

## המוכר שטר חוב וחזר ומחלו – היבטים עיוניים, כלכליים וחברתיים

### א. מבוא

אמר שמואל: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו – מחול (כתובות פו ע"א). דינו של שמואל אינו אומר אלא דרשני. הקושי הראשון המזדקר לעין הוא עיוני ביסודו – אם המוכר מכר את החוב, כיצד זה יכול הוא למחול עליו? אולם, מעבר לקושי עיוני זה, הדין מעורר קושי חריף ביחס למוסד מכירת השטרות בכלל. דינו של שמואל מניח את קיומו של מוסד זה, שהרי שמואל מתאר מצב שבו מלווה מוכר את שטר חובו תמורת כסף. ואכן, מדובר במוסד מוכר היטב בדברי תנאים ואמוראים. כך, למשל, נחלקו תנאים באשר להליך מכירת השטרות, אם אותיות נקנות במסירה או שמא בכתיבה ומסירה.<sup>1</sup> ברור אפוא כי מוסד מכירת השטרות הוא ותיק מדינו של שמואל. אולם אם נבחן את ההשלכות המעשיות העולות מדינו של שמואל, הרי שקשה להבין כיצד יכול מוסד מכירת שטרות להתקיים! מבחינה כלכלית, כיצד ימצא קונה לשטר חוב אם הקניין הניתן להשגה הוא כה רעוע? הרי לא ברור כלל אם הקונה יוכל לממש את החוב, והשקעתו הכספית עלולה לרדת לטמיון בכל רגע שבו יבחר מוכר השטר למחול על החוב. לאור תמיהות אלה, היו בין חוקרי המשפט העברי שהרחיקו לכת וטענו שלמעשה לא היה שוק מכירת שטרות בעל אופי מסחרי בימי האמוראים, וזאת כמסקנה הנובעת מדינו של שמואל.<sup>2</sup> חוקרים אלו לא תמכו את מסקנתם האמורה בממצאים היסטוריים,

1. ברייתא המובאת בבבא בתרא עו ע"א ועוד.  
2. כבר א' גולאק כתב ש"בוודאי שהיו נמנעים מלקנות שטרות בדרך זו שאין הלוקח בטוח בה בגבייתם... צריכים אנו איפוא לומר שבדרך כלל לא התפתחו אצלם בבבל עסקי מקח וממכר בשטרות" (א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד א, ירושלים תרצ"ט, עמ' 103-104). דברים דומים העלה גם א' וסטרין: "There is no doubt that this position of Talmudic law, severely limiting the assignability of rights, was suited to agrarian society, in which the level of commercial activity is low, and people have little recourse to wide-scale credit activity" (E. Westreich, 'Elements of Negotiability in Talmudic and Geonic Times', *Jewish Law Association Studies* 19, 2009, pp. 247, 258). הסתייגות מסוימת מדבריו של גולאק נמצאת אצל י' ברנד, עיסקאות בנכסים מופשטים – בין תנאים לאמוראים, עבודה לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה (למשפטים), האוניברסיטה העברית, ירושלים

אלא בניתוח הסוגיות ההלכתיות, ובהן סוגייתנו.<sup>3</sup> ברם, מסקנה זו מוקשית לאור ריבוי הסוגיות העוסקות במכירת שטרות. אנו בוחרים להמשיך את הדיון מתוך ההנחה כי קיים היה שוק מכירת שטרות מסחרי, וננסה לראות כיצד פועל דינו של שמואל כחלק מהכוחות המעצבים את אופיו של מוסד מכירת השטרות. בטרם נעשה כן, נעמוד על ההסברים שהעלו הראשונים לעצם דינו של שמואל.

## ב. הסברי הראשונים בדינו של שמואל

הראשונים העלו שתי שיטות מרכזיות בביאור דינו של שמואל. ההנחה המקובלת היא שקיים פער משמעותי בין שתי שיטות אלו, אך אפשר שפער זה אינו כה גדול. גישה אחת ננקטה על ידי הרמב"ם (הלכות מכירה פ"ו הי"ב) והתוספות (כתובות פה ע"ב ד"ה המוכר), ואפשר שגם על ידי הרי"ף (כתובות מד ע"ב באלפס).<sup>4</sup> וכך כתב הרמב"ם:

קנין השטרות בדרך הזאת<sup>5</sup> מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שטר חוב לחבירו עדיין יכול למחול ואפילו יורשו מוחלו.

הרמב"ם אינו מבאר מדוע הקביעה שתוקפה של המכירה אינו אלא מדברי סופרים מביאה למסקנה שהמוכר יכול לחזור ולמחול, ובמה גרוע קניין דרבנן מקניין דאורייתא.<sup>6</sup> מסתבר, שגם כאשר ראו חכמים לתקן את מכירת השטרות, הם לא תיקנו זאת כמכר אלא כמעין הרשאת גבייה, כאשר המלווה המקורי נותר בעל החוב ועל כן הוא עדיין יכול למחול.

גישה שונה הובאה במספר מקומות בראשונים בשם רבנו תם.<sup>7</sup> לדבריו, מכירת שטרות תקפה מדאורייתא,<sup>8</sup> ואף על פי כן ניתן למחול:

שהמוכר שטר אינו מוכר אלא שיעבוד הנכסים, שהן כערבין, דנכסוהי דבר איניש אינון ערבין ביה, אבל שיעבוד שיש לו על הלוח ומצוה דרמיא עליה לפורעו לאו מידי דמזדבן הוא, אלא שיש במכירה נתינה כעין הרשאה, שיוכל לכופו לדין

תשס"ב, עמ' 286-289. ברם, אף הוא קובע כי "שמואל הוא מחוללה של האסכולה הנהרדעית, המבשרת את ירידת קרנו של הסחר בשטרות".

3. למחקר היסטורי המשיג על ההנחה בדבר היעדר כלכלת שוק בבבל בתקופה הרלוונטית, ראו: T. Peter, 'Price Behavior in Ancient Babylon', *Explorations in Economic History* 39, 2002, pp. 46-60.

4. ראו: ר"ן על הרי"ף שם, בית יוסף חושן-משפט סימן סו, ש"ך שם סק"א.

5. דהיינו בכתיבה ובמסירה.

6. ראו: גרי"ד סולובייצ'יק, *שעורים לזכר אבא מרי ז"ל א*, ירושלים תשס"ג, עמ' שב; ברנד (לעיל, הערה 2), עמ' 270, הערה 303.

7. ריטב"א בבא בתרא קמז ע"ב, ועיינו עוד ברשב"א שם וברא"ש כתובות פ"ט סימן י.

8. לגישת ביניים, ראו שיטת רבנו חיים בתוספות בבא מציעא נו ע"ב ד"ה יצאו.

לגבות מנכסים ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את, ולפיכך כשחזר ומחלו מחל שיעבוד הגוף, ונפטרו הנכסים שהם כערכים, שהפטר את הלוח נפטר הערב.<sup>9</sup>

למעשה, גישה זו אינה כה שונה מזו של הרמב"ם כפי שביארנוה. בדומה לרמב"ם, אף רבנו תם רואה את דינו של שמואל כנגזר מכוחו המוגבל של עצם מוסד מכירת השטרות. ההבדל הוא בכך שלגישת הרמב"ם מדובר בדין דרבנן, שכן מדין תורה לא ניתן לבצע מכירה המתייחסת לשעבוד הנכסים בלבד, שבפועל דומה קצת להרשאה; ואילו לגישת רבנו תם מדובר בדין דאורייתא. גישות אלו עולות בראשונים בוורייציות נוספות, שאינן בהכרח רחוקות מהמתווה שהצגנו, ולא נעמוד כאן על כולן.<sup>10</sup>

### ג. גדר החיסרון במכירת שטר חוב

בטרם נעמוד על השאלות שעדיין תרות אחר מענה במסגרת דינו של שמואל, נבחן את גדר החיסרון במכירת שטר חוב מדין תורה אליבא דהרמב"ם, ובשולי הדברים נתייחס גם לקושי למכור את שעבוד הגוף אליבא דרבנו תם. כאמור, לשיטת הרמב"ם וראשונים נוספים, דין מכירת שטרות הוא מדרבנן בלבד. בדבריהם ניתן למצוא נימוקים שונים לכך שמסירת השטר איננה מועילה ולכך שלא ניתן למכור את המעות שביד הלווה.<sup>11</sup> אולם, עדיין יש לשאול מדוע לא ניתן למכור את עצם החוב. תשובה מסוימת לשאלה זו עולה בדברי הריטב"א (בבא בתרא קמז ע"ב) בהביאו את השיטות הנ"ל: "ומכירת שטרות מדרבנן, דהא אין שם דבר מסויים שימכר או יתן" – החוב המופשט אינו בר מכירה. ברם, דברים אלו טעונים פיתוח נוסף וכדלהלן.

