

שימוש בבטוחות עסקיות במשפט העברי בתקופת המשנה והתלמוד

בן ציון רוזנפלד ויוסף מנירב

מבוא; א. תקופת המשנה; 1. בטוחה בלתי מוגדרת: אחריות נכסים;
2. בטוחות מוגדרות; 2א. מכר על תנאי; 2ב. משכון; 2ג. אפותיקי;
ב. תקופת התלמוד; 1. מי אוכל פרות?; 2. נכייטא; 3. אתרא דמסלקי;
4. הסכמים משולבים: נכייטא, אתרא דמסלקי, קיצותא ומשכנתא
דסורא; 5. המעמד המשפטי של נכס ממושכן; 6. התניות לשינוי
ממנהג המדינה.

מבוא

מטרת מאמר זה לתאר את ההשתלשלות ההלכתית-ההיסטורית של השימוש
בבטוחות במשפט העברי בארץ ישראל ובבבל לפי ספרות המשנה והתלמוד.
המאמר מתמקד בתיאור סוגי הבטוחות, שהן חלק ממערכת האשראי, ולא בכל
נושא האשראי שכבר נדון בהרחבה במחקר, ועמו בעיות הריבית, והדרכים שבהן
השתמשו מקבלי האשראי ונותניו כדי לא לעבור על ההלכה.¹

1 ליסודות איסורי הריבית במקרא, ראו שמואל ליונשטם "נשך ותרבית" אנציקלופדיה
מקראית ה טורים 930-929 (התשכ"ח); Robin Wakely, New International Dic-
tionary of Old Testament Theology and Exegesis, 3, 185-189, s.v. nsk
(Willem A. Van Gemeren ed., 1997). לניסיונות להתאים את ההלכה למציאות
הכלכלית בימי המשנה והתלמוד, ראו יעקב כ"ץ "איסור ריבית והיתרו בתקופת המשנה
והתלמוד" דברי הקונגרס העולמי השלישי למדעי היהדות א 237-236 (התשכ"ה); יעקב
כ"ץ "הרהורים על היחס בין דת לכלכלה" דת וכלכלה יחסי גומלין (מנחם בן ששון עורך,
התשנ"ה); זאב ספראי "לשאלת השתלבותה של האומה היהודית בכלכלה הרומית" יוון
ורומא בארץ ישראל – קובץ מחקרים 159-158 (אריה כשר, גדעון פוקס, אוריאל רפפורט
עורכים, 1989) (להלן ספראי "לשאלת השתלבותה"); זאב ספראי "שמירת ההלכה
במסמכי מדבר יהודה" חידושים בחקר מרד בר כוכבא – דברי הכנס השנתי העשרים ואחד
של המחלקה ללימודי ארץ ישראל (חנן אשל ובוועז זיסו עורכים, 2001) (להלן ספראי

ארבעה סוגי בטוחות נזכרים בספרות חז"ל: אחריות נכסים, מכר על תנאי, משכון ואפותיקי (הפותיקי). בטוחות אלה נועדו בעיקר להגן על הצד הנותן בעסקה, המלווה, במקרה של אי יכולת המקבל, הלווה, להחזיר את הכסף, כמו גם לענות על מצבים שכיחים בעסקי האשראי.² הבטוחות היוו ענף מרכזי בעסקות האשראי השונות, החל מהלוואות מצוקה של גמילות חסד ועד לאשראי עסקי על גווניו השונים. על כן, מחקר נושא הבטוחות תורם להארת פרק חשוב ומורכב בהיסטוריה הכלכלית, המשפטית והחברתית של יהודי ארץ ישראל ובכלל, שהיוו חלק מהעולם הרומי והפרסי-ססאני של אותה התקופה.

האשראי שימש בעולם הרומי בעיקר לצרכים עסקיים, הן בין אישים פרטיים הן בין סוחרים, וניתן תמורת ריבית. אף גורמי ממשל נזקקו לעיתים לכסף למימון צרכים שוטפים או מיוחדים, כגון מלחמה. צורך זה הביא להיווצרותה של מערכת מסועפת של העמדת אשראי, שהבטוחות היוו חלק נכבד ממנה. אשראי זה הגיע משני מקורות עיקריים: מקורות מקצועיים – השולחנים והבנקים למיניהם, ומקורות שאינם מקצועיים – גופים או יחידים שתחום עיסוקם העיקרי לא היה כספים, אך ביססו את הכנסתם בין השאר על הלוואת כספים בריבית. בין אלה היו חוגי האריסטוקרטיה ברומא, החל מן הקיסר עצמו, לפחות ביחס לכספו הפרטי, סנטורים ובני המשפחות המיוחסות,³ סוחרים עשירים, ואומנים ובעלי קרקעות קטנים.⁴ סוכני אשראי אלה סייעו לקידום ולפיתוח הכלכלה במקומות

"שמירת ההלכה"; מגן ברושי "חקלאות וכלכלה בארץ ישראל הרומית על פי הפירוסיים של בבתא" ציון נה 269 (התש"ן); יוסף מנירב פרקמטיא: מערכת השיווק בחברה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד 170-210 (2009).

2 עוד ראו Hayim Lapin, *Early Rabbinic Civil Law and the Social History of Roman Galilee* (1995). קיימת דעה שלפיה ההלוואות היוו את אחד הגורמים החשובים לפרוץ מלחמת החורבן בשנת 66 לספירה. איכרים שלוו מבעלי יכולת לא הצליחו להחזיר את חובותיהם למלוים ומכרו את קרקעותיהם, ראו Martin Goodman, *The First Jewish Revolt: Social Conflict and the Problem of Debt*, 33 *Journal of Jewish Studies* 417-427 (1982).

3 Jean Andreau, *Banking and Business in the Roman World* 2-4, 9-29, 74-75, 118-119 (1999); Thomas Wiedemann, *The Patron as Banker, in Bread and Circuses: Eurgetism and Municipal Patronage in Roman Italy* 12-27 (Kathryn Lomas & Tim Cornell eds., 2003); Trener, *The Origin and Early History of Insurance: Including the Contract of Bottomry* 80-86, 107-242 (The Lawbook Exchange Ltd., 2009); Bruce W. Frier, *Interest and Usury in the Greco-Roman Period*, 3 *The Anchor Bible Dictionary* 423-424 (David Noel Freedman ed., 1992).

4 Andreau, לעיל ה"ש 3, בעמ' 50-63, 141. לתיעוד רב לתופעות אלה, ראו David Francis Jones, *The Bankers of Puteoli-Finance, Trade and Industry in the Roman World* esp. at pp. 165-243 (2006).

שונים במרחבי האימפריה הרומית.⁵ כך היה גם בחברה היהודית בארץ ישראל, שהייתה חלק מאגן הים התיכון הרומי, בכפוף לחוק איסור הריבית היהודי על בעיותיו המגוונות.

קיים מידע, ממקורות שמחוץ לחז"ל, על שטרי הלוואה עם בטוחות שהיו בשימוש בחברה היהודית בארץ ישראל כבר בתחילת פרק הזמן הנדון כאן. במדבר יהודה נתגלה ממצא אפיגרפי שכלל שטרות הלוואה יהודים שזמנם בין המאה הראשונה לבין סוף השליש הראשון של המאה השנייה לספירה. בשטרות אלה נזכרות בטוחות, משכון שהלווה נותן למלווה, ונזכרת שם גם אחריות נכסים.⁶ מאמר זה דן בשלוש סוגיות עיקריות: האחת, מהי משמעות הבטוחות השונות? השנייה, בידי מי נמצא הנכס המשועבד כל עוד לא הוחזרה ההלוואה? והשלישית, העיקרית: מי רשאי ליהנות מפרות הנכס המשועבד בתקופת השעבוד? כל זאת כפי שעולה מן הספרות הארץ ישראלית, המשנה והתלמוד, משלהי המאה הראשונה ועד אמצע המאה החמישית לספירה, ומספרות חז"ל בבבל התלמודית במאות השלישית-חמישית. הדיון, שיבחן את השתלשלות הגישה לנושא הבטוחות בארץ ישראל ובבבל באותה עת, יחולק לשני פרקים. הפרק הראשון ייוחד לתקופת המשנה ויתבסס על המשנה והתוספתא. הפרק השני יתייחס לתקופת התלמוד, ויתבסס על התלמוד הירושלמי והבבלי.

א תקופת המשנה

1 בטוחה בלתי מוגדרת: אחריות נכסים

המושג 'אחריות נכסים' משמעו שאם אדם התחייב לשלם כסף לחברו עומדים נכסיו של המתחייב כבטוחה למילוי תנאי ההלוואה.⁷ לא עמד המתחייב בתנאי

5 ראו לדוגמא, Jean Andreau, *Commerce and Finance*, 11 CAH 769-786 (2000); Koenraad Verboven, *Faeneratores, negotiators and financial intermediation in the Roman world (late Republic and early Empire)*, in Pistoia Dia Tèn Technèn: Bankers Loans and Archives in the Ancient World: Studies in Honor of Raymond Bogaert 211-229 (Koenraad Verboven, Kateljijn Vandorpe & Veronique Chankowski eds., 2008).

6 בשטר המסומן כמורבעת 18, המיוחס לשלהי תקופת הבית השני נזכרת אחריות הנכסים במפורש. וראו Josef Tadeusz Milik, *Textes He'breux et Arame'es*, in II Pierre Benoit, Josef Tadeusz Milik & Ronald de Vaux, *Discoveries in the Judaean Desert, Les Grottes de Murabba'at 101* (1961). עדה ירדני תעודות נחל צאלים 10, 17, 28, 33, 39, 45, 53, 98, 103 (1995); ספראי "שמירת ההלכה", לעיל ה"ש 1, עמ' 121, וה"ש 43. Naphthali Lewis, *The Documents from the Bar-Kokhba Period in the Cave of Letters 18* (1989).

7 יש להבחין בין המושג 'נכסים שיש בהן אחריות' המופיע פעמים רבות בספרות חז"ל

הפירעון, רשאי הזכאי לקבלת הכסף לפנות לבית דין ולבקש למכור נכסים של המתחייב כדי לכסות את סכום החוב. יצוין כאן במפורש שהמושג 'נכסים' אינו מתייחס רק לנדל"ן, שהיו המשאב העיקרי של כלכלת העולם הטרומ-תעשייתי, אף שללא ספק היו אלה הנכסים המבוקשים ביותר, אלא גם ל'פרות', שמשמעותם הרחבה היא גם חפצים, עבדים או בעלי חיים.⁸ אחריות הנכסים תופסת לגבי כל נכסי המתחייב, אלה הנמצאים ברשותו בעת קבלת ההתחייבות וגם אלה שירכוש בעתיד.⁹ אין עדויות ברורות לטכניקה מסודרת של רישום הנכסים בכל יישוב או במשרד אזורי בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד,¹⁰ ונראה שלמרות אחריות הנכסים או העמדת נכס כבטוחה, יכול היה הלווה למכור

והמתחייס כנראה לנכסי דלא ניידים בלבד, לבין המושג 'אחריות נכסים' המופיע בספרות התנאים רק במקורות המובאים להלן. לגבי 'נכסים שיש בהן (או: 'אין בהן') אחריות', ראה: משנה, פאה ג, ו; שם, כתובות י, ג; שם, קידושין א, ה; שם, בבא קמא י, א; שם, בבא בתרא ט, ז; שם, שבעות ו, ג. תוספתא, כתובות ד, יח; שם, בבא בתרא ב, יג; שם, י. יב. מכילתא דרבי ישמעאל, מסכתא דבחדש ח (מהדורת הורוביץ-רביץ 235); ספרי במדבר, פיסקא קיה (מהדורת הורוביץ 139).

8 הדבר משתמע מפשט המשניות העוסקות בעניין זה, ונתפרש על ידי רבי ירמיה בירושלמי, שביעית י, א (לט, ע"ב, 212 מהדורת האקדמיה ללשון העברית). יהודה ליב אשר גולאק תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד 31-81 (התרג"ט) דן ארוכות בכל נושאי אחריות הנכסים לסעיפיהם השונים. גולאק סבור כי אחריות נכסים קיימת בקרקעות בלבד, ראו שם, עמ' 31-38, 42, 48, 58. עם זאת, הוא עצמו מראה שבמשפט הרומי ובמשפט הסורי-רומי אחריות נכסים כללה גם מיטלטלין, שם, עמ' 38, 48. ואכן ברומא נהגו להעמיד אשראי כנגד פומביות בנכסי דנייד, וביניהם חיטה, פרות מיובשים, עבדים וחפצים שונים. מכירות פומביות של נכסי חייבים התקיימו, והודעות על קיומן הועברו לציבור באמצעות שלטי מודעות או כרוזות. ראו Andreau, לעיל ה"ש 3, עמ' 38-39, Wiedemann, לעיל ה"ש 3. בקהילות היהודים בתפוצות שימש בית הכנסת כמקום מושב בית הדין, וגם בו בוצעו בין השאר מכירות פומביות של נכסי חייבים, ראו Ben Zion Rosenfeld & Joseph Menirav, *The Ancient Synagogue as an Economic Center*, 58(4) *Journal of Near Eastern Studies* 259, esp. at 266 (1999). המציאות בארץ ישראל הרומית, שבה בתי הדין הרומיים היו דומיננטיים והמלווים יכלו לבחור לפני מי להתדיין, יקשה להניח שחכמים לא כללו את המיטלטלין באחריות נכסים, שאם לא כן היו המלווים מעדיפים לתבוע את הלווים בבתי הדין הרומיים.

9 I Mordechai Akiva Friedman, *Jewish Marriage In Palestine: A Cairo Geniza Study* 450-453, & n. 6 (1980).

10 על רישום חלקות בעולם הרומי, ראו למשל Bernard S. Jackson, *Problems in the Development of the Ketubah Payment: The Shimon ben Shetah Tradition*, 2 *The Talmud Yerushalmi and the Graeco-Roman Culture* 209-215, 218, & n. 72 (1999). משתמע כי היו מקומות שבהם היה רישום עירוני של חלקות אדמה, ומכאן שגם של שעבודים. ברם, במרבית האימפריה הרומית לא ידוע על נוהל משרדי של רישום אף בערים גדולות. כך גם בארץ ישראל לא ידוע לפי שעה על רישום מסודר כזה, וודאי לא בכפרים ובעיירות בינוניות, שהיוו את רוב יישובי היהודים בארץ. גם לדברי גולאק, לעיל ה"ש 8, עמ' 36, ה"ש 22, במצרים נרשמו שעבודים בספר קניין קרקעות, ואילו בארץ ישראל לא נהגו לנהל ספרים כאלה.

את הנכס לצד שלישי, אם רצה בכך. חכמים, שהיו ערים לעובדה זו, הכירו 'דה פקטו' בעסקות שעבוד או מכר כאלה לצד שלישי, אך הותירו בידי האישה (בעניין כתובה) או המלווה את האפשרות לפנות לבית דין בדרישה להפקיע ('לטרוף' בלשון התלמוד) את הנכס מאתו צד שלישי שקנה אותו מהלווה.¹¹

הדוגמה הבולטת ביותר במקורות החכמים לאחריות נכסים כללית היא בנושא כתובת אישה. חכמים רואים בכתובה התחייבות חוזית לכל דבר. מתן התחייבות כספית לאישה, שדינה להיפרע אם תגורש או אם ימות בעלה, הוא מנהג עתיק שהיה קיים אף לפני ימי החשמונאים,¹² ויש הסבור שהתחייבות זו קדומה אף יותר וששורשיה נמצאים בתעודות מהישוב היהודי ביב-אלפנטינה, מצרים, במאה החמישית לפני הספירה.¹³

מקורות החכמים מייחסים חובת מתן כתובה תוך כדי הטלת אחריות הנכסים המלאה על הבעל כבר לימי הבית השני, וחלקם מייחסים את הראשוניות ליוזמתו של שמעון בן שטח.¹⁴ ההבדל הבולט בין שטר כתובה לבין כל שטר כלכלי אחר הוא בכך ששטר הכתובה, גם אם נכתב בו סכום נמוך, מבטיח ערך מינימלי מסוים לאישה: מאתיים דינר לבתולה או מנה (מאה דינר) לאלמנה, בעוד שכל שטר אחר מוגבל רק לסכום הכתוב בו.¹⁵ לסכום מינימאלי זה זכאית האישה גם אם לא כתב לה בעלה כתובה כלל, או שכתב לה סכום נמוך מהנזכר לעיל.¹⁶ מובן שאם הסכום בכתובה גבוה מהמינימום זכאית האישה לקבל את הסכום הכתוב במלואו.¹⁷ אחריות הנכסים המוחלטת של הבעל לטובת כתובת אשתו, בין אם נכסים אלה פורטו בכתובה ובין אם לאו, מוסכמת על כל החכמים.¹⁸

11 ראו ירושלמי, שביעית י, א (לט, ע"ב, 212-213 מהדורת האקדמיה ללשון העברית): "הכותב שדה אפותיקי לאשה בכתובה ולבעל חוב בחובו, מכרה – הרי זו מכורה והלוקח יחוש לעצמו". וראו עוד Jackson, לעיל ה"ש 10, עמ' 222.

