

דרכי הוצאה לפועל – הצדק בהגבלת זכויותיו של הנושה

התוכן :

- א. שמירה על פרטיותו של החייב
 - ב. גביית חוב מיתומים קטנים
 - ג. 'אי שתקיתו... שקליתו, ואי לאו – מהדרנא שטרא דזיבורית למריה'
 - ד. לוקח שני הטוען מכוח לוקח ראשון "אי אפשי בתקנת חכמים"
 - ה. השבת העבוט
 - ו. 'מסדרין בבעל חוב'
 - ז. סדר עדיפויות בגביית חובות
 - ח. התיישנות החוב
 - ט. הברחת נכסים
- נספח: תשובתו של הרב קוק לסופר אז"ר

רגישות מיוחדת קיימת לגבי מצבו של הלווה בדרכי גביית החוב, ובהן שמירה על פרטיותו ושמירה על נכסיו החיוניים.

א. שמירה על פרטיותו של החייב

התורה אוסרת במפורש אף על מי שנושה בחבירו, מלהיכנס לביתו כדי לגבות את חובו (דברים כד, י-יא):

כי תשה ברעך משאת מאומה, לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. בחוץ תעמוד, והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה. איסור זה מפרש ר' יוסף בכור שור¹: 'לא תבוא אל ביתו – לראות ענינו ועוניו ויתבייש', והוא ממשיך: 'וישמא לא יהיה [החייב] בבית, ותתיחד עם אשתו, ותבוא מריבה ביניכם, ותשיאה שם רע'. רבנו בחיי² מדגיש את הבושה הנלווית לעצם החיפוש בכלי ביתו: 'זאת מידת רחמנות, שהתורה חסה על בושתו של לווה, כשאחרים מחפשין בכלי ביתו', ואף הוא מוסיף: 'ועוד מטעם שלא יבואו לידי מריבה ורציחה'. כלומר, עדיף 'לשמור מרחק' בין החייב לבין הנושה.

¹ בכור שור, דברים כד, י.

² רבנו בחיי, דברים, שם.

המלווה, אף שיש לו לכאורה זכות מוסרית להיכנס לביתו של הלווה כדי לנקוט צעדים להבטחת פירעון החוב, אסור לו להיכנס לביתו של הלווה. ניתן לראות בהוראה זו משום הכרה בעקרון כיבוד פרטיותו של האדם, אף מפני מי שנושה בו. התורה לא הסתפקה אפוא בהוראה **מוסרית**, המגינה על הלווה, העומד במיוחד בפני הסיכון שתיפגע פרטיותו, וקבעה גם זכות **משפטית** להגנה על פרטיותו.

ברם, הגנה זו על החייב עשויה לסכל את זכותו של הנושה לגבות את חובו, אלא שסייג לאיסור הכניסה לבית הלווה מצוי בספרות התנאים, והוא בהבחנה בין הנושה לבין שליח בית הדין: בעוד שלנושה אסור להיכנס לביתו של הלווה, מותר לשליח בית הדין, הפועל מטעם הקשות למימוש זכותו של הנושה כנגד הלווה. וזה לשון הברייתא³:

בעל חוב שבא למשכנו, לא יכנס לביתו למשכנו, אלא עומד בחוץ, והלה נכנס ומוציא לו משכנו, שנאמר: "בחוץ תעמוד". ושליח בית דין שבא למשכנו, הרי זה נכנס לביתו וממשכנו.

אבל יש שאינו מסכים להבחנה בין הנושה לבין שליח בית הדין. דעה כזו נשמעה כבר בתקופת התנאים⁴, וכדעה זו היא גם דעתו של האמורא שמואל, ולפיה זו, יש לאסור גם על שליח בית הדין מלהיכנס לבית הלווה כדי לגבות ממנו את חובו⁵. וכך נפסקה ההלכה, וזוהי לשונו של הרמב"ם בבואו לסכם את דין התורה⁶:

דין תורה, שבזמן שיתבע המלוה את חובו, אם נמצאו ללוה נכסים, מסדרין לו [=משאירים לו נכסים הכרחיים], ונותנין לבעל חובו את השאר, כמו שבארנו. ואם לא נמצא ללוה כלום או נמצאו לו דברים שמסדרין לו בלבד, ילך הלוה לדרכו. ואין אוסרין אותו, ואין אומרים לו: הבא ראיה שאתה עני. ולא משביעין אותו כדרך שדנים הגויים, שנאמר: 'לא תהיה לו כנושה'... טען [המלוה] שיש לו [ללווה], והחביא אותם, והרי הם בתוך ביתו - אין מן הדין שיכנס לביתו, לא הוא ולא שליח בית דין, שהתורה הקפידה על זה, שנאמר: 'בחוץ תעמוד'⁷.

אבל בכך לא תמה הפרשה. הגנתו הקיצונית של הלווה אף מפני שליח בית הדין, עלולה להיות מנוצלת לרעה על ידי לווים שאינם הגונים להשתמט מפירעון חובותיהם, ואנו עדים להתפתחות מעניינת בתקופה הבתר-תלמודית, בתקנת

3 בבא מציעא ק"ג ע"ב.

4 ראה: ספרי, דברים, שם, פסקא רעו; תוספתא, בבא מציעא, פרק י, ב.

5 בבא מציעא, שם.

6 רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק ב, הלכה ב.

7 וראה שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צז, סעיף ו.

הגאונים, ולפיה לווה שטען שאין לו נכסים לפרוע בהם את חובו, חייב להישבע על אמיתות טענתו.⁸

ומאלפת ההשתלשלות שחלה בעניין איסור הכניסה לבית הלווה. אף שנפסקה הלכה כדעה המרחיבה את האיסור להיכנס לבית הלווה אף על שליח בית הדין, צמצמו הראשונים את תחולת האיסור באופן שלא יכשיל את זכויותיו המשפטיות של הנושה, דבר שאינו מתקבל על הדעת.⁹

צמצום ניכר מאוד בתחולת האיסור נעשה על ידי רבנו תם, שהגביל את האיסור, ואמר שהאיסור הוא רק בנושה הבא **למשכן** את נכסיו של הלווה **לפני** שהגיע מועד פירעון החוב; ואילו כשהנושה בא **לגבות** את חובו **לאחר** שהגיע מועד הפירעון, הוא רשאי אף להיכנס לביתו של הלווה כדי להיפרע מנכסיו.¹⁰ דעת רבנו תם נתקבלה להלכה על ידי חכמים שבאו אחריו, אלא שבשולחן ערוך היא הובאה בהסתייגות מסוימת¹¹: **רק לשליח בית דין**, מותר להיכנס לבית הלווה לגבות את החוב, ואילו לנושה עצמו אסור לעשות כן.

איסור הכניסה לבית הלווה במוכן אחר, נצטמצם בחידושו המאלף של הרמ"ה, ר' מאיר הלוי אבולעפיה. הרמ"ה אומר¹² שלא אסרה התורה על שליח בית הדין להיכנס לבית הלווה אלא כשהנושה יכול לגבות את חובו מן הלווה בדרך אחרת. ברם, אם אין לו דרך אחרת, כגון שאין ללווה קרקע או מיטלטלין השייכים לו מחוץ לביתו, והוא טוען שאין לו במה לפרוע את חובו, והנושה טוען שיש ללווה מיטלטלין בביתו, רשאי שליח בית הדין להיכנס לבית הלווה לחפש נכסים לגבות מהם את החוב, אף אם אמר הנושה את טענתו בלשון ספק. נראה שהגיע הרמ"ה למסקנה שיש הכרח לפרש כן את האיסור שבתורה, מפני שאיסור גורף של כניסה לבית הלווה עלול לסכל את זכותו של הנושה להיפרע מן הלווה. הרמ"ה ער לעובדה שדבריו הם בגדר חידוש, אך אינו נרתע מלאמרם, וזה לשונו:

אף על גב דהאי מילתא לא איתמר בגמרא בהדיא, ורבוותא נמי לא, חזינן למכתב מאי דמסתבר לן בה, משום דמלאכת שמים הוא.