9. ריטב"א בבא בתרא קמז ע"ב.

10. עיינו, לדוגמה, בתוספות הרי"ד כתובות פה ע"ב, וביד רמה בבא בתרא פ"ט סימן פג. אשר לדעת הראב"ד בהשגתו על ההלכה הנ"ל ברמב"ם, הלחם משנה על אתר זיהה אותה עם גישת רבנו תם; ואילו קצות החושן סימן סו סקכ"ו ראה בה אפשרות שלישית, עיינו שם. לעניות הבנתנו, אף הכנה זו אינה חורגת מהותית מהמתווה המשותף לרמב"ם ולרבנו תם. קיימת גם גישה שונה – שאותה הביא הרי"ף הנ"ל בשם מקצת רבוותא וביקרה בחריפות – אשר זכתה לביאור מעניין בחידושי הרמב"ן כתובות פה ע"ב ד"ה המוכר (שהביאה בשם רבנו חננאל), ועולה בוורייציה שונה אצל הראב"ן בחלק התשובות סימן מז-מח, ע"ש. יצוין, שאף שניתוח מנגנון דינו של שמואל שונה לשיטה זו, אופיו של הדין אינו רחוק מהותית מכפי שעולה מהשיטות שהבאנו בגוף הדברים.

11. הרמב"ם, בהלכה שציטטנו לעיל, כתב ש"מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי". דברי הרמב"ם אינם נותנים הסבר לכך שהחוב אינו בר מכירה, אלא רק לכך שמכירת השטר המוכיח את החוב אינה מעבירה את הזכאות על החוב. ראשונים אחרים מיקדו את הסברם בחוסר היכולת להקנות את המעות שביד הלווה, שנובע מכך שמלווה להוצאה ניתנה, ועל כן אין למלווה בעלות במעות הספציפיות אפילו אם הם עדיין בעין; ובאשר למעות העתידיות מדובר בדבר שאינו ברשותו ואף אינו שלו, וממילא הוא גם בגדר דבר שלא בא לעולם (ראו, למשל: מלחמות ה', בבא קמא יח ע"א באלפס; תוספות הרי"ד כתובות פה ע"ב). ייתכן שמדובר בנימוקים משלימים ולא חלופיים.

הגר"ח מבריסק בספרו על הרמב"ם (הלכות מכירה פכ"ב הי"ז) סבר שמבחינה עקרונית חיוב כספי הוא נכס בר מכירה ככל נכס אחר, אלא שכל מעשה קניין שנעשה בו לא יעמוד בגדרים הנוקשים של מעשה קניין על פי דין תורה.<sup>12</sup> הליקוי, לדבריו, הוא במידת מה טכני בלבד.<sup>13</sup>

עמדתו של הגר"ח ברורה, אך אינה נקייה מספקות. אם חוב אישי מהווה נכס בר מכירה ככל נכס אחר, וחוסר היכולת למכור חוב על פי דין תורה נובע אך ורק מליקויים במכניזם של מעשה הקניין, הדעת הייתה נותנת שכאשר תיקנו חז"ל שניתן למכור שטרות יהיה לכך תוקף של מכר מלא. ברם, כפי שביארנו לעיל, ההסבר שהרמב"ם העלה לדינו של שמואל, שהמוכר יכול למחול על החוב, מבוסס על כך שתוקפה של מכירה זו אינו אלא מדרבנן; ומכאן עולה שגם התקנה דרבנן לא יצרה מכר מלא של החוב, אלא רק אפשרה יכולת גבייה ללוקח.

על כן, אפשר שיש לנקוט גישה שונה מזו של הגר"ח, ולפיה חוסר היכולת למכור את החוב עצמו אינו נובע מדיני מעשה הקניין, אלא ממהותו של הנכס הנקנה – חיובו האישי של אדם אינו נכס בר מכירה. ועינינו הרואות שגם בר פלוגתתו של הרמב"ם, רבנו תם, הסובר שתוקפה של מכירת שטרות הוא מדאורייתא, אינו אומר זאת אלא בנוגע לשעבוד הנכסים, וזאת משום ששעבוד הגוף אינו בר מכירה, ולדעתו ניתן לפצל בין השניים. וכך ניסח זאת הריטב"א בקטע שהובא לעיל: "שיעבוד שיש לו על הלוה ומצוה דרמיה עליה לפורעו לאו מידי דמזדבן הוא" – מסתבר שאין מדובר כאן בליקוי במעשה קניין גרדא, אלא בזכות שאינה נכס בר מכירה – הן שעבוד הגוף המשפטי והן מצוות פריעת בעל חוב אינם עונים על הגדרה זו.<sup>14</sup>

בהמשך המאמר נראה, שהתנגדות זו לראיית החיוב האישי כנכס בר מכירה אינה נובעת רק מהתנגדות מופשטת לסחר בבני אדם, אלא גם ממניעים כלכליים וחברתיים.

12. "נהי דעצם הכסף המחוייב ליתיה בעיניה, אבל מכל מקום הרי כבר רמיה עליה חיובא ושעבודא, וזה גופיה הוי דבר הנקנה... ואפילו להנך רבנותא דפליגי וסבירא להו דמלוה על פה לית בה קנינא כלל, גם כן יש לומר דהוא זה רק משום חסרון מעשה קנין, דהחוב אינו נתפס בקנינים, אבל לא דעיקר דין הקנאה וזכיה ליתא בחוב... ואפילו להנך ראשונים דסבירא להו דמכירת שטרות לא מהניא מדין תורה, הנה עיין ברמב"ם בפ"ו מהל' מכירה הי"ב שכתב ז"ל: קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים אבל מן התורה אין הראיות נקנות אלא גוף הדבר בלבד קנוי עכ"ל, הרי דכתב טעמא דלא מועיל מן התורה מפני שאין הראיות נקנות, ועל כן אין קנינו שבהשטר מועיל לקנות את החוב, אבל בלאו הכי שפיר היתה מועלת מכירה בחוב גם מן התורה, הרי להדיא, דעיקר דין מכירה והקנאה שפיר איתא גם בחוב מן התורה, ורק משום חסרון מעשה קנין הוא דאתינן עלה" (ההדגשה הוספה).

13. השו"ת לדברי רא"ד כהנא שפירא, שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א ענף ה אות טז.

14. השו"ת לחידושי הרשב"א שם, שבניגוד לריטב"א איחד שני מרכיבים אלו: "חיוב הגוף שחבירו מחוייב לפרוע לו חובו כדאמרינן: 'פריעת בעל חוב מצוה' אינו יכול למכור". אמנם, מניסוחו של הרא"ש בכתובות (פ"ט סימן י) לשיטת רבנו תם ניתן להבין שחוסר היכולת למכור את שעבוד הגוף נובע אף הוא מחיסרון במעשה הקניין, בדומה לגישת הגר"ח בדעת רמב"ן: "ושעבוד נכסיו של הלוה יכול המלוה למכור, אבל שיעבוד גופו של הלוה אין קניין נתפס עליו".