12 Friedman, לעיל ה"ש 9, ה"ש 3.

13 Jackson, לעיל ה"ש 10, עמ' 222. לדעת Jackson ניכרת השפעה של מנהגי התקשרות לשם נישואין במצרים על ממצאי כתובה במדבר יהודה, וכנראה השפעה זו נוצרה עם בריחתם של פרושים רבים למצרים בימי שלטונו של אלכסנדר ינאי. יתר על כן, לדעתו התחייבויות נישואין במצרים כללו כבר בתקופה קדומה אחריות הבעל גם על נכסים שייקנו על ידו לאחר הנישואין, ותקנתו של שמעון בן שטח הרעה במידה מסוימת את מצבה של האישה, שכן מפורשת בה רק האחריות לגבי נכסיו הקיימים ביום הנישואין. ראו שם, עמ' 22-23, וה"ש 99.

14 משנה, כתובות ד, ז; שם, ח, ה; תוספתא, כתובות יב, א (מהדורת ליברמן 95); ירושלמי, כתובות ח, יא (לב, ע"ג, 996 מהדורת האקדמיה ללשון העברית); בבלי, שבת יד ע"ב; שם, טז ע"ב; שם, כתובות פב ע"ב.

15 משנה, כתובות א, ב.

16 שם, ד, ז.

17 שם, ה, א.

18 לדעת גולאק, לעיל ה"ש 8, עמ' 32, אחריות הנכסים בכל דיני הממונות קדמה מבחינה

שונה המצב כאשר אנו עוברים לעסוק בנושא אחריות הנכסים הכוללת בכל הקשור להלוואות. במשנה נאמר:

מצא שטרי חוב. אם יש בהן אחריות נכסים – לא יחזיר, שבית דין נפרעין מהן. אין בהן אחריות נכסים – יחזיר, שאין בית דין נפרעין מהן; דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: בין כך ובין כך לא יחזיר, מפני שבית דין נפרעין מהן.¹⁹

המשנה עוסקת אמנם בשאלת החזרת אבידה, שאינה מעניינו של דיון זה, אך מן האמור בה אפשר ללמוד קודם לכול על שני עקרונות בסיסיים של דין אחריות הנכסים:

העיקרון הראשון הוא שסמכות הטיפול בנכסי החייב נמצאת בלעדית בידי בית הדין. הוא יחליט אם לתפוס את נכסי החייב ואלו מהם, הוא יעריך את שווי הנכס שנתפס ושנמכר, והוא יחזיר למלווה את סכום ההלוואה ללא רווח, העשוי להיחשב ריבית.

העיקרון השני של אחריות הנכסים הוא שיש להניח כי מדובר בכל נכס מנכסי החייב לפי שיקול בית הדין, זאת מאחר שהמשנה אינה מפרטת מאלו נכסים של הלווה רשאי בית הדין להיפרע.²⁰

היסטורית לאחריות הנכסים בדיני אישות שהם ענף מכללם, וכל אלה נהגו כבר "הרבה זמן לפני חורבן הבית השני". אמנם רוב מקורות החכמים העוסקים באחריות הנכסים הם בהקשר לכתובת אישה ומיעוטם בנושאי הלוואות. אפשר שהסיבה היא מקרית, או שמא העיסוק בדיני אישות היה תדיר יותר עקב נישואי מרביתם המוחלט של האנשים, או נישואין שניים, ואלה גרמו ליותר התדיינות בנושאים אלה. לעומת זאת, עסקאות ממן כלליות בתקופת המשנה והתלמוד נדונו לעיתים קרובות לפני ערכאות השלטון הרומי, שהיו הדומיננטיות בארץ ישראל.

19 משנה, בבא מציעא א, ו.

20 חיזוק להנחה זו עולה מהתוספתא, כתובות יב, ב (מהדורת ליברמן 95-96): "מפני מה אמרו בעל חוב בבינונית? מפני הרמאין, שלא יהא כל אחד ואחד נותן עיניו בתוך שדה חברו יפה בתוך חצר חברו יפה ומלוה אותו עליו וקופץ ונוטלה. אם כן ישומו לה בויבורית? שלא לגדור דרך בפני לוי, שלא יהא אדם מבקש ללות ואין אדם מלווה". המקור דן בשאלה מאיזה חלק בנכסי הלווה ימוש החוב, וקובע שהמימוש יבוצע מנכס שלו, שאיכותו בינונית. הדיון מכיל מרכיבי הגנה לשני הצדדים: הגנת הלווה היא מפני רצון המלווה לזכות בנכס המשובח ביותר של הלווה. מאידך, הגנת המלווה נובעת מכך שאינו מקבל את החלק הגרוע ביותר מנכסי הלווה. זאת עקב החשיבות שמייחסת התוספתא לזמינות ההלוואות בחברה, שמשמעה קיום הון מוזרם לאשראי אשר יופסק אם המלווים ירגישו שהם מקופחים. מכל מקום, ברור מהמקור שאינו עוסק בנכס שהוסכם ושהוגדר מראש בין הצדדים, שאלו היה כן לא היה צורך להעלות דיון זה בכלל. מקור זה מצוטט גם בתלמוד הירושלמי בשינויים קלים, שהחשוב שבהם הוא ייחוס ההסבר בדבר חשיבות האשראי לרבי יהודה, שפעל בדור שלאחר מרד בר כוכבא בשנים 140-180 לספירה לערך, ראו ירושלמי, גיטין ה, א (מו, ע"ג, 1072 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

בנוסף מוצגת במשנתנו מחלוקת עקרונית בין רבי מאיר לבין חכמים. רבי מאיר סבור כי אחריות הנכסים קיימת רק אם נכתב בשטר ההלוואה במפורש שחלה עליו אחריות נכסים, ואם אין אזכור מפורש של האחריות אזי אין בית הדין מתיר לטרוף נכסים של הלווה שנמכרו בינתיים לצד שלישי. לדעת חכמים אחריות הנכסים קיימת גם אם לא צוינה בשטר, וכל נכסי הלווה אחראיים לפירעון החוב, כולל אלה שנמכרו לצד שלישי, ובית דין יכול להחליט למכור כל אחד מהם. לפי נוסח המשנה, אין רבי מאיר וחכמים מבחינים בין סוגים שונים של נכסים, בני חורין ומשועבדים. יודגש כי מחלוקת רבי מאיר וחכמים כפי שהיא מתוארת במשנה אינה מתייחסת לחיוב הראשוני והמוכן מאליו שעל הלווה לשלם את חובו. יתר על כן: המחלוקת קיימת גם אם הלווה מודה כי לא שילם עדיין את חובו וכי השטר שאבד ונמצא שייך למלווה. החשש במקרה כזה הוא שהמלווה והלווה יעשו קנוניה ביניהם, וזו תאפשר למלווה לטרוף נכסים שנמכרו בינתיים לצד שלישי, ולשניהם לחלק את השלל ביניהם. מסיבה זו אוסרים הצדדים החולקים להחזיר את השטרות למלווה, כאשר לדעת רבי מאיר האיסור חל רק אם אחריות הנכסים נכתבה בשטר במפורש, משום שרק במקרה כזה ניתן לטרוף, ולפיכך יש חשש לקנוניה, בעוד שלדעת חכמים ניתן לטרוף מן הנכסים גם את האחריות לא פורשה בשטר, ולכן הם אוסרים את החזרת השטר בכל מקרה.²¹

ברם, תוספתא מקבילה מציגה את המחלוקת בין רבי מאיר לחכמים באור שונה:

מצא שטרי חוב שאין בהן אחריות נכסים, בזמן שלוה מודה – יחזיר, אם לאו – לא יחזיר לא לזה ולא לזה, דברי רבי מאיר. שהיה רבי מאיר אויב[מר]: שטר שיש בו אחריות נכסים – גובה מנכסים משועבדין, ושאין בו אחריות נכסים – גובה מנכסים בני חורין. וחכמים אויב[מרים]: זה וזה לא יחזיר מפני שזה וזה גובה מנכסים משועבדים.²²

אין הבדל בין עמדת חכמים במשנה ובתוספתא, שקבעו כי בית דין נפרעים מכל שטר גם אם לא צוינה בו במפורש אחריות הנכסים, אך יש הבדל בשיטת רבי מאיר. בעוד שבמשנה פסל רבי מאיר לחלוטין שטר שאין בו אחריות נכסים, הרי שבתוספתא הוא מודה שגם שטר כזה ניתן למימוש בבית דין, לפחות לגבי נכסים המוגדרים כבני חורין. מאחר ואין טורפים לדעתו נכסים משועבדים, אלא במקום שהדבר נאמר מפורש בשטר, הרי שנושא הקנוניה אינו רלוונטי, ואם הלווה מודה

21 וראו דיון מקיף בשאלת עמדותיהם של רבי מאיר וחכמים בבבלי, בבא מציעא יב ע"א-יג ע"ב.

22 תוספתא, בבא מציעא א, ה (מהדורת ליברמן 62-63).

במפורש כי טרם שילם את החוב, אין מניעה מבחינתו של רבי מאיר להחזיר את השטר למלווה.

במקורות התנאים אין הסבר ברור למושגים 'נכסים משועבדים' או 'בני חורין'. ממקורות התלמוד נראה כי נכס משועבד הוא נכס אשר נכלל במסגרת אחריות הנכסים הכללית או ששועבד ספציפית לטובת המלווה, בדומה למכר, משכון או אפותיקי כפי שיתוארו בהמשך, אך נמכר לצד שלישי או ששועבד לו, למרות שהיה כבר משועבד למלווה הראשון.

מקורות תנאים נוספים העוסקים בהתחייבויות ממוניות מבדילים בין נכסים משועבדים ונכסים בני חורין. הראשונים נגבים רק במלווה בשטר ורק כשאין נכסים בני חורין, והאחרונים בדרכים אחרות כ'עדים', 'הוציא עליו כתב ידו' ו'מלווה על פה'.²³ הדבר מחזק גם את הנחתנו בדבר העיקרון השני של אחריות הנכסים הכללית.²⁴

המקורות התנאיים מתאימים לעמדת חכמים במחלוקתם עם רבי מאיר במשנה, בבא מציעא א, ו הנזכרת. המשנה עוסקת במציאת שטר, ולא בהתחייבות שבעל פה, ושטר מאפשר לבית הדין להיפרע מנכסי החייב בין אם נכתבה בו האחריות במפורש ובין אם לא. אכן, המשנה בכבא מציעא אינה מגדירה מאיזה נכסים יפרע בית הדין את החוב, אך אין זה משנה, כל עוד הסמכות לקביעה נמצאת בידי בית הדין. לעומת זאת קשה יותר ליישב את מקורות התנאים עם עמדת רבי מאיר שם, שכן הם מתירים לבית הדין להיפרע מנכסי חייב גם אם מדובר בהתחייבות בעל פה.²⁵ אכן, מדובר רק בנכסים בני חורין, אך אף אלה הם נכסים. אם ניתן להיפרע מהם הרי שהתחייבות בעל פה כלולה אף היא במידה מסוימת במסגרת אחריות הנכסים, והתחייבות בשטר שאין בו אחריות נכסים יפה לפחות כמו התחייבות בעל פה.

המחלוקת בין רבי מאיר לחכמים לא הוכרעה, ונמשכה בארץ ישראל לתוך תקופת התלמוד. בירושלמי נאמר:

השביעית משמטת וכו'. ניחא שלא בשטר. בשטר – ויעשה כמלווה על המשכון ולא יהא משמט? א"ר יוחנן: תיפתר בשטר שאין בו אחריות נכסים, וכו' מאיר.²⁶

23 משנה, בבא בתרא י, ח; שם, גיטין ה, ב.

24 וראה עוד תוספתא, בבא מציעא א, כ (מהדורת ליברמן 66). לאזכורים נוספים לאבחנה בין נכסים משועבדים ובין נכסים בני חורין בהקשר לזכויות אישה, ראו למשל משנה, כתובות ט, ח; שם, יב, ב; שם, גיטין ה, ג; שם, שבועות ז, ז. להרחבה ולהשתלשלות ההלכתית-ההיסטורית, ראו אריה ארעזי "שעבוד נכסים: מה בין נכסי הלקוח לבין נכסי היורש" משפטים כה 292 (1995).

25 יש לזכור כי התחייבות בעל פה נעשתה בדרך כלל במעמד עדים.

26 ירושלמי, שביעית י, א (לט, ע"ב, 212 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

הדין נערך סביב השאלה אם חוב בטל בשנת השמיטה. עקרונית התשובה לשאלה זו היא חיובית, אולם רק בהלוואה בעל פה. באשר להלוואה בשטר ניתנת לכאורה האפשרות לראות אותה כמלווה על משכון, שאינו בטל בשביעית. ר' יוחנן, הבולט בחכמי ארץ ישראל במחצית השנייה של המאה השלישית, פוסק ששביעית משמטת רק אם מדובר בשטר שאין בו אחריות נכסים, ומסתמך על דעתו של רבי מאיר במחלוקת. רבי יוחנן גורס שדין שטר שאין בו אחריות להתבטל בשנת שמיטה כדין הלוואה בעל פה. עמדה שונה עולה מברייתא בירושלמי:

מצא שטרי חוב וכי[ן] תני בשם רבי מאיר: בין שטר שיש בו אחריות נכסים ובין שטר שאין בו אחריות נכסים גובה מנכסים בני חורין.²⁷

הברייתא מתייחסת במישורין למשנה,²⁸ אלא שהיא מציגה את עמדת רבי מאיר בדרך שונה מן הדרך שבה היא מוצגת במשנה ובתוספתא כאחד. לפי ברייתא זו רבי מאיר סבור שאין גבייה מנכסים משועבדים כלל, כל עוד קיימים בידי החייב נכסים בני חורין. כל שטר, בין שיש בו בין שאין בו אחריות, גובה, ורק מבני חורין. אמנם יש לציין שהנוסח של הקטע אינו חף מבעיות כפי שצינו המפרשים במקום וכפי שצוין במחקר, על כן קשה להסיק משהו ברור ממקור זה במצבו הנוכחי, אף כי ספק אם גם הנוסחים המוצעים במחקר מתאימים לדעת רבי מאיר במשנה או בתוספתא.²⁹ בכבלי³⁰ הובאו דעות של שני חכמים בבליים, שמואל, בן הדור הראשון, ראש ישיבת נהרדעא במחצית הראשונה של המאה השלישית, ותלמידו רבי אלעזר בן פדת, חכם בבלי שעלה לארץ ישראל והיה תלמיד-חבר של רבי יוחנן בטבריה. לדעת שניהם, רבי מאיר סבור ששטר עם אחריות גובה גם מנכסים משועבדים, ושטר בלי אחריות אינו גובה כלל, כמשתמע מהמשנה. כלומר, אף בדור השני לתלמוד, בארץ ישראל ובבבל, טרם הוכרעה המחלוקת שבין רבי מאיר לחכמים בנושא זה, וגם בדעת רבי מאיר הובאו כמה מסורות פירוש.

2 בטוחות מוגדרות

מקורות התנאים מזכירים שלושה סוגים של בטוחה מוגדרת: מכר על תנאי, משכון ואפותיקי. בשלושתם מדובר בנכס מוגדר שהלווה מעמיד לרשות המלווה, נכס שאותו ניתן יהיה לממש אם לא יעמוד הלווה בתנאי הפירעון. עם זאת נבדלים שלושה סוגים אלה זה מזה במצב המשפטי של הנכס שהועבר כבטוחה

27 ירושלמי, בבא מציעא א, ו (ח, ע"א, 1216 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

28 משנה, בבא מציעא א, ו.

