

## פרק שביעי

# תקנות הקהילות

### (1) הקדמה כללית לפרק

פרק זה בא כנספח משתי סיבות: (א) עיוננו בעיקרו דן בתקנות חז"ל בימי המשנה והתלמוד, ותקנות הקהילות מימי הביניים ולאחריהן אינן נוגעות לתחום זה; (ב) כבר "הורה זקן": הרב פרופ' שמחה אסף ז"ל במאמרו הקלאסי על "התקנות והמנהגים השונים בירושת הבעל את אשתו"<sup>1</sup> — שאסף המקורות וסדרן יחד ובנה בנין מפואר של סקירה הלכתית הסטורית, ומי אנו שנבוא אחריו.

ולכאורה, מכוחן של שתי סבות אלה ראוי היה לנו שלא נסיף תבן לעפריים ולא נעסוק כלל בנושא תקנות הקהל, ומה לנו כי "נספחין" לעיוננו? אלא שלכל סבה יש תשובה, בבחינת "אין כלל בלא יוצא מן הכלל", ובשל אותה תשובה אנו באים להוסיף הערותינו: (א): מסתבר שתקנות הקהל אינן "מרחפות" בחלל ותלושות מן ההקשר ההסטוריה-הלכתי; לא חדוש יש כאן, אלא פתוח, לא "המצאה" בחינת "יש מאין", אלא שכלול ועדון בחינת "יש מיש"<sup>2</sup>, ובהחלט הוא מעניננו להתחקות אחר שרשים אלה של ההלכה המאוחרת על מנת לכדוק אם אמנם כבר נקבעו היסודות להמשך הפתוח ע"י חז"ל בחקיקתם!

(ב) ואמנם מה שאיסף הרב אסף ישמש לנו כבסיס, ועל המעיין לעבור על דברי אסף טרם יבוא לכאן; לא נבוא בפרק זה אלא להוסיף על דברי אסף במקום שהדבר נראה לנו חשוב להשלמת התמונה, ולהעמיד על ענינים מספר הנובעים ממה שנתברר בפרקים הקודמים ומשווין לתקנות; לשם איור — אם קובעת התקנה שאין הבעל יורש את אשתו במצב נתון — האם חייב לקברה? —

1. ראה לעיל ע' 30 והערה 241 שם.

2. דוגמא מובהקת לרעיון זה מצויה לפנינו בתקנת ה"פרוזבול" של הלל, שלא היה בו חדוש "יש מאין", אלא שהלל נטל הלכה המצויה כבר מקדמת-דנא, היינו ש"המוסר שטרותיו לבית-דין אינו משמט" שמקורה בדרשת הכתוב (ראה בסוגית הבבלי גיטין ל"א א ותוספות שם ד"ה מי איכא) — והפך אותה לנהג כללי. לענין הפרוזבול — ראה רשימת המאמרים שכנס ד"ר רוקבר ב"אוצר המשפט" ע' 152.

## 2) יסודות עקרוניים (סמכות, בסיס הלכתי):

ראינו למעלה<sup>3</sup> כי נחלקו חכמים — קדומים ומאוחרים — בשאלה אם יורש בעל את אשתו מדאורייתא או מדרבנן; אם דין ירושה הוא מדאורייתא, צריכים אנו לברר מנין נטלו חכמי ימה"ב סמכות לעצמם "לעקור ירושה מן התורה". ואף אם הירושה היא תקנת-חכמים, מדרבנן, בודאי שהיא תקנה קדומה; ועדיין שאלה היא מנין נובעת סמכותם של אחרונים לעקור דברי ב"ד הגדול מהם כחכמה ובמנין?<sup>4</sup>

דומה כי לפנינו שני היבטים עיקריים, שני יסודות, לסמכותה ותוקפה של תקנה כל שהיא: (א) תנאי שבממון; (ב) הפקר בית-דין.

נבדוק כל היבט לגופו:

(א) כבר הבאנו למעלה מתשובת הר"ף: "... אבל השיור<sup>6</sup> אינו מתקנת חכמים אלא תנאי ממון הוא שקבל על עצמו..."

