

תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו

לכבודו של דודי-חביבי, השופט חיים כהן, ליובל השבעים, אשר מכוח אהבתו למשפט העברי, מחקריו בו וטיפוחו באתי עד הלום.

פרק ראשון: הקדמה

העיונים הבאים בתקנות הקהל, העוסקות בדין ירושת הבעל את אשתו, מקורם במחקר רחב יותר הדן בתקנות חז"ל (בימי המשנה והתלמוד) ביחסי ממון בין בני זוג¹, בו הוקדש מקום מרכזי לתקנות הירושה והקבורה. אין אנו באים, איפוא, להציג בזה את המערכת בשלמותה, אלא להעיר על כמה עניינים הקשורים במיוחד בתקנות הקהל. על תקנות אלה כבר כתב פרופ' שמתה אסף ז"ל, והקורא מופנה בזה למאמרו הקלאסי 'התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו'², בו אסף וכינס המקורות וסדרם יחד בסקירה הלכתית-היסטורית. מאמרו של אסף משמש בסיס לדיוננו, ולא נבוא לחזור על דברים שכבר סוכמו שם אלא להוסיף על דבריו, במקום שהדבר נראה לנו חשוב להשלמת התמונה, ולהעמיד על מספר עניינים שלא נתבררו כל צורכם עד הנה. ענייננו המיוחד בתקנות הקהל נובע מן העובדה, שהן מלמדות על חינויותו של המשפט העברי, יכולתו להתאים עצמו לסיטואציות משתנות ואופיו הדמוקרטי,

נדפס ראשונה ב'שנתון המשפט העברי', המכון לחקר המשפט העברי, האוניברסיטה העברית בירושלים, כרך ו-1, תשל"ט-תש"ם.

1. 'תקנות חז"ל ביחסי ממון בין בני זוג', חיבור לשם קבלת התואר 'דוקטור פילוסופיה', נכתב בהדרכת פרופ' אהרון קירשנבאום, אוניב' תל-אביב, תש"ם-1980.
2. מדעי היהדות, כרך א (ידיעות המכון למדעי היהדות, ג, ירושלים, תרפ"ו; צולם מחדש, הוצאת קדם, ירושלים, תשל"ל), עמ' 79-94. וכן ראה את הדיון המפורט אצל א' וולף, ירושת בני הזוג במשפט העברי והישראלי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים, תשל"א), עמ' 114 ואילך.

בד בבד עם היותו מעוגן היטב בהלכה וכמסורת הדורות³. אין תקנות הקהל בכלל — והתקנות העוסקות בירושת הבעל בפרט — בבחינת יש מאין, אלא בבחינת יש מיש⁴; לא חידוש כאן אלא פיתוח, לא המצאה אלא שיכלול ועידון של הלכה קיימת. שמא יהא, איפוא, בבחינה מחודשת של התקנות משום תרומה לבניינו של המשפט העברי במדינת ישראל.

פרק שני: יסודות עקרוניים: הסמכות, הבסיס ההלכתי והמניע לתקנות

כללי

נחלקו חכמים — קדומים ומאוחרים — בשאלה אם מקור ההלכה כי הבעל יורש את אשתו הוא מן התורה או מדברי חכמים⁵. אם מקורו של הדין הוא מן התורה ממש, צריכים אנחנו לברר מהיכן נטלו חכמינו מתקני התקנות את הסמכות לעצמם לקבוע בתקנות כי אין הבעל יורש את אשתו (ולו רק במחצית הירושה

3. על תקנות הקהל בכלל, ראה: מ' אלון, "למהותן של תקנות הקהל כמשפט העברי", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ירושלים, תשכ"ד), עמ' 1-54, וכן בספרו המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג), עמ' 558-712. וכן ראה מה שכתבתי במאמרי "האם ייתכנו שנויים בהלכה?", לעיל בספר זה.

4. רוגמא מובהקת לרעיון זה מצויה לפנינו בתקנת הפרובול של הלל. לא היה בתקנה זו חידוש יש מאין, אלא שהלל נטל הלכה השנויה מכבר: "המוסר שטרותיו לבית דין אינו משמט" (משנה שביעית, י, ב) אשר מקורה בדרשת הכתוב, והפך אותה לנוהג כללי (ראה: בבלי גיטין, לו, א; חנוספות, שם, ד"ה מי איכא). לענין פרחובל בכלל — ראה רשימת המאמרים המובאים אצל ג' רקובר, אוצר המשפט (ירושלים, תשל"ה), עמ' 152-153.

5. ראה מחלוקת אב"י ורב פפא — בבלי בבא בתרא, קיא, ב, ואילך; ירושלמי, שם, פ"ח, ה"ה; יו כ (כדעת ר' יוחנן עפ"י פירושו של בעל שדה יהושע, שם); בבלי כתובות, פג, ב, ואילך — בהסברו של רב למחלוקת רשב"ג ורבנן — ועוד. בין הגאונים נראה רבינו שמואל בן חפני היחיד הסבור כי ירושת הבעל דרבנן, ראה: תשובות הגאונים, שערי צדק, ד, ג, ז; לעומת זאת ראה דעת רב האי גאון, שם, ד, ג, נג; תשובות הגאונים, מהדורת הרמב"ם, סימן רב (והתרגום לעברית — עמ' 308, שם). יתכן שגם רבינו חננאל פסק כי ירושת הבעל דרבנן, ראה: אוצר הגאונים לכתובות, לקוטי רבינו חננאל, עמ' 61, סימן קמח, ועכשיו בפסקי הרי"ד למסכת כתובות (מהדורת מכון הש"ס הישראלי השלם, ירושלים, תשל"ג), עמ' תרטו. וכן עיין בפירוש הריב"ן לכתובות (מהדורת אפשטיין), עמ' 76, ליד הערה 12. כידוע, פוסק הרמב"ם במפורש כי ירושת הבעל את אשתו היא מדברי סופרים, ראה: הלכות נחלות, א, ח, אך הראב"ד בהשגה, שם, חולק עליו. וראה עוד מה שדנו בשיטת הרמב"ם בכסף משנה, לחם משנה ואור שמח, שם. לבידורה השלם של מחלוקת גדולה זו הוקדש פרק במחקרנו (ראה הערה 1 לעיל), ואכמ"ל יותר.

או בכל חלק אחר שלה), והרי יש בכך משום 'עקירת דבר מן התורה'. ואף אם מקור דין ירושת הבעל הוא בדברי חכמים, מדרבנן, עדיין יש לשאול כיצד תיקנו חכמים מאותרים, בימי הביניים, לעקור דבריהם של חכמים מימי קדם, והרי "אין בית דין מבטל דברי בית דין חכירו אלא אם כן גדול הימנו בתכמה ובמנין"⁶ ?!

רצוננו להציע, בתשובה לשאלה זו, שש נקודות-מוצא, שכולן באות ממקורות ברורים ומבוססים בספרות התלמודית, ומבלי להתיימר למצותן:

- א. האפשרות להתנות על דבר שבממון;
- ב. התקדים — תנאי ר' יוסי בירושלמי;
- ג. סמכות בית דין והציבור להפקיע ממון;
- ד. ההסתמכות על מנהג המקום;
- ה. מפני דרכי שלום⁷;
- ו. חידושו של רבינו תם: אמדן דעת הנותן. נבדוק כל נקודת מוצא לגופה.

א. הופש ההתנאה

נחלקו תנאים בשאלה אם רשאי אדם לקבוע כתנאי עם חבירו דבר המנוגד למה שכתוב בתורה. ובניסוחם של חכמים: אם "בכל תנאי שבממון — תנאו קיים" או שמא אף שהוא ענין שבממון — "תנאו בטל"⁸. ספציפית מצינו מחלוקת זו אף בהתנאה על ירושת הבעל, כאשר לדעת רבן שמעון בן גמליאל, בעל שקבע עם אשתו כי לא יירשנה — "תנאו בטל, מפני שהתנה על דבר שכתוב בתורו"⁹. והנה, לענין תקנות הקהל בירושת הבעל אנו מוצאים,

6. ראה: בבלי ביצה, ה, א; משנה ערויות, א, ה. וראה דיונו של מ' אלון, המשפט העברי, שם (הערה 3 לעיל), כרך ב, עמ' 443 ואילך. אלון מבאר, ברר היטב, בכרך זה את כל הקשור בסמכותם של חכמים להתקין תקנות, ולא באנו בדברינו להלן אלא להזכיר הנקודות הנוגעות במפורש בהיבט המצומצם של דין הירושה ותקנות הקהל בענין זה. על תקנות בעניני ירושה, לרבות התקנות נשוא דיונו במאמר זה, ראה: שם, עמ' 677 ואילך.

7. יש להזכיר, כי שיקול זה שימש בסיס לכמה תקנות בדיני נשואין (כגון: זיכוי הבעל במציאת אשתו משום איבה) ואף בהקשרים אחרים, כתקנות רבן גמליאל הזקן (משנה גיטין, פרק ד), ועוד.

8. ראה: בבלי בבא מציעא, צד, א (ומקבילות), ודיונו של ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד (חל-אביב, תשל"ו), עמ' 340 ואילך.

9. ראה: סוגית הבבלי בכתובות הנוכרת לעיל (הערה 5).

כי ראשונים מנמקים את תקפותה של התקנה בהכרעה, כי רשאי אדם להתנות בממון אף על מה שכתוב בתורה, וזאת בשני הקשרים שונים:

בשורת הר"ן¹⁰: "...אבל השיור¹¹ אינו מתקנת חכמים — אלא תנאי ממון הוא שקבל על עצמו".

הרשב"ץ, לאחר שקבע כי ירושת הבעל דאורייתא, דן בתקנות הקהל ומסביר¹²:

"...הכל לפי תנאם, שזה תנאי ממון הוא וקיים".

וראים אנו, כי טעם זה של "תנאי ממון" מובא הן בהקשר הפרטי — הסכמת בני הזוג על כך, כדברי הר"ן¹³; והן בהקשר הציבורי — עצם תקפותן של תקנות הקהל, כדבריו של בעל התשב"ץ¹⁴.

ב. התקדים

למען האמת, כבר בתלמוד הירושלמי מצינו תנאי שהיו כותבים בכתובה והמגביל את זכותו של הבעל בירושת אשתו. וזו לשון הירושלמי¹⁵:

אמר ר' יוסי: ואילין דכתבין לנשיהון¹⁶: 'אי מיתת בלא בני, כל מה דילה — תהדר לבי נשא', תנאי ממון הוא וקיים. (תרגום: אלה הכותבים לנשותיהם: 'אם תמותי בלא בנים, כל מה שהוא שלך — יחזור לביית אביך', תנאי ממון הוא וקיים).

לכאורה תקדים ברור לפנינו, ולא היה צריך מכאן ואילך להתלכט אם אפשר לקבוע תנאי כזה בכתובה ואף לתקנו כחוק כללי. ברם כבר העיר הר"ש אסף,

10. שורת הר"ן, נד (ד"צ, הוצאת תלפיות, ירושלים, תש"ך, עמ' מז).

11. ראה בסימן יד, שם, ש"השיור" עניינו תנאי כתובה בזה הלשון: "שאם ת"ו תפטר אשתו זו הנוכרת בחיי בעלה ולא ישאר לה ממנו ולד של קיימא, זכר או נקיבה שיחי' שלושים יום, שאחזיר לה או לבאי כתה ממון הגדוניה סך פלוני...".

12. שורת תשב"ץ, ח"ב, טו.

13. וכן הוא גם בהמשך תשובת הרשב"ץ, שם, וראה עוד לקמן.

14. וראה גם: שורת מהרשר"ם, אבה"ע, קי.

15. ירושלמי כתובות, פ"ט, סוף הלכה א; לג, א.

16. מלה זו אינה בירושלמי, והוספתיה עפ"י נוסח הרי"ף בהלכותיו לכתובות פרק ט, דף מב, א, בדפוס וילנא. וראה: בעל המאור על הרי"ף, שם, שהביא כשם ר"ח שתנאי זה אינו מדבר בכתיבת הבעל לאשתו אלא בכתיבת האב לבתו, ואכ"מ להאריך.

כי לא נמצא לתנאי זה כל זכר לא בתלמוד הבבלי ולא בספרות הגאונים כשום מקום, ומסתבר כי תנאו זה של ר' יוסי שני, כשהוא לעצמו, במחלוקת¹⁷. כיצד, איפוא, פשטו בכל זאת תקנות הקהל בענין ירושת הבעל על פני כל הפזורה היהודית כולה, ואנו מוצאים אותן בארץ ישראל (על יסוד הירושלמי, כמוכן) ובמצרים, באשכנז-צרפת ובספרד, בצפון אפריקה ובדמשק? דומה כי אף שאפשר ליישב את תקנת הירושלמי עם דעת רשב"ג¹⁸, מכל מקום אנו צריכים ליסוד נוסף — הפקר בית דין — שבו נדון עתה.

ג. סמכות להפקיע ממון

מפורש בתשב"ץ¹⁹:

ואם הצבור עשו בזה תקנות — תקנתם תקנה היא, ויכולים להפקיע ירושת הבעל מכת תקנתם אף במה שאין התנאי מועיל כשהתנית היא עמר²⁰, משום דכת בי"ד יפה להפקיע ממון בתקנתן, דהפקר בי"ד הפקר²¹.

יתר על כן: לא רק כוחו של בי"ד יפה, אלא גם הציבור מוסמך להתקין תקנות ולהפקיע ממון. הדבר כבר נרמז בראשית הקטע דלעיל ("ואם הצבור עשו בזה

17. אסף, שם (הערה 2 לעיל), ע' 81-82. לעומת זאת ראה: א"ל אפשטיין, תולדות הכתובה בישראל (ניו יורק, תשי"ד), עמ' 91 והערה 30, שם, כי תנאי זה מופיע אף בכתובות שכתחום השפעת גאוני בבל; אמנם יתכן שהקטעים עליהם מתבסס אפשטיין אינם אלא קטעים המייצגים מנהג א"י, ואכ"מ.

18. ראה: אסף, שם עמ' 81, הערה 3, והשובת ר' בצלאל אשכנזי, סימן י. ר"ן (כפירושו על הר"ף, כתובות, שם [הערה 16 לעיל]) בשם רמב"ן, בשם רבינו הגנאל (!), בונה קונסטרקציה משפטית על פיה יורש הבעל, כדין תורה, ואח"כ מחזיר, כמתנה, את מה שחייב בו את עצמו; וראה מה שהתקשה הר"ן, שם, ברעיון זה של ר"ח. ועיין עוד בליקוטי ר"ח לכתובות, עמ' 62, שדן בסוגייתנו, ולא הובאו דברים אלה מפיו, שם, אע"פ שיש בהם רמז.

19. בחשובה הג"ל (הערה 12).

20. לעיל מיניה כותב התשב"ץ: "ואפילו לא הסכימו הקהל עליו, יכולים להתנות עליו האשה ובעלה ותנאם קיים, והוא שקנו מידם לאתר שנתארטה קודם שנשאת".

21. דיון רחב בשיטתו של התשב"ץ בנושא זה של תקנות הקהל ימצא המעיין בעבודתו של א' נחלון, תקנות הקהל של התשב"ץ (חיבור לקבלת תואר מוסמך למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשל"ה). שני פרקים מתוך עבודה זו נתפרסמו בשנתון המשפט העברי: "סמכות הציבור להתקין תקנות עפ"י התשב"ץ: הגוף המתקין תקנות", כך א (תשל"ד), עמ' 142 ואילך; "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ: מהותן המשפטית של תקנות הקהל", כך ג-ד (תשל"ו-ז), עמ' 271 ואילך.

תקנות", ומפורש עוד יותר בדיונו של הרשב"ץ בתקנת מירוקה²². בין השאר קובע שם הרשב"ץ, כי כוחה של תקנת הציבור יפה כתנאי ב"ד, ועל כן כשם שכתנאי ב"ד ירוקא תקון, ויש מקום לדרוש הלשון (של התנאי) ולהשתמש בכללי הפרשנות — כך גם בתקנות הציבור. וכבר העמיד על דברים אלה הרשב"א²³. אך עדיין יש מקום לשאול: מה גרם לבית הדין או לציבור להתקין תקנות מעין אלה? כיון שבמעשה חקיקה אנו עוסקים, דומה כי שתיים הן הסיבות לכך: הראשונה — קביעה בחוק של נורמה מקובלת מכבר, והשנייה — הבנתו של הגוף המחוקק כי יש צורך, מטעם זה או אחר, בהתקנת התקנה. בכך אנו באים לנקודות האחרות בדיונו.

ד. המנהג

נורמה מקובלת מכבר היא — במלה אחת — המנהג²⁴. תחילתו של המנהג הוא בהתייבויחיהם ההדדיות של יחידים, ובהדרגה הוא מתפשט והופך לדבר קבוע ולנורמה המקובלת על הציבור. משום כך יסודו בהלכת התנאי שבממוץ, וסיומו — בהסכמה הכללית, ואף שלעתים איננה מפורשת וחקוקה, כל זוג אשר נישא מקבל אותה על עצמו מכללא. כך מצאנו כבר בדברי הרשב"ץ, בסיום התשובה הנזכרת למעלה²⁵: "...וכן נהגו בהרבה מקומות, ומנהגן של ישראל חודה הוא". ולפניו כותב הרשב"א²⁶: "...נהגו כל ישראל (!) שאם תמות אשתו של אדם בלא בנים שמחזיר לאביה או לאחיה הממוץ שקבל מהם"²⁷.

דומה כי יש הבדל משמעותי בין שני מקורות הסמכות: מחד גיסא והסכמה הפרטית בין בני הזוג, ומאידך גיסא המנהג הכללי והתקנה. לא זו בלבד

22. ראה: אסף, שם, עמ' 86. כוונתי כאן להשובת תשב"ץ, ח"ג, קנ. על פי תקנת מירוקה, יורשי האשה לברם יורשים את כל נכסיה, ואין לבעל חלק בהם כלל!

23. ראה לכל הענין במפורט: אלון, שם (הערה 3 לעיל), כרך ב, עמ' 569 ואילך.

24. על המנהג במשפט העברי, ראה: אלון, שם, עמ' 713 ואילך.

25. ראה הערה 2 לעיל.

26. שו"ת הרשב"א, ח"ו, תמ.

27. וכבר דנו בכך רבים, וראה: שו"ת מהרשד"ם, אבה"ע, קבו; שו"ת הרא"ם, טז; וולף, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 114 ואילך (ומה שכתב וולף, שם, עמ' 115, כי לעתים "תקנות יכולות להיעשות ע"י יחיד, כמו רבן גמליאל הזקן...". נראה לענ"ד שאינו מדויק, שאין התקנה נקראת אלא על שם הנשיא שביהן בסנהדרין שחוקקה את התקנה, כמו שכתב כבר אלון, שם, כרך ב, עמ' 457, הערה 56). וראה גם במאמרי, "ביטול זכות הבעל לפירות נכסי מלוג במשפט הנוהג ותוצאותיו", לעיל עמ' 113 ואילך, בעמ' 128 הערה 58.

שהקהל מוסמך להפקיע ממון גם במקום שההלכה נפסקת כרשב"ג (דהיינו, שאין להתנות על האמור בתורה), וככך ההסבר לכוחן של תקנות בענין ירושת הבעל גם במקומות בהן היתה ההשפעה הבבלית גדולה²⁸, אלא שכנראה יש להבדיל זה משמעות גם ביחס לחיוב קבורת האשה על ידי בעלה, שהוצמד, על פי קביעת חכמים, לזכותו בירושתה²⁹: אם היתה התנאה בין בני הזוג לענין הירושה, אין חיוב הקבורה מתבטל בשל כך; אך אם תקנת הקהל מבטלת את זכות הירושה, יש לבעל-דין מקום לדון ולומר כי כשם שבטלה הזכות האחת — כן בטל החיוב שכנגדה! לשאלה זו נקדיש דיון מיוחד בהמשך דברינו³⁰.