29 ראו אליעזר שמשון רוזנטל, מהדיר, ירושלמי נזיקין (הוסיף מבוא ופירוש שאול ליברמן), ירושלים התשמ"ד, עמ' 44 לשורות 65-68, ועמ' 130 לשורות 66-68; שאול ליברמן תוספתא כפשוטה, חלק ט, סדר נזיקין, לבבא מציעא פ"א, עמ' 143-144, לשורות 9-13.

30 בבלי, בבא מציעא יג ע"א-ע"ב.

או בחזקה על הנכס בתקופת העמדתו כבטוחה. בשיטת מכר על תנאי נמכר הנכס עקרונית למלווה החל מיום העמדת האשראי, בתנאי המאפשר ללווה לקבל את הנכס בחזרה לבעלותו אם יפרע את החוב בהתאם לתנאים. שיטת המשכון משאירה את הבעלות המשפטית על הנכס בידי הלווה, אך החזקה בו עוברת לידי המלווה עד לפירעון החוב, בעוד שאפותיקי משמעותו שעבוד הנכס למלווה בשטר ובעדים ללא העברת הבעלות או החזקה לידי המלווה. הבטוחה המוגדרת הפשוטה ביותר להלוואה בסכום גבוה ולטווח ארוך היא מנכסי דלא נידי של הלווה, בעוד שלגבי הלוואות בערך נמוך, או במצבים שבהם לא היו בידי מקבל האשראי נכסים שאינם ניידים, ניתן היה להעמיד בטוחה גם בפרות, בחפצים שונים, ואפילו בעבדים.

א2 מכר על תנאי

המשנה קובעת:

הלווה על שדהו ואמר לו: אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים, הרי היא שלי – הרי היא שלו.³¹

גם התוספתא מלמדת:

חייב לו מעות וכתב לו שדהו מכר, בזמן שהמוכר אוכל פרות, מותר, הלוקח, אסור. ר' יהודה אומר: בין זה ובין זה – מותר.³²

המשנה והתוספתא מתייחסות לעסקת הלוואה פרטית ומלמדות כי הלווה העמיד את שדהו כבטוחה, ובלשון מכר, או בהגדרה משפטית: בטוחה בנדל"ן הכוללת סעיף חילוט. משמעות החילוט היא שהבטוחה תעבור לשליטתו המלאה של המלווה אם לא תושב ההלוואה במועד, גם אם שוויה עולה על סכום ההלוואה, ושאינן הוא חייב להחזיר את ההפרש. החילוט אינו מהווה ריבית, שכן הוא חל רק אם הלווה אינו עומד בפירעון.³³ יתר על כן: הצגת העסקה כמכר על תנאי הופכת

31 משנה, בבא מציעא ה, ג.

32 תוספתא, בבא מציעא ד, ב (מהדורת ליברמן 81). עוד ראו בבלי, מגילה כז ע"ב; שם, ערכין לא ע"א; שם, בבא מציעא סג ע"א. במקורות אלה הנוסח בפתחה שונה: "הרי שהיה נושה בחברו מנה".

33 בעניין החילוט ראו גם: תוספתא, בבא מציעא א, יז (מהדורת ליברמן 65); שם, שם יט 66. על בטוחה וחילוט, ראו: ש' לרנר "פדיון משכון לאחר מועד הפרעון (סעיף חילוט במשכון)" שנתון המשפט העברי ה' 155 (תשל"ח). יש הסוברים כי הבטוחה בנכסי דלא נידי הייתה הבטוחה היחידה שנהגה בגין חוב, ראו ספראי "לשאלת השתלבותה", לעיל ה"ש 1, עמ' 149. ברם, נראה כי היו בטוחות גם במטלטלין ('פרות'), כפי שיובהר בהמשך סעיף זה. ראו משנה, בבא מציעא ט, יג, המובאת להלן, וכן ראו תוספתא, בבא מציעא א, יט (מהדורת ליברמן 66): "המלוה את חברו על המשכון", ונראה שמדובר גם שם בהלוואה נגד מיטלטלין. ועוד ראו בעניין זה, חידושי הרמב"ן, בבא מציעא מח, ב,

את תוספת ערך השדה על סכום החוב לחלק ממחיר השדה, וכך אין היא ריבית, ונראה כי זו הייתה הסיבה להצגת הבטוחה כנכס שנמכר. משני המקורות עולה בבירור כי עד הפירעון עומד השדה לרשות המלווה כבטוחה בלבד, ברם המעמד המשפטי והפיזי של הבטוחה נראה שונה בשני המקרים.

שלוש בעיות עולות בהקשר למשנה ולתוספתא. האחת – בידי מי נמצאת הבעלות על הנכס המשועבד, השנייה – בחזקתו של מי נמצא השדה המשועבד, והשלישית – מי מעבד את השדה, וכתוצאה מכך אוכל גם את פירותיו? שאלה נוספת קיימת ביחס לעצם זכותם של המלווה והלווה כאחד לעבד או להוכיר את השדה בזמן שזה הועמד כבטוחה. נראה שלפחות ככל שהדובר במקורות אלה, אין בהם תשובה מדויקת לשאלות שהעמדנו. מהמשנה ניתן להבין רק כי אם לא ישלם הלווה את חובו בתוך מסגרת הזמן שהוסכמה בין הצדדים, תעבור הבעלות על השדה לידי המלווה. המשנה אינה מציינת במפורש בידי מי נמצאת החזקה על הנכס שהועמד כבטוחה, וכן אינה מתייחסת לבעיית השימוש וההנאה מפרות הבטוחה בשלב זה. לעומת זאת, התוספתא, המגדירה את העמדת הבטוחה כמכר, מתייחסת לנושא העברת הבעלות למלווה, וכן לבעיית ההנאה. קיימת בה מחלוקת: לפי הדעה הראשונה, עלומת השם, המקובלת כדעת חכמים, הלווה רשאי ליהנות מהפרות ואילו המלווה אינו רשאי. הדעה השנייה מיוחסת לרבי יהודה. הוא חולק על הדעה הראשונה וסבור כי שני הצדדים, המלווה והלווה, רשאים ליהנות מפרות הנכס המשועבד.³⁴ על פי דעה זו המלווה רשאי ליהנות מהנכס במשך כל זמן ההלוואה, אינו צריך להחזיר את ערך ההנאה מהשדה ללווה, או להקטין את קרן ההלוואה בשיעור ערך ההנאה. ייחוס הדעה השנייה לרבי יהודה מלמד שלפי מקור זה נדונה הבעיה לא יאחר מאמצע המאה השנייה, זמן פעילותו.

צורה זו של העמדת בטוחה, כפי שהיא מתוארת בתוספתא, מעבירה את הבעלות על הנכס שהועמד לבטוחה מהלווה למלווה. העברת בעלות במסגרת של בטוחה מוכרת מן העולם הרומי ומוגדרת שם כ-*fiducia*. העברת הבעלות נועדה למנוע את מכירת הנכס על ידי הלווה כל עוד לא נפרעה ההלוואה, ומצד שני לחזק את שליטתו של המלווה על הנכס מפני תביעות של צד שלישי. עם זאת,

ד"ה "ורבי יהודה"; שאל ליברמן תוספתא כפשוטה, זרעים, ב, למסכת שביעית, עמ' 587; לרנר, שם, עמ' 161. לנושא הבטוחה בקרקע ראו גם: Lapin, לעיל ה"ש 2, עמ' 193, וראו שם ה"ש 154.

34 הביטוי 'אוכל פרות' אינו מתייחס לאכילה בלבד אלא לכל הנאה מהשדה, כולל מכירת הפרות. סכום החוב אינו בהכרח זהה לסכום המשכון, אלא יכול להיות גבוה או נמוך ממנו. ראו תוספתא, שביעית ח, ה (מהדורת ליברמן 201): "המלווה את חבירו על המשכון, אע"פ שהחוב מרובה על המשכון, הרי זה אינו משמט". מכאן שהמשכון הוא בטוחה גם ביחס לשביעית, בין אם הוא שווה בערכו לסכום ההלוואה ובין אם לאו.

ראוי לציין כי המחוקק הרומי היה ער לעובדה שהעברת הבעלות היא זמנית ושזכותו של הלווה להחזיר את הבעלות אליו לאחר פירעון החוב, ולא אִפשר למלווה לקבל את החזקה המלאה על הנכס. בדרך זו ניתן היה לראות לווים שהעבירו בעלות על הנכס למלווים, אך הוסיפו להחזיק בנכס בפועל ולנצל, בהסכמת המלווים, במשך כל תקופת ההלוואה. עם פירעון החוב צריך היה המלווה לבצע פעולת העברת בעלות בחזרה ללווה. נראה כי היו מקרים שבהם לא שש המלווה לעשות כן, ועל הלווה היה לסמוך על רצונו הטוב של המלווה, או לתבוע אותו בבית הדין.³⁵

מהנושא הספציפי הנדון בתוספתא שהובאה לעיל עולה כי, לפי התפיסה המשפטית של חכמים, בשונה מהמשפט הרומי, גם החזקה על הנכס עברה לפעמים למלווה בדרך של מכר על תנאי, ולא רק הבעלות עליו. זאת מאחר ששאלת אכילת פרות השדה היא אקטואלית למעשה רק אם השדה נמצא בחזקת המלווה בעין. עם זאת, ניתן להבין מהתוספתא כי בנושא החזקה הפיזית בנכס היו גם מצבים שבהם זו נשארה בידי הלווה ('המוכר'). מסיבה זו המחלוקת בין חכמים ורבי יהודה אינה עוסקת בשאלה בחזקת מי נמצא השדה בתקופת ההלוואה אלא בשאלה מי זכאי ליהנות ממנו. מחלוקתם נוגעת בעקיפין גם לשאלה האם המלווה רשאי להוביר את הקרקע. לפי דעת חכמים, צריך כנראה המלווה להוביר את הקרקע, שהרי לטעמם אסור לו כלל ליהנות ממנה מחשש שהדבר ייראה כ'אבק ריבית', ואולי מותר לו לאפשר ללווה לעבד את הקרקע כל עוד רק הלווה נהנה מהפרות. רבי יהודה יאמר שהמלווה רשאי להובירה כשם שהוא רשאי לעבדה.

ב2 משכון

המשכון הינו בטוחה הנמסרת בפועל לחזקתו של המלווה בעת ביצוע ההלוואה והוא מחזיק בה עד לפרעונה. הבעלות על הנכס שנמסר כמשכון אינה עוברת למלווה, והיא נשארת בידי הלווה. גם צורה זו של בטוחה קיימת במשפט הרומי, והיא מכונה שם *pignus*. ההבדל העיקרי בין ה-*pignus* ל-*fiducio* הוא שהראשון מאפשר למלווה להחזיק בנכס המשועבד, אך לא בבעלות עליו.³⁶

35 ראו Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* 89-90, 149-153, 167-171, 196-198 (1962); Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law* 50-51 (1991); David Johnston, *Roman Law in Context* 90-94 (1999).

36 ראו לעיל במקורות הנזכרים בה"ש 35. על התייחסות החוק הרומי למעמדו של המשכון, ראו עוד Boaz Cohen, *Antichresis in Jewish and Roman law, in Jewish and Roman Law: a Comparative Study* 435-441, 453-454 (1966).

העובדה שקבלת משכון נתנה בידי המלווה את החזקה בנכס ואת הזכות ליהנות בתנאים מסוימים מפרותיו יצרה מצב שלא היה קיים למעשה הבדל בשטח בין מכר על תנאי לבין משכון, ושהשוני המהותי בין שתי שיטות הבטוחה היה רק במעמד המשפטי. מסיבה זו קשה להבחין במקורות התנאים והאמוראים כאחד מתי מדובר במכר על תנאי ומתי במשכון, ובוודאי במקומות שבהם נדונה שאלת זכות אכילת הפרות, שהייתה קיימת בשתי השיטות. דברינו בהמשך בנושא זה יתייחסו אפוא לשתי השיטות, גם אם ננקוט במונח 'משכון' (או 'משכנתא') או 'מכר על תנאי'.³⁷

במקרים רבים נמסר משכון במטלטלין ולא בנכס קרקעי. מצב כזה עשוי היה לקרות כאשר ערך האשראי היה נמוך ולא הצדיק מתן בטוחה בנדל"ן.³⁸ יתר על כן: לא כל לווה יכול להעמיד נכס או פרות כבטוחה לאשראי שהוא מקבל. הלווה הקטן או העני זקוק להלוואה למימון צריכה שוטפת, ואין בידו היכולת להעמיד בטוחה כלכלית. לעיתים הוא נאלץ למשכן את כליו הפרטיים.³⁹ גם אם יש לו קרקע הוא אינו נותן אותה בהכרח למלווה, אלא נותן לו כלי הקשור לקרקע כגון מחרשה.⁴⁰ כך משתמע מקבוצת כללים הנזכרים במשנה, והמיועדים להקטין את הפגיעה בחייו האישיים ובכבודו של הלווה.⁴¹

37 המושג 'משכנתא' מופיע רק בתלמוד הבבלי, ונראה כי הוא מתייחס למשכון. ברוב המקרים מיוחס המושג למשכון בנכס קרקעי, אך יש גם יוצאים מן הכלל, ראו בבלי, עבודה זרה עה ע"ב.

38 יש לזכור את הבעיה המתעוררת במקרה שהמשכון אבד. הדבר שנוי במחלוקת בברייתא בבבלי, בבא מציעא פא ע"ב [ומקבילה בבבלי, שבועות מג ע"ב]. רבי אליעזר סבור שאם אבד המשכון, אזי המלווה – הנחשב שומר חנים הפטור בגניבה ובאבדה – אינו מפסיד את ההלוואה, כי המשכון אינו אלא כסימן בידו כדי לזכור את החוב. לדעת רבי עקיבא, משכון המלווה משמש לצורך גבייה, ולפיכך אם אבד המשכון משמע שאבדו מעותיו של המלווה, ועל כן הלווה פטור מהחוב. אולם אם ההלוואה הייתה בשטר, שניהם מודים שהמלווה חייב להחזיר את ההלוואה כי הוא נחשב שומר שטר, שכן המשכון בשטר הוא לצורך גבייה ביד המלווה במידה שהחוב לא ייפרע. בהמשך הסוגיה שם, פב ע"א, הובאו דברי שמואל (שפעל בדור הראשון לאחר עריכת המשנה) ביחס להלוואה גדולה של כסף בסך אלף זוז, שכמשכון תמורתה ניתנה קת של מגל שערכה נמוך מאוד. שמואל סבר כרבי עקיבא ופסק שאף שאין התאמה בין החוב הגדול למשכון הקטן, הפסיד המלווה את מעותיו. מכאן דוגמא להלוואה רבת ערך ומשכון נמוך ערך.

39 על הלוואה כנגד משכון, ראו למשל אשר גולאק השטרות בתלמוד לאור הפפירוסים היוונים במצרים ולאור המשפט היווני והרומי 143-153 (רנן קצוף עורך, תשנ"ד) (להלן: גולאק השטרות בתלמוד).

40 מצב כזה ייתכן כאשר כבעלות הלווה שדה אחד בלבד, שממנו פרנסתו. במקרה כזה קיימת סכנה מוחשית שמסירת השדה כמשכון לידי המלווה תגרום לכריתת מטה לחמו של הלווה, ואז ודאי לא יוכל להחזיר את ההלוואה. הותרת השדה בידו ומסירת טובין אחרים כמשכון משאירה ללווה סיכוי להיחלץ ממצבו הכלכלי.

41 ראו משנה, בבא מציעא ט, יג, שם נאמר: "המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בבית דין,

עם זאת, ממקורות חז"ל משתמע שלווים רבים היו בעלי יכולת להעמיד נכסי גדל"ן כבטוחות למלווה. מצב זה נשמע כה תדיר עד שהוא משמש ברוב המקרים בסיס לדיון בערכה של הבטוחה ובחשיבותה לעסקה כולה.

העמדת נכס כמכר או כמשכון לחזקתו של המלווה נתנה יתרונות רבים למלווה, שהעיקרית היא היכולת למנוע במידה מסוימת דה-פקטו את מכירתו על ידי הלווה. יתרון נוסף הוא במקרה שקיימים מלווים נוספים המעוניינים לתפוס את אותו הנכס מכוח אחריות נכסים קודמת. החזקת הנכס על ידי המלווה קבעה גם למעשה שהמימוש, אם יגיע, יבוצע מהשדה הזה עצמו, שכבר מצוי בידו. אין להתעלם מהעובדה שקבלת שדה כמשכון עם סעיף חילוט מאפשרת למלווה לזכות גם ברווח נאה כתוצאה מההפרש שבין מחיר השדה לסכום ההלוואה. אין להוציא מכלל אפשרות שהמלווה כנגד המשכון מעוניין בשדה מלכתחילה, והוא מצפה שהלווה לא יוכל לפרוע את החוב. במקרה כזה ברור מדוע יבקש המלווה את הזכות לעבד את השדה ולאכול מפרותיו.

