

אוניברסיטת בר-אילן

ירושת הבנות במשפט העברי - מגמות ושינויים
בעת החדשה

יובל בדיחי

עבודה זו מוגשת כחלק מהדרישות לשם קבלת תואר מוסמך
בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן

עבודה זו נערכה בהדרכתו של די"ר יעקב חבה
מן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר אילן

תוכן עניינים

תקציר

מבוא

1. נושא המחקר ומטרותיו 1
2. סקירת המחקר הקיים 2
3. שיטת המחקר 3
- פרק ראשון - תקנות קדומות בירושת הבת** 6
1. תקופת התלמוד 6
- 1.1 עריכת צוואה מחיים או מתנת שכיב מרע 7
- 1.2 תקנת בנין דכרין ותקנת עישור נכסים 9
2. תקופת הגאונים והראשונים 10
3. סיכום 17
- פרק שני - תקנות האחרונים בירושת הבת** 19
1. אשכנז 19
- 1.1 שטר חצי זכר 19
- 1.2 היחלשות שטר "חצי זכר" ומעבר לשטרי צוואה 20
- 1.3 הגמשת דיני הקניין 22

30.....	2. ארצות המזרח
30.....	2.1 פיתוח תקנות הראשונים
33.....	2.2 כתיבת צוואות
38.....	3. פסיקת יהדות מרוקו בעניין ירושת הבנות
38.....	1.1 תקנת המגורשים
40.....	1.2 פיתוח תקנת המגורשים בעניין ירושת הבנות
46.....	1.3 המאה ה-20 ביהדות מרוקו
48.....	3.4 גישתם של אלון ועמאר
55.....	4. סיכום
58.....	פרק שלישי - הכשרת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם
58.....	1. דיני צוואות כחלק מדיני הממונות
63.....	2. אמדן דעתו של המוריש
72.....	3. המנהג כמקור מחייב
76.....	4. "מצווה לקיים דברי המת"
81.....	5. סיכום
84.....	פרק רביעי - ירושת הבת ביישוב היהודי בארץ ישראל
84.....	1. רקע היסטורי חקיקתי
87.....	2. התמודדות עם שינוי החקיקה האזרחית בענייני ירושה
87.....	3. צווי ירושה אזרחיים בבתי הדין הרבניים

89.....	4. הפולמוס סביב חקיקת חוק הירושה
89.....	4.1 הצעתו של הרב הרצוג.....
91.....	4.1.1 הסתמכות על הכלל "הפקר בית דין הפקר".....
94.....	4.2 הצעת הרב עוזיאל.....
99.....	4.3 תגובות והתייחסות להצעת חוק הירושה.....
102.....	4.4 כשלון המאבק בחוק הירושה ותוצאותיו.....
106.....	5. ארץ ישראל - הכשרת צוואות שנערכו בערכאות
116.....	6. סיכום
118.....	פרק חמישי – סיכום ומסקנות
123.....	בביליוגרפיה

תקציר בשפה האנגלית - Abstract

תקציר

בנות אינן יורשות על פי דין תורה. זכות הירושה המקראית מוענקת רק לזכרים. ההצדקה לנישול הבנות הייתה הרצון להימנע מהעברת נחלה וטשטוש גבולות השבטים כתוצאה מנישואי הבת לשבט אחר. החל מאז עם ישראל גלה מארצו והתבטלה חלוקת הארץ לשבטים, חלו שינויים בהדרת הבנות מירושה ונוצרו פתרונות הלכתיים שונים, על מנת לאפשר להן לקבל חלק בעיזבון ההורים. משך מאות ואלפי שנים קיימת ספרות רבנית ענפה שדנה בירושת הבת וניכר כי נושא זה העסיק רבות את חכמי ההלכה בכל דור ודור.

התזה המרכזית של עבודתנו היא בחינת השינויים בירושת הבת במשפט העברי וקביעת מגמתם. המחקר יתרכז בתקופת האחרונים תוך מתן דגש לשינויים החל מהמאה ה-18 ועד לימינו אנו.

בפרק הראשון נעסוק בסקירה של התפתחות דיני ירושת הבת החל מתקופת המקרא, ונציין את השינויים העיקריים שהיו מתקופת המשנה ועד לתקופת הראשונים. חכמי המשנה הכירו באפשרות להורשת רכוש בניגוד לדין תורה וזאת באמצעות צוואה המכונה בלשון המשנה "דייתקי". כמו כן אנו מוצאים תקנות שקיבלו מעמד של תקנות בית דין, ונועדו להעניק לבנות רכוש של האב, תקנת "בנין דכרין" ותקנת "עישור נכסים". תקנות אלו לא עסקו בשינוי סדרי ההורשה במישרין אלא בשאלת הנדוניה, אך התלמוד ראה את הקשר לירושה שהרי מתן נדוניה פוגע בהיקף הרכוש המיועד להורשה. התלמוד הסתייג מעריכת צוואות וקבע כי המעביר נחלה מבניו "אין רוח חכמים נוחה ממנו". מאוחר יותר, בתקופת הגאונים, נוצרה מציאות של אבות המעניקים לבנותיהן סכומי נדוניה גבוהים וכתוצאה מכך התבטלה תקנת "בנין דכרין". בתקופת הראשונים המשיכה רציפות חקיקת תקנות המתייחסות ומעודדות מתן נדוניה. באשכנז נקבעו "תקנות שו"ם" ובספרד "תקנות טוליטולא". המאפיין העיקרי בשינויים שחלו בנושא ירושת הבת הוא חקיקה באמצעות תקנות. אלו לא היו תקנות ישירות המקנות זכויות ירושה לבנות, אלא תקנות שיש להן השפעה עקיפה על זכויות ירושה באופן המטיב עם הבנות.

בפרק השני העוסק בתקופת האחרונים, אנו מצביעים על שינויים שחלו בירושת הבנות בחלוקה גיאוגרפית. בארצות אשכנז התמקדו בהלכות הנוגעות לכתובת צוואות וחדל השימוש בתקנות. בתחילת תקופת האחרונים עדיין נסב העיסוק בהלכות הקשורות לנדוניה. המנהג הנפוץ היה לכתוב בעת נישואי הבת "שטר חצי זכר" המעניק לבת מחצית מחלקו של בן בירושת האב. לקראת סוף תקופת האחרונים התמעט השימוש ב"שטר חצי זכר" בשל הפגיעה בסמכות הרבנית והתערערות

סמכות הרבנים. במקום לעסוק בנדוניה הייתה התמקדות בדיני צוואות מחיים. הפוסקים התירו עריכת צוואות המבוססות על קניין "אודיתא" (שהיה בשימוש "שטר חצי זכר") למרות הבעייתיות ההלכתית של קניין זה ולמרות הסתייגות התלמוד מהעברת נחלה מיורשים.

בארצות המזרח, בתחילת תקופת האחרונים המשיכו בדרך של התקנת תקנות העוסקות בנדוניה והרחיבו את "תקנת טוליטולא" שנהגה עוד מתקופת הראשונים. פסיקה חריגה מצאנו אצל מגורשי ספרד שגלו למרוקו במאה ה-15. בדומה לנהוג בפסיקת יהודי ספרד הם המשיכו בדרך של התקנת תקנות, אך חידשו תקנות המכונות בשם "תקנות המגורשים" או "תקנות קשטיליאי" ובהן העניקו זכות ירושה לבנות. זו הפעם הראשונה בה מצאנו תקנה הקובעת שוויון מגדרי בירושה. למרבה הצער, החל מהמאה ה-18 ואילך, הוטלו סייגים עליהן וניתנה פרשנות מגבילה ששללה את תחולתן והיקפן.

בפרק השלישי התייחסנו לדיני צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם. עד למאה ה-19 הייתה הדעה המקובלת כי צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם פסולות כדין שטרות מתנה העולים הערכאות אלו, הואיל ובמהותה צוואה היא מתנה מחיים. בעקבות פניית הבנות לאישור צוואות בערכאות של עכו"ם, החל מתקופה זו חל שינוי והנטייה היא להכשיר אותן. מנגד, לא חל כל שינוי בדין שטרי מתנה. על מנת לייחד את השינוי ההלכתי רק לצוואות, הנימוקים להכשרתן היו מתחום דיני הירושה הגם שצוואה שייכת לכאורה לדיני ממונות והיא כמעין מתנה. שימוש בהלכות הנוגעות לדיני הירושה לעניין צוואות היה אפשרי הואיל וצוואה אינה שטר מתנה קלאסי, אלא היא מתנה המשתכללת רק לאחר מותו של אדם. לכן חלים עליה גם דיני הירושה במקביל לדיני המתנה. אילולי היו הבנות פונות לערכאות לא היו הפוסקים פועלים לשינוי ההלכות שהיו נהוגות אלפי שנים. ההקלות ההלכתיות שיפרו את מצבן של הבנות בדרך לקבלת חלק בירושה.

בפרק הרביעי סקרנו את השינויים בירושת הבת ביישוב היהודי בארץ ישראל. הוכחנו כי הקמת מדינת ישראל, והיווצרות חקיקה ישראלית חילונית שקבעה בחוק הירושה שוויון זכויות לבנות בניגוד לדין תורה, כל אלו גרמו להחמרת הפסיקה הרבנית ומנעה פיתוח ההלכה לטובתן. הדבר דומה למה שאירע בתקופת החת"ס עם תחילת תקופת האמנציפציה. העובדה כי המדובר בחקיקה חילונית יהודית רק העצימה את הסגירות בנושא זה, למרות היתרים הלכתיים שבהם עשו שימוש בתקופות קודמות.

בפרק החמישי הובאו בתמצות מסקנות המחקר, הקובעות כי בתקופת האחרונים וביתר שאת החל מהמאה ה-18, חלה נסיגה בדיני ירושת הבת בהשוואה למצב בתקופות קודמות, נסיגה חוצת ארצות בכל הפזורה היהודית. המגמה היא חזרה לדין המקראי והתכנסות סביבו למרות שקיימים כלים הלכתיים המאפשרים את ירושת הבנות ושהיו בשימוש בעבר.

הבנת המגמה וסקירת השינויים, יכולה להוביל את המעוניין להציע פתרונות לשיפור/שינוי דיני ירושת
הבת במגבלות ההלכתיים הקיימים. אני תקווה כי חיבור זה יועיל ויסייע בגיבוש הוראה הלכתית
שתיצור שוויון מגדרי בין בנים לבנות בדיני הירושה, באופן המקובל על רוב חכמי ההלכה בדורנו.

נושא המחקר ומטרותיו

מחקר זה יעסוק בשינויים ובמגמות שחלו בדיני ירושת הבת תוך הדגמת השינויים והתקנות שנעשו והגדרת העקרונות בהתבסס על רצף מחשבתי והלכתי, שהיה הבסיס להם.

הגם שאנו יכולים להצביע על שינויים משך כל ההיסטוריה, בחרנו להתמקד בשינויים שחלו במאתיים השנים האחרונות. בתקופה זו מצאנו שינויים מהותיים, יחסית לתקופות קודמות שהתאפיינו בקיבוען מסוים לדין המקראי השולל זכות ירושה מבנות. באופן כללי ניתן לומר כי עד המאה ה-18 חלו שינויים אשר תמכו חלקית בהענקת זכות ירושה לבנות, אך לדעתנו החל ממועד זה התהפכה המגמה לכיוון של חזרה לדין המקראי השולל זכות ירושה כזו.

במסגרת התקופה בה יעסוק המחקר נבקש לדון גם בהתמודדות המשפט העברי אל מול החקיקה האזרחית בדיני הירושה של מדינת ישראל. חשוב לדון בכך, שכן במסגרת עיצוב החקיקה הישראלית חוקק חוק הירושה האזרחי שאינו תואם לדין העברי השולל זכויות ירושה מנשים. בעולם החופשי חל שינוי מגדרי בזכויות הנשים וניתן להן בהדרגה שיווין זכויות מלא, כחלק מתהליך שיווין זכויות שהחל בארצות המערב עוד במאה ה-18 והושלם במהלך המאה ה-20. היה ברור כי החוק הישראלי לא יוכל להפלות את הנשים לרעה ולא יוכל לשלול מהן זכויות ירושה, רק בשל עובדת היותן נשים. בשל כך, הממסד הרבני ובראשו מועצת הרבנות הראשית והרבנים הראשיים דאז (הרב הרצוג והרב עוזיאל), ניסו למצוא דרכים אשר יאפשרו זכויות ירושה לנשים באופן שיהא מקובל ומתאים גם להוראות המשפט העברי, אך ללא הצלחה. הצעתם לתקן תקנות בירושה לא הייתה מקובלת על יתר הרבנים והם דחו אותה במילים קשות. סוף דבר, התקבל במדינת ישראל חוק הירושה תשכ"ה – 1965 ובו נקבע מפורשות כי לבנות שוויון זכויות מלא לבנים ונשללה ההכרה בהוראות החוק הדתי אלא במקום בו קיימת הסכמת הצדדים מראש. זאת בניגוד לחקיקה קודמת שנהגה עוד בתחילת המאה ה-20 אשר הכירה בדין הדתי כהוראה מחייבת וקבעה כי הטריבונול המוסמך לדון בדיני ירושה הוא בית הדין הרבני הדין על פי דין תורה.

המחקר יבקש להציג לא רק את השינויים אלא גם את מגמתם. לצורך כך, במסגרת מבוא, יצוינו המקורות התלמודיים העוסקים בירושת הבת ולאחריהם תיבחן בקצרה שאלת מעמד הבנות בירושה בתקופה הסמוכה לתקופת המחקר וייסקרו המקורות המשפטיים תוך כדי חלוקה גיאוגרפית. בעיקר נבקש לציין את החלוקה בין המקורות בפסיקה האשכנזית לבין אלו של הפסיקה הספרדית. במסגרת סקירת השינויים בהם עוסקת עבודת מחקר זו, נבקש לבחון האם חל שינוי נורמטיבי בסטטוס של

הבנות, האם התקנות וההוראות הביאו את הבנות למעמד של "יורש". אם לא, כיצד בכל זאת תוקנו הוראות או נמצאו פתרונות הלכתיים המקנים להן רכוש משפחתי.

סקירת המחקר הקיים

מעיון בספרות הרבנית עולה כי עניין ירושת הבת הרבה להטריד את מנוחתם של הרבנים והדיינים בכל תקופה. עדות לכך הוא שפע ההתעסקות והתקנות השונות בכל אזור בו היו יהודים. ההוראה לפיה בת אינה יורשת הולידה פתרונות יצירתיים החל מתקופת המשנה. מחקרים רבים הרבו להתייחס לשאלת ירושת הבת.¹ ראויים לציון, מאמרו של אסף "לשאלת ירושת הבת", ספרו של י. ריבלין "דיני ירושה", בו הקדיש המחבר פרק שלם לנושא ירושת הבת, תוך סקירת כל המקורות והתקנות בתקופות השונות. במחקרים אלה אין התמקדות בעת החדשה, אלא סקירה כללית במשפט העברי משך אלפי שנים. קיימת התייחסות מועטה לשינויים שחלו בתקופה האחרונה החל מהקמת מדינת ישראל וחקיקת "חוק הירושה" בשנת 1965, ועד היום. מעיון בספרות הרבנית הענפה, ניתן להיווכח כי להוראות חוק הירושה המקנות מעמד של יורשת לבת והמקנות סמכות מקבילה בהסכמה מוקדמת לבית הדין הרבני ומאפשרות לו להחיל דין תורה, הייתה השפעה על הפסיקה ההלכתית. אחת השאלות שיעמדו במוקד מחקר זה היא: האם השפעה זו גרמה לשינוי ועד כמה?

בנוסף, לא מצאנו התייחסות למגמות או לעקרון מנחה בשינויים שחלו בירושת הבת. אנו נבקש לבחון את השינויים ולברר האם המדובר בשינויים נורמטיביים של מתן מעמד "יורש" לבנות, או שמא המדובר בשינויים שנועדו רק ליתן להן חלק בירושת אביהן ללא שינוי מעמדן. אין המדובר בהבדל סמנטי אלא בשאלה מהותית. קביעת מעמדו של אדם כיוורש מעניקה לו זכות קניינית בנכסי המת ובעת פטירת המוריש הופך היורש לבעלים של הרכוש. בעניינם של הבנות, בנוסף לפן הקנייני, היא מעניקה להן שוויון מגדרי. מתן זכות בירושה לבנות באמצעות התקנת תקנות מנציח את ההבדל המגדרי. הבנים הם "יורשים" מדין תורה והבנות יורשות מכח תקנה ההופכת אותן למעמד "בעלות זכות ירושה". תקנות בטבען הן הוראות הנכונות למקום ולזמן בו נתקנו. הן חשופות לשינויים הנובעים מנסיבות משתנות של מיקום גיאוגרפי או תקופה. בנוסף, במרבית המקרים, הזכות מתקבלת מכח תקנה מותנית בתנאים הנקבעים על ידי מתקני התקנה. מרבית התקנות שנסקרו במחקרים השונים בעניין ירושת הבת, לא היו תקנות ישירות שנועדו ליתן להן מעמד של יורשות, אלא תקנות שמטרתן הייתה מתן אפשרות הלכתית להענקת זכויות לבנות בעיזבון האב, פעולה הדומה להורשה. בעניין זה ציינו החוקרים

¹ ש. אסף "לשאלת הירושה של הבת" ספר היובל ליעקב פריימאן, ברלין תרצ"ז, 8-13; ריבלין - "שטר חצי זכר", קני"ה – קע"ט; אלון - המשפט העברי, 467-477; עוזיאל "השופט והמשפט", 453-532; פנחס נאמן "ירושת הבת בתורה ובהלכה", בית מקרא טו, (תשל"א) 476-489; הרצוג - "תחוקה לישראל", 95-110; י. ריבלין "הירושה והצוואה במשפט העברי" (רמת גן, 1999)

את תקנת שטר חצי זכר שמקורה באשכנז ואת תקנת המגורשים, שלדברי אסף היה בה חידוש מיוחד של השוואה מגדרית באופן ישיר. אנו נבקש לבחון עד כמה התקנות בענייני ירושת הבת קירבו אותן למעמד הבנים בירושה, והאם אכן תקנת המגורשים חידשה שוויון מגדרי כמסקנתו של אסף.

שיטת המחקר

ידועה ומפורסמת מחלוקתם של אלון ואנגלרד² בעניין שיטת המחקר הראויה במשפט העברי. בעוד אלון דוגל בשיטה הדוגמתית היסטורית העדיף אנגלרד את השיטה ההיסטורית. על פי אלון השיטה הדוגמתית היסטורית היא בעלת שלושה מרכיבים:

”המשפטן-החוקר המבקש להציג את טיבו ומהותו של עיקרון משפטי מסוים, במיוחד כשהוא מבקש להסיק מסקנות לעניין קליטת עיקרון זה בחיי המעשה, שומה עליו לדעת:

(א) מה היו השלבים השונים בעקרון זה בכל התקופות של המשפט העברי.

(ב) מה היו הגורמים הכלכליים והחברתיים שהביאו להתהוותם של שלבים שונים אלה;

(ג) כיצד אימץ לו המשפט העברי את השינויים שבשלבים השונים כחלק מהותי של מערכת

דיניו, ומה הן הדרכים המשפטיות, שנקט המשפט העברי כדי לתאם בין ההלכה הקיימת

ובין ההלכה המתחדשת”³.

שיטה זו הועדפה על ידו כשיטת המחקר הראויה בעניינים העוסקים בהסדרת היחסים בין האדם לסביבתו ולחברה שבה הוא חי, כאשר לדעתו רק נושא זה ראוי להיקרא “משפט עברי”⁴. אך הוא הסכים כי בעניינים “טהורים” של איסור והיתר וציווים דתיים, המסדירים את היחס בין האדם לאלוקיו, קיימת עדיפות לשיטה הדוגמתית. שיטה זו שאינה משלבת שינויים היסטוריים במחקר, מבקשת לגלות את היסודות המשותפים של פרטי הדינים, תוך כדי הדגשה של בירור מחשבתם של פוסקי ההלכה בנושא הנחקר ומציאת הקו המנחה בפסיקתם, כפי שהוא מודגם לאורך התקופה הנחקרת. שינויים היסטוריים לא ישפיעו על העיקרון הנחקר הואיל והמדובר ביחסי אדם-אלוקים, שאינם אמורים להיות נתונים לתמורות בשל השפעות הסביבה⁵.

² יי אנגלרד, “מחקר המשפט העברי - מהותו ומטרותיו” משפטים ז (תשל”ו), 34, 56. אנגלרד הביא במאמרו את שיטתו של אלון ותקף אותה, לדעתו לא ניתן למזג בין בחינת שלבים בהתפתחות שיטה לבין קביעת כלליה המוחלטת או כלשונו: “קשה לראות כיצד אפשר לפתור באופן אובייקטיבי את הניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט”.

³ אלון - המשפט העברי, 139.

⁴ ראה מיכאל אברהם “האם ההלכה היא ‘משפט עברי’?” אקדמות טו 141 (תשס”ה) המציין את דעתו של אנגלרד כי “משפט עברי” הוא מכלול הנורמות המכוננות “הלכה, וכן ראה עמיחי רדזינר “המשפט העברי איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)” אקדמות טז 139 (תשס”ה).

⁵ בדומה לשיטתו של אלבק כפי שהיא מובאת אצל אנגלרד, ראה לעיל הי”ש 2.

לדעתנו, המחקר הדוגמטי, המנתק את ההגיון ההלכתי משינויי הסביבה וחותר לבסיס השיטה בהתאמה למקורות קדומים, מתאים לשאלת המחקר ככל שהיא עוסקת בירושה על פי דין. סדר ההורשה, הגם שהוא נוגע לעניינים ממוניים, הוא במהותו חוק דתי הקובע כי רק בן יורש ובת אינה יורשת. אין לנו עניין ביחסים שבין אדם לחברו, הואיל והמדובר בהוראה תורנית המתייחסת לשאלת הבעלות ברכוש לאחר פטירתו של אדם. לכן לדעתנו עדיפה היא השיטה הדוגמתית לצורך מחקרנו זה, בה נבקש להציג את הרעיון המרכזי כפי שהגדירו אלון: **"עיון בשלבי ההתפתחות השונים של המוסדות במשפט העברי יעמידנו על כך, כי יחד עם השינויים והתמורות השונים שעברו על המוסד המשפטי המסוים נשמר - לאורך כל תקופותיו - הרעיון המרכזי שביסודו של אותו מוסד משפטי, ורעיון מרכזי זה הוא המכנה המשותף של כל השלבים והשינויים השונים שעברו על אותו מוסד משפטי, במשך תקופותיו ההיסטוריות השונות"**⁶

נציין את השינויים שחלו ואת התפתחות דיני ירושת הבת ונבקש לראות את העקביות בשינויים. משכך, לא תהא חשיבות מכרעת לבירור הגורמים סביבתיים כדוגמת השפעות חברתיות או מדיניות, אלא עיקר תשומת הלב תינתן לאופי הפתרון שניתן על ידי פוסקי ההלכה ועד כמה הוא קשור למקורות. כך נוכל לקבוע קריטריונים ברורים ולשרטט את גבולות השינויים האפשריים כפי שמתווה לנו המשפט העברי.

יחד עם זאת, במסגרת המחקר לא הסתפקנו רק בסקירה הנוגעת לירושה על פי דין שההוראות הנוגעות אליה מקורן בציווי דתי. הוספנו וציננו התייחסות למערכת חוקים שלמה העוסקת בחלוקת ירושה מכח צוואה. נושא זה טעון העמקה לדעתנו בשל המיוחדות שבו. מחד צוואה היא חלק מדיני ממונות ולכן קיימת אפשרות לשינוי ולהתנאה על הוראות התורה. מאידך, מצאנו הגבלות הלכתיות על עריכת צוואות ועל תוכנן בשל היותן גורמות שינוי בסדר הירושה המקראי.

מסיבה זו אנו סבורים שיש לשלב בין שתי השיטות, הדוגמאטית שהיא המתאימה ביותר לעניין ירושה על פי דין והשיטה הדוגמאטית היסטורית המתאימה לעניין ירושה על פי צוואה.

סייג נוסף עלינו לציין, בניגוד לדעתו של אלון האומר כי מטרתו של מחקר המשפט העברי היא בין השאר לצורך הסקת מסקנות לשימוש בחיי המעשה⁷, אנו נבקש לשמר למחקר מאפיינים עיוניים - פרשניים ונציג את העמדות והמגמות השונות בלי להכריע ביניהם. אנו סבורים כי הצגת מכלול הדעות

⁶ אלון - "המשפט העברי"³⁸. וכן במקום אחר כתב: **"כדי לעמוד על העקרון היסודי של כל נושא מנושאי המשפט העברי, שומה על החוקר לעמוד על היקפו הכלל-היסטורי, לגלות את המכנה המשותף, את הבריח התיכון, שבשלבים ההיסטוריים השונים שבאותו נושא משפטי, כדי למצוא ולקבוע את העקרון הבסיסי שביסוד כל התקופות כולן"**; מ. אלון, **"חירות הפרט בדרכי גביית חוב משפט העברי"** (ירושלים תשכ"ד), י"ג.

⁷ חוקרים נוספים סבורים כי למחקר המשפט העברי מגמה של פסיקה והסקת מסקנות "לדעתנו למחקר המשפט העברי מגמה של פסיקה, ולא - לא משפט ייקרא... המטרה היא שמורה הוראה בישראל ודיין היושב על מדין יוכלו, אם ירצו, לאמץ את מסקנות המחקר" ראה ש' לרנר, **יסודות דיני המשכון במשפט העברי**, (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשי"מ), 13, והייש 1-3 שם.

במקומות השונים יש בהם כדי ליתן כלים למי שיחפוץ להשתמש במחקר זה במציאת פתרונות יצירתיים לבעיה מעשית זו של ירושת הבת מבלי שיהא עליו להיות כבול למסקנות החוקר. הבנת הרעיון המרכזי והגדרה נכונה של התחום המשפטי בו מצוי הנושא הנחקר, יאפשר להציע פתרונות אפשריים, מעשיים.

פרק ראשון - תקנות קדומות בירושת הבת

מבוא

הקביעה בדבר הזכאים לרשת את קרוביהם מובאת בתורה בהקשר לזכאות לקבלת מקרקעין - "נחלה".
דין הירושה העיקרי מובא בתורה אגב סיפור בנות צלפחד, והוא מצורף לדיני חלוקת הארץ לנחלות, עת
כניסת בני ישראל לרשת את ארץ ישראל.⁸ שלילת זכאותה של אישה לרשת את קרוביה טמונה בעיקרון
שימור הנחלה במסגרת השבטית,⁹ שכן העברת נחלה לאישה עשויה לגרום להעברת מקרקעין בזמן
נישואיה לשבט אחר.¹⁰

הספרות התלמודית

משפט הנחלות התבטל לחלוטין בסוף תקופת בית ראשון.¹¹ ניתן היה לצפות כי עם ביטול עקרון
הנחלות יתבטלו גם עקרונות ההורשה ביחס לבנות וינתן חלק שווה לבנים כבנות, אך בפועל אין אנו
מוצאים שינוי. כוונתנו להיעדר שינוי במעמד הנשים וקביעת מעמד "יורשת" לאישה, אם כי נעשו
שינויים מסוימים המאפשרים העברת רכוש לבנות לאחר מיתת אביהן, הגם שלא בדרך של ירושה אלא
בדרכים אחרות כמפורט להלן. עריכת צוואה מחיים או מתנת שכיב מרע, תקנת כתובת בנין דכרין,
תקנת עישור נכסים, קביעת הכלל "מצווה לקיים דברי המת" ועוד. אפשרויות אלו מובאות במקורות
תנאיים ויש בהם חידוש המשליך בעקיפין על דיני הירושה, שכן בפועל מדובר בהעברת רכוש האב
שהיה אמור להגיע ליורשים החוקיים אל הבנות.

⁸ ראה – פנחס נאמן "ירושת הבת בתורה ובהלכה" **בית מקרא** טו, (תשל"א) 476, לדעת המחבר הוראת השם "ירושה"
במקרא היא אחוזה או נחלה, ולא במונח העברת עזבונו של אדם ליורשיו החוקיים או הראויים. דיני התורה אינם
מפורשים ואינם מפורטים, כך כאשר תוהה התלמוד אחר המקור המקראי של דברי המשנה הקובעת את סדר הירושה,
ניתנות שתי תשובות הקשורות שתייהן למרכיב הקרקע. המקור הראשון המוצע הוא הפסוק "**איש כי ימות ובן אין לו
ונתתם את נחלתו לביתו**" (במדבר כז) – משמע זכות הבת לירש קיימת רק בהעדר בן. אם יש בן, הבת אינה מקבלת את
הנחלה. כמקור שני מציע התלמוד את הפסוק: "**והתנחלתם אותם לבנכם אחריכם**" (ויקרא כה, מו) – בניכם ולא
בנותיכם. משני המקורות גם יחד אנו למדים כי עקרון הענקת הירושה לבנים מקורו בדין הנחלות. אכן התורה משתמשת
בשורש "נ.ח.ל" בעת שהיא רוצה ללמד אותנו את דין ההורשה, ונמנעת מהשימוש בשורש "ר.ש". עוד על ירושת הבנות
בתקופה המקראית, ראה בן-ברק, צפריה, **ירושת בנות בישראל ובמזרח הקדום : מהפך חברתי, משפטי ואידאולוגי**
(יפו העתיקה) : (פרסומי מרכז ארכיאולוגי), (תשס"ד). וכן גרובר מאיר, "מהפכת בנות צלפחד" **שנתון לחקר המקרא
והמזרח הקדום** טז (תשסו) 281-286.

⁹ עקרון מקראי זה נכון לגבי ירושת האב, אך בנוגע לירושת האם מן הדין היה כי יחלקו הבן והבת בחלקים שווים. ואכן,
לאור העקרונות המשפטיים של מנגנון הירושה כמבואר לעיל, פוסק רבי זכריה הקצב "**הבן והבת שווין בנכסי האם**".
אך עמדתו אינה מוסכמת, חכמי המשנה חולקים עליו וקובעים כי רק זכרים יורשים אימותיהם.

¹⁰ ראה **אנציקלופדיה תלמודית** ערך "ירושה" וכן **אנציקלופדיה מקראית** (הוצאת מוסד ביאליק, תשכ"ח, ירושלים) ערך
"ירושה" וראה את טענתן של בנות צלפחד (במדבר לו, א-ט). הן דרשו, כי במסגרת חלוקת הארץ ליצאי מצרים ינתן
להן חלקן של אביהן שמת חשוד בנים זכרים. טענתן כלפי משה הייתה, כי במקביל לעקרון שימור הנחלה השבטית, יש
לשמור על עיקרון שימור הנחלה משפחתית. לאור טיעוניהן של בנות צלפחד, "למה יגרע שם-אבינו מתוך משפחתו כי אין
לו בן תנה-לנו אחוזה בתוך אחי אבינו", התורה מחדשת עקרון משפטי שלא היה נהוג בתקופה הקדומה ולפיו בהיעדר
זכרים יירשו הנקבות. בכך מצביעה התורה על העדפתה את רעיון שימור המשפחה על פני שימור השבט. לעניין זה ראה
צפריה בן ברק, "פרשת בנות צלפחד בזיקה לתעודה חדשה מנוזי", **שנתון למקרא ולחקר המזרח הקדום** ג (תשל"ט),
113-116.

¹¹ עם ישראל יוצא לגלות וגם בחזרתו בתקופת בית שני, מרבית העם נמצאת בגולה שכן מעטים ממנו עולים בימי עזרא.
בסיטואציה זו לא נוהגת מצוות היובל המחייבת החזרת נחלות לבעליהן המקורי ע"פ מפתח שבטי, הואיל וקיימת
התניה "**וקראתם דורו בארץ לכל יושביה**" (ויקרא כה, י) - בזמן שכל יושביה עליה ולא בזמן שגלו מקצתם.

מנגד לשינויים מרעננים אלו, אנו מוצאים הגבלות. בעיקר נציין את הקביעה כי דיני הירושה הם קונגטיים¹². לכאורה ניתן היה לומר כי דיני ירושה הם חלק מתחום "דיני ממונות" שהרי הם עוסקים בהעברת כספים וזכויות. בדיני ממונות קיים הכלל "בדבר שבממון תנאו קיים"¹³, אך חז"ל קבעו שאין אפשרות להתנות על דיני ירושה, אף לא באמצעות תקנת בית דין, ואפילו נשיא בישראל מבקש לשנות אין שומעים לו¹⁴. טעם האיסור להתנות על דיני הירושה הוא החשש מהידמות לצדוקים. אף שדין זה נאמר לגבי מקרה פרטיקולרי בלבד האוסר שיווין זכויות ירושה בין בת הנפט לנכדתו מבנו, החילו התלמוד כאיסור גורף.

במקביל, התלמוד הירושלמי מציין שני איסורים בדין ירושת הבנות¹⁵. הראשון, איסור השוואת בת לבן - שלא להידמות לחכמי עכו"ם. השני, איסור השוואת בת לנכדה - שלא להידמות לצדוקין.¹⁶ קביעת מעמד המיוחד של דיני הירושה כבלתי ניתנים להתנאה צמצמה עד מאוד כל אפשרות לבצע בהם שינויים בתקופות מאוחרות יותר.

עריכת צוואה מחיים או מתנת שכיב מרע

ההכרה בתקפות ההלכתית של הוראות מצווה, הבאות לידי ביטוי בצוואה בכתב הנערכת על ידו בעודו בריא, או מתן תוקף לציווי בעל פה של מצווה שהוא שכיב מרע (שכיב מרע הוא אדם גוסס הנמצא על ערש דווין), יש בה משום חידוש משמעותי לעניין ירושת הבנות¹⁷. הדבר יוצר תשתית המאפשרת את ירושת הבת בנכסי אביה, אם כי בסייג של קיום רצון פוזיטיבי מצד האב. חז"ל הקלו על המגבלות שהיו מוטלות על צוואת בריא ביחס לצוואת אדם הנמצא במצב של שכיב מרע. בריא המבקש לחלק את רכושו בניגוד לסדר ההורשה הקבוע בתורה, נדרש להעניק מתנה מחיים על מנת שצוואתו תקייה. מתנה זו שתחול עוד בחייו של המוריש, צריכה לעמוד בכל הכללים הנהוגים בשטר מתנה ולהיות מלווה במעשה קניין. במקרה של "שכיב מרע", צוואתו תחול רק לאחר פטירתו ודבריו קיימים למרות שהמדובר בציווי בעל פה הנעדר מעשה קניין, ובלבד שמת מאותו החולי כפי

¹² בבלי, בבא בתרא קטו, ע"א. חז"ל השתמשו בלשון חריפה על מנת לעקור את דברי הצדוקים שסברו כי הבת יורשת וכן קבעו "כל האומר תירש בת עם בת הבן אפילו נשיא שבישראל אין שומעין לו שאינן אלא מעשה צדוקין". עיין תוספות שם, ד"ה "אפילו נשיא" הקובע כי האיסור הוא גם להוראת שעה.

¹³ בבלי, כתובות נו, ע"א. וכן שולחן ערוך אבן העזר סימן לח סעיף ה.

¹⁴ בבלי, קידושין יט, ע"ב. וכן, רמב"ם הלכות אישות פרק יב הלכה ט. "וכל תנאי שבירושה בטל אע"פ שהוא ממון שנאמר בה ל'חקת משפט', ובשאר הדברים תנאו קיים, כגון שהתנה עמה שאין לה שאר וכסות, על מנת שלא יאכל פירות נכסיה, וכל כיוצא בזה תנאו קיים".

¹⁵ ירושלמי, בבא בתרא ח, א.

¹⁶ נימוקי יוסף בבא בתרא קט"ו, פירש את האיסור "אפילו נשיא בישראל שהיה לו כח להפקיר ממון, אין שומעין לו מפני שהוא עושה מעשה צדוקין". הרב ב"צ עוזיאל "השופט והמשפט" קונטרס "תקנות הירושה", 489 (להלן: "עוזיאל – השופט והמשפט") לא הבדיל בין שינוי הדומה לחכמי עכו"ם או לצדוקים וכתב "מכל מקום תקנת בי"ד שהיא דומה לתורת צדוקין או כל אומות אחרות (הדגשה שלי - י.ב.). היא גרועה, משום שהיא מטעה את הרבים שחושבין שעושים כן מדין תורה, ומשום שנראה כמודין לצדוקים." לעומתו הרב יצחק אייזק הרצוג "תחוקה לישראל על פי התורה" חלק ב - "הצעות תקנות בירושות" (איתמר ורהפטיג, עורך, 1989), 119 (להלן: "הרצוג – תחוקה לישראל") כתב "שאינן דמיון בין חכמי צדוקים מישראל לחכמי עכו"ם" והסביר שם כי האיסור לתקן תקנות חדשות חל רק על תקנת הצדוקים.

¹⁷ ראה, רוני קריטנשטיין, "על ירושות ומשפחות בראי ההלכה: הסדרי הירושות והדרות בדין העברי", משפט ואדם – משפט ועסקים, יד, תשע"ב, (ספטמבר-2012), 441-489.

המעשה שהובא במשנה: "מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה ואמרה תנו כבינתי לבתי והיא בשנים עשר מנה ומתה וקיימו את דבריה"¹⁸. התלמוד אישר הלכה זו וקבע כי "דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו"¹⁹.

הצוואה שבתקופת משנה הוכרה כלגיטימית²⁰, נקראה בלשון המשנה - "דייתקי": "אי זו היא דיותיקי, דא תהא לי לעמוד ולהיות, אם מתי יינתנו נכסיי לפלוני. אי זו היא מתנה, מן היום יינתנו נכסיו לפלוני"²¹. הכינוי "דייתקי" שניתן לשטר הצוואה הוא לשון נוטריקון בשפה הארמית, המביע את מהותה של הצוואה "זו (שטר הצוואה) יהא עבורי קיים ושריר".

למרות ההקלות שאפשרו שינוי מסדר הירושה המקראית, הטילו חכמי המשנה דופי במי שמבצע פעולה זו וקבעו כי אין רוח חכמים נוחה ממנו: "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו רבן שמעון בן גמליאל אומר אם לא היו בניו נוהגין כשורה זכור לטוב"²². בתקופת התלמוד נקראה פעולה זו של נישול הירושים על פי דין בשם "עבורי אחסנתא" (העברת נחלה מיורש ליורש אחר או העברת ירושה מבן לבת) והובעה תרעומת על מעשה זה. "אמר ליה שמואל לרב יהודה: שיננא, לא תיהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא, דלא ידיעא מאי זרעא נפיק מיניה, וכל שכן מברא לברתא"²³. יחד עם זאת, לא חל שינוי בהלכה הבסיסית שקבעה המשנה כי מה שעשה עשוי, למרות התרעומת על הכותב צוואה.²⁴

¹⁸ משנה, בבא בתרא ט, ז.

¹⁹ בבלי, גיטין טו, ע"א.

²⁰ בספרות מחקר המשפט העברי אנו מוצאים עיסוק רב בשאלה מתי חל השינוי ומהם הגורמים לכך. לעניין זה ראה אפרים אורבך, "ההלכה מקורותיה והתפתחותה", עמ' 154-146, הוצאת יד לתלמוד, תשד"ס - 1984; א' ביכלר, "סקירה תלמודית היסטורית על העברת נחלה מן הבן על ידי האב", ספר הזכרון לכבוד הרב ז"ר אברהם ביכלר, החלק העברי לונדון אוקספורד תשט"ז; וכן ראה אריה אדרעי "מצווה לקיים דברי המת": על תוקפה של הצוואה בספרות חז"ל (Hebrew Union College Annual, Cincinnati, OH 69 (1998), קה-קמא, קח.

אין ספק כי אדם רשאי ליתן את רכושו בחייו לכל מי שיחפוץ אך צוואה אינה מתנה גרידא, היא נתינת מתנה הצופה פני מוות. לדוגמה במשפט הישראלי סיווג מתנה זו הוא כצוואה הנדונה ע"פ דיני הירושה ולא ע"פ דיני החוזים הכלליים. כן קיימת מחלוקת בשיטות משפט שונות ביחס לאפשרות ליתן מתנה או התחייבות המתגבשת לאחר המוות האם תחשב כמתנה/הסכם או כהורשה לעניין זה ראה ש. שילה, פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965 (התשנ"ב), 96-97; ע"א 6567/99 אריאל שטרנשיין ואח' נ' עו"ד יששכר פישר, תק-על(2)2002, 1389, 1391; ע"א 2555/98 הרב אליהו אברג'ל נ' עזבון המנוח משה בן יאיר ז"ל, פ"ד נג(5), 673.

²¹ תוספתא, בבא בתרא (ליברמן) פרק ח, הלכה י.

²² משנה, בבא בתרא ח, ה.

²³ בבלי, בבא בתרא קלג, ע"ב. פירש הרשב"ם במקום: "אל תהא במקום בו מעביר האב נחלה מן הראוי לה ואפילו להרבות ליורש אחד ולמעט ליורש שני וכ"ש בהעברת נחלה מבן לבת". ראה גם שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפב, ס"א. וכן ראה ספר החינוך מצווה ת', בהסבר האיסור. ראה אנציקלופדיה תלמודית כרך כה, ערך "ירושה". המציין את שיטות הראשונים והאחרונים בהגדרת "אין רוח חכמים נוחה הימנו" – האם המדובר בתרעומת של חכמים או באיסור ממשי. לכל הדעות אין סנקציה בגין הפרת האיסור ומה שעשה עשוי.

²⁴ הדברים נכונים לגבי צוואת בריא שהיא מתנה מחיים, אך לגבי צוואת שכיב מרע קיימת מחלוקת בין הגאונים המבוססת על גרסאות ומקורות שונים מתקופת המשנה והתלמוד. לפי חלק מהם, קיימת חובה לשייר ליורשים על פי דין בהיעדר שיור צוואת שכיב מרע בטלה. ראה סקירה מקיפה אצל יוסף רבלין, "על החובה לשייר ליורשים", דיני ישראל יג-יד, קסז-קצב.

תקנת בנין דכרין ותקנת עישור נכסים

תקנות אלו מוזכרות בדברי המשנה ושתיהן עוסקות במתן נדוניה לבת.²⁵ אנו מציינים תקנות אלו כעוסקות בשינוי מעמד הבת כירשת בשל השפעתן על חלוקת העיזבון. תקנת בנין דכרין השפיעה בעקיפין ואילו לגבי תקנת עישור נכסים נחלקו הדעות בתלמוד האם המדובר בתקנה ישירה.

תקנת בנין דכרין - משמעותה התחייבות הבעל כלפי האישה במקרה והיא תמות בחייו והוא יירש אותה. במקרה זה, מתחייב הבעל ליתן לבניה אחרי מותו את סך כתובתה, טרם חלוקת עיזבונו. התחייבות זו עוגנה כחלק מתנאי הכתובה וקיבלה מעמד של תקנת ביי"ד. המשמעות של הפיכתה לתנאי ביי"ד היא שגם אם הבעל לא ציין תנאי זה במפורש בכתובת האישה, קיימת הוראה זו המחייבת את יורשיו כאילו נכתבה במפורש. התלמוד הסביר את הטעם להתקנת התקנה²⁶ כעידוד מתן נדוניה מכובדת לבנות. הורה לא יחשוש ליתן לבתו נדוניה מכובדת מהחשש שמא תמות ובעלה יירש את הנדוניה שהעניק לו האב, הואיל ולפי התקנה היורשים יהיו נכדיו של האב.

המרצת האב לתת נדוניה לבתו באמצעות תקנה יש בה למעשה משום חלוקת רכוש האב עוד בחייו למי שאינו יורשו על פי דין. בעקיפין נשלל מהבן רכוש שהיה אמור להיכלל בעיזבון האב ונפגעת זכות הירושה שלו.²⁷

תקנה אחרת, העוסקת גם היא בנדוניה, היא תקנת "עישור נכסים". בניגוד לקודמתה, המדובר בתקנה הקובעת את חלוקת העיזבון ומורה על מתן נדוניה מעיזבון האב לבת שטרם נישאה עד מועד פטירתו. במשנה מובאות שתי דעות ביחס לגובה סכום הנדוניה המכונה גם בשם "פרנסת הבעל". תנא קמא סובר כי יש ליתן לבת סך הראוי לה, ודבריו התפרשו בברייתא וזה לשונה²⁸ "רבי אומר: **בת הנזונית מהאחים נוטלת עישור נכסים**". לעומתו מובאים דברי רבי יהודה הסובר כי הבת תקבל נדוניה בסכום זהה לסכום שקיבלו אחיותיה.

האם המדובר במתן מעמד של יורשת לבת או שמא המדובר בתקנה עקיפה כקודמתה, דהיינו, תקנה העוסקת רק במתן נדוניה שיש בה בעקיפין משום צמצום ירושת הבן? על כך מובאות דעות חולקות בתלמוד. "אמר אמימר **בת יורשת הויא** [עישור נכסים שתקנו לה בתורת ירושה תקינו לה - רש"י]. **רב**

²⁵ משנה, בבא בתרא ד, י.

²⁶ בבלי, כתובות נב, ע"ב. התלמוד סמך את הוראת המשנה בעניין מתן נדוניה לאמור בבניאים "דכתיב: "קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים." (ירמיהו כ"ט, ו)

²⁷ ביחס לתקנה זו נכתב רבות, ואין זה המקום לעסוק בשדה אותה חרשו ראשונים, אך נציין לעניינו את הקשר שרואה התלמוד בין מתן רכוש בחיי האב לבין פגיעה בדיני הירושה. חז"ל אף הרחיקו לכת וקבעו את כתובת בנין דכרין כתקנת ביי"ד, כך שגם בהיעדר ציון מפורשות בכתובה החילו חז"ל את התקנה על הבעל. במקביל, עלינו לציין את דרישת קיום "מותר דינר". דהיינו, טרם מימוש תקנת בנין דכרין עלינו לבדוק האם יישאר בעיזבון סכום מינימלי לחלוקה ליורשים החוקיים של הבעל ע"פ הדין המקראי. אם לא כן, לא יתקיים תנאי ביי"ד המעניק עדיפות לילדי האישה שנפטרה לגבות את כתובת אימם מנכסי אביהם טרם חלוקת העיזבון. דרישה זו מעקרת את החידוש בתקנת חז"ל, הואיל והיא מצביעה על כך שאין המדובר בשינוי דיני הירושה.

²⁸ המשנה והברייתא מובאות בבבלי, כתובות סח, ע"א וכן פירש רש"י ד"ה "מה שראוי", וראה נמוקי יוסף הסובר כי אין זהות בין ת"ק לרבי אלא המדובר בדעות חולקות.

אשי אמר – בת בעלת חוב היא²⁹. הגם שהמדובר בדעה יחידה, דבריו של האמורא אמימר הם המקור הקדום ביותר הקובע כי ניתן לשנות מהדין המקראי וליתן לבנות מעמד של יורשות מכח תקנת חז"ל.

תקופת הגאונים והראשונים

החל מסיום תקופת התלמוד חל שינוי בתקנות שנקבעו עוד בתקופת המשנה. עריכת צוואה שהיא מעשה אישי, הייתה מקובלת ומוכרת כדרך הורשה לבנות. אנו מוצאים בתשובת רב נטרונאי גאון, צוואות בנוסח זה ללא הטלת דופי בכותב הצוואה על מעשיו וללא התייחסות לאיסור המוזכר בתלמוד בדבר העברת הנחלה ("עבורי אחסנתא"). "עכשיו שאמר 'תיטול בתי פלונית כאחד מבני לאחר מיתה' שמה כאחד מן הבנים ונעשית כיורש וכאחד מבניו"³⁰. מאוחר יותר, בתקופת הראשונים מציין מהר"ם מרוטנבורג "באיש שהיה לו ב' בנים ובת אחת וכתב שטר מתנה לבתו מהיום ולאחר מיתתו תטול בתינו כאחד מן הבנים"³¹. אך יש לשים לב לשינוי שחל בהיקף הנכסים הניתן להורשה במסגרת הצוואה. בעוד בתקופת הגאונים פוסק רב נטרונאי כי השוואה מגדרית בצוואה מביאה לתוצאה של חלוקת הרכוש באופן שווה כפי שהוא קיים בעת הפטירה, והבת מקבלת מעמד של "יורש". המהר"ם מרוטנבורג פוסק במקרה המובא לעיל, כי החלוקה תהא רק לגבי הרכוש הידוע בעת כתיבת הצוואה.

"... צריכים לתן לחתן חלקו כפי מה שהיו הנכסים בשעת מיתת אביהם ואם מכרו או נתנו מכרן או מתנתן בטלה ... דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"³².

גם בתקנות בנין דכרין ועישור נכסים חלו שינויים.

במהלך תקופת הגאונים התערער מעמדה של תקנת בנין דכרין. אנו מוצאים עדות לכך שהפסיקו לנהוג כפי תקנה זו בשל העובדה שהאבות היו נותנים לבנותיהם נדוניה מספיקה, ואף היו מקרים שהפריזו בסכומים שניתנו לבנות ולא היה עוד צורך לעודד את מתן הנדוניה³³. וכך נכתב בתשובתם³⁴:

²⁹ זו הפעם הראשונה בה אנו מוצאים תקנה הגורעת ישירות מעיזבון הנפטר לטובת מי שאינו זכאי ליורשו, דבר המעמיד אותו כיורש בפועל, גם ללא הבעת רצון מפורשת של האב לעשות כן. האם זכות הבת היא עשירית מרכוש האב לכל היותר? על כך אומרת המשנה - "רבי יהודה אומר אם השיא את הבת הראשונה ינתן לשניה כדרך שנתן לראשונה וחכמים אומרים פעמים שאדם עני והעשיר או העשיר והעני אלא שמיין את הנכסים ונותנים לה". ע"פ שיטת רבי יהודה גובה הסכום שישולם לבת נקבע ע"פ אומדנא בדעת האב, אותה ניתן להסיק מן הנסיבות. לשיטת חכמים הסכום שיינתן הוא סכום קבוע בגובה עשירית מנכסי האב. התלמוד דן במחלוקת זו ומגיע למסקנה כי שיטת רבי יהודה בדבר קביעת גובה הסכום ע"פ אומדנא אינה דוקא במקרה בו השיא בפועל האב בת אחת בימי חייו, אלא גם במקרה בו לא השיא אף אחת. לדעת התלמוד, מחבר המשנה ציין מקרה ספציפי כדי לחדד את שיטת חכמים שעל פיה אף כשקיימת אומדנא מוכחת, כמו נישואין של בת קודמת, אין בכך כדי לחייב את העיזבון יותר מעשירית היקפו.

³⁰ תשובות רב נטרונאי גאון - ברודי (אופק), חושן משפט, סימן שסח.

³¹ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, חלק ד (דפוס פראג) סימן רמד.

³² ה"ש 32. וכן נפסק בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קח ס"א.

³³ ראה ש, אסף "ביטולה של כתובת בנין דכרין" הצופה לחכמת ישראל, י (תרפ"ו) 18, 23; פ.דיקשטיין "כתובת בנין דכרין" המשפט העברי, ג, (תרפ"ח) 82-25; י רבלין "שטר חצי זכר" דיני ישראל י"ז (תשנ"ג - תשנ"ד) קנ"ה, קנ"ט (להלן: "רבלין שטר חצי זכר"); י.שציפנסקי, תקנות הגאונים, 74-78; מ.אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו עקרונותיו, (ירושלים, תשל"ג), 538. (להלן: "אלון - המשפט העברי"); יהושע הרוביץ, "נישואין ומנהגי נישואין בספרות ותקופת הגאונים" מחניים פ"ג, תשכ"ג.

³⁴ תשובות הגאונים, שערי צדק חלק ד, שער ד סימן יז.

"אבל היום כמה שנים שבטלה כתובת בנין דכרין משיבתנו ואין אנו דנין בה... עיקר התקנה לא היתה אלא כדי שיקפץ אדם ויתן לבתו כבנו, והיום ולואי שיתן אדם לבנו כבתו, שרוב בני אדם מניחין את בניהם בלא מחיה ומתקנין את בנותיהם, וכמה פעמים הוצרך הדבר לנדות כל מי שירבה במתנת בתו ובנדוניא יתר מדאי, וכיון שראו חכמים כן בטלו כתובת בנין דכרין ועשו תקנה לבת על מה שפסקו חכמים שנותנין לה עישור נכסים"³⁵

בהיעדרה של תקנת בנין דכרין, היה צורך להגן על נכסי האב שניתנו כנדוניא לבתו מפני ירושת הבעל. לכן תוקנו תקנות מקומיות שהיו בעלות מאפיינים שונים³⁶. באשכנז מצאנו את תקנות ר"ת³⁷ ותקנות שו"ם העוסקות בחובת הבעל להשיב לאבי האישה את מלוא הנדוניא לאחר שנת נישואין במקרה של מות האישה ללא זרע, והחזרת מחצית הנדוניא בתום שנתיים³⁸.

תקנות ר"ת ותקנות שו"ם, שקיבלו תוקף מכח היותן תקנת הקהילות והוטל חרם על מי שאינו מציית להן³⁹, היו תקפות רק למקומן ולזמנן. לקראת סוף תקופת הראשונים באשכנז, חל שינוי באופן השמירה על הנדוניא ועל זכויות הירושה של הבת. התקנות שהיו נהוגות בשו"ם חייבו רק במקום בו היה מנהג לפסוק כמותן והן הפכו לחלק מהכתובה באופן בו נכתב בה: "**מחמת עידור וקטט יעמוד כתקנות שו"ם**". היה בכך גריעה של ממש בכוחן של התקנות. ממעמד של הוראה מחייבת הן הפכו להיות מנהג. המשמעות הייתה, שעל מנת לחייב את מי שלא רשם בכתובתו שהוא מקבל על עצמו את תקנות שו"ם, היה צורך להוכיח ראשית את קיום המנהג במקום הנישואין ואת היקפו, האם הוא מתייחס רק לנדוניא או הוא כולל גם מתנות שניתנו לחתן ולא הוגדרו מראש כנדוניא⁴⁰. בנוסף היה צורך להוכיח כי החתן ידע על המנהג⁴¹.

³⁵ לא כל הגאונים סברו כפי המובא בתשובה זו. ראה שו"ת הריב"ש (רבי יצחק בר ששת פרפת, הריב"ש, נולד בברצלונה בשנת ה"א פ"ו (1326) ונפטר בשנת ה"א קס"ח (1408) באלג'יר), סימן קן, שכתב בהתייחסו לתוקף ההלכתי של כתובת בנין דכרין. "ונראה, שאחרי שרוב הגאונים ז"ל כתבו והשיבו הלכה למעשה שהיא נגבית, והרי"ף ז"ל והר"ם ז"ל והרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל לא הזכירו כלל תקנת שום גאון כנגדה, כבר נראה שלא חשו לדברי אותן הגאונים שאמרו שאין לגבותה. ולכן, אם יבא אדם לתבוע אותה, מגבין לו עפ"י דין התלמוד".

³⁶ ראה, אברהם גרוסמן, "קהל ישראל: השלטון העצמי היהודי לדורותיו - ימי הביניים והעת החדשה המוקדמת (כרך ב), מרכז זלמן שזר לחקר תולדות העם היהודי, ירושלים, תשס"ד – 2004, עמ' 68. "תקנות הקהילה היו כלי העזר העיקרי בארגון חיי הציבור בימי הביניים. הן אפשרו למנהיגי הקהילות להתמודד עם בעיות שהתעוררו בשל תנאים חברתיים, כלכליים ודתיים שמקורם בנסיבות היסטוריות חדשות."

³⁷ תוספות, כתובות מז, ע"ב, ד"ה "כתב לה". שם גם מופיע כי ר"ת חזר בו בסוף ימיו מתקנה זו וכן סקירה מקיפה אצל ש. אסף "התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו" מדעי היהדות כרך א 79-94 וכן א. וולף "ירושת בני הזוג במשפט העברי והישראלי" (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, ירושלים, תשל"א), 114. וכן ידידיה כהן, "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו" שנתון המשפט העברי כרך ו-ז (תשל"ט-תש"ס) 133-175.

³⁸ התקנות היו פתרון לזמן קצר שכן הן התייחסו לעניין ירושת הבת כתוצר לוואי של הרצון להעניק נדוניא נכבדת לבת, ולא מתוך מגמה לשנות את דיני הירושה.

³⁹ ראה, י.שציפנסקי, "תקנות שו"ם", "הדרום" חוברת כו, תשרי תשכ"ח, עמ' 186.

⁴⁰ שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיח סעיף יט.

⁴¹ בית שמואל, אבן העזר, סימן נג ס"ק כ. וראה מחלוקתו עם החלקת מחוקק (שם), ס"ק כב) בשאלת דינו של מי שלא ידע על המנהג.

כמו כן, מצאנו שימוש ב- "שטר ירושה"⁴². שטר זה ניתן בידי החתן במסגרת הנישואין והיה חלק מהנדוניא. משמעותו הייתה התחייבות אבי האישה ליתן לה חלק בעיזבונו השווה לחלקו של בן זכר. עדות לכך מצאנו בדברי המהר"ם מרוטנברג⁴³: "נדון על המתנה שנתן ראובן לחתנו וכתב בה שיטול מכל נכסיו ממקרקעי ומספרים וממעות כאחד מן יורשיו ושטר מתנה זו כתוב [בה] מהיום ולאחר מיתה הרי [הוא] מתנת בריא וזכה בגוף כל הנכסי' שהיו לו בשעת המתנה גופא מהיום [ופירי] לאחר מיתה". קיים דמיון בין תקנת בנין דכרין המובאת במשנה לבין שטר הירושה שהתפתח בתקופת הראשונים הואיל ושניהם עוסקים במתן נדוניה לבת, דבר הגורע מירושת הבנים. ניתן לומר כי שטר ירושה שנהג בתקופת הראשונים הוא התפתחות מאוחרת של תקנת "בנין דכרין" שהלכה ונעלמה לה בקהילות אשכנז.⁴⁴

בניגוד לשיטה האשכנזית כפי שהתגבשה במהלך תקופת הראשונים לאחר תקופת ר"ת, השיטה ההלכתית בה נקטו חכמי ספרד בעניין ירושת הבנות הייתה התמדה בדרך של התקנת תקנות. לעניינו נציין את תקנת טוליטולא⁴⁵ שנועדה להבטיח מתן נדוניה לבנות כדוגמת תקנות שו"ם באשכנז⁴⁶. בדומה לרקע שהביא להתקנת תקנות ר"ת, מטרתה הייתה שמירה על נכסי האב בעת פטירת האישה, על מנת שלא יתקיים בו הפסוק "שורך טבוח לעינך"⁴⁷.

וזה נוסח התקנה השייך לעניינו: "כשתמות האשה תחת בעלה והניחה ממנו זרע של קיימא בין שיהיה בן או בת...מכל מה שימצא מעזבונה שהוא מבגדים שלה או קרקע נדוניתה או קרקע קנוי בשמה יחלוק אותו הבעל עם אותו הזרע לחצאין בשוה ואם לא הניחה זרע של קיימא כמו שזכרנו יהיה כל מה שביארנו מעניני עזבונה הנמצאים בעין בין הבעל ובין הזוכים בירושתה זולתו ויחזור החצי הנזכר ממנו שהיה לו ליורש מן הדין לאשר יהיה לו דין קדימה בירושתה."⁴⁸

שלא כפי תקנות ר"ת, תקנה זו לא הייתה מוגבלת למשך הנישואים, אלא קבעה כי בכל עת שהאישה תלך לעולמה יירשו בניה ובעלה את רכושה בחלקים שווים, ואם אין לה צאצאים מחצית הייתה חוזרת

⁴² אין אנו יודעים בוודאות מועד תחילתה של תקנה זו, ראה ש. אסף "לשאלת הירושה של הבת" ספר היובל ליעקב פריימאן (ברלין תרצ"ז) 9. וכן רבלין - "שטר חצי זכר", קנה.

⁴³ שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג) סימן אלף ד. וכן ראה שם, חלק ד (דפוס פראג) סימן רמג.

⁴⁴ ראה מסקנה זו בדברי רבלין, "שטר חצי זכר", שם עמ' קנז.

⁴⁵ על תקנת טוליטולא ראה אברהמסון שרגא "על תקנת טוליטולה (טולידו) בירושת הבעל את אשתו" ציון שנה ס תשנ"ה עמ' 221-224 וכן אסף "התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו" מדעי היהדות כרך א 79-94.

⁴⁶ יש לציין כי בספרד הייתה קיימת גם תקנת ואלדוליד המוזכרת בשו"ת הריטב"א קפ, תקנה זו מבוססת על תקנות טוליטולא אך מראש הוגבלה ל- 50 שנה בלבד. החידוש בתקנה זו הוא נוסח התקנה "ותטול ותרש", יש כאן אזכור מפורש של בת כיורשת. מנגד, חידוש המוגבל רק לגבי בת שאינה נשואה וכל אשר ניתן לה הוא מדין "עישור נכסים" – נדוניה כפי דין המשנה. תקנה זו הייתה הבסיס לתקנות פאס בתקופה מאוחרת יותר. ראה י. שציפנסקי, "התקנות בישראל", כרך רביעי, "תקנות הקהילות", תקסא.

⁴⁷ שו"ת הרא"ש כלל נ"ה סימן א. ר"ת סמך דבריו על הפסוק "ותם לריק כחכם" המובא בתוכחה בפרשת בחוקותי.

⁴⁸ ארבעה טורים, אבן העזר, סימן קיח. תקנות אלו היו מצויות בקרב יהודי ספרד ונתקנו אף במולדנא ובאלגז'יר כפי שכותב הרב יוסף קארו בשו"ת בית יוסף דיני כתובות סימן י: "תנאי שיחזיר הנדוני' קצתה או כול' ליורשיה אם אין לה בנים ממנו או לבניה שיהיו לה ממנו מהני ואפי' בלא תנאי אם יש תקנה באותו מקום בכיוצא בזה שהרי תקן ר"ת שאם תמו' האש' תוך שנתה שיחזור הנדוניא לאביה וכן בתקנות מולינא וטוליטולא שיחלקו הבעל והזרע שיש לו ממנה בשוה כמו שהביא הרא"ש בכלל כ"ו וכן בתקנות אלגז'איר".

לבית אביה.⁴⁹ התקנה עסקה גם בזכויות האישה במקרה של פטירת הבעל, סיטואציה בה לא עסקה כלל הפסיקה האשכנזית. כמו כן, הייתה התקנה הייתה רחבה יותר מתקנת "בנין דכרין" ונתנה פתרון להשבת הנדוניה לבית אבי הכלה בהיעדר נכדים, ואף הטיבה את מצבו של אבי הכלה יותר מתקנות שו"ם שהיו מוגבלות במשך זמן הנישואין. בנוסף היא כללה אפשרות לגביית חוב הנדוניה גם ממיטלטלין, בעוד תקנת "בנין דכרין" שהייתה חלק מתנאי כתובה אפשרה לגבות את החוב רק מקרקעות. מסיבה זו לא צמח בספרד מוסד מקביל לשטר הירושה, כפי שהיה נהוג באשכנז ואילו תקנת "בנין דכרין" הלכה ונעלמה.⁵⁰

חשוב לציין כי למרות שמשמעותה המעשית של התקנה היא הפקעה חלקית של זכות הבעל בירושת אשתו, בתקופת הראשונים לא בוטלה תקנת אושא הקובעת כי הבעל נחשב כלוקח בנכסי אשתו. על מנת להסביר עניין זה נקדים ונסביר את מהות התקנה שנתקנה בתקופת התלמוד. "אמר רבי יוסי בר חנינא באושא התקינו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות"⁵¹ ופירש"י, חז"ל החשיבו את הבעל כלוקח ראשון כיוון שירש את אשתו. ונחלקו הרא"ש והרמב"ם מאימתי יש לבעל זיקה של לוקח ברכוש אשתו. לדעת הרמב"ם, "אם מכרה האשה נכסי מלוג אחר שנשאת אע"פ שאותן הנכסים נפלו לה קודם שתתארס, הבעל מוציא הפירות מיד הלקוחות כל ימי חייה, אבל לא גוף הקרקע, שאין לו כלום בגוף נכסי מלוג עד שתמות."⁵² ואילו לדעת הרא"ש כבר מעת הנישואין הופך הבעל ללוקח בנכסי אשתו, ולכן אם מכרה את נכסי מלוג בחייה, הבעל מוציא מידי הלקוחות את הגוף ואינו צריך להמתין לפטירתה.⁵³

לכאורה לפי תקנת טוליטולא, הקובעת כי בעת פטירת האישה, יושב רכושה לידי יורשיה ולבעל אין זכויות עתידיות ברכוש זה, הייתה אמורה להתבטל תקנת אושא והאישה הייתה יכולה לבצע כל דיספוזיציה ברכושה. בפועל, פסקו הראשונים כי אין רשות לאישה להעניק את רכושה לצד שלישי והוסיפו כי איסור העברת הרכוש כוללת איסור העברת הרכוש גם לבעל עצמו, האישה אינה יכולה לצוות את רכושה לבעלה. הנימוק להוראה זו היה לשון תקנת טוליטולא שקבעה כי הבעל אינו זכאי בנדוניה שהביאה לו אשתו והוסיפו כי הרכוש יעבור רק ליורשי האישה ואין לה רשות לשנות מהוראתם.⁵⁴

⁴⁹ י.שציפנסקי, "התקנות בישראל", כרך רביעי, "תקנות הקהילות", תקס.

⁵⁰ ראה שו"ת "זכרון יהודה" (רבי יהודה בן אשר, (בנו של הרא"ש) (1270-1349) שימש אב"ד בטולדו), סימן א. "אני מסופק אם נוהגת כתובת בנין דכרין לפי תקנת טוליטולה ולא שמעתי לעולם מי שתבעה ועוד נראה לי שאפי' אם נדון אותה שאין לנו לדונה אלא כפי התלמוד" וראה רבלין - "שטר חצי זכר", קסא.

⁵¹ בבלי, כתובות נ, ע"א.

⁵² משנה תורה, אישות, פרק כב הלכה ז.