ה. "מפני דרכי שלום"

כאמור, אף על פי שיש למחוקק — לגוף המתקין תקנות — סמכות, יש צורך בטעם וסיבה כדי להשתמש בפועל בסמכות זו. כבר הזכיר אסף³¹, כי מערכת החוקים המסדירה את יחסי הרכוש בין הבעל והאשה מכוונת כולה למטרה אחת: "לחזק את קשר הנשואין ולשמור על שלום הבית". וביתר פירוט כתב שם את הדברים הבאים:

הנה באופן כזה שקדו חכמים על תקנת נכסי הנדוניה, שלא יהי על ידיהם מקום לאיבה וקטטה בין הזוג, והלכו בשביל הזהב; אין כדינונו לא מנהג שיתוף הנכסים הגמור הנהוג באומות אחרות ולא מנהג של חילוק נכסים שנתקבל באומות אחרות, אלא יש לנו מזיגה משניהם יחד, ומזיגה נאה וטובה שתיי הנשואין האמיתיים דורשים, היינו שיתוף נכסים בשעת קיום הנשואין וחילוק נכסים לאחר הפקעת הנשואין³².

והנה גרמו הלכות הירושה לבעיות, וכבר בימי חז"ל באה, למשל, כתובת-בנין-דכרין לפתור חלק מהן³³.

28. ראה לפי שעה: מרגליות, החילוקין שבין אנשי בבל לאנשי ארץ ישראל (ירושלים, תרצ"ז), עמ' 13-14.

29. ראה לקמן הערה 116.

30. ראה להלן פרק שלישי, סעיף ה.

31. שם, בעמ' 80.

32. וכבר קדמו בזה רב צעיר (חיים טשרנוביץ), "פרקים בהלכות אישות עפ"י התלמוד", החקופה, כרך יא (ורשה, תרפ"א), עמ' 276 ואילך, בעמ' 287.

33. לענינה של כתובת-בנין-דכרין, ראה: פ' דיקשטיין, המשפט העברי, קובץ ג (תרפ"ח), עמ' 25-82; ש' אסף, "ביטולה של כתובת בנין דכרין", הצופה לחכמת ישראל, כרך י (תרפ"ו),

עמ' 18-30.

דומה כי קושי מסוג אחר נבע מן העימות שבין ההלכה לבין משפטי העמים. בלא להכנס לשאלה באיזו מידה משפיעות שיטות משפטיות אהרדי³⁴, אין ספק ששיטה משפטית משפיעה על הנורמה ההתנהגותית המקובלת בחברה נתונה. משום כך קרוב בעיני לומר, כי "תנאי ר' יוסי" הנזכר נוצר בהשפעת המשפט הרומי³⁵, שנהג בחברה הנכרית שבארץ ישראל ויצר שם נורמה של חלוקת העובד, שהיתה שונה מן המקובלת בין יהודים, ועקב זאת היו זוגות מישראל שקיבלו על עצמם תנאי זה.

עם פיזורם של בני ישראל בין העמים, ככל שארכו שנות ישיבתם בגולה, כן גברה השפעת מנהגי המקום וחוקיו על הקהילה היהודית. בכל יבשת אירופה נהגה השיטה המשפטית מיסודו של המשפט הרומי³⁶, ועל פיה אין הבעל יורש בלעדיו, אלא חולק בירושה עם הבנים או עם משפחת האב. העובדה שבמשפט העברי, מעיקר הדין, יורש הבעל לבדו, גרמה לויכוחים רבים ולסכסוכים בין המשפחות, וסביר על כן להניח כי אירע תהליך מן הסוג הבא: מכת ההשפעה האמורה של הדין הנוהג בחברה הנכרית, וכדי למנוע מריבה, מתנה זוג בינו לבין עצמו לחלק את העזבון בדרך הנראית לו; נוהג זה (שכיוצא בו מתואר על ידי ר'

34. ראה: Z. Falk, *Jewish Matrimonial Law in the Middle Ages* (Oxford, 1966). המתברר מעמיד שם על העובדה, שדמיון בין חוקים ומנהגים אינו מעיד בהכרח על השפעה הדרית, ראה עמ' 98-99, ומקורות שצויינו בעמ' 99 הערה 1. וראה שם בעמ' 6 ואילך על השפעת החוק הרומי על הנצרות וממנה לחוק נגד ביגמיה שהשפיע אח"כ על חרם רבינו גרשום. וכיוצא בדבר (שם, עמ' 43 ואילך) היתה השפעה לנצרות על מנהגי הנשואין. וראה גם שם בעמ' 64 ואילך.

35. ראה: י' פוקרובסקי, תולדות המשפט הרומאי (ירושלים, תרפ"ה), עמ' 398 ואילך; על פי המשפט הרומי היו בני הזוג יורשים זה את זה רק כאשר אין קרובים (אפילו אחים ואחיות למחצה) של המוריש. בנרדניה (Dos) — דהיינו נכסים שהוגדרו כך במפורש על ידי האשה או האב, זוכה הבעל במות האשה, אלא אם כן נפטקה הנדוניה על ידי האשה והוא עדיין כחיים — שם, עמ' 361. (בניגוד למשפט העברי, זוכה הבעל ב-Dos גם אם נתגרשה האשה). וראה עוד: M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* (Munich 1959) p. 130.

36. ראה: Eduard Ganz, *Das Erbrecht Des Mittelalters* (Stuttgart 1829), band I, p. 333 etc. וכן שם, כרך IV, על המשפט הרומי-גרמני בצרפת ואנגליה. וראה עוד: יצחק בער (ז"ל), תולדות היהודים בספרד הנוצרית (מההודיה שניה, תל-אביב, תשכ"ה), עמ' 67-68, שם הוא דן באלפונסו העשירי (באמצע המאה הי"ג), שהנהיג ספרי חוקים ובהם "ניכרת השפעת המשפט הרומי והקנוני", ובעמ' 265, שם מסופר כי בשנת 1377 פקד המלך לשנות את המשפט הפלילי בקהילת ברצלונה, בין השאר כי חכמי המשפט ראו סתירה בין ההלכה לבין "העיקרים הפרוגרסיביים של המשפט הרומאי", ואף "אין זה מן הנמנע שגם מחוזי היהודים עצמם נשמעו דרישות לחיקוקים" (1), ועוד.

יוסי!) מתפשט והולך עד שהופך למנהג המקום³⁷, וכשלב הבא הוא נקבע כחקנה לכל האיזור או המדינה על ידי גדולי הדור³⁸.

דומה כי תקנת מיורקה הנוכרת³⁹, וכמוה תקנה מקבילה הנוכרת על ידי מהר"י מטראני⁴⁰ — מקורן במנהג החברה הסובבת⁴¹. בתקופה מאוחרת יותר דן מהרש"ם בתשובה⁴² במי שהערים על השלטון כדי לעקוף את התוק הטורקי ("מנהג חוגרמה") שעל פיו "אשה יורשת (= מורישה, ככל הנראה) לבעל אחד מז' חלקים", ובענין אחר הוא מעיד⁴³ על חוקי פורטוגל, אשר על פיהם אין הבעל יורש את אשתו כלל (ושמא יש בתוק זה כדי להזכיר גם את מנהגה של קהילת מיורקה, על אף הפער בזמנים).

השפעה זו של החברה הסובבת היא בעלת ערך הלכתי (ככל שהדבר עשוי להיראות פרוכסלי!), ונראה בעיני כי לשון ה"תנאי" המובאת אצל הרשב"א⁴⁴ — "מפני דרכי שלום" — מוכיחה כי אמנם כן הוא. בהיות בחברה הנוכרית הנורמה המקובלת, כי אין הבעל יורש יחידי, היה בעמידה על דין-תורה כדי ליצור הרגשת קיפוח ותסכול אצל מי שלא ירשו (בניגוד לנורמה), ועל מנת למתן הרגשה זו נוצרו ה"תנאים" והתקנות.

37. על ההבדל בין 'נוהג' ל'מנהג', ראה: אלון, שם (הערה 3 לעיל), עמ' 754 ואילך, אך אבחנתו שם אינה כדיוק אותה האבחנה שאני מציע כאן: 'נוהג' — מעשה מקובל על רובו של הציבור, ומבוסס על הסכמה פרטית; 'מנהג' — מעשה מקובל על רוב מוחלט של הציבור, ומחייב גם ללא הסכמה פרטית.

38. יש להעמיד על הדמיון בתהליך זה (אשר אלון, שם, קורא לו "המנהג כמקור הסטורי", בעמ' 713) לתהליך החקיקה של חז"ל עצמם, כפי שתיארנו במחקרנו כמה פעמים. וראה להלן בפרק זה על תקנת רבינו תם, שגם בה התקיים מנהג קדום בנרבונו טרם גיבושה החקיקתי הרחב, וראה על כך: L. Finkelstein, *Jewish Self Government In The Middle Ages* (New York, 2nd print., 1964) עמ' 43, ובנוסח התקנה עמ' 163.

39. ראה הערה 22 לעיל.

40. ראה: ש' אסף, "לחיי המשפחה של יהודי ביצני", ספר היובל לכבוד ש' קרויס (ירושלים, תרצ"ז), עמ' 169, בעמ' 173 ואילך.

41. ראה: בער, שם (הערה 36 לעיל), עמ' 255; ולהלן, שם, בעמ' 258: "הקהילה (= במיורקה) תיקנה תקנות משלה בעניני מסחר, ירושה ונשואין, כדי למצוא דרך של פשרה בין דיני התלמוד ובין חוקי המדינה ומנהגיה".

42. שו"ת מהרש"ם, אבה"ע, קנה.

43. שם, סימן שכז; וראה גם מאמרי המצויין לעיל בסוף הערה 27.

44. שו"ת הרשב"א, ח"ג, תלב; תשובה זו מובאת ונדונה ע"י הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג ז"ל, "הצעת תקנות בירושח", תלפיות, כרך ט (ניו יורק, תשכ"ה), עמ' 11, בעמ' 18 ואילך.

ו. אומדן דעת נותן חנדוניה

הנקודה האחרונה היא שיקול מציאותי (שנודע אף לו ערך הלכתי) מסוג אחר, אשר הביא ליצירתן של תקנות ולביסוסן בתחום דידן, ומקורו בדברי תנאים ובסוגיות הגמרא. כוונתי לאומדן דעת הנותן⁴⁵; דהיינו: האב הנותן נדוניה לבתו לא נתכוון שזו תעבור לבעל בלא שבני הזוג חיו ונהנו מפירותיה יחדיו. ככל הנראה שיקול זה הוא המכריע בתקנות רבינו תם ותקנות שו"ם באשכנז ובצפון צרפת.

בלשון נוסח התקנה, כפי שהגיע לידינו, לא נמצא רמז מפורש לשיקול זה⁴⁶, אך כבר העמיד על כך הרשב"א⁴⁷, שבהזכירו את תקנת ר"ת הוא מוסיף ואומר, כי גם לאחר שנה, אם לא החזיק הבעל בנכסים — אינו יורשם, "משום דאולינן בתר אומדנא דדעתא". עם זאת נראה לענ"ד, כי יתכן שיימצא לנו רמז לשיקול זה אף בנוסח התקנה⁴⁸:

...אתרי כן נזכרחי מה ששנוי בתורת כהנים⁴⁹ ונתתי הודאה למקום שזיכנו מהיות כראויים לתוכחות, ששנינו בפרשת התוכחה 'ותם לריק כוחכם'⁵⁰ — יש לך אדם שמשיא את בתו ופסק ונותן לה ממון הרבה ולא

45. ראה: תוספות, קידושין, מט, ב, ד"ה דברים שבלב. וראה גם: Sh. Albech, "Gift", in: M. Elon (ed.), *The Principles of Jewish Law* (Jerusalem, 1975), p. 221, at p. 223.

46. ושם גרמה עובדה זו לטעותו של "שיפאנסקי, "תקנות הראשונים", אור המזרח, כרך יח (תשכ"ט), עמ' 180–201, שכתב בהערה 19, שם, כי רבינו תם העז להתקין תקנתו גם בלא מקורות תלמודיים; כפי שנראה, יש לר"ת לפחות שלושה מקורות תלמודיים שבשילובם יש 'מקור לחקנתו': (א) תנאי ר' יוסי, (ב) אומדן דעת הנותן, (ג) מנהג המקום, ועל כולם הסמכות הכללית של הפקר בית דין הפקר.

47. שו"ת הרשב"א, ח"ז, תלט.

48. לנוסח התקנה, ראה בפרק הבא. הקטע המובא להלן מצוטט עפ"י מחקרו החשוב של פינקלשטיין (ראה הערה 38 לעיל), עמ' 165, והובא גם ע"י אלון, שם, בעמ' 678 — אף שלא העמיד על משמעותה של התוספת. אך ראה מה שכתב על תוספת זו מו"ר פרופ' ש' אברמסון, "בירורים", סיני, כרך נח (תשכ"ז), עמ' קפא, בעמ' קצא ואילך. לדעתו אין התוספת מדברי ר"ת עצמו אלא מדברי ר' משולם (בר נתן?) עפ"י המדרכי, כתובות, רמז קנה, שהקשה על ד"ת בזה; עיין, שם, בעמ' קצב. לאחר מכן כינס א' קנפפר, תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת (ירושלים, תשל"ג), חומר נוסף לכל השאלה, ראה: שם, סימן קג (עמ' 3–162), ונספח ג (עמ' 316), והשיג ממנו על דבריו של אברמסון. וראה עוד לקמן.

49. ספרא ויקרא, פרשת בחוקותי, פרק ה, ג (מהדורת וייס, קיא ע"ד).

50. ויקרא, כו, ב.

הספיקו שבעת ימי המשתה לצאת עד שמתה בתו, נמצא מפסיד את בתו ומאבד ממנו. ואשרינו שלא נעמוד באותה גזירה, וכשם שיצאנו מזאת — כך נצא מכל גזירות רעות ונתבשר בשורות טובות, שלום על ישראל.

דומה כי כוונת ר"ת (או רבינו משולם) בהבאת מדרש ידוע זה — ללמד באה, ולא רק להזכיר כי יש בהלכה המקורית שבתורה משום גזירה ועונש לעיתים. היא באה ללמד, כי לא לכך נתכוון האב נותן הגזירה, וכשם שקבע ר' אלעזר בן עזריה⁵¹ "שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה", כך יש מקום לומר, שאף האב לא נתן אלא על מנת שיכנוס ועל מנת שיהיה ממנה שניהם יחדיו. (ואע"פ שכבר הזכרנו דעתו של אסף, כי בתקופת הגאונים לא נהגה כל תקנה בנידון דידן ואין לכך זכר בכתובות מאותה תקופה בבבל, יחזן שתשובת הגאון [רב האי?] שנתפרסמה על ידי אסף עצמו⁵² כבר טומנת בחובה רעיון זה של אמדן דעת הגותן, שהרי אומר שם ראובן [אבי הבת שמתה]: "כי כתבי, אדעתא למיקם שפחה קמי בתי, אבל אדעתא דמיתא בתי ושקלת את — לא כתבין לך" — ואף שהגאון פוסק שם שההלכה כראובן אך לא מטעמו, מכל מקום עצם הטענה כבר מנוסחת לפנינו).

סיכום

מצאנו מקורות לסמכותם של חכמים ולכוחו של ציבור להתקין תקנות אף בניגוד לדין תורה, הן בהלכה מפורשת המאפשרת להתנות על דין תורה בענייני ממון, והן בהלכה היסודית המסמיכה את בית הדין להפקיר ממון, ולהוציא מזה וליתן לזה⁵³. לעקרון שבתקנה נמצא כבר התקדים בירושלמי, ובדורות מאוחרים יותר קבעו כן הן על פי המנהג שהלך ונתפשט, הן מכוחם של שיקולים כדרכי

51. בבלי כתובות, מז, ב.

52. תשובות הגאונים, אסף (תש"ב), עמ' 60–61.

53. ראה בבלי גיטין, לו, ב: "דאמר ר' יצחק: מגין שהפקר בי"ד היה פקר? שנאמר (עורא, י, ח) 'וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרס כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה'; רבי אלעזר אמר: מהכא (יהושע, יט, גא) 'אלה הנתלת אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות'..." ויתכן כי המקורות השונים באו ללמד עניינים שונים: המקור שהביא ר' יצחק בא ללמד על סמכותו של בית הדין להוציא ולהפקיר, ואילו המקור שהביא ר' אלעזר בא ללמד על סמכותם להוציא מזה וליתן לזה; וראה בחידושי הרשב"א לגיטין, שם.

שלום' ומגיעה מראש של סכסוכים בתוך המשפחה, והן בשל שיקול הלכתי מחדש של אמן דעת הנותן, הגם שרעה זו לא נתפרשה מראש. כיון שסיימנו פרק זה בתקנת רבינו תם, נקדיש לה את פרקנו הבא במלואו, ומתוך הדיון בה נשים ליבנו לענין או שניים, השייכים אף לתקנות אחרות.

פרק שלישי: תקנת רבינו תם

תקנה זו נידונה הרבה בספרות⁵⁴, ואף על פי כן הניחו לנו עדיין מקום להתגדר בו. ושוב, לא באנו למצות אלא להעיר ולהאיר על מה שנתברר לנו בעיוננו.

א. קושי בטקסט

בנוסת התקנה מצינו⁵⁵:

שיחזיר... מה שישאר בידו שלא הוציא ולא יערים לכלות אם חלתה האשה רק מן הנמצא יתעסק בקבורתה לפי כבודו ויתעסק לרצונו...

ופינקלשטיין תרגם כך⁵⁶:

And her husband shall not designedly consume them if the wife falls sick; but from whatever is left, he shall pay for her burial expenses, and he shall provide a funeral in accordance with his station and his desires.

התרגום הפירוש נראה לכאורה קשה: מה הקשר בין ההערמה לכלות לבין מחלתה של האשה? שמה תאמר כי התקנה מתרה בבעל שלא לאכול את הנדוניה בשעת מחלתה של האשה (וכשהיא מנועה מלהשגיח עליו), מתוך החישוב

54. ראה, בעיקר, אצל פינקלשטיין, שם (הערה 38 לעיל), עמ' 43 ועמ' 160 ואילך; אסף, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 90, וכן בעמ' 91 הערה 3; קופפר, שם (הערה 48 לעיל), עמ' 316 ואילך. על אישיותו המיוחדת של רבינו תם, ראה: ש' אלבק, "יחסו של ר"ת לבעיות זמנו", ציון, כרך י"ז (תשי"ד), עמ' 103-141, ולאחרונה במאמרו המאלף של ח' סלובייצ'יק: "Can Halakhic Texts Talk History?", *AJS Review*, Vol. 3 (1978), pp. 153-196, esp. p. 174 ff.

55. פינקלשטיין, שם, עמ' 164.

56. תרגום התרגום: "...ולא יערים לכלות אם חלתה האשה; רק מן הנמצא ("ממה שישאר") יעסק בקבורתה ("ישלם הוצאות הקבורה") וידאג ללוויה בהתאם למעמדו ורצונו".

הקר שעוד מעט תמות ויתקיים בו "מה שאכל אכל" וזאת לא יתוויב להחזיר — אין הסבר זה פותר את הבעיה בשלימות, שהרי מדוע להתרות בבעל רק בשעת מחלתה של האשה, ולא להתרות בו כללית "שלא יערים לכלות"? ועוד: מה פשר הביטוי "רק מן הנמצא יעסוק בקבורתה" — פשיטא, וממה יתעסק בקבורתה? ושלישית: מה ענין "רצוננו" לכאן? והנה לפי ניתוחו של פינקלשטיין ניתן לחלק את כתבי היד של תקנת ר"ח שלנו לשתי קבוצות, שהוא מכנה אותן בסימנים S ו-N⁵⁷. בקבוצת S חסר הקטע "ואם חלתה האשה", ובמהמשך גורסים רוב כה"י מקבוצה זו (יא, יב, יד, נד) במקום "יתעסק רצוננו" את המלים "ומה שישאר, ישיב", ודומה עלי כי כבר בקטע זה עדיף נוסח S על N. להבהרה, הרי שני הנוסחים זה בצד זה:

נוסח S	נוסח N
שיחזיר... לירושיה ⁵⁹ או לנותני הנדוניא מה שישאר בידו שלא הוציא מן הנדוניא שלא יערים לכלות רק מן הנמצא בידו יתעסק בקבורתה לפי כבודו ⁶⁰ ומה שישאר ישיב עד זמן ב"ד.	שיחזיר... לנותני הנדוניה ⁵⁹ או לירושני מה שישאר בידו שלא הוציא ולא יערים לכלות אם חלתה האשה רק מן הנמצא יתעסק בקבורתה לפי כבודו ויתעסק לרצונו ועד זמן ב"ד.