8 רמב"ם, שם.

9 רא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן מו, מקשה שאיסור זה מונע מן הנושה לגבות את חובו. והוא מציין שלפי רבנו תם (ראה בסמוך), הקושי אינו קיים.

10 ספר הישר, מהדורת שלזינגר, ירושלים תשי"ט, סימן תרב. וכן פסק גם טור, חושן משפט, סימן צז, סעיף כח. וראה ש' שילה, 'עידוד המסחר והכלכלה בפסיקת רבנו תם', סיני ק (תשמ"ז), עמ' תתפב-תתצו [=דין מוסר ויושר במשפט העברי, ירושלים תשס"ז, עמ' 63-77], בעמ' תתצא [=72].

11 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צז, סעיף טז.

12 הובא בטור, חושן משפט, סימן צז, סעיף כו.

ראוי להדגיש, שגם הרמ"ה סבור שאם ברור שהלווה עני, **אסור** להיכנס לביתו, ולא יבטל בו **העקרון** האוסר להיכנס לבית הלווה¹³.

*

הרב קוק, באיגרתו של הסופר אז"ר, א"ז רבינוביץ, שתובא בנספח, כשבא להסביר את דין גביית החוב מן היתומים הקטנים, רואה באיסור הכניסה משום מדת הרחמים כלפי החייב¹⁴:

והנה, סדר גביית חוב בכלל, יש בו הרבה משיתוף מדת הרחמים המלווה את מדת הדין, שהרי יסוד הכתוב של 'בחוף תעמוד', שמזה למדנו שלא יכנס לביתו ליטול משכונו, בבא בתרא קיג ע"א, ולדעת שמואל שם, גם שליח בית דין אסור לו להכנס לתוך הבית לקחת משכונו, ודאי צד גדול של מידת הרחמים יש בו.

ב. גביית חוב מיתומים קטנים

תקנות מיוחדת תיקנו חכמים בסדר גביית החוב, תוך הבחנה בין חוב הנובע מנזיקין לבין חוב הנובע מעילה אחרת, וזה לשון המשנה¹⁵: 'הניזקין שמין להן בעידית, ובעל חוב בבינונית, וכתובת אשה בבינונית'. ועוד תיקנו¹⁶: 'אין נפרעין מנכסי **יתומין** אלא מן הזיבורית'. ובסיום אומרת המשנה על הדינים השונים שבאותה משנה, שאלו הן תקנות שניתקנו "מפני תיקון העולם". הרי שתקנת חכמים היא להבחין בין כל אדם לבין היתומים.

ובגמרא מובאת שאלה ששאל רב אחדבוי בר אמי¹⁷: 'יתומין שאמרו – קטנים או אפילו גדולים?'. והגמרא מסבירה את צדדי הספק: האם מאחר שזו תקנה שתקנו חכמים, תיקנו חכמים תקנה זו ליתומים קטנים דווקא, או שמא דין זה יסודו בכך שאין לחשוש במקרה זה לינעילת דלת, ומשום כך דין זה אמור גם ביתומים גדולים. ומסיקה הגמרא: 'והלכתא: יתומין שאמרו – גדולים, ואין צריך

13 וראה: מ' אֶלון, חרות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד; מהדורה שניה: כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל - ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ירושלים תש"ס.

¹⁴ ספר זכרון לאברהם שפיגלמן, תל-אביב תשל"ט, עמ' 67. מובא בנספח.

¹⁵ משנה גיטין, פרק ה, א.

¹⁶ משנה, שם.

¹⁷ גיטין נ ע"א.

לומר קטנים, בין לשבועה בין לזיבורית. ובעוד שכך נפסק בתלמוד הבבלי, הרי שבתלמוד הירושלמי נאמר, כי דין זה אמור ביתומים קטנים דווקא, ולא ביתומים גדולים.

והלכת ירושלמי זו הביאה את הסופר אז"ר, לשאול את הרב קוק, כיצד משתלבת הלכה זו עם צו התורה (שמות כג, ג) 'לא תהדר דל בריבו', וכלשון הרב קוק, כשמציג את שאלתו של השואל¹⁸:

בתשובה על הערתו הכללית, איך להתאים את גזירת הכתוב של (שמות כג, ג) 'ודל לא תהדר בריבו', עם האמור בירושלמי, כתובות פרק ט, הלכה ז, לענין גביית חוב מן היתומים, שמחלקים [=שמבחינים] בין יתום גדול ליתום קטן, שדוקא ביתומים קטנים אין גובין שלא מן הזבורית, לשיטת הירושלמי שם, ולא בגדולים.

בפתח תשובתו, מרחיב הרב קוק את השאלה ואומר, כי 'לפי הערה זו, שיסודה הוא מהפסוק בתורה, היה ראוי לשאול על דעת רבי טרפון, שאמר במשנה שם דף פד, "ינתנו לכושל שבהם", בניגוד לדעת רבי עקיבא, שאמר "אין מרחמין בדין"¹⁹, איך יפרש לנו את הכתוב של "ודל לא תהדר בריבו"? והוא מסביר:

אנו מוצאים הרבה עניינים במשפט שבאו מצד הרחמים, שזהו הכלל הגדול של 'ועשית הישר והטוב', שזהו יסוד דינא דבר מצרא, בבא מציעא קח ע"א. או הדין דשומא הדר לעולם, שם לה ע"א, משום 'ועשית הישר והטוב'... מוכרחים אנחנו לומר, שבזמן שרואים חכמים בתור מחוקקים לקבוע חק, שמצד המשקל של מדת הרחמים, הוא ראוי להקבע בצורה משפטית, יש כח בידם לעשות כן.

ג. 'אי שתקיתו... שקליתו, ואי לאו – מהדרנא שטרא דזיבורית למריה'

התוספתא המובאת במסכת בבא קמא מדברת באופן מסוים של דרך גביית חוב מנכסים משועבדים²⁰:

מכר לאחד או לשלשה בני אדם כאחד - כולן נכנסו תחת הבעלים; בזה אחר זה - כולן גובין מן האחרון; אין לו - גובה משלפניו; אין לו - גובה משלפני פניו.

את ההלכה 'מכר לאחד' וכו', מעמיד התלמוד בי'כגון שלקח עידית באחרונה'. על כך שואלת הגמרא, שאם כן, יגבו כולם מן העידית! ועל כך משיב התלמוד:

¹⁸ ראה לעיל, ליד ציון הערה 14.

¹⁹ ראה להלן, ליד ציון הערה 45.

²⁰ בבא קמא ח ע"א; תוספתא כתובות פרק יב, ג, במהדורת ליברמן.

דאמר להו: אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו – שקליתו; ואי לא – מהדרנא שטרא דזיבורית למריה ושקליתו כולכו מזיבורית.

כלומר, אם תטלו כל אחד כדינו – טלו; ואם לאו – אחזיר את שטר המכר למוכר ותיטלו כולכם מן הזיבורית. ובהמשך מסבירה הגמרא²¹ הלכה זו בדרך אחרת, באופן שהלוקח אומר כי מאחר שהתקנה שאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ניתקנה לטובתו, הוא מוותר עליה! בהלכה זו דן ר' אשר וייס, ואומר²²: 'וכבר נחבטו רבותינו האחרונים בסברא זו'. ושואל: 'וכי משום שבידו להכשילם בזיבורית, כלום נפטר מקיום מצוות פריעת בעל חוב?!'. והוא מבקש להסביר הלכה זו, שיסודה במידת היושר והמוסר:

והנראה לומר, דלא בכל מקום אמרו האי סברא, ד'מהדרנא שטרא', אלא היכא דיש בזה משום מידת היושר והמוסר. דהנה בלוקח זיבורית ואחריה בינונית ועידית באחרונה, יוצא שעל ידי תקנת חכמים נולד מצב שלא כרצון חז"ל בחוקת הממונות. הן הם אמרו דיגבה ניזק מן העידית ובעל חוב בבינונית וכתובת אשה בזיבורית, והוא מאומד דעתם הרחבה דכן ראוי והגון, והכא משום תקנתא אחריתי, דאמרו דאין גובין מנכסים משועבדים היכא דאיכא בני חורין, יוצא שיבואו כולם ויגבו מעידית, ואין זה כרצון חכמים באופן גביית בעל חוב. וזאת פשיטא דיסוד תקנתם, דאין גובין ממשועבדים מקום שיש בני חורין, לטובת הלוקח אמרו, דלא לייתו כולהו לגבות הימנו, והכא בסיבת תקנתם זו עוד הורע חלקו של לוקח ויבואו כולם ויגבו מן העידית. ובכגון דא דוקא, קבעו חכמים דיוכל לטעון טענת 'מהדרנא שטרא דזיבורית למריה', משום דבמצב זה טענה זו ישרה וברה. אך הטוען טענת 'מהדרנא' לפעול כנגד תקנת חכמים, אין בטענתו ממש, ויגבו כולהו כדינם. כנלענ"ד בביאור סברא זו (ומהי טעמא נראה לי דלא נחתו רבותינו הראשונים להאריך ולפרש סברת זה הדין משום פשטות הסברא), ודו"ק בזה כי נכון הוא.

ד. לוקח שני הטוען מכוח לוקח ראשון "אי אפשי בתקנת חכמים"

באותה סוגיה במסכת בבא קמא מסביר רבא הלכה אחרת²³: 'מה מכר ראשון לשני, כל זכות שתבוא לידו, ומאחר שלוקח ראשון יכול היה לטעון שתקנת חכמים אינה נוחה לו, יכול לוקח שני לטעון כן. ועל כך כותב ר"א וייס²⁴:

²¹ בבא קמא, שם.

²² מנחת אשר, דברים, סימן יב, אות ד.

²³ בבא קמא, שם.

²⁴ מנחת אשר, שם.

ואף בזה נתקשו רבותינו בעומק הסברא דמה מכר ראשון לשני, דאטו זכות אמירת 'אי אפשי בתקנת חכמים' חשיבא כזכות ממון דחייל בה קנין? הא אינה אלא סברא בעלמא ביסודן של תקנות חכמים.

ועל כך הוא מביא את הסברו של החזון איש המבסס הלכה זו על היושר

והמוסר²⁵:

ובחזון איש כתב לבאר, דהאי טענת 'אי אפשי' דלוקח שני, לאו משום לוקח ראשון קטעין, אלא משום דממדת היושר והמוסר חייב לוקח ראשון לסלק הבעל חוב מלוקח שני כדי לקיים המקח.

ומסיק ר"א וייס:

הרי לן, דמשום מידת הצדק והמוסר קבעו רבנן דין גמור בדיני השעבוד וגביית החוב, דלא יגבו בעלי חוב אלא מלוקח ראשון בלבד, ומטעמא דמה מכר, דאלמוהו רבנן לעשותו הלכה קבועה ובדרך שנתבארה. הראינו לדעת הלכתא גבירתא ופסיקתא שבחשן משפט, שיסודן ושרשן במידת המוסר, וכדילפינן מקרא ד'ועשית הישר והטוב'²⁶.

ה. השבת העבוט

המקרא קובע הוראות מיוחדות במערכת היחסים שבין המלווה ללווה, מה מותר למלווה ליטול כמשכון כאשר הלווה אינו פורע את חובו, ואימתי חייב המלווה להשיב את המשכון ללווה. וכך אומר הכתוב בספר שמות (כב, כד-כו):

אם כסף תלוה את עמי את העני עמך, לא תהיה לו כנושה לא תשימון עליו נשך.

אם חבול תחבול שלמת רעך, עד בא השמש תשיבנו לו.

כי היא כסותו לבדה, הוא שמלתו לעורו, במה ישכב, והיה כי יצעק אלי ושמעתי כי חנון אני.

ובספר דברים (כד, י; יג):

כי תשה ברעך משאת מאומה, לא תבא אל ביתו לעבט עבוטו.

בחוץ תעמוד, והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה.

ואם איש עני הוא, לא תשכב בעבוטו.

²⁵ חזון איש, בבא קמא, סימן ג.

²⁶ וראה הסבריו של תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן שו, לתוספות בבא קמא מ ע"ב, ד"ה הוה מעריקנא ליה לאגמא. וראה דיון בהסבריו, בתומים, סימן יב, ס"ק ה, ובברכת אליהו, להרב ברוך רקובר, על באור הגר"א, חושן משפט, סימן יב, סעיף ו, וביקונטרס עשיית תחבולות לזכות בשלו ובעניין מדבר שקר תרחק' (שם, כרך ג, עמ' ריג), אות י ואילך.

השב תשיב לו את העבוט כבא השמש, ושכב בשלמתו וברכך, ולך תהיה צדקה לפני ה' אלקיך.

ועוד בספר דברים (כד, ו): 'לא יחבול רחים ורכב, כי נפש הוא חובל'. והלכות אלו נפסקו ברמב"ם²⁷ ובשולחן ערוך²⁸.

כאן אנו מוצאים אפוא שילוב נפלא בין המשפט להוראות המוסריות.

ו. 'מסדרין בבעל חוב'

בדרכי גביית חוב מן החייב, נקבע כי אין נוטלים מן החייב את כל אשר לו לפרעון חובו, אלא משאירים בידו נכסים חיוניים לעצמו, או למלאכתו²⁹. הוראה זו נקראת "מסדרין בבעל חוב".

הלכת 'מסדרין בבעל חוב', נידונה בהרחבה במקורות ההלכה. כבר במקרא שהובא לעיל נאמר (דברים כד, ו): 'לא יחבול רחים ורכב כי נפש הוא חובל'. ברם, הוראה זו דנה בנכסים האסורים בנטילתם כמשכון לגביית חוב; ואילו ההלכה בדבר סידור בבעל חוב קובעת מסגרת רחבה יותר של נכסים, שאין מוכרים אותם לשם פרעון³¹ חוב³².

²⁷ רמב"ם, הלכות מלוה ולוה, הלכה א, א-ג.

²⁸ שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צז.

²⁹ בבא מציעא קיג ע"ב.

³⁰ רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה שמסדרין, מביא שני פירושים למלה 'מסדרין'. האחד: 'שמין להניח לו צרכי חייו; לשון "והעריך אותו"'; והפירוש השני: 'שמשרדן - לשון שריד'. ובפירוש המיוחס לרש"י, נדרים סה ע"ב, ד"ה ש"מ אין, מובא פירוש אחר, והוא: 'סדר של חיות... מניחים לו מה שסדרו חכמים'.

³¹ אמנם קיימת מחלוקת בין החכמים, אם ההלכה ש'מסדרים בבעל חוב' נאמרה רק על שעת פרעון החוב, או גם על שעת נטילת הנכסים כמשכון; ראה המקורות המובאים בהגהות הגר"א לבבא מציעא שם, אות א, ובביאור הגר"א לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן צז, ס"ק סח.

ועיין א' גולאק, החיוב ושעבודיו, עמ' 130 ואילך, על היחס בין דיני נטילת עבוט שבמקרא לדיני הסידור בבעל חוב.

³² על חוב שאינו נובע מהלוואה, חלוקות הדעות. ראה שולחן ערוך חושן משפט סימן צז, סעיף כט: 'יש מי שאומר, שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלוואה, כגון שכירותו ושכירות בהמתו וכיוצא בהן, אם לא זקפן עליו במלוה, וכן כשבא ליפרע מהערב

וזה לשון הרמב"ם, בהלכות מלווה ולווה³³:

מסדרין לבעל חוב... כיצד? אומר ללוה: הבא כל המטלטלין שיש לך ולא תניח אפילו מחט אחת. ונותנין לו מן הכל מזון שלושים יום וכסות שנים עשר חדש... ומטה לישב עליה ומטה ומצע הראויין לישן עליהם... ונותנים לו סנדליו ותפליו. היה אומן, נותנין לו שני כלי אומנות מכל מין ומין...

