

שבועת "אין לי" (ימין אל עדם): על הזיקה בין המשפט העברי למשפט המוסלמי

גדעון ליבון

לחגיגה בין-מנחם, ידיד וקולגה רב-שנים
בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית
בירושלים, בהערכה על פריצת דרך מרשימה
בחקר הפילוסופיה של המשפט העברי.

א. מבוא: על חיובי שבועה בתלמוד ובספר "משפטי שבועות"
לרב האי גאון

שבועה מילאה בספרות ההלכה תפקיד חשוב במסגרת הדיון המשפטי בבתי הדין. בעיקרה, שימשה השבועה כאמצעי עיקרי להכרעת הדיינים היושבים בדין אם לזכות או לפטור את אחד מבעלי הדין באין בידיהם ראיות אחרות. במסגרת זו השבועה סיימה למעשה את ההליך המשפטי. חשיבות השבועה בתולדות ההלכה משתקפת היטב בהתפתחות השימוש שנעשה בה החל מהמקרא וכלה בספרות חז"ל. ניתן להצביע על שלושה ציוני דרך עיקריים בהתפתחותה.¹ במקרא נקבעו שלושה מקרים בלבד שבהם הנתבע מחויב להישבע וכשנשבע הוא נפטור מהתביעה – "נשבע ואינו משלם" (מורה במקצת, מי שחייבו עד אחד ושבועת השומרים).² שבועה זו מכונה שבועה מן התורה. במשנה נמנו כמה שבועות שבהן התובע יכול להישבע, ועל סמך השבועה הוא נוטל את מה שהוא

* אני מודה מקרב לב לגב' ערבה ישראל, תלמידת התואר השני בחוג לשפה ולספרות ערבית באוניברסיטה העברית, על שסייעה בידי בכל הקשור לתרגומי הערבית, לתעתיקים ולבדיקת ההפניות לספרות ההלכה המוסלמית. האחריות היא כולה שלי. מאמר זה הוא עיבוד, עדכון והרחבה של נושא שפרסמתי בספר לפני עשרים שנה בקירוב. ראו, GIDEON LIBSON, *JEWISH AND ISLAMIC LAW: A COMPARATIVE STUDY OF CUSTOM DURING THE GEONIC PERIOD*. 113-156 (2003).

1 על דיון מפורט בהלכות שבועות ראו אשר גולאק **יסודי המשפט העברי: סדר דיני ממונות בישראל ע"פ מקורות התלמוד והפוסקים** ג 129-149 (התשכ"ז) (להלן: גולאק).

2 משנה תורה, הלכות טוען ונטען א, ב; הלכות שבועות יא, ה.

תובע – "נשבע ונוטל"³. שבועה זו מכונה שבועת המשנה, שבועה מדרבנן או שבועת הדיינין.⁴ המשותף לשבועות אלה הוא בפרוצדורה שלפיה השבועה היא בנקיטת חפץ על ידי הנשבע – "וכל אלו השבועות אף על פי שהן מדברי סופרים – הרי הן כעין של תורה בנקיטת חפץ".⁵ משותף להן גם נוסח השבועה שהוא בשם ה' או בכינוי (עד שהגאונים הנהיגו את ה"גזירתא" (אלה).⁶ בתלמוד⁷ חידש האמורא רב נחמן שבועה נוספת המכונה "שבועת היסט" (שאינה נחשבת בקטגוריה של שבועת הדיינין),⁸ שעל פיה על הנתבע שכוּפּר בכול להישבע בזמן שלתובע אין כל ראייה כנגדו. בניגוד לשבועות הקודמות, שבועה זו נעשית ללא נקיטת חפץ⁹ וללא שם ה' או כינוי.¹⁰ המשותף לכל סוגי השבועות האלה, כולל שבועת היסט, שהן חורצות את הדין ואין אחריהן דבר.¹¹

על חשיבות השבועה ושכיחות השימוש בה בבתי הדין יעיד חיבורו של רב האי בן שרירא גאון, ראש ישיבת פומבדיתא ואחרון גאוני בבל (נפטר 1038), "משפטי שבועות" (כתאב אלאימאן) או בשמו המלא של החיבור "ספר מקוצר מהלכות חיובי השבועות" (כתאב מכתצר פי פקה וגוב אלאימאן).¹² חשיבותו של נושא השבועה והיקף השימוש בה הניעו את רב האי להקדים ולכתוב את החיבור שהיה בין ראשוני חיבוריו:

3 משנה, שבועות ז, א; תוספתא שבועות ו, א; בבלי, שבועות מד ע"ב.

4 משנה תורה, הלכות שבועות יא, ד, ו.

5 שם, הלכות טוען ונטען א, ב; הלכות שבועות יא, ח.

6 על מעבר זה ראו גדעון ליבזון **גזירתא וחרם סתם בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים** 29-23 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, התש"ס) (להלן: ליבזון **גזירתא**); גדעון ליבזון "חרם סתם" בתקופת הגאונים ובראשית ימי הביניים **שנתון המשפט העברי** כב 108, 108-120 (התשס"א) (להלן: ליבזון "חרם סתם").

7 בבלי, שבועות מ ע"ב.

8 משנה תורה, הלכות שבועות יא, ז.

9 שם, הלכות טוען ונטען א, ג.

10 הרמב"ם סבור שגם היא נעשית בשם או בכינוי וראו שם, הלכות שבועות יא, ח.

11 נגזרו מהם הטלת שבועות במגוון טענות במצבים שונים שנדונו בספרות ההלכה שלא כאן המקום לתארם. ראו גולאק, לעיל ה"ש 1.

12 התרגום המודפס של החיבור יצא לראשונה בדפוס ונציה בשנת השס"ב (להלן: משפטי שבועות, ונציה). בשנת התשע"ב יצא לאור המקור העברי ותרגום עברי מימי הביניים בצירוף מבוא, הערות ונספחים מאת ר"ש אברמסון (להלן: משפטי שבועות). הספר התפרסם לאחר מותו של אברמסון והביאו אותו לדפוס 'ברודי וד' סקליר. לרשימת המקורות הערביים של החיבור שקובצו יחדיו ראו משפטי שבועות, עמ' יז-כ. על ספר משפטי שבועות, תרגומיו ותפוצתו, ראו גם גדעון ליבזון "תרומת חקר הגניזה לחקר המונוגראפיות ההלכתיות של רב שמואל בן חפני: מבנו, היקף והתפתחותן" **תעודה** טו 189, 223 (התשנ"ט) וההפניות המובאות שם. בין שני התרגומים יש כמה הבדלים. במאמר זה השתמשנו בעיקר במהדורת אברמסון וכל הפניה סתמית היא למהדורתו, אבל לצורך הבהרה הפנינו לעיתים לדפוס ונציה וציינו זאת.

"והקדמתיו על שאר הספרים שהחלטתי לחברם בעוז האל ובחסדו על חיבורם"¹³. כבר סמוך לזמן חיבורו הוא זכה לתפוצה מהירה,¹⁴ ואנו יודעים שהחיבור נמצא בזמנו אצל קהילת קירואן כפי שמוכיחות תשובות רב האי אל בני הקהילה. לפיכך גם שבועת אין לי ונספחיה (ראו להלן) השתמשו כבר בתקופת הגאונים בקרב כמה מן הקהילות. לאחר מכן הם השתקעו בספרות הרבנית, כפי שמעידות המובאות מהחיבור בספרות הרבנית ומהשאלות והתשובות שניתנו בנושא.

בחיבורו "משפטי שבועות", שנכתב בתשובה לאחד מבעלי הדין, רב האי נותן הסבר מפורט וממצה לכל דיני התלמוד הנוגעים לשבועת הדיינים, הסבר שנועד בין היתר להסיר את השיבושים שהיו מנת חלקם של הדיינים בדיני השבועות, לקבוע בהם כללים והבחנות ולשמש מעין מדריך לדיינים "המשתבשים בשער השבועות". בחיבור מתייחס רב האי לראשונה לשבועה חדשה שאותה הוא מכנה "שבועת התורה" (גזירתא), המכונה לאחר מכן בספרות הרבנית "שבועת אין לי" (ימין אלעדם)¹⁵ או "שבועת החשד"¹⁶. היא מוטלת על חייב המודה בחובו לנושה אבל טוען שהוא חסר אמצעים (בלשונונו כיום חדל פרעון) ושאינו לו במה לפרוע את חובו. השבועה כללה כל חוב, בין חוב שמקורו בשטר הלוואה ובין חוב שמקורו בשטר אחר, כגון שטר כתובה.¹⁷ נוסחה כלל שני חלקים: האחד, הצהרה שאין לו ממון כלל "דלית ליה מידעם", כנוסח הנמצא בתשובת רב האי,

13 ראו משפטי שבועות, עמ' יז. על שם החיבור ראו שם, יא-טו. כותרת החיבור במהדורה (עמ' 2) היא "כתאב מכתצר פי פקה וגוב אלאימאן" (ספר מקוצר מהלכות חיובי השבועות).

14 החיבור אף זכה להיות מחורזו על דרך השיר על ידי ר' לוי ב"ר יעקב אלקלעי, ככל הנראה במרוצת המאה ה"ב לערך. ראו "ספר השבועות לרב האי בחרוזים" בתוך שמחה אסף **מספרות הגאונים** 42-70 (התוצ"ג) (להלן: מספרות הגאונים, אסף).

15 הרי"ף והרמב"ם מרבים לכנותה "ימין אלעדם". אומנם התרגום המילולי של "ימין אלעדם" הוא שבועת המחסור או שבועת העוני, אולם המתרגמים של התשובות שבהן נזכר הביטוי, ובכללם יהושע בלאו בתרגומו לתשובות הרמב"ם, וראו תשובות הרמב"ם, סימנים יב, יד, צו, רלג (יהושע בלאו מתרגם, מגיה ומעיר, התש"ח-התשכ"א). (להלן: תשובות הרמב"ם). וכן מרדכי ע' פרידמן תרגמו "שבועת אין לי" (ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 44). וראו מרדכי עקיבא פרידמן "ימין" מילון הערבית-היהודית מימי הביניים: לתעודות הגניזה של ספר הודו ולטקסטים אחרים 357 (התשע"ו), וכן "ימין אלעדם" שם, בעמ' 617. גם מתרגם תשובות הרי"ף תרגם: "שבועת אין לי", וראו זכרון לראשונים וגם לאחרונים חלק א, מחברת רביעית, סימנים תסג, תצ (מבוא והערות מאת אברהם אליהו הרכבי, התרמ"ז) (להלן: תשובות הגאונים הרכבי).

16 ספר התרומות לשמואל הסרדי מברצלונה שער ב, סימן א וכסף משנה, הלכות מלוה ולוה ב, ב, המכנה אותה "שבועת החשד" ומוסר שכך כינוה גם ראשונים "ובזה מצאנו דעת הראשונים שקראו את שמה שבועת החשד".

17 ראו תשובות הגאונים, הרכבי, סימן שיט; ורב האי במשפטי שבועות, ונציה, דף כ: "כגון ראובן שחייב לשמעון מלוה בשטר או לכתובת אשתו וטוען שאין לו נכסים לפרוע". וראו מנחם אלון **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי** 39 בהערה 11 (התשכ"ד) (להלן: אלון, **חירות הפרט**).

או "דלית בהאידאנא שום מידעם למיפרעיה לבעל דינו", כנוסח שנזכר על ידי חכמי קירואן;¹⁸ והאחר, התחייבות שיפרע לנושה מכל ממון שיגיע אליו בעתיד מקצת החוב או כולו, כנוסח בתשובת רב האי "רכל אימת דאתי לידך מאי דיכלת למיפרע מיניה בין כל מאי דאית עלך ובין מקצת פרעיה". הרמב"ם מביא בשם הגאונים את נוסח השבועה על שני מרכיביה, ואף שנוסחו מפורט ורחב יותר, אין הוא שונה בעיקרו מהנוסח שמצאנו במקורות גאונים.¹⁹ רב האי מתאר שבועה שסוטה מההלכה התלמודית. להלן ננסה להסביר את הסיבה לסטייתו. מבין שלוש הפרוצדורות שזכרו למעלה: הטלת חרם, חיוב שבועה וסידור נכסים, מאמר זה מתמקד בעיקר בחידוש שבעצם השבועה שהנהיגו הגאונים וזיקתה להלכה המוסלמית.²⁰

מלבד הקדמה זו (פרק ראשון), שמטרתה הצגת מסגרת חיובי השבועה בתלמוד וחיבורו של רב האי "משפטי שבועות", למאמר זה שישה פרקים נוספים. הפרק השני דן בחריגות מהפרוצדורה התלמודית בכל אחד מן הנושאים: הטלת חרם, חיוב שבועת "אין לי" והתחשבות במשפחת החייב (ילדיו ואשתו) בסידור נכסיו. הפרק השלישי דן בחילופי מנהגים וחילוקי דעות בנוגע לחיוב שבועת "אין לי" ולפרוצדורות הנלוות אליה. הפרק הרביעי דן בשבועת "אין לי" בספרות המסורת וההלכה המוסלמית. הפרק החמישי דן בזיקה שבין שבועת הגאונים לשבועת המוסלמים וגם לו שני סעיפים. האחד מונה הנמקות ישירות הנוגעות לעצם השבועה המעידות על זיקה, והאחר מונה הנמקות עקיפות הפורסות את הרקע להשפעה אפשרית מהפרקטיקה המוסלמית למנהג הגאונים. הפרק השישי מוקדש לשיטת הרמב"ם בנוגע לשבועת "אין לי" ולפרוצדורות המלוות אותה. הפרק השביעי, פרק הסיכום, מתמקד בשלושה היבטים: א. מציע הסברים חלופיים אפשריים לקיומה של השפעה – שיטת משפט שלישית העומדת ברקע או היענות הלכתית דומה בשתי השיטות לאתגרים שהציבה לפנייה המציאות, ודוחה הסברים אלה; ב. מסכם את הניסיונות שעשה רב האי כדי להראות שהפרקטיקה שהציע בהטלת חרם ובסידור הנכסים מעוגנת בתלמוד; ג. מצביע על כך שחילוקי הדעות בספרות הגאונים

18 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב.

19 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ב. לאחר תקופת הגאונים אנו מוצאים שבמקום הטלת שבועה על מי שהוא עני היו מטילים עליו חרם סתם, ראו ליבזון גזירתא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 113 הערה 102, ובעמ' 237 הערה 255. הטלת חרם סתם במקרה זה משתלבת יפה עם הנטייה הכללית שהחלה להתפתח בתקופת הגאונים להטיל חרם במקום שנמנעים מלהטיל שבועה. כאן החרם סתם משמש לא רק כתחליף לשבועה, אלא גם כתחליף לפתיחה (חרם) שהגאונים הטילוהו על חייבים. עדים אנו אפוא לתופעה מעניינת שמתבטל מוסד אחד שאותו חידשו הגאונים – חיוב שבועת "אין לי" – ובא במקומו מוסד אחר שאף הם מחדשו והוא חרם סתם.

20 לדיון נרחב על הטלת השמתא וסידור נכסים ראו GIDEON LIBSON, JEWISH AND ISLAMIC LAW, A COMPARATIVE STUDY OF CUSTOM DURING THE GEONIC PERIOD 144-156 (2003) (להלן: ליבזון, משפט משווה).

ובספרות הרבנית בנוגע לשבועה ולנלווים אליה נובעים בחלקם מקליטת המנהג הזר לתוך מערכת המשפט העברי.

ב. החריגות מהפרוצדורות התלמודיות בהטלת חרם, בשבועת "אין לי" ובסידור נכסי החייב

כאמור, רב האי מקדיש לשבועה זו שער מיוחד מפני שהוא ער לאופייה המיוחד, בכך שבניגוד לקודמותיה היא משמשת רק כהליך ביניים במהלך הדיון כדי לוודא את טענתו של הנתבע על עוניו וחדלות פירעונו, אבל אינה מסיימת את ההליך המשפטי הממשיך להתקיים גם לאחר הטלתה: "ישבע שבועת התורה שאין לו ממון שיפרענו ונחייב אותו שיפרענו בזמנים ידועים בו, כי באותן זמנים יהיה יכול לפרעו ולכן אחרתי (השער הזה) עד עתה, לפי שעיקר הממון שהוא תובע ממנו לא מיפרע בזאת השבועה ולא מיפטר בהאי שבועה אלא דלא יהיב ליה עכשיו כל הממון בבת (אחת) מיהו יהיב ליה בזמנים ידועים [...]".²¹ בדפוס ויניציאה: "ולמה הפרשתי שאין תשלום דינו שבועתו אלא אחרי שבועתו דינו נדחית וניתקת לדברים אחרים ועדיין קיימת".²² כלומר, שבועת החייב אינה חותכת את הדיון, כפי שרגיל בשבועות שקבעו חז"ל, אלא רק דוחה את התשלום לזמנים שיהיה ממון בידי החייב אבל התביעה עדיין עומדת במקומה. בלשונו של ר"י בר ראובן בחיבורו "שערי שבועות" "שאינה מן הנשבעין ונוטלין ולא מן הנשבעין ולא משלמין, שאין השבועה פוטרת אותו לגמרי".²³ כלומר, שבועת "אין לי" עומדת לכאורה בסתירה למסגרת השבועות שקבעו חז"ל לא רק במהותה, שאינה חורצת את הדיון, אלא גם במסגרתה, שאינה נמנית במסגרת השבועות שמנו חז"ל במשנה.

ברור אפוא שזאת הסיבה שרב האי הפריד את הדיון בינה לבין יתר השבועות ("לכן אחרתי עד עתה"; "ולמה הפרשתי") שבהן הוא דן בחיבורו ואף הקדיש לה שער מיוחד. רב האי קשר לדיון בשבועה שני נושאים נוספים: הראשון, הטלת חרם ("שמתא") על

21 משפטי שבועות, בעמ' 259, 261.

22 משפטי שבועות, ונציה, דף כ.

23 ספר שערי שבועות, שער יט (מהדורת שטיבל, התשע"ב, עמ' קז). החיבור המקורי נכתב בלשון הערבית ע"י ר' דוד ב"ר סעדיה ורק התרגום הוא של ר' יצחק בר ראובן. קטעים ממנו התפרסמו ע"י ישראל פרידלנדר בשם "שירים מן ספר הפקדון" תפארת ישראל: לכבוד ישראל לוי 60 (מרדכי בארנן ויצחק משה עלבאגאן עורכים, התרע"א). וראו את ביקורתו של לוי גינצבורג: *Louis Ginzberg, Festschrift zu Israel Lewy's siebzigstem Geburtstag*: Israel Friedlaender, *Zum*: 142-143, 67 REJ (1914). ומה שכתב ישראל פרידלנדר: *des R. Isaac ben Reuben* 501, 55 H.7/8 MGWJ (1911). על ר' דוד ב"ר סעדיה וחיבורו ראו שמחה אסף "ספר משפטי שבועות לר' דוד ב"ר סעדיה" קרית ספר 295 (התרפ"ז). ולאחרונה דוד סקליר "דוד בן סעדיה אלגר וחיבורו אלאחוי" תעודה יד 103, 103-123 (התשנ"ח).

החייב כדי לוודא שהוא אומנם דובר אמת ושאינן בידי נכסים לתשלום חובו או שלא הבריחם. השני, דיון בשיעור הנכסים המשאירים בידי החייב לצורכי מחייתו לאחר שמוכרים לתשלום חובו את יתר נכסיו, מה שמכונה בספרות חז"ל ולאחריה בספרות הרבנית "סדור נכסים" (משנת ערכין ו, ג-ד). חיוב השבועה ושני הנושאים הנלווים אליה נדונים בפרוט על ידי רב האי: בנוגע לשבועה דן רב האי מתי מטילים אותה, מספר הפעמים שמטילים אותה ובנוסחה. באשר להטלת חרם ("שמתא") רב האי דן במספר נושאים: באילו נסיבות מטילים את החרם, דרגת חומרתו ומשך חלותו, אם הטלתו קודמת לשבועה או אחריה, ואם נוסף על החרם קיים גם צורך בהבאת ראיות על עוניו של החייב. בשאלת סידור הנכסים עוסק רב האי בהיקף הנכסים שמשאירים בידי החייב לצורכי מחייתו ואם גם צורכי משפחתו, כלומר צורכי אשתו וילדיו נכללים בסידור נכסיו. אומנם שני הנושאים הנלווים אינם חלק מהמנהג בשבועת "אין לי", אבל הם נגזרו מעצם הפרוצדורה שכרוכה בהטלתה.²⁴

ככל אחד משלושה נושאים אלה, כפי שמתארם רב האי, קיימת סטייה מהספרות התלמודית. ראשית, הטלת החרם (שמתא) על חייבים נדונה בתלמוד רק כנגד חייבים בעלי רכוש שדוחים את פירעון חובם.²⁵ שנית, כאמור לעיל, השבועה חורגת באופן מובהק ממסגרת השבועות שמנו חז"ל בכך ששימשה כהליך ביניים בפרוצדורה המשפטית ולא הליך סופי, ובכך אינה הולמת את תכלית השבועה בראי התלמוד, שעיקרה חריצת הדין בין בעלי הדין. ולבסוף, סידור נכסי החייב באופן שכלל גם את בני משפחתו, אשתו וילדיו הקטנים, מהווה סטייה מובהקת מהלכת סידור נכסים כפי שנקבע כבר במשנת ערכין (ו),

24 ראוי לציין שבשבועת "אין לי" לפי המצוי בידינו לא נידונה בחיבוריהם של הגאונים רב האי ורב שמואל בן חפני על חובת הדיינים, אף שהמוסלמים דנו על נושא זה בחיבוריהם על חובת הדיינים. על חיבורו של רב האי "כתאב אדב אלקצ'א" ראו לאחרונה נרי ישעיהו אריאל שרידים מספרות הגאונים בערבית-יהודית: קווים לרמותה ולמחקרה של סוגת 'ספרי הדרכה לדיינים' (מחקר לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים 2018). המוסלמים דנו על שבועת "אין לי" בדרך כלל בחיבורים על "אדב אלקצ'א", כדוגמת חיבורו של אבו בכר אחמד בן עמר אלשיבאני ח'צאף כתאב אדב אלקצ'א' ללח'צאף (קהיר 1977) (להלן: ח'צאף, אדב אלקצ'א') שנדון בו להלן, או בחיבורים אחרים, בפרק על "תפליס" (פשיטת רגל) או "ח'ג'ר" (פסלות). ראו למשל אצל מחמד בן אסמאעיל בן אבראהים אלמע'ירה בח'ארי צח'ח 3, 82 (בירות 1958) (להלן: בח'ארי, צח'ח): "כתאב פי אלאתקראץ' ואדאא אלדיין ואלח'ג'ר ואלתפליס", ובדומה לזה אצל אבו מחמד אלחסין בן מסעוד אלפראא בע'וי מצאביח אלסנה 340 (בירות 1987) (להלן: בע'וי, מצאביח): "באב אלפלאס ואלאנט'אר", וכן אצל אבו עבדאללה מחמד בן סלאמה קצ'אעי מסנד אלשהאב 280 (בירות 1985) (להלן: קצ'אעי, מסנד), וכיוצא בזה הרבה בקובצי החדיית' ובספרות הפקה. סיכום הנושא ראו בחיבורו של עבד אלע'פאר אבראהים צאלח אלפלאס פי אלשריעה אלסלאמיה (קהיר 1980).