נראה ברור, כי אין לפקפק ביחורנו של נוסח S; ועדיין צריך ביאור הביטוי "מן הנמצא בידו". נראה כי הנוסח המובא במרדכי⁶¹ יש בו כדי לפתור גם בעיה זו, שכן היא הגירסה שם:

...ושלא להערים לכלות הממון רק מן הוצאות עסק קבורתה לפי כבודה
ולא לפי רצונו⁶² ועד זמן ב"ד ל' יום.

57. יתר על כן, הרי הבעל חייב ברפואת אשתו, ולא מן הנדוניה אלא מרכושו שלו! ראה על כך מאמרי "בגדרי חיוב הבעל ברפואת אשתו עפ"י המשפט העברי", לעיל בספר זה, עמ' 131-142.

58. ראה דינו ורשימת כתבי היד שהשתמש בהם, שם, עמ' 160. לדעתו של פינקלשטיין נוסח S מאוחר יותר, אף שבחלקה השני של התקנה הוא קרוב יותר, לדעתו, לנוסח המקורי.

59. לנקודה זו (הבדל הנוסח) נקדיש סעיף מיוחד מיד להלן.

60. ראה: בבלי כתובות, מח, א, וכמחקרנו הארכנו בזה.

61. מרדכי, כתובות, פרק ה, רמז קנה; פינקלשטיין, שם, מזכירו בעמ' 43 הערה 2, אך אינו מביא מן הנוסח בפנים.

62. כך הוגה ברפוס (ראם) לפנינו, וכמקור היה "לפי רצונו", ולענ"ד אפשר שאמנם כך צריך להיות, ופירושו 'לפי כבודה ולפי כבודו (=רצונו)', והיינו לקוברת כגבוח שביניהם.

נמצא, איפוא, שזהו הנוסח ההגיוני והנכון: מותר לבעל ליטול הרצאות הקבורה (בה נתחייב) מן הנדוניה ואין זה בגדר 'כילוי', אם הוא בגבולות הקריטריון של 'כבודה/כבודו', ואת הנוסח עליו להשיב תוך שלושים יום.

ב. מי הזוכים — יורשי הנדוניה או נותני הנדוניה?

ראינו למעלה את ההבדל בין הנוסחאות: לנוסח N, הנדוניה חוזרת לנותן אותה, ואם נפטר בינתיים — ליורשיו; לעומת זאת, לנוסח S, הנדוניה עוברת ליורשי האשה או לנותן הנדוניה.

פינקלשטיין רואה בנוסח "או" נוסח קשה ושגוי⁶³; לענין אפשר לפרשו כאחת משתי דרכים: (1) בדרך כלל קרובי האשה הם גם הנותנים את הנדוניה וגם היורשים שלה; אך אם כתנאים מסוימים נותני הנדוניה אינם אלה הראויים לרשתה — הם הזוכים בנדוניה במות האשה, והתנאי נשנה 'לצדין'. (2) אם אין לאשה יורשים ידועים, וידוע מי שנתן הנדוניה⁶⁴ — הנדוניה חוזרת אליו, ותו לא מידי (להסבר (1) יש להוסיף, כי לפיו, לכאורה, היה צריך להיכתב 'לנותנים או ליורשים', ולא להיפך, כפי שהוא לפנינו; אך על כך יש להשיב, כי מנסחי התקנה קבעו את המקרה הרגיל והתדיר בדישא).

שמא לא תהא מפתיעה העובדה, כי מחלוקת נוסחאות התקנה מצויה לפנינו במחלוקת גדולי תכמי אשכנז, והוכחו דבריהם הן בתשובות מיימוניות⁶⁵ והן בשו"ת הרא"ש⁶⁶, וכבר העיר הרמ"א למחלוקת זו⁶⁷, ואף האחרונים עסקו בה⁶⁸. במיוחד

63. לרעהו נובעת הטעות מן הקצור "ליורשי" שנפשט ליורשיה' במקום ליורשיו' — ראה שם, ראש עמ' 162. לענין אין הסבר זה מספיק, שהרי קשה עדיין שינוי הסדר, ואין טעם לפשיטות זו בלא הקדמת היורשים לנותנים. לקבלת הסברו של פינקלשטיין עלינו לטעון, איפוא, שמלבד הטעות בפשיטות גם נשנה הסדר מכוחה; אף שאפשרות זאת קיימת, מכל מקום היא דחוקה. 64. ראה המעשה שהובא באורזרוע וממנו בתשובות מיימוניות על הרמב"ם, הלכות אישות, סימן לה; התשובה מצוטטת ע"י רבינו ברוך בן שמואל (ממנצא) ועליה דבריו של ר' דוד בן שאלתיאל, עיין שם.

65. ראה בהערה הקודמת; מאידך גיסא, ראה: הגהות מיימוניות, שם, סימן כו, והיא תשובת מהר"ם מרוטנבורג. וראה במהדורות הרמב"ם של הרב ש' פרנקל (ספר נשים, בני ברק, השל"ו), עמ' תלד, שציין המקבילות לתשובה זו בדפוסי שו"ת מהר"ם.

66. שו"ת הרא"ש, ריש כלל נד.

67. ראה: דרכי משה, לטור אבה"ע, נה, ס"ק ב; הג"ה לשו"ע אבה"ע, קיח, יט.

68. ראה: בית שמואל לשו"ע, שם, ס"ק כד. וכן ראה: א' קרלין, תורת אבן העזר (ירושלים, תש"י), עמ' רכו ואילך.

ראויים להזכר דברי הט"ו⁶⁹, שהקשה קרשיה גדולה על נוסח S: אם נקבל את הדעה, כי הנדוניה חוזרת לנותניה, מובנת הפסקה מתורת כהנים⁷⁰, שכדי שלא יאבד אדם הן את בתו (או קרובתו וחביבתו) והן את ממונו תיקנו חכמי הקהילות את תקנתנו; אך אם הוא משום ירושה, הכיצד תקנו חכמים וקהל לעקור ירושה מדאורייתא (או אפילו מדרבנן) והעבירוה למישהו אחר? וחירץ שם, שכיון שבדרך כלל הקרובים לרשת הם המה הנותנים (וכדברינו בהסבר הנוסח) — כך תקנו חכמים, ולא פלוג. כעיונו בתקנה התקשה כבר הרב הרצוג בתירוץ זה⁷¹, ולא הונח לו אף בסכרת התשב"ץ, שהוא מכוח 'הפקר ביד'⁷² — עד שהציע בסוף לתרץ על פי המהרש"ם⁷³ והמבי"ט⁷⁴, שלסוברים שהנדוניה חוזרת לנותניה הוא מטעם תנאי בנשואין⁷⁵.

נמצא כי המחלוקת בענין זה תלויה בטעם התקנה ובמקור תוקפה: לדעת הסוברים שהוא מכוח אמון דעת הנותן, הנדוניה אמנם חוזרת לנותניה, ומסתבר כי זו היתה דעתו המקורית של ר"ת — שהרי הוא-הוא שפיתח חידוש זה⁷⁶. לעומת זאת היו אתרים שחלקו על דעתו וסברו, כי הטעם העיקרי הוא משום 'תנאי בנישואין' והאפשרות להתנות ככל שירצו בני הזוג, ולפי זה זכאית האשה לקבוע מי יהיו יורשיה, ולפיכך אפשר להעדיף את יורשיה שלה על פני הבעל, ואף בניגוד לדין תורה.

השתא דאתינן להכי, שמא אפשר להסביר במחלוקת זו נקודה מענינת נוספת: מדוע חזר בו רבינו הם?

69. ט"ז לשו"ע, שם, ס"ק ח.

70. ראה לעיל, ליד הערה 49, ומכאן ראייה לדברינו שם.

71. במאמרו בתלפיות, שם (הערה 44 לעיל), עמ' 15 ואילך.

72. שם, בעמ' 16 ואילך. וראה לעיל פרק שני סעיף ד.

73. שו"ת מהרש"ם, אבה"ע, ק"א.

74. שו"ת מבי"ט, ח"ג, ב.

75. הרצוג, שם, בעמ' 18. והשווה: א' ורהפטיג, "הסכם מקום מגורים בין בני זוג: לכעית דבר שאין בו ממש", שנתון המשפט העברי, כרך ג-ד (ירושלים תשל"ו-תשל"ז), עמ' 377 ואילך, שהגדיר תנאי כזה, על פי פסק ביה"ד הרבני, כ"תנאי מגביל" ואין צורך בתנאי כזה להקפיד על כללי דיני החוזים (שם, בעמ' 385).

76. ומכאן שאמנם צדק פינלקשטיין באשר למקוריותו של נוסח N, אך לא מטעמו. יתר על כן, מנוסח התקנה במרדכי (ראה סמוך להערה 61 לעיל) נראה, שקשה לקבל הצעת תיקונו, שכן הגרסה שם "לנותנין לה או ליורשיה" ולא נשתנה הסדר, והנוסח בשתי האפשרויות הוא בלשון רבים, ועל כנראה שיש כאן ניסוח טנטטיבי ותו לא. וראה עוד ב"משפטי הכתובה" לראבי"ה, ראבי"ה, כרך ד (ירושלים תשכ"ה), טימן תחקיט, עמ' רע-שסט, הגורס להחזיר כתובה ליורשיה.

התוספות בסוגיית כתובות העירו⁷⁷ כי רבינו חם "חזר בו בסוף ימיו מאותה תקנה"⁷⁸, והר"ש אסף מעיר על כך כי "אמנם אין הדבר ברור"⁷⁹. ובאמת צריך עיון מדוע יחזור בו ר"ת מאותה תקנה, במיוחד כאשר תלוּקת הירושה על פי עקרונות התקנה כבר נהגה קודם לכן, כפי שראינו⁸⁰, כנרבוּנה (ראולי בכל דרום צרפת — פרובנס), והסכימו עליה חכמי דורו?

ומענין לענין באותו ענין: גם ר"ש אסף⁸¹ וגם ר"ש אברמסון⁸² העירו על התופעה המוזרה, שאף כי חזר בו ר"ת מתקנתו, מכל מקום נהגו בה הלכה למעשה ואף חיזקה!⁸³

דומה כי ההסבר מתבקש מתוך הדיון עד כאן: אם תוקפה של התקנה הוא מכוח 'אומדן דעת הנותן' יש מקום לבעל דין לחלוק, ומסתבר כי אומנם היו חכמים שלא קיבלו את התקנה כלשונה, ולא הסכימו להנחה, שאב נותן מתנה לבתו עם נשואיה על דעת שאם תמות שלא יירשנה בעלה. שמא מכוחן של התעצמויות אלה סבר ר"ת, בסוף ימיו, כי מוטב להשאיר דין-תורה על מכוננו ולעכב את ירושת האשה ולהעבירה לבעלה בלבד. אלא שמנהג שהתחילו לנהוג בו אינו נפסק מעצמו, ובמשך דור או שניים נהגו יהודים בהחזרת הנדוניה במקרים כאלה, אף

77. תוספות, כתובות, מז, ב, ד"ה, כתב לה (שתחילתו בע"א). ככל הנראה ר' אליעזר מטוך הוא שמוסר דברים אלה, כפי שעולה מן התשובות שפרסם קופפר, שם (הערה 48 לעיל) בנספח פסקה ד, עמ' 421 ואילך (מחכמי אוסטריו). בזה מתווספת ראייה לדעתו של מ"ר פרופ' א"א אורכך, בעלי התוספות (ירושלים, תשי"ז), עמ' 490, כי אמנם ר"א מטוך הוא עורך התוספות שלנו למסכת כתובות.

78. וכן הוא בחידושי הריטב"א (ובשנויים — בשיטה מקובצת). וראה מה שהעיר כענין זה אברמסון, שם (הערה 48 לעיל).

79. אסף, שם (הערה 2 לעיל), בעמ' 92 הערה 4 — על פי פסקי הרקאנטי, תקיד, וש"ת בנימין זאב, ס.

80. ראה לעיל סמוך להערות 37-38.

81. ראה הערה 79 לעיל.

82. אברמסון, שם (הערה 48 לעיל).

83. העריכו את חלותה גם לשנה השניה — ראה: פינקלשטיין, שם (הערה 38 לעיל), עמ' 58; אסף, שם, עמ' 92 הערה 6 — והיא התקנה הקרויה "תקנת שו"ם" (וראה עליה עוד לקמן). אמנם יש מקום לומר, כי תקנת ר"ת אומצה ע"י קהלות שו"ם עוד לפני שהותקנו שם התקנות בשנת תתק"ף (1220), שכן איננה נזכרת שם בין התקנות, ראה: פינקלשטיין, שם, עמ' 218-250, נוסח התקנות ודיון; אך כבר העיר אסף (שם) כי התקנה מובאת בראשונים בשם ר' דוד ממינצבורג ור' ברוך ממגנצה, מראשי הודע בתתק"ף, וצ"ע.

שלא היה בסיס חוקי לנהוג זה. משראו חכמי מגנצא (וקהילות שו"ם), ור' דוד ממניצבורג בראשם⁸⁴, כי הנהגה מקובלת ומשתרשת, חזרו ומצאו כי יש תוקף למנהג זה מכוחו של 'הפקד' בי"ד הפקד' והסמכות להכיר ב'תנאי בנשואין' כשהוא מקובל מכללא, מכוחו של המנהג הרווח.

משבאו חכמי וקהל שו"ם לחדש את תקנת ר"ת בתוקף מחודש, היה גם מקום לשנות את נוסחתה ולהעביר את הנדוניה ליורשים.

בהתחדש התקנה נוסף בה גם ענין אחר: לא רק הבעל מחזיר את הנדוניה⁸⁵ ליורשי האשה, אלא אף האשה — אם מת בעלה — מחזירה מה שהכניס הבעל כנדוניה. לדעתו של פינקלשטיין⁸⁶, ההבדל נובע בשל השוני בתנאים ששררו בגרמניה ובצרפת: בעוד שר"ת מנהיג את תקנתו על פי מציאות זמנו בצרפת, חכמי שו"ם שמו לב למציאות ששררה בגרמניה בזמנם, שם נהגו הורים להשיא את ילדיהם בקטנותם, ושני הצדדים העניקו מתנות־נשואין במשותף לזוג הצעיר, ועל כן היה מקום בגרמניה להשוות בין הדרישות אל האשה והבעל, ותקנת שו"ם נהגה בשווה בין בני הזוג⁸⁷.

אף על פי כן לא נהגה תקנת שו"ם בצרפת גם כדורות מאוחרים יותר, ותקנת ר"ת היא שהמשיכה לשרור בה; תשובה רבת ענין בנושא זה מצויה לפנינו בהגהות־מררכי⁸⁸ בסוף קדושין⁸⁹:

ראובן השיא בנו ונתן ב ליטרין לנדוניה ומת (=החתן) בתוך שנתו והאשה גבתה הכל בכתובתה, וראובן תובע מכת תקנת ר"ת שתקן להתזיר לאבי

84. ראה להלן סמוך להערה 97.

85. לפי תקנת ר"ת המדובר הוא בנדוניה כולה, וכן הוא עפ"י נוסח א של תקנת שו"ם בשנה ראשונה, ובשנה השניה — מחצית הנדוניה. לפי נוסח ב של התקנה, בכל השנתיים מחזירים רק המחצית. וראה אצל אסף, שם.

86. פינקלשטיין, שם, עמ' 58—59.

87. ראה בענין זה: י' כ"ץ, "נשואין וחיי אישות במוצאי ימי הביניים", ציון, כרך י (תש"ה), עמ' 21 ואילך (דומני כי זה המאמר הראשון בו ניסח המחבר, תחן פרסי־ישראל בהיסטוריה, את המתודה הסוציולוגית־היסטורית שלו). בעמ' 25 שם מזכיר פרופ' כ"ץ, כי נדונית הכלה היתה בדגל גדולה משל החתן.

88. על ספר המרדכי, מתברר, הגהות המרדכי ועוד — ראה: א' הלפרין, ספר המרדכי השלם, מסכת בבא קמא (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשל"ח), חלק א — מבוא, עמ' 1—38.

89. מרדכי, קדושין, סימן תקנא; וראה פינקלשטיין, שם, עמ' 166—167, הערה 2.

הבת אם מתה תוך שנתה משום עגמת נפש⁹⁰, וכל שכן לאבי הבן, דאיכא עגמת נפש טפי.

והאלמנה משיבה: (א) אין עונשין מן הדין⁹¹; (ב) ועוד, היכא דאיתמר — איתמר (= כלומר, במקום שנאמרה התקנה — נאמרה, אך במקום שלא נאמרה, כגון במקרה רידן, אין היא תקפה); (ג) ואפילו מהלכה אין למדין ק"ו, כל שכן מתקנה; (ד) ועוד, אפילו לר' אלעזר דאמר זיל בחר אומדנא...⁹², מכל מקום מן הנשואין גובה הכל, ולא אזל תו בתר אומדנא! ויש לתת טעם, לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות⁹³ — גמר ומקנה הכל, אפילו התוספת דאמדינן ליה — סמכה דעתיה! נראה (= מכאן ואילך — התשובה), היכא דאיתמר איתמר, ותקנת ר"ת חידוש הוא, ואין לך בו אלא מה שתקן לבת ולא לבן. ואע"ג דיכול להיות מה שלא תיקן מן הבן משום דלא שכיח שיתן נדוניא, ואי הוה שכיח הוה מתקן, מ"מ סוף-סוף לא תקן! וכן הסכימו כל החכמים שאצלנו באותו דעת, ושולם עזריאל בן יחיאל⁹⁴.

העולה מן האמור, כי ברור האחרון של בעלי התוספות עדיין נהגה תקנת ר"ת בצרפת (דווקא היא ולא תקנת שו"ם), והנסיון ללמוד ממנה ולהרחיב תחומיה נתקל בהתנגדותם של תכמים, על אף הנהגה, שכנראה הוחל בו בהשפעת אשכנז, לתת נדוניה גם מצד הבן. וזה לשונה של תקנת שו"ם⁹⁵:

ומצאתי כתשובת ר"ב⁹⁶ ממגנצא ובתשובת ר' דוד מגינצבורג⁹⁷ שהקהילות

90. איזכור זה מוכיח שוב, כי ציטוטו של ר"ת מתורת כהנים (ראה הערה 49 לעיל) בא לגמק התקנה.

91. כלומר, אין להסיק מסקנות הלכתיות מקל וחומר (= דיין), וראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, עמ' שכא ואילך; אך טענה זו מסופקת, שהרי רבים סבורים כי כממון אין כלל זה תופט (ראה: שם, עמ' שגכ), ולא נאמר אלא לגבי ענישה במיתה או במלקות.

92. הוא ר' אלעזר בן עזריה הסבור, כדלעיל, "שלא כתב לה אלא על מנת לכנסה" — ומסתמך איפוא על אומדן-דעת-המתחייב.

93. ראה: אנציקלופדיה תלמודית, כרך יג, עמ' תשכ (ערך "חוקה בטבע האדם").

94. הוא כנראה תלמיד רבינו פרץ והמהר"ם מרוטנבורג, ראה: אורבך, שם (הערה 77 לעיל), עמ' 463.

95. ראה: מרדכי, שם (הערה 61 לעיל).

