

סדר הגביה מבעל חוב עפ"י היתר עיסקא*

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הגדרת עיסקא
- ג. פסק השו"ע בסדר גביה מעיסקא ומחלוקת הש"ך וקצוה"ח
- ד. מחלוקת האחרונים בהת"ע בימינו
- ה. דברי שער משפט ותרוץ דברי הש"ך
- ו. סיכום ומסקנות

א. הקדמה

לפני מספר שנים חברת בניה גדולה "פשטה רגלי" (לי"ע) והשאירה אחריה חובות עצומים. בין בעלי החובות היו בנקים¹ וגופים ציבוריים שנתנו הלואות לאותה חברה וכן אנשים פרטיים אשר רכשו דירות מחברת הבניה ולא זכו לקבל את התמורה לכספם. לחברה היו נכסים רבים בין קרקעות ובין מטלטלים אשר נתפסו ע"י אנשים פרטיים שבקשו להמעיט את גודל ההפסד הכספי.

הואיל והלואות החברה מהבנקים היו על צד היתר עיסקא יש לדון האם נכסי החברה חשובים כעיסקא של הבנק. שכן לבעל העיסקא יש קדימה לגבות לפני בעלי חובות אחרים. לעצם פסיקת הדין שייכים עוד פרטים אשר לא נכללו במאמר זה משום שהוא מתמקד בזכויות הקדימה של המלווה ע"פ הת"ע הנהוג בימינו.

כמו כן יש לדון בכל אדם שברח והשאיר אחריו חיוב משיכת יתר לבנק או חוב לגמ"ח שלא נעשה בהת"ע. האם יוכל הגמ"ח לתפוס מנכסיו או שיש קדימה בזה לבעלי הבנק וכן שאלות רבות בדין זה.

* מאמר זה נכתב לעילוי נשמת הקדוש נועם ליבוביץ הי"ד, שנרצח על ידי בן עולה נר שישי של חנוכה תשס"ג.

¹ במאמר זה נתייחס לבנק כבע"ח רגיל ואין אנו נכנסים לדיון בהגדרת "חברה בע"מ" והשלכותיו על גדרי חיוב התשלום כלפי בנק.

ב. הגדרת עיסקא

בב"מ קד מבארת הגמ' דין מעות שניתנו לעיסקא, וז"ל "אמרי נהרדעי: האי עיסקא, פלגא מלוה ופלגא פקדון. עבוד רבנן מילתא דניחא ליה ללוה, וניחא ליה למלוה. השתא דאמרינן פלגא מלוה, אי בעי למשתי ביה שכרא - שפיר דמי. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאמר ליה: כי יהבינא לך - לאיעסוקי ביה, ולא למשתי ביה שכרא. אמר רב אידי בר אבין: ואם מת - נעשה מטלטלין אצל בניו. רבא אמר: להכי קרו ליה עיסקא, דאם מת - לא יעשה מטלטלין אצל בניו."

ומבואר בגמ' שלדעת רבא אסור ללוה לעשות כרצונו במעות העיסקא אלא מחויב דוקא להתעסק בהם ולא לכלותם. אך לדעת נהרדעי יכול המקבל אף לשתות בהם שכרא וברש"י מבואר שהכוונה להוצאות ביתו. עוד מבארת הגמ' שלדעת רב אידי בר אבין אין שיעבוד מיוחד למפקיד העיסקא על העיסקא שיחייב גם את היתומים לפרוע אך רבא חולק ומבאר שהעיסקא משועבדת לנותן וגם היורשים יצטרכו להחזיר לו את ההלוואה ממעות אביהם.

רש"י באר דברי רבא הראשונים שחלק על נהרדעי וז"ל "לאיעסוקי ביה - דמתוך שתשתכר בשלך, תטרח ותעסוק בה יפה". ומדגיש רש"י שטעם רבא הוא מכך שנותן העיסקא דואג לרווחים של החצי פקדון ולכך לא מעוניין שישתה המקבל בהם שיכרא. אך תוס' בהסבר דברי רבא הראשונים מבאר וז"ל "דלא למישתי ביה שכרא - שכשמוציאה מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים ואין לו על מה לסמוך". ומדבריהם עולה שטעמו של רבא כבר במחלוקת הראשונה הוא משום שהנותן רוצה שתישאר לו קרן לגבות ממנה ולא מצד שדואג לרווחי העיסקא.

והתורת חיים באר המחלוקת והביא נפ"מ בין רש"י לתוס' וז"ל "לאיעסוקי ביה ולא למשתי ביה שכרא. פירש"י ז"ל דמתוך שתשתכר בשלך תטרח ותעסוק בה יפה, ולפי זה אי בעי למשתי שכרא במקצתה רשאי דאכתי יטרח עצמו במותר אבל למה שכתבו התוספות שכשמוציאה מפסיד המלוה שאין קרן שלו קיים אינו רשאי להוציא ממנה אפילו כל שהוא".