⁵³ רא"ש, כתובות פרק ד' סימן י"ז.

⁵⁴ בעניין זה הייתה מחלוקת קשה בין הרא"ש לבין רבי ישראל מטולדו. רבי ישראל סבר כי האישה יכולה להוריש את המגיע לה מכח התקנה לבעלה או לכל מי שתחפוץ. ראה שו"ת הרא"ש כלל נה סימן ד' וכן בהרחבה במאמרו של שויקה, אהרן, "הפולמוס על תקנת טוליטולה בירושת הבעל את אשתו" תרביץ סח,א (תשנט), 87, 93-127.

הרא"ש הקפיד לבאר כי זכויות האישה מוענקות לה מכח התקנה ויש להיצמד להוראותיה למרות שלפי ההגיון, הואיל וזו תקנה לטובתה היא יכולה לשנות את הוראותיה ולוותר על הרכוש שהוענק לה, בוודאי לטובת בעלה שהוא היורש מכח הדין. על טענה זו כתב הרא"ש בלשון חריפה: **"ועל שכתבת מגזרת השכל וגזרת הדת, מה אשיב על זה? לא תהא תורה שלנו כשיחה בטלה שלכם, חכמת הגיונכם, אשר הרחיקו כל חכמי הדת נביא ממנה, אות או מופת, לחייב ולזכות ולאסור ולהתיר."**⁵⁵ ניכר כי מתקני תקנת טוליטולא והרא"ש בעיקבותם הקפידו לבאר כי מחצית הרכוש שהוענק לה מכח התקנה לא היה מכח ביטול ירושת הבעל את נכסי אשתו, אלא המדובר בשתי הוראות משלימות ומצטברות. ראשית הפקעת זכות הירושה של בעל בנכסי אשתו ויחד עם זאת השבת הרכוש לבעליו. לכן נקבע על ידי מתקני התקנה (לפרשנותו של הרא"ש) כי כאשר נדוניא ניתנת לאישה על ידי אימה והאישה נפטרת במהלך נישואיה, יש להשיב לה רכוש זה לאם. לא מכח ירושת האישה, שהרי אם אינה יורשת את ילדתה, אלא מכח התקנה שקבעה כי הרכוש יושב לנותנו. חשוב היה לרא"ש להדגיש שאין שינוי בדיני ירושת הבעל, הוא יורש את אשתו, יש תחולה לתקנת אושא, למעט הוראות מנסחי תקנת טוליטולא והעברת הרכוש מכח התקנה. פרשנות זו לתקנת טוליטולא, אצל חכמי ספרד, מקורה ברצון למנוע שינויים בדיני ירושה ולא ליתן לאישה זכויות ירושה באופן ישיר. בכך אנו עדים לגישה שמרנית הדומה לפסיקה האשכנזית המעודדת מתן נדוניא חלף זכויות בירושה, אם כי המדובר בתקנות ארוכות מועד בניגוד לתקנות ר"ת שהיו לטווח קצר.

השמירה על דיני הירושה במקביל להתקנת התקנות, מוצאת את ביטויה גם בשאלת גביית הכתובה על ידי האישה בעת פטירת בעלה. כאן לא מצאנו אחידות בתקנות שנהגו בספרד. בתקנות טוליטולא ומולינא נקבע כי לאחר פטירת הבעל תיקח האישה את אשר הביאה מבית הוריה. בנוסף נקבע כי היא זכאית לכתובתה ובתנאי שלא תגבה יותר ממחצית רכוש הבעל. התקנה העניקה את זכות הברירה ביד היורשים. בנכסים מועטים היו מעניקים לה מחצית הרכוש ובנכסים מרובים שילמו את הכתובה⁵⁶. הנימוק לתקנה זו, הוא הרצון שלא לפגוע ביורשים על פי דין על מנת שלא ייצאו קרחים מכאן ומכאן, כפי שהנימוק שמעלה הרשב"א בהסבירו את התקנות שנהגו בקשטליא: **"קהלות הקדש אשר בקשטליא ... יש תנאי שהתנו ביניהם, וזה לשון שטר התנאי: מפני דרכי שלום, מפני שראו הקהל, ישמרם צורם, שבשעת פטירת האיש או בשעת פטירת האשה היה הבן יוצא קרח מכאן ומכאן, הסכימה דעתם ועשו תנאי והסכמה ביניהם ... כשיפטר האיש בחיי אשתו, שיחלקו כל בניו עם אשתו שוה בשוה כל הנכסים שהיו להם משום צד שבעולם ... ולא תהיה האשה רשאית לתבוע כתובה, וכו' ... ואם חס ושלושם יפטר הבעל בחיי אשתו, ולא יהיה לו זרע ממנה, שתקח האשה מהנכסים שהיו**

⁵⁵ שו"ת הרא"ש כלל נה סימן ט.

⁵⁶ ראה אסף "התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו", שם, עמ' 82.

להם בשעת פטירתו, כל מה שיתברר על דרך האמת שהביאה לו בנדוניא; ומה שישאר, שתקח האשה הרביע, ויורשי הבעל שלשה חלקים"⁵⁷.

לגבי תקנת עישור נכסים מצאנו שינוי רק לקראת סוף תקופת הראשונים. בתקופה זו התקנה נשארה במתכונתה כפי שנקבעה בתקופת המשנה והתקבלה הדעה המובאת בתלמוד בשם אמימר, כי בת אינה בגדר יורשת אלא היא בעלת חוב של האחים. מה גובה החוב של הבנים כלפי הבת? על כך נחלקו הראשונים.

קיימת הסכמה בין הראשונים כי על מנת לקבוע את הסכום אותו על הבנים ליתן לבנות יש לאמוד את דעת האב, אלא נחלקו בתוצאות האומדן. ישנם הסוברים כי האומדן תקף רק לעניין הפחתה מהסך הנקוב במשנה שהוא עשירית הנכסים. בשום מקרה לא ייתן לבת יותר מעישור הנכסים שכן המשנה קבעה סך מקסימלי.⁵⁸ לעומתם רוב הראשונים סוברים כי הסך שנקב במשנה הוא ברירת מחדל למקרה בו לא קיים אומדן. אך אם יכולים לאמוד את דעת האב ניתן להוסיף או לפחות מעישור נכסים.⁵⁹

מקור המחלוקת בין הראשונים הוא ההבנה השונה של היחס בין החובה ליתן נדוניא לבת, לבין ההוראה התלמודית שלא להעביר נחלה מאת היורשים, הוראה המכונה "עבורי אחסנתא" כנוכח לעיל. כפי שהסברנו, מתן נדוניא הוא העברת כספי ירושה. הראשונים שפסקו כי ניתן לחרוג מהסך של עישור הנכסים סברו כי אין המדובר באיסור אלא בהוראה כללית שאינה מחייבת, לכן אומדן דעת האב אינו מוגבל לסכום מסויים. לעומתם, ראשונים אחרים פירשו את "עבורי אחסנתא" כאיסור הלכתי. לכן, פסקו כי אומדן דעת האב לא יחרוג מהסך של עישור נכסים שהוא הסך שנקבע בדברי התנאים.⁶⁰ ייתכן גם להסביר את דבריהם כנובעים מהחשש שלא להעניק לבת מעמד של יורשת. הקביעה כי עישור נכסים הוא סכום קצוב ומוגבל מעניקה לחיוב זה מאפיינים של "חוב" ולא של זכות בלתי מסויימת בנכסי העיזבון, זכות הדומה לירושה.

בסוף תקופת הראשונים, באשכנז, תפס שטר הירושה את מקומה של תקנת עישור הנכסים. שטר הירושה הונהג גם לגבי בנות שאינן נשואות ונועד להבטיח להן נדוניה ראויה בעת פטירת האב, אך על מנת שלא להעביר נחלה מאת היורשים צומצם רק למתן מחצית חלק זכר לבת. וכך כתב בשו"ת מהר"ם מינץ: "אי הוי לה שטר ירושה אית לה הרווחא דביתא מהני נכסים... כך התקינו באלו המדינות ליתן

⁵⁷ שו"ת הרשב"א חלק ג סימן תלב.

⁵⁸ תוספות, כתובות נ, ע"ב, ד"ה "ומאי עלייה" וכן נימוקי יוסף על הרי"ף כתובות סח ע"א.

⁵⁹ רש"י, רי"ף, רמב"ן כתובות סח, ע"א. וכן משנה תורה, אישות, פרק כ הלכה ג'.

⁶⁰ רבינו חננאל, הובאו דבריו ברי"ן כתובות סח ע"א.

שטרות לבנות כדי שיהא להם פרנסה להשיאן וכדי שיקפוץ עליהן ... וזהו טעמא דידן דנותנין שטרי ירושות לבנות באלו המדינות ולפי האי סברא והוי השטר במקום עישור נכסים כדי שיקפוץ".⁶¹

בספרד לא מצאנו שינוי בתקנת "עישור נכסים" שכן שם לא נהגו שטרי ירושה בשל קיומה של תקנת טוליטולא, על כן נותרה תקנת המשנה המקורית ליתן עישור נכסים לבנות שטרם נישאו.

⁶¹ שו"ת מהר"ם מינץ סימן מז.

סיכום

הדין המקראי קבע את סדר ההורשה ושלל מבנות זכות לקבל חלק בנכסי אביהן. המטרה המוצהרת המובאת במקרא, היא הרצון לשמור על גבולות חלוקת הארץ לשבטים ולמנוע העברת אדמות משבט אחד למשנהו, במקרה של נישואין בין שבטיים. הגם שחלוקת הארץ לשבטים התבטלה בסוף תקופת בית ראשון, לא חל שינוי בדיני הירושה ולא השתפר מעמד הבנות. שינוי מסויים אנו מוצאים החל מתקופת המשנה. מחד חוזקו דיני הירושה המקראיים וניתן להם תוקף של הוראות קוגנטיות, עד כי חז"ל קבעו "כל האומר תירש בת עם בת הבן אפילו נשיא שבישראל אין שומעין לו שאינן אלא מעשה צדוקין". מנגד, אנו מוצאים הוראות שהקלו עם מתן ירושה לבנות. חכמי המשנה הכירו באפשרות הורשת רכוש שלא על פי דין המקרא, באמצעות צוואה או כפי שהיא מכונה במשנה בשם "דייתקי", ונקבעו תקנות שעקפו את דין תורה וקיבלו מעמד של תקנת בי"ד. לעניין זה ציינו את "תקנת בנין דכרין" שנועדה לעודד אבות ליתן נדוניה בסכום גבוה לבנותיהם. התקנה הבטיחה לאב כי אם תמות בתו לאחר נישואיה, הנדוניה שהעניק לה תישאר לטובת צאצאיו בלבד, ולא תעבור לבעל או ליורשיו. בנוסף, נתקנה הייתה "עישור נכסים" שחייבה את הבנים היורשים ליתן לאחיותיהן הבלתי נשואות עשירית מנכסי העיזבון כנדוניה. המשותף לתקנות אלו שהן אינן מעניקות לבנות זכות ירושה במשרין, אלא תקנות שתוצאתן הייתה מתן זכות כספית לבנות בעיזבון אביהן. אמנם התקנות לא עסקו בדיני ירושה במישרין, אך התלמוד ראה בהן תקנות המשנות את סדר ההורשה, שהרי מתן נדוניה לבת, גורם לפגיעה בהיקף העיזבון העתידי שיוותר לבנים. להבנתו של התלמוד, הטלת חובה או עידוד האב לתת לבנותיו סכומים גבוהים כנדוניה, נחשב כמתן זכות ירושה לבת, דבר האסור על פי דין תורה. במענה לתמיהה היאך יכולה המשנה לשנות את דין המקרא, הסביר התלמוד כי קיימת חובה על האב להשיא את בנותיו וליתן להם נדוניה מכובדת, על מנת שיחפצו לשאתן. כאסמכתא להסבר זה צירף התלמוד פסוקים מהנביאים הקובעים כי אב חייב להשיא את בנותיו.

יחד עם הסבר דברי המשנה, הוסיף וציין התלמוד הסתייגות מהעברת נחלה מהבנים, המכונה בלשונו "עבורי אחסנתא". הסתייגות זו קובעת כי כל מי שגורם להעביר זכות ירושה מבניו בדרך של צוואה או מתנה מחיים, אין דעת חכמים נוחה ממנו. כך שבפועל בתקופת התלמוד צומצם החידוש של דברי המשנה המתיר עריכת צוואות או הענקת מתנות מחיים ונותרנו רק עם תקנות מפורשות, "בנין דכרין" ו"עישור נכסים" אשר לגביהם היה מקור תומך בתנ"ך.

בתקופת הגאונים התבטלה תקנת "בנין דכרין" בשל העובדה כי אבות העניקו סכומי נדוניה גבוהים לבנותיהם, ולא היה כל צורך בתקנה זו שנועדה לעודד מתן כספים לבת. תקנת "עישור נכסים" לא שונתה ונותרה במתכונתה כפי שנהגה בתקופת המשנה.

בתקופת הראשונים מצאנו תקנות חדשות הנוגעות להבטחת מתן נדוניה לבנות. "תקנות שו"ם" באשכנז ו"תקנות טוליטולא" בספרד. תקנות אלו, בדומה לתקנת "בנין דכרין" שלא חודשה, עסקו בהבטחת הנדוניה, וביקשו להבטיח כי במקרה של פטירת הבת, הנכסים שהוענקו לה כנדוניה, לא יועברו מכח דיני הירושה לבעל או לבניו, אלא יושבו לאביה. בנוסף העניקו רוב הראשונים פרשנות מרחיבה לתקנת "עישור נכסים", וקבעו כי הסכום שיינתן לבת מעיזבון אביה הוא על פי אומדן דעת האב, ללא הגבלת הסכום לעשירית הנכסים בלבד כפי שנקבע במשנה.

לקראת סוף תקופת הראשונים פחת השימוש באשכנז בתקנת עישור הנכסים כאמצעי להעניק לבנות ממון אביהן, והם תקנו "שטר ירושה" שהוא מסמך הנערך על ידי האב ובו העניק האב זכויות ממוניות לבנותיו. לאור תקנה זו התמעט השימוש בתקנת עישור הנכסים באשכנז עד כדי ביטולה לחלוטין.

בספרד לעומת זאת, לא פשט המנהג לערוך שטרי ירושה ונותרה תקנת טוליטולא.

אנו רואים כי כבר החל מתקופת המשנה חלו שינויים לטובת ירושת הבנות תוך סטייה מהדין המקראי. חז"ל היו ערים לצורך ליתן לבנות חלק ברכוש אביהן ותקנו תקנות שונות על מנת להבטיח את זכויות הבת. המאפיין העיקרי של תקנות אלו כפי שנראה בהמשך, הוא התקנת תקנות עקיפות שנועדו להעניק לבנות זכויות בממון האב, על חשבון הירושה העתידית שלה זכאים הבנים בלעדית מכח הוראות התורה, ולא תקנות המעניקות להן שיווין מגדרי לבנים בעת חלוקת הירושה.

פרק שני - תקנות האחרונים בירושת הבת

אשכנז

"שטר חצי זכר"

כהמשך למנהג לכתוב "שטר ירושה", שהחל באשכנז בשלהי תקופת הראשונים ובאמצעותו הוענק לבת מחצית חלקו של בן זכר, החל נפוץ השימוש בשטר זה שכונה בשם "שטר חצי זכר", עד כי הרמ"א כותב בהלכותיו: "שטר חצי זכר שנוהגין בו האידנא"⁶².

שטרות אלה שבתקופת הראשונים היו ערוכים כשטר צוואה ונוסחו כמתנה מחיים,⁶³ נוסחו בתקופת האחרונים כהתחייבות והודאה של האב⁶⁴ כלפי הבת בסכום הגבוה משווי חלק חצי זכר בעיזבוננו, בתוספת תנאי, אם יתנו לה יורשיו חלק של חצי זכר יימחל החוב⁶⁵. מטרתו העיקרית של "שטר חצי זכר" הייתה מתן נדוניה לבת על מנת ש"יהיו עליה קופצים", ולא מתן זכות ירושה לבת שהיה תוצר לוואי של פתרון זה.

נוסח שטר החוב מובא בספר "נחלת שבעה" אותו הרבו לצטט האחרונים⁶⁶ "זיכרון עדות... הנני מודה בפניכם היום... אין שיש בידי ממון בתי הנ"ל... שהלוותה אותם לי מידה לידי במזומנים, והרי הם עלי ועל יורשי אחרי בחוב גמור... וכן התניתי עמה שזמן פירעון החוב הנ"ל לא יחול עלי ולא יגיע אלא שעה אחת קודם מותי... אכן תנאי זה התנתי עם בתי הנ"ל שכשיגיע זמן פרעון הנ"ל ויאותו בני הזכרים לשלם לה חוב הנ"ל או ליתן לבתי הנ"ל או ליוצאי חלציה... חצי חלק זכר בן פשוט" לשטר זה היו שלושה מאפיינים:

(א) מתן חלק בשווי מחצית חלקו של בן יורש.

(ב) כתיבת השטר בזמן הנישואין.

⁶² שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צ, סעיף א. וראה דברי הרמ"א בדרכי משה סימן קיא סק"ה ובשולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיא סעיף טז, בעניין ביטול מעמדה של כתובת בנין דכרין מהנימוק שצויין על ידי הגאונים (ה"ש 34) "שנוהגין ליתן לבת יותר ויותר". ואף הוא כתב "מימי לא ראיתי ולא שמעתי בזמנים אלו להגבותה". כפי שיבואר להלן, "שטר חצי זכר" היה חלק מהנדוניה ותוצאתו הייתה מתן סכומים ניכרים לבת עובר לנישואיה חלקם בעת הנישואין וחלקם בזכות ירושה, והכל על חשבון ירושת הבנים.

⁶³ ראה מרדכי בבא בתרא תקצט, בשם מהר"ם מרוטנבורג.

⁶⁴ לנוסח המלא של שטר חצי זכר ראה "נחלת שבעה" סימן כא.

⁶⁵ האם המדובר בחוב או בירושה? עיין "נחלת שבעה" סימן ו, מחלוקת הרמ"א (ח"מ רפא, ז) והמהר"ק (שורש יג) וראה שו"ת "שארית יוסף" (הרב יוסף כ"ץ, פולין, 1514-1590) סימן סב.

⁶⁶ "נחלת שבעה" סי' כ"א ועיין "פתחי חושן" לרב יעקב ישעיה בלויא, ומאמרו של הגר"נ גולדברג "ירושת הבת". תחומין די' 342.

ג) החרגת קרקעות וספרים מהחלק הניתן לבת.

שטר זה ניתן לחתן סמוך למועד הנישואין ומטרתו המוצהרת לא הייתה רצון להעניק זכות ירושה לבת, אלא לדאוג לנישואיה ולנדוניה מכובדת⁶⁷. מתן נדוניה בצורת "שטר חצי זכר" הביא לפתרון מצוקות כספיות של אבי הבת, חסך ממנו מימוש נכסים בכך שתשלום הנדוניה נדחה לאחר מיתה, וסילק את החשש לאבדן הכספים שיינתנו לחתן במקרה של פטירת הבת זמן קצר לאחר נישואיה. מועד מתן השטר (בעת הנישואין) והניסוח שלו כהודאת האב בחוב כלפי הבת, שלל ממנו מאפיינים המדמים אותו לשטר המעניק זכות ירושה למי שאינו זכאי לכך ע"פ דין תורה.

החלשות שטר "חצי זכר" ומעבר לשטרי צוואה

כאמור לעיל, כתיבת שטר חצי זכר נועדה במקורה לפתור את בעיית הנדוניה לבנות ולא ליתן להן זכות ירושה. למרות שהמדובר במנהג נפוץ שהיה מבוסס על מקורות הלכתיים והוא מוזכר בספרי ההלכה והשו"ת, הדבר לא הפך למעין תנאי מכללא או למעין תנאי ב"ד. להיפך, במאה ה-17 אנו מוצאים בספרות השו"ת אמירות המתנגדות למנהג זה וניסיון לעקור אותו בשל היותו מנוגד להוראות התורה. **"דבאמת נתפשט המנהג שלא יורשת שום ח"ז כי אם בשטר ואף אם יש מנהג אין לילך אחר המנהג שהוא נגד דין תורה"**⁶⁸. במאה ה-19 מצאנו פוסקים שהתלבטו האם ניתן לומר כי גם בהיעדר "שטר חצי זכר" חייבים היורשים ליתן לבת חלק בירושה, כמעין תנאי מכללא. והשיבו כי הואיל ומתן זכות ירושה לבת הוא מנהג הצדוקים, לא ניתן לתת תוקף למנהג התומך בצדוקים. כתימוכין לעמדה זו, הזכירו את דברי בעלי התוספות השוללים אפשרות להתקין או אף לקבוע הוראת שעה המעניקה זכות ירושה לבת במקום שיש בנים⁶⁹.

מעמדות אלו, אנו למדים על נטיה בקרב פוסקי אשכנז שלא להרחיב את ירושת הבת. גם מנהגים שהיו נפוצים בתקופת הראשונים, בסוף תקופת האחרונים הובעה הסתייגות כלפיהם.

לקראת סוף תקופת האחרונים הצטמצם המנהג בקרב עדות אשכנז ליתן שטר חצי זכר בעת הנישואין. הסיבה לכך היא הפגיעה במסגרת הקהילתית שגררה אי הכרה בסמכות הרבנים. הדבר הוביל לפניית

⁶⁷ ביחס לפגיעה בדיני הירושה ראה **"נחלת שבעה"** סימן כא, המצטט את דברי מהר"ם מינץ סימן מז. לגישתו הואיל וקיימת מצווה להשיא את הבנות, מותר במקרה זה לעבור על דין אעבורי אחסנתא.

⁶⁸ שו"ת אמונת שמואל סימן ס. (רבי אהרן שמואל בן ישראל קוידנובר (מהרש"ק) נולד ברוסיה בשנת ה"א שע"ד (1614) לערך ונפטר שם בשנת ה"א תל"ו (1676)).

⁶⁹ שו"ת המהרש"ם חלק ב, סימן רכד, אות ל. (רבי שלום מרדכי הכהן שבדרון (המהרש"ם נולד בשנת ה"א תקצ"ה (1835) באזור גליציה שבפולין ושם נפטר בשנת ה"א תרע"א (1911)). יחד עם זאת מצייין המהרש"ם כי במקרה בו לא נכתב שטר חצי זכר יכול להיות שבמקרה פרטי תקבל הבת זכות ירושה מכח המנהג, אך סייג דבריו כי הם נאמרים כהערה ולא למעשה. דעה שונה לסיבה שהובילה לביטול שטר חצי זכר הובאה בשו"ת "באר שרים" ח"ו סימן פז (הרב אברהם יפה שלזינגר, הרב הראשי לזנבה – שוויץ) **"ואולי מהאי טעמא לא נהגו כיום בזה כי ב"ה ובי"ש אין לרוב בני האדם בעיות, כדי שיקפצו על בנותיו לנשאן"**. סיבה אפשרית אחרת הובאה בשו"ת "מנחת אברהם" (הרב אברהם אלקנה שפירא-הרב הראשי לישראל) חלק ד סימן לד. **"הטעם שבתקופה האחרונה ממעטים להזקק לתקנה של שטר חצי זכר, משום שכיום העברת רכוש כרוכה לרוב באישור הערכאות, וכיוון שבידן למנוע את החלוקה כדים תורה על ידי סרוב לחתום, ממלא מוכרחין להתפשר עימהן גם בלא שטר חצי זכר"**.

נשים לערכאות לקבל את חלקן המלא בעיזבון אביהן כנהוג במשפטי העמים ונשחק הצורך ליתן להן "שטר חצי זכר". כפי שמציין המהרש"ם " כיון דהיה מנהג שטר ח"ז (חצי זכר), אף שבזה"ז (שבזמן הזה) אין כותבין, היינו משום שבעוה"ר (שבעוונותינו הרבים) אין יד ב"ד תקיפה והולכים בדיני אומות העולם".⁷⁰

מציאות זו אילצה את הפוסקים למצוא פתרונות הלכתיים שיביאו לשוויון מגדרי, ולנסות להתאים את ההלכה לשינויי התקופה ורוח שוויון הזכויות שהחלה לפעם באירופה, מתוך רצון לעצור את הסחף של הפנייה לערכאות. הפוסקים האשכנזים שכבר העלו ספקות בכשרותו ההלכתית של "שטר חצי זכר", נמנעו מלשוב ולתקן תקנות שיעודדו הענקת נדוניה לבת הואיל ולגישתם זו פגיעה עקיפה בירושת הבן. גם מהבחינה המעשית לא היה זה פתרון יעיל, שכן מתן נדוניה היה מסייע רק לבנות העתידות להינשא או לאלו שכבר נישאו וניתנה בידן זכות ירושה, אך מה תעשינה הבנות הרווקות ?

נאמנים לדרכי הפסיקה מהתקופות הקודמות, הם נקטו בגישה של פתרון עקיף תוך הסתמכות על הלכות שנקבעו בעבר. הדרך בה הלכו פוסקי אשכנז הייתה במסגרת דיני הצוואות והגמשת הדרישות ההלכתיות בתחום זה, תוך הימנעות מלקבוע תקנה ישירה המעניקה זכות ירושה לבת.

על מנת להביא לשוויון מגדרי בין היורשים בעת חלוקת רכוש האב היה צורך לפתח פסיקה רבנית בנושאים אלו. זאת כיוון שהבנים היורשים ע"פ דין, היו יורשים את רכוש אביהם כפי שוויו והיקפו ביום פטירת האב, ואילו הבנות שהיו יורשות מכח צוואה היו זכאיות לקבל רק את הנכסים שהיו ידועים בעת כתיבתה⁷¹, ובכך הורע מצבן יחסית לאחים. על מנת להתגבר על מכשול זה, החל מאמצע תקופת האחרונים אנו מוצאים פסיקות המקלות בדרכי הקניין של צוואות. בפסיקה הרבנית החלו להשתמש בקניין "אודיתא" כחלק בלתי נפרד מהפרק העוסק בדיני צוואות במשפט העברי. בעזרתו הכשירו נתינת חלק זכר מלא לבנות⁷². נציין כי צוואות נערכו בקניין אודיתא כפתרון לבעיית הקניין, וחדל השימוש ב"שטר חצי זכר" שהיה במתכונתו המקורית חלק מהנדוניה.

השינוי היה במעבר ממנהג לכתוב שטר המעניק זכות ירושה כחלק מטקס הנישואין ובמעמד המחותנים והבת, להקלה בדיני הצוואות. בכך הפכה ירושת הבת מנוהג מחייב, למעשה רצוני אוטונומי של האב שאינו תלוי בזמן ובדרך כלל נעשה ללא שיתוף הזוכים. מציאות זו החלישה את מעמד הבת כירושת, אך יחד עם זאת ההקלה ההלכתית שניתנה לאב בכתיבת צוואה העניקה פתרון שהיה באופן עקיף עידוד למתן זכות ירושה לבת.

כפי שנרחיב להלן, בנוסף הוכשרו צוואות שלא היו תקפות על פי הדין העברי עקב ליקויים בנושאים מהותיים, כגון: צוואות עליהן חתומים עדים שאינם כשרים (קרובי משפחה, נשים, גויים) או צוואות

⁷⁰ הי"ש 69.

⁷¹ ראה שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג) סימן רמד.

⁷² ראה א. גולאק "אוצר השטרות הנהוגים בישראל" דפוס הפועלים, ירושלים, תרפ"ו. עמ' 111.

שנערכו בלשון "אני מוריש". צוואות אלו שהיו פסולות על פי כללי המשפט העברי, היו כשרות בערכאות שדנו לפי הדין הכללי. הבנות חששו כי צוואות אלו לא יקוימו בבתי הדין הרבניים ובמציאות הקיימת של התרופפות הסמכות הרבנית ופניה לערכאות, היה זה טבעי כי הן תלכנה לקיים אותן אצל הערכאות. על מנת לשמר את ענייני הירושה היהודים בבתי הדין הרבניים, אנו מוצאים פסיקות רבניות המכשירות צוואות אלו בנימוק כי הן כשרות בערכאות. בעוד שבעבר שאלות כאלו לא היו עולות לדיון, החל מסוף תקופת האחרונים הפכה שאלה זו להיות רלוונטית יותר ויותר וגרמה למציאות מתחדשת של פתרונות הלכתיים שנועדו לפתור מצב קיים.

הגמשת דיני הקניין

צוואה הלכתית אינה מנוסחת כהוראה של המוריש מה יעשה ברכושו לאחר מותו. אדם אינו יכול לכתוב בצוואתו "אני מוריש את נכסיי לפלוני ופלונני" הואיל והוא מתנה על דין תורה והכלל הידוע הוא כי "כל המתנה על דברי תורה תנאו בטל". הדברים נאמרו בצורה מפורשת במשנה⁷³ "האומר איש פלוני יירשני, במקום שיש בת, בתי תירשני, במקום שיש בן לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה". הגם שהמדובר ברכושו והוא רשאי לתיתו למי שיחפוץ, השימוש בלשון "אני מוריש" שמשמעותה המילולית – "אני נותן לאחר מותי" אינה אפשרית, הואיל וברגע שנפח את נשמתו קיים הכלל "אין שלטון ביום המוות". אין כל ערך לציוויו של הנפטר לומר מה יעשה ברכושו לאחר מותו כפי שאומר הרשב"ם⁷⁴ "שהרי אין כח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו זמן שהוא רוצה שתקיים המתנה לאחר המיתה ואחר המיתה היאך יכול אדם ליתן אחרי שמת ונקבר".

יחד עם זאת אומרת המשנה "כתב בין בתחילה בין באמצע בין בסוף משום מתנה דבריו קיימין". פירש הרשב"ם⁷⁵: "שיש כח באדם ליתן ממונו במתנה לכל מי שירצה ואין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה שהרי לא נשאר לו אחר מיתתו כלום להוריש לבניו בתורת ירושה".

מתנה זו חייבת להינתן עוד בחייו של אדם וחייבת היא לכלול פעולות קניין כגון משיכה, הגבהה וכדו', שיעבירו את הבעלות בנכסים לידי הזוכים עוד בחיי המוריש. שאם לא כן, כלל בידינו - "אין שטר לאחר מיתה"⁷⁶. אין אפשרות ליתן הוראה המורה על העברת בעלות לאחר המיתה או אף לבצע קניין מחיים ולהקנות נכסים לנהנה לאחר יום המוות. הסביר הרשב"ם - "אין קנין תופס שלא נתכוין להקנות אלא

⁷³ משנה, בבא בתרא ח, ה. לגבי העדפה בין הבנים הזכרים קיימת דעתו של רבי יוחנן בן ברוקה האומר: "אם אמר על מי שהוא ראוי לירושה דבריו קיימין ועל מי שאין ראוי לירושה אין דבריו קיימין" (שם) וכדבריו פסק בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפא סעיף א. וראה שם את דברי הסמ"ע באות ב'.

⁷⁴ רשב"ם, בבלי, בבא בתרא קלה, ע"ב.

⁷⁵ רשב"ם, שם, ד"ה "דבריו קיימים" וכן רבנו גרשום, שם.

⁷⁶ בבלי, בבא בתרא קנב, ע"א.

לאחר מיתה דמייד כשמת נפלו נכסים קמי יורשים ותו לא חיילא מתנתו⁷⁷ הדרישה היא למעשה

קניין ולהעברת נכסים עוד בחיי המעביר – המוריש⁷⁸.

מטעם זה נכתבת צוואת בריא בלשון "מהיום ולאחר מיתה"⁷⁹, על מנת להדגיש כי מחד גיסא, הקניין עובר לידי המקבל כבר מיום כתיבת השטר - קניין גוף. מאידך גיסא, יוכל הנותן להמשיך ולהשתמש ברכושו ובחפציו כל ימיו, זאת בהתאם לרצונו של המוריש שהבעלות תעבור רק במותו ואילו בימי חייו הוא יוכל להמשיך ולהשתמש ברכושו.⁸⁰

על מנת שהחלטה לעניין קניין הגוף תישאר בידי הנותן והוא יוכל לחזור בו ממתנתו בכל עת שיחפוץ.

נקבע להלכה שייכתב בשטר המתנה כי הקנייתה היא "מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה"⁸¹.

הואיל והצוואה מבוססת על דיני המתנה ודרישת הקניין היא דרישה מהותית, מאפייני מתנה זו שאינה מתנה רגילה, הציבו קשיים בפני הפוסקים. הקושי נעוץ בכך, שהצוואה אמורה לחול רק לאחר מיתה ובמועד זה יועברו נכסים עתידיים, לאנשים שיכול וכלל לא נולדו ביום ביצוע מעשה הקניין.

הפתרון אותו מצאו חכמי אשכנז, שימוש במנגנון "שטר חצי זכר" במסגרת שטר צוואה. יתרונו העצום של מנגנון זה, הוא היעדר הצורך בקניין עקב השימוש ב"אודיתא".

בטרם נבחן את היעילות מחד והבעייתיות מאידך של פתרון זה, שלא היה נהוג עד לתקופה זו בשטרי צוואה, נסביר בקצרה את המושג "אודיתא".⁸²

המקור לדין זה הוא בתלמוד הבבלי. במסכת בבא בתרא מובאת השאלה "שכיב מרע שהודה, מהו?"⁸³ פירש הרשב"ם במקום, שהמדובר בהודאה שקרית של השכיב מרע: "ואמר בחליו, שדה ומעות הללו של פלוני הן אע"פ שהיינו מוחזקים בנכסים הלו שאינן של פלוני". מכאן השאלה, האם למרות שאנו יודעים שהנכסים אינם של אותו פלוני, די בהודאה כדי להעביר את הבעלות אליו רק מכח ההודאה.

⁷⁷ רשב"ם, שם, ד"ה "לא ידענא מה אידון בה".

⁷⁸ דבר זה הוא בניגוד למתנת שכיב מרע, ראה משנה תורה, זכיה ומתנה ח, הלכה ח. "מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה ואין אחר זוכה בדבר שצו לו בין מקרקע בין במטלטלי אלא לאחר מיתה".

⁷⁹ ניתן לציין בצוואה כי המתנה תחול "שעה קודם פטירתו" ובמקרה זה ההבדל יהא בדרך ביטולה. באם נכתב כי המתנה תחול שעה קודם פטירתי משמע חלות הקניין כולו הוא רק שעה אחת קודם הפטירה. במקרה זה, ביד המוריש לחזור בו באמירה גרידא, ואפילו כתב כי שינוי הצוואה לא יהא אלא בכתיבת צוואה אחרת ובחתימת שני עדים. הסיבה לכך היא, שאנו אומרים כי תנאי החזרה אותו קבע המצווה הוא "פיטומי מלתא" – משמעות המושג הוא כי ישנו כאן ריבוי מילים ללא דווקנות. לא הייתה כוונה אמיתית לחזרה בדרך הקבועה הואיל וברור כי אין לזוכה כל קניין בנכסים עד שעה לפני הפטירה ועד אז קיים רק רצון בלבו של הנותן, רצון שטרם קיבל ממשות קניינית או לבוש של התחייבויות והוא אינו כובל או מחייב את הנותן. מכאן כי הדרישה אותה קבע כי השינוי יהא באופן מחמיר רק ע"י עדים הוא מיותר והוא בגדר ריבוי מילים בלבד.

אם כתב בנוגע למתנה /צוואה "שתחול מהיום אם לא אחזור בי" – כוונתו להקנות את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה. לכן חזרה מהתנאה זו לא יכולה להתבצע אלא ע"פ התנאים המצויינים בצוואה, ואם התנה חזרה רק בכתיבת צוואה אחרת וחתימת שני עדים ואינו יכול לחזור באמירה גרידא הואיל וכבר חל הקניין. לעניין זה ראה פד"ר חלק ז' עמ' 107.

⁸⁰ ראה שולחן ערוך, חושן משפט רנו, סעיף ו. "מתנת בריא שכתב בה מהיום ולאחר מיתה הרי כמתנת שכיב מרע ... שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה גוף מהיום ואינו יכול לחזור בו אינו זוכה בו ואוכל פרות אלא לאחר מיתה".

⁸¹ שולחן ערוך, חושן משפט רנו, סעיף ז.

⁸² בהרחבה ראה, חיים פוברסקי "הצוואה במשפט העברי" עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, בני ברק תשל"ז. אנציקלופדיה תלמודית ערך "אודיתא" ומראי מקומות שם.

⁸³ בבלי, בבא בתרא קמט, ע"א.

כדרך לפתרון הבעיה, התלמוד מביא מקרה בו היה גר ושמו "איסור". טרם מותו, רצה איסור להעביר את נכסיו בסך של 12,000 זוז שהיו מופקדים בידי רבא, לבנו - רב מרי. הואיל והיה גר, לא היה יכול להעביר נכסיו לבנו בירושה. (הלכה היא כי גר אין לו יורשין וכל הקודם לתפוס את נכסיו זוכה בהם⁸⁴). על מנת למנוע מרבא לזכות בכסף המופקד בידו בעת פטירתו של איסור, הודה איסור כי הכסף שייך לרב מרי וכך הפקיע את הכסף מידי רבא.

משמע – ניתן להעביר נכסים לצד ג' מכח הודאה של הבעלים בדבר "זכותו" של אותו צד ג', למרות שההודאה אינה משקפת את האמת.

כפי מסקנת התלמוד פסק הרמב"ם⁸⁵ "המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל. אע"פ שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם. אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו... וכזה הורו רוב הגאונים".

אודיתא היא קניין עצמאי. עצם ההודאה כי נכס או חפץ שייך לפלוני יוצר את העברת הבעלות בנכס מבלי שנעשה "מעשה קניין". הרעיון העומד בבסיס קניין זה הוא, כי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי ואם אדם מודה כי אכן הנכסים אינם שלו הוא נאמן.⁸⁶

הראשונים הרחיבו את אפשרות ההודאה מעבר לשכיב מרע גם לאדם בריא המודה כי נכסיו שייכים

לפלוני⁸⁷. כך פסק המהרי"ק: "שהודאה הוא הקנין בעצמו ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר

הקנה לו, אלא שזה הוא הקנין בעצמו. כאשר לדעתי, הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקנינים ואפילו

דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה ונכסי איסור יוכיחו"⁸⁸

יחד עם זאת, אין הדברים מוסכמים על כל הראשונים. הרשב"א סובר, כי במקרה בו שני הצדדים

מודים שהמדובר בהודאה שקרית לא תועיל האודיתא⁸⁹. בעל התשב"ץ חולק על המהרי"ק וסובר כי

קניין אודיתא נתקן רק לצורך שכיב מרע⁹⁰. הריטב"א סובר כי אודיתא מועילה רק לגבי חפץ הנמצא

אצל צד ג' כמו במקרה של "איסור" ולא לגבי חפצים מצויים אצל המודה⁹¹.

⁸⁴ משנה תורה, זכיה ומתנה א, ו.

⁸⁵ משנה תורה, מכירה, פרק יא הלכה טו.

⁸⁶ ראה י. ד. כהן "הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים" התורה והמדינה קובץ ב תשי"י עמ' כא. קיימת גם דעה כי אודיתא היא מתחום דיני הראיות ולעניין זה ראה יד רמ"ה, בבא בתרא קמט, ע"א. לעניין זה ראה גם: שמשון אטינגר "ראיות במשפט העברי", עמ' 234 (ירושלים, התשע"א).

⁸⁷ "קצות החושן" סימן קצד סק"ג, כתב "ולעני" קניין שלם הוא ולא נופל מכל הקניינים הן לעניין ממון והן לעניין איסור". וראה, בבלי, בבא בתרא קמט, ע"א, תוספות ד"ה "שכיב מרע שהודה מהו".

⁸⁸ שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חושן משפט סימן ל.

⁸⁹ שו"ת הרשב"א, חלק ד', נ. וכן ראה אינצקלופדיה תלמודית ערך "אודיתא", שם, ה"ש 5.

⁹⁰ שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנב.

⁹¹ ריטב"א, בבא מציעא מו, ע"א.

לאור דעות אלו, הוגבל השימוש באודיתא במסגרת שטר חצי זכר רק לפריטים שאין משום הורשתם פגיעה בדין תורה של העברת נחלה מיורשים. משכך, הוחרגו הקרקעות והתירו רק את המיטלטלין כאפשריים להורשה. הגבלה זו הלכה והתמעטה עם השנים כחלק מהרצון להעניק לבנות חלק שווה. כך אנו מוצאים במאה ה-18 את דברי הרב אברהם דוד מבוטשאטש, המציין כי קיימת מחלוקת בעניין הורשת מקרקעין בדרך של שטר חצי זכר. אף שהוא אישית מצדד באוסרים **"כתבתי במקום אחר אודות העברת נחלה שבדרך מתנה או בדרך חיוב כעין שטר חצי זכר הנהוג במדינות אלו לא שייך בו העברת נחלה כלל, מכל מקום יש מידת חסידות שהשטר חצי זכר יהא רק ממיטלטלין ולא מקרקעות"**, הוא כותב כי המציאות הייתה אחרת. **"יש שמתירין דוקא השטר חצי זכר גם מקרקעות ולא שמענו מחסידי עולם שיימנעו את עצמם מלכתוב שטר חצי זכר שהוא מקרקעות"**⁹². בדרך זו הורחב השימוש בצוואות המבוססות על שטר חצי זכר והלך ונשחק איסור העברת נחלה מן היורשים, דבר שאפשר הורשה חופשית אף לצד ג' שאינו בן משפחה או יורש ע"פ דין.

הספק שהעלה הרב אברהם דוד מבוטשאטש על דבר צוואות המדירות יורשים על פי דין, היה חריג בפסיקת יהדות אשכנז שמנהג "שטר חצי זכר" היה נפוץ בה. אך הוא לא היה לבדו, עמדה קיצונית יותר השמיע גדול הפוסקים באותה תקופה, ה"חתם סופר". עליו נאמר כי טבע בתקופתו את המושג "חדש אסור מן התורה", שמשמעו בהשאלה, התנגדות לכל שינוי או רפורמה⁹³. החת"ס הביע עמדה נוקשה ביחס לשינוי הוראות המשפט העברי והחוקים הדתיים מתוך רצון עז להילחם בתופעת האמנסיפציה והחילון שהחלו בתקופתו. המציאות לפיה נכתבות צוואות שתוכנן נוגד את חוקי התורה ביחס למתן ירושה רק לבנים, לא הייתה מקובלת עליו. לכן קבע כי אין אפשרות לאדם להוריש לבנותיו קרקעות וזאת ע"פ פרשנות שנתן לתקנת שטר חצי זכר כתקנה מקומית, מוגבלת, שהייתה נכונה לשעתה בשל אילוצי הדור. **"אבל בתרייתא הנהיגו שטר חצי זכר במיטלטלין דווקא כיון שראו תיקון הדור בכך, יש כח בידם לעקור דבר מן התורה כשהשעה צריכא לכך כשהדבר אינו מפורש בתורה כירושת מיטלטלין"**⁹⁴.

כמו כן, הוא ציין את איסור העברת נחלה כנימוק מכריע למנוע כליל כתיבת צוואות, עד כי סירב להתייחס לשאלות שהופנו אליו ביחס לאופנים המותרים בכתיבת צוואות. **"וראיתי כי האי גברא כל מגמתו להשוות ירושת הבנות עם הבנים ע"כ לא יהיה לי חלק עמו ולא אתקן לו לשון צוואה כמאמר**

⁹² "כסף קודשים" (הרב אברהם דוד מבוטשאטש 1771-1840), שולחן ערוך, חושן משפט סימן רפב, סעיף א.

⁹³ ראה:

M. Silber, "The Emergence of Ultra-Orthodoxy: The Invention of Tradition" J. Wertheimer (ed.), The Uses of Tradition, (New York and Jerusalem 1993 p. 26, n. 4

וכן ראה אלימלך וסטרייך, "עיונים ראשונים במפגש בין רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים", עיוני משפט, לז 2013, 139-194.

⁹⁴ שו"ת חתם סופר חלק ג (אבן העזר א) סימן קמז.

חז"ל כתובות נ"ג ע"א א"ל שמואל לרב יהודא שיננא לא תהוי בעבורי אחסנתא מברא בישא לברא
טבא כ"ש מברא לברתא".⁹⁵

מתשובותיו עולה כי כתיבת צוואות הייתה נוהג רווח ומקובל והוא ביקש לבטלו. החת"ס היה מודע לכך שכבר בעבר הקהו הפוסקים את איסור העברת נחלה ולכן הסביר שאז היה צורך בתיקון הדור, וכן המדובר היה במתן זכויות ירושה באמצעות שטר שניתן טרם חתונה, במטרה לעודד נישואין כחלק מנדוניה. יחד עם זאת, הוא לא אסר כליל כתיבת צוואות אלא ייחד את האיסור הגורף להדיר יורשים רק למקרה של צוואות המעניקות זכויות ירושה לבנות. בתשובה אחרת שהופנתה אליו, בה נשאל אודות אדם ערירי שביקש להוריש את כל רכושו לצדקה במקום ליתן ליורשיו על פי דין, לא שלל החת"ס את המנהג להוריש לצדקה באמצעות צוואה במקום ליורשים ע"פ דין, אלא להפך, ציין כי אדם רשאי לעשות ברכושו כל שיחפוץ. "אך מעשים בכל יום מי שאין לו בנים מצווה לעשות מנכסים קרן קיימת ודברים טובים ... ואולי כל הנאמרים אינו אלא בשכ"מ שאין המתנה חל אלא בשעת מיתה ואז הנכסים נופלים לפני יורשים והוא בא להפקיע אבל מתנת בריא גוף מהיום ופרי לאחר מיתה לית לן בה דבחיים יכול כל אדם לעשות בשלו מה שירצה וסברא נכונה ליישב המנהג אבל כתובות נ"ג תיובתיה, מ"מ אם מניח ליורשיו עכ"פ מנה יפה יכול פר"מ להזדקק לזה וה' עמו"⁹⁶. בהתייחסו לאיסור העברת נחלה השיב החת"ס, כי די אם יניח ליורשים ע"פ דין חלק מכובד מעזבונו וחלק זה יחולק על פי דין. מתשובותיו אנו למדים כי לא שלל פתרון הלכתי שנועד לעקוף את התרעומת שהביעו חז"ל על המדיר את יורשיו. הוא אף לימד סנגוריה על הדורות הקודמים שנהגו לכתוב "שטר חצי זכר" מהטעם כי המדובר בתיקון הדור.

יחד עם זאת, כאשר נדרש לשאלת צוואה המשווה בין בנות לבנים, הוא הביע עמדה קיצונית ולא אפשר כתיבתה בכפוף להותרת חלק הגון ליורשים. קיימים מספיק פוסקים שניתן היה לסמוך עליהם על מנת לעקוף את ההתנגדות של חז"ל להעביר נחלה מהבנים. ישנם שקבעו כי ניתן להסתפק בהותרת "ארבעה זוזים" ליורשים ע"פ דין תורה ובכך לצאת ידי חובת ההורשה להם.⁹⁷ אחרים פסקו כי אין איסור העברת נחלה בצוואה שהיא מתנה מחיים.⁹⁸ משכך היה לו על מי לסמוך באם היה רוצה להתיר.

⁹⁵ שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן קנג. כמו כן, ראה שו"ת חתם סופר חלק ד (אבן העזר ב) סימן קסח, שם ציין כי ההיתר לכתיבת שטר חצי זכר הוא רק טרם נישואין כדי שיקפצו עליה להינשא, אך לאחר נישואין קיים איסור העברת נחלה.

⁹⁶ שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן קנא.

⁹⁷ שו"ת תשב"ץ חלק ג סימן קמז. "ובטופס שטרות לראשונים ז"ל יש שויר ד' זווי וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחה הימנו" וראה "קצות החושן" סימן רפ"ב ס"ב. קיימות דעות ראשונים החולקים על גישה זו, כפי שציין בעל "שדי חמד" חלק ג מערכת למ"ד כלל ג אות יו"ד, את כל הדעות בעניין זה והביא את דברי האוסרים - ראנ"ח ומהר"י בן לב. יחד עם זאת כתב בתורף דבריו באופן שאינו החלטי "ויסיים הרב תולעת שני ונראה בכל האמור דבמתנת בריא לכו"ע ליכא משום אעבורי אחסנתא ... ומתוך מה שכתבתי מתבאר שאין כל הפוסקים שווים בכך".

⁹⁸ הרב שמואל יפה אשכנזי (1525-1595) "יפה תאר", פרשה נט סי' טו. וכן הרב חיים בנבנישתי (1603-1673), "כנסת הגדולה", הגהות על הטור, חו"מ סימן רפ"ב, י. "ואומר אני שאפילו אעבורי אחסנתא מברא בישא לברא טבא לא אמרו אלא בלשון ירושה ובשעת מיתה, אבל בלשון מתנה ובהיות הנותן בריא, אין שום קפידא בדבר, וכן ראיתי נוהגים שאין נזהרים בזה"

ההסבר האפשרי לפסיקתו של החת"ס טמון לדעתנו במציאות ששררה בתקופתו. כפי שהסברנו לעיל, בתקופתו של החת"ס נשבו באירופה רוחות הקדמה והשוויון. עניין ירושת הבנות הוא נגזרת משוויון הזכויות אותו דרשו עמי הארץ הכולל בתוכו שוויון מגדרי בין המינים. שינוי הוראות המשפט העברי בשל רעיונות אלו, היה עלול להכניס בדלת האחורית גם רעיונות נוספים אותם רצה למנוע. זו הסיבה לדעתנו, מדוע בעניינם של הבנות הוא שלל כל פתרון הלכתי מקובל, והעדיף לחזור ולחזק איסורים קדמונים כדוגמת "אעבורי אחסנתא". זאת למרות שמשך מאות בשנים לא הוטל איסור זה כמונע עריכת צוואות. לנגד עיניו של החת"ס היו ככל הנראה שיקולים אחרים שנבעו משינויי התקופה.

קיצוניות זו בלטה גם בעמדתו לגבי כתיבת שטר חצי זכר. בתקנה המקורית היה אסור להעביר לבנות ספרים וקרקות. העיקרון שאסר העברת ספרים לבנות בירושה היה נעוץ בנדירותם שכן ספרים היו מועתקים ידנית והיו מצרך יקר ונדיר המועבר בירושה מדור לדור, כמעין "נחלת אבות". לכאורה, עם המצאת הדפוס היה מקום לבטל את האיסור על הורשת ספרים שכן הם מיטלטלין. יחד עם זאת, מציין החת"ס שיש להותיר את האיסור המקורי מהנימוק: " והאמת אגיד דכל דין ספרים נ"ל דלא נתכוונו הראשונים אלא בזמניהם דלא היה הדפוס והיו שוכרים כותבי ספרים ומעתיקים ועשיר א' השאיל ספריו לכל בני הקהלה והוא דבר יקר וספר מסויים והיה נקרא שמו של בעליו עליו יותר משארי מטלטלים והיה שייך ביה עגמת נפש טפי מקרקע אפילו. אבל בספרים הנדפסים בזמנינו מטבע אחד יוצא לאלף ספרים כיוצא בו אדרבא כל המטלטלים מסויימים טפי מספרים אין שום טעם שלא תגבה מספרים, אבל מה נעשה ומנהג אבותינו ולא רפרף אדם מעולם בדבר זה וחלילה לנו לדון בדבר חדש מה שלא שיערו ראשונים הרמ"א וסיעתו"⁹⁹

גישתם של החת"ס והרב אברהם דוד מבוטשאטש לא פשטה בפסיקה הרבנית. מאה שנים מאוחר יותר, עדיין הקהו הפוסקים את איסור העברת הנחלה וצידדו בגישת המקלים בדין זה, אם כי לא באופן מלא.

יש שהעדיפו להחמיר את דרישת הותרת "ד' זוזים" וקבעו דרישה להותיר "סך חשוב" כלשונם. בדרך זו הלך בעל "האגרות משה" ודרש כי בכתיבת צוואה יותיר המוריש את בית המגורים ליורשיו ע"פ דין ואת היתרה יחלק כרצונו. "אבל אם רשאים לעשות כן אף שלהתשב"ץ שהביא הקצה"ח משמע שמותר אם מניח גם רק חלק קטן לירושה כדין התורה וכן משמע שסובר הנ"ש אבל החת"ס בסי' קנ"ג סובר שלא נכון כ"כ אף שבא מכח חוב הודאה בחיים ואין ראוי לאחרים להזדקק לזה ... אבל ודאי ד' זוזי

⁹⁹ שו"ת חתם סופר חלק ד (אבן העזר ב) סימן קסח.

בזמן הזה במדינתנו אין שום חשיבות וצריך להניח לדין הירושה סך חשוב לפי מדינתנו וטוב שיניח הבית שדר בעצמו לדין ירושה שזהו ודאי דבר חשוב וגם הוא כהמנהג.¹⁰⁰

אחרים דרשו להותיר ליורשים "חלק הגון" ולא פירשו. מדבריהם ניתן ללמוד כי גם הם אינם מסתפקים בשיעור המועט של ד' זוזים¹⁰¹. הם מציינים כי יש להגדיל את הסכום המיועד ליורשים ע"פ דין תורה בפרופורציה לסכום המוענק לצד ג' שאינו יורש ע"פ דין. ככל שהסכום שניתן ליורשים גבוה יותר, כך לדעתם נחלש איסור העברת הנחלה.

יחד עם זאת, לא ניתן להתעלם מפוסקים חשובים שהלכו בדרכי פסיקת החת"ס השולל צוואות המעניקות רכוש לבנות, ואף הקצינו ממנו.

המהרש"ם הלך בדרכו של החת"ס וקבע כי נתינת שטר חצי זכר מותרת רק טרום נישואין, ואם לא עשה כן, אסור לו לכתוב צוואה לבתו, אף לא בדרך של מתנה מחיים. את הנימוק לאיסור כתיבת צוואה לבת תלה באיסור העברת נחלה, ועל מנת ליתן תוקף לדבריו ציין כי העובר על כך חייב נידוי. "מכתבו קבלתי וע"ד שאלתו באב שיש לו בן ובת ויאציל בכל עת מרכושו לחתנו ובתו והבן צועק שעושה שלא כדין והאב אמר כי בחייו רשות בידו לעשות כרצונו ובאו לשאל אם רוח חכמים נוחה הימנו ... נהגו ליתן שטרי ירושה לבנות ומ"מ היינו בשעת נשואין ולא אח"כ ומי יוכל להקל נגד מ"ש הראשונים בשם גאון דראוי לנדות"¹⁰²

הרב יצחק יעקב וייס השיב לשאלה האם מותר לכתוב צוואה למי שאינו יורש מהתורה? בתשובתו, חילק בין הורשה לבנות לבין הורשה לצד ג' או לבן מאומץ.

לגבי הורשה לבנות לא הסתפק בהותרת סכום הגון או ד' זוזים ליורשים על פי דין, אלא השיב כי אין ניתן ליתן להן במסגרת צוואה ספרים ומקרקעין שהם דירת מגורים, כיוון שרכוש זה נחשב כנחלת אבות ועליו להיות מוענק רק לבנים.

"ותבנא לדינא, דבנוגע לבנות, אין שום ספק, דיכול להנחיל לה באופן המועיל, חלק בנכסיו, אלא שבקרקעות וספרים, נראה מהרבה פוסקים, שאין להנחיל לה, דעל כן כותבין בשטר חצי זכר, חוץ מקרקעות וספרים כנ"ל ... דעיקר הקפידא בבית דירתו, ומקום מושבו בבית הכנסת, שאלו המה נודעים ונגלים לכל עיי"ש, וממילא אפשר ליתן להם מקרקעות אחרים, ושהם מקנת כספו, ולא מאחזת אבותיו."

¹⁰⁰ שו"ת אגרות משה אבן העזר חלק א סימן קי. וראה גישה דומה בדברי הרב יצחק יעקב וייס, שו"ת "מנחת יצחק" חלק ג סימן קלה. וכן ראה בשו"ת "אגרות משה", חלק "חושן משפט" חלק ב סימן נ, שכתב במקרה בו מבקש האב לחלק את רכושו לצדקה די בסך של \$1,000 שהוא חלק חשוב. "נשאלתי בדבר אחד שיש לו שלשה בנים ... וחלק קודם מותו רוב נכסיו לצדקה ... ולכן כיון שהשאיר לכל בן אלף דאלאר הוא ודאי דבר חשוב אף בזמננו יותר מד' זוזים שבזמן הגאון היה רשאי ליתן השאר אף שהוא סך היותר גדול אף אם היו בניו מעלי, ורוח חכמים נוחה מזה." במידה ואב מבקש לחלק את רכושו בין בניו שלא בחלקים שווים, נפסק כי די בשיעור מועט של ד' זוזים ראה פסקי דין רבניים חלק א פסי"ד בעמוד 313.

¹⁰¹ הרב בלויא, "פתחי חושן", חלק ירושה, פרק ד עמוד קיא. הרב מתתיהו שוורץ "משפט הצוואה" חלק א, פרק י הלכה יז, הוצאת הנהלת כולל בית אולפנא דרבינו יוחנן, תשס"ה.

¹⁰² שו"ת מהרש"ם חלק ז סימן יב. (רבי שלום מרדכי הכהן שבדרון, 1835-1911).

עמדתו השלילית הייתה דווקא לגבי ירושת הבת. בתשובה אחרת בה השיב לגבי הענקה לצד ג' במסגרת צוואה, לא הטיל כל הגבלה למעט הדרישה להותיר "סכום הגון" ליורשים ע"פ דין¹⁰³, זאת כדי שלא להיכלל באיסור העברת נחלה.

בין פוסקי דורנו אנו מוצאים את דעתו של הרב מנשה קליין, שהקצין יותר מפסיקת החת"ס, עד כדי **ביטול צוואה** המעבירה נחלה מיורשים.

לדעתו נישול היורשים ע"פ דין, נכלל בגדר של מתנה על מה שכתוב בתורה, והלכה היא כי לא ניתן להתנות על דין תורה. בפסיקתו כלל לא הזכיר את האפשרות להותיר ליורשים ד' זוזים או כל סכום אחר על מנת לחמוק מן האיסור.

"אלא אפילו היכי דעשה מעשה וכתב לו צוואה להבן המאומץ הזה ועושהו היורש שלו וכתב כן בצוואה להדיא מ"מ זה לא מהני ולא זאת אלא שתי רעות עשה חדא דבצוואתו רוצה לבטל ירושה דאורייתא ודבר זה איסור גמור הוא וגרע ממה שאמר ליה שמואל לרב יהודה (ב"ב קל"ג א') שיננא לא תיהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא וכ"ש מברא לברתא ותנן התם דהכותב נכסיו לאחרים אע"פ שמה שעשה עשוי וזכה המקבל אין רוח חכמים נוחה הימנו להעביר הנחלה אפילו אין היורשין נוהגין כשורה ועיין טח"מ סי' רפ"ב ומיהו התם עכ"פ הם בגדר ירושה אלא שמעביר מהקודמין, שיש להם סדר, אבל לזה שאין לו דין ירושה כלל אינו חל כלל הצוואה דמתנה על מה שכתב בתורה."¹⁰⁴

בפסיקתו הוא מתייחס להוראה מפורשת במשנה הקובעת כי העברת נחלה אמנם אסורה אך מה שעשה עשוי, והסביר כי דברי המשנה "מה שעשה עשוי" נכונים רק למקרה של שינוי סדר ההורשה על ידי המוריש, אך לא עסקו במקרה של הענקה למי שאינו יורש כלל ע"פ דין. לדעתו, בסיטואציה זו גם המשנה מודה שאין דבריו קיימים כיוון שהוא מתנה על הכתוב בתורה. דבריו נכתבו אודות צוואה לבן מאומץ ולא לגבי בנות, אך הואיל ודינן שאינן יורשות מן התורה, נראה שלא יהא הבדל בפסיקתו ומי שכתב צוואה לבתו דינה להיות בטלה.

מאידך גיסא, פסיקה מנוגדת, אם כי יחידנית, מצאנו בדברי הרב זלמן נחמיה גולדברג (הגרז"נ).

לדעתו ניתן וצריך כיום לכתוב לבנות שטר זכר מלא¹⁰⁵ ולהשוות בין בנים לבנות. הסיבה לכך היא החשש שמא בנות ידרשו לקבל את חלקן ע"פ דין הערכאות המקנה להם שוויון בירושה.¹⁰⁶ מנימוק זה,

¹⁰³ שו"ת "מנחת יצחק" (הרב יצחק יעקב וייס (1902-1989)), חלק ג סימן קלה. הגם שהחמיר על הבנות הקל על ירושת האישה וצ"ח כי אין איסור העברת נחלה מהטעם שלא תישאר ללא יכולת לכלכל את עצמה. "ובנוגע לאשתו, הרי ראינו שגם חכמנו ז"ל שקדו הרבה על תקנתה, כמבואר בא"ע (סי' צ"ג וק"א ובשאר מקומות), וא"כ הסברא נותנת, שאם הבעל רואה שאם לא יחזק את זכיותיה, באיזה אופן חוקי, אז תשאר אלמנה נודדת, בלי משען ומשענה, בודאי אין כאן משום העברת נחלה, אם משייר מנה יפה ליורשיו"

¹⁰⁴ שו"ת "משנה הלכות" חלק יב סימן רפב. (הרב מנשה קליין (1925-2013)). וראה שם את התייחסותו השלילית בלשון קשה, להוראת החוק האזרחי המקנות זכות ירושה לבנים מאומצים בניגוד לדין תורה. וראה סעי' 16 לחוק הירושה תשכ"ה – 1965 בדבר זכות הירושה של מאומץ.

¹⁰⁵ הגרז"נ גולדברג "ירושת הבת". תחומין ד' 342 וכן הובאו דבריו בספר "משפט הצוואה" ח"א עמ' רג.

¹⁰⁶ הגרז"נ מציין בעת הצגת הבעיה כי גם אם ביה"ד הרבני ידון בעניינם של הבנות ויערוך קניין כדת וכדין במסגרת חלוקת הרכוש בין הצדדים, יש בכך משום חשש גזל של הבנים. שהרי הבנים הסכימו ליתן חלק לבנות בשל העובדה שביה"ד

ניתן גם לכלול בתוך נוסח של "שטר זכר מלא" גם מקרקעין וגם ספרים שהוחרגו בדין "שטר חצי זכר" המקורי שהובא ברמ"א. בפסיקתו הוא אינו מתעלם מאיסור "אעבורי אחסנתא", אלא קובע כי די בהותרת שיעור מועט בסך של 4 זוזים ליורשים ע"פ דין, על מנת לעקוף דין זה.¹⁰⁷

הגרז"נ מוסיף ומזכיר כתימוכין לפסיקתו את דברי מהר"ם מינץ המוזכר בספר "נחלת שבעה"¹⁰⁸, הקובע כי הואיל וקיימת חובה להשיא את הבנות, יש ליתן להם נדוניה מכובדת לעידוד הנישואין. בזמננו, אמנם שטר חצי זכר אינו נכתב טרם הנישואין והוא אף מיועד להיכתב לבנות שכבר נישאו, אך כיוון שהחתן יודע עובר לנישואיו, כי אשתו תקבל זכויות בעזבון אביה מכח הוראות החוק האזרחי, יש בכך תמריץ לנישואין כמעין נדוניה. על מנת שלא לפגוע במחשבת החתן, שאילולי כן לא היה מתחתן, עלינו לתקן תקנה שתאפשר את ירושת הבת בדומה לחוק האזרחי ולהגשים את כוונת הצדדים. "ולפי זה יש לעיין אם ראוי לחדש המנהג של כתיבת שטר חצי זכר כיוון שלא שייך אצלנו טעם זה, שהרי עד עתה גם כן מצא חתן לביתו. אכן נראה פשוט שמה שמוצא קופצין הוא משום שהחתנים סומכים שיקבלו ירושה בערכאות. ואילו היה יודע שלא ישיג ירושה לא היה לוקח בתו. וא"כ ממלא אין איסור אעבורי אחסנתיה."¹⁰⁹

ארצות המזרח

פיתוח תקנות הראשונים

בניגוד לקהילות אשכנז, הקהילות היהודיות בארצות המזרח היו קהילות סגורות בעלות אוטונומיה דתית וסמכות רבנית שהוכרה על ידי השלטון. ענייני ירושה נכללו בתחום הסמכות של הקהילה היהודית ולבתי הדין הרבניים הייתה סמכות משפטית לכופ את חברי הקהילה לציית להוראות ההלכה.¹¹⁰ לכן הפוסקים הספרדיים לא ראו כל צורך להידרש לנושא ירושת הבת, והותירו את המצב ההלכתי במקומו משך מאות בשנים.

אמנם, גם בקהילות המזרח היו בנות שפנו לערכאות על מנת לקבל את חלקן הואיל ועל פי חוקי האיסלם קיימת לבנות זכות ירושה. אך ככל הנראה המדובר היה בתופעות שוליות עימן התמודדו הרבנים באמצעות הטלת חרמות ונידויים על הסוררים.

מחוייב לדון כפי הוראות חוק הירושה. במחכ"ת אנו לא נוכל להסכים לכך שהרי סעיף 155 לחוק הירושה קובע מפורשות כי ללא הסכמת הצדדים אין ביה"ד הרבני יכול לדון בענייני ירושה. ככל שקיימת הסכמה. ביה"ד הרבני ידון ע"פ הדין הדתי. ואולי כוונתו כי עצם ההסכמה לדון בביה"ד הרבני היא אונס של הבנים והם יכולים אח"כ לטעון כי אנוסים היו, לאור ברירת המחדל של הבנות לפנות לרשם לענייני ירושה.

¹⁰⁷ יוער כי לגישתו אכן קיימת בעייתיות באם האב יבקש לנשל כליל את הבנים. אמנם אין הוא מתייחס במאמרו לסיטואציה זו, אך מהנימוקים שפירט, אנו סבורים כי לדעתו לא ניתן לעשות כן בשל ההתנגשות עם דין "אעבורי אחסנתא".

¹⁰⁸ ראה הי"ש 64.

¹⁰⁹ הגרז"נ גולדברג "ירושת הבת", 345.