25 בבלי, בבא קמא קיד ע"א. וראו גדעון ליבזון "על מה מנדין" שנתון המשפט העברי ב 292, 326 ואילך (התשל"ה).

ג-ד) (ראו להלן). צירופן של שלוש סטיות אלה מההלכה התלמודית בפרוצדורה אחת שהנהיגו הגאונים דורשת הסבר, שאותו לדעתנו יש לחפש בהלכה המוסלמית בת הזמן, שבה התקיימה פרוצדורה מקבילה בכל אחד משלושת השלבים הללו.

טענתנו במאמר זה היא שמקורה של השבועה והמניע של הגאונים לחידושה, נוסף על החידושים בשני האמצעים הפרוצדוראליים הנלווים אליה, אף שלפי רב האי מקורם בספרות חז"ל, היא ההלכה המוסלמית והפרקטיקה של הסביבה שדנה בנושאים אלה בדומה לדיונים שהתקיימו בספרות הגאונים. לדעתנו הגאונים היו מודעים לפרקטיקה המוסלמית, וכאנשי חסות, כחברת מיעוט הנתונה להשפעת הרוב, ניסו להתאימה לדרישות ההלכה התלמודית. אך, כאמור, לא תמיד נחלו הצלחה והשאירו עקבות של המקור הזר, המעוררות תמיהה מבחינה הלכתית.

החוקרים שניסו להתמודד עם פרוצדורה זו והשאלות שהתעוררו בעקבותיה, ובראשם מנחם אלון בחיבורו "חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי", הסתפקו בנייתוח מקורות פנימיים, גאונים ורבניים, ולא מצאו פתרון מניח את הדעת לשאלות שעוררה פרוצדורה זו. הם לא העלו בדעתם שלפנינו השפעה חיצונית – חידוש שצמח על רקע הפרקטיקה של הסביבה ומתוך זיקה הדוקה לספרות ההלכה המוסלמית המשקפת מציאות זו.²⁶ אומנם בעבר ניסו חוקרים להצביע על מקבילות בין הדין היהודי לדין המוסלמי בנושא השבועה אלא שהם הצטמצמו להשוואה בין מקורות מוסלמיים לספרות חז"ל בלבד, והניחו אפשרות של השפעה חד-סטריית מהדין היהודי למוסלמי, ואף בזה הם לא מיצו את עושר המקורות המוסלמיים.²⁷

26 ראו חיים טיקוצ'ינסקי תקנות הגאונים 51 ואילך (התש"ך) (להלן: טיקוצ'ינסקי תקנות הגאונים); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו א' 535 (התשל"ג) (להלן: אלון, המשפט העברי); אלון, חירות הפרט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 38 ואילך ובעמ' 111 ואילך. ירחמיאל ברודי "כלום היו הגאונים מחוקקים?" שנתון המשפט העברי יא - יב 279, 284 (התשמ"ד). ועיינו גם חיים זאב הירשברג תולדות היהודים באפריקה הצפונית: התפוצה היהודית בארצות המגרב מימי קדם ועד זמננו א' 177, 180 (התשכ"ה). ראו הדין על שבועה זו אצל מנחם בן-ששון צמיחת הקהילה היהודית בארצות האסלאם – קירואן: 800-1057 302 (התשנ"ו), וכן דינו בעמ' 304-307 בנוגע לרקע התפתחותם של גזירתא וחרם סתם.

27 JOHANNES PEDERSON, DER EID BEI DEN SEMITEN (1914); Samuel Rosenblat, *The Relations between Jewish and Muslim Laws Concerning Oaths and Vows*, 7 PROCEEDINGS OF AM. ACAD. FOR JEWISH RES. 229 (1935); Robert Brunscvig, *Voew on Serment? Droit Comparé Du Judaïsme et. de L'Islam*, HOMMAGE À G. VAJDA 125-134 (Gérard Nahon & Charles Touati eds., 1980). רק בתקופה מאוחרת יותר (המאה הי"ד) קיימת עדות מפורשת של השפעת הסביבה על דיני השבועה בנוגע להשבעת עדים, ראו שו"ת הריב"ש, סימן קע; שו"ת התשב"ץ, סימן טו; אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 107.

כבר במחקרינו הקודמים הראינו²⁸ שמנהגי המוסלמים בשבועות השפיעו לפחות בעקיפין על דיני השבועה של הגאונים. השפעה זו התבטאה בין היתר במעבר שהנהיגו הגאונים משבועה בשם השם לשבועה באלה, או במנהג שהנהיגו הגאונים בהטלת חרם סתם על בעל דין כשאין ראיות כנגדו מבלי שהגאונים רמזו על השפעת הדין הזר.²⁹ לעומת מנהגים אלו, בשבועת "אין לי" ההשפעה הייתה ישירה. אומנם הגאונים אינם רומזים למקורו הזר של מנהגם בשבועת "אין לי", אף שגם כאן אינם רומזים למקורו הזר כשם שאינם רומזים על הלכות אחרות ששאלו מהדין הזר.³⁰ אבל השוואת המקורות של שתי השיטות שתידון להלן מצביעה לדעתנו על כך שהזיקה להלכה המוסלמית ולפרקטיקה של הסביבה היא שאילצה את הגאונים לסטות מההלכה התלמודית או לתת לה פרשנות מרחיבה כדי לטשטש את מקורו הזר של המנהג והיא ששימשה מקור למנהג הגאונים בשבועת "אין לי".³¹

- 28 ראו ליבון גזירתא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 79-154; ליבון "חרם סתם", לעיל ה"ש 6, בעמ' 107-232, ובמיוחד עמ' 115-116; גדעון ליבון "משפט משווה יהודי מוסלמי – תולדות המחקר ובעיותיו" **פעמים** 62, 42, 59-62 (התשנ"ה).
- 29 לעיתים דנים המקורות המוסלמיים בפרטים אחרים הקשורים לשבועה, שבוטל בהם הדמיון למה שנמצא במקורות יהודיים: מקום השבועה, ההבחנה בין שבועה קלה וחמורה, הדרך שבה משיעיים אישה, נקיטת חפץ בעת השבועה, הקראת פסוקים בעת הטלתה, וכיוצא בזה. ראו למשל אצל סחנון בן סעיד אלתנוחי אלמדונה אלכברא כתאב אלקאצ'יה, כרך 5, 134 (בירות 1986) (להלן: סחנון, מדונה) בקשר למקום השבועה, אצל אבן אבי אלדס **כתאב אדב אלקאצ'א** 221 (בירות 1987) (להלן: אבן אבי אלדס, קצ'אא), בקשר להבחנה בין שבועה קלה וחמורה, הטוען, בין היתר, שקאצ'י יכול לבוא לבית הכנסת כדי להשביע יהודי; אצל סחנון, שם, ואבו ג'עפר מחמד בן אלחסן אלטוסי אלנאהיה פי מג'רד אלפקה ואלפתאוא כתאב אלקאצ'א ואלאחכאם 350 (בירות 1988) (להלן: טוסי, אלנאהיה) בקשר לשבועת אישה; אבו מחמד מופק אלדין עבדאללה אבן קדאמה אלמקדסי אלמע'ני 234 (קהיר 1948) (להלן: אבן קדאמה, אלמע'ני) בקשר להקראת פסוקים בעת הטלתה וכן ליבון, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 283 הערה 17. אף שהמקורות המוסלמיים מדגישים את השוויון בין איש לאישה בקשר לשבועה, ראו למשל אבו בכר מחמד בן אחמד שמש אלדין אלסרחה'סי אלמבסוט (בירות 1986) (להלן: סרחה'סי, אלמבסוט) ואבן קדאמה, אלמע'ני, אשר מתחשבים במעמדה המיוחד ומקילים עליה. ראו סחנון, אלמדונה, כרך ד, בעמ' 71, וטוסי, אלנאהיה, בעמ' 348, כשם שמצאנו יחס דומה לשבועת האישה בתשובות הגאונים, ונשוב לדון בכך במקום אחר. ראו לפי שעה הדין על מקורות אלה ואחרים אצל ליבון, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 107-110 וההפניה למקורות המוסלמיים שם, בעמ' 279, הערה 96.
- 30 ראו למשל מאמריו: "פרקים מספר המצרנות לרב שמואל בן חפני גאון" **תרכיץ נו א** 61 (התשמ"ז); "ערב שקדם ושילם ברמב"ם ובספרות המוסלמית המקבילה" **שנתון המשפט העברי יד-טו** 153 (התשמ"ח) ועוד.
- 31 לעיקר ההשוואה עם מקורות מוסלמיים ישמשו לנו שני חיבורים: האחד, **כתאב אדב אלקאצ'י ושרחה של החכם החנפי אבו בכר אחמד בן עמר בן מסיר אלשיבאני** (נפטר 847), המכונה אלג'אצ'י; האחר, **כתאב שרח אדב אלקאצ'י ללח'צאף של החכם השאפעי חסאם**

ג. חילופי מנהגים וחילוקי הדעות בנוגע לחיוב שבועת "אין לי" ולפרוצדורות שנלוו אליה

בפרק זה אציג את מגוון חילוקי הדעות בנוגע למנהג שחידשו הגאונים של שבועת "אין לי" וחשיפתו לקהילות היהודיות בזמנם. ריבוי חילוקי הדעות תומך בטענתי שהשאלת השבועה והפרוצדורות הנלוות אליה מהמשפט הזר היא בין היתר הסיבה להתעוררותם של חילוקי דעות בספרות הגאונים ובספרות הרבנית בנוגע למנהג זה. חילוקי הדעות נוגעים בשבעה נושאים הכרוכים בפרוצדורה זו: א. מהו מעמדה של השבועה ואם היא נעשית בנקיטת חפץ? ב. האם הייתה הסכמה בקרב הגאונים לחיוב שבועת "אין לי"? ג. מהו השלב שבו מחייבים את הנתבע להישבע – לפני או אחרי הטלת החרם? ד. מהו מספר הפעמים שבהם מוטלת שבועה על החייב? ה. מהו היקף החיוב בשימוש בשבועה? ו. האם הטלת החרם היא חלק מהפרוצדורה? ז. האם מתחשבים בצרכים של בני משפחת החייב (אשתו וילדיו) בסידור נכסיו לצורך פירעון חובו?

א. מעמדה של השבועה. היו מבין הראשונים שסברו שהיא "שבועה כעין דאורייתא" שהיא בנקיטת חפץ, כשיטת הרי"ף ובעל התרומות,³² ואילו אחרים ראו בה שבועה דרבנן בלבד, דעה הנוכרת בתשובת הרי"ף.³³

אלדין עמר בן עבד אלעזיז בן מאזה אלבח'ארי (נפטר 1141), המכונה אלצדר אלשהיד. כמו כן נבדוק במקורות המוסלמיים האחרים הדנים בנושא זה, החל בספרות המסורות וכלה בספרות הפקה וספרות החילוקים, שמצוי בהם בדרך כלל פרק מיוחד המוקדש לנושא "אדב אלקאצי", או "חג'ר" (פסלות), שאף בו נמצא לפעמים דיון בפרוצדורה שיש לנקוט נגד חייבים הטוענים טענת "אין לי".

32 ראו תשובות הרי"ף המובאות אצל שמחה אסף **תשובות הגאונים סימנים קו**, קל (התרפ"ז) (להלן: **תשובות הגאונים**, אסף); שו"ת הרי"ף סימנים מא, סו (מהדורת רוטשטיין); שאלות ותשובות רבנו יצחק אלפסי סימן רנט ועוד (מהדורת לייטער); ספר התרומות שער ב, חלק א סימן ה. וראו גם משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ב. כאמור למעלה, נקיטת חפץ היא המאפיין העיקרי של שבועות דאורייתא ושל שבועות שהן מן המשנה (דרבנן) בניגוד לשבועת היסת שהיא בקללה בלבד ואין בה נקיטת חפץ, ראו על כך ליבון גזירתא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 100 ואילך, ובמאמרי Gideon Libson, *The Use of a Sacred Object in the Administration of a Judicial Oath*, 1 *Jewish L. Ass'n Stud.* 53 (1985). הראשונים הנ"ל תפסו שבועה זו שהיא "מעין דאורייתא" ולכן קבעו שהיא בנקיטת חפץ כדוגמת שבועת דאורייתא. הרי"ף ובעל התרומות, באזכורים הנ"ל, מדמים אותה לשבועת מודה במקצת, כלשון בעל התרומות: "כי זה דומה יותר לשבוע' מודה מקצת טעם שניה' שוה [...]". נראה שגם הגאונים נהגו להשביע בנקיטת חפץ כפי שמפרש הגאון בתשובות הגאונים הקצרות (של"ה) שאלה שלג (מהדורת וילנה, התרמ"ה, עמ' 80): "אבל מתקנת כל הגאונים אמרו שמשביעין אותו בנקיטת חפץ בידו וכשבועת התורה".

33 תשובות הגאונים, אסף, סימן קל. וראו אלון, **חירות הפרט**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 43 הערה 23; ליבון גזירתא, לעיל ה"ש 6, בעמ' 114, הערה 104.

ב. ההסכמה בקרב הגאונים על הטלתה. היו כנראה גאונים שסירבו באופן גורף להשביע את החייב. כך למשל כותב הגאון (עלום שם) בתשובה: "מנדין אותו שלושים יום [...] ואחר כך מסדרין אותו", ואינו מזכיר חיוב שבועה כלל.³⁴ אומנם ניתן לפרש את דבריו שאין בכונתו לומר שלא להשביעו כלל, אלא רק במקום שהחייב הביא עדים שאין לו, כפי שיוצא מלשונו שם: "ואם אמר אני אביא עדים שידעו במשאו ומתנו שאין מספיק למוזנות ביתו ומביא עדים בכך אין עליו כלום לא נידוי ולא חרם ולא גזירה אלא מספקין אותו מיד כדי ספקו". אפשר להסיק מדבריו "ולא גזירה" שאם לא הביא עדים היו משביעים אותו.³⁵ ייתכן ששיטת הגאון כאן עומדת בניגוד לשיטת רב האי, שגם עדים אינם פוטרים את החייב מהשבועה, כפי שכתב בחיבורו³⁶ שהשבועה בגזירה היא על הנסתר (בלבד), ואילו העדים מעידים רק על הגלוי.³⁷

ג. השלב שבו מחייבים את הנשבע להישבע. אומנם רוב הגאונים הסכימו שחייב שטוען טענת "אין לי" מחויב בשבועה שתכליתה לדחות את התביעה (אך לא את עצם החיוב), אולם היו ביניהם חילופי מנהגים בנוגע לשלב שבו מחייבים את החייב להישבע. היו שהקדימו את השבועה לשלב הראשון ביותר של תביעת החייב (כנראה אלה שנהגו שלא להטיל חרם), והיו שאיחרו אותה אחרי הטלת החרם.

הגאונים הטילו חרם (שמתא) על החייב לפני שחייבוהו שבועה. בתלמוד, לעומת זאת, נעשה שימוש בחרם רק כנגד חייבים בעלי רכוש הרוחים את פירעון חובם,³⁸ ולא כנגד חייבים שחושדים בהם שבידם רכוש אלא שהם מסתירים את קיומו. מטרת החרם הייתה לשמש אמצעי הרתעה, נוסף על השבועה, כנגד חייבים שקיים כנגדם חשד שבידם ממון והם עלולים להערים על נושיהם, בין על ידי שבועת שקר ובין על ידי

34 מספרות הגאונים, אסף, בעמ' 108.

35 והיעדר הזכרת השבועה בתחילת דבריו "ואחר כך מסדרין אותו", אינה אלא שגרת לשון.

36 משפטי שבועות, ונציה, דף כ. בדבריו רב האי אינו מתייחס במפורש לעדות העדים שהיא על הגלוי, אבל זאת המסקנה ההגיונית שעולה מדבריו: "ואם אין לו דבר מגולה לבני אדם ראוי לשמתו ולהחרימו זמן הוא תשעים יום ואחר כך משביעין אותו שאין ידו משגת לפרוע חובו לא כולו ולא מקצתו". בשינוי, משפטי שבועות, אברמסון, בעמ' 261. גם בתשובת הגאון שתרגומה מערבית בתוך "תשובות הגאונים: שערי צדק ד, שער ה, סימן לב (מהדורת ירושלים, התשכ"ו, עמ' קע) (להלן: שערי צדק, סימן לב), בה נאמר שאם אין לדעת אם בידיו רכוש אף על פי ששואלים עליו, שמשמתין אותו (ולא משביעין) מאחר "ואין עלינו שום דבר מדברים שבסתר".

37 כך אולי יש להבין את דבריו (תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב): "ואו חזאי בית דין בכציר מן תשעין יומי בין בשיתין בין בתלתין לאחזוקיה במסכיני ולאשבועיה עאבדין כי דהאוי בעינהון אחרי שמברקין בתריה". אין רב האי מפרש אם באו עדים להעיד על מצבו, אבל אולי ניתן להבין שמסקנת בית הדין "ואו חזו" מבוססת על עדות "כר מברקין בתריה". ואילו השימוש בלשון "אחזוקיה" מכיוון שאינם יכולים לדעת את מצבו האמיתי אלא רק את הרכוש הגלוי.

38 בבלי, בבא קמא קיד ע"א. וראו ליבזון "על מה מנדין", לעיל ה"ש 25, שם.

הברחת נכסיהם לקרובי משפחה, ויישבעו באמת שאין בידם רכוש, או שיטענו שהרכוש שבידם אינו שלהם.³⁹ הטלת חרם לפני שבועה נזכרת לראשונה בחיבור רב האי ולאחר מכן בתשובתו לאנשי קירואן, שנעשית כדי לאלץ את החייב להודות אם בידיו רכוש.⁴⁰ רב האי מחדש את הטלת השמטתא בנסיבות אלה באמצעות ההשוואה שהוא עושה בין חייבים שאינם מוחזקים במסכנות לחייבים שברור שבידם רכוש ומסרבים לשלם את חובם, שכנגדם הטיל התלמוד חרם: "וכי הכי משמתינן להון בדינא כמאן דקא מתריס מלמיהב מאי דאית עליה".⁴¹ השוואה זו נשנית אף בתשובת הגאון עלום השם שהזכרנו למעלה "שמשמתינן אותו בפתיחא כמו שמשמתינן מי שדוחה את בעל דינו והוא אמוד ואין עלינו שום דבר מדברים שבסתר [...]".⁴² במקרים שבהם החרם לא הועיל, חייבו הגאונים את הנתבע להישבע שאין לו גם אם הוכחה עניותו או אם נקבע שהוא בחזקת עני.⁴³ חזקת המסכנות והדלות או היעדרה היא שקבעה לשיטת הגאונים, בעיקר לפי רב

39 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפג. ואילו בתשובתו ותשובת רב שרירא לאנשי קירואן (שם, סימן רלג) הוא כותב: "אבל או אמ' לית לו לשלומי ולא ידעינן אית לידי או לא, לא משהדינן עליה בי דואר גויים אלא משבעינן ליה ומסדרין עליה". מדבריו שקדמו לפסקה זו נראה שחייב השבועה בא לאחר שהוטל עליו חרם קודם לכן, והשבועה באה למנוע עדות כנגדו בערכאות, ובכך יתאימו דבריו עם דברי רב האי שם, סימן קפב. אבל קשה להכריע. לשונו שם סובלת גם את הפירוש שהשבועה מוטלת לפני החרם. בנוגע לשיקול של הטלת חרם רב האי מבחין בין חייב שלא נתגלו אצלו נכסים ומוחזק במסכנות "דמחזק במסכנותא וקא מרננין ביה בריאתא מן קמי למיקרב לבית דין דמסכינא הוא" שמשוחרר מן החרם, לחייב שלא נתגלו אצלו נכסים אבל אינו מוחזק במסכנות "דלא מחזק במסכנותא", שעליו מוטל החרם לתקופה של תשעים יום לפני שמשביעים אותו. על שיקול זה ראו גם בשערי צדק, סימן לב; מספרות הגאונים, אסף, בעמ' 107-108. ראו ליבון, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20.

40 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב.

41 בבלי, בבא קמא קיב ע"ב-קיג ע"א.

42 שערי צדק, סימן לב. את קביעת רב האי להחרים כל אדם שלא הוחזק כעני אף על פי שלא היה ברור שהוא בעל נכסים והאסמכתא התלמודית שעליה נשען, שעוררה את תמיהתם של אנשי קירואן, ביקרו גם חכמים הסמוכים לזמנו וחכמים מאוחרים, כפי שמעיד ר' יואל סירקיש (בית חדש, חושן משפט, צט, ה) וכבר הובא על ידי אלון, **חירות הפרט**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 44. וראו צייטוט להלן סביב ה"ש 111. על מובאה מחיבור זה בעניין שבועת "אין לי" ראו ספר הראב"ה (רבנו אליעזר ב"ר יואל הלוי) כרך ד, סימן תקיט (עמ' שו-שו, התשכ"ח) (להלן: הראב"ה). גם הרמב"ם במשנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ב מתעלם משיטת רב האי גאון ואינו מזכיר את הטלת הפתיחא (חרם) לתשעים יום כאמצעי לגילוי רכוש על חייב שטוען שאין לו ממה לשלם.