#### ד. הקשיים שנותרו בהבנת דינו של שמואל

בפרק הראשון של המאמר עוררנו שאלות ראשוניות העולות מדינו של שמואל, ובהמשך עמדנו על שיטות הראשונים המרכזיות בביאור הדין. ברם, גם לאחר שנאמץ את אחת משתי השיטות (שכפי שהסברנו, המרחק ביניהן בסופו של דבר אינו כה רב), עדיין נותרו מספר שאלות קשות ללא מענה:

א. גם לאחר שהבנו את המנגנון הפורמלי המאפשר את דינו של שמואל, דומה שעדיין נותר קושי מטריד – מדוע זה יוצרת ההלכה מצב סבוך זה, שבו אדם אחד מחזיק ביכולת הגבייה ואדם שני מחזיק ביכולת המחילה?<sup>15</sup> תינח לשיטת רבנו תם, שדינו של שמואל נובע מהבחנה דאורייתא בין שעבוד הגוף לשעבוד הנכסים; אך לשיטות שמדובר בחילוק מדרבנן – מה ראו רבנן לאפשר מכירה של שטר החוב אך להותיר את המלווה המקורי כנושה שבכוחו למחול? בהמשך דברינו נציע, ששיטת רבנו תם עשויה אף היא להתחוויר יותר לאור פתרון קשיים אלו.

ב. כפי שנציין בהמשך דברינו, למאי דקיימא לן דדיינינן דינא דגרמי,<sup>16</sup> המוחל מחויב בפיצויו של לוקח השטר. דבר זה הביא את הראב"ד לראות את המוחל כאדם שיש לו כוונה להזיק;<sup>17</sup> את קצות החושן (סימן סו ס"ק כט) לקבוע "דודאי איסורא קא עביד המוחל, דהא הוי מזיק, ואם בר חיובא הוא צריך לשלם"; ואת נתיבות המשפט (שם ס"ק לב) להסכים ולהוסיף: "ואין לך עושה שלא כהוגן יותר מזה, שאסור להזיק לחבירו". אם ננקוט כיוונים אלו, מעמדו המוסרי של המוחל נתפס כדומה לזה של השורף שטר חוב של חברו (בבא קמא צח ע"א). אך הקושי (לכל הפחות אליבא דהרמב"ם) זועק – מדוע זה ראו רבנן לתקן מלכתחילה יכולת היזק שכזו?

ג. מהי המציאות שאליה מתייחס דינו של שמואל? אילו הבחנתו של רבנו תם או הבחנה הדומה לה הייתה מביאה לדיון על מצב שבו מוכר החוב מקדים וגובה את החוב מן הלווה,<sup>18</sup> המציאות הייתה מובנת – מדובר בנוכל המנסה להרוויח הן את דמי השטר הן את החוב המקורי. אולם, מדוע צפוי מצב שבו המוכר ימחל על החוב, תוך הסתכנות בפגיעה חמורה במוניטין שלו וללא רווח נראה לעין?<sup>19</sup> האם אין כאן חשש לקנוניה בלתי-ראויה בין המלווה ללווה?

ד. בנוסף לקשיים הנ"ל, שהם עיוניים ביסודם, דינו של שמואל מעלה מספר קשיים מעשיים הנובעים אחד מרעהו. ראשית, יכולת המחילה של המוכר מאפשרת פגיעה

15. עיינו בדברי הגרי"א הרצוג זצ"ל ('המחאת זכויות במשפט העברי', יהדות, חוק ומוסר, א' קרומביין [מתרגם], ירושלים תשס"ג) שראה כאן "חוסר עקיבות הגיוני".

16. מספר סוגיות בש"ס (בבא קמא ק ע"א ועוד) עסקו בהברלי גישה בקרב התנאים בשאלה אם דנים דינא דגרמי, דהיינו אם ניתן לחייב במקרים מסוימים בנזיקין גם על פגיעות עקיפות יחסית.

17. עיינו ברמב"ן כתובות פה ע"ב: "והראב"ד ז"ל כתב שאין המוחל משלם אלא במתכוון להזיק, אבל זו המוחלת להנאת עצמה לא... ואין דינו בזה נכון".

18. עיינו בטור, שולחן ערוך ונושאי כליהם, סימן סו סעיף טז.

19. כפי שנראה להלן, המוכר גם חשוף לתביעה כספית של הלוקח מוכח דינא דגרמי.

בלתי-ראויה בלוקח השטר, שהשקיע ממיטב כספו ברכישה זו, וכעת עומד בפני שוקת שבורה.

ה. עקב הבעיה הנ"ל, שוק שטרי החוב צפוי להגיב ליכולת המחילה. לקוחות פוטנציאליים רבים עשויים להימנע מרכישה מחשש למחילה, ואלו שיסכימו לרכוש שטרות יהיו מוכנים לשלם מחיר נמוך בהרבה מכפי שהיו מוכנים אלמלא דינו של שמואל. מצב זה עלול לפגוע חמורות בציבור המלווים, שעשויים למצוא עצמם במצוקת מזומנים לאחר שהעניקו הלוואה, מבלי יכולת למכור את שטרי החוב ובכך לממש באופן מכובד, גם אם לא מלא, את זכויותיהם.<sup>20</sup>

ו. מכך נובעת בעיה נוספת וקשה ביותר. הפגיעה הנ"ל בשוק שטרי החוב עלולה לגרום בעקבותיה פגיעה בשוק ההלוואות. מלווים פוטנציאליים רבים עשויים להימנע מהלוואה, מחשש להיקלע למצוקת מזומנים מבלי יכולת להסתייע בפתרון של מכירת החוב. נמצא אם כן, שדינו של שמואל עלול לנעול דלת בפני לוויים.

#### ה. דינא דגרמי – פתרון חלקי

שלושת הקשיים האחרונים שהעלינו נובעים כולם מהמצב העגום שבו הלוקח עלול למצוא את עצמו לאחר מחילת השטר. לכאורה, הפתרון לקשיים אלו מצוי בסוגיה בכתובות:

אמר אמימר: מאן דדאין דינא דגרמי – מגבי ביה דמי שטרא מעליא, מאן דלא דאין דינא דגרמי – מגבי ביה דמי ניירא בעלמא (כתובות פו ע"א).

להלכה נפסק כמאן דדאין דינא דגרמי, דהיינו שהמוחל חייב לפצות את הלוקח.<sup>21</sup> אם כן, נראה לכאורה שהלוקח אינו צפוי למצוא עצמו בפני שוקת שבורה, שכן הוא זכאי

20. ראו דברי גולאק שצוטטו לעיל, הערה 2. יש לציין שברנד (לעיל, הערה 2, עמ' 287-288) ביקר את ניתוחו הכלכלי של גולאק: "המסקנה מניחה קשר סיבתי בין וודאות לבין סחירות. חוסר ביטחון של הלוקח ביכולתו לגבות את השטר ימנע ממנו לרוכשו. הנחה זו קיצונית יתר על המידה: ברי שלוודאות ישנה השלכה על שווי העסקה והיא גורם חשוב בהיקף הסחירות, אולם לא נכונה היא הקביעה שאי-הוודאות מונע סחירות. והראיה: אנו מוצאים בכמה מקומות ששטרות נמכרים בפחות משווים, עקב הספק או הקושי שבגבייתם". ואולם, קשה לראות בדברים אלו מענה לקושי בקיומו של שוק שטרות. אכן, עצם קיומו של שוק זה מבוסס על הפער בין הסכום הנקוב בשטר לבין מחירו הנוכחי של השטר, כפי שיורחב בהמשך; אך אופציית המחילה, בהעדר הגנה הנלווית לה, נראית כגורם בעל משקל מכריע שצפוי להוריד את מחירי השטרות לסכומים שאינם מאפשרים קיומו של שוק.

