

מבוא

“עץ חיים היא למחזיקים בה
ותומכיה מאושר;
דרכיה דרכי נועם —
וכל גתיבותיה שלום”
(משלי ג, י"ז)

המחקר בתקנות תז"ל

המחקר המשפטי בכללותו, עשוי להיות נידון בארבעה כיוונים עיקריים, לדעתו של בועז כהן:¹
(א) הדוגמתי — היינו תיאורו של החוק בצורה סטטית ושיטתית. ולמשל, ספרו של א' גולאק "יסודי המשפט העברי" משמש דוגמא טובה לתתום זה;
(ב) ההיסטורי — המתאר את דרכי התהוותו של החוק בדרכי הדינמית. ובלשונו של ב' כהן:²

“תפקיד החוקר המודרני, הוא לבהון בכנות ובעמקות שיטתית את
הנושא המשפטי, מתוך ראיית המכלול ההיסטורי של המקורות
ולאור הרקע שלהם, כאשר כל המערכת ממוקדת היטב ללא עיוותו
של היבט זה או אחר”.

(ג) הפילוסופי — הבא להציע הגדרה ומטרה לחוק, הרוצה להבהיר את טיבו ולהעמיד על עקרונותיו ועל המניעים המביאים להכרעות שפוטיות וחיקוקיות — ועוזר למחקר כזה. לדוגמא, עינו המופתי של הרב יוסף רוזין (העלוי הרוגאצ'בי) ב"משנה תורה" להרמב"ם;³
(ד) ההשוואתי — היינו התתום שבו משווה המחקר מערכות-משפטיות שונות, ובדק את מידת הדמיון והשוני ביניהן, בין בכלל ובין בפרטים. דומה כי מחקריו של פרופ' כהן עצמו משמשים דוגמא טובה לעיון מסוג זה.
לולא דמסתפינא, הייתי מבקש לראות במחקר שלפנינו נסיון בשני התחומים (ב) ו-(ג) — היינו, מעין שלוב של ההיבט ההיסטורי-דינמי עם ההיבט המשפטי-פילוסופי. דיוננו בתקנות

1. פרופ' בועז כהן, בהקדמתו לספרו "משפט יהודי ורומי" (אנגלית) ב" B. Cohen, Jewish And Roman Law, New-York 1966, pp. VIII.
2. שם ע' IX (בחרגום הפשי).
3. כוונתו לספר "צפנת פענח" על הרמב"ם, וארשא תרס"ג (1902).

תז"ל בתקופת המשנה והתלמוד הוא, מעיקרא, מחקר משפטי-הסטורי. בעוד שכדי להבין את דברי תז"ל לא יכולנו שלא להסתייע בספרות הפרשנית העניפה ונסינו בכמה וכמה ענינים לברר אף את הטעמים והמטרות, את ההיקף והמניעים, שידם רבה להם גם בעיצובה ההסטורי של המערכת.

מעיקר הענין, איפוא, אין צורך ואין טעם לשאול "מדוע נבחר נושא פלוני למחקר" — שהרי רצוננו להבין ולדעת הוא סיבה מספקת וטובה מאין כמות; אלא דומני כי מותר לציין במקרה הספציפי שלפנינו סיבה עקרונית נוספת לפנייתנו דווקא אל התחום של תקנות תז"ל ולרצוננו להעמיק בהן ולהבינן. הענין טמון ביחודן של תקנות החכמים — כדויתן בעשה-חקיקה אנושי, בתוך המסגרת של משפט התורה — שהיא לפי אמונתנו (ואמונתם של החכמים) תופעה של התגלות הטרונומית, אלוקית.

דנה, על אף נצחיותה ואמיתותה האובייקטיבית — כנזאת — של התורה, קרויה היא "עץ חיים" ונועדה להיות תורת חיים למאמיניה, תורה שיש לה בסיס וקיום בחיי יסודים, ויש בידה ליתן תשובות חדשות לבקרים על בעיות המתעוררות מתוך סיטואציות שהזמן גרמן — דבר שהכתוב מעיד עליו באמרו "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" — שכן בדרך שהיא מרובת נועם באה התורה להדריך את מקבלי עולה, ומטרתה להביא שלום לעולם, בין אדם לחבירו ובין מדינה ואומה לחברתה — כמטרתו של כל משפט-צדק אנושי, הבא לכנות חברה על אדני צדק ויושר ויחסים מתוקנים בין כל השותפים בה. נראה כי זו לפחות אחת הסיבות העיקריות בגללן הסמיכה התורה עצמה את החכמים שבכל דור (עד שיפתח בודרו כשמואל בדורו⁴) לתקן תקנות ולגזור גזירות שעם ישראל באותה שעה צריך להן⁵ — ובעצם ע"י כך הוסמכה לישראל רשות מחוקקת שכל דבריה כמצוות ה' ממש⁶.

בבואנו לבנות את מדינת ישראל (ומלאכת בנין זו עדיין בעיצומה, ואין 30 שנותיה של המדינה אלא שנים של צעדים ראשוניים, מהוססים ומגששים...) — ולקבוע בה מערכת משפטית משלנו, עלינו ללמוד ולדעת את המורשת העצומה שהונחלה לנו משך אלפי שנים:

4. רמב"ם פרק א' מהלכות ממרים הלכה ב': "אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורת שבעל פה, ואחד דברים... שלמדום באת מן המדות שהתורה נדרשת בהן... ואחד דברים שעשאום סייג לתורה ולפי מה שהשעה צדיקה והן הגזירות והתקנות והמנהגות — כל אחד ואחד מאלו השלושה דברים מצוות עשה לשמוע להן — הרי הוא אומר "על פי התורה אשר יורוך", אלו התקנות והמנהגות שיורו בהן לרבים כדי לתקן את הדת ולהקן העולם.
- וראה ב"מדרש תנאים" (מהר"ם הופמן) לדברים י"ז י"א ע' 103 שהביא דברי הרמב"ם (ואל תתמה על כך, שהרי מקורו של מדרש זה ב"מדרש הגדול" לר' דוד העדני, ומדרש זה ידוע בתבואתיו מן הרמב"ם אף בלשון "תנו רבנן"...), וע"ע ב"ערוך השולחן העתיד" להלכות ממרים ע' מ"ו.
5. ראה בבלי שבת כ"ג א: "והיכן ציונו (בגר חנוכה, שהוא מדרבנן)? — רב אויא אמר מ"לא תסור". דין מקיף בסמכותם של חכמים ראה אצל מנחם אלון, "המשפט העברי — תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו" ירושלים תשל"ג ע' 223 ואילך.

בצדק העיר פרופ' אלון⁶ כי כשם שאימצנו לנו את השפה העברית — על אף דלותה היחסית וארכאיותה — מטעמים של גאווה לאומית ורצון להמשיך את דרכם של דורות קודמים, מן הראוי היה שאף נאמץ לעצמנו את משפטנו המקורי, שעל עומקו ויופיו אין ויכוח⁷, ושמידת הצדק שבו אינה צריכה לפנים; הקושי המעכב אמוץ זה נובע בראש וראשונה מאידיעה, ומתוך שפרח-משפטים שלנו אינם לומדים להכירו ואמונים רק על שיטות משפט זרות. המקורות מרובים, הלשון קשה ומעורבת בארמית, דרכי המחשבה אינן נהירות, והעקרונות המנחים אינם ברורים מאליהם.

רצינו, איפוא, לעסוק במחקר שינסה לתת תשובה ולהציע דרך לפתרון הבעיות הללו. בחרנו לפיכך דווקא בתקנות, במעשה החקיקה המתחדשת; שהרי אלו באו, כאמור, להשיב על בעיות מתחדשות, ועשו כן אף מתוך התנגשות עם המשפט הקדום (האמור בתורה) — שהרי "יש כח ביד תכמים להפקיע דבר מן התורה"⁸ — ובכך התנו דרך לחקיקה יהודית מקורית, שנמצא לה המשך בתורתם של גאונים וראשונים בימי הביניים ("תקנות הקהל"), ורוצים היינו ללמד מהם לצרכנו כיום הזה.

זאת, ועוד: בעניני נשואין, כידוע, נוהג במדינת ישראל הדין העברי⁹, אף במסגרת שפוטו המקביל של ביהמ"ש האזרחי; אשר על כן, יש טעם וצורך בעיון מודרני במערכת הלכות זו, שמא יהא בה כדי להבהיר נקודות סתומות ולהעמיד על ענינים שנעלמו מצבור המשפטים. או שמא עדיין לא נתעוררו והן עתידות להתעורר, ואם יהא במחקר המוגש בזה כדי לסייע בפתרון (או לתקן טעויות שנקבעו בעבר) — והיה אף זה שכרנו.¹⁰

הערות מתודולוגיות

עד היום, שלט במחקר המשפט העברי ההיבט ההוגמתי¹¹. אף במחקרים של אסכולת ירושלים, החל בפרופ' א"ח פריימן ("סדר קדושין ונשואין") ועד פרופ' מ' אלון ("חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי") ותלמידיו (כשמואל שילה — "דינא דמלכותא

6. מ' אלון שם, ע' 90; וראה משי"כ בביקורתי על הספר בשלש רשימות ב"עמודים" (בטאון הקבוץ ההתי); (1) גליון ניסן תשל"ד, (2) אלול תשל"ד, (3) מרחשון תשל"ה.
7. ראה "שילה" הכו לנו משפט עברי, "הפרקליט" סיון תשכ"ח, ותגובתו של א' ידן שם אלול תשכ"ח; לסכום הויכוח (על החלת המשפט העברי במקרה של לאקונה) — ראה אצל אלון, שם, ע' 98. דבריהם של שילה (עם אחרים הקשורים לדיון זה) הובאו גם ע"י "בוק בקיבוץ המשפט העברי ומדינת ישראל" ירושלים תשכ"ט ע' 135, עיי"ש.
8. במצוות עשה, בדרך כלל — ראה בבלי יבמות דף צ' ע"ב וכעוד מקומות הרבה, ואכמ"ל בזה יותר.
9. עפ"י סעיף 51 של דבר המלך במתעצתו משנת 1922, וכבר האריכו רבים וטובים בסוגיא זו — כפרופ' מ' זילברג, ויבלח"א ד"ר ב"צ שרשבסקי, פרופ' אלון, פרופ' אגלרד, ולאחרונה ד"ר מנשה שאוה ועוד.
10. דוגמא בתלמט — ראה להלן, בשער תקנת פירות ע' 9-468 ובהערה 10 שם.
11. ראה בדבריו של ב' כהן לעיל ע' א', ובפרק על "מחקרו המדעי של המשפט העברי" בספרו הגדול של אלון ע' 129-142.

דינא"; ונחום רקובר — "שליחות והרשאה במשפט העברי", שחיארו את שיטתם כמחקר "דוגמתי — הסטורי"¹² — לא בא הפן ההסטורי במשמע העיוני אלא במשמע התיאורי, כיון שלדעתם (ובצדק רבו) אין התיאור של משפט התלמוד לבדו מספיק כדי לתאר את המשפט העברי בכוללותו, וצריך לצרף אליו את התיאור עפ"י הזמנים והמקומות לכל אורך תקופת התפתחותו של המשפט העברי.

במחקר שלפנינו, לא התיאור עיקר; נסינו לעיין בתקנות חו"ל, לבדוק מכל הצדדים האפשריים, להבין את הגורמים להן וטעמיהן ולברר יסודות עקרוניים בצד חריגות וסייגים (כאשר מקרים חריגים מלמדים לא פעם על התקנה ומהותה יותר מאשר עצם הנוסחה הכללית¹³); מעצם טיבו, עיון כזה הוא "עיון סוגייתי". כלומר, הוא בא לברר נושא מסוים בחתך לרוחב הספרות התלמודית כולה, ולא בדרך ה"עיון המקומי", הבא ללמוד, לגופה, סוגיה במקום מסוים בספרות זו¹⁴.

עם זאת, אין רצוני לומר כי לפנינו מחקר הסטורי, שכן הפן ההסטורי לא בא במחקר זה אלא כדי להאיר את הריבט המשפטי; המחקר ההיסטורי-משפטי (בהדגשת הריבט הראשון) צופן בעיות משלו, ובין השאר חשוב בו גם האלמנט ההשוואתי עם משפטי העמים, שכן החוקר חייב לברר אם נודעה השפעה כזו או אחרת למשפט הנידון על המשפט שמסביב או להפך, וכבר עמדו על בעיותיו זו חוקרים אחרים¹⁵.

בעבודתנו נסינו להציע פה ושם מן ההיבטים ההשוואתיים, ולבדוק זמנן של התקנות ורקען הכלכלי-חברתי, אך הדגש הושם על ההתפתחות הפנימית-דינמית האימננטית למערכת עצמה, ויותר משיש כאן הסטוריה בראי המשפט — לפנינו הסטוריה של המשפט גופו. יתר על כן; רצוננו להבין את הרכי החקיקה של חו"ל, גרם לנו שלא להתפרס על ההסטוריה המשפטית כולה, ולשוב ולצמצם דיוננו בדברי חכמים במקורות ספרות חו"ל לבדה; אך כיון שאין להעלות על הדעת הבנת המקורות הללו ללא הספרות הפרשנית העניפה (בתקופה הבתר-למודית), ובהקשר זה גם ספרות הפוסקים יכולה להיחשב כפרשנות¹⁶, ראינו צורך

12. ראה אצל אלון שם, בסוף הפרק.

13. ראה למשל דיונו בדין פירות לאלמנת כהן גדול, או דין הירושה בקטנה ממאנת שנישאה לכהן.

14. הבדל זה ידגם יפה ע"י השוואה בין השיטה הברסקאית-ליטאית מיסודו של הרב חיים הלוי סולובייצ'יק ("עיון מקומי") לבין שיטת ישיבות הונגריה מיסודו של ר' משה סופר בעל "חתם סופר" ("חינוכי סוגייתי").

15. ראה בהקדמתו של ב.ס. ג'קסון: B.S. Jackson, Essays In Jewish and Comparative Legal History, Leiden (Brill) 1975 הדין במחקר ההיסטורי-משפטי של המשפט היהודי ומעמדו על הקשיים כ"ל — ובין השאר מזכיר את התיאוריה שפיתח מאין (Maine) שבתקופה הקדומה חודו זה ומשפט זו עם זה; לבקורת שיטתו של מאין והמשמעות הימנה, ראה גם אצל ד' דאובה, D. Daube, Studies In Biblical Law, 2nd ed, New-York (Ktav) 1969, pp. 1. כך מעמיד ג'קסון על הקשיים באחר השמות, הזמנים והמקומות למימי התנ"ך ועד לימי בית שני ואחריו, וראה שם כל אריכות דבריו.

16. על ההבדל שבין סוגי הפרשנות האמורים, ראה אצל אלון, המשפט העברי, פרקים ל"א-ל"ב (ע' 908,

והכרח לבדוק את ספרות הגאונים והראשונים, ולעתים אף צירפנו לעיוננו ממה שהעלו אחרונים עד עצם ימינו ממש.

(בענין אחד חרגנו מן האמור למעלה: צירפנו לשער ירושה וקבורה פרק ה' בתקנות הקהילות בענין ירושת הבעל את אשתו, כ"נוספות" למאמרו הקלאסי של הרב פרופ' שמחה אסף בקובץ "מדעי היהדות"¹⁷; הקשר והחיבור שבין ההלכה התלמודית ותקנות הקהילות בענין זה כמו "מצפה" לבירור כזה).

בכך אנו מגיעים לנקודה מוכרעת (מן הבחינה המתודולוגית): העיון בסוגית התלמודיות בעזרת הפרשנות הקלאסית, שמור לכאורה לעולמה של ה"ישיבה". בבית-יוצרזה לנשמת האומה (ובדאי למערכת-המשפטית-תלמודית) עסקו דורות של תלמידי חכמים בבירורים מעמיקים, דנו בדברי חכמים ראשונים ואחרונים, וכנו בנין מפואר של חשיבה הגיונית הלכתית שמן הדין היה אף לכנותה בתואר "משפטית", אילולי לשונה ומונחיה, שאינם מוכנים לבעל המקצוע המשפטי בן ימינו (בדרך כלל).