43 חזקת העניות (המסכנות) מודגשת כמה פעמים בתשובת רב האי: "הכינן הוא דלא מחזק במסכנותא"; "כגון הני לא מוקמינן להו בחזקת מסכיני"; "לאחוזקי במסכיני ולא שבועיה"; "אבל מאן דמחזק במסכנותא". אבל רב האי אינו מפרש את גרירה. אולם ניתן להסיק שמדובר בחזקה עובדתית שכל חייב שנראה בידיו רכוש בעבר או שנמצא בידיו רכוש בהווה, הוא בחזקת מי שיש לו וצפוי להטלת חרם. כדי להימלט מעונשו של החרם, החייב יכול לשנות

האי, את הטלת החרם או אי־הטלתו. לשם קביעת חזקת המסכנות לעיתים נעזרו הגאונים בעדויות של שכנים ומכרים של החייב.⁴⁴ אולם בכל אופן נפסק ששינוי בחזקת העניות שפוטרת מן החרם, אינה פוטרת אותו מחיוב השבועה, שבה הוא חייב בכל מקרה. אולם בתשובה אחת של גאון (עלום שם) הוא פוסק בנוגע לסידור נכסי החייב שאין אחר הבאת עדים ולא כלום.⁴⁵ כך גם עולה לכאורה מפסק הרמב"ם בנוגע לחזקת העניות⁴⁶ שאין להשביע "מי שהוחזק שהוא עני וכשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לדיין ולרוב העם [...] והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זה אלא רוצה לצערו בשבועה זו [...] יראה לי שאסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו [...]".⁴⁷ חיוב שבועה בשלב המוקדם לפני הטלת חרם מצאנו אצל אנשי קירואן, כפי שהם מתארים בשאלתם לרב האי: "כד הוה אתי לידיהון רדיאני דילן כי הדין דינא משביעיין ליה דלית ליה בהאידיאנא שום מידעם למיפרעיה לבעל דיניה [...]".⁴⁸ כלומר, חכמי קירואן נהגו להטיל שבועה בשלב ראשון מפני שלא נהגו להטיל חרם על חייבים כדי לגלות אם הם בעלי רכוש ונהגו להשביע בלבד. בקהילת קאבס נהגו להשביע את החייב וגם לנדותו.⁴⁹ נראה אפוא שבקהילות צפון אפריקה היו חילופי מנהגים בכל הקשור לחיוב שבועה ולהטלת חרם שלא תמיד תאמו את מנהגי המרכז הבבלי. נראה שגם בבבל היו דיינים שנהגו כמנהג אנשי קירואן, לחייב שבועה תחילה (ולא להטיל חרם), "והורו שישבע ביום הראשון שיתבעוהו שאין לו במה לפרוע" ומהסתייגות רב האי ממנהגם "ואני אומר שאין זה עיקר הדין לפי שהשבועה עומדת במקום האדרכתא".⁵⁰ ייתכן שדיינים אלה נהגו כמנהגם של אנשי קירואן שלא להטיל חרם על החייב מאחר שהניחו שהשבועה היא השלב האחרון בפרוצדורה ולאחריה אין כלום. רמז לכך שנהגו להטיל בראשונה את השבועה ניתן ללמוד מתשובת הגאון

את חזקתו מחזקת מי שיש לו לחזקת מי שאין לו על ידי הבאת עדים שאין בידיו רכוש. בירור מצבו הכלכלי של החייב הטוען טענת עניות אם הוא במצב "דלא מחזק במסכנותא" נזכר בתשובת גאון עלומת שם בשערי צדק, סימן לב: "עם מי שאין ידוע בודאי שהוא עני ואינן יכולין לידע אמיתת הדבר אף על פי ששואלין עליו שמשמתין אותו בפתחא [...]". וכן, בתשובה אחרת עלומת שם (מספרות הגאונים, אסף, בעמ' 107-108) "אלא חוששין שמא יש בידו ומתרושש".

44 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב: "ושאילנא עליה שיבאבי (=שיבכי) ובני שוקיה ואמרו דאית בידיה מידע דא שאקל וטארי ולא יאדעיין קושטא דילתא מאי הוא [...]".

45 מספרות הגאונים, אסף, בעמ' 107: "ואם אמר אני אביא עדים שידעו במשאו ובמתנו שאטין מספיק למזונות ביתו ומביא עדים בכך אין עליו כלום לא נדוי ולא חרם ולא גזירה אלא מסדרין אותו מיד כדי ספקו".

46 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ד.

47 וראו מה שהעיר על הלכה זו מנחם אלון, **חירות הפרט**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 48 ה"ש 47.

48 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב.

49 ראו שם, סימן שיט: "שנשביעו וננדהו שאין לו שעור כתובת אשתו כמשפט כל אדם שיאמר אין לי כלום". וראו מה שכתבנו להלן בטקסט הסמוך להערה.

50 משפטי שבועות, עמ' 265.

עלום השם שהתנגד להקדמתה לפני החרם וכותב "אם רוצה בעל דינו להשביעו שאין לו מאומה אין אנו יכולים לדחותו אלא בפיוסים [...] וטעמא דמילתא אם נקפוץ להשביעו איפשר והוא חס על ממונו והוא חושב בלבו מחשבה אחרת ואנו חסים על חילול השם ומוטב לנדונו מלקפוץ להשביעו לפי שאין אנו מבחינים בין הולך בתמימות ובין הרמאי ואנו צריכין להשתדל בדבר".⁵¹ לכאורה אפשר אולי להבין שהגאון מכיר את מנהג חיוב שבועת "אין לי" אבל שולל את הטלתה ובעיניו הנידוי משמש תחליף לשבועה ולא נוסף לה.⁵² באופן כללי נראה שהחרם והשבועה השתלבו כעין שני חלקים משלימים של פרוצדורה אחת כדי לגלות אם החייב הוא בעל רכוש, אם כי מתשובות הגאונים לא ברור אם בפועל התקיים שילוב בין שני האמצעים או שמא היו שנהגו רק להחרים ואחרים שנהגו רק להשביע.

ד. מספר הפעמים שמוטלת שבועה על החייב. רב האי דוחה את שיטת הדיינים בימיו, שהיו רגילים להשביע את החייב מדי חודש בחודשו "שדנו דחייב שבועה (אפי) ביום ראשון שיתבענו ומשלושים לשלושים" וסבור "שאינן זה עיקר הדין".⁵³ רב האי מוסיף "ואינו דין שנשביע לשלשים יום דלא מפקינן שם שמים לבטלה, אך נדין אותו ששבוע' ראשונה ישבע שאין לו ממה לפרוע וכל מה שירויה יותר מכדי פרנסתו יפרע לו". רב האי מוסר שגם בככל היו דיינים שנהגו במנהג זה "אף הכא נמי איכא דעברו כן". הוא אינו דוחה לגמרי את מנהגם אבל מגבילו לבתי דין של הדיוטות ואילו בתי דין של מומחים משביעין רק שבועה ראשונה.⁵⁴ ייחודית לרמב"ם היא הגבלה אחרת של מספר השבועות שנשבע החייב. הרמב"ם קובע ששבועת החייב לנושה אחד, משחררת אותו מלהישבע לבעלי החובות האחרים "ששבועה אחת כוללת את כל השבועות".⁵⁵

- 51 שערי צדק, סימן לב.
- 52 אבל אולי מכפל הלשון "לקפוץ להשביע", ניתן גם להציע כי הגאון מתנגד "לקפוץ ולהשביע" לפני הטלת נידוי, אבל אינו דוחה את האפשרות להטיל שבועה לאחר הטלת החרם.
- 53 תשובות הגאונים, שם; משפטי שבועות, שם. פסקה זו חסרה בדפוס ונציה, שבו הנוסח "אלא דנין אותו להשביעו לאחר תשעים יום", אבל היא ככל הנראה תוספת מוטעית (חסרה בכתב יד אברמסון) והיא סותרת את הנאמר שם ששבועה ראשונה המוטלת על החייב בתחילת הדיון כוללת את התחייבות החייב "וכל מה שירויה יותר מכדי פרנסתו יפרע לו". וראו מה שהביא הראב"ה, לעיל ה"ש 42, מחיבור שערי שבועות בנוגע למספר הפעמים שמטילים שבועה זו: "אבל ראיתי בשערי שבועות] רב יצחק האלפסי שכתב הדיינין נהגו להשביע כל בעלי חובות כל שלשים ושלשים ולא יתכן, אך היו משביעין אותו בפעם אחת כך [...] ושוב לא ישבע יותר", כשיטת הרב האי.
- 54 תשובות הגאונים, שם.
- 55 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ג.

לפי שעה לא מצאתי מקור גאוני להוראה זו, אבל כפי שנראה להלן יש לה מקבילה בספרות המוסלמית מבית המדרש של אסכולת שאפעי.⁵⁶

ה. מהו היקף השימוש בחיוב השבועה? שיטות שונות ננקטו ביחס להיקף השימוש בה. היו שהרחיבו את השימוש בה והטילוה על כל חייב הטוען טענת "אין לי", כשיטת רב האי, ואחרים שצמצמו את הטלתה למצבים מיוחדים בלבד. כך למשל צמצם הרמב"ם את הטלתה וקבע שאין להשביע חייב שברור שאין בידיו נכסים לשלם את חובו, וייתכן שכך סברו כמה מן הגאונים.⁵⁷ יתר על כן, הרמב"ם,⁵⁸ בניגוד לשיטת הגאון, אף מרחיבה ומשחרר משבועה גם את מי שמוחזק בעניות בלבד, אף אם לא הוכאו ראיות על עוניו: "מי שהוחזק שהוא עני והולך בתום לב והדבר גלוי וידוע ולרוב העם [...] והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניות זו אלא רוצה לצערו בשבועה זו [...] אסור לדיין ירא שמים להשביעו שבועה זו [...]". שיטת הרמב"ם, ולא שיטת רב האי, היא שהתקבלה בספרות ההלכה.⁵⁹

ו. בשאלת סידור הנכסים שבידי החייב אחרי השבועה אם התברר שיש בידיו נכסים, היה מי שהרחיב את תחולת הנכסים שיש להשאיר בידי החייב וכלל בהם גם את הנחוץ לפרנסת אשתו וילדיו, כשיטת רב האי, והיו שהתחשבו בצורכי החייב בלבד והתעלמו מצורכי בני ביתו – אשתו וילדיו, כשיטת הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, ובעקבותיהם בעל הטורים והשולחן ערוך.⁶⁰

אין תמה אפוא שעצם המנהג ומגוון חילוקי הדעות שהתעוררו סביבו עוררו ביקורת אצל חכמים מאוחרים עד שנאלצו לקצץ בו ולדחות חלקים ממנו.⁶¹ נראה לי שרצף ההקבלות בין ההלכה המוסלמית מכאן, ושרשרת המחלוקות בתקופת הגאונים ובספרות הרבנית

56 על מקרים נוספים של הקבלות בין הרמב"ם לאסכולת שאפעי, שמוקדה היה במצרים, מקום פעילותו המרכזי של הרמב"ם, ראו גדעון ליבזון "זיקת הרמב"ם להלכה המוסלמית על רקע תקופתו" הרמב"ם: שמרנות, מקוריות מהפכנות א' 247 (אביעזר רביצקי עורך, התשס"ט).

57 אף שאין הדבר ברור לחלוטין מתשובותיהם, וככל הנראה הם נחלקו בשאלה זו. ראו דיון בשאלות אלה להלן.

58 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ב.

59 ראו שולחן ערוך, חושן משפט, צט, ד. וראו מה שכתב אלון, חירות הפרט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 168 ובייחוד בעמ' 175, 186.

60 ראו ליבזון, משפט משווה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 144-148.

61 גם תקנת מורדת שהתקינו הגאונים לא נתקבלה על ידי חכמי ההלכה שלאחר תקופת הגאונים, ראו משנה תורה, הלכות אישות יד, יד. והשוו עם ספר הישר לרבנו תם: חלק השאלות והתשובות, סימן כד (מהדורת ראזענטהאל, התרנ"ח) ושו"ת הרא"ש כלל מג, ח. וראו אלון, המשפט העברי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 543. כמו כן גם דחו את המעבר משבועה אלה (הגזירתא), ראו ליבזון גזירתא, לעיל ה"ש 6, עמ' 132 ואילך.

בנוגע לשבועה ולפרוצדורה הנלווית אליה מכאן, קשורות לאתגר שהציב המנהג החדש בפני חכמי ההלכה בעקבות שאילתו מההלכה המוסלמית.⁶²

ד. שבועת "אין לי" בספרות המסורת המוסלמית (סונה) ובהלכה המוסלמית (פקה)

מטרת פרק זה היא לשמש בסיס להשוואה בין מנהג הגאונים בשבועת "אין לי" והפרוצדורה הנלווית אליה לשבועת המוסלמים שבה נעסוק בפרק הבא. התיאור של שבועת "אין לי" בספרות המוסלמית התמקד בשלושת הנושאים העיקריים שבהם נערוך את ההשוואה: חיוב השבועה, הטלת מאסר על חייבים הטוענים שהם חדלי פירעון וסידור נכסי החייב לצרכיו ולצורכי משפחתו. נוסף על כך, הקפדנו לפרט את המסורות (חדית') המתייחסות לשאלות אלה בספרות המסורת (סונה) ואת שלשלת המוסרים של מסורות אלה (אסנאד), וכן את ההתייחסות לשאלות אלה בספרות ההלכה (פקה). עיון זה נחוץ כדי ללמוד ממנו על קדמותן של מסורות אלה לספרות הגאונים, על הפיזור הגיאוגרפי של הלכות אלה וזיקתן למקומם הגיאוגרפי של גאוני בכל וישיבותיהם.

הטלת שבועת "אין לי" נזכרת בספרות המסורת המוסלמית (סונה) ובספרות ההלכה המוסלמית (פקה) שאליה ככל הנראה הועתקה מספרות המסורת. בספרות המסורת היא נמצאת בשלושה חדית'ים, שרק אחד מהם מצוי בקובץ קנוני.⁶³ באחד מהם השבועה היא עיקר גוף ההלכה (המתן) ואילו השניים האחרים מזכירים את השבועה אגב אורחא, כמשיחים לפי תומם, מה שמחזק את התחושה שהיא הייתה מקובלת ושכיחה. אם נשפוט לפי רשימת מוסרי המסורות (אסנאד) נראה שמקורה בערים כופה ובצרה בעיראק, מקום משכנם של גאוני בכל. שתי מסורות מייחסות את השימוש בשבועה לכליפים הראשונים, האחת לאבו בכר ועמר והאחרת לעלי.

נתחיל במסורת שבה "חיוב שבועה" הוא עיקר ה"מתן", אם כי שרשרת המוסרים שונה משתי המסורות האחרות. מסורת זו מייחסת את הנהגת שבועת "אין לי" לכליפים

62 אומנם מחלוקות מצויות לרוב במגוון נושאים בהלכה, במיוחד בתחומים שבהם רווח המנהג, אך דומני שצירוף רצף ההקבלות והמחלוקות שנתגלעו הנוגע לפרוצדורת השבועה ולפרקטיקות המלוות אותה מעיד על האתגר שהציב דווקא מנהג זה בקרב חכמי ההלכה. נמנענו מלהשתמש במונח "קובץ רשמי" ככל שקיים מינוח כזה בתורת המשפט המוסלמי, היות שנראה לנו שכל ההבחנה בין קבצים רשמיים ושאינם רשמיים אין בה כדי להעיד על מקוריותו של חדית' זה או אחר, אף שייתכן שהכנסתו לאחד מהקבצים "הרשמיים", בעיקר לקבצים של אלבח'ארי ומסלם, אפשר שמוסיפה במשהו למהימנותו עקב קדנותם של עורכי קבצים אלה על ביקורת החדית' או על מעמדו המשפטי בהלכה המוסלמית. בקביעת מהימנות יש להתחשב בעיקר בתיעודו של הקובץ מבחינת הזמן, מהימנות שלשלת המוסרים ואמות מידה נוספות, שאלות שהעדפנו לא לדון בהן במסגרת מאמר זה.

הראשונים אבו בכר ועמר, ונמצאת בשני מקורות: האחד, בחיבור "אל-מדונה אלכברא" של סחנון, שהוא המקור הקדום ביותר המביא מסורת זו; והאחר, בקובץ המסורת המאוחר של ביהקי "כתאב אלסנן אלכברא". וזו לשונה לפי הנוסח שבקובץ ביהקי:

أبو الحسين بن بشران أنبأ أبو محمد دعلج بن أحمد ثنا إبراهيم بن أبي طالب ثنا اسحاق بن راهويه أنبأ الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه وعن أبي الزناد عن عبدالله بن عامر بن ربيعة وغيرهم أن ابا بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضی الله عنهما كانا يستخلفان المعسر بالله ما تجد ما تقضيه من عرض ولا فرض او قال ناض ولئن وجدت من حيث لا يعلم لتقضيه ثم يخليان سبيله.

האסנאד: (מסר לנו) אבו אלחסיין בן בשראן, סיפר אבו מחמד דעלג' בן אחמד, מסר לנו אבראהים בן אבי טאלב מסר לנו אסחאק בן ראהויה ואלמדוראין סיפר אלוליד בן מסלם מפי אבן ג'ריג' מפי עבד אלרחמן בן אלקאסם מפי אביו ומפי אבי אלזנאד מפי עבדאללה בן עאמר בן רביעה וזולתם.⁶⁴

המתן: אבו בכר ועמר בן אלח'טאב ינצרום אלוהים היו רגילים להשביע את העני באלוהים שלא תמצא ממה לפרוע לא ממטלטלין ולא ממקרקעין, או אמר לא ממזומנים, ואם תמצא מה שלא ידוע תפרע ממנו, ואחר כך שחררו אותו.⁶⁵

64 שרשרת המוסרים במדונה היא: אבן והב מפי מחמד בן עמרו מפי עבד אלמאלך בן עבד אלעזיז בן ג'ריג' אלמכי. קביעת מקומם וזמנם של מוסרי המסורות נעשתה על פי ספרי הביוגרפיות המקובלים, בעיקר זה של אבן חג'ר אלעסקלאני, תהד'יב אללהד'יב ומחמד אבן חבאן אלכבטי, משאהיר עלמאא אללאמצאר. על אבן והב הנזכר באיסנאד שב'מדונה' ראו G. H. A. JUYNBALL, MUSLIM TRADITION 104 (1983). על בני זמנו, וליד בן מסלם ואבן ג'ריג' ראו שם בעמודים 27, 32, ועל עבד אלרחמן בן אלקאסם, ראו שם, בעמ' 79. מבחינה כרונולוגית במבנה האיסנאד אצל ביהקי קיים פגם מסוים. לוח הזמנים הוא רצוף, פרט לאבו אלזנאד שנפטר בשנת 131, הקודם לאלקאסם אף שהאחרון נפטר הרבה לפניו (בשנת 102), מה שפוגם ברצף הכרונולוגי של המוסרים. ללא אבו אלזנאד היה הרצף מבחינת הזמן הגיוני יותר, וייתכן ששמו נוסף רק כתחליף לחכם שקדם לו, אלקאסם. וכך יש אולי להבין את לשון המסורת: "[...] עבד אלרחמן בן אלקאסם מפי אביו ומפי אבי אלזנאד".

65 סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, כרך 5, בעמ' 205; אבו בכר בן אלחסיין ביהקי כתאב אלסנן אלכברא 6, 53 (הידראבאד 1925) (להלן: ביהקי, סנן). לפי שעה לא מצאתי לה מקבילה בקובצי המסורות האחרים.

העדפנו את הנוסח לפי המקבילה בקובץ של ביהקי על זו שבמדונה, שבה ישנם כמה שינויים קלים בגוף המסורת, ובין היתר לא נזכרת בה לשון שבועה ממש: "كانا يستخلفان المعسر الذي لا يعلم له مال ما اجد له قضاء في فرض ولا عرض ولئن وجدت له قضاء حيث لا نعلم لتقضيه". (היו רגילים להשביע את העני אשר לא ידוע אם יש לו כסף ושלא מצאתי אצלו אפשרות שיפרע הלוואה ולא [מצאתי] מיטלטלין ואם תמצא שיש לו לתת, אשר לא ידענו [עליו],

המשותף לרשימת המוסרים במקבילות בשני הקבצים הוא מוצאם הגיאוגרפי הדרומי בעיקרו (מצרים, מכה ומדינה), אף שישנם גם מדמשק. בשרשרת המוסרים שב"מדונה" הראשון מבחינת הזמן הוא עבד אלמאלך בן עבד אלעזיז ממכה (נפטר 8-150/767), ואילו השניים האחרים, מחמד בן עמר (תאריך פטירתו לא ידוע) ועבדאללה בן הב (נפטר 813-197/812), הם ממצרים. שרשרת המוסרים באוסף של ביהקי סמוכה יותר לזמן הנביא. המוסרים הראשונים הם אנשי מדינה: עבדאללה בן עאמר בן רביעה (נפטר 85/704), אבו אלזנאד [עבדאללה אבן ד'כואן] (נפטר 749-131/748), אלקאסם [אבן מחמד אבן אבו בכר] (נפטר 1/102-720). עבד אלרחמן אבן אלקאסם (נפטר 4/126-743). ואילו האחרונים הם ממכה ודמשק: אבן ג'ריג' [עבד אלמאלך אבן עבד אלעזיז] ממכה (נפטר 8/150-767) (שנזכר גם בשרשרת המקבילה), ואילו אלוליד בן מסלם הוא מדמשק (נפטר 11/195-810). אסחאק בן ראהייה [אלמרואזין] (נפטר 3/238-852) הוא בן זמנו של אבן חנבל, מייסד האסכולה החנבלית, ועמד בקשרים עימו.⁶⁶ ההתפוצה הגיאוגרפית של המוסרים באסנאד האחרון קשה לקבוע את מוצאו. האם לפנינו מסורת שמקורה במדינה ונשמרה על ידי חכמים גם במקומות אחרים, או שמוצאה ממקום אחר (סוריה? מצרים?), וייחסה לאנשי מדינה? אם אומנם מקורה מאחד ממרכזי הדרום, הרי היא מצטרפת לשתי המסורות שלהלן שמוצא מוסריהן הוא מכופה ומבצרה, וניתן לשער שהמנהג לחייב שבועה התפשט על פני כל המרכזים המוסלמיים החשובים.

המסורת השנייה שמזכירה שבועה זו מיוחסת לעלי (נפטר 661) ונזכרת לראשונה בפירושו של אלג'צאץ לארב אל קאצ'י של ח'צאף, ובעקבותיו בפירושו של אלכח'ארי לחיבור זה. היא מובאת גם על ידי אבן חזם בחיבורו מחלא, עם שלשלת מוסרים כמעט זהה לזו שאצל אלג'צאץ. זו לשונה בחיבורו של אלג'צאץ:

رواه إسماعيل بن إبراهيم ابن مهاجر عن عبدالمك بن عمر قال: كان عليّ إذا أتاه رجل
 برجل فقال: إن لي عليه ديناً: قال أله مال؟ إن كان له مال أخذناه بذلك. فإن قال: نعم ولكنه
 قد ألجأ قال له: أقمّ بينة بذلك وإلا حلف بالله ما ألجأه. فإن قال: أحبسه. قال لا أعينك على
 ظلمه. قال: فإني أئزّمه. قال: الزمه وإن كنت ظالماً له ولا أحول بينك وبينه.

