

# פרשת השבוע

עורכים: אביעד הכהן, מיכאל ויגודה  
עריכה לשונית: יחיאל קארה

פרשת ויצא, תשפ"א, גיליון מס' 508

## תום לב ותכלית המשכון

אברהם וינרוט\*

### פסיקת בתי המשפט

שאלה זו עלתה במשפט הישראלי<sup>3</sup> ועוררה חילוקי דעות בפסיקת בתי המשפט המחוזיים<sup>4</sup>. הסוגיה הגיעה להכרעה בבית המשפט העליון בעניין "אבן ישראל"<sup>5</sup>, שבו פרע החייב את מלוא חובו, קרן וריבית, אך הנושה טען שמגיע לו סכום נוסף על מה ששילם החייב. שני הצדדים פנו לערכאות, והחייב הציע להפקיד ערבות בנקאית להבטחת קיום פסק הדין שיינתן בהתדיינות ביניהם, ובלבד שישוחרר המשכון שניתן, משום שבינתיים נקרתה בדרכו של החייב הזדמנות לעשות במשכון עסקה טובה.

בדיון בבית המשפט העליון נחלקו השופטים בעניין זה: השופט עמית, בדעת הרוב, סבר שאם החייב מעמיד בטוחה ראויה וטובה להבטיח את פירעון חובו, אין הצדקה להיענות

### הצגת השאלה

תכלית המשכון היא להבטיח שאם לא פרע החייב את חובו, יהיה לנושה מהיכן להיפרע<sup>1</sup>. בדרך כלל, המשכון עולה בערכו על ערך החוב, כיוון שהנושה נוטל "מקדמי ביטחון" ורוצה לוודא שיוכל להיפרע גם כשיש צורך במימוש מהיר של המשכון, תוך שהוא מביא בחשבון את עלות המימוש והמסים המוטלים בעקבותיו, ותנודות אפשריות בערכי השוק של המשכון עד למימושו וכיוצא בזה<sup>2</sup>.

ונשאלת השאלה: מה הדין אם נפרע חלק מן החוב, והלווה מבקש להקטין את שיעור הביטחונות או להחליף את המשכון בנכס אחר? מחד גיסא, אין לנושה סיבה כלכלית להתנגד להחלפת הבטוחה, מפני שהבטוחה שמציע החייב יש בה כדי להבטיח את פירעון החוב. מאידך גיסא, הנושה עשוי לעמוד על השארת המשכון על הנכס המקורי דווקא, כדי שישמש כאמצעי לחץ על החייב לפרוע את חובו. לשון אחר: השאלה היא אם תכלית המשכון היא רק להיות בטוחה? או שמא הוא נועד לשמש גם כאמצעי לחץ להבטחת פירעון החוב?

<sup>3</sup> לכאורה, יש לבעל המשכון זכות קניינית בנכס הממושכן, וראוי להגן עליה מפני כל התערבות שאינה מוסכמת. זאת ועוד. חוק המשכון, התשכ"ז-1967, אינו מתייחס במפורש לסוגיית המרת המשכון, וממילא קובע לגביה לכאורה הסדר שלילי. לעניין זה, ראה: יהושע ויסמן, "העתקת משכון לנכס חלופי שלא בהסכמת נושה", מחקרי משפט כד 427 (2008) [פורסם גם בספרו דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון, 175, 177 (2014)]; מיגל דויטש, קניין, כרך ב 284 (1999).

<sup>4</sup> לפי אחת הגישות, הבטוחה שנקבעה משקפת עסקה רצונית בין הצדדים, ולכן לא יתערב בה בית המשפט ולא יכפה המרת המשכון מנכס לנכס, בין שינוי המשכון טוב או רע לנושה מבחינה כלכלית, שהרי המשכון יסודו בהסכם, ובית המשפט אינו יכול לשנות את הסכמת הצדדים לחוזה. ראה: בש"א (נצ) 2614/00 בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ נ' עונאללה (נבו), 19.12.2000; ת"א (חי) 21505/02 מנור נ' בונה הצפון - חברת קבלני בניין עכו בע"מ (נבו), 19.09.2004; בש"א (חי) 12063/05 טיולי נהר הירדן בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (נבו), 31.07.2005.

