלו לשלול את התאוריה של בעלות הנושה במשכון. המשכון הוא בטוחה ולא פרעון, והבעלות נשארת בידי החייב. ואכן הפוסקים ומפרשי התלמוד נמנעו מלייחס לנושה בעלות במשכון.<sup>81</sup> לא כך סבר ר' אביגדור כ"ץ, מחכמי וינה במאה הי"ג:

"...משכון אף על גב דלענין אונס לא קאי ברשותיה, מיהו כיון שהלווהו עליו, ומסרו לו על מלוה זו, זכו לו מעותיו להיות שלו, דדבר תורה מעות קוננות אלא שעומד לחזרה, וכי יהיב ליה זוזי הדר שקיל ליה מיניה"<sup>82</sup>.

ר' אביגדור לא התמודד עם הבעיות דלעיל ולא הביא טעם לאבחנה בין אחריות הנושה באונס לשאר עניינים. מנגד, סוגיית התלמוד במסכת קידושין, עליה הוא סומך, מתפרשת באופן אחר.<sup>83</sup> לא מצאנו אחרים שהצטרפו לדעה זו.

תאוריית הבעלות ניתנת ליישום באופן שונה. המשכון אינו עובר לבעלות הנושה כבך במועד ההלוואה אלא רק לאחר מועד הפרעון, אם החייב לא פרע את החוב. לנושה אין

80. משנה בבא מציעא, ו, ז. ראה עוד משנה שבועות, ו, ז.

81. על עבוט ראה להלן הטקסט ליד הערה 185 ואילך.

82. לעיל הערה 76, שם.

83. ראה להלן עמ' 227-232.

בעלות מיידית ברת-ביטול אלא זו מותנית עד לאחר מועד הפרעון. תנאים אלו מוכרים כ-*condition subsequent* ו-*condition precedent* במשפט האנגלי,<sup>84</sup> וכ"תנאי מפסיק" ו"תנאי מתלה" בלשון חוק החוזים.<sup>85</sup> פרוש זה לדברי רבי יצחק עוקף את הקשיים דלעיל היות ועד מועד הפרעון, הנושה אינו בעליו של המשכון. המשכון אינו פרעון ותמורה מיידית אלא בטוחה גרידא, ואחריות הנושה היא כשל שומר ולא כבעלים. ברם אין לקבל תאורייה זו כפשוטה, שהרי בכל שעבוד נכסים הלכה היא: "בעל חוב... מכאן ולהבא הוא גובה",<sup>86</sup> והנכס עובר לבעלות הנושה לאחר מועד הפרעון, כשבית דין מסרוהו לו בחובו. מה אפוא ייחודו של מקבל המשכון שרק בו נאמר "קונה משכון"? על כרחנו "קונה משכון" מתפרש כזכייה בבעלות למפרע משעת הלוואה, וכאשר בית הדין מעבירים לנושה את המשכון בפרעון החוב, הוא נחשב לבעליו רטרואקטיבית משעת ההלוואה. תנאי מסוג זה, אינו מוכר אולי למשפטן האמון על שיטות משפט כל-ליות, אך אינו זר למחשבה התלמודית. אביי סובר כך בכל שעבוד נכסים: "בעל חוב למפרע הוא גובה",<sup>86</sup> היינו: "גבייתו שגבה עכשו, איגלאי מילתא דמשעה שהלווהו עמדו נכסים הללו בחזקתו".<sup>87</sup>

אם נפרש בדרך זו את "קונה משכון" תהיה זו למעשה החלת דברי אביי במשכון. לשון אחר, במשכון רבא, שהלכה כמותו, לא יחלוק על אביי, ד"ימהניא ליה (לנושה) תפיסתו וגבייתו שהוא גובה אותו בחובו, שיהא קנוי לו מזמן הלוואתו ואף על גב דלא אמר ליה מעכשו...".<sup>88</sup>

84. G.C. Cheshire and C.H.S. Fifoot, The Law of Contract, 8th ed. (London, 1972) pp. 116-118.

85. ראה חוק החוזים (חלק כללי) תש"ל-1973, סעיף 27. ס.ח. 694, תש"ל, עמ' 118.

86. פסחים ל, ב.

87. רש"י שם, ד"ה אביי.

88. רז"ה, המאור הקטן, פסחים, שם.

הקושי בשיטה זו הוא בכך שבתקופת הביניים שבין ההלוואה לפרעון, לנושה אין כל זכויות בנכס. לשון אחר - דינו של רבי יצחק אינו חל אם החייב פדה את המשכון.<sup>89</sup> אמנם מאוחר יותר עשוייה זכותו להתברר למפרע, אך בשעה זו אין לו עדיפות על נושה רגיל. להערה זו נשוב עוד להלן.

ב. שיטת הזכות הקניינית - הלכת רבי יצחק מעניקה לנושה, עם נטילת המשכון, זכות קניינית הפחותה מבעלות. לנושה זכות בגופו של המשכון כדי החוב, להיפרע ממנו מעותיו. כזכות קניינית היא עצמאית והנושה אינו צריך עוד להסכמתו של החייב. יש לו כביכול זכות בנכס גופו ולא כנגד החייב, ועל כן הוא יכול לממש את הזכות ולמכור את המשכון ללא תלות בחייב. "בעל חוב קונה משכון", קרי: רוכש בו זכות קניינית.

עמדה זו מובעת בבהירות על ידי ר"י מגאש, ואלו דבריו:

"ואם תאמר, והאמר ר' יצחק: 'מנין לבעל חוב שקונה משכון' קאמר, אלמא לגופיה הוא דקני ליה, וכיון שכן... אפילו איתניס נמי נימא 'אבד משכון אבדו מעותיו' דהא מקנה קנה ליה גופיה, ולדידיה הוא דאיתביד לדידיה הוא דאיתניס... הא ליכא למימר, דאי סלקא דעתך רבי יצחק מקנה ממש קאמר, אלא מעתה היכא דבעי ליה למפרקיה למשכוניה הכי נמי דלא מצי פריק ליה, אם כן המלוה על המשכון קרית ליה, קונה הוא

אלא לאו שמע מינה, מדקא קרי ליה מלוה מכלל דאי בעי למפרקיה למשכוניה מצי פריק, וכיון דמצי פריק, ממילא שמעת דהא דקאמר ר' יצחק... לאו מקנה גופיה ממש הוא, אלא לאשתעבודי ליה בחוביה הוא דקא קני ליה, דהוי ליה מקנה זכותא בעלמא, והכי קאמר מנין לבעל חוב שקונה זכות במשכון...

89. השווה תוספות פסחים לא, ב די"ה אלא הכא במאי עסקינן.

אף על גב דלא מקנה ממש קא קני ליה לגופיה, מכל מקום הא קני ביה זכותא בעלמא, משום דהא קא משתעבד ליה, והוה ליה כמאן דקני גופיה לההיא זכותא... כדאמרינן התם קנה דקל לפירותיו שהוא קנין בגוף הדקל לפירותיו".<sup>90</sup>

דבריו של ר"י מגא"ש כאילו ויצאו מעטו של משפטן מודרני. הנושה רוכש במש- כון זכות קניינית, "דקני גופיה לההיא זכותא", אך לא בעלות. ר"י מגא"ש מעלה שני ארגומנטים נגד ראיית הנושה כבעליו של המשכון: 1. כבעלים על הנושה לשאת בכל נזקי המשכון אף אלו שארעו כתוצאה מאונס היות: ו"לדידיה הוא דאיתביד לדידיה הוא דאיתניסי". ההלכה, לעומת זאת רואה בנושה שומר שכר בלבד. על טענה זו עמדנו לעיל. 2. אם הנושה נחשב לבעלים של המשכון מדוע הוא נקרא מלוה על המשכון ולא קונה. על טענה זו ניתן להשיב שגם תאוריית הבעלות אינה שוללת את זכות החייב לפדות את המש- כון, וכפי שראינו זכות זו מבדילה בין מישכון למכר גמור.<sup>91</sup>

בעל הנתיבות מוסיף דברים נגד תפיסת הבעלות: "כי לענין מה הוא שלו, כיון שאינו יכול למוכרו... וגם אינו יכול להשתמש בו... , ואם כן לאיזה דבר הוא שלו. ולא מצינו דבר שאינו יכול למוכרו ולא להשתמש בו שיהיה נקרא שלו, ואין השכל הולמתו".<sup>92</sup> דברים אלה מובאים, תוך הסכמה, על ידי אלבק ובסיוע טענה נוספת גם הוא שולל את תפיסת הבעלות.<sup>93</sup> ברם ראינו לעיל<sup>94</sup> שנחיצותם של מרכיבים אלה בהגדרת הבעלות מוטלת בספק. אלבק עצמו אומר במקום אחר: "... וכן אין לומר שכיון שהבעל אינו יכול למכור את זכותו באשה אין לו בה קנין בעלות, שכן, ראשית... ושנית גם דבר שאין הבעלים יכולים למכור הוא שלהם, כגון קרקע בזמן היובל".<sup>95</sup>

90. חידושי ר"י מיגא"ש, שבועות, מג, ב ד"ה נקטינן.

91. ראה לעיל בסמוך להערה 74.

92. נתיבות המשפט, חלק הביאורים, שו"ע, חו"מ, עב, סק"ה.

93. אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 480.

94. ראה הטקסט ליד הערה 77 ואילך.

95. אלבק שם, עמ' 394.

על כל פנים אלבק סובר שלנושה זכות קניינית במשכון ולא בעלות, כדרכו של ר"י מגא"ש. המשכון, לדעת אלבק, הוא: "זכות קנין בגופו של הנכס, אבל אין בו יותר ממה שיש באחריות נכסים ובאפותיקי, שכן אף הוא אינו אלא זכות קניינית בנכס שאינו ברשותו של בעל הזכות להשתמש בו ואף אינו יכול ליהנות ממנו כשאינו ברשותו".<sup>93</sup> אלבק מדגיש שהמשכון אינו עדיף על אחריות נכסים ואפותיקי. הקושי הוא אם אין במשכון יותר מאשר בשעבוד רגיל, מדוע רק לגביו השתמש התלמוד בשרש "קנה". באחריות נכסים התלמוד הקפיד להשתמש במונח "שעבוד" ולא הביא, ולו פעם אחת, את השרש "קנה". השאלה מחריפה עקב המסקנה, עליה עמדנו לעיל, שאחריות הנכסים אף היא זכות קניינית.

אלבק הרגיש בקושי זה, וענה: "והוא הדין קנין משכון שבדברי רבי יצחק. אף לשון זו לא באה אלא להוציא מדעת מי שירצה לומר שיש כאן רק התחייבות הלווה לפרוע את החוב למלווה בדרך מסוימת ולא זכות קנין בגוף המשכון שאינה תלויה בלווה... בלי דרשתו של רבי יצחק היה אפשר לומר שדינו של המשכון שווה לדין הפקדון ביד שומר חינם או שומר שכר שאין להם בפקדון זכות קנין כלל אלא מוטל עליהם חיוב שמירה גרידא".<sup>96</sup>

דומה שעדיין לא הותרו כל הספקות. ראינו לעיל שנטילת משכון מטלטל באה לשם בטוחה ולא כקביעת דרך מסוימת לפרעון.<sup>97</sup> לעתים רחוקות, בחפץ נדיר במיוחד, יהיה לנושה אינטרס להיפרע באמצעות מטלטל מסוים. גם בלי הלכת רבי יצחק לא היינו רואים בנטילת משכון, הבעת רצון להיפרע דווקא ממנו. הטרחה והאחריות שבשמירת המשכון אינם כדאיים; החזקה במשכון מטילה על הנושה חובות ואינה מקנה לו, לדעת אלבק, זכויות יתר על שעבוד נכסים ואפותיקי.

כמובן שאף אנו מסכימים שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות, ברם זו עדיפה לדעתנו, על זכות הנושה בשעבוד נכסים ובאפותיקי. המשכון כאפותיקי, להב-דיל מאחריות הנכסים, הוא זכות בנכס מסוים, והוא יתר עליו היות והוא מוחזק בידי

<sup>96</sup>. שם, עמ' 482-483.

<sup>97</sup>. ראה לעיל, סעיפים 3.1 ו-4.1.

הנושה. לא כל תפיסה פיזית מלווה ביסודות קניינים, כפי שמצביע אלבק בצדק על מעמדם של שומר חינם ושומר שכר, ברם צרוף שתי אלה, הספציפיות והחזקה הפיזית, גורמות לחיזוק זכותו הקניינית של מקבל המשכון. להלן נראה שהחזקת הנושה במשכון מאפשרת לו לממשו בלא הסכמת החייב.<sup>98</sup> ההודעה לחייב לפני מימוש המשכון, נועדה לתת לו הזדמנות אחרונה לפדות את המשכון ואין היא תנאי מוקדם לעצם זכות המימוש. תפקיד בית דין בהליך זה הוא טכני בעיקרו - שומת הנכס, ולא מתן רשות למכור את המשכון.<sup>98</sup> עוד נראה שהחזקת הנושה במשכון מאפשרת לו להמחות את החוב. בלעדיו החזקה זו היה מעמדה ותוקפה של המחאת החוב חלש ובר-ביטול.<sup>99</sup>

תמיכתנו בדיעה שהנושה רוכש עם המסירה זכות קניינית במשכון, אינה מונעת מאתנו לתת משמעות נוספת לדברי רבי יצחק. התיאוריה דלעיל, שהנושה זוכה, לאחר מועד הפרעון, בבעלות רטרואקטיבית במשכון, משלימה את שיטת הזכות הקניינית. הנושה רוכש בשעת ההלוואה זכות קניינית פחותה מבעלות, ולאחר מועד הפרעון, אם החייב לא פרע את החוב ובית דין החליטו את המשכון לנושה, הוא נחשב לבעלים כבר משעת ההלוואה. ממד נוסף זה מטביר אף הוא מדוע כאן, ולא בשעבוד נכסים רגיל, השתמש התלמוד במונח "קונה".

עלינו להודות שפרוש "קונה", שבדברי רבי יצחק, כזכות קניינית אינו מתיישב לכאורה עם הדרשה מהפסוק. ראינו לעיל<sup>100</sup> שנתנת צדקה יכולה לבוא מממונו של הנותן, ועמדה זו מתאימה לתאוריית הבעלות בלבד. אם הנושה רוכש זכות קניינית בלבד והמשכון נשאר בבעלות החייב, מה צדקה היא זו, "שהרי הוא של הלווה ואין המלווה אלא שומר עליו, וכי שומר שיחזיר הפקדון לבעליו צדקה יהיה לו, ומה צדקה שייך בזה".<sup>101</sup>

98. ראה להלן פרק רביעי סעיף 2.4.

99. ראה להלן פרק שלישי סעיף 2.3.

100. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 63.

101. ראה ש"ך, שו"ע, חו"מ, עב, סק"ט.

שתי תשובות בדבר. ראשית, ראינו לעיל גישה שההלכה "בעל חוב קונה משכון" קדמה לדרש והפסוק מהווה אסמכתא בעלמא. אין הכרח אפוא לקיום חפיפה מוחלטת בין ההלכה והפסוק. שנית, הדעה שהלכת רבי יצחק מתייחסת גם לתקופה שלפני מועד הפרעון, הווי אומר: למשכון ולא רק לעבוט, בודאי שאינה סומכת על הפסוק שממנו משמע ההפך.<sup>102</sup>

לסיום עלינו להוסיף הערה אחת מחוץ לפרוש הלכת רבי יצחק. השינוי החשוב שהכניס ראי"ש בהלכות משכון<sup>103</sup> מחזק את זכותו הקניינית של הנושה. מקבל המשכון עדיף מעתה על נושה רגיל המוקדם לו בזמן. זכות קניינית ספציפית מאוחרת גוברת אפוא על זכות קניין כללית מוקדמת. הלכה זו מהווה טעם נוסף לנטילת משכון.

---

102. ראה להלן ליד הערות 108 ו-131.

103. ראה לעיל עמ' 32.

### 3.3.3 באור ההלכה על פי סוגיות התלמוד

#### 1.3.3.3 "משכון בשעת הלוואתו" ו"משכון שלא בשעת הלוואתו"

אחרי נתוח האפשרויות העיוניות והצגת יתרונותיה וחסרונותיה של כל שיטה, נבדוק את השימוש שעשה התלמוד הבבלי בהלכת רבי יצחק. בדרך זו נעמוד על פרוש התלמוד למאמר זה. קודם לכך יש להסיר מכשול מדרכנו, ולקבוע את הקפה של ההלכה ותחולתה. הלכת רבי יצחק נשנתה בבבלי חמש פעמים שהן ארבע,<sup>104</sup> במסכתות: פסחים, גיטין, קידושין, בבא מציעא ושבועות. במסכת שבועות ובמקבילה בבא מציעא אנו גורסים כדלהלן: "אימר דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו, אבל במשכנו בשעת הלוואתו מי אמרו?"<sup>105</sup> לפי סוגיות אלו, דברי רבי יצחק נאמרו בעבוט, הוא "המשכון שלא בשעת הלוואתו", ולא על המשכון נשוא מחקרנו, שהחייב מוסר לנושה כבטוחה במועד ההלוואה. הביטויים "בשעת הלוואתו" ו"שלא בשעת הלוואתו" עלולים להטעות היות והדגש האמיתי אינו על מועד הנטילה אלא על מהותה.<sup>106</sup> משכון שהחייב מסר לנושה מרצונו לאחר מועד ההלוואה, ואולי אף לאחר שעת הפרעון,<sup>107</sup> הוא משכון של "שעת הלוואה". המשכון ההסכמי ניטל בדרך כלל בשעת ההלוואה, היות והנושה אינו מוכן להלוות באשראי גרידא, ומכאן השם הכולל לכל משכון מסוג זה. "משכון שלא בשעת הלוואתו" הוא נכס של החייב שבית דין מגבים לנושה. הנכס נלקח מהחייב ללא הסכמתו, מכח סמכותו של בית הדין. פעולת בית הדין באה בעקבות תביעת הנושה, הווי אומר: לאחר מועד הפרעון. הנכס שניטל קרוי משכון ולא פרעון גמור היות ולחייב עומדת זכות לפדותו בדמים.

104. ראה להלן עמ' 143-144.

105. בבא מציעא פב, א; שבועות מד, א.

106. ראה משנה למלך, שכירות י, א.

107. ראה נתיבות המשפט, חלק הביאורים, שו"ע, חו"מ, עב, סק"ו. ראה עוד M.J.

Flörshheim, Das Pfand nach Talmudrecht, Zeitschrift für Vergleichende

Rechtswissenschaft bd. 32, 1915 p. 103, 141 n. 87.

מה טעם אבחנה זו בין עבוט למשכון?

אפשר לומר בפשטות<sup>108</sup> שהפרשה בתורה ממנה נלמד דינו של רבי יצחק עוסקת בעבוט בלבד. בתורה נאמר "כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. בחוץ תעמד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה".<sup>109</sup> תוכן הכתובים מורה ברור שמסירת המשכון נכפתה על החייב. הנושה בא ליטול מנכסי החייב, בגין אי פרעון חוב, כשפעולת ההלוואה התבצעה בעבר "כי תשה ברעך...".<sup>110</sup>

ברם אפשר ורצוי ליתן טעם לחילוק בדרך הבאה. העבוט ניתן לנושה כדי שזה יגבה ממנו את חובו. הנושה זכאי למכור את העבוט אם הוא אינו מהדברים ש"עושין בו אוכל נפשי".<sup>111</sup> מנגד, ראינו לעיל שמטרת נטילתו של משכון, בתקופת התלמוד, אינה ברורה. ערכו של המשכון כבטוחה לא היה מוחלט והוא היה כפוף לדיני הקדימה בהלכות גביית חוב.<sup>112</sup> בתלמוד נשמעה סברה שמשכון אינו ניטל לגוביינא אלא לזכרון דברים בלבד, לשמש בידי הנושה ראייה על החוב, ולשם כך אין צורך שהנושה "יקנה" את המש-  
כון. העבוט לעומתו, מיועד למכירה ע"י הנושה ויעילות פונקציה זו תיפגע אם לתפיסת הנושה במשכון לא יתלוו סממנים קנייניים. דברי רבי יצחק על אופיו הקנייני של המש-  
כון, נאמרו אפוא על עבוט בלבד.

קשה לקבל את האבחנה מבחינה לשונית. למילה משכון היו שתי משמעויות, בין בתקופת התנאים ובין אצל האמוראים,<sup>113</sup> ואם היה ברצונו של רבי יצחק למעט את המשכון ההסכמי, לא היה סותם את דבריו.

108. ראה רש"י בבא מציעא פב, א ד"ה אימור; שבועות מד, א ד"ה כנ"ל.

109. דברים כד, י.

110. ראה לעיל עמ' 3.

111. משנה בבא מציעא ט, יג.

112. ראה לעיל עמ' 28-29.

113. ראה לעיל עמ' 3-4.

כנגד הסוגיות האמורות, עומדות סוגיות פסחים וגיטין. בפסחים<sup>114</sup> השתמשו

בדברי רבי יצחק לבאור המשנה שלשונה הוא: "נכרי שהלווה את ישראל על חמצו..."

וישראל שהלווה את נכרי על חמצו".<sup>115</sup> "הלווה על" פרושו שהמשכון ניטל בשעת

הלוואה.<sup>116</sup> כך גם במסכת גיטין, המשנה "המלווה על המשכון אינו משמטי",<sup>117</sup> בוארה

על פי דינו של רבי יצחק.<sup>118</sup> סוגיית קידושין היא לכאורה ניטרלית והלשון: "קדשה

במשכון מקודשת, התם במשכון דאחרים וכדברי יצחק...".<sup>119</sup> אינה חד-משמעית. ברם אי

הזכרת האבחנה מלמדת לדעתנו על שלילתה: "דהכא משמע דמילתיה דרבי יצחק אמרי בכל

ענין, בין משכנו בשעת הלוואתו, בין משכנו שלא בשעת הלוואתו, שהרי בסתמא אמרי

הכא".<sup>120</sup>

כיצד ניישב סתירה זו בין סוגיות התלמוד? החוקר התלמודי מסתפק בקביעה

שאלו סוגיות מוחלפות.<sup>121</sup> המשפטן, כרעהו פוסק ההלכה, חייב לקבוע נורמה אחת של

התנהגות.

שאלה זו הטרידה כבר סבוראים<sup>122</sup> וגאונים.<sup>123</sup> הראשונים נחלקו להלכה; חכמי

114. פסחים לא, ב.

115. משנה פסחים ב, ג.

116. ראה בבא מציעא פא, ב "ולא קשיא כאן שמשכנו בשעת הלוואתו, כאן שמשכנו שלא

בשעת הלוואתו. והא אידי ואידי הלווהו על המשכון קתני". ראה עוד תוספות

גיטין לז, א ד"ה שאני, ולהלן עמ' 145.

117. משנה שביעית י, ב.

118. גיטין לז, א.

119. קידושין ח, ב.

120. מרדכי, קידושין, תפו.

121. ראה י"ב אפשטיין, מבואות לספרות האמוראים (ירושלים, תשכ"ג) עמ' 99.

122. ראה חידושי הרמב"ן, שבועות מד, א ד"ה הי"ג. אצל ראשונים אחדים נכנסה

קושיית הסבוראים לטקסט התלמודי, ראה: רבינו חננאל, שבועות שם (נדפס על

הדף בדפוס וילנא); חידושי ר"י מיגאש שם ד"ה הא דאמר שמואל.

123. על שיטת הגאונים ראה להלן סעיף 5.

אשכנז, צרפת ופרובנס מזה וחכמי ספרד מזה. הראשונים העדיפו את סוגיות שבועות ובבא מציעא על אלו שבפסחים וגיטין.<sup>124</sup> רזייה מסביר בחירה זו: "ויש מי שסובר לדחות ההיא דשבועות, ולהעמיד דברי רבי יצחק בכל משכון, אפילו שמשכנו בשעת הלואתו. והאי סברא ליתא, דלא עקרינן אוקמתא דשמעתא דאוקמתא בדוכתא גבי הלכתא דדיני, משום אוקימתא דעלמא, דנסבי לה בגיטין אגב גררא דשמיטה".<sup>125</sup> סוגייה במקומה עדיפה על סוגייה שהענין נדון בה אגב אורחא. יש בדברים אלו הודאה שהסוגיות חלוקות,<sup>126</sup> אך דרכם של המפרשים מאוחרים להתאים ולהשוות סוגיות הפוכות. ראשונים אלו יצטרכו לומר שהסתמכות הסוגיות בפסחים וגיטין על דברי רבי יצחק אינה מוחלטת.

מנגד חכמי ספרד ראו בסוגיות פסחים וגיטין עיקר. גם הם ניסו ליישב את ההדורים וסוגיית שבועות פורשה על ידי רמב"ן בדרך זו: "ואפשר לומר, דהא דאמרינן הכא מי אמר, לאו למרמא דלא אפשר למימר הכי, אלא הכי קאמר: מי שמעת ליה הא מילתא בהדיא, ומיהו אם הוצרכנו לתרץ כן אמרינן דבכל ענין אמרה, אף על גב דקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו כתיב, גמרינן מיניה... ויש בתלמוד כיוצא בזה שהוא מקשה קושיא על דרך הספק...".<sup>127</sup> הדוחק בדברים אלו בולט לעין. רמב"ן עצמו הציע אותם כ"אפשר לומר". רשבי"א הביע את היסוסיו באופן גלוי "... אלא שהלשון אינו מתיישב בעיני היטב, דכל כי האי גוונא בלישנא דהניחא אי אית ליה הכי קא נסיב ליה תלמודא, אי נמי באימר דשמעת ליה".<sup>128</sup> למרות האמור הלכו רשבי"א וחכמי ספרד בדרכו של רמב"ן.<sup>129</sup>

124. ראה: רש"י במדכ"י, שבועות, תשעה; תוספות פסחים לא, ב ד"ה בדברי יצחק ובמקבילות; פסקי הרא"ש, קידושין, פ"א, סימן י'; ראב"ד בהגהותיו, שכירות י, א, ורבים אחרים.

125. המאור הגדול, גיטין, לז, א.

126. ראה את מאמרו של ב"ז בנדיקט, לדרכי ההכרעה של הרמב"ם, תורה שבעל פה, ח (תשכ"ו) פד, פה-צא.

127. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא פב, א ד"ה ועוד הא, ובמקבילות.

128. חידושי הרשב"א, גיטין, לז, א ד"ה הא.

129. ראה: ספר התרומות מה, א, י; חידושי הריטב"א, קידושין ח, ב ד"ה איתביה, בסופו; שו"ת הריב"ש שפא, ורבים אחרים.

דרך זו נסללה למעשה, על ידי ראשוני ספרד.<sup>130</sup>

כאמור הסוגיות חלוקות והראשונים היו אפוא בני חורין לבור את דרכם. התאמת הסוגיות נעשתה בדיעבד, לאחר שנקבעה, משיקולים שונים, העמדה הרצויה. על שיטתם של חכמי ספרד השפיעה סברה שמצאה ביטוי ברור בדברי ריטבי"א: "ואם תאמר והלא בשעת הלוואתו עדיפה טפי, דממשכן ליה לווה למלוה מדעתיה ומקני ליה טפיי".<sup>131</sup> להלן עוד נחזור לאבחנה זו בין עבוט למשכון. הדברים שהבאנו יספיקו לדיון במובאות רבי יצחק בתלמוד הבבלי.

### 2.3.3.3 סוגיית פסחים

במשנה פסחים ב, ג שנינו: "נכרי שהלווה את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה. וישראל שהלווה את נכרי על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה". התלמוד על אתר מביא את מחלוקת אביי ורבא: "בעל חוב: אביי אמר למפרע הוא גובה, ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה".<sup>132</sup> המשנה מתיישבת היטב, לדעת התלמוד, אליבא דאביי: "יתנן: נכרי שהלווה את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה". אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה, אמטו להכי מותר בהנאה...".<sup>133</sup> הנחת התלמוד, שאינה

130. ראה: רי"ף, שבועות, סוף פרק ששי; חידושי הרי"י מיגא"ש, הערה 90 לעיל.

רמב"ם, פירוש המשנה, שביעית י, ב.

131. חידושי הריטבי"א שבועות מד, א ד"ה אם אינו קונה. לחכמי ספרד אין נפקא-

מינה אם דברי ר' יצחק נאמרו אכן אף לענין המשכון ההסכמי או שסוגיות פסחים וגיטין טוברות כך על אף שרבי יצחק עצמו עסק בעבוט בלבד. ראה: שו"ת הרדב"ז ד, קעב (= אלף רמ"ג).

132. פסחים ל, ב.

133. שם לא, א.

משתנה במסקנה, היא שאם לאחר מועד הפרעון כשהחפץ עובר לנושה, הוא זוכה בבעלות רטרואקטיבית, אזלינן לענין חמץ בטר הנושה.

בהמשך מובא קטע זה:

"לימא כתנאי: ישראל שהלווה לנכרי על חמצו לאחר הפסח אינו עובר, משום רבי מאיר אמרו: עובר; מאי לאו בהא קמיפלגי, דמר סבר: למפרע הוא גובה, ומר סבר: מכאן ולהבא הוא גובה. ותסברא? אימא סיפא: אבל נכרי שהלווה לישראל על חמצו לאחר הפסח דברי הכל עובר; והא איפכא מיבעי ליה, למאן דאמר התם: אינו עובר, הכא עובר, למאן דאמר התם: אינו עובר, הכא עובר. אלא הכא במאי עסקינן, כגון שהרהינו אצלו; וקמיפלגי בדרי יצחק, דאמר ר' יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון... תנא קמא סבר הני מילי ישראל מישראל... אבל ישראל מנכרי לא קני; ורבי מאיר סבר: קל וחומר, ישראל מישראל קני, ישראל מנכרי לא כל שכן; אבל נכרי שהלווה את ישראל על חמצו אחר הפסח דברי הכל עובר, התם ודאי נכרי מישראל לא קני".

תחולת דינו של רבי יצחק על יחסי נכרי-ישראל, היתה מביאה לשתי מסקנות:

1. "ישראל שהלווה את נכרי על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה".<sup>2</sup> "נכרי שהלווה את ישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה".<sup>134</sup>

הדין הכללי לענין חמצו של נכרי המצוי ברשות ישראל, מתבאר במקום אחר:

"אמר מר: יכול יטמין ויקבל פקדונות מן הנכרים? תלמוד לומר: 'לא ימצא' הא אמרת רישא: שלך אי אתה רואה, אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוהו לא קשיא: הא דקביל עליה אחריות, הא דלא קביל עליה אחריות. כי הא דאמר להו רבא לבני מחוזא: בעירו חמירא דבני חילא מבתייכו, כיון דאילו מיגנב ואילו מיתביד ברשותייכו קאי ובעיתו לשלומי,

134. נקטתי בלשון המשנה, אלא שזו מתפרשת על ידי הבבלי באופן אחר, לפי המסקנה

"ישראל מנכרי לא קני".

כדילכון דמי ואסורי<sup>135</sup>.

הווי אומר: אין צורך בזכויות קנייניות כלשהן, והמחזיק בפקדון נכרי שאחריות החפץ עליו. חייב בביעורו. הראשונים נאלצו לתרץ שבסוגייתנו, הנושה הסיר מעל עצמו את האחריות למשכון הנכרי.<sup>136</sup>

לכאורה די לענייננו באחריות שתוטל על הנושה מכח הלכת רבי יצחק. אחריות זו, מכח דין ולא פרי הסכם, כשומר שכר לפחות, מוסכמת על התאוריות השונות בבאור שיטת רבי יצחק,<sup>137</sup> וכאמור די בה לחייב את הנושה בביעור החמץ. ברם ההלכה השנייה, לענין נושה נכרי המחזיק בחמץ של ישראל, לא תוסבר על פי עקרון זה. החמץ הוא של ישראל וקשה להבין מדוע אחריות הנכרי כשומר מספיקה כדי להוציאו מכלל האיסור. נפנה אפוא לבאור התלמוד על פי התאוריות השונות.

1. שיטת הבעלות - עקרון הבעלות המיידית מסביר לכאורה היטב את דברי הגמרא. הנושה היהודי זוכה בבעלות במשכונו של הנכרי ולכן הוא חייב לבערו. מנגד במקרה ההפוך, הנושה הגוי זוכה מיד בבעלות במשכונו של היהודי; החמץ אינו עוד של ישראל והוא אינו חייב בביעורו.

135. פסחים ה, ב. ראה עוד שם ו, א: "נכרי שנכנס לחצירו של ישראל ובציקו בידו... אמר רב פפא ארישא קאי, והכי קאמר: הפקידו אצלו זקוק לבער...". ורש"י ד"ה הפקידו "וקביל עליה אחריות כדמפרש ואזיל".

136. תוספות פסחים לא, ב ד"ה שקונה; מהרי"ם חלאווה, פסחים לא, א ד"ה מעתה. תוס-פות בשבועות מד, א ד"ה שומר, מבארים באופן אחר, והוא שרק שומר האחראי לנזקי אונס חייב בביעור החמץ שברשותו: "מיהו מדר' יצחק אף על גב דלא מיחייב באונסין אסור בהנאה, כיון דקני ליה והוי שלו". ברם קשה להסביר את הביטוי "כיון דאילו מיגניב ואילו מיתבידי" כדרישה לאחריות אונסין, ראה את שאלת התלמוד בבא מציעא כט, א: "והא אבדו קתניי?"

137. ראה להלן סעיף 3.4.

ברם הדגשנו לעיל שסוגיית פסחים דנה במשכון ולא בעבוט, וכיצד אפוא תתבאר ההלכה על פי ההשקפה הגורסת: "אימר דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו, אבל במשכנו בשעת הלוואתו מי אמרי"? לשון אחר, כיצד יבארו חכמי אשכנז ופרובנס את סוגייתנו, הלא לדידם דינו של רבי יצחק אינו חל במשכון הסכמי? תוספות עונים כדלהלן: "כיון דשלא בשעת הלוואתו קונה לגמרי כדרכי יצחק, אם כן לענין חמץ יש לנו לחושבו כאילו הוא שלו, לעבור בלא ימצא אף בשעת הלוואה, דחשבינן ליה מצוי".<sup>138</sup> פתחו בבעלות וסיימו בפחות מכך; הביטוי המעורפל "כאילו הוא שלו" מהוה הו- דאה שלענין חיוב ישראל בביעור החמץ, אין צורך בבעלות.<sup>139</sup> הדברים בולטים יותר בתוספות מקביל: "גבי ישראל שהלווה לעכו"ם על חמצו, דאלימ שעבודיה אפילו בשעת הלוואתו, דמיקרי שלך לעבור בבל יראה... דאפילו מקבל פקדון מעובד כוכבים אם מקבל עליה אחריות, מחייב עליה בבל יראה".<sup>140</sup> גם השפעת העבוט על משכון אינה ברורה ולא זכתה עדיין להסבר מניח את הדעת. אם אין בעלותו של הישראל תנאי מוקדם לביעור חמץ, מה צורך בה לענין עבוט.

תוספות מסבירים באופן דומה את המקרה שנכרי נושה בישראל: "ועובד כוכבים שהלווה לישראל על חמצו, אי הוי קני עובד כוכבים מישראל, לא מיחייב ישראל אפילו משכנו בשעת הלוואתו, משום דאלימ שעבודיה דלא חשיב מצוי ביד ישראל, ודרשינן לא ימצא מי שמצוי בידו, למעוטי יחד לו בית אפילו קיבל עליו אחריות".<sup>140</sup> ההשוואה למקרה של "יחד לו בית" אינה ברורה היות ושם<sup>141</sup> נדון חמץ שבבעלות נכרי. על כל פנים תוספות מודים שישראל פטור מחובת ביעור גם אם משכנו לא עבר לבעלות הנכרי. די בכך ש"אינו מצוי" ברשות ישראל, מושג שברורו חורג ממטרת חיבור זה.

138. תוספות פסחים לא, ב ד"ה בדרכי יצחק.

139. השווה לשון תוספות הרשב"א משנץ על אתר: "... יש לנו לחושבו כאילו הוא

ברשותו לעבור בבל יראה אף בשעת הלוואה, דחשבינן ליה מצוי".

140. תוספות גיטין לז, א ד"ה שאני.

141. פסחים ו, א.

מן האמור עולה שאין צורך, לענין איסור חמץ, לייחס לנושה בעלות במשכון כבר בשעת ההלוואה. כן ראינו שתאוריה זו אינה עולה יפה, אם נגביל את דברי רבי יצחק לעבוט.

תאוריית הבעלות הרטרואקטיבית הולמת יותר את סוגייתנו. נושה ישראל המחזיק במשכון בחמצו של נכרי וזה הוחלט בידו לאחר הפסח, זוכה בבעלות למפרע משעת ההלוואה. החמץ נחשב רטרואקטיבית של ישראל ואסור בהנאה. "עובר" "ואינו עובר", קרי: מתבער ואינו מתבער.<sup>142</sup> דרך זו מאפשרת לעקוף את הקושי של חכמי אשכנז בגין אי החלת דינו של רבי יצחק במשכון. כאשר ברור שהמשכון נועד לגבייה ולא לזכרון דברים גרידא, אין עוד טעם לחלק ביד משכון ועבוט.<sup>143</sup> המשכון דנו, סופו הוכיח על תחילתו; העובדה שהוא נחלט לנושה מראה שמלכתחילה הוא נטלו לגביית החוב. דינו של רבי יצחק חל אפוא על משכון זה: "ואף על גב דאוקימנא להא דאמר רבי יצחק... במשכנו שלא בשעת הלוואתו... שאני הכא כיון שסופו לגבותו, קנאו למפרע; הואיל ואיכא שום צד בעולם במשכון דקני לה כרבי יצחק ומהניא ליה תפיסתו, הכא נמי מהניא ליה תפיסתו וגבייתו שהוא גובה אותו בחובו, שיהא קנוי לו מזמן הלוואתו".<sup>144</sup>

2. שיטת הזכות הקניינית - לזכות הקניינית של הנושה, כשלעצמה, אין נפקות לענין איסור חמץ. ברם זכות זו מביאה להטלת אחריות על הנושה לנזקי המשכון, וזו מחייבת אותו בביעור חמצו של נכרי. ברם המקרה ההפוך, בו מחזיק הנכרי במשכנו של ישראל אינו מתבאר לפי עקרון זה.

השימוש בדברי רבי יצחק בנושא זה מיוחד לבבלי, ואין לו מקבילה במקום אחר,

142. כך מתבארת גם המשנה, פסחים ג, א: "אלו עוברין בפסח, כותח הבבלי...".

143. ראה להלן סעיף 5.3.3.

144. רז"ה, המאור הקטן, פסחים לא, ב. השווה: מאירי, בית הבחירה, פסחים לא, ב די"ה ואמר אחר כן; מהרי"ם חלאווה שם, די"ה מעתה; פסקי הרי"ד שם (ירושלים תשכ"ו), די"ה כדרי' יצחק.

ענין המכביד ללא ספק, על ברורה של הסוגייה. דברי רבי יצחק אינם משמשים בבבלי לבאור המשנה אלא לפרוש ברייתא המובאת שם. לירושלמי היתה כנראה גרסה הפוכה במשנה: "נכרי שהלווה את ישראל על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה, וישראל שהלווה את נכרי על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה".<sup>145</sup> המשנה פורשה באפותיקי ונושא המשכון לא נדון כלל.<sup>146</sup> לדעת אחד החוקרים, הגרסה במשנת הבבלי שונתה בתקופה הבתר-אמוראית וכל הדיון התלמודי לענין בעל חוב קונה משכון, מאוחר ביותר.<sup>147</sup> בתוספתא המקבילה אין למצוא סעד היות ושם נדון מקרה ספיציפי בו הוסכם על סעיף חילוט, כדלהלן: "נכרי שהלוה את ישראל על חמיצו, אמר לו: 'אם לא באתי עד הפסח הרי הוא מכור לך'. מותר בהנאה ואין צריך לומר באכילה".<sup>148</sup>

ראויה לציון עמדת המכילתא בנושא הדיון, וזה לשונה:

"שבעת ימים שאור לא ימצא בבתיכם...": בבתיכם למה נאמר...

מה בתיכם ברשותכם אף גבולך ברשותך, יצא חמצו של ישראל

שהוא ברשות נכרי, אף על פי שיכול לבערו אבל אינו ברשותו.

יצא חמצו של נכרי שהוא ברשות ישראל, וחמץ שנפלה עליו

מפולת, אף על פי שהוא ברשותו אבל אינו יכול לבערו".<sup>149</sup>

הלכה תנאית זו מנתקת באופן הברור ביותר את חובת ביעור חמץ מעקרון הבעלות.

הסבר המשנה על פי דעה זו עולה יפה אלא שהתלמוד הבבלי חולק כנראה על המכילתא.<sup>150</sup>

145. ראה: י"ב אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמ' 714-715; שי ליברמן, תוספתא

כפשוטה, פסחים, עמ' 492-493; ח"י לוין, מחקרים במכילתא ובמשנה פסחים ובבא

קמא (תל אביב, תשלי"א) עמ' 80-84.

146. ירושלמי, פסחים, פ"ב, ה"ב; כ"ט, א, וראה ליברמן, שם.

147. לוין, לעיל הערה 145, עמ' 96.

148. תוספתא, פסחים, (מהדורת ליברמן) ב, ט.

149. מכילתא, שמות, פרשה י'; מהדורת הורביץ-רבין, עמ' 34.

150. ראה ר"ן על רי"ף, פסחים ו, א ד"ה גרסינן; הנצי"ב, העמק שאלה, סימן עח,

3.3.3.3 סוגיית גיטין

במסכת גיטין מביאה הגמרא משנה ממשכת שביעית, ודנה בה בקצרה:

"תנן התם: 'המלווה את חברו מעות על המשכון

והמוסר שטרותיו לבית דין אין משמטין'.

בשלמא מוסר שטרותיו לבית דין דתפסי להו בי דינא,

אלא מלווה על המשכון מאי טעמא?

אמר רבא: משום דתפיס ליה.

אמר ליה אביי: אלא מעתה, הלווהו ודר בחצרו

דתפיס ליה, הכי נמי דלא משמטין?

אמר ליה: שאני משכון דקני ליה מדרבי יצחק, דאמר

רבי יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון...".<sup>151</sup>

ההלכה שמלווה על המשכון אינו משמט נדרשת בספרי מפסוק זה: "את הנכרי תגוש,

ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ידיך".<sup>152</sup> ואשר יהיה לך את אחיך - ולא של אחיך בידך,

מיכן אתה אומר: המלווה על המשכון אינו משמט".<sup>153</sup> מהמשך הפסוק נלמד הדין השני:

"את אחיך תשמט ידיך" - ולא המוסר שטרותיו לבית-דין". דרשת הספרי לגבי משכון מו-

באת גם בירושלמי.<sup>154</sup> אפשר אפוא להסביר את המשנה שביעית בלא להיזקק להלכה "בעל

חוב קונה משכון".

במסכת מכות שנינו כדלהלן: "אמר רב יהודה אמר שמואל: המלווה את חברו לעשר

שנים, אין שביעית משמטתו. ואף על גב דאתי לידי לא יגוש, השתא מיהא לא קרינן

ביה לא יגוש".<sup>155</sup> גם על הלכה זו ניתן לבסס את דין המשנה. הנושה האוחז במשכון

151. גיטין לז, א.

152. דברים טו, ג.

153. ספרי דברים, פסקה קיג; מהדורת פינקלשטיין, עמ' 173.

154. ירושלמי, שביעית, פ"י, ה"ב; לט, ג.

155. דעת "איכא דאמרי", מכות ג, ב.

אינו אף לתבוע את החייב היות ומשכוננו בידו.<sup>156</sup> אם אין נגישה, השביעית אינה משמטת.

האם ידעה סוגיית הבבלי את דרשת הספרי?

על פי הפתיחה אנו נוטים להשיב בשלילה. הסומך על הספרי לא יחלק בין מלווה על המשכון למוטר שטרותיו לבית דין שנדרשו כאחד. קשה לומר שהתלמוד ידע את הספרי, אלא "טעמא דקרא הוא דבעי".<sup>157</sup> שאלת התלמוד מבוססת אפוא על סברה; נושה המוטר שטרותיו לבית דין אינו נחשב תובע, ומקרא מלא הוא "שמוט כל בעל משה ידו, אשר ישה ברעהו לא יגוש את רעהו ואת אחיו...". "ווגבי מלווה לא קרינא ביה לא יגוש".<sup>158</sup> תרוץ התלמוד "דתפיס ליה" מבוסס אף הוא על סברה; המלווה מחזיק בנכס של החייב "ואינו נוגשו ותובעו כלום".<sup>159</sup>

הגמרא ממשיכה ומוכיחה שתפיסת הנושה כשלעצמה אינה מספיקה שהרי אם מוחזקים בידי הנושה מקרקעין, החוב משמט. על קושיה זו אומר התלמוד: "שאני משכון דקני ליה מדרי יצחקי". "אלא" לא נאמר,<sup>160</sup> וסברת הנגישה תופסת עדיין מקום מרכזי, אלא שאם הנושה "קונה" את הנכס המוחזק, הוא חשוב כמי שאינו נוגש את החייב. קשה ללמוד מסוגיה זו על מהות הזכות אליבא דרבי יצחק, היות ודבריו הובאו

---

156. אם כי הוא זכאי לתבוע את החייב, וראה עוד: ראב"ן, ספר אבן העזר, קיא.

157. ראה המאירי, בית הבחירה, גיטין לו, א ד"ה מכל מקום. ראה עוד עמק הנצי"ב, ספרי, שם.

158. רש"י גיטין לז, א ד"ה דתפסי ליה.

159. רש"י שם, ד"ה דתפיס ליה. החידוש בתפיסה זו הוא שהנושה לא איבד את זכות התביעה (ראה הערה 156 לעיל) ואף על פי אינו נחשב לנוגש.

160. כך בכל כתבי היד, חוץ מכ"י וטיקן 130, ראה: מ"ש פלדבלום, דקדוקי סופרים, גיטין, שם.

כתנא דמסייע לעניין הנגישה. שתי האפשרויות, בעלות או זכות קניינית, מספיקות לכדי סיוע זה.<sup>161</sup>

היטיב לבטא דברים אלו, במיוחס לריטב"א:

"... והשמטת שביעית לאו בקנייה גמורה הוא דתליא מילתא, אלא בנגישה הוא דתליא מילתא, וכי שני ליה: "שאני משכון דקני ליה כדרי יצחק", לרווחא דמילתא הוא דשני ליה (הכא) (הכי), כלומר פעמים שקונה משכון כדפרישית".<sup>162</sup>

חכמי ספרד מעדיפים דווקא לראות בדינו של רבי יצחק, עיקר.<sup>163, 164</sup>

באופן זה עומדת הוכחתם מסוגייה זו, שדברי רבי יצחק נאמרו אף במשכון בשעת הלואה.<sup>165</sup>

דרכם של התוספות פתלתלה כבסוגיית פסחים. גם הם מעוניינים שלא להעניק משקל יתר להסתמכות התלמוד על הלכת רבי יצחק, שהרי זו לדידם לא נאמרה במשכון.

161. אמנם תיאוריית הבעלות אינה צריכה לתורת הנגישה: "ונסתלקה תורת הלואה כיון שנכנס בנייהו תורת המשכון, וחלה עליו תורת משא ומתן, לפיכך אין בהן דין השמט" (רבינו חננאל, שבועות מד, ב). מאותה סיבה משכנתא "באתרא דלא מסלקי... אין שביעית משמטתה", בבא מציעא סז, ב ורש"י שם ד"ה בעל חוב.
162. חידושי הריטב"א, בבא מציעא פב, א ד"ה אבל. ראה גם: רש"י שם, מח, ב ד"ה המלווה; סז, ב ד"ה ושביעית משמטתה.
163. "דהיא דספרי אסמכתא היא", חידושי הרמב"ן, גיטין לו, א ד"ה ומי איכא.
164. ומתוך כך חוב המובטח באפותיקי מפורש משמט: "דאכתי אינה גבויה אצלו ולא כמכורה היא אצלו... ואפילו משכון דמטלטלי, אי לאו דרי יצחק דאמר בעל חוב קונה משכון, היה משמט; אע"פ שהוא תפוס בחובו", שו"ת הרשב"א ו, רמו.
- אולם ראה: תוספתא, שביעית, ח, ו; רמב"ם, שמיטה ויובל, ט, ו.
165. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 124 ואילך.

מסיבות אחרות הם נמנעו מלהיסמך על סברת הנגישה.<sup>166</sup> תוספות נאלצו לומר שהתלמוד נשען על דרשת הספרי: "דתפיס ליה - פירוש בתורת משכון ודרשינן בספרי ולא של אחיך בידך".<sup>167</sup> בדרך זו הם התחמקו מהחלת דינו של רבי יצחק על משכון: "מאחר דקני ליה מדרבי יצחק שלא בשעת הלוואתו, אליס נמי שעבודיה בשעת הלוואה דלא משמט דקרינן ביה ולא של אחיך בידך".<sup>168</sup> ברם תרכובת זו של דברי רבי יצחק ודרשת הספרי אינה ברורה,<sup>169</sup> והספרי עצמו והירושלמי הסתפקו בדרשה בלבד. ראינו, על כל פנים, שבסוגייה זו אין הכרע לפרוש "קונה" שבדברי רבי יצחק. השמטת מלווה "בנגישה הוא דתליא מילתא", ודברי רבי יצחק תופסים מקום צדדי.

#### 4.3.3.3 סוגיית בבא מציעא ושבועות

סוגייה זו עניינה אחריות הנושה למשכון. הנושה מחזיק נכס של החייב ויש לקבוע את הקף אחריותו לנכס זה. התלמוד מביא ברייתא זו: "תניא: המלווה את חבירו על המשכון ואבד המשכון, ישבע ויטול מעותיו; דברי רבי אליעזר. רבי עקיבא אומר: יכול לומר לו: 'כלום הלוייתי אלא על המשכון, אבד המשכון אבדו מעותיך'..."<sup>170</sup> רבי אליעזר פוטר את הנושה כשהמשכון אבד, היינו: אחריותו היא כשל שומר חינוס. רבי עקיבא מחייבו על אבדן המשכון, כשומר שכר. במהלך השקלא וטריא מוסברת המחלוקת

- 
166. ראה שיטה מקובצת, בבא מציעא, מט, א, ד"ה רשב"ג, בשם תוספות שאנץ.  
 167. תוספות, גיטין, לז, א ד"ה דתפיס ליה. ראה עוד שם, לו, א, ד"ה מי איכא.  
 168. תוספות, שם, לז, א, ד"ה שאני, ובמקבילות.  
 169. "יוצריך לדחוק ההיא דגיטין", ר"ש משנץ, פירוש המשנה, שביעית י, ב; פסקי אור זרוע, עבודה זרה, קטז.  
 170. בבא מציעא פא, ב.

כדלהלן: "והכא בדשוי שיעור זוזי, וקא מיפלגי בדרי יצחק, דאמר ר' יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון...". השוואת רבי יצחק לרבי עקיבא מלמדת, לכאורה, שהנושה היקונה משכון" אחראי עליו כשומר שכר.

מה משמעותה של הלכת רבי יצחק לענין אחריות הנושה?

אם נבאר "קונה משכון" כבעלות, נזקי המשכון צריכים ליפול על הנושה. כבעלים הוא נושא בהפסד שאירע לרכושו, אף אם זה אירע כתוצאה מאונס. ההשוואה שעורך התלמוד בין הלכת רבי יצחק לדעת רבי עקיבא, מלמדת לכאורה על דחיית עקרון הבעלות.<sup>171</sup> מנגד, אם נסבור שלנושה זכות קניינית פחותה מבעלות, ייתישבו הדברים היטב. החייב הוא בעליו של המשכון והנושה מחזיק בנכס של אחר. עובדות אלה מכניסות אותו לקטגוריה של דיני השומרים. להלן נראה שהזכות הקניינית מאפשרת לנושה להפיק הנאות מהמשכון, והן גורמות להעלאת אחריותו לדרגת שומר שכר.<sup>172</sup>

בהמשך דוחה התלמוד הסבר זה למחלוקת רבי אליעזר ורבי עקיבא היות ו"אימור דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו, במשכנו בשעת הלוואתו מי אמר". אפשר לדחוק ולומר שבשלב זה חוזר בו התלמוד גם מהזהות בין דעות רבי עקיבא ורבי יצחק,<sup>173</sup> אך על כל פנים הסוגייה נוחה יותר אם נפרש את "קונה משכון" במובן זכות קניינית. אין גם לשכוח שהמשנה "הלווהו על המשכון שומר שכר", שסוגייה זו נסבה עליה, אינה מתאימה לעקרון הבעלות.<sup>174</sup>

---

171. ראה חידושי הרמב"ן שם, ד"ה והכא בשווה; חידושי הריטב"א החדשים שם,

ד"ה וקמיפלגי.

172. ראה להלן סעיף 3.4.

173. ראה שיטה מקובצת, בבא מציעא, פב, א ד"ה והכא בשווה.

174. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 80.

5.3.3.3 סוגיית קידושין

במסכת קידושין מובא דינו של רבי יצחק לענין זה: "קדשה במשכון מקודשת, התם במשכון דאחרים וכדרבי יצחק, דאמר רבי יצחק: מנין לבעל חוב שקונה מש-  
 כון...".<sup>175</sup> נושה רשאי לקדש אשה, במשכון שיש לו על פלוני. תקיפות הקידושין  
 היא תוצאה "מקנינו" של הנושה במשכון.

כלל יסוד הוא שאדם רשאי לקדש אשה בנכס שהוא בעליו, ואילו מעשה קידושין  
 בנכס של אחר אינו תופס.<sup>176</sup> מכאן לכאורה נובע, שהנושה הוא בעליו של המשכון  
 ומשום כך הקידושין תקיפים. ברם ראינו לעיל שגם תאוריית הבעלות אינה שוללת  
 את זכותו של החייב לפדות את המשכון. החייב זכאי אפוא להוציא את המשכון מיד  
 האשה וכיצד אפוא רשאי הנושה לקדש בו, הרי: "הילך מנה על מנת שתחזירהו לי...".  
 באשה אינה מקודשת".<sup>177</sup> הנושה אינו רשאי למכור את המשכון, להקדישו או לתיתו  
 במתנה, ומה בין אלה לקידושין.<sup>178</sup>

להלן נוכיח שכסף הקידושין אינו המשכון כחפץ אלא החוב שעל המשכון.<sup>179</sup>  
 פרוש זה של התלמוד הולם יותר את תאוריית הזכות הקניינית. זכות הקניין במש-  
 כון, זכות הנושה בגופו של הנכס, מגלמת כביכול את החוב ומאפשרת את המחאתו  
 כמטלטל מוחשי. בסוגיה זו נאריך עוד דברים להלן.

---

175. קידושין ח, ב.

176. על המקדש אשה בחפץ גדול, ראה: קידושין יג, א.

177. קידושין ו, ב.

178. ראה חידושי הרמב"ן ח, ב ד"ה ובמשכון דאחרים.

179. ראה להלן פרק שלישי סעיף 2.3.

6.3.3.3 ס ל כ ו ם

מנתוח הטקסט התלמודי גופו, נעבור אל דעות הראשונים בנדון. כאן אנו מגלים שגם בנושא זה חלוקים חכמי ספרד עם ראשוני אשכנז ופרובנס, והמחלוקות אחוזות ושלובות זו בזו. חכמי ספרד הולכים, רובם ככולם, בדרך שהתווה ר"י מיגא"ש.<sup>180</sup> הנסוח אינו חד ובהיר, אך הן הן הדברים: "שאינו אלא קונה אותו לענין שלא ישמיט בשביעית, ושאינו נעשה מטלטלין אצל בניו של הלווה... ושיכול לקדש בו את האשה בזכות שיש לו בו",<sup>181</sup> "ונקט קונה שיש בשעבוד זה קנין הגוף, שיכול לקדש בו את האשה".<sup>182</sup> קנין לדברים מסוימים, להבדיל מקנין כללי, הוא הזכות הקניינית במינוח המודרני. זה פשרו של המונח "מקצת קנין" השגור אצל ראשונים אלה.<sup>183</sup> יש כמובן לזכור שחכמי ספרד אינם מחלקים בין עבוט ומשכון ובשניהם הנושה רוכש זכות קניינית במשכון.<sup>184</sup> חכמי אשכנז ופרובנס מצדדים בתאוריית הבעלות. הם מפרשים את דינו של רבי יצחק בלשון זו: "דבעל חוב קונה משכון שלא בשעת הלוואה קנין גמור עד שיפדה",<sup>185</sup> "דקני ליה שלא בשעת הלוואתו קנין גמור",<sup>186</sup> "ומאחר שבמשכנו שלא בשעת הלוואתו קונה משכון לגמרי".<sup>187</sup> ההדגשה החוזרת ונשנית "קנין גמור", להבדיל מ"מקצת קנין" של חכמי ספרד,

---

180. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 90.

181. חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא, פא, ב ד"ה הלווה על.

182. חידושי הריטב"א, שבועות מד, א, ד"ה מנין לבעל חוב.

183. ראה: רמב"ם, אישות, ה, כג; חידושי הרמב"ן לעיל הערה 178; ספר התרומות

נא, ד, ז.

184. שלא כנ"צ נובל, הגות והלכה (ירושלים, תשי"ל) עמ' 201.

185. תוספות קידושין ח, ב ד"ה משכון דאחרים.

186. פסקי הרא"ש, שם, פ"א, סימן י'.

187. מאירי, בית הבחירה, שם, ח, ב, ד"ה קדשה במשכון.

כוונתה בעלות הנושה במשכון.<sup>188</sup> כאמור ראשונים אלו מגבילים את הלכת רבי יצחק לעבוט בלבד, ולכאורה למשכון החוזי אין כל עדיפות, מבחינה קניינית, על שעבוד נכסים רגיל. אף על פי כן הם נאלצים לייחס למשכון סממנים קנייניים, כדי להסביר את סוגיות הבבלי בפסחים, גיטין ואף קידושין. על הקשיים שבהרכבה מלאכותית זו עמדנו כבר לעיל, ודומני שיהא זה מן הנכון להביא את דבריו החרי-פים של סולובייציק, שבחן שיטה זו מזוית אחרת:

”המתבונן באותו בליל מוזר של קניינים למחצה  
או לשליש ששיבות צרפת הדביקו למשכון בשעת  
הלוואה, יראה בעליל שהוא פרי הפרשנות והדיא-  
לקטיקה ושאיין לו ולצרכי הזמן ולא כלום.”<sup>189</sup>

אף אנו נוטים להעדיף את שיטת הזכות הקניינית על פני עקרון הבעלות. תאוריה זו הולמת יותר את סוגיות הבבלי במסכתות בבא מציעא, שבועות וקידושין. הסוגיות האחרות, פסחים וגיטין, ניטרליות ואינן נוטות לכוון שונה. משניות סתמיות בבבא מציעא ובשבועות אינן מתיישבות עם תאוריית הבעלות.<sup>190</sup>

כשעמדנו על אינטרס הנושה בנטילת משכון העלינו ארבע מטרות אפשריות. מבין אלו ראויות להדגשה הפונקציה הראייתית של המשכון וערכו כבטוחה. הראשו-נה אינה צריכה לדינו של רבי יצחק; תפיסת המשכון כשלעצמה די בה לצורך דיני הראיות, ומהות זכותו של הנושה במשכון אינה מעלה ואינה מורידה. המטרה השנייה תושג אם הדין יכיר בזכות הנושה לממש את המשכון ולהיפרע ממנו, ולשם כך מספיקה לנושה זכות קניינית הפחותה מבעלות. כבעל זכות קניינית, העצמאית מטבעה, הנו-שה יכול למכור את המשכון, לאחר מועד הפרעון, גם בלי הסכמת החייב.<sup>191</sup> הפתרון

188. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 31.

189. ח' סולובייציק, משכון וערב: שני מחקרים בריבית ובתולדות ההלכה, חיבור

לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה (ירושלים, תש"יב) עמ' 36.

190. ראה לעיל הטקסט בסמוך להערה 80.

191. ראה לעיל עמ' 75.

של זכות קניינית הוא מאוזן ומביא בחשבון את האינטרסים של שני הצדדים. הבעלות במשכון הנשאר בידי החייב, אינה פוגעת ביעילותו של המשכון כבטוחה. מנגד, העברת הבעלות במשכון לנושה בשעת ההלוואה, היתה פוגעת ללא הצדקה באינטרסים של החייב, לדוגמה: היא היתה מונעת ממנו לבצע במשכון עסקאות מאוחרות שאינן פוגעות בנושה.<sup>192</sup>

ברצוננו להעיר שיש להתייחס בזהירות רבה למונחים המובאים בראשונים. לעתים כונה המשכון שעבוד גרידא, כשאינן הכוונה בדברים אלו לשלול את זכותו הקניינית המיוחדת של הנושה.<sup>193</sup> ואכן מבחינות מסוימות המשכון הוא שעבוד ולא קניין, "שהשעבוד הוא יכול לסלקו בזוזי, מה שאין כן בשכירות ושאר הקניינים".<sup>194</sup> החייב יכול להוציא את המשכון מרשות הנושה בכל עת על ידי פרעון החוב, מה שאין כן בשכירות, שם המשכיר אינו יכול לנשל את השוכר מהמושכר אף על ידי מתן דמים. זכות הפדיון של החייב משקפת את מצבו המיוחד של המשכון כקניין על גבי חיוב. כפי שנראה להלן זכותו הקניינית של הנושה במשכון פוקעת עם ביטולו של החיוב,<sup>195</sup> ברם לדעתנו במקופת הביינים בין ההלוואה לפרעון, היא קניין לכל דבר.

לצד הזכות הקניינית אנו מסכימים עם תאוריית הבעלות המאוחרת, לפיה הנושה זוכה, לאחר שהמשכון הוחלט בידו, בבעלות רטרואקטיבית. סוגיית פסחים מתיישבת היטב על פי תאוריה זו.<sup>196</sup> תאוריה זו אינה נוגדת את שיטת הזכות הקניינית. לא יפלא אפוא שרמב"ן, מראשי הדוגלים בשיטה של זכות קניינית,

---

192. ראה להלן פרק שלישי סעיף 2.

193. ראה: תוספות, בבא קמא, מט, ב ד"ה משכנו; חידושי הרשב"א, שם, ד"ה מנין לבעל חוב.

194. לשון המאירי, בית הבחירה, נדרים מו, ב ד"ה אמר המאירי.

195. ראה להלן פרק רביעי סעיף 2.2.

196. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 142 ואילך.

פוסק: "דישראל מישראל דקני משכון כדרכי יצחק, אי זבין או אקדיש, שפיר עבדי".<sup>197</sup>

### 4.3.3 מ ק ר ק ע י ן

הדעה שהלכת רבי יצחק אינה חלה במשכון במקרקעין, במשכנתא, מקובלת על כל מפרשי התלמוד והפוסקים.<sup>198</sup> מקורה בסוגית משכון במסכת גיטין ומן הראוי לצטט שוב את הקטע הרלבנטי:

"מלוה על המשכון, מאי טעמא (אינו משמט)?

אמר רבא: משום דתפיס ליה.

אמר ליה אביי: אלא מעתה, הלווהו ודר בחצרו

דתפיס ליה, הכי נמי דלא משמט?

אמר ליה: שאני משכון דקני ליה מדרי יצחק...".<sup>199</sup>

הווי אומר: דינו של רבי יצחק אינו חל ב"הלווהו ודר בחצרו", במקרקעין.

בפשטות ניתן להסביר שהפרשה בתורה ממנה נלמד דינו של רבי יצחק, אינה עוסקת במקרקעין. לשון הכתוב: "האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה" אינו מתאים למקרקעין. לבד מקשיים אחרים,<sup>200</sup> טעם שלילי זה אינו מספיק מאחר והוא כבר מניח אפשרות אבחון בין מטלטלין ומקרקעין. הסבר בדרך של "מאי דגלי גלי ומאי דלא גלי לא גלי", נראה דחוק.

197. רמב"ן, מלחמות ה', פסחים לא, ב. על השפעת תפיסה זו בסעיף חילוט

במשכון ראה להלן עמ' 277-278.

198. ראה: תוספות בבא מציעא סז, ב ד"ה שביעית; רז"ה, המאור הקטן, פסחים

לא, ב ד"ה איתמר, ורבים אחרים.

199. גיטין לז, א.

200. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 68 ואילך.

כוחה של החזקה במקרקעין אינו יפה כבמטלטלין. במטלטלין היא לבדה ראייה לבעלות,<sup>201</sup> וכמעט שאי אפשר לסותרה. במקרקעין חזקה גרידא, ללא ראיות נוספות, אינה מפקיעה את זכות הבעלים הקודם. אופי המקרקעין כנכס שאינו נד, ממעט מערכה של חזקה לא ממושכת. הבעלים אינו חושש שהמחזיק יעלים את הנכס. להחזקת הנושה במשכנתא אין אפוא נפקות קניינית היות ו"קרקע בחזקת בעליה עומדת עד שעת גבייתה",<sup>202</sup> "דכיון שאינו יכול להכניסו ברשותו אם כן לעולם הוא ברשות בעלים ראשונים".<sup>203</sup>

כתוצאה מאבחנה זו, הלכות שונות שנלמדו מדינו של רבי יצחק לא הוחלו במקרקעין. בתלמוד מובאת הלכה אחת: "האי משכנתא באתרא דמסלקי... שביעית משמטה".<sup>204</sup> הפוסקים הבדילו בין מקרקעין למטלטלין בהלכות נוספות.<sup>205</sup>

לנו נראה שהלכת רבי יצחק חדרה למשכנתא בדלת אחורית; היא נדחתה בשמאל וקרבה בימין. עמדנו על כך שנושה נטל משכנתא כדי לאכול את פירותיה. אכילה זו נעשתה באחת הדרכים המקובלות לעקוף את איסור הריבית, וההסכם נחשב למכר פירות לזמן או לשכירות ולא להלוואה רגילה.<sup>206</sup> לקונה פירות לתקופה קצובה,

---

201. "כל מה שתחת יד אדם שלו הוא", ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך יד עמ' מ', ערך חזקת מיטלטלים.

202. רז"ה שם, לעיל הערה 198.

203. תוספות רבינו פרץ בבא מציעא, סז, ב ד"ה ושביעית. השווה תוספות שאנץ בשיטה מקובצת, שם פב, א; ספר התרומות מה, א, י.

204. בבלי שם, סז, ב.

205. כגון: בכור נוטל פי שנים במלוה שיש עליה משכון אך לא משכנתא, ראה: שו"ע, חו"מ, רעח, ז ובנושאי הכלים שם. כמו כן מימוש משכון שונה ממי-מוש משכנתא ראה להלן עמ' 302, הערה 55א.

206. ראה לעיל עמ' 37-38.

ולשוכר מקרקעין, זכויות קנייניות בקרקע. בראשונים מצויים ביטויים מפורשים בדבר זכותו הקניינית של מקבל המשכנתא: "שאני משכונא דשכונה גביה וכמכירה ליומיה היא, וכשבעל הקרקע חוזר ופודה, הרי הוא כחוזר ולוקח באותן הדמים",<sup>207</sup> "דודאי כל שמשכן שדה לחבירו, בנכייתא או בקיצותא, נעשה כאומר לו תיקני לך שדה לפירותיה עד זמן פלוני".<sup>208</sup> עצם אכילת פירות מקרקעין מניחה שלנהנה יש בהם זכות קניין: "דאפילו לכשאם תרצה לומר דמשכנו בשעת הלוואתו אין בעל חוב קונה משכון... בכל כי האי משכון דאמה עבריה, שהמלוה הולך ואוכל פירות, דכולי עלמא בעל חוב קונה משכון, דלא אפשר למיכל פירי בלא קניין הגוף לפירות, ואפילו למאן דאמר קניין פירות לאו כקניין הגוף דמי".<sup>209</sup>

מאספקט אחד זכותו הקניינית של הנושה במשכנתא, עדיפה על זו שבמשכון. במשכנתא קיימת תקופת מינימום ("סתם משכנתא שתא"<sup>210</sup> או "אתרא דלא מסלקי"<sup>211</sup>) שהחייב אינו יכול לסלק את הנושה מאכילת הפירות אף כנגד פרעון החוב. מבחינה זו המשכנתא דומה לשכירות והיא, בפרק הזמן האמור, קניין גמור שאין בו סממנים של שעבוד או חיוב "שהשעבוד הוא יכול לסלקו בזוזי מה שאין כן השכירות ושאר הקניינים".<sup>212</sup>

תמוהה אפוא העובדה שבהלכות אחרות, סטו הפוסקים מדברים מפורשים אלה.

---

207. לשון ראב"ד, מובא בחידושי הרשב"א, בבא מציעא, סו, א ד"ה ורב נחמן.

208. חידושי הרמב"ן, שם, סז, ב ד"ה הא דאמרינן.

209. חידושי הריטב"א, קידושין, יט, א ד"ה דאמר רבא.

210. בבא מציעא סח, א.

211. שם, סז, ב.

212. המאירי, בית הבחירה, נדרים מו, ב ד"ה אמר המאירי.

### 5.3.3 עבוט ומשכון

עסקנו לעיל באבחנת התלמוד, במסכתות בבא מציעא ושבועות, בין עבוט ומש-  
כון; בין "משכון שלא בשעת הלוואתו", ל"משכון בשעת הלוואתו". ראינו גם  
סוגיות הבבלי בפסחים, גיטין, וכנראה אף בקידושין, חולקות על הסוגיות הקוד-  
מות.

במרכזו של מחקר זה עומד המשכון החוזי והעבוט משמש אותנו כרקע להבנת  
המשכון. אנו יוצאים מנקודת הנחה שההלכה "בעל חוב קונה משכון" נאמרה או חלה,  
אף במשכון זה. על אף מחלוקת הסוגיות, ההנחה לגיטימית, לדעתנו, מבחינת פסק  
ההלכה. לטענתנו, רובם המכריע של הראשונים היה תומך במסקנה שנושה "קונה" את  
המשכון המקובל כיום. הטענה מתבססת על המשקל המצטבר של שלוש אלה:

1. חכמי ספרד, לכל אורכה של תקופת הראשונים, סבורים, שההלכה "בעל  
חוב קונה משכון", חלה גם במשכון שנמסר בשעת הלוואה.<sup>213</sup> החייב מסר לנושה  
את המשכון מרצונו, והעביר לו בו זכויות קנייניות.<sup>214</sup> סברה זו יפה למציאות  
העכשוית, בה המשכון ניטל לגוביינא והנושה זקוק לשם כך לזכויות קנייניות.
2. לדעת הגאונים אם נושה סמך על המשכון בלבד, ולא נטל שטר, חלה עליו  
הלכת רבי יצחק, אף אם המשכון ניטל בשעת הלוואה. האבחנה בין עבוט למשכון  
רלבנטית בהלוואה בשטר, שם הנושה גילה דעתו שאינו סומך על המשכון.<sup>215</sup>  
דעת הגאונים נדחתה על ידי הראשונים<sup>216</sup> ואנו רואים אותה בבחינת תנא  
דמסייע.

213. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 124 ואילך.

214. ריטבי"א, לעיל הערה 131.

215. ראה: הלכות גדולות (מהדורת טרויב) קיז, ג; תוספות, בבא מציעא, פא, ב  
די"ה דברי הכל.

216. ראה: חידושי הרשב"א, גיטין לז, א די"ה הא דאמרינן. ראה עוד להלן סעיף 5.

3. טענתנו העיקרית היא שהאבחנה בין עבוט ומשכון התאימה לתקופת

התלמוד אך לא הלמה עוד את המציאות הכלכלית בימי הביניים. בתקופת התלמוד המשכון שימש, בעיקר, לראייה ולא לגוביינא,<sup>217</sup> ואילו העבוט ניטל כדי למוכרו ולפרוע מדמיו את החוב. בחברה מסחרית - ניידת, כזו של אירופה בימי הביניים, רוב האנשים לא החזיקו במקרקעין, והנושה לא היה בטוח עוד בפרעון החוב. במצב זה הוא נטל משכון לשם גביית החוב ולא לראייה גרידא. מקבל משכון אינו צריך לטרוח אחר החייב היות ולזכותו סעד חפצי. אף היימשכון בשעת הלואה" ניטל לגו-ביינא, ופג טעמה של האבחנה בינו לעבוט. ראשונים רבים מבין חכמי אשכנז ופרו-בנס, תמכו בגישה זו. ר' מנחם המאירי כתב: "ומלווה צריך למשכון, פירשוהו לשני פנים: הראשונה שלא רצה להלוותו אלא במשכון, והראה עצמו כצריך ממנו למשכון לגוביינת חובו, ובא להשמיענו שהוא שומר שכר. ולפירוש זה לא היינו צריכים להביאו, שהרי מכל מקום לא גרע ממשכוננו שלא בשעת הלוואתו".<sup>218</sup> בסוגייה אחרת מצאנו דברים דומים: "והא דמדמי ליה לדרי יצחק, אף על גב דהא דר' יצחק מוקמינן לה בעלמא במשכנו שלא בשעת הלוואתו, דלגוביינא קאי; הכי נמי, כיון דאמר ליה דאי לא פרע ליה להוי דידיה, כמשכנו שלא בשעת הלוואתו דמי דלגו-ביינא קאי".<sup>219</sup>

ראשונים אלה ראו במשכון התלמודי עכבון גרידא שהנושה אינו רשאי לממשו: "שמשכנו שלא בשעת הלוואתו וקני ליה לגוביינא, שרשאי למוכרו ולהיפרע ממעותיו, כדתנן: "משלושים יום ולהלן מוכרו בבית דין...". אבל מישכנו בשעת הלוואתו אינו

217. ראה לעיל עמ' 29-30.

218. בית הבחירה, בבא מציעא פב, א ד"ה אף מלוה.

219. מהרי"ם חלאווה פסחים לא, ב ד"ה ומעתה. השווה: רז"ה, המאור הקטן, פסחים

שם, ד"ה איתמר; המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה ואמר אחרי כן; פסקי הרי"ד

שם (ירושלים, תשכ"א) ד"ה איתמר.

רשאי למוכרו ולא חשיב דידיה...".<sup>220</sup> לדברים אלה אין מקום במציאות המשתנה כשהמשכון ניטל לשם פרעון החוב. החייב מוסר לנושה משכון כדי שזה יוכל למוכרו, לאחר מועד הפרעון, ולהיפרע ממנו את חובו, והוא מעביר לו, אפוא, לשם כך, זכויות קנייניות.

יחס מורכב זה אל המשכון, בא לידי ביטוי אצל חכמי אשכנז, בדרך הבאה. כשעסקו בבאור סוגייה תלמודית שהחילה על ענין פלוני את הלכת רבי יצחק, פרשו אותה בעבוט ולא במשכון. ברם כשדנו בהחלת הלכה שלא נדונה בתלמוד סטו מדרך זו. כדוגמה תשמש לנו הסוגייה הבאה. בתלמוד נקבע: "אין הבכור נוטל פי שניים במלוה",<sup>221</sup> והוסף רשבי"ם: "ואי תפיס עליה משכון נוטל פי שניים, דקיימא לן: בעל חוב קונה משכון".<sup>222</sup> דברים אלה הובאו תוך הסכמה על ידי חכמי אשכנז נו-ספים, כגון: רבי ברוך ממגנצא בעל ספר החכמה<sup>223</sup> ור' יצחק אור זרוע.<sup>224</sup>

הלשון הכללית מלמדת שדברי רשבי"ם נאמרו אף במשכון של שעת הלוואה,<sup>225</sup> וכיצד אפוא חלה בכגון דא ההלכה "בעל חוב קונה משכון"?

על פי דרכנו השפעת המשכון על ההלכה "אין הבכור נוטל פי שניים במלוה" לא נדונה בתלמוד. הראשונים שדנו בכך מתייחסים אפוא למשכון של תקופתם. משכון

220. תוספות רי"ד, קידושין ח, ב ד"ה זכר' יצחק. ראה עוד פסקי הרי"ד, פסחים

שם: "ולא דמי למלוה את חברו על המשכון, דהתם לאו לגוביינא יהביה ניהליה שימכרנו ויפרע ממנו, אלא שיהא בוטח עליו שלא יכפור לו חובו".  
השווה גם: שו"ת הרדב"ז, ב, תשד.

221. בבא בתרא קכה, ב.

222. רשבי"ם שם, ד"ה ואין הבכור.

223. מובא במרדכי, שם, תקעג.

224. פסקי אור זרוע, שם, פב.

225. ראה בית יוסף, טור, חו"מ, רעח, סק"ז; שו"ת מהרי"ק (ירושלים, תשל"ג),

זה ניטל לגוביינא ולכן החילו עליו את דינו של רבי יצחק.<sup>226</sup>

אף אנו נבור דרך זן. כאשר נעסוק ביישום ההלכה, להבדיל מבאור התלמוד, נסתמך על ההנחה שהנושה רוכש במשכון ההסכמי זכות קניינית.

### 6.3.3 יחסי נכרי-ישראל

הבאנו לעיל את הברייתא בסוגיית פסחים, שזה לשונה:

"ישראל שהלווה לנכרי על חמצו לאחר הפסח אינו

עובר, משום רבי מאיר אמרו עובר".<sup>227</sup>

המחלוקת הוסברה שם בדרך זו:

"תנא קמא סבר: הני מילי ישראל מישראל הוא

דקרינא ביה ולך תהיה צדקה, אבל ישראל מנכרי

לא קני, ורבי מאיר סבר, קל וחומר: ישראל

מישראל קני, ישראל מנכרי לא כל שכן"

הלכה כחכמים נגד רבי מאיר<sup>228</sup> ולכן ישראל הנושה בנכרי אינו "קונה מש-

כון". הנימוק להלכה זו הוא פורמלי: דינו של רבי יצחק נלמד מהפסוק "השב תשיב

226. האחרונים תרצו על פי שיטת התוספות בסוגיות אחרות: "כיון שלא בשעת הל-

וואתו קונה לגמרי מדרבי יצחק, בשעת הלוואתו נמי דליכא קנין אלא שעבוד,

אלים שעבודה ליחשב מוחזק ליטול בו פי שניים", ראה: ב"ח שם, סק"ז;

סמ"ע, שו"ע שם, סק"כ. תרוץ זה דחוק היות והראשונים היו צריכים לפרש

את דבריהם ולא לנקוט לשון כללית.

227. פסחים לא, א.

228. ראה: רז"ה, המאור הקטן, פסחים לא, ב; ראבי"ה, במרדכי קידושין, תפו;

שו"ת מהרי"ח או"ז, קי, ועוד. אולם ראה מגיד משנה, חמץ ומצה, ד, ה.

לו את העבוט... ולך תהיה צדקה לפני ה' אלקיך", ואילו ישראל אינו מחוייב ליתן צדקה לנכרי. הפרשה נאמרה בישראל בלבד ואין כל בסיס להרחיבה ולהחילה אף על נכרי.

הבענו כבר לעיל את דעתנו על טיבם של נימוקים שליליים<sup>229</sup> ועדיין לדעתנו, טעמה של הלכה צריך תלמוד.<sup>230</sup> הבעייה מחריפה שבעתיים בשים לב לדברינו דלעיל, שהנושה הוא בעל זכות קניינית במשכון שניטל על מנת למוכרו ולהיפרע מדמיו. אין צריך לומר שמשכוננו של נכרי לא נלקח לראייה בעלמא. הנושה בנכרי היה זקוק לאמצעי גבייה בלתי תלוי, היות והסיכוי שהגוי יסרב לפרוע את ההלוואה לא היה מועט, והמשכון נבחר בקפידה כדי שיכסה את הקרן והריבית המצטברת. בקיצור - משכוננו של נכרי ניטל לגוביינא. רמז לגישה שונה מצוי כבר בתלמוד: "אמר מר בר רב אשי: אבא משכן ליה עובד כוכבים כסא דכספא, ואטבליה ואישתי ביה; ולא ידענא אי משום דקסבר משכנתא כזביני, אי משום דחזי לעובד כוכבים דדעתיה לשקועיה (=שלא לפדות עוד, רשי"י)".<sup>231</sup> התפיסה "משכנתא כזביני" לענין משכוננו של נכרי, חד משמעית, אף יותר מהלכתו של רבי יצחק. הדברים מפורשים אצל ראשון עלום-שם "... ואם כן ישראל מגוי לא קני משכון..."

ואף על פי שמשכונות של גויים נקטינן להו

229. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 200, ובסמוך להערה 68.

230. אלבק, לעיל הערה 10, עמ' 483, הערה 90, משער: "שמא הטעם הוא 'דבדיניהם אין בעל חוב קונה משכון' (לשון רבנו תם, בספר הישר, מהדורת ר"ש שלזינגר, סימן תרא, עמ' 353)". יש לציין שתשובת רבנו תם שם משובשת ותכנה אינו ברור. לעיל עמ' 41 ראינו שהדין הנכרי הקדום העניק לנושה בעלות גמורה במשכון ולא זכות קניינית גרידא.

231. עבודה זרה עה, ב. ראה דברי המאירי, בית הבחירה, קידושין, ח, ב ד"ה יש מי שאומר, שם משמע שעובדא דמר בר רב אשי אינה עולה בקנה אחד עם סוגיית פסחים.

לגוביינא, שאם לא יפרענו אנו מוכרין אותו וגובין  
 דמיו; זהו דווקא משכון שהוא של גוי עצמו, דבענין  
 אחר לא יוכל לכופו לפרוע, אבל כאן שהישראל השאיל  
 משכונו לגוי...".<sup>232</sup>

בסוגייה נוספת השתמשו ראשונים בדינו של רבי יצחק לענין משכון נכרי.  
 הבאנו לעיל את ההלכה שבכור נוטל פי שניים במלווה המובטח במשכון. ראשונים  
 אחדים החילו הלכה זו גם על משכונו של נכרי: "ואי תפשי עלה משכון... בכור  
 שקיל פי שניים, אפילו בריבית; דהואיל וקונה המשכון הרי נשתעבד לו גם לרי-  
 בית".<sup>233</sup> בהלוואת ריבית מדובר בחייב נכרי, ואף על פי כן הנושה "קונה משכון".  
 מנגד אחרים סבורים שאין הבכור יורש פי שניים במשכון של נכרי,<sup>234</sup> ואף  
 בסוגיות אחרות יישמו את הכלל שנושה אינו קונה משכון זה.<sup>235</sup> למותר להדגיש  
 שהבעייה מתעוררת רק ביחסים בין יהודים. היחסים הישירים בין הנושה היהודי  
 והחייב הנכרי נחתכו כמובן, לפי דיני האומות.

232. שו"ת מהרי"ח או"ז, רג. התשובה אינה חתומה, וכנראה אינה של ר' חיים

או"ז, וראה הערה 234 להלן.

233. אור זרוע, לעיל הערה 224. ראה עוד: פסקי ושו"ת רקאנטי, תיא.

234. שו"ת מהרי"ח או"ז, קי; שו"ת המהרי"ק, לעיל הערה 225; שו"ע, חו"מ, רעח,

ז בהג"ה. התשובה בשו"ת מהרי"ח היא של ר' חיים כפי שמוכח מציטוטי ריא"ז

בלשון "כתב רבינו אבא מארי". ברם הפירוש שהוא מציע לדברי אביו סותר

לכאורה את דבריו של ר' יצחק בפסקיו, שם.

235. "וכתב ראבי"ה וז"ל: 'קדשה במשכון דאחרים מקודשת' - והני מילי במשכון

דישראל דבר צדקה הוא... אבל במשכונות של עובדי כוכבים לא כדאיתא בפרק

כל שעה" מרדכי, קידושין, תפו. אולם ראה דברי המאירי, לעיל הערה 231.