מהו היסוד להוראה בדבר 'מסדרין בבעל חוב'? רב האי גאון, בספרו משפטי שבועות³⁴, מנמק את ההלכה שמסדרים בבעל חוב בכך, ש'אינו דין שיקח בעל החוב הכל, וזה יצטרך לבריות, אלא הדין ליתן לו מקצת מנכסיו להשתמש בהם...'. אף חוק ההוצאה לפועל, מכיר בנכסים שאין לעקלם לצורך פרעון החוב³⁵: 'ואלה מטלטלין שאין מעקלים אותם...'. ולהלן מפרט הסעיף את הדברים שאין מעקלים.

חידוש מעניין מחדש מהר"ם מרוטנבורג. בתשובתו הוא מביא את דברי הגמרא, שגובים מן הלווה 'אפילו'³⁶ מגלימא דעל כתפיה', ומוסיף ומסביר³⁷:
ודווקא אם יש לו שני סרבליים, אחד יפה יותר מדאי, יקח הלוה הטוב ויתן למלוה הגרוע. אבל אם אין לו אלא אחד גרוע, לא יקח המלוה וישב הלוה ערום, שגדול כבוד הבריות, שדוחה את לא תעשה שבתורה³⁸.
נמצא לדבריו, שדיני מסדרין בבעל חוב נובעים משני מקורות: המקור האחד הוא דיני ערכין, שכשם שמסדרים בערכין כך מסדרים בבעל חוב; והמקור השני הוא דיני כבוד הבריות, שיש להשאיר לחייב מלבושים באופן שלא יבוש.

שאינו קבלן; ויש אומרים, שגם באלו מסדרין. וראה ערוך השלחן, חושן משפט סימן צז, סעיף לה.

וראה משא חיים (לרבי חיים פלאג'י), מסים, מערכת ס, אות לב, שניסו לתקן באיזמיר תקנה, לפיה יהא סידור גם במס, ונתבטלה התקנה.

³³ רמב"ם, הלכות מלווה ולווה, פרק א, ז. וכן נפסק בשולחן ערוך חושן משפט, סימן צז, סעיף כג. שלא כדעה האומרת שאין מסדרים בבעל חוב; ראה דעת רבנו תם, ספר הישר, מהדו' שלזינגר, סימן תרב; תוספות, בבא מציעא קיד ע"א, ד"ה מהו. ראה ש' שילה (לעיל, הערה 10).

³⁴ משפטי שבועות, שער אחרון.

³⁵ חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז 1967; ספר החוקים התשכ"ז, עמ' 116, סעיף 22(א).

³⁶ בבא קמא יא ע"ב; בבא בתרא קנו ע"א.

³⁷ תשובות מהר"ם ברי' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן ת. השוה תוספות בבא קמא שם.

³⁸ וראה גליוני הש"ס, בבא מציעא קיג ע"ב, הסברו של ר' יוסף ענגיל, לתשובתו של מהר"ם מרוטנבורג.

חידוש נוסף של מהר"ם מרוטנבורג הוא בכך 'שמניחים למת תכריכין ושאר צרכיו'. נושא תשובתו הוא באם שהלוותה לאשת בנה לקבורתו, ואשת המת אינה חפצה לפרוע, ומבקשת לעכב את כל הנכסים לכתובתה. והוא כותב³⁹:

שלא תיקנו חכמים לכל סתם נשים שיעבוד על הכל, שלא ישיירו אפילו לקבורתו. נמצא תקנתם קלקלה, והלא כל דרכיה 'דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום' [משלי ג, יז].

ובהמשך דבריו הוא לומד מדין 'מסדרין בבעל חוב', ש'כל שכן דלאחר מיתה מסדרין, שמניחין לו תכריכין ושאר צרכיו, והשאר יגבה בעל חוב'.

*

ההתחשבות בחובה לפעול 'לפנים משורת הדין' בסידור בבעל חוב מצויה בתשובה שהשיב ר' יצחק יעקב וייס⁴⁰. הוא נשאל בדבר מכירת מטלטליו של אדם לפרעון חובותיו לקהילה⁴¹:

והנה עתה באתי לפנות להד"ג בשאלה דלהלן: זה כמה שנים יש לקהל עדתי שחיטה משלה, העומדת תחת השגחתי, והבשר נמכר לכמה איטלזיס שבוע, הבשר נמכר בהקפה, והקצבים רגילים לשלם אחרי שבוע או שבועים, אחרי שמכרו את הבשר לקונים, והיה קצב אחד שלא שילם, אף על פי שתבעו ממנו פעמים הרבה, עד שחובו עלה לסכום גדול, יותר מאלף דולרים, אי אפשר לקהלתי לוותר על הכסף, על כן פנו פרנסי קהלתי לשלטונות להטיל עיקול על האיטלזי ועל כליו, זאת אומרת, שהקצב יוכל לעבוד שם כמו שעבד קודם לכן, אולם אסור לו למכור כלום מחפצי האיטלזי, והן יהון אחראין וערבאין עד שישלם את חובו, ויחילו פרנסי קהלתי עד בוש, והקצב לא שילם, על כן רוצים עכשיו למכור את כלי האיטלזי בעזרת השלטונות, כדי להסיר הפסד מרובה מן הקהל. החפצים החשובים ביותר הם ארון מקרר חשמלי גדול, מסור המתנענע על ידי מנוע (מאטאר) חשמלי לחתוך עצמות, מאזנים ועוד. ועתה נפשי בשאלתי אם זה מותר או לא.

בתשובתו, אומר הרב וייס, כי אף שמצד הלכת 'מסדרין בבעל חוב', אפשר לגבות את מטלטליו, 'אבל מכל מקום נראה דשייך בזה, מה דאיתא... רבה בר בר חנה תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא...'. כלומר, יש לנהוג בזה לפנים משורת הדין.

³⁹ תשובות מהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקכו.

⁴⁰ כיהן כאב בית דין לעדה החרדית בירוליס.

⁴¹ שו"ת מנחת יצחק, חלק ה, סימן קכא.

ובהמשך דבריו הוא דן בשאלת הכפייה על 'לפנים משורת הדין', ודעתו היא,

כי רוב הפוסקים סבורים שניתן לכפות בזה:

ובבית יוסף (חושן משפט סימן יב) וברמ"א שם (סעיף ב), הביאו פלוגתת הפוסקים, אם כופין על לפנים משורת הדין, והב"ח שם הוכיח מדברי הש"ס הנ"ל דכופין, וסיים 'ופוק חזי מאי עמה דבר', וציין לדבריו בש"ך שם (ס"ק ח), וכנראה דסבירא ליה כן להלכה, וכן כתב בפתחי תשובה שם (ס"ק ז), דכן משמע דעת הש"ך (סימן רנט ס"ק ג), וכן נראה דסבירא להו רוב הפוסקים שהביא הפתחי תשובה שם (ובסימן רנט) להלכה למעשה, אלא דפליגי אם כופין רק בדברים או גם בשוטיין ונידווי. עיי"ש.

ובהמשך תשובתו דן המשיב בהבחנה בין עני לעשיר, לעניין הכפייה, ואם אפשר להגדיר את הקהילה כ'עני', וכן בשאלה, אם ההבחנה בין עני לעשיר, שנאמרה לעניין השבת אבדה, שבה אינו מחזיר אלא ממון של חברו, נכונה גם כן בתחומים אחרים.