96. הוא רבינו ברוך בן שמואל ממגנצא, ראה: אפסטיצור, מכוא לספר ראבי"ה (ירושלים, תפרי"ח),

עמ' 329; אורבך, שם (הערה 77 לעיל), עמ' 352.

97. הוא רבינו דוד בן קלונימוס (היה ממשפחת הקלונימוסים הנודעת?) ממינצבורג — אפסטיצור,

עשו תקנה על כל איש ואשה שעשו נשואין ונפטר לעולמו אחד מהם בלא זרע בתוך שנתיים שיחזרו חצי נדוניא לזרשי המת.

דומה כי אף שתקנה מחודשת לפנינו, ראו חכמי אשכנז מקום לסמכה על תקנת רבינו תם, ומעין ראייה לדבר מצויה לנו בתשובה לתלמיד מהר"ם⁹⁸:

כתב תלמידו של הר"מ וזה לשונו: נראה לי מה שתקן ר"ת להחזיר הנדוניא לאב, לא על הבת לבדה תקן — אלא אף על מיתת הבן תיקן. ומה שלא הזכיר הבן, משום דבצרפת נוהגות הבנות ליתן הנדוניא ולא החתן. אבל אם היה הבן נותן הנדוניא ומת תוך השנה — הנדוניא חוזרת גם לאביו. וכן דנתי לפני הר"מ והודה לדברי⁹⁹. עכ"ל.

נמצא אפוא כי שני תלמידי מהר"ם, האנונימוס בתשובה זו ור' עזריאל בתשובה שקדמה, חולקים ביניהם בשאלת תחולתה של תקנת רבינו תם על נדונית־הבעל. ושמא אף כאן המחלוקת קשורה בשאלה אם יסוד התקנה באומדן־דעת־הנותן (ואז יש טעם להחיל התקנה הן בבת והן בבן), או שמא יסודה בתקנת חכמים ועל פי מנהג צרפת, וכיון שבמקורה לא נקבעה התקנה על הבן, תקנת שו"ם היא תקנה עצמאית ומחודשת.

ד. האם חלה התקנה על נדוניה (נכסי צאן ברזל) בלבד, או גם על נכסי מלוג?

תקנת רבינו תם ותקנת שו"ם הסמוכה עליה, עוררו במאה ה־ט"ו בעיה חדשה: האם נתכוונה התקנה רק להחזרת הנדוניה שקצב האב לבתו (או לבנו), או שמא הוא הדין גם לנכסים שהכניסה האשה לנשואין מעצמה — כלומר, אלה המוגדרים כנכסי מלוג?

לכאורה, אם הטעם הוא מחמת אומדן דעת הנותן, הרי אין הדבר כן בנכסי

שם, עמ' 335; אורבך, שם, עמ' 302; וכן ראה הערתו של קופפר, שם (הערה 48 לעיל), עמ' 162.

98. הגהות מרדכי, כתובות, רמז רפו. על הגהות מרדכי ראה בחיבורו של הלפרין, שם (הערה 88 לעיל).

99. וראה שם, בהגהות אנשי שם, אות ה, בשם מהר"ם (הוא ר' מנחם טיקטין, תלמיד הרמ"א), שהזכיר התשובה החולקת של ר' עזריאל הנזכרת למעלה. וכבר הזכיר המחלוקת הר"ש אברמסון, שם (הערה 48 לעיל). ועיין עוד: שו"ת מהרי"ל, עו (דפוס קראקא, תרמ"א = צילום, תל־אביב תש"ד).

מלוג, כי נכסים אלה באו לרשות הבעל מכוחה של האשה, ועל כן לא שייך 'אומדן-הרעת' ולא תהיה תתולה לתקנה¹⁰⁰!
והנה מצאנו, למרבית ההפתעה, כי היו חכמים שסברו, שתקנת ר"ת חלה גם על נכסי מלוג. מפורשים הדברים היטב, למשל, בתשובת מהרי"ל¹⁰¹:

ובנכסי מלוג דידן, יש מרבותינו הגדולים דסבירא להו דירית להו בעל — כמו פסקי מהרי"ח בהג"ה¹⁰² דאפילו ר"ת מודה.
ואני בער אומר, דודאי מדינא דגמרא מודה ר"ת דלא שייך בהו אומדנא אבל תקנת הקהילות שייכא כמ'¹⁰³ בנכסי מלוג.
ומנא אמינא לה? דמהר"ם פסק בתשובה שבמיימון¹⁰⁴ דכיון דלא ירית לה בעל מכח תקנת הקהילות, אין חייב לקברה¹⁰⁵ — ואם איתא דירית לנכסי מלוג, חייב לקברה משום ירושת נכסי מלוג, כדאיתא ריש האשה שנפלו, דקאמר דתקנת קבורה ג"כ תחת ירושת נכסי מלוג¹⁰⁶. ואם אף לא היו שם נכסי מלוג בהיא עובדה, מ"מ נתחייב בקבורתה — אטו אי ליכא נדוניה לא מחייב בקבורתה? אלא כיון דראוי היה לירש מתחייב בקבורתה — וכן כל תקנתא דמוזנות ופרקונה הכי הוא, אפילו ליכא הני דתתחיהן¹⁰⁷.

ומוסיף מהרי"ל ונותן טעם לדבר:

100. אין לומר כי גם נכסי המלוג באו לאשה מאביה, שהרי בדרך כלל ירשה אותם, כלא 'דעת-נותן', וכן הוא אם רכשה אותם בעצמה לפני נשואיה, כפי עבודתה וכדומה. על כל פנים נכסי מלוג אינם בגדר 'מתנת נשואין' כנדוניה.
101. שו"ת מהרי"ל החדשות (מהדורת סק, ירושלים, תשל"ז), סימן ד, עמ' שכח. וראה מקבילתה בשו"ת הגדפס (לעיל הערה 99), סימן סא, וכן בסימן עו, פ.
102. ראה: הגהות אשר"י, כתובות, פ"ד, סימן ט. המהרי"ח הוא ר' חזקיהו ממגדבורג, בן דורו של המהר"ם מרוטנבורג; ראה: אורבך, שם, עמ' 441.
103. כנראה שהכוונה ל'כמה', ופירושו — 'שייכת מאד'.
104. היא התשובה שבראש סימן לה, הגהות מיימוניות, הלכות אישות (על סימן זה בהגהות מיימוניות ראה גם הערה 64 לעיל).
105. ראה דיוונו לקמן בפרק זה, סעיף ה.
106. ראה: תוספות, כתובות, פ, ב, ד"ה או.
107. ובגדפס סימן סא הוסיף, שכך פסק גם רבינו יקר (בן שמואל) הלוי (והוא חכירו של מהר"ם מרוטנבורג — כהערת אורבך, שם, עמ' 452, וכן משמע ממה שהזכיר החיד"א בשם הגדולים ערך ר' יקר, שנזכר כמה וכמה פעמים בשו"ת מהר"ם; ודלא כדעתו של ר"ח מיכל, אור החיים, עמ' 515, שהיה תלמיד רבינו תם (!), ואכמ"ל יותר) — בדונו על יתום מאב ואם ונשא ומה ותבעו תקנת הקהלות בנכסי מלוג.

הלכך נראה לע"ד דתקנת הקהילות הוי נמי מנכסי מלוג, דהוי נמי עגמת נפש דאכל הלה ותדי ויבזוז זרים חילם ואיש נכרי יאכלנו, כיון דלא הניחה זרע קיימא, והיה ראוי להחזיר למי שנתנם כמו הנדן, אלא דלא שייך לאהדורי לכל חד וחד.

כלומר, גם בירושת נכסי מלוג קיימת עוגמת נפש בכך שהאשה הבת-האחות מתה וירושתה מגיעה למשפחת זרים, ועל כן מן הראוי היה שהירושת תחזור למקור ממנו הגיעה, אלא שקשה להחזירה בפיצול, לכל מי שממנו הגיעו הנכסים לאשה, ועל כן תחזור ירושת נכסי מלוג לקרוביה של האשה, והיינו ליורשיה ממשפחת בית אביה.

מדברי מהרי"ל משמע בבירור, כי רבינו תם לא תיקן על נכסי מלוג, אלא רק 'תקנת הקהילות' (=שו"ם) חייבת כן. האם יתכן כי לפנינו השפעה של מקור אחר על קביעה זו?

נראה בעיני כי אמנם יתכן כך. בשו"ת הנדפס מזכיר מהרי"ל¹⁰⁸ את תקנת טולטא (היא-היא תקנת טולטולא, טולידו), שעל פיה חולקים הבעל ויורשי האשה את כל הנכסים כולם — צאן ברזל ומלוג גם יחד¹⁰⁹ (וזאת בניגוד לתקנת דמשק, אשר על פיה מקבלים יורשי האשה, בלא חלוקה, את כל נכסי צאן-ברזל¹¹⁰). נראה כי עם חידוש הקשר הרצוף בין תורת אשכנז וספרד ביניהם של הרשב"א והרא"ש, הגיעו הדיה של התקנה הספרדית לאשכנז ואל חוגו של המהר"ם מרוטנבורג ויורשיו בהנהגת הקהל. העדות הקדומה ביותר להחלפתה של התקנה על נכסי מלוג מצויה בפסיקתם של מהרי"ח ור' יקר, שניהם בני תקופתו של המהר"ם. יתכן, איפוא, כי שוב השפיעו הנוהג והנורמה המקובלת על הפסיקה והפרשנות: כיון שראו חכמים, שישראל נוהגים בתקנה גם בנכסי מלוג, והלכו והתרכו התביעות על רקע זה, ראו צורך לקבוע את התקנה לפי הנהוג, ובאו ופירושה כפי שראינו בדברי מהרי"ל, על אף ש"מדינא דגמרא"¹¹¹ מסכים מהרי"ל, שלא לכך נתכוון ר"ת.

108. שם (הערה 99 לעיל), סימן פ.

109. ראה לענין זה: שו"ת זכרון יהודה (בערלין, תר"ו = צלום, ירושלים, תשכ"ח), לרבינו יהודה בן הרא"ש, סימן נט, עמ' יא ואילך; שו"ת מרשד"ם, אבה"ע, קנ. וכן ראה: אסף, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 87-88; הגרי"א הרצוג, שם (הערה 44 לעיל), עמ' 19 ואילך; וולף, שם (הערה 2 לעיל), עמ' 163.

110. ראה: אסף, שם, עמ' 86 (הערות 4, 5) — עפ"י שו"ת ר"ב אשכנזי, יב, ושו"ת מהר"ם גאלאנטי, קב.

111. בלא ספק זהו ביטוי שאול, שהרי תקנת ר"ת אינה כבחינת "דינא דגמרא"; הכוונה, כנראה, לדין היסודי.

דומה כי מכאן חיזוק נוסף לטענתנו, כי עם חידוש התקנה בשו"ם נוסף לה מימד של תוקף חוקי מכוז המנהג, הפקר בי"ד ותנאי בנשואין — ועל כן יכולים היו ברור שלאחר מכן גם להרחיב את חלותה, מתוקף אותם נימוקים עצמם, על נכסי מלוג שלא נכללו בה מלכתחילה.

מעין ראייה לרברינו במה שכתב הר"ח בנבנישתי¹¹² על המחלוקת המובאת בשולחן ערוך אבן העזר אם נוהגות התקנות בנכסים שהביאה האשה מעצמה¹¹³, והעיד כי לשיטת הרשב"א, שתוקף התקנות ימפני דרכי שלום¹¹⁴, הרי באמת הוא הדין לנכסי מלוג ולנכסי צאן ברזל; נראה כי הטעם, כאמור, קובע את חלותה והיקפה של התקנה:

אם כנים דברינו, נראה לנגד עינינו תהליך רב-ענין של התגבשות החקיקה בתקנתנו (הכוונה להתפתחות הפנימית של היקף התקנה עצמה, ולא למקור המשפטי שלה — מנהג-תקנה וכו'), עליו עמדנו לעיל ולהלן): מתקנה מבודדת של הסכם בין בני הזוג (תנאי ר' יוסי) — לתקנה ממוסדת של הנחת התנאי מכללא בכוננת הנותן, שנקבעה על ידי רבינו תם בהיקף מצומצם (נדוניה); ממנה הרחבה על ידי התפשטות הנוהג והרחבת הבסיס החוקי, ומכאן גם באשר להיקפה של התקנה (לבן כמו לבת, למלוג כמו לנכסי צאן ברזל, לשנה ב כמו לשנה א). ושמא להתפתחות אחרונה זו תרמה גם ההשפעה שבאה מכיוונה של טולידו הספרדית¹¹⁵.

רצוננו, מכאן, לבדוק את מערכת הקשרים בין התקנות לבין חיוב הקבורה המוטל על הבעל ושמא נוכל למצוא גם משם סיוע להנחתנו.

ה. חיוב הבעל בקבורת אשתו לאור תקנות הקהל בירושת הבעל

כיון שחיוב קבורת האשה הוטל על הבעל בצמוד לזכותו לרשת אותה זה תחת זה¹¹⁶, נשאלת השאלה האם עדיין מוטל חיוב הקבורה על הבעל גם

112. בן המאה הי"ז למנינים, רבה של איזמיר. דבריו כלולים בספרו כנסת הגדולה, אבה"ע, סימן קיח, הגה טו, ס"ק ו, והובאו דבריו גם אצל הרב הרצוג, שם.

113. שו"ע, אבה"ע, קיח ט; וראה שם: הגהת הרמ"א, בית שמואל, חלקת מתוקף וביאור הגר"א.

114. ראה הערה 44 לעיל.

115. זאת למרות קביעתו הברורה של המהרי"ל כי "תקנת טולייטא היתה מבואר בענין אחר מתקנת הקהילות", ראה: שו"ת הנדפס (הערה 99 לעיל), סימן פ.

116. ראה: בבלי כתובות מז, ב (בברייתא שם), ומאמרי "כחיוב קבורת אלמנה ושומרת יבם בירושלם", בספר זה, עמ' 143-157.

לאחר שהופקעה ממנו זכות הירושה כמידה מלאה או חלקית. בדיונו במקום אחר¹¹⁷ העמדנו על המתלוקת, האם התקנה של 'זה תחת זה' היא כתמורה או כנימוק, ותלינו בה כמה מן הדעות השונות שנאמרו בתשובה לשאלתנו. כאן רצוננו להעמיד על כמה מן התשובות שדנו במישרין בבעיה דילן¹¹⁸, ולסכמם בקצרה:

לדעת מהר"ם אינו חייב לקבור¹¹⁹, וכן פסק בעקבותיו מהרי"ל¹²⁰, אלא שהוסיף כי אם כנס אותה ערומה חייב לקברה אף אם מתה בשנה ראשונה, שכן כאן לא חלה עליו תקנת הקהילות והוא מחוייב ועומד בקבורתה מכוח תקנת חז"ל¹²¹.

לעומת זאת, הרשב"א¹²² והחשב"ק¹²³ סבורים, כי על אף תקנת הקהל או ההסכם בין בני הזוג, חייב הבעל לקבור. בין האחרונים סבור בעל שבות יעקב¹²⁴, כי הבעל חייב בכל הוצאות הקבורה אף אם ירש רק חלק, ולעומתו טוען בעל פנים מאירות¹²⁵, כי אם אין ירושה אין קבורה. כמו כן נחלקו בית

117. שם, עמ' קעג. והארכנו בכל אלה במחקרוננו.

118. לא באנו למצות אלא להדגים.

119. ראה תשובתו הנזכרת למעלה סמוך להערה 103.

120. ראה לעיל סמוך להערה 101.

121. דברי מהרי"ל אלה הובאו לשו"ע אבה"ע, פט, ס"ק א (ושם ציין לשו"ת סימן פה, ובנחלת שבעה, סימן ט, אות ד, ציין לסימן פד — ובשני הסימנים לא מצאתי משפט זה בדפוסנו, והדבר מצריך עיין ביבליוגרפי לעצמו, ואכ"מ), וכן בחלקת מחוקק, שם, ס"ק ד. כן הביאם הרב משה נחמיה חאסאלעוויטש (הוא רמ"ג כהני-כהנא, שעמד אח"כ בראש ישיבת עץ חיים בירושלים), נתיבות השלום (תרי"ח); הספר נדפס כנראה לראשונה בקניגסברג ובחיי המחבר, והסכים עליו ר' יעקב צבי מקלנבורג, הלכות כחובות, נתיב כא, סימן כב, ועוד.

122. שו"ת הרשב"א, רנב = ח"ד, קנא, והובאו ע"י ר' יוסף קארו בבית-יוסף לטור יו"ד, סימן שעג, ד"ה כתב.

123. תשב"ץ, ח"ב, סו: "ו...ומכל מקום, אפילו באותן מקומות שתקנו שיש חלק בירושתה לבנה או לשאר ירושה — אפילו הכי הבעל חייב בקבורתה, כיון שיש לו חלק בירושתה... ועוד, שכיון שהוא יורש עיקר כתובה כולה — הכי נמי כולה קבורתה עליה רמ"א; והדבר מוכרע ממקומו, שהם (=הקהל!) לא תקנו כלום בקבורתה, ומסתמא אוקמוה אדינא דגמרא שהיא על הבעל, והמנהג כן הוא."

124. הרב יעקב ריישר, דיין בפרג ורב בוורמס ובמץ (נפטר 1733). ראה: שו"ת שבות יעקב, ח"ג, קכב, והביא שם מראי מקומות נוספים לדעתו.

125. ראה: פתחי תשובה לשו"ע אבה"ע, פט, ס"ק ג (והביא דברי הפנים מאירות יחד עם מחברים נוספים שנסתפקו בדבר).

שמואל וחלקת מחוקק¹²⁶ אם חייב הבעל בכל ההוצאות או רק יחסית למה שירש.

שתי שאלות עולות מתוך סיכום זה:

השאלה הראשונה: תקנת רבינו תם, שהיא הבסיס החוקי לתקנת קהילות אשכנז ולדעתם של מהר"ם ומהרי"ל, מחייבת את הבעל בקבורה¹²⁷, כפי שראינו. קשה לפרש כי הנוסח "רק מן הנמצא בידו יתעסק בקבורתה" מתכוון לומר, שהקבורה תחול על הבעל משלו, הן מפני שעדיין הבעל (ולא יורשיה על פי התקנה) מחוייב להתעסק בקבורתה בגופו, והן מפני שהגיון והצדק הטבעי מחייבים, כי אם נטלנו ממנו ירושתה והעברנוה לאחרים — שלא נתחייבנו באותן הוצאות המוטלות מעיקרא על היורשים¹²⁸. מדוע, איפוא, סבורים ר' מאיר בן ברוך מרוטנבורג ומהרי"ל, כי מכותה של תקנת הקהילות פקע חיובו של הבעל לקבור את האשה מכל וכל?

ואף שמדברי מהרי"ל נראה כי סיבת הדבר היא בתוספת שיש בתקנת הקהילות על תקנת רבינו תם, דהיינו: בסילוק זכותו של הבעל אף מירושת נכסי המלוג, עדיין יש מקום להקשות מדוע נפטור את הבעל מן ההתעסקות בקבורה, ומדוע לא נחייבנו בכך, כאשר הוצאות הקבורה באות מרכושה של האשה וכמו שתיקן רבינו תם? שמה יש לומר, כי לדעתם — עם תקנת הקהילות לא רק הופקע ממונה של האשה מיד הבעל, אלא אף בוטל מעמדו של הבעל כיורש. כיון שהקבורה חלה בדרך כלל על היורשים, לפיכך בפקוע זכותו של הבעל לרשת, וכיון שעם המוות גם פקעה השאירות שבין בני הזוג¹²⁹ —

126. בשו"ע אבה"ע, סימן נב: ב"ש — ס"ק יא, ח"מ — ס"ק יז; וראה בבאר היטב, שם, שהביא המחלוקת, והארבנו במחקרנו הנ"ל (הערה 116 לעיל).