סולובייציק רואה ביחס האמביוולנטי של הפוסקים למשכון של גוי סמפטום

למצבה של ההלכה התלמודית בגלות.

"אותם אנשים שבעסקי כספים הרבו לדבר על מכירת משכונות, כאשר נדרשו לפסוק בעניינים הקרובים למדי למסחר, כמו ירושת משכונות של גויים, שללו כל קניינים בהם מצד המלווה, משום שישראל מעכוים לא קני משכון, ופסלו כל זכייה בהם כדבר המובן מאליו"<sup>236</sup>

"ההכרה שהעניקו לסביבתם, לגלות, כל עצמה לא היתה מעולם de jure וממילא היה לויתוריהם אופי מקומי, מוגבל. רק תצא ההלכה מאיזור הלחץ מיד ישובו עיקריה הנצחיים על כנם. אותם חכמי המאה ה-יא אשר דנו, כזכור, במכירת משכונות של גוי כדבר המובן מאליו, הורו בענייני ירושה שאי אפשר ליהודים לזכות בערבונות הללו".<sup>237</sup>

למרות ספקות מסוימים לענין מכירת משכונות<sup>238</sup> מסקנתו של סולובייציק

מבוססת דייה.

---

236. סולובייציק, לעיל הערה 189, עמ' 12 והייש 21.

237. שם, עמ' 37.

238. ראה להלן עמ' 237, הערה 79.

#### 4. אחריות הנושה למשכון

##### 1.4 הצעת הבעייה

בחלק זה תידון אחריותו של הנושה למשכון הנמצא ברשותו. המשכון הוא לכאורה בבעלותו של החייב והנושה מחזיק אפוא בנכס של אחר. בתור שכזה חלה עליו חובת שמירה של הנכס והוא אחראי לנזקים מסוימים שארעו לו.<sup>1</sup>

הדיון בהקיפה של אחריות זו ובפרטיה חורג לכאורה ממסגרת חיבור זה. סוגייה זו צריכה להיפתר על פי דיני השומרים ואין מקומה בחיבור שמרכזו המש- כון. כבטוחה. ואכן בשיטות המשפט השונות הנושא מוסדר בהלכות השומרים<sup>2</sup> וכמעט שאין למצוא בחיבור על דיני משכון דיון רחב בסוגייה זו. ההנחה היא שתפיסת הנושה במשכון, מזוית הראייה של דיני השומרים, אינה זקוקה להסדר מיוחד והיא אינה שונה מהחזקתו של שוכר, שותף ודומיהם.

המתבונן בסוגיות המשכון המעטות שבתלמוד הבבלי יגלה על נקלה שלמשפט העברי השקפה שונה. סוגיית המשכון המרכזית בתלמוד עוסקת באחריות הנושה,<sup>3</sup> שעה שלבעיות אחרות הוקדשו שורות ספורות בלבד. ענין זה ראוי להדגשה ונראה שיש בדברינו הבאים לתרום להבנת האמור. את אחריות הנושה ניתן לבסס, מלבד הלכות השומרים, גם על דיני המשכון גופם. הפתרון עשוי להיות באחת משתי הדרכים הבאות:

- 
1. שמות, כב, ו-יד; משנה, בבא מציעא, ז, ח.
  2. כך גם בחקיקה הישראלית החדשה, חוק המשכון תשכ"ז-1967, אינו דן בסוגייה. על פי ההגדרה בחוק השומרים תשכ"ז-1967, סעיף ו(ג), נושה האוחז במשכון הוא שומר שכר והוראות החוק חלות עליו. ראה עוד: י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) עמ' 109.
  3. בבא מציעא פא, ב-פב, ב והסוגייה המקבילה, שבועות מג, ב-מד, ב.

א. מישכון כמכר חוזר - העברת המשכון לנושה מתפרשת כמכר, כשמעות ההלוואה מהוות את מחיר הנכס. לחייב ישנה אופציה לבטל את המכירה אם הוא יחזיר לקונה את מעותיו עד תאריך מסויים.<sup>4</sup> על פי שיטה זו, המשכון, בתקופה שבין ההלוואה לפרעון החוב, הוא בבעלותו של הנושה. הנושה אינו שומר המחזיק בנכס של הזולת אלא אוחז בו בתור בעלים. המסקנה המתבקשת היא שכל נזק שארע לנכס בשעה זו, נופל על שכם בעליו.

ב. אפשר לראות במישכון הסכם שקול, עסקה מאוזנת, בה כל צד לעסקה קיבל מאומה ותמורתו נתן לחבירו נכס אחר. החייב קיבל מעות והנושה זכה במשכון. בהגיע מועד הפרעון כל צד חייב להחזיר לרעהו את הנכס שקיבל. החיובים הם הדדיים, והאחד פטור ממילוי התחייבותו, אם השני אינו מוכן או אינו יכול למלא את חלקו. אם המשכון אבד והנושה אינו יכול להחזירו לחייב, פטור הלה מלפרוע את ההלוואה. הנימוק הראשון מייצג גישה עקרונית שונה בהבנת מהותו של המשכון. לשיטה זו השלכות רבות מלבד לענין אחריותו של הנושה. הנימוק השני הוא מקומי ומיוחד לסוגייה דידן. שני אלה זקוקים להארות משלימות. לעיל דחינו את התאוריה של בעלות הנושה במשכון, אך רמזנו שישנם תנאים ואמוראים הדוגלים בה.<sup>5</sup> רובן של דעות אלו נאמרו אגב דיון באחריות הנושה ולכן דחינו את הדיון בהן עד לסעיף זה. להלן נברר אם לדעה שהמישכון הוא מכר חוזר יש יסוד בדברי תנאים ואמוראים. הטעם השני אינו מובן והייתי נמנע מלהביאו אלמלא מצאתיו בדברי ראשונים.<sup>6</sup> קשה להבין איך ניתן לראות במשכון שקילות להלוואה, כשערכו נמוך הימנה לאין שיעור, "וכי בשופטני עסקינן שיקבל אדם סתם קתא דמגלא על אלפא זוזי".<sup>7</sup> ועוד; אם הנושה

4. ראה לעיל סעיף 2.3.3.

5. ראה לעיל עמ' 43-44.

6. ראה דעת רש"י, להלן הערה 47.

7. חידושי הריטב"א, שבועות מג, ב ד"ה אבד קתא.

מוכיח שהמשכון אבד והוא אינו מסוגל להחזירו בעין, מדוע שלא יוכל לקיים את ההתחייבות על ידי השבת ערכו של המשכון. לנו נראה שהנימוק השני אינו יכול לעמוד בפני עצמו והוא תוצאה מראיית הסכם המישכון כמכר חוזר.

על כל פנים יש שתי אפשרויות לחיוב הנושה בנזקי המשכון: דיני השומרים ודיני המשכון. ההבדל בין שתי אלה הוא יסודי ורב חשיבות: הלכות השומרים משקיפות על ההסכם דרך האספקלריה של הנכס נשוא השמירה, והנושה אחראי על כן למלוא ערכו של המשכון. דיני המשכון לעומתם, רואים בהלוואה ציר מרכזי שממנה נובעת אחריות הנושה. הקיפה של אחריות זו שווה לגובה ההלוואה ואין לה עניין בשוויו הריאלי של המשכון.

שתי נפקויות בדבר: 1. אם ערך המשכון עלה על סכום ההלוואה,<sup>8</sup> אחריות הנושה מוגבלת, מכח דיני המשכון, עד לגובה ההלוואה. אבד המשכון, הנושה לא יוכל לתבוע מהחייב את ההלוואה, וזה לא יהיה זכאי לתבוע את הסכום שהמשכון עודף עליה. אחריות הנושה מצד דיני השומרים תפצה את החייב על ההפסד האמור. 2. אם ערך המשכון שאבד נמוך מסכום הלוואה, אחריות הנושה כשומר אינה חלה מעבר לערכו, והוא יהיה זכאי לתבוע מהחייב את יתרת ההלוואה. מנגד אחריותו על פי דיני המשכון הקיפה כשווי החוב, ולכן אין להם זה על זה כלום ויצא חובו במשכונו. הבדל נוסף בין שני המקורות לחיוב הנושה בא לידי ביטוי בהלכה הבאה. דרגת האחריות, לפי דיני השומרים, תלויה בהנאתו של השומר מהנכס שברשותו. אם הוא אינו מקבל תמורה בגין החזקת הנכס, הוא שומר חינם; אם הוא נהנה, הוא שומר שכר ואם הוא משתמש בנכס ללא תמורה, הוא שואל.<sup>9</sup> נושה אינו רשאי להשתמש במשכון, מפאת אסור ריבית,<sup>10</sup> ועל כן איננו שואל. אם המשכון ניזוק עקב מאורע שאין לו

8. זה המקרה הרגיל ראה להלן עמ' 159.

9. ראה: בבא מציעא, צד, ב.

10. ראה רש"י, שם, קיד, ב ד"ה מאי קאמר, ברם ראה להלן בסמוך להערה 64.

שליטה עליו, "אונסי" ששואל בלבד חייב עליו, הוא יוכל אפוא לתבוע מהחייב את החזר ההלוואה כולה. לעומת זאת, חיוב שמקורו בדיני המשכון אינדיפרנטי לגבי הסיבה שגרמה לאיבוד המשכון. עצם העובדה שהנושה אינו מחזיר אותו במועד פוטר את החייב מהחובה לפרוע את ההלוואה. ועוד, אם המשכון הוא בבעלותו של הנושה, כל הנזקים, שארעו לו, ואונס בכלל, נופלים על הבעלים. עמדנו בקצרה על ההבדלים בין שני המקורות לחיוב הנושה בנזקי המשכון. ברם אלה אינם דווקא חילופיים, אלא עשויים להשלים זה את משנהו. אחריות הנושה יכולה לקוט הן מצד דיני שומרים והן על פי דיני משכון. סביב שני צירים אלה, החיוב מדיני המשכון ומדיני השומרים, יסוב הדיון בהמשך דברינו.

2.4 מקורות התנאים והאמוראים

במשנה ובברייתא הובאו מספר דעות תנאים לענין אחריותו של הנושה למשכון. להלן נבדוק דעות אלו ונבחן אם מקור האחריות על פיהן הוא בדיני משכון או שמא זו אחריות שמירה רגילה.

א. רבי אליעזר ורבי עקיבא:

בברייתא המובאת בתלמוד הבבלי שנויה מחלוקת זו:

"המלווה את חבירו על המשכון ואבד המשכון, ישבע

ויטול מעותיו, דברי רבי אליעזר. רבי עקיבא אומר:

יכול לומר לו: 'כלום הלוייתי אלא על המשכון

אבד המשכון אבדו מעותיך'.

אבל הלווהו אלף זוז בשטר והניח לו משכון עליהם,

דברי הכל: אבד המשכון אבדו מעותיו"<sup>11</sup>

הדגשת הסכום הגבוה של ההלוואה ("אלף זוזי")<sup>12</sup> בסיפא לא באה בכדי. הרבותא

היא שעל אף שערכו של המשכון נמוך מסכום זה, הכל מודים "אבד המשכון אבדו מעותיו".

ערכו של המשכון ביחס להלוואה אינו רלבנטי, והנושה מאבד את זכותו להלוואה כולה.

עמדנו כבר על כך שהלכה זו מצביעה על דיני המשכון כמקור לחבותו של הנושה.<sup>13</sup>

11. שם פא, ב; שבועות מג, ב. שינויי הנוסח בין שני המקורות אינם משמעותיים.

12. על אלף זוז כסכום גבוה, ראה: משנה, פאה, ח, ח; בבלי, בבא מציעא, קד, ב; רשיי, שם, עז, ב ד"ה סתם מאן. הספרה "אלף" מציינת כמות מרובה ולא דווקא מספר מדויק, כגון: "חתיכה אסורה שנתערבה בחתיכות, אפילו הן אלף כולן אסור-רות" (תוספתא, תרומות, ח, כ; בבלי, חולין, ז, ז), על אף שמצאנו כלי השווה אלף זוז (משנה, בבא מציעא, ג, ה). על "אלף זוז" במשכון, ראה עוד את דברי שמואל, להלן ליד הערה 42.

13. ולא כדעתו של S. Zeitlin, Studies in Talmudic Jurisprudence -

Possession, Pignus and Hypothec, 60 J.O.R., p. 81, 104-105

הסובר שלרבי אליעזר המשכון הוא security ולפי רבי עקיבא הוא exchange.

ברישא חולקים רבי אליעזר ורבי עקיבא במקרה שהמשכון אבד, ובהבדל מהסיפא,

מדובר בהלוואה על פה ללא שטר חוב. רבי אליעזר פוטר את הנושה מאחריות ורבי עקיבא מחייבו. על פי דיני השומרים, שומר שכר אחראי לנזקי אבידה ושומר חינם פטור. לכאורה, אחריות הנושה לדידו היא כשומר שכר רגיל, ברם הנסוח הלא שגרתי של דבריו מרמז על מקור אחר. רבי עקיבא אינו אומר בפשטות: "המלווה על המשכון שומר שכר" כפי דבריו של תנא אחר.<sup>14</sup> הלשון: "כלום הלוייתני אלא על המשכון, אבד המשכון אבדו מעותיך" מלמדת על שקילותו של המשכון להלוואה. אי החזרתו של המשכון לחייב מכל סיבה שהיא, אף אונס במשמע, פוטרת את זה מהחובה לפרוע את ההלוואה.<sup>15</sup> הווי אומר: גם ברישא דברייתא בולטת מגמתו של רבי עקיבא לראות בדיני המשכון מקור לאחריות הנושה.

דעתו של רבי אליעזר צריכה עיון. הוא פוטר את הנושה מאחריות לאבדן המשכון

וזו אחראי כשומר חינם בלבד. ברם ראינו שבסיפא רבי אליעזר מכיר עקרונית גם באחריות מדיני המשכון ואם כך מדוע הוא מתעלם ממנה ברישא, כשדיני השומרים אינם מספיקים?

נראה שרבי אליעזר אינו רואה בנכס הנמסר לנושה בהלוואה ללא שטר, משכון לכל דבר. מטרת הנושה בנטילתו של זה היא ראייתית גרידא, הוכחה על קיום החוב,<sup>16</sup> שהוא זקוק לה בהעדר הראייה הרגילה - שטר חוב. ברם בסיפא כשהנושה נוטל משכון בנוסף על שטר ההלוואה, הוא נוטלו ל"גוביינא", להיפרע ממנו אם החייב לא ישלם את החוב במועד.<sup>17</sup> המשכון ברישא אינו אפוא משכון גמור, ואחריות הנושה עליו עשויה לקום

14. משנה בבא מציעא ו, ז.

15. השווה: תשובת רבינו תם (שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, קפה; תשובות מיימוניות משפטים, כג); ראב"ן, ספר אבן העזר, בבא מציעא, לד, א (מהדורת ערנרייך קצט, ב-ג); פני יהושע, שם פא, ב ד"ה הלווהו. ראה עוד א' גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט), עמ' 69-70; B. Cohen, Jewish and Roman Law (New York 1966) II, p. 435.

16. ראה רשיי, שם פא, ב ד"ה ישבע, וראה עוד סעיף 1.1 לעיל.

17. שם, ד"ה אבל הלווהו.

מכח דיני השומרים בלבד. רבי אליעזר סובר שלנושה אין הנאה מהחזקתו ולכן הוא אחראי כשומר חינם. רבי עקיבא לעומתו רואה בנכס זה משכון גמור ומחיל עליו את האחריות שמקורה בדיני המשכון.

התלמוד הבבלי לא קיבל את ההסבר האמור למחלוקת רבי אליעזר ורבי עקיבא. לדידו שניהם מכירים רק באחריות רגילה של דיני שומרים, ומחלוקתם היא אם הנושה נהנה מתפיסת המשכון.<sup>18</sup> על גורם ההנאה נרחיב דברים להלן.

ב. תנא קמא ורבי יהודה:

במשנה מסכת בבא מציעא שנינו:

"הלווהו על המשכון שומר שכר. רבי יהודה

אומר: הלווהו מעות שומר חינם, הלווהו

פירות שומר שכר."<sup>19</sup>

תנא קמא סבור שהנושה אחראי כשומר שכר ופטור מנזקים שארעו למשכון על ידי אונס. גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם ראיית דיני המשכון כמקור האחריות. מי-קום המשנה, בפרקי בבא מציעא שעניינם הלכות השומרים, מצביע גם הוא על הכוון האמור. זו גם דעתו של רבי יהודה. האבחנה בין מעות לפירות מבוססת על ההנאה שהנושה מפיק מהלוואה.<sup>20</sup> הנושה עשוי למנוע על ידי הלוואת הפירות את ריבונן. הנאה זו חשובה לקביעת דרגת האחריות של הנושה על פי דיני השומרים ואינה רלבנטית לדיני משכון. ועוד, על פי דיני המשכון הנושה אחראי אף לנזקי אונס, ואינו שומר

18. בבא מציעא פב, א-פב, ב; שבועות מג, ב-מד, ב. ברם ראה תוספות, בבא מציעא,

פב, א ד"ה לא דכולי, ולדידן אליבא דהלכתא רבי עקיבא ושמאל חד הם.

19. משנה בבא מציעא ו, ז.

20. ראה ירושלמי שם פ"ו ה"ה; יא, א: "אמר רבי יוחנן רוצה אדם ליתן כמה,

ולמכור פירותיו על ידי משכון".

חינם או שומר שכר בלבד.<sup>21</sup>

ג. סתם משנה במסכת שבועות:

"המלווה את חברו על המשכון ואבד המשכון אמר לו...

סלע הלוייתך עליו ושקל היה שווה, והלה אומר: לא כי

אלא סלע הלוייתני עליו, ושלשה דינרים היה שווה - חייב...

סלע הלוייתני עליו ושתיים היה שווה, והלה אומר: לא כי

אלא סלע הלוייתך עליו, וחמשה דינרים שווה - חייב..."<sup>22</sup>

אם ערך המשכון שאבד נמוך מסכום ההלוואה, הנושה זכאי לתבוע מהחייב את

יתרת ההלוואה. ולהפך, אם ערך המשכון עולה על גובה ההלוואה, החייב רשאי לתבוע

מהנושה את הסכום העודף על החוב. לעיל ראינו שהלכות אלו נובעות מראיית דיני

השומרים כמקור החבות, ואין הן מתאימות לגישה הרואה במשכון את תמורתה של ההלוואה,

יהא ערכו אשר יהא.<sup>23</sup>

דעתם של רבי אליעזר ורבי עקיבא מבוססת כנראה על ראיית המישכון כמכר חוזר,

והמשכון עובר מיד לבעלות הנושה. הנושה הסכים לראות במשכון תמורה נאותה להלוואה

ואין לו עוד תביעה אישית נגד החייב. זכותו של הנושה לפרעון ההלוואה קמה רק

21. הפוסקים הולכים אחר סוגיית התלמוד ואינם מקבלים את האבחנה בין מעות לפי-

רות. בתקופת הגאונים פסק רב עמרם גאון כרבי יהודה, ואילו רב צמח גאון

ורב מתתיה גאון ובעקבותיהם אחרוני הגאונים חלקו עליו, ראה: רי"ד, ספר

המכריע, צא. לדעת י"ב אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמ' 617, רבי יהודה

התבסס על משנתו הקדומה של רבי אליעזר שהנושה שומר חינם, ופירשה בהלוואת

מעות. ראה עוד: Zeitschrift, M.J. Flörshcim, Das Pfand nach Talmudrecht,

für vergleichende Rechtswissenschaft bd. 32, 1915, p. 103, 154.

22. משנה שבועות ו, ז.

23. לעיל סעיף 1.4. אף כינויו של המשכון במשנה זו: "פקדון", מצביע על המגמה

לדון אותו על פי דיני השומרים, וראה עוד ח' אלבק, השלמות לפירוש המשנה, שם.

כשהחייב בא לפדות את משכונו. הנושה אחראי לנזקי המשכון מכח דיני המשכון עצמם ולא, או לא רק, על פי דיני השומרים. בדור שלאחר מכן שלל רבי יהודה תפיסה זו. יתכן שהדעה הסתמית במשנת בבא מציעא וסתם משנה בשבועות מייצגות הלכות מאוחרות. אף רבי יהודה הנשיא עורך המשנה, סבר כדעות אלו, השקפה שמצאה ביטוי בברייתא הבאה:

”המלווה את חבירו על המשכון ונכנסה שמיטה;  
אף על פי שאינו שווה אלא פלג, אינו משמט,  
דברי רבן שמעון בן גמליאל. רבי יהודה הנשיא  
אומר: אם היה משכונו כנגד חובו אינו משמט,  
ואם לאו, משמט”.<sup>24</sup>

המחלוקת מבוססת על ההלכה שהלוואה על המשכון אינה נשמטת בשביעית.<sup>25</sup> רשב”ג סבור שהלכה זו חלה גם אם ערך המשכון נמוך מהחוב, והחוב כולו אינו נשמט בגין משכון זה.<sup>26</sup> המשכון שקול להלוואה על אף ערכם השונה, וזו התפיסה העומדת ביסוד האחריות על פי דיני המשכון.<sup>27</sup> רבי יהודה הנשיא סובר לעומתו שאין לראות במשכון נכס המהווה תמורה להלוואה. גם אם השערתנו האחרונה אינה מבוססת ומחלוקת רבי-רשב”ג היא מקומית ומוגבלת למשכון שערכו נמוך מהחוב ואין לה השלכות לנושא סוגייתנו, יש על כל פנים, תנאים המבטסים את אחריות הנושה על אדני המשכון. ברם אין להחפז ולהסיק מכאן שהמשכון במשפט העברי עבר שלבי התפתחות דומים לאלו שבמשפט הכללי.<sup>28</sup> לדעות רבי

24. שבועות מד, ב; בבא מציעא מח, ב.

25. ראה לעיל סעיף 3.3.3.3.

26. ”וליתא לההיא דחיה דסוף פרק שבועת הדיינים, פסקי אור זרוע, עבודה זרה

קטז. ראה עוד ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, שביעית, עמ' 587.

27. ראה להלן עמ' 161.

28. כדעת גולאק לעיל עמ' 42-43.

אליעזר ורבי עקיבא ישנו הד בתקופות מאוחרות יותר<sup>29</sup> ומנגד מצויות דעות שונות בקרב התנאים.

יש לזכור שלדברינו אלה ערך היסטורי בלבד. פרושו של התלמוד הבבלי מחייב מבחינה הלכתית, וזה כאמור, ראה בדברי רבי אליעזר ורבי עקיבא אחריות רגילה של דיני השומרים.

מלבד דעות התנאים הני"ל מצויות בתלמוד שתי דעות נוספות שלהן השלכה על נושא הדיון, ואחת מהן אף עוסקת ישירות באחריות הנושה. גם בהן ננסה לדלות את מקור החבות.

#### 1. רבי יצחק

עסקנו לעיל בהרחבה בניתוח הלכתו של רבי יצחק: "בעל חוב קונה משכון", וכאן המקום לעמוד על השלכותיה לענין אחריות הנושה למשכון. אם נפרש הלכה זו כפשוטה, שהנושה הוא בעליו של המשכון עד למועד הפרעון, ברי שכבעלים הוא נושא בכל הפסד שאירע לו. לפנינו אפוא חיוב שמקורו בדיני המשכון. ראינו לעיל שפרוש זה בדברי רבי יצחק, מעורר קשיים; ואינו עולה בקנה אחד עם השקפת המשנה והתלמוד.<sup>30</sup> ברם קשה לידע מה היה הפרוש המקורי של דברי רבי יצחק היות וההלכה נוסחה בדרך נורמטיבית ולא התיחסה למקרה מסויים. השימושים שעושה התלמוד בדבריו הם מאוחרים, ולא ברור כלל לגבי מה אמר רבי יצחק את מימרתו המפורסמת. סוגיית התלמוד שלא ראתה בדברי רבי עקיבא אחריות מדיני המשכון, נהגה כך גם ברבי יצחק. בהבנת דבריו של רבי יצחק ובהקף תחולתם ראינו שתי גישות.<sup>31</sup> נבדוק עתה את הנפקויות שלהן לענין אחריותו של הנושה.

29. שיטת רבנו קלונימוס לעיל סעיף 2.2.

30. ראה לעיל עמ' 72-73.

31. לעיל סעיף 6.3.3.3.

א. חכמי ספרד - לדידם "קונה" מתפרש כזכות קניינית פחותה מבעלות, ולנושה זכות בגופו של המשכון שהחייב הוא בעליו.<sup>31</sup> הלכת רבי יצחק אינה משפיעה במישרין על חיוב הנושה בנזקי המשכון. הנכס אינו של הנושה והחבות עשויה לקום על פי דיני השומרים בלבד. כל שניתן להסיק מדברי רבי יצחק לענין אחריות הנושה הוא שהזכות הקניינית גורמת לו הנאה, וזו עשויה להשפיע על דרגת אחריותו כשומר. על טיבה של הנאה זו נעמוד להלן.

ב. חכמי אשכנז ופרובנס - אלו מפרשים את "קונה" כבעלות, והנושה נחשב לבעליו של המשכון. דא עקא, לשיטה זו דברי רבי יצחק נאמרו בעבוט ולא על המשכון החוזי נשוא מחקרנו. אף על פי כן, מן הראוי להקדיש שורות מספר לאחריות הנושה לעבוט המוחזק על ידו.

רשיי<sup>32</sup> ומרבית חכמי פרובנס<sup>33</sup> עקביים ומיישמים עד תום את המסקנות הנובעות מהגישה העקרונית. הנושה הוא בעליו של העבוט, ואחראי אף לנזקים שנגרמו לו על ידי אונס. רשיי מדגיש: "כל ימי ההלוואה המשכון קנוי לו (לנושה), ואם נאנס חייב באונסין, שאינו עליו לא כשומר חינם ולא כשומר שכר שפטורין באונסין, אלא כולו ברשותו ובשמירתו עומדי".<sup>34</sup> על אף הניסוח הדו-משמעי: "כולו ברשותו ובשמירתו עומדי", רשיי אינו רואה בנושה שואל החייב באונסין, אלא מקור החיוב הוא בדיני

32. ראה: רשיי, פסחים, לא, ב ד"ה קונה משכון; בבא מציעא, פב, א ד"ה שקונה.

33. ראה: רז"ה, ספר המאור, שבועות, סוף פרק ששי; ראבי"ד, הלכות שכירות, י, א; ר' יצחק בן אבא מרי, ספר העיטור, ערך מלווה על המשכון, מהדורת רמ"י כב, ג;

המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא קד, א ד"ה המלווה. חכמים נוספים: ר' אפרים תלמיד רי"ף (מובא בספר התרומות מט, ד, ח) ורי"ד, ספר המכריע, לעיל

הערה 21, טוברים כרשיי. ראה עוד שי"ך חז"מ עב, סק"ט.

34. רשיי, בפסחים, לעיל הערה 32.

המשכון גופם.<sup>36,35</sup> הנושה אינו רשאי להשתמש בעבוט, ואינו יכול להחשב כשואל. הסבר זה נותן פתח לומר שהנושה הוא בעליו של חלק המשכון השווה לסכום ההלוואה.<sup>38,37</sup> יתרת העבוט שמעבר לגובה ההלוואה אינה קנויה לנושה ואחריותו מבוססת על דיני השומ-רים בלבד.

שיטת בעלי התוספות, רא"ש וממשיכי דרכם אינה ברורה דייה. מחד הם רואים בנושה את בעליו של העבוט<sup>39</sup> ומאידך הם מגבילים את אחריותו לנזקי גנבה ואבדה כשומר

35. הווי אומר: המשכון הוא פרעון גמור ובבעלותו של הנושה, השווה: רשב"א בשיטה

מקובצת, בבא מציעא קד, א ד"ה ונכון: "ונכון הוא פירושו של הראב"ד לפי משמעה של הצעת שמועתנו, אלא שמשמע מפירושו שמשכון שלאחר הלוואה באחריות המלווה לאונסים ולכחשא וזולא כפרעון גמור, ולא כן דעת הגאונים". ראוי להדגיש שבהפסד כחשא וזולא שואל אינו נושא אלא בעלים!

36. ואין אפוא מקום לקושיות רמב"ן (חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, פב, א ד"ה והכא בשווה; מלחמות ה', שבועות, סוף פרק ששי) ובית מדרשו (חידושי הר"ן, שם, ד"ה מנין; נמוקי יוסף, שם) על רש"י.

37. המיוחס לריטב"א, שם, פב, א ד"ה ולמה שכתב הראב"ד; והמאירי, שבועות, מג, ב ד"ה כבר ביארנו, מסתפקים אם הנושה אחראי באונסין לדעת ראב"ד אף על חלק המשכון העודף על החוב. על פי דרכנו, שורש הספק הוא אם הנושה הוא שואל או לוקח. ההכרעה כאמור היא שהנושה הוא בעליו של העבוט ראה המאירי, שם.

38. ראה מהר"ם מרוטנברג (מרדכי שבועות, תשעד; תשובות מיימוניות משפטים, נו; שו"ת מהר"ם, כ"י אמסטרדם, קסא) האומר שאחריות הנושה על פי רבי יצחק אינה חלה על ערך המשכון שמעל החוב היות: "ושלא בשעת הלוואה לגוביינא לא שייך אלא בכדי מעותיו". דא עקא, דבריו נאמרו לפי הסוברים שהנושה אחראי מדרי יצחק רק לנזקי גניבה ואבידה. אולם ראה ש"ך עב, סק"יז, וגר"א שם סק"ב.

39. ראה לעיל סעיף 6.3.3.3.

שכר.<sup>40</sup> יתכן שזכות החייב לפדיון המשכון משפיעה לדידם על הקף אחריותו של הנושה, והדברים עדיין טעונים ליבון. על כל פנים לענין המשכון החוזי של שעת הלוואה, הראשונים כולם מאוחדים בדעה שהוא אינו קנוי לגמרי לנושה ואין לראות במישכון הסכם מכר חוזר.<sup>41</sup> דברי רבי יצחק אינם מהווים אפוא מקור לחיוב הנושה על פי דיני המשכון, אלא לכל היותר מכח דיני השומרים ולכך נשוב עוד להלן.

## 2. ש מ ר א ל

האמורא שמואל הוא בעל מימרה זו:

"האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה, ואנח ליה קתא דמגלא עילויהו; אבד קתא דמגלא, אבדו אלפא זוזי".<sup>42</sup>

הווי אומר: אם הנושה נטל משכון שערכו נופל לאין ערוך ("קתא דמגלא" מול "אלף זוזי")<sup>43</sup> משווי ההלוואה, וזה אבד, החייב פטור מהחזרת ההלוואה כולה! הנושה מפסיד את כל החוב ולא רק את החלק השווה לערך המשכון. הלכה זו מצביעה בעליל על כך ששמואל רואה בדיני המשכון מקור לאחריותו של הנושה.

הסבר זה בדברי שמואל מעורר קושי מסויים. הלכתו נאמרה במקרה שהמשכון "אבד" ומשמעותה הפשוטה היא שהנושה פטור מנזקים שארעו למשכון באונס.<sup>44</sup> מסקנה

40. תוספות, פסחים, לא, ב ד"ה שקונה משכון, ובמקבילות; פסקי הרא"ש, קידושין, פ"א, סימן י'.

41. ראה שו"ת הר"ן, כ; שו"ת המהרי"ל, מט. אולם ראה דברי תלמיד הרשב"א (בתוך שיטת הקדמונים, בבא מציעא, ניו-יורק, תשכ"ז) פב, א ד"ה המלוה על המשכון.

42. בבא מציעא, פב, א; שבועות, מג, ב.

43. ראה הערה 12 לעיל.

44. ראה בבא מציעא, כט, א-ב: "והא אבדו קתני? כדרבה, דאמר רבה נגנבו -

בלסטים מזויין; אבדו - שטבעה ספינתו ביס". הווי אומר: מובנה הרגיל של המילה, אינו כולל אבדה שארעה על ידי אונס.

זו תמוהה שהרי דיני המשכון אינם מתעניינים בגורם שהביא לאבדנו, ודי בעובדה שהנושה אינו מחזיר אותו לחייב כדי לפוטרו מתשלום ההלוואה.

קושי זה ואחרים<sup>45</sup> הביאו את המפרשים הבתר תלמודיים לכלל דעה ששמואל אינו רואה בנושה אחראי למקרי אונס. אחריות הנושה נתפסה עדיין כמיוחדת לדיני המשכון ופורשה כויתור, מפורש<sup>46</sup> או מכללא,<sup>47</sup> על ההלוואה; אם המשכון יאבד שלא כתוצאה ממקרה אונס. לפי הראשונים הלכת שמואל אינה חלק מתפיסה כוללת במהות המשכון, אלא דין ספציפי לענין אחריות הנושה. לנו קשה להבין מדוע הנושה יסכים לוותר על כל ההלוואה אם המשכון שערכו אפסי, יאבד. אם נצמצם את דברי שמואל לנושא האחריות, ההלכה תהיה חד-צדדית לטובת החייב, ואין לה טעם. הראשונים נאלצו לפרש כך את דינו של שמואל, עקב דבריה הבאים של סוגיית התלמוד:

אמר שמואל: האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה,  
ומשכן ליה קתא דמגלא, אבד קתא דמגלא, אבד אלפא  
זוזי... תנן: "סלע הלוייתך עליו ושקל היה שווה,  
והלה אומר לא כי אלא סלע הלוייתני עליו, ושלשה  
דינרים היה שווה, חייב", לימא ליה הא קבילתיה!  
מתניתין בדפריש שמואל בדלא פריש<sup>48</sup>.

התלמוד ניסה להתאים את דברי שמואל למשנה, הסוברת שאחריות הנושה למשכון

- 
45. ראה להלן הטקסט ליד הערה 50.
46. תוספות שבועות מג, ב, ד"ה מתני' בדפריש.
47. רש"י שם, ד"ה בדפריש. על פי גרסת רש"י דברי התלמוד ב"דפריש" מוסבים על המשנה, ושמואל אינו דורש התנאה מפורשת. פרוש זה מצוי כבר בשו"ת גאוני מזרח ומערב, רלד.
48. שבועות מג, ב. הנוסח המצוטט הוא אליבא דרש"י, שם.

מבוססת על דיני השומרים בלבד,<sup>49</sup> ופרש כך גם את שמואל. הראשונים המשיכו במגמה זו והשוו את דבריו למשנת בבא מציעא: "הלווהו על המשכון שומר שכר".<sup>50</sup>

על פי דרכנו, דברי שמואל אינם מצומצמים למקרה שהמשכון אבד. גם לענין שמיטה סבור שמואל, כרשב"ג, שהלוואה המובטחת במשכון שערכו נמוך הימנה, אינה משמטת.<sup>51</sup> שמואל מייצג אפוא גישה עקרונית שונה למוסד המשכון. המישכון הוא מכר חוזר והנושה רוכש בעלות מידית במשכון. עם העברת הבעלות, הנושה מאבד את הזכות לתביעה אישית נגד החייב, והמשכון מהווה את תמורתו של החוב. המשכון אינו בטוחה בלבד, אלא בא במקום החוב, הווי אומר: אף שהמשכון בעין, הנושה אינו זכאי לתבוע מהחייב את יתרת ההלוואה.<sup>52</sup> הנושה נשכר על פי שיטה זו כשערך המשכון עלה על גובה ההלוואה והחייב לא פדה אותו במועד. לפי זה, שמואל אכן חלק על המשניות הסתמיות במסכתות בבא מציעא ושבועות וסבר כדעתם של רבי אליעזר, רבי עקיבא ורשב"ג. ברם

---

49. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 22. על כך שדברי שמואל אינם מתיישבים יפה עם המשנה, ראה: הלכות גדולות (מהדורת טרויב) קיז, ג "ליתא לדשמואל והלכתא הם כמתניתין". כך גם בהלכות ראו, עמ' 97. ראה עוד חידושי הרשב"א שבועות מג, ב ד"ה ולית הלכתא כשמואל: "אלא שומר שכר הוא עליו עד כדי דמיו וכפשטא דמתניתין".

50. ראה: חידושי הרמב"ן, שבועות, מג, ב ד"ה אבד קתא; תוספות, בבא מציעא, פב, א ד"ה נימא. תוספות רומזים על הקשיים שבהתאמת דברי שמואל למשנה: "והא דקתני מתניתין שומר שכר, לאו דווקא; דהא האי לישראל לא שייך אמעות יתירים על המשכון, אלא כלומר כדין שומר שכר, דמפסיד הכל בגניבה ואבידה ולא באונסין".

51. ראה ירושלמי שביעית פ"י ה"א; לט, ג, לפיו: "שמואל אמר אפילו על המחט". החוב אינו משמט אף אם הוא מובטח במשכון שערכו נמוך, כדברי רשב"ג לעיל, ליד הערה 24.

52. רש"י ההולך בעקבות התלמוד הבבלי, מתנגד מפורשות לדברים אלה ראה: שבועות מג, ב ד"ה אבד אלפא.

התלמוד הבבלי שהוציא את דברי רבי עקיבא ורשב"ג ממובנם הפשוט, עשה כך אף לדברי שמואל.

שיטה זו, הרואה במשכון תחליף לחוב ולא סעד משני, דעכה עקב דעתו החד משמעית של התלמוד הבבלי. שרידיה נעזרו מחדש מאוחר יותר, באשכנז של ראשית תקופת הראשונים.<sup>53</sup> מרבית הראשונים התנגדו, ובצדק, להחייאת מחלוקת נושנה זו שכבר הוכרעה על ידי התלמוד.

כפי שראינו, ראשונים רבים צמצמו את הלכת שמואל למקרה שהנושה התנה מפור- שות: "אף על גב דלא שוי (המשכון) אלפא זוזי, קבלתיה".<sup>54</sup> ההלכה אינה מיוחדת עוד למשכון והיא חוזית בעיקרה; שאלת פירושה ותוקפה של ההתחייבות שהנושה נטל על עצמו. על פי דעה זו עולות מדברי שמואל ההלכות הבאות:<sup>55</sup>

א. כאשר ערך המשכון שאבד נמוך מסכום הלוואה, הנושה מפסיד את החלק שכנגדו, גם ללא התנאה מפורשת. לגבי חלק זה קיימת התחייבות מכללא של הנושה.<sup>56</sup> את יתרת החוב שמעל המשכון, הנושה מפסיד רק אם התנה מפורשות כאמור.

---

53. ראה לעיל סעיף 2.2.

54. תוספות, לעיל הערה 46. החידוש הוא שאין בתנאי האמור משום אסמכתא. אף לשיטה זו הנושה לא "פירש בהדיא שיפסיד כל החוב", אלא התנה: "אף על גב דלא שוי אלפא זוזי קבלתיה". תנאי זה יכול היה להתפרש בפשטות שהנושה הסכים לקבל משכון שערכו נמוך, וההרחבה מקורה בהשפעת התפיסה של החבות על פי דיני המשכון.

55. הלכת שמואל חלה רק על משכון בשעת הלוואה (האי מאן דאוזפיה...ואנח), ראה: תוספות הרשב"א, פסחים, לא, ב ד"ה בדרכי יצחק; תוספות הרא"ש, בבא מציעא, פא, ב ד"ה והא אידי; הגהות אשר"י, שם, פרק ו', סימן יח. הבי"ח, טור, חו"מ, עב, סק"ג, הסובר אחרת, לא הביא מקורות אלה. האחריות לעבוט היא על פי הלכת רבי יצחק.

56. ראה תוספות, לעיל הערה 46.

ב. כאשר ערך המשכון שאבד עולה על ההלוואה, הנושה אחראי לחלק שכנגד החוב

כשומר שכר וחייב בנזקי גנבה ואבדה. אחריות זו מקורה בדיני המשכון, היינו - בהלכת שמואל. לחלק העודף על החוב, הנושה אינו אחראי מצד דיני המשכון, אלא על פי דיני השומרים. היות ולדעת שמואל, הנושה אינו נהנה מהחזקת חלק זה של המשכון, הוא חייב כשומר חנם בלבד.

רמב"ן<sup>57</sup> וראשונים אחרים מבית מדרשו<sup>58</sup> סבורים שאין בדברי שמואל אסמכתא

לענין אחריות הנושה, ואי אפשר להסיק מהם אם הנושה אחראי כשומר חנם, כשומר שכר או כשואל. כל שבא שמואל לומר הוא, שכאשר הנושה אחראי לנזקי המשכון ומפסיד בגינם את ההלוואה, אין לחלק בין משכון רגיל לבין משכון שערכו נמוך מההלוואה. דעה זו אינה ברורה. האין בעובדה זו כשלעצמה, הפסד ההלוואה עקב איבוד משכון פעוט ערך, ללמדנו שאחריות הנושה מצד דיני המשכון עומדת בבסיס הלכתו של שמואל?

לענין פסיקת הלכה; על פי המובא בתלמוד נהרדעי ורב נחמן סבורים כשמואל,<sup>59</sup> אך מהלך המשא ומתן התלמודי נוטה לכוון ההפוך.<sup>60</sup> הגאונים פסקו שלא כשמואל,<sup>61</sup> ברם הראשונים חלקו בדבר. מרבית חכמי אשכנז פסקו כמוהו ואמצו את המסקנות שעמדנו

57. לעיל הערה 50, וראה עוד חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, פב, א ד"ה ונראה לי.

58. ראה: חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה נימא.

59. שבועות מג, ב.

60. שם מד, א: "לא! בדלא שוי, כולי עלמא לית להו שמואל", ושם מד, ב בפרוש מחלוקת רשב"ג ורבי.

61. ראה: הלכות גדולות, מהדורת טרויב, קיז, ג; תשובות גאונים מזרח ומערב, רלד;

שאלות ותשובות הגאונים (קושטא, שלי"ה) קיא; הלכות ראו (ורסי, תרמ"ו) עמ'

97. כן ברור שהגאונים שפסקו כרבי אליעזר שהנושה הוא שומר חנם, שללו את

הלכת שמואל. ראה עוד דברי רבינו חננאל בתוספות, לעיל הערה 46.

עליהן לעיל.<sup>62</sup> חכמי ספרד פסקו, ללא יוצא מן הכלל, שאין הלכה כשמואל. הם אינם מכירים כלל באחריות שמקורה בדיני המשכון היות ודברי רבי יצחק ושמואל אינם יכו-  
 ליט להיות מקור לכך. נושה שנטל משכון שערכו נמוך מההלוואה, אחראי אפוא על פי  
 דיני השומרים בלבד. אם המשכון אבד, הנושה מפסיד את שוויו וזכאי לתבוע את יתרת  
 ההלוואה.<sup>63</sup>

---

62. ראה: תוספות, שם; תוספות, בבא מציעא, פב, א ד"ה נימא וד"ה לא; סמ"ג,  
 עשין צג, קעו, ג. ראה עוד: שו"ע חו"מ עב, ב בהג"ה. אולם ראה: ראב"ן,  
 שבועות, מג, ב ד"ה המלווה; ראב"ה, בהגהות מיימוניות, מלווה ולוה, יג,  
 ד. על דברי ר"י המופיעים במרדכי, בבא מציעא, שסג, ראה מהרי"ח בבבנשת,  
 כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא קמא, הגהות הטור, עב, ז.  
 63. ראה: רי"ף, בבא מציעא, שלהי פרק ששי; רמב"ם, שכירות, י, א; מלווה ולוה,  
 יג, ד; רבנו חננאל, לעיל הערה 61; ר"י מיגא"ש, שבועות, מג, ב ד"ה נקטינן,  
 ורבי'ם אחרים.

### 3.4. אחריות הנושה על פי דיני השומרים

בחלק זה נעסוק בפרטיה של האפשרות השנייה לחיוב הנושה בנזקי המשכון, זו שמדיני השומרים. הדגשנו לעיל שעל פי דינים אלו קיימות שלוש דרגות אחריות: שומר חנם, שומר שכר ושואל. כן ציינו שהנושה אינו יכול להחשב שואל היות והשימוש במשכון אסור עליו.<sup>64</sup> ברם יש בדברים אלה, אי דיוק מסויים. למעשה הנושה רשאי להשתמש במשכון, אם הצדדים הסכימו על הסדר נכייתא, לפיו הנושה מנכה מההל-וואה את דמי השימוש במשכון. ראינו לעיל שבעסקה זו הנושה נחשב לשוכר ולכן מותרת לו נטילת ריבית.<sup>65</sup>

מעמדו של הנושה בהסדר נכייתא יהיה כשוכר גם לצורך החלת האחריות שבדיני השומרים. הנושה יהיה אחראי אפוא לנזקי גניבה ואבידה.<sup>66</sup> במקרה הרגיל, שהנושה אינו משתמש במשכון, קיימות שתי אפשרויות: שומר חנם או שומר שכר. אם הוא מקבל תמורה בגין החזקת המשכון, הוא ייחשב לשומר שכר; ואם לאו, יהיה שומר חנם. התמורה אינה צריכה להיות דווקא שכר שמירה, אלא כל הנאה שהיא, הנובעת מהמשכון, עשויה להעלות אותו לדרגת שומר שכר.

האם הנושה נהנה מהחזקת המשכון? מסוגיית התלמוד ודברי ראשונים עולה שההנאה יכולה ותהיה אחת מאלו: א. תפיסת המשכון מבטיחה את פרעון החוב. ב. ההלוואה היא מצווה, שמביאה למקיימה הנאה ממונית. ג. הלכת רבי יצחק: "בעל חוב קונה משכון", גורמת בעקיפין הנאה מהמשכון.

בבעיות הסובבות את שלש אלה נדון להלן.

64. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 10.

65. ראה לעיל עמ' 38. אם הנושה השתמש במשכון ללא רשות החייב, הוא גזלן

ואחריותו חמורה משל שואל, ראה: שו"ת הרגמ"ה, מהדורת אדלברג, סו.

66. ראה: דעות ראב"י מנרבונא וראב"ד, בשיטה מקובצת, בבא מציעא, פב, א ד"ה

אבא שאול; שו"ת הרשב"א ג, שלב.

#### 1.3.4. הבטחון שבפרעון החוב

יתרונו של המשכון לענין זה מורכב משניים.

הנושה אינו צריך לחזר אחר מעותיו היות וברשותו נכס שערכו עולה, בדרך כלל, על גובה החוב. החייב הוא שימהר לפרוע את החוב במועד, כדי שיוכל לפדות את משכונו. ועוד, הנושה זכאי לממש את הנכס, ולא רק לעכבו, אם החייב לא יפרע את ההלוואה. הוא משוחרר מהדאגה שמא לחייב לא יהיו די נכסים לפרוע את חובו. על גורמים אלו עמדנו לעיל בדיון על מטרת המשכון.<sup>67</sup>

האלמנט הראשון הוכר בתלמוד כהנאה המעלה אומן לדרגת שומר שכר. המשנה קובעת: "כל האומנין שומרי שכר הן"<sup>68</sup> והתלמוד מסביר: "בההיא הנאה דתפיש ליה אאגריה, דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי, הוי עליה שומר שכר".<sup>69</sup> הגורם השני, כפי שכבר ראינו, מעורר קשיים מסוימים. הנושה במשפט העברי אינו זכאי תמיד לממש את המשכון היות והוא נדחה מפני נושים מוקדמים שלזכותם שעבוד כללי על נכסי החייב. הלכה זו שונתה רק בימי הביניים המאוחרים.<sup>70</sup> על אף האמור, יש לנושה הנאה לא מבוטלת היות ואם לא יעמוד בעימות עם נושים אחרים, יוכל להיפרע מדמי המשכון.

סוגיית התלמוד התרה אחר נימוק שבגיניו הנושה ייחשב לשומר שכר אינה מעלה

את האפשרות דלעיל. הסוגייה התעלמה מהגורם הראשון, על אף שהתלמוד השתמש בו לענין אומן. רש"י ראה בגורם השני, שהמשכון ניטל ל"גוביינא", סיבה מספקת לראיית הנושה כשומר שכר,<sup>71</sup> ברם רוב הראשונים חלקו עליו.<sup>72</sup> הקושי האמור הניע ראשונים

67. לעיל סעיפים 2.1 ו-3.1.

68. משנה בבא מציעא ו, ו.

69. בבלי שם פ, ב.

70. ראה לעיל עמ' 32.

71. בבא מציעא, פא, ב ד"ה אבל הלווהו.

72. ראה: תוספות, שם, ד"ה דברי הכל; חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה והכא בשווה.

רבים לומר, שזכות העיכוב אינה מספיקה להעלות את הנושה לדרגת שומר שכר. לנושה, להבדיל מאומן, אין כל רווח מההלוואה התלמודית שהיתה ללא ריבית. הבטחון שהמש-  
 כון מעניק אינו נחשב בעיניו היות ואם לא היה מלווה את מעותיו, לא היה זקוק לו כלל. נטילת המשכון לא שפרה את מצבו לעומת הזמן שמעותיו היו בידו.<sup>73</sup> אבחנה זו שמשמה ראשונים אחדים לשלילת הרלבנטיות של זכות העיכוב לדיני השומרים הובאה על ידי ריטב"א לענין אלמנט המימוש. הוא תמה על רש"י, על שום מה יסוד "הגוביינא" מביא לראיית הנושה כשומר שכר, "שהרי תחת המשכון שהוא (הנושה) תופס, נתן הוא מעותיו?!"<sup>74</sup>

מעניין לציין שגורם זה שלא הוזכר בתלמוד ונדחה עקב כך על ידי מרבית הרא-  
 שונים, הוזכר על ידי מספר חכמים שלא התייחסו לקושי האמור.<sup>75</sup> יתכן שיש משקל לנימוק זה כאשר הנושה מפיק טובת הנאה, כגון ריבית בתנאים המותרים, מההלוואה, או כשהמשכון נמסר לו לאחר שעת ההלוואה.<sup>76</sup>

הנימוק האמור רלבנטי לאחריות שמדיני השומרים ואם יתקבל יעלה את הנושה לדר-  
 גת שומר שכר. אחריות זו כשומר שכר מתפשטת על כל שוויו של המשכון.<sup>77</sup>

---

73. ראה: תוספות, שם, פ, ב ד"ה דקא תפיס; ראב"ד, בשיטה מקובצת, שם, פב, א ד"ה והראב"ד; שו"ת הר"ן, כ, ואחרים.

74. חידושי הריטב"א החדשים, שם, פא, ב ד"ה אבל הלווהו.

75. ראה: תשובת רבינו ברוך, בהגהות מרדכי, בבא מציעא, תסב (התשובה מופיעה גם בשו"ת מהרי"ם בן ברוך, קרימונה, פט, בשם רבינו יצחק בר ברוך. לרבינו תם, היה תלמיד בשם זה, ראה א' אורבך, בעלי התוספות, עמ' 131, וטביר שהוא החו-  
 לק על ר"י הזקן במרדכי שם, ולא רבינו ברוך בר' יצחק מריגנשבורק תלמיד הרי"י. ברם בשו"ת מהרם בן ברוך, פראג, תשה, מופיע ר"צ במקום ר"י. ראה גם שו"ת הרדב"ז, א, רסה.

76. ראה ש"ך, חו"מ, עב, סק"יז.

77. ראה דברי רדב"ז, לעיל הערה 75, אולם ראה במיוחד לריטב"א, בבא מציעא, פב, א ד"ה ולמה שכתב הראב"ד, בתרוץ השני.

2.3.4. המצווה שבמתן הלוואה - הלכת רב יוסף

רבה ורב יוסף נחלקו לגבי אחריותו של מוצא אבידה:

"איתמר, שומר אבידה: רבה אמר כשומר חינוס, רב יוסף

אמר כשומר שכר. רבה אמר כשומר חינוס דמי, מאי הנאה

קא מטי ליה; רב יוסף אמר כשומר שכר דמי, דההיא

הנאה דלא בעיא למיתבי ליה ריפתא לעניא, הוי כשומר

שכרי".<sup>78</sup>

שמירת האבדה היא מצווה שהעוסק בה פטור מקיום מצווה אחרת.<sup>79</sup> שומר האבדה

פטור ממתן צדקה לעניי שעה שהוא מטפל בה. די בהנאה פורתא זו, לדעת רב יוסף,

להעלות את דרגת אחריותו של המוצא. רבה אינו מחשיב הנאה זו לצורך דיני השומ-

רים.<sup>80</sup> התלמוד מיישם מחלוקת זו גם לענין הלוואה. ההלוואה היא מצווה והנושה

המטפל במשכוננו של החייב פטור אותה שעה מקיום מצווה אחרת. די בכך, לדעת רב יוסף,

לעשות את המחזיק במשכון לשומר שכר.<sup>81</sup>

הנימוק המבוסס על הלכת רב יוסף הוא מתחום דיני השומרים, והאחריות לפיו

מתפשטת על כל שווייו של המשכון. טעם זה יפה גם לעבוט אלא שלגביו אין צורך בו,

היות והלכת רבי יצחק מספיקה.

מסקנת הסוגייה, בבבא מציעא ושבועות, המבססת את האחריות על דעתו של רב

78. בבא קמא, נו, ב. ההסבר הנוסף, לדעת רב יוסף, אינו רלבנטי לסוגייה דידן.

79. רש"י שם, ד"ה דלא בעי.

80. ראה דעת ר"י, תוספות, שם, ד"ה בההיא הנאה.

81. בבא מציעא, פב, א; שבועות, מד, ב. לא התייחסתי למסקנת הסוגייה "במלווה

הצריך למשכון", היות והיא נשנתה לרבי אליעזר בלבד.

יוסף, אינה מקובלת על חלק מהפוסקים. הגאונים<sup>82</sup> וחכמי ספרד<sup>83</sup> פסקו כרב יוסף, אך מרבית חכמי אשכנז פסקו כרבה.<sup>84</sup> השיקולים לפסיקה זו הם מלבר סוגיית המשכון ואינם מענייננו, ואנו נעסוק בהשפעתם על אחריות הנושה. חכמי אשכנז אינם מקבלים אפוא את מסקנת הסוגייה, שנשנתה לדידם, לדעתו של רב יוסף בלבד.

הנחת המוצא היא ההלכה "הלווהו על המשכון שומר שכר".<sup>85</sup> חכמי אשכנז חייבים

להבהיר על מה מבוססת אחריות הנושה כשומר שכר. דינו של רב יוסף אינו מקובל עליהם, ואף רבי יצחק אינו יכול לשמש לכך, היות והוא חל, לדידם, על עבוט בלבד. נותרה אפשרות אחת והיא הלכת שמואל, שמרבית חכמי אשכנז פסקו כמותו.<sup>86</sup> הלכת שמואל, אינה מתחום דיני השומרים והאחריות על פיה אינה חלה על חלק המשכון העודף על החוב. ראשונים אלה סבורים שבחלק זה, הנושה נחשב לשומר חינוס בלבד. כך פסקו חכמי אשכנז החל מרבנו תם ורי"י הזקן<sup>87</sup> דרך מהרי"ם מרוטנברג<sup>88</sup> ורא"ש<sup>89</sup> ועד לרמ"א.<sup>90</sup>

82. ראה: הלכות גדולות, פח, א; הלכות ראו, עמ' 59.

83. ראה: רבינו חננאל, בתוספות, בבא מציעא, כט, א ד"ה והוי; רי"ף, שם, פב, א; רמב"ם, גזלה ואבידה יג, י ואחרים.

84. ראה: תוספות שם כט, א ד"ה והוי; שם, פב, א ד"ה לא דכולי, ובמקבילות. זו דעתם של רבנו תם ורי"י הזקן, ראה: סמ"ג, עשין צג; קעו, ג.

85. משנה שם ו, ז.

86. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 62.

87. הערה 84 לעיל.

88. הערה 38 לעיל.

89. עמדת רא"ש אינה ברורה. בתוספותיו הוא פוסק כרבה וכשמואל (תוספות הרא"ש, בבא מציעא, פא, ב ד"ה והא אידדי; שם, פב, א ד"ה לימא) וגם בפסקיו הוא נוטה לכוון זה, פסקי הרא"ש, שם, פ"ו סימן יח. מנגד בתשובותיו (שו"ת הרא"ש, צ, ג) הוא פוסק כרב יוסף שהנושה שומר שכר. על סתירה זו עמד בנו ר' יעקב בעל (המשך ההערה והערה מס' 90 בעמוד הבא)

כאמור חכמי ספרד פוסקים כרב יוסף, ובדרך זו הלך ר"י קארו בשולחן ערוך.<sup>90</sup> גם המ-  
 שיבים הספרדים במאה הטי"ז נוטים לפסוק כרב יוסף אלא שהם ממליצים, עקב המחלוקת,  
 על עשיית פשרה.<sup>91</sup> חלק מהם הפעילו לטובת הנושה את הכלל שבמחלוקת פוסקים אין  
 מוציאים מידי המוחזק.<sup>92</sup>

#### 3.3.4. הלכת רבי יצחק

בקטע זה נבדוק אם זכותו הקניינית של הנושה במשכון רלבנטית לענין זרגת  
 אחריותו כשומר. השאלה היא כפולה: האם הנושה מפיק הנאה מזכות זו, ואם כן הדי  
 בהנאה זו בכדי לחייבו כשומר שכר. בתלמוד מובאים שני יתרונות הנובעים מהלכת  
 רבי יצחק:

1. הנושה רשאי לקדש אשה במשכנו של החייב.<sup>93</sup>
2. השביעית אינה משמטת את החוב שעל המשכון.<sup>94</sup>

(המשך ההערות מס' 89 ו-90)

הטורים, שהעדיף את הדעה שבפסקים "דאחרונה היא", טור, חו"מ, עב, לה. ר"י  
 קארו שם, ב"י סק"ד, סבור שאין סתירה בין התשובה והפסקים, אולם דברי הרא"ש  
 בתוספותיו לא היו לנגד עיניו. ראה עוד שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תש"ג)  
 קסא; שו"ת המהרש"ם ב (חו"מ) קסא, תכט. על ערכו של פסק הלכה בספרות השו"ת,  
 ראה: מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (ירושלים, תש"ג)  
 עמ' 1215-1218.

90. שו"ע חו"מ עב, ב.
91. ראה: שו"ת מהרש"ם ב (חו"מ) מט, פה, צח; שו"ת הראנ"ח, קכג.
92. ראה שו"ת מהרי"בל, ג, קטו; שו"ת מהרש"ך, ב, קסט. אולם ראה: שו"ת דברי  
 ריבות, שמג.
93. קידושין, ח, ב.
94. משנה, שביעית, י, ב; בבלי, גיטין, לז, א.

האם בכוחן של הנאות אלו להעלות את הנושה לדרגת שומר שכר? ראינו לעיל שיש צורך בהנאה שהנושה לא היה יכול להפיק ממעותיו קודם ההלוואה. ההנאות האמורות אינן עומדות לכאורה בדרישות אלו; הנושה היה יכול לקדש אשה במעותיו, וליתרון השני לא היה נזקק כלל אלמלא ההלוואה. בעייה זו הועלתה על ידי בעלי התוספות: "ולמה ייחשב שומר שכר בשביל כך (האפשרות לקדש אשה במשכון), והלא כך היה יכול לקדש אשה במעותיו".<sup>95</sup> תשובתם היא: "דכיון דעכשו שנוטל משכון אין מעותיו בידו, חשיב שומר שכר, לפי שיכול לעשות בו (במשכון) קידושין או קניין". תוספות מודים שהנאת הנושה רלבנטית רק אם המשכון ניטל לאחר ההלוואה, ואז יש למדוד את ההנאה ביחס למצבו לאחר ההלוואה וללא המשכון.

תרוץ זה של התוספות מספיק לחכמי אשכנז המשתמשים בדינו של רבי יצחק בעבוט בלבד, ואחריות הנושה במשכון ההסכמי מבוססת על הלכת שמואל. חכמי ספרד הסבורים שדינו של רבי יצחק חל אף על משכון שבשעת הלוואה אינם יכולים לקבל הסבר זה. אעפ"כ רמב"ן, מייצגה המובהק של שיטת ספרד, אומר: "כיון שהוא (הנושה) קונה, שאינו נעשה מטלטלין אצל בניו,<sup>96</sup> ואין שביעית משמטת חובו כדברי יצחק, דאמר קונה משכון לגוביינא ולא לזכרון דברים בעלמא, נהנה הוא והוי עליו שומר שכר".<sup>97</sup> טיבה של הנאה זו אינו ברור שהרי אם הנושה היה נמנע ממתן ההלוואה לא היה לו צורך בה.

שיטת חכמי ספרד מעוררת קושי נוסף. במהלך המשא ומתן, התלמוד רצה לבסס את אחריות הנושה על דינו של רבי יצחק, וזו נדחתה היות ו"אימור דאמר רבי יצחק במשכון

---

95. תוספות, בבא מציעא, פב, ב ד"ה אימור.

96. לא מניתי לעיל גורם זה היות ולפי פשוטה של סוגייה הוא נאמר בעבוט בלבד.

97. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, פב, א ד"ה והכא בדשווה.

שלא בשעת הלוואתו, במשכנו בשעת הלוואתו מי אמר?!"<sup>98</sup> בגלל קושיה זו התלמוד העדיף את הלכת רב יוסף וזו נשארה מסקנת הסוגייה. חכמי ספרד רואים בקושיה האמורה דחיה בעלמא: "לאו למרמא דלא אפשר למימר הכי, אלא הכי קאמר: מי שמעת ליה הא מילתא בהדיא".<sup>99</sup> כאמור, רמב"ן רואה בדינו של רבי יצחק נימוק מתחום דיני השומרים המעלה את הנושה לדרגת שומר שכר. השאלה היא מדוע זקוקים כלל חכמי ספרד לדינו של רב יוסף; כלום יש בו להוסיף מאומה על אחריות הנושה מכח הלכת רבי יצחק, החלה לדידם גם על המשכון ההסכמי.<sup>100</sup>

---

98. בבלי, שם.

99. ראה לעיל סעיף 1.3.3.3.

100. ראה הגהות הגר"א, שו"ע, חו"מ, עב, ס"ק ק"פ.

#### 4.4 אחריות הנושה לאחר פרעון החוב

לעתים המשכון נשאר ברשות הנושה אף לאחר פרעון החוב. אם העיכוב אינו מוצדק, הנושה אחראי כשואל או כגזלן רגיל: "דאינו בדין שיהיה ממונו של זה מעוכב בידו, על אחריותו של זה".<sup>101</sup> ברם אם העיכוב לא נגרם ע"י הנושה אלא מסיבה טכ-נית, עלינו לקבוע את הקף האחריות. השאלה היא, אם גם לאחר פרעון החוב, הנושה נחשב עדיין שומר שכר.

אם נסבור שאחריות הנושה כשומר שכר מושתתת על דיני המשכון בלבד תיפתר הבעיה בנקל. פקיעתו של החוב מביאה אחריות מיוחדת זו לקיצה. מעתה הנושה אחראי לפי דיני השומרים בלבד והיות ואין לו, לפי גישה זו, כל הנאה מהמשכון, הוא אחראי כשומר חנם.<sup>102</sup> גם אם נסבור שמקור האחריות בדיני השומרים, וההנאה היא הבטחון שהמשכון מעניק בפרעון החוב, אין כל קושי. הנאה זו מסתיימת עם הפרעון ומעתה הנושה הוא שומר חנם.<sup>103</sup>

שאלתנו מופנית לזרם המרכזי בפסיקה הרואה בטעמו של רב יוסף את ההנאה הרלבנטית לדיני שומרים. לכאורה המצווה היא פעולת ההלוואה, היינו: אקט חד-פעמי ולא מעשה מתמשך. הבעיה היא כיצד הנאה רגעית זו משפיעה על מעמד הנושה עד לשעת הפרעון.<sup>104</sup> פתרון שאלה זו יסייע בידינו בקביעת דרגת האחריות לאחר פרעון החוב.

- 
101. שו"ת הראנ"ח, קכג. אמנם ראנ"ח נסוג מהדעה שהנושה יהיה אחראי כשואל, ברם הדברים לא נאמרו בעיכוב בלתי מוצדק הבא לנשל את החייב מזכויותיו, ראה עוד: שו"ת המהרי"ט, ב (חוי"מ), פח.
102. ראה: ב"י, טור, חוי"מ, עב, לה; שו"ע חוי"מ עב, מג בהג"ה; ראנ"ח, שם.
103. שו"ת הרא"ש צ, ג.
104. ראה: חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא, פב, א ד"ה והכא במלווה, המעלה טענה נוספת: כיצד ניתן לראות במצווה הנאה, הרי: "מצוות לא ליהנות ניתנו"?

אצל הראשונים הסתמנו שלש גישות שונות:

1. שיטת רשב"א<sup>105</sup> - הנושה אכן מקבל שכר מועט ביותר היות והפטור מחיוב הצדקה חל על שעת ההלוואה בלבד. ברם די בשכר זה כדי לעשות אותו שומר שכר למשך כל התקופה: "שכן כל שומרי שכר שמקבלין שכר בתחילתן או בסופן, ונעשין שומרין שכר לעולם, מחמת אותה פרוטה שקיבלו שכר בתחילה מחמת שמירתו".
  - ההנאה שבשעת ההלוואה מספיקה, לדעת רשב"א, לכל הזמן שהמשכון ברשות הנושה.
  2. שיטת רא"ש<sup>106</sup> - רבינו אשר שם את הדגש על חובתו של הנושה להחזיק את המשכון במצב תקין, "לנערה ולשוטחה".<sup>107</sup> עסקו של הנושה בצרכי המשכון פוטר אותו ממצוות צדקה.<sup>108</sup> הנאה זו פוקעת עם פרעון החוב. משעה שהמשכון עומד לרשות החייב הוא הופך לפקדון רגיל שהנפקד אינו חייב לטפל בו. הנושה אינו פטור עוד מליתן צדקה לעני ולכן הוא שומר חינם בלבד.
  3. שיטת ראב"ד<sup>109</sup> - אף ראב"ד רואה בהלוואה על המשכון מצווה מתמשכת. לאחר שעת ההלוואה הנושה מקיים מצווה בכך שאינו מממש את המשכון "שממתיך עליו ואינו מוכרו להיפרע ממנו". הנושה גומל לחייב חסד אם אינו מוכר את המשכון כאשר הוא זכאי לכך.<sup>110</sup> עם פרעון החוב, הנושה אינו רשאי עוד לממש את המשכון ועליו להחזירו
- 
105. שו"ת הרשב"א ג, נב (התשובה הובאה בקיצור בשו"ת הרשב"א א, אלף יט).
  106. לעיל הערה 103, וראה עוד הערה 89 לעיל.
  107. חובה המוטלת על משיב אבידה, ראה: משנה, בבא מציעא, ב, ח.
  108. קרובה לזה דעת הריטב"א: חידושי הריטב"א החדשים, שם, פב, א ד"ה דאיתמר, אלא שהוא אינו מבחין בין משכון ופקדון. ראה עוד שו"ת מהרי"ח או"ז, קסא, קסג.
  109. מובא על ידי: שו"ת הרשב"א, לעיל הערה 105; המיוחס לריטב"א, נימוקי יוסף ושיטה מקובצת בבא מציעא, שם.
  110. לא ברורה, לשיטה זו, המצווה שהנושה מקיים לפני מועד הפרעון שעה שאינו רשאי לממש את המשכון.

לבעליו. הימנעות הנושה ממכירת המשכון אינה עוד מצווה, והנושה הופך לשומר  
חינם גרידא.

על פי דרכנו, שלוש שיטות שונות הן: 1. ראב"ד - הנושה הוא שומר שכר, עד  
למועד הפרעון בלבד. 2. רא"ש - הנושה שומר שכר עד לשעה שהעמיד את המשכון לרשות  
החייב. 3. רשב"א - הנושה אחראי כשומר שכר עד להחזרת המשכון בפועל לידי ש  
זה. ברם מדבריו של ר"י קארו עולה שאין הבדל בין דעות רשב"א ורא"ש<sup>111</sup> וכך נפסקה  
הלכה.<sup>112</sup>

---

111. בבית יוסף טור, חו"מ, עב, מחודש א', מביא ר"י קארו את תשובת הרשב"א,  
ובשו"ע שם, עב, מג הוא פוסק כדעת רא"ש.

112. ראה עוד: שו"ת הרדב"ז, ב, תשפד. ברם נראה שקושייתו של מהרש"ם, שו"ת  
המהרש"ם, ב (חו"מ) צח, מבוססת על ההנחה שרשב"א ורא"ש חלוקים, ואין מקום  
אפוא לדבריו של ש"ך, חו"מ, עב, סק"י. ראה עוד נתיבות המשפט, שם, חלק  
הביאורים, סק"ז.

5.4. סיכום ומסקנות

עמדנו בחלק זה על שני מקורות אפשריים לחיוב הנושה בנזקי המשכון: דיני שומרים ודיני משכון. ההבדל העיקרי בין השניים הוא לגבי הקף האחריות: לפי דיני המשכון הנושה אחראי כדי גובהה של ההלוואה ואילו דיני השומרים רואים בנושה אחראי לשווי של המשכון. שני המקורות אינם סותרים, אלא עשויים להשלים איש את רעהו. האחריות הרגילה של דיני השומרים אינה שנויה במחלוקת והשאלה היא אם מתווספת עליה אחריות מדיני המשכון.

במשך הדורות הסתמנה מגמה להכיר באחריות מדיני השומרים בלבד. מגמה זו היא פועל יוצא מהתפיסה הרואה במשכון בטוחה, ולא תמורה או פרעון מותנה. גישה זו העמידה במרכז את המשנה "הלווהו על המשכון שומר שכר" ופירשה את שאר המקורות על פיה. התלמוד הבבלי החל בתהליך זה: דעות רבי אליעזר ורבי עקיבא המתפרשות בפשוטן כאחריות מדיני משכון, הוסברו על ידו על פי דיני השומרים הרגילים. גם הלכתו של שמואל הוסטה לכוון זה. לזו נקבעה מסגרת מצומצמת והיא פורשה במקרה של התנאה מפורשת בין הצדדים והנושה אינו אחראי על פיה לנזקי אונס. שתי הגבלות אלה כמעט ורוקנו מכל משמעות את האחריות שמדיני המשכון.

אחריות הנושה כשומר הביאה להחלת כל מערכת דיני שומרים על המשכון.<sup>113</sup> המשיבים פתרו את הספיקות שהתעוררו על פי הדינים הרגילים, כמו בדוגמאות הבאות:

1. דיני שומרים חלים על מטלטלין רגילים בלבד,<sup>114</sup> ולא על מקרקעין, עבדים

---

113. ראה את תשובתו המעניינת של ר' שלמה הכהן, שו"ת מהרש"ך, ב, קסט. לדעתו הנושה המקבל שכר מועט (פרוטה דרב יוסף) אינו חייב בשמירה מעולה כחבירו המקבל שכר ריאלי בגין השמירה. ברם קשה ליצור דרגות אחריות שונות של שומר שכר, ראה עוד: משנה למלך, שכירות, י, א.

114. רמב"ם, שכירות, ב, א.

ושטרות.<sup>115</sup> נושה שקיבל אחד מאלו כמשכון והוא ניזוק, פטור מנזקיו.<sup>116</sup> דומה שיש בהלכה זו כדי למנוע מהחייב מסירת נכסים אלו כמשכון.

2. אם הסיבה לאבדן המשכון אינה ידועה, הנושה נאמן בשבועה שהוא אבד עקב אונס שהוא פטור עליו. כך הדין הרגיל בשומר שבמקרה ספק הוא נשבע ונפטר.<sup>117</sup>

3. הנושה, ככל שומר, אינו רשאי להעביר לאחר את המשכון ללא הסכמת החייב. ברם העברה שלא כאמור אינה מטילה עליו אחריות מוחלטת. הכלל הרגיל בדיני שומרים הוא שאם הנעבר מהימן על החייב או שישנה עדות אובייקטיבית על הגורם שהביא לאבדן המשכון, הנושה-המעביר פטור מנזקיו.<sup>118</sup> העברת המשכון לצד שלישי בהסכמת החייב פוטרת את הנושה מכל אחריות. אם המשכון ניזוק ברשותו של הנעבר, הנושה רשאי לתבוע מהחייב את ההלוואה וזה יתבע ישירות את מחזיק המשכון.<sup>119</sup>

די בדוגמאות ספורות אלו כדי להמחיש שההכרה באחריות מדיני השומרים בלבד, נוחה ביותר. הלכות שומרים נדונו בהרחבה במקורות המשפט העברי, החל במשנה ובתלמודים וכלה בספרות הבתר-תלמודית, וכמעט כל בעייה שתתעורר לענין אחריות הנושה, תמצא בנקל את פתרונה במכלול דיני השומרים. לעומת זאת מהאחריות בדיני משכון נובעות הלכות מועטות בלבד, ולא קל להכריע איזו מערכת דינים נחיל לשם פתרון של בעיות אחרות.

115. משנה, בבא מציעא, ד, ט.

116. ראה: תשובות הגאונים, הרכבי, תפז (אולם ראה שיטת הקדמונים, ליקוטי ריצי"ג,

בבא מציעא, ניו-יורק תשכ"ז פ, ב ד"ה הלווה על המשכון) במקרקעין; שו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר), ס, בעבדים; שו"ת מהרי"ל החדשות (ירושלים, תשלי"ז) קעה, ב, בשטרות.

117. שו"ת הרי"ן, כ. ראה עוד: שו"ת המהרשדים, ב (חוי"מ), פה.

118. לענין שומרים ראה סוגיית הבבלי, בבא מציעא, לו, א-ב. ליישום ההלכה במש-

כון, ראה: שו"ת הרשב"ש, קיא; שו"ת מים עמוקים, ר"א מזרחי, ו.

119. שו"ת מהרי"ח או"ז, קנו.

## 5. המשכון בתורת הגאונים

בסוגיית המשכון במשנתם של הגאונים, הספק מרובה על הוודאי. אין ספק שנושא זה נדון בהרחבה בספרות התקופה, ואף נכתבו עליו מונוגרפיות,<sup>1</sup> ברם החומר ששרד בידינו אינו רב והוא לוקה באי בהירות.

בשני עניינים חשובים דנו הגאונים: בהקפה של הלכת רבי יצחק ובדרגת אחריותו של הנושה למשכון שבידו. כפי שנראה, דעות אלו אינן ברורות ולא השאירו רושם מעבר לתקופתם. הראשונים כולם, ללא יוצא מן הכלל, לא המשיכו בדרך שהתוו הגאונים. מסיבה זו וכן מפאת הקושי לשבץ דעות אלו בדיון דלעיל, העדפנו להתייחס אליהן בנפרד.

### א. הלכת רבי יצחק:

בספרו של רבי שמעון קיירא "הלכות גדולות", מובאת ההלכה הבאה:

י"אמר רבי יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון...  
 ודוקא שמשכנו שלא בשעת הלוואתו, אבל משכנו בשעת הלוואתו לא קני.  
 והני מילי דכתב עליה שטרא דלא סמך אמשכון, אבל לא כתב עליה שטרא ושקיל מיניה משכון בשעת הלוואה - קני, והוי עליה שומר שכר. וכי אמר רבי יצחק משכנו בשעת הלוואה לא קני, בדכתב שטרא ולא סמך אמשכון, דאזלינן בתר אומדן דעתא.

---

1. כגון: ספר המשכון של רב שמואל בן חפני. הספר המיוחס לרב האי גאון הוא למעשה שער תשיעי מ"שערי שבועות" המיוחס לרבי יצחק בר ראובן, ראה: ש' אברמסון, עניינות בספרות הגאונים (ירושלים, תשל"ד) עמ' 132-138.

והיכא נמי דאוזפיה וכתב עליה שטרא ולבתר הכי  
שקל מיניה משכון, הוי עליה שומר שכר; והיינו  
דברי יצחק.<sup>2</sup>

על שיטה זו, שתמכו בה כנראה גאונים נוספים,<sup>3</sup> מבקשים אנו להעיר דברים

אחדים:

1. נראה שלפי דעה זו ימשכון שלא בשעת הלוואתו אינו משכון שניטל לאחר מועד הפרעון מכח בית דין. אם הנושה נטל משכון לאחר הלוואה שהיתה בשטר, הוא גלה דעתו שהשטר אינו מספיק ועיקר סמיכתו היא על המשכון. על משכון זה חלה הלכת רבי יצחק. דברי רבי יצחק מבוססים אפוא על סברה והפסוק "ולך תהיה צדקה" שעניינו גבייה באמצעות בית דין, הוא כנראה אסמכתא בעלמא.<sup>4</sup>
2. היות והאבחנה מבוססת על סברה, אם המשכון ניטל בלא שטר, הנושה קונה אותו ואחראי עליו, אף אם נטלו בשעת הלוואה. לראשונים סברה הפוכה - אם המשכון בא בנוסף לשטר, הרי שאין הנושה רואה בו ראייה גרידא וזכרון דברים, אלא הוא נועד לגוביינא.<sup>5</sup>

3. בברייתא שנינו:

"... אבל המלווה אלף זוז בשטר והניח משכון בידו,

דברי הכל אבד המשכון אבדו מעותיו".<sup>6</sup>

- 
2. הלכות גדולות, דפוס וורשה, קיז, ג. דעה זו מובאת בשם ההלכות בתוספות, בבא מציעא, פא, ב ד"ה דברי הכל; חידושי הרשב"א, גיטין, לז, א ד"ה כיון.
  3. בספר העיטור, ערך מלווה על המשכון, מהדורת רמ"י כב, ד, היא מובאת בשם רב מתתיה גאון. כאן משמע שהמחבר מיישב בדרך זו את הסתירה בין סוגיות שבועות ובבא מציעא, לבין סוגיות פסחים וגיטין, ראה לעיל עמ' 82.
  4. השו"ע לעיל עמ' 70.
  5. ראה: רש"י, בבא מציעא, פא, ב ד"ה אבל הלווהו; חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה אבל.
  6. בבא מציעא, פא, ב; שבועות, מג, ב.

לכאורה - המשכון הוא שלא בשעת הלוואה ואז, על אף השטר, הנושה הוא שומר שכר, ושתי תמיהות בדבר: א. רישא דברייתא, בה חלוקים רבי אליעזר ורבי עקיבא, דנה במשכון בשעת הלוואה<sup>7</sup> ואם כן רישא בשעת הלוואה וסיפא שלא בשעת הלוואה.<sup>8</sup>  
ב. בהלכות גדולות גופו מסביר את הברייתא בדרך זו:

"והיכא נמי דאוזפיה ואיתבד משכון, ולא נטריה מלוה כאורחא דנטורי, ואע"ג דכתב מלווה על לווה שטרא, בין רבי אליעזר בין רבי עקיבא מודו דכיון דאיתבד משכון איתבד זוזי, דתניא: אבל הלווה אלף זוז בשטר...".<sup>9</sup>

הסיפא דברייתא דנה במקרה שגם שומר חנם חייב עליו. הפרוש גופו אינו מובן, אך ברי שהמחבר אינו מעמיד את הסיפא במשכון שלא בשעת מתן מעות.

### ב. אחריות הנושה למשכון

רב האי גאון בספרו "משפטי שבועות", פוסק כדלהלן:  
"אם קבל המשכון בשעת הלוואה; אנו סומכין אותו בדרך וזכרון דברים, ואינו מתחייב המלווה באחריותו אם אבד, מפני שהוא עליו כשומר חנם...  
אם לקח המשכון אחרי עת הלוואה; אנו סומכין אותו כגון שומר שכר שלקחו שלא יאבד מעותיו, וכענין דרך אפותיקי למלווה, וקנאו הממשכן והוא באחריותו אם נגנב או אבד. לדבריהם: "והלווה על המשכון שומר שכר...".<sup>10</sup>

7. ראה בבא מציעא, פב, א: "והכא במשכנו בשעת הלוואתו ובשומר אבדה קא מפלגי...".

8. ראה תוספות, לעיל הערה 2.

9. לעיל הערה 2, שם.

10. משפטי שבועות שער יז; (המבורג, תקמ"ב) יד, ב.

דברי רב האי צוטטו בלא שינויים מהותיים, אצל פוסקים מאוחרים.<sup>11</sup> בספר "שערי שבועות" המיוחס לרב יצחק בר ראובן מצוייה דעה דומה.<sup>12</sup> שני עניינים ראויים להדגשה בשיטה זו: 1. נושה שקיבל משכון בשעת הלוואה, אחראי עליו כשומר חנם בלבד. ב"שערי שבועות" מנמק תוצאה זו בכך שהלכה כרבי אליעזר. דברי רב האי פחות ברורים היות ובהמשכו של הקטע המצוטט הוא פוסק כרבי עקיבא ולא ברור אפוא מה מקורה של ההלכה שהנושה שומר חנם.<sup>13</sup> ראוי לציין שאף לא אחד מבין הראשונים ראה בנושה שנטל משכון בשעת הלוואה, שומר חנם גרידא. 2. משנת בבא מציעא "הלווהו על המשכון שומר שכר" מתפרשת, על ידי בעלי שיטה זו, במשכון שלא בשעת הלוואה.

על שתי נקודות אלו יש להעיר כדלהלן:

פסיקת ההלכה כרבי אליעזר מעוררת לכאורה תמיהה היות ותלמוד ערוך קובע: "אלא מחוורתא דלא כרבי אליעזר". ברם המעיין שם בסוגיית הבבלי בבא מציעא פא, ב-פב, ב יווכח שזו מורכבת משני מקורות, ועל אף הקביעה שאין הלכה כרבי אליעזר, אפשר, על פי המשכה של הסוגייה, ליישב את דבריו עם המשנה. תוספות נמנעים מצעד זה רק עקב קשיים שיתעוררו בהסבר רבי יהודה,<sup>14</sup> אבל אף לדידם אין סתירה מכרעת בין רבי אליעזר והמשנה. על שני חלקיה של הסוגייה אומר ריטב"א, כדלהלן: "דאף על גב דקמאי אפקוה הכין לשמעתיך דלעיל (שאין הלכה כרבי אליעזר), אתו בתראי למשקל

---

11. רי"ד, ספר המכריע, צא; פסקי אור זרוע, בבא מציעא, רעו. ה"תשובה" בתשו-בות גאונים קדמונים, עה, מקורה במשפטי שבועות והעורך הוסיף בתחילה מילת "ששאלתם".

12. שערי שבועות, שער תשיעי; ספר המשכון המיוחס לרב האי (ראה לעיל הערה 1) (וינה, תק"ס) צו, ב.

13. בספר המכריע, לעיל הערה 11, מובא שרב עמרם גאון פוסק כרבי יהודה ש"הלווהו מעות שומר חנם", ורב האי כרב עמרם.

14. ראה: תוספות שם פב, א ד"ה נימא; פב, ב ד"ה במלווה צריך.

ולמטרי בה ולברורה... ושקלינן וטרינן עלה, ולא אשכחן דרכא אחרינא והדרינן למסקנא דלעיל, ואשתכח דקושטא אסיקי קמאי".<sup>15</sup> ברם מסקנת הריטבי"א, "ואשתכח דקושטא אסיקי קמאי", אינה מפורשת בתלמוד. חלקה השני של הסוגייה אינו עוסק כלל בבעייה "לימא מתניתין דלא כרבי אליעזר", אלא בבאור מחלוקתם של רבי אליעזר ורבי עקיבא, לאור הלכתו של שמואל. קטע זה מקורו במסכת שבועות, שם נאמרו דבריו של שמואל, ואין עניינו בהתאמת דברי רבי אליעזר למשנת בבא מציעא.