ולכאורה אפשר להביא עוד נ"מ בין רש"י לתוס' במקרה ששיעבד המקבל קרקע בשווי העיסקא, שלטעמו של רש"י עדיין יהיה אסור למשתי בה שיכרא כיון שלא יתעסק בה אך לטעמו של תוס' אפשר שמספיק לנותן השיעבוד שלא יפסיד את הקרן של העיסקא.

אך בביאור דברי רבא הבאים באר רש"י וז"ל "להכי קרו ליה עיסקא - שתהא קיימת תמיד, ומתעסק בה, ויסמכו עליה בעליה שלא תינתן להוציאה, ואם מת לוח - יגבה, ולא תיעשה כמטלטלין שלהן, דכיון דצריכה להיות קיימת - סמיכתו עליה כמקרקעי, דטעמא דלא קא משתעבדי מטלטלי דיתמי לבעל חוב - משום דמעיקרא לאו עלייהו סמך, דלאו למיגבי מינייהו אוזפיה, שהרי בידו להוציאן". ועולה מדבריו שהסיבה שהעיסקא לא נעשית מטלטלין אצל היורשים היא בגלל שהיתה סמיכות דעת של הנותן שיוכל תמיד לגבות ממנה כקרקעות. וראיה לכך שעל העיסקא סמך דעתו, היא שאין אפשרות למקבל העיסקא להוציא מעות העיסקא אך בדבר שבידו להוציאו לכאורה לא שייך לומר שסמך המפקיד על זה. וא"כ לפי האמור לעיל במקרה ששיעבד המקבל ממון אחר תמורת העיסקא לתוס' אפשר שיוכל להוציא העיסקא אך לרש"י נראה שאסור² כיון שרוצה שיתעסק בחלק הפקדון.

אך בר"י (סב עמוד א מדפיו) באר דברי רבא בדרך אחרת וז"ל "והלכתא כרבא בתרוייהו הילכך אי איכא סהדי דהני מטלטלי מחמת ההוא עיסקא נינהו שקיל להו מלוה בלא שבועה ואפי' מיתמי ואי איכא עליה דמיתנא כתובה או שטר חוב וליכא נכסי למיתנא לית להו מהני מטלטלי דעיסקא ולא מידי אלא שקיל להו מרייהו לחודיה דדיליה נינהו דלא קני ליה מיתנא אלא לאיעסוקי בהו בלחוד כיון דמת הדר עיסקא למאריה". ומבואר מדבריו שדעת רבא היא שהעיסקא שייכת לבעליה הראשון ולכן אסור למקבל להוציאה שאין זה ממונו. ומדבריו יוצא³ שאף שהמקבל ישעבד לנותן ממון לא יחשב תחליף לעיסקא אא"כ יזכה לו הממון שיהיה שייך לו במקום העיסקא.

למחלוקת ראשונים זו יש השלכות רבות, שבהם דנו האחרונים כגון שמיטת עיסקא בשביעית, גדרי ראוי ומוחזק אצל יורשי בעל העיסקא, דין המקדש

² אך ניתן להעיר מדיוק דברי רש"י בקידושין לז, א וז"ל "להוצאה ניתנה - הלוח רשאי להוציאה בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהא מצויה בכל עת שיתבענו וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כי דידה ולא יהיב לה מידי". ומשמע מלשון רש"י שבעיסקא לא חשוב הממון כדידה אלא נשאר בחזקת הנותן ורק כאשר להוצאה נתנה חשוב מלוה. ועיין קצוה"ח סז, ב שדייק כך בדברי רש"י. אך בחזו"א אהע"ז ס' קמח באר בדעת רש"י שכן חשוב מלוה אלא שהוי מלוה שיש עליה משכון.

³ כך למדו האחרונים בדיוק לשון הרי"ף (עיין בנתיבות שלום ס' קעז, ב) אך מדברי שער משפט (יובאו לקמן) אפשר שהבין שגם לרי"ף זה גדר של שיעבוד ולא שחשוב ממש בבעלותו ועיין לקמן.

בעיסקא ודינים רבים אחרים. במאמר זה נתייחס לגדרי העיסקא ביחס לזכויות הגביה של בעל העיסקא מידי מקבל העיסקא.

ג. פסק השו"ע בסדר גביה מעיסקא ומחלוקת הש"ך והקצות

בשו"ע (קעז ל) נפסק להלכה ע"פ הראשונים כרבא בשתי המחלוקות שבגמ'.