ואף דמבואר שם בפוסקים לחלק בין עשיר לעני, וכפי מה שכתב כ"ת [=כבוד תורתו], הקהל שם בגדר 'עניים', מכל מקום זה נגד הכלל דאין עניות בציבור, ועוד הרי בתשובת צמח צדק (סימן פט) כתב להוכיח מדברי המרדכי, לענין מה דכופין באבידה על לפנים משורת הדין, דכל שהמוצא אינו עני, אף על גב דלאו עשיר היא צריך להחזיר, וכופין אותו על לפנים משורת הדין, ואם כן אף אם הקהל אינם עשירים, אבל בודאי לא הוי בכלל עניים. והנה בתשובת צמח צדק שם כתב עוד בנידונו, דהיכא דהמוצא אינו עני, אף אם בעל אבידה הוא עשיר, וכן נמי אם אין בעל אבידה עשיר, אף על פי שהמוצא עני, כפינן ליה על לפנים משורת הדין, דדווקא בדאיכא תרתי למעליותא, שהמוצא עני ובעל אבידה עשיר, התם לא כפינן ליה על לפנים משורת הדין. אבל כשאין המוצא עני, אף על פי שבעל אבידה הוא עשיר, או שהמוצא עני, אלא שגם בעל אבידה לאו עשיר הוא, כפינן ליה על לפנים משורת הדין. עכת"ד. וצריך עיון, אם לומר כן גם במקום אחר, בתובע ונתבע בשאר ענינים, היכא דשייך לפנים משורת הדין, ויש לומר, דדווקא באבידה אמרינן כן, דסוף כל סוף אינו מחזיר רק ממון מחבירו, מה שאין כן בשאר מקומות. וק"ל. ואין כאן מקום להאריך.

ומאלפים דבריו בסיום תשובתו, לעניין הצורך לנהוג לפנים משורת הדין, שמתחשב המשיב במה ש'נראה בעיני העולם כענין אכזריות', ולכן הוא ממליץ לנהוג 'לפנים משורת הדין':

והנה בנדאי שדבר כזה למכור הכלי אומנות שעיקר פרנסתו מזה, אף שניתן לו מאותו המין חפצים אחרים, שאינם רגילים היום בזה, נראה בעיני העולם כענין אכזריות⁴², אבל לעומת זה, אין להקהל לוותר על החוב

⁴² באותה דרך הולך הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, חלק ב, חושן משפט, סימן מה, לעניין אחריות שילוחית בנזיקין, שכתב כי כיום, שהמנהג הרווח בעולם הוא להטיל אחריות שילוחית, ובעקבות הפסיקה בבתי המשפט, מקובל להניח שהיושר

המגיע להם, על כן לדעתי יש לכ"ת לעשות איזה סדור לצאת גם את הלפנים משורת הדין בזה, אם לא שיש אומדנא דמוכח דיש לו להקצב ממון לשלם, רק שמערים לומר דאין לו, דאז בודאי יקוב עליו הדין את ההר.

*

ראוי לציין, כי **למעשה** מקילים על החייב אף מעבר למה שהוא זכאי לו על פי דין 'מסדרין בבעל חוב'. וכבר תמה על כך ר"מ שטרנבוך, 'מדוע'⁴³ לא נזהרין היום בבעל חוב [כלומר, בחייב] לתת לבעל חובו את כל מה שיש לו בבית כפשוטו... [שעל פי דין] משאירים לו לעצמו מזון לשלשים יום וכסות ל"ב חדש, והמלוה לא מחוייב להשאיר מזונות כלל לאשתו ובניו של הלוה... ותמהני שלא שמענו מעולם נזהרין כן. תחילה הוא מציע הסבר לפיו, מאחר שכך הוא **המנהג**, דעתו של המלוה היא שגביית החוב תהיה כפי המקובל. ובהמשך דבריו, הוא מבקש לבסס נוהג זה על שני טעמים נוספים הנוגעים לענייננו.

הטעם האחד הוא, שמאחר שכיום אין קופה של צדקה ועלול החייב **להתבזות**⁴⁴, אין לכופף על החייב את המצוה לפרוע לבעל חובו, בלקיחת כל אשר לו (אמנם הוא אומר כי טעם זה אינו אלא בפריעת **בעל חוב** שאינה אלא מצוה, אבל לא בסוחר שקיבל סחורה ולא שילם עבורה, או בשכירות שלא שולמה).

ומכאן הוא מגיע לטעם נוסף, והוא משום '**ועשית הישר והטוב**', שלפעמים כופין לפנים משורת הדין, אלא שמדברי המשיב עולה, כי עשיית 'הישר והטוב' בנידון דידן, היא כדי למנוע **חילול השם**: 'ובזמננו, שהאומות מקפידים ומסדרים לבעל חוב לצורך אשתו ובניו, אין לך חילול השם גדול מזה, אם אנו נעכב על אשתו וילדיו מלקבל מזונות, וכעיקר הדין דמסדרין. וכיון שמקובל היום בכל העולם להתחשב בצרכיו המינימליים ומשאירים לו את ביתו, וכל שכן שלא גובים את הנצרך למזונותיו ומזונות אנשי ביתו, נראה שזהו בכלל 'ועשית הישר והטוב'... שלא יתחלל שם שמים ח"ו ותתבזה תורתנו הקדושה, שנאמר בה "דרכיה דרכי נועם" 'ועשית הישר והטוב'".

הציבורי מחייב זאת, והתעלמות מאחריות כזו נתפסת בציבור כהתנהגות שאינה הגונה.

⁴³ תשובות והנהגות, חלק ד, סימן שו.

⁴⁴ השוה הסברו של ר' יוסף ענגיל לעיל, הערה 38.

ז. סדר עדיפויות בגביית חובות

המשנה במסכת כתובות אומרת⁴⁵: 'מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין, והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים, רבי טרפון אומר: ינתנו לכושל שבהן, רבי עקיבא אומר: אין מרחמין בדין אלא ינתנו ליורשין וכו'. בהלכה זו אנו שומעים שנחלקו רבי טרפון ורבי עקיבא, ובעוד שדעת רבי טרפון היא שיש לתת לכושל שבהן, דעתו של רבי עקיבא היא שאין מרחמין בדין. מחלוקת זו, מפרש הרב קוק, אינה בשאלה העקרונית בדבר מקומה של מידת הרחמים, אלא בשאלת האיזון הנכון הראוי במקרה זה, אם אין בהתחשבות במידת הרחמים במקרה זה: 'העברה על מידת הדין מצד מידת הרחמים יותר מדי'. וכך הוא מסביר מחלוקת זו⁴⁶:

וזהו היסוד שנחלקו בו רבי טרפון ורבי עקיבא, במשנה דכתובות הנ"ל, שרבי טרפון סובר שמדת הדין היא שקולה וראוי לתקן, לצרף מדת הרחמים לתן לכושל שבהן; ורבי עקיבא שקל בדעתו, שמאחר שצד אחד צריך שבועה, והיתומים אינם צריכים שבועה, עומד הממון קרוב להם יותר, ואם נעבור על זה מצד מדת הרחמים, כבר נקרא לדעתו העברה על מדת הדין, שבטא זה במה שאמר 'אין מרחמין בדין'⁴⁷.

ח. התיישנות החוב

בארץ מוכרת עילת התיישנות החוב, והיא באה לידי ביטוי בחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958⁴⁸.

⁴⁵ משנה כתובות, פרק ט, ב; פד ע"א.

⁴⁶ באגרתו לסופר אז"ר, המובאת בנספח.

⁴⁷ וראה הרב ש"ז פינס, מוסר המקרא והתלמוד, ירושלים תשל"ז, עמ' קטו: 'אולם יש שהצדק המשפטי והצדק המוסרי באים לידי התנגשות: הצדק המשפטי המוחלט שאין לפניו משוא פנים מטה את הדין לצד אחד, והצדק המוסרי המכיר פנים ומצרף מדת הרחמים למדת הדין מטה לצד אחר; איזה מהם יכריע? על מקרה כזה כבר דנו חכמי המשנה בכתובות פד, והוחלטה ההלכה כדעת ר' עקיבא, שאין מרחמין בדין והצדק המשפטי יכריע. הטעם מובן: הצדק המשפטי הוא היסוד, הבית למחסה ולמסתור מעוול ורשע, והצדק המוסרי הוא העליה על גביו ואין קיום לעליה אם יתערער הבית'.

⁴⁸ חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958; ספר החוקים התשי"ח, עמ' 112.