האסנאד: אסמאעיל בן אבראהים אבן מהאג'ר מפי עבד אלמלך בן עמר.
 המתן: [...] כשהגיע לעלי תביעה בין שניים אמר (התובע) יש לי עליו
 חוב. אמר (עלי) היש לו כסף? אם יש לו כסף אחוז ממנו. ואם יאמר כן

תפרע ממנו). מלבד חסרון לשון השבועה, חסרה כאן המובאה "או قال ناض" ונוספה בה הלשון "الذي لا يعلم له مال" וכן כמה הברלים בגוף המדבר. על מסורת אחרת, במקור מאוחר יחסית, שבה נשבע החייב שאין עימו דבר ראו קצ'אעי, מסנד, לעיל ה"ש 24, בעמ' 273. על חידושיהם של הכליפים הראשונים בענייני משפט ראו לאחרונה PATRICIA CRONE & MARTIN HINDS, GOD'S CALIPH: RELIGIOUS AUTHORITY IN THE FIRST CENTURIES OF ISLAM (1986) 43-57. ואולי ניתן להוסיף גם שבועה זו לרשימת חידושיהם.

ראו עליו: FUAT SEZGIN, GESCHICHTE DES ARABISCHEN SCHRIFTTUMS: BAND I 109 (1967) 66

(יש לו) אבל החביאו. אמר לו: הבא עדות על כך, ואם לא השביעהו באלוהים שלא החביאו. ואם יאמר שתאסרהו אמר: לא אסייע ברע. אמר: אני ארדוף אחריו. אמר: רודפהו אף שיש בזה רע ולא אעמוד בינך וכינו.⁶⁷

מכיוון שכל מוסריה הם חכמי כופה, אפשר לשער שמוצאה מכופה שבעירק והיא משקפת התנגדות למנהג שרווח שם לאסור חייבים חסרי יכולת ומציעה חיוב שבועה כתחליף למאסר. אבן חזם מביאה עם שתי שרשרות מוסרים, הראשונה מכופה והשנייה מבצרה, ואולי אפשר לשער ששנייה זו רווחה בשני המרכזים המוסלמיים שבעירק.⁶⁸

67 אבו בכר אחמד בן עלי אלראזי אלג'צאצ שרח אדב אלקאצ'י ללח'צאף 259 (קהיר 1977) (להלן: ג'צאץ, שרח) ובח'ארי חסאם אלדין עמר בן עבד אלעזיז בן מאזה אלבח'ארי אלמערופ באלצדר אלשהיד כתאב שרח אדב אלקאצ'י ללח'צאף 2, 356 (בגדאד 8-1977) (להלן: בח'ארי, שרח). קרוב להניח ששניהם נמשכו אחרי חיבורו של ח'צאף. ראו גם אבו מחמד עלי בן אחמד בן סעיד אבן חזם מחלא 8, 171 (קהיר 1928) (להלן: אבן חזם, מחלא) בשרשרת המוסרים אצל ג'צאץ ובח'ארי: אסמאעיל בן אבראהים הוא מכופה (תאריך פטירתו אינו ידוע) וכן עבד אלמלך בן עמר (עמיר!) אף הוא מכופה (נפטר בשנת 136). ראו עליו: JUYNBALL, לעיל ה"ש 65, בעמ' 111. אבן חזם מביא את המסורת על עלי עם שתי שרשרות מוסרים, האחת מבצרה: חמאד אבן סלמה (נפטר 167) בצרה, איוב אלסח'תיאני (נפטר 131) – בצרה ונאפע מולי אבן עמר (נפטר 117) – מדינה, והאחרת מכופה: אבי עביד ואלקאסם בן סאלם (נפטר 224) – בצרה, אבן אבי זאאדה (נפטר 183) – כופה ואסמאעיל בן אבראהים אבן מהאג'ר ועבד אלמלך אבן עמיר, שנזכר כבר בשרשרת אצל ג'צאץ, ושניהם מכופה. אני מודה לפרופ' מייקל קוק מאוניברסיטת פרינסטון שסייע בידי בזיהוי שמות המוסרים ומקומם הגיאוגרפי במסורות האלה.

68 ראוי לציין לשני הבדלים, אצל מפרשיו של ח'צאף – ג'צאץ ובח'ארי, בקשר לנוסח חיבורו של ח'צאף במובאה שלפנינו. ההבדל הראשון קשור ללשון הציטוט מח'צאף. הציטוט אצל בח'ארי, שרח, לעיל ה"ש 67, בעמ' 361 אינו זהה לציטוט ממנו אצל ג'צאץ, לעיל ה"ש 67, בעמ' 256, כשאצל האחרון חסר כל עניין השבועה. לשונו של בח'ארי היא: "وقال صاحب الكتاب: الصواب عندي أنه لا يحبس حتى يسأله: ألك مال؟ ويستحلفه على ذلك" (אמר המחבר: הדבר הנכון מבחינתי שלא יאסרוהו עד שישאלו אותו: האם יש לך כסף? והשביעהו על כך.), ואילו אצל ג'צאץ הלשון היא: "قال الخصاف: والصواب عندنا والله أعلم ألا يحبس حتى يسأله: ألك مال؟ فإن أقر أن له مالا حبسه وإن قال: لا مال لي، قال للطالب: ثبت أن له مالا حتى أحبسه" (אמר אלח'צאף: והדבר הנכון מבחינתי, ואללה הוא היודע הכול, שלא לאסור אותו לפני ששאלוהו: האם יש לך כסף? ואם הודה שיש לו כסף, שיאסור אותו, ואם אמר שאין לו כסף, אמר לתובע: הוכח שיש לו כסף לפני שתאסור אותו.) (ולא נזכרת השבועה). אפשר לשער שהנוסח אצל בח'ארי הוא המקורי, אף שהוא מאוחר לג'צאץ, שכן הוא נמשך מהמסורת שנמסרת בשם עלי, שבו נזכרת השבועה, וחסרונו בנוסח של אלג'צאץ אפשר שהוא השמטת סופר בלבד. ההבדל האחר, אף הוא קשור בציטוט של חיבורים אלה מאלח'צאף. בנוסח שאצל בח'ארי, לפי אחד מכתבי היד של חיבורו (עמ' 362, וראו הערת המהדיר למטה) נוסף עניין השבועה, החסר בנוסח הנדפס אצלו. וזוהי לשון הנוסח לפי כתב היד: "فقال صاحب الكتاب القول قول المديون، لأن العسرة أصل في بني آدم... فيكون القول قول المديون مع يمينه" (אמר המחבר, האמירה חלה על החייב, שהרי העוני הוא נקודת המוצא אצל בני אדם [...]) והאמירה היא

המסורת השלישית אף היא מזכירה שבועה זו אגב אורחא, והיא נמצאת בקובץ הקנוני החשוב צחיח של מסלם, וזו לשונה:

حدثنا أبو الهيثم خالد بن خدّاش بن عجلان حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن أبي قتادة أن أبا قتادة طلب غريما له فتواري عنه ثم وجده فقال: إني معسر. فقال: الله؟ قال: الله.⁶⁹ قال: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من سرّه أن يُنجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضعّ عنه.

האסנאד: מסר לנו אבו אלהית'ם ח'אלד בן ח'דאש בן עג'לאן. מסר לנו חמאד בן זיד מפי איוב, מפי יחיא בן אבי כת'יר, מפי עבד אללה בן אבי קתאדה.

המתן: אבא קתאדה תבע בעל חובו והתחבא (בעל חובו ממנו) ולאחר מכן מצאהו. אמר לו אני עני. אמר לו (התשבע) באלוהים? אמר לו (אני נשבע) באלוהים. אמר אני שמעתי שהנביא עליו המנוחה והשלום אמר: מי שחושש שיענישו אלוהים ביום הדין שיקל על חייב עני או יניח לו.⁷⁰

בשינוי קטן בשרשרת המוסרים ובגוף ה'מתן' היא נמצאת בקובץ המאוחר של ביהקי"סנן אלכברא".⁷¹ לפי שמות מוסריה בשתי המקבילות, נראה שגם מוצאה הוא מבצרה. אומנם בשרשרת המוסרים באוסף של ביהקי, מוצאם של חלקם הוא ממצריים וממכה, אולם מכיוון שיתר המוסרים הם מבצרה, נראה שהיא משקפת מנהג בצרי.⁷² מכאן נראה שהמנהג להשביע חייבים שאין להם, מוצאו מהערים בצרה וכופה מאזור עירק, מקום מושבם של גאוני בבלי.

עם שבועה. בנוסח הנדפס חסרה לשון השבועה "مع يمينه". נראה שגם כאן יש להעדיף את נוסח כתב היד, המתאים ללשון המסורת המובאת בשם עלי, ואפשר שגם כאן ההשטמה היא מקרית.

69 "الله" (אללה) היא לשון שבועה.

70 מסלם אבו אלחסין בן אלחג'אג' אלקשירי אלניסאבורי צחיח כתאב אלמסאקאה 3, 1196 (קהיר 6-1955) (להלן: מסלם, צחיח). רוב המוסרים הם מבצרה. חאלד מוצאו מבצרה – בגדד (נפטר בשנת 223), חמאד בן זיאד – בצרה (נפטר 179), איוב (אלסבאיאני) – בצרה (נפטר 131), יחיא בן אבי אלכתיר – בצרה – ימאמה (נפטר 129), עבדאללה בן אבי אתאדה – מדינה (נפטר בשנת 95), אבו קתאדה – מדינה (נפטר 54).

71 ביהקי, סנן, לעיל ה"ש 65, בכרך 6, עמ' 53. ושם כותרת נוספת המתייחסת לשבועת חייב שאין לו: "באב חכסה אדיא אתהם ותח'ליתה מתי עלמת עסרתה וחלף עליהא", אבל בגוף המסורת לא נזכרת שבועה כלל. ייתכן שביהקי קבע בכותרת דעה המתאימה לשיטת אסכולת שאפעי, שהשתייך אליה, מבלי שהיו לכך סימוכין בגוף המסורת.

72 עבדאללה אבן והב (נפטר 197) הוא ממצרים ומוצאם של עבדאללה בן אבו קתאדה (נפטר 95) ואבו קתאדה (נפטר 54) הוא ממכה. אולם מכיוון שכל יתר המוסרים, כולל ג'ירי אבן חאזם (נפטר 170), שאינו מופיע בשרשרת המקבילה בקובץ של מסלם, הם מבצרה נראה שהיא משקפת מנהג בצרי.

מסורות אלו יכולות ללמד אותנו על זמן תחילת השימוש בשבועה. המסקנה שעולה ממסורות אלה היא שאין לאחר את תחילת השימוש בשבועה מעבר לזמן שבו ניתן לתעד את הקבצים שבהם הן נמצאות, בעיקר לפי זמן חייהם של עורכיהם, שהוא לכל המאוחר המחצית הראשונה של המאה התשיעית (פרט למדונה של סחנן שהוא קדום יותר). מכיוון שחלקן משיחות על השבועה לפי תומן, אפשר שהן משקפות אף זמן קדום יותר. נראה שהיה כאן ניסיון לבסס את פרקטיקת השבועה בספרות המסורת וליחסה לכליפים הראשונים כדי לתת לה מהימנות גדולה יותר. מכאן מתבקשת גם המסקנה שהמסורות משקפות פרקטיקה שקדמה למנהג הגאונים בחיוב שבועת "אין לי" שהוא מאוחר יותר.

כאמור, שבועה זו נדונה גם בספרות הפקה. החיבור הראשון שדן בה הוא חיבורו של שאפעי "כתאב אל-אם", שזמנו מראשית המאה התשיעית לערך, מה שמתאים לזמן התפתחות שבועה זו לפי הנאמר במסורות.⁷³ בעקבות ספרו של שאפעי, היא נידונה בחיבורים אחרים של אסכולת שאפעי, שזמנם המחצית הראשונה של המאה האחת עשרה, כחיבוריו של שיראזי,⁷⁴ וכן בחיבורים של חכמים אחרים בני אותה תקופה, מזרמים שונים: אבן חזם הזהירי,⁷⁵ טוסי השיעי⁷⁶ ואבן קדאמה החנבלי.⁷⁷ הספרות החנפית עד לזמנו של כאסאני אינה מזכירה שבועה זו.⁷⁸ לכך יכולים להיות שני הסברים

- 73 מחמד בן אדריס שאפעי כתאב אל-אם 3, 212; 2, 105 (בירות 1983) (להלן: שאפעי, אם).
- 74 אבו אסחאק אבראהים בן עלי בן יוסף אלשיראזי כתאב אל-תנביה פי אלפקה עלא מד'הב אל-אמאם אלשאפעי 71 (קהיר 1951) (להלן: שיראזי, כתאב אל-תנביה); שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, כרך 1, עמ' 320.
- 75 אבן חזם, מחלא, לעיל ה"ש 67, בכרך 8, עמ' 171. בחיבורו "מראתב אל-אג'מאע" הוא אינו מונה את השבועה בין הנושאים שבהם חלקו חכמי הפקה, בכל הקשור בפרוצדורה שנקבעה כנגד חייבים, אולי מפני שכולם קיבלו פרקטיקה זו ולא הייתה מחלוקת ביניהם. וראו גם בחיבורו ודאע, עמ' 40 "فان أثبت إعدامه سرح من السجن بعد اليمين على نفي مال له باطن" (ואם יוכיח שאין לו, ישוחרר מהכלא לאחר שיישבע שאין לו כסף בנסתר).
- 76 אבו ג'עפר מחמד בן אלחסן אלטוסי כתאב אל-ח'לאף פי אלפקה 2, 118 (קם 1956) (להלן: טוסי, אל-ח'לאף); הנ"ל, אלמבסטו פי פקה אל-אמאמיה 2, 278 (להלן: טוסי, מבסטו).
- 77 אבו מחמד מופק אלדין עבדאללה אבן קדאמה אלמקדסי אלמקנע פי פקה אמאם אלסנה אחמד אבן חנבל 123 (קהיר) (להלן: אבן קדאמה, מקנע); אבו מחמד מופק אלדין עבדאללה אבן קדאמה אלמקדסי אלכאפי פי פקה אל-אמאם אלמבג'ל אחמד אבן חנבל כרך 2, 169 (דמשק 1988) (להלן: אבן קדאמה, אלכאפי).
- 78 עד כמה שבדקתי, להוציא את חיבורו של ח'צאף (שזמנו עדיין לא התגבשו האסכולות לשיטות מוכרות), כאסאני (נפטר בחלב בשנת 1191) הוא החכם החנפי הראשון שמזכירה בספרות הפקה, ראו אבו בכר בן מסעוד אלכאסאני כתאב בדאע אלצנאע פי תרתיב אלשראע 7, 174 (בירות 1986) (להלן: כסאני, בדאע), שם עולה שחיוב השבועה נהג כבר אצל חכמים שקדמו לו: "واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يحبس لان الفقر أصل في بني آدم... فكان القول قوله مع يمينه" (ונחלקו דעות אנשי הדת בכך, חלק

פוטנציאליים: האחד, מכיוון שאצלם עיקר הפרוצדורה ששימשה כנגד חייבים היה המאסר, ולא השבועה, עיקר הדיון נסב עליו דווקא. ההסבר השני הוא שאצל החנפים שבועת "אין לי" לא שימשה שבועה בפני עצמה אלא נגזרה מהכלל הרחב בדין שבועה, שהראיה על התובע והשבועה על הנתבע,⁷⁹ עיקרון המושרש היטב בספרות המוסלמית ובספרות הפקה.

אולי אף ניתן להניח שהשימוש בשבועת "אין לי" אצל החנפים היה מובן מאליו, כפי שיוצא מחיבורו של ח'צאף ומפרשו אלג'צאן, ולא היה צורך לדון בה במיוחד.⁸⁰ אצל האסכולות האחרות, לעומת זאת, השימוש במאסר היה מוגבל יותר והשבועה תפסה תפקיד מרכזי בפרוצדורה שנוקטה כנגד חייבים שטוענים טענת עניות.

בספרות הפקה, כמו בספרות המסורת, אין דיון מפורט בגדריה, בסייגיה ובנוסחה של השבועה. רק מסורת אחת שנשמרה בחיבורו של ביהקי ובמדונה של סחנון שימרה

אמרו האמירה [חובה] על החייב בכל מקרה ולא ייאסר משום שהעוני שורש אצל בני האדם והאמירה תהיה עם שבועה).

79 כלל זה נזכר כמעט בכל קובצי המסורות, ראו בח'ארי, צחיח, לעיל ה"ש 24, כתאב אלרהן, כרך 3, עמ' 116, "באב אד'א אח'לתף [...] ובכתאב אלשהאדאת, באב אלימין עלא אלמדעא עליה, כרך 3, עמ' 159; מסלם, צחיח, לעיל ה"ש 70, כתאב אלאקצ'יה, חלק 3, עמ' 30; אבן דאוד סלימאן בן אלשעת' אלסג'סתאני אל'אזדי סנן כתאב אלאקצ'יה, חלק 3, עמ' 311 (מצרים 1950) (להלן: אבן דאוד, סנן); אבן חנבל אחמד בן מחמד מסנד אבן חנבל 1, 351, 356, 363 (קהיר 1985); מחמד אבן אסמאעיל תרמד'י סנן כתאב אלאחכאם, באב מא ג'אא פי אן אלבינה עלא אלמדעא ואלמין עלא אלמדעא עליה, כרך 5, עמ' 21 (קהיר 1968); נסאאי אחמד בן שעייב סנן כתאב אאדאב אלק'צ'אה: ע'טה אלחאכים עלא אלימין, כרך 8, עמ' 248 (בירות 1930); אבן מא'גה אבו עבדאללה בן מחמד בן זיד אלקזויני סנן כתאב אלאחכאם, באב אלבינה עלא אלמדעא ואלמין עלא אלמדעא עליה, כרך 2, עמ' 778; ביהקי, סנן, לעיל ה"ש 65, כתאב אלדעוא ואלבינאת, כרך 10, עמ' 202; אבו יעלא אחמד בן עלי אבן אלמת'נא אלתימי מוצלי מסנד 2, 464 (דמשק 1987). וראו גם בע'וי, מצאביח, לעיל ה"ש 24, חלק 2, עמ' 27 ואבו חניפה אלנעמאן מסנד אלאמאם אבי חניפה 172 (אלפו 1962). וכבר העיר תרמד'י [שם] על חדית' זה שהוא תקף: "هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلعم وغيرهم أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه" (זוהי מסורת טובה מהימנה והמנהג בעקבות כך אצל אנשי הידע מחברי הנביא, עליו השלום והתפילה, וזולתם, שהראיה על התובע והשבועה על הנתבע). מספרות החדית' נכנס לספרות הפקה. ראו למשל סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, חלק 2, בעמ' 206, 222. כלל זה מקביל למה שנמצא בהלכה היהודית, בקשר לשבועות שמקורן בתורה, שכולן נשבע הנתבע ונפטר.

80 על שיכחותה של שבועה זו אפשר ללמוד גם מכך שבספרות המוסלמית על שבועות המוסלמים נזכרת השבועה לעיתים בקשר לשאלה מתי נחשב הנשבע כמפר את שבועתו. ראו למשל אצל אבו אסחאק אבראהים בן עלי בן יוסף אלשיראזי אלמהר'ב כתאב אלאימאן, כרך 1, עמ' 139 (קהיר 1959) (להלן: שיראזי, מהר'ב) ואצל טוסי, מבוסט, לעיל ה"ש 76, כתאב אלאימאן, כרך 5, בעמ' 232.

את נוסח שבועת החייב: "ما تجد ما تقضيه من عرض ولا فرض او قال ناض ولئن وجدت من حيث لا يعلم لتقضيه" (אינך מוצא ממה לפרוע, לא ממיטלטלין ולא מקרקעין, או אומר ולא מזומנים, ואם תמצא ממה שלא ידוע תפרע ממנו).⁸¹ מנוסח זה נראה שהשבועה כללה, נוסף על הודאת החייב שאין לו, גם התחייבות לשלם בעתיד ממה שיימצא אצלו.⁸² כמו כן, נראה שלפי בקשת הנושה על הנשבע להתחייב שרכוש שנמצא בידי אינו שלו. שאפעי⁸³ מדגיש שהנושים יכולים להשביע את החייב יותר מפעם אחת, אם הם חושדים בו שיגיע אליו רכוש שהחייב טוען שאינו שלו. הוא גם קובע שבשבועה שנשבע החייב לנושה אחד מונעת מנושים אחרים מלשוב ולהשביעו: "وإذا حبس الغريم وفسل واحلف ثم حضر اخر لم يحدث له حبس ولا يمين الا ان يحدث له يسر بعد الحبس" (ואם נאסר החייב והוכרז כפושט רגל ונשבע, ולאחר מכן בא (נושה) אחר, הרי אין לחבשו ולהשביעו אלא אם הזדמן לו רכוש אחרי המאסר).⁸⁴

עיקר הדיון בספרות הפקה הוא בשלב שבו משביעים את החייב. שלב זה תלוי בקביעת מצבו הכלכלי של החייב, או ליתר דיוק – בשאלה אם החייב מוחזק כעני או כבעל רכוש. כפי שראינו קודם, חזקות אלו נדונו גם על ידי רב האי. הכלל בספרות הפקה הוא שחייב המוחזק כמי שאין לו, נשבע מייד ונפטר מהתביעה (אבל לא מעצם החיוב שנשאר תלוי ועומד עד שירווח לו), כפי שניסח זאת אלג'צאץ, "لأن نفس الإعسار لا يوجب سقوط الحق عن المطلوب" (היות שעצם העניות אינה מחייבת ביטול החוב שעל החייב).⁸⁵ חייב, המוחזק כמי שיש לו, יישבע אחרי המאסר, ובסיום המאסר הוא ייחשב כמי שאין לו אם לא התגלה שבידיו נכסים. מכיוון שרוב האסכולות תפסו את החייבים בחזקת מי

81 ביהקי, סנון, לעיל ה"ש 65, בכרך 6, עמ' 53 ובמקביל אצל סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, כרך 5, עמ' 205. וראו אף ג'נדי ח'ליל בן אסחאק מח'תצר עלא אמאם מאלכ בן אנס (קהיר 1875). אצל שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, חלק 3, עמ' 212, נוסח שונה במקצת: "واحلفه مع ذلك كله بالله ما يملك ولا يجد لغرمائه قضاء في نقد ولا عرض ولا يوجه من الوجه" (והשביע אותו עם זאת באללה, על מה שיש ברשותו ולא מצא אצל החייבים לו שיפרעו [בין אם] מזומנים או מיטלטלין בשום אופן).