השופט מ' דרורי נוקט גישה אחרת בבש"א (י-ם) 2813/05 חברת העובדים השיתופית הכללית בא"י בע"מ נ' ביטון (נבו), 27.07.2006, מכוח עקרון תום הלב בחוזים. בית המשפט נדרש לעקרונית "כופין על מידת סדום" ו"זה נהנה וזה לא חסר", והסיק מהם שניתן לכפות את הנושה להמיר את המשכנתא במשכנתא חלופית גם לפי המשפט העברי. על מושגים אלה, ראה המקורות שהפנה אליהם השופט סולברג בפסק דינו בפרשת אבן ישראל (להלן, הערה 5), פסקה 40.

<sup>5</sup> רע"א 1554/16 י.ש. אבן ישראל בע"מ נ' שולמן ואח' (נבו), 05.06.2016.

\* עו"ד, משרד פרופ' אבי וינרוט ושות', תל-אביב; פרופסור חבר ומרצה לדיני קניין במרכז האקדמי פרס.

<sup>1</sup> המשכון הוא בגדר בטוחה גם במסגרת הליכי פשיטת רגל של החייב ומקנה לנושה יתרונות דיוניים ומהותיים. כך למשל ניתן לממש את פירעון החוב בלא פסק דין. נוסף על זה, הנושה מקבל את השליטה על יכולתו של החייב לבצע עסקאות בנכס הממושכן. ראה יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (סדרת פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי, 1974), עמ' 97.

<sup>2</sup> ראה: א' וינרוט וב' אדלשטיין, "אחריות בנק מלווה כלפי רוכשי דירות ובעלי קרקע", הפרקליט מח 68, 69 (2004); ר' נחמני ונ' בן ארי, "מימון בשיטת הליוי הפיננסי", ניהול נדל"ן (בעריכת מ' דלברי, 1997) 837-873.

לדרישת הנושה להותיר בעינה את הבטוחה המקורית, שעה שהדבר מסב נזק לחייב.

השופט זילברטל, אף הוא בדעת הרוב, ראה בהחזקת המשכון כאמצעי לחץ משום פגיעה בזכות הגישה לערכאות של החייב, שהרי אם הותרת המשכון מסיבה זו נזק, יקשה עליו לנהל את ההליך המשפטי בעניין יתרת החוב השנויה במחלוקת בין הצדדים, מפני שייתכן שייאלץ להיכנע לדרישת הנושה.

לעומתם, סבר השופט סולברג בדעת מיעוט שאמנם אין ספק שבית המשפט מוסמך עקרונית להורות על המרת בטוחה בבטוחה אחרת<sup>6</sup> מכוח עקרון תום הלב<sup>7</sup>, אולם שאלה גדולה היא מתי הסירוב להמרת משכון בבטוחה אחרת נגוע בחוסר תום לב<sup>8</sup>. אין ספק שהנושה רשאי להעלות טענות הנוגעות לטיב הבטוחה החלופית<sup>9</sup>, אך מלבד זאת מותר גם לראות בבטוחה אמצעי להפעלת לחץ על החייב לשלם את חובו ולסרב לבקשתו להמרתה בבטוחה אחרת. כלומר, הנושה רשאי לראות את הבטוחה לא רק כאמצעי המבטיח את גביית החוב אלא גם כאמצעי לחץ לפירעונו המיידית בהגיע מועד הפירעון<sup>10</sup>. אכן, יש בטוחות אחרות שתפקידן הבלעדי הבטחת תשלום החוב, כגון ערבות בנקאית, שאין בהן יסוד של הפעלת לחץ על החייב, אך משכון נכס מסוים כולל גם את יסוד הלחץ על החייב. על כן, טענת הנושה, שהמרת המשכון במשכון אחר תפגע באמצעי לחץ זה, עשויה להתקבל ואינה בהכרח בגדר חוסר תום לב.

השופט סולברג בחן גם את גישת המשפט העברי בנושא:

עיון במשפט העברי מגלה שחכמינו נחלקו בשאלה המסוימת שבה עסקנו לעיל, והיא מידת הלגיטימיות שבעמידה דווקנית על זכות משכון, בשל הלחץ המופעל

באמצעות כך כלפי החייב. מחלוקת זו עוסקת בשאלה, אם רשאי החייב לפרוע מחצית מחובו לפני מועד הפירעון, ובתוך כך לדרוש כי יוחזר לו מחצית המשכון (כאשר מדובר במשכון שניתן לפדיון חלקי).

להלן נבקש להעמיק מעט בעיון בסוגיה זו.