ראינו אפוא שהקביעה "אלא מחורתא דלא כרבי אליעזר" אינה חד-משמעית, ואפשר לפסוק הלכה כרבי אליעזר וכמשנת בבא מציעא גם יחד, וכך עשו הגאונים.<sup>16</sup>

כיצד יישבו הגאונים את אי ההתאמה הלכאורית בין שתי הדעות? כאן אנו מגי-עים לחידוש השני מבית מדרשם של הגאונים, והוא: "למדנו ממה שאמרה משנתנו הלווהו על המשכון שומר שכר שהוא פרט (=דוגמה) למשכנו שלא בשעת הלוואתו".<sup>17</sup> מחלוקת רבי אליעזר ורבי עקיבא שנוייה במשכון של שעת הלוואה<sup>18</sup> ואילו המשנה דנה במשכון שלא בשעת הלוואה. המעניין הוא שתרוץ זה מופיע כבר בסוגייה גופה: "אפילו תימא רבי אליעזר, ולא קשיא: כאן שמשכנו בשעת הלוואתו (רבי אליעזר), כאן שמשכנו שלא

---

15. חידושי הריטבי"א החדשים, שם, ד"ה נימא. הריטבי"א מציע הסבר נוסף וראה גם

ח' אלבק, לעריכת התלמוד הבבלי, תרביץ טו, 14, 22-23. ראה עוד תשובות גאוני מזרח ומערב, רלד.

16. ראה: י"א אפרתי, דור אחר דור - ניתוח חומר הסוגיות ב"השוכר את האומנין",

ספר בר אילן ו (תשכ"ח) 75, 92 הטוען שהסוגייה היא סבוראית בעלת מגמה דידיאקטית היות ו"עצם הנסיון הדחוק להעמיד את משנתנו "הלווהו על המשכון שומר שכר" כר"א, האומר בפירוש "המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון - ישבע ויטול מעותיו", יש בו יותר משום חידוד ומשום פלפול התלמידים". המחבר המלומד התעלם מדעות הגאונים הסוברים כמסקנה שרבי אליעזר אינו סותר את המשנה.

17. לשון ספר המשכון המיוחס לרב האי, לעיל הערה 12, שם.

18. ראה הערה 7 לעיל.

בשעת הלוואתו", ונדחה על ידי התלמוד היות: "והא אידי ואידי הלווהו על המשכון קתני". אך, דוקו אין התלמוד מקשה "והא הלווהו על המשכון, בשעת הלוואה משמע", כפי שפרשו הראשונים,<sup>19</sup> ומכאן שלא נפסלה האפשרות שהביטוי "הלווהו על" יכול להתייחס למשכון שלא בשעת הלוואה.<sup>20</sup> ייתכן אפוא שבהמשך חוזרת הסוגייה לאוקימתא זו. ואכן כשהתלמוד אומר "ותסברא אימור דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו, אבל במשכנו בשעת הלוואתו מי אמר? אלא משכנו שלא בשעת הלוואתו כולי עלמא אית להו דרבי יצחק, והכא במשכנו בשעת הלוואתו...". אפשר לומר שהמשנה מוסברת על פי רבי יצחק ובמשכון שלא בשעת הלוואה, ומחלוקת רבי אליעזר ורבי עקיבא נשנתה במשכון של שעת הלוואה.<sup>21</sup>

דברינו אודות שיטת הגאונים אינם יוצאים מגדר השערה היות והקטעים שלפנינו אינם ברורים ורובם אף נכתבו בערבית ויתכן שהתרגום אינו מדויק. כבסוגיות רבות אחרות, תורת הגאונים עדיין מצפה לגאולה.

---

19. ראה: רש"י, בבא מציעא, פב, א, ד"ה על המשכון; חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה והא אידי.

20. לפי רב האי: המלוה על - בשעת הלוואה; הלווהו על - שלא בשעת הלוואה; והשווה דעת רבינו תם בתוספות רא"ש, גיטין לז, א ד"ה שאני: "המלוה על המשכון... משמע בשעת הלוואתו ואומר ר"ת דה"מ היכא דקתני הלווהו, אבל המלוה משמע הכי ומשמע הכי".

21. הסבר זה משתמע מספר המשכון המיוחס לרב האי, לעיל הערה 12, שם.

## 6. סיכום ביניים

בפרק זה, המרכזי בעבודתנו מבחינה איכותית וכמותית, עסקנו בניתוח זכותו של הנושה במשכון ובתוצאות הלוואי הנובעות הימנה. בחננו את הנושא מארבע זוויות ראייה שכולן יונקות זו מזו, ומתלכדות בסופו של דבר, לאחת. תחילה עמדנו על מטרותיו המשוערות של הנושה בנטילת המשכון. למטרות אלו השפעה ישירה על טיב זכותו של הנושה, היות והדין לא יקנה למשכון מעמד שאינו עולה בקנה אחד עם מט-רותיו או שאינו נצרך להם. אם מגמתו של הנושה היא ראייתית בלבד, והוא רואה במשכון הוכחה על החוב, אין לו צורך בזכויות קנייניות. התפיסה במשכון לכשעצמה, מסייעת לו על פי דיני הראיות.<sup>1</sup> הנושה יהיה נאמן בטענותיו אם החייב לא יוכל להוכיח את בעלותו במשכון. קרוב לוודאי שהחייב לא יצליח להרים נטל כבד זה היות והמשפט העברי רואה בהחזקת מטלטלין, ראייה מכרעת לבעלות.<sup>2</sup>

התלמוד שהעניק לנושה סממנים קניינים במשכון סבר אפוא שיש לו מטרה נוספת על זו הראייתית. התלמוד אימץ את הלכת רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון", כבסיס לרבים מדיני המשכון וגילה בכך שהנושה צריך לזכויות קנייניות. מטרתו העיקרית של הנושה היא אפוא נטילת בטוחה שהוא יוכל למכרה ולהיפרע מדמיה, אם החייב לא יפרע את חובו במועד.<sup>3</sup> רק אם זכותו של הנושה במשכון תהיה קניינית, בעלות או אחרת הפחותה הימנה, הוא יוכל לממשו אף ללא הסכמתו של החייב.<sup>4</sup> מימוש התלוי ברצונו הטוב של החייב, חסר ערך.

אמרנו לעיל שלמטרה זו ישנו חסרון מסוים עקב עדיפותו של נושה מוקדם בעל שעבוד נכסים רגיל, על מקבל המשכון. הלכה זו, ששונתה רק בתקופה מאוחרת, ערערה את הבטחון הגמור שבפרעון החוב.<sup>3</sup>

1. ראה לעיל עמ' 24-25.

2. ראה אנציקלופדיה תלמודית כרך יד, עמ' מ', ערך - חזקת מיטלטלים.

3. ראה לעיל סעיף 3.1.

4. ראה לעיל עמ' 75.

בדיון על מטרת המשכון העלינו אפשרות נוספת, והיא; רצונו של הנושה להיפרע באמצעות המשכון.<sup>5</sup> הדרך העיקרית שהנושה עשוי לבחור בה, היא גביית החוב על ידי אכילת פירות המשכון. הנושה יהיה מעוניין בכך אם אכילת הפירות תעניק לו יתרון שאינו יכול להשיגו בדרך אחרת. ואכן זו היתה מהותה של המשכנתא התלמודית שהנושה אכל את פירותיה בפחות משוויין ועקף את איסור הריבית. ראינו לעיל שדרך זו לא היתה מקובלת במטלטלין, ואף במקרקעין אין היא יותר בעלת חשיבות מרובה בחברה מסחרית-עירונית, ובמיוחד אחר ש"התהר העסקא" מאפשר את עקיפת האיסור בדרך נוחה יותר. ללא גורם זה של אכילת פירות המשכון קשה להניח שהנושה ירצה להיפרע ממתל-טלטלין על מסויים דווקא. אם אין מדובר בנכס נדיר במיוחד, הוא יוכל לקנות חפץ דומה בתמורה שתתקבל מהחזרת החוב. במיוחד לא יסכים הנושה להשליך את כל יהבו על נכס זה ולהפסיד את חובו אם זה יאבד.

עקב האמור הגענו למסקנה שמטרתו העיקרית של הנושה במשכון היא מימושו באי-פרעון. הדגשנו לכן שהחיבור עוסק בעיקר במטלטלין היות ובמקרקעין אלמנט הבטוחה תופס מקום שולי ביותר.

בחלק השני של הפרק עסקנו ביחס הגומלין בין המשכון לחוב. ראינו שבמשפט העתיק רווחה דעה שנטילת משכון מביאה את החוב לידי קיצו.<sup>7</sup> הלווה אינו בבחינת חייב היות ובתמורה להלוואה הוא מסר למלווה נכס אחר, המשכון. השקפה זו התאימה למציאות הכלכלית הפרימיטיבית של אותה עת; מוסד האשראי בכללו לא היה מפותח ואדם שהעביר כסף או שווה כסף לחבירו, קיבל תמורה מיידית.<sup>8</sup> התחייבות גרידא לא

---

5. לעיל סעיף 4.1.

6. שם, ליד הערה 82.

7. לעיל סעיף 1.2.

8. ראה: G.H. Wigmore, *The Pledge Idea - A Study in Comparative Legal*

*Ideas*, 10 Harvard Law Review p. 321, 322.

היתה בעלת ערך רב, כאשר במדינה לא היתה מערכת שיפוטית מפותחת היכולה לאכוף על המתחייב את ביצוע ההתחייבות. במשפט העברי הגישה הדומיננטית היתה, כבר בתקופה קדומה, שהמשכון הוא בטוחה גרידא.<sup>7</sup>

אמרנו שהנושה יהיה מוכן לוותר על זכותו לתביעה אישית נגד החייב אם יקבל תמורה שוות ערך. ואכן הנושה יסכים לראות במשכון תמורה נאותה לחוב, אם יזכה מיד לאחר ההלוואה, בבעלות גמורה. זו תהא אמנם כפופה לזכות הפדיון של החייב, אך מלבד זאת המשכון יהיה לכל דבר בבעלותו של הנושה. חוליה זו מקשרת נושא זה לשני החלקים האחרים של הפרק. הגישה האמורה מחייבת מתן פרוש זהה להלכה הבסיסית: "בעל חוב קונה משכון", היינו: הנושה רוכש בעלות במשכון, ולכן הוא מוכן לראות בו תחליף לחוב ולא בטוחה גרידא. תוצאת הלוואי של גישה זו באה לידי ביטוי בסוגייה הנדונה בחלקו הרביעי של הפרק והיא אחריות הנושה למשכון. אם הנושה הוא בעליו של המשכון, כל הנזקים וההפסדים שנגרמו לו צריכים ליפול על שכמו.<sup>9</sup>

בשלב זה אפשר לפתור את התשבץ ההלכתי, את הבעיות האחוזות ושלויות זו בזו. הנחת המוצא של התלמוד בסוגיית האחריות היא הלכת המשנה: "הלווהו על המשכון שומר שכרי".<sup>10</sup> הנושה אינו אחראי לנזקים שארעו למשכון על ידי אונס ורשאי במקרה זה לגבות את ההלוואה מהחייב. הלכה זו מצביעה על כך שהנושה אינו רוכש בעלות במשכון, שהרי כבעלים הוא אחראי אף לנזקי אונס. על כרחנו "קונה" בדברי רבי יצחק אין מובנו בעלות, אלא רכישת זכות קניינית פחותה הימנה. הנושה רוכש במשכון זכות לפרעון חובו, המונחת כביכול בגופו של המשכון, וקרויה במינוח התלמודי, זכות בנכס לפירותיו.<sup>11</sup> הזכות הקניינית היא במשכון גופו ולא כנגד החייב בלבד

9. ראה לעיל סעיף 1.4.

10. משנה בבא מציעא ו, ז.

11. ראה במיוחד דברי ר"י מיגא"ש, לעיל עמ' 75-76.

ולכן הנושה יכול לממשה גם ללא הסכמתו של זה. מכאן שגם פירוש זה בדברי רבי יצחק מספיק למגמתו העיקרית של הנושה בנטילת המשכון.

אם הנושה אינו רוכש במשכון בעלות אלא זכות קניינית, קרוב לודאי שאין הוא רואה בו תחליף לחוב. המשכון הוא אפוא בטוחה גרידא, סעד עזר לנושה; רצה-תובע את החייב אישית ומתעלם מהמשכון, רצה - נוקט צעדים למימוש המשכון בלא הסכמתו של החייב. אם המשכון לא הספיק לכיסוי החוב, הנושה זכאי לתבוע מהחייב את יתרת ההלוואה.

מסקנתנו שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות אינה מקובלת לכאורה על כל הפוסקים. תומכים בה במפורש רק חכמי ספרד,<sup>12</sup> בעקבות דבריו החד-משמעיים של ר"י מיגא"ש. עמדתם של חכמי אשכנז ופרובנס בסוגייתנו צריכה עיון. לדידם<sup>12</sup> דבריו של רבי יצחק נאמרו בעבוט בלבד ולא על המשכון ההסכמי. במשכון זה, לכאורה, אין לנושה כל זכויות מיוחדות, יתר על שעבוד נכסים רגיל. אף על פי כן נאלצו ראשונים אלה ליחס למשכון סממנים קנייניים מסוימים עקב סוגיות פסחים וגיטין שבתלמוד הבבלי. גבולותיהם המדויקים של זכויות אלו אינם ברורים די הצורך.

לנו נראה שהפער בין שני בתי המדרש אינו משמעותי. חכמי פרובנס מודים באופן גלוי שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית, ברם בעוד שחכמי ספרד רואים בהלכת רבי יצחק את מקור הזכות, לדידם של אלו דינו של רבי יצחק משפיע באופן עקיף על המשכון ההסכמי.<sup>13</sup> יתר על כן, אם הנסיבות מורות שהמשכון ניטל על מנת למוכרו באי פרעון, הכל מודים שהנושה רוכש בו זכות קניינית.<sup>14</sup> כאלו היו המשכונות הרגילים בתקופה הבתר תלמודית.

12. ראה סעיף 6.3.3.3 לעיל.

13. ראה להלן עמ' 235-236.

14. לעיל סעיף 5.3.3.

מבין החוקרים עסק בסוגייה זו באופן ממצה רק אלבק וגם הוא מגיע למסקנה שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות.<sup>15</sup>

המסקנות שהגענו אליהן בפרק זה אינן נובעות מבאורה של הלכה אחת או סוגייה אחת כשלעצמה, אלא הן פרי תפיסתו הכוללת של התלמוד הבבלי. דרך זו מתאימה לחוקר המשפט העברי הרואה בתלמוד הבבלי את האוטוריטטה ההלכתית החשובה ביותר, בלשונו של פרופ' אלון: "עם חתימתו של התלמוד הבבלי ניתן להלכה מקורה המוסמך והמהותי ביותר, וכל הלכה ועקרון, כל דעה ואמרה שנכללו בו קיבלו תוקף מלא ומחייב במערכת ההלכה העברית".<sup>16</sup> הדברים אמורים גם לענין פירושו של התלמוד בדברי תנאים ואמוראים.<sup>17</sup> עקב האמור פירשנו את הלכת רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון" לאורה של הלכת המוצא של התלמוד: "הלווהו על המשכון שומר שכר".

בחלק הרביעי של הפרק בסוגיית אחריות הנושה, נקטנו, בצידה של זו, דרך מחקר נוספת. נסינו לרדת לפירושו המקורי של דעות התנאים והאמוראים בלא לקבל מראש את פירושו של התלמוד. זאת על ידי בידוד דבריהם מסתמה של סוגייה, מהמסגרת שהתאים להם התלמוד הבבלי. דרך זו החלה כובשת לה מהלכים במחקר התלמודי החדש.<sup>18</sup>

מסקנותינו בחלק זה של המחקר היו מפתיעות. המשנה "הלווהו על המשכון שומר שכר" שהתלמוד ראה בה הלכה מוסכמת אינה אלא אחת מבין דעות תנאים. לחכמים אחרים כרבי אליעזר, רבי עקיבא ורשב"ג היתה גישה שונה במהותו של משכון. הנושה לדידם הוא בעליו של המשכון ועל כל פנים המשכון שקול לחוב ומהווה לו תחליף,

15. ראה לעיל עמ' 76-77.

16. מ' אלון, המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג) עמ' 903.

17. ראה לעיל, מבוא, סעיף 1.

18. ראה שיי פרידמן, פרק האשה רבה בצרוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגייה, בתוך: מחקרים ומקורות, ספר א' (ניו יורק, תשל"ח) עמ' 283-308.

ולא בטוחה גרידא. נטילת המשכון מסירה את השעבוד האישי מעל החייב. הנושה אחראי אפוא גם לנזקים שארעו למשכון באונס. שמואל מראשוני האמוראים, החזיק עדיין בדעה זו והיא אף נעורה לתחייה באשכנז של ימי הביניים.

הדגשנו חוזר והדגש שלדברים אלו אין רלבנטיות לפסיקת הלכה. התלמוד הבבלי קיבל ללא עוררין את העמדה שהנושה אחראי כשומר שכר ופטור מנזקי אונס. בעקבות האמור נקט התלמוד גישה הרמונית שהיא תוצאת לוואי של שיטת הלימוד הדוגמטית. התלמוד פרש את רבי עקיבא ושמואל בהתאם למשנה "הלווהו על המשכון שומר שכר" ולא ראה בהם גישות חולקות. על אף שהתאמה מאוחרת זו גרמה קשיים רבים, היא עדיפה בעיני התלמוד על הצגת הנחת היסוד כשנויה במחלוקת.

פרק שני: יצירת המשכוןעמוד

- 153 .1 הנכס הממושכן
- 1.1 מטלטלין
- 2.1 מקרקעין
- 3.1 זכויות ונכסים עתידיים
- 4.1 משכון שערכו נמוך מהחוב
- 5.1 נכסים שאין למשכנם
- 164 .2 החיוב המובטח
- 1.2 חיוב עתידי
- 168 .3 מישכון במסווה של עסקה אחרת
- 1.3 מבוא
- 2.3 מכר חוזר בתלמוד
- 3.3 ספרות השו"ת של הראשונים
- 4.3 שטרי הטבה - ארצות המזרח במאות הטי"ז-י"ז
- 5.3 סיכום
- 181 .4 מישכון מכח הדין
- 189 .5 תקנת השוק
- 1.5 מבוא
- 2.5 תום לב של הנושה
- 1.2.5 כללי
- 2.2.5 מישכון נכסי אשה על ידי הבעל
- 3.2.5 מישכון נכסי בעל על ידי האשה
- 4.2.5 אומן וסרסור (מתווך)
- 5.2.5 מישכון נכסי יתומים על ידי אפוטרופוס
- 3.5 הנכסים נשוא התקנה
- 4.5 הלוואה שלא על סמך המשכון
- 5.5 חלות התקנה על הקרן ולא על ריבית
- 6.5 סיכום ומסקנות

פרק שני: יצירת המשכון

1. הנכס הממושכן

1.1 מטלטלין

הנכסים הרגילים המשמשים כמשכון הם המטלטלין לסוגיהם. המשכון המצוי בהלכה נמסר לרשותו והחזקתו של הנושה,<sup>1</sup> הווי אומר: מטלטל. בעסקות המישכון הספורות שהובאו בתלמוד מושכנו כוס כסף,<sup>2</sup> וחגורה.<sup>3</sup> גם במקרים האחרים, בהם לא נזכר סוג המשכון, מושכנו מטלטלין: "רב אויא שקיל משכונאי";<sup>4</sup> "נאמן המלוה (במיגו, כתופס נכס) לומר עד כדי המשכון הלוייתין".<sup>5</sup> דוגמאות בודדות אלו מלמדות על הכלל כולו. כל סוגי המטלטלין כספרים, בהמות ואבנים טובות, ניתנים למישכון.<sup>6</sup> על חריגים אחדים נעמוד להלן. אמרנו גם שעיקרו של מחקר זה עוסק במישכון מטלטלין, והלכות רבות, כגון: תקנת השוק ואחריות הנושה כשומר, אינן חלות במקרקעין.

האם כסף מזומן יכול לשמש כמשכון? כסף משמש דרך כלל לפרעון חוב, ושאלה היא אם אפשר לראות בהעברתו לנושה מישכון גרידא, או שנתנתו יכולה לבוא רק בתורת פרעון. בתשובה אנונימית מתקופת הגאונים נדונה בעיה זו לענין אחריות הנושה. הנושה, במקרה ההוא, קיבל סכום מסוים כבטוחה, והכסף הונח בביתו ונגנב.

- 
1. "ואין צריך לפרש שהניחו ביד הגוי, שאף בלא הרהנה ביד הגוי היה, שסתם משכון ביד המלוה הוא", מאירי, בית הבחירה, פסחים לא, א ד"ה וחזר והקשה.
  2. עבודה זרה עה, ב.
  3. מגילה כז, ב.
  4. שבת קמח, ב.
  5. ירושלמי שבועות פ"ו ה"ח; לז, ב. ראה עוד לעיל עמ' 22.
  6. ראה להלן עמ' 338 - נספח ב'.

הגאון פסק שדין נושה זה ככל מלווה על המשכון: "ולא שנא שקיל מיניה דוזי ולא שנא פרקמטיא".<sup>7</sup> ברור למדי שמישכון כסף אינו שכיח היות ואם ברשות החייב סכום כסף שאינו נחוץ לו לשימוש מידי, הוא יתן אותו לנושה כפרעון ולא כמשכון.<sup>8</sup>

## 2.1 מ ק ר ק ע י ן

הזכרנו כבר לעיל שמקרקעין עשויים לשמש כמשכון, ועסקות רבות של משכנתא מוזכרות בתלמוד הבבלי.<sup>9</sup> מישכון מקרקעין רווח יותר בחברה חקלאית-כפרית כשלחייב היו בדרך כלל מספר חלקות אדמה, ואחת מהן הוא העביר לרשות הנושה. במשכנתא הקלסית, המקרקעין היו אפוא מוחזקים על ידי הנושה. ערך השדה או הבית הממושכ-נים היה ניכר ואין זה סביר שהם יעמדו זמן רב ללא ניצול ההכנסות הנובעות מהם. הצדדים הסדירו אפוא את שימוש הנושה במקרקעין באופן המותר על פי הלכות ריבית. המשכנתא בצורתה זו באה לעקוף את איסור הריבית וכמעט שאין לה אופי של עסקת בטוחה.<sup>10</sup> בחברה מסחרית-עירונית, רוב בני האדם מחזיקים בחלקת קרקע אחת - דירת מגוריהם, והם אינם יכולים להעביר את החזקה בה לידי הנושה. הפתרון הוא להעביר לנושה את הבעלות ולשכור את הנכס חזרה עד מועד הפרעון וכך להמשיך ולהתגורר בדירה. דמי השכירות שהחייב מעלה לנושה מהווים ריבית מוסווית. אף כאן, מטרת ההסכם היא עקיפת דיני הריבית.<sup>11</sup>

7. תשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ד', שער שני, ס"א.

8. השו"ת: י' ויסמן, חוק המשכון השכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) עמ' 20.

9. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 4.1.

10. ראה לעיל עמ' 38.

11. זו למעשה עסקת חכירי נרשאי התלמודית: "דכתבי הכי משכן ליה פלניא ארעיה

לפלניא והדר חכרה מיניה" בבא מציעא, סח, א. ראה עוד להלן עמ' 179.

אם הנושה אינו מתכוון להשתמש במקרקעין היינו ממליצים לו שלא ליטול מש-  
כנתא, היות וזכויות הנושה בה פחותות מבמטלטלין.<sup>12</sup>  
המשכנתא, בלשון ימינו, היא קרקע המשועבדת לנושה שהחייב ממשיך להחזיק בה.  
על התייחסותו של המשפט העברי למשכון שאינו מופקד, נרחיב דברים במקום אחר.<sup>13</sup>

### 3.1 זכויות ונכסים עתידיים

בתורת המשפט הכללית מכירים בקטגוריה שלישית של נכסים, מלבד המטלטלין  
והמקרקעין, והן הזכויות או הנכסים הלא-מוחשיים.<sup>14</sup> כשאר הנכסים, הזכויות הן  
בעלות ערך כספי, והשאלה העולה היא אם חייב יכול למשכן אותן כנגד חובו. בעייה  
זו היא חלק מסוגייה כוללת יותר של עבירות הזכויות. תחילה נתייחס למישכון  
שטרי חוב ואחר כך לשאר הזכויות.  
הלכה היא שהמחאת חוב נעשית על ידי כתיבה ומסירה.<sup>15</sup> הווי אומר: הנושה  
מוסר לנמחה את שטר החוב שיש לו על החייב (מסירה) וכותב לו: "קני לך הוא (=את  
שטר החוב) וכל שעבודא דביה" (כתיבה).<sup>16</sup> אם שטר החוב הועבר לנמחה שלא בדרך זו,  
הוא אינו זכאי לגבות את החוב מהחייב. מכאן, שמישכון הזכות חייב אף הוא להעשות  
בדרך של כתיבה ומסירה. רק באופן זה יהיה הנושה זכאי להיפרע באמצעות המשכון,  
ולתבוע ישירות את חייבו של החייב.  
דרך אחרת, היפה לכל הזכויות, היא הרשאה. הנושה יוכל לקחת מהחייב הרשאה  
להשתמש במקומו בנושא הזכות. ההרשאה בזכות כמותה כחזקה במשכון מטלטל. כשם

12. ראה לעיל עמ' 33 ולהלן עמ' 250 ו-302 הערה 55א'.

13. ראה להלן עמ' 328-333.

14. ראה: J.W. Salmond, On Jurisprudence, 12<sup>th</sup> ed (London, 1966) p. 413.

15. כגרסת רוב הראשונים בדברי אמימר, בבא בתרא, טז, א.

16. שם, עו, ב.

שהחזקת הנושה במשכון מאפשרת לו למוכרו בלא הסכמת החייב, כך מכח ההרשאה הנושה יוכל לממש את הזכות ישירות כנגד החייב על פי הזכות.

נושה שנטל כמשכון שטר חוב בלא כתיבה ומסירה או הרשאה, לא יוכל לממשו.

שטר זה קרוי בפי הראשונים משכון, אף שהנושה אינו יכול להיפרע ממנו: "אעי"פ שאינו יכול לגבות זה השטר מן הלווה... מכל מקום אדם עשוי להלוות לחבירו מעות על שטרות אלו, כי הוא מעבב אותן למשכון, כי לא יוכל האחד לגבות בלא שטרותיו".<sup>17</sup> הלכות אחדות בתורת משכון, כגון אחריות הנושה, יחולו על שטר זה,<sup>18</sup> אך הוא חסר את התנאי העיקרי, את האפשרות לגבות באמצעותו את החוב. בספרות השו"ת לא מצאתי מקרים של מישכון ממשי של שטרי חוב,<sup>19</sup> אלא מעשים של מסירת שטרי חובות כעכוב גרידא. עסקה זו שנזכרה כבר במשנה<sup>20</sup> לא היתה שכיחה בתקופת הראשונים. אדם שהיו בידו שטרי חוב של אחרים ונזקק לאשראי, השיג אותו כנראה על ידי המחאת השטרות אן בהעברתם כעכוב בלבד, בלא כתיבה ומסירה.

ההלכה הקדומה לא הכירה כלל בהמחאת שטרי חוב אלא בהעברת נכסים ריאליים: "קנין השטרות בדרך הזאת (כתיבה ומסירה) מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות

17. שו"ת הרא"ש, קה, ח. השווה: רי"ף על סוגיית מלוגא דשטרי, כתובות, פה, א;

שו"ת הרשב"א, א, תשצא; ב, ב.

18. ראה: שו"ת הרדב"ז ב, תשלג; וראה עוד שו"ת מהרי"ל החדשות (ירושלים, תשלי"ז) קעה, ב.

19. ראה: שו"ת דברי ריבות, רכב, שם קיבל הנושה כמשכון כתובה והרשאה לגבותה. ברם אין זה משכון במובן הרגיל של המונח אלא העברת נכס מהחייב לנושה, לאחר מועד הפרעון, כדי שזה יממשו וייפרע ממנו את מעותיו. ראה עוד שו"ת תורת אמת, קמא, שם שטרי החוב נמסרו קרוב לוודאי שלא בכתיבה ומסירה, היות והאוחר תבע את החייב ולא מצא דרך לממש את השטרות. ראה עוד שו"ת מהרי"ם אלשיך, סב.

20. משנה, כתובות, יא, ג: "משכנה כתובתה או מקצתה...".

נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי".<sup>21</sup> צרכי השוק הביעו את חז"ל להכיר במכירת חו-  
בות ובמישכונם,<sup>22</sup> וכאמור כבר במשנה מצאנו מישכון חובות. ברם חז"ל לא הכירו  
בהמחאת זכויות אחרות, כנראה משום שבשלב ההוא של ההתפתחות הכלכלית, הספיקה  
התקנה של המחאת שטרי חוב.

ההלכה לענין מכירת זכויות, מנוסחת ע"י רמב"ם כדלהלן: "אין אדם מקנה, לא  
במכר ולא במתנה, אלא דבר שיש בו ממש, אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה... לפיכך  
המקנה לחבירו אכילת פרות דקל זה או דירת בית זה לא קנה, עד שיקנה לו גוף הבית  
לדור בו וגוף האילן לאכול פירותיו".<sup>23</sup> מכירת דבר שאין בו ממש אחוזה בהלכה  
בבעיית מכירת דבר שלא בא לעולם,<sup>24</sup> ואף אנו נדון בהם כאחת. מה דין מישכון  
זכויות ונכסים עתידיים, האם נאמר שאדם אינו יכול למשכנם כדרך שאינו יכול  
למוכרם? הראשונים פתחו אבחנה מעניינת בין הקנאת דבר שלא בא לעולם לבין התחיי-  
בות למוכרו, ובעוד שהקנאה אינה תקיפה, ההתחייבות תקיפה. מטעם את הדברים ר"ש  
הסרדי:

"והיכא שמחייב עצמו בדבר שאינו מצוי אצלו ואינו ברשותו,  
מחייב; ואף על גב דתניא: "מה שאירש מאבא מכור לך... לא  
אמר כלום", אלמא כל דבר שאינו בעולם, אי נמי איתיה בעולם  
וליתיה ברשותיה, בכל אלו לא קנה במכר ומתנה, אבל בלשון  
חיוב יכול לחייב את עצמו כל מה שירצה, אפילו בדבר שלא בא  
לעולם, ואפילו בדבר שאינו מצוי בידו".<sup>25</sup>

21. רמב"ם, מכירה, ו, יב.

22. פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן ד.

23. רמב"ם, מכירה, כב, יג-יד. השווה: רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער  
שני (וינה תק"ס, ה, א).

24. ראה ש' אלבק, דיני ממונות בתלמוד (תל אביב, תש"ה) עמ' 311-313.

25. ספר התרומות, סד, ב, א; וראה: א' ורהפטיג, למהותו של החוזה במשפט העברי

(לבעיית קנין דברים), חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים,

תש"ח) עמ' 129-134.

המתחייב אינו מעביר זכויות בנכס אלא מקבל על עצמו אישית התחייבות לביצוע פעולה מסוימת, וזו תקיפה בלא קשר לנשוא ההתחייבות. ברם המישכון הוא העברת זכויות קנייניות בנכס מסויים<sup>26</sup> ויש לו דין מכר ולא התחייבות, ואינו תופס בדבר שלא בא לעולם ובזכויות.

שאלה בנושא זה באה לפני רשבי"א או ריטבי"א.<sup>27</sup> המקרה היה: בייראובן היו לו חותמות מאבותיו שנתן אדוננו המלך להם ולזרעם אחריהם, ולבאים מכחם, שני ליטריין בשר כבש בכל יום או מחירם מבית המטבחיים... וראובן זה מישכן כל הזכויות לשמעון בסך ממון...".<sup>28</sup> מאוחר יותר כפר ראובן בתקיפות המישכון בתואנה "שאי אפשר למשכן דבר זה דמילי נינהו, שאין לו גוף ודבר שלא בא לעולם הוא, ואי אפשר למש- כנס ולא למכרן כפירות דקל".<sup>28</sup> המשיב פתר את הבעייה על ידי החלת הכלל של "דינא דמלכותא דינא" ונמנע מלהתייחס לפתרון ההלכתי. מבין השיטין עולה שזכות אינה ניתנת למישכון על פי ההלכה.<sup>29</sup>

בכלכלה המודרנית הפעילות היא אינטנסיבית וניידות הכספים מהירה. מקרו- כלכלה זו נזקקת לאשראי נרחב ולהגדלת מעגל הנכסים הניתנים למישכון. יצרן יכול למשכן בתחילת תהליך הייצור זכויות ונכסים ערטילאיים ולא מוצר מוגמר.<sup>30</sup> ההלכה

---

26. ולכן בשעבוד נכסים רגיל שאינו קשור לנכס מסויים מועילה התחייבות עתידית ("דאיקני"), בבא בתרא, קנז, א-ב, וספר התרומות, שם. על אבחנה זו ראה, שו"ת הראני"ח, סו.

27. התשובה מובאת בשו"ת הרשבי"א ב, רי"ג ובשו"ת הריטבי"א (מהדורת קאפח), מד, ואין בידי לקבוע מיהו המשיב.

28. לשון רשבי"א, שם.

29. מעניין שבמקום אחר, שו"ת הרשבי"א, ד, כו, לא פקפקו הצדדים או רשבי"א במיש- כון כאמור. על מישכון זכות במקרקעין, ראה: שו"ת המבי"ט, ב, פד.

30. ראה ויסמן, לעיל הערה 8, עמ' 24.

תכיר כנראה בשינויים הכלכליים באמצעות המקור המשפטי של מנהג. המנהג כוחו יפה לדבר שאינו בעולם<sup>31</sup> ולדבר שאין בו ממש.

#### 4.1 משכון שערכו נמוך מהחוב

בדרך כלל נושה נוטל משכון שערכו עולה על ההלוואה.<sup>32</sup> כשהנושה נוטל ריבית נוסף על הקרן, המשכון מיועד להבטיח גם את תשלומה.<sup>33</sup> לעתים במכירת המשכון נג-רמות לנושה הוצאות שונות שתשלומם מוטל על החייב, ועליו לדאוג שהמשכון יבטיח גם סכומים אלו כך שלא יצטרך לטרוח בתביעה נוספת נגד החייב. לפעמים ערך המשכון יורד, אם עקב פחת בגופו, אם מחמת ירידת ערכו בשוק, ונושה הער לאפשרות זו מבטיח עצמו בנטילת משכון ששוויו יותר מההלוואה.

משכון שערכו נופל מגובה ההלוואה, אינו יכול לשמש היטב, אף לא אחת ממטרות המשכון. כבטוחה שהנושה יוכל להיפרע ממנה ערכו מועט, שהרי הנושה בין כך ובין כך צריך להגיש תביעה אישית נגד החייב ליתרת החוב. הפונקציה הראייתית של משכון זה גם היא לוקה בחסר. לכל היותר הוא יוכל לשמש כראיה על עצם החוב ולא על גובהו. ההלכה: "נאמן המלווה לומר עד כדי המשכון הלויתין"<sup>34</sup> עומדת לנושה לרועץ

31. זו דעת רוב הפוסקים, ראה: ערוך השולחן, חו"מ ריב, ג וראה עוד אלבק, לעיל הערה 24, עמ' 313.

32. ראה: רש"י, בבא קמא, קטו, א ד"ה משכנתא שווה בשווה: ש"אין דרך לעשות כך להלוות על המשכון כל שוויו" וכל שכן יותר משוויו. וכן במקרקעין: "דרך משכונה, שהקרקע שווה יותר מדמי המשכונה, כי אין דרך ללוות על הקרקע כדי דמיו", שו"ת הרא"ש פ, ז.

33. במקרים כאלו נהגו ליקח משכון שערכו עולה פי שניים על ערך החוב, ראה: תשובות רש"י (מהדורת אלפנביין), רמא; שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, תשעד.

34. ראה הערה 5 לעיל.

במקרה של חילוקי דעות על גובה ההלוואה.

מה בכל זאת מניע נושה ליקח משכון שערכו נמוך מההלוואה? בדרך כלל ינהג

כך אם החייב נאמן עליו גם בלא בטוחה. נושה זה סומך בעיקר על יושרו האישי

וכושרו הכלכלי של החייב והמשכון הוא לדידו תוספת ולא משענת עיקרית. לעתים

מעוניין הנושה בנכס מסויים והוא מאמין שהמשכון הוא שלב בדרך לבעלות. הדברים

נכונים במיוחד בהסכמים בהם מכניס הנושה סעיף לחילוט המשכון.<sup>35</sup>

התלמוד הסתפק אם לראות בנכס שערכו נמוך מההלוואה משכון לכל דבר או משכון

לפונקציה מוגבלת, לראייה במקרה שהחייב יכפור בקיום החוב.<sup>36</sup> המשכון האמור לא

ניטל כבטוחה שהרי הוא מבטיח חלק מהחוב בלבד: "דמאי שנא דבפלגא בעי משכון ופלגא

לא בעי משכון, אלא הכל לא על המשכון, ולזכרון דברים בעלמא תפיס ליה".<sup>37</sup> סוגיית

התלמוד רואה בנכס זה ערך ראייתי מצומצם גרידא ולא חלים עליו כל דיני המשכון.

נראה שדינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון" לא יחול על משכון זה. הדגשנו

כבר לעיל שהלכת רבי יצחק מבוססת על מהותו של המשכון כגוביינא,<sup>38</sup> והנושה אינו

זקוק לזכויות קניינות במשכון המשמש לראייה בלבד. כך משתמע מהדברים הבאים: "אי

בדלא שוי משכון שיעור זוזי, דכולי עלמא לית להו דשמואל, והכא בדשוי שיעור זוזי,

וקא מיפלגי בדרי יצחק...".<sup>39</sup> התלמוד מחיל את הלכת רבי יצחק רק על משכון השווה

בערכו להלוואה.

מכאן - ההלכות השונות הנובעות מדינו של רבי יצחק, לא יחולו על משכון זה.

ברם הוא יוכל לעתים למלא ביעילות את פונקציית העכוב, ולשמש כלחץ על החייב

35. ראה: פירוש ר' יהונתן מלוניל, בבא קמא, קטו, א (מהדורת ש"י פרידמן) ד"ה

ומר זוטרא (=שיטה מקובצת, שם, ד"ה משכנתא).

36. בבא מציעא, מט, א; שבועות, מד, ב.

37. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, שם, ד"ה ולרי יוחנן.

38. ראה לעיל עמ' 24-25, ו-75.

39. בבא מציעא, פב, א; שבועות, מד, א.

לפרעון החוב. על אף ערכו הנמוך, הוא משמש בטוחה על החוב כולו ולא רק על החלק היחסי לערכו. החייב אינו יכול לפדות את המשכון על ידי תשלום שוויו, אלא בפרעון מלא של החוב: "הרי זה (הנושה) אומר: יהא המשכון בידי עד שתפרע כל מה שיש לי עליי".<sup>40,41</sup> להלן נראה שתקנת השוק חלה גם על משכון זה. הראשונים הרחיבו את התקנה משיקולים פרקטיים שאינם קשורים לזכותו הקניינית של הנושה במשכון.<sup>42</sup>

אמרנו לעיל שהתלמוד אינו רואה במשכון הנמוך מהחוב, משכון לכל דבר. ואכן זו סתמה של סוגייה ברם יש תנאים ואמוראים הסוברים אחרת. בברייתא בתלמוד הבבלי שנינו: "המלווה את חברו על המשכון ונכנסה שמיטה, אף על פי שאינו שווה אלא פלג אינו משמט, דברי רבן שמעון בן גמליאל...".<sup>43</sup> לפי פשוטם של דברים, ההלוואה כולה אינה נשמטת על אף שערך המשכון נמוך הימנה "וליתא לההיא דחיה דסוף פרק שבועת הדיינים".<sup>44</sup> זו גם דעת סתם תוספתא: "המלווה את חברו על המשכון, אף על פי שהחוב מרובה על המשכון אינו משמט".<sup>45</sup> סוגיית השמיטה היא פרט המלמד על הכלל. ההכרה במעמדו של משכון זה אינה מצומצמת לסוגייה זו בלבד אלא היא חלק מתפיסה

- 
40. "וכן הדין במי שהלווה על המשכון בכדי שוויו ונתקלקל באונסי", המאירי, בית הבחירה, בבא מציעא, מט, א ד"ה השביעית. ראה עוד: בית הבחירה, שם, פב, א ד"ה ממה שכתבו; המיוחס לריטבי"א שם, ד"ה לימא בדלא.
41. מכאן שאין להסיק כדבר שבשגרה שערך המשכון אינו נופל מערך החוב. המשנה בשבועות ו, ז מביאה דוגמה שערך המשכון נמוך מההלוואה, וראה עוד: שו"ת הריב"ש, שפא; שו"ת אבקת רוכל, קס.
42. ראה להלן עמ' 209-210.
43. שבועות מד, ב; בבא מציעא מח, ב.
44. פסקי אור זרוע, עבודה זרה, קטז, בשם ר"ש משנץ.
45. תוספתא שביעית ח, ה וראה ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, עמ' 587.

כוללת.<sup>46</sup>

שמואל מראשוני האמוראים, פוסק כדלהלן: "האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה ומשכן לו קתא דמגלא, אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי".<sup>47</sup> משכון מזערי זה אקויו-לנטי לחוב מרובה ("אלף זוזי") והחוב כולו אינו בר-פרעון, אם המשכון אבד. אף כאן זו שיטה עקרונית במהות המשכון, שהרי גם בענין שמיטה סובר שמואל כדעת רשב"ג.<sup>48</sup> ברם הראשונים, ובמיוחד אלו הפוסקים כשמואל, צמצמו את דבריו למקרה של התנאה מפורשת, כשהצדדים התנו שאם המשכון יאבד, הנושה יפסיד את כל חובו. על פי פרוש צר זה, הלכת שמואל נאמרה רק לענין אחריות הנושה למשכון ואינה פרי תפיסה כללית במהות המשכון. על דברים אלו עמדנו כבר לעיל.<sup>49</sup>

#### 5.1 בכסים שאין למשכנם

בתורה נאמר: "לא יחבול ריחיים ורכב כי נפש הוא חובלי",<sup>50</sup> ופרשו חכמים: "ולא ריחיים ורכב בלבד אמרו, אלא כל דבר שעושין בו אוכל נפש, שנאמר: 'כי נפש הוא חובלי'".<sup>51</sup> החבלה האמורה בתורה היא תפיסה מכח בית-דין, היינו מישכון שלא בשעת הלוואה.<sup>52</sup> בית דין אינו רשאי לתפוס ולעקל נכסים שהחייב צריך להם לפרנס-סתו.<sup>53</sup> מה דין המשכון ההסכמי, האם מישכון כלים אלו תקף? הראשונים כולם, למעט

46. ראה לעיל עמ' 117.

47. שבועות, מג, ב; בבא מציעא, פב, א.

48. ירושלמי, שביעית, פ"י ה"א; לט, ג.

49. ראה לעיל עמ' 121-124.

50. דברים, כד, ו.

51. משנה, בבא מציעא, ט, יג.

52. ראה רש"י על התורה, לעיל הערה 50, וראה עוד לעיל עמ' 2.

53. לענין פרעון סופי, להבדיל מעקול, יש הסוברים "דאין מסדרין לבעל חוב",

היינו אין חובה להשאיר לחייב צרכי מינימום למחייתו, ראה תוספות, בבא

מציעא, קיד, א ד"ה מהו.

רמב"ם,<sup>54</sup> סבורים שהחייב רשאי למשכן נכסים אלו.<sup>55</sup> "משכנו בשעת הלוואתו הרי הוא כמכרו לו",<sup>56</sup> ואם החייב אינו מוגבל במכירת הנכסים, אין סיבה לאסור עליו את משכונם.

שאלה אחרת היא מה יהא דינם של נכסים שעבירותם הוגבלה או ברת-ביטול, האם ההגבלה חלה ממילא אף על משכונם? מחד המישכון עשוי להביא למכירת הנכס, הוא נעשה כדי שהנושה יוכל למכור את הנכס ולהיפרע ממנו, ואם כך מישכון שאינו ניתן למימוש אינו רצוי. מאידך יתכן שהנושה לא יצטרך להגיע לשלב של מימוש המשכון ואין לשלול בשל כך את האפשרות למשכן נכס זה עד למועד הפרעון.<sup>57</sup>

שאלה דומה באה לפני רדב"ז: "אם יכולה אשה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי במשכון שמשכן הבעל, כמו שיכולה לטעון במכרי".<sup>58</sup> השואל נוטה לחלק בין מישכון ומכר "אחר שאינו (המישכון) בהחלט כמו מכרי". רדב"ז שולל את האבחנה: "שהרי אם לא יהיה לו מה לפרוע, בא לבית דין ומוכרין את המשכון או מחליטין אותו, ומה לי מכר ומה לי משכון, והא קיימא לן בעל חוב קונה משכון".<sup>59</sup> השיקולים השונים דלעיל באו לידי ביטוי בדברי השואל ורדב"ז בשאלה זו.

54. מלווה ולווה, ג, ב.

55. ראה: השגות הראב"ד ומגיד משנה שם; פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ט', סימן מחי; נמוקי יוסף, שם, קטו, א; רשב"א בהערה הבאה.

56. דברי רשב"א בשיטה מקובצת, בבא מציעא, קטו, א ד"ה אלמנה. ראה עוד שו"ת הרשב"א, ב, מב.

57. השווה ויסמן, לעיל הערה 8, עמ' 88-89.

58. שו"ת הרדב"ז ג, תרמו; אלף עא.

59. אולם ראה שו"ת תרומת הדשן, ר, המתיר לישראל לקבל מנכרי "כותלי חזירים" כמשכון כשאחד הנימוקים הוא "שמא להלוות עליו שרי טפי, דילמא לא אתי לידי מכירה". שם בולטת מגמת קולא היות ופרנסתם של ישראל היתה תלויה בהלוואה בריבית.

## 2. החיוב המובטח

### 1.2 חיוב עתידי

לאפשרות למשכן נכס לחיוב עתידי ישנם שימושים בחיי הכלכלה,<sup>1</sup> ומן הדין על כן לעמוד על יחסה של ההלכה לבעייה זו. השאלה בקצירת האומר היא, אם ניתן למשכן נכס להבטחת חיוב שטרם נוצר. בעייה מודרנית זו נחתכה כבר בתלמוד הבבלי, בסוגייה הבאה:

"אמר רבא אמר רב נחמן: אמר לה: 'התקדשי לי במנה' והניח

לה משכון עליה אינה מקודשת. מנה אין כאן משכון אין כאן".<sup>2</sup>

אדם קידש אשה בסכום כסף ותחת הכסף נתן לה משכון להבטחתו, אינה מקודשת. הפרוש הפשוט, המקובל על חלק גדול מהראשונים, הוא כדלקמן. התחייבות המקדש לתת מנה לאשה אינה תופסת. התחייבות באמירה בעלמא בלא מעשה קנין אינה תקיפה, והמת-חייב יכול לחזור בו. הווי אומר: מנה אין כאן - ההתחייבות לא תפסה, הלכך "משכון אינו שווה כלום",<sup>3</sup> "משום דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו, אבל בדבר שלא נתחייב לא חל שעבוד על נכסיו".<sup>4</sup>

על פי פרוש זה אין אפשרות ליצור משכון לחיוב עתידי: "משכון שלא ניתן על

---

1. על היתרונות והחסרונות של מישכון זה, ראה: י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-

1967 (ירושלים, תשלי"ה) עמ' 49-52.

2. קידושין, ח, א-ב. המשך הסוגייה נוטה לאפיק אחר ואינו מענייננו כאן.

3. רש"י, שם, ד"ה מנה אין כאן.

4. תוספות רא"ש, שם, ד"ה מנה; פסקי הרא"ש, שם, פרק א', סימן י'. השורה:

חידושי הריטב"א, שם, ח, א ד"ה אמר רבא, בשם ראב"ד.

חוב אלא על הבטחת העתיד לא הוי משכון...<sup>5,6</sup> התחייבות הנתמכת במעשה קנין תקיפה, והמישכון גם הוא היה תופס היות והחיוב כבר נוצר: "הא אילו אמר לה זכי במשכון זה שיעור מנה, והתקדשי לי בזו, ומשכה אותו זכתה בו לשיעור מנה, אלא שיכול לסלקה בדמים, וכיון שזכתה בו הרי היא מתקדשת בו".<sup>7</sup>

ראשונים אחרים פרשו את הסוגיה בדרך שונה.<sup>8</sup> בקידושי כסף האשה צריכה, לדעתם, לקבל מיד המקדש כסף או שווה כסף בעין ולא די בהתחייבות גרידא. בלשון רמב"ן: "שעבודא דידיה, כגון: 'חייב אני לך מנה בשטר או בקנין'; אין אשה מתקדשת בכך דומיא דמלוה, דהכא לא מטי לידה כלום והכא לא נפיק מיניה כלום. דשעבודא ברשות לווה הוא, וכולי ממונא גביה וכיון דאגיד ביה לאו קידושין נינהו".<sup>9</sup> התחייבות כשהמתחייב "אגיד ביה" אינה מספיקה, ויש צורך בהעברה ריאלית של כסף או שווה כסף. לשיטה זו הגמרא מתפרשת כך: מנה אין כאן - התחייבות גרידא אינה מועילה לקידושי אשה; משכון אין כאן - "שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה".<sup>10</sup> הווי אומר: המישכון תופס, אך המשכון אינו

- 
5. פסקי תוספות, שם, אות יג. "וכן מצאתי להדיא בפסקי תוספות וקבלתי שיש לסמוך עליה, אם לא שחולקים עלי' גדולי המחברים, כי פסקי תוספות נקראו ולא סימני תוספות", מהרש"ל, ים של שלמה, שם, סימן יב.
6. כך גם בערבות שאינה ניתנת להיתבע אם הנושה אינו יכול לתבוע את החייב, ראה: טור, חו"מ, מט, טו-טז.
7. ריטב"א, לעיל הערה 4, שם.
8. ראה: חידושי הרמב"ן קידושין ח, ב ד"ה מנה; רשב"א, שם; דעת "יש מפרשים" בפסקי הרא"ש, לעיל הערה 4; פסקי אור זרוע, בבא מציעא, רמט, ואחרים.
9. רמב"ן, שם, ד"ה ובמשכון דאחרים.
10. תוספות, קידושין, ח, ב ד"ה מנה. דברי התוספות אינם חד-משמעיים ולמרות הציטוט דלעיל, הם קרובים יותר לפרוש ראב"ד. מחלוקת מקבילה היתה גם באשכנז-צרפת, ראה אור זרוע, לעיל הערה 8.

מועיל לקידושי אשה היות ואינו נשאר ברשותה לצמיתות.

על פי פרוש זה הסוגייה אינה דנה ביצירת משכון לחיוב עתידי. ראשונים

אלו מסכימים גם הם שאי אפשר ליצור שעבוד או משכון ללא חיוב בר-תוקף, ברם

התחייבות המקדש דידן תקיפה היות והיה בה מעשה קניין. משיכת המשכון על ידי

האשה מהווה מעשה קניין גם לענין החיוב. מחלוקת הראשונים היא אם הצדדים התכוונו

שמשיכת המשכון תעלה לענין ההתחייבות שהרי אם התנו כך מפורשות, ההתחייבות תופסת

לכולי עלמא.<sup>11</sup>

ההלכה שאין למשכן נכס לחיוב עתידי התקבלה בהסכמה כללית, כלשון אחד המשי-

בים: "כי אין אדם יכול לעכב ממון על דבר שלא בא לעולם, ואפשר נמי שלא יבוא

לעולם... והם דברים פשוטים ואין צריך להביא ראיה עליהם".<sup>12</sup> כך נפסק שאלמנה

הבאה לגבות מנכסי יתומים ומסרבת להישבע, אינה זכאית לעכב מנכסיהם היות: "ולא

יוכל לעכב תחת ידו במשכונה אלא מי שמגיע לו, וכשלא נשבעה (האלמנה) עוד לא

יגיע לה כלום שתוכל לעכב במשכונה".<sup>13</sup> כן נקבע שנכסים שחייב העביר לערב על

מנת שזה ייפרע מהם אם הנושה יממש את הערבות, אינם מהווים משכון היות והחבות

לערב נוצרת רק לאחר פרעון החוב על ידו.<sup>14</sup>

עמדת המשפט העברי היא כנגד ההכרה במישכון נכס לחיוב עתידי. יתכן שהגישה

נובעת מראיית המשכון כטפל לחוב. אין משמעות לבטוחה שנועדה להבטיח חיוב עתידי

ואין אפשרות להבטיח חיוב לא תקף. אם הצדדים מעוניינים שהחייב ימסור לנושה

11. פירוש זה הוא שלא כאבני מלואים, אבהעי"ז, כט סק"י; אך הוא עולה מדברי

הראשונים ובמיוחד מאור זרוע שם: "אלא הוי משיכת המתנה במקום משיכת המטל-

טלים". השווה עוד פסקי הרא"ש, לעיל הערה 4. דעת אבני מלואים נדחתה גם

על ידי אחרונים רבים.

12. שו"ת מהר"י בן לב, ד, ו.

13. תשובות הגאונים, הרכבי, תצז.

14. שו"ת מים עמוקים, ראנ"ח, צג.

משכון מיד וזה יעביר לו את ההלוואה במועד אחר, על הנושה להתחייב מיידית לביצוע התשלום העתידי. ההתחייבות תביא לתקיפות המישכון היות והחיוב, להבדיל מביצועו, אינו עתידי.<sup>15</sup> אם הנושה מוכן להחזיק בינתיים בנכס בלא שיהיו לו בו זכויות קנייניות מיידיות, תפיסתו מועילה: "אבל אומר (אדם) לחבירו: 'הא לך משכון לכשאלונה ממך' ולוה, נתפט המשכון".<sup>16</sup>

---

15. זה הרעיון העומד מאחורי דברי ריטב"א, לעיל בסמוך להערה 7.

16. פסקי תוספות, לעיל הערה 5.

### 3. מישכון במסווה של עסקה אחרת

#### 1.3 מ.ב.ו.א

ההסטוריה המשפטית של ישראל ושל האומות<sup>1</sup> רצופה מקרים בהם צדדים להלוואה נקטו דרכים שונות כדי להסוות את אופיו האמיתי של ההסכם. העסקה נראתה על פניה כמכר או כשכירות אך היה זה לבוש חיצוני בלבד. בחינה מדוקדקת של תנאי ההסכם תגלה על נקלה שזו הלוואה. הנכס העובר לרשות "הקונה" או "השוכר" הוא למעשה משכון המוחזק על ידי נושה. הסתרת קיומה של ההלוואה ביטאה את רצון הצדדים למנוע תחולתן של הלכות מסוימות בדיני הלוואות. בדרך כלל ניסו הצדדים לעקוף הוראות קוגנטיות, כופות.<sup>2</sup> מניעת תחולתן של הלכות דיספוזיטיביות יכולה לבוא על ידי התנאה נוגדת, ואין צורך לשם כך להסוות את מהותה של העסקה.

בדיני ממונות של המשפט העברי כמעט ואין הוראות קוגנטיות. חופש החוזים מוצא את ביטויו בכלל הגדול: "המתנה על מה שכתוב בתורה, דבר שהוא של ממון תנאו קיים".<sup>3</sup> גם כשחכמים פסלו תנאי בחוזה הם עשו זאת מתוך הכרה שהם חושפים את כוונתו האמיתית של המתחייב. אין אפוא בדיני הלוואות ומשכונות הוראה שהצדדים אינם יכולים להתנות עליה. אף על פי כן לפעמים נוח יותר להסתיר את ההלוואה מלהתנות על הלכה פלונית.<sup>4</sup> ההלכה המעיקה ביותר על נושה, והמערערת את יסודותיו

- 
1. ראה י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשלי"ה) עמ' 70-75, והמקור-רות המובאים בהערה 1, שם.
  2. שם, עמ' 71.
  3. תוספתא קידושין ג, ח.
  4. ראה להלן, ליד הערה 20, את תשובת ר' משולם בן קלונימוס. ראה עוד: שו"ת הרדב"ז א, רמה וכן שו"ת מהרש"ים ב (חוי"מ) רלב, שם הוסוותה עסקת המישכון כדי לפטור את הנושה מאחריות, תוצאה שהצדדים יכלו להשיגה על ידי התנאה מפורשת, השווה: מרדכי, בבא מציעא, שסא.

של שוק האשראי בכלל, היא האיסור על נטילת ריבית. כהוראה איסורית הצדדים אינם רשאים להתנות עליה. החייב פטור מלהעביר לנושה ריבית שהסכים לה, ולא עוד אלא שבריבית של תורה, ריבית קצוצה, הוא אף זכאי לתבוע בדין החזר ריבית ששילם.<sup>5</sup> איסור הריבית מיוחד לעסקת הלוואה, ו"לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה".<sup>6</sup> טבעי על כן שצדדים להסכם הלוואה ינסו על ידי כסות חיצונית לעקוף איסור זה.

מה יחסה של ההלכה לנסיונות אלו, האם היא נוקטת גישה פורמלית והולכת בתר לבושה החיצוני ושמה של העסקה או היא תרה אחר מהותה ותכנה האמיתית. המשפט האנגלי שהתלבט בבעייה זו קבע: "once a mortgage, always a mortgage"<sup>7</sup> ובית המשפט בודק את מהותה של העסקה. זוהי גם גישתו של המחוקק הישראלי.<sup>8</sup> הסעיפים הבאים יוקדשו לבחינת עמדתו של המשפט העברי בסוגייה זו.

---

5. ראה: שו"ע, יו"ד, קסא, ה.

6. בבא מציעא, סט, ב.

7. זו השקפת ה-equity שהפכה מאוחר יותר להלכה כללית, ראה: W. Haldsworth, A History of English Law (London, 1966) vol. 5, pp. 331-332.

הלכה דומה היתה במשפט הרומי, ראה: W.W. Buckland and A.D. McNair, Roman Law and Common Law 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge, 1952) p. 321.

יש הטוענים שהמשפט העברי השפיע על ה-mortgage האנגלי בשלביו הראשונים, ראה: Jacob J. Rabinowitz, Jewish Law (New York, 1956), ch. XX.

8. ראה: חוק המשכון תשכ"ז-1967, סעיף 2(ב).

2.3 מכר חוזר בתלמוד

הנושא נדון בברייתא בתלמוד הבבלי, וזה לשונה:

"מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו: 'לכשיהיו לי מעות החזירים לי', אסור; 'לכשיהיו לך מעות אחזירים לך', מותר".<sup>9</sup>

אסור ומותר בברייתא, מצד הלכות ריבית. ההסכם ברישא הוא הלוואה והריבית בו אסורה, ואילו בסיפא ההסכם נחשב למכר ולכן מותר. מדברי הברייתא, אף טרם שנבאר מה בין רישא לסיפא, עולה שההלכה מתחשבת בגורמים אחרים נוסף על חזותו החיצונית של ההסכם. ההסכם הנדון ברישא נראה על פניו כמכר רגיל עם תנאי לפיו המוכר זכאי לרכוש את הנכס חזרה. הברייתא אוסרת הסכם זה ורואה בו הלוואה שהנושה גובה בה ריבית מהחייב. מחיר הנכס הוא למעשה מעות הלוואה, כשה"מוכר" לווה מה"יקונה" ומוטר לו שדה לאכילת פירותיה. הרכישה החוזרת על ידי המוכר מהווה פרעון הלוואה והנושה מקבל ריבית על ידי שימוש ללא תמורה בפירות הנכס. הברייתא מונעת מהצדדים את עקיפת האיסור בדרך זו, על ידי הליכתה אחר מהות העסקה ולא אחר שמה, כפי ביטויו של אחד המשיבים: "כבר כתבתי שאין הטעם בשמות, מה לנו שאם הקונה והמוכר קוראים לזה מקח וממכר, ואינו אלא ריבית".<sup>10</sup>

עשיית הסכם מכר חוזר היא הדרך המקובלת להטוואת הלוואה, כאשר הריבית

9. בי"מ, סה, ב. בתוספתא שם ד, ד הלכה הפוכה: "המוכר שדה לחברו ואמר לו... אימתי שארצה אני נותן בה דמים ונוטלה, מותר" (גרסת הדפוס וכ"י ערפורט המקויימת גם על ידי הירושלמי שם, פ"ה ה"ב; י, ד. נראה שגרסת כ"י וינה "אימתי שתרצה", הותאמה לבבלי). הלכה זו נשנתה כנראה אליבא דרבי יהודה הסובר: "צד אחד בריבית מותר" (בבלי, שם), ראה: חסדי-דוד, תוספתא, שם; יפה עינים, בבלי, שם; מראה הפנים ושדה יהושע, ירושלמי, שם.

10. שו"ת המהרשד"ים ב (חוי"מ) רלב.

כאמור, היא שימושו של הקונה-הנושה בנכס. תוצאה דומה אפשר להשיג בדרך של שכי-רות. פלוני הזקוק לאשראי מוכר את ביתו ושוכרו מאת בעליו החדשים.<sup>11</sup> דמי השכירות המשתלמים הם ריבית מוסווית. דרך זו יפה ומקובלת בחברה עירונית כשלאדם אין מקרקעין מלבד ביתו. ההסכם מאפשר לחייב להמשיך ולהחזיק בנכס, ולנושה להנות מפירותיו.

לא תמיד מכר חוזר משמש הסוואה להלוואה אלא הוא משקף נכונה את כוונתם האמיתית של הצדדים. שיטות משפט רבות התחבטו בקביעת קריטריונים שיסייעו להבחין בין הלוואה למכר אמיתי.<sup>12</sup> ההלכה דנה בכך בסיפא של הברייתא האמורה. התנאי "לכשיהיו לך מעות אחזירם לך" מצביע על מכר חוזר אמיתי: "דאי נמי חזר וקיבל מעותיו (הקונה), עד עכשו שלו היתה וחוזר ומוכרה לו".<sup>13</sup> במכר זה, שימוש הקונה בפירות הנכס בתקופת הביניים אינו ריבית, ומותר.

מה בין רישא לסיפא, מתי עסקה נחשבת להלוואה ומתי למכר חוזר? רבא משיב: "סיפא דאמר ליה מדעתיה",<sup>14</sup> ושני הסברים לדבריו:

א. הסכמת הקונה להחזיר את הנכס למוכר היא הבטחה בעלמא ואינה ניתנת לאכיפה משפטית. הקונה אומר למוכר: "אם ארצה אחזירם ולא שתבעני בדין".<sup>15</sup> במקרה זה ברור שהמכר החוזר אינו הלוואה היות ולמוכר לא שמורה זכותו היסודית של חייב - פדיון המשכון.

- 
11. ראה להלן בסמוך להערה 18 את מנהג קהילת קירואן.
  12. ראה ויסמן, לעיל הערה 1, עמ' 72, והערה 9, שם.
  13. רשיי, בבא מציעא, סה, ב, ד"ה ה"ג דאמר ליה מדעתו.
  14. בבלי, שם. זו גרסת כ"י מינכן המקויימת על ידי ראשונים רבים, ראה דקדוקי סופרים, הערה ט, שם.
  15. רשיי, לעיל הערה 13, וראה עוד: חידושי הרמב"ן, שם, ד"ה לא תמכרם. על פי מסקנת הסוגייה זו משמעותה של התחיבות הקונה, אף אם לא הביע אותה מפורשות.

ב. התנאי בדבר החזרת הנכס בא "מדעתיה", מרצונו החפשי של הקונה ואין הוא מתנאי העסקה. המוכר הסכים למכור לקונה את הנכס גם ללא תנאי כאמור. העובדה שהמוכר הוא שביקש מהקונה להתחייב לכך אינה גורעת. גם העובדה שהתחייבות הקונה נעשתה בקניין והמוכר זכאי לאוכפה עליו אינה משנה את התוצאה. המבחן המכריע הוא אם תנאי החזרה בא לאחר השלמת המכירה לקונה או שהוא חלק מתנאיה.<sup>16</sup>

הסוגייה מתפרשת יפה על פי ההסבר הראשון אך הוא אינו יכול לשמש את חיי המעשה. מוכר הרוצה להבטיח את זכותו לרכוש את הנכס חזרה, אינו יכול להשען על רצונו הטוב של הקונה. הדרך השניה מאפשרת לו, אם התחייבות הקונה תהא בקניין, לכפות על הקונה את הרכישה החוזרת תוך שמירת מעמדו של ההסכם כמכר. אף מי שסבור שגישה זו אינה הולמת את סוגיית התלמוד, מודה שנכונה היא כשלעצמה.<sup>17</sup>

בקבלת המבחן האחרון כמכריע ישנה נטייה לגישה פורמלית. צדדים להסכם הלוואה יוכלו לשוות לו צורה של מכר ולהתחמק מאיסור הריבית, אם התחייבות הנושה-הקונה למכירה חוזרת של הנכס תיעשה בסמוך לאחר המכירה הראשונה. בגלגולה של בעייה זו בספרות השו"ת נעסוק בסעיפים הבאים.

### 3.3 ספרות השו"ת של הראשונים

בסעיף זה נסקור בקצרה עסקות מכר חוזר, המצויות בספרות השו"ת של הראשונים. מטרתנו היא לעמוד על המבחנים ששמשו אותם להבדיל בין מכר חוזר אמיתי להלוואה.

16. ראה: רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער יח; (וינה, תק"ס) מב, א; רבינו חננאל, בפסקי אור זרוע, בבא מציעא, קפו (בתחילת הסימן יש להגיה רי"ח במקום ר"ת (=רבינו תם)); שו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר) רפו; רמב"ם, מכירה, יא, יא; מלווה ולווה, ו, ה.

17. ראה: שיטה מקובצת, בבא מציעא, סה, ב ד"ה וז"ל הראבד; ד"ה ולענין פסק.

בתשובה עלומת שם מימי הגאונים מצויה עדות על מכר חוזר פיקטיבי שהיה נהוג בקהילת קירואן.<sup>18</sup> נכסי מקרקעין נמכרו על ידי הבעלים במחצית שווים, לפי שה- "מוכרים" היו בטוחים שהקונים יתחייבו להחזיר להם את המכר עם תשלום התמורה: "ורוב העם כשרוצים למשכן בתיהם בכך וכך לזמן קצוב, הולכים לבית הסופר ואומר להם: "איך ראוי להיות משכונא, אבל ראוי לכתוב שטר מכירה מוחלטת ולכתוב להם שטר אחר אחר כך...".<sup>18</sup> הצדדים כלל לא ניסו להסתיר, מבחינה עובדתית, את אופיה האמיתי של העסקה. סימניה של ההלוואה, גלויים לעין: המקרקעין נמכרים בטכום נמוך מהמחיר הריאלי, הרווח של הקונה מחושב מראש והמוכר ממשיך לשבת במקרקעין כשוכר מטעם הקונה. אף על פי כן הועילה הפיקציה המשפטית, אי הזכרת התנאי בדבר חזרת העסקה בזמן המכירה, להוציא את ההלוואה מכלל ריבית גמורה שבית דין כופין על החזרתה.<sup>19</sup>

בענין אחר מצאנו מכר חוזר פיקטיבי בתשובה אשכנזית קדומה.<sup>20</sup> במקרה הנדון הצדדים רצו לעקוף את האיסור על חילוט המשכון לנושה באי-פרעון, על ידי מתן צביון של הסכם מכר. החייב מכר לנושה, בפני כת אחת של עדים, את הבגדים הממושכנים והקונה התחייב, בפני כת אחרת, לחזור ולמוכרם אם החוב ייפרע עד לתאריך פלוני.<sup>21</sup> המשיב פסל את ההסכם כאסמכתא ולא דן כלל בשאלת הריבית, שלא היתה כנראה רלבנטית. להלן נראה שהצדדים יכלו להגיע לתוצאה שחתרו אליה, גם בלי להסתיר את קיומה של

18. שו"ת המב"ט א, כ.

19. הגאון בסוף התשובה, אומר: "... אם רצית לומר שיעשה דבר שיפטר בו מדיני

אדם, אף על פי שיש בו עוון בידי שמים, הרי הוא מה שעשו המתחכמים כמו שאמרת בתחילת השאלה". יחסו של המשיב לפיקציה זו אינו צריך לפנים.

20. תשובות גאונים קדמונים, קנ'. המשיב הוא כנראה ר' משולם בן קלונימוס

מחכמי אשכנז במאה ה'.

21. הצדדים סברו שפיצול העסקה לשתי כתות עדים יסייע להכשירה.

ההלוואה. אפשר להתגבר על פגם האסמכתא ולהכשיר את סעיף החילוט במשכון.<sup>22</sup>

בספרי השוי"ת של הראשונים ישנן עדויות רבות על מכירת מקרקעין בדרך של מכר חוזר.<sup>23</sup> לעתים המוכר היה זכאי עולמית לרכוש חזרה את הנכס ולפעמים זכותו הוגבלה בזמן, והוא היה חייב לממשה עד לתאריך מסויים.<sup>24</sup> תנאי כזה הוא למעשה, אם נראה בעסקה הלוואה, סעיף חילוט במשכון. יש והמכר בוצע בדרך הבאה: החייב מכר מקרקעין לנושה ושטר המכירה נמסר לידי נאמן; אם החייב פרע את ההלוואה במועד, הנאמן החזיר לו את שטר המכר; לא פרע את ההלוואה, מסר הנאמן את שטר המכר לנושה.<sup>25</sup>

רשב"ש העיד שבמקומו עסקת מכר חוזר היתה שכיחה "דשרי, וקרי ליה בלשון ערבי חטויע".<sup>26</sup> נוהג זה הצמיח בעיות אחרות. מוכרי נכסים הסתמכו על המנהג וטענו שמכירה פלונית היא למעשה משכנתא והם זכאים על כן לפדות את המקרקעין. הקונים טענו מנגד שהמכירה היתה חלוטה וללא תנאי.<sup>27</sup> תביעות אלו הוכרעו על פי דיני הראיות הרגילים.<sup>28</sup>

מתשובות הראשונים עולה שהמבחן דלעיל אומץ על ידם כקריטריון המכריע להבדיל בין הלוואה למכר. הווי אומר: ההסכם אינו נחשב להלוואה אם התחייבות הקונה

22. ראה להלן עמ' 280.

23. ראה: שו"ת הרמב"ם (מהדורת בלאו), תג; שו"ת הרשב"א, ב, קפח; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח) נה, והמקורות הנזכרים בהערות הבאות.

24. שו"ת הרשב"א ד, קעז (= שם ה, קמו).

25. שו"ת הרשב"א המיוחסות, יא; שו"ת הרשב"א, א, תתקטז. התשובה המופיעה במיוחסות היא, על פי עדות השואל בשאלה תתקטז, של רמב"ן.

26. שו"ת הרשב"ש, יב.

27. ראה: שו"ת הרשב"א, א, תתקטז; ב, קיא; שם, רכט; ספר הראב"ן, קו (=שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, שצה); שו"ת מהרי"ל החדשות (ירושלים, תשל"ז) קנט.

28. השווה: ויסמן, הערה 1 לעיל, עמ' 74.

להחזרת הנכס נעשתה אחרי עסקת המכר. הערנו לעיל על הפורמליות שבגישה זו שאינה מתחשבת בכוונתם האמיתית של הצדדים. "אי התאמה" זו שבין הלכה למציאות שבה והזדקרה במלוא חריפותה בתשובותיהם של חכמי תוגרמה בראשית תקופת האחרונים ועל כך בסעיף הבא.

#### 4.3 שטרי הטבה - ארצות המזרח במאות הטי"ז-י"ז

בתקופה זו נוכח המחסור החמור במקרקעין ומצוקת הדיור החריפה,<sup>29</sup> אדם שנזקק לכסף נמנע ממכירת נכסי דלא נידי והעדיף להשיגו על ידי הלוואה ומישכון. הנושה, כרגיל, היה מעוניין ברווח והעסקה הולבשה במחלצות של מכר חוזר. המלווה היה קונה את ביתו של החייב במחיר נמוך מערכו הריאלי ואחר כך התחייב כלפיו למכור את הנכס חזרה כנגד השבת הדמים. כתב ההתחייבות נקרא שטר הטבה היות ונעשה "מרצונו ומטוב ליבוי" של הקונה.<sup>30</sup> בדרך כלל החייב, באין לו מגורים חליפים, המשיך להתגורר בנכס כשוכר ולהעלות דמי שכירות לקונה.<sup>31</sup> לכאורה בעייה זו גופה עמדה כבר לפני הראשונים אלא שהעובדות היו חריפות ביותר. למעשה שטר ההטבה לא נעשה כלל מרצונו החפשי של הקונה, ועוד לפני ביצוע המכר התחייב הקונה בפני המוכר

29. ראה: ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) עמ' 246 ואילך.

30. על תוקפה של התחייבות זו ויחסה לבעיית קנין דברים, ראה בהרחבה: א' ורהפטיג, למהותו של החוזה במשפט העברי (לבעיית קנין דברים), חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים, תשל"ח) עמ' 112-115.

31. דרך נפוצה אחרת לעקיפת איסור ריבית היתה "מכירת" תכשיטי זהב על ידי הלווה לנושה, כשזה התחייב למוכרם חזרה בסכום גבוה יותר. הפרשי המחירים היוו את הרווח שהפיק הנושה מהלוואה. אף כאן עלתה הבעייה אם לראות בהסכם הלוואה או מכירה כפולה, ראה: שו"ת מהרשד"ם, ב (ח"מ) רסד; שו"ת מהריט, א, כג; שו"ת מהריט"ץ, קפז.

או שליחו שיעשה בעתיד שטר הטבה.<sup>32</sup> היטיב לתאר את העובדות, מהרייט בתשובותיו: "קודם המכר מבררים ביניהם כל הדברים בפירוש, ומעיקרא (לפני המכירה) משכנתא קרו ליה, ובתר הכי (אחר המכירה) משכנתא קרו ליה."<sup>33</sup> שכיחותם של מקרים אלו במקופה זו העלתה במלוא חריפותה את השאלה אם די בפיקציה זו, אי הזכרת ההטבה בשעת המכר, כדי לראות בהסכם מכר חוזר.

הדרך להכשרת הסכם זה, מבחינה משפטית, נדונה בהרחבה לעיל. מנגד גם הדרך לפסילת ההסכם אינה מעוררת קשיים מיוחדים. בית הדין רשאי לייחס לצדדים תנאי מכללא, כדלהלן: "כל שהיתה תחילה בדרך הלוואה, שהעדים מעידים שלא הוצרך אלא ללוות, אף על פי... לא הוזכר כל חזרה (בשעת המכר), כיון שכל המכירות הנהוגות הם בענין זה, אף מה שבסתם, סתמן כפירושן, ואנן סהדי שעל דעת כן היתה המכירה. דאומדנא דמוכח היא, שאין אדם מוכר בית שווה מאתיים במנה, ובפרט ביתו שהוא דר בה, וחוזר ומשכירה ממנו."<sup>33</sup> הכנסת תנאי מכללא ברוח זו להסכם, משווה לו, אף מן הבחינה הצורנית, אופי של הלוואה.

הפוסקים החשובים חלקו ביחס לפתרון הבעייה. על פי האמור לעיל נראה שיסוד המחלוקת הוא בשיקולי מדיניות משפטית ולא בשיקולים משפטיים טהורים. הבעיה היתה אם להניח לצדדים לעקוף את איסור הריבית בדרך גלויה וחלקה זו או לראות בכך עשיית ההלכה פלסטר. מבייט<sup>34</sup> ובנו מהרייט<sup>33</sup> דגלו בגישה מחמירה. הראשון אסר כל משא ומתן מוקדם בין הצדדים לכתיבת שטר הטבה. מוכר הרוצה להבטיח לעצמו שטר הטבה צריך לתור, לדעת מבייט, אחר אדם מהימן עליו, שיכתוב לו את השטר אף ללא התחייבות קודמת.<sup>35</sup> נושאייה החשובים של הגישה המקילה היו מהריי בן לב<sup>36</sup> ומהרשדיים.<sup>37</sup>

32. ראה שו"ת המביט ג, פ.

33. שו"ת המהרייט, לעיל הערה 31.

34. שו"ת מבייט, לעיל הערה 32.

35. ראה עוד שו"ת המבייט, ב, ריח.

36. שו"ת מהריי בן לב, ב, עד.

37. שו"ת מהרשדיים, לעיל הערה 31.

אליבא דידם יש לפרש הסכם כך שהצדדים לא יעברו על איסור ריבית "ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן".<sup>38</sup> מקום שיש ספק בכוונת הצדדים עדיף פירוש המקיים את ההסכם על זה המבטלו, בתנאי שיש להסכם על פיו סבירות כלכלית.<sup>39</sup> על פי גישה זו די בעובדה ששטר ההטבה לא נעשה במועד המכירה, ואין בית הדין בוחן כליות ולב. כמובן שהעובדות האמיתיות היו ידועות לפוסקים אלו, אלא שהמגמה לקולא הכריעה. שטר ההטבה שימש בתקופה זו אחד המכשירים העיקריים לעקיפת איסור ריבית,<sup>40</sup> ואי אפשר היה לשלול אמצעי זה שסייע לפיתוח שוק האשראי בחברה המסחרית שבאימפריה העותומנית. אם הצדדים התנו על ההטבה בשעת מכירת הנכס, העסקה נחשבה הלוואה לכל דבר. הנושה-הקונה חוייב להחזיר למוכר את דמי השימוש הריאליים בנכס.<sup>41</sup> הנכס הוא בבעלות המוכר והוא רשאי למוכרו לצד שלישי שעה שהוא מוחזק בידי הקונה כמשכון.<sup>42</sup> מנגד, אם תנאי ההטבה נעשה לאחר המכירה הראשונה, חלים על העסקה דיני המכר הרגילים. אם הבית נשוא ההטבה נפל, הקונה משוחרר מהתחייבות למכור את שאריתו או חלקיו

- 
38. שוי"ת לחם רב, רח. ר"י אדרבי מודה: ש"אילו היינו אומרים דהמכירה הזאת באומדנא דמוכח... היתה על תנאי שיחזיר לו למוכר, ודאי דהוי כאילו אמר לכשיהיו לי מעות החזירם לי והוי הלוואה גמורה". ברם ההנחה היא שההסכם נעשה באופן שהצדדים לא יעברו על איסור ריבית.
39. מהר"י בן לב, לעיל הערה 36.
40. נוסף למקורות המובאים על ידינו בהערות הקודמות והבאות, ראה: פחד-יצחק, ערך - משכנתא זה.
41. כך פסק ר' דוד פארדו כאשר התחייבות הקונה נכתבה בגוף שטר המכר, ראה: שוי"ת מכתם לדוד, חו"מ, כו.
42. שוי"ת ראני"ח, קיד. ראה עוד להלן עמ' 220-221.

למוכר.<sup>43</sup> כן פטור הקונה מלמלא אחר התחייבותו כשחלה עלייה גדולה בערך הנכס.<sup>44</sup>  
מאורע בלתי צפוי המשנה את מהות ההתחייבות, פוטר את החייב מהצורך לקיימה.<sup>45</sup>

לעתים העלימו הצדדים את קיומה של הלוואה שלא באמצעות מכר חוזר. נעמוד

בקצרה על שתי הדרכים העיקריות שנהגו בהם:

1. מכר עם תנאים מיוחדים. תנאי חריג שמקומו לא יכירנו בהסכם מכר יכול לשמש אינדיקטור למהות האמיתית של ההסכם. המקרה הבא יכול לשמש דוגמה קלסית. המוכר ערב לקונה לשוויו של הנכס לתקופה שלאחר המכירה. הוא התחייב, באמצעות צד שלישי, לשפות את הקונה, אם הלה יקבל במכירת הנכס פחות ממחיר הרכישה.<sup>46</sup> תנאי זה מלמד שההסכם הוא הלוואה והקונה-הנושה זכאי לפרעון מלא של חובו. התנאי אינו מתיישב עם מהותו של מכר: "דמכר הוי שיצא מאחריות המוכר ונכנס באחריות הלוקח, אבל כאן אינו אלא כמלוה על המשכון".<sup>46</sup> סימנים נוספים העשויים להצביע על הל-וואה, הם: חוב קודם בין הצדדים לעסקה,<sup>47</sup> אי העברת הנכס על שם הקונה בלשכת רישום המקרקעין,<sup>48</sup> משכונות נוספים שקיבל הקונה לבטחון המכירה,<sup>49</sup> ועוד. בארצות

- 
43. ולכן חומריו של בית שהוחזק כמשכון שייכים לבעליו, כאשר הבית עלה באש שויית לחם רב, לעיל הערה 38. ברם הנכס אינו עומד לרשות נושי הקונה, היות והוא חייב להחזירו למוכר מכח ההטבה, ראה: שויית בעי חיי, ב, ז.
44. שויית המהרשיין ב, לב; אולם ראה: שויית מהרשדיים ב (חוי"מ), רמט.
45. עובדא דשומשומי, גיטין, עג, א.
46. שויית מהרשדיים ב (חוי"מ) רלב. נוסף לאמור המוכר התחייב לשפות את הקונה על נזקי שרפה, התחייבות שיש בה ללמד על מהותו של ההסכם, והשווה: שם, שנב; שויית הראנ"ח, קיד.
47. ראה: שויית הרשב"א ב, קפח; שויית לחם רב, קנ.
48. תשובה אנונימית מובאת בפחד-יצחק, לעיל הערה 40.
49. שויית מהריט"ץ, קפז.

הבלקן החזיקו יהודים בחכירה אדמות רבות. העובדה שמוכר הקרקע ממשיך להעלות דמי חכירה לבעלים עשויה אף היא לזרות אור על מהותו של ההסכם.<sup>50</sup>

2. שכירות. הערנו שלעתיים נכרתה ההלוואה כשכירות ודמי השכירות ששולמו מראש היוו את סכום ההלוואה. הצדדים נהגו להתנות שהמשכיר יוכל להביא את השכירות לקיצה כנגד החזרת הדמים לשוכר, ובניכוי סכום מסויים עבור השימוש במושכר. דמי השכירות היו נמוכים ובכך זכה השוכר לריבית על הקרן.<sup>51</sup> הסימנים העשויים לעזור בגילוי אופיה האמיתי של שכירות זו, הם: תשלום דמי שכירות מראש לתקופה ארוכה, דמי שכירות נמוכים ממחיר השוק, זכות המשכיר לבטול השכירות שפירושה המעשי הוא פדיון המשכון, ועוד.<sup>52</sup>

### 5.3 ס י כ ו ם

היינו עדים לעיל לנסיונות רבים להעלים את קיומם של הלוואות ומשכונות. ציינו כבר שנסיונות אלו אינם מיוחדים למשפט העברי ושיטות משפט רבות לחמו בתופעה זו. ברם המפריד בין המשפט העברי והכללי רב על המשותף. במשפט הכללי רצו הצדדים למנוע תחולתן של הוראות שונות בסוגיית מימוש המשכון. במשפט העברי החייב יכול ליפות כוחו של הנושה למכור את המשכון בלא אישור בית דין<sup>53</sup> וכן להטכים על סעיף

- 
50. ברם אין בעובדה זו כשלעצמה להכריע שההסכם הוא הלוואה, ראה: מהר"י בן לב, לעיל הערה 36; ר"א די ביטון, לעיל הערה 38.
51. שו"ת מהרשי"ך ג, ל.
52. במשפט הכללי הקריטריונים שונים, ראה: ויסמן, לעיל הערה 1, עמ' 72 הערה 9. ההבדלים משקפים את המטרות השונות להסוואת קיומה של ההלוואה, ראה עוד בקטע הבא.
53. ראה להלן עמ' 312-316.

חילוט תקף.<sup>54</sup> מנגד, הסוואת ההלוואה במשפט העברי באה לעקוף את איסור הריבית, תוצאה שהצדדים לא יכלו להשיגה בדרך אחרת.