וכיו"ב בתשובת הרשב"ץ<sup>7</sup>: לאתר שהוא קובע כי ירושת הבעל דאורייתא, הוא דן בתקנות הקהל ומסביר: "...הכל לפי תנאם, שזה תנאי ממון הוא וקיים". נמצאנו למדים שטעם זה של "תנאי ממון" מובא הן בהקשר הפרטי, של הסכמת בני הזוג<sup>8</sup>, והן בהקשר הצבורי, של תקנות הקהל<sup>9</sup>.

ענין זה של "תנאי ממון" מקורו במחלוקת תנאים אם הלכה כר' יהודה שבכל תנאי שבממון תנאו קיים או כרשב"ג שהבאנו דעתו למעלה כי תנאו בטל משום שהוא "מתנה על דבר האמור בתורה"<sup>10</sup>, והמשכו ב"תנאי ר' יוסי"<sup>11</sup> המובא ביר' ומבוסס בפירוש על ההנחה כי "תנאי ממון הוא וקיים"<sup>12</sup>; מתברר כי תנאו זה של ר' יוסי שגוי כשהוא לעצמו במחלוקת, וכבר העיר אסף כי לא נמצא לתנאי זה כל זכר לא בתלמוד הבבלי ולא בספרות הגאונים בשום מקום<sup>13</sup>.

כיצד איפוא פשטו תקנות הקהל בענין ירושת הבעל על פני כל הפזורה כולה, ואנו

3. ראה בפרק וראשון בתקנתנו.

4. ראה בבלי ביצה דף ה' ע"א, משנת עדויות פ"א, מ"ה, ודיונו של אלון בכרך ב' ע' 443-5. אלון מזכיר ברר היטב בכרך זה את כל הקשור בסמכותם של חכמים להתקין תקנות, ולא באנו בדברינו דלהלן אלא להזכיר הנקודות הנוגעות במפורש בהיבט המצומצם של דידהירושה ותקנות הקהל בזה.

5. ראה בתשובתו סימן נ"ד, לעיל ע' 130.

6. ראה שם הערה 97.

7. בה"ב סימן ס"ו, וראה לעיל ע' 144.

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

9. וראה כיו"ב בשו"ת מהרשד"ם אה"ע סימן ק"י.

10. ראה לעיל ע' 14 ואילך, ולהלן בדיונונו בשיטת הר"ף ע' 155 ואילך.

11. ראה שם, וכן להלן ע' 177 ואילך.

12. ראה במאמרו של אסף ע' 81 הע' 3.

13. שם ע' 82.

מוצאים אותן בא"י (על יסוד הירושלמי) ובמצרים, באשכנזצרפת ובספרד, בצפון אפריקה ובדמשק?

דומה כי אע"פ שאפשר ליישב את תקנת הירושלמי עם דעת רשב"ג<sup>14</sup>, מכל מקום עדיף לנצל את היסוד השני — הפקר בית דין.

(ב) כך כותב במפורש התשב"ץ<sup>15</sup>:

"ואם הצבור עשו בזה תקנות — תקנתם תקנה היא ויכולים להפקיע ירושת הבעל מכח תקנתם אף כמה שאין התנאי מועיל כשהתנית היא עמו<sup>16</sup>, משום דכה ב"ד יפה להפקיע ממון בתקנתו, דהפקר ב"ד הפקר..."<sup>17</sup>.

יתר על כן, לא רק ב"ד כוחו יפה, אלא גם הצבור מוסמך, כפי שנרמז בעצם בראשית הקטע הקודם ("ואם הצבור עשו בזה תקנות"), וכפי שמפורש עוד יותר בדיונו של הרשב"ץ בתקנת מירקה<sup>18</sup>: בין השאר קובע שם הרשב"ץ כי כוחה של תקנת הצבור יפה כתנאי בית דין (ומכאן, שכשם שבתנאי ב"ד "דווקא תקון", ויש מקום לדרוש הלשון, כך בתקנות הקהל), וכבר העמיד על כך הרשב"א<sup>19</sup>.

נמצא איפוא כי הן למאן דאמר שבממון אפשר להתנות, והן למי שסובר שיש כח ביד ב"ד להפקיע ממון — יש תוקף לתקנות חכמים וצבור<sup>20</sup>.

