

בעלות זמנית במשפט העברי

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מאת:

איל רז

המחלקה לתלמוד

הוגש לסנט של אוניברסיטת בר-אילן

אב, תשע"ט

רמת-גן

עבודה זו נעשתה בהדרכתו של פרופ' יוסף ריבלין

מן המחלקה לתלמוד של אוניברסיטת בר-אילן

"כי ה' נתן חִכְמָה מִפִּי וַדְבַר יִתְבַּוְּנָה"
(משלי ב, ו)

שלמי תודה

ארבעה שותפים בעבודת מחקר זו. גדול שבהם נזכר בפתח דברים אלה ובסופם; קטן שבהם חתום בשוליהם; ובתווך – שניים. האחד, מו"ר הנערץ פרופ' יוסף ריבלין, עו"ד, הממזג בשלמות תורה עם דרך ארץ. פרופ' ריבלין פתח לי שערי חכמה לראשונה ואני נער בן שמונה עשרה שנים, ושב והיטיב חסדו עמי ופתחם לי בשנית ואני בן ארבעים שנה. בזכות אמונתו בי ועידודו נישגתי למלאכת המחקר מלכתחילה, ובזכות הנחייתו הנבונה הגיעה המלאכה לידי סוף. השנייה – האחת והיחידה – רעייתי ריקי יבין, שבחכמתה הרבה עודדה אותי ללמוד, ובאהבתה ובטוב לבה נתנה לי את החירות לעשות כן ללא הסחות דעת, והייתה ועודנה שותפת אמת לכל מעשיי.

רבים וטובים ראויים להכרת תודה, והיריעה קצרה מלמנות את כולם. ראשי המחלקה לתלמוד ולתורה שבעל-פה: פרופ' לייב מוסקוביץ, על שקיבל אותי ללימודים ועל התורה שלמדתי מפיו; פרופ' חיים מיליקובסקי, על עצותיו הטובות; וד"ר אהרן עמית, על סיועו הרב בהבאת המחקר לסיומו. מוריי ורבותיי במחלקה לתלמוד וחברותיי וחבריי לספסל הלימודים, על שקיבלוני עמם לבית המדרש ועל התורה שלמדתי מפייהם. תודה מקרב לב לגב' רבקה דגן, מרכזת המחלקה במשך רוב שנות לימודי, על שהוליכה אותי ביד בטוחה במשעולי האקדמיה, על עצותיה הטובות ועל תמיכתה ועידודה.

חבריי עורכי הדין: מו"ר ד"ר יהושע רוזנצוויג, אלי אליה והרב ישראל נחמן הלוי ספירו, על חברותם ועל התורה שאני לומד מפייהם.

סביי וסבתותיי, זיוית וד"ר שרגא מנצ'ר ז"ל וזהבה ומאיר רייזנר ז"ל, והוריי בתיה ופנחס רז יבדל"א, שנטעו בי את אהבת המילה הכתובה ועודדו אותי ללמוד ולחקור.

ומעל לכל בורא עולם, שהחייני וקיימני והגיעני לזמן הזה!

איל רז

שוהם, אב התשע"ט

מוקדש באהבה רבה
לבעז, לאמילי ולאוהד,
שהעניקו לי את התואר
האהוב עלי מכולם: אבא.

תוכן העניינים

א	תקציר	א
1	מבוא	1
1	רקע	1
2	מצב המחקר	2
2	מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כשהיא לעצמה	2
4	מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כהערמה	4
4	מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית ככלי לפתרון בעיות משפטיות	4
6	מטרות המחקר	6
6	שיטות המחקר	6
8	הגדרות זמן ומקום	8
8	הערות טכניות	8
9	פרק ראשון: בעלות זמנית – מבוא כללי	9
9	א. הצגת נושא המחקר : בעלות זמנית במשפט העברי	9
15	ב. בעלות זמנית במשפט הכללי	15
27	ג. בעלות זמנית במשפט העברי	27
42	פרק שני: עסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים	42
42	א. מבוא	42
42	ב. עסקת "מכאן ועד שלש שנים"	42
46	ג. מכירת בית הכנסת	46
47	ד. שטר פיסטיס ושטר אמנה	47
53	ה. "כתב (או עשה) שדהו מכר"	53
65	ו. עסקת "מכר לו בית"	65
74	ז. ליקוח לעניין מעשר בהמה	74
76	ח. מתנה על מנת להחזיר	76
81	ט. גט על מנת להחזיר	81
84	י. הורשה "לך ואחריך לפלוני"	84
93	יא. סיכום	93

95 פרק שלישי: עסקאות בעלות לזמן בתקופת האמוראים

- 95 א. מבוא
- 95 ב. מכר לזמן קצוב: הקנייה לשלושים יום
- 98 ג. מכר חוזר: הדיון האמוראי בברייתת "מכר לו בית"
- 107 ד. מכר חוזר: "את ונוולא אחי"
- 114 ה. מתנה על מנת להחזיר
- 123 ו. הורשה "לך ואחריך לפלוני"
- 135 ז. עמדת חז"ל בנוגע לעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיות משפטיות

139 פרק רביעי: גאונים וראשונים

- 139 א. מבוא
- 140 ב. מכר לזמן קצוב
- 144 ג. מתנה על מנת להחזיר
- 193 ד. מכר חוזר
- 252 ה. הורשה "לך ואחריך לפלוני"
- 260 ו. סיכום עמדות הראשונים וניתוחן

268 פרק חמישי: עסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז

- 268 א. מבוא
- 270 ב. עסקאות מכר חוזר במיטלטלין
- 283 ג. עסקאות מכר חוזר של הלוואה לגוי המובטחת במשכון
- 289 ד. עסקת מכר חוזר במקרקעין
- 290 ה. ניתוח הממצאים העולים מספרות השו"ת

293 פרק שישי: מסקנות הדיון

- 293 א. עמדת המשפט העברי בנוגע להכרה בבעלות לזמן קצוב
- 305 ב. השימוש בעסקאות בעלות לזמן הלכה למעשה
- 310 ג. גורמים שהשפיעו על עיצובן של עסקאות בעלות לזמן
- 313 ד. אימוץ השיטה הקזואיסטית

316 רשימת הקיצורים הביבליוגרפיים

I תקציר אנגלי

תוכן עניינים מפורט

א תקציר..... א

1 מבוא..... 1

1רקע

2מצב המחקר

2מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כשהיא לעצמה

4מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כהערמה

4מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית ככלי לפתרון בעיות משפטיות

6מטרות המחקר

6שיטות המחקר

8הגדרות זמן ומקום

8הערות טכניות

9 פרק ראשון: בעלות זמנית – מבוא כללי..... 9

9א. הצגת נושא המחקר : בעלות זמנית במשפט העברי

15ב. בעלות זמנית במשפט הכללי

161. עמדתו המסורתית של המשפט הכללי

202. בעלות בקניין רוחני : נצחית או זמנית?

223. הגדרות חדשות לבעלות

234. בעלות זמנית מכוח הדין

255. נאמנויות (Trusts) והקשר בין לבין בעלות זמנית

27ג. בעלות זמנית במשפט העברי

271. המחקר הקיים

332. בעלות זמנית ומעשה קניין

373. בעלות זמנית מכוח הדין

42 פרק שני: עסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים..... 42

42א. מבוא

42ב. עסקת "מכאן ועד שלש שנים"

46ג. מכירת בית הכנסת

47ד. שטר פיסטיס ושטר אמנה

53ה. "כתב (או עשה) שדהו מכר"

561. הבדלים בין הסוגיות המקבילות

58 שיטת ר' יהודה.	2.
59 מהותה של עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר".	3.
59 א. דעות גאוניס וראשוניס.	
60 ב. דעות החוקרים.	
64 4. "כתב (או עשה) שדהו מכר": עסקה אחת או שתי עסקאות?	
64 5. האם עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" הינה עסקת מכר בעלות לזמן?	
65 ו. עסקת "מכר לו בית".	
74 ז. ליקוח לעניין מעשר בהמה.	
76 ח. מתנה על מנת להחזיר.	
76 1. פדיון הבן.	
77 2. לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של סוכות.	
80 3. חמץ בפסח.	
81 ט. גט על מנת להחזיר.	
84 י. הורשה "לך ואחריך לפלוני".	
93 יא. סיכום.	

95 פרק שלישי: עסקאות בעלות לזמן בתקופת האמוראים

95 א. מבוא.	
95 ב. מכר לזמן קצוב: הקנייה לשלושים יום.	
98 ג. מכר חוזר: הדיון האמוראי בברייתת "מכר לו בית".	
100 1. נוסח הטקסט.	
101 2. תוכנו של הדיון האמוראי.	
107 ד. מכר חוזר: "את ונוולא אחי".	
114 ה. מתנה על מנת להחזיר.	
114 1. פדיון הבן.	
115 2. לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של סוכות.	
117 3. החזרת כסף לידי המשלם בהקשרים שונים.	
119 4. מתנה על מנת להחזיר ובעלות לזמן קצוב.	
123 ו. הורשה "לך ואחריך לפלוני".	
123 1. תלמוד ירושלמי.	
125 2. תלמוד בבלי.	
133 3. הורשה "לך ואחריך לפלוני" ובעלות לזמן קצוב.	
135 ז. עמדת חז"ל בנוגע לעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיות משפטיות.	
135 1. יחסם של חז"ל לעסקאות בעלות לזמן.	
136 2. יחסם של חז"ל לעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיית הריבית.	
137 3. חשיבה קונספטואלית בגישת חז"ל לעסקאות בעלות לזמן.	

139 **פרק רביעי: גאונים וראשונים**

139	א. מבוא
140	ב. מכר לזמן קצוב
144	ג. מתנה על מנת להחזיר
144	1. מתנה על מנת להחזיר בהקשרים הלכתיים ומסחריים שונים
144	א. גאונים
145	ב. ראשונים
146	1. האם נדרש מעשה קניין להחזרה?
152	2. מהותה המסחרית של מתנה על מנת להחזיר
153	3. הקדשת מתנה על מנת להחזיר
154	4. שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קיום מצוות מסוימות
156	5. כוחו של מקבל מתנה על מנת להחזיר לעשות בה עסקאות
159	6. אחריות מקבל מתנה על מנת להחזיר כלפי הנותן
160	7. פדיון הבכור באמצעות מתנה על מנת להחזיר
162	2. שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים
162	א. גאונים
164	ב. ראשונים
165	1. עדויות לשימוש במתנה לזמן קצוב ובמתנה מותנית לשם הברחת נכסים מנושים
167	2. הדרישה כי מתנה המשמשת להברחת נכסים מנושים תהיה "מתנה גמורה"
176	3. משיבים שנמנעו מלתת תוקף להברחת נכסים מנושים גם בדרך של "מתנה גמורה"
183	4. מגמות בתשובות הראשונים בעניין הברחת נכסים מנושים יהודים
185	5. שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מגויים
190	3. ניתוח הממצאים העולים מתשובות הראשונים
193	ד. מכר חוזר
193	1. גאונים
194	2. ראשונים – כללי
208	3. עמדת הרמב"ם
208	א. עמדות הרמב"ם במשנה תורה
221	ב. עמדות הרמב"ם בתשובותיו
228	ג. הצעת פתרון אפשרי המיישב את הסתירה לכאורה בעמדות הרמב"ם
230	ד. סיכום
230	4. עמדת הרשב"א
233	א. בירור שני עניינים העומדים ברקע הדיון
233	1. מהותה של עיסקת השיג"ש
234	2. סיווגה של עסקת מכר חוזר לעניין תיקוני המס
235	ב. תשובות הרשב"א בעניין מכר מותנה ומכר חוזר
242	ג. ניתוח הממצאים העולים מתשובות הרשב"א

246 סיכום הממצאים וניתוחם.	5.
248 א. סיכום הממצאים.	
249 ב. העמדות ההלכתיות השונות חוצות את גבולות ספרד ואשכנז.	
249 ג. רוב הראשונים ראו בעסקת מכר חוזר בה נכלל תנאי המכר החוזר בעסקת המכר הבסיסית עסקת הלוואה.	
249 ד. קיימות עמדות שונות של הראשונים, החוצות אף הן גבולות גיאוגרפיים, באשר לגורם המבחין בין הרישא לסיפא של ברייתת "מכר לו בית".	
250 ה. עמדת פוסקי פרובנס בסוגיה זו קרובה לעמדת ר' ברוך הספרדי – פוסק איטלקי.	
251 ו. אצל הרשב"א קיים פער בין הניתוח ההלכתי התיאורטי בספרות הפרשנית לבין פסיקותיו הלכה למעשה בספרות השו"ת.	
251 ז. כמה ראשונים ספרדים מפרשים את עמדות הרי"ף או הרמב"ם באופן המוציא אותן מהקשרן הפשוט.	
252 ח. נראה כי בעל ספר העיטור מכיר בתוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר גם כשתנאי המכר החוזר הינו חלק מעסקת המכר הבסיסית.	
252 ה. הורשה "לך ואחריך לפלוני".	
260 ו. סיכום עמדות הראשונים וניתוחן.	

268 פרק חמישי: עסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז.....

268 א. מבוא.	
270 ב. עסקאות מכר חוזר במיטלטלין.	
283 ג. עסקאות מכר חוזר של הלוואה לגוי המובטחת במשכון.	
289 ד. עסקת מכר חוזר במקרקעין.	
290 ה. ניתוח הממצאים העולים מספרות השו"ת.	

293 פרק שישי: מסקנות הדין.....

293 א. עמדת המשפט העברי בנוגע להכרה בבעלות לזמן קצוב.	
293 1. כללי.	
295 2. מכר לזמן קצוב.	
295 3. מכר חוזר.	
299 4. מתנה על מנת להחזיר.	
299 א. כללי.	
300 ב. הברחת נכסים מנושים.	
302 5. הורשה "לך ואחריך לפלוני".	
303 6. עסקאות נוספות.	
305 ב. השימוש בעסקאות בעלות לזמן הלכה למעשה.	
305 1. פתרון לבעיית הריבית.	
307 2. הברחת נכסים מנושים.	
307 3. תכנון מס.	

307	4	עידוד המוכר להתקשר בעסקת מכר
308	5	מקרים נוספים
309	6	הורשה "לך ואחריך לפלוני"
309	7	אמצעי לקיום מצוות מסוימות
310	ג.	גורמים שהשפיעו על עיצובן של עסקאות בעלות לזמן
310	1.	שיקולים הלכתיים ושיקולים מסחריים
311	2.	שיקולי מדיניות
312	3.	עסקאות שנערכו בקרב הגויים
313	ד.	אימוץ השיטה הקזואיסטית

רשימת הקיצורים הביבליוגרפיים..... 316

I תקציר אנגלי.....

תקציר

מחקר זה בוחן את הבעלות הזמנית במשפט העברי. הספרות ההלכתית, החל מתקופת חז"ל ואילך, רצופה באזכורים של עסקאות בעלות לזמן, המשמשות כלי להתמודדות עם מספר ניכר של אתגרים משפטיים והלכתיים, ובהם התגברות על איסור הריבית, הברחת נכסים מנושים, תכנון להימנעות מתשלום מס, ואיסורי שבת, פסח, שביעית, קדושת בכור ועוד.

עסקאות בעלות לזמן מעוררות כמה שאלות. שאלה אחת יורדת לשורשה של זמניות הבעלות: אין זה ברור כלל ועיקר כי מבחינת תורת המשפט תיתכן בעלות זמנית. שאלה שנייה עניינה, מהותה הכלכלית-מסחרית של העסקה. כלומר האם לעסקת בעלות לזמן יש תכלית מסחרית העומדת בפני עצמה או שהיא משמשת כסות משפטית-פורמלית לעסקה מסחרית אחרת. במקרה זה, יש לבחון את הסיבות שבעטיין עשויים הצדדים לבחור לערוך עסקה שבה קיים פער בין הפורמליסטיקה המשפטית לבין המהות המסחרית. שאלות נוספות עניינן הגורמים אשר השפיעו על עיצובם של הדפוסים השונים של עסקאות בעלות לזמן, והאם התייחסות החכמים, הפוסקים והמשיבים אליהן מתאפיינת בגישה קזואליסטית או כוללנית.

ספרות השו"ת עומדת במרכז חלקים עיקריים של מחקר זה, ולא בכדי, שכן היא משקפת עמדה הלכתית בסוגיה שעל הפרק ובה בעת מהווה בבואה שבה משתקפים פניה של החברה היהודית במקומם של השואל ושל המשיב ובזמנם. כן נעזרנו בספרות הפרשנות ובספרות ההלכתית הכללית בתקופת הגאונים והראשונים, ובשטרות של עסקאות בעלות לזמן. הניתוח של המקורות השונים נערך בד בבד עם עמידה במידת האפשר הן על ההבדלים בגישה ההלכתית ובמסורת ההלכתית בכתב גיאוגרפי, והן על שיקולים לבריאה הלכתיים כגון צורכי הכלכלה והמסחר, שיקולי מדיניות, עסקאות מקבילות שנהגו בקרב הגויים או במסחר היהודי עם הגויים ועוד. כן הצגנו, במקום שבו הדבר התאפשר, ניתוח השוואתי של הגישה ההלכתית לפתרונות השונים באותו המקום והזמן.

ככלל, המחקר מתייחס לתקופת זמן שתחילתה בתקופת התנאים וסופה בסוף תקופת הראשונים. עם זאת, בפרק העוסק בעסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז, נבחנו גם תשובות מתקופת האחרונים, עד המאה ה-19.

הפרק הראשון הוא פרק מבוא כללי. הצגנו את נושא המחקר ואת הטכניקות השונות ליצירת בעלות לזמן, ועמדנו על כך שמבחינה תיאורטית-עיונית הן ניתנות לחלוקה לשתי קטגוריות מובחנות. באחת, הכוללת, למשל, בעלות לזמן קצוב ומתנה לזמן קצוב, מגבלת הזמן אינה רנטית

למהותה של העסקה או של הפעולה וטבועה בה. בהתאם, נכון לתאר את העסקאות שנכללות בה כהעברה של בעלות זמנית, שכן הבעלות המועברת היא זמנית מעצם טבעה ומהותה. בקטגוריה השנייה, הכוללת, למשל, מכר חוזר ומתנה חוזרת, מגבלת הזמן אינה טבועה בזכות הבעלות המועברת. בעסקאות אלה מועברת בעלות מלאה ובלתי מוגבלת בזמן במהותה, אלא שההעברה עצמה היא זמנית. במקרים אלה מדויק יותר לדבר על העברה זמנית של בעלות.

המחקר בוחן את עמדת המשפט הכללי באשר לעצם היתכנותה התיאורטית של בעלות לזמן קצוב. הראינו כי הגישה המשפטית המסורתית של המשפט הכללי, ובכלל זאת המשפט הישראלי, קובעת כי בעלות הינה נצחית במהותה, בעוד גישות משפטיות מהעת האחרונה קוראות לעיצוב מחודש של הגדרת הבעלות, באופן שלא יחייב להגדירה כנצחית. בחנו את המשמעות של בעלות לזמן קצוב מכוח הדין. כן מציג המחקר את מוסד הנאמנות (Trust) במשפט הכללי ועומד על הדמיון בינו לבין עסקת בעלות לזמן.

במסגרת המחקר מוצגים המחקרים הקיימים שנגעו בשאלת קיומה של בעלות לזמן במשפט העברי ואת העמדות השונות העולות מהם. התייחסנו לשאלת הקשר בין בעלות לזמן לבין הצורך בעריכת מעשה קניין לשם השבת הנכס לבעליו הראשון בתום תקופת הבעלות לזמן, והראינו את משמעותה של קביעה, כי קיים צורך במעשה קניין כאמור. לבסוף מציג המחקר את קיומה של בעלות לזמן קצוב מכוח הדין במשפט העברי ובחנו את משמעויותיו.

בפרק השני נבחנו עסקאות בעלות לזמן בספרות התנאית. העסקאות שנבחנו כוללות את "עסקת מכאן ועד שלש שנים", ששימשה כפי הנראה ליצירת בטוחה להלוואה בתקופת התנאים; שטר הפיסטיס ושטר האמנה, שלפי דעות מסוימות שימשו בין היתר בהקשר מימוני החל מתקופת התנאים ועד תקופת הגאונים; עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", ששימשה כפי הנראה בהקשר מימוני בתקופת התנאים; ו"עסקת מכר לו בית", אשר נזכרת בברייתא בתלמוד הבבלי, שהדיון האמוראי בה שימש בסיס לפתרון הלכתי לבעיית הריבית החל מתקופת הגאונים. עוד נדונה מתנה על מנת להחזיר, שבה נעשה הן שימוש מסחרי – הברחת נכסים מנושים, והן שימוש לצרכים הלכתיים, כגון ובמיוחד יציאה ידי חובת נטילת אתרוג ולולב ביום טוב ראשון של חג סוכות, וזאת החל מתקופת התנאים ואילך. כן בחנו את עסקת מכירת בית כנסת לפי שיטת ר' מאיר, שסבר כי על המוכרים לשמור את הזכות לשוב ולרכוש את בית הכנסת אם הרוכש עושה בו שימוש שאינו הולם את מעמדו; ליקוח לעניין מעשר בהמה בהתאם למשנה; ואת הדיונים ההלכתיים בגט על מנת להחזיר ובהורשה "לך ואחריך לפלוני".

המחקר עומד על ההקשר המסחרי של רוב העסקאות שנבחנו בספרות התנאים ועל התכלית שעמדה בבסיס השימוש בהן. בחנו את המכנה המשותף של עסקאות בעלות לזמן הנזכרות בתקופת התנאים, הן מבחינת המקורות הספרותיים בהן הן נזכרות, והן מבחינת סיווגן לקטגוריות של עסקאות בעלות לזמן – העברה זמנית של בעלות לעומת העברה של בעלות זמנית.

בחנו את משמעות אזכורן של עסקאות בעלות לזמן במקורות ספרותיים מסוימים מתקופת התנאים והיעדרן ממקור מסוים מתקופה זו. הצענו כי היעדרות זאת אינה נובעת מהתנגדות תיאורטית-עקרונית לקיומה של בעלות זמנית, אלא מסיבה אחרת שהוצגה במחקר ושעניינה במגמת התפתחות של הצרכים המסחריים המשתנים אשר השפיעה על עיצוב העמדה ההלכתית, מגמה אשר תוסיף ותתעצם ואף תבשיל בתקופת האמוראים.

בפרק השלישי נבחנו עסקאות בעלות לזמן בספרות האמוראית. בתלמוד הבבלי נזכרות לראשונה עסקאות העברה של בעלות זמנית – מכירת נכס לשלושים ימים, אם כי מהותן המסחרית ומידת השימוש בהן אינן ברורות.

המחקר מציג את הדיון האמוראי בשתי עסקאות מכר חוזר – עסקת "מכר לו בית" ועסקת "את ונוולא אחי". ניתחנו את דעת פרנצוס כי בפני ראשונים שונים עמדו שתי גרסאות שונות של סוגיית "מכר לו בית", ואת הצעתו לגרסה המשוחזרת של הסוגיה בנוסח שאינו מופיע בש"ס וילנא. השווינו בין עמדות רבא בשתי העסקאות השונות ועמדנו על סתירה לכאורה בעמדותיו. הצענו פתרון לסתירה לכאורה זו, ועמדנו על משמעות הפתרון המוצע לעניין הבנת המונחים "אסור" ו"מותר" שבברייתת "מכר לו בית". עוד עומד המחקר על משמעות הפתרון המוצע לעניין זכותו של הרוכש ליהנות מפירות הממכר.

בחנו את השלכתו של ההסבר שהצענו על האפשרות לקיומה של עסקת מכר חוזר בעלת תוקף משפטי בתקופת האמוראים. סברנו כי עמדת האמוראים בעניין זה אינה משקפת גישה תיאורטית-עקרונית לקיומה של בעלות זמנית, אלא שיקולים אחרים שעמדנו על טיבם.

המחקר מנתח את המקורות בספרות האמוראית שעניינם שימוש במתנה לשם פדיון הבן, קיום מצוות לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של חג סוכות, ואת ההתייחסות לעמדת רבא בנוגע להחזרת כסף לידי המשלם בהקשרים מסחריים והלכתיים שונים. המחקר מראה כי התלמוד הירושלמי משקף גישה מסוימת לעניין זה, ואילו התלמוד הבבלי משקף גישה שונה לו.

עמדנו על המחלוקת בין אלמן לברודי בשאלה, האם עמדת התלמוד הבבלי בעניין השימוש במתנה

על מנת להחזיר נובעת מהשפעת המשפט הפרסי-סאסאני, מתי התקבעה עמדה זו ומה קדם לה, ובחנו את עמדות כל אחד מהם בראי ממצאי מחקר זה. הצענו לאמץ את דעת ברודי כי המקורות משקפים התפתחות הדרגתית בתקופת חז"ל, והצגנו את דעתנו לעניין הסיבות להתפתחות השונה בבבל לעומת ארץ ישראל. כן עוסק המחקר בשאלה האם עמדת התלמוד הבבלי אכן נובעת מהשפעה פרסית-סאסאנית. הצענו לאמץ את עמדת אלמן כי העמדה המכירה בשימוש במתנה על מנת להחזיר אומצה במועד מאוחר יחסית, ולא במועד מוקדם יותר כפי שהציע ברודי.

המחקר מציג את הדיון האמוראי בהורשה "לך ואחריך לפלוני" ואת הדעות השונות שהובעו על ידי אלבק, שילה, ירון וריבלין בשאלה האם הורשה "לך ואחריך לפלוני" מהווה עסקת בעלות לזמן. ניתוחנו את המקורות מעלה, שהם נוטים לתמוך בעמדה שהביע אחד מחוקרים אלה.

עמדנו על כך שעמדת חז"ל בעסקאות השונות משקפת גישה קזואליסטית בעיקרה, ללא ניסיון ליצור כללים אחידים שיחולו על המקרים השונים של עסקאות בעלות לזמן. בחנו מתי והיכן ניכרים ניצנים ראשוניים של חשיבה קונספטואלית בחשיבת חז"ל. כן בחנו אם ממצאי מחקרנו תואמים את ממצאי מחקרו של מוסקוביץ בעניין זה.

בפרק הרביעי נבחנו הגישות השונות לעסקאות בעלות לזמן בתקופות הגאונים והראשונים. בספרות הגאונים שבידינו לא ניכר קושי עיוני בביצוע עסקאות בעלות לזמן. בתקופת הראשונים ניכרת התפתחות בכל הנוגע לגישתו העקרונית של המשפט העברי לעסקאות בעלות לזמן. המחקר מציג את הגישות השונות של הראשונים הן לעניין עצם קיומה של זכות הבעלות המוגבלת בזמן והן לעניין מהותן המסחרית של עסקאות בעלות לזמן.

עמדנו על כך שהראשונים נחלקים בהבנתה של סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי, מחלוקת שחוצה גבולות גיאוגרפיים. כמה מחשובי הראשונים הספרדים, ובראשם רבנו חננאל, הרי"ף והרמב"ם, וכן אחד מחשובי הראשונים האשכנזים – הראב"ן, מבינים את הסוגיה כמכשירה עסקת מכר חוזר בהתקיים תנאים מסוימים. רש"י, הראב"ד ורבי אחרים, לעומתם, ובכלל זאת כמה ראשונים ספרדים, מבינים את הסוגיה כמכשירה עסקת מכר חוזר בהתקיים תנאים אחרים. המחקר מראה כי ראשונים שונים נחלקים לא רק בהבנת הסוגיה אלא גם בקביעת המרכיב המבחין בין שני חלקי סיפת הברייתא – עיתוי ההתניה או זהות המתנה.

ראינו כי בספרות הגאונים מוזכר לראשונה שימוש עסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית. גם בתקופת הראשונים נעשה שימוש בעסקת מכר חוזר, אולם לא בהקשר של פתרון לבעיית הריבית

אלא בהקשרים אחרים.

המחקר עומד על סתירה הקיימת לכאורה בעמדת הרמב"ם בנושא מכר חוזר בעקבות דברים שונים שכתב בעניין זה בשני מקומות שונים במשנה תורה. תשובה שטרם נבחנה במחקר סייעה בידינו לעמוד על עמדתו הנכונה של הרמב"ם בסוגיה. כן הוצע פתרון אפשרי ליישוב הסתירה לכאורה בין דבריו השונים במשנה תורה.

עוד נבחנו תשובות הרשב"א, וביניהן שתי תשובות שטרם נבחנו במחקר. עמדנו על מהותה של עסקת השינ"ש אשר נזכרת בתשובות הרשב"א והריב"ש ועל הקשר האפשרי בינה לבין עסקאות המכר החוזר שנהגו בקרב סוחרים יהודים. הוצגו עמדות שונות שהביע הרשב"א בתשובותיו בעניין מכר חוזר, שייתכן שמעידות על התפתחות בגישתו של הרשב"א לעניין זה.

בתקופת הגאונים לא ניכרת כל הסתייגות משימוש במתנה על מנת להחזיר ובמתנה מותנית לצרכים הלכתיים שונים ולנתינת מתנות לילדי הנותן, כמו גם בהקשר של הברחת נכסים מנושים. בספרות הראשונים משתקפת תמונת מצב מורכבת יותר. עיקר הדיון במתנה על מנת להחזיר נעשה בהקשר של קיום מצוות שונות. עמדנו על עמדותיהם השונות של הראשונים ועל השלכתן על עצם הנכונות להכיר בקיומה של בעלות זמנית.

שימוש אפשרי נוסף במתנה על מנת להחזיר הוא לשם הברחת נכסים מנושים. המחקר מראה כי רבנו תם, ובעקבותיו רוב הראשונים, דרשו כי הברחת נכסים תתבצע באמצעות "מתנה גמורה". מיעוט הראשונים, ובמיוחד הרמב"ן, הכירו גם במתנה על מנת להחזיר כאמצעי יעיל להברחת נכסים מנושים. עם זאת, כשמדובר בהברחת נכסים מנושים גויים ובמיוחד מרשויות השלטון, רבים מהמשיבים מציעים לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר. עמדנו על ההשלכה של עמדות שונות אלה על הנכונות להכיר בקיומה של בעלות זמנית.

הראינו כי התייחסות הראשונים לעסקאות בעלות לזמן הינה קזואיסטית בעיקרה, ולעיתים אותו ראשון מביע עמדות שלכאורה אינן מתיישבות זו עם זו בנסיבות שונות של עסקאות בעלות לזמן. הצענו כמה סיבות אפשריות לפערי עמדות אלה של הראשונים.

המחקר בוחן את גישות הראשונים להורשה "לך ואחריך לפלוני", ומראה את הגישות השונות הניכרות בספרות הראשונים בשאלה, אם המקבל הראשון זוכה בבעלות לזמן בנכס, או בזכויות אחרות שאינן בעלות.

הפרק החמישי בוחן את עסקאות המכר החוזר בארצות אשכנז. המחקר מראה כי בניגוד לדעה הרווחת בספרות המחקר, גם בארצות אשכנז התפתחה עסקת מכר חוזר. הצבענו על מאפייניה השונים של עסקה זו בהשוואה לעסקה שהתפתחה בארצות אגן הים התיכון, והראינו כי הדבר תומך בעמדת אחד החוקרים באשר לגורם המבחין העיקרי בין ספרד לאשכנז לעניין עסקאות מכר חוזר. עוד מראה המחקר כי בארצות אשכנז התפתחו שני דפוסים של עסקת מכר חוזר, עומד על ההבדל ביניהם, ומראה את הפער הקיים בין גישת המשיבים והפוסקים לבין גישת הסוחרים לשני דפוסים העסקה, ואת הסיבות לפער זה.

בפרק השישי הצגנו את מסקנות הדיון. הוצגו התמורות המשמעותיות שחלו, בזמנים שונים ובמקומות שונים, בכל הנוגע לעמדת המשפט העברי בנוגע להכרה בבעלות לזמן קצוב. הצגנו את השימושים השונים שנעשו בעסקאות בעלות לזמן הלכה למעשה. עמדנו על הגורמים שהשפיעו על עיצוב עסקאות הבעלות לזמן, ובחנו אם עסקאות שנערכו בקרב הגויים השפיעו גם הן על עסקאות הבעלות לזמן שנהגו בקרב הסוחרים היהודים. לבסוף, המחקר עומד על הגישה הקזואליסטית בעיקרה לעסקאות בעלות לזמן החל מתקופת התנאים ועד לסוף תקופת הראשונים, ועל כך שגישה קונספטואלית יותר ניכרת בתשובותיהם של האחרונים.

מבוא

הספרות ההלכתית, החל מתקופת חז"ל ואילך, רצופה באזכורים של נסיבות ומקרים שבהם מועברת בעלות בנכס באופן זמני מאדם אחד לרעהו, ככלי להתמודדות עם מספר ניכר של אתגרים משפטיים והלכתיים, ובהם התגברות על איסור הריבית, הברחת נכסים מנושים, תכנון להימנעות מתשלום מס, ואיסורי שבת, פסח, שביעית, קדושת בכור ועוד.

העברה של בעלות זמנית מעוררת כמה קשיים, הבולטים במיוחד על רקע היותה פתרון נפוץ לבעיות משפטיות והלכתיות. קושי אחד יורד לשורשה של זמניות הבעלות: אין זה ברור כלל ועיקר כי מבחינת תורת המשפט תיתכן בעלות זמנית. קיומה של בעלות זמנית, לא כתופעה יחידנית או יוצאת דופן אלא כתופעה רחבת היקף, מצדיקה בחינה של מהות זכות הבעלות במשפט העברי, של מאפייניה ושל גבולותיה. במחקר זה נבדקו שאלות אלה, ונבחן אם נתגבשה עמדה אחידה בעניין זה, מתי נתגבשה, ואם חלו בה שינויים בתקופות שונות ובמקומות שונים.

קושי שני עניינו מהותה הכלכלית-מסחרית של העסקה. אדם המבקש להיפרד מנכס באופן זמני בלבד יכול להשכירו או להשאילו, ושימוש בעסקת מכר או מתנה בהקשר של פרדה זמנית מנכס אומר דרשני. במחקר זה בחנו את עמדות המשפט העברי בנוגע למהותן הכלכלית-מסחרית של עסקאות בעלות לזמן – האם יש להן תכלית העומדת בפני עצמה, או שהן במהותן הכלכלית עסקאות שכירות, שאילה, הלוואה או כל עסקה מסחרית אחרת, המולבשת לבוש פורמלי של מכר או מתנה. כן בחנו את הסיבות שבעטיין עשויים הצדדים לבחור לערוך עסקה שבה קיים פער בין הפורמליסטיקה המשפטית לבין המהות המסחרית.

רקע

מערכת המשפט העברי, כמערכות משפט אחרות, מכירה בשלוש דרכים עיקריות להעברת בעלות בנכס: מכר, מתנה והורשה. ככלל, עסקאות מכר ועסקאות מתנה נועדו להעביר בעלות בנכס באופן מלא, שלם ומוחלט מהמוכר או נותן המתנה אל הרוכש או מקבל המתנה. עם זאת, הן עסקאות מכר והן עסקאות מתנה, וכן צוואות, עשויות להיות מותנות בתנאים, אשר עשויים בין היתר להגביל את משך הזמן שבו רשאי הרוכש, המקבל או הזוכה, ליהנות מבעלותו בנכס.

בפרק המבוא הכללי בחנו את העמדות השונות שהובעו בדין הכללי באשר לעצם קיומה של בעלות לזמן קצוב ואת הדעות שהובעו במחקר הקיים באשר לעמדת המשפט העברי בשאלה זו. עמדנו על

מקרים של בעלות זמנית מכוח הדין במשפט הכללי ובמשפט העברי, ובחנו אם יש בקיומם כדי להשפיע על העמדה הכללית של השיטה המשפטית בשאלת ההכרה בבעלות לזמן קצוב. הצגנו את מבנה הנאמנות (Trust) במשפט הכללי ואת הדמיון הקיים בינו לבין עסקאות בעלות לזמן. כן בחנו את היחס בין העברת בעלות זמנית לבין מעשה קניין במשפט העברי, כלומר האם החובה להשיב את הנכס לבעליו הראשון באמצעות מעשה קניין מעידה בהכרח כי הנכס נמכר מכירה שלמה ובלתי מוגבלת בזמן.

בהמשך המחקר בחנו כמה דפוסי עסקאות ומתנות שבהם עשויה להיות מועברת בעלות זמנית. העסקאות שנבחנו כוללות את "עסקת מכאן ועד שלש שנים", ששימשה כפי הנראה ליצירת בטוחה להלוואה בתקופת התנאים; שטר הפיסטיס ושטר האמנה, שלפי דעות מסוימות שימשו בין היתר בהקשר מימוני החל מתקופת התנאים ועד תקופת הגאונים; עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", ששימשה כפי הנראה בהקשר מימוני בתקופת התנאים; ו"עסקת מכר לו בית", אשר נזכרת בברייתא בתלמוד הבבלי, שהדיון האמוראי בה שימש בסיס לפתרון הלכתי לבעיית הריבית החל מתקופת הגאונים. עוד דנו במתנה על מנת להחזיר שבה נעשה הן שימוש מסחרי – הברחת נכסים מנושים, והן שימוש לצרכים הלכתיים, כגון ובמיוחד, יציאה ידי חובת נטילת אתרוג ולולב ביום טוב ראשון של חג סוכות, החל מתקופת התנאים ואילך. כן בחנו את עסקת מכירת בית כנסת לפי שיטת ר' מאיר, שסבר כי על המוכרים לשמור את הזכות לשוב ולרכוש את בית הכנסת אם הרוכש עושה בו שימוש שאינו הולם את מעמדו; ליקוח לעניין מעשר בהמה בהתאם למשנה; ואת הדיונים ההלכתיים בגט על מנת להחזיר ובהורשה "לך ואחריך לפלוני".

מצב המחקר

סוגיית הבעלות הזמנית בנכס נוגעת לכמה תחומי מחקר של ההלכה בכלל ושל המשפט העברי בפרט. עם זאת, נראה כי העיסוק האקדמי בבעלות זמנית במשפט העברי אינו רב באופן יחסי, הן כשהוא לעצמו והן כפתרון לבעיות משפטיות.

מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כשהיא לעצמה

עיון בספרות המחקרית הכללית מעלה תפיסה עיונית שלפיה מושג הבעלות הינו מוחלט ונצחי;

כלומר ההפך מזמני.¹ ה'*Dominium*, זכות הבעלות במשפט הרומי הקלסי, התאפיינה בהיותה מוחלטת ונצחית. לדעת חוקרים רבים, המשפט המודרני אימץ אף הוא תפיסת בעלות זאת של המשפט הרומי. זו גם עמדתו של המשפט הישראלי. ברבות השנים הוצעו במשפט המקובל הגדרות חלופיות לבעלות, הנמנעות מתיאורה של הבעלות כמוחלטת, ותחת זאת מתארות אותה כאוסף של זכויות. עם זאת, גם בהגדרות חלופיות אלה נשמר בדרך כלל מרכיב הנצחיות של הבעלות. גם לגבי אותם מקרים מצומצמים שבהם נראה על פניו כי זכות הבעלות אינה נצחית, ניכרת מגמה במחקר העוסק בדין הכללי להסבירם באופן שאינו גורע מתכונת הנצחיות של הבעלות.

המשפטן ההולנדי וילם יי צוולבה מציג גישה עיונית שונה לעניין הבעלות הזמנית.² לשיטתו, זכות הבעלות מוחלטת במהותה, ו"בעלות זמנית" אינה יכולה להתקיים. לעומת זאת, העברת הבעלות, כאקט משפטי העומד בפני עצמו, עשויה להיות זמנית. כלומר תיתכן העברה זמנית של בעלות מוחלטת. במקרה כזה, תום הזמן עשוי להוליד אחת משתי תוצאות משפטיות אפשריות. הראשונה, שעם תום הזמן נותרת הבעלות בידי המקבל, ולצד זאת קם לו חיוב משפטי להשיב את הנכס למעביר. השנייה, שעם תום הזמן נופל פגם בהעברת הבעלות למקבל, ועל כן בעלותו מתבטלת באופן רטרואקטיבי והנכס שב אוטומטית לבעלות המעביר.

בשנים האחרונות נעשים ניסיונות להציע הגדרות חדשות לבעלות, בהן גם הגדרות אשר יוצאות כנגד ההנחה שהבעלות היא נצחית במהותה. דוגמה אחת לכך היא ההגדרה שהציע גיימס אי פנר, במסגרתה הבהיר בין היתר כי אין כוונתו שזכות הבעלות תהיה נצחית. דוגמה שנייה היא שיטתו של יאן ה' דלהויזן, הקורא להכרה בבעלות מותנית ובעלות זמנית במשפט המסחרי הבין-לאומי.

שתי דעות עיקריות הובעו במחקר באשר לעצם היתכנותה של בעלות זמנית במשפט העברי. שלום אלבק סבור כי נצחיות הינה המאפיין הבסיסי של זכות הבעלות במשפט העברי, ובהתאם הוא טוען שלא תיתכן בעלות זמנית במשפט העברי.³ אשר גולאק, אליקים אלינסון, שמואל שילה ויצחק אנגלרד נראים כחולקים וכגורסים כי, כלשונו של שילה, "...אין במקורות יסוד לדרישה שבעלות חייבת להיות, תיאורטית לפחות, לצמיתות, ואין יסוד לקביעה שאין בעלות לזמן מוגבל

¹ להרחבה בעניינים האמורים כאן ולמקורות שעליהם מסתמכים הדברים, ראו הפרק הראשון של המחקר, סמוך להערה 15 ואילך.

² הדברים האמורים להלן מתבססים על צוולבה, בעלות זמנית.

³ ראו אלבק, דיני הממונות, עמ' 391.

במשפט התלמודי⁴. יעקב אלמן מביא את עמדת אלבק ועומד על הביקורת עליה, אך נראה כי אינו מכריע בסוגיה.⁵ במחקר זה בחנו לעומק את העמדות שהביעו החוקרים השונים, כדי לבחון האם אכן, לשיטתם, המשפט העברי מכיר בבעלות לזמן קצוב או אינו מכיר בה. יצוין כי כל המחקרים האמורים לעיל בוחנים את הסוגיה בחינה צרה יחסית, ואינם מתיימרים לעמוד על כל המקורות השייכים לעניין מתקופת חז"ל ולאחריה או לבחון את התפתחות המחשבה ההלכתית בנושא זה כמכלול.

מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית כהערמה

מחקריהם של ברטום בנס, משה זילברג, שמואל שילה, ולאחרונה אילנה שטיין, מתייחסים כולם למקרים מסוימים של עסקאות בעלות לזמן הנזכרים בספרות חז"ל כאל שיטה או קטגוריה של הערמה.⁶ המחקר המוצע לא יתמקד בניתוח היבטי הערמה אפשריים של עסקאות בעלות לזמן כשהם לעצמם, אלא רק ככל שיש בעניין ההערמה כדי לשפוך אור על השאלות המחקריות שתוצגנה בו.

מחקרים המתמקדים בבעלות זמנית ככלי לפתרון בעיות משפטיות

המחקרים הקיימים מתמקדים, רובם ככולם, במכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, כמפורט להלן. השימוש בטכניקות אחרות, כגון מתנה על מנת להחזיר, כמעט שלא זכה לעיון במחקר הקיים. עם זאת, קיימים כמה מחקרים – של מנחם אלון, של ציון אילוז ושל אלימלך וסטרייך – אשר נוגעים אגב אורחא בשימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים.⁷ מחקרים אלה אינם מתמקדים במתנה על מנת להחזיר ואינם מתייחסים לתופעה כחלק מהמכלול של בעלות זמנית.

נראה כי ראשון החוקרים שהתייחס למכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית היה גולאק, אשר התמקד

⁴ שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפט, וראו גם הערה 74 שם. כן ראו גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 132-133; אלינסון, קנינים, עמ' 148-149; אנגלרד, המשפט העברי, עמ' 61.

⁵ ראו אלמן, מתנות, עמ' 179-180.

⁶ בנס, הערמה; זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 26-44; שילה, ההערמה בתלמוד; שילה, התחמקות מהחוק; שילה, עקיפת החוק; שטיין, הערמה.

⁷ ראו אלון, כבוד האדם, עמ' 118-127 (ספרד במאה ה'13 – עמדות הרשב"א והרא"ש); עמ' 155 הערה 178 (ספרד במאה ה'16); עמ' 165-166 (תקנות משנת ש"ה - 1545, ויישומן במאה ה'19 במרוקו); עמ' 225 הערה 430 (צפון אפריקה במאה ה'19); אילוז, פגמים בחוזה, עמ' 61-71; וסטרייך, מקסטיליה לפאס.

בעסקאות מכר מותנה ומכר חוזר בתקופת חז"ל.⁸ אלימלך אפשטיין הלוי השלים ניתוחו של גולאק.⁹ מחקריהם מתמקדים בתקופת חז"ל, ואינם ממצים אף את המקורות מתקופה זו.

שלום לרנר הקדיש תת־פרק של עבודת הדוקטור שלו "יסודות דיני המשכון במשפט העברי" לסוגיית "מישכון במסווה של עסקה אחרת", אשר נסבה רובה סביב עסקת המכר החוזר.¹⁰ מאמרו של ישראל פרנצוס, "עיונים בשאלות ותשובות הרי"ף",¹¹ מתמקד בתשובה שבה מנתח הרי"ף את סוגיית הגמרא "מכר לו בית" ומבאר את שיטתו בפרשנותה. איתמר ורהפטיג הקדיש את מאמרו "שטר הטבה – מכר חוזר"¹² לבחינתם של שטר הטבה ושל עסקת המכר החוזר כפתרון לבעיית הריבית.¹³ מאמריו של יוסף ריבלין, ובעקבותיהם עבודת הדוקטור של שי פרי,¹⁴ מוסיפים נדבך משמעותי למחקר, תוך התמקדות בהיבט השטר של עסקת המכר החוזר. דוד ניסני עוסק אף הוא בקצרה בסוגיית המכר החוזר אגב ניתוחו את הוראות סעיף 2(ב) לחוק המשכון הישראלי,¹⁵ במסגרת מחקרו שבסדרת "חוק לישראל" בעריכת נחום רקובר.¹⁶

מאמרים ומחקרים אלה, שהם העיקריים שבוחנים את המכר החוזר כפתרון לבעיית הריבית בתקופה הברית־למודית, אומנם עוסקים בכמה פנים של הסוגיה, אך אינם מתיימרים למצותה מבחינת היקף התשובות הקיים, מבחינת התקופות שבהן מתמקדים המחקרים ומבחינת העיסוק בעסקת המכר החוזר בארצות אשכנז. הם גם אינם בוחנים את עסקת המכר החוזר כחלק מתופעת הבעלות הזמנית בכללותה.

⁸ גולאק, משכנתא. ראו גם גולאק, תולדות המשפט, 62, 72-77.

⁹ הלוי, כתיבת שדה במכר. ראו גם הערותיו של לרנר, פדיון משכון, עמ' 165-168.

¹⁰ לרנר, משכון, פרק שני חלק שלישי, עמ' 168-180.

¹¹ פרנצוס, עיונים, המתייחס לשו"ת הרי"ף, סימן רפו, דף עד ע"ב.

¹² ורהפטיג, שטר הטבה.

¹³ ורהפטיג מציין מפורשות כי אינו סוקר את כל התשובות הקיימות בעניין זה. ראו שם, עמ' 230-231.

¹⁴ ריבלין, כלכלה והלכה; ריבלין, הסדרי משכנתא; פרי, שטרות, שעבודתו נכתבה במחלקה לתלמוד ותורה שבעל פה, הפקולטה למדעי היהדות, אוניברסיטת בר אילן, בהנחייתו של פרופ' ריבלין.

¹⁵ חוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח תשכ"ז 496.

¹⁶ ניסני, משכון. ניסני שב ומתייחס בקצרה לעניין המכר החוזר במחקרו בסדרה זו, במיוחד בניסני, הנאה מהמשכון.

מטרות המחקר

מחקר זה מעמיד את הבעלות הזמנית במרכז הדיון. במסגרתו, בחנו את מהותה המשפטית והמסחרית של כל אחת מהעסקאות הרלוונטיות שנהגו במשפט העברי, ובדקנו אם היא מהווה עסקת בעלות לזמן, איזו תכלית מסחרית היא נועדה לשרת, ומדוע בחרו הצדדים לעסקה במבנה משפטי מסוים זה לשם השגת תכליות מסחריות אלה. עמדנו על העמדות ההלכתיות שהובעו כלפי העסקאות השונות, ובחנו מה המסקנות העולות מהן באשר לעמדתו העקרונית, העיונית-תיאורטית של המשפט העברי בשאלת עצם קיומה של בעלות לזמן קצוב. כן בדקנו את השיקולים אשר השפיעו על עיצובם של דפוסי העסקה השונים, ובחנו אם התייחסות החכמים, הפוסקים והמשיבים אליהן, מתאפיינת בגישה קזואיסטית או כוללנית.

הניתוח של המקורות השונים נערך בד בבד עם עמידה במידת האפשר הן על ההבדלים בגישה ההלכתית ובמסורת ההלכתית בחתך גיאוגרפי, והן על שיקולים לבר הלכתיים כגון צורכי הכלכלה והמסחר, שיקולי מדיניות, עסקאות מקבילות שנהגו בקרב הגויים או במסחר היהודי עם הגויים ועוד. כן הצגנו, במקום שבו הדבר התאפשר, ניתוח השוואתי של הגישה ההלכתית לפתרונות השונים באותו המקום והזמן. ככלל, המחקר מתייחס לתקופת זמן שתחילתה בתקופת התנאים וסופה בסוף תקופת הראשונים. עם זאת, בפרק העוסק בעסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז, נבחנו גם תשובות מתקופת האחרונים, עד המאה ה־19.

שיטות המחקר

אחת השאלות העיקריות שבהן עוסק המחקר היא שאלת עצם קיומה של הבעלות הזמנית במשפט העברי ומהותה. בחנו את המקורות העיקריים מתקופת התנאים ובדקנו אם ניתן להציג עמדה תיאורטית עקבית העולה מן המקורות התנאיים השונים, ולמצער – מכל חיבור תנאי כעומד בפני עצמו. לאחר מכן הצגנו את האופן שבו הובנו המקורות התנאיים על ידי האמוראים ואת המקורות האמוראיים, תוך הבחנה בין התלמוד הבבלי לתלמוד הירושלמי, ואת האופן שבו נותחו והוסברו הסוגיות האמוראיות עצמן בספרי המפרשים, הפוסקים והשו"ת בתקופות הגאונים והראשונים, בד בבד עם הצגת התפתחות העמדה הנוגעת למהותה של הבעלות הזמנית במשפט העברי בחתך המקום והזמן.

שאלה נוספת העומדת בבסיס המחקר עניינה בצורת החשיבה הניכרת מהמקורות העוסקים בהעברת בעלות זמנית. בנושא זה הלכנו כברת דרך נוספת בנתיב שהתווה לייב מוסקוביץ בספרו

Talmudic Reasoning. מוסקוביץ מציין מפורשות כי הוא מנתח את התופעה בכללותה ואינו מתמקד במחקרו בניתוח של מושגים ספציפיים.¹⁷ במחקר המוצע התמקדנו בניתוח של מושג ספציפי אחד – הבעלות הזמנית. כן הרחבנו את יריעת הדיון מעבר לתקופת חז"ל שבה עוסק מחקר של מוסקוביץ, ועמדנו על המגמות המאפיינות אף את גישתם של חכמי תקופות מאוחרות יותר למושג הבעלות הזמנית, בעיקר הראשונים אך גם האחרונים.

שאלה מחקרית שלישית שבה עוסק מחקרנו היא שאלת תכליתה הכלכלית-מסחרית של עסקת בעלות לזמן. עמדנו על התכליות שמילאו עסקאות בעלות לזמן, על האופן שבו התפתחו הדפוסים השונים של העסקאות, ועל מידת התקבלותם על ידי חכמי ההלכה ובקרב הציבור כאחד, בד בבד עם בחינת מידת ההשפעה שהיו לשיקולים שונים – הלכתיים ולבר-הלכתיים – על אופן התפתחותם של ההסדרים השונים.

ספרות השו"ת עומדת במרכז חלקים עיקריים של מחקר זה, ולא בכדי, שכן היא משקפת עמדה הלכתית בסוגיה שעל הפרק ובה בעת מהווה בבואה שבה משתקפים פניה של החברה היהודית במקומם של השואל ושל המשיב ובזמנם.¹⁸ בין היתר מוצגות במחקר זה לראשונה תשובות של ראשונים כגון רמב"ם והרשב"א, אשר למיטב בדיקתנו טרם נבחנו בעין מחקרית. כן נעזרנו בספרות הפרשנות ובספרות ההלכתית הכללית בתקופת הגאונים והראשונים, ועמדנו על הפער שקיים לעיתים בין העמדות המשתקפות בספרות ההלכתית הכללית לבין העמדות שנקט אותן פרשן או מחבר עת הובאה בפניו שאלה קונקרטיים באותו עניין. מקורות נוספים הינם שטרות ששימשו בעסקאות בעלות לזמן.

ככלל, המחקר מתמקד בהלכה ובמשפט העברי, ואין הכוונה לעסוק במחקר השוואתי, בין לעסקאות דומות במשפט העברי ובין לשיטות משפט אחרות. עם זאת, כאמור לעיל, שאלת ההכרה בבעלות זמנית נבחנה תוך השוואה לעמדות שהובעו בעניין זה בספרות המשפטית הכללית. נוסף על כך בחנו במקומות המתאימים את השימוש בבעלות זמנית כפתרון לבעיות הלכתיות, כיוון שיש בו כדי להאיר היבטים מסוימים של השאלות שנדונות במחקר.

¹⁷ מוסקוביץ, חשיבה תלמודית, עמ' 43, 46.

¹⁸ ראו פריהוף, ספרות השו"ת, במיוחד עמ' 19-45; אלון, המשפט העברי, למשל בעמ' 1223; גליק, ספרות התשובות, באופן כללי, ולעניין היחס בין תשובות לפסקים, עמ' 49-88 ובמיוחד עמ' 75-77. לעניין האתגרים הכרוכים בשימוש בספרות השו"ת כמקור היסטורי ראו סולובייצ'יק, שו"ת.

הגדרות זמן ומקום

במחקר נעשה שימוש בחלוקה המקובלת של התקופות: חז"ל, הנחלקת לתקופת התנאים ותקופת האמוראים, גאונים, ראשונים ואחרונים.

במחקר נעשה שימוש במונחים "ספרד", "אשכנז" ו"פרובנס". ככלל, המונח "ספרד" כולל גם את ארצות אגן הים התיכון, והמונח "אשכנז" כולל גם את צפון צרפת בתקופת הראשונים ואת מדינות מזרח אירופה בתקופת האחרונים. במקום שבו ביקשנו לערוך הבחנות משנה בתוך אזור גיאוגרפי (כגון, להתייחס לארצות אגן הים התיכון כאזור גיאוגרפי העומד בפני עצמו), נעשה הדבר מפורשות.

כפי שיובהר בהרחבה להלן, חלוקת הזמנים והחלוקה הגיאוגרפית, נוסף על היותן מקובלות בחקר התפתחות ההלכה והמשפט העברי, הינן בעלות משמעות לנושא מחקר זה, שכן ניכרות תמורות משמעותיות בגישת חכמי המשפט העברי לשאלות היסוד של המחקר כשהן נבחנות בחתך הזמן והמקום.

הערות טכניות

רשימות כתבי יד וקיצורים ביבליוגרפיים מובאות בסוף המחקר.

בחלק מהמובאות הארוכות המצוטטות במחקר זה נוסף פיסוק קל לשם נוחות הקריאה. הפיסוק נלקח מפרויקט השו"ת במקום שבו הדבר אפשרי.

במקום שבו מצוטט טקסט ובו ראשי תיבות או קיצורים לא שכיחים, פתרונו מובא בסוגריים.

כל ההדגשות הן שלנו, אלא אם צוין מפורשות אחרת.

פרק ראשון: בעלות זמנית – מבוא כללי

א. הצגת נושא המחקר: בעלות זמנית במשפט העברי

מערכת המשפט העברי, כמערכות משפט אחרות, מכירה בשלוש דרכים עיקריות להעברת בעלות בנכס: מכר, מתנה והורשה. לצידן קיימת האפשרות להפקיר נכס, שאז כולי עלמא יכולים לזכות בבעלות בו, והאפשרות להקדיש נכס, שאז יוצא הנכס ממעגל הבעלויות האנושי. ככלל, עסקאות מכר ועסקאות מתנה נועדו להעביר בעלות בנכס באופן מלא, שלם ומוחלט מהמוכר או נותן המתנה, אל הרוכש או מקבל המתנה. עם זאת, הן עסקאות מכר והן עסקאות מתנה עשויות להיות מותנות בתנאים, אשר עשויים בין היתר להגביל את משך הזמן שבו רשאי הרוכש או המקבל ליהנות מבעלותו בנכס. כך גם באשר להפקרת נכס, אשר כרגיל הינה לצמיתות אך עשויה להיות מוגבלת בזמן. קביעת תנאים מסוג זה בעסקאות מכר או מתנה, או בפעולת הפקרה של נכס – תוצאתם הינה העברה של בעלות באופן זמני. בכל הנוגע לירושה, הסוגיה העוסקת בירוש אחר יורש ("נכסיי לך ואחריך לפלוני") מציגה מצב דברים בו נוצרת בעלות מוגבלת בזמן אגב הסדרי ירושה.¹

הספרות ההלכתית, החל מתקופת חז"ל ואילך, רצופה באזכורים של נסיבות ומקרים שבהם מועברת בעלות בנכס באופן זמני מאדם אחד לרעהו, ככלי להתמודדות עם מספר ניכר של אתגרים משפטיים והלכתיים. שיטות שונות של העברת בעלות באופן זמני שימשו במשך דורות לשם התגברות על איסור הריבית, הברחת נכסים מנושים, תכנון להימנעות מתשלום מס, והתמודדות עם איסורי שבת, פסח, שביעית, קדושת בכור ועוד. במקורות המשפט העברי קיימות כמה דרכים לביצוע עסקאות בעלות לזמן, הנחלקות למכר, למתנה ולהפקר.

דרך אחת להעברת בעלות זמנית באמצעות מכר היא עסקת מכר שבה המוכר מעביר בעלות בנכס לזמן קצוב, כך שבתום הזמן הקצוב והמוגדר מראש, תסתיים מאליה בעלות הרוכש בנכס והנכס ישוב לבעלות המוכר. זמניותה של הבעלות היא אפוא מרכיב אינהרנטי של הזכות הנמכרת, המשולב בה על ידי המוכר. דרך זו תכונה על ידינו במחקר זה בשם "מכר לזמן קצוב".

¹ ראו תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב ובבא בתרא, קלו ע"ב-קלז ע"א; ריבלין, הירושה והצוואה, עמ' 213-207. נושא זה יידון ביתר הרחבה בפרקיו הבאים של מחקר זה.

דרך שנייה להעברת בעלות באופן זמני באמצעות מכר היא עסקת מכר שבה נשמרת למוכר הזכות לשוב ולקבל את הנכס לבעלותו תוך השבת דמי המכר לקונה, ובהתאם, על הרוכש מוטלת חובה להשיב את הנכס לבעלות המוכר. זכות זאת של המוכר וחובת הרוכש שכנגדה הינן תנאי בעסקת המכר.² דפוס עסקה זה יכונה על ידינו להלן בשם "מכר מותנה".³

דרך שלישית להעברת בעלות באופן זמני באמצעות מכר יוצרת את זמניות הבעלות באמצעות שתי עסקאות מכר נפרדות שאינן קשורות זו בזו מבחינה משפטית-פורמלית. הראשונה היא עסקת המכר הבסיסית, שבה נמכר הנכס מאת המוכר לקונה. האחרת היא עסקת המכר החוזר, שבה מתחייב הקונה לשוב ולמכור את הנכס למוכר בתוך פרק זמן מסוים או במועד עתידי קבוע. עסקאות אלה תכוננה על ידינו להלן בשם "מכר חוזר".⁴

שתי הדרכים לביצוע עסקת בעלות לזמן באמצעות מתנה מקבילות לשתיים מדרכי המכר שהוצגו לעיל. האחת היא עסקת מתנה שבה מעניק הנותן למקבל בעלות בנכס לזמן קצוב, כך שמקץ פרק זמן קצוב ומוגדר מראש, תסתיים מאליה בעלות המקבל בנכס והנכס ישוב לבעלות הנותן. זמניותה של הבעלות היא אפוא מרכיב אינהרנטי של המתנה, המשולב בה על ידי הנותן. שיטה זו תכונה במחקר זה בשם "מתנה לזמן קצוב". האחרת היא עסקת מתנה המותנית בזכותו של הנותן לשוב ולקבל את המתנה לבעלותו מקץ זמן, וכנגדה חובת המקבל להשיב את המתנה לנותן. זכות זאת של הנותן וחובת המקבל שכנגדה הינן תנאי בעסקת המתנה. שיטה זו תכונה במחקר זה בשם "מתנה מותנית". מבחינה עיונית ניתן להעלות על הדעת אף מתנה מלאה ומוחלטת שהנותן מצפה כי המקבל ישיבה לו לאחר זמן ("מתנה חוזרת"), אך לא נראה כי מתנה מסוג זה נזכרת במקורות.⁵

² הכוונה למקרים שבהם זכותו של המוכר מותנית בשיקול דעתו. אם הוגבל המכר לזמן קצוב, שבסופו ישוב הנכס הנמכר לבעלות המוכר, אזי מדובר בעסקת מכר לזמן קצוב שבה עסקנו לעיל. ראו לעניין זה, למשל: גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 133 הערה 10.

³ גולאק, משכנתא, בעמ' 82, טבע לעסקה זו את המונח "מכירה על מנת להחזיר" על משקל "מתנה על מנת להחזיר". להשוואה בין עסקאות בעלות לזמן בדרך של מתנה ומכר, ראו אוירבך, מתנה ומכר.

⁴ יצוין כי חוקרים רבים אימצו את המונח "מכר חוזר" כמונח כוללני, המתייחס גם לעסקאות מכר מותנה. ראו פרי, שטרות, עמ' 153 הערה 1.

⁵ כפי שניווכח להלן, בתקופת הראשונים ניתנו כפי הנראה מתנות אשר הנותן ציפה לקבלן בחזרה מקץ זמן, והן שימשו חייבים כאמצעי להברחת נכסים מנושיהם. עם זאת, נראה כי משיבים רבים סירבו להכיר בהן ככאלה

חשוב להעיר כי במקורות קיימת התייחסות לדפוס מתנה המכונה "מתנה על מנת להחזיר". אחת השאלות שעליהן נבקש להשיב במחקר זה הינה, אם המתנה על מנת להחזיר נתפסה הלכה למעשה כמתנה לזמן קצוב או כמתנה מותנית, כפי שתיארנו לעיל.

שתי השיטות ליצור בעלות זמנית באמצעות הפקרה הנזכרות במקורות מקבילות גם הן לשניים מדפוסי המכר ולשני דפוסי המתנה שנזכרו לעיל. בעלי הנכס יכול להפקירו לזמן קצוב, פעולה המקבילה מבחינה עיונית למכר לזמן קצוב ולמתנה לזמן קצוב. בעלי הנכס יכול גם להפקירו ללא תנאי מתוך כוונה לזכות בו בעתיד, פעולה המקבילה מבחינה עיונית למכר חוזר. מכל מקום, טכניקות הפקרה מסוגים אלה נזכרות החל מתקופת האמוראים כפתרון לבעיות הלכתיות,⁶ אך לא מצאנו להן אזכורים בהקשר של בעיות משפטיות.

מבחינה תיאורטית-עיונית ניתנות הטכניקות האמורות לעיל לחלוקה לשתי קטגוריות מובחנות. באחת, הכוללת את המכר לזמן קצוב, את המתנה לזמן קצוב ואת ההפקרה לזמן קצוב, מגבלת הזמן אינהרנטית למהותה של העסקה או של הפעולה וטבועה בה. בהתאם, נכון לדבר בהן על העברה של בעלות זמנית, שכן הבעלות המועברת היא זמנית מעצם טבעה ומהותה.⁷ בקטגוריה השנייה, הכוללת את המכר המותנה והמכר החוזר, המתנה המותנית, ההפקרה והזכייה מחדש, מגבלת הזמן אינה טבועה בזכות הבעלות המועברת. בעסקאות אלה מועברת בעלות מלאה ובלתי מוגבלת בזמן במהותה, אלא שההעברה עצמה היא זמנית ולכל הפחות עשויה להיות זמנית, אם יתממש התנאי או אם תמומש עסקת המכר החוזר.⁸ במקרים אלה מדויק יותר לדבר על העברה

במערכת היחסים המסחרית שבין יהודים. חלק מהמשיבים דרשו כי תינתן "מתנה גמורה", ומשיבים אחרים ראו בהן הערמה אסורה וקבעו כי הן בטלות כלפי הנושים. לצידם היו משיבים שהכירו במתנה על מנת להחזיר ככלי יעיל להברחת נכסים מנושים, ומשיבים רבים פסקו כן בהקשר של הברחת נכסים מגויים ומרשויות הגויים. ראו בהרחבה להלן, פרק רביעי, סמוך להערה 104 ואילך.

⁶ כגון מעשר, ביעור פירות שביעית והפקרת חמץ ערב חג הפסח. הרחבה בעניינים אלה חורגת מגדרו של מחקר זה.

⁷ בלשונו של גולאק, "קנין זמני". ראו גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 133.

⁸ במקרה של מכר מותנה ומתנה מותנית, הזמניות מהווה תנאי שבו מותנית העברת הבעלות. אם קיים הרוכש או המקבל את התנאי, הנכס שב לבעליו הראשון בתום התקופה הקבועה בתנאי. אם לא קיים הרוכש או המקבל את התנאי, עסקת המכר או המתנה תימצא בטלה מעיקרה מחמת איהתקיימות אחד מתנאיה. ראו גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 133 הערה 10; שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפט; ואלבק, משפט עברי, עמ' 114, 116-117, לעניין קניין פירות ולעניין מתנה על מנת להחזיר. במקרה של מכר חוזר, הזמניות כלל אינה טבועה בעסקת ההעברה הבסיסית, אלא מתווספת אליה מאוחר יותר, באמצעות התחייבות עצמאית ונפרדת מבחינה

זמנית של בעלות. במחקר זה נעשה אף שימוש במונח "עסקת בעלות לזמן" כמונח כוללני, שבו כוונתנו לשני דפוסי העסקאות יחד.

לכאורה עומדת כל אחת משתי הקטגוריות האמורות לעיל בפני עצמה; אולם למעשה, במשפט העברי מחוברות שתי קטגוריות אלה בקשר בל יינתק, משתי סיבות. האחת, שכפי שיבואר להלן, החל מתקופת הראשונים ניכרת מגמה של חלק מהמפרשים, מהפוסקים ומהמשיבים שלא להכיר בקיומה של בעלות זמנית. האוחזים בשיטה זו איחדו הלכה למעשה בין שתי הקטגוריות, וקבעו כי גם במקרים שבהם לכאורה נערכה עסקת מכר לזמן קצוב או ניתנה מתנה לזמן קצוב, למעשה הועברה בעלות מלאה ובלתי מוגבלת בזמן שלצידה התחייבות להשיב את הנכס למעביר, ובהתאם נדרשת פעולה משפטית נוספת לשם השבת הנכס לבעליו המקורי. סיבה שנייה היא שעסקאות משתי הקטגוריות הוצעו, ואף שימשו בפועל, כפתרונות לאותן בעיות משפטיות והלכתיות. על כן, בבקשנו לבחון את מהותן הכלכלית-מסחרית של עסקאות אלה, ממילא יש לדון בעסקאות משתי הקטגוריות בצוותא חדא.

יש להדגיש כי ההבחנה בין הקטגוריות השונות אינה רק עניין של תיאוריה משפטית או של סמנטיקה. נכונותה של שיטת משפט להכיר בבעלות לזמן קצוב משפיעה באופן ניכר על זכויות הצדדים. ניטול, לדוגמה, עסקת מכירת בעלות בנכס לתקופה של עשר שנים. שיטת משפט המכירה בבעלות לזמן קצוב תתייחס לרוכש הנכס כאל בעלים לכל דבר של הנכס במשך עשר שנים. שיטת משפט שאינה מכירה בבעלות לזמן קצוב עשויה לראות את רוכש הנכס כבעלים לכל דבר של הנכס, ללא הגבלה בזמן, הכפוף לחובה אובליגטורית להחזירו למוכר לאחר עשר שנים. לחילופין, שיטת משפט שאינה מכירה בבעלות לזמן קצוב עשויה לראות את עסקת המכר כמותנית בתנאי מתלה, שהוא השבת הנכס למוכר לאחר עשר שנים.⁹ אם לא התקיים התנאי המתלה, תימצא

משפטית להשיב את הממכר. במקרה זה נדרשת פעולה של מכר חוזר, ובהפקרה וזכייה מחדש – פעולה של רכישת בעלות בנכס המופקר, לשם השבתו לבעליו המקורי. לעניין ההבדל בין בעלות זמנית לבין העברה זמנית של בעלות מוחלטת ראו גם ניתוחו של צוולבה, בעלות זמנית, להלן סמוך להערה 33 ואילך.

⁹ ראיית עסקת המכר כמותנית בתנאי מפסיק תוביל להכרה בקניין לזמן קצוב, שכן משמעות הדבר הינה, כי בהתרחש התנאי, שהוא חלוף עשר שנים ללא השבת הנכס למוכר, תחדל הבעלות של הרוכש בנכס, אך לא למפרע אלא מאותו מועד ואילך. ממילא יימצא הרוכש בעליו של הנכס לזמן קצוב, המתחיל בעת רכישתו ומסתיים במועד שבו לא התקיים התנאי, מקץ עשר שנים. לשתי אפשרויות ההתייחסות לניסיון ליצור בעלות

עסקת המכר כולה בטלה מלכתחילה, כך שהרוכש לא היה מעולם בעלים של הנכס. כעת נניח שחלפה תקופת עשר השנים והרוכש לא השיב את הנכס למוכר. את זכויות הצדדים בנכס ניתן לסכם כדלקמן:

שיטת המשפט אינה מכירה בבעלות לזמן קצוב		שיטת המשפט מכירה בבעלות לזמן קצוב
עסקת המכר מותנית בתנאי מתלה	לרוכש חובה אובליגטורית להשיב את הנכס	
הרוכש לא היה מעולם בעליו של הנכס. המוכר הוא שהיה בעליו של הנכס בכל התקופה	הרוכש היה ונותר בעליו של הנכס ללא הגבלה בזמן	הרוכש היה בעליו של הנכס לכל דבר במשך עשר שנים. לאחר מכן שב הנכס לבעלות המוכר
הרוכש אינו זכאי כלל ליהנות מפירות הנכס	הרוכש זכאי ליהנות מפירות הנכס ללא הגבלה בזמן	הרוכש זכאי ליהנות מפירות הנכס בתקופה שבה היה בעליו
עסקאות שביצע הרוכש בנכס בטלות ¹¹	עסקאות שביצע הרוכש בנכס הינן תקפות ללא הגבלה בזמן	עסקאות שביצע הרוכש בנכס בתקופת עשר השנים הינן תקפות ¹⁰
הנכס היה באופן רציף בבעלות המוכר, ועל כן המוכר זכאי לתבוע את השבת הנכס לחזקתו וכן את פירות הנכס	בתום התקופה נותר הרוכש בעלי הנכס, ולמוכר זכות אובליגטורית לתבוע את השבת הנכס לבעלותו ולחזקתו	בתום התקופה שב הנכס לבעלות המוכר, ועל כן המוכר זכאי לתבוע את השבת הנכס לחזקתו
אם הרוכש הינו פושט רגל, המוכר הינו למעשה במעמד של נושה מובטח בכל הנוגע לנכס ולפירותיו, שכן הוא היה ונותר הבעלים של הנכס באופן רציף	אם הרוכש הינו פושט רגל, המוכר יגיש הוכחת חוב כנושה בלתי מובטח, וללא כל זכות קניינית בנכס עצמו	אם הרוכש הינו פושט רגל, המוכר הינו למעשה במעמד של נושה מובטח בכל הנוגע לנכס, שכן הוא בעלים של הנכס החל מתום תקופת עשר השנים

לזמן קצוב בשיטת משפט שאינה מכירה בקיומה, ראו האמור בהערה 8 לעיל, עמדת גולאק, והאמור להלן, סמוך להערה 33 ואילך, עמדת צוולבה.

¹⁰ דוגמאות לעסקאות שהבעלים יכול לבצע לזמן קצוב הן השכרת הנכס בתוך תקופת עשר השנים, או מכירה של זכות הבעלות לזמן קצוב עד לתום תקופת הבעלות. עסקה המבקשת לחרוג ממגבלת הזמן הקצוב תהיה כפופה לזכות המוכר, שכן בתום הזמן הקצוב תמה זכותו של הרוכש בנכס, והרוכש אינו יכול להקנות לצד השלישי זכויות שאינן קיימות בידו. כל זאת, בכפוף להסדרי תקנת השוק של השיטה המשפטית הרלוונטית (ראו במשפט הישראלי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98).

¹¹ בטלות העסקאות היא בכפוף לאמור בהערה 10 לעיל לעניין הסדרי תקנת השוק של השיטה המשפטית הרלוונטית.

עסקת בעלות לזמן מעוררת שני קשיים עיקריים, הבולטים במיוחד על רקע היותה פתרון שהוצע לבעיות משפטיות והלכתיות כבר בתקופת חז"ל והפך נפוץ החל מתקופת הראשונים ובמיוחד בתקופת האחרונים. קושי אחד מתעורר לגבי הקטגוריה הראשונה של עסקאות העברה של בעלות זמנית, שבה מגבלת הזמן טבועה במהותה של הבעלות המועברת. עד כה הנחנו בדיונונו כמובן מאליו כי קיימת בעלות זמנית שניתן להעבירה ממוכר לרוכש או מנותן למקבל; אלא שהנחה זו טעונה בדיקה. אין זה ברור כלל ועיקר כי מבחינת תורת המשפט תיתכן בעלות זמנית. בעלות נתפסת בדרך כלל כנצחית במהותה. כלומר בלתי מוגבלת בזמן.¹² בעלות זמנית עלולה להיראות אפוא כתרתי דסתרי. קיומה של בעלות לזמן קצוב, ולא כתופעה יחידנית או יוצאת דופן אלא כתופעה רחבת היקף, מצדיק בחינה של מהות זכות הבעלות במשפט העברי, של מאפייניה ושל גבולותיה. עוד יש לבדוק אם נתגבשה עמדה אחידה בעניין זה, מתי נתגבשה, ואם חלו בה שינויים בתקופות שונות ובמקומות שונים.

קושי עיקרי שני, הנוגע לשתי הקטגוריות של עסקאות להעברת בעלות זמנית, עניינו במהותן הכלכלית-מסחרית של העסקאות שבהן מדובר. אדם המבקש להיפרד מנכס באופן זמני בלבד יכול להשכירו או להשאילו. שימוש בעסקת מכר, מתנה או הפקרה בהקשר של פרדה זמנית מנכס אומר דרשני. יש לבחון אם עסקת בעלות לזמן בנכס אינה במהותה הכלכלית אלא עסקת שכירות, שאילה, הלוואה, שמירה או כל עסקה כלכלית אחרת, המולבשת לבוש פורמלי של מכר או מתנה. אם זה המצב, יש להציע הסבר לבחירת הצדדים לערוך עסקה שבה קיים פער בין הפורמליסטיקה לבין המהות, ולבחון כיצד מתמודד המשפט העברי עם פער זה. אם, לעומת זאת, עסקאות בעלות לזמן בנכס הינן עסקאות העומדות בפני עצמן, עסקאות בעלות תכליות מסחריות-כלכליות עצמאיות ונפרדות, יש לעמוד על מהותן.

לשם הבהרת העניין, ניטול לדוגמה את עסקת המכר החוזר. ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם כוונתם המסחרית של הצדדים לעסקה היא אכן לבצע עסקת מכר, ומרכיב המכר החוזר נועד לשרת תכלית זאת. למשל, אם הרוכש מעוניין מאוד ברכישת הנכס ואילו המוכר מתלבט ומהסס, עשוי הרוכש להציע למוכר להשלים את העסקה תוך קבלת זכות מוגבלת בזמן לחזור בו ולהשיב את הנכס לבעלותו. זכות חרטה זאת תסייע למוכר לקבל את ההחלטה למכור את הנכס,

¹² ראו, למשל, דויטש, קניין, עמ' 107: "...הזכות לבעלות היא נצחית, במובן זה שלא קבועה תקופת קיום זמנית לזכות. לא ייתכן, כי אדם יהיה במעמד של 'בעלים זמני' על נכס"; ויסמן, דיני קניין, עמ' 76: "...הבעלות מאופיינת בכך שהיא אינה מוגבלת בזמן". כן ראו האמור להלן, סמוך להערה 15 ואילך.

כשהרוכש מקווה שלאחר שתבצע המכירה ישלים עימה המוכר ולא יממש את זכות הרכישה החוזרת.¹³

לצד זאת, ניתן להעלות על הדעת עסקאות מכר חוזר שתכליתן אינה מכר. בחינת מהותה הכלכלית של עסקת המכר החוזר, מעלה כי היא דומה להלוואה המובטחת במשכנתא או במשכון. המוכר הוא הלווה; הקונה הוא המלווה; סכום המכר הוא סכום ההלוואה; הנכס הנמכר משמש כמשכון; התקופה שבה קיימת זכות המכר החוזר היא למעשה תקופת ההלוואה; והריבית יכולה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים או בשילוב של שניהם: זכות שימוש והנאה מהנכס הנמכר ומפירותיו בתקופת הביניים שבין המכר למכר החוזר, או הפרש מוסכם מראש בין מחיר המכר למחיר המכר החוזר.

הסיבות להסוואת עסקת הלוואה המובטחת במשכון כעסקת מכר חוזר יכולות להיות מגוונות.¹⁴ במשפט העברי ניכרת מאליה סיבה משמעותית אחת: האיסור על נטילת ריבית ועל תשלומה, שממנו נגזר בין היתר גם איסור על שימוש במשכון או הנאה מפירותיו על ידי המלווה. אכן, נראה כי סיבה זו היא שעמדה ביסודם של רוב המקרים שבהם נעשה שימוש בעסקת מכר חוזר.

במרכזו של מחקר זה עומדות שאלות אלה, ושאלות נוספות הכרוכות בהן או נגזרות מהן.

ב. בעלות זמנית במשפט הכללי

מחקרנו עוסק במשפט העברי, אך כרקע לדיון זה, נבקש להציג בקצרה את עמדותיהן של שיטות משפט שונות בשאלת אפשרות קיומה של בעלות זמנית.

¹³ לדוגמאות למקרים בהם ייתכן כי תכלית המכר החוזר הייתה לשדל את המוכר לבצע את העסקה, ראו סוגיית "את ונוולא אחי", תלמוד בבלי, בבא מציעא, סז ע"א, ודיונו בסוגיה זו בפרק שלישי, סמוך להערה 227 ואילך; ראב"ן, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, הנזכר גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשפח, עמ' שצט, וניתוח המקרה להלן, פרק חמישי, סמוך להערה 14 ואילך; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכט, עמ' קנד-קנט, וניתוח התשובה להלן, פרק רביעי, סמוך להערה 320 ואילך; שו"ת חות יאיר, השאלה בסימן צ והתשובה בסימן צא, עמ' רנ-רנה, וניתוח התשובה להלן, פרק חמישי, סמוך להערה 28 ואילך.

¹⁴ ראו לעניין זה, ניסני, משכון.

1. עמדתו המסורתית של המשפט הכללי

עיון בספרות המחקרית הכללית מעלה תפיסה עיונית מסורתית שלפיה מושג הבעלות הינו מוחלט ונצחי. כלומר ההפך מזמני. לפי תפיסה זו, התפתחותה של הבעלות כמוחלטת ונצחית הינה מגמה רחבה החוצה גבולות של מקום וזמן. הטענה היא כי הגדרת הבעלות בצורה כה רחבה מניבה תועלות כלכליות משמעותיות, וכתוצאה מכך התפתחה הבעלות בצורה זו באופן עצמאי במקומות שונים.¹⁵ ה-Dominium, זכות הבעלות במשפט הרומי הקלסי, התאפיינה בהיותה מוחלטת ונצחית.¹⁶ נראה כי המשפט המוסלמי מחזיק אף הוא בתפיסה כי הבעלות מוחלטת ונצחית, עד כדי כך שככלל אינו מוכן להכיר אפילו במכר מותנה. כחריג לכך, המשפט המוסלמי מוכן להכיר במכר מותנה רק בנסיבות מצומצמות המבוססות על מסורות בדבר מעשיו של מוחמד נביאם. כך, למשל, מכיר המשפט המוסלמי בעסקת מכר המותנית בזכות חזרה של צד לעסקה, ובלבד שזכות החזרה תמומש במשך תקופה שלא תעלה על שלושה ימים. למעשה, גם בנסיבות מצומצמות אלה, נראה כי הדעה הרווחת במשפט המוסלמי היא שעד חלוף תקופת זכות החזרה, עסקת המכר לא הושלמה, ויש אף שראו ברוכש נאמן ולא בעלים.¹⁷ אלמן מציין כי במשפט הפרסי-סאסאני הוכרה בעלות זמנית בנכס, אך מדבריו עולה כי למעשה אין מדובר כלל בבעלות, שכן העסקה שבה מדובר לא הייתה כרוכה בהעברת גוף הנכס אלא זכות השימוש והפירות בלבד.¹⁸

לדעת חוקרים רבים, המשפט הקונטיננטלי אימץ את תפיסת הבעלות המוחלטת והנצחית של המשפט הרומי.¹⁹ במשפט המקובל התפתחו כלים ודפוסים שאפשרו גמישות מסוימת מבחינת

¹⁵ ראו אליקסון, קניין בקרקע, עמ' 1364-1371, המסכם את עמדתו בעניין זה במשפט הזה: " In sum, the inherent efficiencies of perpetual private land rights have led to their spontaneous appearance on every continent." לדעה דומה ראו פריסי, אנטרופיה בקניין, עמ' 598.

¹⁶ ראו, למשל, פילבריק, קניין, עמ' 699, וראו גם האמור שם, בעמ' 700; בירקס, בעלות, עמ' 1; בקלנד, משפט רומי, עמ' 188-189 (וראו הערתו בעמ' 189 לגבי הגמשה מסוימת של כלל זה בקוד יוסטיניאנוס).

¹⁷ שאכט, משפט מוחמדני, עמ' 326-327.

¹⁸ ראו אלמן, מתנות, עמ' 140 הערה 7 ועמ' 180-181.

¹⁹ לתיאור התפתחות מושג הבעלות מימי קדם ועד ימינו, והשפעת תפיסת הבעלות המוחלטת של המשפט הרומי על התפתחות זאת, ראו, למשל, פריסי, אנטרופיה בקניין, עמ' 596-613. למחקר השוואתי המציג את השפעת המשפט הרומי על המשפט הקונטיננטלי והמקובל כאחד ראו גרטון, בעלות. לתפיסת הבעלות כמוחלטת בדין הגרמני ראו מקגווייר, העברת מיטלטלין בגרמניה, עמ' 21-24; בדין הצרפתי בפרט ובמשפט הקונטיננטלי בכלל ראו ואן ארפ, דיני קניין, חלק II(b).

מרכיב הזמניות של הזכויות במקרקעין ובמיטלטלין,²⁰ אך הדבר לא גרע מתפיסת הבעלות כמוחלטת ונצחית. למעשה, אחד הביטויים הקלסיים של תפיסה זו נכתב על ידי המשפטן האנגלי הנודע ויליאם בלקסטון:²¹

There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.

תיאורו של בלקסטון נתפס על ידי הבאים אחריו ככולל בחובו גם את נצחיות זכות הבעלות.²²

זו גם עמדתו הקלסית של המשפט הישראלי. כך, למשל, קבע בית המשפט העליון באחד מפסקי דינו כי "הזכות לחזקה ולשימוש לזמן בלתי מוגבל, ללא שיור הנשאר בידי אחר, היא היא הבעלות", ובהמשך תיאר את זכות הבעלות כ"זכות ההנאה לצמיתות".²³ חוקרי המשפט הישראלי אימצו אף הם עמדה זו. כך, למשל, קבע מיגל דויטש כי "...הזכות לבעלות היא נצחית, במובן זה שלא קבועה תקופת קיום זמנית לזכות. לא ייתכן כי אדם יהיה במעמד של 'בעלים זמני' על נכס".²⁴ זו גם עמדתו של יהושע ויסמן: "...הבעלות מאופיינת בכך שהיא אינה מוגבלת בזמן".²⁵ עם זאת, יש לדייק כי לשיטת ויסמן די בכך שקיימת אפשרות שהבעלות תהיה נצחית, אף אם הלכה למעשה אפשרות זו אינה מתממשת. בהתאם, ויסמן סבור כי בעלות מותנית, כלומר בעלות אשר עשויה להסתיים בקרות תנאי מסוים, אינה סותרת את תפיסת הנצחיות של הבעלות, שכן קיימת אפשרות שהתנאי לא יתרחש והבעלות לא תסתיים אלא תיוותר נצחית. נראה כי דויטש,

²⁰ ראו, למשל, פילבריק, קניין. כן ראו בל ופרחומובסקי, קניין, עמ' 1018, 1046-1049. בל ופרחומובסקי מתארים את התפתחות דיני הקניין האנגלואמריקניים החל מימי הביניים כמי שהתנתקו מבעלות בנכס המקרקעין הפיזי והחליפו אותה בבעלות ב"estates בנכס המקרקעין – מושג מופשט ומנותק מהקרקע הפיזית. מושגים מופשטים אלה אפשרו בין היתר חלוקה על ציר הזמן, תוך הבחנה בין זכויות קיימות ועתידיות.

²¹ בלקסטון, פרשנות, ספר II, פרק 1, עמ' 2.

²² ראו, למשל, אליקסון, קניין בקרקע, עמ' 1362 ועמ' 1364. כן ראו הצעתו של אלוט, בעלות מוחלטת, עמ' 102, להגדרת בעלות מוחלטת לפי עקרונות המשפט האנגלי.

²³ ראו ע"א 406/63 רשות הפיתוח נ' בכר, פ"ד יח(2) 47 (1964), עמ' 53.

²⁴ דויטש, קניין, עמ' 107.

²⁵ ויסמן, דיני קניין, עמ' 76.

לעומתו, רואה בעלות מותנית כבעלות שלמה ומלאה שלצידה חובה אולביגטורית (כלומר לא קניינית) להעביר את הבעלות לאחר בקרות התנאי.

תיאוריית הנצחיות של הבעלות שלטה בכיפה שנים רבות, אך במהלך המאה ה-20 חל בה כרסום. ברבות השנים הוצעו במשפט המקובל הגדרות חלופיות לבעלות, הנמנעות מתיאורה של הבעלות כמוחלטת, ותחת זאת מתארות אותה כאוסף של זכויות.²⁶ כך, למשל, ידועה ההגדרה שהציע אנתוני מ' הונורה בשנת 1960 על בסיס הבחנות קונספטואליות של וסלי נ' הוהפלד, במסגרתה תיאר ופירט באריכות את מרכיביה השונים של זכות הבעלות:²⁷

Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income of the thing, the right to the capital, the right to security, the rights or incidents of transmissibility and absence of term, the prohibition of harmful use, the liability to execution, and the incident of residuary.

ראוי לציון כי אף שהגדרה זו נמנעת מלתאר את הבעלות כמוחלטת, בכל זאת נשמר בה מרכיב הנצחיות של הבעלות, המתואר בה כ-"absence of term". הונורה קשר בין אפשרות העברת הבעלות (transmissibility) לבין נצחיותה (absence of term). לשיטתו, בהיות בני האדם זמניים, נצחיותה של הבעלות על נכס מותנית ביכולתו של בעלי הנכס להורישו לצאצאיו ללא הגבלה.²⁸

דומה כי בין החוקרים הדוגלים בנצחיותה של הבעלות לא קיימת אחידות דעים באשר לסיווגה של תכונה זו בקרב מאפייני הבעלות. יש המסווגים את הנצחיות כמאפיין של הבעלות העומד בפני עצמו.²⁹ חוקרים אחרים סבורים שנצחיות הבעלות נובעת ממאפיין אחר שלה. יש שקבעו שהנצחיות הינה חלק מתכונת ה"אלסטיות" של הבעלות: הבעלות נתונה מטבעה לסייגים זמניים

²⁶ ראו, למשל, פנר, אוסף הזכויות; בל ופרחומובסקי, קניין, עמ' 1015-1016. יש הרואים בהגדרה זו, כשהיא לעצמה, הודאה בכך שהבעלות כלל אינה קיימת כמושג בעל משמעות אחידה. ראו, למשל, דורפמן, בעלות פרטית, עמ' 1.

²⁷ ראו הונורה, בעלות, עמ' 113.

²⁸ ראו שם, עמ' 120-122.

²⁹ ראו, למשל, מוסטרט, קניין, עמ' 180 (מחקר השוואתי בין דרום אפריקה וגרמניה).

בלבד, שבסופם היא שבה למצבה המקורי והמוחלט.³⁰ יש הסבורים כי נצחיות הבעלות הינה חלק מתכונת ה־*Numerus Clausus* של הזכויות הקנייניות. לפי תכונה זו, המשפט מכיר רק במספר מוגבל של זכויות קניין בעלות דפוסים קבועים וידועים מראש, והצדדים לעסקה אינם יכולים לעצב לעצמם דפוסים חדשים של זכויות קניין שאינם מוכרים בחוק (כגון בעלות שאינה נצחית אלא זמנית).³¹ כן הובעה דעה, שבעלות זמנית אינה אפשרית שכן היא פוגעת במרכיב הסחירות שמאפיין את הבעלות, שהרי בעלים זמני של נכס מוגבל ביכולתו לסחור בנכס בשל זמניות בעלותו.³² נראה כי הונורה, שהגדרתו החדשנית לבעלות כאגד של זכויות הובאה לעיל, אחז בדעה דומה. הוא אומנם מנה את הנצחיות כמרכיב נפרד של הבעלות, העומד בפני עצמו, אך כאמור לעיל, קשר בינה לבין תכונת העבירות של הבעלות.

גישתו התיאורטית של המשפטן ההולנדי וילם יי צוולבה לעניין הבעלות הזמנית ראוייה לעיון מיוחד.³³ עד שנת 1992 קבע הדין ההולנדי אפשרות לבצע העברה זמנית של בעלות, וצוולבה ביקש להתמודד עם היחס בין קביעה זו של הדין לבין ההגדרה הקלסית של בעלות כנצחית. לשיטתו של צוולבה, אין סתירה בין התיאוריה המשפטית לבין הוראת הדין. צוולבה קבע כי זכות הבעלות היא אכן מוחלטת במהותה, ועל כן "בעלות זמנית" אינה יכולה להתקיים. לעומת זאת, העברת הבעלות, כאקט משפטי העומד בפני עצמו, עשויה להיות זמנית. כלומר תיתכן העברה זמנית של בעלות נצחית. במקרה כזה, תום הזמן עשוי להוליד אחת משתי תוצאות משפטיות אפשריות. הראשונה, שעם תום הזמן נותרת הבעלות בידי המקבל, ולצד זאת קם לו חיוב משפטי להשיב את הנכס למעביר.³⁴ השנייה, שעם תום הזמן נופל פגם בהעברת הבעלות למקבל, ועל כן בעלותו

³⁰ ראו, למשל, ואן דר ולט ופיינר, דיני קניין, עמ' 64 (דרום אפריקה).

³¹ ראו מריל וסמית, נומרוס קלאוזוס, עמ' 27; דלהויזן, זכויות קניין, עמ' 285-289. מעניין לציין כי דורפמן, נומרוס קלאוזוס, עמ' 517 הערה 149, מציין את דיונו של התלמוד הבבלי במתנה על מנת להחזיר במסגרת הערה בה הוא בוחן אם שיטות משפט קדומות אימצו אף הן את עקרון הנומרוס קלאוזוס. נראה אפוא כי גם לשיטת דורפמן יש לכאורה קשר בין נצחיות הבעלות לבין עקרון הנומרוס קלאוזוס.

³² עמוס, נצחיות, עמ' 48 הערה 2, מביא עמדה זו בשם G. Boissonade, *Projet de Code Civil Japonais*, accompagné d'un commentaire, i. p. 82, ובהמשך דבריו מבקרה ודוחה אותה.

³³ הדברים האמורים להלן מתבססים על צוולבה, בעלות זמנית.

³⁴ השוו דויטש, קניין, עמ' 107-109.

מתבטלת באופן רטרואקטיבי והנכס שב אוטומטית לבעלות המעביר.³⁵ ניתוח זה מקביל לאופן שבו תיאורנו לעיל את הדגם המשפטי של "מכר מותנה" או "מתנה מותנית".³⁶ על כן הוא תואם את הגישה הקלסית השוללת את קיומה של בעלות זמנית מעצם מהותה, ומציע תשתית תיאורטית לאותן עסקאות השייכות לקטגוריה השנייה האמורה בראשית דברינו, זו שבה הזמניות אינה טבועה בזכות הבעלות.³⁷ יש להבהיר כי השימוש בהעברה זמנית של בעלות במשפט ההולנדי היה נדיר, כך שדיונו של צוולבה הוא תיאורטי בעיקרו. זאת ועוד: בשנת 1992 אומץ קודקס אזרחי חדש בהולנד שביטל לחלוטין את האפשרות לבצע העברה זמנית של בעלות, וקבע כי העברה זמנית של בעלות תפורש כיוצרת זכות *usufruct* לטובת המקבל.

2. בעלות בקניין רוחני: נצחית או זמנית?

גם את המקרים המצומצמים שבהם נראה על פניו כי זכות הבעלות אינה נצחית, מנסה הגישה הקלסית לבעלות להסביר באופן שאינו גורע מתכונת הנצחיות של הבעלות. דוגמה אחת לכך היא הבעלות בקניין רוחני, אשר מוגנת על ידי הדין לפרק זמן מוגבל בלבד.³⁸ מלומדים רבים ראו בכך בעלות זמנית, וביקשו לבאר את קיומה לאור העמדה בדבר נצחיות הבעלות. ויסמן מסביר את ההגנה המתוחמת בזמן בכך שהיא משתרעת על מלוא משך חייו של הנכס המוגן. ויסמן מדמה זאת לבעלות על בושם, המסתיימת כאשר הוא מתנדף, ואף על פי כן אין לומר כי היא מוגבלת בזמן, שכן היא חלה משך מלוא חייו של הבושם.³⁹ אלא שברור כי אין הנדון דומה לראייה. בעוד בושם הוא אכן בעל משך חיים מוגבל מטבעו, קניין רוחני ממשיך להתקיים זמן רב אחרי שתמה הגנת הדין על בעליו. המצאות המוגנות בפטנט ממשיכות להיות שימושיות ובעלות ערך זמן רב אחרי תום הגנת הפטנט, כפי שמעיד, למשל, קיומו של שוק תרופות גנריות. כך גם לגבי יצירות

³⁵ לדעת צוולבה, זה אמור להיות המצב לפי הדין ההולנדי (לפחות עד לשנת 1992) ולפי הדין הגרמני; ראו שם, עמ' 341-340.

³⁶ ראו לעיל, פרק ראשון, טקסט סמוך להערה 8 והאמור בהערה עצמה. הצעותיו של צוולבה בעניין זה תואמות את הבחנותיו של גולאק שם.

³⁷ ראו לעיל, פרק ראשון, סמוך להערה 8 ואילך.

³⁸ לדוגמה, תקופת תוקפו של פטנט לפי הדין בישראל היא 20 שנים ממועד הגשת הבקשה לרישום הפטנט; ראו חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 148, סעיף 52. ההגנה הניתנת ליצירה מוגנת בזכות יוצרים שיוצרה ידוע חלה במשך חיי היוצר בתוספת 70 שנים לאחר פטירתו; ראו חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007, ס"ח 38, סעיף 38.

³⁹ ראו ויסמן, דיני קניין, עמ' 72.

המוגנות בזכות יוצרים. משנה תורה לרמב"ם, למשל, ממשיך להיות יצירה ספרותית מבוקשת ובעלת ערך אף מאות רבות של שנים אחרי פרסומו, אף שלו פורסם במדינת ישראל, הגנת הדין על זכות היוצרים של הרמב"ם בו הייתה מסתיימת 70 שנים לאחר פטירת הרמב"ם. ברור אפוא כי ההגנה המוגבלת בזמן על בעלות בקניין רוחני אינה משתרעת על מלוא משך חייו של הנכס המוגן.⁴⁰ ההגבלה נובעת מהאיזון הראוי לדעת המחוקק בין ההגנה על הממציא או היוצר לבין הרצון לאפשר לציבור ליהנות מיתרונות האמצאה ומנכסי התרבות.⁴¹

זאת ועוד: הטענה כי ההגנה המוגבלת שמעניק הדין לזכויות קניין רוחני יוצרת בעלות לזמן קצוב, ראויה כשהיא לעצמה לעיון נוסף, שכן קניין רוחני אינו מופקע מבעליו בתום תקופת ההגנה על פי דין, שהרי הבעלים יכול להמשיך לעשות בו שימוש באין מפריע. הגנת הדין על הקניין הרוחני היא שמגיעה לידי סיום, ולא הבעלות עצמה. במקרה של פטנט, המשמעות היא שגם אחרים יוכלו לעשות בו שימוש שאינו מפר את זכויות בעליו הרשום. במקרה של זכות יוצרים, המשמעות היא

⁴⁰ פרזנטי, זכויות יוצרים, עמ' 11, מתארת את המגמות שהביאו להארכת משך ההגנה על זכות יוצרים במדינות המשפט המקובל. הארכה זו, כשהיא לעצמה, מלמדת כי ההגנה לא ניתנת למשך כל חי הנכס, כפי שטוען ויסמן; שהרי הגנה שניתנת למשך כל חי הנכס אינה ניתנת להארכה. פרידמן, פטנטים, עמ' 37 אומר דברים מפורשים עוד יותר לעניין פטנטים: "הגנת הפטנט מעניקה זכות קניינית לזמן מוגבל ומוגדר". ראו גם שם, עמ' 40: "...במסגרת הבקשה לרישום הפטנט חושף הממציא בפני ציבור הצרכנים את מרכיבי ופרטי אמצאתו, בתמורה למונופול הזמני שיוענק לו כתוצאה מרישום הפטנט. בתום תקופת המונופול, יוכל הציבור הרחב להשתמש באמצאה לצרכים עסקיים ופרטיים". ברור כי הגנת הפטנט אינה משתרעת על כל אורך חי האמצאה המוגנת, שהרי אם כך היה הדבר, הציבור הרחב לא יכול היה להשתמש בה לאחר תום תקופת ההגנה. תכליתם של דיני הפטנטים אינה לתת לממציא הגנה למשך כל חייה של האמצאה, אלא להפך: לחלק את משך חי האמצאה בין הממציא לבין הציבור, כך שבפרק זמן מסוים יזכה הממציא לשימוש בלעדי בפטנט, ולאחר מכן תיפסק בלעדיות זאת וכל החפץ בכך יוכל לעשות בפטנט שימוש חוקי ומקביל לשימושו של הממציא.

⁴¹ לעניין זכות יוצרים ראו, למשל, פרזנטי, זכויות יוצרים, עמ' 14: "על החוקים, שעוסקים בזכויות יוצרים, למצוא את האיזון בין אינטרסים מנוגדים של החברה והיוצר". בהמשך מביאה פרזנטי ציטוט של אינטרסים מנוגדים לאלה מסעיף 27 של הצהרת זכויות האדם, לפיו מחד גיסא יש לכל אדם זכות ליטול חלק בחיי התרבות של הקהילה, ליהנות מהאומנויות ולחלוק בקדמה המדעית וביתרונותיה, ומאידך גיסא יש לכל אדם זכות להגנה על האינטרסים המוסריים והכלכליים הנובעים מכל יצירה מדעית, ספרותית או אומנותית שהוא מחברה. לעניין פטנט ראו, למשל, פרידמן, פטנטים, עמ' 32: "דיני הפטנטים משקפים, מבחינה חברתית ומשפטית, את האיזון הראוי בין שני אינטרסים נשגבים המתחרים זה בזה. מצד אחד, ניצב האינטרס בדבר עידוד ההתפתחות הטכנולוגית. מנגד, ניצב האינטרס הציבורי בדבר הבטחת פעילות כלכלית ומסחרית חופשית והוגנת".

שלא תקום עוד חובה לשלם ליוצר בגין השימוש ביצירה. הדבר אינו זהה, כמובן, לבעלות זמנית במלוא מובן המילה, שבה, בתום התקופה, מופקעת הבעלות לחלוטין מידי הבעלים הזמני.

3. הגדרות חדשות לבעלות

בשנים האחרונות נעשים ניסיונות להציע הגדרות חדשות לבעלות, בהן גם הגדרות אשר יוצאות כנגד ההנחה שהבעלות הינה נצחית במהותה. דוגמה אחת לכך היא ההגדרה שהציע ג'יימס א' פנר. פנר יוצא כנגד הניסיון להגדיר את הבעלות כאוסף של זכויות, ותחת זאת מציע הגדרה המתמקדת בזכותו של הבעלים לקבוע מה ייעשה בנכס שבבעלותו, זכות הנסמכת על חובתם של אחרים להימנע מלהפריע לפעולותיו בנכס.⁴² פנר ממשיך וקובע כי זכות זאת צריכה להיות תחומה בזמן ומותיר שאלה זו לעת מצוא, אך מבהיר כי בכל מקרה אין כוונתו שהזכות תהיה נצחית.⁴³

דוגמה שנייה היא שיטתו של יאן ה' דלהויזן, אשר קורא להגמשת תכונת ה"*Numerus Clausus*" של הזכויות הקנייניות ולהכרה בבעלות מותנית ובעלות זמנית במשפט המסחרי הבין-לאומי.⁴⁴ דלהויזן מציע להבחין בין בעלות מותנית ובעלות זמנית באמצעות המבחן הזה: כשברור שהנכס ישוב לבעליו הראשון (או יעבור לצד שלישי) – מדובר בבעלות זמנית, גם אם עיתוי התרחשות המעבר אינו ידוע מראש; ואילו כשהשינוי בבעלות מותנה בתנאי שלא ברור אם יתרחש - מדובר בבעלות מותנית.⁴⁵

דלהויזן סבור, שהכרת הדין בבעלות מותנית ובעלות זמנית נדרשת לשם התמודדות מושכלת עם מבנים משפטיים שונים אשר משמשים לשם העמדת אשראי מובטח בנכס במסגרת המשפט המסחרי הבין-לאומי. עם זאת, נראה כי רוב המבנים המשפטיים שאליהם מתייחס דלהויזן עניינם בבעלות מותנית. דוגמה אחת לכך היא תניית שימור הבעלות. במקרה זה, העברת הבעלות מהמוכר לרוכש מותנית בתשלום מלוא התמורה בגינו. כך גם לגבי עסקת הקונסיגנציה שבה העברת הבעלות מהמוכר לרוכש מותנית במכירת הנכס על ידי הרוכש לצד שלישי. שתי עסקאות

⁴² פנר, אוסף הזכויות, עמ' 742.

⁴³ שם, עמ' 761.

⁴⁴ דלהויזן, זכויות קניין; דלהויזן, משפט על-מדינתי, כרך 3, עמ' 161-164.

⁴⁵ ראו שם, עמ' 143-144.

אלה העסיקו רבות את בתי המשפט בישראל.⁴⁶ הטענה היא כי התניית העברת הבעלות במקרים אלה נועדה הלכה למעשה ליצירת בטוחה לתשלום: הרוכש כבר אמור היה לרכוש בעלות בנכס, והבעלות נותרת אצל המוכר רק כדי שתשמש כבטוחה לתשלום מלוא התמורה בגין הממכר. התפיסה המסורתית של הבעלות תקבע כי במקרים אלה לא עוברת הבעלות מאליה, אלא המוכר כפוף לחובת העברת הבעלות לרוכש בהתקיים התנאי. התוצאה היא הגנת יתר על המוכר והגנת חסר על הרוכש ועל נושיו של הרוכש, שכן המוכר הופך למעשה לנושה מובטח מבלי שניתן פומבי לבטוחה שנוצרה לטובתו. על כן קובעות שיטות משפט רבות כי אין להכיר במבנים של בעלות מותנית כבעלות אלא יש לראות בהם בטוחה ולתת להם תוקף רק אם הם עונים על התנאים ליצירת בטוחה, ובהם רישום או הפקדה.⁴⁷ דלהויזן, לעומת זאת, קורא להכיר בכך כי במקרים אלה אין מדובר בבטוחה אלא בבעלות מותנית, אף שגם לשיטתו מטרתם המסחרית של מבנים אלה היא יצירת בטוחה. אומנם דלהויזן קובע מפורשות כי כלל דומה צריך לחול אף על בעלות זמנית, אולם הוא אינו מביא דוגמאות קונקרטיות לשימוש בבעלות זמנית לשם יצירת בטוחה.

4. בעלות זמנית מכוח הדין

אף התיאוריה הקלסית, הרואה את הבעלות כמוחלטת וכנצחית מעצם טבעה, אינה מתכחשת לכוחו של המחוקק לקבוע מגבלות וסייגים לבעלות.⁴⁸ ניתן לתרץ אפוא מקרים מסוימים שנראים

⁴⁶ ראו ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991); ע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גוילי – מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת, פ"ד נז(3) 385 (2003); ע"א 46/11 ויטה פרי הגליל (החדשה) בע"מ נ' עו"ד חנית נוב כונסת נכסים (פורסם בנבו, 13.11.2013).

⁴⁷ לדעות השונות שהובעו לעניין זה במשפט האנגלי ראו שמיטהוף, סחר יצוא, עמ' 83-85. הדין באנגליה מכיר מפורשות בתניית שימור בעלות כשהיא לעצמה (ראו Sales of Good Act, 1979, c 54 (Eng.), § 19(1) ואינו דורש רישום שלה כבטוחה, אך לעיתים קרובות הצדדים לעסקאות סחר בינלאומיות אינם מסתפקים בכך ומוסיפים גם הוראות שקובעות כי ה"רוכש" משמש כשלוח, כשומר או כנאמן של ה"מוכר". נשאלת אפוא שאלת תוקפם של הסדרים אלה ללא רישום כבטוחה. נראה כי כמו בתי המשפט בישראל, גם בתי המשפט באנגליה מתחבטים בסוגיה זו, ובמקרים שונים ניתנו פסיקות שונות באשר לקיומה של החובה לרשום תניית שימור בעלות כבטוחה בנסיבות אלה. שמיטהוף, שם עמ' 85, מסכם וקובע כי: "According to the present state of authorities the requirements of a non-registrable extended retention of title clause cannot be stated with absolute certainty".

⁴⁸ ע"א 269/74 בוקבוזה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט(1) 243 (1974). ראו גם הגדרת "בעלות" בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח תשכ"ט 259, סעיף 2: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם

על פניהם כמקרים של בעלות זמנית, בכך שההגבלה קבועה בחוק. ויסמן מסביר בצורה זו את מוסד ה"time sharing", שאותו הוא מתאר כהסדר "שלפיו למספר אנשים זכות למגורים בנכס מסוים, כל אחד בפרק זמן מוגדר, מדי שנה בשנה".⁴⁹ לשיטתו, מוסד זה אינו מתיישב עם "התוכן המסורתי של מושג הבעלות", ועל כן נדרשת חקיקה מיוחדת כדי ליישמו.

נראה כי תחת קטגוריה זו ניתן למנות אף את המקרה של יורש אחר יורש או יורש על תנאי מפסיק בדין הישראלי. חוק הירושה הישראלי מכיר בכוחו של מצווה "לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי יזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר".⁵⁰ כן מכיר חוק הירושה הישראלי בכוחו של מצווה לקבוע כי יורש "יחדל מלזכות בהתקיים תנאי או בהגיע מועד".⁵¹ במקרה הראשון, של יורש אחר יורש, מוסיף חוק הירושה ומסדיר מפורשות את זכויותיו של היורש הראשון. היורש הראשון יכול לנהוג בנכס שירש מנהג בעלים לכל דבר, ובכלל זאת לכלותו או למוכרו. המגבלה היחידה המוטלת עליו היא כי אינו יכול להורישו למי שאינו היורש השני, אלא אם הטיל המצווה מגבלות נוספות על היורש הראשון במסגרת הצוואה עצמה.⁵² בנסיבות אלה ראתה הפסיקה ביורש הראשון בעלים של הנכס, קביעה אותה מצדיק אף ויסמן.⁵³ ויסמן מודע לכך כי התוצאה הינה בעלות זמנית. במקרים בהם מותנה סיום הבעלות בקיומו של תנאי, ויסמן אינו רואה בכך סתירה לתיאוריית הנצחיות

ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם", והגדרה דומה ל"בעלות" בחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח תשל"א 184, סעיף 2.

⁴⁹ ויסמן, דיני קניין, עמ' 74-75.

⁵⁰ חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63, סעיף 42(א). מקורו של הסדר זה בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" במשפט העברי, שתידון בהרחבה בפרקיו הבאים של מחקר זה; ראו הצעת חוק הירושה, עמ' 87; ע"א 749/82 **משה נ' לני**, פ"ד מג(1) 278 (1989), בעמ' 290. השוו גם תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב ובבא בתרא, קלו ע"ב-קלו ע"א.

⁵¹ שם, סעיף 44(א).

⁵² המצווה רשאי לעשות זאת מתוקף הוראת סעיף 45 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63: "המצווה רשאי להורות בצוואתו דבר שירש יהיה חייב לעשותו, או להימנע מעשותו, במה שקיבל מן העזבון; מילוויו של חיוב כזה יכול לדרוש כל מי שמעוניין במילוי, ואם היה בדבר ענין לציבור - גם היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו". ראו גם גולדברג, פלומין, מעוז, דיני ירושה, עמ' 35.

⁵³ ראו ע"א 1182/90 **שחם נ' רוטמן**, פ"ד מו(4) 330 (1992), עמ' 337; ע"א 4714/90 **ויספלד נ' ויספלד**, פ"ד מח(3) 104 (1994), עמ' 111; ע"א 4402/98 **מלמד נ' סולומון**, פ"ד נג(5) 703 (1999), עמ' 713-712; ויסמן, דיני קניין, עמ' 74-73; גולדברג, פלומין, מעוז, דיני ירושה, עמ' 35-36.

של הבעלות. לשיטת ויסמן, כאמור לעיל, די באפשרות שהבעלות תהיה נצחית, עניין התלוי בשאלת התקיימותו של התנאי שבו מותנית העברת הבעלות, על מנת לקיים את דרישת הנצחיות של הבעלות. לעומת זאת, כאשר סיום הבעלות מותנה בהגיע מועד מסוים, ברור כי אף לשיטת ויסמן נוצרת בעלות זמנית הסותרת את תפיסת הנצחיות של הבעלות. נראה כי הוא מסכין עם כך כיוון שהבעלות הזמנית נקבעה מכוח הדין.

5. נאמנויות (Trusts) והקשר בינן לבין בעלות זמנית

מבנה משפטי נוסף שראוי לבחון בהקשר של בעלות זמנית הוא מוסד הנאמנות (Trust) שהתפתח במשפט האנגלי החל מהמאה ה-12, בד בבד עם התפתחות דיני האקוויטי האנגליים.⁵⁴ הנאמנות, שאינה תאגיד משפטי, נוצרת כאשר יוצר הנאמנות מעביר נכס לבעלותו של נאמן, שהופך לבעליו מן הדין של הנכס.⁵⁵ עם זאת, הנאמן, שלא כבעלים רגיל של נכס, אינו מחזיק בנכס עבור עצמו אלא עבור אחר או אחרים, המכונים נהנים, ועל הנאמן חלות חובות מכוח הדין לנהל את הנכס לטובת הנהנים. אין כל מניעה כי יוצר הנאמנות יהיה גם הנהנה או אחד הנהנים שלה. בתקופת קיומה של הנאמנות, לנהנים זכויות מן היושר בנכסי הנאמנות. הנאמנות מפרידה אפוא את הבעלות לשני חלקים: הנאמן הוא הבעלים הפורמלי, הבעלים מן הדין, של נכסי הנאמנות, ואילו הנהנים הם הבעלים המהותיים, הבעלים מן היושר, של נכסים אלה, והם שייחנו מהנכסים ומפירותיהם, הכול בכפוף לתנאי הנאמנות.

אחד הכללים החלים על נאמנויות, המכונה The Rule Against Perpetuities, מגביל את משך הזמן שבו נאמנויות יכולות להתקיים.⁵⁶ בשל כלל זה, תוקפן של נאמנויות לא יכול להיות נצחי. באנגליה, למשל, הוא מוגבל למשך חייו של אדם שנמצא בין החיים בתקופת יצירת הנאמנות

⁵⁴ להתפתחותו ההיסטורית של מוסד הנאמנות באנגליה ראו קיטון, אקוויטי, עמ' 30. הכוונה אינה ליחסי נאמנות במובן של fiduciary relations, המוכרים במשפטיהם של מדינות רבות ובהן ישראל, אלא למבנה משפטי ספציפי הקיים במדינות המשפט המקובל. ל־fiduciary relations ראו ליכט, דיני אמונות, עמ' 1 והערה 1 שם; אונגר, חובות האמון, עמ' 1-4 והערה 4 שם.

⁵⁵ להגדרת הנאמנות ראו לוין, נאמנויות, עמ' 3-8. למאפייני הנאמנות ראו קפלן, נאמנות זרה.

⁵⁶ ראו לוין, נאמנויות, עמ' 136 ואילך; פרוסט, נאמנויות, עמ' 21.

בתוספת 21 שנים לכל היותר.⁵⁷ כלל זה מחזק את התפיסה הנצחית של הבעלות, בהבטיחו שפיצולה באמצעות מוסד הנאמנות יהיה מוגבל בזמן, אך בו זמנית הוא גם מביא ליצירתה של בעלות שהיא זמנית בהגדרתה – בעלותו של הנאמן בנכסי הנאמנות.

למוסד הנאמנות כמה שימושים נפוצים, וביניהם תכנונים שונים שמטרתם הימנעות מתשלום מס והגנה על נכסים מפני נושיו של יוצר הנאמנות.⁵⁸ שימושים אלה מזכירים כמה מהשימושים שנעשו בעסקאות בעלות לזמן במשפט העברי, וייתכן כי דמיון זה אינו מקרי. אומנם יש הבדלים ראויים לציון בין הנאמנות לבין הבעלות הזמנית. מוסד הנאמנות קובע חובות של הנאמן כלפי הנהנים, בעוד הבעלים לזמן קצוב חופשי לכאורה לנהוג בנכס מנהג בעלים. נוסף על כך בנאמנות הנהנים הם הזכאים לפירות הנכס ואילו הנאמן מקבל שכר בתמורה לשירותיו, בעוד הבעלים לזמן קצוב זכאי לכאורה ליהנות מפירות הנכס. עם זאת, כפי שנראה בפרק הרביעי להלן, ישנן דעות, החל מתקופת הראשונים ואילך, המטילות על מקבל נכס לזמן קצוב אחריות אם הנכס אבד, והמזכות את המוכר נכס לזמן קצוב בפירות הנכס שנמכר. שילוב מרכיבים אלה יוצר קרבה משמעותית בין מוסד הנאמנות של המשפט המקובל לבין עסקאות בעלות לזמן במשפט העברי, הן מבחינת מטרות ההסדר והן מבחינת תנאיו הכלכליים.

זאת ועוד: חכמי ישראל החל מתקופת הראשונים ואילך היו מודעים לפער שיוצרת העברת בעלות באופן זמני בין הבעלות הפורמלית בנכס לבין הבעלות המהותית בו, והדבר השפיע לעיתים על אופן פסיקתם של חכמי ישראל בהתייחס להיבטים שונים של בעלות זמנית בנכס. פער זה מאפיין כאמור לעיל גם את מוסד הנאמנות במשפט המקובל, והוא שהופך את שני המוסדות המשפטיים כללי פוטנציאלי לתכנוני מס ולהברחת נכסים מנושים. דמיון זה משמעותי, בין היתר, על הרקע שיש הרואים במוסד הנאמנות את פאר יצירתו של המשפט האנגלי ואת תרומתו החשובה ביותר של המשפט האנגלי לתורת המשפט. מעניין להיווכח כי פתרון משפטי דומה במאפייניו היה ידוע

⁵⁷ במקרה של נאמנויות שהוקמו החל מ-16 ביולי, 1964 ואילך ניתן לבחור לחילופין בתקופה מוגדרת של עד 80 שנה. ועדה שישבה על מדוכת כלל זה הציעה להאריך את התקופה עד 125 שנה. ראו לוי, נאמנויות, עמ' 136–137.

⁵⁸ ראו קפלן, נאמנות זרה, עמ' 414. לנאמנויות המוקמות לשם הגנה על נכסי היוצר מפני נושיו ראו רוטשילד, נאמנויות. לנאמנויות קיימים גם שימושים בהקשרים מסחריים, אך מטבע הדברים לא נעשה בהן שימוש בהקשרים של התגברות על איסור הריבית, שהרי איסור זה אינו קיים כלל בדיני ארצות המשפט המקובל. לשימושים מסחריים בנאמנויות ראו הייטון, נאמנויות.

זה מכבר לחכמי ישראל, אם כי ספק אם ניתן להצביע על זיקה בין הבעלות הזמנית במשפט העברי לבין מוסד הנאמנות של המשפט המקובל.⁵⁹ יש לשער כי צרכים דומים הביאו להיווצרותם של פתרונות דומים בשתי שיטות המשפט השונות.

ג. בעלות זמנית במשפט העברי

שאלת עמדתו של המשפט העברי ביחס להיתכנותה של בעלות זמנית היא אחת השאלות העיקריות העומדות במרכזו של מחקר זה. שאלה זו טרם נבחנה בהרחבה כשהיא לעצמה, אולם חוקרים שעסקו בתפיסת הבעלות של המשפט התלמודי עסקו בקצרה גם בה כחלק ממאפייני הבעלות.⁶⁰ להלן נבקש להציג את עיקרי עמדותיהם. בהמשך נציג בקצרה את עמדתו של המשפט העברי באשר לבעלות זמנית מכוח הדין.

1. המחקר הקיים

שתי דעות עיקריות הובעו במחקר באשר לעצם היתכנותה של בעלות זמנית במשפט התלמוד. שלום אלבק סבור כי הבעלות מושתתת על "רשות", כלומר על possession; ובלשונו: "אדם הוא בעליו של נכס, כשהנכס ברשותו דרך קבע, לעולם, או שיצא מרשותו בדרך עראי בלבד, ולאחר זמן מוגבל יחזור לרשותו דרך קבע, עולמית".⁶¹ מהגדרה זו ברור כי לדעת אלבק נצחיות הינה המאפיין הבסיסי של זכות הבעלות במשפט העברי. אלבק אכן טוען, שלא תיתכן בעלות זמנית במשפט

⁵⁹ רבינוביץ, משפט עברי, מוקדש כולו לטענה כי המשפט העברי השפיע על התפתחותם של מבנים משפטיים מסוימים במשפט המקובל. להוכחת טענה זו מביא רבינוביץ בין היתר קטגוריות מסוימות של בטוחות הדומות לאלה שבהן נעסוק בפרקיו הבאים של מחקר זה, ומנסה להראות שהתפתחותן במשפט האנגלי הושפעה מהתפתחותן במשפט העברי. לדעתנו, זו עמדה מרחיקת לכת שיש לנהוג בה זהירות רבה. כפי שיבואר במחקרנו זה, וכפי שהראו אחרים לפנינו, מבנים משפטיים דומים התפתחו במשפטיהם של עמים קדמונים שונים. לעיתים נראה כי פתרונות של משפטים שונים השפיעו זה על זה במידה מסוימת, שפעמים ניכרת מאליה (כגון השימוש של המשפט העברי במונחים השאולים מיוונית בתחום הבטוחות) ופעמים נותרת סמויה מן העין. עם זאת, לעיתים לא ניכר קשר בין משפטי העמים השונים, למעט קיומו של צורך דומה שהביא להתפתחות פתרונות דומים. קיומו של דמיון אינו מוכיח אפוא קיומה של השפעה. באותם מקרים שבהם ניכר דמיון בין המשפט העברי לבין המשפט המקובל, יש לבחון אם קיים דמיון אף למשפטים אחרים, כגון המשפט הרומי או הכנסייתי, ואין להוציא מהכלל כי הדמיון אינו מלמד על השפעה כלשהי.

⁶⁰ חריג לעניין זה הוא אלינסון, קנינים, מאמר קצר המוקדש לעניין "קנינים לזמן קצוב בתורתם של הראשונים".

⁶¹ אלבק, דיני הממונות, עמ' 379.

העברי.⁶² לצד זאת, אלבק מאמץ גם את שתי העמדות שהובאו לעיל בנוגע לנצחיות הבעלות במשפט הישראלי, האחת מפי ויסמן והאחרת מפי דויטש. כמו ויסמן, גם אלבק סבור כי די בכך שקיימת אפשרות שהבעלות תהיה נצחית, ועל כן אינו רואה קושי עיוני בבעלות מותנית, שבה ייתכן כי הבעלות תהיה נצחית אך ייתכן גם כי תתברר כזמנית.⁶³ כמו דויטש, גם אלבק סבור כי בעלות מותנית הינה בעלות מלאה ושלמה שלצידה התחייבות אובליגטורית להעביר את הבעלות לאחר בקרות תנאי מסוים. על כן קובע אלבק כי בכל המקרים שבהם נזכרת לכאורה אפשרות של בעלות לזמן קצוב במשפט התלמוד, מדובר למעשה בבעלות מוחלטת ונצחית המותנית בחובה אובליגטורית להחזיר את הנכס לבעליו המקורי, באמצעות מעשה קניין נוסף. אם הנכס אינו מוחזר על ידי בעליו השני, לא מתקיים התנאי שבו הותנתה העברת הבעלות אליו, ועל כן בטלה בעלותו בנכס מעיקרה. כך מפרש אלבק את מהותה של מתנה על מנת להחזיר, את מהותו של קניין פירות לשיטת ר' יוחנן שקבע שקניין פירות כקניין הגוף (כלומר מקנה זכות בעלות), ואת הכלל בדבר "שומא הדרא".⁶⁴ יש להדגיש כי אף שאלבק עוסק בתפיסת הקניין התלמודית, ניתוחו זה נשען באופן משמעותי על דברי הראשונים בסוגיה, שכן כפי שמעיד אלבק, בסוגיות הגמרא עצמן לא נזכרת כלל הקנייה חוזרת של הנכס.⁶⁵ עוד יש לציין כי אלבק עצמו מודע לכך שיש ראשונים שחלקו על תפיסה זו וקבעו כי קיים "קניין גוף לשעה".

גולאק, אליקים אלינסון, שמואל שילה, יצחק אנגלרד ומיכאל ויגודה נראים כחולקים על עמדת אלבק, אולם יש לבחון היטב מה עמדתו המדויקת של כל אחד מהם.

גולאק מציג תפיסה ברורה בדבר קיומו של קניין לזמן קצוב במשפט העברי, הנבדל מקניין פירות. גולאק מתבסס בעיקר על דברי הרמב"ם בסוגיה זו.⁶⁶ לשיטתו, בעליו של מה שהוא מכנה "הקניין הזמני" בחפץ, מחזיק בו כבעלים לכל דבר ורשאי לעשות בו כרצונו. גולאק מוסיף ומבחין בין מכירה או מתנה על מנת להחזיר, שבהן נדרש לשיטתו מעשה קניין נוסף על מנת לקיים את תנאי ההשבה, לבין קניין לזמן קצוב, שלשיטת גולאק "נפקע מאליו" עם חלוף הזמן, והנכס, או מה

⁶² ראו שם, עמ' 391.

⁶³ שם, עמ' 388.

⁶⁴ שם, עמ' 389-391; אלבק, משפט עברי, עמ' 114.

⁶⁵ אלבק, משפט עברי, שם.

⁶⁶ גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 132-133. ראו גם עמ' 137 לעניין פקיעת הבעלות לזמן מאליה בסוף המועד,

ועמ' 138-139 לעניין הפקרת נכס לזמן קצוב.

שנתר ממנו, שב לבעליו הקודם.⁶⁷ הוא מוסיף ומעיר כי החל מימי הביניים חל שינוי בהשקפה זו, והתחילו לראות בבעל קניין לזמן קצוב שומר חנם.

אלינסון מנתח את עמדות הראשונים ביחס לבעלות זמנית, כשדיונו יוצא מתוך הסוגיות התלמודיות. הוא קובע כי "המוכר נכס לחברו לזמן מסוים, יוצא מסוגיות התלמוד במספר מקומות שמתקיימת כוונתו, וחוזר הנכס לבעליו הקודמים באופן אוטומטי בסוף זמן הנקוב".⁶⁸ בכך חולק אלינסון על אלבק. עם זאת, בהמשך דבריו קובע אלינסון כי "יוצא מכל הסוגיא שכל קנין זמני וחולף נכלל במונח 'קנין פרות'"; ואחר כך: "מראש לא עבר הנכס מרשותו של המקנה לגמרי אלא לגבי תשמישי הזמן הנקוב, ואין כל צורך בהקניה בחזרה בהסתיים תקופה זו".⁶⁹ נראה אפוא כי אומנם אלינסון חולק על אלבק בדבר הצורך במעשה קניין חוזר, אולם לצד זאת הוא קובע שבמקרה זה אין מדובר בהעברת בעלות בגוף הנכס אלא בפירותיו בלבד.

אנגלרד חולק על שיטתו הכללית של אלבק, שביסודה ניתוח המקורות התלמודיים והסקת עקרונות מופשטים מתוכם. אנגלרד מדגים את ביקורתו על שיטה זו בין היתר באמצעות הגדרת הבעלות על ידי אלבק, הגדרה שאת עיקרה הבאנו לעיל. אנגלרד מביא את ההגדרה ומבקר בזה הלשון:⁷⁰

מניין לו למחבר הגדרות אלה של בעלות, של זכות קניינית אחרת? החלוקה מזכירה לנו את ההבחנות השיטתיות הרומניסטיות שאינן הכרחיות. והראיה: ההלכה היהודית מכירה דווקא בקנין בעלות המוגבל בזמן, ואין היא השיטה היחידה בעניין זה.

כתימוכין יחיד לעמדתו מביא אנגלרד את שיטתו של הרמב"ם בהלכות מכירה למשנה תורה. אנגלרד אינו מביא ראיה נוספת כלשהי מן המשפט העברי או משיטות משפט אחרות. כאמור לעיל, מחקרו של אלבק מתמקד במשפט התלמודי, ועל כן ספק אם ראיה זו של אנגלרד מהווה

⁶⁷ שם, עמ' 133 הערה 10. הבחנה זו מקבילה להבחנה שערכנו אנו לעיל, פרק ראשון, סמוך להערה 7 ואילך, בין שתי קטגוריות של בעלות זמנית.

⁶⁸ אלינסון, קנינים, עמ' 148-149. אלינסון מודע לכך שיש ראשונים, כגון הרא"ה והר"ן, ששללו קיומו של קניין לזמן קצוב. הוא מנסה לבאר את דברי הרא"ה בעניין זה באופן שבכל זאת אינו סותר את קיומו של קניין לזמן קצוב; ראו שם, עמ' 156-157.

⁶⁹ שם, עמ' 149 ועמ' 151 בהתאמה.

⁷⁰ אנגלרד, המשפט העברי, עמ' 61.

תשובה לטענת אלבק.⁷¹ זאת ועוד: לגוף טענתו של אנגלרד, כבר הראינו לעיל כי לא בנקל יימצאו תימוכין לטענתו בדבר שיטות משפט אחרות המכירות ב"קניין בעלות המוגבל בזמן". בהמשכו של מחקר זה נוסיף ונראה כי עמדתו של הרמב"ם, שעליה מסתמך אנגלרד בדבריו, אף היא אינה בהכרח סוף פסוק בכל הנוגע לעמדת המשפט העברי בסוגיה זו.

שילה סבור כי המשפט התלמודי מכיר בבעלות לזמן קצוב, או בלשונו: "קניין בעלות המוגבל בזמן". שילה מסיק זאת בעיקר מהעמדות שהובעו בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" במקורות התלמודיים. שילה מסכם עמדתו בדברים האלה:⁷²

לאחר עיון בסוגיית לך ואחריך לפלוני במקורות התלמודיים, עולה כי המקבל הראשון הוא בעליו של הנכס והוא יכול לעשות עמו (כמעט) ככל העולה על רוחו. יתר על כן, ניתן להסיק שקיים מושג של בעלות על נכס אפילו אם ידוע שבתום תקופה מסויימת בעלות זו תפוג. לדעתנו, אין הראשון צריך להקנות את הנכס עם תום התקופה לשני. אין לכך יסוד כלשהוא במקורות. לדעתי אין במקורות יסוד לדרישה שבעלות חייבת להיות, תיאורטית לפחות, לצמיתות, ואין יסוד לקביעה שאין בעלות לזמן מוגבל במשפט התלמודי. מסוגיות אלו עולה בבירור שקיים מושג של בעלות זמנית.

אלא שבהמשך דבריו נראה שילה מסויג יותר. שילה דן בעמדת המקורות התלמודיים בנוגע למתנה על מנת להחזיר, וקובע כי "...יש מקום לראות את המתנה מבחינת דיני הקניין כמתנה לצמיתות, והחובה להחזירנה לנותן מוטלת אישית על המקבל".⁷³ בכך אין כמובן כדי לשלול את עמדתו העקרונית של שילה בסוגיה, שכן, כאמור לעיל, גם גולאק, שהכיר בקיומה של בעלות לזמן קצוב במשפט התלמודי, אימץ הבחנה דומה לגבי מהותה של מתנה על מנת להחזיר. אלא שבהמשך דבריו שילה מוסיף וקובע, "שגם מקבל נכס בדרך של לך ואחריך לפלוני, וגם מקבל מתנה על מנת להחזיר, הם מבחינה פונקציונלית, אוכלי פירות של נכס שלא יישאר בידם לצמיתות". לא ברור עד כמה אמירה זו נועדה לסייג את עמדתו המשפטית של שילה. ייתכן כי אמירתו זו נועדה להתייחס לשאלה המחקרית המשמעותית השנייה שהצגנו לעיל, זו שמבקשת להתחקות אחרי תכלית

⁷¹ אין בכך כדי לגרוע מן העובדה, שאלבק עצמו נקט מהלך דומה והסתמך בעיקר על דברי הראשונים בנתחו את עמדת הגמרא, לפחות בכל הנוגע לעניין מתנה על מנת להחזיר.

⁷² שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפח-קפט, וראו גם הערה 74 שם.

⁷³ שם, עמ' קפט.

המסחרית של העברת בעלות באופן זמני.

בהמשך ניתוחו מתמודד שילה עם כמה סוגיות בגמרא שמהן עולה כי בעלות צריכה להיות לצמיתות: סוגיית "לך ואחריך לפלוני", הבאת ביכורים בזמן שהיובל נוהג, מהותו של קניין פירות, משמעות הבעלות במקרקעין בזמן שהיובל נוהג וסוגיית "קני על מנת להקנות". אלא שמכל הסוגיות האלה, רק סוגיית "לך ואחריך לפלוני" נוגעת בנושא במישרין; ודווקא שני המקרים שבהם נזכרת בתלמוד מפורשות מכירת נכס לשלושים ימים נעדרים מדיונו של שילה.⁷⁴ המקרים היחידים שמביא שילה שהם דוגמה מובהקת לבעלות לזמן קצוב במשפט התלמוד הם הפקר לזמן והקדש לזמן, ושילה אינו מקדיש להם מקום משמעותי בניתוחו מעבר לעצם הכרתו בקיומם.

ויגודה מציין במחקרו על אודות שכירות ושאלה במשפט העברי, כדלקמן:⁷⁵

בעלות בנכס טומנת בחובה מכלול של זכויות הקשורות בנכס. מי שמחזיק במכלול כולו, הוא הבעלים באופן שלם. אולם הבעלות ניתנת גם לחלוקה ולפיצול, הן מבחינת הזמן (בעלות לזמן), הן מבחינת המרחב (בעלות בחלק מסוים של נכס) הן מבחינת היקף הזכויות (קניין פירות).

את דבריו בדבר האפשרות לפצל את זכות הבעלות מבחינת הזמן סומך ויגודה על מאמרו של שילה. עם זאת, נראה כי ויגודה מרחיק לכת יותר משילה, שכן בתארו את הבעלות במשפט העברי מאמץ ויגודה את הגדרת הבעלות כאוסף של זכויות. בכך חולק ויגודה על הגדרת הבעלות של אלבק, אך בלי להתייחס אליה מפורשות.⁷⁶ בהמשך דבריו שב ויגודה וקובע כי "המשפט העברי מכיר במושג של מכר לזמן", ומסתמך לעניין זה על קביעתו של הרמב"ם במשנה תורה.⁷⁷ הדברים האמורים לעיל לעניין עמדתם של אנגלרד ושילה יפים אפוא בהתאמה גם לעניין עמדתו של

⁷⁴ ראו דיונו להלן, פרק שלישי, סמוך להערה 192 ואילך.

⁷⁵ ויגודה, שכירות, עמ' 7.

⁷⁶ בהמשך דבריו, שם, עמ' 33 הערה 137, מפנה ויגודה לדבריו של אלבק בעניין מהותה של הבעלות וההבחנה בין בעלות לשאלה, אך אינו עומד על כך שעמדתו סותרת את עמדת אלבק מיניה וביה.

⁷⁷ שם, עמ' 33.

בן דב מציג במחקרו עסקת מכר חוזר, אותה הוא מתאר כך:⁷⁹

הסדר אשר ניתנת בו הלוואה בדרך מכר של נכס כלשהו על תנאי או לזמן, באופן שאם יחזיר הלווה את המחיר יפקע המכר למפרע או שיחזור הנכס אליו מאותה שעה ולהבא.

בן דב מכיר אפוא בקיומה של עסקת "מכר של נכס כלשהו... לזמן" במשפט העברי, שמשמעותה היא כי עם השבת המחיר חוזר הנכס אל המוכר "מאותה שעה ולהבא". מדברים אלה משתמע כי בן דב מכיר בקיומה של עסקת מכר לזמן במשפט העברי. עם זאת, עמדתו של בן דב בסוגיה זו מורכבת. תיאור עסקת המכר החוזר במשפט העברי כעסקת הלוואה אינו מקרי: בן דב מציג את המכר החוזר כאחד משני סוגים עיקריים של משכנתא. משתמע מכך שבן דב אינו מכיר בקיומה של עסקת מכר חוזר כעסקה העומדת בפני עצמה, בעלת תכלית מסחרית עצמאית ונפרדת מהמשכנתא. בן דב מוסיף ומתמודד עם שאלת איסור הריבית בעסקאות מכר חוזר. לשיטתו, כאשר המכר החוזר נעשה בכוונה כנה, קיימות דעות שלפיהן העסקה מותרת ואינה נגועה באיסור ריבית. כנות הכוונה מתבטאת, לדברי בן דב, בכך שתנאי החזרה הוא פשוט. כלומר אינו אוסר על הרוכש למכור את הנכס לצד שלישי, ושהרוכש אכן יכול לסכל את המכר החוזר על ידי מכירת הנכס לצד שלישי. בן דב מוסיף וקובע כי קיימות דעות שלפיהן, כאשר המכר החוזר נעשה לזמן קצוב, כלומר לא ניתן לבצע את המכר החוזר בכל עת אלא רק בחלוף זמן שנקבע בין הצדדים, העסקה כשרה מבחינת דיני הריבית. כפי שנראה להלן, המקורות המובאים במחקרנו אינם תומכים במסקנותיו של בן דב כפי שהן.

הערותינו לגבי ניתוחו של שילה יפות גם לגבי ניתוחיהם של המלומדים האחרים שהוזכרו לעיל. חלק נכבד מהמקורות התנאיים והאמוראיים שנראים על פניהם קשורים לסוגיות הבעלות לזמן קצוב או עסקאות בעלות לזמן, נעדרים מדיונם, וממילא קשה לראות בו דיון הממצה את הסוגיה. בפרקים הבאים של מחקר זה נבקש להשלים את החסר ולהציג ניתוח של המקורות העיקריים הנעדרים מן הדיון האקדמי הנוכחי. זאת ועוד: ניתוחיהם של אלבק, של גולאק ושל אנגלרד מושפעים מאוד מעמדות הראשוניים בסוגיות הרלוונטיות, ועל כן יש לתהות עד כמה ניתוחים אלה

⁷⁸ למען שלמות התמונה יצוין, כי אלמן מביא אף הוא את עמדת אלבק בשאלת מהותה של הבעלות בהקשר של בעלות זמנית ועומד על הביקורת עליה, אך נראה כי אינו מכריע בסוגיה; ראו אלמן, מתנות, עמ' 179-180.

⁷⁹ בן דב, תורת דיני הקניין, ספר ג - דיני הקניין במוחזק, עמ' 194.

אכן משקפים את עמדת המשפט התלמודי. גולאק עצמו מציין כי במהלך ימי הביניים חל שינוי בגישת המשפט העברי לקניין לזמן קצוב, ומסקנות הניתוח שנערוך להלן, הבוחן את עמדת המשפט העברי בין היתר בחתך זמן, תומכות בדעתו זו.

2. בעלות זמנית ומעשה קניין

כאמור לעיל, כמה מהחוקרים שעסקו בשאלת קיומה של בעלות זמנית במשפט העברי שמו דגש על הקשר בין קיומה של בעלות זמנית לבין הצורך במעשה קניין לשם השבת הנכס לבעליו הראשון. לשיטתם, הכרה בבעלות זמנית משמעותה כי בתום תקופת הבעלות הזמנית חוזר הנכס מאליו לבעליו הראשון. לעומת זאת, היעדר הכרה בבעלות זמנית משמעה כי בתום התקופה קמה לבעליו של הנכס באותה עת חובה אובליגטורית להשיבו לבעליו הראשון, חובה שלשם קיומה נדרש מעשה קניין.⁸⁰ נשאלת השאלה אם גישה זו הכרחית, ובמילים אחרות, האם החובה להשיב את הנכס לבעליו הראשון באמצעות מעשה קניין סותרת את קיומה של בעלות זמנית. לכאורה, ניתן לסבור כי המשפט העברי מכיר בקיומה של בעלות זמנית אך דורש מעשה קניין פורמלי לשם הבאתה לכלל סיום.

בפתח הדברים נעיר כי שאלה זו רלוונטית לפי שיטותיהם של חוקרים רבים מאלה שנזכרו לעיל, אולם אינה רלוונטית ככל שהדבר נוגע לשיטתו של אלבק. כאמור לעיל, אלבק שולל לחלוטין את אפשרות קיומה של בעלות זמנית במשפט העברי. לכן, באותם מקרים שבהם נראה כי המשפט העברי עשוי להכיר בבעלות זמנית, קובע אלבק כי מדובר בבעלות בלתי מוגבלת בזמן המותנית בתנאי מתלה, שהינו חובה אובליגטורית להשיב את הנכס לבעליו הקודם. כך מנתח אלבק את המבנה של מתנה על מנת להחזיר, את חובת השבת הקרקע לחייב מכוח "שומא הדרא" ואת קניין הפירות לשיטתו של ר' יוחנן, הסבור שקניין פירות כקניין הגוף.⁸¹ לשיטתו של אלבק, הצורך בעסקה נוספת הכרוכה במעשה קניין נוסף נובע באופן הכרחי מכך שלא תיתכן בעלות זמנית.

באשר לעמדתם האפשרית של חוקרים אחרים, דומנו כי השוואה לזכויות קנייניות אחרות שהן זמניות במהותן, או שעשויות להיות זמניות, הינה מאירת עיניים לעניין זה.⁸² אם הבאתן של

⁸⁰ ראו גם צוולבה, לעיל הערה 33 ואילך. צוולבה עוסק במשפט ההולנדי שבו לא נדרש מעשה קניין, אולם הוא מאמץ את ההבחנה העיונית שביסוד דרישה זו וקובע כי תיידרש עסקה נוספת ונפרדת לשם השבת הנכס לבעליו.

⁸¹ ראו אלבק, משפט עברי, עמ' 114-117.

⁸² לרשימת הזכויות הקנייניות במשפט העברי ומאפייניהן לפי שיטת אלבק ראו אלבק, משפט עברי, עמ' 105-106.

זכויות אלה לסיים כרוכה במעשה קניין, ולו לשם הפורמליות בלבד, יהיה בכך כדי לתמוך בסברה כי דרישה דומה קיימת לגבי בעלות זמנית. לעומת זאת, אם זכויות קניין זמניות אחרות מסתיימות מאליהן, ללא צורך במעשה קניין, יהיה צורך להסביר מדוע נקבעה דרישה כזו דווקא לגבי בעלות זמנית.

אלבק מתייחס לעניין זה בקצרה ובאופן כללי, אך נראה כי לשיטתו אין צורך במעשה קניין נוסף כדי להביא זכויות קניין לסיומן:⁸³

והזכויות פוסקות מדעת – משגמרו בעלי הזכויות בדעתם שייפסקו הזכויות, כלומר אותה גמירת הדעת בשעת קניין הנכסים שבה הם נקנים כמו שנתבאר למעלה בסעיף הראשון, היא שמסיימת את הזכויות בנכסים אלה.

נראה כי זו גם דעתם של חוקרים אחרים אשר בחנו את אופן הבאתן לסיים של זכויות קנייניות ספציפיות. להלן נבחן כמה דוגמאות לזכויות קנייניות במשפט העברי שהינן זמניות מעצם טיבן או עשויות להיות זמניות, ונעמוד על אופן סיומן.

דוגמה אחת היא זכות השכירות. כפי שיבואר להלן, קיימות דעות שונות באשר למהותה של השכירות, אם זכות קניינית היא או שמא זכות אובליגטורית.⁸⁴ מכל מקום, ברור כי יצירת השכירות דורשת מעשה קניין.⁸⁵ לעומת זאת, סיומה אינו דורש פעולה כלשהי של הצדדים:⁸⁶

⁸³ אלבק, משפט עברי, עמ' 206. נראה כי לשיטתו של אלבק, המשפט העברי קובע כי זכייה בזכות קניינית טעונה מעשה קניין, אך סיומה של זכות קניינית אינו טעון מעשה קניין. אלבק אינו מבחין לעניין זה בין סיום זכות קניינית בהפקר, בייאוש או בהקנאה. הוא מדגים עיקרון זה באמצעות זכות הקניין הבכירה – היא זכות הבעלות. ראו גם אלבק, דיני הממונות, עמ' 524.

⁸⁴ ראו להלן, סמוך להערה 111 ואילך.

⁸⁵ ראו, למשל, רמב"ם, משנה תורה, הלכות מכירה, פ"א ה"ח; תור, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, קצב, טו וקצה, יג והלכות שוכר, שטו, א; שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, קצב, טו וקצה, יג והלכות שוכר, שטו, א – כל אלה, לעניין שכירות קרקע; וטור, חושן משפט, הלכות הלואה, עג, כח: "...שלא הוזכר קנין אלא לקיים מכר או מתנה או שכירות". כן ראו לרנר, משכון, עמ' 53-54. לדרכי הקניין ליצירת שכירות ראו שם, עמ' 15-16.

⁸⁶ ויגודה, שכירות, עמ' 419. ההסתייגות "כמעט על הכל" אינה מרמזת שיש מי שחשב שנדרש מעשה קניין נוסף לשם סיום השכירות. ויגודה מציין שהחריג לכלל הוא רש"י, אשר סבר כי גם במקרה של שכירות לתקופה קצובה נדרשת הודעה מראש על סיומה, שבהיעדרה תוארך השכירות בתקופה נוספת. ראו שם, הערה 44. עוד

דבר ברור ומוסכם כמעט על הכל, שאם הסכימו הצדדים על משך תקופת השכירות, השכירות מסתיימת בתום אותה תקופה, והצדדים אינם צריכים לנקוט פעולה כלשהי.

כך הוא הדין גם לגבי שאילה. אלבק מונה את השאילה על רשימת הזכויות הקנייניות המוגבלת בזמן מעצם טבען.⁸⁷ ויגודה מציין כי יש הרואים בשאילה זכות קניינית, וזו עמדת רוב הראשונים, ואילו אחרונים רבים רואים בה זכות אובליגטורית.⁸⁸ כן סבור ויגודה כי תיתכן שאילה לצמיתות.⁸⁹ לעניין יצירת השאילה, מציין ויגודה כי תחילתה במעשה קניין: "נטילת החזקה במושאל (או מעשה קניין אחר בר תוקף) מעבירה לשואל את זכויות השאילה, כשם שהיא מעבירה לשוכר את זכויות השכירות או לקונה את זכויות הבעלות..."⁹⁰.

לעומת זאת, סיומה של השאילה, כמוהו כסיומה של השכירות, אינו טעון מעשה קניין:⁹¹

דבר אחד ברור ומוסכם על הכול, שאם הסכימו הצדדים על משך תקופת השאילה, בתום אותה תקופה מסתיימת השאילה, ולשם כך אין אחד הצדדים צריך לנקוט פעולה כלשהי. כך עולה כבר מסוגיית התלמוד בענין פרה שאולה שמתה בשעה שהייתה בדרכה חזרה אל המשאל. התלמוד מטעים, שהשואל נושא באחריות רק כ"שהחזירה בתוך ימי שאילתה, אבל לאחר ימי שאילתה – פטור". וכפי שמבאר רש"י: "ואפילו בביתו של שואל מתה, משכלו הימים אינו שואל עליה".

יצוין, כי כאשר נערכה השכירות לפרק זמן קצוב, סיום השכירות טרם המועד הקבוע טעון מעשה קניין; ראו שם, עמ' 19. הדבר אינו סותר את העיקרון האמור לעיל, שכן סיום השכירות טרם זמנה מהווה שינוי של מערך הזכויות והחייבים שבין המשכיר לשוכר. מתבקש כי שינוי זה ייווצר באותה דרך שבה נוצר מערך הזכויות והחייבים המקורי בין הצדדים. כלומר באמצעות מעשה קניין. לדיון נרחב בנוגע לצורך במעשה קניין לשם מחילה על זכות קניינית ראו לרנר, משכון, עמ' 259-264.

⁸⁷ ראו אלבק, משפט עברי, עמ' 105. ראו גם לרנר, משכון, עמ' 64.

⁸⁸ ויגודה, שכירות, עמ' 546-550.

⁸⁹ שם, עמ' 552-554, וראו סיכום הדברים בעמ' 559.

⁹⁰ שם, עמ' 585, וראו גם עמ' 560 סעיף ד. גם הרמב"ם מציין כי תחילתה של השאילה במשיכת הנכס על ידי השואל; ראו משנה תורה, הלכות שאלה ופקדון, פ"א ה"ה: "שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף זמן השאלה". עם זאת, מדעות שהביא ויגודה, שם, עמ' 554, עולה כי לפחות כשמדובר בשאילה שאינה לצמיתות, אין חובה לבצע מעשה קניין.

⁹¹ ויגודה, שם, עמ' 585-586.

יצוין כי הרמב"ם קבע כי שכירה ושאלה הינן במהותן קניין פירות:⁹²

ודין הוא. הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן ומקבל מתנה קנה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום והשוכר קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב בדמים שנתן והשואל קנה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום.

מכך עולה כי גם קניין הפירות, שאותו מונה אלבק על רשימת זכויות הקניין שהינן זמניות מעצם טבען,⁹³ אינו טעון מעשה קניין לשם הבאתו לסימו.

דוגמה נוספת היא המשכון. אלבק מונה את המשכון ברשימת הזכויות הקנייניות. לשיטתו, המשכון הוא "זכות בנכס שאין עמה רשות בנכס ואף לא הנאה ממנו ואף-על-פי-כן זו זכות קניין בגוף הנכס", וזאת כיוון שזכותם של צדדים שלישיים, לרבות רוכשים של הנכס, כפופה לזכותו של בעל המשכון.⁹⁴ אלבק אינו מונה את המשכון על זכויות הקניין שחייבות להיות זמניות מעצם טבען, שכן עניין זה תלוי בתקופת תוקפו של החיוב המובטח על ידי המשכון. לרנר סבור אף הוא כי בעל המשכון מחזיק בזכות קניינית "פחותה מבעלות" במשכון.⁹⁵ עם זאת, לרנר מציין כי קיימות כמה גישות לעניין מהות זכותו של בעל המשכון בנכס, וייתכן כי לדעת חכמי אשכנז ופרובנס לא רוכש בעל המשכון זכות קניינית בנכס הממושכן.⁹⁶

לגבי ביטול זכות המשכון, קובע לרנר כך:⁹⁷

המשכון מהווה בטוחה גרידא, הוא נסמך לחוב ואין החוב תלוי בו. זכותו הקניינית של הנושה במשכון בנוייה על גבי חיוב וכשזה נפקע היא מתבטלת ממילא.