האם ההלכה היהודית מכירה בהתיישנות של חוב, ומהן מגבלותיה?⁴⁹ על יסוד הצדק בקביעת אופיה של ההתיישנות במשפט העברי, עומד ז' ורהפטיג בדבריו⁵⁰:

המשפט העברי מכיר במוסד ההתיישנות, בהיקף מסוייג⁵¹. המשפט הוא עשיית צדק, (תהלים צד, טו) 'כי עד צדק ישוב משפט'. לא יהיה בכך משום עשיית צדק כשיעשו עוול לפרט, מפני שהסדר מעין זה הוא טוב בהרבה מקרים אחרים. אין בכלל אלא מה שבפרט, וקיפוח הפרט הוא ממילא גם קיפוח הכלל. כל עוות דין פוגע בפרט הנידון, אולם הוא גם מערער את הסדר הציבורי הטוב. העמדת טובת הכלל מול טובת הפרט, סדר ויציבות מול מיצוי הצדק ליחיד, יש בהם רק משום אחיזת עיניים. טובת הפרט היא הבסיס לטובת הכלל, ועשיית צדק ליחיד, היא-היא היסוד לרגש היציבות של הרבים⁵².

מבין שני היסודות להתיישנות שהוזכרו לעיל, האינטרס הציבורי כנוגד לאינטרס של הפרט, והאינטרס הפרטי – מכיר המשפט העברי ביסוד האינטרס של הפרט⁵³. ההתיישנות העברית מבוססת איפוא על העקרון של עשיית צדק ליחיד הנידון, והיא מופעלת עד כמה שיש בה משום מיצוי האמת המוכחת או המשוערת. אולם אין היא יכולה לזכות את הנטען, כשידוע שאין הצדק אתו.

⁴⁹ ראה גם הרב רצון ערוסי, 'התיישנות בהלכה ובחוק', תחומין כא (תשס"א), עמ' 422-423.

⁵⁰ ז' ורהפטיג, החזקה במשפט העברי, ירושלים תשכ"ד, עמ' 268. וכן ראה דבריו בדיון שהתקיים בכנסת על הצעת החוק, דברי הכנסת, כרך 22, עמ' 2237-2239 [=נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת, עמ' 442-445]. להלן, בהערות לדבריו, וכן לדברי מ' אלון שבסמוך, מובאות הערותיהם של המחברים.

⁵¹ חוקרי המשפט העברי לא העמיקו חקר בבעיית ההתיישנות במשפט העברי ולא צדקו בקביעתם, כי אין המשפט העברי מכיר במוסד ההתיישנות: ראה א' גולאק, יסודי המשפט העברי, חלק ב, עמ' 105, הערה 1; י"ש צורי, משפט התלמוד, ספר שביעי, משפט הדין, עמ' 15; בספרו האחרון, שיטת הטענות, לונדון, תרצ"ד, עמ' 72 ואילך, הוא מרחיב את הדיבור על ההתיישנות במשפט העברי.

⁵² ומכאן הרתיעה מפני תקנות הקהל שיש בהן משום עוול ליחידים ללא הסכמתם על התקנה, או על הסמכות להתקין התקנה: עיין שו"ת הריב"ש, סימן תעז, שמסיק: 'שאינן הקהל יכולים להתנות לגזול אחרים'; שו"ת הרמ"א, סימן עג: 'ואין לרבים כח לגזול היחיד'. שו"ת מהרי"ק, שורש א: 'דאפילו בי דינא דרב אמי ורב אסי אין יכולים להפקיע ממון במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי'; תשובת הרשב"א, הביא הריב"ש שם, שמסיק: 'ואינן יכולים [הקהל] להתנות על הגזלות'.

⁵³ ועיין י"ש צורי, שם: 'לא כשר בעיני [המשפט העברי] להקריב את זכות היחיד על מזבח סדרי החברה הכלליים'.

מכאן, שכמו בחזקה, היסוד להתיישנות היא הטענה. התיישנות שאין עמה טענה – אין לה ערך.

אכן, שונה היא הטענה שבהתיישנות מזו שבחזקה. השוני נובע בעיקר מהשוני שבנכסים עליהם חלה הטענה. בחזקה, מתייחסת הטענה לאופן העברת הבעלות: 'מכרת ליי, נתת לי במתנה'; ואילו בהתיישנות המתייחסת לתביעות, זכויות, יכולה הטענה להיות גם: 'פרעתי', 'מחלת ליי', 'התייאשת', 'הפקרתי'.

דומה, כי דברים אלה מדגישים בצורה מופרזת את טובת הפרט כמועדפת על טובת הכלל.

על יסודה הדיוני, הפרוצדוראלי, של ההתיישנות, עומד פרופ' מ' אלון⁵⁴, תוך הדגשת הצדק שבהסדר זה, לעומת ההסדר שבחוק⁵⁵:

כאשר הובאה הצעת החוק⁵⁶ לקריאה שנייה ושלישית בכנסת, חלה נסיגה רצינית מתיאומה עם עמדת המשפט העברי. אמנם ההוראה, ש'אין בהתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה', נשארה מפורשת וכתובה⁵⁷, אך נתבטל סעיף 3(2) שבהצעה שקבע, שאם הודה הנתבע באחד ההליכים בקיום זכות התובע, אין עוד מקום לטענת התיישנות. ולא זו בלבד, אלא שהחוק קובע מפורשות, שהודאת הנתבע בקיום זכותו של התובע מבטלת את תקופת ההתיישנות רק כשלא באה ההודאה ביחד עם טענת ההתיישנות⁵⁸. הפועל יוצא הוא אפוא, שהנתבע יכול לבוא ולומר, שאמנם מודה הוא בקיומו של החוב ושלאמנם טרם פרע אותו, אך אין הוא מוכן לשלם, משום שהתביעה התיישנה, גישה זו נוגדת באון מהותי את עמדת המשפט העברי, ודומה שאף את מידת ההגינות והצדק.

ט. הברחת נכסים

הערמה הבאה לסכל את גביית החוב, בדרך של העברת נכסי החייב לאחר, תיתכן בשתי דרכים: (א) בהעברה פיקטיבית של נכס החיוב לאחר, באופן שמבחינה פורמלית אין הוא בעליו של הנכס, אבל למעשה הוא זה שממשיך 'לשלוט' בנכס; (ב) העברה אמיתית של נכס החייב לאחר, כשהחייב מעדיף את מקבל הנכס על פני הנושה העתיד לגבות את הנכס מן החייב בחובו.

⁵⁴ מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 110-112.

⁵⁵ מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 112-113.

⁵⁶ הצעת חוק התיישנות, התשי"ז-1957; הצעות חוק התשי"ז, עמ' 280.

⁵⁷ סוף סעיף 2 לחוק; וכן נשארו כל אותם סעיפים אחרים, שמהם ניתן להסיק, שההתיישנות הנה פרוצדוראלית בלבד.

⁵⁸ סעיף 9 לחוק.

כדי לבטל ערמתו של מי שמבקש לשלול זכויות של הזולת בדרך לא נאותה, לא נרתעו חכמים לקבוע את בטלות התוקף המשפטי של המעשה שביקש לעשות. הסוגיה הבסיסית בתלמוד בנושא זה, היא הסוגיה בדבר אישה שבקשה להבריח נכסים מבעלה לעתיד, וכתבה את נכסיה לבתה כדי שבעלה לא יזכה בהן⁵⁹. מעשה כזה בא לדין בפני רב נחמן, והוא קרע את השטר, תוך הסתמכות על דברי שמואל שאמר 'מורה הוראה אני, אם יבוא שטר מברחת לידי - אקרענו'. ועל פסקו זה של רב נחמן חולק רבא, וטוען שלא אמר שמואל את דבריו אלא כשהנכסים הוקנו לאדם זר, שבוודאי אין כוונתו של הנותן לתת לאדם זר במתנה גמורה, אלא הדבר נעשה רק למראית עין, כדי להבריח את הנכסים⁶⁰, מה שאין כן אם הוקנו הנכסים לבת - כמו בנידון שלפנינו - ההנחה היא, שההקנאה הייתה הקנאה גמורה⁶¹.