ההבדל במגמות הביא לקביעת מבחנים שונים להגדרת הלוואה ומישכון. המשפט

האנגלי, וכמוהו המשפט הישראלי, הולכים אחר מהות העסקה ואינם מתחשבים כלל בלבושה החיצוני "יהא כינויה של העסקה אשר יהא".<sup>55</sup> במשפט העברי יכולים הצדדים,

על ידי התנאה מתאימה, לגרום לכך שהסכם הלוואה ייחשב בעיני ההלכה כמכר. יתכן שגמישות זו היא פרי האיזון הדרוש בין צרכי שוק האשראי לבין איסור הריבית. הגדרת העסקה כמכר מונעת כאמור את תחולתו של איסור ריבית. במשפט האנגלי איפשרה ראיית ההסכם כמישכון את פדיון המשכון אף לאחר מועד הפרעון.<sup>56</sup> המשפט העברי, לפיו ניתן להסכים על סעיף חילוט תקף, אינו מגן בעקביות על אינטרס זה של החייב.

חשיבות נושא הדיון פחותה מבעבר. במאה הי"ז התקבל בפולין הנוהג הידוע

כ"יהתר עסקה"<sup>57</sup> שלפיו פתוחה הדרך לפני מלווה להפיק רווח מההלוואה, ומאז כמעט כל ההלוואות נעשות בדרך זו. אין כיום צריך במחבולות עקיפות כדי למנוע את תחולת איסור ריבית. רק נושים שירצו בנכס מסוים כמשכון ובאכילת פירותיו כריבית, יזד-קו עדיין לדרכים אלו. מנגד פישוט ענין הריבית עשוי גם להביא לתוצאה הפוכה. להלן נראה שהמגמה ליתן תוקף לסעיף חילוט במשכון היא אחד מאמצעיו של המשפט העברי להקהות את עוקצו של איסור ריבית.<sup>58</sup> מטרה זו הפכה כעת למיותרת ותיכנן תפיסה שתימנע מלחת תוקף לסעיף חילוט מסיבות שעוד נעמוד עליהם לקמן.

54. להלן עמ' 290-291.

55. סעיף 2(ב) לחוק המשכון.

56. ואפילו זמן סביר לאחר מועד זה, ראה: George E. Osborne, Handbook of the Law of Mortgages, 2<sup>nd</sup> ed (New York, 1970) pp. 12-15.

57. תקנת ר' יהושע וולק כץ, בעל הדרישה, ביריד גרומניץ בשנת שס"ו (1604), ראה: ר' שמואל הלוי, נחלת שבעה, מ.

58. ראה להלן עמ' 334.

#### 4. מישכון מכח הדין

עסקנו עד עתה במשכון הסכמי, שהחייב מוסר לנושה על מנת שזה יוכל למוכרו ולהיפרע מדמיו אם החוב לא ישולם במועד. השאלה שאנו מעלים לדיון בסעיף זה היא, האם ההלכה מכירה במישכון חד-צדדי על ידי הנושה. לשון אחרת, האם הנושה זכאי לתפוס נכס של החייב כמשכון. השאלה מורכבת משתיים: הזכאי הנושה לעכב נכס של החייב בגין אי פרעון החוב, ואם כן, האם הנכס המעוכב ניתן למימוש כמשכון או שמא זכות הנושה היא עיכוב גרידא.

המשפט המודרני אינו מביט בעין יפה על הסעד של עשיית דין עצמי. מדינה המקיימת מערכת שיפוטית מסודרת אינה נוטה להתיר לפרט ליטול את הדין לידיו. הנושה זכאי לגבות את חובו באמצעות הרשויות המוסמכות ולא בפעולה עצמית.<sup>1</sup> בימי הביניים הכירו רוב שיטות המשפט בפעולה עצמאית של הנושה. נושה שתפס מנכסי החייב, רשאי היה למכור את הנכס וליטול מדמיו את חובו.<sup>2</sup> הלכה זו היתה כורח המציאות במקום שהאדמיניסטרציה השיפוטית לא הספיקה, כגון במקרה שהצדדים לסכסוך התגוררו בערים שונות.<sup>3</sup> פיתוח המערכת השיפוטית, בד בבד עם התפתחותן של מדינות צנטרליסטיות, הביא שינויים בהלכה. לנושה הזתר עכוב נכס של חייב המצוי אצלו, אך לא לתפוס נכס מרשות החייב. זכות הנושה הוגבלה לחזקה גרידא ויכולת המימוש נשללה ממנו.<sup>4</sup>

1. העושה דין לעצמו עובר על עוולות הסגת גבול וגזל שבפקודת הנזיקין.

2. ראה: R. Hübner, History of Germanic Private Law (New York, 1968) p.441;

J. Brrissaud, History of French Private Law (New York, 1968) pp. 589-

590; 490, n. 1.

3. Hübner, שם.

4. Brrissaud, לעיל הערה 2, שם.

הסוגייה של עשיית דין עצמי במשפט העברי, היא נושא למחקר בפני עצמו, ואנו נצטמצם בהערות אחדות. הגישה המקובלת היא שתפיסת נכס לשם פרעון חוב, אסורה על הנושה. התלמוד מאפשר פעולה עצמית כדי להציל ממון מנזק או גזל אך לא בתביעה לפרעון חוב.<sup>5</sup> הכניסה לבית החייב לשם נטילת משכון נאסרה אף על שליח בית דין.<sup>6</sup> פעולה זו המהווה הסגת גבולו של הזולת, לרוב תוך שימוש בכח, לא התקבלה על דעת המשפט העברי.

דין שונה לעיכוב נכס שהגיע לידי הנושה בהסכמת החייב כגון, נכס שהנושה מחזיק כנפקד מטעמו.<sup>6א</sup> אין ספק שבמקרה זה הנושה זכאי לעכב את הנכס עד לפרעון המלא של החוב. ההלכה נובעת במישרין מהמקרה התלמודי הבא:

"ההיא איתתא דהווי מיפקדי גבה מלוגא דשטרי (=תיק מלא שטרות, רשי"י). אתו יורשים קא תבעי ליה מינה, אמרה להו: מחיים תפיסנא להו. אתאי לקמיה דרב נחמן, אמר לה: אית לך סהדי דתבעוה מיניך מחיים ולא יהבית ניהליה? א"ל: לא. אם כן הוי תפיסה דלאחר מיתה, ותפיסה דלאחר מיתה לא כלום היא."<sup>7</sup>

האשה החזיקה בשטרות בפקדון כשומרת מטעם הבעל, ואף על פי כן היא רשאית לעכבם כנגד החוב, הכתובה.<sup>8</sup> המעמד המשפטי של השטרות השתנה שעה שהאשה סרבה

- 
5. ראה: בבא קמא, כז, ב; נימוקי יוסף, שם.
6. דעת שמואל, בבא מציעא, קיג, א, והלכה כמותו, ראה: רמב"ם, מלווה ולווה, ג, ד. ראה עוד: מ' אלון, חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) עמ' 33-34.
- 6א. על אבחנה זו, ראה: רי"א ספקטור, באר יצחק, חלק יו"ד, סימן א, ענף ד.
7. כתובות, פה, א.
8. אם כי יתכן שהאשה קיבלה את השטרות מתחילה על דעת כתובתה, ראה: המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה כבר ביארנו.

להחזירם בטענה שהיא מעכבת אותם עד לפרעון כתובתה. רב נחמן הסכים עקרונית לזכות העיכוב ורק שלל את תחולתה במקרה שלפניו. ואכן הראשונים פסקו, בהסתמך על סוגייה זו, שהנושה רשאי לעכב נכס של החייב המצוי ברשותו, עד לפרעון של כל חובות הבעלים כלפיו.<sup>9,10</sup>

דא עקא, מקור זה אינו מסייע בידינו בפתרון השאלה השנייה דלעיל. הערנו לעיל ששטרי חוב אינם יכולים לשמש כמשכון גמור אלא אם הועברו לנושה בכתיבה ומסי-רה.<sup>11</sup> האשה דנן החזיקה בשטרות בתפיסה שכוחה אינו יפה ממסירה גרידא. ואכן תוס-פות אומרים: "והך איתתא לא היתה חוששת אלא לקנות מלוגא דשטרי בלא החוב, מדקאמרה מחיים תפיסנא ותפיסה מחיים לא מהניא לגבות החוב דלא עדיפא ממסירה, אלא דעל ידי כך היתה יכולה לדחוק היורשים... שלא תחזיר המלוגא דשטרי והוי כמו משכון...".<sup>12</sup> האשה החזיקה בשטרות כלחץ על היורשים לפרוע את חוב מורישם, ולא לשם גבייה על פיהם.

לפתרון השאלה השנייה נפנה לשתי סוגיות קצרות שלכאורה יש בהן, במפורש או מכללא, תשובה.

- 
9. על אף האמור בהערה הקודמת הותר עכובו של נכס שהגיע לנושה כנפקד, ראה: ראב"ן, ספר אבן העזר, קט (=שוי"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תה); שוי"ת הריב"ש, שצו; שוי"ע, חוי"מ ד, א בהג"ה; שוי"ת מהר"ם אלשיך, קכד. ברם יש הסוברים שהנושה חייב להחזיר פקדון, היות והמפקיד סמך על אמונתו ומהימנותו, ראה: קצות החשן שם, סק"ד. ראה עוד: י' דינרי, עביד איניש דינא לנפשיה, דיני ישראל ד, 91, 107, הערה 89.
10. ראה חכמת-שלמה, שוי"ע שם, הלומד הלכה זו מעובדא ד"רבה בר עולא מזערם אערומי" שבת קמח, ב, וכבר קדמו בזה, שוי"ת בנימין זאב, שפב.
11. לעיל עמ' 155-156.
12. ראה תוספות, כתובות, פה, א ד"ה אית לך. השווה: רי"ף, כתובות, שם; שוי"ת הרא"ש, קה, ח.

א. המשנה במסכת בבא מציעא מביאה הלכה זו: "שכר את החמר... להביא פרייפריין... וכל דבר שאבד, וחזרו בהן; מקום שאין שם אדם, שוכר עליהן או מטען".<sup>13</sup> בברייתא בא הבאור "ועד כמה שוכר עליהן עד ארבעים וחמישים זוז".<sup>14</sup> בהמשך הסוגייה בתלמוד הבבלי אנו גורסים כדלהלן:

"... שוכר עליהן או מטען: עד כמה שוכר עליהן?

אמר רב נחמן עד כדי שכן. איתביה רבא לרב

נחמן: עד ארבעים וחמישים זוזו אמר ליה: כי

תניא ההיא, שבאתה חבילה לידו".<sup>15</sup>

בעל בית המחזיק בחבילתם של פועלים "כדרך האומנין שהם מקבלים עליהם מלאכה, הם מביאים כלי אומנותם לבעל הבית",<sup>16</sup> רשאי לשכור פועלים אחרים ולפרוע להם שכרם מתוך כלי האומנות שבידו. בעל בית הנושה בפועלים רשאי אפוא לא רק לעכב את כליהם אלא גם למוכרם בגין החוב. הוכחנו לכאורה שנושה רשאי לממש משכון שבא לידו על ידי תפיסה ולא מכח הסכמם.

ברם נראה שהחבילה האמורה היא ממשכון חוזי ולא עכוב נכס המופקד ברשות הנושה. כלי האומנות אינם פקדון רגיל אלא הפועלים מסרו אותם לידי בעל הבית כדי להגן עליו מפני הפסד "דכי יהבוה ניהליה, מסתמא אדעתא דהכי יהבוה ניהליה, שתהא משועבדת וקנויה לו עד כנגדה לתשלומי הפסדו...".<sup>17</sup> לפנינו משכון רגיל שנמסר

13. משנה, בבא מציעא, ו, א.

14. בבלי, שם, עו, ב.

15. שם, עח, א.

16. רש"י שם, ד"ה שבאת חבילה.

17. חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה כשבאת חבילה. השווה: תוספות, שם, ד"ה כגון; תוספות רא"ש, שם, ד"ה חבילה; תוספות, קידושין, ח, ב ד"ה מנה; פסקי הרא"ש, שם, פרק א', סימן י'; פסקי אור זרוע, בבא מציעא, רמט-רנ; הסוברים אף הם שהחבילה היא משכון הסכמי.

לנושה כדי שזה יוכל לממשו אם ייגרם לו הפסד.<sup>18,19</sup>

ב. במשנה נוספת במסכת בבא מציעא, שנינו כדלהלן: "כל האומנין שומרי שכר הן, וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות שומר חינוס..."<sup>20</sup> אומן המתקן בביתו חפץ של בעל הבית אחראי עליו כשומר שכר. על אף שהאומן אינו נוטל שכר שמירה, הוא נהנה מהחזקת הנכס "דתפיש ליה אאגריה דלא בעי למיעל ולמיפק אדוזי"<sup>21</sup>. הנאה זו, איכות הנכס עד לתשלום שכרו, מעלה את האומן לדרגת שומר שכר. האומן זכאי אפוא לעכב ברשותו את הנכס עד לפרעון המלא של שכר עבודתו, על אף שהנכס לא נמסר לשם כך. האם הוא גם רשאי למוכרו אם בעל הבית עומד בסרובו לשלם את שכרו? אין בסוגיית התלמוד כל רמז לבעייה זו וכל כולה מתרכזת במעמדו של האומן כשומר. זכות העיכוב של אומן נדונה על ידי הראשונים בסוגייה תלמודית נוספת:

"תניא: 'עשה לי שירים נזמים וטבעות ואקדש אני לך' כיון שעשאן מקודשת, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה".  
 "האי ממון, היכי דמי? אילימא... אלא לאו בממון אחר, ושמע מינה במקדש במלוה פליגי... דמר סבר המקדש במלוה מקודשת, ומר סבר המקדש במלוה אינה מקודשת..."<sup>22</sup>

18. ההלכה מכירה אפוא במשכון לחיוב בלתי קצוב היכול להבטיח חיוב נזיקי, השווה:

י' ויסמן, חוק המשכון השכ"ז-1967 (ירושלים, תשלי"ה) עמ' 47-48.

19. ראה מרדכי, בבא מציעא, שמ"ח, המביא שיש הלומדים מסוגייה זו שאפשר לעכב רק

נכס שיש לו קשר לאותה תביעה. על אבחנה דומה במשפט הכללי, ראה: L.A. Jones,

A Treatise on the Law of Liens, 3<sup>rd</sup> ed (Indianapolis, 1914) p. 12.

20. משנה, בבא מציעא, ו, ז.

21. בבלי, שם, פ, ב.

22. קידושין, מח, א.

האומן תיקן את תכשיטיה של האשה החייבת לו עתה את שכר עבודתו. ויתור על חוב זה לשם קידושין, נחשב כקידושין במלוה שלדעת חכמים אינם תופסים. לעומת זאת שנינו שקידושין במלוה המובטח במשכון תקיפים: "ואמר רבא אמר רב נחמן: המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת, מדרי' יוסי ברבי יהודה..."<sup>23</sup> ואם כך מקשים ראשונים רבים: "ליקדש במשכון, דהא תפיס ליה אאגריה, והוה ליה כמלוה שיש עליה משכון בידה מקודשת כרי' יוסי ברי' יהודה?"<sup>24</sup>

שנים הם ההבדלים בין משכון רגיל ובין תכשיטי האשה במקרה האמור: 1. האומן לא עיכב ואף לא גילה כוונה לעכב את התכשיטים כנגד שכרו. 2. גם אם ניצל האומן את זכות העכוב, התכשיטים לא נמסרו לו מתחלה כמשכון. שני הגורמים שמשו את הראשונים לתרוץ הקושיה האמורה, כשההבדל בין שניהם הוא רב חשיבות.<sup>25</sup> הנוקטים בדרך הראשונה סבורים שאם האומן היה מעכב את התכשיטים בשכרו, יש להם דין משכון וקי-דושי האשה היו תקיפים.<sup>26</sup> האם דין המעוכב כמשכון לכל דבר והנושה זכאי למוכרו ולהיפרע מדמיו? יתכן שלא.<sup>27</sup> ראינו כבר שנכס המוחזק בידי הנושה עד לפרעון חובו

---

23. קידושין, יט, א.

24. חידושי הרמב"ן, קידושין, מח, א ד"ה והכא במאי, והראשונים המובאים בהערות הבאות.

25. אף על פי כן דעות הראשונים אינן ברורות דיין וגרמו למחלוקות רבות בין

האחרונים, ראה: טור, אהע"ז, כח, כט; שו"ע, שם, כח, טו, ונושאי כליהם.

26. ראה: רמב"ן, לעיל הערה 24, בסופו; חידושי הרשב"א, בבא קמא, צט, א ד"ה ישנה; קידושין, מח, ב ד"ה אמרי, בתרוץ השני; רי"ן על רי"ף, קידושין, שם; שיטה לא נודעה למי, שם, ד"ה בין ת"ק; מאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה האשה שאמרה.

27. אולם ראה שיטה קדמונית (מהדורת הילמן, בני-ברק, תש"ל"ב) שם, ד"ה כי

פליגי: "... אבל הכא, נהי נמי שהשכירות שלו הוא פורעו מאותן נזמים

וטבעות, מכל מקום הכא לא הניחה אותם אצלו בתורת משכון..."

קרוי משכון על אף שהנושה אינו יכול לממשו.<sup>28</sup> כך גם לענין תחולת דינו של רבי יוסי בר יהודה אין צורך במשכון גמור, ודי, לשם קידושין, בהנאת האשה מחזרת הנכס לרשותה.<sup>29</sup>

אם נלך בדרך השנייה בודאי שהנכס המעוכב בידי אומן אינו משכון לכל דבר. ההלכה המרכזית "בעל חוב קונה משכון" אינה חלה עליו ולכן הנושה לא יוכל למוכרו אלא בהסכמת החייב. אי תחולת דינו של רבי יצחק על נכס המעוכב בידי הנושה מצאה ביטוי מפורש אצל ריטבי"א:

"...דטעמא דמקדש במשכון מקודשת, היינו משום דדעתה

אמשכון דאיהו קני ליה למשכון מדרי יצחק, וכי

אמרינן הכי במשכון דאתי לידיה ברשות לווה בשעת

הלוואתו, אי נמי על ידי בית דין... אבל האי דלא

אתא לידיה בתורת משכון, אלא דאיהו תפיס ליה

לנפשיה, לא קני ליה."<sup>30</sup>

זכויותיו הקנייניות של הנושה במשכון נאצלות מסמכותו של בית דין או מכוחו של החייב ותפיסה גרידא אינה עשויה להעביר לנושה זכויות כאלו.

אף בסוגייה זו אין אפוא פתרון חד-משמעי לענין זכותו של הנושה למכור נכס

מעוכב של החייב. התשובה המרכזית בספרות השו"ת בסוגייה זו היא של ריב"ש<sup>31</sup> הפוסק

שהנושה זכאי לעכב נכס של החייב שהגיע אליו כפקדון ואף למוכרו באמצעות בית-דין

ככל משכון אחר. התשובה הובאה להלכה ע"י רמ"א,<sup>31</sup> ברם הוא הדגיש את עצם זכות העיכוב

כעשיית דין עצמית והתעלם מהחלק השני בדברי ריב"ש. המשיבים אחרים שהכירו בזכות

העיכוב העצמית לא דנו כלל בענין המימוש.<sup>31</sup>

28. ראה לעיל עמ' 156.

29. השווה: רמב"ם, אישות, ה, יד.

30. חידושי הריטבי"א, קידושין, מח, ב ד"ה הכא במאי. ראה עוד: נימוקי יוסף,

שם (בתוך שיטת הקדמונים, ניו-יורק, תשי"ל) ד"ה נופך.

31. ראה הערה 9 לעיל.

העלינו בסעיף זה שנושה רשאי לעכב בעצמו נכס של החייב כמשכון. תפיסה מרשותו של החייב אסורה, אך עיכוב נכס הנמצא בידי הנושה מותר. כן ראינו דעה, של אחד מגדולי המשיבים, המסמיכה את הנושה לממש, באמצעות בית-דין, את הנכס המעוכב. אנו נוטים לומר שהנושה אינו רשאי למכור את הנכס המעוכב. יכולת המי-מוש היא תוצאה מהזכות הקניינית של הנושה במשכון וזו אינה נוצרת בתפיסה גרידא.<sup>32</sup>

זכותו של נושה לעכב מנכסי החייב שברשותו, מעוגנת גם בחקיקה הישראלית. הזכות מוגדרת בחוק המיטלטלין, כדלהלן: "עיכבון הוא זכות על פי דין לעכב מיטל-טלין כערובה לחיוב עד שיסולק החיוב".<sup>33</sup> חוקים אחרים קובעים את תחולת הזכות.<sup>34</sup> במשפט הישראלי זכותו של הנושה מצטמצמת לעיכוב גרידא, ליצירת לחץ על החייב לפרעון החוב והוא אינו רשאי לממש את הנכס. נכס שהנושה רשאי למוכרו קרוי משכון ולא עכבון, והוא נוצר רק על ידי הסכם בין הצדדים.<sup>35</sup> כפי שראינו עמדתו של המשפט העברי בבעייה זו אינה חד-משמעית וזכות הנושה למכירת הנכס המעוכב שנוייה במחלוקת. המדיניות הרצויה במדינה מודרנית בעלת מערכת שיפוטית יעילה היא למנוע הרחבתו של הסעד העצמי על ידי הנושה. זכות העיכוב כשלעצמה, גם ללא מכירת המעוכב, מעוררת קשיים והיא עלולה למנוע כליל השאלת נכסים והפקדתם. ההסטוריה ההלכתית ידעה תקנה שבאה להגביל את הזכות הרחבה של עיכוב נכס בגין חוב.<sup>36</sup> מנגד יש להתחשב במוסר הציבור לענין פרעון חובות ולהמציא בידי הנושה אמצעי גבייה מתאימים.

32. ריטבי"א, לעיל הערה 30, חולק לכן לדעתנו, על דינו של ריבי"ש.

33. חוק המטלטלין תשלי"א-1971, סעיף 11.

34. כגון: חוק המכר תשכ"ח-1968, סעיף 31; חוק השומרים תשכ"ז-1967, סעיף 9, ורבים אחרים.

35. ראה: ויסמן, לעיל הערה 18, עמ' 2.

36. על תקנה קדומה באשכנז וצרפת נגד עכוב ספרים בגין חוב, ראה: תשובות חכמי צרפת ולותיר, כט; שו"ת מהרי"ם בן ברוך, קרימונה, קמד; שם, פראג, תרס"ג; שו"ע, חו"מ, עב, יז בהג"ה.

5. תקנת השוק<sup>1,2</sup>1.5 מ ב ו א

גנב אינו רוכש בעלות בנכס נשוא הגניבה.<sup>3</sup> גם הקונה ממנו נכס זה אינו מקבל זכות נקייה היות ומוכר אינו יכול להעביר יותר משיש לו.<sup>4</sup> על פי דין תורה, בעליו של נכס גנוב זכאי להוציאו מיד המחזיק בו:<sup>5</sup> "רצה מזה (הגנב) גובה, רצה מזה (הקונה) גובה";<sup>6</sup> הוא רשאי להוציא את הנכס מהקונה ולזה האחרון לא נותר אלא לתבוע את הגנב.

תוצאה זו מכבידה על חיי הכלכלה. אדם הרוכש נכס שמקורו אינו ידוע שם כספו

- 
1. לנושא תקנת השוק הוקדשו בעבר מספר מחקרים, ראה בעיקר: ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) עמ' 139-163; נ' רקובר, סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת כה. ברם מחברים אלה התרכזו בתקנת השוק במכר וכמעט שלא התייחסו למשכון.
  2. ל"תקנת השוק" בהקשר המשכון משמעות נוספת. כך מכונה גם הלכת הרא"ש לפיה מקבל משכון עדיף על נושה רגיל המוקדם לו בזמן, ראה לעיל עמ' 32.
  3. גנב "קונה" את הנכס באחת מדרכי הקנין כבסיס לאחריות (ראה שו"ע, חו"מ, שמח, ד) אך אינו רוכש בו זכויות חיוביות.
  4. הבעלים טוען כלפי הקונה או מקבל המשכון: "לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה", שו"ת הרא"ש א, ג.
  5. לוקח שקנה חפץ גנוב אחר יאוש הבעלים, אינו חייב על פי דין להחזירו לבעליו. הלכה זו שונתה מאוחר יותר מכח דינא דמלכותא, ראה: שו"ע, חו"מ, שנו, ז, בהג"ה. ראה עוד: מ' אלון, המשפט העברי תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תש"ל) עמ' 493, הערה 236; רקובר, לעיל הערה ו, עמ' 3-4.
  6. בבא קמא, קיא, ב.

על קרן הצבי. בדיקת זכותו של המוכר בנכס, מאריכה ומטרבלת את ההליכים של העברת נכסים, שעה שפיתוח שוק המסחר מצריך דווקא את פישוטם. ההלכה שונתה כבר בתקופת התנאים, ובמשנה שנינו כדלהלן:

"המכיר כליו וספריו ביד אחר, ויצא לו שם

גניבה בעיר, ישבע לו הלוקח כמה נתן ויטול..."<sup>7</sup>

בעליו של נכס גנוב אינו זכאי להוציאו מיד הקונה אלא אם שילם לו את מחיר הרכישה. הלכה זו קרויה בתלמוד הבבלי "תקנת השוק"<sup>8</sup>. תקנה השוק יסודה במציאת האיזון הנכון בין שני גורמים נוגדים: הרצון להגן על עקרון הבעלות מחד, והצורך בפתוח המסחר מאידך. התקנה מעניקה משקל מכריע לגורם השני, אך אינה דוחה לחלוטין את עקרון הבעלות. זה משפיע בעיקר, בשני תחומים:

א. תוצאת התקנה - הקונה אינו רוכש בעלות נקייה בנכס, אלא זכות לעכבו

תחת ידו עד שהבעלים ישלמו לו את מחיר הרכישה.<sup>9,10</sup>

ב. תחולת התקנה - עקרון הבעלות משפיע על הקף התקנה. כאשר הרחבת התקנה

אינה משרתת עוד את שוק המסחר, חוזר ונעור עקרון הבעלות, כפי שעוד

נראה להלן.

7. משנה, שם, י, ג.

8. "על שקנאו לוקח בשוק בפרהסיא ולא הבין בו שנגנב, עשו לו תקנה שישלם לו

בעל הבית מעותיו" (רש"י, שם, קטו, א, ד"ה תקנת השוק). על סמכות חכמים

לשנות דין תורה בדרכ של תקנה ראה אלון, לעיל הערה 5, עמ' 391-446.

על תקנת השוק ראה שם, עמ' 490-493.

9. ראה: טור, חו"מ, שנו, ד בשם רמ"ה. ראה עוד: ורהפטיג, לעיל הערה 1, עמ'

143; רקובר שם, הערת שוליים 51.

10. גישת המשפט הישראלי שונה. קונה נכס גנוב רוכש בו, מכח תקנת השוק,

בעלות נקייה, ראה חוק המכר תשכ"ח-1968, סעיף 34. ראה לאחרונה: א'

שטרוזמן, השבת הגזלה ותקנת השוק, הפרקליט לב, 8, 13-14.

תקנת השוק הוחלה מאוחר יותר,<sup>11</sup> גם על משכון. נושה שקיבל נכס גנוב כמשכון זכאי להחזיק בו עד שיקבל מהבעלים את סכום ההלוואה.<sup>12</sup> על הבעלים מוטל לחזר אחר הגנב ולא על הנושה. תקנת שוק זו מונעת "נעילת דלת בפני לוויין". נושה הנוטל משכון אינו חושש עוד שהוא נכס גנוב שהרי בין כך ובין כך הוא רשאי להחזיק בו עד פרעון החוב. עיקרי ההלכות בתלמודים ובספרות הרבנית לענין תקנת השוק, משותפות למכר ולמשכון. בצידן קיימות בעיות לא מעטות המיוחדות למשכון ואלו יעמדו במוקד דיוננו. הראשונות יידונו כדי השלמת מערכת הדינים העיקרית החלה על תקנת השוק במשכון.

בעיית תקיפותו של משכון עשויה להתעורר באחד המצבים הבאים: א. הממשכן הוא בעליו של הנכס ומישכנו אסור עליו מכח הסכם קודם.<sup>13</sup> ב. הממשכן מחזיק בנכס מטעם הבעלים. ג. הנכס נגנב מבעליו והגנב או הבא מכוחו ממשכנו כנגד הלוואה. החזקת הממשכן בנכס, בשני המקרים הראשונים, בדין יסודה. במקרה השלישי, שעליו

- 
11. התקנה במשכון מוזכרת בתלמוד הבבלי (בבא קמא, קטו, א) בלבד. הדיון ההלכתי במעשה אבימי בר נאזי בו נוטלים חלק האמוראים רבי אבהו, רב כהן ורבינא סובב אודות תקנה זו. א' היימן, תולדות תנאים ואמוראים (ירושלים, תשכ"ד) כרך ג' עמוד 840, וחי' אלבק, מבוא לתלמודים (תל-אביב, תשכ"ט) עמ' 255-256, מזהים את רב כהן כאמורא ארצישראלי בן הדורות השלישי והרביעי. התקנה במשכון מוזכרת במפורש על ידי אחרוני האמוראים מר זוטרא ואמימר.
12. השווה: חוק המשכון תשכ"ז-1967 סעיף 5 (להלן - חוק המשכון), שם נאמר: "כוחו של המישכון (עקב תקנת השוק) יפה לכל דברי". ברם הבעלים זכאי לפדות את המשכון מכח סעיף 13 לחוק, כך שלענין זה אין הבדל בין גישות המשפט העברי והישראלי, וראה עוד הערה 10 לעיל, ולהלן עמ' 336-337.
13. כגון אם הנכס ממושכן לאחר (שו"ת הרשב"א, ב, שפא) או אם ההסכם שהעביר לרשות הממשכן את הנכס, אסר עליו למשכנו (שם, ג, קיז).

הוחלה בתלמוד תקנת השוק, ההחזקה אינה כדין, ואם כן קל וחומר שהתקנה חלה במקרים האחרים: "דאפילו במשכנתא דגזלן עשו תקנת השוק, וכל שכן בבעל בכסות אשתו".<sup>14,15</sup>

תקיפות מישכון שלא כדין נפתרת לפעמים שלא באמצעות תקנת השוק. כוונתנו למקרים בהם הממשכן נתן לאחר את הנכס במתנה לפני מישכונו, ובשעת המישכון הנכס כבר לא היה בבעלותו. אם נסיבות הענין הצביעו על קנוניה שנועדה להפיל את מקבל המשכון בפח, לא היססו חכמים לבטל את ההקנאה הראשונה. הממשכן חזר להיות בעליו של הנכס ותוקפו של המישכון לא הוטל עוד בספק. מקרים שנדף מהם ריח של קנוניה היו:

א. מתנת הורים לבן קטין כאשר ההורים ממשיכים להחזיק בנכס ולפרוע את המסים המוטלים עליו.<sup>16</sup>

14. ראה שו"ת הרשב"א, ב, רפו (=דפוס ראשון רומי, ר"ל לערך (מהדורת צילום, ירושלים, תשל"ז), מז). מנגד ניתן לטעון שתקנת השוק חלה דווקא בגניבה גמורה עקב שכיחות מקרים אלו, ראה: חידושי הריטב"א החדשים, בבא מציעא, ע, א סו"דה, אבל רב.

15. לפי חוק המשכון תנאי לתחולת תקנת השוק הוא ש"הנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם". החוק אימץ את הגישה הקונטיננטלית לפיה מקום שהנכס יצא מרשות הבעלים שלא ברצונו, כגון גניבה או אבדה, לא חלה תקנת השוק, ראה: J.G. Sauveplanne, Security over Corporal Moveables (Leiden, 1974) pp. 119, 185.

16. ראה שו"ת הרא"ש עח, ב, ו. הממשכנים אינם נאמנים בטענה שהמשכון שייך לאחר "לדבריהם רשעים וגזלנים הם האיש ואשתו (הממשכנים), שלקחו ממון שמעון ומשכנו מה שלא היה שלהם". טעם זה כוחו יפה לפסול כל הקנאה קוד-מת, אך רא"ש לא התכוון למסקנה כה רחבה ראה שם, סו, ג, שכנראה נסיבותיו לא הצביעו על קנוניה.

ב. העברת כל רכושה של אם לבנה ולאחריו מישכון קרקע פלונית על ידי האם.

האם נתנה כל אשר לה ונשארה בחוסר כל. הבן מקבל המתנה ברח לארץ

אחרת מפני נושיו.<sup>17</sup>

דוגמאות אלו מספיקות ללמד על הכלל. ההחלטה אם העסקה הראשונה פיקטיבית

תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה ומסורה לדיין היושב על מדין. דרך זו המביאה

לתקיפות מישכון חשובה במיוחד במקרים בהם לא חלה תקנת השוק, בעיקר במקרקעין.<sup>18</sup>

---

17. ראה ר' יהודה בן הרא"ש, שו"ת זכרון יהודה (ברלין, תר"ו) א. הנתונים

האמורים באים בגוף השאלה ור' יהודה לא התייחס אליהם בתשובתו.

18. ראה להלן הטקסט ליד הערה 59 ואילך.

2.5 תום לב של הנושה1.2.5 כ ל ל י

הדעת נותנת שאין להחיל את תקנת השוק לטובת נושה היודע שלחייב אין זכות למשכן את הנכס. נטילת משכון על ידו מעודדת גניבת נכסים ככל קבלת רכוש גנוב. יש להחיל הלכה זו גם על נושה החושד שהמשכון גנוב ואינו עושה די לבירור זכותו של החייב. הטלתה של חובת חקירה על הנושה, במקרים אלו, אין בה לפגוע בשוק האשראי בכללו. יש להעדיף לכן את זכות הבעלים על פני זכותו של זה. הנושה נטל על עצמו סיכון בכך שלא נמנע, עקב החשד, מהלוואת כספו. הוצאת המשכון מרשו-תו ללא תמורה, לא תגרום לו בעתיד להמנע ממתן הלוואה.

שיקולים אלו הנחו את רבא בקבעו: "אם גנב מפורסם הוא (הלווה), לא עשו בו תקנת השוק".<sup>19</sup> אישיותו של הלווה היתה צריכה להדליק נורת אזהרה במוחו של הנושה. הנושה היה צריך לחשוד שהנכס שהגנב המפורסם מציע כמשכון הוא גנוב: "והוה ליה כגנב מפורסם... זכיון שהוא מפורסם לגניבה, לא היה לו ליקח ממנו",<sup>20</sup> "דאפילו גנב מפורסם שמוכר חפץ אחד, אף על גב דלא ידוע אם זה החפץ גנוב איתו ונמצא שגנוב היה איתו, צריך הלוקח להחזירו בחינם, דהוה ליה לאסוקי אדעתיה דילמא גנביה".<sup>21,22</sup> העובדה שהדרישה לתום לב של הנושה נוסחה בתלמוד מצד אופיו של

---

19. בבא קמא, קטו, א.

20. שו"ת הריב"ש, שצג.

21. שו"ת מהר"ם בן ברוך, קרימונה, קצו.

22. יש הסבורים שאם הממשכן גזלן הפועל בכח, לא חלה תקנת השוק "מפני שהוא

כגנב מפורסם וגזילה קלא אית ליה" (חידושי הראב"ד, בבא קמא, קטו, א, מהדורת אטלס (ירושלים, תשכ"ג) ד"ה ויש אומרים, וראה חידושי הרשב"א שם, ד"ה והלכתא). מעשה הגזילה מפורסם והנושה צריך היה לדעת על כך. גישה זו לא נתקבלה להלכה ראה: שו"ע, חו"מ שסט, א; ש"ך, שם.

החייב מלמדת על אימוץ מבחן אובייקטיבי. אם עובדות המקרה כשלעצמן מעוררות ספק בדבר זכותו של החייב בנכס (כגון, היותו "גנב מפורסם"), תקנת השוק לא תחול אף אם הנושה דידן לא חשד במאומה.

בסיומה של הסוגייה קובעת הגמרא: "והלכתא: בכולהו (= בכל המקרים) עשו בו תקנת השוק; לבר מגנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהיקיפו". הקיפה של הלכתא זו שנוי במחלוקת. רוב הראשונים<sup>23</sup> סבורים שאין היא חלה על גנב מפורסם, שם נשאר הלכתא רבא על תילה. חלק מבעלי התוספות<sup>24</sup> סבורים שאליבא דמסקנה גם בגנב מפורסם עשו תקנת השוק לטובת קונה או נושה. אלו ואלו מודים שנושה שאינו תם-לב לא יוכל לחסות בצל התקנה, אלא שהמבחן לקביעת עובדה זו שונה. הסוברים שבגנב מפורסם לא עשו תקנת השוק נוקטים מבחן אובייקטיבי; בדיקת נסיבות המישכון ולא ידיעותיו של מקבל המשכון. בעלי התוספות האמורים נוקטים מבחן סובייקטיבי, ורק ידיעה או חשד ממשי של הנושה בדבר פגם אפשרי בזכותו של החייב, מסירים ממנו את הגנתה של תקנת השוק.<sup>25</sup>

במקרים רבים צריך להתעורר ספק בלב מקבל המשכון בדבר זכותו של החייב, אם מצד עיסוקו של החייב, אם מצד טיבו של המשכון. באחדים ממקרים אלה נדון להלן.

---

23. ראה: רי"ף, בבא קמא, קטו, א; תוספות שם, ד"ה והלכתא; רמב"ם, גנבה ה, ב ואחרים.

24. ראה: סמ"ג, עשין ע"א, קמט, ג; פסקי הרא"ש, בבא קמא, פרק עשירי, סימן יח. ראה עוד ש"ך, חו"מ שנו, סק"ו החולק על דיעה זו מתוך מגמה לצמצם את הקיפה של תקנת השוק.

25. ראה, טור, חו"מ, שנו, ד: "אבל ר"י כתב דאף בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק, אלא אם ידע הלוקח ודאי שהוא גנוב אז צריך להחזירו בחינם". הדעת נותנת שאין הדברים מוגבלים לידיעה ודאית בלבד.

### 2.2.5 מישכון נכסי אשה על ידי הבעל

שאלה מקדמית היא אם בעל רשאי למשכן נכסי אשתו. תשובה חיובית תהפוך את

הדיון בדבר תחולת תקנת השוק, למיותר. רשבי"א סבור שמישכון נכסי אשה על ידי הבעל תקף מאחת הסיבות הבאות:<sup>26</sup>

1. לאשה נשואה אין בדרך כלל, במשפט העברי, זכות בלעדית בנכסים. הבעל

מקבל אוטומטית זכויות בנכסים שהאשה קיבלה כנדונייה או מתנה. החלוקה היא

כדלקמן: גופו של חפץ, הקרן, שייך לאשה; פירות הנכס, הרווחים, שייכים לבעל.<sup>27</sup>

לעומת זאת יבמתנה (שנתן לה בעלה) קנתה ואין הבעל אוכל פירות.<sup>28</sup> ההנחה היא

שבנתינת המתנה הבעל הסתלק מזכותו לפירות הנכס "דנותן בעין יפה נותן".<sup>29</sup> ברם

הוא שייר לעצמו זכות לעשות בהם עסקאות לכשיצטרך, ולכן אומר רשבי"א "מאן לימא לן

שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו ובניו".

לבד מהעובדה שראשונים אחרים חלוקים על רשבי"א<sup>30</sup> והוא עצמו מפקפק בהלכה

זו,<sup>31</sup> אין בה תשובה לענין נכסים שהאשה קבלה מאחרים או הביאה מבית אביה.<sup>32</sup>

2. חזקה היא שמישכון נכסי אשה על ידי בעלה נעשה בהסכמתה "דמאן לימא לן

26. שו"ת הרשבי"א, הערה 14 לעיל.

27. משנה, כתובות, ד, ד.

28. בבא בתרא, נא, ב.

29. רשבי"א, שם.

30. ראה דעת ר"י במרדכי, בבא מציעא, שס"ד.

31. מלשון רשבי"א בסוף התשובה נראה שהנימוק האמור אינו עומד בפני עצמו, וראה

עוד: שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תש"ג), י, הסובר שרשבי"א סמך על שני הנימו-

קים החילופיים.

32. ראה שו"ת חו"מ, עב, סקכ"ו.

דלא אפקיה מדעתה למשכוניה משום ריווח ביתא<sup>33</sup>. אף נמוק זה אינו מספיק. חזקה זו, ככל דין ראיתי, ניתנת לסתירה, אם יעלה ביד האשה להוכיח שהסכמתה לא ניתנה.<sup>34,35</sup>

מכל האמור עולה שבמצבים מסוימים מישכון נכסי אשה על ידי בעלה אינו תקף. הנושה מוכרח להשען על תקנת השוק כדי לא לצאת וידיה על ראשו. רשביא עצמו נזקק לנימוק חילופי זה: "דאפילו במשכנתא דגזלן עשו תקנת השוק, וכל שכן בעל בנכסי אשתו".<sup>36</sup>

האמנם "כל שכן"? הבעיה מתעוררת דרך כלל במישכון בגדי אשה או תכשיטיה. האם אין הנושה צריך לברר את זכותו של הבעל בנכסים הנראים על פניהם כשייכים לאשה?<sup>37</sup> לדעתנו החלטה של תקנת השוק בכגון דא, הכרחית. בירור זכותו של הבעל למשכן את הנכס, אינו ענין של מה בכך. הטלת טרחה יתירה על שכם הנושה תמנע ממנו להלוות את כספו. הנושה רשאי להסתמך על קיום יחסים תקינים בין בני הזוג ועל מתן רשות לבעל למשכן נכסי אשתו. מלוי הדרישה לתום לב אצל הנושה מביא להחלטה של תקנת השוק. אף אם האשה תוכיח שלא הסכימה למישכון נכסיה, הנושה רשאי להחזיק בהם, עד פרעון חובו, מכח תקנת השוק.

- 
33. כך הגרסה המדוייקת ראה בית יוסף, אבהעי"ז, סוף סימן לג. בדפוסים נשתבש תחוביתא במקום רווח ביתא. אף ר"י, לעיל הערה 30, תומך בהנחה זו היות ו"יאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ומסתמא ברשותה משכנס בעלה".
34. ראה סמ"ע, חו"מ, עב סק"י"ט; שו"ע, אבהעי"ז, צ, יד ובנושאי הכלים, שם.
35. יתר על כן, יתכן שהאשה רשאית לחזור אף מהסכמה מפורשת בטענה של "נחת רוח עשיתי לבעלי" ראה שו"ת הרדב"ז ג, תרמו; אלף ע"א. ראה עוד: שו"ת הרא"ם, פב.
36. השוה שו"ת הרמב"ם (מהדורת בלאו), ס. הרמב"ם אינו מנמק את פסק הדין לטובת הנושה.
37. נוסף לכך הנושה צריך לדעת שהאשה אינה שומרת את תכשיטיה מפני בעלה. ראה שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, רט; נתיבות המשפט, חלק החידושים, חו"מ, עב, סק"י"ט.

### 3.2.5 מישכון נכסי בעל על ידי האשה

בעוד שנכסי התא המשפחתי שייכים ברובם לבעל, ניהול משק הבית מופקד בידי האשה. האשה "נושאת ונותנת בתוך הבית", קונה מצרכים ולווה כספים לצרכי הבית. לפנינו מצב בו אדם מבצע פעולות משפטיות ברכושו של אחר. הדרך הפשוטה להתגבר על קושי זה הוא באמצעות מוסד השליחות. המציאות החברתית באשכנז של ימי הביניים הביאה לתקנת שוק מיוחדת לפיה חייב הבעל לפרוע הלוואות אשתו "מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהם".<sup>38</sup> תקנה זו תחול כנראה לענין הוצאות יומיומיות רגילות ולא לקנייה בהקף רחב שאין דרכה של אשה בכך.<sup>39</sup> נושה המקבל משכון מאשה אינו זקוק להגנתה של תקנת השוק נשוא הדיון. תקנת השוק המיוחדת המבוססת על שליחות מכללא, מביאה לתקיפות המישכון.<sup>40</sup>

מנגד מקום שתורת השליחות מכללא אינה חלה (כגון - בהוצאות חריגות), לא תתקבל טענתו של הנושה לתחולת תקנת השוק. הנושה צריך היה לדעת שאשה "הנושאת ונותנת בתוך הבית" מחזיקה וממשכנת נכסים לא לה, וטרם המישכון היה עליו לברר את זכותה של האשה.<sup>41</sup> אי ברור העובדות אינו מתיישב עם דרישת תום הלב ומונע את תחולתה של תקנת השוק.

- 
38. ראה: ראב"ן, במרדכי, בבא קמא, פז; ראב"י, בפסקי אור-זרוע, שם, שנ-שנא; הגהות אשר"י, שם, פרק ח', סימן י'. חלק מחכמי אשכנז לא קבלו תקנה זו, ראה: דעת מהר"ם מרוטנברג בשו"ת הרא"ש, יג, יא. כנראה שרא"ש קיבל עמדת רבו ובעקבותיו הלך תלמידו רבינו ירוחם, מישרים, כג, ו. רמ"א בהגהותיו לא הכריע בין שתי הדעות ראה שו"ע, אבהע"ז, פו, ב.
39. ראה שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תש"ג), קצב. מעניין שמהרי"ק מסתייע בנימוק חברתי-כלכלי לצמצום התקנה. ליהודים לא היו נכסי מקרקעין אלא כספים ודברי ערך בלבד, והאשה עלולה לבזבזם ולהשאיר את הבעל נקי מנכסיו.
40. כוחה של תקנה זו יפה מתקנת השוק דידן, היות והקונה זוכה לבעלות בנכס ולא רק בזכות לעכבו עד תשלום הוצאותיו.
41. ראה: ביאור הגר"א, שו"ע, אבהע"ז, פו, סק"א, המשווה אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית לגנב מפורסם.

4.2.5 אומן וסרסור (מתווך)

ברשות אומן מצויים חפצים רבים שנמסרו לו לתיקון. שאלה היא מה דינו של נושה שנטל משכון מאומן ואחר כך התברר שזה מישכן נכס לא לו. האם תחול כאן תקנת השוק; לשון אחר, האם הנושה חייב להפך בזכותו של אומן, עקב שכיחות כלי אחרים אצלו.

ר' ישראל איסרליין מחיל את תקנת השוק על הנוטל משכון מן האומן, ואפילו אומן גוי, כדבר מובן מאליו.<sup>42</sup> בתשובתו בולטת מגמה להרחיב את היקפה של התקנה מסיבות שהזמן גרמן: "ונראה דכל שכן עתה בזמנינו, שעיקר מחייתנו בהלוואה ברי-בית, וצורך הוא לנו בתקנת השוק במשכון טפי מבמכר". דעתו של מהרי"א נתקבלה להלכה על ידי רמ"א.<sup>43</sup> לא כך סבר מהרי"א ששון מחכמי סלוניקי: "דפשיטא דאומן דמי ללוקח מגנב מפורסם, דלא עשו בו תקנת השוק".<sup>44</sup> דין אומן כדין גנב מפורסם, והקונה או הנושה היו צריכים לברר את זכותו בנכס.<sup>45</sup>

בעייה דומה, ואולי חריפה יותר, קיימת בסרסור, המוכר וממשכן כלים בשלי-חותם של אחרים. נושה המעניק לסרסור הלוואה פרטית ומקבל ממנו משכון, חייב לכאורה להיות ער לאפשרות שהמשכון אינו של הסרסור.<sup>46</sup> למרות האמור נראה שתקנת השוק תחול לטובת הנושה. הנושה אינו יכול לעמוד בזמן קצר על זכויות הסרסור

---

42. שו"ת תרומת הדשן, שט.

43. שו"ע, חו"מ, שנו, ז.

44. שו"ת תורת אמת, קט.

45. השאלה שבאה לפני מהרי"א ששון עסקה במכר אך לאור הנמקתו, אומן כגנב מפור-סם, אין לחלק בין מכר למשכון. אולם ראה: מהרי"ח בנבנשת, כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא בתרא, הגהות הטור, שנו, ח.

46. מאידך דרכו של סרסור ללוות בשליחותם של אחרים. הלוואה באמצעות סרסור נועדה להסתיר את זהותו של הלווה.

בנכס, והוא רשאי לראות בהחזקתו סימן לבעלות: "כי המטלטלין יש להם חזקה, ובחזקת מי שהם בידו הם עומדין".<sup>47</sup> שורת הדין נותנת שתקנת השוק תחול אף בחייב אומן או סרסור, שאם לא תאמר כן לא ימצאו אלה אדם המוכן לקנות מהם או להלוות להם מאומה.<sup>48</sup>

#### 5.2.5 מישכון נכסי יתומים על ידי אפוטרופוס

ככלל אפוטרופוס רשאי למשכן נכסי יתומים<sup>49</sup> בהתמלא התנאים הבאים: 1. ההלוואה היא לצורך עסקה שלאפוטרופוס מותר לבצעה (כגון: קניית מזונות וכסות ליתומים). 2. המעשה לא נראה על פניו חסר הגיון. 3. מישכון מקרקעין חייב להיעשות באישור בית-דין.<sup>50</sup> שאלה היא מה הדין במקרה והאפוטרופוס מישכן מנכסי יתומים שלא כאמור. האם תחול לטובת הנושה תקנת השוק והיתומים יצטרכו לפרוע לו דמיו כדי לקבל חזרה את הנכס? דיון בשאלה זו מצוי בשו"ת מהרי"ם בן ברוך. המשיב<sup>51</sup> קובע שתקנת השוק אינה חלה כאשר בעלי הנכס הם יתומים. אלו זכאים להוציא את הנכס מהקונה או מקבל המשכון ללא תמורה, כדלהלן:

"אמת הוא שעשו חכמים תקנתם, דפעוטות מתנתם מתנה

ומקחם מקח משום כדי חייו, זהו לטובת הקטן, אבל

כאן (בתקנת השוק) התקנה היא לצורך הלוקח, וכי

47. ראה: שו"ת הרדב"ז ד, רצב, אלף שסג; שו"ת בעי חיי, ב, קלח.

48. השווה: חידושי הרשב"א, בבא קמא, קטו, א ד"ה הא דאמרינן: "וואפילו בדברים העשויים להשאל ולהשכיר, עשו תקנות השוק, דמאי שנא? ואם אין אתה אומר כן, אין אדם קונה מחבירו העשויין להשאל ולהשכיר...".

49. מישכון הנכסים עדיף על מכירתם היות והוא משאיר בידי היתומים אופציה לפדותם, ראה: שו"ת הרי"י מגא"ש (ירושלים, תשי"ט) קפח.

50. ראה: שו"ת הרי"י מגא"ש, קל; שו"ת הרשב"א ו, רמט; שו"ע, חו"מ, רצ, ט-יג.

51. התשובה מובאת בשם ר' חיים, ויתכן שהוא ר' חיים בנו של ר' יצחק אור זרוע.

יעשו חכמים תקנת השוק על יתמי דלאו בני מחילה

נינהו? חלילה!"<sup>52</sup>

תקנת השוק מבוססת, לדעת המשיב, על אומד דעתם של בעלי נכסים, המוכנים לפדות את רכושם הגנוב במחיר מלא, אם צרכי השוק מחייבים זאת. הם נאותים לוותר על האינטרס הפרטי למען הכלל. ליתומים אין ליחס ויתור מכללא "דיתמי לאו בני מחילה נינהו"<sup>53</sup>, ומכאן, שאין תקנת השוק חלה נגדם.

פסיקתו של המשיב, צריכה עיון. תקנת השוק היא שינוי דין תורה בדרך של תקנה.<sup>54</sup> תקנות חכמים בדיני ממונות מיוסדות על הכלל ההלכתי "הפקר בית-דין הפקרי"<sup>55</sup>, ואין הן צריכות להסכמה מכללא של הצד שממונו מופקע. נראה שעל פסק הדין השפיעו נסיבותיו המיוחדות של המקרה ונימוקים נוספים. במקרה הנדון הלוקח ידע שהנכס שייך ליתומים, אלא שהוא האמין שהאפוטרופוס מוכרו לצורכם. בנסיבות אלה, היה עליו לברר את העובדות לאשורן. יתר על כן, המשיב מדגיש שצרכי השוק אינם מחייבים את החלת התקנה. מישכון שלא כדין על ידי אפוטרופוס, אינו שכיח. אין גם לחשוש שאי תחולת התקנה תגרום לכך שאפוטרופוס לא יוכל למכור או למשכן נכסי היתומים לצרכם, כדלהלן:

"ואי משום שלא [ירצה] אדם לקנות ספר מאפוטרופוס דיתמי, ולא שבקת חיי לכל [בריה], אין דומה לזה. שהרי אם נמכר הספר לצורך תקנת היתומים אין פקפוק בזה אחרי שמינהו בית דין מכירתו מכירה, אך זה

52. שו"ת מהרם בן ברוך, פראג, תסא.

53. ראה שו"ת הריב"ש, כ, הסובר שמחילה מפורשת של יתומים מעבר לגיל הפעוטות תקיפה, אלא שאין ליחס להם מחילה מכללא.

54. ראה הערה 8 לעיל.

55. גיטין, לו, ב. ראה על כך במפורט אצל אלון, לעיל הערה 5, עמ' 415-421.

שמכרו שלא לצורך היתומים אך ליתן המעות תוך  
 כיסו, על דבר זה וכיוצא בו [אני] קורא מילתא  
 דלא שכיח ולא גזרו ביה רבנן, שהרי אין ממנים  
 אפוטרופוס אלא על פי בית דין, והם בוררים  
 אנשים כשרים ויראי חטא ואחד מיני אלף לא יעשה  
 רמיה".

פחות ברורה התוצאה במקרה והקונה או מקבל המשכון אינם יודעים שלפניהם  
 אפוטרופוס של יתומים. אי תחולת התקנה במקרה זה יש בה לדעתנו לפגוע בשוק  
 המסחר.

### 3.5 הנכסים נשוא התקנה

הצבענו לעיל על מקרים בהם אישיות החייב צריכה לעורר ספק בדבר זכותו  
 למשכן נכס פלוני. להלן נראה שלעיתים הנכס כשלעצמו חייב לעורר ספק כאמור. שני  
 טעמים הובאו על ידי הפוסקים לענין הנכסים נשוא התקנה:

א. תקנת השוק, ככל תקנות חכמים, חלה על מקרים שכיחים בלבד: "מילתא  
 דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן".<sup>56</sup> אין היא חלה על נכסים שאין רגילים  
 למשכנם.

ב. במטלטלין קיימת פרזומפציה שהמחזיק בנכס הוא בעליו: "כל מה שתחת  
 ידו אדם שלו הוא".<sup>57</sup> חזקה זו אינה חלה על כל סוגי הנכסים.<sup>58</sup> מקבל  
 נכס כזה חייב לברר את זכותו של המחזיק היות ואינו יכול להסתמך על  
 החזקה האמורה.

56. עירובין, סג, ב.

57. ראה: אנציקלופדיה תלמודית כרך יד', עמ' מ', ערך: "חזקת מיטלטלים".

58. ראה להלן בסמוך להערה 65.

נראה שלשני נימוקים אלו, שורש משותף. נטילת "מילתא דלא שכיחא" כמשכון מחייבת את הנושה בזהירות יתר. בשני המקרים הספק הוא אם הנושה עמד בדרישה לתום לב, תנאי בלעדיו לא חלה תקנת השוק. המשנה המחילה את תקנת השוק עוסקת בכלים ובספרים. בתלמוד הבבלי הוחלה התקנה אף על גלימה. דוגמאות אלו הן בנין אב לכל המטלטלין, חוץ ממקרים מיוחדים עליהם נעמוד להלן.

א. מ ק ר ע י ג

במסכת בבא מציעא, שנינו:

"איתמר: המוכר שדה לחבירו ונמצאת שאינה שלו.

רב אמר: יש לו מעות ויש לו שבח, ושמואל אמר:

מעות יש לו, שבח אין לוי.<sup>59</sup>

רב ושמואל חלוקים בשאלת גובה הפיצוי אותו חב מוכר השדה לקונה.<sup>60</sup> הנחת

היסוד המשותפת לשניהם היא שהנגזל מוציא את השדה מהקונה ללא תמורה. אי תחולת

תקנת השוק במקרקעין מוטברת כדלהלן:

"דזהו פשוט הגוזל שדה מחבירו ובא חבירו וקנאו

מיד הגזלן, הנגזל טורפה מיד השני ולא עשו בו

תקנה, הואיל ורוב פעמים גזילת קרקע ידועה..."<sup>61</sup>

דין דומה למישכון מקרקעין. רשבייא פסק שלנושה המקבל במשכנתא קרקע שמוש-

כנה לאחר, אין כל זכויות בנכס: "ואף על פי שהיה סבור לוי (הנושה השני) שלא

היתה החצר ממושכנת אצל אחרים, הרי שנינו בתוספתא: הלוקח בית מראובן ונמצא של

59. בבא מציעא, יד, ב.

60. ראה רשיי, שם, ד"ה יש לו.

61. שו"ת מהרי"ם בן ברוך, לעיל הערה 52.

שמעון מעלה שכר לשמעון".<sup>62</sup> אי תחולת התקנה במקרקעין<sup>63</sup> נובעת מחוסר תום הלב של הנושה. גזילת קרקע ידועה ומפורסמת והנושה יכול היה לודא בטרחה מועטה את זכויות החייב בנכס. טיעון זה מקבל היום משנה תוקף עם קיומה של שיטת רישום זכויות במקרקעין. הלכה זו הולידה אצל נושים צורך לבטח עצמם ממקרים בהם החייב אינו בעל הזכות בנכס. הממשכן נהג לקבל על עצמו התחייבות לסלק כל ערעור נגד מקבל המשכנתא ולשפותו על נזקים אפשריים בגין המישכון.<sup>64</sup>

### ב. עבדים ובהמות

מהרשדיים פוסק שתקנת השוק אינה חלה על עבדים ובהמות. הוא מתבסס על שני נמוקים:<sup>65</sup> 1. הלכה היא: "גודרות אין להם חזקה".<sup>66</sup> החזקה במטלטל נד כעבדים ובהמות אינה ראייה לבעלות. קונה נכסים אלו חייב לבדוק את זכותו של

---

62. שו"ת הרשב"א ב, שפא. ההלכה המצוטטת אינה בתוספתא. על הגרסה המדוייקת בדברי רשב"א, ראה: ש' ליברמן, תשלום תוספתא (בתוך מהדורה שניה של תוספתא צוקרמנדל) עמ' 11-12.

63. הלכה זו, אי תחולת תקנת השוק במקרקעין, לא הובאה בשולחן-ערך. האחרונים המביאים אותה הם: מהרי"א ששון, שו"ת תורת אמת, ריח; קצות החושן, חו"מ, שנו, סק"א. בראשונים ראה: מהרי"ם, הערה 61 לעיל; רשב"א, הערה 62 לעיל; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח) צח-קד. ורהפטיג, לעיל הערה 1, עמ' 151, הערה 80, ביקר את ערוך השולחן על שלא הביא את מהרי"ם כמקור קדום, אך לא התייחס לרשב"א וריטב"א הני"ל.

64. ראה: שו"ת הרא"ש פ, ח; א' גולאק, אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו) שטר רמ"ג, עמ' 231.

65. שו"ת מהרשדיים, ב (חו"מ), ריב.

66. בבא בתרא, לו, א.

המוכר.<sup>67</sup> 2. מכירת עבדים ובהמות אינה שכיחה. על טיבם של נימוקים אלו עמדנו לעיל. רבים חולקים על פסק דינו של מהרשד"ם<sup>68</sup> ואין רצוננו להאריך, היות ומיש-כּוּן עבדים ובהמות שכיח עוד פחות ממכירתם.

## ג. ש ט ר ר ת

חייב רשאי למסור כמשכון, שטר חוב שיש לו על פלוני. הנושה יוכל לממש שטר זה אם קיבל מהחייב הרשאה לגבותו, או שהשטר הועבר אליו בכתיבה ומסירה. ללא אלה הנושה רשאי לעכב את המשכון עד פרעון החוב, אך אין לו זכות למוכרו ולהיפרע ממנו את חובו.<sup>69</sup> כאשר חייב ממשכן שטר חוב בלא שהיה זכאי לכך (כגון, שהיתה בידו הר-שאה לגבותו למטרה מסוימת והוא מישכנו לצרכים אחרים) מתעוררת השאלה בדבר תחולת תקנת השוק. לענין אחר פסק ראי"ש שמכירת שטרות אינה שכיחה<sup>70</sup> ואם כן קל וחומר מישכונם. ענין זה די בו כאמור למנוע את תחולת התקנה. ברם נראה שמציאות ימינו שונה. הסבת שיקים אינה נעשית אמנם בדרך של מישכון, אך מישכון זכויות כשטרי חוב ושטרי חליפין שכיח. אין לכאורה כל סיבה שלא להחיל את תקנת השוק, גם על שטרות.

ר' יצחק אדרבי בתשובותיו דן במישכון כתובת אלמנה על ידי אפוטרופוסה שנעשה, לטענת האלמנה, שלא כדין. לגופו של ענין פסק המשיב שהמישכון תקף היות ונסיבות המקרה מוכיחות שהוא נעשה ברשות האלמנה, אלא שאגב דבריו הוא אומר:

---

67. בלשון מהרשד"ם: "כיון דאמרי רבנן הגוזרות אין להם חזקה, הקונה ולא דקדק מה שקנה, דאיהו דאפסיד אנפשיה, דהוה ליה למיסק אדעתיה דשמא האי עבד או האי בהמה נכנסה לרשות של זה".

68. ראה: מהרי"א ששון, שו"ת תורת אמת, ריח; ש"ך, חו"מ שנו, סק"ד; שער המשפט, שם קלה, סק"א.

69. ראה לעיל עמ' 156.

70. שו"ת הרא"ש עט, ה ושם נדונה תקנת השוק במובן הערה 2 לעיל.

"... אף בנדון דידן, כיון שמישכן ראובן שטר כתובת לאה באלף אשי (= אשפרוש)<sup>71</sup> ביד שמעון, אפילו היה גנוב עימו היתה חייבת לאה לתת האלף אשי לשמעון (הנושה) מפני תקנת השוק, כיון שראובן (הממשכן) לא היה גנב מפורסם, ואחר כך לאה תעשה דין עם ראובן".<sup>72</sup>

לפנינו החלת תקנת השוק על מישכון שטרות בלא התייחסות לבעייה האמורה.

#### 4.5 הלואה שלא על סמך המשכון

נושה שהלווה לחייב בלי להסתמך על משכון לא יוכל, מאוחר יותר, להנות מהגנתה של תקנת השוק. הוצאת המשכון מרשותו, ללא תמורה, לא תפגע בו היות ובין כך לא הסתמך עליו. הוא לא יימנע בעתיד ממתן הלוואות, גם אם לא נחיל עליו את התקנה. זו דוגמה נוספת לרעיון המרכזי בנושא תקנת השוק. עקרון הגנת הבעלות גובר אם הפגיעה בשוק האשראי היא מינימלית. בתלמוד ובספרות הרבנית נדונו ארבעה מקרים במסגרת כלל זה:

א. המישכון נעשה לאחר שעת ההלוואה.

מקרה קלטי שאינו מעורר בעיות מיוחדות, היות וברור שהנושה לא הסתמך על המשכון במתן ההלוואה. בתלמוד נקבע: "גנב ופרע בחובו, גנב ופרע בהקיפו, לא עשו בו תקנת השוק".<sup>73</sup> אם הגנב השתמש בנכס הגנוב לפרעון חוב, הנושה חייב להחזירו

71. מטבע שהיה נוהג באמפריה העותומנית במאה הטי"ז, ראה י' בן-צבי, ארץ ישראל

ויישובה בימי השלטון העותומאני (ירושלים, תשכ"ט) עמ' 466.

72. שו"ת דברי ריבות, רכב. המקרה הנדון בא גם לפני מהרשדים אלא שהוא לא

התייחס כלל לתקנת השוק, ראה: שו"ת מהרשדים, ב (חוי"מ), קי.

73. בבא קמא, קטו, א.

לבעלים ללא תמורה. הנושה לא הפסיד מאומה, והלוואתו חוזרת להיות הלוואת אשראי. הוא הדין והוא הטעם אם הנושה השתמש בנכס למשכון ולא בתורת פרעון.<sup>74</sup>

ב. הנושה הלווה לחייב בפעם קודמת הלוואת אשראי.

נושה הרוכש אמון לפלוני ומלווה לו דרך כלל בלא משכון, לא ייהנה מתקנת השוק.<sup>75</sup> חזקה היא, אם לא פורש אחרת,<sup>76</sup> שנטילת משכון במקרה מסויים אינה מערערת את האמון. הנחה היא שהנושה היה מלווה לחייב גם הפעם בלי משכון, ונטילתו של זה אינה מהווה שיקול מכריע במתן ההלוואה. תקנת השוק נועדה לנושה ששם את מבטחו במשכון ומוצא עצמו לפני שוקת שבורה.

ג. עסקה והתר עסקה.

הסכם שותפות לפיו צד אחד משקיע כסף (להלן - המשקיע) והצד השני פועל להשגת רווחים (להלן - העוסק) מכונה בתלמוד עסקה.<sup>77</sup> מחצית הסכום נחשבת, לענין אחריו-תו של העוסק, לפקדון, ומחציתו למלווה. העוסק חייב להשתמש בכסף למטרה המוסכמת וכל שימוש אחר אסור עליו. עם פטירת העוסק רשאי המשקיע לגבות את המגיע לו ממטלטלי היתומים.<sup>77</sup> הלכות אלו מחזקות את בטחונו של המשקיע בשמירת כספו.

74. ראה: מהרי"ח בנבנשת, כנסת הגדולה, מהדורא בתרא, הגהות ב"י, שנו, יג.

מהרי"ח מסתמך על תשובת רשב"א שהובאה בב"י, חו"מ עב, מחודש כז. המעיין בדברים במקורם (שו"ת הרשב"א ג, לה) יבחין ששם נדון משכון שנמסר בשעת ההלוואה אלא שהנושה הלווה לחייב בעבר גם בלי משכון (ראה בהערה הבאה). אין בדברים אלה כדי לערער את עצם מסקנתו של מהרי"ח.

75. בבא קמא, קטו, א, עובדא דאבימי בר נאזי והלכתא כרב כהן. כך נפסקה הלכה,

ראה: רמב"ם, גניבה, ה, ו.

76. אם החייב הדגיש מפורשות: "הלויני על חפץ זה מנה", תחול תקנת השוק, ראה:

שו"ע, חו"מ שנו, ט.

77. בבא מציעא, קד, ב.

ראשונים רבים סבורים שתקנת השוק לא חלה בהלוואת עסקה.<sup>78</sup> משקיע שקיבל מעוסק משכון, לא יוכל להסתייע בתקנת השוק. בעסקה, לדעתם, המשקיע-המלווה סומך בעיקר על דברים אחרים, וההלכות דלעיל מעניקות לו בטחון בהחזרת כספו. ראינו לעיל שתקנת השוק לא תעמוד לנושה שאין עיקר סמיכתו על המשכון. להלכה זו השלכה חשובה על חיי המעשה בדורות האחרונים. החל מהמאה הי"ז נהוג לבצע הלוואה בדרך של "התר עסקה". שטר העסקה הופך את ההסכם, משפטית, מהלוואה, לעסקה במשמעות התלמודית. הנושה רשאי אפוא להשתתף ברווחיו של העוסק, קרי: ליטול ריבית על הלוואתו. ההתר מבחינה הלכתית נסמך על ההסכם הדומה מתקופת התלמוד.<sup>79</sup> אחדים מגדולי הפוסקים בדורות האחרונים, החילו את הלכת הראשונים על הלוואת עסקה בת-זמננו. בהלוואה "על צד התר עסקה" עלול אפוא הנושה להפסיד את משכונו ללא תמורה.<sup>80</sup>

קשה יהיה לקבל תוצאה זו משתי סיבות:

- א. הלוואה בהתר עסקה היא כיום הדרך היחידה הנהוגה בעניינים מסחריים. פירושה המעשי של אי החלת תקנת השוק על הלוואה זו הוא ביטול גמור של התקנה במש-כון. ביטול זה אינו מתיישב עם צרכי המסחר המודרני הזקוק יותר מתמיד לניידות כספים מהירה ובטוחה.
- ב. התר העסקה נשען מבחינה פורמלית על העסקה התלמודית אך מבחינה כלכלית אין ביניהן זהות. העסקה בת ימינו היא הלוואה גמורה ולבושה החיצוני נועד לעקוף

---

78. ראה: ראב"ד בשיטה-מקובצת, בבא מציעא, ע, א ד"ה אבל בדבר המסויים; חידושי הרמב"ן, והרשב"א, שם. הראשונים המתרצים את קושיית רמב"ן באופן אחר חלוקים כנראה על מסקנה זו, ראה: מרדכי, יבמות, עח; מרדכי, בבא מציעא, תלז; הגהות אשר"י, שם, פרק ה', סימן ז'; ריטב"א, לעיל הערה 14. ראה עוד: קצות החושן, חו"מ שנו, סק"ו.

79. ראה: נחלת שבעה (ירושלים, תשכ"ב) סימן מ, נוסח שטר עסקא ועניינו בהלכה.

80. ראה: שו"ת הר הכרמל (פרנקפורט, תקמ"ב) חו"מ, כה; שו"ת מהרש"ם א, נב.

את איסור הריבית. העוסק משתמש בכסף לכל מטרה שהיא והמשקיע אינו מכתוב לו את אופן ניהול ההשקעה. עיקר בטחונו של המשקיע הוא בבטוחות שהוא נוטל, ואין הוא נשען עוד, כבעבר, על הלכותיה המקוריים של העסקה. אין עוד טעם, במציאות זו, ליטול ממנו את הגנתה של תקנת השוק.<sup>81</sup>

ד. ערך המשכון נמוך מסכום ההלוואה.

בתלמוד נשנתה המחלוקת הבאה:

"משכנתא שוי מאתן במנה<sup>82</sup> עשו בו תקנת השוק.

שווה בשווה: אמימר אמר לא עשו בו תקנת השוק,

מר זוטרא אמר עשו בו תקנת השוק... והלכתא

בכולהו עשו בו תקנת השוק".<sup>83</sup>

בדרך כלל נושה נוטל משכון שערכו עולה על גובה ההלוואה.<sup>84</sup> אם ערך המשכון

שווה לגובה ההלוואה, רואה אמימר את ההסכם כהלוואת אשראי. נושה שנטל משכון זה

סמך על אישיותו של החייב והמשכון לא שימש לדידו תנאי מוקדם להלוואה. העלינו

לעיל שבהלוואת אשראי, לא חלה תקנת השוק.

מקרה של משכון שערכו נמוך מסכום ההלוואה, לא נדון בתלמוד. מפשרה של

סוגייה עולה שבכגון דא מר זוטרא מודה ש"לא עשו בו תקנת השוק".<sup>85</sup> ראשונים החילו

81. לנימוק זה סימוכין בדברי מהרש"ם, שם.

82. בהלכות גדולות (מהדורת טרויב) פט, א, ובמשפטי שבועות שער יט, גורסים:

"שוי חמשה בארבע".

83. בבא קמא, קטו, א. הפסקה "והלכתא עשו בו תקנת השוק" מצויה בדפוסים שלנו

פעמיים, אחרי המחלוקת לענין משכנתא, ובסוף הסוגיה. מהרש"ל מחק כפילות זו

וכן הגרסה במשפטי שבועות שם, וברי"ף על אתר. ראה עוד: דקדוקי סופרים, שם,

הערה פ'.

84. רשיי שם, ד"ה משכנתא, וראה לעיל סעיף 4.1.

85. שאם לא כן עדיף היה להעמיד את מחלוקת אמימר ומר זוטרא במקרה זה ולא

במשכנתא "שווה בשווה".

את תקנת השוק גם על משכון זה. כך פסק רבינו חננאל<sup>86</sup> ובעקבותיו רמב"ם:

"מישכן הגניבה: בין שמשכנה יתר על דמיה, או

בפחות מדמיה, הבעלים נותנים לבעל המשכון,

וחוזרים ועושים דין עם הגנב...".<sup>87</sup>

ראבי"ד חולק וטובר שהתקנה אינה חלה כאשר ערך המשכון נופל מסכום ההלוואה.<sup>87</sup>

לדעת ראבי"ד, זו הלוואת אשראי שתקנת השוק אינה חלה עליה. הבעלים אינו צריך

להחזיר לנושה אף את חלק ההלוואה שכנגד המשכון.<sup>88</sup> דעת רמב"ם נתקבלה על ידי

ראשונים רבים<sup>89</sup> ונפטקה בטור<sup>90</sup> ובשולחן ערוך.<sup>91</sup> ר' שמואל הסרדי ההולך בשיטה זו,

מסכם את סוגייתנו, כדלהלן:

"ושיילינן התם משכנתא מאי... עשו בה תקנת השוק

או לא. ואסיקנא: שווה מאתן במאה או שווה מאה

במאה, עשו בו תקנת השוק, דלעולם נראים הדברים

דאדעתא דההוא משכון אוזפיה, שהרי דקדק והקפיד

שישוה את שלו שמלוה לו עליה. אבל אם משכון משכון

86. ראה: פסקי אור-זרוע, בבא קמא, תנד; מרדכי, בבא מציעא, תג.

87. רמב"ם, גניבה, ה, ו.

88. ראה שלטי גבורים על רי"ף בסוגיין, בבא קמא, קטו, א. ראה עוד, פסקי הרי"ד

(מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים, תשל"ו), שם ד"ה אבימי: "... וכן נמי

אם הלווהו מאה על חפץ ששווה חמישים שלא עשו בו תקנת השוק, ואפילו חמישים

לא יהיב ליה... אבל להלוות על המשכון אין דרך העולם להלוות לו יותר

משוויו אך אם סומך באמונתו".

89. ראה: פסקי הרא"ש שם, פרק ט', סימן יח; המאירי, בית הבחירה, שם, קטו, א

ד"ה לא מכרה. ראה עוד: ראב"ן, ספר אבן העזר, שם (מהדורת ערנרייך קצה,

ג); רבינו ירוחם, מישרים, לא, ג.

90. טור, חו"מ, שנו, ח.

91. שו"ע, שם, שנו, ז.

שווה מאה במאתן, בה' (= בהא) קא מיפלגי,

ואפילו הכי אסיקנא דעשו בו תקנת השוק".<sup>92</sup>

גרסתו בתלמוד שונה מזו שלפנינו. לפי דבריו חלקו כבר אמוראים במחלוקת

רמב"ם וראב"ד, ולדברי רמב"ם יש אפוא סימוכין בתלמוד.

החלת תקנת השוק במקרה הנדון מעוררת קושי מסויים. בעלים שירצה לפדות את

רכושו הגנוב, יצטרך לשלם תמורתו סכום העולה על שווי הריאלי. ואכן יש אחרונים

הסוברים שהבעלים אינו חייב להחזיר לנושה את מלוא ההלוואה אלא את החלק שכנגד

המשכון.<sup>93</sup> ברם רוב הראשונים<sup>94</sup> והאחרונים<sup>95</sup> אינם סבורים כן. ההגיון העומד

מאחורי תקנת השוק מחייב מסקנה זו. התקנה נועדה להגן על נושים ולא תהיה יעילה

אם אלו לא יקבלו חזרה את כל כספם. תוצאה זו תביא לכך שבעתיד הם יימנעו ממתן

הלוואות.<sup>96</sup> הנושה אינו מסוגל להקפיד על נטילת משכונות ששוים כסכום ההלוואה

ומעלה. בדיקת שווי של משכון היא גופה מעמסה שדי בה להביא לנעילת דלת בפני

לווין.

92. ספר התרומות, מט, יג, ו.

93. ראה: מהרש"ל, ים של שלמה, בבא קמא, י, לב; ש"ך, חו"מ, שנו, סק"ט.

94. ראה דברי המאירי, לעיל הערה 89: "ותקנת השוק ליתן לו (לנושה) אף יתר

מדמיה כמו שהלווה"; טור, שם, לעיל הערה 90. גם מלשון ראב"ן ורי ירוחם

משמע כן.

95. ראה: רמ"א, לעיל הערה 91; ביאור הגר"א, שם, סק"ח.

96. כדי לקבל חזרה את כל כספו הנושה יצטרך לתבוע גם את הגנב ואם כן מה

הועילו חכמים בתקנתם?

### 5.5 חלות התקנה על הקרן ולא על הריבית

בהלוואה הנושאת ריבית<sup>97</sup> מתעוררת הבעייה, האם נושה שלזכותו עומדת תקנת השוק, זכאי לדרוש מהבעלים בתמורה להחזרת הנכס, גם את הרווח שנתווסף על ההלוואה. מהרי"י איסרליין<sup>98</sup> מתייחס לבעייה, ומסקנתו היא שהבעלים זכאי להוציא את המשכון מידי הנושה, כנגד תשלום הקרן בלבד. דרך הילוכו היא כדלהלן: 1. תקנת השוק מהווה שינוי דין תורה שמטרתו עידוד שוק האשראי. 2. ביישום התקנה ובקביעת הקיפה, אין לחרוג מהנחוץ לצרכי השוק. מעבר לכך יש לחזור אל דין תורה. 3. במקרה הנדון, נושים לא יימנעו מלהלוות כספים מחמת הסיכון שבאבדן הרווח הצפוי. די להם בבטחון שהקרן תוחזר בכל מקרה. תשובה זו היא פרט שיש בו ללמד על הכלל כולו, ודרך ניתוח דומה תוביל לפתרון רוב הבעיות המתעוררות בנושא תקנת השוק.

### 6.5 סיכום ומסקנות

לא עמדנו בסעיף זה על כל הבעיות המתעוררות בנושא, אלא על עיקרי הדברים בלבד. מטרתנו הצטמצמה בהתווית דרך פתרון של הבעיות. ההלכה הפקיעה את זכויותיו של הפרט למען הכלל, ועידוד שוק האשראי גרם להעדפת הנושה על פני הבעלים. מנגד עקרון הבעלות לא בוטל על ידי תקנת השוק. הוא משמש בלם להתרחבות יתר של התקנה, ומונע את תחולתה מעבר למתחייב מצרכי השוק. מטבע הדברים, התשובות שנתנו הפוסקים לבעיות השונות, אינן אבסולוטיות. נושא זה מושפע יותר מאחרים מהתנודות במציאות הכלכלית. נראה שענין הריבית שנדון לעיל הוא אחד מאלה. בזמננו כל הלוואה, חוץ מהלוואת גמ"ח, ניתנת לשם הפקת רווחים, וספק הוא אם אומדנו של מהרי"א, שסיכון הרווח לא היה מונע את מתן ההלוואה, יפה למציאות זו.

97. כגון: בחייב נכרי או כשהנושה יתום שמוחר להלוות מעותיו "קרוב לשכר ורחוק להפסד" (בבא מציעא, ע, א).

98. לעיל הערה 42. מהרי"א מסתמך על המובא במרדכי, לעיל הערה 78.

פרק שלישי: זכויות הצדדים לבצע עסקאות במשכון

עמוד

- 214 .1 כ ל ל י
- 217 .2 מכירת משכון על ידי חייב
- 222 .3 המחאת חוב המובטח במשכון
- 1.3 מ ב א
- 2.3 המחאת חוב במשיכת המשכון
- 3.3 המחאת חוב ומישכון המשכון
- 4.3 המחאת חוב שעל המשכון בכתובה ומסירה
- 5.3 המחאת חוב שעל המשכנתא
- 6.3 סיכום ומסקנות

פרק שלישי: זכויות הצדדים לבצע עסקאות במשכון

1. כ ל ל י

בדיוננו לעיל הגענו למסקנה שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות. <sup>1</sup> הווי אומר: המשכון הוא ברשותו ובהחזקתו של הנושה, אך בבעלותו של החייב. להלן נעמוד על זכויות הצדדים בפרק הזמן שבין ההלוואה ומועד הפרעון. אחת הבעיות החשובות היא שאלת זכותו של הנושה להשתמש במשכון ובפירותיו. לכאורה, אם הנושה משתמש במשכון ואינו מנכה את דמי השימוש מהקרן, זו ריבית ויש לאוסרה. ואכן בירושלמי נקבע "הדא אנטיכריסיס ריבית הוא". <sup>2</sup> מושג זה ציין את שימושו של הנושה במשכון שברשותו, ביוון ובארצות המזרח הקדמון. <sup>3</sup> הירושלמי רואה בהסכם האנטיכריסיס ריבית, וגם הבבלי אוסר על הנושה את השימוש במשכון. <sup>4</sup> בפועל הנושה נהג להשתמש במשכון, בעיקר במקרקעין. הוא אכל את פירות הקרקע הממושכנת או דר בבית הממושכן, וניכה מהקרן סכום מסויים עבור השימוש. במקום אחר הדגשנו שהסכום שנוכה לא היה ריאלי אלא סמלי כמעט. <sup>5</sup> שווי הפירות עלה לאין ערוך על הסכום המנוכה ובכך נהנה הנושה מריבית מוסווית. ההסכם התאפשר מבחינה הלכתית היות והוא נחשב לשכירות פירות או למכר לזמן ולא להלוואה. התלמוד מביא שלושה טיפוסים הסכמים שנועדו לאפשר לנושה ליהנות מפירות המשכון. <sup>6</sup> חלק נכבד מפרק

1. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 6.3.3.3.

2. ירושלמי, בבא מציעא, פ"ו, ה"ה; יא, א.

3. ראה: צ' ארמן, אנטיכריסיס בתלמוד, סיני, כרך כד (תשכ"ד), עמ' קצו; B.Cohen,

Jewish and Roman Law (New York, 1966) II, p. 433.

4. בבא מציעא, קיד, ב.

5. ראה לעיל עמ' 38.

6. ראה בבא מציעא, סז, ב.

"איזהו נשך", פרק הריבית, מוקדש לסוגייה זו, והיא צריכה לדעתנו מחקר מיוחד.<sup>7</sup> הנושא שייך יותר לתחום הריבית היות ומטרתה העיקרית של המשכנתא היא עקיפת דיני ריבית ולא נטילת בטוחה. לעיל עסקנו בקצרה בסוגייה זו כדי לבחון את מטרותיו של הנושא בנטילת משכון.

בפרק זה נעסוק, כפי שכותרתו מעידה, בעסקאות שבין הנושה והחייב לצד שלישי. לגבי שתי עסקאות אין לנו להעיר אלא מלים אחדות.

א. השכרת המשכון - המשנה מביאה את דעתו של אבא שאול, כדלהלן: "אבא שאול אומר: רשאי אדם להשכיר משכונו של עני להיות פוסק והולך עליו, מפני שהוא כמשיב אבדה".<sup>8</sup> וכן בתוספתא: מותר לאדם להשכיר משכונו של עני בפחות, ושל עשיר אינו רשאי ליגע בו".<sup>9</sup> הנושה רשאי אפוא להשכיר את משכונו של עני לצד שלישי "להיות פוחת והולך", היינו לזקוף את השכר שנתקבל כנגד הקרן. התלמוד מסייג את ההלכה בקובעו: "ואף אבא שאול לא אמר אלא במרא ופטל וקרדום, הואיל ונפיש אגרייהו וזוטר פחתייהו",<sup>10</sup> הווי אומר: ההשכרה מותרת אם "מקבלין בשכירותו יותר ממה שהוא חסר בגופו".<sup>11</sup> המלים "נפיש אגרייהו" רומזות על כך שהשכרה תהיה מותרת רק אם הניכוי עבור השימוש יהיה ריאלי ולא בדרך של משכנתא דנכייתא בלבד.<sup>12</sup>

אבא שאול הוא התנא היחיד העוסק בזכותו של הנושה לבצע עסקה מסוימת במשכון.

7. ראה את מאמרו של ג' גרמן, זכותו של הנושה לפירות המשכון ולתשמישיו בחוק

המשכון תשכ"ז-1967 ובמשפט העברי, ספר סנהדראי (תל אביב, תשלי"ב) עמ' 303.