בהמשך דבריו מציין לרנר כי עיקרון זה בא לידי ביטוי כבר בתלמוד:⁹⁸

⁹² משנה תורה, הלכות שאלה ופקדון, פ"א ה"ה.

⁹³ אלבק, משפט, עברי, עמ' 105.

⁹⁴ אלבק, משפט, עברי, עמ' 106, 137-138; וביתר הרחבה אלבק, דיני הממונות, עמ' 480-485.

⁹⁵ לרנר, משכון, עמ' 149-150. השוו ללשונו של הרמב"ם במשנה תורה, הלכות אישות, פ"ה הכ"ג: "...היה בידו משכון על חוב שיש לו אצל אחרים וקידש בו אשה אע"פ שאינו שלו הרי זו מקודשת, מפני שבעל חוב יש לו מקצת קנין בגופו של משכון".

⁹⁶ לרנר, משכון, עמ' 96-99.

⁹⁷ שם, עמ' 264. ראו גם שם, עמ' 258.

אמר רבה: משכנו של ישראל ביד גר, ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו, מוציאין אותו מידו. מאי טעמא? כיון דמית ליה גר פקע ליה שעבודה...⁹⁸

לרנר מבאר כי לפי קביעתו זו של רבה, "זכותו הקניינית של הגר במשכון פוקעת אוטומטית עם ביטול החיוב והמשכון חוזר לרשות בעליו".⁹⁹

לסיכום, ראינו כי לפי שיטתו הכללית של אלבק, הבאת זכות קניינית לכלל סיום אינה טעונה מעשה קניין, אף כשמדובר בבעלות. עוד ראינו כי שכירות, שאילה, משכון, וכנראה שאף קניין פירות, מגיעים לכלל סיום בתום התקופה שנקבעה להם באופן אוטומטי, ללא צורך במעשה קניין. זאת, אף שבמקרה של שכירות, של שאילה ושל קניין פירות מצוי הנכס בידי השוכר, השואל או בעל קניין הפירות, ועל כן נדרשת השבתו הפיזית לידי בעליו. על פניו נראה כי אין כל סיבה שדינה של בעלות לזמן קצוב יהא שונה. לפיכך נראה כי יש רגליים לסברה כי אם קיימת דרישה שבעלות זמנית תבוא לכלל סיום באמצעות מעשה קניין, משמעות הדבר היא כי למעשה אין מדובר בבעלות לזמן קצוב אלא בבעלות מלאה ומוחלטת, המותנית בתנאי אובליגטורי כי הנכס יושב לבעליו הראשון בחלוף הזמן.

3. בעלות זמנית מכוח הדין

העיקרון שנקבע במשפט הכללי, שלפיו ניתן להגביל את זכות הבעלות מכוח הדין, יפה גם למשפט העברי. גולאק מציין כי המשפט העברי קובע הגבלות על פי דין על זכות הבעלות, למשל, בשל צורכי הרבים.¹⁰⁰ אלבק קובע כי מה שמייחד את זכות הבעלות במשפט העברי אינו כוחו הבלתי מוגבל של הבעלים לפעול בנכסיו, שכן קיימות מגבלות על כוח זה, הן מכוח הדין והן מכוח הסכם.¹⁰¹ בספרות חז"ל אכן קיימות כמה דוגמאות של עסקאות שבהן מועברת לכאורה בעלות לזמן קצוב שלא מכוח רצון הצדדים. דוגמה אחת עניינה בעסקאות שבהן מוגבלת בעלות בזמן מכוח הדין או מכוח בית דין, כגון מכירת קרקע בזמן שהיובל נוהג, שהרי הנכס חוזר לבעליו בשנת

⁹⁸ תלמוד בבלי, גיטין, לא ע"א; לרנר, שם, עמ' 265.

⁹⁹ לרנר, שם, עמ' 266. לצד זאת, לרנר מעלה סברה, כי ויתור על המשכון טרם שפקע החיוב המובטח על ידו מהווה מחילה על זכות קניינית הטעונה מעשה קניין. סברה זו דומה לדין המוזכר בהערה 86 לעיל לגבי סיום תקופת השכירות טרם המועד הקבוע לכך.

¹⁰⁰ גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 134.

¹⁰¹ אלבק, המשפט העברי, עמ' 112.

היובל. אלבק אכן מציין, בבקשו להגדיר את מושג הבעלות כי:¹⁰²

גם אין לומר שזכות הבעלים מיוחדת בכך שהבעלים יכולים להקנות את זכותם לבני-אדם אחרים במכירה או במתנה או בדרך אחרת, שכן בזמן היובל לא היו הבעלים יכולים להקנות את זכותם ולמכור את קרקעם לצמיתות, אלא עד שנת היובל בלבד, ואף-עלפי-כן היו בעלים (מכל מקום לפי ריש לקיש, גיטין מז ע"ב).

עניין זה היה שנוי במחלוקת בין ר' יוחנן לבין ריש לקיש, שעניינה האם בעלי קרקע בשעה שהיובל נוהג מביא ביכורים וקורא עליהם (כלומר נחשב כבעלים של הקרקע), אם לאו. המשכה של הסוגיה בתלמוד בבלי, גיטין, מח ע"א, שם קובע רב חסדא כי המחלוקת עניינה ביובל השני ואילך בלבד, ואילו ביובל הראשון מסכימים הכול כי טרם סמכה דעתו של המוכר על כך שהקרקע אכן תשוב אליו בשנת היובל. הרמב"ם מסכם את הדין כך:

מוכר שדהו או שמכר אילנות וקרקען בזמן שהיובל נוהג ה"ז מביא וקורא ביובל ראשון בלבד שעדיין לא סמכה דעתו של מוכר שתחזור לו הקרקע, אבל אם חזר ומכרה ביובל שני ה"ז מביא ואינו קורא שהרי סמכה דעתו שאין לו אלא הפירות וקנין פירות אינו כקנין הגוף.

לשיטת הרמב"ם אפוא בזמן היובל לא נוצרת בעלות זמנית בקרקע אלא קניין פירות בקרקע בלבד, למעט בתקופה הקצרה שעד ליובל הראשון.

ראוי לציין כי הרמב"ם מדייק וקובע כי לא כל קרקע חוזרת לבעליה בשנת היובל, אלא רק כזו שנמכרה סתם או לצמיתות, "והמוכר שדהו לששים שנה אינה יוצאה ביובל. שאין חוזר ביובל אלא דבר הנמכר סתם או הנמכר לצמיתות".¹⁰³ הרמב"ם מכיר אפוא באפשרות למכור שדה ל־60 שנים, ובמקרה כזה הקרקע אינה חוזרת לבעליה בשנת היובל אלא בסוף התקופה בלבד. הרוכש הינו אפוא בעלים לזמן קצוב של הקרקע. עם זאת, לפחות החל מהיובל השני ואילך, הוא בעלים לזמן קצוב של קניין פירות בלבד.

ייתכן כי לקטגוריה זו שייכות גם זכות הלווה לרכוש מחדש את נכסיו שניתנו לפרעון ההלוואה

¹⁰² שם.

¹⁰³ משנה תורה, הלכות שמיטה ויובל, פי"א ה"ב.

מכוח הכלל "שומא הדרא" וזכות השכן לסלק רוכש זר שרכש קרקע בניגוד לדינא דבר מצרא.¹⁰⁴ עם זאת, לגבי שני מקרים אלה קיים ספק אם הם יוצרים בעלות זמנית. במקרה של "שומא הדרא", מדגיש זילברג כי מדובר בחיוב אובליגטורי שאינו פוגע בבעלותו של החייב בנכס, כך שאם למשל החייב מכר או נתן את הנכס לאחר – המכירה או הנתנה תקפה.¹⁰⁵ זו אף עמדתו של אלבק, הקובע כי רוכשי הקרקע הם "...בעלים גמורים של הקרקע וצריכים הם לחזור ולהקנות שוב את הקרקע לחייב".¹⁰⁶ לעומת זאת, במקרה של דינא דבר מצרא חלוקים זילברג ואלבק בדעתם. זילברג מציין כי חכמים ראו בצד השלישי שרכש את הנכס שלוחו של השכן, ולפיכך מדובר בעסקת שליחות ולא בעסקת רכישת בעלות לזמן קצוב.¹⁰⁷ אלבק, לעומת זאת, מונה את "זכות המצרן בקרקע שכנו" ברשימת הזכויות הקנייניות לפי המשפט העברי, בהסתמכו בין היתר על הר"ן.¹⁰⁸ עם זאת, ברור שלדעת אלבק אין מדובר בבעלות לזמן קצוב או בבעלות כלל, וזאת משתי סיבות. ראשית, אלבק תולה את הבעלות במושג ה"רשות", כלומר possession, ואילו במקרה של בר המצר, הנכס אינו ברשותו ואף אינו זכאי ליהנות ממנו.¹⁰⁹ שנית, כפי שהצגנו לעיל, אלבק כלל אינו מכיר בקיומה של בעלות לזמן קצוב, שכן לשיטתו רשותו של הבעלים בנכס צריכה להיות נצחית, והנכס אינו יכול לעזוב את רשותו אלא דרך עראי.¹¹⁰

¹⁰⁴ לדוגמאות אלה ראו תלמוד בבלי, בבא מציעא, טז ע"ב ולה ע"א, ובבא מציעא, קח ע"א-ע"ב, בהתאמה. לכללי "שומא הדרא" ו"דינא דבר מצרא" כדברי חקיקה ראו אלון, המשפט העברי, עמ' 513-515. תודתי לגב' רבקה דגן שהסבה את תשומת ליבי לדוגמת "שומא הדרא".

¹⁰⁵ זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 105: "אין היושר פוגע בגדרי הקנין והבעלות של הדין, הנכס שנישום למלוה עדיין שלו הוא, ולא עוד אלא שאם מכר אותו המלוה או נתנו לאחר, מכירתו ונתנתו קיימת, ואין הלוח והנטרף יכולים להוציא אותו מידי הבעלים החדשים. אבל כל עוד נכס זה נמצא בידי המלוה – חייב הוא להחזירו בהקנאה כנ"ל, מפני שהחזרה זו היא בגדר הישר והטוב לשני הצדדים..." (ההדגשות במקור).

¹⁰⁶ אלבק, משפט עברי, עמ' 114.

¹⁰⁷ תלמוד בבלי, בבא מציעא, קח ע"א: "מצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי"; זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 108-109 והערה 49 שם.

¹⁰⁸ אלבק, משפט עברי, עמ' 106, 131-132; אלבק, דיני הממונות, עמ' 418, שם מפנה אלבק לר"ן, תלמוד בבלי, בבא מציעא, קח ע"א, ד"ה "והלכתא צריך למקנא מיניה": "דחשבינן ליה לבר מצרא כאילו יש לו קצת קנין בגופו של קרקע". למטבע הלשון "קצת קנין" השוו דברי הרמב"ם במשנה תורה, הלכות אישות, פ"ה הכ"ג, לעיל הערה 95.

¹⁰⁹ אלבק, דיני הממונות, עמ' 377-379; אלבק, משפט עברי, עמ' 112-113; להגדרת הרשות ראו שם, עמ' 106-111.

¹¹⁰ ראו לעיל, טקסט סמוך להערה 61 ואילך.

דוגמה נוספת היא שכירות, אשר לדעת אביי הינה במהותה מכירה של הנכס לימי השכירות, לפחות בהקשר של אונאה.¹¹¹ עם זאת, ויגודה עומד על כך שכבר בתלמוד עצמו ניכרות שתי גישות אפשריות לעניין מהותה של זכות השכירות, אם קניינית היא – אם לאו: האחת, גישתו זו של אביי – "והאי נמי ביומיה מכירה היא", והשנייה – "שכירות לא קניא".¹¹² לדעת ויגודה, בעניין זה חל שינוי בגישת חכמים בתקופה הבתרת-למודית. רוב הראשונים ראו בשכירות זכות קניינית, ואילו רבים מחשובי האחרונים ראו בה זכות אובליגטורית.¹¹³

הרמב"ם מאמץ את הכלל "שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא", אך נראה כי אינו משייך את השכירות לגדרה של הבעלות ואינו רואה בה מכר לזמן קצוב ואף לא מכירת קרקע לפירותיה.¹¹⁴ הרמב"ם משתמש בכלל זה כדי ללמוד גזרה שווה בין דיני המכירה לדיני השכירות בעניינים מסוימים, כגון לעניין אונאה או לעניין הכוח להשכיר והאפשרות להתנות תנאים בשכירות.¹¹⁵ נראה כי זו אף דרכם של הטור ושל השולחן ערוך, שניהם בעקבות הרמב"ם.¹¹⁶

לרנר מביא את זכות השכירות כדוגמה לזכות קניינית במשפט העברי, אך אינו רואה בה בעלות

¹¹¹ תלמוד בבלי, בבא מציעא, נו ע"ב. ראו גם משנה תורה, הלכות מכירה, פ"ג ה"ז: "השוכר את הכל או את הבהמה יש בהם הונייה. שהשכירות מכירה בת יומה היא".

¹¹² לגישה השנייה ראו תלמוד בבלי, עבודה זרה, טו ע"א.

¹¹³ ראו ויגודה, שכירות, עמ' 7.

¹¹⁴ ראו משנה תורה, הלכות שכירות, פ"ז ה"א, וכן משנה תורה, הלכות מכירה, פ"ג ה"ה-ה"ח, שבהן מבאר הרמב"ם את ההבדלים בין המוכר קרקע לזמן קצוב, המוכר שדה לפירותיה, המוכר פירות שדה והמשכיר שדה.

¹¹⁵ לעניין אונאה ראו משנה תורה, הלכות מכירה, פ"ג ה"ז, לעיל הערה 111. לעניין הכוח להשכיר ולקבוע תנאים בשכירות ראו משנה תורה, הלכות שכירות, פ"ז ה"א.

¹¹⁶ לעמדת הטור ראו טור, חושן משפט, הלכות שוכר, שטו, ב-ג וטור, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, ריב, ו-ז. הטור מוסיף על דברי הרמב"ם אף את דינא דבר מצרא וזכייה במציאה הנמצאת בנכס המושכר, שניהם בעקבות אביו הרא"ש; ראו טור, חושן משפט, הלכות מצרנות, קעה, צב וטור, חושן משפט, הלכות אבידה ומציאה, רס, ג. לעמדת השולחן ערוך ראו שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות שוכר, שטו, א-ב (וראו הגהת הרמ"א שם כי אין אונאה בשכירות קרקע בעקבות שו"ת הרא"ש, כלל א, סימן ז, עמ' ג, בניגוד למה שהביא הטור, חושן משפט, הלכות מצרנות, קעה, צב בשם הרא"ש כי יש אונאה בקרקעות) ושולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, ריב, ד-ו. ר"י קארו קובע, כי הלכות מצרנות אינן חלות על שוכר; ראו שולחן ערוך, הלכות מצרנות, קעה, נט. לעומת זאת, הוא מאמץ את עמדת הטור, כי השוכר זוכה במציאה הנמצאת בנכס המושכר; ראו שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות אבידה ומציאה, רס, ג.

לזמן אלא זכות קניינית העומדת בפני עצמה.¹¹⁷ גם אלבק, אשר כאמור לעיל אינו מכיר בבעלות לזמן קצוב, מונה את השכירות כזכות קניינית העומדת בפני עצמה ומשייכה לזכויות הקנייניות במשפט התלמוד המוגבלות בזמן מעצם מהותן.¹¹⁸ לסיכום, נראה כי זכות השכירות לא נתפסה על ידי חכמים כבעלות לזמן קצוב, והקביעה כי שכירות היא מכירה לימים שימשה לצורכי היקש בין שכירות לבעלות בעניינים מסוימים ולא מעבר לכך.

מכל מקום, אף לו ראינו במכירת קרקע בזמן שהיובל נוהג, בזכות החייב לפי "שומא הדרא", בזכות בר המצרא או בשכירות עסקאות מכר לזמן קצוב, לא היה בכך כדי לשנות לעניין דיונונו זה, שכן כאמור לעיל, קיומן של הגבלות מכוח הדין או מכוח בית דין על משך הבעלות אינו משנה את תפיסתו העקרונית של המשפט העברי ביחס להיתכנותה של בעלות זמנית, תהא כאשר תהא; שכן לכל הדעות, גם אלה הרואות בבעלות זכות נצחית במהותה, בעלות זמנית אפשרית מכוח הדין.

¹¹⁷ לרנר, משכון, עמ' 59-60.

¹¹⁸ ראו אלבק, משפט עברי, עמ' 105. יש לציין, כי ויגודה חולק על אלבק בעניין זמניות השכירות, וקובע כי הזמניות אינה מאפיין הכרחי של זכות השכירות ואינה מבחינה בין שכירות לבין מכר; ראו ויגודה, שכירות, עמ' 33.

פרק שני: עסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים

א. מבוא

נראה שהחוקרים תמימי דעים כי עסקת בעלות לזמן נהגה בחיי המסחר של עמים אחרים באגן הים התיכון ובמערכות משפטיהם. העסקה שימשה כאמצעי קדום ליצירת משכנתא או משכונא, כלומר בטוחה להלוואה.¹ כמה מקורות מתקופת התנאים – מן המשנה, ובעיקר מברייתות בתוספתא ובתלמודים – עשויים להצביע על קיומן של עסקאות בעלות לזמן אף במשפט העברי בתקופת התנאים. רובם מובאים או נדונים בהקשר של משכונות ושל איסור הריבית. על רקע הדמיון למקורות ממשפטים של עמים אחרים, ולאור איסור הריבית במשפטנו, שהוסיף ממד נוסף של קושי במערכת היחסים המסחרית שבין מלווה ולווה, הציעו כמה חוקרים כי עסקת בעלות לזמן דומה שימשה גם את הסוחרים היהודים בתקופת המשנה. לדעת חוקרים אלה, עסקת בעלות לזמן שימשה פתרון לאיסור הריבית, בד בבד עם המרת עסקת ההלוואה לעסקת מכר לזמן קצוב, או כטכניקה יעילה ונוחה למלווה ליצירת בטוחה להלוואה. חוקרים אחרים חלקו וסברו כי במקורות אלה אין מדובר כלל בעסקת בעלות לזמן, ואיחרו את השימוש בעסקה זו לתקופת האמוראים. בפרק זה נבקש לעמוד על המקורות מתקופת התנאים ולבחון אם הם אכן תומכים בעמדה המחקרית בדבר קיומה של עסקת בעלות לזמן כבר בתקופת התנאים.

ב. עסקת "מכאן ועד שלש שנים"

כך אנו שונים במשנה, בבא מציעא, פ"ה ה"ג: "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת דמים ואמר לו אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך אסור הלווה על שדהו ואמר לו אם אי אתה נתן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים".²

¹ ראו, למשל, גלובוס, רבית, עמ' 30; גולאק, משכנתא, עמ' 82-84; כהן, אנטיכרסיס, עמ' 188-189; רוזנפלד ומנירב, בטוחות, עמ' 71-72.

² כך בדפוס שלפנינו, ובשינויים קלים שאין להם השלכה לענייננו גם בכתב יד קאופמן, בכתב יד פרמה, ובמשנה - דפוס נפולי. יש חוקרים הסוברים כי מקבילה למשנה זו נמצאת בתוספתא, מהד' ליברמן, בבא מציעא, פ"א הי"ז: "משכן לו בית משכן לו שדה ואמ' לו אם לא נתתי לך מיכן ועד יום פלני אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן יתקיים התניי דברי ר' יוסה אמ' ר' יהודה היאך זוכה זה בדבר שאינו שלו אלא ינתחנו"; ראו, למשל, גולאק, משכנתא, עמ' 86-88; לרנר, פדיון משכון, עמ' 164; אלבק, איסור הריבית, עמ' 87-88.

שתי עסקאות מוזכרות במשנה זו. הראשונה, שעניינה מכר מוחלט, אינה מענייננו כאן. השנייה היא עסקת "מכאן ועד שלש שנים" שנהג לערוך ביתוס בן זונין על פי חכמים, תחילתה בהלוואה, ולא נזכרת בה כלל לשון מכר. הדיון האמוראי בבבלי, בבא מציעא, סה ע"ב נראה כמתמקד בעסקה הראשונה, ולא ניתן להבין ממנו כיצד ראו האמוראים את העסקה השנייה.³ עם זאת, נראה כי מסורת הגאונים הייתה כי אף עסקה זו נערכה בדרך של מכר.⁴ לפי עמדת הגאונים, מדובר בעסקה שבמהותה הינה עסקת מכר עם תנאי מפסיק. אם תוחזר ההלוואה במועדה – ישוב השדה לבעלות הלווה, ואם לא תוחזר ההלוואה במועדה, ייוותר הנכס בבעלות המלווה.⁵

נשאלת שאלת הטכניקה המשפטית שבה נערכה עסקה זו. מלשון הגאונים לא ברור אם השבת הנכס ללווה כרוכה במכירה חוזרת מאת המלווה ללווה, שאז מדובר בעסקת מכר חוזר, או שמא הבעלות בנכס חוזרת אוטומטית ללווה עם השבת ההלוואה, שאז נראה כי מדובר בעסקת מכר מותנה. בכל מקרה, נראה כי אין מדובר בעסקת מכר לזמן קצוב, שהרי לא ברור אם הממכר ישוב לבעליו המקורי כלל ועיקר או מתי ישוב אליו, והשבתו מותנית בביצוע פעולה על ידי המוכר – השבת ההלוואה.

בתקופת הראשונים ניכרת גישה אחרת למהותה של עסקה זו. רש"י על אתר אינו מתייחס למהותה של עסקת "מכאן ועד שלש שנים", אך מתוך פירושו לעסקת "כתב (או עשה) שדהו

³ כפי שיבואר להלן, לרנר סבור שגם העסקה השנייה המובאת במשנה זו, עסקת "מכאן ועד שלש שנים", נערכה בדרך של מכר. לרנר מעמיד את דיון הגמרא בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, סה ע"ב כמתייחס גם לעסקה זו, וכקובע כי העסקה עצמה מתייחסת למקרה שבו אמר החייב "קנה מעכשיו", כדי להתגבר על בעיית האסמכתא. לשיטתו של לרנר, זו היא תוספת אמוראית-בבלית, ואילו בתקופת המשנה לא חששו כלל לאסמכתא בעסקה זו. ראו לרנר, פדיון משכון, עמ' 164. על אסמכתא, ראו ליפשיץ, אסמכתא, עמ' 1-19, ולעניין אסמכתא וריבית – עמ' 418-406. עוד תשומת הלב כי לדעת גבריהו, הלוואה בריבית, עמ' 180, העסקה הראשונה נועדה להיות "מכירה על מנת להחזיר".

⁴ תשובות הגאונים - שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן יב: "אבל מה שנמכר לזמן הקצוב נאמר עליו במשנה הלווה על שדהו ואמר לו אם אי אתה מביא לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלי". יוער, כי כמבואר בהמשך דברינו, אין הכוונה למכר לזמן קצוב במובן המשמש במחקר זה, אלא למכר חוזר או למכר מותנה.

⁵ כלשון התשובה, שם: "אם החזיר המעות יחזיר לו הקרקע ואם לא יחזיר הממכר מוחלט".

מכר",⁶ והשוואתו לכאן, עולה שהוא ראה בה עסקת מכר מותנה שנועדה לשם משכון.⁷ נראה כי לפי עמדת רש"י, נותר השדה בבעלות הלווה עד להתקיימות התנאי של אי־פרעון ההלוואה במועדה, ואז עבר לבעלות המלווה. זו הייתה גם עמדת הרמב"ם.⁸ הרמב"ם פוסק כי עסקה זו משוללת תוקף משפטי בשל היותה אסמכתא, ועל כן המלווה לא רכש זכויות בקרקע ואינו יכול ליהנות מפירותיה בתקופת ההלוואה מחמת איסור הריבית. לעומת זאת, אם נערכת העסקה בלשון "מעכשיו", המכר תקף.⁹ גם דעתו של הרא"ש היא כי עניינה של משנתנו בעסקת מכר מותנה.¹⁰

הטור, ובעקבותיו אף השולחן ערוך, העמידו אף הם את משנתנו כעוסקת במקרה של מכר מלא שנכנס לתוקף עם התקיימות תנאי עתידי, והקדישו את עיקר דבריהם הן להיבט האסמכתא שבעסקה אם לא נערכה בלשון "מעכשיו", והן לשאלה אם העסקה נגועה באיסור ריבית דאורייתא או דרבנן.¹¹

לסיכום: לפי דעות הראשונים, אין מדובר כלל במקרה של עסקת בעלות לזמן.

בתקופת האחרונים ניכרות שתי גישות באשר למהות העסקה שבמשנתנו. ר' עובדיה מברטנורא מעמיד את העסקה כעסקת מכר, כגאונים וכראשונים לפניו. ר' יום טוב ליפמן הלוי הירושלמי, בעל

⁶ גם לגבי עסקת כתב (או עשה) שדהו מכר נאמר בתוספתא ובברייתות המופיעות בשני התלמודים כי ביתוס בן זונין נהג לעורכה. על מהותה של עסקה זו ועל הזיקה האפשרית בינה לבין עסקת "מכאן ועד שלש שנים", ראו להלן, בסמוך להערה 46 ואילך.

⁷ בפירושו של רש"י בתלמוד בבלי, ערכין, לא ע"א, הוא מבהיר כי עסקת "עשה שדהו מכר" הינה עסקת מכר מותנה שנועדה לשם משכון, ומתארה כך: "שמשכן לו שדהו על אותו מנה וכתב לו אם לא אתן לך מנה מיכן ועד שלש שנים הרי היא שלך". פירושו זה של רש"י מתאר את העסקה בדיוק באופן שבו היא מתוארת במשנתנו.

⁸ משנה תורה, מלוה ולוה, פ"ו ה"ד.

⁹ בנסיבות אלה יש לבחון את העסקה בדיעבד. אם מוחזרת ההלוואה במועדה, אסור למלווה ליהנות מפירות הקרקע, ואילו אם אינה מוחזרת במועדה, רוכש המלווה בעלות רטרואקטיבית בקרקע, וזכאי ליהנות מפירותיה בתקופת ההלוואה. בכך דומה עסקת "מכאן ועד שלש שנים" לעסקה הקודמת המובאת באותה הלכה, כפי שפורשה על ידי האמוראים. בשתי העסקאות קיימת איזודאות בתקופת הביניים שמחייבת השלשת פירות הקרקע עד שיתברר מי זכאי ליהנות מהם.

¹⁰ תוספות הרא"ש, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, ד"ה "לא תמכרם אלא לי בדמים הללו".

¹¹ טור ושולחן ערוך, יורה דעה, ריבית, קסד. לרנר סבור, כי קיימות סתירות לכאורה בעמדת השולחן ערוך בעניין זה; ראו לרנר, פדיון משכון, עמ' 165.

תוספות יום טוב, חולק על פירושו ומעמידה כעסקת הלוואה.¹² נראה כי לפי שתי הגישות אין מדובר בעסקת בעלות לזמן.

בקרוב החוקרים ניכרות עמדות שונות בנוגע למהותה של עסקת "מכאן ועד שלש שנים". אלעזר ל' גלובוס, גולאק, הלוי, משה גיל ועמית גבריהו רואים בה עסקת חילוט משכון בתום תקופת ההלוואה, אשר לא נערכה כלל בדרך של מכר.¹³ לעומתם נראה כי לשיטתם של רוזנפלד ומנירב, עסקת "מכאן ועד שלש שנים" היא עסקת מכר עם תנאי מתלה, שלפיו נותרת הבעלות בנכס בידי המוכר/לווה.¹⁴

שלום אלבק גם הוא רואה בעסקת "מכאן ועד שלש שנים" עסקת מכר מותנה.¹⁵ אלבק מציין כי במשנה לא נתבאר מי רשאי לאכול את פירות השדה בתקופת הביניים, אך עניין זה מתבאר מן התוספתא העוסקת בעסקת "עשה שדהו מכר". לפי התוספתא, עמדת חכמים היא כי אסור למלווה לאכול את פירות השדה בתקופת הביניים.

עמדתו של לרנר דומה.¹⁶ לרנר רואה את עסקת "מכאן ועד שלש שנים" כעסקת חילוט משכון אשר נערכה בדרך של מכר מותנה, כאשר "אין המכר תקף מיד, אלא עם קיום התנאי – אי פרעון החוב במועד – מקבל הוא תוקף רטרואקטיבי".¹⁷ לרנר סבור כי עריכת העסקה בדרך של מכר היא שאפשרה להצדיק אותה מבחינה ערכית, כיוון שבדרך זו הייתה העסקה יכולה לפעול לא רק

¹² ראו ברטנורא ותוספות יום טוב למשנה, בבא מציעא, פ"ה ה"ג.

¹³ גלובוס, רבית, עמ' 30; גולאק, משכנתא, עמ' 88-86; הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 37; גיל, בעלות, עמ' 32-33; גבריהו, הלוואה בריבית, עמ' 180.

¹⁴ נראה כי רוזנפלד ומנירב מבחינים בין עסקת "מכאן ועד שלש שנים" לבין עסקת "עשה שדהו מכר" שבתוספתא, שהיא לשיטתם עסקת מכר עם תנאי מפסיק, בו עוברת הבעלות בנכס לידי הרוכש/מלווה.

¹⁵ אלבק, איסור הריבית, עמ' 87-88. לדעת אלבק, ר' יהודה ור' יוסי חלוקים לגבי עסקה זו. ר' יהודה סבור, כי התנאי קיים ואין בו משום ריבית, כיוון שאינו אלא קנס המוטל על הלווה אם לא יפרע את חובו. ר' יוסי סבור, שהתנאי בטל משום היותו אסמכתא, אלא אם נערכה העסקה בלשון "קנה מעכשיו", באמצעותה מגלה הלווה כי גמר בדעתו להתקשר בעסקה מחייבת.

¹⁶ לרנר, פדיון משכון, עמ' 166.

¹⁷ לרנר סבור, כי ככלל קיים הבדל עקרוני בין חכמי אשכנז לחכמי ספרד לעניין מידת התועלת שבקביעת התנאי "מעכשיו" לשם התגברות על בעיית האסמכתא, אולם ספציפית לעניין עסקת משכון מסכימים אלה ואלה כי שימוש בתניית "מעכשיו" פותרת את בעיית האסמכתא; ראו שם, עמ' 164-165.

לטובת המלווה/רוכש אלא גם לרעתו.¹⁸

לסיכום: עמדת הגאונים, לפיה עסקת "מכאן ועד שלש שנים" היא עסקת בעלות לזמן, נותרה כעמדה יחידאית. הראשונים והאחרונים פירשו אותה באופן שונה, וגם לדעת החוקרים אין מדובר בעסקת בעלות לזמן.

ג. מכירת בית הכנסת

כך אנו שונים במשנה, מגילה, פרק ג משנה ב: "אין מוכרין בית הכנסת אלא על תנאי שאם ירצו יחזירוהו דברי רבי מאיר וחכמים אומרים מוכרים אותו ממכר עולם חוץ מארבעה דברים למרחץ ולבורסקי ולטבילה ולבית המים רבי יהודה אומר מוכרין אותו לשם חצר והלוקח מה שירצה יעשה".¹⁹

עמדת רבי מאיר היא כי מכירת בית כנסת תהא לעולם מותנית בזכותם של המוכרים לשוב ולרכוש את בית הכנסת מאת הרוכש או הרוכשים. עמדתו זו נועדה להתמודד עם החשש, שהשימוש שיעשה הרוכש בבית הכנסת לא יהא הולם את קדושתו. היא לא נועדה להגשים אפוא כל תכלית מסחרית ובוודאי שאין מדובר כאן במקרה של הלוואה שהוסוותה כמכר. רבי מאיר אינו קובע דבר לגבי השווי שבו זכאים המוכרים לשוב ולרכוש את בית הכנסת, וככל שמדובר ברכישה בשווי השוק של בית הכנסת במועד מימוש הזכות – לכאורה לא אמור להיות כל חשש ריבית.²⁰ בדיונו של התלמוד הירושלמי במשנה זו אכן לא עולה כל חשש ריבית.²¹

חשש הריבית בהקשר של עסקה זאת עולה לראשונה בדיון האמוראי בתלמוד הבבלי. סתמת הגמרא תוהה, כיצד עושה הרוכש שימוש בנכס, שהרי אם ישוב הנכס לבעליו הראשונים – יימצא

¹⁸ זאת כיוון שלדעת לרנר, בעסקת חילוט משכון היה הנושה מוגבל למימוש המשכון בלבד לשם פרעון החוב. במקרה שבו ירד ערך הבטוחה מתחת לסכום ההלוואה, לא יכול היה המלווה לגבות את יתרת החוב מנכסיו האחרים של הלווה. ראו שם, עמ' 158, 167.

¹⁹ כך במשנה בדפוס שלפנינו. בכתב יד קאופמן מופיעה עמדת ר' מאיר כ"א...אלא על תנאי שירצו יחזירוהו", וכך בכתב יד פרמה ובקטע גניזה קיימברידג' T-S E2.59. נראה כי זהו שינוי שאין לו השלכה לענייננו.

²⁰ השוו תוספתא, מהד' ליברמן, בבא מציעא, פ"ד ה"ו: "משכן לו בית משכן לו שדה ואמ' כשתמכרם מכרם לי בדמים הללו אסור אמ' לו בשויהן מותר". כן ראו האמור סמוך להערה 99 להלן.

²¹ ירושלמי, בבא מציעא, מגילה, פ"ג ה"ג, טור 765 שורות 4-7, עד ע"א. ראו גם ירושלמי, נדרים, פ"ט ה"ב, טור 1043 שורות 49-50, מא ע"ד.

אלא שכוונתה האמיתית אינה לתתם במתנה מוחלטת אלא רק להבריחם מבעלה לעתיד, מתוך כוונה לשוב ולזכות בהם במועד מאוחר יותר.²⁵ שטר הפסטיס (או הפסים) מוצג כפתרון משפטי לגיטימי ויעיל לשם הברחת נכסים, ללא כל ביקורת.

לעומת זאת, בתלמוד בבלי, כתובות, יט ע"א-ע"ב, נשמעת נימה ביקורתית כלפי השימוש בשטר אמנה ובשטר פסים, מבלי לפרט באשר למהותו המסחרית של שטר הפסים.²⁶ לאור נימה ביקורתית זאת, יש לתהות אם מדובר באותו שטר פסים המשמש להברחת נכסים.

גרסה אחרת של מימרות אלה מובאת בירושלמי, כתובות, פ"ב ה"ג, ומתייחסת ל"שטר אמנה" ול"שטר פוסיטיס".²⁷ גם מגרסת התלמוד הירושלמי לא מתברר טיבם של "שטר האמנה" ו"שטר הפוסיטיס" או ההבדל ביניהם. עם זאת, לפחות לשיטתו של ר' חגי, רשאים העדים לחתום על שטר אמנה ושטר פוסיטיס ורשאים להעיד אחר כך שכך עשו ועדותם תהא נאמנה. גדר האיסור, לשיטתו של ר' חגי, מצטמצמת להחזקתם של שטרות אלה בבית.

עד כה לא עלה בידינו לעמוד על מהותו המסחרית של שטר הפסים המופיע במקורות אלה מתוך עיון במקורות עצמם. ייתכן כי התשובה טמונה בשמו של השטר, המכונה בשם "שטר פסים"

²⁵ לשיטות השונות בהבנת הטכניקה המשפטית שמציעים חכמים לשם ביצועה של עסקת הברחה זו ראו תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 325-326. כן ראו ולר, מעמד הארוסות, עמ' קמז-קמח והערה 12 שם; ריבלין, הירושה והצוואה, עמ' 168-169; ריבלין, הברצלוני, עמ' 147 הערה 1. הדיון בסוגיית שטר המברחת בכללותה חורג מגדרו של מחקר זה. ראו לעניין זה ולר, מעמד הארוסות, עמ' קנג-קנו.

²⁶ "במערבא משמיה דרב אמרי באם און בידך הרחיקה זה שטר אמנה ושטר פסים". לשיטת רבא, אביי, רב אשי וסתמא דגמרא, שטר האמנה משקף עסקת הלוואה פיקטיבית, כלומר מעיד על הלוואה שלא ניתנה הלכה למעשה. מהותו של שטר הפסים נותרת סתומה.

²⁷ ירושלמי, כתובות, פ"ב ה"ג, טור 962 שורות 41-48, כו ע"ב-כו ע"ג: "רב חונה בשם רב. נאמנין העדים לומי. שטר אמנה ושטר פוסיטיס הוא. דרב אמ'. אסור לחתום בשטר אמנה ובשטר פוסיטיס. מה ופליג. אמרי בשם רב. נאמנין העדים לומי. שטר אמנה ושטר פוסיטיס הוא. מילתא דרב פליגא על מילתא דרב. אמ' ר' חגי. לא דרב אמ'. אסור לחתום (לא אמ') אלא אסור לקיים. כהדא. "אם און (הרח') בידך הרחיקהו". זה שטר אמנה ושטר פוסיטיס. "ואל תשכן באוהליך עוולה". זה שטר פרועי". המונח "מה ופליג" משמש כאן במתכונתו הרגילה בתלמוד הירושלמי. ראו מוסקוביץ, טרמינולוגיה, עמ' 399: "מה ופליג' בא אחרי שני היגדים סותרים או חלוקים לכאורה, כדי לשאול האם הם באמת חלוקים, ואחריו מוצע הסבר המראה שאין הכרח להניח שהיגדים אלה חלוקים"; ובהמשך הדברים: "ההיגדים שאליהם מתייחס ימה ופליג' יכולים להיות... קביעות סותרות המיוחסות לאותו אמורא, כשדברי האמורא הובאו באחת הפעמים על ידי אמורא אחר".

בתלמוד הבבלי ו"שטר פיסטיס" או "שטר פוסיטיס" במקורות הארץ ישראלים. רש"י מפרש "שטר פסים" תוך שהוא מייחס את המונח "פסים" ללשון פיוס: "שאומר לחברו אוהבו ומאמינו שיכתוב לו על עצמו שטר חוב כדי שיראה עשיר".²⁸ אחריו מתרים-מחזיקים גם פרשני הירושלמי.²⁹ לפי גישה זו, שטר הפסים, כמוהו כשטר האמנה, מתעד עסקת הלואה פיקטיבית. הערוך מציע תחת הערך "פסיס", לצד פירושו זה של רש"י, גם פירוש אחר, לפיו "שטר פסים" הבבלי אינו אלא שיבוש של המונח "שטר פיסטיס" שיסודו במילה היוונית "פיסטיס" שמשמעותה "אמונה".³⁰ לפי פירוש זה, ייתכן כי "שטר פסים" אינו אלא שם נרדף ל"שטר אמנה".

שטר הפיסטיס נזכר במקור תנאי נוסף, שייתכן שיש בו כדי לשפוך אור נוסף על מהותו. בתוספתא, בבא בתרא, פ"ב ה"א נאמר כך: "האוכל שדה בחזקת שהיא שלו והוציא עליו שטר שמכרה לו ושנתנה לו במתנה יתקיים שטר בחותמיו ואם אמ' כתבתי שטר ונטלתי מעות שטר פיסטיס"³¹ הוא בידך הכל הולך אחר חזקה".³² זהו אומנם הנוסח המקורי לדעת כל החוקרים שעסקו בסוגיה זו, אך ראויה לציון העובדה כי בשני עדי נוסח שונים תוקן הנוסח: בכתב יד ערפורט הוחלף הנוסח המקורי במלים "אבל לא נטלתי מעות", ובמהדורת צוקרמנדל מופיע

²⁸ רש"י, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א ורש"י, תלמוד בבלי, גיטין, יט ע"ב. המאירי מפרש בבית הבחירה, תלמוד בבלי, כתובות, יט ע"ב: "וענין פסים הוא שמבקש ממנו לכתוב לו שטר שהוא חייב לו כדי שיתראה בו ויחזיקוהו בעשיר וירבו עליו קופצים", כפי שמפרש רש"י בתלמוד בבלי, גיטין, יט ע"ב.

²⁹ פני משה על אתר מפרש: "שטר פוסיטי" הוא – שטר פסים שפייסו להלוות לו שטר בח"י". בעל קרבן העדה מביא על אתר הן את הפירוש כי "פוסיטוס" (כך במקור) הינו מלשון פיוס, "היינו שטר פיוס שפייסו ליתן לו שטר אע"ג שאינו חייב לו רק דליפוק עלי' קלא דעשיר הוא" (כפי הנראה בעקבות פירוש רש"י לתלמוד בבלי, גיטין, יט ע"ב; ראו הערה 28 לעיל), והן את פירוש בעל ערוך השלם המובא להלן, כי מקורה של המילה ביוונית ומשמעותה – אמונה.

³⁰ ספר ערוך השלם, עמ' שעח (פסטיס) ועמ' שפא-שפב (ערך פסיס). למקורותיו של הערך פסיס בספר הערוך ראו אברמסון, לחקר הערוך (המשך), עמ' 256. בעקבות פירושו זה של בעל ערוך השלם, ולשם הנוחות, נתייחס בדברינו הכלליים להלן לשטר כאל "שטר פיסטיס".

³¹ כך בתוספתא - דפוס ראשון ובכתב יד וינה. בכתב יד ערפורט - "פסטיס".

³² כפי שמעיר ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא בתרא עמ' 344, זהו הנוסח הנכון, וכך הוא הנוסח בתוספתא - דפוס ראשון ובכתב יד וינה. גם גולאק, משכנתא, עמ' 83 הערה 6, סבור כי "ונטלתי מעות" הוא הנוסח הנכון. לשינויי הנוסח ראו הערת שוליים 33 להלן.

שיבושי נוסח אלה בתוספתא עשויים לנבוע מן התפיסה כי שטר הפיסטיס היה בהכרח שטר מתנה שנועד להברחת נכסים, וממילא לא היה כרוך בקבלת כספים. אלא שהברייתא שבתוספתא, וייתכן שאף זו שבמקבילה בתלמוד הבבלי, בבא בתרא, קנד ע"ב, מצביעה על עסקה אחרת, הכרוכה בקבלת מעות על ידי נותן השטר. ייתכן כי ניתן ללמוד מה מהותה של עסקה אחרת זו ממדרש תהלים, מזמור יט, שבו מתואר כיצד הלילה והיום לווים זה מזה ב"פיסטיס". כלומר מתוך אמון, ללא עדים.³⁴ מדובר אפוא בעסקת הלואה המשלבת מרכיב של אמון. הלואה מוכר את השדה למלווה במסגרת עסקת ההלוואה באמצעות שטר פיסטיס, וסומך עליו שבבוא העת יוכל להשיב את ההלוואה ולשוב ולזכות בבעלות בשדה.

לפי הבנה זו של הברייתא, ניתן להציע כי **קיימות שתי עסקאות שונות המכונות "שטר פיסטיס"**. האחת היא עסקת מתנה שמטרתה לסייע לאישה להבריא נכסיה מבעלה לעתיד, אשר ממילא אינה כרוכה בקבלת כספים כנגד הנכסים. השנייה היא עסקת הלואה המוסווית כעסקת מכר, שבה הלואה מוכר נכס למלווה ונותן אמונו במלווה שעם השבת ההלוואה יושב המצב לקדמותו. אם כך, ייתכן שהמונחים "שטר פיסטיס" ו"שטר אמנה" נועדו לייצג שתי עסקאות שונות בעלות שם דומה או זהה – עסקת הברחת נכסים ועסקת הלואה. שתי המימרות המובאות מפי רב בתלמוד הירושלמי התייחסו אף הן לשני דפוסי עסקה שונים אלה: רב אישר את עסקת הברחת הנכסים והסתייג מעסקת ההלוואה. הדבר אף מסביר את הבדלי הגישות שבין הברייתות השונות:

³³ בכתב יד ערפורט תוקן הנוסח "אבל לא נטלתי מעות" והסופר ניקד את המילה "נטלתי", וכפי שמציין ליברמן, שם, ברור שזו הגהה מאוחרת. במהדורת צוקרמנדל, בבא בתרא, פ"ב ה"א, עמ' 299 שורה 25, מופיע "ולא נטלתי מעות", אך כפי שמציין גולאק, משכנתא, עמ' 83 הערה 6, בהערות במהדורת צוקרמנדל מבואר, כי מדובר בתיקון בכתב היד וכי הנוסח המקורי הוא "ונטלתי". ניתן לשער כי בתיקונים אלה ניכרת השפעתה של המקבילה בתלמוד הבבלי, בבא בתרא, קנד ע"ב. קיימות כמה גישות במחקר לעניין מקורה של סוגיה זו בתלמוד הבבלי; ראו, למשל, ווייס, סוגיות, עמ' 98-105; ווייס, התלמוד הבבלי, עמ' 11-12; אטלס, לתולדות הסוגיא, עמ' 1. הרחבה בעניין זה חורגת מגדר מחקרנו. נעיר אך זאת, כי ליברמן סבור שסיפת הברייתא בתוספתא אינה קשורה לברייתא של בר קפרא המובאת בתלמוד הבבלי; ראו תוספתא כפשוטה, עמ' 344. ליברמן סבור שזו גם עמדת גולאק, משכנתא, עמ' 83 הערה 6, אולם לענ"ד אין זו בהכרח עמדת גולאק. גולאק דווקא מבחיר שם, באמצעות הפניה לכתבי היד של התלמוד הבבלי, את הדמיון בין משנת בר קפרא שבתלמוד הבבלי לברייתא שבתוספתא.

³⁴ מדרש תהלים, מזמור יט, עמ' רו-רז.

עסקת ההברחה זוכה לברכתם של חכמים בהקשר של אישה המבקשת להבריא נכסיה מבעלה לעתיד, ואילו עסקת ההלוואה – לגינוי.

נראה כי דעת החוקרים שעסקו בסוגיות אלה עד כה נוטה לאמץ כמה מהשערות אלה. גולאק, ישראל אוסטרזר, י"נ אפשטיין, שאול ליברמן, דניאל שפרבר, משה עסיס ומוסקוביץ תמימי דעים כי מקורו של המונח "שטר פיסטיס" ביוונית, כפי שמוצע בספר הערוך.³⁵ ראוי לציין כי התופעה של שאלת מונחים משפטיים מיוונית נפוצה למדי בספרות חז"ל במה שנוגע לדיני הלוואות ומשכונות, ומסתבר כי זו דוגמה נוספת לה.³⁶

רוב החוקרים אף סבורים כי מונח זה מייצג כמה דפוסי עסקאות, וכי המונחים "שטר פיסטיס" ו"שטר אמנה" מייצגים שני שטרות שונים. כך, למשל, גולאק סבור כי היו כמה דפוסי עסקה שכונו בשם "פיסטיס", ובהם העברת נכס במתנה ללא קבלת כספים, משכנתא שנערכת בצורה של מכר גמור והלוואה ללא שטר וללא משכון.³⁷ גולאק מציין כי אף במשפטים קדומים אחרים – המשפט היווני-מצרי והמשפט הסורי-רומאי – שימש המונח "פיסטיס" לציין עסקאות מסוגים אלה, ובכללן עסקת משכון שנערכה בדרך של מכירה.³⁸ אוסטרזר מציין כי "שטר פיסטיס" ו"שטר אמנה" נזכרים בספרות חז"ל הן לעניין מקח וממכר והן לעניין הלוואה, וכי לטעמו מדובר בשטרות שונים מבחינת תוכנם.³⁹ ליברמן מביא אף הוא את שתי המשמעויות השונות של

³⁵ ראו גולאק, משכנתא, עמ' 83-84; אוסטרזר, נמוס, עמ' 311 הערה 54; אפשטיין, ספרות האמוראים, עמ' 292; לעמדת ליברמן ראו תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 325 ובבא בתרא עמ' 344; שפרבר, מילון, עמ' 145-146 ערך "פיסטיס"; עסיס, ירושלמי נזיקין, עמ' 162 והערה 10 שם; מוסקוביץ, כפלי גרסה, עמ' 209.

³⁶ דוגמאות נוספות הינן האפותיקי, האנטיכריסיס, הנמוס והאפרכוריס (פרכוריס). ראו, למשל, אפשטיין, אוני; אוסטרזר, נמוס; אוסטרזר, פרכוריס; כהן, אנטיכריסיס.

³⁷ גולאק, משכנתא, עמ' 83-84.

³⁸ שם. ראו גם כהן, אנטיכריסיס, עמ' 198 הערה 96, המעמיד את המושג "פיסטיס" (ובלשונו שם, "פיסטיית") בהקשר של הסוואת עסקת משכון כעסקת מכר.

³⁹ אוסטרזר, נמוס, עמ' 311 הערה 54. אוסטרזר סבור כי במקורו המצרי-יווני, שימש שטר הפיסטיס כשטר שבאמצעותו הועברה הבעלות הפורמלית במשכון למלווה, בעוד החזקה במשכון נותרה ככלל בידי הלווה, אשר היה שב וזוכה בבעלות בקרקע על ידי השבת ההלוואה. אוסטרזר מציין כי "לפי המקובל", שטר הפיסטיס ושטר האמנה שבתלמוד – אחד הם, אולם לא ברור על מה נסמכת קביעתו זו, שהוא ממילא חולק עליה לגופם של דברים. אוסטרזר מציין עוד כי בכוונתו לייחד את הדיבור באשר למונחים "שטר פיסטיס" ו"שטר אמנה" במקום אחר, אולם לא עלה בידינו לאתר מקור נוסף כזה.

העסקה – בפירושו לתוספתא כתובות הוא מבאר שמדובר במתנה שנועדה להברחת נכסים, ובפירושו לתוספתא בבא בתרא הוא מבאר שמדובר בעסקת הלוואה הנעשית בדרך של מכר על מנת להחזיר, כשהלווה סומך על המלווה שבעת השבת ההלוואה תושב הקרקע לבעלות הלווה.⁴⁰ שפרבר מביא דוגמאות לשימוש בשטר פיסטיס הן בהקשר של הברחת נכסים והן בהקשר של הלוואה.⁴¹ מוסקוביץ מביא את הסוגיה שבמסכת כתובות בתלמוד הירושלמי כדוגמה למקרה מסופק, שבו לא ברור אם קיימת כפילות לשון או שמא מדובר בשני מונחים שונים במהותם.⁴² ריבלין סבור, בעקבות סוגיות הבבלי ובעקבות הממצאים מספרות השטרות כי שטר האמנה ושטר הפסים הם שטרות נפרדים, וכי קיימים שני דפוסים של שטר פסים. שטר האמנה הוא שטר חוב לצורכי הערמה, שנועד לסייע ללווה ליצור מצג כי אינו עשיר, והוא מכונה כך כיוון שהלווה מאמין למלווה שלא יתבע את החוב; שטר פסים מסוג אחד גם הוא שטר חוב לצורכי הערמה, שנועד לסייע למלווה ליצור מצג כי הוא עשיר; שטר פסים מסוג שני הוא שטר הברחת נכסים.⁴³ גבריהו סבור כי שטר האמנה ושטר הפסים חד הם, וכי מדובר בהלוואה מובטחת במקרקעין שנערכה בדרך של מסירת שטר מכר מקרקעין מהלווה למלווה.⁴⁴ אם לא נפרעה ההלוואה במלואה ובמועדה, המלווה יכול היה לממש את הבטוחה באמצעות שטר המכר שבידו.

נשאלת השאלה, מה ניתן להסיק ממקורות אלה באשר לעמדת התנאים ביחס לעסקאות בעלות לזמן. כאמור לעיל, כמה חוקרים סבורים כי שטר האמנה ושטר הפיסטיס שימשו בין היתר לשם מתן הלוואה או העמדת משכון בדרך של מכר חוזר, וזאת לצד שימושם לשם הברחת נכסים. דעה זו נתמכת בנוסח המקורי של ברייתא אחת המובאת בתוספתא ובתלמוד הבבלי, כמו גם בשימושים שנעשו בשטר פיסטיס במשפטיהם של עמים קדומים אחרים. כפי שניווכח בהמשכו של מחקר זה, אזכוריו של שטר הפסים בתשובה אחת מתקופת הגאונים אף הם עשויים ללמד כי

⁴⁰ ראו תוספתא כפשוטה, כתובות, עמ' 325 ובבא בתרא עמ' 344. לעמדת ליברמן ראו גם ליברמן, תוספת ראשונים, עמ' 136.

⁴¹ שפרבר, מילון, עמ' 145-146 ערך "פיסטיס".

⁴² מוסקוביץ, כפלי גרסה, עמ' 209.

⁴³ ריבלין, הברצלוני, עמ' 147 הערה 1.

⁴⁴ גבריהו, הלוואה בריבית, עמ' 176.

שימש בהקשר של העמדת הלוואות או משכונות.⁴⁵ עם זאת, נראה כי מכלל ספק לא יצאנו.

כך או אחרת, נראה כי אליבא דרוב הדעות שהובאו לעיל, שטר האמנה ושטר הפיסטיס אינם מייצגים עסקת בעלות לזמן מחייבת מבחינה משפטית. הסיבה לכך היא שעסקת העברת הבעלות בשטר האמנה או בשטר הפיסטיס אינה מותנית בתנאי כלשהו, לא במועד עריכתה ואף לא במועד מאוחר יותר. כפי שמלמד שמו של השטר, מרכיב החזרת הבעלות שבו נותר בגדר הבנה לבר־משפטית, ומעביר הבעלות נותן אמונו במקבלה שישב לו את הבעלות כנגד השבת ההלוואה. רוכש הנכס מקבל אפוא בעלות שלמה, מלאה, בלתי מותנית ובלתי מוגבלת בזמן. המסקנה הינה כי אף אם שטר האמנה או שטר הפיסטיס שימשו ככלי לשם העמדת משכון למלווה או לשם העמדת ההלוואה גופא, מכל מקום לא שימשו ליצירתה של עסקת בעלות לזמן מחייבת מבחינה משפטית-פורמלית.

ה. "כתב (או עשה) שדהו מכר"

בתוספתא ובשני התלמודים נזכרת עסקה נוספת שראויה לעיון – עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר".⁴⁶ בתוספתא, בבא מציעא, פרק ד הלכה ב נאמר כדלקמן:

חייב לו מעות וכתב לו שדהו מכר בזמן שהמוכר אוכל פירות מותר הלוקח אסור ר' יהודה או' בין זה ובין זה מותר אמ' ר' יהודה כך היה ביתוס בן זון עושה על פי ר' לעזר בן עזריה אמרו לו משם ראייה אלא שהמוכר אוכל פירות⁴⁷

בתלמוד הירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ב קיימת מקבילה לסוגיה זו:

⁴⁵ ראו פרק הראשונים, סמוך להערה 109 ואילך. כידוע, המידה שבה תקופת הגאונים יכולה ללמד על תקופת חז"ל שנויה במחלוקת מלומדים ולא זה המקום להכריע; ראו, למשל, גודבלט, ישיבות בבל, עמ' 14-15 וגפני, הערות. עם זאת, ובכפוף להסתייגות זאת, ייתכן כי ניתן למצוא בספרות הגאונים רמז למהותן של העסקאות שביסוד שטר האמנה ושטר הפיסטיס.

⁴⁶ כפי שיבואר להלן, יש חוקרים שראו בתוספתא זו מקבילה לעסקת "מכאן ועד שלש שנים" שנזכרת במשנה ואשר נדונה סמוך להערה 2 לעיל, וזאת כפי הנראה בעקבות לשונו של פירוש רש"י. לדעת חוקרים אחרים, מדובר בעסקאות שונות במהותן. אנו נוטים לדעה כי מדובר בעסקאות שונות, דעה המתיישבת גם עם הבדלי הגישה הניכרים לדעתנו בין המשנה לבין המקורות החיצוניים לה בעניין עסקאות בעלות לזמן. על כן הפרדנו את הדיון בין העסקאות לשני תתי-פרק שונים.

⁴⁷ כך במהדורת ליברמן, עמ' 81 ובכתב יד וינה, ובשינויים קלים שאינם שייכים לעניינינו בכתב יד ערפורט.

תני. המוכר שדה לחברו ואמי' לו. על מנת שאהא בה אריס. על מנת שאהא בה שותף. על מנת שהמעשרות שלי. על מנת שכשתמכרנה לא תמכרנה אלא לי. שכל זמן שאני [רוצה] נותן דמיה ונוטלה. מותר. היה חייב לו מעות וכתב לו שדהו במכר. כל זמן שהמוכר אוכל פירות מותר. כל זמן שה(מ)[לו]קח אוכל פירות אסור. ר' יודה או'. בין כך ובין כך מותר. אמר ר' יודה. כך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים.⁴⁸ אמרו לו. משם ראייה. מוכר אוכל פירות היה. ר' יוחנן ור' לעזר ור' הושעיה אמרי. מבתי ערי חומה למד ר' יהודה. דתני. שנה האמורה {בתורה} <בבתי> ערי חומה הרי {הן} <זו> כמין רבית ואינה רבית. תני חורן תני. הרי זו רבית אלא שהתירה התורה. מאן דמר. הרי זו כמין רבית ואינה רבית. ר' !מאיר!. מאן דמר. הרי זו רבית אלא שהתורה התירה. [ר' יודה!]. <>מה טעמי דר' יהודה. כל רבית שיש לה צד אחד של התר מותר<>. אמ' ר' אידל. כד סלקית מגלותא אשכחית עובדא קומי ר' אמל. <>הדר בחצר חברו חוץ מדעתו מהו. ואמרון קומי הדא<>. הרי זו כמין רבית ואינה רבית. אמ' ר' חזקיה. לא אמרו אלא זו רבית שהתירה התורה. כאן התורה התירה. הא במקום אחר לא. אפי' כן לא אשגח ר' אמל. אמ'. בייתא עם דיירא דאיר.⁴⁹

בתלמוד הבבלי נזכר עניין זה לא פחות משלוש פעמים. בסוגיה המקבילה בבבלי, בבא מציעא, סג ע"א נאמר כך :

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

⁴⁸ בכתב יד אסקוריאלי, מהדורת רוזנטל, עמ' 60 שורות 34-33: "אמ' ר' יהודה כך היה ביתוס בן זונין עושה על פי ר' לעזר בן עזריה". שוורץ, זונן וביתוס, עמ' קיד הערה 43, סבור שכתב יד אסקוריאלי הושפע בעניין זה מן התוספתא.

⁴⁹ ירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ב, טור 1227 שורות 20-3, י ע"ב. התוספות הן לפי כתב יד אסקוריאלי 3, G, I, יד ראשונה (מסכת נזיקין). ראו הערתו של הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 33-34, לעניין היפוך גרסאות בין ר' יהודה ור' מאיר המשתמע מהשגתו של ר' חזקיה.

סוגיה מקבילה שנייה קיימת בבבלי, מגילה, כז ע"ב, שם נסב הדיון האמוראי על דברי ר' מאיר במשנה כי "אין מוכרין בית הכנסת אלא על תנאי שאם ירצו יחזירוהו".⁵¹ על כך שואלת הגמרא:

ולרבי מאיר היכי דיירי בה? הא הויא לה רבית! אמר רבי יוחנן: רבי מאיר בשיטת רבי יהודה אמרה, דאמר: צד אחד בריבית – מותר. דתניא: הרי שהיה נושה בחבירו מנה ועשה לו שדהו מכר,⁵² בזמן שמוכר אוכל פירות – מותר, לוקח אוכל פירות – אסור. רבי יהודה אומר: אפילו לוקח אוכל פירות מותר. ואמר רבי יהודה: מעשה בביתוס בן זונן שעשה שדהו מכר על פי רבי אלעזר בן עזריה, ולוקח אוכל פירות היה. – אמרו לו: משם ראייה? מוכר אוכל פירות היה, ולא לוקח. – מה בינייהו? צד אחד ברבית איכא בינייהו. מר סבר: צד אחד ברבית – מותר, ומר סבר, צד אחד ברבית – אסור. רבא אמר: דכולי עלמא צד אחד ברבית אסור, והכא רבית על מנת להחזיר איכא בינייהו. מר סבר: רבית על מנת להחזיר – מותר, ומר סבר: אסור.⁵³

סוגיה מקבילה שלישית קיימת בבבלי, ערכין, לא ע"א-לא ע"ב, שם נסב הדיון על קביעת המשנה לעניין גאולת בית עיר חומה, "הרי זה כמין רבית ואינו רבית". מקשה הגמרא:

⁵⁰ כך בדפוס וילנא; ובשינויים קלים שאין להם שייכות לענייננו בכתב יד מינכן 95, בכתב יד פירנצה, בכתב יד ותיקן 115א, בכתב יד ותיקן 117-116, בקטע גניזה קיימברידג' T-S NS 329.834 (תמונה C110066), בדפוס ונציה ובדפוס שונצינו.

⁵¹ משנה, מגילה, פ"ג ה"ב. לדיון במשנה זו ראו לעיל, סמוך להערה 19 ואילך. ראו גם תשובות גאונים קדמונים, סימן קטז, המסביר על ענייני עיר חומה השנויים במסכת מגילה במשנה כך: "והלכה זו היא נגזרת בפרק מגילה מקומה בערכין בפרק האחרון המוכר שדהו בשנת היובל".

⁵² בכתב יד Harley 5508: "הרי שהיה נושה בחבירו מנה וחבירו ועשה לו שדהו מכר".

⁵³ כך בדפוס וילנא; ובשינויים קלים שאין להם שייכות לענייננו בכתב יד גטינגן 3, בכתב יד ותיקן 134, בכתב יד קולומביה 294-295, בכתב יד מינכן 140, בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס פיזרו, וכן לגבי אותו חלק מהטקסט הניתן לקריאה בקטע גניזה קיימברידג' T-S F 2(2).57. תשומת הלב כי לדעת סגל, מבין כתבי היד השלמים של מסכת מגילה, כתב יד קולומביה 294-295 הוא כתב היד האוטנטי ביותר של המסכת והמשקף ביותר את המסורת הבבלית. עוד ציין סגל כי לא מצא לנכון לחלק את עדי הנוסח ל"מהדורות שונות" וכי אפשר שכולם "השתלשלו מארכיטיפוס קדום אחד", למעט עדי הנוסח שמן הגניזה. ראו סגל, בבלי מגילה, עמ' 271-272; סגל, כתב יד קולומביה. בדיקת כתבי היד בקטע קצר זה של המסכת עולה בקנה אחד עם מסקנתו של סגל, ואף בקטעי הגניזה שנשתמרו לא ניכרים שינויים בעלי משמעות לענייננו.

והתניא: הרי זו רבית גמורה⁵⁴ אלא שהתורה התירתו! אמר רבי יוחנן, לא קשיא: הא רבי יהודה והא רבנן, דתניא: הרי שהיה נושה בחבירו מנה ועשה לו שדהו מכר, בזמן שהמוכר אוכל פירות – מותר, לוקח אוכל פירות – אסור;⁵⁵ רבי יהודה אומר: אף בזמן שהלוקח אוכל פירות – מותר, אמר רבי יהודה: מעשה בביתוס בן זונין שעשה שדהו מכר על פי⁵⁶ ר"א בן עזריה, ולוקח אוכל פירות היה; אמרו לו: משם ראייה? מוכר אוכל פירות היה ולא לוקח.⁵⁷ מאי בינייהו? צד אחד ברבית איכא בינייהו, תנא קמא סבר: צד אחד ברבית – אסור, ור' יהודה סבר: צד אחד ברבית – מותר.⁵⁸ רבא אמר: דכולי עלמא צד אחד ברבית אסור, והכא ברבית על מנת להחזיר איכא בינייהו, מר סבר: אסור, ומר סבר: מותר.⁵⁹

1. הבדלים בין הסוגיות המקבילות

כמה הבדלים ראויים לציון ניכרים בין המקורות. האחד מהם הוא שם העסקה: בעוד במקורות הארץ ישראלים מדובר בעסקת "כתב שדהו מכר", במקורות הבבליים מכונה העסקה "עשה

⁵⁴ בכתב יד לונדון 25 וכתב יד ותיקן 119 "הרי זו כמין רבית גמורה", וייתכן שזו אשגרא הנובעת מן המשפט הקודם – "הרי זו כמין רבית", שנתערבב לסופר עם המשפט הנוכחי "הרי זו רבית גמורה" לכדי הנוסח "הרי זו כמין רבית גמורה".

⁵⁵ בכתב יד ותיקן 119 חסרות המילים "מותר לוקח אוכל פירות", כך שנאמר "בזמן שהמוכר אוכל פירות אסור", ואין הדברים מסתברים שכן אין הדבר מתיישב עם דעת ר' יהודה ועם המשך הדברים. ייתכן כי מדובר בדילוג בין הדומות "שהמוכר אוכל פירות" ו"לוקח אוכל פירות" שבעטיו נשמטו המילים החסרות.

⁵⁶ בכתב יד מינכן 95: "על ידי ר' אלעזר בן עזריה", משל ביתוס בן זונין היה המוכר באמצעות ר' אלעזר בן עזריה שלוחו.

⁵⁷ בכתב יד ותיקן 119 חסרות המילים "אמרו לו משם ראייה מוכר אוכל פירות היה" כך שנאמר "ולוקח אוכל פירות היה ולא לוקח" ואין הדברים מסתברים. ייתכן כי מדובר בדילוג בין הדומות "אוכל פירות היה" שבעטיו נשמטו המילים החסרות.

⁵⁸ בכתב יד ותיקן 119 נתחלפו היוצרות: "תנא קמא צד אחד ברבית מותר ור' יהודה סבר צד אחד ברבית אסור", ואין הדברים מתיישבים עם הקשרם.

⁵⁹ כך בדפוס וילנא; ובשינויים קלים שאין להם שייכות לענייננו בכתב יד מינכן 95 (אך ראו הערה 56 לעיל), בכתב יד לונדון 25 (אך ראו האמור בהערה 54 לעיל), בכתב יד ותיקן 120-121, ובבבלי - דפוס ונציה. בקטע גניזה קיימברידג' T-S F1(1).117 נאמר בסוף מקטע זה "מר סבר שמה רבית ומר סבר לא שמה רבית", ואין בשינוי גרסה זה כדי לשנות את משמעות הדברים. מהקטעים שנשתמרו בקטע גניזה קיימברידג' T-S F2(2).7 לא עולה כל שינוי בעל משמעות לענייננו.

שדהו מכר".

הבדל שני עניינו באופן הצגת העסקה. בכל המקורות ברור כי יסודה של העסקה במערכת יחסים שבין חייב לנושה. במקורות הארץ ישראלים מוצגת העסקה מנקודת מבטו של החייב, ונראה כי השדה נועד להוות בטוחה לחוב קיים. במקורות הבבליים מוצגת העסקה מצד הנושה, באופן שאינו מתיישב עם עסקת הבטוחה המשתמעת ממקורות ארץ ישראל. אומנם בכתב יד אחד של מסכת מגילה מופיע נוסח שונה: "הרי שהיה נושה בחבירו מנה וחבירו ועשה לו שדהו מכר". ייתכן כי הכוונה כאן הינה כי החבר – החייב – הוא שעושה שדהו מכר לטובת הנושה, כבמקורות הארץ ישראלים. אלא שזו עדות יחידאית, ואינה מופיעה בכל כתבי היד האחרים של שלוש מסכתות הבבלי בהן מופיעה הסוגיה.

הבדל שלישי עניינו בתפקידו של ביתוס בן זונין בעסקה. מהמקורות הארץ ישראלים לא ברור איזה תפקיד מילא ביתוס בן זונין בעסקה. מהמקורות הבבליים עולה כי הוא היה הצד שעשה שדהו מכר. כמה חוקרים העירו כי הצגת דברים זו אומרת דרשני, שכן ביתוס בן זונין היה איש עשיר, ונראה מסתבר יותר שהיה המלווה ולא הלווה, כלומר שהיה זה שלטובתו נכתב השדה במכר ולא זה שכותב שדהו במכר לטובת אחרים.⁶⁰ ראוי לשים לב כי לכאורה שומר הבבלי על עקביות בין אופן הצגת העסקה לבין התפקיד שטבעי שימלא ביתוס בן זונין לפי דעה זו. העסקה מוצגת באופן זה שהנושה הוא זה שעושה שדה מכר, ואכן ביתוס בן זונין מוצג בהמשך כמי שעשה שדה מכר.

הבדל רביעי עניינו במקור ההלכתי עליו מסתמך ביתוס בן זונין. כאן לראשונה אין ההבחנה משתרעת בין בבל לארץ ישראל. בתוספתא ובתלמוד הבבלי מצוין כי מנהגו של ביתוס בן זונין נסמך על היתרו של ר' אלעזר בן עזריה. בתלמוד הירושלמי מצוין שנהג כך על פי חכמים, וזאת למעט בכתב יד אחד שבו מוזכר ר' אלעזר בן עזריה.

⁶⁰ ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא מציעא עמ' 195, והאופן שבו הוא מציע לתקן את הנוסח שם; שוורץ, זונין ובייתוס, עמ' קטו. לדמותו של ביתוס בן זונין ראו שוורץ, זונין ובייתוס, עמ' קיב-קכ; רוזנפלד, חכמים בלוד, עמ' סג. ראוי לציין כי ההנחה שאדם עשיר לא ידקק להלוואה אינה בהכרח נכונה. מן המקורות עולה כי ביתוס בן זונין עסק במסחר, וייתכן בהחלט כי ביקש לממן חלק מפעילותו המסחרית באמצעות הלוואות נטולות ריבית המובטחות על ידי נכסי דלא נידי שברשותו. השערה דומה העלה גבריהו, הלוואה בריבית, עמ' 180 הערה 36. במקרה זה, אכן נוחה מאוד לביתוס בן זונין הפסיקה, כי הלווה, ולא המלווה, הוא שנהנה מפירות הקרקע בתקופת ההלוואה.

מן הברייתא הגרעינית המביאה את מחלוקת ר' יהודה וחכמים, כנוסחה בכל המקורות שהובאו לעיל, לא ברור כי אכן קיימת לר' יהודה שיטה שונה משיטתם של חכמים, ובוודאי שלא ברור מה שיטתו.⁶¹ ייתכן כי ר' יהודה קיבל את דעת חכמים באשר לנסיבות התקדים שעליו הסתמך, ובכך בא לסיומו הוויכוח בקונצנזוס. מכל מקום, אין בידינו מקור תנאי אחר כלשהו המלמד שלר' יהודה שיטה שונה בעניין זה. כל המקרים שבהם מיוחסת לר' יהודה שיטה שונה משיטת חכמים נשענים על ברייתת "עשה שדהו מכר".

האמוראים הם שמייחסים לר' יהודה שיטה עצמאית ונפרדת מזו של חכמים, אם כי הם חלוקים בדעותיהם באשר לטבעה של שיטתו. בתלמוד הירושלמי מובאת דעת האמוראים ר' יוחנן, ר' אלעזר ור' הושעיה,⁶² כי ר' יהודה למד שיטתו מבתי עיר חומה. האמוראים מציגים את שיטת ר' יהודה כך: "כל ריבית שיש לה צד אחד של התר מותר". לא ברור מדברים אלה מהו אותו "צד אחד של התר", וניתן להעלות יותר מהשערה אחת. כך, למשל, ייתכן כי הכוונה היא לכך ששתי העסקאות נערכות בדרך של מכר ולא בדרך של הלוואה, וייתכן שהכוונה היא לכך שבשתי העסקאות קיימת איזודאות באשר לאופן שבו תסתיים העסקה: לא ברור שזכות הגאולה תמומש, ולא ברור אם השדה שנעשה מכר ישוב לבעלות מוכרו.⁶³

שני עניינים ראויים לציון בהקשר זה. האחד הוא, שכפי שהעיר בעז כהן, אם מאמצים את ההסבר השם דגש על עריכת העסקה בדרך של מכר, עולה כי ר' יהודה סבר שהתורה ראתה ריבית אסורה אף בעסקה שנערכה בדרך של מכר, ולכן נדרשה להתירה מפורשות בפרשת בתי עיר חומה. שיטה זו של ר' יהודה סותרת את העמדה האמוראית השגרתית, שלפיה התורה אסרה רק ריבית בעסקאות שנערכו בדרך של הלוואה, ואילו עסקאות שנערכות בדרך של מכר עשויות להיות אסורות מדרבנן.⁶⁴ השני הוא כי שיטתו של ר' יהודה בעניין זה מנוגדת לשיטתו של ר' מאיר, לפיה

⁶¹ השו"ת חידושי הריטב"א לתלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א, ד"ה "אמר ר' יהודה מעשה בביתוס בן זונין וכו'".

⁶² הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 38, סבור כי מדובר בר' הושעיה הגדול; ואם כך, מדובר בדעת אמוראי הדור הראשון שנמסרה ממורה לתלמיד: מר' הושעיה הגדול לר' יוחנן וממנו לר' אלעזר.

⁶³ השו"ת תוספות, תלמוד בבלי, ערכין, לא ע"א, ד"ה "ורבי יהודה סבר צד אחד ברבית מותר".

⁶⁴ כהן, אנטיכריסיס, עמ' 187 הערה 53. רבנו תם כבר עמד על קושי זה, והציע שעמדת ר' יהודה היא שמדובר בריבית גמורה מדרבנן; ראו תוספות, תלמוד בבלי, ערכין, לא ע"א ד"ה "והתניא הרי זו ריבית גמורה אלא

במקרה זה אין מדובר כלל בריבית, שיטה המתיישבת עם שיטתם הכללית של האמוראים. חשיבותו של עניין זה תתבהר להלן.

במסכת ערכין בתלמוד הבבלי, קובע ר' יוחנן כי "הרי זו כמין ריבית ואינה ריבית" ו"הרי זו רבית גמורה אלא שהתורה התירתו" הינם מחלוקת ר' יהודה וחכמים, ואינו מפרש איזו עמדה יש לייחס לכל אחד מהם. במסכת מגילה בתלמוד הבבלי ברור שקיים קושי בייחוס הדעות השונות, שכן כאן מיוחסת לר' יוחנן הדעה כי ר' מאיר, הסבור כי אין למכור בית כנסת אלא במכר חוזר לפי רצון המוכר, אוחז בשיטתו של ר' יהודה. דברים אלה אינם מתיישבים עם המקבילה בתלמוד הירושלמי, לפיה, כאמור לעיל, בר הפלוגתא של ר' יהודה בעניין זה אינו אלא ר' מאיר.⁶⁵

3. מהותה של עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר"

א. דעות גאונים וראשונים

מספר המקח והממכר עולה כי לשיטת רב האי גאון, עסקת "עשה שדהו מכר" הינה למעשה עסקת מכר מותנה, שבה המוכר התנה את העסקה מלכתחילה בזכותו לשוב ולרכוש את הנכס הנמכר.⁶⁶ לפי שיטה זו, עסקת "עשה שדהו מכר" היא-היא עסקת "מכר לו בית", במקרה המתואר ברישת הברייתא.⁶⁷

אצל הראשונים כמעט שלא נזכר פירוש זה.⁶⁸ רבנו חננאל מתייחס לעסקה, בפירושו לתלמוד בבלי, מגילה, כז ע"ב, כאל "העושה שדהו מכר על תנאי", ואינו מסביר את מהותה הכלכלית של

שהתורה התירתו"; כהן, אנטיכריסטי, שם. אך השוו דברי בעלי התוספות במקבילה בבבא מציעא, לעיל הערה 50, מהם משתמעת עמדה אחרת.

⁶⁵ ראו גולאק, משכנתא, עמ' 86 הערה 2; הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 35 הערה 3.

⁶⁶ ספר המקח והממכר, שער יח, עמ' רכב.

⁶⁷ שם, עמ' רכד. לעסקת "מכר לו בית" ראו להלן, בסמוך להערה 91 ואילך.

⁶⁸ דעת הגאונים מוצאת ביטויה בחידושי הריטב"א לתלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א. ר' אשר מלוניל מביא בפירושו על התלמוד הבבלי, בבא מציעא, סג ע"א מעין שיטה משולבת, המתבטאת בשילוב מרכיב ה"מעכשיו", המאפיין את המסורת הפרשנית הגאונית-ספרדית, בתוך פירוש שדומה בעיקרו לפירושו של רש"י.

העסקה.⁶⁹ גם רש"י מפרש את עסקת "עשה שדהו מכר" בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, סג ע"א כעסקת מכר מותנה, ובמקבילה במסכת ערכין מבהיר רש"י כי מדובר בעסקת מכר מותנה שנועדה לשם משכון.⁷⁰ זהו אפוא משכון להבטחת הלואה, שאם לא תושב בתוך שלוש שנים, יהיה מוקנה למלווה. כך הוא אף פירושו של רבנו גרשום מאור הגולה על אתר, ולפיכך נראה כי כך היא מסורת אשכנז וצרפת בהבנת עסקת "עשה שדהו מכר".

לשון פירושו זה של רש"י כמו מהדהדת את האמור במשנה, בבא מציעא, פ"ה ה"ג: "הלוחו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו וכך היה ביתוס בן זונין עושה על פי חכמים".⁷¹ ביתוס בן זונין מוזכר בשני המקורות, ואם שניהם מכוונים לאותה עסקה, עשוי הדבר אף להסביר מדוע בתלמוד הירושלמי מצוין כי ביתוס בן זונין היה כותב שדהו במכר על פי חכמים. הראב"ד אכן קבע בפירושו כי "והא מעשה דביתוס בן זונין דברייתא היא מעשה דביתוס דמתניתין".⁷²

חיבור זה בין שתי העסקאות לא נמצא אצל הגאונים. אומנם אף הגאונים ראו בעסקה של ביתוס בן זונין המוזכרת במשנה עסקת מכר, אלא שכאמור לעיל, הם ראו בה עסקת מכר לזמן קצוב.⁷³ נראה כי הגאונים הבחינו בינה לבין עסקת "עשה שדהו מכר", שבה ראו עסקת מכר מותנה בחלקה הראשון של הברייתא ועסקת מכר חוזר בחלקה השני של הברייתא.

ב. דעות החוקרים

כמו המפרשים המסורתיים, אף החוקרים חלוקים בדעותיהם באשר למהותה של עסקת "כתב (או עשה) שדהו במכר". גולאק סבור כי עסקת "עשה שדהו מכר" היא עסקת משכנתא שבה "לא הייתה המכירה חלה מעיקרה אלא על פי תנאי, כגון: אם לא אשלם לך עד זמן פלוני תהא שדי

⁶⁹ ר"ח, תלמוד בבלי, מגילה, כז ע"ב: "פירוש אם תהיה הלואה שתיים בשלש וכיוצא בה הרי זו רבית גמורה משני צדדין גבי מלוה וגבי לוח ושניהן עוברין אבל העושה שדהו מכר על תנאי גבי לוקח הוי רבית דאי מייתי זוזיה מהדר ליה בעל כורחיה אבל גבי מוכר לא הוי דאי בעי לא מהדר ליה לעולם ולא אתי לידי איסור רבית".

⁷⁰ רש"י, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א; רש"י, ערכין, לא ע"א.

⁷¹ הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 37 אכן סבור כי הראשונים זיהו בין הברייתא בתוספתא לבין משנה זו וזהו יסוד פירושם.

⁷² לפי שיטה מקובצת, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א.

⁷³ ראו המקורות המובאים בהערה 4 לעיל.

מכורה לך".⁷⁴ גולאק קובע כי בכל מקרה אין מדובר בעסקת מכר מותנה, אותה מכנה גולאק "מכירה על מנת להחזיר". עם זאת, גולאק מוסיף ומבהיר כי הבחנה זו בין העסקאות נטשטשה בתקופת האמוראים, ועל כן רבא סבר שהיא עסקת מכירה על מנת להחזיר ושהמחלוקת בין ר' יהודה לבין חכמים היא בהתאם ב"ריבית על מנת להחזיר".

גולאק מודע לזיקה שבין עסקת "עשה שדהו מכר" המתוארת בתוספתא ובברייתות בתלמודים לבין עסקת "מכאן ועד שלש שנים" המתוארת במשנה, בבא מציעא, פ"ה ה"ג ומיוחסת אף היא לביתוס בן זונין. עם זאת, לשיטתו אין מדובר באותה עסקה. לדעת גולאק עסקת "מכאן ועד שלש שנים" הייתה עסקת משכון שלא נערכה בדרך של מכר, בה הוסכם שהמלווה יהיה זכאי לחלט את המשכון אם לא נפרעה ההלוואה במועד.⁷⁵

לסיכום, עמדתו של גולאק היא שהמקורות התנאיים האמורים לעיל מציגים שלוש דרכים נפרדות ומובחנות לעריכת משכנתא: מכר מותנה (או, בלשונו של גולאק, "מכירה על מנת להחזיר"); "עשה שדהו מכר" – מכירה בתנאי מתלה; ועסקת "מכאן ועד שלש שנים" – משכון שנחלט למלווה בתום תקופת ההלוואה שלא נערך בדרך של מכר.

בעז כהן מאמץ את גישת גולאק בעניין עסקת "עשה שדהו מכר", מבלי להזכירו מפורשות.⁷⁶

הלוי ייחד מאמר קצר לעסקת "כתב שדהו מכר", ובו חלק על דעתו של גולאק ואימץ את עמדת הגאונים כי עסקת "עשה שדהו מכר" היא במהותה עסקת מכר מותנה.⁷⁷ את כפל ההתייחסות התנאית לעסקת המכר המותנה, הן בברייתא זו והן בברייתת "מכר לו בית", מסביר הלוי בכך שלפי לשונן הפשוטה של הברייתות, הן מבחינות בין מקרה שבו נערכה העסקה בשעת ההלוואה (עסקת "מכירה על מנת להחזיר") לבין מקרה שבו נערכה העסקה שלא בשעת ההלוואה (עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר"), שהרי עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" מתייחסת למצב שבו כבר

⁷⁴ ראו גולאק, משכנתא, עמ' 85.

⁷⁵ גולאק, משכנתא, עמ' 86-88.

⁷⁶ כהן, אנטיכרסיס, עמ' 188-189. ראו שם ההשוואה שעורך כהן בין מבני עסקה אלה לבין מבנים מקבילים במשפט הרומי.

⁷⁷ ראו הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 31-32.

"היה חייב לו מעות".⁷⁸ לדעת הלוי, דעת כל התנאים היא, שעסקת מכירה על מנת להחזיר מותרת מדאורייתא, שכן היא נערכת מלכתחילה כעסקת מכר. לעומת זאת, בעסקת "כתב (או עשה) שדהו במכר", שראשיתה בהלוואה ולא במכר, חלוקים ר' יהודה ור' מאיר. ר' יהודה סבור שעסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" כמוה כעסקת מכירה על מנת להחזיר, והיא במהותה עסקת הלוואה הנגועה בריבית, אלא שהתורה התירה את זו ואף את זו. ר' מאיר סבור, שהמכירה בנסיבות של "עשה שדהו מכר" היא פיקטיבית, משום שהכספים הגיעו אל המוכר מלכתחילה בתורת הלוואה, והמרתה המאוחרת יותר של עסקת הלוואה בעסקת מכר אינה יכולה לרפא את איסור הריבית שדבק בה.⁷⁹

נראה כי בשני דברים מסכימים גולאק והלוי. ראשית, כי בבבל בתקופת האמוראים לא נהגה עוד משכנתא בדרך של מכר מותנה.⁸⁰ שנית, כי אין לזהות בין עסקת "עשה שדהו במכר", שגולאק והלוי חלוקים בדבר מהותה, לבין עסקת "מכאן ועד שלש שנים", ששניהם ראו בה, כאמור לעיל, עסקת חילוט משכון בתום תקופת הלוואה, אשר לא נערכה כלל בדרך של מכר.⁸¹

עוד ראוי לציון הערתו של הלוי כי משנתנו לא קיבלה את היתרו של ר' יהודה לעסקת כתיבת שדה במכר, ועל כן מחלוקת זו שבתוספתא ובברייתות לא הובאה כלל במשנה.⁸²

לדעתו של אבינועם כהן, עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" הייתה עסקת משכון שנערכה בדרך של מכר מותלה, כאשר הבעלות במשכון נותרה בידי המוכר/לווה, אולם אם לא השיב את ההלוואה במועדה – עברה הבעלות לידי הרוכש/מלווה רטרואקטיבית ממועד עריכת עסקת העמדת השדה כבטוחה להלוואה ("מעכשיו").⁸³

נראה כי גיל מאמץ את דעת הלוי באשר למהות עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", אולם מאחר את התקופה שבה נעשה שימוש בעסקה זו כפתרון לבעיית הריבית לתקופת האמוראים, בניגוד

⁷⁸ גולאק דחה הבחנה זו כמשוללת היגיון; ראו גולאק, משכנתא, עמ' 85 הערה 1. גבריהו, הלוואה בריבית, עמ' 183 אימץ הבחנה זו והביא לה תימוכין נוספים.

⁷⁹ הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 33.

⁸⁰ גולאק, משכנתא, עמ' 85; הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 35.

⁸¹ גולאק, משכנתא, עמ' 86-88; הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 37. ראו דיונו לעיל, סמוך להערה 14.

⁸² הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 37.

⁸³ כהן, ריבית, עמ' 60. בכך שונה דעתו מדעת גולאק, שלא טען לתחולה רטרואקטיבית של עסקת המכר המותלה.

לדעת גולאק והלוי.⁸⁴ גיל סבור כי עסקה זו הותרה בתקופת התנאים רק אם המוכר (הלווה) נהנה מפירות השדה, ואילו דעת ר' יהודה הייתה דעת מיעוט שלא השפיעה על עיצוב ההלכה.

ראוי לציין כי לדעת גיל, העסקה שנהגה בתקופת האמוראים הייתה במהותה עסקת מכר מותנית בתנאי מפסיק ולא עסקת מכר מותנית בתנאי מתלה. בכך מתיישב קושי משמעותי שעליו הצביע הלוי בשיטת גולאק. לדעת גיל, הבעלות בשדה עברה לרוכש (מלווה) כבר בעת עריכת העסקה, ועל כן היה לעסקה צד מכר שעליו יכול היה להסתמך ר' יהודה לשם התרת הנאת המלווה מפירות השדה בתקופת ההלוואה.

רוזנפלד ומנירב עומדים על הזיקה שבין עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" לבין עסקת "מכאן ועד שלש שנים", אולם הם גם מודעים להבדלים ביניהן.⁸⁵ נראה כי לשיטתם, עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" מהווה בטוחה לחוב שנערכה בדרך של העברת הבעלות בשדה מהלווה למלווה במכר מותנה בתנאי חוזי (ולא קנייני), כך שהמלווה רכש בעלות מלאה ובלתי מוגבלת בשדה, ועם השבת ההלוואה במועדה, היה על המלווה לשוב ולמכור את השדה ללווה.

גלובוס אינו מבחין בין עסקת "מכאן ועד שלש שנים" לבין עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר".⁸⁶ נראה כי לדעתו, שני המקורות עניינם בעסקת מכר מותנית בתנאי מתלה. כלומר הבעלות במשכון נותרת בידי הלווה ועוברת למלווה רק אם וכאשר לא נפרעת ההלוואה במועדה.

כאמור לעיל, נראה כי גם שלום אלבק אינו מבחין בין עסקת "מכאן ועד שלש שנים" לבין עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", וקובע כי שתיהן נערכו בדרך של מכר מותנה.⁸⁷ עוד קובע אלבק כי עמדת חכמים היא כי בתקופת הביניים נאסר על המלווה לאכול את פירות השדה מחמת חשש אבק ריבית. לעומת זאת, אין חשש כי ערכה העודף של הקרקע (כלומר השווי של הקרקע מעל לסכום ההלוואה) ייחשב כריבית, שכן הוא אינו אלא קנס המוסכם בין המלווה לבין הלווה בגין אי-השבת ההלוואה במועדה. זו היא אף עמדתו של לרנר.⁸⁸ לרנר דוחה מפורשות את ההבחנה שמציע גולאק בין שתי העסקאות ורואה בהן עסקה אחת שנערכה בדרך של מכר מותנה, כאשר

⁸⁴ גיל, בעלות, עמ' 32-33.

⁸⁵ רוזנפלד ומנירב, בטוחות, עמ' 71-72.

⁸⁶ גלובוס, רבית, עמ' 30.

⁸⁷ אלבק, איסור הריבית, עמ' 87-88; ראו בסמוך להערה 15 לעיל. נראה כי אלבק הולך בעקבות פירושו של רש"י.

⁸⁸ לרנר, פדיון משכון, עמ' 166 ובמיוחד הערה 57. ברור כי שיטתו של לרנר נשענת על פירוש רש"י.

עם התקיימות התנאי, עובר הנכס לבעלות המלווה/רוכש רטרואקטיבית ממועד עריכת העסקה ("מעכשיו"). כאמור לעיל, כך הציע אף כהן.

4. "כתב (או עשה) שדהו מכר": עסקה אחת או שתי עסקאות?

כפי שניכר מן הדברים שהובאו לעיל, העיסוק במהותה של עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" מתאפיין בקשיים שעניינם זיהוי מהותה של העסקה: יש שראו בה עסקת מכר מותנה, בין בתנאי מתלה ובין בתנאי מפסיק, ויש שראו בה עסקת מכר חוזר. ייתכן כי ניתן ליישב רבים מן המקורות ולפשט רבים מן הקשיים אם נניח כי תחת הכותרת "כתב (או עשה) שדהו מכר" נכללים שני דפוסי העסקה גם יחד. ניתן לשער, למשל, כי בברייתות הארץ ישראליות, שבהן העסקה מכונה "כתב שדהו מכר" ומתוארת מנקודת מבטו של החייב, מדובר בעסקת מכר חוזר. לעומת זאת, בברייתות הבבליות, שבהן מכונה העסקה "עשה שדהו מכר" ומתוארת מנקודת מבטו של הנושה, מדובר בעסקת מכר מותנה. בכך תואם תיאור העסקה מנקודת מבטו של המלווה את תיאורה במשנה, בביא מציעא, פ"ה ה"ג: "הלוחו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו". כשביתוס בן זונין "עשה שדהו מכר", הוא עשה אפוא שדהו של חברו מכר והתנה עימו שהשדה ייחלט אם ההלוואה לא תושב במועדה. הדבר אף עשוי להסביר מדוע בחלק מהמקורות מוזכר כי היתרו של ביתוס בן זונין נסמך על חכמים, ואילו במקורות אחרים מוזכר כי ההיתר נסמך על ר' אלעזר בן עזריה: ייתכן כי ההיתר לעסקת המכר המותנה אכן נסמך על דעת חכמים, כפי שקבוע במשנה, ואילו ההיתר לעסקת המכר החוזר נסמך על דעת ר' אלעזר בן עזריה.⁸⁹

ההבחנה המוצעת מתאימה אף להשקפת גולאק והלוי באשר להתפתחותה של עסקת המכר החוזר בציר המקום והזמן. כאמור לעיל, לדעת שניהם נהגה עסקה זו בארץ ישראל בתקופת התנאים ולא נהגה בבבל בתקופת האמוראים. הדבר מתיישב היטב עם הבנת המקורות הארץ ישראלים כמתייחסים לעסקת מכר חוזר לעומת המקורות הבבליים המתיחסים לעסקת מכר מותנה.

5. האם עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" הינה עסקת מכר בעלות לזמן?

כעולה מן האמור לעיל, לא ניתן להכריע בצורה ברורה בשאלה זו. יש מן המפרשים ומן החוקרים

⁸⁹ באותה מידה ייתכן כמובן כי אותם הדברים הובאו בחלק מהמקורות בשם ר' אלעזר בן עזריה ובמקורות אחרים בשם חכמים.

שראו בה עסקת מכר חוזר, שאז היא באה בגדר עסקאות הבעלות לזמן.⁹⁰ מפרשים וחוקרים אחרים ראו בה עסקת מכר מותנה בתנאי מפסיק, שגם אז היא שייכת לגדר עסקאות הבעלות לזמן. לעומתם, היו שראו בה עסקת מכר מותנה בתנאי מתלה, שאז אין בה מרכיב של עסקת בעלות לזמן. גולאק רואה בה עדות לשימוש בעסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים, ואילו גיל חולק עליו בעניין זה. גלובוס והלוי סבורים כי ההיתר לעשות בה שימוש נותר בגדר דעת יחיד, והלוי מציין כי בשל כך עניין זה לא מצא ביטוי במשנה. סיכומו של דבר, גם במה שנוגע לעסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", לא נוכל לצאת מגדר הספק.

ו. עסקת "מכר לו בית"

עסקת "מכר לו בית" נזכרת, בשינויים ראויים לציון שעליהם נעמוד להלן, בשני כתבי יד של התוספתא ובשני התלמודים:⁹¹

⁹⁰ מדברי רוזנפלד ומנירב ניכר כי לשיטתם נדרשת פעולה של העברת בעלות בעסקת המכר החוזר. מדברי החוקרים האחרים אין הדבר עולה באופן ברור, אך נראה כי לשיטת הכול אין מדובר במקרה של מכר לזמן קצוב, שהרי לא ברור אם הנכס הנמכר ישוב לבעליו או מתי יקרה הדבר.

⁹¹ ליברמן, היגר, פרנצוס וורהפטיג סבורים כי מדובר בסוגיות מקבילות; ראו תוספתא, מהדורת ליברמן, בבא מציעא, פ"ד ה"ד, עמ' 82 שורה 18; ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 197; היגר, אוצר הברייתות, י, עמ' 67-68; פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמ הערה 1; ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 216 הערה 1. היגר מפנה שם גם לתוספתא, מהדורת ליברמן, בבא מציעא, פ"א הי"ז, עמ' 65 שורה 39 ואילך.

תוספתא, בבא מציעא, פ"ד ה"ד, מהדורת ליברמן (על-פי כתב יד וינה) ⁹²	תוספתא, בבא מציעא, פ"ד ה"ד, על-פי כתב יד ערפורט ⁹³	תלמוד ירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ב ⁹⁴	תלמוד הבבלי, בבא מציעא, סה ע"ב ⁹⁵
המוכר שדה לחבירו ואמ' לו על מנת שיהא בה עריס ועל מנת שיהא בה שות' ועל מנת שהמעשרות שלי כשתמכרנה מכרה לי בדמים אלו אימתי שתוצה אני בא נותן דמה ונוטלה מותר.	המוכר שדה לחבירו ואמ' לו על מנת שיהא בה אריס ועל מנת שיהא בה שותף ועל מנת שהמעשרות שלי כשתמכרנה מיכרה לי בדמים הללו אימתי שאירצה אני נותן בה דמים ונוטלה מותר.	תני. המוכר שדה לחבירו ואמ' לו. על מנת שאהא בה אריס. על מנת שאהא בה שותף. על מנת שהמעשרות שלי. על מנת שכשתמכרנה לא תמכרנה אלא לי. שכל זמן שאני [רוצה] נותן דמיה ונוטלה. מותר.	מכר לו בית מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות תחזירם לי אסור לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר

⁹² תוספתא, מהדורת ליברמן, עמ' 82 שורות 16-18.

⁹³ כך הנוסח גם בתוספתא - דפוס ראשון; ראו גם תוספתא, מהדורת ליברמן, עמ' 82 שורות 16-18, בחילופי הנוסחאות.

⁹⁴ תלמוד ירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ב, טור 1227 שורות 3-7, י ע"ב. לדעת גולאק, מלשון התלמוד הירושלמי משתמע כי "על מנת שכשתמכרנה לא תמכרנה אלא לי" ו"שכל זמן שאני [רוצה] נוטל דמיה ונוטלה" הינם שני תנאים שהותנו באותה עסקה ממש, ותוצאתם היא כי למוכר הייתה הזכות לשוב ולרכוש את הקרקע וכי בהתאם, על הרוכש נאסר למכור את הקרקע לאחר מלבד המוכר. גולאק אינו מעמיד כך את העסקה שבתוספתא, ותחת זאת הוא סובר, כי בעסקה שבתוספתא לא היה איסור על הרוכש למכור את הקרקע לצד שלישי, אלא שזה היה רוכש את הקרקע בכפוף לזכותו של המוכר המקורי לשוב ולרכוש. ראו גולאק, משכנתא, עמ' 84. ניקוד התלמוד הירושלמי במהדורת האקדמיה ללשון העברית לא נראה כתומך בסברה זו של גולאק.

⁹⁵ הנוסח המובא כאן מושתת על כתב יד מינכן 95 (בו משובש חלק מהטקסט), על דפוס וילנא שלפנינו, על בבלי - דפוס ונציה ועל בבלי - דפוס שונצינו. בכתב יד פירנצה חסר רובו של קטע זה בגוף הטקסט והושלם בתוספת בצד הטקסט, בשינויים קלים שאין להם השלכה לענייננו. ראוי לציין, כי תופעה זהה קיימת אף לגבי הברייתא הקודמת, ובהתחשב במילה "וכו" שנוספה לאחר שתי הברייתות המובאות באופן חלקי, ייתכן כי הסופר של כתב יד פירנצה בחר משום מה להסתפק ברישית הברייתות ולהשמיט את גופן, ובהמשך הושלם הטקסט המלא בשוליים. בכתב יד ותיקן 115א הנוסח בגוף כתב היד הוא "מכר לו בית מכר לו שדה וא' לו לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר", והמילים החסרות הושלמו בשוליים. לאור שאלתו של רבא "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא", ברור כי הגרסה שעמדה לפניו אכן כללה את שני המקרים, ומסתבר כי מדובר בטעות העתקה הנובעת מדילוג בין הדומות. בכתב יד ותיקן 116-117 נוספו המילים "לכשיהיו לי מעות תחזירם לי אסור" פעם שנייה לאחר המילים "לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר", ונראה כי הדבר נובע מאשגרה. בכל כתבי היד שינויים קלים נוספים שאין להם השלכה לענייננו. בכתב יד המבורג הנוסח הוא: "לכשיהיו לי מעות אחזירם לך אסור לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר", והדברים אינם מסתברים. כפי הנראה נפלה הטעות ברישא מחמת אשגרה מן הסיפא. בעל ספר העיטור, אות ת - תנאי, דף לח, טור ד, מעיד אף הוא על נוסח מעט שונה: "ונוסחא דר"ש הכי איתא לכשיהיו לך מעות תחזירם לי אסור לכשיהיו לי אחזירם מותר". כפי שנראה להלן, שיבושים אלה מאפיינים גם את המשך הדיון האמוראי בסוגיה זו.

בלשון משפטית מודרנית, נראה כי עסקת "כשתמכרנה מכרה לי בדמים אלו" המוצגת בברייתא שבתוספתא היא עסקה מסוג זכות סירוב ראשונה, הנבדלת ממקבילתה המודרנית באופן קביעת המחיר. בעסקת זכות הסירוב הראשונה הנוהגת כיום, נקבע המחיר לפי תוצאתו של משא ומתן בין המוכר לבין צד שלישי. בעסקה המוצגת בברייתא זו, לעומת זאת, אחרי שהחליט הרוכש למכור את השדה, קמה למוכר הזכות לשוב ולרוכשו "בדמים אלו". כלומר באותו סכום ממש ששילם הרוכש תמורת השדה. מכל מקום, ברור כי מדובר בעסקת מכר הנערכת ביוזמתו של הרוכש, שבוחר למכור את הנכס שרכש, ולמוכר אין כל זכות לשוב ולרכוש בעלות בשדה אלא אם וכאשר יחליט הרוכש למוכרו. התוספתא אינה כוללת כל קביעה מפורשת באשר להנאה מפירות השדה בתקופת הביניים, אך אין כל יסוד להניח שכוונתה לאסור את הפירות על הרוכש. מסתבר שהעובדה שמרכיב המכר החוזר בעסקה תלוי לחלוטין ברצונו הטוב של הרוכש, ולמוכר אין כל ודאות שישוב ויזכה בבעלות בנכס, מכשירה את העסקה ומוציאה אותה מגדר חשש הריבית.⁹⁶

העסקה האחרונה המוצגת בברייתא שבתוספתא - כתב יד וינה, עסקת "אימתי שתראה אני בא נותן דמה ונוטלה", נראית על פניה כעסקה המכונה בלשון משפטית מודרנית "אופציית פוט" (put option). במסגרת עסקה זו, בעל הנכס זכאי לחייב אדם אחר לרכוש ממנו את הנכס. הדבר מחייב את הצדדים בין היתר לקבוע את שווי הנכס לצורכי העסקה, בין בסכום קבוע ומוסכם מראש ובין על ידי אימוץ מנגנון או נוסחה לקביעת השווי. גולאק סבור כי מלשון הברייתא משמע שהמוכר מחזיר את הדמים שקיבל ולא רוכש את הקרקע בשווייה.⁹⁷ לדעתנו, מלשון הברייתא משתמע דווקא ההפך. כלומר כי התמורה נקבעת לפי שווי של השדה במועד המכר החוזר ("אני

⁹⁶ השוו לפירוש רבנו חננאל, הרמב"ן, הרשב"א והרא"ש למהותו של "צד אחד בריבית", לפיו כאשר צד מסוים שולט בגורל העסקה, לא ניתן לומר כי אותו צד ערך עסקה נגועה בריבית; ראו פירושו של הר"ח לעיל, הערה 69, חידושי הרמב"ן וחידושי הרשב"א, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א, ורא"ש בשיטה מקובצת, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א. כן ראו האמור להלן, פרק רביעי, סמוך להערה 203 ואילך, כי לשיטת ראשונים כגון הר"ף, זו משמעות היתר "מדעתיה" שקבע רבא בתלמוד הבבלי: די בכך שיש ולו רגע קט בו אין זכות המוכר לשוב ולרכוש את הנכס מובטחת משפטית כדי להכשיר את העסקה, אף אם לאחר מכן מעוגנת זכות זאת באופן מחייב מבחינה משפטית. בעסקה בה עסקינן כעת אין למוכר זכות זאת כלל, והוא תלוי לחלוטין בהחלטתו של הרוכש למכור את הנכס. השוו רז וספירו, זכות סירוב ראשונה, עמ' 88-89.

⁹⁷ גולאק, משכנתא, עמ' 82 הערה 3.

בא נותן דמה",⁹⁸ ולא "דמים אלו", אם כי דרך קביעת שוויו אינה ברורה. נראה כי הדין שנקבע כאן דומה לדין שנקבע בתוספתא, בבא מציעא, פ"ד ה"ו: "משכן לו בית משכן לו שדה ואמי כשתמכרם מכרם לי בדמים הללו אסור אמי לו בשויהן מותר".⁹⁹ כל עוד נמכר השדה בשוויו, אין חשש ריבית, וממילא נראה כי אין סיבה לאסור.

בתוספתא - כתב יד ערפורט ובעקבותיה בתוספתא - דפוס ראשון קיים שינוי נוסח רב'משמעות: "אימתי שאירצה" ולא "אימתי שתירצה". כך גם בברייתא המקבילה המובאת בתלמוד הירושלמי: "שכל זמן שאני [רוצה] נותן דמיה ונוטלה. מותר". לפי גרסה זו, הזכות נתונה למוכר ולא לרוכש, וזו היא אפוא "אופציית קול" (call option), שבה המוכר המקורי זכאי לחייב את הרוכש לשוב ולמכור לו את השדה. עם זאת, כאמור לעיל, נראה כי שווי השדה לא נגזר משוויו בעסקת המכר המקורית אלא משוויו במועד מימוש אופציית הקול.

מקבילה נוספת הינה ברייתא המובאת בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, סה ע"ב. טרם נעמוד על משמעותה של ברייתא זו, ראוי לעמוד על נוסחה. בדפוסים מופיעה ברייתא זו בנוסחתה המובאת כאן, אך בכתבי היד רבות ההשמטות ושיבושי הלשון, אם כי אין בהם כדי לשנות את משמעות הברייתא. נשאלת אפוא שאלת מהימנותו של נוסח הברייתא.

מחד גיסא, ברייתא זו מובאת כחלק מרצף של ברייתות שעליהן אומר רב הונא בריה דרב יהושע כי נשנו שלא בשיטת ר' יהודה, ברייתות אשר מקבילותיהן נמצאות בסמיכות זו לזו אף בתוספתא.¹⁰⁰ ניתן לסבור כי מדובר אפוא ביחידה ספרותית קדומה אחת. ייתכן כי מדובר באותן ברייתות ששנה רב ספרא בריבית "דבי רבי חייא", אשר ציטוט נוסף מהן מופיע בתלמוד הבבלי,

⁹⁸ בכתב יד ערפורט: "אני נותן בה דמים ונוטלה". בתוספתא - דפוס ראשון: "אני בא נותן [לו] דמיה ונוטלם". לפיכך בכל הגרסאות שלפנינו אין רמז לכך שמדובר ב"דמים אלו" – כלומר בתמורת עסקת המכירה המקורית.

⁹⁹ כך במהדורת ליברמן, עמ' 82 שורות 20-21, ובשינויי נוסחה שאינם בעלי חשיבות לענייננו גם בכתב יד ערפורט ובתוספתא - דפוס ראשון.

¹⁰⁰ תוספתא, מהדורת ליברמן, בבא מציעא, פ"ד ה"ד וה"ו, עמ' 82. היגר, אוצר הברייתות, י, 329 מציין כי מקורן של הברייתות בתלמוד הבבלי הוא בתוספתא ואינו מנמק, ואין הדבר מחויב המציאות. כל שברור הוא שמדובר במקבילות, ואין ראייה כי האחת היא מקורה של האחרת. יצוין כי לברייתא הפותחת את הדיון אין מקבילה בתוספתא; ראו היגר, אוצר הברייתות, י, עמ' 329.

בבא מציעא, סב ע"ב.¹⁰¹ ר' חייא, השייך לדור המעבר שבין תנאים לאמוראים, היה בעל ניסיון מעשי במסחר, והיה מומחה לדיני ממונות עד כדי כך שהיה דן בהם יחידי.¹⁰² מתקבל על הדעת אפוא כי שנה ברייתות בדיני ריבית, ואלו הובאו, מפי תלמידיו, על ידי רב ספרא.¹⁰³ אפשר שעל לקט ברייתות זה קבע רב הונא ברי דרב יהושע כי כולן נשנו לפי שיטה אחת – שאינה שיטת ר' יהודה. במקרה זה נשאלת שאלת מקורן של ברייתות אלה. כלומר אם הן בבליות במקורן, מהתקופה שקדמה לעלייתו של ר' חייא לארץ ישראל.¹⁰⁴

עם זאת, ברייתות אלה עוסקות כולן בִּמְטָרִיה דומה, ועל כן אין הכרח שאכן נשנו יחד, וייתכן שקובצו יחד בתקופה מאוחרת יותר בשל ענייני המשותף. ייתכן שיש לייחס את הקובץ כולו לרב ספרא, השייך לדור השלישי-רביעי של אמוראי בבל.¹⁰⁵ עוד ייתכן, שרב הונא בריה דרב יהושע הוא שאספן יחד. אלא שאפשרות אחרונה זאת נראית פחות סבירה, שכן ברור כי לכל הפחות ברייתת "מכר לו בית" עמדה אף לפני רבא וכי ברייתא נוספת ששנה רב ספרא בריבית דבי ר' חייא עמדה אף לפני אבוי, שניהם בני הדור הרביעי לאמוראי בבל ומוריו של רב הונא בריה דרב יהושע. נראה כי כבר בימי אבוי ורבא היו ברייתות אלה לא רק מוכרות אלא אף מיוחסות לרב ספרא ששנאן "דבי ר' חייא". סביר יותר להניח אפוא כי רב הונא בריה דרב יהושע הגיב על ברייתות ערוכות שנמצאו לפניו והעיר כי כולן לא נשנו בשיטת ר' יהודה, מאשר להניח כי הוא הראשון שערכן יחד.

בין כך ובין כך, כיוון שזמנו של רב הונא בריה דרב יהושע מאוחר מזמנו של רבא, שדבריו מובאים בהמשך הסוגיה, שהרי הראשון היה תלמידו של האחרון, ברור שהסוגיה אינה ערוכה לפי סדר

¹⁰¹ גם לברייתא זו מקבילה בתוספתא, המובאת בסמיכות ממש למקבילות הקודמות המצוינות לעיל; ראו תוספתא, מהדורת ליברמן, בבא מציעא, פ"ד ה"ג, עמ' 82. כן ראו היגר, אוצר הברייתות, ב, עמ' 110-111. הרא"ש אכן מביא, בשם "רבנו מאיר", את הדעה כי ברייתא זו שייכת ליחידה הספרותית של הברייתות ששנה רב ספרא דבי ר' חייא; ראו תוספות הרא"ש, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב. מסתבר כי כוונתו לדברי מורו, המהר"ם מרוטנבורג. ראו דבריו של הרא"ש גם בשיטה מקובצת, בבא מציעא, סה ע"ב, עליהם כבר עמד היגר, אוצר הברייתות, י, עמ' 68.

¹⁰² ראו תלמוד בבלי, סנהדרין, ה ע"א; הימן, תנאים ואמוראים, עמ' 426.

¹⁰³ רב ספרא מביא מדברי ר' חייא אף במקומות אחרים בגמרא; ראו, למשל, תלמוד בבלי, שבת, לו ע"א.

¹⁰⁴ לייחוס מסורת תנאית-בבלי לר' חייא ראו הימן, תנאים ואמוראים, עמ' 425; כהן, הברייתות האמוראיות, עמ' ל והערה 2 שם.

¹⁰⁵ אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 302.

כרונולוגי, מה שעשוי להעיד כי יד עורך מאוחר התערבה בה.¹⁰⁶ סממנים אלה, כשאליהם מתווספים ריבוי ההשמטות והשיבושים, עשויים לרמז כי עסקינן בתוספת מאוחרת,¹⁰⁷ עניין אשר עשוי להעמיד בספק את דיוק הלשון.

יוער כי לשאלת תיארוך לקט הברייתות חשיבות נוספת, שעניינה בחינת התפתחות החשיבה הקונספטואלית אצל חז"ל. כל ברייתא, כשהיא עומדת בפני עצמה, מייצגת הכרעה קזואיסטית בנסיבות המתוארות בה. לעומת זאת, ליקוטן יחד עשוי לייצג, כשהוא לעצמו, דפוס ראשוני של חשיבה קונספטואלית, בהנחה (הטעונה הוכחה שאינה בנמצא, ועל כן תיוותר בגדר השערה בלבד) שהגורם המלכד לא היה דמיון בלשון הברייתות או בתחום המשפטי בו הן עוסקות (כפי שייתכן שמשמע מהתיאור "תני רב ספרא ברבית") אלא קו רעיוני אחד שניכר מהברייתות לדעת העורך.

זאת ועוד: קביעתו של רב הונא בריה דרב יהושע כי כל הברייתות נשנו שלא כשיטת ר' יהודה, מייצגת דפוס של חשיבה קונספטואלית, מהסוג המכונה על ידי מוסקוביץ *associations*.¹⁰⁸ ביסוד קביעה זו עומדת לכל הפחות ההנחה כי לר' יהודה הייתה שיטה רעיונית המתירה צד אחד בריבית, שיטה שאותה היה ר' יהודה מיישם בעקביות בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה שבא לפניו. על בסיס הנחה זו, קובע רב הונא בריה דרב יהושע כי הברייתות בהן מדובר לא נשנו לפי שיטתו של ר' יהודה. כיוון שזהו דפוס החשיבה של רב הונא בריה דרב יהושע, מסתבר כי לשיטתו הפסיקה הקזואיסטית שבברייתות מהווה אף היא יישום של שיטה רעיונית אחידה לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה, שהיא מן הסתם שיטתם של חכמים, האוסרים צד אחד בריבית. רב הונא בריה דרב יהושע מציג קו מחשבה שאינו קזואיסטי אלא קונספטואלי, קו מחשבה המחפש את הכלל שביסוד הפסיקה במקרה הקונקרטי. אומנם לא ברור אם ר' יהודה אכן אחז בכלל מעין זה¹⁰⁹ או אם רב ספרא קיבץ את הברייתות לפי כלל אחד שביסודן, אך ברור כי זהו דפוס מחשבתו

¹⁰⁶ לזמנו של רב הונא ברי דרב יהושע ולהיותו תלמידו של רבא ראו הימן, תנאים ואמוראים, עמ' 351-353 והמקורות המובאים שם; אלבק, מבוא לתלמודים, עמ' 406, 417-418.

¹⁰⁷ השו" פרידמן, האשה רבה, עמ' 306-307.

¹⁰⁸ מוסקוביץ, חשיבה תלמודית, עמ' 280-292, ובמיוחד עמ' 281 הערה 37 לעניין הטרימינולוגיה השלילית *de-la* " *ke-Rabbi Xi*

¹⁰⁹ ראו לעיל, סמוך להערה 61.

של רב הונא בריה דרב יהושע וכי כך הוא מנתח את הברייתות שלפניו.¹¹⁰

מקריאה פשוטה של הברייתא נראה כי אף היא, כמוה כמקבילה בתלמוד הירושלמי ובאחד מכתבי היד של התוספתא, עוסקת בעסקה מסוג אופציית קול, אלא שמימושה נעשה לפי שווי הבית או השדה בעסקת המכר המקורית. מבחינה כלכלית זו אפוא עסקה השקולה להעמדת הלוואה המובטחת בנכס הנמכר. עסקה זו נעדרת, לכאורה, את הסממנים המקילים שמאפיינים את העסקאות הקודמות שנבחנו. עסקת המכר החוזר לא נערכת ביוזמת הרוכש אלא ביוזמת המוכר המקורי, ואינה נערכת בשווי השוק הנוכחי של הבית או השדה אלא בשוויים בעסקת המכר המקורית. לכאורה ברור פשר האיסור, ויש לתהות על פשרו של ההיתר.¹¹¹

לדעת גלובוס, ברייתא זו מציגה עסקת מכירה שאינה מכירה מוחלטת אלא יצירת משכון בדרך של "מכר ע"מ להחזיר", ובשל כך היא נחשבת כהלוואה, וממילא אסרו חכמים על הרוכש ליהנות מפירות הנכס בשל איסור הריבית. ר' יהודה אומנם התיר, אך דעתו הייתה דעת מיעוט שלא התקבלה להלכה.¹¹²

גולאק סבור כי התוספתא והתלמוד הירושלמי מלמדים על קיומה של עסקת משכנתא שנערכה בדרך של "מכירה בתנאי על מנת להחזיר", אשר אפשרה למלווה ליהנות מפירות המשכנתא, ושיש להניח שהייתה נוהגת עוד כמה דורות לפי החורבן. הברייתא שבתלמוד הבבלי, לעומת זאת, אוסרת על עסקה זאת ממש מחמת חשש הריבית, ומתירה אותה רק במקום שבו המוכר ערך את עסקת המכר כעסקת מכירה מוחלטת, ללא כל תנאי בדבר זכותו לשוב ולרכוש את הנכס, ותנאי זה נוסף על ידי הרוכש "מדעתו או לאחר זמן".¹¹³ נראה כי לדעת גולאק, שוני זה נובע מהמקום ולא מהזמן: בה בעת שבארץ ישראל הותרה בתקופת התנאים עסקת "מכירה בתנאי על מנת להחזיר", בבבל נאסרה אותה עסקה ממש, אלא אם ההתניה באה מצד הרוכש (ולא מצד המוכר),

¹¹⁰ השוו מוסקוביץ, חשיבה תלמודית, עמ' 279-280.

¹¹¹ כפי שיבואר להלן, האמוראים ואחריהם הראשונים אכן התחבטו בכך והציעו כמה הסברים אפשריים להיתר שבברייתא זו.

¹¹² גלובוס, רבית, עמ' 30-31. לדעת גלובוס, ההסבר בדבר "צד אחד בריבית" שעומד לכאורה ביסוד היתרו של ר' יהודה הינו חידוש של אביי. גלובוס למד זאת מכך שבסוגיות המקבילות תוספתא, בתלמוד הירושלמי ובדברי ר' יוחנן במסכת ערכין בתלמוד הבבלי לא נמצא הסבר זה, ותחת זאת מוסבר שר' יהודה למד זאת מבתי ערי חומה, שהתורה התירה גאולתם בתוך שנה ממועד מכירתם.

¹¹³ גולאק, משכנתא, עמ' 84.

מדעתו או לאחר זמן.

הלוי, אשר כאמור לעיל חולק על כמה מקביעותיו של גולאק, מסכים עם עיקר ניתוחו את ברייתא זו שבתלמוד הבבלי. לדעת הלוי, הדרך היחידה לערוך "משכנתא באכילת פירות" בארץ ישראל בתקופת התנאים, הייתה על ידי "כתיבת המשכנתא במכר על מנת להחזיר בשעת ההלוואה עצמה",¹¹⁴ ואילו בבבל "לא התירו דרך זו של משכנתא מעולם".¹¹⁵

פרנצוס טוען לשני הבדלים אפשריים בין הברייתא שבתלמוד הבבלי למקבילותיה בתוספתא ובתלמוד הירושלמי. הבדל אחד הוא, שלדעת פרנצוס הברייתא שבתוספתא "מובאת במסגרת של הלכות שהן בשיטת רבי יהודה", ואילו זו שבתלמוד הבבלי נשנית שלא כשיטתו, כפי שמלמדנו רב הונא בריה דרב יהושע.¹¹⁶ פרנצוס אינו מנמק את הצעתו כי הברייתא שבתוספתא נשנית במסגרת של הלכות המשקפות את שיטת רבי יהודה, אך כמה מפרשים אכן הציעו כך וייתכן כי פרנצוס נסמך על עמדתם.¹¹⁷ לרנר נוטה אף הוא לאמץ עמדה זו בעקבות אותם מפרשים.¹¹⁸ עם זאת, עמדה זו נתקלת בכמה קשיים מהותיים, עליהם כבר עמד ורהפטיג.¹¹⁹ ראשית, תחילתה של הברייתא בתוספתא משקפת את עמדת חכמים ולא את עמדת ר' יהודה בלבד.¹²⁰ שנית, הברייתא המובאת קודם לכן בתלמוד הבבלי בדבר הממשכן המתנה על מכירת הנכס, אשר גם עליה אומר רב הונא בריה דרב יהושע כי נשנתה שלא בשיטת ר' יהודה, מופיעה באותה לשון בתוספתא בסמיכות מקום. עניין זה מקשה לבסס את ההצעה כי הברייתא שבתוספתא ובתלמוד הבבלי משקפות

¹¹⁴ כאמור לעיל, סמוך להערה 78, לדעת הלוי זהו ההבדל בין העסקה דנן שהותרה על ידי התוספתא לבין עסקת עשיית שדה במכר שנאסרה בה.

¹¹⁵ הלוי, כתיבת שדה במכר, עמ' 38. ראו גם שם, עמ' 35.

¹¹⁶ פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמ הערה 2.

¹¹⁷ ראו לרנר, משכון, עמ' 170 הערה 9 ופרי, שטרות, עמ' 161 הערה 27, המביאים כמה פירושים המעמידים את הברייתא שבירושלמי ובתוספתא בשיטת ר' יהודה.

¹¹⁸ ראו שם.

¹¹⁹ ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 225.

¹²⁰ פרי, שטרות, עמ' 162, מציע, בעקבות בעל ספר חוות דעת, כי לשונה השונה של סיפת הברייתא, שהעסקה המוצגת בה היא היחידה שאינה נשנית בלשון "על מנת", מלמדת כי היא לבדה שנויה בשיטת ר' יהודה, ואילו רישת הברייתא שנויה בשיטת חכמים. אלא ששתי העסקאות האחרונות בברייתא אינן מובאות בה בלשון "על מנת", ואין כל סיבה לסבור שהעסקה הלפני אחרונה, עסקת זכות הסירוב הראשונה, נשנתה דווקא בשיטת ר' יהודה.

עמדות של תנאים שונים.

הצעה שנייה של פרנצוס, בעקבות בעל נתיבות ירושלים על התלמוד הירושלמי, היא כי שתי הברייתות – זו שבתוספתא וזו שבתלמוד הבבלי – נשנו על ידי אותו תנא, אלא שהדינים שונים מכיוון שלשון התנאי הכלול בהן שונה ומכוונת למבנה עסקה שונה.¹²¹ בעל נתיבות ירושלים מציע, בעקבות תשובה של הנודע ביהודה כי הברייתא שבתוספתא ובתלמוד הירושלמי מציגה עסקת מכר חוזר, כלומר עסקה שבה הרוכש מתחייב לשוב ולמכור למוכר את הנכס, ועסקה זו מותרת לדעת הכול ואין בה חשש ריבית.¹²² הברייתא שבתלמוד הבבלי, לעומת זאת, מציגה בחלקה הראשון עסקה שבה המוכר זכאי להשיב את תמורת המכר לקונה ואז מתבטלת עסקת המכר למפרע. במקרה זה נמצא בדיעבד כי הכספים היו הלוואה ביד המוכר, ועל כן לשיטת חכמים נאסר על הרוכש ליהנות מפירות הבית או השדה, ואילו רבי יהודה מתיר, בשל שיטתו המתירה "צד אחד בריבית".

פרנצוס מוסיף וקובע כי הקביעות "אסור" ו"מותר" שבברייתא זו מתייחסות לשאלת אכילת הפירות על ידי הרוכש,¹²³ אך בשני המקרים גם יחד ברור כי התנאי קיים. אלא שלדעת פרנצוס, לאור תירוצו של רבא, אין הדברים כה פשוטים.¹²⁴ על כך יש להעיר, שהדברים אינם פשוטים אף

¹²¹ פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמ הערה 2. נראה כי הדגש הוא על השימוש בלשון "על מנת שתחזירם לי" לעומת "לכשיהיו לי מעות אחזירם לך". ראו גם פרי, שטרות, עמ' 162.

¹²² נתיבות ירושלים, תלמוד ירושלמי, בבא מציעא, פ"ה ה"ב, עמ' 58; שו"ת נודע ביהודה, יורה דעה, מהדורה תניינא, סימן עה, עמ' צז-צח; לתשובה זו ראו פרק חמישי להלן, סמוך להערה 31 ואילך. תשומת הלב להערת בן המחבר שם, המפנה לשו"ת צמח צדק (קדמון), סימנים כ וכ"א. ראו לעניין זה הפרק החמישי, סמוך להערה 20 ואילך. ראוי לציון, כי בעל שו"ת נודע ביהודה פתח תשובתו במילים "לולא דמסתפינא", ועל כן לא ברור עד כמה התכוון שדבריו, ובמיוחד ההיתר הקיים בהם לעסקת מכר חוזר במיטלטלין המשמשת לשם הסוואת עסקת הלוואה נושאת ריבית, ישמשו הלכה למעשה. שיטה פרשנית דומה, המושתתת על ההבחנה בין לשון התנאי "על מנת שתחזירם לי" לבין לשון התנאי "לכשיהיו לי מעות אחזירם לך", נמצאת בספר נתיבות המשפט, חושן משפט, רז, ביאורים סק"ו וחידושים סק"ב; בספר חוות דעת, קע"ד, ביאורים סק"א; ובספר מחנה אפרים, הלכות מלוה ולוה - דיני ריבית, יג, בעקבות שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן קצח, עמ' צב-צג.

¹²³ כבר קדמו לו בכך ר' שמואל הסרדי בספר התרומות, שער מו, ד, יט: "אסור. פירוש, לאכול הפירות"; רבנו ירוחם בספר מישורים, נתיב ח, חלק ה: "אסור לאכול הפירות הלוקח"; ומהר"י הלוי בשו"ת מהר"י הלוי, סימן ב, עמ' ו-ח: "מכר לו בית מכר לו שדה וא"ל לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור, ר"ל לאכול הפירות".

¹²⁴ פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמא.

בהתעלם מתירוצו של רבא. כזכור, ברייתא זו מובאת במסגרת דיון התלמוד במשנה "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת דמים ואמר לו אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך אסור". על משנה זו שואלת הגמרא: "מי אוכל פירות". ניתן להציע אפוא שהלשון "אסור" או "מותר", כשהיא לעצמה, יכולה להיות מכוונת לתוקף העסקה, ואינה מכוונת בהכרח לשאלת אכילת הפירות.

נשאלת שאלת סיווגה של עסקת "מכר לו בית" כפי שנהגה בתקופת התנאים. גם בעניין זה, כבקודמיו, רב הנסתר על הנגלה. בתוספתא ובתלמוד הירושלמי ראינו שלשה דפוסי עסקה אפשריים, מהם אחד – אופציית הקול – הינו עסקת מכר חוזר שהשלמתה מותנית ברצונו של המוכר המקורי. עסקה דומה ראינו בברייתא בתלמוד הבבלי, אלא ששם ברור כי המכר החוזר נערך במחירו של הנכס בעסקת המכר המקורית. נראה כי כל החוקרים שבחנו עסקה זו ראו בה עסקת משכון שנערכה בדרך של מכר חוזר. פרנצוס סבור כי התוספתא והברייתא בתלמוד הבבלי מציגים שני דפוסי עסקה שונים. בתוספתא מדובר במכירה על מנת להחזיר, כאשר החזרת הבעלות נערכת באמצעות עסקה שנייה ונפרדת, כלומר בעסקת מכר חוזר; ואילו בתלמוד הבבלי מדובר במכירה המותנית בכך שהמוכר זכאי להשיב את תמורת המכר לקונה ולבטל את עסקת המכר למפרע, כלומר בעסקת מכר מותנה. מכל מקום, אף כאן לא מצאנו מכר לזמן קצוב.

ז. ליקוח לעניין מעשר בהמה

בשני מקורות נוספים מתקופת התנאים נזכר מקרה שראוי לעיון בהקשר של עסקאות בעלות לזמן. כך נאמר בתוספתא, בכורות, פ"ז ה"ג: "איזהו לקוח כל שמכרו לו וחזר ולקח ממנו או שנתנו לו במתנה וחזר ולקחו ממנו".¹²⁵ דברים אלה נראים כמוסבים על האמור במשנה, בכורות, פ"ט ה"ג, "הלקוח או שניתן לו מתנה פטור ממעשר בהמה".¹²⁶ לפי הסבר התוספתא, דברי המשנה לא נועדו להבהיר את המובן מאליו – קרי אדם הרוכש בהמה או מקבלה במתנה פטור ממעשר בהמה, אלא להציג מקרה שבו הבעלים המקורי של הבהמה מכר את הבהמה או נתן אותה במתנה ואחר כך שב ורכש בעלות בה. גם במקרה זה פטור הבעלים המקורי ממעשר הבהמה, אף שהיא שבה לבעלותו.

¹²⁵ תוספתא - כתב יד וינה; תוספתא - צוקרמנדל, בכורות, פ"ז ה"ה, עמ' 542 שורות 3-5. ראוי לציין כי המקורות לעניין ליקוח הם היחידים שעלה בידינו לאתר בתקופת התנאים אשר מציגים מכר ומתנה כפתרונות חליפיים זה לזה.

¹²⁶ ראו תוספתא - חזון יחזקאל, בכורות, פ"ז ה"ג, ביאורים, עמ' 65-66.

בהמשך אותו פרק בתוספתא מופיע כלל בדבר בהמות הפטורות מחובת המעשר: "הנרבע והמוקצה והנעבד אתנן ומחיר וטומטום ואנדרוגינוס אין נכנסין לדיר להתעשר".¹²⁷ אחריו מופיע הסבר בלשון הנראית כמתייחסת לעסקת בעלות לזמן, הסבר המופיע בשינוי לשון רב־משמעות אף בתלמוד הבבלי:

תוספתא, בכורות, פ"ז ה"ח, על פי כתב יד וינה ¹²⁸	תלמוד בבלי, בכורות, נו ע"א ¹²⁹
איזהו אתנן כל שנתן לה עובר פרתו וחזר ולקחו הימנה איזהו מחיר כל שהחליף לו עובר פרתו וחזר ולקחו הימנו	תני תנא קמי דרב איזהו אתנן שנכנס לדין להתעשר כל שנתנו לה וחזר ולקחו הימנה

אומנם הברייתא שבתלמוד הבבלי דומה בלשונה לזו שבתוספתא – אך הפוכה בתוצאתה ההלכתית. הגמרא מקשה מדוע לא נפטרה הבהמה מחובת המעשר בשל ליקוח, ומשיבה כי מדובר במקרה שבו הבהמה ניתנה כאתנן בהיותה בבטן אימה, ושבה ונלקחה על ידי בעליה המקורי בעת שהייתה בבטן אימה או בתוך שבעה ימים מלידתה, שאז אין הליקוח פוטר את הבהמה מחמת מעשר.

התוספתא והברייתא אינן מבהירות את נסיבות המקרה או את מהותן של העסקאות שבהן הן עוסקות. לכאורה ניתן לסבור כי התוספתא מציעה עסקת מכר חוזר כטכניקה להתמודדות עם חובת מעשר בהמה. בעליה של הבהמה מוכר את הבהמה או נותן אותה במתנה לאחר, ולאחר מכן שב ורוכשה או מקבלה ממנו. אף שהבהמה שבה לבעליה המקוריים, המכירה או הנתנה במתנה פוטרים אותה מחובת המעשר. עם זאת, אין כל ודאות כי זו כוונת התוספתא. הברייתא המובאת בתלמוד הבבלי אינה מועילה להבהרת עניין זה, שהרי לפי ברייתא זו הבהמה אינה פטורה מחובת המעשר על אף הליקוח. עם זאת, ייתכן כי כוונת בעליה המקוריים הייתה לפטור אותה מחובת המעשר, אלא שכשל בכך בשל נסיבות המקרה. כפי שעולה מדיון הגמרא, אם לא היו העסקאות

¹²⁷ תוספתא - כתב יד וינה; תוספתא - צוקרמנדל, בכורות, פ"ז ה"ח, עמ' 542 שורות 10-11.

¹²⁸ תוספתא - כתב יד וינה. בתוספתא - צוקרמנדל, בכורות, פ"ז ה"ח, עמ' 542 שורות 13-14, בעקבות כתב יד ערפורט, הגרסה היא "איזהו מחיר כלב".

¹²⁹ כך בדפוס וילנא; ובשינויים קלים שאין להם משמעות לענייננו בכתב יד מינכן, בכתב יד פירנצה, בכתב יד ותיקן 119, בכתב יד ותיקן 120-121, בקטע גניזה אוקספורד Heb. c. 17/86-103 ובדפוס ונציה. בכתב יד לונדון נוספו המילים "במעיי אמו" – "כל שנתנו לה במעיי אמו וחזר ולקחה ממנו", וייתכן כי תוספת זו מושפעת מן המקבילה בתוספתא או מסוגיית הגמרא.

נעשות כשהבהמה בבטן אימה, הייתה הבהמה אכן נפטרת מחובת המעשר. מאידך גיסא, קשה להעלות על הדעת שבמקרה זה התבצע מהלך מכוון שתכליתו להימנע מחובת מעשר בהמה. אדם יכול למכור בהמותיו או לתיתן במתנה לקרובו או לחברו מתוך ציפייה או הבנה כי זה ישיבן לבעלותו, אך סביר פחות כי ציפייה או הבנה מעין אלה קיימות במקרה של אתנן לזונה.

אף בהנחה, שכאמור לעיל הינה מסופקת, שהתוספתא מציעה עסקת מכר חוזר כטכניקה להתמודדות עם חובת מעשר בהמה, לא ברור טיבן של העסקאות או הקשר ביניהן. אין דבר הרומז על התניה משפטית-פורמלית כלשהי בין העסקאות, וייתכן כי עסקת המכר החוזר הייתה עצמאית ונפרדת לחלוטין מעסקת המכר הבסיסית. נראה כי כך יש להבין את הביטוי "חוזר ולקחון" כפשוטו. אם כן, אף אם יש כאן רמז לעסקת מכר חוזר, בכל מקרה אין כאן מקרה של מכר לזמן קצוב.

ח. מתנה על מנת להחזיר

לא עלה בידינו למצוא עדויות לשימוש במתנה לשם פתרון בעיות משפטיות בתקופת התנאים. יש כמה מקרים שבהם נעשה שימוש במתנה לשם פתרון בעיות הלכתיות, רובם ככולם במקורות חיצוניים למשנה: מדרשי הלכה, תוספתא וברייתות בתלמודים.

1. פדיון הבן

במשנה, בכורות, פ"ח ה"ח נאמר כך: "כתב לכהן שהוא חייב לו חמש סלעים ליתן לו ובנו אינו פדוי לפיכך אם רצה הכהן ליתן לו מתנה רשאי".¹³⁰ לפי פשט הדברים, אין מדובר כלל במקרה של מתנה על מנת להחזיר. האב התכוון לפדות את בנו באמצעות שטר חוב של חמישה סלעים, אך המשנה קובעת כי החיוב לשלם חמישה סלעים קיים ואילו הבן אינו פדוי, כיוון שפדיון באמצעות התחייבות עתידית לשלם אינו כשר מבחינה הלכתית, אלא נדרש תשלום של חמישה סלעים בפועל.¹³¹ בנסיבות אלה, בהן יידרש האב לשלם חמישה סלעים לחינם, מתירה המשנה לכהן ליתן לאב את חמשת הסלעים במתנה, ואינה חוששת שמא ייראה הדבר כאילו השיב הכוהן

¹³⁰ כך במשנה שלפנינו, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו במשנה - כתב יד קאופמן ובמשנה - כתב יד פרמה.

¹³¹ ראו הסברו של עולא בתלמוד בבלי, בכורות, נ"א ע"ב, לפיו מדין תורה ניתן לפדות באמצעות התחייבות. האיסור הינו גזרת חכמים, שמטרתו למנוע מחשבה מוטעית שניתן לפדות את הבכור בשטר.

לאב את חמשת הסלעים ששימשו בפועל לפדיון הבן. לכאורה עולה מכך כי המשנה הסתייגה מאפשרות של פדיון הבן באמצעות מתנה על מנת להחזיר של חמישה סלעים. המשנה התירה לכוהן להשיב כספים לאב רק במקום שבו נאלץ האב לשלם עשרה סלעים בסך הכול כאמור לעיל, מתוך הכרה בכך שמה שמשיב הכוהן לאב הוא את חמשת הסלעים של שטר החוב שאינו מועיל לפדיון הבן. חמשת הסלעים ששימשו בפועל לפדיון הבן אינם מושבים לאב אלא נותרים בידי הכוהן.

אף על פי כן, שניים מפרשני המשנה – ר' עובדיה מברטנורא ובעל תפארת ישראל – מתייחסים בפרשנותם למשנה זו לאפשרות כי פדיון הבן יתבצע באמצעות מתנה על מנת להחזיר, ומביעים דעות שונות בשאלה זו. ר' עובדיה מברטנורא שולל את האפשרות לבצע פדיון באמצעות מתנה על מנת להחזיר וקובע כי על הכוהן להשיב את חמשת הסלעים מרצונו, ללא כל חיוב או אפילו הסתמכות של האב, ואילו בעל תפארת ישראל קובע כי ניתן לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם פדיון ובלבד שהדבר יותנה מפורשות.¹³² כפי שנראה להלן, בדיונו בתקופת האמוראים, ייתכן כי פרשנות זו הושפעה מאופן עריכתו של הדיון בנושא זה בגמרא.¹³³

2. לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של סוכות

בכמה מקורות מתקופת התנאים מובא מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה ורק לרבן גמליאל היה לולב לצאת בו ידי חובה ביום טוב ראשון של סוכות. רבן גמליאל נתנו במתנה לאחד מחבריו וחוזר חלילה, וכך יצאו כולם ידי חובתם:

¹³² ראו ברטנורא, משנה, בכורות, פ"ח ה"ח, ולעומתו, בעל תפארת ישראל - יכין שם.

¹³³ ראו פרק שלישי להלן, סמוך להערה 238 ואילך.

ספרא, אמור, פרשה יב פרק טז	תוספתא סוכה, פ"ב הי"א, מהד' ליברמן, על פי כתב יד וינה¹³⁴	תוספתא סוכה, פ"ב הי"א, על פי כתב יד ערפורט¹³⁵
משלכם ולא את הגזול מיכן אמרו אין אדם יוצא ידי חובתו ביום טוב הראשון של חג בלולבו של חבירו לחבירו וחבירו לחבירו אפילו הן מאה	יום טוב הראשון של חג אין אדם יוצא ידי חובתו בלולבו של חבירו, אלא אם כן נותנו לו במתנה גמורה.	יום טוב הראשון של חג אין אדם יוצא ידי חובתו בלולבו של חבירו אלא אם כן נותנו במתנה גמורה לחבירו
מעשה ברבן גמליאל והזקינים שהיו באים בספינה ולא נמצא לולב כי אם ביד רבן גמליאל בלבד ונתנו רבן גמליאל מתנה לרבי יהושע ורבי יהושע לרבי אלעזר בן עזריה ורבי אלעזר בן עזריה לרבי עקיבא וכולם יצאו ידי חובתם	מעשה ברבן גמליאל וזקינים שהיו באין בספינה ולא היה עמהן לולב, לקח רבן גמליאל לולב בדינר זהב, כיון שיצא בו ידי חובתו נתנו לחבירו, וחבירו לחבירו, עד שיצאו כולן, ואחר כך החזירוהו לו	ומעשה ברבן גמליאל וזקינים שהיו באין בספינה ולא היה עמהם לולב נטל רבן גמליאל לולב בדינר של זהב וכיון שיצא בו ידי חובתו נתנו מתנה גמורה לחבירו כדי שיצאו כולן ידי חובתן ואחר כך החזירוהו לו

תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב	תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב, על פי כתב יד לונדון (Harley 5508)
לכם – משלכם, להוציא את השאול ואת הגזול. מכאן אמרו חכמים: אין אדם יוצא ידי חובתו ביום טוב הראשון של חג בלולבו של חבירו, אלא אם כן נותנו לו במתנה.	לכם משלכם להוציא את השאול ואת הגזול מיכן אמרו אין אדם יוצא ידי חובתו ביום טוב הראשון של חג אלא אם כן נותנו לו במתנה
ומעשה ברבן גמליאל ורבי יהושע ורבי אלעזר בן עזריה ורבי עקיבא, שהיו באין בספינה, ולא היה לולב אלא לרבן גמליאל בלבד, שלקחו באלף זוז. נטלו רבן גמליאל ויצא בו, ונתנו לרבי יהושע במתנה, נטלו רבי יהושע ויצא בו, ונתנו לרבי אלעזר בן עזריה במתנה, נטלו רבי אלעזר בן עזריה ויצא בו, ונתנו לרבי עקיבא ויצא בו והחזירו לרבן גמליאל.	ומעשה ברבן גמלי' וא' אלעי' בן עזריה ור' יהושע ור' עקי' שהיו באין בספינה ולא היה בידם אלא לולב אחד של רבן גמלי' בלבד שהיה לקוח באלף זוז נטלו רבן גמלי' ויצא בו נתנו במתנה לר' יהושע נטלו ר' יהושע ויצא בו ונתנו במתנה לר' אלעזר בן עזריה נטלו ר' אלעזר בן עזריה ויצא בו ונתנו במתנה לר' עקי' נטלו ר' עקי' ויצא בו ונתנו והחזירו לרבן גמלי'
למה לי למימר החזירו? – מלתא אגב אורחא קא משמע לן: מתנה על מנת להחזיר – שמה מתנה. כי הא דאמר רבא: הא לך אתרוג זה על מנת שתחזירוהו לי, נטלו ויצא בו, החזירו – יצא, לא החזירו – לא יצא ¹³⁶	למה לי למימרא החזירו הא קמלן דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה כדרבא דאמי רבא אתרוג זה נתון לך במתנה על מנת להחזיר נטלו ויצא בו החזירו יצא ואם לאו לא יצא ומאי קמלן דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה

¹³⁴ תוספתא סוכה, מהד' ליברמן, פ"ב הי"א, עמ' 265, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו בתוספתא -

כתב יד וינה ובתוספתא - דפוס ראשון.

¹³⁵ כך הנוסח אף בתוספתא - כתב יד לונדון. בשני כתבי יד אלה, המילים "מתנה גמורה" מופיעות בגוף המעשה ברבן גמליאל.

¹³⁶ תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב, ובשינויים שאינם בעלי משמעות לענייננו גם בבבלי - קטע גניזה קיימברידג' T-S 329.431, בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס פיזרו. בבבלי - כתב יד ותיקן 134 קיימת השמטה של חלק מהטקסט ואחריה חזרתיות של חלק אחר ממנו, שתייהן כפי הנראה עקב אשגרה, אך אין בהן כדי לשנות מהבנת הדברים. גם בבבלי - כתב יד מינכן 95, בבבלי - כתב יד מינכן 140, ובבבלי - כתב יד ביהמ"ל 1608 קיימים שינויים (השמטות או כפילויות) שאין בהם כדי לשנות מהבנת הדברים. בשני קטעי גניזה בהם ניתן הטקסט להבנה באופן חלקי (גינה 69 ms וקיימברידג' T-S F 2(1).202), גם כן לא ניכרים שינויים בעלי משמעות

בספרא מובא מעשה ברבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה ורק לרבן גמליאל היה לולב לצאת בו ידי חובה ביום טוב ראשון של סוכות. רבן גמליאל נתנו במתנה לאחד מחבריו וחוזר חלילה, וכך יצאו כולם ידי חובתם. מגרסה זו לא ברור מה טיבה של המתנה ואם מדובר במתנה על מנת להחזיר, שכן לא מתואר שהלולב חוזר בסופו של דבר לרבן גמליאל עצמו.¹³⁷

מעשה זה ברבן גמליאל אינו מופיע במשנה. עם זאת, קיימות גרסאות נוספות שלו במקורות חיצוניים לה. גרסה נוספת של המעשה ברבן גמליאל מובאת בתוספתא. רבן גמליאל מתואר בה כמי שרוכש לולב, יוצא בו ידי חובתו, אחרי כך נתנו לחברו כדי שיצא ידי חובתו, וחוזר חלילה, עד שלבסוף מוחזר הלולב לרבן גמליאל. מלשון המעשה עצמו בכתב יד וינה של התוספתא לא ברור טיבן של המתנות המתוארות בו. עם זאת, המעשה ברבן גמליאל וזקנים מובא בתוספתא מייד לאחר כלל הקובע כי על המתנה להינתן "במתנה גמורה". כלומר ללא תנאי או סייג. בשני כתבי יד אחרים של התוספתא – כתב יד ערפורט וכתב יד לונדון – מבוואר בגוף המעשה ברבן גמליאל כי הלולב ניתן במתנה גמורה. נראה אפוא כי התוספתא משקפת שיטה הלכתית שלפיה נדרשת מתנה גמורה כדי לצאת ידי חובה בלולב של אחר ביום טוב ראשון של חג סוכות. כלומר מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה לעניין זה, כנראה כיוון שהלולב אינו נחשב במקרה זה כעובר לבעלותו של

לענייננו. יש להעיר, כי אגב אורחא משמיעה לנו הגמרא כי מתנה על מנת להחזיר שונה לעניין זה משאילה, שאינה מוציאה את השואל ידי חובתו. בבבלי - בכתב יד לונדון (Harley 5508) קיימים כמה שינויי נוסח שאינם בעלי משמעות לענייננו, ושינוי נוסח אחד שעשוי להיות בעל משמעות: נאמר לגבי ר' עקיבא כי "נטלו ר עקי ויצא בו ונתנו והחזירו לרבן גמלי", נוסח שממנו עשוי להשתמע כי לא היה מדובר במתנה על מנת להחזיר אלא ר' עקיבא נדרש לתת את הלולב במתנה לרבן גמליאל. משמעות זו אינה מתיישבת עם הקשר הדברים, וייתכן כי המילה "ונתנו" היא אשגרה מהשורות הקודמות של המעשה, שבהן נאמר שהחכמים האחרים נתנו את הלולב במתנה איש לחברו לאחר שיצאו בו ידי חובתם. בבבלי - כתב יד ביהמ"ל 218 הנוסח הוא "החזירוהו לרבן גמליאל", ממנו עשוי להשתמע כי כל שרשרת המתנות הייתה מורכבת ממתנות על מנת להחזיר וכי לכל מקבלי הלולב הייתה חובה להשיבו לרבן גמליאל; אך גם בהמשך הדברים, במעשה באתרוגו של רבא, הנוסח הוא "החזירוהו" ברבים אף שכאן נראה כי מדובר במקבל יחיד, כך שייתכן שזו אינה אלא טעות קולמוס החוזרת בטקסט. לעומת זאת, בבבלי - כתב יד אוקספורד 2677 (Bodl. MS. Heb. e. 51) נאמר "החזירוהו" ברבים במעשה הלולב ו"החזירו" ביחיד במעשה האתרוג, ועל כן שאלת היות המתנות כולן על מנת להחזיר עולה כאן ביתר שאת.

¹³⁷ הדרישה ההלכתית בדבר בעלות בלולב חלה רק ביום טוב הראשון של חג הסוכות. על כן, אפשר לסבור שרבן גמליאל לא עמד על כך שהלולב אשר משמש את חבריו ואותו ישוב לבעלותו.

מקבל המתנה על מנת להחזיר.

ברייטא במסכת סוכה בתלמוד הבבלי מובאת גרסה נוספת של המעשה, המתאפיינת בכמה הבדלים מהגרסה המובאת בתוספתא. החשוב שבהם לענייננו הוא כי המילים "מתנה גמורה" אינן מופיעות ותחת זאת נאמר "מתנה" סתם.¹³⁸ אך משינוי זה כשהוא לעצמו לא ניתן להסיק מה הייתה העמדה ההלכתית בבבל בתקופת התנאים. עם זאת, כפי שניווכח להלן, אמוראי בבל ייחסו כפי הנראה להבדל ניסוחי זה משמעות בקביעת ההלכה.¹³⁹

3. חמץ בפסח

התיבה "במתנה גמורה" מובאת בתוספתא גם לעניין מתן חמץ במתנה לגוי בערב פסח.¹⁴⁰ התוספתא מכשירה כאן עסקת מכר חוזר או מתנה חוזרת של חמץ לגוי ערב הפסח, אך דורשת כי המתנה תהיה מתנה גמורה. במסכת פסחים בתלמוד הירושלמי מובאת ברייתא דומה לזו שבתוספתא לעניין מכר חוזר או מתנה חוזרת של חמץ לגוי ערב הפסח. גם כאן מופיעה הדרישה כי המתנה תהיה מתנה גמורה.¹⁴¹ אף כי אין מקבילה לכך בתלמוד הבבלי, ליברמן מעיר כי בעניין זה ההלכה אליבא דכולי עלמא היא כי מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה לעניין ביעור חמץ בפסח.¹⁴²

ראוי לציון כי בספר הלכות גדולות, סימן יא, הלכות פסח, פרק כל שעה, מובאת ברייתא דומה לברייתות האמורות לעיל, אלא שהנוסח בסיפא, חלף "ובלבד שיתנו לו במתנה גמורה", הוא

¹³⁸ כך בכל כתיבי היד והדפוסים שלפנינו. כך מצוטטת הברייתא אף בידי רב שרירא גאון בתשובות הגאונים - שערי תשובה, סימן שג, עמ' כח, ללא המילה "גמורה", ורב שרירא גאון אכן מפרשה ומיישמה כמתכוונת למתנה על מנת להחזיר. נוסח זה מופיע אף בספר הלכות גדולות, סימן טו - הלכות לולב. ראו גם אלבק, דיני הממונות, עמ' 390 הערה 99.

¹³⁹ ראו פרק שלישי להלן, סמוך להערה 243 ואילך.

¹⁴⁰ תוספתא פסחים, מהד' ליברמן, פ"ב הי"ב, עמ' 146, בעקבות תוספתא - כתב יד וינה, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו אף בתוספתא - כתב יד ערפורט: "ישראל וגוי שהיו באין בספינה וחמץ ביד ישראל, הרי זה מוכרו לנכרי, ונותנו במתנה, וחוזר ולוקח ממנו לאחר הפסח, ובלבד שיתנו לו במתנה גמורה". ראו שילה, ההערמה בתלמוד, עמ' 335-336.

¹⁴¹ ירושלמי, פסחים, פ"ב הי"ב, כח ע"ד, טור 507 שורות 21-23: "ישראל ועכו"ם שהיו באין בספינה וחמץ ביד ישראל הרי זה מוכר לעכו"ם או נותנו לו מתנה וחוזר ולוקחו ממנו לאחר הפסח ובלבד שיתנו לו מתנה גמורה".

¹⁴² ליברמן, תוספתא כפשוטה, פסחים, עמ' 495.

"ובלבד שלא יערים".¹⁴³ ייתכן שיש כאן רמז לפסול שנמצא בשימוש במתנה על מנת להחזיר, שעשוי היה להיתפס כמעין הערמה.