## פירעון חלקי במשכון מקרקעין

התורה<sup>11</sup> קובעת שמי שמוכר בית בעיר מוקפת חומה זכאי לגאול את ביתו במשך שנים-עשר חודש מיום מכירתו. התלמוד דן בסוגיה זו<sup>12</sup>, ועולה ממנו שמבחינה עקרונית בית בעיר חומה נגאל לחצאין. כלומר, אף אם המוכר אינו מסוגל להשיב לקונה את מלוא התמורה ששילם לו הקונה, המוכר זכאי כעיקרון לפדות את הבית חלקית<sup>13</sup>. הר"ן<sup>14</sup> אומר שיש מי שביקשו ללמוד מכאן שהוא הדין גם במשכון, שמי שמשכן בית או שדה יכול לפדות את המשכון לחצאין ולקבל חזרה את מחצית הנכס שמשכנ<sup>15</sup>. ברם, הר"ן דוחה את הדעה הזאת ואומר שאמנם הלווה רשאי לכפות על המלווה את הפירעון החלקי, אבל שעבוד כל המשכון יישאר בעינו עד פירעון כל החוב. לשון אחר. הנושה יכול לטעון שהסכים להלוות לחייב רק תמורת משכון כל הנכס כולו, ולא רק מקצתו.

כך למשל נוקט רבי שמואל הסרדי<sup>16</sup> (בן זמנו של הרמב"ן, המאה ה"ג, ובן עירו, ברצלונה) בעל "ספר התרומות", כשדן בעניין חייב שמשכן את שדהו, והחוב הולך ונפרע מפירותיה, פירעון המכונה בלשון חכמים "משכנתא בנכייא". רבי שמואל הסרדי מביא בשם הרמב"ן, שהחייב אינו יכול לכפות את הנושה לשחרר חלק ממשכונו תמורת פירעון חלק מן החוב, שהנושה יכול לטעון שנתן את ההלוואה רק תמורת משכון כל השדה, ולא תמורת משכון חצי השדה. והוא מסיים את דבריו במילים: "דבר זה הדעת נותנתו והשכל מקבלתו"<sup>17</sup>.

דברים אלו נפסקו להלכה בטור<sup>18</sup> בשם הרמב"ן, והטור מציין כי כך פסק גם אביו הרא"ש<sup>19</sup>, וכי בדומה לזה מצינו בדברי

<sup>11</sup> ויקרא כה, כט-ל.

<sup>12</sup> קידושין כ"ב.

<sup>13</sup> להלכה, נפסק שאין אדם גואל את ביתו לחצאין (רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יב, הלכה ב), אך זאת לא מכוח הסברה אלא מכוח גזרת הכתוב (מדרש הלכה).

<sup>14</sup> ר"ן, קידושין ז ע"ב (בדפי הר"ן), ד"ה גרסי' תו בגמ'.

<sup>15</sup> לניחותא סוגיה זו, ראה ר' משה פיינשטיין, דברות משה, קידושין, סימן לא, סוף ענף א. וראה: אסיפת גאונים, סימן כ וסימן כא; שו"ת מהר"י הלוי, סימן כד; ר' מצליח מאזוז, שו"ת איש מצליח, אבן העזר, סימן ב.

<sup>16</sup> ספר התרומות, שער סט, אות ב. "ספר התרומות", העוסק בדיני הלוואות, מבוסס על תורתם של בעלי התוספות, ונבחר על ידי ר' יעקב בן הרא"ש כיסוד לטור חושן משפט.

<sup>17</sup> לדיון נרחב בסוגיה זו, ראה דוד ניסני, חוק לישראל, משכון (בדפוס), עמ' 263-268.

<sup>18</sup> טור, חושן משפט, סימן עד, אות ח. וכן נפסק בשולחן ערוך, שם, סיף ד: "אם משכן שדהו או אפילו שתי שדות, אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכון כנגד חצי המעות".