א) שאסור למקבל העיסקא להוציא חצי המלוה לצרכיו וז"ל "הנותן מעות לחבירו להתעסק, אע"פ שהחצי יש לו דין מלוה אינו יכול להוציא החצי לצרכו ולהתעסק בחציו לבד לצורך חבירו, וכן אינו יכול לומר: אתעסק בחצי שלי ואניח החצי של פקדון בבית דין".

ב) כאשר המקבל נפטר גובה הנותן מהעיסקא את חובו קודם שאר בעלי החובות וכן לא צריך להישבע ליתומים. וז"ל השו"ע (שם לא) "מתעסק שמת ויש עדים שמעות או מטלטלין אלו הם מזה העסק, נוטלן בעל הממון בלא שבועה ואין הבעל חוב ולא האשה נוטלים כלום מהקרן ולא מחלק ריוח הנותן. הגה: ויוכל הנותן ליקח כל העיסקא מידם אע"פ שעדיין לא כלה הזמן שקצב עם המקבל (מיימוני פ"ה דהלכות שלוחים ורוב הפוסקים) (ועיין בח"מ סימן קעו)".

ובש"ך (צט ס"ק ז) כתב "אבל אם אמר מטלטלים אילו מעיסקא של פלוני הם וידוע בעדים או בשטר שיש בידו כך וכך עיסקא ממנו ולא החזיר כגון שנתן לו נאמנות או שהוא תוך זמנו אע"פ שאין ידוע שזה הוא מן העיסקא ואפשר שהוציא העיסקא וזה ממון אחר הוא נאמן אם יש לו מגו שהיה יכול ליתנם לו לידו ונוטל אותו פלוני כפי סך העיסקא החצי מהעיסקא שלו בראש וכן אם יש בידו מעות ואומר מעיסקא פלוני הם נאמן אם היה יכול ליתנם לו לידו אפילו יש עליו כמה שטרות נוטל אותו פלוני החצי בראש ושאר השטרות חולקין במותר" ומבואר מדבריו שכאשר נותן העיסקא בא לגבות מחליפי העיסקא גובה רק החצי פקדון אך בחצי מלוה אינו קודם לשאר בעלי החובות.

ובקצות החושן⁴ תמה על הש"ך בזה וז"ל "כתב הש"ך (סק"ב) כגון חפצים ומטלטלים, דאילו מעות אפילו ראייה לא מהני לענין שיהא של אותו פלוני לבדו אלא הוי כשאר בע"ח אם לא שיביא ראייה שנתנם לו בתורת עיסקא לענין הפלגא פקדון, אבל ראייה שהפקידן אצלו לא מהני דכיון דיש לו רשות

⁴ כדעתו כתבו גם התומים, נתיבות המשפט ושער משפט.

להשתמש הו"ל לוח עליה ע"כ ע"ש. והנה מה דמשמע מדברי הש"ך דבעיסקא אפילו ידוע אינו נוטל אלא הפלגא פקדון לבד, הנה בש"ס פרק המקבל (ב"מ קד, ב) מבואר דלהכי קרי ליה עיסקא כו' ואם מת אינו נעשה מטלטלין אצל בניו אפילו הפלגא מלוה. וע"ש בסימן ע שכתב דאי איכא עליה בע"ח וכתובת אשה הוא קודם אם העיסקא בעין דלא נתן רק על העיסקא, וכן כתבו כל הפוסקים בלי שום חולק, וכן הוא בשו"ע (יו"ד סימן קעז, לא) דהוא קודם לעיסקא שלו מכל הבע"ח אפילו לפלגא מלוה".

ולכאורה מבואר בש"ך שיש חילוק בין הדין אצלנו לבין פסק השו"ע ביו"ד קעז כיוון ששם מבואר שיש עדים שמעידים שהממון שלפנינו הוא ממון העיסקא עצמו ובזה מבואר שגובה נותן העיסקא ראשון מכל סכום העיסקא. אך אצלנו בסי' צט אין עדים מה הם מעות העיסקא אלא רק שהמקבל קיבל עיסקא ואפשר שאת מעות העיסקא המקבל הפסיד. ובכל זאת מועילה נאמנות המקבל (ע"י המיגו שיכל להחזירם לנותן) שנחשיב שאלו אכן מעות העיסקא.

ויתכן לומר⁵ שבגלל חילוק זה יגבה הנותן רק מחצית משווי העיסקא וכמו שיתבאר לקמן בעז"ה.

ד. מחלוקת האחרונים בהתר עיסקא בימינו

כבר דורות רבים נהגו בעם ישראל ללוות כספים ע"פ היתר עיסקא כדי לא להיכשל באיסורי ריבית החמורים. יסוד ההיתר הוא, שבמקום שהכסף ינתן בהלוואה הוא ניתן כעיסקא שחציה היא מלוה וחציה פקדון. ולפי הגדרה זו יכול נותן העיסקא לקבל רווחים שנעשו מכח החצי פקדון ששיך לו ולא נוטל את שכר מעותיו.