ט. גט על מנת להחזיר

בתוספתא, גיטין, פ"ב ה"ד נקבע הכלל הזה:¹⁴⁴

הרי זה גיטיך על מנת שתחזירי לי את הנייר - הרי זו מגורשת; על מנת שהנייר שלי, או שנתנו לה הנייר עצמו, או שכתבו על ידה - אינה מגורשת.

ברייטא מקבילה בלשון שונה מופיעה בתלמוד הירושלמי, גיטין, פ"ב ה"ג:¹⁴⁵

הרי זה גיטי <<ד>> על מנת שתתנהו לי. פסול. על מנת¹⁴⁶ שתחזירהו לי. כשר. ולא דא היא קדמייתא. אמ' ר' יוסי. {לכשתדיני} <לכשתרצה>.¹⁴⁷ אמ' ר' יוסי ביר' בון. לכשתזכה בו ובמצוותו תחזירהו לי. כהדא תרונגא הוון מצפצפין תמן. והוה רב נחמן בר יעקב תרנגא מתנה לבריה ואמ' ליה. לכשתזכה בו ובמצוותו תחזירהו לי.

ברייטא מקבילה נוספת בלשון שונה מופיעה אף בתלמוד הבבלי, גיטין, עה ע"א: "ת"ר: הרי זה גיטיך והנייר שלי - אינה מגורשת, על מנת שתחזירי לי את הנייר - מגורשת".¹⁴⁸ מייד בהמשך מופיעה השאלה "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא", ואמוראים אחדים מציעים כי בסיפא התנאי

¹⁴³ ראו לעניין זה גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ד סדר מועד, עמ' 494-496.

¹⁴⁴ תוספתא גיטין, מהד' ליברמן, פ"ב ה"ד, עמ' 250 שורות 25-26, בעקבות תוספתא - כתב יד וינה, וכך גם בתוספתא - כתב יד ערפורט.

¹⁴⁵ טור 1060 שורות 26-31, מד ע"ב.

¹⁴⁶ ליברמן, תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 805, סבור כי זו היא אשגרה, וכי הנוסח הנכון הוא: "על מנת שתתנהו לי פסול שתחזירהו לי כשר", ללא לשון התנאי "על מנת"; אך יש לציין, כי הנוסח "על מנת" מופיע במקבילות בתלמוד הירושלמי ובתלמוד הבבלי.

¹⁴⁷ ליברמן, תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 805 הערה 17, מעיר כי יש לקרוא "לכשתרציי". ליברמן מפנה לטקסט דומה בנוסחו בתלמוד הירושלמי, דמאי, פ"ו ה"ג, טור 136 שורות 43-46: "ישראל שקיבל שדה מיש' על מנת שיהו המעשרות שלוה. אסור. שאטלם אני ואתנם לזה. מותר. ולא דא היא קדמייתא. אמ' ר' אחא. אם תירצה ביניהן".

¹⁴⁸ כך בדפוס וילנא שלפנינו, בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס שונוניו. בבבלי - כתב יד ותיקן 130, בבבלי - כתב יד ותיקן 140 ובקטע גניזה קיימברידג' T-S F 6.6 "הרי זו מגורשת", ואין הדבר משנה את משמעות הדברים.

אינו חל כיוון שלא נערך כדון, וממילא נותר הגט בלתי מותנה והגירושין תקפים. לעומתם, שני אמוראים מציעים הסברים שמניחים שגם בסיפא התנאי תקף ובכל זאת גם הגירושין תקפים. רב חסדא מציע כי ניתן לקיים את התנאי על ידי תשלום שוויו הכספי של הנייר. הסברו זה נדחה על ידי אביי. רב אשי סבור כי אופן ניסוח התנאי אינו פוגם בכשרות הגט, שכן הגט נמצא ברשותה של האישה במועד שבו חלים הגירושין. רש"י על אתר מבאר כי חובת החזרתו אינה מעלה ואינה מורידה, שכן "מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה".

משלוש המקבילות עולה כי הנוסחה "על מנת שתחזירי לי" מועילה בגט. בגרסאות שבתוספתא ובתלמוד הבבלי ברור כי הנייר הוא שמוחזר, ואילו בגרסה שבתלמוד הירושלמי נראה כי "הגט" מוחזר, אם כי יש להניח כי אף כאן הכוונה היא לנייר שעליו נכתב. עם זאת, על אף אחידותה לכאורה של נוסחת הברייתא בשלושת המקורות, נראה כי היא משקפת לפחות שתי עמדות הפוכות. התלמוד הירושלמי נותר איתן בשיטתו כי מתנה על מנת להחזיר אינה נחשבת כמתנה,¹⁴⁹ ועל כן מעמיד ברייתא זו כקובעת כי על המתנה להינתן באופן מלא ובלתי מסויג, והמקבל הוא שמשיב את המתנה לנותנה מרצונו.¹⁵⁰ נראה כי גם התלמוד הבבלי נותר איתן בשיטתו כי מתנה על מנת להחזיר אכן נחשבת כמתנה לכל דבר,¹⁵¹ ועל כן תנאי החזרת הנייר אינו פוגם בבעלות האישה על הנייר וממילא אינו פוגם בתוקפו של הגט.

נשאלת אפוא שאלת עמדתה של התוספתא. כפי שראינו לעיל, עמדתה הברורה של התוספתא בהקשרים אחרים היא כי על מתנה להינתן כ"מתנה גמורה" על מנת שתועיל. מנוסחה של התוספתא כאן ניתן להבין אחרת. אפשרות אחת היא כי כוונת התוספתא כאן היא ככוונת התלמוד הירושלמי, ואף כאן שיטתה היא כי על המתנה להינתן כמתנה גמורה. ליברמן מעלה אפשרות שנייה, והיא כי התוספתא מבחינה בין ארבעת המינים, שבהם יש להחמיר ולדרוש מתנה

¹⁴⁹ זו דעת ליברמן, תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 805. ברודי, אירנו-תלמודיקה, עמ' 225 הערה 42, חולק על דעת ליברמן אך אינו מנמק.

¹⁵⁰ ההקבלה שעורך התלמוד הירושלמי בין הגט לבין האתרוג ראויה לציון, שכן היא עשויה לרמוז על ניתוח שיטתי של סוגיית המתנה על מנת להחזיר תוך ניסיון ליצור כלל הרמוני משני המקרים המובאים – הגט והאתרוג; אך באותה מידה ייתכן כי ההשוואה נערכה על רקע הלשון הדומה בה נעשה שימוש בשני המקורות ולא מחמת זיקתם העניינית זה לזה.

¹⁵¹ רש"י, תלמוד בבלי, גיטין, עה ע"א, ד"ה "רבי היא דאמר וכו' כאומר מעכשיו דמי".

גמורה מחמת הדרישה כי יהיו "שלכם",¹⁵² לבין הגט, שבו אין סיבה להחמיר ודי גם בנתינתו במתנה על מנת להחזיר.¹⁵³ אפשרות זו אינה מביאה בחשבון כי עמדת התוספתא הדורשת "מתנה גמורה" חלה גם בנוגע לחמץ בפסח ולא רק בנוגע לארבעת המינים, אלא אם נאמר כי אף בנוגע לחמץ בפסח יש מקום להחמיר. ליברמן אכן רומז לכך בדבריו בתוספתא פסחים, הנאמרים אומנם בהקשר אחר, לפיהם אליבא דכולי עלמא מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה לביעור חמץ בפסח.¹⁵⁴ אם כך הוא, נמצא לכאורה כי ליברמן מעלה אפשרות שלפיה האמור בגיטין הוא הכלל, ואילו הדרישה ל"מתנה גמורה" בסוכות ובפסח היא החריג. לפי אפשרות זאת, עמדתה העקרונית של התוספתא דומה לזו של התלמוד הבבלי והפוכה מזו של התלמוד הירושלמי.

אפשרות שלישית היא כי אין להקיש מהאמור בתוספתא לגבי גט לאמור בה לגבי חמץ בפסח ולגבי לולב בסוכות, שכן במקרה של הגט אין מדובר בהשבת הגט עצמו אלא רק בהשבת האמצעי הפיזי שעליו נכתב,¹⁵⁵ ועל כן אין מדובר במקרה רגיל של מתנה על מנת להחזיר.

ירחמיאל ברודי נראה כתומך בדעה שהתוספתא מכירה במקרה זה כי מתנה על מנת להחזיר נחשבת כמתנה לכל דבר, אך מקריאת דבריו בעיון עולה כי עמדתו אינה כה ברורה. מחד גיסא, ברודי מציג מקרה זה כדוגמה מובהקת לכך שהאפשרות להקנות בעלות באופן זמני הייתה מוכרת היטב במקורות הארץ ישראלים מתקופת התנאים.¹⁵⁶ מאידך גיסא, הוא מציג את מהות התנאי כך: ¹⁵⁷ "It is sufficient for this purpose that ownership of the papyrus be transferred to the woman even though this transfer is **conditional on her agreeing to give it back**

¹⁵² את המילים "ולקחתם לכם" בספר ויקרא, כג מ, דרשו חז"ל "ולקחתם לכם משלכם"; ראו, למשל, ספרא, אמור, פרשה יב פרק טז; תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב, ועוד.

¹⁵³ ליברמן, תוספתא כפשוטה, גיטין, עמ' 805.

¹⁵⁴ ליברמן, תוספתא כפשוטה, פסחים, עמ' 495.

¹⁵⁵ לפי גישה זו, אחרי שקיבלה האישה את גיטה, היא מגורשת, ובכך סיים הגט את תפקידו המשפטי והפך לפיסת נייר שאין לה עוד כל חשיבות לאקט הגירושין עצמו. השבת פיסת הנייר לבעליה הקודם אינה מפקיעה את פעולת הגט, כשם שהשמדתו אינה מפקיעה את פעולת הגט; השו"ת תלמוד בבלי, גיטין, יט ע"ב: "מיתבי: הרי זה גיטך, ונטלתו וזרקתו לים או לאור או לכל דבר האבד, וחזר ואמר שטר פסים הוא שטר אמנה הוא – מגורשת, ולא כל הימנו לאוסרה".

¹⁵⁶ ברודי, אירנו-תלמודיקה, עמ' 223 ועמ' 225.

¹⁵⁷ ברודי, אירנו-תלמודיקה, עמ' 225.

to the man at a later time." (ההדגשה אינה במקור). לפי הבנתו זו של ברודי את המקרה המוצג בתוספתא, נראה כי אין מדובר במתנה לזמן קצוב אלא במתנה מותנית.

י. הורשה "לך ואחריך לפלוני"

שאלה חשובה שיש ליתן עליה את הדעת הינה היחס בין סוגיית "לך ואחריך לפלוני" לבין מכר לזמן קצוב.¹⁵⁸ הכוונה היא למקרים בהם ניתן נכס לכמה זוכים (שניים או יותר) בזה אחר זה: הזוכה הראשון מקבל את הנכס לימי חייו בלבד, ואחר כך עובר הנכס לזוכה השני, שעשוי להיות צד שלישי אך עשוי גם להיות נותן הנכס או יורשו.¹⁵⁹ התוצאה היא כי מקבל הנכס זוכה בו לזמן קצוב בלבד – משך חייו, במובן זה שאינו יכול לקבוע מה יעשה בנכס לאחר מותו.¹⁶⁰ אם המשפט העברי מכיר בתוקפו של מבנה משפטי זה ורואה בזוכה הראשון בעלים לכל דבר, משתמעת מכך הכרה בקיומה של בעלות לזמן קצוב.

מקרים של נתינת נכס לאדם לימי חייו בלבד נדונו בכמה טקסטים מתקופת התנאים. כמו טקסטים תנאיים רבים אחרים הקשורים למקרים של בעלות זמנית, גם הסוגיה של "לך ואחריך לפלוני" אינה נזכרת במשנה. עם זאת, קיימות כמה ברייתות מקבילות העוסקות בעניין זה

¹⁵⁸ שאלה דומה עשויה להישאל לגבי המבנה המשפטי של "יורש אחר יורשי", אלא שהוא נופל תחת הקטגוריה של בעלות זמנית מכוח הדין; ראו דיונו לעיל, פרק ראשון, סמוך להערה 50 ואילך.

¹⁵⁹ יש לציין, כי בתקופת חז"ל לא מצאנו דיון באפשרות של הורשה מסוג "נכסי לך לתקופת זמן מוגבלת (לא לכל החיים) ואחריך לפלוני", אך בתקופת הראשונים קיים דיון במקרה של "נכסי לך לעשר שנים ואחריך לפלוני", וקיימות דעות שונות של הראשונים בעניין זה. הרמב"ן סבור, כי אין הבדל בין מקרה זה לבין "לך ואחריך לפלוני" – בשני המקרים אין לשני אלא מה ששייר הראשון; ואילו גישת רבנו יונה המובאת בטור היא, כי נתינה כזו מעידה שהנותן אינו מתכוון למתנה גמורה ולכן אם מכר הראשון – השני מוציא מיד הלקוחות. להרחבה ראו פרק רביעי להלן, סמוך להערה 348 (עמדת רבנו יונה) וסמוך להערה 358 (עמדת הרמב"ן).

¹⁶⁰ כאמור לעיל, בפרק הראשון, סמוך להערה 30 ואילך, קיימות כמה גישות עיוניות לשאלת נצחיותה של הבעלות. לפי גישה אחת, הנצחיות קשורה לחירות להוריש את הנכסים, שהרי ללא חירות זאת מוגבלת הבעלות לחייו של הבעלים וממילא אינה נצחית. גישה אחרת רואה את הנצחיות כקשורה לחירות לעשות עסקאות בנכסים ללא הגבלה, שהרי מי שבעלותו בנכס מוגבלת בזמן מוגבל אף בכוחו לעשות עסקאות בנכס. לפי גישות אלה, כל מבנה משפטי המגביל את כוחו של אדם להוריש את הנכסים, כגון יורש אחר יורש, פוגע בהכרח בנצחיותה של הבעלות. עם זאת, שיטות משפט רבות כוללות מגבלות על הכוח להוריש, ולא נראה כי הדבר גורע מתפיסתן בדבר נצחיות הבעלות.

במקורות תנאיים אחרים.

ראשית, תצוינה שתי ברייתות הנוקטות לשון "לך ואחריך לפלוני", אחת במדרש "לקח טוב", המכונה גם פסיקתא זוטרתא,¹⁶¹ והשנייה – בתלמוד הבבלי. במדרש לקח טוב ("פסיקתא זוטרתא") לספר במדבר, פרשת מסעי, נמצא אזכור למקרה שבו אדם מבקש להוריש נכסיו לשני יורשים בזה אחר זה בדרך של "לך ואחריך לפלוני":

שלח רב אחא בר עזו לקמיה¹⁶² דר' יוחנן בן ברוקא נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק וכן הלכתא.

הלכה זו נמצאת בתוך רצף של כמה הלכות שעניינן ההבדל בין הענקת נכס בלשון מתנה לבין הענקתו בלשון ירושה, ונראה כי זהו המוקד שלה. כיוון שמדובר במקרה זה במקבל ראשון שראוי לרשת את המוריש, מתפרשת כוונת המוריש להנחיל לו את הנכס בלשון ירושה דאורייתא לפי שיטת ר' יוחנן בן ברוקה, ולא בלשון מתנה מתקנת חכמים.¹⁶³ כיוון שכך, אחרי שירש הזוכה הראשון את הנכס בירושה מדאורייתא, בעלותו בנכס מלאה ואין לירושתו הפסק, ולכן הזוכה השני שאמור לבוא אחריו לא זכה בדבר. לכאורה עולה מן הדברים גם ההפך. כלומר אם לא היה הזוכה הראשון ראוי לרשת את הנותן, או אם היו דברי הנותן נאמרים מפורשות בלשון מתנה –

¹⁶¹ שלמה בובר, ובעקבותיו תא-שמע, קבעו כי מחברו של מדרש לקח טוב, הידוע גם כ"פסיקתא זוטרתא", הינו ר' טוביה ב"ר אליעזר 'הגדול', שחי ופעל בשליש האחרון של המאה הי"א ביארץ מלכות יון במדינת קשטוריה; ראו תא-שמע, כנסת מחקרים, ג, עמ' 259. תא-שמע מציין, שוב בעקבות בובר, כי קיימים קרוב ל-40 מקורות ספרותיים למדרש, למעלה ממחציתם ממקורות חז"ל, ובכללם התלמוד הבבלי ומדרשים שונים, שחלקם לא הגיעו לידינו בשלמותם; ראו שם, עמ' 284. במקרה דנן, מצויה לברייתא שבמדרש לקח טוב מקבילה דומה מאוד בלשונה בתלמוד הבבלי, אך אין לדעת אם מקורה בתלמוד הבבלי או במדרש אחר שלא הגיע לידינו.

¹⁶² במקבילה בתלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב, המובאת להלן: "לדברי ר' יוחנן בן ברוקה". אכן מסתבר, כי ברייתא זו נשנית לפי שיטתו של ר' יוחנן בן ברוקה, המבחין בין הורשה למי שראוי לרשת לבין הורשה למי שאינו ראוי לרשת. ראו ריבלין, הירושה והצוואה, עמ' 212-213 והערות 33 ו-34 שם. לשיטת ר' יוחנן בן ברוקה בירושה באופן כללי ראו ריבלין, שם, עמ' 151-156.

¹⁶³ ראו ריבלין, שם, עמ' 154: "אחת הנפקויות בסוגיה זו של נחלת ר' יוחנן בן ברוקה, נובעת מההנחה שאדם כשר מעדיף להנחיל ליורשיו בדרך זו, שהיא, כאמור, הנחלה דאורייתא, מאשר לתת מתנה שתוקפה הוא מתקנת חכמים. לכן, אם השתמש המצווה בלשון סתמית שיכולה להיחשב הן כלשון ירושה והן כלשון מתנה, ההנחה היא שהתכוון ללשון ירושה, ובדרך של נחלת ר' יוחנן בן ברוקה".

היה השני זוכה אחרי הראשון. אלא שאין ללמוד מכך דבר לגבי טיב זכויותיהם של הזוכים בנכס במקרה זה, כלומר לא ברור אם שניהם, או מי מהם, זוכים בבעלות מלאה בנכס.

כאמור לעיל, ברייתא זהה כמעט לחלוטין בנוסחה מובאת בתלמוד הבבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב:¹⁶⁴

הא שלח רב אחא ברי' דרב עויא, לדברי¹⁶⁵ ר' יוחנן בן ברוקה: נכסי לך ואחריך לפלוני, וראשון ראוי ליורשו - אין לשני במקום ראשון כלום,¹⁶⁶ שאין זה¹⁶⁷ לשון מתנה אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק;

דבריו של רב אחא בריה דרב עויא זהים בשתי המקבילות וגם משמעותם זהה.

בריייתא אחרת, המצויה בתוספתא ובשני התלמודים, עוסקת בעניין דומה אך בלשון אחרת:¹⁶⁸

¹⁶⁴ לפי דפוס וילנא; ובשינויים קלים שיפורטו להלן גם בכתב יד מינכן 95, כתב יד ותיקן 115ב, כתב יד פריס 1337, כתב יד פירקוביץ 190, כתב יד אסקוריאלי, כתב יד המבורג, בבלי – דפוס ונציה ובבלי – דפוס פיזרו.

¹⁶⁵ בכתב יד מינכן 95: "לדב' ר' יוחנ' בן ברוק"; בכתב יד ותיקן 115א: "והא שלח רב אחא בר עולא לרב לדברי ר' יוחנ' בן ברוקה"; בכתב יד פריס 1337: "הא שלח רב אחא בריה דרב עויא לדברי ר' יוחנן בן ברוקה"; בכתב יד המבורג: "והא שלח רב עויא בר רב עויא לר' יוחנן בן ברוקה", ומסתבר כי כפילות השם "עויא" מקורה בטעות קולמוס של המעתיק; בכתב יד אסקוריאלי "והא שלח רב אחא בריה דרב עויא לדברי ר' יוחנן בן ברוקה".

¹⁶⁶ בכתב יד אסקוריאלי נשמטה המילה "כלום"; ואין הדבר משנה ממשמעות הכתוב.

¹⁶⁷ בכתב יד מינכן 95, בכתב יד ותיקן 115א ובכתב יד המבורג נשמטה המילה "זה"; ואין הדבר משנה ממשמעות הכתוב.

¹⁶⁸ למקורות המצוטטים להלן ראו: תוספתא, מהדורת ליברמן, בבא בתרא, פ"ח ה"ד, על פי כתב יד וינה; וההשלמות בסוגריים הן משל ליברמן, חלקן לפי כתב יד ערפורט וחלקן לפי מובאות בספרות הראשונים; תלמוד ירושלמי, בבא בתרא, פ"ח ה"ט, טור 1256 שורות 15-21, טז ע"ג; תלמוד ירושלמי, כתובות, פ"ט ה"א, טור 998 שורות 3-10, לב ע"ד-לג ע"א; תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב, לפי דפוס וילנא; לשינויי נוסח ראו להלן, הערה 170. ראו ברייתא זו כמעט באותו נוסח גם בתלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב: "איתיביה רבי יוחנן לריש לקיש: נכסי לך, ואחריך יירש פלוני, ואחרי יירש פלוני - מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי, מת שני בחיי ראשון - יחזרו נכסים ליורשי ראשון", לפי דפוס וילנא, ובשינויים קלים שאינם משנים ממשמעות הכתוב בכתב יד מינכן 95, בכתב יד פריס 1337, בכתב יד ותיקן 115ב, בכתב יד פירקוביץ 190, בכתב יד אסקוריאלי, בקטע כריכות Cod. 353, בקטע גניזה קיימברידג' T-S F 2(1).206 (בו חסר חלק מהטקסט), בכתב יד המבורג, בבבלי – דפוס ונציה ובבבלי – דפוס פיזרו; וכן תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"א, לפי דפוס וילנא.

תוספתא, מהדורת ליברמן, בבא בתרא, פ"ח ה"ד	תלמוד ירושלמי, בבא בתרא, פ"ח ה"ט	תלמוד ירושלמי, כתובות, פ"ט ה"א	תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב	תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"א
האומ' תנו נכסיי לפלי, ¹⁶⁹ ואם מת פלי לפלי, ואם [מת] פלי לפלי, הראשון אוכל פירות,	האומ' יינתנו נכסיי לפלי. מת פלי לפלי. הראשון ראשון קודם.	תני. האומ'. יינתנו נכסיי לפלי. <<> מת פלי לפלי.	נכסי לך, ואחריך יירש פלוני, ואחרי יירש פלוני ¹⁷⁰ -	דתניא: נכסי לך ואחריך לפלוני,
ואם מת ינתנו שלישי, [השני אוכל פירות. ואם מת, ינתנו לשלישי].		מת הראשון יינתנו שלישי. מת השני יינתנו שלישי.	מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי,	
מת השני עד שלא ימות הראשון, הראשון אוכל פירות. [מת, ינתנו לשלישי. מת שלישי עד שלא ימות השני, השני אוכל פירות], ואם מת, יחזרו לירשי הנותן.	מת השני בחיי ראשון הראשון אוכל פירות. ואם מת יחזיר לירשי הנותן. מת השלישי בחיי שני הראשון אוכל פירות. ואם מת יחזיר לירשי הנותן. ¹⁷¹	מת השני בחיי הראשון. מכיון שלא זכה בהן השני לא זכה בהן השלישי.	ואם מת שני בחיי ראשון - יחזרו נכסים לירשי ראשון;	
		אמ' ליה. כך פירש ר' הושעיה אבי המשנה. אחריו לפלי ואחריו לפלי. אילו אמ'. מת השלישי בחיי השני. מכיון שלא זכה בהן השני לא זכו הירשין יאות אשכחת אמר.		
הראשון מוכר קרקע ואוכל פירות ¹⁷² דברי ר', רבן שמעון בן גמליאל אוי אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד.	מת השני והשלישי בחיי ראשון הראשון אוכל פירות וקונה קרקע. דברי ר'. רשביג אוי אין לו אלא אכילת פירות בלבד.	אחריו לפלי אחריו לפלי. תני. הראשון מוכר קרקע ולקח פירות דברי ר'. רבן שמעון בן גמליאל אוי אין לו אלא אכילת פירות בלבד.		וירד ראשון ומכר ואכל - השני מוציא מיד הלקוחות, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון.
				ורמינהי: נכסי לך ואחריך לפלוני - יורד ראשון ומוכר ואוכל, דברי רבי; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד.

¹⁶⁹ בכתב יד ערפורט: "האומ' שדה פלוני לפלי".

¹⁷⁰ בכתב יד המבורג: "נכסי לך ואחריך לפלי" נוכאן תיקון: האות ל' מחוקה ובמקומה נכתבה המילה "יירש" מעל השורה] ואחריך יירש פלי".

¹⁷¹ בכתב יד אסקוריאל, מהדורת רוזנטל: "יחזיר לירשי הראשון", וכך מכריע ליברמן, כדי להתאים את ירושלמי בבא בתרא לירושלמי כתובות ולבבלי. ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה על אתר, עמ' 424 והערה 16 שם; ריבלין, הירושה והצוואה, עמ' 208-209. אלא שבכך מובחן נוסח ירושלמי בבא בתרא מנוסח התוספתא, שבשני כתבי היד שלה קובעת: "יחזרו לירשי הנותן".

¹⁷² בכתב יד ערפורט: "הראשון מוכר פירות ואוכל קרקע". עוד מיוחסת עמדה זו בכתב יד ערפורט לר' שמעון בן אלעזר. ראו ירון, מתנות, עמ' 205.

נדון בברייתות אלה כסדרן שלעיל. ראשונה היא הברייתא שבתוספתא. כפי שמציין ריבלין, הרישא של התוספתא קובעת כי "כאשר המקבלים נפטרים כסדר הנדרש, עוברת המתנה ממקבל למקבל".¹⁷³ ליברמן וריבלין תוהים לגבי ההמשך של התוספתא, שבו נקבע כי אם מת הזוכה השני בחיי הזוכה הראשון, עובר הנכס אל הזוכה השלישי מבלי שזכה בו קודם לכן הזוכה השני. לצד זאת, ריבלין מוסיף ומציין כי פתרון זה מבטא יותר מכל פתרון אחר את רצונו של הנותן כי שלושת הזוכים ייהנו מהמתנה.¹⁷⁴ ייתכן שכוונת התוספתא מתבהרת על רקע העובדה שהיא מנוסחת רובה בלשון אכילת פירות כשיטת רבן שמעון בן גמליאל, והזכות למכור את הקרקע נזכרת רק בדברי רבי המובאים בסופה. אם נניח כי הנותן שמר לעצמו את הבעלות בגוף הקרקע, מסתבר כי זכויות כל הזוכים בנכס לאכילת פירות הקרקע נובעות מהנותן עצמו, ועל כן כל אחד מהם עומד בפני עצמו בקשר ישיר עם הנותן והם אינם תלויים זה בזה. הסבר זה מתיישב גם עם הכרעת התוספתא כי בפטירת הזוכים יעבור הנכס ליורשי הנותן. הנותן נותר בעליו של הנכס, ועל כן מתבקש כי כשמסתיימת זכות אכילת הפירות של שלושת המקבלים, ישוב הנכס ליורשי הנותן.

אם כך, קשה ליישב את עמדת רבי בתוספתא כי "הראשון מוכר קרקע ואוכל פירות". ליברמן כבר העיר כי היו מן הראשונים שקבעו כי הכוונה למכירת הקרקע לפירותיה בלבד.¹⁷⁵ אם כך הדבר, ממילא מתיישבים אף דברי רבי עם החלקים הקודמים של הברייתא, ונמצא כי אליבא דכולי עלמא מקבלים הזוכים את זכות אכילת הפירות בלבד. המחלוקת בין רבי לרשב"ג היא אפוא בדבר היכולת למכור זכות זאת. נראה כי רשב"ג דחה את האפשרות כי הזוכה הראשון יוכל למכור את זכות אכילת הפירות, כדי שיתקיים רצונו של הנותן ולא תקופח האפשרות של הזוכה השני ושל הזוכה השלישי לזכות בה.

עד כה הנחנו כי דין אחד חל לפי התוספתא על שלושת הזוכים בנכס. למעשה, התוספתא אינה מתייחסת מפורשות לזכותו של הזוכה השלישי בקרקע כאל זכות אכילת פירות, להבדיל מזכויות הזוכה הראשון והזוכה השני. אפשר אפוא לפרשה בצורה אחרת. אכן, כפי שמציין ריבלין, "ירון נוקט שיטה שונה בהסבר הסוגיה".¹⁷⁶ משתיקת התוספתא בכל הנוגע למקרה שבו הזוכה השלישי אינו מת אלא זוכה בנכס, מבקש ירון ללמוד כי הזוכה הראשון והזוכה השני בנכס זכו בקניין

¹⁷³ ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה על אתר, עמ' 423-424; ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 209.

¹⁷⁴ ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 210.

¹⁷⁵ ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה על אתר, עמ' 425.

¹⁷⁶ ראו ירון, מתנות, עמ' 202; ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 210.

פירות בלבד, ואילו הזוכה השלישי בנכס זכה בבעלות מלאה בו, ובמותו יעבור הנכס ליורשיו.¹⁷⁷ לדעת ירון, שתי המקבילות שבתלמוד הירושלמי מתיישבות עם תוצאה זו. מהמקבילות בתלמוד הבבלי, לעומת זאת, עשוי לעלות כי לזוכה הראשון יש בעלות בנכס.

משיטת הירושלמי במסכת בבא בתרא עולה כי הזוכה הראשון מקבל את זכות אכילת הפירות בלבד כל עוד הזוכה השני והזוכה השלישי הינם בין החיים, ועל כן במותו של הזוכה הראשון חוזרים הנכסים ליורשי הנותן. כך גם לגבי הזוכה השני. אף הוא מקבל את זכות אכילת הפירות בלבד כל עוד הזוכה השלישי הינו בין החיים, ועל כן במותו של הזוכה השני חוזרים הנכסים ליורשי הנותן. אם נפטרו הזוכה השני והזוכה השלישי בחיי הזוכה הראשון, קיימת מחלוקת בין רבי לרשב"ג. לדעת רבי, בנסיבות אלה הזוכה הראשון "אוכל פירות וקונה קרקע",¹⁷⁸ ואילו לדעת רשב"ג, גם בנסיבות אלה מקבל הזוכה הראשון את זכות אכילת הפירות בלבד. נראה כי לשיטת רבי כאן, הזוכה הראשון זוכה בבעלות מלאה בקרקע אם הזוכים הבאים אחריו הלכו לעולמם בעודו בחיים.

בתלמוד הירושלמי מסכת כתובות מובאות שתי שיטות שונות, וכבר הבהיר ריבלין שההבדל ביניהן נעוץ בנוסח שבו משתמש הנותן.¹⁷⁹ לדעת תנא קמא, אם נוסח הנתניה הוא "יינתנו נכסי לפלוני... מת פלוני לפלוני", זכותו של כל זוכה תלויה בזכיית קודמו. לכן, אם מת הזוכה השני בחיי הזוכה הראשון, לא יוכל הזוכה השלישי לזכות בנכס. ר' הושעיה, לעומתו, סבור כי דין זה חל רק כאשר עשה הנותן שימוש בלשון אחריו: "נכסי יינתנו לפלוני. אחריו לפלוני ואחריו לפלוני". במקרה זה, אכן מותנית זכיית הזוכה השלישי בכך שיבוא אחרי הזוכה השני. כלומר אם לא זכה הזוכה השני – ממילא לא יזכה גם הזוכה השלישי. לעומת זאת, במקום שבו לא נעשה שימוש בלשון "אחריו", חולק ר' הושעיה על תנא קמא, וסובר שהזוכה השלישי יזכה גם אם הזוכה השני

¹⁷⁷ תשומת הלב מופנית לכך שגם לפי שיטתו זו של ירון, התייחסות רבי לכך שהראשון "מוכר קרקע ואוכל פירות" מתייחסת למכירת קניין פירות בקרקע, כפי שהצענו אף אנו לעיל.

¹⁷⁸ ליברמן, שם, עמ' 425, מעיר כי זהו הנוסח אף בכתב יד אסקוריאלי – מהדורת רוזנטל, וכן מצוטט נוסח זה ללא שינוי עוד פעמיים בהמשך אותה הלכה. עוד מעיר ליברמן, כי גם בספר העיטור מצוטט כך הנוסח; ראו ספר העיטור, אות מ – מתנת שכיב מרע, דף ס טור ג. ירון, מתנות, עמ' 202, סבור כי נוסח זה הוא המדויק מבין כל הנסחים שבמקבילות, ומשמעותו היא כי במקרה זה הזוכה הראשון זוכה לא רק בפירות הקרקע אלא גם בגופה.

¹⁷⁹ ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 211 הערה 27; וראו דבריו שם לעניין עמדתו ההפוכה של ר' אלעזר בן פדת בתלמוד בבלי, בבא בתרא, קכה ע"ב. ראו לעניין זה גם ירון, מתנות, עמ' 207.

הלך לעולמו בחיי הזוכה הראשון, כפי שעולה אף מן התוספתא. לשון הברייתא בתלמוד הירושלמי, מסכת כתובות, לא מזכירה מפורשות כי מדובר בזכות אכילת פירות, ואף לא מזכירה יורשי מי יזכו בנכסים במקרה של פטירת מי מהזוכים.¹⁸⁰ ברייתא זו ניתנת אפוא לפירוש הן לפי שיטת רבי והן לפי שיטת רשב"ג יותר מאשר מקבילותיה שבתוספתא ובתלמוד הירושלמי, מסכת בבא בתרא.

הברייתא שבתלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב שונה מקודמותיה בשני עניינים הראויים לציון. ראשית, בעוד מקבילותיה בתוספתא ובתלמוד הירושלמי שנויות בלשון נתינה, ברייתא זו שנויה בלשון ירושה, לפחות במה שנוגע לזוכה השני ולזוכה השלישי. שנית, בברייתא זו נקבע כי במקרה שהזוכה השני מת בחיי הזוכה הראשון – "יחזרו נכסים ליורשי ראשון", ולא ליורשי הנותן.¹⁸¹ השימוש בלשון ירושה מזכיר את הברייתא שהובאה לעיל מפי רב אחא בריה דרב עויא לפי שיטת ר' יוחנן בן ברוקה, וגם "החזרת" הנכס ליורשי הזוכה הראשון במקרה שהזוכה השני מת בחיי מתאימה לשיטת ר' יוחנן בן ברוקה.¹⁸² אלא שלפי שיטת ר' יוחנן בן ברוקה, לא אמורים הזוכה השני או הזוכה השלישי לזכות כלל, שהרי אין הפסק לירושת הזוכה הראשון ובעלותו בנכסים מוחלטת. אין זאת אלא כי ברייתא זו לא נשנתה כשיטת ר' יוחנן בן ברוקה, או נשנתה כשיטתו אך במקרה בו אינה חלה, כלומר כאשר הזוכה הראשון אינו ראוי לרשת את הנותן.

משילוב הקביעה כי ירושת כל זוכה מותנית בפטירת קודמו, עם הקביעה כי במקרה שהזוכה השני מת בחיי הזוכה הראשון – יזכו יורשי הזוכה הראשון בנכסים, עולה לכל הפחות כי הזוכה הראשון זכה בבעלות בגוף הנכסים ולא רק בפירותיהם. לא ברור אם זהו הדין גם לגבי הזוכה השני. כלומר אם זכה הזוכה השני בנכסים ולאחר מכן מת הזוכה השלישי בחיי הזוכה השני – יזכו יורשי

¹⁸⁰ המפרשים אכן נחלקו בעניין כוונת ר' הושעיה בהזכירו את היורשים; בעל קרבן העדה מפרש על אתר: "הלכך כשמת השני בחיי הראשון לא זכו בהן יורשי הראשון אלא הנותן או יורשיו זוכין בהן". לעומתו, בעל פני משה מפרש על אתר: "וכך היה לו לתנא לשנות שאם מת אף השלישי בחיי השני מכיון שלא זכה בהן השני לא זכו היורשין לא יורשי שני ולא יורשי שלישי אלא יחזרו ליורשי ראשון".

¹⁸¹ ירון וריבלין מעירים כי השימוש בפועל משורש "חזר" הוא מוזר בהקשר זה, ומציעים כי הוא הובא כנראה ממקור אחר; ראו ירון, מתנות, עמק 203; ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 210. עוד יצוין, כי בכתב יד אסקוריאל, מהדורת רוזנטל של הירושלמי הנוסח הוא גם כן "יחזיר ליורשי הראשון"; ראו הערה 171 לעיל.

¹⁸² אמוראי בבל יעמדו בדיונים על ההבדל בין המקרה המובא בברייתא זו לבין שיטת ר' יוחנן בן ברוקה; ראו להלן, פרק שלישי, סמוך להערה 281 ואילך.

הזוכה השני בנכסים, אם כי ניתן לסבור כי זו כוונת הברייתא אף שלא נזכרה בה מפורשות. מכל מקום, נראה כי לפחות בכל הנוגע לזוכה הראשון, אין כאן מקום למחלוקת רבי ורשב"ג.

כאמור לעיל, ליברמן מקנה עדיפות לגרסת "יחזרו נכסים ליורשי ראשון" המופיעה כאן, ומתקן את שיטת התלמוד הירושלמי, מסכת בבא בתרא בהתאם, לפי כתב יד רוזנטל שבו נאמר "יחזיר ליורשי הראשון". בכך מבקש ליברמן ליצור התאמה בין הברייתות שבתלמוד הירושלמי ובתלמוד הבבלי,¹⁸³ והשיטה העולה היא אפוא כי לכל הפחות הזוכה הראשון מקבל בעלות מלאה בנכס.

הברייתא שבתלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"א שנויה בשני זוכים בלבד. כל המהלך הדיוני של פטירת זוכה אחד בחיי רעהו אינו מופיע בה, ועל כן היא ניתנת לפירוש לפי כל אחת מהשיטות השונות – זו של רבי וזו של רשב"ג – לעניין מהות זכותו של הזוכה הראשון. חלף המהלך הדיוני החסר, ברייתא זו פונה היישר למחלוקת רבי ורשב"ג, ומביאה שתי גרסאות הפוכות שלה. בראשונה, רבי סבור כי אם מכר הזוכה הראשון את הנכס, השני מוציא את הנכס מידי הרוכש. כלומר לזוכה הראשון זכות אכילת פירות בלבד. רשב"ג, לעומתו, סבור כי "אין לשני אלא מה ששייר ראשון". כלומר לזוכה הראשון בעלות מלאה בנכס, לרבות לעניין הזכות למוכרו. בשנייה, רבי סבור כי "יורד ראשון ומוכר ואוכל" ואילו רשב"ג סבור כי "אין לראשון אלא אכילת פירות בלבד", נסחים התואמים בלשונם ובמגמתם את עמדות רבי ורשב"ג בברייתות שבתוספתא ובתלמוד הירושלמי. הדמיון בלשון ובמגמה עשוי להצדיק לכאורה את העדפת הגרסה השנייה של המחלוקת, אך כפי שניזכר להלן, לא כך נהגו אמוראי בבבלי.¹⁸⁴

לסיכום: מן הברייתא שבתוספתא מסתבר כי שלושת הזוכים זכו בקניין פירות בלבד, ולשיטת ירון – השלישי בלבד זוכה גם בגוף הנכסים. מן הברייתא שבתלמוד הירושלמי, מסכת בבא בתרא מסתבר כי הזוכה הראשון והזוכה השני זכו בקניין פירות בלבד, ואילו היקף זכיינתו של הזוכה השלישי שנוי במחלוקת בין רבי לרשב"ג. מן הברייתא שבתלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב, נראה כי הזוכה הראשון זכה בבעלות בנכסים, ולא ברור היקף זכיינתם של הזוכה השני ושל הזוכה השלישי. לבסוף, מן הברייתות שבתלמוד הירושלמי, מסכת כתובות ותלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"א לא ניתן להכריע בדבר היקף זכיינתם של הזוכים.

¹⁸³ ראו האמור בהערה 171 לעיל; ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 208-209.

¹⁸⁴ ראו פרק שלישי להלן, סמוך להערה 274.

כיצד משפיע הניתוח דלעיל על עמדת התנאים בדבר קיומו של קניין לזמן קצוב במשפט העברי? ירון סבר כי המקור של הברייתא הוא הנוסח המופיע בתוספתא, ולפיו הזוכה הראשון והזוכה השני מקבלים קניין פירות בלבד, ורק הזוכה השלישי מקבל בעלות גם בגוף הנכס.¹⁸⁵ לדעת ירון, הברייתות שבתלמוד הירושלמי מתיישבות אף הן עם שיטת התוספתא. מעמדה זו של ירון משתמע כי לשיטתו, התנאים לא הכירו בקיומה של בעלות לזמן קצוב, אף כי ירון אינו קובע כך מפורשות.

לדעתנו, נראה כי שאלה זו נותרת ללא הכרעה ברורה. הכרעתו של ירון כי מעמדת הברייתא בתוספתא עולה כי הזוכה השלישי מקבל בעלות בגוף הנכס, אינה קבועה מפורשות בתוספתא ואינה מחויבת המציאות.¹⁸⁶ באותה מידה ניתן לטעון, כפי שהצענו אנו כי לשיטת התוספתא הזוכים מקבלים כולם זכות אכילת פירות בלבד. בנסיבות אלה, אין בברייתא שבתוספתא כדי לתמוך בקיומה של בעלות זמנית או כדי לשלול את קיומה. כך גם לגבי עמדת הברייתא שבתלמוד ירושלמי, מסכת בבא בתרא. תהא אשר תהא ההכרעה לגבי היקף זכייתו של הזוכה השלישי, אין בכך כדי להשליך על קיומה של בעלות זמנית או על היעדרה, שכן הזוכה השלישי הוא האחרון בשרשרת הזכיות, וממילא בעלותו בגוף הנכסים, ככל שזכה בבעלות כזאת, אינה מוגבלת בזמן מחמת זְכִיּוֹת אפשריות של אחרים. הברייתא שבתלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב אף היא אינה מכריעה בשאלת הבעלות הזמנית, שכן לא ברור ממנה היקף זכיותיהם של הזוכה השני והשלישי. אם זכו בבעלות – ממילא נובעת מכך הכרה של התנאים בבעלות זמנית של הראשון ואחריו של השני; ואם זכו באכילת פירות, אין בכך כדי לתמוך בקיומה של בעלות זמנית או לשלול אותה. כך גם לגבי שתי הברייתות הנותרות, זו שבתלמוד ירושלמי, מסכת כתובות וזו שתלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"א. העמדה המשתמעת מהן לגבי קיומה של בעלות זמנית תלויה באופן שבו מוכרעת מחלוקת רבי ורשב"ג. בהיעדר הכרעה שנוכל לייחסה בוודאות לתקופת התנאים, לא נוכל להסיק מסקנות ברורות כלשהן לגבי עמדת התנאים בשאלת הבעלות לזמן קצוב.¹⁸⁷

¹⁸⁵ ירון, מתנות, עמ' 202.

¹⁸⁶ ראו גם ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 210.

¹⁸⁷ כלל הפסיקה הידוע בתלמוד הבבלי, עירובין, מו ע"ב: "רבי יעקב ורבי זריקא אמרו הלכה כרבי עקיבא מחבירו וכרבי יוסי מחבירו וכרבי יוסי מחבירו" הינו כלל פסיקה אמוראי ואין ודאות שנהג גם אצל התנאים, מה גם שאין זה ברור כי נהג אף אצל האמוראים במחלוקת בין רבי לבין רשב"ג, שהיה אביו ומורו (ראו לסיכום הדעות השונות יד מלאכי, כלל רלח, עמ' רז-ריב). כפי שיתבהר בדיוננו בעמדות האמוראים בסוגיית "לך ואחרך לפלוני", פרק

הסקת מסקנות מן המקורות שנבחנו ביחס לעסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים אינה עניין פשוט. מספרם של המקורות אינו רב; רובם מתארים עסקאות שמהותן אינה נהירה, ולעיתים קשה לחלץ את הגרעין התנאי מתוך החומר הנתרנאי. עם זאת, ומבלי לגרוע מהאמור לעיל, ניתן להציע, בזהירות המתבקשת, את שלוש ההבחנות להלן אשר עולות מניתוח המקורות.

הבחנה אחת הינה כי ככל שנערכו עסקאות בעלות לזמן בתקופת התנאים, הקשרן המסחרי היה, כפי הנראה, הקשר של יצירת משכון תוך הנאה מפירותיו, בניסיון להתגבר על איסור הריבית. רוב המקורות שנבחנו נדונו בהקשר זה, ונראה כי כולם למעט אחד נועדו למטרה זו מלכתחילה. יוצאת דופן מבחינה זאת היא המשנה במסכת מגילה שעניינה מכירת בית הכנסת, אולם שם מדובר בדעת מיעוט שלכל היותר יכולה ללמדנו על המודעות שהייתה קיימת לאפשרות העיונית לערוך עסקת בעלות לזמן, ולא על הנסיבות שבהן נערכה הלכה למעשה. התוספתא המתייחסת לליקוח גם היא יוצאת דופן מבחינה זו, אלא שספק אם היא מציגה מקרה של עסקת בעלות לזמן, אף שגם היא עשויה ללמד על מודעות לאפשרות העיונית של עריכת עסקה זו. באשר לשימוש בעסקאות בעלות לזמן בהקשר ההלכתי באמצעות מתנה על מנת להחזיר, נראה כי לפי רוב המקורות נדרשה "מתנה גמורה"¹⁸⁸.

הבחנה שנייה הינה כי המקורות שכפי הנראה יש בהם כדי להעיד על עריכת עסקאות בעלות לזמן אינם נכללים במשנה אלא במקורות תנאיים חיצוניים לה – בתוספתא ובברייתות בשני התלמודים. שתי משניות בלבד נסקרו בפרק זה. באחת, שעניינה מכירת בית הכנסת, מדובר כאמור לעיל בדעת מיעוט שממילא אינה יכולה ללמדנו דבר על נסיבות עריכתן של עסקאות מסוג זה. השנייה, עסקת "מכאן ועד שלש שנים", אומנם פורשה על ידי גאוני בבל כעסקת בעלות לזמן, אולם הראשונים לא ראוה ככזו, ואין כל ראיה חותכת באשר למהותה המדויקת. דווקא במקורות התנאיים החיצוניים למשנה נמצאות עסקאות אשר סביר להניח כי הינן עסקאות בעלות לזמן.

שלישי להלן, סמוך להערה 272 ואילך, אמוראי ארץ ישראל הכריעו כרבי במחלוקתו זו עם רשב"ג, ואילו אמוראי בבל הכריעו כרשב"ג – אלא שנראה כי חל אצלם היפוך בייחוס הדעות לרבי ולרשב"ג, כך שמהותית אף אמוראי בבל מכריעים כדעת רבי כאן, אלא שהם מייחסים אותה לרשב"ג.

¹⁸⁸ להרחבה בעניין התפתחות גישת חז"ל למתנה על מנת להחזיר, ראו להלן, פרק שלישי, סמוך להערה 238 ואילך.

לעניין זה מעניין לשוב ולהזכיר את דעת הלוי שהובאה לעיל בנוגע לעסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" כי משנתנו לא קיבלה את היתרו של ר' יהודה לעסקה זו, ועל כן מחלוקת זו שבתוספתא ובברייתות לא הובאה כלל במשנה.¹⁸⁹ נראה כי ניתן להרחיב הערה זו של הלוי ולהציע כי המשנה לא אימצה כלל את השימוש בעסקאות בעלות לזמן כדרך ליצירת משכון המאפשרת למלווה ליהנות מפירות המשכון ללא חשש ריבית.

מסקנה זו תואמת את העמדות שהובעו עד כה במחקר בנוגע להתפתחות איסור הריבית בתקופת חז"ל.¹⁹⁰ יעקב כ"ץ ואבינועם כהן מראים כי איסור הריבית נשמר בהקפדה רבה בפסיקת ההלכה בתקופת התנאים בארץ ישראל, על אף לחצים כלכליים שהחלו כבר בשלהי תקופת בית שני. בתקופת האמוראים חל שינוי בעמדה ההלכתית בעניין זה, שבא לידי ביטוי בין היתר בהגדרת חלק ניכר מהאיסורים כאיסורים דרבנן "בלבד" ובהכרה בכמה טכניקות כשרות מבחינה הלכתית לביצוע עסקה שבמהותה הכלכלית הינה הלוואה נושאת ריבית. כ"ץ וכהן תולים התפתחות זאת בנסיבות הכלכליות והחברתיות השונות שבבבל בתקופת האמוראים לעומת ארץ ישראל בתקופת התנאים. ניתוח המקורות שהובאו לעיל תומך בעמדתם זאת: עמדת המשנה משקפת את הקו ההלכתי התנאי המקפיד על התרחקות מאיסור הריבית; הברייתות שבתוספתא, חלקן בדעת מיעוט, משקפות את הלחצים שהחלו כבר בתקופת התנאים למצוא גברי קולא במה שנוגע לאיסור הריבית, לחצים שעדיין לא הביאו לשינוי העמדה ההלכתית; וכפי שנראה בהמשך, הדיון האמוראי הבבלי בברייתת "מכר לו בית" אכן שימש לפי כמה דעות להענקת הכשר הלכתי לדפוס עסקה מסוים, שלאור ניתוחנו לעיל, לא ברור עד כמה היה תקף בתקופת התנאים.

הבחנה שלישית הינה כי מבין הקטגוריות שלהן הצענו לסווג את הדפוסים השונים של עסקאות בעלות לזמן, ניכרת במקורות הנזכרים לעיל התייחסות לעסקאות של מכר מותנה, מכר חוזר או מתנה מותנית, שבהן מגבלת הזמן אינה אינהרנטית לזכות המועברת. לא נמצאת במקורות אלה עדות לשימוש הלכה למעשה בטכניקה משפטית של מכר לזמן קצוב או מתנה לזמן קצוב, שבה זמניות הבעלות טבועה בזכות עצמה. כפי שנראה להלן, בתקופת האמוראים תשתנה תמונת מצב זו.

¹⁸⁹ ראו לעיל, סמוך להערה 82.

¹⁹⁰ ראו כ"ץ, איסור ריבית; כ"ץ, דת וכלכלה, עמ' 36-41; כהן, ריבית, עמ' 152-153.

פרק שלישי: עסקאות בעלות לזמן בתקופת האמוראים

א. מבוא

בתקופת האמוראים ניכרת התפתחות בכל הנוגע לשימוש בעסקאות בעלות לזמן, לכל הפחות בבבל. אומנם בתלמוד הירושלמי לא נמצאים מקורות המתייחסים לעסקת מכירת בעלות לזמן. אך לעומת זאת, בתלמוד הבבלי קיימים שני מקורות אשר מתייחסים לעסקת מכר לזמן קצוב, ושני מקורות נוספים שעניינם מכר חוזר. אחד ממקורות אלה, שבו מתייחס רבא לברייתת "מכר לו בית"¹⁹¹, שימש, לפחות החל מתקופת הגאונים, כבסיס לפתרון חשוב לבעיית הריבית. עם זאת, כפי שיבואר להלן, בחינת המקורות בכללותם מעלה ספק באשר לעמדה האמוראית ביחס למכר חוזר. עוד קיימת התייחסות בשני התלמודים למתנה על מנת להחזיר בהקשרים שונים, הלכתיים, ובתלמוד הבבלי – גם מסחריים, ולהורשה "לך ואחריך לפלוני".

ב. מכר לזמן קצוב: הקנייה לשלושים יום

בשני מקומות בתלמוד הבבלי מתוארת עסקה של מכירה לתקופה של שלושים ימים. מקרה אחד מובא בדבריו של רב נחמן בבבלי, בבא קמא, סח ע"א:¹⁹²

ת"ש: וטבחו או מכרו – מה טביחה שאינה חוזרת, אף מכירה שאינה חוזרת; אימת? אילימא לפני יאוש, אמאי אינה חוזרת? אלא לאחר יאוש, ואי ס"ד קנייה, אמאי משלם ד' וה' ? שלו הוא טובח, שלו הוא מוכר! כדאמר רב נחמן: פרט לשהקנה לשלשים יום, הכא נמי פרט לשהקנה לשלשים יום.

¹⁹¹ ברייתת "מכר לו בית" נבחנה בפרק השני לעיל, סמוך להערה 91 ואילך.

¹⁹² כך בדפוס וילנא, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס שונצינו. בכתבי יד מינכן 95, פירנצה ותיקן 116-117 קיימים כמה שינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו, אולם יש לשים לב כי הציטוט מפי רב נחמן שונה במקצת בנוסחו בכל אחד מהם. בכתב יד מינכן 95 נאמר: "אמרי כדאמרי" (ינאי) רב נחמן פרט לשהקנה לו לשלשים יום הכא נמי פרט לשהקנה לה לשלשים יום". בכתב יד פירנצה הנוסח הוא: "אמרי כדרב נחמן פרט לשהקנה לו לשלשים יום הכא נמי פרט לשהקנה לו לשלשים יום". בכתב יד ותיקן 116-117 הנוסח הוא "אמרי כדאמר רב נחמן פרט לשהקנה לו שלשי יום הכא נמי לפרט לשהקנה לו שלשים יום". עם זאת, נראה כי אין בהבדל בין הצורה הסבילה (שהקנה) לצורה הפעילה (שהקנה) כדי לשנות את מהות העסקה המתוארת.

דבריו אלה של רב נחמן מופיעים בהקשרם המקורי בהמשך אותו עמוד: ¹⁹³

ת"ש: וטבחו או מכרו – מה טביחה שאינה חוזרת, אף מכירה שאינה חוזרת; אימת?
אילימא לפני יאוש, אמאי אינה חוזרת? אלא לאחר יאוש, וש"מ: חיובא לאחר יאוש
הוא! תרגמה רב נחמן: פרט לשהקנה לו לשלשים יום.

מהקשר הדברים בשני המקומות גם יחד נראה כי כוונת רב נחמן היא למקרה שבו הקניית הבהמה אינה שלמה. על אף הבדלי הנוסח שבין עדי הנוסח השונים, מסתבר כי הכוונה היא להקניית הבהמה לרוכש לתקופה קצובה בת שלושים ימים. כלומר מדובר בעסקת מכר לזמן קצוב. ניתן היה לכאורה לשער כי הכוונה היא למקרה שבו המכירה אינה מוגבלת בזמן אך המוכר שיר לעצמו זכויות כלשהן בבהמה למשך שלושים ימים נוספים. אלא שלא רק שזה אינו מובנו הפשוט של הכתוב, אלא אף מצאנו כי עת שביקשה הגמרא לתאר מקרה מסוג זה, עשתה שימוש בנסחים אחרים המבהירים זאת, כגון "חוץ משלושים יום".¹⁹⁴ מכירה לתקופה קצובה בת שלושים ימים הינה אפוא האפשרות המסתברת ביותר להבנת העסקה המתוארת בדברי רב נחמן.

עסקת מכירה שנייה לשלושים ימים נזכרת בבבלי, גיטין, מד ע"א: ¹⁹⁵

תא שמע, דאמר רב: המוכר עבדו לפרהנג¹⁹⁶ עובד כוכבים – יצא לחירות! התם הוה ליה

¹⁹³ כך בדפוס וילנא, והציטוט מפי רב נחמן זהה בנוסחו בכל הדפוסים וכתבי היד הנזכרים לעיל, למעט אלה: בכתב יד פירנצה הנוסח הוא "פרט לשהקנה לשלשי יום", ובכתב יד ותיקן 116-117 הנוסח הוא "פרט לשהקנה לו שלשים יום". כן קיים עד נוסח נוסף מן הגניזה, ⁴ Jerusalem (NLI) 577.4.35, בו הנוסח הוא "לשהיקנה לו לשלשים יום". נראה כי אין בהבדלים קלים אלה כדי לשנות את מהות העסקה המתוארת.

¹⁹⁴ השו, למשל, תלמוד בבלי, בבא קמא, עח ע"ב: "בעי רבי ירמיה: מכרה חוץ משלשים יום, חוץ ממלאכתה, חוץ מעוברת, מהו?", נוסח ממנו ברור כי המכירה שלמה אך נשתיירו זכויות כלשהן למוכר למשך שלושים ימים. כן השו תלמוד בבלי, בבא בתרא, נ ע"א: "המוכר את עבדו, ופסק עמו שישמשנו שלשים יום", שגם בו נראה כי הכוונה היא לכך שהעבד נמכר לעולמים, אולם המוכר התנה את עסקת המכר בכך שהעבד שמכר יוסיף לשמשו עוד שלושים ימים.

¹⁹⁵ כך בדפוס וילנא, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו בכתב יד מינכן 95, כתב יד ותיקן 130, כתב יד אראס 889, בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - בדפוס שונצינו. בכתב יד ותיקן 140 הנוסח הוא: "בעי ר' ירמיה מכרו לשלשים יום מהו ת"ש דא' רב המוכר לפרנהג גוי יצא לחירות שאני התם דפרנהג גוי שאינה חוזרת התם לו לפייס ולא פייס", ונראה כי אין בו כדי לשנות משמעות הדברים.

לפייס ולא פייס. גופא, אמר רב: המוכר עבדו לפרהנג עובד כוכבים – יצא לחירות. מאי הוה ליה למעבד? הוה ליה לפייס ולא פייס. בעי ר' ירמיה: מכרו לשלשים יום, מהו? תא שמע, דאמר רב: המוכר עבדו לפרהנג עובד כוכבים – יצא לחירות. התם בפרהנג עובד כוכבים, שאינה חוזרת.

הגמרא מציגה מקרה של מכירת עבד לגוי, ולעניין תוצאת המכירה, מבחינה בין עסקת מכירה "שאינה חוזרת" לבין עסקת המכירה לשלושים ימים שמציג ר' ירמיה. ניכר אפוא כי כוונתו של ר' ירמיה היא לעסקת מכר לזמן קצוב, שבסופה חוזר הממכר לבעלותו של המוכר.

לאור שני מקורות אלה, נראה כי ניתן לקבוע כי האמוראים בבבל הכירו בקיומה של עסקת מכר לזמן קצוב ובתוקפה. מיעוט המקורות אינו מאפשר להצביע בבירור על מאפייניה, אם כי בשניהם נזכרת עסקת מכר לפרק זמן זהה וקצר למדי – שלושים ימים.¹⁹⁷ לא ניתן גם לקבוע מתוך המקורות גופם מה הייתה מטרתה המסחרית של עסקה זו או מדוע נעשה שימוש במכר לזמן

¹⁹⁶ סוקולוף, מילון, עמ' 888 מתרגם תחת הערך "פהרגבנא" כ"guard", ומבהיר כי המונח שאול מלשון פרסית. מלמד, מילון, עמ' 353 מתרגם בהקשר הספציפי שבו אנו עוסקים "מציק", גם כן מלשון פרסית שמשמעה "שופט"; ונראה כי התרגומים דומים במהותם.

¹⁹⁷ ייתכן כי השימוש במידת זמן זו אינו מקרי, אלא נועד להצביע על פרק זמן מינימלי או מייצג. ראו לעניין זה, למשל, מאמר התוספתא, בבא קמא, פ"ב ה"ה, מהד' ליברמן, ובאותה לשון ממש אף בבא מציעא, פ"א ה"ז, מהד' ליברמן: "וכמה הוא זמן, אין פחות משלשים יום"; קביעת ר' הושעיה בתלמוד הירושלמי, בבא מציעא, פ"י ה"ד, טור 1238 שורה 24: "כמה הוא זמן. ר' הושעיה אמ'. לי יום"; תלמוד בבלי, בבא מציעא, ק"ח ע"א: "נתנו לו זמן. וכמה זמן בית דין? - אמר רבי יוחנן: שלשים יום", וראו דברי התוספות על אתר; ולכל אלה ראו אף ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא מציעא פ"י ה"ד, עמ' 308. כן ראו תלמוד בבלי, מכות, ג ע"ב: "המלוה את חברו סתם - אינו רשאי לתובעו פחות מלי יום"; ושמא יש בכך רמז למהותה המסחרית של העסקה דכאן – עסקת הלוואה מובטחת במשכון המוסווית כעסקת מכר לזמן? כן ראו הערה 194 לעיל. בהקשרים לא מסחריים או משפטיים ראו, למשל, משנה, נזיר, פ"א ה"ג: "סתם נזירות שלשים יום", ובהקשר של נזירות אף משנה, נזיר, פ"ב ה"י: "שאינן תגלחת פחות מלי יום"; ירושלמי, יבמות, פ"ח ה"ג, טור 871 שורות 16-17: "דרב הונא אמ'. אין ממזר חי יותר משלשים יום"; מכילתא דרבי ישמעאל, בא – מסכתא דפסחא, ב: "מה טומאה אין פחות משלשים יום אף אביב אין פחות משלשים יום"; בראשית רבה (וילנא), פרשת נח, פרשה לג, סימן ג: "ואין נזיפה פחותה משלשים יום" (בבראשית רבה (תיאודור-אלבק), עמ' 306 שורות 4-5, הנוסח הוא "נפק ולא אשכח בר נש ונהג בנפשיה נזיפותא לי יום").

קצוב חלף מבנים משפטיים אפשריים אחרים, כגון שכירות, שאילה, שמירה או משכנתא.¹⁹⁸ כל שניתן לקבוע במידה סבירה של ודאות הוא כי עסקה של מכר לזמן קצוב הייתה קיימת והוכרה כתקפה מבחינה משפטית-פורמלית. כפי שנראה בהמשך דברינו, בתקופת הראשונים כבר היו מי שהטילו ספק בתוקפה של עסקת מכר לזמן קצוב, ועל כן פירשו מקורות אלה בדרך שונה.

ג. מכר חוזר: הדיון האמוראי בברייתת "מכר לו בית"

בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, סה ע"ב-סו ע"א נמצא דיון אמוראי אשר היווה תשתית לאחת מעסקאות המכר החוזר הנפוצות ביותר החל מתקופת הגאונים ואילך. עם זאת, נשאלת שאלת כוונתו המקורית של דיון זה בהקשרו האמוראי. כך הוא נוסח הקטע הרלוונטי של הסוגיה, המוצג בד בבד עם השוואה בין שני ענפי כתבי היד השונים כפי שיתואר להלן:

¹⁹⁸ הצעות אלה מתייחסות כולן לעסקאות מסחריות שבהן עשוי נכס לעבור לחזקתו של אדם אחר לתקופה מוגבלת בזמן. השוואה, למשל, עמדת רש"י, להלן פרק רביעי, הערה 2.

בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב-סו ע"א, ענף א, ענף הג, לפי כתב יד המבורג	בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב-סו ע"א, ענף פמ ¹⁹⁹
מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו: לכשיהיו לי מעות החזירים לי – אסור. לכשיהיו לי מעות אחזירים לך – מותר. – מאן תנא? – אמר רב הונא בריה דרב יהושע: דלא כרבי יהודה. דאי רבי יהודה – האמר: צד אחד ברבית – מותר. ²⁰⁰	מכר לו בית, מכר לו שדה, ואמר לו: לכשיהיו לי מעות החזירים לי – אסור. לכשיהיו לי מעות אחזירים לך – מותר. מאן תנא? – אמר רב הונא בריה דרב יהושע: דלא כרבי יהודה. דאי רבי יהודה – האמר: צד אחד ברבית מות' האמי צד אחד ברבית מות'
מאי שנה רישא ומאי שנה סיפא? אמר רבא: (רישא דלא אמר ליה מדעתיה), ²⁰³	מאי שנה רישא ומאי שנה סיפא? אמר רבא: (רישא דלא אמר ליה מדעתיה), ²⁰³
ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה שלא באחריות, חזייה דהוה קא עציב. אמר ליה: אמאי עציבת? אי טרפו לה מינך – מגבינא לך שופרא, שבחא, ופירי. אמר אמיימר: פטומי מילי בעלמא הוא.	ההוא גברא דזבין ליה ארעא לחבריה שלא באחריות, חזייה דהוה קא עציב. אמר ליה: אמאי עציבת? אי טרפו לה מינך – מגבינא לך שופרא, שבחא, ופירי. אמר אמיימר: פטומי מילי בעלמא הוא.
אמר ליה רב אשי לאמימר: טעמא מאי – כיון דלוקח בעי לאתנויי, והכא מוכר קא מתני, אמרת פטומי מילי בעלמא הוא. אלא מתניתא, דקתני: לכשיהיו לי מעות אחזיר לך – מותר, דמוכר הוא דבעיי לאתנויי, מוכר לא אתני ולוקח קא מתני. – ואמרינן: מאי שנה רישא ומאי שנה סיפא? ואמר רבא: סיפא – דאמר ליה מדעתיה. ²⁰⁴ טעמא: דאמר ליה מדעתיה, הא לא אמר ליה מדעתיה – לא אמרינן פטומי מילי בעלמא הוא! – אמר ליה: נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה אתמר.	אמי' ליה רב אשי לאמימר והאמי' רבא מדעתו ²⁰⁵
טעי' דאמי' ליה מדעתו הא לא אמר ליה מדעתו לא אמר ליה ²⁰⁶ נעשה כמאן דאמי' ליה מדעתו איתמר.	

- 199 מוצג לפי הנוסח בדפוס וילנא, בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס שונצינו. לשינויי גרסאות בכתבי היד ראו הערות בגוף הטקסט. לחלוקה לשני ענפים – פ"מ וה"ג – ראו להלן, טקסט סמוך להערה 212 ואילך.
- 200 בכתב יד מינכן 95 נוספה המילה "תמות" לתוך דברי רב הונא בריה דרב יהושע: "מאן תנא א' רב הוני ברי דרב יהוש' דלא כר' יהוד' דאי כר' יהוד' הא' צד תמות אחד בריבי' מותר". ברור כי מילה זו אינה שייכת ולא ברור מהיכן השתרבה לטקסט.
- 201 בכתב היד "אחזירים", והאות א' מתוקנת לאות ת', ו"לן", והאות ו' מתוקנת לאות י'. נראה כי הסופר טעה בכתובה, ייתכן שמחמת דילוג בין הדומות למילים "אחזירים לך" בהמשך אותו משפט, ומשמעמד על טעותו – תיקן אותה. הנוסח "תחזירים" מופיע גם בכתב יד ותיקן 115א ("תחזירים") ובכתב יד קרמונה ("תחזירים").
- בכתב יד אסקוריאל הנוסח הוא: "לכשיהיו לי מעות אחזירים לך אסור לכשיהיו לי מעות החזירים לו מותר", כך שהדובר הראשון הוא הקונה ואילו הדובר השני הוא המוכר, אם נתקן את המילה "לוי" למילה "לי".
- 202 אף כאן תיקון במילה "תחזירים" ותיקון במילה "לי", ונראה כי אף כאן נפלה שגגה לפני הסופר, שכתב ראשית "אחזירים לך" ואחר כך תיקן.
- 203 המילים המסומנות בסוגריים אינן מופיעות בכתב יד מינכן 95, בכתב יד פירנצה, בכתב יד ותיקן 115, בכתב יד ותיקן 115א, בכתב יד ותיקן 116-117 ובכתב יד אסקוריאל. הן אף אינן מופיעות בנוסח המצוטט בספר הלכות גדולות, סימן מה ובספר המקח והממכר, עמ' רכד, ורנ"ג רבינוביץ' כבר הראה שאינן מובאות אף על ידי כמה מהראשונים; ראו דקדוקי סופרים, בבא מציעא, עמ' צג הערה ט. כעולה מטבלת ההשוואה, הן אינן מופיעות אף בנוסח של ענף ה"ג.
- 204 בכתב יד ותיקן 116-117 מובאים דברי רבא בנוסח הזה: "סיפא אתרון דאמר ליה מדעתיה", ולא ברור מקור התוספת או פשרה. גם בהמשך כמה מחיקות ותוספות בשולי הטקסט. בכתב יד אסקוריאל: "סופא דאמי' ליה מדעתיה".
- 205 בשולי הגיליון נוספו, כפי הנראה בכתב יד אחר, המילים המופיעות במקבילה בענף פ"מ, מהמילים "טעמא מאי" ועד המילים "מאי שנה רישא ומאי שנה סיפא ואמר רבא", וההוספה יוצרת צרימה בטקסט.
- 206 ייתכן כי שלוש מילים אלה – "לא אמר ליה" – הועתקו שנית בטעות לתוך הטקסט בשל דילוג מחמת הדומות של הסופר, למילה "מדעתו" המופיעה מעט קודם לכן.

1. נוסח הטקסט

כפי שכבר נרמז בדיונו לעיל בברייתת "מכר לו בית",²⁰⁷ קטע גמרא זה מאופיין בריבוי שיבושים ונסחים. בדפוס וילנא שלפנינו מסומנות המילים "רישא דלא אמר ליה מדעתיה" בסוגריים, ואכן, כפי שנרמז גם בציטוט מפי רבא בהמשך הדברים גופם, הן אינן מופיעות בכתבי היד ונראה כי אינן שייכות לדבריו של רבא. כתבי היד עצמם מתאפיינים בריבוי הכפלות, השמטות, תוספות ותיקונים, שברבים מהם אין כדי לשנות ממשמעות הדברים.²⁰⁸ עם זאת, בכתב יד המבורג יש שינוי שיכול להיות בעל משמעות: חסרות בו המילים שתחילתן "טעמא מאי" עד "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא", והן נוספו בשולי הגליון.²⁰⁹ פרנצוס, שעמד על שינוי זה, סבור שכך היה נוסח הגמרא כפי שעמד בפני הרי"ף ולפניו בפני הגאונים.²¹⁰ עוד סבור פרנצוס, שבגרסה שלפני הרי"ף והגאונים היה נוסח קושיית רב אשי לאמימר: "א"ל רב אשי לאמימר והא אמר רבא סיפא דאמר מדעתו; אלמא תנאה מעליא הוא".²¹¹

דעתו זו של פרנצוס עולה ככלל בקנה אחד עם ממצאיו של שמא יהודה פרידמן בנוגע לפרק "השוכר את האומנין" במסכת בבא מציעא של התלמוד הבבלי. לפי ממצאיו של פרידמן, קיימים שני ענפי מסירה עתיקים ונפרדים של מסכת בבא מציעא ששורשיהם כבר בבבל: ענף המיוצג על ידי כתבי יד מינכן ופירנצה ("פמ") וענף המיוצג על ידי כתב יד המבורג וכתב יד מן הגניזה ("הג").²¹² עוד מצא פרידמן כי גרסת הרי"ף היא בדרך כלל כגרסת ענף הג, וכי גם אצל רב האי

²⁰⁷ פרק שני, סמוך להערה 106 ואילך.

²⁰⁸ נוסף על הדוגמאות המובאות לעיל בהערות בגוף הטקסט, ראו הערתו של פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמ הערה 4, לגבי שתי גרסאות בסוף דברי רב אשי. בכל כתבי היד קיימים שינויים קלים נוספים שנראה כי אין בהם כדי להשפיע על משמעות הטקסט.

²⁰⁹ תלמוד בבלי - כתב יד המבורג, עמ' 225.

²¹⁰ פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמ הערה 4, עמ' רמב הערה 11 ועמ' רמד הערה 22. פרנצוס מסביר כי קרוב לוודאי "שזה גיליון (הסבר) שנכנס בפנים", אולם לא ברור מתי לדעת פרנצוס קרה הדבר, שהרי לשיטתו לא היה הסבר זה קיים בנוסח שלפני הגאונים ושלפני הרי"ף, וקשה להניח שפרנצוס סבר שהסברים מסוג זה נכנסו לתוך הגמרא אחרי תקופת הגאונים והרי"ף.

²¹¹ כך הנוסח, בשינויים קלים, בהלכות הרי"ף בסוגיה זו ובספר המקח והממכר, עמ' רכה; ראו פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמז.

²¹² למרבה הצער, מכתב יד זה מן הגניזה לא השתמר בידינו הקטע הרלוונטי לדיונו. פרידמן, בבא מציעא, מציין כי כתבי יד רבים אחרים של מסכת בבא מציעא בתלמוד הבבלי אינם ניתנים לסיווג ברור לאחד מענפי המסירה

גאון בספר המקח והממכר נמצאים אזכורים שהם לפי גרסת ענף הג.²¹³ כן הראה פרידמן כי בענף המסירה פמ קיימות "תוספות-פירוש ארוכות" בהשוואה לענף המסירה הג.²¹⁴ ממצאים אלה עולים כולם בקנה אחד גם עם הממצא הטקסטואלי במקרה שבו אנו עוסקים; אלא שבמקרה דנן, חסרות המילים הרלוונטיות בכתב יד המבורג, ומי שהשלימן שם בשולי הגיליון עשה כן לפי שיטת ענף "פמ" דווקא. כיוון שגם קטע גניזה מתאים אינו בנמצא, אין בידינו אפוא כתב יד של התלמוד ובו הגרסה שמציע פרנצוס. קיימים בידינו רק עדי נוסח עקיפים לה: שניים שהביא פרנצוס עצמו – ספר המקח והממכר והלכות הרי"ף, ושלישי, נוסף על אלה שהביא פרנצוס, המופיע בפסקי הרי"ד, אך בשינוי נוסח מסוים.²¹⁵ עם זאת, בהתחשב בשלושת עדי הנוסח העקיפים הקיימים, בגרסת כתב יד המבורג הקרובה להם, ובמסקנות מחקרו של פרידמן באשר לפרק העוקב במסכת, מסתבר כי אכן הייתה קיימת גרסה שונה של שאלת רב אשי לאמימר, כפי שהציע פרנצוס.²¹⁶ גרסה זו שייכת לענף המסירה הג, אך, למרבה הצער, נשמטה מכתב יד המבורג עצמו.

2. תוכנו של הדיון האמוראי

עמדנו לעיל על מהותה של ברייתת "מכר לו בית" ועל העסקה המתוארת בה.²¹⁷ כעת נבקש לייחד דברים לדיון האמוראי בה ולמבנה העסקה העולה ממנו. ראשית, יש לברר על איזה משני חלקי המשנה נסוב דיון זה. לדעת הלבני, דיון הגמרא מוסב על הסיפא של המשנה – עסקת "מכאן ועד

אלא הושפעו על ידי שניהם. כך גם לגבי מסורות הנוסח שעמדו לפני הראשונים מימי רש"י ואילך. תודתי לד"ר בנימין קצוף שהפנה תשומת ליבי למאמר זה.

²¹³ פרידמן, בבא מציעא, עמ' 95-96.

²¹⁴ שם, עמ' 141. בכך גם באה לידי פתרון קושיית עיתוי השתלבות הפירוש בגוף הגמרא, שאותה הותיר פרנצוס ללא מענה כאמור בהערה 210 לעיל: הדבר קרה כבר בבבל עצמה, אך רק בענף מסירה אחד של המסכת (פמ), ואילו בענף אחר (הג) לא נכנס הפירוש לגוף הגמרא. מעניין לציין, כי רבי יצחק בר ששת פרפת כבר העלה את ההשערה, כי בפני הרמב"ם עמד נוסח אחר של הגמרא בסוגיה זו כהסבר אפשרי להבדלי הגישה בין הרמב"ם לבין ראשונים אחרים בעניין זה, אף שלא הייתה לריב"ש כל ראייה לכך. אך נראה כי דבריו של ריב"ש כוונו דווקא לנוסח שעמד בפני הרמב"ם, להבדילו למשל מהרי"ף. ראו שו"ת הריב"ש, סימן שט, עמ' תיד-תטו.

²¹⁵ פסקי הרי"ד, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סו ע"א: "והאמי רבא סיפא דאמי ליה מדעתו, אלמי אי לא אמי ליה מדעתו תנאה מעליא הוא, אמי ליה נעשה כמי שאמי לו מדעתו איתמר".

²¹⁶ פרנצוס מוסיף וטוען, כי הפרשנות השונה מאוד של כמה ראשונים לדיון האמוראי נובעת אף היא מהבדלי נוסח. על טענה זו נעמוד בהמשך דיונונו.

²¹⁷ פרק שני, סמוך להערה 91 ואילך.

שלוש שנים", שכן בעסקה זו המקח קיים ויש לבחון מי אוכל את פירות השדה.²¹⁸ עם זאת, דיון הגמרא יכול להיות מוסב באותה מידה על תחילתה של המשנה שהוא סמוך לה, "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת דמים, ואמר לו: אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך – אסור"; שכן גם במקרה זה, בו העסקה אינה קיימת, יש מקום לברר מי רשאי ליהנות מפירות השדה.²¹⁹

במסגרת הדיון מובאת בין היתר ברייתא אשר "תני רב ספרא ברבייתא דבי רבי חייא", ובה כמה תשובות אפשריות לשאלה מי רשאי ליהנות מפירות השדה. על אחת התשובות, "פעמים ששניהן אסורין", נשאלת השאלה "מאן תנא שניהם אסורים". רב הונא בריה דרב יהושע משיב כי אין זו שיטת ר' יהודה, אשר סבר כי צד אחד בריבית – מותר. מייד בהמשך הדברים מובאות שתי ברייתות נוספות אשר עוסקות בדיני ריבית, ועל שתיהן מעיר רב הונא בריה דרב יהושע כי לא נשנו לפי שיטתו של ר' יהודה, אשר סבר כי צד אחד בריבית – מותר. האחרונה שבהן היא ברייתת "מכר לו בית" שבמרכז דיונו.²²⁰

לעיל עמדנו על כך כי דברי האמוראים בקטע גמרא זה אינם מובאים כסדרם, עניין שלעיתים עשוי לרמז על עריכה מאוחרת של הסוגיה.²²¹ הבחנתו של רב הונא בריה דרב יהושע כי הברייתא שבה אנו עוסקים לא נשנתה לפי שיטת ר' יהודה, קודמת לדבריו של רבא מורו. עם זאת, בהמשך מובאות המימרות לפי סדר הדורות – ראשית מובאים דברי רבא, אחריו דברי תלמידו אמימר, ואחריהם דיונם של אמימר ותלמידו-חברו רב אשי.

דברי רבא מובאים על שאלת הגמרא, המובאת בסתם, מה ההבדל בין הרישא של הברייתא "מכר לו בית" לבין הסיפא של הברייתא. הבדל זה עשוי לכאורה להתפרש בשתי צורות. הבדל אפשרי אחד הינו כי תנאי המכר החוזר תקף בכל מקרה, אלא שברייתת הברייתא הרוכש אינו זכאי

²¹⁸ הלבני, מקורות ומסורות, עמ' רכא.

²¹⁹ השוו לדיון הגמרא במקרה של "את ונוולא אחי", להלן סמוך להערה 227 ואילך. זאת ועוד: בהמשך הדברים, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סו ע"א מובא ציטוט מפתחת חלקה השני של המשנה, "הלוהו על שדהו", ודיון הגמרא עליו. הדבר מרמז, כי דיון הגמרא בו עסקינן נסוב על חלקה הראשון של המשנה. הסבת הדיון על חלקה השני של המשנה מעלה אף קושי פרשני שהלבני מנסה להתמודד עמו ולבסוף מותירו בצריך עיון; ראו שם, עמ' רכא-רכב.

²²⁰ על מקורן של ברייתות אלה, ובהן ברייתת "מכר לו בית", ביקשנו לעמוד לעיל, פרק שני, טקסט ליד הערה 100 ואילך.

²²¹ פרק שני, סמוך להערה 106 ואילך.

ליהנות מפירות הבית או השדה, ובסיפת הברייתא הוא זכאי ליהנות מהם. הבדל אפשרי שני הינו כי ברישת הברייתא תנאי המכר החוזר כלל אינו תקף, ואילו בסיפת הברייתא התנאי תקף. ההכרעה בין האפשרויות עשויה להיות תלויה באופן הבנתנו את הסברו של רבא להבדל בין המקרה שברישת הברייתא לבין המקרה שבסיפת הברייתא.²²²

תשובתו של רבא, "סיפא דאמר ליה מדעתיה", טעונה הסבר. ברור מנוסח הברייתא כי ברישא המתנה הינו המוכר ואילו בסיפא המתנה הינו הרוכש. לכאורה נראה כי רבא אינו מסתפק בהבחנה זו ומוסיף הבחנה נוספת, והיא כי הרוכש התנה "מדעתו". ניתן ללמוד מכך כי לדעת רבא לא די בכך שהרוכש הוא שמתנה, אלא שעל ההתניה להיות גם "מדעתו", אולם מהותה של הדרישה כי הדבר ייעשה "מדעתו" של הרוכש, טעונה בירור.

ייתכן כי חילופי הדברים בין אמימר לרב אשי יכולים לסייע בהבנת הבחנתו של רבא, אלא שהבנת חילופי דברים אלה, כשהם לעצמם, תלויה בין היתר בקביעת הנוסח המקורי של הדברים. שלוש אפשרויות קיימות לפנינו: נוסח הדפוסים ורוב כתבי היד, נוסח כתב יד המבורג כפי שהוא לפנינו והנוסח המובא בהלכות הרי"ף ובספר המקח והממכר.²²³

לפי כל הנסחים, תחילת הדיאלוג שבין אמימר לרב אשי במעשה באדם שמכר קרקע לחברו שלא באחריות. כשראה המוכר שהרוכש מודאג, אמר המוכר לרוכש שבכל זאת יישא באחריות אם תילקח ממנו הקרקע. כשהתממש הדבר, קבע אמימר כי הדברים אינם מחייבים את המוכר אלא הם "פטומי מילי בעלמא".

לפי נוסח הדפוסים ורוב כתבי היד, מקשה רב אשי על דברי אמימר באופן המבואר להלן. רב אשי סבור כי הבסיס להכרעתו של אמימר הינו זהות הצד לעסקה שהתנה את התנאי בדבר נשיאת המוכר באחריות לקרקע הנמכרת. לדעת רב אשי, אמימר מבחין בין מקרה שבו התנאי נקבע ביוזמת הרוכש, שלטובתו נועד לחול התנאי, שאז יש לתת תוקף משפטי לתנאי, לבין מקרה שבו התנאי נקבע ביוזמת המוכר, בניגוד לאינטרס הכלכלי שלו, שאז יש לראותו כ"פטומי מילי בעלמא". כיוון שבמקרה שהובא בפני אמימר, המוכר הוא זה שהוסיף את התנאי לעסקת המכר,

²²² השו" פנצוס, הרי"ף, עמ' רמא והערה 5 שם.

²²³ נוסח רביעי קיים בפסקי הרי"ד כאמור לעיל, אך הוא מהווה מעין שילוב של האפשרויות האחרות ונראה שלא יביא לכדי משמעות חדשה נוספת של הטקסט. ראו גם הערה 224 להלן.

קבע אמימר שהתנאי אינו מחייב. אמימר לא סייג זאת בסייג נוסף כלשהו, ונראה מדברי אמימר שאין כל חשיבות אם הדברים נאמרו "מדעתו" של הצד שהתנה את התנאי או שלא "מדעתו" – תהא משמעות "מדעתו" אשר תהא. הקושי שמעלה רב אשי נובע מכך שגם בברייתת "מכר לו בית" זהו המצב: התנאי נועד לטובת המוכר, ומי שקבעו במקרה שבסיפת הברייתא הוא דווקא הרוכש. לכאורה אפוא גם במקרה זה הפסיקה אמורה להיות שהתנאי אינו מחייב בכל מקרה כי הדברים הם "פטומי מילי בעלמא". אלא שהסברו של רבא לעניין ברייתת "מכר לו בית" שונה. רבא מכשיר את העסקה לא כיוון שהתנאי הוא "פטומי מילי בעלמא" ואינו מחייב, אלא כיוון שהרוכש התנה את התנאי "מדעתו". רב אשי סבור אפוא כי אין התאמה בין שיטת אמימר לבין שיטת רבא. לשיטת רבא – ובניגוד לכאורה לשיטת אמימר – אם לא נאמרו הדברים "מדעתו" של הרוכש, הם לא נחשבים "פטומי מילי בעלמא" אלא הם בבחינת תנאי תקף, ועל כן הם פוסלים את העסקה.²²⁴

על כך משיב אמימר לרב אשי כי דבריו של רבא נאמרו במובן זה שהרוכש "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה", ועל כן אינם סותרים את עמדת אמימר עצמו אלא מתיישבים עימה. המסקנה היא אפוא כי מעצם זה שהרוכש הוא שהוסיף את התנאי, ברור שלא התכוון שהתנאי יהיה מחייב – גם אם לא קבע כן מפורשות, וממילא נמצא כי דבריו הם "פטומי מילי בעלמא". "מדעתיה" משמעו אפוא כי הדברים שנאמרו על ידי הרוכש אינם מחייבים אותו, אלא הרוכש שומר על שיקול דעתו בעניין זה. לכך התכוון גם אמימר כשקבע שהדברים הם בגדר "פטומי מילי בעלמא". שני ההסברים, של רבא ושל תלמידו אמימר – חד הם, ושתי הפסיקות – חד הן.²²⁵

המסקנה המתבקשת מהאמור לעיל היא, שלדעת רבא כפי שהבין אותה אמימר, בסיפא של ברייתת "מכר לו בית", תנאי המכר החוזר שהותנה על ידי הרוכש כלל אינו תקף מבחינה משפטית, המכר הינו מכר מלא ובלתי מותנה לכל דבר, העסקה כשרה מבחינה הלכתית והמוכר

²²⁴ הסבר זה משתמע גם מנוסח הגמרא המצוטט בפסקי הרי"ד; ראו הערה 215 לעיל. ייתכן אפוא כי בפני הרי"ד עמד נוסח של הגמרא אשר שילב את ענפי המסירה הג' ופמ', נוסח שהיה קרוב בלשונו לענף הג', אך במהותו היה קרוב לענף פמ'.

²²⁵ השו"ת הרי"ד א"א בשו"ת הרי"ד א"א החדשות, סימן פה, עמ' עמ' נא-נב: "ואמר רבה סופא באומר לו מדעתי, ופרישנא דכל דאתני לוקח תנאי שהיה למוכר להתנות ולא חזקו המוכר הרי מה שאמר הלוקח כפטומי מילי ואינו תנאי גמור אלא כמאן דאמר לו מדעתי כלומר אם ארצה". גם לדעת הרי"ד א"א, "מדעתיה" של רבא ו"פטומי מילי" של אמימר – חד הם, ופירושם שתנאי המכר החוזר אינו מחייב את הרוכש אלא נתון לרצונו.

רשאי ליהנות מפירות הקרקע. לכאורה, מכך נובע גם ההפך: ברישא של הברייתא, שבה תנאי המכר החוזר הותנה על ידי המוכר, התנאי תקף, העסקה אינה כשרה מבחינה הלכתית, והמוכר אינו רשאי ליהנות מפירות הקרקע. ההבדל בין הרישא של הברייתא לסיפא שלה הוא אפוא תוקפו או היעדר תוקפו של תנאי המכר החוזר.

לפי הנוסח שבכתב יד המבורג, אומנם חסר כל ההסבר של טעמו של אמימר, אך השאלה והתשובה עומדות בעינין. רב אשי מקשה על אמימר, כיצד מתיישבת הכרעתו במקרה של מוכר הקרקע בלא אחריות שמדובר ב"פטומי מילי בעלמא" עם קביעת רבא בברייתת "מכר לו בית", לפיה היסוד המכריע הוא כי הרוכש אמר את התנאי "מדעתו", ואמימר משיב כאמור לעיל. המסקנות האמורות לעיל נותרות אפוא בעינין גם לפי הנוסח שבכתב יד המבורג.

נראה כי תמונה שונה מצטיירת מהנוסח שלפי דעתו של פרנצוס עמד בפני הגאונים והרי"ף. לפי נוסח זה, תוהו רב אשי כיצד בברייתת "מכר לו בית" קובע רבא שכשהתנאי נאמר "מדעתו" – הוא נחשב כתנאי כשר, שהרי לכאורה גם שם אמור התנאי להיחשב "פטומי מילי בעלמא". על כך משיב אמימר כי כוונת רבא היא כי המוכר "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה". נראה כי הנחת המוצא של שאלת רב אשי ושל תשובת אמימר היא כי רבא הכשיר את התנאי "לכשיהיו לך מעות אחזירם לך" ולא ראה בו "פטומי מילי בעלמא", אף שהדבר לא נקבע בבירור בטקסט עצמו. התוצאה היא לכאורה, כי גם ברישא של הברייתא וגם בסיפא שלה מדובר בעסקת מכר חוזר שבה תנאי המכר החוזר תקף מבחינה משפטית, אולם לדעת רבא ברישא של הברייתא מנוע הרוכש ליהנות מפירות הבית או השדה, ואילו בסיפא של הברייתא אלה מותרים לרוכש, מחמת ש"נעשה כמאן דא"ל מדעתיה". עוד נראה כי אמימר ורב אשי אינם חולקים על עמדה זו של רבא. עם זאת, הנימוק לכך – "נעשה כמאן דא"ל מדעתיה אתמר" – נותר סתום. כן לא ברורה ההבחנה בין פסיקת רבא במקרה שבא לפניו לבין פסיקת אמימר במקרה שבא לפניו, בהנחה שאמימר אינו חולק על רבא רבו בקביעת ההלכה עצמה.

ההבדל בין הגרסאות והמשמעויות הינו כמובן רב-חשיבות בכל הנוגע לעניינינו. לפי כל גרסאות הגמרא העומדות לפנינו בכתבי יד ובדפוסים כאחד, נראה כי לפי לשונו הפשוטה של הדיון האמוראי, אמוראים בני שלושה דורות – רבא, אמימר תלמידו, ורב אשי, תלמיד-חבר של אמימר – נוקטים עמדה זאת לגבי תוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר: כאשר תנאי המכר החוזר נקבע על ידי המוכר, התנאי תקף – אך קיים קושי הלכתי עם העסקה ועל כן הרוכש אינו רשאי ליהנות מפירות השדה. הברייתא עצמה אינה מבארת מהו קושי הלכתי זה, ואם הוא פוסל

את העסקה בכללותה או רק מונע מהרוכש ליהנות מפירות השדה.²²⁶ לעומת זאת, כאשר תנאי המכר החוזר נקבע על ידי הרוכש, הוא אינו מחייב מבחינה משפטית אלא הוא "פטומי מילי בעלמא", ועל כן אין כל בעיה הלכתית בעסקה והרוכש רשאי ליהנות מפירות השדה. הברירה היא אפוא בין עסקה שאינה מחייבת מבחינה משפטית לבין עסקה שמונעת אכילת פירות מהרוכש. כלומר בשני המקרים עסקה זו אינה יכולה לשמש פתרון יעיל לבעיית הריבית.

לעומת זאת, מגרסה משוערת של נוסח התלמוד, שאינה נמצאת לפנינו בכתבי היד, אלא בכמה עדי נוסח עקיפים, מצטיירת תמונה שונה. גם לפי גרסה זו, עסקת מכר חוזר אינה מועילה במקום שבו התנאי נקבע על ידי המוכר. גם לפי גרסה זו, לא ברור אם העסקה כולה נפסלת או שהעסקה תקפה אך על הרוכש נאסר ליהנות מפירות הממכר. לעומת זאת, מגרסה זו עולה כי שלושת האמוראים הנזכרים לעיל מכשירים עסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית כאשר תנאי המכר החוזר נכלל בה ביוזמת הרוכש דווקא, אף שהוא פועל לטובת המוכר. רבא מכשיר עסקה זו כיוון שהרוכש התנה "מדעתיה". אמימר ורב אשי מכשירים עסקה זו תוך הבחנה בינה לבין המקרה של רוכש הקרקע בלא אחריות, מקרה שבא בפני אמימר. עילת ההכשר המבחינה בין המקרים – "מדעתיה" או "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה" – אינה ברורה מאליה מתוך הטקסט עצמו. כפי שנראה בהמשך מחקר זה, רב האי גאון ובעקבותיו הרי"ף והרמב"ם ישלימו חוסר זה, והצעתם תשמש בסיס לפתרון משמעותי לבעיית הריבית.

ראוי לציין כי מדיונם של רבא, אמימר ורב אשי, לא ניכר באופן מפורש כל קשר בין הסוגיה הנדונה לבין איסור הריבית. רבא עומד על ההבחנה בין שני המקרים שבברייתא – "אמר ליה מדעתיה" – הא ותו לא. הוא אינו מסביר מה הפגם ההלכתי במקרה הראשון וכיצד "מדעתיה" מרפא פסול זה. אמימר פוסק, במקרה של מכירת הקרקע ללא אחריות, שהדברים שאמר הרוכש לקונה כדי לפייסו אינם מחייבים מבחינה משפטית, וממילא אינו נדרש להכריע מה היה הדין במקרה שונה. יודגש כי המקרה שהובא בפני אמימר לא נראה קשור כלל לבעיית הריבית. הוא אינו מקרה של מכר חוזר, ואמירתו של המוכר נועדה לפייס דעתו של הרוכש, שהתעצב בדיעבד על תנאי המכר. בדומה לכך, גם במקרה של ברייתת "מכר לו בית", השימוש במכר חוזר עשוי היה

²²⁶ טיבו של הקושי אינו ברור, שכן המקרה שבא בפני אמימר אינו קשור כלל לבעיית הריבית, וגם בברייתת "מכר לו בית" כשהיא לעצמה אין התייחסות לבעיית הריבית, וזו נוספה במסגרת הדיון האמוראי. ראו בהרחבה להלן, בעמ' 107 למחקר זה.

לשרת מטרה שאינה קשורה כלל לבעיית הריבית. למשל, המכר החוזר עשוי היה לעודד את המוכר לבצע את עסקת המכר על ידי קביעת זכות חרטה לזמן מוגבל.

העמדת הדיון בהקשר של בעיית הריבית נובעת מהבחנתו של אמורא אחר – רב הונא בריה דרב יהושע - אשר מציין כי הברייתא כולה לא נשנתה לפי שיטת ר' יהודה, אשר הכשיר צד אחד בריבית. רב הונא בריה דרב יהושע אומנם היה, בין היתר, תלמידו של רבא, וייתכן ששיטתו מבוססת על שיטתו של רבא, וכי גם רבא עצמו העמיד את הקושי שבברייתת "מכר לו בית" ככזה שנובע מבעיית הריבית. אולם הדבר אינו עולה מפורשות מדברי רבא, אממר או רב אשי, אלא הינו בגדר השערה בלבד. זאת ועוד: נראה כי דבריו של רב הונא בריה דרב יהושע אינם מוסבים על דברי רבא אלא הם מוסבים במישרין על רצף הברייתות המובא בסוגיה. זיקת הדיון לבעיית הריבית נובעת אפוא לא מתוך הדיון גופו אלא משילוב של שני גורמים חיצוניים לו: הקשרו הכולל של הדיון במסכת והערותיו של רב הונא בריה דרב יהושע.

בשלב זה נבקש לפנות לדיון אמוראי אחר בעסקת מכר חוזר, אשר ייתכן שיהיה בו כדי לשפוך אור נוסף על עמדתו של רבא בנוגע לעסקת "מכר לו בית" בפרט ולעסקאות מכר חוזר בכלל.

ד. מכר חוזר: "את ונוולא אחי"

דיון אמוראי אחר שמתייחס על פניו למקרה של מכר חוזר נמצא בהמשך הדברים בתלמוד הבבלי, בבא מציעא, סז ע"א. כפי שנראה להלן, ייתכן שיש בדיון זה כדי להקנות משמעות חדשה לברייתת "מכר לו בית".

ההיא איתתא דאמרה ליה לההוא גברא: זיל זבין לי ארעא מקריביי. אזל זבן לה. אמר ליה: אי הוּו לי זוזי מהדרת לה ניהלי? – אמר ליה: את ונוולא אחי. אמר רבה בר רב הונא: כל את ונוולא אחי אמר, סמכא דעתיה, ולא גמר ומקני. ארעא הדרה, פירי מאי? רבית קצוצה הוּו – ויוצאין בדיינין, או דילמא כי אבק רבית הוּו, ואין יוצאין? – אמר רבה בר רב הונא: מסתברא, כי אבק רבית הוּו, ואין יוצאין בדיינין. וכן אמר רבא: כי אבק רבית הוּו, ואין יוצאין בדיינין. אמר ליה אביי לרבה: משכנתא מאי? התם טעמא מאי – משום דלא קץ ליה, הכי נמי – לא קץ ליה. או דילמא התם זביני, הכא הלואה? – אמר ליה: התם טעמא מאי – משום דלא קץ ליה, הכי נמי – לא קץ ליה. אמר רב פפי:

הגמרא מציגה בפנינו עסקה למכירת קרקע בין צדדים שהינם קרובי משפחה. המוכר הוא שמבקש להתנות את תנאי המכר החוזר, והשלוח של הרוכשת משיב, כפי הנראה, כי כיוון שהצדדים לעסקה הם קרובי משפחה, בוודאי יסתדרו ביניהם. רבה בר רב הונא קובע כי בנסיבות אלה, "סמכא דעתיה" של המוכר על תנאי המכר החוזר, ועל כן לא נשלמה עסקת המכר. התוצאה היא כי הקרקע חוזרת למוכר, ונשאלת שאלת הנאתה של הרוכשת מפירות הקרקע בתקופת הביניים. בשאלה זו חלוקים כפי הנראה כמה אמוראים בדעתם. דעת רבא, כמוה כדעת רבה בר רב הונא, היא כי בית דין אינו מפקיע את הפירות מידי הרוכשת. רבינא מתואר כמי שנהג אחרת במקרה שבא לפניו.

על פני הדברים נראה כי קיים דמיון ניכר בין עסקת "את ונוולא אחיי" לבין העסקה שברישת הברייתא "מכר לו בית". בשני המקרים מדובר בעסקה למכירת קרקע. בשני המקרים מבקש המוכר להוסיף תנאי מכר חוזר לעסקה. התנאי מנוסח בלשון דומה מאוד, אם כי במקרה אחד בעברית ובלשון תנאי ("לכשיהיו לי מעות החזירים ליי") ובמקרה השני בארמית ובלשון שאלה ("אי הוו לי זוזי מהדרת לה ניהלי?"), שכאמור לעיל, בא כוח הרוכשת משיב עליה באופן שנתפס כחיובי. בשני המקרים נראה כי הגמרא פוסלת את העסקה ("אסור" באחד, "לא גמר ומקניי" ו"הדרא ארעא" בשני). גם בלשון ההנמקה ניכר דמיון מסוים. רבא מנמק את ההבדל בין רישת ברייתת "מכר לו בית" לבין סיפת הברייתא במילים "סיפא דאמר ליה מדעתיה", והגמרא קובעת לגבי עסקת "את ונוולא אחיי" כי "סמכא דעתיה".

אלא שהדמיון בין העסקאות מעלה קושי באשר לעמדה שמביע רבא בכל אחת מהן. בעסקת "מכר לו בית" ראינו לעיל כי לפי כל השיטות השונות שהובאו להבנת הסברו של רבא, עולה כי עסקת מכר חוזר שבה נקבע התנאי על ידי המוכר היא אסורה. אומנם לא ברור אם האיסור פוגם בעסקה כולה או רק מונע מהרוכש ליהנות מפירות הממכר, אך הנחתנו הייתה כי בשני המקרים הרוכש לא ייהנה מפירות הממכר. לעומת זאת, בעסקת "את ונוולא אחיי" ברור כי עסקת המכר החוזר לא נחשבת כלל כעסקת מכר, הממכר חוזר אל המוכר, ונותרת להכרעה שאלת ההנאה מפירות

²²⁷ כך בדפוס וילנא. שמשוני, ריבית, עמ' 152-153, מציג בנספח השוואה סינופטית של עדי הנוסח. נראה כי אין בהם שינויים בעלי משמעות לענייננו, ואף אין בהם שינויים בעלי משמעות בין שני ענפי המסירה השונים של מסכת בבא מציעא לפי שיטת פרידמן.

הממכר על ידי הרוכש. דעת רבא בשאלה זו היא כי בית דין אינו מפקיע את הפירות מידי הרוכש. דעה זו נראית על פניה כמנוגדת להבחנה שערך רבא בברייתת "מכר לו בית" כפי שהבנו אותה לעיל, לפיה הרוכש לא יוכל ליהנות מפירות הממכר.

במאמר מוסגר יצוין כי שמשוני, בעקבות כמה ראשונים, עומד על קיומה של סתירה לכאורה נוספת העולה מסוגיית "את ונוולא אחי".²²⁸ עמדת רבינא כפי שהיא מוצגת בסוגיה היא כי הרוכש אינו רשאי ליהנות מפירות הקרקע. לעומת זאת, עמדת רבינא בנוגע למשכנתא ללא נכייטא היא כי הלווה אינו משיב את פירות הקרקע. שמשוני מביא כמה הסברים אפשריים ליישובו של קושי זה מפירושי הראשונים, ומציע לבסוף הסבר משל עצמו. לפי הסברו של שמשוני, סוגיית "את ונוולא אחי" בנויה משניים או שלושה רבדים. ברובד הבסיסי של הסוגיה, הדיון הוא קנייני בלבד, ללא שיקולי ריבית וללא המונחים המאפיינים את הדיון בריבית. רק ברובד עריכתי מאוחר יותר נוספו שיקולי הריבית ומינוחיה והסוגיה עוצבה בהתאם.

הצעתו של שמשוני אכן עשויה להסביר את ההבדל בעמדות רבינא. במקום שבו מדובר במכר ולא בהלוואה, קובע רבינא שעם בטלותה של עסקת המכר, מאבד הרוכש את זכותו הקניינית לא רק בגוף הקרקע אלא גם בפירותיה. לעומת זאת, במקום שבו מדובר מלכתחילה בעסקת משכנתא, אין הלווה מאבד את זכותו הקניינית בפירות הקרקע, ושאלת השבתם מוכרעת בהתאם לקטגוריות השונות של דיני הריבית. אלא שקשה ליישב את הצעתו של שמשוני במקרה זה עם עמדתו הכללית, לפיה הניתוח במונחי ריבית החל בתקופת אביי ורבא.²²⁹ שמשוני מנסה להציע כי אביי ורבא לא עשו שימוש במונחים "ריבית קצוצה" ו"אבק ריבית" ואלו נוספו לדיון בשלב מאוחר יותר. עם זאת, אביי ורבא הם שעורכים את ההשוואה בין עסקת "את ונוולא אחי" לבין משכנתא, כך שנראה ברור ששאלת הריבית עמדה לנגד עיניהם, יהא המינוח שבו עשו שימוש אשר יהא. בנסיבות אלה, קשה להניח כי רבינא, תלמידו של רבא, אינו שוקל כלל שיקולי ריבית בקובעו את עמדתו בסוגיית "את ונוולא אחי".

מכל מקום, הסברו של שמשוני, אף אם יש בו כדי להסביר את ההבדל לכאורה בעמדות רבינא, אינו מועיל ליישב את ההבדל לכאורה בעמדות רבא. בעוד רבינא מביע עמדה אחת בעסקת מכר חוזר ועמדה שנייה בעסקת משכנתא, עמדותיו השונות לכאורה של רבא מובעות שתיהן בנסיבות

²²⁸ ראו שמשוני, שם, עמ' 104-107.

²²⁹ שם, עמ' 104.

של עסקת מכר חוזר. יש להציע אפוא הסברים אחרים לפער שמסתמן בעמדות רבא.

אפשרות אחת היא כי בעסקת "את ונוולא אחי" יש לתקן "רבא" בריה דרב יוסף בר חמא ל"רבה" בר נחמני. שמא פרידמן, אשר ניתח עניין זה בהרחבה, הראה כי חילופים מסוג זה נפוצים למדי בתלמוד הבבלי, וכי הסופרים לא הקפידו על הבדלי הכתיב בין שני השמות והראשונים לא הסתמכו על הבדלי הכתיב וקבעו כללי הבחנה אחרים בין רבא לרבה. עוד מראה פרידמן כי החילוף הנפוץ יותר הוא ששמו של רבה נכתב כ"רבא".²³⁰ עם זאת, להשערה מסוג זה אין תימוכין בעדי הנוסח הישירים,²³¹ לרבות בציטוט המובא בספר המקח הממכר. גם הכללים שהציעו כמה ראשונים לשם זיהויה של תופעה זו של חילופי שמות, אינם מועילים במקרה זה.²³² רק בעד נוסח עקיף אחד, זה של הרא"ש, נמצא אזכור התומך באפשרות של חילופי השמות רבא ורבה.²³³

אפשרות שנייה היא כי אין מדובר ברבא חברו של אביי אלא ברבא מאוחר יותר. הנצי"ב, ובעקבותיו כמה חוקרים, סבורים כי כמה מימרות המיוחסות לרבא בתלמוד הבבלי שייכות למעשה לרבא שני ומאוחר יותר, שהיה מאחרוני האמוראים, סבורא או גאון.²³⁴ אומנם המימרא בה עסקין מופיעה ברוב כתבי היד, אולם היא חסרה בכתב יד אחד, וגם אצל הגאונים והראשונים היא נזכרת רק בחלק מהמקורות.²³⁵ עניין זה עשוי לכאורה ללמד על היותה של מימרא זו תוספת

²³⁰ פרידמן, רבה ורבא, עמ' קנב.

²³¹ שמשוני כבר הראה כי שמו של רבא מופיע בכתב זה בכל עדי הנוסח, למעט כתב יד פלורנס ממנו נשמטה המימרא לחלוטין. יצוין כי בהמשך הדברים, "אמ' ליה אביי לרבה", קיימים חילופי גרסאות בשם רבה ובכמה מעדי הנוסח מופיע "רבא" או "רב", דבר התואם את ממצאו האמור לעיל של פרידמן.

²³² כללים אלה מבוססים במקרים רבים על הקשרה של המימרא בה מדובר, בעוד במקרה שלפנינו מובאת מימרא בשם רבא ללא כל הקשר, דיון או מחלוקת עם חכמים אחרים.

²³³ רא"ש, תלמוד בבלי, בבא מציעא, פ"ה סימן לג (דף סז ע"א): "...אמר רבה בר רב הונא מסתברא כאבק רבית [הווי] ואין יוצאה בדיינין. וכן אמר רבה".

²³⁴ הנצי"ב, מרומי שדה, עמ' קד, תלמוד בבלי, הוריות, יג ע"ב; אלבק, רבא השני, המציין בפתח מאמרו כי דרכם של הראשונים במוצאם סתירות בדברי אותו אמורא היא לתרץ, כי היו שני אמוראים בשם זהה; אפשטיין, מבואות לספרות האמוראים, עמ' 266; שפיגל, פסקי הלכה (בעקבות עבודת הדוקטור שלו, **הוספות מאוחרות (סבוראיות) בתלמוד הבבלי**, תל אביב תשל"ו); פרידמן, האשה רבה, עמ' 433-435, והמקורות הנוספים המצויינים בהערות השוליים שם. השוו עמדת כהן, רבינא וחכמי דורו, עמ' 119 הערה 43 ונספח ג', עמ' 141-142, הסבור כי עצם קיומו של רבא שני דורש בחינה מחודשת.

²³⁵ מימרא זו אינה נזכרת באחת מתשובות הגאונים (תשובות הגאונים - שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן יב) אולם היא נמצאת בספר המקח והממכר, עמ' רכה. המימרא אינה נזכרת אצל הרי"ף, תלמוד בבלי, בבא מציעא, לח

מאוחרת מפיו של רבא אחר, מאוחר בזמן. עם זאת, להשערה זו אין תימוכין מובהקים בממצא הטקסטואלי, לאור ריבוי העדויות הטקסטואליות למימרא של רבא. נוסף על כך ניתן לשער כי בעדי הנוסח העקיפים שבהם המימרא חסרה, הדבר נובע מהרצון לקצר, שהרי רבא מצטרף במימרא זו לדעת רבה בר רב הונא ואינו מחדש דבר. זאת ועוד: נראה כי רוב הסימנים המאפיינים לדעת החוקרים שזכרו לעיל את דברי "רבא השני" – היותם מוסבים על דברי אמוראים מאוחרים לו, פסיקת הלכה בסוף השקלא והטריא, מטבעות לשון כגון "אמר רבא הלכתא", אריכות הדברים וסגנון המאפיין את סתם הגמרא – אינם מתקיימים במקרה דנן. העוגן היחיד לסברא כי מדובר במימרא מאוחרת של "רבא השני" הוא אפוא קיומה של סתירה לכאורה בין דברי רבא בשתי הסוגיות – "מכר לו בית" ו"ואת ונוולא אחי".

אפשרות שלישית היא כי אכן מדובר בדברי אותו אמורא בשני המקרים, אלא שאין סתירה בין העמדות המובעות על ידו.²³⁶ ייתכן כי ניתן למצוא רמז, ואף הסבר, לאחידות הדעה של רבא בהנמקה הדומה בלשונה בשני המקרים. המילים "סמכא דעתיה" שבעסקת "את ונוולא אחי" נראות כמכוונות להיעדר גמירות דעת של המוכר להתקשר בעסקת מכר. המוכר סמך על תנאי המכר החוזר ולא התכוון להתנתק באופן מוחלט מבעלותו בקרקע. קרבת המשפחה שבין הצדדים, והאופן שבו הוצגה קרבה זו על ידי השלוח של הרוכשת, עשויה לתת משנה תוקף להסתמכות זאת של המוכר. נשאלת השאלה אם ייתכן שכך יש להבין אף את הבחנתו של רבא בברייתת "מכר לו בית". אם "אמר ליה מדעתיה" שקול ל"סמכא דעתיה", אזי הבחנתו של רבא בין הרישא של ברייתת "מכר לו בית" לבין הסיפא של אותה ברייתא נוגעת להסתמכותו של המוכר. כאשר המוכר קובע את תנאי המכר החוזר, המוכר מסתמך על כך ואינו גומר בדעתו להתקשר בעסקת מכר מחייבת. לעומת זאת, כאשר הרוכש קובע את תנאי המכר החוזר, המוכר אינו מסתמך על כך וגומר בדעתו להתקשר בעסקת מכר מחייבת ומלאה, ללא מכר חוזר.

הסבר זה של הנמקת רבא מיישב את הסתירה לכאורה שבין עמדות רבא בשני המקרים. בשני המקרים רבא סבור כי כאשר המוכר קובע תנאי של מכר חוזר בעסקת המכר, הוא אינו גומר בדעתו למכור את הנכס ועל כן הנכס חוזר לבעלותו. אין בכך משום הבעת דעה לגבי הנאתו של

ע"א, וגם בפסקי הרי"ד, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סז ע"א אינה קיימת. לעומת זאת, היא נזכרת בחידושי הריטב"א.

²³⁶ אפשרות רביעית, שאינה אלא סברה נטולת ראיות, היא כי מדובר באותו אמורא אשר שינה דעתו או הביע דעות סותרות במקרים שונים.

הרוכש מפירות הממכר, ובשני המקרים רבא סבור כי בית דין לא יפקיע את פירות הממכר מאת הרוכש. לעומת זאת, במקרה שבו הרוכש קובע תנאי של מכר חוזר בעסקת המכר, המוכר אינו מסתמך על תנאי זה ועל כן עסקת המכר תקפה ללא כל תנאי, וממילא אין קושי שהרוכש ייהנה מפירות הממכר. לפי הבנה מוצעת זו של הסוגיות, "אסור" ו"מותר" שבברייתת "מכר לו בית" אינם מתייחסים אפוא כלל להנאת הרוכש מפירות הממכר אלא לתוקפה של עסקת המכר. **הרוכש ייהנה מפירות הממכר בשני המקרים.**

ייתכן כי כך יש להבין אף את פסיקתו של אמימר במקרה שבא לפניו. המילים "פטומי מילי בעלמא" משקפות לא רק את הלך רוחו של הרוכש, כפי שסברנו לעיל, אלא גם, ואולי בעיקר, את הלך רוחו של המוכר. המוכר גמר בדעתו להשלים עסקת מכר תקפה ללא אחריות עוד בטרם נאמרו דברי הרוכש, ועל כן ברור שהמוכר לא הסתמך כלל על דברי הפיוס המאוחרים של הרוכש. ניסיונו של המוכר להיתלות בדברי העידוד של הרוכש בדיעבד, לאחר שהקרקע נטרפה מידי, אינו תואם את גמירת דעתו של המוכר במועד עריכת העסקה, שהרי במועד עריכת העסקה גמר המוכר בדעתו להתקשר בעסקה למכירת קרקע בלא אחריות. על כן, ניסיון זה של המוכר להסתמך על דברי הפיוס המאוחרים של הרוכש, נדחה על ידי אמימר.

לכאורה נראה כי הבנה זו של ברייתת "מכר לו בית" לאור עסקת "את ונוולא אחי" אינה מתיישבת עם נוסח הגמרא שלדעת פרנצוס עמד בפני הגאונים והרי"ף, כפי שניתחנו אותו לעיל. לפי נוסח זה, רב אשי תוהה כיצד ייתכן שרבא ראה בתנאי המכר החוזר תנאי תקף בסיפת הברייתא. לעומת זאת, לפי הסברנו דכאן, רבא לא ראה בו תנאי תקף אלא "פטומי מילי בעלמא". אלא שניתן ליישב את הדברים על ידי הבנה מחודשת של תשובת אמימר לרב אשי. רב אשי, בשאלתו לאמימר, אכן סבר כי רבא ראה בתנאי המכר החוזר תנאי תקף כשהותנה על ידי הרוכש, אך אמימר, בתשובתו לרב אשי, מעמיד את רב אשי על טעותו. אמימר מבהיר לרב אשי כי מעצם העובדה שהתנאי נקבע על ידי הרוכש – ברור כי אין הכוונה לקובעו כתנאי מחייב, אלא הרוכש שומר על שיקול דעתו וימכור את הקרקע בחזרה למוכר רק אם ירצה בכך. זו משמעות "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה": לדעת אמימר, יש להבין את עמדת רבא כקובעת, שגם אם הרוכש לא הבהיר מפורשות כי הוא שומר על שיקול דעתו – כך יש להבין את דבריו, מעצם העובדה שהרוכש התנה תנאי שאינו פועל לטובתו. "אמר ליה מדעתיה" של רבא, "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה" – הסברו של אמימר לקביעת רבא, ו"פיטומי מילי בעלמא" של אמימר עצמו, הם אפוא אותו נימוק בלשון שונה, והתוצאה היא כי מרכיב המכר החוזר שבעסקה אינו תקף מבחינה

משפטית.

תוצאתו של פירוש זה, המביא להרמוניה בין עמדות רבא בשני המקרים, "מכר לו בית" ו"את ונוולא אחי", היא שלילת האפשרות לקיומה של עסקת מכר חוזר בעלת תוקף משפטי בתקופת האמוראים. כשנערכה עסקת מכר חוזר ביוזמת המוכר, קבעו האמוראים כי המוכר לא גמר בדעתו להתקשר בעסקת מכר ועל כן המכר כלל לא הושלם. כשנערכה ביוזמת הרוכש – לא הקנו האמוראים תוקף משפטי לתנאי המכר החוזר, והשבת הממכר לבעליו נותרה לשיקול דעתו של הרוכש.²³⁷

קשה ליישב תוצאה זו עם עמדותיהם של האמוראים בנוגע למכר לזמן קצוב. כפי שראינו לעיל, האמוראים הכירו בעסקת מכירה לשלושים ימים ללא כל קושי. כפי שניווכח להלן, האמוראים הכירו אף בעסקת מתנה על מנת להחזיר. לכאורה, אין כל סיבה נראית לעין שלא יכירו בעסקת מכר חוזר. ייתכן כי ההבדל נעוץ בהקשר הכולל של כל אחד מהדיונים. כפי שראינו לעיל, הדיון בעסקת מכר לזמן קצוב לא נעשה בהקשר של בעיית הריבית. לעומת זאת, הדיון בעסקת המכר החוזר מוצג בבירור בהקשר של בעיית הריבית, אף אם במקורו נערך במנותק ממנה, כפי שמציע שמשוני. ייתכן כי הקשר זה הוא שעומד ביסוד הבדלי הגישות. עסקת המכר לזמן קצוב לא נתפסה על ידי האמוראים כטכניקה אפשרית להעמדת הלוואה נושאת ריבית, ועל כן לא עוררה כל הסתייגות או אי־נוחות. לעומת זאת, האמוראים ראו בעסקת המכר החוזר פתח לעקיפת איסור הריבית, ולא היו נכונים לאפשר זאת. דעתו של רבי יהודה, שסבר שצד אחד בריבית – מותר, נותרה עמדת מיעוט. הקו ההלכתי השולט לא מצא מקום לאמץ הקלה זו, ועל כן דחה את עסקת המכר החוזר כפתרון אפשרי לבעיית הריבית. כפי שניווכח להלן, בעמדות אלה – הן ביחס לעסקת מכר לזמן קצוב והן ביחס לעסקת מכר חוזר – תחולנה תמורות משמעותיות החל מתקופת הגאונים.

²³⁷ אומנם, בשני המקרים סבור רבא כי הרוכש יוכל ליהנות מפירות הממכר: במקרה הראשון, מפאת היותם אבק ריבית, ובמקרה השני – כיוון שמדובר בעסקת מכר שלמה. אך ספק אם עסקת מכר חוזר שפוגמת במכר עצמו מעיקרו, ואשר נגועה באבק ריבית, הייתה מוצעת על ידי האמוראים או מתקבלת על ידי הסוחרים כפתרון לבעיית הריבית.

ה. מתנה על מנת להחזיר

בתקופת האמוראים, כמו בתקופת התנאים, קיימות בעיקר עדויות לשימוש במתנה לשם פתרון בעיות הלכתיות, אולם קיים אף רמז לשימוש בה לשם פתרון בעיות משפטיות.

1. פדיון הבן

ראינו לעיל כי שניים מפרשני המשנה העמידו את משנה, בכורות, פ"ח ה"ח כעוסקת באפשרות לפדות את הבן הבכור באמצעות מתנה על מנת להחזיר.²³⁸ אפשר כי דברי פרשנות אלה הושפעו מהתלמוד הבבלי, בכורות, נא ע"ב, שבו הוסמכה לדיון במשנה זו ברייתא העוסקת בין היתר בפדיון באמצעות מתנה על מנת להחזיר:

לפיכך אם רצה הכהן ליתן לו במתנה רשאי. תנינא להא, דת"ר: נתנו לעשרה כהנים בבת אחת – יצא, בזה אחר זה – יצא, נטלו והחזירו לו – יצא, וכך היה מנהגו של רבי טרפון שהיה נוטל ומחזיר, וכששמעו חכמים בדבר אמרו: קיים זה הלכה זו. הלכה זו ותו לא?
אלא: קיים זה אף הלכה זו.²³⁹

האמוראים העמידו אפוא את חלקה האחרון של משנתנו כעוסק במקרה של מתנה על מנת להחזיר. עם זאת, מהמשך הדברים ברור כי עמדת האמוראים הייתה כי התניה מראש ואפילו ציפייה מראש, פוסלת את הפדיון, ועל הכוהן להשיב את חמשת הסלעים מרצונו: "רבי חנינא הוה רגיל ושקיל ומהדר, חזייה לההוא גברא דהוה קא אזיל ואתי קמיה, אמר ליה: לא גמרת ויהיבת מידעם, ביש, הילכך אין בנו פדוי".²⁴⁰ במקרה זה ציפה האב שחמשת השקלים שנתן לרבי חנינא

²³⁸ ראו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 132 ואילך.

²³⁹ כך הנוסח בדפוס וילנא, ובשינויים קלים שאין להם חשיבות לענייננו בבבלי - כתב יד פירנצה, בבלי - כתב יד לונדון (Add. 25,717), בבבלי - כתב יד ותיקן 120-121 ובבבלי - דפוס ונציה. בבבלי - כתב יד מינכן ובבבלי - כתב יד ותיקן 119 הנוסח הוא "נטלן והחזירן לא יצא", ואין הדברים מתיישבים עם דברי חכמים על אודות ר' טרפון. יש לשער כי מדובר בפליטת קולמוס וכי נתחלפה לסופר המילה "לו" במילה "לא". ראו גם המקבילה בתוספתא בכורות, מהד' צוקרמנדל, פ"ו הי"ד, עמ' 541 שורות 13-14, ובשינויים שאינם בעלי משמעות לענייננו בתוספתא - כתב יד וינה: "נתן האב חמש סלעים לחמשה כהנים בנו פדוי נתן לו זו אחר זו זו אחר זו בנו פדוי נתן לו חזר ונטלן הימנו בנו פדוי כך היה ר' טרפון עושה נוטלן הימנו וחוזר ונותנו לו".

²⁴⁰ כך הנוסח בדפוס וילנא, ובשינויים קלים שאין להם חשיבות לענייננו בבבלי - כתב יד פירנצה, בבלי - כתב יד לונדון (Add. 25,717), בבלי - כתב יד ותיקן 119 ובבלי - כתב יד ותיקן 120-121.

לשם פדיון בנו יושבו לו, כמנהגו של רבי חנינא בדרך כלל, ועל כן דאג האב להזדמן בפני רבי חנינא. לדעת רבי חנינא, ציפייה זו פגמה בגמירות דעתו של האב, הוא לא נחשב כמי שנתן לרבי חנינא את דמי פדיון הבן, ועל כן בנו אינו פדוי. אין מדובר אפוא במקרה של מתנה על מנת להחזיר, אלא על האב לתת את חמשת הסלעים במתנה גמורה, והכוהן הוא שמשיב את המתנה, או אינו משיבה, לפי רצונו וללא הסתמכות של האב.²⁴¹

2. לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של סוכות

ראינו בדיוננו במקורות מתקופת התנאים²⁴² כי הברייתות שבתוספתא מלמדות כי יש לתת לולב ביום טוב ראשון של סוכות ב"מתנה גמורה", ולעומת זאת, בברייתא במסכת סוכה בתלמוד הבבלי נאמר "מתנה" סתם.²⁴³ מסיפת המעשה בדבר החזרת הלולב לרבן גמליאל, מסיקה סתמת הגמרא כי "מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה". כלומר ניתן לתת את הלולב במתנה על מנת להחזיר ומקבלו יוכל לצאת בו ידי חובה.

בהמשך מובאים דברי רבא כי ניתן לתת אתרוג במתנה על מנת להחזיר ומקבלו יוכל לצאת בו ידי חובה, ובלבד שיקיים את התנאי ויחזיר את האתרוג לאחר שיצא ידי חובתו. לבסוף מסיימת הגמרא באמירה שנראית לכאורה בלתי קשורה לעניין: "למה לי למימר שלקחו באלף זוז, להודיעך כמה מצות חביבות עליהן". על משמעותה האפשרית של אמירה זו נעמוד בהמשך הדברים.

דבריו האמורים של רבא, והכלל הנגזר מהם בדבר תוקפה של מתנה על מנת להחזיר, מובאים גם במסכת בבא בתרא שבתלמוד הבבלי, ללא המעשה ברבן גמליאל.²⁴⁴ מדברי רבא עולה כי אם לא מקיים מקבל האתרוג את תנאי החזרתו – בטלה המתנה, ועימה מתבטלת מעיקרה בעלותו של מקבל האתרוג ועל כן לא יצא ידי חובתו, שכן נמצא בדיעבד שהוא נטל אתרוג שאינו שלו.²⁴⁵

²⁴¹ ראו גם תוספתא - חזון יחזקאל, בכורות, פ"ו ה"ד, באורים, עמ' 54.

²⁴² ראו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 138.

²⁴³ כך בכל כתבי היד והדפוסים שלפנינו. ראו לענין זה גם לעיל, פרק שני, סמוך להערה 136 והאמור בהערה עצמה.

²⁴⁴ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב: "אמר רבא אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזיריהו לי נטלו ויצא בו החזירו יצא לא החזירו לא יצא קא משמע לן דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה".

²⁴⁵ בהמשך הדברים מובא דיון בסוגיית "לך ואחריך לפלוגני", שייבחן להלן, טקסט סמוך להערה 290 ואילך.

בהמשך הדברים שבה הגמרא לדיון במתנה על מנת להחזיר:

אמר רבא אמר רב נחמן: שור זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי, הקדישו והחזירו – הרי זה מוקדש ומוחזר. אמר ליה רבא לרב נחמן: מאי אהדריה? אמר ליה: ומה חסריה? אלא אמר רב אשי: חזינן, אי אמר ליה על מנת שתחזירהו – הא אהדריה, אי אמר ליה על מנת שתחזירהו לי – מידי דחזי ליה קאמר ליה.

דיון זה של רב נחמן ורבא נראה כמושתת על קביעתה של המשנה בהקשר אחר, זה של מתנת בית חורון כי "כל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה".²⁴⁶ היכולת להקדיש מסמלת בצורה מובהקת את כוחו של מקבל המתנה לנהוג בה מנהג בעלים לכל דבר, שכן בהקדשת המתנה שולל מקבלה כל אפשרות שהנותן ישוב ליהנות ממנה.

מהדיון בין רבא לבין רב נחמן נראה לכאורה כי רב נחמן הוא הסבור כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה תקפה לכל דבר ואילו רבא, תלמידו של רב נחמן, חולק. דבר זה אינו תואם את עמדתו של רבא כפי שהיא מובאת בהמשך הדיון, כמו גם במקומות אחרים בתלמוד הבבלי. רב אשי מבאר כי תהייתו של רבא מתייחסת לאופן שבו נוסח התנאי בנסיבות המקרה. לו היה התנאי מנוסח בלשון "על מנת שתחזירהו", הייתה המתנה תקפה גם לדעת רבא.²⁴⁷

מעשים של נתינת אתרוג בחג הסוכות נזכרים אף בדברי האמוראים שבתלמוד הירושלמי, אך נראה כי התלמוד הירושלמי לומד מהם כלל הפוך לזה שבתלמוד הבבלי בכל הנוגע למתנה על מנת להחזיר. במסכת סוכה בתלמוד הירושלמי מובא מעשה ברב נחמן בר יעקב אשר נתן אתרוג במתנה לבנו על מנת שיקיים מצוות נטילת אתרוג ולאחר מכן יחזיר את האתרוג.²⁴⁸ במסכת גיטין בתלמוד הירושלמי מובא תיאור זהה של מעשה נתינת האתרוג על ידי רב נחמן בר יעקב לבנו, והוא משמש את ר' יוסי בי ר' בון להצדקת השיטה כי ניתן לתת גט על תנאי שיוחזר לאחר הזכייה

²⁴⁶ משנה, נדרים, פ"ה ה"ו; ראו גם תלמוד בבלי, נדרים, מח ע"א. למתנת בית חורון ראו זילברג, כך דרכו של תלמוד, עמ' 31-35; שילה, ההערמה בתלמוד, עמ' 333-334.

²⁴⁷ על היחס בין עמדה זו לבין עמדת המשנה בעניין מתנת בית חורון, ממנה עולה לכאורה כי מתנה שלא ניתן להקדישה – כלל אינה מתנה, ראו ר"ן, תלמוד בבלי, נדרים, מח ע"א.

²⁴⁸ ירושלמי, סוכה, פ"ג ה"י, טור 648 שורות 25-27, נד ע"א.

בו, והגט יהא כשר.²⁴⁹ עם זאת, ליברמן מעיר כי שיטתו של ר' יוסי בגט היא כי החזרת הגט תלויה ברצונה הטוב של האישה המגורשת. לפיכך מההשוואה למעשה ברב נחמן בר יעקב, למד ליברמן כי גם במקרה זה המתנה ניתנה כמתנה גמורה, וההשבה לנותן נותרה תלויה ברצונו של המקבל.²⁵⁰ הדבר תואם לדעת ליברמן מקרה נוסף המובא גם הוא במסכת סוכה בתלמוד הירושלמי, ברב המנונא שנתן אתרוג במתנה לבנו, שממנו מסיק התלמוד הירושלמי כי נתינת האתרוג במתנה ביום טוב צריכה להיות על דרך של מתנה גמורה.²⁵¹

3. החזרת כסף לידי המשלם בהקשרים שונים

במסכת קידושין שבתלמוד הבבלי מובאות שתי מסורות שונות המיוחסות לרבא. עניין הוא משמעותו של תנאי בדבר החזרת כסף לידי המשלם. ההתייחסות היא להקשרים שונים: כסף המשולם כמעשה קניין בעסקת מכר, כסף המשמש לשם קידושי אישה, כסף המשמש לפדיון הבן וכסף הניתן כתרומה.²⁵² מסורת אחת מייחסת לרבא את הדעה כי נתינה זו אינה מועילה אלא

²⁴⁹ ירושלמי, גיטין, פ"ב ה"ג, טור 1060 שורות 26-31, מד ע"ב. ראה גם דיונו בגט על מנת להחזיר לעיל, פרק שני, סמוך להערה 144 ואילך.

²⁵⁰ ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ד סדר מועד, עמ' 867.

²⁵¹ ירושלמי, סוכה, פ"ד ה"ד, טור 649 שורה 48 – טור 650 שורה 2, נד ע"ב: "רב מפקד לדבית רב אתי. רב המנונא מפקד לחברייא. כד תהוון יהבין מתנה ביומא טבא לא תהוון יהבין לה אלא לדעת גמורה. כהדא. רב הונא יהב אתרוגא מתנה לבריה. אמ' ליה. אין יומא טבא יומא דין הרי הוא לך מתנה. ואין למחר הרי הוא לך מתנה". כן ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם.

²⁵² תלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב, בדפוס וילנא שלפנינו, וכך גם בבבלי - דפוס ונציה ובבבלי - דפוס קושטא: "אמר רבא: הילך מנה על מנת שתחזירהו לי, במכר – לא קנה, באישה – אינה מקודשת, בפדיון הבן – אין בנו פדוי, בתרומה – יצא ידי נתינה, ואסור לעשות כן, מפני שנראה ככהן המסייע בבית הגרנות. מאי קסבר רבא? אי קסבר מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, אפילו כולהו נמי! ואי קסבר לא שמה מתנה, אפילו תרומה נמי לא! ועוד, הא רבא הוא דאמר מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, דאמר רבא: הילך אתרוג זה על מנת שתחזירהו לי, נטלו והחזירו – יצא, ואם לאו – לא יצא! אלא אמר רב אשי: בכולהו קני, לבר מאשה, לפי שאין אשה נקנית בחליפין. א"ל רב הונא מר בריה דרב נחמיה לרב אשי: הכי אמרינן משמיה דרבא כוותיק". לבבלי – דפוס קושטא ראו פרידמן, מסכתות שנדפסו, עמ' 12-14. בבבלי - כתב יד מינכן 95 השמטה של כמה מילים, כפי הנראה מחמת טעות העתקה, שאין בה כדי לשנות ממהות הדברים. בכתב יד ותיקן 110-111 שינויים קלים שאין בהם כדי לשנות ממהות הדברים, לרבות שתי השמטות מילים המתקנות בצדי הטקסט. בקטע גניזה אוקספורד Heb. b. 10/22 גם כן לא ניכרים שינויים, ככל שניתן לפענח את הטקסט. ללשון "הכי אמרינן משמיה דרבא" ראו כהן, רבינא וחכמי דורו, עמ' 85 והערות 107 ו-108 שם.

במקרה של מתן תרומה. גם במקרה זה נאסר הדבר על הכוהן כי אסור לו להיראות כמי שמסייע לאדם על מנת שזה ייטיב עימו בהמשך. הגמרא תוהה על חוסר עקביות לכאורה זה בשיטתו של רבא – מדוע מצא לנכון להבחין בין מתן תרומה לבין מקרים אחרים. זאת ועוד: הגמרא תוהה כיצד ניתן ליישב את עמדתו זו של רבא עם עמדתו בעניין האתרוג, לפיה מתנה על מנת להחזיר הינה מתנה לכל דבר, ועל כן לכאורה אמורה להועיל בכל המקרים שהוצגו. רב אשי מיישב את הדברים בקובעו כי שיטה זו בדברי רבא אינה נכונה. השיטה הנכונה בדברי רבא היא זו המובאת על ידי רב הונא מר בריה דרב נחמיה, ולפיה, בכל ההקשרים המוזכרים למעט אחד – קידושי אישה – התנאי בדבר החזרת הכסף אינו פוגם בעסקה.²⁵³

דבריו אלה של רבא הם הראשונים שבהם נמצא הד לשימוש מסחרי במתנה על מנת להחזיר. מוזכרת בהם האפשרות לבצע מעשה קניין בעסקת מכר באמצעות מתנה על מנת להחזיר. רב אשי נותן הכשר לאפשרות זאת. המשמעות היא כי בכל מקרה שבו נדרש מעשה קניין החיצוני לעסקה, כגון כאשר מבקשים לבצע עסקה באמצעות קניין אגב סודר, ניתן לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר. עוד נזכרת בדבריו של רבא האפשרות לקדש אישה בדרך זו, אולם לפי כל השיטות הדנות בדברי רבא, אפשרות זו נשללת.

עוד יצוין כי דבריו אלה של רבא, כמו גם הניתוח הבא בעקבותיהם, מתאפיינים בראייה כוללת של שאלת המתנה על מנת להחזיר. המקורות הקודמים שבהם עסקנו בחנו מקרים פרטניים של שימוש במתנה על מנת להחזיר ללא בחינה כוללת של העניין. אומנם במקרה אחד נערכה בתלמוד הירושלמי השוואה בין גט לבין אתרוג, אולם לא ברור אם השוואה זו נערכה על רקע העניין המשותף או על רקע הלשון המשותפת של הסוגיות.²⁵⁴ דבריו של רבא במסכת קידושין נאמרו בוודאי על רקע העניין המשותף, אך ייתכן שנקבצו יחד בשל שיקולי עריכה שאינם קשורים לרצון

²⁵³ הנמקתו של רב אשי לחריג זה היא "לפי שאין אשה נקנית בחליפין". בעלי התוספות על אתר התקשו בהנמקה זו, שהרי מתנה על מנת להחזיר אינה מהווה חליפין. אלא שנראה כי להבנתו של רב אשי, מדובר במקרים בהם הכסף לא נועד לשמש כתמורה כלל ועיקר, אלא העסקה היא אחרת: הכסף מוענק במתנה על מנת להחזיר, והתועלת שגורמת מתנה זו למקבלה היא התמורה בעסקה. נוצרת אפוא עסקת חליפין: הנכס הנמכר מוחלף בתועלת שמפיק המוכר מהמתנה על מנת להחזיר. עסקת חליפין זו כשרה בכל הנסיבות המוזכרות למעט קידושי אישה, אשר אינה נקנית בחליפין. השו"ת משנה תורה, הלכות אישות, פ"ה הכ"ד.

²⁵⁴ ראו פרק שני, הערה 150 לעיל. בשני המקרים נעשה שימוש במטבע הלשון "לכשתזכה בו ובמצוותו תחזירהו ליי", וייתכן כי הוא המקור להשוואה שעורך התלמוד ביניהם, ולא עניינם המשותף במתנה על מנת להחזיר.

לעצב כלל אחיד. לעומת זאת, תהיית הגמרא על אודות חוסר העקביות שניכר לכאורה בדברי רבא, משקפת ניסיון ליצור אחידות והרמוניה בעמדתו של רבא בסוגיה זו. הגמרא מבקשת ליצור עמדה עקבית של רבא הן במקרים השונים המוצגים בדבריו כאן, והן בינם לבין עמדתו של רבא במקרה חמישי ונפרד – מתן אתרוג במתנה על מנת להחזיר. פתרונו של רבא אשי אכן מביא לאחידות זאת, ומקבל חיזוק מרב הונא מר בריה דרב נחמיה, שגרסתו לדברי רבא תואמת את פתרונו של רבא אשי. אם נתארך את הניתוח כולו לשנות פעילותם של רבא אשי ורב הונא מר בריה דרב נחמיה, שניהם אמוראי הדור השישי, ניתן יהיה להציע שניתוחם של אלה הוא הראשון שמתאפיין בבירור בניסיון לעצב את משנתו של רבא לכדי כלל קוהרנטי שעניינו תוקפה של מתנה על מנת להחזיר.

4. מתנה על מנת להחזיר ובעלות לזמן קצוב

הניסיון להסיק מסקנות ברורות מהמקורות שהובאו לעיל אינו פשוט, ואכן בקרב החוקרים שעסקו בהם עד כה ניכרות דעות שונות. כאמור לעיל,²⁵⁵ ליברמן סבר שהתלמוד הירושלמי מביע עמדה עקבית שאינה מכירה בתוקפה של מתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר, להבדילו מהתלמוד הבבלי המכיר בתוקפה. ליברמן התחבט באשר לעמדת התוספתא לאור הכלל הנוגע לגט על מנת להחזיר. ברודי חולק על מסקנת ליברמן בדבר עמדתו העקבית של התלמוד הירושלמי, אך אינו מנמק, ואף אינו בוחן את כל המקרים הרלוונטיים לעניין זה.

יעקב אלמן מציע כי מוסד המתנה על מנת להחזיר נקלט בתלמוד הבבלי בשל השפעתו של מוסד פרסי-סאסאני של נישואים זמניים. אלמן תולה את קליטתו ברב נחמן, מורהו של רבא. אלמן סבור, שהמסורות השונות המיוחסות לרבא בעניין זה עשויות להצביע על קשיי קליטתו, ועל כך שייתכן שרבא עצמו לא השלים עם מוסד זה, אף שהתלמוד מייחסו לו. אלמן מעריך כי קליטתו של המוסד הושלמה בתקופתם של אמוראי הדור השישי, ואף אז לא הולידה קליטתו דיון נרחב בו.²⁵⁶

ברודי חולק על ניתוחו של אלמן ומצביע על כמה מהקשיים המהותיים שניכרים בו, אך גם עמדתו שלו אינה ברורה. מחד גיסא, ברודי מציע לקרוא את המקורות כמתארים התפתחות היסטורית

²⁵⁵ ראו פרק שני, הערה 149 לעיל.

²⁵⁶ אלמן, מתנות, עמ' 168-169.

בת שלושה שלבים של גישת חז"ל לסוגיה.²⁵⁷ לשיטתו, את המקורות המתייחסים לרבן גמליאל ולזקנים השטים עימו בספינה יש לקרוא כמתייחסים למקרה שבו המתנה הייתה גמורה ומוחלטת, ללא כל התניה, בניגוד לאופן שבו מעמיד התלמוד הבבלי את גרסתו למעשה זה. זהו השלב הראשון. בשלב השני, כמאתיים שנה לאחר מכן, מעניק רב נחמן לבנו אתרוג במתנה ומצפה כי האתרוג יושב לו, אך ציפייה זו אינה עולה כדי התניה משפטית-פורמלית, והמתנה היא אפוא גם כן מתנה גמורה. לבסוף, רבא, תלמידו של רב נחמן, הוא המעצב לראשונה כלל המכיר בתוקפה של מתנה על מנת להחזיר. לפי דבריו אלה של ברודי, נראה כי ברודי דוחה את גישת אלמן בדבר השפעה פרסית על התלמוד הבבלי בסוגיית המתנה על מנת להחזיר, אך מאמץ את עמדת אלמן כי ההכרה במתנה על מנת להחזיר החלה בתקופת האמוראים בבבל. ההבדל בין השניים הוא כי אלמן מצביע על תהליך שראשיתו ברב נחמן, עבור דרך רבא וכלה ברב אשי, תהליך שלטעמו של אלמן ראשיתו בהשפעה של מוסד משפטי פרסי-סאסאני על רב נחמן; ואילו ברודי מייחס את ההכרה במתנה על מנת להחזיר לרבא, ושולל כל השפעה פרסית-סאסאנית.

מאידך גיסא, בהמשך דבריו קובע ברודי כי: "...the concept of temporary possession appears to be well documented in other tannaitic texts of impeccable Palestinian provenance."²⁵⁸ לא ברור כיצד דבריו אלה מתיישבים עם התהליך ההדרגתי שהוא מציג כאמור לעיל. ברודי מביא שתי דוגמאות לטענתו זו.²⁵⁹ האחת היא סוגיית "נכסי לך ואחריוך לפלוני", אשר מתייחסת למקרה מאוד מסוים של עסקת בעלות לזמן ואנו דנים בה בהרחבה בנפרד.²⁶⁰ השנייה היא סוגיית הגט על מנת להחזיר שנבחנה לעיל.²⁶¹ ברודי אינו מביא את המקורות האחרים מתקופת התנאים שהוצגו לעיל, אשר בכולם ניכרת מגמה להכיר במתנה גמורה בלבד. ברודי אף אינו עומד על המשמעות האפשרית של היעדרם של מקורות אלה מהמשנה עצמה.

לדעתנו, היעדרם של המקורות המובאים לעיל מן המשנה עצמה, כמו גם העמדה המובעת ברוב המקורות החיצוניים לה, מטה את הכף לטובת תהליך ההתפתחות ההדרגתי שמתאר ברודי. נראה

²⁵⁷ ברודי, אירנו-תלמודיקה, עמ' 220-223.

²⁵⁸ שם, עמ' 223.

²⁵⁹ שם, עמ' 223-225.

²⁶⁰ ראו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 158 ואילך ולהלן, סמוך להערה 269 ואילך.

²⁶¹ פרק שני, סמוך להערה 144 ואילך.

כי רבי יהודה הנשיא בחר להותיר את ההכרה במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר מחוץ למשנה, ונראה כי זו הייתה העמדה בארץ ישראל לא רק בתקופת התנאים אלא גם בתקופת האמוראים. הסברים אפשריים לעמדה היחידנית של התוספתא בנוגע לגט הוצעו לעיל, אם כי לא ניתן לשלול גם את האפשרות כי היא משקפת גישה אחרת לסוגיה זו. אל מול שלילת ארץ ישראל, בולטת ההכרה הבבלית במוסד המתנה על מנת להחזיר, אף שלטעמנו אין כל סיבה לייחס זאת להשפעה פרסית-סאסאנית, ונימוקיו של ברודי בעניין זה משכנעים.²⁶² עם זאת, צודק אלמן בהצביעו על כך שבדברי רבא בסוגיה זו ניכרת אי-אחידות. מקורות מסוימים מייחסים לו את הכלל כי "מתנה על מנת להחזיר שמה מתנה", ואילו מקורות אחרים המובאים מפיו מרמזים על עמדה הפוכה. נראה אפוא כי המקורות תומכים בהצעת אלמן, לפיה הכרת אמוראי בבל במוסד המתנה על מנת להחזיר לא הושלמה כבר בימי רבא כפי שמציע ברודי. תחת זאת, יש לאחר את אימוצו של מוסד זה לזמנו של רב אשי, כלומר לדור השישי של אמוראי בבל. לצד זאת ניתן להציע, כאמור לעיל, כי בעת אימוצו של מוסד המתנה על מנת להחזיר הוא אכן אומץ כמוסד. כלומר ככלל בעל השלכה רוחבית, בניגוד לניתוח הקוזואיסטי המאפיין את גישת המקורות התנאיים והתלמוד הירושלמי לעניין זה.

עוד ראוי לציין כי בכל המקורות האמורים לעיל נבחנה מתנה על מנת להחזיר. כלומר מתנה המותנית בכך שמקבלה ישיב אותה לנותן המקורי. אף לא אחד מהם נראה כעוסק במתנה לזמן קצוב. כלומר במתנה שתוקפה מוקצב מלכתחילה לפרק זמן קבוע, שבסופו היא שבה לבעליה הראשון. כאמור לעיל, נראה כי התלמוד הבבלי הכיר בבעלות לזמן קצוב, אומנם לא בהקשר של מתנה אלא בהקשרים אחרים.

שאלה קשה עוד יותר היא, מדוע לא הכירו המקורות הארץ ישראלים במתנה על מנת להחזיר ככלי משפטי לגיטימי. לא ניכרת בהם כל הסתייגות מעצם ההתניה, ואין בהם כל קביעה השוללת את תוקפה של מתנה על מנת להחזיר. למעשה, ההדגשה כי נדרשת מתנה "גמורה" עשויה ללמד, כשהיא לעצמה כי הקושי אינו עם עצם קיומה של מתנה מותנית אלא עם השימוש בה בנסיבות הספציפיות בהן מדובר. המקורות עצמם שותקים בעניין זה, אך ייתכן כי בכל זאת ניתן למצוא בהם רמזים לשיקולים שעיצבו את עמדת מקורות ארץ ישראל.

²⁶² ניתן להוסיף אליהם את העובדה, כי בעוד לדברי אלמן, במשפט הפרסי-הסאסאני התפתח מוסד זה בהקשר של מוסד הנישואין, חז"ל דחו אותו מפורשות בהקשר זה בדיוק.

כאמור לעיל, הברייתא העוסקת במכירת חמץ בפסח קיימת בגרסה שונה בספר הלכות גדולות, שבו נאמר בסיפת הברייתא "ובלבד שלא יערים".²⁶³ הר"ן, בפירושו לתלמוד הבבלי, בבא בתרא, קלז ע"א, עומד על הסתירה לכאורה בין דברי הגמרא שם, המאמצים את נתינת האתרוג במתנה על מנת להחזיר, לבין עמדת הגמרא ביחס למתנת בית חורון, ומבאר כי ההבדל נעוץ בכוונת הנותן. במקרה של מתנת בית חורון, הייתה כוונת הערמה ברורה של הנותן, שלא התכוון לתת כלל מתנה אלא רק להתגבר על נדר שנדר, ועל כן לא הוכר תוקפה של המתנה. בעניין האתרוג אין כוונת הערמה דומה, ועל כן אין פסול בנתינתו במתנה על מנת להחזיר.²⁶⁴

ייתכן כי זו אף הכוונה של הערת הגמרא בתלמוד הבבלי, סוכה, מא ע"ב, "למה לי למימר שלקחו באלף זו? להודיעך כמה מצות חביבות עליהן". לשם הבנתה יש לשים לב כי הן המעשה בלולב והן המעשה בחמץ בפסח מתרחשים על ספינה. מדובר אפוא ביהודי שנקלע לנסיבות קיצוניות של קושי אובייקטיבי בקיום המצווה, ומבקש דרך שתאפשר לו לקיימה גם בנסיבות אלה. אין מדובר בנסיבות של חשש להערמה שמטרתה להתחמק מקיום המצווה, אלא ההפך הגמור: בנסיבות שבהן נדרש פתרון יצירתי לשם קיום המצווה.²⁶⁵ אזכור עלותו הגבוהה של הלולב בתוספתא ובברייתא בתלמוד הבבלי – דינר זהב או אלף זו – עלול לפגום בעיצוב זה של נסיבות המקרה. אם העלות הגבוהה של הלולב היא שעומדת ביסוד הפתרון שאומץ, ולא הכורח הנובע מן השיט בספינה, אזי חשש ההערמה הופך מוחשי יותר. על כן באה הגמרא ומבהירה כי עלותו הגבוהה של הלולב אינה עומדת כלל ביסוד הפתרון שאומץ. ההפך הוא הנכון: העלות הגבוהה נזכרת כדי ללמדנו כמה היה קיום המצוות חביב על חכמים. לו היו כמה לולבים בנמצא, היו כולם שמחים לרכוש לולב גם במחירו זה.

על יסוד רמזים אלה, ניתן להציע השערה שלפיה החשש מהערמה הוא שעמד ביסוד התרחקותם של המקורות הארץ ישראליים מהמתנה על מנת להחזיר כפתרון לבעיות הלכתיות. מה שמתחיל כפתרון הכרחי לנסיבות קיצוניות של שיט בספינה, עלול להתגלגל לפתרון של נוחות גם בנסיבות שגרתיות בהרבה, ומכך ביקשו המקורות להימנע. הדרישה בדבר נתינה במתנה גמורה, על חוסר הוודאות שהיא יוצרת אצל הנותן, מבטיחה כי השימוש בפתרון זה אכן יוגבל לנסיבות של הכרח

²⁶³ ראו בפרק השני לעיל, סמוך להערה 143.

²⁶⁴ השוו שילה, ההערמה בתלמוד, עמ' 334.

²⁶⁵ השוו שילה, שם, עמ' 353.

בל יגונה, ולא מעבר לכך.

השערה זו מתיישבת עם לפחות אחד מממצאי מחקרה של אילנה שטיין בעניין הערמה. שטיין, אשר לא בחנה את המקורות האמורים לעיל בשל כך שהשורש ער"ם לא נזכר בהם, מצאה כי קיים פער משמעותי בין התוספתא, המרבה יחסית להתייחס להערמות, לבין המשנה הממעטת להתייחס אליהן.²⁶⁶ כך בדיוק הוא המצב אף ביחס למקורות שנבחנו לעיל, הנזכרים בתוספתא, וחלקם גם במדרש, אך לא במשנה. עם זאת, לא ברור כיצד מתיישבים מקורות אלה עם ממצאי מחקרה של שטיין בכל הנוגע לעמדות התלמודים בסוגיות אלה. שטיין מצאה כי שני התלמודים נטו לשלול את השימוש בהערמות, אך בעוד התלמוד הירושלמי שם דגש על עצם עקיפת הדין, התלמוד הבבלי שם דגש על כוונתו של האדם העושה שימוש בהערמה ועל האופן שבו השימוש בהערמה ישפיע עליו, כמו גם על הסובבים אותו, בכל הנוגע לתפיסותיהם בדבר קיום החוק.²⁶⁷ במקרים האמורים לעיל, לעומת זאת, ניכרת נטייה של התלמוד הבבלי, לפחות מדורו של רב אשי, לאמץ את המתנה על מנת להחזיר ולאפשר שימוש בה, הן בהקשרים הלכתיים והן בהקשרים משפטיים.