אך מחקרו המדעי של המשפט העברי, ובמיוחד מחקרו המדעי של משפטי-הז"ל, אינו יכול להסתפק בבירורים ההגיוניים הללו; לא פלפולו של בעל "קצות-החושן" חשוב כאן (על אף חשיבותו הסגולית, שאין לזלזל בה בשום פנים) או של ר' עקיבא איגר אלא דברי הז"ל ממקורם, ולצורך זה נתפתחו בדורותינו כמה וכמה כלי-מחקר פילולוגיים-היסטוריים שאי אפשר להתעלם מהם¹⁸.

במקום הראשון, כך נראה לי, חייבת לבוא השוואה מדויקת של כל העדויות שבידינו לניסח הטקסט; הכוונה הן למקבילות בכל הספרות (במשנה, בקבצי הבריות ומדרשי ההלכה, בשני התלמודים ובמדרשי האגדה) — והן לנוסחאות כתבי היד, דפוסים ישנים וקטעי הגניזה, ובמקום האחרון (אך בעל ערך רב כשלעצמו) — בנוסחאות הגאונים והראשונים. דבר שאין צריך לומר, שעיון רציני חייב להתבסס על הטקסט המדויק והאוטנטי —

938 — בהתאמה; ברור שמן העיון בנוסח הפסק בספרות הקודיפיקטיבית ועם השוואתו למקורו בספרות התלמודית — יכול המעיין להסיק על הבנתו ופרשנותו של הפוסק בסוגיא.

17. ראה להלן בשער הירושה ע' 30.

18. למעשה, אפשר להראות כי ברבים מ"כלים" אלה, כולל הבקורת הספרותית⁽¹⁾, כבר גשתמשו גאונים וראשונים; די לנו אם נצביע, להדגמה, על דברי הגאון בשו"ת הרכבי סימן רע"ב לסוגית הבבלי ב"ק דף נ"ג ב (הובא באוצה"ג מהר" לרין לשם); רש"י לסוגית קנין משיכה בנכרי בבבלי ע"ז דף ע"א ע"ב; רבינו זרחיה הלוי בספר המאור לפסחים כ"ט ב' — והדוגמא הבולטת והמפתיעה שבי"משנה תורה" לרמב"ם, בפס"ו מהלכות מלוה ולוה ה"ב בה תולק הרמב"ם על פסק הגאונים מכח "גזילים עתיקים" בני כתמי-מאות שנה שמצא במצרים (מן המאה השביעית בראשית תקופת הגאונים) ובהם גירסה הרופכת את ההלכה, עיי"ש; ואולי באמת כבר הגיעה השעה לכנס דברי ראשונים בשאלות אלה ולהביאם אל מקום אחד.

כידוע, עמדו גם אחרונים וגדולי הרבנים על חשיבות הגירסאות ושנויי הנוסחאות, ודי לנו אם נזכיר הסכמותיהם של גדולי הזור ל"דקדוקי סופרים" של הרג"ן רבינוביץ והקדמתו של הרש"י וזין ל"דקדוקי סופרים השלם" על מסכת כתובות (ירושלים תשל"ג); וראה גם מש"כ הרב מנחם כשר בהקדמתו ל"גמרא שלימה" על מסכת פסחים וייכוחו עם התו"א ב"נועם" סך ט"ז, ואכמ"ל.

ככל שידנו אמנם מגעת לקבוע אותו, וכירורו של נוסח כזה דומה לשהורו של אירוע היסטורי כלשהו עפ"י העדויות ששרדו לנו — הן הארכיאולוגיות, הן התיעודיות והן הסיפוריות-כרונוגרפיות.

ולאחר מכן, צריך החוקר גם לנסות לשחזר את מבנה הסוגיא או הקטע הספרותי בדרכי הבקורת-הספרותית; לבדוק את שמות המביאים, את המבנה הפנימי ואת הקשרים עם הסוגיות המקבילות, כדי לחשוף במידת האפשר את השכבות השונות והרבדים המפרדים שבטקסט הנערך לפנינו, הן כדי להבין את הזכרים אלינכן, ובודאי כדי לעמוד על ההתפתחות הפנימית-הסטורית של הנושא הנדון.

העולה מן האמור הוא, כי חוקר המשפט העברי צריך להיות מצויד במערכת כפולה של כלים-מחקר: בוו השיבתית-למדנית, ובוו האוניברסיטאית-פילולוגית. בלא להתיימר כי המחקר שלפנינו ממצה את השילוב שבין שתי דרכי-מחקר אלה, דומה עלי כי זהו עיקר חידושו המתודולוגי, חידוש החופף במידה מסוימת את השילוב שבין המחקר ההיסטורי-משפטי לבין המחקר הפילוסופי-משפטי, כאמור למעלה; בעוד שהשיטה הפילולוגית הולמת להפליא את המחקר ההיסטורי, הרי שהמחקר הפילוסופי מתאים ביותר ללמדנות הישיבתית (אם גם אין להתעלם מן התרומה ההדדית שכל אחת מן הדיסציפלינות יכולה לתרום בתחום השני).

כדוגמא להבדל האמור למעלה, רצוני לציין כאן שני ספרים שעסקו במישרין וביסודיות יחסית בנושאי המחקר שלפנינו: הראשון הוא ספרו החשוב והגדול של הרב מ"א בלאך "שערי תורת התקנות"¹⁹ — בו סכם המחבר את תקנות חו"ל לתקופותיהן (לפי המיוחס במסורת על מחבריהן חמנו), והביא עם התקנות גם עיקר דברי הראשונים בענין; הספר השני הוא "תולדות הכתובה בישראל" לרב א"ל אפשטיין²⁰, ובו סוקר המחבר את הכתובה ותנאיה (וביחוד — עיקרן של ההלכות הקשורות ביחסי ממון בין בני זוג) סקירה הסטורית-ביקורתית, ומציע תיאוריית-התפתחות לחלק ניכר מן ההלכות המנוכחות סביב נושא זה.

הרב בלאך אינו עוסק בפילוסופיה משפטית, דרך כלל, ולא בלמדנות-אנליטית, וממעט להביא מדברי האחרונים; היקף ספרו (הדן בכל התקנות המפורשות) גדול גלאו הכי ואין ספק שהוא ספר יסוד לכל העוסקים במקצוע התקנות. אך מן היסוד ועד לטפחות רבה עדיין הדרך, ומקום רב הותר לנו להתגדר בו (ואפילו מנקודת ראותו הווגמתית): לעומתו, הולך הרב אפשטיין בדרך החתחתים של בקורת והתפתחות הסטורית, ללא בקורת-עצמית מספקת, ועל פי הנחות-יסוד שלא תמיד הן מוכחות מראשו; שמושו בפילולוגיה ובכתי"י נדיר, ואין הוא עושה שמוש כלל באוצרות המחשבה הלמדנית.

19. "שערי תורת התקנות" לרב משהאריה בלאך, בודאפשט תרל"ט (ר"צ ירושלים תשל"א) בששה כרכים.

20. יהודה אריה ליב אפשטיין, "תולדות הכתובה בישראל" (מתורגם מאנגלית, מהדורת 1928), הוצאת האקדמיה האמריקנית למדעי היהדות, נ"י תשי"ד.

מכאן רצוננו לנסות לבדוק את הדברים מחדש, מתוך אובייקטיביות-מדעית²¹ ותוך כדי שמוש בשתי המתודות גם יחד, ולבחון לאורך הן את התקנות לגופן, והן את דרכם של הכמים במעשה החקיקה שלהם, במדיניותם ושיטתם ומתוך הרקע להן.

ולאחרונה: במדעי הטבע מוכרת האבחנה בין מחקר בסיסי ("טהור") לבין מחקר שמושי ("ישומי"), וההשוואה למדע המשפטי עשויה להיות בעלת-ענין; אף שהמחקר הבסיסי אינו בא לתת תשובות ולפתור בעיות בחיי-המעשה וכולו שרוי בספירות העליונות של המחשבה האנושית, מכל מקום פתוחן של תיאוריות חדשות ממציא לחוקרים השמושיים — בפער ידוע של זמן — כלים בעלי ערך ישומי; כיוצא בדבר לפנינו: אף שמחקרנו נוטה לכיוון הבסיסי (שהרי הוא דן בשאלות הסטוריות ופילוסופיות כמעט "ארכאיות"), מכל מקום דומה כי הכירור והחשיפה של עקרונותיו ודרכי התפתחותו יאפשרו כירור מעשי והסקת מסקנות ישומיות. במלים אחרות — מכוונו של המחקר הבסיסי במשפט העברי, אנו עומדים על האפשרות לישם מעקרונותיו, רעיונותיו ופתרונותיו בתחום האקטואלי.

תיאור כללי ומבנה המחקר

בטרם נבוא לנסות ולהציע מסקנות הנובעות מן המחקר באשר לדרכי החקיקה של חז"ל, עלינו לציין כי מסקנות אלה מתבססות על קבוצת תקנות קטנה ביחס; עם זאת שמא נוכל לנסח את מסקנותינו כהיפותוזות, שיש להן בסיס להיאחז בו (המידגם שבקבוצה הנידונה) — והן צריכות לחזור ולהיבדק לאור מחקרים גוספים באוצר התקנות בכלל ובתחום האישות בפרט.

דומה כי בתקנות בהן נעסוק להלן, ניתן אמנם לראות מדגם משמעותי, מגוון ורב פנים; לצורך זה ננסה בשורות הבאות לתאר את שבע התקנות הראשיות בהן מתמקד דיוננו:

(א) "תקנת" ירושת הבעל את אשתו:

לרוב הפוסקים, אין זו בעצם "תקנה" אלא דיך-דאורייתא²²; בכל זאת הקדשנו לה מקום בראש, הן משום דעתם של תנאים, אמוראים וראשונים כי תקנה היא, בכל זאת; והן על שום "חקיקת המשנה" שנוספה לה, וזו בודאי מעידה על "תהליך חקיקה" שבא לפתור בעיות שנוצרו במהלך יישומו של החוק. לדוגמא — ירושת הבעל את אשתו המורדת, בעית ירושה כמוחזק ולא בראוי ועוד.

21. עד כמה שזו אפשרית, בכלל, לאור תיוות מודרניות המעמידות על איראפשרותו של "מדע אובייקטיבי" מוחלט, שהרי החוקר הוא בעל חנוך ודעות והשקפת-עולם, ואלה משפיעים עליו לפחות בתת-מודע; החוקר מודרך, מכוון וממומן ע"י גורמים שאינם חייבים באובייקטיביות, וכל שנתר בידו לעשות הוא מאמץ לאובייקטיביות וכנות.

22. ראה להלן, שער ירושה וקבורה, פרק ראשון.

(ב) תקנת הקבורה:

עפ"י תקנה זו, חייב הבעל בקבורת אשתו — הן בגופו (חיוב ההיטמאות) והן כממונו (חלוקת קבר, מציבה, הספד). לכולי-עלמא זו אמנם תקנה, אך בלא ספק מקורה בתקופת האבות ובנוהגי העולם הסובב (אברהם, יצחק ויעקב); חובת ההיטמאות בגופו — "לה יטמא" — אף היא מן התורה, אלא שנחלקו חכמים אם אמנם חובה היא זו או שמא רשות בלבד, והחובה אינה אלא תקנה מדרבנן, או חלק מתקנת הקבורה כמכלול²³; דומה כי לפנינו נוהג מחייב שנתגבש להוק ע"י חז"ל כבנין מערכת החיובים ההדדית בין בעל לאשתו²⁴. כמוכן שגם לתקנה זו נחלוותה חקיקת-משנה, כגון חיוב הקבורה בשומרת יבם ואלמנה, בדין ורשקבר, ובשאלה מי חייב בקבורת הארוסה וכיוצא בהנה.

(ג) תקנת פירות:

המדובר בנכסי מלוג, שאף-על-פי שגופם שייך לאשה, הגה פירותיהם וכל השבח הבא מהם ניתן לבעל. בדינתו הוכחנו שאף זו תקנה המבוססת על המנהג הקדום; אך בניגוד לתקנת הקבורה, אין למנהג זה כל אזכור מפורש בכתוב. נמצא כי לפנינו מעין "דרגה" גבוהה יותר של מעשה-חקיקה, ושמא לא היה המנהג בחיר, קבוע ומוגדר כל צרכו, ובאו חכמים ותחמו את גבולותיו.

בתקנה זו אנו מוצאים לראשונה נימוק לתקנה. ונימוק זה שנוי במחלוקת התלמודים: לדעת הירושלמי הנימוק לתקנה הוא הצורך בפקוח הבעל על הנכסים והנחלתם, ואילו לדעת הבבלי הנימוק הוא משום איבה וחובת הפדיון, וכן הבהר בבבלי שהפירות ניתנו לבעל לשם רווח ביתא²⁵ ולא להנאתו האישית לבד.

(ד) תקנת הפדיון:

זו בודאי מאוחרת לכל קודמותיה, ונראה לנו כי נקבעה בימי בית שני, כשהחלו סיקריקאן²⁶ ובריונות וחטיפות למען כופר גפשי, בין ע"י נכרים ופולשים ובין ע"י ישראל שנתייאשו מסדרי חברה מתוקנת. אף בתקנה זו נמצאו לנו סעיפים של חקיקת משנה, כשאלה "עד כמה פודה", כמה פעמים חייב בעל לפדות, וכיו"ב. כמו בתקנות הקדמות שייכות גם כאן האבחנות הנוגעות לנשואי אסור וספקות, כפי שהן שרירות לאורך ורוחב המערכת כולה.

23. ראה במעשה יוסף הכהן שסירב להיטמא לאשתו — בבלי זבחים ק' (ומקבילות), וראה בדינונו להלן ע' 90.

24. גם בישראל אין חודאת חוק המחייבת קרוב לקבור את קרובי שנפטר, וחיוב קבורה (כלכלית) חל על העזובן (עפ"י תוק הירושה תשכ"ה — 1965).

25. ראה בבלי כתובות דף פ"א ב, ולהלן בשער תקנת פירות ע' 380 ואילך.

26. אמנם לדעת הגר"ש ליברמן מקורו של הכסוי בימי מלחמת אספסינוס, ראה תוספתא כפשוטה למס' גיטין ע' 841, ושמא התקנה מוקדמת לתקופה זו.

(ה) תקנת זמן בגיטין:

נחלקו האמוראים בשאלה מהי סיבתה של תקנה זו²⁷, ונחלקו ראשונים אם בענין זה הלכה כר' יוחנן, או כרישילקיש הטוען כי חז"ל תקנו כך כדי למנוע אכילה בלתי מוצדקת של פירות נכסי מלוג. אם נקבל את דעת רישילקיש, נראית תקנה זו מאוחרת ומחודשת, ושמא זמנה קרוב לזמן של התקנות שהתקין רבן גמליאל הזקן "מפני תיקון העולם" ואולי קצת קודם להן.

(ו) תקנת אושא:

מבין כמה וכמה תקנות שנתקנו באושא²⁸, דומה כי המפורסמת ביותר היא זו המגבילה את האשה למכור מנכסי-מלוג שלה: "האשה שמכרה מנכסי מלוג שלה בזוי בעלה ומתה — הבעל מוציא מיד הלקוחות". תקנה זו, היחידה במדגם שלנו שנמסרה כתקנה מנוסחת היא בדאי תוצאה הכרחית של תקנות ירושה ופירות שקדמו לה בגיבושן והנהגתן. נחלקו חכמים בשאלה אם זמנה מימי רשב"ג בדור שלפני עריכת המשנה, או שמא אמוראית היא, מימי ר' יוסי בר חנינא (ור' יוחנן), כפי שנראה לנו²⁹. תקנה זו עברה גלגול מענין של הפשטה (בעל יורש או לוקח³⁰), ונחלקו המקורות בהנמקתה (משום מברחת או משום איבה). יתר על כן, תקנה זו נחקרה ע"י הגאונים והראשונים ("בדמים או בלא דמים", מיד או לאתר מיתה) שהוסיפו לה מימד רב ענין.