אך לפי ההגדרה המובאת לעיל של המושג עיסקא מתעוררת השאלה הפשוטה איך יכול המקבל לסחור בכל המעות ולהוציאם ביציאה. הרי אסור לשומר פקדון אפילו להשתמש בפקדון וכ"ש שאינו יכול למוכרו? ולכאורה

⁵ עיין בתומים ביאורים סעיף ו שעמד על הבדל זה שבין הדינים שביו"ד מבואר שיש ראייה שזהו ממון העיסקא. אך בכ"ז הקשה על הש"ך שכן אחר שאנו מאמינים למקבל העיסקא במיגו שאכן זהו ממון העיסקא ולכן קודם הנותן לגבי המחצה פקדון ממילא יהיה נאמן גם לגבי המחצה מלוה. ופירש דבריו וז"ל "ואם כן כאן שיש לו מיגו ונאמן היינו כמו עדים, דמאי שנא מיגו או עדים, סוף כל סוף אתברר לגבי בית דין דהך עיסקא דיליה הוא ולית ליה ללוה חלק בו". ולקמן בעז"ה יתבאר שלכאורה יש לחלק בין מצב שיכול הנותן להביא עדים שזו העיסקא לבין מצב שהדין תלוי במיגו של המקבל.

פשוט שמפקיד העיסקא ממנה את המתעסק להיות שלוחו שיוכל לשנות הפקדון אך צריך שיישאר החצי פקדון שיד לנותן כדי שלא תחזור הבעיה של ריבית?

ובשו"ע בעל התניא הלכות ריבית סעיף מב כתב וז"ל: "וכל זה כשאותן המעות שמקבל הן עצמן עיסקא שמתעסק בהן להרויח ואינו מוציא אותן ביציאותיו אבל אם הוציא יתר מחצי המעות שהן הלואה ביציאה שאין בה ריוח כגון לצורך פרנסתו או דירתו או פירעון חובו בין מדעת הנותן שנתן לו רשות להוציא בין שלא מדעתו אף שמיד החזיר מעות אחרות תחתייהן ונתעסק בהן והרויח הרי זה הריוח שלו ואם נתנו להנותן הרי זו רבית גמורה אף אם לא קצץ לו דבר קצוב אלא נותן לו חצי ריוח כל המעות בין רב או מעט לפי שמיד שהוציא ביציאותיו נעשו מעות אלו שהוציא חוב הלואה עליו ולא נשאר חצי המעות פקדון שיהיה חצי הריוח לבעל הפקדון. ומה תקנתו אם צריך ללוות ממעות העסק לפי שעה להוציא ביציאותיו אזי כשיחזיר המעות אחרות תחתייהן יזכה אותן להנותן על ידי איש אחר שיגביהן בשבילו שזכין לאדם שלא בפניו. ובלבד שיתן לו הנותן רשות ללוות מהן לפי שעה שאם ילוה מהן שלא ברשותו אין חזרה מועלת אפילו על ידי איש אחר לזכותן להנותן עד שיחזירן ליד הנותן. מלבד האיסור של תורה שעושה במה שמשנה מדעתו של הנותן ללוות מעותיו שלא ברשותו".

ומפורש בדבריו שרק אם יש עיסקא בעין שקונה בשביל הנותן אז מועיל ההיתר עיסקא. אך אם מוציא יותר מחצי המלווה בהוצאות חשוב כלוה ולא כמקבל פקדון ואז נאסר לו לשלם הרווח משום ריבית. ויוצא מדין זה שאין יכולת למקבל לערב מעות העיסקא עם מעותיו כיון שצריך כל הזמן שיישאר המחצה פקדון קיים.

ומקור לפסק השו"ע הרב מצאנו בדברי תשובת הרשב"א ח"ד סי' רלב וז"ל "וכגון שהתנו שיעמדו כל המעות מיוחדים, ושיקבלו היתומים מן הריווח הנמצא שם ממש. אבל לא שיוציאם הלוה לצרכן ושיפרע לאחר מכאן כלום, כי זה רבית גמורה היא". ונראה כוונתו⁶ שאם מוציא מעות העיסקא כבר בטל שם עיסקא וחוזר הכל להיות מלוה. וכן מבואר בדברי המרדכי בב"ק

⁶ וכך הבין מהריב"ל בדבריו (ח"ב כו) וז"ל: "ומה שיש להסתפק קצת בכל נכסי יתומים דיהבי להו קרוב לשכר ורחוק להפסד דלפעמים מיד כשלוקחים אותם פורעים בהם חובותיהם וצריך עיון אם מצו למעבד הכי כיון דאינו מתעסק באותם מעות של היתומים ונראה דלא מצי למעבד הכי".