מכל מקום, קיימות אפשרות כי הגישה השונה לעניין השימוש במוסד המתנה על מנת להחזיר בתקופת האמוראים בבבל אינה מלמדת בהכרח על גישה שונה למתנה על מנת להחזיר כמוסד משפטי, אלא על גישה שונה לעניין הערמה. אם כך הדבר, השימוש במתנה על מנת להחזיר נתפס על ידי המקורות הארץ ישראלים כפותח פתח להערמה שיש להתרחק ממנה. בבבל, לעומת זאת, הייתה נכונות לאפשר את השימוש במוסד זה כפתרון לקיום מצוות מסוימות, ללא חשש מבעיה של הערמה, או אולי על אף חשש זה.

ו. הורשה "לך ואחריך לפלוני"

1. תלמוד ירושלמי

אמוראי התלמוד הירושלמי, מסכת בבא בתרא מביאים את הברייתא האמורה שעליה עמדנו

²⁶⁶ ראו שטיין, הערמה, עמ' 93-94.

²⁶⁷ ראו שטיין, הערמה, עמ' 254, 265-266.

בדיונו בספרות התנאית לעיל,²⁶⁸ ובסופה מחלוקת רבי ורשב"ג, ומכריעים כי ההלכה היא כדעת רבי:²⁶⁹

חזקיה אמ'. הלי כר'. אמ' ר' ינאי. מודה ר' שאינו נותנה במתנת שכיב מרע. ר' יוחנן אמ'. ולא במתנת בריא.

כאמור לעיל, דברי רבי בברייתא זו מצומצמים למדי: "מת השיני והשלישי בחיי ראשון הראשון אוכל פירות וקונה קרקע. דברי ר'". דבריו אלה באים בעקבות מהלך שלם ממנו משתמע כי זכות מקבלי הנכס היא זכות אכילת פירות בלבד, הבנה הנתמכת גם בכך שבמותם חוזר הנכס ליורשי הנותן. רק במקרה שבו נותר הזוכה הראשון בחיים ושני הזוכים הבאים בתור נפטרים לפניו, קובע רבי כי הוא "אוכל פירות וקונה קרקע".

אלא שנראה כי לא כך הבינו אמוראי ארץ ישראל את שיטת רבי. אמוראי ארץ ישראל קבעו להלכה כי הזוכה הראשון קונה בעלות מלאה ושלמה על הנכס, המוגבלת רק בכך שאין בכוחו להורישו לצדדים שלישיים במתנת שכיב מרע או במתנת בריא. בכך נשמרת כוונת הנותן כי גם הזוכים הבאים בתור יזכו ליהנות מהנכסים אם יוותרו בחיים לאחר פטירת הזוכה הראשון. אלא שקביעה זו אינה בעלת משמעות בנסיבות המצומצמות שאליהן מתייחס רבי, נסיבות שבהן נפטרו הזוכים השני והשלישי בחיי הזוכה הראשון. במקרה זה אין עוד תוחלת לכוונת הנותן כי זוכים נוספים ייהנו מהנכסים, וממילא אין כל טעם להגביל את הזוכה הראשון מלהוריש את הנכס במתנת שכיב מרע או במתנת בריא.

אפשרות אחת ליישב את הדברים היא כי אמוראי ארץ ישראל סברו כי גם בנסיבות אלה ישוב הנכס ליורשי הנותן לאחר פטירת הזוכה הראשון, ועל כן ביקשו להגן באופן חלקי על זכותם של יורשי הנותן, ומנעו מהזוכה הראשון להורישם לאחרים. אלא שקשה ליישב סברה זו עם קביעתו המפורשת של רבי כי הזוכה הראשון לא רק אוכל פירות אלא גם קונה קרקע. אפשרות שנייה ליישב את הדברים היא כי אמוראי ארץ ישראל ראו בזוכה הראשון בעלים לכל דבר כבר ברגע קבלת הנכסים, ללא קשר לפטירתם של הזוכים הבאים אחריו. אלא שקשה ליישב אפשרות זו עם קביעת הברייתא כי במות הראשון חוזרים הנכסים ליורשי הנותן. היא מתיישבת היטב עם גרסת

²⁶⁸ ראו לעיל, פרק שני, טקסט סמוך להערה 168 ואילך.

²⁶⁹ תלמוד ירושלמי, בבא בתרא, פ"ח ה"ט, טור 1256 שורות 21-22, טז ע"ג.

כתב יד רוזנטל, הקובעת כי במקרה זה "יוחזרו" הנכסים ליורשי הראשון ולא ליורשי הנותן. ייתכן אפוא כי זו הגרסה שעמדה לפני אמוראי ארץ ישראל.

גם במקבילה במסכת כתובות מכריע ר' חזקיה כדעת רבי:²⁷⁰

חזקיה אמ'. הלכה [כר' (יודה¹)]. אמ' ר' מנא. מן מה דאמ' חזקיה. הלי כר' (יודה¹). הדא אמרה שאין נותנין לו כמתנת שכיב מרע.²⁷¹

כפי שראינו לעיל, הברייתא בגרסתה בתלמוד הירושלמי, מסכת כתובות, אינה מתייחסת מפורשות לזכות אכילת פירות או לזכות ירושת הנכסים, ועל כן ניתן להעמידה במלואה לפי שיטת רבי או לפי שיטת רשב"ג. הכרעת האמוראים כאן פירושה כי הזוכה הראשון זוכה בבעלות מלאה בנכסים ברגע קבלתם, ללא קשר לפטירת הזוכים הבאים בתור. בכך מתיישבת הכרעת האמוראים כאן עם הכרעתם בתלמוד ירושלמי, מסכת בבא בתרא, אם נאמץ את גרסת כתב יד רוזנטל. יש בכך אפוא אינדיקציה נוספת לסבור, שגרסת כתב יד רוזנטל היא שעמדה לפני אמוראי ארץ ישראל.

2. תלמוד בבלי

התלמוד הבבלי דן בכמה מקומות בסוגיית "נכסי לך ואחריך לפלוני". במסכת בבא בתרא, קלו ע"א מביאים האמוראים את שתי הגרסאות שראינו לעיל בדבר עמדות רבי ורשב"ג במחלוקת ביניהם באשר לטיב זכויות הזוכה הראשון בנכס²⁷² ומיישבים את הסתירה לכאורה ביניהן.²⁷³ אמוראי בבל מאמצים את גרסת הברייתא ההפוכה לגרסאותיה במקורות ארץ ישראל, ומייחסים לרבי את הדעה כי הזוכה הראשון אינו יכול למכור את הנכסים ולקפח את זכותו של הזוכה השני, ולרשב"ג את הדעה כי הזוכה הראשון הוא בעלים מלא של הקרקע ויכול למוכרה לצדדים

²⁷⁰ תלמוד ירושלמי, כתובות, פ"ט ה"א, טור 998 שורות 10-12, לג ע"א.

²⁷¹ מהמשך הסוגיה ניכר כי המגבלה בדבר נתינה במתנת שכיב מרע היא היוצא מן הכלל המלמד על הכלל, והזוכה הראשון רשאי למכור את הנכס לצורכי תשלום מזונות או הוצאות קבורה.

²⁷² ראו לעיל, פרק שני, בפסקה שאחרי הערה 183.

²⁷³ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"א, דפוס וילנא: "דרבי אדרבי לא קשיא: הא לגופא, הא לפירא; דרשב"ג אדרשב"ג לא קשיא: הא לכתחלה, הא דיעבד".

אמר אביי: איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסים כרבן שמעון בן גמליאל.
א"ר יוחנן:²⁷⁶ הלכה כרבן שמעון בן גמליאל; ומודה, שאם נתנן במתנת שכיב מרע - לא
עשה כלום.²⁷⁷ מאי טעמא? אמר אביי: מתנת שכיב מרע לא קנה אלא לאחר מיתה, וכבר
קדמו אחרים...²⁷⁸ אמר רבי זירא א"ר יוחנן: הלכה כרשב"ג, ואפילו היו בהן²⁷⁹ עבדים
והוציאן לחירות... אמר רב יוסף אמר רבי יוחנן: הלכה כרבן שמעון בן גמליאל, ואפי'
עשאן תכריכין למת...

²⁷⁴ אומנם מהסבר אמוראי בבל לסתירה לכאורה בין שני נוסחי הברייתות עולה, כי אף לשיטת רשב"ג אל לזוכה הראשון לעשות זאת מלכתחילה, כדי שלא לקפח את זכותו של הזוכה השני; אך אם מכר את הנכסים – מכירתו תקפה והזוכה השני אינו יכול לעשות דבר. אלא שהסבר זה עצמו אינו מתיישב לכאורה עם העמדה המובאת בשם רבי יוחנן בהמשך הדברים, לפיה רב כוחו של הזוכה הראשון לפעול בנכסים כראות עיניו. ירון סבור כי גרסת מקורות ארץ ישראל היא הנכונה, ולאמוראי בבל כנראה התחלפו שמותיהם של רבי ושל רשב"ג; ראו ירון, מתנות, עמ' 206-207.

²⁷⁵ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלוז ע"א, דפוס וילנא; ובשינויים קלים, שחלקם מובאים בהערות השוליים להלן ושאינן בהם כדי לשנות ממשמעות הכתוב, בכתב יד מינכן 95, כתב יד ותיקן 115א, כתב יד פריס 1337, כתב יד פירקוביץ 190, כתב יד אסקוריאל, קטע כריכות Cod. 353 (עד המילים "הלכה כרבן שמעון בן גמליאל ומודה", שאחריהן מופיעה המילה "רבן"), קטע גניזה קיימברידג' T-S F 2(1).206 (בדילוגים משמעותיים עד המילים "אמר ר' זירא"), בבלי – דפוס ונציה ובבלי – דפוס פיזרו. ראו גם תלמוד בבלי, כתובות, צה ע"ב.

²⁷⁶ בכתב יד מינכן 95: "את רבין א"ר יוחנן ואמרי לה א' רבי בר בר חני א"ר יוחנן". בכתב יד ותיקן 115א: "כי אתא רבין א"ר יוחנן ואמרי לה רבה בר בר חנה א"ר". בכתב יד פריס 1337: "כי אתא רבין אמ' ר' יוח' ואמרי לה אמ' רבה בר בר חנה אמ' ר' יוחנן".

²⁷⁷ בכתב יד מינכן 95: "לא עשה ולא כלום", וכך גם בכתב יד אסקוריאל. בכתב יד ותיקן 115א "לא עשה", ונשמטה המילה "כלום".

²⁷⁸ בכתב יד ותיקן 115א: "מאי טעמא אמ' רביי כי אקני לה הנאה מחיים הנאה לאחר מיתה לא אקני ליה מתקיף לה רב אשי אלא מעתה שכיב מרע שהוציא משת הקדש לחולין דלא מעל אלא אמר אביי מתנת שכיב מרע אימת קניא לאחר מיתה וכבר קדמו אחרים". בכתב יד פריס 1337 נוסף לצד הטקסט, לאחר "מאי טעמא": "אמ' אביי כי אקני ליה הנאה דמחיים הנאה דלאחר מיתה לא אקני ליה אלא מעתה שכיב מרע שהוציא מעות הקדש לחולין הכי נמי דלא מעיל אמ'". בכתב יד אסקוריאל: "מאי טעמא אמ' אביי כי אקני ליה הנאה מחיים (ה)הנאה לאחר מיתה לא אקני ליה מתקיף לה רב אשי אלא מעתה שכיב מרע שהוציא מעות הקדש לחולין הכי נמי לא מעל".

²⁷⁹ בכתב יד מינכן 95: "דאפילו היה בהן".

לשיטת אמוראי בבל בשם רבי יוחנן, הזוכה הראשון חופשי לפעול בנכסים כראות עיניו תוך התעלמות מזכויות הזוכה השני. המגבלה היחידה המוטלת על הזוכה הראשון לפי אמוראי בבל, אף היא בשם רבי יוחנן, היא כי אינו יכול לתתם במתנת שכיב מרע. אביי מסביר כי הדבר נובע מכך שמתנת שכיב מרע חלה רק עם פטירת הנותן, ובמקרה זה עם פטירתו, מייד עוברים הנכסים לזוכה השני, המקדים את היורשים לפי מתנת השכיב מרע. יצוין כי הסבר זה אינו מעיד על רצון להגביל את כוחו של הזוכה הראשון לפעול בנכסים, אלא נובע ממהותה של מתנת שכיב מרע, שחלה רק עם פטירת הנותן. המגבלה הנוספת המוצעת בתלמוד הירושלמי, שלפיה הזוכה הראשון אינו רשאי לתת את הנכס אף במתנת בריא, אינה מופיעה בתלמוד הבבלי.

ריבלין מסכם כך את עמדת רשב"ג, כפי שאומצה להלכה על ידי התלמוד הבבלי בדיונו שלעיל:²⁸⁰

כל מקבל הוא בעלים ברגע שקיבל את המתנה והוא רשאי למוכרה. כאשר השתבש סדר הפטירות, יזכו יורשי המקבל שהנכס בידו.

מסקנה זו היתה קצת קשה, ולכן אמר אביי 'איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים'.

במסכת בבא בתרא, קכט ע"ב מביא רב אשי, בד בבד ולצורך דיון בעניין אחר, את הברייתא אשר הבאנו לעיל, השנויה בחלקה בלשון ירושה.²⁸¹ הגמרא מבהירה כי הנתונה במקרה זה הייתה מפורשות בלשון מתנה ולא בלשון ירושה, ועל כן לא חל הכלל שקבע ר' יוחנן בן ברוקה, שלפיו לירושת הראשון אין הפסק. זו הסיבה כי במקרה זה הזוכה השני זוכה בנכסים (ואחריו הזוכה השלישי), אם נפטר הזוכה הראשון. לשיטת התלמוד הבבלי, ברייתא זו משלימה אפוא את הכלל שעולה מדברי רב אחא בריה דרב עויא ואינה סותרת אותו. ברור כי לפי שיטה זו, הזוכה הראשון

²⁸⁰ ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 212.

²⁸¹ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכט ע"ב לפי דפוס וילנא; ובשינויים קלים, שאין בהם כדי לשנות ממהות העניין, בכתב יד מינכן 95, בכתב יד פריז 1337, בכתב יד ותיקן 115ב, בכתב יד פירקוביץ 190 (עם חוסרים רבים בתחילת הכתוב), בכתב יד המבורג, בבבלי – דפוס ונציה ובבבלי – דפוס פיזרו. ראו דיונו בברייתא לעיל, פרק שני, סמוך להערה 181 ואילך. הברייתא מובאת כתיובתא על עמדות חלק מהאמוראים בסוגיית "שתי שדות ושני בני אדם", שהרחבה בה חורגת מגדרו של מחקר זה. יצוין, כי בכתב יד ותיקן 115ב שנויה הברייתא: "נכסי לך ואחריך לפלוני ואחר אחריך לפלוני", ללא לשון ירושה. הדבר תואם את הסבר הגמרא בהמשך, כי הנתונה במקרה זה הייתה בלשון מתנה ולא בלשון ירושה.

זוכה בבעלות מלאה בנכס. זו הסיבה לכך שהנכס לא שב ליורשי הנותן, וגם לכך שבפטירת הזוכה השני בחיי הזוכה הראשון זוכים יורשי הזוכה הראשון בנכס. עמדה זו של אמוראי בבל כאן תואמת את פסיקתם להלכה כרשב"ג במסכת בבא בתרא, קלז ע"א.

במסכת בבא בתרא, קכה ע"א-קכה ע"ב עוסקת הגמרא במקרה שבו הוענק נכס במתנה לסבתו או לאימו של הנותן לכל ימי חייה, ואחריה – ליורשי הנותן:²⁸²

מאי סבתא? דההוא דאמר להו: נכסי לסבתא ובתרה לירתאי,²⁸³ הויא ליה ברתא דהוה נסיבא, שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא,²⁸⁴ בתר דשכיבא סבתא אתא בעל קא תבע; אמר רב הונא: לירתאי - ואפי' לירתאי ירתי, ורב ענן אמר: לירתאי - ולא לירתאי ירתי. שלחו מתם:

²⁸² תלמוד בבלי, בבא בתרא, קכה ע"א - קכה ע"ב, דפוס וילנא; ובשינויים קלים, שחלקם מובאים בהערות השוליים להלן ושאינן בהם כדי לשנות ממשמעות הכתוב, בכתב יד מינכן 95, כתב יד ותיקן 115ב, כתב יד פריס 1337, כתב יד פירקוביץ 190, כתב יד אסקוריאל, בבלי - דפוס ונציה ובבלי - דפוס פיזרו. בכתב יד המבורג קיים שינוי בעל משמעות, כמבואר בהערה 283 להלן.

²⁸³ בכתב יד ותיקן 115ב הנוסח הוא "כל ניכסי לסיבתאי ובתרא לירתאי", ונראה כי אין בכך כדי לשנות ממשמעות הדברים. בכתב יד פירקוביץ 190 הנוסח הוא "ניכסי לסבתא ובתרא לירתאי", ונשאלת השאלה - ליורשי מי הכוונה? אכן, הרשב"א, הריטב"א והר"ן על אתר מעידים שבפני הגאונים עמד נוסח אחר: "ובתרא לירתאי", וכבר העיר ליברמן שכך הוא אכן הנוסח בכתב יד המבורג, אלא שמעל השורה נוסף תיקון: "לירתאי". נוסח חלופי זה, שכפי שיבואר להלן, הובא על ידי רבים מחכמי ספרד, משנה את משמעות הכתוב, שכן עולה ממנו שהמוריש הוריש נכסיו לסבתא וליורשיה - ולא לסבתא וליורשיו של המוריש. באשר לראיות התומכות בנוסח חלופי זה: הר"ן מעיד, כי נוסח זה עמד גם בפני הר"ף. ברי"ף שלפנינו על אתר, נד ע"ב, הנוסח הוא: "ניכסי לסבתא ובתרה לירתאי", בדומה לנוסח שבכתב יד פירקוביץ 190. הריטב"א מציין, כי זו "גירסת רוב הספרים". זו גם הגרסה המובאת ביד רמ"ה על אתר: "ניכסי לסבתא ובתרה לירתאי". ראו גם עליות דרבנו יונה על אתר, עמ' תלג, לפיהן מעיד רבנו יונה גירונדי, כי הנוסח שעמד בפני הר"ח, הר"ף "ובכל ספרי ספרד" הוא: "ניכסי לסבתא ובתרה לירתאי פירוש ליורש שיש לה עכשיו אני נותן נכסאי אחר מות הסבתא". זו גם גרסת ר' אשר מלוניל על אתר, עמ' ששה, המוסיף ומעיד שכך הגרסה בספר הלכות גדולות ובספרי ספרד (אך נראה שגרסה זו אינה מופיעה בנוסח ספר הלכות גדולות שלפנינו). הר"ד על אתר, לעומתם, מודע לגרסה החלופית ומעיד על היותה נפוצה, אך דוחה אותה: "ניכסי לסבתא ובתרה לירתאי הו"ל ברתא כו' ובכל הספרי כתוב ובתרה לירתה הוה ליה ברתא וטעות גדול היא". ראו גם ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא בתרא, עמ' 424 הערה 21.

²⁸⁴ בכתב יד פריס 1337 ובבבלי - דפוס פיזרו: "שכיבא (או שכיבא) בחיי סבתא", ונראה כי ההשמטה נובעת מדילוג בין הדומות.

הלכתא כוותיה דרב ענן ולא מטעמיה...²⁸⁵ א"ר אלעזר, דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים:²⁸⁶ כל האומר אחריך, כאומר מעכשיו דמי. אמר רבה:²⁸⁷ מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני.²⁸⁸

מדיון האמוראים במקרה זה עולה לכאורה כי גם בנסיבות אלה הגמרא מכירה בסבתא, שהיא הזוכה הראשונה בנכסים, כבעלים לכל דבר בתקופת חייה, לרבות לעניין כוחה למכור את הנכסים; ובלשון רבה (או רבא): "דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני". עוד עולה מדיון האמוראים כי הנותן רשאי לציין מפורשות כי הוא נותן את הנכס לזוכה השני "מעכשיו" לאחר פטירת הראשון, ובמקרה זה עובר גוף הנכס לזוכה השני באופן מידי, ואילו הזוכה הראשון מקבל את פירות הנכס בלבד, וממילא אינו יכול לבצע עסקאות בגוף הנכס.

יצוין כי בתלמוד בבלי, מסכת כתובות, צה ע"ב מובאות כמה שיטות באשר לדין החל לדעת אביי במקרה שבו קיבלה אישה נכס "לך ואחריך לפלוני", מכרה את הנכס ומתה, וההשפעה האפשרית של נישואי האישה על זכויות הצדדים. לפי דעה אחת המיוחסת לאביי, זכותו של הבעל בנכסים גוברת על זכויות של הזוכה השני, ואילו לפי הדעה השנייה – זכותו של הבעל בנכסים נדחית מפני זכותו של הזוכה השני. רב אשי מציע כי אין מדובר בדעות שונות אלא במקרים שונים. כאשר הייתה האישה נשואה בעת קבלת הנכס, חזקה על הנותן כי התכוון כי זכותו של הבעל תידחה מפני זכותו של הזוכה השני. לעומת זאת, כאשר הייתה האישה רווקה בעת קבלת הנכס ואחר כך נישאה, ברור כי הנותן לא התכוון להתייחס כלל לזכותו של הבעל בעת שעשה שימוש בנוסח "לך ואחריך לפלוני". במקרה זה, טורפים נישואיה של האישה את הקלפים והבעל זוכה בנכס.²⁸⁹

במסכת בבא בתרא, קלוז ע"ב, בהמשך להכרעת אמוראי בבל כשיטת רשב"ג, לפיה "אין לשני אלא

²⁸⁵ חכמי ארץ ישראל מציעים נימוק שעניינו מעמדו של הבעל כראוי ולא כמוחזק בנכס, אשר אינו שייך לעניינינו כאן.

²⁸⁶ בכתב יד ותיקן 115ב: "ונפתם(ח) בקטנים"; ונראה כי המעתיק החליף "נסתיים" של קטנים ב"נפתח" של גדולים.

²⁸⁷ בכתב יד ותיקן 115ב: "אמר מר". בכתב יד פירקוביץ 190: "א' רבה". בכתב יד המבורג "איר" ומעל השורה נשלמו האותיות "בה", כלומר אמר רבה. אך בכל כתבי היד האחרים, כמו גם בבבלי – דפוס ונציה ובבבלי – דפוס פיזרו: "רבא". על החילופים בתלמוד הבבלי בין "רבה" ל"רבא" ראו פרידמן, רבה ורבא.

²⁸⁸ בכתב יד מינכן 95: "דקדי' סיבתי וזבין זביני".

²⁸⁹ ראו לעניין זה ירון, מתנות, עמ' 212.

מה ששייר ראשון", מובא מקרה נוסף של הענקת נכס על ידי נותנת למקבל לכל ימי חייו.
כלומר הנכס המוענק במקרה זה עתיד לחזור לנותנת או ליורשיה:²⁹⁰

ההיא איתתא דהוה לה דיקלא בארעא דרב ביבי בר אבבי, כל אימת דהות אזלא
למיגזריה הוה קפיד עילוה,²⁹¹ אקניתיה ניהליה כל שני חייו, אזל איהו אקנייה ניהליה
לבנו קטן; אמר רב הונא בריה דרב יהושע:²⁹² משום דאתו ממולאי אמריתו מילי
מוליאתא? אפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחור, אבל לעצמו לא.

כאמור לעיל, לפי הגרסה המועדפת על אמוראי בבל, הכלל שקבע רשב"ג לעניין "נכסי לך ואחריתך
לפלוני" הוא "אין לשני אלא מה ששייר ראשון". והינה בא רב הונא בריה דרב יהושע ללמדנו כאן
כי אף לשיטת רשב"ג, לכלל זה יש חריג. במקום שבו אמור הנכס לשוב לבעלותו של הנותן, הדבר
מגביל את כוחו של הזוכה בנכס לבצע פעולות משפטיות בנכס כבעלים לכל דבר.

לכאורה, דבריו אלה של רב הונא בריה דרב יהושע בדבר חריג לכלל שקבע רשב"ג אינם מתיישבים
עם מסקנת הגמרא במקרה האמור לעיל בדבר ירושת הסבתא, מסכת בבא בתרא, קכה ע"א-קכה
ע"ב. במקרה של ירושת הסבתא נקבע כי הסבתא נוהגת בנכס מנהג בעלים לכל דבר, לרבות
מכירתו לאחר. יש לבחון אפוא אפשרויות ליישב את הקושי.

ירון קובע כי המקרה של רב ביבי בר אבבי עוסק בנתינת קניין פירות בלבד, ולכן רב ביבי בר אבבי
לא יכול היה להעביר בעלות בדקל כלל, לא לבנו ואף לא לצד שלישי.²⁹³ אלא שהצעתו זו של ירון
אינה מתיישבת עם הטקסט כפשוטו – לא עם האופן שבו נהג רב ביבי בר אבבי בפועל, ואף לא עם
האופן שבו מנמק רב הונא בריה דרב יהושע את עמדתו החולקת.

²⁹⁰ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב, דפוס וילנא; ובשינויים קלים, שחלקם מובאים בהערות השוליים להלן
ושאין בהם כדי לשנות ממשמעות הכתוב, בכתב יד מינכן 95, כתב יד ותיקן 115ב, כתב יד פריס 1337, כתב יד
פירקוביץ 190, כתב יד אסקוריאלי, בבלי – דפוס ונציה ובבלי – דפוס פיזרו.

²⁹¹ בכתב יד מינכן 95 נוספה לשון נזיפתו של רב ביבי בר אבבי באותה אישה: "א' לה דושת עילואי"; בכתב יד פריס
1337: "אמ' לה קא דישת עלי ארעאי"; בכתב יד פירקוביץ 190: "א' לה דושת עלי"; בכתב יד אסקוריאלי:
"אמ' לה קא דישת לי ארעאי"; ובדפוס פיזרו: "אמ' לה כל דישת ליי". משמעות הדברים: "את רומסת את
הרקע שלי", מלשון "דישא"; ראו סוקולוף, מילון, עמ' 330.

²⁹² בכתב יד מינכן 95: "א' רבא"; בכתב יד פריס 1337 ובכתב יד ותיקן 115ב: "אמר רב"; בכתב יד אסקוריאלי:
"רב פפי"; בכתב יד פירקוביץ 190: "רב פפא".

²⁹³ ירון, מתנות, עמ' 210.

אפשרות אחרת הינה כי הנוסח הנכון של התלמוד הבבלי במקרה של ירושת הסבתא הוא זה שעמד בפני הגאונים וראשוני ספרד, לפיו הנכס ניתן לסבתא ואחריה ליורשיה – ולא ליורשי הנותן.²⁹⁴ במקרה זה, דיונה של הגמרא בירושת הסבתא כלל אינו רלוונטי לסוגיית "לך ואחריך לפלוני".

אפשרות שלישית הינה כי יש להבחין בין הנותן עצמו לבין יורשיו. במקרה של הסבתא, היה ברור שהנכס לא ישוב עוד לנותן, שכן הוא ציווה את הנכס לסבתא ואחריה ליורשיו, ואילו במקרה של רב ביבי בר אביי, קיימת אפשרות שהנכס ישוב לבעלת הדקל עצמה, אם תאריך שנים אחרי רב ביבי בר אביי. ניתן לכאורה להעלות סברה, שכאשר הנכס עשוי לשוב לבעלות הנותן עצמו, שומר הנותן על זיקה לנכס המונעת מהזוכה למוכרו, ואילו כאשר ברור שהנכס לא ישוב לבעלות הנותן עצמו, לא קיימת זיקה כזו וממילא לא קיימת מגבלה כזו. אלא שקשה להצדיק הבחנה זו לגופה, וקשה אף ליישבה עם לשון קביעתו של רב יהושע בריה דרב יהושע כי "אפילו רשב"ג לא קאמר אלא לאחר, אבל לעצמו לא", מה גם שנאמרה בנסיבות שבהן הועבר הנכס לבנו הקטן של הזוכה. נראה מנימוקו של רב הונא בריה דרבי יהושע כי הדגש אינו על ההבחנה בין הנותן לבין יורשיו אלא על זהותו של הצד השלישי שאליו מתיימר הזוכה להעביר את הנכס. אכן, כפי שנראה להלן, יש ראשונים שסברו כי דבריו של רב הונא בריה דרב יהושע נכונים באותה מידה לנותן וליורשיו.²⁹⁵

אפשרות רביעית הינה כי הגדרת כוחו של הזוכה נובעת משילוב שתי הסוגיות יחד. לפי גישה זו, גם במקרה שבו הנכס עתיד לשוב לבעלות הנותן או יורשיו, הזוכה יכול למכור את הנכס לצד שלישי במהלך העסקים הרגיל. מה שנאסר על הזוכה הוא לנקוט בפעולות שמטרתן הברורה היא לסכל באופן מלאכותי את השבת הנכס לנותן או ליורשיו, כדוגמת ניסיונו של רב ביבי בר אביי לתת את הדקל במתנה לבנו הקטן. באופן מעשי, נתינת הדקל לבנו הקטן של רב ביבי בר אביי אינה מצמצמת את השפעתו של רב ביבי בר אביי על הנעשה בדקל, אלא רק מקימה לו טענה כי אינו חייב עוד בהשבת הדקל לנותנת או ליורשיה, שכן כבר אינו בבעלותו.

גישה זו מעוררת כמה קשיים. כך, למשל, לאור גישה זו נשאלת השאלה, מה פשר קביעתו של אביי האמורה לעיל: "איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסים כרבן שמעון בן גמליאלי". תשובה אפשרית לכך הינה כי אביי התכוון בדבריו דווקא למכירה לצד שלישי במהלך העסקים

²⁹⁴ ראו לעיל, הערה 283.

²⁹⁵ ראו פרק רביעי להלן, סמוך להערה 343 ואילך.

הרגיל, שהרי דווקא היא, בהיותה בת תוקף משפטי מחייב לפי שתי סוגיות הגמרא, מסכלת את רצונו של הנותן.²⁹⁶ קושי אחר נעוץ בעובדה, שמדיוניו האחרים של התלמוד הבבלי עולה כוח כמעט בלתי מסויג של הזוכה הראשון לפעול בנכסים, אף כאשר ברור שתסוכל כוונת הנותן כי זוכים נוספים ייהנו מהם. האמוראים קבעו לעניין זה כי הזוכה הראשון יכול לשחרר לחופשי עבדים הכלולים בנכסים, ויכול לעשות את הנכסים תכריכים למת. גם החרגי האחד שבו מכיר התלמוד הבבלי, נתינת הנכס במתנת שכיב מרע, מוסבר על ידי אביו בהסבר משפטי-פורמלי ולא ברצון לצמצם את כוחו של הזוכה הראשון לפעול בנכס על מנת להביא לקיום רצון הנותן. לא ברור אפוא מדוע דווקא הותרת הנכס בידי הזוכה הראשון עצמו או בידי קרוביו או יורשיו מצדיקה קביעת חריג לכוח כמעט בלתי מסויג זה.

אפשרות חמישית הינה כי על אף הסברו של רבה (או רבא) במעשה בירושת הסבתא, המעשה בסבתא אינו מהווה הכרה בכוחה המשפטי הבלתי מוגבל של הסבתא לפעול בנכסים. הכרעת אמוראי ארץ ישראל במקרה של ירושת הסבתא לא נבעה מעמדתם בסוגיית "לך ואחריך לפלוני", אלא מכך שהבעל באותו מקרה היה "ראוי" בנכסים ולא "מוחזק" בהם.²⁹⁷ ייתכן אפוא כי רבה (או רבא) מייחס באמירתו לאמוראי ארץ ישראל יותר ממה שהתכוונו לומר.

אפשרות שישית הינה כי רב ביבי בר אביו נקט בשיטתו של רבה או רבא, שקבע כי במקרה של הסבתא, לו הייתה מוכרת את הנכס, הייתה המכירה בת תוקף, ואילו רב הונא בריה דרב יהושע נקט גישה שונה בעניין זה, אף שרב הונא בריה דרב יהושע היה תלמידו של רבא. למעשה, אפשרות זו עולה מתוך הכתוב בגמרא. ראשית, כיוון שברור שרב ביבי בר אביו נהג להלכה למעשה לפי השיטה הקובעת כי בכוחו לנהוג בנכס מנהג בעלים, לכל הפחות ברור שבין רב ביבי בר אביו לבין רב הונא בריה דרב יהושע הייתה מחלוקת בעניין זה. שנית, כיוון שמתחילת דבריו של רב הונא בריה דרב יהושע עולה כי הוא חולק מפורשות על שיטת רב ביבי בר אביו. אם כך, נשאלת השאלה דעת מי מהשניים נפסקה להלכה. נראה כי לא ניתן להשיב תשובה ברורה על שאלה זו מתוך דיוני התלמוד הבבלי. כפי שניווכח להלן, הראשונים אימצו ברובם את עמדת רב הונא בריה דרב

²⁹⁶ ר' אברהם אב"ד מסביר על אתר, כי המוכר עצמו אינו נקרא רשע ערום, שכן הוא פועל להנאתו במסגרת כוחותיו על פי דין. מי שמכונה רשע ערום הוא דווקא מי שמייעץ למוכר לסכל את כוונת הנותן, כיוון שלמייעץ עצמו אין כל הנאה מפעולת המכירה.

²⁹⁷ הרחבה בעניין ההבדל בין "ראוי" ל"מוחזק" בנכסים חורגת מגדרו של דיונו זה.

3. הורשה "לך ואחריך לפלוני" ובעלות לזמן קצוב

האם ניתן להסיק מסקנה כלשהי מדיוני האמוראים בתלמוד הבבלי בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" בדבר עמדתם בשאלת ההכרה של המשפט התלמודי בבעלות לזמן קצוב? מלומדים אחדים דנו בשאלה זו, ומסקנותיהם אינן זהות. שלום אלבק, נאמן לשיטתו הכללית בעניין הגדרת המשפט התלמודי את הבעלות ככוללת מרכיב של נצחיות, סבור כי גם דיוני התלמוד הבבלי בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" מושתתים על העיקרון, "שבעלות וקניין הגוף מיוסדים על רשות עולמית".²⁹⁹ נראה כי לדעת אלבק, כיוון שהתלמוד הבבלי אינו מכיר בבעלות לזמן קצוב, ממילא הוא מעמיד את סוגיית "לך ואחריך לפלוני" כמקרה שבו הן הזוכה הראשון והן הזוכה השני מקבלים קניין פירות בלבד. בשל כך, עמדות רשב"ג ורבי בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" משקפות את המחלוקת התנאית והאמוראית הידועה בדבר היחס בין קניין פירות לקניין הגוף,³⁰⁰ ולכן התלמוד הבבלי קושר בין שתי הסוגיות. לדעת אלבק, רשב"ג סבור כי קניין פירות כמוהו כקניין הגוף, וקביעתו "אין לשני אלא מה ששייר ראשון" מתייחסת לקניין פירות זה. רבי, לעומתו, סבור כי קניין פירות אינו כקניין הגוף, ולכן לשיטתו, הראשון והשני מקבלים קניין פירות בלבד, "ואילו השלישי זוכה בקניין הפירות מן השני ובקניין הגוף מיורשי הנותן".³⁰¹

שילה עומד אף הוא על הזיקה שיוצר התלמוד הבבלי בין סוגיית "לך ואחריך לפלוני" לבין שאלת

²⁹⁸ ראו פרק רביעי להלן, סמוך להערה 342 ואילך.

²⁹⁹ ראו אלבק, דיני הממונות, עמ' 386. לדיון בעמדת אלבק ראו גם ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 209-210.

³⁰⁰ דיון במחלוקת זו לפרטיה חורג מגדרו של מחקר זה; ראו סיכום העמדות השונות בקצרה אצל שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפד-קפו.

³⁰¹ תשומת הלב כי לפי לשון הסוגיה בתלמוד הבבלי, מי שזוכים בנכסים במקרה שנפטר הזוכה השני הם יורשי הזוכה הראשון ולא יורשי הנותן. לא ברור אפוא כיצד מתיישבת שיטתו המוצעת של אלבק אליבא דרבי עם לשון הגמרא. עוד תשומת הלב, כי בעניין "לך ואחריך לפלוני" מכריעים האמוראים להלכה כשיטת רשב"ג, שלפי הסברו של אלבק דוגל בעמדה כי קניין פירות כמוהו כקניין הגוף, ואילו בסוגיית היחס בין קניין פירות לקניין הגוף מכריעים האמוראים להלכה בכמה מקומות אחרים בתלמוד הבבלי בניגוד לשיטת רשב"ג (ראו תלמוד בבלי, יבמות, לו ע"א - ע"ב; גיטין, מז ע"ב - מח ע"א; שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפב, קפה). כפי שנבהיר להלן, שילה מציע הסבר אפשרי ליישוב קושי זה.

היחס בין קניין פירות לקניין הגוף, אולם לשיטתו, זיקה זו אינה מחויבת המציאות:³⁰²

ואולם, אין לתלות הלכה אחת בשניה, כפי שנעשה בגמרא בבבא בתרא, כי כל סוגיה עומדת בפני עצמה; אפשר לפסוק גם כרשב"ג וגם כריש לקיש. המחלוקת בעניין לך ואחריך לפלוני איננה חייבת להתפרש כמחלוקת אם קנין פירות כקנין הגוף דמי.

לפי שיטת שילה, נשמט הבסיס לטיעונו של אלבק. שילה אכן חולק על מסקנתו של אלבק, וטוען כי מדיוני התלמוד הבבלי בסוגיית "לך ואחריך לפלוני" עולה כי הזוכה הראשון הוא בעליו של הנכס, ובהתאם "מסוגיות אלו עולה בבירור שקיים מושג של בעלות זמנית".³⁰³

ריבלין מביא את שיטתו של אלבק, את דעתו השונה של שילה כמו גם את דעתו של ירון שהובאה לעיל בדבר עדיפותה של הברייתא שבתוספתא והשלכתה על עמדת התנאים בשאלת קיומו של קניין לזמן קצוב. בהתייחס לעמדתו של ירון, מעיר ריבלין כי "...לפי הנוסחה בבבלי, נראה לכאורה, שיש זכות של בעלות גם אצל המקבלים הראשונים".³⁰⁴

לדעתנו צודק ריבלין בהבחנתו זו. שיטת התלמוד הבבלי במסכת בבא בתרא, קכט ע"ב כי במקרה של פטירת הזוכה השני יזכו בנכס יורשי הזוכה הראשון, הינה סממן מובהק של בעלותו של הזוכה הראשון בגוף הנכס. לו היה מקבל הזוכה הראשון זכות לאכילת פירות בלבד, ממילא לא היה מוריש את הנכס ליורשיו. כמעט כל דיוני התלמוד הבבלי מתיישבים עם מסקנה זו. החריג היחיד הוא עמדת רב הונא בריה דרב יהושע, שמכרסמת בכוחו של מקבל נכס לימי חייו בלבד לתתו במתנה לבנו הקטן; ואף חריג זה אינו מחייב לקבוע כי המקבל נכס לימי חייו לא קיבל בעלות בו.

משהתברר כי הזוכה הראשון בנכס זכה בבעלות בגוף הנכס, אף שברור כי בעלותו זו מוגבלת בזמן, ממילא אין כל קושי עיוני שגם זוכים נוספים בנכס יקבלו בו בעלות, כפי שכבר ציין ריבלין שעולה מדיוני התלמוד הבבלי. עמדת התלמוד הבבלי היא אפוא כי אין מניעה עיונית כי אדם יזכה בבעלות לזמן קצוב בנכס. עמדה זו מתיישבת אף עם המקרים האחרים שהובאו לעיל, בהם הכירו האמוראים ללא כל קושי במכירת נכס לזמן קצוב.

³⁰² שילה, פיצול זכות הבעלות, עמ' קפו.

³⁰³ שם, עמ' קפט.

³⁰⁴ ריבלין, הצוואה והירושה, עמ' 210.

עם זאת, יש להעיר כי בנסיבות של "לך ואחריך לפלוני" לא נקבעת מגבלת הזמן מפורשות, כדוגמאות המכירה לשלושים ימים או הנתנה על מנת להחזיר שבדיוני האמוראים, אלא היא באה לידי ביטוי בהתניה על כוחו של הזוכה הראשון להוריש את הנכס. מדובר אפוא בהסדר של דיני הירושה, שתוצאתו יוצרת בעלות לזמן קצוב. כאמור בפרק המבוא, אף לגישה השוללת ככלל את קיומה של בעלות לזמן קצוב, יכול הדין ליצור מבנים חריגים של בעלות לזמן קצוב, מבלי שהדבר גורע מן העמדה העקרונית בדבר נצחיות הבעלות. ניתן לטעון אפוא כי המקרה של "לך ואחריך לפלוני" הוא דוגמה לחריג יציר הדין שכזה, וממילא אין ללמוד ממנו דבר בנוגע לעמדתו העקרונית של המשפט העברי.

יודגש כי אף במקרים אלה של "לך ואחריך לפלוני" או "לך ואחריך לעצמי או ליורשי", ניתן לתהות על כוונתו המסחרית של הנותן ועל תכליתה של העסקה. ניתן לשער כי כוונת הנותן היא אכן להקנות בעלות בנכס לזוכים בו, אבל ניתן גם לשער כי כוונתו להקנות להם זכות לאכילת פירות בלבד, כפי שמשמע מלשון חלקיה הראשונים של הברייתא בתוספתא ובתלמוד הירושלמי, מסכת בבא בתרא. המעשה בדקל שניתן לרב ביבי בר אביי מאיר עיניים לעניין זה. ניכר כי האישה לא חפצה להעשיר את רב ביבי בר אביי אלא למנוע את החיכוך המתמיד עימו, ובאותה מידה הייתה יכולה לכאורה להשכיר את הדקל לרב ביבי בר אביי לכל ימי חייו.

ז. עמדת חז"ל בנוגע לעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיות משפטיות

בדברינו דלעיל כבר עמדנו על הקושי להסיק מסקנות חותכות בשאלת עמדת חז"ל בנוגע לבעלות זמנית. עם זאת, נראה כי בכל זאת ניכרת גישה כללית העולה מן המקורות, על אף מיעוטם היחסי ועל אף הקשיים שהוצגו לעיל בהבנתם. גישה כללית זאת נחלקת לשניים: יחס המקורות לעסקאות בעלות לזמן כשהן לעצמן, ויחס המקורות לשימוש בעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיית הריבית. עוד נבקש להביא כמה מסקנות באשר לקיומה של גישה קונספטואלית של חז"ל לסוגיית הבעלות לזמן קצוב.

1. יחסם של חז"ל לעסקאות בעלות לזמן

לא מצאנו במקורות הסתייגות עיונית כלשהי מקיומן של עסקאות בעלות לזמן, לא בתקופת התנאים אף לא בתקופת האמוראים. רבי מאיר מציע כי יש למכור בית כנסת במכירה על מנת להחזיר, ולא נראה כי היה קיים קושי עיוני עם מבנה העסקה המוצע על ידו. נראה כי הברייתות

התנאיות אף מכירות בקיומה של מתנה על מנת להחזיר מבחינה עיונית ובתוקפה המשפטי, אף כי עמדת המשנה היא כי לצרכים הלכתיים אין די בה ויש לעשות שימוש במתנה גמורה. בתלמוד הבבלי נזכרת עסקת מכר לזמן קצוב בשני הקשרים שונים. בתלמוד הירושלמי לא נזכרת עסקה דומה, ועל כן לא ניתן להסיק דבר על עמדת אמוראי ארץ ישראל בעניין זה. עוד נזכרת בתלמוד הבבלי הורשה "לך ואחריך לפלוני", ומדיוני אמוראי בבל נראה כי הם הכירו במקבל הראשון כבעלים של הנכסים שירש על אף שבעלותו זמנית במהותה. על בסיס המקורות שלפנינו ניתן לשער כי בתקופת חז"ל הייתה תפיסת הקניין גמישה דיה כדי להכיר בעסקת בעלות לזמן כעסקה בת תוקף.

ראויה לציון העובדה כי בעוד מכר חוזר ומכר מותנה, כמו גם מתנה על מנת להחזיר וירושה "לך ואחריך לפלוני", נזכרים בכמה מקורות מתקופת התנאים, מכר לזמן קצוב נזכרת לראשונה רק במקורות האמוראיים, ואף זאת בבבל ולא בארץ ישראל. לא נראה כי הדבר נובע מהתפתחות בתפיסת הקניין של חז"ל. כלומר לא נראה כי התנאים היו נמנעים מלהכיר בעצם תוקפה של עסקת מכר לזמן קצוב. לא מצאנו גם סיבה להניח שהתפתחות זאת נובעת מהשפעה פרסית-סאסאנית כפי שמציע אלמן. מסתבר יותר בעינינו כי היא נובעת מהתפתחותם של צורכי המסחר והכלכלה, שהיו שונים בארץ ישראל ובבבל, אף שמהותן המסחרית של עסקאות המכר לזמן קצוב המוזכרות בתלמוד הבבלי נותרה סתומה.

2. יחסם של חז"ל לעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיית הריבית

שונה הדבר בכל הנוגע לעמדת חז"ל בנוגע לשימוש בעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיית הריבית. אומנם ניכרים סימנים לאפשרות זאת כבר בתקופת התנאים, אך נראה כי מדובר בעמדת מיעוט, ומכל מקום נראה כי רבי דחה אפשרות זאת והותירה מוחץ למשנה. כיוון שכאמור לעיל לא ניכרת הסתייגות עיונית של התנאים מעסקת בעלות לזמן כשהיא לעצמה, ייתכן כי הדבר נובע מגישתם של התנאים לבעיית הריבית ומחששם מנסיבות של הערמה שמטרתה להכשיר נטילת ריבית בניגוד לאיסור ההלכתי.

השערה זו מתחזקת לאור העובדה שעיקר ההתייחסות לעסקאות בעלות לזמן נעשית בהקשר לעסקאות הלוואה או לנסיבות המעלות חשש לריבית, גם במקורות התנאיים וגם במקורות האמוראיים. אכן, לא ברור עד כמה שימשו עסקאות בעלות לזמן הלכה למעשה כפתרון לבעיית הריבית בתקופת חז"ל, לרבות בתקופת האמוראים בבבל.

דבר זה נכון אף ביחס לעסקת "מכר לו בית", אשר החל מתקופת הראשונים ובמיוחד במאות ה'16 וה'17, משמשת בסיס לפתרון הלכתי משמעותי לבעיית הריבית בארצות אגן הים התיכון. ניתוח של העסקה בהקשרה האמוראי מעלה ספק באשר למידת נכונותם של האמוראים עצמם להכיר במבנה משפטי זה כפתרון לבעיית הריבית.

ייתכן כי ההתפתחות ההדרגתית אשר הציעו אלמן וברודי, כל אחד לשיטתו, באשר למתנה על מנת להחזיר, נכונה אף בהתייחס לעסקאות בעלות לזמן באופן כללי. בתקופת התנאים הייתה הסתייגות מהשימוש במבנה משפטי זה, והשערנו היא כי היא נבעה מחשש להערמה. רבי יהודה הנשיא הותיר את עסקאות הקניין לזמן מחוץ למשנה, ודעת ר' יהודה, שהיה מוכן להתיר צד אחד בריבית, נותרה דעת מיעוט. בתקופת האמוראים לא חל שינוי בגישה מסויגת זאת בארץ ישראל. בבבל, לעומת זאת, החל אימוץ הדרגתי של דפוסי עסקה אלה במקומות שבהם לא היה חשש הערמה ואף לא חשש ריבית. בהתאם, נזכרת עסקת מכר לזמן קצוב פעמיים בתלמוד הבבלי ללא כל הסתייגות, בנסיבות שכפי הנראה לא עוררו כל חשש של הערמה או של ריבית. השימוש בעסקאות בעלות לזמן כפתרון לבעיית הריבית ימומש רק בתקופה מאוחרת יותר.

3. חשיבה קונספטואלית בגישת חז"ל לעסקאות בעלות לזמן

עסקאות בעלות לזמן הינן מבנה משפטי המותח את תפיסת הבעלות עד גבולותיה, לאור הנטייה הרווחת לראות בבעלות זכות נצחית במהותה. על כן, ניתן היה לצפות כי מבנה משפטי זה יעורר דיון קונספטואלי על אודות זכות הבעלות. בחינת המקורות מתקופת חז"ל מעלה שלא כך המצב. הדיון במקורות השונים, בוודאי בתקופת התנאים, הינו קזואיסטי בעיקרו. לא ניכרת מגמה של ניתוח השוואתי של המקרים השונים, וזאת גם כאשר נעשה שימוש בביטויים דומים, כגון "מתנה גמורה", שעשויים ללמד כי חז"ל היו ערים להקבלה בין המקרים. גם כאשר הדיון מתמקד בתחום הקניין ולא בענייני איסור הריבית, לא נראה כי ההכרעה נגזרת מתפיסה כללית כלשהי בנוגע למושג הבעלות. למעשה, ברוב המקרים החשש מאיסור הריבית או מהערמה הוא שעומד במוקד הדיון, ונראה כי השפעתו על הקביעה בדבר האיסור והמותר גדולה בהרבה מהשפעתן של תפיסות כלשהן בנוגע למהות הבעלות, ככל שהיו כאלה.

ניצנים ראשונים של חשיבה קונספטואלית ניכרים בכל זאת בתקופת האמוראים. רב הונא בריה דרב יהושע מציג שיטה בנוגע לצד אחד בריבית, שאותה הוא מייחס לר' יהודה, ומסווג לקט של ברייתות בדיני ריבית בהתאם לאי-התאמתן לשיטה זו. מכאן עשויה להשתמע אף ההנחה כי

ברייתות אלה נשנו מלכתחילה על ידי ר' יהודה על בסיס שיטה אחת, כוללת, עקבית והפוכה לדעת חכמים, בנוגע לצד אחד בריבית. רבא מציג בצוותא חדא כמה מקרים שונים שעניינם שימוש במתנה על מנת להחזיר, אולם לא ברור אם אגד אותם יחד מחמת הנושא המשותף או משום שרצה להציג שיטה אחידה שעומדת ביסודם. זאת ועוד: משאלה המוצגת בגמרא בסתם על אודות מקרים אלה, ניכר כי השואל מנסה לבסס שיטה אחידה העומדת ביסוד הכרעותיו של רבא במקרים השונים. גם מדבריו של רב אשי עולה כי לדעתו הייתה לרבא שיטה אחידה שעמדה ביסוד פסיקותיו במקרים אלה, שיטה שממנה נגזרה ההכרעה הספציפית בכל מקרה.

עדויות אלה מעטות מכדי להסיק מהן מסקנות חותכות כלשהן. עם זאת, נציין כי הן עולות בקנה אחד עם ממצאיו של מוסקוביץ בדבר התפתחותה של החשיבה הקונספטואלית אצל חז"ל. מוסקוביץ מצביע על התפתחות הדרגתית בעניין זה, שניצניה הקדומים בתופעות מסוימות בתקופת התנאים, ועל התגברות המגמה של חשיבה קונספטואלית בתקופת האמוראים. אותה תמונה ממש עולה גם מממצאיו של מחקר זה.

פרק רביעי: גאונים וראשונים

א. מבוא

בספרות הקיימת בידינו מתקופת הגאונים קיימים אזכורים של עסקאות מתנה על מנת להחזיר, בין היתר בהקשר של הברחת נכסים מנושים, ולראשונה מוזכרת בה גם עסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית. לא מצאנו אזכורים בספרות הגאונים לעסקאות מכר לזמן קצוב ומתנה לזמן קצוב. מכל מקום, כפי שנראה להלן, בספרות הגאונים שבידינו לא ניכר קושי עיוני בביצוע עסקאות בעלות לזמן.

בתקופת הראשונים ניכרות שתי התפתחויות בכל הנוגע לעסקאות בעלות לזמן, אשר תוצגנה בהרחבה בהמשך פרק זה. התפתחות אחת עניינה גישתו העקרונית של המשפט העברי לעסקאות בעלות לזמן. הרמב"ם, בעקבות התלמוד, אינו רואה כל קושי עיוני בעסקאות בעלות לזמן, בין בדרך של מתנה ובין בדרך של מכר. ראשונים אחרים מחזיקים בעמדות מורכבות יותר בעניין זה. עוד קובעים חלק מהראשונים כי עסקאות בעלות לזמן כלל אינן עסקאות מכר במהותן אלא יש להן תכלית אחרת, כגון שכירות, שמירה או שאילה.¹ כן נחלקים הראשונים בהבנתה של סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי, מחלוקת שכפי שיובהר להלן חוצה גבולות גיאוגרפיים. כמה מחשובי הראשונים הספרדים, ובראשם רבנו חננאל, הרי"ף והרמב"ם, וכן אחד מחשובי הראשונים האשכנזים – הראב"ן, מבינים את הסוגיה כמכשירה עסקת מכר חוזר כל עוד קיים נתק בין שני מרכיבי העסקה: ראשית, עסקת מכר בלתי מותנית, ואחריה ובנפרד ממנה, עסקת מכר חוזר באמצעות שטר נפרד, המכונה שטר חסד או שטר הטבה. רש"י, הראב"ד ורבים אחרים, לעומתם, ובכלל זאת כמה ראשונים ספרדים, מבינים את הסוגיה כמכשירה עסקת מכר חוזר רק כאשר מרכיב המכר החוזר נותר כמרכיב לבר משפטי או ככזה הנתון לשיקול דעתו של הרוכש.

התפתחות שנייה עניינה השימוש בעסקאות בעלות לזמן. המחקר הקיים בנוגע לעסקאות בעלות

¹ על מגמה זאת כבר עמד גולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 133, לפחות באופן חלקי: "רק בימי הביניים התחילו לחשוב את בעל הקנין לזמן כשומר חנם על גוף החפץ לפני מי שיש לו בו קנין עולם". ראו הערה 12 שם למקורותיו. כפי שיתבהר להלן, מגוון הדעות בתקופת הראשונים היה רחב יותר. ראשית, היו ראשונים שהמשיכו להכיר בקיומה של בעלות לזמן קצוב. שנית, הראשונים הציעו כמה קטגוריות משפטיות אפשריות לסיווגה של עסקת בעלות לזמן, ששומר חנם הינה רק אחת מהן.

לזמן בתקופת הראשונים מתמקד בשתי עסקאות שונות בטיבן ובתכליתן. האחת, עסקת מכר חוזר, אשר החוקרים חלוקים בדעתם באשר למטרותיה. האחרת, עסקת מתנה על מנת להחזיר, אשר שימשה חייבים לשם הברחת נכסים מנושיהם. לשתי העסקאות קיימים כפי הנראה תקדימים בתקופת הגאונים, אולם אין הדבר פוטר אותנו מלבחון אותן אף בהקשר לנוהגי הסוחרים הלא יהודים באותם זמנים ומקומות.

הרבה מדיוני הראשונים בפן העיוני של עסקאות בעלות לזמן התקיימו אגב פירושיהם לסוגיות בגמרא שהוצגו לעיל, וחלקם מופיע בספרות השו"ת.

ב. מכר לזמן קצוב

כאמור לעיל, לא מצאנו בספרות הגאונים התייחסות לעסקאות מכר לזמן קצוב. ראשונים מעטים יחסית התייחסו לשאלת המכר לזמן קצוב כשהיא לעצמה, וכפי שיבואר להלן, מדברי חלק מהראשונים קשה להסיק מסקנות חותכות בשאלה זו. עם זאת, ברור כי לא קיימת בספרות הראשונים אחידות דעים ביחס להכרת המשפט העברי בעסקת מכר לזמן קצוב.

רמז אחד לכך שחלק מהראשונים מסתייגים מן האפשרות כי המשפט העברי מכיר בעסקת מכר לזמן קצוב, קשור לאופן שבו סיווגו חלק מהראשונים את עסקאות המכר לזמן קצוב שנוכרות בתלמוד הבבלי. לעניין עסקת המכירה לשלושים ימים המוזכרת על ידי רב נחמן, רש"י מפרש על אתר כי כוונתו של רב נחמן היא לעסקה המעוצבת פורמלית כעסקת מכר, אך במהותה הינה עסקת שכירות.² לעניין עסקת המכירה לשלושים ימים המוזכרת על ידי ר' ירמיה, קובעים בעלי התוספות כי אין מדובר במקרה של מכר אלא במעין שאילה המובטחת בכסף.³ בהקשר אחר הביאו בעלי התוספות את עמדת ר"י כי הרוכש בהמה לשלושים יום אינו שואל ואף אינו שוכר,

² רש"י, תלמוד בבלי, בבא קמא, סח ע"א. תשומת הלב לקביעתנו הנוספת של רש"י לגבי מכירת קרקע בזמן שהיובל נוהג, אותה רואה הגמרא כמכירה לזמן, כי אין מדובר במכירת גוף הקרקע אלא במכירת הקרקע לפירותיה. ראו תלמוד בבלי, גיטין, מח ע"א: "בזמן שהיובל נוהג", ורש"י על אתר.

³ תוספות, תלמוד בבלי, גיטין, מד ע"א, ד"ה "המוכר עבדו לפרהנג עובד כוכבים". ראוי לציין, כי בעלי התוספות מעמידים את הסוגיה כולה במקרה שבו עובד הכוכבים נוטל מאת ישראל את עבדו בעל כורחו. כלומר מלכתחילה אין מדובר במקרה של מכר. לכן, לשיטתם, יש מקום לשאלת ר' ירמיה לעניין מכירה לשלושים ימים: גם זה מקרה של עסקה שאינה במהותה עסקת מכר, ועל כן יש דמיון בין שתי העסקאות שמצדיק את שאלת ר' ירמיה.

ויש לראותו כשומר חינם.⁴ כך גם נפסק להלכה בטור ובשולחן ערוך.⁵ הרמב"ן חלק וסבר כי יש לראות את הרוכש בהמה לשלושים יום כשומר שכר דווקא, כדין שוכר.⁶ תלמיד הרשב"א הכיר את שתי השיטות והכריע כדעת הרמב"ן.⁷ בין כך ובין כך עולה כי עסקת מכר לזמן קצוב הינה במהותה עסקת שמירה או שכירות.

נשאלת שאלת משמעותן של עמדות כגון אלה. אפשרות אחת הינה כי בעליהן של עמדות אלה סברו כי המשפט העברי אינו מכיר בעסקאות בעלות לזמן, וממילא התעורר הצורך לסווג את העסקאות האמורות לעיל כעסקאות שכירות, שאילה, שמירה וכיו"ב.⁸ עם זאת, קיימת גם אפשרות שנייה, והיא שבעלי עמדות אלה לא התכחשו להכרה בעסקאות בעלות לזמן, אלא רק ביקשו לעמוד על התכלית המסחרית של עסקאות אלה. לפי אפשרות שנייה זו, אין בדעות שהובעו לעיל כדי לשלול את עצם ההכרה של המשפט העברי בעסקאות בעלות לזמן. באפשרות שנייה זו תומכת גם העובדה כי כמה מבעלי עמדות אלו הכירו במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר מבחינת מהותה, אף שמתנה קרובה יותר מבחינת מהותה הכלכלית לשאילה, למשל, בהשוואה למכר. לפיכך נראה כי לא ניתן לראות באמירות שלעיל, כשהן לעצמן, קביעת עמדה ברורה בשאלה זו.

הרמב"ם מציג עמדה עקרונית ולפיה המשפט העברי מכיר בקיומה של עסקת מכר לזמן קצוב: "המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זו מכורה, ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ובסוף תחזור לבעליה".⁹ בהמשך דבריו, הרמב"ם מוסיף ומבהיר את ההבדל בינה לבין

⁴ תוספות, תלמוד בבלי, בבא מציעא, צו ע"ב, ד"ה "בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי". כן ראו תוספות הרא"ש, שם; שיטה מקובצת, תלמוד בבלי, בבא מציעא, צו ע"ב, בשם הרא"ש; וגולאק, יסודי המשפט העברי, עמ' 133.

⁵ טור, חושן משפט, שמו, כא; שולחן ערוך, חושן משפט, שמו, וראו גם בית יוסף, שם. כן ראו הסברו של הסמ"ע שם: "הטעם, כיון דאינו לוקח גמור". ראו לעניין זה גם האמור בהערה 14 להלן.

⁶ חידושי הרמב"ן, תלמוד בבלי, בבא מציעא, צו ע"ב.

⁷ תלמיד הרשב"א, תלמוד בבלי, בבא מציעא, צו ע"ב.

⁸ השו"ע לעמדת המשפט ההולנדי, המובאת בפרק המבוא, סמוך להערה 37 ואילך, כי עסקת בעלות לזמן הינה עסקת הענקת זכות *usufruct*.

⁹ משנה תורה, הלכות מכירה, פכ"ג ה"ה.

מכירת גוף הקרקע לפירותיה.¹⁰ כן מבחין הרמב"ם בין הקניית גוף הקרקע לפירות לבין מכירת הפירות ללא גוף הקרקע, ובין הקניית גוף הקרקע לפירות לבין שכירות.¹¹ בכך מעמיד הרמב"ם שורה של דפוסי עסקאות אפשריים שלכל אחד מהם מאפייניו הייחודיים, וביניהם עסקת מכר "לזמן קצוב". הרמב"ם אומנם אינו מסביר מה מהותה המסחרית של עסקת מכר לזמן קצוב, אולם ברור מדבריו כי הוא אינו רואה בה עסקת מכירת הגוף לפירותיו או עסקת שכירות וכיו"ב.¹² הבחנות אלה של הרמב"ם אומצו על ידי רבנו חיים ב"ר שמואל "בעל הצרורות", וצוטטו בהסכמה על ידי רבנו ירוחם.¹³ כך גם נפסק להלכה בטור ובשולחן ערוך.¹⁴

עם זאת, חשוב לציין שגם הרמב"ם לא ראה במכר לזמן קצוב עסקת מכר מלאה ושלמה לכל דבר. כך, למשל, בהתייחסותו למכירת עבד, הרמב"ם מכיר באפשרות של עסקת מכר לזמן קצוב, בלי להרחיב בנוגע למהותה, אולם נראה כי אינו מכיר בה כמכירה שלמה לכל דבר.¹⁵

לעומת הרמב"ם, נראה כי הר"ן שולל לחלוטין את אפשרות קיומה של בעלות לזמן קצוב במשפט

¹⁰ שם, ה"ו. גם מעצם ההשוואה שעורך הרמב"ם שם בין "הקונה לזמן קצוב" לבין "הקונה קניין עולם לעולם" משתמע כי הרמב"ם מכיר ב"קונה לזמן קצוב" כקונה "קניין עולם לשעה", כלומר מכיר בבעלות זמנית.

¹¹ שם, ה"ז רה"ח.

¹² ראוי לציין כי בשולחן ערוך, יורה דעה, רסז, פ, ר' יוסף קארו מביא את הכלל בדבר שחרורו של עבד שנמכר לעכו"ם ואינו מתייחס למקרים החריגים, ואילו הרמ"א בהגהותיו מביא את המקרים החריגים ובהם המקרה שבו "מכרו על תנאי שיחזירונו לו לאחר זמן". תשומת הלב לניסוחו של הרמ"א ("יחזירונו לו" ולא "יחזור אליו"), ממנו לא ברור אם חזרת העבד לאחר זמן מתרחשת מאליה או שמא נדרשת פעולה אקטיבית של "יחזירונו". כלומר נדרשת הקניה נוספת של העבד בחזרה לבעליו הראשון.

¹³ צרור הכסף הארוך, הדרך הרביעי, ו, י, וצרור הכסף הקצר, שם; רבנו ירוחם - ספר מישרים, נתיב יא, חלק ה.

¹⁴ טור, חושן משפט, ריב, ו; שולחן ערוך, חושן משפט, ריב, ד. פסיקות הטור והשולחן ערוך בעניין עסקאות בעלות לזמן לכאורה אינן עקביות, שהרי במקום אחר נפסק, כאמור בהערה 5 לעיל, כי הרוכש בהמה לשלושים יום הינו שומר, ואילו כאן נפסק כי עסקת מכר לזמן קצוב הינה מכירה והרוכש נוהג בממכר מנהג בעלים לכל דבר. ראו לעניין סתירה לכאורה זו, למשל, ב"ח על טור, חושן משפט, שמו, כא. כן ראו דברי חלק מהמפרשים על שולחן ערוך, חושן משפט, שמו, כגון קצות החושן, שם וביאור הגר"א, שם. עם זאת, הטור והשולחן ערוך דנים בכל עניין לעצמו ולנסיבותיו, ואנו מניחים כי שיקולים שנעלמים מעינינו הם שהביאו לפסיקות שונות במקרים השונים.

¹⁵ משנה תורה, הלכות עבדים, פ"ח ה"ד. ראו דיונונו בעמדת הרמב"ם להלן, סמוך להערה 235, וראו שם מקרים נוספים שבהם הסתייג הרמב"ם מתוקפה המלא של עסקת מכר לזמן קצוב או עסקת מכר מותנית בתנאים.

העברי. דבריו בעניין זה קצרים וברורים: "כל קנין שאינו עולמית קנין פירות בלחוד מיקרי".¹⁶ הר"ן אינו מקבל אפוא את ההבחנה שהציע הרמב"ם בין מכירת קרקע לזמן קצוב לבין מכירת גוף הקרקע לפירותיה, ורואה במכר לזמן קצוב "קנין פירות בלחוד".

עוד יש לציין, כי כאמור לעיל, הראב"ד חלק על קביעתו של הרמב"ם בדבר כוחו המוחלט של מקבל בעלות לזמן קצוב לעשות בנכס כרצונו: "איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס אלא באומר נכסי לך ואחר כך לפלוני...".¹⁷ אלא שלא ברור מה הן הזכויות שקיבל הרוכש לזמן קצוב בנכס לדעת הראב"ד.

נראה כי המאירי מכיר בקיומו של מכר לזמן קצוב.¹⁸ המאירי מוסיף ומאמץ את עמדת הרמב"ם האמורה לעיל כי מכירת עבד לזמן קצוב אינה מהווה מכירה שלמה ומלאה לכל דבר.¹⁹ לא ניכרת מדבריו של המאירי הסתייגות מעצם קיומה של עסקת מכר לזמן קצוב, אלא רק קביעה כי ספק אם יצא העבד לחירות, שממנה משתמע כי מכירת עבד לזמן קצוב אינה נחשבת כעסקת מכר מלאה ושלמה לכל דבר.

לסיכום, ניתן לקבוע כי הרמב"ם מכיר עקרונית בקיומה של עסקת מכר לזמן קצוב ומכיר ברוכש נכס לזמן קצוב כבעלים לכל דבר – עם חריג אפשרי אחד במה שנוגע למכירת עבד לזמן קצוב. עמדת המאירי, הטור והשולחן ערוך בעניין זה, נראית כמושפעת מאוד מדעת הרמב"ם. הר"ן והראב"ד דוחים עמדה זו, ונראה כי לשיטתם המשפט העברי אינו מכיר בבעלות לזמן קצוב שבה שב הנכס מקץ לזמן לבעליו הראשון. אצל ראשונים אחרים לא קיים דיון בשאלה זו לגופה, ומפירושיהם לשתי עסקאות המכר לזמן קצוב הנזכרות בתלמוד הבבלי ניכרת נטייה ברורה לסווגן כעסקאות שכירות, שאילה או שמירה. לא ברור אם סיווג זה מעיד על מהותן המסחרית של עסקאות אלה בלבד, או על חוסר נכונות להכיר בעצם קיומה של עסקת מכר לזמן קצוב ככזו.

¹⁶ ר"ן, תלמוד בבלי, נדרים, כט ע"א, ד"ה "אמר לי אביי וקדושת הגוף לא פגעה". הר"ן לומד זאת מתלמוד בבלי, גיטין, מח ע"א, שעניינו מכירת קרקע בזמן שהיובל נוהג. כן ראו ר"ן, תלמוד בבלי, גיטין, פד ע"א בשם הרא"ה. ראו גם דעת רש"י, לעיל הערה 2. ייתכן כי למצדדים בעמדה זו יש להוסיף אף את רשב"ם, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"ב; ראו להלן, סמוך להערה 353, וראו גם האמור להלן, סמוך להערה 44.

¹⁷ ראב"ד, משנה תורה, הלכות מכירה, פכ"ג ה"ו; ראו האמור להלן, סמוך להערה 354.

¹⁸ בית הבחירה, תלמוד בבלי, בבא קמא, סח ע"א.

¹⁹ בית הבחירה, תלמוד בבלי, גיטין מד ע"א.

ג. מתנה על מנת להחזיר

הדיון ההלכתי במתנה על מנת להחזיר בתקופת הגאונים והראשונים ניתן לחלוקה לשתי קטגוריות. קטגוריה אחת כוללת דיונים במתנה על מנת להחזיר בהקשרים הלכתיים ומסחריים שונים. דיונים אלה קיימים בעיקר בספרות הפירושים, ואין לדעת עד כמה הם משקפים שימוש במתנה על מנת להחזיר הלכה למעשה, למעט בהקשר קונקרטי אחד – יציאה ידי חובת נטילת לולב ואתרוג ביום טוב ראשון של חג סוכות כאשר בידי הקהל רק לולב או אתרוג אחד. קטגוריה שנייה כוללת דיונים במתנה על מנת להחזיר כאמצעי להברחת נכסים מנושים, הן נושים יהודים והן נושים גויים. דיונים אלה מצויים בעיקר בספרות השו"ת, ומשקפים שימוש במתנה הלכה למעשה לשם הברחת נכסים מנושים, אם כי כפי שיתברר להלן, אין הכוונה בהכרח למתנה על מנת להחזיר.

1. מתנה על מנת להחזיר בהקשרים הלכתיים ומסחריים שונים

א. גאונים

רב שרירא גאון נשאל כיצד ניתן לצאת ידי חובה ביום טוב ראשון של חג סוכות במקום שבו קיים רק לולב אחד לצאת בו ידי חובה.²⁰ תשובתו הייתה כדלקמן:

וששאלתם מקום שאין שם אלא לולב אחד לצאת בו נוטלו חזן הכנסת בידו בשעת ההלל ומברך עליו ונותנו לזקנים במתנה על מנת להחזיר וכן כל אחד ואחד עד שיצאו כולן ידי חובה...

רב שרירא גאון סומך תשובתו זו על הברייתא שנדונה לעיל, אותה הוא מצטט כמתייחסת ל"מתנה" סתם, כפי שהיא מופיעה בתלמוד הבבלי.²¹

במקרה אחר נשאל אחד הגאונים על אודות אב שהעניק נכסים במתנה לבתו ערב נישואיה, "על מנת שלא תזכה בהן אלא אם יהיה לה בן או בת" מבעלה לעתיד, ואם תמות ללא צאצאים – ישבו

²⁰ תשובות הגאונים - שערי תשובה, סימן שג, עמ' כח.

²¹ ראו פרק שני לעיל, הערה 138.

הנכסים לבעלות האב הנותן.²² הבת נפטרה ללא צאצאים, ובעלה טען כי נפל פגם פרוצדורלי בשטר המתנה הפוסל את תוקפו – התנאי לא נערך כתנאי כפול שבו הן קודם ללאו.²³ הגאון המשיב דוחה טענה זו לגופה, וקובע כי לא בכל מקרה נדרש תנאי כפול. כדוגמה לכך מביא הגאון את התנאי הזה:

אבל האומר הרי זה גיטיך על מנת שתתני לי מאתים [זוז] או הרי זה הממון לך במתנה על מנת שתחזירי לי לזמן לפני ברורה הלכה שאין צריך כפלה.

אין לדעת אם דוגמה זו נשענת על מציאות מסחרית שנהגה בזמנו של הגאון המשיב. לכל הפחות ברור כי הוא מוכן להקנות תוקף מלא למתנה על מנת להחזיר. יתר על כן: במהלך דיונו, קובע הגאון כי מדובר במקרה של נתינת מתנה לאדם לכל ימי חייו, שכן האב נתן את הנכסים במתנה לבתו לכל ימי חייה אם לא יהיו לה צאצאים. הגאון מוסיף וקובע כי זהו מקרה פרטי של נתינת נכס במתנה על מנת להחזיר, לגביה כבר נקבע בגמרא כי היא מתנה לכל דבר, ועל כן מקבל המתנה חייב להשיבה לנותן, ואם אינו משיבה – "אינה מתנה". כלומר המתנה בטלה מעיקרה. לפיכך עם פטירת הבת ללא צאצאים, חזרה המתנה לאביה. מדברי הגאון ניכר כי המתנה חוזרת מאליה עם פטירת הבת ולא נדרש לכך מעשה קניין חוזר או פעולה משפטית אחרת כלשהי, שממילא אף אינה יכולה להתבצע בנסיבות המקרה, שכן הבת מקבלת המתנה כבר אינה בין החיים. זאת ועוד: לא ניכרת כל הסתייגות של הגאון המשיב מנתינת מתנה מותנית באופן המתואר בשאלה, ותשובתו מקנה תוקף מלא לרצונו של האב הנותן.

ב. ראשונים

רוב דיוני הראשונים במתנה על מנת להחזיר בספרות הפירושים נסבו סביב דיון התלמודים בהענקת לולב או אתרוג במתנה ביום טוב ראשון של חג הסוכות ובמנהגים שהתפתחו מתוך דיון זה בקהילות יהודיות רבות. לצד זאת, קיימים אזכורים של מתנה על מנת להחזיר גם בהקשרים נוספים, רובם הלכתיים במהותם.

הדיון ההלכתי של הראשונים במתנה על מנת להחזיר עוסק במקרים רבים בשאלת הצורך במעשה קניין חוזר לשם השבת המתנה לבעליה הראשון. כפי שהעלה ניתוחנו בפרק המבוא הכללי, קביעה

²² תשובות הגאונים החדשות, סימן קנג, עמ' 210-215.

²³ לעניין אופן עריכת תנאים במשפט העברי באופן כללי ראו אלבק, משפט עברי, עמ' 194-202.

כי יש צורך במעשה קניין חוזר מעידה על הלך מחשבה לפיו המשפט העברי אינו מכיר בבעלות לזמן קצוב.²⁴ לצד הדיון בצורך במעשה קניין חוזר, קיים גם דיון ער בספרות הראשונים באשר למהותה של מתנה על מנת להחזיר, ועד כמה היא אכן נחשבת כמתנה לכל דבר. כפי שיובהר להלן, שאלה זו נדונה בכמה הקשרים, והדעות שהובעו בה ניתנות לסיווג לשני זרמים שונים. מחד גיסא, יש ראשונים שאחזו בעמדה שמתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר. מאידך גיסא, יש ראשונים שהיו מסויגים יותר וסירבו להכיר במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר בהקשרים מסוימים, בדרך כלל הלכתיים במהותם. ייתכן שעמדתם של ראשונים בנוגע למהותה של מתנה על מנת להחזיר מלמדת עד כמה היו מוכנים לראות בה קניין מלא ושלם לכל דבר על אף היותה מוגבלת בזמן.

עוד נדונים בספרות הפרשנות והשו"ת מקרים של שימוש במתנה לשם הברחת נכסים מנושים, ושאלת השימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים בתקופת הראשונים נדונה כחלק מהתופעה הכללית יותר של שימוש במתנות למטרה זו. מתשובות התקופה ניכר כי הלוויים גילו יצירתיות רבה בניסיונות לעצב עסקאות שתצלנה את נכסיהם מידי נושיהם. העיסוק המחקרי בתופעה זו, בעיקר אצל אלון, אילוז, ווסטרייך, מתמקד בתופעת ההברחה ובגישה ההלכתית כלפיה, מבלי להתמקד בטכניקות ההברחה השונות.²⁵ על כן, ההתייחסות של מחקריהם להברחת נכסים באמצעות הטכניקה הספציפית של מתנה על מנת להחזיר היא שולית בלבד או אינה קיימת כלל. במחקר זה נבקש להתמקד דווקא בטכניקה ספציפית זאת, ולבחון אם ההתייחסות ההלכתית להברחת נכסים באמצעות מתנה על מנת להחזיר שונה מההתייחסות המקבילה לטכניקות אחרות להברחת נכסים. כלומר עד כמה רואים המשיבים הבדל בין מתנה על מנת להחזיר לבין עסקאות אחרות, הנובע ממהותה של המתנה על מנת להחזיר ככזו.

1. האם נדרש מעשה קניין להחזרה?

רבנו ירוחם למד מבעלי התוספות שיש לבצע מעשה קניין בעת החזרת המתנה לנותן. דיונם של בעלי התוספות נסב על הענקת לולב ביום טוב ראשון של חג הסוכות במתנה על מנת להחזיר. בעלי התוספות קבעו כי על נותן הלולב לתת אותו מתנה מלאה ושלמה המותנית בהחזרתה לו, ועל כן על המקבל לשוב ולתת את הלולב במתנה לנותן לשם קיום התנאי. מתנה החוזרת מאליה לא

²⁴ ראו פרק ראשון, סמוך להערה 80 ואילך.

²⁵ ראו אלון, כבוד האדם, עמ' 119-126; אילוז, פגמים בחוזה, עמ' 61-71; ווסטרייך, מקסטיליה לפאס.

נתפסה על ידי בעלי התוספות כמתנה אלא כהשאלה.²⁶ הריטב"א מייחס אף הוא לבעלי התוספות את הדעה כי במתנה על מנת להחזיר "לא חזרה המתנה אלא בהקנאה גמורה", ואף הריטב"א עצמו מחזיק בדעה זו.²⁷ מעמדה זו, שאינה קיימת בתוספות שלפנינו, משתמע כי בעלי התוספות לא היו מוכנים להכיר בבעלות לזמן קצוב.²⁸

נראה כי לפי מקור אחד – ספר המכתם – נהג הראב"ד לרכוש אתרוג "והיה מקנה אותו לכל אחד ואחד בהקנאה גמורה על מנת להחזירו לו".²⁹ ייתכן כי במילה "גמורה" הכוונה היא להדגיש כי

²⁶ כך מצטט מפייהם רבנו ירוחם - תולדות אדם וחוה, נתיב ח, חלק ד. הדברים אינם בתוספות שלפנינו; אך ראו הצעתנו בהערה 28 להלן.

²⁷ הדיון נסב על עמדת רבי זירא, תלמוד בבלי, סוכה, מו ע"ב, "לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא". יש שהבינו את עמדת ר' זירא כנסמכת על כך שאין לקטן כוח משפטי להשיב את המתנה. כיוון שלדעת רבים מן הראשונים, במקרה של ארבעת המינים ביומו הראשון של החג, גם מתנה סתם הינה מתנה על מנת להחזיר, למדו מכאן כי גם מתנה על מנת להחזיר טעונה קניין בהשבתה. נראה כי הריטב"א עצמו אינו מאמץ פרשנות זאת לעמדת ר' זירא. לשיטת הריטב"א, כוונת ר' זירא היא כי כיוון שמדובר בתנאי שלא ניתן לקיימו מלכתחילה, נמצאת המתנה קיימת והתנאי בטל, וארבעת המינים יוותרו בידי הקטן ללא יכולת להחזירם לבעליהם המקורי. עם זאת, כיוון שהריטב"א קובע מפורשות, כי כוונת דברי ר' זירא גם למתנה על מנת להחזיר, ממילא עולה שלדעת הריטב"א נדרש מעשה הקנייה כדי להשיב את המתנה על מנת להחזיר לבעליה. ראו חידושי הריטב"א, תלמוד בבלי, סוכה, מו ע"ב. אכן, הריטב"א קובע כך מפורשות בפירושו לתלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב: "ומיהו מתנה על מנת להחזיר הקנאה גמורה היא וממון שלו הוא וכשמחזירה לו הקנאה גמורה בעי כשאר הקנאות דעלמא, ומסתברא שאם שעבדה לבעל חובו הרי הוא משועבד ומוחזר וגובה ממנה לאחר חזרה וכדפרישית בפרק יש נוהלין".

²⁸ רבנו ירוחם והריטב"א מביאים במקרה זה דברים מפי התוספות אשר אינם בתוספות שלפנינו. ייתכן שהייתה בידם מהדורה של התוספות הכוללת דברים אלה ואשר אינה נמצאת לפנינו; לריבוי מהדורות התוספות שהיו בידי הראשונים ראו אורבך, בעלי התוספות, עמ' 21, 28-31. אפשרות אחרת שניתן להציע, כהשערה ובוהירות המתחייבת, היא כי ייתכן שרבנו ירוחם והריטב"א הסיקו מסקנתם באשר לעמדת התוספות מדברי התוספות בתלמוד בבלי, סוכה, כז ע"ב, ד"ה "כל האזרח בישראל ישבו בסוכות": "...ומה שנהגו כל הקהל לקנות אתרוג בשותפות לצאת בו דעתן להקנות כל א' חלקו לחבירו בשעה שהוא מברך על מנת להחזיר דבשביל שנשתתף בו לא גרע ממתנה על מנת להחזיר דשמה מתנה". התוספות העירו הערה זו אגב קביעתם כי שותפות אינה מועילה לעניין זה, אלא על היוצא ידי חובתו להיות בעלים לבדו של האתרוג בעת שהוא יוצא ידי חובה, ועל כן הם מתייחסים לכך שכל אחד מקנה חלקו באתרוג לחברו בשעה שחברו מברך ויוצא ידי חובתו. עם זאת, אפשר שמדברים אלה עולה אף שנדרש מעשה קניין לשם העברת האתרוג בין שרשרת הנותנים והמקבלים במתנה על מנת להחזיר.

²⁹ ספר המכתם, סוכה, מא ע"ב, עמ' קסט. עוד על מנהג זה ראו להלן, טקסט סמוך להערה 70 ואילך.

נדרש מעשה קניין על מנת להשיב את המתנה לבעליה, אף כי הדבר אינו מצוין מפורשות. אכן, ר' אשר ב"ר חיים נביו מביא בשם הראב"ד את הדברים האלה: "וכתב הראב"ד ז"ל דאין הנותן רשאי לומר על מנת שתחזירנה לי, דהא מידי דחזי לי קאמר, ואם הקדישו אינו מוקדש כיון שאמר לו ע"מ שתחזירנה לי, וא"כ אין זו מתנה גמורה. ואנן קיימא לן דכל מתנה שאם הקדישה המקבל אינה מקודשת אינה מתנה, כלומר כגון שאמר הנותן על מנת להחזיר, אינה מתנה".³⁰ הדברים תואמים לכאורה את המתואר בספר המכתם, ומהם עולה כי הראב"ד נתן את האתרוג במתנה מלאה לכל דבר, וממילא נדרש מעשה קניין על מנת להשיבו לראב"ד. עם זאת, במקורות אחרים המביאים את מנהג הראב"ד לא נזכרת הקנאה "גמורה" אלא מתנה על מנת להחזיר סתם.³¹ זאת ועוד: אף אם כך היה מנהגו של הראב"ד, לא ברור אם הוא נבע מחוסר נכונות להכיר בתוקפה של מתנה על מנת להחזיר באופן כללי, או מחומרה הלכתית הנובעת מדרישת "לכם – משלכם" ביחס לארבעת המינים ביומו הראשון של החג.

ר' אשר ב"ר חיים נביו מוסיף ומייחס את הדברים האלה לרמב"ם: "וכתב הרמב"ם ז"ל שהנותן לולבו לחבירו ביום הראשון של חג לצאת, בין [כשנותנו לו בין] כשמחזירו לחבירו צריך לתת לו במתנה גמורה כמו שאם היה שלו. והביא ראיה מדגרסינן בפרק לולב וערבה, א"ר זירא לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא קמא מ"ט ינוקא מיקנא קני אקנויי לא מקני".³² לכך משיב ר' אשר ב"ר חיים נביו בשם רבו: "ורבי נ"ר כתב, דשאני התם שנתנו סתם, וכיון שכן צריך שיחזירנהו בתורת מתנה. אבל זה שנותנו לו בפירוש על מנת להחזיר א"צ שיחזיר לו בתורת מתנה. וכן מוכח

³⁰ ספר הפרדס (נביו), שער המעשה. ראוי לציין, כי עמדתו של ר' אשר ב"ר חיים נביו עצמו להלכה אינה ברורה. הוא קובע כי "ביום טוב הראשון של חג בעינן שיתנהו לו חבירו במתנה גמורה, ואם לאו לא יצא", לכאורה כעמדת הראב"ד. אלא שלאחר שהוא מביא את דעת הראב"ד, הוא מייד קובע "ואילו לא אמרה הרב ז"ל הייתי אומר דאינו נכון", ומנמק כנימוק התלמוד הירושלמי, נדרים, פ"ה ה"ו, טור 1033 שורות 39-40, לט ע"ב, כי במקרה זה, להבדיל ממתנת בית חורון, אין כל הערמה, "אלא במתנה גמורה נתנו לו לאותה שעה, ושיהנה ממנו כל הנאתו הראויה ממנו". מהמשך דבריו לעניין הצורך בתנאי כפול, ברור כי במקומו ובזמנו נהגו לתת את ארבעת המינים במתנה על מנת להחזיר: "אבל אני רואה מנהג כל גלילות ארצינו לומר על מנת שתחזירנהו לי. ולא נהגו לומר תנאי כפול".

³¹ ראו, למשל, אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, לא; ספר המאורות, סוכה, מא ע"ב, עמ' קפה-קפו, אומנם ללא אזכור שמו המפורש של הראב"ד, וראו הערה 78 שם.

³² ספר הפרדס (נביו), שער המעשה. הדברים אומנם לא נמצאים אצל הרמב"ם שלפנינו, אולם הם שיטת הריטב"א והרא"ש; ראו לעיל, טקסט סמוך להערה 26 ולהלן, טקסט סמוך להערה 34.

במעשה דר"ג שהבאתי למעלה שר"ע 'החזירו' לר"ג ולא אמר 'הקנהו'.³³ דעת הרמב"ם האמורה לעיל אינה נמצאת במשנה תורה שלפנינו; ואילו מהסבר רבו של ר' אשר ב"ר חיים נביו, שלדעת הכול היה תלמיד של תלמידי הרשב"א, עולה כי מסורת תלמידי הרשב"א הייתה שמתנה על מנת להחזיר שבה מאליה לבעליה הראשון, ללא צורך במעשה קניין נוסף. לא ברור אם הדיוק מהמעשה ברבן גמליאל וזקנים, שבו נאמר כי המתנה "הוחזרה" ולא כי "נקנתה", הינו מסורת בידי ר' אשר ב"ר חיים נביו מפי רבותיו או חידוש שלו עצמו.

עמדתו של הרא"ש בעניין זה ברורה:³⁴

וצריך שיתנהו לו במתנה גמורה ע"מ שיחזיר ואחר שיצא בו צריך לחזור וליתנה לו במתנה בשעת חזרה אבל אם אמר לו יהא במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהא שלי כבתחלה לא יצא בו דהוי כמו שאול ותדע מדאמר לקמן (דף מו ב) לא ליקני איניש לוליבא לינוקא ביומא טבא קמא דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני ואם אינו צריך להחזיר לו במתנה נהי דקטן לאו בר אקנויי הוא ליקני ליה עד שיצא בו ולחזור לו ממילא אלא ודאי צריך לחזור וליתנו לו במתנה וקטן לאו בר אקנויי הוא.

לפי גישת הרא"ש, עסקת מתנה על מנת להחזיר שבה חוזרת המתנה מאליה לרשות הנותן שקולה לעסקת שאילה. כדי לעצב עסקת מתנה על מנת להחזיר שאינה עסקת שאילה, יש צורך ב"מתנה גמורה על מנת להחזיר", כלומר במתנה שאכן מותנית בתנאי החזרה, אלא שקיומו דורש עסקת מתנה נוספת, כלומר מעשה קניין נוסף.³⁵

³³ שם. זהות רבו זה של ר' אשר ב"ר חיים נביו אינה ידועה עדיין, אך ברור כי שיטתו היא שיטת הרשב"א ותלמידיו. הרב בלוי הציע כי ייתכן שמדובר בר' דוד ב"ר לוי מנרבונה בעל ספר המכתם, בו נמצאים רבים מהדברים שמייחס ר' אשר ב"ר חיים נביו למורו שאינו נוקב בשמו; ראו שם, הקדמה, עמ' 6. אף אם הדבר נכון במקרים אחרים, הוא אינו נכון במקרה דנן, שכן לא מצאנו את דבריו אלה של ר' אשר ב"ר חיים נביו בספר המכתם שלפנינו.

³⁴ רא"ש, תלמוד בבלי, מא ע"ב.

³⁵ עמדה זו של הרא"ש תואמת את הדעה שיוחסה לבעלי התוספות, וייתכן שיש בכך חיזוק לנכונות הייחוס. ראו גם עמדה דומה במהותה שמביא המאירי, בית הבחירה, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב, בשם "קצת רבנים", שלפיה מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה בקטן כיוון "שאיין לו יד להחזיר המתנה", ממנה משתמע כי נדרש מעשה קניין לשם השבתה; אלא שהמאירי לא רק מביא דברים אלה בשם "קצת רבנים", אלא אף מסכמם במילים "והדברים רופפים", ונראה כי לא אחז בעצמו בדעה זו.

ר' אביגדור כהן צדק דן בשאלת תוקפם של קידושין שבוצעו באמצעות טבעת שאולה, ובמסגרת דיונו ערך השוואה בין שאילה לבין מתנה על מנת להחזיר.³⁶ ר' אביגדור קובע כי מתנה על מנת להחזיר מהווה "קניין הגוף לשעה" בידי המקבל, וזהו קניין מלא ושלם לכל דבר. בהתאם, המקבל מתנה על מנת להחזיר יכול לצאת ידי חובת נטילת ארבעת המינים ביום טוב ראשון של חג; הוא יכול לקדש במתנה על מנת להחזיר (במתנה גופה, ולא רק בהנאת האישה ממנה), וכאשר יצטרך להשיבה לנותן – ירכוש אותה מאשתו וישיב אותה;³⁷ הוא פטור מאונסין; הוא רשאי להשאילה לאחר אף ללא רשות הנותן; והוא רשאי להקדישה, וכאשר יצטרך לקיים את תנאי החזרה – יפדה אותה מן ההקדש וישיב אותה לנותן, או ישיב לנותן את שווייה של המתנה בכסף. מתשובה זו ניכרת הכרה מלאה ב"קניין הגוף לשעה" כקניין מלא ושלם לכל דבר, ור' אביגדור כהן צדק אינו מציין כי השבת המתנה על מנת להחזיר כרוכה במעשה קניין נוסף כלשהו. הרא"ש, המתייחס לתשובה זו, חולק על מסקנתו ההלכתית של ר' אביגדור כהן צדק לעניין תוקפם של קידושין בחפץ שאול, אך נראה שאינו חולק על דבריו לעניין מהותה המשפטית של מתנה על מנת להחזיר ואינו מעמיד דרישה כי תושב לבעליה באמצעות מעשה קניין, אף שגם הרא"ש אינו קובע כך מפורשות. מכל מקום, בהיעדר קביעה מפורשת, לא ניתן להכריע באופן חד־משמעי בדבר עמדתו של ר' אביגדור כהן צדק בעניין זה.

דברים דומים השמיע לנו הרשב"א באחת מתשובותיו. בשאלה שנשאל הרשב"א נזכר מפורשות מנהג של נתינת לולב במתנה על מנת להחזיר, והרשב"א קבע בעניין זה כך, ובד בבד משווה בין מקרה של אדם הקונה על מנת להקנות לאחר לבין מקרה של מתנה על מנת להחזיר:³⁸

דאינו דומה על מנת להחזיר לקני על מנת להקנות משום דקני ע"מ להקנות לא קני ליה מידי אלא דליקנינהו להדין... ואלו הקדישו אינו מוקדש. ואם קדש בו את האשה אינה

³⁶ תשובתו מצוטטת בשו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב, עמ' קנג-קנו.

³⁷ ר' אביגדור מביא זאת מפי "מורי מאישפירא", הוא ר' שמחה בן שמואל משפירא; ראו שם, עמ' קנה, הערה 18, ומלחי, חכמי שפירא, עמ' 67. ר' שמחה משפירא הוסיף וקבע, שגם כאשר האישה המקודשת היא בעלי החפץ שניתן במתנה "על מנת להחזיר עד שלשים יום" – יכול המקבל לקדשה בחפץ זה בתוך שלושים הימים ולאחר מכן להשיבו לה, והיא תהיה מקודשת; "ועל דרך זו מצאנו שהאשה מתקדשת לפעמים בפרה דידה". חשוב לציין, כי אין הכוונה שהקידושין עצמם יתבצעו בדרך של נתינה על מנת להחזיר, שהרי התלמוד הבבלי, קידושין, ו ע"ב אוסר על כך מפורשות.

³⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רב, עמ' קא-קו.

מקודשת. אבל בע"מ להחזיר קנאו לגמרי לשעתו וממונו גמור הוא. ואם הקדישו והחזירו הרי זה מוקדש ומוחזר... ומ"מ מתנה ע"מ להחזיר מתנה גמורה היא לכ"ע. ואם הקדישה והחזירה הרי זה מקודש' ומוחזרת. ואם קדש בו את האשה ואח"כ החזירו לו ה"ז מקודשת לכ"ע.

גם מתשובה זו ניכרת הכרה מלאה ב"קניין הגוף לשעה" כקניין מלא ושלם לכל דבר. אם נצרף לכך את המסורת שהובאה לעיל מפי ר' אשר ב"ר חיים נביו, תלמידם של תלמידי הרשב"א, מתקבלת תמונה שלפיה הרשב"א קבע כי המשפט העברי מכיר בבעלות לזמן קצוב בדרך של מתנה על מנת להחזיר.

גם בטור ובשולחן ערוך נקבע כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה תקפה בידי המקבל אשר רשאי ליהנות מפירותיה ובלבד שיחזירה.³⁹ עם זאת, לא ברור אם לשיטת הטור והשולחן ערוך החזרת המתנה טעונה מעשה קניין נוסף.

הרא"ש הביא את דעת ר' ישעיה כי המקבל מתנה על מנת להחזיר אינו חייב באונסין, וכי זה ההבדל בין מתנה על מנת להחזיר לבין שאילה: בשני המקרים החפץ ניתן למקבל לזמן מוגבל ובשני המקרים גוף החפץ אינו קנוי לו, אך שואל חייב באונסין ומקבל מתנה על מנת להחזיר – פטור.⁴⁰ בהמשך מובהר כי אותו כלל חל אף על אחריות לגנבה או לאבדה. בין דעת ר' אביגדור כהן צדק האמורה לעיל, שהובאה גם היא על ידי הרא"ש, לבין דעת ר' ישעיה קיים הבדל משמעותי לענייננו: בעוד הראשונה רואה במתנה על מנת להחזיר מתנה לכל דבר, השנייה רואה במקבלה מי שלא קיבל זכויות בגוף הנכס אלא, כך משתמע, זכות שימוש והנאה מפירותיו לזמן מוגבל.⁴¹

ריב"ש דן בשאלה, אם ניתן לקיים נדר לתת מתנה באמצעות מתנה על מנת להחזיר. אגב דיונו, הוא קובע כאמור להלן בנוגע למהותה של מתנה על מנת להחזיר:⁴²

ועוד שהנותן מתנה על מנת להחזיר הכוונה היא על מנת שיחזירנה המקבל מדעתו

³⁹ טור, חושן משפט, הלכות מתנה, רמא, ט; שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מתנה, רמא, ו.

⁴⁰ רא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב.

⁴¹ השו"ע דעת הר"ן לעניין עסקאות בעלות לזמן, לעיל, טקסט סמוך להערה 16.

⁴² שו"ת ריב"ש, סימן שמא, עמ' תנ-תנא. הריב"ש קובע גם, כי בנדרים "הולכים אחר לשון בני אדם", ולכן אם נאמר שתינתן מתנה "סתם", חזקה על הצדדים כי התכוונו למתנה גמורה ולא למתנה על מנת להחזיר.

ומרצונו ואין כופין אותו להחזיר, אלא שאם רצה המקבל מחזיר ונתקיימה מתנתו למפרע ואם לא רצה להחזיר ועבר זמן החזרה או נאבד הדבר הנתון בענין שאי אפשר להחזירו נתבטלה המתנה למפרע.

לכאורה עולה מעמדה זו כי לדעת ריב"ש מתנה על מנת להחזיר היא מתנה מלאה לכל דבר, שכן תנאי ההחזרה כלל אינו מחייב מבחינה משפטית אלא תלוי ברצונו הטוב של המקבל. אף שהריב"ש אינו מציין את מקור עמדתו זו, שלא מצאנו כמותה אצל ראשונים אחרים, הדמיון בינה לבין עמדותיהם של ראשונים רבים ביחס למכר חוזר ברור הן לגופה והן בשימוש במונח "מדעתו".⁴³

2. מהותה המסחרית של מתנה על מנת להחזיר

לעיל ראינו כי כמה ראשונים, ובהם בעלי התוספות, קבעו כי עסקת מכר לזמן קצוב הינה במהותה עסקת שכירות, שאילה או שמירה. רשב"ם מתייחס לשאלה זו ממש לענין מתנה על מנת להחזיר, וקובע כי מדובר בעסקת מתנה ולא בעסקת שאילה או שמירה:⁴⁴

הרי זה מוקדש ומוחזר - כלומר הרי זה מוקדש שהרי מוחזר הוא ונתקיים התנאי דאיגלאי מילתא דהויא מתנה למפרע ונראה בעיני דאם מת בתוך הזמן דפטור מלשלם דלא הוה שואל להתחייב באונסין ואף לא שומר להתחייב בגניבה ואבידה אלא מקבל מתנה הוא ולא נתחייב אלא בפשיעה.

עם זאת, בפירושו באותו מקום ממש קבע הרשב"ם גם כי מתנה לזמן קצוב אינה מתנה של גוף הנכס אלא של זכות אכילת פירותיו בלבד.⁴⁵ לכאורה ניתן היה ליישב את הדברים ולהציע כי עמדת רשב"ם הייתה כי מתנה על מנת להחזיר היא אומנם מתנה במהותה, אך מה שמוענק

⁴³ ראו בעניין זה בהרחבה להלן, טקסט סמוך להערה 201 ואילך. אם מכר חוזר אכן מהווה מקור השראה לעמדתו של הריב"ש, אזי לפנינו מקרה חריג בספרות הראשונים בו מתבצע ניתוח קונספטואלי של מקרים שונים של בעלות לזמן קצוב, והעמדה ההלכתית בסוגיה אחת – זו של מכר חוזר – משפיעה על העמדה ההלכתית בסוגיה אחרת, זו של מתנה על מנת להחזיר.

⁴⁴ רשב"ם, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב. ראו גם נמוקי יוסף, תלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב, עמ' קיג והערה 36 שם.

⁴⁵ ראו להלן, טקסט סמוך להערה 353.

במתנה אינו גוף הנכס אלא זכות השימוש ואכילת הפירות בלבד. אלא שהרשב"ם מתייחס מפורשות למנהג לתת אתרוג במתנה על מנת להחזיר על מנת לצאת ידי חובה ביום טוב הראשון של סוכות,⁴⁶ ומכך עולה בבירור שהרשב"ם ראה במקבל האתרוג בעלים של גוף האתרוג ולא רק של זכות השימוש בו. אנו מניחים אפוא כי קביעותיו השונות של הרשב"ם נכונות כל אחת לנסיבותיה, וכי קיים הבדל המצדיק את קביעותיו השונות בנסיבות השונות, אף אם אינו ידוע לנו.

3. הקדשת מתנה על מנת להחזיר

נראה כי האפשרות להקדיש את המתנה על מנת להחזיר היוותה אתגר עבור חלק מהראשונים, בעקבות הקביעה בתלמוד הבבלי, נדרים, מח ע"ב, כי "כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת אינה מתנה", בעקבות המעשה במתנת בית חורון. אך היו פוסקים שצינו את אפשרות הקדשתה של מתנה על מנת להחזיר כעובדה שאין עליה עוררין, כגון הרמב"ם ובעקבותיו הטור והשולחן ערוך.⁴⁷ הרשב"א מציין באחת מתשובותיו כי מקבל מתנה על מנת להחזיר רשאי להקדישה ואחר כך להחזירה, ואינו מרחיב.⁴⁸ אך ראשונים אחרים ביקשו להסביר כיצד הדבר אפשרי, בהתחשב באופייה הזמני של המתנה על מנת להחזיר ובחובת השבתה.

הר"י מיגאש קבע שמקבל מתנה על מנת להחזיר יכול להקדישה בהקדש לזמן: ההקדש יתפוס כל עוד המתנה בבעלותו, ועם תום תקופת בעלותו במתנה – תשוב המתנה לבעליה הקודם כשאינה מוקדשת.⁴⁹ הראב"י הבחין בין מתנה על מנת להחזיר לבין מתנת בית חורון על בסיס התלמוד הירושלמי,⁵⁰ שם הוסבר כי מתנת בית חורון ניתנה בהערמה ומקבלה לא נהנה ממנה כלל, בעוד במתנה על מנת להחזיר המקבל נהנה ממנה בפועל (כלומר אין הערמה אלא כוונה אמיתית להיטיב עם המקבל), ונוסף על כך המקבל אחראי כלפי הנותן אם המתנה אבדה טרם השבתה, כיוון

⁴⁶ רשב"ם, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב, ד"ה "ואם לאו לא יצא".

⁴⁷ משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פ"ג ה"י; טור, חושן משפט, רמא, י; שולחן ערוך, חושן משפט, רמא, ז.

⁴⁸ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רב, עמ' קא-קו.

⁴⁹ שו"ת ר"י מיגאש, סימן מב, עמ' מו-מז.

⁵⁰ לשון התלמוד הירושלמי בעניין מתנת בית חורון אכן נוספו שתי מילים שאינן מופיעות בתלמוד הבבלי: "כל מתנה שהיא כמתנת בית-חורון שהיתה בהערמה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה". ראו תלמוד ירושלמי, נדרים, פ"ה ה"ו, כאמור בהערה 30 לעיל.

שהמקבל נהנה ממנה בפועל.⁵¹ הבחנה זו על בסיס הירושלמי מובאת אף בספר העיטור וכן על ידי ר' אהרן הכהן מלוניל.⁵² בספר ההשלמה הוצע כי מקבל מתנה על מנת להחזיר יכול להקדישה כל עוד אינו חייב בהחזרתה, ואם קיימת חובת השבה – יכול לפדותה ולהשיבה; ופתרון זה מצוטט בהסכמה על ידי כמה ראשונים.⁵³ בספר המכתם הובא גם כן פתרון זה, ולצידו פתרון נוסף כי המקבל רשאי להקדיש את המתנה בשווי טובת ההנאה שיש לו בה, וכך מביא גם המאירי בבית הבחירה.⁵⁴ ר' בנימין ב"ר אברהם, אחיו של ר' צדקיה ב"ר אברהם הרופא, הציע כי חובת ההחזרה קמה רק לאחר שמתקיים התנאי, ולפיכך כל עוד לא התקיים התנאי – המתנה היא מוחלטת וניתן להקדישה. לא ברור מה לשיטתו עולה בגורלו של הקדש זה לאחר קיום התנאי.⁵⁵ לבסוף יצוין, כי ריב"ש קבע באחת מתשובותיו כי מקבל מתנה על מנת להחזיר אינו רשאי להקדישה, אך הדבר אינו פוגם בתוקפה כמתנה.⁵⁶

4. שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קיום מצוות מסוימות

מהר"ם מרוטנבורג קבע כי ניתן לברך על טלית שניתנה במתנה על מנת להחזיר, להבדילה מטלית שאולה, אשר למהר"ם היה ספק אם ניתן לברך עליה.⁵⁷ ר' אביגדור כהן צדק קבע כי המקבל מתנה

⁵¹ ספר הראב"ה, חלק ב - הלכות לולב, תרפז. הראב"ה קבע כי במקרה של אובדן, אחראי המקבל לשלם לנותן את דמי המתנה. קביעה זו הייתה שנויה במחלוקת כשהיא לעצמה, וגם הראב"ה עצמו הביע עמדה אחרת במענה לשאלה שנשאל על אודות ההבדל בין מתנה על מנת להחזיר לבין שאילה. ראו להלן, טקסט סמוך להערה 84 ואילך.

⁵² ספר העיטור, אות מ' – מתנה, נו ע"ג; אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, כט.

⁵³ ספר ההשלמה, סוכה, פרק שלישי, כז, עמ' 135-136. ראו, למשל, ספר המאורות, סוכה, מא ע"ב, עמ' קפה-קפו. פתרון זה מובא גם בפירוש רבנו אברהם מן ההר, סוכה, מא ע"ב, עמ' קלא-קלב, בלי להזכיר את ספר ההשלמה. כן ראו דעת ר' אביגדור כהן צדק המובאת לעיל, טקסט סמוך להערה 36 ואילך.

⁵⁴ ספר המכתם, סוכה, מא ע"ב, עמ' קסט; בית הבחירה, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב. ר' אהרן הכהן מלוניל מביא אף הוא פתרון זה ומייחסו לראב"ד; ראו אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, כט.

⁵⁵ ראו שבלי הלקט, סדר חג הסוכות, שסד. עמדתו של ר' בנימין לעניין ההכרה בבעלות זמנית במשפט העברי אינה ברורה. הוא קובע כי לאחר קיום התנאי, קמה חובה על מקבל המתנה להשיבה לנותן, "ואם לא קיים תנאו הרי המתנה חוזרת למפרע". נראה כי הכוונה היא לכך שהמתנה בטלה למפרע מחמת שלא התקיים התנאי בו הותנתה. לא ברור אם חובת ההשבה כרוכה בהענקה חוזרת של המתנה או רק בהשבתה הפיזית לבעליה הראשון בעוד הבעלות המשפטית-פורמלית שבה אליו מאליה עם התקיימות התנאי.

⁵⁶ שו"ת ריב"ש, סימן ב, עמ' א-ב. ראה דיונו בתשובה זו להלן, סמוך להערה 175 ואילך.

⁵⁷ תשב"ץ קטן, רסב, עמ' קלו. עוד נאמר שם, כי דין זה חל אף על תפילין.

על מנת להחזיר רשאי לקדש באמצעותה, לרבות כשקיבל אותה מהאישה המתקדשת לו.⁵⁸ גם הרשב"א קבע כי המקבל מתנה על מנת להחזיר רשאי לקדש באמצעותה.⁵⁹ ר' יצחק ב"ר משה מווינה קבע בספר אור זרוע כי ניתן לחלוץ באמצעות נעל שניתנה במתנה על מנת להחזיר, ובלבד שתחזור לבעליה הראשון.⁶⁰ רבנו ירוחם קבע כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר, ולכן מי שנשבע לתת דבר כלשהו במתנה – יכול לתתו במתנה על מנת להחזיר ובכך לקיים שבועתו.⁶¹ עם זאת, רבנו ירוחם לא היה מוכן ליישם כלל זה גם על מתן צדקה לעניים.⁶² ריב"ש, שלא כרבנו ירוחם, סבור כי לא ניתן לקיים נדר לתת מתנה באמצעות מתנה על מנת להחזיר.⁶³

שאלה נוספת שנדונה אצל כמה ראשונים עניינה השימוש האפשרי במתנה על מנת להחזיר לשם העברת בעלות בחמץ לגוי לקראת חג הפסח. הרמב"ם אומנם אינו מסתייג משימוש במתנה על מנת להחזיר בהקשר של מכירת חמץ,⁶⁴ אולם בהגהות מיימוניות מובא בשם ר' שמואל בן רבנו ברוך כי מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה במכירת חמץ, והועלתה ההשערה כי הדבר נובע "משום חומרא דפסח".⁶⁵ בהסתמך על כך, בספר תרומת הדשן נפסק להלכה כי מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה במכירת חמץ "משום חומרא דחמץ".⁶⁶ כך נפסק להלכה גם בטור ובשולחן

⁵⁸ ראו לעיל, טקסט סמוך להערה 36 ואילך.

⁵⁹ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רב, עמ' קא-קו.

⁶⁰ אור זרוע (ירושלים), חלק א, הלכות חליצה, תרסו, ו, עמ' תקנו. אלא שנראה כי יש להבין דעתו זו דווקא על רקע שיטתו, לפיה אין בעלות לזמן קצוב במשפט העברי, ועל כן המקבל הוא בעלים לכל דבר, והחשבה טעונה הקנייה חוזרת לנותן. ראו להלן, טקסט סמוך להערה 216.

⁶¹ רבנו ירוחם - תולדות אדם וחווה, נתיב יד, חלק ג.

⁶² רבנו ירוחם - תולדות אדם וחווה, נתיב יט, חלק א. השווה עמדת ריב"ש לעניין שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם מתן תרומה; שו"ת ריב"ש, לעיל הערה 56.

⁶³ שו"ת ריב"ש, סימן שמא, עמ' תנ-תנא. ראו דיונו בתשובה זו לעיל, סמוך להערה 42.

⁶⁴ ראו משנה תורה, הלכות חמץ ומצה, פ"ד ה"ו.

⁶⁵ הגהות מיימוניות, הלכות שבת, פ"ו ה"ב. כפי הנראה הכוונה לר' שמואל ב"ר ברוך ממגנצא, המכונה גם ר' שמואל מברנבורק או ר' שמואל מבאבמרג, תלמידו של ר' אליעזר ממיץ ומרבותיו של המהר"ם מרוטנבורג, שר' מאיר הכהן מרוטנבורג בעל הגהות מיימוניות היה תלמידו. ראו טל חיים, שבת, ג, י, עמ' תמא הערה 27; סידור רבנו שלמה, עמ' רצו; אורבך, בעלי התוספות, עמ' 429-432.

⁶⁶ תרומת הדשן, כרך א, סימן קכ. בעל תרומת הדשן קובע כי דין מכירת חמץ שונה לעניין זה מדין גט, בו מועילה מתנה על מנת להחזיר, ודומה לדין קידושי אישה, בה לא מועילה מתנה על מנת להחזיר.

ערוך, אם כי ללא הסבר.⁶⁷ בשל מרכזיותו של שיקול חומרת איסור החמץ, נראה כי לא ניתן לגזור מסקנות כלשהן מעמדת האוסרים לעניין גישתם הכללית למתנה על מנת להחזיר.

5. כוחו של מקבל מתנה על מנת להחזיר לעשות בה עסקאות

עניין אחר שבו דנו כמה ראשוניים הוא שאלת כוחו של מקבל מתנה על מנת להחזיר לתתה במתנה לאחר. ר' שמואל ב"ר משולם ירונדי קבע כי מקבל מתנה על מנת להחזיר "אין לו ליתנה לאחר ואפי' בע"מ להחזיר".⁶⁸ עמדת ר' שמואל לכאורה אינה עולה בקנה אחד עם המעשה ברבן גמליאל וזקנים המובא בגמרא, ככל שיש להבינו ככרוך במתנות על מנת להחזיר; ואכן, ר' אהרן הכהן מלוניל קבע כי: "והמקבל לולבו של חבירו ע"מ להחזיר נראה לומר לפי הגמרא שיכול להקנותו לאחר ואחר לאחר עד כלם על מנת שיחזירוהו האחרון אל הראשון".⁶⁹ עם זאת, אין זה ברור כי קיימת מחלוקת אמיתית בין השניים, שכן גם ר' אהרן הכהן מלוניל מציין מפורשות כי על הנתנה של כולם להיות "על מנת שיחזירוהו האחרון אל הראשון". ייתכן שגם ר' אהרן הכהן מלוניל לא היה מכיר בכוחו של מקבל מתנה על מנת להחזיר לתת אותה במתנה לאחר אם הנתנה לא הייתה מבוצעת באופן שמאפשר בסופו של דבר את השבת המתנה לבעליה הראשון.

ר' אהרן מלוניל מוסיף ומציין מנהג שנפוץ בפרובנס ובאשכנז כי הקהל כולו יוצא באתרוג אחד שנרכש בכספי כולם, אך אינם יוצאים בו כבעלים משותפים, אלא באמצעות שרשרת של נתינות במתכונת של "מתנה על מנת להחזיר".⁷⁰ נראה כי יסודו של מנהג זה בתשובת רב שרירא גאון, אשר מציעה פתרון זה של שרשרת מתנות על מנת להחזיר כפתרון הלכתי למקום שבו קיים לולב אחד בלבד.⁷¹ ראוי לציין כי לצידה קיימת תשובה נוספת מתקופת הגאונים, אשר מתייחסת למתן

⁶⁷ טור, אורח חיים, תמח ושולחן ערוך, אורח חיים, תמח, ג. בטור נקבע כי נדרשת "מתנה גמורה", ואילו בשולחן ערוך נוספה הבהרה מפורשת, כי "מתנה על מנת להחזיר לא מהני".

⁶⁸ אהל מועד, סוכה ולולב, ה, ט.

⁶⁹ אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, כט.

⁷⁰ שם, סימן לא.

⁷¹ ראו לעיל סמוך להערה 20; רבנו ירוחם - תולדות אדם וחוה, נתיב ח, חלק ד. אומנם תשובת רב שרירא גאון מתייחסת מפורשות בראשיתה למתנה על מנת להחזיר, אולם בהמשך היא מתייחסת ל"מתנה" סתם, לרבות בנוסחת הענקת המתנה על ידי בעליה הראשון: "ומלמדי אותו לומר כל מי שיגיע לידו לולבי זה הרי הוא לו במתנה".

לולב ואתרוג במתנה סתם, ולא במתנה על מנת להחזיר.⁷² כפי הנראה, מנהג זה היה נפוץ למדי בקהילות יהודיות רבות במשך ימי הביניים. הרשב"א מזכירו באחת מתשובותיו בעקבות פירוש הר"ף, אך אצל שניהם לא ברור כי מדובר בנתינה באמצעות מתנה על מנת להחזיר.⁷³ לעומת זאת, כאמור לעיל, בתשובה אחרת של הרשב"א נזכר מפורשות מנהג של נתינת לולב במתנה על מנת להחזיר, והרשב"א נותן למנהג תוקף מלא ומכיר במקבל כבעלים לכל דבר.⁷⁴ בעלי התוספות, הראב"ה וכמה מחכמי פרובנס מזכירים אף הם מנהג זה (האחרונים – בעקבות הראב"ד) ומתייחסים למתנה על מנת להחזיר,⁷⁵ והוא נזכר אף על ידי הרא"ש כמנהג אשכנז וצרפת, ומאוחר יותר באוסטריה במאה ה-15.⁷⁶ לא ברור אם במנהג זה האתרוג חזר לבסוף לבעליו הראשון – שהם כלל הקהילה שהשתתפה בעלות רכישתו. מהאופן שבו מתואר המנהג על ידי ר' אהרן הכהן מלוניל, משתמע כי בפרובנס הוא אכן היה כרוך בהשבת המתנה לבעליה הראשון.⁷⁷ זאת ועוד: נראה כי הן עמדת בעלי התוספות והן עמדת חכמי פרובנס הייתה כי אף במקום שבו האתרוג ניתן במתנה סתם, חזקה על הנותן כי התכוון ליתנו במתנה על מנת להחזיר, שהרי הוא זקוק לאתרוג גם בימי החג הנוספים. על כן, אם המקבל לא השיב את האתרוג לבעליו – המקבל לא יצא ידי חובה.⁷⁸ עם זאת, אין זה ברור אם הייתה קיימת חובה משפטית להשיב את האתרוג לבעליו

⁷² תשובות הגאונים החדשות, סימן קס, עמ' 233.

⁷³ ר"ף, תלמוד בבלי, סוכה, כ ע"א, אשר אינו מתייחס למנהג אלא לעיקרון ההלכתי שביסודו; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן סב, עמ' לה, אשר משיב לשאלה המתייחסת למנהג זה.

⁷⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן רב, עמ' קא-קו.

⁷⁵ ראו תוספות, תלמוד בבלי, סוכה, כז ע"ב, ד"ה "כל האזרח בישראל ישבו בסוכות"; רשב"ם, תלמוד בבלי, קלז ע"ב, "ואם לאו לא יצא", המתייחס ל"מנהג שלנו"; ספר הראב"ה, חלק ב - הלכות לולב, סימן תרנד. מנהג דומה מוזכר במחזור ויטרי (נתינה סתם); אף שלפי ההקשר ייתכן שהכוונה היא לנתינה במתנה על מנת להחזיר) ובספר המנהגים (חילדיק) (נתינה במתנה על מנת להחזיר), אשר מעלים אף את האפשרות של הפקר (סתם) וזכייה של המקבל מן ההפקר; ראו מחזור ויטרי, כרך ג, הלכות ארבעת המינים, סימן לח, עמ' תתכו; ספר המנהגים (חילדיק), מנהגי חג הסוכות. בפרובנס ראו, למשל, ספר המאורות, סוכה, מא ע"ב, עמ' קפה-קפו וספר המכתם, סוכה, מא ע"ב, עמ' קסט.

⁷⁶ ראו רא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, ג; ספר המנהגים (טירנא), דיני לולב וסוכה: "ומתנה ע"מ להחזיר מהני בלולב. וכל הקהל יצאו כשקנו בשותפות או מן הצדקה דהוי כאלו התנו מתנה על מנת [להחזיר]".

⁷⁷ אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, כט: "והמקבל לולבו של חבירו ע"מ להחזיר נראה לומר לפי הגמרא שיכול להקנותו לאחר ואחר לאחר עד כלם על מנת שיחזירוהו האחרון אל הראשון".

⁷⁸ ראו תוספות, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב, ד"ה "אלא א"כ נתן לו במתנה"; ספר העיטור, עשרת הדיברות - הלכות לולב, צב, א; רבנו ירוחם - תולדות אדם וחווה, נתיב ח, חלק ד, המצטט בהסכמה את דברי בעל ספר

ר' אשר ב"ר חיים נביו הביא בהסכמה את עמדת רבו כי המקבל לולב במתנה על מנת להחזיר רשאי לתת לאחר במתנה על מנת להחזיר, אך בשני תנאים: האחד, "ובלבד שיחזירהו לו האחרון"; והאחר, "דוקא כשהיו באותו מעמד כולן ונראה שכולן רוצין לצאת בו כמעשה דרבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה וכו', אבל אם נתן לו ואחר כך בא האחר לצאת בו אינו רשאי. אלא לולב ישיב לבעליו והוא יתנהו לאשר ירצה".⁷⁹ זו מעין עמדת בניינים בין העמדות השונות שהובאו בעניין זה כאמור לעיל. המאירי מביא בשם "יש אומרים" דעה דומה שלפיה רשאי המקבל לתת את הלולב במתנות נוספות על מנת להחזיר, אך רק ברשותו של בעליו הראשון.⁸⁰ הרא"ש קובע מפורשות כי על המתנה להינתן בתנאי שתושב לבעליה הראשון, וכי כך הייתה מהות המתנה כבר אצל רבן גמליאל והזקנים שעומו בספינה.⁸¹

שאלה קרובה, שגם בה נשמעו דעות שונות בקרב הראשונים, הינה שאלת כוחו של מקבל "מתנה על מנת להחזיר" לשעבדה. הריטב"א מביא דעות, לרבות בשם רבו כי מקבל מתנה על מנת להחזיר רשאי לשעבדה, שכן היא מתנה גמורה בידיו, והשעבוד נותר בתוקף אף לאחר שהושבה המתנה לבעליה הראשון. הריטב"א עצמו דוחה דעה זו. לשיטתו, שעבוד מתנה על מנת להחזיר על ידי המקבל אינו אפשרי, שכן השעבוד אינו מאפשר למקבל המתנה להשיב לנותן את המתנה כנכס המועיל למקבלו, כדרישת הגמרא.⁸²

העיטור; שבלי הלקט, סדר חג הסוכות, שסד; ורא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, ג, ל, בשם בעל ספר העיטור. בעל ספר העיטור ובעל ספר שבלי הלקט מדייקים הלכה זו מלשון התלמוד בבלי והתלמוד הירושלמי בעניין זה. תשומת הלב גם ללשון תשובת רב שרירא גאון, לעיל הערה 20, בה נוסחת מתן המתנה מתייחסת למתנה סתם, אולם מתשובת רב שרירא גאון ברור כי היא נחשבת כמתנה על מנת להחזיר. עוד תשומת הלב, כי הרשב"א הביע עמדה דומה – אך הבהיר כי הוא מביע אותה להלכה אך לא למעשה; ראו שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן סב, עמ' לה. נראה כי חכמי צרפת ופרובנס, ובעקבותיהם הרא"ש, היו מוכנים להרחיק לכת בעניין זה יותר מהרשב"א.

⁷⁹ ספר הפרדס (נביו), שער המעשה.

⁸⁰ בית הבחירה, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב.

⁸¹ רא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"ב.

⁸² חידושי הריטב"א, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב, בהסתמך על דיון הגמרא שם. לדעת הריטב"א, גם האפשרות לשלם לבעל השעבוד כסף ולהיותו עם הנכס אינה מרפאת פגם זה, שכן מעצם דרישת בעל השעבוד לממש את השעבוד ולהפקיע את הנכס, מתברר שמקבל המתנה על מנת להחזיר לא השיב לנותן "מידי דחוי ליה", כדרישת הגמרא שם.

לדיון זה יש להוסיף גם את דעת ר' אביגדור כהן צדק כי המקבל מתנה על מנת להחזיר רשאי להשאילה לאחר.⁸³

6. אחריות מקבל מתנה על מנת להחזיר כלפי הנותן

מחלוקת נוספת שהתגלעה בקרב הראשונים נוגעת לאחריותו של מקבל מתנה על מנת להחזיר כלפי הנותן אם נגנבה או אבדה טרם השבתה לנותן. הראב"ה⁸⁴ הציג בעניין זה שתי דעות הפוכות לכאורה. מחד גיסא, בבואו לאבחן בין מתנה על מנת להחזיר לבין מתנת בית חורון, הסביר בין היתר כי המקבל מתנה על מנת להחזיר אחראי כלפי הנותן אם המתנה אבדה טרם השבתה, כיוון שהמקבל נהנה מן המתנה.⁸⁴ מאידך גיסא, כשנשאל על ההבדל בין מתנה על מנת להחזיר לבין שאילה, השיב כי על מתנה על מנת להחזיר חל כלל כי "אם מת או נאבד או נגנב ולא החזירו פטור, כדפירש רבינו שמואל בפרק יש נוכלין (קלוז סע"ב) גבי שור זה נתון לך במתנה וכו'. מה שאין כן בשאול. וכן שמעתי מאבא מרי בשם רבינו משה ב"ר יואל".⁸⁵

ר' אהרן הכהן מלוניל הביא דעות הקובעות כי אם המתנה אבדה או נשרפה, ניתן לקיים את חובת השבתה על ידי תשלום דמיה לנותן. לצידן הביא, מבלי להכריע, דעה חולקת בהקשר הספציפי של ארבעת המינים. לפי דעה זו, ככלל אכן די בהשבת דמי המתנה, אך במקרה של ארבעת המינים שנדרשים לבעליהם לשם קיום מצווה, חזקה על הנותן שלא יהיה מוכן להסתפק בהשבת דמיהם.⁸⁶ זו הייתה אף דעתו של בעל ספר העיטור.⁸⁷ משתי הדעות החלוקות גם יחד ברור כי קיימת חובת השבה של מתנה על מנת להחזיר אם אבדה או נשרפה, והמחלוקת היא רק לגבי טכניקת ההשבה.

⁸³ ראו לעיל, טקסט סמוך להערה 36 ואילך.

⁸⁴ ספר הראב"ה, חלק ב - הלכות לולב, תרפז.

⁸⁵ ספר הראב"ה, תשובות וביאורי סוגיות, תתקעה. הכוונה היא לר' משה ב"ר יואל מרינגשבורג, תלמידו של הריב"א משפירא ואחד ממוריו של ר' יואל ב"ר יצחק הלוי, אביו של הראב"ה; ראו אורבך, בעלי התוספות, כרך א, עמ' 207-208, 210. תשומת הלב לעמדת ר' שמחה בן שמואל משפירא, לעיל הערה 37, הנותנת אף היא תוקף מלא למתנה על מנת להחזיר. ייתכן כי זו הייתה עמדתם של חכמי שפירא.

⁸⁶ אורחות חיים, חלק א, הלכות לולב, כט. ראו גם ספר כלבו, עב.

⁸⁷ ספר העיטור, עשרת הדיברות - הלכות לולב, צב, ב; ראו גם ביקורתו של הרא"ש על הנמקת "בעל העיטור": רא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, ג, ל.

ר' אביגדור כהן צדק קבע כי כיוון שמתנה על מנת להחזיר הינה מתנה לכל דבר, המקבל אינו חייב באונסין.⁸⁸ הרא"ש הביא אף הוא דעה הקובעת כך.⁸⁹ עוד הביא הרא"ש, כאמור לעיל, את דעת ר' ישעיה כי המקבל מתנה על מנת להחזיר אינו חייב באונסין. בהמשך מובהר כי אותו כלל חל אף על אחריות לגנבה או לאבדה. לא ברור מה פסק הרא"ש להלכה בעניין זה. בשולחן ערוך נפסק כי "נתן שור לחבירו על מנת להחזירו בתוך ל' יום, ומת בתוך הזמן, פטור מלשלם".⁹⁰

7. פדיון הבכור באמצעות מתנה על מנת להחזיר

מחלוקת ראשונים נוספת עניינה היכולת לפדות את הבכור באמצעות מתנה על מנת להחזיר. לכאורה הדבר פשוט, שהרי זה מקרה שזכר מפורשות על ידי רבא בתלמוד הבבלי;⁹¹ אך למעשה נחלקו בו הראשונים.

הר"י מיגאש קבע באחת מתשובותיו כי כאשר ישראל נותן חמישה סלעים כתרומה לכוהן על מנת שיחזירם, "ונפטר ההוא ישראל מדמי תרומה ומחמשה סלעים", כופים את הכוהן להחזירם.⁹² הרמב"ם קבע כי ככלל יש ליתן מתנה גמורה בפדיון הבן, אך ניתן להתנות מפורשות כי הנתנה תהא על מנת להחזיר, והדבר מועיל לפדיון הבן.⁹³ כך קבע גם רבנו ירוחם, וכך נקבע גם בספר הנייר.⁹⁴

דעתו של מהר"ם מרוטנבורג אינה ברורה. בדרשות מהר"ח אור זרוע מובא המנהג הזה, מפי המהר"ם מרוטנבורג: "וכן ראיתי באושטרייך שהכהן אינו מחזיר שום דבר ומתנה ע"מ להחזיר בזה לא שמה מתנה. מהר"ם".⁹⁵ אלא שבתשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו מובאת עמדה אחרת

⁸⁸ ראו לעיל, טקסט סמוך להערה 36 ואילך.

⁸⁹ רא"ש, תלמוד בבלי, סוכה, ג, ל.

⁹⁰ טור, חושן משפט, הלכות מתנה, רמא, ח.

⁹¹ תלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב; ראו דיונו לעיל בפרק השלישי, סמוך להערה 252, וההערה עצמה.

⁹² שו"ת ר"י מיגאש, סימן מב, עמי' מו-מז.

⁹³ משנה תורה, הלכות ביכורים עם שאר מתנות כהונה שבגבולין, פי"א ה"ח.

⁹⁴ רבנו ירוחם - תולדות אדם וחווה, נתיב א, חלק ג; ספר הנייר, לט. ספר הנייר נכתב על ידי אחד מגדולי צרפת,

שזהותו אינה ידועה, בסוף המאה ה-13; לספר עצמו ולמקורותיו ההלכתיים ראו במבוא לספר הנייר, עמי

13-32.

⁹⁵ דרשות מהר"ח אור זרוע, סימן כח.

ואם פדה את בנו או הבן פדה את עצמו במתני' שהתנו בה ע"מ להחזיר, בנו פדוי, אבל אסור לעשות כן, דנר' ככהן המסייע בבית הגר(ו)נות כדאמ' בפ"ק דקידושי' [ו ע"ב].⁹⁷ אלי[א] יש להם לגמור בלבם לשם מתנה גמור', ולא יתנו (שיחזור) [שיחזיר] להם הכהן מה שירצה יעשה.

לעומת הספק בעמדת מהר"ם מרוטנבורג, נראה כי עמדת בעלי התוספות הייתה כי אין לפדות את הבן במתנה על מנת להחזיר.⁹⁸ כך נקבע גם באגרת התשובה לרבנו יונה.⁹⁹ עם זאת, המרדכי מפרש את עמדת בעלי התוספות כקובעת כי אין מניעה משפטית-פורמלית לפדות את הבן במתנה על מנת להחזיר, אולם אסור לעשות כן כיוון שבכך עובר הכוהן על האיסור לשדל קבלת תרומות ומעשרות.¹⁰⁰ נראה כי כך גם דעת מהרי"ל, הרמב"ן והרשב"ש, שאף קבע מפורשות כי אומנם אסור לכוהן לקבל מתנה על מנת להחזיר לפדיון הבן, אך אם קיבלה – הבן פדוי.¹⁰¹ נראה כי עמדה זו אומצה אף בטור ובשולחן ערוך.¹⁰² מחלוקת זאת בפדיון הבן מעניינת לא רק כשהיא לעצמה

⁹⁶ תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן רמט, עמ' 558-559.

⁹⁷ זהו נימוקו של רבא בתלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב לכך שאין לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם מתן תרומה: "הילך מנה על מנת שתחזירהו לי... בתרומה - יצא ידי נתינה, ואסור לעשות כן, מפני שנראה ככהן המסייע בבית הגרנות". רש"י מסביר על אתר את פשר הנימוק כך: "לפי שבשכר זה יתן לו שאר תרומותיו והוי האי כהן כקונה תרומה בשכרו ומסייע בבית הגרנות שיתנו לו התרומה ותנן בבכורות (דף כו:) כהנים המסייעים בבית הגרנות אין נותנין להם תרומה ומעשרות בשכרן ואם עשו כן חללו ועליהם הכתוב אומר (מלאכי ב) שחתם ברית הלוי".

⁹⁸ תוספות, תלמוד בבלי, בכורות, נא ע"ב, ד"ה "הלכך אין בנו פדוי". ראו גם תוספות שאנץ, תלמוד בבלי, בכורות, נא ע"ב, ד"ה "הלכך אין בנך פדוי", עמ' 89-90; תוספות רבינו שמואל ב"ר יצחק, תלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב, ד"ה "בכולהו קני", עמ' מב.

⁹⁹ אגרת התשובה, סעיף סח, עמ' נד.

¹⁰⁰ ספר המרדכי, תלמוד בבלי, קידושין, ו ע"ב: "וי"ח דלר' חנינא אי הוה יהיב ליה ע"מ להחזיר לה הוה שקיל הלכך אין בנו פדוי אבל אם הכהן מקבלו ע"מ להחזיר בנו פדוי ומיהו אסור לעשות כן משום דנראה ככהן המסייע בבית הגרנות. תוספות". הדבר דומה לעמדה שבתשובת מהר"ם מרוטנבורג שבהערה 96 לעיל.

¹⁰¹ שו"ת מהרי"ל, סימן קעד, עמ' רפח-רצב; חידושי הרמב"ן, הלכות בכורות, פרק ח; שו"ת הרשב"ש, סימן קלו, עמ' קג-קו. עוד ראו לעניין הדעות השונות בעניין זה אנציקלופדיה תלמודית, כרך כז, כהן המסייע בבית הגרנות, וראו בין היתר הערות 59 ו-60 שם.

¹⁰² ראו טור, יורה דעה, שה; שולחן ערוך, יורה דעה, שה, ח.

אלא גם על רקע מתנות כהונה אחרות, שבהן כפי הנראה העמדה הברורה הייתה כי מבחינה משפטית-פורמלית ניתן לצאת ידי חובה במתנה על מנת להחזיר, אולם אסור לעשות כן.¹⁰³

2. שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים

כפי שכבר ראינו בדיונו בתקופת חז"ל לעיל,¹⁰⁴ הטכניקה של הברחת נכסים באמצעות נתינתם לצד שלישי עתיקת יומין והתייחסות אליה, מופיעה כבר בתלמודים בהקשר של שטר מברחת ושל שטר פסים ושטר אמנה. שטר המברחת שימש אישה להברחת נכסים מבעלה לעתיד טרם החתונה, ואילו שטר הפסים או שטר האמנה שימשו, לפי אחת הסברות, להברחת נכסים מנושים.¹⁰⁵

א. גאוניס

הגאוניס תיקנו שבועה לחייב, שבה נשבע בין היתר שלא נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר.¹⁰⁶ הדבר מעיד לכל הפחות על מודעות של הגאוניס לאפשרות הקיימת לחייבים לנסות להשתמש במתנה בכלל, ובמתנה על מנת להחזיר בפרט, לשם הברחת נכסים מנושים.

בספר העדות והשטרות לרס"ג נזכרים הן שטר אמנה והן שטר פיסוס, שהוא כפי הנראה שטר פיסטיס.¹⁰⁷ נוסחת שטר הפיסוס לא השתמרה, ולא ניתן לעמוד על טיבו ועל תכליתו. נוסח שטר האמנה השתמר באופן חלקי, ולדעת ברששון זהו שטר חוב לצורכי הערמה שתכליתו ליצור מצג כי המלווה הינו בעל נכסים.¹⁰⁸

¹⁰³ ראו אנציקלופדיה תלמודית, כרך כז, כהן המסיע בבית הגרנות.

¹⁰⁴ ראו פרק שני לעיל, סמוך להערה 23 ואילך.

¹⁰⁵ ראו שם.

¹⁰⁶ בספרות הגאוניס עצמה מוזכר קיומה של השבועה אך לא נוסחה. ראו תשובות הגאוניס - שערי צדק, חלק ד, שער ה, סימן לב, דף לו ע"א; משפטי שבועות, חלק ב, שער י, עמ' קכט ואילך; תשובות הגאוניס - הרכבי, סימן קפב, עמ' 83-84. אצל כמה ראשונים מוזכרת שבועה זו כ"תקנת הגאוניס" ומובא גם נוסחה, הכוללת התייחסות מפורשת למתנה על מנת להחזיר; ראו, למשל, משנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פ"ב ה"ב, והמקורות הנוספים המובאים בהערה 115 להלן. לדיון במקורות מתקופת הגאוניס, בהתייחסות אליהם בתקופת הראשונים ובמחלוקת הקיימת במחקר אם מדובר במנהג בתי הדין בתקופת הגאוניס או בתקנת הגאוניס, ראו ברודי, הגאוניס, עמ' 284-286. כן ראו אלון, המשפט העברי, כרך א, עמ' 536-537.

¹⁰⁷ ריבלין, הברצלוני, עמ' 147 הערה 1.

¹⁰⁸ ברששון, רס"ג, עמ' 275 והערה 8 שם.

גם בתשובות הגאונים קיימים אזכורים לשר האמנה ולשר הפסים. מתשובה אחת משתמע כי שטר הפסים ושר האמנה – חד הם, ובמהותם הם מתנה שניתנת על דרך הערמה על מנת להבריח נכסים. לשיטת הגאון, אלו שטרות שאינם ניתנים להיכתב כלל, ועל כן הם מחוסרי תוקף ואינם מועילים להוציא את הנכסים מבעלותו של המבריה.¹⁰⁹

בתשובה אחרת נזכר שטר הפסים לבדו ונראה שיש בתשובה כדי להקנות לו משמעות אחרת.¹¹⁰ השאלה נשלחה מפוסטטאט שבמצרים בשנת שג לשטרות, כלומר 991 או 992 למניינם – התקופה שבה שימש רב שרירא כגאון פומבדיתא. ראובן הציג בפני בית הדין המקומי שטר שירש מיעקב אביו, המראה כי יעקב אביו רכש שישית מהחצר והבתים שהיו לשמעון במקום מסוים. ראובן טען כי שמעון נישל את יעקב (אבי ראובן) מחלקו ברכוש זה. תשובתו של שמעון לבית הדין הייתה כי השטר שהציג ראובן לבית הדין אינו שטר מכר גמור אלא שטר פסים. מדבריו של שמעון המצוטטים בתשובה זו ניכרים כמה מאפיינים של שטר הפסים שנערך בינו לבין יעקב. שטר הפסים ערוך כשטר מכר אך אינו "מכר גמור". כלומר הוא נועד לשרת מטרה אחרת. הממכר אומנם הועבר לחזקתו של הרוכש, אך בין הצדדים היה תנאי, שלא בא לידי ביטוי בגוף השטר, לפיו ימתין הרוכש שנה בטרם יוכל לנהוג בו מנהג בעלים מלא לכל דבר. הרוכש אכן המתין מעט יותר משנה, ולאחר מכן מכר את הנכס לצד שלישי. המוכר שב ורכש את הנכס מצד שלישי זה. לא ברור מי נהנה מפירות הנכס בתקופת הביניים המוסכמת של שנה אחת.

אף כי מהותה של העסקה שביסוד שטר הפסים לא הובהרה די הצורך, נראה כי אין מדובר בעסקה לצורכי הערמה, ומסתבר כי מדובר בעסקת הלוואה למשך שנה, אשר ייתכן שנערכה בדרך של מכר ומכר חוזר, אלא שעסקת המכר החוזר לא נערכה בדרך מחייבת מבחינה משפטית אלא נותרה כהבנה לבר משפטית בין הצדדים, אם כי כזו המוכרת וידועה לעדים, ובהם גם עדי השטר. מכל מקום, העסקה שנערכה באמצעות שטר פסים לא זכתה לגינוי כלשהו מצד בית הדין בפוסטטאט או מצד הגאון המשיב.

¹⁰⁹ תשובות הגאונים - הרכבי, סימן קלו. ראו גם שם, סימן קמט לעניין ההבדל בין שטר אמנה לשטר מודעא. כן ראו שו"ת הרי"ף, סימן רלו, עמ' קמד, שם קובע הרי"ף כי אין דין מברחת באיש להבדיל מאישה, ועל כן אם נתן איש כל נכסיו במתנה – המתנה קיימת ואין דנים בו דין מברחת; ואותה שאלה ותשובה בספר פאר הדור, סימן קעט, עמ' לח.

¹¹⁰ תשובות הגאונים - מזרח ומערב, סימן קעב, עמ' מב-מד.

על אף מיעוט המקורות מתקופת הגאונים, התמונה המצטיירת מהם היא כי הגאונים הבחינו בין שני סוגי עסקאות שמטרתן להבריח נכסים מנושים. סוג אחד הוא מתנה על מנת להחזיר. מהשבועה שתוקנה בתקופת הגאונים המוטלת על החייב, שבה הוא נדרש להישבע בין היתר שלא עשה שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסיו, עשוי להשתמע גינוי לשימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים. עם זאת, לא מצאנו בספרות הגאונים הסתייגות מתוקפה המשפטי של מתנה על מנת להחזיר או גינוי מפורש לשימוש בה לשם הברחת נכסים מנושים. סוג שני של עסקאות הברחה הוא שטר פסים או שטר אמנה. משיב אחד בתקופת הגאונים קבע כי הם מחוסרי תוקף משפטי, ולא חידד את ההבדל בינם לבין מתנה על מנת להחזיר.

ב. ראשונים

בספרות השו"ת מתקופת הראשונים קיימת התייחסות לשימוש במתנה, ולעיתים אף במכר, בכמה הקשרים שונים של הברחת נכסים, כגון הברחת נכסים לשם התחמקות מדינא דבר מצרא; הברחת נכסים מנושים, לרבות אישה, שהנכסים שימשו כבטוחה למזונותיה וכן לכתובתה אחרי מות הבעל;¹¹¹ והברחת נכסים משלטונות הגויים, בין לשם התחמקות מתשלום מיסים ובין לשם התחמקות מתפיסת הנכסים על ידי הגויים בהקשרים אחרים.¹¹² להלן נבקש לבחון איזה תפקיד מילאו מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית במסגרת זאת, והאם המשיבים התייחסו אליהן בצורה

¹¹¹ תופעת הברחת הנכסים מנושים הייתה כפי הנראה נפוצה למדי, כפי שמעיד הריבוי היחסי של אזכוריה בתשובות התקופה. ראו לעניין זה גם דברי הרא"ש בפתח תשובתו בשו"ת הרא"ש, כלל ע"ח סימן ג, ע"מ שכו-שכט, ובסוף תשובתו זו. מדבריו עולה, כי מדובר במנהג נפוץ וכי צורך השעה הוא להתמודד עימו, לא רק על ידי ביטול שטר הברחה אלא גם על ידי איסור על הסופרים ועל העדים להיות שותפים לעריכתו. תופעת הברחת הנכסים על ידי בעלים מנשותיהם הייתה כפי הנראה נפוצה עד כדי כך שבשתי תשובות שונות נזכרת התחייבות שנטלו על עצמם בעלים להימנע מהברחת נכסים מנשותיהם. בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס ברלין, סימן נב (כ), ע"מ תקעא-תקעג, נזכר כתב התחייבות של בעל לא להבריח נכסים מאשתו. בשו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קצ, ע"מ ש-שג, נכללה ההתחייבות בכתובה. גם מהשאלה שהובאה בפני הרשב"א, שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצט, ע"מ קלקלא, עולה, כי תופעת הברחת הנכסים על ידי בעלים מנשותיהם הייתה נפוצה. לעומת זאת, משו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקנז, ע"מ תלב, נראה כי הרשב"א הכיר מנהג, הפוך במגמתו, של גברים לרשום נכסים על שם נשותיהם לשם הברחתם מנושים.

¹¹² היו שניסו להבריח נכסים מפני הגויים על ידי החבאתם אצל אחרים מבלי להעביר את הבעלות בהם. ראו, למשל, שו"ת הרשב"ש, סימן קל, ע"מ ק-קא.

שונה מאשר למתנות בלתי מותנות ובלתי מוגבלות בזמן.

1. עדויות לשימוש במתנה לזמן קצוב ובמתנה מותנית לשם הברחת

נכסים מנושים

ראיה חשובה לתפקיד שמילאה מתנה לזמן קצוב כאמצעי להברחת נכסים מנושים בראשית תקופת הראשונים מופיעה בספר השטרות לרבנו יהודה ב"ר ברזילי הברצלוני, תחת הכותרת "שטר פסים". הברצלוני אינו מבחין בהסבריו בין שטר אמנה לשטר פסים, אלא מציג את שניהם כשטרות שמטרתם להבריח נכסים מנושים על ידי נתינתם לצד שלישי במתנת בריא לזמן קצוב.¹¹³ בהמשך דבריו מובא נוסח שטר פסים, שאכן במהותו הינו שטר מתנת בריא לזמן קצוב, ואין בנוסח השטר דבר המעיד על תכליתו. רק מהסבריו של הברצלוני אנו למדים כי מטרתו הייתה להבריח נכסים. ראוי לציין כי מהסבריו של הברצלוני לא נשמע פקפוק באשר לתוקפו המשפטי של שטר הפסים. כן לא נשמע בהם כל גינוי מוסרי לשימוש בשטר זה. עוד ראוי לציין כי הברצלוני שמר בספרו כותרת אף לשטר אמנה, אך נוסחת השטר עצמה אינה נמצאת בו, ולא ברור אם הושמטה על ידי הברצלוני עצמו או על ידי הבאים אחריו.¹¹⁴ על אף זאת, כפי שיבואר להלן, לא עלה בידינו לאתר ולו תשובה אחת מתקופת הראשונים שבה נזכר הלכה למעשה שימוש בשטר מתנה לזמן קצוב כאמצעי להברחת נכסים.

¹¹³ ריבלין, הברצלוני, עמ' 147. ראו גם בן-ששון, רס"ג, עמ' 275 הערה 8. פרופ' ריבלין הפנה את תשומת ליבי לכך, כי על אף שיתוף המינוח, שטר הפסים של הברצלוני הוא שטר תקף מבחינה משפטית, ועל כן בהכרח אינו שטר הפסים של התלמוד הבבלי, שהוא מחוסר תוקף ולא ניתן לגבות מכוחו. אזכורים נוספים לשטר האמנה ולשטר הפסים בתקופת הראשונים מופיעים אצל הרמב"ם והראב"ד, אך לפי שיטותיהם, שטרות אלה אינם כרוכים בעסקאות בעלות לזמן. ראו שו"ת הראב"ד, סימן טז, עמ' סא-סב; שו"ת הרמב"ם, סימן טז, עמ' 24-27 (השאלה נשלחה לר' יצחק ב"ר ששון הדיין, והרמב"ם ענה עליה בהיעדרו. למעמדו ולשנות פעילותו של ר' יצחק ב"ר ששון הדיין ראו גויטיין, חברה ים תיכונית, עמ' 514 הערה 25; פרידמן, הרמב"ם, עמ' 163, 171). כפי שנראה להלן, הרשב"א קבע בכמה מתשובותיו, כי כאשר אדם נותן נכסיו במתנה לאחר תוך כדי שהוא מבהיר שאין כוונתו לתת אותם במתנה אלא להבריח נכסיו מנושיו, מדובר בשטר אמנה או שטר פסים והם בטלים. ראו שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכה, עמ' קנ-קנב וסימן שיב, עמ' ריח, ושו"ת הרשב"א החדשות, סימן רפד, עמ' קפה. השו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן כו, עמ' כו. לא ברור כיצד מתיישבת עמדתו זו של הרשב"א עם עמדתו של ר' יהודה הברצלוני בספר השטרות.

¹¹⁴ ראו בן-ששון, רס"ג, עמ' 275 הערה 8; ריבלין, הברצלוני, עמ' 147 הערה 4.

עוד נראה מספרות השו"ת כי גם השימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים לא היה נפוץ בתקופת הראשונים. השבועה שנקבעה כבר בתקופת הגאונים, שלפיה החייב לא נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר, אומנם נזכרת פעמים מספר במקורות מתקופת הראשונים, מספרד ומפרובנס (אך לא מאשכנז).¹¹⁵ עם זאת, לפי בדיקתנו, מבנה משפטי זה אינו זוכה לאזכורים משמעותיים בספרות השו"ת. ראוייה לציון לעניין זה תשובת הרמב"ן לר' שמואל הסרדי בעל ספר התרומות,¹¹⁶ שבה נזכר שימוש שעשה לווה בפועל במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושיו. במתנה לא נקבע זמן ההחזרה, והרמב"ן נשאל אם חובת השבועה חלה עליה. הרמב"ן השיב כי מובן מאליו שהשבועה חלה גם במקרה זה. הוא מוסיף ומבהיר כי אף לעניין הדין, מתנה על מנת להחזיר היא ככל מתנה המותנית בתנאי, ועל כן היא קיימת ותקפה מעת נתינתה, ובלבד שיתקיים התנאי. הרמב"ן אף קובע כי אם נפטר הנותן, "מחזירה מקבל ליורשיו ומתנתו קיימת ומה שאכל אכל". הרמב"ן נותן אפוא תוקף מלא להברחת נכסים מנושים באמצעות מתנה על מנת להחזיר. כפי שנראה להלן, בתשובות של כמה ראשונים אחרים נדונה האפשרות לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים, במיוחד לעניין הברחת נכסים מגויים או משלטונות הגויים, אך לא מצאנו שבמקרים אלה נעשה שימוש בפועל במתנה על מנת להחזיר לתכלית זו.

¹¹⁵ לאזכור השבועה שנשבע הלווה לפי "תקנת הגאונים" ראו משנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פ"ב ה"ב; ספר התרומות, שער ב חלק א אות ו, עמדת הרי"ף; ספר העיטור, אות ע - עיסקא וחוב, דף טו טור ב; שו"ת הרמב"ן, סימן יג, עמ' 15-16; שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכה, עמ' קנ-קנב; שו"ת ריב"ש, סימן רסד, עמ' שלד-שלה; וראו אלון, כבוד האדם, עמ' 118-127; ברודי, הגאונים, עמ' 284-286.

¹¹⁶ לתשובה ראו שו"ת הרמב"ן, סימן יג, עמ' 69. זהות השואל מוזכרת בשו"ת הרמב"ן, סימן י; ראו דברי העורך אסף בשו"ת הרמב"ן, עמ' 53. לעמדת הרמב"ן ראו גם חידושי הרמב"ן, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלג ע"ב וקלד ע"א. ראו גם ספר התרומות, שער ב, חלק ב, אות א, אשר כפי שמציין אסף, שו"ת הרמב"ן, עמ' 69 הערה 1, מתייחס לעמדת הרמב"ן באשר למתנה על מנת להחזיר אך אינו מזכיר תשובתו זו של הרמב"ן. ראוי לציון כי אף שעל רבותיו של הרמב"ן נמנו ר' יהודה בן יקר ור' נתן בן ר' מאיר, שניהם תלמידי הריצב"א, בעניין זה לא פסק הרמב"ן לפי דרכו של הריצב"א. לתשובת הריצב"א בעניין זה ראו להלן, טקסט ליד הערה 123 ואילך; להיותו של הרמב"ן תלמיד של תלמידי הריצב"א ראו חידושי הרמב"ן, תלמוד בבלי, מכות, ב ע"א, ד"ה "כיצד העדים נעשין זוממין וכו' שהוא בן גרושה וכן חלוצה", תלמוד בבלי, פסחים, קיח ע"א ותלמוד בבלי, שבועות, לו ע"א, ד"ה "לא אם אמרת בשבועת הפקדון"; כן ראו יהלום, ר' יהודה בר יקר, עמ' 82-83, 90.