שאלה מעניינת באה בפני הרא"ש, בראובן שהתחייב בשטר לשלם לשמעון אלף זהובים. וכשביקש הדיין לגבות את החוב מנכסי ראובן, בא לוי והוציא שטר שכתב החייב שנים אחדות קודם לכן, ובו נותן החייב לאחד מבניו את כל נכסיו. את תשובתו⁶² פותח הרא"ש באמירה, שחייבים חכמי ישראל לסכל את עצתם ולבטל מחשבתם של ההולכים בדרכי מרמה:

תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל על ידי משה רבינו עליו השלום, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בס, ופושעים, המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה, חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: צדק צדק תרדוף (סנהדרין לב ע"ב), ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה.

והוא ממשיך ואומר כי נוכח לדעת שישנם אנשים המבקשים לסכל בערמתם את זכותו של הנושה:

ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבים נכסיהם ליהודים, או לגויים, ואחר כך לזין מעות, וכשבא המלוה לגבות חובו מנכסיו, מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים; והכל רואין אף על פי שכתב נכסיו לאחרים, הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו.

⁵⁹ כתובות עח ע"ב - עט ע"א.

⁶⁰ ראה פגמים בחוזה, בסדרה 'חוק לישראל', ירושלים תשע"ב, סעיף 13: חוזה למראית עין, עמ' 63 ואילך.

⁶¹ וראה הרב י" קאפח, 'אחת עשרה הלכות מתורת רס"ג', כתבים, כרך א, עמ' 15, אות ד.

⁶² שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג. תשובת הרא"ש נפסקה להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן צט, סעיף ז.

ותגובתו למעשים כמו אלה, היא חריפה ביותר :

ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם, ולהודיע ולבאר שאין במתנה זו ממש. לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות, אלא להבריא נכסיו מבעלי חוביו, וילוח ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו.

ולאחר שהרא"ש מבסס את כוחו של הדיין להסתמך על אומד הדעת, וכי מנסיבות העניין שבא לפניו מוכח באומד הדעת שלא היתה כוונת הנותן אלא להבריא את נכסיו מן הנושה, אומר הרא"ש, שכבר 'מצינו בדברי חכמים שבטלו עצת המערימים'. ועל כך אומר הרא"ש, שבכגון זה אמרו כבר חכמי התלמוד 'כאשר עשה – כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו', וכן אמרו: 'הוא עשה שלא כהוגן, אף אנו עושין לו שלא כהוגן'.

ומסכם הרא"ש, שמכל המקורות הללו רואים אנו ש"כל הרוצה להערים להפקיע תקנת חכמים ולעשות לחברו תחבולה, לכדוהו חכמים בערמם ועמדו כנגדו להפר עצתו ולבטל מחשבתו הרעה".

וכאן מלמד אותנו הרא"ש, כי אף דברים שלא נתפרשו בתלמוד ניתן לנו ללמוד דבר מתוך דבר :

ואנו נדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום, אלא שהבאים אחריהם יוצאים בעקבותיהם ומדמין מילתא למילתא.

ומוסיף הרא"ש שכבר פסק מהר"ם מרוטנבורג, באחד שביקש בערמתו לבטל את זכות אשתו לגבות את כתובתה מנכסיו, 'ופסק שתגבה כתובתה מהם, אחרי שכיון להערים להפקיע תקנת חכמים, לא תועיל לו ערמתו'. ועל כך הוא אומר :

כל שכן בנדון זה, דצורך שעה היא, ומיגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא, ועוד, דדין גמור הוא, כאשר בארתי, שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות הנעשות עד היום, וכשבאו ליד בית דין, שיקרעו.

והוא גוזר בתקנה לסלק מאומנותם אותם סופרי שטרות שיחתמו על שטרי הברכה כאלו :

ותנתן דת בטוליטולה על הסופרים ועל העדים, שלא יכתבו ויחתמו שטר מתנת נכסים שיראה בו תחבולה וערמה, אך יביאו הדבר לפני גדולי העיר ועל פיהם יעשו, ואם יעברו על זה, שיסתלקו מאומנותם.

מדברי הרא"ש לא ברור לגמרי, האם דבריו החריפים נאמרו רק כאשר החייב הערים בהעברת הנכס לאחר בעוד שלמעשה הוא המשיך להיות הבעלים, או שמא

אף בנתינה גמורה לאחר, קבע הרא"ש, שמאחר שהוא עשה כן כדי לשלול מן הנושה את זכותו, אין להכיר בתוקפו המשפטי של המעשה⁶³.

⁶³ יתר על כן, לשיטת רב האי גאון, בספר המצרנות שלו, לא זו בלבד שאין לו זכות של 'בר מצרא', אלא שמבטלים את העיסקה הזו בכללה, כיון שנעשתה בהערמה, כדי לזכות על ידי כך בזכות של 'בר מצרא', תוך כדי קיפוח זכותם של אחרים, שקרקעותיהם גובלות בקרקע של המוכר.

שיטת רב האי גאון מובאת על ידי הרא"ש בפסקיו (פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ט, סימן כה): 'ופירש רב האי גאון, בספר מצרנות, כיון שנתכוון המוכר והלוקח להערים – המכר בטל מעיקרו, וישאר הקרקע ביד המוכר, ולא נכוף המצרנים לקנותו באלו הדמים. וכן נראה'.

וראה עוד בעניין הערמה, בשו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקסב.

נספח

תשובתו של הרב קוק לסופר אז"ר

(ספר זכרון לאברהם שפיגלמן, תל אביב תשל"ט)

אברהם יצחק הכהן קוק

הרב הראשי לארץ ישראל

האב"ד

בעיה"ק ירושלים תובב"א

ב"ה, יום י' לחודש אדר שני תרפ"ז

לכבוד ידידי הרה"ה הישיש, הסופר המרומם מו"ה רא"ז רבינוביץ שליט"א.

שלום וברכה באה"ר!

בתשובה על הערתו הכללית, איך להתאים את גזירת הכתוב של 'ודל לא תהדר בריבו', עם האמור בירושלמי כתובות פ"ט ה"ז, לעניין גבית חוב מן היתומים, שמחלקים בין יתום גדול ליתום קטן, שדוקא ביתומים קטנים אין גובין שלא מן הזבורית, לשיטת הירושלמי שם, ולא בגדולים.

והנה לפי הערה זו, שיסודה הוא מהפסוק בתורה, היה ראוי לשאול על דעת רבי טרפון, שאמר במשנה שם דף פד ע"א, ינתנו לכושל שבהם, בניגוד לדעת רבי עקיבא שאמר 'אין מרחמין בדין', איך יפרש לנו את הכתוב 'ודל לא תהדר בריבו'?

ואנו מוצאים הרבה עניינים במשפט שבאו מצד הרחמים, שזהו הכלל הגדול של 'ועשית הישר והטוב', שזהו יסוד דינא דבר מצרא', בבא מציעא קח ע"א, או הדין דשומא הדר לעולם, שם לה ע"א, משום 'ועשית הישר והטוב', שמדת הרחמים בנדאי אינה יוצאה מכלל ישר וטוב. אלא שמוכרחים אנחנו לומר, שבזמן שרואים חכמים בתור **מחוקקים** לקבוע חק, שמצד המשקל של מדת הרחמים הוא ראוי להיקבע בצורה משפטית, יש כח בידם לעשות כן, ואחר כך השופט הפרטי הבא לדון, מוכרח הוא לדון על פיו, ואסור לו לעבור על זה, אפילו אם מדת רחמיו הפרטית תניע אותו לכך. אלא שבנדאי צריכים תמיד לשקול את מדת הרחמים הזאת, שתהיה בצורה שלא תקלקל את מדת הדין.