82 ראו שאפעי, שם, וחוזר עליה גם טוסי, מבסוט, לעיל ה"ש 76, כרך 2, עמ' 279: "إذا ادعى الغرماء إنه أفاد مالا سألته الحاكم عن ذلك فإن أنكرك كان القول قوله مع يمينه" (אם יטען החייב שנתן/הרוויח כסף, ישאל אותו על כך השופט, ואם יכחיש, האמירה עם שבועה). והשוו עם מה שכתב אבן ג'ווי מוחמד בן אחמד אלע'רנאטי אלמאלכי קואנין אלאחכאם אלשרעיה ומסאאל אלפרוע אלפקיה 345 (בירות 1986) (להלן: אבן ג'ווי, קואנין) "فإن ادعى صاحب الحق بعد ذلك أنه قد استفاد مالا لم يكن له أن يحلفه" (ואם יטען החייב אחר כך שהוא הרוויח כסף, אזי לא יצטרך להישבע), ואולי משתמע מכאן שבשבועה הראשונה ניתן להשביעו גם על מה שיגיע לידי בעתיד, כפי שנרמז בנוסח אצל סחנון.

83 שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 213 וראו גם שיראזי, מהד'ב, לעיל ה"ש 80, בכרך 1, עמ' 320 ואבן קדאמה, אלכאפי, לעיל ה"ש 77, העמ' 98.

84 שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 212.

85 ג'צאץ, שרח, לעיל ה"ש 67, בעמ' 258.

שיש להם, גם המאסר וגם השבועה הפכו להיות פרוצדורה מקובלת נגד חייבים שטענו טענת עניות. רק חייב שמלכתחילה היה ברור שהוא עני, או שהביא ראיה שאין לו, לפי שיטה אחת נדון בחיוב שבועה בלבד, ולפי שיטה אחרת אפילו לא בשבועה.

את תליית זמן חיוב השבועה בחזקת מצבו הכלכלי של החייב – אם הוא בחזקת עני, הטלתה מייד; ואם הוא בחזקת מי שיש לו, הטלתה אחרי המאסר – יש לראות כפועל יוצא משילובם של שני עקרונות יסודיים מתחום הפרוצדורה של המשפט המוסלמי. העיקרון הראשון הוא הטלת נטל הראיה על התובע ואת חיוב השבועה על הנתבע. העיקרון האחר קובע שמשחק החזקות מגדיר מיהו תובע ומיהו נתבע בכל טענה וטענה (להבדיל מחלוקה דיכוטומית בין לתובע לנתבע). לפי משחק החזקות, יכול בעל דין להפוך באותה תביעה מתובע לנתבע, או להיפך, לפי טיב הטענה. בעל דין שהחזקה פועלת לטובתו יהיה תמיד במעמד נתבע, ואילו בעל דין שהחזקה פועלת לרעתו יהיה מוחזק כתובע.⁸⁶ שילובם של שני עקרונות אלה קובע למעשה מיהו התובע, שעליו נטל ההוכחה, ומיהו הנתבע, שנשבע ונפטר.

במקרה של חייב הטוען טענת "אין לי", אף שביחס לתביעת החוב מעמדו כנתבע, הרי בקשר לעצם טענת "אין לי", שלגביה חיובו בשבועה או בראיות תלוי בהגדרת מעמדו, אם כתובע או כנתבע. לפי עקרון משחק החזקות, אם הוא בחזקת מי שיש לו החזקה פועלת נגדו ולטובת הנושה, ולכן הוא בכחינת תובע, ונטל ההוכחה שאין לו מוטל עליו ושבועה לבדה לא תספיק לפוטרו. אבל אם הוא מוחזק כמי שאין לו, פועלת החזקה לטובתו ולרעת בעל הדין שכנגדו, והוא יהיה בכחינת נתבע, שיכול להישבע ולהיפטר, ואילו נטל ההוכחה שעליו עובר לנושה שבה להוציא ממנו ממון.

למעשה, אמצעי המאסר כנגד חייבים שטענו טענת עניות, שבו נקטו בעיקר חכמי האסכולה החנפית, לא שיבש את העיקרון בדיני השבועה, שהשבועה על הנתבע, אלא רק גרם לשינוי בנטל החזקות והעברת נטל ההוכחה לנושה. אחרי שהחייב ריצה מאסר, הוא הפך להיות בחזקת מי שאין לו (החזקה לטובתו), ולפיכך נקבע מעמדו כנתבע, הנשבע ונפטר, ואילו הנושה הפך לתובע, שעליו נטל ההוכחה שהחייב הוא בעל אמצעים שיכול לפרוע חובו.

86 JOSEF SCHACHT, AN INTRODUCTION TO ISLAMIC LAW 191 (1962): "...The problem of deciding who is plaintiff and who defendant often amounts to deciding whose statement holds good, in whose favour the presumption operates"; SOBHI MAHMAMASSANI, FALSAFAT AL-TASHRI FI AL-ISLAM, THE PHILOSOPHY OF JURISPRUDENCE IN (Falsafat al-Tashri fi al-Islam: להלן: ISLAM 170-173 (Farhat J. Ziadeh trans., 1961)) וראו גם מג'לה או מג'לת אל-אחכאם אל עדליה (קובץ – דיני המשפט) סעיפים 9-10 (גד פרומקין מתרגם, התרפ"ח) ושם במיוחד בסעיף 77: "הראיה באה להוכיח את הסתום והשבועה לקיים את המוזק".

השאלה שהתעוררה בספרות הפקה בקשר לשבועה, בדומה לשאלה שהתעוררה בנוגע למאסר, הייתה: האם ראיות שהביא החייב על עוניו פוטרות אותו מחיוב שבועה לאחר מכן אם לא?⁸⁷ שאלה זו נדונה בעיקר על ידי כמה מחכמי אסכולת שאפעי, ובעקבותיהם על ידי טוסי השיעי ואבן קדאמה החנבלי. לשאפעי מיוחסות, כפי שרגיל אצלו, שתי דעות.⁸⁸ האחת, שיש להשביע את החייב, אף לאחר שהביא ראיות שאין לו ממון; והאחרת, שאין לחייבו שבועה אחר הבאת ראיות שאין לו ממון, כפי שמעיד טוסי בשמו של שאפעי:⁸⁹ "وللشافعي فيه قولان روى الربيع ان هذه اليمين استظهار والظاهر من رواية حرمة انها ايجاب" (ובשם שאפעי שתי דעות [האחת] שנאמרה על ידי רביע ששבועה זו היא גילוי⁹⁰ [על ידי בית דין], והנראה ממה שמסר חרמלה שהיא חיוב).⁹¹

הדעה שיש להשביע את החייב (אחרי העדות) נזכרת על ידי שאפעי בחיבורו כתאב אל אם "ولا ألقه في واحدة من الحبستين حتى يأتي بيينة وأسأل عنه أهل الخيرة به ويخبروني بحاجته" (ולא ישביעו אותו בכל אחד משני המצבים בהם ייאסר עד שיביא ראיה (שהוא עני) וישאלו עליו את האנשים המכירים אותו ויודיעוני את צרכיו).⁹² בעקבות דעה זו נמשכו גם טוסי וחכמים אחרים, מהטעם שהעדות היא רק על הגלוי ולא על הנסתר, והשבועה, שהיא על הנסתר, באה להשלים את מה שהחסירה העדות, ורק העדות בתוספת שבועה משקפות את מצבו האמיתי של החייב. היטיב לפרש זאת אבן ג'ז'י: "ويحلف بعد ذلك انه ما له مال لا ظاهر ولا باطن لان شهادة الشهود بالعدم هي على نفي العلم ويحلف هو على البيت" (ויישבע לאחר מכן [אחרי העדות] שאין לו רכוש לא נגלה ולא נסתר היות שעדות העדים שאין

87 בדיוננו בהטלת מאסר כנגד חייבים הטוענים טענת "אין לי" הזכרנו קיומם של חילוקי דעות אצל המוסלמים בשאלה אם ראיות שמביא החייב להוכחת דלותו, בעת מאסרו או לפני כן, יכולות לשחררו ממנו. ראינו שמשפטני עירק נטו לדחות ראיות אלה כשהובאו לפני המאסר, ולקבלן אם הובאו לאחר שהמאסר כבר התחיל.

88 ראו שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 212; כרך 8, עמ' 105; שיראזי, מהד"ב, לעיל ה"ש 80, כרך 1, עמ' 320; הנ"ל, כתאב אל-תנביה, לעיל ה"ש 74, בעמ' 71; אבן קדאמה, מקנע, לעיל ה"ש 77, בעמ' 123; טוסי, אל-ח'לאף, לעיל ה"ש 76, כרך 2, עמ' 118.

89 טוסי, לעיל ה"ש 88, שם.

90 תרגמנו "אסת'האר" – "גילוי" או בירור, כלומר, בידי הקאצ'י שיקול דעת אם להטיל שבועה כדי לגלות ולברר אם יש נכסים בידי החייב, אבל הקאצ'י אינו מוכרח להטיל עליו שבועה. ראו על מושגים אלה אצל אבו אלחסן עלי בן מחמד בן חביב אלכצרי אלמאורדי אדב אלקאצ'י 2, 356 (בגדאד 1972) ואבן אבי אלדס, קצ'אא, לעיל ה"ש 29, בעמ' 229. וראו גם MAHMASSANI, לעיל ה"ש 86, בעמ' 195. ובמג'לה סעיף 1746 תרגם אסת'האר: "שבועת בירור".

91 אלרביע, הוא אבו מחמד אבן סלימאן, מתלמידי שאפעי שנפטר בשנת 884, ואילו חרמלה, הוא אבן יחיה אל-תג'יבי, אף הוא מתלמידיו, שנפטר בשנת 885.

92 שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 212. הטעם לדעה השנייה המיוחסת לשאפעי מעוגן כנראה בתפיסה שאין אחר ראיות כלום, אף לא שבועה, ולא מתחשבים בכך שהעדות כאן הייתה על הגלוי ואילו השבועה היא על הנסתר, הבחנה שמצאנוה אצל חכמים אחרים.

לו היא על דבר שדיעתו רחוקה ויישבע הוא באופן מוחלט).⁹³ וכלשונו של טוסי: "אן עליה اليمين لأنه يجوز أن يكون له مال باطن لا تعرفه الشهود" (עליו שבועה היות שאפשר שיש לו רכוש נסתר שאינו בידיעת העדים).⁹⁴

יש המבחינים בין עדות על רכוש שהיה בידי החייב ואבד או נהרס לבין עדות על עונוי בהווה. לפי דעתו של אבן קדאמה,⁹⁵ החייב צריך להישבע לאחר העדות הראשונה – קרי, על עדות שהיה בידיו ואבד או נהרס, אבל לא אחרי השנייה – כלומר, על עדות שהוא עני בהווה. לשיטתו, עדות על רכוש שאבד הופכת את החייב למי שהוא בחזקת אין לו, ולכן מוטל עליו חיוב שבועה בלבד. לעומת זאת, עדות על עונוי על ידי עדים, שהם בעלי 'ח'ברה באטנה" (ידע נסתר), פוטרת משבועה. טוסי חולק עליו וסבור⁹⁶ שבמקרה הראשון אין להשביעו כלל, בין שהעדים הם 'ח'ברה באטנה" בין שלא, מאחר שזו עדות על דבר שהיה בראייתם "أمر مشاهد مرئي" (עניין של עד ראייה) – העדים ראו שהרכוש שהיה בידי החייב אבד או נהרס. לכן, אין צורך בשבועה להשגת האמינות, שאף לאחריה אין כלום "وإن طلبوا بيمينه لا يحلف لأنه طعن في البيئة" (ואם ביקשו שיישבע, שלא יישבע משום שהוא מערער על הראיה).

המסקנה העיקרית העולה מהמקורות המוסלמיים היא שהמאסר והשבועה לא היו חלק מפרוצדורה אחת, אלא שני אמצעים נפרדים שנפגשו בהליכים כנגד חייבים שטענו טענת עניות, וננקטו כדי להגיע לחקר האמת. השבועה, שהיא פרוצדורה מתחום דיני הראיות, לא הייתה חידוש בפני עצמה, אלא נגזרה מהכלל הרחב שהראיה על התובע והשבועה על הנתבע, ואילו המאסר שימש אמצעי מרתיע לגילוי רכוש החייב, אף על פי שהוא לא נתפס כעונש ממש אלא כאמצעי כפייה בלבד.⁹⁷ משנפגשו המאסר והשבועה בבית היוצר של ההלכה המוסלמית, נוצרה פרוצדורה מורכבת במקצת, שלעיתים הם שימשו בה אמצעים מתחלפים ולא מצטברים. השילוב ביניהם בהלכה המוסלמית עורר לעיתים שאלות שהד להן מצאנו אף בספרות ההלכה של הגאונים.

93 אבן ג'וזי, קואנין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 345.

94 טוסי, מבסוט, לעיל ה"ש 76, כרך 2, עמ' 278.

95 אבן קדאמה, אלכאפי, לעיל ה"ש 77, כרך 2, עמ' 169.

96 טוסי, מבסוט, לעיל ה"ש 76, כרך 2, עמ' 278. וראו הדיון הארוך בשאלה זו אצל אבן אבי

אלדם, קצ'אא, לעיל ה"ש 29, עמ' 409.

97 רק במסורת אחת מצאנו שהשבועה והמאסר נזכרים במסגרת אחת של אלטרנטיבות שונות, מסורת שככל הנראה משקפת ניסיון לדחות את המנהג לאסור חייבים שאין להם ולהציע במקומה חיוב שבועה בלבד.

ה. הזיקה בין שבועת "אין לי" של הגאונים לשבועת המוסלמים

חשיפת הזיקה של מנהג הגאונים למשפט המוסלמי אינה קלה, משתי סיבות: האחת, לעיתים המנהג מכוסה מצד הגאונים בשכבות פרשניות, בעיקר כדי להצביע על מקורות חז"ל כבסיס למנהג, כפי שמצאנו אצל רב האי בכל הקשור לשבועת "אין לי" ולפרוצדורה המלווה אותה. השנייה, הוכחת הזיקה של מנהג הגאונים להלכה המוסלמית מחייבת להתמודד עם בעיות מתודולוגיות המקשות להגיע להכרעה בדבר זיקה אפשרית בין שתי השיטות. אולם לאחר עיון שיטתי, מעמיק ומדוקדק במקורות ההלכה המוסלמית, ספרות המסורת וספרות הפקה מכאן, וספרות הגאונים מכאן, אני סבור שבמנהג שבועת "אין לי" והפרוצדורה הנלווית אליה הושפעו הגאונים מהמשפט המוסלמי ומהפרקטיקה שנהגה בסביבתם. את הזיקה שבין מנהג הגאונים על שלושת שלביו להלכה המוסלמית אין לקשור לאסכולה מוסלמית מסוימת אלא לשיטה המוסלמית בכללה, על כל אסכולותיה וזרמיה, אם כי נראה שבנושאים מסוימים קיימת זיקה לאסכולה אחת ובאחרים לאסכולה אחרת. כך הטלת החרם על חייב שלא הוכחה יכולתו לשלם קרובה לשיטת האסכולה החנפית, בעיקר לשיטת אבו חניפה, שאסר את החייב בכל מקרה, ואילו מנהגי הגאונים בעצם חיוב השבועה, מספר הפעמים שאפשר להשביע את החייב, ואף שחרור החייב מן החרם על ידי הבאת עדים לפני הכרזת החרם, קרובים לאסכולת שאפעי דווקא. ייתכן שהגאונים העדיפו ללכת לפי הדעה שהתאימה לצורכיהם ולא בעקבות הדעה השלטת באסכולה מסוימת.

ההנמקות התומכות בדעתי שהגאונים שאלו את השבועה באמצעות מנהג בתי דין אל מערכת ההלכה שלהם מבלי לחשוף את מקורה הן ישירות ועקיפות: ההנמקות הישירות מתבססות בעיקרן על שיקולים מתודולוגיים הנוגעים לעצם חיוב השבועה ועל המסקנות ההגיוניות הנובעות משיקולים אלה, והם שלושה במספר: א. הסטיות של הגאונים מההלכה התלמודית בכל שלבי הפרוצדורה, ובמיוחד ממסגרת השבועה התלמודית; ב. שרשרת מקבילות בין השיטות או טיעונים דומים הנידונים בשתייהן; ג. המחלוקות שהתעוררו בנוגע ליישום השבועה הלכה למעשה בקרב הגאונים וחכמים הסמוכים לזמנם, שניתן ליחסן למפגש המזדמן עם המנהג החדש. ההנמקות העקיפות הן כלליות ועומדות ברקע הזיקה בין המשפט המוסלמי וההלכה בתקופת הגאונים והן ארבע במספר: א. קדמות הפרקטיקה המוסלמית לזו של הגאונים; ב. עיגון השבועה על ידי הגאונים במנהג ובשיקול הדעת שניתן לדיינים ביישומה יש בו כדי לרמוז על קליטה מהסביבה; ג. ספרות ההלכה המוסלמית המרבה להדגיש את המעמד השווה של יהודים ומוסלמים בתחום דיני הממונות, ולעיתים אף בתחום הפרוצדורה, כולל בנושא השבועה; ד. עדותו של הרמב"ם, הטוען שפרוצדורה זו משקפת את משפט הגויים, אבל עם זאת הוא מרבה להשתמש בה בתשובותיו. להלן נדון בנימוקים אלה כסדרם.

ה.1. הנמקות ישירות

ההנמקות הישירות נוגעות לעצם השבועה ולפרוצדורה המלווה אותה שיש בהן לחזק את הטענה של השפעת המשפט המוסלמי על מנהג הגאונים. בפרק זה נתמקד בשתי ההנמקות הראשונות.⁹⁸

ה.1.א סטיות מהספרות התלמודית

1. השבועה כהליך ביניים שאינו חורץ את הדין. כאמור, לשבועה אצל המוסלמים שני היבטים הסותרים זה את זה לכאורה. השבועה היא חלק מעיקרון המורש בהלכה המוסלמית, שלפיו הראיה מוטלת על התובע והשבועה על הנתבע, מצד אחד, אבל לשיטתם השבועה אינה חותכת את הדין בין בעלי הדין אלא רק דוחה את הפירעון למועד עתידי שבו יתבררו טענות החייב, מצד שני. ואילו אצל הגאונים, שבועת "אין לי" היא בכחינת יוצא מהכלל למסגרת השבועות שמנו חז"ל והיא מנוגדת לעיקרון התלמודי שלפיו התובע נשבע ונוטל או שהנתבע נשבע ונפטר וכך בא ההליך לסיומו.

לפי מנהג הגאונים, כמו אצל המוסלמים, שבועת "אין לי" משמשת רק כהליך ביניים שאינו פוטר את החייב ומביא את ההליך לידי גמר, אלא רק דוחה את פירעון חובו. ובכך, הגאונים אימצו למעשה את הפרקטיקה המוסלמית. נגזר מכאן שגם הגדרת התובע והנתבע לפי תועלת החזקות בכל טענה וטענה, כפי שעולה מתשובת רב האי, אף כי לא במפורש, בנויה על רקע "משחק חזקות" זהה בהלכה המוסלמית. בשתי השיטות "משחק החזקות" ממלא תפקיד מכריע בהטלת החרם והשבועה. המוסלמים מדגישים את חזקת המסכנות כקובעת את שלב חיוב השבועה והעברת הנטל מהתובע לנתבע או להיפך. לכך נמצא הד ברור בתשובת רב האי, המדגיש כמה פעמים את חזקת המסכנות (מסכנותא) הקובעת אף היא את מועד הטלת החרם ואת חיוב השבועה.

סטיית השבועה ממסגרת השבועות שנתקבעו בהלכה: שבועת התורה, שבועת המשנה ושבועת היסת, שהמאפיין העיקרי שלהן הוא שהן חורצות את הדין ומסיימות את ההליך המשפטי, או שהנתבע נשבע ונפטר (שבועת התורה), או שהתובע נשבע ונוטל (שבועת המשנה). וכן בשבועת היסת שנתחדשה על ידי האמוראים, שגם בה הנתבע נשבע ונפטר (מעין שבועת התורה).⁹⁹ כאמור למעלה, כבר רב האי בחיבורו "משפטי שבועות" היה ער לייחודה של סטייה זו, שלפיה השבועה משמשת רק הליך ביניים ואינה חורצת את הדין. הסטייה מהדין התלמודי ניכרת גם בשתי הפרוצדורות המלוות אותה.

2. סידור הנכסים. לפי ההלכה התלמודית מתחשבים רק בצורכי החייב ולא בצורכי משפחתו (אשתו וילדיו), כאמור במשנת ערכין (ו, ג-ד) ששנתה במפורש שיש להתחשב

98 למגוון חילוקי הדעות הקדשנו את פרק ג.

99 סקירה כללית על שבועות אלה ומאפייניהן ראו גולאק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 129-149.

רק בצורכי המחיה של החייב אבל לא באלה של בני משפחתו: "נותנין לו מזון שלושים יום וכסות שנים עשר חודש [...] אבל לא לאשתו ולא לבניו", אף על פי שהוא חייב במזונותיהם ובכסותם. כיוצא בזה כברייאתא בבא מציעא (ק"ג ע"ב): "אבל לא לאשתו ולא לבניו ולבנותיו".¹⁰⁰ רב האי, בניגוד מפורש לדין התלמודי ולפוסקים שנמשכו אחרי הדין התלמודי, ובכללם ר"י אבן מיגאש,¹⁰¹ הרי"ף,¹⁰² הרמב"ם¹⁰³ והרא"ש,¹⁰⁴ פוסק בחיבורו "משפטי שבועות" שמתחשבים גם בצורכי משפחת החייב אשתו (ביתו) וילדיו הקטנים ו"נותנין לו ממעשה ידיו ומה שראוי לו ולביתו ולבניו הקטנים שלא השלימו שש שנים וחכמים חיבוהו במזונותיהם"¹⁰⁵ וחוזר על כך בתשובתו לאנשי קירואן "ומסדרין

100 אומנם המשנה דנה בחייבי ערכין אבל הוא הדין בעת גבייה לשם פירעון חוב. סיוע לכך ניתן להביא מהברייאתא בבבלי, בבא מציעא ק"ג ע"ב: "אבל לא לאשתו ולא לבניו ולבנותיו [...] כדרך שמסדרין בערכין – כך מסדרין בבעל חוב". אבל היו מי שחלקו על כך. סוגיית סידור נכסים היא מורכבת ונעמוד עליה במקום אחר, כאן רק נסיף הערה שקשורה לדיוננו והיא שבעצם השאלה אם מסדרין לבעל חוב נתגלעה מחלוקת בין הפוסקים. ניתן לומר שמחלוקת זו משקפת את קו פרשת המים שנמתח בין פוסקי מזרח ספרד לבין פוסקי המערב. שהראשונים, ובכללם הגאונים, הרי"ף והרמב"ם פסקו שמסדרין לבעל חוב, והאחרונים, כגון רבנו תם ואחרים, פסקו שאין מסדרין. אולי ניתן לשער ששיטת חכמי המזרח וספרד שפסקו שמסדרין הושפעה אף היא מסביבתם המוסלמית שבה פסקו שמסדרין לבעל חוב.