גמורה"

ייתכן כי היעדרן הבולט של המתנה לזמן קצוב ושל המתנה המותנית כאמצעי להברחת נכסים מנושים מספרות השו"ת בתקופת הראשונים, נובע מהעמדה ההלכתית של רבנו תם בעניין זה. כפי שנראה להלן, רבנו תם הכיר בתוקפה של מתנה לשם הברחת נכסים מנושים, אך הציב דרישה שהמתנה תהיה "מתנה גמורה". נראה כי עמדה זו של רבנו תם השפיעה באופן משמעותי על עמדות רוב המשיבים המאוחרים לו בתקופת הראשונים.

בפני רבנו תם הוצגו מקרים של מבריה נכסיו מנושה ושל מבריה נכסיו מחמת כתובת אשתו.¹¹⁷ בשני המקרים בוצעה ההברחה באמצעות שטר מתנה, ובשני המקרים העניק רבנו תם תוקף מלא לשטרי ההברחה. רבנו תם הבחין לעניין זה בין שטר המברחת הנזכר בתלמוד הבבלי¹¹⁸ לבין שטרי ההברחה שנזכרו במקרים שנדונו על ידו. לדעתו של רבנו תם, במקרה של שטר מברחת המופיע בתלמוד הבבלי, ברור כי כוונת האישה לא הייתה להקנות את הנכסים למקבל המתנה אלא להבריה את הנכסים מבעלה ולשמור אותם לעצמה, שכן קיימת למברחת האפשרות המשפטית להימנע מלתת את הנכסים לאחר במתנה מוחלטת ובכל זאת לשמר את בעלותה בנכסים. אפשרות זאת נובעת מכך שהברחת הנכסים בשטר המברחת נעשית עוד קודם הנישואים. לאור העובדה שבעלה של המברחת בוחר להינשא לה אף שהינו סבור שנכסים אלו אינם בבעלותה, היא רשאית לשוב ולרכוש בעלות בנכסים בלי שבעלה יקנה בהם זכויות עקב הנישואים. לעומת זאת, במקרים של מבריהי הנכסים שבאו לפני רבנו תם, האפשרות המשפטית להבריה את הנכסים ובו זמנית לשמור על הבעלות בהם, אינה קיימת. המבריהים שעניינם בא בפני רבנו תם אינם יכולים גם להעביר בעלות בנכסים באופן זמני מתוך כוונה לשוב ולרכוש בהם בעלות בעתיד וגם למלט את הנכסים מפני הנושים. המבריהים חייבים להתנתק באופן מוחלט מבעלותם בנכסים, ועליהם לבחור את זהות מקבל הנכסים: או שייתנו את הנכסים במתנה מוחלטת ובלתי מותנית למי שיבחרו, או שהנושים יזכו בנכסים. בנסיבות אלה קובע רבנו תם כי יש לתת עדיפות לכוונת הברחת הנכסים, ומכריע כי החייבים התכוונו לתת את הנכסים ב"מתנה גמורה" לזוכה בנכסים,

¹¹⁷ תוספות, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א, ד"ה "עשאוים כנכסים שאינם ידועים ואלבא דר"ש".

¹¹⁸ ראו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 23 ואילך. נוסח הגמרא מופיע שם, בהערה 24.

נזכיר כי המונח "מתנה גמורה" מופיע כבר במקורות מתקופת חז"ל,¹²⁰ וכפי שהראינו בניתוחנו את מקורות אלה, השימוש בו נועד להבחין בינה לבין מתנה על מנת להחזיר. ניתן לשער כי בחירתו של רבנו תם בביטוי זה אינה מקרית אלא נשענת על הקשר זה.

ראוי לציין כי הרציונל שביסוד פירושו של רבנו תם, כמו גם השימוש בלשון "מתנה גמורה", מופיעים, אומנם בהקשר לשטר המברחת עצמו, כבר בפירושו של הר"י מיגאש.¹²¹ הר"י מיגאש קובע, בהתייחס לשטר מברחת כי אם גילתה הנותנת דעתה כי כוונתה אינה להבריא את הנכסים מבעלה לעתיד ולהותירם בבעלותה, אלא לתת אותם ב"מתנה גמורה" או ב"מתנה מוחלטת", מתנתה תהא תקפה ולא תוכל לחזור בה. הר"י מיגאש מוסיף ומצטט את הנוסח הנוהג בזמנו ובמקומו בשטרי מתנה לצורך זה: "מתנת עלמין מתנת חלוטה".¹²² "מתנה גמורה" הינה אפוא "מתנת עלמין" ו"מתנה חלוטה". על פניו נראה כי מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית אינן עונות על דרישה הלכתית זו. אלא שלא ברור עד כמה קיימת זיקה בין פירושו של הר"י מיגאש לבין עמדתו של רבנו תם. רבנו תם אינו מזכיר את פירושו של הר"י מיגאש, לא בקשר להכרעתו בדבר תוקפן של מתנות שניתנו לשם הברחת נכסים מנושים ואף לא בקשר לשטר המברחת עצמו.

¹¹⁹ בהמשך הדברים תובאנה התייחסויות לעמדת רבנו תם בספרות השו"ת בתקופת הראשונים. לאימוצה של עמדה זו בספרות ההלכה האשכנזית בתקופה זו ראו, למשל, אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא קמא, סימן שסא, עמ' קיד; הגהות מיימוניות, הלכות זכיה ומתנה, פרק ו הגהה ח; ספר המרדכי, תלמוד בבלי, כתובות סימן רח; האגודה, תלמוד בבלי, כתובות, עח ע"ב. ר' מאיר ב"ר יקותיאל הכהן מרוטנבורג מפנה בהגהות מיימוניות ל"סי' כ"ד תשובות ריצב"א", ויש להניח כי הכוונה לתשובת ריצב"א שתובא להלן ומופיעה בתשובות מיימוניות, קניין, סימן כה. המרדכי מצטט מתוך דברי "ר"ב" המתואר על ידו כ"מורי קרובי", ציטוט בו נאמר בין היתר: "ותשובה זו של ר"ת פליג לתשובת הר"ם שכתבתי פרק מי שמת". לא עלה בידינו לאתר תשובה זו.

¹²⁰ ראו תוספתא סוכה, פ"ב הי"א, מהד' ליברמן, על פי כתב יד וינה, וכן גם בכתב יד ערפורט ובכתב יד לונדון; תוספתא פסחים, מהד' ליברמן, פ"ב הי"ב, עמ' 146, בעקבות תוספתא - כתב יד וינה, ובשינויים קלים שאינם בעלי משמעות לענייננו אף בתוספתא - כתב יד ערפורט; ראו גם ירושלמי, סוכה, פ"ד הי"ד, טור 649 שורה 48 – טור 650 שורה 2, נד ע"ב: "כד תהוון יהבין מתנה ביומא טבא לא תהוון יהבין לה אלא לדעת גמורה". ראו דיונו במקורות אלה בפרק השלישי, סמוך להערה 248 ואילך.

¹²¹ ר"י מיגאש, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קנא ע"א. ראו גם ר' יצחק קרקושא, שם, המצטט חלק מפירושו של הר"י מיגאש בשם אומר.

¹²² השוו לנוסח המופיע בשטר המתנה שבספר השטרות לרב האי גאון, סימן ח: "מתנת עלמין מתנת פרהסיא מתנת גמירה חתיכא חליטא שרירא וקיימא יהיבא ומשלמה לפלי דנן ולירתיה בתריה מן יומא דנן ולעלם".

עמדתו של רבנו תם השפיעה כפי הנראה על ראשונים רבים שבאו אחריו. בפני הריצב"א, תלמידו של רבנו תם, בא מקרה שעניינו ראובן אשר נפרד מאשתו, ונתן נכסיו לאביו ב"מתנה גמורה", תוך שהוא משייר חומש מהם.¹²³ ראובן אמר לחברו שנתן נכסיו לאביו כדי שאם תתבע אשתו מזונות, יוכל להישבע שאין לו די נכסים כדי לפרנסה. ריצב"א הביא את עמדת רבנו תם, וסבר שהיא חלה אף במקרה זה, אם כי ריצב"א פירש את הבסיס ההלכתי של עמדת רבנו תם באופן שונה מזה המשתמע מדברי רבנו תם כפשוטם כפי שהובאו לעיל. לדעת ריצב"א, הדין הנוגע לשרט המברחת נקבע בגמרא על רקע זה שהפעולה בוצעה עוד לפני הנישואין, כלומר עוד לפני שקם חיוב משפטי כלשהו לאישה כלפי בעלה. משבוחר הבעל לשאתה לאישה ללא הנכסים שהבריחה, לא קם החיוב כלל ביחס לנכסים אלה. לדעת ריצב"א, הדגש הוא על כך שאין מדובר במקרה של ניסיון להתחמק מחיוב קיים, אלא במקרה של ניסיון להתחמק מיצירת החיוב מלכתחילה. לעומת זאת, במקרים שבאו בפני רבנו תם ובמקרה שבא בפני הריצב"א עצמו, הברחת הנכסים מבעל החוב ומן האישה מתבצעת לאחר שכבר קם החיוב המשפטי כלפיהם כנושים. לדעת ריצב"א, זהו הגורם המבחין בין המקרים, שבשלו יש להעמיד את החייב בחזקת מי שמתכוון לתת את הנכסים במתנה גמורה לצד השלישי. לדעת ריצב"א, העובדה שראובן גילה דעתו באזני חברו שכוונתו להבריח את הנכסים מאשתו תומכת במסקנה זו, שכן הדרך היחידה להבריחם על רקע חיוב משפטי קיים הינה לתת אותם במתנה גמורה לצד שלישי.

הדברים המובאים לעיל בפירושו של הר"י מיגאש מובאים, כמעט כלשונם, גם בפירוש המיוחס לרא"ם (הוא ר' אליעזר ב"ר שמואל ממיץ, תלמידו של רבנו תם) המובא בשיטה מקובצת.¹²⁴ מדברים אלה ברור כי הברחת נכסים טעונה "מתנה גמורה", וכי "מתנה גמורה" הינה מתנת עולמים. על כן נראה כי מתנה לזמן קצוב ומתנה מותנית אינן יכולות להועיל לשם הברחת נכסים מנושים. יש לציין כי קיים ספק בייחוס דעה זו לרא"ם, וייתכן כי מדובר למעשה בפירושו של הר"י מיגאש אשר יוחס לרא"ם.¹²⁵

¹²³ תשובות מיימוניות, קניין, סימן כה. השואל הינו הר"ש משאנץ, אחיו של הריצב"א.

¹²⁴ שיטה מקובצת, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קנא ע"א. לרא"ם ראו רי"ד, מבוא ליראים השלם, עמ' שנח-שסא; אורבך, בעלי התוספות, כרך א, עמ' 154-164.

¹²⁵ אורבך, בעלי התוספות, כרך א, עמ' 163-164, כבר ציין, כי קיימים ספקות לגבי ייחוס הפירוש לרא"ם בשיטה מקובצת, וברור שתחת הכותרת "רא"ם" הובאו גם דבריהם של ראשונים אחרים. במקרה שלפנינו קיימים שיקולים לכאן ולכאן בשאלת ייחוס הדברים לבעליהם. הדמיון הניכר בנסיגה של פירוש הר"י מיגאש ושל

הדברים המיוחסים לרא"ם בשיטה מקובצת מהווה שיקול חשוב התומך בייחוס הדברים לר"י מיגאש. ייתכן כי ייחוסם לרא"ם בשיטה מקובצת שגוי, וייתכן גם שהרא"ם ציטט את דברי הר"י מיגאש בפירושו בלי להזכיר את מקורם; פחות מסתבר שר"י מיגאש ציטט בפירושו את הרא"ם, לפחות מבחינת הפרש הגילים בין השניים. אלא שהדמיון בנסחים אינו מגיע לכדי זהות, ולמעשה יש שינוי ראוי לציון בנוסח שטר המתנה המצוטט בדברים המיוחסים לרא"ם: "מתנת עלמין מתנת פרהסיא מתנה חלוטה", בעוד המילים "מתנת פרהסיא" אינן מופיעות בפירושו של הר"י מיגאש בנוסח שלפנינו. ניתן היה לשער שמילים נוספות אלה הופיעו בפירושו הר"י מיגאש במקורו ונשמטו מן הגרסה שהגיעה לידינו. כך אף עולה לכאורה משו"ת הרשב"א החדשות, סימן רפח, עמ' קפז-קפח: "ועוד שאלו כתבה מתנה גלויה ומפורסמת מתנת עלמין, אין זה נדון כמברחת, וכן כתב הרב ר' יוסף הלוי אבן מגש ז"ל". אלא שבפירושו של ר"י קרקושא, תלמיד-חבר של הרמב"ן (ראו לעניין זה ר' יצחק קרקושא, עמ' 6) המצטט מפירושו של הר"י מיגאש, מופיע גם כן הנוסח "מתנת עלמין מתנה חלוטה". ככל שחל שיבוש בהעתקת דברי הר"י מיגאש הוא חל אפוא כבר בנוסח שהיה בפני ר"י קרקושא.

גם התייחסותם של ראשונים מאוחרים יותר אינה מביאה למסקנה חד־משמעית. בשאלה שיש לייחסה כפי הנראה לרבינו ברוך ב"ר שמואל ממגנצא, תלמידו של הרא"ם, נזכר מפורשות קיומו של פירוש של ר' אליעזר ממיץ לסוגיית שטר מברחת, אך אין זהות בין הדברים המובאים שם בשם הרא"ם לבין הפירוש המיוחס לו בשיטה מקובצת; ראו שו"ת בעלי התוספות, סימן פ, עמ' 161-163, המופיעה גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים, סימן תרלב, עמ' תכג-תכד. המשיב הוא כפי הנראה הראב"ה. ראו לעניין זה בהרחבה להלן, הערה 126. הרשב"א והר"ן מביאים את הפירוש שבשיטה מקובצת בשם הרא"ם; ראו חידושי הרשב"א, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א, ור"ן, שם. הבית יוסף, אבן העזר, צ, ח מצטט את דברי הר"ן בעניין זה "בשם הרא"ה", והדברים אינם מסתברים. מאידך גיסא, כאמור לעיל, בשו"ת הרשב"א החדשות, סימן רפח, עמ' קפז-קפח, מביא הרשב"א עמדה זו מפי הר"י מיגאש ולא מייחסה לרא"ם. המאירי, בית הבחירה, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קנא ע"א, ד"ה "כבר", וכתובות, עט ע"ב, ד"ה "התבאר", מייחס עמדה זו ל"גאוני ספרד", ייחוס שהולם את הר"י מיגאש ולא את הרא"ם. ראייה נוספת לתמוך בייחוס הדברים לר"י מיגאש הינה, שנוסח השטר המובא בפירוש מצוטט כנפוץ על ידי חכמים ספרדים כגון הרשב"א והר"ן; ראו חידושי הרשב"א, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א, והשוו הנוסח המובא בשו"ת הרשב"א החדשות, סימן קפו, עמ' קלב-קלג וסימן רפח, עמ' קפז-קפח; ר"ן, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א. השוו גם נוסח שטרי המתנה המובאים בשו"ת אבקת רוכל, סימן צח, עמ' שמח-שנב וסימן קא, עמ' שס-שסג (תשובת מהר"י קורקוס). הפירוש אף מצוטט בספרות ההלכתית הספרדית, להבדיל מזו האשכנזית. נוסף על ר"י מיגאש, לרשב"א ולר"ן שהוזכרו לעיל, ראו גם יד רמ"ה, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קנא ע"א. כאמור, לא מצאנו לו אזכורים בספרות ההלכה האשכנזית. בספרות הפרובנסאלית נמצא לו אזכור אחד אצל ר' יצחק קרקושא בשם הר"י מיגאש. עם זאת, חלק מציטוטים אלה של חכמי ספרד מביאים את נוסח השטר המובא על ידי הרא"ם, השונה, כאמור לעיל, מהנוסח שנכלל בפירושו הר"י מיגאש שלפנינו. לבסוף, לגופם של דברים, הם תואמים במגמתם את עמדתו של הר"י מיגאש ביחס לשטר מברחת, בעוד עמדתו של רבנו תם הייתה, כאמור לעיל, שונה. אף מבחינה זו, מסתבר יותר לייחס את הדברים לר"י מיגאש ולא לרא"ם, שהיה תלמידו של רבנו תם.

שאלה שהגיעה לידינו משלושה מקורות שונים הופנתה על ידי שואל שהוא כפי הנראה רבינו ברוך ב"ר שמואל ממגנצא למשיב שהוא כפי הנראה הראב"ה.¹²⁶ לפי דעות מסוימות, השואל והמשיב היו שניהם תלמידיו של הרא"ם.¹²⁷ מדובר במקרה שבו אלמנה ביקשה לתפוס ספרים שהיו שייכים לבעלה שנפטר כדי לגבות מהם את כתובתה, ואילו בניו של הנפטר הציגו שטר שלפיו הקנה להם אביהם את כל נכסיו טרם נישואיו. לפי שיטת השואל כפי שהובאה בשאלה, נראה כי מתנה על מנת להחזיר אינה מועילה כשמדובר ב"שטר מברחת" במובנו התלמודי, שכן חזרת הנכסים למברחת פוגמת בתוקף השטר. למרבה הצער, לא הגיעה לידינו תשובת המשיב.¹²⁸

כמה תשובות של מהר"ם מרוטנבורג אשר עוסקות במקרים של הברחת נכסים מנושים יהודים הגיעו לידינו.¹²⁹ בכל אחת מהן פסק מהר"ם מרוטנבורג באופן שונה. אליהן יש להוסיף מקרה אחד של הברחת נכסים מנושים גויים, אשר ייבחן בהמשך הדברים להלן.

במקרה אחד נשאל מהר"ם מרוטנבורג על חייב שנתן כל נכסיו במתנה לבניו ורוצה להישבע לנושיו

¹²⁶ שו"ת בעלי התוספות, סימן פ, עמ' 161-163. אותה תשובה מופיעה אף בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים, סימן תרלב, עמ' תכג-תכד, אשר נלקח מה"ליקוטים" (ובמקרה זה, מספר המרדכי). על השאלה חתום "ברוך", ואפטוביצר מייחס אותה לר' ברוך ב"ר שמואל ממגנצא; ראו ספר ראב"ה - אפטוביצר, מבוא, עמ' 189. לעניין זהות המשיב, העורכים של שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים מעירים שם, כי השאלה והתשובה מופיעות בספר המרדכי (עמ' 180ב) כשהתשובה נושאת את חתימתו של מהר"ם מרוטנבורג, ועל כן הביאו אותה בחלק ה"ליקוטים" של ספרם. עם זאת, לדעתם מסתבר כי היא תשובת הראב"ה. העורכים מפנים לעניין זה לספר הראב"ה, סימן תתקצה, שם אכן מופיעות השאלה והתשובה.

¹²⁷ נראה כי אין חולק כי הראב"ה היה תלמידו של הרא"ם; ראו רייך, מבוא ליראים השלם, עמ' שסז-שסח. באשר לר' ברוך ב"ר שמואל ממגנצא, הדעות חלוקות. לסיכום הדעות השונות וניתוחן ראו זפרני, ר' ברוך ממגנצא, עמ' רמז-רנא. ראייתו של זפרני שם, עמ' רנ סמוך להערה 30, כי הרא"ם היה מורו וקרובו של ר' ברוך ב"ר שמואל ממגנצא, נראית לענ"ד מכרעת.

¹²⁸ ראו גם האמור בספר המרדכי, בבא בתרא, סימן תרכג, כי "מורי קרובי ה"ר אליעזר ממ"ץ" הקנה תוקף לשטר מברחת וקבע כי מקבל הנכסים זכה בהם כל עוד המברחת לא חזרה בה. כפי שנראה להלן, הרא"ש מביא באחת מתשובותיו את עמדת "ר' אליעזר הלוי", כי ההכרה ההלכתית בשטר מתנה שנועד להבריח נכסים מותנית בכך שהנתן שייר לעצמו נכסים כדי פרנסתו. ייתכן כי בידי הרא"ש הייתה תשובת הראב"ה שלא הגיעה לידינו. אם כי ראוי לציין כי העמדה שמייחס הרא"ש לר' אליעזר הלוי אינה תואמת את מגמתו של ספר ראב"ה שלפנינו.

¹²⁹ תשובות אלה תתוארנה להלן. להשלמת התמונה יצוין כי קיימת תשובה רביעית של מהר"ם מרוטנבורג העוסקת בעניין זה, אלא שהיא כולה ציטוט של דברי התוספות, תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א, ד"ה "עשאו כנכסים שאינם ידועים ואלבא דר"ש"; ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס פראג, סימן פ, עמ' מד-מה.

הרבים שאין לו נכסים.¹³⁰ מהר"ם הביא את עמדת רבנו תם ועל פניו נראה כמי שאימץ אותה, אם כי הוא הוסיף עליה כמה קביעות שנראות כמסייגות את תחולתה הכללית. לעניין מתנה על מנת להחזיר קבע מהר"ם מרוטנבורג כי אם נתן החייב את הנכסים במתנה, אך קבע שיושבו אליו לאחר שיישבע שאין לו נכסים – יצטרך לפרוע מהם את חובותיו כשיושבו לידי. כלומר מהר"ם מרוטנבורג אינו קובע כי אין לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר כיוון שאינה "מתנה גמורה", ואינו מבטל הברחת נכסים באמצעות מתנה על מנת להחזיר, אך הוא מקנה לה תוקף מוגבל בלבד. ההברחה מועילה למעשה רק לעניין השימוש בנכסים ופירותיהם בזמן שיצאו מבעלות המברח. כשהנכסים שבים לבעלותו, הם שבים לשמש להשבת חובותיו. מהר"ם מרוטנבורג משווה לעניין זה את מעמדם של נכסים אלה למעמדם של נכסים חדשים שרכש החייב. יש להניח כי עמדה זו לא עודדה את השימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים הלכה למעשה.

מעיון בתשובתו זו של מהר"ם מרוטנבורג על כל פרטיה, ניכר כי אף שהיא מאמצת לכאורה את שיטתו של רבנו תם, למעשה היא הולכת כברת דרך ניכרת לקראת הגנה על נושים מפני הברחת נכסים. בשתי תשובות נוספות של מהר"ם מרוטנבורג נראה כי הוא מתנתק לחלוטין משיטתו של רבנו תם בנוגע למתנות לשם הברחת נכסים מנושים, ומרחיב את ההגנה על הנושים.¹³¹ באחת מהן, תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן קסז, התייחס מהר"ם מרוטנבורג לאפשרות שבעל המבקש להבריח נכסיו מאשתו ייתן את נכסיו לאחרים ב"מתנת [בריא] שהיא כמתנת (שהיא כמתנת) שכי' מרע מהיום אם לא [יחזור] [אחזור] בי עד לאחר מיתה", וקבע שמתנה זו, כמוה כמתנת שכיב מרע, אינה מועילה להברחת הנכסים והאישה גובה מהם את כתובתה.¹³²

תשובה אחרת של מהר"ם מרוטנבורג מלמדת כי את עמדתו ביחס להברחת נכסים על ידי איש

¹³⁰ תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן תלו, עמ' 835-836.

¹³¹ ראו תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן קסז, עמ' 466; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים, סימן תקצז, עמ' שצח-שצט. מקור תשובה זו בספר המרדכי; ראו הערת העורכים שם: "כל התשובה במרדכי ב"ב סי' תרמת, הובאה בקצרה בב"י חו"מ צט סס"ק ו". בתשובה זו התיר מהר"ם לבית דין לכפות על לווה שהבריח נכסיו מנושיו "שידור הנאה מאותם נכסים, דשמא קנוניא עבד לאישתמוטי מיניה".

¹³² פרופ' ריבלין הפנה את תשומת ליבי לכך שנוסחה זו מאפיינת צוואת בריא, שבה הגוף עובר למקבל באופן מיידי ואילו הפירות – לאחר מיתת הנותן; ראו ריבלין, הירושה והצוואה, עמ' 162-168, ולעניין נוסחת "מהיום אם לא אחזור בי עד אחרי מיתה" – עמ' 170-176; כן ראו שם, עמ' 285. לכאורה, כיוון שמדובר בצוואת בריא, בה תנאי המשמר את כוחו של הנותן לחזור בו היה נהוג ומקובל ועל כן לא עורר חשד הברחה, ניתן היה להכשיר את המתנה. על אף זאת, מהר"ם קובע כי הצוואה אינה מועילה לשם הברחת נכסים על ידי בעל מאשתו.

מאשתו יש להבין על רקע הנסיבות המיוחדות של התחייבויותיו של הבעל כלפי אשתו, המוסדרות על ידי הכתובה.¹³³ במקרה זה, אדם "שהיה בקטטה עם זוגתו" רכש קרקעות על שם אחד מקרובי משפחתו, והתברר שהוא עשה זאת כדי שאשתו לא תוכל לגבות את כתובתה מאותם נכסים. מהר"ם מרוטנבורג קבע כי הכתובה היא תקנת חכמים, וכי כבר בתלמוד נקבע העיקרון כי לא ניתן להפקיע תקנת חכמים על ידי הערמה.¹³⁴ ייתכן אפוא כי מהר"ם מרוטנבורג נהג באופן תקיף יותר במבריחים נכסים מכתובת אישה מאשר במבריחים נכסים מנושים אחרים.

יש בידינו תשובות אחדות של הרשב"א העוסקות בתופעת שטרי הברחת נכסים, והעמדה העולה מהן אינה אחידה. בכמה מהן קובע הרשב"א כי אם הוברחו נכסים מנושים באמצעות מתנה גמורה, לא ניתן להוציא את הנכסים מיד מקבלם.¹³⁵ עמדתו זו דומה בבסיסה לעמדתו של רבנו

¹³³ ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים, סימן תקצח, עמ' שצט.

¹³⁴ יש לציין כי בתשובותיו של מהר"ם מרוטנבורג ניכרת מגמה המבחינה לעניין הברחת נכסים מכתובת אישה בין מתנת בריא לבין צורות הברחה אחרות. כך, למשל, מתשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן קסז, משתמע, כי מהר"ם מבחין בין מתנה "מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה", שהיא כמתנת שכיב מרע, לבין מתנת בריא או צוואת בריא שאינן מותנות בזכות הנותן לחזור בו. אומנם מהר"ם מרוטנבורג קובע בתשובתו, כי איש אינו טיפש עד כדי כך שיתן ממונו לאחרים "במתנת בריא ומעכשיו" בחייו רק בשל הספק שימות לפני אשתו, אך אינו פוסל את תוקפה המשפטי של מתנה מסוג זה. תשומת הלב כי קביעתו זו של מהר"ם באשר למוטיבציה של המברח הפוכה לקביעתו של רבנו תם בעניין זה. גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג - סיני וליקוטים, סימן תקצח, נראה כי מהר"ם מרוטנבורג קובע, כי קיים ספק אם אישה גובה כתובתה מנכסים שנתן בעלה במתנת בריא גמורה ללא הערמה, ובמקרה של ספק אין מפקיעים ממונו של אדם. ראו לעניין זה גם שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס ברלין, סימן פט (עב), עמ' תריא-תריג, וראו הערת העורכים שם לגבי מקבילות של תשובה זו בדפוס סיני וליקוטים, סימן שפב (תתקפח), עמ' רמט-רנב, בדפוס פראג, סימנים רסה-רסו, עמ' קנט-קסב, ובספר אור זרוע, פסקי בבא בתרא, סימן קכה. עוד ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס ברלין, סימן עא (מו), עמ' תקפח-תקצב - דפוס קרימונה, סימן קצב, עמ' קלו-קמ. דבריו אלה של מהר"ם מרוטנבורג ראויים לעיון מעמיק יותר, החורג מגדרו של מחקר זה.

¹³⁵ ראו שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכה, עמ' קנ-קנב וסימן שיב, עמ' ריח; שו"ת הרשב"א החדשות, סימן רפד, עמ' קפה, בה מביא הרשב"א בהסכמה את דברי רבנו תם והרא"ם בעניין זה. בתשובה אחרונה זו, כמו גם בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן לה, עמ' כו, דוחה הרשב"א את דרישת הנושה כי מקבל הנכסים יישבע שקיבלם במכירה או במתנה גמורה ולא לשם הברחה. עם זאת, הרשב"א מוסיף וקובע, כי אם טוען המלווה לקיומו של שטר פסים או שטר אמנה – הוא יכול להחרים "חרם סתם", כלומר חרם כללי שאינו מופנה לזוכה ספציפי בנכסים, שכל מי שמחזיק קרקע של חייב בשטר פסים או שטר אמנה יודה על כך בפני בית דין. דוגמה לנוסח חרם כללי, שנועד לאתר נכסים של חייב המוחזקים בידי אחרים, ראו בשו"ת ריב"ש, סימן שצב,

תם. עם זאת, הרשב"א הוסיף וקבע כמה קביעות נוספות המסייגות את עמדת רבנו תם ומרחיבות את ההגנה לנושים.¹³⁶

במקרה אחר שהגיע לפני הרשב"א נתקיימו לכאורה נסיבות הדומות לנסיבותיו של שטר המברחת התלמודי.¹³⁷ מעשה בראובן שמכר נכסי מקרקעין לדינה, וזו נתנה אותם במתנה לאימה לאה. לאחר מכן נשא ראובן את דינה, ולאחר נישואיהם נהג בנכסים אלה מנהג בעלים משך כמה שנים וגם שילם מס בגינם. לאחר מכן תבעה לאה מראובן את הנכסים, וטענה כי ראובן מכר את הנכסים לדינה ולא קיבלה אותם במתנה מדינה עוד טרם החתונה. ראובן טען טענות שונות כנגד תוקפה של המתנה, ובהן כי אין מדובר במתנה תקפה אלא בשטר הברחה, אך לא טען מפורשות כי לא היה מודע לנתינת הנכסים במתנה ללאה עת נשא את דינה לאשה.

עמ' תקסב-תקעב. הרשב"א חוזר על עמדותיו אלה גם בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קצט, עמ' קל-קלא. השואלת במקרה זה הייתה אלמנה שקיבלה במתנה קרקעות מבעלה והדבר אף הוכרז בהתאם לתקנה שנהגה באותה עיר. לאחר מכן התברר לאלמנה, שבעלה ערך טרם המתנה שטרי חוב לטובת בנו וחתנו, שהופקדו בידי אחד מקרוביו של הבעל והוצגו על ידו רק לאחר פטירת הבעל. הבן והחתן טענו כי הם זכאים לגבות חובותיהם מקרקעות אלה, ואילו האלמנה טענה, "שאותם השטרות הם שטרי הברחה כמו שעושין הרבה בני אדם לבניהם או לקרוביהם". מכאן ניתן ללמוד עד כמה מנהג הברחת הנכסים היה נפוץ בימי הרשב"א, לכל הפחות במקומה של השואלת.

כך, למשל, קבע הרשב"א בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שיב, עמ' ריח, כי יש משמעות לשיור נכסים על ידי החייב: אם הקנה החייב את כל נכסיו ולא שייר לעצמו דבר, אין מדובר במתנה גמורה והוא יכול לחזור בו, ועל כן הנושים יכולים להיפרע מהנכסים. לעומת זאת, אם שייר החייב נכסים כלשהם, מדובר במתנה גמורה והחייב אינו יכול לחזור בו ממתנתו, ועל כן ממילא הנושים אינם יכולים להיפרע מהנכסים. הרשב"א מסתמך לעניין זה על הקביעה לגבי מברחת בתלמוד בבלי, בבא בתרא, קנ ע"ב: "אמר רבא אמר רב נחמן: חמשה - עד שיכתבו כל נכסיהם, ואלו הן: שכיב מרע, עבדו, אשתו, ובניו, מברחת... מברחת, דאמר מר: מברחת צריכה שתכתוב כל נכסיה". עמדת הרשב"א בעניין זה שונה מעמדת הריצב"א ודומה לעמדת ר' ברוך ב"ר שמואל ממגנצא. כפי שנראה להלן, ישנה גם עמדה שלישית, עמדתו של הרא"ש המיוחסת על ידו גם לר' אליעזר הלוי, כי נדרש שיור של נכסים המספיקים כדי פרנסת החייב. ראו להלן, טקסט סמוך להערה 153. עוד קבע הרשב"א, כי אם מדובר בשטר אמנה שכוונתו להבריח את הנכסים ולא לתתם במתנה גמורה – השטר מחוסר תוקף. נוסף על כך בתשובתו שבחלק ב, סימן רכה, לא אימץ הרשב"א את החזקה שקבע רבנו תם כי החייב מתכוון להבריח נכסיו מנושיו על ידי נתינתם לאחר במתנה גמורה. תחת זאת, מציע הרשב"א לבחון את כוונת המבריח לאשורה, ואם מתברר כי לא התכוון כלל לתת את הנכסים במתנה, קובע הרשב"א כי העברת הנכסים בטלה.

¹³⁷ שו"ת הרשב"א החדשות, סימן רפח, עמ' קפז-קפח.

הרשב"א דוחה את כל טענות ראובן, ובהן אף את הטענה כי המתנה בטלה מחמת היותה שטר מברחת. בתשובתו מאמץ הרשב"א את עמדת הר"י מיגאש כי במקום שבו נכתב בשטר מפורשות כי המתנה הינה "מתנה גלויה ומפורסמת מתנת עלמין", אין מדובר בשטר מברחת אלא במתנה תקפה.¹³⁸ הרשב"א מודע לכך כי זו נוסחה שגרתית המשמשת את סופרי השטרות, אך לדבריו, כיוון שגם דינה ידעה זאת ולא מחתה בידי הסופרים, יש לתת נפקות ללשון השטר. אף שאין בתשובה התייחסות מפורשת למתנה מותנית או למתנה לזמן קצוב, מהשימוש בלשון "מתנת עלמין" משתמע כי הרשב"א הכיר בתוקפה של המתנה במקרה זה רק כיוון שהייתה מתנה גמורה.

לסיכום, מתשובות הרשב"א שנבחנו עד כה עולה כי הוא אימץ את עמדתם הבסיסית של רבנו תם ושל הרא"ם כי מתנה גמורה מועילה לשם הברחת נכסים מנושים, אך בשינויים המוסיפים דרישות נוספות לשם הכרה בתוקף המתנה ולכן מרחיבים את ההגנה על הנושים. ראוי לציון כי בכל המקרים שהובאו לפני הרשב"א לא נזכר שימוש בפועל במתנה מותנית או במתנה לזמן קצוב לשם הברחת נכסים, וגם הרשב"א בתשובותיו אינו מתייחס לאפשרות זאת, אלא מסתפק בדרישה כי תינתן מתנה גמורה. כפי שנראה להלן, קיימת תשובה נוספת של הרשב"א שממנה עולה גישה שונה, המסרבת להכיר בהברחת נכסים מנושים גם כאשר היא נעשית באמצעות מתנה גמורה.¹³⁹

ר' יהודה בן הרא"ש נשאל על ידי אחיינו ותלמידו, ר' אשר בן ר' שלמה בן הרא"ש,¹⁴⁰ על מקרה של הברחת נכסים על ידי חייבת, אשר נתנה את כל נכסיה במתנה לבנה.¹⁴¹ באחד מכתבי היד מופיעה תשובתו הקצרה של ר' יהודה לשאלה זו: "נראה לי שהדין עם המלוה, כי ודאי המתנה היא הברחה". ר' יהודה בן הרא"ש הולך בתשובה זו בדרכי אביו ומסרב לתת תוקף משפטי למתנה שמשמשת להברחת נכסים מנושים.

בתשובה נוספת המופיעה בתשובות ר' יהודה בן הרא"ש נזכר מקרה של הברחת נכסים מאלמנה

¹³⁸ לעניין נוסח המתנה המצוטט על ידי הרשב"א בשם הר"י מיגאש, ראו האמור סמוך להערה 122 לעיל.

¹³⁹ ראו להלן, סמוך להערה 147 ואילך.

¹⁴⁰ ר' אשר זה היה לא רק אחיינו של ר' יהודה בן הרא"ש אלא גם תלמידו ומי שאסף את תשובותיו אחרי מותו;

ראו גלינסקי, ר' יהודה בן הרא"ש, עמ' 187 והערה 40 שם.

¹⁴¹ שו"ת זכרון יהודה, סימן א, חלק ב' של השאלה והתשובה, עמ' א-ב.

על ידי נתינתם במתנה "מהיום ואם לא אחזור בי עד לאחר מיתה".¹⁴² בין המשיבים שדעתם נזכרת בתשובה זו התגלעה מחלוקת לעניין הדין. עמדה אחת, שהיא ספק עמדת השואל ספק עמדת אחד המשיבים, ואשר יש המייחסים אותה לר' יהודה בן הרא"ש, קובעת כי נדרשת מתנה "מעכשיו לעולם, שיצאו הנכסים מרשות הבעל לגמרי מחיים", כדי להפקיע את הנכסים ממזונות האישה.¹⁴³ כפי שיובהר להלן, משיבים אחרים שעמדתם מובאת בתשובה זו פסקו אחרת.¹⁴⁴

ריב"ש נשאל על אודות תוקפו של שטר הברחה שנערך בערכאות של עובדי כוכבים.¹⁴⁵ ריב"ש קובע בתשובתו, בין היתר, כי אם אדם נותן את כל נכסיו במתנה על מנת להבריח מנושיו, יש להניח שהנותן התכוון לתת את הנכסים ב"מתנה גמורה" ועל כן זוכים בהם מקבלי הנכסים – אלא אם ביאר הנותן בשעת הנתינה כי כוונתו להבריח את הנכסים. ריב"ש מאמץ אפוא ככלל את עמדת רבנו תם, אך שלא כרבנו תם, ריב"ש מותיר פתח לבירור כוונתו של החייב. מקביעתו של ריב"ש כי המתנה תקפה כיוון שמניחים שהנותן התכוון ל"מתנה גמורה", משתמע כי מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית לא הייתה מועילה להברחת נכסים מנושים.¹⁴⁶

3. משיבים שנמנעו מלתת תוקף להברחת נכסים מנושים גם בדרך של

"מתנה גמורה"

בתשובות הרשב"א שנבחנו לעיל ניכרה מגמה הקובעת כי "מתנה גמורה" תועיל לשם הברחת נכסים מנושים. מתשובה אחרת של הרשב"א ניכרת מגמה שונה, המרחיבה את ההגנה על הנושים

¹⁴² שו"ת זכרון יהודה, סימן פד, עמ' צה-קב. פריימן, הרא"ש, עמ' קצח מעיר כי תשובה זו אינה חלק מקובץ התשובות שערך ר' אשר בן שלמה בן הרא"ש, וראו הערה 236 שם. תשומת הלב מופנית להבחנתו של פרופ' ריבלין שהובאה בהערה 132 לעיל, כי נוסחה זו מעידה על כך שבמקרה זה מדובר בצוואת בריא.

¹⁴³ בבית יוסף, חושן משפט, רנ"ב מובאת עמדה זו בקצרה בשם ר' יהודה בן הרא"ש; ראו פריימן, הרא"ש, עמ' קצח הערה 161. ראה הערה 134 לעיל לעניין היחס למתנת בריא בהקשר של הברחת נכסים מאישה על ידי בעלה.

¹⁴⁴ ראו להלן, סמוך להערה 165 ואילך.

¹⁴⁵ שו"ת ריב"ש, סימן קמב, עמ' קמו-קמוז.

¹⁴⁶ ראוי לציין כי תשובתו של ריב"ש כוללת גם מרכיבים הלכתיים המתאימים לעמדת הרא"ש, השונה מעמדת רבנו תם. עמדת הרא"ש תוצג להלן, סמוך להערה 149 ואילך. עוד יש לציין, כי מתשובה של ריב"ש בעניין הברחת נכסים מרשויות השלטון עולה, כי לצורך כך היה מוכן להכיר במתנה על מנת להחזיר כ"מתנה גמורה לשעתה". ראו האמור להלן, סמוך להערה 175 ואילך.

מפני הברחת נכסים.¹⁴⁷ מעשה בלווה אשר נתבע על ידי המלווה, הפסיד בדין, ובית דין קיימו את השטר ונתנו תוקף לחוב של הלווה למלווה. כשבאו חברי בית הדין לגבות את החוב, התברר כי בתקופת הביניים שבין הכרעתם בדין לבין ניסיון הגבייה, הלווה הקנה קרקע שלו לבנו הקטן. לחברי בית הדין נראה כי הדבר נעשה בכוונת הברחה, והם שאלו את הרשב"א אם ניתן "לעשות תקנה לכך". הרשב"א משיב כי "גדולי הארץ" אומנם נהגו ענוותנות יתרה ולא התערבו במקרי הברחה, אך לטעמו, "מצווה רבה" לתת במקרה זה סעד לחייב ולגבות את החוב מן הקרקע, "אף כשתמצא לומר שהמתנה גמורה בלא שום הערמה". עמדה זו שונה מעמדתו של הרשב"א בכמה מתשובותיו האחרות האמורות לעיל, והרשב"א עצמו מודע לכך שהיא חורגת מעמדותיהם של קודמיו "גדולי הארץ". ייתכן כי נסיבות המקרה, שבהן ניסה הלווה להבריח נכסיו לאחר שכבר הפסיד בדין, הן שעומדות ביסוד הכרעתו זו של הרשב"א.

תשובות אחדות של הרא"ש הגיעו לידינו בעניין הברחת נכסים, וניכר בהן, כמו גם בפירושו לתלמוד הבבלי כי עמדתו בסוגיה זו שונה משמעותית מן העמדות של משיבים אחרים שראינו עד כה.¹⁴⁸ בפירושו לתלמוד הבבלי הביא הרא"ש את שיטתו של רבנו תם מתוך תוספות שאנץ – ודחה אותה.¹⁴⁹ לדעת הרא"ש, פירוש רבנו תם מוציא את סוגיית הגמרא מפשוטה. ברור שגם במקרים שבאו לפני רבנו תם מדובר בכוונת הברחת נכסים ובשטר מבריה, והצד השלישי אינו קונה את הנכסים. לשיטת הרא"ש, זו גם התוצאה לפי אומד דעת: נוח לחייב שלא יוקנו הנכסים אלא יישארו בבעלותו וייהנה מפירותיהם עד שייטרפו מידי וישמשו לפירעון חובותיו, ולא יהיה "לוה רשע ולא ישלם" או יותיר אלמנתו ללא כתובתה.¹⁵⁰ מסכם הרא"ש: "וכן פי' הר"ר מאיר הלוי ז"ל ושאר גדולי הארץ הזאת וכן עיקר" אלא שפירושים אלה לא נמצאים בידינו. כאמור לעיל, פירושו

¹⁴⁷ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רפג, עמ' רא.

¹⁴⁸ זו אף מסקנתו של וסטרייך, מקסטיליה לפאס, עמ' 391. לניתוח עמדת הרא"ש בהרחבה ראו שם, עמ' 390-402.

¹⁴⁹ רא"ש, תלמוד בבלי, כתובות, פ"ח סימן ג. פריימן, הרא"ש, עמ' עח עמד על כך שהרא"ש לא היסס לדחות פסקים של קודמיו, ובהם רבנו תם, וראו הערה 10 שם לשתי דוגמאות שמביא פריימן לכך. לפנינו כאן דוגמה שלישית.

¹⁵⁰ דעתו של הרא"ש בעניין זה הפוכה לזו של רבנו תם, שקבע שהחייב מעדיף לתת את הנכסים במתנה גמורה למי שיבחר ובלבד שלא יפלו לידי נושיו. כאמור בהערה 134 לעיל, מהר"ם מרוטנבורג סבר כדעת הרא"ש בנסיבותיה של שאלה אחת שנשאל.

של הרמ"ה מאמץ את עמדת הר"י מיגאש,¹⁵¹ ואין בידינו פירושים אחרים של חכמי התקופה הדוחים כליל את עמדת רבנו תם.

הרא"ש אימץ פירושו זה הלכה למעשה בכמה תשובות שעניינן הברחת נכסים מנושים, וביטל בהן שטרי מתנה גמורה שנועדו לשם הברחת נכסים מנושים.¹⁵² הרא"ש הוסיף וקבע, שאין די בשיוור נכסים בידי הנותן כדי להקנות תוקף למתנה, אלא אם שייר נכסים "כדי פרנסתו", ומיחס עמדה זו לרבי אליעזר הלוי.¹⁵³

יצוין כי הרא"ש הזכיר בכמה מתשובותיו את קיומם של שני מקרים שהובאו בפני מהר"ם מרוטנבורג, ובהם פסק כי אישה תגבה כתובתה מנכסים שבעלה ניסה להפקיע ממנה, ובהם מקרה אחד שבו ניסה הבעל להפקיע זכות אשתו בנכס על ידי רכישת קרקע על שם אחיו. כוונתו של הרא"ש במקרה אחרון זה היא כפי הנראה לתשובת מהר"ם מרוטנבורג – ספר סיני וליקוטים

¹⁵¹ ראו לעיל, הערה 125. וסטרייך, מקסטיליה לפאס, עמ' 389, מביא ציטוט של הרמ"ה בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן שס, עמ' רמה, מפי שואל השאלה. עניינו של הציטוט בהעמדת אפוטרופוס לקטין על ידי בית הדין בנסיבות של חלוקת נכסים בין שותפים ("גוד או אגוד"), כאשר הקטין הוא אחד השותפים. הרמ"ה קובע, כי ככלל בית דין אינו מעמיד אפוטרופוס לקטין בנסיבות אלה. עוד קובע הרמ"ה, כחריג לכלל זה, כי אם הוקנה חלקו של הקטין בנכס לקטין כדי להבריא את הנכס מדין גוד או אגוד, מעמיד בית הדין אפוטרופוס לקטין. ייתכן כי על ציטוט זה מסתמך הרא"ש לשם קביעת עמדת הרמ"ה ביחס להברחת נכסים באופן כללי.

¹⁵² ראו שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג, עמ' שכז-שכט, שהיא תשובתו העיקרית של הרא"ש בעניין שטרי הברחת נכסים מנושים. תשובה זו נכתבה ביום י באייר שנת ה' אלפים ע"ה, כלומר בחודש אפריל שנת 1315, ומיועדת לקהילת יהודי טולדו. בתשובה זו פסל הרא"ש שטרי הברחת נכסים מנושים מהנימוקים שהובאו בפירושו לגמרא, והוסיף והורה לסופרים ולעדים בטולדו "שלא יכתבו ויחתמו שטר מתנת נכסים שיראה בו תחבולה וערמה אך יביאו הדבר לפני גדולי העיר ועל פיהם יעשו ואם יעברו על זה שישתלקו מאומנותם". כן ראו שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן א; שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב, עמ' שכג-שכז, תשובה שנייה מתוך שלוש תשובות הנכללות בסימן זה. לתמצית תשובה זו ראו ספר חזה התנופה, סימן יז. הרא"ש מציין בה, כי כבר כתב תשובה ארוכה בנושא, ועל כן נראה כי היא נכתבה לאחר חודש אפריל שנת 1315. עוד ראו שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב, עמ' שכג-שכז, תשובה שלישית מתוך שלוש תשובות הנכללות בסימן זה. גלינסקי, ר' יהודה בן הרא"ש, עמ' 198 הערה 83, מציין כי תשובה זו נכתבה "בסוף חיי הרא"ש, במרחשוון שנת פ"א (1320), וייתכן שאפילו בשנה שנפטרו".

¹⁵³ ראו שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ג, עמ' שכז-שכט.

סימן תקצח, אותה בחנו לעיל.¹⁵⁴ אלא שכפי שציינו לעיל, קביעתו של מהר"ם מרוטנבורג במקרה זה כי האישה תגבה כתובתה מהנכסים המוברחים, עניינה בנסיבות של הברחת נכסים מכתובת אישה תוך הפקעת תקנת חכמים. בנסיבות של הברחת נכסים מנושים שאינם אשת המבריח פסק מהר"ם מרוטנבורג אחרת, כפי שראינו לעיל. נראה כי הרא"ש נטל את קביעתו של מהר"ם מרוטנבורג בנסיבות המצומצמות של הברחת נכסים מכתובת אישה והרחיב אותה לכדי כלל שחל בכל מקרה של הברחת נכסים מנושים, גם כשאין מדובר בהברחת נכסים מאשת המבריח, אף שלא ברור שזו אכן הייתה עמדתו הכללית של מהר"ם.

מתשובה אחרת של הרא"ש, שמועדה אינו ידוע, משתמעת גישה פחות מחמירה כלפי הברחות נכסים, וזאת על אף הנסיבות המובהקות של הברחה הניכרות בה.¹⁵⁵ עניינה בחייב שנטל הלוואה ושעבד לטובתה את כל רכושו. לאחר מכן נתן החייב את כל רכושו לקרובו, והשואל מציין כי הנכסים ניתנו "במתנה מוחלטת בלי תנאי ושיור כדי שיוכל ליטע שאין לו כלום במה שיפרע לבעלי חובותיו". במקביל הפסיק החייב לחלוטין את פעילותו המסחרית, והוא ואשתו עברו לחיות על חשבון קרובו מקבל המתנה. המלווה ביקש מבית דין כמה סעדים, וביניהם כי ישביע את החייב לפי תקנת הגאונים כי לא הבריח נכסיו.¹⁵⁶ כן ביקש המלווה מבית דין להתיר לו להיפרע מהנכסים שנתן החייב במתנה לקרובו ומחליפיהם של נכסים אלה.

הרא"ש קבע בתשובתו כי אומדים דעתו של החייב שעשה קנוניה להבריח נכסיו מהמלווה, שהרי אדם לא נותן את כל נכסיו לאחר ונותן חסר כול. על כן, בית דין משביעים את מקבל הנכסים מה קיבל במתנה, וממה שקיבל במתנה רשאי המלווה לגבות את חובו. עם זאת, המלווה אינו רשאי לגבות את חובו מפירות הנכסים בתקופה שבה היו אצל הקרוב. הרא"ש השווה את מעמד הנכסים

¹⁵⁴ ראו לעיל, סמוך להערה 133 ואילך. אומנם בשאלה למהר"ם לא מוזכר כי המקבל היה אחיו של הנותן אלא קרוב משפחתו, אך התשובה מתאימה לנסיבות המתוארות מכל בחינה אחרת. נראה כי הרא"ש הכיר את נסיבות המקרה מעבר למה שכתב בשאלה ובתשובה. לא עלה בידינו לאתר את התשובה השנייה שאליה מתייחס הרא"ש. לתשובות העוסקות בעניינים דומים השוו תשובות מהר"ם מרוטנבורג וחבריו, סימן תנט, עמ' 893; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס פראג, סימנים שיא, עמ' קפ-קפא (תשובת יצחק ב"ר שמואל), תתקמו, עמ' תקא-תקג ותתקפז, עמ' תקלח-תקלט (תשובה זו מופיעה גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס קרימונה, סימן רה, עמ' קנב-קנג).

¹⁵⁵ שו"ת הרא"ש, כלל עח סימן ב, עמ' שכג-שכז, תשובה ראשונה מתוך שלוש תשובות הנכללות בסימן זה.

¹⁵⁶ להשבעת החייב כי לא הבריח נכסיו לפי תקנת הגאונים ראו לעיל, סמוך להערה 106 ואילך, והאמור בהערה 115 לעיל.

שניתנו במתנה לנכסים משועבדים, שהנושה אינו רשאי ליהנות מפירותיהם כל עוד לא מימש את השעבוד. כלומר במקרה זה הרא"ש לא הפקיע את תוקף המתנה אלא הכיר בבעלות הקרוב בנכסים שקיבל במתנה מהחייב, אך קבע שזו לא תשמש כמחסום מפני מימוש נכסים אלה על ידי המלווה לשם פירעון חובות החייב.

אף שתשובה זו מתיישבת הן עם שיטתו ההלכתית של הרא"ש בדבר אומדן דעתו של החייב והן עם גישתו הכללית המתנגדת לעסקאות הברחת נכסים, היא פחות מרחיקת לכת מתשובותיו האחרות בעניין זה, שבהן הרא"ש ביטל כליל את תוקפן של מתנות שניתנו לשם הברחת נכסים. החייב במקרה זה הצליח אפוא להבריח את פירות הנכסים החל מהמועד בו ניתנו הנכסים במתנה ועד למועד מימושם על ידי הנושה. ייתכן שתשובה זו הינה הראשונה בסדר הזמנים, ומשקפת עמדה מוקדמת של הרא"ש. אם כך הדבר, ניתן לשער שמעשי ההברחה התרבו בראשית המאה ה'14, והרא"ש החליט לנקוט עמדה הלכתית מחמירה יותר בניסיון להתמודד עימם.

ראויה לציון תשובה נוספת של הרא"ש, ממנה משתמעת עמדה שלפיה, אם לאחר מתן מתנה לשם הברחה חוזרים הנכסים לבעלות הנותן, הם חוזרים לחסות בגדר החיוב שממנו ניסה הנותן להבריח את הנכסים מלכתחילה.¹⁵⁷ כאמור לעיל, עמדה דומה הביע מהר"ם מרוטנבורג.¹⁵⁸

וסטרייך מציין את עמדתו ההלכתית של הרא"ש ביחס להברחת נכסים מנושים במסגרת מתנה שנותן אב לילדיו.¹⁵⁹ בשתי תשובות קבע הרא"ש כי ניתן להתנות מתנה של אב לילדיו בכך שבעל חוב לא יוכל לגבות חובו מהמתנה. בתשובה אחת שבה נתן אב לבנו מתנה המותנית בכך שנושי הבן לא יוכלו לגבות ממנה את חובותיו להם, ציין הרא"ש כי אם נערך התנאי בצורה נכונה מבחינה הלכתית, כגון על ידי שימוש בלשון "על מנת" שכמוה כלשון "מעכשיו", התנאי תקף.¹⁶⁰ במקרה כזה, אם מנסה בעל חוב לגבות חובו מהמתנה, התנאי מופר והמתנה בטלה למפרע.¹⁶¹

¹⁵⁷ שו"ת הרא"ש, כלל פד, סימן ד, עמ' שנד-שנה.

¹⁵⁸ ראו לעיל, סמוך להערה 130.

¹⁵⁹ וסטרייך, מקסטיליה לפאס, עמ' 400-402.

¹⁶⁰ שו"ת הרא"ש, כלל עד, סימן ג, עמ' שיד.

¹⁶¹ וסטרייך, מקסטיליה לפאס, עמ' 401 מעיר, כי בנסיבות מקרה זה נפטר האב ובנו ירש אותו. הרא"ש קבע כי בנסיבות אלה, אומנם המתנה התבטלה כשהנושה ניסה לגבות את חובו, אולם מייד חזרה לבעלותו של הבן מכוח ירושה, וכיוון שירושתו את הנכס לא הייתה מותנית בתנאי כלשהו, יכול הנושה לגבות ממנה את חובו.

בתשובה אחרת עסק הרא"ש בנתינת מתנה מאב לבתו במסגרת צוואת בריא, לרבות צוואת בריא מסוג "מעכשיו ושעה א' קודם למיתתו שתחול המתנה שעה אחת קודם למיתתו ר"ל שמעכשיו תחול המתנה אם לא יחזור בו כל ימיו נמצא שאין המתנה מוחלטת בידה עד שעה אחת קודם למיתתו".¹⁶² הרא"ש קבע כי ניתן להתנות את המתנה כאמור לעיל, כך שבעל חוב לא יוכל לגבות חובו מהמתנה. לשתי תשובות אלה יש להוסיף תשובה שלישית, שבה ערך אב שטר מתנת בריא לטובת בנותיו, אולם מי שהשתמש בנכסים הלכה למעשה לאחר מות האב היה דווקא בנו ולא בנותיו.¹⁶³ במקרה אחד אף הועמד לגבייה חוב של הבן ובמסגרת הליכי הגבייה נלקחו בחשבון גם נכסים אלה בשומת נכסי הבן, והבנות לא מחו ולא ערערו על כך. הנושים של הבן טענו כי שטר מתנת הבריא לטובת הבנות היה שטר אמנה, והבנות לא זכו כלל בנכסים. נציג הבנות השיב כי הן לא חיות כלל בעיר שבה מדובר ולכן הותירו את הנכסים לשימוש אחיהם, וכי לא ידעו כלל על מקרה גביית חוב של הבן ולכן לא ערערו על ההתחשבות בנכסים אלה כנכסי הבן. הרא"ש מקבל את הגרסה העובדתית של הבנות וקובע כי מתנת הבריא תקפה וכי הנכסים שייכים לבנות ולא לאחיהן שעושה בהם שימוש בפועל. לא ברור כיצד מתיישבת עמדתו זו של הרא"ש עם עמדתו הכללית נגד הברחת נכסים מנושים.

עוד יש לציין כי הרא"ש נקט עמדה הלכתית אחרת עת היה מדובר בהברחת נכסים מפני חובת תשלום מיסים לגויים, כפי שיבואר להלן.¹⁶⁴

ראוי לציין כי בפני הרא"ש לא הובא כל מקרה שבו נעשה שימוש במתנה לזמן קצוב או במתנה מותנית לשם הברחת נכסים מנושים. אומנם הדבר ממילא לא היה מועיל, שכן ככלל הרא"ש סירב להכיר גם במתנות גמורות שתכליתן הברחת נכסים. עם זאת, הדבר מהווה ראיה נוספת לירידת קרנה של מתנה לזמן קצוב לשם הברחת נכסים.

עמדנו לעיל על תשובה המובאת בתשובות ר' יהודה בן הרא"ש ובה ניכרת עמדה התומכת בהכרה

וסטרייך מציין כי תוצאה זו מיטיבה עם נושים ומחזקת את מעמדם. אומנם הדבר נכון בנסיבותיו הקונקרטיים של המקרה, אך אם היה האב נותר בחיים – הייתה הברחת הנכסים תקפה והנושה היה יוצא וידו על התחוננה.

¹⁶² שו"ת הרא"ש, כלל עד, סימן ד, עמ' שיד-שטז.

¹⁶³ שו"ת הרא"ש, כלל צט, סימן ז, עמ' תיז-תיח.

¹⁶⁴ ראו להלן, סמוך להערה 172 ואילך.

במתנה גמורה לשם הברחת נכסים מנושים.¹⁶⁵ באותה תשובה קיימת גם עמדה שונה אשר הביעו כמה משיבים, ובהם ר' אברהם ב"ר משה בן אסמעאל, שהיה תלמידם של הרשב"א ואחר כך של הרא"ש.¹⁶⁶ ר' אברהם ב"ר משה בן אסמעאל קבע בתשובתו כי נכסים שניתנו במתנה "מהיום ואם לא אחזור בי עד לאחר מיתה", יהיו בבעלות המקבל כל עוד לא חזר בו הנותן מן המתנה, ודינם כדין מתנה שניתנה לעולם, ועל כן אלמנת הנותן אינה ניזונה מהם. נראה מלשון התשובה כי ר' אברהם ב"ר משה בן אסמעאל מאמץ בה את עמדתו ההלכתית של מורו המוקדם, הרשב"א, ולא של מורו המאוחר, הרא"ש. זהו מקרה יוצא דופן הן מהבחינה שנעשה בו שימוש בפועל במתנה מותנית לשם הברחת נכסים, והן מהבחינה שניתן לכך היתר הלכתי על ידי רוב המשיבים שתשובותיהם הגיעו לידינו.

יש לציין כי נוסחת המתנה במקרה זה אופיינית לצוואת בריא. ייתכן שיש בכך כדי להסביר את הגישה ההלכתית שהוצגה לעיל, כיוון שנוסחת "אם לא אחזור בי" הייתה מקובלת במסגרת צוואת בריא, וכשהיא לעצמה לא עוררה חשד לכוונת הברחה של המצווה.¹⁶⁷

בפני מהרי"ק הובא מעשה בחייב לוי שלו כמה נושים, ובהם שמעון.¹⁶⁸ לוי ושמעון ביקשו להבריא נכסים של לוי מנושיו האחרים למעט שמעון. לשם כך הם יצרו חוב של לוי כלפי ראובן ושעבדו נכסים של לוי כנגד החוב. אף שהשאלה עצמה אינה לפנינו, נראה כי שמעון הוא שטען לאחר מכן כי מדובר בחוב ובשעבוד פיקטיביים לצורכי הברחת נכסים מנושים בלבד.

מהרי"ק הביא בתשובתו שתי עמדות חולקות מבחינה הלכתית: עמדת רבנו תם ועמדת הרא"ש. מהרי"ק קבע כי בנסיבות המקרה שלפניו, ברור מן העדויות כי לא הייתה כוונה להקנות נכסים

¹⁶⁵ שו"ת זכרון יהודה, סימן פד, עמ' צה-קב. ראו לעיל, סמוך להערה 141 ואילך.

¹⁶⁶ ר' אברהם ב"ר משה בן אסמעאל למד תורה בברצלונה אצל הרשב"א, אותו הוא מכנה בתשובה זו "מורי הרשב"א ז"ל", וכתב מפי הרשב"א את התשובה האחרונה שנתן בחייו, בשבוע שבו נפטר; ראו שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן קמח, עמ' קכ"קא. בהמשך היה תלמידו של הרא"ש בטולדו. ראו לעניין זה גולדשטיין, פסקי בבא קמא. לפני תשובתו מופיעה תשובה נוספת הקובעת כי האלמנה לא תיזון מן הנכסים, אך לא ברור מיהו המשיב.

¹⁶⁷ פרופ' ריבלין הציע הבחנה זו בין מתנה סתם, שבה תנאי החזרה עשוי ללמד על כוונת הברחת נכסים, לבין צוואת בריא, שבה תנאי המשמר את כוחו של הנותן לחזור בו היה נהוג ומקובל ועל כן לא עורר חשד הברחה.

¹⁶⁸ שו"ת מהרי"ק, סימן כב, עמ' נב-נג. לתמצית חלקית של התשובה ראו פסקי מהרי"ק, סימן נא, עמ' 269.

לראובן אלא רק להבריהם מפני כלל נושיו של לוי למעט שמעון. בנסיבות אלה סבר מהרי"ק כי גם לשיטת רבנו תם מוטל על ראובן הנטל הראייתי להוכיח, באמצעות שבועה כי אין מדובר בשטר מברחת.¹⁶⁹ מהרי"ק הוסיף כי כל שכן שזה הדין לפי עמדת הרא"ש, אשר הסתמך לעניין זה גם על הרמ"ה ועל "גדולי הארץ הזאת". מהרי"ק ציין כי הרא"ש חלק על רבנו תם וקבע, "דלעולם לא קנה המקבל במתנה וב"ח גובה את חובו מנכסים המוברחים ופשיטא דלדידהו לא חל השעבוד משמעון לראובן א"כ הוא דלהבריה נתכוון". לאור עמדה זו של מהרי"ק, ממילא לא קם הצורך לבחון אם המתנה ניתנה כ"מתנה גמורה", שכן גם במקרה זה לא היה מהרי"ק מקנה לה תוקף כלפי הנושים.

4. מגמות בתשובות הראשונים בעניין הברחת נכסים מנושים יהודים

בחינת תשובות הראשונים בנוגע לשטרי הברחת נכסים מנושים יהודים בדרך של מתנה, מעלה מגמה ברורה של שינוי, שנועד לצמצם את אפשרות ההברחה. ספר השטרות לר' יהודה הברצלוני, כמו גם השבועה שתיקנו חכמים כבר בתקופת הגאונים, מעידים על עמדה הלכתית שכנראה הייתה נפוצה בעת המעבר מתקופת הגאונים לתקופת הראשונים, שלפיה ניתן להבריה נכסים מנושים באמצעות מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית. עמדתו של רבנו תם, כפי שהובאה בתוספות וכפי שאומצה על ידי כמה ממשיבי התקופה, דורשת כי המתנה תהיה "מתנה גמורה". רבנו תם הניח כי חייבים אכן מעדיפים להעניק נכסיהם במתנה גמורה כדי למלטם מהנושים, ומעדיפים זאת על האלטרנטיבה של נפילת הנכסים בידי נושיהם, והיה מוכן לתת תוקף למתנות החייבים על אף הפגיעה בנושים. כמה משיבים הבהירו כי "מתנה גמורה" היא בין היתר "מתנת עולמים", וניתן לשער שבשל כך פחת מאוד השימוש במבנים משפטיים של מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית לשם הברחת נכסים מנושים.

עמדתו של רבנו תם השפיעה בצורה ניכרת על עמדות הראשונים הבאים אחריו, באשכנז ובספרד כאחד, אך אצל משיבים מאוחרים לו ניכרת מגמה של צמצום ההכרה ההלכתית בשטרי הברחת נכסים. ראשונים רבים לא קיבלו את ההנחה שביסוד עמדת רבנו תם, שהמבריה מעדיף ומתכוון לתת את הנכסים במתנה גמורה ובלבד שהנושים לא יזכו בהם. תחת זאת קבעו ראשונים רבים כי יש לבחון את נסיבות העניין. אם הן מלמדות כי החייב לא התכוון להתנתק באמת מהנכסים,

¹⁶⁹ בתשובה עולה גם עניין ראייתי של נאמנות העדים החתומים על השטר להעיד כי הוא שטר אמנה, שהעיסוק בו חורג מגדרו של מחקר זה.

אפשר שמדובר בשטר אמנה או בשטר פסים, החסרים תוקף משפטי. יש ראשונים שקבעו כי אם החייב לא שייר לעצמו נכסים כלשהם, מתנתו בטלה, ויש שדרשו שיור נכסים המספיקים לפרנסתו של החייב. מהר"ם מרוטנבורג קבע במקרה מסוים כי יש לחייב את המבריח להדיר עצמו מהנאה מהנכסים, כדי למנוע הערמה על נשיו. מהר"ם מרוטנבורג והרשב"א אף סירבו להכיר בתוקפה של מתנה שניתנה לשם הברחת נכסים בנסיבות מסוימות, אף שלא קבעו כלל גורף נגד ההכרה בה. הרא"ש קבע עמדה הלכתית שונה מזו של רבנו תם, ובה הכריז מלחמה כנגד מתנות שנועדו לשם הברחת נכסים מנושים וקבע כי תהיינה בטלות. חלק מהפוסקים שבאו אחריו אימצו עמדתו זו.

עמדת רבנו תם, כפי שהובנה ויושמה על ידי פוסקים מאוחרים לו בתקופת הראשונים, יצרה הבחנה בין "מתנה גמורה" לבין מתנה מותנית מבחינת התוצאה ההלכתית. מתנה גמורה הוכרה ככלי יעיל להברחת נכסים מנושים, ולעומת זאת, לא היה די במתנה מותנית לשם כך. מעמדות רבים מהמשיבים נראה כי לא היו מוכנים לתת תוקף למתנה מותנית כשימשה להברחת נכסים. מתשובה אחת של מהר"ם מרוטנבורג עולה כי הוא לא שלל את תוקפה של מתנה על מנת להחזיר ששימשה להברחת נכסים מנושים, אך קבע כי היא תשמש לפרעון חובות החייב לנושים עם שובה לבעלות החייב. התוצאה היא כי החייב מצליח להבריא רק את פירות הנכס וזכות השימוש בו ורק בתקופה שבה הנכס שייך למקבל המתנה.

נשאלת שאלת מהותה ומשמעותה של הבחנה זו בין מתנה גמורה לבין מתנה מותנית. אפשרות אחת היא כי ניתן ללמוד ממנה על גישה עקרונית של המשפט העברי שאינה מכירה במתנה מותנית כמתנה לכל דבר. אפשרות אחרת היא כי ההסתייגות מהשימוש במתנה מותנית אינה נובעת מעמדה עקרונית של המשפט העברי כלפי מתנה מותנית אלא מתכלית השימוש בה – הברחת נכסים.¹⁷⁰ בחינת גישתם של הראשונים לסוגיה הקרובה של הברחת נכסים מנושים גויים תסייע להשיב על שאלות אלה.

¹⁷⁰ השו"ת האמור בפרק השני לעיל, סמוך להערה 143, כי בספר הלכות גדולות הוחלפה, לעניין חמץ בפסח, הדרישה "ובלבד שיתנו לו במתנה גמורה" בדרישה "ובלבד שלא יערים". יש כאן רמז לקשר בין מהות המתנה לבין תכליתה. ייתכן שקשר דומה קיים גם כאן, והראשונים ראו במתנה מותנית ראייה לכוונת הנותן אלא להתנתק מהנכסים באופן מלא ושלים אלא להערים על נשיו ולהמשיך ליהנות מהנכסים.

על רקע מגמת צמצום ההכרה ההלכתית במתנות שנועדו להברחת נכסים מנושים יהודים, בולטת מגמתן השונה של התשובות שהגיעו לידינו שעניינן הברחת נכסים מגויים, בין נושים גויים ובין רשויות השלטון. הדבר נכון הן ביחסם של הראשונים לשימוש במתנה גמורה והן ביחסם לאפשרות השימוש במתנה על מנת להחזיר.

מהר"ם מרוטנבורג נשאל על חייב יהודי המבקש להבריא כסף מנושיו הגויים ועל כן נותנו במתנה לאחר.¹⁷¹ מהר"ם מרוטנבורג אימץ את קביעתו של רבנו תם כי בנסיבות אלה לא חל הדין של שטר מברחת, אלא שהנותן התכוון לתת את הנכסים במתנה גמורה. בהתאם לכך קבע מהר"ם מרוטנבורג כי על אף כוונת ההברחה של הנותן, כיוון שמדובר במתנה גמורה, קנה המקבל את הכסף לכל דבר, והוא אף יכול להישבע שאין בידיו רכוש כלשהו של החייב. זהו המקרה היחיד שעלה בידינו לאתר שבו אימץ מהר"ם מרוטנבורג את עמדתו של רבנו תם כפי שהיא, ללא תוספות או הסתייגויות המרחיבות את ההגנה על הנושים.

הרא"ש נשאל על הברחת נכסים שמטרתה להימנע מתשלום מס לשלטונות הגויים.¹⁷² שר משרי הגויים בא אל העיר לגבות מיסים. ראובן, החייב במס לפי דיני הגויים, נתן נכסיו לשמעון, הפטור ממס לפי דיני הגויים, "במתנה גמורה בלא תנאי". נשאלה השאלה, אם יוכלו שניהם להישבע שהנכסים שייכים לשמעון ולא לראובן, "אע"פ שידוע שלא עשה כי אם להברוחו ולבסוף יחזיר לו מ"מ במתנה גמורה נתן והחזרה תלוי בדעתו". השואל הסתמך על פסיקת רבנו תם בעניין מבריא נכסים, ועל ההבחנה שערך רבנו תם בין שטר המברחת התלמודי לבין שטרי הברחה אחרים. כן ציין השואל, שהדבר אינו דומה למקרים אחרים של "אומדנא דמוכח". ייתכן שעמדתו הכללית של הרא"ש בעניין שטרי הברחה הייתה ידועה לשואל, והוא ביקש להבחין בין נסיבות שאלתו לבין נסיבותיהם של מקרים אחרים שבאו בפני הרא"ש.

הרא"ש הסתייג בתשובתו מהסיטואציה כולה: "מה שכתבת מענין הברחה קשה מאד הדבר

¹⁷¹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג - דפוס קרימונה, סימן קכ, עמ' פט. הכסף היה בידיו של צד שלישי והועבר "במעמד שלשתן". מהר"ם מרוטנבורג מתייחס לכך בקצרה בתשובתו. העיסוק בקניין במעמד שלשתן חורג מגדרו של מחקר זה.

¹⁷² שו"ת הרא"ש, כלל ט, סימן א, עמ' מט.

ומעולם החמרתי בו מאד שלא יזלזלו בו". הסתייגות זו תואמת את עמדתו העקרונית והתקיפה של הרא"ש כנגד עסקאות הברחת נכסים, כפי שניכרה מתשובותיו שנבחנו לעיל. אלא שעל אף הסתייגות זאת, הרא"ש קבע כי הדין עם השואל והכיר בתוקפה של המתנה. הרא"ש אף הוסיף, כפי הנראה מיוזמתו ובלי קשר לנסיבות המקרה כי כך היה הדין גם אם היה מדובר במתנה על מנת להחזיר: "ואפילו מתנה ע"מ להחזיר היא מתנה לשעתא, וכ"ש מתנה זו שהיא בלא חזרה אם ירצה". הרא"ש העלה אפוא את האפשרות ההלכתית לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מחובת תשלום מיסים לגויים. נראה כי לדעת הרא"ש, שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים יאפשר לנותן ולמקבל להישבע שהמתנה שייכת למקבל. עמדה זו יוצאת דופן לא רק על רקע עמדתו הכללית של הרא"ש בסוגיה זו, אלא גם על רקע הדרישה שהציבו משיבים אחרים כי הברחת נכסים תתבצע באמצעות "מתנה גמורה".

בפני ריב"ש ובפני התשב"ץ הובא מקרה של הברחת נכסים מפני רשויות השלטון באמצעות עסקת מכר שנערכה לפי דיני הגויים.¹⁷³ מאופן הצגת פרטי המקרה בשאלה עולה כי המכירה הייתה למראית עין בלבד. ראייה אחת לכך הייתה כי לאחר שנשלמה עסקת המכר לפי דיני הגויים והעדים עזבו את המקום, השיבה המוכרת לרוכש את התמורה ששילם לה עבור הנכסים.

התשב"ץ קובע כי הרוכש כלל לא רכש את הנכס, בין היתר כיוון שלא הייתה כל כוונה למכור לו את הנכס אלא רק להצילו מידי הגויים. בנסיבות אלה, שטר המכר דומה במהותו לשטר אמנה, אלא שמותר היה לקיימו כל עוד נדרש לשם הצלת הנכס מידי הגויים. ברגע שתמה תביעת מושל העיר כלפי הנכס, אין לקיים עוד את השטר והוא בטל.¹⁷⁴

כאמור, מקרה זה בא גם בפני ריב"ש, ופסיקתו הייתה דומה לזו של התשב"ץ. ריב"ש קבע אף הוא

¹⁷³ שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן יג, עמ' נד-נט; שו"ת ריב"ש, סימן קמה, עמ' קמח-קנ. ההברחה נדרשה כיוון שבעלי הנכסים נפטרו ללא ילדים, ומושל העיר ביקש לתפוס את נכסיו, בתואנה כי במקרה שבו נפטר יהודי ללא ילדים, המלכות יורשת את נכסיו.

¹⁷⁴ במקרה אחר שהגיע בפני ר' שמעון בן צמח דוראן בעל שו"ת התשב"ץ, אדם שנפטר ללא ילדים וחשש שהגויים ייקחו נכסיו, תוך נישול אחותו שהיא היורשת שלו לפי דין תורה, נתן את נכסיו לסוחר אחד וציווה עליו לתת הכול להקדש ירושלים. אחותו של הנפטר ביקשה להכריז עליה כיורשת, שכן פעולתו זו נעשתה רק מפחד שמושל העיר ייקח את הנכסים. התשב"ץ מצדיק אותה בדין אף בהנחה שההקדש תקף, אך מוסיף וקובע גם שהפעולה בוצעה רק כדי להבריח את הנכסים מן הגויים, ולכן נראה שהיה מוכן במידת הצורך לבטל מטעם זה את ההקדש. ראו שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קנב, עמ' קנט-קס.

כי שטר המכר בטל, שכן לא היה במקרה זה מכר אמיתי ולא שולמה תמורה "אלא הכל נעשה בתחבולה ולא באמת".

תוצאת תשובותיהם של התשב"ץ ושל ריב"ש מסייעת לקיומן של עסקאות הברחת נכסים מפני רשויות השלטון של הגויים.

מקרה אחר שהגיע בפני ריב"ש עסק בהברחת נכסים מפני חובת תשלום מיסים לשלטונות הגויים.¹⁷⁵ התשובה נשלחה לעיר הוניין שבאלג'יר. היא ממוענת "אל הנבון אשתרוג כהן", כפי הנראה, ר' שאול הכהן אשתרוק.¹⁷⁶ השואל מספר כי בעת שהותו בוולנסיה היו יהודי "ארץ ערב", כלומר אלג'יר, שולחים לו פיקדונות במתנה. השואל ביקש לדעת אם פיקדונות אלה מהווים מתנה גמורה, ועל כן הוא רשאי להישבע כי הם בבעלותו בלי לחטוא. מתשובת הריב"ש עולה כי הרקע למתנות אלה עשוי היה להיות הברחת נכסים מבעלי חוב או ממיסי המלך.¹⁷⁷

ריב"ש קובע כי במקרה זה אין מדובר במתנה גמורה, לא מצד הנותנים ולא מצד המקבל, ועל כן המקבל לא קנה את הנכסים ואינו יכול להישבע שהם שלו. עוד מבהיר ריב"ש כי ככלל אין לעשות שימוש באמצעים מסוג זה על מנת להתחמק מתשלום מיסים רגילים שמטיל המלך, כגון מכס. החרג הוא מקרים שבהם המלך מטיל מיסים לא הוגנים על היהודים, כפי שהטילו, למשל, על האנוסים שנאלצו לעזוב את ארצותיהם כדי לא להמיר דתם. במקרים אלה מותר ליהודים להערים על השלטונות בנדר או בשבועה כדי למלט נכסיהם מנטל המס הבלתי הוגן.

ריב"ש מוסיף ומציע מיוזמתו פתרון יעיל גם למכס הרגיל שמטיל המלך, והוא נתינת הנכסים במתנה על מנת להחזיר. ריב"ש קובע כי היא "מתנה גמורה לכו"ע", "מתנה גמורה היא לשעתה והמקבל אוכל פירות", ולכן ניתן לצאת ידי חובת תרומה או נטילת אתרוג בסוכות במתנה על מנת להחזיר. אומנם מקבל המתנה אינו רשאי להקדישה לדעת ריב"ש, אך זאת מכוח התנאי שהוא חייב להחזירה ולא כיוון שאינה מתנה גמורה. עוד מציין ריב"ש כי יש לדאוג להקנות את המתנה למקבלה במעשה קניין עוד טרם נשלחה אליו, כדי שיזכה בה עוד טרם הגיעה הסחורה לנמל היעד,

¹⁷⁵ שו"ת ריב"ש, סימן ב, עמ' א-ב.

¹⁷⁶ ליחסים בין שני האישים, ראו הרשמן, הריב"ש, עמ' כט-ל; בר ששת, הריב"ש, עמ' 72.

¹⁷⁷ הרשמן, הריב"ש, עמ' כו-כז מציין כי מצבם הכלכלי של יהודי אלג'יר היה רעוע וזאת בין היתר מחמת נטל המיסים הכבד שהוטל עליהם. עוד הוא מציין, כי הרבנים היו פטורים מחלק ממיסים אלה. ייתכן כי זהו הפטור שחל על השואל במקרה זה, אשר בזכותו ניתן היה להבריח נכסים מנטל המס.

כיוון שחובת תשלום המכס קמה בעת שהסחורה מגיעה לנמל היעד. כן מציין ריב"ש כי כיוון שמדובר בסחורה הנשלחת לשם מכירתה בארץ היעד, רצוי להתנות שהחזרת המתנה תהיה לנותן עצמו או לאדם אחר עבור הנותן אשר גר בארץ היעד, בעירו של מקבל המתנה. כך, לאחר שהמקבל זוכה בסחורה והיא נפטרת מתשלום המכס בנמל היעד, יכול המקבל לקיים את תנאי החזרה ולתת את הסחורה לבן עירו אשר יקבלה עבור הנותן, וזה ידאג למכור את הסחורה ולהעביר את דמי המכר לנותן.

תשובה זו של ריב"ש ראויה לציון מכמה היבטים. אחד מהם הוא נכונותו של ריב"ש להכיר במתנה על מנת להחזיר כ"מתנה גמורה לשעתה", ובהתאם לכך ככלי יעיל מבחינה הלכתית להברחת נכסים מחובת תשלום מכס. היבט שני הוא ההשוואה שעורך ריב"ש, אומנם בקצרה, לעניין השימוש במתנה על מנת להחזיר ככלי יעיל מבחינה הלכתית לשם יציאה ידי חובת תרומה ונטילת אתרוג בחג סוכות. ניתוח זה של המתנה על מנת להחזיר בתוך הקשר ההלכתי הכולל, תוך ניסיון ליצור אחידות בדין, אינו מאפיין את תשובות הראשונים בעניין הברחת נכסים מנושים או בעניין מתנה על מנת להחזיר. מעניין לציון כי לשיטת ריב"ש, מקבל מתנה על מנת להחזיר אינו רשאי להקדישה, אף שמסוגיית התלמוד הבבלי משתמע אחרת. על אף עמדה זו, הפוגמת לכאורה בתוקפה של מתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר, מוכן ריב"ש לראותה כ"מתנה גמורה לשעתה" לצורך הברחת הנכסים מחובת המכס.¹⁷⁸

עם זאת, ראוי להסתייג ולהזכיר כי בתשובה אחרת קבע ריב"ש כי מתנה על מנת להחזיר הינה מתנה המותנית בתנאי החזרה, שקיומו נתון לשיקול דעת המקבל. אם בוחר המקבל שלא לקיים את התנאי – נמצאת המתנה בטלה למפרע.¹⁷⁹ עמדה זו של ריב"ש עשויה להסביר מדוע ראה במתנה על מנת להחזיר "מתנה גמורה לשעתה". עוד ראוי לציון כי ריב"ש הביע עמדתו זו בתשובה שעוסקת בהברחת נכסים מגויים ולא הביע עמדה דומה כשעסק בהברחת נכסים מנושים יהודים.

לפני ר' שמעון בן שלמה בן צמח דוראן הובא מקרה של שטר מתנה, שבו הנותן טען "שלא הייתה

¹⁷⁸ רמז לניתוח השוואתי מסוג זה מצאנו גם בתשובה נוספת של ריב"ש; ראו שו"ת ריב"ש, סימן שמא, עמ' תנ-תנא; כן ראו לעיל, סמוך להערה 42 ואילך והאמור בהערה 43. הדבר מחזק את ההשערה, כי ריב"ש היה מהמשיבים הראשונים הבודדים שלא הסתפקו בניתוח קזואיסטי של סוגיות שונות של עסקאות בעלות לזמן אלא התייחסו לעניין זה גם כמכלול.

¹⁷⁹ שו"ת ריב"ש, סימן שמא, עמ' תנ-תנא.

המתנה מתנה גמורה והשטר לא היה אלא שטר הברחה" מפני שלטונות הגויים. נראה שהרקע להברחה במקרה זה היה קיומם של חובות לשלטונות וחשש מתפיסת נכסים לשם פירעונם. המשיב קיבל את הטענה שמדובר בשטר הברחה על בסיס אומדנא דמוכח, וקבע שהמתנה בטלה והנכסים יושבו לנותן. הנמקה זו נראית תואמת את דרכו ההלכתית של הרא"ש, אלא שבמקרה זה נעשה בה שימוש על מנת לסייע להברחת הנכסים מפני שלטונות הגויים, שכן היא הביאה להשבת הנכסים לבעלותו של המבריח.

יצוין כי באחת מתשובות מהרי"ל מוזכרת תופעה של הברחת נכסים מפני חובת תשלום מיסים שהם כפי הנראה מיסים פנים-קהילתיים ולא מיסי שלטונות הגויים.¹⁸⁰ עניינה של התשובה בתקנה שנקבעה בטבריה, אשר אסרה על מתן נכסים להקדש או לצדקה. מהרי"ל הסביר כי אין כוונת התקנה לאסור מתן מעשר לצדקה. כוונת התקנה היא להתמודד עם תופעה, שלפיה אנשים מערימים ונותנים חלק מנכסיהם לצדקה כדי שלא לשלם מס בגינם, אך אינם מעבירים את הנכסים לעניים אלא שומרים אותם. אם בהמשך אוזלים נכסיהם של הנותנים והם הופכים לעניים בעצמם, הם משתמשים בנכסים אלה. התקנה נועדה לאסור פעולה זו, ומהרי"ל מכיר בתוקפה של התקנה ובכוחה לאסור מעשי הברחה אלה.

ההבדל הניכר בגישות המשיבים להברחת נכסים מהגויים לעומת הברחת נכסים מנושים יהודים ניתן להסבר לאור הנסיבות השונות. היהודים סבלו מרדיפות, מהתנכלות ומאפליה על ידי שלטונות הגויים, אשר באו לידי ביטוי בין היתר בעניינים ממוניים, ולבשו צורות שונות.¹⁸¹ גירושים של היהודים ממקומות מושביהם היו כרוכים פעמים רבות בהחרמה של רכושם או בחובה לממשו בתוך פרק זמן קצר ביותר במחירי הפסד.¹⁸² זאת ועוד: החרמות נכסים של יהודים וביטול חובות של נוצרים ליהודים לא היו מוגבלים רק לעיתות גירוש ושימשו את השלטונות

¹⁸⁰ שו"ת מהרי"ל החדשות, סימן קנב, עמ' רא-רג. לתשובות מהרי"ל ראו דינרי, חכמי אשכנז, עמ' 171-251; למאפייני תשובות משיבי המאה ה-15, ובהם מהרי"ל, בענייני מיסים בכלל, ובנוגע לתקנות מס קהילתיות בפרט, ראו שם, עמ' 66-70.

¹⁸¹ לרדיפת היהודים באופן כללי ראו רות, יהדות אירופה; קיש, היהודים. לרדיפת היהודים בעניינים כלכליים ראו חזן, ריבית, עמ' 45-55 והערה 29 שם; קיש, היהודים, 109-110.

¹⁸² טרכטנברג, השטן והיהודים, עמ' 189; ברון, היסטוריה של היהודים, עמ' 156; גרוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 36-35; חזן, ימי הביניים, עמ' 280-281.

למילוי אוצרותיהם בתקופות של משברים כלכליים.¹⁸³ מיסים מיוחדים הוטלו על היהודים, בד בבד עם אפלייתם יחסית לשכניהם הנוצרים.¹⁸⁴ מקצועות ועיסוקים רבים נאסרו על היהודים.¹⁸⁵ ניסיונותיהם של היהודים להתמודד עם גזרות ורדיפות כלכליות, בין בדרך של הטלת מיסים ובין בדרך של החרמת נכסים, היו בבחינת הגנה עצמית. גם משיבים אשר התנגדו באופן עקרוני לעסקאות הברחת נכסים מנושים הכירו בכך שיש להן הצדקה בנסיבות אלה. המתח שנוצר בין העמדה העקרונית הכללית של משיבים אלה לבין הצורך והרצון שלהם לתת מענה הולם לרדיפת היהודים בידי שלטונות הגויים, מקבל ביטוי בתשובותיהם. כך הביע הרא"ש את התנגדותו העקרונית לעסקאות הברחת נכסים מנושים, אך לא רק שאישר את השימוש בהן בנסיבות של הברחת נכסים מגויים, אלא גם הציע מיוזמתו לעשות שימוש בטכניקה של מתנה על מנת להחזיר לצורך כך. דוגמה נוספת היא תשובתו של ריב"ש, שמבהיר כי אין לעשות שימוש בעסקאות הברחת נכסים משלטונות הגויים אלא כשמדובר במיסים לא הוגנים המוטלים על היהודים. בהמשך דבריו הוא מציע לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הימנעות מתשלום מכס המוטל על סוחרים יהודים וגויים כאחד.

3. ניתוח הממצאים העולים מתשובות הראשונים

מבחינת תשובותיהם של הראשונים עולה כי למעט מקרים בודדים וחריגים, הראשונים נוקטים בגישה קזואיסטית ביחס למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן. תשובותיהם במקרים שונים עוקבות ככלל אחרי הסוגיות הרלוונטיות לכל מקרה בתלמוד הבבלי, והם אינם עורכים דיון השוואתי או גוזרים מסוגיות הגמרא כללים אחידים הניתנים ליישום באופן עקבי במקרים השונים.

¹⁸³ ברון, היסטוריה של היהודים, עמ' 204; תולדות עם ישראל, עמ' 95-96; חזן, ימי הביניים, עמ' 279.

¹⁸⁴ דוגמאות למיסים מיוחדים שהוטלו על היהודים כוללות: מס מעשר על אדמות שרכשו יהודים מנוצרים, ששולם לכנסייה הנוצרית – ראו ברון, היסטוריה של היהודים, עמ' 153-154, 182 וגרוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 37; מיסים מיוחדים ומפלים על מסחר בין-לאומי – ראו גרוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 41; מס על הכנסות מריבית, שמחמת האיסור הכנסייתי הוטל באופן מעשי על יהודים ולא על נוצרים – ראו תולדות עם ישראל, עמ' 95-96; גרוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 44-45. כן ראו קיש, היהודים, עמ' 106 (הטלת מיסים מיוחדים על היהודים ממחצית המאה ה-14 ואילך).

¹⁸⁵ ראו אברהמס, חיים יהודיים, עמ' 244; טרכטנברג, השטן והיהודים, עמ' 188; ברון, היסטוריה של היהודים, עמ' 170, 183; תולדות עם ישראל, עמ' 92-93; גרוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 36-37.

תוצאה נוספת של מגמה פרשנית זו היא כי לעיתים פסיקותיו של אותו ראשון במקרים שונים של מתנה על מנת להחזיר או בנסיבות של מתנה על מנת להחזיר בהשוואה למקרים אחרים של עסקאות בעלות לזמן, אינן מתיישבות זו עם זו מבחינת מגמתן. להלן נביא כמה דוגמאות לכך.

ראינו לעיל כי עמדתו של מהר"ם מרוטנבורג לעניין שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים אינה ברורה כשהיא לעצמה. מאחת מתשובותיו עולה כי הוא ראה בה מתנה תקפה לעניין הברחת נכסים מנושים, אך הוסיף וקבע כי הנכסים יעמדו לזכות הנושים עם חזרתם לבעלות החייב. מתשובה אחרת עולה כי מתנה המותנית בזכותו של הנותן לחזור בו אינה נחשבת כמתנת בריא אלא כמתנת שכיב מרע, ועל כן אינה מועילה לצורכי הברחת נכסים מנושים. לכך יש להוסיף את עמדת מהר"ם מרוטנבורג כי ניתן לברך על טלית שניתנה במתנה על מנת להחזיר.¹⁸⁶ אם מתנה על מנת להחזיר תקפה וכשרה לצורכי ברכה, מדוע לא תהא תקפה לצורכי הברחת נכסים מנושים? לכאורה משנה מהר"ם מרוטנבורג את עמדתו ההלכתית באשר לתוקפה של מתנה על מנת להחזיר בהתחשב בתכלית השימוש בה. עם זאת, ייתכן כי הבדל הגישות אינו נובע משינוי בגישה ההלכתית אלא מאומדן גמירות דעתו של הנותן.¹⁸⁷ כאשר נתינת הנכס לזמן נועדה להבריח נכסים מנושים, ברור כי הנותן לא גמר בדעתו לתת את הנכסים במתנה כלל אלא התכוון להבריחם מנושיו, ובנסיבות אלה, מהר"ם אינו מכיר בתוקף המתנה. לעומת זאת, כאשר נתינת הנכס לזמן נועדה לאפשר למקבל לקיים מצווה, הנותן גומר בדעתו לתת את הנכסים בנפש חפצה. בנסיבות אלה, אין קושי להכיר בתוקף המתנה. אין אפוא כל קושי עקרוני עם תוקפה המשפטי של מתנה על מנת להחזיר, אלא שתוקפה נגזר מאומדן גמירות דעתו של הנותן בנסיבותיו של כל מקרה לגופו.

לפי שיטת הרמב"ן בחידושיו לתלמוד הבבלי, המשפט העברי מכיר בבעלות לזמן קצוב כבעלות מלאה לכל דבר, ובלבד שהנכס אינו חוזר לאחר מכן לבעליו הראשון אלא עובר לצד שלישי. במקום שבו הנכס חוזר מקץ זמן קצוב לבעליו הראשון, נחשב הבעלים כאילו שייר לעצמו "זכות בנכסים מעתה", שמכוחה יכול הנותן להפקיע את הבעלות בנכס מידי צדדים שלישיים שלהם ניסה המקבל למוכרו. לעומת זאת, הרמב"ן נתן תוקף מלא לעסקאות הברחת נכסים מנושים

¹⁸⁶ ראו לעיל, סמוך להערה 57.

¹⁸⁷ פרופ' ריבלין הציע את האפשרות כי ההבחנה בין המקרים קשורה לאומדן גמירת דעתו של הנותן, ועל כן אינה מעידה על סתירה כלשהי בעמדתם העקרונית של המשיבים באשר לתוקפה המשפטי של מתנה לזמן.

באמצעות מתנה על מנת להחזיר. הרמב"ן קבע בהקשר זה כי מתנה על מנת להחזיר היא ככל מתנה המותנית בתנאי, ועל כן היא קיימת ותקפה מעת נתינתה, ובלבד שיתקיים התנאי. לא ברור מדוע לא קבע הרמב"ן גם במקרה זה כי הנותן שייר לעצמו זכות בנכסים, שהרי ברור כי הם עתידים לחזור לבעלותו.

כאמור לעיל, ריב"ש הוא אחד הראשונים היחידים שבאחת מתשובותיו ניכרת מגמה השוואתית בין מקרים שונים של מתנה על מנת להחזיר. הכוונה היא לתשובה שבה הציע ריב"ש לתת סחורה במתנה על מנת להחזיר כפתרון יעיל להימנעות מתשלום מכס. ריב"ש קבע כי היא "מתנה גמורה לכו"ע", "מתנה גמורה היא לשעתה והמקבל אוכל פירות", וציין כי בשל כך ניתן לצאת ידי חובת תרומה או נטילת אתרוג בסוכות במתנה על מנת להחזיר. לעומת זאת, בתשובה אחרת קבע ריב"ש כי במקרה של נתינת נכס לאחר לכל ימי חייו, זוכה המקבל בפירות הנכס בלבד, ואילו הנותן שומר על זכותו בגוף הנכס. לא ברור מדוע מתנה על מנת להחזיר נחשבת לדעת ריב"ש כ"מתנה גמורה לשעתה", ואילו מתנה לזמן קצוב – אפילו זמן ארוך במיוחד, משך חיי המקבל – נחשבת כנתינתה של פירות הנכס בלבד.

בפירושו לתלמוד הבבלי קבע הרא"ש כי ניתן לתת לולב "במתנה גמורה ע"מ שיחזיר", ובמקרה זה מקבל הלולב יכול לצאת בו ידי חובה ולאחר מכן לשוב ולהקנותו לנותן. לעומת זאת, הרא"ש לא היסס לבטל מתנות שנועדו לשם הברחת נכסים, גם כאשר היו מתנות גמורות ללא כל חובת החזרה של הנכסים לנותן. הרא"ש קבע כי אומדים דעתו של הנותן, שלא התכוון לתת כל נכסיו לאחרים ולחזר על הפתחים, ולכן המתנה אינה תקפה. לצד זאת הציע הרא"ש לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים שמטרתה להימנע מתשלום מס לשלטונות הגויים, ולעניין זה קבע כי "מתנה ע"מ להחזיר היא מתנה לשעתא".

במקרה של הרא"ש קיים הסבר ברור להבדלי הגישה במקרים השונים. הרא"ש הסביר מפורשות כי ביסוד תשובותיו לעניין הברחת נכסים עומדים שיקולים של מדיניות ציבורית.¹⁸⁸ הרא"ש זיהה תופעה מדאיגה של הברחת נכסים מנושים, שאימה לדעת הרא"ש על יציבותו של המסחר, ולכן פעל בתקיפות כדי למנוע אותה. ניתן לשער כי במקרה של נתינת הלולב, שיקולי המדיניות הציבורית פעלו בכיוון ההפוך, של הכרה בתוקפה של המתנה. נתינת הלולב נועדה לאפשר לאדם

¹⁸⁸ וסטרייך, מקסטיליה לפאס, עמ' 397-398, מתייחס לכך כאל "מדיניות משפטית".

נוסף או לאנשים נוספים לצאת ידי חובת מצוות נטילת לולב ביום טוב ראשון של חג הסוכות.¹⁸⁹ הרא"ש הציע אפוא פתרון הלכתי התומך בה. כך גם במה שנוגע להברחת נכסים מחובת תשלום מס לשלטונות הגויים. כאמור לעיל, היהודים סבלו מאפליה ומהתעמרות מצד רשויות השלטון, שבאו לידי ביטוי בין היתר באמצעים כלכליים כגון הטלת מיסים. יש לשער שהרא"ש הכיר בכך שבמקרה זה השימוש בעסקאות ההברחה נועד למטרה לגיטימית, ולכן הכשיר אותו על אף הסתייגותו הכללית מעסקאות הברחת נכסים מנושים. שיקולים דומים עשויים לעמוד ביסוד תשובותיו של מהר"ם מרוטנבורג. הוא מכשיר שימוש במתנה על מנת להחזיר כשהיא מסייעת בקיום מצווה, ומסתייג מהשימוש בה כשהיא נועדה להבריא נכסים מנושים. סביר להניח אפוא כי משיבים אלו לא שמו דגש על יצירת עמדה משפטית-הלכתית עקבית בסוגיית תוקפה של מתנה על מנת להחזיר, אלא עיצבו את הדין באופן שיביא לעשיית צדק בנסיבותיו של כל מקרה שהובא בפניהם.

לעומת זאת, שיקולי מדיניות ציבורית אינם מועילים להסביר את הבדלי הגישה הניכרים בתשובות הרמב"ן או הריב"ש. נראה כי במקרים אלה, ההסבר להבדלי הגישה הוא כפי שהוצע בפתח דברינו אלה. המשיבים נקטו גישה קזואליסטית העוקבת אחר סוגיות הגמרא בכל מקרה לגופו, ללא כל התיימרות ליצור כלל אחיד ועקבי. יש להניח שהם היו מודעים לזיקות האפשריות בין המקרים השונים. הריב"ש מזכיר זאת מפורשות, אומנם בקצרה, בתשובתו לעניין שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם התחמקות מתשלום מכס. אין זאת אלא שהעיקר בעיני הראשונים הייתה העקביות עם סוגיות הגמרא, ולא יצירתו של כלל משפטי אחיד.

ד. מכר חוזר

1. גאונים

בתקופת הגאונים מופיעה לראשונה עסקת מכר חוזר שנערכה בין צדדים בקירואן כתחליף

¹⁸⁹ כאמור לעיל, פרופ' ריבלין מציע כי תכלית הנתינה משפיעה גם על אומדן דעתו של הנותן. כפי שמבהיר הרא"ש, דעתו היא כי מבריחי הנכסים אינם מעוניינים לתת אותם באמת ובתמים למקבלי הנכסים ולהיות חסרי כול, אלא הם מבקשים להערים על נושיהם ולהמשיך ליהנות מהנכסים. לעומתם, ניתן לשער כי מי שנותנים בעלות בנכס לאחר באופן זמני לצורכי קיום מצווה, מתכוונים לכך בלב שלם ובנפש חפצה.

למשכנתא, לפי עצת הסופרים עורכי השטרות.¹⁹⁰ העסקה נערכה באמצעות שני שטרות נפרדים. הראשון היה שטר מכירה מוחלטת ללא כל תנאי. השני, שנערך יום או יומיים לאחר מכן, היה שטר מכר חוזר, שהעיד על כך "שהתנה הלוקח על עצמו ברצונו ומדעתו כשתביא לי מעות בזמן פלוני אקבלם ממך ואחזיר לך ביתך". מחיר העסקה היה נמוך יחסית לשווי הנכס. בשאלה מוזכר, לדוגמה, כי נכס ששווה מאה נמכר בחמישים או פחות מכך. כך הבטיח המלווה כי הנכס הנמכר יהווה בטוחה ראויה מבחינה כלכלית לסכום ההלוואה. לרנר, ורהפטיג, ריבלין ופרי מנתחים עסקה זו בהרחבה ועומדים על מאפייניה.¹⁹¹

2. ראשונים – כללי

עסקת מכר חוזר מוזכרת בכמה שטרות מתקופת הראשונים. ריבלין מנתח כמה עסקאות מכר חוזר שנוכרות בתעודות מן הגניזה הקהירית, ושניכר כי שימשו אמצעי לעריכת הלוואה מובטחת במשכנתא ונושאת ריבית. פעמים רבות התבטאה ההלוואה בכך שהלווה שמכר את הנכס למלווה, שב ושכר את הנכס מהמלווה ושילם לו דמי שכירות בתקופת ההלוואה.¹⁹² פרי בחן אף הוא במחקרו שטרי מכר חוזר מן הגניזה הקהירית.¹⁹³ עסקת מכר חוזר נזכרת גם בספרות השו"ת

¹⁹⁰ תשובות הגאונים - שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן יב, עמ' פא-פב. בשאלת ייחוסה של תשובה זו התעוררו חילוקי דעות וספקות. יש המייחסים אותה לרב האי גאון ויש המייחסים אותה לרב עמרם גאון. הדברים סוכמו על ידי פרי, שטרות, עמ' 24-26 והערות 12-18 שם. מבלי להרחיב בעניין זה, נעיר שאזכור רס"ג בלשון "נחו עדן" בתשובה, שהוא אחד המרכיבים שבהם ביקשו חלק מהחוקרים להסתייע בתיארוך התשובה – אין בו כדי להכריע בדבר מועד כתיבתה, שכן ייתכן שזו תוספת מאוחרת של המתרגם או העורך (השוו תשובות הגאונים - שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן ה, עמ' עח, בו מוזכר רס"ג בלשון "זצוק" ל"י בראש תשובה המיוחסת לו עצמו, וכך גם בסימן ב, עמ' עז – רבינו שרירא ז"ל, ובסימן י, עמ' פא – רב חנניה גאון ז"ל, ועוד). למסורת הגאונית כי עסקת "מכאן ועד שלש שנים" נערכה בדרך של "מכר לזמן הקצוב", ראו גם בספר המקח והממכר, שער יז, עמ' ריז, ובספר משפטי התנאים המודפס בסוף ספר המקח והממכר, עמ' תמה, שניהם משל רב האי גאון. ייתכן שבאזכורים אלה יש כדי לתמוך בדעה המייחסת את התשובה לרב האי גאון.

¹⁹¹ ראו לרנר, משכון, עמ' 173; ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 226-227; ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 367-365; פרי, שטרות, עמ' 173-178. לרנר, ורהפטיג ופרי מביאים תשובה נוספת – תשובות גאונים קדמונים, סימן קנ, בה נפסלה עסקת מכר חוזר מחמת היותה אסמכתא. ורהפטיג ולרנר חלוקים בזהותו של המשיב: ורהפטיג סבור כי מדובר ברב נחשון גאון, ולרנר סבור כי מדובר במשיב אשכנזי, כנראה ר' משולם בן קלונימוס. לסיכום העניין ראו פרי, שטרות, עמ' 173 והערה 4 שם.

¹⁹² ראו ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 301-307.

¹⁹³ פרי, שטרות, עמ' 178-184.

מתקופת הראשונים, בתשובותיהם של כמה משיבים מספרד ומאשכנז כאחד, כמו גם בספרות הפרשנית.¹⁹⁴

שלום לרנר וורהפטיג דנו בקצרה בעסקת המכר החוזר הנזכרת בתשובותיהם של הראשונים, וריבלין ובעקבותיו פרי, דנו בה ביתר הרחבה. נראה כי מלומדים אלה הגיעו לכמה מסקנות שונות מעיונם בתשובות הראשונים. לרנר סבור כי ישנן עדויות רבות לעסקת מכר חוזר של מקרקעין בתקופת הראשונים, ושהעסקה שימשה כתחליף להלוואה המובטחת במשכנתא.¹⁹⁵ ורהפטיג מביא עסקת מכר חוזר הנזכרת בתשובת הרי"ף, שיתכן כי העסקה לא הייתה קשורה כלל לריבית. לצידה מביא ורהפטיג עסקאות מכר חוזר שנדונו בתשובות הרשב"א, וקובע כי מתשובות הרשב"א עולה כי עסקת המכר החוזר נהגה "לשם עקיפת איסור ריבית".¹⁹⁶ עוד נראה כי ורהפטיג סבר כי עסקת המכר החוזר לא הייתה נפוצה בתקופת הראשונים, אלא החלה להיות נפוצה מימי המבי"ט ואילך. כלומר החל מהמאה ה-16 ואילך.

ריבלין ופרי בוחנים ביתר הרחבה את רוב תשובות הראשונים הידועות לנו מספרות השו"ת שעניינן מכר חוזר. מסקנתו של ריבלין היא "שהשימוש במכר חוזר לא היה רווח כלל, ויישומו לתכלית מתן פירות למלווה כתגמול על הלוואתו היה נדיר ביותר, ואולי אף משולל לגמרי".¹⁹⁷ ריבלין מוסיף ובוחן כמה תעודות מן הגניזה הקהירית, כולן מהמאה ה-12, המתעדות עסקת מכר חוזר.¹⁹⁸ פרי מסכים ככלל עם מסקנותיו של ריבלין, הן שהשימוש במכר חוזר לא היה נפוץ בתקופת הראשונים והן שלא ברור שנועד כפתרון לבעיית הריבית.¹⁹⁹

המחלוקות המאפיינות את הראשונים ביחס למתנה על מנת להחזיר ניכרות ביתר שאת בכל הנוגע לתוקפה של עסקת מכר חוזר ולמהותה. הסברה המקובלת במחקר עד כה הייתה כי המחלוקת מבחינה בין חכמי צרפת, אשכנז ופרובנס מחד גיסא לבין חכמי ספרד וארצות הים התיכון מאידך גיסא. אלא שכפי שנראה להלן, עיון מדוקדק יותר מעלה כי המחלוקת חוצה גבולות גיאוגרפיים,

¹⁹⁴ התשובות מארצות אגן הים התיכון תיבחנה בפרק זה להלן. התשובות מאשכנז תיבחנה בפרק החמישי של מחקר זה.

¹⁹⁵ לרנר, משכון, עמ' 174.

¹⁹⁶ ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 227-228.

¹⁹⁷ ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 372; ראו גם ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 297.

¹⁹⁸ ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 301-307.

¹⁹⁹ פרי, שטרות, עמ' 196-197.

ונראה כי לפחות אחד מחכמי אשכנז הבולטים אימץ את הדעה שמקובל לייחסה לחכמי ספרד, ויש מחכמי ספרד שאימצו את הדעה שמקובל לייחסה לחכמי אשכנז.

זאת ועוד: אף בקרב הראשונים אשר אחזו במסקנה הלכתית דומה, אין בהכרח אחידות בהנמקה ההלכתית. דיוניהם של כל הראשונים מתמקדים בסוגיה אחת מן התלמוד הבבלי, היא סוגיית "מכר לו בית": "מכר לו בית מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר... מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר רבא: (רישא דלא אמר ליה מדעתיה), סיפא דאמר ליה מדעתיה"²⁰⁰. עם זאת, ראשונים שונים הבינו את הסוגיה ופירשו בצורות שונות, אף שהגיעו בסופו של דבר לאותה מסקנה הלכתית. במוקד הדיון עמדה בדרך כלל השאלה, מהו הגורם המבחין בין חלקה הראשונה של ברייתת "מכר לו בית", שבה נקבע איסור, לבין חלקה השני של אותה ברייתא, שבה נקבע היתר. כאמור לעיל, רבא קבע כי הגורם המבחין בין שני חלקי הברייתא הוא "סיפא דאמר ליה מדעתיה". בהמשך מסביר אמימר לרב אשי כי "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה אתמר". הראשונים פנו אפוא לבאר מה משמעותו של גורם מבחין זה.

שתי אפשרויות עיקריות ניכרות בפרשנות הראשונים. האחת, שהמבדיל בין שני חלקי הברייתא הוא זהותו של מי שהציע את התנאי (המוכר או הרוכש). השנייה, שהמבדיל בין שני חלקי הברייתא הוא עיתוי ההתניה (בדרך כלל, לפני גמר ההקניה של עסקת המכר הבסיסית או אחרי גמר ההקניה שלה). לצד שתי אפשרויות עיקריות אלה, קיימות גם כמה וריאציות משנה: מהן המשלבות את שני המרכיבים יחד, ומהן המתמקדות בעיתוי ההתניה אך באופן שונה מהרגיל. בשל ריבוי דעות זה, שכאמור לעיל חוצה את גבולות המקום, נביא את הדעות להלן לא על בסיס גיאוגרפי, אלא על רצף הזמן, החל מהראשונים המוקדמים ביותר.

בפתח הדיון נבקש להעיר הערה בנוגע לעמדתם של שניים מחשובי הראשונים, הם הרמב"ם והרשב"א. עמדת הרמב"ם בעניין זה מורכבת, ובירורה מצדיק עיון נרחב יותר. תשובה של הרמב"ם שלא נבחנה במחקר עד כה, עשויה לסייע בבירור עמדתו. באשר לרשב"א, תשובות של הרשב"א שלא נבחנו במחקר עד כה מעלות תובנות חדשות באשר לעמדתו. לפיכך לרמב"ם ולעמדתו ההלכתית כפי שהיא משתקפת ממשנה תורה ומתשובותיו, וכן לעמדתו ההלכתית של

²⁰⁰ ראו דיונונו בברייתא בפרק השני לעיל, סמוך להערה 91 ואילך, ובעמדת האמוראים ביחס אליה בפרק השלישי לעיל, סמוך להערה 199 ואילך.

הרשב"א, יוקדש דיון נרחב בהמשך פרק זה.

ר' יצחק ב"ר משה מווינה בעל ספר אור זרוע מביא בספרו את פירוש רבנו חננאל בעניין זה, וכיוון שפירוש ר"ח אינו קיים בגמרא שלפנינו, נביא להלן את הדברים במלואם:²⁰¹

ופי ר"ח זצ"ל ופרקי סיפא נעשה כאומר לו מדעתי, פי כיון שהיתה מקצת הקרקע מכירה חלוטה בלא תנאי, ואחרי שזכה בה אמר המוכר תחזיריה לי, נעשה כאילו הלוקח אמר למוכר: לכשיהיו לך מעות אחזיר לך זה הקרקע שקניתי ממך; שאילו רצה היה אומר לו לאו, שהרי נגמרה המכירה וכבר זכה בה. אלא כיון שנתרצה וקנו ממנו עדיו תנאו קיים. ומותר ללוקח לאכול הפירות שהרי המוכר גמר והקנהו. וכי הלוקח מדעתו קיבל עליו זה, ולא היה המוכר על תנאי זה, וגם לא היה התנאי קודם קיום המכירה, שיש חשש כיון שידע המוכר שיחזור אליו לא גמר ואקני. לפיכך, כיון שהיה התנאי אחרי המכירה מרצון הלוקח מדעת עצמו. ואפילו אם הוא מבקש את המוכר והתנאי קיים. הילכך, כל היכא דמוכר בעי אתנויי ואתני לוקח. ואי לוקח הוא דבעי אתנויי, כגון קיבול אחריות וכיוצא בו, ואתני מוכר ולא קני מיניה, אמרי' פטומי מילי בעלמא נינהו:

רבנו חננאל נוקט את גישת הגאונים לפניו, וכפי שניווכח להלן – רי"ף והרמב"ם אחריו, כי העיקר הוא עיתוי ההתניה. אם הושלמה עסקת המכר כ"מכירה חלוטה בלא תנאי", ותנאי המכר החוזר נוסף רק לאחר מכן כתנאי מחייב מבחינה משפטית ("וקנו ממנו עדיו"), אזי "התנאי קיים. ומותר ללוקח לאכול הפירות". עם זאת, נראה כי ר"ח מייחס חשיבות גם לעובדה שהתנאי היה "מרצון הלוקח מדעת עצמו", ולא ביוזמת המוכר. עוד יש לשים לב להנמקת ר"ח כי אם היה המוכר מתנה את התנאי עוד טרם השלמת המכר, יש "חשש כיון שידע המוכר שיחזור אליו לא גמר ואקני". מכך נובע לכאורה כי לשיטת ר"ח המשפט העברי אינו מכיר בעסקת מכר חוזר כאשר תנאי החזרה הוא חלק מתנאי העסקה, שכן במקרה כזה אין רואים את המוכר כמי שגמר בדעתו למכור את

²⁰¹ אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא מציעא, סימן קפו, עמ' רסב-רסג, המצוטט בקצרה גם בהגהות אשרי, בבא מציעא, פרק ה, סימן כו, הגהה א. לעמדת הר"ח ראו גם שיטה מקובצת לבבא מציעא, סו ע"א, דף קנ"ג ע"א-ע"ב, מפי הרמ"ד, הוא רבינו מאיר הכהן בר יצחק מסרקסטה. לעמדת הר"ח ראו עוד ספר העיטור, אות ת - תנאי, דף לח, טור ד.

עמדתו של הרי"ף לא באה לידי ביטוי בפירושו לסוגיית "מכר לו בית" בתלמוד הבבלי, אך הדים לה נמצאים בדברי ראשונים מאוחרים לו,²⁰³ וחשוב מכך, ניתן ללמוד את עמדתו מתוך תשובה שכתב בעניין זה.²⁰⁴ מתשובה זו ברור כי הגורם המבחין לדעת רי"ף הוא עיתוי ההתניה. כאשר התנאי נקבע "קודם גמר המעשה", בין אם נוסף ביוזמת המוכר ובין אם נוסף ביוזמת הקונה, התנאי פוגם בתוקפה הקנייני של עסקת המכר, והצדדים נמצאים קשורים בעסקת הלוואה נושאת ריבית דאורייתא:

אסמכתא היא ואסור, מאחר שלא נגמר המעשה אלא בתנאי ע"מ להחזיר, ועל זה תנאי הודה המוכר ומוכר סומך על אותו תנאי, וכאילו לא יצאו הנכסים מרשותו. ועל זה אמר, כי אסור הלוקח לאכול פירות אותן נכסים, לפי שאותן פירות רבית הוא

לעומת זאת, כאשר התנאי נקבע "אחר גמר המעשה ולאחר שבאו הנכסים ביד לוקח", לא משנה ביוזמת מי מהצדדים, התנאי קיים ותקף ואינו מונע מהרוכש ליהנות מפירות הממכר:

לוקח דקנין והתנה על עצמו תנאי שלא נזכר המעשה נעשה כמאן דקנין ואיתחיל והתנה על עצמו תנאי שלא באונס אלא בלב שלם ובנפש חפצה.²⁰⁵

²⁰² ר"ח אינו מציין מפורשות על מה הוא משתית את עמדתו זו. כפי שנראה להלן, ראשונים אחרים שהביעו עמדה דומה ביססו אותה על טענת אסמכתא, בין אם הזכירו מפורשות את סוגיית "את ונוולא אחי" ובין אם לא הזכירו אותה.

²⁰³ ראו, למשל, אורחות חיים, הלכות רבית, ו; ספר כלבו, פד; ספר העיטור, אות ת – תנאי, דף לח, טור ד; חידושי הריטב"א, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב; והמקורות האחרים המובאים בפרנצוס, הרי"ף, עמ' רמב הערה 12.

²⁰⁴ שו"ת הרי"ף, סימן רפו, עמ' קעג-קעד. ראו גם פרנצוס, הרי"ף, המוקדש לניתוחה של תשובה זו.

²⁰⁵ ראו פרנצוס, הרי"ף, עמ' רמג-רמד לגבי השיבושים בנוסח התשובה והצעתו לתקנם. מכל מקום, כפי שכותב פרנצוס עצמו, כוונת הדברים ברורה על אף השיבושים. כן ראו שו"ת הרי"ף, סימן ק, עמ' סא-סב, בו נקבע תנאי מכר חוזר ביוזמת הרוכש (וליתר דיוק, שלוח מטעמו שביצע את עסקת המכר), במנותק מעסקת המכר הבסיסית, בפני עדים אך ללא קניין. הרי"ף קובע בקצרה כי "ומה שאמר לו השליח אם יזמין לי הממון אחזיר לו השדה, אינו מועיל לו כלום, לפי שכל מי שאומר לחבירו למחר או לזמן אחר אתן לך כך וכך, אין מחייבין אותו ליתן, אלא אם כן רצה מעצמו". לשיטת הרי"ף נדרש אפוא מעשה קניין כדי שתנאי המכר החוזר יהיה מחייב מבחינה משפטית.

הרי"ף, כמו ר"ח, סבור כי קביעת תנאי המכר החוזר כחלק מתנאי עסקת המכר הבסיסית פוגמת בתוקפה הקנייני של העסקה. הרי"ף מבסס קביעתו זו על כך שזו היא אסמכתא: המוכר מסתמך על חזרת הנכסים אליו ואינו גומר בדעתו למוכרם לרוכש. נראה אפוא כי לשיטת הרי"ף המשפט העברי אינו מכיר בעסקת מכר חוזר בה תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מתנאי עסקת המכר הבסיסית, בשל היותה נגועה באסמכתא.²⁰⁶

שיטת רש"י בהבנת הסוגיה שונה משיטתם של ר"ח והרי"ף. רש"י קובע כי העיקר הוא זהות המתנה. ברישא קבע המוכר את התנאי כתנאי מחייב שביסוד העסקה, והדבר פוסל את תוקפה הקנייני של העסקה כעסקת מכר: "אסור – דנמצא שאין זה מכר, וכשאכל פירות – שכר מעותיו עומד ונוטל". בסיפא קבע הרוכש את התנאי, כתנאי בלתי מחייב מבחינה משפטית:

הכי גרסינן: דאמר ליה מדעתו - אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין הלכך מותר, דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו הייתה, וחוזר ומוכרה לו, אבל רישא, שעל כרחו צריך להחזיר - מעיקרא לאו מכר הוא.

לשיטת רש"י אפוא המשפט העברי אינו מכיר בעסקת מכר חוזר כאשר תנאי המכר החוזר נקבע במסגרת עסקת המכר הבסיסית, כיוון שתנאי המכר החוזר פוגם בתוקפה הקנייני של העסקה כולה והופך אותה לעסקת הלוואה. לא למותר לציין, כפי שכבר הזכרנו לעיל כי נוסח הגמרא שעמד בפני רש"י היה כפי הנראה שונה מזה שעמד בפני ר"ח והרי"ף, וייתכן שהשוני בנוסח הוא שהביא לשוני בגישה.²⁰⁷ עם זאת, כפי שנראה להלן, דעות הראשונים בעניין זה מגוונות וחוצות גבולות גיאוגרפיים במידה שאינה ניתנת להסבר על בסיס הבדלי נוסח הגמרא בלבד.

הראב"ן, תושב מגנצא ומגדולי חכמי אשכנז, מאמץ את הפרשנות שלפיה עניינה של ההבחנה בעיתוי ההתניה. לשיטתו, "רישא שמתנה המוכר קודם קיום²⁰⁸ המכירה לא גמר ואקני אלא על דעתו²⁰⁹ ואינה מכירה גמורה והוי כי הלוואה ואסור ללוקח לאכול הפירות".²¹⁰ כלומר תנאי המכר

²⁰⁶ השוו תשובות גאוניים קדמונים, סימן קנ, שבו נקבע בנוגע לתנאי מכר חוזר שסוכם בין הצדדים כבסיס לעסקת המכר כדלקמן: "שכל תנאי שהוא כעניין זה אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא".

²⁰⁷ ראו פרק שלישי לעיל, סמוך להערה 209 ואילך.

²⁰⁸ כך במקור.

²⁰⁹ בראב"ן, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, סימן תנו, טור קמט מעיר המהדיר, הערה רפח: "בשו"ת מהר"ם: על תנאי וכצ"ל" (ההדגשה במקור – א"ר). הכוונה היא לשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, סימן תשפח, עמ' שצט; וראו

החוזר פוגם בתוקפה המשפטי של העסקה, והיא אינה נחשבת עוד לעסקת מכר אלא לעסקת הלוואה. לעומת זאת, בסיפא, כשהתנאי נאמר לאחר סיום עסקת המכר, זהות המתנה כלל אינה חשובה, שכן בכל מקרה נחשב התנאי כ"פטומי מילי בעלמא" ואינו תקף, וממילא אינו פוסל את תוקף העסקה. זאת ועוד:

ואפי' הקנה הלוקח בקניין גמור לקיים התנאי שאחרי המכירה, מותר הוא לאכול הפירות, שהתנאי אינו כלום, והקרקע כשיהיו לו מעות הוי כאילו מוכר לו, וכל זמן שלא החזירם לו – היא שלו ואוכלה בהיתר.

לשיטת הראב"ן, כאשר תנאי המכר החוזר מאוחר לעסקת המכר הבסיסית, אין קושי לתת לתנאי תוקף משפטי מלא, ועדיין יוכל הרוכש ליהנות מפירות הנכס, כיוון שעסקת המכר הבסיסית עומדת בתוקפה ללא כל תנאי, ואילו עסקת המכר החוזר היא עסקת מכר עצמאית ונפרדת. בתקופת הביניים, הרוכש הוא בעלי הנכס לכל דבר, וממילא זכאי ליהנות מפירותיו ללא כל איסור.²¹¹ לסיכום שיטת הראב"ן: המשפט העברי אינו מכיר בקניין לזמן קצוב, שכן קביעת תנאי מכר חוזר בעסקת המכר פוגמת בתוקפה כעסקת מכר והופכת אותה לעסקת הלוואה. לעומת זאת, כל עוד תנאי המכר החוזר מאוחר לעסקת המכר הבסיסית ונפרד ממנה, ניתן לתת לו תוקף משפטי מלא מבלי שהדבר פוגם בזכותו של הרוכש ליהנות מפירות הנכס. הראב"ן מאמץ אפוא את הגישה ההלכתית שנהוג לייחסה דווקא לראשוני ספרד.

לעומת הראב"ן, רבי ברוך ב"ר שמואל הספרדי, שהיה כנראה בן זמנו של הראב"ן, מאמץ את הפרשנות המזוהה יותר עם אשכנז ובמיוחד עם פרובנס.²¹² נראה כי לשיטתו, הכול תלוי בזהות

גם קיצור התשובה בספר כלבו, סימן קכג, אות לח. ראו גם ראב"ן, שם הערה רפט לעניין הצעת המהדיר לתיקון נוסח הטקסט.

²¹⁰ ראב"ן, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, סימן קנז, טורים קמט-קנ.

²¹¹ בקיצור התשובה בספר כלבו, סימן קכג, אות לח: "והמתנה מתחלה ללמוד אסור משום רבית כשלומד בו אבל המתנה לאחר כן טוב לו ולמוכר דלא מחזי כרבית דהוי כחוזר שמעון ומוכר לו".

²¹² ר' ברוך הספרדי, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, עמ' רה-רו. לר' ברוך ב"ר שמואל הספרדי ראו תא-שמע, מחקרים, חלק ג, 322-325, העומד בין היתר על כך שתורתו של ר' ברוך יסודה בתורת ספרד והושפעה מתורת הגאונים, הר"ח והרי"ף, אך מאז שקבע מושבו באיטליה הושפעה גם מתורת רבנו גרשום מאור הגולה. פירושו של ר' ברוך בעניין זה אינו מבוסס על תורת הגאונים, ר"ח או הרי"ף, וייתכן שמשתקפת בו אפוא תורתו של רגמ"ה.

המתנה ולא בעיתוי ההתניה. כאשר המוכר קובע את תנאי המכר החוזר, עסקת המכר כלל אינה מושלמת והצדדים עורכים עסקת הלוואה הנגועה בריבית דאורייתא. לעומת זאת, כאשר המוכר מוכן להתקשר בעסקת "מכר גמור" ובלתי מותנה, והרוכש הוא שקובע את התנאי, אין העסקה פסולה. באשר לתוכן התנאי, רבי ברוך הספרדי קובע כי "מדעתו" משמעו "כשיהו לך המעות תחזירם, ואם ייטב לבי ויכשר בדעתי ליקחם ולהחזיר לך אחזיר, אי לא לא". התנאי שמתנה הרוכש הוא אפוא תנאי המותר בידי הרוכש שיקול דעת אם לבצע את המכר החוזר אם לאו, בהתאם לרצונו של הרוכש באותו מועד. כפי שיתבהר להלן, דרך זו של עיצוב התנאי תחזור בהמשך אצל הראב"ד, ובעקבותיו אצל כמה מחכמי פרובנס המאוחרים ממנו.

הראב"ד מציע כי "מדעתיה" משמעו כי הרוכש מסכים למכר החוזר בעת עריכת העסקה אך שומר לעצמו את הזכות לחזור בו בעתיד.²¹³ לדעת הראב"ד, הצהרה מסוג "אם ארצה" – פשיטא שאינה נחשבת כתנאי ואינה פוגמת בעסקה. החידוש הוא אפוא בכך שכלשונו של הראב"ד, מותרת גם קביעה מסוג "עכשיו אני רוצה ואם ארצה באותה שעה אקבל אותם ממך – מותר, שגם זה אינו תנאי". מכך משתמע כי לדעת הראב"ד ניתן להכשיר את עסקת המכר רק אם אינה מותנית בתנאי כלשהו, בעוד תנאי תקף של מכר חוזר פוגם בעסקה. עם זאת, לא ברור אם לדעת הראב"ד התנאי פוסל את העסקה מלהיות עסקת מכר, או שהעסקה תקפה אך נגועה באיסור ריבית דרבנן.

ר' יצחק ב"ר אבא מארי ממרסיליה, בעל ספר העיטור, סבור כי אחת מדרישות המשפט העברי באשר לקביעת תנאי מחייב מבחינה משפטית היא כי התנאי יהיה "בלא פיטומי מילי".²¹⁴ "בעל העיטור" מביא את עמדת ר"ח והרי"ף לעניין עיתוי ההתניה, כמו גם לעניין כך שתנאי הכלול בעסקה פוגם בתוקפה הקנייני – ודוחה אותה. לשיטתו, "רישא וסיפא בשעת מעשה ורישא דווקא במוכר". כלומר שני חלקי הברייתא עוסקים בקביעת התנאי טרם נגמר הקניין, וההבחנה ביניהם תלויה אפוא בזהות המתנה ולא בעיתוי ההתניה; ואלה המשך דבריו:

דמוכר הוה ליה לאתנויי ואתני לוקח, ותנאו קיים; ואסור – דהוה ליה ריבית. וסיפא דווקא בלוקח, דכיון דמוכר איבעי ליה לאתנויי ולוקח אתני, לאו תנאה הוא, אלא פטומי מילי נינהו, ומשום הכי מותר.

²¹³ שיטה מקובצת, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, בשם הראב"ד.

²¹⁴ ספר העיטור, אות ת - תנאי, דף לח, טור ד.

כאשר המוכר מתנה בשעת מעשה, תנאו קיים – והעסקה אסורה מחמת ריבית. כאשר הרוכש מתנה בשעת מעשה – התנאי הוא "פיטומי מילי בעלמא" ועל כן התנאי משולל תוקף משפטי. ממילא עולה כי המוכר אינו מחויב להשיב את הנכס לבעליו אלא הכול תלוי ברצונו, כפי שמבהיר בעל ה"עיטור" בהמשך דבריו; ועל כן העסקה אינה נגועה באיסור ריבית.

התוצאה ההלכתית של ספר העיטור עוקבת אחרי שיטת רש"י והראב"ד, אך לא ברור אם היא מאמצת את ההנמקה של רש"י והראב"ד. אומנם "בעל העיטור" מציין לגבי המקרה שבו מתנה המוכר "ואסור דהוה ליה ריבית", אך אינו מציין כי בנסיבות אלה נופל פגם בקניין או כי מדובר בעסקת הלוואה ולא בעסקת מכר. יתר על כן: כאמור לעיל, בעל ספר העיטור מביא את פירוש רי"ף והר"ח כי עריכת התניה בטרם נגמר הקניין פוסלת את עסקת המכר מחמת אסמכתא – ונראה כי הוא אינו מקבל אותה, ובלשונו: "ולא נהירא לך". מסתבר אפוא כי בעל ספר העיטור קובע שהמכר המותנה קיים ותקף מבחינה משפטית, ודווקא בשל כך נגועה העסקה באיסור ריבית, שהוא אומנם איסור ריבית דרבנן ולא דאורייתא. כפי שניווכח להלן, ייתכן שכך הבין אף ר' מנחם המאירי את דברי "בעל העיטור".

זאת ועוד: לשיטת בעל ספר העיטור, שני חלקי הברייתא עוסקים במקרה שבו התנאי נקבע טרם הושלם הקניין בעסקת המכר, ולא ברור מה תהיה עמדתו לגבי עסקת מכר חוזר שבה תנאי המכר החוזר נקבע באופן מחייב מבחינה משפטית לאחר השלמת הקניין בעסקת המכר.

הרי"ד קובע כי ההבדל בין הרישא לסיפא הוא בזהות המתנה.²¹⁵ אם מתנה המוכר, תנאו קיים ומחייב מבחינה משפטית והעסקה אינה עסקת מכר אלא עסקת הלוואה. אם מתנה הרוכש, התנאי אינו תקף מבחינה משפטית והחזרת הנכס נותרת תלויה ברצונו הטוב של הרוכש. הרי"ד מדגיש כי במקרה זה נדרש מכר נפרד לשם השבת הנכס לבעליו הראשון. לפיכך הרוכש הוא בעליו של הנכס לכל דבר ורשאי ליהנות מפירותיו, אף אם יתרצה וימכור את הנכס בחזרה למוכר.

ר' יצחק ב"ר משה מווינה בעל הספר "אור זרוע" מביע, אגב דיונו בעניין זה, עמדה ברורה כנגד תוקפה של עסקת מכר חוזר במשפט העברי:

²¹⁵ פסקי הרי"ד, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב. לרי"ד ולפועלו הספרותי ראו תא-שמע, מחקרים, כרך ג, עמ' 62–9. תא-שמע מציין, בעמ' 9 שם, כי "מבחינת אופי תורתו ודרכי לימודו יש לראותו כחכם אשכנזי מובהק – או ליתר דיוק: חכם אשכנזי-צרפתי מבית מדרשם של בעלי התוספות", והדבר אכן משתקף בפירושו דכאן.

אמר רבא סיפא דא"ל מדעתי אם ארצה אחזירם לך ולא שתתבעני בדין הילכך מותר דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו היתה וחוזר ומוכרה לו. אבל רישא שעל כרחו צריך להחזיר לו מעיקרא לאו מכר הוא:²¹⁶

בעסקה המותרת, הרוכש הינו בעלים לכל דבר, ועל כן אם רצונו להשיב את הנכס למוכר, עליו לשוב ולמכור את הנכס למוכר; ואילו העסקה האסורה, שבה חייב הרוכש להחזיר את הנכס למוכר – "לאו מכר הוא".²¹⁷

ר' שמואל הסרדי מביא בספר התרומות את עמדת רש"י והראב"ד, שלפיה רוכש נכס בעסקת מכר חוזר יוכל ליהנות מפירות הנכס רק אם החזרה תלויה ברצונו ובשיקול דעתו של הרוכש, בבחינת "פיטומי מילי בעלמא", ואינה מחייבת מבחינה משפטית.²¹⁸ מעניין לציין כי ר' שמואל הסרדי מפרש את הרי"ף כמסכים גם הוא עם עמדה זו. הוא מביא את תשובת הרי"ף, שלפיה ההבדל בין הרישא של בריתת "מכר לו בית" לבין הסיפא שלה אינו נעוץ בזהות המתנה אלה בעיתוי ההתניה, אך סבור שמעיתוי ההתניה לומד הרי"ף כי התנאי אינו מחייב מבחינה משפטית, "שהרי נגמר דבר המכר כבר והלוקח מה שאמר אחר כן דברים בעלמא בלא קנין הם". ר' שמואל הסרדי אינו מבהיר אם לפי דעה זו עסקת מכר חוזר הינה עסקת מכר תקפה הנגועה באיסור ריבית, או שמא כלל אין מדובר בעסקת מכר תקפה. יצוין כי הבנתו של ר' שמואל הסרדי את עמדת הרי"ף תואמת את פירושו של תלמיד הרשב"א האמור להלן.²¹⁹

²¹⁶ אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא מציעא, סימן קפה, עמ' רסב. ראו גם שם, סימן קפז, עמ' רסג: "...ואין עליו לכופו הילכך אי נמי אהדרינהו השתא הוא דהדר וזבין להו".

²¹⁷ ר' יצחק ב"ר משה מווינה מייחס לרבנו תם עמדה מפתיעה, שם, סימן קפו: "ור"ת פי' סיפא שמכר לו מכירה גמורה ואחר כך נתנדב הלוקח מעצמו והבטיח למוכר וא"ל לכשיהי' לך מעות אחזירם לך מותר והוא דקנו מיניה דהאי. עכ"ל: "עמדה זו כביכול של רבנו תם אינה מצויה בתוספות או בספר הישר שלפנינו, והריטב"א אף מעיד כי עמדת בעלי התוספות הייתה שונה מהאמור כאן; ראו להלן, סמוך להערה 226 ואילך. אכן, כפי שכבר העירו אחרים לפני, דעה זו שמביא בעל האור זרוע בשם ר"ת מובאת במקומות אחרים בלשון זהה בשם רבנו חננאל, ונראה כי ייחוסה לרבנו תם אינה אלא החלפה של ח' בת' – ר"ת במקום ר"ח. כך, למשל, בהגהות אשרי, בבא מציעא, פ"ה סכ"ו מצוטטת דעה זו מתוך ספר אור זרוע עצמו ומיוחסת לרבנו חננאל. ראו גם אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא מציעא, סימן קפו, עמ' רסג הערה ס והמקורות האמורים שם המביאים דעה זו בשם ר"ח, וביניהם גם מהר"ח אור זרוע, בנו של ר' יצחק ב"ר משה מווינה.

²¹⁸ ספר התרומות, שער מו, ד, יט.

²¹⁹ ראו להלן, סמוך להערה 302 ואילך.

פירושו של הרא"ש מזכיר מאוד את פירושו של הראב"ד לסוגיה זו: ²²⁰

פירוש התנה עמו להחזירם לו אלא שאמר מדעתי שיש לי עתה. אבל אם נשתנה דעתי ולא ארצה להחזירם לך איני מחויב להחזירם לך. אבל אם אמר באותו שעה אם יעלה בדעתי להחזירם לך אחזירם לך אין זה קרוי תנאה ולא דמי לרישא:

מהמשך דברי הרא"ש נראה כי הדגש לטעמו הוא על עיתוי ההתניה, אך, לשיטתו, בשני המקרים מדובר על תנאי שכלול בעסקת המכר. ²²¹ אם כבר "בתחילת הדברים" נקבע התנאי, אזי מדובר בתנאי מחייב מבחינה משפטית. לעומת זאת, אם "בתחילת הקניין" לא נקבע התנאי, אזי הוספה מאוחרת יותר שלו בד בבד תהליך ההקניה עצמו הינה פטומי מילי בעלמא, כלומר נטולת תוקף משפטי, שכל מטרתה להפיס דעת המוכר מבלי שהרוכש ייטול על עצמו מחויבות משפטית. לא ברור אפוא מה הייתה עמדת הרא"ש במקרה שבו תנאי המכר החוזר מאוחר לעסקת הבסיס.

ר' אהרן הכהן מלוניל מביע דעה יחידה מסוגה מבחינת הנמקתה, ולפיה מכר חוזר אסור אף כשהוא ביוזמת הרוכש, "משום דהוי פטומי מילי". ²²² דבריו אלה אינם תואמים את לשון הגמרא, כמו גם את האופן שבו הובן הביטוי "פטומי מילי בעלמא" בידי מפרשים ופוסקים אחרים.

המאירי קובע בדיונו בעניין זה כמה קביעות עקרוניות. ²²³ ראשית, קובע המאירי כי המבחין בין הרישא לסיפא הוא זהות המתנה ולא עיתוי ההתניה. כאשר מתנה מי שהתנאי פועל לטובתו, כלומר המוכר, תנאו קיים ופוגם בעסקת המכר, ועל כן הצדדים קשורים בעסקת הלוואה והפירות הם ריבית דאורייתא וממילא אסורים. כאשר מתנה מי שהתנאי אינו פועל לטובתו, כלומר הרוכש, התנאי אינו מחייב אלא הוא "פטומי מילי בעלמא" שנועדו לשפר את הרגשת המוכר. שנית, מבהיר המאירי כי יש זיקה הכרחית בין תוקפה הקנייני של עסקת המכר לבין איסור הריבית. נביא דבריו כלשונם:

כל שאמרו מוכר ודאי דרך תנאי הוא וכל שאמרו לוקח אינו אלא דרך פטומי מילי לא

²²⁰ רא"ש, תלמוד בבלי, בבא מציעא, ה, כו.

²²¹ שם, סימן כז.

²²² ספר כלבו, פד, שבו נמצאת הגרסה המלאה של דברי ר' אהרן. הגרסה בספר אורחות חיים, הלכות רבית, ו משובשת, ונראה כי נשמט ממנה משפט המופיע בספר כלבו מחמת דילוג בין הדומות.

²²³ בית הבחירה, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב.

לענין רבית ולא לענין הדין ושניהם תלויין זה בזה שמאחר שאין תנאו קיים לענין הדין אין כאן רבית ואפילו קיים לו תנאו מדרך חסידות עד עכשו היתה שלו וחוזר ומוכרה לו ואלו היה תנאו קיים לענין הדין ומחזיר קרקעו על כרחו הרי מכל מקום המעות כהלואה והיה אסור לענין רבית וגדולי המחברים שכתבו שלענין הדין תנאו קיים דבריהם צריכין עיון :

המאירי מודע לכך כי היו מ"גדולי המחברים" שניתקו זיקה זו, שנראית בעינינו הכרחית, בין קיומו של התנאי לבין איסור הריבית, וקובע כי דבריהם צריכים עיון. ייתכן כי כיוון לדבריו של הרמב"ם, שכפי שנראה בהרחבה להלן, הביע שתי דעות שונות לכאורה בסוגיה זו.²²⁴ עוד ניתן לשער כי כוונתו לעמדת בעל ספר העיטור שהובאה לעיל.²²⁵ נראה כי המאירי לא הביא בחשבון את האפשרות, שתנאי המכר החוזר יהיה קיים ותקף והעסקה תיחשב כעסקת מכר חוזר ולא כעסקת הלואה. במקרה זה עדיין ייתכן כי העסקה תיאסר בהיותה נגועה בריבית דרבנן – אך לא תהיה נגועה בריבית דאורייתא.

גישתו של הריטב"א מרכיבה יחד כמה שיטות שבדברי ראשונים אחרים.²²⁶ כמו הרא"ש, גם הריטב"א סבור כי לעיתוי ההתניה יש משמעות, במובן זה שההתניה המאוחרת "לגמר המעשה" משוללת כל תוקף משפטי, ללא כל תלות בזהות המתנה או בלשון ההתניה. כאשר התנאי נקבע "בשעת מתן מעות", יש חשיבות לדעת הריטב"א לשני מרכיבים חלופיים: זהות המתנה ולשון ההתניה. אם המתנה הוא מי שהתנאי נועד לטובתו, כלומר המוכר, התנאי תקף. כך גם אם המתנה הוא הרוכש, שאינו מי שהתנאי נועד לטובתו, אך הוא משתמש בלשון "על מנת". לעומת זאת, אם קבע את התנאי הרוכש, שהתנאי לא נועד לטובתו, ולא עשה שימוש בלשון "על מנת", מדובר ב"פטומי מילי" והתנאי אינו תקף. הריטב"א מוסיף ומעיד כי "והרבה פירושים אחרים יש בשמועה זו אבל זה הנכון, והיא שיטת רבינו בשם רבותיו ז"ל וכן פירשו בתוספות"; אלא שלא מצאנו עדות לעמדתו הייחודית אצל ראשונים אחרים ואף לא בתוספות שלפנינו. עם זאת, שיטת הריטב"א מזכירה את השיטה המיוחסת לרבינו חננאל, את שיטת הרמב"ם באחת מתשובותיו ואת שיטת הרשב"א באחת מתשובותיו, במובן זה שאף הם ייחסו משמעות הן לעיתוי ההתניה והן

²²⁴ לביקורת דומה של הריטב"א על הרמב"ם, ראו האמור בהערה 232 להלן.

²²⁵ ראו לעיל, סמוך להערה 214 ואילך.

²²⁶ חידושי הריטב"א, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב.

אומנם הריטב"א אינו מתייחס מפורשות לתוצאה ההלכתית של קיומו של תנאי תקף כאשר נאמר בזמן המכר על ידי מי שהתנאי נועד לטובתו או בלשון "על מנת", אך בהנחה שהוא מפרש "אסור" ו"מותר" בברייתת "מכר לו בית" כפי שפירשם בברייתא שקדמה לה ברצף הברייתות (והריטב"א מפנה מפורשות לניתוחו את ברייתא קודמת זאת), אזי עמדת הריטב"א היא שהעסקה מהווה הלוואה אסורה, והריבית – ריבית דאורייתא. אכן, כך פסק הריטב"א הלכה למעשה באחת מתשובותיו, בהסתמכו על סוגיית "את ונוולא אחי".²²⁸

רבנו ירוחם משלב כמה דעות.²²⁹ ראשית, הוא קובע כי האיסור עניינו באכילת הפירות. המשך דבריו נראים כלקוחים מעמדת הרא"ש, שלפיה "מדעתיה" משמעו כי הרוכש אומנם מסכים להחזיר את הנכס כעת, אך יהיה זכאי לשנות את דעתו בהמשך ולא יהיה מחויב להשיבו למוכר אם שינה דעתו. מייד לאחר מכן מביא רבנו ירוחם את קביעת הרמב"ם, "וכתב ז"ל והתנאי קיים ואין בזה אבק רבית כי מדעתו חייב עצמו". רבנו ירוחם אינו עומד על כך שהרמב"ם מפרש סוגיה זו באופן שונה לחלוטין מהרא"ש.²³⁰ לבסוף קובע רבנו ירוחם כי אם המוכר הוא המתנה, אזי "לא קנה והוי פירות רבית קצוצה". מדבריו אלה של רבנו ירוחם משתמע כי לדעתו ההבדל בין הרישא לסיפא הוא בזהות המתנה: כשהרוכש מתנה, התנאי אומנם קיים, אך לא נועד כלל לחייבו אלא תלוי בשיקול דעתו, ואילו כשהמוכר מתנה – התנאי קיים אך פוגם בתוקף עסקת המכר, וממילא נותרת עסקת הלוואה שפירותיה הם ריבית קצוצה.

דעת הריב"ש ניכרת משתיים מתשובותיו, שבהן דן בעסקאות השינשלי"ש.²³¹ מניתוחו ברור שעסקת מכר חוזר בה תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מעסקת המכר הבסיסית היא לשיטתו עסקה שבה לא הושלם הקניין מחמת אסמכתא, ועל כן היא מהווה עסקת הלוואה הנגועה באיסור

²²⁷ ראו להלן, סמוך להערה 292 ואילך (עמדת הרמב"ם) וסמוך להערה 326 ואילך (עמדת הרשב"א).

²²⁸ שו"ת הריטב"א, סימן נה, עמ' סג-סד.

²²⁹ רבנו ירוחם – מישרים, נתיב ח, חלק ה.

²³⁰ לפירוש הרמב"ם ראו להלן, סמוך להערה 292.

²³¹ עסקאות ה-Cens או ה-Censales היו עסקאות מכר חוזר אשר נהגו בקרב הסוחרים הגויים, וקיימות בספרות השו"ת עדויות שנעשה בהן שימוש גם במסחר בין יהודים לגויים ובמסחר הפנים-יהודי. לניתוח עסקאות אלה, ראו להלן, סמוך להערה 304 ואילך.

ריבית דאורייתא.²³² לא ברור מה הייתה עמדת הריב"ש לו נערכה עסקת המכר החוזר בנפרד מעסקת המכר הבסיסית.²³³

הרשב"ש קבע באחת מתשובותיו כי הגורם הקובע הוא עיתוי ההתניה.²³⁴ כאשר נקבע התנאי לאחר השלמת המכר, מדובר בעסקת מכר חוזר תקפה וכשרה מבחינה הלכתית. לעומת זאת, כאשר נקבע התנאי תוך כדי עריכת עסקת המכר הבסיסית, קובע הרשב"ש כי "יש שם דרכים שהפירות אסורים", ואינו מפרט. עוד יש לציין כי הרשב"ש מדגיש את העובדה שהרוכש הוא שקבע את תנאי המכר החוזר מרצונו לאחר שנשלמה העסקה. לא ברור אם הרשב"ש הדגיש זאת כיוון שכך היו עובדות המקרה שבה לפניו, או כיוון שחשב שיש חשיבות הלכתית גם לזהות המתנה.

²³² שו"ת ריב"ש, סימן שה, עמ' שצט-תי וסימן תסד, עמ' תרעח-תרפ. הריב"ש מסמיך דעתו זו על סוגיית "את ונוולא אחי". ראו גם שו"ת הריב"ש, סימן שט, עמ' תיד-תטו, בו תוהה הריב"ש על דברי הרמב"ם, מהם משתמע כי תיתכן עסקת מכר מותנה בה התנאי יהא קיים והעסקה לא תהא נגועה באיסור ריבית.

²³³ בשו"ת ריב"ש, סימן שט, עמ' תיד-תטו, קובע ריב"ש כי "נראה שדעת התלמוד דכל שהתנאי קיים אין חלוק בין התנה מוכר להתנה לוקח", והעסקה נגועה בכל מקרה באיסור ריבית. את הסבר הגמרא "נעשה כמאן דאמר ליה מדעתיה" מפרש הריב"ש כך: "ואח"כ הקשו מדברי רבא לאמימר דאמר דכל שהתנה לוקח פטומי מילי בעלמא הוא, ולדברי רבא צריך שיאמר מדעתי ואם לא אמר כן התנאי מועיל וחייב להחזיר. ועל זה בארו נעשה כמאן דאמר ליה מדעתי איתמר, דכל שהתנה לוקח אין חייב להחזיר אלא אם ירצה". מדברים אלה עולה כי יש בכל זאת משמעות לזהות המתנה, שכן כשהלוקח מתנה, חזקה עליו שלא התכוון לתנאי מחייב מבחינה משפטית, אף אם לא השתמש בלשון "מדעתי". עולה אפוא כי יש משמעות לזהות המתנה לעניין ההכרעה בדבר עצם קיומו של תנאי מחייב מבחינה משפטית. לא ברור כיצד יש ליישב את דבריו אלה של הריב"ש. ייתכן שבדבריו הראשונים התכוון לומר כי שיטת התלמוד היא כי לא תיתכן עסקת מכר חוזר תקפה מבחינה משפטית שאינה נגועה באיסור ריבית, ולא דווקא לשים דגש על זהות המתנה ועל משמעותה לעניין תוקף התנאי.

²³⁴ שו"ת הרשב"ש, סימן יב, עמ' כ"ג. אך השו"ת הרשב"ש, סימן תג, עמ' שלד-שלו, שבו קובע הרשב"ש כדלקמן ביחס לעסקת מכר חוזר שהובאה לפניו, שבה נקבע תנאי המכר החוזר כחלק מעסקת המכר הבסיסית: "בין שאמר לו הקונה כשתביא לי המעות ליום פלוני הרי היא קנויה לך או שאמר המוכר הרי שדי מכורה לך על מנת שאם בתוך שש שנים אחזיר המעות אני או בני תהיה חייב להחזיר לו הקרקע אין כאן קנין של כלום, שהרי בסוף הזמן שהוא מתחייב להחזיר לו הקרקע אין שם דרך מדרכי ההקנאה, ועל כן היה צריך לכתוב כשתביא לי מעות אתה או בנד בסוף שש שנים הרי הקרקע קנוי למי שיביא לי המעות מכם בקנין גמור מעכשיו, וזהו הלשון שהיה מספיק בזה". הרשב"ש אינו מעיר שבמקרה זה העסקה תהיה עסקת הלוואה הנגועה באיסור ריבית דאורייתא; וצ"ע.

3. עמדת הרמב"ם

הרמב"ם מתייחס למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן הן במשנה תורה והן בשתיים מתשובותיו. עמדותיו של הרמב"ם בנוגע למכר לזמן קצוב ולמתנה על מנת להחזיר הינן ברורות ועקביות זו עם זו, והחריגים להן מבוססים היטב בסוגיות הגמרא. לעומת זאת, עמדתו של הרמב"ם באשר למכר חוזר אינה ברורה, מחמת סתירה הניכרת לכאורה בין דבריו בנושא זה בשני פרקים שונים של משנה תורה, ופרשנים וחוקרים כאחד ניסו להציע פתרונות לסתירה זו. כפי שיבואר להלן, תשובה של הרמב"ם, אשר למיטב ידיעתנו טרם נבחנה בהקשר זה, מסייעת לשפוך אור על עמדתו. עם זאת, אין בה כדי ליישב את הסתירה לכאורה שבין פרקיו השונים של משנה תורה. להלן נבקש להציע פתרון אפשרי נוסף לסתירה לכאורה זו.