¹¹⁰ ראה, יוסף טובי, "ארגון הקהילות היהודיות בארצות המזרח במאות ה 19 וה 20", בתוך: "קהל ישראל - השלטון העצמי היהודי לדורותיו". כרך ג: "העת החדשה". מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, ירושלים תשסד, עמ' 191-209.

בספרות השו"ת של ימי הביניים, מובאים דברי רבי שמואל בן משה די מדינה (המהרשד"ם), אחד מגדולי החכמים הספרדיים אשר בשאלוניקי, בתשובה שנתן לעניין אדם שביקש לפנות לשלטון המוסלמי בענייני ירושה. המהרשד"ם תקף מעשה זה בחריפות וציין: "יש הסכמה מוסכמת בכל חזוקי התורה וכל אלותיה וחומרותיה שבענין ירושה וענין כתובה לא יורשה שום בר ישראל ללכת לתבוע תביעה כזו בפני ערכאותיה' נכתבה ונחתמה מכל הקדושים אשר בארץ המה והחיים אשר הם חיים עדנה מכל גלילות ישראל רבני צפת תוב"ב רבני קושטאנדינה יע"א רבני שאלוניקי יע"א וא"כ איך יעלה בדעת אדם להרהר דבר כזה"¹¹¹

כמו כן הייתה הסכמת קהילות סלוניקי בימי הביניים, להחרים את הפונים לערכאות בדיני ירושה, "ויש אנשים יהודים אשר יצרו תקפס לצאת ממחיצתם היהודית מבלי יראת ד' נוכח פניהם לבקש ירושות ונחלאות אשר לא כדת משה וישראל ... שלא יורשה שום אחד מבני ישראל ... לתבוע ירושה אלא ע"פ תורה וכל אשר יפרוץ גדר הוא מנודה לשמיים ולבריות"¹¹² על החלטה זו הייתה הסכמה כי תוכרו בשבת בכל בתי הכנסת.

יחד עם זאת, בהקבלה לתקופת הראשונים, אנו מוצאים שינויים מסויימים לטובת הבנות וייתכן כי שינויים אלו היו בשל השפעה סביבתית הנובעת מהדין הנוהג בערכאות של עכו"ם והרצון למנוע פניה אליהם. לא מצאנו סימוכין להשערה זו אך לאור העובדה כי אכן היו השפעות סביבתיות שאילצו את רבני ומנהיגי הקהילות לנקוט באמצעים על מנת למנוע את זליגת הציבור מלפנות לערכאות בענייני ירושה, יש מקום להניח כי שינויים אלו שאמנם לא היו משמעותיים, היו בשל רצון להיטיב עם הבנות ולוא במעט, על מנת לרכך את הביקורת מצד הבנות כלפי עמדת ההלכה.¹¹³

בספר השו"ת של התשב"ץ (רבי שמעון בן צמח דוראן, ספרד, 1361-1444) מובאת סקירה של תקנות הנישואין שהיו נהוגות בתקופתו, בצירוף הסבר אודות מקורן.¹¹⁴ קיים דמיון רב לתקנות טוליטולא ואפשר לומר כי המדובר בזהות כמעט מלאה למעט נושא אחד הרלוונטי לנו, עליו נעמוד.

"עוד תקננו שאם תמות האש' בחיי בעלה ויש לה ממנו זרע ... הואיל והוא ראוי ליורש' יירש אותו זרע חצי נדוניית' הכתוב בשטר כתוב' ולא יהא כח ורשות בידה לשעבד ולא למכור ולא להוריש ולא ליתן לא מתנת בריא ולא מתנת שכיב מרע ולא בצווי מחמת מיתה ולא בשום צד בעולם מזה החצי לשום אדם בעולם זולתי לזרע שיש לה ממנו ואם עברה ועשתה כן מה שעשתה יהא בטל ומבוטל מעכשו."

הנימוק אותו מציין התשב"ץ זהה למניע שהביא להתקנת תקנת טוליטולא, הפקיעו את ירושת הבעל על מנת להרבות בנדוניא שלא יהא מצב בו האישה תמות וכל רכוש האב יעבור לבעל. השינוי ביחס לתקנת

¹¹¹ שו"ת מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קלא.

¹¹² שמחה אסף, "באהלי יעקב" עמ' 192 הי"ש 74, הוצאת מוסד הרב קוק, תש"ג.

¹¹³ ראה, שמחה אסף "התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו", מדעי היהדות כרך א, 84.

¹¹⁴ שו"ת תשב"ץ חלק ב סימנים רסב, רצב.

טוליטולא היה במקרה בו מתה האישה ואין לה זרע. בעוד תקנת טוליטולא כפי שפירשה הרא"ש ורוב הראשונים, אסרה על האישה להעביר את נכסיה לצד ג' וייעדה את הנדוניא ליורשי האישה בלבד, התקנות בתקופת הרשב"ץ העניקו לה רשות מלאה לצוות נכסים אלו למי שתחפוץ. "עוד תקנו שאם תמות האשה בחיי בעלה זרע אין לה ממנו שירשו קרוביה היותר קרובים ליורשה שליש בנדונייתא ... אך יהא רשות בידה לעשות מזה השליש כרצונה לאחר מיתתה ככל רשות שיש לאדם בנכסיו כפי דין התלמוד."

במקומו של המהרשד"ם (רבי שמואל בן משה די מדינה, שאלוניקי 1506-1589) מצאנו שינויים נוספים לטובת הנשים¹¹⁵. "אחד מהאנוסות של פורטוגאל נשאת עם רבי אנוס במלכות פורטוגאל ובאותו המלכות יש נימוס מהמלך ומהמלכות מזמנים קדמונים שבכל הנדוניאות אם מעט ואם הרבה תהיינה כשימות הבעל תקח האשה החצי מהנכסים שישאיר אחריו הבעל ... תחלת דברי וראשית אמרי לעני"ד הדין עם האלמנה ... כי כפי הנראה הדבר היה פשוט מאד אחר שידוע אפי' לתנוקות שכל דיני הנשואין הם נדונים ע"פ המנהג וכל הנושא אשה סתם נושא אותה אדעתא לקיים מנהג מקומו." כאן מצאנו חלוקה שווה של כלל נכסי בני הזוג ללא קשר לגובה הנדוניא, דבר ששיפר באופן ניכר את מצבה הכלכלי של האישה על חשבון היורשים, בעוד תקנת טוליטולא הותירה ליורשים את הברירה לשלם את הכתובה או את הנדוניא לפי הסך הנמוך יותר.

בתחילת המאה ה-16 נתקנה אצל קהילות הספרדים במזרח התיכון וצפון אפריקה תקנה הדומה לתקנת טוליטולא והיו קוראים אותה "מנהג דמשק" כפי שמציין הרדב"ז "מנהג תקנת דמשק הוא תקנת טוליטולא"¹¹⁶. בארץ ישראל התקינו בשנת ש"י (1550 לסה"נ) בעיר צפת, תקנות דומות בעניין ירושת הבעל. "טופס הסכמת רבני צפת שנעשה שנת ה"ש בענין הירושה הסכמנו לסדר בפ"י פרטי מנהג אשר התנהגו בה ב"י הספרדים הדירים ומתגוררים בעיר הזאת ובכל סביבותיה ... ומהנשאר יחזיר הבעל השליש ליורשי האשה ממשפחת בית אביה ... ולענין נכסי מלוג הנשארים מן האשה אחר פטירתה בלי זרע של קיימא כולם יחלוקו בין הבעל ויורשיה שווה בשווה"¹¹⁷.

פסיקה הלכתית זו המשיכה מאות בשנים ללא שינוי, כאשר היא מתבססת על תקנות טוליטולא ותקנות דמשק שהוזכרו לעיל. כפי שמעיד הרב מזרחי שהיה הראשון לציון במאה ה-18: "מעיד אני לפני בורא עולם מה שראו עיני בהיותי עומד ומשמש לפני רבותי לקדושים אשר בארץ הנה והזקנים עדים שכשהיה מעשה כזה בא לפניהם פעה"ק ת"ו כך היו נוהגים שאם מתה האשה בחיי בעלה אם הניחה

¹¹⁵ שו"ת מהרשד"ם חלק חושן משפט סימן שכז

¹¹⁶ ראה שו"ת הרדב"ז סימן תתקנה וכן ראה בהרחבה, י.שציפנסקי, "תקנות שו"ם", "הדרום" חוברת כו, תשרי תשכ"ח, עמ' 188-189.

¹¹⁷ שו"ת מהר"ם אלשיך סימן כז.

אחריה זש"ק הבעל יורש הכל כדין התורה. ואם לא הניחה אחריה זש"ק אז היו חולקי' יורשי האשה עם הבעל חלק כחלק"¹¹⁸

כפי שהדגמנו לעיל, השינויים בדיני ירושת הבת בתקופת האחרונים בארצות המזרח, בוצעו באופן זהה לדרך בה הלכו ראשוני ספרד – יצירת פסיקה הלכתית באמצעות התקנת תקנות או מתן תוקף הלכתי למנהגים ומתן מעמד של תנאי ביי"ד במקומם של מנהגים אלו.

כתיבת צוואות

שוני נוסף בין קהילות ספרד לאשכנז, היה בעניין כתיבת צוואות. כמבואר לעיל, חכמי אשכנז מצאו את כתיבת הצוואות כפתרון מועדף לירושת הבנות ולכן שכללו את מנגנון הצוואה באופן הדומה לשטר חצי זכר. ביהדות ספרד השתמרה תקנת טוליטולא בשינויים מינורים. בנסיבות אלו, של שמירה ועידוד מתן הנדוניה, לא היה מקום לאפשר בנוסף מתן חלק לבנות בירושה באמצעות צוואות.

לכן, הפסיקה הרווחת בספרד, בתחילת תקופת האחרונים, קבעה שהעברת נחלה מבנים מוגדרת כ- איסור ולא התיירו מתן זכות ירושה לבנות במסגרת צוואה, אפילו בדרך של העברת רכוש מחיים.

"שאלה: ראובן יש לו בן ובת בן ויש לו נכסים ומוכר את נכסיו וטוען הבן שהוא עושה כן כדי להעביר הנחלה ממנו ולתת המעות לבת הבן וטוען מהבית דין שיכופו את ראובן להחזיר המכר.

תשובה: נראה שאם אמת הדבר שראובן מעביר הנחלה מבנו לבת הבן עובר על דברי חכמים ... וכיון שיש בדבר זה אסור נראה ודאי שראוי לכל בית דין למנוע עשיית הדבר הזה. אבל מכל מקום, איני רואה בעניין שום צד כפייה כיון שלא אמרו בזה אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו ..."¹¹⁹
(להלן: "פסיקת הראנ"ח")

יחד עם זאת יודגש כי פסיקה זו לא הגדירה סנקציה לעבריינים. זאת בניגוד לפסיקה קודמת של חלק מהראשונים הנוקטים גישה מחמירה לנדות את העוברים על האיסור¹²⁰.

חשוב לציין כי איסור העברת נחלה יוחד אצל פוסקי יהודי ספרד דווקא לכתיבת צוואות באמצעות מנגנון "מתנה מחיים" ולא כלל איסור גורף על מתנת בריא. לעניין זה נציין את דברי רבי יוסף טוב בן משה צהלון (הידוע בשם: "מהריט"ץ", 1559 - 1638) שדן במקרה בו אדם בעת נישואיו כתב לאשתו בכתובתה כי היא תהא זכאית לקבל את רכושו לאחר מותו. לאחר מכן, שנה טרם פטירתו, על מנת לחזק את הוראותיו מתוך חשש כי הוראות הצוואה לא יקוימו, נתן את רכושו לאשתו במתנת בריא שלא בדרך צוואה. על כך פסק¹²¹: **"נמצא שהאיש ההוא אהב את אשתו מנשמתו והעלה חרס בידו דבכל מילי תנאו בטל הן בענין הירושה הן בענין הליכתה אחריו. איברא דהיינו דוקא קודם המעשה**

¹¹⁸ שו"ת אדמת קודש א חלק אבן העזר סימן לג.

¹¹⁹ שו"ת ראנ"ח סימן קיח.

¹²⁰ מרדכי כתובות פ"א סימן רכא בשם בעל העיטור.

¹²¹ רבי יוסף טוב בן משה צהלון, מהריט"ץ, (1559 - 1638), שו"ת מהריט"ץ (ישנות) סימן רעז.

האחרון, אבל אחר המעשה האחרון שנתן מתנת בריא לאשתו הדבר ברור דזכתה בהן כיון שהוא בלשון מתנה אעפ"י שהעביר הירושה מהיורש יכול לתת לאחרים זרים בלשון מתנה כמבואר בדברי הפוסקים ופשוט הוא."

גישה זו של חכמי ספרד להבדיל בין צוואה לבין מתנה מחיים המשיכה גם בתקופה מאוחרת במאות ה-18 וה-19. הפוסקים העניקו מעמד של מתנה מחיים לצוואות בהן הרכוש הוקנה לזוכה בלשון: "שעה לפני מיתתי" שמשמעותה גוף מהיום ופירות שעה אחת קודם מיתה. ואילו צוואות שבהן הקניין בוצע בלשון "מעכשיו ולאחר מיתה", שמשמעותו ההלכתית הקנאת הגוף מעת כתיבת הצוואה והקנאת הפירות לאחר מיתה¹²² נאסרו מחמת איסור העברת נחלה, זאת כיוון שהדבר דומה להקנאה לאחר המוות. כך מצאנו בפסיקת הרב יוסף אשכנזי: "... מעכשיו ולאחר מיתה בכהאי גוונא איכא ודאי משום אעבורי אחסנתא שהרי מתנה זו אינה מתקיימת אלא בשעת מיתה ואז זוכה בה למפרע משעת נתינה. משא"כ בנותן מחיים, בהחלט בהא ודאי ליכא משום אעבורי אחסנתא."¹²³

אמנם, הפסיקה הספרדית עד תקופה זו נותרה דבקה בעמדתה, כי הגם שקיים איסור העברת נחלה, אין להורות על ביטול צוואות כדברי הראנ"ח. יחד עם זאת, קיימת הדגשה לעצם האיסור במעשה. בקרב הפוסקים הספרדים בני דורנו, מצאנו גישה מחמירה לעניין כתיבת צוואות. יש מהם שהחמירו אף מעבר לגישה שהייתה שלטת בעבר, וביטלו צוואות שנערכו בניגוד לאיסור העברת נחלה. הרב עובדיה יוסף, בהתייחסו לאיסור העברת נחלה, חילק בין צוואת שכיב מרע לצוואת בריא. לדבריו, בעוד בצוואת שכיב מרע קיימת מחלוקת פוסקים מה השלכות איסור "אעבורי אחסנתא" על תוקפה של הצוואה והביא דעות חולקות לכאן ולכאן, בעניין צוואה מחיים, ציין כי רוב הפוסקים מכשירים אותה, למרות שתוכן הצוואה הוא בניגוד לאיסור זה. "וכל זה בצוואת שכיב מרע, אבל אם נותן במתנת בריא, לדעת רבים מהפוסקים יכול לתת כפי ראות עיניו, שיכול אדם לעשות בשלו כל מה שירצה, ולא שייך בזה משום איסור אעבורי אחסנתא, וכדאים הם לסמוך עליהם כשמשייר חלק הגון מנכסיו לשאר יורשים"¹²⁴

לכאורה ניתן להבין מדבריו כי במקרה בו לא ציווה המוריש חלק הגון ליורשים ע"פ דין, צוואתו תהא בטלה, כגון במקרה בו אדם שיש לו בנים ציווה את כל רכושו לבתו. אך מעיון בתשובתו בכתב יד אנו

¹²² ראה שולחן ערוך חושן משפט סימן רנו ס"ו: "מתנת בריא שכתוב בה: מהיום ולאחר מיתה, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינה קונה אלא לאחר מיתה, שמשמע דברים אלו שאע"פ שקנה הגוף מהיום ואינו יכול לחזור בו, אינו זוכה בו ואוכל פירות אלא לאחר מיתה." הניסוח נאסר רק בשל הדמיון ולא מנימוקים המעוגנים בהלכה שכן אין כל הבדל הלכתי בשני הנוסחים ושניהם מותרים הואיל ואנו פוסקים כדברי ר' יוסי שזמנו של שטר מוכיח עליו. הפרשנות בשניהם כי המצווה התכוון ליתן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. (מה שאין כן בשאר שטרות ראה ראה פד"ר, ו, עמ' שנד: "הכותב בצוואתו שתחול מהיום אם לא יחזור בו עד לאחר מיתה או מהיום עד שעה אחת לפני פטירתו, כוונתו להקנות את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה". כמו כן ראה דברי כבי השופט אנגלרד ב ע"א 2555/98 הרב אליהו אברג'ל נ' עזבון המנוח משה בן יאיר ז"ל, פ"ד נג(5), 673.

¹²³ שו"ת "מחנה יאודה" (הרב יוסף אשכנזי) חח"מ הלכות נחלות סימן רפ"ב. וראה שו"ת "חיים ביד" (רבי חיים פלאגיי) סימן סט, א, וכן ראה שו"ת "מכתם לדוד" (רבי דוד בן יעקב פרדו) חלק חושן משפט סימן יד. וכן ראה הרב יהושע מאמאן "עמק יהושע" חלק ד, חו"מ, סימן ו.

¹²⁴ הרב עובדיה יוסף, שו"ת "יביע אומר" חלק ח - חושן משפט סימן ט.

מוצאים כי גם במקרה זה, לדעתו יש להורות על פשרה ולא לשלול לחלוטין את הצוואה. את תשובתו מצאנו במענה לפניית הרב רצון ערוסי בעניין שבא לפני בית הדין לממונות בקרית אוננו, ובו דנו בצוואתה של אישה שציוותה להעביר את מלוא עיזבונה למוטבים זרים ולא ליורשיה. הרב עובדיה יוסף השיב בכתב ידו כי אמנם סבר בתחילה כי הצוואה בטלה אך הורה לבסוף לפשר. **"ובהשקפה ראשונה היה נראה לי כי לפי ההלכה שבידנו אין תוקף לצוואה. ולפני כחמישים שנה בהיותי חבר בית הדין הרבני בפתח תקווה כתבתי פסק דין בנידון צוואה שהובאה בבית הדין... שלדעתי נכון לעשות פשרה לטובת היורשים, כי בצוואה יש עיקולי ופשווי.**¹²⁵ מדבריו אנו למדים כי איסור העברת נחלה שולל אפשרות להדיר לחלוטין יורשים ע"פ דין. אמנם פסיקתו היא בניגוד לפסיקת הראנ"ח שהזכרנו לעיל, אך ניתן להסביר את דברי הראנ"ח כמתייחסים לצוואה המעדיפה צאצאים. לכן פסק הרב עובדיה כי צוואה זו אינה נפסלת למרות התרעומת על המצווה. מה שאין כן בצוואה המדירה את הצאצאים לחלוטין, כאן יש סברא לומר כי הצוואה בטלה ולכן יש לעשות פשרה ולא להכשירה בהסתמך על הראנ"ח.

אצל פוסקים ספרדים אחרים, איסור העברת נחלה הצטרף כנימוק לביטול צוואות בהתבסס על "אומד דעת המצווה". הפוסקים קבעו כהנחה משפטית, כי צוואה שתוכנה העברת נחלה מיורשים היא מעשה אסור. לכן, כאשר באו לפרש את האמור בה, הניחו מראש כי התוצאה אליה רצה להגיע המצווה, היא מתן זכויות ירושה לבניו ולא לבנותיו. כך מצאנו שצוואה בה נושלו הבנים ע"י האב, בטלה לדעת הרב אליהו עצור, מהטעם כי הוברר שנישולם היה עקב כך שהמנוח כעס עליהם ולדעת ביה"ד, המנוח בוודאי לא רצה להיחשב רשע בכך שהעביר מהם את הירושה.

"היורשים וכן עוה"ד העידו בבית הדין שהמנוח עשה כך משום שבאותה תקופה כעס על בניו. א"כ יש בזה משום העברה נחלה מבניו, ובזה כו"ע מודים לא רק שאין רוח חכמים הימנו אלא שחטא גדול הוא, ועליו נאמר כמובא בירושלמי "ותהי עוונותם על עצמותם". והגם שהבאנו לעיל שנפסק להלכה, שמה שעשה עשוי, שזה אינו אלא אם אנו יודעים בברור שכך עשה, משא"כ היכא דאיכא הרבה ספיקי, וכמו שהעליתי לעיל, חלילה וחס לומר שכך הייתה כוונתו, ולהחזיק את המנוח כרשע שרצה לתת הכל ולהשאיר בניו בלא כלום."¹²⁶

עוד נציין את דברי הרב שלום משאש ששימש כרבה הראשי הספרדי של ירושלים. הרב כתב בספרו כי השתנו הזמנים וכתבת צוואה היא דבר נחוץ ביותר בעת הזו. **"אמנם היום השתנו הדעות, והבנות נתפקחו והולכות לבית הספר ומתאחרות לינשא ועומדות על עצמן כבנות צלפחד ושואלות מדוע נהיה**

¹²⁵ הרב רצון ערוסי, "העברת נחלה מיורשים", תחומין לג (תשע"ג), 67. 61-69.
¹²⁶ הרב אליהו עצור, "צוואה שהופקדה בידי עורך דין", תחומין יז, תשנ"ז. 301, 310-311.

מקופחות מחלקנו וניגרע מאחינו ... וגם ההורים עצמם, רובם התחילו להתבונן בזה ורואים שהבנות מקופחות וראויות ליירש, והמשכילים בהם כותבים צוואות ונותנים לבת כבן."

יחד עם זאת כאשר הוא מתייחס למתן זכות ירושה לבנות נשואות באמצעות צוואה, מעשה שהוא עצמו לגיטימי בעיניו ואף לדבריו ראוי להשוות בין הבת לבן, הוא כותב כי אין ליתן לבנות הנשואות חלק שווה לבנים, אלא מחצית בלבד !

"וגם לגבי הנשואות, ראינו לרבותינו ז"ל שתיקנו תקנת שטר חצי זכר שהאב מעניק לבתו בעת נישואיה ... הגאון ר' זלמן נחמיה גולדברג שהציע לחדש נוהג זה של "שטר זכר שלם" כך תטול הבת חלקה בהיתר ולא בגזל לאותן שהולכים אצל ערכאות חילונים. ואמנם זה נראה לי מוגזם ודי בשטר חצי זכר"¹²⁷

חריגה בחומרתה היא פסיקתו של הרב עמאר שכיהן כרב הראשי ספרדי לישראל. במענה לשאלה האם איסור העברת נחלה הוא מדרכי חסידות או שמא המדובר באיסור, קובע הרב עמאר נחרצות שהמדובר באיסור. הוא מצטט בפסיקתו את דברי החת"ס ודן בה ארוכות יחד עם פסיקת ה"אגרות משה" שהובאה למעלה. חלק קצר הוא מקדיש לפסיקת רבני מרוקו וגם מפסיקה זו הוא מעדיף להביא את שיטת המחמירים כי תנאי יסודי לתקפות צוואה הוא קיום תוכחה על ידי חכם למצווה אודות חומרת איסור העברת נחלה מיורשים¹²⁸.

למסקנה קובע הרב עמאר כי קיים איסור על כתיבת צוואות בשל העברת נחלה מיורשים ויש לחזור לדין תורה המקורי לפיו רק בנים יורשים, תוך שהוא מציין על מנת שלא להותיר ספק, כי דבריו הם להלכה ולמעשה.

"העולה מכל האמור דרוב מניין ורוב בנין של הפוסקים קמאי ובתראי, דאסור להעביר ירושה אפילו מבן לבן ואפילו שמשאיר גם לזה חלק מהירושה, וכל שכן קל וחומר שלא להעביר מבן לבת או לשאר קרובים או לאחרים ואפילו מניח לבניו חלק מהירושה, אלא צריך להניח הירושה כדין תורה, וכן עיקר להלכה ולמעשה."¹²⁹

מסקנה זו, לא רק שהיא מחמירה ביחס לפסיקה הספרדית, אלא גם ביחס לפסיקה האשכנזית שהתירה עריכת צוואות בתנאי של הותרת חלק ליורשים.

בניגוד לחכמי אשכנז, אין אנו מוצאים אצל פוסקי ספרד דיונים לגבי הבעיה הקניינית בעריכת צוואות ופתרון קניין "אודיתא" לא הוזכר בספרות השו"ת שלהם. נאמנים לשיטתם כי צוואה תקפה באם היא

¹²⁷ הרב שלום משאש שו"ת "שמש ומגן" חלק ב' חושן משפט, סימן א.

¹²⁸ הגם שציטט בתשובתו את פסיקת הרב רפאל אנקווא העוסקת בצוואת שכיב מרע וקובעת מפורשות כי המדובר בתקנה מקומית בלבד, לא ראה הרב עמאר צורך לאבחן בין הדברים ולהשתמש בשיקולים אלו על מנת להקל. הוא אף התעלם מדברי הרב אנקווא הקובע באופן חד משמע כי דרישת התוכחה אינה קיימת במתנת בריא.

¹²⁹ הרב שלמה משה עמאר, שינויי צוואות על ידי קשישים, "וחי בהם" ב, תשנ"ד 63, 81. אמנם ציין כי במקרה של צורך גדול או במקרה של סכסוך גדול בין הילדים ניתן לסמוך על המקילין ולכתוב צוואה. ראה שו"ת "שמע שלמה" חלק ב, חושן משפט סימן י"י.

מנוסחת כמתנה מחיים, קבעו הפוסקים הספרדים כי מוריש יכול להקנות רק רכוש ידוע ביום עריכת הצוואה ורק עליו חל הקניין.

ניתן לשער כי שהסיבה להיעדר השימוש בקניין אודיתא היא העובדה שבספרד לא היה נפוץ המנהג ליתן לבנות "שטר חצי זכר" שהוא במהותו מתן חלק בלתי מסויים לבת לאחר פטירת האב. באשכנז, מתן הנדוניה היה באמצעות הפיכת הבת למעין יורשת עם שאר אחיה. לכן היה צורך למצוא מנגנון הלכתי שיעניק לה רכוש שטרם בא לעולם במועד עריכת השטר. הדרך היחידה הייתה באמצעות קניין אודיתא. בספרד לעומת זאת, ניתנה בפועל הנדוניה בעת עריכת החופה. כתיבת צוואה הייתה הענקת ממון נוסף לבנות יתר על שקיבלו בחתונתן, והיה ברור כי אינן יורשות או מעין יורשות. הואיל וכתיבת צוואה הייתה מעשה הסמוך למיתתו של אדם, הבעיה הקניינית של רכוש שלא בא לעולם בעת כתיבתה, לא הייתה מהותית ולא נדונה, אלא דנו רק בשאלת העברת הנחלה.¹³⁰

ציינו לעיל כי בעקבות התרופפות הסמכות הרבנית נחלש מעמדו של שטר חצי זכר בקהילות אשכנז, והיה מעבר לשטרי צוואה המשווים מגדרית בין בנים לבנות. תופעה זו לא נפוצה בקהילות ספרד בהם נשמרה המסגרת הקהילתית דתית, משכך משך רוב תקופת האחרונים לא היו כל שינויים משמעותיים בדיון ירושת הבנות בקרב יהדות זו.

יחד עם זאת צריך לציין את השווה בין קהילות אשכנז וספרד והוא הרצון ליתן נדוניה לבנות ולא דווקא מתוך מטרה מוצהרת להשוות את דין ירושת הבת לבן. אך הדרך למימוש רצון זה, כפי שהתהוותה החל מתחילת תקופת האחרונים הייתה שונה.

קהילות אשכנז בחרו בפתרון "שטר חצי זכר" שכשמו כן הוא הענקת מעמד של יורשת לבת.¹³¹ הן היו הראשונות שחתרו לשוויון מגדרי בירושת הבת, אם כי בפועל חלקן של הבנות לא היה שווה לבנים. הדבר בא לידי ביטוי בתקנת "שטר חצי זכר", שם לראשונה הבת קיבלה מעמד של יורשת. אמנם לא היה זה בדרך של תקנה ישירה, ולא מתוך רצון להשוות את מעמדה בדיני הירושה לבנים, אך עצם ההסכמה לכתיבת מסמך משפטי הקובע כי הבת תקבל חלק בעיזבון אביה כמו הבנים, היה בגדר חידוש. מגמת השינוי אותו נגדיר חיובי הואיל והוא עודד מתן ירושה לבנות, התהפכה באשכנז לקראת המאה ה-17 ואילך.¹³²

¹³⁰ אמנם מצאנו אצל חכמי ספרד דיונים בשאלת הקניין במסגרת צוואות (ראה הפרק העוסק בצוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם), אך אין המדובר בדיון על מנהג לכתיבת צוואות כפי שהיה מצוי בקהילות אשכנז, אלא על הכשרת מעשים שהיו חריגים בתקופתם.

¹³¹ כמובן שהיו הגבלות בתנאי הירושה של הבת כפי שפירטנו לעיל, החרגת הספרים והקרקעות ועוד, אך לראשונה נקבע כי הבת מקבלת מעמד של יורשת גם אם בסופו של יום קיבלה חצי חלקו של יורש זכר.

¹³² בעניין זה היה דמיון בין קהילות אשכנז לקהילות ספרד ראה ראה מנחם אלון "מעמד האישה" (הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ה – 2005) 275. לדעתו של אלון חלה בארצות אשכנז מגמה של החמרה והתנגדות ליצירתיות בעולמה של ההלכה. אנו סבורים כי היהדות האורתודוקסית שאפה מאז ומתמיד לשמרנות בדיני הירושה בשל היותם חלק מדיני המשפחה. בעניין זה לא נבדלו יהודי המזרח מיהודי אשכנז. שינויים אירעו רק כאשר היה צורך ובהיעדרו שבו לדין המקורי. גם כאשר חשו סכנה למסגרת הדתית פעלו להחמיר ולבצר את דיני הירושה שהוגדרו כבר על ידי חכמי התלמוד כמבדילים בין ישראל לגויים.

מנגד, קהילות ספרד לא נזקקו לפתרון של "שטר חצי זכר". תקנת טוליטולא השתמרה והעניקה פתרון נאות לנדוניה של הבת. ובפועל לא היה כל שינוי משמעותי הנוגע לירושת הבנות. שונה היה המצב בקרב יהודי מרוקו, לשם גלו במאה ה-15 מגורשי ספרד. המגורשים קבעו כי הבנות זכאיות לשוויון מגדרי ולקבלת חלק זהה בירושה כפי הזכרים וזאת מכח תקנה. אך כפי שנראה בהמשך גם שם חלה נסיגה ושיבה לעבר הדין המקראי. למרות זאת, הייתה שם מודעות בצורך לשינוי והיו בתחילת המאה ה-20 ניסיונות חיוביים לתקן תקנות בענייני ירושת הבנות¹³³, אך הם לא צלחו.¹³⁴

פסיקת יהדות מרוקו בעניין ירושת הבנות תקנת המגורשים

התקנות שנהגו במרוקו בעניין ירושת הבנות נתקנו על ידי יהודי ספרד שגלו לשם בשנת 1492. לכן נקראו גם בשם "תקנות המגורשים" או תקנות קסטיליא על שם מקורן¹³⁵. המדובר במכלול תקנות בתחומי החיים השונים אשר תוקנו בין השנים הרנ"ד-רת"ך (1494-1750) ורוכזו בספר "כרם חמרי"¹³⁶. התקנות לא חלחו לכל יהדות מרוקו וחלקם המשיכו לנהוג כפי מנהג אבותיהם. מעדותו של הרב בן עטר¹³⁷ (חי במאה ה-17 במרוקו) אנו למדים כי תקנת ירושת הבנות נהגה בעיקר בעיר פאס, ונגררו אחריה כל ערי המערב במרוקו, למעט מחוז הנקרא תפילאלת ולמעט העיר מרקש, שם נהגו ע"פ התקנה רק משפחות המגורשים. התפשטות התקנות לרוב יהדות מרוקו נבעה בשל רמתם התרבותית והכלכלית הנמוכה של יהודי מרוקו מול יהודי ספרד המגורשים שהגיעו אליהם, לכן יהודי מחוז תפילאלת ומרקש שהיו ברמה תרבותית ורוחנית גבוהה לא קיבלו את התקנות.¹³⁸

תקנת ירושת הבנות הייתה בין התקנות הראשונות של המגורשים, בשנת רנ"ד. חשוב לציין את התאריך בו נקבעה - שנת רנ"ד. במועד זה היה מצבם הכלכלי והאישי של המגורשים בכי רע. הנשים שהיו שותפות לנשיאה בנטל הקשה ובגזרות שהוטלו על היהודים, דרשו לקבל את חלקן ולכן נחלצו הרבנים

¹³³ "ספר התקנות", המשפט העברי בקהילות מרוקו, כרך ראשון, דיוני מועצת הרבנים השישית, 412-413. לעניין השפעת המודרנה על פסיקת היהודים הספרדים ראה, בנימין בראון, "חכמי המזרח והקנאות הדתית" **אקדמות י** כסלו תשס"א 289, 317-320. וכן צבי זוהר, "חכמי התורה והמודרנה: על אורתודוקסיה, חכמי המזרח ותנועת ש"ס", **הצינונות הדתית בראיה מחודשת**, עין צורים תשנ"ח עמ' 161-175. ומאמרי תגובה, צבי זוהר האורתודוקסיה אינה התגובה ההלכתית האותנטית היחידה למודרנה **אקדמות י"א**, תשרי תשס"ב 151-139. בנימין בראון, "מודרניזציה "אירופית", תגובה אורתודוקסית והקשר הסיבתי, **אקדמות י"א**, תשרי תשס"ב. 160-153. מסורת חכמי מרוקו הייתה מיוחדת ושונה. לעניין זה ראה סקירתו של אלימלך וסטרייך, "עיונים ראשונים במפגש בין רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים", **עיוני משפט**, לו 2013, 139-194, עמ' 144-140.

¹³⁴ אילתי נפתלי "הרבנות והקהילות בצרפת ובצפון אפריקה הצרפתית" עמ' 140-139. אריאל, מפעלי תורה, יהדות וחברה בישראל, ירושלים, תשס"ב 2001. וראה אליעזר בשן "יהדות מרוקו עברה ותרבותה" (הוצאת הקיבוץ המאוחד, תש"ס), 231-232.

¹³⁵ רבי אברהם אנקווה, "כרם חמרי", דפוס אליהו בן אמוזג וחברו, תרכ"ט-תרל"א.

¹³⁷ הובאו דבריו בשו"ת "זכות אבות" לרב אברהם קורייאט, סימן ע"ה וכן ב"כרם חמרי", שם, תשובה קמב.

¹³⁸ ראה אלון המשפט העברי חלק שני עמ' 685; וכן יוסף הררי "תולדות יהודי אל מאגרבי", חולון, תשל"ד עמ' 60.

לתקן את חלקן בירושה כפי שמתאר זאת הרב טולידאנו¹³⁹ "התקנה ההיא נעשית ביום שבת י"ב סיוון שנת רנ"ד ונכתבה בלשון ספרדית וכל עניינה כמעט על דבר ירושה, צוואה, דמי תכריכין וקבורה, חובות שעל האיש המת, וחילוק נכסיו, מובן הדבר כי נעשתה לרגלי תוצאות המאורעות של הדבר והרעב כמו שזכרנו בפרק הקודם כי היו נאלצים הרבנים ההם אז לתקן תקנות שכ"כ היו נחוצות להשקיט ריב ומדון בנוגע לנכסי המתים אז מפני הסכסוכים שתקרינה בין קרובי המת וירשיו."

מנגד, קיימת השערה כי אין המדובר בתקנה שנועדה לענות על צורך מייד, אלא נבעה מתוך רצון של המגורשים להעתיק את מנהגיהם למנהגי המקום. המגורשים מספרד הגיעו מתרבות אירופאית, בה נהגו תקנות לטובת האישה כדוגמת תקנות שו"ם המקנות זכות ירושה לאישה ותקנות טוליטולא לכן תיקנו תקנות מתאימות בארץ גלותם. תקנות המגורשים הטיבו את מצב הנשים בירושה יותר מאשר המנהגים שנהגו בארצות המקור מהן הגיעו. בעוד תקנות שו"ם ודומיהן עוסקות בירושת הבעל והן מוגבלות בהיקף הרכוש המועבר מכוחן ומוגבלות בזמן, השוואת ירושת הבת לירושת הבן בנכסי האב היא תקנה מורחבת ובלתי מוגבלת. הסיבה לכך היא העובדה שבארצות האיסלם השלטון שנהג ע"י הדין המוסלמי העניק זכויות ירושה לנשים בניגוד לדין הנהוג בארצות הנצרות ששלל את ירושת הבת¹⁴⁰. כל עוד היו המגורשים בארצות מוצאם לא ראו צורך והכרח להשוות את דין הבנות לבנים באופן מלא. לאחר גלותם המצב המשפטי הסובב היה שונה והיה צורך להשוות את הדין העברי לדין הכללי הנהוג, כדי למנוע מעבר של נשים יהודיות להתדיין על פי חוק המדינה.

הרקע שהביא לחקיקת המגורשים השתנה לאחר השתקעותם במרוקו. בחלוף השנים מצבם הכלכלי והאישי הוטב, כמו גם השתפרה הלכידות הקהילתית והתחזקה השפעת הקהילה על הפרט. עובדות אלו הביאו לשינוי במעמד הבנות, שכפי שיובהר להלן לא תמיד היה לטובתן¹⁴¹.

בנוסף מצאנו בפסיקת חכמי מרוקו כי קיומה של תקנה זו, הוביל לביטול תקנת עישור נכסים לבנות רווקות¹⁴² הואיל והן זכו לחלק בירושת אביהן.¹⁴³

¹³⁹ הרב יעקב משה טולידאנו, "נר המערב" דפוס א.מ. לונץ – ירושלים תרע"ב, עמ' 78.
¹⁴⁰ אלון, עמ' 685; הררי, 74.

¹⁴¹ תימוכין לכך ניתן למצוא בדברי הרב הרצוג - "תחוקה לישראל" 95-110, שהגיע למסקנה כי בפועל בקסטיליא היו תקנות מרחיבות אף למתן זכות ירושה לבנות נשואות. לדבריו, בניגוד למרוקו שם התרחקו היהודים מהליכה לערכאות בשל שנאת הגויים, בקסטיליא הייתה נגישות יותר קרובה של יהודים ולכן הורחבה התקנה גם לנשואות.

¹⁴² שו"ת משפטים ישרים חלק ב, סימן קצ"ד (רבי רפאל בן מרדכי ברדוגו נולד בשנת ה"א תקי"ז (1747) ונפטר בתשרי ה"א תקפ"ב (1821) בעיר מכנאס שבמרוקו)

¹⁴³ בשאר קהילות יהודי המזרח נותרה תקנת עישור נכסים על כנה כתקנה מחייבת, אך בפועל לא אכפו את הוראותיה הואיל ובפועל העניקו יורשי האב לבנות רווקות את צרכי חופתן. ראה תשובתו של הרב יוסף חיים בן אליהו אל - חכם הידוע יותר בכינויו "בן איש חי", שהתגורר בבגדד ונשאל מאת תושבי העיר יז"ד בפרס, אודות החובה ליתן עישור נכסים לבנות. "שאלה ... ואנחנו פה עירנו מיום הווסדה ועד עתה לא נהגו בדין עישור נכסי אלא אמה ואחיה ישיאו את הבת כפי כבוד אביהם ואין לה עוד מנכסי אביה כלום יורנו מו"ץ מה משפט הבת ובתה האם יכולים לתבוע בעישור נכסי." והשיב להם: "גם פה עירנו בגדאד יע"א מזמן קדמון אין מדקדקין לתת עישור נכסי לפי חשבון אלא האחים משיאין את אחותם ונותנים לה נדוניה ושאר צרכי חופתה והוצאות הנהוגים כפי חשיבותם ויזדמן שיתנו יותר ממה שיעלה לה מחשבון עישור נכסי וגם שיזדמן שיתנו לה פחות ממה שיעלה לה לפי חשבון עישור נכסי ומעולם לא באה הבת עם הבנים בדינא ודיינא בעישור נכסי ומתמצית בסך שיתנו הבנים בעבור נשואיה והוצאות הנהוגים כנ"ל ומן הסתם מוחלת ביתרון אשר יעלה לה מחשבון עישור נכסי ואיכא אינשי מעט מן המעט אחד מעיר ושנים ממשפחה שמדקדקין ליקח מן

פיתוח תקנת המגורשים בעניין ירושת הבנות

תקנת ירושת הבנות הובאה בספר "כרם חמר"¹⁴⁴ ומפאת חשיבותה תצוטט במלואה:

"כשישארו אחריהם בנים ובנות ירשו הבנות שוה בשוה עם הבנים, דווקא קודם שינשאו הבנות ליקוחין שניים¹⁴⁵. ואם היו ארוסות בחלק זה שירשו ינשאו, יען זאת הירושה הראויה להן על פי זאת התקנה היא בעבור שינשאו כשתספיק לנישואין זאת הירושה. ואם לא תספיק ישלימו צורך הנישואין מן הנותר. ואם תהיה שיעור בזאת הירושה יותר מצורכי הנישואין שנתחייבו לתת לארוסה, יהיה הכל להארוסה הנזכרת"

חשוב לציין את ההגבלה בתקנה ואת הרציונל אותו היא מגלמת. תקנת ירושת הבנות לא נועדה לצורך שיויון מגדרי. דבר זה כלל לא היה שיקול בעת חקיקתה. מטרת התקנה היא מתן נדוניא ורק לבנות שטרם נישאו כפי שנקבע בסייג "דוקא קודם שינשאו הבנות ליקוחין שניים".

המסקנה כי אין המדובר בשוויון מגדרי מקבלת חיזוק מאופן ניסוח התנאים אותם קבעו מתקניה. הבת זכאית לקבל מנה מהעזיבון בשיעור זהה לחלקם של הבנים לצורך הנישואין אך ככל שחלקה בעזיבון כירשת אינו מספיק, היא זכאית ליטול את צרכי נישואיה מיתר נכסי העזיבון. העיקרון המובא בתקנה זהה לחלוטין עם ההוראה התלמודית בדבר "עישור נכסים" לה מקורות מקראיים כפי שהוזכר לעיל. ככל והייתה הכוונה ליתן לבת שוויון מגדרי בירושה, היה מצופה שהיא תנוסח באופן הבא: "הבת תקבל מנכסי העזיבון את צרכי נישואיה והיתרה תחולק בין הבנים והבנות בחלקים שווים". דהיינו, סדר הדברים בתקנה היה צריך להיות תשלום חובות העזיבון תחילה ואחר כך חלוקה בין היררשים.

כאמור, בת שקיבלה נדוניא בעת נישואיה הראשונים אינה זכאית לרשת את אביה. בהמשך ספר התקנות מובא בשם הרב יהודה בן עטר ביאור לתקנת המגורשים והוא מדגיש בדבריו **"ואם יש זכרים ונקבות, יובן בלתי נשואות, תטול הנקבה חלק כזכר"**¹⁴⁶. השימוש בלשון "יובן" מלמדנו כי הרב בן עטר ביקש להסיר ספקות ביחס לפרשנות התקנה המקורית מתוך חשש כי בנות יקבלו מעמד של יורשות. המונח בו השתמש הרב בן עטר "בלתי נשואות" היה יכול לגרום לפרשנות מוטעית כי גם בנות גרושות או אלמנות יזכו לקבל זכות ירושה, לכן ביאר את דבריו הרב יעקב אבן צור (מאה ה-18)¹⁴⁷ וציין " **יובן דווקא בלתי נשואות, אבל נקבות נשואות או אלמנות או גרושות אין להן כלום במקום הזכרים. וגם הבלתי נשואות אין נוטלין חלק כזכר אלא דווקא פעם אחת ... דהיינו אם מת הבעל ראשון דווקא אבל**

הבת קודם שתכנס לחופה שטר פטורין בעבור מה שעולה לה מעישור נכסי כדי שלא תבא היא ובעלה לדון עמהם בדינא ודיינא אחר נשואין". שו"ת רב פעלים חלק ד- אבן העזר, סימן ח.

¹⁴⁴ רבי אברהם אנקווה, "כרם חמר", דפוס אליהו בן אמוזג וחברו, תרכ"ט-תרל"א. תקנה ח'.
¹⁴⁵ ליקוחין ראשונים – אירוסין. ליקוחין שניים – נישואין, ראה הרב רפאל שטרן "ירושת המשפט", בית ועד לתורה גבעת שמואל תשי"ע, עמוד 368 ה"ש 1008.

¹⁴⁶ כרם חמר תקנה קמ"ב, בשם הרב יהודה בן עטר, תקנה משנת 1727.
¹⁴⁷ כרם חמר תקנה קמ"ג. הרב יעקב אבן צור מסביר את הצורך לבאר את דברי הרב בן עטר "הרב הגדול נר"ו קיצר ואני אבוא אחריו ומלאתי את דבריו" בתשובתו ציטט את דברי הרב בן עטר והוסיף את הדגשותיו.

לא באחרון. דהיינו, אם מת הבעל ראשון תטול האישה מחצה והמחצית השניה יתחלק בין כולם זכרים ונקבות בלתי נשואות בשווה. וכשתמות אח"כ האישה לא יירשוה אלא הזכרים ואין לנקבות כלום". הדגש אותו מבקש הרב יעקב אבן צור לציין הוא זכות הירושה לבנות "דווקא פעם אחת" - כלשונו. לכן הוא קובע כי במקרה בו בעל נפטר בחיי אשתו, האלמנה מקבלת מחצית הנכסים מכח תקנת קשטייליא והילדים (בנות שטרם נישאו ובנים) חולקים את המחצית השנייה בחלקים שווים. כאשר תלך לעולמה אימן הן לא תקבלנה מאומה הואיל וכבר מומשה הוראת התקנה לגביהן. עקרון זכות ירושה לבנות "פעם אחת", מובא בספר התקנות גם במסגרת ציטוט של פסק דין העוסק באלמן מטופל בילדים אשר נישא בשנית והלך לעולמו בחיי אשתו השנייה¹⁴⁸. השאלה שעמדה בפני ביה"ד היא, האם זכאית הבת מהנישואין הראשונים לקבל חלק בירושת אביה יחד עם אחיה? על כך נפסק בשלילה מהטעם הבא: "שאינן לבת ירושה עם הזכרים חלק כחלק מכח התקנה זולת כנישואים הראשונים ולא כשניים. ועכשיו שזכתה עם אחיה בירושת אמה חלק כחלק ונפטר אביה אחר כך, אין לה בירושת אביה זולת עישור נכסי".

הכרסום במעמד התקנה רק הלך והעמיק. לאחר פטירת הרב יעקב אבן צור בשנת התק"ג (1753) החלה ירידה במעמדה המרכזי והרוחני של הקהילה היהודית בפאס, שהייתה המקום העיקרי לשם גלו המגורשים. והחלו לקום מרכזים רוחניים נוספים בהם תוקנו תקנות מקומיות.¹⁴⁹ בשנת תקס"ז (1806) אנו מוצאים תקנה המבטלת את זכות הבנות בירושת אביהן או אימן על ידי הענקת נדוניה. התקנה אף הורחבה לאפשרות בה יובטח מתן הנדוניה באמצעות ביה"ד ודי היה בכך כדי לבטל את זכות ירושת הבת¹⁵⁰.

הנימוק לשינוי בתקנות המגורשים הוא: "לפי שירושת הבנות באביהן או באמם אינו אלא מכח התקנה הוי לי ספק בתקנה, והוא ספק קרוב לוודאי ... ולפי שיש מפקפקים בתקנה הנזכרת ואין להם ידיעה ממנה, וגם שלא חתם בה אחד מבדי"ץ שהיה בימים ההם ... וכך אנו מסכימים לדון אפילו במקומות אחרים שאין להם התקנה הנזכרת, לפי שהוא דין גמור דין אמת לאמיתו"

כמו כן, מצאנו בשנה זו מחלוקת בין רבני מרוקו בשאלת תוקפה של תקנת המגורשים, האם המדובר בתנאי בית דין או בתנאי כתובה¹⁵¹. הרב יוסף אלמליח קבע כי המדובר בתנאי כתובה "ואומר אני שהגם דעיקר הפרנסה שהוא עישור נכסים אינו מתנאי כתובה ואינו תלוי בעת הנישואין ובכתובה,

¹⁴⁸ כרם חמר תקנה קל"ד. בשולי פסק הדין מצוינים שמות הדיינים "החכמים השלמים הדיינים המצויינים כמהר"ר בנימין נהון זלה"ה וכמהר"ר יוסף בן עמרם זלה"ה וכמהר"ר אברהם בן רמון זלה"ה". בנוסף מובא כי פסק הדין קיבל הסכמת חכמים נוספים "הרב הגדול יעב"ץ זלה"ה וכה"ר יהושע קרירו זלה"ה".

¹⁴⁹ "הלכה ופתיחות: חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו", המרכז לתרבות ולחינוך של ההסתדרות, (תשמ"ה) (משה בר-יודא, עורך), הרב משה עמאר "התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות השעה" עמ' 31.

¹⁵⁰ מורי מרדכי עמאר "תקנות חכמי מכנאס", תקנה כד, עמ' 89, הוצאת חברת אהבת שלום, ירושלים, תשנ"ו.

¹⁵¹ ההבדל בין תנאי ביי"ד לבין תנאי כתובה הוא בעיקר במקרה בו לא צויינה התקנה בכתובה. באם המדובר בתקנת ביי"ד אנו מחילים את הוראות התקנה על כל הנישואים כמעין תנאי מכללא. ובאם המדובר בתנאי כתובה, ככל שהצדדים לא ציינו זאת במפורש בכתובתם אין תחולה להוראות התקנה.

אבל תקנת קסטלייא שנותן לבת כאחד מן הבנים במקום עישור נכסי הוא תלוי בכתובה שאם הכתובה כתקנת חכמי קסטלייא הוא שחלה עליו גם כן תקנתם דהבת שאינה נשואה יורשת כאחד מהבנים ... שאם עשה כתובה כדת לא יש עליו תקנה דירושת הבת ואם עשה כתובת קאסטלייא יש עליו ג"כ תקנת ירושת הבנות"¹⁵². לעומתו הרב רפאל ברדוגו המצוטט בתשובה זו, סובר כי המדובר בתקנה כללית או מנהג מחייב ואף מי שלא ציין בכתובתו מחוייב בתקנה¹⁵³.

מחלוקת נוספת הייתה בעניין זכות הירושה של בת בנכסי אביה לאחר שאימה התגרשה. הרב יעקב אבן צור כתב מפורשות בעניין אישה שהתגרשה ונקרעה כתובתה, כי זכות הירושה מקורה בתנאי הכתובה של האם. לכן כאשר קיבלה האם את כתובתה מתבטלת זכות הירושה של הבנות: "בנותיה של האישה הזאת אין להם חלק ונחלה וירושה לא באביהם ולא באימם שהרי כתובת אימם שמכוחה הם זוכות לירש כזכר בין באביהם ובין באיזה מהם שמת ראשונה, כבר נקרעה. אמנם עישור נכסים יש להם ליטול באביהם מדין חז"ל"¹⁵⁴.

לעומתו פסק הרב ברדוגו כי גם במקרה זה נותרת זכות הירושה לבנות הואיל והמדובר בתנאי שאינו תלוי בכתיבת הכתובה אלא במנהג מכח התקנה והוא מקבל תוקף של תנאי מכללא, והובאו דבריו בשו"ת אשר לשלמה:

ואף דמדברי הרב מוה"ר ר"ב (מורנו ורבינו הרב ר' רפאל ברדוגו, י.ב.) ז"ל מוכח הפך מזה. שהרי בקיצור התקנות שלו ס"ט כתב ויש להסתפק וכו' גם יש להסתפק בירשה אמה מגורשת מאביה ושוב מת אביה. הרי דלא נסתפק הרב אלא אם תירש פעם ב'. אלמא פשיטא ליה דבחדא זימנא אף במגורשת תירש הבת. ונראה דלטעמיה אזיל דס"ל דתקנת ירושת הבת לא תלייא בתקנת החלוקה דאף בכתובה כדת, אם מת במקום התקנה יורשת הבת."¹⁵⁵

וכן לגבי אישה שמחלה על כתובתה לבעלה, לסוברים כי המדובר בתנאי כתובה שלא מכח תקנה, נקבע כי במעשה המחילה בוטלה זכות הבנות לרשת.¹⁵⁶

¹⁵² הרב יוסף אלמליח "תוקפו של יוסף" חלק ב סימן ז' וכן ראה הרב דוד בן מסעוד צבאח שו"ת "שושנים לדוד" חח"מ שאלה נו.

¹⁵³ לדעתו של הרב ברדוגו, תחולת התקנה היא על בסיס טריטוריאלי. דהיינו, היא חלה על עזבון הנפטר לפי הנהגה במקום הפטירה ולא ע"פ מקום הנישואין.

¹⁵⁴ הרב יעקב אבן צור, שו"ת "משפט וצדקה ביעקב" ח"א סימן קי"ד וראה הרב רפאל ברדוגו שו"ת "משפטים ישרים" ח"ב סימן רס"ח.

¹⁵⁵ הרב שלמה בן אהרן אבן דנאן, שו"ת אשר לשלמה סימן מה. וכן ראה שם שהביא את דעות חולקות: "הן אמת. שהרב מהר"י אלמאליח ז"ל השיג ע"ז וכתב ואני אומר דהגם דעיקר הפרנסה שהוא עישור נכסי אינו מתנאי הכתוב ואינו תלוי בעת הנישואין ובכתובה. אבל תקנת חכמי קאסטלייא שנותן לבת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי. הוא תלוי בכתובה. שאם הכתוב כתק' חכמי קאסטלייא הוא שחלה ג"כ תקנתם בהא דהבת שאינה נשואה יורשת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי. אבל מי שכתוב כדת שלא נשא ע"פ תקנתם לענין חלוקה לא חלה עליו ג"כ תקנתם בהא שירושת הבת הכתוב כא' מן הבנים והא בהא תליא."

¹⁵⁶ ראה הרב ידידיה בן רפאל אהרון מונסונייגו שו"ת "דבר אמת" אבה"ע סימן צ' עמ' קכו. וכן ראה את דברי הרב רפאל ברדוגו בשו"ת "תורות אמת" עמ' פד. שם ערך הרב קיצור התקנות שהיו נהוגות בזמנו וציין את התקנה שהנהיג בדורו והמכונה בשם "תקנת הבחירה". תקנה זו באה למעט מחלק האישה במקרה של פטירת הבעל ומעניקה ליורשי הבעל את הבחירה לפרוע לה את כתובתה או ליתן לה מחצית העיזבון וכן אם תמות האישה בחיי בעלה, קיימת הבחירה לבעל ליתן ליורשיה את כתובתה ונדונייתה או מחצית מרכושו. תקנה זו נתקנה על מנת למנוע מצב ולפיו

עצם קיומה של מחלוקת בעניין תוקפה של התקנה מעיד על הפיחות שחל בכוחה. הדיונים ההלכתיים בנוגע לתחולתה במקרים השונים שצוינו לעיל והמחלוקת העמוקה בנוגע למעמדה, מעידים על הכרסום העמוק שחל בה משך השנים, מתקנה רחבה ומקובלת לתקנה מקומית ומוגבלת. הדבר הביא לכך שבכל מקרה של ספק הלכתי, קיומם של הדעות החולקות היה מצטרף כסניף על מנת להחמיר כדין תורה המקורי השולל ירושה מהבנות.¹⁵⁷

בשנת תקפ"א (1820), ניתנה זכות הבחירה לבנים היורשים ע"פ דין תורה להחליט, האם הם מעוניינים להעניק לאחיותיהם חלק בירושת אביהם כתקנת המגורשים, ולחילופין להעניק להם מזונות ועישור נכסים. תקנה זו כקודמותיה היא המשך המגמה של צמצום ירושת הבנות והפעם בשני מישורים, בתוכן ובתחולה.

מבחינת התוכן, התקנה קבעה כי מתן זכות ירושה לבנות כפי שתיקנו המגורשים הוא כנגד זכות המזונות וזכות הנדוניה ("פרנסה" בלשון התלמוד). **"עוד זאת תקנו רבותינו המגורשים שהבנות שהניחן אביהם בתולדות שתירשנה חלקים שווים עם הזכרים חלק כחלק, וראינו אל ליבנו כי תקנו ז"ל במקום מזונותיהם שצריכים ליזון מתנאי כתובה כזכר במשנה, ובמקום הפרנסה שצריכין ליטול מנכסי אביהם לצורך נישואיהן."**¹⁵⁸

בנוסף, החילו אותה גם על בנות שנישאו טרם התקנה החדשה, ולכאורה כבר קנו להן את הזכות לירש את אביהן מכח התקנה שהייתה קיימת במועד נישואיהן. למרות זאת, הואיל וטרם הגיע מועד המימוש, קבעו מתקני התקנה החדשה כי הזכות תישלל מהן. **"כל זאת תקנו והסכמנו לנהוג כן בין בנשואות שכבר נישאו קודם התקנה כשיבואו לידי גביה ככה ינהגו ובכח הפקר בית דין הפקרנו והפקענו כל זכות שיש לבעל או לאישה מכח המנהג הראשון."**

ההוספה כי ירושת הבנות היא כנגד חובת מזונות לבנות פגעה בהן. ישנו הבדל מהותי בין חובת המזונות לבין חובת הפרנסה (נדוניה) החלה על נכסי האב. המשנה קובעת: **"מי שמת והניח בנים ובנות בזמן שהנכסים מרובים בנים יירשו והבנות יזונו נכסין מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים"**¹⁵⁹. חובת המזונות אינה מוגבלת בסכום וקיימת אפשרות שכל נכסי העיזבון ישמשו לצורך מזונות הבנות עד כי לא יישאר לבנים כל רכוש לרשת. לעומת זאת, חובת הנדוניה מוגבלת עד לסך של 10% מנכסי העיזבון כך שלפחות 90% מנכסי העיזבון נשארים ליורשים.

אישה צעירה תינשא למבוגר ותנשל את יורשיו מרכושו בזכות נישואיה הקצרים. לעומת זאת, ראה דבריו של הרב שאול אבן דנאן בשו"ת "הגם שאולי" ח"א סימן מז. שמציין כי תקנת הבחירה לא הייתה מקובלת בכל המקומות.

¹⁵⁷ ראה שו"ת עמק יהושע חלק רביעי חלק חושן משפט, סימן ו'.

¹⁵⁸ מורי מרדכי עמאר **"תקנות חכמי מכנאס"**, תקנה כז, עמ' 120, הוצאת חברת אהבת שלום, ירושלים, תשנ"ו. יחד עם זאת, במקרים בהם כבר בוצעה חלוקה בפועל או במקרים בהם מת האב או האם וכבר קמה הזכות לקבל את הירושה אלא שלא היה מימוש בפועל, הסכימו מתקני התקנה שלא לשלול את זכות הבנות וציינו זאת מפורשות בנוסח התקנה.

¹⁵⁹ משנה, בבא בתרא ט, א. וראה: רמב"ם הלכות אישות פרק יט הלכה יז, שולחן ערוך אבן העזר סימן קיב סעיף יא.

הקביעה כי ירושת הבנות ע"פ תקנת המגורשים הייתה כנגד זכויות אלו גרעה מחובת המזונות האבסולוטית. כעת היו חייבים הבנים ליתן מזונותיהן רק עד הסך המגיע להן כנדוניא שהוא כאמור סך מקסימלי של עשירית הנכסים שנשארו. באם נצרף את תקנת הבחירה, כעת היו הבנים רשאים ליתן לבנות את הסכום הנמוך ביותר על פי שיקול דעתם הבלעדי. אין ספק כי המדובר היה בפגיעה משמעותית ומכוונת בזכויותיהן.

הדברים נאמרו בצורה מפורשת על ידי רבני מרוקו. הרב מלכה מציין כי לטעמו תקנת המגורשים נתקנה מראש בכוונה לפגוע בבנות ולדאוג לבנים: **"בתקופה יותר מאוחרת בעת שיהדות הספרדית גלתה ממכון שבטה מקשטיליא ונדדה ממקום למקום, עמדו רבותינו המגורשים ותקנו כמה תקנות לטובת המשפחה ובכללם תקנת זו של ירושת הבת עם הזכרים, הם ראו ברוח מבינתם, איך הגרושים והטלטולים שהיו מנת חלקם של היהודים אכלו את רכושם והמעייטו את נכסיהם ואז במות האב באה הבת ומעקלת את כל הנמצא לצורך מזונותיה ונשארים הבנים לחזור על הפתחים ולכן ראו לנכון לתת לה חלק בין הבנים במקום מזונות ועישור נכסי אם היא עדיין לא נישאת"**¹⁶⁰

תקנות המגורשים אם כן אינן תקנות "לטובת הבנות" אלא "לטובת המשפחה". נישולן של הבנות מזכות המזונות תוך כדי מתן חלופה של זכות ירושה, נועדה להיטיב עם המשפחה ולהגן מפני הבנות. לקביעות אלו מתווספות הטענות המועלות כנגד התקפות ההלכתית של תקנות המגורשים והאמירות בדבר סמכותם התורנית. הן הוגדרו כ- "תקנות מקלות" שניתקנו ע"י מי שאינו מוסמך או שפסק מכח הסברא. "רבני המגורשים חיברו את "ספר התקנות של ק"ק המגורשים וגדוליהם בפאס". כאן נכללו כל התקנות שנקבעו ונחתכו משך 200 השנה האחרונות בספרד. הרבנים שעסקו בעבודה לא קבעו דברים על פי פוסקים מוסמכים משם. בעניינים רבים סמכו על כשרונם האינטואיציוני כדי להורות את הנחוץ והמתאים. כך קרה שהקלו הרבה בתקנותיהם."¹⁶¹

גם הרב טולדאנו ציין: **"נמצא שרבינו המגורשים נטו בספר תקנותיהם זה להקל הרבה עד שמפני כן נתפשטו בין יהודי מרוקו כמה מנהגים דתיים הרחוקים ונבדלים מאוד ממנהגי היהודים ביתר הארצות."**¹⁶²

גישה זו ובמקביל ההסבר שנתנו רבנו מרוקו לתקנות כמיועדות לפגוע בזכויותיהן של הבנות, גרמו לשחיקתן ההולכת וגוברת של תקנות המגורשים אצל יהודי מרוקו משך השנים. במקביל לתהליך שתיארנו בנוגע לצמצום תקנת זכות הירושה לבנות, חל שינוי בפסיקת יהודי מרוקו בנוגע לכתיבת צוואה.

¹⁶⁰ הרב משה מלכה שו"ת "מקווה המים" חלק ג, חלק אבן העזר, סימן יב.

¹⁶¹ יוסף (גורג') הררי "תולדות יהודי אל מאגרבי" עמ' 64-63, הוצאת המחבר, חולון תשל"ד.

¹⁶² הרב יעקב משה טולידאנו, "נר המערב" דפוס א.מ. לונץ – ירושלים תרע"ב, עמ' 78.

בספר "כרם חמר" מובאת תקנה הקובעת חובת התייעצות מוקדמת עם חכם העיר או דיין העיר, טרם כתיבת צוואה. מטרת ההתייעצות הייתה על מנת לקבל את תוכחת החכם בעניין איסור העברת נחלה טרם כתיבתה. הסנקציה שנקבעה כנגד המפרים הוראה זו, היא ביטול הצוואה. תקנה זו כונתה בספרי השו"ת "תקנת התוכחה".

"אם איזה אדם ירצה לעשות מתנה או צוואה בין איש או אשה, שיעשה אותה בפני חכם העיר או דיין העיר . ואם תהיה באופן אחר שאותה מתנה או צוואה לא שווה כלום".¹⁶³

תקנה זו נהגה עד למאה ה-18. מתקופה זו ואילך יוחדה תקנת התוכחה רק לצוואות שכיב מרע, מהנימוק כי קיים חשש שמא מתוך טירופו הוא מבקש לעבור על איסור ומונע את נכסיו מיורשיו. בנוגע לצוואות בריא, נקבע כי אין צורך בתוכחה. השינוי לא נבע מתקנה חדשה אלא ממציאיות ולפיה רווח המנהג לכתוב צוואות בריא ללא נוכחות חכם. כך מצאנו כי בפסק דין של ביה"ד הרבני בעיר פאס משנת 1875, קבעו הדיינים כי אין איסור אעבורי אחסנתא במתנת בריא שנערכה בחיים בנוסח הקנאה "מהיום ולאחר מיתה": "ועוד בה טעם כעיקר והוא בנדון זה הייתה מתנת בריא בקניין ובמעכשיו כמפורש בלשון השטר שנוי ומשולש בכתובים ולכולי עלמא במתנת בריא אין צריך תוכחה. וכן הלכה רווחת את כל ונוכחת מעשים בכל יום צא וחשוב לאלפי רבבה וכן ראינו רבותינו הראשונים כמה פעמים שהיו מזדמנים במתנת בריא ולא דיברו מאומה"¹⁶⁴

אין המדובר בתקנה גורפת שחלה בכל ערי מרוקו. כמו תקנת המגורשים שנהגה בעיקר בעיר פאס וסביבותיה, תקנת התוכחה לא נהגה בערים אחרות כדוגמת העיר מרקאש והיה ספק אם היא חלה במקומות נוספים. העובדה שאין המדובר בתקנה מקובלת ורחבה, העידה על תוקפה ועל מחויבות הקהל לנהוג על פיה. בפסיקת ההלכה השתמשו פוסקי מרוקו בעובדה זו כשיקול הלכתי, על מנת להכשיר צוואות שנכתבו ללא תוכחה, בנימוק כי ע"פ דין תורה אין כל צורך בתוכחה.