המנהג, הוא בראש וראשונה מיסודם של יחידים, עד שנתפשט והפך לדבר קבוע, לגורמה

14. ראה אצל אסף בהע' 3 הנ"ל, ולעיל בדברינו ע' 162, ע' 177, ובתשובת ר' בצלאל אשכנזי סימן י'. ר"ן בשם רמב"ן (בשם ר"ח) כונה קונסטרוקציה משפטית על פיה יורש הבעל, כד"ת, ואח"כ מחויר, כמתנה, את מה שהיית בו את עצמו.

15. בתשובה הנ"ל וראה לעיל ע' 162.

16. לעיל מיניה כותב התשב"ץ: "ואפילו לא הסכימו הקהל עליו, יכולים להתנות עליו האשה ובעלה ותנאם קיים, והוא שקנו מידם לאחר שנתארסה קודם שנשאת", וכבר העמדנו על זמן זה לבצוע הסלוק, ראה לעיל ע' 152 בסוגית הגמרא ובהמשך הדיון שם.

17. דיון רחב בשיטתו של התשב"ץ בנושא זה של תקנות הקהל ימצא המעיין בעבודתו של אהרון גחלון (מ"א, משפטים), האוניברסיטה העברית ירושלים (תשל"ה); שני פרקים מתוך עבודה זו נתפרסמו ב"שנתון המשפט העברי": "סמכות הצבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ: הגוף המתקין תקנות" — בכרך א' (תשל"ד) ע' 142 ואילך; "כנ"ל: מהות המשפטית של תקנות הקהל" — שם כרך ג'ד (תשל"ד) ע' 271 ואילך. (וד' לעיל ע' 163).

18. ראה אצל אסף ע' 86; כונתי כאן לתשובת רשב"ץ בח"ג סימן ק"ג; עפ"י תקנת מירקה, יורשי האשה לבדם יורשים את כל נכסיה, ואין לבעל חלק בהם כלל! ומנהג קדום נוסר ע"י הרי"ד בשו"ת שלו (מהד' ורטהיימר, ירושלים תשכ"ז) בסימן ס"ה (ע' שלא) והוא מנהג רומניאה שאף עפ"י אין האיש יורש חלקו כלל, עיי"ש (ומקבילה לדיון ההלכתי בס' המכריע סי' מז).

19. ראה לכל הענין אצל אלון בפירוט בכרך ב' בספרו הגדול, ע' 569.

20. על המנהג במשפט העברי, ראה אצל אלון שם ע' 713 ואילך.

מקובלת של צבור. משום כך יסודתו — בהלכת ה'תנאי שבממוץ', וסיומו — בהסכמה הכללית, שאיננה מפורשת וחקוקה לעתים, אך כל זוג שנישא מקבל אותה על עצמו מכללא. כבר הרשב"ץ, בתשובה הנ"ל, מסיים דבריו באמרו:

”... וכן נהגו בהרבה מקומות, ומנהגן של ישראל תורה הוא”

ולפניו כותב הרשב"א<sup>21</sup> (בעקבות הרא"ש):

”...נהגו כל ישראל (!) שאם תמות אשתו של אדם בלא בנין שמחזיר לאביה או לאחיה הממוץ שקבל מהם...”

וכבר דנו רבים בזה<sup>22</sup>, ואכמ"ל.

דומה כי יש הבדל משמעותי בין שני מקורות הסמכות: לא זו בלבד שהקהל מוסמך להפקיע גם במקום שההלכה נפסקת כרשב"ג, ועל כן פשטו תקנות שונות בענין ירושת הבעל גם במקומות שההשפעה הבבלית היתה בהם גדולה — כספרד, אלא שכנראה יש להבדיל זה משמעות גם כמה שנוגע לקבורת האשה ע"י בעלה: אם היתה התנאה בין בני הזוג לענין הירושה, אין חיוב הקבורה מתבטל ע"י כך, אך אם היתה זו תקנת-קהל — יש לבעל דין מקום לדון ולומר כי כשם שבטלה התקנה האחת, כן בטלה חברתה! ולשאלה זו נקדיש דיון מיוחד בהמשך דברינו<sup>23</sup>.