21. משנה תורה הלכות חובל ומזיק פ"ז ה"י; שולחן ערוך חושן-משפט סימן 10 סעיף לב. חידוש מרתק בהקשר זה מופיע בדברי הרדב"ז שהובאו בשיטה מקובצת, כתובות פה ע"ב. לדבריו, מתחילה סברו האמוראים שאף מאן דדאין דינא דגרמי אינו יכול לחייב ממון במוכר שטר חוב לחברו וחזרו ומחלו, וזאת משום שאין מדובר בפגיעה – ולו עקיפה – בנכס ממשי, אלא בפגיעה בדבר הגורם לממון. הרדב"ז כותב שהאמוראים המאוחרים יותר, שראו ששטרות הפכו לנכס סחיר בדומה לנכסים אחרים, הסיקו שהשטרות הפכו למעין דבר שגופו ממון, שניתן לחייב על פגיעה בו בעזרת דינא

לפיצויים מן המוחל, ומכאן שאין עוד צפי לתגובת השרשרת העלולה לפגוע בשוק השטרות ובעקבותיו בשוק ההלוואות.<sup>22</sup> יוער, שגמרא זו מעלה את אפשרות יישום דינא דגרמי לאור דינו של שמואל, ואנו מציעים להיעזר בדינא דגרמי לביאור דינו של שמואל. אין מניעה לעשות כן, שכן על פי הגמרא (בבא קמא ק ע"א) כבר רבי מאיר דן דינא דגרמי, ועל כן יש מקום לומר ששמואל נשען אף הוא על דין זה. עם זאת, הגמרא נמנעת מלקבוע ששמואל סובר שדינא דגרמי, אלא רק מנתחת את דינו לפי שתי השיטות. אולם, כדי לבחון אם מדובר בפתרון מלא, עלינו לבדוק את הסכום שיש לשלם במסגרת החיוב מדינא דגרמי. לשם כך יש להקדים, שדבר פשוט הוא ששטר חוב נמכר

דגרמי: "...שכל האמוראים הראשונים היו סוברים דלא הוי דינא דגרמי אלא כגון מוסר ממון חברו, שמפסיד גוף הממון... אבל במוכר שטר חוב לחברו וחזר ומחלו, שאינו מפסידו דבר שגופו ממון, לא הוי דינא דגרמי, אלא דבר הגורם לממון. ואחר כך ראו האמוראים האחרונים שהשטרות היו נמכרים כמו כל שאר המטלטלים דעלמא, אמרו דדייני להו בדינא דגרמי..." (והשוו לדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, עמ' קפב במהדורת מכון מערבא; להתייחסות לדברי בעל שיטה מקובצת, ראו: ברנד, לעיל, הערה 2, עמ' 249). אמנם, יש להיזהר מלהעניק משקל יתר לשינוי התפיסה שחל בקרב האמוראים האחרונים. אין להסיק מן הנכונות לראות בשטר מעין חפץ שגופו ממון, עקב המציאות "שהשטרות היו נמכרים כמו כל שאר המטלטלים דעלמא", שכעת השטר נתפס כחפץ בעל שווי וכנס סחיר ככל מיטלטלין. וזאת, לו מן הטעם הפשוט שדינו של שמואל עדיין תקף, ומביא לידי ביטוי את זיקתו של המלווה המקורי לשטר, שלא פקעה עם מכירתו. בהמשך המאמר נציע הסבר לכך שעל אף שישנה חשיבות לאפשרות הסחר בשטרות, היא איננה חפה מבעיות ויש צורך להגבילה.

22. מן הראוי להדגיש את החידוש שיש בנקודה זו על רקע אופיים המוכר של דיני הנזיקין. במקרה רגיל, דיני הנזיקין עוסקים באירוע של פגיעה, המחייב את הפוגע לפצות את הנפגע ולשלם את נזקו. במקרה דנא, על פי הראייה המוצעת, דיני הנזיקין מתפקדים כתריס המגן בפני בעיות שמחוץ לשדה הנזיקין, בעיות הקשורות לשוק השטרות ולחשש נעילת דלת בפני לוויים. ואכן, התבוננות במקרה הנדון מראה שאירוע המחילה על החוב אינו "מעשה נזק" מובן המקובל, דוגמת השורף שטר חוב של חברו (שבדומה למקרה הנדון חייב מדינא דגרמי). בענייננו עסקינן בהפעלת כוח משפטי שההלכה העניקה למוכר השטר, ולא בפעולה אלימה. ההחלטה להגדיר שימוש בכוח זה כבלתי-לגיטימי וכעילה לחיוב בנזיקין היא בחירה מודעת, הרחוקה מלהיות מובנת מאליה. במידה מסוימת, הבחנה זו מתקשרת למחלוקת הראשונים הידועה באשר לאופיו של דינא דגרמי (ראו לעניין זה את דברי הר"א ליכטנשטיין, שיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין – דינא דגרמי, אלון שבות תש"ס, עמ' 51-55). לשיטת הרמב"ן, בחיבורו קונטרס דינא דגרמי, אף שדינא דגרמי הוא הרחבה שנויה במחלוקת של דיני הנזיקין, הוא מהווה אגף מובנה בתוכם. מאידך, לשיטת הריצב"א, כפי שהובאה בתוספות במסכת בבא בתרא (כב ע"ב ד"ה זאת), דינא דגרמי הוא קנס שקנסו חכמים, שלא על פי עקרונות מושגיים של דיני הנזיקין, אלא על פי צרכים חברתיים משתנים. כפי שניתן לראות, ההצעה המועילית בזו הולמת יותר את גישת הריצב"א מאשר את שיטת הרמב"ן. ואולם, אף באשר לשיטת הריצב"א מדובר בחידוש מסעיר. הריצב"א סבר שדינא דגרמי נועד לכך "שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו". מטרה זו, על אף הגמישות המושגית הטמונה בה, היא ממטרותיהם האופייניות של דיני הנזיקין. בענייננו, לעומת זאת, מדובר בניצול של דינא דגרמי להשגת מטרת חוץ-נזיקיות מובהקת.

במחיר נמוך מזה של הסכום הנקוב בו, ורק מכוח זה קיים שוק של מכירת שטרות.<sup>23</sup> פער זה נובע ממספר גורמים שונים:

א. משך הזמן שיש לחכות עד פירעון החוב הוא כשלעצמו גורם ממוני בעל ערך מסיבות שונות. למשל, במהלך זמן זה ניתן היה להשקיע את הכסף ולהפיק ממנו רווחים, ועל כן ההמתנה מהווה הפסד.<sup>24</sup> הפסד זה ניתן לכימות. כך, למשל, קובעת המשנה במכות פ"א מ"א ביחס לעדים זוממים:

'מעדיין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחבירו אלף זוז על מנת ליתנן לו מכאן ועד שלשים יום', והוא אומר 'מכאן ועד עשר שנים' – אומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז, בין נותנן מכאן ועד ל' יום, בין נותנן מכאן ועד עשר שנים.

ובנידון דנן, יש לציין את פסק השולחן ערוך בעניין המוכר שטר ודוחה את זמן הפירעון: "יש מי שאומר שכל מי שיכול למחול, יכול... להאריך זמן הפרעון, ומשלם כפי מה שהזיקו".<sup>25</sup>

ב. הצורך האפשרי להידיינות בבית דין כדי לגבות את החוב במקרה של סירוב, וכן האפשרות לקשיי אכיפה של פסק הדין. בהקשר זה יש משקל, בין השאר, לזהותו של החייב ולאופיו.<sup>26</sup>

ג. הסכנה לאי-יכולת פירעון של החייב. כאן, כמובן, יש משקל להערכת יכולותיו הכלכליות.<sup>27</sup>

לנוחיות הדיון, אנו נתייחס לשטר הלוואה על סך אלף, שנמכר כשנתיים לפני מועד הפירעון בשמונה מאות. המחילה מתרחשת לאחר שנה, ובאותו זמן השטר שווה כבר תשע מאות, וזאת בעיקר משום שמשך הזמן שיש לחכות עד פירעון החוב קטן משמעותית.<sup>28</sup> מהו סכום החיוב בגרמי במחילה זו – שמונה מאות, תשע מאות, או אלף?

23. וצריכים לנו עיון דברי הש"ך שכתב "דמסתמא קנהו בכל שויו" (סימן סו ס"ק קט). אמנם, לעתים קורה ששטר מועבר בתורת תשלום עבור סחורה, כאשר לקונה אין די מזומנים בזמן הקנייה; במצב כזה המוטיבציה של המוכר להסכים אינה נובעת רק מהפער בין מחיר השטר לסכום הנקוב בו, אלא מהרצון להשלים את עסקת המכר. אולם, אין בכך כדי לקיים שוק של שטרות, ואף במצב זה צפוי להיות פער בין הסכום הנקוב בשטר לבין הסכום שממנו נפטר הקונה עקב העברת השטר.