127. ראה לעיל סימן להערה 61. בנוסח המרכזי הנוכח שם, מצאתי גם בפסקי הרא"ש, כתובות, פ"ד, סימן ט, ובמשפטי הכתובה לראבי"ה.

128. שכן מצד אחד נטלנו ממנו ירושתה והעברנוה לאחרים, ומאידך אנו מחייבים אותו בהוצאות המוטלות, מעיקרא, על היורשים. וראה לזה כשו"ת ראב"ן (ניו יורק, תשי"ח), סימן ל"ג.

129. ראה: תוספות, בבא בתרא, ק"ג, א, ד"ה מתי ("שהבעל אינו יורש מחמת קרובה אלא מחמת שאריות"). אך ראה: תוספות, שם, קיד, ב, ד"ה מה, שדחו פירוש ריב"ם (הסבור שבמות הבעל פקעה השאירות ולכן אין הבעל יורש אשתו בקבר) מכוחה של סוגיית הבבלי, יבמות, נה, ב; בהמשך הציבור מקבלים תוספות דברי ריב"ם בהסתייגות, דהיינו: אע"פ שיש שאירות לאתר מיתה, מכל מקום היא נחלשת, שאינה מורישה בקבר; אך באמת ביבמות שם סבורים תוספות בפירוש, כי מן הסוגיא הוכחה לריב"ם(!), כלומר: המיתה באמת מפקיעה את השאירות. לענ"ד המחלוקת בזה תלויה בגירסא שם; רש"י (ביבמות) ותוספות בבא בתרא גורסים בסוגיא "הואיל" (וכן הוא בכ"י מינכן שם), ועל כן מוסכם בסוגיא שיש שאירות לאתר מיתה; אך תוספות ביבמות אין גורסים "הואיל" (וכן אינו בדפוס ונציה רפ"א),

שוב אי אפשר להייבן בקבורה, לא מצידה הכספי ואף לא מצידה המעשי.¹³⁰ השאלה השנייה: האם מצטיירת לפנינו מחלוקת אשכנז-ספרד? האם מהר"ם ומהרי"ל כנגד רשב"א ותשב"ץ מייצגים את שיטות הלימוד והפסיקה, הנוהג והתקנה של ארצותיהם ואזוריהם?

דומה כי לפי הסברנו למעלה יתבארו הדברים בפשטות: הרשב"א והתשב"ץ דנים בתקנת טולידו-טולטולא, ולפיה אמנם נשמר מעמדו של הבעל כירוש, שהרי עדיין יורש הוא את מחצית הנכסים ועל כן חייב הבעל בקבורת אשתו. לעומת זאת מהר"ם ומהרי"ל דנים בתקנת הקהילות, המקנה את כל נכסי האשה (וכמובן – בתנאי התקנה, תוך י"ב חודש ובלא זרע של קיימא¹³¹) ליורשיה, ולפיכך אין הבעל נחשב ליורש כלל ויש לפטרו מן הקבורה.

אלא שעדיין יש מקום גם לשיטת-פשרה: שמא אין הבעל חייב לקבור לבדו, ויש מקום להטיל חלק יתסי מהוצאות הקבורה גם על היורשים מצד האשה? כך נראה מתקנת רבינו תם¹³², והדבר בולט עוד יותר בפסקיהם של אחרונים. נסתפק בשתי דוגמאות לכך.

(1) האלשיך¹³³ דן בתקנת צפת¹³⁴ ופוסק, כי הבעל ינכה מן הנדוניה את מחיר התכריכים ושאר צרכי הקבורה, ובשאר יתחלקו לפי התקנה (היינו שליש לבעל

ועל כן ההנחה שיש שאירות היא רק הוה-אמינא בגמרא ונדחית למסקנה, ואכ"מ להאריך יותר. ועיין בחידושי הריטב"א, כבא בתרא (מהדורת מנת, ירושלים, תשל"ו), עמ' שלב, שכתב כי מן הסברא פוקעת שאירות בקבר; וביאור דבריו, כי הרי ברור שאשה שמת בעלה רשאית לחזור ולהינשא, וכבר ציין הרש"ש (בהגהותיו לכבא בתרא, קיד, ב) כי לא יעלה על הדעת שאם תחזור ותינשא ותמות – שייירשנה בעלה הראשון... אך ביבמות, בהגהות הרש"ש, שם, הוא מעדיף את התוספות בבבא-בתרא ותמיה על התוספות יבמות. שמא יש לחלק בין שתי הסוגיות: כאשר הבעל מת – פוקעת שאירות, מפני שהוא היקונה את האשה, ובמותו פקע קניינו (והשווה: בבלי גיטין, לט, א); אך כאשר האשה מתה – אין קניינה נפקע לגמרי, ועל כן ביבמות, שהמדובר באשה, עדיין שם שאירות עליה (ולפי זה, בעצם אבחנוה זו חלוקים הראשונים ביבמות, ועיין).

130. לפי זה אין נפקא מינה לשיטתם אם נימוק כאן או תמורה (ראה הערה 117 לעיל), שכן מכוחה של תקנת הקהילות לא רק שאין כאן תמורה, אלא אף כוחו של הנימוק פקע.

131. לענין זה ראה להלן בפרק זה, סעיף ו.

132. דהיינו, שהבעל קובר מממנה של האשה טרם החזירו את הנדוניה.

133. שו"ת אלשיך, כו (וראה גם: וולף, שם, עמ' 137); ר' משה אלשיך היה תלמידו של הרי"ק אורו, ונפטר בערך בשנת 1600.

134. ראה על תקנה זו: אסף, שם, עמ' 89. תקנה זו עברה שינויים, אך בסופו של דבר לא נתקבלה, ומנהג דמשק הוא שנתפשט.

ושני-שלישים ליורשי האשה). ומכאן, איפוא, שהוצאות הקבורה מתחלקות בין היורשים באופן יחסי.

(2) בדרך דומה פסק הרדב"ז במצרים¹³⁵: אע"פ שלכאורה צריך היה הבעל לקבור מחלקו (שהרי בהיותו יורש, לפי ההגדרה, חל עליו חיוב הקבורה), שכן מה לי ירש הרבה או מעט, מכל מקום קוברין מן האמצע ואח"כ חולקין השאר. והטעם: לפי שאין הדבר מפורש בתקנה, שזו איננה מתייחסת כלל לחיוב הקבורה¹³⁶, ולכן יד התקנה על התתנונה¹³⁷, ולא יטלו יורשי האשה אלא את המחצית¹³⁸ ממה שישתייר. והרדב"ז מוסיף, כי ברומה לפסק הרא"ש, שאם היו חובות על ירושת האם יחלקו האב עם הכנים רק לאחר פרעון החובות¹³⁹, קל וחומר לנדון שלפנינו: אם חיוב מלוה שבא ממקום אחר פורעין מן האמצע, על אחת כמה וכמה כך כחיוב קבורה, שהוא חיוב המוריש בעצמו!

ועדיין יש מקום להקשות: לפי אותם מן הראשונים הסבורים, שחיוב הקבורה בא במקום מנה-מאתיים שמהם נפטר הבעל במותה של האשה (ולאו דווקא

135. שו"ת רדב"ז, ח"ד (ליורנו, ת"ב), רסח. וראה כיוצא בו: שם, סימן קמד.

136. מענין לציין, בהקשר זה, שבאף אחת מן התקנות (חוץ מתקנת ר"ח) לא נדון ולא נזכר חיוב קבורה כלל!

137. שהרי התקנה באה לעקור דין תורה (או הלכה קדומה, "דינא דגמרא") — ובמקום שלא באה הסכמה מפורשת על עקירה שכוון נשאר הדין על עומדו, ואין לבטלו מכוח פרשנות או פלפול גרידא. כלל פרשנות זה נוהג גם במשפט המקובל הבריטי, וראה, למשל: Salmond, *Jurisprudence* (12th ed., London 1966), p. 138: "It is a sound rule, to construe a statute in conformity with the common law, rather than against it, except where or in so far as the statute is plainly intended to alter the course of the common law" (הרברים מהמשפט האנגלי הובאו לאנגליה בלבד, כי על פי הדוקטרינה של המשפט האנגלי המשפט המקובל עיקר והחוק החרות בגדר חריג בלבד ועל כן מובן כלל פרשנות זה, ואין כאן המקום להאריך אם אכן במשפט העברי מעמד תקנות הקהל דומה או זהה לזה של החוק החרות במשפט האנגלי). וראה לקמן, הערה 199.

138. הרדב"ז דן בשאלה על מי חובת הקבורה לפי תקנת דמשק. תקנה זו אומרת כי אם יש לאשה זרע של קיימא יורש הבעל הכל כדינו, ואם מתה בלא זש"ק חולקים יורשי האשה עם הבעל את נכסי צאן ברזל, ואילו את נכסי המלוג כולם יורש הבעל. ראה: אסף, שם, עמ' 88.

139. דיונו של הרא"ש, כמובן, הוא על תקנת טוליטולא, אשר על פיה חולק האב עם הבנים את ירושת אמם (כלומר, התקנה אמורה אף אם יש לאשה זש"ק). ולענין פרעון החובות ראה: שו"ת הרא"ש, נה, ו; ולעומת זאת ראה שם, לח, ג, שפסק אחרת — משום ששטר הנדוניה קדם לשטר החוב, ואם כן זכו הבנים בנדוניה אמם (על פי התקנה) טרם נשתעבדו הנכסים לבעל החוב של אביהם.

תחת הנדוניה⁴⁰, ואת אלה יורש הבעל לבדו מכל מקום (וכן מצינו כיבמה, שיורשי הבעל חייבים בקבורתה מחמת כן¹⁴¹), מדוע לא נחייב — גם לפי התקנה — את הבעל לבדו בקבורה?

משיב הרדב"ז: יבמה, שני הצדדים יורשים — הן יורשי הבעל (= חייבם), והן יורשי האשה, ולכן יש מקום לחייב בקבורה את יורש הכתובה; אבל במקרה שלנו יורשים קרובי האשה מכוח התקנה, ומאן לימא לן שלא היתה התקנה שיחלקו אחרי נכזי הוצאות הקבורה? וכיון שאין הדבר מבורר, לעולם יד התקנה על התחתונה, וההוצאות מן האמצע!¹⁴²

נסכם איפוא: אף שאין התקנות דנות, בדרך כלל, בחובת הקבורה, מכל מקום נודעת להן השפעה מכרעת על חיוב זה: לשיטת פוסקי אשכנז ועל פי תקנת שו"ם הופקע מעמדו של הבעל כיוורש והוסרה ממנו חובת הקבורה. לעומת זאת, לשיטת ראשוני ספרד ולפי תקנת טולידו ודומותיה — נשאר הבעל יורש ומחויב בקבורה לבדו. ולאחרונה, לשיטת רבים מן האחרונים נראית מועדפת שיטת פשרה, הגורסת כי יש לנכות את הוצאות הקבורה מכלל הירושה טרם חלוקתה¹⁴³.

140. בברייתא, בבלי כתובות, מז, ב, נאמר "קבורתה תחת כתובתה", ונחלקו הראשונים בפירוש מלת 'כתובתה'. חלק מהראשונים סוברים כי כוונת מלה זו למשמעותה הראשונית-המצומצמת ביותר: מנה-מאתיים שחייב הבעל לשלם בגירושין, או מנכסיו לאחר מותו. במחקרנו הארכנו לברר מחלוקת גדולה זו, וכאן נזכיר רק כי ר' יהונתן הכהן מלוניל פירש כך, ראה: שיטה מקובצת, כתובות (מהדורת ציוני, עמ' תקנא); וכן הביא הריב"ן, פירוש הריב"ן לכתובות (מהדורת י"ג אפשטיין, ירושלים, תרצ"ג, עמ' 184; וראה גם בהקדמתו של מהר"ן אפשטיין, שם, עמ' 182); וכן רבינו ישעיה דיטראני בתוספות הרי"ד לכתובות, נג, א, בסוגית קבורת ארוסה. יתכן שזו גם דעת הרא"ש, ראה: תוספות הרא"ש לכתובות (מהדורת וילמן), פ, ב (שם, עמ' צ) = תוספות שלנו, שם, ד"ה יורשי הבעל. אף התשב"ץ מעלה אפשרות כזאת — תשב"ץ, ח"ב, רסה, שחקנו כתובה 'אף משום ירושת עיקר כתובתה שהוא מנה-מאתיים'.

141. ראה מה שכתבתי במאמרי, שם (הערה 116 לעיל).

142. ובכך חולק הרדב"ז על התשב"ץ הנזכר למעלה (הערה 140).

143. מכאן תימה על השולחן ערוך, שבאבה"ע סימן פט לא הזכיר כלל ענין זה ודן בחיוב הקבורה כעומד לעצמו. אך עוד יותר תמוה הדבר לגבי חכמי דורנו, כרב א' קרלין, שדן בפירוט בתקנות הקהל (ראה: תורת אבן העזר, ירושלים, תשי"י, סימן קיח) אך לא רמו לפרובלמטיקה המוצגת כאן, וכן ד"ר ב"צ שרשבטקי, שבספרו היסודי דיני משפחה (מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ז) מדבר על חובת הקבורה (שם, עמ' 225), אך אינו מזכיר או רומז להלכה המפורשת המטילה חיוב כספי זה על היורשים בשוה! האם משום שאין ספרו דן בירושה רשאי המחבר להתעלם מן ההשפעה וההשלכה לדיני הקבורה שמאצילים דיני הירושה? (מאידך גיסא, ראה להלן בדיוגנו בפרק החמישי, כי בתוק הירושה, תשכ"ה—1965, אמנם נקבעת חובת הקבורה מן העובון). אך ראה דיוגנו של הרב רבינוביץ-תאומים, חיקת משפט — הלכות ירושה ועובון (ירושלים, תשל"ו), עמ' צד.

ו. זרע של קיימא

בתנאי ר' יוסי¹⁴⁴ נאמר במפורש "אי מיתת בלא בני"¹⁴⁵, ומכאן שהתנאי חל רק כאשר מתה האשה ולא הותירה בנים. תנאי זה מפורש אח"כ הן בתקנות האשכנזיות (ר"ת וש"ס)¹⁴⁶ והן בתקנות הספרדיות¹⁴⁷, והוא מעורר מיד כמה שאלות:

* האם אומנם מוסכם תנאי זה בלא פקפוק?

* האם הכוונה דווקא לבנים זכרים, או גם לבנות?

* מהי ההגדרה המדויקת ל'קיימא'¹⁴⁸?

לשאלה הראשונה נוכל להשיב בשלילה. יש דיון רב בענין בנושא זה בספרות ההלכה, ולא נוכל אלא לרמוז לו בכמה שרטוטים עיקריים. בהגהות מיימוניות מצונו¹⁴⁹:

ומכאן¹⁵⁰ פסק ר"ת, שבעל לא יגבה נדונייתו לעולם אם מתה אשתו קודם שבא הממון ליד הבעל, אפילו בנושאין, ואפילו יש לו בנים ממנה, דבכל ענין לא זכה, כיון שלא בא לידו הממון. וכן היה דין ר"ת היכא דמתה אשה בתוך שנה של חופה שלא יזכה הבעל בנדונייתה, והוי של אב. ועוד תקן ר"ת וגזר בחרם וכנדוי, ולא בתורת דין אלא בגזרה היה, שאפילו

144. ראה לעיל פרק שני, סעיף ב.

145. אמנם ראה: תשובות הגאונים, אסף (תש"ב), עמ' 120, שורה 15, שנזכר שם תנאי ר' יוסי בלא הדרישה של 'בלא בנים', וצ"ע.

146. על אף פקפוקו של קופפר (שם, הערה 48 לעיל, בעמ' 318) אם אמנם תקנת שו"ם היא, דומה עלי כי רשאים אנו לקרותה בשם זה, שכן עצם הסכמתם של רבינו ברוך ממגנצא ור' דוד ממינצבורק, שהיו מראשי החותמים על תקנת שו"ם בתק"ף (ראה הערה 83 לעיל), על התקנה, יחד עם עדותו של ר' יהודה בן שניאור משפירא (קופפר, שם, עמ' 163 והערה 14) על 'תקנת הקהילות' מוכיחה, כי אמנם יש בכך טעם, ואכמ"ל.

147. ראה, למשל: שו"ת הרשב"א, ח"ח (המיוחסות לרמב"ן), י; שו"ת הר"ן, יד; תשב"ץ, ח"ב, רסה.

148. ראה לעיל בדברי הר"ן (הערה 11) בהם קבע כי הקירטיון הוא ל' יום; האם קביעה זו מקובלת על כל הראשונים והפוסקים?

149. ראה: הגהות מיימוניות על הרמב"ם, הלכות אישות, פרק כב, ס"א; ומשם — שו"ת תרומת הדשן, שכא.

150. לעיל מיניה הביא פסק רבינו תם כרכנן דר' נתן, ההולכים אחרי אמדן-דעת-הנותן, והביא הברייתא מתורת-כהנים על "ותם לריק כוחכם", שלכאורה קשה ממנה על פסק זה, ותירץ: "ותם שאני, שכבר נתן וזכה בהן הבעל".

בא לידו הממון בנישואין ומתה אשתו, יש לו לבעל לשלם הממון לחמיו. ואותה התקנה לא עשה אלא בזמן שאין לו בנים הימנה(1), אבל אם זכה ליבנות ממנה שם — לא עשה גזירתו. ובספר המצוות¹⁵¹ כתב שלא פשטה גזירתו בכל ישראל.

מדברים אלה מתברר לנו, כי לא תקנה אחת בלבד תיקן ר"ת, אלא שתיים ואולי שלוש: (א) מה שלא גבה הבעל לא יחזור ויגבה אחרי מות אשתו לעולם, ואפילו יש לו בנים ממנה; (ב) הבעל אינו זוכה בגזירתה של האשה אם מתה בתוך שנה מן החופה; (ג) לא מן הדין אלא כתקנה וגזירה — תקנתנו (שיתזיר הממון וכו').

מבואר, איפוא, כי (א) ו(ב) אינן בגדר 'תקנה' אלא הן הלכה פסוקה, אשר מבוססת, ככל הנראה, על 'אומדן הדעת', שכוחו יפה לגבי ההתחייבות מצד האב; כלומר, מה שכתב האב והבטיח לבתו בגזירתה, כל עוד לא נתן אותה בפועל, הרי רשאי הוא לטעון כי התחייבות זו 'על תנאי' היתה, ומשלא נתקיים התנאי (היינו, במות האשה ואי-יכולתה ליהנות מן ההכסחה) — בטלה ההתחייבות. לעומת זאת תקנה (ג) מדברת על החזרת כסף שכבר נתקבל, וכאן — ללא תירושו של ר"ת — לא היינו מסיקים בעצמנו על 'אומדן-דעת-הנותן', שהלא כבר ניתנה הגזירה, ומה לנותן-האב כי ילין על מה שעשה¹⁵².

ההבדל בין (א) לבין (ב) צריך בירור, שהרי לכאורה ענין אחד הם, ומדוע הפרידה ההגהה ביניהם? כבר הציע ליישב קושי זה בעל נודע ביהודה¹⁵³, על ידי שינויים ועזירים במילים ובסימני הפיסוק, כדלהלן:

שבעל לא יגבה גזירתו לעולם וכו' כיון שלא בא לידו הממון וכן דן ר"ת. והיכא שמתה אשתו וכו' והוי של אב — תקן ר"ת וגזר וכו'.

לפי זה אמנם רק שתי הלכות לפנינו, אחת מן הדין והשניה תקנתנו, ותו לא מיד¹⁵⁴.

151. סמ"ג, לאוין, סימן פא (ספ לג, ע"א, בדפוס ונציה).

152. ואעפ"כ נותר אומדן הדעת הנימוק העיקרי לתקנה, ומכוחו בא ר"ת לתקן הפקעת ממון זו. וראה לקמן.

153. ראה לקמן הערה 155.