(ז) זה תחת זה:

אין הכרע מן המקורות כי זו אמנם תקנה בפני עצמה, אך בעקבותיה של בלאך³¹ נראה לי כי אמנם תקנה מאוחרת היא (בבליית?), ובאה להשלים את התמונה — להברית את התקנות במערכתנו מקצה אל קצה: קבורה תחת ירושה, פירות תחת פדיון (וכן מעשה ידיה תחת מזונות)³². עיונם של אחרונים אם תקנה זו ענינה "נימוק" או "תמורה" מדגים יפה את ההיבט המשפטי-פילוסופי ומראה על עומק המחשבה המשפטית אצל חז"ל.

נמצא כי לפנינו מבחר מגוון של תקנות: החל בתקנות שמקורן בימים קדומים (ושמא הן "מדאורייתא"), דרך תקנות שנתגבשו ממנהג כללי, ועד לתקנות שמקורן פרובלמטיקה אקטואלית וכאלה שנקבעו כחקיקה יוזמה ומחודשת.

27. ר' יוחנן וריש לקיש בסוגית הבבלי גיטין י"ז ע"ב.

28. ראה בבלי כתובות מ"ט ע"ב.

29. בעקבותיהם של גדליה אלון וחיים מנטל, וראה כפנים.

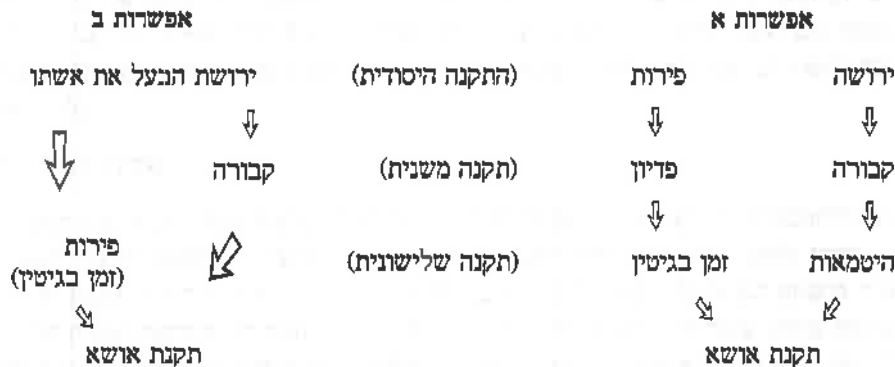
30. בבלי ב"ב קל"ט ב.

31. ראה הנ"ל (בהע' 19) כרך ד' סימן עט ע' 117.

32. ראה בבלי כתובות מ"ז ב; בירושלמי אין ברייתא תקנה זו נזכרת כלל.

אילן יחס לתקנות

לסכום הנאמר למעלה, מוצעות כאן שתי אפשרויות לתיאור סכמתי של המערכת:



לפי אפשרות א, מושווה משקל־היחסי של תקנות ירושה ופירות, ואע"פ שיש מאד דאמר שהראשונה דאורייתא והשנייה לכול־עלמא דרבנן — מכל מקום שתיזן מעוגנות באותה מידה בנוהג הקדום; תקנת קבורה — כתקנה — באה בד בבד כתקנה משנית עם תקנת הפדיון, ומשתיהן נובעות אף תקנות בדרגה שלישונית כתקנת הזמן בגיטין וחיוב ההיטמאות (חיוב הגוף בקבורה)³³. מחברת את המערכת תקנת "זה תחת זה" (שאינה רשומה ב"אילן", אך מזדקרת מתוכו) — ונובעת ממנה כהכרח חברת־משפטי בסוף התקופה תקנת אושא. לעומת זאת, לפי אפשרות ב, ההלכה היסודית היא העמדת הבעל כיורש ראשון ויחיד של אשתו; מכאן חיובו בקבורתה (כדיני יורש בדרך כלל) בשלב השני, וזכויו בפירות הנכסים בשלב יותר מאוחר (ותקנת הזמן בגיטין הנובעת מזכו זה); חותמת את התמונה שוב תקנת אושא.

בלשון שמא וספק — יתכן כי שתי האפשרויות תלויות בגישתם השונה של התלמוד הבבלי והירושלמי למערכת: כאמור, אין הירושלמי מזכיר תקנת "זה תחת זה" כלל, ותקנת הפדיון עומדת כתקנה לעצמה בלי קשר ישיר לאחת מן התקנות האחרות; יתר על כן — לפי הירושלמי, זוכה הבעל בפירות משום שהוא מפקח על נכסי אשתו ומגהל אותם — ואולי משום שהוא הזוכה בהם כיורש ראשון ובעל אינטרס ישיר בהם³⁴.

מעתה, לאחר שהצגנו בתמצית את המדגם שלפנינו, נוכל לנסות ולהציע את השאלות

33. ולמאן דאמר שחיוב זה מדאורייתא ("לה יטמא" — תובת, וראה להלן במקומו) — יש להעמיד את תקנת ההיטמאות גם בנשואין דרבנן עפ"י בבלי יבמות פ"ט ב, ובדיננו לקמן בפירוט.

34. ראה ירושלמי כתובות פ"ד ה"ו, דף כ"ח ע"א, ולהלן בשער תקנת פירות ע' 403. שמא אפשר לקשר לכאן גם את חקירתו של החתם־סופר ("בחזושי סוגיות", ירושלים תרנ"ג (ד"צ תשל"ג) ע' ד) אם זכו חכמים את הבעל בקרקע לפירותיה או רק בפירות־הקרקע, ואכמ"ל כעיון הנדרש לכידוד זה, ועיי"ש באורך.

וההשערות המתעוררות עם העיון המפורט בכל תקנה וסעיפיה — במה שקשור לשאלתנו המרכזית על דרכיהם של חז"ל בחקיקה.

מדיניות החקיקה של חז"ל

עלינו לפתוח בשאלה מהותית: האם בכלל מותר ו"שייך" לדבר על "מדיניות חקיקה" אצל חז"ל? הנוכל למצוא מעין "מטרה" כללית לחקיקה המסועפת — או שמא אין כאן אלא חקיקה "אד הוק", לפי צרכי הזמנים והמקומות לאורך תקופה של כאלף שנה³⁵? ובמסגרת המצומצמת יותר של המערכת שלנו: האם היתה כוונה כוללת בחקיקה בתחום דידן? האם בצד כוונה — היתה אולי גם "תכנית אב", או שמא כל ענין נדון בפני עצמו ולגוף ענינו?

להבלטת השאלה וחיזוקה, הנה המערכת שלנו כפי שנתנסתה ע"י הרמב"ם ב"יד החזקה"³⁶:

"כשנושא אדם אשה... יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים... והטבעה מדברי סופרים וכולן תנאי בית דין הם: ...לרפאותה אם חלתה³⁷, ולפדותה אם נשבת ולקברה אם מתה... והארבעה שזוכה בהן — כולם מדברי סופרים, ואלו הן: להיות מעשה ידיה שלו, ושיהיה אוכל כל פירות נכסיה בחייה, ואם מתה בחייו יירשנה, והוא קודם לכל אדם בירושה. ועוד תקנו חכמים³⁸, שיהיו מעשי ידי האשה כנגד מזונותיה, ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסיה, וקבורתה — כנגד ירושתו לכתובתה..."

ונראה מדבריו, כי אמנם "מערכת" משוכללת לפנינו, מדויקת שקולה ומאוזנת, וכל כולה לא באה אלא כדי לבנות בית יהודי שלם ושליט, שבו כל עניני הזוג (ביחסי הממון) מוסדרים מראש ומכוונים היטב; ומכאן, שאלתנו במלים אחרות: האם בנה הרמב"ם מבנה זה באורח רטרופקטיבי, כדרכו הקודיפיקטיבית, או שמא כך היה מלכתחילה בכוונתם ודעתם של מתקני התקנות ובוני הבנין?

35. מימי כנסת הגדולה בראשית ימי בית שני ועד לחתימת התלמוד (516 לפנה"ס — 500 לספירת הנוצרים).

36. פרק י"ב מהלכות אישות הלכות א-ד, וכיצא בו בטור ושולחן ערוך אבדהעזר סימן ס"ט (סעיפים א-ג): (כל ההדגשות שלי, י"ב).

37. לענין תקנה זו ראה מש"כ במאמרי "בגדרי חיוב הבעל ברפואת אשתו עפ"י המשפט העברי", דיני ישראל כרך ז' (תשל"ז) ע' סז-עז.

38. לשון זו של הרמב"ם מראה כי אף הוא סבור כדברינו למעלה (ר' הע' 31) שתקנה זו נוספת ונפרדת, וכבר העמיד בלאך (שם) על דיוק זה.

השערותנו, כפי שננסה להראות במהלך המחקר, היא, כי אמנם היתה "מדיניות" במכלול התקנות שלפנינו — ושלושה הם מרכיביה: (א) שלמות המשפחה, (ב) הגנה על האשה כאשר היא אשה, (ג) עקרונות הצדק הטבעי.

המרכיב הראשון — שלמות המשפחה — בא כדי לבנות מסגרת כלכלית-חברתית בעלת יכולת קיום המונעת סכסוכים מראש; משום כך נקבע עקרון השתוף בנכסים והנהלתם ע"י גורם מרכזי (הבעל) תוך כדי שמירה על זכויותיו של כל צד; המרכיב השני — הגנה על האשה — כבר נרמז בתורה שבכתב, שאמרה³⁹ "שארה כסותה ועונתה לא יגרע" — ופירשו חז"ל כי הכוונה למוזנותיה, לבושה ומצות יחסי האישות⁴⁰ בהם מחויב הבעל לאשתו; חכמים, אפוא, הלכו לאורה של הכוונה זו, והוסיפו לדאוג לאשה ככל שנתבררו להם היבטים נוספים בזה.

המרכיב השלישי אינו ספציפי לייחסי הממון בין בני זוג, אלא רלבנטי לכל המערכת המשפטית שלנו; הבחינה של "ועשית הישר והטוב"⁴¹ מדריכה את המחקר העברי כאת השופט⁴² — וגם לנו נמצאו כמה דוגמאות שנקבעו על פי כלל זה; לדוגמא — חיובו של כהן לקבור אשתו הקטנה (שהשיאיה אמה או אחיה) משום שהיא כ"מת מצוה" — "קריא ולא ענו לה"⁴³, שהרי קרוביה אינם יורשים אותה ועל כן מסרבים לקברה; או בכיוון כללי יותר — עצם הסכמתם של חכמים לתת לבני הזוג אפשרות להסכים מראש ולהתנות כי התקנות, אחת או אחרת, לא יחולו עליהם⁴⁴, ועוד.

עם זאת, איננו סבורים כי היתה "תכנית אב". גם כיום קשה למצוא גוף מתוקף כלשהו שקבע לעצמו תכנית-חקיקה ארוכת טווח במידה כזאת — ועל אחת כמה וכמה שקשה להניח כי חכמים וראשי סנהדרין "תכננו" מראש את התפתחותה של המערכת; אדרבא — מן החומר שלפנינו נמצא, כי יש מן התקנות שנקבעו על פי נסיבות משתנות-מתחדשות, ובעצם זו היא גדולתו האמיתית של חוק מעולה: הוא ניתן להגמשה ולהתאמה, וע"י יכולת זו — שומר על רציפותו וערכו התוכני והמייצב.

משום כך, אף שאין "תכנית" מראש — יש ויש "כללי בנין". בדינונו לקמן ננסה לבדוק כללים אלה ולראות מה היו ההנחיות שחז"ל עבדו לאורך, ושמא תימצא לנו בכך מעין מערכת-הנחיות לחקיקה, הן בימי חז"ל והן לאחריהם⁴⁵.

39. שמות כ"א י'.

40. ראה בבלי כתובות מ"ז ב - מ"ח א.

41. דברים ו' י"ח, ור' שם בנימוקי הרמב"ן.

42. ראה ככלי ב"מ פ"ג ע"א, ודיונו של פרופ' אורבך בספרו נפלא זה ב"אמונות ודעות חז"ל", ירושלים תשכ"ט ע' 291 ואילך, וכן מ' אלון ב"המשפט העברי" ע' 176 ואילך (ומה שקצת נחלקו בו אם מכאן ראיה ל"לפנים משורת הדין" שיכול להפוך ל"דין", עיי"ש).

43. ראה הע' 33.

44. ראה משנת כתובות פ"ט א, ובדינונו עליה לקמן כשער תקנת פידות ע' 372.

45. וראה דבריו של מ' אלון שם ע' 411 (כרך ב') כי "מגמת היסוד של חקיקת חז"ל היחה שמירה על התורה וערכיה וכי התורה עצמה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה ע"מ שיפרשוה ויתקנו בה, ושם

א. הסמכות והחובה לתקן תקנות:

כבר העמיד פרופ' אלון⁴⁶ בפירוט על מקור סמכותם של חכמים למעשה התחקיקה, והזכיר מחלוקתם של רב אויא ורב נתמיה בענין הכרחה על נר תנוכה⁴⁷ אם המקור הוא "לא תסור" – היינו, הפסוק בפרשת שופטים המעניק סמכות לחכמים "על פי התורה אשר יורוך" וכו'⁴⁸, או שמא "שאל אביך ויגדך וקניך ויאמרו לך" האמור בשירת האזינו⁴⁹, והוסיף להלן כי נחלקו הרמב"ם והרמב"ן אם נימוקו של רב אויא עיקר (הרמב"ם⁵⁰) או של רב נתמיה (רמב"ן⁵¹). וצריך לנסות ולשער האם "משמעות דורשין" ביניהם או שמא יסוד המחלוקת עמוק יותר; מדברי הרמב"ן בעצמו משמע שמצוות "לא תסור" באה לתת כח ביד חכמים לבאר את משמעות הכתוב ("אינטרפרטציה") ולהפקיד בידם את מסורת התושבע"פ – אך סמכות התחקיקה מקורה ב"שאל אביך ויגדך" "שהיא צוואה לקבל מן הוקנים על הכלל", ושמא מכאן מקום לומר שהוכחה נוגע גם למידת החיוב שעל החכמים לפתור באמצעות תקנות בעיות מתחדשות: לרמב"ם, יש סמכות – אך אין חיוב, ולרמב"ן – הסמכות והחיוב קשורים זה בזה, שהרי נצטוונו לא רק לשמוע להיגדיהם של חכמים, אלא גם לשאלם – ושאלה זו תובעת תשובה – "ויאמרו לך"⁵².

ענין אחר הדורש תשומת לב הוא מה שהעמדנו עליו למעלה באבחנת הנרתאורנו את התקנות השונות בדיונונו; כוונתי להבדל שבין תקנות ירושה (אם אמנם "דרכבן" היא), קבורה, פירות ופדיון; לבין תקנת זמן בגיטין, אושא ו"זה תחת זה"; בעוד הכטוי "לתקן" (על נטיותיו) לא נזכר בראשונות, הוא מפורש באחרונות; האם מכאן כי אולי אין ארבע הראשונות בגדר "תקנה" כלל? ואם אינן "תקנה", היינו מעשה התחקיקה מפורש – מה הן? האם נוכל ליישם כאן את אבחנתו המפורסמת של פרופ' פולר⁵³ בין "חוק עשוי" (Made-law) ו"חוק מכללא" (V. Implicit law) לבין "חוק מכללא"? האם נכון יהא לומר כי ארבע התקנות הראשונות הוקבעו בחוק ואזכרו בו לאחר ששמשו למעשה כחוק כבר הרבה לפני כן – ועל כן לא נצרכו ל"הוציא" כתקנה "עשויה", ואילו האחרונות הן פרי יומת התחקיקה ו"עשויות" במוסד מחוקק מוסמך?

בהמשך על הכללים שתחמו פעולת חקיקה זו; דיונונו מתמקד בתיבטים המיוחדים למערכת שבכאן, ומבוססים מראש על כל המובא אצל אלון, וראה לקמן.