"דהגם שע"פ התקנה כל מתנת שכ"מ שלא תהיה ע"פ בדי"ץ כמאן דליתא וכו', עכ"פ קי"ל כל ספק בתקנה העמידהו על דבר תורה. ובר מן דין, שהתקנה ההיא לא פשטא בעיר שבה נעשית המתנה שהיא מתא מראקיש ולא שמיעה להו ולא קבלוה. גם היא נחשבת מלכות בפני עצמה ולא גרירא בתר פאס יע"א שבה נתייסדה תקנה זו גם מתקני התקנה בפירוש אמרו שלא תקינו אלא בפאס ... וא"כ

¹⁶³ כרם חמר, שם, תקנה יא. וכן תקנה פ"ד "טופס הסכמה שלא יחתום הסופר צוואה שכיב מרע כי אם כפני המצוה ובפני החכם שימצא לשם ושיכתוב הסופר שהחכם הוכיח למצוה על אעבורי אחסנתא:"

¹⁶⁴ יוסף ברדוגו "כתנות יוסף" חלק שלישי, שורש שני, דיני מתנה, עמ' כ, מקנאס, תשי"ג 1943. פסק הדין המדובר התייחס לצוואת אביו של המחבר אשר במסגרתה הוריש לו נכסים. ביה"ד אישר את הצוואה מהנימוק שאין צורך בתוכחה. יוער כי המחבר צירף את פסק הדין לספרו אך באותו הפרק, הוא מציין את התקנה המקורית: " תקנת קדמונים שכל צוואה או מתנת שכיב מרע שלא תהיה בפני חבר העיר הנמנה לדין שהיא בטלה. ולא דווקא בנותן מתנת שכיב מרע אלא גם בנותן מתנת בריא צריך שתהיה במאמר אחד מביד"ץ. דזילא בתר טעמא כדי להוכיחו על אעבורי אחסנתא וכן פשט המנהג" שם, עמ' ת.

הרי ידוע זדידא מימות קדים קדמתא היא ואגפיא נגררים אחרי מראקיס ואם עיר הבירה זידהו לא שנאה לתקנה זו אזדידא ואגפיה¹⁶⁵

רבני מרוקו לא הותירו את ירושת הבנות ללא פתרון הלכתי. מצד אחד צומצמה תקנת המגורשים שהעניקה להן זכות בירושה מאידך גיסא הקלו על איסור העברת נחלה ובכך אפשרו למעוניינים להותיר רכוש לבנות בדרך של צוואה.

משך שנים ארוכות לא הייתה יהדות מרוקו נתונה ללחצים ולשינויים סביבתיים שכן היא נהנתה מאוטונומיה שיפוטית כמעט מוחלטת עד לעצמאותה של מרוקו בשנת 1956. דבר זה הביא ליצירה ושגשוג של תחומי ההלכה שהיו בסמכות השיפוט הרבני¹⁶⁶.

בעקבות שינויי התקופה, החל ממועד הכיבוש הצרפתי בשנת 1912, ההחלה להתערער הסמכות הרבנית דבר שהביא צורך להתמודדות מול אתגרים חדשים, בדומה לטלטלות שעברו על יהודי אשכנז מאתיים שנים קודם.

יהודי מרוקו במאה ה- 20

בשנת 1912 כבשו הצרפתים את מרוקו. בשנת 1918 פרסם השלטון הצרפתי חוק המסדיר באופן רשמי את מעמדם של מוסדות הדת ובתי הדין הרבניים. סמכות הרבנים נותרה רק בענייני אישות, ירושה, שררה והקדשות. כניסתם של הצרפתים למרוקו גרמה לפיתוח מואץ ולקשר בלתי אמצעי בין הקהילות בזכות פיתוח דרכי תקשורת ואמצעי תחבורה. הדבר הביא את הממסד הרבני לפעול לשם מציאת פתרון הולם שימנע את פיצול המנהגים והתקנות בקהילות השונות. ואכן מועצת הרבנים הראשונה של יהדות מרוקו נערכה מתוך מגמה לאיחוד התקנות והמנהגים השונים בקהילות מרוקו¹⁶⁷. במקביל היה על הרבנים להתמודד עם התרופפות סמכותם בקהילה ורוחות השוויון שהחלו לנשב בעקבות חדירת התרבות והחקיקה האירופאית, שלא קיבלה אפליה בין המינים על בסיס מגדרי.

עובדה נוספת שהביאה לעיסוק הרבנים בניסיון התאמת ההלכה לרוח התקופה, היא העובדה שהיה ברור להם כי עניין שלילת סמכותם הוא רק עניין של זמן. הם ראו את אשר אירע באירופה החל מסוף המאה השמונה עשרה עם הופעת האמנציפציה והתפוררות הסמכות הרבנית. במושבות שנכבשו על ידי בריטניה וצרפת הוחל החוק האזרחי. כך קרה בארץ ישראל בתחילת שלטון המנדט בוטלה סמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים בענייני ירושה, בצפון אפריקה בתחילת המאה ה- 19 עם תחילת

¹⁶⁵ הרב רפאל אנקווא, שו"ת "תועפות ראם" ח"א סימן לב.

¹⁶⁶ ראה מנחם אלון, "ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גירוש ספרד ועד ימינו", "הלכה ופתיחות : חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו", המרכז לתרבות ולחינוך של ההסתדרות, (תשמ"ה) (משה בר-יודא, עורך), 30-31.

¹⁶⁷ ראה "המשפט העברי בקהילות מרוקו", עמ' 212, בעריכת משה עמאר, הרב אליהו עצור, משה גבאי, מכון למורשת יהדות מרוקו תשמ"ו.

הכיבוש הצרפתי באלג'יריה, נשמרה בראשיתו האוטונומיה השיפוטית של הממסד הרבני אך לאחר זמן קצר, בשנת 1842, בוטלה סמכות בתי הדין הרבניים.

השינויים האיזוריים ותוצאותיהם היו ידועים לרבנים. הדבר הביא לכך שבין השנים תש"ז- תשט"ו (1947-1955) נערכו שש אספות רבנים במרוקו. במסגרתן נדונו נושאים שונים בענייני פסיקה ותקנות. לעניינו נציין את העלאת סוגיית ירושת הבת שכאמור לעיל, שצומצמה כמעט לחלוטין החל מתקנת המגורשים. אנו משערים כי עצם העלאת נושא ירושת הבנות לדיון, כבר בכינוס השני, נבע מהדחיפות ליתן לבנות זכות ירושה על מנת למנוע את סחף של הציבור היהודי ובעיקר הבנות, לעבר הערכאות האזרחיות שהעניקו להן שוויון זכויות.

בכינוס השני שנערך בשנת תש"י נקבע כי הבנות הרווקות יורשות את אביהן בחלקים שווים עם הבנים וכן יורשות את אימן, הגם שירשו בעבר את אביהן. לגבי הבנות הנשואות נשאר הדין כפי הנהוג, בנות נשואות לא יורשות.

בכינוס הרביעי שנערך בשנת תשי"ב (1951) הועלתה הצעה לתקן כי גם בנות נשואות יקבלו זכות ירושה שווה לבנים. בפתיחת הכינוס אמר הרב מיכאל אנקאווה **"באתי להציע לפני רום מעלתכם ענין אשר רוח הזמן החלה לפעמו בלב העם, והוא ענין ירושת הבת. רבים אומרים ממשכילי העם להשוות זכויות הנשים כאנשים בעניינים המתאימים עפ"י דתנו הקדושה, לפי המצב המחודש בעולם הכללי, ובאחת מהזכויות הנשים אומרות: תנא לנו אחוזה! ... והיום הזה כמעט הרינו כגברים לכל עבודה ומיגע כפינו נחיה, גם בנות רבות עשו חיל לנדן את עצמן או לכל הפחות להיות לאב לעזרה הן בנדונייתן הן גם למחיית פרנסתן... למה נגרע מכוח האנשים וכ"ש מנשים הבתולות היורשות מכוח התקנה? וכן צווחות ואומרות תנה לנו אחוזה בתוך נכסי אבינו".** דבריו היו מכוונים לפסיקה הקובעת כי הואיל והבת הנשואה קיבלה נדוניה ביום חתונתה, בכך מוצתה זכות ירושתה. לדבריו מציאות זו אינה נכונה עוד. נשים עובדות וצוברות ממון מכח יגיעתן. לכן מן הדין כי תקבלנה חלק שווה ברכוש המשפחתי בעת פטירת האב.

השינוי המוצע היה חריג ומרחיק לכת גם מבחינת משתתפי הכינוס הואיל וההצעה ביקשה לבטל דין תורה. לכן הוחלט כי הצעת תקנה המעניקה זכות ירושה לבנות תועבר לכל הקהילות. לאחר קבלת חוות דעת מרבני הקהילות יבוא הדבר לפני המועצה ויתקבלו החלטות.

בכינוס השישי שנערך בשנת 1955, טרם ניתנו תשובות הרבנים אך כבר החלו להישמע ניצני ההתנגדות לשינוי וצויינו דברי המתנגדים שהועלו על הכתב. **"הרב טולידאנו יצ"ו ערער על תקנה זו. ושאל היש ביכולת הרבנים לתקן תקנה זו כנגד דין תורה. שלא תירש הבת? ענהו הנשיא יצ"ו שהרבנים יעיינו בפוסקים על עניין זה ואחרי שיבררו ההלכה יחוו דעתם בכתב. גם יבררו אם רשאים הם לתקן היכא**

שדעת רוב הציבור חפצה בתיקון. תשובות הרבנים תבואנה לבית הדין הגבוה ובמועצה הבאה יוחלט העניין בע"ה"¹⁶⁸.

כמו כן נציין את היעדר ההתייחסות במסגרת ועידות אלו, לעניין כתיבת צוואות. הדבר מעיד כי לא היה כל צורך בכך. צוואות נערכו במרוקו כדבר שבשגרה ללא כל התנגדות הרבנים, וזה היה הפתרון המעשי לירושת הבנות. גם בכתיבת הצוואות הדגש היה לא על עקרון הורשה שווה אלא על מתן נדוניה לבנות ומכאן יש להבין כי הדבר התייחד רק לבנות שטרם נישאו וכי לא ניתן להן חלק השווה לחלק הבנים. עדות לכך מצאנו בדברי הרב משאש המציין את המנהג במרוקו. "וכך היה בימי חורפי, שלפי תקנת המגורשים הבתולה יורשת כזכר ועם כל זה הרבה הקפידו שלא תירש הבת והיו מסתפקים במה שהיו נותנים לה נדוניה וכל אחד לפי כוחו, והיו מסלקים אותה מירושה. רק מקצת העשירים היו כותבים מתנה לבנותיהן שאינה מגעת לשליש ולרביע מה שמגיע לה אלו היתה יורשת"¹⁶⁹.

סוף דבר, לא התקיימה מועצת רבנים נוספת ועניין ירושת הבת לא נדון. השאלה מה היה קורה אילו התקיימה ומה הייתה אז ההחלטה בעניין ירושת הבנות נתונה להשערות. חוקרי המשפט העברי שעמדתם תוצג בסמוך, סבורים כי התשובה לכך הייתה חיובית. אך אנו לא יכולים להסכים עימם מנימוקים שיפורטו להלן.

גישתם של אלון ועמאר

מנחם אלון ריכז את מחקרו בעניין ירושת הבת וירושת האישה בספרו "מעמד האישה"¹⁷⁰, הוא מציין את היצירתיות שביהדות מרוקו לעומת יהדות אשכנז שקפאה על שמריה. לדעתו הגישה השונה בין שני המרכזים היהודים באשכנז ובמרוקו יסודה בגורמים היסטוריים תרבותיים וחברתיים. באשכנז לאחר תקופת האמנסיפציה ותקופת ההשכלה חלה מגמה של החמרה והתנגדות ליצירתיות בעולמה של הלכה, מתוך חשש כי שינוי בהלכה יתפרש כרפורמה. על מנת להמחיש את גישת הרבנות האשכנזית לכל שינוי מתבקש, ציין את ביטוי של החת"ס "חדש אסור מן התורה". בנוסף, ציין את ביטול האוטונומיה השיפוטית של יהדות אשכנז בתקופה הנדונה דבר שגרם לעולם ההלכה האשכנזי לעסוק בשאלות תיאורטיות בלבד, עצר את התפתחותו וגרם להחלשות כח הפסיקה והשיפוט הציבוריים.

לעומת זאת הוא מציין את היצירתיות אצל פוסקי מרוקו, שאמנם גם שם חלו שינויים בכיוון דמוקרטי אך נשמרה אחדות הקהילה וההנהגה הרוחנית כסמכות מחייבת. קיומה של אוטונומיה שיפוטית במרוקו והיעדר החשש מהשפעות חיצוניות והתבוללות בגויים, אפשרו להנהגה הדתית להתקין תקנות

¹⁶⁸ "המשפט העברי בקהילות מרוקו", עמ' 424.

¹⁶⁹ הרב שלום משאש, שו"ת "שמש ומגן" חלק ב' חושן משפט, סימן א.

¹⁷⁰ מנחם אלון "מעמד האישה" (הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשס"ה – 2005)

ולקבוע פסיקה יצירתית. המסורת המרוקאית המשיכה את אשר היה נהוג ביהדות ספרד, לפעול בדרך של חקיקה שיפוטית הלכתית בניגוד להתמעטות השימוש בחקיקה הלכתית ביהדות אשכנז החל מתקופת האמנסיפציה ואילך.¹⁷¹

אלון סוקר את ההתפתחות בפסיקת יהודי מרוקו החל מתקנות ואלדוליד שנתקנו במאה ה-14 והשפיעו על תקנות קסטילא-פאס, שנתקנו מאתיים שנה מאוחר יותר והיו נהוגות במרוקו עד תחילת המאה ה-18. אלון אינו מתייחס לשינויים שחלו בתקנות המגורשים בשלוש מאות השנה עד למועד זה. הוא אינו מציין את השינויים שחלו במאה ה-18 אלא מדלג ישירות לתקנות מועצת הרבנים במרוקו במחצית המאה העשרים.

הוא מציין את התקנה בדבר ירושת הבת הבלתי נשואה בשווה עם הבנים וכן את ההצעה ליתן גם לבת הנשואה זכות זו. בכך ביקש להוכיח כי קיימת מגמה של יצירתיות ותיקון תקנות לטובת הבת. לדעתו מגמה זו של התפתחות נובעת מההכרה של רבני מרוקו כי על ההלכה להשתלב בחיי המעשה. אמנם ההצעה בעניין ירושת הבת הנשואה לא הוכרעה לאחר הכינוס השישי בשנת 1955, בו סוכם כי עניין ירושת הבת הנשואה יידון בהמשך, אך אלון מניח כי אם הייתה מתקיימת אסיפת רבנים מאוחרת אין ספק כי הצעה זו הייתה מתקבלת. **"ניתן לשער, שאילו היו מתקיימות מועצות רבנים נוספות במרוקו אכן הייתה מוענקת זכות זו (של ירושה – י.ב.) גם לבת הנשואה, שהרי גדול הוא צורך השעה בתקנה מעין זו".**¹⁷²

הרב משה עמאר הלך בדרכו של אלון וציין כי הרב אבן דנאן שהיה הרב הראשי פנה לרבנים נוספים שלא היו במועצת הרבנים על מנת שיחוו את דעתם בכתב על הצעה זו ומסקנתו היא: **"סביר להניח שלו הכינוסים היו נמשכים, הייתה הצעה זו (של ירושת הבת הנשואה – י.ב.) מתאשרת ברוב גדול".**¹⁷³ לא נוכל להסכים עם מסקנות אלו, שלדעתנו מתעלמות מהמגמה המוכחת בפסיקת יהודי מרוקו ומהבנת הרקע הכללי שהביא לכינוס הרבנים.

אלון ועמאר נמנעו מלסקור את השינויים במרוקו החל מהמאה ה-18 ואילך. הם אינם נותנים משקל לעובדה כי לא חל שינוי סטטוס במעמד הבנות ולא הקנו להן מעמד של יורשות. עיקר העיסוק של רבני מרוקו החל מהמאה ה-18 היה נסיון לקעקע ולצמצם את תקנות המגורשים. מה שהחל כהבטחה גדולה במאה ה-14 הסתיים לקראת סוף המאה ה-18 בתקנה מרוקנת מכל תוכן. נזכיר רק את עיקרי הדברים, צמצום התקנה למתן כספים מעזבון האב לבת רווקה בלבד, העמדת הבת כבעלת חוב ולא כיורשת, הקביעה כי הבת הרווקה יכולה לקבל כספי עזבון רק פעם אחת בלבד בעת פטירת האב או

¹⁷¹ ראה גם, אלימלך וסטרייך, "עיונים ראשוניים במפגש בין רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים", עיוני משפט, לז' 2013, 139-194, עמ' 142-143.

¹⁷² הלכה ופתיחות עמ' 31.

¹⁷³ הלכה ופתיחות עמ' 53.

האם, מתן זכות הבחירה לבנים בין מתן חלק בעיזבון לבין עישור כספים מנכסי המת. כל אלו היו צריכים להביא לידי מסקנה, כי רבני מרוקו הלכו בדרך של צמצום הזכויות וחזרה לדין תורה המקורי, לפיו אין לבנות כלל זכות ירושה. למעט החרג המופיע בתקופת התנאים, כי בת רווקה זכאית לעישור נכסים לצורך חתונתה. הדברים נאמרו בצורה ברורה על ידי אסף בסקירת התפתחות תקנת המגורשים אצל פוסקי מרוקו בעניין ירושת הבת, החל מהתקנה המקורית וכלה בדורות האחרונים. אסף מציין את התהליך המצמצם שעבר על תקנה זו וקובע מפורשות שהתקנה איבדה את רוב ערכה במשך הדורות:

”בבאורים שנתנו לתקנות אלו ע”י חכמים מוסמכים כ-ר’ יהודה בן עטר ורבי יעקב אבן צור נאמר שהנקבות הנוטלות חלק בזכרים ”יובן דווקא בלתי נשואות מעולם. אבל נקבות נשואות אלמנות או גרושות אין להם כלום במקום הזכרים”. הרי זו הגבלה גדולה, אבל יש לה סמך בגוף התקנה שבה נאמר: ”וזה יהיה דווקא קודם שינשא הבנות ליקוחים שניים”, אף שאין לשון זה מבטא את ההגבלה כלה, אבל בזמן מאוחר יותר כנראה הוכנסה עוד הגבלה גדולה השוללת מן התקנה את רוב ערכה, והיא זו: ”אין הבנות נוטלות חלק בזכר אלא דווקא פעם אחת, דהיינו במי שמת ראשון דוקא אבל לא באחרון, דהיינו אם מת הבעל ראשון תטול האשה, מחצה והמחצית השנייה תתחלק בין כולם זכרים ונקבות בלתי נשואות בשוה. וכשתמות אחר כך האשה, לא ירשנה אלא הזכרים ואין לנקבות כלום. ואם מתה האשה, תחילה יטול האב מחצה כנ”ל והמחצית השנייה תתחלק בין כולם זכרים ונקבות בשוה וכשימות אחר כך האב ירשוהו הזכרים ואין לנקבה הבלתי נשואה ליטול אז בנכסי אביה אלא עשור נכסי כפי הדין, אבל לא חלק בזכר. כללו של דבר שלא תקנו שתיטול חלק בזכר אלא פעם אחת, כשמת אחד מהם בלבד”.¹⁷⁴

אנו נבקש להעיר על מסקנתו של אלון בעניין ירושת הבנות. לדעתנו, בנושא זה אנו עדים לצמצום התקנות שהטיבו בעבר את מצבן וחזרה לכיוון הדין המקראי. העובדה כי רבני מרוקו ”התעוררו” לתקן תקנות ולבחון את הוראות המשפט העברי על מנת להתאימן לשינויים הסביבתיים, רק לאחר שנוכחו כי הקרקע נשמטת תחת רגליהם וכי הם עתידים לאבד את ההגמוניה שלהם, מוכיחה כי הם היו מנותקים זמן רב מהשינויים העולמיים בנושא שוויון זכויות לנשים. סמכותם הרבנית נוצלה על ידם לחזור למקורות. שלא כפי שאירע ביהדות אירופה, שם הרבנים שללו כל חידוש על מנת לשמור על המסורת בבחינת ”חדש אסור מן התורה”, אצל רבני מרוקו, שלא היו נתונים לכל השפעה זרה ונהנו מאוטונומיה שיפוטית, היה זה חלק מהשקפת עולמם לבצר את דין תורה בענייני ירושה ואת הוראות הראשונים קודם לתקנות המגורשים. לדעתנו, הגם שנושא ירושת הבנות עלה לדיון והיה זה לכאורה סימן לרצון הרבנים לשינוי, רחוקה המסקנה כי באם היו נמשכים הכינוסים הייתה מתקבלת החלטה לשנות את דין ירושת הבת, שכן במרוקו דיני הירושה קיבלו אופי קונגטי משך מאות בשנים.

¹⁷⁴ אסף, ”לשאלת ירושת הבת”, עמ’ 13.

אנו מוצאים תימוכין לדברינו גם לאור הדיונים שנערכו וההבדל בין החלטות שהתקבלו בכינוסים אלו. בתקנון האסיפה נקבע כי המשתתפים הם רבני בי"ד הגבוה ונשיאי בתי הדין של ערי מרוקו.¹⁷⁵ על החלטות להתקבל במהירות **"בדרך קצרה, שעה אחת לא יותר"**.¹⁷⁶ בניגוד לשאר הנושאים, עניין ירושת הבת הועלה כבר בכינוס השני ולא קיבל את פתרונו גם בכינוס האחרון. במהלך ניסיונו של הרב אבן דנאן – נשיא המועצה, להגיע להחלטה מוסכמת נשלחו מכתבים לכל רבני מרוקו על מנת שיביעו את דעתם. בדומה לתגובת הרבנים להצעתו של הרב הרצוג לשינויים בדיני הירושה, גם רוב רבני מרוקו היו נגד ההצעה. נזכיר את דברי הרב משאש שהיה נוכח במועצת הרבנים והוא מעיד מכלי ראשון: **"אמנם לגבי הבת הנשואה רצו במועצת הרבנים בימנו במערב לתקן לנשואה גם כן שתירש כזכר. אך רוב הרבנים לא הסכימו לזה ואני הצעיר אחד מהם ... דאף שיש כח בידם לתקן מטעם הפקר בי"ד הפקר, עם כל זה בעינין שיהא סיבה טעם נכון לתקנה, ובנשואה לא נמצאו טעמים וסיבות מוכרחים"**.¹⁷⁷ את דבריו משלים הרב משה מלכה שהיה חבר ביה"ד קזבלנקא אשר דעתו התבקשה במסגרת הפניה לכלל הרבנים. בתשובתו הוא מציין את תקנת המגורשים ואינו שולל את הזכות לתקן תקנות מכח "הפקר בית דין הפקר" אך הוא דוחה את ההצעה לתקן זכות ירושה לבנות נשואות שכן בתקופת המגורשים היה צורך והדור היה ראוי אך בדורנו לא קיימים נימוקים אלו: **"אין בה בתקנה זו משום חיזוק הדת וביסוסה ... אם יוחק חוק כזה, יהיה מעין הסכמה לדברי ההולכים ומכריזים השכם והערב שכבר עבר זמנה של התורה וכי אין חוקיה מתאימים עוד עם החיים האקטואליים"**.¹⁷⁸

במקום אחר מוסיף הרב משאש כי הויכוח לענין ירושת נשים נשואות לא נערך רק בישיבתה האחרונה של מועצת הרבנים במרוקו. אלא המדובר בויכוח מתמשך, **"במועצת הרבנים ש"ש תשט"ו לפ"ק, התעוררה שאלה לתקן ירושה שבנות הנשואות ואחרי ויכוח של הרבה אסיפות ניתן צו מאת נשיא המועצה לדרוש ולחקור לאור ההלכה אם יש כח בידי בתי דינים לתקן תקנות בענין זה או לא"**.¹⁷⁹

עדות זו היא תמיכה למסקנתנו כי המדובר היה בעניין בעייתי שלא קיבל הסכמה גורפת ואף לא הסכמה דחוקה של המשתתפים. משך זמן ממושך לא ניתנה הכרעה ברורה, הדבר הביא להחלטה בכינוס האחרון להפנות את השאלה לכלל רבני מרוקו על מנת לקבל את דעתם. החלטות אלו לא עלו בקנה אחד עם הוראות התקנון הקובעות כי המטרה ליתן החלטות מהירות, בנוכחות המשתתפים בלבד, שהיו מגדולי וחשובי הרבנים.

¹⁷⁵ הלכה ופתיחות עמ' 49. יצויין כי נקבע שיש סמכות לביה"ד הגבוה לספח לפעמים לאסיפה גם משאר רבני בתי הדין וכן רבנים מקומיים. (סעי' ד לתקנון)

¹⁷⁶ שם, סעי' יא לתקנון.

¹⁷⁷ הרב שלום משאש, שו"ת "שמש ומגן" חלק ב' חושן משפט, סימן א.

¹⁷⁸ שו"ת "מקווה המים" חלק א חלק אבה"ע סימן נד. הרב מלכה היה חבר בביה"ד של הרב משאש בעיר קזבלנקא שהייתה עיר ראשית וחשובה במרוקו. ראה בהקדמה לשו"ת חלק א. ייתכן שדבריו הם פרשנות לאמירתו הקצרה של הרב משאש.

¹⁷⁹ הרב שלום משאש, שו"ת "תבואות שמי"ש" סימן י' וסימן יא.

בניגוד לעמדתם הנחרצת של אלון ועמאר, אפשרי לטעון כי רבני מרוקו לא היו משנים מאומה בעניין ירושת הבנות הנשואות ולא יוצאים כנגד הדין המקראי, באמצעות התקנת תקנות שהיו נהוגות 500 שנה לפני כן מתקופת המגורשים.

נדגיש כי רבני מרוקו ציינו שניתן לתקן תקנות בדיני ירושה הואיל והמדובר בענייני ממון, הגם שיש בהם צד של איסור, אך הגבילו את תקנתם לבנות רווקות שטרם קיבלו נדוניה לנישואיהן. התקנה שקבעה ליתן לרווקות חלק בירושה הייתה מעין "עישור נכסים" או תואמת לרציונל של תקנת "בנין דכרין" שנועדה לדברי התלמוד לגרום למתן נדוניה מוגברת לבנות על מנת שתינשאנה. מתן ירושה לבנות נשואות שכבר קיבלו נדוניה, משמעותו תקנה הנוגעת רק לדיני הירושה ולכך הייתה צריכה להיות הסכמה מיוחדת - שלא התקבלה בסופו של יום. נזכיר כי התקנה המקורית שהובאה בספר "כרם חמר" במאה ה-18 ציינה הגבלה למתן ירושה לבנות "זוה יהיה דווקא קודם שינשאו הבנות ליקוחים שניים" - כלשון התקנה, זאת לדעתנו משום שכבר ניתנה לבת נדוניה.

חיזוק נוסף למסקנתנו ניתן למצוא בתהליך חקיקת תקנות בעניין ירושת הבת אצל יהודי אירן¹⁸⁰, תקנות שהתבקשו עקב שינויים פוליטיים וחברתיים שהתחוללו באירן במאה ה-20 והלחץ של ארגוני הנשים שקיבלו גיבוי מרעיית נשיא מדינת ישראל דאז - רחל שזר.

בשנת 1925 עלה לשלטון באיראן רזא שאה פהלווי ולאחריו בשנת 1941 מונה בנו מוחמד רזא שאה פהלווי ששלט עד לסיום שלטון שושלת השאה בשנת 1979. אחד המאפיינים העיקריים של תקופה זו היא הקמת בתי דין ממשלתיים ובכללם הכרה של המדינה בבתי הדין של היהודים, בסמכות הרבנים ובפסיקתם ההלכתית. במקביל שופר מצבם החברתי של היהודים והם נהנו משוויון זכויות אזרחי.¹⁸¹

בשנת 1947 נוסד באיראן ארגון בשם "ארגון הנשים היהודיות" מתוך מטרה לשפר את מעמדן של הנשים באיראן. אחד הנושאים שהטרידו אותן היה קיפוח הנשים בענייני ירושה על פי ההלכה בניגוד למצבן המשפטי של הנשים המוסלמיות שזכו לקבל חלק שווה בירושה. במסגרת ועידה מטעם האו"ם שהתקיימה בטהרן בשנת 1965 ועסקה בנושא זכויות הנשים, השתתפו נציגות הנשים היהודיות האירן ויושבת ראש תנועת "אמונה: תנועת הנשים הדתיות הלאומיות" - הגב' חוה כהן ששימשה כיו"ר ארגון הגג של הנשים בישראל. בפגישתן בוועידה העלו נשות אירן בפני הנציגה הישראלית את מצוקתן בענייני ירושה, וציינו בפניה כי בכוונתן לפנות לשאה בדרישה להפקיע את דיני הירושה מהסמכות הרבנית ולהעבירם לשיפוט האזרחי - איראני. במקביל, באותה התקופה פגשה רעיית הנשיא דאז - הגב' רחל שזר, נשים יהודיות מאירן שהגיעו לישראל לצורך השתלמות ובפגישתן הן העלו בפניה את מצוקתן

¹⁸⁰ ראה סקירה מקיפה אצל שלמה א' גליקסברג, "תקנותיהם של הראשונים לציון לשיפור מעמד האישה היהודייה באיראן", פעמים 142-143 (תשע"ה) 169-218.

¹⁸¹ חיים סעדון (עורך), "איראן: קהילות ישראל במזרח במאות התשע עשרה ועשרים", יד בן צבי, ירושלים תשס"ו 2006.

בענייני ירושה. שתי הנשים - רעייתו של הנשיא ויו"ר ארגוני הנשים בישראל, פנו לרב ניסים ולד"ר ורהפטיג בבקשה לפעול לפתרון בעייתן הכאובה של הנשים היהודיות באירן. פניות אלו הובילו לחליפת מכתבים בין הגב' שזר לרב ניסים שהיה הרב הראשי לישראל בתקופה זו ובין ד"ר ורהפטיג שהיה שר הדתות בניסיון לגבש פתרונות הלכתיים לבעיית הנשים. בתאריך 2.3.1966 נשלחו שליחים מישראל ליהודי אירן, הרב סלמן חוגי עבודי נציגו של הרב ניסים וד"ר שלמה זלמן כהנא שהיה מנכ"ל משרד הדתות. השליחים ניהלו מו"מ עם חברי ביה"ד בטהרן בהשתתפות ועד הקהילות האיראניות בנוגע להצעת תקנות שהיו אמורות ליתן פתרון לנשים. לאחר שהגיעו למתווה מוסכם, התכנסה ביום ח' אדר תשכ"ו (10.3.1966) ועידת יהודי טהרן ובה הוצגו ההסכמות שהושגו בין הצדדים ונקבע כי הן תועברנה לרבנות הראשית בישראל לצורך אישורן. בנוגע להסכמות המתייחסות לדיני ירושת הבנות, התקבלה ההחלטה הבאה.

2" הבת תקבל מהעזיבון חלק של חצי, מזה שיקבל כל יורש זכר.

ראשי הקהילה והרבנים יפרסמו ברבים את התקנות כדי שכל אחד ואחד ידע מההתחייבויות שקבל עליו. וליתר תוקף יחתימו את הבעל בעת סידור הנישואין שהוא מקנה בקניין גמור את רכושו הנמצא ברשותו ושימצא ברשותו לפני פטירתו על ההתחייבויות הללו שתהיינה לפי הנוסח ששליחי ארץ הקודש יעבירו אליהם"¹⁸²

לאחר חזרת השליחים לישראל הם פגשו את הרב ניסים אשר אישר את נוסח התקנות. אך בפועל לא יושמו התקנות בשל חוסר שיתוף פעולה של הרבנים המקומיים והתנגדות חלק מהציבור ליתן זכויות ירושה לנשים ובעיקר בשל חוסר פתרון למתן ירושה לנשים שכבר היו נשואות במועד קבלת התקנות. בדומה לפסיקה הספרדית ולדרך בה הלכה יהדות מרוקו, בחרו יהודי אירן לתקן תקנות על מנת לגרום לשינוי הלכתי. הרצון לשינוי לא צלח בתקופתו של הרב ניסים והתקנות שהוצעו לא היו שינוי ישיר בדיני הירושה אלא בשינוי המתייחס לחובת מתן נדוניא, שאמנם יש לו השפעה על היקף הירושה אך אינו מעניק שוויון מגדרי. על כך ניתן להיווכח מתוכן התקנות. ראשית, בולטת העובדה שההענקה לבנות היא רק מחצית מחלקו של זכר - בדומה למנהג קהילות אשכנז ליתן לבנות "שטר חצי זכר". שנית, הקהילה האירנית אינה קובעת תקנות ירושה אלא מציינת שעל האב לחתום על מסמך בעת נישואיו ולבצע קניין. המדובר בהוראה לחייב את הבעל-אב, לכתוב מעין צוואה בעת נישואיו על מנת להגשים את המטרה של הענקת זכות ירושה לבת.

אמנם בסעיף 8 של זיכרון הדברים נכתב כי ההוראה המחייבת החתמה על מסמך היא לצורך תוקף בזמן המעבר, עד לפרסום התקנות:

¹⁸² ארכיון המדינה, תיק 8/807. וכן ראה בלוג ארכיון המדינה - המהדורה העברית. "לתקנת בנות ישראל בגולת פרס" - מאבק הנשים הוכתר בהצלחה. http://israelidocuments.blogspot.co.il/2016/02/blog-post_25.html, תעודה 10.

8". **בכל מקום שקבלנו עלינו את הצורך בהחתמת בני הזוג באה החתימה לתת תוקף נוסף לצאת ידי דעת כולם, אבל עם פרסומן של התקנות אנו קובעים שעל דעתא דהבא ובהסכמתם יקבעו היחסים הקנייניים של בני הזוג - והם יחייבו".**

אך עלינו לשים לב לעובדה שהאמור מתייחס רק ליחסים בין בני הזוג ולא לעניין הורשה. שם נותרה ההוראה הקודמת במתכונתה, המורה שיש להחתיים את האב על צוואה ולבצע קניין בנוסח שיומצא על ידי רבני ארץ ישראל.

הרב ניסים סיים את כהונתו בשנת 1972 ובמקומו מונה לתפקיד הראשון לציון - הרב עובדיה יוסף. הרב יוסף נדרש גם הוא לשאלת זכויות הנשים באירן, וגם הוא כמו קודמו ביקר באירן על מנת להיות נוכח מקרוב אודות בעיית הנשים. בשובו ארצה, אישר הרב עובדיה יוסף התקנת תקנות כבסיס חוקי הלכתי מחייב, ולא דרש הסדר חוזי בעת הנישואין או הוספת חיוב בכתובה כדרך למתן ירושה לבנות.¹⁸³ התקנת תקנות ישירות לא הייתה חידוש מיוחד אצל יהודי ספרד שהיו אמונים על דרך חידוש ההלכה באמצעות תקנות וגם קודמו בתפקיד - הרב ניסים, הלך בדרך זו. החידוש המרעיש בפסיקתו היא הוראתו להרחיב את תקנת הירושה לבנות גם על הבנות הנשואות. פסיקה חריגה זו לא ניתנה בנקל. בטרם הותקנו התקנות מינה הרב עובדיה יוסף את הרב פנחסי לברר את תוקפן של ההלכות של תקנות הנישואין והירושה. הרב פנחסי מצא תימוכין הלכתיים לחקיקה באמצעות תקנות אך במסקנתו הביע הסתייגות והציע כי התקנות יהיו כתנאי כתובה. כאשר הציג עמדתו לפני הרב עובדיה יוסף השיב לו: **"הדבר לא מעשי ועדיף לתקן"**¹⁸⁴ והורה לו לתקן תקנות ישירות. פסיקתו של הרב עובדיה יוסף כפי שבאה לביטוי בהוראות לקהילת אירן וקבלתן על ידם, מוכיחות כי אשר אירע אצל יהודי מרוקו לא היה חריג בפסיקה ההלכתית הספרדית האמונה על דרך התקנת תקנות כאמצעי לביצוע שינוי הלכתי. אך עלינו לשים לב כי הפתרון המועדף אצל יהודי אירן היה שינוי באמצעות תיקון הכתובה - דהיינו שינוי באמצעות הסכמים חוזיים - דרך המקובלת אצל יהודי אשכנז. בפתרון זה צידד הרב ניסים ואחריו הרב פנחסי. רק כאשר הציבור לא שיתף פעולה והיה חשש אמיתי להתאסלמות הבנות, נאלצו הרבנים לחזור להליך של חקיקת תקנות. גם כשתוקנו התקנות, לא היה זה שוויון מלא לבנות וזאת במטרה שלא לפגוע בדיני הירושה המקראיים. לבנות הוענקה זכות ירושה רק חלק "חצי זכר" ולנשואות קוזה מחלק "חצי זכר" הנדונה שקיבלו בזמן נישואיהן. ניתן להסיק כי תקנת הבנות באיראן נותרה דומה לתקנת "עישור נכסים" כתחליף לנדוניה, ולא נועדה לשוויון מגדרי בירושה. גם כאשר היא תוקנה עבור בנות נשואות היה זה בשל "כורח" ונסיבות מיוחדות של חשש התאסלמות.

¹⁸³ התקנות הובאו על ידי הרב יוסף פנחסי, בשו"ת "יפה מראה" סימן כו. וראה ידידיה כהן, "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו" **שנתון המשפט העברי** כרך ו-ז (תשל"ט-תש"ס) 133-175. עמ' 175 הי"ש 233. ידידיה כהן, "תשובה להערותיו של הרב וינמן" **שנתון המשפט העברי**, כרך ח תשמ"א עמ' 364-365.

¹⁸⁴ הרב יוסף פנחסי שו"ת "יפה מראה" סימן כו, עמ' שלא. וראה שם את נוסח התקנות שהוצעו על ידי הרב פנחסי.

סיכום

בתקופת האחרונים ניתן לחלק את השינויים בירושת הבנות לפי חלוקה גיאוגרפית. בקהילות אשכנזי אנו מוצאים המשך פיתוח ההלכות הנוגעות לכתובת צוואה ולשטר "חצי זכר" שהחל לנהוג עוד בשלהי תקופת הראשונים באשכנז ונקרא בשם "שטר מתנה".

בעוד שבתקופת הראשונים בוצעו שינויים הנוגעים לירושת הבת באמצעות התקנת תקנות המכונות תקנות שו"ם והמיוחסות לר"ת, בתקופת האחרונים בוצעו שינויים באמצעות פסיקה הלכתית.

פסיקה זו לא התייחסה במישרין למתן זכות ירושה לבנות אלא בדומה לעבר, היא אפשרה לבנות לקבל באופן עקיף זכויות בעיזבון אביהם. בדומה לתקנות שו"ם שעסקו במתן נדוניה הנחשבת כחלוקת נכסי האב, המשיכו באשכנז לפעול לעידוד מתן הנדוניה באמצעות שטרי ירושה, שהפכו בתקופת האחרונים ל"שטר חצי זכר". שטר זה ניתן לבנות על ידי האב בעת נישואיהן תוך כדי הגמשת החסמים הקנייניים שכן על פי ההלכה שטר צוואה הוא שטר מתנה מחיים. כמו כן הוקל איסור העברת נחלה בכפוף להותרת חלק ליורשים ע"פ דין. פסיקה זו הייתה בגדר חידוש כיוון שלראשונה הפכה הבת ליורשת. אמנם קיבלה רק חצי מהחלק שניתן לבנים, אך מעמדה הייתה כשל יורשת.

לקראת סוף תקופת האחרונים נעלם מוסד "שטר חצי זכר" בשל הפגיעה במסגרת הקהילתית והתערעות סמכות הרבנים. הנשים ניצלו מצב זה ופנו לערכאות על מנת לקבל בעיזבון הוריהם חלק השווה לבנים, עובדה זו גרמה לעידוד פסיקה שתאפשר מתן זכויות ירושה לבנות במסגרת ההלכה. משכך אנו מוצאים בתקופה זו הקלה בדיני הצוואות בפסיקה הלכתית של רבני אשכנז. בעניין זה התירו הפוסקים שימוש במסגרת צוואות במנגנון "שטר חצי זכר" המבוסס על קניין אודיתא, על מנת לאפשר לצוות לבנות חלק בלתי מסויים בנכסי העיזבון, הואיל וצוואה הלכתית חייבת להיערך כמתנה מחיים ומתנה חייבת קניין על רכוש מסויים. בדרך זו נשמר מעמדה של הבת כמעין יורשת והיא קיבלה מנה בנכסי העיזבון. את איסור העברת נחלה פתרו פוסקי אשכנז בקביעה כי הותרת "ד' זוזים" או "סך חשוב" ליורשים על פי דין, מאפשרת למוריש לצוות את יתרת רכושו למי שיחפוץ מבלי שיעבור על האיסור.

החל מהמאה ה-18 אנו מוצאים פסיקה מחמירה אצל הפוסקים האשכנזים ובניהם עמודי הלכה כדוגמת החת"ם סופר. שיערנו כי פסיקה זו נבעה מהרצון להילחם עם רוח השוויון שנהגה בין העמים באירופה בתקופתם והשפיעה גם על הקהילות היהודיות בדרישה לשוויון מגדרי בהלכה בין בנים לבנות. בתגובה למציאות משתנה זו, נקט החת"ם בהחמרה הלכתית שהתבטאה בביטול הקלות הנוגעות לירושת הבת, הקלות שהיו נהוגות ומקובלות עוד טרם תקופתו. הוא אסר לכתוב צוואות המשוות בין בנים לבנות מהנימוק כי העושה כן עובר על איסור העברת נחלה וכן קבע כי הענקת שטר חצי זכר לבת

אינו נותן לה חלק במקרקעין ובספרים. בכך ביקש לבטל את מעמד הבת כמעין יורשת ולהבהיר כי היא אינה זכאית למאומה מעזבון הוריה אלא רק מה שניתן לה במפורש במתנה ולא בדרך של ירושה. בשלהי תקופת האחרונים חזרו הפוסקים האשכנזים לפסיקה שהייתה נהוגה בטרם תקופתו של החת"ס והתירו עריכת צוואות ומתן חלק בלתי מסויים לבנות בעיזבון ללא כל הגבלה זו או אחרת.

אמנם קיימים פוסקים אשכנזים מהדור האחרון הממשיכים את גישתו של החת"ס ומטילים הגבלות על כתיבת צוואות ונישול היורשים על פי דין, אך הגישה השלטת היא מתן חלק לבנות ויש שפסקו ועודדו ליתן להם כחלק זכר מלא על מנת להשוותן לבנים לגמרי.

בספרד לעומת זאת, נותרו התקנות שנהגו עוד בתקופת הראשונים ובמהותן עסקו בשימור הנדוניה לבת ונותרה דרך התקנת תקנות לטובתה כפתרון מועדף ולא באמצעות פסיקה הלכתית. זאת כיוון שהקהילות היהודיות שם היו קהילות סגורות בעלות אוטונומיה דתית וסמכות רבנית. מתכונת תקנת טוליטולא שעסקה בעידוד מתן נדוניה, נותרה כפתרון מועדף לירושת הבת ובוצעו בה שינויים מינוריים לטובת הבנות.

במקומות מסויימים בספרד תוקנו תקנות המאפשרות לבת להוריש את חלקה לצד ג' ובמקומות אחרים הורחב חלקה של הבת לקבל מחצית מרכוש בעלה הנפטר ללא קשר לגובה הנדוניה שהכניסה לו. למעט שינויים אלו לא חלה אצל פוסקי ספרד התפתחות בדיני צוואות, שכן תקנות טוליטולא ודומיהן העניקו פתרון נאות לירושת הבנות. כאשר גם שינויים אלו בוצעו בדומה לשיטתם ההלכתית של הפוסקים הספרדים הראשונים אשר ביצעו שינויים הלכתיים בדיני הירושה באמצעות התקנת תקנות בעוד הרבנים האשכנזים בתקופת האחרונים זנחו דרך זו, והעדיפו לבצע שינויים באמצעות הקלה בפסיקת ההלכות.

פסיקה חריגה מצאנו אצל מגורשי ספרד שגלו למרוקו במאה ה-15. תקנות מגורשי ספרד המכונות בשם "תקנות המגורשים" או "תקנות קשטיליאי" על שם מקורן, קבעו תקנה הקובעת באופן ברור זכות ירושה לבנות בחלק השווה לבנים. קיימת מחלוקת בין המלומדים מדוע חל השינוי. יש הטוענים כי בשל מצבן הקשה של המגורשים ונשיאת הנטל הכבד גם על ידי הבנות, ביקשו מתקני התקנה לשכך את תרעומתן. ויש הסוברים כי בהתקנת התקנות ביקשו המגורשים להעתיק את ספרד למרוקו, ולהתאימם לחוקים הנהוגים אצל השלטון המוסלמי המשווים בין בנים לבנות בחלוקת ירושה.

למרות שהתקנה במהותה הייתה מוגבלת רק להשוואת בנות לא נשואות לבנים, באם הייתה נמשכת מגמת הפתיחות לעניין ירושת הבנות, במשך הדורות המאוחרים היא הייתה אמורה להתרחב ולכלול גם את הנשואות. בפועל הראנו בפסיקת יהודי מרוקו היפוך המגמה. החל מזמן קצר לאחר התקנתה וביתר שאת החל מסוף תקופת האחרונים, כורסס היקף התקנה והוטלו עליה סייגים שונים שרוקנו אותה מתוכן. במאה ה-18 הבהירו הרב בן עטר והרב יעקב אבן צור כי בנות נשואות או גרושות או אלמנות

אינן נכללות בתקנה. במאה ה- 19 נקבעה "תקנת הבחירה" המעניקה לבנים את הברירה לנהוג כפי תקנת המגורשים או ליתן לבנות מזונות ועישור נכסים. במאה ה- 20 חל שינוי, בעת כיבוש מרוקו על ידי הצרפתים והתרופפות הסמכות הרבנית שנבעה מביטול מעמדם הבלעדי במסגרת החקיקה הצרפתית. בין השנים 1947-1955 נערכו שש אסיפות רבנים שבמסגרתם הועלתה סוגיית ירושת הבנות ונעשו ניסיונות להגיע להסכמות בין הרבנים. בפועל הסתיימו הדיונים ללא החלטה בנושא זה וקיימת סברה שהועלתה על ידי חוקרי המשפט העברי כי באם היו נמשכים הדיונים הייתה מתקבלת החלטה לתקן את ירושת הבת, זאת הואיל ואצל יהדות ספרד הייתה פתיחות בנושא ירושת הבנות. ביקשנו להציג עמדה אחרת ולומר כי מסקנה זו אינה מוכרחת. את עמדתנו ביססנו על השינויים בתקנות המגורשים לקראת סוף תקופת האחרונים, המוכיחים שינוי שלילי במגמת השוויון לבנות. השוונו את השינוי אצל יהודי מרוקו לשינוי אצל יהודי אירן במאה ה- 20. הראנו כי באירן לא ניתנה זכות שווה לבנות אלא רק זכות ירושה עד חלק "חצי זכר" כנהוג אצל האשכנזים, וקוזה הנדוניה מהבנות הנשואות. לאור זאת ציינו כי אמנם הועלה רעיון לשוויון במסגרת כינוסי רבני מרוקו בתחילת המאה ה- 20, אך לאור הגישה הכללית אצל רבני מרוקו, ששורשיה נטועים בפסיקת הדורות הסמוכים להם, לדעתנו לא היה סיכוי של ממש לשינוי.

פרק שלישי - הכשרת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם

דיני צוואות כחלק מדיני ממונות

כפי שביארנו לעיל, החל מאמצע תקופת האחרונים עריכת צוואה מחיים שימשה פתרון מעשי שאפשר מתן זכויות לבנות. במסגרת זו הפוסקים באשכנז קבעו בצוואות את מנגנון שטר חצי זכר ובמרוקו צומצמה חובת התוכחה על עורכי צוואות מחיים.

קיים שוני בין דיני הצוואות לבין דיני הירושה. כפי שבארנו בפרק הראשון, הדעה הרווחת והמקובלת עוד מתקופת התלמוד קובעת כי דיני ירושה הם קוגנטיים והוגדרו כ- "חוקת משפט". קביעה זו נפסקה להלכה, כפי שמציין זאת מפורשות הרמב"ם: **"אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא, לפי שנאמר בפרשת נחלות והייתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה, בין שציווה והוא בריא בין שהיה שכיב מרע בין על פה בין בכתב אינו מועיל."**¹⁸⁵

הגם שדיני הירושה עוסקים מהותית בענייני ממון, מהפך המשפטי הם סווגו כשייכים לדיני המשפחה. סיווג זה נועד על מנת להסביר מדוע הם נחשבים כחוקת משפט שאינה ניתנת לשינוי, ולהבדילם מדיני הממונות הניתנים להתנאה. למסקנה זו הגיע יאיר שיבר, לאחר ניתוח מעמיק של מקורות שונים אותם קיבץ וציטט: **"מכאן ולאור ניתוח המקורות אותם הבאנו, ניתן לקבוע כי לדעת הפוסקים הספרדים והאשכנזים דיני הירושות שייכים לדיני המשפחה"**.¹⁸⁶ מסקנה זו מסבירה מדוע הפוסקים התנגדו לכל שינוי ולכל רפורמה בדיני הירושה, ובכלל זאת התנגדו להחלת העיקרון ההלכתי "דינא דמלכותא דינא" על דיני הירושה באופן שיאפשר החלת דיני עכו"ם בנושא זה. הוא גם הפנה לחיבורו של הרב משה חזן בקונטרס מיוחד בשם "נחלה לישראל", בו אסף וציטט את כל דברי הפוסקים הקובעים כי דיני ירושה הם קוגנטיים בתוספת דברי חכמי הנוצרים שחיו בתקופתו, **"עניין דיני הנחלות רחוק משאר דיני ממונות, מקח וממכר וקניין קרקעות והדומה הנשפטים בחוק דיני המדינה כרחוק מזרח ממערב יען וביען דיני הנחלות הם יסוד אדיר וחזק כי עם החוק הסתום והחתום של היבום והחליצה כחדא נפקין וכחדא שריין"**.¹⁸⁷

נציין כי קיימת דעה בקרב חוקרי המשפט העברי כי דיני הירושה בכללותם הם חלק מדיני הממונות וניתנים לשינוי מכח אומדן דעתו של המוריש. לפי הסבר זה, חלוקת הירושה לזכרים ולא לנקבות כפי

¹⁸⁵ משנה תורה, נחלות, פרק ו. וראה דברי רבלין במבוא לספרו "הירושה והצוואה במשפט העברי": "רבים ממפרשי התלמוד ומפוסקי ההלכה סוברים, שדיני הירושה במשפט העברי קנו להם מעמד מיוחד בתוך מסגרת ההלכה בכלל, ואף שנשוא הירושה הוא ממוני, אין דיני הירושה דומים לכלל דיני הממונות"

¹⁸⁶ יאיר שיבר, "דיני ירושות וצוואות בקרב יהודי ארצות אגן הים התיכון במאה התשע עשרה, מודרניזציה מול משפט עברי" עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשנ"ט. עמ' 94-90.

¹⁸⁷ הרב משה חזן "נחלה לישראל", מו, וינא, תרי"א.

המופיע בתורה, מקורה באמדן דעת האב המעוניין לשמר את רכושו במשפחתו ולא להעבירה לשבט אחר מכח נישואי בתו. סברה זו מצאנו בדברי שלום אלבק המציין: "היסודות שכל דיני הממונות עומדים עליהם, הם אותם העקרונות המשותפים לדיני הקנין ולדיני הירושה, ועל פיהם מתפרשים פרטי ההלכות, והם הנותנים להם טעם בכל דבר שבממון ... על פי עקרון זה מתבארים כל דיני הירושה. המוריש גומר בדעתו להוריש את נכסיו ליורשיו לפי סדר הירושה שבתורה"¹⁸⁸. האיסור להתנות על החלוקה הקבועה בתורה הוא אמדן דעת של התורה וכל המצווה על חלוקה אחרת הוא "יחיד משונה" ובטלה דעתו אצל כל אדם, על פי עקרון זה מתפרשים כל דיני הירושה. הרמב"ם שקבע כי דיני הירושה הם "חוקת משפט" התכוון להגדיר מה דעת כל בני האדם בירושה. לפי הסבר זה אין כל הגבלה לשינוי סדר ההורשה הקבוע בתורה, ככל שהתברר לנו אמדן דעת המוריש.

בדרך דומה הלך ידידיה כהן. הוא העלה הצעה לסווג את הוראות חוק הירושה האזרחי כ"תקנות ציבור". לדידו, הואיל והחוק התקבל על ידי נציגות מוסמכת ונבחרת של עם ישראל שהיא כנסת ישראל וממשלת ישראל, נחשב הדבר לתקנת הציבור. בנוסף הוא מציין כי בפועל קיים מנהג של בתי הדין הרבניים לפסוק על פי הוראות החוק האזרחי, דבר המעיד על הסכמת "אדם חשוב" שהיא תנאי למתן תוקף של תקנת הקהל במשפט העברי. את הצעתו ביסס על קביעתו "גם כיום אפשר להתנות על דבר שבממון"¹⁸⁹.

פרשנות מרחיקת לכת זו היא עמדה יחידה שאינה מקובלת על רוב הפוסקים עד האחרונים שבהם, הואיל והיא בניגוד להבנת דברי התלמוד על ידי הראשונים שהגדירו את סדר הירושה הקבוע בתורה כחוקת משפט, במשמעות מילולית פשוטה - בלתי ניתן לשינוי.

שונה הדבר לגבי דיני הצוואות. רוב הפוסקים סבורים כי דיני הצוואות שייכים לדיני הממונות ולכן הם ניתנים לשינוי, התנאה והסתמכות על אומדן דעת¹⁹⁰. פסיקה זו מקובלת בפרשנות הסכמים ושטרות חוב במקרה בו יש אומדנא דמוכח. כך למשל אומר התלמוד לגבי אדם שכתב שטר מתנה ובו העניק את כל נכסיו לאשתו, שאין זה שטר מתנה תקף כיוון שיש אומדנא דמוכח שלא התכוון ליתן לה, אלא לעשותה אפוטרופוס על נכסיו לטובת ילדיו. "אמר רב יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו עשאה אלא אפוטרופא". ופירש הרשב"ם: "דאומד הדעת שאין אדם מניח בניו ונותן את הכל לאשתו

¹⁸⁸ ראה שלום אלבק, יסודות דיני הירושה והצוואה בתלמוד, מחקרי משפט, כרך ז, 7, 33. לדברי אלבק דיני הירושה עצמם ניתנים לשינוי מכח אמדן דעת. לכן לגישתו ככל שתוכח כוונת המצווה אפילו נקט בלשון "פלוגי יירש" אזי יעבור העיזבון לנהנה שנקבע על ידי המצווה.

¹⁸⁹ ידידיה כהן, "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו" שנתון המשפט העברי כרך ו-ז (תשל"ט-תשמ"א) 133-175. וכן, ידידיה כהן, "תשובה להערותיו של הרב וינמן" שנתון המשפט העברי כרך ח תשמ"א עמ' 364-365.

¹⁹⁰ הרב הרצוג, "תחוקה לישראל", עמ' 45.

ולא נתכוין אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד משום שהעמיד אביהם את נכסיו ברשותה כדי לפרנסם מהם כפי אומד דעתה ויהיו כפופים לה".¹⁹¹

כפי שהראנו בפרק השני של חיבור זה, חלו בדיני הצוואות התפתחויות במישור הקנייני. דהיינו, הייתה התמודדות הפוסקים עם החסרונות של צוואה מבחינה קניינית, חוסר האפשרות להקנות לאחר מיתה, הקנאת דבר שלא בא לעולם, הקנאה למי שלא בא לעולם, והפתרונות שניתנו לכך מבחינת ניסוח הצוואה. דברים אלו נכונים לגבי "צוואה מחיים" שהוגדרה כשטר מתנה מחיים והדיון בה היה על טהרת דיני הממונות. שונה הדבר לגבי צוואת שכיב מרע המכילה בתוכה שילוב של דיני ממונות ודיני ירושה, מכח אמירת חז"ל "מתנת שכיב מרע כירושה שוויה רבנן"¹⁹². בצוואה מעין זו לא היה צורך במעשה קניין מכח החשבתה כמעשה הורשה.

התפתחות נוספת בדיני "צוואות מחיים" אנו מוצאים בנושא הכשרת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, שינויים אותם אנו רואים החל מהמאה ה-19 ואילך.

בתקופת הראשונים נותרה בעינה ההגבלה בדבר כתיבת צוואות בערכאות של עכו"ם. פסיקתו של הרמב"ן שנגעה לאיסור העקרוני בכשרות שטרות שנערכו בערכאות של עכו"ם הייתה הפסיקה המנחה, "שטרות העולים בערכאות של גויים, אם חסר בהם אחד מדרכי ההקנאות, כגון מטלטלי אגב קרקעות וכגון דאקני וכיוצ"ב, ודאי אין דנים בהם לעניין אותו דבר חסר מהן... דמי עדיפי בערכאות מסופרי ישראל". לגישתו של הרמב"ן לא ניתן לרפא את פגם הקניין באמצעות הכלל "דינא דמלכותא דינא", הואיל וכלל זה יכול להכשיר רק פגם פרוצדוראלי כגון עדים, אך אינו יכול להכשיר פגם מהותי או כל דרישה אחרת המחוייבת ע"פ כללי ההלכה. ואכן, צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם לקו בשני פגמים מהותיים :

א. תוכן הצוואה אשר מנוסחת בדרך כלל בלשון "אני מוריש".

ב. העדר מעשה קניין.

שטר צוואת בריא צריך להתאים לדין העברי המהותי הדורש שימוש בלשון מתנה - "אני נותן", ולא בלשון "אני מוריש". מקור הדברים הוא דברי המשנה "האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה". ניסוח הקובע סדר ירושה לאחר המוות, השונה מהסדר המקראי דינו להתבטל.¹⁹³ בנוסף, על מנת ליתן למתנה זו תוקף נחוץ מעשה קניין.¹⁹⁴

¹⁹¹ בבלי, בבא בתרא קלב, ע"ב.

¹⁹² יוסף ריבלין, "הירושה והצוואה במשפט העברי", במבוא עמ' 10-9 וכן עמ' 176-161.

¹⁹³ משנה, בבא בתרא ח, ה. וכן שולחן ערוך, חושן משפט סימן רפא, סעיף א.

¹⁹⁴ שולחן ערוך, חושן משפט סימן רמא, סעיף א.

קיימת מחלוקת ראשונים, האם מתנה צופה פני מוות נחשבת כמתנת שכיב מרע ופטורה מקניין¹⁹⁵. המקור למחלוקת הוא דברי התלמוד "אמר אביי איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, שלא קני אלא לאחר מיתה - כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה"¹⁹⁶.

כתב המרדכי "ופסק רבינו מאיר דאף הבריא שאמר יינתן לפלוני כך וכך אם ימות זה נקרא מצווה מחמת מיתה וקנה"¹⁹⁷. על שיטה זו חלקו המהר"ם פאדווה¹⁹⁸ והמהרי"ק¹⁹⁹. לדעתם קיימת סתירה בשיטת ר' מאיר. בפרק יש נוחלין נשאל ר' מאיר אודות ראובן התובע את שמעון בטענה שאימו הפקידה פיקדון ביד שמעון וביקשה שיתנו אותו לבנה לאחר מותה, והשיב: "נראה לי דלא זכה ראובן במתנה שהרי כיוון שהייתה בריאה באותה השעה ולא עשתה קניין על מתנתה לא זכה ראובן במתנתה ... ובנדון זה שלא אמר מהיום וליכא שטר וקנין שיוכיח על המתנה לומר מחיים חיילא, לא קני שאין מתנה לאחר מיתה"²⁰⁰. לאור סתירה זו הסיקו כי ר' מאיר חזר בו מדבריו, ופסקו להלכה כי יש צורך במעשה קניין גם במתנת בריא הצופה פני מוות, והיא אינה נחשבת כמתנת שכיב מרע.

הדעה המקובלת בהלכה עד המאה ה-19 כי אין להכשיר שטרי צוואת בריא אשר נכתבו בערכאות, הגם שהיא צוואה הצופה פני מוות, נשענה על דעת רוב הראשונים שאין המדובר במתנת שכיב מרע²⁰¹. הנימוקים אותם העלו הפוסקים היו זהים לנימוקים השוללים שטרות מתנה בערכאות בשל היעדר הקניין. במהלך תקופת האחרונים השתנתה המגמה כפי שמציין זאת שילה: "בראשית תקופת האחרונים נטו חכמי ההלכה לפסול צוואות מסוג מתנות בריא העולים בערכאות עד התקופה המאוחרת יותר מאמצע המאה הקודמת בערך קיימת נטיה הפוכה, דהיינו להכשירן". שילה מציין כי קל יותר להבין את שיטתם של הפוסלים שטר שנערך בערכאות שכן זוהי הקביעה העקבית של חכמי ההלכה החל מתקופת הראשונים. הקושי הוא לנמק את שיטת המכשירים הואיל ובאופן כללי, לא השתנתה הדעה המקובלת בנוגע להכשרת שטרות העולים בערכאות. יחד עם זאת הוא מעלה סברה כי ההחלטה לשנות את ההכרה בצוואות שנערכו בערכאות הושפעה מהמנהג שנעשה רווח יותר ויותר

¹⁹⁵ שטרות צוואת שכיב מרע אינם טעונים קניין, שכן "דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו". (בבלי, בבא בתרא קנא, ע"א) זאת שמא תיטרף דעתו של השכיב מרע אם יידע שלא יבצעו את דבריו בהעדר קניין. לכן גם שטר צוואה של שכיב מרע העולה בערכאות של עכו"ם, הוא שטר כשר הואיל ואינו אלא לראיה בלבד. (ראה שולחן ערוך, חושן משפט סימן רנג, סעיף לב)

¹⁹⁶ בבלי, בבא מציעא יט, ע"א.

¹⁹⁷ מרדכי, בבא מציעא, סימן רנד.

¹⁹⁸ שו"ת מהר"ם פדובה חלק א סימן נב.

¹⁹⁹ שו"ת מהרי"ק סימן צד.

²⁰⁰ מרדכי, בבא בתרא, סימן תקצ"א-ב.

²⁰¹ שמואל שילה, "דינא דמלכותא דינא" (הוצאת דפוס אקדמי בירושלים) ירושלים, תשל"ה, 374. בין הפוסקים שחרגו מהפסיקה המקובלת ניתן לציין את רבי אהרן בן יוסף ששון (1550-1626) שו"ת "תורת אמת" סימן קנ"א. וכן רבי יחיא בן יוסף צאלח (1713-1805) שו"ת "פעולת צדיק" ח"ב סימן קל"א.

לערוך צוואות לפני פקידי ממשל²⁰², אך מסייג דבריו שאין לראות בכך סיבה מכרעת ואינו מציין תימוכין להשערתו.

מבלי לנקוט עמדה ביחס לסיבת השינוי המוזכרת על ידי שילה שכן הדבר חורג ממסגרת מחקרנו זה, עלינו לנסות ולהסביר מה היו הנימוקים שאפשרו לפוסקי ההלכה להבדיל בין שטר מתנה לבין שטרי צוואה ובכך להכשיר את המנהג הרווח. שהרי לכאורה גם שטר צוואה הוא במהותו שטר מתנה הטעון ביצוע קניין.

באם נבחן את המחלוקת בין חכמי ההלכה ביחס להכשרת צוואות אלו, ונבחן את הפתרונות שהוצעו על מנת להכשירם, נוכל להבין מדוע התייחד השינוי רק לצוואות.

לטענתנו, אמנם שטרי מתנה דומים לשטר צוואה מבחינת היותם מסמך משפטי שבאמצעותו מועברים נכסים מצד א' לצד ב' ללא תמורה. אך הואיל ודיני ירושה נושקים לשתי מערכות הדינים – ממונות ומשפחה, הפוסקים המכשירים בחרו פתרונות מקובלים מתחום דיני הירושה ולא מהתחום הרחב של דיני מתנה, שם כאמור לא חל כל שינוי. כתימוכין לדבריהם הביאו את פסיקת הראשונים שהגדירו צוואות הנכתבות בערכאות כ- "צוואת שכיב מרע" שאינה טעונה קניין, וכן פסיקה הקובעת כי יש לקיים את תוכן הצוואה משום "מצווה לקיים דברי המת"²⁰³. מתן פתרונות מתחום דיני הירושה ולא מההלכות הנוהגות בדיני ממונות הכלליים, הבדיל את הצוואות משטרי מתנה שנערכו בערכאות של עכו"ם, בהם לא חל כל שינוי. בכך התאפשר ביצוע השינוי רק בתחום מצומצם זה של צוואות שנערכו בערכאות, מבלי לפתוח פתח גם לשינוי בדיני המתנה בערכאות.

על מנת להוכיח את טענתנו נפנה לבחון את נימוקי הפוסקים במחלוקת זו, כפי שהתגלעו בבירור כשרותה של צוואת ר' ניסים שמאמא שנערכה בערכאות של עכו"ם. מחלוקת זו שהתרחשה במאה ה-19, הייתה נקודת מפנה ביחס לצוואות שנערכו בערכאות.

ר' ניסים שמאמא נולד בתוניס בשנת 1805 ושימש כפקיד באוצר המלכים של תוניס, ומאז החלה קרנו לעלות עד הגיעו לתפקיד רם מעלה כשר הכספים של המדינה. בשנת תרל"ג (1873) הלך לעולמו והותיר צוואה שנערכה בערכאות, לפיה הותיר את כל רכושו שכלל סך של שני מליון פרנק זהובים, מחצית לגברת עזיזא שמאמא ושני רבעים, האחד לבן אחיו והשני לנכד אחיו. המדובר בזוכים שאינם יורשים ע"פ דין תורה.

²⁰² שמואל שילה, "דינא דמלכותא דינא", עמ' 375. המחבר מפנה לרשימת ספרי שו"ת המציינים לדעתו את המגמה.
²⁰³ מקור הדין הוא בבלי כתובות סט, ע"ב: "האומר תנו שקל לבני בשבת וראוין ליתן להם סלע נותנין להם סלע ... הא מני ר' מאיר היא דאמר מצוה לקיים את דברי המת"

מתוך חלקם של הזוכים ציווה נסים שמאמא להפריש סכום נכבד לטובת הכוללות בירושלים, בחברון ובצפת וכן לשם בניית ישיבה בתוניס.²⁰⁴ שאלת כשרות הצוואה הגיעה לחכמי סלוניקי וחכמי תוניס אשר פסקו שצוואה זו בטלה בניגוד לפסיקת חכמי ירושלים²⁰⁵ שצידדו בכשרותה. שני הצדדים דנו ארוכות בנימוקים השונים להכשיר או לפסול ולהלן נפרט את דבריהם, תוך שנתייחס גם לפסיקה מאוחרת יותר שאינה קשורה לצוואת נסים שמאמא אלא לעקרון הכשרת צוואות העולות בערכאות של עכו"ם.