154. אמנם יקשה עדיין כפל הבטוי "מכאן דן ר"ת... וכן דן ר"ת". ושמה יש לומר כי בפעם הראשונה אין זה רבינו תם אלא רבינו חננאל, הנזכר כבר למעלה בקטע שלנו. וראה: שו"ת חוות יאיר, ע, שהעמיד על חילופים תדירים אלה בשל הדמיון בראשי התיבות ר"ח-ר"ת, ולפי זה הכל מיושב.

מעתה ניגש לעיקר עיוננו בסעיף זה: מדוע הכדיל ר"ת בין ההתחייבות שבטלה (א) לבין התקנה (ג) בענין זרע-של-קיימא? והרי לכאורה השיקול של "ותם לריק כוחכם" רלבנטי בשני המקרים, ומדוע לא יחול גם במקרה (א)? דומה, כי לא באה ההסתייגות של "זש"ק' אלא כדי להבטיח נכונות השיקול של אמדן הדעת, אשר שימש לר"ת נימוק עיקרי לתקנתו. כלומר: כשלא בא הכסף עדיין ליד הבעל, הרי האב הוא בגדר 'מוחזק' ועל הבעל נטל ההוכחה כי האב לא נתכוון להתנות — וזאת, כמובן, אין הבעל יכול לעשות. מאידך גיסא, אם קיבל הבעל את הכסף, הרי האב הוא בגדר 'מוציא מתבירו', ועליו להביא ראיה; במקרה דנן, ה'ראיה' הנדרשת על פי התקנה היא, שאין לאשה זש"ק, ולכן 'דבר המוכח' הוא, שעל מנת כן לא נתן האב.

ויעיין בתשובת נודע ביהודה¹⁵⁵, אשר נשאל על אשה שמתה לאחר שמונה תודשי נישואין והניחה בת שנולדה לשבעה, והיה הזוג סמוך על שולחן אחיה של האשה — האם זכה הבעל בכגדיה ובתכשיטיה שטרם באו לידו? מקור ספיקו של השואל הוא בדברי ר' שמואל מכונא ור' טוביה משיאן, שהובאו במדרכי¹⁵⁶, אשר לפיהם אם האשה בבית אביה ואוכלת משל אביה "הכל של אביה". הספק הוא האם דבריהם מקושרים לתקנת רבינו חם — וזו לא נתקנה אלא אם אין זש"ק, וכאן הואיל ויש בת — זכה הבעל, או שמא המדובר שם בדין שפסק ר"ת (א), וכמו שהובא בהגהות מיימוניות, ועל כן לא זכה הבעל אף שיש זש"ק?

בתשובתו מזכיר נודע ביהודה את פסקו של הרמ"א¹⁵⁷, שר"ת פסק אפילו אם יש זש"ק, ומעלה פקפוק לגביו מכוח תשובת מהר"ם¹⁵⁸. מאידך גיסא הוא מזכיר, כי כתוספות ובפסקי הרא"ש לא נזכר כלל התנאי של זש"ק בהבאתם את תקנת ר"ת, ולדעת הנוכ"י כאמת אין צורך בכך, הרי הסברא נותנת, שאם מקור התקנה

155. שו"ת נודע ביהודה, מהרורה תניינא, ה"מ, מט.

156. הוא המדרכי שנזכר לעיל (הערה 61), כתובות, פ"ק ה, רמז קנח, ושם: "...והרב ר' שמואל מבתא (?) — לא מצאתי שמו לא אצל אורבך, שם (הערה 78 לעיל), ולא אצל קודמיו) ורבינו טוביה משיאן (?) — ואולי הוא ר' טוביה מריאנה שבצרפת, ראה: אורבך, שם, עמ' 400-401) אמרו היכא שאשתו בבית אביה ואוכלת בשל אביה ואפילו נהנית משל בעלה (אפילו) ב' וגי' שנים שהתה אצל בעלה ומתה — הכל של אביה". וראה ברבריו של הרב הרצוג ז"ל, שם (הערה 44 לעיל), עמ' 12, שהציע להעמיד דבריהם כבעל המודר על אשתו.

157. שו"ע אבה"ע, נב, ד, בהג"ה, וכן הוא בחלקת מחוקק ובית שמואל, שם, ומקורם בתשובת תרומת הרשן הנ"ל (הערה 149 לעיל).

158. הנזכרת לעיל, הערה 104.

הוא בדרשת "ותם לריק כוחכם", ברור, שאם יש זרע אין בזכיית הבעל משום "לריק", והתנאי ברור ואינו צריך לפנים. העולה מדבריו, כי יש מקום להרהר אחר פסקי הרמ"א, הב"ש והח"מ, הן מצד המקור והן מצד הסברא¹⁵⁹.

ולוא שיראתי הייתי מעלה על דעתי, כי יחכן שבאמת לא היתה בחקנת ר"ת המקורית כל הגבלה והתנאה בדבר זש"ק. כשם שבפסקו הראשון לא דרש ר"ת זש"ק, וסבר כי התחייבותו של האב היתה ליתן הנדוניה כדי שתיהנה בתו דווקא, הוא הדין והוא הטעם באב שכבר נתן את הנדוניה ומתה הבת תוך שנה, שבמקרה שכזה לא מן הדין הוא אלא מכוחה של תקנה, אך שוב, בלא הגבלה. רק בהשפעת תקנת טוליטולא, הנזכרת למעלה, נכנסה לתקנת הקהילות ההתנאה בדבר זש"ק, ומכאן חזרה ונכנסה גם לתקנת ר"ת המקורית... לפיכך נוסחת התוספות והרא"ש, שלא הוזכרו תנאי זש"ק כלל — היא בדווקא ועיקר, ולא הנוסחה שהובאה בספר הישר ובשאר מקורות התקנה. ומכל מקום מידי השערה לא יצאנו¹⁶⁰.

אשר לשאלה השנייה, אם המדובר הוא גם בבת, הנה ברור כי הבת היא בהחלט זרע של קיימא, וכך יוצא בבירור גם מתשובת הנודע-ביהודה שהובאה למעלה.

בשאלה השלישית, הגדרתו המדויקת של המושג 'קיימא', דנו כבר ראשוני.

159. וראה בפתחי תשובה לשו"ע, שם, ט"ק ח, שציין לנובי" ולספיקו.

וראה עוד בנוגע ביהודה, מהדורה תנינא, אבה"ע, צד, שדן בשאלה אם זרע מאחות אשתו חשוב אף הוא "זרע של קיימא". אע"פ שיש מקום לזה מצד הסברא, מכל מקום הכריע שהוא דבר מחדש ובלא מקור ואין להחשיבו.

160. הרב הרצוג, שם (הערה 44 לעיל), מזכיר, כי מן התשובה המיימונית הנ"ל (הערה 103 לעיל) משמע, שהתקנה היתה אף אם יש זש"ק, ונפלאו ממני דבריו, שהרי הסימן שם מחולק לשניים: בחלק הראשון — הנזכר לעיל, סמוך להערה 104 ובחתימת מהר"ם בן ברוך, בענין חיוב הקבורה — מוזכר בפירוש ש"מתה הבת בלא זרע", וזהו מקור פקוקו של הנודע ביהודה, שכן כאן דן מהר"ם לא ב"תקנה" אלא בדין של ר"ת, בנדוניה שלא נגבתה ואפילו לאחר כמה שנים; ואילו בחלק השני של הסימן — והיא תשובת ר' דוד בן קלונימוס (לפנינו חתום דוד בן שאלתיאל, אך כבר הגיה אפטוביצר, מבוא לספר ראבי"ה, עמ' 336, ל"קלונימוס", והוא ר' דוד ממינצבורג, וכן מוכח מן התשובה שפרסם קופפר, שם (הערה 48 לעיל, עמ' 162 הערה 1) — הדיון הוא בחקנת הקהילות ולא נזכר בה ענין זש"ק, אך לא יתכן להסיק ממנה כי אין הגבלה זו קיימת כלל, שכן לא בכך מתלבטים שם החכמים אלא בשאלה אם הנדוניה חוזרת לנותן או ליורש, ומן ההשמטה איפוא אין להסיק כי המגבלה איננה קיימת. ושמא לכך נתכוון גם הרצוג בהמשך דבריו שם, עמ' 13-14.

לדוגמא, הרשב"א נשאל¹⁶¹ מה דינו של בעל שהתינוק נולד ומת תוך ל' יום ללידתו, ופסק כי יד הבעל על העליונה, ויורשי האשה צריכים להביא ראיה כי "לא כלו לו חדשיו", היינו שעליהם להוכיח כי נולד טרם מלאו ט' ירחי העבור, ואז אין הולד נחשב לזש"ק אלא לנפל¹⁶².

כן דן בשאלה זו המהרשד"ם וקבע¹⁶³, כי הקריטריון ל'קיימא' הוא אם חי הולד 30 יום. בתשובה אחרת¹⁶⁴ הוא מתלק בין וולד שכלו לו חודשיו לבין נפל. אך מסתבר שבתשובה הראשונה הוא מגיח מראש שלא היה זה נפל, וראה שם שהביא דעת הרשב"א¹⁶⁵, שיש מקום לחלק על פי הנוסח המדויק שנכתב בכתובה, דהיינו: אם נכתב במפורש שיחיה הולד 30 יום אם לאו, וכן אם נכתבה הכתובה כך, שאם ישאר ולד של קיימא לא יחזיר (הבעל), הרי נקבע כי הבעל הוא בגדר 'מוחזק' ועל יורשי האשה להביא ראיה; אך אם הנוסח היה "אם לא ישאר" וכו', הרי האב מוחזק, ועל הבעל להביא ראיה¹⁶⁶.

אמנם מתשובת הרמב"ם למדנו, שאף לענין הזרע הדבר תלוי בניסוח התנאי. כמקרה הנידון לפניו¹⁶⁷ היה נוסח התנאי כדלהלן: "ועוד קביל עלוהי גמי, דאם חס ושלום תחפטור כלתא פלניא דא בלא ולד יהדר פלגו נדוניתא לירתה מבית אבוה"¹⁶⁸, ובאותו מקרה היה לאשה בן שמת בגיל שלושים שנה בערך, ואף על פי כן פסק הרמב"ם לקיים את ההסכם ולחלוק את הירושה¹⁶⁹. אין ספק שהדבר

161. שו"ת הרשב"א, ח"א, תתקעו.

162. מכאן משמע, שבכל מקרה של ספק נחשב הבעל ל'מוחזק', כי מכוח דין תורה הוא היורש. ולכאורה מכאן, שלשיטת הרמב"ם ודעימיה, שהירושה היא דרבנן, יש מקום לומר, שהתקנה הוציאה אותו גם מ'מוחזקה' זו — וכן העלה המהריט"ק וחלק עליו בעל משנה למלך (רמב"ם, הלכות נחלות, א, ח), עיי"ש. וראה שו"ת פנים מאירות, ח"ב, קעד, שקבע, כי במקרה של ספק בתקנה, הבעל נחשב מוחזק, כי הוא היורש מדין תורה, והמוציא ממנו עליו הראיה. ועיי' עוד בתשובת מהרשד"ם, אבה"ע, קכה, ולקמן בפרק החמישי על ההלכה בזמן הזה.

163. שו"ת מהרשד"ם, אבה"ע, קצא.

164. שם, סימן קעג.

165. בתשובה המובאת בבית יוסף, טור אבה"ע, סימן קיח.

166. וראה על כל זה גם אצל הרב רבינוביץ-תאומים, שם (סוף הערה 143 לעיל), עמ' צד, הערה עג.

167. שו"ת הרמב"ם, מהדורת פרי"מן, סימן ר, עמ' 196.

168. תרגום: ועוד קבל עליו החתן גם כן, שאם חס ושלום תמות כלה פלניא בלא ולד, יחזור חצי נדוניתה ליורש אותה מבית אביה.

169. אמנם רק מה שנותר מן הנדוניה, אך אין ענין זה שייך לכאן. וראה עוד בתשובת הרמב"ם, מהדורת בלאו (ירושלים, תשי"ח) סימן נה, כרך א, עמ' 90-91, שפוסק הלכה כרשב"ג ולדעתו אינו סותר תנאי ר' יוסי בירושלמי, ובניגוד לרי"ף, ומזכיר שם מנהג ר'

תלוי בניסוח: אם מדובר בזרע של קיימא, הרי הוא מוגדר כניגוד לנפלי; אך אם מדובר בזרע סתם, כל שיש לה בן או בת — יורש הבעל, וכל שאין לה עתה, אפילו היה לה בר קיימא, חל עליו דין התקנה.

טרם נסיים סעיף זה נזכיר דעתו של התשב"ץ, המביא אף הוא את השיקול של 'אומדן דעת הנותן' בהקשר מיוחד: בשאלו¹⁷⁰ מה דין המתנות שנתן האב לבתו כללה הוא אומר, שבדאי נתן לה על מנת שתתקשט בהן בפני בעלה, ומכאן שאומדן דעתו, שאם מתה — שיחזיר הבעל בלאותיה (= היינו הבגדים הללו), אם הם קיימים.

פרק רביעי: האם מבטלת תקנת הקהילות את תקנת אושא?

עד הנה עסקנו בתקנת רבינו חם כבסיס לדיון, אך בשאלה הבאה לא מצאתי מי שהעלה את הספק בהקשר לתקנות ר"ת או שו"ם, אלא רק בקשר לתקנות הספרדיות, כתקנות טוליטולה ודמשק.

זוה ענינה של השאלה המוצגת בכותרת הפרק:

כידוע קובעת תקנת אושא¹⁷¹, כי "האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלוקחות". כלומר, אשה שיש לה נכסי מלוג, וגופם של נכסים אלה נשאר בידה (אף שהפירות נתונים לשליטת הבעל¹⁷²), אם מכרה אותם בעודה נשואה ומתה לפני הבעל, אין הלוקח זוכה בנכסים, והבעל מוציא אותם מידיה והוא היורש אותם כדינו. הטעם לתקנת אושא הוא, ככל הנראה, טעמו של הירושלמי¹⁷³, האומר, כי חכמים תקנו כן כדי שלא תברית אשה נכסיה מבעלה על ידי מכירתם.

מעתה: לאור תקנות הקהל, המבטיחות ליורשי האשה חלק בנכסיה לאחר מותה, מתבטל חשש ההברחה; האם, איפוא, תהא מכאן ואילך רשאית האשה

יוסי הלכה למעשה, ושטור לבעל למכור חפץ לצרכי קבורתה מנדונייתה, שהיא (עפ"י ההסכם) של הנשים; אך אם עבר ומכר — לא יגבו תמורתה מן הבעל, אלא יחייבוהו כסכום זה בפרנסת הבן. וכן ראה בתשובת הר"ן, יד, שם היה הולד בן חמש שנים ומת ט"ו יום אחר האשה, והר"ן פוסק כי במקרה זה נתקיים התנאי והוא נחשב זש"ק.

170. שו"ת תשב"ץ, ח"ב, רסח.

171. ראה: בבלי כתובות, נ"א. לתקנת אושא הקדשנו דיון מפורט במחקרנו.

172. ראה לכל אלה בשער תקנות-פירות במחקרנו, ולפי שעה, למשל, אצל שרשבסקי, שם (הערה 143 לעיל), עמ' 161-170.

173. ירושלמי כתובות, פ"ט, ה"א; לב, ד. וראה גם: ש' ליברמן, תלמודה של קיסרין (ירושלים, תרצ"א), עמ' 71.

ומוסמכת למכור או לתת במתנה מחלק זה של נכסי המלוג, ולגבי חלק מובטח זה לא תחול תקנת אושא? שאלה זו קיימת בוודאי לגבי תקנות הקהל המפקיעות חלק מירושת הבעל ללא תנאי; לתקנות המפקיעות חלק זה רק כשאין זש"ק – יש עדיין טעם בשאלה מה הדין לאחר מותה בלא זש"ק, אם מכרה בניגוד לתקנה, שהרי עכשיו מתברר למפרע שלא זכה הבעל בנכסים.

השאלה מתריפה לאור מחלוקת הרמב"ם והרא"ש¹⁷⁴, האם הבעל רשאי להוציא את הקרקע מן הלקוחות רק לאחר מות האשה (כפי שמורה פשטות נוסח תקנת אושא), או שמא רשאי הבעל לבטל את העיסקה מיד, כיון שאין לה כל תוקף חוקי שהוא. במקום אחר ניסינו להציע, כי המחלוקת תלויה בשאלה אם בעל "כירוש או כלוקח"¹⁷⁵; לפי שיטת הרא"ש, שהבעל רשאי להוציא מן הלוקח מיד, כנראה רואים אנו את הבעל כלוקח. האם לאור תקנות הקהל בטל מעמדו זה לגבי אותו חלק שלא יירש על פי התקנה?

להמחשת השאלה אציג כאן תשובה של רבינו חננאל¹⁷⁶, הדנה, בעצם, בענין אחר: האם רשאית אשה לתת במתנה (או למכור) מנכסים הראויים לבוא לה מבית אביה? כזכור¹⁷⁷ הגבילה ההלכה את זכותו של הבעל בירושת אשתו ל'מוחזק', והוא אינו יורש מן ה'ראוי'. האם מותר לאשה למכור נכסים אלה על אף תקנת אושא? רבינו חננאל משיב בחיוב; האם מכאן ראייה, שכל מה שאין הבעל זכאי לרשת נשאר בבעלותה הגמורה של האשה, ונשמרת זכותה למוכרו או לתיתו למי שתעדיף?

תשובה בלתי-ישירה לשאלתנו, אך מפתיעה במקוריותה, ניתנת על ידי הרמב"ם¹⁷⁸. במקרה שהובא לפניו הותנה בכתובתה של אשה, שאם תמות בלא

174. ראה: רמב"ם, הלכות אישות, כב, ז-ח; פסקי הרא"ש, כתובות פרק ד, סימן יז (וכן הוא בתוספות הרא"ש, יבמות, סו, ב), וממנו בטור אבה"ע, סימן צ: "...לפיכך מכרה בטל לאלתר, שהוא מוציא מיד הלוקח גוף ופירי" (והזכיר שם גם דעתו החולקת של הרמב"ם).

175. ראה: בבלי בבא בתרא, קלט, ב.

176. ראה: שבלי הלקט, חלק שני, מהדורת חסידה (מתוך "הסגולה", ד"צ, ירושלים, תשכ"ט), סימן קכז, עמ' 234.

177. ראה: בבלי בבא בתרא, קיג, א; תוספתא בכורות, ו, יט; בבלי שם, קכה, א-ב; שאילתות דרב אחא משבחא, סימן קלה (במהדורת הנצי"ב) = סימן קנג (במהדורת מירסקי); הלכות גדולות, סוף הלכות נדוי = הלכות פסוקות מהדורת ששון (ירושלים, תשי"א; צלום, ירושלים, תשל"א), עמ' נג, ובפוסקים כמצויין על אחר.

178. שו"ת הרמב"ם, מהדורת פריימן, סימן קצט, עמ' 194; השובה זו נחבאה ע"י רבינו בצלאל אשכנזי בספר השו"ת שלו, סימן יח.

ולד¹⁷⁹ יחזרו חצי נכסיה לבית אביה, והלכה ומכרה כתובתה לאיש אחר¹⁸⁰, בהסכמת הבעל. לאחר שמתה האשה בא קונה הכתובה ותבע את מחצית הנכסים, כמוסכם, לעצמו (אין הרמב"ם מפרט את הוויכוח בין הצדדים; שמא נוכל אנו לשחזרו בדרך הבאה: הלוקח טוען: 'קניתי את הכתובה, ולכן זכיתי במה שזכתה בו האשה. אילו מת הבעל ראשון, הייתי זוכה בכל הנכסים כולם, שהרי חזרו, פירות וקרקע, ליד האשה בשלימות; כיון שקדמה האשה ומתה — יורש הבעל את חלקו, והאשה (כמורישיה!) את החלק שהוסכם עליו בתנאי, וחלק זה שייך מעתה לי! והבעל טוען: 'הסכמתי למכירה — בהסתמך על תקנת אושא. אילו זכתה האשה בנכסיה בניתוק קשר הנשואין (בגט או במיתה) — היית קונה אותם; אך כיון שקדמה היא ומתה, אני יורש הכל כדיני, ומה שמכרה לך האשה — הוציאה מדרשות ומרשות יורשיה, ואיני חייב לאף אחד דבר, והכל יישאר ברשותי!'. הרמב"ם פוסק כי הדין עם הבעל, וכי המכירה מבטלת את התנאי. משמע איפוא: לא זו בלבד שתקנת אושא ממשיכה לחול על הנכסים כולם, גם אלה שהתנאי אמור בהם, אלא שאם הלכה האשה וביקשה לממש זכותה המותנית בטרם עת, בטל התנאי ולמכירה אין תוקף, כהלכתה המקורית של תקנת אושא, והבעל מוציא מיד הלקוחות¹⁸¹.