(פ"ט קכב) וז"ל "שיש לו להתנות שאם יצטרך המקבל מן המעות להוציא לצורכו שיחזיר אותם בקרוב ויזכה אותם למפקיד ע"י אחרים וילוה אותם במעות הראשונות שאם לא היו המעות תמיד בהלוואה או בסחורה היאך יתן הריבית על מה שהוציא הרי משלו הוא נותן".

אך מצאנו אחרונים שכתבו שישנה אפשרות לעשות היתר עיסקא אף אם המקבל לא מיחד סחורה מסוימת לעיסקא ולא מקנה לנותן חפץ בקנין תמורת החצי פקדון. וכך מבאר השואל ומשיב (מ"ק ח"ג קס) שנשאל על מלמד שלוה בהיתר עיסקא אף שמוציא המעות להוצאות ביתו וז"ל "וע"כ נראה לפע"ד דענין היתר עיסקא הוא כל מה שירוויח ואף אם אינו בעסק זה מ"מ אי לאו שהיה לו עסק זה היה מוכרח ליקח מעות אחר לעשות עסק זה ואז לא היה לו מעות על העסק האחר ולפי"ז המלמד שפרנסתו מהמלמדות ואם לא יהיה לו מה לאכול לא יוכל לעבוד עבודת המלמדות ולא ירויח פרנסתו וא"כ שפיר נקרא היתר עיסקא". וצ"ב איך נחשב עיסקא לדבריו הואיל ואין שום חפץ שבו נשאר קניין לנותן העיסקא?

ובשו"ת שרידי אש (יו"ד קעז) הביא דברי הכנה"ג (סי' קס הגב"י ג) שכתב להתיר וז"ל "אבל מה שאנו נוהגים עכשיו לתת ניכסי יתומים בדרך הכשר או בדרך קנס אין חשש אם הלווה מערבים בנכסיו או פורע חובותיו וזה פשוט" עכ"ל. והקשה עליו שם מדברי הראשונים הנ"ל ומסיק לאסור ותמה על המנהג להתיר.

ובמהרש"ם ח"ב רטז ג"כ הביא דברי השו"מ להתיר ותמה אליהם שכאשר אין כלל עיסקא אין על מה לסמוך ההיתר עיסקא. אך מסיק שבאדם שיש לו עיסקאות יכול ללוות ולהוציא המעות ע"פ דברי בעל האשל אברהם שכתב שתקנת הית"ע היא שהמקבל משעבד כל נכסיו לעיסקא וא"כ יכול להוציא את המעות ביציאה ושאר נכסיו יהיו משועבדים לעיסקא.

ולפי דברי המהרש"ם יש לעיין מהו מעמד העיסקא הואיל ואין לנותן העיסקא אלא שיעבוד על נכסי הלווה ולא בעלות ממש?

והנה לכאורה היה נראה לומר שתלוי בדעות הראשונים, שהובאו לעיל. שלדעת רש"י ותוס' זכויות בעל העיסקא הם בעיקבות שיעבוד שיש לו על נכסי הלווה אך לא חשוב כבעלות ממש ולכך אף אם המקבל לא יקנה לנותן את הממון יחשב הדבר כעיסקא כיון שהשעבוד קיים. אך לדעת הרי"ף בפשטות נראה שאין אפשרות ליצור גדר של עיסקא אם אין בעלות של הנותן וא"כ לא יתאפשר לתת עיסקא מבלי להקנותה לנותן.

אך ע"פ דברי החו"ד (יו"ד קנג,ד) אולי ישנה אפשרות ליצור עיסקא גם לדעת הרי"ף בלי להקנות ממון מסוים ונבאר הדברים.

ברמב"ם מכירה פ"ז ה"ד כתב "מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר, הרי זה כמי שנתן הדמים עתה, וכל החוזר בו מקבל מי שפרע, לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר".

הראב"ד השיג על הרמב"ם וז"ל: "א"א לא ידעתי זה למה שהרי הושוו הגאונים כלם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל והכי אמרינן בקדושין ושנים במכר שזה קונה ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר במאי קנה ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו והיה לאו לענין קנייה מיירי אלא לאיסור רבית" עכ"ל.