24. יש להוסיף, שבתקופות של חשש לאינפלציה ממד הזמן טומן בחובו סיכון נוסף עבור המלווה.

25. סעיף כד.

26. ראו: שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סו סעיף לב.

27. ראו: שולחן ערוך שם ובסעיף לד.

28. לגבי הגורם השני לא צפוי הבדל גדול בין זמן המכירה לזמן המחילה. אשר לגורם השלישי, עם התקרבות זמן הפירעון ישנם יותר כלים להעריך את יכולות הפירעון של החייב, אך ייתכן שההערכות הן פסימיות יותר. כך, למשל, כאשר מוכרים שטר חוב לאחר זמן הפירעון, ממד הזמן אינו מוריד מערכו של שטר החוב, אך יש להניח שסיכויי אי-הפירעון (מחמת הגורם השני או השלישי) יפחיתו דרמטית את שווי השטר, שכן מכירתו מעידה כאלף עדים על הקושי להיפרע מהחייב.



בשאלה זו נחלקו הדעות:

א. מדברי רש"י בפירושו לסוגיה נראה לכאורה שמדובר בסכום הנקוב בשטר החוב: "דמי שטרא מעליא – כל החוב שבתוכו"; וכך גם נראה מלשון הרמב"ם: "ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר". אם נקבל גישה זו כפשוטה, החיוב מדינא דגרמי מספק הגנה משמעותית למדיי עבור לוקח השטר, ובמבט ראשון הוא אף משפר את מצבו מכפי שהיה בטרם המחילה – הוא החזיק בידו נכס ששווה תשע מאות, והמוחל מתחייב כלפיו בפיצוי של אלף. להלן נראה שהצגה זו של הדברים אינה מדויקת.

ב. הריטב"א (כתובות פו ע"א) פירש שיש לשלם סכום נמוך יותר, דהיינו תשע מאות בדוגמה שנתנו: "מה ששוה החוב בשעת המחילה בין רב למעט... הלכך אומדין בית דין מה שהיה יכול לגבות בחוב זה, וההוצאות שהיה מוציא בגבייתו מנכין ממנו, ורואין גם כן אם היה גובהו מן העידית או מן הזיבורית או מן הבינונית, כללו של דבר אינו חייב אלא כמה שמפסידו".<sup>29</sup> השולחן ערוך פסק כגישה זו, תוך שהבין כך גם במסגרת דברי רש"י והרמב"ם.<sup>30</sup>

ג. הרמ"א ציין שרבים חולקים על פסיקה זו, וסוברים שסכום החיוב הוא שמונה מאות בלבד – הסכום שאותו שילם הלוקח עבור השטר – "דבכל מוכר שטר חוב ומחלו אין צריך לשלם לו אלא הדמים שנתן לו" (שם).<sup>31</sup>

כאמור, במבט ראשון הסכום המסתבר הוא תשע מאות, כדעת השולחן ערוך. אולם, נראה שאף שמבט זה צודק בפריזמה של דיני נזיקין, המחייבים פיצוי על ערך הנכס שניזוק, הוא אינו מספק כשלעצמו, אם אנו מעוניינים לראות את החיוב מדינא דגרמי כפתרון לקשיים שיכולת המחילה מעוררת לשוק ההלוואות ומכירת השטרות. אם הפיצוי הוא תשע מאות, מעמדו של הלוקח נפגע – לפני כן היה לו נכס סחיר ששווה תשע מאות, וכעת יש תביעה ממונית על סך תשע מאות כלפי המוחל, שאיננו מכירים את מידת נגישותו ואת יכולות הפירעון שלו.<sup>32</sup> דווקא הפתרון הקיצוני יותר, שמשמע מלשונם של רש"י והרמב"ם, הוא שמשמר את מעמדו של הלוקח. וזאת, הואיל והוא גורם לכך שהאירוע של המחילה בסך הכול מחליף ציפייה לקבלת אלף מן החייב בציפייה לקבלת

29. ועיינו גם ברמב"ן שם פה ע"ב, ובשו"ת הרא"ש כלל ס"ט סימן א.

30. ראו: בית יוסף סימן סו סעיף לב. וזו לשון השולחן ערוך: "שמין השטר כפי מה שהוא, כגון אם הלוה גברא אלמא דלא ציית דינא או שאין לו נכסים" (על בסיס שו"ת הרא"ש הנ"ל). השולחן ערוך אינו מזכיר את הגורם הראשון, של משך הזמן שנתר, וצריך עיון.

31. יש לציין, ששיטת הראב"ן (סימן מז) היא שגם מאן דלא דאין דינא דגרמי מודה שהמוכר צריך לפצות את הלוקח בסכום זה, ולא נחלקו אלא בשאלת החיוב מעבר לכך, ועיינו עוד בש"ך ס"ק קט.

32. למעשה, בכל מקרה של נזק שבו מזיק הרס חפץ ששווה אלף, התוצאה ההלכתית היא שהניזוק מקבל זכות ממונית לקבלת אלף, וזכות זו שווה פחות מאלף. הפיצוי בנזיקין מצליח להוות פיצוי מלא רק כאשר הוא משולם בפועל ומבלי שעבר משך זמן משמעותי מדי. אולם, מקרה רגיל של נזק הוא תקלה שאינה בשליטתה של ההלכה, מה שאין כן יכולתו של המוכר למחול על החוב.

אלף מן המלווה, כאשר אין לנו סיבה להעריך את צפי הגבייה ממנו כנמוך מצפי הגבייה מן החייב.<sup>33</sup> למותר לציין, שהגישה השלישית, שנותנת שמונה מאות בלבד, רחוקה מלהגן בשלמות על האינטרסים של הלוקח.

אם כן, על פי שתי הגישות הדומיננטיות בפסיקה, החיוב מדינא דגרמי כשלעצמו אינו מספק פתרון המניח את הדעת לקשיים שהעלינו. דומה, שכדי למצוא פתרון שכזה יש לבחון את הדברים במבט רחב יותר.

ו. הלווה, המלווה ולוקח השטר

נאמר בתורה:

אם כֶּסֶף תִּלְוֶה אֶת עַמִּי אֶת הָעֲנִי עִמָּךְ לֹא תִהְיֶה לוֹ פְּנֵשָׁה לֹא תִשְׁיָמוּן עָלָיו נֶשֶׁךְ (שמות כ"ב, כד).

ומפרש רש"י:

אם כסף תלווה את עמי – רבי ישמעאל אומר: כל אם ואם שבתורה רשות, חוץ משלושה וזה אחד מהן...

לא תהיה לו כנשה – לא תתבענו בחזקה; אם אתה יודע שאין לו, אל תהי דומה עליו כאילו הלוייתו, אלא כאילו לא הלוייתו, כלומר לא תכלימהו.

נשך – רבית, שהוא כנשיכת נחש, שנושך חבורה קטנה ברגלו ואינו מרגיש, ופתאום הוא מבצבץ ונופח עד קדקדו; כך רבית, אינו מרגיש ואינו ניכר עד שהרבית עולה ומחסרו ממון הרבה.

וכך נפסקו הדברים ברמב"ם, בהלכות הפותחות את הלכות מלווה ולווה:

מצות עשה להלוות לעניי ישראל, שנאמר 'אם כסף תלווה את עמי את העני עמך'... ומצוה זו גדולה מן הצדקה אל העני השואל, שזה כבר נצרך לשאול וזה עדיין לא הגיע למדה זו... כל הנוגש העני והוא יודע שאין לו מה יחזיר לו, עובר בלא תעשה, שנאמר 'לא תהיה לו כנושה'... אסור לאדם להראות עצמו לבעל חובו בזמן שיודע שאין לו, אפילו לעבור לפניו, שלא יפחידו או יכלימו, אף על פי שאינו תובעו, ואין צריך לומר אם תבעו (פ"א הל' א-ג).