46. שם ע' 394 ואילך.
47. בבלי שבת כ"ג ע"א.
48. דברים י"ז יא.
49. דברים ל"ב ז.
50. בהלכות מדרים פ"א א-ב.
51. בהשגותיו על הרמב"ם כסה"מצ שורש א'.
52. לרמב"ן מה שבא מכותו של "לא תסור" הוא דאורייתא, בעוד ש"שאל אביך" קובע חיוב וחובה על ה"דרכבן".
53. Lon L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Pelican 1971, pp. 64 ff. תודתי לדודי, השופט ח' כהן, על הפנייה למקור זה ואחרים עמו.

הדבר יתכן, ועוד נשוב לעיין בו; כאן יש מקום לצרף הבחנה נוספת של חכמישפטנים ידוע, פרופ' ס.ק. אלן⁵⁴, המציג שתי גישות למעשההחזיקה ומקורו: (א) החוק כפוי על החברה ע"י רצונו של הריבון (ו"ריבון" משמעו כל מי שניתנה בידיו סמכות, בין אם הוא מלך או דיקטטור, בין אם היא רשות דמוקרטית או סקרלית וכו'); (ב) החוק מתפתח בתוך החברה מכוחה וחיוניותה.

לאורן של האבחנות הללו, נוכל אולי להציע את ההשערה הבאה:
בתקופה הקדומה, נהגו בישראל דיני ירושתהבעל, חיובו בקבורת אשתו, זכותו בפירות נכסיה וחיובו בפדיונה מן השבי — כהלכה שנתפתחה בתוך מרקם חיי החברה באופן נורמטיבי, עפ"י מנהגים⁵⁵ או עפ"י החלטות שפוטיות, והיוו "חוק מנהגי", שזכה לאחר מכן, לקראת סוף ימי הבית, לאזכור מפורש בהלכההמשנאית — אם כדבר ברור, ואם כ"תנאי בית דין"⁵⁶; מכאן שהמונח "תקנה" במונח "חוק" שאנו עושים בו שמוש, צריך להרחבתההגדרה: לא רק חיקוק ע"י רשותמוסמכת, אלא גם מנהג שנקבע בחוק והוגדר כהלכה כדישמודרבגן — אף הוא ראוי לתואר "תקנה".

לאמיתו של דבר, יתכן מאוד כי בכל זאת היה כאן מעשההחזיקה מפורש שאבדו מאתנו עקבותיו; אין אנו יודעים הרבה על מה שהתרחש בתקופה הקדומה, והנסתר שבה רב על הנגלה, ולכן כל ידיעתנו מתבססת על תיעוד המאוחר לנורמה זו⁵⁷; שמא נוכל להסיף להבהרת ענין עמום זה מתוך עיון בכעיה אחרת הקשורה לסוגייתנו — הדין שאלת המוסד המזוקק.

באמרנו למעלה כי ניתנה סמכות (וחובה) לחכמים לתקן ולגזור, לא עמדנו על שאלה רבתהשיבות: מי הם ה"חכמים" בידם הופקדה הסמכות? האם הכוונה לכל מי שנקרא חכם, או שהוסמך לדון — או שמא הכוונה לסנהדרין של ע"א או לביתדין מקומי?

נחלקו בדבר חכמים: הלוי סבר כי אין סכמות התקיקה נתונה אלא לסנהדרין גדולה לבדה⁵⁸ — שהרי לא יתכן כי תצא הוראה לכל ישראל עפ"י מוסד בעל תחוםשפוט מקומי; לעומת זאת יוצא מן התוספתא⁵⁹ כי הנשיא ובית דינו תקנו תקנה בלא הסנהדרין כולה (ועל כן לא הסכים ר' ישמעאל ב"ר יוסי להימנות עליה, כי התיירא מביה"ד הגדול "שמא ירצו את ראשי"), ולדעת ח' אלבק מכאן שהסמכות היתה נתונה דווקא לבי"ד של הנשיא ולא

54. C.K. Allen, Law in the Making, Oxford 1951⁵.

55. ראה לקמן עוד בענין המנהג, וכן דינונו המפורש בגופי התקנות.

56. האמור לגבי חיוב הקבורה וחיוב הפדיון (שער ירושה וקבורה ע' 82, שער תק' פירות ע' 389 — עפ"י משנת כתובות פ"ד ז-ח).

57. וכבר העיר על כך אלן, שם ע' 73 והע' 2.

58. ב"דורות הראשונים" ת"ב ע' 46-49, והובא ע"י ח"ד מנטל ב"מחקרים בתולדות הסנהדרין", ת"א תשכ"ש (תרגום מן המהדורה האנגלית, 1961) בע' 264, וכן ע"י מ' אלון, שם, ע' 398 הע' 44.

59. אהלות פ"ח ה"ח.

לסנהדרין; לדעתו של מנטל עצמו⁶⁰ עמד ב"ד של הנשיא באמצע, וגם הוא גם הסנהדרין עשו והתקינו.

נראה לי כי בדיונו של מנטל (ואחרים) קושי מחודי עקרוני: הם עוסקים בכל תקופת התנאים (למימי ה"זוגות" — התקופה החשמונאית ועד חתימת המשנה) כאילו רצף אחד הוא, ללא בקיעים ושנויים; מן הסנהדרין שבימי ר' יהודה הנשיא הם מביאים ראיה לסנהדרין בימי הלל ושמעון בן שטח — ולהפך, יש כמובן צורך לבדוק הנחה זו ביסודיות — שהרי יש מקום לשער כי החורבן וסערת המאורעות ההסטוריים של אותה תקופה גרמו גם לשנויים בממסד התכרת-משפטי וצריך לעיין במקורות יפדיפה כדי לעמוד על פתרונה הנכון של הבעיה.

דומה כי מנטל עצמו מעלה דעות שונות; מחד הוא מזכיר כי הסנהדרין שישבה בלשכת הגזית היא שהיתה "המוסד המחוקק"⁶¹, ומאידך הוא מביא דעתו של וולפסון כי סמכות החקיקה היתה נתונה לכל חכם שנסמך כדיון⁶² בלא להשיגו; אך האם אמנם נמצאה לנו ראיה מפורשת מן המקורות על עצם קיומה והנהגתה של סנהדרין של ע"א בתקופה הנידונה? עסק בכך בהרחבה, לאחרונה, פרופ' יהושע אפרון⁶³: לדעתו לא היתה "סנהדרין גדולה" קיימת כלל בימי בית-שני, ועפ"י המקורות שבידינו (ובכך עדיפה מסורת הירושלמי על הבבלי⁶⁴) היו רק "סנהדרין קטנות" (של כ"ג) שדנו — לכל היותר — דיני נפשות; לאחר החורבן בטלה סנהדרין לגמרי, ובתי הוועד ביבנה ואושא ירשו רק קטעים מסמכויותיה; לדעתו של אפרון, הותקנו התקנות שהגיעו אלינו ע"י "בתי ועד ובתי דין" שנוסדו ע"י חבורות החסידים והפרושים⁶⁵ — והיינו, באופן מקרי ואדיהוק.

אין אני ברהכי להכניס עצמי בין ההסטוריונים, ולא עלינו לקבוע כאן אם צודק אפרון או החולקים עליו⁶⁶; לצרכנו די לנו אם נצביע על הפרובלמטיקה, ונעיר כי מדבריו של אפרון מתבארת מכל מקום השאלה שעמדנו בה: חסרונה של ההגדרה המדויקת כתקנה לגבי

60. שם, ע' 268; דבריו של אלבק הובאו שם בע' 265 והערה 19.

61. ראה ע' 95 הע' 184, ע' 108 הע' 270 ועוד; לעומתו טען א' ביכלר בזמנו (ה"סנהדרין", מהד' עברית — ירושלים תשל"ד) כי הסנהדרין בלשכת הגזית (שכבית המקדש) עסקה רק בעניני עבודת הקודש, ועל ידה התקיים "ביה"ד הגדול שבירושלים" כמוסד שופט-מחוקק.

62. ע' 249 הע' 303; דבריו שם (הע' 309) כי מתשובת רב שר שלום גאון (תשה"ג חמדה גנוזה סימן ע"ז) עולה שרק לכנסת הגדולה ובתי הדין הגדולים היתה סמכות לגזור גזירות — אינם מוכרחים, ואכמ"ל.

63. "הסנהדרין בתזון ובמצאאות של הבית השני", בתוך "דורות", מחקרים בספרות קלסית (לכ' פרופ' בן ציון ב"ץ), ת"א תשכ"ז, ע' 167-204.

64. שם, ע' 170, וכן במאמרו "שמעון בן שטח וינאי המלך" בספר הזכרון לגדליה אלון, ת"א תשל"ל, ע' 69-132 — ובמיוחד בפרק א' שם.

65. שם ע' 173.

66. לדעתו של אפרון, שם, המושג המקובל שלנו על הסנהדרין מקורו בספרות האבנגליונים, ואמנם אין לה בסיס במקורות היהודיים המדויקים.

ההלכות בדיונונו, יסתבר אם נניח כי הלכות אלה נקבעו אמנם בבתי ועד מצומצמים, ותחולתן היתה, בראשיתו של התהליך, מקומית בלבד; עם הזמן — נקלטה והלכה ונתפשטה, עד שהפכה לנחלת הכלל.

ג. התקנה — גיבושו של מנהג:

עלינו לפנות, מעתה, אל התקנות שבעיונונו, ולראות אם נוכל לקבען כמנהג ר"חוק מכללא⁶⁷ שנתגבשו לאחר מכן לתקנה⁶⁷.

(1) ירושת הבעל: בתורה לא נאמר במפורש כי הבעל יורש את אשתו, ונחלקו חכמים (הן במשנה, הן בתלמודים והן בראשונים⁶⁸) אם ניתן להסיק בדרך הדרשה על מקורה של הלכה זו מדאורייתא, או שאין היא אלא "מדרבנן"; לנו נראה כי מקורה של הלכה זו במשפט המזרחי-הקדמון שנהג — הלכה למעשה — גם בחברה הישראלית שלאחר מתרתורה בכל מקום בו לא הפקיעה אותו התורה בפירוש; אין צריך, איפוא, לחפש "מקור חיקוקי" לדין זה, ויפים לגביו דבריו של אלן⁶⁹: "עצם קיומה של חברה על רבוי פרטיה, נותן מקום למנהג באופן שפרט יחיד בחברה אינו יכול להתנער ממנו לחלוטין". בכך נסינו להסביר גם את המחלוקת האמורה: הסבורים שהוא דאורייתא, הניחו כי כל מה שנהג כנורמה משפטית בזמן מתרתורה (ולא הפקע) — אושרר ע"י התורה ולכן הרימוזו לגביו כמנהג נורמטיבי משמש עדות לתוקפו שמדתורה; ואילו הסבורים שהוא מדרבנן — ראו בכל הלכה שאינה מפורשת בכתוב, ומקובלת אח"כ ע"י חז"ל — מנהג שנתגבש לתקנה — כלומר, מדרבנן⁷⁰.

כיוצא בדבר זה מצינו גם במשפטי העמים, וכבר הסכימו על כך רבים; לדוגמא — החוק החרות הראשון ברומי הוא "חוק שניים-עשר הלוותות"⁷¹, כאשר לוותות אלה וזוהוקים אשר בהם, נתבססו על מנהגים לטיניים עתיקים (ויש אומרים שאף היתה בהם השפעה ושרידיה לחוקי יוון)⁷².

(2) חיוב הקבורה: לפנינו תופעה כאילו פרדוקסלית — בעוד שמנהג הקבורה נתפרש בתורה (אברהם הקובר את שרה, יעקב הקובר את רחל ולאה — וראה בפירוט במקומו) — לכולי עלמא חיוב זה "מדרבנן", ואילו בירושה ראינו כי לכל היותר נרמז המנהג בתורה ובנביאים ראשונים — ולרוב החכמים הוא "דאורייתא". שמא בעצם הפרזוקס טמונה תשובה; כיון שנתפרשה הלכה זו כמנהג נהוג למעשה — שוב לא היה צורך לתת לה

67. המדובר בארבע התקנות הראשונות, כדלעיל; אשר לתקנות המוגדרות כך בפירוש (זמן בנט, אישא, ות"י) — נדון בהן לקמן בסעיף על זמנן של התקנות.

68. ראה לקמן בפרק הראשון של תק' ירושה וקבורה, ע' 1-34, בו סקרנו השיטות השונות; מ' אלון דן בתקנה זו, שם, ע' 470.

69. הנ"ל בהצ' 54, ע' 61 (התרגום שלי).

70. ראה דברי הרב פרופ' ש' אסף (לקמן עמ' 30 ובהערה 243). וראה דבריו של גויפלד (לקמן ע' 32, הערות 1-250), שאמנם כך יש גם לפרש את המונח "תקנה".

71. כסכיבות 450 לפנה"ס — בערך בתקופת ה"כנסת הגדולה", בדור שלאחר עזרא.

72. ראה דבריו של: W.W. Buckland, A Textbook of Roman Law, Cambridge 1963, pp 1-2.

"גיבוש" תחיקתי. יתר על כן: נוהג הקבורה, על אף מתירו היקר (יחסית)⁷³, לא עורר בדרך כלל בעיות או ויכוח: לעומת זאת זכויות הירושה עוררו ויכוח מדי פעם, ועל כן היה צורך דוחק יותר ל"מסדן" ולעגנן בחוק מפורש.

עם זאת, עוררו גם עניני הקבורה חכוכים, פה ושם: דומה כי נכון לשער שעניני הממונות בקבורה — כמספר הספדנים או התשלום למצבה וכיו"ב — הם שהיו סלע-מחלוקת בין הבעל לקרובי האשה, ועל כן הכרע בהלכה כ"תנאי כתובה", (ולמערכתנו — בחלקה הראשון של תקופת ב"ש, עם הכנסת שטר הכתובה⁷⁴) שהבעל הוא הנושא בעול-כספי זה במלואו; מן המעשה ביוסף הכהן⁷⁵ למדנו שאף חיוב העסוק בקבורה בגופו לא היה נהיר וחד-משמעי, וכוחו של המעשה — התקדים לקבוע מנהג ודין כבר נודע בשערים — ואף שהמדובר כאן באדם יחידי; כבר כתב פוג'ירקה⁷⁶: "התפתחות המשפט תלויה בפעילות אנושית; אך תכליתה של פעילות זו אינה הפרט אלא הקהילות. האדם הפרטי המשתף פעולה בתהליך החיקוק משמש דרך-קבע מרכיב ומקדם של התכרה האנושית". כלומר: מעשה כודד אמנם שימש מניע, אך הכוונה היתה להעמיד תקנה לטובת הצבור כולו; משנמצא כי נורמה-הלכתית רצויה עומדת בפני סכנה, ראו חכמים צורך לקבעה והטילו על כן את מלוא האחריות בענין זה על הבעל, על כרעיו וקרבו — ממון וגוף, בטהרה ושלא בטהרה בנושאי דאורייתא ואף אם תלו רק מדרבנן!

מן התיאור המקוצר שהצענו, עולה כי התהליך שהביא לגיבושה המלא של ההלכה מורכב בודאי מהרבה פרטים ומשתרע על פניה של תקופה רבת-שנים; המסקנה המתבקשת איפוא לכאן היא הרחבה נוספת של מושג ה"תקנה": לא רק חקיקה מפורשת או מכללא, אלא גם מכלול של קביעות-פסיקות-חקיקה — כלומר, אין ה"תקנה" בה מדברים חכמים וראשונים בחינת "סעיף", משפט או שניים הקובעים הלכה — אלא בעצם "חוק" שיש בו סעיפים וסעיפים-עייפים, בחינת "אילן" שיש לו שורשים (מנהג-יָרְדָם), גזע (הנושא המרכזי — וכדמי שלנו: עצם חיוב הבעל בקבורה) ואף ענפים (ההלכות-התקנות המסתעפות) המתנשאים אל על.