ובחוות דעת (יו"ד קנג,ב) באר דברי הראב"ד שלענין ריבית עשו שאינו זוכה כזוכה. ולכן אף אם לא קנה המלוה את העיסקא במעשה קנין נקנית לו כיון שחכמים עשוהו כזוכה.⁷ וא"כ לדבריו היה אפשר לחדש⁸ שגם במקום שלא ייחדו עיסקא מסוימת (ולא כמו במקרה של פסק על הפירות) זכה נותן העיסקא כנגד מעותיו בנכסי המקבל. ולמרות שיכול הלוה להוציא הממון יזכה הנותן בממון אחר כנגד מעותיו. ובמה שזכה בנכסים חשוב כעיסקא בין למחצה מלוה ובין למחצה פקדון. ואפשר⁹ לפ"ז שגם במקום שאין נכסים מיוחדים לעיסקא הנותן מקפיד שלא יבזבז המקבל את נכסיו שזכה בחלקם כנגד מעות העיסקא.

ולפי הסבר זה, אפשר שגם לדעת הרי"ף, שנראה בדבריו שגם החצי מלוה שבעיסקא צריך להיות בחזקת הנותן, אפשר יהיה ליצור היתר עיסקא בו יוציא המקבל את מעות העיסקא לצרכיו. אך כל זאת בתנאי שיהיה ממון למקבל שחלקו יהיה ממון העיסקא ויתחלקו ברווחיו, וכן במקרה של אובדן הנכסים יתחלקו באחריות.

⁷ ועיין שם בדבריו שהאריך להביא ראיות ליסוד זה.

⁸ ומצאתי שכך כתב המהרש"ם בדעת תורה הלכות ריבית קעז, ה עיי"ש.

⁹ אך צריך באור איך יוכל הלוה להישבע כמה הרוויח בעיסקא אם אין ממון מסוים המוגדר כממון העיסקא. ואם אין אפשרות להישבע אז לכאורה חזר להיות ריבית קצוצה. ולכאורה קושיא זו קשה על עצם פסקו של השו"מ איך שישבע על רווחיו כאשר אינם לפניו. אך אפשר שנשבע על רווחי כלל הנכסים שבידו שנותן ה עיסקא זוכה בחלקם, או שהמקבל צריך בדעתו ליחד נכס מסוים ועליו ישבע ועצ"ע.

ו. דברי שער משפט ותרופ דברי הש"ך

ומצאתי בשער משפט סי' קד באר הדין בכמה מלווים שהלוו הלואות בהיתר עיסקא ללוה אחד וברח הלוה ובאים כולם לגבות וז"ל "וגדולה מזו נראה אף בשטרי עיסקא שבזמננו העשויין ע"פ תיקון מוהר"ם ואח"כ נעשה הלווה בורח וידוע שסחורה זו באה ממעות אלו, חולקים המלווים לפי ממון (כ"א נוטל חלק יחסי לפי גודל ההלואה שלו) אף שמסברא נראה שבימינו כל בעלי חוב נוטלים בשוה מחלק הפלגא מלוה, שבכאן לא שייך הטעם דהרי"ף והרא"ש שאין בעל חוב זוכה מחלק הפלגא מלווה משום שמכיוון שלא נתנם אלא להתעסק בהם ולא למשתי בהו שיכרא סמיכת המלוה עליו..., וא"כ כיון דבשטרי עיסקא שבזמננו לא נהגו להקפיד אם יוציאם לוח לצורכו וא"כ לאו עיקר סמיכת המלוה על העיסקא הלזו, מ"מ לפי מה שכתב הב"ש שבסחורה שלקח הבעל חוב בהקפה והוא בעין או מה דאתי מחמתיהו הוא קודם לכל בעלי חובות והוכיח שם הב"ש שאף אם אין ידוע בבירור שאלו הסחורות של פלוני הם אם ידוע שלקח סחורה כזו אמרינן דזו הסחורה שלקח עכ"ל".

ומפורש בדברי שער משפט, שבשטרות הית"ע שבהם אין המלוה מקפיד על מה מוציא המקבל את המעות בטל דין קדימת גביה מעיסקא. משום שבמקום שהמלוה לא מקפיד על מה מוציא הכסף אין לו שיעבוד שסומך עליו ולכן בטל דין קדימותו בגביה. ואף שהוא דיבר רק לגבי הפלגא מלוה מבואר בדבריו שכל מה שיכול הלוה להוציא ביציאה אין סברא שיקדום בעל העיסקא. וזאת ע"פ המפורש ברש"י ותוס' בבאור דברי הגמ' שרק בגלל שיש קפידא של המלוה שלא למשתי ביה שכרא נוצר דין קדימה בגביה אך כשיכול להוציא הממון שוב אין קדימה.