101 שו"ת הר"י מיגאש, סימן קסט (מהדורת ירושלים, התשי"ד; בחלק מהמהדורות בסימן קסח): "אם טען שמעון שאין לו ישבע על זה בנקיטת חפץ אחר שיוציאו לו ממה שיש לו [...] ולא יוציא על אשתו ולא על בניו [...]".

102 ראו רי"ף, בבא מציעא ק"ג ע"ב, ד"ה "אבל לא לאשתו ולבניו", וכן בתשובתו המובאת בשו"ת הרי"ף, סימן סו (מהדורת רוטשטיין): "ויפרישו לו מזה מזון שלושים יום וכסות שנים עשר חודש לו – אבל לא לאשתו ולבניו". וראו גם רש"י, בבא מציעא ק"ג ע"ב, ד"ה "לו": "הוא צריך ליתן מטה אבל לא לאשתו ולבניו, דהחיהו כתיב ולא הוטל על המלוה להחיות את בני ביתו".

103 ראו משנה תורה, הלכות מלווה ולווה א, ז-ח: "אין נותנין כלים כאלו לאשתו ובניו אף על פי שהוא חייב במזונותם", וראו גם תשובות הרמב"ן, סימן יד: "דבר ברור הוא אצלך שלא דברו בגמ' אלא לענין סדור שאין מזונות לאשתו ובניו מדין סדור [...]". רב האי (משפטי שבועות, עמ' 265) מסתמך על המובאה התלמודית ממסכת כתובות סה ע"ב שדנה בחיוב מזונות ומבחינה בין קטנים לקטני קטנים, אבל אינה דנה בסידור נכסים של חייב פושט רגל.

104 שו"ת הרא"ש, כלל עח, סימן ב בשאלה: "אין ואומר המלוה שמן הדין יש לו ללוה לישבע שבועה זו [...] ויגבנו הכל בחובו חוץ ממה שיפסקו בית דין להוצאתו לעצמו לבדו ולא לאשתו ובניו". והרא"ש משיב "וראובן (הלווה) ישבע שאין לו כסף ושוה כסף יתר על הסידור שמסדרין לבעל חוב [...]". כלומר, סידור הנכסים הוא רק לחייב עצמו.

105 משפטי שבועות, עמ' 265; משפטי שבועות, ונציה, דף כ. דומני שבכללי הפסיקה של רב האי לא נמצא מקרה דומה שהוא פוסק בניגוד לפשוטה של משנה, ראו צבי גרונר רב האי גאון ודרכו בהלכה 43-96 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה

ליה ממונא עליה לפום מאי דעביד ולפום צרכיה ולפום טפליה".¹⁰⁶ ואומנם שיטת רב האי עוררה תמיהה גדולה, כפי שכותב ר' יואל סירקיס (הב"ח): "ותימה הוא דהא סתמא תנן אבל לא לאשתו ולבניו".¹⁰⁷

ההלכה של התחשבות בצורכי אשתו וילדיו של החייב מושרשת בספרות ההלכה המוסלמית על כל אסכולותיה.¹⁰⁸ הלכה מקבילה בלשונה ובתוכנה נמצאת אצל חכם ההלכה המוסלמי החנפי אבו אלחסין אלבע'דאדי אלקדורי, בן זמנו ומקומו של רב האי (נפטר 428/1036), שכותב בחיבורו כתאב אלמח'תצר:¹⁰⁹ "وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وأولاده الصغار ونحوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه" (ויש להשאיר בידיו לצרכיו ולצורכי אשתו וילדיו הקטנים והקרובות אליו דרך האם מאלה שחובת המזונות עליו).

3. הטלת חרם על החייב כבר בראשית התביעה. הטלת החרם על החייב שונה בעילותיה ובפרטיה מההלכה התלמודית ומקבילה להלכה המוסלמית, אלא שבמקום שהמוסלמים הטילו מאסר, הטילו הגאונים חרם מאחר שבשל המגבלות שהטיל השלטון המוסלמי על אנשי החסות נבצר מהם להטיל עונש מאסר.

ב"משפטי שבועות" רב האי מבחין בין חייב שיש לו דבר מגולה לבני אדם (מיטלטלין), שאותו מחרימים עד שישלם, לחייב שלא נמצא אצלו דבר מגולה לבני אדם, שאותו מחרימים לתקופה של תשעים יום. לתמיהתם של אנשי קירואן מדוע רב האי מחרים לתשעים יום אדם שלא התגלו לו נכסים, הוא מסביר שהחרם מוטל רק על חייב שלא נתגלו לו נכסים אבל אינו מוחזק במסכנות. כלומר, החרם נועד לשמש אמצעי

העברית בירושלים, התשל"ד). אכן, שיטת רב האי היא יחידאית. אומנם דברים דומים כתב דוד בר' סעדיה בספר שערי שבועות, לעיל ה"ש 23, בשער יט, אבל קרוב לוודאי שהוא נמשך אחרי חיבורו של רב האי משפטי שבועות. מדבריו של ר' דוד בר' סעדיה אולי אפשר ללמוד שאין שבועה זו רק חידוש על מה שנמצא בתלמוד, אלא עומדת בסתירה למסגרת דיני השבועה שקבעו חז"ל.

106 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב.

107 בית חדש, חושן משפט, צו, מב, ואת ניסיונותיו שם לתרץ תמיהה זו.

108 כך פסק אבו אסחאק אבראהים אבן עלי יוסף אלשיראזי (נפטר 475/1083) ששייך לאסכולת שאפעי בחיבורו מהרב, לעיל ה"ש 80, כרך 2 עמ' 322. וראו שאפעי (נפטר 204/820), אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 202 ומאסכולת מאלכ אבן רשד (נפטר 595/1195) **בראיה אל מג'תהד ונהאית אלמקתצר**, כתאב אלתפליס, כרך 2, 284–293, בעמ' 291 (מהדורה תשיעית, לבנון 1988): "فقيل في المذهب: يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام [...] (וסברו בשיטתנו שישאירו בידיו כדי מחייתו ומחיית משפחתו וילדיו רכי הימים [...]) ומאסכולת אבן חנבל ח'רקי עומר אבן אלחסין (נפטר 344/945) **מח'תצר אלח'רקי עלי מד'הב אללאמאם אחמד אבן חנבל** 94 (רמשק 1964) (להלן: ח'רקי, מח'תצר). וכבר ציין אבן חזם (נפטר 456/1065) בחיבורו **מראתב אללאג'מאע פי אלעבאדאת ואלמעאמלאת ואלעתקאדאת** 55 (קהיר 1983) שבשאלה זו קיימת הסכמה בין כל חכמי הפקה.

109 אבו אלחסיין בן אחמד בן מחמד בן ג'עפר בן חמדאן אלבע'דאדי אלקדורי **כתאב אלמח'תצר** 72, 2 (מצרים 1961).

הרתעה נוסף על השבועה כנגד חייבים שקיים חשד שבידם ממון והם עלולים להערים על נושיהם: "דאיכא אינאשי אית בידהון למראית עין פרקמטיא דשאקלין וטארו ונאפקין עליהון שטראי וחובות וכד מפקדין להון בית דין למיהב אמרין לית לנא מידעם והאי דאית בידן דאחרים הוא ולא דילנא. כדון הני לא מוקמינן להו בחזקת מסכיני [...]."

רב האי מבסס את הלכתו/הכרעתו באמצעות הסתמכות על קביעה תלמודית הנוגעת למסרכים לציווי בית דין. בתלמוד נקבע כי מטילים חרם רק נגד חייבים שברור שבידם רכוש והם מסרכים לשלם. רב האי רואה בחייב שאינו מוחזק במסכנות, כחייב שברור שיש בידו רכוש והוא מסרב לשלם, וכך מבסס את הטלת החרם עליו.¹¹⁰ ואומנם היו שערערו על אנלוגיה זו, כפי שמעיד הב"ח:

ובמרדכי הארוך מצאתי משם רב אלפס בשעריו וזה לשונו ורב האי גאון כתב בשערי שבועות שלו על כל האמר כך שישוה צ' יום כדין אדרכתא פרק הגוזל בתרא וכתבין פתיחא. ולא יתכן, שזה אמרו חכמים על המסרב בציווי בית דין, אבל מחמת עניות יאחרו עד שיוכלו למכור אם יש לו ואם אין לו משיעין אותו. וכתב ראבי"ה בזה יישרו לי דבריו מדברי רבינו האי, עכ"ל.¹¹¹

בספרות ההלכה המוסלמית נמצא פרקטיקה דומה בכל הקשור להטלת מאסר. גם הם ראו במאסר אמצעי לגילוי רכוש שבידי החייב (אבל לא כעונש המוטל על ידי בית הדין על אי־פירעון חוב) ולכן קבעו שקודם כול יש לאסור את החייב, ורק בעקבות מאסרו ניתן לברר את מצבו הכלכלי, אם נמצאים בידיו נכסים שמהם יוכל לפרוע את חובו. בספרות המוסלמית התקיימו דיונים רבים בנוגע לאפשרות להטיל מאסר מיידי על חייבים. עיקר ההקבלה בינם לבין הפרקטיקה של הגאונים משתקפת למשל בדבריו של אלג'צאץ המוסר בשם אבו חניפה ואחרים:¹¹² "אלקאצ'י יחבסה חתי יתבינה עדמה" (הקאצ'י יאסרו עד שיתברר עוניו). ובדומה כותב גם סמרקנדי אבו אללית': "יחבס אלגרים תם יסאלה ענה" (ייאסר החייב ורק אחר כך ישאלהו על אודותיו).¹¹³ גם המוסלמים, כמו רב האי (הסובר

110 בבלי, בבא קמא קיב ע"ב-קיג ע"א.

השוואה זו נשנית אף בתשובת הגאון (שערי צדק, סימן לב): "שמשמתין אותו בפתחה כמו שמשמתין מי שהוא דוחה בעל דינו והוא אמור ואין עלינו שום דבר מדברים שבסתר".

111 בית חדש, חושן משפט, צט, ה. וראו אלון, חירות הפרט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 44 שכבר הביא מקור זה. הייחוס לרי"ף ככל הנראה מוטעה, וייתכן שהכוונה לשערי שבועות של ר"י בר ראובן.

112 ג'צאץ, שרח, לעיל ה"ש 67, בעמ' 256.

113 סמרקנדי אבו אללית' נצר בן מחמד ח'זאנת אלפקה ועיון אלמסאאל ואלנואזל 2, 220 (בגדאד 1966-1986). וראו סרחסי, אלמבסוט, לעיל ה"ש 29, בכרך 20 עמ' 89; אבו ג'עפר אחמד בן מחמד בן סלאמה אלטחאוי כתאב אל שרוט אלצגיר 2, 146 (להלן: טחאוי, שרוט); הנ"ל, מח'תצר 334 (בירות 1986) (להלן: טחאוי, מח'תצר); עלי אבן אבי בקר מרע'ינאני הדראה 5, 474, 476.

כי יש להטיל חרם של תשעים יום), מסבירים כי יש לנקוט מייד באמצעי המאסר, מאחר שלדעתם העדות על עוניו של החייב לא תתברר אלא במאסר ובעינויים. יוצא אפוא שהכללים שקבעו הגאונים להטלת החרם על חייב שטוען טענת "אין לי", שאין לה מקור תלמודי, מקבילים לכללים שקבעו המוסלמים להטלת מאסר על חייבים הטוענים שאין להם ממה לשלם. שלוש סטיות אלה של הגאונים מההלכה התלמודית בפרוצדורה הננקטת כנגד החייב הטוען טענת "אין לי" – הטלת חרם, חיוב בשבועה והתחשבות במשפחת החייב בסידור נכסיו – לדעתנו אינן מקריות. הן מקבילות לפרקטיקה המוסלמית ונעשו על רקע האילוץ של הגאונים להתאים את עצמם לפרקטיקה שבסביבתם. על אלה יש להוסיף גם את העובדה שרובם הגדול של חכמי ההלכה המוסלמים שנזכרים בשרשרת המוסרים (אסנאד) של הלכות אלה (המתן) בקובצי המסורת הם מאזורי עירק ובגדד מסביבות בית מדרשם של גאוני בכל שמשקפים את הפרקטיקה שנהגה באזורים אלה, שבהם שכנו בתי המדרש של הגאונים.

ה.1.ב. הלכות מקבילות או טיעונים דומים בשתי השיטות¹¹⁴

מובן מאליו שלא כל מקבילה בין השיטות מעידה בהכרח על זיקה ביניהן אפילו במקום שאין דין זה מפורש בתלמוד, ובוודאי כשניתן למצוא לו מקור תלמודי. אולם הריבוי של ההקבלות בתחום פרוצדורלי אחד שנדונו במאמר זה, שלרובן לא קדם דיון תלמודי, מחזק את הסברה על קיומה של זיקה כזו. להלן נצביע על חמש הקבלות וקווי דמיון.

1. הדמיון הכולט ביותר שעליו עמדנו הוא בעצם חיוב השבועה ובזמן הטלתה. בשתי השיטות נעשה שימוש בשבועה כפרוצדורה שנועדה לגלות אם קיימים נכסים

114 ברור שלא כל מקבילה בין השיטות מעידה בהכרח על זיקה ביניהן, אפילו במקום שאין דין זה מפורש בתלמוד, ובוודאי כשניתן למצוא לו מקור תלמודי. כך אנו מוצאים מקבילה מעניינת בין תשובת הרמב"ם, סימן תי, לבין פסיקה בחיבורו של טוסי, אלנהאיה, לעיל ה"ש 29 בעמ' 309, בקשר לחייב החושש להישבע שאין בידיו רכוש, שמא יאסרוהו לפי דיני הגויים, ומעדיף להישבע במקום טענת "אין לי", שבועה שאינו חייב כלל, אף שנשבע לשקר כדי להינצל מעונש המאסר. הרמב"ם פוסק "ישבע לו שאינו חייב לו כלום ויחשוב בליבו שאינו חייב לו כלום אא"כ יהיה לו מה ליתן". במקביל פוסק טוסי, בשאלה דומה, בלשון כמעט זהה "ומתי אִלֵּךְ סַחֲבֵי הַדִּינִים עַלֵּי הַמְדִינִים וְאַרְאֵה חִבְסֵהּ וְכַפֵּה הַמְדִינִים אִנְּךָ יֵאָדָר בְּהֵ מִן הַחִבְסִים וַיִּסַּר לְךָ בְּהֵ וּבִעְיָלָה בַּזֵּל לֵאמֹר אִנְּכֵר וַיְחַלֵּף בָּאֵלֶּה מָה לֵּה צִבְלֵה שְׂטִיָּה וַיִּנְטוּ עָלַי אִנְּךָ אִדָּא תִּמְכֵּן מִן צִצְאָהּ צִצְאָה וְלֹא שְׂטִיָּה עֲלֵיָּה וְאִדָּא תִּמְכֵּן מִן צִצְאָהּ צִצְאָה" (וכשהנושה לוחץ על החייב ורוצה לאסרו וחושי החייב שאם יורה יאסר ויזיק הדבר לו ולמשפחתו הרי מותר לו להישבע שאינו חייב לו דבר ויחשוב בליבו שאם יהיה ביכולתו ליתן ייתן, ואם יהיה בידיו ליתן ייתן). במקרה זה ניתן להצביע בקלות על כך שמקורו של הרמב"ם לדין זה הוא במשנה בנדרים, כז ע"ב. כפי שכבר העיר המהדיר שם: "פיסקו של הרמב"ם כאן הוא כנגד שיטת רב נחשון גאון (ובכמה מקבילות על שם ששנא גאון) שאין נשבעין שבועת שקר לעכו"ם". ראו המקורות שהביא המהדיר בתשובות הרמב"ם שם, הערה 5.

ברשות החייב. אצל המוסלמים אחרי המאסר, ואילו אצל הגאונים אחרי הטלת החרם. לשיטת הגאונים, משהוכח שהחייב עני ואין להטיל עליו מאסר או חרם, או במקום שאלה כבר הוטלו עליו ומסתבר לאחר מכן שהחייב עני, בא חיוב השבועה מייד לאחר שנתבררה עניותו. בהלכה המוסלמית דעה דומה.

2. היחס שבין העדות על עוני החייב ובין החיוב בשבועה. המוסלמים דנים בהרחבה

בשאלה אם לאחר שהוכח באמצעות עדים שהחייב עני, עדיין יש להטיל עליו שבועה. משנשאל הגאון עלום השם שאלה דומה הוא פוסק, כבני דורו המוסלמים, שאין לחייב שבועה לאחר הבאת ראיות.¹¹⁵ נימוקו של רב האי, לחיוב שבועת "אין לי" "ולישבע בגזירה על הנסתר", אינו מתייחס לעדות שניתנה על העוני ושונה מההסבר שנותנים המוסלמים לשבועה שמוטלת אחרי עדות, כלשונם "ان يكون له مال لا تعرفه الشهود" (שאו לי יש ברשותו רכוש שאינו ידוע לעדים), אבל ייתכן שרב האי נקט גישה דומה אף לעצם העניין, שיש לחייב שבועה בכל מקרה (ראו להלן).

3. הדרך לבדיקת מצבו הכלכלי באמצעות עדים דומה גם בסגנונה בשתי השיטות.

רב האי קובע "ושאילנא עליה שיכאבי ובני שוקיה ואמרו [...] ואי אמרין שיכבינה ובנא] שוקיה ומאן דיאדעין בומיל]יה דחזו להו [...]"¹¹⁶ ואילו אצל שאפעי [...] "واسأل عنه أهل الخبرة به فيخبروني بحاجته" (וישאלו עליו את האנשים המכירים אותו ויודיעוני את צרכיו).¹¹⁷ רב האי מטיל לכאורה ספק ביכולתם של העדים לברר האמת "ולא יאדעין קושטא דמילתא מאי הוא" מאחר שהם מעידים על הרכוש הגלוי ולא על הרכוש הנסתר. גם המוסלמים המתמודדים עם שאלה זו אינם מסתפקים בעדות העדים מאחר שעדותם היא על הגלוי בלבד ולא על הנסתר. ומכאן שעל הנסתר מעיני העדים יש לחייב שבועה מאחר שעדות העדים היא על הגלוי ועדותם אינה מועילה אם יש בידי החייב רכוש שהוא מסתירו.¹¹⁸

4. מספר הפעמים שבהם ניתן להטיל שבועת "אין לי" על החייב. כבר נזכרנו לדעת

שחכמי קירואן וכמה מדייני עיראק נהגו להשביע את החייב יותר מפעם אחת. מקבילה דומה למנהג זה נמצאת בחיבורו של שאפעי "כתאב אל אם", המסביר שזכותו של הנושה להשביע את החייב בכל פעם שהוא חושד בו שהגיע לידיו רכוש. יתר על כן, בחיבורו של שאפעי מצויה מקבילה להוראה שקבע הרמב"ם, שבמצב של כמה נושים לא כל נושה רשאי להשביע את החייב בנפרד וששבועת

115 אף שיתכן שהגאון מגיע למסקנה זו על ידי שיקול דעת עצמאי, ללא כל קשר למקורות המוסלמיים.

116 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב.

117 שאפעי, אם, לעיל ה"ש 73, בחלק 3, עמ' 212.

118 על שאלת מכרי החייב הטוען טענת "אין לי" על מצבו הכלכלי בשימוש בית דין במצרים במחצית המאה האחת-עשרה ראו משה גיל ארץ-ישראל בתקופה המוסלמית הראשונה (634-1099) חלק ב, תעודה 389, עמ' 714 שורה 13 (התשמ"ג).

החייב לאחד מהנושים תקפה גם ביחס לנושים האחרים. אף שהוראה מעין זו אינה נמצאת בחיבורו של רב האי, קרוב להניח שהרמב"ם נמשך כאן אחרי הגאונים. אם נמצא שהרמב"ם הוא שמחדשה, הרי לפנינו דוגמה נוספת להלכה ברמב"ם שיש לה מקבילה בספרות המוסלמית מבית מדרשה של אסכולת שאפעי, שעל זיקתו של הרמב"ם אליה עמדנו במאמר אחר.¹¹⁹

5. מקבילות בנוסח השבועה. נוסח שבועת "אין לי" שנשבע החייב שאין בידו רכוש בספרות היהודית והמוסלמית כולל שלושה מרכיבים זהים: א. הודאת החייב שאין בידו רכוש; ב. התחייבות החייב שהרכוש שכרשותו אינו בבעלותו; ג. התחייבות החייב שהוא יפרע מכל רכוש שיגיע לידיו בעתיד.¹²⁰

רק בנושא אחד, והוא זכות הנושה לרדוף אחרי החייב שאין בידו רכוש, המכונה בספרות המוסלמית "מלאזמה", זכות הנתמכת במסורות ומוכרת בעיקר על ידי חכמי האסכולה החנפית, לא מצאנו הד בספרות הגאונים.¹²¹ ייתכן שהסיבה היא האיסור המפורש בתורה להיכנס לבית החייב "לא תבוא אל ביתו לעבט עבטו" (דברים כד 10), וכל שכן לרודפו ולהציק לו.¹²²

ה.2. הנמקות עקיפות

ה.2.א. קדמות הפרקטיקה המוסלמית למנהג גאוני בבל

מתיאור הפרקטיקה המוסלמית כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרות ההלכה המוסלמית (פקה) ובעיקר בספרות המסורת (סונה), שעליה עמדנו בפרוטרוט בפרק ד, יוצא ברור

119 ראו ליבזון, לעיל ה"ש 56, בעמ' 286, 290-294.
120 במאמר זה התמקדנו בעיקר בחיוב השבועה, אבל ניתן להצביע על מקבילות בעניינים פרוצדורליים נוספים הקשורים להטלת החרם, שלא נדון בהם כאן, כמו כתיבת השטר כנגד החייב, דרך כתיבתו והכרות החייב ברבים כפרשט רגל כדי להזהיר מפניו אחרים, המקבילים למה שנהגו המוסלמים במאסר. השוו למשל את נוסח השטר הנמצא בתשובת רב האי (תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב) עם נוסח השטר אצל ג'צאץ, שרח, לעיל ה"ש 67, בעמ' 254, הכוללים פרטים זהים. השוו את הפסקה בשטר של רב האי, שם, "מכריזים עלוהי בבתי כנישתא דפל בן פל' אחזיק ליה נפשיה בעניי [...] 'וכו' עם הכלל שנמצא אצל שיראזי, מהד'ב, לעיל ה"ש 80, בחלק 2, עמ' 321, שיש להודיע בציבור על פשיטת רגל כדי להזהיר את הרבים. והשוו עם מה שנמצא אף אצל חלבי אבו אלצלאח אלכאפי 341 (אספהאן 1980).