ננסה לאפיין על בסיס מקורות אלו את דמויותיהם הטיפוסיות של הלווה ושל המלווה על פי תפיסת התורה. מתוך כך נבחן גם את דמותו של הגורם השלישי שבו אנו עוסקים – לוקח השטר.

33. אם לדייק יותר, סכום החיוב שאכן ימנע לחלוטין פגיעה כלכלית בלוקח נמצא בתוך בין תשע מאות לאלף. מן הסתם, זמן פירעון הסכום שיחויב בדינא דגרמי הוא מייד, וקבלת זכות לקבל אלף כעת במקום הזכות לקבל אלף בעוד שנה משפרת משמעותית את מצבו של הלוקח. אולם, קבלת זכות לקבל תשע מאות אינה מהווה תחליף לשטר כנכס סחיר ששווה תשע מאות. על כן היה מקום לקבוע סכום ביניים כזה או אחר.

הלווה מאופיין כעני – אדם שנקלע למצוקה כספית וזקוק לעזרה. ודאי שלעתים אדם נזקק להלוואה מתוך רצון להרחיב את עסקיו וכדומה, או אף באופן שגרתי כחלק מהמחזור הכלכלי (כגון בתחום החקלאי), אך האב־טיפוס של הלווה הוא "העני עמך". המלווה, לעומתו, הוא גומל חסד שמקיים בכך מצווה. כפי שמבואר ברמב"ם בהלכות מתנות עניים (פ"י ה"ז), זו הרמה הגבוהה ביותר של צדקה:

שמנה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו: מעלה גדולה שאין למעלה ממנה זה המחזיק ביד ישראל שמך, ונותן לו מתנה או הלוואה או עושה עמו שותפות או ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאול, ועל זה נאמר 'והחזקת בו גר ותושב וחי עמך' כלומר החזק בו עד שלא יפול ויצטרך.

המלווה על פי תפיסת התורה שונה עד מאוד מהמלווה העסקי המוכר לנו בימינו. המלווה העסקי מבצע פעולה מחושבת לשם רווח כלכלי בדמות הריבית, ואילו המלווה של התורה עושה חסד שלא על מנת לקבל רווח. יתר על כן, ניתוחנו דלעיל בדבר הסיבות לפער בין הסכום הנקוב בשטר לבין מחירו של השטר בשוק חושף, שההבדל בין שני המלווים אינו מתמצה בויתור על רווחים מצד המלווה התורני. זה האחרון נאלץ גם לספוג שלושה הפסדים משמעותיים:

- א. הפסד יכולות השימוש בכסף במשך זמן ההלוואה. אם השקעה של אלף בשדה במשך שנה מניבה רווח ניכר גם לאחר ניכוי העלויות ובהתחשב במאמצים הנדרשים, המלווה העביר את אותו רווח פוטנציאלי ממנו אל הלווה.<sup>34</sup>
- ב. סיכוי מסוים שהלווה ימאן לשלם יאלץ את המלווה לתבוע אותו בבית דין, וכך לספוג הוצאות עקיפות כגון טרדה ואבדן ימי עבודה.
- ג. ישנו סיכון מסוים שהלווה יפשוט את הרגל ולא יוכל לשלם.<sup>35</sup>

הסכום שמשולם עבור שטר חוב נותן לנקודה זו המחשה מספרית חזקה. אם ניקח את הדוגמה של שטר על סך אלף שנמכר בשמונה מאות, פירוש הדבר הוא שמבחינה כלכלית המלווה העניק ללווה אלף וקיבל בתמורה שמונה מאות. סכום זה של שמונה מאות מהווה אמנם שקלול של ציפייה לקבל אלף לאחר זמן הפירעון עם סיכונים מסוימים הנלווים לכך, אך ציפייה זו שווה שמונה מאות, כפי שמורה לנו שוק מכירת השטרות. מן הסתם, המלווה העסקי לוקח את שלושת השיקולים הנ"ל בחשבון, ומוסיף על גביהם את הרווח שלשמו הוא מבצע את העסקה, כך שסכום הריבית משקלל בתוכו

34. העיר לנו הרב דניאל וולף, שבמצבים רבים לא ניתן לראות זאת כהפסד משמעותי. כאשר מדובר במערכת כלכלית שבה אין אפשרויות נוחות להשקעות פאסיביות נטולות סיכונים, דוגמת הפקדת כספים בחשבון נושא רווחים במערכת בנקאית, לרבים מבעלי הממון אין אפיק ראלי להשקעת כספם בכל עת, אם מפני חשש מסיכונים ואם מפני חוסר יכולת מעשית להשקיע בכך זמן וכוחות. עם זאת, ברבים מן המקרים מדובר בהפסד ממשי.

35. כמובן, אילו היינו חיים במציאות שבה נוהגת שמיטת כספים בפועל, הסיכון הכלכלי מבחינת המלווה אף גדל. ברם, אין צורך להגיע לכך, שכן הסיכון גדול דיו אף ללא אפשרות זו.

ארבעה מרכיבים לפחות. המלווה התורני, לעומת זאת, אינו מקבל רווח, ואף סופג הפסד כלכלי.<sup>36</sup>

מכאן נעבור לניתוח טיבו האופייני של לוקח השטר. מכל הדמויות שהזכרנו עד כה, אדם זה הוא הדומה למלווה העסקי בן זמננו – הרכישה היא השקעה של שמונה מאות מתוך ציפייה לקבל אלף. וכך נאמר בברייתא המובאת בירושלמי:

יש דברים שהן רבית ומותרין. כיצד? לוקח אדם שטרות חברו בפחות ומלוותו של חברו בפחות ואינו חושש משום רבית<sup>37</sup> (בבא מציעא פ"ה, י"א-ע"ב).

מדובר באדם שמבצע מהלך כלכלי המחליט שמשתלם לו לרכוש את שטר החוב, שכן יש באפשרותו להוציא את הסכום החלקי, ולאחר שקלול של זמן ההמתנה והסיכונים הכרוכים מדובר בעסקה משתלמת עבורו. הוא אינו עובר על איסורי ריבית, משום שאינו נותן ללווה כסף בריבית; והתנהגותו אף אינה פגומה בהכרח מבחינה מוסרית; אך מכל מקום לא מדובר בגומל חסד אלא באדם בעל שיקולים עסקיים קרים.

#### ז. האינטרסים הנוגדים ודינו של שמואל

לאחר ניתוח דמויותיהם הטיפוסיות של שלושת הצדדים, ביכולתנו לעמוד על האינטרסים הנוגדים שנוצרים במערכת זו ביחס לשאלה אם רצוי לאפשר מכירה של חובות. כפי שצינו, המלווה הטיפוסי הוא אלטרואיסט שעשה ויתור כספי משמעותי. עקב ויתור זה, הוא עלול להיקלע למצוקת מזומנים. במצב שכזה, אם אין ברצונו להידרדר לקיבוץ נדבות או לחיפוש אחר הלוואות בעצמו (מתוך תקווה למצוא אדם נוסף שילווה ללא ריבית), הדרך היחידה הסלולה לפניו היא לנסות לממש את הזכות שבידו על ידי מכירת החוב. על אף שהדבר מקבע את ויתורו הכספי, שכן הוא יאלץ

36. הרב דוד ניסני, במאמר העורך השוואה בין דיני השעבודים בהלכה לאלו הרווחים במשפט החילוני, ניצל הבחנה מעין זו כדי להסביר את הגישות השונות בנושא זה: "תפקידה של ההלוואה במשפט העברי שונה מתפקידה במשפט הכללי. המשפט העברי אוסר להלוות בריבית, ולא עוד אלא שכל אדם מצווה להלוות מכספו לכל נצרך. לעומת זאת, המשפט הכללי מתיר לקחת ריבית תמורת הלוואה, ואין צריך לומר שאינו מחייב את האדם להלוות מכספו. ההלוואה במשפט העברי נתפסת אפוא כמעשה חסד של תמיכה בנזקק, ואילו במשפט הכללי ההלוואה היא עסק שמטרתו להפיק רווחים. עקרונות דיני השעבודים בכל שיטה מתאימה לעקרונות השיטה בדיני הלוואה. המשפט הכללי, הרואה בהלוואה פעולה עסקית, אינו זקוק לשעבוד נכסים לנושה אם לא דרש זאת במפורש, ודי לו שיאפשר לנושה שעבוד נכסים בהסכמתו של הלווה. לעומת זאת, המשפט העברי, הרואה בהלוואה מעשה של חסד ומבקש לעודדה, מעניק למלווה בטוחה רחבה יותר: השעבוד חל אוטומטית, והוא מקיף את כל נכסי הלווה" (ד' ניסני, "ולא תחבל בגד אלמנה" – עיון משווה ביסודות דיני המשכון והשעבודים, [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/263-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/263-2.htm)).