אך לגבי המחצה פקדון היה פשוט לשער משפט שנשאר בו גדר העיסקא לענין בעלותו של הנותן וז"ל "אך מ"מ לענין הפלגא פקדון היכא שידוע שהסחורה היא מהמעות של בעל החוב אף בשטרי עיסקא שבזמננו מ"מ חולקים החצי של הפקדון לפי ערך הממון של כל או"א כיון שבזה לא שייך שיעבוד דגוף הממון של הבעלים הוא". ופוסק להלכה "א"כ כל מה שנשאר תחת יד הבורח חולקין החצי (מחצה פקדון) לפי ערך הממון".

ונראה בדעתו שחצי הפקדון מוגדר כמו שהבאנו בדעת הרי"ף, שצריך להיות של נותן העיסקא ממש. אך החצי מלוה אינו בחזקת הנותן אלא שייך למקבל לגמרי רק שיש לנותן שיעבוד עליו. וכאשר אינו מקפיד במה יוציא המעות מחל שיעבודו. וא"כ אפשר לבאר בזה דברי הש"ך הנ"ל, הסובר שאין קדימה

לבעל העיסקא בחצי המלוה במקום שאין ידוע אלו מעות הם מעות העיסקא. מכיון שעירב הלוה המעות במעותיו בטל השיעבוד לגבי החצי מלוה שאין ידוע¹⁰ על מה הוציא המעות ולכן אין בהם דין קדימה. אך לגבי החצי פקדון הוא חייב להיות שייך לנותן ולכן בזה תמיד תישאר לנותן העיסקא זכות לגבות קודם.

ויש לבאר ע"פ פרושינו דברי הש"ך שהביא ראיה לחלק בין הפלגא מלוה לפלגא פקדון מדין גבית עיסקא מיתומים (סי' קח ד) וז"ל השו"ע "הוציא על היורשים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונוטל; והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזרתי, במגו דנאנסו, וטענינן להו וכו'... ואם יש מהעסק בעין, ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו, נוטל המלוה בלא שבועה; ואם יש ריוח, נוטלים בו יורשי הלוה חלקם". ובשו"ת כד הקמח סי' ד בא לפסוק כדעת הש"ך בכל עיסקא אך הקשה מה הראיה מסי' קד לפסקו של הש"ך הרי שם מדובר ביתומים ולא ידוע מה הם מעות העיסקא והשאיר בצ"ע.

ולפי דברינו מבוארים דברי הש"ך, שהביא ראיה מכך שכאשר לא ידוע בעדים מה הם מעות העיסקא וחליפיהם, גובה רק מהחצי פקדון ששייך לו אך מחצי המלוה איבד את זכותו ולכן לא יכול לגבות מהיתומים בלי שבועה. וזו לכאורה ראיה חזקה לבאורנו בדעת הש"ך.

ובזה גם אפשר אולי לבאר מדוע לא יהיה שיעבוד בפלגא מלוה מדין תקנת המדינות לגבי סחורה שתקנו שבעל הסחורה גובה ראשון.¹¹ משום שבציור שבעל העיסקא נותן אותה ולא מקפיד על מה המקבל יוציאה חשוב כמוחל על שיעבודו שהיה לו מדינא דגמי' וא"כ מדוע שתשאר לו זכות קדימה משום תקנת המדינות וכנ"ל.¹²

¹⁰ ועיין בשער משפט הנ"ל במסקנת דבריו שאחר תקנת המדינות שאדם שמכר סחורה ולא שילמו לו גובה מהסחורות או מחליפיהן ראשון לפני בעלי החובות האחרים אפשר שגם כאשר לא ידוע בעדים מהם חליפי הסחורה יש דין קדימה וכך כתב הבית שמואל אבה"ע צו, לח. וא"כ אפשר שגם בעיסקא יגבה הנותן תחילה גם כאשר לא ידועים מעות העיסקא מדין תקנת המדינות. אך באר שדין זה נתון במחלוקת הבי"ח והצ"צ סי' קנו אם תקנת המדינות היתה רק לגבי סחורה או אף בשאר עיסקא.

¹¹ ועיין בשו"ת כד הקמח הנ"ל שהקשה כן ותירץ ע"פ דברי הנובי"י לחלק בין קניית סחורה לבין דין עיסקא ועיין שו"ת אפרקסתא דעניא סי' רצה שחולק בזה עיי"ש.

¹² וזה דלא כשער משפט הנ"ל שנראה שסבר שאין זה חשוב כמחילה אלא זה סוג עיסקא ללא שיעבוד ועצ"ע.