8. משנה, בבא מציעא, ו, ז.

9. תוספתא, שם, ז, יט.

10. בבלי, שם, פב, ב.

11. רמב"ם, פרוש המשנה (מהדורת קאפח), לעיל הערה 8.

12. ראה: תלמיד הרשב"א (בתוך שיטת הקדמונים, בבא מציעא, מהדורת בלוי, ניו-יורק, תשכ"ז) פב, ב ד"ה רשאי. ראה עוד לעיל עמ' 39-40.

מדבריו עולה שהוא אינו רואה את המשכון כהסכם מכר חוזר. אם המשכון היה בבעלותו של הנושה, הוא רשאי היה לבצע בו עסקאות אף בנסיבות רגילות.<sup>13</sup> עורך המשנה סידר את דעתו בצד דברי תנא קמא ורבי יהודה המצדדים גם הם בתפיסה זו.<sup>14</sup>

ב. מכירת גוף המשכון - עמדנו על כך שאפשר לראות את דינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון" כמקנה לנושה בעלות רטרואקטיבית במשכון. הווי אומר: אם בית דין יחליטו לו את המשכון לאחר מועד הפרעון, הוא ייחשב כבעליו כבר משעת ההלוואה.<sup>15</sup> עם נטילת המשכון הנושה רוכש בו זכות קניינית ובתור שכזו הוא יכול להעביר את זכויותיו לצד שלישי.<sup>16</sup> מכאן: "אי זבין מלווה או אקדיש משכון שבידו, ולא פדאו והוחלט למלווה, קנה לוקח, דלמפרע הוא שלו מדרי' יצחק, דאמר מהשתא יש לו בגויה".<sup>17</sup> נושה המוכר בשעה זו את גוף המשכון, המכירה תופסת את המשכון חולט לו לאחר מועד הפרעון, היות והבעלות עוברת אליו למפרע וכבר בשעת המכר היה בעליו של המשכון. דינו של משכון שונה משל שעבוד נכסים רגיל שאינו זכות בנכס ספציפי. בשעבוד הלכה כרבא, האומר: "זבין מלווה וקדיש מלווה... מכאן ולהבא הוא גובה, כיון דאילו היה ליה זוזי הוה מסליק ליה בזוזי, אישתכח דהשתא קא קניי".<sup>18</sup>

להלן בגוף הפרק נעמוד על שני נושאים. נפתח בזכותו של החייב להעביר לצד ג' את הבעלות במשכון ואת עיקר הפרק נקדיש לדין בסוגייה המרכזית של המחאת החוב והמשכון.

13. ראה: M.J. Flörsheim, Das Pfand nach Talmudrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft bd. 32, 1915, p. 103, 155.

14. ראה לעיל עמ' 115. מיקומם של דברי אבא שאול בתוספתא, אינו ברור.

15. לעיל עמ' 98-99.

16. על אפשרות העברתה של זכות קניינית, ראה: רמב"ן, בשיטה מקובצת, כתובות נט, ב די"ה ומצאתי בתוספתא.

17. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, מח, ב די"ה ר' יהודה. ראה עוד: מלחמות ה', פסחים, לא, ב.

18. בבלי, פסחים, לא, א.

## 2. מכירת משכון על ידי חייב

אמרנו לעיל שבתקופת הביניים בין ההלוואה לפרעון, המשכון נשאר בבעלותו של החייב. השאלה שאנו מעלים בסעיף זה בקצירת האומר, היא: האם שעבוד המשכון לחוב והחזקתו בידי הנושה מונעים מהחייב למכרו לצד שלישי.  
מקרה דומה הובא בתלמוד הבבלי, בהאי לישנא:

"רב מרי בר רחל משכן ליה ההוא נכרי ביתא, הדר זבנה לרבא. נטר תריסר ירחי שתא, שקל אגר ביתא, אמטי ליה לרבא, אמר ליה: האי דלא אמטאי למר אגר ביתא עד האי דנא, דסתם משכנתא שתא, אי בעי נכרי לסלקי לא הוה מצי מסלק לי, השתא לשקול מר אגר ביתא. אמר ליה: אי הוה ידענא דהוה ממושכן ליה למר לא הוה זביננא ליה, השתא כדיניהם עבדינן לך, כל אימת דלא מסלקי בזוזי לא שקיל אגר ביתא, אנא נמי לא שקילנא מינך אגר ביתא עד דמסלקנא לך בזוזי".<sup>1</sup>

רבו הביאורים לסוגייה קצרה זו. קשה להעלות ממנה מסקנות חד משמעיות היות והחייב הוא גוי ולכן גם לקונה היהודי הבא מכוחו יש פריבילגיה לידון על פי דיני האומות.<sup>2</sup>

מחבר "הלכות פטוקות" הסיק מסוגייה זו, כדלהלן:  
"ובמקום שמשכן ראובן לשמעון בית, והלך ראובן ומכרו לאחר, לא עשה כלום, ומסלק שמעון ללוקח

1. בבא מציעא, עג, ב.

2. בבא בתרא, לה, ב.

עד שני משכנתא ואחר כך תובעו לראובן במעות,

כזו של רב מרי בר רחל...".<sup>3</sup>

דברים חד משמעיים גם בפי הרשב"ש:

"אין המכירה מבטלת השכירות ולא המשכונה...

ואין הפרש בזה בין שכירות ומשכונה, דהטעם

הוא לא עדיפת מגברא דאתית מחמתיה, ובעל החצר

לא היה יכול להוציא המלווה בעל המשכונה, וכן

הקונה ממנו אינו יכול להוציאו. ואף על פי

שהאומות דינן בזה בהפך דיננו, אסור לנו לילך

בחוקותיהם".<sup>4</sup>

לעיל הרחבנו את הדיבור על כך שהמשכון אינו מחליף את שעבוד הנכסים הרגיל

אלא משמש לצידו, והנושה רשאי להיפרע גם מנכסיו האחרים של החייב.<sup>5</sup> לשון אחר,

למשכון מעמד מקביל לאפותיקי סתם ולא לאפותיקי מפורש. בשעבוד נכסים או באפותי-

קי רגיל, אם החייב מכר את הנכס המשועבד, המכירה תקפה בכפוף לזכותו של הנושה.<sup>6</sup>

הקונה מקבל את הנכס לרשותו והנושה זכאי לגבות ממנו אם לא יעלה בידו להיפרע

מנכסים שנשארו בידי החייב.<sup>7</sup> השאלה היא אפוא מה טעם שונה דינה של משכנתא; מדוע

הקונה אינו מוציא את הקרקע מידי הנושה וזה יוכל לגבות הימנה, לאחר מועד הפרעון,

3. הלכות פסוקות (ראו) (וורסי, תרמ"ו) עמ' 56. "לא עשה כלום", קרי: הלוקח

אינו יכול לסלק את הנושה, אך יתכן שהמכירה, במערכת היחסים בין החייב

לקונה, תקפה.

4. שו"ת הרשב"ש, תלט.

5. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 1.2.

6. על שעבוד הנכסים ראה שם, סעיף 2.3.

7. הלכה היא: "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין", משנה,

גיטין, ה, ב.

אם לא ימצא נכסים אחרים ברשות החייב.<sup>8</sup>

יש לשים לב לעובדה שהתלמוד, בעל הלכות פסוקות והרשב"ש דנים במקרקעין ויתכן שלא בכדי. יש עדיפות, לענין זה, למשכנתא שהנושה אוכל פירותיה, על משכון. במשכנתא ישנה תקופת מינימום (סתם משכנתא שתא<sup>9</sup> או אתרא דלא מסלקי<sup>10</sup>) שהחייב אינו יכול להוציא את הנושה מהקרקע, אף על ידי פרעון החוב.<sup>11</sup> מקבל המשכנתא דומה אפוא לשוכר שלגביו נאמר "זבניה או אורתיה, או יהביה במתנה, אומר לו: לא עדיפת מגברא דאתית מיניה".<sup>12</sup> כשם שהחייב אינו יכול לסלק את הנושה מאכילת הפירות, כך דינו של הקונה הבא מכוחו.

נראה שהלכה דומה תחול גם במטלטלין. המשכון יתר על שעבוד נכסים רגיל וסתם אפותיקי, והנושה זכאי לא רק להיפרע ממנו בהגיע מועד הפרעון, אלא גם להחזיקו ברשותו עד לפרעון החוב בפועל.<sup>13</sup> החייב אינו רשאי, על ידי בצוע עסקה מאוחרת, לשלול זכות זו מהנושה. הנושה ימסור את החזקה במשכון לידי הקונה, רק אם יקדימו לו את פרעון החוב.

- 
8. ראה: רמב"ן, בשיטה מקובצת, כתובות, נט, ב, ד"ה הא לא דמיא; חידושי הריטב"א, שם, ד"ה, מתקיף. יש המסיקים מהלכה זו של עדיפות מקבל המשכנתא על הלוקח, שלמשכנתא דין אפותיקי מפורש, ראה: רא"ה בשיטה מקובצת, שם, ד"ה וכתב הרא"ה. על משמעותה של דעה זו, ראה לעיל פרק ראשון סעיף 3.2.
9. בבא מציעא, סח, א.
10. שם, סז, ב.
11. במובן זה המשכנתא היא זכות קנין מובהקת "שהשעבוד הוא יכול לסלקו בזוזי מה שאין כן בשכירות ובשאר הקניינים", המאירי, בית הבחירה, נדרים, מו, ב ד"ה אמר המאירי. ראה עוד לעיל עמ' 101.
12. בבא מציעא, קא, ב.
13. ראה דעת המאירי, בית הבחירה, כתובות נט, ב ד"ה האומר.

הקונה רוכש אפוא את המשכון או המשכנתא בכפוף לזכותו של הנושה. עם העברת הבעלות לקונה חל פיצול בין החייב ובעל המשכנתא. ישנה נפקות חשובה, למצב זה, בסוגיית הריבית. הנושה יכול לאכול את פירות השדה, אף בלא לנכות את ערכם מסכום ההלוואה, היות ונותן הריבית, הקונה, אינו החייב "ולא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה".<sup>14</sup> הקונה רשאי לפדות את המשכון אך אינו חייב לפרוע את החוב.<sup>15</sup> הוא יהפוך לחייב, רק אם יקבל על עצמו, מפורשות<sup>16</sup> או מכללא,<sup>17</sup> את פרעון החוב. ראינו שהקונה אינו יכול לנשל את הנושה מזכויותיו, ברם תקפות המכירה, במי-שור היחסים בין החייב לקונה, אינה מוטלת בספק. המכירה תקפה מיד והבעלות עברה לקונה, אלא שהוא אינו יכול לממש את מלוא זכויותיו אלא לאחר הסתלקות הנושה. המש-כון הוא בבעלותו של החייב והוא זכאי על כן למוכרו לאחר. תוצאה זו מובנת לאור גישתו העקרונית של המשפט העברי שהמשכון אינו מכר חוזר. אם המשכון היה באותה עת בבעלותו של הנושה, החייב לא היה יכול למוכרו לאחר. הסכם למכירת נכס שאינו בבעלותו של המוכר נחשב כמכר דבר שאינו בעולם, ואינו תקף.<sup>18</sup> הראשונים מדגישים שעל פי דיני האומות בימי הביניים, המשכון עובר לבעלותו של הנושה, והחייב אינו יכול על כן למוכרו לצד שלישי.<sup>19</sup> אחד הראשונים מנמק את תקפות המכירה, בכך: "שאין

14. בבא מציעא, סט, ב. ראה רש"י, שם, עג, ב ד"ה לא שקילנא.

15. חידושי הריטב"א החדשים, שם, עג, ב ד"ה השתא.

16. בנימוקי יוסף על הרי"ף שם, מביא את הראב"ד המוכיח מלשון התלמוד "עד

דמסלקנא לך בזוזי", שרבא קיבל על עצמו את פרעון החוב. ברם ראה דקדוקי סופרים שם, אות י', שיש הגורסים "דיהיב לך זוזי" וכך אף משמע מרש"י ד"ה לא שקילנא.

17. כגון אם הקונה ידע על המשכנתא ושלם עבור הבית מחיר נמוך, ראה: המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה היה הלוקח.

18. ראה: רמב"ם, מכירה, כב, ה.

19. ראה דעת רבנו חננאל, בפסקי אור זרוע, בבא מציעא, רכט; מגיד משנה, מלווה ולווה, ז, ו.

זה קרוי דבר שלא בא לעולם, מאחר שבידו של ממשכן לסלק את בעל המשכונה בהגיע הזמן, וזכותו הוא שמכריי.<sup>20</sup> ברם זכות הקונה לסלק את בעל המשכונתא, אינה נשוא המכר, אלא היא נגזרת מהעברת הבעלות אליו. אין זה מכר דבר שלא בא לעולם, אלא העברת בעלות רגילה כשחלק מהזכויות המרכיבות אותה, מצויות זמנית בידי אחר.

לזכותו של החייב למכור את המשכון שבידי הנושה, השלכות חשובות במשכון שהותנה בו סעיף חילוט, היינו שהצדדים הסכימו שהמשכון יחולט לנושה, אם החוב לא ייפרע במועד. להלן כשנדון בסוגייה זו נראה, שהסכמה זו עלולה להיות לחייב לרועץ היות ובדרך כלל ערך המשכון עולה על שווי ההלוואה.<sup>21</sup> ברם, על פי האמור לעיל, אף חייב שאין לו כל נכסים זולת המשכון, יוכל להשתחרר מעולו של סעיף זה. הוא ימכור את המשכון שביד הנושה במחיר ריאלי, יפרע את החוב מתוך הסכום שנתקבל, וישאיר בידי את היתרה. אפשרות מכירתו של המשכון על ידי החייב נוטלת אפוא מעוקצו של סעיף החילוט. חייב שנמנע מלנקוט צעד זה, אין לו להלין אלא על עצמו.<sup>22</sup> במשפט הרומי, שעה שהכיר בסעיף חילוט, החייב לא היה יכול למכור את המשכון שביד הנושה, ובכך באו לידי ביטוי תוצאותיו החמורות של הסעיף.<sup>23</sup>

20. תלמיד הרשב"א. (בתוך שיטת הקדמונים, בבא מציעא, מהדורת בלוי, ניו-יורק,

תשכ"ז) עג, ב דייה מדברים אלו.

21. ראה להלן פרק רביעי סעיף 1.1.3.

22. ראה תוספות, בבא מציעא, סה, ב דייה לא תמכרם; פסקי הרא"ש, שם, פרק ה' סימן

כה. ראה עוד א' גולאק, החייב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 66, הערה 15.

23. ראה נ"צ נובל, הגות והלכה (ירושלים, תש"ל) עמ' 200.

### 3. המחאת חוב המובטח במשכון

#### 1.3 מ ב ו א

המחאת חוב הינה העברת זכותו של הנושה לצד שלישי הוא הנמחה.<sup>1</sup> בתורת המשפט הכללית נהוג לחלק את כלל נכסיו של אדם לשלושה: מקרקעין, מטלטלין וזכויות. בזכויות נכללים נכסים לא מוחשיים כסימני מסחר, זכויות יוצ-רים, חוב של פלוני לבעל הזכות, ועוד.<sup>2</sup> ערכו של נכס בכלכלה המודרנית מתבטא, בעיקר, במחיר שניתן להשיג במכירתו. לאפשרות מכירת נכס נודעת אפוא חשיבות מכרעת. שיטות המשפט החדשות מכירות בכך ומאפשרות עבירות זכויות כאילו היו נכסים ריאליים.<sup>3</sup> הלכה זו מקנה לזכויות ערך כלכלי בהווה. הרחבת מחזור הנכסים בשוק מביאה לפיתוח שוק האשראי, תשתיתה של הכלכלה המודרנית. שיטות המשפט העתיקות לא הכירו בהמחאת חוב.<sup>4</sup> באירופה שלטה הלכה זו עד שלהי ימי הביניים<sup>5</sup> ובתי-הדין של ה-Common Law באנגליה פסקו לפיה עד שנת 1873.<sup>6</sup> בעבר זכאי היה נושה לגבות חוב המגיע לו שלא באמצעות בית-דין.

1. מינוח זה, המקובל במשפט הישראלי (חוק המחאת חיובים תשכ"ט-1969), מקורו במשנה, בבא מציעא, ט, יב לענין העברת חבות. כאן נעסוק בהמחאת זכות בלבד.
2. ראה: J.W. Salmond, On Jurisprudence, 12<sup>th</sup> ed (London, 1966) p. 413.
3. ראה סעיף 1 לחוק המחאת חיובים הני"ל. לשיטות משפט אחרות, ראה: ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תל אביב, תשלי"ד) פרק אי עמ' 285 הערה 2.
4. ראה: א' גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 98.
5. ראה: R. Hübner, History of Germanic Private Law (New York, 1968) p. 533; J. Brrissaud, History of French Private Law (New York, 1968) p. 532-533.
6. ראה: W.W. Buckland and A.D. McNair, Roman Law and Common Law 2nd ed (Cambridge, 1952) p. 309.

בעת העתיקה תפס הנושה את גוף החייב לפרעון חוב (עבדות, מאסר על חוב)<sup>7</sup> ובימי הביניים תפס במישרין את נכסיו של זה. במצב זה יש חשיבות מרובה לאישיותו של הנושה. החייב בחר כנושה אדם נוח ועלול למצוא עצמו עקב המחאה חייב כסף לאדם אלים. אין להרע אפוא את מצבו של החייב על ידי חילופי נושים.<sup>8</sup> המשפט לא הכיר בהמחאת חוב אלא אם הסכים לה החייב. שיטות המשפט המודרניות אינן מכירות יותר בגביית חוב פרטית. המניעה להכרה גמורה בהמחאת חוב, הוסרה. ההתפתחות הכלכלית תרמה אף היא תרומה מכרעת לשינוי ההלכה.

מה יחסו של המשפט העברי להמחאת חוב? מאז ומעולם לא הכירה ההלכה במכירת נכסי חייב שלא באמצעות בית-דין,<sup>9</sup> לא כל שכן בשעבוד גופו.<sup>10</sup> מבחינה זו אין לאישיות הנושה משקל מיוחד. צדק לכאורה גולאק בקובעו כי: "דיני התלמוד לא ראו בו (בחוב) קשר אישי vinculum iuris בלבד, שנאמר עליו שהוא קיים רק בין אנשים ידועים, ולפיכך אפשר היה מצד הדין שיתחלפו נושאי החוב על ידי מסירתו מאדם לחבירו."<sup>11</sup>

על אף האמור לא הכיר דין תורה בהמחאת חוב.<sup>12</sup> דרכי הקנין המובאות בתורה

- 
7. ראה: מ' אלון, חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) עמ' 11-16.
8. Brrissaud, הערה 5 לעיל, שם; צלטנר, הערה 3 לעיל, עמ' 284-285.
9. ראה משנה, בבא מציעא, ט, יג: "המלווה את חבירו לא ימשכנו אלא בבית דין". דין זה אינו חל, לדעת רבינו תם (ספר הישר חלק החידושים מהדורת שלזינגר, ירושלים, תשלי"ד, סימן תרי"ב, עמ' 354-355) על תפיסת נכסים לשם פרעון, אלא שגם הוא מודה שמכירת הנכסים נעשית על ידי בית דין בלבד.
10. ראה הערה 20 להלן והטקסט ליד הערה 128.
11. גולאק, הערה 4 לעיל, עמ' 96.
12. כך סוברים רוב הראשונים, ראה: רמב"ם, מכירה, ו, יב; תוספות, בבא בתרא, עו, ב ד"ה קני לך; ר"ן על רי"ף, כתובות פה, ב ד"ה המוכר ורבים אחרים.

ובתלמוד מתאימות להעברת נכסים ריאליים,<sup>13</sup> ובהמחאת חוב אין יותר מהעברת זכות גרידא. הנמחה רוכש אף את שעבוד מקרקעי החייב הנלווה לחוב, אך זכות זו אינה חשובה כהעברת המקרקעין: "ושעבוד שיש לו על נכסי הלווה אינו גוף שיכול להקנו-תו"<sup>14</sup> אף מסירת שטר החוב לנמחה אינה משווה לעסקה אופי ריאלי. ערכו החפצי של שטר החוב הוא אפסי "שטרות אין גופן ממוני"<sup>15</sup> והנמחה משלם עבור הזכות ששטר החוב מעיד על קיומה. דרך הקניין למטלטלין, משיכת הקונה בנשוא המכר, אינה יפה לכאן היות והמחאת חוב הינה מכירת זכות ולא מכירת מטלטל. הווי אומר; מדין תורה מכירת זכויות אינה מוכרת, בלשון המאירי: "המוכר שטר חוב לחבירו, אין לו שום קנייה מן התורה, שהרי הוא מוכר הראייה ואין הראייה נקנית"<sup>16</sup>, "שהמכירה בדבר שאין בו ממש אינה מכירה גמורה, והרי אין כאן אלא מכירת זכות, אלא שחכמים תקנו בה מכירה מתקון העולם"<sup>17,18</sup>.

דיעה זו אינה נחלת הכל. רבינו תם סבור "שמכירת שטרות דאורייתא"<sup>19</sup>,

- 
13. ראה סוגיית הבבלי, קידושין, כו, א.
14. חידושי הרשב"א, גיטין, יג, ב די"ה ולענין.
15. שבועות, ו, ב.
16. המאירי, בית הבחירה, בבא בתרא, עו, א די"ה זה שביארנו.
17. המאירי, בית הבחירה, כתובות, פה, ב די"ה המוכר שטר חוב.
18. ראה גם שי אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל אביב, תשל"ו) עמ' 577-579.
- לדעתו: "אין אדם יכול להעביר ולהמחות חוב שאינו בעין, לפי שניתן להוצאה, שאין דרך בני אדם לסמוך דעתם ולגמור לקנות ולהקנות את החוב" (עמ' 579).
19. ראה: תוספות, בבא בתרא, עו, ב די"ה קני; פסקי הרא"ש, כתובות, פרק ט', סימן י; ר"ן על רי"ף, שם, פה, ב די"ה המוכר. רבינו תם חזר בו מן הדעה שהמכירה אינה תקיפה מן התורה ראה תוספות, שם, פה, ב די"ה המוכר.

המחאת שטר חוב תופסת מדין תורה. בחוב שבשטר שני אלמנטים, שעבוד הגוף<sup>20</sup> ושעבוד נכסים, גופו של החייב ונכסיו משועבדים לפרעון החוב. שעבוד הנכסים הוא זכות קנינית שיש לנושה במקרקעי החייב. וזו עבירה, לדעת רבנו תם, כשם שעבירת הבעלות וזכויות אחרות במקרקעין: "כשם שקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה כך שכירות (קרקע) נקנית בכסף ובשטר ובחזקה".<sup>21</sup> האלמנט השני, שעבוד הגוף אינו עביר כלל, לדעת רבנו תם. רבנו תם מסכים אפוא שדין תורה אינו מכיר בהמחאת זכות אלא ששעבוד נכסים הוא, לדידו, דבר בעין. החולקים עליו סוברים ששעבוד הנכסים הוא דבר שאינו בעין.<sup>22</sup>

המציאות הכלכלית דחפה לשינוי הדין הקיים.<sup>23</sup> אדם עלול להמנע ממתן הלוואות אם לא יעמדו לרשותו אמצעים למימוש זכויותיו לפני מועד הפרעון. אין להפלות בין אדם שהלווה כספו לזולת, לבין זה שבחר להחזיק בכספו. שינוי הדין בא בדרך של תקנה, ומקורות תנאיים מזכירים כבר מכירת שטרות.<sup>24</sup> ברם ההכרה בהמחאת חוב לא

- 
20. השימוש במונח "שעבוד הגוף" אינו ברור היות והנושה רשאי להיפרע מנכסיו של החייב ולא מגופו. הרב הרצוג בספרו The Main Institutions of Jewish Law (London, 1965) vol 1, pp. 48-49 רואה בכך שריד לנוהג קדום, מלפני מתן תורה, לשעבוד גופו של החייב. ראה עוד אלון, לעיל הערה 7, עמ' 18-19 והערה 39 והטקסט להלן ליד הערה 128.
21. בבא מציעא, צט, ב. ראה תוספות, בבא בתרא, וכתובות, לעיל הערה 10: "ואם תאמר אמאי לא קני מדאורייתא גם שעבוד הקרקע הכתובה בו, דהא קרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה", "יתימה לר"י היאך יכול למכור החוב, דבשלמא כשיש ללווה קרקעות מוכר לו אותו שעבוד שיש לו על הקרקעות, אבל כשאין לו כלום מה מוכר לו".
22. ראה הערה 14 לעיל.
23. ראה פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ה, סימן ד: "חכמים תיקנו שיחול עליהם (על שטרות) מקח, לפי שפעמים צריך המלווה למכור חובו מפני דוחקו".
24. משנה, כתובות, יא, ג; תוספתא, בבא מציעא, ד, ג. על המחאת חוב ראה עוד לעיל עמ' 156-157.

היתה שלמה ולכך נייחד דברים בהמשך.<sup>25</sup>

דרכי המחאת חוב לפי התלמוד הבבלי הן שתיים:<sup>26</sup> א. כתיבה ומסירה - מסקנת התלמוד "אותיות נקנות בכתיבה ומסירה".<sup>27</sup> הממחה מוסר לנמחה את שטר החוב שיש לו על החייב (= מסירה) וכותב לו בנוסח זה: "קני לך הוא (השטר הראשון) וכל שעבודא דביה" (= כתיבה).<sup>28</sup> ב. מעמד שלשתן - במעמד שלושת הצדדים: החייב, הנושה והנמחה, אומר הנושה לחייב: "מנה לי בידך תנהו לו לפלוני (הנמחה)".<sup>29</sup> אופיה המשפטי של פעולה זו אינו ברור והיא בפי התלמוד "הלכתא בלא טעמא".<sup>30</sup>

דרכים אלו לא התאימו עוד למציאות הכלכלית באירופה של ימי הביניים. עסקי הסוחר היהודי התרחבו מעבר לגבולות העיר והמדינה בה ישב.<sup>31</sup> דרך "הכתיבה ומסירה" מיוחדת להלוואות בשטר ואלו לא היו שכיחות.<sup>32</sup> נושים דאגו לקחת משכון ולא ראו

---

25. ראה להלן הטקסט ליד הערה 81 ואילך. מלבד המחאת חוב לא התירו חז"ל העברת זכויות אחרות.

26. בעקיפין, אפשר להגיע לתוצאה של המחאת חוב בדרך אחרת, הרשאה. על הרשאה

ראה גולאק, לעיל הערה 4, עמ' 97-99; אלבק, לעיל הערה 18, עמ' 591-595.

27. גירסת רוב הראשונים בדברי אמימר, בבא בתרא, עז, א. ראה גם שוייט, חו"מ,

סו, א.

28. שם, עו, ב.

29. גיטין, יג, ב.

30. שם, יד, א.

31. ראה: Irving A. Agus, Urban-Civilization in Pre-Crusade Europe (New

York, 1968) vol. 1, chap. 1.

32. ראה: ח' סולובייצ'יק, משכון וערב: שני מחקרים בריבית ובתולדות ההלכה,

חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית (ירושלים,

תשל"ב) עמ' 12.

צורך בנוסף לכך, לכתוב שטר חוב.<sup>33</sup> לשעבוד מקרקעי החייב לא היה ערך, היות  
וברשות היהודים כמעט לא היו קרקעות. המשכון מילא בהצלחה את הפונקציה הראייתית  
של השטר.<sup>33א</sup> הדרך השנייה, מעמד שלשתן, היתה יעילה בחברה סטטית בה שלושת הצדדים  
לעסקה גרים בקירוב מקום, ברם המציאות באירופה בתקופת הראשונים היתה כאמור שונה.  
בסעיף זה ננכיח קיומה של דרך נוספת להמחאת חוב. זו חבוייה בין שיטי התל-  
מוד הבבלי וכמעט שלא עמדו עליה חוקרים.<sup>34</sup> חוב המובטח במשכון עביר, לדעתנו,  
במשיכת הנמחה במשכון. לבחינת מהותה של המחאה זו יוקדשו החלקים הבאים.

### 2.3 המחאת חוב במשיכת המשכון

עמדנו לעיל על קיומה של דרך שלישית להמחאת חוב. העברת חוב המובטח במשכון  
מתבצעת במסירת המשכון לנמחה. משיכתו במשכון מעבירה לרשותו את הבעלות בחוב  
ומעתה הוא הנושה הישיר של החייב. דרך זו להעברת בעלות, משיכה, מיוחדת למטלטלין  
שם ניתן לבצע משיכה בנשוא המכר.<sup>35</sup> יישומה לענין המחאת חוב הוא חידוש שעל מלוא  
משמעותו נעמוד בהמשך הסעיף. מקורה של ההלכה בסוגייה קצרה במסכת קידושין, ומן  
הראוי להביאה בשלמותה:

33. אף בתקופת התנאים לא נהגו לכתוב שטר בהלוואה על משכון, ראה לשון הברייתא

בבא מציעא, פא, ב; שבועות מג, ב: "המלוה את חבירו על המשכון... אבל  
הלווהו אלף זוז בשטר והניח לו משכון עליהם...".

33א. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 1.1.

34. החוקרים דלעיל חוץ מסולובייצ'יק, לעיל הערה 32, לא התייחסו כלל להמחאת חוב

זו.

35. משנה, קידושין, א, ה.

"אמר רבא אמר רב נחמן: אמר לה 'התקדשי לי במנה' והניח לה משכון עליה אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן. איתביה רבא לרב נחמן: קידשה במשכון מקודשת! התם במשכון דאחרים, וכדורבי יצחק, דאמר רב יצחק: מנין לבעל חוב שקונה משכון שנאמר 'ולך תהיה צדקה' אם אינו קונה משכון צדקה מנין? מכאן לבעל חוב שקונה משכון".<sup>36</sup>

על פי מסקנת הסוגייה, נושה רשאי לקדש אשה במשכון של אחרים המוחזק ברשותו. כיצד הוא מעשה הקידושין? שנינו: "האשה נקנית (= מתקדשת) בשלושה דרכים: נקנית בכסף, בשטר ובביאה. בכסף כיצד? נתן לה כסף או שווה כסף, אמר לה 'הרי את מקודשת לי'... הרי זו מקודשת".<sup>37</sup> סוגייתנו עוסקת בקידושי כסף והשאלה המתעוררת היא מהו הכסף או שווה הכסף שהאשה קיבלה מיד המקדש. לשון אחר, מהו לדידה, משמעותו הכספית של "משכון דאחרים"? פשוטה של לשון "קדשה במשכון מקודשת" מורה שהקידושין נערכו בגופו של מש- כון. האשה קיבלה לשם קידושין, כחפץ שווה כסף, את המשכון. ברם הסוגייה אינה יכולה להתפרש כך מהסיבות הבאות:

א. הכסף או שווה הכסף נשוא הקידושין צריך להשאר בידי האשה, והאפשרות להוציא מרשותה את נכס הקידושין מביאה לבטלותם. האשה אינה סומכת על נכס כזה ובאין גמירת דעת אין קנין.<sup>38</sup> זכות החייב לפדיון המשכון היא מעקרונות היסוד של דיני המשכון ומשמשת אבן בחן להבדיל בין עסקת מישכון למכר. החייב זכאי אפוא,

36. בבלי, קידושין, ח, א - ח, ב, וראה עוד לעיל פרק ראשון, סעיף 4.3.3.3.

37. תוספתא, קידושין, א, א.

38. בבלי, קידושין, מז, ב - מח, א.

כנגד פרעון החוב, לקבל חזרה את המשכון:

צירוף שתי הנחות אלו מערער את תוקפם של קידושין במשכון. כיצד יהיו

תקיפים קידושין שביצע נושה במשכון של חייב, אם זה האחרון יכול להוציא את המשכון מרשות האשה?<sup>39</sup>

ב. פעולת הקידושין, מזוית הראייה של דיני הממונות, היא עסקה לכל דבר,

אחת מדרכי העברה של נכס מאדם לחבירו. דרכים אילו דין אחד להם, "קידושין כמכירה הם בגופו של משכון הוא צריך לקדש".<sup>39</sup> כשם שאין הנושה רשאי למכור או ליתן במתנה את המשכון שאינו שלו, כך הוא אינו רשאי לקדש בו אשה.

ג. השימוש במשכון הוא תוספת על הקרן ואסור על נושה מצד הלכות ריבית.<sup>40</sup>

הוא הדין לכאורה שימוש לשם קידושין. אם כן מדוע תקיפים קידושין שביצע נושה במשכון, האין בתקיפותם משום סתירה לכלל האמור?<sup>41</sup>

שלוש הסיבות שורש אחד להן. המשכון אינו של הנושה והוא אינו רשאי לעשות

בו מאומה. המקדש במשכון מסר לאשה חפץ לא לו והרי זה כמקדש בגזל שאינה מקודשת.<sup>42</sup>

מכל האמור עולה שהגמרא אינה דנה כלל בקידושין בגוף המשכון. המשכון כחפץ

אינו ראוי לשמש את הנושה לקידושי כסף.<sup>43</sup> הסוגיה כולה סובבת על ציר אחר. הנושה

39. חידושי הרמב"ן, קידושין, ח, ב ד"ה ובמשכון דאחרים.

40. בבלי, בבא מציעא, קיד, ב, וראה לעיל עמ' 214.

41. אפשר לומר שהשימוש במשכון מהווה "אבק ריבית שאינה יוצאה בדינין" בבלי,

בבא מציעא, סא, ב. המלווה אינו חייב להחזיר ללווה את דמי השימוש ולכן הקי-  
דושין תקיפים. ברם לפי זה אסור לעשות כן לכתחלה ולא משמע כך מסוגייתנו.

42. תוספתא, קידושין, ד, ה.

43. אם החייב לא פרע את החוב רשאי בית דין להעביר את המשכון לבעלות הנושה.

המשכון נחשב במקרה זה כגבוי לנושה למפרע משעת ההלוואה, ראה לעיל עמ' 216.

באופן זה קידושי אשה בגוף המשכון יתפסו למפרע, אולם אין זו פשוטה של

סוגיה, ראה: רמב"ן, לעיל הערה 39, ובעקבותיו רשב"א, וריטב"א, קידושין,

שם. אולם ראה דעת ר' אביגדור כ"ץ, שו"ת הרא"ש, לה, ב, 1.

קידש את האשה בחוב שיש לו על המשכון, "קדשה במשכון" פירושו בחוב שעל המשכון.<sup>43</sup> לשון אחר, הכסף נשוא הקידושין הינו נכס לא מוחשי-זכות, ופעולת הקידושין היא המחאת חוב. החוב, להבדיל מהמשכון, הוא של הנושה וכבעלים הוא רשאי להשתמש בו ולהעבירו לאחר.<sup>44</sup> האשה היא בעלת החוב אחר ההמחאה ואינה צריכה לחשוש עוד מפדיון המשכון. אדרבה, פדיון המשכון מהווה מימוש הזכות שעליה סמכה בשעת הקידושין. מעמדו של מקבל משכון דומה לזה של שואל. אף הוא אינו יכול לקדש אשה בחפץ המושאל כשלעצמו אלא בהנאתו, כשואל, מחפץ זה.<sup>45</sup>

פירוש זה הולם יפה את מבנה הסוגייה. הסוגייה פותחת במימרה של רב נחמן: "אמר לה 'התקדשי לי במנה' והניח לה משכון עליה...". קרי הקידושין הם בכסף ולא בשווה כסף. רבא מקשה על רב נחמן מהלכת הברייתא "קדשה במשכון מקודשת". יסודה של הקושייה בהנחה שאף בברייתא המקדש אמר לאשה 'התקדשי לי במנה'.<sup>46</sup> הנחה זו אינה משתנה בתרוץ הגמרא "התם במשכון דאחרים". הגורם המשתנה הוא הבעלות על החוב וה-משכון - "משכון דאחרים", הגורם הקבוע - הקידושין "במנה", בחוב ולא בחפץ. מבנה הסוגייה הוא כדלהלן:

- 
- 43א. במספר מקורות רמוזה גרסה מפורשת בתלמוד "המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת מדרי' יצחק", ראה: רמב"ן, מלחמות ה', שבועות, מד, א ד"ה ועוד כתב הרי"ף; חידושי הרשב"א, גיטין לז, א ד"ה ועוד הא דאמרינן; שיטה קדמונית, קידושין (מהדורת הילמן, בני ברק, תשל"ב) מח, א ד"ה כי פליגי. בכתבי היד ובקטעי גניזה שלפנינו, לא מצאתי גרסה זו.
44. מטעם זה השימוש בו אינו מהווה ריבית, ראה גם: ערוך השלחן, אבהע"ז, כח, נח.
45. ראה שו"ת הרא"ש, לעיל הערה 43.
46. ראה גירסת כ"י אוקספורד-בודלי 367 (Opp.-248): "איתיביה רבא לרב נחמן "קדשה במשכון מקודשת", מאי לאו משכון כי האי גוונא? לא משכון דאחרים...". כך גם בהלכות פסוקות, מהדורת ששון (ירושלים, תשי"א) עמ' קח; וראה עוד, המיוחס לר"י הזקן, על אתר.

אמר רבא אמר רב נחמן 'התקדשי לי במנה' והניח לה משכון עליה אינה מקודשת מנה אין ...

מקודשת	במשכון	קדשה	איתיביה רבא לרב נחמן
(מקודשת) ...	במשכון דאחרים		התם
"בעל חוב			
קונה משכון"			

דברי המקדש. 'התקדשי לי במנה' אינם משתנים לאורכה של הסוגייה. מצאנו אפוא סוגייה נוספת שעניינה המחאת חוב ושומה עלינו לברר טיבה של המחאה זו.

כיצד נעשתה המחאת החוב? שתי הדרכים המקובלות אינן באות בחשבון. "כתיבה ומסירה"<sup>47</sup> מניחה קיומו של שטר ואין לכך רמז בסוגייה. מאותה סיבה אין לפרש שהמחאה נעשתה "במעמד שלשתן", היות ונוכחותו של החייב אינה מוזכרת כתנאי לתקיפות הקידושין. סוגייה זו ממנה אבן פינה לדרך אחרת להמחאת חוב - המחאה על ידי העברת משכון. משיכת המשכון על ידי הנמחה מעבירה אליו את החוב. "קדשה במשכון" בסו-גייתנו, פירושו: קידושין בחוב שהעברתו התבצעה במשיכת המשכון.

על שום מה תקיפה המחאה זו? הסוגייה עצמה נותנת תשובה לכך: "התם במשכון דאחרים וכדרכי יצחק דאמר מנין לבעל חוב שקונה משכון...". בדינו של רבי יצחק טמון המפתח להבנת מהותה של המחאה. לעיל כשעסקנו בבאורה של ההלכה "בעל חוב קונה משכון" עמדנו על שתי דרכים: "קונה" במובן בעלות, היינו: הנושה הוא בעליו של המשכון משעת ההלוואה ועד לפדיון בפועל על ידי החייב, או במובן זכות קניינית פחותה מבעלות, והנושה רוכש, לדעה זו, זכות קניינית במשכון.<sup>48</sup> הדגשנו לעיל שאנו נוטים לבאור האחרון<sup>49</sup> ונפתח על כן בניתוח הסוגייה לפי שיטה זו.

47. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 27.

48. ראה לעיל פרק ראשון סעיפים 2.3.3 ו-6.3.3.3.

49. ראה לעיל עמ' 77-78 ו-98.

דינו של רבי יצחק משפיע על סיווגו הנכסי של החוב. החוב שעל המשכון חדל להיות זכות ערטילאית והפך לזכות בנכס מטלטל. לנושה, כאמור, זכות קניינית בנכס מוחשי, במשכון. השוואת חוב זה לחוב רגיל מסייעת להבהיר את הרעיון. לשטר חוב כחפץ אין ערך ולעומת זאת ערכו של המשכון עולה, דרך כלל, על סכום ההלוואה.<sup>50, 51</sup> השטר מהווה ראייה לקיום חוב, המשכון הוא החוב גופו, וזכותו של הנושה מגולמת כביכול במשכון. שעבוד הנכסים בחוב רגיל הוא כללי ואינו מתייחס לנכס ספציפי. לא כן זכותו הקניינית של הנושה במשכון,<sup>52</sup> ולכן: "שעבוד (נכסים) שיש לו על נכסי לווה אינו גוף שיכול להקנותו... מה שאין כן במלוה על המשכון, שהמשכון קנוי לו, וזכות שיש לו בגוף המשכון הוא מוכר לו".<sup>53</sup>

החוב המובטח במשכון הוא אפוא זכות בנכס מטלטל, ועל המחאתו חלים הדינים לענין העברת הבעלות במטלטלין.<sup>54</sup> משיכתו של הנמחה (= הקונה) בנשוא המכר, המשכון, מעבירה אליו אף את החוב. עקרון זה נוסח בבהירות ובהרחבה על ידי ר' שמואל הסרדי, כדלהלן:

"ומסתברא דחוב על משכון מטלטלין, כיון דמסר ליה ניהליה (לנמחה) קני ליה, אף על גב דלא כתב ליה מידי, ואף על גב דלא מסר ליה שטרא דאית ליה עליהו, אי נמי אם הלוח עליה בלא שטר. מכי מסר המטלטלין של משכונו לחבירו וזכהו לו מלוה שיש לו עליה ומשך המטלטלין,

50. ראה לעיל עמ' 159.

51. טעם זה לבדו אינו מספיק שהרי החוב הוא נשוא העברה ולא המשכון. זכותו הקניינית של הנושה במשכון, גילומו כביכול של החוב במשכון, מסייעת להתגבר על קושי זה.

52. ראה לעיל עמ' 77-78.

53. רשב"א, לעיל הערה 14.

54. ראה הערה 35 לעיל.

קנה החוב. מידי דהוה אאשה, שאם קדשה במשכון  
 דאחרים שהיא מקודשת, מפני שבעל החוב יש לו קצת  
 קנין<sup>55</sup> בגופו של משכון. ואף על פי שאינו קונה  
 גופו של משכון, מכל מקום קני ליה כנגד חובו  
 וזה הבא אחריו זוכה במשיכתו ובתפיסתו מכח הראשון<sup>56</sup>  
 מכאן מצאה ההלכה את דרכה לספרות הפוסקים.<sup>57</sup>

55. אין ספק שמטבע לשון זה שאול מרמבי"ם אישות ה, כג, כדלהלן:

"היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים, וקידש בו אשה, אף על פי  
 שאינו שלו הרי זו מקודשת, מפני שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו  
 של משכון"

מבחינה תחבירית "וקידש בו" - במשכון, אך הכוונה היא בחוב שעל המשכון  
 העובר עם מסירת המשכון. "מקצת קנין" בפי חכמי ספרד היא זכות קניינית,  
 להבדיל מקנין גמור, בעלות, ראה לעיל עמ' 96. ר' יוסף קארו הנוקט דרך  
 כלל את לשון רמב"ם, ניסח הלכה זו כדלהלן:

"היה לו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה (ולא כתב  
 "אע"פ שאינו שלו"), הרי זו מקודשת, לפי שבעל חוב יש לו קנין  
 (ולא "מקצת קנין") בגופו של משכון" (שו"ע, אבהע"ז, כח, יב).

אם שינויים אלו מצביעים על כך שהקידושין לדידו הן במשכון גופו, הדבר  
 תמוה, וכבר הוכחנו לעיל (הטקסט ליד הערה 37 ואילך) שהסוגייה אינה יכולה  
 להתפרש כך. יתר על כן, ר"י קארו אימץ את הלכת ספר התרומות (להלן בהערה  
 הבאה) המתבססת על פירוש שונה בסוגייה האמורה.

56. ספר התרומות נא, ד, ז. הציטוט על פי מהדורת גידולי תרומה (ונציה, ת"ג).

57. ראה: טור, חו"מ, סו, ז; שו"ע, שם, סו, ח.

רי"ש הסרדי אינו הראשון<sup>58</sup> שעמד על הלכה זו ועל מקורה בסוגייתנו. ספר התרומות מהווה אוסף גדול של תורת ספרד ודבריו משקפים לרוב דעות קדומות. הלכה זו מבוססת על דברי רי"י מגא"ש, דלהלן: "... הלכך כיון שקנה (הנושה) גוף המשכון להיא זכותא שהיא השעבוד, כי מקדש ביה איתתא מקדשה ליה",<sup>59</sup> "כי מקדשה במשכון דאחרים אינו עשוי לחזור אצלו (= אין לנושה זכות לפדיון המשכון) ובעל המשכון פודה אותו מאשה עצמה, שקידש אותה בזכות שיש לו על אותו המשכון".<sup>60</sup> פחות מפור-שים נמצאים הדברים אף אצל רבינו-חננאל.<sup>61</sup>

לשם השלמה חייבים אנו את ההערה הבאה. ביסוד פירושינו בסוגייה, הנחה שאינה מוסכמת על הכל. הנחנו שדינו של רבי יצחק אמור לענין משכון נשוא דיוננו, שהחייב מוסר לנושה בשעת ההלוואה. חכמי ספרד אוחזים אמנם בדיעה זו, אך לא כן חכמי אשכנז ופרובנס. אלו סבורים שהלכת רבי יצחק נאמרה במשכון שבית-דין מסר לנושה אחר מועד הפרעון, דהיינו רק לענין עבוט.<sup>62</sup> "קונה" בדברי רבי יצחק מתפרש אליבא דידם כלשון ראשון דלעיל, והנושה הוא בעליו של המשכון עד לפרעון החוב. מיישומה של תפיסה זו בסוגייתנו, עולות לכאורה שתי מסקנות: א. הסתמכות הסוגייה על רבי יצחק מורה שנדון בה "משכון שלא בשעת הלוואתו". מכאן, אם נושה מסר לאשה, לשם קידושין, משכון רגיל, הקידושין אינם תופסים. ב. הנושה כבעליו של המשכון מקדש את האשה בגופו ולא בחוב, והסוגייה אינה דנה כלל בהמחאת חוב. ברם לאחר העיון מסתבר שלמסקנה השנייה אין כל יסוד. הסיבות שהניעו אותנו

58. שלא כסולובייצ'יק, לעיל הערה 32, עמ' 14 והערה 34.

59. חידושי הרי"י מיגאש, שבועות, מג, ב ד"ה נקטינן.

60. ספר העיטור (ונציה, שסי"ח) קז, ד - קח, א; מהדורת רמ"י, עו, ב. הציטוט

על פי מהדורת ונציה בה נוסח הדברים מדויק יותר.

61. ב"מ לוין, אוצר הגאונים, פירושי רי"ח, קידושין, ח, ב ד"ה אמר רבא.

62. ראה לעיל פרק ראשון, סעיף 6.3.3.3.

לפרש את הסוגייה כקידושין בחוב שעל המשכון,<sup>63</sup> יפות אף לענין "משכון שלא בשעת הלוואתו". הנושה אינו רשאי למכור או ליתן במתנה משכון זה ולחייב זכות לפדותו בכל עת. מסירת המשכון לאשה על ידי הנושה היא לכל היותר "מתנה על מנת להחזיר" וזו אינה מספיקה לשם קידושין.<sup>64</sup> יתר על כן, האיסור בתלמוד על שימוש הנושה במשכון מתייחס למשכון שלא בשעת הלוואתו<sup>65</sup> וכיצד רשאי הנושה להשתמש בו לקידושי אשה? על כרחנו גם לשיטה זו הסוגייה מתפרשת כהמחאת חוב, כקידושין בחוב שעל המשכון. נותרה לבדיקה המסקנה הראשונה, האם קידושין במשכון בשעת הלוואתו אינם תקיפים? בנקודה זו נחלקו הדעות. מרבית חכמי פרובנס סבורים שקידושין בכגון דא תקיפים. דעתם מוצגת בבהירות על ידי מחברה האלמוני<sup>66</sup> של "שיטה לא נודעה למי" על מסכת קידושין:

"כיון דאמר רבי יצחק במשכנו שלא בשעת הלוואתו  
דקני ליה לגמרי, נילף מיניה למשכון בשעת הלוואה,  
דקני ליה מיהא לשעבוד מעותיו ומצי לאקנויי לאח-  
ריני זכותא דאית ליה בגווייה במשיכתו".<sup>67</sup>

בקיצור נאמרו הדברים גם על ידי המאירי: "ומאחר שבמשכנו שלא בשעת הלוואה קונה משכון לגמרי, אף בשעת הלוואה חשוב שעבוד שיש לו עליו להתקדש בו בנתינת המשכון".<sup>68</sup> קרובים לדעה זו דברי התוספות על אתר: "כיון דבעל חוב קונה משכון

63. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 38 ואילך.

64. בבלי, קידושין, ו, ב.

65. ראה הערה 40 לעיל.

66. הרב זקייש, מהדיר הוצאת ירושלים תשכ"ח משער במבוא שם, שהמחבר הוא תלמיד רשביא ממונטשפליר, מחכמי פרובנס.

67. קידושין, ח, ב ד"ה התם.

68. בית הבחירה שם, ד"ה קדשה במשכון.

שלא בשעת הלוואה קנין גמור עד שיפדה, בשעת הלוואה נמי אלים שעבודיה לחשב ממון לקדש בו את האשה".<sup>69</sup> חכמי פרובנס הגיעו, בדרך אחרת, לפירושם של חכמי ספרד בסוגייה. הקידושין, לדעתם, נעשו בחוב המובטח ב"משכון בשעת הלוואתו", כאשר החוב עבר לאשה במשיכת המשכון. ברם, הלכה זו אינה נובעת במישרין מדברי רבי יצחק כשיטת ספרד, אלא זה משפיע, בעקיפין על "משכון בשעת הלוואתו". לאינטרפר-טציה זו אין הכרח בתלמוד. חכמי אשכנז סבורים שקידושין במשכון בשעת הלוואתו אינם תקיפים.<sup>70</sup> הסוגייה נסמכת על הלכת רבי יצחק ונאמרה לענין משכון שלא בשעת הלוואתו בלבד.

להלן נראה שבאשכנז ופרובנס הכירו, כבר בתחילת תקופת הראשונים, באפשרות המחאת חוב במשיכת משכון.<sup>71</sup> בדרך זו נהגו להעביר משכון של נכרי מיהודי לחבירו. ברם המחאה זו מצויה בעסקי יהודים ללא קשר לסוגיית הריבית<sup>72</sup> ואין על כן לראות בה החלת המשפט הזר לגבי הגוי.<sup>73</sup> הלכה זו צריכה עיון. מנין שאבו חכמי אשכנז ופרובנס דרך זו של המחאת חוב. המקור התלמודי היחיד ממנו עולה לכאורה הלכה זו, פורש על ידם בפנים אחרות. תמוהה במיוחד דעתם של חכמי אשכנז. אם יפה דרך זו

---

69. תוספות, שם, ד"ה משכון דאחרים. ברם התוספות משתמשים בדרך זו לביאור הסוגיות המקבילות בפסחים וגיטין, שם משמעות הדבר שונה. על הקשיים בבאור שיטת תוספות ראה לעיל עמ' 87 ו-92-93.

70. ראה: תוספות, גיטין, לז, א ד"ה שאני; תוספות, בבא מציעא, פב, ב ד"ה איתמר; פסקי הרא"ש, קידושין, א, י; שו"ע, אבהע"ז, כח, יב בהג"ה.

71. ראה להלן הטקסט ליד הערה 105 ואילך.

72. ראה תשובת ר' יהודה הכהן תלמיד רגמ"ה, בעל ספר הדינים, שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, תתצג (ספר הדינים, הוצאת מרכז זלמן שזר, ירושלים תשל"ז, עמוד 45).

73. ראה שו"ת בנימין זאב, שסט.

למטרות מסחריות, מה טעם אינה חלה על קידושי אשה.<sup>74</sup> בהקשר זה ענין מיוחד לנו בפירושו של רשיי בסוגייה. רשיי נמנה על הראשונים באשכנז שהשתמשו בהמחאת חוב במשיכת משכון לצורך הלכות ריבית.<sup>75</sup> בפירושו לסוגייה אומר רשיי כדלהלן:

"במשכון דאחרים - שהיה בידו, וקדשה בחוב שיש

לו עליו הלכך מקודשת שהמשכון עצמו קנוי להי".<sup>76</sup>

שתי נקודות מבהיר לנו רשיי: א. הסוגייה עוסקת בקידושין בחוב שעל המשכון. ב. החוב בר המחאה היות "שהמשכון עצמו קנוי להי". קנין הנושה במשכון מאפשר את ההמחאה. מכאן ואילך נפרדו דרכי רשיי וחכמי ספרד. רשיי נמנה על הסוברים שדינו של רבי יצחק אינו חל על משכון בשעת הלוואתו.<sup>77</sup> בסוגייתנו הוא סובר כנראה שקי-דושין במשכון בשעת הלוואתו אינם תקיפים.<sup>78</sup> אף רשיי לא נמלט אפוא מהקושי היסודי בשיטת חכמי אשכנז והדברים צריכים עדיין לבון וברור יסודיים.<sup>79</sup> על כל פנים

---

74. ראה דברי ראבי"ה, במרדכי, קידושין, תפו, לענין המקדש אשה במשכנו של גוי.

75. ראה להלן הערה 111.

76. רשיי, קידושין, ח, ב די"ה במשכון דאחרים.

77. ראה: מרדכי, שבועות, תשעה.

78. ראה המאירי, הערה 68 לעיל; "וגדולי הרבנים חולקין לומר שבמשכנו בשעת

הלוואתו אינה מקודשת, הואיל ואינה קונה משכון". "גדולי הרבנים" הוא

כינוריו של רשיי בפי המחבר.

79. לדעת סולובייצ'יק, הערה 32 לעיל, עמוד 9 ואילך, אמצו חכמי אשכנז בסוגייה

זו עקרונות זרים, מהמשפט הגרמני של אותה תקופה. אין מקום במסגרת זו

לדיון מקיף בשיטתו ובראיותיו ונסתפק על כן בהערה אחת. הנחת יסוד, העוברת

כחוט השני במחקרו, היא שהמחאת חוב בהעברת משכון תיתכן רק אם לנושה בעלות

במשכון, תפיסה שאינה מקובלת על המשפט העברי. נראה לנו שהנחה זו אינה

מבוססת כל צורכה. לתקיפות ההמחאה די בבעלות הנושה בחוב ואין צורך בבעלו-

תו על המשכון. ראה הטקסט לעיל ליד הערה 50 ואילך. אם כי דברינו דלעיל

לא נאמרו אליבא דחכמי אשכנז עליהם דן סולובייצ'יק, ואין כאן מקום להאריך.

הדברים עולים יפה לשיטתנו שאף חכמי אשכנז, שעה שעסקו במציאות ימיהם ולא בפרש-  
נותה של סוגייה תלמודית, ייחסו למשכון תכונות קנייניות.<sup>80</sup>

על המחאת חוב בכתובה ומסירה אומר שמואל: "המוכר שטר חוב לחבירו וחזר  
ומחלו, מחול".<sup>81</sup> המחאת החוב אינה מוחלטת, והנושה רשאי עדיין למחול לחייב על  
החוב. במקרה זה הנמחה יוכל לתבוע את הנושה בניזיקין.<sup>82</sup> אך אין לו כל זכות כנגד  
החייב. הלכה זו פוגעת באמינותה של המחאת חוב.<sup>83</sup> ואין תימה שבתקופה הבתר-תלמודית  
השתמשו בדרכים שונות כדי ליטול את עוקצה.<sup>84</sup> הסוברים שהמחאת חוב אינה תקיפה מן  
התורה תולים בכך את טעמו של שמואל.<sup>85</sup> חז"ל, לדידם, לא זנחו לחלוטין את האבחנה  
בין נכס מוחשי לזכות. מכירת דבר שאינו בעין, אף לאחר התקנה, שונה ממכירת נכס  
מוחשי. ההמחאה אינה מוציאה לגמרי את החוב מרשות הנושה ולכן הוא יכול עדיין  
למחול עליו.

לפי תפיסה זו לא יחול דינו של שמואל על המחאת חוב במשיכת משכון. נשוא  
המכר כאן הוא נכס מוחשי וההמחאה הינה כמכירת מטלטלין. המוכר מעביר לקונה את  
כל זכויותיו בחוב ובמשכון, ולכן אינו יכול עוד למחול על החוב. על אבחנה זו

80. ראה לעיל פרק ראשון, סעיף 5.3.3.

81. בבלי, קידושין, מח, א ומקבילות.

82. ראה תוספות, בבא בתרא, קמז, ב ד"ה המוכר.

83. ראה על כך גולאק, לעיל הערה 4, עמ' 102-104. לדעתו מכירת שטרות לא היתה  
נפוצה בבבל ותוצאות דינו של שמואל לא הורגשו בחיי המסחר. לעומת זאת בארץ  
ישראל התפשטה מכירת שטרות ודין זה כנראה לא נהג בה (הלכה מקבילה אינה  
מצויה במשנה ובירושלמי). ראה עוד אלבק, הערה 18 לעיל, עמ' 590-591.

84. ראה גולאק, אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו) עמוד 239; תוספות, בבא קמא, פט,  
א ד"ה כל, בסופו.

85. ראה: רי"ף, כתובות, פה, ב; רמב"ם, מכירה, ו, יב.

עומד רשבי"א, כדלהלן:

"והדין נותן שהמלוה על המשכון לא יהא חוזר ומוחל.

דהא עיקר טעמא דמוכר שטר חוב שחוזר ומוחל, אינו

אלא משום דשעבוד שיש לו על נכסי הלוה אינו גוף

שיכול להקנותו, והקנאה מועטת כזו יכול הוא לחזור

ולמחול. מה שאין כן במלוה על המשכון, שהמשכון

קנוי לו וזכות שיש לו בגוף המשכון הוא מוכר לו".<sup>86</sup>

הלכה זו עולה מהשוואת סוגייתנו לסוגיה אחרת העוסקת בקידושין על ידי המחאת

חוב. שם קובעת הגמרא שקידושין בהמחאת חוב, אינם תקיפים. דינו של שמואל, אפ-

שרות הנושה - המקדש למחול לחייב על החוב, גורמת לחוסר גמירת דעת מצד האשה.<sup>87</sup>

סוגייתנו אינה חוששת לכך וקובעת שקידושי אשה בהמחאת חוב המובטח במשכון, תקיפים.

מכאן - דינו של שמואל אינו חל על ההמחאה נשוא הסוגיה, המחאת חוב במשיכת משכון.<sup>88</sup>

עמדנו בסעיף זה על שתי הלכות הנובעות מדינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה

משכון".

א. חוב שעל המשכון עביר במשיכת הנמחה במשכון.

ב. המחאה בדרך זו הינה מכירה גמורה, והנושה אינו יכול עוד למחול

לחייב על חובו.

86. חידושי הרשב"א, הערה 14 לעיל.

87. קידושין מז, ב - מח, א.

88. ראה: חידושי הרמב"ן, קידושין, ח, ב ד"ה ובמשכון דאחרים; רשבי"א, וריטבי"א,

שם.

### 3.3 המחאת חוב ומישכון המשכון

המשכון המוחזק ברשות הנושה עשוי להועיל לו בהשגת אשראי בשתי דרכים.<sup>89</sup> הדוגמה הבאה תסייע לנו בהבהרת הנושא. שמעון נושה בראובן סכום כסף ובידו משכון שנתן לו ראובן. בתקופה שבין ההלוואה ומועד הפרעון נזקק שמעון עצמו למזומנים. מובן שהוא אינו רשאי לתבוע מראובן את החוב לפני מועד הפרעון. שמעון פונה אפוא אל אדם שלישי, לוי, לווה ממנו כסף, ומעביר לו כבטוחה את משכונו של ראובן. עסקה זו, בין שמעון ולוי יכולה להתפרש בשני אופנים:

1. המחאת חוב - שמעון המחה ללוי את החוב שיש לו על ראובן ומכאן ואילך

לוי הוא בעל חובו של ראובן. שמעון ולוי בצעו עסקה ריאלית, הסכם מכר, והיחסים ביניהם הם של מוכר-קונה ולא של מלווה-לווה. לשמעון אין מעתה דין ודברים עם האחרים. אין הוא רשאי עוד לתבוע את חובו מראובן ולא יוכל להיתבע על ידי לוי. הוא אבד את הזכות לפדות את המשכון מיד לוי. על המחאת חוב זו, אופן ביצועה ופרטי דיניה הרחבנו את הדיבור לעיל.

2. הלוואה - שמעון לווה מלוי כסף ומסר לו כבטוחה את משכונו של ראובן

(להלן - מישכון המשכון).<sup>90</sup> יחסי שמעון ולוי הם של לווה-מלווה. לשמעון זכות לפדיון המשכון, וללוי זכות לתבוע משמעון את פרעון ההלוואה. יש לזכור ששמעון הוא צד להלוואה נוספת היות וחובו של ראובן טרם נפרע. לפנינו, אם כן, שני חובות; של ראובן לשמעון, ושל שמעון ללוי. חובות אלו בלתי תלויים זה בזה מבחינה משפטית, וביטולו או פרעונו של האחד אין בו להשפיע על השני. מבחינה עובדתית, מקשר ביניהם משכונו של ראובן. מצבו של לוי שנטל את משכונו של ראובן הוא כדלקמן: א. ידע לוי שהמשכון אינו של שמעון נטל על עצמו סיכון מסויים. ראובן יהיה זכאי להוציא ממנו את המשכון אם יפרע את חובו לשמעון. לוי יפסיד במקרה זה, ללא תמורה, את החזקה במשכון ולחובו של שמעון כלפיו לא תהיה בטוחה. ב. אם לוי לא ידע שהמשכון של

89. ראה דברי המאירי, הערה 68 לעיל.

90. בכלכלה המודרנית התפתח ניואנס שונה לפיו שמעון ממשכן ללוי לא את המשכון כחפץ אלא את זכותו כנושה.

ראובן עומדת לזכותו תקנת השוק. תקנה זו באה להגן על מקבל משכון ממי שאינו זכאי למשכנו. אם ראובן ירצה לפדות את המשכון, יהיה עליו לשלם ללוי את מלוא חובו של שמעון.<sup>91</sup>

ההבדל העיקרי בין המחאת חוב לבין מישכון המשכון הוא כדלהלן. אחר ההמחאה קיים חוב אחד בלבד, של ראובן ללוי; אחר המישכון ישנם, כאמור, שני חובות. להבדל זה השלכה מעשית חשובה עליה נעמוד בהמשך. מהאמור עולה, שלהעברת משכוננו של חייב לצד שלישי שתי משמעויות. על הצדדים להבהיר אפוא בשעת ההסכם אם מתכוונים הם להמחאת חוב או למישכון משכון.

נחזור עתה לסוגיית התלמוד בה עסקנו לעיל. הוכחנו שם שהקידושין ביימשכון דאחרים" הם במנה, בכסף, ולא במשכון כחפץ, כשוה כסף.<sup>92</sup> מעובדה זו הסקנו שהסוגייה דנה בקידושי אשה על ידי המחאת חוב. לאור האמור כאן יש לבחון מסקנה זו שנית. העברת משכון של אחרים לאשה עשויה להתפרש גם כמישכון המשכון ולא רק כהמחאת חוב. פירוש זה שומט את בסיסה של ההלכה בדבר המחאת חוב במשיכת משכון. את השורות הבאות נקדיש אפוא לביטוס טענתנו שהסוגייה דנה בהמחאת חוב. כזכור פותחת הסוגייה בהלכת רב נחמן: "התקדשי לי במנהי והניח לה משכון עליה, אינה מקודשת, מנה אין כאן משכון אין כאן". המקדש התחייב לתת לאשה סכום כסף וכבטחון להתחייבות נתן לה משכון. הגמרא פוסקת שאין האשה מתקדשת בכגון דא. בהסבר הלכה זו נחלקו ראשונים:

א. שיטת רמב"ן<sup>93</sup> - בקידושי כסף האשה צריכה לקבל מיד המקדש כסף או נכס שווה כסף, והתחייבות לשלם אינה מספקת. בלשון הרמב"ן: "... שעבודא דידיה, כגון:

91. ראה לעיל פרק שני סעיף 5.

92. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 38 ואילך.

93. חידושי הרמב"ן, קידושין, ח, ב ד"ה מנה. על מחלוקת זו ראה עוד לעיל עמ'

יחייב אני לך מנה בשטר או בקנין<sup>94</sup> אין אשה מתקדשת בכך דומיא דמלוה, דהכא לא מטי לידה כלום, והכא לא נפיק מיניה כלום. דשעבודא ברשות לווה הוא וכולו ממונא גביה, וכיון דאגיד ביה לאו קידושין נינהו<sup>95</sup>. הקידושין הן עסקה ריאלית ואין די בהתחייבות ("דאגיד ביה") גרידא. לכן; "מנה אין כאן" - התחייבות אינה מועילה לקידושי אשה, "משכון אין כאן" - "שאין המשכון תחת הכסף כיון שלא ישאר ביד האשה"<sup>95</sup>.  
 ב. שיטת ראב"ד<sup>96</sup> - התחייבות המקדש לשלם מנה לאשה אינה תופסת היות ולא נעשתה בקנין. משיכת המשכון אינה נחשבת מעשה קנין לענין ההתחייבות. לכן: "מנה אין כאן" - כפשוטו, ההתחייבות לשלם מנה אינה תקיפה והלכך "משכון אין כאן" - "לפי שאין המשכון משועבד לכלום, משום דאדם יכול לשעבד נכסיו לדבר שנתחייב בו, אבל בדבר שלא נתחייב בו לא חל שעבוד על נכסיו"<sup>97</sup>. אין משמעות לשעבוד ללא חוב אותו הוא נועד להבטיח.<sup>98</sup> מכאן, אם להתחייבות נלווה מעשה קנין, האשה מקודשת: "היכא שנתן לה משכון, ואמר לה: קני במשכון זה שעבוד (שעור) מנה והתקדשי לי בו מקודשת"<sup>99</sup>. לקידושי אשה די בהתחייבות ואין צורך בהעברה ריאלית של כסף או שווה כסף. לאור פירושים אלה נבאר את מסקנת הסוגייה "התם במשכון דאחרים וכדרבי יצחק...".

94. רמב"ן, שם, ד"ה ובמשכון.

95. לשון תוספות, שם, ד"ה מנה. דברי התוספות אינם נוטים בבירור לאחת מן השיטות.

96. מובא ברמב"ן, הערה 93 לעיל, ובר"ן על רי"ף, שם.

97. פסקי הרא"ש, הערה 70 לעיל.

98. ראה גם להלן עמ' 264 על פקיעתו של המשכון בעקבות ביטולו של החוב.

99. לשון ראב"ד בר"ן, הערה 96 לעיל. ראה עוד אבני מלואים, אבהע"ז, כט,

סק"יא ד"ה ומבואר, ובנימוקי יוסף, קידושין, ח, ב ד"ה וכן כתב הרמב"ן (בתוך שיטת הקדמונים קידושין, מהדורת בלוי, ניו-יורק, תשי"ל).

א. שיטת רמב"ן - במישכון משכון המקדש מתחייב לתת לאשה, בעתיד, סכום כסף. העלינו לעיל, לשיטה זו, שהתחייבות אינה מספיקה לקידושי אשה. אם נאמרו הדברים בהתחייבות המובטחת במשכון של המקדש, שהוא בבעלותו הגמורה, קל וחומר בזו המובטחת במשכון של אחרים.<sup>100</sup> על כרחנו העברת "משכון דאחרים" לאשה מתפרשת כהמחאת חוב. המחאת חוב הינה עסקה ריאלית ולא התחייבות ולכן הקידושין תקיפים.

ב. שיטת ראב"ד - לשיטה זו קידושי אשה בהתחייבות גרידא תקיפים, אלא שאין לפרש כך את "משכון דאחרים". הסטת נקודת הכובד בסוגייה ממשכון דידיה, משכון של המתחייב, ל"משכון דאחרים" אינה מובנת. ההסתמכות על דינו של רבי יצחק מעוררת קשיים שכדאי היה לעוקפם. עדיף היה למצוא מקרה בו התחייבות המקדש תקיפה אף במש-כון דידיה.<sup>101</sup> "קדשה במשכון דאחרים" כהמחאת חוב, נותן לדינו של רבי יצחק את מלוא המשמעות, כפי שראינו לעיל.<sup>102</sup>

יתר על כן, והדברים אמורים לשתי השיטות דלעיל, שימוש הנושה במשכון להבטחת חובו יש בו משום איסור ריבית.<sup>103</sup> הנאת השמוש נוספת על זכותו לפרעון ההלוואה. מנגד, המחאת חוב במשיכת המשכון היא מבחינת הנושה אקט של פרעון ההלוואה. הנושה נהנה מנכס שלו - החוב, ולמשכון תפקיד טכני בלבד, ביצוע ההמחאה. השימוש במשכון אינו בבחינת תוספת על הקרן.<sup>104</sup> לסיכום - סוגייה זו עניינה המחאת חוב; וממנה יתד, ממנה פינה, למסקנות שהעלינו בסעיף הקודם.

לאבחנה בין מישכון משכון לבין המחאת חוב חשיבות מכרעת בהלכות ריבית. מתן הלוואות בריבית לנכרים היווה, באירופה של ימי הביניים, מרכיב חשוב בכלכלה

100. ראה נמוקי יוסף, שם, ד"ה במשכון דאחרים.

101. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 96.

102. בסמוך להערה 50 ואילך.

103. ראה הערה 40 לעיל.

104. ראה הערה 44 לעיל.

היהודית.<sup>105</sup> הנושה היהודי לא נהג לסמוך על הנכרי ונטל ממנו משכון על החוב. ערך המשכון עלה בהרבה על סכום ההלוואה היות והמשכון נועד לשמש בטוחה גם לריבית העתידה להיוסף על החוב.<sup>106</sup> כאשר הנושה היהודי (להלן - שמעון) עצמו נזקק למזון-מנים הוא הלך אל יהודי אחר (להלן - לוי) והציע לו כדלהלן "הלויני מה שיש לי על משכון זה, ואטול אני הריבית שעלה עד היום, ומהיום ואילך תטול אתה".<sup>107</sup> כיצד יפורש ההסכם בין שמעון ולוי, כמישכון משכון או כהמחאת חוב? הצדדים לא הבהירו, דרך כלל, עובדה זו, ועלינו להסיקה על ידי בחינת מטרות ההסכם ונסיבותיו. ההסכם האמור נועד להעמיד את הריבית של הגוי לרשות לוי. הגוי בעל המשכון, שאינו מכיר את לוי, מוסר את הריבית לשמעון וזה מעבירה ללוי על פי ההסכם שביניהם. לדידו של הגוי, שמעון בלבד אחראי למשכון. שמעון מעונין על כן בזכות לפדות את המשכון מיד לוי, זכות שתאפשר לו לעמוד בהתחייבותיו כלפי הגוי.<sup>108</sup> כאן נוצר קונפליקט, שתי אלה, הריבית וזכות הפדיון, אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. ריבית מגוי ליהודי מותרת,<sup>109</sup> מיהודי ליהודי, אסורה. לוי צריך אפוא לקבל את הריבית,

---

105. ראה: ח"יה בן ששון, פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים (תל אביב, תשכ"ט) עמ' 67-69.

106. בדרך כלל ערך המשכון היה כפול מגובה החוב, ראה: תשובות רש"י (מהדורת אלפנביין) רמא; שו"ת מהר"ם בן ברון, פראג, תשעד.

107. ראה תמים דעים, מד.

108. זכות הפדיון מקנה לשמעון יתרון נוסף. הוא יוכל לחזור ולזכות בריבית של הגוי מתאריך הפדיון ואילך. הריבית הרגילה באירופה במאות הי"ב-י"ד היתה של  $43\frac{1}{3}\%$  -  $33\frac{1}{3}\%$  ויותר, ראה: S.W. Baron, Economic History of the Jews (Jerusalem, 1975) p. 45. מנגד ראה שו"ת רשב"א ג, מז שם היה מעונין לוי לכוף את שמעון לפדות את המשכון.

109. משנה, בבא מציעא, ה, ו. וראה עוד: סולובייצ'יק, הערה 32 לעיל, עמ' 6.

משפטית להבדיל מפיזית,<sup>110</sup> ישירות מן הגוי. תוצאה זו תושג אם נראה בעסקה בין שמעון ולוי, המחאת חוב. במישכון משכון קיימים שני חובות זה בצד זה, ושמעון הוא חייבו האמיתי של לוי ולא הגוי. הריבית במקרה זה היא של יהודי למרות שהכסף יוצא מכיסו של הגוי. מאידך, שמעון יוכל לפדות את המשכון רק אם ההסכם בינו ללוי יתפרש כהלוואה. המחאת חוב הינה הסכם מכר, שמעון התרוקן מזכויותיו במשכון ואין לו עוד זכות לפדותו.

קונפליקט זה בא לידי ביטוי בהיסוסיו של רשיי להתיר ללוי את הריבית.<sup>111</sup> הטלת איסור מוחלט על ההסכם היתה פוגעת קשות בכלכלה היהודית. הקונסטרוקציה המשפטית הבאה היוותה מוצא מן הסבך. העסקה תיחשב להמחאת חוב וממילא הריבית היוצאת מהגוי מותרת ללוי. מנגד, פרעון חובו של לוי והחזרת המשכון לידי שמעון יפורשו כמכר חוזר ולא כפדיון המשכון. זו המחאת חוב שניה בה מעביר לוי לשמעון את חובו ומשכונו של הגוי.<sup>112</sup> רבינו תם מבססה של תיאוריה זו נהג כך הלכה למעשה<sup>113</sup> והביא

---

110. אפשר לומר שמסירת ריבית על ידי שמעון ללוי, מצביעה על ראיית העסקה כמישכון משכון. ר' משולם ברי קלונימוס, ראשון חכמי אשכנז (המאה ה'י') שדן בסוגייה, התיר באופן דלקמן: "כשיבוא הגוי לקבל המשכון יוליכנו ראובן (= שמעון) אצל שמעון (= לוי) ויקבל שמעון מיד הגוי הריבית" (תשובות גאוניס קדמוניס, קמא). הריבית לא עברה, אף מבחינה עובדתית, מיהודי ליהודי.

111. ראה: ספר התרומות מו, ד, י; ספר האורה, מהדורת בובר (ירושלים, תשכ"ז) חלק ב' עמ' 217-218.

112. ראה: פסקי אור זרוע, בבא מציעא, רטו; שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, תשצה; מרדכי, בבא מציעא, שלח. חסרונה של קונסטרוקציה זו בא לידי ביטוי במקרה שלוי אינו מסכים לביצוע המכר החוזר. כנראה שמקרים אלו לא היו שכיחים ולא הפריעו למערכת כולה.

113. שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, ש"ס.

קרוב לודאי להתפשטות ההתר באשכנז וצרפת.<sup>114</sup> חכמי פרובנס נטו לאסור עסקה זו אלא שנכנעו בפני המציאות "הנח להם לישראל מוטב שיהיו שוגגין ואל יהיו מזידין".<sup>115</sup>

#### 4.3 המחאת חוב שעל המשכון בכתיבה ומסירה

לעיל ראינו שמשיכת קונה החוב במשכון מעבירה אליו את החוב. הנושה והנמחה רשאים שלא להיזקק לדרך זו ולהמחות את החוב שעל המשכון כחוב רגיל, בכתיבה ומסירה. מה דין המשכון שברשות הנושה? נראה שהנמחה זכאי לקבלו מיד הנושה. למשכון אין קיום עצמאי, בלתי תלוי בחוב. ביטולו של החוב מביא לפקיעת המשכון.<sup>116</sup> אופיו זה של המשכון מחייב שהטפל ילך אחר העיקר. להלכה זו אין מקור מפורש בתלמוד והיא מצויה לראשונה אצל רשב"א. לדעתו: "סתמא דמילתא מי שנותן את המלוה נותן הוא כל זכות וכל שעבוד שיש להן בה והמשכון שמשועבד עליה נתן לה".<sup>117</sup> נמחה רשאי אפוא לדרוש מהנושה את הבטוחות הנלוות לחוב.

האם דינו של שמואל חל על המחאת חוב זו? מחד, ההעברה נעשתה בדרך שאינה מועילה מעיקר הדין וזו אינה מרוקנת את המוכר מזכויותיו בנכס. מאידך, המחאת החוב גוררת אחריה את המשכון ובכך נרפא הפגם האמור. זכותו הקנינית של הנושה

---

114. ראה: מרדכי בבא מציעא, שלח; פסקי אגודה, שם, קג: "... ראה ראינו מעשים בכל יום, שמלוים איש לחבירו בריבית על משכונות העובדי כוכבים".

115. פסקי ושו"ת רקנטי, שמג, וראה עוד תמים דעים, מד.

116. ראה בבלי, בבא קמא, מט, ב: "משכוננו של ישראל ביד גר, ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, מוציאין אותו מידו. מאי טעמא? כיון דמית ליה גר, פקע ליה שעבודיה". ראה על כך להלן, פרק רביעי, סעיף 2.

117. חידושי הרשב"א, קידושין, יט, א ד"ה ואמר רבא. הלכה זו, על אף שלא חלקו עליה, לא הובאה אצל הפוסקים. מבאור הגר"א שו"ע, אבהע"ז, כח ס"ק לו ו-לז נראה שהוא מסכים עמה.

במשכון עוברת, אמנם באיחור, לנמחה בקנין מועיל - משיכה. די בכך למנוע את תחולת דינו של שמואל. שאלה זו גופה באה לפני ראבי"ד אלא שהוא השיב בפנים אחרות. הדברים נמסרו לנו מכלי שני, וזו לשונם:

"המוכר שטר חוב לחבירו, ויש משכון ביד המלוה ומסרו ביד לוקח, אם יכול המוכר שהוא המלוה למוחלו ללוקח, אם לאו. תשובה. אינו יכול למחול מאחר שהמשכון מוחזק ביד הלוקח. וראייה ממה שכתב הרי"ף בכתובות, משום דמתנת שכיב מרע עשאות כמתנה דאורייתא דכמאן דמטיא ליד המקבל דמי. ומדקאמר דמטיא לידיה דמקבל דאמי, שמע מינה אם יש משכון ביד המלוה ומסרו ללוקח, שאינו יכול למחלו ללווה".<sup>118</sup>

הישענותו של ראבי"ד על רמז דק בדברי רי"ף מקום שקיימת ראייה ברורה בתלמוד, מעוררת תמיהה. ברם אין לשכוח שראבי"ד סובר שדינו של רבי יצחק לא נאמר לענין "משכון בשעת הלוואתו".<sup>119</sup> לפי זה יתכן והסוגייה האמורה במסכת קידושין דנה במשכון שלא בשעת הלוואה בלבד ואינה יכולה לשמש את ראבי"ד במקרה הנדון. ועוד, מנוסח הדברים "המוכר שטר חוב לחבירו ויש משכון ביד מלוה ומסרו ביד לוקח", עולה שהקנין לא נעשה במשיכת המשכון, אלא זה נמסר ללוקח אחר שהחוב נקנה על ידו.<sup>120</sup> בסוגייה האמורה ההמחאה נעשתה במשיכת המשכון ואין בה ראייה ישירה למקרה הנדון.<sup>121</sup>

118. ספר התרומות נא, ו, ג (= שו"ת הראבי"ד (מהדורת קאפח), קעח).

119. ראה לעיל עמ' 83, הערה 124.

120. נוסח התשובה בספר התרומות, מהדורת גדולי תרומה, ונציה ת"ג. נוסח דומה מצוי אצל ספר הטורים, חו"מ, סו, כט, ובבית יוסף, שם. מלשון התשובה בדפוס

ראשון של ספר התרומות (סלוניקי, שני"ו) צז, א, אין ראייה לדברינו.

121. ראה: ספר המקנה, קידושין, ח, ב ד"ה התם.

בתשובתו בוחן ראבי"ד את דינו של שמואל מזוית הראייה של הנמחה. בחוב רגיל הנמחה לא קיבל לידי נכס מוחשי ומחילתו של החוב אינה מוציאה מרשותו מאומה. בחוב שעל המשכון, מחילתו של הנושה אין בה לחייב את הנמחה להוציא את המשכון מתחת ידו. רא"ש בתשובה הולך בעקבות ראבי"ד:

"... והוה ליה כראובן שהיה לו משכון מטלטל בידו, שהלווה עליו מעות לשמעון ומשכן אותו משכון ללוי. דדבר פשוט הוא, שאם מחל ראובן לשמעון המעות שהלווה לו, דבשביל זה לא יחזיר לוי לשמעון המשכון שבידו. אף על גב דלא קנה לוי, דבעל חוב אינו קונה משכון אלא שלא בשעת הלוואתו, אפילו הכי כיון דשעבודו בידו, לא פקע אותו השעבוד במחילת המלוה".<sup>122</sup>

הסבר זה אינו תלוי בדינו של רבי יצחק ומשמש גם את הסוברים שההלכה לא נאמרה ב"משכון בשעת הלוואתו". ההסבר מתאים גם למשכנתא שדינו של רבי יצחק לא חל עליה.<sup>123</sup> על משכנתא נרחיב את הדיבור להלן.

לסיום חלק זה מן הראוי להביא את עמדתו של רבינו תם לענין המחאת חוב שעל המשכון. הערנו לעיל<sup>124</sup> שלדעת רבינו תם זכות הנושה מורכבת משתיים: שעבוד הגוף ושעבוד נכסים. הנושה יכול להעביר לאחר את השעבוד שיש לו על נכסי החייב אך

122. תשובת רא"ש, כ"י פריס, נא. פורסט על ידי א' אורבך, שו"ת הרא"ש בכתבי יד ובדפוסים, שנתון המשפט העברי כרך ב עמ' 1, 94. בהמשך סומך רא"ש על שיטת רבינו תם במכירת שטרות, אלא שהקטע המצוטט לעיל עומד בפני עצמו. ראייה לדבר, רא"ש בפסקיו, כתובות פרק ט', סימן י, נוטה לצד החולקים על רבינו תם.

123. ראה קצות החשן, חו"מ, סו, סק"לו.

124. ראה הטקסט לעיל ליד הערה 19 ואילך.

שעבוד גופו של זה אינו עביר. הלכת שמואל היא פועל יוצא מתפיסה זו.<sup>125</sup> שעבוד

גופו של החייב נשאר ברשות הנושה לאחר ההמחאה ו: "אם מחל המלווה ללווה שעבוד גופו שנשאר אצלו, פקע נמי שעבוד נכסין, דנכסי דאינשי אינון ערבין ביה; וכשנסתלק שעבוד הלווה נסתלק נמי שעבוד נכסיו".<sup>126</sup> פקיעת שעבוד הגוף מביאה לביטולו של שעבוד הנכסים.

לא כן בחוב שעל המשכון: "כשהמשכון ביד הלוקח אינו צריך (= הנמחה) לשעבוד חובו (לגוף הלווה שהרי הוא מוחזק בשעבוד חובו) ואין כופין אותו להוציא שעבודו מידו בשביל מחילת המלווה, ועוד שהמלווה עצמו לא יהיה צריך בשעבוד גוף הלווה, הלכך לא שייך הכא מחילה כלל".<sup>127</sup> המושג "שעבוד הגוף" אינו ברור על פניו היות והנושה זכאי להיפרע מנכסי החייב בלבד ולא מגופו.<sup>128</sup> רבנו תם מתכוון לומר שעל החייב מוטלת חובה אישית לפרוע את החוב. הפרעון מנכסי החייב אינו אחריות נכסים טהורה אלא נלווה לחובה האישית. משום כך החיוב לפרעון ההלוואה אינו מתבטל אם אין לחייב נכסים. קיום החובה האישית מאפשר לבית דין לכפות על החייב את תשלום החוב "פריעת בעל חוב מצוה... מכין אותו עד שתצא נפשו".<sup>129</sup>

נושה האוחז משכון אינו זקוק, לדעת רבינו תם, להתחייבות אישית של החייב. הוא מחזיק ברשותו נכס של החייב ואין לו צורך לכופו לתשלום החוב.<sup>130, 131</sup> בחוב שעל המשכון קיים גורם אחד בלבד, שעבוד נכסים. זכות זו עבירה, ואחר המכירה אין לנושה ולא כלום עם החוב ואינו יכול למחלו עוד ללווה.