121 מילולית "מלאזמה" מובנה "התדבקות" ו"רדיפה", ובהקשר המשפטי שלפנינו משמעה מעקב אחרי החייב והצקה לו. השוו עם הביטוי "יורד עמו לחייו" (בבלי, קידושין כח ע"א) והסברו של רש"י, "להלן ה"ש הבאה. ראו על ה"מלאזמה" ליבזון, משפט משווה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 150-151.

122 והשוו לרש"י, בבלי, קידושין כח ע"א על הביטוי "יורד עמו לחייו": "לזו אין ב"ד נזקקין אבל הוא מותר לשנאתו ואף למעט פרנסתו ולירד לאומנתו".

שהפרקטיקה בהלכה המוסלמית קדמה לפחות במאה שנה למנהג הגאונים בשבועת "אין לי" כפי שהוא מתבטא בעיקר בחיבורו של רב האי "משפטי שבועות". העובדה שמוצאם של מוסרי מסורות אלה הוא באזור הגיאוגרפי של גאוני בכל מחזקת את המסקנה שכיוון ההשפעה היה מהפרקטיקה המוסלמית לגאוני בכל.

ה.2 ב. המנהג כמקור משפטי לחיוב 'שבועת "אין לי" בספרות הגאונים ושיקול דעת הדיינים בהטלתה

רב האי טורח להדגיש בתשובתו ששבועת "אין לי" קיבלה את החותם המשפטי באמצעות מנהג בתי הדין כלשונו: "דהא מילתא לית בה היל' ולא שמעתא ומנהגאי הוא דאית בה בבתי דינין [...] אילין אינון מנהגינן והכי הוא דחזי לנא".¹²³ בעקבותיו קובע הרי"ף "שזו השבועה אינה מן התלמוד ולא משיקול דעת אלא הוא מנהג שנהגו בו כל ישראל".¹²⁴ כתוצאה מאופיו של המנהג, שאינו ככול להלכה נוקשה, גם ניתן שיקול דעת לדיינים ביישומה, כפי שכותב רב האי "עאברין כי דהאוי בעינהון כד מברקין בתריה",¹²⁵ ובתשובה אחרת עלומת שם כותב הגאון¹²⁶ "והדיין עושה כפי הנראה לו וכפי מה שהוא סובר [...] ואם נראה לו שיש לו ממון והוא דוחה יאריך עליו השמטא [...] ובודאי אם רוצה בעל דינו להשביעו שאין לו מאומה אין אנו יכולים לדחותו אלא בפיוסים". שיקול הדעת שניתן לדיין בכל הקשור להחלת מנהג השבועה בא לידי ביטוי לאחר מכן בהוראה שנותן הרמב"ם לדיין בנוגע ליישומה (ראו להלן). קרוב להניח שהמנהג השתרש בבתי הדין כבר לפני זמנו של רב האי, ורב האי רק מאשר את מה שהיה מנהג מקובל ורווח בזמנו,

123 תשובת רב האי, תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפג. וראו גם תשובת הגאון, שערי צדק, סימן לב: "ודע כי כשיתחייב אדם בדין ונתקיים עליו שטר מנהג בתי דין לעשות עם מי שאין ידוע בודאי שהוא עני [...]". והשוו עם מה שהשיב לר' יעקב בר משה ממדינת קאבס (תשובות הגאונים, הרכבי, סימן שיט): "אבל זה שאומרים בבתי דין שמנדין בפני מי שטוען כי מך הוא ומסדרין עליו דנאמר מיכה מיכה מערכי אינו מצוי לא במשנה ולא בתלמוד אלא מיגדר מילתא הוא". וראו גם התשובה הקטועה בתשובות הגאונים מכ"י אדלר ובודליין ועוד, עמ' ג (מהדורת מרמרשטיין, התרפ"ח): "ואם אין עדים שמעידין בכך וחושש ראובן שמא יש לו לשמעון ממון והוא מבריה אותו ממנו בלי לפרוע [...] פעם אחת בלבד בפני שמעון על כל משמעון [...] יש לו ממון וידו משגת ליפרע לראובן חובו בבת אחת ואינו [מונע] נראה שאף שבתשובה זו מדובר בהטלת חרם כפי שיוצא מהלשון "על כל" ולא בחיוב שבועה, אף כי מהלשון פעם אחת בלבד אפשר אולי להסיק שהטילו שבועה דווקא (ראו הטקסט הסמוך לה"ש 111).

124 תשובות הגאונים, אסף, סימן קל.

125 תשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפג. גם המקורות המוסלמיים מרבים להדגיש את סמכות שיקול הדעת שבידי הקאצי מצד אחד, ואת הסמכות שבידי התובע לדרוש מאסר או חיוב שבועה, מצד שני ראו למשל כאסאני, בדאאע, לעיל ה"ש 78, כרך 7, עמ' 171.

126 שערי צדק, סימן לב.

כפי שאף נרמז בלשונו הסתמית "ומנהאגי הוא דאית בה בכתי דינין", ובכך יש ביטוי להגדרה הקלאסית של מנהג בכלל – "פוק חזי מאי עמא דבר (בבלי, ברכות מה ע"א).
 אומנם חכמים שלאחר תקופת גאונים רואים את חידוש השבועה כתקנה שתיקנו הגאונים: "תקנתא לבתראי", כלשון הרי"ף;¹²⁷ "תקנה ומנהג בינינו מימי אבותינו מאחרי חתימת התלמוד", כלשון הרי"ב ברצלוני;¹²⁸ "ותקינו רבנן לאשבועי", כלשון בעל העיטור;¹²⁹ "תקנת אחרונים", או "הגאונים הראשונים שעמדו אחר חבור התלמוד [...] התקינו", כלשון הרמב"ם.¹³⁰ כבר בחיבורנו על הגזירתא¹³¹ עמדנו על התופעה שמנהג אצל הגאונים מכונה על ידי חכמים מאוחרים בשם "תקנה" אף שמקורו אינו בתקנה שהתקינו.¹³² אולם במקרה של שבועת "אין לי", בחינת הרקע המוסלמי הביאה אותנו למסקנה שגרעינה הראשוני הוא במנהג בתי הדין של הגאונים ולא בתקנה שהותקנה על ידם. מנהג זה מצטרף לתופעה מוכרת, שעמדנו עליה במקומות אחרים, ששאילת ההלכות מההלכה המוסלמית כונתה על ידי הגאונים "מנהגי בתי הדין" כדי להבדילן מהלכה הנמשכת מההלכה התלמודית. כך כבר הראינו במחקרינו, שמנהג בתי הדין של הגאונים בנוגע לקביעת מוהר הראוי לאישה שאיבדה כתובתה מקורו בהלכה המוסלמית, וכן מנהג בית הדין בנוגע להשבעת אישה בכיתה על ידי שליח בית דין אף הוא שאלו מהפרקטיקה המוסלמית.¹³³

- 127 לשון הרי"ף בתשובות הגאונים, אסף, סימן קלא (= ספר העיטור, הלכות מלוה על פה, כא ע"ב (מהדורת ורשה התרמ"ה)).
- 128 ר"י ברצלוני בתשובות הגאונים, אסף, סימן קל.
- 129 העיטור, לעיל ה"ש 127, עיסקא וחוב, טו ע"א.
- 130 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, א; יד, יב; כב, י.
- 131 ראו ליבוזן גזירתא, לעיל ה"ש 6, עמ' 173, ובמיוחד בהערה 25 שם.
- 132 ראו אליאב שוחטמן "לדרך קביעתן של תקנות גאונים ולמהותה של הוראת הגאונים בדין 'קים ליה בגווה'" **שנתון המשפט העברי** יא-יב 655, 662 (הערה 34), 665-666 (התשמ"ד), המציע כמה אפשרויות למעמדה של שבועה זו (תקנה, מפני תיקון העולם, פסיקה שהפכה לתקנה או תקנה שהותקנה על ידי בית דין או בתי דין מסוימים), אבל נמנע מלהכריע. וראו ברודי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 284. על הסבורים שהיא תקנה ראו טיקוצינסקי **תקנות הגאונים**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 56, ובעקבותיו אלון, **חירות הפרט**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 44 ה"ש 24; אלון, **המשפט העברי**, לעיל ה"ש 26, בעמ' 535 ואילך, וכן מאיר חבצלת **הרמב"ם והגאונים** 126, 132 (התשכ"ז) וישראל שבתי שציפאנסקי "תקנת הגאונים" הדרום כד-כה 143 (התשכ"ז). החוקרים גם מנסים לשער את זמן התקנתה. טיקוצינסקי, שם, משער שמוצאה במוצאי המאה השביעית ומסתמך על הביטוי "גאונים ראשונים" שנזכר אצל הרמב"ם שלדעתו מכוון לסבוראים. וראו גם אלון, **חירות הפרט**, שם, בעמ' 39. ומה שהעיר על כך ברודי, שם, בעמ' 285. וראו ליבוזן "חרם סתם", לעיל ה"ש 6, עמ' 110-111 וליבוזן, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20, עמ' 22.
- 133 על מנהג בתי דין לתשלום מוהר ראוי לאישה שאיבדה כתובתה ראו ליבוזן, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 157-174. על מנהג בתי הדין בנוגע להשבעת אישה בכיתה על ידי

ה.ג. ההלכה המוסלמית מחילה דין שווה על יהודים ומוסלמים בכל הקשור לדיני ממונות (מעאמלאות)

המוסלמים נהגו להשיע בשם השם.¹³⁴ לפי הדין המוסלמי המקובל נשבעים "אהל אד'מה" (ובכללם יהודים) ואף כופרים, בשם או בכינוי, כדרך שנשבעים המוסלמים. בבתי הדין המוסלמיים שאליהם לעיתים פנו יהודים, או שנתבעו בבית דין מוסלמי, נשבעו יהודים לפי הדין המוסלמי¹³⁵ כדרך שנשבעו המוסלמים, למעט שוני בנוסח השבועה שנבע מהשוני בהזכרת שם השם: "באללה אלדי אנול אלתוראה עלא מוסי" (בשם האלוהים, אשר הוריד את התורה למשה), כפי שמפרש יפה סר'סי "وكما يستحلف المسلم في الخصومات يستحلف أهل الذمة لأن المقصود النكول وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة يعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين" (וכמו שנשבע המוסלמי בתביעות כך נשבעים אנשי החסות וכלומר יהודים ונוצרים – ג"ל) היות שהמטרה היא ההימנעות (מלהישבע) והם נמנעים משבועת כזב וסבורים שהיא אסורה כמו שסבורים המוסלמים).¹³⁶ הלכה זו משותפת לכל האסכולות והזרמים באסלאם.¹³⁷ אומנם הגאונים נטו לבדל עצמם מדרכי השבועה של המוסלמים,

שליח בית דין ראו ליבזון, שם, בעמ' 107-110. גם בשני מנהגים אלה הייתה סטייה מהדין התלמודי בהשפעת הפרקטיקה המוסלמית וראו הדיונים שם.
 134 רוב חכמי האסכולות סברו שהשבועה היא בהזכרת שם השם, הלכה המיוחסת לנביא, ראו עבד אלרזאק אבו בכר בן אלחמאם אלחמירי אלמצנף 8, 367 (בירות 1970) (להלן: עבד אלרזאק, מצנף). וראו הדין אצל סר'סי, אלמבסוט, לעיל ה"ש 29, כתאב אלקאצ'י, כרך 16, עמ' 60; אבו בכר עלאא אלדין מחמד בן אחמד סמרקנדי תחפת אלפקהאא 2, 443 (בירות 1984); אבן קדאמה, מע'ני, לעיל ה"ש 29, בכרך 9, עמ' 226. ח'רקי, מח'תצר, לעיל ה"ש 108, בעמ' 231; טוסי, אלנהאיה, לעיל ה"ש 29, עמ' 329 ועוד. יש המסתפקים גם בכינוי, ראו אצל טחאוי, מח'תצר, לעיל ה"ש 113 וטוסי, אלנהאיה, שם. שבועה שאינה בשם או בכינוי היא כלשונו של טוסי "بعدة في شريعة الإسلام". יש המעדיפים את הנוסח "באללה אלדי לא אלה אלא הו". ראו למשל אצל סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, עמ' 134; אבן אבי זיד קירואני אלרסאלה 106 (א' פנג'ן, פריז 1914); אבו אלחסן עלי אבן אלחסין בן מחמד סע'די אלנתף פי אלפתאוא 2, 777 (בגדאד 6-1975). וראו הדין אצל אבן קדאמה, מע'ני, שם. בקשר לנוסח זה מוסיף מאלכ (סחנון, מדונה, שם) "لا يزيد على ذلك وعلى هذا العمل وبه مضى أمر" (אין להוסיף עליו וכך הוא מקובל ולפי זה נוהגים האנשים). הד לנוסח זה, כפי שהראינו, נמצא אף בתשובת רב האי.

135 בעניינו ראו תשובות הרמב"ם, סימן תי.
 136 סר'סי, אלמבסוט, לעיל ה"ש 29, בכרך 16, עמ' 20.
 137 ראו למשל סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, כתאב אלקאצ'יה, כרך 5, עמ' 134; אבן קדאמה, מע'ני, לעיל ה"ש 29, כתאב אלקאצ'יה, כרך 9, עמ' 8-227; טוסי, אלנהאיה, לעיל ה"ש 29, כתאב אלקאצ'יא ואלאחכאם, עמ' 350; שאפע'י, אם, לעיל ה"ש 73, כתאב אלקאצ'י, בכרך 6, עמ' 259; אבן אבי אלדס, קצ'אא, לעיל ה"ש 29, בעמ' 239. ג'צאץ, שרה, לעיל ה"ש 67, בעמ' 183; טחאוי, מח'תצר, לעיל ה"ש 113, כתאב אדב אל קאצ'י, בעמ' 334. והיא כבר מצויה בספרות המסורת, שקדמה לספרות הפקה. ראו למשל, אבן דאוד, סנון, לעיל ה"ש 79, כתאב אלקאצ'יה, באב כיף יחלף אלד'מי, כרך 3, עמ' 321; עבד אלרזאק,

אבל במקרה של שבועת "אין לי" נהגו כמותם. כך גם בנוגע למאסר חייבים כפי שכתב סרח'סי "ويحسب المسلم للذمي بدينه والذمي للمسلم" (ויאסור המוסלמי את איש החסות בקשר לחובו ואיש החסות את המוסלמי).¹³⁸ ואומנם בהלכה המוסלמית יש עדויות שגם בנושא של חייבים פושטי רגל קבעו חכמי האסלאם דין שווה לאנשי חסות ולמוסלמים, כולל הטלת מאסר, כפי שמעיד סחנון בחיבורו אלמדונה אלכברא "قلت: رأيت أهل الذمة في الدين والتقليبين مثل المسلمين سواء في الحبس؟ قال: قال مالك: ذلك في الحر والعبد سواء والنصراني عندي بتلك المنزلة" (אמרת: האם אתה רואה כי אנשי החסות בקשר לחובות ופשטות רגל דינם שווה לדין המוסלמים בכל הקשור למאסר? אמר: אמר מאלכ: עבד ובן חורין דינם שווה והנוצרי בעיני באותו מעמד).¹³⁹

מצנף, לעיל ה"ש 134 כתאב אלשהאדאת, כרך 8, עמ' 361; אבן מאג'ה אבו עבדאללה בן מחמר בן יזיד אלקוויני סנן כתאב אלאחכאם, באב במא יסתחלף אהל אלכתאב, כרך 2, עמ' 780. מלבד הזכרת שם השם שונה שבועת היהודי משבועת המוסלמי או הנוצרי, מכיוון שנוסחה מיוחדת: "באללה אלדי אנזל אתוראה עלא מוסי" (בשם האלוהים, אשר הוריד את התורה למשה). הד לנוסח זה נמצא בתשובת אהרון הכהן גאון המובאת בחמדה גנוזה, סימן לז (מהדורת ירושלים, התרכ"ג): "ועמד שמעון בבית הכנסת ונשבע בדברים כפה אנא כאפר בהרה התור' ובמן אל נולהא ובמן נזלת עליה". וראו מה שהעיר ב"מ לוי בנגזי קדם ג 92 (התרפ"ב).

היו שסברו שגם יהודי יכול להסתפק בשבועה בשם השם בלבד. ראו למשל עבד אלרזאק, מצנף, לעיל ה"ש 134 כתאב אלשהאדאת, כרך 8, עמ' 361; ח'רקי, מח'תצר, לעיל ה"ש 108, בעמ' 231; אבן קדאמה, מע'ני, לעיל ה"ש 29, כתאב אלקצ'יה, כרך 9, עמ' 8-227, והשוו עם טוסי, אלנהאיה, לעיל ה"ש 29, בעמ' 329. ואף לנוסח זה עדות בתשובת רב האי המובאת בשו"ת התשב"ץ ג, סימן טו חלק ג, בקשר לשבועת יהודי בערכאה מוסלמית: "[...] אבל מצאתי לרבנו האי גאון ז"ל שאמר בתשובה ששבועה שנשבעין הישמעאלי וח"ק לא אלה [אלוה] אלא אלה [אללה] שהיא שבועה חמורה" (וראו מקבילה בשינוי לשון בתשובות הגאונים, סימן מ (יעקב מוסאפיה מעתיק, מגיה ומעיר, מהדורת ליק, התרכ"ד): "באללה אלקילא". לא מצאתי לנוסח זה מקבילה בספרות המוסלמית, ואפשר שיש כאן שיבוש לשון). ונראה מכאן ששבועה שנשבע יהודי בלשון ישמעאל תקפה, כפי שאומנם פסקו הגאונים, אף שהיו כאלה שסברו שנשבעי רק בלשון הקודש. ראו חמדה גנוזה, סימן עו (מובא גם בהלכות פסוקות מן הגאונים סימן קיח (מהדורת מיללער, התרנ"ג): "והנשבע בלשון ישמעאל בלשון פרסי חלה שבועה עליו בכל לשון שנשבע". וראו תשובת רב האי המובאת בתשובות הגאונים, אסף, סימן קו: "יש מי שפירש בלשון הקודש אבל רוב הגאונים בכל לשון", וחלה גם במשפטי שבועות, ונציה, כא ע"ב. ובעקבות הגאונים נמשך הרמב"ם במשנה תורה, הלכות שבועות יא, יד: "ורדה מפניהם את שיטת רבותיו שפסקו שאין משיבעין אלא בלשון הקודש". וראו מה שכתב על זה שמחה אסף "ספרי רב האי ותשובותיו כמקור להרמב"ם" סיני ב, תקכב, תקכד (התרח"ץ).

138 סרחסי, אלמבסט, לעיל ה"ש 29, באב אלחבס פי אלדין, כרך 20 עמ' 91.

139 סחנון, מדונה, לעיל ה"ש 29, כתאב אלמדיאן, כרך 5 עמ' 206. אומנם מאלכ אינו מזכיר יהודי בהקשר זה אף שהשואל נוקט לשון כללית אהל אלד'מה (אנשי חסות), אבל נראה שגם יהודים במשמע שגם הם אנשי חסות. כדוגמת דבריו בנוגע לשבועת יהודי ונוצרי

ההלכה המוסלמית לא כפתה על היהודים לרדן בבתי דיניהם לפי הדין המוסלמי, אלא רק קבעה שדיניהם של מוסלמים ויהודים שווים.¹⁴⁰ אומנם ככל הנראה קביעה זו של החלת דין שווה על מוסלמים ואנשי חסות השתרשה בספרות ההלכה המוסלמית בעיקר בנוגע ליהודים שנתבעו או שתבעו בערכאותיהם, כדוגמת מה שראינו בעניין תשלום כתובה לאישה שאיבדה כתובתה או לאישה מורדת, שהגאונים הקלו בתשלום כתובותיהן כדי למנוע זליגה של תביעותיהן לבתי הדין של המוסלמים.¹⁴¹ אבל קביעה זו גם השליכה לעיתים באופן עקיף על אימוץ ההלכה המוסלמית על ידי בתי הדין היהודים, שכן הדבר התחייב מהפרקטיקה של חיים משותפים שבהם התקיימו יחסי מסחר בין יהודים למוסלמים. ייתכן שגם בכל הקשור לחייבים פושטי רגל ניצלו נושים יהודים את הוראות ההלכה המוסלמית כדי לגרום לחייבים לשלם את חובם, אלא שהגאונים השתמשו בחרם במקום מאסר כדי להרתיע את החייבים.

אומנם מבחינה מתודית ניתן היה לשקול הסברים אפשריים נוספים שבעטיים אולי נוצרה הקבלה בין מנהג הגאונים להלכה המוסלמית, ולכאורה אין לדבר בהכרח על זיקה: האחד, קשור למעבר מחברה חקלאית לחברה מסחרית, והמציאות הכלכלית החדשה שהתרחשה בתקופת הגאונים שגרמה בין היתר להעלמת נכסים והברחתם, והיא שהביאה למציאת פתרונות דומים בשתי השיטות כדי לסתום פרצות אלה באמצעות השבועה, המאסר או החרם.¹⁴² האחר, שההקבלות בין השיטות נובעות משיטה שלישית

(סחנון, שם, עמ' 135) "اليهود والنصارى عند مالك سواء" (היהודים והנוצרים שווים לפי שיטת מאלכ) قلت: فاليهود هل سمعته يقول: انهم يحلفون بالله الذي انزل التوراة علي موسى؟ قال: اليهود والنصارى عند مالك سواء (אמרת והיהודים האם שמעת ממנו שאומרים: הם נשבעים באלוהים אשר הוריד את התורה למשה? אמר: היהודים והנוצרים שווים לפי שיטת מאלכ).