אמדן דעתו של המוריש

רוב הפוסקים בשלהי תקופת האחרונים, המכשירים צוואות שנערכו בערכאות, מצטטים את דברי הרב דניאל טירני²⁰⁶ ואת דברי הרב אהרון בן עזריאל²⁰⁷ המנמקים את שיטתם באופן שונה זה מזה. שני פוסקים אלו מבססים את פסיקתם על הקביעה כי דיני צוואות הם חלק מדיני ממונות²⁰⁸ ומכשירים צוואות אלו על פי אמדן דעת המוריש, וההנחה כי רצונו של המוריש להעניק את רכושו למוטבים בדרך המועילה ביותר. לכן, הגם שקיימים חוסרים או פגמים בדרך עריכת הצוואה או בניסוחה, ניתן לרפא אותם מכח אמדן דעת המוריש, שהרי ברור שהמצווה ביקש להעניק את רכושו כפי האמור בצוואה גם אם הניסוח לא תואם את דרישות ההלכה. באם היה מדובר בשטר ממוני היינו אומדים את דעת הכותב ונותנים לו פרשנות המגשימה את רצון המתקשר בשטר למרות סתירה אפשרית בין אומד דעת הצדדים לבין המלל²⁰⁹.

יחד עם זאת הם חולקים על היקף השימוש באומדן הדעת ככלי פרשני שנועד להגשים את רצונו של המוריש. הרב טירני סובר כי במקרה של סתירה בין המלל לבין הכוונה המוכחת יש ליתן עדיפות לכוונת עורך המסמך, בעוד הרב אהרון בן עזריאל סובר כי גמירות דעת תועיל רק במקום בו הפרשנות אינה סותרת את הכתוב. כמו כן, הם חולקים בהגדרה ההלכתית של צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, האם יוגדרו כשטר מתנה או כצוואת שכיב מרע.

²⁰⁴ ראה בהרחבה, יאיר שיבר, "דיני ירושות וצוואות בקרב יהודי ארצות אגן הים התיכון במאה התשע עשרה, מודרניזציה מול משפט עברי" עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשנ"ט. עמ' 94-90.

²⁰⁵ דברי המתנגדים רוכזו בקונטרסים שנכתבו במיוחד לעניין צוואת ר' נסים שמאמא. נציין את קונטרס "משפט הירושה", ליוורנו, תרל"ח. חובר על ידי חכמי תוניסיה. פסק דינם של חכמי סלוניקי הובא בספרו של הרב אשר קובו, "שער אשר" ח"ב סימן כט, מכון הכתב ירושלים, תש"ן.

²⁰⁶ הרב דניאל טירני (מגדולי רבני איטליה, 1739-1813) "עיקרי הד"ט", סימן כא.

²⁰⁷ הרב אהרון בן עזריאל (מרבני ירושלים 1818-1873) "כפי אהרון" חלק חושן משפט סימן יב.

²⁰⁸ וראה דברי הרב אברהם אשכנזי (1811-1881) שו"ת מהר"א אשכנזי סימן לג "כל ספק הנופל בדיני ממונות בכל משא ומתן, מקח וממכר, מתנות, צוואות ומחילות וכל כיוצא בהן אשר מנהג הסוחרים הוא העיקר ללכת אחריו"

²⁰⁹ ראה א. ורהפטיג "ההתחייבות" הוצאת מורשת המשפט בישראל תשס"א - 2001 ירושלים עמ' 394.

הרב טירני מתייחס קצרות למחלוקת הראשונים בעניין תקפות מתנת בריא הצופה פני מוות שהוזכרה לעיל, ומציין שיש לפסוק כדעת ר' מאיר המובא במרדכי. **"ופסק רבינו מאיר דאף הבריא שאמר ינתן לפלוני כך וכך אם ימות זה נקרא מצווה מחמת מיתה וקנה"**²¹⁰.

לדעתו אין כל סתירה בדברי ר' מאיר שהובאו במרדכי בפרק יש נוחלין. שם נשאל ר' מאיר אודות ראובן התובע את שמעון בטענה שאימו הפקידה פיקדון ביד שמעון וביקשה שיתנו אותו לבנה לאחר מותה, והשיב: **"נראה לי דלא זכה ראובן במתנה שהרי כיוון שהייתה בריאה באותה השעה ולא עשתה קניין על מתנתה לא זכה ראובן במתנתה ... ובנדון זה שלא אמר מהיום וליכא שטר וקנין שיוכיח על המתנה לומר מחיים חיילא, לא קני שאין מתנה לאחר מיתה"**²¹¹.

הרב טירני הסביר את פסיקת ר' מאיר השוללת תוקף אמירת הנפטר בהיעדר קניין כדין, לא משום היעדר פעולת קניין אלא משום שלא הוכחה לנו גמירות דעתו של הנפטר. מטרת הקניין אינה לשם עבירות הנכסים אלא להוכיח כוונת המעביר או כלשונו של הרב טירני: **"מפני שהקניין סודר יהיה מעיקרו מהתורה או מדרבנן או מנהג ישראל משנים קדמוניות ... אינו אלא לסימן בעלמא להודיע ולהודע שהנותן מרצונו הטוב גמר בליבו לתת במתנה גמורה בכל נפשו ובכל ליבו"**

לכן הוא מסביר את נימוקו של ר' מאיר **"ולכא שטר וקנין שיוכיח על המתנה"** לא כמתייחסים להיעדר שטר וקניין הנחוצים לשם מתן תוקף למתנת בריא, אלא כוונתו של ר' מאיר שללא **"שטר או קניין"** לא ניתן להוכיח את גמירות הדעת של המצווה. קיומו של שטר או קניין הוא ההוכחה בדבר כוונתו החד משמעית של המצווה. כידוע לא ניתן לבצע העברת מיטלטלין באמצעות שטר אלא רק באמצעות מעשה הקניין²¹². פעולתו של השטר במקרה דנן אינה במישור הקנייני אלא במישור הראייתי בלבד, להוכיח כוונה ולמנוע טענה נגדית כי המצווה חזר בו ממתנתו. **"וכל שיש חזקה ואומדנא דמוכח דנותן ברצונו הטוב וגומר בליבו לתת במתנה גמורה אך למותר הוא הקניין והנותן לאחר מיתה איכא אומדנא דמוכח דנותן במתנה גמורה משום דחזקה דאין אדם משטה בשעת מיתה"**. מכאן מסקנתו כי כל שטר צוואה שנערך בערכאות כשר כיוון שהוכחה גמירות הדעת. משכך, לגישתו, לא יהא הבדל בין שטר מתנה לשטר צוואה, שניהם יהיו תקפים למרות היעדר קניין הואיל והם מוכיחים את גמירות דעת הנותן. ומה המיוחד בשטר צוואה, הרי גם אם לא נגדיר זאת כצוואה, אלא כמתנה עדיין יהא תוקף לדברי הנותן על פי דיני המתנה וזכה בהם היורש שהרי נתן המוריש את הרכוש עוד בחייו ?

כאן אנו צריכים להקדים ולציין כי שטר מתנה הצופה פני מוות אינו שטר מתנה קלאסי. זו מתנה האמורה להינתן רק לאחר פטירת המוריש/הנותן. לכן חלים על מתנה מעין זו שתי נורמות הלכתיות שונות, האחת דיני המתנה והשנית דיני הירושה. על מנת לשמר את רכושו בידו, הנותן מעוניין שמתנתו

²¹⁰ מרדכי, בבא מציעא, סימן רנד.

²¹¹ מרדכי, בבא בתרא, סימן תקצ"א-ב.

²¹² משנה תורה, מכירה פרק ג, הלכה א.

תחול רק לאחר מיתתו. אך במועד זה הוא אינו יכול לבצע מעשה קניין ולהעביר את נכסיו ליורשיו. בנוסף, הוא מעוניין לשמר בידו את היכולת לחזור בו. לכן, בשונה משטר מתנה הוא אינו מקנה את רכושו מייד בעת עריכת השטר אלא רק לפני מיתתו, מועד שאינו ידוע בעת עריכת השטר. לכן, במקרה של צוואה שנערכה בערכאות, שהפגם העיקרי בה הוא היעדר קניין, אנו נעזרים בדיני הירושה הקובעים כי שטר מתנה הצופה פני מוות מוגדר כמתנת שכיב מרע שאינה טעונה קניין. מאידך, לא ניתן לומר כי יחולו עליה כל הדינים של מתנת שכיב מרע הואיל ומתנת שכיב מרע מתבטלת כאשר הוא קם מחוליו.

יחד עם זאת, אם נסביר כי צוואה זו היא שטר מתנה הרי שחסר בה מועד נתינת המתנה (שאינו אדם יודע יום מותו). לגבי שטר מתנה שלא נקבע בו מועד העברת הזכויות אנו מחילים את הכלל - "זמנו של שטר מוכיח עליו"²¹³. מכאן כי אם נפרש את השטר כשטר מתנה, המוריש העביר את זכויותיו ביום עריכת הצוואה והוא אינו יכול לחזור בו ממתנתו. פרשנות זו נוגדת לכוונת המצווה שביקש לערוך מסמך צוואה שהוא מסמך הדיר. לכן מסביר הרב טירני כי יש להרחיב את השימוש באמון דעת המוריש גם בניגוד לכתוב ולכללים הנוהגים בשטר מתנה. אנו מניחים וקובעים כי התאריך המופיע בצוואה לא נועד על ידי המצווה לשם קביעת מועד העברת הזכויות אלא הוא ציין אותו מתוך מטרה להודיע ולהדגיש כי זו צוואתו האחרונה. (נכון ליום עריכתה, שהרי הוא יכול לכתוב צוואת מאוחרות יותר שיבטלו את הקודמות) ולא לקביעת מועד העברת הזכויות. כתיבת התאריך מביעה את רצון המוריש להודיע כי זו הצוואה האחרונה והמחייבת וכל צוואה קודמת לה בתאריך, בטלה.

"שלא יעלה על הדעת לומר מפני שכתוב בה זמן וקי"ל כר' יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו שיהא דינה כדין מי שנתן מתנה וכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, שהמקבל מתנה קונה הגוף מחיים ופירות לאחר מיתה. משום שהתם המתנה גלויה ומפורסמת לכל והנותן נותן במתנת בריא ואינו יכול לחזור בו. מה שאין כן הצוואה שלנו, שהיא מסותרת מעין כל, ומה שנותנין בה זמן, לאו להוכיח שמחיים כותבין, אלא כדי שאם יכתוב יעשה המצווה צוואה אחרת נדע איזו היא מאוחרת לילך אחריה ולבטל המוקדמות".

מכאן כי שטר הצופה פני מוות אינו שטר מתנה, אלא יש לו גדר מיוחד וכל תוקפו מכח אמון דעת המוריש. הקניית הרכוש אינה מחיים, אלא רק לאחר מותו של המוריש כדין צוואת שכיב מרע והמצווה יכול לחזור בו מצוואתו מכח אמון דעת שלכך התכוון בעריכת השטר. בתשובתו מסביר הרב טירני מדוע אין אנו פוסלים את שטר הצוואה בשל היותו "מתנה נסתרת"²¹⁴, וקובע כי שטר צוואה אינו מתנת

²¹³ בבלי, בבא בתרא קלו, ע"א. שולחן ערוך, חושן משפט סימן רנה, סעיף א.

²¹⁴ ההלכה קובעת כי "מתנה טמירתא" (מתנה שניתנה בהסתר) משוללת תוקף. לעניין זה ראה בבלי, בבא בתרא מ, ע"ב. וכן שולחן ערוך, חושן משפט סימן רמ"ב, סעיף ג. משנה תורה, זכיה ומתנה פרק ה, הלכה א. צוואות נערכות בדרך כלל ללא

בריא אלא יש לה דין מיוחד של צוואת שכיב מרע. "אשר על כן דין מתנת שכיב מרע יהיה להם שאינו קונה אלא לאחר מיתה. והוא מפני שלא ניתנה הצוואה כפי נימוסיהם ודתייהם להתגלות ולהתפרסם אלא לאחר מיתת המצווה ואוי להם לנוטאריין אם יפרסמו אותה בחיי הנותן שנענשים על כך ... אבל לאחר מיתה קונים מקבלי המתנה מפני שבאותו זמן נתנה המתנה להתגלות ולהתפרסם לכל".

הרב פיינשטיין גם הוא נתן תוקף לצוואה שנערכה ללא קניין בערכאות של עכו"ם כאשר מוכחת גמירות הדעת של המצווה. אך לא כפי הרב טיראני שהסיק על גמירות הדעת של המצווה מכח החזקה "דאין אדם משטה בשעת מיתה", נתן הרב פיינשטיין תוקף לצוואה זו מתוקף העובדה כי הצוואה נערכה בערכאות של עכו"ם ולא בבית דין של ישראל. לדבריו, מצווה שבחר לערוך צוואה דווקא בערכאות של עכו"ם, חזקה שידע ורצה בעת עריכתה שהיא תקויים בדינא דמלכותא דווקא ולא על פי כללי המשפט העברי. זו ההוכחה על כוונתו, לכן אין צורך בקניין כהלכה. "שצוואה זו שודאי יתקיים כדברי המצווה בדינא דמלכותא, אין צריך קנין שאין לך קניין גדול מזה"²¹⁵

בדרך זו גם נפתרה בעיית המלל בצוואה שנוסחה בלשון "אני נותן לאחר מותי" – ניסוח שאינו תקף הלכתית.

הואיל ולדעת פוסקים אלו, העיקרון המנחה הוא גמירות דעת, הם קבעו כי יש לפרש את המילה הכתובה על פי אומד דעתו של המצווה, הגם שהניסוח המילולי לא עולה בקנה אחד עם הפרשנות המוצעת. לדבריהם, הואיל והמצווה ביקש ליתן תוקף משפטי למעשה הצוואה ובהיעדר אפשרות קרובה אחרת, נחשב הדבר כאילו אמר "אני מעניק מתנה בעת פטירתי" – פעולה שמבחינת מועד נתינת המתנה היא דומה להורשה אך מבחינה משפטית נדון בה כמתנה. הרב טיראני כתב: "כתבו הפוסקים ז"ל שאין אדם רוצה להוציא דבריו לבטלה... ואע"ג שבוודאי לא נתכוונה האישה ולא המסדר להפוך לשון ירושה ללשון מתנה, לפי שלא ידע שהמוריש אחרים במקום קרובים דבריו בטלים, מ"מ בוודאי שמדעתה הייתה שאם בצוואתה נמצאו דברים שמבטלים אותה היא רוצה שישמע ויזכר אותו הלשון באופן היותר מועיל".²¹⁶

הרב פיינשטיין, שכאמור גם נתן משקל לאומד דעתו של המצווה העניק למלל פרשנות אחרת. לדבריו, יש לחדש ולקבוע שמתנה לאחר מיתה אינה מוגדרת כהורשה אלא "מתנה בשעת המוות".

"ולכן צריך לומר דבר חדש ... יכול אדם ליתן מתנה זו שיהיה לה דין ירושה, היינו שיקנה ברגע המיתה, דזה פירש למיתה וזה פירש לחיים. ואף שגם היורשים יורשים אז, דכיוון שלא הופסק אף

פרסום והן מתגלות רק לאחר פטירת המוריש. מכאן, כי הגדרת צוואה כמתנה תשלול ממנה את תוקפה בשל היותה מתנה נסתרת. החלת דיני הירושה והקביעה כי זו מתנת שכיב מרע פותרת בעיה זו.

²¹⁵ רבי משה פיינשטיין, שו"ת "אגרות משה" חלק אבן העזר חלק א סימן קד.

²¹⁶ לפסיקה זו כבר קדמו דברי רבינו ירוחם, מישורים נתיב טו חלק א, הפוסק שיש ליתן פרשנות עניינית לדברי המוריש ככל שאין אפשרות לקיימם: "וכתב הרמב"ן ב(ו)חסין וירש, אם אינו ראוי ליורשו נוטלן משום מתנה ואם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה בזכיה ומתנה בתרא".

רגע בין השלו לקניין המקבל, ברשות היורשים, יכול ליתן שיומסר תיכף משלו לרשות המקבל"²¹⁷. מדבריו ניתן להסיק כי גם שימוש בלשון הורשה על מי שאינו ראוי ליורשו, כגון שאמר "תירש בתי" לא יפסול את הצוואה. כוונת המצווה לפי פירושו, היא לתת לבת מתנה בדין ירושה, דהיינו בשעת המוות. לעומתם, הרב אהרון בן עזריאל²¹⁸, שגם הוא כאמור הכשיר צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם צמצם את השימוש בגמירות הדעת כנימוק הלכתי להכשרתן. בדומה לרב טיראני הוא מתבסס בפסיקתו על שיטת ר' מאיר הקובעת כי בריא הכותב צוואה בדבר חלוקת רכושו לאחר מיתתו, נחשב הדבר כמתנת שכיב מרע שאינה טעונה קניין, אך הוא מסביר את הסתירה לכאורה בין תשובותיו של ר' מאיר בדרך שונה.

לדבריו, האמור בתשובתו הראשונה של ר' מאיר, "הבריא שאמר יינתן לפלוני כך וכך אם ימות זה נקרא מצווה מחמת מיתה וקנה" מתייחס לבריא שאמר בלבד ללא כתיבת שטר. במקרה זה פסק ר' מאיר שיש לקיים את דבריו כדין דברי שכיב מרע הנחשבים ככתובין וכמסורין, כיוון שהזכיר ואמר שיינתן אם ימות.

וליישוב הסתירה בתשובתו השנייה של ר' מאיר, שם מועלית הדרישה שצוואה זו תיערך בשטר וקניין, "ובנדון זה שלא אמר מהיום וליכא שטר וקנין שיוכיח על המתנה לומר מחיים חיילא, לא קני שאין מתנה לאחר מיתה", הסביר כי המדובר במקרה בו הייתה הפקדה של רכוש המצווה אצל צד ג'. כאן קיים ספק האם הוראת המצווה לצד השלישי היא ליתן ליורש לאחר המוות ועד למועד זה הרכוש יוותר בידי המוריש, או שמא כוונתו להורות לצד ג' לזכות ברכוש כבר מרגע הציווי עבור היורש, וליתן לו לאחר מיתת המצווה. זאת כיוון שכבר הוציא את הרכוש מתחת ידו לטובת היורש. "דמדחזינן שהוציא המתנה מתחת ידו פשטא משמע שהקנה מהיום לגמרי ומתנת בריא היא לכן צריך שטר שיפרש בו שלא מהיום לגמרי הקנה אלא מהיום ולאחר מיתה אם לא יחזור בו או שיהיה זמן בשטר".

העולה מדבריו, כי דברי ר' מאיר שהובאו במרדכי מתייחסים רק לאמירה של בריא הצופה פני מוות. במקרה זה אין חובה לבצע קניין במסגרת צוואה זו הואיל והיא נחשבת כמתנת שכיב מרע אשר דבריו ככתובין וכמסורין. אך אם הפקיד רכוש אצל צד שלישי, ואמר לו בעודו בריא להעניק אותו ליורשיו לאחר מותו, יש צורך בשטר וקניין משום הספק אימתי ביקש ליתן את הרכוש, האם מיום העברתו לידי צד ג' לטובת היורש או שמא זו הוראה ליתן ליורש לאחר המוות.

²¹⁷ רבי משה פיינשטיין, שו"ת "אגרות משה" חלק אבן העזר חלק א סימן קד.
²¹⁸ הרב אהרון בן עזריאל (מרבני ירושלים 1818-1873) "כפי אהרון" חלק חושן משפט סימן יב.

אדם בריא המותיר צוואה בכתב, צריך לכתוב מפורשות כי הוראותיו תקפות "מהיום אם לא אחזור ביי", או שיציין תאריך על גבי הצוואה על מנת שיחול הכלל "זמנו של שטר מוכיח עליו" והוא ברור כי הקנה את רכושו טרם מיתתו.²¹⁹

מכאן למסקנתו, יש ליתן תוקף לא רק לצוואה שנערכה בערכאות שעליה חתומים עדים אלא אף לצוואה שנערכה בכתב ידו של המצווה ללא חתימת עדים כלל. "בנידון דנן שזה השר המצווה כתב הצוואה בכתב ידו וחתם בחתימתו וכתב בה זמן לחשבון הנוצרים ולחשבון הישמעלים ולחשבון ישראל. אין ספק שבכוונה מכוונת נכתב הזמן ותו אין צורך קניין ולא שום אחד מהקניינים הצריכים למטבע וחובות ושטרות וכיוצא דכיון דכמתנת שכיב מרע דיינינן לה ככתובים וכמסורים דמו".

כאמור, גם הרב עזריאל מסכים עקרונית שניתן לעשות שימוש באומדן הדעת של המצווה על מנת להכשיר צוואה. ההבדל בינו לרב טירני הוא, האם להגדיר שטר מתנת בריא הצופה פני מוות כמתנת שכיב מרע, או שמא שטר זה נחשב כמתנת בריא הפטורה מדרישת הקניין, מכח היותה מתנת מצווה מחמת מותו.

הרב טיראני קובע ששטר בריא הצופה פני מוות נחשב כמתנת שכיב מרע. מתנה זו פטורה מקניין כיוון שקניין נדרש להוכיח את כוונת הנותן, ואילו כאן אין לנו ספק מה רצונו של המצווה לכן זכו היורשים. אמדן הדעת מועיל גם כנגד מלל מפורש, ולכן גם אם כתב הנותן מפורשות שרצונו ליתן רכושו לזוכים לאחר מיתתו, דבר שאינו אפשרי הלכתית, אנו מפרשים את המלל על פי אמדן דעת המוריש וקובעים כי התכוון ליתן להם כמתנת שכיב מרע וזכו היורשים לאחר מותו.

לגישתו של הרב עזריאל שטר צוואה זה הוא שטר מתנה. ההקלה היחידה בשטר מתנה הצופה פני מוות היא היעדר הצורך בקניין כדין צוואת שכיב מרע. זו מתנה מחיים שאינה טעונה קניין, אך יתר דיני המתנה חלים. לכן, כיוון שעל צוואה זו חלים דיני המתנה, סובר הרב עזריאל המתנה חלה מעת כתיבתה²²⁰ ולא לאחר מיתת המוריש כדין מתנת שכיב מרע. בהתייחסו לפסיקת הרב טירני כתב הרב עזריאל: "ואחרי המחילה לו נתחוורו לו דברי קודשו במה שאמר דלא אמרינן בצוואות אלו זמנו של שטר מוכיח עליו משום שהזמן לא בא אלא להודיע זמן מתנה כדי שאם ירצה יתן מתנה מאוחרת לאיש אחר, ליתא ואישתמיט מיניה דברי מהרימ"ט שהבאתי לעיל דלא אמרינן שזמנו של שטר לגרעון כח אלא ליפוי כח הוא דאתא ... דלכי מיית ולא הדר ביה הוי חלות המתנה למפרע משעת נתינה".

ולעניין הטענה שאם נעניק לשטר הצוואה מעמד של שטר מתנה אזי היא תפסל מחמת היותה "מתנה נסתרת" השיב הרב עזריאל כי הפסול של מתנה נסתרת הוא החשש שמא לא הייתה זו מתנה אמיתית

²¹⁹ לפי הסבר זה, היעדר ראייה בדבר מועד נתינת המתנה ייחשב כאילו התכוון להקנות לאחר מיתתו, ואין מתנה לאחר המוות.

²²⁰ כדין מתנה מחיים, שמקנה את הגוף מהיום ואת הפירות לאחר מיתה. (ראה שולחן ערוך, חושן משפט סימן רנו, סעיף ו)

והראיה שהנותן הסתיר את עובדת קיומה, חשש זה לדבריו אינו קיים במצווה מחמת מיתה. "דמתנה טמירתה טעם דפסולה דשמא לא נתן מדעתו אלא להחניף ובמצווה מחמת מיתה ליכא למיחש הכי".²²¹ הבדל נוסף מצאנו בדברי הרב עזריאל ביחס לפרשנות המלל בצוואה מכח אמדן דעת המוריש. הוא אמנם מסכים כי אם היה שימוש בצוואה בלשון מתנה כגון שאמר "אני נותן" או "אני מניח", ניתן יהא להכשירה על אף שהמוריש השתמש גם בלשון ירושה. אך הוא מצטט את דברי הרב חזן שהובאו בשו"ת "חקרי לב", האומר כי אם צוואה נכתבה בלשון מפורשת "אני מוריש", ללא אזכור של לשון מתנה, לא יהא ניתן להכשירה לכולי עלמא אלא אנו נצמדים למשמעות המילה הכתובה. והואיל ואין אדם יכול להתנות על דין ירושה הכתוב בתורה, הצוואה בטלה.²²¹

לעומת הרב טיראני והרב עזריאל, ניצבו חכמי סלוניקי וחכמי תוניס אשר פסקו שצוואה מעין זו בטלה. הם סתרו כל אפשרות להסתמכות על שיטת המהר"ם מרוטנבורג. לדעתם, שיטת המהר"ם היא שיטה יחידה שכולם חולקים עליה. נדבך נוסף בפסיקתם השוללת צוואות אלו, הוא שלילת השימוש בפרשנות תוכן הצוואה ואומדן דעת המוריש.

הם אמנם ציינו את הסכמתם לכך שדיני הצוואות הם חלק מדיני הממונות, אך מאידך בכל הקשור לשימוש בהלכות הנהגות בתחום דיני הממונות והחלתם על צוואות, אנו מוצאים שפסיקתם נטתה לדיני הירושות הקוגנטיים. לגישתם, אכן ניתן לפרש את דעת המצווה, אך הפרשנות צריכה ליצור הלימה לדינים הנהגים בירושה. במקום בו הפרשנות שתינתן לדברי המצווה תביא לתוצאה הנוגדת את דיני הירושה, לא נקבל אותה כפרשנות ראויה אפילו במחיר ביטול דברי המצווה.

נאמנים לדרכם בעניין פרשנות הצוואה, שללו חכמי סלוניקי את האפשרות להכשיר את הצוואה מכח אמדן דעתו של המצווה ליתן ע"פ חוקי המדינה ולהגשים את רצונו המובע בצוואה. בעניין זה לא שללו את עקרון האומדנא אלא יצרו אומדנא נגדית. הם קבעו כי קיים קשר בין דיני הירושה לדיני המשפחה וקישרו בין הדין החל על הנישואין, לבין הדין שיחול על ירושת הצאצאים שיוולדו מקשר הנישואין. "מינה גופא למדינא לעניין הירושה שאין לדון בחוקי המדינה דאמדינא דעתייהו שכיוון שהיו הנישואין ע"פ דת משה ויהודית גם ירושת הזרע מן אותו הפועל היא נדון על פי דת משה ויהודית ואפילו לא פרשו דאדעתא דהכי נושאים נשים כל עדת קהל ישראל".²²² לכן, קיימת אומדנא נגדית הקובעת שלא לקיים את הצוואה, אותה יש להחיל על צוואה זו ולפסול אותה.

גם במקרה בו המצווה כתב את דעתו במפורש ולא הותיר ספק ביחס לכוונתו, ביטלו חכמי סלוניקי את דברי המצווה, בנימוק כי כל אמירה של המצווה שהיא בניגוד לדין תורה בוודאי נאמרה על מנת "לשטות" במקבל. דוגמא לכך אנו מוצאים בדברי הרב דוד פראדו מחכמי סלוניקי, אשר הלך בדרך זו

²²¹ שו"ת חקרי לב (הרב רפאל חזן), חושן משפט חלק ב, סימן נג. וראה שם בסימן לו, שפסק כי יש לילך אחר לשון בני אדם בפרשנות צוואות. וכן כתב הרב יצחק פנחס, "ויען שמואל" ה, פח-צט.

²²² הרב משה חזן "נחלה לישראל" עמ' לט.

ופסל צוואה שנערכה בערכאות על ידי שכיב מרע. המדובר בצוואה שערך ראובן שלא היו לו בנים. בצוואתו כתב כי הוא מוריש לאשתו סך השווה למלוא כתובתה וכן סכום כסף גדול ונכסי דלא נידי. הרב פראדו פסל את הצוואה והסביר: "ראשונה וגדולה אצלי דמאחר שאמר בתחילה, אני מבאר ומניח ליורש שלי את אחי שמואל, וסתמו בפירוש שירש הכל ממש, אם כן הרי כבר ירש הכל ע"פ התורה דאף על גב דלא אמר אלא בלשון הנחה, הרי מבואר דלשון הנחה מספיק ללשון ירושה"²²³. למרות שהמנוח ציווה מפורשות בהמשך הצוואה ליתן לאשתו זכויות בעזבונו, באותה מטבע לשון: "אני מניח לאהובה אשתי פאטרונה אי שינייורה מכל מה שיש בידה דהיינו אבנים טובות זהב כסף מרגליות נחשת ובדיל ומטלטלין". קבע הרב פארדו כי המדובר בהשטאה ולא בכוונה אמיתית של המצווה ליתן לאשתו זכויות: "פטומי מילי בעלמא נינהו ורצה לצחק בה ובודאי אין בדבריו ממש דהו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה". קביעה זו, המבטלת כליל את דברי המצווה לא הייתה חריגה. המדובר בהמשך הפסיקה המקובלת ולפיה ככל שקיימת סתירה בין דברי המצווה להוראות התורה, יש למחוק את דברי המצווה ולקבוע כי ביקש להתל בנהנה המפורט בצוואה. עמדה זו הובעה בתקופה מוקדמת יותר על ידי המהר"ם פאדווה (פדובה – מאה 16), שאף הגדיר את השימוש בדרך פרשנית לצורך שלילת הענקה למי שאינו יורש ע"פ דין תורה כ - "מצווה": "דבר זה ידמה אלי למצווה לבטל מחשבות ערומים ולבטל מאורע נעשה בו קצת איסור דתנן ביש נוחלין הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו ... וקרוב אלי לומר כי המצווה הזו סידר צוואה זו להקניט לוי בדברים בעלמא בכך לא סידרא באופן המועיל כאשר יתבאר... דמסתמא לא עביד המת איסורא לעקור ירושה מדאורייתא"²²⁴.

באופן זהה שללו פרשנות דברי המצווה המנוסחים בלשון "פלוגי יירש" כביכול נאמר "אני נותן מתנה לפלוגי" על מנת להגשים את כוונת המצווה. כאן לא עשו שימוש בפרשנות מרחיבה מכח אומד דעתו של המוריש אלא דווקא בדקדוק לשון הצוואה. את פסיקתם השתיתו של דברי המרשד"ם הקובע שאין ליתן פרשנות מועילה להוראת מצווה הנאמרת בלשון "פלוגי יירשני", הואיל והוא מתנה על מה שכתוב בתורה. "דקי"ל והיא משנה שלמה בפרק יש נוחלין, שאם אמר על מי שאינו ראוי ליורשו יירשני לא אמר כלום ... וכיון שאמר בלשון ירושה שאמר חנות פלונית אני מנחיל לנכדי משה לא אמר כלום". הם ציטטו את המשך דבריו ביחס לפסיקתו של רבנו ירוחם שהובאה על ידי הפוסקים המכשירים, כי זו

²²³ שו"ת "מכתם לדוד" חלק חושן משפט סימן כט וכן ראה דבריו בסימן לד.

²²⁴ שו"ת מהר"ם פדובה סימן ס. פרשנות ע"פ אמדן דעת של המצווה בניגוד לדין תורה הייתה נתונה במחלוקת עוד בתקופת הראשונים. הריב"ש (מאה 14) כתב כי יש לפרש את דברי המצווה ככתבם וכלשונם למרות שהם בסתירה לדין תורה. (שו"ת הריב"ש סימן נב) על דעה זו חלק התשב"ץ (שו"ת התשב"ץ ח"א סי' ס"א). אמנם הרמ"א בשולחן ערוך, חושן משפט סימן רמח, סעיף א, פסק כדברי הריב"ש, אך בתקופת האחרונים אנו מוצאים חולקים על דבריו. (ראה שו"ת חת"ס חו"מ סימן קמב, קצות החושן סימן רמח ס"ק ג).

פסיקה זו לא התקבלה להלכה. "ואע"ג שכתב רבנו ירוחם בנתיב ט"ו ח"ג וז"ל, כתב הרמב"ם ביחסין וירש אם אינו ראוי ליורשו נוטלן משום מתנה, לשון זה לא הביאוהו הפוסקים ואין לסמוך עליו"²²⁵.

ייתכן שהתנגדותם של חכמי סלוניקי לקיום הצוואות הייתה כמעין "קרב בלימה" אל מול המנהג שהלך ותפס מקום בקהילותיהם. הואיל וצוואות הם חלק מדיני הירושה, חששו חכמי סלוניקי שפניית יהודים לערכאות בעניינים אלו תוביל גם לפניה ביתר דיני הירושה, ובהמשך גם לפניות בדיני משפחה. לכן הקדימו ואסרו את הפניה בדיני הצוואות על מנת שלא ייפגעו חיי המשפחה היהודים והזהות היהודית.

המדובר בתהליך שעבר על יהודי סלוניקי משך מאות שנים. בדברי המהרש"ם (שאלוניקי – מאה 16) אנו מוצאים התייחסות שממנה ניתן ללמוד על פניית חלק מהציבור לערכאות, דבר שחייב הטלת סנקציות כנגד המפרים את הוראות התורה: "יש הסכמה מוסכמת בכל חיזוקי התורה וכל אלותיה וחומרותיה שבעניין ירושה ועניין כתובה לא יורשה שום בר ישראל ללכת לתבוע תביעה כזו בפני ערכותיהם נכתבה ונחתמה נכל הקדושים אשר המה בארץ והחיים אשר הם חיים עדנה בכל גלילות

ישראל רבני צפת תוב"ב רבני קושטאנדינא יע"א רבני סלוניקי יע"א."²²⁶

מצב זה החמיר בתקופה מאוחרת, עד כי אנו שומעים את מרירותו של הרב פארדו במאה ה-18, על כי המצב בקהילתו חורג מהנורמה: "ואפילו בערי אדום בעוונותינו הרבים הורו היתר לעצמם כי יהיה ריב בין אנשים ללכת לפני ערכאות, מכל מקום בכהאי גוונא בצוואות וכיו"ב אם לא נעשו ע"פ הדין מטים אוזניים לתורה"²²⁷. יחד עם זאת אנו למדים כי בענייני צוואות עדיין הייתה יד הרבנים תקפה על הציבור, ולכן נקטו בפסיקה שמרנית כפי שבאה לידי ביטוי בפסילת צוואות שנערכו בפני ערכאות של עכו"ם, אפילו שהיה מקום להכשירן לפי הכללים הנהוגים בדיני הממונות.

עמדה זו שהייתה נכונה לסלוניקי לא פשטה בכל המקומות. מתשובות המופיעות בשו"ת של אותה התקופה אנו עדים למציאות אחרת באירופה. אצל רבני איטליה המנהג התפשט בעריהם, עד כי הפך למנהג שקיבל אישור הלכתי להכיר בו כמחייב בדיני צוואות, כפי שמציין הרב עזריאל "המנהג פשוט בכל ערי איטאלייא לקיים צוואות כאלו ... כבר נתפשט המנהג הקבוע בעיר הזאת משנים קדמוניות

לאשר ולקיים כל הצוואות הנעשות על ידי נוטארי מפורסם"²²⁸.

מנהג זה הביא לדיון בשאלה האם יש בכוחו של המנהג לקיים צוואות כדי להכשירן הלכתית.

²²⁵ שו"ת מהרשד"ם חלק חושן משפט סימן שנו.

²²⁶ שו"ת מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קלא.

²²⁷ שו"ת מכתם לדוד חלק חושן משפט סימן לו.

²²⁸ שם עמ' קנג, הוא מפנה לדברי הרב טירני (עיקרי הד"ט) וכן לדברי הרב יצחק למפרונטי בספרו "פחד יצחק". שני פוסקים אלו חיו במאה ה-18 באירופה והם דנים בשאלת המנהג התפשט במחוזותיהם.

המנהג כמקור מחייב

דיני הירושה הינם קוגנטיים מכח היותם איסורי תורה, לכן לא ניתן לקבל בירושה מנהג הסותר דינים אלו כנורמה הלכתית מחייבת מכח המנהג לבדו. לכן, לו היה קיים מנהג לחלק ירושה בניגוד לחלוקה הקבועה בתורה הרי זה היה "מנהג גרוע"²²⁹ והיה נחשב כהתנאה אסורה על דין תורה²³⁰.

שונה הדבר במתן תוקף לצוואה הקובעת שינוי בחלוקת הירושה. ציינו לעיל כי צוואות הם חלק מדיני הממונות. במסגרת דיני הממונות ניתן עקרונית לאפשר שימוש במנהג כבסיס הלכתי להכשרת פעולות הלוקות בחסר על פי הדין העברי. כך למשל ניתן להכיר במנהג הסוחרים או בקניין סיטומתא על מנת לחפות על היעדר קניין.²³¹ באם נכיר במנהג לערוך צוואות בערכאות שהפגם העיקרי בהן הוא היעדר הקניין, הרי שהכשרנו אותן והן בעלות תוקף לכל דבר ועניין.

אכן מצאנו דיון נרחב בעניין זה אצל הפוסקים שהכשירו צוואות אלו במאה ה-19. הם לא הסתפקו בביסוס פסיקה על שיטתו של ר' מאיר שהובאה במרדכי, זאת כיוון שהיו מודעים לעמדת החולקים עליהם שטענו נגדם כי משך מאות בשנים לא התקבלה עמדתו להלכה, והעמדה המקובלת הייתה שהוא חזר בו וסבר שיש צורך בקניין גם בצוואות מחיים הצופות פני מוות²³². לכן, הציעו אפשרות נוספת לקיום צוואה ללא עדים וללא קניין, מכח המנהג הרווח לקיים צוואות מעין אלו בכל ערי אירופה וסביבותיה.

הדיון בשאלת תוקף המנהג על מנת להכשיר צוואות בערכאות של עכו"ם לא היה חדש. קיימת תשובה של הרדב"ז שאמנם אישר הסתמכות על מנהג, אך הוא קבע כללים נוקשים בטרם הסתמכות עליו להלכה. בתשובה לשאלה אודות אישה שקיבלה ירושה מכח צוואה שנערכה אצל סופרי העיר השיב:

²²⁹ שו"ת מהרי"ק סימן ח.

²³⁰ אכן בתקופת המשנה ולאחריה היו תקנות שביטלו את דין ירושה הקבוע בתורה, וקיימת הסכמה כי יש סמכות לחכמים לבטל דין תורה מכח הפקר בית דין הפקר. אך לעניין קבלת מנהג כתקנה מחייבת קיימת הסכמה בין האחרונים שאין במנהג כלום הואיל והוא נחשב כמנהג גרוע בשל סתירתו את דין תורה. ראה **אנציקלופדיה תלמודית** כרך כה, ירושה [טור קיט] וכן ה"ש 1708, שם. ולעניין סמכות טובי העיר לתקן תקנות ראה **אנציקלופדיה תלמודית** כרך יט, טובי העיר [טור עב].

לאור האמור לעיל, חריגה היא פסיקת החיד"א (מאה - 18) שכתב בספרו "טוב עין" ירושלים, תשכ"א, עמוד כח, כי מנהג קבוע שקיבל הסכמת הקהל בעניין חלוקת עיזבון כפי דין הערכאות הוא מנהג תקף. לדבריו, מנהג בענייני ירושה יכול לגבור על ההלכה. לעומתו כתב בנו- הרב רפאל ישעיה אזולאי (כפי הפסיקה הרווחת) שאין לקבל מנהג בדיני ירושות. בניגוד לקבלה המועילה בדיני ממונות ששם ניתן לאמץ מנהג כנורמה מחייבת. " **כל שאינם דנים לפני עש"ג אלא לנהוג שיתנהגו עצמם בנימוסי העש"ג, מנהגם מנהג. כדי שיתקיים המשא ומתן מפני יישוב העיר. אבל בדיני ירושות דלא שייך משא ומתן אפילו להתנהג כמשפט העכו"ם בלתי עמוד לפניהם אסור**". מהעובדה כי פסיקת הבן הובאה בספרו של האב "יוסף אומץ" ירושלים תשכ"א, סימן ד' והוא אישר אותם בלשון חריפה "אש תוקד כמלוא פי תנור וכיריים עד אשר יכופו את עצמם לדברי תורה בעניין ירושת קרוביהם וכתורה יעשו ולא יטו ימין ושמאל" ניתן ללמוד כי החיד"א חזר בו מגישתו המקלה. ועוד ראה הרב ראובן עמאר "מנהגי החיד"א" סימן ז', מכון משנת חכמים, כסלו, תשס"ב, ירושלים.

²³¹ לעניין דין מנהג הסוחרים כבסיס לחיוב שטרי ראה רון שלמה קליינמן, "דרכי קנין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה" רמת גן, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ג, 2013; רון שלמה קליינמן, "קניין סיטומתא" – מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי: בסיס עיוני וישומים במשפט האזרחי המודרני, מחקרי משפט כד 243 (תשס"ח)

²³² קיומה של מחלוקת מעלה את השאלה האם ניתן להוציא מהירורים ע"פ דין תורה את הרכוש שתפסו, שהרי המוציא מחברו עליו הראיה ויכול המחזיק לטעון "קים ליי" כדעה השוללת את תוקף הצוואה. נוסף על כך מצוין הרב אהרון בן עזריאל את העובדה שצוואות נמצאות בדרך כלל בביתו של המצווה ולא מופקדות בבית הדין או אצל העדים. עלינו לכאורה לחשוש לדברי התלמוד במי שנמצא דייתקי (צוואה) על ירכו שאין קונים בה שמא נמלך ולכן לא נתן אותה. (בבלי, בבא בתרא קלה, ע"ב וכן שולחן ערוך, חו"מ סימן רנ, סעיף כה)

"ולענין אם יש כח במנהג להפקיע כח הבכור או הירושה מהיורשים לכאורה היה נראה לומר דאין מנהג לבטל דבר שכתוב בתורה מפורש ... בנידון דנן אין התנאי או המנהג לבטל דבר של תורה אלא המנהג הוא לקיים השטר שלהם ... וכבר כתבתי כי בירור מנהג זה הוא רחוק וצריך מיתון גדול, לפי שצריך שיהיה המנהג ידוע ומפורסם ושיהיה קבוע שהיו נוהגין כן פעם אחר פעם ושיהיה ע"פ ותיקין וגדולי חכמי העיר ושינהג מנהג קבוע לרבים כלומר שנהגו בו רבים ושיהיה המנהג בשטרי מתנות כגון שבאו שטרי מתנות עשויים עפ"י עכו"ם ודנו בהם חכמי העיר והוציאו ממון מן המוחזק בו או מן היורשים בשטר כיוצא בזה דלא כתיב ביה כתובה בשוקא וכו' ואחר שיתברר כל זה בראיה ברורה תתקיים המתנה."²³³ מדבריו עולה כי יש צורך בכמה תנאים מצטברים על מנת להוכיח קיומו של מנהג שניתן לקבוע הלכה על פיו.

א. מנהג ידוע ומפורסם.

ב. מנהג קבוע לרבים שהיו נוהגים על פיו באופן תדיר.

ג. מנהג שתוקן על פי ותיקין²³⁴ וגדולי חכמי העיר.

ד. מנהג ספציפי בשטרי מתנות.

תשובה זו צוטטה על ידי הפוסקים שפסלו את צוואת ר' ניסים שמאמא וטענו כי גם במקום בו יוכח שיהודים עורכים צוואות בפני ערכאות, לא יהא די בכך על מנת לקבוע כי בכך נקבע מנהג. יש לבדוק האם המנהג הנטען עומד בקריטריונים ההלכתיים אותם ציין הרדב"ז, כתנאי מוקדם להסתמכות עליו. נדגיש כי אינם שוללים קיומו של מנהג ותיקין קבוע, הרשום בפנקס הקהילות, כמקור נורמטיבי מחייב בדיני הצוואה. לדעתם, איסור העברת נחלה אינו מועצם לכדי מניעת אפשרות התקנת תקנות, ככל שהציבור יבקש להתקין תקנות ע"פ הכללים הנהוגים והקבועים בהלכה. גם אם יוכח כי המדובר במנהג ותיקין שפשט כמנהג קבוע אצל בני העיר הוא יחייב את בני המקום בלבד, כתקנה טריטוריאלית. לכן אבחנו את המקרה של צוואת ניסים שמאמא כמנהג אותו נהגו חכמי העיר בטעות, הואיל והסתמכו רק על קיומו של המנהג ועל התפשטותו במקום לברר את מקורו.²³⁵

ביחס לאפשרות להכשיר את הצוואה מכח "מנהג הסוחרים" שהוא מקור נורמטיבי מחייב בדיני ממונות ואינו טעון אישורם של חכמי העיר, טענו בצטטם את דברי הרב יהודה עייאש, שיש להבדיל בין מנהג הסוחרים למנהג בענייני צוואות. בעוד שמנהג הסוחרים מטרתו למנוע מריבה ולהסדיר את יחסי

²³³ שו"ת רדב"ז, חלק א סימן תקמה.

²³⁴ פירוש: "חכמים", ראה, ד' גולניקין, "לפירוש המונחים ותיקין, ותיקי' ויתלמיד ותיקי' בספר בן סירא ובספרות התלמודית", סידרא יג (תשנ"ז), עמ' 47-60.

²³⁵ להסבר בעניין מהותו של "מנהג ותיקין" ראה, רון שלמה קליינמן "מנהג הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)" עבודה לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר – אילן תש"ס פרק שני, מעמדו של המנהג בדיני ממונות. וכן רון שלמה קליינמן, "דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי : משפט, ריאליה והיסטוריה" רמת גן, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ג, 134-135, 2013.

המסחר בקרב קבוצה מצומצמת, בצוואות, מטרתו של המנהג להכשיר פעולה משפטית שיש לה משמעות כלפי כלל הציבור. כאן לדעתם, כבר לא תועיל התנהגות הצדדים, אלא יש צורך במנהג המוכר על ידי כלל הציבור כאשר נציגי הציבור לעניין זה, הם חכמי העיר²³⁶. גם תדירותו של המנהג תוכיח שאין לו תוקף. שהרי מנהג הסוחרים מעגן מציאות יום יומית הנהוגה בין סוחרים ואילו הענקת מתנות הוא דבר שאינו שכיח.²³⁷

בנוסף, הם נותנים משקל לעובדה כי המדובר במנהג שהוא נגד איסור העברת נחלה ובניגוד לדין תורה. במקרה זה רמת ההוכחה הנדרשת לקיומו של מנהג תהא גבוהה במיוחד, והנטל להוכיח את קיומו מוטל על מי שמבקש לבסס היתר כנגד איסור תורה של העברת נחלה. **"ואען ואומר כי הדבר ברור שמאחר והמנהג הנה זה בא לאשר ולקיים מה שהוא היפך התורה האלוקית, יתחייב להרבות החקירה על אופן ברור וסדר התפשטותו ופרסומו וידיעתו וקביעותו על פי בקיאות ותיקין ושיהיו נוהגים בו פעם אחר פעם ושיהיה מנהג שנהגו בו רבים ושדנו בהם חכמי העיר והוציאו ממון מן המוחזק או מן היורשים"**²³⁸.

חכמי תוניס אף העלו בדרגה את תוקף איסור העברת נחלה לכדי ביטול המנהג, ככל שלא יוכח באופן מוחלט כי מתקניו עמדו בתנאים המוקדמים של מנהג ותיקין. **"וגם אדרבה כשאנו שומעין באיש או אישה שרוצים לסלק יד היורשים ולהעביר נחלה מהם, וליתנה לאחרים נפקינן לאפייהו שיתין פולסין דנורא ואנו מוחין בהם ומעכבים בידם, כדקי"ל לא תהא תהוי באעבורי אחסנתא, ואם כן איך יצוייר במחשבה וכל שכן בדיבור ובמעשה שיתקנו תקנה לקיים המתנה וכי נבוא ונחזיק בידי עוברי עברה אתמהא"**²³⁹.

לעומתם, השיב הרב טיראני כי המנהג להכשיר צוואות בריא שנערכו בערכאות של עכו"ם התפשט כל כך **"עד שמי שיערער עליו הוא באזני כל השומעים כמתעתע"**²⁴⁰.

²³⁶ ראה גם, סיני דויטש, "תוקף צוואה בערכאות", **דיני ישראל** יב (תשד"ס- תשמ"ה) קצו, רלח. שם מציין המחבר את שיטת רבנו יונה, המחדש כי "מנהג הסוחרים" מוכר בהלכה כקניין מחייב מכח דין המלך ולא מכח המנהג עצמו. לשיטה זו, "דינא דמלכותא" מפקיע את הרכוש מיד הבעלים, ואילו את ההעברה לידי הקונה אנו מבצעים מכח מנהג הסוחרים. השימוש בשתי נורמות משפטיות המשלימות זו את זו מחייב הלכתית, שכן מנהג הסוחרים אינו יכול להכשיר מעשה קניין הפסול על פי ההלכה, כגון שטר עליו חתומים עדים נוכרים. מאידך, "דינא דמלכותא" אינו יכול למלא את מקומה של פעולת הקניין המבצעת העברת זכויות. הוראת המלכות היא הוראת שלטון כללית, שאינה מתייחסת לפעולות המבוצעות על ידי הציבור בהתנהלותם הפנימית, לכן אינה יכולה לשמש מקור חיוב ביחסים בין האזרחים/נתינים. יחד עם זאת הוא מעלה שני קשיים עיקריים בשיטת רבינו יונה. האחד, המדובר בדעת יחיד. רוב הראשונים לא הזכירו את שיטת רבנו יונה. השני, פתרון זה יעיל רק במקום בו דין המלך המכיר בתוקף שטרות אלו, התקבל כמנהג הסוחרים. לכן, הוא מציע דרך נוספת והיא לקבוע כי צוואה בערכאות היא התחייבות לתת מתנה. **"צוואה בערכאות היא איפוא רק התחייבות אישית המותנית בכך שהמצווה לא יחזור בו מהצוואה בחייו"**. היתרון בפתרון זה הוא היעדר הצורך בקניין, שכן התחייבות טעונה רק גמירות דעת ולא מעשה קניין. את גמירות דעתו של המצווה עלינו להסיק מהעובדה שהמצווה יודע כי הצוואה תקייה בדינא דמלכותא, לכן גמר בדעתו להתחייב. (בדומה להסברו של רבי משה פיינשטיין). לדעתנו אפשרות זו לא נדונה בפוסקים הואיל ואם אנו נותנים משקל לגמירות הדעת של המצווה, אין צורך להסיק ממנה רק התחייבות אלא יתרה מכך, היא מחליפה מעשה קניין.

²³⁷ שו"ת בית יהודה סימן קכג.

²³⁸ ראה הי"ש 235.

²³⁹ **"משפט הירושה"**, דף כה.

²⁴⁰ שו"ת עיקרי הד"ט סימן כא.

המדובר במציאות הלכתית שהשתנתה בתקופתו של הרב טיראני בין המאות 18-19. באיטליה של תחילת המאה ה-18 עוד פסל הרב יוסף אירגאס בתשובותיו צוואה שנערכה על ידי נוטריון²⁴¹ וכבר בשלהי אותה המאה מעיד הרב טיראני על מנהג נפוץ לקיים צוואות אלו. שינוי זה תואר על ידי הרב אשר קובו **"בזמן מועט שבין הרב מהר"י אירגאס ז"ל לרבנים ז"ל אחסור דרא לבלתי הקים דברי התורה, והונהג ונתפשט והוקבע בניהם ללכת בחוקי הגויים ונימוסיהם ממש, ואף דייני ישראל דנים להכשיר הצוואות אף במתנת בריא וחסרי הקנאות"**.²⁴²

פסיקת דייני ישראל באיטליה להכשיר צוואות מעין אלו ולהעניק להן גושפנקא ההלכתית, הפך את המעשה למנהג ותיקין שראוי ונכון לנהוג על פיו גם מכאן והלאה. למרות שהיה מדובר בפסיקה מאולצת שהותאמה למציאות המשתנה, בניגוד לדברי הרב אשר קובו המתנסח בלשון "אחסור דרא", לא נשמעה כל תרעומת מצד רבני איטליה. החידוש הוא בעובדה שלא די בכך שהפוסקים באיטליה לא יצאו חוצץ כנגד מעשי הציבור או הביעו את מורת רוח ממעשיהם אלא להיפך, הם העניקו "תעודת הכשר" ויצרו נורמה הלכתית המכשירה צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם. יחד עם זאת הרב טיראני נהג בזהירות מסויימת בעת שסמך פסיקתו על המנהג, לכן לאחר שדן בשאלת תוקפו, סיים את דבריו **"ואם שגיתי המקום יכפר בעד"**.

גם בפסיקתו של הרב עזריאל ניתן אישור להכשרת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם מכח המנהג. בשל הקשיים ההלכתיים באישור מנהג מעין זה בענייני ירושה וצוואות כפי שצינו זאת הפוסקים המתירים, הוא בחר לילך בדרך אחרת וקבע כי תוקף המנהג לקיים צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם אינו מכח היותו מנהג הסוחרים, אלא הוא מנהג בפסיקת הלכה. המקומות שהכשירו נהגו לפסוק כסברת ר' מאיר בצוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, למרות שהמדובר באימוץ דעת יחיד²⁴³. **"שכל בתי דינין מומחין שבערי איטליא מאשרין ומקיימין צוואות כאלו העולים בערכאות של נכרים ומטעם המנהג שהוא דבר גדול בתנאי שבממון ועפ"י הסמיכות אשר עשה הרב הפוסק לסברת הרב מאיר"**. בכך עקף הרב עזריאל את איסור השימוש במנהג הסותר את דיני הירושה. פסיקתו אינה מסתמכת על מנהג מכח התנהלות הציבור בניגוד לדין תורה, אלא היא מבוססת על מנהג בפסיקת הלכה. כפתרון נוסף מתחום דיני הירושה לבעיית היעדר הקניין בצוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, העלו חכמי ההלכה את דין "מצווה לקיים דברי המת" כאפשרות נוספת להכשרת צוואות אלו.

²⁴¹ שו"ת "דברי יוסף" (הרב יוסף בן עמנואל אירגאס, ליוורנו - איטליה (1685-1730)), סימן יט.

²⁴² שו"ת "שער אשר" (הרב אשר רפאל רחמים קובו, סלוניקי, 1798-1877), ח"ב סימן כט.

²⁴³ וראה "כפי אהרון" חלק חו"מ סימן יד, שם דן המחבר באפשרות ליתן זכות ירושה לבת מכח המנהג ופסק שאין תוקף למנהג זה הואיל והוא עוקר דין תורה.

”מצווה לקיים דברי המת”

כאמור, חכמי ההלכה המכשירים צוואה שנערכה בערכאות, הגם שהמדובר במתנה כשרה על פי דיני הממונות, הואיל והמדובר במתנה המיועדת לחול לאחר המוות, נאלצו להיעזר בדיני הירושה על מנת ליתן לה תוקף הלכתי. לכן אימצו את שיטת המהר”מ מרוטנבורג שהיא דעה יחידה, למרות שהייתה באפשרותם לחוקק תקנות חדשות.

קיים קושי רב באימוץ דעה יחידה שלא הייתה מקובלת כלל משך מאות בשנים, ובנוסף קיים קושי להחיל את מנהגי הסוחרים ואמון הדעת הנהוגים בדיני הממונות, בשל הזיקה של צוואה לדיני הירושה הקוגנטיים.

זו הסיבה לכך שבנוסף התקיים דיון מעמיק בהחלת דין ”מצווה לקיים את דברי המת” על צוואות אלו. כאן הייתה אפשרות לחכמי ההלכה, לפתח חדשנות הלכתית במסגרת פתרון מתחום דיני הירושה מתוך הסתמכות על רצון המצווה ואמון דעתו.

מקור דין ”מצווה לקיים דברי המת” בענייני ממון²⁴⁴ הוא בתלמוד מסכת ”כתובות”: **”האומר תנו שקל לבני בשבת וראוין ליתן להם סלע נותנין להם סלע ... הא מני ר’ מאיר היא דאמר מצוה לקיים את דברי המת”**.²⁴⁵ התלמוד מסכם **”קיימא לן הלכה כרבי מאיר”**.

הראשונים²⁴⁶ מקשים כי לכאורה אין חידוש מיוחד בהוראה לקיים את דברי המת, שהרי ידוע לנו הכלל ההלכתי ”דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו”. מכח קושיה זו הם מסיקים כי המצווה לקיים דברי המת נאמרה כלפי ציווי אדם בריא. למרות שבדרך כלל אדם בריא המבקש לחלק את רכושו לאחר מיתתו צריך לבצע קניין באחת מדרכי הקניינים המקובלות, גם אם נמנע מלעשות כן, קיימת חובה למלא אחר הוראתו מכח ההלכה ”מצווה לקיים דברי המת”.

הראשונים נחלקו האם אמירת המצווה טרם מיתתו נחשבת כהקנאה לזוכה או שמא המדובר בחובה המוטלת על היורשים לקיים את ציווי המת.

²⁴⁴ השימוש בדין ”מצווה לקיים דברי המת” קיים גם כחובה הלכתית לעשות רצונו של הנפטר בעניינים הקשורים לסדרי הלוויה וכבודו האחרון. מקור לחיוב זה מצאנו בתורה בפרשת ”ויחי”. שם מסביר המדרש את הפסוק **”ויעשו בניו לו כן כְּאִשֶׁר צִוָּה”** (בראשית פרק נ פס’ יב), כי יעקב אבינו אוסף את בניו סביב מיטתו וציווה אותם כיצד תנוהל הלוויה ומה יהא סדר נשיאת מיטתו **”אמר להם כשתטלו אותי ביראה ובכבוד לוו אותי ולא יגע אדם אחר במיטתי ולא אחד מן המצריים ולא אחד מבניכם מפני שאתם נטלתם מבנות כנען”** (במדבר רבה (וילנא) פרשה ב). מכאן למד המדרש הגדול את החיוב **”מצווה לקיים דברי המת”**. **”ועשו לו - מכאן אמרו מצווה לקיים דברי המת”**. (המדרש הגדול הוא יצירה תורנית מקיפה על חמשת חומשי תורה שהייתה מקובלת אצל יהודי תימן. יצירה זו מיוחסת ל - ר’ דוד בן עמרם עדני, מאה י”ד. ראה לעניין זה מאמרו של אהרן גימאני, **”מדרש הגדול”** לר’ דוד עדני, **מחניים**, רבעון למחקר, להגות לתרבות יהודית, סיוון תשנ”ד (עמ’ 156-152). וכן דברים דומים מצאנו **בדרשות ר”י אבן שועיב** פרשת ויחי (ספרד, 1280-1340) בשם הרמב”ן: **”וכתב הרב רבינו משה בר נחמן זכרונו לברכה לפי דרכנו למדנו עשרה דברים בענין המת מזה הסיפור של יעקב ... האחד הצוואה כשאדם מרגיש אפיסת כחתי וימיו קרובים למות שיצוה בניו ובני ביתו ... והשני מצוה לקיים דברי המת דכתיב ויעשו בניו לו כן כאשר צום”**.

²⁴⁵ בבלי, כתובות סט, ע”ב.

²⁴⁶ תוספות, כתובות ע, ע”א ד”ה **”הא קיבל מצוה לקיים”**. ספר הישר לר”ת חלק חידושים סימן ק”ח. ארבעה טורים, חושן משפט, סימן רנב. רמב”ן, בבא בתרא קמח, ע”ב, ד”ה **”ייטול ויזכה”**. ר”ן, גיטין ה, ע”א.

מקור המחלוקת הוא דברי התלמוד במסכת גיטין²⁴⁷ המנסה ליישב שתי ברייתות סותרות, העוסקות בשאלה מה הדין במקרה בו אדם שלח שליח למסור סכום כסף לפלוני והשליח לא מצאו, ובנתיים מת המשלח. למי יושב הכסף ?

”הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו. תני חדא יחזרו למשלח, ותניא אידך ליורשי מי שנשתלחו לו ... אמר רב פפא : הא והא בבריא, הא דמית מקבל בחיי נותן, הא דמית נותן בחיי מקבל.”

הסביר רב פפא כי הברייתות אינן סותרות זו את זו אלא הן עוסקות במקרים שונים. הברייתא הראשונה הקובעת כי הכסף יושב למשלח עוסקת במקרה בו נפטר המקבל טרם הגיע הכסף לידו. במקרה זה התבטלה מטרת השליחות ולכן יחזור הכסף למשלח. הברייתא השנייה עוסקת במקרה בו נפטר המשלח בחיי המקבל לכן יש לבצע את השליחות.

רש"י במקום הסביר את החובה לבצע את השליחות כאשר המשלח נפטר, מכח המצווה לקיים את דברי המת. **דמית נותן** - לאחר שמסרן לשליח מת ועדיין מקבל חי, הלכך משעת מיתת הנותן זכה בהם המקבל משום דמצווה לקיים דברי המת. לשיטתו, החובה לקיים את דברי המת יוצרת "זכות" למקבל.²⁴⁸

בניגוד לדעה זו, רוב הראשונים סוברים כי החיוב לקיים דברי המת הוא רק בגדר מצווה המוטלת על היורשים לקיים דברי המת. כפי שמובא בהגהות מרדכי²⁴⁹: **”כי טעם דמצוה לקיים דברי המת אין זוכה כלל רק שכופין היורשין לקיים מצוות אביהן”**.²⁵⁰

הוראה נוספת ביחס לקיום דברי המת היא הצורך בהשלשה. בשונה מציווי שכיב מרע שדבריו נחשבים ככתובין וכמסורין ודי באמירתו על מנת ליצור חיוב לקיים את דבריו, בהוראת בריא סוברים חלק מהראשונים שעל מנת לחייב את היורשים בקיום דברי המת יש צורך שממון המצווה יופקד אצל צד ג', פעולה הנקראת בשם "השלשה".²⁵¹

הנימוק לדרישת ההשלשה בצוואת בריא הוא החשש שמא אינו אלא כמהתל ומפליג בדברים²⁵², שהרי יש באפשרותו לערוך צוואה תקפה לפי הכללים ההלכתיים ולבצע את הקניינים הנחוצים. הימנעותו מכך מעלה את החשש שמא לא גמר בדעתו.

לעניין מועד ההשלשה קיימת מחלוקת. לשיטת ר"ת אין חובת השלשה טרם הציווי ואילו הרא"ש והטור סוברים כי יש צורך להשליש את הממון בכוונה מראש, למימוש הוראות המצווה.²⁵³

²⁴⁷ בבלי, גיטין יד, ע"ב.

²⁴⁸ וכן ראה שו"ת המהרי"ט חלק ב' סימן צ"ה: **”דלא אמרינן ביה מצווה לקיים דברי המת אלא כשמסר לו מתחילה לכך דחשיב זכיה”**.

²⁴⁹ הגהות מרדכי בבא בתרא סימן תרס"ו.

²⁵⁰ ראה תוספות, כתובות פו, ע"א ד"ה "פריעת בע"ח מצוה"; שו"ת הריב"ש תשובה ק"ז; חידושי הרמ"ה, גיטין יג, ע"א; וכן הובאו דברי הראשונים בקצות החושן סימן רמ"ח ס"ק ה'.

²⁵¹ תוספות, כתובות ע, ע"א ד"ה "הא קיבל מצוה לקיים". –בכך מתורצת השאלה מה עדיפות הכלל דברי שכיב מרע כתובים ומסורים דמו והרי בכל מקרה ישנן ציווי של קיום דברי המת?

²⁵² שו"ת הריב"ש (רבי יצחק בר ששת פרפת, (1326-1408)) סימן רז.

לעומתם סוברים הרמב"ן והריטב"א כי אין חיוב השלשה, אלא הדבר תלוי בנוסח דברי המוריש. עלינו לבחון האם ציווה או הקנה. "אבל במצוה ליתן ודאי נותנין, דהיינו דקיים מצוה לקיים דברי המת"²⁵⁴. אם ציווה ליתן כגון שאמר "תנו", מצווים היורשים לבצע את דבריו של הנפטר משום מצווה לקיים דברי המת. אך אם נקט בלשון קניין כגון שאמר "אני נותן", בודקים את הפן הקנייני, אם היה קניין כדין, קנה הזוכה ואם לאו לא קנה.

בשו"ת מהר"י בן לב²⁵⁵ סיכם את שיטות הראשונים וציין כי יש שלוש דעות בנושא:

- א. **שיטת ר"ת**: מצווה לקיים דברי המת אף אם לא הושלש הממון מתחילה לשם כך.
- ב. **שיטת הרא"ש**: דווקא ממון שהושלש לפני הציווי, אך אם הופקד הממון אחר הציווי או היה בידו של השליש לא לשם הציווי אין בכך משום מצווה לקיים דברי המת.
- ג. **שיטת הרמב"ן**: אין צורך בהשלשת הממון, אלא רק אם ציווה ליתן, קיימת המצוה לקיים דברי המת.