אפשרות אחרת היא שהאינטרס להעמיד את הבטוחה כמכר או כמשכון היא דווקא של הלווה. מצב זה ייתכן כשהלווה זקוק למזומנים בדחיפות, והוא רוצה למכור את השדה אך אינו מצליח למצוא קונה. באין ברירה מבקש הוא מהמלווה להעניק לו כנגד שדהו הלוואה, שאותה אין הוא מתכוון לפרוע. במקרה כזה המלווה מקבל שדה שאולי לא התכוון לרכוש בתחילה, אך הוא נהנה מהפרש המחיר שבין ערך השדה לסכום ההלוואה, וגם הוא יוצא נשכר.

התוספת שהבאנו⁴² מתייחסת לנושא ההנאה בתחום אחד בלבד: אכילת פרות. לא עולה בה שאלת אפשרות השכרת הנכס על ידי המלווה המחזיק במשכון, בין אם דמי השכירות יישארו כולם בידי המלווה (ואז ייחשבו לכל הדעות כריבית), או יזקפו כתשלום לזכות קרן החוב.⁴³ אפשרות זו מופיעה במשנה. נאמר בה בין השאר:

אבא שאול אומר: מותר אדם להשכיר משכונו של עני להיות פוסק עליו והולך, מפני שהוא כמשיב אבדה.⁴⁴

ולא יכנס לביתו לטול משכונו, שנאמר: 'בחוץ תעמוד'. היו לו שני כלים – נוטל אחד ומניח אחד. ומחזיר את הכר בלילה ואת המחרשה ביום... אלמנה, בין שהיא עניה בין שהיא עשירה, אין ממשכנין אותה... החובל את הרחים עובר בלא תעשה... ולא רחים ורכב בלבד אמרו, אלא כל דבר שעושים בו אכל נפש". וראו בעניין זה Lapin, לעיל ה"ש 2, עמ' 198-201.

42 תוספתא, בבא מציעא ד, ב, ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 32.

43 וראו דברי Cohen, לעיל ה"ש 36, עמ' 433-456.

44 משנה, בבא מציעא ו, ז.

אבא שאול פעל בדור שלאחר מרד בר כוכבא, בשנים 140-180 לספירה לערך.⁴⁵ כאן הוא מתיר השכרת משכון של עני לאדם שלישי בתנאי שההכנסות תשמשנה כהחזר על חשבון הקרן.⁴⁶ אם כן, ככל שמדובר בשימוש במשכון, היתרו של אבא שאול מצומצם ביותר, ואולי אף בוקע חלון היתר מצומצם לשימוש במשכון על ידי השכרתו. אך ההדגשה שמדובר בעני והשכרתו של המשכון לאחר מצמצמת מאוד את השימוש בו לכדי עניין ייחודי. כמו כן, מקרה העני עוסק במשכון של מטלטלין ואינו נותן מענה לבטוחה בנדל"ן, שהייתה המקור העיקרי להלוואות ולעסקאות באותה תקופה, ושבעיקר בסוגיה השונים יעסוק הדיון להלן.

שיטה שונה מזו של אבא שאול משתמעת מדברי בן דורו, רבי יהודה, בתוספתא הנזכרת: המלווה עצמו רשאי להשתמש במשכון ללא תמורה. עם זאת, ייתכן שדברי רבי יהודה יוחדו להלוואה עסקית של כל מי שאינו עני, בעוד שבעני הוא יודה לאבא שאול. חכמים חולקים כאמור על רבי יהודה, ושיטתם נראית קרובה יותר לאבא שאול. דעת חכמים מיוסדת על בסיס משפטי אחיד, שאין המלווה יכול ליהנות מהמשכון ללא תמורה, ולכן אינו רשאי להשתמש בו ללא תמורה או אף להשכירו לאחר כשמדובר בלווה עני. מכל מקום, לדור שלאחר מרד בר כוכבא יוחסו כנראה שתי גישות באשר להיתר השימוש במשכון, עם תמורה או בלעדיה.⁴⁷

מקרה גבולי ומורכב, שבו מקבל המלווה כבטוחה התחייבות עתידית שלו ללווה, מתואר במשנה:

המלווה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן

45 חנוך אלבק מבוא למשנה 230 (התשי"ט); Hermann Leberecht Strack, Introduction to the Talmud and Midrash 86 (Gunter Stemberger ed., Markus Bockmuehl trans., 1992).

46 המקבילה בתוספתא, בבא מציעא ז, יט (מהדורת ליברמן 102), מדגישה שהיתר ההשכרה הוא דווקא לעני ולא לעשיר, כדי שהתמורה תנוכה מהחוב. גם התלמוד הבבלי ממשיך קו זה של אבא שאול בפסיקה משפטית בשם שמואל, ראש ישיבת נהרדעא בדור הראשון לאמוראי בבלי: "הלכה כאבא שאול", ראו בבלי, בבא מציעא פב ע"ב. לאחר מכן מצמצם התלמוד (המאוחר יותר) הלכה זו, בקובעו שאבא שאול לא אמר את דבריו "אלא במרא ופסל וקרדום, הואיל ונפיש אגרייהו וזוטר פחתייהו". כלומר, שדברי אבא שאול מתייחסים רק למצב שבו ערך המשכון אינו פוחת מערכם של כלי עבודה כאת, אזמל וקרדום. יש לציין שבהמשך, בדיון בשיטת חכמי בבלי, יובא מקור מהבבלי (בבלי, בבא מציעא סג ע"א) שלפיו שמואל הכיר שתי דעות ביחס לאכילת פרות המשכון, זו של חכמים וזו של רבי יהודה, ולא הכריע ביניהן. כאן נאמר שהוא פסק כאבא שאול, שדומה שהוא נוטה יותר לשיטת חכמים, אף כי ניתן לתאם את שיטותיהם כאמור בטקסט כאן.

47 Cohen רואה בדברי אבא שאול את תחילתו של תהליך הפשרה בעמדת חכמים כלפי שימוש של המלווה במשכון, Cohen, לעיל ה"ש 36, עמ' 436-437. אך דומה שרבי יהודה בן דורו הרחיק לכת יותר.

– מפריש עליהן בחזקת שהן קימין, ואינו חושש שמא מת הכהן או הלוי או העשיר העני.⁴⁸

המקור מתאר הלוואה לכהן, ללוי או לעני על תנאי שהמלווה יפדה אותה מתוך תרומה או מעשרות המגיעים להם. המלווה רשאי למכור את התרומה לכהן אחר, את המעשר השני (למעט תרומת מעשר) ואת מעשר העני לכל אדם, ולעכב בידו את התמורה, כשמשמעות הדבר הפיכת התרומה לפירעון ההלוואה. המשנה מאפשרת ביצוע עסקת אשראי כזאת גם אם עזבו הכהן, הלוי או העני את המקום וכאשר אין ידיעה ברורה על גורלם. היכול המיועד לתרומה או למעשרות, והמוחזק בידי המלווה, משמש אפוא כמשכון בידו.

ג2 אפותיקי

סוג נוסף של בטוחה, הדומה למכר או למשכון מצד אחד, אך שונה מהם מהותית, הוא כאמור האפותיקי.⁴⁹ הוא נזכר בספרות חז"ל מעט פעמים יחסית למשכון, וייתכן שהיה פחות נפוץ.⁵⁰ ההבדל העיקרי בין מכר או משכון לאפותיקי הוא שבמקרה של העמדת בטוחה לרשות מלווה בתנאי אפותיקי, אין הנכס המשועבד נמסר בפועל לידי המלווה. הוא נשאר בידי הלווה ויעבור למלווה רק אם הלווה לא יפרע את ההלוואה במועדה. המלווה מחזיק בידו את שטר השעבוד בלבד. במשפט הרומי מוכר ה-*hypotheca* כבטוחה שאינה כוללת העברת בעלות וגם לא מסירה של החזקה בפועל בנכס למלווה. בטוחות שניתנו ברומא בשיטה זו אפשרו ללווה להעמיד את אותו נכס עצמו גם כ-*hypotheca* שנייה לאחרים.⁵¹

48 משנה, גיטין ג, ז.

49 מקור המלה 'אפותיקי' הוא ביוונית, *ὑποθήκη* ומשמעה שעבוד, ראו Samuel Krauss, Griechische und Lateinische Lehnwörter im Talmud, Midrasch und Targum, vol. 2, 102 (1899); Michael Sokoloff, A Dictionary of Jewish Palestinian Aramaic 69 (1991).

50 נראה כי העובדה שהמקורות להלן מתארים מצבים של מכירת נכס משועבד בניגוד להסכם, מעידה כי האכיפה בתחום זה לא הייתה קלה, ונראה כי זו הסיבה שרוב הבטוחות, וממילא רוב הדיונים בנושא זה במקורות, נעשו בדרך של משכון. ראו מירון ביאליק לרנר "פירושים וחידושים במכילתא דרשב"י לפרשת יתרו" יהודים ויהדות בימי בית שני, המשנה והתלמוד 372-388 (אהרן אופנהיימר, ישעיה גפני ומנחם שטרן עורכים, התשנ"ג). על שטר שיש בו אפותיקי מארכיון בבתא בת שמעון, וראו גם: שם, עמ' 387-388. על האפותיקי בתקופה ההלניסטית-רומית, בעיקר במצרים, ראו Jacob Johanan Rabinowitz, Jewish Law: Its Influence and the Development of Legal Institutions 42-47, 171-178 (1956). גולאק השטרות בתלמוד, לעיל ה"ש 39, עמ' 77-85, 151-351. וכן ראו לעיל המקורות בה"ש 33.

51 הסדר זה מקובל לכנות בימינו 'משכנתא שנייה'. וראו Watson, לעיל ה"ש 35, עמ' 51-52.

במשנה נאמר:

עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושחררו, שורת הדין אין העבד חייב כלום, אלא מפני תקון העולם כופין את רבו ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על דמיו. רבן שמעון בן גמליאל אומר אינו כותב אלא משחרר.⁵²

האדון לווה כסף מאחר והתחייב בשטר אפותיקי שהמלווה יקבל את העבד אם לא יפרע את ההלוואה במועד. לפני מועד פירעון ההלוואה שחרר האדון-הלווה את העבד, אך מפני תקון העולם, וכדי שלא יוכל המלווה לתפוס את העבד לשעבר מכוח האפותיקי, כופים את המלווה לשחררו, והעבד מתחייב לשלם למלווה את ערכו, אילו היה נמכר, מתוך שכרו שיקבל כאדם חופשי. רשב"ג חולק, וסובר שהאדון הראשון, הלווה, הוא זה שיכתוב שטר חוב למלווה על סכום ההלוואה שהוא חייב לו כדין, ושאת הבטוחה שנתן עבורה ביטל בשחררו את העבד. לדעתו אין העבד המשוחרר חייב למלווה מאומה. משנה זו היא היחידה המזכירה בטוחה זו של אפותיקי.⁵³

אזכור נוסף של אפותיקי מופיע בתוספתא:

המלוה את חברו על המשכון, או בשטר שיש בו הפותיקי, הרי זה אינו משמט.⁵⁴

המשכון והאפותיקי נזכרים זה בצד זה כחלופות, וברור כי יש הבדל ביניהם. עסקת האפותיקי מורחבת במקור זה מעסקה ספציפית הקשורה לעבד לעסקת הלוואה רגילה. עובדה נוספת בולטת בתוספתא זו היא הצמדת עסקת האפותיקי לעסקה הרשומה בשטר דווקא. ספק אם ניתן ללמוד מעובדה זו כי המאפיין העיקרי של עסקת האפותיקי הוא קיומה בשטר, לעומת משכון שתנאי שעבודו נקבעים בעל פה. נראה כי בכל המקרים צריך היה להיכתב שטר על עצם ההלוואה ותנאיה, שסעיף השעבוד הוא חלק ממנו, או שהוא מופיע בשטר נפרד. העובדה שהשטר מודגש בעסקת אפותיקי נובעת מעצם מהותה של עסקה זו, שבה אין המלווה מחזיק בידו את הנכס, והדבר היחיד המוכיח את זיקתו לנכס, אם לא יוחזר החוב, הוא השטר. האפותיקי שימש כבטוחה גם בכתובת אישה, בעוד שהנכס המשועבד נשאר ביד הבעל.⁵⁵ הדבר בולט בתוספתא, שם נאמר:

52 משנה, גיטין ד, ד.

53 עוד ראו ירושלמי, פסחים ב, ב (כט, ע"א, 508 מהדורת האקדמיה ללשון העברית); שם, יבמות ז, א (ח, ע"א, 861 מהדורת האקדמיה ללשון העברית); שם, גיטין ד, ד (מה, ע"ד, 1069 מהדורת האקדמיה ללשון העברית); בבלי, גיטין מ ע"ב; שם, בבא קמא יא ע"ב; שם, לג ע"ב; שם, בבא בתרא מד ע"ב. בתלמוד הבבלי מרחיב רבא את האפותיקי גם לבהמה, בבלי, בבא קמא יב ע"א.

54 תוספתא, שביעית ח, ו (מהדורת ליברמן 201).

55 תוספתא, בבא בתרא ז, טו (מהדורת ליברמן 156).

מכרה כתובתה, משכנה כתובתה, עשת כתובתה הפותיקי – אבדה מזונותיה. ר' שמעון אומר: אפי' [לן] מכרה מקצת, אפי' [לן] משכנה מקצת, אפי' [לן] עשת מקצת כתובתה הפותיקי – אבדה מזונותיה.⁵⁶

יש להבחין שלא מדובר במקור זה בשדה שנעשה אפותיקי על ידי הבעל או על ידי אביו לטובת האישה. מדובר כאן בהתחייבות רגילה שנרשמה בכתובה, שיכולה הייתה להיות כסף מזומן, עבדים, חפצים או נכס קרקעי. מובן שאין לאישה כל זכות בכתובה אם לא חלו האירועים המצדיקים העברת כתובתה אליה, כלומר: הביצוע בפועל יתקיים, אם בכלל, אי שם בעתיד. התוספתא מונה שלוש צורות של ויתור מלא או חלקי על הכתובה: מכר, משכון ואפותיקי. אף כאן משתמע שמשכון ואפותיקי אינם זהים, ולפי דרך הבאתם מסתבר כי מידת הוויתור מתוארת בהדרגה, מן החמור אל הקל יותר. דבר זה עשוי להסביר שמשכון נתפס כוויתור גדול יותר, עקב העובדה שהנכס מצוי ביד המלווה משעת הלוואה ואילו נכס אפותיקי נשאר בידי הבעלים. במקור זה האישה ניסתה להעביר את הזכויות האמורות בכתובה לצד שלישי בדרך של מכירה, משכון או אפותיקי. ברור שהאישה אינה יכולה להעביר בפועל לצד שלישי את הנכסים המופיעים בכתובתה, מכיוון שאלה אינם מצויים בידה, אלא את הזכות הפוטנציאלית לאותם נכסים, ומאליה עולה הבעיה מה ההבדל במקרה כזה בין שלוש האפשרויות הנזכרות. נראה כי שטר הכתובה עצמו היווה נכס וכי בידי האישה הייתה האפשרות לבחור באחת משלוש. או למכרו, תוך העברת השטר באופן בלתי חוזר ובלתי מותנה לידי הקונה, או למשכנו, על ידי העברת השטר למלווה תוך התחייבות מצדו להחזירו אם ייפרע החוב, או להעמידו כאפותיקי, על ידי כתיבת מסמך שעבוד הקובע כי אם לא ישולם החוב יועבר שטר הכתובה, שנשאר עד כה בידי האישה, למלווה. גם בהלכה זו נזכר חכם שפעל בדור שלאחר מרד בר כוכבא. רבי שמעון, בן הדור, חולק על הדעה הנזכרת ומחמיר בדין האישה שמכרה אפילו מקצת מהנכסים המפורטים בכתובתה.

אחת השאלות הקיימות ביחס לאפותיקי, ולגבי בטוחה מוגדרת בכלל, היא האם ייחוד הנכס מחייב גבייה רק מהנכס עצמו, או שמא יש אפשרות גבייה מנכסים אחרים של הלווה או המתחייב.