א. עמדות הרמב"ם במשנה תורה

משנה תורה כולל התייחסויות למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן: מכר לזמן קצוב, מכר חוזר, מתנה על מנת להחזיר והפקר לזמן קצוב. ראוי לציין כי הרמב"ם אינו מייחד לעניין זה דיון כולל, ועמדותיו מפוזרות בהלכות שונות של משנה תורה לפי ענייני הספציפי. הרמב"ם אף אינו עורך השוואות מפורשות כלשהן בין עמדותיו השונות במקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן.

כך קובע הרמב"ם לעניין מכר לזמן קצוב:²³⁵

המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זו מכורה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ובסוף תחזור לבעליה:

הרמב"ם אינו מעלה כל חשש ריבית במקרה זה. עם זאת, מהכרעתו של הרמב"ם בנוגע למכירת עבד לזמן קצוב ניכרת הסתייגות מסוימת מתוקפה המלא והשלם של עסקה זו:²³⁶

מכרו לגוי לשלשים יום. מכרו חוץ ממלאכתו. חוץ מן המצות. חוץ משבתות וימים טובים. הרי זה ספק אם נשתחרר. או לא נשתחרר לפיכך אם תפס העבד כדי דמיו לרבו כדי שיצא בהן לחירות מיד הגוי אין מוציאין מידו:

²³⁵ משנה תורה, הלכות מכירה, פ"ג ה"ה.

²³⁶ משנה תורה, הלכות עבדים, פ"ח ה"ד.

הרמב"ם אינו פוסל את תוקפה של מכירת עבד לעכו"ם לשלושים יום, אך קובע כי במקרה זה ספק אם העבד משתחרר, וזאת להבדיל ממכירת עבד לעכו"ם ללא הגבלת זמן, שבה משתחרר העבד. משתמע מכך כי הרמב"ם לא ראה במכירת עבד לשלושים יום מכירה מלאה ושלמה לכל דבר.

הרמב"ם הכיר אף בתוקפה המשפטי של מתנה על מנת להחזיר: ²³⁷

הנותן מתנה על מנת להחזיר הרי זו מתנה. בין שהתנה להחזירה מיד בין שהתנה להחזירה לזמן קצוב, או כל ימי חייו של אחד מהם או כל ימי חייו של פלוני, הרי זו מתנה בין במטלטלין בין בקרקע. ואוכל פירות כל זמן המתנה:

אף שהרמב"ם אינו מבהיר מפורשות מי אוכל פירות, נראה מקביעתו בתחילת הדברים, "הרי זו מתנה", כמו גם מההתייחסות לאכילת הפירות בזמן המתנה דווקא כי מקבל המתנה הוא שאוכל פירות. ²³⁸ אכן, הרמב"ם מבהיר זאת מפורשות במקום אחר בחיבורו: ²³⁹

כל הנותנין כל נכסיהם כשתבטל המתנה ויחזרו כל הנכסין לבעלים הראשונים אין המקבל מתנה מחזיר פירות שאכל. שאפילו נתן האדם מתנה בפירוש על מנת להחזיר כל ימי חיי פלוני הרי זה אוכל פירות כל זמן המתנה כמו שביארנו:

בעניין מכירת חמץ או נתינת חמץ בפסח מביע הרמב"ם עמדה שונה, השוללת שימוש במתנה על תנאי או במתנה שאינה מתנה גמורה: ²⁴⁰

הלכה ו

ישראל וגוי שהיו באין בספינה והיה חמץ ביד ישראל והגיעה שעה חמישית הרי זה מוכרו לגוי או נותנו לו במתנה וחוזר ולקחו ממנו אחר הפסח, ובלבד שיתננו לו מתנה גמורה.

²³⁷ משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פ"ג ה"ט.

²³⁸ פרופ' ריבלין מציע לדייק זאת מלשון הרמב"ם: לו ביקש הרמב"ם להתייחס לזכות המוכר לאכול פירות, היה נוקט לשון "ואוכל פירות גם בכל זמן המתנה" או לשון דומה לה.

²³⁹ משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פ"ו ה"ג.

²⁴⁰ משנה תורה, הלכות חמץ ומצה, פ"ד ה"ו – ה"ז.

אומר הוא ישראל לגוי עד שאתה לוקח במנה בוא וקח במאתים, עד שאתה לוקח מגוי בוא וקח מישראל שמא אצרך ויקח ממך אחר הפסח, אבל לא ימכור לו ולא יתן לו על תנאי, ואם עשה כן הרי זה עובר על בל יראה ובל ימצא.

אומנם עמדת הרמב"ם בעניין זה אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו הכללית בעניין מכר לזמן קצוב ומתנה על מנת להחזיר, אולם היא תואמת את עמדת התלמוד הבבלי.²⁴¹

גם בעניין הפקר לזמן קצוב מביע הרמב"ם עמדה שונה במקצת מעמדתו הכללית לעניין מכר לזמן קצוב ומתנה על מנת להחזיר:²⁴²

האומר שדה זו מופקרת ליום אחד לשבת אחת לחדש אחד לשנה אחת לשבוע אחד עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו ומשזכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו. ומפני מה יש לו לחזור כאן עד שיזכו בה מפני שזה דבר שאינו מצוי הוא שאין אדם מפקיר לזמן קצוב:

הרמב"ם מכיר בתוקפו של הפקר לזמן קצוב, כשם שהוא מכיר בתוקפו של מכר לזמן קצוב ובתוקפה של מתנה על מנת להחזיר. אולם, שלא כמכר וכמתנה, הרמב"ם קובע כי הפקר לזמן קצוב הוא דבר שאינו מצוי, ועל כן הוא מעניק הקלה למפקיר לזמן קצוב ומתיר לו לחזור בו מן ההפקר כל עוד לא זכה אדם כלשהו בנכס המופקר.²⁴³ גם בעניין זה, כמו בעניין מכירת חמץ או נתינת חמץ בפסח, עמדת הרמב"ם תואמת את עמדת התלמוד הבבלי.²⁴⁴

²⁴¹ ראו פרק שני לעיל, סמוך להערה 142. על עקביותו של הרמב"ם עם התלמוד הבבלי ראו בנדיקט, הרמב"ם, עמ' סט. למען שלמות התמונה יצוין כי לעניין פדיון הבן קובע הרמב"ם כי ניתן לפדות באמצעות מתנה על מנת להחזיר ובלבד שיצוין כן מפורשות. אם לא ציין האב מפורשות כי מדובר במתנה על מנת להחזיר, עליו להתכוון כי המתנה תהיה גמורה. ראו משנה תורה, הלכות ביכורים עם שאר מתנות כהונה שבגבולין, פי"א ה"ח.

²⁴² משנה תורה, הלכות נדרים, פי"ב ה"ח.

²⁴³ בכך שונה המפקיר לזמן קצוב מהמפקיר שדה סתם, שיכול לחזור בו רק במשך שלושה ימים לאחר שהפקיר. ראו שם, הי"ז.

²⁴⁴ תלמוד בבלי, נדרים, מג ע"ב מד ע"א: "תניא: המפקיר את שדהו - כל שלשה ימים יכול לחזור בו, מכאן ואילך אין יכול לחזור בו; אמר תהא שדה זו מופקרת ליום אחד, לשבת אחת, לחדש אחד, לשנה אחת, לשבוע אחת, עד

עד כה נראה כי ככלל, ולמעט המקרים החריגים של חמץ בפסח והפקר לזמן קצוב, הרמב"ם מקנה תוקף מלא לעסקאות בעלות לזמן, לרבות לעניין הנאת הרוכש או המקבל מפירות הנכס ללא כל חשש ריבית.

תמונה שונה עשויה להתקבל עת בוחנים את עמדת הרמב"ם בסוגיה הקרובה של מכר חוזר. כפי שיבואר להלן, כמה מפרשניו של הרמב"ם, כמו גם החוקרים ורהפטיג, ריבלין ובעקבותיהם פרי, עמדו על עמדותיו השונות לכאורה של הרמב"ם באשר למכר חוזר. יש הסוברים כי סתירה לכאורה ראשונה, ניכרת בין עמדותיו של הרמב"ם בשתי הלכות סמוכות מהלכות מכירה:²⁴⁵

הלכה י

מי שהקנה לחבירו והתנה עליו על מנת שתתן מקח זה או תמכרנו לפלוני. אם מכרו או נתנו לאותו פלוני קנה ואם לא קיים התנאי ומכרו לאחר או שלא מכרו ולא נתנו בזמן שקבע לו לא קנה. וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות, הרי המכר קיים ויחזיר כשהתנה:

הלכה יא

מכר קרקע לחבירו והתנה המוכר ואמר ללוקח כשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקע זו הרי הפירות של מוכר. מכר סתם ואמר לו הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות תביאם לי ואני אחזיר לך קרקע זו הרי התנאי קיים והלוקח אוכל פירות. ואין בזה אבק רבית שהרי מדעתו חייב עצמו בתנאי זה:

הסתירה לכאורה נובעת מכך, שבסוף הלכה י' כתב הרמב"ם כי המכר קיים, ואילו בהלכה י"א כתב כי "הפירות של מוכר". אם נניח שכוונת הרמב"ם בהלכה י"א היא כי עסקת המכר לא הושלמה ולכן הפירות נותרים של המוכר, נוצרת סתירה לכאורה בעמדות הרמב"ם בסוף הלכה י' ובתחילת הלכה י"א לעניין תוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר.

שלא זכה בה בין הוא בין אחר - יכול לחזור בו, משזכה בה בין הוא בין אחר - אין יכול לחזור בו; רישא רבנן, סיפא ר' יוסי! אמר עולא: סיפא נמי רבנן היא. אי הכי, אמאי עד שלא זכה בה בין הוא בין אחר יכול לחזו בו? שאני שנה ושבוע, דלא שכיחי".

²⁴⁵ משנה תורה, הלכות מכירה, פ"א ה"י ופ"א ה"א. ראו ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 222-224; פרי, שטרות, עמ' 170-172, המביאים את הסתירה לכאורה ואת התירוצים של פרשני הרמב"ם לה.

אלא, שלדעתנו, לא זו כוונת הרמב"ם בהלכה י"א, וממילא אין כאן סתירה כלל. הצעתנו היא לקרוא את הלכה י' כעוסקת רק בתוקף המשפטי של עסקת המכר – ללא התייחסות להנאה מפירות העסקה, ואת הלכה י"א כעוסקת רק בזכות ההנאה מפירות העסקה, על בסיס הכרעת הרמב"ם בהלכה י' כי העסקה תקפה.²⁴⁶

וביתר פירוט: הלכה י' אינה אלא חזרה על העיקרון שקבע הרמב"ם כבר בפתחו של פרק י"א מהלכות מכירה: "המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן. בין שהתנה המקנה ובין שהתנה הקונה. אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה ואם לא נתקיים התנאי לא קנה".²⁴⁷ עיקרון זה כשהוא לעצמו הוא מקרה פרטי של עקרון-העל, שעליו חוזר הרמב"ם פעמים אחדות במשנה תורה, ולפיו "כל תנאי שבממון קיים".²⁴⁸ הוא אף עולה בקנה אחד עם עמדתו הכללית של הרמב"ם בנוגע למכר לזמן קצוב, הפקר לזמן קצוב ומתנה על מנת להחזיר.

אלא שקביעתו זו של הרמב"ם מוגבלת לעצם תוקפו של המכר המותנה, ואינה מכריעה דבר באשר לפירות. עמדתו של הרמב"ם באשר לפירות נמצאת בהלכה י"א, שבה מבחין הרמב"ם בין שני מקרים. כאשר המוכר קובע את תנאי ההשבה, הפירות שייכים לו ולא לרוכש. כאשר המוכר מוכר "סתם", והרוכש קובע את תנאי ההשבה "מדעתו", הפירות שייכים לרוכש, ואין בכך ולו אבק ריבית. הלכה י"א משלימה אפוא את הלכה י', ואינה סותרת אותה.²⁴⁹

²⁴⁶ נראה כי כך הבין אף המאירי את עמדת הרמב"ם, ותמה על כך שהרמב"ם מפריד בין תוקף העסקה הקניינית לבין הזכות לפירות; ראו לעיל, סמוך להערה 224. כפי שנבהיר להלן, הסיבה המוצעת להפרדה זו היא שגם במקרה של עסקת מכר תקיפה מבחינה קניינית, הפירות עשויים להיות אסורים על הרוכש מחמת איסור ריבית דרבנן. המאירי אינו מציע הבחנה זו.

²⁴⁷ משנה תורה, הלכות מכירה, פ"א ה"א. כבר עמד על כך בעל המגיד משנה, הלכות מכירה, פ"א ה"י.

²⁴⁸ ראו משנה תורה, הלכות אישות, פ"ו ה"י ופ"ז ה"ח; הלכות מכירה, פ"ג ה"ג ופ"ט ה"ח; הלכות מלוה ולוה, פ"ט ה"ז ופ"ח ה"ב; הלכות שלוחין ושותפין, פ"ב ה"ג ופ"ד ה"ג; והלכות שמיטה ויובל, פ"ט ה"י.

²⁴⁹ הצעה זו תואמת את דרך דיונו של התלמוד הבבלי בסוגיית "את ונוולא אחי": תחילה קובע רבה בר רב הונא: "כל את ונוולא אחי אמר, סמכא דעתיה, ולא גמר ומקני", ומייד לאחר מכן שואלת הגמרא: "ארעא הדרה, פרי מאי? רבית קצוצה הוּו - ויוצאין בדיינין, או דילמא כי אבק רבית הוּו, ואין יוצאין?". הצעה זו תואמת אף את דרך הילוכו של רב האי גאון בסוגיה זו בספר המקח והממכר, עמ' רכ"כא: "ותדע דהיכא שהאדם מוכר חפץ ללוקח ע"מ שיחזירוהו לו תנאו קיים וממכרו ממכר... אבל צריכין אנו לחקור ולדקדק פירות אותו קרקע שהוא ע"מ שיחזירוהו למוכר אם הם ראויים ללוקח אם לאו מאחר שיש בו דרך מדרכי הריבית". לטענה כי לספר המקח והממכר הייתה השפעה ישירה על הלכות מכירה לרמב"ם, ראו חבצלת, ספר המקח, וביתר הרחבה חבצלת,

עמדתו של הרמב"ם במקרה הראשון שבהלכה י"א, שבו המוכר קובע את תנאי ההשבה, תואמת את חלקה הראשון של סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי כפי שנראה שפירש אותה הרמב"ם. לשיטת הרמב"ם, עסקת המכר החוזר אומנם קיימת, אולם נאסר על הרוכש ליהנות מפירות הנכס הנמכר מחמת איסור ריבית דרבנן. שיוך איסור אכילת הפירות לאיסור ריבית דרבנן מתיישב גם עם לשון הרמב"ם בהמשך דבריו, שבהם קובע הרמב"ם, לגבי המקרה השני, "ואין בזה אבק ריביתי" (ולא "ואין בזה ריבית קצוצה"). הרמב"ם דוחה את זכותו של הרוכש ליהנות מפירות העסקה במקרה הראשון מחמת איסור ריבית דרבנן, ולכן מדגיש כי איסור דומה אינו קיים במקרה השני. ריבית דאורייתא אינה עומדת כלל על הפרק מבחינת הרמב"ם, שכן הרמב"ם אינו פוסל את תוקפה הקנייני של עסקת המכר.

כפי שכבר הראה הבית יוסף, ובעקבותיו ורהפטיג ופרי, עמדתו של הרמב"ם במקרה השני שבהלכה י"א תואמת את חלקה השני של סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי, לפי שיטת רב האי גאון בספר המקח והממכר ולפי שיטת רבנו חננאל.²⁵⁰ במקום שבו קיים נתק גמור בין שלבי העסקה, ולאחר שנמכרה עסקת המכר "סתם", כלומר ללא תנאים, והרוכש מתחייב "מדעתו" בעסקת המכר החוזר, רשאי המוכר ליהנות מפירות הנכס. כפי שנראה להלן, להשערה זו של מרן רבי יוסף קארו ושל החוקרים יש תימוכין אף באחת מתשובותיו של הרמב"ם.

מהלכות י" וי"א האמורות לעיל מהלכות מכירה נראה כי הרמב"ם שומר על עקביות בעמדותיו לעניין עסקאות בעלות לזמן בכל הנוגע להכרה בעצם תוקפה של העסקה, ומכיר בתוקפה של עסקת מכר חוזר כשם שהכיר בתוקפן של עסקאות מכר לזמן קצוב ומתנה על מנת להחזיר. לעומת זאת, ניכר כי עמדתו של הרמב"ם בעניין הנאה מהפירות בעסקת מכר חוזר שונה מעמדתו

הרמב"ם והגאונים, עמ' 75-107. מעניין לציין בהקשר זה, וכבר עמד על כך שפיגל, עמודים, עמ' 66 הערה 93, כי במשנה תורה, הלכות בכורות, פ"ג ה"ט, מפנה הרמב"ם ל"הלכות מקח וממכר", שבמהדורה לפנינו נקראות הלכות מכירה. ייתכן שיש בכך משום רמז נוסף להשפעת ספר המקח והממכר על הרמב"ם, עד כדי כך שבתחילה כינה הרמב"ם את הפרק הרלוונטי כשם ספרו של רב האי גאון, ולאחר מכן שינה את שמו. ראו גם מאמרו של אסף, ספרי רב האי, הכולל כמה דוגמאות להשפעת ספרי רב האי גאון ותשובותיו על הרמב"ם, אם כי ללא התייחסות מפורשת לספר המקח והממכר. ראו גם בצלאל, צד אחד ברבית, עמ' קצו (י"ואע"פ שהרמב"ם מפרש לה דלא קנה הפירות ומשמע דאע"פ שיתבטל התנאי או אם ימות המוכר אינו מתקיים המקח אלא מכאן ולהבא בלבד מכל מקום מעות מקח הווי ולא הווי הלואה...").

²⁵⁰ בית יוסף, טור, חושן משפט, רז, יא; ורהפטיג, עמ' 220; פרי, עמ' 169. לשיטת רבנו חננאל ראו לעיל, סמוך להערה 201.

במקרים אחרים של עסקאות בעלות לזמן. ראוי לציון כי גם במקרה זה, עמדת הרמב"ם תואמת את עמדת התלמוד הבבלי, אשר הכיר בתוקפם של מכר לזמן קצוב ושל מתנה על מנת להחזיר ללא כל חשש ריבית, אך נקט עמדה שונה בנוגע למכר חוזר.²⁵¹ עם זאת, בעוד ראשונים רבים פירשו את עמדת התלמוד הבבלי כקובעת כי עסקת מכר חוזר כלל אינה מהווה עסקת מכר תקיפה, הרמב"ם אינו מסתייג מפורשות מעצם תוקפה של העסקה, אלא רק מזכותו של הרוכש ליהנות מפירות הממכר.

להשלמת הדיון בתוקפו של מכר חוזר, ראוי לציון כי מהלכות אחרות עולה כי הרמב"ם אומנם הכיר בתוקפו של מכר על תנאי (שעסקת המכר החוזר בה תנאי המכר החוזר נקבע בעסקת המכר הבסיסית היא מקרה פרטי שלו) בכלל, אך לא ראה בו מכר מלא לכל דבר. כך קובע הרמב"ם בהלכות שכנים, פרק יג הלכה ו:

המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל ואח"כ יסלק אותו.

כלומר אף שהרמב"ם מכיר בתוקפה של עסקת מכר מקרקעין על תנאי, הוא אינו רואה בה עסקת מכר שלמה לעניין דינא דבר מצרא. השכן, המבקש להפעיל את זכותו לסלק את רוכש הקרקע, צריך להמתין עד שיתקיים התנאי והרוכש יזכה בקרקע "ולא תשאר בה עילה כלל" למוכר, ורק אז זכאי השכן להפעיל את זכות המצרנות.²⁵²

עד שבאנו ליישב סתירה לכאורה אחת בעמדות הרמב"ם באשר למכר לחוזר, באה בפנינו סתירה לכאורה שנייה בעמדותיו. סתירה לכאורה שנייה זו ניכרת בין עמדתו של הרמב"ם בסוף הלכה י' האמורה לעיל מהלכות מכירה לבין עמדתו בהלכות מלוה ולוה:²⁵³

המוכר בית או שדה ואמר המוכר ללוקח לכשיהיו לי מעות תחזיר לי קרקעי לא קנה וכל הפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין אותן בדינין. אבל אם אמר לו הלוקח מדעתו

²⁵¹ ראו פרק שלישי לעיל, סמוך להערה 237.

²⁵² ראו לעניין זה גם שו"ת גינת ורדים, חושן משפט, כלל ו, סימן ח, עמ' רנ, המסביר את הרציונל שביסוד הלכה זו של הרמב"ם בהקשר של המשכנתאות שנערכו במצרים בזמנו של המשיב, כלומר במחצית השנייה של המאה ה'17 ובתחילת המאה ה'18, בדרך של מכר חוזר באמצעות שטר הטבה.

²⁵³ משנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה.

כשיהיו לך מעות אני אחזיר לך קרקע זה מותר והלוקח אוכל פירות עד שיחזיר לו

מעותיו :

קשה ליישב בין הלשון "לא קנה" שכאן לבין הלשון "הרי המכר קיים" שבהלכות מכירה, פרק י"א הלכה י', ולכאורה עמדות הרמב"ם סותרות זו את זו: בהלכות מלוה ולוה מביע הרמב"ם לכאורה עמדה שמתיישבת עם דעתם של רוב הראשונים, לפיה תנאי המכר החוזר פוגם בתוקפה הקנייני של עסקת המכר, בעוד בהלכות מכירה מביע הרמב"ם לכאורה עמדה שמתיישבת עם נטייתו להכיר בתוקפם הקנייני של דפוסים אחרים של עסקאות בעלות לזמן, ואינו מסתייג מתוקפה הקנייני של עסקת המכר החוזר.

תופעת הסתירות, לכאורה או למעשה, במשנה תורה מוכרת היטב הן למפרשיו ולנושאי כליו של הרמב"ם והן לחוקרי ההלכה.²⁵⁴ יצחק טברסקי מביא כמה אמצעים המשמשים את מפרשי הרמב"ם בניסיון להתמודד עם סתירות אלה:²⁵⁵ (א) הרמב"ם חזר בו מדעתו הראשונה והגרסה שלפניו משקפת את שתי עמדותיו. במקרה זה, יש להעדיף את המאוחרת ביניהן;²⁵⁶ (ב) יש להעדיף את הנוסח המופיע במקום העיקרי שבו נדונה הסוגיה על פני הנוסח שבמקום שבו נדונה כלאחר יד; (ג) יש להעדיף את הנוסח הספציפי והמפורט על פני הנוסח הכללי והעמום; (ד) יש להעדיף את הניסוח המכוון לפסוק הלכה למעשה על פני זה הבא כהמחשה לעיקרון מופשט ולא נועד לפסוק הלכה; (ה) הלשון באחד המקומות משובשת, וכשמתקנים אותה – נפתרת הסתירה מאליה. עוד מוסיף טברסקי כי גישה שכוחה הרבה יותר של מפרשי הרמב"ם היא לנסות ליישב את הסתירה על דרך של "חשיפתם או המצאתם של נימוקים מושגיים ורעיוניים נסתרים".²⁵⁷ טברסקי מזהיר מפני שימוש מופרז באמצעי זה, שאינו עולה בהכרח בקנה אחד עם כוונתו של

²⁵⁴ ראו, למשל, המקורות המובאים בהמשך הדברים, וכן ראו כהנא, חזרותיו של הרמב"ם, ושפיגל, עמודים, בין היתר בעמ' 297-292. קלמן כהנא ויעקב שמואל שפיגל מתייחסים בין היתר לאפשרות להיעזר בתשובות הרמב"ם כדי לעמוד על דעתו לאשורה במקרים שבהם נראה כי הרמב"ם שינה דעתו, כפי שנבקש אף אנו לעשות בהמשך הדברים. יובל סיני, לעומתם, מציין כי יש להבחין בין ההלכה הכללית והתיאורטית כפי שהיא משתקפת במשנה תורה לבין הכרעה הלכה למעשה בניסבות קונקרטיים כפי שהיא משתקפת בתשובות הרמב"ם; ראו סיני, סתירות פנימיות, עמ' 181.

²⁵⁵ טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 232-238, וראו סיכום הדברים בעמ' 238.

²⁵⁶ ראו לעניין זה גם הנשקה, סתירות במשנה תורה, בעקבות בנדיקט, הרמב"ם, וראו הפניותיו של הנשקה לבנדיקט בעמ' נח, הערה 1 שם.

²⁵⁷ טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 236.

הרמב"ם, ומציע להכיר בקיומן של סתירות במשנה תורה ולהתמודד עימן תוך שימוש במכלול הכלים המוצעים לעיל.²⁵⁸

הסתירה הקיימת לכאורה במקרה שבו אנו עוסקים מציבה אתגר משמעותי לפני המפרש או החוקר, שכן האמצעים המוצעים לעיל אינם יעילים במיוחד לשם התמודדות עימה. כתבי היד של הרמב"ם, כמו גם רשימת המצוות שלו, אינם מציעים כל רמז לכך שהרמב"ם שינה דעתו בעניין זה.²⁵⁹ שני מקומות הדיון ראויים להיחשב כעיקריים לנושא הנדון: באחד הוא נדון בהקשר של העברת בעלות על תנאי, ובשני בהקשר של איסור הריבית.²⁶⁰ בשני המקרים הנוסח נראה ספציפי ומפורט באותה מידה, ובשני המקרים הוא נועד לפסוק הלכה ולא כדוגמה לעיקרון מופשט. לבסוף, לא ניכר שיבוש כלשהו בלשונו של הרמב"ם באחת ההלכות.²⁶¹

אחד ממפרשי הרמב"ם, בעל אבן האזל, הציע בכל זאת הבחנה שעניינה מיקום ההלכות במשנה תורה.²⁶² בהלכות מכירה מתמקד הרמב"ם בסוגיה הקניינית, וכיוון שמבחינת דיני הקניין, כשהם לעצמם, אין קושי עיוני בעסקת מכירה חוזר, מקנה לה הרמב"ם תוקף בפ"א הי"י. בהלכות מלוה ולוה, לעומת זאת, מתמקד הרמב"ם באיסור הריבית, ומצד זה קיים קושי בעסקת המכר החוזר שמביא את הרמב"ם לפסול אותה. אלא שהצעה זו אינה מתיישבת עם העובדה שגם בהלכות מכירה אין הרמב"ם מתעלם משאלת ההנאה מפירות הממכר, שאלה שיש לה הקשר ברור של איסור הריבית,²⁶³ שהרי אין קושי כי הרוכש ייחנה מפירות הממכר מצד דיני הקניין.

בנסיבות אלה, אין תמה כי מפרשי הרמב"ם נזקקו להבחנות שונות בניסיון ליישב את הסתירה.

²⁵⁸ השימוש באמצעים האחרים שהוצגו מחייב אף הוא מידה רבה של זהירות; ראו, למשל, דבריו של הנשקה, סתירות במשנה תורה, עמ' נט בעניין הזהירות היתרה הנדרשת עת מציעים כי הרמב"ם חזר בו מדעתו הראשונה. כן ראו סיני, סתירות פנימיות, במיוחד עמ' 162-166. סיני מציע להעדיף כלים פרשניים היוצרים הרמוניזציה בין דבריו הסותרים לכאורה של הרמב"ם במקומות שונים.

²⁵⁹ ראו ילקוט שינויי הגרסאות בכתבי היד שבמהדורת פרנקל של משנה תורה.

²⁶⁰ ראו מרכבת המשנה (חעלמא), הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה.

²⁶¹ מהר"י הלוי הציע, כי ייתכן שנפל שיבוש בלשונו של הרמב"ם, אלא שזו הצעה פרשנית בלבד שאין לה תימוכין בטקסט עצמו; ראו שו"ת מהר"י הלוי, סימן ב, עמ' ו-ח.

²⁶² אבן האזל, הלכות מכירה, פ"א הי"י.

²⁶³ כפי שמעיד הרמב"ם עצמו, בהתירו לרוכש ליהנות מפירות הממכר כאשר תנאי החזרה נוסף על ידי הרוכש במנותק מעסקת המכר הבסיסית: "ואין בזה אבק ריבית". ראו גם מגיד משנה, הלכות מכירה, פ"א הי"א.

ההצעות השונות, והקשיים שבהן, סוכמו על ידי ורהפטיג ובעקבותיו פרי, ונביא את הדברים בתמצית.²⁶⁴ הצעה ראשונה הינה כי יש להבחין בין מקרקעין, בהם אסורה העסקה, למיטלטלין, בהם מותרת העסקה. הצעה זו נשענת, כפי הנראה, על כך שבאחד המקורות הסותרים לכאורה מוזכרים מקרקעין מפורשות, ואילו באחר, ההתייחסות כללית. יש שהציעו הבחנה כוללת וטענו כי כל המיטלטלין, מעצם טבעם, אינם עושים פירות, ויש שהציעו הבחנה ממוקדת יותר, המתייחסת רק לאותם מיטלטלין שאכן מעצם טבעם אינם עושים פירות.²⁶⁵ אך כבר העירו על כך מפרשי הרמב"ם, ובעקבותיהם ורהפטיג כי אף במיטלטלין יש פירות, ולו מעצם התועלת שבשימוש בהם.²⁶⁶ לכך יש להוסיף את האמור לעיל כי פרק י"א, הלכה י' מהלכות מכירה, שאומנם לא מזכירה מיטלטלין מפורשות, אינה אלא חזרה ספציפית על עיקרון כללי שקבע הרמב"ם בראשית אותו פרק, אותו החיל מפורשות הן על מקרקעין והן על מיטלטלין: "המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן, בין שהתנה המקנה ובין שהתנה הקונה, אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהוקנה, ואם לא נתקיימו התנאין לא קנה". קשה אפוא לייחס לרמב"ם את ההבחנה בין מקרקעין למיטלטלין.²⁶⁷

הצעה שנייה של מפרשי הרמב"ם ליישוב הסתירה היא כי חלקה השני של הלכה י' בפרק י"א מהלכות מכירה, אינו מתייחס לחלקה הראשון של אותה הלכה אלא לסיפא של הלכה י"א, כלומר למקרה שבו קיים נתק בין שני חלקי העסקה.²⁶⁸ כבר העיר ורהפטיג כי זו פרשנות דחוקה, הן מחמת שאינה תואמת את לשונה הפשוטה של ההלכה והן מחמת שנוצרת כפילות מיותרת בהצגת

²⁶⁴ ראו ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 223-224, ובעקבותיו פרי, שטרות, עמ' 171-172. לדברים האמורים להלן יש להוסיף את ניתוחו של ריב"ש בשו"ת ריב"ש, סימן שט, עמ' תיד-תטו. ריב"ש עומד על העמדות שהביע הרמב"ם בהלכות הלואה ובהלכות מכירה, ובעיקר על מה שנראית לו כסתירה בין דברי הרמב"ם לבין עמדת הגמרא, ותוהה שמא עמד בפני הרמב"ם נוסח שונה של הגמרא בעניין זה.

²⁶⁵ לאפשרות הראשונה ראו לחם משנה, משנה תורה, מלוה ולוה, פ"ו ה"ה. לאפשרות השנייה ראו שו"ת תורת אמת, סימן קיח, עמ' תמג-תמו, הסבר ראשון מתוך שניים שמציע ר' אהרן ששון לסתירה לכאורה אצל הרמב"ם.

²⁶⁶ ראו אבן האזל, הלכות מכירה, פ"א ה"י: "וואף דמטלטלין ג"כ יש בהם פירות שהוא תשמיש הכלים והבגדים"; ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 223-224.

²⁶⁷ לביקורת על הצעה זו של הלחם משנה ראו אבן האזל, הלכות מכירה, פ"א ה"א; משפט שלום, רז, ה; אהל יצחק, הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה.

²⁶⁸ ב"ח, טור, חושן משפט, רז, ס"א, ובעקבותיו ש"ך, שולחן ערוך, חושן משפט, רז, ס"ז.

ההלכה. לכך יש להוסיף כי כשהרמב"ם ביקש להציג את המקרה של הפרדה בין חלקי העסקה, הוא הדגיש שהלוקח הוא שקבע מדעתו את תנאי המכר החוזר.²⁶⁹ לשונו הרמב"ם בהלכה זו, "וכן המוכר או הלוקח שהתנה שיחזיר לו המקח", לכאורה אינה תואמת מקרה של הפרדה בין חלקי העסקה.

הצעה שלישית מבחינה בין שני סוגי תנאים. כאשר הזכות לשוב ולרכוש את הנכס קמה למוכר רק אחרי זמן קצוב כלשהו, המכר תקף. כאשר הזכות לשוב ולרכוש את הנכס אינה קצובה בזמן וניתנת למימוש באופן מיידי, מדובר בהלוואה ולא במכר.²⁷⁰ אלא שלהבחנה זו אין אחיזה ברורה בלשונו של הרמב"ם,²⁷¹ והיא אף שנויה במחלוקת לגופה.²⁷²

הצעה רביעית מבחינה גם היא בין שני סוגי תנאים. כאשר התנאי נאמר בלשון "על מנת", ונדרש קניין חדש לשם רכישתו מחדש של הנכס על ידי המוכר, המכר תקף. כאשר לא נאמר התנאי

²⁶⁹ זו לשון הרמב"ם הן במשנה תורה, הלכות מכירה, פ"א הי"א והן במשנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה.

במקרה הראשון מוסיף הרמב"ם ומבהיר כי המוכר השלים את עסקת המכר "סתם", כלומר ללא תנאי.
²⁷⁰ כך הציע סמ"ע, שולחן ערוך, חושן משפט, רז, ס"א; ותשומת הלב להשוואה שערך בקצרה למתנה על מנת להחזיר. ראו גם אהל יצחק, הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה. דפוס עסקה דומה נזכר בספרות הגאונים; ראו תשובות הגאונים - שערי צדק, חלק ד, שער ב, סימן יב: "וכשהיה המוכר בא לתבוע הבית היה הלוקח אומר לו המתן עד הזמן הקצוב". לכאורה ניתן היה לשער כי הרמב"ם אימץ דפוס זה בעקבות הגאונים (להשפעת הגאונים על הרמב"ם ראו אסף, ספרי רב האי; חבצלת, הרמב"ם והגאונים; טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 44 והערה 87 שם). אלא שהשערה זו דחוקה היא, שכן באותה תשובה ממש נזכר גם דפוס עסקה שבו המימוש אינו מותנה בזמן קצוב: "ויש פעמים שכותבים באותו התנאי... עד זמן פלוני, כל עת שירצה, אקבל ממנו ממוני ואחזיר לו הקרקע...". גם בספר המקח והממכר לרב האי גאון, אשר לפי דעת חבצלת, ספר המקח, השפיע על הלכות מכירה של הרמב"ם, לא נזכרת דרישת זמן קצוב. נראה אפוא כי תשובת הגאונים מתארת דפוס עסקה שהיה מקובל, אך לא כזה שהיה הכרחי מבחינה הלכתית. ניתן לשער כי הסיבה לקיומה של מגבלת זמן טרם מימוש המכר החוזר הייתה מסחרית. במקום שבו השימוש בנכס וההנאה מפירותיו גילמו את מרכיב הריבית בעסקה, מסתבר כי המלווה יבקש להבטיח כי יזכה להם לפרק זמן מינימלי מסוים.

²⁷¹ לשונו של הרמב"ם היא "וכן המוכר או הלוקח שהתנו לו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות". מהמילים "או כשיתן לו המעות", כפשוטן, משתמעת זכות לממש את המכר החוזר בכל עת. לו כתב הרמב"ם "בזמן פלוני וכשיתן לו המעות", ניתן היה לטעון כי נדרש פרק זמן קצוב טרם המימוש; אך קשה לטעון כי "או" כאן משמעו וו החיבור, ועל כן שני התנאים צריכים להתקיים יחד. ראו גם שו"ת מהר"י הלוי, סימן ב, עמ' ו-ח; מחנה אפרים, מלוה ולוה, דיני ריבית, יג.

²⁷² ראו שו"ת מהר"י הלוי, שם, המבקר את הצעת הסמ"ע.

בלשון "על מנת", נחשב המכר כמתבטל למפרע במועד קיום התנאי, והעסקה נגועה באיסור ריבית.²⁷³ ראויה לציון עמדתו של בעל ה"מחנה אפרים", אשר מציע וריאציה על פרשנות רביעית זו.²⁷⁴ הוא סבור שהרמב"ם ביקש להבחין בדבריו בין שלושה דפוסי עסקה שונים, שבכולם תנאי החזרה הוא חלק מעסקת המכר ואינו מאוחר לה: כשרק המוכר מתנה את תנאי החזרה, מדובר בהלוואה ולא במכר; כשהמוכר מתנה את תנאי החזרה והרוכש מקבל מפורשות את התנאי, מדובר בעסקת מכר תקפה על תנאי; וכך גם כשהרוכש לבדו מתנה את תנאי החזרה. באשר לזכות ליהנות מפירות הממכר בשני המקרים האחרונים, המחנה אפרים מציע כי הכול תלוי אם נאמר התנאי בלשון "על מנת", אם לאו.

אלא שאף להבחנה זו אין אחיזה ברורה בלשונו של הרמב"ם,²⁷⁵ ואף היא שנויה במחלוקת לגופה.²⁷⁶ זאת ועוד: הצעה זו אינה מתיישבת לכאורה עם עמדת הרמב"ם בנוגע למכר לזמן קצוב כפי שהובאה לעיל, שכן במכר לזמן קצוב ברור כי הקרקע שבה לבעליה בסוף התקופה, ובכל זאת הרמב"ם מקנה תוקף לעסקה מבלי להעלות כל חשש כי הפירות ייחשבו כריבית.

הצעה חמישית היא כי העסקה תקפה, והמילים "לא קנה" בהלכות מלוה ולוה מכוונות לפירות

²⁷³ ראו מחנה אפרים, מלוה ולוה, דיני ריבית, יג. כן ראו נתיבות המשפט, חושן משפט, רז, ביאורים וחיידושים, ד"ה "שיחזר לו המקח" וד"ה "או כשיתן המעות"; כבוד יום טוב, הלכות מכירה, פי"א ה"י; קרית מלך רב, הלכות מכירה, פי"א ה"י - הי"א; ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 224; פרי, שטרות, עמ' 171-172. השו"ע לדעת בעל מעשה רקח, הלכות מכירה, פי"א ה"י, התולה אותה הבחנה בלשון "מעכשיו" חלף לשון "על מנת", וראו לעניין זה גם בצלאל, צד אחד בריבית.

²⁷⁴ ראו מחנה אפרים, מלוה ולוה, דיני ריבית, יג.

²⁷⁵ הרמב"ם אומנם עושה שימוש בלשון "על מנת" בתחילת הלכות מכירה, פי"א ה"י, אולם אינו חוזר עליה בסופה של אותה הלכה, בה הוא מתייחס לעסקת מכר חוזר. הרמב"ם עושה שימוש בלשון "על מנת" אף בהתייחס למתנה על מנת להחזיר, אולם במקרה זה נראה כי מדובר במינוח השאוב מהתלמוד הבבלי. יצוין כי הרמב"ם אומנם מייחס משמעות ללשון "על מנת" הנאמרת בתנאי, במובן זה שהוא מקביל בינה לבין הלשון "מעכשיו", ובשני המקרים קובע הרמב"ם כי אין צורך לכפול את התנאי; ראו, למשל, משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פי"ג ה"ח; הלכות מכירה, פי"ב ה"ט; הלכות אישות, פ"ו ה"יז. עם זאת, אין ראייה מפורשת לכך שהרמב"ם מייחס ללשון "על מנת" משמעות נוספת כפי שהוצע כאן.

²⁷⁶ נראה כי הריטב"א שלל את ההבחנה בדבר שימוש בלשון "על מנת" מבחינה הלכתית; ראו חיידושי הריטב"א, בבא מציעא, סג ע"א; שיטה מקובצת, בבא מציעא, סג ע"א בשם הריטב"א, וראו ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 224 הערה 37 והמקורות הנוספים המובאים שם.

ולא לגוף הקרקע.²⁷⁷ הצעה זו אכן מיישבת היטב את הסתירה לכאורה, אולם היא יוצרת צרימה וכפילות בלשונו של הרמב"ם, שהרי מייד לאחר מכן מתייחס הרמב"ם לפירות וקובע: "וכל הפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין אותן בדיינין".²⁷⁸

הצעה שישית, הצעתו של ר' יוסף קארו, היא כי ההבדל בין המקרים נעוץ בזהות המתנה.²⁷⁹ אם נוסף תנאי המכר החוזר ביוזמת המוכר, ברור שהכוונה הייתה לערוך עסקת הלוואה נושאת ריבית, והעסקה אסורה. לעומת זאת, אם המוכר שתק בתחילה, הקונה הוא זה שהתנה את התנאי, ואז מאמץ המוכר את התנאי, לא ניכרת כוונה לערוך עסקת הלוואה נושאת ריבית. העסקה מותרת, כיוון שהמוכר, שתנאי החוזר נועד לטובתו, לא התנה את העסקה בקיומו, והקונה הוסיף את התנאי מיוזמתו "כדי שלא יצטער המוכר". זאת ועוד: הקונה הוסיף את התנאי בניגוד לטובתו, שכן כעת נתונה הברירה ביד המוכר: יעלה שווי הקרקע – יממש את המכר החוזר; ירד שווי הקרקע – יותיר אותה בידי הקונה. לכן ברור לדעת ר' יוסף קארו, שהקונה פעל מתוך אלטרואיזם כלפי המוכר ולא כדי להשיג טובת הנאה כלשהי. לדעת ר' יוסף קארו, זו משמעות "מדעתיה" של רבא: הכול תלוי בשאלה אם הקונה יזם את תנאי המכר החוזר מרצונו. כלומר ההבחנה שהציע ר' יוסף קארו לשם הסבר הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם היא למעשה ההבחנה בין הרישא והסיפא של סוגיית "מכר לו בית". אלא שהצעה זו אינה עולה מדבריו של הרמב"ם.

עד כה התקשינו להציע הסבר משכנע ליישוב הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם במשנה תורה. מקור אפשרי שיכול לסייע ביישוב הסתירה הינו תשובותיו של הרמב"ם. נבחן אפוא אם יש בהן כדי לשפוך אור כלשהו על עמדתו של הרמב"ם בסוגיה זו.

²⁷⁷ ראו שו"ת תורת אמת, סימן קיח, עמ' תמג-תמו, הסבר שני שמציע ר' אהרן ששון לסתירה לכאורה אצל הרמב"ם. כן ראו בצלאל, צד אחד ברבית, עמ' קצח ('וואין לומר ממ"ש רבינו בהלכות מלוה 'לא קנה' לא קנה כלל לשום ענין שבעולם והמקח בטל, שזה לא יתכן דהא בהלכות מכירה... לא כתב לא קנה אלא 'הרי הפירות של מוכר' ואם המקח בטל ומבוטל מה צריך לדון על הפירות, אלא בהכרח לא קנה הוא על זמן דהשתא עד שיתברר התנאי ולענין אכילת הפירות שהם רבית קצוצה..."). בצלאל מציע דיוק שלפיו "לא קנה" משמעו כי הקניין אינו מוחלט עד שיתברר אם מתקיים תנאי המכר החוזר, ולכן הפירות נחשבים עד אז כריבית קצוצה, אולם אין משמעו כי המקח בטל. אלא שקשה ליישב מדוע ייחשבו הפירות ריבית קצוצה אם המקח אינו בטל; וצ"ע.

²⁷⁸ לביקורת על הצעה זו ראו קרית מלך רב, הלכות מכירה, פ"א הי"י - הי"א; אהל יצחק, הלכות מלוה ולוה, פ"ו הי"ה.

²⁷⁹ כסף משנה, הלכות מכירה, פ"א הי"א.

ב. עמדות הרמב"ם בתשובותיו

ספרות המחקר בחנה זה מכבר את תשובת הרמב"ם סימן תג,²⁸⁰ עליה באה הסכמת יצחק בר ששון ושמואל הלוי, שניהם חברים בבית דינו של הרמב"ם.²⁸¹ בשל זמן פועלם הארוך של שלושת החותמים, ובהיעדר ראייה אחרת, קשה לתארך את התשובה.²⁸²

עניינה של תשובה זו בעסקת מכירת חצר המתוארת כעסקה "לזמן קצוב", וכן "שהמכירה היתה על התנאי הנז' שכשיחזיר המוכר לקונה מעותיו יהיה מחוייב להחזיר לו חצרו". נראה כי מדובר בעסקת מכר חוזר, כאשר במשך פרק זמן שקבעו הצדדים רשאי המוכר להשיב לרוכש את תמורת המכר ולקבל בחזרה את הבעלות בחצר, ואם לא עשה כן, תיוותר החצר בבעלותו של הרוכש. עוד מתואר בשאלה כי המוכר המשיך לעשות שימוש בחצר הנמכרת ושילם דמי שכירות לרוכש, וכי המוכר השקיע ממון רב בפיתוח החצר, על בסיס ההנחה כי תשוב לבעלותו.²⁸³ הרמב"ם קובע כי "צריך לנכות על הקונה כל מה שלקח ממנו משכירות בסכום מעותיו". עוד קובע הרמב"ם כי בנסיבות שבהן ראובן המוכר נוקב בסכום שכירות מסוים שלטענתו שילם לשמעון הרוכש ואילו שמעון הרוכש חולק עליו, והעדים אינם יודעים מה סכום השכירות, "יתחייב ראובן לפרוע כל מה שנשאר לשמעון אצלו אחר נכוי השכירות וישבע שבועת הסת שלא נשאר לו אצלו מאומה".²⁸⁴

²⁸⁰ שו"ת הרמב"ם, סימן תג, עמ' 681. תשובתו זו של הרמב"ם, כרבות מתשובותיו, מסתיימת במילים "וכתב משה". יש מן החוקרים הסוברים כי הדבר מעיד על כך שהתשובה נכתבה על ידי הרמב"ם עצמו. לדעות השונות בעניין זה ראו לוצקי, וכתב משה, עמ' 679 הערה 1; גויטיין ופרידמן, ספר הודו ג, עמ' 60 והערה 139 שם; ולעומתם ראו ספקותיו של שפיגל, עמודים, עמ' 28 והערה 60 שם.

²⁸¹ ראו שו"ת גינת ורדים, אבן העזר, כלל ב, סימן ז, עמ' פא; שילת, אגרות הרמב"ם, עמ' תרח; פרידמן, ספר הודו ד(א), עמ' 36-37; פרידמן, הרמב"ם ור' אנטולי, עמ' 140-141 והערות 21 ו-22 שם.

²⁸² גויטיין מעיד כי מצא מסמכים שנחתמו על ידי שמואל בן סעדיה הלוי בשנים 1165-1203; ראו גויטיין, חברה ים תיכונית, כרך א, עמ' 409 הערה 10, וכרך ב, עמ' 514 מספר 23. עוד מעיד גויטיין, כי מצא מסמכים שנחתמו על ידי יצחק בן ששון בשנים 1167-1198; ראו שם, כרך ב, עמ' 514 מספר 25.

²⁸³ תשומת הלב, כי נסיבות המקרה, ובמיוחד השקעתו המשמעותית של המוכר בנכס הנמכר, מעידות כי כוונת הצדדים אכן הייתה כי הנכס ישוב לבעלות המוכר. כלומר נראה כי מבחינה כלכלית-מסחרית מדובר בעסקת הלוואה המוסווית כעסקת מכר, ומכאן החשש, כי דמי השכירות שמשלם המוכר לרוכש שקולים כנגד ריבית עבור ההלוואה.

²⁸⁴ ראוי לציין, כי תשובה קצרה זו אינה מזכירה בלשונה את לשון הדיון במשנה תורה בעניינים אלה, כפי שהובאה לעיל. ייתכן שיש בכך כדי לרמז על עיתוי כתיבתה.

תשובת הרמב"ם ניתנת להבנה בשני אופנים שונים. האחד, כי הרמב"ם מכריע כי ראובן המוכר רשאי לממש את תנאי המכר החוזר, ומהתמורה שעליו לשלם יוכל לנכות את השכירות ששילם בתקופת הביניים. אם כך הדבר, אזי הרמב"ם אינו פוסל את תוקף העסקה או את תוקף תנאי החזרה, אך הוא אוסר על הרוכש ליהנות מפירות הנכס בתקופת הביניים.²⁸⁵

אם הבנה אפשרית זו של תשובת הרמב"ם הינה נכונה, מעניין לעמוד על פרטיו של מקרה זה בהשוואה להבחנות השונות שהוצעו לשם יישוב הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם במשנה תורה. השאלה והתשובה עוסקות במקרקעין, והרמב"ם אינו פוסל את עסקת המכר המותנה. זו ראייה נוספת לכך כי ההבחנה בין עסקת מכר חוזר במקרקעין ובמיטלטלין לא עמדה כפי הנראה לנגד עיני הרמב"ם. ניכר מהשאלה ומדברי העדים שהובאו בה כי לא היה קיים במקרה זה נתק בין המכר לבין המכר החוזר, והרמב"ם לא קובע מפורשות כי לעסקה אין תוקף של מכירה מבחינה קניינית. נראה אפוא כי אף הצעה זו ליישוב הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם אינה עולה בקנה אחד עם תשובת הרמב"ם כפי שהוצע להבינה לעיל. אין ראייה כי העסקה הגבילה את המוכר מלשוב ולרכוש את הקרקע רק לאחר שחלף פרק זמן כלשהו, ואין ראייה כי היא נערכה בלשון "על מנת". חשוב מכך: הרמב"ם אינו מציין מרכיבים אלה בתשובתו, בה הוא מקנה תוקף לעסקה. ההצעה היחידה שהוצגה לעיל ליישוב הסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם במשנה תורה, המתיישבת עם תשובה זו של הרמב"ם, היא זו המבחינה בין גוף הקרקע לבין הפירות.

אלא שכאמור לעיל, הבנה זו של תשובת הרמב"ם אינה היחידה המתיישבת עם לשונה של התשובה ועם הכרעת הדין בה. קיימת אפשרות נוספת, שונה במשמעותה, להבינה. תשובתו זו של הרמב"ם מתמקדת בשאלת הזכאות לפירות הקרקע (דמי השכירות) ובשאלת נטל הראייה (שבועת היסת לעומת עדים), ואין בה כל התייחסות מפורשת לשאלת תוקפה של עסקת המכר המותנה. ניתוחו שלעיל הניח כי הרמב"ם מכיר בתוקפה של עסקת המכר המותנה, אך באותה מידה ניתן להניח כי הרמב"ם לא הכיר בתוקפה הקנייני אלא ראה בה עסקת הלוואה הנגועה בריבית דאורייתא. גם במקרה זה התוצאה היא כי ההלוואה חוזרת לבעליה בניכוי הפירות, ממש כפי

²⁸⁵ נראה כי כך הבין המהדיר והעורך יהושע בלאו את תשובת הרמב"ם; ראו שו"ת הרמב"ם, עמ' 681 הערה 1. בלאו מפנה למשנה תורה, הלכות מכירה, פ"א הי"א, ואינו עומד על הסתירה לכאורה בינה לבין משנה תורה, הלכות מלוה ולוה, פ"ו ה"ה.

שפסק הרמב"ם. נראה כי כך הביין ריבלין תשובה זו של הרמב"ם.²⁸⁶

להבנה שונה זו של תשובת הרמב"ם שבסימן תג נודעת חשיבות לאור תשובה נוספת של הרמב"ם, זו שבסימן תב, אשר למיטב ידיעתנו טרם נבחנה בעין מחקרית. מדובר בתשובה שכתב הרמב"ם לר' פנחס הדיין מאלכסנדריה.²⁸⁷ ניכר מן השאלה כי בעת כתיבתה כבר שימש ר' פנחס עצמו כדיין, עניין המסייע בקביעת מועד כתיבתה. אומנם שנות פעילותו של ר' פנחס הדיין באלכסנדריה אינן ידועות בבירור, אך כל ההשערות בנושא זה מתמקדות בסופה של המאה ה-12, ולכל המוקדם שנת 1190. כלומר כעשר שנים ומעלה אחרי השלמתו של משנה תורה.²⁸⁸

שאלתו של ר' פנחס הדיין אינה נוגעת כלל לעסקת מכר מותנה או מכר חוזר אלא לדפוס עסקה אחר, המכונה בימינו עסקת תמורה מותנית, ובלעז – עסקת "earn-out".²⁸⁹ בעסקה זו זכאי מוכר הנכס לתמורה נוספת על התמורה הבסיסית ששילם הרוכש בעת השלמת עסקת המכר, אשר משולמת במועד מאוחר למועד השלמת העסקה, בהתקיים תנאי או תנאים נוספים; במקרה

²⁸⁶ ראו ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 300-301. ריבלין מבין אף הוא את העסקה כעסקת מכירה על תנאי, וסבור כי בשל כך סירב הרמב"ם להכיר בה, כשם שסירב להכיר בעסקת המשכנתא המוסווית כמכר לפי דיני הגויים בתשובתו סימן מא, עמ' 63-66.

²⁸⁷ שו"ת הרמב"ם, סימן תב, עמ' 678-681. לר' פנחס בן משולם, דיין אלכסנדריה, מקורו הפרובנסיאלי כפי הנראה, חוסר שליטתו בשפה הערבית וקשריו עם הרמב"ם, ראו שו"ת הרמב"ם, סימן שנה, עמ' 631-633; לוצקי, וכתב משה, עמ' 689-693; טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 27 הערה 44; שילת, אגרות הרמב"ם, עמ' תלג-תלד; פרנקל, אלכסנדריה, עמ' 121-127; פרידמן, הרמב"ם ור' אנטולי, עמ' 136. לפי אחד מכתבי היד של התשובה, בסופה באות המילים "וכתב משה". ראו לעניין זה הערה 280 לעיל.

²⁸⁸ לוצקי, וכתב משה, עמ' 692 סבור, כי התכתבותו של ר' פנחס הדיין עם הרמב"ם חלה "בעשר השנים האחרונות של המאה הי"ב". יצחק שילת קובע, כי בחודש אדר דתתקנ"א, כלומר תחילת שנת 1991, כבר שימש ר' פנחס בתפקידו כדיין באלכסנדריה, ומשער כי הלך לעולמו בערך בשנת דתתקס"א, כלומר 1201; ראו שילת, אגרות הרמב"ם, עמ' תלג. מרים פרנקל מתארכת את שנות פעילותו של ר' פנחס הדיין באלכסנדריה כשנים 1195-1212; ראו פרנקל, אלכסנדריה, עמ' 121; פרידמן, הרמב"ם 'רייס אל יהוד', עמ' 435 הערה 88. להסתייגות מאוחרת יותר של פרידמן מתיארוכה של פרנקל בהקשרים אחרים, ראו פרידמן, הרמב"ם ור' אנטולי, עמ' 142 הערה 28 ועמ' 153 הערה 72. למועד השלמתו של משנה תורה ראו טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 25 והערה 41 שם, ועמ' 386.

²⁸⁹ ראו, למשל, קרימינס, תמורה מותנית.

שהובא בפני ר' פנחס הדיין, התנאי הנוסף הוא עליית שווי השוק של הנכס.²⁹⁰ אלא שבעסקה זו, כפי שהובאה לפני ר' פנחס הדיין, נערך המכר בקניין ובעדים ללא תנאי ה'earn-out'. תנאי זה הוסכם בין הצדדים, ללא קניין ועדים, עוד קודם לכן. ר' פנחס הדיין סבר, שבנסיבות אלה אין להקנות לתנאי המוקדם תוקף משפטי. הוא ביקש ללמוד גזרה שווה לעניין זה מעסקת "מכר לו בית". מפאת חשיבותה של ההשוואה שעורך ר' פנחס הדיין בין שני המקרים, נביא להלן חלקים נרחבים ממנה בלשונו של ר' פנחס:

מכר לו בית מכר לו שדה ואמ' לו לכשיהיו לי מעות תחזירם לי אסור. פי', אסור הלוקח לאכול הפירות, שהמכר נמצא שאינו מכר; שאילו יהיו לו מעות למוכר לאחר זמן, חייב הלוקח להחזיר לו הקרקע, ונמצא המעות שנתן הלוקח למוכר מעיקרא הלואה היו, והפירות שאכל בינתיים רבית מעותיו היו. על כן אסור הלוקח לאכול הפירות... ושאלין בגמרא: "מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמ' רבא: רישא דאמ' ליה מדעתו". פירושא דהאי מימרא כך היא: מאי שנא רישא – דאסור, ומאי שנא סיפא – דמותר? קס"ד, דכשם דברישא כשתבע התנאי המוכר היה בעדים וקנין קבלת התנאי על הלוקח, דהא בשעת המכירה הוה התנאי, ולא גמר מקנה, אף סיפא נמי, כשאמר לו הלוקח למוכר: "כשיהיו לך אחזירם לך", וקיבל התנאי בשעת המכר, הוה ובעדים וקנין היה; ומה לי אם בקש התנאי המוכר או אמרו הלוקח מאליו וקיבל התנאי מעצמו?! הא אשכחנן בדוכתא אחריתי, דהודאה שיש בין מוכר ללוקח או בין לוח למלוה אחד הוא... כיון שאמר וקיבל הלוקח למוכר שיחזירם לו לכשיהיו לו מעות, נמצא שלא מכר לו אלא על זה התנאי, ולא גמר ומקנה, וכאילו המעות הלואה היו ביד המוכר; ואם יאכל הלוקח הפירות – ריבית מעותיו אכל. ולמה יהיה לוקח מותר בפירות? ושנינן: "אמ' רבא: סיפא דאמ' ליה מדעתו"; והפרש יש בין סיפא לרישא. כלומי, מי סברת דסיפא קבלת התנאי היה בעדים וקנין כמו רישא? לא! סיפא, דאמ' ליה לוקח למוכר: "אם יהיו לך מעות אחזירם לך – אם ארצה", וכיון שתלה הדבר ברצונו, אין לשם תנאי בעדים וקנין, אלא בינו לבינו אמ' לו והבטיחו; ולא סמך המוכר על זו ההבטחה וגמר ומקנה... אבל היכא דאמ' ליה: "אם ארצה אחזור, ואם לא ארצה לא אחזור", מה טיבו של קנין ועדות זה?

²⁹⁰ הדיון בעסקה זו חורג מגדרו של מחקר זה. נעיר אך כי המעיין בספרות השו"ת בכלל ובתשובות הרמב"ם בפרט, ימצא בהן מגוון רחב של דפוסי עסקאות המעידים על דרגה גבוהה של יצירתיות ותחכום, אשר חלקם עודו ממתין לשעתו לבוא בבחינה מחקרית.

הא אינו תלוי אלא לרצונו ; ואפילו לא אמר לרצונו ומדעתו, הא אוקימנא מימרא דרבא :

”נעשה כאומר מדעתו”, ועל כן לוקח מותר...

לשיטת ר' פנחס הדיין, שניתן להניח שהיא שיטת פרובנס, ההבדל בין הרישא לסיפא בעסקת "מכר לו בית" אינו קשור כלל לעיתוי ההתניה. יתר על כן : ההבדל בין הרישא לסיפא אומנם נלמד מזהות המתנה, אך הוא לא נעוץ מבחינה מהותית בזהות המתנה אלא בתוקפו המשפטי של התנאי. זהות המתנה היא בבחינת סימן שנועד ללמדנו את תוקפו המשפטי של התנאי. ברישא, כיוון שהמתנה הוא המוכר, ברור כי מדובר במקרה שבו התנאי מחייב מבחינה משפטית והמוכר מסתמך עליו. במקרה זה אין מדובר בעסקת מכר אלא בעסקת הלוואה, ועל כן נאסר על המוכר ליהנות מפירות הממכר. בסיפא, כיוון שהמתנה הוא הרוכש, ברור כי מדובר במקרה שבו התנאי אינו מחייב מבחינה משפטית אלא תלוי ברצונו של הרוכש. עוד ברור כי המוכר כלל לא הסתמך על תנאי זה, שהרי המוכר לא התנה את המכר בתנאי כלשהו. בנסיבות אלה מדובר בעסקת מכירה תקפה מבחינה קניינית, והרוכש רשאי ליהנות מפירות הממכר. רבא מחדש ומוסיף כי כאשר הרוכש הוא שמתנה, רואים את התנאי כבלתי מחייב מבחינה משפטית וכתלוי ברצון הרוכש אף אם הרוכש לא אמר כן מפורשות. לפי גישה זו, המשפט העברי כלל אינו מכיר בעסקת מכר חוזר תקפה מבחינה משפטית, שכן בכל מקרה שבו תנאי המכר החוזר תקף – מדובר בעסקת הלוואה ולא בעסקת מכר.

הרמב"ם, בתשובתו, דוחה את עמדתו של ר' פנחס הדיין לגופו של מקרה, ומתייחס גם להשוואה שערך לעסקת "מכר לו בית". אלה דברי הרמב"ם לעניין זה :

ואינו דומה למכר לו בית מכר לו שדה וכו', ואפילו לפום ההוא פירושא חדתא דילכוך ; שאין העיקר שם מפני שהיה התנאי קודם המכר או בשעת המכר, אלא כך הוא : אם התנה המוכר – נמצא שלא גמר והקנה, והמעות הלוואה ; ואם מכר סתם בלא שום תנאי, ואחר שגמר והקנה אמר הלוקח : "אני אחזיר", הרי קנה קנין גמור, ולפיכך אוכל פירות, ואע"פ שהוא חייב להחזיר כשאמר. ובדין זה, המוכר לא מכר על תנאי, אלא מכר ממכר חלוט בדמים אלו, ואם יכריז ויהיה שם יתר – יקח היתר, ואם לא יהיה – לא יחזיר לו כלום.

הרמב"ם מבהיר כי אין הנדון דומה לראיה. בעסקת "מכר לו בית", היא הפירוש לה אשר יהא, החשש הוא מפני ביטול העסקה והשבת המצב לקדמותו, שאז יתברר למפרע כי מדובר בהלוואה

הפירות ייחשבו כריבית. בעסקת ה־earn out, לעומת זאת, המכר הוא מוחלט ואין כל תרחיש של השבת המצב לקדמותו. התנאי שבו מדובר, עניינו הגדלה אפשרית של תמורת המכר, ולא ביטול המכר עצמו.

יתר על כן: הרמב"ם אומנם סבור כי בכל מקרה אין מקום לגזרה שווה בין המקרים, אך הוא מוסיף ומבחין מפורשות בין פירושו של ר' פנחס הדיין לעסקת "מכר לו בית" לבין הפירוש שבו אוחז הרמב"ם עצמו לעסקה זו. את פירושו של ר' פנחס הדיין מכנה הרמב"ם "ההוא פירושא חדתא דילכוון". כלומר הפירוש החדש שלכם. אין זאת אלא כי כוונתו לפירוש שבו אחזו רש"י וראשונים רבים אחרים.²⁹¹ הרמב"ם מבהיר כיצד מפרש הוא עצמו את עסקת "מכר לו בית". לשיטת הרמב"ם, הגורמים המבחינים בין הרישא לסיפא הם זהות המתנה ועיתוי ההתניה:²⁹² "אם התנה המוכר – נמצא שלא גמר והקנה,²⁹³ והמעות הלואה; ואם מכר סתם בלא שום תנאי, ואחר שגמר והקנה אמר הלוקח: 'אני אחזיר', הרי קנה קנין גמור, ולפיכך אוכל פירות, ואע"פ שהוא חייב להחזיר כשאמר".

מתשובה זו עולה בבירור עמדת הרמב"ם באשר למכר חוזר: הרמב"ם שולל את תוקפה הקנייני של עסקת מכר מותנה ורואה בה עסקת הלוואה. רק במקום שבו מסתיים המכר ללא כל תנאי, ורק אחר כך מקבל על עצמו הרוכש את תנאי המוכר חוזר, הרמב"ם מקנה תוקף מלא לעסקה

²⁹¹ כאמור לעיל, פרק שלישי, הערה 209 ואילך, כנראה שנוסח הגמרא שלפני הרמב"ם בעניין זה היה שונה מנוסח הגמרא שלפני רש"י וחכמי אשכנז וצרפת, אך יש להניח כי הרמב"ם לא היה מודע להבדלי נוסח אלה, וראו בהבדלי הגישה – הבדלים פרשניים.

²⁹² עיתוי ההתניה – לא "מפני שהיה התנאי קודם המכר או בשעת המכר", כפי שהיה בנסיבות עסקת ה־earn-out שהובאה בפני ר' פנחס הדיין, אלא הדגש בעסקת "מכר לו בית" הוא על כך שתנאי ההשבה נוסף ביוזמת הקונה רק לאחר שנגמרה עסקת המכר הבסיסית ללא כל תנאי.

²⁹³ לשונו זו של הרמב"ם מזכירה את קביעתו של רבה בר רב הונא בסוגיית "את ונוולא אחי", תלמוד בבלי, בבא מציעא, סז ע"א, "ולא גמר ומקני"; אלא שנראה כי אין קשר בין הדברים, שכן הרמב"ם מעמיד את סוגיית "את ונוולא אחי" בנסיבות שונות מאשר מפרשים אחרים. לשיטתו, תשובת השלוח לשאלת המוכר בדבר השבת הקרקע לא הייתה ברורה דייה, ומסיבה זו לא גמר המוכר בדעתו למכור את הקרקע. ראו משנה תורה, הלכות מכירה, פי"א הי"ב; שו"ת מהר"י הלוי, סימן ב, עמ' ו-ח. לשונו זו של הרמב"ם דומה גם לשונו של ר' פנחס הדיין השואל (למשל: "...כיון שאמר וקיבל הלוקח למוכר שיחזירם לו לכשיהיו לו מעות נמצא שלא מכר לו אלא על זה התנאי ולא גמר ומקנה וכאילו המעות הלואה היו ביד המוכר..."). ייתכן כי הרמב"ם השיב לשואל בלשון שאלתו.

על רקע תשובה זו, נבקש לשוב ולבחון ראשית את תשובת הרמב"ם, סימן תג, ואחר כך את עמדת הרמב"ם במשנה תורה. אם נפרש את תשובת הרמב"ם, סימן תג, כתשובה שאינה שוללת את תוקפה הקנייני של עסקת מכר חוזר, אך מקנה למוכר את הזכות לפירות, ממילא ימצא כי תשובות הרמב"ם סימנים תב ותג מבטאות אף הן את הסתירה לכאורה שבדברי הרמב"ם בפרקיו השונים של משנה תורה. התשובה סימן תג עוקבת במקרה זה אחרי עמדת הרמב"ם בפרק יא מהלכות מכירה, בעוד התשובה בסימן תב עוקבת אחרי עמדת הרמב"ם בפרק ו מהלכות מלוה ולוה; והדרא קושיא לדוכתא.

לעומת זאת, אם נפרש את תשובת הרמב"ם, סימן תג, כקובעת שעסקת המכר החוזר היא עסקת הלוואה, כפי שאכן הציע ריבלין, תושג אחידות בין התשובות, ושתייהן תימצאנה תומכות בעמדת הרמב"ם בפרק ו מהלכות מלוה ולוה. במקרה זה, נראה כי ניתן יהיה לקבוע במידה מסוימת של ביטחון כי הרמב"ם לא הכיר בתוקפה הקנייני של עסקת מכר חוזר כאשר תנאי המכר החוזר היה חלק מעסקת המכר הבסיסית, אלא ראה בה עסקת הלוואה, וייוותר הצורך להסביר את דבריו הסותרים לכאורה בהלכות מכירה.

²⁹⁴ ריבלין מציין תשובה נוספת של הרמב"ם, זו שבסימן מא, עמ' 63-66, כמשקפת את עמדת הרמב"ם בעניין זה. התשובה נמצאה ללא השאלה, כך שפרטי המקרה אינם כולם בידינו. מן התשובה ברור כי מדובר במקרה של גבר שחויב לגרש את אשתו ולהשיב לה את הנדונייה שלה. אגב כך התעוררו שאלות רכושיות שהובאו בפני דיין, ופסק דינו של הדיין הובא בפני הרמב"ם. הרמב"ם קבע, בין היתר, כי "מה שאמר הדיין על היות המכירה בגויים מתירה לה ליטול שכירות הנחלה, הוא רבית קצוצה וצריך לעשות עמה חשבון על כל דרהם שנטלה משכירות הנחלה הממושכנת". ריבלין מסביר, כי מדובר במכירה שנערכה לפי דיני הגויים, ומנסיבות המקרה הסיק הרמב"ם כי היא היוותה "הערמה – כיסוי והסוואה להסדר שנשאר בסופו של דבר הסדר של משכנתא בלבד"; ראו ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 300. לענ"ד, ומבלי לגרוע מדברי ריבלין, לא ניתן לקבוע בוודאות כי מדובר במקרה של מכר מותנה או מכר חוזר דווקא, אף כי מסתבר שמדובר במתכונת כלשהי של עסקה המסווה משכנתא כמכר. למעשה, נראה כי קיים במשפט המוסלמי איסור לערוך עסקת מכר מותנה לתקופה העולה על שלושה ימים, במנותק מאיסור הריבית; ראו שאכט, משפט מוחמדני, עמ' 326-327. לעומת זאת, דפוס מסוים של עסקת מכר חוזר, בה היה קיים כפי הנראה נתק בין עסקת הבסיס לבין עסקת המכר החוזר, שימש גם במשפט המוסלמי לעקיפת איסור הריבית; ראו קולסון, משפט מוסלמי, עמ' 139-140.

ג. הצעת פתרון אפשרי המיישב את הסתירה לכאורה בעמדות הרמב"ם

לדעתנו, ייתכן כי הפתרון לסתירה לכאורה בעמדות הרמב"ם במשנה תורה נובע משילוב של שני מרכיבים. האחד, מיקומן של ההלכות השונות במשנה תורה – האחת בהלכות מכירה והשנייה בהלכות מלוה ולוה, מרכיב שעליו כבר הצביע בעל אבן האזל כאמור לעיל. השני, התייחסותו של הרמב"ם לריבית דרבנן ("אבק ריבית") בהלכות מכירה ולעומתה התייחסותו לריבית דאורייתא בהלכות מלוה ולוה. הצעתנו היא כי בשני המקומות השונים דן הרמב"ם בשתי עסקאות זהות במבנה שלהן אך שונות בתכליתן.

הדיון של הרמב"ם בהלכות מכירה מוקדש לעסקת מכר חוזר שבבירור אינה עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר. לשיטת הרמב"ם, מצד דיני הקניין לא קיים קושי בעסקת מכר חוזר מסוג זה. עם זאת, אף שהעסקה תקיפה מבחינה קניינית, היא עדיין עלולה להיכנס לגדרו של איסור ריבית דרבנן, המונע מן הרוכש ליהנות מפירות הממכר. עמדת הרמב"ם היא, שאם המוכר קובע את תנאי המכר החוזר, העסקה אומנם תקיפה מבחינה קניינית אך נגועה באיסור ריבית דרבנן, ולכן רק המוכר רשאי ליהנות מפירות הממכר. לעומת זאת, אם התנאי נקבע על ידי הרוכש בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, אין חשש ריבית דרבנן והרוכש רשאי ליהנות מפירות הממכר.

לעומת זאת, הדיון של הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה מוקדש לעסקת מכר חוזר שניכר מתנאיה שאינה אלא עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר. גם במקרה זה מבחין הרמב"ם בין שתי אפשרויות. אם תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מתנאי עסקת המכר הבסיסית, אזי לעסקה אין כל תוקף קנייני, אלא מדובר בעסקת הלוואה שפירותיה הם ריבית קצוצה. לעומת זאת, אם הרוכש קובע את תנאי המכר החוזר בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, מדובר בעסקת מכר חוזר תקיפה מבחינה קניינית וכשרה מבחינת איסור הריבית.

לשם חידוד משמעויותיה של הצעה זו הלכה למעשה, ננסה לשער כיצד היה הרמב"ם מתייחס לשתי עסקאות מכר חוזר שונות, שבשתיהן נקבע תנאי המכר החוזר כחלק מתנאי העסקה הבסיסית. עסקה ראשונה היא עסקה שבה ברור שהמכר החוזר לא נועד להסוות עסקת הלוואה אלא לתכלית אחרת, כגון הימנעות מתשלום מס, יצירת בטוחה אפקטיבית לחוב שאינו נושא

ריבית או הברחת הנכס הנמכר מנושי המוכר.²⁹⁵ לפי הצעתנו, הרמב"ם לא היה רואה כל קושי בתוקפה של העסקה מבחינה הלכתית, אם כי היה קובע כי המוכר ולא הרוכש הוא שרשאי ליהנות מפירות הממכר. לעסקאות מסוג זה התייחס הרמב"ם בהלכות מכירה. לעומת זאת, אם הייתה מובאת בפני הרמב"ם עסקת מכר חוזר שבה מודים הצדדים בפה מלא כי התכוונו להסוות עסקת הלוואה נושאת ריבית כעסקת מכר, היה הרמב"ם פוסל את תוקפה הקנייני של העסקה וקובע כי היא עסקת הלוואה והפירות הם ריבית קצוצה. לעסקאות מסוג זה התייחס הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה.

אם הצעתנו זו נכונה, היא מדגימה אף את ההבדל בין עמדת הרמב"ם לבין עמדתם של ראשונים רבים אחרים. רוב הראשונים סברו כי הקביעה שתנאי מכר חוזר מחייב מבחינה משפטית כחלק מעסקת המכר הבסיסית, פוגמת כשהיא לעצמה בתוקפה הקנייני של עסקת המכר, כיוון שלשיטתם תנאי המכר החוזר מהווה אסמכתא. קביעה זו עומדת בתוקפה ללא כל קשר לתכלית המסחרית שהעסקה נועדה להשיג. ראשונים אלה היו פוסלים גם את תוקפה הקנייני של העסקה הראשונה שהובאה לעיל, אף שלא נועדה כלל להסוות עסקת הלוואה נושאת ריבית. הרמב"ם, לעומתם, היה רואה בעסקה כזו עסקה תקיפה מבחינה קניינית, אם כי נגועה באיסור ריבית דרבנן.

אומנם הסבר אפשרי זה אינו בא לידי ביטוי בתשובות הרמב"ם שהוצגו לעיל, אך גם אינו סותר אותן. אם נפרש את שתי תשובות הרמב"ם כמתייחסות למקרה שבו עסקת המכר החוזר אינה אלא עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר (ולפחות באחת מהן – ברור מנסיבות המקרה כי זהו ההקשר), ממילא ברור כי הרמב"ם הביא בהן לידי ביטוי את עמדתו שבהלכות מלוה ולוה. אין בכך כדי לשלול את האפשרות, שלו באה בפני הרמב"ם עסקת מכר חוזר שאינה עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר, היה הרמב"ם פוסק כשיטתו בהלכות מכירה.

לכאורה קיים קושי ביישום ההסבר המוצע, והוא שהבחנה בין המקרים אינה בהכרח פשוטה, שהרי יש להניח שצדדים המבקשים להסוות עסקת הלוואה כעסקת מכר חוזר לא יחשפו זאת.

²⁹⁵ למעשה, כפי שהעיר ריבלין, כך הוא המצב לגבי רבות מהעסקאות שהובאו בספרות השו"ת בתקופת הראשונים. בעסקאות מכר חוזר רבות נראה כי הצדדים פעלו משיקולי חיסכון במס, או מתוך רצון ליצור בטוחה אפקטיבית להלוואה ללא ריבית, ולא לשם הסוואת עסקת הלוואה נושאת ריבית.

התשובה לכך כפולה. ראשית, קושי מעשי ביישום ההסבר המוצע אינו פוגם בהיתכנותו העיונית. שנית, בספרות השו"ת של הראשונים קיימות דוגמאות למכביר לעסקאות מכר חוזר אשר ניכר כי כוונת הצדדים להן לא הייתה להסוות עסקת הלוואה נושאת ריבית אלא, למשל, ליהנות מהטבות מס מסוימות.²⁹⁶

ד. סיכום

הרמב"ם מציג עמדה הלכתית מורכבת ביחס לעסקאות בעלות לזמן. הוא מתיר ככלל עסקאות מכר לזמן קצוב ומתנה על מנת להחזיר, והסתייגויותיו מהיתר זה תואמות את הכרעות התלמוד הבבלי. עוד ברור כי הרמב"ם מכשיר עסקאות מכר חוזר שבהן תנאי המכר החוזר נקבע מאוחר לעסקת המכר הבסיסית, לפחות כאשר נקבע ביוזמת הרוכש. בכך עוקב הרמב"ם אחר סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי כפי שהובנה על ידי הגאונים ועל ידי הרי"ף. עמדתו של הרמב"ם ביחס לעסקאות מכר חוזר שבהן התנאי נקבע כחלק מעסקת המכר הבסיסית אינה ברורה, בשל סתירה לכאורה בין שתי הלכות שונות במשנה תורה. שתי תשובות של הרמב"ם בנושא זה אינן מועילות ליישובו המוחלט של הספק שנוצר. עם זאת, אנו מציעים כי הרמב"ם מכשיר את תוקפן הקנייני של עסקאות מכר חוזר שכאלה ובלבד שלא נועדו להסוות עסקת הלוואה הנגועה בריבית, אם כי הרמב"ם רואה בהן נגועות באיסור ריבית דרבנן ועל כן אוסר על הרוכש ליהנות מפירות העסקה. לעומת זאת, במקום שבו עסקאות המכר החוזר נועדו להסוות עסקת הלוואה הנגועה בריבית, הרמב"ם לא מכיר בתוקפן הקנייני אלא רואה בהן הלוואות הנגועות בריבית דאורייתא.

4. עמדת הרשב"א

הרשב"א הינו ראש המשיבים בנושא מכר חוזר בתקופת הראשונים מבחינת מספר התשובות שכתב בנושא זה, ועמדתו ההלכתית כלפי עסקת מכר חוזר נבחנה על ידי כמה חוקרים. שלום לרנר

²⁹⁶ יש לציין, כי בן דב, תורת דיני הקניין, ספר ג - דיני הקניין במוחזק, עמ' 195 הערה 600, מייחס הסבר דומה במהותו לר' יוסף קארו בכסף משנה, הלכות מכירה, פי"א הי"א. להסברו של ר' יוסף קארו שם ראו לעיל, סמוך להערה 279 ואילך. עיון בהסבר זה מלמד, כי הוא שונה מההסבר שהצענו אנו בשני מרכיבים חשובים. ראשית, הסברו של ר' יוסף מתמקד בזהות המתנה ומבקש ללמוד ממנה את כוונת הצדדים לעסקה. שנית, לפי הסברו של ר' יוסף קארו, כאשר העסקה מותרת, עמדת הרמב"ם היא כי הרוכש זכאי ליהנות מפירות הממכר, ואילו לפי הצעתנו, עמדת הרמב"ם היא כי גם כאשר העסקה תקפה מבחינה קניינית – המוכר הוא זה שזוכה בפירות הממכר, בשל איסור ריבית דרבנן שחל על הרוכש.

סבור כי ישנן עדויות רבות לעסקת מכר חוזר של מקרקעין בתקופת הראשונים, וסומך סברתו זו, בין היתר, על כמה מתשובות הרשב"א.²⁹⁷ נראה כי לרנר סבר שהעסקה שימשה כתחליף להלוואה הנתמכת במשכנתא. ורהפטיג סבור כי מתשובות הרשב"א עולה כי עסקת המכר החוזר נהגה "לשם עקיפת איסור ריבית".²⁹⁸ ריבלין, לעומתם, סבור שמדיונו של הרשב"א "עולה שהתופעה אינה שכיחה ואין תכלית העסקה לענין ריבית".²⁹⁹ ריבלין עומד על כך שרק בתשובה אחת של הרשב"א נזכר ענין הריבית, וגם בה לא היה זה הנושא העיקרי, אף שכפי שמציין ריבלין, המונח "שטר חסד", שהחל מהמאה ה-16 הפך מזוהה עם השימוש בעסקת מכר חוזר לשם הסוואת עסקת הלוואה נושאת ריבית, נזכר לראשונה בתשובה של הרשב"א.³⁰⁰ פרי מסכים ככלל עם מסקנותיו של ריבלין, אך מציין כי הרשב"א התיר את השימוש במכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, ובמקרים שבהם סירב להכיר בעסקת מכר חוזר, לא היה הדבר מחמת התנגדותו לעסקה באופן עקרוני אלא מחמת פגם שנפל בה באותו ענין שהובא בפניו.³⁰¹

בדיונו להלן נבקש לבחון בקצרה את תשובות הרשב"א, מהן שבע תשובות אשר כבר נבחנו על ידי החוקרים האמורים לעיל ושתי תשובות שלמיטב בדיקתנו טרם נבחנו בחינה מחקרית. מטרת הבחינה תהיה לנסות לעמוד על התשובות לשאלות המחקריות שהוצגו שלעיל: עד כמה הייתה עסקת המכר החוזר נפוצה ומה הייתה תכליתה. נוסף על כך נבקש לעמוד על שיטתו של הרשב"א לענין מהותה של עסקת מכר חוזר ומעמדה ההלכתי, כפי שזו עולה מתשובותיו. כרקע לדיון זה, נציג בקצרה שני עניינים אשר עולים מתוך תשובות הרשב"א, כמו גם מתשובות של ראשונים אחרים. האחד, מהותה של עסקת השיג"ש שזכרת בשתי תשובות של הרשב"א. השני, תיקוני המס הנזכרים אף הם תכופות בתשובות הרשב"א, והאופן שבו הם קשורים לדיון.

בטרם נפנה לבחינת תשובות הרשב"א, נבקש להעיר על אודות סתירה לכאורה הקיימת בין עמדותיו בתשובותיו לבין עמדותיו כפי שהן משתקפות כפי הנראה בספרות הפירושים. כוונתנו לפירושו של תלמיד הרשב"א. לפי פירוש זה, הרשב"א קובע כי המבחין בין הרישא לסיפא הוא

²⁹⁷ לרנר, משכון, עמ' 174.

²⁹⁸ ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 228.

²⁹⁹ ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 367-370.

³⁰⁰ להתפתחות המונחים "שטר חסד" ו"שטר הטבה" ומקביליהם בשפה הערבית, ראו ריבלין, שם, עמ' 368 והערה

53 שם; ריבלין, הסדרי משכנתא, עמ' 302; פרי, שטרות, עמ' 178 הערות 34 ו-37 ועמ' 190 הערה 30.

³⁰¹ פרי, שטרות, עמ' 188-193.

כללו של דבר, כל שנאמר התנאי קודם המקח, בין אמר מוכר בין אמר לוקח, הרי זה תנאי קיים ואסור, שהרי על ידי כן נגמר המקח. וכל שלא נאמר התנאי עד לאחר גמר המקח, בין אמרו מוכר בין אמרו לוקח, אין זה תנאי כלל. שאע"פ שאמרו הלוקח שבידו לעשות כן, אין זה אלא פיטום דברים.

בפירושו לסוגיית "את ונוולא אחי" מוסיף תלמיד הרשב"א וקובע כי "אסור" משמעו שהעסקה נגועה בריבית דאורייתא, כלומר הינה עסקת הלוואה ולא עסקת מכר.³⁰³ נראה אפוא כי שיטת הרשב"א הינה שתנאי מכר חוזר פוגם בתוקפה הקנייני של עסקת המכר, כלומר המשפט העברי אינו מכיר בקיומו של מכר חוזר. נוסף על כך הרשב"א מרחיק לכת מראשונים אחרים וקובע מפורשות כי כאשר נקבע התנאי אחרי גמר המקח, אין מדובר בתנאי תקף מבחינה משפטית. כלומר המשפט העברי אינו מכיר בקיומה של עסקת מכר חוזר גם כאשר תנאי המכר החוזר נקבע בנפרד מעסקת המכר הבסיסית.

יש לציין כי תלמיד הרשב"א מודע לשיטת "אחד מגדולי המפרשים", שהדגש הוא דווקא על זהות המתנה ולא על עיתוי ההתניה, במובן זה שתנאי שקובע הרוכש מיוזמתו אינו מחייב אף קודם שנגמר המכר. עוד הוא מביא בהסכמה דוגמה לדברי "אחד מגדולי האחרונים", לפיה ייתכן שגם תנאי שנאמר קודם שנגמר המכר לא ייחשב מחייב מבחינה משפטית ועל כן לא יפגום בתוקף העסקה. מ"י בלוי משער שהראשון הוא רש"י והשני הוא הראב"ד. מכל מקום, אין בכך כדי לשנות משיטתו העקרונית של הרשב"א כפי שבאה לידי ביטוי בדברי תלמידו.

אלא שקשה ליישב דברים אלה של תלמיד הרשב"א, ככל שאכן יש לייחסם לרשב"א עצמו, עם פסיקותיו של הרשב"א הלכה למעשה. כפי שיוצג בהרחבה להלן, קיימות בידינו כמה תשובות של הרשב"א שבהן הכיר הרשב"א בעסקת מכר חוזר כאשר נערכה בנפרד מעסקת המכר הבסיסית. באחת מהן אף קיים ניתוח מפורש של שתי סוגיות רלוונטיות בתלמוד הבבלי – ברייתת "מכר לו בית" וסוגיית "את ונוולא אחי". אומנם כפי שיבואר בהרחבה להלן, מתשובות הרשב"א השונות

³⁰² תלמיד הרשב"א, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סה ע"ב, עמ' קסב-קסג.

³⁰³ שם, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סז ע"א, עמ' קסז. ראו דיונו בסוגיה זו בפרק השני לעיל, סמוך להערה 123 ואילך.

עולות שתי גישות אפשריות של הרשב"א, והיחס ביניהן אינו ברור; אך בכל מקרה, שני דברים ברורים. האחד, כי כאשר המוכר מסכים לתנאי המכר החוזר בד בבד עם עריכת עסקת המכר, התנאי פוגם בקניין והעסקה היא עסקת הלוואה נושאת ריבית אסורה ולא עסקת מכר. השני, כי כאשר עסקת המכר החוזר נערכת מאוחר לעסקת המכר הבסיסית ובנפרד ממנה, הרשב"א מוכן להכיר בעסקת מכר חוזר כעסקה תקפה וכשרה מבחינה הלכתית. ייתכן אפוא כי הדברים המיוחסים לתלמיד הרשב"א אינם מבית מדרשו של הרשב"א עצמו, או משקפים הבנה חלקית או חסרה של עמדת הרשב"א. עוד ייתכן כי הכול עניין של נסיבות עובדתיות שונות, שלא בהכרח ידועות לנו, ואשר הביאו את הרשב"א למסקנות שונות במקרים שונים שבאו בפניו.

א. בירור שני עניינים העומדים ברקע הדיון

1. מהותה של עסקת השיג"ש

בשתיים מתשובות הרשב"א הקשורות לעניין המכר החוזר עומדת בבסיס השאלה עסקה המכונה בהן בשם שיג"ש.³⁰⁴ תיאור של העסקה נמצא בשאלה שנשלחה לריב"ש:³⁰⁵

רגילים הכותים לקנות שינשלי"ש על בתים ושדות. ויתן הקונה למוכר מאה ליטרין, על דרך משל, על בית או שדה, שוה הרבה יותר ממה שקנה. על תנאי שיתן המוכר שקבל המעות לקונה הנקרא שינשלי"ר, מס ידוע בכל שנה ושנה מאה או חמשים דינרין. וזה בתורת מכר וקנין. מהם לזמן קצוב, ומהם לעולם. בתנאי ובשעבוד כך שאם לא יפרע המוכר לקונה אותם המעות שקבל ממנו אחר שישלם הזמן שהתנו ביניהם, יהיה הבית נחלט לשינשלי"ר ויהיה שלו. ונפסד למוכר הפסד גמור. וכל התנאים האלו כתובים בלשון קנין ומכר.

וולס אי פויול עמדה על כך, שהעסקה המתוארת בספרות השו"ת בלשון "שינשלי"ש", "שינשלי"ש",

³⁰⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תלה, עמ' רלו ושו"ת הרשב"א החדשות, סימן פה, עמ' נא-נב. להבדלי האיות ראו האמור בהערה 307 להלן.

³⁰⁵ שו"ת ריב"ש, סימן תסד, עמ' תרעה-תרפ. ראו גם שו"ת ריב"ש, סימן קמז, עמ' קנב-קנג, בו ערכו מלווה ולווה עסקת הלוואה נושאת ריבית כשאת מרכיב הריבית לבדו שילבו בעסקת שנשא"ל. ריב"ש קבע כי מדובר בריבית קצוצה שאין לגבותה, אך לא פסל את עסקת השנשא"ל עצמה, "שהרי כל מקח שנעשה באסור רבית קיים כיון שקני קנין גמור אלא שמה שיש בו מן האסור יחזיר". עוד ראו שו"ת ריב"ש, סימן שה, עמ' שצט-תי.

"שינאליי"ש" ועוד, ואצל הרשב"א מוזכרת כ"שיגי"ש", אינה אלא עסקת ה-Censal או ה-Cens, שנהגה בקרב הנוצרים בספרד באותה תקופה.³⁰⁶ במהותה הייתה זו עסקת הלוואה נושאת ריבית, אשר כבטוחה לפירעונה שימש בדרך כלל נכס מקרקעין; אלא שמחמת האיסור הכנסייתי על ריבית, הוסוּתה העסקה בדרך כלל כעסקת מכר. תיאור עסקת ה-Censal בשאלה שהופנתה לריב"ש אכן קולע. הלווה היה מוכר קרקע למלווה בתמורה לסכום כסף מסוים, הנמוך בצורה משמעותית מערך הקרקע, והיה מתחייב לשלם למלווה סכום קצוב שנתי מדי שנה, ששימש לפרעון קרן ההלוואה והריבית. בדרך כלל היה ה-Censal בר פדיון. כלומר הלווה יכול היה לפרוע את יתרת ההלוואה – קרן וריבית – ולרכוש בחזרה את נכס המקרקעין. השואל מציין כי ה-Censales היו "מהם לזמן קצוב, ומהם לעולם". אכן, סיריל מילהאוד מציין כי היו קיימות עסקאות Censales אשר ניתנו ללא הגבלה בזמן, כך שהמלווה היה זכאי לתשואה השנתית המובטחת אך לא להשבת הקרן. השבת הקרן נותרה לשיקול דעתו של הלווה, שהיה רשאי להשיב את הקרן ולקבל בחזרה את הקרקע במועד שיבחר.³⁰⁷

2. סיווגה של עסקת מכר חוזר לעניין תיקוני המש

כפי שצינו ריבלין ובעקבותיו פרי, ארבע מהשאלות אשר הופנו לרשב"א בעניין מכר מותנה או

³⁰⁶ וולס אי פויל, קטעים בעברית, עמ' 362-363. מחקרה של וולס אי פויל מתמקד בקטעים בעברית שנמצאו בכריכות של ספרי פרוטוקול נוטריוניים מימי הביניים המצויים בארכיבים ההיסטוריים של גירונה. לתיאור מחקרה וכמה ממצאים העולים ממנו באשר למעורבותם של היהודים בפעילות המימון בגירונה וסביבותיה בימי הביניים, ראו וולס אי פויל, פעילות כלכלית. לעסקת ה-Censal, התפתחותה במאה ה-14 וההכרה הכנסייתית בה על רקע היותה עסקת מכר ולא הלוואה נושאת ריבית ראו גם ויסנס ויוס, היסטוריה כלכלית, עמ' 237. לכינוייה השונים, ראו האמור בהערה 307 להלן. נראה כי לעסקה זו היו כמה דפוסים וכמה וריאציות, כפי שניכר גם מתיאורו של הריב"ש.

³⁰⁷ מילהאוד, שוקי ההון, עמ' 4. מילהאוד עומד על כך שהעסקה כונתה Censal בממלכת ארגון ו-Censo בממלכת קסטיליה, והכוונה היא לאותה עסקה ממש. וולס אי פויל, קטעים בעברית, עמ' 361, מציינת את העסקה בשם Cens או Censal ומצביעה על כמה מקומות שבהם היא נזכרת בשטרות של יהודים קטלאניים ובספרות השו"ת בתקופת הראשונים. אנו משערים כי השיגי"ש המוזכר בתשובות הרשב"א אינו אלא ה-Cens, או שיגי"ש המוזכר באיות זה בשו"ת ריב"ש כאמור בהערה 305 לעיל, כשמחמת שיבוש התחלפה האות נ' באות ג'.

מכר חוזר מתמקדות בסיווג העסקה לצורכי תיקוני המס.³⁰⁸ מתשובות הרשב"א עולה כי מדובר במס שהיה משולם על שווי נכסיו של הנישום, בשיעור שהיה משתנה בהתאם למהות הנכסים בהם מדובר. בין היתר היה הנישום חייב לדווח ולשלם מס בשיעור מסוים בגין נכסי מקרקעין, ומס בשיעור גבוה יותר בגין סכומים שהיה הנישום זכאי לגבות מצדדים שלישיים.³⁰⁹ עם זאת, הנישום היה זכאי להפחית משווי נכסיו את סכומי החובות שהוא עצמו חב לנושיו.

פעמים שהשאלה שהופנתה לרשב"א נשאלה מצידו של הלווה מוכר הקרקע, ופעמים שנשאלה מצידו של המלווה רוכש הקרקע. כשעלתה השאלה בהקשר של הלווה (מוכר הקרקע), ניכר רצונו של הלווה כי הסכום שקיבל בתמורה לקרקע יסווג כהלוואה. כלומר כחוב, לצורכי תיקוני המס, ובהתאם יוכל הלווה להפחיתו מנכסיו.³¹⁰ כשעלתה השאלה בהקשר של המלווה (רוכש הקרקע), נשאלה שאלת סיווג הנכס בידיו. המלווה ביקש לסווג את הנכס כקרקע לצורכי מס ולשלם מס בשיעור נמוך, ואילו חברי הקהילה ביקשו לסווגו כחוב בר גבייה לצורכי מס ולחייבו במס בשיעור גבוה. מחלוקות אלה הצריכו את הרשב"א להידרש למהותן של העסקאות שהובאו בפניו, כאמצעי לסיווגם של הנכסים עצמם.

ב. תשובות הרשב"א בעניין מכר מותנה ומכר חוזר

כאמור לעיל, שתי תשובות של הרשב"א מתייחסות לעסקה המכונה בהן בשם "שיג"ש". האחת, שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תלה, נראית כהמשך של התשובה הקודמת, ומכך עולה כי מקורה בעיר לארדה, שכפי הנראה הינה Lleida שבספרד של היום, המרוחקת כ-140 קילומטר מברצלונה, מקום מושבו של הרשב"א.³¹¹ כפי שציינו ריבלין ופרי, השאלה עוסקת בסיווגה של עסקת השיג"ש לצורכי מס, קרי בשאלה אם עלותה המוסכמת של עסקת המכר החוזר מהווה חוב בר ניכוי

³⁰⁸ ראו שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תלה, עמ' רלו; חלק ד, סימן קעז, עמ' פט-צ-חלק ה, סימן קמו, עמ' פו-פז; חלק ה, סימן קפב, עמ' קיב-קיג; שו"ת הרשב"א החדשות, סימן פה, עמ' נא-נב; ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 367-370; פרי, שטרות, עמ' 191-192.

³⁰⁹ ראו ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 370 הערה 57; פרי, שטרות, 191 הערה 36 ועמ' 192 הערה 40.

³¹⁰ ההשלכה שעשויה להשתמע מכך, כי הקרקע עצמה תיחשב בקרב נכסיו של הלווה, לא באה לידי ביטוי מפורש בשאלות או בתשובות בעניין זה.

³¹¹ בימי הביניים היה שמה Lerida, ונראה שהייתה בה קהילה יהודית משמעותית עד לשלהי המאה ה-14. הרשב"א השיב עשרות תשובות ללארדה (במספר קטן של מקרים: לארדה), ובחיפוש בפרויקט השו"ת של אוניברסיטת בר אילן לא מצאנו אזכורים לה בתשובות של ראשונים אחרים. ליהודי לארדה ראו אשתור, ספרד, עמ' 46-47.

לצורכי תיקוני המס. לכך משיב הרשב"א בשלילה, ומדמה זאת לראובן שהעניק לשמעון אופציה לרכוש נכס מקרקעין: כל עוד לא מימש שמעון את האופציה, לא קם לו כל חיוב לשלם, וממילא אינו יכול לנכות חיוב כלשהו מסך נכסיו.³¹² הרשב"א מוסיף ומנתח את עסקת השיג"ש לגופה, מסביר כי היא עסקת מכר חוזר, ומבחין מבחינה הלכתית בין שני דפוסי עסקה אפשריים. אם תנאי המכר החוזר הינו חלק מהעסקה, בין מפורשות ובין מכוח נוהג שבין הצדדים, אין מדובר במכר אלא בהלוואה. לעומת זאת, אם העסקה מושלמת ללא תנאי המכר החוזר, ולאחר מכן עורך הרוכש למוכר שטר חסד ומתחייב למכור לו בחזרה את הנכס, אזי שתי העסקאות – המכר והמכר החוזר באמצעות שטר חסד – הן בנות תוקף משפטי. עמדה הלכתית זו תואמת את הפרשנות ה"ספרדית", זו של הרי"ף והרמב"ם, לעסקת "מכר לו בית".³¹³

כפי שמציין ריבלין, עניין הריבית כלל לא עלה מהשאלה גופה. עם זאת, מהמשך התשובה נראה כי השואל תיאר מנהג של "כת החברים", "שכל מי מבני החבורה שימכור להם לשיגש שיוכל לפדות כל זמן שירצה". לכך השיב הרשב"א כי מנהג זה אסור, וניכר מהקשר הדברים כי איסור זה נובע ממרכיב הריבית. כלומר השואל אומנם אינו מעלה את עניין הריבית, אך הרשב"א מעלה אותו בתשובתו. זאת ועוד: מהאופן בו מתוארים תיקוני המס בשאלה ("מי שעושה שיגש הן ליהודי הן לעכו"ם..."), ומהאזכור האמור לעיל של מנהגם של "כת החברים", נראה שההתקשרות בעסקת השיגש הייתה נפוצה במקום מושבו של השואל, ולא רק בקרב הגויים.

שאלה נוספת שהופנתה לרשב"א מלירידא מתמקדת אף היא בעניין אופן המיסוי של עסקת מכר חוזר, הפעם מצד המלווה.³¹⁴ במקרה זה נערכה העסקה בין יהודי לבין גוי. ראובן היהודי רכש כרם מגוי במכירה גמורה, ואחר כך היטיב חסדו (כך בלשון השאלה) עם הגוי והסכים לשוב ולמכור לו את הכרם בזמן מסוים ובמחיר מסוים, בתוספת ההוצאות שיוציא בתיקון הכרם. בין ראובן לבין חברי קהילתו התעורר ויכוח, כיצד יש לסווג את הקרקע לצורכי מס. ראובן סבר שיש לסווגה כקרקע לכל דבר, ואילו חברי קהילתו סברו שבשל עריכת שטר המכר החוזר, יש לסווגה כחוב, כלומר ככספים שראובן עתיד לקבל מהגוי. הרשב"א קובע כי מה שנכון לעניין איסור

³¹² ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 368 הערה 53 מציין, כי לא ברור באיזה שלב משלבי העסקה עולה שאלת המס. הדברים אכן אינם בהירים. עם זאת, מהדוגמה שמביא הרשב"א נראה, כי הכוונה היא לשלב שבו עסקת המכר הושלמה ועסקת המכר החוזר עדיין תלויה ועומדת, ולא ברור אם תושלם.

³¹³ לעמדת הרי"ף ראו לעיל, סמוך להערה 203 ואילך; לעמדת הרמב"ם ראו לעיל, סמוך להערה 292 ואילך.

³¹⁴ שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפב, עמ' קיב-קיג.

הריבית נכון גם לעניין תיקוני המס. אם עסקת המכר המקורית נערכה ללא כל תנאי, היא אינה נגועה באיסור ריבית והקרקע נחשבת כקרקע לצורכי תיקוני המס. לעומת זאת, אם התנאי הותנה בין הצדדים כבר בעת עסקת המכר המקורית, ולא משנה על ידי מי הותנה, אין מדובר כלל בעסקת מכר אלא ב"משכונא", וזאת הן לעניין איסור הריבית והן לעניין אופן סיווג העסקה לצורכי תיקוני המס.

שאלה אחרת הגיעה אל הרשב"א מאושקה, שהיא כפי הנראה Huesca שבספרד, המרוחקת כ-275 קילומטר מברצלונה.³¹⁵ עניינה בעסקת מכר על תנאי, שלפיו רשאי המוכר לשוב ולרכוש את הקרקע בתוך ארבע שנים. הרוכש נהנה מפירות הקרקע במהלך תקופה זו, אולם הוא חשש שיש בכך משום איסור ריבית ולכן ביקש לשלם למוכר בגין הנאה זו. המוכר חשש מלקבל את התשלום, וכדי להפיס את חששו של המוכר, התחייב הרוכש לשפותו בגין כל נזק שייגרם לו בשל קבלת הכספים. המחלוקת שהגיעה לפתחו של הרשב"א נגעה להתחייבות זאת לשיפוי. כפי שמציין ריבלין, ייתכן שבמקרה זה עמדו ענייני מיסים ולא ענייני מימון ביסוד העסקה,³¹⁶ ונראה שהנזקים שמהם חשש הרוכש ובגינם קיבל שיפוי אף הם נוגעים לחבויות מס בגין הנכס. הרשב"א, בתשובתו, אינו מכריע בענייני נזקי המס שכן אינו בקיא בחקיקת המס המקומית, אך הוא קובע כי המכר המותנה שערכו הצדדים עובר על איסור הריבית, וכי על הצדדים היה להפקיד את הפירות בידי שליח עד שיתברר מה עלה בגורל הנכס, ולפי זה ייקבע מי רשאי ליהנות מפירותיו. לענייננו, מעניין לציין את עצם עריכתה של עסקת מכר מותנה באושקה, שהמניע לעריכתה היה קשור כפי הנראה להתחמקות מתשלום מס, ושהצדדים לה היו מודעים לכך שמבנה עסקה זה עלול לסבכם באיסור ריבית.

בתשובה אחרת של הרשב"א נערך שטר מכירה מוחלטת ובלתי מותנית, אך המוכר טען לאחר מכן

³¹⁵ שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קעז, עמ' פט-צ; וכבר העירו לרנר, משכון, עמ' 174 הערה 24 ופרי, שטרות, עמ' 191 הערה 34, כי תשובה זו מופיעה בנוסח מעט שונה אף בשו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קמו, עמ' פו-פז. ליהדות Huesca בימי הביניים ראו אשתור, ספרד, עמ' 45-46. בתקופה הרומית כונתה העיר בשם Osea, ממש כפי שנכתב שמה בעברית בתשובת הרשב"א; ראו פיר, מורה לטיני, עמ' 58; נאפ, דינרים, עמ' 2.

³¹⁶ נכונות הרוכש לשלם בגין הנאתו מפירות הקרקע מרמזת לכך שלא זו הייתה מטרת העסקה. גם לשונו של הרשב"א מרמזת לכך: "אבל אלו שעשו תנאי ביניהם מחמת המס והוצאותיו אין אני בקי במנהגי המס שבעיר". נראה שהרשב"א ידע מפי השואל, או לכל הפחות סבר, שענייני מיסים הם שהובילו לעריכת עסקת המכר המותנה.

כי המכירה נערכה על תנאי שיוכל לשוב ולרכוש את הנכסים הנמכרים, ונראה כי אחד העדים תמך בטענה זו.³¹⁷ הרשב"א בתשובתו אינו מתייחס לעניין כלל. מעניין לציין שטענת המוכר מזכירה מבנה עסקה אשר נזכר באחת מתשובות הגאונים, אשר גם בה טען אחד הצדדים כי סוכמה עסקת מכר חוזר אך ללא אזכור בשטר המכר.³¹⁸ כפי שניווכח להלן, מבנה עסקה זה מוזכר בשאלות נוספות שהופנו לרשב"א.

בתשובה נוספת נמכרה קרקע במכירה ללא תנאי, ובנו של המוכר טען לאחר מכן שלמעשה היה מדובר בעסקת הלוואה המוסווית כעסקת מכר חוזר.³¹⁹ הרוכש אומנם לא התייחס לטענה כי ביסוד העסקה עמדה הלוואה, אך הודה כי לאחר שנשלם המכר, הוא סיכם עם המוכר כי יוכל להשיב לו את דמי הקרקע ולשוב ולרכוש את הקרקע בתוך פרק זמן נתון. זאת ועוד: בניסיון להבטיח את קיומו של חיוב זה, נמסר שטר המכר לידי שלישי. הצדדים אינם חלוקים אפוא בכך שבמקרה זה נערכה עסקת מכר חוזר אשר הופרדה לשני מרכיבים: ראשית מכר בלתי מותנה, ובנפרד ממנו מכר חוזר. הטענה שהועלתה כנגד תוקף העסקה היא היותה נגועה באסמכתא, והשאלה והתשובה מתמקדות בעניין האסמכתא ואינן מעלות את שאלת הריבית. ייתכן שהדבר נובע מכך שמחמת ההפרדה בין מרכיבי העסקה, אכן לא התעורר כל קושי בעניין הריבית.

בתשובה נוספת נזכרת עסקה שהינה בבירור הלוואה המובטחת באמצעות קרקע, אלא שתחת שעבוד על הקרקע, ערך הלוואה שטר מכר לטובת המלווה ומסרו למלווה, ובמקביל מסר המלווה ללווה "שטר הודאה בעדים", שאם יפרע הלווה את החוב, יחזיר המלווה את שטר המכר ללווה והמכירה תהיה בטלה למפרע. נראה גם שהלווה הוסיף להחזיק בקרקע. כפי שמציין ריבלין, במקרה זה כלל לא מדובר בעסקת מכר חוזר. ראוי לציין, עם זאת, כי בנייתוחו את העסקה, הרשב"א מיישם את אותו כלל שיישם בתשובותיו העוסקות בעסקאות מכר חוזר. בהתאם לכך קובע הרשב"א, שהמכר כלל אינו מכר אלא מדובר בעסקת הלוואה, כיוון שהצדדים התנו מלכתחילה כי המכר יהא בטל במקרה של פרעון ההלוואה.

³¹⁷ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קיא, עמ' פב-פג. ראו לעניין זה ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 368; פרי, שטרות, עמ' 188-189.

³¹⁸ ראו לעיל, סמוך להערה 110 ואילך.

³¹⁹ שו"ת הרשב"א, חלק א, סימנים תתקטז-תתקיז, עמ' תיב-תיד. ראו לעניין זה ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 368. הערה 54; פרי, שטרות, עמ' 189.

תשובה נוספת עניינה בפסק דין שהגיע אל הרשב"א מאת בית הדין בסרקוסטה, היא סרגוסה המרוחקת כ־300 קילומטר מברצלונה.³²⁰ באופן לא שגרתי, השתמרו בתשובה שמותיהם של רוב המעורבים בעניין, כמו גם תאריכים ופרטים מזהים אחרים. העסקה שעליה נסב פסק הדין לא נערכה בסרגוסה אלא ב"מבצר שייא", ובית הדין המקומי במבצר שייא, בהרכב שלושה, אף גבה עדות מאת עדים לעסקה. עניינה של השאלה והתשובה בשטר מכר כרם בתחום מטרקירה (או מטרקירה), שנערך בחודש אדר שני של שנת חמשת אלפים וארבעים ושלוש, כלומר בשנת 1273. לפי טענת המוכר, הנתמכת אף בעדות העדים, המוכר נזקק בדחיפות למזומן בסך של 300 דינרים, והרוכש (באמצעות בנו) הסכים להלוות לו סכום זה לתקופה של כחודשיים ימים, אם המוכר יערוך שטר מכר לטובת הרוכש על כרם שבבעלותו. שטר המכר נערך ללא כל תנאי, אך הרוכש סיכם עם המוכר שאם ישיב המוכר את הסכום של 300 דינרים במועד, ישיב הרוכש את שטר המכר לידי המוכר. אם לא ישיב המוכר את סכום ההלוואה במועד, ישלים הרוכש את תמורת הכרם ל־1,100 דינרים וירכוש את הכרם. משניסה המוכר להשיב את ההלוואה ולקבל בחזרה את שטר המכר, התכחש הרוכש להסדר החיצוני לשטר וטען שמדובר בעסקת מכר שלמה ובלתי מותנית. עדות שנבנתה מאת עדים לעסקה תמכה בגרסת המוכר, ועל סמך עדות זאת קבע בית הדין בסרקוסטה כי על המוכר להשיב את ההלוואה ועל הרוכש להשיב את שטר המכר. הרשב"א הפך החלטה זו וצידד בעמדת הרוכש.

ריבלין מציין כי במקרה זה "הרשב"א הכריע שהמכירה מוחלטת". פרי מעיר על כך כי הכרעת הרשב"א לא נבעה מסירוב עקרוני להכיר בעסקת המכר החוזר אלא מכך "שבמקרה הנדון המוכר לא עמד בתנאו ולא החזיר את הכסף בזמן" (ההדגשה במקור). עיון בתשובה מלמד כי הצדק עם שניהם. הרשב"א הביא כמה נימוקים לעמדתו. חלקם, שעניינם דיני גביית עדות, הביאו את הרשב"א לפסול את העדות שתמכה בגרסת המוכר, ובהתאם לכך לצדד בשטר כפי שהוא ולקבוע שמדובר בעסקת מכר בלתי מותנית. לצידם הוסיף הרשב"א אף את הנימוק שהביא פרי כי המוכר לא השיב את הכסף במועד ולמעשה לא השיב את הכסף כלל עד למועד כתיבת התשובה ולא עשה מאמץ להשיבו, אף שיכול היה, למשל, להשיבו בעת שנפגשו הצדדים בפני בית הדין או להפקידו

³²⁰ שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכט, עמ' קנד-קנט. ראו גם ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 369; פרי, שטרות, עמ'

בידי בית הדין.³²¹ הרשב"א אומנם לא התייחס לסוגיית הריבית, אולם מאופן הצגת הדברים לא נראה שהיה כלל מרכיב של ריבית בעסקה זו. ההלוואה הועמדה לתקופה קצרה, ולא נשאה ריבית במשך תקופה זו. נראה כי מבחינה מסחרית, הכרם נועד במקרה זה לשמש כבטוחה להלוואה, וכי המלווה ניצל את מצוקתו של הלווה, ואולי אף את תמימותו, כדי לרכוש את הכרם בכרבע משווי האמיתי. עוד נראה, שהרשב"א לא פסל בתשובתו מבנה של עסקת מכר חוזר ככזה.

לענייננו, ועל אף הפגמים הפרוצדורליים שמצא הרשב"א בדרך גביית העדות, נראה כי הצדדים במבצר שייא התקשרו בווריאציה מסוימת של עסקת הלוואה המוסווית כעסקת מכר חוזר. מרכיב המכר החוזר נותר כמרכיב לבר חוזי, כפי שראינו בתשובה אחרת של הרשב"א. גם התופעה של התכחשות מאוחרת יותר של המלווה למרכיב המכר החוזר אינה מיוחדת לתשובה זו של הרשב"א. מה שמייחד עסקה זו הם פרק הזמן הקצר של ההלוואה, היעדרה המוחלט של ריבית מהעסקה, וההסכמה כי במקרה של כישלון השבת ההלוואה, יוסיף הרוכש סכום משמעותי לקרן ההלוואה ולמעשה ירכוש את הנכס במה שכפי הנראה היה שווי השוק שלו.

לצד התשובות שלעיל, שנבחנו כבר כולן על ידי חוקרים, ובמיוחד על ידי ריבלין ופרי, קיימות עוד שתי תשובות של הרשב"א שלמיטב בדיקתנו טרם נבחנו בחינה מחקרית. באחת נתגלעה מחלוקת בין הצדדים לעסקת מכר מקרקעין באשר למהותה של העסקה.³²² המוכר טען כי בשעת עריכת המכר סוכם בין הצדדים תנאי מכר חוזר למשך שלוש שנים, והרוכש טען כי לא היו דברים מעולם והמכירה הייתה מוחלטת. כל צד הביא עדים שצידדו בגרסתו. הרשב"א התייחס לשאלה הראייתית בלבד, וקבע שכיוון שאין מחלוקת בין הצדדים ובין העדים שהרוכש מחזיק בקרקע כדון, עומדת הקרקע בחזקתו בהיעדר ראיה המכריעה כגרסת המוכר. אין בשאלה או בתשובה התייחסות לבעיית הריבית, וייתכן שהרשב"א לא מצא לנכון להתייחס אליה כיוון שהכריע כגרסת הרוכש, שמדובר במכר מלא ובלתי מותנה. מכל מקום, יש כאן מקרה נוסף, שלישי במספר, שבו ערכו הצדדים שטר מכר בלתי מותנה, ואחר כך טען אחד הצדדים שלמעשה סיכמו הצדדים תנאי

³²¹ הרשב"א השוו לעניין זה לבתי עיר חומה, שגם בהם התגלע חשש שהרוכש יתחמק מלקבל את תמורת המכר לקראת סוף 12 החודשים. עם זאת, ההשוואה בין הסוגיות לא חרגה מעניין ספציפי זה.

³²² שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתקעב, עמ' תמג-תמד.

תשובה שנייה עוסקת בעסקת שיג"ש שנערכה בין ראובן הלווה היהודי לבין מלווה גוי.³²⁴ מהשאלה נראה שהיהודי ביקש ללוות כסף בריבית מגוי, והמלווה הגוי הוא שהתעקש לערוך את העסקה "דרך הערמה", באמצעות עסקת שיג"ש. המלווה רכש קרקע מראובן ומאשתו בעסקת שיג"ש בתמורה לכמחצית מערכה, כנגד תשלום שנתי קבוע שהתחייבו ראובן ואשתו לשלם למלווה. במקביל נערך בין הצדדים שטר מכר חוזר שבו התחייב המלווה להשיב לראובן ולאשתו את הקרקע אם יפרעו את סכום ההלוואה בתוך ארבע שנים. מן השאלה ומהתשובה ברור כי הצד היהודי לעסקה, כמו גם הרשב"א עצמו, לא העלו את עניין הריבית כלל ועיקר, ואין תמה בכך, שהרי העסקה נערכה בין יהודי לגוי וממילא איסור הריבית לא חל. מי שהעלה את עניין הריבית הוא המלווה הגוי, ש"חכמי הגוים" עימם נועץ אמרו לו שמדובר בריבית ועליו להחזירה, ועל כן עמל לשדל את ראובן הלווה להחזיר לו את ההלוואה או למכור לו את הקרקע מכירה מוחלטת בשווי השוק שלה.³²⁵

מה שהטריד את השואלים הוא אופן סיווג העסקה לצורכי תיקוני המס. כלומר אם הלווה רשאי להתייחס לתמורה שקיבל כחוב שהוא רשאי להפחית מסך נכסיו. הרשב"א שב וקובע, כפי שקבע בתשובות קודמות כי המבחן שחל לעניין איסור הריבית חל גם לעניין סיווג העסקה. אם היה תנאי ההשבה קיים קודם המכר או בשעת המכר, מדובר בהלוואה ולא במכירה, הן לעניין איסור הריבית (לו נערכה העסקה בין יהודים) והן לעניין סיווג העסקה לצורך תיקוני המס. לעומת זאת, אם הוסיף הגוי את תנאי המכר החוזר מדעתו לאחר שהושלם המכר, מדובר במכר ולא בהלוואה. במקרה שלפניו היה העניין טעון בירור עובדתי, אך הרשב"א נטה לסבור שכיוון שמן השאלה עולה כי אשת ראובן סירבה לבצע את המכר עד שבעלה התחייב בפניה שיפדה את הנכס הנמכר במועד

³²³ השוו תיאור העסקאות שנבחנו בשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קיא, עמ' פב-פג ובשו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן רכט, עמ' קנב-קנט.

³²⁴ שו"ת הרשב"א החדשות, סימן פה, עמ' נא-נב. השאלה נזכרת בבית יוסף, יורה דעה, קעד, וכבר הפנה אליה ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 228 הערה 58, אך רק על ידי בחינת התשובה המלאה ניתן לעמוד על משמעותה.

³²⁵ עניין זה אומר דרשני, שכן לא ברור מאליו שאיסור הריבית שנהג אצל הנוצרים באותה תקופה חל על עסקה בין נוצרי לבין מי שאינו נוצרי. עם זאת, קיימות עדויות על ניסיונות של השלטונות והכנסייה להגביל את היהודים מלתת הלוואות בריבית לנוצרים; ראו, למשל, חזן, ריבית; סטו, האפיפיורים והמלוכה. הרחבה בעניין זה חורגת מגדרו של מחקר זה.

במסגרת המכר החוזר, זכות המכר החוזר סוכמה בין הצדדים במקביל לעסקת המכר ולא אחריה.³²⁶

אף שהעסקה נערכה בין יהודי לבין גוי, מרחיב הרשב"א בתשובתו לגבי הדין במקרה שבו נערכת עסקה דומה בין יהודים, ונראה כי הוא מציע הבחנה בין שלוש אפשרויות שונות. אפשרות אחת היא מקרה שבו נערך התנאי בין הצדדים "קודם המכר או בשעת המכר, אין לו דין מכר אלא דין הלואה, והלוקח חייב להחזיר כל מה שאכל כרבית קצוצה". אפשרויות שנייה היא "כל שעשאו הלוקח ואפילו בתוך המכר ושתק המוכר ולא חזקו, אין זה תנאי אלא כפטומי מילי והמכר מכר הואיל שלא עשאו המוכר שהיה לו לעשותו". במקרה זה אין מדובר אפוא בעסקת מכר חוזר אלא בעסקת מכר מלא ושלים. כלל זה לומד הרשב"א מסוגיית "את ונוולא אחי". אפשרות שלישית היא "אם נעשה לאחר המכר ואפילו שעה אחת", אלא שלהבדיל מהאפשרות השנייה, הייתה גם פעולה מצד המוכר, בין אם המוכר הוא שיזם את תנאי המכר החוזר, ובין "אם עשה אפילו הלוקח תנאי המכר, אם חלטו ממנו המוכר וחזקו הוי תנאי". רק במקרה שליש זה התקשרו הצדדים בעסקת מכר חוזר תקפה מבחינה הלכתית. הרשב"א שם אפוא דגש על שילוב של שני מרכיבים: הניתוק בין עסקת המכר לעסקת המכר החוזר, "ואפילו שעה אחת", והפעולה האקטיבית מצד המוכר לחיזוק המכר החוזר כך שייעשה בצורה תקפה ומחייבת מבחינה משפטית.

ג. ניתוח הממצאים העולים מתשובות הרשב"א

נראה כי מבחינת מכלול תשובותיו של הרשב"א, עולה תמונה מורכבת באשר לעסקאות המכר החוזר. קיימת בהן עדות לשימוש בעסקת השיג"ש, אלא שהיא מועטה מכדי להסיק מסקנות של ממש. עסקת השיג"ש נזכרת בשתי תשובות של הרשב"א. באחת מהן מוזכר מנהג של "כת החברים" לערוך עסקאות שיג"ש בעלות מרכיב של מכר חוזר. בתשובה השנייה נערכה העסקה בין יהודי לבין גוי. עסקת השיג"ש נזכרת גם בממצאיה של וולס אי פויול מקטעי כריכות בגירונה, וכאמור לעיל היא נזכרת גם בתשובות הריב"ש ובשטרות שנערכו בין סוחרים יהודים. בשל היותה של העסקה נפוצה בקרב הגויים במקומו של הרשב"א ובזמנו, מסתבר שהייתה בשימוש גם בקרב

³²⁶ הרשב"א דוחה מפורשות מבחני עזר אחרים שהציע השואל לסיווג העסקה, והם: השווי הנמוך שבו נמכרה הקרקע; עצם קיומה של זכות לפדיון הקרקע בלא כל קשר למועד עריכת המכר החוזר והוודאות שייעשה בה שימוש לאור השווי הנמוך שבו נמכרה הקרקע שהוא גם שווי הפדיון; ואפילו העובדה שהעסקה סווגה כעסקת הלואה בריבית על ידי חכמי הגויים (!).

הסוחרים היהודים, אם כי על סמך הממצאים הקיימים בספרות השו"ת קשה להעריך עד כמה היה שימוש זה נפוץ.

ניתן להציע, בזהירות המתבקשת, השערה בדבר השפעה אפשרית של עסקת השיג"ש ששימשה את הסוחרים הנוצרים על הסוחרים היהודים בספרד בזמנו של הרשב"א. השערה זו נתמכת גם בממצאים על אודות האזור הגיאוגרפי שממנו הגיעו השאלות. ארבע שאלות הגיעו מלארדה, אוסקה וסרקוסטה, אשר כולן יחסית סמוכות לברצלונה. שאלה חמישית עוסקת בעסקת השיג"ש, ועל כן יש להניח שאף היא מגיעה מאותם אזורים בספרד שבהם הייתה העסקה נהוגה. מבין התשובות האחרות, רק אחת הגיעה בוודאות מאזור יחסית מרוחק גיאוגרפית – קהילת אליסאנה (היא Lucena) שבדרום ספרד.³²⁷ ריכוז גיאוגרפי זה עשוי ללמד על כך שהסוחרים היהודים שהכירו את עסקת השיג"ש מעמיתיהם הנוצרים מצאו בה עניין כבסיס אפשרי לפתרון בעיית הריבית. זאת ועוד: ייתכן שלצד השימוש של סוחרים יהודים בעסקת השיג"ש עצמה, ההיכרות עימה הביאה לניסיונות לעצב עסקת מכר חוזר "יהודית", שתענה על דרישות ההלכה. אף בהנחה שכך היה, יש לציין כי אין ראיות רבות בתשובות הרשב"א לקיומה של עסקת מכר חוזר (מלבד השיג"ש) בקרב הסוחרים היהודים. ייתכן כי בתקופה זו החלו ניצניה של עסקה כזו, אך אין ראיות לכך שהייתה נפוצה במיוחד, ובוודאי שאין ראיות לכך שתפסה מעמד נכבד כפי שתפוס במאה ה-16 ואילך.

לעניין זה ראוי לציין, שבשלוש תשובות של הרשב"א מובאים מקרים שבהם נערכה עסקת מכר מוחלטת, ולאחר מכן טען אחד הצדדים כי סוכם אף מרכיב של מכר חוזר שזכרו לא בא בשטר. מתכונת זאת הולידה כמובן קושי ראייתי אשר בו מתמקדות חלק מהתשובות. ברור גם שעסקאות מסוג זה אינן יכולות להוות בסיס משמעותי להתפתחותו של מבנה עסקה שיהפוך לנפוץ בקרב הסוחרים, שכן הן מושתתות על בסיס של אמון בין הצדדים. די במקרים שהובאו בפני הרשב"א כדי להדגים את קשייו המשמעותיים של הסדר מעין זה. עם זאת, בתשובה אחת מתקופת הגאונים נזכר מבנה דומה בעסקה שנערכה בפוסטאט, שם כונתה העסקה על ידי אחד הצדדים

³²⁷ לקהילה היהודית באליסאנה ראו ריבלין, שטרי אליסאנה, עמ' 27-30. בקובץ השטרות מקהילת אליסאנה מן המאה ה-11 אשר פרסם ריבלין, אשר נכללים בו שטרות רבים שעניינם הלוואות, לא נכלל שטר מכר חוזר. ייתכן שיש בכך כדי ללמד שבמאה ה-11 טרם נעשה בו שימוש ולכל הפחות, טרם היה נפוץ בקרב הסוחרים היהודים.

”שטר פסים”.³²⁸ ייתכן שמדובר בשלב התפתחותי ראשוני של עסקת המכר החוזר, או בווריאציה שלה שלא האריכה ימים מסיבות מובנות, ופינתה מקומה לעסקת מכר חוזר שבה שני מרכיבי העסקה מעוגנים בצורה פורמלית ומחייבת.

אל מול השערות אלה, בדבר ראשית התפתחותה של עסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, ניצבות הראיות המצביעות שבעיית הריבית לא עמדה במוקד הדיון ההלכתי, לפחות מצד הסוחרים ומצד השואלים. בארבעה מקרים נשאלת השאלה בהקשר מיסוי ברור. באחד מהם נראה מתשובת הרשב”א כי ענייני מיסים אף עמדו בבסיס העסקה. בשלושת המקרים האחרים ניכר כי במהות מדובר בעסקת מימון ולא בעסקת מכר. במקרה אחד ברור לחלוטין מהשאלה כי הכוונה הייתה להסוות עסקת הלוואה נושאת ריבית כעסקת מכר, אך המוטיבציה לכך הייתה מצד המלווה הגוי ולא מצד הלווה היהודי, שכן ההלכה כלל לא אסרה על הלווה היהודי לשלם ריבית במקרה זה. במקרים אחרים ניכר כי מכירת הקרקע נועדה לשמש כבטוחה להלוואה, כלומר כתחליף משכון. עניין הריבית הועלה על ידי השואלים רק במקרה אחד, וגם אז כרקע לשאלה עצמה שעסקה בענייני מיסים. עם זאת, באותו מקרה ניכר שהיה חשש של הצדדים לעסקה מפני איסור הריבית.

לעומת זאת, איסור הריבית בהחלט קיים ונזכר בתשובותיו של הרשב”א. הרשב”א עורך אנלוגיה בין סיווג העסקה כמכר או כהלוואה לבין סיווגה לצורכי תיקוני המס, ובמסגרת זאת שב ומזכיר כי אם העסקה מסווגת כהלוואה, היא נגועה באיסור ריבית. עם זאת, אין פירושו של דבר שהרצון לגבות ולשלם ריבית עמד בבסיס השימוש המסחרי בעסקה. הרושם המתקבל הוא שבמקרים רבים מאלה שנבחנו על ידי הרשב”א אומנם שימשו מבנים של מכר מותנה או מכר חוזר לשם הסוואת עסקת הלוואה כעסקת מכר, אולם לא ניכר שהדבר נבע מרצון של הסוחרים לגבות ריבית במזומן ולהסוותה במחיר העסקה. כאמור לעיל, ייתכן שהשימוש במבנה זה נבע מהשפעתה של עסקת השיג”ש. עוד ייתכן שהמטרה הייתה שהקרקע תשמש כתחליף משכון, כלומר כדי ליצור בטוחה אפקטיבית שתוכל גם להיות בשימוש על ידי המלווה בלי שיעבור על איסור הריבית.

ראוי לציון בהקשר זה, שבשני מקרים שהובאו בפני הרשב”א נערכה העסקה בין יהודי לבין גוי, ובמקרה שלישי ניכר שעסקאות מכר חוזר בין יהודים לגויים הוזכרו מפורשות בתיקוני המס – עדות נוספת לקיומן. במקרים אלו בוודאי שלא מתעורר כל קושי הלכתי מצד איסור הריבית, ועל

³²⁸ תשובות הגאונים - מזרח ומערב, סימן קעב, עמ' מב-מד.

כן ניתן לקבוע במידה רבה של ודאות שאיסור הריבית ההלכתי לא עמד בבסיס עיצוב העסקה במקרים אלו. יודגש כי גם ממקורות לברי'הלכתיים ניתן ללמוד על קיומן של עסקאות הלוואה המוסוות כעסקאות מכר בין מלווים יהודים ללווים נוצרים. כוונתנו היא לצו של מלך אראגון James I שניתן בסרגוסה ביום 1 באוקטובר, 1271 והוחל על קהילות יהודיות רבות בממלכת אראגון.³²⁹ צו זה נתן היתר למנהג של הסוחרים היהודים לבצע עסקאות מכירה המוסוות הלוואה נושאת ריבית. מהכלל הראייתי שנקבע בו שלפיו בכל סכסוך תידרשנה עדויות של נוצרי ויהודי כאחד, ניכר כי הכוונה לעסקאות שנעשו עם לוויים נוצרים. נוימן סבור כי מדובר בעסקת מכר חוזר, במסגרתה המלווה מכר ללווה סחורה במחיר גבוה ולאחר מכן שב ורכש אותה ממנו במחיר נמוך, כשהפרש המחירים אינו אלא ריבית מוסווית.³³⁰

על בסיס ממצאים אלה, ניכר כי צדק ריבלין בטענתו כי עניין הריבית לא עמד ככלל בבסיס עסקאות המכר החוזר שנבחנו על ידי הרשב"א. עם זאת, הרשב"א עצמו היה מודע להיבט איסור הריבית שעלול להיות כרוך בעסקה והדגישו בתשובותיו.

עניין נוסף שיש ליתן עליו את הדעת הוא עמדתו ההלכתית של הרשב"א ביחס לעסקת מכר חוזר. באחת מתשובותיו הרשב"א מציע הבחנה שלפיה רק במקרה שבו נערך המכר החוזר בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, ונוסף על כך הייתה פעולה יזומה מצד המוכר להעניק למכר החוזר תוקף משפטי, תעניק ההלכה תוקף משפטי מחייב למכר החוזר. הבחנה זו מושתתת על שילובם של שני מקורות מן הגמרא. מסוגיית "את ונוולא אחי" לומד הרשב"א כי אם נערך תנאי המכר החוזר כחלק מעסקת המכר הבסיסית, העסקה כולה מהווה עסקת הלוואה ולא מכר. מסוגיית "מכר לו בית" לומד הרשב"א כי אם יזם הרוכש את תנאי המכר החוזר והמוכר שתק, אין הרוכש מחויב בתנאי אלא המכר החוזר נתון לשיקול דעתו.³³¹ יש להניח כי מפרשנות זו לסוגיית "מכר לו בית" לומד הרשב"א אף את הדין במקרה השלישי שהוא מציע: אם לאחר שהרוכש יזם את תנאי המכר החוזר בנפרד מעסקת המכר, פעל המוכר לחזקו ולתת לו תוקף משפטי, מחויב הרוכש בתנאי המכר החוזר, ונוצרת עסקת מכר חוזר מחייבת מבחינה משפטית וכשרה מבחינה הלכתית.

³²⁹ ראו רגנה, היהודים באראגון, עמ' 85 מספר 490. תודתי לאלית אלקון על סיועה בתרגום הטקסט ופענוחו.

³³⁰ נוימן, היהודים בספרד, עמ' 203 והערה 77 שם.

³³¹ כך מפרש הרשב"א את "מדעתיה" שבסוגיית "מכר לו בית": "דכל דאתני לוקח תנאי שהיה למוכר להתנות ולא חזקו המוכר הרי מה שאמר הלוקח כפטומי מילי ואינו תנאי גמור אלא כמאן דאמר לו מדעתי כלומר אם ארצה".

התוצאה הסופית הינה מעין שילוב בין הפרשנות ה"אשכנזית", מבית מדרשו של רש"י, לסוגיית "מכר לו בית", שלפיה תנאי המכר החוזר אינו מחייב מבחינה משפטית, לבין הפרשנות ה"ספרדית", פרשנות הר"ף והרמב"ם, לסוגיית "מכר לו בית", שלפיה תנאי המכר החוזר מחייב מבחינה משפטית.

לא מצאנו מקור להבחנה זו של הרשב"א בדברי קודמיו. היא אף אינה ניכרת באופן עקבי בתשובותיו של הרשב"א עצמו. בתשובותיו האחרות אשר עוסקות בעניין זה ושנבחנו לעיל, לא עורך הרשב"א הבחנה דומה,³³² ומאחת מהן נראה כי הוא שולל אותה מפורשות.³³³ מחמת הקושי לקבוע את זמנן של רוב התשובות, לא ניתן לדעת אם חלה התפתחות כלשהי בשיטתו של הרשב"א בעניין זה או מה גרם לה.

5. סיכום הממצאים וניתוחם

מספרות הראשונים המתייחסת לעסקת המכר החוזר מצטיירת תמונה מורכבת למדי של ניתוח הסוגיה ושל הגישה ההלכתית העולה ממנה, שניתן לסכמה כמוצג בטבלה המובאת להלן.

טרם ניגש למלאכת הסיכום נבקש להעיר כהערה מקדימה כי ריבוי הדעות העולה מספרות הראשונים אינו ניכר כשמדובר בשימוש במכר חוזר כפתרון לבעיה הלכתית – מכירת חמץ בפסח. מקורה של מכירת החמץ לגוי בתוספתא ובתלמוד הירושלמי, אך נקבע בהם כי לשם כך נדרשת מכירה (או מתנה) גמורה.³³⁴ נראה כי דרישה זו אומצה על ידי הראשונים ללא מחלוקת.³³⁵ עם

³³² ראו שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תלה, עמ' רלו: "אבל אם לא היה תנאי בשעת מעשה אלא שלאחר מכן עשה הלוקח למוכר שטר חסד שאם לא יחזיר לו המעות וחזרם לו... יחזיר לו המקח הרי זה מכר גמור והשטר שטר חסד". שטר החסד נערך ביוזמת הרוכש, לא נזכרת כל מעורבות מצד המוכר, והרשב"א מקנה לו תוקף מלא.

³³³ כך, למשל, נראה משו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קפב, עמ' קיב-קיג: "ואין ההפרש בדאמר ליה הלוקח למוכר או המוכר ללוקח דאין הכל תלוי אלא בתנאי אם היה קודם המכירה ואמר לכשיהיו לי מעות מורה לאחר קיום המכירה".

³³⁴ תוספתא פסחים, מהד' ליברמן, פ"ב הי"ב, עמ' 146: "ישראל וגוי שהיו באין בספינה וחמץ ביד ישראל, הרי זה מוכרו לנכרי, ונותנו במתנה, וחוזר ולוקח ממנו לאחר הפסח, ובלבד שיתנו לו במתנה גמורה". ירושלמי, פסחים, פ"ב ה"ב, כח ע"ד, טור 507 שורות 21-23: "ישראל ועכו"ם שהיו באין בספינה וחמץ ביד ישראל הרי זה מוכר לעכו"ם או נותנו לו מתנה וחוזר ולוקחו ממנו לאחר הפסח ובלבד שיתנו לו מתנה גמורה". בספר הלכות גדולות, סימן יא, הלכות פסח, פרק כל שעה, הנוסח בסיפא הוא "ובלבד שלא יערים"; ראו ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ד סדר מועד, עמ' 494-496.

זאת, כאמור לעיל, ייתכן כי בעניין זה החומרה היתרה הנוהגת בעניין איסור חמץ בפסח היא שעומדת ביסוד העמדה המחמירה, ולכן לא ניתן ללמוד מכך דבר לעניין עמדתם העקרונית של הראשונים בנוגע למכר חוזר.

³³⁵ ראו, למשל, משנה תורה, הלכות חמץ ומצה, פ"ד ה"ו; חידושי הריטב"א, תלמוד בבלי, פסחים, כא ע"א, ד"ה "ומוכר לנכרי"; בית הבחירה, תלמוד בבלי, פסחים, ו ע"א, ד"ה ובתוספתא; טור, אורח חיים, תמח; שולחן ערוך, אורח חיים, תמח, ג.

א. סיכום הממצאים

שם הפוסק	תקופה	מקום	היסוד המבחין בין שני חלקי ברייתת "מכר לו בית"	האם מכיר המשפט העברי בעסקת מכר חוזר כאשר התנאי הוא חלק מהעסקה? הוא חלק מהעסקה?	האם מכיר המשפט העברי בעסקת מכר חוזר כאשר התנאי מאוחר לעסקה?
ר"ח	המאה ה'11 (מחצית 1)	ספרד (קירואן)	בעיקר עיתוי ההתניה אך גם זהות המתנה	משתמע מדבריו שלא	כן
ר"ף	המאה ה'11	ספרד	עיתוי ההתניה	לא	כן ³³⁶
רש"י	המאה ה'11	צרפת	זהות המתנה	לא	לא ברור
ראב"ן	המאה ה'12	אשכנז	עיתוי ההתניה	לא	כן
רמב"ם	המאה ה'12 (מחצית 2)	ספרד	זהות המתנה ועיתוי ההתניה	לא ברור	כן
ר' ברוך הספרדי	המאה ה'12 (מחצית 2)	ספרד (איטליה)	זהות המתנה	לא	לא ברור
הראב"ד	המאה ה'12	פרובנס	לא ברור	לא ברור	לא ברור
העיסור	המאה ה'12	פרובנס	זהות המתנה	כנראה שכן	לא ברור
רשב"א	המאה ה'12	ספרד	עיתוי ההתניה; ולפי אחת מתשובותיו גם זהות המתנה	לא	לא, לפי פירוש תלמידו; כן, לפי תשובותיו
ר"ד	המאה ה'12-13	איטליה	זהות המתנה	לא	לא ברור
אור זרוע	המאה ה'13	אשכנז (וינה)	לא ברור	לא	לא ברור
ספר התרומות (תחילתה)	המאה ה'13	ספרד	כנראה עיתוי ההתניה	לא ברור	לא ברור
רא"ש	המאה ה'13-14	אשכנז – ספרד	עיתוי ההתניה, אך בכל מקרה מדובר בתנאי שכלול בעסקת המכר	לא	לא ברור
ר' אהרן הכהן	המאה ה'13-14	פרובנס	לא ברור	לא	כנראה שלא
המאירי	המאה ה'13 (מחצית שנייה)	פרובנס	זהות המתנה	לא	לא ברור
ריטב"א	המאה ה'13-14	ספרד	עיתוי ההתניה וזהות המתנה כאחד	כנראה שלא	לא
רבנו ירוחם	המאה ה'14	פרובנס	זהות המתנה	לא	כנראה שלא
ריב"ש	המאה ה'14	ספרד	לא ברור	לא	לא ברור
רשב"ש	המאה ה'15	ספרד	עיתוי ההתניה; ואולי גם זהות המתנה	כנראה שלא	כן

³³⁶ יצוין, כי הן תלמיד הרשב"א והן ר' שמואל הסרדי הבינו את הרי"ף הפוך. כלומר סברו שהרי"ף קבע שתנאי

מאוחר לעסקה הינו "פטומי מילי בעלמא" ואינו מחייב מבחינה משפטית.

כמה מסקנות חשובות עולות מן הנתונים, כמפורט להלן.

ב. העמדות ההלכתיות השונות חוצות את גבולות ספרד ואשכנז

ראשית, נראה כי העמדה ההלכתית המכירה בתוקפה של עסקת מכר חוזר כאשר המכר החוזר נערך בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, עמדה אשר המחקר נטה לאפיינה עד כה כ"עמדת ספרד", הייתה למעשה עמדתם של שלושה מבולטי הראשונים הספרדים – רבנו חננאל, הרי"ף והרשב"א (לפחות לפי תשובותיו), כמו גם עמדתו של הרשב"ש, ואולי גם עמדתו של הרמב"ם. חכמים ספרדים אחרים, כגון ר' ברוך הספרדי, ר' שמואל הסרדי בעל ספר התרומות והריטב"א, לא החזיקו בעמדה זו.

שנית, נראה כי תופעה דומה, אם כי פחות מובהקת בהיקפה, קיימת גם לגבי העמדה שהמחקר נטה עד כה לאפיינה כעמדת אשכנז וצרפת. אומנם רוב הראשונים מאשכנז ומצרפת לא התייחסו מפורשות לאפשרות לערוך עסקת מכר חוזר כשרה מבחינה הלכתית כאשר המכר החוזר נערך בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, אך אחד מהחשובים שבראשוני אשכנז, הראב"ן, הכיר באפשרות זאת מפורשות.

ג. רוב הראשונים ראו בעסקת מכר חוזר שבה נכלל תנאי המכר החוזר בעסקת

המכר הבסיסית עסקת הלוואה

שלישית, נראה כי רוב הראשונים לא הכירו בתוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר כאשר תנאי המכר החוזר הותנה כחלק מעסקת המכר הבסיסית, אלא ראו בה עסקת הלוואה. עמדה זו של הראשונים חצתה גבולות גיאוגרפיים ואפיינה כפי הנראה את כל הראשונים באשכנז ובצרפת, את רוב הראשונים בספרד ואת רוב הראשונים בפרובנס. שני חריגים אפשריים נמצאו לכלל זה. האחד הוא הרמב"ם, שעמדתו אינה ברורה עד תום. השני הוא חכם פרובנציאלי, ר' יצחק ב"ר אבא מארי ממרסיליה בעל ספר העיטור, שגם עמדתו אינה מובעת מפורשות אלא משתמעת מהאופן שבו הציג אותה ביחס לדעת ר"ח והרי"ף.

ד. קיימות עמדות שונות של הראשונים, החוצות אף הן גבולות גיאוגרפיים,

באשר לגורם המבחין בין הרישא לסיפא של ברייתת "מכר לו בית"

רביעית, יש לציין את פערי הניתוח ההלכתי שניכרים בקרב ראשונים שונים, ללא קשר לארץ מוצאם, פערים אשר ייתכן שיש להם משמעות אף לקביעת ההלכה. ר"ח, רי"ף, הרשב"א

והראב"ן, כולם סברו כי המבחין בין הרישא לסיפא של ברייתת "מכר לו בית" הוא עיתוי ההתניה.³³⁷ נראה שיש בכך להסביר את עמדתם כי כאשר תנאי המכר החוזר נערך מאוחר לעסקת המכר הבסיסית ובנפרד ממנה – התוצאה היא שעסקת המכר החוזר תקפה מבחינה משפטית וכשרה מבחינה הלכתית. רש"י, ר' ברוך הספרדי, הרי"ד, המאירי ורבנו ירוחם סברו כולם כי הגורם המבחין הוא זהות המתנה. מכך עולה כי לשיטתם של ראשונים אלה, התנאי נקבע בכל מקרה תוך כדי עסקת המכר הבסיסית, ועל כן ייתכן שלא ניתן לקבוע בבירור מה הייתה עמדתם ביחס לעסקת מכר חוזר שבה התנאי נקבע בנפרד מעסקת המכר הבסיסית. אין זה בלתי מתקבל על הדעת לסבור כי ראשונים אלה היו מכירים במקרה כזה בעסקת המכר החוזר כעסקה תקפה וכשרה מבחינה הלכתית, כיוון שמצד אחד, מדובר בתנאי שנערך בין הצדדים באופן מחייב מבחינה משפטית, ועל כן אין סיבה לראות בו "פטומי מילי בעלמא", ומהצד האחר, עסקת המכר הבסיסית הסתיימה ללא תנאי המכר החוזר, ועל כן אין סיבה לראותה כנגועה באסמכתא מצד המוכר. מעניין לציין כי דווקא שני ראשונים ספרדים פסלו מפורשות את האפשרות לערוך עסקת מכר חוזר כאשר תנאי המכר החוזר מאוחר לעסקת המכר הבסיסית: הרשב"א, בפירוש תלמידו אם כי לא בפסיקותיו הלכה למעשה, והריטב"א. לעומת זאת, היחיד מחכמי אשכנז וצרפת שהתייחס לעניין זה מפורשות – הראב"ן – פסק כי הדבר אפשרי מבחינה הלכתית.

ה. **עמדת פוסקי פרובנס בסוגיה זו קרובה לעמדת ר' ברוך הספרדי – פוסק**

איטלקי

חמישית, ראוי לציון דרכם ההלכתית של ראשוני פרובנס וראשוני איטליה. ככל שניתן לברר את עמדתם בעניין זה, נראה כי הם קבעו כי הגורם המבחין הוא זהות המתנה, ובכך אימצו את גישת רוב חכמי אשכנז וצרפת. עם זאת, במה שנוגע לפירוש המושג "מדעתיה" לעיצוב תנאי המכר החוזר, אוחזים הראב"ד ורבנו ירוחם בשיטתו הפרשנית של ר' ברוך הספרדי, ראשון איטלקי. כפי שהערנו לעיל, מקורות ההשראה של ר' ברוך הספרדי לשיטתו זו אינם ברורים דיים. ייתכן שיש כאן ביטוי לאופן המורכב שבו הושפעה תורת חכמי פרובנס ממרכזים גיאוגרפיים שונים, ובמקרה זה – צרפת מחד גיסא ואיטליה מאידך גיסא.

³³⁷ כאמור לעיל, ר"ח ייחס כפי הנראה חשיבות גם לזהות המתנה, אך ברור כי גם לשיטתו הגורם המבחין העיקרי הוא עיתוי ההתניה.

ו. **אצל הרשב"א קיים פער בין הניתוח ההלכתי התיאורטי בספרות הפרשנית**

לבין פסיקותיו הלכה למעשה בספרות השו"ת

שישית, יש לציין את הפער בין הניתוח ההלכתי התיאורטי לבין הפסיקה הלכה למעשה, כפי שהוא בא לידי ביטוי בנוגע לעמדת הרשב"א. בהנחה שפירוש תלמיד הרשב"א שבידינו משקף את עמדתו ההלכתית של הרשב"א, נראה כי הרשב"א הוא אחד הראשונים היחידים אשר דוחה מפורשות את האפשרות לערוך עסקת מכר חוזר על ידי הפרדה בין שני שלבי העסקה. לעומת זאת, קיימות בידינו כמה תשובות של הרשב"א שמהן עולה גישה הלכתית הפוכה לחלוטין, ובאחדות אף קיים ניתוח של המקורות הרלוונטיים השונה מניתוחו של תלמיד הרשב"א. לכל הפחות, הדבר מוכיח את יתרונה של ספרות השו"ת על פני הספרות הפרשנית בבואנו לבחון את האופן בו יושמו עמדותיהם ההלכתיות של חכמים הלכה למעשה.³³⁸

ז. **כמה ראשונים ספרדים מפרשים את עמדות הרי"ף או הרמב"ם באופן**

המוציא אותן מהקשרן הפשוט

שביעית, ראוי לעיון שיטתם של כמה ראשונים בהבנת דברי הרי"ף, ושיטת רבנו ירוחם בהבנת דברי הרמב"ם. ר' שמואל הסרדי מפרש את עמדת הרי"ף כשוללת קיומו של מכר חוזר גם כאשר קיימת הפרדת בין שני מרכיבי העסקה. כפי שכבר הערנו לעיל, פירוש זה תואם את דברי תלמיד הרשב"א בפירושו, אף שזה אינו מזכיר מפורשות את הרי"ף. תופעה דומה ניכרת אצל רבנו ירוחם. הוא משלב בתוך פירושו, ההולך ככלל בעקבות פירוש הרא"ש, חלק מדברי הרמב"ם בסוגיה זו, אף שברור שעמדת הרמב"ם בסוגיה זו אינה כעמדת הרא"ש. תופעה זו אומרת דרשני. ייתכן כי המקורות הראשוניים לא עמדו בפני המפרשים המאוחרים, וזה שורש הבלבול. עוד ייתכן כי המפרשים המאוחרים ביקשו לגייס לטובת עמדתם שלהם את הרי"ף ואת הרמב"ם, שני עמודי תווך משמעותיים של ההלכה בכלל ושל ההלכה הספרדית בפרט, ועשו זאת אף במחיר של ציטוט חלקי או של פרשנות המוציאה את הדברים מהקשרם המקורי.

³³⁸ ראו פריהוף, ספרות השו"ת, במיוחד עמ' 19-45; אלון, המשפט העברי, למשל בעמ' 1223; גליק, ספרות התשובות, באופן כללי, ולעניין היחס בין תשובות לפסקים, עמ' 49-88 ובמיוחד עמ' 75-77. לעניין האתגרים הכרוכים בשימוש בספרות השו"ת כמקור היסטורי ראו סולובייצ'יק, שו"ת.

ח. נראה כי בעל ספר העיטור מכיר בתוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר גם

כשתנאי המכר החוזר הינו חלק מעסקת המכר הבסיסית

לבסוף, אין להתעלם מעמדתו של בעל ספר העיטור, אשר כאמור בהערותנו השלישית לעיל נראית יוצאת דופן בהשוואה לעמדת הראשונים האחרים, רובם ככולם. בעל ספר העיטור מכיר לכאורה בתוקפה המשפטי של עסקת מכר חוזר גם כאשר תנאי המכר החוזר הינו חלק מעסקת המכר הבסיסית, ואינו רואה בה עסקת הלוואה. אין בכך כדי לגרוע מעמדתו כי עסקה זו נגועה באיסור ריבית, ועל כן הרוכש אינו יכול ליהנות מפירות הממכר. עמדה זו, על אף היותה יוצאת דופן בקרב חכמי זמנו, אינה כה מוזרה מבחינה עיונית. למעשה, היא עוקבת אחרי דעתם של רבה בר רב הונא ושל רבא בתלמוד הבבלי. כאמור לעיל, לאחר שמובא המקרה של עסקת "את ונוולא אחי", שואלת סתמת הגמרא: "ארעא הדרה, פירי מאי? רבית קצוצה הו - ויוצאין בדיינין, או דילמא כי אבק רבית הו, ואין יוצאין?".³³⁹ רבה בר רב הונא ורבא סוברים שניהם כי מדובר באבק ריבית, ואילו רב פפי מביא מעשה ברבינא שנהג אחרת מהם.³⁴⁰ ייתכן כי בעל ספר העיטור סבר גם הוא כי עסקת מכר חוזר הינה עסקת מכר ולא עסקת הלוואה, וככזו היא נגועה באיסור ריבית דרבנן ולא באיסור ריבית דאורייתא. כאמור לעיל, אנו משערים כי ייתכן שאף הרמב"ם אחז בדעה דומה.