מחלוקת הראשונים ביחס לדרישת "השלשה", מקורה בהבנה שונה של החיוב לקיים דברי המת. הראשונים שאינם מחייבים השלשה סוברים כי בעלותו של המת על נכסיו נמשכת ולכן הוא יכול ליתן הוראות מה ייעשה בנכסיו לאחר מותו. המדובר איפוא לשיטתם בחיוב מתחום דיני הממונות. לעומתם החולקים שהם הרוב, סוברים כי ברגע שאדם הלך לעולמו איבד את בעלותו בנכסים וזכות הבעלות עברה ליורשיו. לגישה זו, הטעם לפיו אנו מחייבים את היורשים לקיים את דברי המת מקורו בחובה לקיים מצוות עשה של גמילות חסד עם המת - מצווה ששייכת רק בדיני ירושה ואין מקורה בדיני ממונות העוסקים בהסדרת הבעלות על נכסים ועבירותם²⁵⁶. "הטעם משום דגמילות חסדים עם המתים הוא מצות עשה דדבריהם, ובכלל גמ"ח של המת לקיים דבריו זידענו שהמת יש לו נחת רוח כשמקיימין דבריו, ולזה מצוה לקיים דברי המת. ולפ"ז י"ל שיטת ר"ת דדוקא הושלש שאז ניכר שרצונו כך באמת."²⁵⁷ הצורך בהשלשה הוא לשם הוכחת גמירות דעת של המצווה ועל מנת לקבוע כי לא ביקש לשטות במקבל.

²⁵³ ארבעה טורים, חושן משפט, סימן רנב: "קי"ל מצוה לקיים דברי המת אפי' בבריא שצוה ומת בד"א שנתנו ביד שלישי לשם כך אבל אם באו לידו אחר הצואה או שהיה בידו תחילה ולא לשם כך לא".

²⁵⁴ רמב"ן בבא בתרא קמח, ע"ב ד"ה "יטול ויזכה". ר"ן, גיטין ה, ע"א. כדעה זו פסק הש"ך חו"מ רנב סק"ד.

²⁵⁵ שו"ת מהר"י בן לב ח"ב סימן ל"ט; שו"ת בנין ציון החדשות סימן כד.

²⁵⁶ ראה שו"ת דברי יציב חלק חושן משפט סימן כח, המציין כי ניתן ללמוד את החיוב גם מדיני כיבוד אב ואם וכן הרב רפאל שטרן "ירושת המשפט", בית ועד לתורה גבעת שמואל תשי"ע, 273-280 שהביא נימוק נוסף משום מצוות נחלות.

²⁵⁷ שו"ת שואל ומשיב מהדורה ג חלק ב סימן קפט. וראה שו"ת משפטי עוזיאל חו"מ סימן לט.

להלכה נקבע כדעת רוב הראשונים, כי העברת נכסים משום מצווה לקיים דברי המת היא רק בתנאי בו הושלש הממון בידי צד ג'. כך גם נקבע בשולחן ערוך "מצווה לקיים דברי המת, אפילו בריא שציוה ומת והיא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך".²⁵⁸

החידוש אותו מעלים פוסקי זמננו, הוא הקביעה כי הואיל ושטרות צוואה תקפים בערכאות, ייחשב הדבר כאילו הושלש הממון בידי צד ג', ואפילו הושלש סתם ללא כוונה מראש לצורך קיום דברי המצווה. הרב חיים עוזר גרודנסקי שדן בשאלת כשרות צוואת בריא בערכאות, פוסק להכשיר מנימוק זה "ותמיד הייתי מפקפק על צוואות של בריא הנעשות בערכאות לאחר מיתה שאין שטר לאחר מיתה ואף על פי כן בית דין של ישראל מקיימין דבריהם וממנין אפוטרופוסים לעשות כפי הכתוב בצוואה, ואמרתי דזהו משום מצוה לקיים דברי המת, ואף דבעינן הושלש מתחילה לכך מכל מקום כיוון דמהני בערכאות שיש לזה תוקף ע"פ חוק המלכות לא גרע מהושלש מתחילה לכך".²⁵⁹

בדרך דומה פסק הרב חנוך פדווא, אך הסתמך על תוכן הצוואה הנהוג בערכאות ולפיו בדרך כלל נרשם מינוי של מנהל עיזבון בצוואה. מינוי זה נחשב כהשלשה לדעתו, שכן הנאמן יהא חייב לבצע את דברי המצווה, ונחשב כאילו המצווה נתן מפורשות לשליש על מנת שיקיים את דבריו. הסבר זה מועיל גם לשיטות הקובעות כי יש צורך בהשלשה ספציפית לטובת חלוקה ליורשים ולא בהשלשה סתם.

"דפה אנגליה אשר העושה צוואה ממנה בתוך הצוואה איש אשר מוציא את הצוואה לפועל והמינוי הזה יש לו תוקף לפי חוקי המדינה הרי זה החזיקו בקרקע שהזכיר החלקת מחוקק דהוה כמו השלשה, ודבר זה יש לו תוקף בין לעניין קרקע בין לעניין מיטלטלין וממילא לקיים את דברי המת ומועילה הצוואה גם ע"פ תורה".²⁶⁰

ידיעתו של המצווה בדבר מימוש הוראותיו, תחשב כהשלשה מועילה ותהא בסיס לחיוב מכח מצווה לקיים דברי המת.²⁶¹

אך האם זו חדשנות שלא הייתה בדורות הקודמים, שהרי עקרון גמירות הדעת כבסיס לחיוב מצד קיום דברי המת, כבר נקבע על ידי הראשונים ?

על כך נראה לנו להשיב כי אכן המדובר בחידוש של האחרונים. כפי שבארנו לעיל, דברי המת אינם יוצרים מעשה קניין ואינם מזכים את המקבל ברכושו, אלא המדובר בחובה שנקבעה על ידי חז"ל כחובה מדרבנן לקיים את דברי המת. לכאורה היה עלינו לומר כי במקרה בו המת ציווה לחלק את

²⁵⁸ שולחן ערוך, חושן משפט סימן רנב, סעיף ב.

²⁵⁹ שו"ת אחיעזר חלק רביעי – ליקוטים, סימן סו. שו"ת "חשב האפוד" חלק שני סימן קו. עוד עיין שלמה זעפרני, "משפט שלמה" ח"ג, סימן כד. ולעומתו, מתתיהו שוורץ "בעניין צוואה שנעשתה בערכאות", מוריה, שנה עשרים ואחת, גליון ג-ד (רמג-רמד), קיח (טבת, תשנ"ז).

²⁶⁰ הרב חנוך דב פדווא, שו"ת "חשב האפוד" סימן קו, ירושלים תשכ"ג.

²⁶¹ ראה מתתיהו שוורץ "משפט הצוואה" ח"א עמ' רמוז, שציטט את דברי שו"ת מנחת ש"י סימן ע"ה וכן בשו"ת אחיעזר ח"ג סימן לד ציין אפשרות זו אך לא הכריע.

רכושו בניגוד לדין תורה, כגון שאמר ליתן לבנים ולבנות לא יופעל דין מצווה לקיים דברי שהרי מצווה לעבור איסור תורה. בדומה לכך קיימת פסיקת הרמב"ם בעניין שכיב מרע שציווה ליתן מתנה מנכסיו לנכרי, "שכיב מרע שצוה ליתן לעכו"ם מתנה אין שומעין לו, שזה כמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו"²⁶² ובאופן מפורש, בהתייחסות ספציפית לעניין מצווה לקיים דברי המת, מצאנו את דברי המהרי"ט שהשיב בעניין מי שציווה לחלק רכושו לבנים ולבנות באופן שווה באמצעות צוואה שאינה תקפה על פי ההלכה. במענה לשאלה דן המהרי"ט האם ניתן לחייב את היורשים לקיים את ציוויו מכח הכלל "מצווה לקיים דברי המת" והשיב בשלילה מהטעם שלא ניתן לחייב לקיים את דברי המת במקום בו דבריו מבטלים את הוראות התורה. "וכי תימא נהי שלא זכו הה' בנות בבתים הללו מדינא מכל מקום יתקיים דברי המת דקי"ל מצווה לקיים דברי המת ואיתיה בין בבריא בין בש"מ והוי מצווה וכופין עליה ... היאך אפשר לומר עוד שמצווה לקיים דבריו ולבטל ד"ת השתא מיהת מתנתו נפקעת מפני ד"ת אין דבריו מצווה לקיימן במקום ביטול ד"ת וכ"ש דאיכא איסורא בעבורי אחסנתא"²⁶³

על כך בא חידושם של האחרונים, לקיים צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם תוך כדי עקיפת איסור העברת נחלה. האחרונים הסבירו כי אין התנגשות בין שני הכללים ההלכתיים. החיוב לקיים את דברי המת הוא חיוב המוטל על היורשים ולגביהם אין איסור העברת נחלה הואיל והם כבר זכו ברכוש שהונחל להם. מה שאין כן אם המצווה היה מצווה את יורשיו לעשות איסור כגון שציווה עליהם ליתן מתנה לנכרי אזי היו פטורים. "ורק כשמצווה שהיורשים יעשו דבר איסור כמו במתנה לנכרי או בשחרור באופן שאסור להיורשים לשחרר לא אמרינן מצווה לקיים דברי המת, אבל היכא דלגבי היורשים לא הוי שלא כדיון, ורק שהמצווה עשה שלא כדיון כיון שצויה, מצווה לקיים דברי המת"²⁶⁴.

²⁶² משנה תורה, זכיה ומתנה, פרק ט הלכה י.

²⁶³ שו"ת מהרי"ט (רבי יוסף טראני, 1568-1639) חלק ב - חושן משפט סימן ו. וראה גם שדי חמד, כללים, חלק חמישי, מערכת המ"ם, כלל רי"ט המפנה לפוסקים נוספים הסוברים כדברי המהרי"ט.

²⁶⁴ שו"ת אחיעזר (רבי חיים עוזר גרודזינסקי 1863-1940) חלק ג סימן לה. ודברים דומים כתב בקצות החושן סימן רמ"ח ס"ק ה'.

סיכום

החל מהמאה ה-19 אנו מוצאים בספרות ההלכה הקלה בדיני צוואות בריא שנערכו בערכאות של עכו"ם. צוואות בריא הניתנות מחיים הן בעלות תוקף הלכתי הואיל והמדובר במתנה אותה מעניק המוריש טרם מיתתו ולא במעשה הורשה. צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם היו פגומות בשני פרמטרים עיקריים. הראשון, היעדר מעשה קניין. השני, ניסוח הצוואה שהיה בדרך כלל בלשון "אני מוריש את רכוש", משפט שמשמעו הענקה לאחר המוות.

המלל בצוואה הוא קריטי, הואיל ולדעת כל הפוסקים החל מתקופת הראשונים, דיני ירושה שייכים לדיני המשפחה ולכן הם קוגנטיים ואינם ניתנים לשינוי או להתנאה. לכן אין באפשרותו של אדם להוריש או להעניק את רכושו לאחר פטירתו בניגוד לסדר היורשים הקבוע בתורה בדרך של צוואה ככל שהיא מנוסחת כפעולת הורשה. אמנם קיימות דעות בין חוקרי המשפט העברי כי דיני הירושה נחשבים לדיני ממונות הואיל והם עוסקים בחלוקת רכוש. לכן לדעתם הם ניתנים לשינוי והתנאה, אך דעות אלו לא התקבלו בפסיקה ההלכתית.

ההחלטה לשנות את ההכרה בצוואות שנערכו בערכאות הושפעה לדעת חוקרי המשפט העברי מהמנהג שנעשה רווח יותר ויותר לערוך צוואות בערכאות. מעיון בספרות השו"ת אנו מוצאים את נימוקי הפוסקים המכשירים במסגרת פולמוס שנערך במאה ה-19, בעקבות צוואתו של ר' ניסים שמאמא, שהותיר אחריו צוואה שנערכה בערכאות של עכו"ם ודבר כשרותה היה נתון למחלוקת בין הפוסקים. הגם שצוואה מחיים היא במהותה שטר מתנה, נימוקים להכשרת צוואות אלו היו בעלי זיקה לדיני ירושה ולא לדיני המתנה. לכן, לא היה שינוי בפסילת שטרות מתנה העולים בערכאות של עכו"ם וההכשר יוחד רק לעניין צוואות.

המכשירים צוואות אלו אבחנו בין צוואה לשטר מתנה. צוואה מחיים אינה שטר מתנה קלאסי אלא היא מתנה המשתכללת לאחר מותו של אדם. מכאן כי חלים עליה שתי נורמות הלכתיות, דיני מתנה ודיני ירושה. במתנה שהיא צוואה, קיימת פסיקתו של ר' מאיר המובאת במרדכי, לפיה מתנתו של בריא שאמר יינתן לפלוני כך וכך אם אמות, הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינה טעונה קניין. ומה היחס בין שתי הנורמות על כך נחלקו הפוסקים. הרב טיראני קבע כי צוואה זו תדון כמתנת שכיב מרע, לעומתו הרב עזריאל סבר כי היא נדונה כשטר מתנה. כאשר לשתי הדעות כיוון שהשטר צופה פני המוות אין בו צורך בקניין. ההבדל בין שתי הדעות הוא בקביעת מועד תחולת המתנה. באם המדובר במתנת שכיב מרע כדברי הרב טיראני, הרי שהיא חלה רק מעת פטירה. ואם המדובר בשטר מתנה כדברי הרב עזריאל, זמנו מוכיח עליו, לכן תחול המתנה מרגע כתיבתה.

הבדל נוסף בין השניים הוא בהיקף השימוש באמדן הדעת. אין מחלוקת כי צוואה היא שטר מתנה המתפרש על פי דיני הממונות. דיני המתנה מאפשרים לאמוד את דעת הנותן/מצווה ומכח אמדן הדעת אנו מפרשים את כוונת הכותב על פי העולה מן השטר ולא לפי התוכן המילולי. עד כמה נוכל ליתן פרשנות מועילה לנוסח המופיע בצוואה בלשון "אני מוריש לפלוני", על כך השיב הרב עזריאל כי לא נוכל לחמוק מהכתוב ולכן המדובר בשטר פסול משום שהוא מבקש לשנות מדיני הירושה הקוגנטיים. לעומתו ציין הרב טיראני כי יש לפרש את הצוואה באופן המועיל ביותר כאילו נכתב "אני נותן" שאינו פעולת הורשה אסורה אלא מתנה מחיים.

שני הפוסקים הסתמכו על שיטת ר' מאיר במרדכי שהוא אחד מהראשונים, אך שיטתו לא התקבלה להלכה ולא צוטטה על ידי הפוסקים משך מאות בשנים. לכן, הוסיפו וציינו כי ניתן להכשיר את הצוואה מכח המנהג הרווח לקיים צוואות אלו. מנהג זה הוא בגדר מנהג ותיקין שהתקבל בפועל על ידי מורי ההוראה ולכן הוא מחייב וניתן להכשיר על פיו.

המתנגדים לכשרותה החזיקו בעמדה המקובלת כי צוואה מחיים היא שטר מתנה, לכן כיוון שהיא נעדרת קניין היא פסולה כדין שטרי מתנה העולים בערכאות של עכו"ם. הם ציינו כי לא ניתן להסתמך על המנהג להכשיר צוואות מעין אלו הואיל והמדובר במנהג גרוע שלא נתקן כתקנת הקהל, זאת ועוד לא ניתן להסתמך על מנהג המבטל איסור העברת נחלה. מנימוק זה גם התנגדו לשימוש באומדן דעת המצווה ולקבוע כי אין צורך במעשה קניין מכח גמירות דעת המוריש ליתן רכושו ליורשים. לדבריהם קיימת סברא הפוכה לפסול את הצוואה מכח אמדן שהמצווה לא רצה לעבור על דברי תורה, לכן לא ניתן לפרש את דבריו באופן שיגרום לתוצאה של העברת נחלה מיורשיו הקבועים בדיון תורה.

כפתרון נוסף להכשרת צוואות אלו ציינו פוסקי ההלכה את דין "מצווה לקיים דברי המת" כמקור הלכתי מחייב. בשונה מאמירת שכיב מרע שדבריו נחשבים ככתובין וכמסורין ובכך נוצר החיוב לקיימם, בצוואת בריא הנאמרת בעל פה, לפי דעת רוב הפוסקים וכפי פסיקת השולחן ערוך, החיוב לקיימם הוא רק כאשר המצווה הפקיד את ממונו אצל צד ג', פעולה הנקראת בשם "השלשה".

הנימוק לדרישת השלשה בצוואת בריא הוא החשש שמא לא התכוון שיעשו את דבריו שהרי היה בידו לערוך צוואה כדין. החידוש אותו קבעו פוסקי זמננו בדיון מצווה לקיים דברי המת קובע כי כיוון ששטרות צוואה שנערכו בערכאות הם בעלי תקפות חוקית נחשב הדבר כהשלשת הממון בידי צד ג', מכח אמדן דעת המצווה שבוודאי לא התכוון להתל, אלא היה ברצונו שיקיימו דבריו גם אם ערך אותם שלא כפי ההלכה.

שינויים הלכתיים אלו בדיני צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם המתרחשים רק החל מהמאה ה-19 ואילך היו בעלי קשר ישיר על ירושת הבת. כפי שצויין בפרקים הקודמים, עריכת צוואה היא הפתרון

המעשי והמועדף לעניין ירושת הבת. הקלות הלכתיות בתחום זה שיפרו את מצב הבנות והרחיבו את האפשרויות להעניק להן זכויות ירושה והן היו הנהנות העיקריות מהקלות אלו.

פרק רביעי - ירושת הבת ביישוב היהודי בארץ ישראל

רקע היסטורי חקיקתי

המצב המשפטי שנהג בארץ ישראל בתקופה החדשה ניתן לחלוקה לשלוש תקופות עיקריות, בהן המשפט העברי שהונהג ביישוב היהודי הושפע מהשלטון האזרחי הקיים. אנו נסקור בקצרה את תקופות השלטון הזר בארץ ישראל ונתמקד בעיקר בתקופת השלטון היהודי עם הקמת מדינת ישראל. בחרנו להתמקד בתקופה זו הואיל ובה נערכו שינויים משמעותיים בירושת הבת באמצעות חקיקה חדשה ועצמאית של היישוב היהודי, שלא הייתה מושפעת ומודרכת על ידי נורמות משפטיות שנכפו עליה מהשלטון הכובש. הייתה זו חקיקה אזרחית שביקשה לדחוק ולבטל את הסמכות הרבנית בענייני ירושה ולנער מעליה את הוראות המשפט העברי, תוך כדי מתן שוויון זכויות מלא לבנות בענייני ירושה.

התקופה הראשונה היא תקופת השלטון הטורקי אשר החיל על יושבי הארץ את המשפט העותומאני. הוראות חוק הירושה היו חלק מספר החוקים האזרחי, המגילה. דיני הירושה רוכזו בחוק הקרקעות העותומני אשר קבע הסדר קוגנטי ביחס לסוגי מקרקעין.²⁶⁵

מקרקעין מסוג "מיריי" (בבעלות המדינה) חולקו עפ"י סדר הירושה אותו קבע המחוקק ולא היה ניתן לשנותו באמצעות צוואה. על פי סדר זה החלוקה במקרקעין מסוג "מיריי" הייתה חלוקה שוויונית בין ילדי המוריש – בנים ובנות כאחד.

מקרקעין מסוג "מולק" (בבעלות פרטית) היו ניתנים להעברה על פי רצון המוריש באמצעות צוואה, אך המוריש היה מוגבל להוריש בצוואה זו עד שליש מנכסיו למי שאינו יורשו החוקי. המשפט העותומני החיל את דיני המעמד האישי של כל עדה על הצוואה ועל פרשנותה ומבחינת היהודים המשמעות הייתה, החלת הדין הדתי בדיני צוואות.

בתי הדין המוסלמיים שימשו כבתי הדין האזרחיים עבור כל העדות והם אשר הנפיקו וחתמו על התעודות הרשמיות בענייני צוואה וירושות.

עידן המגילה הסתיים עם הכיבוש האנגלי בשנת 1917. האנגלים אימצו את הסדרי הירושה שנהגו בתקופה העותומאנית, אך הנהיגו בו שינויים מסוימים. חוק היסוד של ממשלת המנדט האנגלי "דבר המלך במועצתו" משנת 1922, השאיר בתוקף את המשפט העותומני אך שלל את סמכותם המוחלטת של בתי הדין המוסלמיים וקבע את סמכות בית המשפט האזרחי כסמכות שירית.

²⁶⁵ חוק הקרקעות העותומני-1913.

חקיקת דיני הירושה הושלמה בפקודת הירושה משנת 1923, שם נקבע שיפוט ייחודי בענייני ירושה לבתי הדין של העדות השונות אשר פורטו בפקודה. לעדה היהודית היה זה בית דין של הרבנות הראשית שהוא היה בית הדין המוסמך ע"י ממשלת המנדט.

עדיין הייתה עדיפות לבית הדין המוסלמי על פני בתי הדין של יתר העדות. לבית הדין המוסלמי הייתה סמכות לדון בכל ענייני המעמד האישי של נתינים מוסלמיים, הן בירושה עפ"י דין והן בירושה עפ"י צוואה. לעומת זאת, בתי הדין של יתר העדות היו בעלי סמכות ייחודית לדון רק בענייני צוואות.²⁶⁶ חשוב לציין כי המחוקק הבריטי הותיר על כנה את ההבחנה בין סוגי הקרקעות שנקבעו במגילה. לפי סעי' 21 לפקודת הירושה נותרה ההגבלה הקוגנטית על העברת המקרקעין מסוג "מירי" לחלוקה רק עפ"י דיני הירושה העותומאניים, הקובעים חלוקה שווה בין ילדי המוריש, בנים ובנות, ללא אפשרות עריכת צוואה ביחס אליהם.

בתי הדין הרבניים שקיבלו סמכות לדון את בני עדתם ע"פ הדין העברי, היו מחוייבים לפסוק בניגוד לדין תורה רק כאשר המדובר היה במקרקעין מסוג "מירי" (חלוקה שווה בין בנים ובנות). בקרקעות מסוג "מולק" ניתנה להם הסמכות להחיל את הוראות המשפט העברי על צוואות שהובאו בפניהם.²⁶⁷ בעניין ירושה ע"פ דין הייתה סמכות מקבילה לבתי הדין לדון כפי הדין הדתי ולבית המשפט האזרחי לדון כפי הוראות המגילה הקובעות שיווין זכויות בין בנים לבנות. מבחינת הציבור העדיפות הייתה לבית המשפט האזרחי, שכן צד מעוניין יכול היה לפנות בבקשה לנשיא בית המשפט האזרחי, על מנת שהאחרון יוציא צו שימנע מבית הדין ליתן צו ירושה באם הדבר נכון וצודק.²⁶⁸ בנושא זה, מניעת ירושה מבנות על בסיס מגדרי הייתה סיבה מוצדקת. לכן בפועל, כל אימת שהתבקש בית המשפט לשללה זכותם של בתי הדין הרבניים ליתן צווי ירושה התואמים את המשפט העברי.

עם הקמת המדינה נותר בעינו המשפט שהיה קיים בתקופת המנדט, אך אט אט כורסמו סמכויות בתי הדין הרבניים. בעוד השלטון הזר הכיר במשפט הדתי כנורמה מחייבת והגדיר את סמכותם כמפורט לעיל, המשפט הישראלי פעל לביטול מוחלט של הדין הדתי בענייני ירושות וצוואות והותיר את האפשרות להחלת הדין הדתי רק בהסכמת הצדדים. לא די בכך, אלא שבמסגרת תיקוני חקיקה מאוחרים נוספה דרישת הסכמה בכתב מצד המתדיינים, על מנת ליתן סמכות לבתי הדין הרבניים.

²⁶⁶ השווה סעיפים 6, 7 לפקודת הירושה 1923.

²⁶⁷ בפסקי דין רבים שניתנו בתחילת תקופת המנדט רווחה הדעה כי ניתן לעקוף את סמכות בתי הדין הדתיים בעניין צוואות, ולערוך צוואות בצורה "אזרחית" כפי האמור בסעי' 12 לפקודת הירושה. בכך ביקשו לעקוף את החלת הדין הדתי על צוואות שנערכו בידי יהודים. קביעה זו בוטלה בע.א. 70/46, אל"ר 1947, עמ' 91. שם קבע ביהמ"ש העליון, כי הסמכות הבלעדית לאישור צוואות של חברי העדה היהודית בידי ביה"ד הרבני בלבד.

²⁶⁸ סעיף 9 לפקודת הירושה.

בשנת 1951 התקבל חוק שיווי זכויות האישה²⁶⁹ אשר שלל מבתי הדין הרבניים את הזכות לפסוק בענייני ירושה לפי הדין העברי באדמות מסוג "מולק" ובמיטלטלין. בדברי ההסבר להצעת החוק צויין הנימוק לשינוי.

"ישנן עדות שלפי דיניהן זכותה וחלקה של אישה בעיזבון פחותים מזכותו וחלקו

של איש באותה דרגת קרבה למנוח. למשל: אין זכותה של הבת כזכותו של הבן, אין אם

זכאית כאב, ואין זכותה של האישה כזכותו של הבעל. החוק המוצע (סעיף 5) בא להנהיג את

ההסדר החוקי החל עתה רק על מקרקעים מסוג מירי בלבד, גם על מקרקעים מסוג מולך

ועל מטלטלין באופן שדיני העדות המפלים לרעה את האישה בזכויות בעזבון, לא יחולו

עוד על חלוקת עזבונות בישראל.²⁷⁰

לבתי הדין הדתיים נותרה האפשרות לדון עפ"י הדין הדתי רק בהסכמת כל הצדדים להתדיין עפ"י הדין הדתי. מאוחר יותר, בשנת 1953, בוטלה סמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים לדון בקיום צוואות עפ"י הדין הדתי, סמכותם צומצמה רק למקרים בהם כל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך.²⁷¹ בשנת 1965 חוקק חוק הירושה אשר הוציא סופית את דיני הירושות מסיווגם כענייני "מעמד אישי". כפועל יוצא מכך ביטל את סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון בענייני ירושה, למעט במקרה בו הסכימו הצדדים בכתב. לעניין זה נכתב בסעיף 155 לחוק הירושה כי רק אם כל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו בכתב הסכמתם לשיפוט דתי, קיימת סמכות לבתי הדין הרבניים והם אף רשאים להחיל את הדין הדתי.²⁷²

כחלק מהמשך מגמת הצרת שיפוטם של בתי הדין הרבניים, בתי המשפט האזרחיים השאירו בצריך עיון את השאלה האם הסכמת הצדדים לסמכות בתי הדין כוללת בתוכה את הסכמתם לקבלת הדין הדתי.²⁷³

²⁶⁹ חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951. סעיף 4(א). "על אף האמור בכל חוק אחר, זכויות בעזבון של אדמת מולק ומטלטלים ייקבעו לפי ההוראות הניתנות בתוספת השניה לפקודת הירושה. סעיף זה בוטל עם חקיקת חוק הירושה בשנת 1965.

²⁷⁰ הצעת חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951, ה"ח 190.

²⁷¹ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, סעיף 9.

²⁷² חוק הירושה תשכ"ה-1965 סעיף 155. הייתה הצעה לחייב את בתי הדין הרבניים לדון ע"פ הדין החילוני, אך הצעה זו נדחתה. (דברי הכנסת ע' 1001, 1036) המחוקק הישראלי הסכים להחלת סמכותם של בתי הדין הרבניים על ענייני ירושה הנוגעים לקטינים ופסולי דין ובלבד שהם מיוצגים ע"י אפוטרופוס שנתן את הסכמתו בשמם, אך מנע החלת הדין העברי בעניינם ככל שהוא מרע את זכויותהם. (סעיף 155 (ג))

²⁷³ בג"ץ 8550/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים (טרם פורסם), דברי כבי' השופט אליקים רובינשטיין בפסקה ט'. והשווה לתרעומתם של בתי הדין הרבניים על פסיקה זו בפד"ר 1-22-9309 פלוני נ' פלונית מיום י' חשוון, תשס"ח (22 אוקטובר, 2007)

התמודדות עם שינוי החקיקה האזרחית בענייני ירושה

כאמור לעיל, שלטון המנדט הרחיב את סמכויות בתי הדין הרבניים בענייני ירושה, אך בד בבד העניק חלופה אזרחית לשיפוט הדתי ולדין הדתי. עובדה זו העמידה את הממסד הדתי בפני הצורך לבחור את דרכו. האם להתאים עצמו לשינויים ולבצע תיקונים מחוייבים בדין הדתי או לחילופין לקפוא על שמריו ולהותיר את המעונוניים לפנות לערכאות האזרחיות. היה זה מאבק על דמותו של היישוב ועל השליטה במערכת המשפט הנוהגת, כאשר דיני הירושה היו חלק ממנו.

כאשר ראה הממסד הרבני אפשרות להיות גורם משפיע במערכת המשפטית של היישוב היהודי, היה נכון הוא להסכים להתקנת תקנות ולהגמשת הדין העברי באופן שיהא מקובל ורצוי לציבור המתדיינים. עמדה זו אפשרה לו בתחילת הדרך לשמור על מעמדו, למרות חוסר שביעות רצון מצד חלק מהחוגים ביישוב היהודי. עם סיום המנדט והקמת מדינת ישראל התבדתה מחשבתו של הממסד הדתי להרחבת סמכויותיו. לא רק זאת, הוא נוכח כי המגמה היא לבטל כליל את החקיקה והשיפוט הדתי. היו ניסיונות למצוא "שביל זהב" שיאפשר שילובו של המשפט העברי בדיני הירושה והועלו הצעות שונות ומגוונות, המבוססות על עקרונות ההלכה, אך בפועל לא אירע מאומה. המשפט העברי לא יכול היה לבטל את דיני הירושה אלא רק להגמישם בגבולות ההלכה, בעוד הממסד החילוני לא גילה כל נכונות מצידו ודרש ביטול מוחלט. דבר זה הביא לפער בין הצדדים כאשר הממסד הדתי הולך ומקצין עם השנים. להלן נסקור את השינויים להם היה מוכן בית הדין הרבני, נבחן את האפשרויות שעמדו בפניו ואת הנימוקים לדחייתם.

צווי ירושה אזרחיים בבתי הדין הרבניים

הרחבת סמכויותו השיפוטיות של בית הדין בתקופת המנדט והפיכתו לטריבוטל משפטי בעל סמכות מחייבת, חייבה התקנת תקנות דיון על מנת לאפשר ולקדם עשיית צדק. חובה זו נדרשת על מנת לקבוע את הפרוצדורה והמסגרת של הדיון המשפטי על מנת להבטיח לבעל הדין כי יזכה לקבל יומו בפני השופט הדין את משפטו באופן הגון וצודק.²⁷⁴ מחברי תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים לא יצרו יש מאין, הוראות הלכתיות הנוגעות לסדרי הדין היו קיימות משך מאות בשנים. החידוש היה בעצם יצירת קובץ הוראות מחייב עבור כלל בתי הדין הרבניים²⁷⁵. כפי שהגדירו זאת הרבנים הראשיים בתחילת קובץ תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים – תש"ג²⁷⁶. "התקנות האלה ברובן מקורן בשולחן ערוך ושאר הפוסקים מקצתן הותקנו ע"י מועצת הרבנות הראשית לשם הסדר הדיון בבתי הדין ולתקנת הרבנים".

²⁷⁴ ראה הגדרת תפקידם של תקנות הדיון כפי שניסח זאת ביהמ"ש בע"א 103/71 נורדיה נ' בכר ואח' פ"ד כו (1) 320,325. "ליצור מסגרת נאותה כדי לאפשר לצדדים להגיע לחקר האמת בדרך יעילה ביותר ולכן מן הראוי כי נקפיד ככל האפשר לקיימן".

²⁷⁵ אליאב שוחטמן, "סדר הדין" לאור מקורות המשפט העברי. ספריית המשפט העברי תשמ"ח – 1988. עמ' 11.

²⁷⁶ תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל, הוצאת מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל והוועד הלאומי של כנסת ישראל ירושלים – תש"ג.

לכן, ברוב התקנות לא היה חידוש מיוחד, הואיל והם לא היו יותר מאשר קיבוץ ההלכות הנהוגות כפי שנקבעו על ידי חכמי ההלכה המוסכמים והידועים, וכפי המקובל בפסיקה ההלכתית משך דורות. חידוש מיוחד אנו מוצאים בתקנות הדיון המתייחסות לפסיקת בית הדין בענייני ירושה. תקנות אלו קבעו הוראה לבתי הדין הרבניים לפסוק על פי הדין האזרחי במקרים מסוימים כפי שיפורט להלן. דומה כי לכך כוונה אמירת הרבנים הראשיים שמטרת התקנות היא **"לשם הסדר הדיון בבתי הדין ולתקנת הרבים"**. התיקון עבור הרבים הוא קבלת הסמכות השיפוטית לבתי הדין מאת השלטון ובראייה רחבה הוא אינטרס ציבורי. בכך הניחו את הבסיס לצורך בחקיקה של תקנות דיון המאמצות דה-פקטו את הדין האזרחי כנורמה מחייבת בבית הדין הרבני²⁷⁷, למרות היותו נוגד את הדין ההלכתי. במועד התקנת התקנות (תש"ג) נקבעה על ידי השלטון האזרחי הוראה ברורה לבתי הדין הרבניים לבצע חלוקת ירושה כפי הוראת הדין האזרחי. משכך בתקנות הדיון נקבע: **"אם נתבקש בית הדין ע"י משהוא, אשר על פי חוק הממשלה (פקודת הירושות) הוא נחשב ליורש, לחלק את כל העיזבון ולא רק הנכסים הלא נדים מסוג "מירי". על פי חוק זה, בית הדין מחלקו בהתאם לכך ומציין את הדבר בתעודת חלוקת הירושה"**.

בתי הדין הרבניים נדרשו להוציא מתחת ידם פסק דין הלכתי קובע חלוקת ירושה בניגוד להוראות התורה ולמשפט העברי. מעיון בניסוח התקנה ניתן להיווכח שהיא קובעת הוראה מחייבת לבתי הדין ולא הותירה את העניין לשיקול דעת הדיינים. זאת למרות שהחקיקה האזרחית קבעה סמכות מקבילה לבתי הדין הרבניים ולבתי המשפט, וניתן היה לקבוע בתקנות הדיון כי באם צד מבקש מבית הדין לפסוק על פי פקודת הירושה, יעביר בית הדין את הדיון לבית המשפט האזרחי.

אמנם, לדעתנו של פרופ' רדזינר, תקנות הדיון שניתקנו בשנת תש"ג לא היו בהכרח מיועדות להטיב עם הנשים אלא הושפעו מרצון הרבנים הראשיים לעודד פניה של בעלי הדין לבתי הדין הרבני, במקום שלא הייתה חובה חוקית אזרחית לפנות אליהם. זה היה הקשר בין הרחבת סמכותם לדון כבית דין קבוע לבוררות לבין התקנת תקנות הדיון, תקנות שהיו מיועדות לשם יצירת "וודאות דיונית" אצל המתדיינים²⁷⁸. אך לדעתנו, הרצון הלא מוסתר של הרבנים לנצל את ההכרה וההרחבה בסמכותם, הייתה גם הסיבה לפתיחת שערי בתי הדין גם בפני נשים שאינן יורשות עפ"י דין תורה. הרבנים הראשיים עשו כל שביכולתם על מנת למנוע ביקורת כלפי הטריבונלים הדתיים. במסגרת זו, התקינו

²⁷⁷ תחולתן של תקנות אלו היא תחולה מקומית בלבד והם נכונות למקום ולזמן בו נתקנו. ראה שוחטמן **"סדר הדין"** עמ' 12 הי"ש 54,55.

²⁷⁸ ראה עמיחי רדזינר, ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג, **דיני ישראל** כ"ה, 185-260. (תשס"ח) הי"ש 22. המחבר מצטט את דברי הרב עוזיאל ביחס לצורך לתקן קובץ תקנות דיון, על מנת לאפשר "וודאות דיונית" אצל המתדיינים ולגרום להם לפקוד את בתי הדין הרבניים ולא את הערכאות האזרחיות. כמו כן הוא מציין את התקנה המחייבת לכתוב פסקי דין מנומקים, דבר שההלכה דורשת רק במקרים מיוחדים. **"חובה זו גדולה יותר בזמן הזה שכל בתי הדין של ערכאות מנמקים את משפטים בראיות והוכחות להצדקת דינם. וזה מוקיר את דיניהם בעיני כל העם ולמה לא נעשה גם אנו כדבר הזה לחבב המשפט ולגדל כבודו"**. וכן ראה עמיחי רדזינר, על ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים "סדרי המשפטים", תרפ"א **מחקרי משפט** כה התשס"ט 2009, 37-75. הי"ש 19.

תקנות שאפשרו לנשים לפנות לבתי הדין הרבניים בענייני ירושה, ולקבל באמצעות בית הדין את המגיע להן ע"פ חוק ובניגוד להלכה.

עדיין, עלינו להסביר מדוע הושמט הסעיף מנוסח תקנות הדיון במהדורות המאוחרות²⁷⁹. האם פג רצונם של הרבנים לעודד את הפניה אל הממסד הדתי?! הרי סמכותם המקבילה נותרה בעינה וניתן היה להמשיך את ההוראה המחייבת את בתי הדין להוציא צווי ירושה אזרחיים בציון העובדה כי הצווים ניתנים ע"פ הדין האזרחי!

אם התשובה היא חיובית ואכן הם נסוגו מאפשרות זו – חובה עלינו לבדוק מדוע! בטרם נסביר את השינוי שחל בתקנות הרבנות הראשית עלינו לתאר את הרקע ואת השינוי החקיקתי בדיני ירושה, דבר שהוביל לדעתנו לשינוי בעמדת חכמי ההלכה.

הפולמוס סביב חקיקת חוק הירושה

עם הקמת מדינת ישראל היה ניסיון לתקן תקנות בירושת הבנות במסגרת מועצת הרבנות הראשית, אך ללא הצלחה. היה ברור לרבנים כי הפליית הנשים בדיני ירושה לא תתקבל, ומשכך פעלו בתחום זה טרם חקיקת חוק הירושה²⁸⁰. שאיפתם הייתה להציג עמדה מרוככת של המשפט העברי ופתרונות מעשיים, בתקווה שבכך יירצו את הממסד החילוני, על מנת שישלב את הממסד הרבני בהוראות החוק ויעניק לו סמכות שיפוטית. בנושא זה עסקו בצורה נמרצת הרבנים הראשיים, הגרי"א הרצוג והרב ב"צ עוזיאל. לאחר התלבטות מרובה הציע כל אחד מהם פתרון אחר בתחום ירושה על פי דין. בנוסף, הועלו הצעות שונות ביחס להכשרת צוואות אזרחיות שיקבלו תוקף הלכתי וניתן יהא לקיים צוואות אלו בבית הדין הרבני. במקביל לרבנים הראשיים, העלו חוקרי המשפט העברי וחברי הכנסת הצעות שונות במסגרת הליכי החקיקה.

הצעתו של הרב הרצוג

הרב הרצוג חיבר קונטרס שלם על הדרך לפיה אפשר לבטל את אפליית הבנות²⁸¹. הואיל והדברים נכתבו באריכות, נציין כאן רק את עיקרי השיטה על מנת שנוכל לבחון את החידוש המוצע. ההצעה אותה

²⁷⁹ תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל – תשי"ד ותקנות הדיון של בתי הדין הרבניים – תשנ"ג.
²⁸⁰ הרצוג – "תחוקה לישראל", 4. "ובין שנסכים או לא נסכים, הנשים תהיינה מיוצגות בפרלמנט שלנו וקולן יישמע שם".
²⁸¹ ראה משה הרשקוביץ, **הרב הרצוג כמשפטן**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר – אילן, תשע"ד. הרשקוביץ הקדיש חלק ניכר מעבודתו לביאור שיטתו של הרב הרצוג בעניין ירושת הבת וציין במסקנתו כי "**ביסוד דרכו של הרב הרצוג ניצבת תודעה עמוקה באשר למחויבותו של פוסק ההלכה לסלול דרך להמשך קיומה של תורה בתוך מציאות החיים הריאלית כמו שהיא, על מגבלותיה ומסגרתה**" (שם, עמ' 312). אני מסכים עם מסקנה זו שעולה בבירור מתוך דברי הרצוג בחיבורו העוסק בירושת הבת וביקשתי לציין את ההבדלים בין הרב הרצוג לבין הרב עוזיאל ולהראות עד כמה היה מוכן הרב הרצוג, שהיה הרב האשכנזי, להרחיק באימוץ שיטות בהלכה הגם שאינן תואמות את הפסיקה האשכנזית וכן את התעלמותו מהשינוי בפסיקת יהודי מרוקו ממנה שאב עידוד להצעותיו ההלכתיות.

העלה הרב הרצוג היא: **"לכתוב בכתובה שהבת תיקח בעזבון כחלק זכר שלם"**²⁸². את הצעתו הוא מבסס על סמכות חז"ל לתקן תקנות במגבלה של תקנה עקיפה מכח הכלל ההלכתי הידוע "הפקר בית דין הפקר". הוא שולל את השימוש בכלל "דינא דמלכותא דינא"²⁸³ ומאדיר את התקנות שתוקנו משך הדורות על ידי חכמי מרוקו, החל מתקנות קשטילייה ועד להצעות שהועלו בוועידות הרבנים שם. יצויין כי הוא חוזר ומדגיש שאין כח בידי חכמים לבטל את הוראת התורה המונעת ירושה מבנות. לדבריו, הדין המקראי הוא דין קוגנטי וחז"ל ניסו משך כל הדורות "לעקוף" את דין תורה בדרך של התקנת תקנות, אך אין באפשרותם להכריז על בטלות הוראות וחוקים שנקבעו בתורה שבכתב. בנוסף, הוא מדגיש כי לצורך התקנת תקנות יש לקבוע "צורך" המצדיק התקנת תקנה ולהתאימה לכללים המקובלים בשיטת המשפט העברי בענייני תקנות כפי שיפורט להלן.

הרב הרצוג מסכים עם העמדה כי לא די בכך שיש סמכות לבית דין לתקן תקנות הלכתיות, אלא יש צורך להציג את הנימוקים המחייבים שינוי הלכתי. הוא גם מציין את האיסור לבצע שינוי שכל מטרתו להשוות את דיני ישראל לדיני האומות **"הרי שאם הדרישות מכוונות לעשות שוויון גמור בין איש לאישה בענייני ירושות, מפני שזהו הדין במשפטי הגויים הדמוקרטיים ... לא נאבה ולא נשמע אליהם, ולא נדחה את משפטי תורתנו אפילו בממון מפני דיני האומות הדמוקרטיות"**²⁸⁴.

יחד עם קביעה זו המחייבת התבדלות והתנערות מוחצנת מדיני עכו"ם, מציין הרב הרצוג כשיקול, את העובדה שחוסר שינוי ימנע הכנסתו של הדין העברי כמשפט מקובל בקרב הציבור היהודי.

הרב מבקש להיות מציאותי וקובע כי יש לשקול שיקולי רווח והפסד. אמנם עלינו להתבדל, אך בטרם נעשה כן עלינו לבדוק את הנזק שייגרם מכך. הוא מציין כגורם בעל משקל, את המאבק שניטש עם קום המדינה על סמכויות בתי הדין הרבניים, ואת הצורך לביצור מעמדה של הרבנות הראשית מול השחיקה ההולכת וגוברת מצד השלטון האזרחי. לדעתו, הימנעות מביצוע שינויים הוא גורם מסוכן העלול להביא לקביעת חקיקה אזרחית, אנטי הלכתית, שתהא שלטת בקרב הציבור היהודי, **"וסכנה נשקפת שיבוא לידי כך שמדינת ישראל תבחר לה לספר המשפטים איזה קודקס משל הגויים"**²⁸⁵, הדבר יגרום לחילול השם גדול ויהא בגדר "אסון". כמו כן, יגרום הדבר למצב בו רוב הציבור היהודי לא ישעה לדברי

²⁸² הרצוג – "תחוקה לישראל", 36.

²⁸³ הרב הרצוג שולל את תוקפה של חקיקה אזרחית במדינת ישראל כמקור נורמטיבי מחייב מכח "דינא דמלכותא דינא". הוא דן בשאלה זו ומציין כי לכאורה ניתן לסמוך על דעתו של הרב ירמיה מורגנטו (הובאו דבריו בשו"ת "פני משה ח"ב סימן ט"ו) הקובע כי ניתן להסתמך על דינא דמלכותא בענייני ירושה. שכן, אמנם באופן כללי עקרון "דינא דמלכותא דינא" מתייחס לעניינים שבין הנתין לרשות ולא לעניינים שבין אדם לחברו, אך בדיני ירושה יכול להיות שיש מקום להחיל עקרון זה משני נימוקים. ראשית, המלך הוא בעל המקרקעין, לכן הוא הסמכות העליונה להחליט כיצד תעבור זכות השימוש במקרקעין במקרה של פטירת נתין. שנית, הנתנים מחוייבים לנהוג עפ"י הוראת המלך. דבר החקיקה של המלך בענייני ירושה הוא המעניק את הקניין ברכוש המת ליורשים וזהות היורשים נקבעת ע"פ דבר המלך, לכן מועבר רכוש הנפטר רק ליורשים אותם קבע המלך. יחד עם זאת, הוא מסיים דבריו **"מדינת ישראל בלאו הכי אין מקום לדינא דמלכותא שהרי זו מלכות ישראל, וכחה בעניינים כנדון דידן יכול להיות רק של הפקר בי"ד ע"י תקנות ידועות עפ"י חכמי התורה"**. מסקנתו היא כי אפשר להחיל את כלל "דינא דמלכותא דינא" בענייני ירושה רק במלכות גויים ולא במלכות ישראל. (ראה בהרחבה דבריו, שם, עמ' 73)

²⁸⁴ הרצוג – "תחוקה לישראל", 2.

²⁸⁵ שם, עמ' 3.

הרבנים ולהוראות התורה "והנשים הלא הן חצי הישוב בערך, דורשות את טובתן הן ... ובין שנסכים או לא נסכים, הנשים תהיינה מיוצגות בפרלמנט שלנו וקולן יישמע"²⁸⁶. על ציבור הנשים יש להוסיף ציבור לא מבוטל של גברים המצדדים בשוויון בין המינים כפי הוראות החוק האזרחי, נמצא שהרוב המכריע יהא נגד הדין העברי בדיני ירושה.

להערכתו, לאחר התקנת התקנות, ישנם סיכויים טובים שרוב הציבור יסכים לביטול הגבלת סמכויות בתי הדין הרבניים ולהרחבת השימוש בדין תורה. הציבור יהא נוכח לדעת כי דין תורה אינו שמרני ומקובע, אלא הוא ליברלי וניתן לשינוי ברוח התקופה. בכך ייעקר החשש אותו מלבה הגוש החילוני כנגד הציבור הדתי, כביכול הדתיים מבקשים להטיל על הציבור דיני תורה ארכאיים שאינם מתאימים לתקופה המודרנית. נימוקים אלו אמורים להביא לתוצאה המיוחלת "לתת למשפט התורה ולבתי הדין של התורה את מקומם במדינת ישראל"²⁸⁷.

הסתמכות על הכלל "הפקר בית דין הפקר"

משמעות הכלל "הפקר בית דין הפקר" היא מתן כוח וסמכות לבית הדין להפוך נכסים שביד אדם להפקר, כאילו הוא עצמו הפקירם. המקור אותו מציין הרב הרצוג לעניין "הפקר ביד הפקר", היא המימרא התלמודית בעניין תקנת "פרוזבול"²⁸⁸. הלל הזקן נוכח לראות שהעם נמנעים מלהלוות זה לזה מחשש שמא שנת השמיטה תשמט את החוב, לכן תיקן לכתוב פרוזבול למנוע שמיטת החובות. המלווה חותם על שטר המכונה "פרוזבול" ובו הוא מצהיר בפני בית הדין (של שלושה חברים) כי הוא מעביר את החוב לרשות ביה"ד. הוראת שמיטת הכספים אינה חלה לגבי המוסר שטרותיו לבית הדין²⁸⁹ ולכן החוב לא היה נשמט בשמיטה.

הבחירה בתקנת "פרוזבול" על מנת להדגים את השימוש בכלל "הפקר בית דין הפקר", נועדה להקהות את האיסור ההלכתי המונע שינוי דיני הירושה המקראיים. דיני הירושה אמנם עוסקים בענייני ממון אך אינם באים בגדרם. בעוד שבכל דבר שבממון קיימת גמישות הלכתית לשנות מדיני המשפט העברי מכח הסכמת הצדדים או ע"פ נוהג, ענייני ירושה הם בגדר איסור תורני שאינו ניתן לשינוי מכח הסכמת הצדדים. לכן, אין כח בידי חכמים לתקן תקנה המבטלת לחלוטין את הוראת התורה, אלא יכולים הם רק לתקן תקנה עקיפה הגורמת לשינוי תוצאתי בלבד ולא בשינוי הדין.²⁹⁰

²⁸⁶ שם, עמ' 4.

²⁸⁷ שם, עמ' 5.

²⁸⁸ בבלי, גיטין לו, ע"א.

²⁸⁹ ירושלמי, שביעית, פרק י, הלכה א (כט ע"א).

²⁹⁰ הרב הרצוג משתמש בעקרון זה על מנת לדחות את הטענה כי ענייני ירושה הם בגדר "חוקת משפט" ולכן אינם ניתנים לשינוי. הוא מסביר כי הפעלת הכלל "הפקר בית דין הפקר" בדיני ירושה גורמת לכך שממונו של המוריש מופקע טרם

בפרוזובול, חכמים השתמשו בעובדה שחובות בית הדין אינם מתבטלים בשנה השביעית, ולכן תיקנו שהיחיד יעביר אליהם את חובותיו על מנת למנוע ביטולם. הדין המקראי נותר על כנו כלפי היחיד, ובאם לא פעל כפי הוראת חכמים יבוטלו חובותיו. כך בירושה, **"הפקר בית דין אינו שינוי דין תורה אלא העברת הנכס מזה לזה, לא בדין ירושה אלא בכח הבעלות"**.²⁹¹

נקודה נוספת לציון היא התייחסות הציבור לשינויים המוצעים. קיים חשש של זלזול הציבור בדין ההלכתי. לכן ככל שאין ביטול ישיר של הדין המקראי נעקר החשש זה. **"שאפילו על יסוד של הפקר ביי"ד הפקר אין לחכמים לתקן תקנה הנראית כביטול דבר מן התורה אלא באמצעות עצה ותחבולות – עקיפין שמגינות על ההמון מלהרהר אחר רבותיהם"**.²⁹²

הרב הרצוג קובע כי סמכות בית הדין אינה מצטמצמת רק להפקרת ממון, דהיינו ביטול בעלות של אדם על רכושו, אלא יש בכוחם גם לקחת רכושו של אחד ולהקנותו לשני.²⁹³ לדעתו קיימת סמכות לביה"ד המאפשרת לביה"ד להעביר ממון בהיעדר פעולות מצד הצדדים לעסקה, תוך כדי עקיפת הוראות דרכי הקניין המחייבות פעולות מסויימות שבלעדיהן לא ניתן להעביר ממון מצד אחד למשנהו. לכן ביה"ד יכול לקבוע כי רכוש השייך לבניו של הנפטר שהם הבעלים מכח קביעת התורה, יועבר לבנות בהתבסס על הכלל **"הפקר בית דין הפקר"**.

בנוסף הוא מקהה את דרישת הקניין בצוואות שנערכות שלא על פי ההלכה, והציע לקבל באמצעות תקנה של הרבנות הראשית את הוראת המהר"ם מרוטנבורג עליו נסמכו הרב דניאל טיראני והרב אהרון עזריאל²⁹⁴: **"לכאורה יש עצה פשוטה והיא שנקבל עלינו על ידי הרבנות והמדינה את הוראות רבנו מרוטנבורג ז"ל הידועה שכל המזכיר מיתה באופן המוכיח שכוונתו על סידור נכסיו לאחר מותו אין צורך בקניינים כלל... אלא שעלינו להימנע למתקן דבר שנראה כעקירת דבר מהתורה... אך כשיש לנו דעה של אחד מעמודי ההלכה כבר אין נראה זה כעקירת דבר מהתורה"**.²⁹⁵ בדומה לדבריהם הוא מציע להכשיר צוואות אלו על אף היעדר קניין תוך שהוא מעלה נימוק חדש. לדבריו, הימנעותו של המוריש מלבטל את צוואתו שערך בעודו בריא, סמוך למיתתו, בעת שיוגדר כשכיב מרע מהווה אומדנא שנתן את

חלוקת הירושה, ובכך אינה משנה את סדר הירושה המקראי. וראה עוד בעניין זה את דעתו החולקת של הרב יוסף דב כהן **"הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים" התורה והמדינה** קובץ ב אייר תשי"י, יח-כד.

²⁹¹ שם, עמ' 46.

²⁹² שם, עמ' 73.

²⁹³ בניגוד לדעת הרש"ל בספרו **"ים של שלמה"** (יבמות פ"י סימן יט) הסובר כי סמכות ביה"ד להקנות ממון לצד שלישי אינה מוחלטת, אלא תלויה במחלוקת אמוראים המובאת בסוגיה התלמודית-בבלי, גיטין לו, ע"א. בסוגיא זו, רבי יצחק לומד את מקור סמכות ביה"ד להפקיר ממון מהפסוק **"וכל אשר לא יבוא לשלושת ימים כעצת השרים והזקנים יחרב כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה"** (עזרא ז') – מכאן שהסמכות היא להחרים אך לא להקנות לצד ג'. ר' אלעזר למד את מקור הסמכות מהפסוק: **"אלא הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות"** (יהושע יט), וכי מה עניין ראשי אצל אבות לומר מה אבות מנחלין את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילים העם כל מה שירצו". על מנת להסביר את שיטתו מבאר הרב הרצוג שאין כלל מחלוקת בין האמוראים. הפסוק בעזרא עוסק בקנס שהוטל ע"י השרים והזקנים לאותה השעה, בניגוד לפסוק המובא ביהושע בדברי ר' אלעזר ששם לדבריו המדובר היה בתקנה כוללת של חלוקת הארץ. לכן לדבריו בכל מקום שיש תקנה כוללת וקבועה **"כמו תקנת הלל או שינוי בדיני הירושות"** המסקנה היא שיש כח בידי חכמים להפקיר וגם להקנות לצד ג'.

²⁹⁴ ראה לעיל בהרחבה בפרק העוסק בצוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, עמ' 62 ואילך.

²⁹⁵ הרצוג – **תחוקה לישראל**, 138.

רכושו בעת שהיה שכיב מרע. מכאן המסקנה כי צוואה זו כשרה כדין צוואת שכיב מרע שאינה צריכה קניין²⁹⁶.

הרב הרצוג היה מודע לכך שההצעות השונות שהעלה אינם מקובלות על ידי חכמי ההלכה, ופירט באריכות את הטעמים השונים והדעות החולקות ביחס לכל הצעה.

בתורף דבריו הגיע הרב הרצוג למסקנה כי הפתרון המקובל מבחינה הלכתית על רוב חכמי ההלכה בעניין ירושת הבת הוא כתיבת צוואה. הצעתו הייתה, לקבוע באמצעות הרבנות הראשית הוספת סעיף בכתובה המתייחס לירושת הבנות שיוולדו לצדדים, ולא תקנה ישירה. תיקון הכתובה ייחשב כמעין צוואה מחיים, ויאפשר שימוש בכלים הלכתיים מתחום דיני הממונות מבלי להתנגש עם דיני הירושה.

הרב הרצוג בחר להציע להתקין תקנה באמצעות הוספת סעיף בכתובה, הואיל וכאמור דרך של צוואה הוא הפתרון ההלכתי המועדף על מנת להעניק זכות ירושה לבנות. המועד המוקדם הצופה הולדת בנות הוא יום הנישואין. הכתובה שנערכת ביום הנישואין ובה קיימות התחייבויות כלפי האישה, היא מסמך התחייבות ממוני ובו אפשר לשלב תקנות ב"ד שיחייבו גם את מי שיימנע להעניק זכות ירושה לבנותיו סמוך לפטירתו. כדוגמא לכך, ציין כי מצאנו כבר מתקופת חז"ל ואילך את תקנת "בנין דכרין", תקנות שו"ס ותקנות המגורשים במרוקו, תקנות ששולבו בכתובה.

הגם שהמדובר בפתרון עקיף, קיימת בעייתיות רבה מבחינת המשפט העברי בהצעה זו, שכן המדובר בהתקנת תקנה. אמנם תקנות בענייני ירושה בכלל ובענייני ירושת הבנות בפרט, הותקנו החל מתקופת התלמוד, יחד עם זאת הצעתו חורגת מהפסיקה המוכרת החל מתקופת התלמוד, שכן הצעתו היא חקיקה ישירה הקובעת שינוי נורמטיבי בדין - קביעת תקנה המשווה בין בנים לבנות. בפסיקה האשכנזית אין בנמצא מקור הלכתי המאשר קביעת תקנה מעין זו, אלא להיפך. הפוסקים האשכנזים שללו כל אפשרות להשוות בין בנים לבנות בדיני ירושה. מאז היעלמות תקנת "בנין דכרין" ותקנת "עישור נכסים" שהיה בהם הוראה המעניקה זכות ירושה לבנות מכח תקנה הנחשבת כתנאי בית דין, לא תוקנה תקנה דומה²⁹⁷. כפי שביארנו לעיל המגמה בקהילות אשכנז הייתה רק בתחום פיתוח ההלכה הנוגעת לעריכת צוואות כדוגמת "שטר חצי זכר", אך מעולם לא תוקנו תקנה גורפת ומחייבת. זאת ועוד, גם בתחום זה החל מהעת החדשה הייתה מגמה של צמצום במטרה לחזור לדין המקראי, עד כי התבטל המנהג לכתוב שטר חצי זכר.

לכן, הגם שהמדובר ברב ראשי אשכנזי, על מנת למצוא פתרון לבעיית ירושת הבנות עם הקמת מדינת ישראל, המקור היחידי התומך בהצעת הרב הרצוג הוא תקנות מרוקו שתחילתן החל מתקנות

²⁹⁶ שם, 141-142.

²⁹⁷ אמנם במאה ה-12 תוקנו תקנות שו"ס אך הם נגעו להשבת נדוניה ולא התייחסו לרכוש הנפטר.

קסטיליא. שם היה קיים שימוש בכלל "הפקר בית דין הפקר" באופן עקיף ע"י הכנסת סעיף לכתובה²⁹⁸ בדרך של תקנה. לדברי הרב הרצוג, תקנות אלו נהגו במרוקו מאות בשנים והיו חלק מהחקיקה הנוהגת בקהילות אלו, הלכה למעשה. את דבריו מסיים הרב הרצוג במילים חמות לחכמי מרוקו "בכלל רב היה כחם של גאוני הספרדים שהיה להם כח שיפוט וההכרח הביא אותם להתמחות בדינים, וכדרך שאמרו רב נחמן דינא הוא ונחית לעומקא דדינא".²⁹⁹

הפניה לפסיקת רבני מרוקו לא הייתה דבר מובן מאליו והיא נעשתה בהיעדר תימוכין אחרים, זאת הואיל ולחידושו של הרב הרצוג לא היה אח ורע בפסיקה האשכנזית. חכמי מרוקו היו אלה שהמשיכו בדרך של התקנת תקנות בענייני ירושה, ולכן גישתם תאמה את הצעתו. הבעייתיות בדבריו אינה טמונה בסימוכין, אלא בכך שהוא מציין תקנות מלפני 500 שנה, ואינו מפנה בדבריו הארוכים לפוסקי מרוקו בעת החדשה ולשחיקה בתחולת התקנות, כפי שביארנו לעיל באריכות בפרק העוסק בתקנות מרוקו.

הרב עוזיאל

במקביל לרב הרצוג, גם הרב עוזיאל שהיה הרב הראשי הספרדי באותה העת, חיבר קונטרס³⁰⁰ ופירט את עמדתו ביחס לאפשרות לתקן תקנות הלכתיות בדיני הירושה של המשפט העברי. גם הוא מציין כי הצורך בתיקון דיני הירושה נובע מהשינוי שחל בציבוריות הישראלית "בדורנו זה הננו קרואים על פי דרישת חלק גדול של הקהל היושב בארץ, ללכת בדרכם של חז"ל ולתקן תקנות ירושה שהשעה דורשת אותן"³⁰¹ ובדבריו התכוון לדרישה להשוות בין בנים לבנות בדיני ירושה. בפתח דבריו הוא מציין כי אכן לחכמים יש סמכות הלכתית לתקן תקנות בענייני ירושה מכח "הפקר בי"ד הפקר". אין הדבר סותר את סדר הנחלות הקבוע בתורה, שכן ניתנה הזכות למוריש לכתוב צוואה ולחלק את רכושו כפי ראות עיניו, בדרך של הקנאה מחיים שעה לפני מיתתו. יחד עם זאת, הוא מעמיד מספר תנאים הכרחיים בטרם יתוקנו תקנות בדיני הירושה.

ראשית הוא מציין את העובדה שמעולם לא תוקנה תקנה ישירה המשווה בין בנים לבנות בדיני ירושה. להוכחת דבריו הוא מדגים את תקנות חז"ל המוזכרות במשנה ובתלמוד כגון תקנת "בנין דכרין" ותקנת "עישור נכסים" שהיו תנאי בי"ד וחייבו את כלל הציבור כתנאי קוגנטי. תקנות אלו לא נגעו ישירות בדיני הנחלות אלא קבעו הוראות עקיפות. במקרה של תקנת "בנין דכרין" התקנה קבעה חובה לבעל

²⁹⁸ הרב הרצוג משאיר בצ"ע את השאלה מה יעשו אלו שנישאו טרם התקנה ולא ציינו את סעיף ההקנאה לבת בכתובתם. לדבריו, ייתכן כי ניתן לגביהן להפעיל הכלל "הפקר בית דין הפקר" כהוראת שעה שתהא לטובת ציבור מוגדר ומועט (רק הבנות שכבר נישאו עובר להתקנת התקנה) ולא כהוראה כללית. יחד עם זאת, לאור הדעות האוסרות לא הכריע בעניין אלא הציע פתרון מעשי. כל המעוניין להחיל את התקנה על עצמו וליתן ירושה לבתו, יחתום על חידוש תנאי כתובה ויצרף את התנאי המורה ליתן חלק זכר שלם לבתו. (לעניין זה ראה, שם, פי"ה, ז.פ"ז, ג.)

²⁹⁹ הרצוג – "תחוקה לישראל", עמ' 143.

³⁰⁰ הרב בן ציון עוזיאל "השופט והמשפט" עמ' 407 הוצאת הוועד להוצאת כתבי מרן, תשס"ו.

³⁰¹ שם, עמ' 454.

להעביר את זכותו בירושת אשתו לבניו הזכרים שיהיו לו ממנה. מטרתה הייתה לגרום בעקיפין למתן נדוניא גדולה מצד אבי האישה הנישאת, שכן ידע כי מתנתו לבתו מובטחת. בכך גרעו בפועל בירושת הבנים ללא צורך בתקנה ישירה המשווה בין בנים לבנות. תקנת "עישור נכסים" גם היא כמו קודמתה, קבעה חוב של האב כלפי בתו וחוב זה הועבר ליורשים שהם הבנים.

בנוסף, קיימת מגבלה מיוחדת בדיני ירושה שאינה מאפשרת התקנת תקנות ככל שהן דומות לתורת הצדוקים או למשפטי אומות העולם. הדרישה לחקיקה שתקבע זכות ירושה המשווה בין בנים לבנות, הגם שהיא כשרה ע"פ כל הגדרים ההלכתיים הנהוגים ביתר ענפי המשפט העברי ביחס להתקנת תקנות, בתחום דיני הירושה תהא פסולה. "אין צורך הכרחי בתקנות אלה וגם יש בהן משום הפיכת עורף למשפט התורה וחקיקי לתורות אחרות וממילא גם חרוף ועלבון לתורת ישראל ומשפטיה".³⁰²

לכן קבע הרב עוזיאל כי בבואנו לתקן תקנות למעוניינים להוריש את נכסיהם לבנותיהם³⁰³ הדרך הלגיטימית עפ"י המשפט העברי, תהא באופן שאינו סותר את איסור ההידמות לצדוקים. לאור המגבלות שצויינו לעיל, בדומה לדבריו של הרב הרצוג, מסקנתו היא שהאפשרות היחידה לפתרון ירושת הבת יכול להיות רק בדרך של עריכת צוואה. הרבנות תקבע כי זוגות שכבר נישאו יערכו צוואה כפי רצונם ואילו לגבי זוגות שטרם נישאו, יתבקש החתן בשעת הנישואין לערוך צוואה כטופס נפרד שיצורף לשטר הכתובה.

במסגרת הצוואה יינתן לבנות חלק שווה לבנים והיא תנוסח בלשון התחייבות של המצווה, על מנת שתהא תקפה גם לגבי נכסים שאינם בידי המצווה נכון ליום כתיבתה.

ההבדל העיקרי והמהותי בין שני הרבנים הראשיים הוא בדבר התקנת תקנה על ידי הרבנות הראשית. הרב עוזיאל אמנם משתמש בדבריו במונח "תקנה", אך מקריאת תוכן הצעתו מובן כי לא התכוון לחקיקת תקנה הלכתית, שהרי הרב עוזיאל התנגד לכל תקנה בדיני הירושה. כוונתו לתקנה מלשון "תיקון" שמהותו מציאת פתרון הלכתי, על מנת למלא את הצורך שנוצר בעידן הישראלי עם תקומת המדינה.

הוא התייחס להצעת הרב הרצוג להוסיף לכתובה התחייבות של החתן לחלוקה שווה של נכסיו לאחר מותו, ושלל אותה. לדבריו כל הוראה של הרבנות המתייחסת להוספת הוראות בכתובה, מעניקה או עלולה להעניק לתוספת זו מעמד של תנאי בית דין, דבר האסור במקום בו נעקרת נחלה הקבועה בתורה.³⁰⁴

³⁰² שם, עמ' 455.

³⁰³ לעניין הפעלת הכלל "דינא דמלכותא דינא" מציין הרב עוזיאל כשיטת הרב הרצוג, כי לא ניתן להפעיל עקרון הלכתי זה בדיני ירושה, שהרי אין המלך כופה דעתו על החלוקה הקבועה בין יורשים, ואין אומרים דינא דמלכותא דינא רק בדבר שיש הנאה למלך. בנוסף, הוא מציין כי המדובר במלכות ישראל, ולכן אין מקום להחלת דינא דמלכותא העוסק במלכות גויים.