בתוספתא נאמר:

רבן שמעון בן גמליאל או' [מר]: העושה שדהו הפותיקי לכתובת כלתו, ידה על העליונה, רוצה גובה ממנו, רוצה גובה משאר נכסים.⁵⁷

56 תוספתא, בבא בתרא יא, א (מהדורת ליברמן 92).

57 תוספתא, כתובות יב, ג (מהדורת ליברמן 96).

המקור מיוחס לרבן שמעון בן גמליאל, שפעל סביב מחצית המאה השנייה, בדור שלאחר המרד. האפותיקי כאן הוא סעיף בכתובה שבו העמיד אבי החתן את עצמו כערב להתחייבות בנו בכתובה, ואף שעבד לזכותה באפותיקי שדה שנשאר בידיו עד הגבייה. לדעת רבן שמעון בן גמליאל (רשב"ג) הגבייה מיועדת אמנם להיעשות מהנכס המשועבד כאפותיקי, כי הוא יוחד לבטוחה, אך האישה יכולה לגבות גם מנכס אחר של האב או של הבן. כלומר, האפותיקי אינו שולל אפשרות גבייה מנכסים אחרים.⁵⁸ קביעה זו מעמידה את אחריות הנכסים הכללית מעל ובנוסף לשעבוד הבטוחה המוגדרת. ניתן לקבוע על פי מקור זה כי לדעת רשב"ג האפותיקי נועד להבטיח פירעון ההתחייבות, כל עוד מעוניין בכך הצד המחזיק בבטוחה, וזכותו היא לנצל את האפשרות לממש כל בטוחה אחרת שתהיה זמינה במועד הפירעון.

לא כך משתמע ממקור אחר בתוספתא, שם נאמר:

אבי הבן שנעשה ערב לכתובת כלתו, אם יש שם נכסים לבן גובין משל בן, ואם לאו גובין משל אב. עשה האב בית או שדה הפותיקי לכתובת כלתו בין כך ובין כך גובין מהן.⁵⁹

מקור זה מציג שתי אפשרויות של בטחונות מצדו של אבי החתן. במקרה הראשון נעשה האב ערב לכתובה שנתן בנו, אך לא שעבד נכס ספציפי. במקרה כזה, אם יגיע מועד פירעון הכתובה ימומשו קודם נכסים של הבן, אך אם אין לו נכסים, או שנכסיו אינם מכסים את כל ההתחייבויות שבכתובה, ימומשו הזכויות או יתרתן מנכסים של האב, וזאת מכוח אחריות הנכסים הכללית. במקרה השני מתואר מצב שבו העמיד האב נכס מוגדר כאפותיקי, כמו שתואר במקור הקודם. על פי התוספתא הזאת, הבית או השדה, שהם אפותיקי, ולא הועברו לחזקת הכלה עם מתן הערבות, משמשים כבטוחה יחידה בלבד ורק ממנה האישה גובה, זאת בשונה מדעת רבן שמעון בן גמליאל שבמקור הקודם. סביר להניח כי גם לדעת חכמים, כפי שזו באה לידי ביטוי בתוספתא זו, אם מסיבה כלשהי לא ניתן לגבות מהאפותיקי, או אף אם ניתן לגבות מהנכס שהועמד כאפותיקי אך ערכו של הנכס ירד במשך הזמן ולא יכסה את מלוא ערך החוב, תתקיים הגבייה משאר נכסים. על פי הנחה זו יש לממש קודם לכול את הנכס המשועבד, ורק אם תישאר יתרת חוב שלא נפרעה ימומשו נכסים נוספים, וזאת מכוח אחריות הנכסים הכללית.⁶⁰

58 למקבילות ראו בבלי, בבא קמא צו ע"א; שם, בבא מציעא טו ע"ב; שם, סו ע"ב; שם, קי ע"ב.

59 תוספתא, כתובות ד, יד (מהדורת ליברמן 69).

60 במצב של מכר על תנאי בעיה זו אינה מתעוררת. זאת משום שהנכס מצוי בחזקת המלווה מיום מתן ההלוואה ועד המועד שנקבע לפירעון, כך שאם לא שולם החוב עסקת האשראי הופכת למכר גמור, וזאת למפרע מיום מתן ההלוואה, מכיוון שהייתה

נראה כי קיימת דעה שלישית בנושא זה של הגבייה משאר הנכסים שניתן למקמה בין דעתו של רשב"ג לבין דעתם של חכמים. בתוספתא נאמר:

המלוה את חבירו על גבי חבלה ואבדה חבלה – גובה משאר נכסים. אם אמ'ן] לו: על מנת שאין לך פרעון אלא מזו – אין גובה משאר נכסים. העושה שדהו אפותיקי לכתובת אשתו ושטפה נהר – גובה משאר נכסים. אם אמ'ן] לה על מנת שאין לך פרעון אלא מזו – אין גובה משאר נכסים.⁶¹

המקרה הראשון עוסק בהלוואה תמורת חבילת סחורה שטרם הועברה לחזקתו של המלווה, שהיא כעין אפותיקי. גם המקרה השני דומה: העושה אפותיקי על שדה לכתובת אשתו. בשני המקרים פוסקת התוספתא כרבן שמעון בן גמליאל, ואולי גם כדעת חכמים במקרים מסוימים של אונס: אם לא ניתן בדיעבד, מחמת אונס, לגבות מנכס האפותיקי במלווה או בכתובה, הגבייה תיעשה משאר נכסים. החידוש בתוספתא הוא שאם הוסכם בין הצדדים מראש שהגבייה תהיה אך ורק מהנכס המשועבד, אין אחריות הנכסים הכללית תקפה, ולא ייגבה ההפרש משאר נכסים.

מקור נוסף שבו נזכרת בטוחה באפותיקי, ושוב בקשר לכתובת אישה, רומז על תשובה לשאלה חשובה ביותר הקשורה לזכותו של מחזיק במשכון ליהנות מפרות המשכון, עם או ללא תמורה. כאמור, קיימת מחלוקת בתוספתא⁶² בין רבי יהודה, המאשר לשני הצדדים, כולל המלווה, לאכול את פרות המשכון וללא תמורה, ובין חכמים, שלדעתם אין המלווה רשאי לאכול מפרות המשכון, ואם אכל – הוא חייב לשלם את מחירם ללווה. עד כה לא צוין אם לפי חכמים יש מקום לנכות הוצאות עיבוד השדה מהסכום שהמלווה חייב לשלם ללווה בגין הפרות שאכל. בתוספתא נאמר:

ירדה לשדה העשויה הפותיקי ואכלה והוציאה הוצאות, שמין לה מה שאכלה ושמין לה מה שהוציאה.⁶³

בעסקה זו פעולת משיכה. לכן אין זה משנה אם ערכו של הנכס ירד עם הזמן, שהרי השדה ברשות המלווה. פחות ברור מה יהיה הדין כשמדובר בנכס שנמסר כמשכון, כאשר לא הותנה בין הצדדים כי הנכס יכסה את מלוא ההלוואה גם אם ירד ערכו. 61 תוספתא, כתובות י"א, ח (מהדורת ליברמן 94-95). הנושא נדון יותר בהרחבה במקבילה בבבלי, גיטין מא ע"א. שם הובאו שתי ברייתות דומות לתוספתא, כאשר בברייתא השנייה רשב"ג חולק חלקית על העיקרון, וסבור שאישה אינה גובה משאר נכסים עקב בושטה. אולם, אף לפי רשב"ג הנכס אינו מוחזק בידי האשה אלא בידי הבעל. כלומר, נכסים שהם אפותיקי אינם עוברים פיזית לידי המלווה אלא מהווים בטוחה וירטואלית גרידא. וראו שאול ליברמן תוספתא כפשוטה חלק ו, נשים, לכתובות 372 שורות 24-25 (התשכ"ז).

62 תוספתא, בבא מציעא ד, ב (מהדורת ליברמן 81).

63 תוספתא, כתובות י"א, א (מהדורת ליברמן 92).

דעת המקור עשויה להתאים רק לדעתם של חכמים במחלוקת, שהרי לרבי יהודה האישה יכלה לקבל את פרות השדה אם ירדה אליו. אמנם האישה ירדה לשדה שלא כדין, שהרי נכס האפותיקי, שלא כבמשכון, נשאר ביד המתחייב. אך ייתכן שבמקרה זה גם חכמים יודו שאם בכל זאת עיבדה את השדה ואכלה מפרותיו, יש לחייב אותה רק בהפרש שבין ערך הפרות שאכלה לבין ההוצאות שנגרמו לה עקב העיבוד.

מכאן שאישה שאכלה פרות בנכס שהוא אפותיקי, למרות שהיא אסורה בהן, הקלו חכמים בדינה ואישרו את ניכוי הוצאות העיבוד, וכל שכן אם מלווה ירד לשדה שנמצא בחזקתו כמשכון, ורשאי הוא מן הדין לרדת אליו ולאכול מפרותיו בכפוף לתשלום, יקבל החזר הוצאות ואולי אף יותר מכך. האזכור החוזר של בטוחה באפותיקי, כשמדובר בהבטחת פירעונה של כתובת אישה, מלמד על אחת הסיבות החשובות להעדפת אפותיקי במקרים מסוימים. אכן, כתובה היא התחייבות, אך בניגוד להתחייבויות אחרות אין בה זמן פירעון מוגדר. יתר על כן, בשעת מסירת הכתובה מקווים שני הצדדים שהכתובה תמומש רק עם מות הבעל, וברור שהכוונה היא: מאוחר ככל שיהיה. ברור לכול כי אין במצב זה כל היגיון שהבעל ימסור את החזקה על הנכס מראש לידי האישה, ולכן משכון אינו בא בחשבון.

מובן שיכולות להיות סיבות נוספות להסכמת המלווה לקבל את הבטוחה בדרך של אפותיקי ולא בדרך של משכון. לדוגמה: מצב שבו הלווה מתפרנס מהנכס, ומסירת החזקה בו לידי המלווה תמנע ממנו את החזרת ההלוואה; או כאשר הלווה ביקש את ההלוואה לצורך פיתוח הנכס המשועבד עצמו, או אפילו במקרה הפשוט של לווה חזק שיכול להשיג את המימון הדרוש לו ממקורות אחרים, ולכן יכול הוא להכתיב למלווה את תנאי השעבוד.

הצגנו אפוא שלוש אפשרויות לקביעת בטוחה מוגדרת מנכסי החייב לזכותם של הבעל, האישה או או המלווה. ברם, המשנה אינה נותנת לזכאי את הבטחון המלא כי יוכל לממש את זכותו מהנכסים שהוגדרו:

אין נפרעין מנכסים משעבדים במקום שיש נכסים בני חרין, ואפילו הן זיבורית. אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית.⁶⁴

משנה זו מבטלת לכאורה את היתרון הנזכר של הבטוחה המוגדרת, שכן היא מחייבת לממש תחילה רק נכסים בני חרין. מצב זה מחייב בחינה מחדשת של המושג 'נכסים משועבדים'.

על פי הפרשנות המקובלת, נכסים משועבדים הם נכסים שנמכרו על ידי הלווה או הבעל לצד שלישי. הצעתנו היא שהמושג מתייחס גם לנכסים שהועמדו כבטוחה לאישה או למלווה, אך בטרם הגיע מועד המימוש נמסרו על ידי הבעל או הלווה כמשכון או כאפותיקי לצד שלישי. אם נקבל אפשרות זו, הרי שכל נכסי הבעל או הלווה אכן אחראים באופן כללי לתשלום הכתובה, כולל אם אחד או חלק מהם ניתנו כבטוחה מוגדרת למלווה או לאישה. אלה מצידם זכאים בכל מקרה לממש את זכותם מהנכס שהוגדר כמשועבד להם. ברם, אם נותרה יתרה לתשלום אחרי מימוש הנכס, רשאי הזכאי, המלווה או האישה, לממש את הזכות מנכסים אחרים של הלווה או של הבעל, קודם מנכסים בני חורין, ורק אם אלה לא יספיקו – מנכסים משועבדים לצד שלישי. אם לא הוגדרו במפורש נכסים באפותיקי לטובת האישה או הלווה, רשאים זו או זה לממש מכל נכס של החייב, אך קודם לכול רק מנכסים שלא נמכרו או שועבדו בינתיים לצד שלישי. בכל מקרה, המלווה או האישה זכאים לטרוף גם נכסים ששועבדו או נמכרו לצד שלישי, בתנאי שאין בידי החייב נכסים בני חורין במידה מספקת לכיסוי ההתחייבות.

סיכום ימי המשנה מלמד שחכמי התקופה הכירו את נושא הבטוחות העסקיות ודנו בכמה צורות שלהן. הבטוחות שהוצגו עד כאן הן אחריות נכסים כללית, שהיא בטוחה שאינה מוגדרת, ושלוש בטוחות מוגדרות: מכר על תנאי, משכון ואפותיקי, שתופסות את עיקר תשומת לבם של חכמי ההלכה בימי המשנה. מסתבר שהייתה מחלוקת בעיקר ביחס לשליטתו של המלווה בבטוחה שקיבל עבור הלוואתו, וכן בבעיה האם רשאי היה ליהנות מהבטוחה לפני הפירעון, ואם כן, האם הנאתו הייתה ללא תמורה. הנושאים הללו היוו מסד לדיונים, וגם המשכו להיות עיקר לאותם דיונים בנושאי הבטוחות של חכמי תקופת התלמוד שפעלו בתקופה שלאחר המשנה. חכמים אלה אף הכריעו בבעיות והרחיבו את הכיוונים ואת מסגרות הבטוחות, שהיו בהדרגה למכשיר יותר משוכלל ומורכב שיסודו נבע מהחשש של ריבית, ובעיקר של אבק ריבית, והם יידונו עתה.

ב תקופת התלמוד

1 מי אוכל פרות?

בתקופת התלמוד התפתחו שני כיוונים שונים ביחס לבטוחות בהלוואות. בארץ ישראל, המחלוקת שבתוספתא בין חכמים לרבי יהודה בשאלת זכות אכילת הפרות נותרה ללא הכרעה עד אמצע תקופת התלמוד. בדור השלישי לתלמוד, סביב שנת 300 לספירה, נפלה ההכרעה כדעת רבי יהודה, שהתיר למלווה המחזיק בנכס ליהנות מפרותיו.

הירושלמי מביא את המחלוקת בין חכמים לרבי יהודה, ולאחר מכן מביא שלושה חכמי תלמוד מרכזיים מהדור הראשון והשני המנמקים את דעת רבי יהודה, רבי יוחנן ורבי אלעזר בני הדור השני, ורבי הושעיה בן הדור הראשון לתלמוד. לשיטתם גם רבי מאיר סובר כדעת רבי יהודה.⁶⁵

לאחר מכן הירושלמי מביא סיפור:

אמר רבי אידי: כשעליתי מהגולה מצאתי מעשה לפני רבי אמי, הרי זו כמין רבית ואינה רבית. אמר רבי חזקיה לא אמרו אלא זו רבית שהתירה התורה, כאן התורה התירה אך במקום אחר לא. אפילו כן לא השגיח רבי אמי, אמר: הבית עם הדייר דר.⁶⁶

הירושלמי הביא אפוא את המחלוקת בתוספתא ללא הכרעה. גם חכמים מהדור הראשון והשני של ימי התלמוד הטעימו את דעת רבי יהודה ואף מצאו לו חבר, את רבי מאיר, לעומת חכמים אחרים המצטרפים לדעת חכמים החולקים על שני אלה. רק במחצית תקופת התלמוד הגיעה ההכרעה. הובא המעשה שפסק רבי אמי, מראשי חכמי טבריה בדור השלישי לתלמוד, שפעל בין השנים 280-320 לספירה לערך,⁶⁷ שהמלווה ראוי ליהנות מהבטוחה כמו בבתי ערי חומה, והנאתו אינה ריבית. על כך ערער בפניו תלמידו חזקיה, דור רביעי, שהדין כן רק בבתי ערי חומה, ורבי אמי דחה אותו וחיזק את טיעונו שהדייר תורם לשיפוץ הבית ולא רק נהנה ממנו. בכך נשאר הירושלמי בדעתו שיש היתר למלווה ליהנות מהמשכון כדעת רבי יהודה. מכאן שזו הדעה שרווחה בין חכמי ארץ ישראל עד שלהי תקופת התלמוד.