125. ושם נכון יותר לומר, שדינו של שמואל הביא את רבינו תם לכלל דעה זו.

126. לשון רבינו תם, בפסקי הרא"ש, הערה 122 לעיל.

127. אורבך, שם.

128. ראה הערה 20 לעיל.

129. בבלי, כתובות, פו, א.

130. ראה עוד סולובייצ'יק, הערה 32 לעיל, עמוד 13.

131. לדברי רבינו-תם מקבילה במשפט הגרמני של אותה תקופה ראה Hübner, הערה 5

לעיל, עמ' 468-475, ושם יש כאן רמז לשיטת רבנו קלונימוס, ראה לעיל פרק

ראשון סעיף 2.2.

5.3 המחאת חוב שעל המשכנתא

כיצד משתקפות הבעיות שהועלו בסעיפים הקודמים בהמחאת חוב המובטח במשכנתא? לעיל ראינו שהמחאת חוב שעל המשכון נעשית במשיכת הנמחה במשכון. הלכה זו נובעת מדינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון",<sup>132</sup> שאינו חל במשכנתא.<sup>133</sup> מכאן, החוב שעל המשכנתא אינו עובר לנמחה על ידי הקנין המקביל במקרקעין - חזקה. הדין חוזר להיות כבהמחאה רגילה והחוב עביר בכתיבה ומסירה בלבד.

לא כך "הורו המורים" שמביא ר"ש הסרדי. לדעתם די "בכתיבה בלא מסירה כיון שירד (= הנמחה) והחזיק בקרקע, וזה (= הנושה) כתב לו שיזכה בו וכל שעבודו שיש לו לאותה משכונה, זכה בה אף על פי שלא מסר לו שטר משכונתו. ודווקא מוחזקת אבל אינה מוחזקת הרי היא כמלוה בלא משכונה, וכמאן דלא מטי ממונא לידיה דמי ושטרא לגוביינא קאיי".<sup>134</sup> הווי אומר: החוב שעל המשכנתא עביר בכתיבה ואין צורך למסור לנמחה את שטר המשכנתא. הלכה זו מוסברת כדלהלן: "וטעמא דמילתא, הואיל ומשכונא ביד המלוה, הוה ליה האי ממונא כמאן דמטא לידיה, ושטרא לאו לגוביינא קאי אלא לזכרון דברים ולראייה בעלמא, וגוף המשכונה מכר לו המלווה ללוקח".<sup>135</sup>

בעלי דעה זו הם חכמי נרבונה, ר' יצחק בן מרון הלוי<sup>136</sup> ור' אברהם בר' יצחק אב"ד בעל ספר האשכול. ההלכה נובעת מתפיסה שונה, במהותה של המשכנתא, שהיא, לדי-דמ, אינה בטוחה גרידא אלא פרעון מותנה של החוב. הנושה נחשב כמי שחובו נפרע

---

132. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 50 ואילך.

133. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 4.3.3.

134. ספר התרומות נא, ד, ו.

135. שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), קמז. ראה עוד תשובות הראב"י אב"ד (מהדורת

קאפח), קטו; ספר התרומות נא, ו, ג. ראה בהרחבה לעיל פרק ראשון, סעיף 3.2.

136. נמנה על חכמי פרובנס הראשונים ראה חיד"א, שם הגדולים, אות י' סימן שמא;

ש' אלבק, מבוא, ספר האשכול (ירושלים, תרצ"ה) עמ' ג.

ואין לו יותר תביעה לתשלום החוב, "שטרא לאו לגוביינא קאי אלא לזכרון דברים".  
 הנושה אינו רשאי לכופף את החייב לפרוע את החוב מנכסים אחרים "ומנהגם שאינו יכול  
 לכופו לפדות המשכנתא".<sup>137</sup> לשון אחר, משכנתא הינה אפותיקי מפורש. מסירת המשכנתא  
 לנושה מהווה ייחוד קרקע מסוימת לפרעון, כאמירת "לא יהא לך פרעון אלא מזו".<sup>138</sup>  
 שעבודו של הנושה אינו חל על כלל נכסי החייב. אם הקרקע הממושכנת ניזוקה ואינה  
 ראויה לעשות פירות, הנושה מפסיד את יתרת החוב.<sup>139</sup> כך הדין באפותיקי מפורש, אם  
 "שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים".<sup>138</sup> לחייב, מנגד, שמורה זכות לפדות את המשכנתא  
 על ידי תשלום החוב. הווי אומר; הבעלות במשכנתא עברה לנושה ולחייב אופציה לרכוש  
 את הקרקע חזרה. מישכון מקרקעין מתפרש כמכר חוזר.

נושה הממחה חוב זה אינו מעביר זכות גרידא אלא "גוף המשכונה מכר לו המלוה  
 ללוקח". הנושה מעביר לנמחה את הבעלות במקרקעין, והלכה היא: "נכסים שיש להן  
 אחריות נקנים בכסף ובשטר ובחזקה".<sup>140</sup> למכירת מקרקעין די בשטר (כתיבה) ואין צורך  
 במסירת שטר המשכנתא.<sup>141</sup> מתפיסת חכמי נרבונה עולה מסקנה נוספת. דינו של שמואל

137. לשון ספר העיטור ערך פותיקי; מהדורת רמ"י, סד, ב.

138. בבלי, גיטין, מא, א.

139. עיטור, הערה 137 לעיל.

140. הערה 35 לעיל. הנמחה כמובן רוכש את הקרקע בכפוף לזכות הפדיון של החייב.

141. יתר על כן, לפי שיטה זו אין לכאורה צורך בתפיסה הנמחה במשכנתא שהרי מקרקע-

עין נקנים בשטר בלבד. שאלה זו באה לפני ריטבי"א (שו"ת הריטבי"א, קמח):

"נימא דמאחר שמסר לו השטר וקרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה, די לו במסירת

השטר אף על פי שלא הוחזק בקרקע". ריטבי"א השיב: "כך קיבלתי ממורי הרא"ה

ז"ל, שאין דינו של הראב"ד (צריך לומר: הרי"א אב"ד) אלא במשכונה שהיא מוחזקת

ביד המלוה המוכר והחזיקה ביד הלוקח". בדבריו אין הסבר לדרישת החזקה. נראה

שאין החזקה, אליבא דחכמי נרבונה, חזקת קנין. החזקת הנושה והנמחה בקרקע

מצביעה על מהותה של המשכנתא כפרעון מותנה ומשווה להעברתה אופי של העברת

הבעלות במקרקעין. להעברה זו, שאחר החזקה, די בשטר בלבד.

אינו חל על המחאת חוב המובטח במשכנתא.<sup>142</sup> ההמחאה כאמור הינה מכירת נכס מוחשי, עסקה ריאלית שלאחריה לא נותרה למוכר כל זכות בנכס. הנושה אינו יכול למחול על זכות שחדלה מכבר להיות שלו.

ר"י מגא"ש, מחכמי ספרד הראשונים, חלק על שיטה זו.<sup>143</sup> המשכנתא לדעתו אינה פרעון מותנה; החייב הוא בעליה של הקרקע ולדידו של הנושה היא בטוחה גרידא. זכות החייב לפדיון המשכנתא אינה מהווה מכר חוזר ואדרבה, היא מצביעה על אופיה של המשכנתא כבטוחה.<sup>144</sup> חוב המובטח במשכון אינו נבדל מהותית מחוב שאינו מובטח. ר"י מגא"ש חלק לכן על המסקנה הכפולה הנובעת משיטת חכמי נרבונה. החוב שעל המשכנתא עביר, לדעתו, ב"כתיבה ומסירה" בלבד. כמו כן, דינו של שמואל חל על המחאה זו, והנושה רשאי לאחר ההמחאה למחול לחייב על חובו.

מאוחר יותר חלה התפתחות מעניינת. החולקים על שיטתם העקרונית של חכמי נרבונה קיבלו, מסיבות אחרות, את ההלכה השנייה דלעיל. רשב"א ורא"ש<sup>145</sup> סטו מדרכו של ר"י מגא"ש ופסקו שמוכר חוב שעל המשכנתא אינו יכול עוד, לאחר העברת המשכנתא לנמחה, למחול על החוב. רשב"א אומר:

"...מיהו ודאי אם מכר או נתן המשכונה לאחר,

אפשר שאינו יכול לחזור ולמחול, כדרך שאינו

142. ראה ספר העיטור, הערה 137 לעיל.

143. ראה המקורות בהערות 135 ו-137 לעיל. ראה עוד לעיל, פרק ראשון סעיף 3.2.

144. ראה עוד שו"ת הריטב"א, לעיל הערה 141: "דכיון דעיקר החוב הוא מחול אף זכות המשכונה מחול". המשכנתא משמשת כבטוחה לחוב וטפלה לו.

145. שניהם חלקו עקרונית על שיטת חכמי נרבונה, ראה שו"ת הרשב"א ג, מג; ימי שמשכן קרקע לחבירו שעבודו על כל נכסי בעל הבית, ואם שטפה נהר או נמצא שדה שאינו שלו, גובה משאר נכסים, דהיינו אפותיקי סתם". על דעת רא"ש, ראה בפסקיו, בבא מציעא, פרק ה, סימן לד.

יכול למחול בשמכר מלוה שיש עליה משכון

מטלטליי".<sup>146</sup>

השוואה בין משכנתא למשכון החלטית יותר אצל רא"ש:

"כיון דהחזיק המלוה במשכונה נקנית לו. דקיימא

לן 'כשם שקרקע נקנית (בכסף) בשטר ובחזקה כך

שכירות קרקע נקנית בכסף וכו' והוא הדין אם

משכן או השאיל לו קרקע, נקנה בכל הדברים שגוף

הקרקע נקנית, ואותו כח שהיה לו למלוה בקרקע

הקנה לו ללוקח. והוה ליה כראובן שהיה לו משכון

מטלטל בידו, שהלוה עליו מעות לשמעון ומשכן אותו

משכון ללוי, דדבר פשוט הוא שאם מחל ראובן לשמעון

המעות שהלוה לו, דבשביל זה לא יחזיר לוי לשמעון

המשכון שבידו... כיון דשעבודו בידו, לא פקע אותו

שעבוד במחילת מלוה והוא הדין שעבוד הקרקע

בידו...".<sup>147</sup>

השוואה מתבארת על פי תשובת ראב"ד דלעיל.<sup>148</sup> החזקתו של הנמחה במשכון או

במשכנתא די בה למנוע את תחולת דינו של שמואל. לזכותו של הנמחה בנכס, להבדיל

מתפיסתו, אין חשיבות.

פסיקתו של רבי יוסף קארו בהלכות אלו אינה ברורה. כמרבית הראשונים הוא

146. שו"ת הרשב"א ג, יד (= שם, שנד). רשב"א מסייג הלכה זו: "ודווקא כל שהוא

כנגד המשכון, אבל מה שהוא למעלה משום המשכון מוחלי". סייג זה נתקבל

להלכה, ראה: שו"ע, חו"מ, סו, ל.

147. ראה אורבך, הערה 122 לעיל. התשובה הובאה בקיצור בספר חזה התנופה לר'

משה די ברשליש מבית מדרשו של רא"ש (למברג, תרמ"ו), כא.

148. ראה לעיל בסמוך להערה 118. במשכון, להבדיל ממשכנתא, רשב"א מסתמך על נימוק

אחר, ראה לעיל ליד הערה 86.

חולק על תפיסתם הכוללת של חכמי נרבונה; "משכונא אם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם...".<sup>149</sup> מישכון סתמי, ללא התנאת "לא יהא לך פרעון אלא מזו" אינו עולה לכדי אפותיקי מפורש. שיטת חכמי נרבונה אינה מובאת כלל. שונה המצב ביחס לתול-דוח השיטה. לענין המחאת החוב מביא ר"י קארו שתי דעות. דעת הגאונים (= חכמי נרבונה) שדי בכתיבה ודעת ר"י מגא"ש שיש צורך בכתיבה ומסירה.<sup>150</sup> אף לענין חלוחה של הלכת שמואל מביא המחבר מחלוקת בין ר"י מגא"ש ואחרים.<sup>151</sup> המחבר נוטה בבירור אחר הדעה שאין הנושה זכאי למחול על החוב אחר ההמחאה ומסירת המשכנתא ודעתו של ר"י מגאש מוצגת כ"יש מי שאומר". נטייה זו הושפעה מדעות רשב"א ורא"ש דלעיל.<sup>152</sup> ניתוקה של ההלכה משיטת חכמי נרבונה הכשיר אותה לבוא בקהל הלכות שולחן-ערוך. ביום הבאת דעתם של חכמי נרבונה לענין העברת החוב אינה ברורה. ראשונים נוספים לא הלכו לענין זה בעקבות חכמי נרבונה.<sup>153</sup> המחבר עצמו אינו מביא להלכה את שיטתם העקרונית ומה ראה אפוא להביא ענף המסתעף ממנה. התמיהה גדילה אם נראה בלשון המחבר, כפי שראה השי"ך<sup>154</sup> נטיה לפסוק כדעה זו.

הרמז בפי ר"י קארו הפך, מאוחר יותר, להלכה מקובלת. אחרונים פסקו שאין צורך בהעברת שטר המשכונא וההמחאה נגמרת בכתיבה ובירידת הנמחה למשכנתא.<sup>155</sup>

---

149. שו"ע, חו"מ, קיז, ב.

150. שם, סו, ח.

151. שם סו, ל.

152. ראה בית-יוסף, חו"מ, סו, סק"כט.

153. לשון רא"ש בתשובה, הערה 147 לעיל, דו-משמעית. השואל סבר כשיטת נרבונה

ורא"ש כתב "ואני הסכמתי לדבריו". נראה לי שההסכמה היא לתוצאת ההלכה

ולא לנימוק, אולם ראה קיצור התשובה בספר ח"ה התנופה, שם.

154. חו"מ, סו, ס"ק כ"א.

155. ראה: נתיבות המשפט, חלק החידושים, שם, סק"כב; ערוך השולחן, שם, סעיף י.

למקורה הפרובנסי של ההלכה אין עוד זכר. אין היא יותר חלק מתפיסה כוללת במהות המשכנתא אלא מקומית וטכנית. ה"מסירה" נועדה, לדעתם, להעברת שעבוד הנושה על החייב ואין צורך בה כשהנכס המשועבד גופו מועבר לנמחה.<sup>156</sup>

אגב דרכנו עמדנו על תופעה מעניינת בגלגולה של הלכה. ענפיה של שיטת נרבונה הפכו לחי הנושא את עצמו. ההלכות בדבר המחאת חוב המובטח במשכנתא נותקו מטבורה של שיטת נרבונה והגיעו למעמד עצמאי. ניתוק זה, בחלקו כנראה בלתי מודע, גרם להם להיות חלק מההלכה המחייבת במשפט העברי.<sup>157</sup>

### 6.3 סיכום ומסקנות

ההתפתחות הכלכלית המואצת דחקה את נושא הדיון לקרן זוית. סוגייה מרכזית זו בדיני המשכון הפכה לשולית. השיקים ושטרי החוב גרמו למהפכה זו. כבר במאה הי"ז נפסק ששטר חוב למוכ"ז עביר במסירה בלבד והנושה אינו יכול עוד למחול על החוב.<sup>158</sup> הלכה דומה תחול על הסבת השיקים בני זמננו. לחוב המובטח במשכון אין מעתה כל יתרון לענין המחאתו על פני חובות רגילים. זאת ועוד, המחאה במשיכת משכון שמשה בימי הביניים מכשיר חשוב לעקיפת איסור ריבית.<sup>159</sup> כיום יכול נושה להתחמק מהאיסור בדרך נוחה יותר. "התר עסקה" הנהוג מאז המאה הי"ז סלל לו את

156. ראה: ביאור הגר"א, שם, סק"כו; ערוך השולחן, שם.

157. גם במשפט הכללי נושה שהחזיק משכנתא רשאי היה להמחות לאחר את החוב, ראה

Hübner, הערה 5 לעיל, עמוד 533. החייב אינדיפרנטי לגבי אישיותו של הנושה אם זה מחזיק אמצעי גבייה ברשותו וימנע מהטריד את החייב אישית, ראה לעיל בסמוך להערה 7.

158. ראה ש"ר, חו"מ, סו, סק"י. אגרות חוב על שם, עבירות רק בכתיבה ומסירה,

ראה: ערוך השולחן, שם, סו, ט.

159. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 107 ואילך.

הדרך לכך. עם כתיבת שטר עסקה<sup>160</sup> הלווה אינו נתפס עוד כחייב בלבד אלא כעוסק העושה סחורה בממונו של חברו, ולזה האחרון - לנושה, חלק ברווחי החייב. ריבית ומשכון שהיו כרוכים זה בזה מאות בשנים אינם מופיעים עוד יחד.<sup>161</sup> ספרות השו"ת העניפה העוסקת בהשלכותיה של העברת משכון על הלכות ריבית אינה רלבנטית למציאות ימינו, כאשר נוכחותו של נכרי אינה נחוצה.

שני ענינים שנדונו כאן לא נס ליחס. א. חוב על פה המובטח במשכון, עביר לצד שלישי עם משיכתו במשכון. זו הדרך היחידה להמחאת חוב זה. ב. המחאת חוב מעבירה אל הנמחה את כל הבטוחות והשעבודים הנלווים לחוב.<sup>162</sup> להלכה זו סעיף מקביל בחוק הישראלי.<sup>163</sup>

חשיבותו העיונית של נושא המאמר בעינה עומדת. כאחד מסעיפיו של הדין המרכזי "בעל חוב קונה משכון", הוא משמש אבן בוחן להבנת מהותה של זכות הנושה במשכון.

---

160. נוסח שטר עסקה נדפס לראשונה על ידי ר' שמואל ברי' דוד הלוי, נחלת שבעה,

סימן מ.

161. כבר בתקופת התלמוד שמשה המשכנתא לעקיפת איסור ריבית, ראה לעיל עמ' 38.

162. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 116.

163. חוק המחאת חיובים תשכ"ט-1969, סעיף 5.

פרק רביעי: פקיעת המשכוןעמוד

- 258 .1 כ ל ל י
- 259 .2 מחילת חוב המובטח במשכון
- 1.2 מחילת זכות קניינית
- 2.2 שיטות הפוסקים במשכון
- 269 .3 פדיון המשכון
- 1.3 פדיון המשכון לאחר מועד הפרעון
- 1.1.3 הצעת הבעייה
- 2.1.3 סעיף חילוט במשכון במקורות התנאיים והאמוראיים
- 3.1.3 סעיף חילוט במשכון - עיסקת מכר
- 4.1.3 פדיון המשכון - עד מתי
- 5.1.3 פדיון על כרחו של הנושה
- 6.1.3 סעיף חילוט בפרקטיקה המשפטית
- 7.1.3 הסכם חילוט לאחר שעת ההלוואה
- 8.1.3 סיכום ומסקנות
- 292 .4 מימוש המשכון
- 1.4 מ ב ו א
- 2.4 מימוש על ידי בית דין
- 3.4 הודעה לחייב על המימוש
- 4.4 מכירת המשכון על ידי הנושה
- 5.4 מועד המימוש

פרק רביעי: פקיעת המשכון

1. כ ל ל י

המשכון בא לידי קיצו בשתי דרכים: בויתור על המשכון בלבד או כתוצאה מבי-טולו של החיוב. ביטול החיוב גורר עמו את פקיעת המשכון היות ולמשכון אין קיום עצמאי בלתי תלוי בחיוב.<sup>1</sup> כשם שיצירתו של משכון מותנית במציאותו של חיוב בר תוקף,<sup>2</sup> כך גם המשך קיומו. אין משמעות לבטוחה ללא חוב עיקרי "מנה אין כאן משכון אין כאן".<sup>2</sup>

החיוב עצמו פוקע בדרכים רבות והעיקריות הן: פרעון החוב, וויתור הנושה על קיום החיוב; הווי אומר, מחילה. הדיון בדרכים אלו אינו מענייננו<sup>3</sup> אלא אם יש בהם בעיות מיוחדות בחוב שעל המשכון. הדרך הראשונה - פרעון החוב, אינה מעוררת קשיים ספציפיים. לעומתה מחילת חוב שעל המשכון שונה, לדעת פוסקים רבים, ממחילתו של חוב רגיל ולכך נתייחס להלן.

עם ביטולו של החיוב קמה לחייב זכות לפדיון המשכון. אם המשכון ברשות הנושה עליו למסור את החזקה בו לידי החייב. אם הועברה אליו הבעלות במשכון, עליו להעביר אותו חזרה לבעלות החייב. על הבעיות הנכבדות שמעוררת סוגייה זו של פדיון המשכון נעמוד בהמשך פרק זה.

אם החייב אינו פורע את החוב במועד, הנושה יכול לבחור בשתי דרכים: הוא רשאי לתבוע את החייב ולהיפרע מתוך שאר נכסיו או לנקוט צעדים למימוש המשכון.<sup>4</sup> מימוש

---

1. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 1.2.

2. לעיל פרק שני סעיף 1.2.

3. על פקיעת חיובים באופן כללי, ראה: א' גולאק, יסודי המשפט העברי (תל אביב,

תשכ"ז) ספר שני עמ' 105-118; I. Herzog, The Main Institutions of Jewish

Law (London, 1965) vol. 2, pp. 229-235.

4. ראה, לעיל הערה 1, שם.

של המשכון, מכירתו לצד שלישי מביאה אף היא לפקיעתו ועל כן נדון בנושא זה במסגרת הפרק על פקיעת המשכון.

לבד מאלו אמרנו כבר שלעתיים המשכון פוקע והחוב נשאר על כנו. החזרת המשכון על ידי הנושה לחייב אין בה לכשעצמה משום ויתור על החוב, אלא על המישכון בלבד.<sup>5</sup> בסוגייה קטנה זו לא מצאנו מקום לעריכת דיון מפורט.

## 2. מחילת חוב המובטח במשכון

המחילה היא ויתור של נושה על זכות המגיעה לו. היא ויתור על זכות ואינה דרך קניין לעסקה ריאלית. נכס מוחשי ואפילו זכות אינם עוברים מאדם לחברו על ידי מחילה.<sup>1</sup> כבר מהגדרה זו עולים הקשיים לענין מחילתה של זכות קניינית. במחילה זו יש סממנים של הקנאה ויתכן שיש להחיל עליה מערכת דינים מיוחדת. הבעייה של מחילת חוב שעל המשכון לא נדונה במישרין במקורות התנאיים והתלמודיים. כדי להגיע לפתרון חייבים אנו לענות על שלוש אלה: א. כיצד מתבצעת מחילתה של זכות חיובית. ב. האם לזכות קניינית דין שונה. ג. בהנחה שהתשובה לשאלה הקודמת היא חיובית, מה דינה של מחילת חוב שעל המשכון. בפתרון של אלה נעסוק בשני הסעיפים הבאים.

### 1.2 מחילת זכות קניינית

הסוגייה המרכזית לענין המחילה בכלל, דנה בדרכי שחרורו של עבד עברי, כדלהלן:

"תנא: וקונה את עצמו (עבד עברי) בכסף ובשווה כסף ובשטר..."

- 
5. שו"ת הרא"ש צ, א. השווה: מרדכי, בבא מציעא, שסד; שו"ת מהרי"ם בן ברוך, קרימונה, פט. ראה עוד שו"ת המביט א, קיא הסובר ששטר משכנתא הוא ראייה גרידא והחזרתו לחייב אינה מפקיעה את השעבוד, והשווה: שו"ת התשב"ץ ב, צט; שו"ת מהרי"ם אלאשקר, קטו.
1. ראה שו"ע, חו"מ, רמא, א. השווה לענין משכון: שו"ת הרא"ש, צ, י.

האי שטר, היכי דמי? אילימא...

אלא שיחרור, שטר למה לי, לימא ליה באפי תרי זיל...?

אמר רבא: זאת אומרת עבד עברי גופו קנוי והרב שמחל

על גרעונו אין גרעונו מחולי.<sup>2</sup>

מסוגייה זו עולות לכאורה שתי מסקנות:

1. מחילה אינה צריכה קנין - מחילה על זכות תקפה גם ללא מעשה קנין. הנושה אינו רשאי לחזור בו מויתור על פה, מאמירה גרידא. אם חובו של העבד לאדון היה נתפס כחוב ממוני רגיל, היה די בויתור על פה מצד האדון לשם שחרורו של העבד "לימא ליה באפי תרי זיל".<sup>3</sup>
2. זכות קניינית אינה נפקעת באמירה - גופו של עבד עברי קנוי לאדונו, ופרושו "ודאי לא קנוי לגמרי קאמר שאם כן מה בינו לכנעני".<sup>4</sup> רבא רוצה לומר "שיש לו (לאדון) זכות בגופו של עבד וקנאו למעשה [ידיו] של עבדי".<sup>5</sup> "קנוי", קרי - זכות קניינית; לאדון זכות קניינית בגופו של העבד ואין הוא בעליו.<sup>6</sup> על שאלת התלמוד "לימא ליה באפי תרי זיל", באה התשובה "עבד עברי גופו קנוי" ולכן אמירה בלבד אינה מספיקה וצריך שטר שחרור. מכאן לכאורה - זכות קניינית פוקעת במעשה קניין בלבד. ויתור על זכות כזו מהווה העברה התקיפה רק אם נעשתה באחת מדרכי קנין. ההלכה הראשונה מוסכמת על הכל.<sup>7</sup> יתכן שמסוגייה זו בלבד אין להוציא מסקנה רחבה אלא שיש לה להלכה, ראיות נוספות בתלמוד.<sup>8</sup> נכונותה של המסקנה השנייה מוטלת בספק. ראשונים

2. קידושין, טז, א.

3. ראה רש"י, שם, ד"ה למה לי.

4. המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה כל שביארנו.

5. המיוחס לר"י הזקן, שם.

6. ראה עוד לעיל עמ' 62-63.

7. ראה: רמב"ם, זכייה ומתנה ג, ב; שו"ע, חו"מ, רמא, ב.

8. ראה: תוספות, קידושין, טז, א ד"ה אמר רבא; בבא מציעא, קיב, א ד"ה חוזר.

רבים מציעים פרוש שונה בדברי רבא. לדידם רבא אינו מתכוון במלה "קנוי" לזכות קניינית אלא דווקא לתחום דיני האסורים. מונח זה בא לציין את הסטטוס המיוחד של עבד עברי המותר לישא שפחה כנענית. אקט השחרור מהווה לגביו שינוי סטטוס וזה יכול להיעשות בשטר בלבד "ואין קנין איסור נפקע בלא גט בין באישות בין בעבדות".<sup>9</sup> לפרוש זה הסוגייה אינה דנה כלל בזכות קניינית ובכך נשמט בסיסה של ההלכה השנייה דלעיל.<sup>10</sup> בתלמוד שתי סוגיות נוספות שעניינן, לכאורה, מחילתה של זכות קניינית, נדון בהם בקצרה:

א. זכות בר-מצרא - לבעל מקרקעין (המצרן) זכות קדימה לרכישת שדה שכינו. אם המוכר פעל בניגוד לזכות הקדימה, המצרן זכאי להוציא את השדה מיד הלוקח. התלמוד מביא את המקרה דלהלן:

"אתא (הקונה) אימליך ביה (במצרן), אמר ליה 'איזיל

איזבון?' ואמר ליה 'זיל זבון' (המצרן לקונה) ו

צריך למיקנא מיניה או לא?

רבינא אמר לא צריך למיקנא מיניה, נהרדעי אמרי צריך

למיקנא מיניה, והלכתא צריך למיקנא מיניה".<sup>11</sup>

ויתור המצרן על זכות הקדימה באמירה גרידא אינו תקף, והוא רשאי לחזור בו מהסכמתו. מדוע לא חלה כאן ההלכה "מחילה אינה צריכה קנין"? שתי תשובות עיקריות<sup>12</sup> בראשונים:

9. חידושי הרמב"ן, קידושין, שם, ד"ה זאת אומרת. בעקבותיו: רשב"א, ריטב"א ור"ן, שם.

10. אדרבה, הנחת היסוד של רמב"ן היא שכל זכות נפקעת במחילה: "ותימא הוא היכן מצינו קנין מעשה ידיו, שאינו יוצא במחילה בלא שטר?"

11. בבא מציעא, קח, א.

12. ראה עוד תשובה יוצאת דופן של ר' שמחה משפירא (אשכנז, ראשית המאה הי"ג) המובאת על ידי: פסקי אור זרוע, שם, שנא; מרדכי שם, שצג.

1. רש"י<sup>13</sup> ורוב הראשונים<sup>14</sup> אינם רואים באמירת "זיל זבון" מחילה כלל ועיקר, "דאי לא קנה מיניה מצי אמר ליה 'משטה הייתי בך', כדי להעמידה על דמים הראויים לה; שאם באתי אני אצל הבעלים, היה מעלה לי בדמים בשביל שחביבה עליי".<sup>13</sup> הסכמת המצרן נועדה לשכנע את הקונה לרכוש את השדה ולגלות בדרך זו את מחירה הריאלי. מאוחר יותר יוכל המצרן להוציא את השדה מיד הלוקח, במחיר האמור.<sup>15</sup> הווי אומר: מחילת המצרן כשלעצמה אינה צריכה קנין אלא שזה מגלה שהמצרן התכוון באמת ובתמים למחול על זכותו. לשיטה זו אם מחילת המצרן באה לאחר שהקונה רכש את השדה, שאז הטעם האמור אינו רלבנטי יותר, היא תקיפה אף ללא מעשה קנין.<sup>16</sup>

2. רבינו נסים סובר שזכות המצרן היא קניינית ואינה נפקעת באמירה גרידא "משום דחשבינן ליה לבר מצרא כאילו יש לו קצת קנין בגופו של קרקע".<sup>17</sup> "קצת קנין", קרי - זכות קניינית.<sup>18</sup> שיטה זו משיבה באופן חיובי על השאלה שהצגנו בראשית הדיון ברם לאינטרפרטציה זו בתלמוד אין הכרח.

ב. משכנתא דנכיתא - כזכור משכנתא זו היא קרקע של החייב שהנושה אוכל פי-רותיה ומנכה מן החוב סכום קצוב.<sup>19</sup> לעסקה זו שני ניואנסים: אתרא דמסלקי - כאשר

- 
13. רש"י, שם, קח, א ד"ה נהרדעי.
14. ראה: רמב"ם, שכנים, יד, ב; ר' יהודה ברצלונני, בנימוקי יוסף, שם; המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה בא הלוקח.
15. בבא מציעא, שם: "זבן במאה ושווה מאתיים, חזינא: אי לכולי עלמא קא מוזילנא ומזבין - יהיב ליה מאה ושקיל ליה...".
16. רמב"ם, לעיל הערה 18, וראה מגיד-משנה, שם.
17. חידושי הר"ן, בבא מציעא, שם, ד"ה והלכתא; נימוקי יוסף, שם. מהרש"ל, חכמת שלמה, שם, ד"ה השתא דאמרת, מסביר שהקונה פעל כשלוחו של המצרן והשדה היא בבעלות האחרון ולכן לא סגי במחילה.
18. ראה לעיל עמ' 96.
19. לעיל עמ' 37-38.

לחייב זכות לפרוע את החוב ולפדות את המשכנתא בכל עת; אתרא דלא מסלקי - בה החייב אינו רשאי לפדות את המשכנתא עד למועד מסויים.<sup>20</sup> התלמוד מביא דיון קצר זה:

"באתרא דלא מסלקי ואמר (הנושה) 'מסתלקנא' מאי,

צריך למקנא מיניה או לא?

רב פפא אמר לא צריך למקנא מיניה, רב ששת בריה

דרב אידי אמר צריך למיקנא מיניה, והלכתא צריך

למיקנא מיניה."<sup>20</sup>

הסכמת הנושה לפדיון המשכנתא בכל עת, בניגוד למנהג המקום, אינה תקיפה בלא קניין.

מה בין זו למחילה רגילה?

אמרנו כבר שהנושה אוכל פירות, על פי הסכם הנכייטא, בשווי העולה על המנוכה מהחוב.

אף על פי כן אכילת הפירות אינה רבית היות וההסכם נחשב למכר לזמן קצוב ולא להלוואה ו"לא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מלווה למלווה בלבד".<sup>21</sup> לנושה, במשכנתא דנכייטא,

זכות קניינית בקרקע י"כל שמשכן שדה לחבירו בנכייטא... נעשה כאומר לו תיקני לך

שדה לפירותיה עד זמן פלוני".<sup>22</sup> הסכמתו לפדיון מוקדם של המשכון היא ויתור חלקי

על הזכות לאכילת פירות המשכנתא. מחילתה של זכות קניינית זו, צריכה קניין.

ברם רמז יש כאן, ראייה גמורה אין כאן, היות וזכותו של הנושה לפירות

הנכייטא באתרא דלא מסלקי היא יותר מזכות קניינית רגילה.<sup>23</sup> אחרים רואים באמירה

20. בבא מציעא, סז, ב.

21. שם, סט, ב, וראה לעיל עמ' 38.

22. חידושי הרמב"ן, שם, סז, ב ד"ה הא דאמרינן. בדרך זו הלכו גם: חידושי

הרשב"א, שם, ד"ה הא דאמר; חידושי הריטב"א החדשים, שם, ד"ה פשיטא, בטופו;

חידושי הר"ן, שם, ד"ה פשיטא. ראשונים אלו מדגישים שהתוצאה היתה שונה לו

הנושה היה מוחל על החוב גופו ולא על זכותו לפירות בלבד ראה להלן בסמוך

להערה 33.

23. זו כנראה כוונתם של הראשונים בהערה הקודמת, שאם לא כן יעמדו דברי רמב"ן

בסתירה לדבריו בענין עבד עברי, ראה הערה 10 לעיל. על עדיפות זכות הקניין

במשכנתא, ראה לעיל עמ' 101.

גרידא מחילה שאינה בלב שלם.<sup>24</sup>

ראינו בסעיף זה דעות ראשונים הסבורים שזכות קניינית אינה נפקעת באמירה

גרידא. ברם אין מקור תלמודי ממנו עולה חד-משמעית מסקנה זו.

## 2.2 שיטות הפוסקים במשכון

נראה שאין אנו זקוקים במסגרת זו להכריע בשאלת אופן מחילתה של זכות קניינית. בעיית מחילתו של חוב המובטח במשכון נחתכת על פי שיקולים אחרים. הגישה השלטת בהלכה אינה מייחדת לחוב שעל המשכון דרכי פקיעה מיוחדות. זכותו הקניינית של הנו-שה במשכון אינה משפיעה על אופן ביטולו של החיוב. העיקר אינו הולך אחר הטפל והחוב נפקע בדרך הרגילה: "דעיקר ממונא הוא דאית ליה עליה, דלגוביינא קיימא, וחוב הוא שיש לו עליו, ומחילתו על המעות שיש לו עליו הוא".<sup>25</sup> עמדנו על כך שהמשכון אינו מסיר את החיוב האישי מעל החייב. על אף נטילת משכון, החוב "לגוביי-נא קיימא", והנושה זכאי לתבוע מהחייב את פרעונו.<sup>26</sup> כשם שהמשכון אינו מכתוב דרך מסוימת לפרעון החוב והנושה רשאי להיפרע משאר נכסיו של החייב, כך אין הוא משפיע על אופן מחילתו של זה. המשכון מהווה בטוחה גרידא, הוא נסמך לחוב ואין החוב תלוי בו. זכותו הקניינית של הנושה במשכון בנוייה על גבי חיוב וכשזה נפקע היא מתבטלת ממילא.<sup>27</sup>

24. ראה: רש"י, בבא מציעא, סז, ב ד"ה צריך למיקנא; המאירי, בית הבחירה, שם;

ד"ה כל שנהגו; פסקי אור-זרוע, שם, קצד-קצה. מחלוקת זו מקבילה אפוא למח-

לוקת לענין בר-מצרא, לעיל בסמוך להערה 13.

25. שו"ת הרשב"א ג, יד (כפולה שם, שנד).

26. לעיל פרק ראשון סעיף 1.2.

27. ראה באריכות, ר"א נבון, מחנה אפרים, זכייה מהפקר, סימן ט'.

בנקודה זו שונה זכותו הקניינית של הנושה מזכות האדון בעבד עברי. האדון אינו רשאי לתבוע מהעבד סכום כסף אלא זה חב לו עבודה מגופו בלבד. הגבייה מגופו של עבד הינה אחריות נכסים ללא חיוב אישי. זכות האדון בעבד עצמאית ואינה טפילה לזכות אחרת. במשכון מנגד, הנושה זכאי לתבוע את החייב לפרעון החוב, ואינו מוכרח לגבותו באמצעות המשכון. הבדל זה בא לידי ביטוי בדבריו הקולעים של מחבר "שיטה לא נודעה למי", כדלהלן:

"ומיבעיא לן: מלוה שיש לו עליה משכון ומחל לו הלוואתו, אם יכול לחזור בו כל כמה דתפיס ליה במשכון. מי אמרינן גוף המשכון קנוי למעותיו, או דילמא לא דמי, דעבד זכי ביה בתורת מכירה ומשתמש בגופו, מה שאין כן במשכון שאינו אלא ערבון על מעותיו, ואם מחל מעותיו פקע ליה שעבודיה דמשכון. מהאי טעמא בתרא מסתברא ליה למורי נר"ו שאין יכול לחזור בו".<sup>28</sup>

העקרון בדבר פקיעתו של משכון בעקבות ביטולו של החיוב מצוי כבר בסוגייה התלמו-דית הבאה:

"אמר רבה: משכוננו של ישראל ביד גר, ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, מוציאין אותו מידו. מאי טעמא? כיון דמית ליה גר פקע ליה שעבודיה...".<sup>29</sup>

מיתתו של גר, שאין לו יורשים, הנושה בישראל, מפקיעה את החיוב היות ואין יורש הזכאי לתבוע את קיום החיוב. נכסיו של גר הפקר הם ויכל המחזיק בהן זכה בהן".<sup>30</sup>

28. שיטה לא נודעה למי, קידושין (ירושלים, תשכ"ח) טז, א ד"ה זאת אומרת.

29. בבא קמא, מט, ב.

30. גיטין, לט, א.

ברם אחר אינו רשאי לתפוס לעצמו את המשכון שאצל הגר. זכותו הקניינית של הגר במשכון פוקעת אוטומטית עם ביטול החיוב והמשכון חוזר לרשות בעליו.<sup>31</sup> הוא הדין והוא הטעם אם הנושה מחל על החוב, דמה לי אם החיוב נפקע עקב מיתח גר או מחילה?<sup>32</sup> ביטולו של החיוב מביא את המשכון לידי קיצו.

סברה זו נותנת מקום לאבחנה הבאה. מחילת הנושה על החוב המובטח במשכון תקיפה באמירה גרידא ומפקיעה אף את המשכון. ברם ויתור על המשכון בלבד בלא מחילה על עצם החוב הוא מחילה על זכות קניינית וצריך מעשה קניין.<sup>33</sup>

עמדנו עתה על הגישה העיקרית לענין מחילתו של חוב המובטח במשכון. חשוב להדגיש שישנם פתרונות אחרים לבעייה, ונתייחס אליהם בקצרה:  
א. חכמי אשכנז - כזכור לדידם הנושה אינו רוכש במשכון זכות קניינית, ודינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון" נאמר על עבוט בלבד.<sup>34</sup> השאלה אם זכות קניינית פוקעת באמירה בלבד, אינה רלבנטית אפוא לענין משכון. מייצגה של גישה זו הוא מהרי"ם מרוטנברג, ואלו דבריו:

"ונשאל לרבינו מאיר: אם מחילה צריכה קניין היכא דיש למוחל משכון בידו. והשיב: נראה לי דבר פשוט הוא דלא בעי קניין, דנהי דבעל חוב קונה משכון להתחייב כשומר שכר, מכל מקום אין גופו קנוי לו למלוה, ומהני מחילה אף על גב דהמלוה מחזיק משכון. כדאמרינן בפרק קמא דקידושין דאי לאו דעבד עברי גופו קנוי, מהני כי אמר

31. ראה חידושי הראב"ד (מהדורת אטלס) בבא קמא, מט, ב ד"ה אמר רבא. השווה:

שו"ת התשב"ץ, ב, ב.

32. המאירי, בית הבחירה, שם, ד"ה משכוננו של ישראל.

33. ראה הערה 22 לעיל.

34. לעיל פרק ראשון סעיף 6.3.3.3.

ליה באפי תרי זיל, הכי נמי כי מחיל ליה המלוה

המשכון למאריה, כל היכא דאיתיה דידיה הוי.

ושלום מאיר בן ברוך.<sup>35</sup>

מהר"ם למד מסוגיית עבד עברי שהחזקת הנושה במשכון כשלא נלווים אליה זכויות קנייניות, אינה משנה את אופן מחילת החוב. ויתור על פה תקף והמשכון חוזר לרשות בעליו "כל היכא דאיתיה דידיה הוי".

ב. ראשונים אחדים סבורים שהחוב שעל המשכון אינו נמחל בלי מעשה קניין.

זכותו הקניינית של הנושה במשכון אינה נפקעת באמירה גרידא. דעה זו מובאת לראשונה על ידי ר' יצחק בן אבא מרי בספר העיטור.<sup>36</sup> ריטבי"א מסכם בקצרה "ומדקאמר דבעל חוב קני משכון, שמעינן: דמלוה על המשכון אם מחל החוב אינו מחול, דקנין אינו נפקע במחילה, והכי מוכח בקידושין גבי עבד עברי".<sup>37</sup> מעניין לציין שריטבי"א

---

35. מופיע במרדכי, סנהדרין, תרפא. הלכה זו מקובלת על חכמי אשכנז, ראה:

תוספות, קידושין, יט, א ד"ה מלווה; מהר"א זוסלין, פסקי האגודה, שם, פרק

א, סימן טז; רמ"א, שו"ע, חו"מ, רמא, ב. ראה עוד: פסקי ושו"ת רקאנטי, שלז.

36. ספר העיטור, ערך מחילה; מהדורת רמ"א, נה, א. ראשונים אחרים ההולכים בשיטה

זו, הם: רא"ה, מזפיע בשיטה-מקובצת, בבא קמא, מט, ב ד"ה והרא"ה ז"ל; המיוחס

לר"י הזקן, לעיל הערה 5; המאירי, לעיל הערה 32; ריטבי"א בהערה הבאה. ראה

עוד קצות החשן, חו"מ, רמא, סק"ב החולק על רמ"א וסובר כך להלכה. סעד לדעתו

הוא מצא בשני ראשונים בלבד: ריטבי"א וחיידושי הרשב"א קידושין ח, ב ד"ה התם

במשכון. ברם הפרוש שהוא מציע לדברי רשב"א אינו מדויק ועומד בסתירה מפורשת

לדעת הרשב"א בתשובותיו, לעיל הערה 25.

37. חידושי הריטבי"א, גיטין, לז, א ד"ה שאני משכון.

ומהרי"ם מרוטנברג מגיעים למסקנות שונות בהסתמך על אותה הסוגייה. ההבדל נובע מתפיסה נוגדת במהות המשכון ואינו פרי הבנה שונה בסוגיית עבד עברי.

ג. האחרונים מביאים טעם נוסף.<sup>38</sup> לדידם ויתור על פה אינו מועיל עד שהנושה יחזיר לחייב את משכונו. אי החזרתו של המשכון לחייב בשעת המחילה מצביעה על כך שזו לא נעשתה בלב שלם.<sup>39</sup> לסברה זו אין ולא כלום עם קנייניות המשכון ואף בשטר חוב הלכה דומה. מחילתה של הלוואה שבשטר אינה תקיפה כל עוד הנושה לא החזיר לחייב את שטר החוב.<sup>40</sup>

על כל פנים הגישה העיקרית במשפט העברי אינה מייחדת למחילת חוב המובטח במשכון הלכות שונות והוא פוקע בדברים בלבד. מחילתו מביאה את המשכון לידי קיצו היות וי"מנה אין כאן משכון אין כאן ועל הנושה להעמידו לרשות החייב.

---

38. ראה: I. Herzog, The Main Institutions of Jewish Law (London, 1965) vol 1

2, p. 115, הטוען שזו גם דעת ריטבי"א, ברם הוא הסתמך על לשון ריטבי"א בחידו-

שיו לקידושין, ח, ב ד"ה איתביה, ואישתמיטיה מיניה דבריו המפורשים של

ריטבי"א בגיטין, שם.

39. ראה: ר' יצחק אלחנן ספקטור, שו"ת נחל יצחק, יב; פתחי תשובה, חו"מ, יב,

סקי"ד.

40. רמ"א, לעיל הערה 35, חולק בשני המקרים וסובר שמחילה בדברים בלבד, תקיפה.

ראה עוד ש"ר, חו"מ, רמא, סקי"ד; סמ"ע, שם, יב, סקכ"א. סברה אחרת לענין

הלוואה בשטר, ראה: ב"ח, טוח"מ, יב, סקי"ט.

### 3. פדיון המשכון

#### 1.3 פדיון המשכון לאחר מועד הפרעון

##### 1.1.3 הצעת הבעייה

לעתים נושה מנצל את מצבו הדחוק של חייב ומסכים להעניק לו הלוואה רק אם הוא יתחייב לתנאי כדלהלן: "אם לא אפרעך עד יום פלוני - יהא המשכון שלך" (להלן - סעיף חילוט). על פי תנאי זה, אי פרעון החוב במועד המוסכם, מזכה את הנושה בבעלות על המשכון. היות ובדרך כלל ערך המשכון גבוה בהרבה מסכום ההלוואה,<sup>1</sup> הנושה זוכה בתוספת נכבדה על הקרן.<sup>2</sup>

תנאי זה אינו הוגן ונוטה בברור לצידו של הנושה. הנושה אינו עלול להפסיד מאומה: אם החוב ייפרע במועד, הוא יקבל את כספו חזרה; אם החוב לא ייפרע במועד, הוא ירוויח את הסכום שבו עודף המשכון על החוב. לא כן מצבו של החייב: התנאי אינו מעניק לו כל יתרון ומנגד, הוא עלול להפסיד בגינו סכום כסף ניכר, אם יאחר בתשלום החוב. ברי שהסכמת החייב לתנאי זה אינה פרי רצונו החופשי אלא כניעה לדרישותיו של הנושה. החייב היה זקוק למזומנים, והסכים בליט ברירה לתנאי. להלן נבדוק אם די בשיקול זה כדי להביא לפסילת סעיף החילוט. כן נדון בהסכם חילוט שנערך לאחר שעת ההלוואה, שם קיימים שיקולים אחרים.

אם נפסול את סעיף החילוט, התוצאה תהא שהחייב יורשה לפדות את משכונו אף לאחר מועד הפרעון. במקרה זה עלינו לקבוע במדויק עד מתי עומדת לחייב זכות זו.

1. ראה לעיל עמ' 159.

2. לנושה הדורש סעיף חילוט יש אינטרס במשכון נוסף על הרווח הכספי, שאם לא כן היה אוכף על החייב תנאי כדלהלן: "אם לא אפרעך עד זמן פלוני, אתן לך כך וכך". תנאי זה היה רווח בשטרי הלוואה, לפי עדותו של השואל בשו"ת הרשב"א, א, תרנא. ראה עוד: שו"ת הריב"ש, שלה; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), לה.

שאלת ההכרה בתוקפו של סעיף חילוט במשכון עמדה לפני רוב שיטות המשפט, עתיקות כחדשות.<sup>3</sup> המשפט הרומי הכיר בסעיף זה, ה-"Lex commissoria", והתנאי אכן רווח במשכונות תקופה זו, עד שקונסטנטין קיסר אסרו.<sup>4</sup> במשפט הקונטיננטלי נפסל הסעיף רק בימי הביניים המאוחרים.<sup>5</sup> באנגליה, רק מהמאה הי"ז ואילך התערבו בתי הדין של ה-"Equity" כדבר שבשיגרה ב-mortgage הנהוגה ב-Common Law, ופיתחו את תורת ה-"Equity of Redemption", הלכה המאפשרת לחייב לפדות את המשכון, אף לאחר מועד הפרעון.<sup>6</sup>

ברוב שיטות המשפט מוכרת התערבות המחוקק בפסילת התנאות חוזיות, על אף קיומו של עיקרון "קדושת החוזה". עמד על כך השופט ויתקון בפרשת צים נ' מזיאר:<sup>7</sup> "הספק אם אמנם רצוי לפסול את התנאי הנדון נעוץ, קודם כל, בכלל הגדול שאדם חופשי להתקשר בכל חוזה, להבטיח לעצמו זכויות ולוותר על זכויות, הכל כטוב בעיניו.

- 
3. דיני האומות בסוגייה זו נזכרו בספרות השו"ת. ראה: שו"ת הרא"ש, ח, טו;
- שו"ת הראנ"ח (ירושלים, תשי"ך), ג.
4. ראה: W.W. Buckland and A.D. McNair, Roman Law and Common Law, 2nd ed. (Cambridge, 1952), pp. 315-316.
5. על המשפט הצרפתי ראה: J.Brissaud, History of French Private Law (New York, 1968), p. 585. במשפט הגרמני נאסר סעיף החילוט רק במאה הט"ו עם החזרה לעקרונות המשפט הרומי (ה-"Reception"), ראה: R. Hübner, History of Germanic Private Law (New York, 1968), p. 368. וכן ראה: John H. Wigmore, "The Pledge-Idea, A Study in Comparative Legal Ideas", Harvard Law Review, vol. 10 (1896-97), p. 321 at pp. 339-340 esp. n. 4.
6. זאת בתנאי שהחייב ישלם החוב תוך זמן סביר. זמן סביר זה יכול ויקבע על ידי פניית הנושה לבימ"ש. ראה על כך: George E. Osborne, Handbook of the Law of Mortgages, 2nd ed. (New York, 1970), pp. 12-15.
7. ע"א 461/62, "צ"מ" חברה השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד, יז, 1319, 1337.

בימינו אלה ירדה אמנם קרנו של הכלל הזה אך סבור אני, שבנתון לסייגים מסוימים, אף חופש זה הוא נכס יקר ודבר חיובי בחיי החברה". התערבות המחוקק בחופש החוזי מנומקת בעיקר באינטרס הציבורי שבפסילת התנאי הנדון. קיצונית יותר היא השקפת המשפט העברי. אף כאן נקודת המוצא היא ההלכה "המתנה על מה שכתוב בתורה - דבר שהוא של ממון תנאו קיים"<sup>8</sup>. חופש החוזים הינו יסוד מוסד והאפשרויות לפסול הסכם חוזי הן מצומצמות. במשפט העברי לא קל לפסול הסכם בנימוק של אינטרס ציבורי ויש צורך לשם כך להסתייע במבחנים מדיני החוזים גופם. להלן נראה אם וכיצד התערבה ההלכה בתוקפו של סעיף החילוט.

לכאורה אפשר להסתייע בדיני ריבית כדי לפסול את סעיף החילוט. בריבית החלק האיטורי הוא הרכיב העיקרי ולכן ההלכה מתערבת בהתנאות הצדדים ופוטרת את החייב מלשלם ריבית שהסכים לה.<sup>9</sup> ציינו לעיל שמטרתו של סעיף החילוט היא להעניק לנושה רווח נוסף על הקרן. תוספת זו מהווה לכאורה ריבית שדי בה לערער את תוקפו של סעיף החילוט.

ברם לדעת רוב הפוסקים<sup>10</sup> אין לסעיף חילוט עם דיני ריבית ולא כלום. ריבית היא באופייה תשלום של אגר נטר (= שכר המתנת מעות); החייב משלם לנושה עבור שהיית מעותיו של זה אצלו, מצב המונע מהנושה מלהשקיע כספים אלה בדרך אחרת הנושאת פירות. מהותו של סעיף חילוט במשכון שונה: אם החייב פורע את החוב במועד, הוא אינו צריך להוסיף מאומה על הקרן. רק איחור בפרעון החוב מביא לחילוט המשכון, קרי - לתשלום תוספת על הקרן. הווי אומר; לחייב ישנה אופציה להיפטר מתשלום עבור ההלוואה.

---

8. תוספתא קידושין, ג, ח. וראה במפורט: מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו,

מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג), כרך א, עמ' 159 ואילך.

9. שו"ע, יו"ד, קסא, ה.

10. אולם ראה את תירוצו השני של ראב"ד המופיע בשיטה מקובצת, בבא מציעא, סו,

א ד"ה וזה לשון הראב"ד. לדעה זו התנאי האמור נגוע באבק ריבית.

לפנינו אפוא קנס בגין איחור בפרעון החוב ולא תשלום בעל אופי של "אגר נטר".<sup>11</sup> יתר על כן, גם אם אין לחייב מעות או רכוש אחר, הוא זכאי למכור את המשכון לצד שלישי ולפרוע את ההלוואה מתוך התמורה שתתקבל. חייב הנמנע מצעד זה וגורם לחילוט המשכון לא יישמע בטענה שחלק המשכון העודף על החוב מהווה ריבית, היות וכאמור היה יכול להימנע מנתינתו לנושה.<sup>12</sup>

### 2.1.3 סעיף חילוט במשכון במקורות התנאים והאמוראים

בתוספתא בבא מציעא, פ"א, מצויות שתי הלכות בנדון, כדלהלן:

יז. "משכן לו בית ומשכן לו שדה ואמר לו (הלווה): 'אם לא נתתי לך מיכן ועד יום פלוני - אין לי בידך כלום (= המשכון יהיה שלך)'; היגיע זמן ולא נתן - יתקיים תנאו, דברי רבי יוסי. אמר רבי יהודה: היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו? אלא ינתחנו...".<sup>13</sup>

יט. "...המלוה את חבירו על המשכון ואמר לו: 'אם לא נתתי לך מיכאן ועד יום פלוני - אין לי בידך כלום', והגיע זמן ולא נתן, היגעו משכון בין רע ובין יפה".

- 
11. ראה: חידושי הר"י מיג"ש, בבא בתרא, קטח, א ד"ה מי שפרע. מלשונו משמע שאין בדבר חשש ריבית ומותר להתנות כן לכתחלה. מאוחר יותר היסס רשב"א להתיר לכתחלה משום הערמת ריבית, ראה: שו"ת הרשב"א, א, תרנא; ב, ב; חידושי הרשב"א, בבא מציעא, סו, א ד"ה ורב נחמן. פוסקים מאוחרים יותר חזרו לדעת ר"י מיג"ש, ראה ריטב"א וריב"ש, לעיל הערה 2.
  12. ראה: תוספות, בבא מציעא, סה, ב ד"ה לא תמכרם; פסקי הרא"ש, שם, פרק ה', סימן כה. על זכות החייב למכור את המשכון ראה לעיל פרק שלישי סעיף 2.
  13. שימוש בשורש זה לענין משכון ראה: בבא מציעא, קיג, א, וראה עוד: חסדי דוד על התוספתא, שם.

כיצד יש לפרש את דברי רבי יהודה בהלכה יז "היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו"?  
האם זהו נימוקו המשפטי של רבי יהודה לפסילת סעיף החילוט, דהיינו עצם העובדה  
שהתוצאה אינה צודקת די בה להביא לפסילת הסעיף; או שמא לפנינו הבעת דעה כי תוצאת  
הסעיף, התעשרות הנושה על חשבון החייב, אינה רצויה, ויש על כן צורך למצוא דרך  
משפטית שתאפשר לבטלו. על פי החלופה השניה הנימוק המשפטי גופו אינו מצוי בדברי  
רבי יהודה.

האפשרות השניה נראית לי כפירוש הנכון בדברי רבי יהודה, ולניסוח מעין זה  
מצויות מקבילות בספרות התנאים.<sup>14</sup> סיוע לדרך פירוש זו נמצא בתוספתא גופה, אם  
נאמץ את הכלל "דרשינן סמוכין". בין שתי ההלכות האמורות מצוי בתוספתא הדין דלהלן:

יז. "...הנותן עירבון לחבירו על הבית ועל השדה ואמר לו (הקונה) 'אם לא  
נתתי לך מיכאן ועד יום פלוני - אין לי בידך כלום (= המקדמה תוחלט)';  
והלה כותב לו: 'אם אני חוזר בי - הריני כופל לך ערבונך'. היגיע זמן  
ולא נתן - יתקיים תנאו, דברי רבי יוסי. אמר רבי יהודה; היאך זוכה  
זה בדבר שאינו שלו? אלא נותן לו עירבון שלו...".

תוספתא זו מובאת בשינויי לשון בתלמוד הבבלי<sup>15</sup> והמקבילה לדברי רבי יהודה  
בתוספתא "היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו", נוסחה כך: "ר' יהודה אומר: דיו שיקנה  
כנגד ערבונו". התלמוד שם מבאר שרבי יהודה פוסל את ההתחייבות מטעם אסמכתא, ומכאן

- 
14. ראה למשל: משנה, בבא מציעא, ג, ב: "אמר רבי יוסי: כיצד הלה עושה סחורה  
בפרתו של חבירו? אלא תחזור פרה לבעלים". רבי יוסי מנמק את רצונו להגיע  
לתוצאה מסוימת, אך אינו מביא את הקונסטרוקציה המשפטית. הראשונים על אתר  
(בבא מציעא, לה, ב) משלימים את החסר בנקודה זו.
15. בבא מציעא, מח, ב. מעניין הכלל שקובע רמב"ן, שם, על דרכי הציטוט בתלמוד:  
"...וזו הברייתא היא השנויה בכאן בגמרא, אלא ששינו את לשונם במקצת, שכן  
דרך בעלי הגמרא לשנות לשון הברייתות כדי להוסיף בהן פירוש או לקצר, ואפילו  
במשניות זרעים וטהרות תמצא כן".

שהטעם "היאך זוכה זה...". שבגוף דברי רבי יהודה, אינו מספיק. כאמור, ההסבר לכך, לדעתי, הוא שאין זה נימוק משפטי אלא סוציאלי-חברתי גרידא ואת הייקר החסר מן הספר" משלים התלמוד בסוגייה.

העולה מהאמור שאף לענין סעיף חילוט יש לברר מכוח מה שלל רבי יהודה כל

נפקות מההסכם. כך מגיעים אנו אל עקרון האסמכתא שנרמז בשורות הקודמות.

בהלכה ניתן לשחרר צד להסכם מהתחייבויות שנטל על עצמו אם נראה בהן משום

אסמכתא.<sup>16</sup> על היקיפו המדויק של עקרון האסמכתא והדרכים ליישומו מצויות מחלוקות

רבות בראשונים<sup>17</sup> והדיון בהם חורג ממסגרת חיבור זה. לכל הדעות חסרונה של עיסקת

האסמכתא נובע מאי קיום גמירות דעת, אלמנט יסודי שבלעדיו אין כל תוקף לחוזה

במשפט העברי.<sup>18</sup>

במשנה ובתלמוד<sup>19</sup> מצויות מספר מחלוקות בין רבי יוסי ורבי יהודה שבהן פוטר

רבי יהודה צד להסכם מהתחייבות שנטל על עצמו. התלמוד פירש שרבי יוסי ורבי יהודה

חלוקים בקיומה של תורת האסמכתא. סביר שאף לפנינו בתוספתא הנייל מחלוקת מקבילה,<sup>20</sup>

כאשר רבי יוסי שולל את עקרון האסמכתא ולעומתו רבי יהודה מסתייע בעקרון זה לפסול

16. לדוגמא: סוגיות הבבלי בבא מציעא, מח, ב; קד, ב; בבא בתרא, קסח, א.

17. על הקשיים בסוגיית האסמכתא אמר רשב"א (שו"ת ב, כב): "ענין האסמכתא דבר

שנתחבטו בו כל הראשונים ועמודי שמים ירופפו עליו ואני כבר מימי יגעתי

וטרחתי ולא מסיקנא אלא כמה דמסיק תעלה מבי כרבא". סיכום שיטות הראשונים

נמצא אצל: אי גולאק, יסודי המשפט העברי (תייא תשכ"ז) כרך א, ספר ראשון,

עמ' 67-75.

18. מדגיש נקודה זו: ש' אלבק, דיני ממונות בתלמוד (תל אביב תשל"ו), עמ' 317

ואילך.

19. בבא מציעא, מח, ב; בבא בתרא, קסח, א.

20. פירוש זה מקבל חיזוק עם ההשוואה בין הלכה דידן ובין ההלכה דלעיל לענין

ערבון.

הסכמים שאין בהם גמירות דעת שלימה. כפי שהודגש לעיל, הסכמת החייב לסעיף החילוט נבעה מתוך רצון להשיג את ההלוואה ותחת לחצו של הנושה ולכן פטור יהיה, לדעת רבי יהודה, מלמלא אחר ההסכם.

בעיה שלא באה עדיין על פתרונה היא אי ההתאמה הלכאורית בין שתי ההלכות בתוספתא. בהלכה יז לענין "משכן לו בית" חולק רבי יהודה על רבי יוסי ופוסל את סעיף החילוט. מנגד, הלכה יט היא סתמית, כדעתו של רבי יוסי. שתיקתו של רבי יהודה בהלכה זו אינה ברורה ויש לבדוק אם אכן אין הוא חולק על האמור בה. על שאלה זו משיב רמב"ן<sup>21</sup> בחיוב, ואומר כי רבי יהודה אינו חולק על הלכה יט.<sup>22</sup> ההבדל, לדעת רמב"ן, בין שתי ההלכות נעוץ בכך שזו הראשונה דנה במשכנתא לעומת השניה העוסקת במטלטלין. בלשון התוספתא "משכן לו בית משכן לו שדה" מול: "המלוה את חברו על המשכון", מצוי יותר מרמז לחילוקו של רמב"ן. המלה "משכון" יוחדה בתקופת המשנה והתלמוד למשכון מטלטלין בלבד.<sup>23</sup> עיקר דברינו בסעיף זה נלמדים

- 
21. חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, מח, ב, ד"ה ורבי יהודה.
22. שו"ת הרא"ש, קח, כז, ו, חולק על רמב"ן וסובר שרבי יהודה חולק על הלכה יט. דבריו בענין זה דחוקים, היות ובכל ההלכות הקודמות בתוספתא מובא רבי יהודה כחולק, ורק כאן מובאת הלכה סתמית (ראה דברי רמב"ן בהערה הקודמת; ש"ך, חו"מ, עג, ס"ק נ). תירוצו של ר' דוד פארדו, שו"ת מכתם לדוד, לד, על קושייה זו, דחוק. אף אי גולאק, החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט) עמ' 67, סובר שהתו-ספתא נשנתה לדעת רבי יוסי. מכאן, בין השאר, הוא מוכיח שבתקופת התנאים פסקו כרבי יוסי ורק בתלמוד נפסק לראשונה כרבי יהודה (ראה עוד להלן בסמוך להערה 36). בהערה 23, שם, שולל גולאק את החילוק בין מטלטלין למקרקעין, אך אינו מציע פתרון אחר ליחס בין שתי ההלכות הנ"ל שבתוספתא. כבמקרים אחרים, מושפע אף כאן גולאק מן העובדה שבדיני האומות אותה עת נהוג היה סעיף חילוט. על השפעה זו ראה שם את כל הפרק על משכון, עמ' 62-81, וראה עוד לעיל עמ' 43.
23. ראה לעיל עמ' 5.

מדברי רמב"ן בחידושיו ומן הראוי אפוא לצטטם בהרחבה, כדלהלן:

"... וכמדומה לו ששמע השומע חילוק אחר בין מטלטלים לקרקעות. וזה הוא ששנו בתוספתא: המלוה את חבירו על המשכון וא"ל אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני אין לי בידך כלום, הגיע זמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה. ולא חלק בה ר' יהודה. ונראה מפני שבי"ח קונה משכון מטלטלין מעכשו כדרי' יצחק כל תנאים שהתנה עליו קיימין, שהרי קנה מעכשו. ובהכי שייכא שמעתא דפסחים פ' כל שעה, דמשמע התם דאי זבין מלוה ואקדיש משכון שבידו ולא פדאו והוחלט למלוה, קנה לוקח דלמפרע הוא שלו מדברי ר' יצחק, דאמר מהשתא יש לו בגוי'. ומיהו קשיא למאן דסבר דהא דרי' יצחק לא אמרה במשכנו בשעת הלואתו, והכא מדקתני 'המלוה' ש"מ משכנו בשעת הלואתו הוא. אלא הטעם מפני שהוא כמוכרו לו מעכשו. וזה הדין אינו בקרקעות, שאינו כמו-כר, שאדם עשוי שלא למכור קרקעותיו. ולפיכך אינו נראה כמזכה מעכשו, וכדתני' משכן לו בית וכו', ותנן נמי הלוהו על שדהו. וזהו החילוק ששמע השומע בין מטלטלין לקרקעות...".<sup>24</sup>

שני טעמים<sup>25</sup> בפי רמב"ן להבדל בין מטלטלין ומקרקעין.

24. רמב"ן, לעיל הערה 21.

25. בקטע המצוטט למעלה בולט שאלו שני תירווצים שונים (ראה השורה המתחילה "ומיהו

קשיא", המבהירה מדוע אין להסתפק בהסבר הראשון, ואחר כך "אלא הטעם" מתחיל התרוץ השני). מתמיהה על כן העובדה שראשונים מאוחרים ההולכים בשיטת רמב"ן, מביאים את הנימוק הראשון בלבד, המסתמך על דינו של רבי יצחק, ראה: חידושי הרשב"א, בבא מציעא, מח, ב ד"ה ורבי יהודה; נימוקי יוסף, שם; ר"ן על הרי"ף, פסחים לא, א. אף הבית-יוסף, חו"מ, רז, ס"ק טו, מביא דעת תלמידי הרשב"א,

(המשך ההערה בעמוד הבא)

א. במטלטלין חל דינו היסודי של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון".<sup>26</sup> עסקנו לעיל בהרחבה בבאורו של מאמר זה והגענו למסקנה שכוונת רבי יצחק היא שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות.<sup>27</sup> הדברים נכונים במיוחד לגבי רמב"ן, שאנו עוסקים עתה בבאור דבריו. ברם הערנו שם שבד בבד עם באור זה נובעת מדברי רבי יצחק הלכה נוספת, והיא: אם המשכון הוחלט לנושה על ידי בית דין, הוא נחשב לבעליו למפרע משעת ההלוואה.<sup>28</sup> כזכור חלוקים אביי ורבא בשעבוד נכסים רגיל אם בעל חוב "למפרע הוא גובה" או "מכאן ולהבא הוא גובה", ברם במשכון לדעת הכל, למפרע הוא גובה.<sup>29</sup>

הוא הדין בחילוט שלא על ידי בית דין, כאשר החייב הסכים לסעיף חילוט כאילו התנה "הרי המשכון שלך מעכשו" אם לא אפרע לך עד יום פלוני". תנאי "מעכשו" מוציא את העסקה מכלל אסמכתא<sup>30</sup> ולכן סעיף החילוט במטלטלין הינו בר תוקף.

---

(המשך הערה 25)

הזהה עם הנימוק השני ברמב"ן בלא לציין זאת. כמו כן השייך, חו"מ, עג, סייק נ, וקצות החשן, שם, סייק יא, חולקים אם דעתו של רמב"ן לענין משכון מטלטלין תלויה בדינו של רבי יצחק, בלא להעיר שבענין זה חלוקים שני התירוצים ברמב"ן. נראה שדברי רמב"ן לא היו ידועים במקורם ונשאבו מכלי שני. חידושי הרמב"ן על מסכת בבא מציעא נדפסו לראשונה בירושלים תרפ"ט, אם כי הקטע הרלבנטי מצוטט בשיטה מקובצת על אתר שנדפסה באמסטרדם, תפ"א. מסיבה זו, כנראה, לא היו ידועים הדברים לחלק מהחכמים הנזכרים לעיל. ראה עוד שו"ת הרא"ש, לעיל הערה 22.

26. לענין מקרקעין ראה לעיל פרק ראשון סעיף 4.3.3.

27. שם, סעיף 6.3.3.3.

28. שם, ליד הערה 211.

29. ראה לעיל עמ' 74.

30. רמב"ם, מכירה יא, ב ו-ז.

ב. ניתן להגיע לתוצאה האמורה גם בלי להסתמך על הלכת רבי יצחק. אדם מקפיד במכירת מקרקעין יותר מאשר במטלטלין, ואינו ממהר להוציא את המקרקעין מרשותו. ליבו של החייב שלם יותר עם סעיף חילוט במטלטלין ואנו מייחסים לו תנאי "מעכשו" על מנת ליתן תוקף לסעיף. מנגד במקרקעין קשה לייחס לו תנאי מכללא היות ובודאי הוא אינו מסכים להקדמת המועד להעברת הבעלות. אמרנו לעיל שתנאי מעכשו מביא לתקיפות סעיף החילוט.

חידושו של רמב"ן נתכנה על דרך הקיצור "אין אסמכתא במשכון".<sup>31</sup> חכמי ספרד ופרובנס הלכו בדרך כלל בשיטת רמב"ן.<sup>32</sup> מנגד, רוב חכמי אשכנז שללו את תוקפו של סעיף חילוט במשכון מטלטלין, מטעם אסמכתא.<sup>33</sup>

- 
31. לבד מזו מופיע הביטוי "אין אסמכתא במשכון" במקורות, בשתי משמעויות אחרות, דבר שגרם בלבול מסוים. שתי המשמעויות הן כדלקמן: א. הלכת רמב"ם (הלכות מכירה, יא, ד) שבכל מקרה שמקבל ההתחייבות מחזיק חפץ שהחייב נתן לו בגין ההתחייבות, אין דין אסמכתא. במובן זה ראה: מגיד-משנה, הלכות חמץ ומצה, ד, ה; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), לא. ב. אין אסמכתא במשכון על פי תפיסת חכמי אשכנז שלענין משכון אמירת "מעכשו" מוציאה מידי אסמכתא (ראה להלן הטקסט ליד הערה 40). במובן זה ראה: דרכי משה, חו"מ, עג, ס"ק יא.
32. ראה הראשונים לעיל הערה 25. וראה עוד: ספר העיטור, ערך תנאי, פסקה יא (מהדורת רמ"י, לט, ב): בית הבחירה, פסחים, ל, ב, ד"ה נכרי שהלווה. בין חכמי אשכנז וצרפת סוברים כשיטת הרמב"ן, ר"י הלבן (מופיע בהגהות אשרי על בבא מציעא, פרק ה, סימן כט), ור"מ מקוצי בעל הסמ"ג (עשין, פב). על רובם של ראשונים אלו ראה ש"ך, חו"מ, עג, ס"ק נ, אך נראה שלא דייק לענין דעת ר"ת ור"י, ראה הערות 40 ו-41 להלן.
33. כך סוברים גדולי הפוסקים של יהדות אשכנז במקופת הראשונים, ראה: רש"י בתשובה, להלן הערה 42; רבינו חם, להלן הערה 41; ר"י הזקן, להלן הערה 40; בהרחבה, המהר"ם מרוטנברג. דעתו מופיעה בשני הקשרים שונים: 1. קביעה (המשך ההערה בעמוד הבא)

סעיף חילוט במשכון נדון מפורשות במקור תנאי נוסף.<sup>34</sup> במשנה מסכת בבא מציעא

שנינו:

"הלוהו על שדהו ואמר לו: 'אם אי אתה נותן לי מכאן

ועד שלש שנים - הרי היא שלי', הרי היא שלו; וכך

היה ביתוס בן זונין עושה ע"פ חכמים".<sup>35</sup>

פשוטה של משנה - כדעת רבי יוסי בתוספתא, וכלל הוא שסתם משנה ומחלוקת

בתוספתא, הלכה כסתם משנה. ואכן גולאק סובר שבתקופת התנאים פסקו כרבי יוסי, ורק

מאוחר יותר בבבל נפסל התנאי מטעם אסמכתא.<sup>36</sup>

(המשך הערה 33)

שבמשכון יש אסמכתא. ראה: שו"ת מהר"ם בן ברוך, פראג, קל: מרדכי, בבא מציעא,

שכד. (אם כי ניתן להבין תשובה זו כמכוונת נגד רמב"ם, לעיל הערה 31; ברם

ראה שו"ת הרא"ש, לעיל הערה 22). 2. קביעת ש"מעכשו" במשכון מוציא מידי

אסמכתא, ומכאן שללא אמירה זו אין התנאי מועיל. ראה: שו"ת מהר"ם בן ברוך,

פראג, צא; קרימונה, א. שו"ת הרשב"א, א, אלף קב; הגהות מימוניות, הלכות

מכירה, יא, ז; הלכות מלוה ולוה, ג, ה; מרדכי, בבא מציעא, שכא; רבינו ירוחם,

מישרים, ל, ה. לדעת מהר"ם, הנושה נאמן בשבועה שהחייב התנה "מעכשו". אף

רא"ש בתשובה, לעיל הערה 22, סבור שאין תוקף לסעיף חילוט במשכון, בשל אסמכתא.

34. נוסף על האמור, מצוי סעיף חילוט במשכון במקום אחר בספרות התלמודית. כוונתנו

למשנה פסחים, ב, ב, על פי ביאורה בבלי, שם, לא, ב, ולתוספתא שם, ב, ט-י.

סוגייה זו נדונה בהקשר אחר, לעיל פרק ראשון סעיף 2.3.3.3, ולענייננו אין בה

להוסיף על האמור.

35. משנה בבא מציעא, ה, ג, המשנה מובאת בבבלי, שם, סה, ב. לפני ראשונים רבים

היה קטע זה של המשנה בדף סו, א.

36. ראה גולאק, לעיל הערה 22, שם.

התלמוד הבבלי, השולל כאמור תנאי חילוט מטעם אסמכתא, לפחות לענין מקרקעין, מעמיד את המשנה במקרה שהחייב התנה "קנה"<sup>37</sup> מעכשו".<sup>38</sup> חכמי אשכנז הסוברים בדרך כלל שאף התנאת "מעכשו" אין בה להוציא מידי אסמכתא,<sup>39</sup> מסיקים מכאן שלמשכון דין שונה. עסקת מישכון יש בה מסממני מכר, וכן הנושה עשה טובה לחייב בעצם ההלוואה; צירוף גורמים המביא לגמירות דעת שלמה מצד החייב.<sup>40</sup> יש הרואים בעובדה שהנושה מחזיק משכון בצירוף ענין הטובה גורם המביא לגמירות דעת ולתקיפות התנאי.<sup>41,42</sup>

---

37. גירסת הדפוס שלפנינו. בכ"י מינכן ליתא "קנה". וראה: דקדוקי סופרים, שם, הערה (א).

38. "מעכשו" מבטל אסמכתא, ראה הערה 30 לעיל.

39. חכמי אשכנז רואים בסוגיית הבבלי נדרים, כז, ב, הדורשת הקנאה לפני בי"ד חשוב, עיקר, ואת סוגיה דידן, בבא מציעא, סו, א, מפרשים כמקרה חריג. דעת חכמי אשכנז נפסקה להלכה ע"י רמ"א, שו"ע, חו"מ, רז, יד. תפיסת חכמי ספרד הפוכה, לדידם סוגיית בבא מציעא עיקר ואילו בנדרים מדובר במקרה חריג, בתנאי שנכפה ע"י בי"ד ולכן לא מספיקה אמירת "מעכשו". ראה: ר"ן, נדרים, כז, ב ד"ה והלכתא: שו"ת הריב"ש, שלה.

40. דעת ר"י, מופיעה בתוספות, בבא מציעא, סו, א ד"ה ומניומי אמר, ובשינוי מסוים בתוספות, נדרים, כז, ב ד"ה והלכתא. דעה זו מובאת ללא ציון שם אומרה בפסקי הרא"ש, בבא מציעא, פ"ה, סימן כט. תמוהה העובדה שהש"ך, חו"מ, עג, ס"ק נ, קובע שלענין מטלטלין לא מצריך ר"י אמירת "מעכשו" כרמב"ן. דעה זו אינה מתיישבת עם המקורות האמורים ועם תפיסתו של ר"י את סוגיית נדרים, כז, ב, כמרכזית בדיני האסמכתא.

41. דעת המהר"ם מרוטנברג, לעיל הערה 33. קדם לו בהסבר זה רבינו תם, אלא שמה-מקורות לא עולה דעתו בבירור. מהתוספות, בבא מציעא, סו, א ד"ה ומניומי, משמע כי במטלטלין אין ר"ת דורש כלל אמירת "מעכשו" (שאם לא כן לא קשה כלל מערבון, ראה הגהות הגר"א, שם, אות ג). מנגד, מרוב המקורות משמע שהוא

(המשך הערות 41 ו-42 בעמוד הבא)

חכמי ספרד, הסוברים שסעיף חילוט במקרקעין נפסל מטעם אסמכתא, מסיקים מהסוגייה האמורה שאין הדין כך במקום שהחייב התנה מפורשות "מעכשו". דין זה אינו מיוחד למשכון, אליבא דידם, וכל מקום שיש "מעכשו" אין אסמכתא.<sup>43</sup>

בשולחן ערוך<sup>44</sup> פסק המחבר שסעיף חילוט במשכון אינו תקף ללא התנאת "מעכשו". פסק זה תמוה. לבד מסטייתו מההלכה שאימצו רוב הראשונים, ובמיוחד חכמי ספרד,<sup>45</sup> עומד זה, לכאורה, בסתירה להלכה אחרת שפוסק רבי יוסף קארו. במקום אחר<sup>46</sup> הולך המחבר בעקבות רמב"ם, הסובר שאם מקבל ההתחייבות קיבל לרשותו חפץ של המתחייב, לאו דוקא משכון על חוב, נרפא פגם האסמכתא.

---

(המשך הערה 41)

- מצריך תנאי מעכשו, שלא כגרי"א וכשי"ך, חו"מ עג, ס"ק נ. ראה: שו"ת הרשב"א, א, תתקי"ז; שם, אלף קמט; ב, כב; ר"ן נדרים, כז, ב ד"ה והלכתא; רבינו ירוחם, מישרים, ל, ה.
42. נראה שרשי"י הוא הפוסק היחיד הסובר שאף אמירת "מעכשו" אינה מועילה במשכון. ראה תשובתו במרדכי, שבועות, תשעה; הגהות מימוניות, הלכות מכירה, יא, ז; הלכות מלוה ולוה, ג, ה. ראה עוד חלקו הראשון של השי"ך, שם.
43. ראה הערה 30 לעיל.
44. שו"ע חו"מ, עג, יז.
45. ראה הערה 32 לעיל.
46. שו"ע חו"מ, רז, יא. על אי התאמה זו עמד ר' יהונתן אייבשיץ בתומים, חו"מ, עג, ס"ק יח. ראה אף את תירוצו הדחוק של החת"ס בענין (שו"ת חתם סופר, חו"מ, סו).

### 3.1.3 סעיף חילוט במשכון - עיסקת מכר

עם מתן תוקף לסעיף חילוט - כתנאי רגיל לחכמי ספרד ובתוספת "מעכשו" לחכמי אשכנז - לקחה לכאורה מידת הדין, ותמיהתו-טענתו של רבי יהודה,<sup>47</sup> "היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו" חוזרת למקומה; מדוע יזכה הנושה ביתרון כלכלי, כאשר ברור שהסכמת החייב אינה נובעת מרצון חופשי? שאלה זו מחזירה אותנו לשיקולי מוסר וצדק, שהרי בחינה משפטית טהורה גילתה שההסכם נקי מפגם האסמכתא. התשובה תינתן בבחינת המוסר המשפטי בקטגוריות משפטיות מובהקות, אך זו תגרום לנו לראות את העיסקה באור אחר, אף מבחינת הצדק החברתי שבה.

לדעתנו, עם התנאת סעיף חילוט תקף ונטילת משכון העיסקה הופכת מבחינה משפטית מהלוואה למכר. החייב מוכר את המשכון לנושה-הקונה, כאשר מעות ההלוואה מהוות את מחיר הנכס.<sup>48</sup> מכר זה אינו מוחלט אלא מותנה: אם הימוכר" לא יחזיר ל"קונה" את מחיר הנכס עד יום פלוני (מועד פרעון ההלוואה) יחול המכר למפרע, דהיינו משעת ההלוואה. אין לערב בין זה לבין מכר חוזר. במכר חוזר המשכון מועבר מיד לבעלות הנושה ולחייב ישנה אופציה לפדותו עד למועד הפרעון. בהבדל מהאמור, בסעיף חילוט המכר אינו תקף מיד, אלא עם קיום התנאי - אי פרעון החוב במועד - הוא מקבל תוקף רטרואקטיבי.<sup>49</sup> ההבדל בין סעיף חילוט ומכר חוזר בא לידי ביטוי גם בהלכה הבאה. אם נראה בעסקת המישכון מכר חוזר, כל הנזקים שארעו למשכון בין מועד ההלוואה לפרעונה, חלים על הנושה כבעליו של הנכס.<sup>50</sup> מנגד סעיף החילוט אינו מעביר אליו את הבעלות והוא אחראי על כן כשומר בלבד.<sup>51</sup> נראה שאבדן המשכון בתקופה זו מביא

47. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 13.

48. ראה דברי רש"י, בבא מציעא, סו, ב ד"ה ואיבעית אימא.

49. על שני אלה ראה לעיל פרק ראשון סעיף 2.3.3.

50. ראה שם סעיף 1.4.

51. שלא כיד-אפרים על שו"ע, או"ח, תמ"א, הגהות על מגן אברהם, סק"ג.

לבטלותו של סעיף החילוט, היות ובשעה שהמכר צריך להכנס לתוקפו, אין לו על מה לחול.

ראיית משכון עם סעיף חילוט כמכר מקבלת חיזוק לאור השוואת המקורות התנאיים בסוגייה. המשנה לענין סעיף חילוט "אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלוש שנים הרי היא שלי" מסיימת "וכך היה עושה ביתוס בן זונין ע"פ חכמים".<sup>52</sup> תנאי זה, שנהג ביתוס בן זונין לעשותו, מצוי אף בתוספתא בזו הלשון:

"היה לו חייב מעות וכתב לו שדהו מכר, בזמן שהמוכר אוכל פירות - מותר, והלוקח אוכל פירות - אסור. ר' יהודה אומר: בין זה ובין זה מותר. אמר ר' יהודה: כך היה ביתוס בן זונין עושה על פי ר' אלעזר בן עזריה".<sup>53</sup>

תנאי ביתוס בן זונין, תנאי חילוט במשנה, נקרא בתוספתא "כתב לו שדהו מכר".<sup>54</sup> התנאי נשוא הדיון מעניק למוכר-החייב בלבד אופציה להביא לידי אי תקיפות העסקה, על ידי תשלום החוב עד למועד הפרעון. ברם, מבחינת הקונה-הנושה המכירה היא מוחלטת משעת הלוואה, ואין לו אפשרות לסכלה לאחר מועד זה. מכאן נפקות חשובה לגבי מצבו של הנושה. אם ערך המשכון ירד בתקופה שבין שעת ההלוואה לבין מועד הפרעון, אל מתחת לגובה ההלוואה, עיסקת המכר שוב אינה משתלמת, כבתחילה, לנושה. הנושה נותר במצב זה חסר אונים, היות וכאמור אין לו עתה אפשרות לגרום לביטול המכר.

52. משנה בבא מציעא, ה, ג. וראה לעיל ליד הערה 35.

53. תוספתא, שם, ד, ב.