37. ובלשון התוספתא: "יש דברים שהן רבית ואינן רבית: לוקח אדם הלוואתו של חברו בפחות ושטרותיו בפחות" (פ"ד ה"ג, מהד' ליברמן עמ' 82). תודתנו נתונה לרב דניאל וולף שהפנה אותנו למקור זה.

להסתפק בשמונה מאות במקום הציפייה לקבלת אלף, יש כאן פתרון למצוקת המזומנים שלו. מנקודת מבטו של המלווה, אם כן, מכירת החובות היא תופעה רצויה שההלכה צריכה לעודד.

מאיך גיסא, מנקודת מבטו של הלווה יש כאן בעיה. באופן טבעי, אדם מעוניין לדעת מי הם הנושים ובעלי הדין הניצבים מולו, שעמם ייאלץ להתמודד בעתיד, ושעשויים לנקוט דרכים ראויות של שיתוף פעולה או להיות לו כנושה ולפעול בדווקנות ובקטנוניות, ולעתים גם לנצל עמדות של כוח לרעה. הלווה הסכים לקבל על עצמו כנושה אדם שהוא מכיר כאלטרואיסט גומל חסד, וכעת הוא מוצא מולו נושה חדש, מסוג שונה לחלוטין – נושה עסקי מנוכר, שמגשים רווח כלכלי מהעסקה המדוברת. נושה זה עלול להיות בעל דין שונה מאוד מזה הקודם, כזה העשוי לרדת לחייו של הלווה. אם כן, מנקודת מבטו של הלווה טמונה בעיה במכירת חובות. ברם, הפתרון לבעיה זו אינו יכול להיות שלילה של היכולת למכור חובות, שכן בכך תינעל דלת בפני לווים. אותו לווה עצמו לא יוכל להשיג הלוואות מלכתחילה, שכן אנשים יחששו להלוות את ממונם.

ברצוננו להציע, שדינו של שמואל מהווה איזון בין האינטרסים הנוגדים הנזכרים. ההלכה מאפשרת למלווה למכור את השטר, וכך לממש את זכויותיו. אולם, בכך שהיא מותירה בידו את היכולת למחול, היא נותנת לו עמדת כוח שממנה הוא יכול לפקח על התנהלותו של הלוקח ולבחון אם הוא נהיה ללווה כנושה.<sup>38</sup> עצם קיומה של עמדת כוח זו עשוי פעמים רבות למנוע מלכתחילה היווצרות של בעיות. אולם, במידה שלא די בכך, והלוקח נהיה לו כנושה, יש בכוחו של המלווה גומל החסד לצאת להגנתו של הלווה ולהוריד מעל כתפיו את עול שעבודו של הנושה החדש. במילים אחרות, בניגוד להנחה הרווחת, ולפיה המחילה היא מעשה אסור של מזיק לחברו,<sup>39</sup> ניתן לומר שהתרחיש הטבעי שסביבו נבנה דינו של שמואל הוא דווקא תרחיש חיובי ורצוי.<sup>40</sup>

38. יצוין, שעמדת כוח זו ניתנת אך ורק למלווה המקורי ולא למוכרי שטרות אחרים, כגון לוקח שחזר ומכר ללוקח שני (שולחן ערוך, סימן סו סעיף לא).

39. ראו לעיל, פרק ד.

40. אמנם, הגמרא הציעה ללוקחי שטרות עצה שלפיה יוכלו לחמוק מאימת דינו של שמואל: "אמר רב הונא בריה דרב יהושע: ואי פקח הוא, מקרקש ליה זוזי וכתב ליה שטרא בשמיה" (כתובות פו ע"א); ומפרש רש"י: "מקרקש ליה זוזי – ללוה, ושוכרו בהן לכתוב לו שטר חוב בשמו קודם שיעשו קנוניא בין שניהם". אשר לביטוי "קנוניא" שבו נוקט רש"י, לדברינו כאמור לא מדובר בהכרח במעשה שלילי. לעצם הדין, ודאי שמדובר בפעולה הגיונית מצד לוקח השטר, שרוצה לרכוש בתשלום את ביטול הסיכון של המחילה. יש להניח, שהלווה יסכים לוותר על סיכוי זה אך ורק תמורת תשלום נאות ולאחר עמידה על טיבו של הנושה החדש.

עוד יש להעיר, שקיימת דעה בראשונים שלפיה ניתן למכור חוב בקניין אגב, ודינו של שמואל אינו תקף במצב זה (ראו מרדכי כתובות סימן ריט). דברינו הולמים יותר את הדעות החולקות על כך (ראו רמ"א סימן סו סעיף כו, ש"ך שם ס"ק צא). כידוע, גם באשר למעמד שלושותן נחלקו הדעות אם יכול המוכר למחול על החוב (עיינו תוספות קידושין מח ע"א ד"ה כי, רמב"ן שם ד"ה במלוה, שולחן ערוך סימן סו סעיף כט, ש"ך ס"ק צז). ההסבר שהעלינו הולם את השיטות המיישמות את דינו של

כמובן, הפגמים שנתגלו בהתנהגותו של הלוקח, על פי התרשמותו של המלווה, אינם מצדיקים פגיעה כה בוטה בזכויותיו על ידי הפקעת ממונו. על כן, מאן דדאין דינא דגרמי מחייב את המלווה המוכר לפצות את הלוקח על הפגיעה הכלכלית בו.<sup>41</sup> הוא יוכל להמשיך להיות כנושה, אך זה יהיה מול המלווה החזק יחסית ולא מול הלווה החלש.

ומה באשר להפסד שסופג המלווה, שלא זו בלבד שהלווה אלף וקיבל שמונה מאות בלבד, הוא גם יאלץ כעת להוציא מכיסו סכום נוסף ולשלם ללוקח (שמונה מאות, תשע מאות או אלף לפי הדעות השונות)? אחד הקשיים בסוגיה שהצגנו לעיל נגע לתרחיש המציאותי שבמסגרתו בוחר המוכר למחול על החוב. כמובן, חיובו של המוכר בנוזיקין מעצים קושי זה. ברם, יש להניח שהמלווה הטיפוסי ייקח שיקול זה בחשבון, ויגיע לסיכום מוקדם עם הלווה, שהוא יחליף אותו ממצב הביש אליו נקלע מול הלוקח, אך הלווה יפצה אותו על חובת הפיזי שתושט עליו. כלומר, תוצאתה של פעולת המחילה היא למעשה הוצאתו של הלוקח מן התמונה ושחזור יחסי השעבוד שבין המלווה ללווה. כך חוזר הלווה ומוצא עצמו מול מלווה אלטרואיסט וגומל חסד תחת הנושה העסקי המנוכר. יובהר: תרחיש זה אינו מובא בדברי הגמרא והראשונים, והוא איננו מהווה תנאי לדינו של שמואל. לדעתנו, מדובר בתרחיש סביר לאפשרות שבה המלווה יבחר למחול על החוב על אף הסיכון הכספי הכרוך בכך, ועל כן הוא מהווה נדבך משלים לביאור המוצע בדברי שמואל.

אם כן, התשובה לשאלה שהעלינו – מדוע זה יצרה ההלכה מנגנון כה סבך שמאפשר מכירה של חובות אך מותיר את המלווה המקורי כנושה – היא שמנגנון זה אכן נועד לאזן בין אינטרסים נוגדים, של רצון לאפשר מימוש זכויות ממוניות מחד גיסא ורצון להגן על עניינו של הלווה מאידך גיסא.