(3) תקנת פירות: אין ספק שבכאן מנהג קדום לפנינו: העמדנו על כך בפירוט בראש דינונו בתקנה, והראינו כי עדות למנהג זה מצויה הן במקרא, הן בהלכה הקדומה (בדין הבאת בכורים ע"י הבעל מנכסי האשה) והן בפירוס אסואן.

(4) תקנת פדיון: דומה כי תקנה זו מאוחרת לקודמותיה; להשערותנו, קדם אף כאן מנהג-נורמטיבי לפדות שבויים מישראל. בדרך כלל, וטבעית, היה זה הבעל שטיפל בפדיונה של אשת-חיקו; יתכן כי מכוחה של סיטואציה מסוימת בה סירב הבעל לפדותה — או, אולי,

73. ראה לקמן, שער ירושה וקבורה ע' 69 ואילך.

74. ועוד לפני שמועון בן שטח: לענינה של תקנת שב"ש וכתובה בכלל, רצוננו להקדיש מחקר בנפרד בע"ת.

75. ראה הע' 23 למעלה.

76. (הובא ע"י אלן, שם, ע' 89) pp. 125 Von-Girke, Deutsches Privat Recht.

כאשר סירב הבעל להשיב את השבויה האנוסה לביתו, נפסקה הלכה בבית הדין לחייבו לעשות כן, ומכוחה של פסיקה בודדת הלכה הנורמה ונתמסדה עד שנצטרפה לכתובה כ"תנאי בית דין". העולה מכאן, כי יש והמנהג אינו נוצר רק מכוח התנהגותו של פרט "סתמי" כזה או אחר בחברה — אלא מתוך פסיקה ברורה או הדרכה של מי שסמכותו להדריך ולהנהיג את הצבור; כיצא כדבר אתה מוצא בדבריו של פרופ' וינגרדוף⁷⁷ שהעמיד על העובדה שמנהגים אינם נוצרים "מעצמם", אלא — בדרך כלל — בהורכתם של כהנים, מנהיגים וכיו"ב; לפיכך נכון יהא, לענ"ד, להעניק למושג ה"תקנה" את התואר המלא של "תקנות חז"ל" — גם אם מקורה במנהג (הבלתי חקוק), וכמובן בשעה שיש בידינו להעיד על הנהגתה של הנורמה בתקופתם של חז"ל.

לסכום: אין ספק שחלק ניכר מ"תקנות" חז"ל מקורן במנהג, אם קדום אם מאוחר, ולא ככולן מצינו נסוח מפורש של התקנה; אע"פ כן ראינו מקום להרחיב את המושג בשלושה דברים: (א) גם "חוק מכללא" ייקרא בשם "תקנה" — בתנאי שאמנם נקבע (מכללא) לאור מכן בקודקס המחייב; (ב) "זכות היוצרים" על חוקמנהגי כנ"ל שמורה לחז"ל, אם המנהג נתחדש בימיהם; (ג) לא רק עיקר התקנה כלול ב"תקנה", אלא יש לראות בה מכלול שלם של הלכות הקשורות בה ומצורפות לה.

ג. זמנן של התקנות וגורמיהן:

במערכת שלנו מצאנו ארבע קבוצות גורמים שברקע התקנות, ולאחר שנעיין בהן ננסה לסכם את הידוע לנו על זמנן של התקנות ואת השקולים שהגו את חז"ל בהתקנתן.

(1) פתוח דינים שמדאורייתא: מצאנו שנחלקו הרמב"ם והרשב"א אם מחויב בעל לשלם הוצאות הקבורה אם קבר זר את אשתו (שלא בשליחותו של הבעל)⁷⁸; נראה לנו לפרש את המחלוקת בשאלה אם חיוב הקבורה כליכולו מדרבנן, כמקובל, וזו ככל הנראה דעת הרמב"ם — וכיון שכך, נתייב הבעל בממך הקבורה מכוחה של התקנה ויתחייב לפרוע ממון זה גם לזר; לעומת זאת סבור הרשב"א, כנראה, כי חיובה היסודי של הקבורה הוא מדאורייתא — אם מכח המנהג המתואר בה וכאמור למעלה, אם מדין "מת מצוה", וכיון שנקברה האשה ונתקיימה המצוה, שוב אין הבעל חייב בה, וממילא שאינו חייב ב"השלמות" שנקבעו ע"י התקנה. אם הוא כדברינו, תימצא לנו כשיטת הרשב"א דוגמא מאלפת לרעיון הפיתוח — ההלכה המקורית דרשה "השלמות" או "הבהרות", ואלה נקבעו ע"י חז"ל כמוטל עליהם. כיצא בדבר בענין הירושה, הן בעצם הבהרתה עצמה; הן, למשל, בענין זכוי הבעל ב"מוחזק" בלבד ולא "בראוי"⁷⁹ מירושת האשה; דוגמא אחרת: חיוב הבעל להיטמא לאשתו אף אם הוא כהן.

77. P. Vinogradoff, *Common Sense in Law*, N.Y. – London 1959³, pp. 165.

78. רמב"ם פ"ד מהלכות אישות הלכה כ"ד, רשב"א בשו"ת (ח"א) סימן תתפ"ד, בעקבות סוגית חירושלמי בכתובות פ"ד ה"ו, כ"ח ע"ד; ראה לקמן בשער ירושה וקבורה ע' 102 ואילך, ובמיוחד שם ע' 107.

79. ראה בבלי ב"ב ק"ג א, וקב"ה א ועוד, ובדיונו לקמן ע' 35 ואילך.

(2) גורמים כלכליים-חברתיים: כבר העמדנו על אלמנט זה למעלה, ורצוננו בכאן לשוב ולהדגים זאת בכמה מקרים. אולי הדוגמא הבולטת ביותר היא תקנת "זה תחת זה": באשר הצורך בה נבע ככל הנראה ממקרים בהם התחמק הבעל ממלוי חובותיו, בעוד שניצל את זכויותיו, ובאו חכמים לקשר בין החיובים והזכויות כדי להבטיח זכויות שני הצדדים כאחת. דוגמא אחרת — איסור מכירת נכסי האשה אף לפירותיהם בלבד (סוגית "רווח ביתא"⁸⁰) — שמא ינצל הבעל את זכותו שלא למטרה שנקבעה מראש; כיוצא בו — תנאי ר' יוסי שאם מתה האשה בלא בנים, יחזרו נכסיה לבית אביה⁸¹, ששמשה בסיס לתקנות הקהל שהוציאו מדין ירושת הבעל אם לגמרי ואם בחלק⁸², ולאחרונה — תקנת אושא, שככל הנראה נתקנה משום הסיטואציה הכלכלית הקשה של אותם ימים⁸³.

(3) שקולים פסיכולוגיים: כמה וכמה תקנות מצינו שהגורם להן הוא 'משום איבה' — היינו, שמא יימצא גורם-שלילי ביחסי בני הווג שיגרום לטינה מצד הבעל לאשתו⁸⁴, ובענינו מצאנו כן בתקנת הפדיקה-פירות ובתקנת אושא, וכן הוא בדין מציאת האשה (שהיא לבעלה) ובדין המזונות.

מענינת במיוחד הערתם של התוספות⁸⁵ בדין כהן שנשא קטנה, שהקשו אם נתחייב הכהן בקבורתה משום שהיא כ"מת מצוה", שהרי אין קרוביה שאינם יורשים אותה מוכנים לקברה — מדוע לא נחייב כהן גדול שמת אחיו, והוא יורשו היחיד, אף לקברו, שהרי הוא שוב כ"מת מצוה"? ותוצו, כי יש הבדל: תכהן שנשא קטנה, אינו יורשה על פי הדין המקורי, ודווקא לכן יסרבו קרוביה לקברה משלהם, שכיון ש"העבירו" חכמים את ירושתה — יעבירו גם את החובה לקברה; אך כה"ג היורש את אחיו, בדין הוא יורשו, ולכן לא יסרבו קרוביו האחרים לקברו, וממילא שאין צריך לתקן היתר מחייב לכה"ג מדין "מת מצוה"! נמצא שההיבט הפסיכולוגי הוא שעמד ביסוד תקנתם של חכמים — יותר מן ההיבט הממוני גרידא.

(4) שאלות מתחדשות: אין קודקס יכול לתת תשובה מראש לכל השאלות שתתעוררנה בזמן מן הזמנים, וכך צריכה כל מערכת משפטית לבנות לעצמה כלים שאפשר יהא בעזרתם לפתור בעיות מסוג זה; אחד הכלים, בלא ספק, הוא מעשה-החקיקה; אם בדרך של "חקיקת משנה", ואם בהתקנת מערכת חדשה מכל וכל.

80. בבלי כתובות פ א-ב, להלן שער תק"פ ע' 380 ואילך.

81. ירושלמי כתובות פ"ט ה"א, דף ל"ג א, ולהלן שער ירושה 156, 177.

82. ראה להלן בסוף שער ירושה במ"ק הנספח על תקנות הקהילות, ע' 319 ואילך.

83. ראה אצל אלון, שם, ע' 466, ובשער תק"א להלן.

84. ראה, כללית, אצל אלון, שם, ע' 516 ואילך.

85. תוספות-ישנים ליבמות נ"ז ב (אות ב), להלן שער ירושה ע' 229.

דומה כי תקנת הפדיון משמשת דוגמא טובה להיבט האחרון, ואין ספק שנתקנה בתקופה בה הבעיה הפכה אקוטית, ולא היה די בפתרונות אדי-הוק⁸⁶, אשר לדוגמאות ל"חקיקת משנה", הנה למשל בעיה הזכויות ההדדיות במקרה של נשואי איסור, כגון כהן וגרושה (איסור דאורייתא), או כהן וחלוצה (איסור דרבנן), וכיוצא בהם; כיון שהנשואין תקפים, נשאלת השאלה אם אוכל הבעל פירות וחייב בפדיון, או שמא אוכל פירות ואינו פודה; או אולי גם אינו אוכל פירות אך פודה, או לא זה ולא חבירו. כאן, משנתעוררה הבעיה, היה צורך בהכרעה מחודשת; סביר להניח שהיתה זו בראשונה הכרעה שיפוטית, כאשר היה על בית הדין להכריע אם כך ואם כן; בהחלט יתכן כי בהכרעות שפוטיות תמצא לנו מחלוקת — ועל כן מצאנו בענין זה, כבדומים לו, מחלוקת הלכה למעשה לאורך הדורות⁸⁷.

בעיה אחרת נתעוררה במקרה של "נתן עיניו לגרשה" — היינו, כאשר החליטו בני הזוג להיפרד, אך פורמלית לא חל עדיין הגט; האם גם כאן מחויב הבעל בפדיון וקבורה חוכה בפירות וירושה; ושמא יש טעם לחלק בין החיובים השונים? אף בשאלות כגון אלה כבר נחלקו חכמים⁸⁸, והרהרן כדלעיל; אם הכרע בסופו של דבר בכיוון אחד ונקבעה הלכה, הרי יש לראותה כ"תוספת" לתקנה, כחקיקה שפוטית מאוחרת, ולכן כנינו אותה "חקיקת משנה"⁸⁹. ולאחרונה, אציע דוגמא שה"תדוש" שבה בולט במיוחד, והיא שאלת היוושה במקרה שהאשה המירה דתה ("משומדת"); שאלה זו לא נידונה לא במשנה ואף לא בתלמודים, ורק בתקופת הגאונים — עם השמדות שהביאה עמה עליית האיסלם — הרבו לדון בה, ובמקומות שונים קבעו בזה הכרעות שונות⁹⁰.

מכאן, שזמן התקנתן של התקנות, היינו, השאלה ההסטורית של תאריך ההתקנה, לא ניתן להיקבע באופן חד משמעי; ואם נראה את התקנות כמשמעות המורחבת שהענקנו להן, ומכיר בתוקפו של המנהג והנורמה כ"תקנה" בראשיתה — הרי שיקשה עלינו עד מאד אפילו לשער תחילתן של התקנות. עם זאת, דומה כי כמה הערות לנושא הזמן מתבקשות מכל מקום:

86. בתקנה זו בא לידי ביטוי גם הדימיון בין קבוצה (2) לזו שלגו (4), שהרי "חידושן" של שאלות ניבע במרבית המקרים משנויים סוציאקונומיים; עם זאת, אין כאן זהות, והדוגמאות הבאות תוכנה.
87. ראה שער ירו"ק ע' 184-195, ושער תק"פ ע' 378, ע' 420 ואילך.
88. ראה מחלוקת חכמים ור' שמעון במשנת גיטין דף י"ז א ומחלוקת ר"י ור"ל שם א-ב אם אין לאשה פירות משעת "נתינה" או משעת כתיבת גט, ובדינונו על תק' זמן בגט, שער תק"פ ע' 446, ושער ירו"ק ע' 236 ואילך.
89. ושלא כהגדרה המקובלת, עפ"י "חקיקת משנה" הם החוקים שמתקנה רשות שהוסמכה ע"י הריבון (שרק הוא מוסמך לחוקק "חקיקה ראשית") — שהרי במשפט העברי "חקיקה ראשית" היא תורה שמינית, וכל תקנות חז"ל הן בגדר "חקיקת משנה", וראה לכל הענין אצל אלת, שם, ע' 392-4.
90. ראה שער ירו"ק ע' 264, ולעיל מיניה ע' 145-9.

- (1) יש שחר לדרג את התקנות לפי סדר כרונולוגי: נסינו להציע "אילן יחס" לתקנות, והוא בודאי משקף אף את סדר הזמנים⁹¹. ברור לנו, כי דין הירושה ומנהג הקבורה חכות אכילת הפירות קדומים לכל השאר, ומקורם בשחר ימיה של ההלכה; עם זאת, בראותנו כל תקנה כמכלול, נצטרך להניח כי במשך הזמן נספחו להלכה היסודית סעיפים ופרטים, אם מכוחה של "תקנה" חיקוקית ואם כתוצאה של הכרעה שפוטית והנהגתה כנורמה.
- (2) "תנאי הכתובה" של הקבורה והפדיון, וניסוחם הארמי — מצביעים על תקופה קדומה יחסית (ושמא בראשית ימי ב"ש).
- (3) תקנת זמן בגיטין — שנויה עדיין במתלוקת בימי ר' שמעון (בר יוחאי), ונתקבלה, איפוא, סופית רק בסוף תקופת התנאים או בראשית תקופת האמוראים (ר' יוחנן וריש לקיש רק חולקים בטעמה, וא"כ הם כבר רואים בה הלכה קבועה).
- (4) תקנת "זה תחת זה" כנראה מאוחרת למשנת "האשה שהלך בעלה למדינת הים" (אשה הנשואה לשניים)⁹², ויתכן כי מקורה בברייתא בבבלי⁹³.
- (5) תקנת אושא מאוחרת לכולן, ונחלקו ההסטוריונים אם בתקופת רשב"ג באושא נתקנה או רק בימי ר' יוסי בר תנינא (אמוראית), כאשר לדעתנו נראה כי הדברים נוטים לדעה השנייה (המאוחרת).

האם נוכל לדקדק יותר בעניני הזמנים מכותן של השוואות עם משפטי העמים? דומה כי עם שהדבר יתכן, מכל מקום יש בו קושי עקרוני: עם שאין ספק כי היו אמנם השפעות הדדיות — קשה להוכיח מי השפיע על מי⁹⁴. ולדוגמא: עפ"י תשובותיו של דיוקלטיאן, אסורה על האשה מכירת הנדוניא: האם יש כאן השפעה של המשפט היהודי בתקנת אושא?⁹⁵

רבים עסקו בהשוואת המשפט הרומי והמשפט העברי⁹⁶, אך דומני כי נכון יהא לשים לב לאבחנתו החשובה של יולוביץ⁹⁷, על פיה לא היה המחוקק הרומי (בזמן הרפובליקה) בדרך כלל משפטן אלא מדינאי, ולכן לא הרבה בתקיקה; לעומת זאת היו חז"ל — תוך כדי הנהגתם את הצבור גם בשאלות מדיניות — משפטנים (קרי אנשי הלכה) בראש וראשונה, ועל כן יתכן כי פעילותם בתחום זה היתה הרבה יותר אינטנסיבית. למעשה, לא עלה בידי

91. לעיל ע' ט.