54. ראה: רשיי, שם, סג, א, די"ה ועשה שדהו מכר. לדעת גולאק, הערה 22 לעיל, בעמ' 65, 72-73, קיים הבדל בין חילוט השדה לנושה בדרך מכר, הנדון בתוספתא, ובין חילוט השדה בדרך פרעון הנדון במשנה. חילוק זה אינו בהיר דיו ולכאורה פרשת ביתוס בן זונין מראה שהמשנה והתוספתא חד הם.

החייב ינצל בוודאי מצב זה, לא יפרע את החוב במועד ויביא לחילוט המשכון לנושה. הנושה לא יוכל לתבוע ממנו את יתרת ההלוואה, כי הוא הסכים לראות במשכון תמורה הוגנת להלוואה.

דין זה מצוי בתוספתא דלעיל לענין סעיף חילוט המסיימת: "הגיע זמן ולא נתן היגיעו משכון בין רע ובין יפה". משכון "רע" הוא זה שערכו נמוך מסכום ההלוואה,<sup>55</sup> והתוספתא פוסקת שהמשכון "הגיעו" והנושה אינו יכול להיפרע משאר נכסי החייב. כך מבאר אף רמב"ן: "...והיינו (מפאת ראיית העסקה כמכר) דקתני: 'הגיעו משכון בין רע ובין יפה', כלומר: שאם רע הוא - איבד מעותיו, ואם יפה הוא - זכה במשכונו".<sup>56</sup> איבד מעותיו, משמע, שאינו גובה משאר נכסי החייב. הרא"ש בתשובותיו מסכים אף הוא לתוצאה זו, אם כי אצלו הדין אינו תלוי בראיית סעיף החילוט כמכר, והדבר תמוה.<sup>57</sup> סעיף החילוט מקבל אפוא ממד צודק יותר, היות ושני הצדדים נוטלים על עצמם סיכון מסוים.<sup>58</sup> התנאת סעיף חילוט, מפאת היותה מכר, גורמת גם להורדת שעבודו של

---

55. שלא כרב אברמסקי (חזון-יחזקאל על התוספתא, שם), המפרש שמשכון "רע" הוא

משכון בערך החוב ולא פחות, וראה עוד בסיפא של הערה 57 לקמן.

56. חידושי הרמב"ן, הערה 21 לעיל.

57. תשובת הרא"ש, הערה 22 לעיל. רא"ש דן בסעיף חילוט שאינו תקף. החייב אינו

כבול אפוא להסכם, ואם כן מדוע אין הנושה יכול לחזור בו? האם הנושה הסכים

לקבל על עצמו התחייבות חד-צדדית (ראה: תוספות, בבא מציעא, סו, א ד"ה

ומניומי, בסופו)? השי"ר, חו"מ, עג, ס"ק נ, דוחה את רא"ש בנקודה זו, ולמר-

בית הפלא אינו מזכיר שרמב"ן, שאת שיטתו הוא מקבל, סובר אף הוא כך (ראה

שלהי הערה 25 לעיל). אף ר' יעקב מליסא בעל ה"נתיבות", בספר מקור חיים על

או"ח, סימן תמא, מתלבט בשאלת זכותו של הנושה לגבות משאר נכסי החייב, כאשר

ערך המשכון פחת וקיים סעיף חילוט תקף, ומגיע למסקנה שונה מרמב"ן, מבלי

להזכירו. גם פירוש הרב אברמסקי, הערה 55 לעיל, הוא בניגוד לרמב"ן.

58. הארה נוספת בדבר איזונו של סעיף החילוט, ראה אצל גולאק, הערה 22 לעיל,

עמ' 66, הערה 15.

הנושה מכלל נכסי החייב, כבאפוזיטיבי מפורש,<sup>59</sup> ובכך זוכה החייב ביתרון נוסף. רכושו אינו כפוף לשעבוד והוא יכול למוכרו בערכו הריאלי.<sup>60</sup> סעיף החילוט הופך את המשכון לאחריות נכסים טהורה ללא חיוב אישי. הנושה הסכים להיפרע מתוך המשכון ולא משאר נכסיו של החייב. משכון זה אינו טפל לחוב אלא תחליף לו.<sup>61</sup> כאשר הצדדים הסכימו שאם החוב לא ייפרע במועד, המשכון יוחלט לנושה ובנוסף לכך החייב יצטרך לפרוע את ההלוואה, הסעיף אינו תקף. אין זה מכר היות והנושה לא שילם מאומה עבור המשכון. סעיף זה הוא חד-צדדי לטובת הנושה, התשלום האמור הוא בבחינת קנס ונפסל כאסמכתא.<sup>62</sup> אף על כך עומד רמב"ן שם:

"... אבל אמר לו: 'אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני - הרי משכוני שלך ואני אשלם מעותיך והם עלי כמלוה שלויתי ממך', אפילו משכון לא קנה, דהיכי דשעבוד המלוה על המשכון אינו אלא כמוכרן לו מעכשו אם לא נתן לאותו יום, אבל הכא כיון שעדיין חיוב ההלוואה עליו - לא קנה משכון, שהרי סלק שעבוד המלוה מן המשכון והטילה על הלווה. וכיון שלא מחמת מעותיו הללו קנאו, הי"ל כאומר: 'ערבוני מחול לך', שאינו מחול."<sup>63</sup>

- 
59. באפוזיטיבי מפורש אם י"שטפה (את שדה האפוזיטיבי) נהר - אינו גובה משאר נכסים", ראה לעיל פרק ראשון סעיף 4.1.
60. ראה: גולאק, הערה 22 לעיל, עמ' 59-60.
61. השווה לעיל פרק ראשון סעיף 1.2.
62. גם בסעיף חילוט רגיל כשהמשכון עולה בהרבה על החוב ניתן לפוסלו על פי דיני האונאה החלים על מכירת מטלטלין, ראה: שו"ת הריטבי"א (מהדורת קאפח), י"ז.
63. חידושי הרמב"ן, הערה 21 לעיל.

### 4.1.3 זכות הפדיון, עד מתי?

כפי שהובא לעיל,<sup>64</sup> דעת חכמי אשכנז היא שסעיף חילוט ללא התנאת "מעכשו" אינו בר תוקף. כתוצאה מכך החייב יכול לפדות את המשכון אף אחר מועד הפרעון, ויש לברר אם כן עד מתי עומדת לו זכות זו.

רא"ש בתשובותיו<sup>65</sup> פוסק שהחייב רשאי לפדות, למרות סעיף החילוט, "אם ירצה". הטור בהביאו תשובה זו כותב שפודהו החייב "מתי שירצה".<sup>66</sup>

"מתי שירצה", לכאורה לעולם ובכל מצב החייב זכאי לפדות את המשכון. ברם, אין הדבר כן. על הנושה למכור את המשכון באמצעות בית-דין כדי להביא לתשלום חובו. תחילת הליכי מימוש שוללים מהחייב את הזכות לפדיון המישכון.<sup>67</sup> התשובה לשאלה שהוצגה לעיל היא, אם כן, שזכות הפדיון עומדת לחייב כל עוד נמצא המשכון ברשות הנושה, ובטלה כשהחל זה בהליכי המימוש.

### 5.1.3 פדיון על כרחו של הנושה

נושה שלזכותו סעיף חילוט תקף עלול להיחבא סמוך למועד הפרעון ולגרום לכך שהחוב לא ייפרע במועד. מטרתו במקרה זה היא לזכות במשכון, שערכו עולה בדרך כלל על שווי ההלוואה.

כיצד יכול החייב לסכל מטרה זו? פרעון חוב שלא בפני הנושה אינו נחשב

64. ליד הערה 39 ואילך.

65. לעיל הערה 22.

66. טור חוי"מ, עג, כו.

67. ראה: פרישה, חוי"מ, עג, ס"ק כו. אין הוא מהווה אסמכתא לכך שכבר עם תחילת

הליכי המימוש נשללת זכות הפדיון.

פרעון.<sup>68</sup> הוא הדין בפרעון לידי בי"ד, שיחזיק במעות עבור הנושה.<sup>69</sup> מספרות השו"ת עולים שני פתרונות אפשריים:

- א. פרשנות התנאי. כדי למנוע חילוט המשכון, פירש ר' יעקב רישר<sup>70</sup> שכוונת הצדדים היא שהמשכון ייחלט לנושה אם זה יהיה במקומו במועד הפרעון והחייב לא יפרע לו את החוב.
- ב. הקהילה יכולה להסכים על תקנה לפיה נתינה לידי בי"ד תיחשב כפרעון. בשו"ת הריב"ש<sup>71</sup> מצוי רמז על תקנה מעין זו בעיר אשבילי (אשביליה), שבה נקבע זמן מיוחד לפרעון משכונות.

### 6.1.3 סעיף החילוט בפרקטיקה המשפטית

- לעיל הובאו שתי שיטות לענין תוקפו של סעיף חילוט וצויין שהוספת "מעכשו" בתנאי, מביאה לתקפותו אליבא דכולם.<sup>72</sup> ידוע שכותבי שטרות נהגו להוסיף התנאות רבות שאינן נצרכות לגופו של השטר ואשר היוו חלק מנויי השטר, "שופרא דשטרא" בעלמא.<sup>73</sup>
- 
68. ראה: גיטין, עד, ב-עה, א. שתי הלשונות בסוגייה, חלוקים אם נתינה בעל-כרחו שמה נתינה, אבל אליבא דכולם פרעון שלא בפניו אינו נחשב כפרעון.
69. לענין הנשבע לפרוע ליום פלוני והנושה אינו נמצא, אם פרעון לידי בי"ד מהווה פרעון, ראה: שו"ת הרשב"א, א, תשצג.
70. שו"ת שבות יעקב, ב, קנד. ברם, החייב צריך לפרוע לידי בני משפחתו של הנושה, אם המשכון בידם, והם יחזירוהו לו עם פרעון החוב.
71. שו"ת הריב"ש, קצז. ראה גם: שו"ת מהרשי"ך, ב, צט.
72. ראה לעיל בסמוך להערה 41.
73. "נויים אלו קצתם יש להם שורש בהלכה והם באים כתנאים מותנים בשעת כתיבת השטר בכדי ליפות כח בעל השטר במקום שגרוע כוחו על פי דין, וקצתם אין להם שורש בהלכה. ולא היה צורך לכותבם מטעם הדין אלא שהרגילו הסופרים לכתבם לשם חיזוק בעלמא". ראה: א' גולאק, אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו), מבוא, עמ' XXXVII.

סביר, על כן, להניח שכמעט בכל מקרה בו הגיעו הצדדים להסכם חילוט, הוסף בו תנאי "מעכשוי", כדי שתוקפו לא יוטל בספק.<sup>74</sup> כתוצאה מכך ההבדל שבין שתי הגישות כמעט ולא בא לידי ביטוי במציאות המשפטית.

דרכים נוספות מביאות לקיום הסעיף, והן כל הדברים שיש בהם להוציא מידי אסמכתא. על שתיים מהן עמד ר' שלמה הכהן, מחכמי סלוניקי במאה הטי"ז בתשובותיו:<sup>75</sup>

א. כתיבת זמן בשטר כמוה כאמירת "מעכשוי"; ב. חייב שנשבע לקיים את התחייבויותיו, חזקה שהתכוון ברצינות למלא אחר שבועתו. זו גמירות דעת המוציאה מידי אסמכתא.<sup>76</sup>

עקרונות אלו אינן בהם משום חידוש, אלא שאצל מהרשי"ך מצוי יישומם לענין סעיף חילוט במשכון. השימוש בדרכים אלו ודומיהן מונע כמעט לחלוטין פסילת סעיף חילוט.

### 7.1.3 הסכם חילוט לאחר שעת ההלוואה

הדיון בסעיף זה יחולק לשניים. תחילה נדון בהסכם חילוט שנערך לאחר מועד הפרעון, ואחר כך בהסכם שנערך לאחר שעת ההלוואה, אך לפני מועד הפרעון.

#### א. לאחר מועד הפרעון

עמדנו כבר על כך שהדרך המשפטית לפסילת סעיף חילוט היא על ידי הפעלת עקרון האסמכתא. אסמכתא מהווה חלק מסוגיית התנאים, כאשר תוקף פעולה משפטית הותנה בקרות אירוע מסוים. מכאן שאין לפסול כאסמכתא חילוט שהוסכם עליו לאחר מועד הפרעון.

74. בכל המקרים שמצאתי בספרות השו"ת נוסח תנאי חילוט ב"מעכשוי". ראה: שו"ת

הרדב"ז, ז, שני אלפים רכח: שו"ת מהרשי"ך, ב, קעז; שו"ת מהרי"ט, א, קט;

שו"ת שבות יעקב, ב, קנד. אולם ראה: גולאק, אוצר השטרות (בהערה הקודמת),

עמ' 233, שטר רמו.

75. שו"ת מהרשי"ך, ב, קעז.

76. ראה עוד: שו"ת הריב"ש, שלה; שו"ת מהרי"ם מפדואה (קראקא, תרמ"ב), טז. על

שבועה המוציאה מידי אסמכתא ראה עוד: אלון, הערה 8 לעיל, כרך א, עמ' 158.

הסכם זה אם יהיה בר-תוקף, יזכה את הנושה מיז בבעלות במשכון, ללא תנאי כלשהו. מנגד, אף כאן קיים אינטרס לפסול את סעיף החילוט. המצב העובדתי הוא שהנו- שה דוחק בחייב לפרוע לו חובו וזה האחרון, כדי להסיר את הלחץ, אומר לו "קנה את המשכון בחובך". ברם, מבחינה משפטית נראה שההסכם תקף: גמירות דעת יש כאן ואף מעשה קנין אינו חסר, שהרי הנושה מחזיק ברשותו את המשכון.

הפתרון נלמד בדרך אנלוגית מסוגייה בשלהי מסכת בבא מציעא, שאינה עוסקת כלל במשכון. לענין מי שנפל כותלו לגינת חברו קובעת המשנה,<sup>77</sup> שאם בעל הגינה דחק בבעל האבנים לפנותם וזה אמר לו: "הגיעוך" (= יהיו האבנים שלך), יכול הוא לחזור בו, אלא אם בעל הגינה פינס בפניו והוא לא מחה. התלמוד על אתר<sup>78</sup> מסביר שעל אף שבעל הגינה קנה את האבנים בקנין חצר, יכול בעל האבנים לחזור בו היות וההקנאה לא היתה בלב שלם; בעל האבנים אמר "הגיעוך" כדי להסיר את טרוניות שכינו ויאישתמוטי הוא דקא מישתמטי". מצינו, איפוא, עיקרון בתלמוד שצד להסכם יכול לחזור בו, אם ההתחיי- בות היתה "דחיה בעלמא". מכאן הסיקו ראשונים<sup>79</sup> שגם נושה הדוחק בחייב לפרוע לו, והלה אומר לו: "יהא המשכון שלך", יכול הוא לחזור בו. חייב זה לא התכוון להקנות לנושה את המשכון, אלא רצה לדחותו מעליו בקש.

היות וההסכם נפסל עקב חסרון גמירות דעת, אם נוסף מעשה המצביע על גמירות דעת המתחייב, לבד מאמירת "יהא המשכון שלך", ההסכם יהיה תקף. כך תהיה התוצאה אם

---

77. משנה, בבא מציעא, י, ה.

78. בבלי, שם, קיח, א.

79. חידושי הר"ן, בבא מציעא, קיח, א ד"ה אם משקיבל עליו; נימוקי יוסף על הר"ף, שם. דין זה נפסק להלכה ע"י רבי יוסף קארו, שו"ע, חו"מ, עב, כו, והרמ"א, שם, עג, יז. טענתו של הש"ך, שם, עב, ס"יק קיד, כי הרשב"א חולק על דין זה - אינה מוצדקת. ראה: הגהות הגר"א, שם, ס"יק קכט.

הנושה השתמש במשכון בפני החייב וזה שתק<sup>80</sup> או שהצדדים עשו מעשה קניין, אע"פ שאין צורך בכך.<sup>81</sup>

### ב. לפני מועד הפרעון

בהסכם חילוט שנכרת בין שעת ההלוואה לבין מועד הפרעון, הבעיה שונה. הקנאת המשכון לנושה היא מותנית "אם לא אפרע עד יום פלוני המשכון יהיה שלך" ועקרונית ניתן לפוסלה מטעם אסמכתא. ברם, האם אסמכתא לפנינו? סבורני שלא.. החייב במקרה זה התכוון למלא אחר התנאי. הוא קיבל כבר את ההלוואה והסכמתו אינה נובעת אפוא מרצון להבטיח את קבלתה. מנגד אין כאן מקום לסברת דחויי אדחי, כי הנושה אינו דוחק בו לפני מועד הפרעון. נראה לנו שהסכם חילוט זה יהיה תקף.

### 8.1.3 ס י כ ו ם

בחלק זה נדונה תקפותו של סעיף חילוט במשכון, תנאי בו הסכים החייב: "אם לא אפרעך עד יום פלוני - יהיה המשכון שלך". העולה מתוך דברינו הוא שיש להבחין בין שלושה מצבים בהתאם למועד ההתנאה:

א. הוסכם על התנאי בשעת ההלוואה: במקרה זה קיימות שתי שיטות עיקריות. דעת חכמי ספרד היא שהתנאי תקף לגבי מטלטלין, ואילו חכמי אשכנז סוברים שהתנאי בטל עקב אסמכתא. ברם, אם היה התנאי ב"מעכשו", דהיינו: "אם לא אפרעך עד יום פלוני - הרי המשכון שלך מעכשו", נרפא הפגם. בדרך זו, סעיף חילוט במקרקעין, לדעת חכמי ספרד, ובמשכון בכלל, לדעת חכמי אשכנז - תקף.

80. ראה דברי תלמיד הרשב"א (מופיע בשיטת הקדמונים על מסכת בבא מציעא, הוצאת רמ"י בלוי, ניו-יורק, תשכ"ז), בבא מציעא, קיז, ב ד"ה ממה שכתבתי.

81. שו"ת הרדב"ז, א, כב.

ב. הוסכם על התנאי במועד שבין שעת ההלוואה לזמן הפרעון: התנאי תקף. במועד זה החייב אינו חשוף ללחצים מצד הנושה והסכמתו אינה לוקה בחוסר גמירות דעת.

ג. ההסכם נערך לאחר מועד הפרעון: התנאי אינו תקף. אך ניתן לאשרו על ידי מעשה נוסף, שיצביע על גמירות דעתו של החייב.

נושא הדיון הוא אחד משורשיו המסועפים של דינו היסודי של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון".<sup>82</sup> הגישות השונות של חכמי ספרד ואשכנז הן פרי שיטות בסיסיות שונות בהבנת מהותו הקניינית של המשכון.<sup>83</sup> ברם, כפי שהערתי מחלוקת חשובה זו כמעט ולא באה לידי ביטוי בחיים הכלכליים, כי מנסחי שטרי הלוואה הקפידו לנסח הסכמי חילוט, שיהיו תקפים לכולי עלמא.

---

82. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 26 ואילך.

83. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 6.3.3.3.

#### 4. מימוש המשכון

##### 1.4 מ ב ו א

לעיל בדוננו על מטרות המשכון ראינו שהסיבה העיקרית לנטילתו של המשכון היא רצונו של הנושה להיפרע ממנו אם החייב לא יפרע את החוב.<sup>1</sup> עמדנו גם על כך שהמשכון אינו נחלט כולו לנושה - בהעדר סעיף חילוט בר תוקף - אלא הוא זכאי להיפרע מדמיו בכדי חובו.<sup>2</sup> עלה ערך המשכון על החוב, הנושה מחזיר את העודף לחייב; היה ערך המשכון נמוך מסכום ההלוואה, הנושה גובה את יתרת החוב מנכסיו האחרים של החייב. יש לקבוע אפוא את ערכו המדויק של המשכון והדרך הטובה ביותר לכך היא מכירתו בשוק. מכירת המשכון צריכה להתבצע באופן שיענה על האינטרסים של שני הצדדים כאחד. המלווה מעוניין שתהליך המכירה יהיה קצר, כדי שלא יצטרך להמתין לפרעון החוב זמן רב מעבר למועד המוסכם. האינטרס של החייב הוא שהמשכון יימכר במחיר הגבוה ביותר שניתן להשיגו בשוק, היות וכאמור כל סכום העודף על החוב שייך לו. אינטרסים אלו אינם עולים דרך כלל בקנה אחד. אפשר יהיה לקבל מחיר גבוה עבור המשכון על ידי מכירה מבוקרת ולא-חפוזה, שתאפשר למצוא את הקונה המוכן לשלם יותר מאחרים. יש להשתדל שדבר מכירת המשכון יגיע למספר גדול ככל האפשר של קונים פוטנציאליים.<sup>3</sup> נראה אפוא שהמכירה צריכה להתבצע על ידי, או בפקוח, גוף שיעמוד על משמר זכויותיהם של שני הצדדים, כגון: בית-דין, או רשות מעין שיפוטית. רק גורם שלישי ישמור על מכלול זכויותיו של החייב ולדוגמה הוא לא ימכור את כל המשכון, אם מכירת חלק ממנו מספיקה לכיסוי החוב.<sup>4</sup> על מהותו של גוף זה נעמוד להלן.

לבד מזו מכירת המשכון מעלה שאלות נוספות, כגון: החובה להודיע לחייב על פתיחת הליכי מימוש, אימתי זכאי הנושה למימוש מוקדם של המשכון, ועוד. על אלו ואחרות נעמוד בהמשך.

1. ראה פרק ראשון לעיל, סעיף 3.1.
2. שם סעיף 1.2.
3. השווה: י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשלי"ה) עמ' 311.
4. ראה שו"ת הרשב"א, ד, ט.

2.4 מימוש על ידי בית דין

בדברי תנאים ואמוראים כמעט ואין דיון בנושא מכירת המשכון. המקור היחיד הוא המשנה במסכת בבא מציעא שעניינה מכירת עבוט. המשנה מביאה מחלוקת בין רשב"ג וחכמים; חכמים סוברים שהנושה חייב להחזיר את העבוט מדי יום לשימושו של החייב ואילו רשב"ג אומר: "אינו מחזיר אלא עד שלושים יום, ומשלושים יום ואילך מוכרן בבית-דין".<sup>5</sup> חכמים מודים שהנושה רשאי למכור עבוט שאינו מכלי אוכל נפש והחייב אינו צריך לו לשימוש תדיר.<sup>6</sup>

האם הנושה רשאי למכור אף את המשכון החוזי, של שעת הלוואה? ראינו לעיל שספיקות ליוו את המשכון התלמודי ויש שסברו שהוא ניטל ל"זכרון דברים" בלבד, לעכבו בגין החוב ולא למוכרו כנגד אי פרעון.<sup>7</sup> אחד הראשונים אף התבטא מפורשות כנגד זכות המכירה של הנושה, כדלהלן:

"...שמישכנו שלא בשעת הלוואתו וקני ליה לגוביינא שרשאי

למוכרו ולהיפרע ממעותיו, כדתנן: משלושים יום ולהלן

למוכרו בבית דין, דלהכי משכנוהו לבית דין כדי שיפרע

חובו ממנו; אבל מישכנו בשעת הלוואתו אינו רשאי למוכרו...".<sup>8</sup>

לדעה זו, המשנה נאמרה בעבוט בלבד והנושה אינו רשאי למכור משכון של שעת

הלוואה. הנחה זו, שהמשכון לא נמסר לנושה על מנת למוכרו, עמדה קרוב לודאי ביסוד

האבחנה בין עבוט למשכון.<sup>9</sup> ברם עמדנו על כך שזכותו של הנושה למכור את המשכון

5. משנה, בבא מציעא, ט, י ג.

6. ראה: רמב"ם, מלווה ולווה, ג, ו; מרדכי, בבא מציעא, תב.

7. ראה לעיל עמ' 29-30.

8. תוספות רי"ד, קידושין ח, ב ד"ה התם במשכון דאחרים.

9. ראה לעיל עמ' 81.

הבטר תלמודי לא הוטלה עוד בספק. מעמדו של המשכון התחזק בתקופה זו והיה ברור שהחייב מסרו לנושה על מנת שזה יוכל למוכרו כנגד אי פרעון החוב.<sup>10</sup>

המשנה קובעת בקצרה "ומוכרן בבית דין" ועל פסקה זו אין כל הארה בתלמודים. כל שאנו יכולים להסיק אפוא הוא, שהנושה אינו רשאי למכור את המשכון בעצמו, ברם אין לנו נתונים מיהו בית-דין זה, כיצד מתבצעת המכירה, ועוד. סביר שהגבלה על מכירת עבוט בפני בית דין חלה אף על משכון, היות וזכותו הקניינית של הנושה בו פחותה, או לכל היותר שווה, לעבוט.<sup>11</sup>

הביטוי "מוכרן בבית-דין" בהטיותיו השונות ומונחים אחרים בעלי משמעות שווה מצויים במספר מקומות במשנה, בתוספתא ובתלמודים. בכל אלה נדונה מכירת רכושו של אדם שלא בפניו על ידי אחר המחזיק בו. לא נותר לנו אלא להקיש מעניינים אלו על מכירת המשכון. נמנה אותם בקצרה:

1. אלמנה זכאית למכור מנכסי העזבון לצורך מזונותיה או לפרעון כתובתה "שלא בבית דין".<sup>12</sup> האלמנה מוכרת רכוש שאינה שלה, אף בלא לקבל את אישורו של בית דין. התלמוד מסייג את ההלכה וקובע "אלמנה אינה צריכה בית דין של מומחין, אבל צריכה בית דין של הדיוטות".<sup>13</sup>
2. שותף רוצה לפרק את השותפות ולחלוק את הנכסים שלא בפני שותפו. בתלמוד נקבע שהוא חייב לשום את הנכסים, טרם החלוקה, בבית דין ואינו רשאי לחלקם על דעת עצמו.<sup>13</sup>

---

10. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 5.3.3.

11. "...אדרבה טפי שייך למימר בעל חוב קונה משכון במשכנו שלא בשעת הלוואתו על ידי ב"ד, ממשכנו בשעת הלוואתו... ואם במשכנו שלא בשעת הלוואתו אינו יכול למוכרו כי אם על ידי ב"ד, כל שכן במשכנו בשעת הלוואתו" - שו"ת הריב"ש, שצו.

12. משנה, כתובות, יא, ב.

13. בבא מציעא, לב, א.

3. מוצא אבדה חייב לשומרה ולהחזיקה ברשותו עד החזרתה לבעליה. לא כן באבדה שייאינה עושה ואוכלת, כזו שהוצאות החזקתה עולות על התועלת המופקת הימנה. המשנה קובעת "דבר שאין עושה ואוכל ימכר"<sup>14</sup> ובתוספתא פירוט יתר: "...וכל דבר שאין עושה ואוכל, כגון: אווזים ותרנגולים, מיטפל בהם שלשה ימים; בעגלים ובסייחים שלושים יום. יותר על כן מוכרן בבית דין".<sup>15</sup> התלמוד הבבלי מביא שתי בריתות מק-בילות ושם נאמר "שם דמיהן ומניחם".<sup>16</sup> בברייתא השנייה יש הגורסים "מוכרן בבית דין".<sup>17</sup>

4. המשנה קובעת "המפקיד פירות אצל חברו, אפילו הן אבודין - לא יגע בהם. רשב"ג אומר: מוכרן בפני בית דין, מפני שהוא כמשיב אבדה".<sup>18</sup> הנפקד רשאי, לדעת רשב"ג, למכור פירות פקדון שהחלו להרקיב אם המפקיד אינו מצוי.<sup>19</sup> בתלמוד על אתר מבואר שחכמים מודים לרשב"ג כשמדובר בהפסד ממשי.<sup>20</sup> בתוספתא מובאות שתי הלכות מקבילות כאשר באחת הגרסה היא "ימכור בפני בית דין"<sup>21</sup> ובשנייה "עושה אותן דמים בבית דין".<sup>22</sup>

הבבלי והירושלמי מביאים מעשה שהיה בענין דומה. הנפקד החזיק בפקדון חמץ

14. משנה, שם, ב, ז.

15. תוספתא, שם, ב, כ.

16. בבלי, שם, כח, ב.

17. רי"ף, שם; רמב"ם, גזלה ואבדה, יג, טו-טז.

18. משנה, בבא מציעא, ג, ו.

19. אם המפקיד יודע על מצב הפירות זו אבדה מדעת ולנפקד אסור למכור את הרכוש,

ראה: רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ששי, וינה תק"ס, יז, ב.

20. בבלי, בבא מציעא, לח, א.

21. תוספתא, שם, ג, ז. גרסה דומה למשנת הירושלמי.

22. שם, ג, ח.

בערב פסח כך שהמתנה מועטת היתה גורמת למפקיד נזק כדין חמץ שעבר עליו הפסח. הנפקד בא לפני רבי יהודה הנשיא וזה הורה לו "צא ומוכרן בשוק".<sup>23</sup> מלשון הירו-שלמי<sup>24</sup> נראה שרבי ציוה עליו למוכרו בפני בית דין<sup>25</sup> וכך אף עולה מהשוואה שעורך הבבלי בין עובדה זו לבין דעת רשב"ג דלעיל.<sup>23</sup>

לבית דין שתי פונקציות בנושא של מכירת רכוש אדם על ידי זולתו:

א. מתן רשות למכור - ככלל אדם רשאי לבצע פעולות משפטיות רק ברכושו הוא. ברכושו של אחר הוא יכול לפעול כמורשה מטעם הבעלים, כשליח או ברשות בית דין. בית דין רשאים להתיר לאדם למכור רכוש לא לו, סמכות הנובעת מהכלל הרחב "הפקד בית דין הפקר" האוצל לבית דין כח לשנות את זכויותיו הממוניות של הפרט.<sup>26</sup> מעשה בית דין אינו צריך קניין ופסיקתו כוחה יפה כמעשה קניין במשפט הפרטי, המעביר זכויות מאדם לחבירו.<sup>27</sup>

ב. שומת הנכס - בית הדין דואג לכך שהנכס הנמכר שלא על דעת בעליו יימכר במחיר הוגן. המוכר לבדו עלול לזלזל במכירה<sup>28</sup> היות ואין לו אינטרס ישיר במחיר. בית הדין צריכים לקבוע לנכס שומת מינימום שאין לרדת הימנה.

הבדל ניכר בין שתי הפונקציות האמורות. הראשון הוא תפקיד שיפוטי טהור

---

23. פסחים, יג, א.

24. ירושלמי, פסחים, פ"א, ה"ד; כז, ג; בבא מציעא, פ"ג ה"ד; ט, א. ראה גם ש' ליברמן, תלמודה של קיסרין (ירושלים, תרצ"א) עמ' 3.

25. ראה תוספות, כתובות, צח, א ד"ה מאן שם לך.

26. גיטין, לו, ב.

27. י"ש אין לך אדם שיוכל לזכות בקרקע חבירו אם לא יחזיקוהו בה ב"ד", תוספות, כתובות, צח, א ד"ה דאמרי. רה"ג, ספר המקח והממכר, שער ששי דן בכל המקרים בהם רשאי אדם למכור רכוש לו, בתור שליח ואפוטרופוס או מכח מעשה בית-דין.

28. השווה: תוספות, שם, ד"ה מוכרת, בסופו; רש"י, בבא מציעא, לב, א ד"ה שלא

בב"ד.

ובית הדין צריך לדון בהרכב כשר לדיני ממונות.<sup>29</sup> התפקיד השני הוא טכני בעיקרו ושלושת האנשים חייבים על כן להיות בעלי שתי תכונות בלבד: בקיאים בשומה ומהימנים.<sup>30</sup> לתפקיד הראשון יש צורך בבית דין מומחין<sup>31</sup> ולשני מספיק בית דין של הדיוטות שיהיו להם הכישורים האמורים.<sup>32</sup>

לאור האמור נשוב ונבחן את המקרים דלעיל לפני שנדון במכירת משכון.

1. אלמנה אינה צריכה את עצם הרשות למכור מנכסי בעלה המנוח. חכמים ויתרו על דרישה זו משום חינא<sup>33</sup> (שיהיו בעליהן לחן בעיניהן ולא ימנעו הנשים מלינשא לאנשים" - רש"י) או משום "שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית דין".<sup>33</sup> לשון אחר, חכמים אמדו דעתו של אדם המתיר לאשתו למכור מנכסיו שלא באמצעות בית דין, הווי אומר: הרשאה מכללא. לענין הרשות למכור קבעה המשנה - "אלמנה... מוכרת שלא בבית דין". ההלכה שקבע התלמוד שהאלמנה צריכה למכור בבית דין של הדיוטות,<sup>34</sup> נאמרה לענין שומת הנכס כפי שעולה מהמקרה הבא.
2. מהמקרה של חלוקת נכסי שותפות עולה בברור תפקיד בית דין בשומת הנכס. כאן מדובר בחלוקת נכסים ולא במכירתם והבעייה היחידה היא קביעה מדוייקת של ערכם.

- 
29. תפקיד זה אינו יכול להתבצע על ידי ב"ד הדיוטות "ומה שמחזיקין אותה (את האלמנה בנכסי העזבון) אותם ב"ד הדיוטות לא חשיבא חזקה, דיושבי קרנות הן ואינן אלא בקיאי בשומה בעלמא" - תוספות, שם, ד"ה דאמרי.
  30. השוה: רמב"ם, אישות, יז, יג; שלוחין ושותפין, ה, ט.
  31. המונחים מומחים והדיוטות בסוגייתנו שונים מאלו המקובלים בהלכות סנהדרין. מומחים קרי, שאחד מהם גמיר וסביר, הווי אומר: הדיוטות של הלכות דיינים. הדיוטות הן "אפילו הדיוטות גמורים דליכא בינייהו חד דגמיר דינא כלל...". חידושי הרמב"ן, בבא מציעא, לב, א ד"ה דתנן אלמנה.
  32. ולכן עורכי השומה יכולים להיות קרובים זה לזה, ראה שו"ע, חו"מ, קג, ג.
  33. כתובות, צז, ב.
  34. הערה 13 לעיל, המצוטט בשורות הבאות.

הדיון בסוגיית התלמוד מבליט את שתי הפונקציות של בית דין, כדלהלן:

"איסור ורב ספרא עביד עיסקא בהדי הדדי. אזל רב

ספרא, פלג ליה בלא דעתיה דאיסור, באפי בי תרי.

אתא לקמיה דרבה בר רב הונא, אמר ליה: זיל אייתי

תלתא דפלגת קמיהו...

אמר ליה: מנא לך הא?

אמר ליה דתנן: אם יש שם בית דין מתנה בפניהם.

אמר ליה: מי דמי, התם דמפיק ממונא מהאי ומותיב להאי

בעינן בית דין, אבל הכא דידי שקלי, גילוי מילתא

בעלמא הוא בתרי סגי ליה? תדע דתנן אלמנה מוכרת

שלא בבית דין.

אמר ליה אביי: ולא מי איתמר עלה אמר רב יוסף בר

מניומי אמר רב נחמן אלמנה אינה צריכה בית דין של

מומחין אבל צריכה בית דין של הדיוטות<sup>35</sup>.

טענת רב ספרא היתה שבחלוקת שותפות אין צורך במתן רשות לעצם הפעולה המשפ-

טית, ודי בשנים שיעידו על שווי הנכס ואופן החלוקה. תשובת התלמוד היא שגם אלמנה,

שמצבה לאחר מתן הרשות מקביל לזה של שותף,<sup>36</sup> חייבת למכור בפני בית דין של הדיו-

טות. מסוגייה זו עולה שבית דין של הדיוטות הם שלושה הבקיאים בשומה. מסקנת

התלמוד היא אפוא שגם לפונקציה השנייה של שומת הנכס צריך הרכב של שלושה אנשים.

3. השבת אבדה - הדעת נותנת שאין צורך ברשות בית דין למכירת נכס שאינו

עושה ואוכל. המגמה היא להקל עם מוצאי אבדה כדי לעודד מצווה חשובה זו. מכירה

זו, בניגוד לשתי הדוגמאות הקודמות, היא כל כולה לטובת הבעלים ולכן נקל לראות

35. בבא מציעא, לא, ב - לב, א.

36. ראה תוספות, שם, דייה אלמנה מוכרת.

בה הרשאה מכללא מצד הבעלים.<sup>37</sup>

לענין שומת הנכס אין לכאורה לפטור אותו מעריכתה על ידי בית דין. השומה נועדה להעריך באופן אובייקטיבי את שווי הנכס ואינה מפאת חוסר הנאמנות של המוכר. ברם לשון התלמוד "שם דמיהם ומניחם"<sup>38</sup> בהבדל מהמונח השגור "ימכור בבית דין" הובילה לפרושים שונים בראשונים. יש מהם הדורשים שומת בית דין<sup>39</sup> ויש המסתפקים במכירה עצמית על ידי המוצא.<sup>40</sup>

4. מכירת פקדון - לכאורה מסוגיית פסחים נובע שיש צורך ברשות בית דין מומחין נוסף על שומתן של הדיוטות. יוחנן חקוקא, הנפקד, בא לפני רבי וזה אמר לו למכור בפני ג' הדיוטות "משמע אע"פ שנתן לו רשות רבי שהיה אב בית דין למכור, אפילו הכי צריך בית דין בשעת מכירה כדי לשומן".<sup>41</sup> ברם מהמשנה והתוספתא בבבא מציעא נראה שלא כאמור. רשב"ג מנמק את התר מכירת הפקדון "מפני שהוא (הנפקד) כמשיב אבדה".<sup>42</sup> לעיל ראינו שמשיב אבדה אינו זקוק לבית דין של מומחים, לקבלת רשות למכור את הנכס. ואכן מונח זה "משיב אבדה" משמש בספרות התנאים לציון פעולה משפטית ברכוש הזולת בלא שיש צורך לקבלת רשותו המפורשת.<sup>43</sup> "משיב אבדה" מניח

37. השווה להלן בסמוך להערה 43.

38. בבא מציעא, כח, ב.

39. רש"י, שם, ד"ה שם דמיהן, אומר: "מוכרן ומניח הדמים אצלו". בפסקי הרא"ש,

שם, פרק ב', סימן טז הוא מסביר: "ומשמע לפירושו (של רש"י) שצריך למוכרן

בבית דין, דאל"כ מה לו להזכיר שומא, הוזה ליה למימר מוכרן ומניח הדמים".

40. רא"ש, שם, המדגיש את המלה "ומניחן" לעומת רש"י הרואה כעיקר הדגש את המונח

"שם". לפרוש שונה, ראה: רמב"ם גזלה ואבדה יג, טו.

41. תוספות, פסחים, יג, א ד"ה מאי לאו לנכרים, והשווה לעיל הטקסט ליד הערה 25.

42. לעיל הערה 18.

43. ראה: משנה, בבא מציעא, ו, ז; ז, ד; תוספתא, תרומות, א, יד ובתוספתא כפשוטה,

שם; תוספתא בכורות ז, טו. ראה עוד לשון רמב"ם מלווה ולווה ג, ח: "מי שהיה

בידו משכוננו של עני... הרי זה מותר להשכירו... מפני שזה כמשיב אבדה ואין

צריך רשות בעלים".

שליחות מכללא היות והפעולה המשפטית נועדה לשמור על האינטרס של הבעלים.

בתוספתא המקבילה למשנה נאמר "עושה אותן דמים בבית דין"<sup>44</sup> במקום "מוכרן

בפני בית דין". אף לשון זו מורה שתפקידו של בית הדין מצטמצם בשומה גרידא. נראה לנו שאין בסוגיית התלמוד במסכת פסחים משום סתירה למסקנה האמורה, היות ושם נדון מקרה פרטי שהנפקד בא לפני רבי יהודה הנשיא, ברם ככלל אין צורך בפנייה לבית דין של מומחים.<sup>44א</sup>

קודם שנדון במכירת משכון על ידי הנושה שומה עלינו לעמוד בקצרה על דרכי

גביית חוב בכלל. אם החייב אינו עומד בפרעון חובו, הנושה מגיש תביעה לבית דין

על מנת לרדת לנכסי החייב ולגבות באמצעותם את החוב. סוגיית התלמוד במסכת בבא

קמא<sup>45</sup> עומדת בפרוטרוט על דרכי הגבייה וממנה נובע שמכירתם של נכסי החייב מתבצעת

באמצעות בית דין בלבד.

מנגד סוגיית התלמוד במסכת פסחים, עליה עמדנו בהקשר אחר,<sup>46</sup> מובילה לכאורה

למסקנה נוגדת, כדלהלן:

"איתמר: בעל חוב - אביי אמר: למפרע הוא גובה; ורבא

אמר: מכאן ולהבא הוא גובה... כי פליגי דזבין מלווה

וקדיש מלווה; אביי אמר למפרע הוא גובה, כיון דמטא

זמניה ולא פרעיה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותיה

הוה קאי, ושפיר אקדיש ושפיר זבין.

.44 ראה הערה 22 לעיל.

.44א. זו דעת שו"ת הריב"ש, שצו: "דאי ב"ד מומחין אמאי אין מוכרן לעצמו והלא

הבי"ד הם המוכרים אבל כשהבי"ד אינם מומחין אז הוא המוכר ואינו רשאי ליקח

לעצמו". אולם ראה ש"ך, שו"ע, חו"מ עג, סק"מ; קצות החשן, שם, סק"י.

.45 בבא קמא, קיב, א.

.46 ראה לעיל פרק ראשון סעיף 2.3.3.3.

ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה; כיון דאילו הוּו ליה  
זוזי הוה מסליק להו בזוזי, אישתכח דהשתא קא קניי".<sup>47</sup>

לכאורה נובעת מכאן המסקנה הבאה:

"וממילא שמעינן דדווקא כשמוכרין קודם שיגיע הזמן של  
פרעון, הוא שאין מעשה המלווה כלום... אבל אם הגיע  
זמן הפרעון ועבר זמנו ולא פרעו, דברי הכל שפיר מכר,  
דקני ליה וכדידיה דמי".<sup>48</sup>

על קושייה זו עמדו כבר בתחילת תקופת הראשונים. רבינו חננאל העמיד את  
סוגיית פסחים בקרקע הממושכנת ביד הנושה, ורק אז הנושה רשאי לבצע בעצמו את המכי-  
רה.<sup>49</sup> ר"י ברצלוני תרץ שכללית מלווה רשאי למכור מנכסי לווה אף שלא באמצעות בית  
דין, אלא אם ברצונו להשאיר נכס מסויים ברשותו.<sup>50</sup> ברם הוא עצמו מדגיש "מיהו  
האידינא חזינן בכל בית דין, שאין מוכר המלווה קרקע של לווה ואפילו הממושכן בידו  
או משועבד בלא משכון, בלא שומת בית דין...".<sup>50</sup> דעות ר"ח ור"י אלברצלוני משקפות  
הלכה קודמת לפיה הנושה ירד בעצמו, במקרים מסויימים, לנכסי הלווה. ברם מאוחר  
יותר נהגו שלא כאמור ודעת רמב"ן "שאין לך דבר שיוכל למכור המלווה בלא בית דין"<sup>50</sup>  
משקפת כבר הלכה מוסכמת.<sup>51</sup>

47. פסחים, ל, ב - לא, א.

48. ספר התרומות, מג, ב, ד.

49. ספר העיטור, מאמר רביעי, אחריות; מהדורת רמ"י כב, ג; ספר התרומות, שם.

50. ספר התרומות, שם.

51. בטור חו"מ קג, יג ובשו"ע שם סעיף ו, הובאה דעת רבינו חננאל בשם "יש אומרים"

אך ההלכה נפסקה כרמב"ן. הגרסה בספרי הטור שלפנינו, היא: "וי"א שאם עבר  
הזמן שקבעו לו לפרוע או שהיא משכונא מוחזקת בידי המלווה, שיכול למוכרה".  
הטעות "או" במקום ו' החיבור (השווה הגהות הגר"א, שם, סק"י"ח) וכן אי ראיית  
הדברים במקורם, בספר העיטור או בספר התרומות, הביאו לפרושים זרים למחלוקת  
ראשונים זו, ראה: ב"ח שם, סק"י"ב; סמ"ע שם, סק"י.

עתה נוכל לברר את השאלה אם על מכירתו של משכון חלים הדינים הרגילים והנושה אינו רשאי למוכרו במישרין או שמא חלות עליו הלכות אחרות.

שיטת הראשונים

כבר רב האי גאון התייחס לנושא וקבע "...לא ימכור אותו משכון אלא בבית דין".<sup>52</sup> הדברים נאמרו כנראה הן בעבוט והן במשכון.<sup>53</sup> ברם מדבריו לא ברור אם די בהרכב של ג' הדיוטות או שיש צורך בשלושה מומחים. ארבעה ראשונים פתחו רעיונות שונים בסוגייה זו ובדרכם הלכו רבים אחרים. על אף שהתוצאה אצל רובם זהה, הנמקתם שונה, ועל כן נתייחס אליהם בנפרד.

1. שיטת ריב"ש - ריב"ש סובר שלמכירת משכון הנושה זקוק לשלושה שמאים היינו "בית דין של הדיוטות".<sup>54</sup> כיצד רשאי הנושה למכור נכסי החייב ללא רשותו או רשות בית דין מומחין? ריב"ש מסביר: "שמה ששנינו בפרק המקבל 'משלושים יום ולהלן מוכרין בב"ד' רוצה לומר ב"ד הדיוטות, כיון שהוא מוחזק וקונה משכון, כדאמר ריב"ש באלמנה אינה צריכה ב"ד מומחין, אבל צריכה ב"ד הדיוטות מפני שהנכסים בחזקתה". ריב"ש, כשאר חכמי ספרד, סבור שדינו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון" חל אף על המשכון הרגיל של שעת הלוואה.<sup>55</sup> הנושה, לדידו של ריב"ש, אינו רוכש בעלות במשכון, ואעפ"כ עובדת היותו "קונה משכון" משפיעה על זכותו למוכרו.<sup>55א</sup> אמרנו כבר שלנושה

- 
52. ספר המקח והממכר שער ששי; (וינה, תק"ס) יט, א.
53. בתחלת הקטע הנוסח הוא "מי שיש בידו משכון של חבירו בממון שהלווהו עליו" אולם ראה מרדכי, בבא מציעא, תב.
54. שו"ת הריב"ש, שצו. ריב"ש מתפלמט עם חכם אחר שסבר שהנושה זכאי למכור בעצמו את המשכון מדין "עביד איניש דינא לנפשיה".
55. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 6.3.3.3.
- 55א. קצות החשן, שו"ע, חו"מ, עג, סק"י הסיק מכאן שבמשכנתא בה לא חל דינו של רבי יצחק (ראה לעיל פרק ראשון סעיף 4.3.3) יש צורך בבית דין של מומחים.

זכות בגופו של משכון, למוכרו אם חובו לא ייפרע במועד. כזכות קניינית, הטמונה  
 כביכול בנכס גופו, הוא יכול לממשה אף ללא הסכמתו של החייב.<sup>56</sup> מכאן שאין צורך  
 בבית דין של מומחים שיתיר לו למכור את המשכון ודי בשלושה אנשים הבקיאים בשומה.  
 בדבריו של ריב"ש מצוי אלמנט נוסף והוא החזקת הנושה במשכון. אם זהו גורם נפרד  
 בלתי תלוי ב"קונה משכון", כפי ששמע מן ההשוואה לאלמנה, השפעתו על זכות הנושה  
 למכירת המשכון אינה ברורה. אלמנה מוכרת "שלא בבית דין" משום חינא או כדי שלא  
 תתבזה בבית דין<sup>57</sup> ולא "מפני שהנכסים בחזקתה". בכל המקרים הנ"ל מדובר שאדם מחזיק  
 בנכסי זולתו והחזקה כשלעצמה אינה משפיעה בכיוון זכותו של המחזיק למכור את הנכס  
 שלא באמצעות בית-דין. לחזקה יש רלבנטיות אם המחזיק יכול לטעון שהוא קנה את  
 הנכס, שאז יש לו דין מיגו.<sup>58</sup> נראה אפוא שגורם החזקה משלים את זכותו הקניינית  
 של הנושה.<sup>58א</sup> על כל פנים מסקנת ריב"ש היא שדי לנושה לשום את המשכון בפני שלושה  
 בקיאים.

2. שיטת רא"ש - בתשובותיו פוסק רבינו אשר, כדלהלן:

"דע לך - מי שיש בידו משכון, אינו צריך להביא בעל המשכון  
 בפני הדיינים ולהזהירו שיפדה משכונו, אלא לאחר שהזהירו  
 בינו לבינו שיפדה משכונו ואם לא שימכרנו, אז יקח שלושה  
 שמאים, וישומו המשכון כמה הוא שווה לימכר בשוק וימכרנו  
 באותה שומה".<sup>59</sup>

התוצאה זהה להלכת ריב"ש, אך אין הנמקה בצידה. יתר על כן, המקרה הנדון  
 הוא במשכון של שעת הלוואה בו אין לנושה, אליבא דרא"ש, כל זכויות קנייניות.<sup>60</sup>

56. ראה לעיל עמ' 75.

57. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 33.

58. ראה דעת רמב"ם, להלן ליד הערה 65.

58א. ראה להלן עמ' 330.

59. שו"ת הרא"ש צ, ד ו-ז.

60. ראה לעיל עמ' 83. בשתי התשובות מדובר על "המלווה לעני על משכונו"

או ב"ראובן הלווה לשמעון מעות על משכון".

הווי אומר: ההלכה "בעל חוב קונה משכון" אינה עשוייה להיות הנמקתו של ראי"ש לדין האמור.<sup>61</sup>

על כרחנו עצם מסירת משכון על ידי החייב מהווה הסכמה מצידו שהנושה יוכל למוכרו ולהיפרע מדמיו. לכאורה זו שליחות מכללא ברם השליחות כשלעצמה אינה משמשת תשובה מספקת היות והשולח רשאי בכל עת לבטל את כוחו של הנושה. הנושה חייב אפוא לקבל זכות בלתי תלויה בחייב, לשון אחר - זכות קניינית. זכותו הקניינית של הנושה במשכון חדרה אפוא בדרך עקיפה. היא אינה תלויה בתביעה כנגד החייב והנושה יכול לממשה אף אם הלה חוזר בו. במקום אחר עמדנו כבר על כך שאף חכמי אשכנז כשפסקו הלכה למעשה, להבדיל מפרשנות תאורטית של סוגייה תלמודית, הכירו בזכותו הקניינית של הנושה במשכון.<sup>62</sup>

דעות ראי"ש וריב"ש שדי בשלושה שמאים ואין צורך בבית דין של מומחים, התקבלו על ידי הפוסקים המאוחרים.<sup>63</sup>

3. שיטת רשב"א - לפני רשב"א בא לדיון מקרה של חנות שמושכנה במשכנתא דנכייחא. בשטר המישכון נכלל סעיף זה: "שאם שמא לא יפרע לו (החייב) הממון הנזכר לזמן פלוני, תהא בידו רשות... למכור החנות הנזכר בפני ב"ד שיברור לו...".<sup>64</sup> לענין הרכבו של בית דין זה קבע רשב"א "צריך הוא (הנושה) למכור בפני בית דין דאיכא חד מינייהו דגמיר וסביר, דאי לא אין זה קרוי ב"ד, אלא שלא בב"ד קרי ליה בגמרא...".<sup>64</sup> נראה שדרישה זו לבית דין של מומחים אינה כללית ותחולתה מוגבלת למקרה הנדון. רשב"א פירש את התנאי האמור ולא קבע דין כללי. לדעתו אם

---

61. ריב"ש, לעיל הערה 54, פירש את הרא"ש ע"פ ההלכה "בעל חוב קונה משכון",

ענין התומך בתאוריה שהבאנו בשורות הבאות.

62. ראה לעיל פרק ראשון, סעיף 5.3.3.

63. טור, חו"מ, עג, כג; שו"ע, שם, טו.

64. שו"ת הרשב"א, ג, נג (התשובה הובאה בקיצור, שם, א, אלף ויז).

צדדים הסכימו על מכירה לפני בי"ד אין כוונתם להדיוטות גרידא.  
אפשר אפוא לומר שרשבי"א מסכים עם עמדות רא"ש וריב"ש שדי בהרכב של שלושה  
הבקיאים בשומה.<sup>65</sup>

4. שיטת רמב"ם - לענין מכירתו של משכון, פוסק רמב"ם כדלהלן:

"מלווה שבא לבי"ד והביא משכון בידו, ואמר: זה משכוננו  
של פלוני הוא ואני רוצה למוכרו ולהיפרע חובי, אין בית  
דין נזקקין לומר לו המתן עד שיבוא לווה ויטעון, שאם  
רוצה לומר לקוח הוא בידי אומר. ומשיאין לו עצה למוכרו  
בפני עדים כדי שידע לווה בכמה נמכר..."<sup>66</sup>

רמב"ם אינו מזכיר כלל מכירה בפני בית דין עובדה זו בולטת לאור ההלכה  
המקבילה לענין עבוט שם פוסק רמב"ם "...ומשלושים יום ואילך מוכר המשכון בבית

---

65. שלא כשי"ר, שו"ע, חו"מ, עג, סק"מ הסובר שרשבי"א דורש בכל מקרה שלושה מומחים  
(ייתכן שהיתה לפניו רק החשובה המקוצרת, ממנה ניתן להסיק כאמור). קצות החשן,  
שם, סק"י סובר שרשבי"א דן במקרקעין ושם יש צורך במומחים היות ולא חל הדין  
יבעל חוב קונה משכון", ראה הערה 55 לעיל.

66. הלכות מלווה ולווה, יג, ג. גרסה זו שלפנינו מופיעה בכל המהדורות החל  
מדפוס קושטא רס"ט. בנוסחה עתיקה אחרת נאמר "...אין בית דין נזקקין לו עד  
שיבוא לווה..." שבושה ברור, היות והנמוק מוביל לכוון ההפוך וכבר עמד על  
כך ר"ש הסרדי, ספר התרומות מט, ה, ב. הנוסחה המשובשת מופיעה גם אצל ר'  
יעקב חזן מלונדרש, עץ חיים (מוסד הרב קוק, תשכ"ז) ח"ג עמ' קצח ובדפוס רומי  
ר"מ, של משנה תורה. הגרסה שלפנינו אף היא עתיקה ומופיעה בשו"ת הריב"ש,  
שצו; טור, חו"מ, עג, כ; שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תשל"ג), קצג. ברם נראה לי  
שגם גרסה זו אינה מקורית היות ובמקום "אין נזקקין לומר לו המתן" היה  
רמב"ם מנסח בפשטות "אין אומרין לו המתן". הנוסח שלפנינו נראה תיקון  
שהוכנס לאחר שהמגיה מצא לפניו את המלה "נזקקין". מדברי סמ"ג, עשין צד;  
קעו, ב "אין בית דין נזקקין למחות בו עד שיבוא לווה ויטעון..." קשה  
לדלות את הגרסה המקורית.

דין"י.<sup>67</sup> שתי אסכולות עיקריות קמו בבאור הלכה זו:

א. יש הסוברים שרמב"ם דורש מכירה בפני בית דין למרות ההשמטה האמורה.

הארגומנטים העיקריים לחיזוק טענה זו, הם:

1. אם בחלוקת שותפות יש צורך בשלושה שמאים, כל שכן במכירת משכוננו של הזולת.<sup>68</sup>

2. מכירה בפני עדים אינה מספיקה לצורך שומת הנכס. עדים מוסרים על מראה עיניהם, הם מעידים בכמה נמכר המשכון, אבל אינם יכולים לדעת אם מחיר זה משקף את שווי הריאלי.<sup>68</sup>

3. רמב"ם השמיט את התנאי של מכירה בפני ב"ד היות והסתמך על ההלכה לענין עבוט.<sup>69</sup>

ב. אחרים סבורים שרמב"ם אינו מחייב את הנושה למכור על פי שומת בקיאים. יש החולקים עליו בגין האמור,<sup>70</sup> ויש המתחשבים בדעתו לקביעת פסק ההלכה. בשיטה זו הלכו אחדים מחכמי צפון אפריקה. רשב"ץ פסק "המלווה על המשכון שהוא תפוס בידו, אינו צריך לב"ד כמו שכתב הרמב"ם...".<sup>71</sup> מעניין שרשב"ץ אינו מביא כלל את רעו ובר פלוגתיה - ריב"ש החולק על תפיסה זו בבאור רמב"ם. מאוחר יותר חלה נסיגה

67. מלווה ולווה, ג, ו.

68. ש"ך, שם, לעיל הערה 65.

69. שו"ת הריב"ש, שצו. זו כנראה גם דעת בעל מגיד-משנה שם, הערה 66 לעיל, המביא את דעת רב האי גאון הדורש מכירה בפני בית דין ולא מציין שרמב"ם חולק עליה.

70. ראה: ב"ח, טור, חו"מ, עג, סקכ"ב. רבי יוסף קארו בספרו כסף משנה, שם, סבר שרמב"ם אינו מצריך שומת ב"ד, אך הוא חזר בו בפסק ההלכה בשולחן ערוך.

71. שו"ת התשב"ץ ג, שיא. ראה גם שם, עב.

מסויימת ובנו רשבי"ש כותב "אע"פ שמצריכים הגאונים זי"ל שימכור בבי"ד, זהו לכתחלה, ואם עבר ומכר בלא רשות ב"ד, כדאי הוא הרמב"ם זי"ל לסמוך עליו".<sup>72</sup> בנו של רשבי"ש ונכדו של רשבי"ץ, ר' שמעון קבע סייג נוסף יומי שטען מי שבידו משכון שיכול למוכרו בלא רשות בעליו, זה אינו מוסכם מהכל, וגם אינו אלא במקום שאין שם ב"ד קבוע...".<sup>73</sup> מעניין שמהרשד"ם ראש חכמי סלוניקי במאה הטי"ז חזר ופסק כדעת רשבי"ץ, כדברים

האלה:

"מי שיש לו משכון מחבירו והגיע זמן ולא פרע בעל המשכון, יכול בעל החוב למכור המשכון. ורוחא דמילתא... יזמין ב"ד ג' הדיוטות... ולא ישאר עליו שום ערעור ויעשה מעשה ב"ד מזה".<sup>74</sup>

ראינו בסעיף זה שהרוב המכריע של הפוסקים דורש שמכירת משכון תיערך בפיקוחם של ג' הדיוטות, אנשים מהימנים הבקיאים בשומת נכסים. תפקידם הוא מנהלי ולא שי-פוטרי והם אינם חייבים להיות בעלי כישורים לדון דיני ממונות. למעשה הנושה עצמו ביצע דרך כלל את המכירה בכפוף למחיר מינימום שנקבע על ידי שלושת השמאים.<sup>75</sup> לא דננו בדרכי בצוע המכירה היות ונהרא נהרא ופשטיה. המטרה אחת היא, להביא לידי מירב אנשים את דבר מכירת המשכון. בעבר עשו זאת על ידי פרסום המכירה בבתי

---

72. שו"ת הרשב"ש, קיא. עדות לכך שלכתחלה לא סמך רשבי"ש על הלכת רמב"ם מצוייה שם בסימן תקצה. במקרה האמור הנושה החזיק בספרים כמשכון ורשבי"ש שלח לחייב התראה לפרוע את החוב "ואם לאו ימכרו הספרים בבי"ד".

73. שו"ת יכין ובוועז, ב, ט.

74. שו"ת מהרשד"ם ב (חוי"מ), שמט. מעניין שדעת מהרשד"ם החולקת על פסק ההלכה

בשולחן ערוך, לא הובאה על ידי נושאי הכלים שם, המרבים בדרך כלל להביאו

75. ראה רי"ן על הרי"ף, כתובות צח, א.

כנסיות ובבתי מדרשות<sup>76</sup> וכיום מכירה פומבית באמצעות ההוצאה לפועל נראית הדרך המתאימה ביותר. הנושה יכול לבחור כל הרכב של שלושה אנשים שיש להם את הכישורים האמורים, ברם אפשר לקבוע, באמצעות תקנות מקומיות או ארציות, רשות מוסמכת אחת לשם עריכת שומה.<sup>77</sup> אם הנושה מכר את המשכון בלא עריכת שומה כדין, העסקה בטלה, אם הבי-טול אפשרי,<sup>78</sup> גם אם המחיר שהתקבל עבור המשכון לא היה נמוך משווי הריאלי.<sup>79</sup>

---

76. ראה שוי"ת הרשבי"ש, תקצה "והסרסור סרסר כל הספרים הנזכרים בשתי בתי כנסיות

כמו שני חדשים ועמדו ולא הוסיף שום אדם בהם". ראה עוד שוי"ת מהרי"ם מינץ (סלוניקי, תקס"ב), ע.

77. ראה דברי ר' שמעון בן הרשבי"ש, לעיל ליד הערה 73.

78. ראה שוי"ת הרא"ש צ, ז.

79. שוי"ע, חוי"מ, עג, טו.

3.4 הודעה לחייב על המימוש

השאלה שאנו מעלים בסעיף זה היא אם על הנושה או בית הדין להודיע לחייב על הכוונה למכור את המשכון. ההודעה עשויה לשרת שתי מטרות: א. לאפשר לחייב להתגונן כיאות בפני התביעה. ב. לתת לו הזדמנות אחרונה לפדות את המשכון.

הנקודה הראשונה אינה מיוחדת למשכון והיא חלק משאלה כללית, האם בית דין רשאי לפסוק בתביעת חוב שלא בנוכחות הנתבע. התלמוד הבבלי מביא מחלוקת בנדון כאשר דעתו של רב נחמן, שהלכה כמותו בדיני ממונות, היא שעקרונית אפשר להיפרע מנכסי החייב בהעדרו "שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חברו והולך ויושב במדינת היט ואתה נועל דלת בפני לוויין".<sup>80</sup> לתלמוד הירושלמי גישה שונה והוא מתיר לבית דין לרדת לנכסי חייב שלא בפניו, רק אם זה "עמד בדין וברח".<sup>81</sup> עמדה זו היתה מקובלת אצל הגאונים עד לרב האי גאון<sup>82</sup> ואף רבינו חננאל סבר כך.<sup>83</sup> הרי"ף שינה את ההלכה והעדיף את דברי הבבלי על הירושלמי. ככלל אפשר לרדת לנכסי חייב שלא בפניו "אבל ודאי אי מצי לשדורי ליה ולאודועי ליה, משדרינן ומודיעינן ליה".<sup>84</sup> המבחן שהתקבל כמכריע הוא, אם אפשר לזמן את הנתבע תוך שלושים יום.<sup>85</sup>

רמב"ם ההולך אחר דעת רי"ף מסכם את ההלכה כדלהלן:

"שלוש ראיות צריך להביא לבי"ד ואחר כך יפרע שלא בפניו  
ראייה ראשונה - לקיים השטר שבידו"<sup>86</sup>

80. כתובות, פח, א.

81. ירושלמי, כתובות, פ"ט, הי"ח; לג, ב.

82. ראה ב"מ לוין, אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, סימנים: קפט, קצ, תרעח.

83. ראה רי"ף, כתובות, פח, א; תוספות שם, ד"ה ורבא אמר.

84. רי"ף, שם.

85. פסקי הרא"ש, כתובות, פ"ט, סימן כז; שו"ת הרא"ש עג, ג.

86. "ואין חוששים לשובר", לשון רמב"ם, מלווה ולווה, יג, א.

ראייה שנייה - שבעל חובו במדינה אחרת ואינו מצוי בכאן  
לעמוד עמו בדין

ראייה שלישית - שאלו הנכסים של פלוני הלווה הם".<sup>87</sup>

אם החוב מובטח במשכון פוסק רמב"ם, כדלהלן:

"מלווה שבא לביד והביא משכון בידו ואמר זה משכוננו של

פלוני הוא ואני רוצה למוכרו ולהפרע חובי אין ביד

נזקקין לומר לו המתן עד שיבוא לווה ויטעון שאם רוצה

לומר לקוח הוא בידי אומר..."<sup>88</sup>

במשכון התובע אינו צריך להוכיח את החוב וכן הראייה שהמשכון הוא של הנתבע

מיותרת. התובע יכול היה למכור את המשכון שברשותו ולא לבא כלל לבית הדין. כל

עוד הוא נפרע מהמשכון ולא מנכסים אחרים אין לו צורך להוכיח שהנכס הוא של החייב.

מה לעניין הראייה השנייה, האם התובע צריך להוכיח שהנתבע "אינו מצוי בכאן

לעמוד איתו בדין"? כנגד שטר חוב מקויים שביד התובע, עשוי הנתבע להציג שובר,<sup>89</sup>

ברם אין לו כל הגנה יעילה כנגד תובע שבידו משכון. לנושה יש מיגו היות והיה

יכול למכור את המשכון בעצמו ולא להגיש תביעה בבית דין. מכאן נבעה ההלכה "נאמן

המלווה לומר עד כדי המשכון הלוייתין".<sup>90</sup> נראה אפוא שההודעה לחייב אינה מועילה

מבחינה זו ולכן מיותרת.<sup>91</sup>

87. שם, יג, ב.

88. שם, הלכה ג. ראה עוד הערה 66 לעיל.

89. ראה הערה 86 לעיל.

90. ירושלמי, שבועות, פ"ו, ה"ח; לז, ב, וראה לעיל עמ' 22.

91. לבאור זה של דברי רמב"ם, שאף אם החייב מצוי בעיר אין חובה להודיע לו,

מסכימים: טור, חו"מ, עג, כ; שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תש"יג), קצג. דעה

אחרת לשו"ת הריב"ש, שצו; ולבית יוסף, שם.

לדעתי רמב"ם יסכים שיש להודיע לחייב כדי שזה יוכל לפדות את המשכון (ראה

להלן הערה 94) ויתכן שהראשונים הנ"ל אינם חלוקים וכל אחד דן במטרה אחרת

של ההודעה, וראה עוד גידולי תרומה, מט, ה, א.

כאמור ההודעה משרתת מטרה נוספת. המשכון הוא בטוחה לחוב וכשם שהנושה רשאי להיפרע מנכסיו האחרים של החייב, כך יש לתת לזה הזדמנות לפרוע באמצעותם את החוב. הראשון שעמד על ענין זה הוא רב האי גאון, שאמר: "צריך שיודיע בעל המשכון קודם מכירתו אם הוא עימו באותו מקום, לפי שאם רוצה לפדותו הוא הראוי במשכונו יותר מאחרים".<sup>92</sup> כך סבר גם רא"ש<sup>93</sup> וכנראה אף רמב"ם,<sup>94</sup> וההלכה נפסקה בשולחן-ערך.<sup>95</sup> אכן בספרות השו"ת מצאנו שנהגו להודיע לחייב על מכירתו הצפויה של המשכון.<sup>96</sup> ההודעה יכולה להינתן על ידי בית הדין או ישירות על ידי הנושה.<sup>97</sup>

- 
92. ספר המקח והממכר שער ששי; (וינה, תק"ס) יט, א.
93. שו"ת הרא"ש, צ, ד.
94. ראה גידולי תרומה, לעיל הערה 91. אף מגיד-משנה על רמב"ם שם מביא את רב האי ומסיים "וכל זה אמת", ומשמע לדעתו שאף רמב"ם מסכים להלכה זו.
95. שו"ע, חו"מ, עג, יב.
96. שו"ת הרשב"ש, תקצה; שו"ת מהר"ם מינץ (סלוניקי, תקס"ב) ע.
97. ראה תשובת הרא"ש, לעיל הערה 93. לשונו של המחבר, לעיל הערה 95, "ואם הלווה בעיר יודיעוהו ביד שאם לא יפרע יתנו לו רשות למכור המשכון", לאו בדווקא.

4.4 מכירת המשכון על ידי הנושה

בסעיפים הקודמים ראינו שהנושה צריך למסור את המשכון לשומת שלושה בקיאים וכן להודיע לחייב על המכירה הצפויה. שני אלה גורמים לעיכובים בהליכי מכירת המשכון וממילא לאיחור בהחזרת כספו של הנושה. טבעי אפוא שנושה הצופה מצב זה, מעוניין לעתים להכניס להסכם המישכון תנאי לפיו הוא יוכל לבצע בעצמו את המכירה ללא ההגבלות האמורות. באחד משטרי מישכון מצאנו תנאי ברוח זה, כדלהלן: "...ומני-תי אותו (את הנושה) אפוטרופוס מעכשו למכור הכל על פי עצמו שלא על פי בית דין, ויהא נאמן בדיבורו, ואם ירצה נמי למכור גוף הקרקע, יעשה מן הכל חפצת נפשו בנא-מנות גמורה, בלא רשותי ובלא רשות בית דין ואדם מעולם..."<sup>98</sup>.

להלן נבדוק את תקפם של תנאים אלו ואת מערכת הדינים החלה עליהם. כפי שנראה הספק הלכאורי בתקיפות התנאים מקורו בשניים: א. האם הנושה רשאי ליטול לעצמו תפקיד של ב"ד בשומת הנכס. ב. האם הסכמתו של החייב, הנוגדת את האינטרסים שלו,<sup>99</sup> תופסת, או שמא אין כאן גמירות דעת והחייב הסכים לתנאי האמור כדי לזכות בהלוואה.

בנושא זה אין כל דיון בספרות התנאים והאמוראים ואף לא אצל הפרושים והחידושים הבתר-תלמודיים. החומר מצוי כולו בספרות השו"ת וחלק הימנו קבעו הטור והשלחן ערוך בספריהם.

בארץ עד שנת 1967 הוסדרה סוגייה זו במגילה בה נקבע שהרשאה שניתנה לנושה למכור את המשכון תקיפה.<sup>100</sup> החייב לא יכול היה לבטל את ההרשאה אחר נתינתה וזו

98. ר"י אברצלוני, ספר השטרות, שטר מב.

99. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 3.

100. מגילה, בתרגום גד פרומקין (ירושלים, תרפ"ח) סעיף 760. למצב המשפטי בימי

הביניים, השווה: R. Hübner, History of Germanic Private Law (New York,

1968) pp. 445, 452.

היתה ברת-תוקף אף לאחר מותו של הממשכן או מקבל המשכון. חוק המשכון תשכ"ז-1967 שינה את ההלכה, וסעיף 16(ב) לחוק, פוסל את תקפן של התנאות על דרכי המימוש שנעשו לפני מועד הפרעון. הסכם למכירת המשכון על ידי הנושה מהווה התנאה כאמור.<sup>101</sup> תחילה עלינו לראות מה דינה של הלוואה רגילה כאשר החייב הסכים שהנושה יוכל למכור בעצמו מנכסיו לכסוי החוב. את ההלכה שבית דין בלבד רשאים לירד לנכסי חייב, ניסו במציאות לעקוף על ידי התנאה שהנושה יוכל למכור מנכסים אלו "בלא הורדה ושו-מא ובלי איחור בי"ד ובלי הכרזה".<sup>102</sup> לכאורה תנאי זה תופס היות וה"מתנה על מה שכתוב בתורה, דבר שהוא של ממון - תנאו קיים".<sup>103</sup> ברם ראי"ש שדן בנושא זה בתשו-בותיו, קבע שני כללים אלו:

1. יש לתת לתנאי פרוש דחוק ובלבד שיתיישב עם דין תורה. לכן "יש לפרש מה שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל המלווה לירד לנכסי לוזה, כגון שלא מצא המלווה דיין שרוצה למשכנו, אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו".<sup>104</sup> המשמעות הדחוקה עדיפה על פרוש פשוט הסותר את דין תורה.

2. אם מנהג המקום להתנות כאמור ואעפ"כ נוהגים הנושים לירד לנכסי החייב באמצעות בי"ד, לא יורשה נושה פלוני לנהוג אחרת. ההסכם בין הצדדים אינו תופס "אם מנהג בעיר לבטל מה שכתוב בשטר".<sup>105</sup> דעת ראי"ש נתקבלה על ידי הטור<sup>106</sup> והשלחן

101. ראה י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) עמ' 314.

102. נוסח התנאי בשו"ת הראי"ש פ, ח. על התנאות דומות, ראה: א' גולאק, אוצר

השטרות (ירושלים, תרפ"ו) עמ' 208, 233.

103. תוספתא, קידושין, ג, ח.

104. שו"ת הראי"ש, סח, יג.

105. שם, פ, ח.

106. טור, חו"מ סא, ט - יג; קג, יד.

ערוך. <sup>107</sup> מדברי רא"ש נובע לכאורה שהתנאי תקף במקרים הבאים: א. אם הצדדים פרטו את התנאי כך שכל פרוש אחר אינו אפשרי. <sup>108</sup> ב. אם מנהג המקום להתחשב בתנאים אלו או שאין בעיר מנהג קבוע. <sup>109</sup> מעניין שמסקנות אלו אינם מקובלות על חלק מהאחרונים. <sup>110, 111</sup>

במכירת משכון לא הועלתה כלל הבעייה שההסכם נוגד את דין תורה. ההסכם הכללי מעניק לפרט סמכות המסורה לבית דין בלבד, היינו - כניסה לרשותו של אחר. ברם במש-כון הנושה אינו נכנס לרשותו של החייב ועושה בנכסיו כבתוך שלו. הוא מתעתד למכור נכס אחד בלבד, את המשכון המצוי זה כבר ברשותו, ואין הוא רומס את זכויותיו של החייב בביתו.

הצדדים עשויים להתנות על מכירת משכון עצמית בשעת ההלוואה או לאחר מכן.

הסכם שנערך לפני מועד הפרעון הוא מותנה "אם לא אפרע לך עד יום פלוני נתונה לך הרשות למכור את המשכון...". וככזה אפשר לפוסלו מטעם אסמכתא. <sup>112</sup> התנאי פוגע באינטרס של החייב להשיג מחיר הוגן עבור המשכון והסכמתו אינה אפוא פרי רצון גמור. אכן רשב"א סובר שהתנאה כאמור תקיפה רק אם הצדדים התנו באופן המועיל

107. שם, סא, ו; קג, ז. המחבר פוסק מפורשות שאם הנושה אינו מוצא דיין המוכן לרדת לנכסי החייב, הוא רשאי לעשות זאת בעצמו.

108. סמ"ע, שם, סא, סק"ד.

109. מהרי"ח בנבנשת, כנסת הגדולה, מהדורא קמא, הגהות הטור, סא, ח. השי"ך, שם, סק"א סבור שהתנאי אינו תקף במקום שאין מנהג אלא אם מנהג המקום לתת נפקות להסכמים אלו. נראה שדבריו אינם מתיישבים עם פשט דברי רא"ש. דעת הסמ"ע שם, אינה חד-משמעית לענין זה.

110. ראה: הגהות הגר"א, שם, סק"כג.

111. ראה שו"ת מהרש"ים ב (חוי"מ), רה המציע לנושה לקבל אישור מבי"ד ואז יוכל לבצע את המכירה לבדו. האשור מספיק לכך שהתנאי לא יהיה נוגד את דין תורה.

112. השוה לעיל בסמוך להערה 99.

להוציא מידי אסמכתא, כגון תנאי "מעכשו".<sup>113</sup>

הסכם שנערך לאחר מועד הפרעון אינו מותנה ואין לפוסלו אפוא מטעם אסמכתא. ברם אף הסכם זה לוקה, לדידו של ר' שמואל הלוי מורמייזא, בחוסר גמירות דעת היות והחייב הסכים לו "משום כיסופא".<sup>114</sup> לכן אף במועד זה ההסכם יתפוס רק אם החייב התנה "קנה מעכשו".

כשהתנאי תקף יש לראות בו הסכם שליחות, לפיו החייב ממנה את הנושה כשליחו למכירת המשכון. דיני השליחות החלים על יחסי החייב והנושה הביאו, בספרות השו"ת, לתוצאות אלו:

- א. החייב יכול לבטל באופן חד-צדדי את ההסכם כל זמן שהמשכון לא נמכר. במקרה זה הנושה צריך למכור את המשכון באמצעות בית-דין. טעמה של ההלכה הוא שמשלח זכאי לבטל את יפוי הכח שנתן לשליחו.<sup>115</sup>
- ב. ההסכם לפיו הנושה רשאי למכור את המשכון בעצמו, תקף גם בלי מעשה קניין. זו חלק מההלכה הכללית לפיה שליחות אינה צריכה קניין.<sup>116</sup>
- ג. אם הנושה טרח במכירת המשכון והשיג מחיר גבוה מהצפוי, היתרה שייכת לחייב.<sup>117</sup> אף זו בהתאם להלכה בדיני שליחות שכל רווח הנובע מהשליחות הוא של המשלח.

113. שו"ת הרשב"א, לעיל הערה 64.

114. שו"ת בעלי התוספות (מהדורת איגוס), קטו. המשיב מסתמך על דברי התלמוד

בבא מציעא, סו, ב.

115. שו"ת הרשב"א שם, לעיל הערה 64. נתקבל להלכה על ידי רמ"א, שו"ע, חו"מ,

עג, יז.

116. ראה באור הגר"א, שו"ע, חו"מ, עג, סקטי"ב. חשיבות הלכה זו היא לגבי הסכם

שנעשה לאחר מועד ההלוואה. אם התנאי נערך בשעת ההלוואה ממילא הוא חלק

מתנאי ההסכם.

117. שו"ת הרא"ש, צ, ו. נפסק בשו"ע, שם, עג, יח.

ד. ההוצאות שנגרמו לנושה בגין מכירת המשכון מוטלות על החייב.<sup>117</sup> זאת אף אם הנושה לא השיג, להערכת החייב, מחיר סביר עבור המשכון, היות "שאינן שום שליח משועבד למשלח אלא לעשות השתדלות ביושר ובאמונה, ואם לא בא מידו להרוויח כפי רצון המשלח, לא מפני זה הפסיד טרחו".<sup>118</sup>

ה. הסכם המסמך נושה נכרי למכירת המשכון אינו תקף, היות ואין שליחות לגוי.<sup>119</sup>

ו. הנושה אינו יכול למכור את המשכון אחר מיתתו של החייב. זה הדין הרגיל בהלכות שליחות לפיו זו בטילה עם מותו של המשלח.<sup>119</sup>

עד כמה היה התנאי נפוץ ניתן ללמוד מתשובתו של רבי אברהם די בוטון. במקרה הנדון סוכן המכירות (פאטור) מכר סחורה בהקפה ולקח מהקונה, שהיה מעיר אחרת, משכון ללא הרשאה למכירה עצמית. המשיב פסק שיש לראות בכך התרשלות ועל הפאטור לפצות את המשלח אם נגרמו לו נזקים בגין האיחור במכירת המשכון.<sup>120</sup>

הלכה (א) דלעיל מבליטה את גישתו המיוחדת של המשפט העברי. מחד אין הוא שולל לחלוטין את תוקף ההסכם, אם זה עבר את המכשולים הפורמליים-מהותיים של מבחן האסמכתא; ומאידך, החייב יכול לחזור בו מההסכם, אם המשכון טרם נמכר. אי חזרתו מההסכם במועד מאוחר זה, כשאינו חשוף עוד ללחצו של הנושה, מוכיחה בעליל שההתחייבות היא פרי רצונו החפשי.

118. שו"ת מהרשד"ים, ב (חוי"מ) קיד. ראה גם שו"ת דברי ריבות, קיא.

119. שו"ת התשב"ץ, א, נב.

120. שו"ת לחם רב, צד. על רשות למכור את המשכון ראה גם: שו"ת התשב"ץ, חוט

המשולש, טור שני, כב.

5.4 מועד המימוש

משהגיע מועד הפרעון והחייב לא שלם את החוב, הנושה רשאי למכור את המשכון על פי שומת בית דין. יש פוסקים הסוברים שהנושה צריך להמתין שלושים יום לאחר מועד הפרעון, ורק לאחר מכן למכור את המשכון.<sup>121</sup> זמן זה מעניק לחייב הזדמנות נוספת לפדות את המשכון וכזכור אף ההודעה על המימוש הצפוי נשלחה אליו מהטעם האמור.<sup>122</sup>

לענין מועד המימוש, ברצוננו להדגיש שתי אלה:

א. מימוש מוקדם - אם המשכון עומד לאבד מערכו והנושה ירא שמא הנשאר לא יספיק לכיסוי החוב, הוא רשאי לממש את המשכון אף לפני מועד הפרעון, גם נגד דעתו של החייב. מקור ההלכה בדבריו הבאים של רב האי גאון:

"מי שיש בידו משכון של חברו בממון שהלווהו עליו, הרי זה יכול למוכרו לשני עניינים:

הענין הראשון לשום שמירתו שאם הוא מתיירא שמא יאבד והדמים יותר נשמרים... המשכון זה שהוא ממושכן אצלו, יש לו עליו שעבוד ואין לו שיתננו לבעל המשכון עד שיהיו הדמים בידו שהלווה עליו, ולפיכך אין לו שיניח את המשכון עד שיפסד, ואף על פי שהוא אבדה מדעת. לפי שכל מה שיחסר המשכון אותו

121. ראה שו"ת הרא"ש, צ, ד. בשו"ע, חו"מ, עג, יב פסק המחבר שלא כאמור. ובסעיף

יד, שם הביא את דעת ראש בשם "יש מי שאומר". ברם כבר רב האי גאון, ספר המקח והממכר, שער ששי; (וינה, תק"ס) יט, א אמר "שיכול למכור המשכון... וכגון שהוא לי יום מיום שהגיע זמנו לפרוע".

122. ראה לעיל הטקסט ליד הערה 92.

חסרון עליו הוא חוזר מכמה פנים, כמו שחוזר על בעליו. ולפיכך הותר לו למכרו כל זמן שמתירא פסידתו, בין שיהא שם בעליו בין שלא יהא שם בעליו".<sup>122</sup>א

מדברים אלה עולות המסקנות הבאות: 1. הנושה רשאי לבצע מימוש מוקדם לא רק אם המשכון התקלקל וכבר החל לאבד מערכו, אלא אף אם הנושה "מתירא שמא יאבד". 2. הנושה רשאי למכור את המשכון לפני מועד הפרעון היות ואם הוא יאבד מערכו "אותו חסרון עליו הוא חוזר". מכאן - אם ירידת ערכו של המשכון אינה עלולה לפגוע בסיכוייו לפרעון החוב, הוא לא יורשה למכור את המשכון טרם זמנו.<sup>123, 124</sup> דברי רב האי התקבלו להלכה על ידי הפוסקים, ברם הם שאבו אותה מכלי שני, מספר התרומות,<sup>125</sup> ולכן הוצגה ההלכה באופן זה:

"ואם המשכון כלה והולך יכול למוכרו בבית דין אפילו תוך שלושים יום בין שהיו בעליו שם בין שלא היו".<sup>126</sup>

122.א. ספר המקח והממכר, שער ששי; (וינה, תק"ס) יח, ב.

123. השווה שו"ת הרא"ש, צא, א שם נדון מקרה של בית ממושכן העומד ליפול ולא יישווה את דמי המשכנתא. רא"ש פוסק שנושה המתקן את הבית: "הוה ליה כשותף שהוא יורד ברשות, שהרי בדמי משכנתא שלו הוא נחשב כשותף" "משום דלהשביח חלקו הוא יורד ואין חלקו מבורר צריך להשביח הכל". ברם אם "לא יכול הבית להתרועע כל כך שלא היה נשאר בו דמי משכנתא שלו, הוה ליה כיורד שלא ברשות וידו על התחונה".

124. השווה: ויסמן, לעיל הערה 3, עמוד 369.

125. ספר התרומות מט, ה, ב.

126. שו"ע, חו"מ, עג, יג. ראה גם טור, שם, עג, כא.