ומדת הרחמים היא משמשת ביחוד אצל **קובעי החוקים** ומתקני תקנות לדורות, באופן שיש למדת הדין, לא מהלך אחד כי אם מהלכים רבים, אז אנחנו נוטים כלפי הרגש של מדת הרחמים, שהרי גם מדת הדין אינה לוקה. ויש דוגמא לדבר בתשלומי נזקין עצמם, בהכרעת המשפט היוצא מדין האמור במיטב שדהו ומיטב כספו ישלם. כדאמרין בבבא קמא נח ע"ב, אברייתא דאין שמין קב מפני שמשביחו, ולא בית כור מפני שפגמו, ומפרש התם במסקנא מפני שתשלום קב בשומא בפני עצמו, תהיה חומרא יותר מדאי, ומשביח ניזק יותר מהמדה על חשבון המזיק. וקב בבית כור פוגם ניזק. ומזה יצא המשפט הממוצע ששמין בששים.

ואפילו **שופטים** פרטיים גם כן אין זה כלל גמור, שלא להתחשב עם המצב של הנדונים, שהרי מעשה רב שמענו בבבא מציעא פג ע"א, שחייבו רב לרבה בר בר

חנא להחזיר את הגלימא שלקחו מהשקולאי, ולשלם גם כן להם שכרם, מצד טענתם שטענו 'עניי אנו וטרחינו כולי יומא וכפינו ולית לן מידי', מטעם 'ואורחות צדיקים תשמור'.

וגם עיקר של לפנים משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים, 'ולא חרבה ירושלם אלא על שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין', בבא מציעא ל ע"ב.

ומכל זה אנו מוכרחים לומר שהכתוב שאומר 'ודל לא תהדר בריבוי' הוא נאמר דוקא בזמן שהדין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק רק מפני מדת הרחמים על הדל, אבל בזמן שיש משקל לזה גם כן מצד צורת המשפט ויסודי הדין יש רשות לדין לפעמים לצרף לזה גם כן מדת הרחמים, והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים. והמדה יותר גדולה ממה שיש רשות להדין הפרטי, יש רשות כזאת למתקני התקנות, וקובעי חקים לדורות, ולפעמים תוכל ליפול מחלוקת בשיקול הדעת בין קובעי תקנות, אם לא יש כאן העברה על מדת הדין מצד מדת הרחמים יותר מדאי, וזהו היסוד שנחלקו בו רבי טרפון ורבי עקיבא, במשנה דכתובות הנ"ל, שרבי טרפון סובר שמדת הדין היא שקולה וראוי לתקן, לצרף מדת הרחמים לתן לכושל שבהן; ורבי עקיבא שקל בדעתו, שמאחר שצד אחד צריך שבועה, והיתומים אינם צריכים שבועה, עומד הממון קרוב להם יותר, ואם נעבור על זה מצד מדת הרחמים, כבר נקרא לדעתו העברה על מדת הדין, שבטא זה במה שאמר 'אין מרחמין בדין'.

ואנחנו מוכרחים לומר כן, שמדת הרחמים **במדה שאינה מקלקלת את שורת הדין** היא נוהגת במשפט מאד, שהרי מדת הדין, כמו שהיא צריכה להיות נוהגת בדיני ממונות, כן היא צריכה להיות גם כן נוהגת בדיני נפשות, ומכל מקום הלא יש לנו הכלל הגדול של 'והצילו העדה', שהרבה הלכות נוסדו עליו, למעט את העונשין של דיני נפשות, כמו במשנה דסנהדרין פרק קמא (דף ב ע"א), 'לא כהטייתך לטובה הטייתך לרעה, הטייתך לטובה על פי אחד והטייתך לרעה על פי שניים'. וכן החוק של הלנת הדין, השנוי במשנה שם לב ע"א, שדיני ממונות גומרים בו ביום, בין לזכות בין לחובה, דיני נפשות גומרים בו ביום לזכות וביום שלאחריו לחובה, ולמדוהו בגמרא שם, לה ע"א, מהמקרא של 'צדק ילין בה', דבעינן הלנת דין. וכאלה עוד פרטים רבים, שהם ודאי נובעים מתוך מדת הרחמים. ועל כרחנו צריכים אנו להחזיק באלה הכללים שקובעי התקנות ומכריעי הדינים הכלליים, ודאי יש בידם רשות רחבה, למזוג מדת הרחמים עם מדת הדין, ושיקול דעתם שאין מדת הדין מכל מקום מתקלקלת על ידי זה הוא המכריע בדבר. וגם **שופטים** פרטיים יש להם איזה אחיזה במדה זו, באופן יותר מצומצם, שהוא מיוסד על יסוד החובה הכללית של עשיית 'לפנים משורת הדין'.

והנה, סדר גביית חוב בכלל, יש בו הרבה משיתוף מדת הרחמים המלווה את מדת הדין, שהרי יסוד הכתוב של 'בחוץ תעמוד', שמזה למדנו שלא יכנס לביתו ליטול משכוננו, בבא בתרא קיג ע"א, ולדעת שמואל שם, גם שליח בית דין אסור לו להכנס לתוך הבית לקחת משכוננו, ודאי צד גדול של מדת הרחמים יש בו, וממקרא זה עצמו אנו למדים שבעל חוב דינו מן התורה בזיבורית, בבא קמא ח ע"א, אלא שנזקין הוציאה תורה מכלל שארי בעל חוב, וחייבה להגבותן מעידית, ועיקר דבר זה הוא מפני תיקון העולם, כדברי ר"ש דדריש טעמא דקרא, גיטין מט ע"ב, מפני מה אמרו הנזקין שמין להם בעדיות מפני הגזלנים ומפני החמסנין. וחכמים תקנו שמנכסי יתומים אין גובין אלא מן הזיבורית, וכבר עמדו על כך בתוספות (שם, דף

מח ע"ב, ד"ה אין נפרעין מנכסי יתומים), ותירצו שם בשני אופנים. ועל כל פנים, כל עיקר הדין, הוא תקנתא דרבנן, לטובת יתומים, שמצאנו הרבה דברים כאלה, כמו שביארנו, שהמתקנים תקנות ודאי חובתם היא להעמיד יסוד הצדק ממוזג עם מדת הרחמים, כמו שהתורה עצמה מזגה אותה במשפטיה, למשל, בדין השבת העבוט, 'כי היא שמלתו לבדה, היא כסותה לעורו במה ישכב'. וכי יש לך מדת הרחמים גדול מזה?! אלא שהתורה ודאי ראתה שמדת הדין מכל מקום לא תתקלקל על ידי מדת הרחמים של שיעור כזה, וכן הלכו חכמים בדרכיה של תורה.

ונחלקו בזה חכמים אם תקנתא דרבנן היא בין ליתומים גדולים בין לקטנים, או דוקא לקטנים ולא לגדולים, כמבואר גם כן בבבלי גיטין נ ע"א, בצורת איבעיא, ומסקנת הבבלי היא דתקנתא זו היא בין לגדולים בין לקטנים, ושיטת הירושלמי בתוי"ש היא דדוקא לקטנים תקנו ולא לגדולים.

אבל בהא נחתינן וסלקינן שאין כִּנְתּוּב הכתוב של ודל לא תהדר בריבו לסלק לגמרי מדת הרחמים מהשפעת הדין, אלא שלא להרבות בשיעורה במדה כזאת שתקלקל לגמרי את מדת היושר של המשפט. ובחופש של השימוש במדת הרחמים, יש הבדל בין מיסדי החקים, והתקנות שהם משתמשים במדה יותר רחבה במדת הרחמים המתמזגת עם מדת הדין, ובמדה מצמצמת היא נוהגת גם כן בשופטים פרטיים, מצד חובת הכניסה לפנים משורת הדין, ושמור אורחות צדיקים, כמשכ"ל.

*

מאד הייתי חפץ שיוציא כת"ר את מגמתו הטובה בתרגומו של כתבי הגר"ד הופמן בכלל, כי גם ביאורו לתורה יש לו ערך גדול מאד, והשי"ת יחזקו ויאמצו לעבודת הקודש ועוד ינוב בשיבה טובה לאוי"ט כהנ"י ונפש ידידו דושי"ת באה"ר.

הק' אברהם יצחק הכהן קוק