אמנם ממקור נוסף בתלמוד הירושלמי משתמעת לכאורה אי התאמה למסקנה זו. התלמוד מתייחס למשנה שהביאה את דברי אבא שאול הנזכרים: "מותר אדם להשכיר משכונו של עני להיות פוסק עליו והולך".⁶⁸ מעיר על כך סתם הירושלמי: "הדה אנטיכריסיס ריבית היא" [=זה האנטיכריסיס הוא ריבית].⁶⁹ זה מונח משפטי יווני ידוע שהיה בשימוש בעולם הרומי, והוא מציין את אכילת פרות המשכון על ידי המלווה. הירושלמי אומר שמחזיק המשכון שאוכל מפרות המשכון, של מטלטלין במקרה זה, ואינו מנכה מהחוב, הריהו כמקבל ריבית

65 ירושלמי, בבא מציעא ה, ב (י, ע"ב, 1227 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

66 שם.

67 על רבי אמי ומעמדו, ראו חנוך אלבק מבוא לתלמודים 227-228 (התשכ"ט) (להלן: אלבק מבוא לתלמודים); Stuart Shaul Miller, Sages and Commoners in Late Antiquity; Erez Israel: A Philological Inquiry Into Local Traditions in Talmud Yerushalmi index: Names, s.v. R. Immi (2006).

68 ירושלמי, בבא מציעא ו, ו (יא, ע"א, 1232 מהדורת האקדמיה ללשון העברית).

69 שם.

קצוצה.⁷⁰ סתם הירושלמי בסוגיה זו סבור אפוא כי אין אכילת פרות המשכון ללא תמורה, ושלא כמשתמע מדברי רבי אמי במקור הקודם. ברם, מקרה זה עוסק במטלטלין, ולא בנדל"ן כבמקרה שבא לפני רבי אמי, ובעיקר דובר כאן על אכילת פרות ממשכון של עני, כפי שהדגיש אבא שאול במשנה הנזכרת. כלומר, האנטיכריסיס מתמקד בהלוואה מחמת מצב כלכלי ירוד, עוני, ועל כן נדרשת תמורה לאכילת פרות מהמשכון. אך אפשר שבהלוואות עסקיות הרגילות אין מגבלה זו קיימת גם לפי מקור זה, עקב היות ההלוואה בגדר עסקה מסחרית לכל דבר ולא בגדר הלוואה לנצרך לה מתוך עוניו. כך גם בהלוואות עם משכון שהוא נדל"ן. אפשר שבמקרים אלה אף סתם הירושלמי לא התכוון לאנטיכריסיס, ושיודה שאין דינה ככזה.

בעוד שבארץ ישראל נהגו בבתי הדין של השלטון ברוח החוק הרומי, הרי שהפסיקה בבבל נעשתה ברקע חוקי השלטון הפרסי-סאסאני. שלטון זה חייב את המלווה-המחזיק לעבד את האדמה שנמסרה לו כמשכון ואף להשביח אותה, ובמקביל הכיר בזכות המלווה לאכול מפרות הנכס המשועבד עד לכיסוי סכום הריבית המקובלת שהיה עליו לקבל, בתוספת פיצוי על השקעתו בטיפול בנכס ובהשבחתו.⁷¹ גם מהתלמוד הבבלי משתמע שהיו שני שלבים בפסיקה בנושא אכילת פרות המשכון, עד אמצע תקופת התלמוד, ומשם ואילך. מהדור הראשון עד הרביעי לא הייתה הכרעה בין חכמים לרבי יהודה. בדור הרביעי ואילך החל תהליך של החמרה כדעת חכמים, בכיוון הפוך מזה של חכמי ארץ ישראל.

כך בבבלי:

ושמואל אמר: הא מני [=זאת היא דעת הברייתא שהובאה קודם בשם רבי הושעיה, כדעת] רבי יהודה היא, דאמר: צד אחד ברבית מותר. דתניא: הרי שהיה נושה בחבירו מנה, ועשה לו שדהו מכר, בזמן שהמוכר אוכל פירות – מותר, לוקח אוכל פירות – אסור. רבי יהודה אומר: אף בזמן שהלוקח אוכל פירות – מותר. אמר להם רבי יהודה: מעשה בביתוס בן זונין שעשה שדהו מכר על פי רבי אלעזר בן עזריה, ולוקח אוכל פירות היה. אמרו לו: משם ראייה? מוכר אוכל פרות היה, ולא לוקח. מאי בינייהו? אמר אביי: צד אחד ברבית איכא בינייהו. רבא אמר: רבית על מנת להחזיר איכא בינייהו.⁷²

70 לנוסח קטע זה ופירושו, ראו רוזנטל, לעיל ה"ש 29, עמ' 69, 165 שורה 51. יש להצביע על הבעייתיות הקיימת במיקום הקטע בתלמוד. כך גם רמז ליברמן, בהביאו את פירוש רבי מנחם המאירי בבית הבחירה לקטע זה, כאשר פירושו מתייחס לעניין אחר במשנה שאינו שייך כלל לנושא המשכון.

71 ראו Jamsheed K. Choksy, *Loan and Sales Contracts in Ancient and Early Medieval Iran*, 31 *Indo-Iranian Journal* 191, esp. at pp. 203-204 (1988).

72 בבלי, בבא מציעא סג ע"א.

שמואל, מהדור הראשון בבבל, סבור אפוא שהיו עוד חכמים שנקטו כדעת רבי יהודה בתוספתא. למקור זה יש שתי מקבילות בבבלי שהביאו את התוספתא הנזכרת כפי שהיא מובאת כאן. האחת בבבלי, מגילה כז ע"ב, שם נאמר שרבי יוחנן סבור שגם רבי מאיר סובר כדעת רבי יהודה בתוספתא. השנייה בבבלי, ערכין לא ע"א, שם אמר רבי יוחנן שיש דעה נוספת, שהיא ברייתא, הסבורה כדעת רבי יהודה. כלומר, בשתי המקבילות הובאה דעת רבי יוחנן, החכם התלמודי החשוב בארץ ישראל בדור השני של תקופת התלמוד. לדעתו, יש חכמים נוספים שסברו כדעת רבי יהודה. מכאן שדעות אלה קדמו לדור שבו פעל רבי יוחנן. בכך מצטרף החכם הארצישראלי לשמואל, החכם הבבלי, שאף הוא סבור שהיו דעות תנאים נוספות כדעת רבי יהודה. מקור זה מחזק, כפי שצוין למעלה, בדיון על הירושלמי, את המסקנה שחכמי בבל וארץ ישראל סברו בחלקה הראשון של תקופת התלמוד שיש בעניין זה שתי דעות, של חכמים ושל רבי יהודה.

שינוי העמדות בבבל ניכר בחלק האחרון של המקור המצוטט מהבבלי,⁷³ וכן בשתי מקבילותיו הנזכרות. הובאו בהם שני החכמים הבולטים בדור הרביעי בבבל, אביי ורבא, והם נחלקו במה חולקים רבי יהודה וחכמים. לדעת אביי נחלקו אם צד אחד בריבית מותר, כדעת רבי יהודה, או אסור, כדעת החכמים. אביי סבור שרבי יהודה מתיר למלווה ליהנות מהמשכון, ובכך הוא ממשיך את המסורת הפרשנית שקדמה לו.⁷⁴ לעומתו, רבא סבור שאף רבי יהודה מודה שאסור למלווה ליהנות מהמשכון, אלא שהוא מאפשר למלווה להשתמש בו בתנאי שיחזיר ללווה את תמורת הנאתו כשזה יחזיר לו את החוב, זאת לעומת חכמים שאסרו אף אם המלווה עומד בתנאי זה משום שהמלווה נהנה בשכר המתנת מעות, והדבר נראה כאבק ריבית. מכאן שלדעת רבא לא קיימת דעה המאפשרת למלווה ליהנות מהמשכון ללא החזר. בכך חידש רבא בהסבר התוספתא והניע לכיוון מחמיר בנושא זה.

מכאן ואילך התייחסו חכמי בבל לעניין הנדון מנקודת מבטו של רבא, שאין הנאה מהמשכון ללא תמורה. בתוך מסגרת מגבילה זו חיפשו דרכים כיצד לתמרן כך שהמלווה יוכל להשתמש במשכון, ליהנות ממנו ואף לקבל רווח מסוים, למרות התמורה שעליו לשלם. רבא היה ראש ישיבת מחוזא במחצית הראשונה של המאה הרביעית, בדור הרביעי של אמוראי בבל, ועם זאת היה מעורב בחיי

73 שם.

74 אמנם דוד הלבני סבור שהמונח 'צד אחד בריבית' אינו מדברי אביי אלא תוספת סתמאית מאוחרת, ראו דוד הלבני מקורות ומסורות – ביאורים בתלמוד, מסכת בבא מציעא רטז (תשס"ג). ברם, אין זה משנה את מהות העניין, שכן אביי סובר שקיימת מחלוקת בין חכמים לרבי יהודה, כאשר האחרון מתיר למלווה ליהנות מהמשכון.

הכלכלה בעיר זו, שהייתה פרבר של קטיספון בירת הממלכה הסאסאנית.⁷⁵ נראה כי דבריו הנזכרים השפיעו על חכמים בדורו ובדורות שלאחריו עקב מעמדו הדומיננטי ומעורבותו בחיי הכלכלה במחוזא. רבא פעל באזור שהיה מרכז סחר בינלאומי,⁷⁶ אזור שבו נערכו הלוואות עסקיות קטנות וגדולות בכל יום, שכן היהודים הרבים ששכנו באזור זה היו מעורבים באופן פעיל בחיי המסחר, ככלל יהודי בבל.⁷⁷ מציאות זו יצרה צורך דחוף למצוא פתרון מעשי ונוח לשני הצדדים לשימוש במשכון על מנת שלא תינעל דלת בפני לוויים. צורך זה משתמע היטב מדברי החכמים שפעלו בדורות שאחרי רבא, ושחלק מהם היו תלמידיו וממשיכי דרכו.⁷⁸ חכמים אלה הציעו כמה סוגי פתרונות שהותאמו לנוהלי מסחר ועסקאות קיימים, כפי שיובא בהמשך.

מעורבות זו של חכמי בבל בעסקי מסחר הייתה אולי גם המאיץ להיווצרות השוני בין גישת הבבלי לגישת ירושלמי ביחס להנאת המלווה מהמשכון שבידו. שכן הפעילות העסקית בבבל, שעמה נפגש עולם החכמים המקומי, הייתה רחבה מזו שבארץ ישראל, עקב העובדה ששטחה של בבל היה גדול פי כמה משטח ארץ ישראל, וכן כתוצאה מהיציבות המדינית הכלכלית היחסית ששררה שם, והיציבות האקלימית בבבל, שהביאה שפע מים בכל עונות השנה.⁷⁹ כך משתמע

75 ראו Aharon Oppenheimer (in collaboration with Benjamin Isaac & Michael Lecker), *Babylonia Judaica in the Talmudic Period 179-235*, & esp. map in p. 233 (1983).

76 על רבא ועל מקומו והשפעתו בעולם החכמים נכתב לא מעט. ראו למשל יעקב אלמן "רבא ודרכי העיון הארץ ישראלית במדרש ההלכה" מרכז ותפוצה: ארץ ישראל והתפוצות בימי בית שני, המשנה והתלמוד 217-242 (ישעיה גפני עורך, התשס"ד) (להלן: אלמן 'רבא ודרכי העיון'); יעקב אלמן "ישיבות בבל ובתי דין פרסיים בתקופה האמוראית והבתר-אמוראית" ישיבות ובתי מדרשות 31-55, ובמיוחד עמ' 44, 51 (עמנואל אטקס עורך, התשס"ז) (להלן המאמר: אלמן 'ישיבות'); יעקב אלמן "מעשה בשתי עיירות: מחוזא ופומבדיתא כמייצגות שתי תרבויות הלכתיות" תורה לשמה, מחקרים במדעי היהדות לכבוד שמא יהודה פרידמן 3-38 ובמיוחד עמ' 28, 32 (דוד גולינקין ואחרים עורכים, התשס"ח) (להלן: אלמן 'מעשה בשתי עיירות'); Yaakov Elman, *Middle Persian Culture and Babylonian Sages: Accommodation and Resistance in the Shaping of Rabbinic Legal Tradition*, in *The Talmud and Rabbinic Literature 165-197* (Charlotte Elisheva Fonrobert & Martin. S. Jaffee eds., 2007) (להלן: Shay Secunda, Elman, *Middle Persian Culture*); *Talmudic Text and Iranian Context: On the Development of Two Talmudic Narratives*, 33(1) *AJS Review* 45-69 (2009).

77 ראו משה בר אמוראי בבל – פרקים בחיי הכלכלה 126-127, וה"ש 31, 178 (התשמ"ב), וכן ראו שם אזכוריו הרבים של רבא במפתח השמות תחת הערך 'רבא'.

78 וראו דברי אלמן 'ישיבות', לעיל ה"ש 76, עמ' 51. תודה לפרופסור דן שפירא על הערתו בעניין זה.

79 בר, לעיל ה"ש 77, עמ' 15-82; ישעיה גפני יהודי בבל בתקופת התלמוד 129-133 (התשנ"א).

גם מכמות החומר המובאת במסכתות שבסדר נזיקין בבבלי, שעולה בהרבה על החומר המקביל בירושלמי.⁸⁰ חיזוק לסברה זו עולה מהידוע על המצב הכלכלי בארץ ישראל במאה הרביעית, שהתאפיין בשורה של משברים כלכליים. אלה באו לידי ביטוי בין היתר בנטישה גדולה של קרקעות על ידי יהודים.⁸¹ כך אפשר להבין מה הניע חכם כרבא לפרש כי גם רבי יהודה סבור שהמלווה אינו יכול ליהנות בחינם מהמשכון אלא רק כנגד לתמורה נאותה. הביקוש לאשראי בבבל חייב גם יצירת מקורות כספיים רבים לצורך מימון פעולות עסקיות. במצב זה היה צורך להגן על שני הצדדים. מצד אחד לעודד את המלווים על ידי הבטחת רווח שיצדיק מבחינתם את העמדת כספם לצורך יצירת רווח לאחרים, כל זאת תוך מניעת חשש של 'אבק ריבית', שמשמעותו מתן רווח למלווה על המתנת מעותיו. מצד שני היה צורך למנוע נזק גם מהלווה, שלא יפסיד את כל רווחי הנכס הממושכן. לכן חכמים ראו בחיוב עסקאות שניסוחן או שתוכנן יכול היה להתפרש כאילו אין בעסקה רווח ישיר של המתנת מעות. ריבוי עסקאות אלו קידם בהדרגה שימוש הלכתי מורכב בהגדרות החוזיות של 'רווח שאינו ישיר', שהיו למסלולי עסקים עוקפי איסור ריבית, שהתאימו לעקרונות ההלכה, ועם זאת נענו לצורכי הזמן.

80 והפער בין כמויות החומר בשני התלמודים ניכר. וראו שאול ליברמן תלמודה של קיסרין בעיקר עמ' 1-18 (התמצ'ד); אלמן 'רבא ודרכי העיון', לעיל ה"ש 76; אלמן 'ישיבות', לעיל ה"ש 76; אלמן 'מעשה בשתי עירות', לעיל ה"ש 76; בר, לעיל ה"ש 77, עמ' 156-159, 178, 196-221. David Elman, *Middle Persian Culture*, לעיל ה"ש 76; בר, לעיל ה"ש 77, עמ' 156-159, 178, 196-221. David Elman, *Middle Persian Culture*, לעיל ה"ש 76; אלמן 'ישיבות', לעיל ה"ש 76; אלמן 'מעשה בשתי עירות', לעיל ה"ש 76; Elman, *Middle Persian Culture*, לעיל ה"ש 76; בר, לעיל ה"ש 77, במפתח תחת הערך 'רבא'. סביר להניח שהמצב בסביבתו הביאו להכרעה השונה מזו של רבי אמי. על ההשפעה הארצישראלית על חכמי בבל ראו עוד Richard Kalmin, *Jewish Babylonia Between Persia and Roman Palestine 173-177* (2006).

81 Daniel Sperber, *Roman Palestine, 200-400: The Land* 11-29, 102-186 (1991); Daniel Sperber, *Roman Palestine, 200-400: Money and Prices* (1978) 128-181, esp. at pp. 178-181; גם גפני, לעיל ה"ש 79, עמ' 118-119, למרות שהוא מתאר תופעה של בריחה המונית של יהודים מהערים בשעה שהגיעו לעיר גובי מיסים, אינו מציין תופעה של נטישת קרקעות על ידי יהודים כדבר קבוע.