כשלוש-מאות שנה לאחר מכן נשאלה שאלתנו באלג'יר, בפני אחד מצאצאי הרשב"ץ — ר' שלמה צדור¹⁸²: האם, כך נשאל, לפי תקנת טוליטולה וכיוצא בה, יכולה האשה לתת הנכס במתנה לאיש אחר או למתלו לבעלה¹⁸³? ואם כן, האם יוכל בעל-חוב של האשה לגבות חובו מן האב (מירושתו את בתו)?¹⁸⁴ הרשב"ץ פוסק לשלילה: אין האשה רשאית למכור, ואין בע"ח גובה מנכסים אלה

179. ראה לעיל סמוך להערה 168.

180. לא בעלה ולא מבית אביה.

181. אמנם, פוסק הרמב"ם, יש להשביע את הבעל שלא עשה קנוניה עם אותו לקוח כדי לגרום לביטול התנאי, אך פרט זה אינו אלא שולי בהקשר שלנו.

182. שו"ת חוט המשולש (תשב"ץ, ח"ד), טור שני, סימן כו; וראה גם: אסף, שם, שהוכר תשובה זו בעמ' 87 הערה 5, ובלא לרון בהיבט דידן. על הספר חוט המשולש, ראה: מ' וינשטיין, "קהילת אלג'יר וחכמיה במאות הט"ז והי"ז, תולדות מחברי החוט המשולש", ספר בר אילן, קובץ יד-טו (תשל"ז), עמ' 139 ואילך.

183. כלומר, כאן אין מדובר בהסכם פרטי, כפי שהיה הדבר אצל הרמב"ם (המזכיר תנאי כזה ב"קצת כתובות"), אלא בתקנה כללית: האם יכולה אשה למחול לבעלה, לאחר הנשואין כמובן, על זכותה להוריש?

184. שהרי נכסיה משועבדים לבע"ת, ואם על פי התנאי חוזרת שליטתה עליהם — ואין הבעל בבחינת 'לוקח ראשון' — מדוע לא יגבה מהם בהגיעם ליד האב?

בשום פנים, ורק בקושי התירו הרא"ש והתשב"ץ למחול לבעלה, כדי להעמיד על דין-תורה¹⁸⁵.

הסתמכותו של רש"צ על הרא"ש איננה מקרית; הרא"ש ניהל בשאלה זו מאבק קשה ביותר. כידוע בא הרא"ש לטולידו אחרי בריחתו מאשכנז, ונתקל שם בכמה בעיות בתחום ההנהגה על פי ההלכה, שהתקשה להשלים עמן¹⁸⁶. בין השאר סער הויכוח על תקנת טוליטולה, ובריוק סביב השאלה שבה מדובר כאן: האם מאפשרת התקנה לאשה להנחיל המגיע לפי התקנה לכל מי שתרצה אם לאו?

יחיקי' טולידו, ובראשם ר' ישראל ישראלי, ראו עצמם מומחים לדבר משתי סיבות: בקיאותם בשפה הערבית, שבה נתנסתה התקנה במקורה, ואשר על כן היה הנוסח הערבי הנוסח המחייב ולא תרגומו העברי; כך היה המנהג למעשה בקהל טולידו עד בואו של הרא"ש! בתשובתו מדגיש הרא"ש, כי אין בנוסח התקנה כל זכר לדעתו של ר' ישראל, והוא רואה עצמו בקי דיו בשפה הערבית¹⁸⁷ כדי לפרשה כהלכה. אמנם אם המנהג כך היה הרי יש בכוחו לקבוע דין לעצמו¹⁸⁸, אלא שלאחר בירור נוסף¹⁸⁹ הוא מסיק, כי אין בכוח מנהג זה להפר תקנה שנתקבלה בחרם, ובאסיפת ראשי הקהל ופרנסיו נקבע סופית כדעת הרא"ש.

מבחינה עיונית-הלכתית שמא נוכל להציע, כי סלע המחלוקת נעוץ בשאלה הי-סודית מהי כוונת התקנה. האם נתכוונו מתקניה לקבוע, כי אותו חלק בנכסים האמור בתקנה אין הבעל יורש, והוא נשאר שייך לאשה מכל וכל, וכך היא מורישה אותו לקרוביה; או שמא ולעולם יורש הבעל את נכסי אשתו כדין תורה, ובאה התקנה ועקרה ממנו זכייה זו והעבירתה לקרובי האשה¹⁹⁰? דומה כי שיטת הרא"ש

185. ראה לענין זה עוד: שו"ת מהרשד"ם חו"מ, קפז; שו"ת אלשיך, טו; שו"ת מהר"ם גאלאנטי, צו; שו"ת מהר"י אורכי, רצג.

186. על הרא"ש בטולידו, ראה: בער, שם (הערה 36 לעיל), עמ' 186 – ושם גם על המחלוקת בנושא שלנו; כן דן בזה הרב אסף, שם, עמ' 85–86 והביא קטעים מן היובת. על בעיות אחרות שבהן נתווכח הרא"ש עם אנשי טולידו ראה למשל: רש"י זיין, המועדים בהלכה (תל-אביב, תשי"ז), עמ' קנב, שדן בויכוח בשאלת מועד שאלית הגשמים (עפ"י התשובה בשו"ת הרא"ש, ד, י), וכן הויכוח בשאלת הצורך בפרובול בחול כוּמָן הזה – שו"ת הרא"ש, עז, ד.

187. מכאן שהויכוח התנהל מספר שנים אחרי בואו של הרא"ש לטולידו.

188. ראה: שו"ת הרא"ש, נה, ט.

189. שם, סימן י.

190. והשווה הערה 18 לעיל, בה הגענו למסקנה כי ר"ח, רמב"ן ור"ן מסבירים בדרך דומה את תנאי ר' יוסי, ושםא זו גם שיטת הרא"ש כאן.

היתה, שהבעל יורש כדין תורה; מכאן שאם מחלה האשה לבעלה — המחילה מתקיימת. בזה אפשר אולי להסביר גם את שיטת הרמב"ם דלמעלה, שראה במכירתה של האשה ביטול התנאי — ולא שהמכירה בטלה מאליה! — וזאת משום שלרמב"ם ירושת הבעל היא רק תקנת חכמים, ולכן לכאורה יכולה היתה האשה אמנם למכור את זכות ירושתה לאחר, אלמלא היה בעצם המכירה ביטוי לירתורה על התנאי.

כיוצא בדבר מצאנו בתשובת ר' בצלאל אשכנזי¹⁹¹, שדן באשה שהכניסה לבעלה שלושים אלף (!) כסף והתנתה, שאם תמות בחיי בעלה יהיו עשרים אלף ליורשיה, ואחר כך צויתה מחמת מיתה שיתנו מן העשרים אלף — עשרת אלפים להקדש. בפסיקו מפרש הרב"א את תשובת הרא"ש ואומר, כי על פי התקנה עקרו חכמים את הנחלה מן הבעל (אחרי מות האשה), ונתנוה לטוב בעיניהם, אבל בחייה לא ייפו כוחה של האשה¹⁹².

ושמא יש להסביר פסיקה זו בעקבות מה שהעלינו בביורנו בתקנת אושא, כי על פי שיטת השאילתות¹⁹³ והכנתו בבבלי יש טעם אחר לתקנת אושא — והוא הטעם של 'איבה' שלא תיוצר בין בני הזוג על רקע סכסוכים כספיים¹⁹⁴. טעם זה כוחו יפה גם לגבי הנכסים שעתידה האשה להוריש על פי התקנה לקרוביה; ופשוט.

לעומת כל אלה נקבע על ידי המבי"ט¹⁹⁵, כי על פי תקנות דמשק וצפת¹⁹⁶ רשאית האשה לתת מחלקה לכל מי שתרצה, והסיבה לכך נעוצה בלשון התקנה ונוסחה, השונה מתקנת טולידו.

191. שו"ת ר"ב אשכנזי, י.

192. שם.

193. שאילתות דר"א, מהדרות הנצי"ב (ירושלים, תשכ"א), שאילתא קלה, עמ' קלא ואילך, על פי סוגית הבבלי בבא קמא, פח, א—ב (לסוגיה זו ראה: ש"י פרידמן, "הוספות וקטעי סברא" בפרק החובל (ב"ק, פ"ח), תרביץ, כרך מ (תשל"א), עמ' 418, בעמ' 440—442).

194. גם רכים מן הראשונים פירשו את הסוגיא שם בדרך השאילתות, ובראשם רש"י; וראה לכל הסוגיא, לפי שעה, אצל אלק, שם, כרך ב, עמ' 466, ולטעם זה ('איבה') כמשמעותו הכללית — שם, עמ' 516 ואילך.

195. שו"ת מבי"ט, ח"ב, קכח; ח"ג, ב (הזבואו התשובות אצל שציפאנסקי, ארץ ישראל בספרות החשובות, ח"ב, עמ' רח—רט). המבי"ט מעיר שם, כי גם בתקנות אלגאזיר שקיבל רשב"ץ מפורש (בתקנה ד), שרשאית האשה לעשות בחלקה כרצונה, ובראש התשובה מתווכח על כך עם מהרי"ן לב, ואכ"מ.

196. ראה לעיל הערה 138 (תקנת דמשק); ולענינה של תקנת צפת, ראה: אסף, שם, עמ' 89 — ושם, בהערה 8, שהמבי"ט לא הסכים לתקנת צפת. לנוסחה של התקנה ראה: שו"ת אלישיך, כו (ושם) — שהקבורה מן הנדוניה.

לסיכום פרקנו: תקנת אושא הגבילה את האשה במכירת נכסי המלוג, וזיכתה את הבעל בנכסים אם קדמה האשה ומתה. לכאורה, ולפי טעם הירושלמי, היה מקום להניח כי תקנת הקהילות, המבטלת את ירושת הבעל לגבי חלק ידוע בנכסים, תבטל גם את תלותה של תקנת אושא לגביהם; אך הראשונים לא קיבלו גישה זו, ותוך עימות עמה פסקו, כי תקנת אושא שרירה לגבי כל הנכסים כולם. יתכן כי גישתם נובעת מהכנת התקנה (באושא) לפי הסבר השאילתות וכדי למנוע איבה בין בני הווג. אך מכל מקום האחרונים חוזרים ופוסקים, כי האשה רשאית למכור ואין תקנת אושא חלה על חקנות דמשק וצפת.

נמצא שאנו עדים להתפתחות מעניינת בדין ירושת הבעל את אשתו. מדין תורה הבעל יורש כל נכסי אשתו, כיורש יחיד, בכל מקרה; בתקופת התנאים ואמוראים מתפתחים תנאים בין הבעל והאשה, המגבילים זכייה זו; אצל ראשוני אשכנז וצרפת באות תקנות, המפקיעות ירושת הבעל בשנה א' או גם ב' בתנאים ידועים; בספרד — תקנות המחלקות את הירושה בין יורשי האשה והבעל גם בשנים מאוחרות; בתחילת העת החדשה, במזרח ובא"י, אנו מוצאים תקנות המשליטות את האשה על 'חלקה' בירושה עוד בחייה.

האם ישמש "חוק שווי זכויות האשה תשי"א—1951" אף הוא אי פעם משהו מעין ציון דרך בהתפתחותה ההיסטורית של ההלכה¹⁹⁷?

פרק חמישי: ההלכה בזמן הזה

סוגיית הירושה העסיקה את ההלכה, כפי שראינו, לכל אורך ההיסטוריה, בהיותה שאלה הכורכת עמה היבטים כלכליים נכבדים יחד עם היבטים רגשיים (בתחום היחיד והמשפחה) ואף היבטים בעלי משמעות לאומית (כגון: הסבת הנחלה משבט לשבט). ראינו כיצד הלכת ירושת הבעל פשטה צורה ולבשה צורה, ואף במדינת ישראל הנכבית חוזרת השאלה ומעסיקה הן את רשויות ההלכה ואת המוסדות המחוקקים והשיפוטיים של המדינה¹⁹⁸. רצוננו בשורות הבאות לעמוד על נקודה אחת נוספת — ואף בה לא להתיימר למצות את הנושא: האם

197. אילו לא היה המחוקק הישראלי 'זריו' כל כך, ואילו היו כל חלקי הציבור היהודי במדינת ישראל סובלנים יותר אהודי, היתה יכולה אף 'תקנה' זו, כרוכה, להיעגן בהלכה. לצערנו שגה המחוקק בענין זה מכמה פנים, וראה מש"כ בזה במאמר אחר (הערה 27 לעיל), וראה לקמן.

198. ראה סיכומי של מ' אלוך, חקיקה דתית (הוצאת הקבוץ הדתי, תל-אביב, תש"ח), עמ' 42-43, ולקמן.

נוחרת משמעות רלבנטית כלשהי לדין ההלכה במערכת התוקית במדינת ישראל?
נראה לנו כי בארבעה תחומים, לפחות, יש משמעות להלכה במשפט מדינת
ישראל. וזהו פירוטם:

1. בכמה וכמה מקרים הדגישו הפוסקים בדבריהם, כי בכל מצב של ספק יש
להעמיד על דין תורה¹⁹⁹. נראה כי בכך מוצגת מעין הנחיה לכל מוסד שירצה
לשפוט על פי עקרונות ההלכה והמשפט העברי²⁰⁰, וממילא שמורה על ידי כך
מידה של משמעות להלכה על כל בחינותיה ובירוריה.

2. דין הקבורה מעורר צורך בדיון מיוחד.
סעיף 104 לחוק הירושה תשכ"ה-1965 קובע²⁰¹:

(א) הסכומים הבאים... יסולקו לפי סדר עדיפות זה:

(1) ההוצאות הכרוכות בהלווית המוריש, בקבורתו ובהצבת מצבה על
קברו, לפי הנהוג באותן נסיבות.

בעוד החוק מאמץ את העקרון שהתברר לפנינו במשפט העברי, דהיינו: קושר
את חיובי הקבורה בזכות הירושה, הרי הוא גם מפריד בין חובת הקבורה לקשר
האישות, ומטיל את הוצאות הקבורה כולן על העזובן. האם בכך 'נפטר' הבעל
מחיובו בקבורת אשתו? ומה דינו של בעל בקשר לחיוב זה אם לא ירש כלל,
כגון: כאשר לא היה לה לאשה מה שתוריש?
שמא יש משום תשובה לכך בסעיף אחר, מאוחר יותר, לחוק הנ"ל²⁰²:

199. ראה שו"ת מהרשד"ם, אבה"ע, קכה: "...והתקנה הזאת, תקנת שו"ם, באה לעקור דבר
תורה... וא"כ כל מה שאפשר לדחוק וליישב כדי שלא נבטל דינא — הוי שפיר טובא". והוא
מוכיח דבריו מתוך תשובות הרשב"א, הרא"ש, ותרומת הדשן, עיי"ש. וברוח זו מצינו בשו"ת
רב"א (הערה 191 לעיל): "כלל זה בדינו: בכל דבר שאינו מפורש, יד הדין על העליונה
ויד התקנה על התחתונה". וראה לעיל הערה 137.

200. בודאי בבתי הדין הרבניים, אך גם בבית המשפט החילוני — אם אמנם ייענה המתוקן
לחביעתו של השופט יצחק שילה — "חוק הירושה תשכ"ה-1965 בראי הפסיקה", עיוני
משפט, כרך ג (תשל"ג), עמ' 34, בעמ' 50 — ויפנה במפורש למשפט העברי כמקור
משפטי, ובודאי באותם סעיפים בחוק המבוססים על עקרונות ההלכה. למעשה נוהגים רבים
משופטי ישראל, ובראשם מי שניהנו בבית המשפט העליון (הרב אסף, פרופסור זילברג,
קיסטר, שרשבסקי, ח' כהן, י' כהן, מ' אלון), להשתמש בהרבה במשפט העברי ובמקורותיו,
אך עד שלא ייחקק חוק חד-משמעי ומפורש, המפנה למשפט העברי בכל מקרה רלבנטי,
לא תיפתר הבעיה כראוי לה.

201. ס"ח, 446, תשכ"ה, עמ' 63, בעמ' 76.

202. סעיף 148, ס"ח, שם, עמ' 81.

חוק זה אינו בא לפגוע ביחסי ממון בין איש לאשתו או בזכויות הנובעות מקשר האישות; אולם על זכויות הירושה ועל זכויות למוזנות מן העזובן לא יחול אלא חוק זה²⁰³.

אין ספק, לדעתי, כי סעיף זה ממשיך להחיל את חובת הקבורה על הבעל, ובזה מתאשרים דבריו של ד"ר ב"צ שרשבסקי²⁰⁴, כי על אף שתובת הקבורה באה יתחת נדוניה, מכל מקום אינה מדין ירושה אלא היא תנאי בנשואין ("תנאי כתובה"), ולכן אינה תלויה בגודל העזובן (או אם יש נדוניה בכלל). הבעל יחוייב לשאת בהוצאות הקבורה מרכישו הפרטי ולא מן העזובן.

מכאן, איפוא, שאם יתעורר ויכוח בין יורשים אחרים לבין הבעל כאשר למימון הוצאות הקבורה מעזבונה של אשה — כאשר הבעל טוען, כי על פי חוק הירושה יש לממן ההוצאות הנ"ל מן העזובן (ועל כן — לחלקם בשווה, יחסית, בין היורשים), ואילו היורשים טוענים כי התובה לקבור מוטלת על הבעל לבדו בהיותה "זכות הנובעת מקשר האישות" (כלשונו של סעיף 148 הנ"ל) ולפי ניתוחו של ד"ר שרשבסקי — באנו למחלוקת שנזכרה למעלה²⁰⁵, אם מבטלת תקנת הקהילות את חיוב הקבורה. לדעתנו, בירורו של ויכוח כזה, אם יתעורר, מסור ייחודית לכית הדין הרבני, שהרי הוא בלא ספק "ענין של נשואין". ברם יחכן, כי הענין יתעורר גם בבית משפט חילוני, אם תועלה שם לדיון שאלת מימון הוצאות הקבורה מן העזובן תוך כדי דיון בהפעלתו של חוק הירושה. מכל מקום על בית המשפט המחוזי להחיל את המשפט העברי כמו בכל מקרה בו מוחל הדין הדתי (כגון: תביעה למוזנות המתבררת בבית המשפט המחוזי).

3. במקרה של קטטה: כשנת תשכ"ד בא לפני בית הדין הרבני האזורי בירושלים²⁰⁶ מקרה, שבו ביקשו בני זוג להתגרש תוך השנה הראשונה לנשואיהם ובלא שנולדו להם ילדים, והאשה תבעה כי הבעל יחזיר לה את הנדוניה שקבל מהוריה (דירה). לעומת זאת טען הבעל, כי הדירה (וליתר דיוק — המחצית

203. ראה לסעיף זה: מ' קורינלדי, "היחס בין סעיף 115 בחוק הירושה לזכות האלמנה, לפי דיני ישראל, למדור בבית בעלה", דיני ישראל, כרך ו (תשל"ה), עמ' 139–158, בעמ' 154, שם, הוא מציע להפריד בין זכות האלמנה למדור "הנובעת מקשר האישות", לבין "זכותה למוזנות מן העזובן" הקשורה בחוק הירושה; ולפי דבריו יש מקום לחלק גם בין זכות האשה להיקבר מכוח דיני אישות, לבין שאר דיני העזובן.