ולכך מובן גם בדעת קצוה"ח מדוע לא יכל לקבל את פסקו של הש"ך. משום שבסימן סו ס"ק ה באר קצוה"ח ע"פ דברי הנמוק"י (ב"ק לו, ב בדפי הרי"ף) שגם את המחצה מלוה בעיסקא אפשר להקנות באגב ולא חשוב כמלוה רגיל. והוסיף הקצות שאם מחשיבים את הפלגא מלוה כממון שנקנה בקנין אגב¹³ אז גם מוכרחים לומר שלא שייך למחול עליו כיון שחשוב כחפץ בעין והוא בחזקת הנותן וז"ל "וכיון דנקנה באגב א"כ ממילא תו לא מהני מחילה כיון דגוף הדבר נקנה לו והרי הוא כפקדון לא מהני מחילתו. וכן כתב במרדכי פ' הכותב (כתובות ס"י ר"ט) לשיטה הסוברת דחוב נקנה באגב דלא מהני מחילה ע"ש, וממילא מבואר בחלק המלוה בעיסקא דנקנה באגב דלא מהני מחילה וזה פשוט".

ואפשר שלכן סבר קצוה"ח, שגם אם אין הנותן מיחד ממון מסוים שיהיה של העיסקא בכ"ז חשוב גם הפלגא מלוה כפקדון וממילא לא תועיל כלל מחילתו שיוכל המקבל להוציא את מעות העיסקא ועדיין צ"ב.

אמנם בדעת השו"מ והמהרש"ם שפסקו גם לגבי המחצה פקדון שאפשר ע"פ הית"ע שיהיה ממון שבחזקת המקבל, נראה שהבינו שעצם השיעבוד בצורה של עיסקא דהיינו שהמקבל מתחייב באחריות רק של חצי מהמעות וכן הוא עתיד להרוויח במעות אלו זו הגדרת עיסקא. ולכן אף שאין ממון מסוים לעיסקא לא תהיה בעיה של ריבית לגבי חלוקת הרווחים. אך ביחס לזכות לגבות מהנכסים לפני בעלי חובות אחרים ניתן לומר שכאשר אין הנותן מקפיד על מה יוציא המקבל את המעות ואין לו עדות שמבררת מהם מעות העיסקא איבד הנותן את קדימתו בגביה בכל העיסקא. וכמו שהתבאר לעיל בדעת הש"ך נידון זה יהיה גרוע מסחורה ולא יהיה דין קדימה אף לפי תקנת המדינות.

ז. סיכום ומסקנות

בארנו שישנה מחלוקת ראשוניים ביחס לבעלות נותן העיסקא על המחצה מלוה. לדעת הרי"ף נראה שצריך בדוקא בעלות ולדעת רש"י ותוס' נראה שתלוי בשיעבוד.

¹³ ובספר ישועות יעקב לגר"י מקוטנא (סו סוף אות ג וסוף אות לב) הביא מהרדב"ז ח"ד צא שאין הפלגא מלוה נקנה באגב וכן מביא מהמהר"ט יו"ד כא ודלא כקצות עיי"ש. ובאמ"ב הלואה ס"י סג אות יט הביא מהרדב"ז (ח"ב ר"ד) ששביעית לא משמטת הפלגא מלוה וא"כ מבואר שהדינים אינם תלויים זה בזה.

הבאנו דעות האחרונים לגבי היתר הוצאת העיסקא לצרכים של המקבל, והבאנו שתי דרכים לבאר את ההיתר של מקבל העיסקא להוציא המעות אף לדעת הרי"ף.

תרצנו ע"פ דברי שער משפט דברי הש"ך שבמקום שיכול הלוח לערב את העיסקא במעותיו אז מחל הנותן על שיעבודו לגבות קודם וממילא יקדום רק במחצה פקדון משום שהוא חייב להיות שייך לו.

ולפי כל האמור לעיל אפשר לדון בשאלות שהועלו בהקדמה. וניתן לומר שבחוב של משיכת יתר בבנק (או הלואות של חברות האשראי) בו אין לבנק כלל ידיעה על מה מוציא המקבל את הכסף וגם לאדם שאין לו נכסים ישנה אפשרות לקבל את המעות, מסתבר לומר שלדעת השו"מ והמהרשד"ם אפשר שלא תהיה לבנק זכות לגבות קודם אפילו הפלגא פקדון. וזאת משום שכל הקדימה נובעת משיעבוד ולא מבעלות. אך אם ההית"ע פועל כדעת הנתיבות הנ"ל (בדעת הרי"ף) בכ"ז תהיה קדימה לבעל העיסקא בפלגא פקדון (או גם בפלגא מלוה) שכן זה ממונו. ובכ"מ אפשר שיוכלו בעלי החובות האחרים לטעון קים לי כדעת השו"מ ולתפוס נכסי הלוח.

אך בהלואות גדולות אשר בהם הלווה צריך לתת ערבונו ויש לבנק פיקוח על מה מוציא את מעות ההלואה נראה שגם בהית"ע היום יש קדימה בגביה וממילא לא יוכלו בעלי חובות אחרים לתפוס. וצ"ע למעשה.