אלא שאע"פ שבודאי יש סמכות לקהל להתקין תקנות ולבני הזוג להסכים ביניהם, הנה היה כנראה צורך בשקולים נוספים כדי להשתמש, למעשה, בכך זה. כבר הזכיר אסף<sup>24</sup> נסוחיו של רב צעיר הנותן טעם למערכת הכוללת של תקנות חכמים בתחום יחסי הממוץ בין בני זוג, והסבור כי נועדו ליצור שלמות ביתסים חיוביים וטובים בין איש לאשתו; תקנות הירושה גרמו לבעיות, וכבר בימיהם של חז"ל באה, למשל, כתובת-בנידוכרין לפתור חלק מהן<sup>25</sup>, בעוד שנורמות מקובלות בחברה היהודית הושפעו עמוקות מנורמות החברה הכללית, ומשום כך היה צורך בשנויים במערכות היחסים ההדדיים גם בתחום הממונות שבין בני

21. שו"ת חלק ו' סימן ת"מ, וראה לעיל ע' 180.

22. ראה שו"ת רשד"ם אה"ע קכ"ו, שו"ת הרא"ם סימן ט"ו, בדיטרטציה של וולף ע' 115. (ומה שכתב שם וולף כי לעתים "תקנות יכולות להיעשות ע"י יחיד, כמו רבן גמליאל הזקן..." נראה לעני"ד שאינו מדויק, שאין התקנה נקראת אלא על שם הנשיא שכהן בסנהדרין שחוקקה את התקנה — כמו שכבר כתב אלון מפי גדליה אלון בספרו הגדול ח"ב ע' 457 הע' 56), וראה גם משי"כ בזה במאמרי על בטול זכות הבעל לפירות נכסי מלוג ("דיני ישראל" כרך ו') ע' 136, הע' 58.

23. ראה להלן ע' 333.

24. בע' 80.

25. לענינה של כב"ד, ראה לעיל ובהערות שם.

זוג<sup>26</sup>. סביר, איפוא, להניח תהליך מן הסוג הבא: מכוח ההשפעות של החברה הסובבת, מתנה זוג בינו לבין עצמו לנהוג בדבר אחרת ממה שקבוע מראש בהלכה המסורתית; נוהג זה מתפשט והולך עד שהוא הופך למנהג המקום<sup>27</sup>; ובשלב הבא הוא נקבע כתקנה לכל האיזור או הארץ ע"י גדולי הדור<sup>28</sup>.

דומה כי תקנת מיזרקה הנזכרת, בדומה לתקנה מקבילה הנזכרת ע"י מהר"י מטראני<sup>29</sup> — מקורן במנהג החברה הסובבת; עדות אחרת נזכרת בשו"ת מהרשד"ם — ושם מובאת שאלה<sup>30</sup> הדנה במי שהערים על השלטון כדי לעקוף את החוק התורכי ("מנהג תוגרמה") שעל פיו "אשה יורשת (- מורשה, ככל הנראה) לבעלה אחד מז' חלקים", ובמקום אחר<sup>31</sup> הוא מעיד על חוקי פורטוגל על פיהם אין הבעל יורש כלל, ושמא מכח מנהג זה נבע מנהגה של קהילת מיזרקה הנזכר.

השפעה זו של החברה הסובבת היא בעלת ערך הלכתי (ככל שהדבר עשוי להיראות פראדוקסלי), ודומה כי לשון ה"תנאים" המצוטטת בתשובת הרשב"א<sup>32</sup> שהוא "מפני דרכי שלום" מוכיחה כי אמנם כן הוא; בהיות הנורמה המקובלת כזאת — כל עמידה על דירתורה יש בה כדי ליצור הרגשת קפוח ותסכול אצל מי שלא ירשו (בניגוד לנורמה), וכדי למתן הרגשה זו נוצרו ה"תנאים" למיניהם.

אך מכאן אנו באים לשקול מציאותי (ואף לו נודע ערך הלכתי מכריע) אחר שהביא ליצירתן של תקנות ולבסוסן בתחום דין ומקודו בדברי תנאים ובסוגיות הגמרא עצמן, ודומה כי הוא השקול המכריע בתקנות רבינו תם ותקנות שו"ם באשכנז וצפון צרפת. כוונתי לשקול של אמדן דעת הנותן, היינו שהאב הקובע נדוניא לבתו לא נתכוון שזו תעבור ליד הבעל בלא שבני הזוג היו ונהגו מפירותיה יחדיו.