<sup>19</sup> בית יוסף, שם, מקשה על הטור, ואומר שדברי הרא"ש אינם עניין לדברי הרמב"ן, שכן הרא"ש אינו דן בפירעון חלקי אלא בחייב המבקש להכריח את הנושה לרכוש חלק מן השדה הממושכנת לו כפירעון חובו,

<sup>6</sup> בית המשפט הבהיר שאין בזכויותיו הקנייניות של הנושה במשכון כדי לשלול את חובתו לנהוג בזכות זו בתום לב, שהרי עקרון תום הלב חולש גם על זכויות קנייניות. לעניין זה, ראה: רע"א 6339/97 ורקו ג' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) פסקאות 11-3 לפסק הדין של הנשיא א' ברק; עופר גרוסקופף, "על שיקול-דעת קנייני, אחריות חברתית ודאגה לזולת", משפט ועסקים י 317 (2009). עקרון תום הלב חולש גם על דיני המשכונות ועל אופן מימושם, כפי שנקבע בע"א 64/09 אלף גני נכסים והשקעות בע"מ ג' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (נבו, 07.04.2011), פסקה 7.

<sup>7</sup> בית המשפט סבר שיש למצוא מקור סמכות גם בהוראת סעיף 21(א) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, הקובע ש"בית המשפט רשאי, על פי בקשת החייב, הנושה או המחזיק במשכון, לצוות על מימוש המשכון לפני שהגיע המועד לקיום החיוב או לתת הוראות אחרות שימצא לנכון, אם נוכח שהנכס הממושכן עלול להתלקק או לאבד שיעור ניכר מערכו או שזכויות הצדדים עלולות להיפגע מסיבה אחרת". וראה יהושע ויסמן (לעיל, הערה 1), בעמ' 369.

<sup>8</sup> השופט סולברג מציין שאמנם, ככלל, עמידה דווקנית על זכות קניינית היא בבחינת מידת סדום, אבל לא כן הוא כאשר הנושה מבקש לממש זכות חוקית להבטיח את השבת החוב.

<sup>9</sup> הכל מסכימים שהנושה רשאי לטעון שהבטוחה החלופית נופלת בערכה מן הבטוחה המקורית מבחינת שוויונה, אופן מימושה או מאפייני ייחודי אחר שלה, המשפיעים על יכולתו להיפרע את מלוא החוב.

<sup>10</sup> עם זאת, השופט סולברג (פסקה 35) מאמץ את גישתו של ויסמן (לעיל, הערה 3, בעמ' 184), כי "בעניין זה יש לקחת בחשבון גם את השאלה אם הנושה ידע מראש על אודות הנחיצות של הנכס לחייב, או שזו התעוררה בשלב מאוחר. במצבים מן הסוג הראשון יש מקום רב יותר לאפשר את התנגדותו של הנושה, מה שאין כן במצבים מן הסוג השני".

רבינו ירוחם<sup>20</sup> והרשב"א<sup>21</sup>, שאמנם ברור שהלווה רשאי לפרוע את חובו לחצאיין, אלא שעד לפירעון מלוא חובו, "יאכל המלוה כל הפירות ולא יחזיר לו שום אחת מהשדות מאחר שהכל משכון אחד".

נמצא לכאורה שהדברים מוכרעים בדברי הראשונים ובהלכה הפסוקה, שהנושה רשאי לסרב לשחרר את המשכון עד לפירעון מלוא החוב. אולם יש לשים לב שהראשונים דנים במשכון מקרקעין, כשהנושה אוכל מפירות השדה תמורת החוב. במקרה זה, מובן שהנושה אינו חייב לוותר על חלק מן המשכון, מפני שהוא מעוניין שפירות כל השדה ישמשו לפירעון החוב, כדי שייפרע החוב מהר יותר. אולם נשאלת השאלה אם הוא הדין גם במשכון מיטלטלין, שהנושה אינו נהנה מפירותיהם.

## פירעון חלקי במשכון מיטלטלין

"בית יוסף"<sup>22</sup> מעיר שמצא ב"ספר התרומות" גרסה שכתוב בה "שדין הלווה על משכונת מטלטלים שוה להלווהו על משכונת שדה". כלומר, גם במשכון מיטלטלין, אם פרע החייב רק חלק מחובו, רשאי הנושה לסרב לשחרר חלק מן המשכון, אף אם מדובר במשכון הניתן להתחלק. להלן נראה שכך נוקטים רוב הפוסקים האחרונים.