ה. הורשה "לך ואחריך לפלוני"

ראשונים רבים התייחסו לסוגיית ההורשה "לך ואחריך לפלוני", בעיקר בפירושיהם לסוגיות הרלוונטיות בגמרא. כפי שנראה להלן, עמדתו של הרמב"ם בסוגיה זו תומכת בהכרח בבעלותו הזמנית של הזוכה הראשון בנכס כבעלות לכל דבר. ראשונים רבים אחרים נקטו בגישה מצמצמת יותר.

הרמב"ם אימץ את מה שנראית כעמדת אמוראי בבל שלפיה בנסיבות של העברת נכסים במתכונת של "לך ואחריך לפלוני", הזוכה הראשון מקבל בעלות מלאה בנכסים. להלן לשון הרמב"ם בעניין

³³⁹ תלמוד בבלי, בבא מציעא, סז ע"א.

³⁴⁰ לא ברור על מה מסתמכת עמדת רבה בר רב הונא. באשר לעמדת רבא, מהמשך הדיון בינו לבין אביי נראה כי הגורם המכריע לדעת רבא לא היה שמדובר בעסקת מכר אלא בכך ש"לא קץ ליה" – אין קביעה של ריבית קצוצה אלא הריבית מגולמת בזכות לאכול פירות.

הלכה ח

אע"פ שאין לשני אלא מה ששייר הראשון אסור לראשון למכור וליתן גופן אלא אוכל הפירות עד שימות ויזכה השני

הלכה ט

ואם עבר הראשון ומכר ונתן במתנה אין השני מוציא מיד הלקוחות. שאין לשני לא מן הגוף ולא מן הפירות אלא הנשאר.

בהמשך דבריו הרמב"ם שב וקובע כי בכוחו של הזוכה בנכס למוכרו לאחר, אף שלא ראוי שיעשה כן מחמת קיפוח זכויות הבאים אחריו. לאחר מכן הרמב"ם מוסיף ומכיר בכוחו של הזוכה הראשון לשחרר עבדים לחירות או לעשות את הנכסים תכריכים למת. לבסוף מוסיף הרמב"ם וקובע: ³⁴²

במה דברים אמורים בשמכר הראשון או נתן מתנה לאחרים. אבל אם מכרן הראשון או נתן במתנה לבנו או לאחד מיורשיו לא עשה כלום.

נראה כי דברים אלה מבוססים על עמדת רב הונא בריה דרב יהושע שנאמרו בעניין הדקל שנתן רב ביבי בר אביי לבנו. ³⁴³ הרמב"ם מאמץ אפוא את עמדת רב הונא בריה דרב יהושע כחריג לכוחו של הזוכה הראשון בנכס לפעול בנכס כבעלים לכל דבר, תוך שהרמב"ם שם דגש על זהות מקבל הנכס מידי הזוכה הראשון. ³⁴⁴ לא נראה כי חריג זה משנה מעמדתו הכללית של הרמב"ם, לפיה הזוכה הראשון זוכה בבעלות מלאה בנכסים לזמן קצוב.

³⁴¹ משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פ"ב הלכות ג, ה, ח-י.

³⁴² משנה תורה, הלכות זכיה ומתנה, פ"ב הי"ב.

³⁴³ תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב. ראו דיונונו לעיל, פרק שלישי, סמוך להערה 290 ואילך.

³⁴⁴ מיידי בהמשך מביא הרמב"ם את הקביעה כי הזוכה הראשון אף אינו יכול לתת את הנכסים במתנת שכיב מרע, שכן זו נקנית רק לאחר מיתה, ולאחר מיתת הזוכה הראשון כבר קונה הזוכה השני את הנכס. גם מהקשרם של הדברים ברור אפוא כי הרמב"ם ראו בעמדת רב הונא בריה דרב יהושע חריג לכוחו של הזוכה לפעול בנכסים, הא ותו לא.

לשונו של הטור בעניין זכויות הזוכים בנכס נראית על פניה מפורשת עוד יותר מזו של הרמב"ם, אך יש לדייק היטב במכלול דבריו. הטור פותח וקובע כך:³⁴⁵

ואם מת שני בחיי ראשון ישארו הנכסים ליורשי ראשון שלא יזכה לשלישי אלא מכח שני וכיון שלא בא ליד שני אי אפשר לשלישי לזכות שהרי כל זמן שהוא ברשות הראשון הכל שלו גוף ופירי שהרי יכול למוכרם דאחריך לפלוני לאו כאומר מעכשיו דמי וכאילו אמר כל ימי חיך יהו לך גוף ופירי ואם תשאיר דבר אחריך יהיה לפלוני לפיכך אין לשני אלא מה ששייר ראשון

לעומת זאת, את החריג של רב הונא בריה דרב יהושע מפרש הטור באופן שונה מהרמב"ם. הטור דוחה את החריג שקבע הרמב"ם לעניין מכירה או נתינה של הנכס לבנו של הזוכה או לאחד מיורשיו:³⁴⁶

וכתב הרמב"ם ז"ל בד"א שמכר הראשון או נתן לאחרים אבל אם מכר הראשון או נתן לבנו או לאחד מיורשיו לא עשה ולא כלום ואיני מבין מה חילוק יש בין אחר ליורש כיון שמוכר או נתן לו מתנה גמורה

בהמשך דבריו קובע הטור חריג אחר, שנראה כמבוסס על הבנת הטור את עמדת רב הונא בריה דרב יהושע:³⁴⁷

בד"א שאמר ואחריך לפלוני אבל אם אמר ואחריך יחזור לי ומכר הראשון ונתן מעשיו בטלים

לשיטת הטור, הדגש אינו על זהות מקבל הנכס מידי הזוכה הראשון, אלא על כך שהנותן קבע שהנכס יחזור אליו מקץ בעלותו של פלוני. בנסיבות אלה, הטור אינו מכיר בכוחו של הזוכה למכור את הנכסים או לתתם במתנה, ללא קשר לשאלת זהות רוכש הנכסים או מקבלם. נראה אפוא כי בנסיבות אלה הטור אינו מכיר בזוכה כבעלים לכל דבר של גוף הנכסים.

³⁴⁵ טור, חושן משפט, הלכות מתנה, רמח, ב.

³⁴⁶ שם, הלכה ג.

³⁴⁷ שם, הלכה ח.

הסתיונות נוספת שחשובה לענייננו מביא הטור מפי ר' יונה:³⁴⁸

ומיהו אם אמר לו נכסי לך לעשר שנים ואחריך לפלוני ומכר הראשון השני מוציא

מהלקוחות כיון שלא נתנם לו כל ימי חייו לאו למתנה גמורה נתכוין

לפי הסתייגות זאת, הזוכה הראשון זוכה בגוף הנכסים רק כאשר ניתנו לו לכל ימי חייו. אם ניתנו לו לפרק זמן קצוב קצר מכך, כגון לעשר שנים, הזוכה הראשון אינו זוכה בגוף הנכסים. נראה כי מי שזוכה בגוף הנכסים בנסיבות אלה הוא הזוכה האחרון בשרשרת הזכויות, שכן זכיותו אינה מוגבלת בזמן.

לסיכום עמדת הטור ניתן לקבוע כי מה שאצל הרמב"ם נראה ככלל, הופך אצל הטור לחריג. הזוכה הראשון זוכה בגוף הנכס רק כשניתן לו לכל ימי חייו, ולא לפרק זמן קצר מזה, ורק כשהנכס אינו חוזר בסופה של שרשרת הנתינות לנותן. בכל מקרה אחר, הזוכה הראשון מקבל זכות לפירות הנכס בלבד.

הבדל גישה זה שבין הרמב"ם לבין הטור קיים גם בשולחן ערוך בין המחבר לבין הרמ"א. בעוד ר' יוסף קארו מאמץ את עמדת הרמב"ם האמורה לעיל בכל הנוגע לזכויותיו של הזוכה הראשון בנכס, מאמץ הרמ"א את עמדת הטור ומגיה כאמור להלן:³⁴⁹

אין כל דברים אלו אמורים אלא שאמר: נכסי לך ואחריך לפלוני, אבל אם אמר: אחריך לי, או ליורשי, אם מכרן הראשון ומת, הנותן או יורשיו מוציאים מיד הלוקח (טור). ואפילו לא אמר: ואחריך לי, או ליורשי, רק אמר: נכסי נתונים לך כל ימי חייך, אין לו בהן רק פירות, ואם מכרן, הנותן או יורשיו מוציאים מיד הלוקח³⁵⁰

³⁴⁸ שם, הלכה ה.

³⁴⁹ ראו שולחן ערוך, חושן משפט, רמח, ז, הגהת הרמ"א. לכלל שקבע ר' יוסף קארו ראו שם, א, ג.

³⁵⁰ תוספת זו של הרמ"א מבוססת על שו"ת ריב"ש, סימן תע, עמ' תרפ"ט-תרצ, ועניינה גם כן בנסיבות שבהן ברור מלשון הנתינה כי הנכס עתיד לחזור לנותן או ליורשיו. כלשון הריב"ש שם: "ואפילו באומר נכסי לך כל ימי חייך דמשמע שהם שלו לגמרי במתנה, מאחר שאמר נכסי לך, אפי' הכי כיון שפירש כל ימי חייך אינו יכול למכור ואין לו אלא פירות לבד. ולא דמי לנכסי לך ואחריך לפלוני, דהתם הוא שהניח אחר הראשון לאיש זר, אבל כשהניח לעצמו או לבניו, כגון האומר נכסי לך כל ימי חייך, שאחר מות המקבל חוזרים הנכסים לנותן או ליורשיו, זה אינו יכול למכור...".

הבדלי גישות אלה בין הרמב"ם והשו"ע מחד גיסא לבין הטור והרמ"א מאידך גיסא נשענים על האופן שבו הבינו ראשונים אלה את עמדתו של רב הונא בריה דרב יהושע בתלמוד הבבלי, בבא בתרא, קלו עב. להלן נבחן כיצד פירשו ראשונים נוספים את עמדת רב הונא בריה דרב יהושע, ומכך נוכל להסיק מסקנות לגבי גישתם לשאלת בעלותו הזמנית של הזוכה הראשון בנכס.

עמדתו של רבנו חננאל אינה ברורה. אומנם הוא מאמץ את החרגי של רב ביבי בר אביי, ומעיר כי החרגי האמור חל לא רק על נתינה "לך ואחרך לי" אלא גם על נתינה "לך ואחרך לבני", שכן בלשונו של ר"ח: "דבנו כעצמו דמי", אך אינו מסביר את הרציונל שביסוד החרגי.³⁵¹ על כן, לא ברור אם לשיטתו החרגי פוגם בבעלותו המלאה של הזוכה הראשון בנכס או רק מהווה חריג בודד ומוגבל לכוחו לנהוג בנכס מנהג בעלים לכל דבר.

בפירוש המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה נקבע כי רב ביבי אינו יכול למכור את הדקל לבנו מחמת זכויותיה של האישה בו, "דהיא לא סילקה עצמה לגמרי אלא בחייו בלבד".³⁵² מעמדה זו משתמע כי הנותן נכס לזמן קצוב כאשר הנכס עתיד לשוב לבעלותו, אינו מתנתק לחלוטין מהנכס המועבר (שלא כנותן לעולמים), ועל כן המקבל נכס לזמן קצוב אינו חופשי לעשות בנכס כרצונו.

רשב"ם מבהיר בפירושו לסוגיה זו כי הנותן שייר לעצמו את הבעלות בגוף הנכס והעניק למקבל זכות לאכילת פירות בלבד:³⁵³

אפי' רבן שמעון לא קאמר - דמה שמכר ראשון הוי מכור אלא כשאמר נכסי לך ואחרך לאחר אבל כשאמר ואחרך לעצמי כי הך איתתא דלא אקניתיה לך אלא לימי חיך ורוצה היא שאחרך יחזור לה אפילו רשב"ג מודה דלא אקנייה לך אלא פירות ומאי דאקנית לברך לא אהני מידי אלא לפירות כל ימי חיך.

את עמדתו של הרמב"ם ניתן להסיק מתוך אחת מהשגותיו על משנה תורה לרמב"ם. כפי שראינו לעיל, הרמב"ם הכיר במכר לזמן קצוב כמכר לכל דבר וברוכש לזמן קצוב כבעלים לכל דבר. על כך

³⁵¹ ר"ח, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב, עמ' עד.

³⁵² רבנו גרשום, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב. לפירוש לתלמוד המיוחס לרבנו גרשום מאור הגולה ראו תא-שמע, מחקרים, כרך א, עמ' 3-20.

³⁵³ רשב"ם, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב. ראו גם האמור לעניין זה לעיל, סמוך להערה 44 ואילך, וראו ריטב"א על אתר.

השיג הראב"ד: "איני מוצא מוכר לזמן קצוב שיבנה ושיהרוס אלא באומר נכסי לך ואחריו לפלוני...".³⁵⁴ מהחריג שמציין הראב"ד ניתן להסיק כי דבריו מסתמכים על סוגיית הגמרא דנן, וכי הראב"ד מבין סוגיה זו כמסייגת את בעלותו של רוכש נכס לזמן קצוב, אם כי הראב"ד אינו מבהיר מה פשר זכותו של הרוכש לזמן קצוב בנכס.³⁵⁵

הרמ"ה, כמוהו כרשב"ם, קובע מפורשות כי המקבל לזמן קצוב רכש זכות לאכול את פירות הנכס בלבד:³⁵⁶

אבל היכא דשיירינהו בתריה דראשון לעצמו כגון דאמר נכסי לך ואחריו לעצמי, כי האי מעשה דרב ביבי דלא אקניתייה לדיקלא נהליה אלא כל ימי חייו ובתריה שיירתייה לנפשיה. כיון דמעיקרא נכסי בחזקתיה דנותן קיימי, כי אמר ליה נכסי לך ואחריו לעצמי אשתכח דמתחלה ועד סוף גופא בחזקת אחריו קיימי דהיינו בחזקת נותן גופיה, ומאי דאקני למקבל מתנה קני ומאי דלא אקני ליה בחזקת נותן קאי. ובהא מודי רשב"ג דאכתי נכסי בחזקת מריהו קיימי ולית ליה למקבל מתנה אלא אכילת פירות בלבד.

לשיטת הרמ"ה, בנתינה מסוג "נכסי לך ואחריו לעצמי", שהיא כמובן מהותה של נתינה לזמן קצוב, נותר גוף המתנה בידי הנותן, "ולית ליה למקבל מתנה אלא אכילת פירות בלבד". מתנה לזמן קצוב הינה אפוא עסקה להעברת פירות הנכס ולא גופו. כך פירש גם ר' יצחק קרקושא: "אבל כשאמר אחריו לעצמי אין מתנתו מתנה. כי הגוף עומד בידו, ולא נתן לו כי אם הפירות והגוף עיכב לעצמו".³⁵⁷

הרמב"ן מחדד כי הקושי אינו נעוץ בכך שהבעלות מועברת לזמן קצוב, אלא בכך שהנכס שב

³⁵⁴ ראב"ד, משנה תורה, הלכות מכירה, פכ"ג ה"ו. כפי שמסבירים חלק מנושאי הכלים, לשונו של הראב"ד קשה מאוד, אך כוונתו נראית ברורה. ברי כי דברי הראב"ד הינם כי אינו מוצא מכר לזמן קצוב שהרוכש בה יבנה ויהרוס, כפי שעולה הן מהעמדה שהביע הרמב"ם ואליה מתייחסת ההשגה והן מהחריג שבסוף דברי הראב"ד.

³⁵⁵ ראוייה לציון העובדה שהראב"ד הקיש מסוגיית הגמרא העוסקת בנתינה לזמן קצוב דין כללי, ויישם דין כללי זה על קביעת הרמב"ם המתייחסת למכר לזמן קצוב. כפי שנבהיר להלן, חשיבה קונספטואלית מסוג זה אינה מאפיינת את עמדות רוב הראשונים בהתייחסותם לעסקאות בעלות לזמן במשפט העברי.

³⁵⁶ יד רמ"ה, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב. לרמ"ה וליצירתו הספרותית ראו תא-שמע, מחקרים, כרך ב, עמ' 105-70.

³⁵⁷ ר' יצחק קרקושא, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב.

לבעלותו של הנותן, ועל כן הנותן אינו מתנתק מבעלותו בו, להבדיל מהעברת בעלות מהסוג של "לך ואחריך לפלוני", שבה הנותן מתנתק לחלוטין מבעלותו בנכס. במקרה זה, המקבל הראשון מקבל בעלות מלאה ושלמה בו לפרק זמן קבוע, שבו הוא יכול לעשות בנכס כרצונו – ובכלל זאת למוכרו לצד שלישי, ואחר כך המקבל השני מקבל בעלות מלאה ושלמה במה ששייר אחריו המקבל הראשון. בלשון הרמב"ן:³⁵⁸

...והוא הדין לאומר נכסי לך לעשר שנים ואחר כך לפלוני, בכולן אם קדם ראשון ומכר אין לשני אלא מה ששיר ראשון... אבל לעצמו בין שאמר נכסי לך כל ימי חיך סתם או שפירש ואחריך לי אם מכר נותן מוציא מיד הלקוחות, דשיור הוא וזכותו קיים לו מעכשיו בנכסים, דלאחר משום אחריך הוא דמסלק נפשיה מנכסים, וכאן משום אחריך משייר לו זכות בנכסים מעתה.

לשיטת הרמב"ן, המשפט העברי מכיר בבעלות לזמן קצוב כבעלות מלאה לכל דבר, ובלבד שהנכס אינו חוזר לאחר מכן לבעליו הראשון אלא עובר לצד שלישי. במקום שבו הנכס חוזר מקץ זמן קצוב לבעליו הראשון, נחשב הבעלים כאילו שייר לעצמו "זכות בנכסים מעתה". הרמב"ן, שלא כרמ"ה וכו' יצחק קרקושא, אינו מבהיר מפורשות את טיבה של זכות זאת, אך ברור כי היא מאפשרת לנותן להפקיע את הבעלות בנכס מיד צדדים שלישיים שלהם ניסה המקבל למוכרו. נראה כי כך מפרש גם הרי"ד.³⁵⁹

הרי"ן, אשר מביא את דעת הרמב"ן ומאמצה, מוסיף ומבהיר כי הנותן משייר לעצמו את זכות הבעלות בגוף הנכס ומעניק למקבל את הזכות ליהנות מפירות הנכס בלבד.³⁶⁰

הרשב"א מכיר אף הוא בחידושו בכך שהנותן "לך ואחריך לי" שומר לעצמו זכות בנכס:³⁶¹

שלא אמר רשב"ג אלא באומר אחריך לפלוני אבל באומר אחריך לי לא, וטעמא דמלתא דכל האומר דנכסי לך ואחריך לפלוני הרי סלק נותן עצמו מהן ונתן לראשון כל ימי חייו ואחריו לשני, כמו שנתן לשני גוף ופירות כך נתן לראשון כל ימי חייו דנכסי לך קאמר

³⁵⁸ חידושי הרמב"ן, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב.

³⁵⁹ פסקי הרי"ד, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב.

³⁶⁰ ר"ן, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב.

³⁶¹ חידושי הרשב"א, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלו ע"ב.

ליה, ולפיכך אם מת שני בחיי [ראשון] יחזרו ליורשי ראשון, וכן אם מכרן או שאכלן אין לשני בהן כלום... אבל האומר נכסי לך ואחריך לי אי נמי נכסי לך כל ימי חייד אם מת יחזרו ליורשי נותן, שהרי זכותו של נותן עדיין קיים

הרשב"א מבהיר כי לא רק שזכותו של הנותן בנכס קיימת, אלא היא אף עוברת בירושה ליורשיו, ועל כן אף אם נפטר הנותן בזמן שהנכס בידי המקבל, בבוא העת ישוב הנכס לידי יורשי הנותן.

ריב"ש קבע באחת מתשובותיו כי במקרה של נתינה לאחר לכל ימי חייו, זוכה המקבל בפירות הנכס בלבד, ואילו הנותן שומר על זכותו בגוף הנכס.³⁶² ריב"ש מסתמך בקביעתו על המעשה ברב ביבי, כפי שפורש על ידי רשב"ם והרמב"ן.

המאירי מסכם את הדין כך:³⁶³

כל זה שביארנו ואם ירד ראשון ומכר ואכל אין לשני אלא מה ששייר ראשון דוקא כשאמר ואחריך לפלני אבל אם אמר ואחריך לעצמי כגון שמכר לו לפירות לכל ימי חייו אין בידו למכור כלום מעשה היה באשה אחת שהיה לה דקל בתוך שדה של אחד מן החכמים ומתוך שהיה קפיד עליה בכל עת שהיא באה לשב מצד דישת הקרקע התפשרו ביניהם והקנתה לו הדקל לכל ימי חייו והלך הוא והקנהו לבנו ואמרו לו שלא עשה כלום שזו כיונה להיות הדקל חוזר לעצמה וכל שמשיר לעצמו הרי הוא משייר גוף הקרקע לגמרי ואין ביד הלוקח למכור...

לסיכום, נראה כי לדעת כל הראשונים שהובאו לעיל, למעט הרמב"ם והשו"ע, המשפט העברי מבחין בין נתינה "לך ואחריך לפלוני" לבין נתינה "לך ואחריך לעצמי". במקרה של "לך ואחריך לפלוני" מכיר המשפט העברי בבעלותו הזמנית של הזוכה הראשון בנכס כבעלות מלאה לכל דבר, לרבות לעניין זכותו של הזוכה הראשון בנכס למכור את הנכס או לתתו במתנה לאחר תוך סיכול כוונת הנותן. לעומת זאת, במקרה של "לך ואחריך לעצמי", המשפט העברי קובע שהנותן שיר לעצמו זכות כלשהי בנכס אשר מונעת ממקבל הנכס להעבירו לאחרים. רבים מהראשונים מציינים כי הנותן שומר לעצמו את הבעלות בגוף הנכס, ומעביר למקבל את זכות אכילת הפירות בלבד. לא ניכרת הבחנה לעניין זה בין ראשוני אשכנז, צרפת, פרובנס וספרד, ואף לא בין ראשוני המאה ה-10

³⁶² שו"ת ריב"ש, סימן תע, עמ' תרפט-תצ; ראה לעיל, הערה 350.

³⁶³ בית הבחירה, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלז ע"ב.

ניתוח זה של רוב הראשונים ניתן להבנה בשתי צורות שונות. מחד גיסא ניתן לטעון כי הוא משקף הכרה עקרונית של המשפט העברי בבעלות לזמן קצוב של הזוכה הראשון, למעט במקרה החריג בו הנכס עתיד לחזור לנותן. במקרה חריג זה, אומדים את דעת הנותן כי לא התכוון להסתלק לחלוטין מבעלותו בנכס, ועל כן הזוכה בנכס אינו מקבל בעלות בנכס אלא זכות לאכול את פירותיו בלבד. מקרה חריג זה אינו נובע אפוא מקושי עיוני עם ההכרה בבעלות זמנית ככזו, אלא מאומד דעתו של הנותן בנסיבות הספציפיות של המקרה. מאידך גיסא ניתן לטעון כי המקרה של "לך ואחריך לעצמי" הוא מקרה מובהק יותר של יצירת בעלות לזמן קצוב,³⁶⁴ ועל כן חוסר הנכונות להכיר בו כמקרה של העברת בעלות עשוי ללמד על קושי עיוני עם המודל של בעלות לזמן קצוב. חשוב לציין לעניין זה את הבחנתו של רבנו יונה המובאת על ידי הטור, שלפיה המבחן המכריע לעניין כוונת הנותן הינו נכונותו של הנותן להעניק את הנכס למקבל לכל ימי חייו. לפי הבחנה זו, המשפט העברי מכיר בבעלותו הזמנית של מקבל הנכס הן בנסיבות של "לך ואחריך לפלוני" והן בנסיבות של "לך ואחריך לעצמי", אך אינו מכיר בה בנסיבות של נתינה לזמן קצוב הקצר מחיי המקבל, שכן במקרה זה אומדים את דעת הנותן כי לא התכוון לתת את הנכס במתנה. גם לפי שיטת רבנו יונה עומדת על מכונה השאלה, אם יש להסיק מכך על קיומו של קושי עיוני עם בעלות זמנית ככזו, או שמא מדובר רק באומד דעת הנותן בנסיבות ספציפיות.

1. סיכום עמדות הראשונים וניתוחן

ממכלול העמדות שהוצגו לעיל מצטיירת תמונה מורכבת.

מדיון הראשונים במתנה מסוג "לך ואחריך לפלוני" עולה כי ראשונים רבים לא הכירו בה כמתנה לכל דבר וכי ראו בנותן כמי ששומר לעצמו זכות בנכס. רבים מהראשונים הוסיפו וקבעו כי עסקת

³⁶⁴ כאמור לעיל, פרק שלישי, סמוך להערה 304 ואילך, במקרה של "לך ואחריך לפלוני" מתנתק הנותן מן הנכס לחלוטין, ואילו הזוכה הראשון מקבל בעלות בנכס לכל ימי חייו, ובכך אינו שונה מכל בעלים אחר של נכס. המגבלה המוטלת עליו מתייחסת ליכולתו להוריש את הנכס לפי רצונו. במובן זה ניתן לטעון כי נתינה "לך ואחריך לפלוני" אינה יוצרת מקרה מובהק של בעלות לזמן קצוב. עם זאת, טיעון זה נכון במידה מסוימת גם לגבי נתינה "לך ואחריך לעצמי", שבה אומנם הנותן לא מתנתק לחלוטין מהנכס, אך מקבל הנכס עדיין זוכה בו לכל ימי חייו. שני המקרים שונים מבחינה זו מנתינת הנכס לאחר למשך פרק זמן קצוב, אשר בה הנותן לא מתנתק לחלוטין מהנכס והמקבל זוכה בו לפרק זמן קצוב בלבד ולא למשך כל ימי חייו.

מתנה לזמן קצוב הינה עסקה לנתינת פירות הנכס בלבד, בעוד גוף הנכס נותר בבעלות הנותן. לעומת זאת, בדיון הראשוני במכר לזמן קצוב ניכר מגוון של דעות, בהן דעות שמכירות בתוקפו של מכר לזמן קצוב ודעות ששוללות את קיומו.

מגוון הדעות גדול עוד יותר בדיון הראשוני במתנה על מנת להחזיר. בספרות הראשוני ניכרות שתי גישות ביחס למהותה של מתנה על מנת להחזיר. גישה אחת מכירה בקיומה של בעלות לזמן קצוב במשפט העברי, ועל כן קובעת כי מתנה על מנת להחזיר שבה לנותן בתום תקופת המתנה ללא צורך במעשה קניין נוסף; והגישה השנייה קובעת כי מתנה על מנת להחזיר אינה מתנה לזמן קצוב אלא היא מתנה שלמה ומלאה שניתנה ללא הגבלת זמן אך בתנאי שתושב לבעליה, ועל כן יש צורך במעשה קניין על מנת לקיים את התנאי ולהשיב את המתנה לנותן. כן ניכרים בספרות הראשוני שני זרמים ביחס למהותה של מתנה על מנת להחזיר. זרם אחד רואה בה מתנה לכל דבר, על כל המשתמע מכך מבחינה הלכתית, וזרם שני אינו רואה בה מתנה לכל דבר, הן מבחינת מהותה המסחרית והן מבחינת זכויותיו וחביותיו השונות של מקבל המתנה מבחינה משפטית והלכתית. עם זאת, ברור כי השימוש במתנה על מנת להחזיר לצרכים הלכתיים – ובמיוחד נטילת ארבעת המינים ביום טוב הראשון של חג הסוכות – היה נפוץ בקהילות יהודיות רבות במקומות שונים לאורך כל תקופת הראשוני, ואומץ על ידי הראשוני כפתרון כשר מבחינה הלכתית (על מנת למנוע חזרתיות מיותרת, נכנה מנהג זה להלן בשם "מנהג ד' מינים"). ייתכן כי הדבר נובע מכך שמדובר במתנה, שהינה אקט חד-צדדי, פילנטרופי במהותו, או מכך שמתנה בכלל, ומתנה שנועדה לשם קיום מצווה בפרט, אינה מעוררת חשש ממשי להסוואת עסקת הלוואה נושאת ריבית.

הדיון במכר חוזר נוטה לאחידות רבה יותר במה שנוגע לעמדת המשפט העברי ביחס לעסקה זו. רוב הראשוני קבעו כי עסקת מכר חוזר שבה תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מתנאי עסקת המכירה הבסיסית אינה עסקת מכר אלא עסקת הלוואה. לעומת זאת, הראשוני נחלקו בדעתם בשאלה, אם ניתן לערוך עסקת מכר חוזר כשרה מבחינה הלכתית כאשר תנאי המכר החוזר נקבע מאוחר לעסקת המכר הבסיסית ובנפרד ממנה. כפי שהראינו לעיל, מחלוקת זו חצתה גבולות גיאוגרפיים. זאת ועוד: עמדתם של רבים מהראשוני התמקדה במקרים שבהם התנאי הוא חלק מעסקת הבסיס, ולכן לא ניתן להסיק ממנה באופן ברור את עמדתם במקרה שבו התנאי נפרד מעסקת הבסיס.

תופעה נוספת הבולטת במיוחד היא היעדרה לכאורה של עקביות פנימית בדעותיהם של ראשוני

רבים בסוגיה זו. תופעה זו ניתנת לחלוקה לשני ענפים שונים. האחד עניינו בראשונים שקיימת חוסר עקביות לכאורה בעמדותיהם ביחס למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן, והאחר עניינו בראשונים שקיימת חוסר עקביות לכאורה בעמדותיהם ביחס למתנה על מנת להחזיר.³⁶⁵ להלן נביא כמה דוגמאות לכל אחד משני ענפים אלה.

ראשונים אשר הביעו עמדות שונות לכאורה ביחס למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן:

- הרשב"ם קובע כי המשפט העברי אינו מכיר במתנה מסוג "לך ואחריך לפלוני" אלא רואה בה הענקה של הפירות בלבד, ולעומת זאת קובע כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר. ברור כי קביעתו מתייחסת לגוף ולא רק לפירות, שכן היא מתייחסת למנהג ד' מינים.
- הרשב"א, לפי פירושו, פירושי תלמידיו ותשובותיו, אינו מכיר במתנה מסוג "לך ואחריך לפלוני", רואה ברוכש לזמן קצוב שומר עם אחריות כדין שוכר, ואינו מכיר במכר מותנה; הוא מביע עמדות שונות בפירושו ובתשובותיו לעניין תוקפו של מכר חוזר שבו קיים נתק בין שלבי העסקה; ולפי תלמידיו ותלמידי תלמידיו, הוא מכיר במתנה על מנת להחזיר כחוזרת לבעליה הראשון ללא צורך במעשה קניין נוסף, ואף מכיר במנהג ד' מינים. גם מאחת מתשובותיו עולה כי הכיר במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר. עם זאת, לא ברור אם מנהג ד' מינים שבו הכיר הרשב"א היה כרוך במתנה על מנת להחזיר.
- ר' יצחק ב"ר משה מווינה קבע בספר אור זרוע כי ניתן לחלוץ באמצעות נעל שניתנה במתנה על מנת להחזיר, ומנגד לא הכיר בתוקפה של עסקת מכר מותנה. ניתן לכאורה ליישב דעותיו אלה, אם נסבור כי אימץ את הדעה שיש לתת מתנה על מנת להחזיר כמתנה "גמורה" על מנת להחזיר; אך אין לכך רמז בדבריו.
- הרא"ש אינו מכיר במכר מותנה, אך עמדתו לגבי מתנה על מנת להחזיר מורכבת. הרא"ש קובע כי מתנה על מנת להחזיר החוזרת מאליה לנותן ללא מעשה קניין נוסף הינה השאלה ולא מתנה. הוא מביא את דעת ר' ישעיה כי המקבל מתנה על מנת להחזיר לא זכה בגוף

³⁶⁵ להשלמת התמונה יצוין כי ישנם כמובן גם ראשונים שניכרת עקביות בעמדותיהם. רש"י, רי"ד, רמב"ן, הר"ן והריטב"א הביעו עמדות עקביות נגד ההכרה בקניין לזמן קצוב, ואילו בעל ספר העיטור הביע עמדות עקביות בעד ההכרה בו. עוד תצוין הסתירה לכאורה בעמדת הרמב"ם ביחס למכר חוזר.

אלא בפירות בלבד. יש להניח כי הרא"ש מייחס דברים אלה למתנה על מנת להחזיר הטעונה מעשה קניין נוסף כדי להשיבה, שהרי אחרת, לשיטתו, אין מדובר כלל במתנה, אפילו לא של הפירות, אלא בהשאלה. לעומת זאת, הרא"ש מכיר במנהג ד' מינים במתנה על מנת להחזיר, מנהג אשר נשען על רכישת בעלות בגוף ארבעת המינים ולא רק זכות שימוש בהם. עוד קובע הרא"ש כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר, ולכן המקבל אינו חייב באונסין. דרך אפשרית ליישב דעות אלה היא לקבוע כי הרא"ש אומנם הביא את דעת ר' ישעיה אך לא אימץ אותה.

- ר' אהרן הכהן מלוניל, שאינו מכיר במכר מותנה, מכיר בעסקת מתנה על מנת להחזיר, קובע כי המקבל יכול להקדישה ויכול גם לתתה במתנה על מנת להחזיר לאחר, ומכיר במנהג ד' מינים. ניתן לכאורה ליישב דעותיו של ר' אהרן הכהן אם נסבור כי אימץ את הדעה שיש לתת מתנה על מנת להחזיר כמתנה "גמורה" על מנת להחזיר, אך אין לכך רמז בדבריו.

- המאירי לא מכיר במתנה לזמן קצוב או במכר מותנה, אך מכיר במכר לזמן קצוב, כנראה בעקבות הרמב"ם, ורואה במתנה על מנת להחזיר מתנה לכל דבר, לרבות לעניין היכולת להקדישה.

- רבנו ירוחם מכיר בקיומו של מכר לזמן קצוב בעקבות הרמב"ם, אך בו זמנית קובע שהרוכש לזמן קצוב הוא שומר חנם. כך גם בנוגע למכר מותנה: רבנו ירוחם אינו מכיר בקיומו, אך בו זמנית מצטט בהסכמה מדברי הרמב"ם שמכיר בקיומו. הוא מביא את עמדת בעלי התוספות כי מתנה על מנת להחזיר החוזרת מאליה לנותן ללא מעשה קניין נוסף הינה השאלה ולא מתנה, ולצד זאת קובע כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר, ולכן הנשבע לתת דבר במתנה יכול לתתו במתנה על מנת להחזיר ובכך לקיים שבועתו. אומנם ניתן לכאורה ליישב את הדברים בכך שמדובר במתנה שנדרש מעשה קניין לשם השבתה, ולכן היא "מתנה גמורה" לכל דבר; אלא שבהמשך דבריו קובע רבנו ירוחם כי לא ניתן לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קיום שבועה לתת צדקה לעניים, שכן אלו אינם מקבלים דבר.

- הטור ובעקבותיו השולחן ערוך מכירים בקיומו של מכר לזמן קצוב בעקבות הרמב"ם, ובו זמנית רואים ברוכש לזמן קצוב שומר חנם כעמדת בעלי התוספות. ייתכן שניתן ליישב בין עמדות אלה אם נסבור כי אפיון הרוכש לזמן קצוב כשומר חנם נוגע למהותה המסחרית של העסקה ולא לצורה המשפטית-פורמלית שלה.

- לבסוף נעיר כי קיים ספק מסוים לגבי מידת העקביות של עמדת הראב"ד. הראב"ד קובע בעקביות כי המשפט העברי אינו מכיר במתנה לזמן קצוב, במכר לזמן קצוב או במכר מותנה, אך לפי כמה מקורות עשה שימוש במנהג ד' מינים. ראוי לציון כי לפי חלק ממקורות אלה עשה הראב"ד שימוש ב"מתנה גמורה על מנת להחזיר". ייתכן כי הכוונה למתנה מלאה ומוחלטת ולא למתנה על מנת להחזיר, אף שהלכה למעשה הוחזרה בסופו של דבר לבעליה הראשון. במקרה זה, ניכרת עקביות מלאה בעמדת הראב"ד.

ראשונים אשר הביעו עמדות שונות לכאורה ביחס למתנה על מנת להחזיר :

- הראב"ה קובע כי מתנה על מנת להחזיר אינה כמתנת בית חורון, שכן אינה כרוכה בהערמה, ומכיר במנהג ד' מינים. לצד זאת, הוא מביע עמדות סותרות לכאורה בשאלה אם מקבל מתנה על מנת להחזיר פטור או חייב כלפי הנותן אם אבדה או נגנבה.
- מהר"ם מרוטנבורג קובע כי ניתן לברך על טלית שניתנה במתנה על מנת להחזיר, ולעומת זאת מיוחסות לו דעות סותרות לכאורה באשר ליכולת לפדות בכור במתנה על מנת להחזיר.

זאת ועוד: אצל רוב הראשונים לא ניכר כל ניסיון לייצר ניתוח שיטתי-השוואתי של הסוגיות השונות ולגבש עמדה כוללת ועקבית בסוגיית הכרת המשפט העברי בקניין לזמן קצוב. יוצא הדופן הבולט לעניין זה הוא הרמב"ם, אשר מציג באופן שיטתי וכללי דפוסי עסקאות שונים, ובהם גם מכר לזמן קצוב, ומסביר את ההבדלים ביניהם. אלא שגם אצל הרמב"ם אין עקביות מוחלטת בעמדתו, אף בהתעלם משאלת הסתירה לכאורה בעמדתו ביחס למכר חוזר. ראוי לציון גם הראב"ד, אשר בהשגתו על עמדת הרמב"ם בעניין מכר לזמן קצוב מסתמך על סוגיית הגמרא ביחס למתנה לזמן קצוב. אלא שלמעט השגה זו, לא ניכר אצל הראב"ד ניסיון להציג שיטה כוללת בעניין זה, וכאמור לעיל – לא ברור עד כמה הייתה לראב"ד שיטה כוללת כזו. כן ראוי לציון הר"ן, שנראה כמציג, אומנם במילים בודדות, תפיסה כוללת השוללת את ההכרה בעסקאות בעלות לזמן; אלא שדווקא בגלל הקיצור הנמרץ של דברי הר"ן, קשה להעריך עד כמה הוא התכוון להציג עמדה כוללת ושיטתית. עוד יצוין ריב"ש, אשר אומנם אינו מציג עמדה שיטתית באופן מפורש, אך ניכר כי עמדתו ביחס למתנה על מנת להחזיר מושפעת מעמדות הראשונים ביחס למכר מותנה.

להלן נבקש להציע שני הסברים אפשריים לתופעות אלה, ולעמוד על החוט המקשר ביניהם. הסבר אפשרי אחד הינו כי הראשונים דבקו בעמדות העולות מסוגיות הגמרא, ועל כן שימרו את הקו

הקזואיסטי בעיקרו המאפיין את דיוניה. משמעותו של הסבר זה הינה, בין היתר, כי השפעת הגמרא על אופן החשיבה, הניתוח והכתיבה של חכמים הייתה ניכרת ביותר גם כאלף שנים לאחר עיצובה. למעשה, הדבר טבעי למדי כשאנו עוסקים בספרות הפרשנית לגמרא, אשר מעצם מהותה נשזרת בסוגיות הגמרא וערוכה על סדרן. עם זאת, כמה מהמקורות ההלכתיים שהובאו לעיל מתקופת הראשונים אינם בנויים על סדר הגמרא, ובכל זאת נראה כי השפעתה של הגמרא עליהם ניכרת יותר משמרמז המבנה שלהם. במילים אחרות, גם המקורות מתקופת הראשונים שלא שמרו על סדר הגמרא, שמרו על שיטת הגמרא, על רוחה ונשמת אפה.

יתרון נוסף של הסבר זה הוא, שהוא מסביר גם הריג הבולט לכלל – ספר משנה תורה לרמב"ם. הוויכוח באשר לכוונתו האמיתית של הרמב"ם בכתיבת ספרו – אם התכוון להחליף לחלוטין את לימוד הגמרא, אם לאו – ידוע ומפורסם, ובוודאי שלא נכריע בו במסגרת זאת (וספק אם יוכרע אי פעם בוודאות).³⁶⁶ עם זאת, ברור שהרמב"ם השקיע מאמץ רב בעריכת הדברים ובהצגתם בצורה חדשה, מקורית ושיטתית, המנותקת לחלוטין מסדר הגמרא. ניסיונו של הרמב"ם להציג דפוסי עסקאות שונים באופן שיטתי ולהבהיר את ההבדלים ביניהם הינו ביטוי אחד מני רבים למגמה עריכתית זו. למעשה, מה שאומר דרשני אינה העובדה שהרמב"ם מציג עמדה עקרונית, שיטתית וסדורה בסוגיית עסקאות בעלות לזמן, אלא העובדה שהוא אינו עקבי לחלוטין בהצגת עמדתו זו במקומות שונים בחיבורו. קביעותיו המסויגות של הרמב"ם ביחס למכירת עבד לזמן קצוב או ביחס למעמדו של מכר לזמן קצוב לעניין דינא דבר מצרא – הן הטעונות הסבר. נראה כי ההסבר הוא, שאף הרמב"ם, עם כל תעוזתו בעריכת משנה תורה, נותר בסופו של דבר נאמן להכרעות הגמרא כפי שהבינו, גם כשאלה לא התיישבו עם הכללים הסדורים שביקש הרמב"ם לגזור מדיון הגמרא ולהציג בצורה שיטתית בספרו.

דברים אלה יפים כמובן גם לגבי התמונה המצטיירת מהטור ומהשולחן ערוך. אף שחיבורים אלה, כמשנה תורה לפנייהם, אינם ערוכים על סדר הגמרא אלא מבקשים להציג את ההלכה בצורה מבנית ושיטתית, הם אינם יכולים, וייתכן שאף אינם רוצים, להתנתק מדיוני הגמרא ואף לא מספרות הראשונים. המגמה הקזואיסטית של דיוני הגמרא ושל דיוני רוב הראשונים בעקבותיה משפיעה אפוא באופן הכרחי גם על ספרות זאת. הטור והשולחן ערוך מביאים הכרעות

³⁶⁶ ראו בעניין זה, למשל, טברסקי, מבוא למשנה תורה, עמ' 27; הבליון, לחקר הרמב"ם, עמ' 31; פרידמן, הרמב"ם והתלמוד; תא-שמע, לימוד התלמוד; הלברטל, הרמב"ם, עמ' 159-172; פרידמן, משנה תורה, עמ' 351-352.

קזואיסטיות של הראשונים הנשענות על דיוני הגמרא, כל אחת במקומה, גם כשאינן עולות בקנה אחד עם מגמתו הכללית של החיבור, בבחינת "אלו ואלו דברי אלקים חיים הן".³⁶⁷

הסבר אפשרי שני עניינו נסיבותיהן של ההכרעות השונות. כלומר מהי המטרה שנועד כל פתרון להשיג. הסבר זה נשען על העובדה שחלק ניכר מהסתירות לכאורה עניינן בעמדות שהביעו הראשונים ביחס למנהג ד' מינים או למקרים אחרים שבהם נעשה שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קיום מצווה. ניתן לשער כי נטיית הראשונים לאשר את מנהג ד' מינים ומקרים אחרים של קיום מצווה, גם אם לא תאמו בהכרח את עמדתם העקרונית ביחס לעסקאות בעלות לזמן, נבעה משילוב של שני מרכיבים: הקושי המשמעותי בקיום המצווה, והעובדה שהשימוש שנעשה במתנה על מנת להחזיר נועד לאפשר לכמה שיותר יהודים לקיים מצוות – ולא להתחמק מקיומן.³⁶⁸ עמדותיו של מהר"ם מרוטנבורג הן דוגמה אחת מני כמה לקו טיעון זה. כשמהר"ם קובע כי ניתן לברך על טלית שניתנה במתנה על מנת להחזיר, הוא מאפשר לעשות שימוש בעסקת בעלות לזמן לשם קיום מצווה. לעומת זאת, ככל שמהר"ם מרוטנבורג אכן הסתייג מפדיון בכור במתנה על מנת להחזיר, ניתן לשער שהוא הסתייג ממה שנתפס בעיניו כסוג של הערמה, שמאפשרת ליהודי קיום פורמלי של מצוות פדיון הבכור תוך התחמקות מתוכנה המהותי.

הסבר אפשרי זה מיישב גם את הסתירות לכאורה אצל חלק מהראשונים בכל הנוגע למתנה על מנת להחזיר. ההתנגשות בין עמדה עקרונית שאינה מכירה בעסקאות בעלות לזמן מחד גיסא, לבין הרצון והצורך לאפשר שימוש במתנה על מנת להחזיר מאידך גיסא, חייב את הראשונים לקבוע היכן עובר קו הגבול ביחסם למתנה על מנת להחזיר, ובעניין זה היה מרווח מסוים של חופש לכל ראשון לנהוג לפי שיקול דעתו. הדבר ניכר, למשל, אצל רבנו ירוחם. ניתן לשער שההכרה במנהג ד' מינים הובילה אותו להכיר גם באפשרות לקיים שבועה לתת מתנה באמצעות מתנה על מנת להחזיר, אך כשהגיע למתן צדקה לעניים בדרך זו – קבע שם את הגבול. רבנו ירוחם יכול היה לתרץ שיש ערך למתן צדקה בדרך של מתנה על מנת להחזיר, כיוון שהעניים עדיין נהנים מהשימוש בצדקה שניתנה להם בתקופה שבה הייתה בבעלותם, אך במקרה זה בחר לנהוג אחרת.

³⁶⁷ תלמוד בבלי, עירובין, יג ע"ב.

³⁶⁸ פרופ' ריבלין מציע, כי תכלית השימוש עשויה להשליך גם על אומדן דעתו של הנותן. הנותן עשוי להסתייג בדרך כלל ממתן נכסיו לאחר ולו באופן זמני, בשל החשש כי הנכסים לא ישובו לידי. הסתייגות דומה לא תהיה קיימת, לעומת זאת, כשתכלית הנתינה היא לאפשר למקבל לקיים מצווה.

שני ההסברים שהוצעו לעיל אינם סותרים זה את זה, אלא להפך – מגמותיהם משתלבות זו בזו. כשבחנו את מגמותיהן השונות של סוגיות הגמרא בעניין זה, הצענו כי הקו המנחה המשותף להן הוא עניין ההערמה. כלומר האם השימוש בעסקת בעלות לזמן נועד לדעת חכמים לתכלית ראויה או לשם הערמה פסולה. ככל שהראשונים פוסעים בפרשנותם ובפסיקתם ההלכתית בעקבות שיטת הגמרא, הם פוסעים אפוא בעקבות קו מנחה זה. לכן, אין זה מפתיע למצוא כי הראשונים נוטים לאשר עסקת בעלות לזמן כשהיא מעודדת קיום מצוות, ונוטים לפסול אותה כאשר אין לה תכלית "חיובית" בעיני הראשונים.

פרק חמישי: עסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז

א. מבוא

החוקרים שעסקו בעסקת המכר החוזר עד כה הגיעו למסקנה כי עסקה זו לא נהגה בארצות אשכנז, וניסו להציע הסברים לכך. ורהפטיג הציע שני הסברים להיעדרה של עסקת המכר החוזר מארצות אשכנז.¹ היעדרה של העסקה מהמסחר הפנים־יהודי נובע מאימוצו של היתר העסקה במאה ה־17, שפתר את הקושי ההלכתי שביסוד עסקת הלואה נושאת ריבית ובכך ייתר את הצורך בעסקאות מכר חוזר. ורהפטיג ציין כי אין בכך כדי להסביר את היעדרה של העסקה בתקופה שקדמה לכך.² היעדרו של המכר החוזר בעסקאות בין יהודים לנוצרים מוסבר בכך שהאיסור הנוצרי על ריבית חל על עסקאות שבהן שני הצדדים נוצרים, להבדיל מהאיסור המוסלמי על ריבית שחל גם על עסקאות בין מוסלמים לבין יהודים.³

ריבלין הביא כמה הסברים הלכתיים אפשריים להיעדרה של עסקת המכר החוזר באמצעות שטר ההטבה מארצות אשכנז: היחס הנוקשה, לפחות בתיאוריה, של חכמי אשכנז לעניין הערמת ריבית; הפרשנות של רוב חכמי ארצות אשכנז לסוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי, שלפיה עסקת המכר החוזר תלויה ברצונו הטוב של הקונה; העמדה הנוצרית ביחס לסוגיית הריבית; והתפתחות היתר העסקה האשכנזי.⁴ עם זאת, ריבלין סבור שההסבר העיקרי הוא מסחרי. ליהודי ארצות אשכנז לא היו בתקופה הרלוונטית עתודות קרקע שניתן היה לשעבד לצורך קבלת אשראי מסחרי. בשל כך המשכנתא בנכייטא לא הייתה שכיחה בארצות אשכנז,⁵ ובשל כך המכר החוזר

¹ ורהפטיג אומנם ציין, כי בארצות אשכנז נהגה עסקה דומה למכר חוזר באמצעות שטר הטבה, אותה כינה ורהפטיג "מכירת משכונות", ומביא לעניין זה את תשובתו של הצמח צדק (הקדמון) אותה נבחן להלן. ראו ורהפטיג, שטר הטבה, עמ' 231, המפנה לשו"ת צמח צדק (קדמון), סימן כ, עמ' עג-עד. ראו להלן, סמוך להערה 20 ואילך.

² שם, עמ' 248-249. כן ראו עמוד 292 להלן, לעניין שיקול מסחרי בעטיו עשויים המלווים להעדיף את עסקת המכר החוזר על פני היתר העסקה כפתרון לבעיית הריבית.

³ כפי שניווכח להלן, סמוך להערה 9 ואילך, הסברו זה של ורהפטיג טעון עיון נוסף.

⁴ ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 389-391.

⁵ המשכנתא בנכייטא הייתה פתרון אפשרי לעסקת הלואה מובטחת במשכון ונושאת ריבית, אשר נבחן כבר בתלמוד הבבלי והפך נפוץ בארצות אגן הים התיכון בתקופת הראשונים. ריבלין מתארה בתמצית כך: "כאן,

באמצעות שטר הטבה לא היה שכיח בהן.⁶ פרי מאמץ את ניתוחו של ריבלין ואת מסקנותיו.⁷

להלן נדון במקורות שלמיטב ידיעתנו טרם נחקרו ולאורם נבחן את המסקנות הנזכרות.⁸ בפתח הדיון נבקש להעיר שתי הערות. האחת הינה, כי כפי שראינו לעיל, העמדה הנוצרית ביחס לעסקאות הלוואה נושאות ריבית הייתה מורכבת.⁹ לצד האיסור על עסקאות אלה בין סוחרים נוצרים, במשך ימי הביניים נעשו ניסיונות מצד הכנסייה ומצד המלכים הנוצרים לאסור על עסקאות הלוואה נושאות ריבית אף בין יהודים לנוצרים. לאור ניסיונות אלה, הסברו המוצע של ורהפטיג להיעדרה של עסקת המכר החוזר מהמסחר בין יהודים לנוצרים אומר דרשני. אכן הוספנו והראינו כי דפוס מסוים של עסקת מכר חוזר בשם Cens או Censal נהגה בקרב הסוחרים הנוצרים ואף בין מלווים יהודים ללווים נוצרים.¹⁰ על כן, נראה שצודק ריבלין כי הגישה הנוצרית לעסקאות הלוואה נושאות ריבית אינה יכולה כשהיא לעצמה להסביר את היעדרן של עסקאות מכר חוזר מארצות אשכנז.

הערה שנייה נוגעת לעמדה שהביע ורהפטיג, אשר ביקש להבחין בין עסקאות מכר חוזר במקרקעין ובמיטלטלין. כאמור לעיל, ורהפטיג היה מודע לכך שבארצות אשכנז קיים לפחות אזכור אחד

המלווה אוכל פירות ומנכה ערך כלשהו מהחוב. בסיס ההיתר הוא הדמיון לקניית הפירות. המלווה קונה מהלווה את הפירות במחיר מוזל"; ראו ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 357.

⁶ ריבלין ציין, כי עסקת המכר החוזר באמצעות שטר הטבה החליפה את עסקת המשכנתא בנכייטא בארצות אגן הים התיכון ועמד על הסיבות האפשריות לכך. ראו ריבלין, על כלכלה והלכה, עמ' 385-389. כיוון ששתי העסקאות דורשות עתודות קרקע שניתנות להעמדה כבטוחה להלוואה, וכיוון שאלה לא היו בידי יהודי ארצות אשכנז, ממילא לא היו עסקאות אלה ישימות בארצות אשכנז.

⁷ פרי, שטרות, עמ' 196, 230-231.

⁸ יודגש, כי אין הכוונה לסקור להלן עמדות הלכתיות עקרוניות שהובעו על ידי חכמי אשכנז ביחס לסוגיות הגמרא בפרט או לעסקאות מכר חוזר בכלל, אלא מקרים שבהם נראה כי נעשה שימוש הלכה למעשה בעסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית בארצות אשכנז. לדוגמאות לדיון הלכתי עקרוני של חכמי אשכנז בעסקאות מכר חוזר כפתרון הלכתי לבעיית הריבית ראו, למשל, לבוש, יורה דעה, סימן קסז, והביקורת שמביע עליו בעל טורי זהב, יורה דעה, קסז; סמ"ע, חושן משפט, רז, יא; מחנה אפרים, הלכות מלוה ולוה דיני ריבית, סימן יג; נתיבות המשפט, חושן משפט, רז, חידושים, סימן יב, וביאורים, סימן ו; שו"ת חלקת יעקב, יורה דעה, קונטרס הריבית - ראשית דבר, עמ' צא, וראו גם שם, סימן סח, עמ' קו וסימן ע, עמ' קי-קיד; ושו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא, יורה דעה, סימן עה, עמ' צז-צח, שיוזכר בקצרה להלן, סמוך להערה 31 ואילך.

⁹ ראו האמור בפרק רביעי לעיל, הערה 325.

¹⁰ ראו פרק רביעי לעיל, סמוך להערה 306 ואילך.

לעסקאות מכר חוזר במיטלטלין, ובכל זאת קבע שבארצות אשכנז לא נהגו עסקאות מכר חוזר.¹¹ על כך נבקש להעיר כי עסקאות המכר החוזר הנפוצות בארצות אגן הים התיכון אומנם היו עסקאות שבהן נכס הבסיס הנמכר היה נכס מקרקעין, אך גם בארצות אלה קיימות עדויות לעסקאות מכר חוזר שבהן נכסי הבסיס הנמכרים היו נכסי מיטלטלין.¹² זאת ועוד: לא ניכר הבדל בעל משמעות הלכתית בין עסקאות מכר חוזר במקרקעין ובמיטלטלין.¹³ על כן, לא ברורה ההבחנה שמציע ורהפטיג בין עסקאות מכר חוזר במקרקעין ובמיטלטלין. ייתכן שכוונתו של ורהפטיג הייתה להתמקד בשטר ההטבה (הוא שטר המכר החוזר), אשר היווה מרכיב הכרחי ומשמעותי מבחינה הלכתית של עסקאות המכר החוזר במקרקעין שנהגו בארצות אגן הים התיכון. כפי שנראה להלן, מרכיב זה אכן נעדר במקרים רבים מעסקאות המכר החוזר בארצות אשכנז. עם זאת, לדעתנו אין בכך כדי לשלול את עצם קיומן.

ב. עסקאות מכר חוזר במיטלטלין

עדות ראשונה לקיומה של עסקת מכר חוזר בארצות אשכנז נמצאת בפירושו של הראב"ן לתלמוד הבבלי, מסכת בבא מציעא:¹⁴

ראובן שטענו לשמעון ספר מכרתי לך והתנית עמי להחזירו לי כשיהיו לי מעות ועתה קבל מעותיך ותחזיר לי הספר, ושמעון משיבו מכירה גמורה מכרתו לי ולאחר המכירה אמרתי לך כשיהיו לך מעות אחזירנו לך ולא קניתי לך בקניין ופטומי מילי בעלמא אמרתי להניח דעתך.

¹¹ ראו האמור בהערה 1 לעיל.

¹² ראו שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן שכב, עמ' 104 – מכר חוזר של "שני ארגזים צרי"; שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן רסד, עמ' כג-כד – מכר חוזר של "חפצי זהב"; שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, עמ' כח-כט – עסקאות מכר חוזר של בתים ושל זהב וכסף; שו"ת אהלי יעקב, סימן קכז, עמ' קפ דף ב – מכר חוזר של "חפצי זהב או מטלטלין אחרים", אשר המשיב, מהריק"ש, אוסר, בניגוד לדעת מהרשד"ם; שו"ת זקן אהרן, סימן קכת, עמ' עה דף א – עסקאות מכר חוזר בסחורות.

¹³ יש לציין לעניין זה את הצעת חלק מנושאי כליו של הרמב"ם, לעיל פרק רביעי סמוך להערה 265 ואילך, כי יש להבחין בין מקרקעין למיטלטלין לעניין מכר חוזר, כיוון שמיטלטלין אינם נושאים פירות, ואת הביקורת על הצעה זו.

¹⁴ ראב"ן, בבא מציעא, סה ע"ב, סימן תנו; מצוטט גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תשפח, עמ' שצט.

כאמור בדיוננו לעיל,¹⁵ ראב"ן מבהיר בפירושו כי הדין הכללי הוא שהכול תלוי בעיתוי ההתניה. אם נקבע התנאי טרם השלמת עסקת המכר, המכר הינו מכר על תנאי הנחשב כהלוואה, ולרוכש אסור ליהנות מפירות הנכס. לעומת זאת, אם נקבע התנאי לאחר השלמת עסקת מכר, נחשבת העסקה כמכר גמור לכל דבר ולרוכש מותר ליהנות מפירות הנכס, אף אם תנאי המכר החוזר נקבע כתנאי מחייב באמצעות מעשה קניין. בנסיבות שלפניו, כיוון ששמעון טוען כי המכר החוזר לא נקנה בקניין ודבריו בעניין זה היו בגדר "פטומי מילי בעלמא", הכריע ראב"ן הכרעה שיסודה בדיני הראיות. אם יש עדים התומכים בטענת שמעון – הדין עם שמעון. אם אין עדים התומכים בטענת שמעון, וראובן טוען כי ההתניה קדמה לעסקת המכירה וכי מכר את הספר בהסתמך על תנאי המכר החוזר, ואילו שמעון טוען כי התנאי היה מאוחר למכירה ועל כן המכירה לא הסתמכה על קיום התנאי, על שמעון להישבע שבועת היסט.¹⁶

בפרק המבוא עמדנו על כך שעסקאות מכר חוזר עשויות לשרת כמה תכליות, שהעמדת אשראי נושא ריבית היא רק אחת מהן.¹⁷ מאופן הצגת מקרה זה משתמע כי מטרת עסקת המכר החוזר במקרה זה לא הייתה העמדת הלוואה נושאת ריבית, אלא לעודד את המוכר להסכים להיפרד מהספר ולמוכרו לרוכש. על אף זאת, ראב"ן מתייחס בפירושו להיבט המימוני של עסקאות מכר חוזר. כלומר נראה כי ראב"ן מודע לשימוש האפשרי בהן לשם העמדת אשראי נושא ריבית.

החל מראשית המאה ה-17 מופיעות עדויות נוספות לקיומן של עסקאות מכר חוזר בארצות אשכנז, בהקשרים מסחריים ומימוניים מובהקים יותר. בשו"ת פני יהושע נזכר "ההיתר שנהגו לעשות על סך כסף או שאר סחורה והברירה ביד החתום ליתן כך וכך מעות".¹⁸ הרב יהושע בן יוסף מקרקוב יוצא נגד מנהג זה בלי להסביר את פרטיו. עם זאת, הוא מוסיף ומציע פתרון חלופי כשר מבחינה הלכתית:

¹⁵ ראו פרק רביעי לעיל, סמוך להערה 208 ואילך.

¹⁶ רב נחמן תיקן כי במקרה שבו הנתבע כופר בתביעה ואין ראיות למי מהצדדים, הנתבע יישבע שבועת היסט, שכן "חזקה אין אדם תובע אלא אם כן יש לו עליו". ראו תלמוד בבלי, שבועות, מ ע"ב. כן ראו שולחן ערוך, חושן משפט, עה, ז: "כיון שכופר בכל, פטור משבועת התורה ונשבע היסט".

¹⁷ ראו פרק ראשון לעיל, סמוך להערה 13 והאמור בהערה עצמה. כן ראו האמור בפרק הראשונים, לעיל, בפסקה שאחרי הערה 328 ואילך, כי השימוש העיקרי בעסקאות מכר חוזר בתקופת הראשונים כפי הנראה לא היה לשם עיצוב עסקת הלוואה נושאת ריבית כשרה מבחינה הלכתית. נראה כי תכנוני מס הם שעמדו ביסוד רבים מהמקרים בהם נעשה שימוש בעסקאות מכר חוזר בתקופת הראשונים.

¹⁸ שו"ת פני יהושע, חלק א, יורה דעה, סימן ד, עמ' יא.

כללו של דבר, כך הסכמנו בהיותי בק"ק בריסק: לכתוב סתם על סך כסף; אח"כ לכתוב בדף שני, שנתרצה בעל השטר אח"כ באם יתן לו החתום כך וכך הוא חוזר ומוכר לו הכסף; ובזה אין פקפוק, שהוא קנה כבר הכסף שנתחייב לו החתום בשטר, שהודה שיש לבעל השטר כך וכך כסף בידו. ונכון יותר, שיתקעו כפס זה לזה כדרך התגריים, כדי שיקנה הכסף שברשותו, ואח"כ מרצונו הטוב חוזר ומוכר לו הכסף אם יתן לו כך וכך.

בעל שו"ת פני יהושע מוכן להכשיר עסקת מכר חוזר כשנכס הבסיס הוא כסף. הרב יהושע בן יוסף מציע שני מרכיבים לשם הכשרת העסקה: גם הפרדה של מרכיביה לשני שטרות שונים, וגם הפרדה בזמן בין מרכיבי העסקה. ראשית, תושלם עסקת המכר, ואחרי השלמתה יסכים הרוכש מרצונו הטוב להתקשר בעסקת המכר החוזר. ברור מאופן תיאור העסקה כי שני מרכיביה הינם בעלי תוקף משפטי, ואין דרישה כי מימוש מרכיב המכר החוזר יוותר מותנה ברצונו של הרוכש.¹⁹

תשובתו של ר' מנחם מנדל ב"ר אברהם קרוכמל, בעל שו"ת צמח צדק (קדמון), אף הוא מקרקוב במאה ה-17 (אותו נכנה לשם הנוחות להלן: "צצ"ק"), שהוזכרה על ידי ורפהטיג כאמור לעיל,²⁰ מתארת וריאציה אחרת של עסקת מכר חוזר, בה מרכיב המכר החוזר נותר תלוי ברצונו של הרוכש. העסקה מוצגת בשאלה כעסקה שתכליתה הלוואה נושאת ריבית המובטחת במשכון על תכשיטי כסף, אשר בשל איסור הריבית הוסוותה כעסקת מכר. המכר בוצע בשווי הנמוך משווי השוק של המשכונות, והמוכר התנה מפורשות כי לא תהיה לו טענת אונאה כלפי הרוכש על אף

¹⁹ המשיב מצייין כי "נכון יותר" שעסקת המכר הבסיסית תבוצע בדרך של תקיעת כף "כדרך התגריים". קליינמן, תקיעת כף, עמ' 270 ואילך עומד על כך שבארצות אשכנז, החל מתקופת הראשונים וגם בתקופת האחרונים, שימשה תקיעת כף: "...בשתי פונקציות שונות: כדרך לעשיית שבועה ולחיזוק התחייבויות מכוחה של השבועה, וכדרך קניין בעסקאות מכר במיטלטלין". מהקשר הדברים כאן נראה שהמשיב מציע לעשות שימוש בתקיעת כף כדרך קניין, שהרי לשונו היא "שיתקעו כפס זה לזה כדרך התגריים, כדי שיקנה הכסף שברשותו". נשאלת השאלה, מדוע המשיב העדיף דרך קניין זו על פני עריכת שטר. פרופ' ריבלין מציע כי הדבר קשור לדרכי קניין. מדובר על עסקה למכירת כסף, אשר לפי המשפט העברי אינו נקנה בדרכי הקניין הרגילות; ראו משנה תורה, הלכות מכירה, פ"ו ה"א וה"ז; טור ושולחן ערוך, חושן משפט, הלכות מקח וממכר, סימן רג; בן דב, תורות דיני הקניין, ספר ד - דרכי הקנייה, עמ' 187-188; אלבק, מבוא למשפט העברי, עמ' 103. ייתכן שהרב יהושע בן יוסף סבר כי קניין סיטומתא הוא הדרך הנכונה ביותר מבחינה הלכתית לקנות כסף. קליינמן מראה כי עמדה זו הינה שנויה במחלוקת; ראו קליינמן, סיטומתא, עמ' 138 הערה 138 ועמ' 306.

²⁰ שו"ת צמח צדק (קדמון), סימן כ, עמ' עג-עד; ורפהטיג, שטר הטבה, עמ' 231. ראה האמור בהערה 1 לעיל.

הפרש השווי.²¹ לאחר השלמת העסקה, הבטיח הרוכש מרצונו למוכר כי ישוב וימכור לו את התכשיטים במחיר רכישתם בתוספת "סך מה כדרך העולם שרגילין ליתן רווחים", אך הבטחה זו לא נועדה לחייבו מבחינה משפטית: "אבל לא שיהא מחויב בדבר רק שברצון תליא מלתא". כשהגיע העת לממש את עסקת המכר החוזר, סירב הרוכש לממשה וטען כי מדובר בעסקת מכר מלאה ושלמה לכל דבר ועניין וכי אינו חייב לבצע את עסקת המכר החוזר. המוכר לא הכחיש את טענות הרוכש בנוגע למבנה העסקה, אך טען כי עוצבה כפי שעוצבה רק כדי להימנע מאיסור הריבית, ובמהותה הינה עסקת הלוואה מובטחת במשכון.

בתשובתו מקבל צצ"ק את טענת המוכר כי אף שהעסקה מעוצבת מבחינה משפטית-פורמלית כעסקת מכר, במהותה המסחרית מדובר בעסקת הלוואה המובטחת במשכון. המבנה הפורמלי של העסקה מועיל לשם התגברות על איסור הריבית, אך היא לא תיחשב כעסקת מכר מעבר לכך. על כן על הרוכש, שאינו באמת רוכש, לאפשר למוכר, שאינו באמת מוכר, לפדות את משכונות הכסף המבטיחים את הלוואה ולרכוש בחזרה את הנכס הנמכר תמורת קרן הלוואה בתוספת רווח כמקובל.²² פסיקה מרחיקת לכת זו פותחת את הפתח ההלכתי לעיצובה של עסקת מכר חוזר יעילה מבחינה מסחרית, בכך שהיא הופכת את מרכיב המכר החוזר למחייב מבחינה משפטית אף כאשר הצדדים עצמם הותירו לכאורה את מימושו לשיקול דעת המלווה. בכך מבטיחה תשובה זו את זכויות הלווה כאילו עוגנו באופן מחייב מבחינה משפטית. עם זאת, ראוי לציין כי רוב המשיבים והפוסקים שבאו אחרי צצ"ק לא אימצו הנמקתו זו, וקבעו כי ניתן להתגבר על איסור

²¹ באנציקלופדיה התלמודית, כרך א, ערך "אונאה", מוגדרת האונאה כך: "הונאת אדם את חברו במשא ומתן, בין מצד המוכר, שמכר ביותר משווי, בין מצד הלוקח, שלקח בפחות משווי". לפרטי האיסור ראו שם.

²² המשיב מסתמך, על דרך ההיקש, על דברי התוספות בתלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א, ד"ה "בשמשך", שם נדונה סוגיה של "פסיקה על השער" – מקרה שבו נושה מבקש לקבל מהחייב את חובו, והחייב מציע לשלם לו בסחורה לפי השער הידוע שלה באותה עת. במקרה זה רשאי הנושה לקבל את הסחורה גם במועד מאוחר יותר, אף אם עלה ערכה בתקופת הביניים. בהמשך דיון הגמרא מובאת עמדת רב הונא בשם רב, כי הדבר נכון רק כשמשך המלווה את הסחורה. אלא שלכאורה במקרה זה ברור שהוא הפך לבעליה באופן מידי ורשאי לקבלה במועד מאוחר יותר בלי קשר לשינוי בשווייה. על כן קובעת הגמרא, אין הכוונה למשיכה ממש אלא למקרה שבו הלווה ייחד למלווה קרן זוית שברשותו. בעלי התוספות מבארים כי מדובר במשיכה המשמשת רק להיתר פיסוק (כלומר להתיר את עסקת פסיקת השער) ולא לקנות בעלות בסחורה ממש. צצ"ק מבקש להקיש מכך למקרה שלפניו, שגם בו קיימת לשיטתו מכירה רק לצורכי התגברות על בעיית הריבית ולא לצרכים אחרים. יש לציין כי בנו של המשיב הוסיף בהגהה לתשובה נימוק נוסף, הנשען על עמדת ר' יהודה במעשה בביתוס בן זונין; ראו דיונו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 2 ואילך וסמוך להערה 46 ואילך.

הריבית רק אם מדובר בעסקת מכירה מלאה ושלמה, שבה הרוכש רשאי לנהוג מנהג בעלים בנכס הנרכש.²³

יש לציין כי עסקה דומה במבנה שלה נבחנת על ידי צצ"ק גם בתשובה נוספת.²⁴ במקרה זה היה נכס הבסיס חגורה של כסף ששווייה 25 זהובים, שנמכרה למלווה כדי שתשמש כמשכון להבטחת קרן הלוואה של עשרים זהובים. כשביקש הלווה לפרוע את ההלוואה ולפדות את המשכון, דרש המלווה ריבית של עשרה זהובים, כלומר תמורה כוללת של שלושים זהובים בגין החגורה. הלווה הסכים לשלם ריבית בת חמישה זהובים בלבד, בטענה כי שווי חגורת הכסף הוא 25 זהובים ולא שלושים זהובים.

בעל צצ"ק שב ומביע את עמדתו כי למלווה אין זכות להימנע מלמכור את המשכון בחזרה ללווה, שכן הוא נחשב כמי שרכש בעלות במשכון רק לעניין ההימנעות מאיסור הריבית. לעניין תמורת המכירה, קובע בעל צצ"ק כי כשהמלווה הסכים לקבל משכון ששווי עשרים וחמישה זהובים לשם הבטחת ההלוואה, הוא גילה דעתו כי זהו הסכום שהוא מצפה לקבל לשם פרעון ההלוואה, ועל כן עליו למכור את חגורת הכסף בחזרה ללווה בתמורה לעשרים וחמישה זהובים.

תשובה זו מעידה אף היא על קיומה של עסקת מכר חוזר במיטלטלין בפולין במאה ה-17, וכי עסקה זו שימשה כפתרון לבעיית הריבית. עם זאת, התשובה משקפת מגמות שונות ביחס להיתכנות המסחרית של עסקת המכר החוזר כפתרון לבעיית הריבית לאור המגבלות ההלכתיות

²³ ראו, למשל, ט"ז, אורח חיים, הלכות שבת, רמו, ה; שער דעה, יורה דעה, קעד, א; שו"ת חקרי לב, יורה דעה, ב, סימן יט, עמ' לו-לח, וחושן משפט, א, סימן נה, עמ' נט-סא; ספר דברי יחזקאל, חלק התשובות, סימן ה, עמ' ר-רב; שו"ת בית יצחק, חושן משפט, סימן יז, עמ' ט-י; ספר כפי אהרן, חלק ב, חושן משפט, סימן ו, עמ' קז-קח; שו"ת בית שערים, יורה דעה, סימן רלד, עמ' קלב-קלג; שו"ת דברי חיים, חושן משפט, חלק א, סימן טז, עמ' תקפג-תקפד. למשיבים המאמצים את עמדת צצ"ק, אומנם לא לעניין ריבית אלא אגב דיוניהם בעניינים אחרים, ראו שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קו, עמ' קפ-קפב ושו"ת בית דוד, חלק ב, אבן העזר, סימן לח, עמ' כז (לעניין תשובה אחרונה זו ראו גם ורפהטיג, שטר הטבה, עמ' 240-241). עוד ראו שו"ת חקות החיים, חושן משפט, סימן נ, עמ' סב-סד, המביא את עמדת צצ"ק ואת ביקורת שו"ת חקרי לב עליה, וקובע שבכל מקרה צצ"ק התכוון לצמצם עמדתו למקרה בו המלווה קיבל את מלוא החוב, קרן וריבית, שאם לא כן – הנכס מכור לו לכל דבר ועניין. קביעה זו נמצאת כבר בשו"ת חקרי לב, חושן משפט, א, סימן נה, עמ' נט-סא האמור לעיל, אם כי בעל שו"ת חקרי לב דוחה את דעת צצ"ק כליל כדעת יחיד המנוגדת לעמדת כל שאר הפוסקים.

²⁴ שו"ת צמח צדק (קדמון), סימן כא, עמ' עד-עו.

הכלולות בה. מחד גיסא, כאמור לעיל, עצם חיובו של המלווה להשלים את עסקת המכר החוזר מאפשר לצדדים לעצב עסקת מכר חוזר המבטיחה את זכויות הלווה. מאידך גיסא, הגבלת שיעור הריבית לשווי השוק של הנכס, בלי קשר לתקופת ההלוואה, פוגעת ביעילותה המסחרית של העסקה מנקודת מבטו של המלווה.

שתי עסקאות מכר חוזר נזכרות בשו"ת חות יאיר מן המאה ה-17. לאחת רקע מסחרי מובהק – הלוואה מובטחת במשכונות אשר נוסחה בלשון מכר.²⁵ מהתשובה עולה כי ערך המשכונות היה נמוך – פחות ממחצית מגובה ההלוואה. ייתכן כי ההסבר לכך נעוץ בטענת הלווה כי שילם למלווה את הריבית בעוד מועד, כמה שנים לפני מועד ההלוואה. הצדדים נחלקו בשאלה, אם המלווה מוגבל בתביעתו כלפי הלווה כדי שווי המשכונות בלבד. לפי לשון התשובה, השואל התלבט: "אי אזלינן בתר לשון המפורש בו שהיה מכר גמור לחלוטין ולצמיתות או אי אזלינן בתר עיקרא דמילתא שאינו אלא הלוואה רק שנכתב בדרך מכר כדי לצאת דרך היתר ריבית וכיוצא". המשיב, ר' טעבלין ב"ר יצחק אייזק מבולדא,²⁶ קובע כי בהתאם ללשון השטר שנחתם בין הצדדים, יכול המלווה לתבוע את הלווה מכוח השטר כדי שווי המשכונות בלבד. תביעה של סכומים העולים על שווי המשכונות לא תוכל להסתמך על השטר כראיה. לצד זאת קובע הרב טעבלין כי אף אם תוכר העסקה כעסקת "מכר גמור", מדובר בעסקת אונאה ניתנת לביטול בשל הפער הגדול בין שווי הנכסים לבין התמורה ששולמה בגינם.²⁷ יצוין כי הנמקה זו אינה שוללת את השימוש בעסקאות מכר חוזר לשם הסוואת עסקת הלוואה מובטחת במשכונות ונושאת ריבית, כל עוד קיים יחס סביר בין שווי המשכונות לבין סכום ההלוואה.

²⁵ שו"ת חות יאיר, השאלה בסימן צט והתשובה בסימן ק, עמ' רפז-רפט.

²⁶ פולדא או פולדה שבגרמניה, הייתה מקום מושבו של ר' משולם אליעזר זוסמן ב"ר יצחק איצק ברילין, חמיו של ר' יאיר בכרך (ראו צובל, משפחת ברילין, עמ' רכג). היא מכונה "בולדא" בכמה תשובות בשו"ת חות יאיר, ובמיוחד באלה המתייחסות למקום מושבו של חמיו של ר' יאיר בכרך. ראו, למשל, שו"ת חות יאיר סימנים ס"ו, עמ' קצט-רה, קכד, עמ' שמא-שדמ, ו-קנ, עמ' תה-תז. לשימוש בשם "בולדא" לעיר פולדא ראו גם שמש, מנהגים, חלק א, עמ' 21 (מבוא מאת יצחק שמש, סמוך להערה 3) ו-47 (סמוך להערה 4), וחלק ב, סימן רסט, עמ' קכה.

²⁷ השו"ת לעסקה שנבחנה על ידי צצ"ק, לעיל הערה 20 ואילך, בה קבעו הצדדים מפורשות כי לא תהיה טענת אונאה בשל ההפרש הגדול בין שווי השוק של הנכס לבין שווי לצורכי העסקה. שם היו הנסיבות הפוכות, כפי שקרה בדרך כלל בעסקאות מכר חוזר, כלומר הנכסים נמכרו בהנחה משמעותית על שווי השוק שלהם, כדי שיהוו בטוחה יעילה עבור המלווה.

עסקה שנייה לא נראית על פניה כעסקת הלוואה. האפוטרופוסים של יתומה מכרו בשמה מקום אשר היה שייך לה בבית הכנסת.²⁸ בשטר המכירה נכתב בין היתר כך :

אכן, לאחר המכירה הנ"ל, התרצה כמר פלוני הנ"ל, באם שיבוא אחד מאפטרופוסים או אחים של היתומה הנ"ל לאחר כלות ששה שנים מהיום ויתן לו מאה ועשרה ר"ט הנ"ל,²⁹ אזי מחויב כמר פלוני הנ"ל לחזור ולמכור המקום הנ"ל להיתומה הנ"ל. אכן, בתוך ששה שנים הנ"ל ישאר מכירה זו בכל תוקף ועוז כנ"ל. כל הנ"ל עשינו ומכרנו לטובת היתומה הנ"ל במכירה גמורה בכא"ה (בכל אופן המועיל – א"ר) לפי תחז"ל ובכח ב"ד יפה כנ"ל

אף שבציטוט החלק הקודם של לשון השטר לא נזכרת תמורת המכר, מהלשון "מאה ועשרה ר"ט הנ"ל" משתמע כי תמורת המכר החוזר זהה לתמורת המכר. כלומר אין מרכיב של ריבית. נראה כי התנאי נועד להקל על האפוטרופוסים להתקשר בעסקה ולמכור את המקום בבית הכנסת.

ר' יאיר בכרך מציין בתשובתו כי דייק בלשון השטר ומצא כי התנאי המצוין לעיל נערך בנפרד מהמכירה עצמה וללא מעשה קניין, ועל כן לדעת כל המפרשים והפוסקים בסוגיית "מכר לו בית", הרוכש "נעשה כמ"ד ליה מדעת" והתנאי הוא "פיטומי מילי" בלבד.³⁰ עם זאת, המשיב מוסיף וקובע כי אף אם היה נערך התנאי בצורה מחייבת מבחינה משפטית, ואף אם מדובר בעסקה שאינה עסקת הלוואה אלא "מכירה גמורה לזמן", לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה במקרה זה, כיוון שהנכס לא נותר בידי הרוכש המקורי, אלא עבר ליורשיו ונמכר על ידם לצד שלישי. לדעת המשיב, אף אם היה תנאי המכר החוזר תקף ומחייב את רוכש הנכס, עדיין לא היה מחייב את יורשיו, ועל אחת כמה וכמה לא היה מחייב צד שלישי שרכש את הנכס מיורשיו.

נראה כי דיוננו זה לא יהיה שלם בלי להזכיר בקצרה את תשובתו של ר' יחזקאל לנדוי, "הנודע ביהודה", מן המאה ה-18, לקרובו (דרך נישואים) הרב יהודה ליב פישלס, ראש הישיבה בפראג.³¹

²⁸ שו"ת חות יאיר, השאלה בסימן צ והתשובה בסימן צא, עמ' רנ-רנה. בשאלה מצוטט שטר המכירה במלואו תוך השמטת שמות הצדדים ומקום עריכת השטר, אך תאריך השטר לא הושמט – י טבת שנת ת"ל, כלומר תחילת שנת 1670.

²⁹ ר"ט הכוונה למטבע רייניש טאליר; ראו חלקת מחוקק, אבן העזר, סו, ו, סימן כג.

³⁰ בלשונו של בעל שו"ת חות יאיר במקום אחר בתשובה, התנאי נערך "רק דרך ריצוי, לא התחייבות".

³¹ שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, יורה דעה, סימן עה, עמ' צז-צח. לתולדותיו של ר' יחזקאל לנדוי ראו וינד, יחזקאל לנדוי, עמ' 9-40; לר' יהודה ליב פישלס ראו פישלס, חידושי מהר"ל, הקדמה עמ' ח. לקרבת המשפחה

למרבה הצער נוסח השאלה לא הגיע לידינו, כך שלא ניתן לדעת אם היא עוסקת במקרה קונקרטי או בסוגיה הלכתית עקרונית. בתשובתו מביע הנודע ביהודה, אומנם בחשש מה,³² עמדה עקרונית המכירה בעסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, ומדגים יישום אפשרי לדבריו כך: "ולפי זה אפילו מטלטלין מותר כהאי גונא למכור ראובן סחורה לשמעון במנה ושמעון יתחייב כשהיו מעות לראובן לזמן פלוני מחויב לחזור ולמכור לו במאה ועשרים". על רקע התשובות האחרות מארצות אשכנז בעניין זה, לא ניתן שלא לתהות אם הרב לנדא שאב דוגמה זו ממנהג סוחרים שהיה נפוץ בזמנו ובמקומו.

שתי תשובות מן המאה ה-19 בפולין עוסקות באותו מקרה שעניינו עסקת מכר חוזר במיטלטלין. מדובר במקרה של הלוואה נושאת ריבית ומובטחת במשכונות אשר הוסוותה כעסקת מכר חוזר, כאשר מרכיב המכר הבסיסי נערך באופן מחייב מבחינה משפטית ואילו מרכיב המכר החוזר נותר בגדר הבטחה של המלווה ללווה. כשביקש הלווה לפרוע את ההלוואה ולקבל את המשכונות, סירב המלווה, בטענה כי רכש בעלות במשכונות ואינו מחויב להשיבם. הלווה השיב כי המכירה נערכה לעניין הימנעות מאיסור ריבית בלבד, וכי לא היה בדעתו למוכרם במכירה גמורה אלא לצורך זה בלבד.

מקרה זה הובא בפניו של ר' יחזקאל שרגא בן יהושע השל פרנקל תאומים.³³ בתחילת תשובתו מנתח המשיב את תשובת צ"ק ודוחה את הראיות שהביאו בעל צ"ק ובנו כדי להצדיק את עמדתם כי יש להכיר בעסקת המכר ככזו רק לעניין איסור הריבית. לאחר מכן מנתח המשיב את עמדת השולחן ערוך וקובע כי המקרה שלפניו תואם את קביעת השולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעד, כי אין מדובר בעסקת מכר אלא בעסקת הלוואה.³⁴ המשך ניתוחו של המשיב מתאפיין במבט

בין השניים ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, יורה דעה, סימן רי, עמ' רפז-רפו, שם מכנה הנודע ביהודה את הרב פישלס "מחותני".

³² תשובתו של הנודע ביהודה פותחת במילים: "לולא דמסתפינא", בלי להסביר את פשר החשש.

³³ דברי יחזקאל, חלק התשובות, סימן ה, עמ' ר-רב. לתולדות המשיב וכמה מבני משפחתו, שנכתבו מפי בן נינו שאף הוציא לאור מהדורה של ספר דברי יחזקאל, ראו שם, עמ' ז-טז. כאמור בעמוד ז, המשיב הינו נכדו של ר' ברוך פרנקל תאומים, אשר בתשובתו בעניין דומה נעסוק להלן, סמוך להערה 55.

³⁴ המשיב מודע לכך שהוראות סותרות לכאורה נקבעו בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן רז. המשיב מביא את הצעת בעל החוות דעת, כי ההבדל בין המקרים הינו בלשון התנאי. אם נאמר התנאי בלשון "על מנת", נדרשת עסקת מכר חוזר באמצעות מעשה קניין כדי להשיב את הנכס לבעליו, ואז נחשבת עסקת המכר כתקפה לכל דבר ועניין, כעמדת השו"ע בחו"מ סימן רז. לעומת זאת, אם נאמר התנאי בלשון "לכשיהיו לי מעות תחזיר לי את

השוואתי על סוגיות שונות של עסקאות בעלות לזמן. המשיב משווה בין מכר חוזר לשם הימנעות מאיסור הריבית לבין הפקר לזמן קצוב לשם הפקעת איסור שבת, בעקבות דבריו של בעל טורי זהב בעניין זה.³⁵ עוד משווה המשיב בין מכר חוזר לשם הימנעות מאיסור הריבית לבין מכירת חמץ לגוי בפסח. כן מביא המשיב את הכלל שנקבע בעניין מתנת בית חורון.³⁶ השוואות אלה מחזקות את מסקנת המשיב כי נדרשת מכירה מלאה ללא סייג לשם התגברות על איסור הריבית.

מקרה זה הובא גם בפניו של ר' חיים ב"ר אריה ליב הלברשטם, הוא ר' חיים מצאנז, כפי הנראה בידי ר' יחזקאל שרגא בן יהושע של פרנקל תאומים.³⁷ ר' חיים הלברשטם דוחה את עמדת צ"ק ואת נימוקיו וקובע כי מדובר בעסקת הלוואה ולא בעסקת מכר ולכן העסקה בטלה מחמת איסור ריבית. על כן, על המלווה להשיב את המשכונות ללווה ועל הלווה להשיב למלווה את קרן הלוואה ללא ריבית. המשיב משתית עמדתו זו בין היתר על עמדות הרמ"א, הבית יוסף, מהרי"ט ומהריק"ש.³⁸ המשיב מוסיף ומציין כי מהרשד"ם ומהריב"ל אכן התירו עסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית.³⁹ עם זאת, עמדת המשיב היא כי בנסיבות המקרה שלפניו, בהן לא דובר

הקרקע", לא נדרש מעשה קניין לשם השבת הנכס לבעליו, ובמקרה כזה עסקת המכר לא נחשבת כעסקת מכר תקפה, כעמדת השו"ע באו"ח סימן קעד. לעמדת החוות דעת ראו חוות דעת, חלק הביאורים, סימן קעד, ד"ה "לכשיהיו לי מעות".

³⁵ ראו טורי זהב, אורח חיים, סימן רמו, ד"ה "ואפ"ה אין שום אדם יכול לזכות בה". הט"ז מציין מפורשות, כי הוא משווה בין הדברים כדי לסתור את דבריו של "רב אחד שסמך על זה להתיר הללות בריבית על משכון דרך מכירה אע"פ שאינה מכירה ממש כגון שחייב להחזיר לו אפ"ה מותר שלא עשה מכירה זו אלא כדי להפקיע איסור ריבית כדרך שאמרינן כאן לענין שבת". לא ברור אם כוונתו לתשובת צ"ק, שכן לא מצאנו בתשובת צ"ק הנמקה המשווה את עסקת המכר החוזר להפקר לזמן בשבת. מכל מקום, הט"ז דוחה השוואה זו, וקובע כי ההפקר לזמן בשבת הוא הפקר לכל דבר, ואילו המכר החוזר אינו מכר לכל דבר.

³⁶ משנה, נדרים, פ"ה ה"ו; ראו גם תלמוד בבלי, נדרים, מח ע"א. ראו לעיל, פרק שלישי, סמוך להערה 246.

³⁷ שו"ת דברי חיים, חושן משפט, חלק א, סימן טז, עמ' תקפג-תקפד. ראו הערת העורך שם לגבי זהות השואל. לתולדות המחבר ראו בראון, ר' חיים מצאנז, עמ' 12-18. כאמור שם, השואל והמשיב היו קרובי משפחה דרך נישואים.

³⁸ המשיב מפנה להגהת רמ"א, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קעד; לבית יוסף המובא שם בהגהת הרמ"א; לשו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, עמ' כח-כט, ולשו"ת אהלי יעקב, סימן קכז, עמ' קפ דף ב. לתולדות מהריק"ש, בעל שו"ת אהלי יעקב, וחיבוריו ראו שפיגל, מהריק"ש.

³⁹ המשיב הסתפק באמירה כללית כי מהרשד"ם ומהריב"ל התירו עסקאות אלה ולא הפנה לתשובות ספציפיות שלהם, אך העורך מפנה לעניין זה לשו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן רסד, עמ' כג-כד, ולשו"ת מהרי"י בן לב, חלק ב, סימן עד, עמ' רכג-רכז.

כלל בין הצדדים על מכירה אלא מלכתחילה דובר בהלוואה מובטחת במשכון, גם לשיטתם של משיבים אלה לא ניתן להתיר את העסקה ולהכיר במכר כתקף.

על פניו נראה כי שתי תשובות אחרונות אלה אינן מעודדות ביצוען של עסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, שכן הן אינן מעניקות הגנה כלשהי למלווה, אשר נדרש גם לוותר על מרכיב הריבית וגם להחזיר את המשכונות שקיבל להבטחת פרעון ההלוואה.⁴⁰ עם זאת, חשוב לציין כי סנקציה זו הוטלה על המלווה כתוצאה מניסיון של המלווה לחזור בו מדבריו ולהימנע מהשבת המשכונות שקיבל להבטחת ההלוואה. לו עמד המלווה במילתו, הייתה העסקה מתבצעת מבלי שתגיע לבחינה הלכתית, והלכה למעשה היו הצדדים מצליחים לבצע עסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, אשר לשיטתם של כמה משיבים בארצות אשכנז הינה כשרה מבחינה הלכתית. במובן זה ייתכן כי התשובות דווקא תומכות בקיומן של עסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, כל עוד העסקאות מעוצבות בצורה נכונה מבחינה הלכתית, בכך שהתשובות יוצרות למלווה תמריץ משמעותי לקיים את הבטחתו ולבצע מרצונו הטוב את עסקת המכר החוזר.

עסקת מכר חוזר נוספת מן המאה ה-19 נזכרת בשו"ת הרי בשמים לר' אריה ליבש הלוי איש הורוויץ.⁴¹ השואל הינו הרב יעקב שלום הרציג, שכיהן כאב בית דין בניזאנקאוויטץ,⁴² והתשובה נכתבה בחודש אב שנת תרנ"ג, כלומר בשנת 1893, בעיר סטרי.⁴³ כך מתוארת העסקה בתשובה:

מכתבו הגיעני, והנני לתשובתו על שאלתו בעובדא דאתא לקמי': באחד שמכר לחבירו סחורה מכירה גמורה, אפס שהתנה הלוקח, שאם אחר עבור ששה חדשים לא ימצא קונים להרויח בה, אזי יהי המוכר מחויב לחזור ולקנותה ממנו וליתן לו ריוח ב' מאות

⁴⁰ מסקנה זו, ככל שהיא אכן נכונה, תואמת את ממצאי מחקרה של בראון, לפיהם שיקולים כלכליים לא תפסו מקום רב בפסיקתו של הר' חיים מצאנז. תחת זאת באו בה לידי ביטוי תפיסותיו החברתיות-דתיות, אשר בראון מתארת כגישה שמרנית, רצון לשמר את הסולידריות החברתית בתוך הקהילה ורצון לשמר את הפיקוח הרבני בתחומי חיים רבים. ראו בראון, ר' חיים מצאנז, עמ' 415-416.

⁴¹ שו"ת הרי בשמים, חלק ב, מהדורה תנינא, סימן קמו, עמ' קיב-קיג. לתולדות המחבר מפי נכדו ראו שם, עמ' 7-11. כאמור שם, המשיב היה בין היתר תלמידו של ר' חיים מצאנז. כפי שנראה להלן, שיטתו ההלכתית בעניין מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית שונה מזו של רבו.

⁴² ניזאנקוביצה (Nizankowice), לשעבר במחוז לבוב שבפולין, סמוך לעיר פשמישל (פרעמיסלא, Przemyśl), וכיום באוקראינה.

⁴³ Stryj, לשעבר בפולין וכיום באוקראינה.

ר"כ. ומסתפק ושואל אם אריך למיעבד הכי מחשש איסור צ"א (צד אחד – א"ר) בריבית,⁴⁴ או דלמא – א"ר) כיון דעל משך ששה חדשים – הוי מכירה גמורה, שיש רשות ביד הלוקח למוכרה למי שירצה, וגם אח"כ הוא תלוי ברצון הלוקח, רק שבידו לכופ את המוכר אחר ו"ח שיחזור ויקנה ממנו מכח התנאי שהתנה עמו; א"כ הוי לאחר ששה חדשים מכירה חדשה מהלוקח להמוכר, ולית ב"י משום ריבית; זת"ש (זה תורף שאלתו – א"ר):

נראה כי מדובר בעסקת מכר חוזר שבה תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מעסקת המכר הבסיסית, ומימושו דרש עסקת מכר חוזר עם מעשה קניין נפרד. לא ברור מאופן תיאור העסקה אם תכליתה המסחרית הייתה עסקת הלוואה נושאת ריבית, או שמא תנאיה נועדו לעודד את רוכש הסחורה לבצע עסקת רכישת סחורה בנסיבות שבהן היה מסופק אם יצליח למוכרה ברווח.

המשיב מביא את עמדת רש"י שלפיה על המכר החוזר להיות מותנה ברצונו של הרוכש. מולה מציב המשיב את עמדת השו"ע והסמ"ע, כי אם נקבע מועד עתידי לעסקת המכר החוזר, מדובר בעסקת מכר כשרה מבחינה הלכתית והרוכש רשאי ליהנות מפירות הממכר. הסמ"ע אף משווה את עסקת המכר החוזר לעניין זה לעסקת מתנה על מנת להחזיר, והמשיב דן בהשוואה זו ומגיע למסקנה כי אין להשוות בין שתי העסקאות,⁴⁵ על בסיס עמדה שאותה מייחס המשיב לרא"ש כי במתנה על מנת להחזיר, מקבל המתנה רוכש קניין מלא בנכס ורשאי לקיים את חובת ההשבה על ידי השבת שווי הכספי של הנכס לנותן.⁴⁶ רוכש נכס לזמן קצוב, לעומת זאת, חייב בהשבת הנכס עצמו, ועל כן אינו רוכש קניין בנכס לעולמים. לפיכך קובע המשיב כי על רוכש נכס לזמן קצוב חל

⁴⁴ למהותו של "צד אחד בריבית" ראו לעיל, פרק שני, סמוך להערה 62 ואילך, והאמור בהערה 96. למחלוקת רבי יהודה וחכמים בעניין צד אחד בריבית ראו, למשל, שם, סמוך להערה 48 ואילך.

⁴⁵ יצוין כי המשיב מוסיף ועוסק גם בעמדת ר' מאיר בנוגע למכירת בית כנסת; ראו משנה, מגילה, פרק ג משנה ב ודיונו בפרק השני לעיל, סמוך להערה 19 ואילך. כן דן המשיב בגאולת קרקע שנמכרה בעיר חומה; ראו דיונו בפרק השני לעיל, סמוך להערה 62. דיונו של משיב זה מתאפיין אפוא במבט השוואתי על עסקאות בעלות לזמן שונות, והמשיב מציע הבחנות ביניהן שמטרתן להגיע לאחידות בדיון.

⁴⁶ נראה כי כוונתו לעמדת ר' אביגדור כהן צדק המובאת בשו"ת הרא"ש, כלל לה, סימן ב. ראו דיונו לעיל, פרק רביעי, סמוך להערה 36 ואילך.

הכלל שקבע הר"ן, לפיו הוא רוכש קניין פירות בלבד.⁴⁷

עוד בוחן המשיב את האפשרות כי יש משמעות ללשון המכר החוזר. אם נקבע המכר החוזר בלשון "על מנת להחזיר", מדובר במכר גמור המותנה בתנאי מכר חוזר, שלשם מימושו נדרש מעשה קניין נוסף, ואז העסקה כשרה מבחינה הלכתית והרוכש רשאי ליהנות מפירות הנכס. לעומת זאת, אם נקבע המכר החוזר בלשון "ותחזירם לי", לא מדובר כלל במכר והרוכש אינו רשאי ליהנות מפירות הנכס.⁴⁸ המשיב מגיע למסקנה כי הבחנה זו עשויה לסייע בעסקת מתנה על מנת להחזיר אך לא בעסקת מכר חוזר, בשל הצעתו להבחין ביניהן בעקבות הרא"ש, כאמור לעיל.

המשיב שם דגש על העובדה שבמשך שישה חודשים המכירה מהווה "מכירה פסוקה" שגורלה תלוי ברוכש, בעוד המוכר אינו יכול להביא לביטול העסקה בתקופה זו. המשיב מציין כי "בוודאי דרך התגרים הוא זה", ואין ללמוד מכך כי כוונת הצדדים הייתה להסוות עסקת הלוואה כעסקת מכר.

לאחר ניתוחו את המקורות השונים פוסק המשיב כי ניתן לערוך עסקת מכר חוזר כשרה מבחינה הלכתית, ובלבד שההתחייבות למכר חוזר תהיה התחייבות עצמאית ונפרדת שאינה פוגמת בתוקפה של עסקת המכר הבסיסית:

שמלבד הקנין שעושה עמו על המקח יעשה קנין מהמוכר על התנאי הנ"ל באופן שלא תתבטל המכירה אף כשלא יקיים התנאי רק שיהי חיוב בפ"ע (בפני עדים – א"ר) שיתחייב המוכר בקיום תנאי זה מכח הקנין.

נראה כי העובדה שבנסיבות אלה לא תתבטל עסקת המכר הבסיסית למפרע בכל מקרה, מספיקה לדעת המשיב כדי להכשיר את העסקה מבחינה הלכתית, אף שקיים בה מרכיב של מכר חוזר שהינו מחייב ובר אכיפה מבחינה משפטית.

בספר משפט שלום דן המהרש"ם מברז'אן בשאלת תוקפה של עסקת מכר חוזר בה תנאי החזרה נקבע כחלק מעסקת המכר. אגב דיונו, מתאר המהרש"ם מברז'אן עסקה הנהוגה בזמנו ובמקומו,

⁴⁷ ר"ן, תלמוד בבלי, נדרים, כט ע"א, ד"ה "אמר לי אביי וקדושת הגוף לא פגעה". ראו דיונו לעיל, פרק רביעי,

סמוך להערה 16 ואילך. ראו לדיון השוואתי דומה אף ספר עטרת חכמים, יורה דעה, סימן יד.

⁴⁸ השו"ע לעמדת בעל החוות דעת, לעיל הערה 34.

ולפי"ז בדבר הנהוג בזה"ז, שקונים סחורה בכו"כ, והברירה ביד המוכר להחזיר המעות עם ריווח כו"כ על כל מדה עד זמן קצב ויחזור המקח אליו, ונקרא בלשונם קויף אונד ריק קויף. בזה יש לפסוק, דהוי מקח גמור, דהוי לזמן קצב, ובפרט שנכתב בלשון החזרה בדרך מכירה וכמש"ל, ואם נאנס המקח ההיזק על הקונה. וגם בלא"ה י"ל דמהני מכח סטימותא (כך במקור – א"ר)... אבל אם נעשה באמת בדרך הלואה, רק בדרך הערמה כותבים דרך מכירה, ענה"מ (עיין נתיבות המשפט – א"ר) שחילק בזה על המח"א (המחנה אפרים – א"ר). והביא ממהרי"ט ח"א סי' ס"ג, דהמקח בטל גם אם אמר ע"מ שתחזירהו.

זו הפעם היחידה שמצאנו את השם "קויף אונד ריק קויף" – קנייה וקנייה חוזרת בידידש – משמש לתיאור העסקה בספרות השו"ת. המהרש"ם מברז'אן מוכן לתת תוקף משפטי לעסקה כעסקת מכר לזמן קצוב. הוא מציין כי הדבר נכון במיוחד כשהחזרת הנכס לבעליו נעשית אף היא בדרך של מכירה. כפי הנראה כוונתו לכך שנדרש מעשה קניין נוסף. עוד הוא מציין כי המלווה לוקח על עצמו את הסיכון שייגרם נזק למשכון, שאז לא יוכל לבצע את עסקת המכר החוזר. זהו כפי הנראה סממן המעיד על כך שמדובר בעסקת מכר לכל דבר, על הסיכונים הנלווים לה עבור הרוכש. יתר על כן: נכונותו של המהרש"ם מברז'אן להכיר בתוקפה של העסקה אינה מסויגת בכך שמרכיב המכר החוזר ייערך באופן בלתי מחייב מבחינה משפטית. נהפוך הוא. מקביעתו כי העסקה יכולה להיחשב כתקפה מבחינה משפטית גם מכוח סיטומתא – מנהג הסוחרים, עולה כי הכוונה לעסקה שכל מרכיביה הם בני תוקף משפטי.

מבלי לגרוע מהאמור לעיל, מוסיף המהרש"ם מברז'אן וקובע כי אם העסקה היא למעשה עסקת הלואה המוסווית כעסקת מכר לצורכי הערמה, לא תיחשב העסקה כעסקת מכר בעלת תוקף מחייב מבחינה משפטית, וזאת ללא כל תלות בלשון בו נקבע תנאי המכר החוזר. לאור דגשיו של המהרש"ם מברז'אן כפי שפורטו לעיל, יש לשער כי הדרישה שתבצע מכירה חוזרת של הנכס, כמו גם שהרוכש יישא בסיכון שייגרם נזק לנכס בתקופת הביניים שבין המכר למכר החוזר, הם מרכיבי העסקה שעשויים להבחין בין עסקת מכר כשרה ותקפה לעסקת הלואה מוסווית ובטלה.

⁴⁹ ספר משפט שלום, סימן רז, עמ' 101, בסעיף ה עמ' 109. לתולדותיו של המחבר ולדמותו ראו לייטר, רבני עיר אחת, עמ' 38-50.

ג. עסקאות מכר חוזר של הלוואה לגוי המובטחת במשכון

מספרות השו"ת בארצות מזרח אירופה עולה כי נוסף על עסקאות המכר החוזר שנסקרו לעיל, נהגו בהן אף עסקאות מכר חוזר שבהן נכס הבסיס היה הלוואה נושאת ריבית ומובטחת במשכון שהעמיד יהודי לגוי. דיון הלכתי מפורט בעניין זה נמצא בספר אור זרוע, תלמוד בבלי, בבא קמא, עא ע"ב- עב ע"א.⁵⁰ בעל האור זרוע מביא תשובה של ר"י הזקן, אשר נשאל על עסקה שבה מכר מלווה יהודי אחד (אותו נכנה להלן: מוכר הלוואה) למלווה יהודי שני (אותו נכנה להלן: רוכש הלוואה) הלוואה נושאת ריבית ומובטחת במשכון שהועמדה ללווה גוי. הלווה הגוי לא פרע את ההלוואה, והמשכון, ששוויו היה כפול משווי ההלוואה, נותר בידי רוכש ההלוואה. השאלה הייתה, אם מוכר הלוואה רשאי לפדות את המשכון מידי רוכש ההלוואה. תשובת ר' יצחק ב"ר שמואל הייתה כי כדי שעסקת מכירת ההלוואה והמשכון תהיה כשרה מבחינה הלכתית, על מוכר ההלוואה למכור את המשכון לחלוטין לרוכש ההלוואה, כדי שלא תעמוד למוכר ההלוואה זכות לפדות את המשכון מרוכש ההלוואה. אם לא כן, יימצא מוכר ההלוואה גובה ריבית אסורה מרוכש ההלוואה. ר"י הזקן מוסיף ומציין כי מקרה כזה בדיוק קרה לרבנו תם ולו. רבנו תם היה זקוק לכסף וביקש למכור לר"י הזקן הלוואה מובטחת במשכון שהעמיד ללווה גוי. ר"י הזקן העלה חשש כי בכך יימצא גובה ריבית מאת רבנו תם. בתגובה לחשש זה, מכר רבנו תם לר"י הזקן את המשכון לחלוטין והסתלק מכל זכויותיו בו, כדי לפתור את בעיית הריבית.

בעל האור זרוע קובע אפוא את ההלכה כך:

הילכך, הלכה למעשה, ישראל שהלוה מעות לגוי בריבית על המשכון, ולקח המשכון, ואמר לישר' אחר: "משכון זה עומד לי מן הגוי. תלוה לי עליו כך וכך, ומהיום והלאה תקבל כל הריבית שיעלה עליו", הרי ישראל ראשון מסולק הימנו לגמרי, ואע"פ שלא אמר לו בשעת הלוואה: "אני מסתלק ממנו לגמרי". ואם רוצה ישר' שני, אל יחזיר לישר' ראשון כלום, דהוה ליה כאילו מכרו לו: הילכך, אם בא ישראל ראשון לפדותו, ונתרצה ישראל שני להחזיר לו, הרי ישראל שני מקבל מן הראשון כל הריבית, דהוה ליה חוזר ומוכרו לו. ואם בא ישראל ראשון לפדותו מן השני ואינו רוצה להחזיר לו, שרוצה לעכב לעצמו, ובאו לב"ד על ככה, ב"ד פוסקין להם שאינו חייב להחזיר לו ומעכבו לעצמו.

⁵⁰ אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא מציעא, רטו-ריז.

העסקה המתוארת כאן הינה עסקת מכר חוזר של הלוואה נושאת ריבית ומובטחת במשכון לגוי, אלא שמרכיב המכר החוזר נותר בלתי מחייב מבחינה משפטית ומימושו נתון לרצונו הטוב של הרוכש, כשיטת רש"י בסוגיית "מכר לו בית".

בספר תרומת הדשן מן המאה ה-15 מובאת עסקת מכר חוזר מסוג זה לבחינתו ההלכתית של המשיב.⁵¹ מלווה יהודי ביקש למכור לחברו הלוואה נושאת ריבית ומובטחת במשכון שניתנה לגוי, אך ביקש לשמור לעצמו את הזכות לפדות את ההלוואה והמשכון בתוך חודש או חודשיים. יש לשער כי המוכר נזקק למימון לטווח קצר וביקש להשתמש בהלוואה לגוי ובמשכון שקיבל בגינה כבטוחה לקבלת מימון זה. המשיב מביא את דיונו האמור לעיל של בעל ספר אור זרוע. עוד מביא המשיב את דיון הגמרא בסוגיית "מכר לו בית" ושני פירושים לדיון זה – פירושו של רש"י מחד גיסא ופירושו של ר"ח מאידך גיסא.⁵² מסקנתו של המשיב היא כי מבחינה הלכתית נדרשת מכירה מוחלטת של ההלוואה והמשכון. עם זאת, המשיב מבקש למצוא תקנה גם לעסקה שהביאו הצדדים בפניו:

אבל אם אין בדעתו של המוכר למוכרו לחלוטין, אלא רוצה לחזור ולקנותו כשיהיה לו מעות, צריכים לעשות בענין זה שלא יהיה בטוח לגמרי בתנאי גמור להחזיר לו, אלא בטוח בחבירו שקונה ממנו שלא ישנה את דבורו: יקנהו ממנו חבירו בקנין גמור, ויבטיח אותו אח"כ בדברים אמתיים לכשיהיה לו מעות יחזור וימכור אותו לו, בדרך זה פר"ח לעיל. ופירש"י, יאמר בתחילה: "אם ארצה ולא שתבעני בדין, אבל אחשב בדאי אם לא אעשה", ואי גברא דמהימן הוא, מסתמא לא ישנה בדבורו.

ר' ישראל איסרלין בעל תרומת הדשן קובע, כבעל אור זרוע, שכדי להכשיר את מכירת ההלוואה והמשכון מבחינה הלכתית, על הצדדים לעצב את העסקה כך שתהיה מידה מסוימת של ספק בהתממשותו של מרכיב המכר החוזר. הוא מציע שתי גישות אפשריות לכך. לפי פירוש רש"י,

⁵¹ תרומת הדשן, סימן שג, עמ' רלח-רלט. לדמותו הרוחנית של המשיב ר' ישראל איסרלין ראו תמר, איסרלין. לכתבי היד של תרומת הדשן ולאופן עריכתה של המהדורה המודפסת ראו פראס, תרומת הדשן. ראו גם הגהות הרמ"א על שולחן ערוך, יורה דעה, קסט, י"ח, וראו טורי זהב, יורה דעה, סימן קסח-קסט, ד"ה "ואם התנו מתחלה כו".

⁵² את פירוש ר"ח למד בעל תרומת הדשן מהגהות אשרי, תלמוד בבלי, בבא מציעא, פרק ה, סימן כו, המביא את הדברים בשם ספר אור זרוע.

המוכר נדרש להסתמך על מהימנותו וישרו של הרוכש, שיצהיר כי "ייחשב בדאי" אם לא יתקשר בעסקת המכר החוזר. לפי פירוש ר"ח כפי שהבין אותו בעל תרומת הדשן, יש להשלים תחילה את עסקת המכר, ולאחר שהושלמה, הרוכש יבטיח למוכר "בדברים אמיתיים" כי יבצע את עסקת המכר החוזר, אך כפי הנראה לא יגיע כדי התחייבות באמצעות מעשה קניין.

ר' יהושע ולק (פלק) בעל הסמ"ע פיתח היתר זה במאה ה-16 בקונטרס שכתב בעניין ריבית.⁵³ הוא מביא את דברי בעל תרומת הדשן האמורים לעיל, כפי שצוטטו גם על ידי הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך, ועל בסיסם מציע את ההיתר הזה:

ומכאן נ"ל היתר לעשות כן, כשיש לאדם צורך שעה, שימכור אפילו מתכשיטיו במכירה גמורה לחבירו שבטוח בו, אפילו בזול, ואח"כ יחזור ויקחנו ממנו בעדיפת הריבית שחשב עליו הלוקח, ובלבד שלא יהיה תנאי בניהם תחלה כלל; אבל אחר המכירה יכול הלוקח להבטיחו בדברים אמיתיים על כך... ולא כמו שראיתי נוהגין, שראובן מלוה לשמעון אלף זהובים על סחורה שיש לשמעון בביתו, ומקנהו לו בק"ס, אדעתא דהכי שלאחר יום או שעה יתחייב לחזור ולמכרו לו בשט"ח על זמן, ויוסיף לו על האלף הוי כשיעור דמי הריבית; דאין לך הערמי רבית גדולה מזו, כיון שתחילת קניינו הי' אדעתא דהכי:

מדבריו אלו של בעל הסמ"ע אנו לומדים כי במאה ה-16 נהגה בפולין עסקת מכר חוזר במיטלטלין שהייתה זהה במבנה המשפטי שלה לעסקת ההטבה במקרקעין שנהגה באותו זמן בארצות הים התיכון. הלווה מכר סחורה למלווה, ולאחר מכן התחייב המלווה בשטר נפרד לשוב ולמכור את הסחורה ללווה מקץ זמן מסוים, בתמורה ששיקפה את קרן ההלוואה והריבית בגינה. עוד אנו לומדים כי בעל הסמ"ע לא היה מוכן להכשיר נוהג סוחרים זה מבחינה הלכתית אלא ראה בו הערמת ריבית. עם זאת, בעל הסמ"ע היה מוכן להכשיר עסקת מכר חוזר אם מרכיב המכר החוזר לא נערך בשטר מחייב מבחינה משפטית, אלא הלווה היה מוכן לסמוך על יושרו של המלווה שיכבד את עסקת המכר החוזר, והמלווה אף יכול "להבטיחו בדברים אמיתיים על כך" לאחר גמר עסקת המכר הבסיסית. את הכשרו זה ביסס בעל הסמ"ע על היתרו של בעל תרומת הדשן, כפי שאומץ גם על ידי הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך, לעריכת עסקאות מכר חוזר בהן נכס הבסיס

⁵³ קונטרס בעל הסמ"ע, יג, דף ז ע"ב. השו"ב בית יוסף, יורה דעה, סימנים קסח-קסט, יח. הרב ברוך פרנקל תאומים מציין בשו"ת עטרת חכמים, יורה דעה, סימן יד, כי קונטרס זה נכתב בשנת ש"ז, כלומר 1606 או 1607. לניתוח תשובתו של הרב ברוך פרנקל תאומים, ראו להלן, סמוך להערה 55 ואילך.

הוא הלוואה נושאת ריבית לגוי המובטחת במשכון.⁵⁴

בשו"ת עטרת חכמים מובאת תשובתו של ר' ברוך פרנקל תאומים לר' ישראל הלל מבריגיל.⁵⁵

השאלה לא הגיעה לידינו, אך עניינה היה בשטר שצוטט בגוף התשובה, וזה נוסחו:

אני ח"מ מכרתי חפצים למוכ"ז בעד שני מאות ריינש רק שזאת הבטיח לי מוכ"ז שבאם

אתן לו ריוח כפי הזמן שיתעכב שיחזור וימכור לי החפץ הנ"ל ולא לאחר.

המשיב מפרש שטר זה לפי שיטת בעל תרומת הדשן, הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך⁵⁶ ובעל הסמ"ע, ככולל הבטחה למכר חוזר שאינה כרוכה במעשה קניין אלא נסמכת על מהימנותו של הרוכש ואמונו של המוכר שהרוכש יבצע את עסקת המכר החוזר בעתיד, אף מבלי שהרוכש מתחייב במעשה קניין. לדברי המשיב, עסקאות אלה הפכו נפוצות מאוד בפולין בתקופה שתחילתה לפני למעלה ממאתיים שנים ממועד כתיבת התשובה, מאז ניתנו ההיתרים לפי שיטה זו. בנסיבות אלה קובע המשיב כי העסקה כשרה מבחינה הלכתית. המשיב קובע כי הדבר אינו דומה לעסקת "את ונוולא אחי" שבתלמוד הבבלי, שכן שם היה המכר החוזר חלק מעסקת המכר, בעוד בשטר זה המכר החוזר אינו מחייב מבחינה משפטית. מסיבה זו מבחין המשיב אף בין נסיבותיה של העסקה שלפניו ובין הנסיבות של עסקאות המכר החוזר שהובאו בפני מהרי"ט ולא קיבלו את ברכתו ההלכתית.⁵⁷ עוד מציין המשיב כי על אותו בסיס הלכתי ממש נוהגות עסקאות מכירת חמץ לגוי בערב חג הפסח. המשיב מנתח אפוא את הסוגיה של מכר לזמן קצוב מתוך מבט

⁵⁴ היתרו זה של בעל הסמ"ע צוטט בספר נחלת שבעה – שטרות, בהערות המחבר לשטר שאותו הוא מכנה "שטר משכנות של עכו"ם"; ראו נחלת שבעה – שטרות, סימן מב, הערה א.

⁵⁵ שו"ת עטרת חכמים, יורה דעה, סימן יד. הרב ברוך פרנקל תאומים חי ופעל בווישניץ שבפולין ולאחר מכן בלייפניק שבצ'כיה בסוף המאה ה-17 ותחילת המאה ה-18. מסוף התשובה עולה כי ניתנה לאחר שעזב את ווישניץ, כלומר בשנת תק"ס (ספטמבר 1799) ואילך. בריגיל, מקום מושבו של השואל, היא Brzesko שבפולין. להתחקות אחר שושלת משפחת תאומים, ראו לוונשטיין, משפחת תאומים, ולר' ברוך ראו שם, עמ' 350 והלחמי, חכמי ישראל, עמ' רמב-רמג.

⁵⁶ ראו לעיל, סמוך להערה 51 ואילך והאמור בהערה עצמה. ר' ברוך פרנקל תאומים מוסיף ומציין, כי הרמ"א קבע בהגהתו לשולחן ערוך, יורה דעה, קעד, סימן א, כי גם אם לא נקבע תנאי המכר החוזר מפורשות אך יש מנהג בעיר "שכל מי שקונה צריך להחזיר כשיהיו למוכר מעות", די בכך כדי לפסול את העסקה מבחינה הלכתית. עם זאת, לדעת ר' ברוך פרנקל תאומים הדבר אינו חל בארצות בהן אומץ קונטרס הריבית של בעל הסמ"ע, שכן בהן לא קיים מנהג שעסקת המכר החוזר מחייבת מבחינה משפטית.

⁵⁷ ראו שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן כג, עמ' כח-כט.

השוואתי כולל וניסיון לעצב כלל אחיד עם חריגים מוגדרים.⁵⁸

בהמשך ניתוחו מביא המשיב את תשובת בעל שו"ת פני יהושע וההיתר שנכלל בה "בכתיבות השטרות על זקוקים",⁵⁹ שלדברי המשיב התפשט גם הוא ברחבי פולין ב־150 השנים שחלפו מאז ניתנה תשובה זו. נראה כי המשיב מפרש היתר זה כך שעסקת המכר החוזר היא שמבוצעת בתקיעת כף כמנהג הסוחרים, שמהווה מעשה קניין המחייב את הרוכש לבצע את עסקת המכר החוזר:⁶⁰

...ואם לא הי' ת"כ (תקיעת כף – א"ר) כדרך התגרים כפי עצת הגאון פניי הנ"ל אין

באפשר לכוף את הלוקח אם אינו רוצה למכור בהחזרה..."

עם זאת, המשיב מעלה אפשרות נוספת להצדקת עסקאות אלה, שעניינה הבחנה שמציע המשיב בין עסקאות אלה לבין סוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי. לפי הצעת המשיב, סוגיית "מכר לו בית" כפי שפירש אותה רש"י, חלה בנסיבות שבהן עסקת המכר בטלה מעיקרה. לעומת זאת, בעסקאות המכר החוזר הנהוגות בפולין, עסקת המכר המקורית אינה מתבטלת מעיקרה, אלא הרוכש הוא בעליו של הנכס לכל דבר ועניין למשך פרק זמן מסוים, ובסופו הוא מוכר את הנכס בעסקת מכירה נוספת ונפרדת בחזרה לבעליו הקודם. לפי פירוש זה, ניתן להבין את שיטת בעל שו"ת פני יהושע כמתירה את העסקה אף אם המכר החוזר נקבע באופן מחייב מבחינה משפטית, ובלבד שהדבר קרה אחרי שהושלמה עסקת המכר הבסיסית ללא כל תנאי. אך הרב פרנקל תאומים אינו מאמץ גישה פרשנית זו, כיוון שאינה תואמת את שיטתם של בעל תרומת הדשן, הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך ובעל הסמ"ע.

⁵⁸ המשיב מוסיף ודוחה את האפשרות שתיטען טענת אונאה כנגד העסקה בשל כך שהנכסים נמכרים בערך נמוך מאוד יחסית לשווי השוק שלהם. לדבריו, הצדדים מודעים לפערי המחיר והעסקה מעוצבת במכוון כדי לאפשר העמדת מימון ונטילתו בלי לעבור על איסור הריבית.

⁵⁹ שו"ת פני יהושע, חלק א, יורה דעה, סימן ד, עמ' יא. ראו לעיל, סמוך להערה 18 ואילך. כאמור לעיל, בעל שו"ת פני יהושע מוכן להכשיר עסקת מכר חוזר כשנכס הבסיס הוא כסף, ומציע שני מרכיבים לשם הכשרת העסקה: גם הפרדה של מרכיביה לשני שטרות שונים, וגם הפרדה בזמן בין מרכיבי העסקה. ברור מאופן תיאור העסקה, כי שני מרכיביה הינם בעלי תוקף משפטי.

⁶⁰ ראו האמור בהערה 19 לעיל לעניין משמעותה המשפטית של תקיעת הכף והסיבה האפשרית לכך שהועדפה כדרך קניין.

בסוף תשובתו מזכיר הרב ברוך פרנקל תאומים בקצרה שני עניינים נוספים הראויים לציון. האחד כי יש לבחון את העניין גם מצד דינא דמלכותא דינא, שכן לפי דעתו יש גם חוק כללי כלשהו המסדיר הלוואה בדרך של מכר חוזר של מיטלטלין. השני, שעוד בהיותו בווישניץ שקל לבטל את "היתר הזקוקים" של בעל שו"ת פני יהושע,⁶¹ שכן נוכח לדעת שהמון העם, וגם חלק מתלמידי החכמים, אינם מכירים את פרטי ההיתר ואינם עורכים את העסקאות כראוי. אך בסופו של דבר לא ביטל את ההיתר שקבעו גאונים שקדמו לו כדי למצוא פתרון ללוויים ולהימנע מחשש ריבית דאורייתא, וקבע שעדיף שיהיו המון עם שוגגים ולא יהיו מזידים. עם זאת, כשבאו בפניו מקרים שעסקו בהיתר זה, נמנע מלדון בהם, וגם במקרה זה הוא מציע לבית הדין שהפנה אליו את השאלה להביא את הצדדים לפשרה בהסכמה.

תשובתו של הרב ברוך פרנקל תאומים מלמדת את הקורא כמה דברים חשובים. ראשית, היא מלמדת כי בפולין נהגו שני מבנים של עסקת מכר חוזר, ושניהם היו נפוצים ומקובלים. האחד, עסקת מכר חוזר במיטלטלין, שבה מרכיב המכר החוזר לא נקבע באופן מחייב מבחינה משפטית אלא נסמך על מילתו של הרוכש. האחר, עסקת מכר חוזר שבבסיסה שטרי כסף, אותה ניתן להבין באחת משתי דרכים: ייתכן שגם בה מרכיב המכר החוזר לא נקבע באופן מחייב מבחינה משפטית, וייתכן שהוא נקבע באופן מחייב מבחינה משפטית אך בנפרד מעסקת המכר הבסיסית. שנית, התשובה מלמדת אותנו כי המשיב מבכר מבחינה הלכתית את מבנה העסקה שבו המכר החוזר נותר בלתי מחייב מבחינה משפטית, באופן התואם את פירושו של רש"י לסוגיית "מכר לו בית" שבתלמוד הבבלי. עוד אנו לומדים על הסתייגותו של המשיב מעסקאות המכר החוזר שבבסיסן שטרי כסף, בשל העובדה שכפי הנראה נעשה בהן שימוש לרעה באופן שחורג מההיתר ההלכתי. כלומר הסוחרים, כפי הנראה, ערכו גם את מרכיב המכר החוזר כמחייב מבחינה משפטית, ואולי אפילו ללא הפרדה בינו לבין עסקת המכר הבסיסית. עוד יש בתשובה רמז לכך שעסקאות מכר חוזר נהגו גם בקרב הנוצרים בפולין ונחשבו בעיני המשיב כחלק מ"דינא דמלכותא". לבסוף, מאופן ניתוח הסוגיה בידי המשיב ניכר רצון לגזור כלל אחיד ממקרים שונים של בעלות זמנית שנזכרים בספרות ההלכה, בדרך של הבחנה בין העמדות ההלכתיות במקרים השונים בהתאם לנסיבותיהם.

⁶¹ כאמור לעיל, הכוונה להיתר לעסקת מכר חוזר כשנכס הבסיס הוא כסף, המבוסס על שני מרכיבים: גם הפרדה של מרכיבי העסקה לשני שטרות שונים, וגם הפרדה בזמן בין מרכיבי העסקה. ראו הערה 59 לעיל.

ד. עסקת מכר חוזר במקרקעין

בשו"ת צמח צדק מהמאה ה-19 נזכרת עסקת מכר חוזר במקרקעין:⁶²

ע"ד הבית העצים שקנה הר' יונה מהר' שמעון בשטר וכסף, ובו ביום עשה לו הרר"י שטר בחזרה לר"ש, שכשיחזיר לו הכסף יחזיר לו הבית, ולא נז' קנין בשטר זה. ועתה מחזיר ר"ש הכסף להרר"י ואין הרר"י רוצה להחזיר לו, מפני שלא היה קנין, וא"כ במה יתחייב. ור"ש משיב, שהרי מתחלה נדברו ע"ד כן, רק שעשה לו השטר אח"כ; ועוד, דגם בשטר זה די שיתחייב להחזיר לו. גם ר"ש תובע ממנו שכירות עבור הקלייט⁶³ שלו ד' שנים, כיון שמחזיר לו מעותיו, אם כן אין זה מכר, וכשנשתמש בהקלייט ה"ל רבית קצוצה ויוצאה בדיינים:

מהמשך התשובה עולה כי תמורת הקרקע הייתה נמוכה בהרבה משווייה. אף שהמשיב אינו מציין זאת מפורשות, הפרש השווי המשמעותי עשוי ללמד על תכליתה המסחרית של עסקת המכר החוזר – הלוואה מובטחת במשכון, שכמקובל, ערכו עלה בהרבה על גובה הלוואה.

ניתוחו ההלכתי של בעל שו"ת צמח צדק מאמץ את העמדה של רוב פוסקי ארצות אשכנז, שלפיה עסקת מכר חוזר שבה המכר החוזר מחייב מבחינה משפטית, ואינו תלוי ברצונו של הרוכש, לא תיחשב כעסקת מכר אלא כעסקת הלוואה.⁶⁴ המשיב סבור כי זו דעת רוב הפוסקים, אף כשהמכר החוזר נערך באופן מחייב מבחינה משפטית רק לאחר תום עסקת המכר הבסיסית ובנפרד ממנה. לפי גישה זו, צודק המוכר בבקשו דמי שכירות עבור החנות, שהרי אם אין מדובר בעסקת מכר אלא בעסקת הלוואה שבה החנות משמשת כמשכון, השימוש של הרוכש בחנות ללא תמורה מהווה ריבית דאורייתא. עם זאת, המשיב מודע לכך שכמה פוסקים חשובים, אם כי לדעתו מיעוט פוסקים, ובהם הרמב"ם, השו"ע בבית יוסף, הרשב"א ומהריב"ל, הכשירו עסקת מכר חוזר כאשר

⁶² שו"ת צמח צדק, יורה דעה, סימן רצד, עמ' כו-כז.

⁶³ "קלייט" בידידש היא חנות בכלל וחנות מכולת בפרט.

⁶⁴ המשיב חוזר פעמים אחדות על דברים אלה בתשובתו. למשל, "ובגמרא מאי שנא רישא מאי שנא סיפא אמר רבא סיפא דאמר ל"י מדעתו (אם ארצה אחזירם ולא שתתבעני בדין הלכך מותר דאי נמי חזר וקיבל מעותיו עד עכשיו שלו הייתה וחוזר ומוכרה לו אבל רישא שע"כ צריך להחזיר מעיקרא לאו מכר הוא)", וכן: "מזה מבואר דכל היכא שהלוקח בעל כרחו צריך להחזיר לאו מכר הוא. ואפי' הלוקח מעצמו התנדב א"ע כן אחר גמר המכירה רק שעשה הדבר בקנין עד שמוכר להחזיר לאו מכר הוא".

הייתה הפרדה בין שני מרכיבי העסקה. על כן הוא מעלה את האפשרות כי הרוכש יוכל לטעון טענת קים לי כדעת המיעוט ובכך להימנע מלשלם דמי שכירות עבור החנות.⁶⁵ לאחר ניתוח נסיבות המקרה מגיע המשיב למסקנה כי אף דעת המיעוט הייתה קובעת בנסיבות המקרה שלפניו כי אין מדובר בעסקת מכר, שכן ברור כי עסקת המכר החוזר סוכמה בין הצדדים כחלק מתנאי המכר. המשיב מסיק כי עסקת המכר החוזר סוכמה מראש בין הצדדים, בין היתר מכך ששווי הקרקע עלה בהרבה על התמורה ששולמה בגינה. בנסיבות אלה, התנאי תקף אף אם לא נזכר קניין בשטר המאוחר, והרוכש מחויב להחזיר את הקרקע למוכר.⁶⁶ על כן קובע המשיב כי על הרוכש להחזיר את החנות למוכר ולשלם לו דמי שכירות בגין השימוש בה. קביעה זו אינה מעודדת, כמובן, שימוש בעסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית.

ה. ניתוח הממצאים העולים מספרות השו"ת

מהתשובות שהוצגו לעיל עולה כי בכמה מארצות אשכנז, ובוודאי בפולין, נהגו עסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית. נכסי הבסיס בעסקאות אלה היו מיטלטלין וכספים, וכן הלוואות מובטחות במשכון שניתנו ללווה גוי. הדים ראשוניים לעסקאות אלה כבר מצאנו אצל רבנו תם ור"י הזקן, כלומר בצרפת במאה ה-12.⁶⁷ מתחילת המאה ה-16, שהיא התקופה שבה עלתה קרנה של עסקת המכר החוזר באמצעות שטר הטבה בארצות הים התיכון, הפכה עסקת מכר החוזר במיטלטלין ובהלוואות לגויים לנפוצה גם בפולין, ולפי העדויות בספרות השו"ת נותרה בשימוש עד למאה ה-19.

שני מבני עסקה נזכרים בספרות השו"ת בארצות אשכנז. האחד, שזכה לתמיכת רוב המשיבים, שבו עסקת המכר החוזר לא נערכה באמצעות מעשה קניין, אלא הלווה הסתפק בהתחייבות של המלווה. האחר, שייתכן כי נשען על תשובת הפני יהושע, שבו גם מרכיב המכר החוזר נערך באופן מחייב מבחינה משפטית. מן התשובות ניכר כי מבנה העסקה הראשון היה עדיף מבחינה הלכתית על המשיבים, ואילו הסוחרים העדיפו לערוך את העסקה באופן שנראה להם כנותן להם כמה

⁶⁵ למהותה של טענת קים לי ראו בן-מנחם, טענת קים לי.

⁶⁶ המשיב מוסיף וקובע, כי אם נערך השטר בלשון "מעכשיו", התנאי תקף, ולעניין זה אם קבוע בשטר זמן – דינו כדין שטר שנערך "מעכשיו".

⁶⁷ כאמור לעיל, סמוך להערה 14 ואילך, באותה תקופה מצאנו אזכור לעסקת מכר חוזר אף אצל ראב"ן בגרמניה, אך לא נראה כי היא שימשה כפתרון לבעיית הריבית.

שיותר ודאות וביטחון בקיומה על כל מרכיביה. דפוס זה, שבו ההעדפות המסחריות של הסוחרים ממלאות תפקיד משמעותי בגיבוש הפתרון ההלכתי, מוכר אף ממקרה אחר של עיצוב פתרון לבעיית הריבית באותו הזמן ממש – עסקת הקאמביו. מעניין לציין כי גם שם ניכרה נטייה של חלק מהמשיבים למשוך ידם מעיסוק בנושא ולקבוע "הנח להם לישראל" – עדיף שיהיו שוגגים ולא מזידים, ממש כפי שעושה ר' ברוך פרנקל תאומים בעניין עסקאות המכר החוזר ששימשו את סוחרי פולין.⁶⁸

מסקנות אלה תומכות בדעתו של פרופ' ריבלין כי הגורם העיקרי המבחין בין ארצות אגן הים התיכון לבין ארצות אשכנז הוא הגורם המסחרי. כל עוד לא החזיקו הסוחרים היהודים בקרקע שניתן היה להציע כבטוחה, שימשו תחת זאת מיטלטלין, ועל כן התפתחה עסקת מכר חוזר במיטלטלין ולא במקרקעין. כשהשתנה המצב הכלכלי, אנו מוצאים תשובה אחת שבה שימשו מקרקעין כנכס הבסיס לעסקת המכר החוזר. לצד זאת, גם להבדלים בגישה ההלכתית יש משמעות, ובשלהם העדיפו המשיבים בפולין דפוס עסקה שבו המכר החוזר לא נערך באופן מחייב מבחינה משפטית.

יצוין כי שימושם של הסוחרים בעסקת מכר חוזר, לא רק טרם השימוש בהיתר עסקה אלא גם לאחר שהחל השימוש בו, אינו מפתיע עת בוחנים את ההיבטים המסחריים של העסקאות. עסקת המכר החוזר הציעה למלווים יתרון משמעותי על פני היתר העסקה, בדמות בטוחה להלוואה שהועברה לבעלות המלווה וששווייה עלה בדרך כלל באופן ניכר על שווי ההלוואה. בהתחשב ביתרון זה, אין זה מפתיע כי סוחרים רבים בחרו לעשות שימוש במכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית.

עוד ממצא ראוי לציין העולה מספרות השו"ת שנבחנה הוא הגישה, אשר ניכרת אצל משיבים רבים, לנתח את סוגיית המכר החוזר כפתרון לבעיית הריבית כחלק ממכלול מקרים ושימושים במכר חוזר כפתרון לבעיות משפטיות והלכתיות. ניכר כי המשיבים ביקשו ליישב בין המקרים השונים וליצור כלל משפטי-הלכתי אחיד אשר ניתן יהיה ליישום בנסיבות השונות. גישה זו של משיבי תקופת האחרונים שונה מגישתם של רוב המשיבים בתקופת הראשונים אשר ניכרת גם

⁶⁸ לעניין עסקת הקאמביו ראו למשל שו"ת מהרש"ך, חלק ג, סימן ב; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תקיא. הדברים נבחנו על ידי בהרחבה בעבודה שוות ערך לתזה "מכר חוזר" כפתרון לבעיית הריבית בארצות הים התיכון במאות הט"ז-ה"ח", בהנחיית פרופ' ריבלין.

בשולחן ערוך, ולפיה ההתייחסות למקרי המכר החוזר השונים הייתה קזואליסטית בעיקרה – כל מקרה לגופו ולנסיבותיו.

פרק שישי: מסקנות הדיון

א. עמדת המשפט העברי בנוגע להכרה בבעלות לזמן קצוב

1. כללי

במחקר זה הראינו את התמורות המשמעותיות שחלו, בזמנים שונים ובמקומות שונים, בכל הנוגע לעמדת המשפט העברי בנוגע להכרה בבעלות לזמן קצוב.

מחקרנו מעלה כי הרוב המכריע של המקורות מתקופת התנאים שעוסקים בעריכת עסקאות שייתכן כי הינן עסקאות בעלות לזמן, כמו גם בשימוש במתנה על מנת להחזיר לצרכים הלכתיים או מסחריים, אינם נכללים במשנה אלא במקורות תנאיים חיצוניים לה – בתוספתא ובברייתות בשני התלמודים. היעדרם של מבנים משפטיים אלה מן המשנה עשוי לשקף קו הלכתי של עורך המשנה המקפיד על התרחקות מאיסור הריבית. הצעה זו תואמת את העמדות שהביעו כ"ץ וכהן בנוגע להתפתחות איסור הריבית בתקופת חז"ל. עוד ייתכן כי המשנה מבטאת באופן משתמע גישה המסתייגת מעסקאות העברת בעלות זמנית באופן כללי, ללא קשר לחשש הריבית. אפשרות זו נתמכת בכך, שכפי שיובהר להלן, גם דפוסי עסקאות בעלות לזמן שלא בהקשר של פתרון לבעיית הריבית אינם נזכרים במשנה אלא במקורות תנאיים חיצוניים לה. עם זאת, אין במשנה כל הסתייגות עקרונית מפורשת מתוקפן המשפטי של עסקאות בעלות לזמן. על כן, קשה להסיק מסקנה חד־משמעית באשר לעמדתה של המשנה בסוגיה זו.

כפי שיפורט להלן, מחקרנו מעלה כי בתלמוד הירושלמי לא ניכר ככלל שימוש בעסקאות בעלות לזמן, אם כי גם אין הסתייגות מפורשת מעצם קיומן או מתוקפן. התלמוד הבבלי, לעומת זאת, מכיר בעסקאות מכר לזמן קצוב, מתנה על מנת להחזיר והורשה "לך ואחריך לפלוני". על בסיס ניתוח המקורות המתייחסים למכר חוזר הצענו אפשרות כי התלמוד הבבלי אינו מכיר בה כעסקה תקפה, אולם הדבר אינו נובע מהסתייגות עקרונית ממבנה העסקה אלא מחשש מפני הערמה. כלומר מפני הסוואת עסקת הלוואה נושאת ריבית כעסקת מכר חוזר.

ההתייחסויות המעטות הקיימות בידינו מתקופת הגאונים אינן משקפות כל הסתייגות עיונית או עקרונית מעסקאות בעלות לזמן. בתקופה זו אף נזכר שימוש ראשון הלכה למעשה בעסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, אשר הועדף על ידי הסופרים על פני מבני עסקה אחרים וזכה אף לברכתו ההלכתית של אחד המשיבים.

עוד מעלה מחקרנו כי בתקופת הראשונים נחלקו הדעות, וכי ניכרת בה לראשונה מגמה ברורה של חוסר נכונות להכיר בעצם קיומה של בעלות לזמן קצוב. אומנם היו ראשונים אשר קבעו כי המשפט העברי מכיר בעסקאות בעלות לזמן, כפי שהייתה, ככל הנראה, עמדת האמוראים בבבל. אך לצידם נראה כי כמה פוסקים ומשיבים בתקופת הראשונים אחזו בעמדה כי המשפט העברי אינו מכיר בעסקאות בעלות לזמן. לדעתם, עסקאות בעלות לזמן הינן עסקאות העברה של בעלות מלאה המותנית בהשבת הנכס לבעליו הראשון, תנאי שלשם קיומו נדרש מעשה קניין נוסף. אם לא התקיים תנאי ההשבה – העברת הבעלות בטלה מלכתחילה. עמדה זו מצאה ביטוי בדיוני הראשונים בכמה קטגוריות של עסקאות בעלות לזמן, כפי שיובהר להלן.

מסקנת מחקרנו כי המשפט העברי מכיר בבעלות זמנית, וכי עד תקופת הראשונים אף לא הייתה הסתייגות מעמדה זו, תומכת בעמדה שהביע גולאק בנושא זה, שלפיה המשפט העברי מכיר בקיומה של בעלות לזמן קצוב. יש לציין שגולאק מסתמך בעיקר על עמדת הרמב"ם במשנה תורה, אשר אינה משקפת את עמדתם של ראשונים רבים בעניין זה. עם זאת, ממצאי מחקרנו תומכים בדעת גולאק כי המשפט העברי מכיר בבעלות לזמן קצוב, וכי עד תקופת הראשונים זו הייתה העמדה המקובלת. לעומת זאת, ממצאי מחקרנו אינם מתיישבים עם עמדת שלום אלבק, המנתח את עמדת המשפט העברי בתקופת חז"ל, אם כי נסמך גם על מקורות מתקופת הראשונים. לדעת שלום אלבק, הבעלות במשפט העברי היא נצחית במהותה, ועל כן לא תיתכן בעלות לזמן קצוב.

באשר לעמדתם של חוקרים אחרים: ניתוחנו הראה כי אלינסון אומנם מצהיר כי קיימת בעלות זמנית במשפט העברי, אך בהמשך דבריו הוא קובע כי העברת בעלות זמנית הינה העברה של פירות הנכס בלבד. עוד הראה ניתוחנו כי גם אצל שילה, המצהיר אף הוא כי המשפט העברי מכיר בבעלות זמנית, נמצאות אמירות המרמזות כי בעלות לזמן קצוב הינה במהותה קניין פירות, כך שעמדתו אינה ברורה לאשורה. מחקרנו מעלה כי העמדה של אנגלרד ושל ויגודה, שלפיה קיימת בעלות זמנית במשפט העברי, אומנם מתיישבת עם ממצאי המחקר, אולם יש קושי עם נימוקיהם. אנגלרד מתייחס לקביעתו של שלום לרנר האמורה לעיל, אשר מתייחסת למשפט העברי בתקופת חז"ל, בעוד נימוקיו לסתור אותה מבוססים על מקור מתקופת הראשונים. זאת ועוד: מחקרנו מראה כי המקור שעליו מתבסס אנגלרד – דברי הרמב"ם במשנה תורה – אינו משקף בהכרח את דעת רוב הראשונים. כך גם באשר לוויגודה, אשר קובע כי קיימת בעלות לזמן קצוב במשפט העברי, אך מסתמך בקביעתו זו על עמדת הרמב"ם. לבסוף נזכיר את עמדתו של בן דב, שלפיה ההכרה של המשפט העברי במכר לזמן מוגבלת לעסקאות שהן למעשה הלוואה המובטחת

במשכון, ועל כן מכר לזמן קצוב הוא במהותו אחת הקטגוריות של משכנתא. עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם ממצאי מחקרנו, בו הוצגו נסיבות משמעותיות נוספות בהן מכיר המשפט העברי בבעלות לזמן קצוב ושימושים משמעותיים נוספים בעסקאות בעלות לזמן.

2. מכר לזמן קצוב

עסקאות מכר לזמן קצוב נזכרות לראשונה בתלמוד הבבלי, ומעידות על נכונות האמוראים להכיר בבעלות לזמן קצוב. הצענו את ההשערה כי העובדה שעסקאות מכר לזמן קצוב נזכרות לראשונה בדיוני האמוראים, ואף זאת רק בבבל ולא בארץ ישראל, אינה נובעת מהתפתחות בתפיסת הקניין של חז"ל, אלא מהתפתחותם של צורכי המסחר והכלכלה, שהיו שונים בארץ ישראל לעומת בבל ובתקופת האמוראים לעומת תקופת התנאים.

לא מצאנו התייחסות לעסקאות מכר לזמן קצוב בספרות הגאונים. בספרות הראשונים ניכרות גישות שונות לעסקאות אלה. יש ראשונים שהמשיכו את תפיסת הקניין של חז"ל והציגו עמדה עקרונית המכירה בקיומה של עסקת מכר לזמן קצוב. אצל ראשונים אחרים ניכרת הסתייגות מעמדה עקרונית זו. יש ראשונים שקבעו כי בעלות צריכה להינתן לעולמים, וכל קניין שאינו לעולמים הינו קניין פירות. ראשונים אחרים קבעו כי עסקת מכר לזמן קצוב הינה במהותה עסקת שכירות, שאילה או שמירה. לא ברור אם קביעה זו משקפת חוסר נכונות להכיר בעצם תוקפה של עסקת מכר לזמן קצוב, או שהיא משקפת הכרה בתוקפה בד בבד עם ניסיון לרדת לשורש מהותה המסחרית.

3. מכר חוזר

עסקאות מכר חוזר נזכרות לראשונה בברייתות בתוספתא ובתלמוד הבבלי. הראינו כי קיימות גרסאות שונות של הברייתות בתוספתא, אשר חלקן מקנות את זכות המכר החוזר לרוכש וחלקן מקנות אותה למוכר. טענו כי זכות זאת ניתנת למימוש לפי שוויו של הנכס במועד המכר החוזר, מבנה מסחרי שאינו מעלה חשש ריבית. הברייתא שבתלמוד הבבלי מקנה את זכות המכר החוזר למוכר ולפי שווי הנכס בעסקת המכר המקורית, מבנה המעלה חשש שמדובר בהלוואה מובטחת במשכון שבו עושה המלווה שימוש בתקופת ההלוואה.

עמדנו על המחלוקת בין פרנצוס ולרנר לבין ורהפטיג בשאלת השיטות שבהן נשנו ברייתות אלה. פרנצוס ולרנר טוענים כי הברייתא שבתוספתא נשנתה בדעת ר' יהודה, ואילו מקבילתה שבתלמוד

הבבלי נשנתה שלא בדעתו. ורהפטיג חולק על ייחוס מוצע זה. מסקנות ניתוחו תומכות בעמדת ורהפטיג. כך, למשל, חלקה הראשון של הברייתא האמורה נשנה בשיטת חכמים, ואין סיבה לחשוב שחלקה השני נשנה בשיטת ר' יהודה ובניגוד לדעת חכמים מבלי שהדבר נאמר מפורשות. זאת ועוד: הברייתא מובאת הן בתלמוד הבבלי והן בתוספתא כחלק מרצף של ברייתות שעליהן נאמר מפורשות שנשנו שלא כדעת ר' יהודה.

עוד הבאנו את דעת פרנצוס כי הקביעות "אסור" ו"מותר" שבברייתא זו מתייחסות לשאלת אכילת הפירות על ידי הרוכש, והראינו כי אינה מחויבת המציאות. הברייתא מובאת במסגרת דיון התלמוד במשנה "מכר לו את השדה ונתן לו מקצת דמים ואמר לו אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך אסור". על משנה זו שואלת הגמרא: "מי אוכל פירות?" נמצא, שהלשון "אסור" או "מותר" יכולה להיות מכוונת לתוקף העסקה, ואינה מכוונת בהכרח על שאלת אכילת הפירות.

הראינו כי המחקר הקיים רואה בעסקה זו עסקת משכון שנערכה בדרך של מכר חוזר או מכר מותנה. לדעתנו, לא ניתן לקבוע באופן חד־משמעי מה מהות העסקה. זאת ועוד: היעדרה מהמשנה עשוי ללמד כי לדעת רוב התנאים לא הייתה עסקה זו כשרה מבחינה הלכתית.

הדיון האמוראי בעסקת מכר חוזר נמצא בתלמוד הבבלי. הצענו כי העמדת הדיון בהקשר של בעיית הריבית נובעת מעריכה של הסוגיה בדור השישי של האמוראים. הבאנו תימוכין נוספים לעמדת פרנצוס כי בפני הראשונים עמדו שתי גרסאות שונות של דיון אמוראי זה, כמו גם לנוסחה של הגרסה שאינה נמצאת בגמרא שלפנינו. השווינו את עמדת רבא בסוגיה זו לעמדתו בסוגיה קרובה – זו של "את ונוולא אחי", ועמדנו על סתירה לכאורה בין העמדות. לשם יישובה, הצענו כי לשיטת רבא, המרכיב הקובע הוא הסתמכות המוכר על תנאי המכר החוזר, אשר נגזרת מזהות המתנה. כאשר המוכר קובע את תנאי המכר החוזר, המוכר מסתמך על כך ואינו גומר בדעתו להתקשר בעסקת מכר מחייבת. לעומת זאת, כאשר הרוכש קובע את תנאי המכר החוזר, המוכר אינו מסתמך על כך וגומר בדעתו להתקשר בעסקת מכר מחייבת ומלאה, ללא מכר חוזר. "אסור" ו"מותר" שבברייתת "מכר לו בית" מתייחסים אפוא לתוקפה של עסקת המכר, שלא כדעת פרנצוס שהובאה לעיל. לפי הצעתנו זו, אמוראי בבל לא הכירו בעסקת מכר חוזר כעסקה תקפה מבחינה הלכתית, בניגוד לעמדות שהובעו במחקר עד כה. הצענו כי הדבר אינו נובע מתפיסה משפטית-עקרונית השוללת עסקאות בעלות לזמן, אלא מחשש מהשימוש בדפוס עסקה זה לשם עריכת עסקאות הלוואה נושאות ריבית המוסוות כעסקת מכר.

בתקופת הגאונים קיימת עדות מובהקת ראשונה לשימוש בעסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית, הנשענות על שילוב של שני מרכיבים: קביעת עסקת המכר החוזר בשטר נפרד ומאוחר בזמן לעסקת המכר הבסיסית, ועריכת עסקת המכר החוזר ביוזמת הרוכש, אף שהיא נועדה לטובת המוכר.

בתקופת הראשונים ניכרות דעות שונות באשר לתוקפה של עסקת מכר חוזר. הראינו כי לפי רוב הדעות, עסקת מכר חוזר שבה נכלל תנאי המכר החוזר בעסקה הבסיסית הינה עסקת הלוואה ולא עסקת מכר, אך קיימת גם דעת מיעוט המכירה בה כעסקת מכר תקפה, אך אוסרת על הרוכש ליהנות מפירות הנכס בשל איסור ריבית דרבנן. עמדנו על כך שדעת מיעוט זו תואמת את העמדה שהביעו רבה בר רב הונא ורבא בתלמוד הבבלי, בסוגיית "את ונוולא אחי".

עוד הראינו כי בניגוד לדעות שהובעו במחקר הקיים, עמדות הראשונים באשר לעסקת מכר חוזר חצו גבולות גיאוגרפיים. לצד ראשונים ספרדים בולטים שהכירו בתוקף העסקה, היו ראשונים ספרדים שסירבו להכיר בה, ולצד ראשונים אשכנזים בולטים שנמנעו להכיר בתוקף העסקה, היה ראב"ן מוכן להכיר בתוקפה. עוד הראינו כי בקרב הראשונים קיימות דעות רבות באשר למרכיב הקובע לעניין הכשרת העסקה – עיתוי ההתניה, זהות המתנה או שילוב של שניהם, וכי ראשונים אשר הגיעו לאותה מסקנה הלכתית עשו זאת לעיתים על בסיס הנמקות שונות באשר למרכיב קובע זה. לעניין זה הוספנו והראינו כי עמדת חכמי פרובנס בעניין זה הושפעה הן מדעת רוב חכמי אשכנז וצרפת והן מדעתו של ר' ברוך הספרדי – ראשון איטלקי.