2 נכייטא

סוג זה, שיפורט בהמשך, היה למסלול החוזי הבסיסי שפתר את בעיית אבק הריבית של השימוש במשכון. הנכייטא, ניכיון, נזכר בפי רבא, הבולט בחכמי התלמוד בבבלי בדור הרביעי. אין זה מפתיע, כי כאמור הוא שהביע את הדעה המחמירה כחכמים, ואף הסביר כך את רבי יהודה, שאסור למלווה ליהנות חינם מהמשכון. רבא מזכיר מינוח חדש, 'נכייטא', הסכם בין הלווה למלווה שקיבל משכון, המאפשר למלווה לאכול את פרות המשכון אך מחייב אותו לשלם סכום מוסכם עבורם.

סביר להניח כי סכום הנכייטא צפוי היה להיות פחות מערך הפרות שנאכלו בפועל. עובדה זו יכולה להסביר מדוע הסכם כזה יכול היה להתקבל על דעת שני הצדדים, שלמעשה חלקו ביכול.

לכאורה אין בדבר כל חידוש, שכן גם ממקורות התנאים לא משתמעת כל מניעה שהמלווה יאכל מפרות השדה הממושכן תמורת הפחתת סכום ההלוואה, אך עובדה היא שלא מופיעה בהם אפשרות של חלוקת הפרות בין הצדדים. לפי המידע שהתחדש בבבלי, למלווה יש רווח מהפרות באופן חופשי, וככל שירבה באכילתם מעבר לסכום שנקבע כנכייטא כן יגדל הרווח שלו מן העסקה. רווח זה אינו נחשב אבק ריבית, מאחר והוא יכול להיחשב כהנחה במחיר הפרות, או כ'צד אחד בריבית', שמשמעו שאין כאן ביטחון מלא שהמלווה ירוויח, כגון בשנות בצורת שבהן שדה המשכון מניב יכול נמוך מערך הנכייטא.⁸² בהסכם הנכייטא היה כדאי אפוא למלווה לנצל את פרות המשכון ככל יכולתו ולצפות שהלווה לא ישלם את חובו לפני מועד הפירעון. לעומתו, מאותו מניע, הלווה העדיף לקצר את משך המישכון ולהחזיר את חובו.

סביר להניח כי הסכם הלוואה בנכייטא לא אפשר ביסודו ללווה להחזיר את החוב לפני מועד הפירעון, והמלווה יכול היה לטעון כי לא היה מסכים מלכתחילה להקדמת זמן הפירעון. מצב זה עשוי היה ליצור מצוקה אצל הלווים, וייתכן כי חלקם היו עשויים להימנע מלווה. הדבר השפיע גם על יכולתם הכלכלית של הלווים המסחריים לרכוש סחורה ולהביאה לשוקים. היה אפוא צורך למצוא דרך לאפשר להם פירעון מוקדם של ההלוואות בתנאים מסוימים.⁸³

82 זהו שוני בולט בין גישת חכמי בבלי לעניין הנכייטא, שלפיה רשאי המלווה ליהנות מכמות בלתי מוגבלת של אכילה לאחר שהעביר את הכמות המוגדרת לזכות הלווה כנכייטא, ובין החוק הפרסי-סאסאני, שלפיו המחזיק במשכון זכאי היה כאמור לסכום מוגדר (גובה הריבית המקובלת בתוספת פיצוי על עבודה והשבחה) בעוד שהלווה היה זכאי לכל השאר. ראו Choksy, לעיל ה"ש 71, עמ' 204.

83 החוק הפרסי-סאסאני התיר את החזרת החוב ואת ביטול הבטוחה רק בתנאי שמחזיק הבטוחה הסכים לכך, ראו שם, עמ' 205.

3 אתרא דמסלקי

מסתבר שבדברי החכמים מוצגת דרך להקדמת זמן הפירעון. היא התקיימה בבבל במקומות המכונים 'אתרא דמסלקי', מקומות שמסלקים, כלומר, פורעים את המלווה לפני מועד הפירעון, אם הצליח הלווה להשיג את האמצעים לכיסוי החוב. המקומות האחרים, שבהם לא ניתנה פריבילגיה זו ללווים, נקראים 'אתרא דלא מסלקי', מקומות שאינם מסלקים, שבהם זכאי המלווה להחזיק במשכון עד היום שנקבע לפירעון. הגדרות אלה נקלטות בשיח ההלכתי של חכמים, והם מתייחסים אליהם כמנוח הלכתי מקובל ולגיטימי בעיניהם. גם שם של המונחים מעיד שזה היה נוהג חברתי במקומות שונים, מעין מנהג המדינה. נראה שדרך זו נוצרה והתגבשה כנוהג מקובל בעולם העסקים, ולא חכמים יצרוה, אלא שהיא קיבלה לגיטימציה בקרב החכמים. כל עוד לא נעברה עבירה דתית, חכמים לא מצאו לנכון לשלול את ענייני עולם העסקים, והם אף ראו בהסכמים שנעשו במסגרתם הסכמים משפטיים מחייבים הראויים לגיבוי ההלכה.⁸⁴ כך התקיימו שני מנהגים הפוכים, מקום שמסלקים ומקום שאין מסלקים, ושניהם קיבלו לגיטימציה של החכמים מאותו נימוק, ששני הכיוונים אינם סותרים את ההלכה. ככל שהדברים אמורים באתרא דלא מסלקי, נשאר המצב הקודם שבו אין הלווה יכול להחזיר את החוב לפני המועד שנקבע, למרות האינטרס הברור שלו לעשות כן. המלווה אוכל פרות ככל יכולתו, ואינו צריך לנכות תמורתם מסכום ההלוואה אלא אם כן היה הסכם כזה מראש, בדומה לנכייטא.

באתרא דמסלקי, אפשרות סילוק המלווה בכל עת קיצרה את יכולת המלווה ליהנות מפרות המשכון. מתחילה, לפני דברי רבא, היה זה הסכם ללא 'נכייטא' והמלווה אכל כפי רצונו ללא תמורה. רבא, הראשון המזכיר מונחים אלה, דרש לכרוך את הנאת המלווה מהמשכון בניכוי הנכייטא בסכום קבוע שהוסכם עליו מראש, ולהורידה מסכום ההלוואה גם אם הקיזו מגיע לגובה ההלוואה המלא:

אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא: הא משכנתא באתרא דמסלקי, אכל שיעור זוזי – מפקינן מיניה. אכל טפי – לא מפקינן מיניה, ולא מחשבינן משטרא לשטרא.⁸⁵

תרגום: אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא: משכנתא זו במקום שמסלקים [=אתרא דמסלקי], אכל שיעור זוזים – מוציאים ממנו. אכל יותר – לא מוציאים ממנו, ולא מחשבים משטר לשטר.

84 זו הייתה תופעה שכיחה באותם ימים. ראו שאול ליברמן תוספתא כפשוטה ח 176, לבבא מציעא פרק ג, שורות 44-45.

85 בבלי, בבא מציעא סז ע"א.

האמירה מיוחסת לרבא. הוא קובע כי במקומות המוגדרים כ'אתרא דמסלקי', בשעה שמחזיר הלווה את החוב ומסלק את המלווה מן המשכנתא, רשאי הלווה לחשב את ערך הפרות שאכל המלווה בטרם הוחזרה ההלוואה כתשלום על חשבון הקרן, ותשלום זה יקוזז מסכום ההחזר. אם הגיע ערך אכילת הפרות לגובה המשכנתא, מתבטל השעבוד והנכס חוזר ללווה. מאידך, אם אכל המלווה פרות בערך גבוה מזה של קרן המשכנתא, אין הוא צריך להחזיר ללווה את ערך העודף שאכל. גם אם קיים היה חוב נוסף של אותו לווה לאותו מלווה, אי אפשר להחשיב את ערך אכילת העודף כתשלום על חשבון ההלוואה השנייה. ללווה נותר אינטרס ברור להקדים ולשלם את החוב, שכן אכילת הפרות בפועל בתקופה שעד סילוק החוב עלולה להיות גבוהה בהרבה מהסכום המנוכה.⁸⁶

ראוי לציין שרבא אינו מזכיר כאן את המונח 'נכייא' שהוא עצמו משתמש בו במאמר אחר שיובא להלן. אפשר שמאמר זה היה הראשון בין מאמריו בסוגיה זו של הצורך בתמורה על הנאת המלווה מפרות המשכון. במאמרים הבאים כבר ישתמש רבא במונח 'נכייא'. בכל מקרה, ברור מדבריו כאן כי הוא מדבר על נכייא, וכי זה חלק משיטתו שאין הנאה מהמשכון ללא תמורה, כפי שמתברר במאמריו הבאים. בדור שלאחריו, הדור החמישי בבבל, כבר קיבלו חכמים את שיטתו המחמירה, נהגו לפיה, וקישרו בין 'האתרא דמסלקי' ל'נכייא'.⁸⁷

4 הסכמים משולבים: נכייא, אתרא דמסלקי, קיצותא ומשכנתא דסורא
בהמשך הסוגיה מובא קישור חשוב בנושא הבטוחות לפי חכמי בבל המאוחרים, ואף זה מדברי רבא:

אמר (רבא)[מר] בריה דרב יוסף משמיה דרבא: האי משכנתא באתרא דמסלקי – לא ניכול אלא בנכייא, וצורבא מדרבנן אפילו בנכייא לא ניכול. אלא במאי ניכול? – בקיצותא.⁸⁸

86 התלמוד מציין שיש חריג בדברי רבא, המתייחס למקרה שבו ההלוואה היא ליתומים, כפי שמופיע בהמשך המקור.

87 אמנם התלמוד מביא בהמשך הסוגיה שרב אשי חולק על רבא, אם כי לא על העיקרון שטבע הנאה רק בתמורה. לדעתו אם אין מוציאים מהמלווה את ערך העודף שאכל, אי אפשר להוציא ממנו גם את הנכס אם אכל פרות כערך הנכס בדיוק. הסיבה: אכילת פרות שדה שניתן כמשכון היא בבחינת אבק ריבית, ואבק ריבית אינו ניתן להוצאה בדיינים. יתר על כן, הוצאת המשכון מידי המלווה על בסיס קיזוז מההלוואה של סכום הנאות מהפרות כמוה כעידוד עסקה שיש בה אבק ריבית. המקור מספר שרב אשי אכן נהג בפועל על פי העיקרון שקבע כאן, ולא אפשר להוציא ממלווה את המשכון גם במקרה שהמלווה אכל פרות בערך הנכס הממושכן. יש לציין שמעשה זה של רב אשי הוא בבחינת "יקוב הדין את ההר", שכן במעשהו הרע למעשה את מצבם של הלווים, ובכללם היתומים, שאלמלא כן היו מקבלים את הנכס בחזרה.

88 בבלי, בבא מציעא סז ע"ב. לגבי הנוסח 'מר' במקום 'רבא', ראו דקדוקי סופרים, בבא מציעא סז ע"ב, אות ב.

תרגום: אמר (רבא) [מר] בנו של רב יוסף משם רבא: משכנתא זו במקום שמסלקים – לא יאכל אלא בניכיון (בנכייטא), ותלמיד חכמים אפילו בנכייטא לא יאכל. אלא במה יאכל? בקיצוב (בקיצותא).

במקור זה מזכיר רבא בפירושו ולראשונה את הנכייטא כמונח משפטי, תוך קביעה מפורשת שכל אכילה בשדה באתרא דמסלקי היא רק בתנאי של 'נכייטא'. רבא ידע אפוא על הסכמי 'אתרא דמסלקי' שקדמו לדבריו אלה, שלא היו על בסיס 'נכייטא', כלומר, שהמלווה אכל את פרות המשכון ללא תמורה עד שהלווה, אם רצה בכך ומתי שרצה, יכול היה לסלקו. את דברי רבא יש להסביר כחוליה נוספת של הסברו את מחלוקת חכמים ורבי יהודה, לאמר: אף רבי יהודה סבר שאין רשות למלווה לאכול ללא תמורה, והוא חייב בהחזר מה שאכל מפרות המשכון. בהמשך נקבע כי תלמידי חכמים חייבים להחמיר על עצמם עוד יותר ולהימנע מאכילת פרות בכלל באתרא דמסלקי אף כשהדבר נעשה כראוי, בנכייטא. הם רשאים לאכול פרות רק בתנאי שכמות הפרות שתיאכל נקצבת מראש בהסכמה בין הצדדים ('קיצותא'). בשלב זה אין הגדרה מפורשת של המושג.

מסתבר שנושא האכילה ב'קיצותא' שנוי במחלוקת בין רב אחא לרבינא, בני הדור שבין השישי לשביעי בבבל,⁸⁹ אחד מהם מתיר ושני אוסר. אין התלמוד מציין מי מתיר ומי האוסר. ברור שפסיקתו של רבא תואמת את דעתו של המתיר מבין השניים ועומדת בסתירה לעמדתו של האוסר.

מתברר גם שאין הגדרה מדויקת וסופית של המושג. הדעה הראשונה סבורה שמדובר בהסכם שלפיו יהיה המלווה (ה'צורבא מדרבנן') רשאי לאכול פרות באופן חופשי במשך חמש שנים, ולאחר מכן ישלם על כל אכילת פרות נוספת שלו (או שהסכום ינוכה מסך החוב). על דעה זו מקשה התלמוד: כיצד מאפשרים לתלמידי חכמים לאכול ללא נכייטא, דבר שהוגדר כבר כ'אבק ריבית', ולאחר שבמקור זה עצמו נאסר על כל הציבור לאכול פרות שלא בנכייטא בכלל, וזאת בעת שמטרת ההתייחסות לקבוצה ספציפית זו הייתה להחמיר עמה?

הדעה השנייה מציגה אפשרות שונה למושג זה. לפי דעה זו, עד חמש שנים רשאי הצורבא מדרבנן לאכול בנכייטא (דבר שהותר כאמור לעיל לכל מלווה). אחרי חמש שנים (אם לא שולמה הנכייטא במזומן בכל שנה, וכל עוד לא הגיע ערך אכילת הפרות על פי סכום הנכייטא שנקבע לשוויו המלא של המשכון), מבצעים אומדן של כל הפרות שנאכלו ומנכים מן החוב.

לדעת התלמוד, אותו חכם (רב אחא או רבינא) שאסר על קיצותא לפי הדעה הראשונה, ודאי שיתיר את העסקה לפי האפשרות השנייה, שכן מאחר והלווה

אוכל פרות בנכייטא בכל מקרה, הרי שאין כאן 'אבק ריבית'. ברם, אם נקבל את הדרך השנייה, כיצד יסביר החכם האוסר את אפשרות אכילת הפרות בכלל, שכן הוא אוסר במפורש גם על אכילת פרות בנכייטא?⁹⁰ תשובת התלמוד היא שמדובר כאן במשכנתא שנוסחה בעיר סורא, שבה נקבע כי "במשלם שניא אילין תיפוק ארעא דא בלא כסף [=בתשלום שנים אלו תצא קרקע זו ללא כסף]". משמעות הדבר היא כי הוסכם בין הצדדים מראש כי במועד שנקבע לפירעון ההלוואה יחזור הנכס הממושכן לרשותו של הלווה ללא תשלום מצדו, ובמקרה זה אין באכילת הפרות במשך כל תקופת ההלוואה משום חשש ריבית, שכן האכילה היא קבלת תשלום על חשבון קרן ההלוואה.⁹¹

הניסוח המשפטי של ההסכם המכונה 'משכנתא דסורא' נראה אף הוא תוצר של הדור השישי בבבל, ימי רב אשי ורבינא, ואולי אף אחריהם.⁹² הדבר מלמד על צורה נוספת של הסכם מקומי בין מלווים ללווים שנוסחה בסורא, ושמנסחיה היו מן הסתם סוחרים ואנשי עסקים. החכמים קיבלו הסכם זה הדומה לנכייטא וצרפוהו ללכסיקון המשפטי שלהם. אף כאן ראוי לציין שלא החכמים יזמו הסכם חוזי זה שיצא מסורא. הם אמצוהו בהיותו תואם את הכיוון ההלכתי שלהם ביחס לבעיית הריבית. יש להניח שאף יוזמי הסכם סורא הגיעו לניסוח זה עקב הקפדתם על בעיית ריבית, שאם לא כן הם לא היו זקוקים לניסוח משפטי כה מורכב. אפשר אף שהיה ניסוח מקורי מסוג הנכייטא, ועליו הוסיפו את פרטי ההסכם המונעים את בעיית הריבית.