ואולם נדון תחילה בדעתו של ה"ט"ז<sup>23</sup>, רבי דוד בר' שמואל הלוי (פולין, המאה הי"ז), החולק על דעת רוב הפוסקים. לדעת ה"ט"ז, אי אפשר לכפות את הנושה לשחרר משכון מנכס שהחוב בגינו נפרע בחלקו רק אם מדובר בנכס שהנושה נהנה מפירות המשכון כפירעון החוב, כיוון שהנושה זכאי להמשיך ליהנות מפירות הנכס כולו. אולם "אם משכן לו מיטלטלין ורוצה לפדות החצי ולהניח החצי השווה לפי ערך, שומעין לו וכופין על מדת סדום... דכל היכא דאין לו הפסד יש לכופו על מדת סדום במיטלטלין".

הש"ך<sup>24</sup>, ר' שבתי הכהן (ליטא-מורביה, המאה הי"ז), חולק על ה"ט"ז, וטעמו ונימוקו עמו, שהנושה יוכל לומר לחייב:

אני חפץ שיהיה לי משכון טוב, וגם אני חפץ שיהיה המשכון כולו אצלי כדי שתהיה דחוק לפרוע את שלי לזמן ליקח המשכון<sup>25</sup>.

כלומר, המשכון אינו רק בגדר בטוחה לפירעון החוב אלא גם אמצעי לחץ על החייב לפרוע את חובו מהר ככל שניתן. על כן, סירוב הנושה להסיר את המשכון מחלק מן הנכס אינו בגדר מידת סדום, והוא זכאי להותיר את המשכון במלואו כתמריץ לפירעון החוב.

כך למשל אומר רבי יהונתן אייבשיץ (גרמניה, המאה הי"ח), בספרו "תומים"<sup>26</sup>, כשהוא מבקר, אם כי בהיסוס, את דברי ה"ט"ז. וזה לשונו:

ואמת שאיני כדאי לחלוק עליו [על ה"ט"ז] בלי ראייה מכרעת, אבל מכל מקום לא מסתבר לי שיהיה זה מידת סדום, שכן יכול לומר יותר שהמשכון בידי יותר בטוח אתה לי בכדי מעותי, ויותר מוכרח לפדות משכון אם הוא שווה יותר... ולכן לא ידעתי מה מדת סדום יש בזה.

הרב מאיר אורבך<sup>27</sup> (אב בית הדין של ירושלים במאה הי"ט) מחזק את דברי בעל ה"תומים" בדחיית שיטת ה"ט"ז:

ולא אדע הפחד של מאור הגולה ה"תומים", הרי הדבר מבואר בבית יוסף<sup>28</sup> שאין לחלק בין מיטלטלין לקרקע. וכן כתב הש"ך<sup>29</sup> שפשוט הוא שאין הבחנה בדינים אלו בין משכון קרקע או משכון מיטלטלין.

הרב אורבך מוסיף נופך משלו:

וכן הסברא, דכיון דאין כופין על מדת סדום בתחלת ההלוואה, שילווה לו על משכון כדי חובו [=השווה לחוב] אם אינו רוצה [אלא הוא רשאי להתנות את הסכמתו] עד שישכין לו משכון [=שייתן לו משכון] ששוה הרבה, [על כן] כשהלווה נשתעבד לו כל המשכון על כל החוב, [ו]יכול לעכב עד שישלם לו כל החוב.

כלומר, כשם שלא ניתן להלין על הנושה ביחס לתנאי המשכון בשעת נטילת ההלוואה ממנו, ורשאי הוא להתנות את מתן ההלוואה בהפקדת משכון ששווה הרבה יותר מן החוב, כך משניתנה ההלוואה, המלווה רשאי לעכב את השבת המשכון עד לפירעון המלא של החוב.

נמצא שכל האחרונים, מלבד ה"ט"ז, סוברים שהמשכון נועד לשמש גם כאמצעי לחץ על החייב, ומשום כך אין החייב יכול לדרוש מן הנושה שיסיר את המשכון מחלק מן הנכס לאחר שפרע הלווה חלק מחובו.

הרב יעקב ישעיה בלוי<sup>30</sup> (חבר בד"ץ העדה החרדית בירושלים, נפטר בירושלים בתשע"ג) מטעים בהמשך לגישה זו, שהדברים נכונים לא רק לעניין שחרור חלקי של המשכון