³⁰⁴ בהתייחסו להוראת המשנה בעניין תנאי בנין דכרין שנקבע כחלק מהכתובה, ציין הרב עוזיאל כי תנאי בנין דכרין הוא העברת זכותו של הבעל בנכסי אשתו לבנים המשותפים, ולא העברה לבנות. ראה שם, עמ' 498.

נאמן לפסיקה הספרדית, הוא מוסיף הקלה בתוכן הצוואה. הרב עוזיאל קובע כי ניתן להסתפק בהתחייבות החתן לחלוקה שווה של עזבונו, וביטל את הדרישה לכתובת נוסח שטר "חצי זכר" כפי עמדת הפוסקים האשכנזים. בפסיקתו אימץ את דעת המבי"ט שהיא דעה יחידה³⁰⁵. צוואה הלכתית היא כאמור מתנה מחיים. כתיבתה בעת החתונה, עוד טרם נולדו ילדים למוריש וטרם נצבר רכוש בעיזבון היא בניגוד להלכה שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואינו מקנה למי שאינו בעולם. כאן בא חידושו של המבי"ט שחילק בין הקנאה לצד ג' לבין הקנאה של אדם לבנו או בתו, שעבורם מועילה הקנאה גם אם אינם בעולם: **"הואיל ודעת של אדם קרובה אצל בנו וגומר והקנה בכל לבו אבל לעובר אחר לא קנה דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם. ולא דוקא בנו אלא אפי' בתו וטומטום וכו' כדתנן במתני' ולא אמרי' בנו אלא למעוטי המזכה לעובר דעלמא. וא"כ כי היכי דמשום דקרוב אדם אצל בנו מקנה לעובר שלו שלא בא לעולם, לבנו או לבתו דקרוב אדם להם דמקנה דבר שבא לעולם או לדבר שלא בא לעולם דכי הדדי נינהו"**³⁰⁶

הרב עוזיאל היה מודע לעובדה שדעת המבי"ט היא דעה יחידה וכי רוב הפוסקים חולקים עליה. על מנת להסביר את ההסתמכות על שיטה זו, ציין כי אמנם שיטת המבי"ט יחידה, אך לדעתו בהתחייבות לדבר שלא בא לעולם, יסכימו הפוסקים לסברת המבי"ט שניתן להתחייב למי שלא בא לעולם. לראיה, ציין את דברי הרמ"א שפסק להלכה כי אדם יכול להתחייב על דבר שלא בא לעולם,³⁰⁷ אך אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם.

הרב עוזיאל לא ציין תימוכין לסברתו מספרי הפוסקים ולא בכדי. לא מצאנו בספרות השו"ת דבר דומה לדעה זו. הפוסק היחידי הקובע כי ניתן להתחייב למי שלא בא לעולם הוא מחבר שו"ת גינת ורדים³⁰⁸: **"ולעניות דעתי נראה דאע"ג דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם מ"מ יכול הוא להתחייב למי שלא בא לעולם דלשון חיוב מהני כיון שהמתחייב מיהא ישנו בעולם. ואם תנאי זה הוא נהוג על פי תקנה אתי מרווח טפי שכיון שהסכימו כן בני העיר כחן יפה להפקיע ממון ולהקנות ממון כפי רצונם דהפקר ב"ד הפקר"**

אך יש לשים לב לסוף דבריו של מחבר "גינת ורדים", ולהדגשתו כי אם הדרישה להתחייבות נובעת מתקנה של הציבור **"אתי מרווח טפי"** (סברתו תהא מקובלת יותר). גם הוא מודע לכך שהמדובר

³⁰⁵ שו"ת מבי"ט חלק ב סימן קלו. וראה שולחן ערוך, חושן משפט סימן רי, סימן א, שפסק כי הקנאה לבנו שלא נולד מועילה רק אם הייתה אשתו מעוברת. ועיין שם, ש"ך סק"ב וקצות החושן, שם, סק"ב.

³⁰⁶ עיין אנציקלופדיה תלמודית כרך יא, "התחייבות" ה"ש 116.

³⁰⁷ שולחן ערוך, חושן משפט סימן רט, סעיף ד, דברי הגה שם. פסיקתו של הרב עוזיאל בעניין זה של התחייבות על דבר שלא בא לעולם תואמת לפסיקת חכמי המזרח ואין לייחס לו חריגה מכללי הפסיקה הספרדית. לעניין זה ראה א. ורהפטיג **"ההתחייבות"** הוצאת מורשת המשפט בישראל תשס"א 2001 ירושלים עמ' 156-160. לא ברור מדוע הרב עוזיאל ציין את רק את הרמ"א כתומך לשיטתו הואיל והרב יוסף קארו כתב מפורשות בשולחן ערוך חושן משפט סימן ס, ס"ו "המתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו, חייב, אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם"

³⁰⁸ שו"ת "גינת ורדים", חלק אבן העזר, כלל ד סימן ה.

בחידוש שאין לו סימוכין מדברי פוסקים אחרים, לכן ציין שנדרשת תקנת קהל על מנת לחזק את התוקף ההלכתי של ההתחייבות למי שאינו בעולם.

הרב עוזיאל לא היה אדיש לשינויי התקופה ולדרישות הציבור. הצורך להתמודד עם דרישת הקהל הישראלי לתקן את דיני הירושה ביחס לבנות הוא אשר הצריך אותו להגיע לפתרון הדחוק אותו הציע. הכל מבלי שוויתר על הוראות דיני ירושה כדוגמת האיסור להידמות לגויים ומתן פתרון עקיף בלבד. הצעת שני הרבנים הראשיים הייתה פתרון עקיף לירושת הבנות בדרך של עריכת צוואה במסגרת הנישואין. ההבדל העיקרי בין הצעת הרב הרצוג להצעת הרב עוזיאל הוא באופן עריכתה. הרב הרצוג הציע תנאי מובנה בכתובה. לעומתו הרב עוזיאל העלה דרישה למסמך נפרד, על מנת להבדיל בין התחייבות רצונית של החתן לבין תניה קוגנטית. הפרדה זו נועדה ליצור את החיץ הנדרש על מנת למנוע דמיון למעשי הצדוקים.³⁰⁹

התמיהה הגדולה היא, מדוע דווקא הרב הספרדי לא הסתמך על מסורת ופסיקה עתיקת יומין של יהודי ספרד במסגרת התקנת תקנות, בעוד הרב האשכנזי מצטט אותה בהרחבה ומסתמך עליה? דברים אלו מקבלים משנה תוקף כאשר אנו בוחנים את מכלול הצעתם. בעוד שלעניין בסיס השיטה - האם להתקין תקנה, האשכנזי פוסק כספרדים וחברו להיפך. בעיקרי השיטה (תוכן הצוואה) ממשיך הרב הספרדי לאמץ את הפסיקה הספרדית ולא דורש לצרף לצוואה מנגנון של "שטר חצי זכר". אנו יכולים למצוא תשובה אפשרית להבדל זה, מהאמור בסיום דבריו של הרב עוזיאל. הגם שיכול היה לתקן תקנות בדיני הירושה על מנת שיביאו לתוצאה שתתאים לרעיונות השיתוף והשוויון, מבחינתו לא היה נכון לעשות כן.

בתגובתו להצעת חוק "שויון זכויות האישה" בה נקבע בסעיף 5, זכות שוויון בין איש לאישה בירושה, מציין הרב עוזיאל במרירות את מסקנתו שהממשלה הישראלית כלל אינה מעוניינת בהצעות הרבנים. "אל ישיא אתכם לבטל בזלזול את תורת ישראל ... ואם בכל זאת הנכם עומדים על דעתכם ותניפו גרזן עליה להכחידה, לכל הפחות השאירו פינה אחת שבה תישמר תורה זאת ... התנגדותכם לבקשה צנועה זו אינה הגיונית ולכן אינה אלא בולמוסית מתאוות החיקוי או התנקשות להכעיס בתורת ישראל"³¹⁰. דברים אלו נכתבו לאחר שהרב עוזיאל עמל על פתרונות הלכתיים לצורך חקיקת חוק הירושה האזרחי, פתרונות שלא היו מקובלים על מנסחי החוק. מקריאת דבריו אנו למדים כי לדידו היכולת לבצע שינויים

³⁰⁹ הרב גורן, שהיה הרב הצבאי הראשי באותה התקופה, התנגד להצעות לכלול תקנה בתנאי הכתובה וציין כי הדרך המועדפת היא לתקן תקנה כללית המשווה בין בנים לבנות בירושה. "הסמכות לחכמי ישראל לתקן תקנות שהן נוגדות כביכול את התורה נבעה משתי דרכים:

(א) תקנות שהגניבו באמצעות הכתובה (כשלעצמי הנני מתנגד לצורה זו);

(ב) תקנות שנתקנו בתוקף סמכות הציבור במישרין- תנאי בית דין."

מתוך זכרון דברים מדיון פומבי על בעיות חוק הירושה שנערך על ידי משרד המשפטים והפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ביום ו' אדר א' תשי"ד 9.2.1954. בתוך תיקי זרח ורהפטיג (חטיבה PA/16) ארכיון הציונות הדתית. (המכון לחקר הציונות הדתית, אוניברסיטת בר-אילן).

³¹⁰ הרב בן ציון עוזיאל "השופט והמשפט", עמ' 275.

הלכתיים בדיני הירושה מוגבלת והוא ציפה להבנה והתגמשות מצידה של הממשלה בנושא זה. לכן תמה על ההתעקשות "בפינה אחת" -כדבריו, כאשר כוונתו היא לדיני הירושה הקוגנטיים, בשל היותם "חוקת משפט" שאינה ניתנת לשינוי.

הדגשתו החוזרת ונשנית שאין לתקן תקנות בדיני ירושה על מנת שלא להידמות לצדוקים, התייחסה במיוחד לממשלה החילונית ולשאיפותיה להשוות בין בנים לבנות. במקרה זה לדעתו, היה אסור לרבנות לתקן תקנות שיידמו לרצון הממשלה, הגם שניתן היה לעשות כן מבחינת המשפט העברי והפסיקה הספרדית האמונה עליו.³¹¹ הפתרון שניתן משך כל הדורות היה פתרון של עריכת צוואה ואת זאת הציע לרבים. נאמן לדרכו, תוכן הצוואות היה יכול להיות כפי הפסיקה הספרדית ולא הייתה כל סיבה לסטות ממנה.

הרב הרצוג לעומתו גילה אופטימיות. מטרתו הייתה להביא לפתרון ממלכתי בחושבו כי הממשלה תתחשב בדרישות הרבנות ותכלול אותם בחקיקה האזרחית. הואיל וחוקי הכנסת כוללים ציבור מעורב לא הייתה כל חובה להיצמד לפסיקה אשכנזית דווקא, והוא יכול היה להציע עקרונות הלכתיים המבוססים על הפסיקה הספרדית.

הרב הרצוג ציין גם הוא את החשש מפגיעה בדין תורה אך היה מציאותי. בכל מקרה היה מתקבל חוק המשווה בין נשים לגברים בדיני הירושה, לכן אין המדובר בחששות מפגיעה אלא בוודאות. לדעתו, במקרה זה שומה על חכמי ההלכה לנסות ולמזער את הנזקים. בהתייחסו לאיסור הידמות לצדוקים הסביר, כי רצונו של היישוב היהודי בדין ירושת הבת אינו נובע מהודאה על עליונות דין הגויים, אלא רצון של הנשים לשפר את מצבן. המדובר איפוא במניע אישי - נקודתי ולא ברצון כללי, גורף, ולכן אינו נכלל בגדר האיסור.³¹² כמו כן הוסיף, כי על פי הצעתו אין חשש לחיזוק ידי הצדוקים, הואיל ואין המדובר בתקנה ישירה אלא רק בשיוויון תוצאתי באמצעות הוספת תנאי בכתובה. תנאי זה נחשב כהקנאה עקיפה, בדומה לדין בנין דכרין, בו למרות שניתנה ירושה לבת, לא הועלה חשש ההידמות לצדוקים.³¹³

במקביל לרבנים הראשיים התחבטו גם חוקרי המשפט העברי במתן פתרונות הלכתיים לדיני הירושה והעלו הצעות שונות שלדעתם נותנות פתרון לירושת הבנות במשפט העברי כפי שיפורט בהמשך.

³¹¹ יצוין כי בעניינים אחרים לא נמנע הרב עוזיאל מהעלאת הצעות להתקנת תקנות ואף עודד חקיקה דתית באמצעות תקנות. לעניין זה ראה פיקאר אריאל, "יהא חלקי בין המתקנים על יסודות ההלכה..." - הצעתו של הרב עוזיאל לתקנת עגונות", בתוך: צבי זוהר (עורך), **הרב עוזיאל ובני זמנו**, ירושלים תשס"ט, עמ' 230 - 231. וכן ראה, עמיחי רדזינר - 'הרב עוזיאל, רבנות תל-אביב יפו ובית הדין הגדול לערעורים: מחזה בארבע מערכות' **מחקרי משפט** כרך כא (תשס"ד-תשס"ה), 129.

³¹² הרצוג - **"תחוקה לישראל"**, 3. "אפשר שיש חילונים קיצוניים, שהגורם המניע אותם הוא השאיפה להשתוות לשאר האומות ברקע של המשפט, אך רוב הציבור איננו מודרך מהגורם הזה, אלא שרוב הנשים, והנשים הלא הן חצי הישוב בערך, דורשות את טובתן הן, ולא לעקור דיני התורה כוונתן אלא לשפר מצבן"

³¹³ הרצוג - **"תחוקה לישראל"**, 119. ביחס לחשש מפני הידמות לחכמי עכו"ם השיב הרב הרצוג כי אין דמיון בין חכמי הצדוקים לחכמי עכו"ם הואיל וכל ישראל יודעים שאין בדברי חכמי עכו"ם מאומה ואם יתקנו גדולי ישראל תקנה כל שהיא יידעו כלל ישראל שהיא אינה קשורה לדעת חכמי עכו"ם.

תגובות והתייחסות להצעת חוק הירושה

הצעת חוק הירושה שהתפרסמה לראשונה בשנת תשי"ב (1952) פורסמה בפרסום מוקדם על מנת לעודד הערת הערות וקבלת משוב מאת הציבור הרחב³¹⁴.

ראשונה נתייחס להתייחסות המובאת בספרות המחקר להצעה זו.

בין המצדדים בצורך למציאת פתרונות הלכתיים שיעניקו שוויון מלא בין בנים לבנות, הועלו רעיונות שונים באילו כלים הלכתיים להשתמש על מנת להשיג את מטרה זו. היו שטענו באופן קיצוני כי יש לתקן תקנה כללית המשווה בין המינים הואיל וקיים צורך להתאים את ההלכה לצרכי השעה המחייבים השוואת דין הבנות לבנים³¹⁵. אחרים הציעו, בדומה להצעת הרבנים הראשיים, לחדש את דין שטר חצי זכר שייכת בעת הנישואין ע"י אבי הכלה ולקבוע בתקנה נוסח קבוע ואחיד, עד כי במשך הזמן הוא יהפוך לדעתם כתנאי ב"ד. או לתקן כתיבת נוסח צוואת בריא שתהיה חלק מהכתובה³¹⁶.

לעומתם, יש שהצדיקו את היעדר השוויון הקיים במשפט העברי בדיני הירושה. לדעתם אין מקום להצעה לתקן תקנות בדיני הירושה, שכן המשפט העברי אינו יכול לתקן תקנה הפוגעת בסדר ירושת תורה על ידי תקנה כללית, סתמית. כמו כן ציינו כי על פי ההלכה אסור להעביר נחלה מיורשים מדין "אעבורי אחסנתא" המונע הדרת היורשים הקבועים בתורה³¹⁷. לכן העדיפו להסביר את "האפליה" בדין העברי כנורמה מקובלת שיש לה מקום גם בעידן החדש הדוגל בחופש ושוויון. כתימוכין, הביאו הוראות מפקודת הירושה המנציחות את הגבלה על חופש הציווי כדוגמת הוראות החוק האנגלי שמקורם הדין הטורקי, בדבר האיסור לצוות מקרקעי "מירי", וכן שיטות משפט המגבילות את חופש הציווי גם בעת הזאת³¹⁸. חקיקה לא שוויונית וכזו שפוגעת בחופש הציווי, מתאימה לדעתם למציאות הקיימת ביישוב העברי. בהתייחסם להצעת חוק הירושה אמרו: **"שיטה זו אינה הולמת, לדעתי, את המבנה החברתי של היישוב שהוא ברובו הגדול ישוב עובד, ולא את מגמותיו החברתיות. החוק המוצע אינו דואג כל צרכו לשלמות המשק החקלאי, המסחרי והתעשייתי. חוק זה מביא לידי פיצול ופירוק היחידה המשקית"**³¹⁹.

³¹⁴ ראה דברי ההסבר להצעת חוק הירושה [תשי"ב-1952] הוצאת משרד המשפטים, ישראל, תשי"ב.

³¹⁵ חיים הרמן כהן, "הצעת סדר דיני הירושה", **יבנה** ג, 80 (תשי"ט).

³¹⁶ פלטיאל דיקשטיין, "למען שיפור מצב האישה", **יבנה** ג, 74 (תשי"ט).

³¹⁷ ד"ר א.ח. פריימן, זרח ורהפטיג, הערת המערכת על הצעת עו"ד חיים הרמן כהן, **יבנה** ג, 80. (תשי"ט).

³¹⁸ וראה פירוט נוסף של שיטות משפט שונות המונעות את חופש הציווי וקובעות שריון ליורשים הטבעיים. גרייבסקי אריה לייב, **סוגיות במשפט ובהיסטוריה**, ירושלים, דפוס ג'רוסלם פוסט, תשל"ב. רונן קריטנשטיין, "על ירושות ומשפחות בראי ההלכה: הסדרי הירושות והדרות בדין העברי", **משפט ואדם - משפט ועסקים**, יד, תשע"ב (ספטמבר-2012), עמ' 451 וה"ש 30.

³¹⁹ ד"ר א.ח. פריימן, "הערות לסדר דיני ירושה" (מאת עו"ד הרמן חיים כהן), **יבנה** ג, 106. (תשי"ט) לדעתו המצב החברתי בארץ והחקיקה המוצעת בעניין המשקים החקלאיים שאינם ניתנים לחלוקה בירושה, "מחזירים אותנו לחוקת הירושה כפי שנקבעה בתורת משה".

לעניין בעיית ירושת הבת, עמדתם הייתה בדומה לגישת יהדות ספרד ומרוקו. הואיל והבת מקבלת נדוניה בעת נישואיה, אין לה זכות לשוויון בחלוקת העיזבון, אלא בניכוי מה שקיבלה. כדוגמא צוינו תקנת "עישור נכסים", ותקנות קסטיליה שתוקנו רק לבנות שטרם נישאו. לגישתם, הענקת זכות ירושה לבנות שלא נישאו אפשרית על פי המשפט העברי, בתנאי שלא תוגדר כירושה אלא כנדוניה.

גם בין חברי הכנסת התלהט פולמוס חריף ביחס להצעת החוק. בדיונים שנערכו עת הובא החוק לאישור הכנסת, אמר שר המשפטים דאז, פ. רוזן **"פסילת האחות, העדפת בן בכור בין הבנים, שלילת זכות הירושה מאשת המנוח... כל אלה, הנמנים על יסודות המשפט העברי בענייני ירושה, אינם ממלאים עוד אחרי תנאי זמננו ותנאי ארצנו"**.³²⁰ מבחינת מנסחי הצעת החוק לא הייתה כל יומרה או ניסיון לשלב את הוראות המשפט העברי בתוך דיני הירושה של מדינת ישראל, ואף לא בדרך של פיקציה משפטית³²¹, זאת כיוון שלדעתם חוקי התורה מיושנים ואינם מתאימים לעת החדשה³²². מטרתם המוצהרת הייתה לחוקק חוק חדש, והייתה ציפייה כי הציבור הדתי יכיל את שינוי החקיקה ויקבל אותו מכח סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים עבור הציבור היהודי. הדברים נאמרו באופן ברור על ידי מנסחי ההצעה, בהתייחסם לקונפליקט הקיים בין דין תורה להצעת חוק הירושה: **"אין חולק שהכנסת היא הקובעת. אם אפשר שהכנסת תוכר גם על ידי החוגים הדתיים כמורשה לחוקק חוקים בניגוד לתורה – מה טוב. אך התגובות המתקבלות אינן מעידות על כך"**³²³. בנסיבות אלו, אין פלא שחברי הכנסת מן המפלגות הדתיות התבטאו בצורה חריפה ביותר כנגד הצעת החוק. הם הדגישו כי דיני הירושה הם חלק מדיני המשפחה, וכי כל החלטה הפוגעת בהם ומשנה מדין תורה פוגעת במשפחה היהודית. **"דיני הירושה קובעים בהרבה את המשפחה, את חיי המשפחה והמשכה. ומשום כך – הואיל ופה אין אפשרות של תנאים, כפי שזה אפשרי בדיני ממונות"**³²⁴. לגבי האפשרות לשינוי דיני הירושה והתאמתם לדרישות השוויון, ציינו כי דיני ירושה נחשבים "חוקת התורה" והם קוגנטיים. מסיבה זו דרשו לחוקק חוק ירושה התואם את הוראות התורה, תוך שהם מדגישים את נצחיותה ואת

³²⁰ נחום רקובר, **"המשפט העברי בחקיקת הכנסת"**, כרך שני עמ' 1055, משרד המשפטים מורשת המשפט בישראל, ירושלים תשמ"ט-1988. וראה גם דבריו המובאים בעמ' 1094 ביחס להשוואה בין בנים לבנות בדיני ירושה ודברי שר המשפטים ד. יוסף בהתייחסו להצעת חוק הירושה, שם, עמ' 1101 **"מאחר ולא נראה לי, כי המשפט העברי, בתחום מיוחד זה, מתאים לחברה הישראלית בת זמננו"**.

³²¹ ראה דברי חיים הרמן כהן, **"הצעת סדר דיני הירושה"**, יבנה ג, 81. **"אין להרחיב את גבולות הפיקציה עד כדי הנחה משפטית שהייתה יכולה להעמיד כל אדם בחזקת שנותן רכישו במתנה לבניו ובנותיו או לאביו ולאימו או לזרעם אחריהם בחלקים שווים."** והשווה, חיים כהן, **"הצעת תקנות בדיני צוואות"**, הפרקליט ד (תשי"ז-תשי"ח) 269. שם כתב **"ואם דיני ישראל מתנגדים להן, יש למצוא דרכים לפתור את הקשיים, כדרך חכמנו הקדמונים, בצורת פיקציות משפטיות"**. וראה מאמרם המורחב של עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן, **"המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול"**, עיוני משפט כט (1) תשס"ה, 185-260, עמוד 201 בפרק העוסק בהצעת חוק הירושה הישראלי, שם פירטו המחברים את השינוי שחל בעמדת מנסחי החוק והציעו הסבר לשינוי.

³²² ראה סקירה מקיפה אודות עמדתם השלילית של מנסחי חוק הירושה להוראות המשפט העברי, אצל עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן, **"המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול"**, עיוני משפט כט (1) תשס"ה, 185-260.

³²³ חיים כהן, מתוך זכרון דברים מדין פומבי על בעיות חוק הירושה שנערך על ידי משרד המשפטים והפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ביום ו' אדר א' תשי"ד 9.2.1954. בתוך תיקי זרח ורהפטיג (חטיבה PA/16) **ארכיון הציונות הדתית**. (המכון לחקר הציונות הדתית, אוניברסיטת בר-אילן).

³²⁴ נחום רקובר, **"המשפט העברי בחקיקת הכנסת"**, ירושלים תשמ"ט, עמ' 1063.

העובדה שחוסר השוויון בין בנים לבנות בהוראות התורה, אינן חריגות ואף תואמות חלק משיטות המשפט הנוהגות בעמים אחרים.

לטעמנו הנימוקים שהועלו בכנסת במטרה להתאים את תוכן חוק הירושה לדין תורה אינם מדוייקים. הוכחנו כי במשך כל הדורות החל מתקופת התנאים, היו שינויים והתאמות של הדין העברי למציאות החיים הדינמית. השינויים היו בכל קהילות ישראל מי יותר ומי פחות. לראיה ניתן להציג את הצעות שחברו על ידי חוקרי המשפט העברי במקביל להצעת החוק שהוגשה על ידי משרד המשפטים. הצעות אלו נסמכו על כל השינויים בדיני הירושה המקראיים, שינויים שהיו מקובלים מאות בשנים בקהילות ישראל.

מעיון בנימוקי הצדדים להצעות חוק הירושה תשכ"ה-1965, הן הצעות מנסחי החקיקה האזרחית והן האמונים על המשפט העברי, אנו סבורים כי המחלוקת לא הייתה בעניין ירושת הבת אלא בשאלת הסמכות. לכן לא היה כל סיכוי שתתקבל הצעה מוסכמת על ידי שני הצדדים.

המחוקק האזרחי ביקש להוציא את דיני הירושה מסמכותם הבלעדית של בתי הדין הרבניים. הוא ביקש להאדיר את בתי המשפט האזרחיים ולבטל כליל את סמכותם של בתי הדין הרבניים בציבוריות הישראלית ובעיקר את הכפיפות לדין הדתי כדין מחייב. מבחינתנו, על הדין הדתי להתאים עצמו לחקיקה הקיימת. מנגד, למחוקקים הדתיים לא הייתה כל סיבה לבצע "התאמות" לדין הכללי זאת למרות שקיימים היו כלים הלכתיים מוכרים ומקובלים. שכן, המשמעות הייתה "התאמת" הדין הדתי לדין החילוני והכרה של הממסד הדתי בעליונותו של החוק הישראלי הגובר על החוק הדתי.

זו הסיבה לכך שבפועל, לא התקבלה ההצעה לתקן תקנות בדיני הירושה כדוגמת הוספת תנאי בכתובה ע"י מועצת הרבנות הראשית, לא במתווה של הרב הרצוג ולא בדרכו של הרב עוזיאל. הדבר כלל לא בא לידי הצבעה הואיל ורוב הרבנים התנגדו לשינוי המוצע³²⁵. העובדה שהחוקים האזרחיים מחוקקים בידי יהודים מתוך כוונה מראש לקעקע את משפט התורה, רק העצימו את ההתנגדות בצורה קיצונית ומנעו כל אפשרות לדון בפתרונות הלכתיים. תימוכין לסברה זו אנו מוצאים בביטויים החריפים של הרבנים באותה תקופה. החזון אי"ש ראה בכך מלחמת הכופרים³²⁶, הרב קוק ראה בכך עלבון ליהדות³²⁷, הרב הדאיה והרב עוזיאל חששו כי שינוי בדיני הירושה יוביל לסחף ולהשוואת כל דיני גברים לנשים במשפט העברי וכתבו: **"שאם נתקן שהבת תירש באיזה תקנה שתהיה המתאימה לפו"ד, שזה יועיל לגדר שלא יבואו לפרוץ בגופי תורה, ואפשר דאדרבא עי"ז יהיה הדבר למוקש ומכשול**

³²⁵ אך אין הדבר אומר כי לא הועלו כלל פתרונות, בדברי הפוסקים בדורנו הועלו דעות להשתמש בכלים הלכתיים שהיו מקובלים בעבר כדוגמת שטר חצי זכר הרב זלמן נחמיה גולדברג, "ירושת הבת" (לחידוש מנהג שטר חצי זכר) **תחומין** ד, 342-353. רבלין - "שטר חצי זכר", קעז.

³²⁶ הרב אי"י קרליץ, "אגרות חזו"א" אגרת צ"ו.

³²⁷ הרב אי"ה קוק, **אגרות הראי"ה** אגרת קע"ו. **"והנצרות רצתה בדגל הרחמים שלה (שהמלאה דם נקי) להעליב את היהדות בנושא ירושת הבת."**

להתיר עדות הנשים כאנשים, וכן לצירוף לדברים שבקדושה, באומרם התירו פרושים את הדבר שאיש ואשה שוים בשיעוריהם לכל דבר שבתורה. עוד זאת הלא אלה הרוצים להיות ככל הגוים בחוקותיהם והלכותיהם לא יסתפקו בזה"³²⁸.

כשלון המאבק בחוק הירושה ותוצאותיו

עובר להתקנת תקנות הדיון תשי"ג היו מאבקים קשים ביישוב העברי ביחס לסמכות השיפוט והחלת הדין הדתי בענייני המעמד האישי ובכלל זאת בדיני הירושה שהוגדרו עוד מתקופת הטורקים כענייני המעמד האישי³²⁹. עם תחילת שלטון המנדט הבריטי בארץ ישראל וסיומו של עידן הכיבוש הטורקי, הוקמה הרבנות הראשית לארץ ישראל, גוף שקיבל הכרה רשמית מאת שלטון המנדט כסמכות הדתית של היהודים בארץ. עם התבססותו של שלטון המנדט וקביעת סמכויות השיפוט של העדה היהודית החל מאבק בין הגופים השונים של ההנהגה היהודית ביחס לתחומי האחריות והשיפוט הדתי. גם נושא השיפוט בענייני ירושה, דבר שהיה מסור בתקופת הטורקית לביה"ד השרעי כסמכות עליונה ולחכם באשי כסמכות מחייבת לציבור היהודי, הועלה לדיון ציבורי. הרבנות הראשית ששימשה כנציגות הדתית במקום החכם באשי, עמדה בפני הסתייגות עזה של היישוב היהודי משיפוט דתי מוחלט. במאבק שהתחולל במוסדות הציונים היו חילוקי דעות. בעוד שהיה מוסכם על דעת רוב המשתתפים להותיר את הסמכות הבלעדית בענייני גירושין ונישואין בידי הרבנות, הייתה התנגדות לכלול את ענייני הירושה בסמכותם. התנגדות זו הובעה על ידי "התאחדות הנשים העבריות באר"י"³³⁰ שדרשו משפט אזרחי יהודי על מנת לקבוע שוויון בחלוקת הירושה. דרישת השוויון לנשים הייתה מקובלת על רוב הזרמים בוועד הלאומי ועל מנת להגיע למתווה מוסכם עם הנציגים הדתיים הוקמה ועדה מתוך הנחה מוקדמת שיש להגן על זכויות הנשים.³³¹

הממשל הבריטי הושפע במידה רבה מהלכי הרוח ומתוכן הדיונים שנערכו בקרב מוסדות היישוב היהודי. בשנת 1923 קבע המנדט את פקודת הירושה והעניק סמכות מקבילה לבתי הדין הרבניים ולבתי המשפט האזרחיים, לדון בענייני ירושה על פי דין. בכך נקבעה אלטרנטיבה אזרחית למשפט הדתי. מאוחר יותר, בשנת 1928 הורחבה סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון בסכסוכים בין יהודים בכפוף

³²⁸ שו"ת ישכיל עבדי (הרב עובדיה הדאיה, (1890-1969)), חלק ו', חחוי"מ, סימן כ"ב. וכן עוזיאל, שם, "משום כך התנגדנו ואנו מתנגדים לשינויים שהם בחוק הירושה, לפי שהננו רואים מראש שבולמוס השויון שתקף חלק מהעם יביא אותם לידי חרטה ויידוי כאשר יבוצע ויביא לידי תוצאות מרות"

³²⁹ ראה בהרחבה, אריה מורגנשטרן, הרבנות הראשית לארץ ישראל: ייסודה וארגונה, ירושלים תשל"ג, עמ' 89-98. וכן מי אליאב (עורך), הישוב בימי הבית הלאומי 1917-1948, יד יצחק בן-צבי האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א, עמ' 390-397.

³³⁰ על הארגון ראה: שרה עזריהו, התאחדות נשים עבריות לשווי זכויות בא"י – פרקים לתולדות תנועת האשה בישראל 1900-1947 (תש"ט).

³³¹ א' מורגנשטיין הרבנות הראשית לארץ ישראל ייסודה וארגונה.נספחים - פרטיכל מדיוני אסיפת הועד הלאומי על סמכויות הרבנות מיום כז' אייר תרפ"ב 22.5.22.

לחתימה על שטר בוררות³³². הכרסום בסמכותם של בתי הדין הרבניים בענייני המעמד האישי מחד, והרחבתם סמכותם לדון גם בעניינים אזרחיים מצד שני, יצרה חששות ותקוות. הרבנות הראשית ניצבה בפני מצב מורכב והייתה צריכה להתאים עצמה למציאות המשתנה. סמכותם של בתי הדין כלפי הציבור היהודי כבר לא הייתה מוחלטת, ועל בתי הדין הייתה מוטלת המשימה להיות אטרקטיביים על מנת שהציבור יקבל על עצמו את מרותם. במקביל, היה עליהם לשמר את הסמכות הייחודית שעוד נותרה בידם על ידי הממשל הבריטי בענייני נישואין וגירושין ובענייני צוואות.

זו הייתה אחת הסיבות לחקיקת תקנות הדיון בבית הדין הרבני, שנכנסו לתוקף עשרים שנה מאוחר יותר - בשנת 1943. כפי שהדברים נאמרו מפורשות על ידי הרבנים הראשיים בהקדמתם לתקנות אלו. "בחודש אדר תרפ"א, במעמד גאוני הדור וראשי קהילות ישראל שבארצנו, נקבע בית הדין הגדול לערעורים ... מסגרת זו התרחבה בחוקת כנסת ישראל שנתאשרה בטבת תרפ"ח בה ניתנה לכל בית דין רבני של כנסת ישראל גם סמכות של בית דין קבוע לבוררות ... התרחבותה של אותה סמכות, גידולו של הישוב, כן ירבה וכן יגדל, ורובי הפונים אל בית הדין העלו צורך הכרחי במערכת של תקנות דיון ... צעד נוסף בדרך הקודש לביסוסם ושכלולם של בתי הדין ככח חי ופועל בארץ תקוותנו כח מניע ומעורר לתחיתו של משפט תוה"ק [=תורתנו הקדושה]."³³³

לכן אין פלא שתקנות אלו כללו בתוכם הוראה בדבר הוצאת צווי ירושה אזרחיים בבית הדין הרבני, המעניקים זכות ירושה לבנות.³³⁴ צווי ירושה אלו המשווים בין בנים לבנות התייחסו לא רק למקרקעי מירי, בהם הייתה חובה לחלוקה שווה כפי הוראות הפקודה, אלא לכלל רכוש המוריש. הסכמת בתי הדין הרבניים למציאות זו שהייתה בניגוד לאמונתם, לא הייתה "תקנת הרבים" כמשמעותה הלשונית הפשוטה - תקנה שנועדה להגשים את רצון הרבים, אלא הייתה תקנה עבור בית הדין הרבני לשמירה על מעמדו גם במחיר פשרה הלכתית. פרשנות הרבנים הראשיים הייתה כי הענקת הסמכות לממסד הדתי, זו טובת הציבור, מתוך הבנתם ורצונם לשמר את ענייני המעמד האישי בידי הרבנות הראשית.

שונה היה הדבר בעת הקמת מדינת ישראל. כאשר התברר לרבנים עם הקמת מדינת ישראל, שלא יהא שינוי במעמדם של בתי הדין באופן בו יורחבו סמכויותיהם אלא ניכרה מגמה הפוכה,³³⁵ לא היה צורך

³³² פקודת העדות הדתיות- תקנות לסדורה של כנסת ישראל, 1927, עיתון רשמי 202, 1.1.1928 סעיף 10 (ד).
"לישב עפ"י הוראות פקודת הבוררות הנוהגת מזמן לזמן כל סכסוכים בין יהודים מקום שנכתב שטר בוררין על ידי שני הצדדים."

³³³ תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל, הוצאת מועצת הרבנות הראשית לארץ ישראל והוועד הלאומי של כנסת ישראל ירושלים - תש"ג. עמ' ו.

³³⁴ עמיחי רדזינר הגיע למסקנה כי שאין התקנות פרי יוזמה וניסוח של הרבנות הראשית, אלא הם נערכו על ידי עורכי דין וקיבלו אישור על ידי הרבנות הראשית בדיעבד. ראה, עמיחי רדזינר, 'ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג, דיני ישראל כ"ה, 185-260, 219. (תשס"ח). וכן ראה את דברי המחבר בעניין הרקע המורכב לקביעת תקנות אלו.

או טעם מבחינתם לחייב את בתי הדין להמשיך ולנפק תעודות ירושה בניגוד להשקפתם ולאמונתם. זאת ועוד, דווקא העובדה כי הממשלה היא ממשלה יהודית חיזקה את ההתנגדות למתן צווי ירושה בניגוד להלכה. שכן כעת אין המדובר ב"ממשלת גויים" אלא במלכות ישראל הנוהגת שלא כדין העברי וביה"ד הרבני אינו יכול להיות שותף למעשים אלו.

מכאן אנו מגיעים למסקנה כי העלמות תקנות הדין תש"ג לאחר קום המדינה, נבעה בשל חוסר השלמה של בתי הדין הרבניים עם פסיקה בניגוד לדין העברי. התקנות שתוקנו בעבר לא היו שינוי מחשבתי של חכמי ההלכה ביחס לבנות אלא היו אילוץ. בעת הקמת המדינה, בעת שניתנה סמכות מלאה לציבור היהודי לקבוע את מערכת החוקים, התנגדות הציבור החילוני יחד עם האכזבה מהימנעות המחוקקים להרחיב את סמכויות בתי הדין הרבניים, הובילו לשינוי תקנות הדין וחזרה למצב ההלכתי המקורי ולפיו בת אינה יורשת.

מסקנה זו מקבלת משנה תוקף כאשר אנו בוחנים את הפולמוס שהיה ערב חקיקת חוק הירושה בשנת 1965, ואת המאמצים הכבירים של מועצת הרבנות למנוע או לפחות לעדן את הפגיעה בסמכותם. בין הצדדים התחולל מאבק של הבדלי השקפה וניסיון לכפיית הדין שיעצב את דמותה של מדינת ישראל. חוק הירושה היה רק הפתיח למאבק זה כאשר התוצאה הייתה ידועה מראש. לא היה כל סיכוי שתתקבל עמדת הרבנים, בעיקר לאור העובדה כי בדיני הירושה לא קיים מרחב לשינויים מבחינת הדין הדתי, והם לא יכלו להתאים עצמם לרוח התקופה הדורשת שוויון מגדרי. דומה כי הממסד החילוני ידע את עמדת הממסד הדתי, וידע כי הוא לא יוכל להיענות להשוואה בין בנים לבנות בדיני הירושה, לכן לא נעתר לכל פשרה או לפתרון שיהא מקובל על שני הצדדים. הממסד הדתי היה יכול להציע רק שוויון תוצאתי, בעוד החילוניים עמדו על השוואה מגדרית.

האם היה זה עניין של סמכות בתי הדין או שאלת תוקפו של הדין הדתי כדין מחייב, כך שנוכל להניח שאם הייתה נותרת הסמכות לבתי הדין הרבניים לדון בדיני ירושה, הם היו מאמצים את עקרונות השוויון? זרח ורהפטיג שהיה סגן שר הדתות באותו המועד, סבר כי זו רק שאלת סמכות.

"חוק הירושה העלול להתקבל על-ידי הכנסת ושיחייב את כל אזרחי המדינה, יהא מנותק לגמרי מהסייגים שבהלכה בענייני ירושת הבת, האם, הבכור והבעל את אשתו. ולפיכך, לשם מה לרבנות להיזקק להתקנת תקנות, העלולות לעורר ויכוח ופילוגים בתוך יהדות ההלכה? תקנות טוליטולא, קאשטיליא וכדומה נתקבלו בתקופה ובאזורים שרובם ככולם של תושביהם

³³⁵ במאמר שפרסם פרופ' אורי ידן "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" עיוני משפט כרך ג, 26-34. תשלי"ג-תשלי"ד) ציין את העובדה שכבר בשנת 1952 פורסמה הצעת חוק הירושה על ידי משרד המשפטים וכי אחת הסיבות לכך היא הרצון לבטל כליל את השיפוט הדתי ואת תחולת הדין הדתי.

היהודיים היו שומרי תורה ומצוות, ונזדקקו מרצונם לשיפוט הרבני. אבל האיזנא, לשם מה תקנות להלכות שאין לבית הדין הרבני סמכות להטילם על הציבור בכוח החוק?³³⁶

אנו לא סבורים כן. גם אם הייתה ניתנת הסמכות לבתי הדין הרבניים, הם לא היו קובעים שוויון בדיני הירושה.³³⁷ הדבר בלתי אפשרי, הוא נוגד את דין תורה ואת האיסור להידמות לגויים המשווים בין בנים לבנות בירושה. זו המגמה השלטת בדין העברי והקו שהנחה את כל הפוסקים למעלה מאלף שנים. על כך יעידו השינויים בדיני הירושה בדין העברי כפי שהדגמנו לעיל בחלוקתם הגיאוגרפית. שינויים אלו בקהילות השונות לא היו שונים במהותם כאשר העיקרון המנחה היה הימנעות פוסקי ההלכה מביצוע השוואה נורמטיבית בין בנים לבנות אלא עיסוק רק בהשוואת התוצאה.

החזון איש הדגיש את ההבדל בין גישת החילוניים לגישת ההלכה באופן ברור ביותר: **"אבל למעשה להתנהג ככל הגויים דברתא כברא תירות, ולתת תהילה לאויבנו כי אמנם אין חק הנחלה שבתורה מתאים לפי עם נאור, הודאה גמורה לתועבת הכפירה, אוי לאזנים שכך שומעות."**³³⁸

הותרת הבדלה מגדרית בדיני הירושה והשוואת המינים רק באופן תוצאתי על ידי שימוש בפיקציות משפטיות לא הייתה מקובלת על המחוקקים הישראלים. הם ביקשו לקבוע עקרון ברור, בת = בן. נראה כי לא לחינם נבחר חוק הירושה בין החוקים הראשונים שחוקקו עם הקמת המדינה. הוא הנציח בצורה חדשה את הבדלי ההשקפה בין הדין הדתי הקונסטי, לדין האזרחי המבקש ליצור חקיקה חדשה וברורה המבוססת על שוויון מגדרי, ושאינה מושפעת מחוקים קדומים. כל שיכל הדין הדתי הוא להציע שוויון בתוצאה וזה כאמור לא היה מספיק. חיים כהן אמר את הדברים בצורה ברורה ונחרצת:

"השאלה היא, האם במצבנו, כשיש לנו מנגנון ממלכתי, מותר לנו לומר בשפה ברורה את מה שאנו רוצים לומר: הבן והבת יורשים שווה בשווה - או שומה עלינו להגיע למטרה הסופית בדרך בה נהגו ללכת עד כה. הבעיה אינה נוגעת במישרין לחוק הירושה כי למעשה משתרעת חשיבותה על כל שטח החקיקה."³³⁹

סוף דבר, התקבל חוק הירושה³⁴⁰ ובו נקבע שוויון מלא בין הבנים והבנות וניתן החופש המלא לצוות. לבתי הדין הרבניים ניתנה הסמכות לדון בדיני הירושה ע"פ הדין הדתי, רק בהסכמה מראש של כל

³³⁶ זרח ורהפטיג, "הרבנות הראשית לישראל, שבעים שנה לייסודה" הוצאת "היכל שלמה" תשס"ב, 131-85. וראה דבריו הדומים בישיבת הכנסת שעסקה בהצעת חוק הירושה, נחום רקובר, "המשפט העברי בחקיקת הכנסת" עמ' 1064-1061.

³³⁷ זרח ורהפטיג אמר זאת מפורשות בישיבת ועדת השרים לענייני חקיקה שהתקיימה ביום 28.12.53 ועסקה בהצעת חוק הירושה. "דיינים יהודים הביעו את הדעה, שכל הצעת החוק פסולה ואין כלל מקום להעיר עליה הערות", פרוטוקול מישיבת ועדת השרים לענייני חקיקה כ"ב בטבת תשי"ד (28.12.53) בתוך תיקי זרח ורהפטיג (חטיבה PA/16) ארכיון הצינונות הדתיות. (המכון לחקר הציונות הדתית, אוניברסיטת בר-אילן).

³³⁸ אברהם ישעיהו קרליץ "גנזים ושאלות ותשובות חזון איש" עמ' סב.

³³⁹ חיים כהן, מתוך זכרון דברים מדיון פומבי על בעיות חוק הירושה שנערך על ידי משרד המשפטים והפקולטה למשפטים של אוניברסיטה העברית בירושלים ביום ו' אדר א' תשי"ד 9.2.1954.

³⁴⁰ חוק הירושה התשכ"ה -1965.

הצדדים.³⁴¹ הסכמת הבנות לדון ע"פ הדין הדתי משמעה הסכמה כי אין להן חלק בירושה. אין פלא אפוא, שבנות נמנעו ממתן הסכמתן לסמכות בית הדין הרבני, והעדיפו לפנות לרשם לענייני ירושה המחלק את העיזבון ע"פ הוראות החוק.

היעדר פתרון הלכתי לבנות במסגרת חלוקת עיזבון בירושה על פי דין היה לעובדה מוגמרת, אך עדיין נותר לבתי הדין מקום נרחב להכרה בזכות הבנות במסגרת קיום צוואות שהעניקו זכויות בירושה לבנות. קיימת פסיקה רחבה שהכשירה צוואות שנערכו בניגוד לכללים ההלכתיים ובהן ציווה המוריש להעניק זכויות לבנותיו. הגם שהפסיקה הרבנית הייתה יכולה לאמץ פסיקות מקלות ולקיים צוואות אלו, אנו מוצאים כי קיומה של החקיקה הישראלית גרם לתוצאה הפוכה.

ארץ ישראל - הכשרת צוואות שנערכו בערכאות

בעת שהיה חשש שענייני הירושה יופקעו מיד הממסד הרבני, היה ניסיון להותיר את ענייני הצוואות בתחומם של בתי הדין הרבניים. אין המדובר בנושא שעלה רק עם כינונה של מדינת ישראל. חששו של הממסד הרבני החל עוד בתקופת המנדט, שכן כבר בשנת 1923 נקבע בחוק כי ניתן לקיים "צוואה אזרחית"³⁴², ולמרות הוראות פקודת הירושה המעניקות לבתי הדין הדתיים סמכות בלעדית בנושא צוואות, בתי המשפט נטו לקבוע כי הוראות דבר המלך אינן חלות על צוואות שנכתבו כצוואה אזרחית, ולכן ניתן לקיימן אצלם³⁴³. כבר אז, הוביל הדבר את הרב הרצוג לדון בהכשרת צוואות אזרחיות על פי המשפט העברי ולמצוא פתרון הלכתי בהדגישו: **"למה אנו טורחים את הטורח הזה, הלא זהו למנוע תעמולה מצד חלק מהציבור לשם ביטול כח הרבנות בצוואות"**³⁴⁴.

המדובר בתהליך מתמשך שהושפע מהמצב המשפטי המשתנה שחל בארץ ישראל. ניתן להדגים את השינוי מפסיקתו של הרב הרצוג בעניין זה. בשנת תשי"ג (1942) דן הרב הרצוג בערעור על פסק דינו של ביה"ד הרבני האזורי תל אביב שפסל צוואת מאבד עצמו לדעת והותיר צוואה ללא קניין כדן. ביה"ד האזורי קבע כי אין זאת צוואת שכיב מרע, והואיל ואין בה קניינים כדן מתנה מחיים היא פסולה. ההרכב ששמע את הערעור בביה"ד הרבני הגדול, וכלל את הרבנים הראשיים - הרב עוזיאל והרב הרצוג וכן את הרב חזקיה שבתאי, דחה ערעור שהוגש על פסק דין זה והותירו על כנו. ביה"ד הרבני הגדול ציין כי אמנם על פי דעתו של המהר"ם ניתן להכשיר צוואות ללא קניין, אך הואיל והמדובר בדעה יחידה, אין לסמוך עליה. **"יש לפנינו מתנת בריא, ומכיון שלא היה שום קניין אין לה תוקף חוקי לפי דיני התורה. אמנם מתשובת מהר"ם ז"ל מרוטנברג (הובאה במרדכי, סוף פרק קמא דבבא מציעא, סימן**

³⁴¹ חוק הירושה, סעי' 155.

³⁴² פקודת הירושה - 1923 סעי' 12.

³⁴³ פסיקה זו השתנתה לקראת סוף תקופת המנדט ראה לעיל ה"ש 267.

³⁴⁴ הרצוג - "תחוקה לישראל", עמ' 145.

רנ"ד; וגם במרדכי בבא בתרא, פ' יש נוחלין, סי' תקצ"א) מוכח שלפי דעתו כל האומר, תנו כך וכך לפלוני לאחר מותי, יש לצואתו זו דין של מצוה מחמת מיתה וזכה הלה בכל בלי שום קניינים (ואפילו אם המוריש היה בריא, ואפילו אם לא כתב מהיום ולאחר מיתה). אבל אם כי דעה זו לא רק דעת יחידאה היא, קשה לסמוך ההחלטה בנידון דידן על היסוד הזה בלבד, מפני שהפוסקים רובם ככולם הכריעו אחרת³⁴⁵.

בדומה לפסיקת בתי הדין הרבניים, גם בתי המשפט האזרחיים שבתחילת תקופת המנדט הבריטי נדרשו בהוראת המחוקק לפרש צוואות ע"פ הדין העברי, לא קיבלו את עמדת המהר"ם. הם ציינו נימוק נוסף השולל את דעת המהר"ם בטענה שאם נקבל עמדה זו, כל צוואה תחשב כצוואה מחמת מיתה ולא יהא צורך כלל בכל התנאים הפורמליים של צוואות.³⁴⁶

פסק הלכה זה ניתן בעוד הייתה סמכות בלעדית לבתי הדין הרבניים לדון בענייני צוואות של יהודים. כאשר היה חשש קרוב לוודאי לשינוי הנראה באופק, מצא הרב הרצוג לנכון לשנות את עמדתו. בשנת תש"ט סמוך להקמת מדינת ישראל, כתב הרב הרצוג הצעת תקנות בדיני ירושה מתוך מטרה להשפיע על החקיקה העתידית הנדונה בכנסת ישראל³⁴⁷, במסגרתן הציע לתקן תקנה הקובעת כי צוואת בריא שנערכה ללא קניין – כשרה. את הנימוק ההלכתי להצעה זו מצא הרב הרצוג בהוראתו של מהר"ם מרוטנבורג הקובע כי צוואת בריא בה מוזכר יום המיתה אינה טעונה קניין, הואיל והדבר נחשב למצווה מחמת מיתה. לעניין העובדה כי המדובר בדעה יחידה שנדחתה על ידי רוב הפוסקים השיב הרב הרצוג כי אין המדובר בהסתמכות על דעה זו, אלא על בית הדין לתקן תקנה המכשירה צוואות מעין אלו. הוא עשה שימוש בדעת המהר"ם לא לצורך הכשרת צוואות נעדרות קניין, אלא על מנת להפחית מאיסור העברת נחלה מיורשים, דבר שיאפשר להתקין תקנה במקום שלא קיים איסור תורני. שכן על פי כללי ההלכה, די בעצם קיומה של פסיקת אחד מגדולי החכמים המאשרת היעדר קניין בצוואות על מנת לאפשר קביעת תקנה, מבלי שהדבר ייחשב עקירת דבר מן התורה. בנוסף העלה נימוקים נוספים להכשיר, מכח אומדנא, מכח מנהג ואף ביקש להסתמך על דינא דמלכותא דינא, הגם שלכאורה אין לו מקום בענייני ירושה³⁴⁸.

³⁴⁵ אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל עמ' כג. אמנם לכאורה הרב הרצוג בספרו התייחס לדעת המהר"ם כאפשרות להכשרת צוואות, אך הוא הקפיד לסייג את דבריו כי הסתמכות על דעת המהר"ם כדעה יחידה היא בניגוד לדעת רוב הפוסקים ולכן הציע להסתמך על דעה זו רק לעניין איסור העברת נחלה. בדומה לדעת הרב הרצוג פסק הרב עוזיאל כי לא ניתן לסמוך על דעת המהר"ם בהיותה דעה יחידה, ראה שו"ת משפטי עוזיאל כרך ד - חושן משפט סימן לה וסימן לו. "קושטא היא שהמרדכי סובר דאפילו כשאמר לפלוני אם ימות כיון שהזכיר בדבריו מיתה הרי כמצוה מחמת מיתה, אבל דבריו היא סברא יחידאה שאין סומכין עליה להלכה"

³⁴⁶ ת.צ. 108/57 צוואת המנוח קיסל פסי"מ טו. וראה שו"ת בית מרדכי (הרב מרדכי פוגלמן, רבה של קרית מוצקין, 1898-1894)) חלק א, סימן פו. המחבר התייחס למקרה זה ופסק להכשיר בנימוק: "דעתם של רוב גדולי הפוסקים הראשונים והאחרונים היא שמתנת בריא שכתוב בה שהוא נותן נכסיו לאחר מותו, כמצוה מחמת מיתה דמיא ואינה צריכה קניין".

³⁴⁷ הרצוג – "תחוקה לישראל", מבוא עמ' 1.

³⁴⁸ ראה הרצוג – "תחוקה לישראל", פרק שמיני, 136-151.

פסיקתו של הרב הרצוג כוללת בתוכה פתרונות דחוקים עד כי הוא מצדד בפוסק יחיד שנדחה בעבר על ידו, תוך שהוא מוסיף לפסיקתו אומדנות בדבר כוונת המצווה שערך צוואתו בניגוד להלכה, הנחות שמטרתן לתקן את המעוות הלכתית ושאינן עולות תמיד בקנה אחד עם המציאות של יהודים חילוניים המנותקים מההלכה. דבר זה מחזק את מסקנתנו כי שינויי התקופה גרמו לרב הרצוג לשנות את דעתו, על מנת לנסות ולשמר את ההגמוניה הרבנית במשפט הישראלי בענייני הצוואות.

אך עלינו לשים לב לסיום דבריו. בשונה מהצעתו לתקן תקנה בכתובה על מנת להשוות בין ירושת הבנים לבנות, בעניין הכשרת צוואות התבטא הרב הרצוג בזהירות. בתחילה ביקש לתקן תקנה המכשירה צוואות אזרחיות נטולות קניין, אך בהמשך דבריו הוא מזכיר את איסור "העברת נחלה" כמונע אפשרות לתקן תקנות בנושא זה וצפה כי הצעה זו תתקל בהתנגדות הרבנים. לכן סיכם את דבריו "אם סוף סוף לא יסכימו החברים, עכ"פ תהא זו תקנתנו להקל על מסדרי צוואות, על ידי פרסום חוברת ערוכה בידי מומחים בהלכות נחלות, שתכלול בצורה יפה, ברורה ובהירה כל עיקרי דיני מתנות בריא ... ולהעמיד בראש החוברת התוכן של חו"מ סימן רפ"ב, בנוגע להעברת נחלה."³⁴⁹

בניגוד להשערתו של הרב הרצוג כי הסיבה לדחיית צוואות שנערכו שלא כהלכה תהא בשל איסור "העברת נחלה", הפוסקים שבאו אחריו כלל לא העלו נימוק זה, אלא ציינו דווקא את הרצון לזהות ישראלית, יהודית, ייחודית, הנבדלת ממנהגים חיצוניים כנימוק מכריע לאסור צוואות אלו. ניתן בזהירות לומר שגם הרב הרצוג ידע שהשיקולים לדחות את הצעותיו לא יהיו על בסיס הלכתי אלא ממניעים של התבדלות וריחוק מחקיקת הכנסת, וכך כתב בתחילת הקונטרס שערך בעניין הצעת תקנות בירושה: "אני התויתי את הגבולות הכי רחוקים, הכי קיצוניים של אפשרות התקנות והייתה רשות בידי הרבנות לקבל הכל או לקבל פחות ממה שהצעתי, או לדחות הכל. הדבר לא בא לידי הצבעה, אבל ניכר היה שרוב הרבנים שליט"א החברים לא היתה דעתם נוטה לתקן שום תקנה."³⁵⁰

מדבריהם של הרבנים המתנגדים, אנו נוכחים לדעת כי עובדה שקמה מדינה יהודית עצמאית השפיעה על פסיקתם ההלכתית³⁵¹. בעוד שבתחילת דרכה של המדינה, הייתה נכונות לקבל את המנהג להכשיר צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם מכת המנהג שהיה קיים גם בארץ ישראל, בתקופה מאוחרת הלך ונשחק מנהג זה מתוך רצון לקבע דפוסי התנהגות חדשים שיהיו נבדלים בהידמות לערכאות בעלות חקיקה יהודית חילונית.³⁵²

³⁴⁹ ההבדל בין תקנת הבנות שם לא נמנע הרב הרצוג מלהציע תקנות, לבין תקנת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם נעוץ בהיקף ובמטרה. בעוד תקנת בנות נוגעת רק לבני המשפחה ויש בה מימד של צדק עם הבנות, הכשרת צוואות בערכאות של עכו"ם אינה מסייגת את תוכן הצוואה ולכן קיים חשש של העברת נחלה מהיררשים ע"פ דין.

³⁵⁰ הרצוג – "תחוקה לישראל", עמ' 1.

³⁵¹ לעניין התנגדות הרבנים להצעותיו של הרב הרצוג, בשל הרצון לחוקק את משפטי התורה בארץ ישראל המונהגת תחת שלטון יהודי, ראה משה הרשקוביץ, **הרב הרצוג כמשפטן**, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר – אילן, תשע"ד. 288-291.

³⁵² ראה מסקנה דומה ביחס לעמדתו של הרב עובדיה יוסף, שהיה נכון לתקן תקנות בעניין ירושת הבת אצל יהודי אירן. (ראה לעיל עמ' 59 ואילך, סקירה בעניין יהודי אירן ועמדת הרב עובדיה יוסף). אך נמנע מלהזכיר אפשרות זו בארץ

כך אנו מוצאים בתחילת ימיה של המדינה את דברי הרב עדס שהיה דיין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים בין השנים 1956-1963, "גם בארץ ישראל נהגו לעשות צוואות בערכאות ובנוסח הערכאות ומאשרים אותם בנוטריון וכן נהגו כאן כמו באירופה ולכן יש לאשר צוואה דנידון דיין"³⁵³.

מול גישה זו אנו מוצאים את דברי הרב משאש שהיה הרב הראשי לירושלים, כי אמנם מנהג זה לכתוב שטרות צוואה אצל הנוטריון קיים בכל הארצות ואפילו בארץ ישראל, אך מדגיש כי דבריו נכונים רק למקום בו אין סמכות לסופרי ישראל לכתוב צוואות. "ומזה תקיש לנידון דיין דמנהג זה לעשות שטרות אצל הנוטריון הוא מנהג קדום וידוע ומפורסם ונהג כמעט בכל הארצות ובכל גבולי ישראל ואפילו בא"י, פרט לארץ הלזו מרוקו בקצת שטרות שנשארו תחת סופרי ישראל ע"פ הממשלה והם שטרי הרשאות וצוואות ש"מ [שכיב מרע] ... המורם מכל האמור ... דשטרות אלו הנעשים בערכאות של גויים במקום שאין סופרים ישראלים הם כשרים ודין על פיהם"³⁵⁴.

בדרך זו פסק הרב זעפרני. בתשובה לשאלה האם ניתן להכשיר בארץ ישראל צוואות שנערכו שלא כהלכה מכח המנהג לקיים צוואות שנערכו בערכאות, השיב כי יש לקבל את המנהג במקום בו המלכות מקיימת רק צוואות הערוכות על פי דין המלכות ושוללת צוואות שנערכו על פי ההלכה. אך בארץ ישראל שהשלטון מכיר בצוואות הנערכות ע"פ ההלכה, אין לקיים המנהג.³⁵⁵ הוא מאזכר פוסקים המחמירים בדין צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם וקובעים כי אין לצוואות אלו תוקף הלכתי מכח המנהג לבדו, אלא יש צורך בתקנת בי"ד להכשירן. בכך רמז כי גם אם לא יכיר השלטון היהודי בארץ ישראל, בצוואות הערוכות ע"פ דין תורה והאפשרות היחידה תהא רק לערוך אותן כדין הערכאות, לא תשתנה התוצאה ההלכתית. תימוכין הוא מוצא בדברי הרב וייס (ראב"ד העדה חרדית ירושלים) בתשובתו לרב שלזינגר מלונדון, הקובע כי גם אם בעלי הבתים באנגליה נוהגים לכתוב צוואות בערכאות אין לקבל את מנהגם.³⁵⁶

פוסקי ההלכה בארץ ישראל גם שללו אפשרות להתבסס על גמירות דעתו של המצווה, הנלמדת מקיומו של המנהג לקיים צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, ולהכשיר אותן מכח דין "מצווה לקיים דברי המת". כדוגמא, נציין את דברי הרב אלישיב שקיבל את דברי הרב חיים עוזר הקובע בדין "מצווה

ישראל. זאת על מנת להבדיל בין תפיסתו הערכית של המשפט החילוני בישראל לבין הפסיקה ההלכתית. אצל אריאל פיקאר, "משנתו של הרב עובדיה יוסף בעידן של תמורות: חקר ההלכה וביקורת התרבות" הוצאת אוניברסיטת בר אילן, תשס"ז. עמוד 179-181. "נדמה לי שהסיבה לחוסר העניין של הרב יוסף בתקנה בדיני ירושות נובעת מעמדתו הנוקשה באשר למשפט הישראלי. השוואת זכויותיה של הבת בענייני ירושה היא עבורו מעין כניעה להשקפת העולם המודרנית ולתפיסתם הערכית של בתי המשפט בישראל. כדי לבטא את ייחודה ונבדלותה של הפסיקה ההלכתית"

³⁵³ שו"ת חדות יעקב (הרב יעקב עדס מאה 20) חלק חושן משפט סימן כד.

³⁵⁴ שו"ת תבואות שמש חלק חו"מ סימן לד.

³⁵⁵ הרב שלמה זעפרני, "משפט שלמה", חלק רביעי, חו"מ, עמ' קע, ירושלים תש"ס.

³⁵⁶ שו"ת מנחת יצחק סימן קסה.

לקיים דברי המת" כי דרישת ההשלשה נועדה לצורך הוכחת גמירות דעת³⁵⁷. לפי פסיקה זו, לא צריך להיות הבדל הלכתי במקרה בו גמירות הדעת מוכחת מקיומו של מעשה השלשה, לבין הוכחתה מקיומו של מנהג לקיים צוואות בערכאות של עכו"ם. יחד עם זאת, הלכה למעשה, הרב אלישיב נמנע מלהכשיר צוואות בארץ ישראל בנימוק של "מצווה לקיים דברי המת" וקובע כי בארץ ישראל יש לפנות לדייני ישראל ולא לערכאות. לשיטתו, בארץ ישראל לא יכולה להיות מציאות של מנהג לקיים צוואות בערכאות של עכו"ם, ובוודאי שאין ללמוד מכך על אמדן דעת המצווה. בהתבסס על דברי הרב אלישיב, קבע הרב שלמה זעפרני שיש הבדל בפסיקה ההלכתית הנוגעת לצוואות, בין הפסיקה בחו"ל לבין הפסיקה בארץ ישראל. ההקלות ההלכתיות הנוהגות בחו"ל אינן תקפות בארץ ישראל ואין מקום להסתמך על מנהגים המבוססים על ערכאות של עכו"ם. **"מסקנא דדינא בצוואות הנהוגות ע"פ ערכותיהם אף במקום שנהגו בהם אין אתנו יכולת למחות בידיהם מאחר שכבר סמכו ע"פ גדולי עולם (כנ"ל) וכתבו עליהם אם אינם נביאים בני נביאים הם. מכל מקום הכא בארץ הקודש אתרא דמרן השו"ע אין לנו אלא דין התורה הקדושה בפרטיה ודקדוקיה וכבר הראנו בדברינו שיש מקום עיון בתוקפם של ערכאות אלה ולכך אם יוכשר בעיני גדולי דורינו אין לנו להישען אלא על שטרות הנעשות בידי דייני ישראל ולהם הכח והזכות להעמיד תורה על תילה."**³⁵⁸

פוסקים אחרים ביטלו את הפסיקה המקלה שהסתמכה על המנהג לקיים צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם, בקובעם כי דברי הפוסקים המקלים נאמרו רק בדיעבד ולא לכתחילה כפי שכתב הרב בלויא **"ובקונטרס הצוואה מדודי הגר"א שלזינגר דחה דברי חשב האפוד שהסתמך על דברי האחייעזר, ודעתו שלא כתב האחייעזר סברא זו אלא לסניף בעלמא... ועוד נראה דאף אם נאמר כסברת האחייעזר, היינו דוקא לאחר מעשה, שכבר נמסרה הצוואה לערכאות, אבל לכו"ע יש איסור לכתחילה למסור הצוואה לאישור הערכאות..."**³⁵⁹

גישות אלו חלחלו לבתי הדין הפרטיים והממלכתיים עד כי כיום לא ניתן לומר שקיים בהם נוהג אחיד. בית הדין הפרטי לממונות בירושלים, דן בשאלת תוקפה של צוואה שנערכה בערכאות. במסגרת פסק הדין נדונה רק האפשרות להכשיר מטעם מצווה לקיים דברי המת, ולא צוינה כלל האפשרות להכשיר צוואות אלו מכח מנהג לקיים צוואות בערכאות של עכו"ם³⁶⁰. הרב דומב שהיה אב"ד בבית הדין הרבני האזורי תל אביב כותב בפסק דין בענייני צוואה: **"שהמנהג פשוט בבתי הדין שאין מקבלים צוואה שאינה על פי דין אף שבבתי המשפט יקיימו הצוואה ומעשים בכל יום שמגיעים לפני ביה"ד צוואות**

³⁵⁷ דברי הרב אלישיב הובאו על ידי הרב שלמה זעפרני, "צוואה שנערכה בערכאות", מוריה שנה עשרים, גליון י"ב (רלח-רמ), עמוד קכב, טבת תשנ"ו.

³⁵⁸ הרב שלמה זעפרני, "צוואה שנערכה בערכאות".

³⁵⁹ יעקב ישעיה בלויא, "פתחי חושן", הלכות ירושה, פרק ד' הערה פ"ה.

³⁶⁰ לוי, אברהם דב (עורך), פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין, י, עמוד שמו. המועצה הדתית, ירושלים, תשנ"ג-תשס"ט.