92. ראה להלן בשער יר"ק ע' 150.

93. ראה שער תק"פ ע' 418.

94. ראה דבריו של וינוגראדוף בספרו על הסטוריה של תורת המשפט: P. Vinogradoff, Historical Jurisprudence, Oxford 1920, p. 196.

95. ראה על כך אצל ירון, מחקרים במשפט רומי (ירושלים תשכ"ח) ע' 207-8; במשפט היוני אין אסור כזה (שם ע' 44).

96. לאחרונה — בועז כהן, רבינוביץ, ירון ואחרים.

97. ראה: H.J. Jolowiz, Historical Introduction To the Study of Roman Law, Cambridge 1972³, p. 87.

לאחר השפעות ברורות (מעבר למה שכבר נזכר באשר לחוקי המזרח הקדמון) שתוכלנה לסייע בידינו מן הבחינה הכרונולוגית⁹⁸.

ד. תהליך החקיקה — והדינמיקה הפנימית:

כבר העמדנו למעלה⁹⁹ על האבחנה בין "תוק עשוי" לבין "חוק מכללא", ולפי דרכנו יש טעם להבחין בין "תקנות מנוסחות" לבין "תקנות משתמעות" והיינו, שיש מן ההכרעות המשפטיות של חז"ל שהיו מעשההתקנה מפורש. ויש שנקבעו כהלכה זמן רב לפני שנתנסחו. ואנו למדים עליהן רק מן הנסח המאוחר; מכאן מתבקשת מסקנה באשר לתהליך הקודיפיקטיבי: יש מן התקנות שתהליך קביעתן נתמשך על מרחב ארוך של זמן, אם שנתגבש כנוהג טרם נסוחו או שנקבע כהלכה שיפוטית ("תקדים") — ויש מהן שהעמדו ונקבעו בבתיאחת, וככל הנראה כתוצאה ממצב שחייב כך ולאחר דיון במוסד¹⁰⁰ המחוקק.

דומה כי תהליך זה מאופיין ע"י שלש תופעות מרכזיות שיש לתת עליהן את הדעת: המחלוקת, הכללה והפשטה, וחקיקת-המשנה.

(1) המחלוקות:

לא באנו לעסוק בענין של כלל-המחלוקות בחורה, שהוא ענין רחב לענות בו ואין באן מקומו; רצוננו להעמיד על העובדה המתחייבת מן התהליך התקיקתי שתואר לפנינו — והיינו, כי בהיות חלק ניכר מן התקנות פרי התגבשות ארוכת-זמן, לא יימלט מהן סלע המחלוקת; שהרי לא פסיקתו של ב"ד פלוני בפסיקתו של ב"ד פלמוני, ולא מנהגם של אנשי גליל כמנהגם של אנשי יהודה, ולא תורתה של בבל כתורתה של א"י — וכאחת, השתנות האישים, הדעות, הזמנים והמקומות טרם מעשהדיקודיפיקציה מחייב¹⁰¹ — היא שהביאה, בדרך הטבע, למחלוקות רבות ומסוגים שונים; לצרכנו (ומתוך המדגם שלפנינו) נדגים את הדברים בכמנין מחלוקות משלשה סוגים:

א. מחלוקת בעצם התקנה:

אא: ירושת הבעל את אשתו — דאורייתא או דרבנן?

98. פרופ' א' גולאק ניסה להראות במאמרו "כתובה, פירות מזונות בלאות", תרביץ ג' (תרצ"ב) ע' 249-257 כי מקור הבטוי ההלכתי במשפט היווני-מצרי והרומי, וראה תמצית דבריו בשער חק"פ ע' 431 ואילך; אך לדעתנו (ראה שם ע' 433) איך דבריו מוכרחים, ושלא עיקרה של ההשפעה בתחום המינית, ולא דווקא בעצם ההלכה.

99. ע' יג-יד.

100. ראה לעיל שיתכן והיתה זו סנהדרין גדולה, קטנה, או אפילו ב"ד של הנשיא; אם נכונה השערתנו, בעקבות מנטל ואלון, כי תקנת אושא היא אמוראית, נצטרך לומר כי גם "כנוס" של החכמים (ואף בלא ראשיהשיבה, ר' יוחנן; האם היה בכנוס זה הנשיא, ר' יהודה נשיאה?) הוסמך לתקן.

101. ראה לענין זה דבריו של מ"ד א"א אורבך ב"אמונות ודעות תול"ל" ע' 535, בתיאורו את מעשי ריב"ז בתחלת עריכת המשנה כדי להכריע את ההלכה ולפסוק בין מחלוקות (ודבריו מכוונים כנגד דעתו של אלבק, במבואו למשנה ע' 82 ואילך, ואכמ"ל).

- 1אב: האם יכול הבעל להתנות שלא יירש את אשתו?¹⁰²
 1אג: האם חייב הבעל לפדות את האשה בכל סכום שיידרש?¹⁰³
 1אד: האם פסול גט שנחתם לאתרומנו?¹⁰⁴

ארבע הדוגמאות שהבאנו משקפות פרטים שונים: 1אא — אם אמנם תקנה היא ככלל; 1אב אם תוקפה מוחלט; 1אג — אם יש לה שיעור קצוב, 1אד — מחלוקת בטעם גורמת למחלוקת בהלכה (וראה לקמן).

אך מעניין לציין כי אין מחלוקת על עצם ההלכה — ככל המדגם שלפנינו. אין מחלוקת על עצם ירושת הבעל את אשתו, על חיובו בקבורתה, זכיתו בפירות נכסיה, חיובו בפדיונה, זמן בגט, ותקנת אושא¹⁰⁵! המחלוקות, איפוא, אם היו — הכרעו בזמן שהכרעו (ומסתבר שהיה זה עם תחילת הקודיפיקציה המשנאית בימי ריב"ז), ומה שהגיע אלינו הוא לכל היותר בפרטים, ואף מהותיים, בתוך התקנה וסעיפיה.

ב. מחלוקת בטעם התקנה:

- 1בא: זמן בגיטין — שמא יחפה על בת אחותו, או משום פירות?¹⁰⁶
 1בב: זכות הבעל בפירות — כדי שיפקת, או כדי שיפדה?¹⁰⁷
 1בג: תקנת אושא משום "מברחת": או משום "איכה"?

ושוב משקפות הדוגמאות היבטים שונים: 1בא — מחלוקת קדומה (תנאית?) בטעם, אך עם השפעה מינימלית למעשה¹⁰⁸; 1בב — מחלוקת תלמודים, ובעל כרחנו שהיא מאוחרת; 1בג — אף זו מחלוקת תלמודים¹⁰⁹, אך קרובה הרבה יותר בזמן למועד ההתקנה, ושמא קשורה אף בהתלבטות (המאוחרת עוד יותר) העקרונית (ר' לקמן). אין ספק, כי מחלוקת בטעם

102. ראה משנת כתובות פ"ט מ"ב, שער יר"ק ע' 14-17: יש רגליים לדעה כי מחלוקת זו תלויה בקודמתה, אך אין הדבר מוכרע — וראה דיונונו שם.
 103. ראה מחלוקת רשב"ג וחכמים בבבלי כתובות נ"ב א-ב ובדיונונו שער תק"פ ע' 399 ואילך: לדעתנו (שם) יתכן כי שיקולו של רשב"ג (המגביל את הסכום) הוא "חוקי" תקנתו ונובע מן השקול של "טובת הצבור", ור' הע' 76 שם בשם רז"פ.
 104. ראה סוגית זמן בגיטין, בבלי גיטין י"ז א-ב, שער תק"פ ע' 446 ואילך: וראה עוד למחלוקת ר"ש ורבנן בדבריו של ד' הלבני, ב"מקורות ומסורות" לסדר נשים, ע' תקו-תקט.
 105. לא מנינו את תקנת "זה תחת זה" שיתכן והיא אמנם שנויה במחלוקת בכל וא": ראה דיונונו בשער תק"פ ע' 411.
 106. ראה לעיל הע' 104: מחלוקת הטעמים הובאה בשם ר"י ור"ל, אך יתכן שהיא מחלוקת ר"ש ורבנן הני"ל, וא"כ הוא, ורי שלפנינו מחלוקת תנאים תלויה בהבנת טעם התקנה.
 107. והיא מחלוקת בבלי וירושלמי — ראה דיונונו בשער תק"פ ע' 403-411. הבטוי "כדי" אמנם נראה לי נכון, אך אינו בטוח, ויתכן שנכון "מפני" — והדבר תלוי בשאלה אם פירות עיקר או פדיונה עיקר, וראה לזה שם ע' 457-467.
 108. אא"כ היא מחלוקת ר"ש ורבנן.
 109. ראה שער תק"א ע' 521 ואילך.

קשורות גם בעצם העלמת הטעם בתקופתה הראשונה של התקנה¹¹⁰, ויתכן כי חכמים הציעו טעם פורמלי לתקנה שאינו הטעם העיקרי אותו העדיפו לשמור חסוי; יתכן, כך, שהמחלוקת בטעם נובעת מן ההבדל שבין הטעם הגלוי לזה המסותר — ואולי "מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי". מאידך, יתכן גם יתכן שהתקנה הראשונה לא נמסרה ונימוקה עמו, ורק בדורות מאוחרים בקשו חכמים לשער בדרך רטרוספקטיבית מה היה הגורם והטעם לתקנה, ומכאן המחלוקת השונות בהקשיריהן השונים.

ג1. מחלוקת עקרונית:

ג1א: תנאי שבממון: האם יכול אדם להתנות — בעניני ממון — על מה שכתוב בתורה?¹¹¹

ג1ב: בעל "יורש" הוא או "לוקח"?¹¹²

ג1ג: האם תקנת "זה תחת זה" באה כנימוק או כתמורה?¹¹³

לפנינו מעין "התפתחות": בעוד ש ג1א היא מחלוקת עקרונית בין תנאים, וסובבת במקומות רבים בש"ס, הרי ש ג1ב היא בעיתם של אמוראים ונחלקו ראשונים בשאלה אם הכרעה וכיצד הכרעה¹¹⁴; לעומת זאת ג1ג היא מחודשת ע"י האחרונים, ובעזרתה הסכירו מחלוקת בדין בדברי חז"ל — שהם עצמם לא פירשוה. כזה אנחנו מגיעים לסעיף הבא של דיוננו: חז"ל קבעו הלכה ותקנו חוק בדרך קוואיסיטית, ורק לעתים נדירות נתנו טעם-מכיל להלכותיהם; אך לאורך הדורות אנו מוצאים עיון מכיל אשר כזה, ומכוחו חוזרות ונקבעות הלכות מתחדשות, שלא היו ברורות בלעדי הוכחה העקרוני (והכרעתו).

(2) הכללה והפשטה:

כיון שעוסקים אנו בתהליך היוצרותו של המשפט העברי, אין אנו יכולים שלא להעמיד על מה שנראה להיות מכנה משותף לכל מערכת-משפטית הסטורית¹¹⁵. התהליך הוא דיאלקטי, ונוצר ונמשך ברציפות כתוצאה מפסיקה וחקיקה כשהן שלובות ומעורבות זו בזו. אבוהר את דברי ע"י אנאלוגיה לתחום אחר. במדע המתמטיקה, ידועות שתי דרכי הוכחה:

110. בבלי עבודה זרה ל"ה א. וראה דבריו של הגר"ש ליברמן ב"יוזנות ויוזנות בא"י" ע' 253 (תדחי לידיו ישראל בך שלום על הפנייתו לכאן).

111. ראה מחלוקת ר' יהודה ור' מאיר בבב"א, בבלי ב"מ צד א, ולענין ירושת הבעל בדעת רשב"ג בטענת הכותב (בבלי כתובות פ"ג א) שער ירו"ק ע' 14 ואילך. שלום אלבק מסביר המחלוקת, עפ"י דרכו, כדעתם של בני אום (אם מוחלים על זכותם בתנאי האמור בתורה) — ראה ב"דיני הממונות בתלמוד" ע' 340-347.

112. ראה בבלי כבא בתרא קל"ט א-ב, ודיונו בסוגיא בשער תק"א ע' 543 ואילך.

113. ראה שער ירו"ק ע' 126, שער תקנת פירות ע' 415: ושם 418) הבאנו דעת הרין ה"כ גולדשטייט שכך מתבאר בעיית רמי בר חמא (בבלי ב"מ צ"ו ב) אם בעל בנכסי אשתו (מלוג) דינו כשואל או כשוכר.

114. בבלי ב"ב ה"ל הע' 112.

115. היינו, מערכת משפטית הנוצרת והולכת במשך תקופה הסטורית ארוכה — כנגד למערכת "מחודשת" שנוצקה ונקבעה באורח קודיפיקטיבי בבת אחת.

האינדוקציה והדדוקציה¹¹⁶. ענינה של האינדוקציה, כידוע, הוא בבדיקת מספר גדול של עובדות, ואם מתוך כולן עולה חוק אחד משותף, מותר לנו להניח כי חוק זה אמנם קיים, ואפשר להזות בעזרתו עובדות בלתי ידועות מראש. (ואמנם, כאשר עובדה כזאת תיחזה ותתגשם — אין לך הוכחה טובה מזו לאמיתותו של החוק שהוסק). הדדוקציה, לעומתה, בנויה בכיוון ההפוך: אנחנו מניחים אכסיומה או מערכת של אכסיומות, ומסיקים מתוכן על פרטים שונים בתוך המערכת וטוענים לקבוע לפרטים אלה מסקנות מוכחות מתוך האכסיומות שהונחו מראש.

כיוצא בדבר במשפט: אפשר שייבנה המשפט מתוך מערכת של עובדות בשטח: בתי הדין פוסקים הלכה, מכלל ההלכות בנושא מסוים עולה מסקנה משותפת — וזו חוזרת ובאה לידי בטוי בפסיקה חדשה. דומה כי ה"קומון לאו" האנגלי הולך בדרך זו במידה מסוימת¹¹⁷, ונוכל להגדיר שיטה זו כ"אינדוקציה משפטית":

מאידך, תיתכן מערכת משפטית שבה יזנחו מראש כל כללי הפסיקה, ולבית הדין לא יישאר אלא למצוא את הכלל הרלבנטי (או הכללים) למקרה שלפניו, ולהסיק מן הכלל אל המקרה הפרטי — וזו, איפוא, "דדוקציה משפטית".

דבר שאין צריך לומר הוא, כי לא תימצא, למעשה, אף שיטה משפטית שבה אחת השיטות מקוימת בטהרתה¹¹⁸ — אך אין ספק כי שיטות שונות רואות להעדיף גישה אחת על פני חברתה.

הנוכל לקבוע, לפחות כהשערה ולאור המדגם שלפנינו, את דרכו של המשפט העברי בסוגייה זו?

פרופ' זילברג ז"ל כבר העמיד על האינדוקטיביות העולה מן הקוואיסיטיקה בתלמוד¹¹⁹. אך אין ספק שהאינדוקציה המשפטית בה אנו מדברים מטרתה אינה לפתור מקרה פרטי, אלא להעמיד כללים, ומכוחם להשיב ולגזור בעיות שלא נפתרו עד עתה. נמצא על כן כי התהליך הוא רב שלבי, וניתן לתארו בסכמה הבאה: קוואיסיטיקה בתורה שבכתב — הכללה בתורתם של תנאים — קוואיסיטיקה תלמודית — הכללה ותפשטה ע"י האמוראים — קוואיסיטיקה שבשאלות-זת-שובות — הכללה ע"י הקודיפיטורים (בה"ג, רמב"ם, טור וכו').

עלינו להבהיר עוד זוג מושגים, "הכללה" ו"הפשטה": "הכללה" היא מסקנה הלכתית הנובעת מכמה פרטים-בהלכה. לדוגמא — מצאנו כי יכול הבעל לסלק עצמו מזכויותיו בירושת אשתו ובפירותיה¹²⁰; האם רשאים אנו, איפוא, להכליל ולומר כי רשאי הבעל למחול על כל זכויותיו?