שברור שאין הנושה חייב להסכים להצעתו. על שאלה זו, ראה תשובתו של ה"ט"ז, שם, סעיף ד.  
<sup>20</sup> רבנו ירוחם, סוף נתיב יב.  
<sup>21</sup> שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רצ. בית יוסף, שם, מצייין שכך עולה גם מפירושו רשב"ם, בבא בתרא קג ע"א, ד"ה לקדשו.  
<sup>22</sup> בית יוסף, חושן משפט, סימן עד, ס"ק ח.  
<sup>23</sup> ט"ז, חושן משפט, סימן עד, סעיף ד.  
<sup>24</sup> ש"ך, שם, ס"ק יח.  
<sup>25</sup> הש"ך מצייין שאם הסכימו שני הצדדים שיאכל הנושה את הפירות עד לסילוק החוב, והחייב מציע לפרוע את חובו במלואו, הוא רשאי לכפות על הנושה פדיון מוקדם של המשכון, כמו שעולה מדברי בעל "ספר התרומות"; אבל אם הסכימו ביניהם שיאכל הנושה את הפירות עד זמן פלוני, הנושה רשאי לסרב לפדיון מוקדם של המשכון, כמפורש בשולחן ערוך, שם, סעיף ג.

<sup>26</sup> תומים, חושן משפט, סימן עד, ס"ק י.

<sup>27</sup> אמרי בינה, דיני הלוואה, סימן פד.

<sup>28</sup> לעיל, ליד ציון הערה 22.

<sup>29</sup> לעיל, הערה 24.

<sup>30</sup> פתחי חושן, דיני הלוואה, פרק ח, סעיף כד, הערה סו.

בעקבות פירעון חלקי של החוב, אלא גם לעניין המרת המשכון במשכון אחר:

מכאן נראה כי הוא הדין אם רוצה הלווה להחליף המשכון במשכון אחר, אם המלוה חושב שע"י משכון זה יוכל לקבל מעותיו בקלות, אינו חייב להחליף, שלענין זה זכה במשכון שידחוק הלוה עצמו לפרוע.

## תשובת הרב אשר וייס

גישה שונה לחלוטין נוקט הרב אשר וייס<sup>31</sup>, אב בית הדין "דרכי הוראה" בירושלים ומחשובי הפוסקים בימינו.

הרב וייס דן בעניינו של חייב שלוה עשרה מיליון דולר (כארבעים מיליון ש"ח) ומשכן לטובת הנושה בית בשווי חמישים מיליון ש"ח, ונקבע בהסכם בין הלווה למלוה שיפקיד הלווה ביד המלוה עשר המחאות בסכומים שווים, ושבגמר הפירעון יסלק השעבוד מן הנכס. ברם, לאחר שפדה המלוה את עשר ההמחאות, התעוררה מחלוקת בין שני הצדדים: המלווה טוען שמגיעה לו תוספת תשלום בגלל הפרשי שער ומע"מ, ואילו הלווה טוען שהחוב נפרע במלואו. הצדדים פנו לערכאות, אך ביתניים ביקש הלווה לסלק את המשכון מן הבית ששווי חמישים מיליון ש"ח, שהרי אף לטענת הנושה לא נשאר מכל החוב כי אם סכום של כחמישה מיליון ש"ח בלבד, והוא מוכן לשעבד לו נכס חלופי ששווי חמישה מיליון ש"ח. לעומת זאת, טען המלווה שאין לסלק את השעבוד מן המשכון כל זמן שלא פרע הלווה את חובו במלואו.

הרב וייס מציין בתחילת תשובתו שמלווה זכאי לכאורה לדרוש להותיר את המשכון בידו כאמצעי לחץ על הלווה, כדברי הש"ך<sup>32</sup>, ש"ביאר בטעם הלכה זו שיכול המלווה לומר ללווה, חפץ אני שיהיה המשכון כולו אצלי כדי שתהיה דחוק לפרוע את שלי לזמן". הרב וייס מציין שאמנם במקרה שנידון לפניו המלווה מודה שפרע הלווה את רוב החוב, אך מכל מקום "זיל בתר טעמא", ואנו רואים שהש"ך סבור שטענת המלווה, המבקש לאחוז במשכון כאמצעי לחץ, מקובלת על הפוסקים, ואינה בגדר מידת סדום.

אבל לדעת הרב וייס, התוצאה קשה, מפני ש"אין הדעת סובלת שמלווה יעכב נכס ששוה פי עשר משארית החוב שאף הוא שנוי במחלוקת, כל כהאי גוונא הוי ליה מדת סדום ממשי".