140 על הקביעות בספרות ההלכה המוסלמית שמוסלמים ואנשי חסות שווים ביישום ההלכה ראו גדעון ליבזון "אוטונומיה שיפוטית ופנייה לערכאות מצד בני חסות על פי מקורות מוסלמיים בתקופת הגאונים" **האסלאם ועולמות שזורים בו – קובץ מאמרים לזכרה של חוה לצרוס-יפה** 334, 343-345 (נחם אילן עורך, התשס"ב). לעיתים מתקבל מהם הרושם שהוראות השוויון בהלכה המוסלמית בתחום המשפט האזרחי מופנות לא רק ליישום ההלכה המוסלמית על אנשי חסות שנידונים בבתי משפט מוסלמים או לעסקאות שנערכו בינם לבין מוסלמים, אלא קביעה עקרונית כללית שבתחום המשפט האזרחי חלה ההלכה המוסלמית בצורה שווה על מוסלמים ועל אנשי חסות.

141 בנוגע לתשלום מוהר ראו גדעון ליבזון "מנהג תוספת כתובה על פי 'מוהר ראוי' לאישה שאיבדה כתובתה" **ספונות ה' (כ)** 71, 72-94 (התשנ"א). בנוגע להקלה בזכויותיה של אישה מורדת ראו הנ"ל, **משפט משווה**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 111. על יהודים שפונים לערכאות במגוון תחומים ראו הנ"ל "על איסור פנייה לערכאות והטלת חרמות" **הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון** 265, 266-276 304 (א' ארדעי ואח' עורכים, התשע"ח).

142 הרבה מהשינויים והחידושים ההלכתיים שחידשו הגאונים ניתן להסביר על רקע השינויים הכלכליים והחברתיים שחלו בתקופת הגאונים, כדוגמת התקנה בדבר גביית חובות וכתובה ממטלטלין של יתומים ולא ממקרקעין בלבד כדין התלמוד או הקניית מיטלטלין אגב

העומדת ברקע וששתי השיטות הושפעו ממנה, ולכן אין לדבר בהכרח על השפעה משיטה לשיטה כפי שהראינו למשל במחקרינו בתחום הלכות מצרנות או הערכות.¹⁴³ מכל מקום, לדעתנו יש לשלול את האפשרות שכיוון ההשפעה היה דווקא מהצד היהודי לכיוון ההלכה המוסלמית וכבר הראינו שהפרקטיקה המוסלמית קדמה למנהג הגאונים בעשרות שנים. למרות הסברים חלופיים אלה, לאור הנימוקים שהעלינו נראה שהמניעים לשינויים שיישמו הגאונים במנהגים אלה היו המשפט המוסלמי והפרקטיקה של הסביבה. אין ספק שהיותם של היהודים קהילת מיעוט בתוך חברת הרוב המוסלמית השלטת נתנה אותותיה לעיתים גם באימוץ חלקים של השיטה המשפטית השולטת, כמו שנכחנו לדעת במקרה של שבועת "אין לי".

ו. הרמב"ם על שבועת "אין לי" ועל הפרוצדורה הנלווית אליה

בהלכות מלווה ולווה, הרמב"ם מתאר את דרכי הגבייה של חייב הטוען שאין לו ממה לפרוע את חובו.¹⁴⁴ הרמב"ם מבחין בין שני שלבים בהתפתחות ההלכה. הראשון, דין תורה שלפיו חייב שנמצא שאין לו "ילך לדרכו", כלומר אין עליו ולא כלום. והאחר, שאותו הוא מוסר בשם תקנת "הגאונים הראשונים שעמדו אחרי חיבור הגמרא" שהיו משביעין את הלווה שאין לו כלום יתר על הדברים שמסדרין לו. בתארו את הדין התורה אין הרמב"ם מסתפק בהוראה החיובית "ילך הלוה לדרכו" אלא מוסיף ומונה שלושה אמצעים שאסור לנקוט בהם כנגד החייב: "ואין אוסרין אותו"¹⁴⁵ ואין אומרים לו הבא

ד' אמות שבארץ ישראל במקום קרקע ממש. ראו מה שכתבו על כך טיקוצינסקי תקנות הגאונים, לעיל ה"ש 26, בעמ' 56 ואלון, חירות הפרט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 38, וכן בספרי, ליבוזן, משפט משווה, לעיל ה"ש 20, עמ' 38-41. וראו לאחרונה בנוגע לשותפות PHILLIP I. ACKERMAN-LIEBERMAN, THE BUSINESS OF IDENTITY: JEWS, MUSLIMS, AND ECONOMIC LIFE IN MEDIEVAL EGYPT (2014); MARK R. COHEN, MAIMONIDES AND THE MERCHANTS: JEWISH LAW AND SOCIETY IN THE MEDIEVAL ISLAMIC WORLD 55-124 (2017)

143 בתחום המצרנות ראו גדעון ליבוזן "עוד על רשב"ח בענייני מצרנות וזיקתו להלכה המוסלמית" עטרה לחיים: מחקרים בספרות התלמודית והרבנית לכבוד פרופ' חיים זלמן דימיטרובסקי 371, 372-375 (ד' בויארין ואח' עורכים, התש"ס). בתחום הערכות ראו הנ"ל "ערכות לגוף: בספר הערכות לרשב"ח, בתשובות הגאונים, ברמב"ם ובספרות המוסלמית המקבילה" שנתון המשפט העברי יג 121, 127-128 (התשמ"ז). באופן כללי על הבעיות המתודיות הכרוכות במחקר השוואתי ראו ליבוזן, "משפט משווה יהודי מוסלמי", לעיל ה"ש 28, בעמ' 62-65.

144 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, א-ד; יד, יב: "מי שטען שפרע את השטר ואמר ישבע המלוה ויטול אומרים לו הבא מעותי ואחר כך ישבע ויטול. אם אין לו כלום לשלם משביעין אותו כתקנת הגאונים שאין לו ולכשתשיג ידו יתן לבעל חובו [...]". וראו הערת המגיד משנה, שם: "זוה נראה פשוט בטעמו ויש קצת סעד לזה [...]". וראו גם שם כב, י.

145 על השוואת החרם והמאסר ראו לעיל הטקסט הסמוך להערה 107 ואילך.

ראיה שאתה עני ולא משביעין אותו". כלומר, הרמב"ם כופל בדרך השלילה מה שכבר משתמע בכירור מהפסק החיובי "ילך הלוח לדרך" כדי להזהיר נושים שלא ללכת בדרכי הגויים שזה היה מנהגם בגביית חובותיהם, כפי שהוא מפרש בהמשך "כדרך שדנים הגויים".¹⁴⁶ אולם בשלב השני הרמב"ם מקבל את מנהג הגאונים בנוגע לעצם הטלת השבועה.

הרמב"ם הוא למעשה חכם ההלכה היחיד הרומז שפרקטיקה זו נהגו בה הגויים "כדרך שדנין הגויים", שאותה הוא אוסר. קרוב לוודאי שכוונתו בביטוי "גויים", בין היתר, גם למוסלמים בני זמנו ומקומו.¹⁴⁷ אומנם הרמב"ם אינו קושר את הפרקטיקה שאותה הוא מתאר לפרקטיקה המוסלמית, כשם שהגאונים לא קשרו אותה להלכה המוסלמית, ומסתפק רק בקביעת העובדה שכך נהגו הגויים. זוהי דרכו של הרמב"ם, שגם במקומות שמהם ברור שהוא מתייחס להלכה המוסלמית שאולי שאל ממנה או בוודאי מתפלמס עימה, הוא לא יאמר זאת במפורש.¹⁴⁸ אבל תיאורו בנוגע לשבועה מתאים לפרקטיקה שאימצו הגאונים משכניהם המוסלמים. המסקנה העולה לכאורה מדבריו בהלכות מלווה ולווה שהגאונים אומנם נהגו בשבועת "אין לי" כמנהג הגויים. הלכה למעשה הוא הכיר את ההלכה המוסלמית שיש לאסור חייב הטוען שאין לו ממה לשלם, כפי שעולה משאלה שהופנתה אליו שבה השואל הביע חשש שאם יישבע שאין לו בבית דין מוסלמי ייאסר. כדי למלט את החייב מהמאסר, הרמב"ם מציע לחייב שמודה בחובו שיישבע שאינו חייב דבר לנושה ולא שיישבע שהוא חייב אבל אין לו.¹⁴⁹ ואומנם השבועה עצמה נידונה על ידי הרמב"ם בהלכותיו, בתשובותיו ובאיגרותיו, ומהן עולה שהטלתה הייתה נפוצה בזמנו במצרים.¹⁵⁰ גם אברהם בנו של הרמב"ם משתמש בה.¹⁵¹ עדות מעניינת המשקפת מציאות זו בזמן הרמב"ם נמצאה בקטע גניזה TS AS 149.89 (שעדיין לא פורסם) בהוראת הרמב"ם לדיין לפי בקשתו של הדיין בנוגע לתביעות בין

146 יתר על כן מתשובתו של הרמב"ם, סימן תי, נראה שהוא סבור שאומנם המוסלמים היו אוסרים חייב שטוען טענת "אין לי" אף אם החייב נשבע שאין לו.

147 אף ששבועה זו נהגה גם בשיטות משפט נוצריות, ראו אלון, חירות הפרט, לעיל ה"ש 17, בעמ' 132 הערה 88, אם כי שם מדובר בתקופה מאוחרת יותר.

148 ראו ליבזון, לעיל ה"ש 56; ובאחרונה גדעון ליבזון "הרמב"ם והתיאולוג המוסלמי מחמד אלעזאלי על כלליות החוק ודוקטרינת ההבחנות" תרביץ פז 369 (התש"ף).

149 תשובות הרמב"ם, סימן תי.

150 ראו: שם, וכן Salo Wittmayer Baron, *The Economic Views of Maimonides*, in *ANCIENT AND MEDIEVAL JEWISH HISTORY* 208 note 162 (Leon A. Feldman ed., 1972). על שימוש בשבועה זו במצרים בזמן הרמב"ם בתנאי הטלתה ראו Shelmo Dov Goitein, *A Mediterranean Society: The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza*, Vol. I 204 (1967).

151 ראו Mordechai A. Friedman, *Responsa of Abraham Maimonides on a debtor's travails*, in *GENIZAH RESEARCH AFTER NINETY YEARS: THE CASE OF JUDAEO-ARABIC* 82, 87 (Joshua Blau & Stefan C. Reif eds., 1992).

בעלי דין, שממנה עולה שהשבועה הייתה ידועה במצרים ושאר נהגו מנהגים שונים בהטלתה, כפי שכבר ראינו שגם הגאונים העניקו שיקול דעת לדיינים בהטלתה. בין היתר נאמר בהוראה: "פאן גלכת פון ד'לך תחלפה ימין אלעדס אלמעלומה [...] וסאיר מא ג'רת אלעאדה בדרג'ה פי אלימין [...]". (ואם נבצר ממנה (=מהדרתו) לעשות כן תשביע אותו את השבועה שאין לו הידועה [...] וכל מה שנוהגים בו בשבועה").¹⁵²

הרמב"ם תולה את הסיבה לאימוץ "התקנה" במציאות החברתית "שרבו הרמאים וננעלה דלת בפני לויין",¹⁵³ אולי מפני שכבר קיבלוה רבותיו¹⁵⁴ או שנמשך בעקבות מנהג הגאונים,¹⁵⁵ אף שהוא מכנה את תקנתם "ותקנת אחרונים היא ואין מדקדקין בה להחמיר

152 תעודה זו נמצאת בחיבורו של מרדכי עקיבא פרידמן "עיונים בתרומת הגניזה לחקר הרמב"ם" ה"ש 440 (צפוי להתפרסם). אני מודה לו על כך שהעמיד לרשותי בנדיבותו את נוסח חיבורו ואף הרשה לי לצטט תעודה זו. בתשובה לרמב"ם (סימן תי) שעוסקת בכעל דין הטוען שאין לו במה לשלם, השבועה עצמה אינה נזכרת אולם ניתן להסיק עליה בעקיפין מאחר שהיא נזכרת ברשימת תשובות של הרמב"ם. ראו: מרדכי עקיבא פרידמן ואמיר אשור "רשימת תשובות של הרמב"ם ותשובה מפרי עטו" גנזי קדם יד 167, 175 סימן מא (התשע"ח). יש להעיר שהרמב"ם ער לעובדה שאם היה נשבע שאין לו, לפי ההלכה המוסלמית היה נאסר ולכן הרמב"ם מציע לו להישבע שאינו חייב כלל. בפירוש המשנה לרמב"ם, זרעים, עמ' קה (יוסף קאפח מתרגם ומעיר, התשכ"ג)) כותב הרמב"ם על מי שיש עליו חוב ואחר כך נעדר (ת'ם עדם). המהדיר (שם, הערה 23) מציע גם את האפשרות שמדובר בעני שחייב שאין לו במה לפרוע את חובו ולא בהכרח בחייב שנפטר.

153 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ג. הגאונים משתמשים בטעם של "משרבו השקרנים" בקשר לשבועה ככלל בזמן שהחליפו שבועה בשם השם בשבועה באלה (חידוש שהרמב"ם מתעלם ממנו בחיבורו), ראו ליבזון גזירתא, לעיל ה"ש 6, עמ' 78, והנהיגו את הטלת חרם סתם כדי להרתיע בלאו בעלי דין מלשקר או מלהישבע לשקר אבל לא בקשר לשבועת "אין לי". ראו תשובת הגאון (רב האי?), תשובות הגאונים, אסף, סימן קו (עמ' צז), ותשובת הגאון בנוגע להטלתה (שערי צדק, סימן לב): "[...] ומוטב לנדותו מלקפוץ להשביעו לפי שאין אנו מבחינין בין ההולך בתמימות ובין הרמאי ואנו צריכין להשתדל בדבר". וראו גם תשובת רב סעדיה המובאת בשערי צדק, שער ב, סימן לח (עמ' צג): "שעלה על לבו שין הגזירה חלה אלא על מי שחושב אותה שבועה, והיא בודאי חלה על כל משקר [...]". וראו עליה ברכיהו ליפשיץ "גלגולה של שבועת בית דין באלה" שנתון המשפט העברי יא-יב 393, 405 (התשמ"ד). על ריבוי הנשבעים לשקר בספרד באותה תקופה ראו תשובת משה בן חנוך המובאת בתשובות גאוני מזרח ומערב סימן רי (יואל הכהן מיללער מעתיק ומעיר, התרמ"ח): "דיכיון דנתמעטה האמונה בעוון הדור". על מקור מוסלמי מפני הרמאים ראו סרסחי, אלמבסטו, לעיל ה"ש 29, כרך 10 עמ' 165.

154 ראו תשובת הר"י מיגאש, סימן סד, שכל הנראה משמשת מקור להלכת הרמב"ם (משנה תורה, הלכות מלווה ולווה יד, יב). ראו תשובת הר"ף בתשובות הגאונים, הרכבי, סימן תסג.

155 משנה תורה, הלכות מלווה ולווה ב, ב.

אלא להקל".¹⁵⁶ ייתכן שהסיבה מ"שרבו הרמאין" היא שהניעה גם את הגאונים להנהיגה, אם כי אינם מפרשים זאת (אבל הרמב"ם מייחס אותה לגאונים).

ז. סיכום

במוקד המאמר עומד החידוש שחידשו הגאונים בשבועות באמצעות מנהג בתי דין המכונה שבועת "אין לי", המוטלת על החייב המודה בחובו אבל טוען שהוא חסר אמצעים ואין לו במה לפרוע את חובו. לשבועה זו מקדיש רב האי גאון דיון מיוחד בחיבורו "משפטי שבועות" והיא משתקפת גם בכמה מתשובותיו ומתשובות גאונים נוספות. עיקר טענתנו במאמר זה הוא שמקורו של המנהג הוא במשפט המוסלמי ובפרקטיקה של הסביבה וממנה הוא הושאל על ידי גאוני בבל. כדי להוכיח את הזיקה של המנהג להלכה המוסלמית תיארנו באופן מפורט את המצב המשפטי בספרות ההלכה המוסלמית על שתי סוגותיה העיקריות, ספרות ההלכה (הפקה) וספרות המסורת (הסונה), אם כי לא עלה בידנו להצביע על זיקה לאסכולה מסוימת דווקא. על רקע זה מנינו שרשרת של נימוקים, ישירים ועקיפים, התומכים במסקנה על קיומה של זיקה בין השיטות. הנימוק העיקרי הישיר מעוגן בעובדה שבכל אחת מהפרוצדורות: השבועה והפרוצדורות הנלוות אליה – הטלת חרם וסידור נכסי החייב – התקיימה סטייה מההלכה התלמודית ושסטייה זו מקבילה להלכה המוסלמית.

ראשית, השבועה סוטה ממסגרת השבועות שקבעו חז"ל בכך שהיא אינה חותכת את הדין בין בעלי הדין, כפי שרגיל בשבועות שקבעו חז"ל, אלא דוחה את התשלום של החייב לזמנים שיהיה בידיו ממון, אבל התביעה בעינה עומדת. לצד נימוק זה הבאנו נימוק ישיר נוסף, והוא שהשלב שקדם בדרך כלל לחיוב השבועה – הטלת חרם (שמתא) על ידי הגאונים – מקביל בפרטיו להטלת מאסר שנהג על ידי המוסלמים לפני חיוב שבועה (הגאונים הסתפקו בחרם מכיוון שאילוצי הזמן מנעו מהם להטיל מאסר). שלישית, ההתחשבות בעת סידור נכסי החייב לא רק בצורכי מחייתו אלא גם בצורכי מחייתם של בני משפחתו (אשתו וילדיו) בעת מכירת נכסיו לתשלום חובו, כפי שמתבטא בחיבור רב האי ובתשובות לאנשי קירואן, סותרת את ההלכה התלמודית ומקבילה להלכה המוסלמית. נוסף על קבוצה זו של הנמקות ישירות, עמדנו על הקבלות נוספות בין השיטות המעידות על זיקה ביניהן. בהקשר זה עמדנו בין היתר על כך שכדי להסוות את הזיקה להלכה המוסלמית, שקרוב לוודאי היה רב האי מודע לה, הוא מנסה להוכיח באמצעים פרשניים שהסטיות נמשכות מן התלמוד בעניין הטלת חרם על מי שטוען שאין בידיו נכסים. לשם כך הוא נשען על הסוגיה התלמודית (בבא קמא ק"ב ע"ב-ק"ג

156 שם. על יחסו של הרמב"ם לתקנות הגאונים ראו משנה תורה, הלכות שלוחין ושותפין ג, ז; ג, יא. ושוחטמן, "קביעתן של תקנות גאונים", לעיל ה"ש 132, בעמ' 665 הערה 51.

ע"א) הדנה רק בחייבים שברור שכידם רכוש ומסרבים לשלם, ואילו רב האי על דרך אנלוגיה משווה בין המצבים.¹⁵⁷ גם בקביעתו בעניין סידור נכסים, שיש להתחשב גם במשפחת החייב אשתו וילדיו, הוא מסתמך על הסוגיה התלמודית (כתובות סה ע"ב), בניגוד מפורש לנאמר בתלמוד, וכפי שהראינו חכמים כבר ביקרו מסקנות אלה של רב האי. רק בנוגע לעצם חיוב השבועה אין הוא מנסה למצוא אסמכתא תלמודית מכיוון שאין לו במה להתלות. במסגרת הדיון על זיקה של המנהג להלכה המוסלמית הבאנו גם כמה הנמקות עקיפות המצדיקות את המסקנה שאליה הגענו: א. קדמות הפרקטיקה של השבועה ונספחיה בהלכה המוסלמית, שקדמה בכמאה שנים לחידושה בספרות הגאונים; ב. אימוצם של הגאונים את השבועה החדשה באמצעות מנהג בתי הדין, כפי שטורח רב האי להדגיש בתשובותיו. עמדנו על כך שלעיתים אימוץ פרוצדורה מסוימת על ידי הגאונים באמצעות מנהג בתי דין משמש תמרוך לשאילה מתרבות הסביבה, כפי שהראינו על מנהגי בתי הדין של הגאונים גם בנושאים אחרים וכפי שחל לדעתנו גם בשבועה זו; ג. עמדנו על הקביעה בספרות המוסלמית שלפיה דינם של מוסלמים ויהודים (אהל אלד'מה) שווה בתחום המשפט הפרטי (אלמעאמלאת), וככל הנראה היא חלה גם בכל הקשור לחייבים פושטי רגל.

דגש מיוחד במאמר מושם על שיטתו של הרמב"ם שהשבועה הייתה נהוגה גם בזמנו במצרים ואף הבאנו על כך עדות מעניינת מתעודת הגניזה, שלפיה עולה שהשבועה הייתה נהוגה בזמנו במצרים ושהגו מנהגים שונים בנוגע להטלתה. בהלכות מלווה ולווה הרמב"ם מתאר שבועה זו ודבריו מתאימים לפרקטיקה המוסלמית (אם כי ייתכן שהוא נמשך גם אחרי הגאונים). הוא אומנם מכנה אותה "כדרך שדינין הגויים" וקרוב לוודאי שכוונתו בביטוי "גויים" גם למוסלמים בני זמנו. במקרה אחד הוא פוסק פסק ייחודי המתאים לשיטת אסכולת שאפעי ששבועה אחת של החייב מספיקה ליתר נושיו, פסק שאינו נזכר על ידי גאוניי בכל.

ממכלול ההנמקות שדנו בהן נראה לנו שמתחייבת המסקנה שהגאונים אימצו את המנהג של שבועת "אין לי" על שני נספחיה מההלכה המוסלמית ומהפרקטיקה שהייתה נהוגה בסביבתם. מסקנה זו שוללת שני הסברים אפשריים נוספים שבעטיים אולי נוצרה ההקבלה בין השיטות שעליהן עמדנו למעלה: מציאת פתרונות דומים לשאלות שהעסיקו את חכמי שתי השיטות מבלי שקיימת זיקה ביניהם או קיומה של שיטה שלישית העומדת ברקע וששתי השיטות הושפעו ממנה.

157 תשובת רב האי בתשובות הגאונים, הרכבי, סימן קפב. וראו משפטי שבועות, עמ' 265, וכן תשובת הגאון בשערי צדק, סימן לב: [...] שמשמתין אותו בפתיחה, כמו שמשמתין מי שדוחה את בעל דינו והוא אמיד".