204. שרשבסקי, שם (הערה 143 לעיל), עמ' 226.

205. ראה פרק ב, סעיף ה, לעיל.

206. חיק 1808/תשכ"ד, פד"ר, כרך ה, עמ' 225–228 (לפני הרבנים ולדינבורג, יוסף, קאפח).

שנרשמה על שמו) ניתנה לו במתנה²⁰⁷ ועל כן אינו צריך להחזירה. במסקנותיו קובע ביה"ד, כי תקנת ר"ת חלה גם כשנפלה קטטה בין בני זוג, וזאת בהסתמך על המנהג לכתוב בכתובה בתנאי זה "מחמת עידור או קטט"²⁰⁸, ואף שבעל נחלת שבעה' תמה על מנהג-פולין זה²⁰⁹ — מכל מקום כבר תירץ בעל 'בגדי ישע'²¹⁰ קושייתו באמרו, כי ענין 'ותם לריק כוחכם' חל גם במקרה כעין זה. בהסבר דבריו, ובעקבות דיונו למעלה יש לומר, כי השיקול של 'אומדן' דעת-הנותן' מתאים גם למקרה כזה של קטטה 'מוקדמת' בין בני הזוג תוך יב"ח. מאידך גיסא, אם השיקול של ר"ת אינו מתקבל, ואנו מניחים כי התקנה תקפה מכוח 'הפקד בי"ד', הרי במה שתיקנו — תיקנו, ואילו במקרה של גירושין שלא תיקנו — לא תהא חלות לתקנה. מכאן שעדיין צריך עיון אם מנהג המקום במדינת ישראל של היום הוא על פי תקנות אשכנז (ר"ת וש"ס), או המנהג שנתקיים בארץ מאז, בעקבות תקנות דמשק וצפת²¹¹.

4. כדיני ירושה: גם בהקשר הישיר של דיני ירושה דומני, כי יש עדיין השלכה ישירה לתקנת ר"ת וחברותיה על המשפט הפוזיטיבי²¹². דוגמא יפה לכך נמצאה לנו בדיונו של בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו²¹³ במקרה שבו נפטר הבעל תוך יב"ח בלא זש"ק והתעורר ויכוח על ירושה וכספי פצויים, ותביעת הנגר של האשה כללה דרישה לתשלום דמי הכתובה — ובנקודה זו ממוקדת התעניינותנו²¹⁴.

כבר עמדנו למעלה על השאלה, האם תקנת ר"ת חלה דווקא על נכסי האשה ומתנות אביה, שעל הבעל להחזיר, או שהיתה התקנה, כאופן הדדי, גם על

207. צריך להעיר כאן כי אם ניתנה הדירה כנדוניה במפורש — היא מוגדרת כנכסי צאן ברזל ונרשמת בכתובה, וממילא מוחזרת יחד עמה; מדובר כאן, איפוא, במתנה לנישואין, ולגביה שייך 'אומדן הרעת'.

208. ראה חלקת מחוקק לשר"ע אבה"ע, נג, ס"ק כב; פד"ר, שם, עמ' 226.

209. ראה נחלת שבעה, דיני תנאים אחרונים, סימן ט, ס"ק יד-טו; פד"ר, שם, עמ' 226-228.

210. בגדי ישע, אבה"ע, ז; פד"ר, שם, עמ' 227-228.

211. ובאמת עדיין צ"ע אם חלה בארץ תקנת ר"ת, או שמא מנהג המקום הוא תקנת דמשק; וראה למקרה מקביל אצל קורינלדי, שם (הערה 203 לעיל).

212. בהנחה כי 'המשפט הפוזיטיבי' כולל את המערכת המקבילה של הדין הדתי, שהרי חלוקת הירושה עפ"י ההלכה מותנית בהסכמת הצדדים, ואכמ"ל. וראה הערה 228 להלן.

213. חיק 1947/725, פד"ר, כרך ה, עמ' 228-238 (בפני הרבנים ורנר, הלוי אפשטיין (ז"ל), טנא).

214. ראה שם, סעיף ד (כנימוקי הדיינים), עמ' 235-236.

נדרוניית'הבעל²¹⁵. מעתה, אם לא היו לבעל הנפטר נכסים משלו אלא רק ממתנת הוריו, האם רשאית האשה לגבות כתובתה מנכסים אלה? ביה"ד דן בשאלה זו בפירוט²¹⁶ ומסיק, כי על אף הספק הנזכר, ועל אף העובדה כי תקנת ר"ת לא נתפשטה בכל גבול ישראל²¹⁷, ועם העובדה, כי בהרבה מקומות נהגו כתקנת טוליטולה ("שאם כתובתה מרובה מחצי הנכסים אין לה אלא חצי הנכסים והחצי האחר ליורשים"²¹⁸), נראה לביה"ד כי²¹⁹:

אם היינו מחלקים את הירושה לפי דיני ישראל, הרי ברור שלא היינו שוללים את זכותה של האשה בגביית הכתובה, ואף אם לא היתה מקבלת את כל הסכום וגם מחצית מהסכום לא היה ממה לגבות, אבל מעל לכל ספק שהיינו מזכים אותה בחלק מהכתובה בתורת פשרה.

ביה"ד הרבני, במקרה זה, אינו מחלק את הירושה לפי דיני ישראל (כי במקרה הנדון כבר ניתן צו ירושה על ידי בית המשפט המחוזי²²⁰), אך מוצא מקום להשמיענו מה היה הדין אילו היה אפשר להתחשב בהלכה. האם יתכן כי דווקא חוק הירושה תשכ"ה—1965 (שנתקבל אחרי פס"ד זה²²¹) פותח כאן פתח להרחבת סמכותו של ביה"ד הרבני?

כוונתי לומר, שכעוד על פי החוק²²² כפוף ביה"ד הרבני אף הוא במידה מסוימת להוראות חוק-חילוני זה²²³, מכל מקום סעיף מיוחד בחוק דן בחיובי

215. ראה לעיל, סמוך להערה 85 ואילך.

216. עפ"י שו"ת מהרי"ל, פ, ומצוטט מתוך חלקת מחוקק לשו"ע אבה"ע, נג, ס"ק טו: "...נסתפק אם התקנה היתה גם על האיש שמת תוך שנה אם האשה גובה כתובתה מן הנוזן שנתן לו אביו. ומסיק שם דלא בדירה ליה התקנה, וכל זמן שלא יברר — לא עבדינן עובדה לאפוקי כתובה". וראה עוד שו"ת חתם סופר, אבה"ע קי"ז: "לא סלקא דעתך שתצא כת ישראל בלא כתובה", ועי"ש.

217. עפ"י תשובת בנימין זאב, ס. והוסף לזה קובץ תשובות חכמי אוסטריה, קופר, שם (הערה 48 לעיל), נספח ג, עמ' 316 ואילך.

218. ראה: שו"ע אבה"ע, קיח, א, וכן חלקת מחוקק ובית שמואל, שם. תקנה זו באה להשוות בין הכעל לאשה בירושה, ולא נוכל להאריך בה כאן.

219. סר"ד, שם, עמ' 236.

220. דאה תיאור העובדות שם, עמ' 230.

221. פס"ד ניתן בינם כ"א מרחשון תשכ"ה (פר"ד, שם, עמ' 238 וחוק הירושה פורסם ביום א' אדר א' תשכ"ה — ס"ח, שם, עמ' 61).

222. סעיף 155 לחוק הירושה תשכ"ה—1965, ס"ח, שם, עמ' 82.

223. בכך לא אמרנו כי 'הודע המצב' מאז, שהרי לפני קבלת חוק הירושה קיבלו בתי הדין הרבניים על עצמם את חוק הירושה העותומני, שהיה רחוק פי כמה מדין תורה. וראה לזה דיונו של אלון, שם (לעיל הערה 198), הערה 171, ולקמן סמוך להערה 231.

הכתובה, ואלה בודאי נידונים על פי ההלכה! וזו לשון הסעיף²²⁴:

(3) החובות שהמוריש היה חייב ערב מותו ולא נתבטלו במותו... לרבות המגיע לאשתו על פי כתובה במידה שסכום הכתובה אינו עולה על סכום סביר.

העולה מסעיף זה, כי חוק הירושה אינו מבטל זכותה של האשה לגבות כתובתה מן העובד, ואינו מגביל זכות זו משום צד (מלבד ההגבלה על סבירות הסכום, וענין זה דורש דיון מיוחד, ואכ"מ). אם קיימות הגבלות כלשהן, אינן אלא הגבלות הנובעות מעצם זכותה של האשה לכתובה – שהרי הביטוי "המגיע לאשתו" בלשון החוק יתפרש לפי ההלכה, שהיא הקובעת חיובי הכתובה. נמצא שאף אם אין הירושה מתחלקת על פי דיני ישראל, מכל מקום שמורה לאשה הזכות לתבוע כתובתה מן העובד טרם חלוקתו, ונצטרך איפוא להתחשב במידה מרעת בתקנת ר"ת ושאר תקנות הקהל, וללכת בעקבות פסיקתו של ביה"ד הרבני כנוצר למעלה, בין אם תביעת האשה לכתובה תהיה בפני בית הדין הרבני ובין אם השאלה תועלה לדין בבית משפט מחוזי, שאף הוא יחיל את הדין האישי – קרי המשפט העברי – בסוגיה זו. מעתה, עם קבלת החוק על "יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג–1973"²²⁵, האם נשתנה המצב בתחום דירן?

רומני כי התשובה שלילית. ראינו כי חוק הירושה מתייחס לכתובה כחוב²²⁶. השקפה דומה מצאנו כבר בהלכה לענין חיוב העובד בהוצאות הקבורה, כפי שהבאנו לעיל בשם הרב"ז ועל פי הרא"ש²²⁷, וכך הוא באשר לכלל הכתובה, שכל נכסי הבעל משועבדים לה, כשאר תובות שיש עליהם אחריות נכסים. חוק יחסי ממון הנזכר, לעומת זאת, ברברו על "איזון המשאבים" (לאחר הינתק קשר הנישואין) מחייב חלוקת הנכסים רק לאחר סילוק כל החובות, כלשון סעיף 6(א): "משווי הנכסים האמורים של כל בן-זוג, יש לנכות את סכום החובות המגיעים ממנו...". לפיכך אין החוק הנדון אלא מאשר את דברינו, והכתובה נגבית כרינה והלכותיה. ואף בלשון החוק גופו נפרשה הלכה זו, שכן כך נאמר שם בסעיף 17: "אין בחוק זה כדי לגרוע... מזכויות האשה לפי כתובתה". נחזור ונסכם ארבע הנקודות שבהן מצאנו משמעות להלכה ולתקנות במשפטנו

224. בהמשך סעיף 104 לחוק (חלקו הראשון של הסעיף צוטט לעיל סמוך להערה 201).

225. ס"ח, 712, תשל"ג, עמ' 267.

226. סעיף 104(א)(3) לחוק הירושה, תשכ"ה–1965. ראה לעיל סמוך להערה 224.

227. ראה לעיל ליד הערה 135.

הנהוג: כללית, בכל מקרה של ספק יש להעמיד על דין תורה; דין הקבורה נשאר להיות ענין של נשואין²²⁸; במקרה של ניתוק קשר הנשואין תוך י"ב חודש משום קטטה (גירושין); בענין זכותה של האלמנה (תוך י"ב"ח ובלא זש"ק) לגבות כתובתה מן העובד²²⁹.

*

בשולי הדברים הערה נוספת בקשר לתוקפן של הוראות חוק הירושה — בנושא דיונונו — על פי שיטת המשפט העברי. השאלה בכללותה תורגת מגבולות דיונונו, ולה השלכות רבות בתחומים שונים²³⁰, אך במיוחד בהקשר דהכא דומה, כי כבר הוכרעה השאלה. כידוע, בתי הדין הרבניים קיבלו על עצמם — עוד בשנת תש"ג — לנהוג בעניני ירושה על פי "חוק הממשלה הקיים"²³¹, ולא נסוגו מאז מהחלטתם זו (אף שהחוק העותומני-אנגלי עבר בינתיים מן העולם והחוק הישראלי החליפו). נראה, איפוא, כי הכרעה זו נבעה מראיית החוק כחוקת ציבורי מחייבת, ולפיכך גם "חוק הירושה" המודרני כלול באותה קטגוריה, וככל הנראה גם נוהגים כך בתי הדין הרבניים הלכה למעשה.

אמנם ולכאורה יכול בעל דין לחלוק על ההסבר המוצע כאן. תקנות הרבנות הראשית בתש"ג דברו על קרקעות מסוג 'מירי', ובהן ראוי לקבל חוק הממשלה, מפני שנכסי 'מירי' הם מעיקרא ועל פי הגדרתם רכוש הממשלה, והמחזיקים בהם זוכים בעצם רק בקרקע לפירושה, ולכן הממשלה, כבעלים, רשאית להוציא הוראות באשר להנחתם בירושה ואין זה בניגוד לדין תורה! אך מהיכן המקור להחיל את חוק הירושה החילוני על כלל נכסי העובד, ובמיוחד בעזבונות שכלל אין בהם נכסי 'מירי'? אך עם העיון, שחיים ושלוש תשובות כפינו לאותו בעל דין.

228. המוסד לביטוח לאומי מכסה הוצאות הקבורה, אך אינו מכסה את כולן, כגון: שכירת תחבורה למלווים, הקמת מצבה ועוד; הוצאות אלה כלולות בחיובי הבעל; ראה למשל: שו"ת הרא"ש, יג יט.

229. לאמור יש להוסיף, עפ"י סעיף 155 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965, כי "אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו ככתב את הסכמתם לכך", מוסמך בית הדין הרבני לנהוג לפי הדין הדתי (וראה בהמשך הסעיף שם גם הגבלה בענין זה: זכויות הירושה של קטין או פפול דין לא יהיו פחותות ממה שיהיו לו על פי חוק הירושה). מכאן משמע, כי בכל מקרה של הסכמה הדדית רשאי ביה"ד לפסוק עפ"י ההלכה המקורית בלא הגבלה (מלבד זו הנוכרת בחוק), וממילא במקרה כזה ההלכה היא 'דלכנישת', וראה לעיל הערה 212.

230. ראה מה שכתבתי עוד בענין זה במאמרי הנ"ל (הערה 27) בעמ' 127—130.

231. עפ"י מ' אלון, שם (הערה 198 לעיל), עמ' 42.

ראשונה, כבר תקנות הרבנות הראשית חלות אף על קרקעות אחרים "אם נתבקש בית הדין על ידי מישהו אשר לפי חוק הממשלה נחשב ליורש" לחלקן על פי חוק ולא לפי דיני ישראל²³².

שניה, אף למעשה, ולאחר שנתקבל חוק שווי זכויות האשה, תשי"א-1951²³³ (שבו סעיף 4 מבטל את האבחנה בין נכסי 'מירי' לנכסי 'מולק'²³⁴), המשיכו בתי הדין לחלק הירושה על פי חוקי הירושה המקובלים במדינה.

ושלישית: נראה לנו ברור ונהיר, כי יש להעדיף את חוקיה של מדינת ישראל הדמוקרטית והריבונית על הוראותיה של המגילה הטורקית או של הממשלה הבריטית המנדטורית, שהיו בלא ספק חוקי עם זר ובגדר 'ערכאות של נכרים' ועל כן קשה עד מאד לראות בהם 'תקנת הציבור' (ולכל היותר, אפשר להגדירם כ'דינא דמלכותא'), בעוד שחוקי ישראל מתקבלים על ידי נציגות מוסמכת ונבחרת של העם בישראל, וראויים לשמש כתקנות ציבור.

שמא, על כן, יורשה לנו לראות בהכרעתם של בתי הדין הרבניים, הפוסקים על פי חוק הירושה, מעין הסכמתו של 'אדם חשוב', שהיא תנאי לקבלתה של תקנת קהל²³⁵. המקור ותוקף הסמכות של פסיקת בתי הדין הרבניים הם כ'אומדן הדעת', ואולי עוד יותר 'מפני רכי שלום', ומתוך שכך נראה להיות המנהג הרווח והמקובל ובני הזוג מקבלים אותו על עצמם מכללא.

לדעתנו ראוי היה למוסדות ההלכה לקבוע, דרך כלל ובתנאים המתאימים, כי חוקי הכנסת חשובים כ'תקנת הקהל' ומחייבים את הציבור כולו גם מבחינת ההלכה (כמובן כאשר אין החוק מנוגד לתורה ולהלכה בפירושו או בתוכן²³⁶).

232. שם, עמ' 43.

233. ס"ח, 82, תשי"א, עמ' 248.

234. אלון, שם (הערה 198 לעיל), עמ' 42. וראה גם: שם, עמ' 18.

235. ראה: בבלי בבא בתרא, ט, א; וכן: אלון, המשפט העברי (הערה 2 לעיל), כרך ב, עמ' 607-614.

236. כגון בשאלת הידועה בציבור' או ברישום מי שאינו יהודי וכדומה. הרב הרצוג ז"ל, שם (הערה 44 לעיל), עמ' 24-25 (והביאו גם וולף, שם (הערה 1 לעיל), בסיום דבריו עמ' 344) הציע להוסיף על הכתובה שטר התחייבות, אשר על פיו מבטיח הבעל, כי במותו תקבל האשה ויורשיה מחצית מכל הנכסים. מובן כי אפשר לכלול בהתחייבות כזו כל מה שירצה הציבור. לפי זה ייתכן כי חוק הירושה תשכ"ה-1965 מהווה תנאי אשר כזה, שמחמת שנהגו בו למעשה אף אין צריך לכתבו במפורש בכתובה. והשווה דבריו של נחלת שבעה: "ואותה תקנה נתפשטה, וממילא כמו תנאי כ"ד, ועל כן אין צריך להזכיר התקנה בכל פעם..." (והוצא בפר"ד, כרך ה (הערה 206 לעיל), עמ' 227), וכן להלן שם מפי הדיינים: "והתקנה נתפשטה בכל ישראל עד שהיא כמו תנאי כ"ד, עד שאין צורך בקבלת קנין מן החתן על כך, וגם אין צריך כבר להזכירה בפירושו".

מעצם הסכמה אשר כזאת היתה נשכרת גם מלאכת החקיקה, שכאופן טבעי ומתוך ההתחשבות ההדרית היתה מקבלת מן המשפט העברי הרבה יותר משהיא מוכנה לקבל כיום, וחידושה של החקיקה המקורית שלנו היה נעשה בדרך המלך של הסכמת הציבור יחד עם הדרכת תורת קודשנו והכוונת חכמינו.

יצויין כאן עוד, בסיום הדברים, כי הראשון לציון, הרכ עובדיה יוסף שליט"א, ניסח הצעה לתקנות חדשות בירושת האשה והבת למען קהילות ישראל באיראן (את ההצעה קבלתי מר"ד נחום רקובר, ותודתי נתונה לו כאן על כך) — במכתבו ליורד ועד הקהילה חביב אלקאניאן (שנהרג בינתיים על קדוש השם). בין היתר נקבע בתקנות אלה: (1) הבת תירש עם הבנים כיחצי זכר (היינו, מחצית החלק המגיע לבן פשוט); (2) האשה יורשת את בעלה כבת (חצי זכר); (3) אם מת האיש בלא זשיק תקבל האשה — מעבר לנדונייתה — כיוורש זכר, והשאר יתחלק בין האחים והאחיות; (4) אם מתה האשה בחיי בעלה, יירש זה רק מחצית מנכסיה, ואת החצי השני יירשו הבנים והבנות. ההצעה כוללת עוד הרבה פרטים ופרטי פרטים, ואכ"מ להאריך בה יותר. ומכאן, איפוא, שיש מקום גם כיום להוסיף ולתקן תקנות חדשות בריני הירושה, להרבות צדק ושלום בישראל.