הקדשנו דיון נפרד ונרחב לעמדת הרמב"ם בסוגיית המכר החוזר. פרשנים וחוקרים כאחד עמדו על סתירה לכאורה בין עמדות הרמב"ם במקומות שונים במשנה תורה – הלכות מכירה לעומת הלכות מלוה ולוה – והציעו הסברים שונים לשם יישובה. ניתוח תשובה של הרמב"ם שטרם נבחנה במחקר העלה כי הרמב"ם שולל את תוקפה הקנייני של עסקת מכר חוזר שבה נכלל תנאי המכר החוזר בעסקת המכר הבסיסית, ורואה בה עסקת הלוואה. רק במקום שבו מסתיים המכר ללא כל תנאי, ורק אחר כך מקבל על עצמו הרוכש מיוזמתו את תנאי המכר החוזר, מקנה הרמב"ם תוקף מלא לעסקה ולתנאי ההשבה ומתיר לרוכש ליהנות מפירות הממכר.

באשר לסתירה לכאורה בדברי הרמב"ם במשנה תורה, הצענו כי הדיון של הרמב"ם בהלכות מכירה מוקדש לעסקת מכר חוזר שבבירור אינה עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר. לשיטת הרמב"ם, מצד דיני הקניין לא קיים קושי בעסקת מכר חוזר מסוג זה. עם זאת, אם

המוכר קובע את תנאי המכר החוזר, העסקה נגועה באיסור ריבית דרבנן, ולכן רק המוכר רשאי ליהנות מפירות הממכר. לעומת זאת, אם התנאי נקבע על ידי הרוכש בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, אין חשש ריבית דרבנן והרוכש רשאי ליהנות מפירות הממכר. לעומת זאת, הדיון של הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה מוקדש לעסקת מכר חוזר שניכר מתנאיה שהינה עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר. גם במקרה זה מבחין הרמב"ם בין שתי אפשרויות. אם תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מתנאי עסקת המכר הבסיסית, אזי לעסקה אין כל תוקף קנייני, אלא מדובר בעסקת הלוואה שפירותיה הם ריבית קצוצה. לעומת זאת, אם הרוכש קובע את תנאי המכר החוזר בנפרד מעסקת המכר הבסיסית, מדובר בעסקת מכר חוזר תקיפה מבחינה קניינית וכשרה מבחינת איסור הריבית.

כן הקדשנו דיון נרחב לעמדת הרשב"א בסוגיית המכר החוזר, שבמסגרתו בחנו בין היתר תשובות של הרשב"א שלא נבחנו במחקר עד כה. ממצאי מחקרנו תומכים בדעת ריבלין כי עסקת המכר החוזר שהובאה בפני הרשב"א לא נועדה ככלל לשמש כפתרון לבעיית הריבית, אלא שימשה לצורכי תכנון המס של המוכר. עם זאת, הראינו כי הרשב"א היה מודע לבעיית הריבית וזו נזכרת תדיר בתשובותיו. עוד הראינו כי הרשב"א הביע עמדות הלכתיות שונות בחלק מתשובותיו באשר לתוקפה של עסקת מכר חוזר. בכמה תשובות הרשב"א מאמץ את הדעה כי הפרדה בזמן בין מרכיבי העסקה וקביעת המכר החוזר ביוזמת הרוכש, מכשירות את העסקה. בתשובה אחרת מוסיף הרשב"א דרישה שלישית, שלפיה על המוכר לאמץ באופן פעיל את יוזמת הרוכש ולעגן את עסקת המכר החוזר באופן מחייב מבחינה משפטית. כן עמדנו על סתירה לכאורה בין עמדת הרשב"א כפי שהיא משתקפת בספרות הפרשנית לעמדתו כפי שהיא משתקפת בתשובותיו, עניין המדגים את יתרונה של ספרות התשובות בבואנו לעמוד על עמדתו ההלכתית של חכם לאשורה.

לגבי אחת מתשובות הרשב"א, הבאנו את דעת ריבלין כי הרשב"א קבע כי עסקת המכר באותו מקרה הייתה מוחלטת ולא זמנית, ואת דעת פרי כי הרשב"א לא סירב להכיר בעסקאות מכר חוזר ככלל אלא רק בנסיבות המקרה, שבהן המוכר לא ניסה כלל לממש את תנאי המכר החוזר שהוא טען שסוכם בין הצדדים. ניתוחנו מעלה כי בנסיבות מקרה זה, הצדק עם שניהם, ושני נימוקים אלה שימשו יסוד לתשובת הרשב"א.

עוד העלה מחקרנו כי כמה ראשונים ספרדים פירשו את עמדת הרי"ף באופן המוציא את דבריו מפשוטם, וכי רבנו ירוחם נהג באופן דומה בעמדת הרמב"ם. שיערנו כי הדבר עשוי לנבוע מכך שהמקורות הישירים לא עמדו בפני הראשונים המצטטים. אפשרות אחרת היא כי הראשונים

האמורים ביקשו לגייס את הרי"ף ואת הרמב"ם כתומכים בעמדתם.

4. מתנה על מנת להחזיר

א. כללי

המקורות שנבחנו במחקרנו תומכים בדעות שהושמעו עד כה במחקר כי בתקופת התנאים נדרשה "מתנה גמורה" לשם קיום מצוות, כגון פדיון הבן ויציאה ידי חובת נטילת לולב ביום טוב ראשון של חג סוכות, וכי בתקופת האמוראים נחלקו הדעות. העמדה בארץ ישראל שללה את השימוש במתנה על מנת להחזיר לפתרון בעיות הלכתיות ומשפטיות, ולעומת זאת אמוראי בבל הכירו במוסד המתנה על מנת להחזיר. הצענו כי יש לאחר את אימוצו של מוסד המתנה על מנת להחזיר על ידי אמוראי בבל לזמנו של רב אשי. כלומר לדור השישי של אמוראי בבל.

כל המקורות מתקופת חז"ל אשר מתייחסים לנתינת חמץ לגוי בפסח קובעים כי נדרשת לשם כך "מתנה גמורה". ייתכן כי הדבר נובע מחומרת איסור חמץ בפסח. ראינו כי בברייתא הרלוונטית שמובאת בספר הלכות גדולות הנוסח הוא "ובלבד שלא יערים" חלף "ובלבד שיתנו לו במתנה גמורה".

הוספנו ובחנו את השאלה, מדוע לא הכירו המקורות הארץ ישראליים במתנה על מנת להחזיר ככלי משפטי לגיטימי. לא ניכרת בהם כל הסתייגות מעצם ההתניה, ואין בהם כל קביעה השוללת את תוקפה של מתנה על מנת להחזיר. הצענו השערה שלפיה החשש מהערמה הוא שעמד ביסוד התרחקותם של המקורות הארץ ישראליים מהמתנה על מנת להחזיר כפתרון לבעיות הלכתיות. בבבל, לעומת זאת, הייתה נכונות לאפשר את השימוש במוסד זה כפתרון לקיום מצוות מסוימות, ללא חשש מבעיה של הערמה, או אולי על אף חשש זה. לפי השערתנו זו, הגישה השונה של אמוראי בבל וארץ ישראל לעניין השימוש במוסד המתנה על מנת להחזיר אינה מלמדת על גישה שונה למתנה על מנת להחזיר כמוסד משפטי, אלא על גישה שונה לעניין ההערמה.

בתלמוד הבבלי מוזכרת קביעה של רבא לעניין קביעת תנאי בדבר החזרת כסף לידי המשלם בהקשרים שונים: כסף המשולם כמעשה קניין בעסקת מכר, כסף המשמש לשם קידושי אישה, כסף המשמש לפדיון הבן וכסף הניתן כתרומה. רב אשי קובע כי עמדת רבא התירה תנאי זה למעט בהקשר של קידושי אישה. זו הכרה הלכתית במתנה על מנת להחזיר, הפעם גם בהקשרים מסחריים.

הבאנו שתי תשובות מתקופת הגאונים, מהן ניכרת הכרה של הגאונים במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר. מתשובה אחת עולה כי המתנה שבה לנותן עם הגיע מועד החזרה (באותו מקרה – פטירת המקבל), ללא צורך בפעולה כלשהי מצד המקבל.

הראינו כי בעמדות הראשונים באשר למהותה של מתנה על מנת להחזיר ניכרות שתי גישות עיקריות. יש שקבעו כי מתנה על מנת להחזיר היא מתנה לכל דבר, וכי היא שבה לנותן ללא צורך במעשה קניין נוסף. קביעות אלה משקפות עמדה המכירה בקיומה של בעלות לזמן קצוב. אחרים קבעו כי מתנה על מנת להחזיר הינה למעשה מתנה מותנית בתנאי מתלה – מתנה שלמה המותנית בהחזרתה לנותן, תנאי שלשם קיומו נדרש מעשה קניין נוסף. מעמדה זו משתמע חוסר נכונות להכיר בקניין לזמן קצוב.

עוד הראינו כי ניכרות דעות שונות של הראשונים באשר למהותה של מתנה על מנת להחזיר, שייתכן שיש בהן כדי להשליך על מידת הנכונות להכיר בה כמתנה לכל דבר. יש שראו בה מתנה במהותה המסחרית, ואילו אחרים ראו בה עסקת שאילה או שמירה. רוב הראשונים הכירו באפשרות שיש למקבל מתנה על מנת להחזיר, להקדיש אותה. כמה ראשונים התירו למקבל מתנה על מנת להחזיר לעשות בה שימוש לצרכים הלכתיים ומשפטיים מסוימים, כגון לברך על טלית שהתקבלה במתנה על מנת להחזיר, לקדש אישה, לבצע חליצה ולקיים שבועה לתת נכס במתנה על ידי נתינתו במתנה על מנת להחזיר. נראה כי הדעה המקובלת בקרב הראשונים, ובכללם הרמב"ם, הייתה כי לא ניתן לתת חמץ לגוי ערב חג הפסח באמצעות מתנה על מנת להחזיר, וייתכן כי הדבר נבע מחומרת איסור החמץ בחג הפסח. כן ניכרות דעות שונות בקרב הראשונים באשר לכוחו של מקבל מתנה על מנת להחזיר לתת אותה במתנה לאחר, לשעבדה לטובת אחר ולהשאילה לאחר, לאפשרות לעשות בה שימוש לשם פדיון הבכור, וכן באשר לאחריותו של מקבל מתנה על מנת להחזיר כלפי נותן המתנה אם נגנבה או אבדה טרם השבתה.

יש לציין כי במקום שבו קבע פוסק או משיב מהראשונים כי מתנה על מנת להחזיר הינה מתנה שלמה המותנית בתנאי מתלה, מטבע קביעתו זו משתמעת הכרה במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר. על כן, יש לבחון את מכלול עמדותיו של כל פוסק ומשיב לשם הגעה למסקנה בדבר מידת נכונותו להכיר במתנה על מנת להחזיר ככלי משפטי היוצר קניין לזמן קצוב.

ב. הברחת נכסים מנושים

שטר הפיסטיס מוזכר בכמה ברייתות בתוספתא ובתלמודים. בחלק מהמקורות מוצג שטר

הפיסטיס כשטר מתנה על מנת להחזיר שבאמצעותו מבריחה אישה נכסים מבעלה לעתיד, ולא נשמעת כל הסתייגות מתוקפו או מעצם השימוש בו. במקורות אחרים קיימת התייחסות ביקורתית לשימוש בשטר פיסטיס. הצענו כי המקורות השונים מתייחסים לשתי עסקאות שונות המכונות "שטר פיסטיס". האחת היא עסקת מתנה שמטרתה לסייע לאישה להבריח נכסיה מבעלה לעתיד. השנייה היא עסקת הלוואה המוסווית כעסקת מכר, שבה הלווה מוכר נכס למלווה ונתן אמונו במלווה שעם השבת ההלוואה יושב המצב לקדמותו. הצעה זו תואמת את ההשערות הקיימות במחקר כי השם "שטר פיסטיס" שימש ככינוי לסוגים שונים של עסקאות, בהן העברת נכס במתנה ללא קבלת כספים, משכנתא שנערכת בצורה של מכר גמור, והלוואה ללא שטר וללא משכון. עם זאת, לדעתנו לא ניתן להכריע בטענת חלק מהחוקרים כי שטר הפיסטיס מייצג עסקת הלוואה שהוסוותה כעסקת מכר חוזר.

מחקרנו מעלה כי ספרות הראשונים המתייחסת להברחת נכסים מנושים מציגה תמונה מורכבת. ספר השטרות לר' יהודה הברצלוני כולל שטר פסים שהינו שטר מתנה על מנת להחזיר, שנועד להברחת נכסים מנושים. עוד מוזכרת בספרות הראשונים שבועה שתיקנו חכמים כבר בתקופת הגאונים כי החייב לא נתן נכסיו לאחרים במתנה על מנת להחזיר. שני אלה מעידים על עמדה הלכתית שכנראה הייתה נפוצה בעת המעבר מתקופת הגאונים לתקופת הראשונים, לפיה ניתן להבריח נכסים מנושים באמצעות מתנה על מנת להחזיר.

לעומת זאת, עמדתו של רבנו תם, כפי שהובאה בתוספות וכפי שאומצה על ידי כמה ממשיבי תקופת הראשונים, דורשת כי המתנה תהיה "מתנה גמורה", שהיא בין היתר "מתנת עולמים". לדעתנו, עמדתו של רבנו תם השפיעה בצורה ניכרת על עמדות הראשונים הבאים אחריו, באשכנז ובספרד כאחד. עם זאת, הראינו כי אצל משיבים מאוחרים לרבנו תם ניכרת מגמה של צמצום ההכרה ההלכתית בשטרי הברחת נכסים, עד כדי חוסר נכונות של כמה משיבים להכיר בתוקפה של מתנה שניתנה לשם הברחת נכסים בנסיבות מסוימות, אף שלא קבעו כלל גורף נגד ההכרה בה. הרא"ש קבע עמדה הלכתית שונה מזו של רבנו תם, ובה הכריז מלחמה כנגד מתנות שנועדו לשם הברחת נכסים מנושים וקבע כי תהיינה בטלות. חלק מהפוסקים שבאו אחריו אימצו עמדתו זו.

בחנו את מהותה של ההבחנה שיצר רבנו תם ואימצו ראשונים רבים בין מתנה גמורה לבין מתנה מותנית ואת משמעותה. עיון בתשובות הראשונים בסוגיה הקרובה של הברחת נכסים מנושים גויים הראה כי הבחנה זו אינה מעידה על גישה עקרונית של המשפט העברי שאינה מכירה במתנה על מנת להחזיר כמתנה לכל דבר, כיוון שבנסיבות של הברחת נכסים מהגויים או מרשויות הגויים,

אשר לא נתפסה כנגועה בפגם מוסרי בשל היחס הקשה והמפלה של הגויים כלפי היהודים, ראשונים רבים הציעו מפורשות לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחה יעילה של הנכסים. המסקנה שהצענו היא כי הסתייגות הראשונים משימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים לא נבעה מהסתייגות מהמבנה המשפטי שלה אלא מתכלית השימוש בה – הברחת נכסים מנושים יהודים, ומהרצון לצמצם תופעה זו.

5. הורשה "לך ואחריך לפלוני"

הורשה "לך ואחריך לפלוני" נדונה בכמה ברייתות תנאיות. ירון סבור כי ברייתות אלה מלמדות כי רוב הזוכים השונים בהורשה "לך ואחריך לפלוני" זכו בקניין פירות בלבד, ורק הזוכה האחרון זכה בבעלות בנכסים. ניתוחנו מעלה כי תיתכן פרשנות אחרת לברייתות התנאיות, ועל כן לא ניתן להסיק מהן מסקנות ברורות באשר לעמדת התנאים בשאלת קיומה של בעלות זמנית בנכס אגב הורשה "לך ואחריך לפלוני".

אמוראי ארץ ישראל קבעו להלכה, על בסיס הברייתות התנאיות בעניין זה, כי הזוכה הראשון מבין זוכים אחדים בהורשה "לך ואחריך לפלוני", קונה בעלות מלאה ושלמה על הנכס, המוגבלת רק בכך שאין בכוחו להורישו לצדדים שלישיים במתנת שכיב מרע או במתנת בריא. בכך נשמרת כוונת הנותן כי גם הזוכים הבאים בתור יזכו ליהנות מהנכסים אם ייוותרו בחיים לאחר פטירת הזוכה הראשון. ניתוחנו מעלה כי קביעות אלה מתיישבות עם נוסחת הירושלמי על פי כתב יד רוזנטל, ועל כן הצענו כי נוסח זה הוא שעמד בפני אמוראי ארץ ישראל.

גם לפי רוב המקורות שבתלמוד הבבלי, הזוכה הראשון קונה בעלות מלאה ושלמה על הנכס והוא חופשי לפעול בנכסים כראות עיניו תוך התעלמות מזכויות הזוכה השני. המגבלה היחידה המוטלת על הזוכה הראשון לפי אמוראי בבל היא כי אינו יכול לתתם במתנת שכיב מרע. לכך יש להוסיף את עמדת רב הונא בריה דרב יהושע, שמכרסמת בכוחו של מקבל נכס לימי חייו בלבד לתתו במתנה לבנו הקטן; ואף חריג זה אינו מחייב לקבוע כי המקבל נכס לימי חייו לא קיבל בעלות בו. מסקנתנו הינה כי עמדת התלמוד הבבלי המשתקפת מרוב דיוניו בסוגיית הורשה "לך ואחריך לפלוני" היא כי אין מניעה עיונית כי אדם יזכה בבעלות לזמן קצוב בנכס. מסקנה זו תומכת בעמדתם של שילה ושל ריבלין, ושונה מעמדת שלום אלבק.

מחקרנו מראה כי בספרות הראשונים קיימות שתי גישות שונות להורשה "לך ואחריך לפלוני". כמה מחשובי הראשונים אימצו את עמדת אמוראי בבל, שלפיה במקרה זה הזוכה הראשון מקבל

בעלות בנכסים המוגבלת בזמן לתקופת חייו. ראשוניים חשובים אחרים קבעו כי הזוכה הראשון מקבל בעלות בנכסים רק אם אינם חוזרים בסופו של דבר לנותן. אם חוזרים הנכסים לנותן – הזוכים בנכסים מקבלים קניין פירות בלבד ולא בעלות בגוף הנכס. עמדה שנייה זו משקפת קו פרשני המשותף לרוב הראשוניים שהתייחסו לסוגיה זו. ראשוניים אלה קבעו כי במקרה שבו הנכס עתיד לחזור לנותן, הנותן שייר לעצמו זיקה לנכס ועל כן לא העניק בעלות בו לאחרים. חלק מהראשוניים קבעו מפורשות כי בנסיבות אלה נותרת הבעלות בנכס בידי הנותן, והזוכים בנכס מקבלים קניין פירות בלבד. הראינו כי לא ניכרת הבחנה לעניין זה בין ראשוני אשכנז, פרובנס וספרד, ואף לא בין ראשוני המאה ה־10 לאלו בני המאה ה־14.

יצוין כי אחד מן הראשוניים הוסיף וקבע כי במקרה של נתינה לפרק זמן הקצר מחיי המקבל, כגון נתינה לאדם לעשר שנים ואחריו לפלוני, לא התכוון הנותן לתת מתנה גמורה לזוכה הראשון וזה אינו מקבל בעלות בנכסים. עם זאת, נראה כי קביעה זו נשענת על אומד דעתו של הנותן, ועל כן אינה משקפת בהכרח עמדה עקרונית נגד ההכרה בבעלות לזמן קצוב. ראשון אחר הביע עמדה שונה בעניין זה.

לדעתנו, עמדתם של רוב הראשוניים ניתנת להבנה בשתי צורות שונות. מחד גיסא ניתן לטעון כי היא משקפת הכרה עקרונית של המשפט העברי בבעלות לזמן קצוב של הזוכה הראשון, למעט במקרה החריג שבו הנכס עתיד לחזור לנותן. במקרה חריג זה, אומדים את דעת הנותן כי לא התכוון להסתלק לחלוטין מבעלותו בנכס, ועל כן הזוכה בנכס אינו מקבל בעלות בנכס אלא זכות לאכול את פירותיו בלבד. מקרה חריג זה אינו נובע אפוא מקושי עיוני עם ההכרה בבעלות זמנית ככזו, אלא מאומד דעתו של הנותן בנסיבות הספציפיות של המקרה. מאידך גיסא ניתן לטעון כי המקרה של "לך ואחריך לעצמי" הוא מקרה מובהק יותר של יצירת בעלות לזמן קצוב, ועל כן חוסר הנכונות להכיר בו כמקרה של העברת בעלות עשוי ללמד על קושי עיוני עם המודל של בעלות לזמן קצוב.

6. עסקאות נוספות

הבאנו את הברייתות בתוספתא ובשני התלמודים שעניינן עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר". סברנו כי מכל הגרסאות של ברייתא זו לא ניתן ללמוד כי לר' יהודה אכן הייתה שיטה נפרדת ושונה משיטת חכמים בעניין זה, ובוודאי שלא ניתן ללמוד מה הייתה שיטתו. האמוראים הם שמייחסים לר' יהודה שיטה שונה ונפרדת בעניין "צד אחד בריבית", ומציעים כמה הסברים

שונים באשר למהותה של שיטתו. הראינו כי לפי דעת רב האי גאון, עסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר" היא עסקת מכר חוזר בה תנאי המכר החוזר נקבע כחלק מעסקת המכר הבסיסית, ולפי שיטת הראשונים היא עסקת משכון בדרך של מכר מותנה. בין החוקרים, יש שאימצו את דעת הגאונים וראו בה עסקת מכר חוזר, ויש שאימצו את דעת הראשונים וראו בה עסקת מכר מותנה, חלקם בתנאי מתלה וחלקם בתנאי מפסיק. הצענו כי תחת הכותרת "כתב (או עשה) שדהו מכר" נכללות התייחסויות לשתי עסקאות שונות: במקורות הארץ ישראלים ההתייחסות היא לעסקת מכר חוזר, הנסמכת על דעת ר' אלעזר בן עזריה, ואילו במקורות הבבליים ההתייחסות היא לעסקת מכר מותנה, הנסמכת על דעת חכמים. הצעה זו מסבירה רבים מההבדלים שבניסוחי הברייתות המקבילות, וכן את הפרשנות השונה של הגאונים לעומת הראשונים בבארם את מהות העסקה. מכל מקום, לא ניתן להכריע בבירור בדבר מהותה של העסקה ואם היא משקפת היתר בדעת רוב לעסקת בעלות לזמן.

הצגנו את עמדת ר' מאיר כי יש למכור בית כנסת על תנאי שניתן יהיה לרוכשו בחזרה, והצענו כי התנאים, וכמוהם אמוראי ארץ ישראל, לא ראו חשש ריבית בעסקה זו, כיוון שהמכר החוזר בוצע בשווי השוק של בית הכנסת. אמוראי בבל הם שהעלו לראשונה את חשש הריבית. מכל מקום, ברור כי לפחות ר' מאיר ראה בעסקאות בעלות לזמן כלי משפטי לגיטימי.

הצגנו את המקורות מתקופת חז"ל לעניין גט על מנת להחזיר. הראינו כי התלמוד הירושלמי נותר עקבי בעמדתו כי נדרשת "מתנה גמורה" גם בהקשר זה, ואילו התלמוד הבבלי נותר עקבי בעמדתו כי ניתן לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר גם בהקשר זה. מהתוספתא, לעומת זאת, משתמע כי במקרה זה היא מכירה במתנה על מנת להחזיר, בניגוד לכאורה לעמדתה במקרים אחרים שהוצגו לעיל. הצענו כמה הסברים אפשריים לכך.

בחנו את המקורות התנאיים המתייחסים לעסקת "מכאן ועד שלש שנים". הראינו כי לפי מסורת הגאונים, עסקה זו נערכה בדרך של מכר חוזר או מכר מותנה, אך דעת הראשונים, האחרונים והחוקרים שונה, ולא ניתן להכריע בדבר המבנה המשפטי המדויק של עסקה זו.

בחנו את עסקת "אימתי שתראה אני בא נותן דמה ונוטלה". הצענו כי לפי חלק מהגרסאות מדובר באופציית פוט, המאפשרת לרוכש הנכס לחייב את המוכר המקורי לרכוש ממנו את הנכס, ולפי גרסאות אחרות מדובר באופציית קול, המאפשרת למוכר המקורי לחייב את הרוכש לשוב ולמכור לו את השדה, אשר בכל מקרה ניתנת מימוש לפי שווי של הנכס ביום מימוש האופציה, שלא

כדעת גולאק. משום שהאופציה ניתנת למימוש לפי שווייה, שאינו ידוע מראש, העסקה אינה מעלה חשש ריבית.

בחנו את המקורות השונים מתקופת התנאים העוסקים בליקוח לעניין מעשר בהמה, והראינו כי לא ניתן להכריע אם הם מעגנים עסקת מכר חוזר שזכתה לאישור התנאים.

ב. השימוש בעסקאות בעלות לזמן הלכה למעשה

בדיקתנו את המקורות מראה מגמה של התפתחות בכל הנוגע לשימוש בעסקאות העברת בעלות זמנית לפתרון בעיות משפטיות בכלל ובעיית הריבית בפרט, כמו גם בכל הנוגע לשימוש בהן לפתרון בעיות הלכתיות.

1. פתרון לבעיית הריבית

הצגנו כמה דפוסי עסקה שנהגו בתקופת התנאים ובחנו את האפשרות שהם היוו עסקאות מכר לזמן קצוב ששימשו לשם יצירת הלוואות מובטחות במשכון וייתכן שאף נושאות ריבית. על דפוסי עסקה אלה נמנים עסקת "מכאן ועד שלש שנים", שהגאונים ראו בה עסקת מכר לזמן קצוב; שטר הפיסטיס ושטר האמנה, שלפי כמה דעות שימשו בין היתר לשם מתן הלוואה או העמדת משכון בדרך של מכר חוזר, אם כי מרכיב המכר החוזר נותר כהבנה לברי־משפטית בין הצדדים; ועסקת "כתב (או עשה) שדהו מכר", שחלק מהחוקרים רואים בה עסקת מכר חוזר או מכר מותנה בתנאי מפסיק.

ריבוי העסקאות המוזכרות, ההקשר שבו מוזכרות רובן – יצירת משכון תוך הנאה מפירותיו, בניסיון להתגבר על איסור הריבית, האופן שבו הובנו בתקופות מאוחרות יותר, וקיומן של עסקאות מכר לזמן קצוב במשפטי עמי האזור, כל אלה תומכים במסקנה כי עסקאות אלה נהגו גם במשפט העברי בתקופת התנאים. עם זאת, לדעתנו המקורות שבידינו אינם מספקים ראיה חד־משמעית לכך.

בחנו במחקרנו את הברייתא העוסקת בעסקת "מכר לו בית", ממנה התפתחה עסקת המכר החוזר שנהגה החל מתקופת הגאונים ואילך, ואת הדיון האמוראי בה. כפי שהובהר לעיל, לדעתנו, מהותה של עסקה זו כפי שנהגה בתקופת חז"ל אינה ברורה, וכן לא ברור עד כמה הייתה בשימוש נפוץ. למעשה, לפי הצעתנו להבנת הדיון האמוראי בשתי הסוגיות הקרובות זו לזו – "מכר לו בית" ו"את ונוולא אחי", נראה כי האמוראים לא הכירו בעסקת מכר חוזר כפתרון תקף לבעיית

הריבית, מה שבהכרח משליך על האפשרות שנעשה בה שימוש הלכה למעשה.

בתקופת הגאונים קיימת עדות ראשונה, אך בודדת, לשימוש הלכה למעשה בעסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית. בקרב החוקרים קיימת מחלוקת עד כמה היו עסקאות מכר חוזר נפוצות בתקופת הראשונים ומה הייתה תכליתן המסחרית – אם שימשו כפתרון לבעיית הריבית או לצרכים מסחריים אחרים, ובעיקר כתכנון מס. על בסיס ממצאי מחקרנו, ניכר כי צדק ריבלין בטענתו כי עניין הריבית לא עמד ככלל בבסיס עסקאות המכר החוזר שנבחנו על ידי הרשב"א. עם זאת, הרשב"א עצמו היה מודע להיבט איסור הריבית שעלול להיות כרוך בעסקה והדגישו בתשובותיו.

החוקרים שעסקו בעסקת המכר החוזר עד כה הגיעו למסקנה כי עסקה זו לא נהגה בארצות אשכנז, והציעו כמה הסברים אפשריים לכך. ריבלין סבור שההסבר העיקרי הוא מסחרי: ליהודי ארצות אשכנז לא היו בתקופה הרלוונטית עתודות קרקע שניתן היה לשעבד לצורך קבלת אשראי מסחרי.

בחינה של ספרות הפירושים והתשובות מארצות אשכנז החל מהמאה ה-12 ואילך, הראתה כי בכמה מארצות אשכנז, ובוודאי בפולין, נהגו עסקאות מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית. נכסי הבסיס בעסקאות אלה היו מיטלטלין וכספים, וכן הלוואות מובטחות במשכון שניתנו ללווה גוי. מתחילת המאה ה-16, שהיא התקופה שבה עלה קרנה של עסקת המכר החוזר באמצעות שטר הטבה בארצות הים התיכון, הפכה עסקת מכר החוזר במיטלטלין ובהלוואות לגויים לנפוצה בפולין, ולפי העדויות בספרות השו"ת נותרה בשימוש עד למאה ה-19.

ממצאים אלו תומכים בדעתו של פרופ' ריבלין כי הגורם העיקרי המבחין בין ארצות אגן הים התיכון לבין ארצות אשכנז הוא הגורם המסחרי. כל עוד לא החזיקו הסוחרים היהודים בקרקע שניתן היה להציע כבטוחה, שימשו תחת זאת מיטלטלין, ועל כן התפתחה עסקת מכר חוזר במיטלטלין ולא במקרקעין. כשהשתנה המצב הכלכלי, אנו מוצאים אצל משיבי ארצות אשכנז תשובה אחת שבה שימשו מקרקעין כנכס הבסיס לעסקת מכר חוזר. לצד זאת, הראינו כי גם להבדלים בגישה ההלכתית יש משמעות, ובשלהם העדיפו המשיבים בארצות אשכנז דפוס עסקה שבו המכר החוזר לא נערך באופן מחייב מבחינה משפטית.

2. הברחת נכסים מנושים

בספרות התנאית והאמוראית קיימת התייחסות להברחת נכסים על ידי אישה מבעלה לעתיד באמצעות מתנה על מנת להחזיר, במסגרת הדיון בשטר פיסטיס ובשטר אמנה. בתקופת הגאונים נקבעה שבועה של החייב כי לא נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר. עם זאת, לא ניתן להסיק מהמקורות שבידינו עד כמה היה השימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים נפוץ הלכה למעשה בתקופת התנאים, האמוראים או הגאונים.

שטר שנמצא בספר השטרות של ר"י הברצלוני מעלה כי בתקופת המעבר מהגאונים לראשונים נעשה שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים. עם זאת, כאמור לעיל, עמדתו של רבנו תם, כפי שהובאה בתוספות וכפי שאומצה על ידי כמה ממשיבי התקופה, דרשה כי הברחת נכסים בנושים תתבצע על ידי נתינתם ב"מתנה גמורה", שהיא בין היתר "מתנת עולמים". הרא"ש הגדיל לעשות ואסר עסקאות הברחת נכסים לחלוטין, אף אם נעשו ב"מתנה גמורה". שיערנו כי בשל מגמות אלה פחת מאוד השימוש במבנה המשפטי של מתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים. אכן, מצאנו בספרות השו"ת מתקופת הראשונים רק שני מקרים שבהם נעשה שימוש בפועל במתנה על מנת להחזיר לשם הברחת נכסים מנושים.

3. תכנון מס

עיונו בתשובות הרשב"א מעלה כי ברקע של רוב השאלות שהופנו לרשב"א עמד שימוש של צדדים בעסקת מכר חוזר כחלק מתכנון מס של המוכר, שנועד להימנע מתשלום מס בגין הנכסים שנמכרו. ממצאי מחקרנו תומכים בעמדת ריבלין בעניין זה.

מחקרנו מעלה כי גם מתנות שימשו לשם הימנעות מתשלום מס. במקרה שהובא בפני הרא"ש, נעשה שימוש במתנה לשם העברת הנכסים לאדם שפטור ממיסים. הרא"ש הציע מיוזמתו בתשובתו לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר בנסיבות אלה. מקרה אחר של שימוש במתנה לשם הימנעות מתשלום מס הובא בפני הריב"ש, ואף הוא הציע לעשות שימוש במתנה על מנת להחזיר.

4. עידוד המוכר להתקשר בעסקת מכר

עסקת "את ונוולא אחי" שבתלמוד הבבלי מתארת מקרה בתקופת האמוראים שבו תנאי המכר החוזר שימש לשם עידוד המוכר להתקשר בעסקת מכר מקרקעין לקרובת משפחתו. המוכר ביקש

לדעת אם יוכל לרכוש את הקרקע בחזרה אם ירצה בכך, ורוב המפרשים מבינים את תשובת השלוח מטעם הרוכשת כחיובית. האמוראים קבעו כי בנסיבות אלה לא ערכו הצדדים עסקת מכר מחייבת.

מחקרנו מעלה כמה מקרים בתקופת הראשונים שבהם נעשה שימוש במכר חוזר לשם עידוד המוכר להתקשר בעסקת מכר. במקרה אחד היה הנכס הנמכר ספר, וראב"ן היה מוכן באופן עקרוני להקנות תוקף לעסקה אם תנאי המכר החוזר נערך לאחר השלמת עסקת המכר הבסיסית. במקרה אחר היה הנכס הנמכר מקום בבית הכנסת, ור' יאיר בכרך קבע כי תנאי המכר החוזר נערך בנפרד מעסקת המכר הבסיסית וללא מעשה קניין, ולכן אינו מחייב מבחינה משפטית. במקרה נוסף, עמד נכס מקרקעין בבסיס העסקה, ומרכיב המכר החוזר נותר כהבנה שמחוץ לשטר. הרשב"א סירב להכיר בתוקפו של מרכיב זה.

5. מקרים נוספים

בתלמוד הבבלי נזכרות שתי עסקאות של מכירת נכס לזמן קצוב – שלוש ימים. מיעוט המקורות אינו מאפשר להצביע בבירור על מאפייניהן, או לקבוע מה הייתה מטרתן המסחרית של עסקאות אלה או מדוע נעשה שימוש במכר לזמן קצוב חלף מבנים משפטיים אפשריים אחרים, כגון שכירות, שאילה, שמירה או משכנתא. מכל מקום, השימוש בעסקאות אלה לא האריך ימים. מהמקורות שנבחנו במחקר זה נראה כי הלכה למעשה לא נעשה שימוש רב, אם בכלל, במכר לזמן קצוב לשם פתרון בעיות משפטיות או הלכתיות בתקופת הגאונים ובתקופת הראשונים.

במקורות מתקופת התנאים והאמוראים מצאנו דיונים בגט על מנת להחזיר, אך לא ניתן להסיק מהם אם היה בשימוש נפוץ. גם בתקופת הגאונים והראשונים לא מצאנו ראיות לשימוש בגט על מנת להחזיר הלכה למעשה.

כאמור לעיל, בתלמוד הבבלי מוזכרת קביעה של רבא לעניין קביעת תנאי בדבר החזרת כסף לידי המשלם בהקשרים שונים, חלקם מסחריים. סברנו כי זו ראיה ראשונה לשימוש הלכה למעשה במתנה על מנת להחזיר בהקשרים שחלקם מסחריים. ספרות הראשונים כוללת התייחסות לשימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קידושי אישה, חליצה, ולדעת אחד הראשונים – קיום שבועה לתת נכס במתנה. לא ברור עד כמה שימושים אלה היו נפוצים הלכה למעשה.

6. הורשה "לך ואחריך לפלוני"

בחנו כמה מקורות תנאיים שעניינם הורשה "לך ואחריך לפלוני". מדיוני התלמוד הבבלי והירושלמי נראה כי בתקופת האמוראים הכירו באפשרות להוריש נכסים בדרך של "לך ואחריך לפלוני", וכי תפיסת האמוראים בבבל ובארץ ישראל כאחת הייתה כי הזוכה הראשון מקבל בעלות מלאה בנכסים. הספרות הפרשנית של הראשונים כוללת אף היא התייחסויות רבות לירושא "לך ואחריך לפלוני". אלא שלדעתנו, ממקורות אלה לא ניתן להסיק עד כמה הייתה צורת הורשה זו נפוצה ומקובלת הלכה למעשה.

7. אמצעי לקיום מצוות מסוימות

הצגנו כמה מקורות מתקופת התנאים שבהם שימשה מתנה על מנת להחזיר לשם פתרון בעיות הלכתיות: לפדיון הבן – לפי אופן הבנת הדברים על ידי אמוראי בבל וחלק מפרשני המשנה, וליציאה ידי חובת נטילת אתרוג ולולב ביום טוב ראשון של סוכות – לפי חלק מהמקורות מתקופת התנאים. מקורות אחרים מתקופת התנאים כללו דרישה כי המתנה תינתן כ"מתנה גמורה". כן ראינו כי נתינת חמץ לגוי בפסח מחייבת "מתנה גמורה" ואין די לעניין זה במתנה על מנת להחזיר. טענו כי לא ברור ממקורות אלה עד כמה אכן היה שימוש במתנה על מנת להחזיר בתקופת התנאים הלכה למעשה. ייתכן כי בפועל נעשה שימוש ב"מתנה גמורה", והפירוש של אמוראי בבל כי מדובר במתנה על מנת להחזיר, משקף את עמדתם ולא בהכרח את הנוהג הלכה למעשה בתקופת התנאים.

בחנו כמה מקרים הנוכרים בתלמודים שעניינם שימוש במתנה על מנת להחזיר לפתרון בעיות משפטיות והלכתיות. עמדת התלמוד הירושלמי באשר למתנה על מנת להחזיר מלמדת כי בארץ ישראל לא נעשה בה כפי הנראה שימוש הלכה למעשה, אלא נדרשה "מתנה גמורה". לעומת זאת, התלמוד הבבלי מזכיר שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם יציאה ידי חובת נטילת אתרוג ביום טוב ראשון של סוכות.

הראינו כי בספרות הגאונים נזכר שימוש במתנה על מנת להחזיר הלכה למעשה כפתרון הלכתי לנטילת לולב ביום טוב הראשון של חג הסוכות. כן הראינו כי ספרות הראשונים כוללת עדויות רבות לכך שנעשה שימוש במתנה על מנת להחזיר הלכה למעשה, בראש ובראשונה כפתרון הלכתי נפוץ בקהילות יהודיות רבות לנטילת לולב או אתרוג ביום טוב הראשון של חג הסוכות. עוד כוללת ספרות הראשונים התייחסות לשימוש במתנה על מנת להחזיר לשם ברכה על טלית ולשם פדיון

הבכור לדעת חלק מהראשונים. לא ברור עד כמה שימושים אלה היו נפוצים הלכה למעשה.

ג. גורמים שהשפיעו על עיצובן של עסקאות בעלות לזמן

מחקרנו מעלה כמה גורמים אפשריים שייתכן כי השפיעו על עמדת המשפט העברי בנוגע לעסקאות בעלות לזמן ועל עיצובן של העסקאות הלכה למעשה: שיקולים הלכתיים, שיקולים מסחריים, שיקולי מדיניות ועסקאות שנערכו בקרב הגויים.

1. שיקולים הלכתיים ושיקולים מסחריים

מחקרנו מראה כי שיקולים הלכתיים ושיקולים מסחריים שימשו שניהם בעיצוב עסקאות בעלות לזמן. הדבר עולה בקנה אחד עם מחקריו של ריבלין בנושא זה. להלן נציג כמה דוגמאות בולטות לכך.

כאמור לעיל, מחקרנו מעלה כי הרוב המכריע של המקורות מתקופת התנאים, שעוסקים בעריכת עסקאות השייכות למסגרת דיונו, אינם נכללים במשנה אלא במקורות תנאיים חיצוניים לה. העלינו את ההשערה כי הדבר משקף תהליכי תמורה בעמדה ההלכתית שנובעים משינוי בחיי המסחר. עמדת המשנה משקפת קו הלכתי תנאי המקפיד על התרחקות מאיסור הריבית. הברייתות שבתוספתא ובתלמודים, חלקן בדעת מיעוט, משקפות את הלחצים שהחלו כבר בתקופת התנאים למצוא גדרי קולא במה שנוגע לאיסור הריבית, לחצים שעדיין לא הביאו לשינוי העמדה ההלכתית.

כן הצענו את ההשערה כי העובדה שעסקאות מכר לזמן קצוב נזכרות לראשונה בדיוני האמוראים, ואף זאת רק בבבל ולא בארץ ישראל, אינה נובעת מהתפתחות בתפיסת הקניין של חז"ל, אלא מהתפתחותם של צורכי המסחר והכלכלה, שהיו שונים בארץ ישראל ובבבל ובתקופת האמוראים לעומת תקופת התנאים.

הראינו כי פערי העמדות בין משיבים שונים בתקופת הראשונים ביחס לעסקת המכר החוזר נובעים כפי הנראה מכך שעמדו בפניהם גרסאות שונות של הסוגיה בתלמוד הבבלי. זו דוגמה לאופן שבו שיקולים הלכתיים השפיעו על עיצוב הפתרונות לבעיית הריבית. עם זאת, כפי שנבהיר להלן, הדבר לא הקרין בהכרח על העדפותיהם של הסוחרים הלכה למעשה.

בשלוש תשובות של הרשב"א מובאים מקרים שבהם נערכה עסקת מכר מוחלטת, ולאחר מכן טען

אחד הצדדים כי סוכם אף מרכיב של מכר חוזר שזכרו לא בא בשטר. ראינו כי בתשובה אחת מתקופת הגאונים נזכר מבנה דומה. מתכונת זאת הולידה קושי ראייתי. ברור שקשה להסתמך על עסקאות מסוג זה כבסיס משמעותי להתפתחותו של מבנה עסקה שיהפוך לנפוץ בקרב הסוחרים, שכן הן מושתתות על קיומו של אמון בין הצדדים. שיערנו כי מדובר בשלב התפתחותי ראשוני של עסקת המכר החוזר, או בווריאציה שלה שלא האריכה ימים, ופינתה מקומה לעסקת מכר חוזר שבה שני מרכיבי העסקה מעוגנים בצורה פורמלית ומחייבת. זו דוגמה לאופן שבו צורכי המסחר השפיעו על אופן עיצוב עסקאות המכר החוזר.

דוגמה למתח שקיים לעיתים בין שיקולים הלכתיים ומסחריים נמצאת בספרות התשובות האשכנזית. ניכר מן התשובות כי רוב המשיבים העדיפו מבחינה הלכתית מבנה עסקה מסוים, ואילו הסוחרים העדיפו לערוך את העסקה בהתאם למבנה עסקה אחר, אשר נתן להם כמה שיותר ודאות וביטחון בקיום העסקה על כל מרכיביה.

עוד הצענו כי העדפת הסוחרים לעשות שימוש בעסקאות מכר חוזר לעומת שימוש ב"היתר עסקא" עשוי אף הוא לנבוע מהיתרון המסחרי של עסקאות המכר החוזר, המציעות למלווים בטוחה יעילה לסכום ההלוואה.

2. שיקולי מדיניות

מחקרנו מעלה כי שיקולי מדיניות מילאו תפקיד חשוב בעיצוב העמדות ההלכתיות. הבאנו שלוש דוגמאות בולטות לכך. האחת היא האופן שבו השפיע החשש מהערמה על עמדות חכמים בנוגע לעסקאות בעלות לזמן. לדעתנו, החשש מהערמה הוא שעמד, למשל, ביסוד חוסר הנכונות של אמוראי בבל להכיר בעסקת מכר חוזר כפתרון לבעיית הריבית וביסוד התרחקותם של המקורות הארץ ישראלים מהמתנה על מנת להחזיר כפתרון לבעיות הלכתיות.

דוגמה שנייה היא הרצון לאפשר ואף לעודד קיום מצוות. הצענו כי התמיכה בקיום מצוות היא שעמדה ביסוד ההכרה של אמוראי בבל במתנה על מנת להחזיר כאמצעי יעיל לפתרון בעיות הלכתיות מסוימות. הדבר ניכר אף יותר בגישתם של הראשונים, אשר לעיתים נקטו עמדה כללית המסתייגת ממתנות על מנת להחזיר, אך בה בעת התירו את השימוש בהן לצורכי קיום מצוות.

דוגמה שלישית היא השינוי שחל בגישת הראשונים לשימוש במתנה לשם הברחת נכסים מנושים. בעוד רבנו תם התיר שימוש זה ללא הסתייגות, ראשונים רבים שבאו בעקבותיו נקטו עמדה מתונה

יותר והקשו על הברחת נכסים מנושים. לבסוף קבע הרא"ש עמדה אשר יצאה נגד הברחת נכסים מנושים במלוא חומרת הדין, ונימק זאת בריבוי מקרי ההברחה שהצריכו שינוי של המדיניות כלפיהם.

3. עסקאות שנערכו בקרב הגויים

יש חוקרים ששיערו כי התפתחותם של כמה דפוסי עסקה שנבחנו במחקר זה בתקופת התנאים, הושפעה מדפוסי עסקאות שנהגו בקרב עמי האזור ושימשו לשם יצירת הלוואות מובטחות במשכון. דפוס עסקה אחד – שטר הפיסטיס – אף נושא שם המעיד על השפעה חיצונית. עוד יש לציין כי ההשפעה הכללית של המשפט היווני על תחום ההלוואות והמשכונות במשפט העברי בתקופת התנאים הייתה ניכרת, ומצאה את ביטויה, בין היתר, בשאלת מינוחים רבים מהשפה היוונית. עם זאת, ככלל, לא מצאנו ראיה מכרעת להשפעה חיצונית על התפתחות דפוסי עסקה אלה.

אלמן סבר שהגישה החיובית של אמוראי בבל לשימוש במתנה על מנת להחזיר נבעה מהשפעה של המשפט הפרסי-סאסאני, וברודי חלק על סברה זו. לדעתנו, נימוקיו של ברודי בעניין זה משכנעים.

בתקופת הגאונים ובתחילת תקופת הראשונים קיימת התייחסות בספרות ההלכתית לשימוש במצרים ובארצות גניזה אחרות בכמה מבני עסקאות העברת בעלות זמנית, כגון מכר חוזר, שטר פסים ומתנה על מנת להחזיר. ריבלין הראה כי במשפט המוסלמי שנהג באותה עת נעשה שימוש בדפוסי עסקה דומים לשם התגברות על איסור הריבית. עוד הראה ריבלין כי דפוסי עסקאות אלה נהגו כפי הנראה גם במערכות היחסים המסחריות שבין יהודים לגויים. בדיקתנו העלתה כי מכר מותנה כפי הנראה לא היה אחד מדפוסי עסקה שנהגו במשפט המוסלמי, אך מבנה מסוים של מכר חוזר עם נתק בין מרכיבי העסקה אכן שימש כפתרון לבעיית הריבית במשפט המוסלמי. יש לציין, כי הדיון בעסקאות אלה בספרות הגאונים והראשונים מושתת על מקורות המשפט העברי ואינו מעיד על השפעה חיצונית כלשהי.

בשתי תשובות של הרשב"א ובכמה תשובות של ריב"ש נזכרת עסקת ה"שיגי" או ה"שיני" שהיא עסקת ה-Cens או ה-Censal. עמדנו על טיבה המסחרי, והראינו כי היא עסקת הלוואה נושאת ריבית המוסווית כעסקת מכר חוזר, אשר נהגה בקרב הסוחרים הנוצרים, כמו גם במסחר בין נוצרים ליהודים. העלינו את ההשערה כי עסקת השיני"ש הייתה עשויה להשפיע על עיצובה של עסקת המכר החוזר ששימשה את הסוחרים היהודים. עם זאת, אין כל ראיה ברורה התומכת

בהשערה זו.

עוד הבאנו הערה של אחד המשיבים בפולין בתקופת האחרונים, כי עסקאות מכר חוזר לפתרון בעיית הריבית נוהגות במקומו ובזמנו של המשיב מכוח דיני הגויים, ועל כן יש לבחון את האפשרות לעשות בהן שימוש מתוקף "דינא דמלכותא דינא". יודגש כי המשיב לא טען לזיקה כלשהי בין העסקאות שנערכו מכוח דיני הגויים לבין אלה שערכו הסוחרים היהודים, אלא רק עמד על הדמיון במבני שני דפוסי העסקה.

לסיכום, מחקרנו לא העלה ראיה חד-משמעית כלשהי להשפעה של עסקאות שנערכו בקרב הגויים על העסקאות שנהגו בקרב היהודים. לא למותר לציין כי בניגוד לטענה שהועלתה במחקר, לא מצאנו אף ראיה מכרעת לכך שדפוסי עסקה שהתפתחו במשפט העברי בתחום המשכון השפיעו על התפתחות דיני המשכון האנגליים.

ד. אימוץ השיטה הקזואיסטית

מחקרנו מעלה כי רוב המקורות מתקופת חז"ל שנבחנו בו עוסקים במקרים פרטניים של שימוש במכר לזמן קצוב, מכר חוזר, מתנה על מנת להחזיר, ירושה מסוג "לך ואחריך לפלוני" וכיוצא בהם, ללא ראיה קונספטואלית כוללת של העניין. לא ניכרת מגמה של ניתוח השוואתי של המקרים השונים, וזאת גם כאשר נעשה שימוש בביטויים דומים, כגון "מתנה גמורה", שעשויים ללמד כי חז"ל היו ערים להקבלה בין המקרים.

מקרה ראשון של חשיבה קונספטואלית משתקף בתהיית הגמרא במסכת קידושין על אודות חוסר העקביות שניכר לכאורה בדברי רבא. הגמרא מבקשת, במהלך דיונה, ליצור עמדה עקבית של רבא, הן במקרים השונים המוצגים בדבריו באותה סוגיה, והן בינם לבין עמדתו של רבא במקרה נוסף ונפרד – מתן אתרוג במתנה על מנת להחזיר. פתרונו המוצע של רבא מביא לאחידות זאת, ומקבל חיזוק מרב הונא מר בריה דרב נחמיה. הצענו כי יש לתארך את הניתוח כולו לשנות פעילותם של רבא ורב הונא מר בריה דרב נחמיה, שניהם אמוראי הדור השישי.

העדויות שנבחנו במחקר זה מעטות מכדי להסיק מהן מסקנות חותכות כלשהן. עם זאת, נציין כי הן עולות בקנה אחד עם ממצאיו של מוסקוביץ בדבר התפתחותה של החשיבה הקונספטואלית אצל חז"ל.

עוד העלה מחקרנו כי המגמה הקזואיסטית ניכרת גם בספרות הראשונים. כך, למשל, מבחינת

תשובותיהם של הראשונים עולה כי למעט מקרים בודדים וחריגים, הראשונים נוקטים בגישה קזואיסטית ביחס למקרים שונים של מתנה לזמן קצוב או מתנה מותנית. תשובותיהם במקרים שונים עוקבות ככלל אחרי הסוגיות הרלוונטיות לכל מקרה בתלמוד הבבלי, והם אינם עורכים דיון השוואתי או גוזרים מסוגיות הגמרא כללים אחידים הניתנים ליישום באופן עקבי במקרים השונים. ריב"ש הוא אחד הראשונים היחידים שבניתוחיו ההלכתיים ניכרת מגמה השוואתית בין מקרים שונים של מתנה מותנית, אם כי בתשובותיו כמכלול לא ניכרת עמדה אחידה בעניין זה.

זאת ועוד: תופעה הבולטת במיוחד בספרות הראשונים היא היעדרה לכאורה של עקביות פנימית בדעותיהם של ראשונים רבים בסוגיות שונות של עסקאות בעלות לזמן. הראינו כי תופעה זו ניתנת לחלוקה לשני ענפים שונים. האחד עניינו בראשונים שקיימת חוסר עקביות לכאורה בעמדותיהם ביחס למקרים שונים של עסקאות בעלות לזמן, והשני עניינו בראשונים שקיימת חוסר עקביות לכאורה בעמדותיהם ביחס למתנה על מנת להחזיר. הראינו כי תופעה זו לא פסחה אף על הקודיפיקטורים הגדולים של התקופה – הרמב"ם והטור, כמו גם על השולחן ערוך, אף שהם פעלו ללא כל ספק להעמיד מסד של כללים ועקרונות החלים על עסקאות בעלות לזמן.

הצענו שני הסברים אפשריים לממצא זה. הסבר אפשרי אחד הוא כי הראשונים דבקו בעמדות העולות מסוגיות הגמרא, ועל כן שימרו את הקו הקזואיסטי בעיקרו המאפיין את דיוניה. משמעותו של הסבר זה הינה, בין היתר, כי השפעת הגמרא על אופן החשיבה, הניתוח והכתיבה של חכמים הייתה ניכרת ביותר גם כאלף שנים לאחר תום תקופת האמוראים. הסבר אפשרי שני הוא כי עמדתם העקרונית של חלק מהראשונים שללה שימוש בעסקאות בעלות לזמן בשל חשש להערמה, אך כחריג לכך, אותם ראשונים נטו לאשר שימוש במתנה על מנת להחזיר לשם קיום מצווה. הנכונות לקיים חריג זה נבעה משילוב של שני מרכיבים: הקושי המשמעותי בקיום המצווה, והעובדה שהשימוש שנעשה במתנה על מנת להחזיר נועד לאפשר לכמה שיותר יהודים לקיים מצוות – ולא להתחמק מקיומן. ייתכן כי הדבר קשור אף לאומד דעתו של המוכר או הנותן, שלא שש להיפרד מבעלותו בנכס בנסיבות מסחריות, אך נותן אותו במתנה על מנת להחזיר בלב שלם כדי לאפשר קיום מצווה. התחשבות באומד דעתו של המוכר תוביל אפוא להסתייגות מעסקאות בעלות לזמן בהקשר מסחרי ולתמיכה בהן בהקשר הלכתי, וזו אכן המגמה הניכרת בספרות הראשונים.

שני ההסברים שהוצעו לעיל אינם סותרים זה את זה, אלא להפך – מגמותיהם משתלבות זו בזו. כשבחנו את מגמותיהן השונות של כמה מסוגיות הגמרא בעניין זה, הצענו כי השיקול העומד

ביסודן הוא עניין ההערמה. כלומר האם השימוש בעסקאות בעלות לזמן נועד לדעת חכמים לתכלית ראויה או לשם הערמה פסולה. ככל שהראשונים פוסעים בפרשנותם ובפסיקתם ההלכתית בעקבות שיטת הגמרא, הם פוסעים אפוא בעקבות קו מנחה זה. לכן, אין זה מפתיע למצוא כי יש ראשונים הנוטים לאשר עסקאות בעלות לזמן כשהן מעודדות קיום מצוות, ונוטים לפסול אותן כאשר אין להן תכלית "חיובית" בעיני הראשונים.

יש להדגיש כי אין די בממצאי מחקר זה כדי להסיק מסקנות כלליות כלשהן באשר לגישה הקזואליסטית של הפוסקים והמשיבים בתקופת הראשונים. לשם כך נדרשת בדיקה רחבה יותר של עמדות הראשונים בסוגיות משפטיות והלכתיות נוספות, בדיקה אשר חורגת מגדרו של מחקר זה.

השערותנו הינה כי במגמה הקזואליסטית חל שינוי החל מתקופת האחרונים. דוגמה לכך ניכרת בגישתם של כמה משיבים בארצות אשכנז בתקופת האחרונים, אשר ניתחו את סוגיית המכר החוזר כפתרון לבעיית הריבית כחלק ממכלול מקרים ושימושים בהעברת בעלות זמנית כפתרון לבעיות משפטיות והלכתיות. ניכר כי משיבים אלה ביקשו ליישב בין המקרים השונים של שימוש בהעברת בעלות זמנית וליצור כלל משפטי-הלכתי אחיד אשר ניתן יהיה ליישום בנסיבות השונות. גישה זו של משיבים בתקופת האחרונים בארצות אשכנז שונה מגישתם של רוב המשיבים בתקופת הראשונים, שלפיה ההתייחסות למקרי המכר החוזר השונים הייתה קזואליסטית בעיקרה – כל מקרה לגופו ולנסיבותיו.

ביבליוגרפיה

רשימת כתבי יד

אוקספורד, הספרייה הבודליאנית

- Bodl. MS. Heb. b. 10/22 (בקטלוג נויבאואר 2833.14), תלמוד בבלי קידושין, ה ע"א-ז ע"א.
Bodl. MS. Heb. c. 17/28 fol. 80(b) (בקטלוג נויבאואר 2661), תלמוד בבלי, כתובות, עט ע"א.
Bodl. MS. Heb. c. 17/86-103 (בקטלוג נויבאואר 2661.32), תלמוד בבלי, קטעים מבכורות וערכין.
Bodl. MS. Heb. e. 51 (בקטלוג נויבאואר 2677), תלמוד בבלי, סוכה, ב ע"ב-נו ע"ב.

אראס, הספרייה המוניציפלית

- Arras 889, תלמוד בבלי, גטין.

בודפשט, ספריית האקדמיה ההונגרית למדעים

- קאופמן A50, משנה.

ברלין, ספריית המדינה

- Or. Fol. 1220 (Efrurt 12), תוספתא.

גטינגן, ספריית המדינה והאוניברסיטה

- Cod. Ms. Hebr. 3, Or. 13, תלמוד בבלי, תענית, מגילה, חגיגה, ביצה, מועד קטן.

ג'נבה, הספרייה הציבורית והאוניברסיטאית של ג'נבה

- ms 69, תלמוד בבלי, סוכה, לט ע"א-מ"ב ע"א.

המבורג, הספרייה הלאומית והאוניברסיטאית

- המבורג 165 (19), מהדורת ל' גולדשמידט, ברלין 1914, ד"צ ירושלים 1969.

וינה, המנזר

- Cod. 353, קטע מכריכות, תלמוד בבלי, בבא בתרא קלו ע"א-קלו ע"א; קמז ע"א-קמח ע"ב.

וינה, הספרייה הלאומית האוסטרית

Cod. Hebr. 20, תוספתא.

ותיקן, הספרייה האפוסטולית

ebr. 110-111, תלמוד בבלי.

ebr. 113, תלמוד בבלי.

ebr. 115א, תלמוד בבלי, קטע מבבא קמא, בבא מציעא.

ebr. 115ב, תלמוד בבלי, בבא בתרא.

ebr. 117-116, תלמוד בבלי.

ebr. 119, תלמוד בבלי.

ebr. 120-121, תלמוד בבלי.

ebr. 130, תלמוד בבלי.

ebr. 134, תלמוד בבלי.

ebr. 140, תלמוד בבלי.

ebr. 487.11, תלמוד בבלי.

ירושלים, הספרייה הלאומית

Jerusalem (NLI) 577.4.35 4°, תלמוד בבלי, בבא קמא סח ע"א-סט ע"ב, ע ע"א-עא ע"ב.

לונדון, הספרייה הבריטית

Add. 25,717 (הספרייה הבריטית 402), תלמוד בבלי.

Add. 27296, תוספתא, חולין וסדר מועד.

Harley 5508 (הספרייה הבריטית 400), תלמוד בבלי.

מינכן, ספריית מדינת בווריה

Cod. Hebr. 95, תלמוד בבלי.

Cod. Hebr. 140, תלמוד בבלי, מועד קטן, ראש השנה, סוכה, תענית, מגילה.

ניו יורק, אוניברסיטת קולומביה

X893 T14, T141 (294-295), תלמוד בבלי, פסחים, מגילה, מועד קטן, פסחים.

ניו יורק, בית המדרש לרבנים (JTS)

Rab 218 (אנלאו 270), תלמוד בבלי, סוכה, מא ע"א-מב ע"א.

Rab. 1608 (ביהמ"ל 1608), תלמוד בבלי, סוכה, כט ע"ב-לא ע"א; לט ע"א; מא ע"א-מב ע"א.

סן לורנצו דה אל אסקוריאל, הספרייה המלכותית

אסקוריאל G 1.3.1 (1115), יד ראשונה (בבלי, רי"ף וירושלמי, מסכת נזיקין). לירושלמי נזיקין לפי כתב יד אסקוריאל ראו כתב יד אסקוריאל, מהדורת רוזנטל: כתב יד אסקוריאל (על פי ש' ליברמן, אי"ש רוזנטל וד' רוזנטל [מהדירים]), ירושלמי נזיקין, ירושלים תשס"ח.

סנקט פטרבורג, הספרייה הלאומית

פירקוביץ 190, Yevr. I/1901-21, תלמוד בבלי, קטעים ממסכת בבא בתרא.

פירנצה, הספרייה הלאומית המרכזית

II.1.8-9, תלמוד בבלי, רוב מסכת בבא קמא, מסכת בבא מציעא, רוב מסכתות בבא בתרא וסנהדרין, מסכת שבועות.

פריס, הספרייה הלאומית

Suppl. Heb. 1337, תלמוד בבלי.

פרמה, ספריית פאלאטינה

3173 (קטלוג דה'רוסי 138), משנה.

קיימברידג', הספרייה האוניברסיטאית, אוסף טיילור-שכטר

T-S E 2.59, משנה, מגילה, פי"ג ה"ב (קטע מההלכה) ואילך.

T-S E 2.141 (5v), תוספתא, כתובות, פי"ט ה"ב.

T-S F 1(1).117, תלמוד בבלי, ערכין, ל ע"ב 36-לב ע"ב 56.

T-S F 2(1).202, תלמוד בבלי, סוכה, מ ע"ב-מג ע"א.

T-S F 2(1).206, תלמוד בבלי, בבא בתרא, קלה ע"א-קלו ע"א.

T-S F 2(2).7, תלמוד בבלי, ערכין, ל ע"ב 35-לא ע"ב 31.

T-S F 2(2).57, תלמוד בבלי, מגילה, כז ע"ב 22-כט ע"א 16.

T-S F 6.6, תלמוד בבלי, גיטין, עד ע"ב-עה ע"ב.

T-S NS 329.431, תלמוד בבלי, סוכה, לא, מא.

T-S NS 329.834, תלמוד בבלי, בבא מציעא, סג ע"א.

קרמונה, ארכיבי המדינה

Fregm. ebr. 33, 35, 57-58, 79-85, תלמוד בבלי, קטעים ממסכת בבא מציעא.

רשימת קיצורים

ספרות מחקר

I. Abrahams, *Jewish Life in the Middle Ages*,
London 1932.

אברהמס, חיים יהודיים

ש' אברמסון, "לחקר הערוך (המשך)", **לשוננו**, ד (תשל"ג),
עמ' 253-269.

אברמסון, לחקר הערוך (המשך)

י' אונגר, **חובות האמון במשפט העברי ובדין הישראלי**,
חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה",
אוניברסיטת בר אילן, תשע"ו.

אונגר, חובות האמון

י' אוסטרזר, "מוסד ה'נמוס' בדיני המשכון על פי משפט
התלמוד", **תרביץ**, ח (תרצ"ז), עמ' 301-315.

אוסטרזר, נמוס

י' אוסטרזר, "למוסד ה'פרכוריסיס'", **תרביץ**, ט
(תרצ"ח), עמ' 395-397.

אוסטרזר, פרכוריסיס

א"א אורבך, **בעלי התוספות**, מהדורה חמישית מורחבת,
ירושלים תשל"ו.

אורבך, בעלי התוספות

ש' אטלס, "לתולדות הסוגיא", *Hebrew Union College*

אטלס, לתולדות הסוגיא

Annual, 24 (1953-1952), עמ' א-כא.

צ' אילוז, פגמים בחוזה – מראית עין, טעות, כפיה ועושק, בתוך: חוק לישראל - עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר חוקי מדינת ישראל (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תשע"ב.

אילוז, פגמים בחוזה

ח' אלבק, מבוא לתלמודים, ירושלים תשכ"ט.

אלבק, מבוא לתלמודים

ח' אלבק, "רבא השני", בתוך: אמת ליעקב - ספר יובל למלאות שבעים שנה למורנו ורבנו יעקב פריימאן, ברלין תרצ"ז, עמ' 1-7.

אלבק, רבא השני

ש' אלבק, "איסור הריבית בתלמוד", בתוך: ש' אלבק, מחקרים בהלכה ובתולדותיה, רמת גן תשע"ב.

אלבק, איסור הריבית

ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל אביב תשל"ו.

אלבק, דיני הממונות

ש' אלבק, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, רמת גן תשנ"ט.

אלבק, משפט עברי

A. N. Allott, "Towards a Definition of 'Absolute Ownership'", *Journal of African Law*, 5 (1961), pp. 99-102.

אלוט, בעלות מוחלטת

מ' אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, מהדורה שלישית, ירושלים תשנ"ח.

אלון, המשפט העברי

מ' אלון, כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל, ירושלים תש"ס.

אלון, כבוד האדם

א"ג אלינסון, "קנינים לזמן קצוב בתורתם של הראשונים", דיני ישראל, ג (תשל"ב), עמ' 147-157.

אלינסון, קנינים

- R. C. Ellickson, "Property in Land", *The Yale Law Journal*, 102(6) (1993), pp. 1315-1400. אליקסון, קניין בקרקע
- Y. Elman, "Returnable Gifts in Rabbinic and Sasanian Law", *Irano-Judaica*, VI (2008), pp. 139-184. אלמן, מתנות
- י' אנגלרד, "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו", **משפטים**, ז' (תשל"ו), עמ' 34-65. אנגלרד, המשפט העברי
- אנציקלופדיה תלמודית**, א-כח, שני כרכי מפתחות, יד הרב הרצוג, ירושלים תש"ז-תשס"ח. אנציקלופדיה תלמודית
- ש' אסף, "ספרי רב האי גאון ותשובותיו כמקור להרמב"ם", **סיני**, ב' (תרצ"ח), עמ' תקכב-תקכו. אסף, ספרי רב האי
- י"נ אפשטיין, "אוני – אנטיכריס (אנטיכריס) – אפרכוריס (*אפרכוריס)", **תרביץ**, ח' (תרצ"ז), עמ' 318-316. אפשטיין, אוני
- י"נ אפשטיין, **מבואות לספרות האמוראים** (בעריכת ע"צ מלמד), ירושלים תשכ"ב. אפשטיין, ספרות האמוראים
- א' אשתור, "מספר היהודים בספרד המוסלמית", **ציון**, כח (תשכ"ג), עמ' 34-56. אשתור, ספרד
- P. B. H. Birks, "The Roman Law Concept of *Dominium* and the Idea of Absolute Ownership", *Acta Juridica* (1985), pp. 1-38. בירקס, בעלות
- A. Bell & G. Parchomovsky, "Reconfiguring Property in Three Dimensions", *The University of Chicago Law Review*, 75 (2008), pp. 1015-1070. בל ופרחומובסקי, קניין

W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1766.

בלקסטון, פרשנות

ש' בן דב, תורת דיני קניין, זמין ב:

בן דב, תורת דיני קניין

<http://www.daat.ac.il/daat/vl/tohen.asp>

[?id=716](http://www.daat.ac.il/daat/vl/tohen.asp?id=716) (נצפה: 30 ביולי 2019)

ח' ברמנחם, "טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי", *שנתון המשפט העברי*, ו-ז (תשל"ט-תש"ס), עמ' 45-60.

ברמנחם, טענת קים לי

מ' ברששון, "שרידים מספר העדות והשטרות לרס"ג", *שנתון המשפט העברי*, יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 136-278.

ברששון, רס"ג

ב"ז בנדיקט, *הרמב"ם ללא סטיה מן התלמוד*, ירושלים תשמ"ה.

בנדיקט, הרמב"ם

B. B. Benas, "The Legal Device in Jewish Law", *Journals of Comparative Legislation and International Law*, 11 no. 1 Third Series (1929), pp. 75-80.

בנס, הערמה

W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3rd ed., P. Stein, ed.), Cambridge 1966.

בקלנד, משפט רומי

א' בראון (הויזמן), ר' חיים מצאנז: *דרכי פסיקתו על רקע עולמו הרעיוני ואתגרי זמנו*, חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, המחלקה לפילוסופיה אוניברסיטת בר אילן, תשס"ד.

בראון, ר' חיים מצאנז

- R. Brody, "Irano-Talmudica: The New Parallellomania?", *The Jewish Quarterly Review*, 106 (2016), pp. 209-232. ברודי, אירנו-תלמודיקה
- י' ברודי, "כלום היו הגאונים מחוקקים", **שנתון המשפט העברי**, יא-יב (תשמ"ד-תשמ"ו), עמ' 279-315. ברודי, הגאונים
- S. W. Baron, *A Social and Religious History of the Jews* (2nd ed., Vol. IV), New York 1957. ברון, היסטוריה של היהודים
- ד' בר ששת, **רבי יצחק בר ששת – הריב"ש**, מהדורה שנייה, ביתר עילית תשע"ז. בר ששת, הריב"ש
- ע' גבריהו, **הלוואה בריבית בספרות חז"ל: הלכה, אגדה והקשרים תרבותיים**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשע"ט. גבריהו, הלוואה בריבית
- ד' גודבלט, "התפתחויות חדשות בחקר ישיבות בבל", **ציון**, מו (תשמ"א), עמ' 14-38. גודבלט, ישיבות בבל
- S. D. Goitein, *A Mediterranean Society* (Vol. I: Economic Foundations; Vol. II: The Community), Berkeley Los Angeles London 1971. גויטיין, חברה ים תיכונית
- ש"ד גויטיין ומ"ע פרידמן, **ספר הודו, ג: אברהם בן יגו סוחר ויצרן בהודו, תעודות מגניזת קהיר**, ירושלים תש"ע. גויטיין ופרידמן, ספר הודו ג
- א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** (ספר ראשון), תל אביב תשכ"ז. גולאק, יסודי המשפט העברי
- א' גולאק, "משכנתא של קרקעות בדיני התלמוד", **תרביץ**, א (תר"צ), עמ' 81-92. גולאק, משכנתא

- גולאק, תולדות המשפט
 א' גולאק, **תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד**
 (א – החיוב ושעבודיו), ירושלים תרצ"ט.
- גולדברג, פלומין, מעוז, דיני ירושה
 מ' גולדברג, יי פלומין, א' מעוז, **דיני ירושה ועזבון**,
 מהדורה חמישית, תל אביב תשנ"ג.
- גיל, בעלות
 M. Gil, "Land Ownership in Palestine under
 Roman Rule", *Revue Internationale Des Droits
 De L'Antiquite* (3rd Series), 17 (1970), pp. 11-53.
- גלובוס, רבית
 א"ל גלובוס, "רבית (עד חתימת התלמוד)", **המשפט**, ב
 (התרפ"ז-התרפ"ח), עמ' 23-43.
- גלינסקי, ר' יהודה בן הרא"ש
 י"ד גלינסקי, "על מורשתו של ר' יהודה בן הרא"ש, רבה
 של טולדו: פרק בחקר ספרות השו"ת של חכמי ספרד
 הנוצרית", **פעמים: רבעון לחקר קהילות ישראל במזרח**,
 128 (תשע"א), עמ' 175-210.
- גליק, ספרות התשובות
 ש' גליק, **אשנב לספרות התשובות**, ניו יורק וירושלים
 תשע"ב.
- גפני, הערות
 יי גפני, "הערות למאמרו של ד' גודבלט", **ציון**, מו
 (תשמ"א), עמ' 52-56.
- גרוס, היסטוריה כלכלית
 S. W. Baron, A. Kahan and others, *Economic
 History of the Jews* (N. Gross, ed.), Jerusalem
 1975.
- גרטון, בעלות
 G. L. Gretton, "Ownership and its Objects",
*Rabels Zeitschrift für ausländisches und
 internationales Privatrecht / The Rabel Journal of
 Comparative and International Private Law*, 71(4)
 (2007), pp. 802-851.

- מ' דויטש, קניין, כרך א, תל אביב תשנ"ז. דויטש, קניין
- A. Dorfman, "Private Ownership", *Legal Theory*, דורפמן, בעלות פרטית
16 (2010), pp. 1-35.
- A. Dorfman, "Property and Collective דורפמן, נומרוס קלאוזוס
Undertaking: The Principle of 'Numerus
Clausus'", *The University of Toronto Law Journal*,
61 (2011), pp. 467-520.
- י"א דינרי, חכמי אשכנז בשלהי ימי-הביניים, ירושלים דינרי, חכמי אשכנז
תשמ"ד.
- J. Dalhuisen, "European Private Law: Moving דלהויזן, זכויות קניין
from a Closed to an Open System of Proprietary
Rights", *The Edinburgh Law Review*, 5 (2001), pp.
273-296.
- J. Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational דלהויזן, משפט על-מדינתי
Comparative, Commercial, Financial and Trade
Law* (5th ed.), Oxford and Portland 2013.
- ש"ז הבלין, "לחקר הרמב"ם", בתוך: חקר התורה שבעל הבלין, לחקר הרמב"ם
פה בחמישים שנות המדינה (בעריכת צ"א שטיינפלד),
ירושלים תשס"ב, עמ' 23-37.
- M. Honore, "Ownership", in *Oxford Essays in הונורה, בעלות
Jurisprudence* (A. G. Guest, ed.), Oxford 1961,
pp. 107-147.
- מ' היגר, אוצר הברייתות, ספר ב, נויארק תרצ"ט; ספר י, היגר, אוצר הברייתות
נויארק תש"ח.

<p>D. Hayton, "The Uses of Trusts in the Commercial Context", in <i>Trusts in Prime Jurisdiction</i> (A. Kaplan, ed.), 1st ed., The Hague 2000, pp. 431-452.</p>	<p>הייטון, נאמנויות</p>
<p>א' הימן, תולדות תנאים ואמוראים, חלק א, לונדון תר"ע. ד' הלבני, מקורות ומסורות – ביאורים בתלמוד, מסכת בבא מציעא, ירושלים תשס"ג.</p>	<p>הימן, תנאים ואמוראים הלבני, מקורות ומסורות</p>
<p>מ' הברטל, הרמב"ם, ירושלים תשס"ט. א"א הלוי, "כתיבת שדה במכר (לבירורה של סוגיה אחת)", תרביץ, כז (תשי"ח), עמ' 31-38.</p>	<p>הברטל, הרמב"ם הלוי, כתיבת שדה במכר</p>
<p>ד' הלחמי, חכמי ישראל, תל אביב תשי"ח. נצ"י ברלין, מרומי שדה, חלק רביעי, ירושלים תשי"ז.</p>	<p>הלחמי, חכמי ישראל הנצ"י, מרומי שדה</p>
<p>ד' הנשקה, "לדרכי פתרון של סתירות ב'משנה תורה' לרמב"ם", סיני, קיב (תשנ"ג), עמ' נח-עא. הצעת חוק הירושה, משרד המשפטים, תשי"ב-1952.</p>	<p>הנשקה, סתירות במשנה תורה הצעת חוק הירושה</p>
<p>א' הרשמן, רבי יצחק בר ששת (הריב"ש), ירושלים תשט"ז.</p>	<p>הרשמן, הריב"ש</p>
<p>J. H. M. (Sjef) van Erp, "From 'classical' to modern European property law", in <i>Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus/Festschrift für Konstantinos D. Kerameus</i> (A. Sakkoulas/Bruylant, ed.), Vol. I, pp. 1517-1533.</p>	<p>ואן ארפ, דיני קניין</p>
<p>A. J. Van Der Welt & G. J. Pienaar, <i>Introduction to the Law of Property</i> (2nd ed.), Cape Town 1997.</p>	<p>ואן דר ולט ופינאר, דיני קניין</p>

- ווייס, התלמוד הבבלי
א' ווייס, **התלמוד הבבלי בהתהוותו הספרותית**, חלק ראשון, ורשה תרצ"ז.
- ווייס, סוגיות
א' ווייס, "סוגיות של קטעים", **הצופה**, ט (תרפ"ה), עמ' 116-97.
- וולס אי פויול, פעילות כלכלית
E. Valls i Pujol, "Hebrew Fragments as a Window on Economic Activity: Holdings in the Historical Archives of Girona (Arxiu Històric de Girona)", in *Books Within Books: New Discoveries in Old Book Bindings*, (A. Lehnardt and J. Olszowy-Schlanger, ed.), Leiden and Boston 2014.
- וולס אי פויול, קטעים בעברית
E. Valls i Pujol, *Els Fragments Hebreus amb Aljames Catalanes de L'Arxiu Històric de Girona: Estudi Textual, Edició Paleogràfica i Anàlisi Lingüística*, Doctoral Thesis, Universitat de Girona 2015.
- ויגודה, שכירות
מ' ויגודה, **שכירות ושאלה**, בתוך: חוק לישראל - עריכה שיטתית ועדכנית של המשפט העברי כיסוד לחקיקה ולפסיקה על פי סדר חוקי מדינת ישראל (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תשנ"ח.
- וינד, יחזקאל לנדוי
ש' וינד, **רבי יחזקאל לנדוי תולדות חייו ופעולותיו**, ירושלים תשכ"א.
- ויסמן, דיני קניין
י' ויסמן, **דיני קניין – בעלות ושיתוף**, ירושלים תשנ"ז.
- ויסנס ויוס, היסטוריה כלכלית
J. Vicens Vives, *An Economic History of Spain*, New Jersey 1969.

- ולר, מעמד הארוסות ש' ולר, "מעמד הארוסות והנשואות בנכסיהן", **דיני ישראל**, יט (תשנ"ז-תשנ"ח), עמ' קלט-קס.
- וסטרייך, מקסטייליה לפאס א' וסטרייך, "מקסטייליה לפאס: מאבק בהברחת נכסים מנושים במשפט העברי", **מחקרי מערב ומזרח: אסופת מחקרים מוגשת לפרופ' הרב משה עמאר**, אשקלון ורמת גן תשע"ח, עמ' 387-410.
- ורהפטיג, שטר הטבה א' ורהפטיג, "שטר הטבה – מכר חוזר", **שנתון המשפט העברי**, יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), עמ' 215-249.
- זילברג, כך דרכו של תלמוד מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד**, מהדורה שנייה, ירושלים תשכ"ד.
- זפרני, ר' ברוך ממגנצא ד' זפרני, "ר' ברוך ממגנצא וספר 'החכמה'", **סיני**, פד (תשל"ט), עמ' רמה-רסה.
- חבצלת, הרמב"ם והגאונים מ' חבצלת, **הרמב"ם והגאונים**, ירושלים-ניו יורק תשכ"ז.
- חבצלת, ספר המקח חבצלת, "ספר המקח והממכר לרב האי גאון והלכות מכירה להרמב"ם", **תרביץ**, לה (תשכ"ו), עמ' 39-47.
- חזן, ימי הביניים R. Chazan, *Church, State and Jew in the Middle Ages*, New York 1980.
- חזן, ריבית R. Chazan, "Anti-Usury Efforts in Thirteenth Century Narbonne and the Jewish Response", *Proceedings of the American Academy for Jewish Research*, 41/42 (1973-1974), pp. 45-67.
- טברסקי, מבוא למשנה תורה יי טברסקי, **מבוא למשנה תורה לרמב"ם** (תרגם מ"ב לרנר), ירושלים תשנ"א.
- טרכטנברג, השטן והיהודים J. Trachtenberg, *The Devil and the Jews*, New Haven 1943.

- יהלום, ר' יהודה בר יקר
- ש' יהלום, "ר' יהודה בר יקר – תולדותיו ומקומו במשנת הרמב"ן", **סידרא**, יז (תשס"א-תשס"ב), עמ' 79-107.
- ירון, מתנות
- R. Yaron, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960.
- כהן, אנטיכרסיס
- B. Cohen, "Antichresis in Jewish and Roman Law", in *Alexander Marx Jubilee Volume* (Vol. 2: English Section), New-York 1950, pp. 179-202.
- כהן, הברייתות האמוראיות
- ב"ש כהן, "לבחינת מקורן של הברייתות האמוראיות בנהרדעא: המקרה של 'תני תנא קמיה דרב ששת/דרב נחמן'", *Hebrew Union College Annual*, 82-83, נחמן", (2011-2012), עמ' כט-נט.
- כהן, רבינא וחכמי דורו
- א' כהן, **רבינא וחכמי דורו – עיונים בסדר הזמנים של אמוראים אחרונים בבבל**, רמת גן תשס"א.
- כהן, ריבית
- A. Cohen, *The Development of the Prohibition Against Usury in Jewish Law During the Mishnaic and Talmudic Periods*, M.A. Thesis, Sir George Williams University 1974.
- כהנא, חזרותיו של הרמב"ם
- ק' כהנא, "על 'חזרותיו' של הרמב"ם, **המעין**, יז (תשל"ז), עמ' 5-26.
- כ"ץ, איסור ריבית
- י' כ"ץ, "איסור ריבית והיתרו בתקופת המשנה והתלמוד", **דין וחשבון הקונגרס העולמי למדעי היהדות** (תשכ"א), 237-236.
- כ"ץ, דת וכלכלה
- י' כ"ץ, "הרהורים על היחס בין דת לכלכלה", **דת וכלכלה - יחסי גומלין** (בעריכת מ' ברששוף), ירושלים תשנ"ה, 46-33.

- L. Löwenstein, "Die Familie Teomim", *Montsschrift für Geschichte und Wissenschaft des Judentums*, 57 (1913), pp. 341-361.
- Löwenstein, "Die Familie Teomim", לווֹנשטיין, משפחת תאומים
- Lewin on Trusts** (18th ed., J. Mowbray, L. Tucker, N. Le Poidevin, E. Simpson & J. Brightwell, ed.), London 2008.
- לויִן, נאמנויות
- מ' לוצקי, "וכתב משה) – חמש תשובות אבטוגרפיות מאת הרמב"ם", **התקופה**, ל-לא (תש"ו), עמ' 679-704.
- לוצקי, וכתב משה
- ש' ליברמן, **תוספת ראשונים**, ירושלים תרצ"ז.
- ליברמן, תוספת ראשונים
- מ' לייטר, "דיוקנאות רבני עיר אחת", **הדרום**, י (תשי"ט), עמ' 20-54.
- לייטר, רבני עיר אחת
- ע' ליכט, **דיני אמונאות – חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי**, תל אביב התשע"ג.
- ליכט, דיני אמונאות
- ב' ליפשיץ, **אסמכתא – חיוב וקניין במשפט העברי**, ירושלים תשמ"ח.
- ליפשיץ, אסמכתא
- ש' לרנר, **יסודות דיני המשכון במשפט העברי**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, תש"ס.
- לרנר, משכון
- ש' לרנר, "פדיון משכון לאחר מועד הפרעון (סעיף חילוט במשכון)", **שנתון המשפט העברי**, ה (תשל"ח), עמ' 175-155.
- לרנר, פדיון משכון
- H. Mostert, *The Constitutional Protection and Regulation of Property and its Influence on the Reform of Private Law and Landownership in South Africa and Germany*, Heidelberg 2002.
- מוסטרט, קניין

- L. Moscovitz, *Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization*, Tübingen 2002. מוסקוביץ, חשיבה תלמודית
- ל' מוסקוביץ, *הטרמינולוגיה של הירושלמי*, ירושלים תשס"ט. מוסקוביץ, טרמינולוגיה
- ל' מוסקוביץ, "כפלי גרסה בירושלמי", *תרביץ*, סו (תשנ"ז), עמ' 187-221. מוסקוביץ, כפלי גרסה
- C. Milhaud, "Fragmentation of Capital Markets in Early Modern Spain? Composite Monarchies and their Jurisdictions", 2016, <hal-01365882>, available at <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01365882/document> (last reviewed August 2, 2019). מילהאוד, שוקי ההון
- י' מלחי, "חכמי שפיירא ויצירתם הרוחנית", *שאנן*, טו (תשי"ע), עמ' 55-72. מלחי, חכמי שפיירא
- ע"צ מלמד, *מילון ארמי עברי לתלמוד בבלי*, ירושלים תשנ"ב. מלמד, מילון
- M. R. McGuire, "National Report on the Transfer of Movables in Germany", in *National Report of the Transfer on Movables in Europe* (W. Faber & B. Lurger, ed.), Munich 2011. מקגוויר, העברת מיטלטלין בגרמניה
- T. W. Merrill & H. E. Smith, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *The Yale Law Journal*, 110 (2000), pp. 1-70. מריל וסמית, נומרוס קלאוזוס

R. C. Knapp, "The Date and Purpose of the Iberian Denarii", *The Numismatic Chronicle*, 17 (1977), pp. 1-18.

נאפ, דינרים

A. A. Neuman, *The Jews in Spain – Their Social, Political and Cultural Life During the Middle Ages* (Vol. I: A Political-Economic Study), Philadelphia 1948.

נוימן, היהודים בספרד

ד' ניסני, "משכון – הנאה מהמשכון ומפירותיו", בתוך: **חוק לישראל** (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תש"ע.

ניסני, הנאה מהמשכון

ד' ניסני, "משכון – החלת דיני משכון על כל שעבוד נכס כערוכה לחיוב", בתוך: **חוק לישראל** (בעריכת נ' רקובר), ירושלים תש"ע.

ניסני, משכון

א' סגל, **מסורות הנוסח של בבלי מגילה**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשמ"ב.

סגל, בבלי מגילה

א' סגל, "מסורת הנוסח של כתב-יד אוניברסיטת קולומביה למסכת מגילה", **תרביץ**, נג (תשמ"ד), עמ' 41-69.

סגל, כתב-יד קולומביה

ח' סולובייצ'יק, **שו"ת כמקור היסטורי**, ירושלים תשנ"א.

סולובייצ'יק, שו"ת

M. Sokoloff, *A Dictionary of Jewish Babylonian Aramaic*, Ramat-Gan 2002.

סוקולוף, מילון

- K. R. Stow, "Papal and Royal Attitudes toward Jewish Lending in the Thirteenth Century", *Association for Jewish Studies Review*, 6n (1981), pp. 161-184. סטו, האפיפיורים והמלוכה
- י" סיני, "סתירות פנימיות מדומות בדברי הרמב"ם", בתוך: הרמב"ם – שמרנות, מקוריות, מהפכנות, כרך א (בעריכת א' רביצקי), ירושלים תשס"ט, עמ' 155-197. סיני, סתירות פנימיות
- M. S. Amos, "Perpetuities in French Law", *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 13 (1912), pp. 47-55. עמוס, נצחיות
- מ' עסיס, "לבעיית עריכתה של מסכת נזיקין ירושלמי", *תרביץ*, נו (תשמ"ז), עמ' 147-170. עסיס, ירושלמי נזיקין
- F. S. Philbrick, "Changing Conceptions of Property in Law", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 86 (1938), pp. 691-732. פילבריק, קניין
- A. T. Fear, "A Latin Master from Roman Spain", *Greece and Rome*, 42 (1995), pp. 57-69. פיר, מורה לטיני
- J. E. Penner, "The 'Bundle of Rights' Picture of Property", *UCLA Law Review*, 43 (1996), pp. 711-820. פנר, אוסף הזכויות
- י' פראם, "על סדר התשובות במהדורה המודפסת של ספר תרומת הדשן", *עלי ספר*, כ (תשס"ט), עמ' 81-96. פראם, תרומת הדשן

M. Frost, "Overview of Trusts in England and Wales", in *Trusts in Prime Jurisdiction* (A. Kaplan, ed.), 1st ed., The Hague 2000, pp. 13-29.

פרוסט, נאמנויות

ש' פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**, מהדורה שלישית, כרך ראשון, 2008.

פרזנטי, זכויות יוצרים

ש"א פרי, **שטרות והסכמים כמשקפים פתרונות לבעית הרבית**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, המחלקה לתלמוד אוניברסיטת בר אילן, תשס"ט.

פרי, שטרות

ש"י פרידמן, "לאילן-היוחסין של נוסחי בבא מציעא – פרק בחקר נוסח הבבלי", **מחקרים בספרות התלמודית, יום עיון לרגל מלאת שמונים שנה לשאול ליברמן**, ירושלים תשמ"ג, עמ' 93-147.

פרידמן, בבא מציעא

ש"י פרידמן, "פרק האשה רבה בבבלי, בצירוף מבוא על דרך חקר הסוגיא", **מחקרים ומקורות**, א (בעריכת ח"י דימיטרובסקי), ניו יורק תשל"ח, עמ' 275-441.

פרידמן, האשה רבה

מ"ע פרידמן, **הרמב"ם, המשיח בתימן והשמד**, ירושלים תשס"ב.

פרידמן, הרמב"ם

ש"י פרידמן, "הרמב"ם והתלמוד", **דיני ישראל**, כו-כז (כרך לכבוד מרדכי עקיבא פרידמן). (תשס"ט-תש"ע), עמ' 239-221.

פרידמן, הרמב"ם והתלמוד

מ"ע פרידמן, "הרמב"ם ומינויו של ר' אנטולי למוקדם אלכסנדריה", **תרביץ**, פג (תשע"ה), עמ' 135-161.

פרידמן, הרמב"ם ור' אנטולי

- פרידמן, הרמב"ם 'רייס אל יהודי' מ"ע פרידמן, "הרמב"ם 'רייס אל יהודי' (ראש היהודים) במצרים", **על פי הבאר: מחקרים בהגות יהודית ובמחשבת ההלכה מוגשים ליעקב בלידשטיין** (בעריכת א' ארליך, ח' קרייסל וד"י לסקר), באר שבע תשס"ח, עמ' 435-413.
- פרידמן, מסכתות שנדפסו ש"י פרידמן, "מסכתות שנדפסו ולא נרשמו וכאלה שנרשמו ולא נדפסו", **עלי ספר: מחקרים בביבליוגרפיה ובתולדות הספר העברי המודפס והדיגיטלי**, יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' 5-41.
- פרידמן, משנה תורה ש"י פרידמן, "משנה תורה – החיבור הגדול", בתוך: **מברכת משה** (בעריכת צ' הבר וכ' כהן), מעלה אדומים תשע"ב.
- פרידמן, ספר הודו ד(א) מ"ע פרידמן, **ספר הודו ד(א): חלפון ויהודה הלוי – לקורותיהם של סוחר משכיל ומשורר דגול על פי תעודות הגניזה**, ירושלים תשע"ג.
- פרידמן, פטנטים ע' פרידמן, **פטנטים**, תל אביב תשס"א.
- פרידמן, רבה ורבא ש"י פרידמן, "כתיב השמות 'רבה' ו'רבא' בתלמוד הבבלי", **סיני**, קי (תשנ"ב), עמ' קמ-קסד.
- פריהוף, ספרות השו"ת S. B. Freehof, *The Responsa Literature and A Treasury of Responsa*, New York 1973.
- פריימן, הרא"ש א"ח פריימן, **הרא"ש – רבינו אשר ב"ר יחיאל וצאצאיו** (תרגום מגרמנית מ' אלדר, בעריכת מ' ברויאר), ירושלים תשמ"ו.
- פריסי, אנטרופיה בקניין F. Parisi, "Entropy in Property", *The American Journal of Comparative Law*, 50 (2002), pp. 595-632.

- פרנצוס, הרי"ף
 י" פרנצוס, "עיונים בשאלות ותשובות הרי"ף", סיני, צה
 (תשמ"ד), עמ' רמ-רמח.
- פרנקל, אלכסנדריה
 מ' פרנקל, "האזהבים והנדיבים" – עילית מנהיגה בקרב
 יהודי אלכסנדריה בימי הביניים, ירושלים תשס"ז.
- צובל, משפחת ברילין
 מ"נ צובל, "משפחת ברילין", סיני, יא (תש"ב-תש"ג), עמ'
 רכב-רלד.
- צוולבה, בעלות זמנית
 W. J. Zwolve, "Temporary and Conditional
 Ownership - Some Observations on Modern
 Dutch Property Law", in *Property Law on the
 Threshold of the 21st Century* (G. E. van Maanen
 & A. J. van der Walt, ed.), Antwerp 1996.
- קולסון, משפט מוסלמי
 N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*,
 Edinburgh 1964.
- קיטון, אקוויטי
 G. W. Keeton, *An Introduction to Equity*, 6th ed.,
 London 1965.
- קיש, היהודים
 G. Kisch, "The Jews in Medieval Law", *Essays on
 Antisemitism* (K. S. Pinson, ed.), New York 1946,
 pp. 103-111.
- קליינמן, סיטומתא
 ר"ש קליינמן, דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי,
 רמת גן תשע"ג.
- קליינמן, תקיעת כף
 ר"ש קליינמן, "תקיעת כף – שבועה, התחייבות וקניין:
 משפט עברי, גרמני וצרפתי בימי הביניים", שנתון
 המשפט העברי, כד (תשס"ו-תשס"ז), עמ' 265-286.

- קפלן, נאמנות זרה
 א' קפלן, "מהי נאמנות זרה (TRUST)", **הרפורמה במס
 במדינת ישראל בעקבות תיקון 312 לפקודת מס הכנסה**
 (בעריכת מ' אשר וב' קליפי), בני ברק תשס"ג, עמ'
 423-409.
- קרימינס, תמורה מותנית
 P. M. Crimmins, B. Gray, J. Waller "Earn-outs in
 M&A Transactions", *The M&A Journal*, 10
 (2010), pp. 1-8.
- רבינוביץ, משפט עברי
 J. J. Rabinowitz, *Jewish Law – Its Influence of the
 Development of Legal Institutions*, New York
 1956.
- רגנה, היהודים באראגון
 J. Régné, *History of the Jews in Aragon* (Y. T.
 Assis and A. Gruzman, ed.), Jerusalem 1978.
- רוזנפלד, חכמים בלוד
 ב"צ רוזנפלד, "חכמים ובעלי בתים בלוד בתקופת יבנה",
סיני, קג (תשמ"ט), עמ' ס-עא.
- רוזנפלד ומנירב, בטוחות
 ב"צ רוזנפלד וי' מנירב, "שימוש בבטוחות עסקיות
 במשפט העברי בתקופת המשנה והתלמוד", **דיני ישראל**,
 כח (תשע"א), עמ' 61-96.
- רוטשילד, נאמנויות
 G. Rothschild, "Asset Protection Trusts", in *Trusts
 in Prime Jurisdiction* (A. Kaplan, ed.), 1st ed., The
 Hague 2000, pp. 405-430.
- רות, יהדות אירופה
 C. Roth, "European Jewry in the Dark Ages: A
 Revised Picture", *Hebrew Union College Annual*,
 23 (1950-1951), pp. 151-169.

- א' רז וי' ספירו, "הדירותה של הצעה הניתנת במסגרת זכות סירוב ראשונה בזירה התאגידיית", **תאגידים**, ט(2) (2012), עמ' 78-102.
- ריבלין, הברצלוני **ריבלין, ספר השטרות להרב הנשיא רבנו יהודה ב"ר ברזילי הברצלוני ז"ל על פי כתב יד אוקספורד**, בני ברק תשע"ג.
- ריבלין, הירושה והצוואה **ריבלין, הירושה והצוואה במשפט העברי**, רמת גן תשנ"ט.
- ריבלין, הסדרי משכנתא **ריבלין, "הסדרי משכנתא ומכר חוזר בתעודות מן הגניזה הקהירית"**, בתוך: **עלי עשור, דברי הוועידה העשירית לחקר התרבות הערבית-יהודית של ימי הביניים** (בעריכת ד"י לסקר וחי' בן-שמאי), באר שבע תשס"ח, עמ' 289-308.
- ריבלין, על כלכלה והלכה **ריבלין, "על כלכלה והלכה – המשכנתא והמכר החוזר"**, עיוני הלכה ומשפט לכבוד פרופסור אהרן קירשנבאום, **דיני ישראל**, כ-כא (תש"ס-תשס"א), עמ' 353-395.
- ריבלין, שטרי אליסאנה **ריבלין, שטרי קהילת אליסאנה מן המאה האחת-עשרה**, ירושלים תשנ"ה.
- רייך, מבוא ליראים השלם **מ' רייך, "מבוא ליראים השלם"**, **סיני – ספר יובל** (בעריכת י"ל הכהן מימון), ירושלים תשי"ח, עמ' שנו-שעב.
- שאכט, משפט מוחמדני **J. Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950.**
- שוורץ, זונן ובייתוס **שוורץ, "על זונן ובייתוס בנו"**, **סיני**, קג (תשמ"ט), עמ' קח-קכב.

E. Stein, *Rabbinic Legal Loopholes: Formalism, Equity and Subjectivity*, Ph.D. Thesis, Columbia University 2014.

שטיין, הערמה

ש' שילה, "ההערמה בתלמוד", **שנתון המשפט העברי**, ח (תשמ"א), עמ' 309-355.

שילה, ההערמה בתלמוד

S. Shilo, "Evasion of the Law in the Talmud", in *Authority, Process and Method* (H. Ben-Menahem and N. S. Hecht, ed.), Australia 1998, pp. 171-229.

שילה, התחמקות מהחוק

S. Shilo, "Circumvention of the Law in Talmudic Literature", *Israel Law Review*, 17 (1982), pp. 151-168.

שילה, עקיפת החוק

ש' שילה, "פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי", **דיני ישראל**, יב (תשד"ם-תשמ"ה), עמ' קעג-קצה. י' שילת, **אגרות הרמב"ם**, כרך ב, ירושלים תשנ"ה.

שילה, פיצול זכות הבעלות

שילת, אגרות הרמב"ם

Schmitthoff's Export Trade – The Law and Practice of International Trade (11th ed., C Murray, D. Holloway and D. Timson-Hunt, ed.), London 2007.

שמיטהוף, סחר יצוא

צ' שמשוני, **החיוב להשיב ריבית שנגבתה באיסור בספרות התנאית והתלמודית**, עבודה לשם קבלת תואר מוסמך, המחלקה לתלמוד אוניברסיטת בר אילן, תשס"ח.

שמשוני, ריבית

- שפיגל, מהריק"ש
 י"ש שפיגל, "הרב ר' יעקב קשטרו (מהריק"ש) וחיבוריו",
עלי ספר, טז (תש"ן), עמ' 5-36.
- שפיגל, עמודים
 י"ש שפיגל, **עמודים בתולדות הספר העברי – כתיבה
 והעתקה**, רמת גן תשס"ה.
- שפיגל, פסקי הלכה
 י"ש שפיגל, "אמר רבא הלכתא" – פסקי הלכה
 מאוחרים", **עיונים בספרות חז"ל במקרא ובתולדות
 ישראל, מוקדש לפרופ' עזרא ציון מלמד** (בעריכת י"ד
 גילת, ח"י לוי, צ"מ רבינוביץ), רמת גן תשמ"ב, עמ'
 206-214.
- שפרבר, מילון
 D. Sperber, *A Dictionary of Greek and Latin
 Legal Terms in Rabbinic Literature*, Ramat Gan
 1984.
- תא-שמע, לימוד התלמוד
 י"מ תא-שמע, "האמנם נקט הרמב"ם עמדה מהפכנית
 כלפי לימוד התלמוד", בתוך: **הרמב"ם: שמרנות,
 מקוריות, מהפכנות**, כרך א: היסטוריה והלכה (בעריכת
 א' רביצקי), ירושלים תשס"ט, עמ'
 111-118.
- תא-שמא, מחקרים
 י"מ תא-שמע, **כנסת מחקרים – עיונים בספרות הרבנית
 בימי הביניים**, כרך א: אשכנז, ירושלים תשס"ה; כרך ב:
 ספרד, ירושלים תשס"ד; כרך ג: איטליה וביזנטיון,
 ירושלים תש"ע.
- תולדות עם ישראל
 א' מלמט, ח' תדמור, מ' שטרן, ש' ספראי, ח"ה בן-ששון,
 ש' אטניגר, **תולדות עם ישראל** (בעריכת ח"ה בן ששון,
 כרך ב), תל אביב תשכ"ט.
- תמר, איסרלין
 ד' תמר, "דמותו הרוחנית של ר' ישראל איסרלין", **סיני**,
 לב (תשי"ג), עמ' קעה-קפה.

ספרות תורנית

אבן האזל	אבן האזל לר' איסר זלמן מלצר, חלק שלישי, ספר קנין, ירושלים תרצ"ח.
אגרת התשובה	אגרת התשובה שלם לר' יונה בן אברהם גירונדי (בעריכת ב"י זילבר), ירושלים תשכ"ב.
אהל יצחק	אהל יצחק לר' חיים יצחק הכהן חסיד, מהדורת פרידברג, ירושלים תשס"ו.
אהל מועד	אהל מועד לר' שמואל ב"ר משולם ירונדי, ירושלים תרמ"ו.
אוירבך, מתנה ומכר	ש"ז אויערבאך, "בענין מתנה ומכר ע"מ להחזיר ברבית ובשאר דברים", מוריה, ב-ד (סב-סד) (תשל"ה), עמ' עז-פד.
אור זרוע	אור זרוע לר' יצחק ב"ר משה מווינה, מהדורת מכון ירושלים, תשי"ע.
אורחות חיים	אורחות חיים לר' אהרן ב"ר יעקב הכהן מנרבונה (ר' אהרן הכהן מלוניל), חלק א, פירינצי תק"י.
בבלי	תלמוד בבלי, דפוס וילנא, תר"ם-תרמ"ו.
בבלי - דפוס ונציה	תלמוד בבלי, דפוס ונציה, ר"פ-רפ"ג.
בבלי - דפוס פיזרו	תלמוד בבלי, דפוס פיזרו, רס"ט-רע"ו.
בבלי - דפוס קושטא	תלמוד בבלי, דפוס קושטא, רס"ט.
בבלי - דפוס שונצינו	תלמוד בבלי, דפוס שונצינו, רמ"ד-רמ"ט.
ב"ח	בית חדש לר' יואל ב"ר שמואל סירקיש, הוצאת מוסדות שירת דבורה ומכון ירושלים, ישראל תשנ"ג.

ביאור הגר"א על שולחן ערוך לר' אליהו ב"ר שלמה זלמן מווילנא, הוצאת מכון "שולחן מלכים", ירושלים תשס"ד.	ביאור הגר"א
בית הבחירה לר' מנחם בן שלמה המאירי, מהדורת "זכרון יעקב", ישראל תשל"ד.	בית הבחירה
בית יוסף לר' יוסף בן אפרים קארו, הוצאת מוסדות שירת דבורה/מכון ירושלים, ישראל תשנ"ג-תשנ"ד.	בית יוסף
ש' בצלאל, "בדין צד אחד ברבית ורבית על מנת להחזיר", מקבציאל, לב (תשס"ז), עמ' קצה-ר.	בצלאל, צד אחד ברבית
בראשית רבה, ירושלים, ד"צ וילנא תרל"ח.	בראשית רבה (וילנא)
בראשית רבה, מהדורת תיאודור-אלבק, הדפסה שנייה, ירושלים תשכ"ה.	בראשית רבה (תיאודור-אלבק)
פירוש למשנה לר' עובדיה בן אברהם מברטנורא, ונציה ש"ח.	ברטנורא
י' גולדשטיין, "פסקי בבא קמא לרבי אברהם אבן אסמעאל", מוריה, טו (תשמ"ו), עמ' כב-כג.	גולדשטיין, פסקי בבא קמא
דקדוקי סופרים לרנ"נ רבינוביץ', חלק יג, בבא מציעא, מינכן תרמ"ג.	דקדוקי סופרים
דרשות מהר"ח אור זרוע לר' חיים בן יצחק אור זרוע, מהדורת אביטן, ירושלים תשס"ב.	דרשות מהר"ח אור זרוע
האגודה לר' אלכסנדר זויסלין הכהן, ירושלים תשכ"ו-תשל"ח.	האגודה
הגהות אשרי לר' ישראל מקרמז', על פי מהדורת ש"ס וילנא.	הגהות אשרי

הגהות מיימוניות	הגהות מיימוניות לר' מאיר ב"ר יקותיאל הכהן מרוטנבורג, ד"צ ורשא תר"ם.
חוות דעת	חוות דעת לר' יעקב לורברבוים, לבוב תרע"ח.
חידושי הריטב"א	חידושי הריטב"א לר' יוס טוב בן אברהם אשבילי, מהדורת "זכרון יעקב", ישראל תשס"ב.
חידושי הרמב"ן	חידושי הרמב"ן לר' משה בן נחמן גירונדי, מהדורת "זכרון יעקב", ישראל תשנ"ד.
חידושי הרשב"א	חידושי הרשב"א לר' שלמה בן אברהם אדרת, מהדורת "זכרון יעקב", ישראל תשמ"ח.
חידושי מהר"ל	חידושי מהר"ל פישלס על מסכת ביצה לר' יהודה ליב פישלס, פורסם יחד עם ספר יומא טבא לרבנן על מסכת ביצה לר' בצלאל רנשבורג, ניו יורק תשמ"ד.
חלקת מחוקק	חלקת מחוקק לר' משה ב"ר יצחק יהודה לימא, ירושלים תשכ"ו.
טור	ארבעה טורים לר' יעקב בן אשר, מהדורת וילנא תרפ"ד.
טורי זהב	טורי זהב לר' דוד הלוי, מהדורת מכון "שולחן מלכים", ירושלים תשס"ד.
טל חיים	טל חיים לר' שמואל טל, בית שמש תשע"ג.
יד מלאכי	יד מלאכי, כללים לר' מלאכי ב"ר יעקב הכהן, מהדורת מכון ירושלים, כרך ראשון, ירושלים תשע"ו.
יד רמ"ה	יד רמ"ה לרבנו מאיר ב"ר טודרוס הלוי אבולעפיה, מהדורת בית אהרן, בני ברק תשס"ג.
ירושלמי	תלמוד ירושלמי, האקדמיה ללשון העברית, ירושלים תשס"ה.

כבוד יום טוב	כבוד יום טוב לר' יום טוב דאנון, מהדורת פרידברג, ירושלים תשס"ו.
כסף משנה	כסף משנה לר' יוסף קארו, ד"צ ורשא תר"ם.
לבוש	ספר הלבוש לר' מרדכי יפה, מהדורת "זכרון אהרן", ירושלים תשס"ד.
לחם משנה	לחם משנה לר' אברהם ב"ר משה די בוטון, ד"צ ורשא תר"ם.
מגיד משנה	מגיד משנה לר' וידל די טולושא, ד"צ ורשא תר"ם.
מדרש תהלים	מדרש תהלים , הוצאת זכרון אהרן, ירושלים תשע"ב.
מחזור ויטרי	מחזור ויטרי לר' שמחה מויטרי, מהדורת גולדשמידט, ירושלים תשס"ט.
מחנה אפרים	מחנה אפרים לר' אפרים נבון, מהדורת אור החיים, ירושלים תשע"א.
מכילתא דרבי ישמעאל	מכילתא דרבי ישמעאל , מהדורת הורוביץ-רבין, ירושלים תש"ל.
מעשה רקח	מעשה רקח לר' מסעוד חי רקח, מהדורת פרידברג, ירושלים תשס"ו.
מרומי שדה	מרומי שדה לנפתלי צבי יהודה ברלין (הנצי"ב), חלק רביעי, ירושלים תשי"ז.
מרכבת המשנה (חעלמא)	מרכבת המשנה לר' שלמה מחעלמא, מהדורת פרידברג, ירושלים תשס"ו.
משנה - דפוס נפולי	משנה עם פירוש הרמב"ם , ירושלים תש"ל, ד"צ נפולי רנ"ב.

<p>משנה תורה הוא היד החזקה לרמב"ם לר' משה בן מימון, מהדורת שבתי פרנקל, ספר נשים, ירושלים - בני ברק תשל"ז; ספר נזיקין, ירושלים - בני ברק תשמ"ב; ספר משפטים, ירושלים - בני ברק תשמ"ט; ספר הפלאה, ירושלים - בני ברק תשמ"ט; ספר קנין, ירושלים - בני ברק תש"ן; ספר זרעים, ירושלים - בני ברק תש"ן; ספר קרבנות, ירושלים - בני ברק תשס"ג.</p>	<p>משנה תורה</p>
<p>משפט שלום לר' שלום מרדכי הכהן שבדרון, ירושלים תשמ"א, ד"צ פיעטרקוב תרס"ג.</p>	<p>משפט שלום</p>
<p>ספר משפטי שבועות לרב האי גאון, מהדורת דומב, בני ברק תשס"ב.</p>	<p>משפטי שבועות</p>
<p>ספר נחלת שבעה - שטרות לר' שמואל ב"ר דוד משה הלוי סג"ל, מהדורת שוורץ, בני ברק תשס"ו.</p>	<p>נחלת שבעה - שטרות</p>
<p>נמוקי יוסף לר' יוסף בר חביבא, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תש"ל.</p>	<p>נמוקי יוסף</p>
<p>נתיבות המשפט לר' יעקב לורברבוים, מהדורת מכון "מורשה להנחיל", ירושלים תשנ"ב.</p>	<p>נתיבות המשפט</p>
<p>מסכת בבא מציעא מן תלמוד ירושלמי עם פירוש נתיבות ירושלים לר' ישראל חיים דייכעס, לונדון תרפ"ז.</p>	<p>נתיבות ירושלים</p>
<p>סידור רבנו שלמה ב"ר שמשון מגרמייזא (בעריכת מ' הרשלאר), ירושלים תשל"ב.</p>	<p>סידור רבנו שלמה</p>
<p>ספר מאירת עיניים לר' יהושע ולק (פלק) ב"ר אלכסנדר הכהן (כ"ץ), הוצאת מורשה להנחיל, ירושלים תשנ"ב-תשס"ד.</p>	<p>סמ"ע</p>
<p>ספר ההשלמה לר' משולם ב"ר משה מבדריש (בעריכת א' חפוטא), פתח תקווה תשס"ו.</p>	<p>ספר ההשלמה</p>

ספר הלכות גדולות	ספר הלכות גדולות , מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ב.
ספר המאורות	ספר המאורות לר' מאיר ב"ר שמעון המעילי מנרבונה, מסכת סוכה, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשכ"ז.
ספר המכתם	ספר המכתם לר' דוד ב"ר לוי מנרבונה, מסכת סוכה, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשכ"ב.
ספר המנהגים (חילדיק)	ספר המנהגים לרבינו אברהם חילדיק לר' אברהם חילדיק, ש"י שפיצר, מכון ירושלים, ירושלים תשס"ו.
ספר המנהגים (טירנא)	ספר המנהגים (טירנא) לר' ר' יצחק אייזיק טירנא, מהדורת ש"י שפיצר, מכון ירושלים, ירושלים תשל"ט.
ספר המקח והממכר	ספר המקח והממכר לרב האי גאון, בני ברק תשנ"ד.
ספר המרדכי	ספר המרדכי לר' מרדכי ב"ר הלל, על פי מהדורת ש"ס וילנא.
ספר הנייר	ספר הנייר , מכון ירושלים, ירושלים תשנ"ד.
ספר העיטור	עיטור סופרים לר' יצחק ב"ר אבא מארי ממרסיליה, מהדורת ר' מאיר יונה, ניו יורק תשט"ז, ד"צ ורשא תרמ"ג.
ספר הפרדס (נביו)	ספר הפרדס לר' אשר ב"ר חיים נביו ממנתשון, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשמ"ד.
ספר הראבי"ה	ספר הראבי"ה לר' אליעזר ב"ר יואל הלוי, כרך ב, מהדורת א' אפטוביצר, ירושלים תשכ"ד; מבוא, מהדורת א' אפטוביצר, ירושלים תשמ"ד; תשובות וביאורי סוגיות, מהדורת ד' דבלצקי, בני ברק תש"ס.
ספר השטרות לרב האי גאון	ספר השטרות לרב האי גאון , מהדורת ש' אסף, ירושלים תר"ץ (מוסף לתרביץ, שנה א, ספר ג).

ספר התרומות	ספר התרומות
ירושלים, ירושלים תשמ"ח.	
ספר כלבו	ספר כלבו
הכהן מלוניל), ירושלים תשנ"ז.	
ספרא, מהדורת ווייס, וינא תרכ"ב.	ספרא
עליות דרבנו יונה השלם, בבא בתרא לר' יונה בן אברהם גירונדי (בעריכת מ' הרשלה), ירושלים תש"ן.	עליות דרבנו יונה
ספר הערוך לר' נתן ב"ר יחיאל מרומי ועליו ספר מוסף הערוך לר' בנימין מוספיא (בעריכת ח"י קאהוט), חלק ו, וינה תר"ן.	ערוך השלם
פירוש רבנו אברהם מן ההר מקרפנטרש, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשל"ח.	פירוש רבנו אברהם מן ההר
פני משה לר' משה ב"ר שמעון מרגלית, תלמוד ירושלמי, מהדורת "מאורי אור", ירושלים תשס"ה.	פני משה
פסיקתא זוטרתא (לקח טוב) לר' טוביהו ב"ר אליעזר, מהדורת ש' בובר, וילנא תר"ס.	פסיקתא זוטרתא
פסקי הרי"ד לר' ישעיה ב"ר מאלי דטרני, בבא מציעא, מהדורת יד הרב הרצוג - מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תשמ"ב.	פסקי הרי"ד
שו"ת ופסקי מהרי"ק החדשים, מהדורת פינס (מהדורה שלישית מתוקנת), ירושלים תשנ"ט.	פסקי מהרי"ק
ספר צרור הכסף לר' חיים ב"ר שמואל למשפחת בן דוד, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשד"ס.	צרור הכסף הארוך; צרור הכסף הקצר
קונטרס מהגאון הגדול מוהר"י ולק כץ זצ"ל בעל הסמ"ע לר' יהושע ולק (פלק) ב"ר אלכסנדר הכהן (כ"ץ), ורשה תר"א.	קונטרס בעל הסמ"ע

קצות החושן	קצות החושן
”מאורי אש” - ליוש, ירושלים תשנ”ט.	
קרנן העדה	קרנן העדה
”מאורי אור”, ירושלים תשס”ה.	
קרית מלך רב	קרית מלך רב
פרידברג, ירושלים תשס”ו.	
ר’ אברהם אב”ד	שיטת הקדמונים - רבנו אברהם אב”ד על מסכת בבא בתרא לר’ אברהם ב”ר יצחק אב”ד מנרבונה, מהדורת מ”י בלוי, ניו יורק תשל”ז.
ר’ אשר מלוניל	שיטת הקדמונים על שלש בבות כולל פירוש רבינו אשר ב”ר שלמיה מלוניל לר’ אשר ב”ר שלמיה מלוניל, מהדורת מ”י בלוי, ניו יורק תשמ”א.
ר’ ברוך הספרדי	שיטת הקדמונים על שלש בבות כולל פירוש רבינו ברוך מארץ יון לר’ ברוך הספרדי, מהדורת מ”י בלוי, ניו יורק תשמ”א.
ר’ יצחק קרקושא	שיטת הקדמונים על מסכת בבא בתרא כולל פירוש רבינו יצחק קרקושא לר’ יצחק ב”ר אברהם מנרבונה, מהדורת מ”י בלוי, ניו יורק תשמ”א.
ראב”ן	ספר ראב”ן הוא אבן העזר לרבינו אליעזר ב”ר נתן (עם הגהות והערות מאת ד’ דבליצקי), כרך ג, בני ברק תשע”ב.
רא”ש	פסקי הרא”ש לר’ אשר בן יחיאל, על פי מהדורת ש”ס וילנא.
רבנו גרשום	פירוש המיוחס לרבנו גרשום בן יהודה, על פי מהדורת ש”ס וילנא.
רבנו ירוחם - ספר מישרים	ספר מישרים לרבנו ירוחם בן משולם, ונציה ש”ג.
רבנו ירוחם - תולדות אדם וחוה	תולדות אדם וחוה לרבנו ירוחם בן משולם, ונציה ש”ג.

ר"ח	שיטת הקדמונים על שלוש בבות כולל פירוש רבינו חננאל לר' חננאל בן חושיאל, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשמ"ג.
ר"י מיגאש	ר"י מיגאש לר' יוסף ב"ר מאיר הלוי אבן מיגאש, ירושלים תשט"ו.
ר"ף	הלכות רב אלפס לר' יצחק בן יעקב אלפסי, על פי מהדורת ש"ס וילנא.
ר"ן	ר"ן על הר"ף לרבי ניסים בן ראובן גירונדי, על פי מהדורת ש"ס וילנא; חידושי הר"ן ופירוש הר"ן למסכת נדרים לרבי ניסים בן ראובן גירונדי, על פי מהדורת ש"ס וילנא.
שבלי הלקט	שבלי הלקט לר' צדקיה ב"ר אברהם הרופא, מהדורת בובר, וילנא תרמ"ז.
שולחן ערוך	שולחן ערוך לר' יוסף בן אפרים קארו, הוצאת כתובים, ירושלים תשנ"ג.
שיטה מקובצת	שיטה מקובצת לר' בצלאל בן אברהם אשכנזי, ירושלים תשס"ח.
ש"ך	שפתי כהן לר' שבת ב"ר מאיר כהן, חלק חושן משפט, ירושלים תשכ"ו (סימנים א-צה), מהדורת מורשה להנחיל).
שמש, מנהגים	י" שמש, מנהגים דק"ק וורמיישא , מהדורה שנייה, ירושלים תשנ"ב.
שער דעה	שער דעה לר' ישראל איסר בן זאב וואלף, קניגסברג תר"כ.
תוספות הרא"ש	תוספות הרא"ש לר' אשר בן יחיאל, מהדורת ש' הכהן וילמן, ברוקלין תשנ"ו.

תוספות יום טוב	תוספות יום טוב לר' יום טוב ליפמן הלוי הטר, מהדורת וילנא, על פי שישה סדרי משנה.
תוספות רבינו שמואל ב"ר יצחק	תוספות רבינו שמואל ב"ר יצחק על מסכת קידושין לר' שמואל ב"ר יצחק, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תש"ל.
תוספות שאנץ	תוספות שאנץ לר' שמשון בן אברהם משאנץ (בעריכת י"ד אילן), בני ברק תשנ"ז.
תוספתא	תוספתא, מהדורת ש' ליברמן, ירושלים תשנ"ג; מהדורת מ"ש צוקרמנדל, ירושלים תשל"ה.
תוספתא - דפוס ראשון	תוספתא, ונציה רפ"א.
תוספתא - חזון יחזקאל	י' אברמסקי, תוספתא עם פירוש חזון יחזקאל, סדר קדשים חלק שני, ירושלים תש"ן.
תוספתא כפשוטה	ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ד סדר מועד, ניו יורק תשכ"ב; חלקים ט-י סדר נזיקין, ניו יורק וירושלים תשס"א.
תלמיד הרשב"א	שיטת הקדמונים על מסכת בבא מציעא כולל כללי ב"מ לתלמיד הרשב"א, מהדורת מ"י בלוי, ניו יורק תשמ"ה.
תפארת ישראל - יכין	תפארת ישראל - יכין לרבי שמעון ורבי צמח בני רבי שלמה בן שמעון דוראן, ירושלים תש"ל, ד"צ ליוורנו תקמ"ב.
תרומת הדשן	תרומת הדשן לר' ישראל בן פתחיה איסרלין, כרך א, מהדורת אביטן, ירושלים תשנ"א.
תשב"ץ קטן	תשב"ץ המכונה תשב"ץ קטן לר' שמשון ב"ר צדוק, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשע"א.

ספרות השו"ת

ספר דברי יחזקאל	ספר דברי יחזקאל לר' יחזקאל שרגא בן יהושע השל פרנקל תאומים, ירושלים תשמ"ו.
ספר חזה התנופה	ספר חזה התנופה לר' משה די ברושליש, ניו יורק תשכ"א, ד"צ למברג תרמ"ו.
ספר כפי אהרן	ספר כפי אהרן לר' אהרן בן עזריאל, חלק ב, ירושלים תרמ"ו.
ספר עטרת חכמים	ספר עטרת חכמים לר' ברוך פרנקל תאומים, חלק ראשון, יוזפוב תרכ"ו.
ספר פאר הדור	ספר פאר הדור לר' משה בן מיימון, לבוב תרי"ט.
שו"ת אבקת רוכל	ספר אבקת רוכל לר' יוסף בן אפרים קארו, ירושלים תשס"ב.
שו"ת אהלי יעקב	ספר אהלי יעקב לר' יעקב ב"ר אברהם קשטרו, ליוורנו תקמ"ג.
שו"ת בית דוד	ספר בית דוד לר' יוסף דוד בן שבתאי משאלוניקי, שאלוניקי ת"ק.
שו"ת בית יצחק	ספר שאלות ותשובות בית יצחק לר' יצחק יהודה ב"ר חיים שמואל שמלקיש, חושן משפט, פרמישלה תרס"ח.
שו"ת בית שערים	ספר שאלות ותשובות בית שערים לר' עמרם בלום, ניו יורק תש"ס.
שו"ת בעלי התוספות	תשובות בעלי התוספות, מהדורת א"י איגוס, ניו יורק תשי"ד.
שו"ת גינת ורדים	שאלות ותשובות גינת ורדים השלם לר' אברהם בן מרדכי הלוי, מהדורת ישמח לב, ירושלים תשס"ח.

שׁוׁיׁת דבּרִי חַיִּים	ספּר שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת דְּבָרֵי חַיִּים לר׳ חַיִּים ב״ר אַרְיָה לַיִב הַלְבַּרְשֶׁט, נְיו יוֹרְק תשס״ב.
שׁוׁיׁת הַרְא״שׁ	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרְא״שׁ לר׳ אֶשֶׁר בֶּן יַחִיאֵל, הוּצָאת מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, יְרוּשָׁלַיִם תשנ״ד.
שׁוׁיׁת הַרְדב״ז	שׁוׁיׁת הַרְדב״ז ? לר׳ דּוֹד בֶּן שְׁלֵמָה אֲבָן זְמֵרָא, חֲלָקִים א, ג - יְרוּשָׁלַיִם תשׁל״ב, ד״צ וּרְשָׁא תרמ״ב.
שׁוׁיׁת הַרִי בַשְּׁמַיִם	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרִי בַשְּׁמַיִם לר׳ אַרְיָה לַיִב ב״ר יַצְחָק הַלּוֹי אִישׁ הוֹרוּוֹיץ, חֲלָק ב, מֵהַדּוֹרָה תְּנִינָא, לַמְּבַרְג תרנ״ו.
שׁוׁיׁת הַרִיטב״א	שׁוׁיׁת הַרִיטב״א לר׳ יוֹם טוֹב בֶּן אֲבֵרָה אֶלְאֶשְׁבִּילִי (י קֶאֱפַח, מֵהַדִּיר), יְרוּשָׁלַיִם תשס״ט.
שׁוׁיׁת הַרִי״ף	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרִי״ף לר׳ יַצְחָק אֶלְפַסִּי, מֵהַדּוֹרָת מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, יְרוּשָׁלַיִם תשס״ח.
שׁוׁיׁת הַרְמב״ם	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרְמב״ם לר׳ מֹשֶׁה בֶּן מֵיִמוֹן, מֵהַדּוֹרָת בְּלָאוּ, יְרוּשָׁלַיִם תשׁי״ח-תשכ״א.
שׁוׁיׁת הַרְמב״ן	ספּרן שֶׁל רֵאשׁוֹנִים – תְּשׁוּבוֹת וּפְסָקִים וּמִנְהַגוֹת, תְּשׁוּבוֹת הַרְמב״ן לר׳ מֹשֶׁה בֶּן נַחֲמָן גִּירוֹנְדִי, יְרוּשָׁלַיִם תשכ״ז, ד״צ מֵהַדּוֹרָת אֶסֶף, רוֹשָׁלַיִם תרצ״ה.
שׁוׁיׁת הַרְשֵׁב״א	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרְשֵׁב״א לר׳ שְׁלֵמָה בֶּן אֲבֵרָה אֶדְרַת, הוּצָאת מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, חֲלָקִים א-ג, יְרוּשָׁלַיִם תשנ״ז; חֲלָקִים ד-ה, יְרוּשָׁלַיִם תשנ״ח; חֲלָק ז - הַמְּיוֹחֶסוֹת לַרְמב״ן, יְרוּשָׁלַיִם תשס״א.
שׁוׁיׁת הַרְשֵׁב״א הַחֲדָשׁוֹת	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרְשֵׁב״א הַחֲדָשׁוֹת - מִכְּתָב יָד לר׳ שְׁלֵמָה בֶּן אֲבֵרָה אֶדְרַת, הוּצָאת מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם, חֲלָק ח, יְרוּשָׁלַיִם תשס״ה.
שׁוׁיׁת הַרְשֵׁב״שׁ	שאלוֹת וּתְשׁוּבוֹת הַרְשֵׁב״שׁ לר׳ שְׁלֵמָה בֶּן ר׳ שְׁמַעוֹן דּוֹרָאן, מִכּוֹן יְרוּשָׁלַיִם תשנ״ח.

שו"ת התשב"ץ	שו"ת התשב"ץ לר' שמעון בן צמח דוראן, חלקים א-ג, ירושלים תש"ך, ד"צ למברג תרנ"א.
שו"ת זכרון יהודה	שאלות ותשובות זכרון יהודה לר' יהודה בן הרא"ש, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשס"ה.
שו"ת זקן אהרן	ספר זקן אהרן לר' אליהו ב"ר בנימין הלוי, קושטא תצ"ד.
שו"ת חות יאיר	ספר שאלות ותשובות חות יאיר לר' יאיר חיים בן משה שמשון בכרך, מהדורת מכון עקד ספרים, מהדורה שנייה, בני ברק תש"ס.
שו"ת חלקת יעקב	ספר חלקת יעקב לר' מרדכי יעקב ברייש, תל אביב תשנ"ב.
שו"ת חקות החיים	ספר חקות החיים לר' חיים בן יעקב פלגי, אזמיר תרל"ג.
שו"ת חקרי לב	ספר חקרי לב לר' יוסף רפאל חזן, חושן משפט, חלק א, שאלוניקי תקמ"ז; יורה דעה, חלק ב, שאלוניקי תקס"ה.
שו"ת מהר"י בן לב	שאלות ותשובות מהר"י בן לב לר' יוסף בן דוד אבן לב, חלק א, בני ברק תשמ"ח.
שו"ת מהר"י הלוי	ספר שאלות ותשובות מהר"י הלוי לר' יצחק ב"ר שמואל הלוי, מהדורת זכרון אהרן, ירושלים תשי"ע.
שו"ת מהר"י ט	ספר שאלות ותשובות מהר"י ט לר' יוסף ב"ר משה מטראני, חלק א-ב - תל אביב תשי"ט, ד"צ למברג תרכ"א; חלק ג - ירושלים תשל"ח.
שו"ת מהר"ל	שו"ת מהר"ל לר' יעקב בן משה מולין, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תש"ס; החדשות - ירושלים תשל"ז.
שו"ת מהר"ק	ספר שאלות ותשובות מהר"ק הישנות לר' יוסף בן שלמה קולון, ירושלים תשמ"ח.

שׁוׁיׁת מהר״ם מרוטנבורג	ספר שאלות ותשובות מהר״ם בר׳ ברוך לר׳ מאיר ב״ר ברוך מרוטנבורג, כרך ראשון - דפוס פראג, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשע״ד; דפוס קרימונה - מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשע״ד; דפוס ברלין - מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשע״ד; דפוס סיני וליקוטים - מהדורת מכון ירושלים, ירושלים תשע״ה.
שׁוׁיׁת מהרשד״ם	שׁוׁיׁת מהרשד״ם לר׳ שמואל בן משה די מדינה, ניו יורק תשי״ט, ד״צ למברג תרכ״ב.
שׁוׁיׁת מהרש״ך	שאלות ותשובות מהרש״ך לר׳ שלמה בן אברהם הכהן, מהדורת זכרון אהרן, ירושלים תשע״א.
שׁוׁיׁת משפטים ישרים	ספר שאלות ותשובות משפטים ישרים לר׳ רפאל בן מרדכי ברדוגו, קראקא תרנ״א.
שׁוׁיׁת נודע ביהודה	ספר נודע ביהודה לר׳ יחזקאל סג״ל בן יהודה לנדא, ירושלים תשנ״ח.
שׁוׁיׁת פני יהושע	ספר פני יהושע לר׳ יהושע העשיל בן יוסף, ירושלים תשמ״ב, ד״צ לבוב תר״ך.
שׁוׁיׁת צמח צדק	שׁוׁיׁת צמח צדק לר׳ מנחם מנדל ב״ר שלום שכנא שניאורסון, ניו יורק תשנ״ד.
שׁוׁיׁת צמח צדק (קדמון)	שׁוׁיׁת צמח צדק לר׳ מנחם מנדל ב״ר אברהם קרוכמל, ישראל תשס״ח.
שׁוׁיׁת ראב״ד	תשובות ופסקים לר׳ אברהם בן דוד, מהדורת קפאח, ירושלים תשכ״ד.
שׁוׁיׁת ר״י מיגאש	שאלות ותשובות ר״י מיגאש לר׳ יוסף ב״ר מאיר הלוי אבן מיגאש, ירושלים תשע״ז.
שׁוׁיׁת ריב״ש	שאלות ותשובות לרבנו יצחק בר ששת לר׳ יצחק בר ששת פרפת, ניו יורק תשי״ד, ד״צ וילנא תרל״ט.

שׁוׁיׁת שׁבוֹת יַעֲקֹב	סֵפֶר שְׁאֵלוֹת וְתְשׁוּבוֹת שְׁבוֹת יַעֲקֹב לְרִי יַעֲקֹב בֶּן יוֹסֵף רִישׁוֹר, יְרוּשָׁלַיִם תְּשׁל״ב, ד״צ לַמְּבֵרֵג תְּרַכ״א.
שׁוׁיׁת תּוֹרַת אֲמֵת	שׁוׁיׁת תּוֹרַת אֲמֵת לְרִי אֶהֱרֹן בֶּן יוֹסֵף שֶׁשׁוֹן, מֵהַדוֹרֵת זְכוּרֹן אֶהֱרֹן, יְרוּשָׁלַיִם תְּשׁס״ו.
תְּשׁוּבוֹת גְּאוּנִים קְדַמוּנִים	תְּשׁוּבוֹת גְּאוּנִים קְדַמוּנִים , מֵהַדוֹרֵת קֶסֶל, בְּרֵלִין תְּר״ח.
תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים הַחֲדָשׁוֹת	תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים הַחֲדָשׁוֹת (אֹפֶק) , מֵהַדוֹרֵת מִכּוֹן אֹפֶק, יְרוּשָׁלַיִם תְּשׁנ״ה.
תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים - הֶרְכָּבִי	זְכוּרֹן לְרֵאשׁוֹנִים וְגַם לְאַחֲרוֹנִים , מֵהַדוֹרֵת הֶרְכָּבִי, בְּרֵלִין תְּרַמ״ז.
תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים - מְזֻרַח וּמְעֵרֵב	תְּשׁוּבוֹת גְּאוּנִים גְּאוּנֵי מְזֻרַח וּמְעֵרֵב , מֵהַדוֹרֵת י״ מִילֵר, בְּרֵלִין תְּרַמ״ח.
תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים - שַׁעֲרֵי צַדֵּק	סֵפֶר שַׁעֲרֵי צַדֵּק , יְרוּשָׁלַיִם תְּשַׁכ״ו, ד״צ שְׁאֵלוּנִיקֵי תְּקַנ״ב.
תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים - שַׁעֲרֵי תְּשׁוּבָה	תְּשׁוּבוֹת הַגְּאוּנִים - שַׁעֲרֵי תְּשׁוּבָה , נְיוֹ יוֹרֵק תְּשׁי״ו.
תְּשׁוּבוֹת מֵהֶר״ם מְרוֹטְנֵבוּרֵג וְחֶבְרִי	תְּשׁוּבוֹת מֵהֶר״ם מְרוֹטְנֵבוּרֵג וְחֶבְרִי , יְרוּשָׁלַיִם תְּשַׁע״ב.
תְּשׁוּבוֹת מֵיִמוּנִיּוֹת	תְּשׁוּבוֹת מֵיִמוּנִיּוֹת לְרִי מֵאִיר ב״ר יְקוֹתִיאֵל הַכֹּהֵן מְרוֹטְנֵבוּרֵג, ד״צ וְרֶשֶׁא תְּר״ם.

מקורות מן המשפט הישראלי

חקיקה

- חוק הירושה, תשכ״ה-1965, ס״ח 63.
- חוק המיטלטלין, תשל״א-1971, ס״ח תשל״א 184.
- חוק המכר, תשכ״ח-1968, ס״ח 98.
- חוק המקרקעין, תשכ״ט-1969, ס״ח תשכ״ט 259.
- חוק הפטנטים, תשכ״ז-1967, ס״ח 148.
- חוק זכות יוצרים, תשס״ח-2007, ס״ח 38.

פסיקה

- ע"א 406/63 רשות הפיתוח נ' בכר, פ"ד יח(2) 47 (1964).
- ע"א 269/74 בוקובה נ' הממונה על המרשם, פ"ד כט(1) 243 (1974).
- ע"א 749/82 משה נ' לני, פ"ד מג(1) 278 (1989).
- ע"א 455/89 קולומבו מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991).
- ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330 (1992).
- ע"א 4714/90 ויספלד נ' ויספלד, פ"ד מח(3) 104 (1994).
- ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון, פ"ד נג(5) 703 (1999).
- ע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' ורד גויילי – מפרקת זמנית ומנהלת מיוחדת, פ"ד נז(3) 385 (2003).
- ע"א 46/11 ויטה פרי הגליל (החדשה) בע"מ נ' עו"ד חנית נוב כונסת נכסים (פורסם בנבו), 13.11.2013.

מקורות מן המשפט האנגלי

.Sales of Good Act, 1979, c 54 (Eng.)

Abstract

This research examines temporary ownership in Jewish Law. *Halakhic* literature, beginning with the period of the sages, includes various instances of temporary ownership transactions which are used to solve a significant number of legal and *halakhic* challenges. These include *inter alia*: overcoming the prohibition of *ribbit* (usury); hiding assets from creditors; planning for tax avoidance, and; prohibitions related to Sabbath observance, Passover, the sabbatical year and the sanctity of the firstborn.

Temporary ownership transactions raise several questions. One relates to the transient nature of ownership. It is not at all clear that the science of jurisprudence recognizes temporary ownership. A second question concerns the economic-commercial essence of the transaction, that is, whether a temporary ownership transaction has a commercial purpose of its own or is being used as the formal disguise for a different commercial transaction, and the reasons for the parties' choice of this specific form of transaction. Additional questions relate to the factors which shaped the various patterns of temporary ownership transactions, and whether their treatment by the sages, the *Poseqim* and the *Responsa* scholars, is characterized by a casuistic or a conceptual approach.

The *Responsa* literature plays a central role in this research, as it reflects both *halakhic* position and Jewish society and life from the relevant place and time. Both general *halakhic* literature during the *geonic* period and the period of the *Ri'shonim* and relevant exegetical literature were also reviewed, as were bills and contracts of temporary ownership transactions. Our analysis of the different resources indicates

relevant geographically-based differences in *halakhic* approach and tradition. In turn, we discuss the possible influence of extra-*halakhic* considerations. The research also offers, where possible, a comparative analysis of the *halakhic* approach to different temporary ownership transactions that were concurrently utilized at the same time and place.

The research generally relates to a period commencing with the sages and ending at the end of the period of the *Ri'shonim*. However, in the chapter concerning sale and repurchase transactions in *Ashkenaz*, *Responsa* literature from the period of the *Aḥaronim*, up to the 19th century, was also examined.

Chapter 1 provides a general introduction. We present the subject of the research and discuss various techniques that may be used to create temporary ownership. We suggest that, from a theoretical academic perspective, these techniques should be divided into two distinct categories. The first concerns transfers of temporary ownership, where a time limitation is inherent to the essence of the transaction or the action and is embedded in it. In the second category the time limitation is not inherent to the ownership right being transferred. Rather it is the act of transfer that is itself temporary.

The research demonstrates that the traditional approach of the general science of jurisprudence, including Israeli law, considers ownership as perpetual. More recent theoretical legal approaches call for a re-shaping of the definition of ownership in ways that permit transient ownership. We examine the significance of temporary ownership created by power of the law. The research further presents the concept of Trust under general law and its similarity to a temporary ownership transaction.

The research presents existing academic literature discussing whether Jewish law recognizes temporary ownership and the various views which devolve from it. We examine the significance of a requirement to undertake a formal act of acquisition (*qinyan*) in order to return the asset to its original owner at the end of the term of temporary ownership. The research also demonstrates the existence of temporary ownership created by power of the law in Jewish law and examines its implications.

Chapter 2 is devoted to temporary ownership transactions in the *tannaitic* literature. The transactions reviewed include the "Repayment in Three Years" transaction, which was probably used to create a security for a loan during the *tannaitic* period; Deed of Trust and Deed of Goodwill, which, according to certain opinions, were used *inter alia* in a financial context beginning at the *tannaitic* period and lasting until the *geonic* period; the "Sale of a Field" transaction, which was probably used in a financial context during the *tannaitic* period, and; the "Sale of a House" transaction, which is mentioned in a *Baraiyta'* in the Babylonian Talmud, the *amoraic* discussion of which served as the basis for a *halakhic* solution to the problem of *ribbit* (usury) commencing in the *geonic* period. Also discussed is the returnable gift, which, beginning at the *tannaitic* period, was used in a commercial context – hiding assets from creditors, as well as in *halakhic* contexts, in particular waiving the *lulav* (palm branch) and the *etrog* (citron) on the first holiday of *Sukkot* (Tabernacles). We also examine the following sources: the transaction for the sale of a synagogue according to the sage Rabbi Me'ir, who determined that the sellers must reserve the right to repurchase the synagogue if the purchaser puts it to an inappropriate use; purchasing (*liku'ah*) for the purpose of animal tithe according to the *Mishna*, and; the *halakhic* discussions of a returnable bill of divorce (*Get*) and bequeathing "To You and Afterwards to Another".

The research notes the specific commercial context of a majority of the transactions included in the *tannaitic* literature and the purpose underlying their use. We examine the common attributes of the temporary ownership transactions mentioned in the *tannaitic* literature, both in respect of the literary resources in which they are mentioned and with respect to their classification under categories of temporary ownership transactions.

We also examine the significance of the fact that certain temporary ownership transactions are absent from one specific *tannaitic* literary source. We suggest that this absence is not the result of a theoretical-academic opposition to the existence of temporary ownership, but because of a different reason detailed in the research relating to changing commercial needs which influenced the shaping of the *halakhic* position.

Chapter 3 examines temporary ownership transactions in the *amoraic* literature. Transfer of temporary ownership transactions are first mentioned in the Babylonian Talmud – sale of an asset for thirty days.

The research presents the *amoraic* discussion of two sale and repurchase transactions – "Sale of a House" and "You and Navla are Kinsmen". We analyze Francus' view that different *Ri'shonim* had two versions of the "Sale of a House" *sugya* (passage), and his suggestion for the reconstructed language of the *sugya* in the version not included in the Vilna Talmud. We compare Rava's positions concerning the two different transactions and note a potential discrepancy in them. We suggest a possible solution for this discrepancy, and consider the implication of the proposed solution vis-a-vis the purchaser's right to enjoy the fruits of the asset sold.

From this we proceed to examine the effect of the proposed solution on the possibility that a legally valid sale and repurchase transaction was actually utilized during the *amoraic* period. Our view is that the *amoraic* position in this matter does not reflect a general theoretical approach to the existence of temporary ownership. Instead it is based on other considerations.

The research analyzes the sources in *amoraic* literature that relate to the use of a returnable gift in various commercial and *halakhic* contexts. The research shows that the Palestinian Talmud reflects one distinct approach to this matter and the Babylonian Talmud reflects a different one.

The research also examines the controversy between Elman and Brody over the questions whether Persian-Sasanian law influenced the position of the Babylonian Talmud concerning the use of a returnable gift; when this position became fixed chronologically; and what *halakhic* positions preceded it. We examine their respective views in these matters in light of the findings of this research, and propose which of the views of each scholar may be adopted. We also suggest the underlying reasons for the different development trends in Babylonia and in *Erets Yisra'el* (the Land of Israel).

The research examines the *amoraic* discussion of bequeathing "To You and Afterwards to Another". We discuss various opinions held by Albeck, Shilo, Yaron and Rivlin regarding the question of whether this manner of bequeathing constitutes a temporary ownership transaction. Our analysis of the sources shows that they tend to support the opinion of one of the aforementioned scholars.

We note that the position of the sages in the matter of temporary ownership, as

presented in their discussion of the various transactions, reflects a mostly casuistic approach. We examine when and where traces of conceptual reasoning of the sages first appear. Our research findings are then examined for consistency with the research undertaken by Moscovitz about this matter.

Chapter 4 examines the various approaches to temporary ownership transactions during the *geonic* and the *Ri'shonim* periods. The extant *geonic* literature does not reflect a theoretical objection to temporary ownership transactions. The period of the *Ri'shonim*, however, shows a development in the views taken by *poseqim* and by *Responsa* scholars concerning temporary ownership transactions. The research presents the various approaches of the *Ri'shonim*, both in relation to the very existence of a temporary ownership right and to the commercial purpose of temporary ownership transactions.

We show that the *Ri'shonim* are divided in their understanding of the *sugya* (passage) of "Sale of a House" in the Babylonian Talmud, a division that defies geographical borders. Some of the most prominent *Sepharadi Ri'shonim*, as well as one of the most prominent *Ashkenazi Ri'shonim*, understand the *sugya* as approving a sale and repurchase transaction under certain conditions. By contrast, other *Ashkenazi Ri'shonim* as well as certain *Sepharadi Ri'shonim* understand the *sugya* as approving a sale and repurchase transaction if different conditions are met. The research shows that various *Ri'shonim* are further divided in determining the decisive factor differentiating between the two portions of the ending of the *Baraiyta'*, namely, the timing of the stipulation or the identity of the stipulating party.

We have seen that the *geonic* literature includes the first certain instance of an actual use of a sale and repurchase transaction as a solution to the problem of *ribbit* (usury).

Merchants also used sale and repurchase transactions during the period of the *Ri'shonim*, probably, however, in service of other purposes than solving the problem of *ribbit* (usury).

The research discusses a possible discrepancy in Maimonides' position regarding sale and repurchase transactions, derived from differing passages he wrote about this matter in two chapters of *Mishneh Torah*. A *Responsum* as yet unexamined by existing research assists us in determining Maimonides' actual position in this matter. The research further suggests a possible resolution of Maimonides' different statements in *Mishneh Torah*.

Also reviewed are *Responsa* of Rabbi Shelomo Ben Avraham Adret (the Rashba), including two responses not yet reviewed in existing research. We present the meaning of the *Sens* transaction mentioned in the *Responsa* of the Rashba and of Yitshaq Ben Sheshet Perfet (the Ribash) and the possible connection to sale and repurchase transactions practiced by Jewish merchants. The research also presents various positions taken by Rashba in his responses, which may reflect a progression in his approach to this matter.

During the *geonic* period, no reservation is evident against the use of a returnable gift and a conditional gift for various *halakhic* purposes, for presenting gifts to the children of the giver, nor in the context of hiding assets from creditors. The literature of the *Ri'shonim* reflects a more intricate state of affairs. The returnable gift is discussed mainly in the context of fulfillment of certain commandments. We present various views of the *Ri'shonim* in this matter and their implications for the question of the existence of temporary ownership in Jewish law.

As mentioned above, another possible use of a returnable gift is to hide assets from creditors. The research shows that Ya'aqov Ben Me'ir Tam (Rabbenu Tam), followed by most *Ri'shonim*, adopted a certain position in this matter, while a minority of the *Ri'shonim*, particularly Nahmanides, adopted a different position. The research further shows that the *halakhic* position of the *Ri'shonim* is different when the assets are hidden from gentile creditors, and in particular gentile governmental authorities. We discuss the implications that these different positions may have on the question of recognition of temporary ownership by Jewish law.

We show that the approach taken by the *Ri'shonim* to temporary ownership transactions is predominantly casuistic. Furthermore, the same *Rishon* occasionally reflects positions that may appear to be incompatible in different circumstances of temporary ownership transactions. We suggest several possible explanations for these apparent inconsistencies in the positions of the *Ri'shonim*.

The research reviews the various approaches of the *Ri'shonim* to bequeathing "To You and Afterwards to Another", and the question whether this creates temporary ownership of the assets bequeathed, or other rights that do not amount to ownership.

Chapter 5 is devoted to sale and repurchase transactions in *Ashkenaz*. The research shows that, contrary to prevalent academic opinion, a sale and repurchase transaction emerged not only in the Mediterranean basin countries, but also in *Ashkenaz*. We point out its unique characteristics, and show that these characteristics support the views of a certain scholar regarding the main differentiation between *Sepharad* and *Ashkenaz* in the matter of sale and repurchase transactions. The research also demonstrates that two patterns of sale and repurchase transactions developed in *Ashkenaz*, and notes the difference between them. It also shows the difference

concerning the two transaction patterns that existed between the approach of the *Responsa* sages and the *poseqim* on the one hand and the approach of the merchants on the other, and suggests the reasons for these different approaches.

Chapter 6 presents the conclusions of the research. We review the significant changes that occurred, at different times and in different places, in the position of Jewish law concerning temporary ownership. We discuss the various practical uses made of temporary ownership transactions. We note the factors that influenced the shaping of temporary ownership transactions, and examine whether transactions used by the gentiles also influenced the temporary ownership transactions prevalent amongst the Jewish merchants. Finally, the research shows the mostly casuistic approach to temporary ownership transactions beginning at the *tannaitic* period and lasting until the end of the period of the *Ri'shonim*, and that a more conceptual approach is evident in the *Responsa* of the *Aḥaronim*.

Contents

Hebrew Abstract.....	ix
Introduction.....	1
Background.....	1
State of the Research.....	2
Aims of the Research.....	6
Methodology of the Research.....	6
Chronological and Geographical Definitions.....	8
Technical Comments.....	8
Chapter 1: Temporary Ownership – General Introduction.....	9
A. Presentation of the Subject of the Research: Temporary Ownership in Jewish Law.....	9
B. Temporary Ownership in General Law.....	15
C. Temporary Ownership in Jewish Law.....	27
Chapter 2: Temporary Ownership	
Transactions during the <i>Tannaitic</i> Period.....	42
A. Introduction.....	42
B. "Repayment in Three Years" Transaction.....	42
C. Sale of the Synagogue.....	46
D. Deed of Trust and Deed of Goodwill.....	47
E. "Sale of a Field" Transaction.....	53

F. "Sale of a House" Transaction.....	65
G. Purchasing for the Purpose of Animal Tithe.....	74
H. Returnable Gift.....	76
I. Returnable Bill of Divorce.....	81
J. Bequeathing "to You and Afterwards to Another".....	84
K. Summary.....	93

Chapter 3: Temporary Ownership

Transactions during the <i>Amoraic</i> Period.....	95
A. Introduction.....	95
B. Sale for a Fixed Time: Transfer of Property for Thirty Days.....	95
C. Sale and Repurchase: the <i>Amoraic</i> Discussion of the "Sale of a House" <i>Baraita</i>	98
D. Sale and Repurchase: "You and Navla are Kinsmen".....	107
E. Returnable Gift.....	114
F. Bequeathing "to You and Afterwards to Another".....	123
G. The Position of the Sages Concerning Temporary Transfer of Ownership as a Solution for Legal Problems.....	135

Chapter 4: *Geonim* and *Ri'shonim*.....139

A. Introduction.....	139
B. Sale for a Fixed Time.....	140
C. Returnable Gift.....	144
D. Sale and Repurchase.....	193
E. Bequeathing "to You and Afterwards to Another".....	252
F. Summary and Analysis of the Positions of the <i>Ri'shonim</i>	260

Chapter 5: Sale and Repurchase Transactions in <i>Ashkenaz</i>.....	268
A. Introduction.....	268
B. Sale and Repurchase Transactions of Chattels.....	270
C. Sale and Repurchase Transactions of a Loan to a Gentile Secured by a Pledge.....	283
D. Sale and Repurchase Transaction of Real Estate.....	289
E. Analysis of the Findings from the <i>Responsa</i> Literature.....	290
Chapter 6: Conclusions.....	293
A. The Position of Jewish Law Concerning Recognition of Temporary Ownership.....	293
B. The Actual Use of Temporary Ownership Transactions.....	305
C. Factors which Influenced the Design of Temporary Ownership Transactions.....	310
D. Adoption of the Casuistic Method.....	313
Bibliographical Abbreviations.....	316
English Abstract.....	I

This work was carried out under the supervision of

Prof. Yosef Rivlin

Department of Talmud, Bar-Ilan University

Temporary Ownership in Jewish Law

Eyal Raz

Department of Talmud

Ph.D. Thesis

Submitted to the Senate of Bar-Ilan University

Ramat-Gan, Israel

August 2019