בלשון נוסח התקנה, כפי שהגיע לידינו, לא נמצא רמז מפורש לשקול זה<sup>33</sup>, אך כבר

26. כבר במשפט הרומי יש מקבילות לענינו, וראה: M. Kaser, Das Romische Privatrecht, (Munich 1959) Vol II, pp. 130 ff; Falk (1966) pp. 98.

27. על ההבדל בין "נוהג" ל"מנהג" ראה אצל אלון שם ע' 754 ואילך, אך אבחנתי שם אינה בדיק אותה האבחנה שאני מציע כאן: "נוהג" — מעשה מקובל על רובו של הצבור, ומבוסס על "הסכמה פרטית"; "מנהג" — מעשה המקובל על רוב מוחלט של הצבור, ומחייב גם בלא "הסכמה פרטית".

28. יש להעמיד על הדמיון בתהליך זה (שאלון קורא לו, בראש דבריו על המנהג, ע' 713 — "המנהג כמקור הסטורי") לתהליך החקיקה של חז"ל עצמם, כפי שחואר בראש שער תקנת פירות ובפרק הראשון של דיונו כאן. וראה להלן בעיונו בתקנת ר"ת, שגם בה החקיים מנהג קדום בנרבוה טרם גבושה החקיקת פורמלית.

29. ראה מאמרו של ש' אסף על חיי המשפחה של יהודי ביצנץ בספר היוכל לכבוד ש' קרויס, ירושלים תרצ"ו, ושם בע' 173.

30. אה"ע סימן קנ"ה.

31. שם סימן שכ"ו, וראה מש"כ בזה במצוין לעיל סוף הע' 22.

32. בשו"ת ח"ג סימן תל"ב, והובאה תשובה זו במאמרו החשוב של הגר"א הרצוג ז"ל ב"תלפיות" טרד ט' (ראה לעיל ע' 258).

33. ושמא עובדה זו גרמה לטעותו של שצ"פאנסקי במאמרו על "תקנות הראשונים" ב"אור המורה" טרד

העמיד על כך הרשב"א<sup>34</sup>, שבהזכירו את תקנת רבינו תם הוא מוסיף לומר כי גם לאחר שנה, אם לא החזיק הבעל בנכסים אינו יורשם, "משום דאולינן בחר אומדנא דדעתא"; ונראה לענ"ד כי מכל מקום מצוי רמז ברור לשקול זה גם בדברי ר"ת ובנוסח התקנה עצמה<sup>35</sup>:

"... אחרי בן נזכרתי מה שטני בתורת כהנים<sup>36</sup> ונתתי הודאה למקום שזיכנו מהיות כראויים לתוכחות שטנינו בפרשת התוכחה "ותם לריק בוחכם"<sup>37</sup> — יש לך אדם שמשניא את בתו ופסק ונתן לה ממון הרבה ולא הספיקו שבעת ימי המשתה לצאת עד שמתה בתו — נמצא מפסיד את בתו ומאבר ממונו, ואטרינו שלא נעמוד באותה גזירה, וכשם שייצאנו מוזאת 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 לעתים; היא באה ללמד כי לא לכך נתכוון האב, נותן הנדוניא! וכשם שקבע ר' אלעזר בן עזריה<sup>38</sup> "שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה", כך יש מקום לומר שאף האב לא נתן אלא ע"מ שיכנסו! וע"מ שיהיה ממנה שניהם יחדיו<sup>39</sup>.

(ואע"פ שכבר הזכרנו דעתו של אסף כי בחקופת הגאונים לא נהגה כל תקנה בנידון דידן ואין לכך זכר בכל הכתובות מאותה תקופה, דומה כי תשובת הגאון (רב האי?) שפרסם אסף

י"ח (תשכ"ט) ע' 201-180, שבהערה שם (19) הוא סבור כי רבינו תם העו להחזיק תקנתו גם בלא מקורות תלמודיים; כפי שנראה, יש לרבינו תם לפחות שלשה מקורות תלמודיים שבשלוכם יש "מקור" לתקנתו — וכאן אזכיר רק את "תנאי ר' יוסי" שבדאי היה ידוע גם לר"ת!