על כן, בהמשך תשובתו הוא חוזר ומעניין בדברי הש"ך, ומבקש להגיע למסקנה אחרת. וזה לשונו:

אך באמת מצינו בדברי הש"ך שם פירוש אחר [לדין השולחן ערוך<sup>33</sup>, לפיו "אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי המשכונא בחצי המעות"]... על פי דברי בעל התרומות

דמייני [=שהדין אמור] במשכון שהמלווה אוכל בו פירות, ומשום כך זכותו לומר שעד שלא יפרע הלווה את כל החוב בבוא זמן הפרעון, אינו רוצה לוותר על זכותו לאכול פירותיו<sup>34</sup>.

הרב וייס מסייג אפוא את דברי הש"ך, ואומר שאינם נוגעים למקרה שהוא דן בו. וזה לשונו:

ולפי פירוש זה פשוט דבנידון דידן זכאי הלווה לדרוש את הסרת השעבוד מעל הנכס היקר תמורת שעבוד נכס אחר במקומו<sup>35</sup>.

לשיטה זו הוא מצרף את שיטת הט"ז<sup>36</sup>, ופוסק:

כופין על המלווה לשחרר את השעבוד מן הנכס ולקבל נכס חילופי.

ברם, כפי שראינו לעיל, רוב הפוסקים תומכים בדעת הש"ך, האומר במפורש שאין להבחין בין משכון המניב פירות לנושה לבין משכון מיטלטלין שאינו מניב פירות, ושבשני המקרים זכאי הנושה לסרב להסיר את המשכון מחלק מן הנכס, לאור תכלית המשכון כאמצעי לחץ על החייב.

יתירה מכך, כפי שהבאנו לעיל<sup>37</sup>, רבי יוסף קארו, אומר בספרו "בית יוסף" שמצא גרסה ב"ספר התרומות" שנאמר בה במפורש שאין להבחין בין משכון שהוא מניב פירות לנושה לבין משכון מיטלטל שאינו מניב פירות.

נראה אפוא, כפי שראינו לעיל, שהרוב המכריע של הפוסקים סבורים שהנושה אינו חייב להשיב חלק מן המשכון, כל זמן שלא פרע הלווה את מלוא חובו, ושאינו בזה משום חוסר תום לב או מידת סדום, משום שהמשכון בא לשמש גם כאמצעי לחץ בידי הנושה<sup>38</sup>.

## סוף דבר

עיוננו מעלה שמקורות המשפט העברי תומכים ברובם בגישתו של השופט סולברג לפיה מטרת המשכון אינה רק לשמש בטוחה לפירעון חוב, כי אם גם לשמש אמצעי לחץ על החייב שיפרע את חובו במועד, ועל כן הסירוב לשחרר את המשכון אף כשחוב החוב נפרע, אינו נגוע בחוסר תום לב.

<sup>34</sup> להבנה אחרת בכונת הש"ך בדברי בעל התרומות, השווה לעיל, הערה 25.  
<sup>35</sup> הרב וייס מוסיף שכך כתב הש"ך גם ביורה דעה, סימן קעב, ס"ק כב (ואכן, שם לא הזכיר כלל את יסוד הלחץ שבמשכון), והוא מסיק: "הרי לן שהש"ך נקט עיקר דיינא דכשאין אכילת פירות זכות הלווה לשלם לחצאין ולפרות את המשכון". וכך הסיק מדבריו שם בעל עצי לבונה: "ונראה לי דבהשכין אצלו מטלטלין באופן שאין לו פירות מהם ופרע לו חצי החוב דמחויב להחזיר לו חצי משכנות כיון דעל כורחו המלווה מקבל החצי, אם כן אין לו לעכב המשכנות בחנם כיון דאין לו פירות מהן ודי בהשאר לו חצי משכנות על חצי חובו" (מובא בדרכי תשובה, שם, ס"ק כג).

<sup>36</sup> לעיל, הערה 23.

<sup>37</sup> ראה לעיל, ליד ציון הערה 22.

<sup>38</sup> יש לזכור שהנושה נתן ללווה מכספו וסייע לו בשעת מצוקתו, והבטוחה שנטל היא כל מה שנתר בידו. על כן, יש הצדקה לאפשר לו להשתמש במשכון בדרך שתגדיל באופן מיטבי את היעילות שלו ותשמש כאמצעי שיביא לפירעון החוב כולו במהירות המרבית.

<sup>31</sup> שו"ת מנחת אשר, חלק ג, סימן צט.

<sup>32</sup> לעיל, הערה 24.

<sup>33</sup> לעיל, הערה 18.