116. במתמטיקה, מקובלת בדרך כלל הדדוקציה או רק האינדוקציה השלימה, ומ"מ נודע גם לאינדוקציה משקל חשוב בעצם היכולת לשער היפותזות: האינדוקציה הרגילה משמשת כתובתה במדעי הטבע, כגון פיסיקה, ללא ערעור.

117. ראה לאחרונה בספרו של פרופ' ל' פולר (הני"ל הע' 35) ע' 120 ואילך.

118. שם.

119. "כך דרכו של תלמוד" ע' 13-25.

120. כתובות פ"ט משנה א, וראה שער ירו"ק ע' 152-173 שער תק"פ ע' 372.

וכן מצאנו כלל כזה: "אמר רבא, כל האומר 'אי אפשי בתקנת חכמים כגון זאת' — שומעין לך"¹²¹;

ואילו "הפשטה" עגינה הנסיון להציע טעם עקרוני להלכה. מדרך הטבע שיש לטעם כזה גם משמעות כללית, אך הטעם העקרוני כותו יפה גם בהקשרים אחרים, ולא רק בתחום הספציפי; הכלל מעוגן בתחום הפורמלי, ואילו הטעם מציע תוכן, הבנה והגיון.

להדגמת הנאמר, נעיין קמעה בתקנת אושא. תקנה ספציפית זו קבעה כי אשה שמכרה מנכסי המלוג שלה — הבעל מוציא מיד הלקוחות. בגופה של התקנה לא ניתן לה טעם, ולא הובהר מעמדו המשפטי של הבעל ביחס לנכסים אלה; והנה אם היה מעמדו של הבעל כיורש, ברי כי היה יכול לרשת רק מה שנותר מן הנכסים במותה של האשה, אך אם מכרתם — אין לו בהם דבר.

בא אב"י (אמורא בדור הרביעי) וקובע: "נכסי לך ואחרירך לפלוני, ועמדה וניסת — בעל לוקח הוי ואין לאחרירך במקום בעל כלום"¹²². הספור הוא, כי פלוני בעל נכסים (א) נתן מהם לאשה (ב) וקבע במתנתו "ואחרירי מותך יהיו לפלוני" (ג), והלכה האשה ונישאה לבעל ומתה; אם זוכה פלוני (ג) בנכסים — או שהם של בעל?

כאן לא יועיל הכלל הפורמלי של תקנת אושא, שככל הנראה נתקן כדי למנוע אשה להבריא נכסים מבעלה¹²³ — ואף לא הטעם של "איבה"¹²⁴, שהרי לא האשה היא שקבעה את זכותו של ג'!

אך אב"י פותר את הבעיה ע"י הפשטה המשפטית, ומעניק לבעל — מכוחה של תקנת אושא ותוכנה הפנימי — מעמד של "לוקח". והואיל ודעת רשב"ג¹²⁵ היא כי אין ל"אחרירך" אלא מה ששייר ראשון — היינו, מה שנותר אחרי מותו בלי שמכרו או נתנו במתנה — הרי שהבעל, עם נשואיו, נקבע כלוקח ואין לג' כל זכות שהיא בנכסים.

לעומת זאת, קובעת הלכה קדומה¹²⁶ כי הבעל אינו צריך להחזיר ביובל את הקרקעות שירש מאשתו — וכבר הקשו אמוראים מכאן כי הבעל אינו יכול להיות "לוקח" — שהרי ככזה היה עליו להחזיר את הנכסים למשפחת האשה ביובל!¹²⁷ דינם של האמוראים אינו מוכרע — אך שיטתם, לכל מאן כדאית ליה, ברורה: להסיר את "מחלצות" הסיטואציה, ולבדוק את תוכנה המשפטי — כדי לקבוע הלכה בשאלות מתחדשות¹²⁸.

121. בבלי כתובות פ"ג א, ב"ב מ"ט א-ב, תק"פ ע' 458 ואילך, עיי"ש.

122. בבלי כתובות צ"ה ב, תק"א ע"ב 536 בפירוט.

123. כדעת הירושלמי כתובות פ"ט ל"ב ע"ד, תק"א ע' 521, ירו"ק ע' 17.

124. כפי שעולה מדברי השאלות בפר' פנחס, שאילתא קל"ה: תק"א ע' 523.

125. בברייתא המובאת אחרי דברי אב"י שם.

126. משנה בבכורות פ"ו, וסוגית הבבלי שם נב ב, תק"א ע' 543.

127. ב"ב קל"ט ב, תק"א שם.

128. השאלה שפתחה דיון זה בגמרא היתה מעשית מאד: אשה שלוחה כסף במלוה כע"פ, ונישאה ומתה והורישה קרקעות לבעלה; אם הבעל בגדר "יורש" — הוא חייב לפרוע את ההלוואה מן הירושה, אך אם "לוקח" הוא — אין מלוה ע"פ גובה מנכסים שנמכרו ("משועבדים")!

בסכום, דומה כי לפי דרכנו למדנו על תהליך 'אינדוקציה-דדוקציה' משולב לא רק במתכונת הספרותית, כמתואר בסכמה דלמעלה, אלא גם במציאות החיים עצמם: מכוחם של כללי הלכה (בין מפורשים בתורה, בין מכוחו של מנהג ונורמה משפטית מקובלת) נגזרו הלכות במקרים ספציפיים, ומכוחם המצטבר של פסקי ההלכה וההכרעות אדהוק נגזרו מחדש כללים כיוצא באלה תוך תהליך דינמי בלתי פוסק.

תהליך זה הולך ונמשך כל ימיה של ההלכה, עד עצם ימינו אלה; לדוגמא — חקירת ה'בית יעקב' אם "זה תחת זה" מדין נימוק או תמורה¹²⁹, שמכוחה יש דרך להכריע בבטייה של חיוב הבעל בקבורה אם אינו יורש (למשל — כאשר לא הכניסה לו האשה דבר בנדונייתה), ומכוחה הכריע ביה"ד הרבני בישראל של היום אם זכאי בעל מורד לפירות נכסי אשתו¹³⁰.

כבר העמידו חוקרי המשפט על ההבדל שבין ההכרעה השפוטית לבין ההכרעה הלגיסלטיבית¹³¹; בעד המחוקק "צופה קדימה", וקובע מערכת הצריכה לתת פתרון-מראש לבעיות לכשתתעוררנה — ועל כן אין כוחו יפה לתת פתרון לכל בעיה, שהרי אינו נביא ואין בכוחו לפתור איך-סוף מקרים — השופט חייב להכריע ולפסוק דין בכל שאלה המובאת בפניו, ואם אינו מצא לה תשובה חרמשמעית במערכת הכללים והתקדימים שקדמו להתעוררותה של השאלה, הוא צריך להציע לה פתרון צדק משל עצמו (ואין הבדל אם בדרך האינטרפרטציה, או בדרך האינטרפולציה, או בהסתמך על שקול דעתו ההגיני-משפטי שלו), ובכך הוא "יוצר" תקדים ובונה מחדש הלכה שאפשר יהא להסתמך עליה בעתיד; אנו עדים לתהליך מקביל במשפט העברי, וכך משתלבים שני התהליכים עליהם עמדנו זה בזה: התהליך ההלכתי עיוני עם המעשה-המשפטי, כאשר כל אחד מתפתח מתוך עצמו ומתוך עימות עם התהליך המקביל, והכל כאשר לכל ראוי להחכנות בתואר של "תקנות חז"ל".

מכאן אנו באים במישרין לנקודה האחרונה בפרק זה — החקיקה המשנית, שהיא היא ה'תוצר' הטבעי לתהליך שבו אנו מדברים.

(3) חקיקת משנה:

נפתח דיוננו בהצגת ניתוחו של בעל "בית יעקב"¹³² הרואה שלשה שלכים בהתפתחותה של מערכת התקנות ירושה-קבורה:

שלב ראשון — הלכת הירושה (דאורייתא — או דרבנן קדום);

129. ראה בשער ירושה וקבורה ע' 122 הע' 57.

130. פ"ד כרך ה' ע' 353 ואילך, וראה שם במיוחד ע' 360, 362; להלן בשער ירו"ק ע' 258, ובשער תקי"פ ע' 417 (הע' 92).

131. ראה למשל דבריו של סיר פולוק ב: Ancient Law, with notes by Sir F. Pollok, London 1912, p. 46 note D. (והובאו דבריו ע"י ל' פולר הנ"ל, ע' 123-124, וראה שם).

132. רבינו יעקב מליסא, מחבר ה'נתיבות' ("נתיבות-המשפט" על חו"מ) ועוד, מגדולי חכמי ליטא במאה ה'י"ט (נפטר 1832); דבריו כאן מפירושו להלכות כתובות, אה"ז סימן ע"ז ד"ה "בעלה ירשה", ובפירוט להלן שער ירו"ק ע' 132 ואילך.

שלב שני — תקנת קבורה, לטובתה של האשה, וכנגדה — בו בזמן (9) — זכות הבעל לרשת נכסי צאן ברזל אף אם נמכרו ע"י האשה בטובת הנאה:
שלב שלישי — תקנת אושא, שהבעל יורש אף נכסי מלוג שנמכרו — תורת קבורתה.

התיאור הזה אינו מוכרח, אולי, מן הבחינה ההסטורית, אך יש בו טעם ויש בו הגיון הלכתי, כפי שמבשר זאת ר' יעקב מליסא שם. לעניננו חשוב כי יש בו הדגמה למופת לתהליך החקיקה המתערבת במנהג המעשי ולהפך: שהרי ודאי הוא כי תקנת הקבורה, מלכתחילה, נהגה מכח היות הבעל יורשהאשה וכדינם של יורשים בדרך כלל. אלא שמקרים-חריגים, בהם סירב הבעל לקבור את אשתו (שמא בגלל ריב שפרץ, או שחיו בנפרד, או שלא הורשה לו נכסים), הביאו בתי דין לחייב את הבעל לקבור, ומכאן נתגבשה ההלכה הכללית, כתקנה; אלא שתקנה זו, כך עולה מן הניתוח, שוב גרמה להיווצרות קשיים: שמא פעם, אשה בעלת אינטרסים כספיים ניכרים, ואולי בהשפעת בית אביה, נקטה ב"טריק" משפטי: היא הלכה ומכרה את נכסיה (נדוניתה) למעונין כלשהו, על-מנת שיזכה בהם במותה; לאחר שאמנם נפטרה לבית-עולמה ונקברה ע"י הבעל כדינו, בא הלוקח ובירדו השטר וטען לנכסים — ולטענתו, אין הבעל יכול לרשת אותם במקרה זה, שהלא אין היורש זכאי אלא במה שנותר לאחר מותו של המוריש והיה ברשותו לפני מותו, ואילו נכסים אלה כבר נמכרו לו ע"י האשה (על-תנאי שתמות — והתנאי נתקיים) ועל כן לו הם... בית המשפט, משיקולים של צדק, קבע כי המכר אינו יכול להתקיים בתנאים אלה; או — לחילופין — קבע כי הלוקח צודק, שהרי השטר בידו, אך קרא למחוקק להתקן תקנה שתמנע — במקרים כאלה — את עיוות הצדק, שהרי הבעל קבר כיורש והנה נתקפח מירשתו! ולאחרונה משנתברר כי יותר ויותר הועדפה הגדרת הנכסים כ"נכסי מלוג" (בהם בעלות האשה בגוף הנכסים מובהקת יותר), ובשל המצב הכלכלי הקשה הלכו יותר נשים ומכרו נכסי מלוג שלהן מראש בטובת הנאה — ושוב נגרם לבעלים נזק בכך שלא זכו לרשת — באו חכמי אושא וקבעו כי אף מכירה זו אין לה תוקף, והבעל הוא היורש-מראש, אם כ"לוקח" או כ"יורש" (ותמיד לטובתו¹³³).

תקנת-אושא, אפוא, היא דוגמא לחקיקת משנה במובן זה שהיא תקנה שבאה כמאוחר ונשתלבה במערכת מתוך מציאות שחייבה את התקנתה; דומה כי אף תקנת "זה תחת זה"¹³⁴ יכולה להיות מאופיינת במסגרת זו:

לכתחילה עמדה כל הלכה-תקנה במקומה ולעצמה; חיוב קבורה לחוד, זכות ירושה לחוד; חיוב פדיון לחוד, זכות פירות לחוד (וכן זכות הבעל למעשה-ידיה של האשה לעומת חיוב במוזנותיה). בשלב מאוחר, קבעו חכמים את הקשר שבין החיובים והזכויות, בהתאמה, ויצרו מערכת משולבת. מה גרם לשלוב זה, ומדוע היה צורך ב"תמורה" או ב"נמק"?

נראה כי אע"פ שאין ראייה לדבר, נוכל להציע השערה הגיונית לכך: שאלות למעשה שעלו בפני בתי הדין — הן שגרמו ליצירת הקשר האמור. למשל: פלוגית שנישאה לבעלה

133. כסוגית הבבלי ב"ב קל"ט ב ה"ל.

134. ראה לעיל ע' ט.

והתנתה עמו שלא ייהנה מפירות נכסי-מלוג שלה, ולאחר זמן נשבתה — והשובים תבעו כפר-נפשה; טען הבעל — תפדה את עצמה, שהרי יש לה רכוש ופירותיו שלה; טענו קרוביה — יפדנה הבעל, שהרי הוא שנתחייב בפדיונה! משבאה השאלה בפני בית הדין, נתקשה להתליט, או אולי הכריע כי חיוב הבעל בפדיון הוא בגדר "תנאי בית דין" ואין להרהר אחריו; אך חוסר הצדק שבהכרעה¹³⁵ (ושמא נצטרפו לה אחרות) גרם לתכמים לקשור את התקנות זו לזו ולהחייב את האשה למסור פירותיה לבעל אם רצונה בפדיון¹³⁶. או דוגמא אחרת: אשה שנתנה נכסיה לאחיה במתנה (או במכר), והפקיעה ע"י כך את זכות הירושה של בעלה (לפני תקנת אושא, כמובן); במזתה טען הבעל — כיון שלא ירשתיה, איני רוצה לקברה — והאח טען, כי חיוב קבורתה חל על הבעל בין כך ובין כך...

הקישור שבין התקנות, הביא לאיחודן לא במקרים הפרטיים, אלא בשקל-כולל; אשה שלא הכניסה לבעלה נכסי מלוג, כיון שלא היו לה כאלה, זכאית לפדיון ע"י בעלה בכל מקרה. והבעל יורש את אשתו גם אם לא נתעורר חיובו בקבורתה (אם, למשל, טבעה בים). זו איפוא תכונה של תקנה-כללית, שהיא נותנת תשובה "גלובלית", ואינה יכולה להתחשב במקרים פרטיים וחריגים.

נסתפק בדוגמא אחת אחרונה-נוספת לענין זה של חקיקת המשנה, והיא עניינם הממוני של נישואי איסור. כמובן שאין הכוונה לנישואי איסור שאינם תופסים, כגון נישואי עריות, שהרי באלה אין ההתחייבויות ההדדיות הלזות מעיקרא; אך בנישואי איסור שבדיעבד נישואין הן, כגון שניות לעריות, אלמנה לכהן גדול או גרושה לכהן הדיוט — תאם יתולו בהם, על דרך הכלל או בהבחנה בין חיובים וזכויות שונים, כל התקנות שנקבעו ביחסי הממון שבין בני הזוג?