שאינם עפ"י הדין וביה"ד אינו מקיים הצוואה.³⁶¹ גם הרב יצחק אלמליח שמכהן כיום בביה"ד הרבני הגדול, ציין בפסק דין המתייחס למקרה בו התבקש קיום צוואה שנערכה ללא קניין: "שהצוואה בתוקף דווקא שנמסרה לקיום בערכאות, אבל מה שהיא ראויה לקיום שם אינה בתוקף, כל זמן שלא נעשה קניין כדין תורה".³⁶²

אין הדברים מוחלטים, שכן לעומת גישה זו אנו מוצאים דיינים אחרים שצודדו בקיומו של המנהג. הרב דיכובסקי שכבר פרש מכס הדיינות מציין כי מנהג בתי הדין לפסוק לפי צוואות שאינן כשרות הלכתית. לדבריו מתוך אלפי תיקי ירושה בהם דן, מעולם לא היה תיק אחד בו פעל בניגוד לדין האזרחי.³⁶³ דברים דומים אמר הרב שאנן (אב"ד בבית הדין הרבני תל אביב) כי ניתן להכשיר מכח המנהג, צוואות שנערכו באמצעות עורך דין ללא דרישות ההלכה.

חוסר הבהירות ביחס לפסיקת בתי הדין הרבניים בארץ ישראל, הביא דיינים אחרים למסקנה כי עלינו להמתין ולבדוק את המציאות. ככל שיתברר כי בתי הדין נוהגים בפועל לקיים צוואות אלו יש ליתן להם תוקף הלכתי.³⁶⁴

בנוסף, החל מחקיקת חוק הירושה בשנת 1965, נפגמה האפשרות להסתמך על דינא דמלכותא ועל אמדן דעת המוריש לצורך הכשרת צוואות אלו. הוראת סעיף 155 לחוק הירושה קבעו את הסמכות לבית הדין הדתי וסמכות לפסוק על פי הדין הדתי.³⁶⁵

חקיקה זו קבעה כי "דינא דמלכותא" מכיר בצוואה "דתית" ובהלכות המשפט העברי. שאלת תוקפה של הצוואה תלוי מעתה רק ברצון היורשים לקבל על עצמם סמכות בית הדין הרבני והוראות המשפט העברי. בתי הדין השתמשו בנימוק זה לצורך דחיית הטענה להכשיר צוואות שנערכו אצל נוטריון או אצל ערכאות בניגוד להלכה. "מה שאין כן במדינתנו שהממשלה נתנה רשות לביה"ד לערוך ולאשר או לפסול צוואות והדבר תלוי רק בידי הצדדים המעוניינים היכן משתלם להם להביא צוואה לקיום לביה"ד או לביה"מ"ש. הטענה לזכות מדאורייתא במה שאינו זוכה מדין תורה מכח "דינא דמלכותא" בנידון דידן אינה מתקבלת כמו שכתב הרא"ש דהאידינא ליכא דינא דמלכותא שיהו כל שטרי הצוואה

³⁶¹ הרב דוב דומב, פסק דין בעניין צוואה, "זכור לאברהם" (חולון) תש"ס-תשס"א. תשג, תשז.

³⁶² הרב יצחק אלמליח, שו"ת "אמרי משפט", חלק שני, סימן כז.

³⁶³ הרב שלמה דיכובסקי, "דינא דמלכותא ודין תורה" ("הלכת השיתוף" בראי ההלכה), תורה שבעל פה, כרך לט עמ' סד. הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ח.

³⁶⁴ הרב יצחק פנחס, שו"ת "ויזרע יצחק" ח"א חו"מ סימן ט. בני ברק תשס"ג.

³⁶⁵ חוק הירושה תשכ"ה – 1965.

155 (א) על אף האמור בסעיפים 66(א) ו-151 מוסמך בית הדין הדתי שהיה לו שיפוט בעניני המעמד האישי של המוריש, לתת צו ירושה וצו קיום צוואה.

(ג) בענין שהובא בפני בית דין דתי בהתאם לסעיף קטן (א) מוסמך בית הדין הדתי, על אף האמור בסעיף 148, לנהוג לפי הדין הדתי הנהוג בו.

נעשין דווקא בערכאות אלא אדרבא הממשלה הסמיכה גם ביה"ד לעשותם, והכל תלוי רק ברצון המעוניין המחזר אחד הערכאה המזכה אותו³⁶⁶.

זאת ועוד, חוק הירושה פגם באפשרות להסתמך על דעת המוריש בדרך של אומדנא. בעוד שבפקודת הירושה נכתב בסעיף ההגדרות כי צוואה "פירושה הצהרה חוקית בכתב שבה מגלה המצווה את רצונו כדת מה לעשות ברכושו לאחר מותו", בחוק הירושה לא נכתבה כל הגדרה. השמטת הדרישה כי הצוואה תתייחס מפורשות לחלוקת רכוש לאחר המוות יצרה חלל, אותו מילאה פסיקת בית משפט העליון שהכניס תחת כנפי המושג "צוואה" גם את הצוואה ההלכתית, הגם שהיא מנוסחת כמתנה מחיים.

"הן מתנת בריא ('מעטה ושעה לפני מותי או לאחר מותי') הן מתנת שכיב מרע הנערכות על פי ההלכה היהודית, הן צוואות לפי חוק הירושה ולא מתנות לפי חוק המתנה. כלומר, הוראות חוק הירושה בעניין צוואות חלות במישרין על "מתנות" אלה ... במלים אחרות: מאחר שעל פי ההלכה היהודית, דרך המתנה היא הדרך החוקית היחידה לחלוקת העיזבון שלא על פי כללי הירושה שבדין תורה, יש לתפוס את מהות העסקה הזאת כצוואה אמיתית במובן חוק הירושה האזרחי. לפי גישה זו, מה שנדרש מיהודי שומר תורה ומצוות החפץ להסדיר את ענייני ירושתו על פי כל דקדוקי ההלכה, הוא להקפיד על כללי הדין האזרחי הנוגעים לצוואות. כללים אלה הם ליברליים, ואין למצוא בהם שום פגיעה בחירותו של יהודי לנהוג על פי דין תורה. הפרקטיקה מצאה ומציעה נוסחאות מוכנות, היוצאות ידי חובת שתי המערכות הנורמטיביות."³⁶⁷

קיומה של אפשרות להכיר בצוואה "דתית" גם בבתי המשפט, בשילוב העובדה שהמדובר באדם שומר תורה ומצוות אשר הייתה לו האפשרות לערוך צוואה הלכתית, אך בכל אופן בחר לערוך אותה בניגוד להלכה, הביאה למסקנה אפשרית כי כנראה לא גמר בדעתו להעניק ליורשים את שכתב. במצב דברים זה אנו יכולים להניח שאדם "אינו משים עצמו רשע" ולכן האומדנא היא שלא גמר בדעתו לבצע קניין וצוואה זו פסולה.

למסקנה דומה הגיע הרב פיינשטיין שכאמור לעיל, הכשיר צוואות שנערכו בערכאות מכח אמדן דעת של המצווה, אך חזר בו מפסיקתו הגורפת. בפסיקה מאוחרת סייג את דבריו ביחס לאמדן הדעת במקום בו המצווה הוא שומר תורה ומצוות וקיימת ברירת הדין. "והנה כל הנ"ל כתב רק ליישב המנהג שנהגו בארצות הברית לפני שנים ואז כמעט ברור שהמקבל יילך לערכאות לתבוע מה שהובטח לו על

³⁶⁶ הרב שלמה ילזו, שו"ת "אשר לשלמה" חלק א אבן העזר, סימן יא, דפוס אורלי פרידמן תשמ"ה. וכן כתב הרב שלמה זעפרני "צוואה שנערכה בפני ערכאות של גויים", "דברי משפט" מאסף תורני בענייני אבן העזר וחושן משפט, חלק ח, הוצאת מכון "דברי משפט" תל אביב, תש"ס. רפט-רצט, רצד. "ועל פי זה במקומותינו, דליכא הורמנא דמלכא וליכא קפידא שיעשה בדוקא על פי שטרותיהן, ואף שטרות הנעשות ע"פ דין תוה"ק מקויימות על ידן, דין הוא שאם עשה בעש"ג ואפילו בלשון מתנה מידי ספיקא לא נפקא ומוקמינן ליורשים אחזקתן."

³⁶⁷ דברי כ"י השופט אנגלרד בע"א 2555/98 הרב אליהו אברג'ל נ' עזבון המנוח משה בן יאיר ז"ל, פ"ד (ג) 673.

בהצוואה, שם שייך לדון דבמה שעשה צוואה כזו גמר ומקנה לו. וגם בכהאי גוונא הוא חידוש גדול אבל

במקום שבו המקבל הוא שומר תורה ומצוות לא שייך כל הנ"ל זה פשוט³⁶⁸

דווקא שילוב הוראות המעניקות סמכות והכרה חוקית לפסיקה הדתית, גרמה להדרת החקיקה הישראלית כגורם משפיע הלכתית. ברירת הדין וברירת הסמכות מנעה אפשרות המעוגנת בהלכה להכשיר צוואות מכח אומדן דעת המצווה כפי שהיה מקובל ונהוג בחו"ל, בכך נפגע למעשה מצבם של יהודים החיים בארץ ישראל מיהודי הגולה מבחינת האפשרות להכיר בצוואות שאינן ערוכות כהלכה. אך לא רק בנושא זה הורע מצבם של יהודי ארץ ישראל לאור החקיקה הישראלית. נפגעה גם ההכרה ההלכתית בזכותן של בנות לקבל חלקן בירושת האב במקום בו לא נכתבה צוואה.

כחלק מהפתרונות העקיפים שיאפשרו לבנות לקבל חלק בירושה קבעו הפוסקים כי בנות יכולות לדרוש חלק בירושה בתמורה לחתימתן על ויתור החלק המגיע להן מדין הערכאות. בספרות השו"ת העניפה בדורות האחרונים עד לימינו אנו מוצאים התייחסות מרובה לשאלה, האם בנות יכולות לדרוש פיצוי כספי בגין חתימתן בערכאות על ויתור ירושתן המגיע להן ע"פ החוק הכללי. אין המדובר בהתלבטות חדשה למשפט העברי. אנו מוצאים התייחסות לשאלה זו כבר במאה ה-16, במחלוקתם של מהר"י באסן והמהר"י ט³⁶⁹. מרבית הפוסקים סוברים כי לאור העובדה שהחוק הכללי מעניק לבנות זכויות בירושת אביהן, והואיל ונדרשת חתימתן על הסכמה אשר משמעה ויתור על חלקן, יכולות הן לדרוש שכר בעד חתימתן. האחרונים הסבירו את ההיתר לבנות לדרוש דמי חתימה מטעם של "זילותא"³⁷⁰. הבת יכולה לטעון כי הצורך למכור או להעביר את החלק שקיבלה מאת הערכאות גורם לה בושה³⁷¹ ועל כך יש לפצותה.³⁷²

מה גובה השכר שיינתן להן? על כך חלוקות הדעות. ישנם הסוברים כי חלקן יהא עד לסך מקסימלי של עישור הנכסים³⁷³ ויש הסוברים כי בנסיבות מסוימות הוא יכול להגיע אף לחלק שווה לבנים.³⁷⁴ ויש הסוברים כי יכולות לדרוש חלק שווה ככל והמדובר בצוואה התקפה בערכאות.

³⁶⁸ הרב יחיאל טויבער, "שטר צוואה הנערך אצל עורך דין, האם ישלו תוקף על פי דין", **מקבציאל** ב חברת אהבת שלום, עמ' 62 - 54.

³⁶⁹ דבריהם הובאו בשו"ת "רב פעלים" חחו"מ ח"ב סימן ט"ו. ופסק שם לפשר בין הצדדים וליתן לבנות סך של 10% מהעיוון.

³⁷⁰ מקור דין "זילותא" הוא בבלי, בבא קמא קב, ע"ב. "הלוקח שדה בשם ריש גלותא - אין כופין אותו ריש גלותא למכור ... על מנת - כופין אותו ריש גלותא למכור, אמאי? ולימא ריש גלותא: לא יקרייכו בעינא, ולא זילותייכו בעינא! (פרש"י - שאתם באים לעשות אותי למוכר שדות) ... אמר מר: הלוקח שדה בשם חבירו - אין כופין את המוכר למכור זימנא אחריתי". וכן נפסק להלכה בשולחן ערוך, חושן משפט קפד, סעיף ב.

³⁷¹ הבושה היא מטעם שציין רש"י: "שעשאוה כמוכרת שדות" (ראה לעיל ה"ש 356), או מטעם שהוחזקה בעיר כבעלת נכסים במות אביה וכעת עליה למכור (שו"ת פני משה ח"ב סי' פא).

³⁷² החולקים על דעה זו, קבעו כי הבת חייבת לחתום חניס מדין "השבת אבדה" (מהר"י ט), מדין "גזול" (שו"ת מהרי"א ענגל סימן כח) מדין "כופין על מידת סדום" (שו"ת "נחלת צבי" חו"מ סימן רעו).

³⁷³ שו"ת ציץ אליעזר חלק טז, סימן נב: "... והכרעת הפוסקים בזה כשיטת מהר"י באסן שהבנות יכולות לדרוש שכר חתימה וכך פשט מנהגא ... הרי לנו שהגר"ח פלאגי ז"ל לא רק שנתן היתר לדרוש שכר חתימה, אלא הטיל חובה שלא לזו. ולא לבטל דבר זה מכח תקנה שתיקנו זאת חכמי דורו, וגם נקב בסכום שתקנו לתת עבור כך לבנות, שהוא עשרה למאה מסכום הירושה ... וכמו"כ הכרעת הגאון שו"מ ז"ל דאזיל בשיטת מהר"י בסאן ז"ל שהדין דין אמת דאין חיוב לתת חתימה בחנם, ואשר נמצינו למדין מדבריו שיש עוד גדולים ברבני אשכנז דקיימי בסברא זו של מהר"י בסאן, זאת הלכה העלה שיכולות הבנות לסרב לחתום עד שיפייסום בדמים וסך הפיוס הוא לפי ראות עיניהם של הבי"ד שבעירם".

כיום לאור ברירת הדין, חתימתן של הבנות בבית הדין הרבני אינה חתימה בערכאות על ויתור, אלא חתימה על הסכמה לדון בדין תורה, דבר שאין בו זילותא וייתכן כי גם אינו מצדיק דרישה לקבלת שכר הואיל וזה אינו ויתור אלא הסכמה מחוייבת לדון בדין תורה. נכון הוא כי עצם הסכמתן לקבל על עצמן את דין תורה יוביל בהכרח לשלילת זכותן לקבל חלק בירושה, אך אין הדבר דומה למציאות שנהגה בזמנו של מהר"י באסן. שם, הבנות קיבלו בפועל את חלקן בירושה מכח דין הערכאות ועל מנת להעביר את הרכוש לבנים נדרשה העברה של הרכוש מהבנות לבנים בדרך של עריכת שטר מתנה או שטר מכר. הערכאות כלל לא הכירו בחקיקה הדתית כמחייבת. מבחינתם ולא היה ניתן להוציא צו ירושה שאינו מכיל את שמות צאצאי המנוח - בנים ובנות.

במדינת ישראל, הסכמה לדון בענייני ירושה על פי הדין הדתי מעניקה לביה"ד הרבני סמכות מחייבת בדין האזרחי. ביה"ד רשאי להוציא צו ירושה ללא בנותיו של המנוח. צו ירושה זה מהווה מסמך רשמי מחייב. דברים דומים נאמרו על ידי הרב רוזנבוים שהעלה ספקות בזכות הבנות כיום לדרוש את חלקן מכח פסיקת מהר"י באסן. **"שטר ויתור וסילוק על חלק ירושתה הנקרא צעסא, והוא כהשטר הנהג כהיום בערכאות ... בפשטות אין בו החששות דזילותא של שטר מכירה ומתנה ואולי גם הר"י באסן יודה בזמן הזה ואולי בשעתו קיבלו הערכאות רק שטר מכירה וכדאתרא דהרב פעלים.**"³⁷⁵

עמדה זו מצטרפת לעמדתם הנחרצת של בתי הדין הרבניים ששללו את האפשרות לסמוך על השיטות הקובעות כי בנות יכולות לבקש שכר חתימה בירושה.

מפסיקה רבנית שמצאנו בשנות ה - 70 הייתה מקובלת הגישה שאין לבנות לדרוש שכר חתימה וקובעת כי רוב האחרונים סוברים כך, אך יחד עם זאת נזהרו בתי הדין לפשר בין הצדדים ולקבוע רף נמוך יותר לפיצוי הבנות מתוך התחשבות מסוימת בטענה זו של הזכות לקבל שכר חתימה.

"...ניווכח שהרבה מגדולי האחרונים נוטים לומר שחייבת הבת לחתום בחנם, מלבד אשר גם מסתבר טעמייהו דיש בזה משום השבת אבידה ומשום כופין על מדת סדום ... היוצא מדברינו לנידוננו דסברא זו שרצינו לומר דכיון דלפי דברי הבת יש לה חלק בירושה, שוב אינה חייבת לחתום על הויתור, סברא זו אין לה על מה לסמוך ... כיון שיש פוסקים שגם בלי כל תביעה מצד הבת יכולה לדרוש שכר טרחת

וראה גם שו"ת רב פעלים חלק ב - חושן משפט סימן טו.
³⁷⁴ הרב בלויא, **"פתחי חושן"**, חלק ירושה, פרק ד, עמ' ט. **"מדברי רוב הפוסקים נראה שאין לזה שיעור, אלא הבי"ד מפשרים בניהם כפי ראות עיני הדיינים, ואפשר שרשאים הדיינים להתחשב בפשרה זו גם בצדדים אחרים, כגון אם היא ענייה או עשירה וכיוצא בזה"**. ככל והמדובר בזכות המגיעה לבת מכח צוואה שנערכה בערכאות ואינה תקפה על פי ההלכה, כתב בשו"ת **"חשב האפוד"** חלק שני סימן קו, כי הבת זכאית שלא לחתום כלל ולקבל את מלוא חלקה הקבוע בצוואה.

³⁷⁵ פנחס רוזנבוים, **"בדין עיכוב חתימת הבנות על ויתור חלקן בירושת ערכאות"**, **קובץ בית אהרון וישראל** סו, שנה יא גליון ו, אב - אלול (תשנו), עמ' ע-פא.

חתימתה כדי עשרה למאה, לכן מכח פשרה אנו פוסקים שתמורת חתימת הבת על ויתור חלקה לטובת הבן יינתן לה המגרש שבעיר ה'.³⁷⁶

לקראת שנות התשעים כבר מצאנו פסקי דין הקובעים בצורה נחרצת יותר כי הבקשה לקבל שכר חתימה מכח החוק הישראלי, נחשבת "גזל". "באשר לנדון שבפנינו, הבנות ובעליהם בפעולתם בבית דין צדק שז"מ, לפגוע ולעכב זכויות כספיות של היורשים ע"פ דין תורה, ובשימוש שעושים בחוק האזרחי המנוגד לדין תורה שנותן לבנות כח לחתימתם והסכמתם בקביעת הבעלים בירושה עוברים על האמור בשולחן ערוך"³⁷⁷

לאור מגמה זו של פסיקה קיצונית השואפת להתאמה לדין המקראי, חוזרת המלצת הפוסקים הקובעת כי האפשרות הבלעדית המאפשרת לבנות לקבל חלקן בירושה הוא כתיבת צוואה, דבר התלוי ברצון ההורה ולא באמצעות הסתמכות על חקיקה הלכתית או פסיקה רבנית.³⁷⁸ כך נותרו הבנות תלויות ברצון האב ואיבדו כל מעמד הלכתי של זכות לירושה מכח הדין.

³⁷⁶ פסקי דין רבניים חלק ט עמוד 131.

³⁷⁷ אברהם ח. שרמן (אבי"ד תל אביב) "חיוב הבת לחתום על ויתור ירושה", "דברי משפט" מאסף תורני בענייני אבן העזר וחושן משפט, חלק ח, הוצאת מכון "דברי משפט" תל אביב, תש"ס שמה-שנו, שמו.

³⁷⁸ מתתיהו שוורץ "משפט הצוואה" חלק א פרק ח.

סיכום

דיני ירושת הבת ביישוב היהודי בארץ ישראל נפרשים על פני שלוש תקופות שלטון. בכל תקופה הייתה חקיקה שונה שהשפיעה היקף הדין הדתי בענייני ירושות וצוואות, כאשר נקודת המוצא של החקיקה האזרחית, והשוותה בין בנים לבנות בדיני הירושה. ההבדל היה רק באפשרות המוריש לצוות את רכושו בניגוד להסדר שקבע המחוקק ובדין החל על צוואה זו. בתקופת השלטון הטורקי (המגילה) שהסתיים בשנת 1917 הייתה קיימת חלוקה בסוגי הנכסים לעניין דיני הירושה. מקרקעין מסוג מירי חולקו באופן שוויוני בין בנים לבנות ולא היה ניתן לשנות חלוקה זו באמצעות צוואה, מקרקעין מסוג מולק היו ניתנים לחלוקה במסגרת צוואה אך לא יותר מ- 2/3 מסך הנכסים. הדין הדתי וסמכות בתי הדין הרבניים בענייני ירושה יחדו רק בכל הנוגע לצוואות ולא על ירושה מכח הדין. השלטון האנגלי, במסגרת חקיקת פקודת הירושה בשנת 1923, הותיר את החקיקה העותומאנית על כנה ככל שהדבר התייחס לעדה היהודית ומבחינת סמכות בתי הדין הרבניים והדין הדתי לא חל כל שינוי, הוא נותר רק לעניין צוואות ולמקרקעין מסוג "מולק" בלבד. לאור חקיקה זו, בניגוד לעמדת ההלכה, בתי הדין הרבניים הוציאו תחת ידם פסקים הקובעים חלוקת ירושה במקרקעי "מירי" באופן שווה בין בנים לבנות. שינוי מצאנו החל מהקמת מדינת ישראל. סמוך לאחר קום המדינה, בשנת 1951, חוקקה הכנסת את חוק שווי זכויות האישה אשר ביטל את סמכות בתי הדין הרבניים ואת החלת הדין הדתי בענייני ירושה וצוואות. מטרת המחוקק הישראלי הייתה לקבוע שוויון זכויות מלא בין נשים לגברים וביטול ההגבלות המצויות בדין הדתי על ירושת נשים. מגמה זו המשיכה בעת חקיקת חוק הירושה בשנת 1965. עובר לחקיקת החוקים האזרחיים התנהל פולמוס חריף בתוך הממסד הדתי ובינו לבין הממסד החילוני. הרבנים הראשיים דאז, הרב הרצוג והרב עוזיאל הציעו כל אחד בנפרד, הצעות לתקנות במשפט העברי. הרב הרצוג הציע לתקן תקנה הלכתית שתחייב זוגות הנישאים להוסיף בכתובה סעיף, ולפיו הצדדים מתחייבים כי צאצאיהם – בנים ובנות, יירשו את רכושם בחלקים שווים. הרב עוזיאל התנגד לתקנה זו, כחקיקה הלכתית אלא כהמלצה או כהצעה מטעם הרבנות הראשית לעומדים להינשא, לכתוב צוואה המעניקה זכויות שוות לבנות.

הצעות אלו זכו להתנגדות עזה מצד כלל הרבנים, בטענה כי אין אפשרות להיענות לדרישות המחוקק החילוני להשוות את דין הבנות בענייני ירושה והם התנגדו אף להציע הצעות לזוגות הנישאים מחשש כי הדבר ייחשב בציבור כהוראה מחייבת. היה זה מאבק עקרוני בין הגישות. המחוקק החילוני רצה להסיר את ההלכה היהודית מספר החוקים החדש של מדינת ישראל, בטענה הוראות ההלכה מיושנות ואינן מתאימות לנורמות החדשות של שוויון בין המינים. מנגד, הרבנים לא יכלו להציע אפשרות של שוויון נורמטיבי בשל הגבלות הדין המקראי על מתן זכות ירושה לבנות, אלא רק להציע פתרונות שיגרמו

לשוויון מעשי בחלוקת העיזבון. הדבר הוביל לחקיקת חוק הירושה בשנת 1965 ולפיו נשללה מבתי הדין הרבניים הסמכות לדון ולהחיל את הדין הדתי בדיני הירושה.

בהיעדר כל יכולת לגשר בין הפערים והבדלי הגישות בעניין ירושת הבנות, כאשר התברר שאין כל סיכוי למצוא מכנה משותף שיוביל לחקיקה מקובלת הן בצד האזרחי והן בצד ההלכתי, חלה נסיגה בפסיקה הרבנית. בעוד שבעבר הייתה נכונות ופתיחות לאמץ פסיקות מקלות המקנות זכויות לנשים בעיזבונות, אנו עדים למגמה של הקצנה בדין הדתי, הקצנה שהתבטאה בחזרה אל דין תורה. העובדה שקיים חוק יהודי חילוני רק העצימה פסיקה רבנית זו שביקשה להתבדל וליצור חיץ בינה לבין החוק האזרחי. באופן דומה אנו מוצאים שינוי לרעה גם בדיני צוואות, אשר בהם הייתה פתיחות מרובה יותר מאשר בדיני הירושה על פי דין. שלא כמו בירושה על פי דין, בצוואות נקט המשפט העברי בפסיקה מקלה שהייתה נהוגה מאות בשנים. במסגרת זו נקבעה גמישות והכרה בדין האזרחי על מנת ליתן תוקף ל"צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם". הפוסקים לא הסכימו להגדיר את החקיקה היהודית אזרחית כערכאות של עכו"ם ובכך להכשיר צוואות שנערכו על פי הדין האזרחי הישראלי. הנימוק לגישה זו היה ראשית העובדה כי מחוקק ישראלי חילוני אינו עכו"ם. שנית, בארץ ישראל קיים ממסד רבני שיש לפעולותיו תוקף חוקי אזרחי בהסכמת הצדדים. צד שאינו מסכים לשיפוט רבני ולהחלת הדין הדתי אינו יכול ליהנות מהקלות הלכתיות השמורות למקום בו קיימת חקיקה קוגנטית של עכו"ם.

נמצא כי דווקא ברירת הדין והסמכות אותה העניק המחוקק הישראלי לחקיקה הדתית בענייני ירושה, פגעה בציבור שומר תורה ומצוות בארץ ישראל וביכולת להסתמך של היתרים הלכתיים התקפים בחו"ל.

פרק חמישי – סיכום ומסקנות

ירושת הבנות שנשללה על פי הוראת המקרא, הוא נושא כאוב שזכה להתייחסות הפוסקים משך כל הדורות החל מתקופת התנאים, וככל הנראה עוד קודם לכן בעת שתוקנה תקנת כתיבת הכתובה. משך כל התקופות התמודדו חז"ל עם הצורך להעניק לבנות חלק בירושת אביהם, כאשר אל מול צורך זה ניצבו הוראות התורה הקובעת זכות ירושה רק לבנים ושוללת לחלוטין את ירושת הבת (במקום שקיים בן). הואיל ולא ניתן לבטל את הוראות התורה לא יכלו חז"ל להשוות את מעמד הבנות למעמד הבנים בדרך של הפיכתן ליורשות על פי דין, אלא רק להשוואה תוצאתית מכח תקנות שונות וחינושי פסיקה במהלך הדורות. בזמן המשנה הותקנה תקנת "בנין דכרין" שהייתה חלק מהכתובה מכח תנאי ביי"ד ונועדה לעודד אבות ליתן נדוניה לבנותיהם באמצעות הבטחת השבת הנדוניה לצאצאי האב בלבד במקרה של פטירת הבת. כמו כן הותקנה תקנת עישור נכסים המחייבת את היורשים להעניק לבנות שלא נישאו עד לפטירת אביהן חלק מהעזבון כנדוניה עבורן. תקנות אלו התייחסו למתן נדוניה אך נחשבו על ידי התלמוד כמתן זכות ירושה לבת, הואיל וגרעו מעזבון האב לטובת הבנות.

תקנת בנין דכרין בוטלה בתקופת הגאונים והחל מתקופת הראשונים מצאנו תקנות שעסקו בעידוד מתן הנדוניה המבוססות על העקרון של הבטחת ההשבה לאב. באשכנז היו אלו תקנות שו"ם ובספרד תקנות קשטיליית ותקנות טוליטולא. ממועד זה חל שינוי בין הפסיקה האשכנזית לספרדית. אצל הפוסקים האשכנזים מצאנו הפסקה בהתקנת תקנות ומעבר לעיסוק בשכלול מוסד הצוואה במה שהחל כ- "שטר ירושה" המוזכר על ידי המהר"ם מרוטנברג. שטר זה שהוא במהותו צוואה ניתן לחתן במעמד הנישואין והיה חלק הנדוניה אותה הביאה הבת. בפסיקה הספרדית היה המשך שימוש בתקנות. השווה בדרכם של כלל הפוסקים הוא המשך מתן פתרון תוצאתי בלבד ולא שיויון מגדרי.

בדומה לשלהי תקופת הראשונים, ירושת הבת בתקופת האחרונים גם היא התאפיינה בפסיקה הניתנת לציון בחלוקה גיאוגרפית. באשכנז הפך "שטר הירושה" שניתן עובר לנישואין לשטר "חצי זכר". שטר חצי זכר היה מבוסס על קניין אודיתא, לפיו האב "הודה" שהוא חייב כסף לבתו וכתב כי יורשיו יהיו מופטרים מחוב זה אם יתנו לבת מעיזבונו חלק השווה למחצית חלקו של זכר. השימוש בקניין אודיתא נועד לפתור את דרישת הקניין ביחס לנכסים שאינם ידועים במועד נתינת השטר לידי החתן. המדובר בקניין בעייתי הואיל והודאת האב היא שקר, הוא אינו חייב מאומה לבתו. יחד עם זאת הותר השימוש בו למטרה נעלה של נישואי הבת.

לקראת סוף תקופת האחרונים נחלש מעמדו של שטר חצי זכר טרם הנישואין. מצאנו שימוש בקניין אודיתא במסגרת עריכת צוואות וכן פסיקה המקהה את איסור "העברת נחלה מיורשים" המכונה בשם

”עבורי אחסנתא”. הפוסקים קבעו כי די בשיר של ד’ זוזים לירשים על פי דין על מנת שעורך הצוואה לא ייחשב כפועל בניגוד לדין תורה בהעברת נכסיו לבנותיו.

היה בכך הרחבה של ירושת הבת. בשונה משטר חצי זכר אין המדובר בהענקת זכות ירושה לבת שלא נישאה אלא גם לאשת הנפטר ולבנות שכבר נישאו. ההכרה ההלכתית בשימוש בקניין אודיתא במסגרת צוואות ומתן אפשרות לעקוף את הוראת התלמוד בדבר ”עבורי אחסנתא” הטיבו עם הבנות.

הצבענו של שינוי מגמה החל מהמאה ה-18 באופן בו הוטלו הגבלות על עריכת צוואות מתוך מטרה מוצהרת למנוע שינוי בסדר ההורשה הקבוע בתורה. העלנו השערה כי שינוי זה אירע בניסיון להתבדל ולמנוע את הקדמה והשוויון המגדרי שהחל באירופה בתקופת האמנציפציה.

שונה הדבר בארצות המזרח. משך מאות בשנים הם המשיכו לנהוג על פי תקנות טוליטולא ודמשק ובכל העניקו פתרון לירושת הבת. משכך, לא ראו צורך להגמיש את דיני הצוואות והותירו את איסור העברת נחלה כגורם דומיננטי למניעת כתיבת צוואות מחיים. התייחסנו באריכות לשינויים שחלו אצל יהודי מרוקו בעניין ירושת הבת, זאת בשל העובדה שמגורשי ספרד גלו למרוקו וזמן קצר לאחר הגעתם לשם, התקינו את תקנות קשטיליא. המדובר בתקנות בתחומי החיים השונים אשר תוקנו בין השנים 1494-1750, כאשר תקנת הבנות הייתה בין התקנות הראשונות והיא תוקנה כבר בשנת רנ”ד (1494). תוכן התקנה היה השוואת זכות הירושה בין הבנים לבין הבנות הרווקות שטרם נישאו נישואין ראשונים. בכך מצאנו לראשונה תקנה המשווה מגדרית בין בנים לבנות בזכות הירושה. ניתחנו את השינויים בתקנה זו החל מעת התקנתה ועד לעת החדשה והגענו לכלל מסקנה כי הבשורה שהביאה התקנה לטובת הבנות התפוגגה במהלך השנים ונעלם השוויון המגדרי לטובת השוויון התוצאתי.

השינויים אצל יהודי מרוקו לא היו חריגים. כאשר אנו בוחנים לעומק את השינויים שחלו במרכזי היהדות השונים בעת החדשה אנו מוצאים כי לא חל כל שינוי בדרך ההלכתית וכי גם שינויים שהיו נראים לחלק מהחוקרים כהיפוך מגמה, בעיקר אצל יהודי מרוקו לשם גלו מגורשי ספרד, לא היו בפועל כי אם המשך הדרת הבנות מזכות מגדרית בירושה.

הוכחנו כי דיני הירושה נחשבים אצל הפוסקים כחלק מהדין האישי ובנוסף לאיסור המיוחד המוזכר בתורה שלא להעניק ירושה אלא לבנים, השוו הפוסקים בין שינוי בדיני הירושה לפגיעה בזהות היהודית. השוואה זו גרמה להערמת קשיים הלכתיים נוספים על היכולת לשוויון מגדרי. קושי זה זלג גם לדיני הצוואה הנחשבים לדיני ממונות וניתן היה להשתמש בהם בכלים הלכתיים מתחום זה, בעיקר לצורך מתן זכות ירושה לבנות.

במאה ה-19 נוכחו פוסקי ההלכה למציאות של פניית בנות לערכאות לצורך עריכת צוואות. מעשים אלו גרמו לשינוי ההלכה ביחס לצוואות שנערכו בערכאות של עכו”ם. עד לתקופה זו הייתה אחידות בין הפוסקים להורות כי צוואות מעין אלו פסולות כפי שהפסיקה ביחס לשטרי מתנה שנערכו בערכאות של

עכו"ם. הנימוק לפסילתן היה היעדר קניין כהלכה וניסוח הצוואה בלשון "אני מוריש לאחר מותי". הואיל וצוואה היא שטר מתנה ובאמצעותה המוריש מבקש ליתן את רכושו לנהנים לאחר מותו, מבחינה הלכתית נחוץ מעשה קניין ושימוש בלשון "תנו" ולא בלשון הורשה.

המנהג הרווח לערוך צוואות בפני ערכאות של עכו"ם הביא לשינוי. שינוי זה יוחד רק לעניין עריכת צוואות ולא כלל שינוי בדיני המתנה למרות שמבחינה הלכתית, צוואה מבוססת על עקרון מתנה מחיים. הנימוקים שהועלו על ידי הפוסקים להכשרת צוואות אלו היו מתחום דיני הירושה על מנת להבדילם מדיני המתנה, בהם כאמור לא חל כל שינוי.

לא הייתה הסכמה כללית להכשיר צוואות אלו. בין הפוסקים התנהל פולמוס חוצה יבשות בשאלה זו כאשר רבני סלוניקי ותוניס מחזיקים בדעה המקובלת עד אותה תקופה לפיה צוואות אלו פסולות ואילו רבני ירושלים ואיטליה סוברים שיש מקום להכשירם.

קיימת תמימות דעים בין כלל הפוסקים כי על עריכת צוואה חלים דיני הממונות הניתנים לשינוי, בניגוד לדיני הירושה השייכים לדיני האיסורים והם קוגנטים. אך לא ניתן להתעלם מהעובדה שדיני הצוואה אינם מנותקים לחלוטין מדיני הירושה ויש להם השפעה על פסיקת ההלכה בנוגע אליהן.

הפוסקים שהכשירו צוואות אלו ציינו כי צוואה היא מתנה הניתנת לאחר המוות, לכן אין היא נחשבת כשטר מתנה קלאסי. כוונתו של הנותן היא להעניק את רכושו רק לאחר מותו ורק במועד זה יזכו הנהנים ברכוש כאשר כל ימי חייו של הנותן נותרת בידו הזכות לעשות ברכושו ככל שיחפוץ ובכלל זאת לשנות את המוטבים בשטר הצוואה. לכן, הואיל והמדובר במתנה הצופה פני מוות היא נחשבת כמתנת שכיב מרע שאינה טעונה קניין, זאת בהתבסס על שיטתו של רבי מאיר המובאת במרדכי שלדבריו בריא שאמר כך וכך יינתן לפלוני אם אמות זו מתנת שכיב מרע שאינה טעונה קניין. בנוסף ניתן לצרף את אמדן דעתו של המוריש שהתכוון ליתן את רכושו למפורטים בצוואה. אמדן הדעת יכול לסייע בהכשרת הצוואה למרות היעדר קניין ובפרשנות מועילה לטקסט המופיע בצוואה. כך שגם אם כתב המצווה "אני מוריש" - פעולה אסורה מכח דיני הירושה אנו נתייחס לכך כאילו נכתב "אני נותן" הנחשבת כמתנה והיא מותרת. בנוסף, ניתן משקל למנהג הרווח לערוך ולהכשיר צוואות מעין אלו אצל יהודי איטליה. לקיומו של מנהג יש משמעות בדיני ממונות והוא מעניק תוקף לפעולות משפטיות ככל שמוכח כי המדובר בפעולה מקובלת בקרב עורכי הצוואות.

לעומתם, הפוסקים שפסלו צוואות אלו טענו כי לא ניתן לאמוד את דעתו של המצווה בניגוד לדין תורה ובוודאי לא התכוון להשיג על ההוראות הקוגנטיות של דיני הירושה. לעניין פסיקתו של ר' מאיר שמתנה הצופה פני מוות היא צוואת שכיב מרע ציינו כי המדובר בפסיקה יחידה שלא התקבלה משך מאות בשנים על ידי הפוסקים ואין מקום דווקא כעת לאמצה. לעניין המנהג, הסכימו כי ניתן אכן לקבל את המנהג כמקור משפטי מחייב אך במקרה דנן המדובר במנהג מקומי שננהג בטעות ולא תוקן על ידי

חכמי העיר כמנהג ותיקין. כמו כן, המדובר במנהג הסותר את דיני הירושה ולכן יש לבחון היטב את מקורו ולדרוש רמת הוכחה גבוהה מהמקובל בדיני ממונות על מנת ליתן תוקף מכוחו. פוסקים אלו התייחסו אל דיני הצוואה כמושפעים מאיסורים החלים על דיני הירושה ובהתאם פסלו התקנת תקנות או שימוש מקל בהלכות מתחום דיני הממונות על מנת להכשיר צוואות.

כמו כן מצאנו שימוש בכלל "מצווה לקיים דברי המת" לצורך קיום צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם. לדעת רוב הפוסקים וכפי פסיקת השולחן ערוך, החיוב לקיים את דברי המת הוא רק כאשר המצווה הפקיד את ממונו אצל צד ג', פעולה הנקראת בשם "השלשה". דרישה זו נועדה להוכיח את כוונת המצווה, שמא לא התכוון שיעשו את דבריו שהרי היה בידו לערוך צוואה כדין ודבריו הם אמירה בעלמא. כחלק מהנימוקים להכשרת צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם הסתמכו הפוסקים על הלכה זו של "מצווה לקיים דברי המת" וקבעו כי לצורך דרישת "השלשה" ניתן להסתמך על צוואות אלו. אדם שערך צוואה מעין זו בוודאי לא התכוון להתל ביורשים, אלא היה ברצונו שיקיימו דבריו גם אם ערך אותם שלא כפי ההלכה. לכן חייבים לקיים את הוראות הצוואה מכח "מצווה לקיים דברי המת".

גם בארץ ישראל חלו שינויים בדיני ירושת הבת. החקיקה האזרחית בזמנם של הטורקים שאומצה מאוחר יותר על ידי האנגלים (1917), קבעה כי חלוקת ירושה בקרקעות מסוג מירי (קרקעות מדינה) תהא בשווה בין בנים לבנות והיא אינה נתונה לשינוי בדרך של צוואה. לבתי הדין הרבניים נותרה הסמכות לדון בענייני צוואות וקרקעות מסוג "מולק" (קרקע פרטית). על מנת שלא לשמוט מתחת ידם סמכות זו בענייני צוואות וקרקעות מולק, נאותו בתי הדין הרבניים להוציא צווי ירושה כפי הוראות המחוקק האזרחי הגם שהם היו בניגוד להלכה.

סמוך לאחר הקמת מדינת ישראל, בשנת 1951, חוקק חוק שוויון זכויות האישה בו נקבע שוויון מגדרי בכלל הזכויות מהעזיבון והחל מאבק לקראת חקיקתו של חוק הירושה שהיה אמור להחליף את פקודת הירושה. המחוקק האזרחי ידע כי זהו מאבק על דמותה של המדינה ומתוך רצון לתת ביטוי לעקרון השוויון בין המינים כעקרון מנחה בחוק הישראלי החדש, לא היה מוכן לכל פשרה או פתרון שלא ייקבעו באופן הברור ביותר שוויון בין המינים.

היו נסיונות של הרבנים הראשיים באותה העת, הרב עוזיאל והרב הרצוג, לגרום לשינוי הלכתי בדרך של חקיקת תקנות בירושה, כל אחד בדרכו הוא. הרב הרצוג הציע לתקן תקנה הלכתית שתחייב זוגות הנישאים להוסיף בכתובה סעיף בו יתחייבו החתן והכלה להוריש רכושם בחלקים שווים בין הבנים לבנות. הרב עוזיאל התנגד להוספת סעיף לכתובה אלא הציע להמליץ למעוניינים להינשא לכתוב צוואה בה יעניקו את רכושם לבנים ולבנות בשווה. אך למרות החיבורים המקיפים שכתבו על הנושא וההצעות השונות שהעלו, שלא בהכרח תאמו את המסורת ממנה באו, לא אירע מאומה.

הסיבה להיעדר פתרון מוסכם הייתה העובדה שהדין העברי בענייני ירושה מוגבל ומתוחם על ידי הדין המקראי ולא ניתן ליצור בו שוויון מגדרי. הדבר היחידי האפשרי הוא שוויון מעשי באמצעות פיקציות משפטיות. לכך לא היה המחוקק הישראלי מוכן. הוא ביקש ליצור מערכת חוקים חדשה שתציין באופן הברור ביותר את השוויון בין המינים מבחינת החוק. חקיקת פיקציות הייתה פוגעת בכוונה זו. מנגד, הרבנים התנגדו גם הם לכל פשרה, מהטעם שאימוץ הלכות המשוות בין בנים לבנות נחשב כהצדקת החוק החילוני ורצון להידמות לו. לכן נצמדו לדין המקראי המקורי ללא שימוש בכל ההקלות שניתנו בדין העברי משך מאות בשנים על מנת לאפשר את ירושת הבת.

תיקוני חקיקה אזרחית מאוחרים יותר שגילו נכונות להכיר בדין הדתי כמחייב בדיני המדינה בתנאי של הסכמה מראש, כדוגמת הוראת סעיף 155 לחוק הירושה תשכ"ה - 1965, גם הם החטיאו את המטרה המוצהרת לשלב את הדין הדתי וגרמו לפגיעה באפשרות להקלה בדיני ירושת הבנות. כפי שציינו בפרק השלישי של חיבור זה, פוסקים רבים הכשירו צוואות שנערכו בערכאות של עכו"ם. פעולתן של הערכאות ליתן סמכות חוקית לדין הדתי מכח הסכמת הצדדים עקרה את האפשרות להסתמך על פסיקה זו. המצב החוקי היום במדינת ישראל קובע שהדין הדתי מקובל בחקיקה האזרחית וצוואות שנערכו שלא לפי ההלכה הם צוואות פסולות, ככל שהצדדים מסכימים לקבל על עצמם את הדין הדתי. הואיל והמצווה יודע זאת, לא ניתן לאמוד את דעתו בוודאות שהתכוון לכתוב צוואה לפי הדין החילוני ולא לפי הדין הדתי. בפסיקת ההלכה לא יישאר ספק אלא הכף תהא נוטה לומר שהתכוון לכתוב צוואתו לפי הדין הדתי ולוא רק מהטעם אותו ציינו הפוסקים שלא ליתן עליונות לדין החילוני. ואכן ישנם פוסקים לא מעטים בארץ ישראל שהלכו בדרך זו, ופסלו צוואות שנערכו שלא כהלכה תוך הימנעות משימוש בפסיקה העניפה בנושא זה כפי שהתפתחה החל מהמאה ה-19.

עדים איפוא גם בדורנו, ובעיקר בארץ ישראל, למגמה של החמרה בקרב הפוסקים מתוך רצון להילחם ברוחות השיוויון המגדרי, באופן דומה למאבקו של החת"ס במאה ה-18 אשר טבע את הביטוי "החדש אסור מהתורה". לכן מסקנתנו היא כי גם בזמננו, בעתיד הנראה לעין, "אין חדש תחת השמש" ומה שהיה הוא שיהיה, לפחות בדיני ירושת הבנות.

מאמרים ומחקרים:

אברהמסון, שרגא	"על תקנת טוליטולה (טולידו) בירושת הבעל את אשתו" ציון שנה ס תשנ"ה עמ' 224-221.
אדועי, אריה	"מצווה לקיים דברי המת": על תוקפה של הצוואה בספרות חז"ל Hebrew Union College Annual. Cincinnati, OH 69 (1998), קה-קמא.
אנגלרד, יצחק	"מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו", משפטים ז (תשל"ו) עמ' 34.
ביכלר, אברהם	"סקירה תלמודית היסטורית על העברת נחלה מן הבן על ידי האב", ספר הזכרון לכבוד הרב ד"ר אברהם ביכלר, החלק העברי לונדון אוקספורד תשט"ז.
בראון, בנימין	"מודרניזציה "אירופית", תגובה אורתודוקסית והקשר הסיבתי, אקדמות י"א, תשרי תשס"ב. 153-160.
גולדברג, הרב זלמן נחמיה	"ירושת הבת". תחומין ד' 342
גולינקין, דוד	"לפירוש המונחים 'ותיקין', 'ותיק' ו'תלמיד ותיק' בספר בן סירא ובספרות התלמודית", סידרא יג (תשנ"ז).
גימאני, אהרון	"מדרש הגדול" לר' דוד עדני, מחניים, רבעון למחקר, להגות לתרבות יהודית, סיוון תשנ"ד (עמ' 152-156)
גרובר, מאיר	"מהפכת בנות צלפחד" שנתון לחקר המקרא והמזרח הקדום טז (תשסו) 281-286.
גרייבסקי, אברהם אריה ליב	סוגיות במשפט ובהיסטוריה: מבחר מאמרים מן העזבון "בשולי הצעת חוק הירושה" ירושלים, [דפוס ג'רוסלם פוסט], תשל"ב.
דומב, הרב דוב	פסק דין בעניין צוואה, "זכור לאברהם" (חולון) תש"ס-תשס"א
דויטש, סיני	"תוקף צוואה שנערכה בערכאות במשפט העברי" דיני ישראל יב, קצז-רלח
דיכובסקי, הרב שלמה	"דינא דמלכותא ודין תורה" ("הלכת השיתוף" בראי ההלכה), תורה שבעל פה, כרך לט עמ' סד. הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשנ"ח.
דיקשטיין, פלטיאל	למען שיפור מצב האישה, "יבנה ג 74", (תש"ט)
הורוביץ, יהושע	"נשואין ומנהגי נשואין בספרות ותקופת הגאונים" מחניים פ"ג, תשכ"ג.
וולף, אברהם	"ירושת בני הזוג במשפט העברי והישראלי" חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, ירושלים תשל"א
וסטרייך, אלימלך	"עיונים ראשונים במפגש בין רפואה ומשפט עברי במסורת מרוקו במאה העשרים", עיוני משפט, לז 2013, 139-194.
זוהר, צבי	האורתודוקסיה אינה התגובה ההלכתית האותנטית היחידה למודרנה אקדמות י"א, תשרי תשס"ב 139-151.
זוהר, צבי	"חכמי התורה והמודרנה: על אורתודוקסיה, חכמי המזרח ותנועת ש"ס", הציונות הדתית בראיה מחודשת, עין צורים תשנ"ח עמ' 161-175

זעפרני, הרב שלמה	"צוואה שנערכה בערכאות", מוריה שנה עשרים, גליון י-יב (רלח- רמ)
זעפרני, הרב שלמה	"צוואה שנערכה בפני ערכאות של גויים", "דברי משפט", מאסף תורני בענייני אבן העזר וחושן משפט, חלק ח, הוצאת מכון "דברי משפט" תל אביב, תש"ס
טויבער, הרב יחיאל	"שטר צוואה הנערך אצל עורך דין, האם ישלו תוקף על פי דין", מקבציאל ב, הוצאת חברת אהבת שלום, עמ' 62 - 54.
ידין, אורי	"חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" עיוני משפט כרך ג (תשל"ג- תשל"ד)
כהן, חיים הרמן	"הצעת סדר דיני הירושה", יבנה ג 80, (תש"ט).
כהן, ידידיה	"תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו" שנתון המשפט העברי כרך ו-ז (תשל"ט תש"ס)
כהן, יוסף דב	"הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים" התורה והמדינה קובץ ב תש"י.
לרנר, שלום	יסודות דיני המשכון במשפט העברי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, ירושלים תש"מ.
מיכאל אברהם	"האם ההלכה היא 'משפט עברי'?" אקדמות טו 141 (תשס"ה)
נאמן, פנחס	"ירושת הבת בתורה ובהלכה" – בית מקרא טו, (תשל"א).
עוזיאל, הרב בן ציון	"השופט והמשפט" הוצאת הוועד להוצאת כתבי מרן, תשס"ו.
עמאר, הרב שלמה משה	שינויי צוואות על ידי קשישים, "וחי בהם" ב, 81-63, תשנ"ד.
עצור, הרב אליהו	"צוואה שהופקדה בידי עורך דין", תחומין יז, תשנ"ז.
ערוסי, הרב רצון	"העברת נחלה מיורשים", תחומין לג (תשע"ג).
פוברסקי, חיים	"הצוואה במשפט העברי" עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, בני ברק תשל"ז.
פיקאר אריאל	"יהא חלקי בין המתקנים על יסודות ההלכה... " – הצעתו של הרב עוזיאל לתקנת עגונות", בתוך: צבי זוהר (עורך), הרב עזיאל ובני זמנו, ירושלים תשס"ט, עמ' 230 – 258.
פריימן, אברהם חיים	"הערות לסדר דיני ירושה" מאת עו"ד הרמן חיים כהן, יבנה ג 106, (תש"ט).
קליינמן, רון שלמה	"קניין סיטומתא" – מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי: בסיס עיוני וישומים במשפט האזרחי המודרני, מחקרי משפט כד 243 (תשס"ח)
קריטנשטיין, רונן	"על ירושות ומשפחות בראי ההלכה: הסדרי הירושות והדרות בדין העברי", משפט ואדם – משפט ועסקים, יד, תשע"ב, (ספטמבר- 2012), 441-489.
רדזינר, עמיחי	על ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים "סדרי המשפטים", תרפ"א מחקרי משפט כה התשס"ט 2009, 37-75.
רדזינר, עמיחי	ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג, דיני ישראל כ"ה, 260-185, 219. (תשס"ח).

רדזינר, עמיחי	"המשפט העברי איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)" אקדמות טז, 139 (תשס"ה).
רדזינר, עמיחי	'הרב עוזיאל, רבנות תל-אביב-יפו ובית-הדין הגדול לערעורים: מחזה בארבע מערכות' מחקרי משפט כא (תשס"ד-תשס"ה), 129.
רדזינר, עמיחי ושוקי פרידמן	"המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול", עיוני משפט כט (1) תשס"ה, 185-260.
רוזנבוים, הרב פנחס	"בדין עיכוב חתימת הבנות על ויתור חלקן בירושת ערכאות", קובץ בית אהרון וישראל , סו, שנה יא גליון ו, אב-אלול (תשנ"ו). עמ' ע-פא.
ריבלין, יוסף	"שטר חצי זכר" דיני ישראל י"ז (תשנ"ג - תשנ"ד)
ריבלין, יוסף	"על החובה לשייר ליורשים", דיני ישראל יג-יד, קסז-קצב.
שויקה, אהרן	"הפולמוס על תקנת טוליטולה בירושת הבעל את אשתו" תרביץ סח, א (תשנ"ט) 87-127
שוורץ, מתתיהו	"בעניין צוואה שנעשתה בערכאות", מוריה , שנה עשרים ואחת, גליון ג-ד (רמג-רמד), (טבת, תשנ"ז).
שיבר יאיר	"דיני ירושות וצוואות בקרב יהודי ארצות אגן הים התיכון במאה התשע עשרה, מודרניזציה מול משפט עברי" עבודת גמר לקבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשנ"ט. עמ' 94-90.
שמחה, אסף	"ביטולה של כתובת בנין דכרין" הצופה לחכמת ישראל , י (תרפ"ו)
שמחה, אסף	ספר היובל ליעקב פריימאן , ברלין תרצ"ז
שציפנסקי, ישראל	"תקנות שו"ס", " הדרום " חוברת כו, תשרי תשכ"ח, עמ' 186.
שרמן, הרב אברהם	"חיוב הבת לחתום על ויתור ירושה", " דברי משפט " מאסף תורני בענייני אבן העזר וחושן משפט, חלק ח, הוצאת מכון "דברי משפט" תל אביב, תש"ס. שמה- שנו.
	זכרון דברים מדיון פומבי על בעיות חוק הירושה שנערך על ידי משרד המשפטים והפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים ביום ו/ אדר א' תשי"ד 9.2.1954.
Michael Silber	"The Emergence of Ultra-Orthodoxy: The Invention of Tradition" J. Wertheimer (ed.), The Uses of Tradition, Jewish Continuity in the Modern Era (Jewish Theological Seminary of America New York and Jerusalem) 1993 p. 26

ספרות

אורבך, אפרים	"ההלכה מקורותיה והתפתחותה", הוצאת יד לתלמוד, תשד"ם - 1984
אלבק, שלום	"יסודות בדיני הממונות בתלמוד", רמת גן (תשנ"ד)
אילתי, נפתלי	"הרבנות והקהילות בצרפת ובצפון אפריקה הצרפתית, אריאל, מפעלי תורה, יהדות וחברה בישראל, ירושלים, תשס"ב 2001.

אלון, מנחם	מעמד האישה הוצאת הקיבוץ המאוחד תשס"ה - 2005
אלון, מנחם	המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו, שלושה חלקים, ירושלים תשל"ג.
אליאב, מרדכי (עורך)	הישוב בימי הבית הלאומי 1917-1948, יד יצחק בן-צבי האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס"א
אטינגר, שמשון	"ראיות במשפט העברי" (ירושלים, התשע"א)
בלויא, הרב יעקב ישעיה	"פתחי חושן" ירושלים : (ישיבת אהל משה דיסקין), תשמ"ג
בן-ברק, צפריה	ירושל בנות בישראל ובמזרח הקדום : מהפך חברתי, משפטי ואידיאולוגי (יפו העתיקה) : (פרסומי מרכז ארכיאולוגי), (תשס"ד)
בן-ברק, צפריה	שנתון למקרא ולחקר המזרח הקדום ג (תשלט)
ברודי, ירחמיאל	תשובות רב נטרונאי גאון, ירושלים, מכון אופק, ספרית פרידברג, תשנ"ד.
בשן, אליעזר	"יהדות מרוקו עברה ותרבותה" הוצאת הקיבוץ המאוחד תש"ס
גולאק, אשר	"אוצר השטרות הנהוגים בישראל" דפוס הפועלים, ירושלים, תרפ"ו.
גרוסמן אברהם ויוסף קפלן (עורכים)	"קהל ישראל : השלטון העצמי היהודי לדורותיו - ימי הביניים והעת החדשה המוקדמת (כרך ב), מרכז זלמן שזר לחקר תולדות העם היהודי, ירושלים, תשס"ד – 2004, עמ' 68
הרצוג, הרב יצחק אייזק	"תחוקה לישראל על פי התורה" (איתמר ורהפטיג, עורך) הוצאת מוסד הרב קוק תשמ"ט – 1989.
הררי, יוסף	"תולדות יהודי אל מאגרבי", הוצאת המחבר, חולון תשל"ד.
ורהפטיג, הרב איתמר	"ההתחייבות" הוצאת מורשת המשפט בישראל תשס"א – 2001 ירושלים.
ורהפטיג, זרח	"הרבנות הראשית לישראל, שבעים שנה לייסודה" הוצאת "היכל שלמה" תשס"ב.
זעפרני, הרב שלמה	"משפט שלמה" ברור הלכות וביאור סוגיות בחושן משפט דיני נזיקין. ירושלים, תשנ"ה.
חזן, הרב משה	"נחלה לישראל", וינא, תרי"א.
טולידאנו, הרב יעקב משה.	"נר המערב" דפוס א.מ. לונץ – ירושלים תרע"ב.
כ"ץ, יעקב	"ההלכה במיצר" הוצאת מאגנס האוניברסיטה העברית ירושלים תשנ"ב.
לוין, אברהם דב (עורך)	פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין, י, המועצה הדתית, ירושלים, תשנ"ג-תשס"ט.
מורגנשטרן, אריה	הרבנות הראשית לארץ ישראל ייסודה וארגונה, ירושלים תשל"ג.
סעדון, חיים (עורך)	"איראן: קהילות ישראל במזרח במאות התשע עשרה ועשרים" יד בן צבי, ירושלים תשס"ו 2006.
עוזיאל, הרב בן ציון	"השופט והמשפט" הוצאת הוועד להוצאת כתבי מרן, תשס"ו.
עזריהו, שרה	התאחדות נשים עבריות לשווי זכויות בא"י – פרקים לתולדות תנועת האשה בישראל 1900-1947 (תש"ט).

עמאר, מורי מרדכי	"תקנות חכמי מכנאס", הוצאת חברת אהבת שלום, ירושלים, תשנ"ו.
עמאר, הרב משה	"הלכה ופתיחות : חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו", המרכז לתרבות ולחינוך של ההסתדרות, (תשמ"ה) (משה בר-יודא, עורך), הרב משה עמאר "התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות השעה".
עמאר, הרב משה	"המשפט העברי בקהילות מרוקו", מכון למורשת יהדות מרוקו תשמ"ו.
עמאר, הרב ראובן	"מנהגי החיד"א" סימן ז', מכון משנת חכמים, כסלו, תשס"ב, ירושלים.
פיקאר, אריאל	"משנתו של הרב עובדיה יוסף בעידן של תמורות: חקר ההלכה וביקורת התרבות" הוצאת אוניברסיטת בר אילן, תשס"ז.
קוק, הרב אברהם יצחק הכהן	"אגרות הראי"ה" מוסד הרב קוק, האגודה להוצאת ספרי הראי"ה קוק, ירושלים, תשכ"ב (1961)-תשמ"ד.
קליינמן, רון שלמה	"דרכי קנין ומנהגי מסחר במשפט העברי : משפט, ריאליה והיסטוריה" רמת גן, אוניברסיטת בר-אילן, תשע"ג, 2013.
קרליץ, הרב אברהם ישעיהו	"קבץ אגרות" י"ל ע"י הרב ש. גריינימן. בני ברק, תש"נ.
קרליץ, הרב אברהם ישעיהו	"גנזים ושאלות ותשובות חזון איש" ירושלים תשע"א.
ריבלין, יוסף	הירושה והצוואה במשפט העברי, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן רמת-גן תשנ"ט
שוורץ, מתתיהו	"משפט הצוואה", הוצאת הנהלת כולל בית אולפנא דרבינו יוחנן, תשס"ה.
שוחטמן, אליאב	"סדר הדין" לאור מקורות המשפט העברי. ספריית המשפט העברי תשמ"ח, 1988.
שטרן, רפאל	"ירושת המשפט", בית ועד לתורה גבעת שמואל תש"ע
שילה, שמואל	פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965, הוצאת נבו, ירושלים תשנ"ב – 1992.
שילה, שמואל	"דינא דמלכותא דינא" (הוצאת דפוס אקדמי בירושלים) ירושלים, תשל"ה.
שמחה, אסף	"באהלי יעקב" הוצאת מוסד הרב קוק תש"ג.
שמחה, אסף	"התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו" מדעי היהדות כרך א
שציפנסקי, ישראל	"התקנות בישראל" כרך ג "תקנות הגאונים" הוצאת מוסד הרב קוק תשנ"ג-1992.
	אנציקלופדיה מקראית, הוצאת מוסד ביאליק – ירושלים.
בר-אילן, מאיר. זווין, שלמה יוסף (עורכים)	אנציקלופדיה תלמודית, הוצאת אנציקלופדיה תלמודית בסיוע מוסד הרב קוק 1999.

Abstract

Women do not inherit according to Jewish law. Inheritance according to Biblical laws is solely the privilege of males. The rationale for the negation of the females was the desire to prevent transference of property rights and the obfuscation of the tribal boundaries resulting from tribal intermarriage.

But when the Jewish people were forced to leave their land and the original tribal boundaries became nullified, changes occurred regarding women's inheritance rights and various halachic solutions were offered to permit women to inherit a share in the inheritance of their parents. For more than a thousand years there exists a plethora of rabbinical literature dealing with the daughter's inheritance rights. It is evident that in every generation this subject was a salient subject for the major poskim of Jewish law.

The central thesis of the current work is an examination of the changes in women's inheritance rights in Jewish law and determining various approaches. The research will center on recent times, with special emphasis on changes that occurred from the 18th century until the present.

The first chapter presents a review of the literature dealing with development of daughters' inheritance rights beginning with the biblical period; we point out the major changes that occurred from the mishnah times until the period of the Rishonim. The sages allowed for the possibility for women to inherit, in opposition to Torah law, and this by the use of a "will" which was called in the language of the Mishnah, "daaytki". Furthermore, we find takanot which received the authorization of "Tkanot beit din", for example "Takant bnen dechrin". These takanot did not deal directly with inheritance rights per se, but with the problem of dowry. Nevertheless, the Talmud viewed this as related to inheritance, since the giving of the dowry affects the amount of the inheritance available. The Talmud disapproved from writing

a will, stating, that he who diminished the possessions of the sons, the "chachamin" are not pleased with him. Later, in the Gaonic period, the reality was that fathers gave their daughters large dowries, resulting with the nullification of the takanah of "benin dechrin" In the period of the Rishonim, there was a continuous enactment of takanot relating to and giving of dowries. Among the Ashkenazim there was the enactment of "Takant ש"ו"ם" and in the East, "Takanat Tolitula". The major characteristic of the changes regarding the inheritance rights of the daughter was the use of takanot. These were not direct takanot aimed at entitling inheritance rights to the daughters, but takanot that indirectly positively affected their rights.

In chapter 2 which deals with later periods, we show that changes that occurred in the inheritance rights of the daughters varied according to the geography

In the Ashkenazim countries, they focused on the laws regarding the writing of the wills and stopped the use of takanot. At the beginning of the period of the Achronim, they were still concerned with dowries halachot.

The prevalent custom was to write at the time of the marriage document called "shetar hatzi zachar" which entitles daughter to receive 50% of the inheritance that the son receives. Near the end of this period there was a decline in the use of "shetar hatzi zachar", due to the infringement of the rabbinical authority.

Instead of dealing with dowries, they now focused on living wills. The poskim permitted the writing of wills despite the talmud's reservations from reducing the sons' property.

In the Eastern countries, in the beginning of the Achronim period, they continued in the use of takanot that dealt with dowries and extended "Takanat Tolitula", that was in use from the Rishonim period. An exceptional enactment was found for those who were expelled from Spain and found their way to Morocco in the 15th century. They continued following the enactments that were done in Spain, that is, they continued enacting takanot, even enacted new takanot, named "takanot of the expelled" or "Takanot Castile" in which inheritance rights

were granted to the daughters. This is the first time that we have found equal inheritance rights for both genders. Unfortunately, with the beginning of the 18th century, a restriction on the equality was imposed, and various interpretations that negated the overall equality granted to the women.

Chapter 3 deals with wills that were certified by non-Jewish courts. The prevailing opinion until the 19th century was that wills certified by non Jewish courts were invalid, just like transference of presents certified by these courts, since in essence wills are essentially living presents. As a result of the daughters utilizing non Jewish courts, during this period a change occurred to legalize these wills. However, there was no change in presents contracts .If the daughters had not approached the non-Jewish courts, the halachic authorities would not have acted to change the laws that had been practiced for thousands of years. The halakhic leniency improved the situation of the daughters on the way to receiving inheritance.

Chapter 4 deals with the changes in the inheritance laws of the daughter in the State of Israel. With the establishment of the state of Israel, and the establishment of a secular law that determined sexual equality in inheritance rights- in opposition to Jewish law- the result was a hardening of the rabbinical position, preventing the development of laws for the benefit of the women. The situation is similar to what happened to the Jewish law in Ashkenaz at the beginning of the Emancipation period.

Dealing with the secular Jewish legal system only increased their conservatism on this issue, despite halakhic rulings that had been used in previous periods.

In chapter 5 we summarize the conclusions of our study. We argue that in later periods, especially in the early 18th century, there was a regression in the inheritance rights of the daughter compared to previous periods. This "retreat" occurred in almost all places where Jews lived. The situation returned to the biblical law, despite the fact that there are halachic ways that allow women to inherit, as was previously done.

An understanding of the trends and a review the changes may lead to suggested solutions for the benefit /change in the inheritance laws within the limitations of the present halacha. I hope that the present work will prove useful in helping to find a halacha that that will create gender equality between males and females in the area of inheritance, in such a way that it will be accepted by most of the present halachic authorities.

This work was carried out under the supervision of Dr.
Yakov Haba, Faculty of Law, Bar Ilan University.

BAR -ILAN UNIVERSITY

**Female Inheritance according to Jewish Law -
Changes and Trends in Modern Time**

Yuval Badichi

**Submitted in partial fulfillment of the
requirements for the Master's Degree in the
Faculty of Law Bar-Ilan University**

Ramat-Gan, Israel

2019