שמואל גם במעמד שלושתן. אשר לשיטות החולקות על כך, ניתן לומר שהדבר נעוץ בסייגים שונים הקיימים לחלק מהשיטות בתוקפו של קניין ייחודי זה, ואכמ"ל. לחילופין, יש מקום לשקול את האפשרות שאחת הסיבות לתיקונו של קניין זה הייתה רצון לשנות את יחסי האיזון בין האינטרסים השונים שתיארנו, מתוך הבנה שמצב העניינים אינו נותן מענה מספק לאינטרס של המלווים (להסבר ראלי אחר לצורך לתקן את קניין מעמד שלושתן במכירת חובות ולכך שדינו של שמואל אינו תקף במסגרתו, ראו רא"ש, גיטין, פרק א סימן י"ז). מקרה נוסף הטעון בדיקה הוא מלווה במשכון, שלגביו נפסק שדינו של שמואל אינו תקף והמוכר אינו יכול לחזור ולמחול את הסכום שכנגד המשכון (חידושי הרשב"א, גיטין יג ע"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן סו סעיף ל). דומה שסייג זה הולם את הסברנו – סכום זה נחשב לגבוי ועומד, שכן הלווה כבר העניק את החפץ שממנו ניתן לפרוע את החוב.

41. למאן דלא דאין דינא דגרמי, הלוקח אכן עומד בפני שוקת שבורה. יש להניח שלו הייתה זו ההלכה, הדבר היה מביא לכך שבפועל לא יהיה כמעט שוק של מכירת חובות, והמחירים שישולמו מלכתחילה עבור שטרי חוב יהיו נמוכים ביותר ויגלמו בתוכם סיכון זה. על הבעייתיות במצב זה הצבענו לעיל – יש חשש רציני ביותר שהדבר יביא לנעילת דלת בפני לוויים. מן הראוי להדגיש, שקושי זה אינו נובע מההסבר המוצע במאמר זה, אלא מהנתונים המציאותיים – קשה להעלות על הדעת שוק כלכלי של מכירת שטרות במחירים סבירים עם סיכון כה גבוה.

ממילא, מיושבת גם שאלת המציאות שבה מדובר – לא מדובר במלווה תמהוני ואף לא בקנוניה שבינו לבין הלווה, אלא בהמשך החסד של ההלוואה ושחזור יחסי השעבוד המקוריים. אין כאן חשש משמעותי לקנוניה, שכן המלווה יצטרך לשאת בתוצאות ולפצות את הלוקח.

אשר לאינטרס של הלוקח שנפגע, המענה שנותן לכך דינא דגרמי אכן אינו מושלם, אך זהו סיכון שאותו יכול הלוקח לתמחר בשעת רכישת החוב באופן שלא יפגע בצורה אנושה מדי ביכולות המימוש של המלווה. ממילא, קטן גם החשש לנעילת דלת בפני לווים.

#### ח. בחזרה לשיטות הראשונים

כאן המקום לחזור ולהוסיף מספר מילים על אודות שתי השיטות המרכזיות בראשונים בהסבר דינו של שמואל. כזכור, לשיטת הרמב"ם נקודת המוצא היא בכך שעצם היכולת למכור שטר חוב היא מדרבנן בלבד. באשר לחוסר היכולת למכור מדאורייתא, עמדנו לעיל על הצעתו של הגר"ח מבריסק, ולפיה מדובר בליקוי טכני הנובע מהקושי לבצע מעשה קניין בחוב. הצבענו על הקושי בשיטה זו והצענו חלופה, ולפיה מדובר בנכס שמבחינה מהותית אינו עביר. ההסבר המוצע לדינו של שמואל מוסיף נופך לגישה זו, ומצביע על הקשיים החברתיים הכרוכים במכירת חובות, שמסבירים מדוע עצם קיומה אינו בגדר המובן מאליו.

ונראה להוסיף, שאף שחלק מהקשיים שהובילו להסבר המוצע נבעו בעיקר משיטת הרמב"ם, ולפיה מדובר ביצירה דרבנן, נראה שלהסבר זה יש משמעות גם אם נוקטים בכיוונו של רבנו תם, ולפיו קיימת הבחנה כבר בדין דאורייתא בין שעבוד הגוף, שאינו ניתן למכירה, לבין שעבוד הנכסים הסחיר. מעבר לכך שהקשיים המעשיים מטרידים גם אם מדובר בדין דאורייתא, גם במישור המושגי דומה שהבחנתו של רבנו תם מקבלת משמעות נוספת. חוסר היכולת למכור את שעבוד הגוף נובע גם מהתנגדות לפגיעה בלווה, שעלול למצוא עצמו משועבד לגורם זר ומנוכר; והיכולת למכור את שעבוד הנכסים מבוססת גם על הרצון לאפשר למלווים לממש את זכויותיהם הממוניות, וכך למנוע נעילת דלת בפני לווים, ולתת עידוד לקיום מצוות "אם כסף תלוה את עמי".

#### ט. מילות סיום

מאמר זה עסק בליבונה של סוגיה ולא בהיבטים מתודולוגיים.<sup>42</sup> עם זאת, במסגרת דברי

42. השימוש בכלי חשיבה הנטולים מעולם הכלכלה והמימון הזכיר לחלק מקוראיו המוקדמים של המאמר את המתודולוגיה הידועה כניתוח הכלכלי של המשפט (ראו למשל: R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *The Journal of Law and Economics* 3, 1960, pp. 1-44; G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven 1970). ואולם, מן הראוי להדגיש שצורת הניתוח המועילת במאמר זה אינה מקבלת את ההנחות המרכזיות שבניתוח הכלכלי של המשפט: א. הניתוח הכלכלי של המשפט שייך מבחינה פילוסופית, ובדגש על

הסיום, ברצוננו לומר שדינו של שמואל מהווה בעינינו מופת לשילוב של חשיבה עיונית מופשטת, נאמנות לערכי יסוד של תורתנו הקדושה, ורגישות כלכלית-חברתית. השימוש בכלי חשיבה כלכליים ובניתוח של אינטרסים נוגדים מסייע, כך אנו מקווים, לעמוד טוב יותר על שילוב זה, ולחשוף כיצד ההבחנות המופשטות מקיימות מערכת הגיונית מחד גיסא, ומקדמות ערכים חברתיים מאידך גיסא.

תאוריות של אתיקה נורמטיבית, לזרם התוצאתנות (consequentialism). זרם זה בוחן את צדקתו המוסרית של כל מעשה, או של כל כלל משפטי, על פי תוצאותיו בלבד. הניתוח שלנו מעניק משקל לתוצאות הנובעות מכללים (כפי שכמדומה מצופה מכל גישה מוסרית), אך בשום פנים ואופן אינו בוחן את הכלל על פי תוצאותיו בלבד; ב. במסגרת התוצאתנות, הניתוח הכלכלי של המשפט משתייך לזרם התועלתנות (utilitarianism). זרם זה סבור שמבחן התוצאה הקובע עבור פעולה או כלל הוא תרומתו לרווחה המצרפית של כלל החברה לעומת פגיעתו בה. למותר לציין, שהנחה ערכית זו אינה מהווה נדבך בגישה המוצעת; ג. במסגרת התועלתנות, ייחודו של הניתוח הכלכלי של המשפט הוא בכך שהוא אינו מציב דרישות מוסריות כלפי הפרט מלבד שאיפה רציונלית להשאת רווחתו הפרטית. הניתוח המוצע במאמר זה אינו נרתע מהצבת תביעה מוסרית מצדדים שונים גם כאשר אין מדובר בכלל אכיף; ד. בהמשך לנ"ל, הניתוח הכלכלי של המשפט מניח הנחה מציאותית, שאכן בני האדם – ככלל, ובהעדר כשלי שוק – הם ממקסמים רציונליים של רווחתם האישית. בניגוד לכך, הניתוח המוצע במאמר זה מכיר – מבלי להסתמך על כך כמובן – בקיומן של דמויות אלטרואיסטיות דוגמת המלווה.