הלכות הירושה, הקבורה, ואכילת הפירות — קדומות הן, כפי שהדגשנו זה כמה פעמים; האם הלכות-ינהוגים-תקנות אלו, משנקבעו באורח קודיפיקטיבי, כללו כבר סעיפי הסתייגות באשר לנישואי איסור? היש מקום להבחין בין איסורים שמן התורה (אלמנה לכ"ג, גרושה לכהן הדיוט) — לבין איסורים שמדרבנן? דומני כי נוכל להניח, שמלכתחילה לא נקבעו גבולות כאלה בסעיפי החוק, ורק ההתנגשות המעשית עם מקרים שארעו בפועל הביאה

135. בבחינת "יקוב הדין את החר". וכבר עסקו בענין זה רבים; ראה, דרך משל, דבריו הקלסיים של אלן ב: Allen, Aspects of Justice, London 1958, ch. 3, pp. 65-83. ומאידך, דבריו של פרופ' זילברג ב"כך דרכו של הלמד" ע' 96-66; פרשה מקבילה נתרחשה לנגד עינינו בישראל בענין בלבן נ' בלבן (ע"א 313/59, י"ד פד"י 285), כאשר ביהמ"ש הצליון בהרכב של 5 שופטים ראה עצמו נאלץ לפסוק מוונות לאשה אע"פ שפירות נכסיה הושארו בידיה (מכח הלכת סידיס הידועה, בג"צ 202/57 מפי השופט זילברג, שם נקבע כי בטלה תורת נכסי מלוג במשפט הישראלי — וראה משי"ב בענין זה ב"דיני ישראל", ו' (תשל"ה) ע' 121-138), וקרא למתוקק לשנות בנידון זה את החוק — דבר שאמנם נעשה שבע-עשרה שנים אח"כ, בחוק לתיקון דיני משפחה (מונחת) תשל"ז-1976.

136. והכרעת הפוסקים, בעקבות הראשונים, כי אין הבעל ולא האשה רשאים לומר "איני נוטל פירות ואיני פודה" או "איני נפדתי ואיני נותנת פירות" (אא"כ התנו כך בין אירוסין לנישואין) — ראה טו"ש"ע אהר"ו סימן ע"ח, ובשער תק"פ ע' 457-467.

להתלבטות שהובילה להכרעות; כאן יש לטעם התקנה משקל חשוב יותר מאשר ללשונה הפורמלרית, שהרי אם תופסים הנשואין, לכאורה, חלים עמם כל חיוביהם על עניני הממונות הכלולים במערכת; אלא שאם, למשל, נתקנה תקנת פירות כדי שלא תהיה לבעל "איבה" על אשתו, ואם ככהן וגרושה אנתנו רוצים בפירודם מהר ככל האפשר ולכן רוצים שתשרור ביניהם, בדווקא, "איבה" אשר כזאת — יש מקום לחוקק, כתקנת משנה, "תיקון" לחוק המקורי, ולהפקיע במקרה זה את החיוב לפדות או את הזכות לפירות¹³⁷.

כיוצא בדברים אלה, גם בירושה וקבורה; האם יורש את אשתו פקח שנשא ממזרת? האם חייב כהן להיטמא לאשתו הפסולה לזו?¹³⁸ כיון שמקרים אלה אינם מעשים שבכל יום, ובחברה העתיקה היו בודאי נדירים הרבה משהם כיום, לא היה צורך להניח מראש שיארעו ולקבוע לידם הלכה פטוקה; אדרבה, יתכן והמעשים שגרמו להלכה שתיקבע היו מקרים שנותרשו בשגגה, מתוך אידיעה פרלימינרית — ועל כן תבעו הכרעה חוקית והווקקות של בית-הדין לפתרון הבעיה.

תהליך חקיקת המשנה לא פסק במשך הדורות; בתקופת הגאונים עלתה בעית היחס לבךזוג שנשמתד (נתאלסלם) — וזו החריפה לאחר מכן באירופה בגבור ידם של נוצרים והמרתם של יהודים לנצרות¹³⁹, ונתבעה הכרעה בשאלה זו; מאידך — עוד בתקופת האמוראים בא"י נתעוררה שאלה בדבר ירושת אשה שמתה בלא בנים, והונהג סעיף בכתובה שקבע כי ירושתה במקרה זה חוזרת לבית אביה; נוהג זה נחרח בימי הביניים, ובקהילות רבות בישראל נקבעו תקנות המפקיעות במקרה זה את ירושת האשה מבעלה¹⁴⁰.

נוכל אפוא לסכם פרק זה, ולומר כי ההלכה היא מערכת דינמית המתחדשת ללא הרף. דינמיות זו באה לידי בטוי ראשוני בעצם היותן של מחלוקות רבות נתונות לנו ללא הכרעה סופית במקורות המשפטיים הראשוניים (בספרות חז"ל עד לחתימת התלמוד), בתהליכים העיוניים-ספרותיים של בירור ההלכה בדרך ההכללה וההפשטה, ובתהליכים המעשיים של הכרעות בתי הדין וקביעת תקנות-משנה שחזרו והעמידו, באורח דיאלקטי, תיזות פתוחות לדיון.

סכום ומסקנות:

יחסי ממון בין בני זוג, בהיבט המשפטי, הם כבואה נאמנה לגישתו של החוק כלפי מושג המשפחה (האישות) בכלל¹⁴¹. ההסטוריונים של המשפט מציינים, דרך כלל, שלש תקופות

137. על התלבטותם של חכמים בענין זה, ראה מחלוקת אב"י ורבא בבבלי כתובות נא ב — נב א, ודיונו בתקנת פירות ע' 30-425; להכרעת ההלכה, ראה שו"ע אבן העזר סימן ו', בהגתה הרמ"א וש"ך וט"ו שם.

138. ראה כפרק על נשואי אסור, תקנת ירו"ק ע' 184-193.

139. ראה בשער ירו"ק ע' 264 ואילך.

140. ראה: אסף, התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו, מדעי היהדות א' (תרפ"ז) ע' 79-94, ולחן בפרקינספח לשער ירו"ק ע' 319 ואילך.

141. פרופ' י. פריקובסקי, הפרובלמות היסודיות של המשפט האזרחי, ירושלים תרפ"ג, פרק י', ע' 125-155.

בהתפתחות היחסים בין בעל לאשה: (א) התקופה בה היתה האשה קניינה הגמור של הבעל — קנין זה בא לידי בטוי, בין השאר, בבעלותו הגמורה של הבעל על האשה וכל קנייניה; (ב) התקופה בה זכתה האשה למעמד עצמאי — אך לא שוהערך; בתקופה זו רואה המשפט את האשה כצריכה להגנתו של הבעל, וכך הבעל משמש כעין אפוטרופוס על אשתו ואחראי לכל נכסיה; (ג) והתקופה המודרנית, הרואה את שני בני הזוג כשווי-מעמד וערך.

לעניות דעתנו, ההלכה היהודית מצויה, מאז ומתמיד, מעצם טיבה וטבעה, בתקופה השלישית, המודרנית: כבר המכילתא קבעה¹⁴² כי "השוה הכתוב אישה לאיש לכל דינין שבתורה", והיא מכירה איפוא באשה כבעלת מעמד-משפטי וכשרות משפטית גמורה לעשות בקניינים ולהחזיק ככל העולה על דעתה; מערכת התקנות והחובים ההדדיים בין בעל לאשה אינה באה להגביל את האשה באשר היא אשה, אלא באה לבנות את המשפחה היהודית ע"י הנתייה מראש וע"י יצירת אורח-חיים הדדי שלא יהא בו מקום, ככל שהדבר ניתן להימנע מראש, לחכוכים על רקע ממוני.

ראייה מובהקת למסקנה זו נתונה לנו בהלכה המאפשרת התנאה וסלוק מראש בכל החיוביים ההדדיים, אם אלה נעשים במועד הנכון ובנוסח המתאים, היינו — מתוך הסכמה הדדית ומחשבה מורקוקת¹⁴³. אפשרות זו מעניקה לכל אשה את הזכות לבחור בעצמה את שיטת-ניהול הנכסים המשפחתיים והאישיים שלה, והיא גם פותחת פתח לפתור בעיות מיוחדות בהקשרים שלא עלו מראש על דעת המחוקק.

בדיונו על השיטות העיקריות, הטפוסיות, של המחוקק המודרני בענין סדור היחסים הממוניים בתוך המשפחה, מציע פוקרובסקי שלוש שיטות¹⁴⁴:

- (א) שיטת שתוף הנכסים הגמור, על פיה כל נכסי הבעל והאשה משותפים לגמרי כל ימי הנשואין, והבעל הוא שמשגיח עליהם ואוכל פירותיהם;
- (ב) שיטת נכסים חלקי, בו רק חלק מן הנכסים נעשים משותפים — בעיקר מטלטלין או נכסים שנקנו לאחר הנשואין, וגם כאן עומדים נכסים אלה לרשות הבעל והוא מנהל אותם.
- (ג) שיטת שתוף ההנהלה, בה נכסי האשה (בין אם היו קנינה לפני הנשואין, בין אם זכתה בהם לאחר הנשואין) נשארים קנינה שלה, אלא שהם מנוהלים ע"י הבעל והוא אוכל פירותיהם.

מבין שלוש שיטות אלה, האחרונה (ג) היא הקרובה ביותר לשיטת המשפט העברי, כפי שנתברר לעיל ולהלן; אך אף על זו מערער פוקרובסקי — ולדעתו השיטה המתאימה כיום,

142. מכילתא דרשב"י מהד' אפשטיין-מלמד (ירושלים וזשט"ו), ע' 158; ראה גם בשער תק"פ ע' 354.

143. ראה משנת כתובות ט' א', שער תק"פ ע' 372 ואילך, שער ירו"ק ע' 152 ואילך.

144. פוקרובסקי הנ"ל, ע' 149; והשווה לענין זה דברי התסבר של היוע"מ בהצעתו לחוק יחסי ממון בין בני זוג, רשומות 849, מיום כ"ח בתמוז תשכ"ט (14.7.69) — חוק שנתקבל ארבע שנים אח"כ בבנסת (ראה "חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג — 1973", סח"ח 712, מיום ה' באב תשל"ג), ועיקרו מבוסס על 2 אלמנטים: (1) האפשרות לעדיכה הסכם בין בני זוג; (2) הפרדת הרכוש מעיקרא, אך "איוון המשאבים" עם פקיעת הנשואין (סעיף 5 לחוק).

עם העמדתה של האשה כשוה במעמד לאיש, היא שיטת הפרדת הרכוש הגמור; לדעתו, עובדת היותו של הבעל אחראי לפרנסת הבית כולו, אינה מספקת כדי לזכותו בפירות נכסי האשה, שהרי פעמים הרבה שפירות אלה עולים על הצרכים השוטפים, ואין הצדקה על כן לזכות בהם את הבעל.

לדעתנו, אין ערעור זה מוצדק; שלמותה של המשפחה, יכולת העמידה שלה כנגד גורמי-הכוח והרס פנימי, מותנית בשותפות גמורה גם בעניני הממונות — ובעל כרחנו שצריך לקבוע הסדר סביר לרוב בני אדם לשמוש הנכון בנכסים ולהנהלתם. אשה הרוצה בנכסיה לעצמה — תמיד תוכל להשיג זאת בעזרת הסכמה מראש¹⁴⁵; אך רוב הנשים אינן רוצות לעסוק בהנהלת עניניהן, והן מעדיפות להפקיד את העסק או הרכוש ביד הבעל שהוא המציא-דומביא. שיטת הירושלמי הנזכרת למעלה¹⁴⁶ כבר נימקה כך את זכוי הבעל בפירות נכסי מלוג, ואילו שיטת הבבלי (שם) הוסיפה לכך את הנימוק של "איבה" — היינו הכוח על רקע ממוני שיש למנוע אותו; ההגבלה של "רווח ביתא"¹⁴⁷ גם מדגישה שאין הבעל רשאי ליהנות מן הפירות שלא לצרכים המשותפים, ולכן — בכל מקרה של עודף הכנסה על הוצאה — יש לראות את הפירות כשייכים במשותף לבני הזוג, ורק מכוחה של הסכמה יוכלו להכריע על השמוש בהם (ובכך אנו מתקרבים לרעיון של הסדר "איוון המשאבים" שנקבע בחוק הישראלי הנוהג¹⁴⁸).

יתר על כן: ההלכה לא קבעה את זכויות הבעל לטובתו — ומתוך קפוחה של האשה; אדרבא — כדברי הראשונים מצאנו במפורש כי המערכת כולה נקבעה מתוך הרצון להגן על האשה באשר היא אשה¹⁴⁹, ואף שקבוצה ידועה של נשים נלחמת כנגד "צורך" זה, כביכול, של הגנה על האשה — הנה המתקק הישראלי קבע כי העדפה זו ראויה להיעשות חוק חרות בישראל, וניסח דברים אלה במפורש בחוק לשווי זכויות האשה תשי"א — 1951 (סעיף 150).⁽⁷⁾

עלינו, אפוא, לראות התמונה בשלמותה: לא "זכויות" שרירותיות כאן, אלא "מערכת" של חז"נים חכומים, שכל טעמה וכוחה באיוון שהיא מנסה לבנות בתוך התאדהמשפחתית; אדרבא — כאשר התעוררו במהלך הדורות קשיים ונתבררו עיוותים, באו תכמים ותקנו

145. גם פוקרובסקי מזכיר אפשרות זו, שם ע' 150.

146. ראה ע' ח' סעיף (ג).

147. שם, ובהטרה 25.

148. ראה הע' 144.

149. ראה לעיל ע' יא-יב, ומש"כ ב"דיני ישראל" ס"ך ו' הנ"ל ע' 129.

150. כיצד תחבאר, לאור מסקנתנו זו, קביעת התלמוד הבבלי (בבא בתרא קל"ב, וראה לעיל בע' כ"ח ליד הע' 133) כי "דטבא ליה עבדו ליה" החשובה, כמובן, שהטוב לבעל נעשה כאן לא על חשבונה של אשתו, אלא "על חשבונם" של אחרים, כמלויים או לוקחים, וראה בסוגיא שם: העדפה זו של הבעל על פני אחרים יש לה טעמים משלה, ואולי — בין השאר — היא באה כדי לגרום לבעל להסכים ליטול על עצמו את עול המשפחה וכלכלתה, דבר שאינו מובטח מראש.

מהדש והחזירו את האיזון שאבד למערכת, ושמה תקנת רבינו תם¹⁵¹ תשמש דוגמא לכך — לא רק בעצם החיקוק, אלא גם בנימוק שניתן לתקנה זו, שלא תיעשה כוונת נותן ההנדוניה פלסטר, וייהנה הבעל ממנה אע"פ שאין הוא יושב יחד עם אשתו. כיוצא בדבר, הכריע ביה"ד הרבני¹⁵² בענינו של בעל מורד (ובדומה במורדת) כי בהינתק השתוקף בחיי יום יום, שוב אין הבעל זכאי בפירות נכסיה של האשה, וזו אף רשאית למכור נכסיה לכל מי שתמצא ואין תקנת אושא אמורה בה.

העולה מן האמור, כי אם נקבל כהנחה מוסכמת את רצון הצבור להסדרת חיי המשפחה ולשמירה על איכותה, ייחודה ושלמותה¹⁵³ — יהא עלינו לראות בדרכו של משפטנו המקורי דרך ראויה לאימוץ ולטיפוח, ולהעמיק בו הרבה מעבר למה שנעשה בזה עד כאן¹⁵⁴; מאידך — פתוחה הדרך בפני הצעות חדשות ותיקונים של עיוותים (לאור השנויים הסוציולוגיים, הכלכליים וכו'), כפי שמראה בחינת דרכה הדינמית והיוצרת של ההלכה.

151. ראה הע' 140.

152. ראה ער/תשי"ז/18, ב' פד"ר ע' 262 ואילך, וכן ער/תשכ"ה/34, פד"ר ע' 353 ואילך.

153. דומה כי הנתה זו מונחת גם ביסודו של חוק יחסי ממוץ בין בני זוג הנילי; הערעור על הנחה זו הוא נחלתה של קבוצת מעוט, ועם זאת — ע"י הסכמה מראש אפשר לאפשר גם למחזיקים בדעה זו לעצב את דרכם כרצונם.

154. בנגוד לדעתו של פרופ' אנגלרד, ראה מאמרו על "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" הגות והלכה (ירושלים תשי"ח) ע' קסא-קצת, ובהתאם לדעתם של משה איגא, שם ע' קמז-קנט, ופרופ' מ' אלון "המשפט העברי במשפט המדינה", הפרקליט, כרך כ"ה (1968) ע' 3-29 (תדפיס).