דומה שמההלכה בניסוחה זה אי אפשר להגיע למסקנות האמורות.<sup>127</sup>

ב. הלכת רבי יצחק בן פרץ - המרדכי מביא את ההלכה הבאה:

"דינא דמלכותא דינא. פסק הרי יצחק בר פרץ שישראל המלווה (גם) לישראל חבירו על המשכון, אין המלווה זקוק לשומרו יותר משנה מלמוכרו ולגבות הלוואתו, כדינא דמלכותא גבי מלווים לעובד כוכבים בריבית. ועשה מעשה כזה באחד שמשכן לחברו ספרים, ואחר שנה שלא פרע בא ישראל ומכר המשכון לסוף שנה ותבעו חברו לדין. ופסק דאין לו עליו כלום, משום דינא דמלכותא..."<sup>128</sup>

לא הייתי דן בהלכה שתומה זו אלמלא הביאה רמ"א בהגהותיו בשני מקומות. בדונו במועד המימוש אומר רמ"א: "ויש אומרים דבמקום שהמנהג שהמלווה לעכוי"ם לא יוכל למוכרו בפחות משנה, דנין כן גם בישראל שהלווה לחבירו על המשכון דאזלינן בזה אחר המנהגי".<sup>129</sup> הווי אומר: המועד שבו רשאי הנושה למכור את המשכון נדחה עקב דינא דמלכותא. במקום אחר בסוגיית דינא דמלכותא רואה רמ"א בדברי ר"י בר פרץ סיוע לדעה שהכלל של דינא דמלכותא דינא חל אף על יחסי ממון בין אדם לחברו: "ויש חולקין וטבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא... ולכן המלווה על המשכון

---

127. דברי רב האי שובשו בספר התרומות שלפנינו, ובמיוחד הקטע "לפי שלעצמו של לווה יחסר אותו חסרון" שאף זכה לבאור ע"י השי"ר, שם, סקל"ח. המעיין בדברי רב האי במקורם יבחין שמדובר בחסרון המגיע לנושה מהירידה בערכו של המשכון.

128. מרדכי, בבא קמא, קנד. המחבר אינו מביא את דעת ר"י בר פרץ ומדבריו בבית יוסף, חו"מ, עב, מחודש מט-נ, עולה שהוא חולק עליו. ברם ראה שו"ת אבקת רוכל, ו, שם משמע שהמשיב סובר כדעה זו, אלא שהתשובה אינה חתומה ולא ברור אם יצאה מתחת עטו של ר"י קארו.

129. שו"ע, חו"מ עג, יד.

יכול למוכרו אחר שנה הואיל וכן דינא דמלכותא (שם בשם ר"י בר פרץ) וכן עיקר<sup>130</sup>. מלישנא אחרינא זו עולה שללא דינא דמלכותא, הנושה צריך היה להמתין יותר משנהו והלא הלכה פסוקה היא שהוא רשאי למכור את המשכון לאחר שלושים יום<sup>131</sup>. נושאי הכלים של שוי"ע הציעו להלכה זו פרושים שונים ואצ"ן כאן שניים מהם. השי"ך פיתח אבחנה מעניינת בין מקרה שהנושה תובע מהחייב את פרעון החוב ואז הוא רשאי למכור את המשכון לאחר שלושים יום, ובין אם הוא אינו מגיש תביעה אלא מוכר את המשכון לאחר שנה<sup>132</sup>. דין המלכות מקנה לנושה זכות כאמור<sup>133</sup>, ובנדון זה הולכים אחריו היות ואינו סותר את דין תורה. ר' חיים בנבנשת מסביר שר"י בר פרץ סובר שהנושה אינו רשאי לממש את המשכון לעולם, כדעת ר' קלונימוס שנדונה על ידינו לעיל<sup>134</sup>, ומצד דינא דמלכותא הוא רשאי למוכרו בתום שנה<sup>135</sup>, ועדיין רבה המבוכה. מיהו ר' יצחק בר פרץ בעל ההלכה? שמואל כהן בסדרת מאמריו על המרדכי אומר שחכם זה המופיע פעמים אחדות במרדכי הוא כנראה בנו של רבנו פרץ בן אליה רבו של המרדכי<sup>136</sup>. סביר יותר שר' יצחק דידן הוא חכם אנגלי בן המאה הי"ג<sup>137</sup>. השם ר' יצחק בן פרץ מנורתהמפטון מופיע לא בספרות<sup>אחת</sup> של חכמי אנגליה<sup>138</sup>. השערה זו מקבלת חיזוק לאור בדיקת כתבי היד של המרדכי על מסכת בבא קמא. קטע זה והקודם לו חסרים

---

130. שם, שסט, ח.

131. ראה סמ"ע, חו"מ, עג, סק"לט.

132. שי"ך, שם, סק"לט.

133. כך הוא דין המלכות המופיע בשו"ת אבקה רוכל, לעיל הערה 128. ברם שם מדובר

על פיזרו ואנקונה שבאיטליה במאה הטי"ז ואין ללמוד מהם לענייננו.

134. ראה לעיל פרק ראשון סעיף 2.2.

135. כנסת הגדולה, מהדורא קמא, חו"מ, הגהות הטור, עג, כט.

136. ש"י כהן, ר' מרדכי בן הלל האשכנזי, סיני כרך טו, עמ' רלז, רמא.

137. ראה: ש"י שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תש"ה) עמ' 135.

138. ראה: הרב בלוי, שיטת הקדמונים על מסכת קידושין (ניו-יורק, תש"ל) מבוא,

עמ' טז.

כמעט בכל כתבי היד וברור שנוספו מאוחר יותר לגוף הטקסט.<sup>139</sup> הקטע הקודם מתחיל "פסק הרב מלונדרישי" היא לונדון, והרי לנו חדירת תורתם של חכמי אנגליה לגוף דברי המרדכי.

לדעת שילה, דברי ר' יצחק בר פרץ נאמרו על יסוד פריבילגיה של יהודים מאנגליה שבה נכללה הוראה המתירה לנושה למכור משכון לאחר שנה ויום אחד מקבלתו.<sup>140</sup> חשוב להוסיף שבאנגליה התפתחה במאות הי"ב-י"ג משכנתא מיוחדת למלויים יהודים. הנושה לא קיבל חזקה בנכס אלא נערך רישום על השעבוד במשרדי ה-Exchequer of the Jews. לאחר תקופה של שנה ויום (redemption period) הנושה היה זכאי לממש את המשכנתא.<sup>141</sup> סביר אפוא שהלכת ר"י בר פרץ נאמרה על רקע מיוחד זה.

---

139. ראה: אי' הלפרין, ספר המרדכי השלם, מסכת בבא קמא, חיבור לשם קבלת תואר

דוקטור לפילוסופיה (בר-אילן, תשלי"ח) חלק ב', עמ' 180.

140. לעיל הערה 137, שם.

141. ראה: G.E. Osborne, Handbook of the Law of Mortgages, 2<sup>nd</sup> ed. (New York, 1970) pp. 6-7.

### ס י כ ו ם

עיקרו של חיבור זה מוקדש לבחינת מהותו של המשכון, לבדיקת זכותו של הנושה בו. זכות זו מתמצית במאמרו של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון". חשוב להדגיש ששורש זה "קונה", אינו מופיע בספרות התלמודית, ולו פעם אחת, ביחס לשעבוד נכסים רגיל. הלכתו של רבי יצחק מקובלת על הכל ואף על פי כן לא נמנעו ראשונים מלומר דברים אלו: "וואפילו למאן דאמר בעל חוב קונה משכון, דעל כרחך אין לו אלא שעבוד עליו כיון שהיה יכול לפדותו"<sup>1</sup> "ואף על גב דאמרינן דקניא מדרבי יצחק, הני מילי... אבל גופו ממש להיות שלו לא, דהא מסתלקא בזוזי, דשעבוד בלחוד הוא דאית ליה עליה"<sup>2</sup>. מה הוא המשכון, שעבוד או קנין; ומה מובנם של שני אלה? השאלה קשה שבעתיים לאור העמדה שנקטנו שאף שעבוד נכסים רגיל הוא זכות קניינית שיש למלווה בנכסי הלווה.

על שאלה זו נוכל להשיב, אף לפני שנבהיר במדויק את המושג "קנין" בהקשרו של המשכון. המשכון לדעתנו הוא קנין על גבי חיוב. לידתו באה אגב חיוב, הנושה מע-ניק הלוואה לחייב וזה מעביר לו נכס כבטחון לפרעון החוב. הצדדים אינם יכולים ליצור משכון ללא קיומו של חיוב בר תוקף, "מנה אין כאן משכון אין כאן"<sup>3</sup>. גם המשך קיומו של המשכון תלוי בחיוב והוא בא לידי קיצו אם זה מתבטל. גם בתקופה שבין שעת הלוואה ומועד הפרעון, המשכון חוסה בצילו של החיוב, אך למרות האמור קנין הוא, והנושה מפיק מזכותו הקניינית יתרונות כפי שנמנה להלן. יחס הגומלין שבין המשכון לחיוב הביא לכך שהמשכון נקרא גם שעבוד: "שהשעבוד הוא יכול לסלקו בזוזי, מה שאין כן בשכירות ושאר הקניינים"<sup>4</sup>. המשכון הוא קנין

---

1. תוספות, בבא קמא, מט, ב ד"ה משכוננו.

2. חידושי הרשב"א, שם, ד"ה מנין לבעל חוב.

3. קידושין ח, ב.

4. המאירי, בית הבחירה, נדרים, מו, ב ד"ה אמר המאירי.

שהכפוף לו יכול להפקיעו, כל אימת שירצה, על ידי פרעון החוב. לעומת זאת בשכירות, המשכיר אינו יכול לפנות את השוכר תוך התקופה המוסכמת, אף על ידי מתן דמים. זכות החייב לפדיון המשכון בכל עת גורעת מקנייניות המשכון; היא מצביעה על כך שהאינטרס הבסיסי של הנושה הוא פרעון החוב ולא המשכון כחפץ. מבחינה זו המשכון הוא שעבוד ולא קנין, היות והוא מושגת על אדני החיוב. ברם לדעתנו משך חיותו של המשכון, בתקופה שבין יצירתו ופקיעתו, הרי הוא כקנין לכל דבר.

מה משמעותו של קנין זה, לשון אחר, מה באורה של ההלכה "בעל חוב קונה משכון"?

ייאמר מיד שמגמת המחקר מכתובה את דרך הפרוש.<sup>5</sup> לא תרנו אחר הפרוש המקורי, של דברי רבי יצחק. יתכן שהמאמר משקף הלכה קדומה לפיה עברה הבעלות במשכון לנושה כבר בשעת ההלוואה.<sup>6</sup> יתכן גם שבתקופתו ובמקומו של רבי יצחק שימש השורש "קנה" לרכישת הבעלות בלבד ולא היתה לו משמעות נוספת. אנו בדקנו את קליטתה ובאורה של ההלכה על ידי התלמוד הבבלי. מלבד האמור במקרה דידן, אין כמעט אפשרות לחשוף את הפרוש המקורי של דברי רבי יצחק היות ולהלכה אין מקבילות בספרות התנאית ובירו-שלמי, והיא מנוסחת בדרך נורמטיבית-תמציתית, להבדיל מהנסוח הקאזואיסטי הרגיל. המשכון יתר על שעבוד הנכסים הרגיל בשתיים: ספציפיות והחזקה, הוא חל על נכס מסויים שהחזקה בו הועברה לידי הנושה. חזקה זו מכבידה על הנושה ומטילה עליו אחריות שמירה, אך הוא מעוניין להשיג בנטילת המשכון, שתי תוצאות:

1. עיכוב המשכון עד לפרעון החוב, ויצירת לחץ על החייב לפרוע את החוב במועד.

2. מימוש המשכון ופרעון החוב מתוך התמורה שתקבל, אם החייב לא יעמוד בתשלום

החוב.

5. ראה לעיל עמ' 13-17.

6. ראה: M.J. Flörsheim, Das Pfand nach Talmudrecht, Zeitschrift für

vergleichende Rechtswissenschaft bd. 32, 1915, pp. 103,153,156 הסובר שה-

מאמר משקף תקופה קדומה שהמשכון העברי היה מקביל ל-*fiducia* הרומאי.

התוצאה הראשונה תושג גם אם לנושה לא יהא במשכון "קניין" אלא זכות עיכוב גרידא. ברם המטרה השנייה תהיה אפקטיבית רק אם לנושה תהא זכות בגופו של המשכון. קניי-ניות הזכות תאפשר לנושה למכור את המשכון על פי שומת בקיאים, בלא הסכמת החייב ובלא צורך בפסק דין של בית דין מוסמך. זכות זו הועברה לנושה על ידי החייב בשעת ההלוואה, ומעתה הוא יכול לממשה באופן עצמאי היות והזכות אינה כנגד החייב בלבד, אלא כביכול בגופו של המשכון.

במחקר הגענו למסקנה שהנושה רוכש במשכון זכות קניינית פחותה מבעלות. "קונה" מתפרש בהקשר זה, כבמקומות נוספים, במובן של זכות קניינית גרידא. המשכון נשאר אפוא בבעלותו של החייב, והנושה מקבל זכות קניינית בגופו.

עמדה זו, שהנושה רוכש במשכון זכות פחותה מבעלות, הביאה לתוצאות הבאות:

1. המשכון טפל לחיוב האישי ואינו תחליף לו. הוא אינו מסיר את שעבודו של הנושה משאר נכסיו של החייב. לזכות מקבל המשכון עומד אפוא גם שעבוד הנכסים הרגיל. אם הנושה היה רוכש בעלות במשכון הוא היה רואה בו תמורה לחוב ולא בטוחה גרידא. השקפה זו עשוייה היתה להביא לשתי תוצאות: הנושה רשאי להיפרע מן המשכון בלבד ולא משאר נכסיו של החייב, ומנגד המשכון כולו, אף החלק העודף על החוב, היה נחלט לנושה לאחר מועד הפרעון.
2. כבעלים החייב רשאי להעביר לאחר את הבעלות במשכון על אף שהוא מוחזק בידי הנושה. עסקה מאוחרת זו לא תפגע בזכויותיו של הנושה, שיוכל להמשיך ולהחזיק במשכון עד לפרעון המלא של חובו. חשיבותה המעשית של הלכה זו נעוצה בכך שאף חייב שאין לו נכסים זולת המשכון, יוכל למוכרו לצד שלישי ולפרוע את החוב מתוך התמורה שתקבל. בדרך זו הוא יוכל להשתחרר מעולם של תנאים מגבילים, שהסכים להם בדלית ברירה בשעת ההלוואה.
3. אחריות הנושה למשכון היא כשל שומר שכר היות והוא נהנה מהחזקתו. אם היה נחשב לבעליו של המשכון, היה אחראי אף לנזקים שארעו למשכון מפאת אונס. בעליו של נכס צריך לשאת בכל הנזקים שארעו לו, יהא מקורם אשר יהא.

כאמור, הנושה אינו רוכש בעלות במשכון אך זכותו היא קניינית, להבדיל מזכות חיובית או זכות עיכוב גרידא. במהלך המחקר ראינו שקנייניות הזכות עומדת ביסודן של הלכות אלה:

1. הנושה רשאי למכור את המשכון על פי שומת בקיאים, בלא הסכמתו של החייב ואף בלא לקבל אישור מבית דין מוסמך.
2. הנושה יכול להמחות את החוב שעל המשכון המחאה גמורה כדרך מכירת מטלטלין. לאחר ההמחאה הוא אינו רשאי יותר למחול לחייב על חובו.
3. הסכם על חילוט המשכון עשוי להיות תקף ולא להיפסל בשל אסמכתא היות וכבר בשעת ההלוואה יש לנושה זכות בגופו של המשכון. הקנאה מיידית, להבדיל ממותנית, אינה חשובה אסמכתא.

המסקנות שהגענו אליהן במחקר זה מובילות כולן לכוון אחד: המשכון הוא בטוחה קניינית, אך בטוחה גרידא ולא תמורה לחוב. כפי שראינו רוב הנושאים שנדונו במחקר תלויים בבאור הלכתו המרכזית של רבי יצחק "בעל חוב קונה משכון".

מן הראוי לסיים בהערה הבאה. ההלכה מעוצבת לא רק בדיון תאורטי בין כתלי בית המדרש, אלא גם על ידי התנאים הכלכליים והחברתיים של הסביבה. דומה שהשינוי הבולט ביותר בדיני המשכון במסגרת זו הוא תקנת השוק מיסודו של הרא"ש. הלכה חדשה זו קבעה שלמקבל משכון זכות קדימה להיפרע ממנו, לפני נושיו האחרים של החייב. בנגוד להלכה התלמודית, מקבל משכון עדיף על נושים המוקדמים לו בזמן. הלכה זו מקנה מימד חדש למטרותיו של הנושה בנטילת משכון, והוא יכול להשיג עתה יתרון נוסף שלא עמד לזכותו של הנושה התלמודי.

נספח א' - המשפט העברי וחוק המשכון תשכ"ז-1967

במהלך המחקר הערנו שהשוואה בין המשפט העברי לשיטה משפטית אחרת מעוררת קשיים היות ובמשפט העברי נושה זוכה לשעבוד כללי על נכסי החייב<sup>1</sup> ואת תפקידו ומטרותיו של המישכון הספציפי יש לבדוק לאורה של זכות זו. כן שימש המשכון מכשיר לעקיפת איסור ריבית,<sup>2</sup> בעייה ששיטה משפטית אחרת אינה מתלבטת בה באותה מידה. על אף האמור יש טעם, לדעתנו, לערוך השוואה בין המשפט העברי ובין המשפט הישראלי היות וקיימת זהות בין מטרות היסוד של שתי העסקות.

נקודת מוצא משותפת לשתי שיטות המשפט: נטילת משכון אינה מגבילה את הנושה להי-פרע דווקא באמצעותו, והוא זכאי לגבות את חובו גם מנכסיו האחרים של החייב.<sup>3</sup> אף אם הנושה מימש את המשכון והסכום שהתקבל לא הספיק לכיסוי החוב, הוא זכאי לגבות את היתרה משאר נכסיו של החייב. למקבל המשכון יש אפוא שתי אפשרויות: לממש את המשכון ולהיפרע מדמיו או להתעלם ממנו ולהגיש נגד החייב תביעה רגילה.<sup>4</sup> משמעותה של הוראה זו במשפט העברי היא, שהמשכון אינו מחליף את שעבוד הנכסים הכללי אלא נוסף לצידו. להלן נראה שלעובדה זו השלכות חשובות בדיני גביית חוב. במשפט הישראלי, שאינו מכיר במוסד דומה לשעבוד הכללי, המשכון אינו מונע מהנושה לתבוע את החייב בדרך הרגילה.

מנקודת המוצא למגמות. שתי מטרות עיקריות למשכון במשפט הישראלי: 1. יכולתו

---

1. על שעבוד הנכסים ראה לעיל פרק ראשון סעיף 1.3.

2. ראה לעיל עמ' 38 ו-243-245.

3. על המשפט העברי ראה לעיל פרק ראשון סעיף 1.2. במשפט הישראלי, ראה: חוק

המשכון תשכ"ז-1967, ס.ח. 496, תשכ"ז, 48 (להלן - חוק המשכון), סעיף 23.

4. ראה לאחרונה ע"א 291/75 בנק ישראלי לתעשייה בע"מ נ. שמעון בן-יעקב, עו"ד,

פ"ד ל(1) 317.

של הנושה "להיפרע מן המשכון אם לא סולק החיוב".<sup>5</sup> 2. יתרונו הוא "בעדיפות המוע-  
נקת על ידו למקבל המשכון, על פני נושים אחרים של החייב, בכל הנוגע לזכות להיפרע  
מתוך הנכס הממושכן".<sup>6</sup>

חשיבות המטרה השנייה מזדקרת על רקע דיני גביית חוב במשפט הישראלי. חייב  
שאינו עומד בפרעון חובותיו צפוי לעבור הליכים של פשיטת רגל. בית המשפט ממנה  
נאמן על נכסיו, אשר בא במגע עם הנושים, כונס את הנכסים ומחלקם לכלל הנושים.  
אם הנכסים אינם מספיקים לכיסוי כל החובות, כל נושה נפרע יחסית לחובו, ואין כל  
עדיפות לנושה אחד על רעהו. ברם נושה המובטח במשכון עדיף על נושה רגיל, והמשכון  
אינו עומד לרשות כלל הנושים, אלא אחר שמקבל המשכון נפרע ממנו את מלוא חובו.<sup>7</sup>  
במשפט העברי נושה שהלוואתו קודמת עדיף על נושה מאוחר. הראשון גובה את מלוא  
חובו אף אם לשני לא נותר מאומה. דין הקדימה חל אף לגבי מטלטלין אם הם שועבדו  
"אגב מקרקעין". השקפת המשפט העברי היא תוצאה מהלכת אחריות הנכסים הכללית, היות  
וכלל נכסי החייב שועבדו לראשון בשעת ההלוואה, וכבעל זכות קניינית הוא גובר על  
כל זכות מאוחרת.<sup>8</sup>

מה מעמדו של מקבל משכון? ברי שהוא עדיף על נושים מאוחרים ממנו היות, וכפי  
שהדגשנו, מקבל משכון זוכה גם בשעבוד כללי על נכסי החייב. מנגד נושה מוקדם עדיף  
לכאורה על מקבל המשכון, היות וכל נכסי החייב, והמשכון בכללם, שועבדו לו בעת  
ההלוואה. הלכה תלמודית זו שונתה בשלהי ימי הביניים, בכל הנוגע למטלטלין. תקנת  
השוק מיסודו של הרא"ש קבעה, בין השאר, שמקבל משכון עדיף על נושה רגיל מוקדם  
שועבדו לו "מטלטלין אגב מקרקעין" והאחרון אינו זכאי להוציא את המשכון מיד הנושה  
המחזיק בו.<sup>9</sup>

5. חוק המשכון, סעיף 1(א).

6. י' ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) עמ' 14.

7. פקודת פשיטת הרגל 1936, סעיף 8.

8. ראה לעיל עמ' 27-28.

9. שו"ת הרא"ש עט, ד.

עם שינוי ההלכה במשפט העברי אפשר לסכם ולומר שהמאפיינים העיקריים של המש-  
 כון בשתי שיטות המשפט, זהים. גם במשפט העברי הנושה זכאי למכור את המשכון אם  
 חובו לא נפרע,<sup>10</sup> והמשכון מקנה לו עדיפות על פני נושיו האחרים של החייב.  
 נעמוד עתה על המשותף והמבדיל בשיטות המשפט האמורות, במספר תחומים. בחרנו  
 להתרכז בשלוש בעיות שהן לדעתנו בעלות חשיבות מיוחדת.

#### א. משכון רשום

החידוש הבולט ביותר של חוק המשכון הוא, ללא ספק, האפשרות ליצור משכון על  
 ידי רישום, בלא העברת החזקה לנושה.<sup>11</sup> הרישום נעשה בלשכת רישום משכונות ופתוח  
 לעיון בפני הציבור. "תפקידו של רישום המשכון לשמש אמצעי שבעזרתו יוכל אדם  
 שלישי, כגון נושה פוטנציאלי של החייב, או קונה פוטנציאלי של הנכס הממושכן, לגלות  
 את דבר קיום המשכון בטרם הוא מתקשר עם החייב".<sup>12</sup> המשכון הרשום ממלא אחר שתי  
 הפונקציות דלעיל: הנושה זכאי להיפרע ממנו אם החיוב לא סולק וכן הוא קודם, לענין  
 הגבייה מהמשכון, לשאר נושיו של החייב. במקרקעין קיים הסדר דומה כתוצאה מהנהגת  
 רישום זכויות בפנקסי לשכת רישום המקרקעין. המשכנתא במשפט הישראלי היא מקרקעין  
 של חייב המוחזקים על ידו ובטאבו רשום עליהן שעבוד לטובת בעל חובו.  
 חשיבותו של החידוש האמור מתבטאת באפשרות למשכן נכס בלא להוציאו ממעגל  
 העסקים או ממסגרת שימושו הפרטי של החייב.<sup>13</sup> קשת הנכסים העשויים לשמש משכון

10. לעיל פרק רביעי, סעיף 2.4.

11. חוק המשכון, סעיף 4(3).

12. ויסמן, לעיל הערה 6, עמ' 115.

13. ויסמן, שם, עומד על גורם אחר: "בחלק מכריע מן המקרים נעשה שימוש דווקא  
 במשכון הרשום. תופעה זו נגרמת, בין השאר, כתוצאה מהשימוש הגובר והולך  
 בסוגי הנכסים שאין להעביר בהם החזקה, למטרות מישכון, כגון בזכויות חו-  
 זיות".

מתרחבת לאין שיעור. תוצאה זו מסייעת לפיתוח שוק האשראי היות ואדם יכול ללוות כסף ולמשכן נכסים שעד עתה לא יכול היה לעשות כן. במקורות המשפט העברי לא מצאתי דיון במשכון שאינו מופקד. בכל המשכונות שנדונו, החזקה הועברה לידי הנושה. עד לאחרונה משכונות רשומים לא היו מוכרים בעולם המשפט ואין תימה שגם המשפט העברי לא עסק בהם. מיעוט המקורות בתקופה האחרונה<sup>14</sup> משקף את הבעיה הכללית של מיעוט העיסוק בדיני ממונות מאז המאה הי"ט.<sup>15</sup>

כיצד יתמודד המשפט העברי עם מציאות כלכלית חדשה זו?

למעשה שעבוד נכס ספציפי הנשאר בחזקתו של החייב, אינו תופעה חדשה במשפט העברי. זו היא תכונתו האופיינית של האפותיקי המוחזק, בנגוד למשכון, בידי החייב.<sup>16</sup> היות ונקודת המוצא של המשכון, כפי שאמרנו לעיל, היא זכותו של הנושה לגבות גם משאר נכסיו של החייב, נעזר באפותיקי הרגיל, ב"סתם אפותיקי" שתכונותיו דומות.<sup>17</sup> האפו-תיקי המפורש, בו הצדדים מתנים "לא יהא לך פרעון אלא מזון", בא במקומו של שעבוד הנכסים הכללי ומסיר את שעבודו של הנושה מכלל נכסיו של החייב.<sup>17</sup> האם על המשכון הרשום, האפותיקי, יחולו שתי ההלכות דלעיל, שהן מאפייניו העיקריים של המשכון הרגיל? הנושה זכאי למכור את המשכון המופקד על פי שומת

- 
14. הרב י' בארי, במאמר "משכנתא הנהוגה בארץ", בתוך: מזכרת, קובץ תורני לזכר הרב י"א הרצוג (ירושלים, תשכ"ב) עמ' 113, דן אם המשכנתא המוחזקת בידי החייב חשובה כ"נכסים משועבדין" או כ"נכסים בני חורין" לעניין גביית כתובה.
15. ראה מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג) עמ' 65 ואילך.
16. על משכנתא שנשארה ברשות החייב, אמר ר' דוד פארדו, שו"ת מכתם לדוד, חו"מ, ב: "ואף שאין זו כמשכנתא דתלמוד, שהרי לעולם נשארה ביד הלווה והיה דר בה, מכל מקום לא גרע מאפותיקי סתם". על ההבדל בין משכון ואפותיקי, ראה לעיל עמ' 7.
17. על האפותיקי ראה לעיל פרק ראשון, סעיף 4.1.

בקיאים וללא הסכמתו של החייב, היות ויש לו בו זכות קניינית.<sup>18</sup> זכות זו הוקנתה לו על ידי החייב עם מסירת המשכון, כשמשיכתו במשכון יוצרת את הזכות. האפותיקי הרגיל אינו, מבחינה קניינית, יתר על שעבוד הנכסים הכללי ואין הוא אלא ייחוד נכס מסויים לגבייה.<sup>19</sup> עקרונית אין מניעה שהחייב יקנה לנושה זכות קניינית בנכס האפו-תיקי כשמעשה הקניין מבוצע בדרך שאינה מצריכה העברת חזקה, כגון: קנין סודר. ברם אם החוב לא ייפרע במועד יש צורך לכפות על החייב את מסירת האפותיקי לשם מכירתו. למטרה זו לא יספיק הרכב של שלושה בקיאים אלא יהיה צורך בפסק דין של בית דין המוסמך לדון דיני ממונות. אם כך לעניין דרכי הגבייה לא יהיה לאפותיקי כל יתרון על חוב רגיל.

במשפט הישראלי המשכון הרשום, כמו רעהו המופקד "מאפשר לנושה לדלג על השלב של פנייה לבית המשפט כדי לקבל פסק דין בגד החייב, בהעניקו לנושה גישה ישירה למשרד ההוצאה לפועל: יתרה מזו, במקרים מסוימים מאפשר חוק המשכון לנושה עצמו לממש את המשכון".<sup>20</sup> בגוף המחקר ראינו שהלכות דומות חלות על מכירת משכון במשפט העברי. הנושה אינו זקוק לפנות לבית דין רגיל ודי לו ב"בית דין של הדיוטות", היינו שלושה אנשים מהימנים הבקיאים בשומת נכסים.<sup>21</sup> המשפט העברי אף מקל עם הנושה ומאפשר לו לבצע בעצמו את המכירה על פי שומת הבקיאים. ברם נראה לי שהלכה זו לא תחול אם המשכון אינו מוחזק על ידו.<sup>22</sup>

לענין עדיפותו של נושה שלטובתו משכון רשום על פני נושים אחרים של החייב, ברור שהוא עדיף על המאוחרים ממנו היות ושעבודו קודם לשלהם. מה לגבי הנושים

18. ראה לעיל עמ' 75.

19. ראה גם: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל אביב, תשל"ו) עמ' 461.

20. ויסמן, לעיל הערה 6, שם.

21. ראה לעיל פרק רביעי סעיף 2.4.

22. ראה דעת הריב"ש לעיל עמ' 302-303.

הקודמים בזמן, לשון אחר - האם נוכל להחיל את תקנת השוק של הראי"ש, גם במשכון שלא נמסר לרשות הנושה?

נראה שאין כל סיבה שתמנע הרחבתה של התקנה לכוון זה. התקנה אינה קשורה למהות זכותו של הנושה במשכון ולא לעובדת היותו אוחז בו. אם יתברר שעידודו ופיתוחו של שוק האשראי דורשים הרחבה זו, לא תתעורר לדעתנו בעייה מיוחדת. מעניין שמהרשדי"ם, מגדולי המשיבים בתקופת האחרונים, החיל את תקנת השוק לטובת נושה מאוחר שלזכותו שעבוד נכסים בלבד, אם החייב פרע לו את החוב קודם לשאר הנושים. נימוקיו של מהרשדי"ם להרחבת התקנה היו כדלהלן:

"...ודאי אין לך תקנת השוק גדולה מזו דאיכא נעילת דלת בפני לוויים, שאין אדם שירצה ללוות לאחר מפחד שמא יש שטר אחר קודם לזה על הלווה. ובשלמא אם יכול לגבות חובו מטלטלי שיתן לו הלווה יבטח בזה וילוה לו, אך אמנם אם אינו יכול לגבות לפי שיצטרך להחזיר החפץ שהגבה לו הלווה, למלוה אחר הקודם לו, יאמר מי מכניס אותי לתגר זה. אך כאשר יוכל לתפוס ולהחזיק במה שיתן לו הלווה בפרעון חובו לא ימנע עצמו מלהלוות, שיאמר שמא לא יש מלוה קודם ממני ואת"ל שיש מלווה קודם ממני, שמא אגבה אני תחלה. עוד אני אומר הגע עצמך שהיה נתן הלווה חפץ זה לבעל חוב המאוחר במתנה לא היה יכול הקודם להוציא ממנו, ועתה מפני שהוא חייב לו ונתן לו בחובו גרע? אתמה'! הא ודאי על זה נאמר וכי בשביל שאני זכר הפסדתי".<sup>23</sup>

הדברים קל וחומר אם כבר בשעת ההלוואה הצדדים ייחדו נכס מסויים לפרעון, ויש לאפשר לנושה לגבות מנכס זה על אף שעבודים קודמים.<sup>24</sup>

23. שו"ת המהרשדי"ם ב (חוי"מ) קח. ר"י קארו, ב"י, חוי"מ, ס, סק"ד חולק על הלכה זו.

24. אולם ראה שו"ת המב"י"ט, ב, קסד.

האפשרות ליצור משכון ברישום גריזא, עלולה לגרום קשיים אחרים. המשכון מוחזק בידי החייב והוא עשוי למוכרו לאחר השעבוד ואז עולה שאלת היחס בין הנושה לבין הקונה. אם המטלטלין שועבדו אגב מקרקעין, התלמוד סובר שהנושה מוציא אותם מידי הקונה<sup>25</sup> אלא שתקנת השוק של הרא"ש הביאה להעדפתו של הקונה.<sup>26</sup> אם האפותיקי לא נעשה אגב מקרקעין, ההלכה היא: "עשה ... שורו וחמורו אפותיקי, ומכרו - אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא ... לית ליה קלא",<sup>25</sup> "ולא ידעו הלקוחות להזהר".<sup>27</sup> הקונה אינו יכול לדעת על השעבוד הקודם ולכן חז"ל הגנו עליו והעניקו לו זכות נקייה בנכס.

העדפת הקונה עשויה לנעול דלת בפני לוויין ויש לחפש דרך שתבטיח את הנושה הפוטנציאלי מפני החשש שהחייב יבצע בנכס עסקה מאוחרת שתנשל אותו מזכויותיו. בעבר היינו מייעצים לנושה ליטול את המשכון לרשותו ובכך לא רק שהוא גובר על נו- שיו הקודמים של החייב אלא הוא גם מונע ממנו למכור את המשכון לאחר. ברם הבהרנו שבמציאות ימינו יש למשכון הרשום תפקידים נכבדים שאי אפשר להתעלם מהם. המשפט הישראלי מתגבר על בעייה זו מכח ההסדר של פומביות הרישום. קונה פוטנציאלי יכול לבדוק אצל רשם המשכונות אם נכס פלוני משועבד בגין חוב. אם הוא נמנע מבדיקה זו אין לו להלין אלא על עצמו.<sup>28</sup> נראה שניתן להגיע לתוצאה דומה במשפט העברי. כוחו של האפותיקי המודרני המלווה ברישום, יאה יפה מזה של האפו- תיקי התלמודי. ראינו לעיל שהנימוק להעדפתו של הקונה הוא שלשעבוד אין קול והוא לא יכול היה לדעת עליו. אפשר אפוא לראות את הרישום כמביא את דבר השעבוד לידי- עתם של הלקוחות ולהשוות את מעמדם של מטלטלין למקרקעין.

25. בבא בתרא, מד, ב.

26. לעיל הערה 9, שם.

27. רשב"ם, בבא בתרא, מד, ב ד"ה "והא לית ליה".

28. בכפוף לחריג כאשר הקונה נכנס למסגרת תנאי "תקנת השוק" מכח חוק המכר

תשכ"ח-1968, סעיף 34. ראה: ויסמן, לעיל הערה 6, עמ' 132.

עלינו להדגיש שהדברים שהבאנו בקטע זה עדיין לא נדונו, בחלקם הגדול, במקור-  
 רוח המשפט העברי. עמדנו על הבעיות המתעוררות והתווינו דרכים אפשריות לפתרון,  
 על פי ההלכות המקובלות ומטרות היסוד של דיני השעבודים במשפט העברי. לא נותר  
 לנו אלא לקוות שעם החייאתו המחודשת של המשפט העברי, יתנו, הגורמים המוסמכים  
 לכך, דעתם על בעיות אלו.

ב. פדיון המשכון לאחר מועד הפרעון

ההוראות המרכזיות בחוק המשכון הן כופות והצדדים אינם יכולים להתנות עליהם.<sup>29</sup>  
 אחת מהן שוללת את תוקפו של תנאי הקובע כי המשכון יחולט לנושה, אם החייב לא יפרע  
 את החוב במועד הקבוע לכך. שני סעיפים דנים בתוצאותיו של סעיף חילוט: סעיף 13(א)  
 מורה שהחייב רשאי לפדות את המשכון "על ידי קיום החיוב לאחר המועד לקיומו, והוא אף  
 אם יש קביעה אחרת בהסכם המישכון". סעיף 16(ב) משלים הוראה זו באוסרו התנאה על  
 דרכי המימוש "כל עוד לא הגיע המועד לקיום החיוב". הסכם על חילוט המשכון, אף הוא  
 בכלל התנאה על דרכי המימוש.<sup>30</sup>

הדין הוא אפוא, בשלש המצבים הבאים, כדלקמן: א. סעיף חילוט בהסכם המישכון -  
 אינו תקף. ב. הסכם חילוט שנערך בין שעת ההלוואה למועד הפרעון - אינו תקף.  
 ג. הסכם חילוט שנערך לאחר מועד הפרעון - תקף. המשפט הישראלי רואה בסעיף חילוט  
 קנס שהחייב נטל על עצמו, היות ובדרך כלל ערך המשכון גבוה מסכום ההלוואה. מסיבה  
 זו הוא מתערב בחופש החוזים, כפי שהוא עושה בנושא של "פיצויים מוסכמים" שאינם סבי-  
 רים.<sup>31</sup>

29. ויסמן, לעיל הערה 6, עמ' 64.

30. שם, עמ' 259.

31. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970, סעיף 15.

דומה שהמשפט העברי מקפיד יותר על חופש החוזים. השקפתו הבסיסית באה לידי ביטוי בהלכה "המתנה על מה שכתוב בתורה - דבר שהוא של ממון תנאו קיים"<sup>32</sup>. סוגיית המשכון שייכת לתחום דיני ממונות, חוץ משמוש במשכון לעקיפת איסור ריבית, ולכאורה יש אפוא תוקף לכל אשר יסכימו הצדדים. ברם בית דין מוסמך לפסול הסכם מטעם אסמכתא, אם הוא מעריך שהסכמתו של המתחייב לא באה בלב שלם והיא מן השפה ולחוץ בלבד. ואכן יש הפוסלים מטעם זה את סעיף החילוט במשכון, היות והחייב הוכרח להסכים לו כדי להשיג את ההלוואה. ברם הוכחנו בגוף המחקר שאליבא דכל הדעות, צדדים המעוניינים בסעיף חילוט תקף יכולים להשיגו על ידי התנאת "מעכשו"<sup>33</sup>. הווי אומר: בעוד שבמשפט הישראלי סעיף חילוט בהסכם המישכון אינו תקף, יכולים הצדדים, במשפט העברי, להסכים על סעיף חילוט בר-תוקף. הוכחנו לעיל שלמשפט העברי גישה מיוחדת למשכון שהותנה לגביו סעיף חילוט תקף. פתחנו לעיל בכך שנקודת המוצא במשכון היא זכותו של הנושה להיפרע גם משאר נכסיו של החייב. ברם על נושה המעוניין בסעיף חילוט לוותר על אופציה זו, ולראות במשכון את תמורתו היחידה של החוב.<sup>34</sup> השקפה זו טומנת בחובה סיכון מסויים לנושה אם המשכון יינזק וערכו יירד אל מתחת סכום ההלוואה. במקרה זה הוא לא יוכל לגבות את היתרה משאר נכסיו של החייב. ברור שאף עתה, הסיכון שהחייב נוטל על עצמו גדול יותר, אך הסכם החילוט אינו חד-צדדי בצורה בולטת כבמשפט הישראלי. ייתכן גם שהמשפט העברי רואה בסעיף החילוט פיצוי עקיף על חוסר האפשרות ליטול ריבית, בעייה שהמשפט הישראלי אינו מתלבט בה.

השופט ח' כהן ערך, בפרשת אמסטרדר נ. מוסקוביץ,<sup>35</sup> השוואה בין המשפט העברי

32. תוספתא, קידושין, ג, ח.

33. ראה בהרחבה לעיל פרק רביעי סעיף 1.3.

34. ראה לעיל עמ' 282-285.

35. עי"א 555/71 אמסטרדר נ. מוסקוביץ, פי"ד כו (1) 793.

והמשפט הישראלי לענין זכות הפדיון. את המקבילה לסעיף 13(א), ולזכות האנגלית של Equity of Redemption, הוא מוצא בסוגיית "שומא הדר לעולם" במסכת בבא מציעא.<sup>36</sup>

למרות קווי דמיון מסויימים, נראה לנו שהשוואה אינה מדוייקת. ב"שומא הדר" מדובר בחוב רגיל שאינו מובטח במשכון ובית דין הגבו לנושה מנכסי החייב, אחר שזה לא עמד בפרעון החוב. הלכת "שומא הדר" קובעת שחייב שהשיג לאחר מכן מעות זכאי לפרוע את החוב לנושה ולקבל חזרה את מקרקעיו. ההלכה מבוססת על כך שהנושה הלווה בתחלה כדי לקבל מעות ולא קרקע, ולכן עשיית הטוב והישר מחייבת אותו להחזיר את הקרקע כנגד מעות אף בשלב מאוחר.<sup>37</sup> שונה עניינה של זכות הפדיון בסעיף 13(א) לחוק המשכון וב-mortgage האנגלי. כאן מדובר במשכנתא שהותנה לגביה שהיא תעבור, או תשאר, לבעלות הנושה, אם החייב לא יפרע את ההלוואה במועד. נושה זה נתן עיניו בקרקע פלונית, ועל דעת כן הלווה, ויתכן שדי בכך כדי לשלול מהחייב את זכות הפדיון. כפי שראינו בגוף המחקר סעיף החילוט נדון במקורות שונים של המשפט העברי, שהשופט ח' כהן לא עמד עליהם. לדעתנו עולה מהם שעמדתו של המשפט העברי רחוקה מרחק רב מגישת המחוקק הישראלי.<sup>38</sup>

- 
36. בבלי, בבא מציעא, לה, א. את דעת נהרדעי כי "שומא הדר עד תריסר ירחי שתא" פירש ח' כהן שלחייב זכות לפדות מקרקעיו עד תום שתיים עשרה שנה, כבמשפט הכללי. ברם "תריסר ירחי שתא" הם שנים עשר חדשים ולא שתיים עשרה שנה (השווה: בבא מציעא, כד, ב).
37. ולכן: "זבנה, אורתה ויהבה במתנה ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות ולא אדעתא דזוזי נחות", שם.
38. ראה עוד: שי' לרנר, פדיון משכון לאחר מועד הפרעון (סעיף חילוט במשכון), שנתון המשפט העברי, ה (תשל"ח) 155, 173-175.

סעיף 5 לחוק המשכון, קובע כדלהלן:

"נכסים נדים שמושכנו כשהיו בהחזקתו של הממשכן והם הופקדו כאמור בסעיף 4(2) או שמישכונם נרשם כאמור בסעיף 4(3) יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם".

החוק מגן על מקבלי משכון ומעניק למישכון תוקף אף אם לחייב לא היתה זכות למשכון את הנכס. הצורך לעודד את שוק האשראי מביא להגבלת זכותו של הבעלים או של הזכאי להחזיק במשכון. כותרת הסעיף "תקנת השוק" שאולה מהמשפט העברי<sup>39</sup> ומעניין על כן לראות אם יש מן המשותף גם בפרטיה של התקנה בשתי שיטות המשפט. סוגייה זו נוחה למחקר השוואתי היות ואינה קשורה למהותו של המשכון ולטיב זכותו של הנושה בו. לא נעמוד כאן על כל מרכיביה של התקנה במשפט העברי ואנו מפנים את הקורא לדיון המקיף בגוף המחקר.<sup>40</sup> לדוגמה התנאי החשוב של תום לב מצד הנושה, שפרטיו נדונו בהרחבה לעיל, משותף לשתי שיטות המשפט. במסגרת השוואתית זו נדגיש שני עניינים בלבד:

1. חוק המשכון דורש, כתנאי לתחולת התקנה, שהנכס הממושכן הגיע לידי הממשכן על דעת בעליו או הזכאי להחזיק בו. אם הנכס יצא מרשות הבעלים שלא ברצונו, המחזיק אינו יכול להעניק לאחר משכון בר-תוקף. הרציו של הלכה זו הוא שבעלים או מחזיק

39. בבלי, בבא קמא, קטו, א.

40. לעיל פרק שני, סעיף 5.

שמסרו לאחר את הנכס, נטלו על עצמם אחריות מסוימת למעשיו של זה.<sup>41</sup> בכך הלך המחוקק הישראלי אחר הגישה המקובלת בקונטיננט.<sup>42</sup> תנאי דומה אינו מצוי בתקנת השוק שבחוק המכר ועל כן גזלן יכול להעביר לאחר בעלות בנכס הגזול. ההנחה היא "שבמשכון נוטים יותר להדגיש את הצורך בהגנה על הבעל האמיתי, ועל כן מחילים כנגדו את תקנת השוק רק באותם המקרים שבהם העביר הבעל מרצונו את החזקה בנכס לידי מי שלאחר מכן משכן את הנכס שלא כדין".<sup>43</sup>

בתקנת השוק במשפט העברי אין דרישה דומה והיא חלה גם אם הממשכן הוא גזלן שהוציא את הנכס מבעליו שלא כדין.<sup>44</sup> לענין זה, כמו למרבית ההוראות, קיימת במשפט העברי זהות בין תקנות השוק שבמשכון ובמכר. גישת המשפט העברי נראית עדיפה היות וההגנה על שוק האשראי תהיה אפקטיבית רק אם מקבל המשכון לא יצטרך לבצע תחקיר כיצד הגיע הנכס לידי הממשכן. הטלת הסיכון של מישכון נכס גזול על שכמו של הנושה, עשוייה למנוע נושים פוטנציאלים ממתן הלוואות.

2. תקנת השוק במשפט הישראלי קובעת, שבהתמלא התנאים הנקובים "יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר". הווי אומר: אם החוב לא נפרע במועד, הנושה זכאי לממש את המשכון ולהיפרע מדמיו. מנגד החוק מגן על בעל הזכות האמיתית ומאפשר לו לפדות את המשכון.<sup>45</sup> הנושה אינו נפגע בדרך זו היות ופדיון המשכון הוא מבחינתו פרעון החוב. במשפט העברי תקנת השוק אינה מזכה את הנושה למכור את המשכון אלא לעכבו עד לפרעון חובו. על הנושה לדאוג אפוא שערכו של המשכון שהוא נוטל יעלה על סכום ההלוואה, כך שערכו יהווה לחץ ממשי לפרעון החוב.

41. ויסמן, לעיל הערה 6, עמ' 151-152.

42. ראה לעיל עמ' 192 הערה 15.

43. ויסמן, לעיל הערה 6, עמ' 149.

44. ראה לעיל עמ' 192.

45. חוק המשכון, סעיף 13(א).

### נספח ב' - השימוש במשכון בחיים הכלכליים

נספח זה עניינו להאיר עובדות הסטוריות אחדות שעמדנו עליהן אגב הדיון ביסוד-  
 דותיו העיוניים של המשכון. הערותינו מבוססות על מקורות המשפט העברי - וליתר  
 דיוק, על ספרות השו"ת - בלבד, ואנו מקווים שהן יוכלו להוות בסיס למחקר היסטורי  
 מקיף ומעמיק.

בדיקת סוגי הנכסים ששמשו למשכון עשוייה ללמד על ערכם בתקופה פלוניית. כדי  
 שמשכון יוכל למלא אחר ייעודו, מימוש במקרה של אי פרעון, עליו להיות נכס הנמכר  
 בשוק. הוא צריך להיות חשוב בעיני בעליו, שירצה לפדותו על ידי פרעון החוב.  
 המשכונות פיתחו עסקי לוואי; הנושה רגיל היה לשום את המשכון כדי שיידע כמה הוא  
 יכול להלוות עליו<sup>1</sup> וכן הוא למד לטפל בו כדי לשמור על ערכו.

בגוף המחקר הצבענו על כך שבתקופת המשנה והתלמוד כמעט ולא התבצעו עסקות  
 של משכון מטלטלין.<sup>2</sup> הדוגמאות הספורות אינן עשויות ללמד על הנכסים שניתנו כמש-  
 כון. מנגד משכון מקרקעין, בעיקר שדות, היה נפוץ בבבל החקלאית.<sup>3</sup> רוב בני האדם  
 החזיקו מקרקעין מלבד דירת המגורים, ולא היה כל קושי להעביר לחזקתו של נושה חלקת  
 אדמה. החומר שבידינו מתקופת הגאונים דל ביותר ואינו מאפשר להגיע למסקנה של ממש.  
 הערותינו מתייחסות אפוא לתקופה הבתר גאונית, ובעיקר למאות הי"א-י"ז.  
 תופעה בולטת במיוחד בתקופת הראשונים היא משכונם של ספרים.<sup>4</sup> יש לזכור  
 שעד לתחילתו של הדפוס העברי, במחצית השנייה של המאה ה"ו, היו הספרים יקרי ערך.

1. ראה שו"ת המהרי"ק (ירושלים, תשל"ג) קח.

2. ראה לעיל עמ' 30-31.

3. לעיל עמ' 37.

4. ראה: שו"ת הרמב"ם (מהדורת בלאו), מח; שו"ת מהר"ם בן ברוך, קרימונה, קד;

שו"ת הרשב"א, ב, שלב; תשובות בעלי התוספות (מהדורת איגוס), עד; שו"ת

הרא"ש, עט, ד; צג, ב, ורבים אחרים.

אדם שהיה מעוניין בספר פלוני, שאל מאחר כתב יד כדי להעתיקו, ובינתיים מישכן לו ספר אחר.<sup>5</sup> חלק מהפוסקים התירו לנושה את השימוש בספר הממושכן בנימוק שאין נוהגים להשכיר ספרים אלא להשאילם בחינם, ואין זו ריבית.<sup>6</sup> מנגד, העובדה שספרים הם "נכסים העשויין להשאיל" פוגעת במחזיק הטוען שספר פלוני משכון הוא בידו.<sup>7</sup> ספרי קדש שמשו משכון כאשר ההלוואה היתה ליהודי, אך לעתים גוי העביר ליהודי את משכונו של יהודי אחר שברשותו.<sup>8</sup>

גם השימוש בכלי כסף וזהב כמשכון היה נפוץ.<sup>9</sup> יש עדויות על נושה שהיה מוכן להלוות רק על כוס של כסף<sup>10</sup> וכן בהסכם עסקה מצאנו תנאי המופנה לעוסק: "ואל תלוה אותם בלא משכון טוב (ומריבית) של זהב וכסף".<sup>11</sup> נוסף לאמור שמשו נכסים רבים כמשכון, כגון: שטרי חוב,<sup>12</sup> בגדים,<sup>13</sup> ואפילו מקומות ביכנייט<sup>14</sup> ובהמות.<sup>15</sup> בתשובותיהם

---

5. ראה: תשובות בעלי התוספות (מהדורת איגוס) צד; שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תתקסג; שו"ת הרי"ן, יט.

6. ראה: שו"ת הרגמ"ה (מהדורת אדלברג) סו. אולם ראה: שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תשעב; שו"ת מהרי"י וויל, קט.

7. שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, שצ.

8. ראה את הלכת המרדכי בשו"ע, חו"מ, עג, יד ובנושאי הכלים, שם. ראה עוד לעיל עמ' 320.

9. ראה: תשובות חכמי צרפת ולותיר, לד, קא; שו"ת הריב"ש, רפב; שו"ת התשב"ץ, ב, קעט.

10. ראה שו"ת הרי"ן, כ.

11. שו"ת הראב"ד (מהדורת קאפח), קמ.

12. כגון: שו"ת הרשב"א, ב, ב; שו"ת הרא"ש, קה, ח; שו"ת תורת אמת, קמא; שו"ת דברי ריבנות, קכב; שו"ת בעי חיי, א, עו. ראה עוד לעיל עמ' 156.

13. ראה: תשובות גאונים קדמונים, קנ; שו"ת הרי"ף (מהדורת רוטשטיין, ניו יורק, תשלי"ה) נה; שו"ת הרא"ש, לט, א; שו"ת הרשב"א, ד, ריד.

14. ראה: שו"ת הרשב"א, א, תתקלז; המיזחוסות לרמב"ן, יב; שו"ת הרא"ש, ה, ה.

15. ראה: ספר הישר, לו, פח, פט.

של חכמי המזרח במאה הטי"ז בולט מישכונם של אבנים טובות ומרגליות.<sup>16</sup> הרדב"ז אף מעיד "שבאתרא דידן עיקר סמיכת המלווה על תכשיטין של כסף וזהב".<sup>17</sup> מישכון ספרים בתקופה זו, נדיר יותר.<sup>18</sup>

מישכון מקרקעין מצוי בתשובות מועטות של חכמי אשכנז,<sup>19</sup> ובתשובות ספרדיות רבות לכל אורכה של תקופת הראשונים.<sup>20</sup> יש בכך לאשש את הידיעה שבספרד החזיקו היהודים במקרקעין עד לתקופה מאוחרת יחסית. התשב"ץ אף מעיד "ודע כי אין בכאן הלוואות בין היהודים זולת משכונות קרקעות".<sup>21</sup> אכילת הפירות נעשתה בדרך כלל על ידי הסכם נכייתא, אך בניגוד למשכנתא התלמודית, נהוג היה להתנות שהנושה יוכל להמשיך לאכול פירות אף לאחר התקופה המוסכמת, עד לפרעון המלא של חובו.<sup>22</sup> גם בארצות תוגרמה במאה הטי"ז אנו מוצאים תשובות רבות של מישכון הבעלות<sup>23</sup> או זכות החכירה במקרקעין.<sup>24</sup> הלוואה על האשראי לא היתה שכיחה. מגוי נהגו ליטול משכון שערכו עלה בדרך

- 
16. ראה: שו"ת הרדב"ז, א, רסה; שו"ת מהרשד"ם, ב (חוי"מ) עט, צח; שו"ת הראנ"ח, קכג; שו"ת המהרי"ט, א, קט, ועוד.
17. שו"ת הרדב"ז, א, רפא.
18. ראה שו"ת שאילת יעבי"ץ, ב, קסה.
19. ראה: תשובות הרגמ"ה (מהדורת אדלברג), כח; תשובות גאונים קדמונים, קלח. כן ראה תשובות מאוחרות יותר: שו"ת בעלי התוספות (מהדורת איגוס) מג; פסקי אור זרוע, בבא מציעא, קצו-קצז.
20. ראה: שו"ת הרמב"ן (מהדורת אסף) מא; שו"ת הרשב"א, ב, רפא; שו"ת הרמ"ה, רס; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח) קצו; שו"ת הרשב"ש, שנה, ועשרות רבות של תשובות אחרות. ראה שו"ת זכרון יהודה, סא, בו מצוייה סקירה הסטורית בנדון.
21. שו"ת התשב"ץ, ב, צט.
22. ראה: שו"ת הרמ"ה, רס; ספר התרומות מט, ה, ג; שו"ת הרשב"א, ב, שפא; שו"ת הריטב"א (מהדורת קאפח), קלב.
23. שו"ת המבי"ט, ב, קכא; ג, קנד.
24. שו"ת מהריב"ל, ח"ב, מא, עד; שו"ת המבי"ט, ב, פד. ראה עוד שו"ת המהרשד"ם, ב (חוי"מ) רכה.

כלל פי שניים על החוב, כדי שיהווה בטוחה גם לתשלום הריבית.<sup>25</sup> כבר בתשובה של ר' יוסף טוב עלם אנו מוצאים טענה מפי לאה שאין להטיל מס על כרמים אלא על כספים שיימון העומד לריבית או סחורה, נוח הימנה, שהרי משכוננו בידו וממונו הולך וגדל בלא עמל ובלא יגיעה.<sup>26</sup> לא לחינם קבע ר' ישראל איסרליין שתקנת השוק במשכון חשובה בדורו יותר מזו שבמכר.<sup>27</sup> גם בנוסח שטר עסקה מצאנו תנאי שהעוסק לא ילווה את הכסף ללא משכון.<sup>28</sup>

מנגד לא תמיד הסתפקו בבטוחה חפצית ודרשו נוסף לה ערבות של צד שלישי, מחשש שהמשכון יאבד מערכו<sup>29</sup> או בכדי לחסוך את הטרחה שבמכירתו. באחד המקרים החייב הוציא את משכוננו בכח מידי הנושה.<sup>30</sup> כפל הבטוחות הוליד הלכה מעניינת, ומהרי"ם גלאנטי פסק שערב לחוב המובטח במשכון משוחרר מהתחייבותו אם המשכון אבד, היות והוא סמך על העובדה שלרשות הנושה עומדת גם בטוחה חפצית.<sup>31</sup>

עסקות משכון רבות היו פיקטיביות ונועדו להשיג תוצאה שנמנע מהצדדים להשיגה בדרך של מכר גמור, כגון: עקיפת ההלכה של בר-מצרא<sup>32</sup> או של איסור שהטילו

- 
25. ראה: תשובות רש"י (מהדורת אלפנביין), רמא; שו"ת מהרי"ם בן ברוך, תשעד. על היחס בין החוב והמשכון, ראה עוד: שו"ת הריב"ש, שפ"א; שו"ת אבקת רוכל, קס. לענין מקרקעין, ראה: שו"ת הרא"ש, פ, ז.
26. שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תתקמא.
27. שו"ת תרומת הדשן, שט.
28. שו"ת הראב"ד (מהדורת קאפח), קלד.
29. שו"ת משפטי שמואל, לג.
30. שו"ת מהרי"ם בן ברוך, פראג, תתקלא.
31. שו"ת מהרי"ם גלאנטי, ע (כפולה, שם, פא).
32. ראה: תשובות בעלי התוספות ופסקי אור זרוע, לעיל הערה 19.

הרשויות על מכירת מקרקעין ליהודים.<sup>33</sup> המשכון היה נפוץ גם בהליכי פשרה, כאשר הצדדים התבקשו להפקיד משכון כבטוחה לקיום פסק דינם של הבוררים.<sup>34</sup> דומה שדי בהערות מועטות אלו ללמד על השימוש האינטנסיבי במשכון במציאות הכלכלית בפזורות השונות.

---

33. ראה שוי"ת המהרשיים, ד, נו.

34. כגון: שוי"ת הרשב"א, א, אלף ל'; ב, קיט; ג, סג.

## ביבליוגרפיה

רשימה זו אינה שלמה, היא כוללת ספרים ומאמרים שנזכרו במחקר אך לא ספרי מקורות.

- אברמסון ש' - עניינות בספרות הגאונים (ירושלים, תשלי"ד).
- אורבך אייא - בעלי התוספות (ירושלים, תשט"ו).
- אורבך אייא - שוי"ת הרא"ש בכתי"י ובדפוסים, שנתון המשפט העברי, ב (תשלי"ה), 1.
- אלבק ח' - לעריכת התלמוד הבבלי, תרביץ, טו, 14.
- אלבק ח' - מבוא לתלמודים (תל אביב, תשכ"ט).
- אלבק ש' - דיני הממונות בתלמוד (תל אביב, תשלי"ו).
- אלון מ' - המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשלי"ג).
- אלון מ' - חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד).
- אלון מ' - עוד לענין מחקרו של המשפט העברי, משפטים, ח (תשלי"ז) 99.
- אליאש ב"צ - יסודות בדיני הריבית במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים, תשלי"ז).
- אנגלרד י' - מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו, משפטים, ז (תשלי"ו) 34.
- אנגלרד י' - שילוב הדין הדתי במערכת המשפט הישראלי, הגות והלכה (ירושלים, תשכ"ז) קסא.
- אסף ש' - תקופת הגאונים וספרותה (ירושלים, תשלי"ז).
- אפרתי י"א - דור אחר דור - ניתוח חומר הסוגיות ב"השוכר את האומנין", ספר בר-אילן, ו' (תשכ"ח) 75.
- אפשטיין י"נ - מבוא לנוסח המשנה, מהדורה שנייה (ירושלים, תשכ"ד).
- אפשטיין י"נ - מבואות לספרות האמוראים (ירושלים, תשלי"ג).
- ארמן צ' - אנטיכריסיס בתלמוד, סיני, כד (תשכ"ד) קעז.
- בארי י' - משכנתא הנהוגה בארץ, בתוך: מזכרת - קובץ תורני לזכר הרב הרצוג (ירושלים, תשכ"ב), 113.

בנדיקט בייצ - לדרכי ההכרעה של הרמב"ם, תורה שבעל פה, ח (תשכ"ו) פד.  
בן צבי י' - ארץ ישראל ויישובה בימי השלטון העותומני (ירושלים, תשכ"ט).  
בן ששון ח"ה - פרקים בתולדות היהודים בימי הביניים (תל אביב, תשכ"ט).  
גולאק א' - אוצר השטרות (ירושלים, תרפ"ו).  
גולאק א' - החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט).  
גולאק א' - יסודי המשפט העברי (תל אביב, תשכ"ז).  
גנוסר ש' - הזכויות הרכושיות - סיווג חדש ונפקותו, משפטים, ט (תשלי"ט) 5.  
גרמן ג' - זכותו של הנושה לפירות המשכון ולתשמישיו בחוק המשכון תשכ"ז-1967  
ובמשפט העברי, בתוך: ספר סנהדראי (תל אביב, תשלי"ב) 303.  
דינרי י' - עבוד איניש דינא לנפשיה, דיני ישראל, ד, 91.  
היימן א' - תולדות תנאים ואמוראים (ירושלים, תשכ"ז).  
הלפרין א' - ספר מרדכי השלם מסכת בבא קמא, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה  
(בר אילן, תשלי"ח).  
ויסמן י' - חוק המשכון תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשלי"ה).  
והפטיג א' - למהותו של החוזה במשפט העברי (לבעיית קניין דברים), חיבור לשם  
קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים, תשלי"ח).  
והפטיג ז' - החזקה במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד).  
טורטשינר נ"ה - מלים שאולות בלשוננו, לשוננו, ח, 259.  
טורטשינר נ"ה - על קניית קרקע אשה ועבדים בלשון המקרא, לשוננו, יד, 49.  
כהן ש' - ר' מרדכי בן הלל האשכנזי, סיני, טו, עמ' רלז.  
לויין ב"מ - אוצר הגאונים, קידושין (ירושלים, ת"ש).  
לויין ח"י - מחקרים במכילתא ובמשנה פסחים ובבא קמא (תל אביב, תשלי"א).  
ליברמן ש' - תוספתא כפשוטה, זרעים (ניו יורק, תשט"ו).  
ליברמן ש' - תלמודה של קיסרין (ירושלים, תרצ"א).  
ליברמן ש' - תשלום תוספתא, בתוך: תוספתא, מהדורת צוקרמנדל (ירושלים, תר"צ), 5.

ליפשיץ בי - קם ליה בדרכה מיניה, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (ירושלים, תשלי"ט).

לרנר שי - פדיון משכון לאחר מועד הפרעון (סעיף חילוט במשכון), שנתון המשפט העברי, ה, 155.

נובל ני"צ - הגות והלכה (ירושלים, תש"ל).

סלוביצי'יק ח' - משכון וערב: שני מחקרים בריבית ובתולדות ההלכה, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה (ירושלים, תש"ב).

פוקרובסקי י' - הפרובלימות היסודיות של המשפט האזרחי (ירושלים, תרפ"ג).

פרומקין ג' - מגילה, תרגום (ירושלים, תרפ"ח).

פרידמן ש"י - פרק האשה רבה בצרוף מבוא כללי על דרך חקר הסוגייה, בתוך: מחקרים ומקורות, ספר א' (ניו יורק, תש"ח).

פריימן אי"ח - סדר נישואין וגירושין (ירושלים, תש"ה).

צורי י"ש - משפט התלמוד (וורשה, תרפ"א).

צלטר ז' - דיני חוזים של מדינת ישראל (תל אביב, תש"ד).

רקובר נ' - סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת כה, משרד המשפטים, ירושלים.

שטרומן א' - השבת הגזלה ותקנת השוק, הפרקליט, לב, 8.

שיבר בי - שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי, משפטים, ח (תש"ז) 91.

שילה שי - דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תש"ה).

Agus I.A. - Urban Civilization in Pre-Crusade Europe (New York, 1968).

Baron S.W. - Economic History of the Jews (Jerusalem, 1975).

Brisaud J. - History of French Private Law (New York, 1968).

Buckland W.W. - The Main Institutions of Roman Law (Cambridge, 1931).

Buckland W.W.; McNair A.D. - Roman Law and Common Law (Cambridge, 1952).

Cheshire G.C.; Fifoot C.H.S. - The Law of Contract, 8<sup>th</sup> ed (London, 1972).

Cohen B. - Jewish and Roman Law (New York, 1966).

- Elon M. - The Principles of Jewish Law (Jerusalem, 1975).
- Flörsheim M.J. - Das Pfand nach Talmudrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, bd. 32, 1915, p. 103.
- Herzog I. - The Main Institutions of Jewish Law, 2nd ed. (London, 1965).
- Holdsworth W. - A History of English Law (London, 1966).
- Hübner R. - History of Germanic Private Law (New York, 1968).
- Jones L.A. - A Treatise on the Law of Liens, 3rd ed. (Indianapolis, 1914).
- Osborne G.E. - Handbook of the Law of Mortgages, 2nd ed. (New York, 1970).
- Rabinowitz J.J. - Jewish Law (New York, 1956).
- Salmond J.W. - On Jurisprudence, 12<sup>th</sup> ed. (London, 1966).
- Sauveplanne J.G. - Security over Corporal Moveables (Leiden, 1974).
- Soloveitchik H. - Pawnbroking, A Study in Ribbit and of the Halakah in Exile, Proceeding, vol. 38-39, p. 203.
- Sykes E.I. - The Law of Securities, 2nd ed. (Melbourne, 1973).
- Wigmore G.H. - The Pledge-Idea, A Study in Comparative Legal Ideas, 10 Harvard Law Review, pp. 321, 389; vol. 11, p. 18.
- Zeitlin S. - Studies in Talmudic Jurisprudence - Possession, Pignus, and Hyphothec, 60 J.Q.R. p. 81.

A B S T R A C T

A pledge is a possession which a borrower transfers to a lender, normally at the time of the loan, as security against his debt. In the Tannaic and Amoraic literature, the word "*Mashkon*" (a "Pledge") has another connotation, and that is a possession which the *Beit Din* (rabbinic court) takes from one in debt after the time of payment had come due, and transfers to the lender. The object taken is referred to as a pledge rather than as full payment, since the person in debt has the right to redeem it by paying his debt. This object, which is called עֲנָוֹט in the Bible, will not be dealt with in this paper. Instead the paper will be restricted to a pledge in the first sense mentioned above, which is the sense in which it is commonly used today.

There is a well-known *Halachah* that a creditor legally has a lien on all the possessions of the debtor. The pledge, just like a hypothec, is a lien on a specific possession. While the hypothec remains in the possession of the debtor, a pledge is transferred to the creditor's domain.

It is important to stress that the aim set by the writer in writing this paper determined the research method. As a legal research paper, an attempt was made to reach conclusions which will have implications in determining the *Halachah*. This was therefore not one of the more common historical-philological studies of the Talmud. Analysing the sources and the various layers of a Talmudic topic were not involved. There was no decision rendered as to what the original source of any opinion was, but instead the Babylonian Talmud's explanation was accepted. The truth is that in most of the topics dealt with here, the tension between the original source

## CONTENTS

1. Introduction
    1. Terms and definitions
    2. The contents of the research
    3. The method of the research
  2. Chapter 1: The nature of the pledge
    1. The purpose of the pledge
    2. The pledge as subsidiary to the debt
    3. The rights of the creditor in reference to the pledge
    4. The responsibility of the creditor for the pledge
    5. The pledge in Geonic literature
    6. Intermediate summary
  3. Chapter 2: The creation of the pledge
    1. The pledged object
    2. The secured debt
    3. Pledging in the guise of another transaction
    4. Pledge where is no agreement
    5. *Takkanat Hashuk*
  4. Chapter 3: Transactions permitted with the pledge by the parties
    1. General
    2. The sale of the pledge by the debtor
    3. Assignment of the debt and pledge
  5. Chapter 4: The termination of the pledge
    1. General
    2. Foregoing a debt secured by a pledge
    3. Redemption of the pledge
    4. The sale of the pledge
  6. Summary
- Appendices:
- A. Jewish Law and the Pledge Law, 5727-1967
  - B. The pledge in economic life

and its interpretation is absent, for the Talmud has comparatively little in the way of deliberations about the pledge.

This paper contains four chapters plus an introduction, summary and two appendices. The first and major chapter deals with the nature of a pledge and the nature of the right of the creditor to it. The other chapters are chronologically arranged and accompany the pledge from the time it is created until it expires. The second chapter deals with those problems which arise at the time that the pledge is made, including the pledged article itself, the secured debt, a pledge disguised as another business transaction, a pledge taken unilaterally by the creditor, and the important topic of the need to protect trade (*Takkanat Hashuk*). The third chapter deals with what transactions are permitted with the pledged object during the interim period between the loan and its repayment. The fourth chapter deals with the important topics relating to the expiration of the pledge, including the way a debt secured by a pledge may be forgiven, the redemption of the pledge after the repayment time and the sale of the pledge.

As mentioned, the major part of the paper is devoted to examining the rights of the creditor with the pledge, the right expressed in R' Isaac's statement that "the creditor acquires (*Koneh*) the pledge." It is interesting to note that the concept of "acquisition" (*Koneh*) never appears in the Talmudic literature in terms of a normal lien. R' Isaac's statement is accepted by all, yet the *Rishonim* had no hesitation in stating that a pledge is not acquired by the creditor and remains a mere lien.

What is the difference between an acquisition and a lien? This should be answered even before the concept of acquisition has been clarified in terms of a pledge.

product of the comprehensive view of the Babylonian Talmud. This is the way anyone studying Jewish Law who sees the Babylonian Talmud as the most important *Halachic* authority must approach it. The researcher must take as his basic starting point the interpretation the Talmud gives to the statements of Tannaim and Amoraim. Based on this, the writer interpreted R' Isaac's dictum that "the creditor acquires the pledge" is in consonance with another *Halachah* accepted by the Talmud, which is that "a loan secured by a pledge makes (the creditor) a paid watchman".

In the last section of the chapter, in the *Sugya* dealing with the responsibility of the creditor for the pledge, another research method was also used. The writer attempted to delve into the original interpretations of the opinions of the Tannaim and Amoraim without accepting *a priori* the Talmud's interpretation. This was done by isolating their comments from the *Sugya* itself and from the framework into which the Babylonian Talmud fitted them, a method which has begun to be used in modern Talmudic research.

The writer's conclusions in this section were surprising. The Mishnah regarding "(a creditor) who lends against a pledge is a paid watchman", which the Talmud saw as a commonly agreed-upon *Halachah*, is only one of various opinions of Tannaim. Other sages, such as R' Eliezer, R' Akiva and R' Simeon ben Gamliel, had an entirely different approach as to the nature of a pledge. According to them a creditor is the owner of the pledge, and the pledge is considered to be equal to the loan and serves as a substitute of it, and not only as a security. Taking the pledge removes the personal lien from the debtor. The creditor is therefore responsible for damages which occurred to the pledge accidentally. Samuel, one of the first Amoraim, still held this

interest which is less than ownership is evidently not accepted by all the *Poskim*. Only *Chachmei S'farad* agree with this, because of the unequivocal words of Ri Migash. The views of *Chachmei Ashkenaz* and Provence on the Talmudic section, though, needs further study. According to them, the words of R' Isaac were only mentioned in regard to *וְיָבֹעַ*, but do not apply to an agreed-upon pledge. This would mean that the creditor has no more rights in the pledge than that of a lien. These sages nevertheless were forced to allow for a pledge having certain proprietary interest accruing to the creditor because of the Talmudic *Sugyas* in the Babylonian Talmud, tractates *Pesachim* and *Gittin* dealing with pledges, which use R' Isaac's dictum in reference to an agreed-upon pledge. The exact limits of this proprietary interest are somewhat vague.

It is appears to the writer that for a contractual pledge, which is the subject of this paper, the difference between the two schools is not great. The sages of Provence agree that the creditor acquires real right in the pledge. While the sages of Spain also see R' Isaac's dictum as the source for this right, according to the sages of Provence R' Isaac's dictum indirectly affects the contractual pledge. Even more than that, if the circumstances indicate that the pledge was taken for eventual sale should the debt not be repaid, all agree that the creditor acquires the proprietary right to it, and that was the normal pledge in medieval times.

Of all those who carried out research, only Albeck dealt with this particular topic extensively, and he too arrived at the conclusion that a pledge is a real right which is less than ownership.

The conclusions reached by the writer in the first section do not arise from the explanation of a single *Halachah* or *Sugya* by itself, but are the

view and there were those in Germany in the Middle Ages who ruled accordingly.

It is important to reiterate that none of this has any relevancy for determining the *Halachah*. The Babylonian Talmud accepted without question the stand that the creditor is responsible for damages as a paid watchman and is exempt from any purely accidental damage. Based on this, the Talmud adopted a harmonious approach which is a by-product of the *Halachic* study method. It interpreted the statements by R' Akiva and Samuel as being in consonance with the Mishnah that "if (the creditor) lent him against a pledge, he is a paid watchman", and did not see their views as differing from that of the Mishnah. Even though this late reconciliation of views caused many difficulties, the Talmud finds this preferable to presenting a principle as being a matter of disagreement.

The writer's conclusion in the central chapter of the research was therefore that the creditor acquires somewhat less than ownership in the pledge, *Koneh* being interpreted in this context as is other places, as a real right. The pledge remains that of the original owner with the creditor acquiring a proprietary interest in it as well.

This conclusion that the creditor does not acquire full ownership, leads to the following results:

1. The pledge is subsidiary to the personal debt, and is not a substitute for it. It does not remove the lien by the creditor upon the other property of the debtor. This means that the pledgee still has a normal lien upon the other possessions of the debtor.

Had the creditor acquired ownership to the pledge, he would have seen it as a substitute for the debt, and not as a security. Such a view would

have had two results: the creditor would only have been permitted to collect his debt from the pledge and not from the other property of the debtor, and he could collect it against the entire pledge, even if it was worth more than the debt.

2. The responsibility of the creditor for the pledge is that of a paid watchman since he receives benefit from having the pledge in his possession. If the creditor had been thought of as the owner of it, he would have even been responsible for any purely accidental damages that occurred, since the owner of an object is responsible for all the damages that occur to it, regardless of their source.

3. As an owner, the debtor has the right to transfer his rights in the pledge to another person. Even though the pledge is held by the creditor, the debtor can still transfer ownership to a third party. This later transaction does not in any way disturb the rights of the creditor to continue holding the pledge until the debt is paid in full. The practical importance of this *Halachah* is expressed where a debtor has no other possessions except the pledge. The debtor can then sell the pledge to a third party and pay the creditor his debt out of the amount he obtains. This way the debtor can free himself from limiting conditions which he had to accept at the time of the loan.

On the other hand, the creditor does not acquire ownership of the pledge, but his right is a proprietary one and not a personal or a mere detention right. The fact that this right is real leads to the following conclusions:

1. The creditor may sell the pledge without authorisation by the debtor and without needing to receive authorisation from a qualified *Beit Din*.

All he needs to sell the pledge is an evaluation of its worth by three experts, and this measure is required in order to prevent the pledge from being sold below its real value.

Transferring a real right to the creditor at the time of the loan comes to enable him to sell the pledge without the need to acquire the approval of any other body.

2. The creditor can assign the debt secured by the pledge with a full assignment just as he can sell movable property. The proprietary right he has in the pledge itself changes his right to a tangible right, and it is no longer merely an abstract right. Just as *Meshicha* may be used for the transfer of movable objects it may also be used for the assignment of a debt secured by a pledge. As opposed to assigning a normal debt, the creditor is no longer permitted to forego the debt to the debtor after assignment.

3. If a condition was agreed upon to have the pledge forfeited against non-payment of the debt, or, in other words, that the debtor made a condition that "if I do not pay you by day X - the pledge will be yours", the condition is valid and is not invalidated because of *Asmachta*. The reason for this is that at the time that he hands over the pledge the debtor transfers proprietary rights in it to the creditor. An immediate acquisition, as opposed to a conditional one, is not invalidated because of *Asmachta*.

The conclusions arrived in this paper all point in one direction: the pledge is a real security, but as a security and not as a substitute for the debt.

His having the pledge is by itself sufficient, under the rules of evidence, to substantiate his claim. The creditor will be believed as to his claim if the debtor cannot prove his own ownership of the pledge. It is almost certain that the debtor will not be able to prove differently, because under Jewish Law, physical possession of a movable object is decisive proof of ownership.

When the Talmud grants the creditor *Kinyan* in a pledge, it must evidently believe that the creditor has another purpose beyond the purely evidentiary one for taking the pledge. The adoption of the dictum of R' Isaac as the basis for many of the laws regarding pledges shows that the Talmud's stance is that the creditor needs proprietary rights. The creditor's aim in taking the pledge must therefore be the taking of a security which he can sell and be repaid for his loan by that sale, should the debtor not pay his debt by the set time. Only if the rights of the creditor to the pledge are possessive, either as being the owner or somewhat less, would he be allowed to sell it if necessary, even without the consent of the debtor. A sale that would require the prior approval of the debtor would be valueless to the creditor.

The creditor's achieving his goal is beset by difficulties, because an earlier creditor having a general lien on the possessions of the same debtor would take precedence over him. Thus the other creditor would be given the first opportunity, if necessary, to sell the pledge and thereby to regain the money owed him. This *Halachah*, which was altered only in a late period, undermined the complete confidence that the creditor had in a pledge as security.

In the discussion about the creditor's aim in taking the pledge, another possibility was raised, and that was that the creditor expresses thereby his desire to be paid through the pledge. The most important way that a creditor is likely to choose is to enjoy the fruits of the pledge. The creditor will be interested in such an arrangement if receiving the fruits will offer him benefits which he cannot receive in any other way. This indeed was the nature of the mortgage in the Talmud, where the creditor enjoyed the fruits of it at less than they would normally cost, and this way he was exempted from the prohibition of taking interest. This method, though, could only be used in the case of mortgaged land, and was not accepted for movable objects, and even for land it is not of great importance in a commercial urban society, especially after the *Heter Iska* was formulated which permitted everyone to get around the prohibition against taking interest in an easier way. Without the factor of using the fruits of a pledge, it is hard to believe that the creditor would want to be paid by a certain object, and especially with a movable object. In general one can buy a similar object for the same amount that one would receive had the debt been repaid. Especially, a creditor would not agree to place all his trust in this object and to risk losing his money should that pledge be lost.

Based on the above, it appears to the writer that the main aim of the creditor in taking a pledge is to ensure himself against non-repayment. The conclusion that was drawn led the writer to devote most of the paper to movable objects, because in the case of land the element of security is far less relevant.

The second section deals with the reciprocal relationship between the pledge and the debt. It was seen that in ancient law, the taking of a pledge

## VII

brought the debt to an end. The person who borrowed was not considered to be a debtor, because he had given the lender another object for the money loaned him, the pledge. This view corresponded to the primitive economic system of the time. The entire concept of credit was not developed, and a person who transferred money or something with monetary value to another, received its value in return immediately. An obligation alone was not of any great value when a country did not have an advanced judicial system which could force a person to meet that obligation. In Jewish Law though, the dominant approach, even at a very early time, was that the pledge is only a security.

It is logical to assume that the creditor will be willing to forego his right for a personal claim against the debtor if he can receive the equivalent of the money owed him. The creditor will then be willing to see the pledge as a satisfactory exchange for the debt, provided that he sees himself as the owner of it immediately after the loan. Even though the pledge will be redeemable by the debtor, it will nevertheless be considered the creditor's in all other ways.

This section connects the topic to the next two parts. The above approach is in accordance with the first interpretation of the basic rule that "the creditor acquires the pledge", or that he is the owner of the pledge, and is therefore willing to see it as a substitute of the debt and not only as a security.

The results which follow this approach are expressed in a section of the Talmud which is examined in the fourth part of the chapter, and that is the responsibility the creditor has for the pledge. If the creditor is the owner of the pledge, he should suffer all the damage and loss which might be caused

## VIII

to it. At this stage the *Halachic* puzzle can finally be solved, with the pieces all fitting into one another. The opening hypothesis of the Talmud is the *Stam* Mishnah, which states that "if a man lent another (money) against a pledge, (the creditor) is considered a paid watchman". The creditor is not responsible for any damages which resulted from a pure accident, and in such an eventuality he may collect the loan from the debtor. This *Halachah* shows that the creditor does not become the owner of the pledge, because an owner is personally responsible for accidents which happen to his own things. We are thus forced to say that R' Isaac's dictum that "the creditor acquires the pledge" does not mean that it becomes his, but that he has a proprietary interest which is less than ownership. The creditor acquires the right to have his debt repaid through the pledge, which the Talmud, in its terminology labels the right within the object itself to the use of its fruits. The proprietary interest is in the pledge itself, and not against the debtor, and therefore the creditor is able to sell the pledge without the permission of the debtor. This means that this interpretation of R' Isaac's words is also sufficient for the major aim of the creditor in taking the pledge.

If the creditor does not actually acquire the pledge but only a real right in it, it is almost certain that he does not see it as a substitute for the debt. The pledge is then only a security, as an auxiliary aid to the creditor. If he wishes, he can sue the debtor personally and ignore the pledge, if not, he can sell the pledge without the consent of the debtor. If the value of the pledge is insufficient to pay the debt, the creditor can sue the debtor for the balance of the loan.

The conclusion of the writer that the creditor acquires a proprietary

### III

In the writer's opinion, a pledge is an acquisition "built on" an obligation. It comes together with the obligation, as a result of the loan which the creditor grants the debtor. The parties cannot create a pledge where there is no valid obligation. So too is the continued existence of the pledge dependent on the obligation being in force, and it terminates when the obligation ceases. The pledge is thus dependent on the obligation which it is meant to secure, but is nevertheless an acquisition, and the creditor benefits in many ways from his proprietary right to the pledge, as will be seen below.

The reciprocal relationship between the pledge and the obligation resulted in the pledge also being labelled a simple lien. Comparing the rights of the creditor to those of a lessee will help one understand why this is indeed called a lien. The pledge is an acquisition which can be removed from one's possession at any time by the repayment of the debt. When someone rents something, on the other hand, the lessor cannot receive his object back before the stipulated time by paying the lessee his money back in return. The right of the debtor to redeem his pledge detracts to a certain extent from the proprietary interest the creditor has in the pledge, since it shows that the primary interest of the creditor is that his loan be repaid, and not to acquire the pledge. From that point of view a pledge is a lien and not an acquisition, since it is based on the foundation of obligations. However, is the writer's opinion, from the time of the loan until its repayment, the creditor has in the pledge a real right, a *Kinyan*.

What is the nature of the creditor's right to the pledge?  
Or, in other words, in which way does he *Koneh* it? The Tannaic and Amoraic

literature uses the root for "acquiring" (*Koneh*) in three different senses: A) acquiring ownership of a specific object; B) acquiring a real right which is less than ownership; and C) an indication of the validity of a legal action. The third meaning is irrelevant to this study, because *Koneh* as used in regard to a pledge refers to an *object*. Examples of the third sense of *Koneh* are the Talmudic dictums that *Asmachta Koneh* and *D'var Torah Ma'ot Konot*, both of which refer to the validity of a certain course of action.

There are thus two possible meanings of the word *Koneh* in regard to R' Isaac's dictum that "a creditor acquires (*Koneh*) a pledge". According to the first, the creditor becomes the full owner of the pledge, beginning with the moment he takes it at the time of the loan. The debtor has the right to redeem the pledge and thus to receive it back into his own ownership, and this is as if the item had been bought back. According to the second explanation, the creditor only acquires a proprietary interest in the object. His right to be repaid by means of the pledge is retained in the object itself, and is not only a right against the debtor. As an independent real right by its nature, the creditor is permitted to sell the pledge independently of the permission of other parties.

The writer examined the topic from four different angles, each of which nurtures the other, and which are ultimately all joined into one. The first point examined was what the estimated reason of the creditor is in wishing to hold the pledge. These reasons of the creditor have a direct effect on the type of right he has, since the Law will not grant a pledge any status which is not in conformity with the creditor's aims or for such aims of which he has no need. If the creditor's aim is only evidentiary and he only sees the pledge as proof of his loan, he has no need for proprietary rights in it.

This work was carried out under the  
supervision of Prof. Menachem Elon