קיימים דיונים פרטניים נוספים העוסקים בקביעת הזמן המדויק 'באתרא דמסלקי' שבו על המלווה להפסיק לאכול מהמשכון או ליהנות ממנו. הדיונים נובעים מהעובדה שהלווה רוצה למנוע מהמלווה ליהנות, כי גם הנכייטא היא כללית ואינה לוקחת בחשבון כל פרי שהמלווה אוכל משדה המשכון או כל הנאה

90 למעשה על פי הפירוש השני חולק החכם האוסר 'קיצותא' על הרישא של הסוגיה, כפי שמוכח מפיו של רבא בריה דרב יוסף משמו של רבא. יש לציין כי כבר מימי הגאונים התחבטו מאוד מפרשי התלמוד בהסבר פרטיה של הסוגיה המורכבת הנדונה כאן: הנכייטא, אתרא דמסלקי ולא מסלקי, קיצותא ומשכנתא דסורא. למגוון הצעות לפירוש פרטים אלו, ראו המאירי, בית הבחירה על מסכת בבא מציעא סז ע"ב (מהדורת שלזינגר 246-250).

91 אף אם יבוא הלווה לפני יום הפירעון המיועד ויתבע את החזרת המשכון על בסיס אכילת הפרות על ידי המלווה, אין המלווה מקבל יותר פרות מערך המשכון ואין כאן כל ריבית.

92 במקור הנדון (בבלי, בבא מציעא סז ע"ב), הניסוח "משכנתא דסורא" הוא משל 'סתם התלמוד'. ברם, הוא נזכר בתלמוד הבבלי פעמים נוספות, בפי חכמי הדור השישי ובעיקר בפי רב אשי. כך למשל הוא נזכר כחלק משאלה ששאל רבינא את רב אשי, שם, קי ע"א. במקבילה שוב נזכר מינוח זה כחלק מתשובת רב אשי לרב כהנא, ראו שם, בבא בתרא לה ע"ב, וכחלק מתשובת רב אשי למר קשישא בריה דרב חסדא, ראו שם, לח ע"א. עם זאת, ייתכן שבכל המקורות המובאים בהערה זו מדובר בתוספת של 'סתם התלמוד'.

שיש לו מהמשכון, כגון פרות שכבר נפלו מהעץ והם על מחצלת, שאין המלווה רשאי לאוכלם, אך אם כבר הגביהם או שם בכליו יכול הוא ליהנות מהם.⁹³ דיון אחר עוסק במצב שבו הלווה מודיע למלווה שיש בידו כסף לפרוע את ההלוואה והוא הולך להביאו. במקרה זה חייב המלווה להפסיק מיד לאכול מהמשכון וליהנות ממנו. קיימת מחלוקת של חכמים בני הדור השישי והשביעי במקרה שהלווה מודיע שהוא מנסה להשיג כסף שאינו זמין בפועל אך הוא בתהליך איסוף. לדעת רבינא אין הלווה יכול להפסיק את זכותו של המלווה ליהנות מפרות השדה הממושכן. לעומתו קובע מר זוטרא בריה דרב מרי כי גם במצב זה חייב המלווה להפסיק מיד את אכילת הפרות, והתלמוד קובע כי הלכה כמותו. בנוסף לכך מציין התלמוד בהמשך הדיון שלא כל החכמים השלימו לחלוטין עם המסלולים העוקפים:

רב כהנא ורב (פפא)[פפי]⁹⁴ ורב אשי לא אכלי [=אכלו] בנכייתא. רבינא אכל בנכייתא.⁹⁵

רב פפי ורב כהנא, בני הדור החמישי⁹⁶ ורב אשי, החכם הבולט בדור השישי, לא אכלו בנכייתא, ובניגוד להם רבינא, בן הדור שבין השישי לשביעי, אכל בנכייתא. כלומר, החכמים קיבלו להלכה את דעת רבא מהדור הרביעי, שלפיה הנאה ממשכון בדרך הנכייתא מותרת, אך חלק מהם עדיין החמירו ולא נהגו בעצמם בהיתר זה אף עד הדור השישי. ככל שהזמן עבר ההיתר הקיף גם את החכמים עצמם, ולכן כנראה המקור מציין שהחכם בן הדור שבין השישי לשביעי אכל בדרך הנכייתא.

סוף דבר, כל החכמים הנקשרים לנושא הנכייתא הם בני הדור הרביעי עד הדור השישי. מכאן שנושא זה לא היה ידוע לפני המחצית השנייה של תקופת התלמוד בבבל. הנכייתא לענפיו השונים נתן מענה לבעיית השימוש של המלווה במשכון, עקב העובדה שחכמי בבל במחצית השנייה של תקופת התלמוד קיבלו את דעת חכמים במחלוקתם עם רבי יהודה, בתוספתא הנזכרת בבבא מציעא, שלפיה אסור למלווה להשתמש במשכון ללא תמורה. גישה זו, שהועלתה לראשונה בשם רבא, הובאה בכמה סוגיות, והחכמים בדורות שאחריו קיבלוה, ובהתאם לכך התנהלו דיוניהם בסוגיה זו. הייתה זו החמרה שהניעה בהדרגה היתר משפטי עוקף בכמה וריאציות, שעיקרן מבוסס על תמורה שהמלווה נותן

93 ראו המשך הסוגיה, בבלי, בבא מציעא סז ע"ב, בשם רב פפא מהדור החמישי.

94 במקום 'רב פפא' צריך להופיע 'רב פפי', ראו דקדוקי סופרים, בבא מציעא סז ע"ב, אות נ.

95 ראו: בבלי, שם.

96 ראו אלבק מבוא לתלמודים, לעיל ה"ש 67, עמ' 413, 418. אמנם צוין שם, בעמ' 435, רב כהנא אחר מהדור השישי. ברם, רב כהנא נזכר במקור הנדון לפני רב פפי מהדור החמישי, ולכן סביר להניח שהוא בן דורו, ולא בן הדור הבא.

בעבור שימושן בשדה הממושכן. כבר מימי רבא נזכר הנכייטא כמסלול העיקרי של הנתיב המשפטי העוקף, והשימוש בו היה תלוי בנוהגים שונים, בעיקר בין אתרא דמסלקי לאתרא דלא מסלקי, שהיו ידועים בימי החכם ואולי לפניו. בדור השישי, ואולי אף יותר מאוחר, התפשט נוהג דומה, שנהג בשינויים מסוימים, שכונה על שם מקומו משכנתא דסורא. ייחוסו לעיר ידועה זו מלמד שהנוהג היה מקומי בעיר ובסביבותיה, ולא ביתר אזורי בבל. מכלל צורות העקיפה בנכייטא משתמע כי פתרונות אלו לא היו יוזמה של חכמים אלא של אנשי העסקים באזורים השונים בבבל, וכי חכמים אשררו אותם במידה ולא סתרו את ההלכה, ואף הטמיעו אותם במשפט העברי ודנו בהם כחלק מעולמם ההלכתי. כך הסתפחו אלמנטים עסקיים חיצוניים מהסביבה הקרובה של חכמים והפכו להיות חלק מעולמם הלמדני-המעשי.

5 המעמד המשפטי של נכס ממושכן

עובדת מסירת השדה הממושכן לחזקתו המלאה של המלווה יצרה שאלות גם בהקשר למצבו המשפטי של הנכס:

רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרי תרווייהו: האי משכנתא באתרא דמסלקי – אין בעל חוב גובה הימנה, ואין הבכור נוטל בה פי שנים ושביעית משמטה. ובאתרא דלא מסלקי – בעל חוב גובה הימנו, ובכור נוטל בו פי שנים, ואין שביעית משמטה.⁹⁷

רב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע היו חכמים מרכזיים בדור החמישי של חכמי התלמוד הבבלי. מהרישא ומהסיפא של מאמרם עולה בבחירות כי השדה הממושכן מצוי בחזקתו של המלווה, וכי המלווה משתמש בו כחלק אינטגרלי מנכסיו. זו הסיבה שאפשרות חליטתו במסגרת חוב של המלווה לצד שלישי, או העברתו בירושה לצאצאיו יכולות היו לעלות. עם זאת, לפחות כשהמדובר באתרא דמסלקי, אין השדה הממושכן נמצא בחזקתו המלאה של המלווה, וחזקות המשפטית מצטמצמת לפרות השדה בלבד. המחזיק במשכנתא אינו יכול להעבירה לצד שלישי, למכירה, לכיסוי חוב או להעברה בירושה, לפי שביד הלווה האפשרות לקבל בחזרה את השדה בכל עת, כאשר יביא את הכסף לכיסוי החוב, או כאשר אכל המלווה מהפרות כדי שיעור ההלוואה.⁹⁸ כלל זה מסביר גם את הקביעה כי 'שביעית משמטה'. אם מהבחינה המשפטית אין כאן העברה של הנכס לידי המלווה, הרי שמדובר כאן בהלוואה רגילה הבטלה בשביעית.

97 בבלי, בבא מציעא סז ע"ב. וראו הלבני, לעיל ה"ש 74, עמ' רכו-רכח.

98 מעמדו של השעבוד כאן תואם אפוא את מעמד הנכס בשעבוד מסוג *pignus* שבחוק הרומי, בשונה מה-*fiducia*, ונראה כי מדובר במשכון ולא במכר.

פחות ברורה התמונה כאשר מדובר באתרא דלא מסלקי. בין אם אוכל המלווה פרות ללא נכייטא ובין אם הוא אוכל בנכייטא, אין אפשרות לסלקו מן הנכס לפני מועד פרעון ההלוואה. במצב זה נקבע כי הנכס המשועבד כפוף להעברת זכויות לצד שלישי וכי אינו חוזר לבעליו בשביעית. הנימוק ההלכתי הוא אולי שהעובדה שלא ניתן לסלק את המלווה מהנכס עד ליום הפירעון המוסכם, אף אם אכל פרות ללא הגבלה, הופכת לכאורה את הנכס לרכושו של המלווה. בדיון התלמודי לא הוצגה בעיה מתבקשת: מה הדין אם ביום הפירעון יבוא הלווה ויבקש לפדות את המשכון, אחרי שזה יעבור לצד השלישי.⁹⁹ עובדה זו מחזקת את האפשרות שהבעלות על הנכס, גם באתרא דלא מסלקי, אינה עוברת במלואה למלווה, לנושיו או ליורשיו. העובדה שהנכס מצוי בחזקת המלווה כמשכון, ושהוא יכול לאכול באופן חופשי מפרותיו, בכפוף להסכם תשלום כלשהו עבור הפרות, מהווה יתרון למלווה. יתרון זה מהווה נכס כשלעצמו, ורק אותו יכולים הנושים או היורשים לקבל. אמור מעתה: נושי המלווה או יורשיו יכולים להמשיך ולהחזיק בזכות אכילת הפרות ובזכות לחלוט את הנכס בעת הפירעון, אם לא יעמוד הלווה בתנאיה. חוב הלווה עובר לרשותם, אך אם ישלם להם הלווה את חובו עד יום הפירעון המוסכם יוחזר השדה הממושכן ללווה. חידוש חשוב של רב אשי בשם זקני מקומו, מתא מחסיא שהייתה פרוור של סורא, קובע כי "מאי משכנתא – דשכונה גביה [=מהו משכון? שכונה אצלן]".¹⁰⁰ משמעות דבריו היא כי למלווה, שהוא מחזיק המשכון, יש זכות כאילו הוא בעל השדה, ובתשובה לשאלה ניתנת הדוגמה של 'בר מצרא' שיש לו זכויות ראשונים לקנות נכסים הסמוכים לשדהו.¹⁰¹ במקרה של משכנתא אמורים הדברים הן לגבי אפשרות רכישת השדה המשועבד עצמו, שכן הוא מחזיק בו בפועל וזכותו עליו גבוהה יותר מזכותו של כל שכן, והן לגבי שדה של שכן העומד למכירה.

6 התניות לשינוי ממנהג המדינה

בהמשך הסוגיה (שם, סז ע"ב) מציין התלמוד כי החלוקה האזורית בין 'אתרי דמסלקי' לבין 'אתרי דלא מסלקי' אינה חד משמעית. מסתבר כי המלווים לא ששו לוותר על זכות משיכת יום הפירעון עד למועד שנקבע בשטר ההלוואה, ואכן התלמוד מלמד על קיום אפשרות משפטית להתנות בשעת מתן הלוואה כנגד משכנתא תנאים העומדים בניגוד למנהג המדינה:

99 נראה שבכל מקרה יוחזר הנכס לבעליו הראשונים, ושהמחזיק בו יתבע את המוסר להחזרת כספו. וראו לעיל פרק ב של המאמר ('אחריות נכסים'), סעיף 1, בנושא נכסים משועבדים ונכסים בני חורין.

100 בבלי, בבא מציעא סח ע"א.

101 בבלי, שם.

פשיטא באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנא. אלא באתרא דלא מסלקי ואמר מסתלקנא – מאי? צריך למקנא מיניה או לא? תרגום: פשוט במקום שמסלקים ואמר איני מסתלק. אלא במקום שלא מסלקים ואמר (אני) מסתלק, מה? צריך לקנות ממנו או לא?

משמע שבאתרא דמסלקי יש למלווה אפשרות להתנות מראש שהכלל אינו חל על העסקה המסוימת הזאת ושהלווה אינו יכול לסלק את חובו לפני יום הפירעון המוסכם. נראה כי מצב זה היה קיים כאשר בפני הלווה לא הייתה אפשרות אחרת, ואם לא היה מקבל את תנאיו של המלווה לא היה מקבל הלוואה מגורם אחר. ברור שתנאי כזה בשטר ההלוואה מהווה למעשה גם הסכם קניין, שיחול אם יחלוט המלווה בסוף תקופת ההלוואה את השדה, ושאין צורך בכל פעולת רישום הסכם מכר חדש.

הבעיה היא במקרה ההפוך, באתרא דלא מסלקי, שבו מצהיר המלווה מרצונו מראש על הסכמתו להיות מסולק אם יביא הלווה כסף לפני מועד הפירעון, או אם יגיע סכום הנכיתא המוסכם לערך ההלוואה. הצהרה כזאת נעשית מרצונו החופשי של המלווה וניתנת להגדרה כמחווה של רצון טוב. השאלה היא אם במקרה כזה יש להעלות את הדברים בכתב או שהצהרתו בעל פה של המלווה מספקת.

התלמוד מציין שנחלקו בכך רב פפא ורב ששת בנו של רב אידי, כשהראשון קובע כי אין צורך לעשות הסכם נוסף, בעוד שהשני קובע כי יש לעשות הסכם. התלמוד מסכם בצורה אנונימית, אולי מאוחרת, שיש לעשות הסכם.

גם אם לא עלה בידי המלווה להפקיע את עניין הסילוק באתרא דמסלקי באמצעות הסכם, ניתנה לו על ידי חכמים הקלה מסוימת. רב אשי מביא מסורת בשם זקני מתא מחסיא ש"סתם משכנתא – שתא"¹⁰² משמעות הדבר כי בכל מקום שאין מציינים במפורש את תקופת הפירעון, הרי שהכוונה היא לשנה אחת. קביעה זו יש בה תוספת חשובה לדין אתרא דמסלקי, כפי שהגדרנו לאחרונה, והיא מונעת מהלווה לדרוש אפשרות לפרוע את החוב בתוך פחות משנה. קביעה זו היא לטובת המלווה, שככל שיתארך מועד הפירעון כן ייטב לו, ובמקרה הספציפי יוכל ליהנות מהרווח שבין אכילת הפרות בפועל לבין הסכום שעליו לשלם כנכיתא במשך שנה אחת לפחות.

לאמר, לאחר שהדרך העוקפת של אתרא דמסלקי ולא מסלקי מתרווחת, נבנה עליה רובד נוסף של הרחבת האפשרויות, שבכל אחד משני האתרים-האזורים יהיה אפשר לנהוג כבאזור השני. בכך מסתיים הדיון התלמודי בעניין הנאת המלווה מפרות הנכס הממושכן, דיון המציג מבנה מורכב של השתלשלות הלכתית-משפטית שנמשכה אף לאחר התקופה התלמודית.