34. בשו"ת חלק שביעי סימן תל"ט.

35. לנוסח התקנה, ראה בסעיף הבא. הקטע המובא להלן מצוטט עפ"י פינקלשטיין (ע' 165), והוא גם ע"י מ' אלון (שם ע' 678), אף שלא העמיד על משמעותה של התוספת. אך ראה מש"כ על תוספת זו פרופ' ש' אברמסון ב"סיני" כרך כ"ח (תשכ"ז) ע' קפאקצב, שלדעתו אין התוספת מדברי ר"ת עצמו אלא מר' משולם (עפ"י המרדכי בכתובות רמז קנה) (ב"ד נתן?) שהקשה עליו בזה יכו', עיי"ש בעמ' קצב. וראה עכשיו בתומך הנוסף שכינס א' קופפר ב"תשובות ופסקים מאת תכמי אשכנז וצרפת" (ירושלים תשל"ג, מקצ"ג), בסימן ב"ג (ע' 162), ובנספח ג' — ע' 316 ואילך, ומה שהשיג שם על אברמסון.

36. פ"ר בחוקותי, מהד' וייס ק"א ע"ד.

37. ויקרא כ"ז כ'.

38. ראה לעיל ע' 290.

39. ועיין בספר המכריע לר"ד סימן מ"ו בסופו (מהד' מונקטאש תר"ס, ד"צ ירושלים תשל"ה דף ל"ד): "ואפילו למאן דסבר דהלכה כרשב"ג (ר' לעיל ע' 14), נראה לי דזוקא בנכסים שנמלו בירושה, שנמליו זוכה בהן הבעל — התם אמרינן ותנאי בטל; אבל כמה שאדם נותן לבתו ומתנה עם חתנו שאם תמות לא יירשנה אלא תחזור נדונייתה לבית אביה (- תנאי ר' יוסי) — ליכא מאן דפליג דתנאו קיים, שעל מנת כן נותן לה שלא יירשנה" וכו'.

עצמו<sup>40</sup> כבר טמנת בחובה רעיון זה של אמדן דעת הנותן, שהרי אומר שם ראובן (אבי הבה שמתה): "כי כתבי — אדעתא למיקם שפחה קמי בתי, אבל אדעתא דמיתא בתי ושקלת את, לא כתבין לך!" — אמנם הגאון פוסק שם שההלכה כראובן ולא מטעמו, אך עצם הטענה כבר מנוסחת לפנינו).

נסכם איפוא: לתקנות הקהל בענין ירושת הבעל את אשתו מקורות ברורים ומבוססים בספרות התלמודית:

(א) האפשרות להתנות על דבר שבממון;  
 (ב) סמכות הצבור וביתדין להפקיע ממון;  
 (ג) ההסתמכות על מנהג המקום;  
 (ד) מפני דרכי שלום<sup>41</sup>;  
 (ה) התקדים — תנאי ר' יוסי;  
 (ו) אמדן דעת הנותן.

### 3) תקנת רבינו תם<sup>42</sup>:

רצוננו בפרק זה להעמיד על כמה נקודות בתקנת רבינו תם שלא נידונו כל צרכן בספרות עד הנה<sup>43</sup>, ולדון מתוכה בכמה וכמה בעיות הקשורות בה. מאלינו יובן שהלק מנקודות אלה שייך גם לתקנות המקבילות — ובאמת חלק מן המקורות הדנים בשאלות אלה מכוונים לכל התקנות או לפחות ליותר מאחת מהנה.

א. קושי בטקסט:

כנוסח התקנה מצינו<sup>44</sup>:

"שיחזיר... מה שישאר בידו שלא הוציא ולא יערים לכלות אם

40. בחשה"ג שפרסם בשנת תשי"ב ע' 61\*60.
41. ויש להזכיר כי שקול זה שמש בסיס לכמה תקנות בדיני נשואין (כגון זכוי הבעל במציאת אשתו משום איבה) ואף בהקשרים אחרים בתקנות ר"ג הזקן ועוד.
42. על אישיותו של רבינו תם, ראה מש"כ ש' אלבק "יחסו של ר"ת לבעיות זמנו" ציון כרך י"ט (תשי"ד) ע' 141—103, ולאחרונה במאמרו המאלף של חיים סולובייצ'יק "Can Halakic Texts Talk History?" AJS Review (3, 1978) 153-196, ובמיוחד שם, מע' 174 ואילך.
43. ראה, בעיקר אצל פינקלשטיין (ראה לעיל ע' 114, 157) בת"א ע' 43 וח"ב ע' 160 ואילך; אסף ע' 90, וע' 91 הנ' 3; ועכשיו אצל א' קופפר, הנ"ל בהע' 34 וראה מש"כ יצחק טברסקי בביקורתו על "בעלי התוספות" לפרופ' א"א אורבך ("חרבין") שנת כ"ז [תשי"ז] ע' 215\*227, ובמיוחד בע' 217 שם: "אורבך) התעלם מתיאור התקנות וניתוחן, שהרי אין כמותן להבהרת תהליכי ההשפעה ההדדית בין ההלכה והמציאות; חלקו של רבינתם בתקנות שו"ם המפורסמות, למשל, נזכר כמאמר מוסגר, ואין יותר מאשר ציון ביבליוגרפי היועץ לקורא לפנות לספרו של פינקלשטיין... ולביקורת של פרופ' בער (בעת"ת ע' 80)".
44. פינקלשטיין ע' 164.

חלתה האטה רק מן הנמצא יתעסק בקבורתה לפי כבודו ויתעסק  
לרצונו...”

ופינקלשטיין מתרגם כך<sup>45</sup>:

”...ולא יערים לכלות אם חלתה האטה; — רק מן הנמצא (וממה  
שישאר) יעסק בקבורתה... לפי רצונו”.

והתרגום הפירוש נראה לכאורה קשה: מה הקשר בין ההערמה לכלות לבין מחלתה? הן  
הבעל חייב ברפואת אשתו<sup>46</sup> ולא מן הנדוניא! ועוד: מה פשר הבטוי “רק מן הנמצא יעסק  
בקבורתה” — פשיטא, וממה יתעסק בקבורתה? ומה ענין “רצונו” לכאן?  
שמא אפשר להסביר את הבטוי הקושי הראשון באופן הבא: התקנה מתרה בבעל שלא  
לאכול את הנדוניא בשעת מחלתה של האשה (וכשהיא מנועה מלהשגיח עליו) — מתוך  
החשוב הקר שעוד מעט תמות ויתקיים בו “מה שאכל אכל” ואותו לא יחייב להחזיר... אבל  
אין הסבר זה פותר את הבעיה בשלימות: שהרי מדוע להתרות בבעל רק בשעת מחלתה של  
האשה, ולא להתרות בו כללית שלא “יערים לכלות”?

והנה לפי ניתוחו של פינקלשטיין, ניתן לחלק את כה”י של התקנה לשתי קבוצות, שהנא  
מכנה אותן בתואר S ו N<sup>47</sup>. בקבוצת S חסר הקטע “ואם חלתה האשה” — ובהמשך גורסים  
רוב כה”י מקבוצה זו (יא, יב, יד, נד) במקום “יתעסק לרצונו” במלים “ומה שישאר, ישיב”,  
ודומה איפוא כי כבר בקטע זה עדיף נוסח S על N. להבהרה, הרי שני הנוסחים זה בצד זה:

נוסח S	נוסח N
שיחזיר... ליורשיה <sup>48</sup> או לנותני הנדוניא	שיחזיר... לנותני הנדוניא <sup>48</sup> או ליורשיו
מה שישאר בידו שלא	מה שישאר בידו שלא
תוציא מן הנדוניא שלא יערים לכלות	תוציא ולא יערים לכלות
רק מן הנמצא בידו	אם חלתה האשה רק מן הנמצא
יתעסק בקבורתה לפי כבודה <sup>49</sup>	יתעסק בקבורתה לפי כבודו
ומה שישאר ישיב עד זמן ב”ד	ויתעסק לרצונו ועד זמן ב”ד

ודומה כי אין לפקפק בנכונותו של נוסח S. ועדיין צריך ביאור הבטוי “מן הנמצא בידו”:

45. ע’ 166 שם; אני מתרגם כאן את תרגומו.  
46. ראה מש”כ על חייב הבעל ברפואת אשתו ב”דיני ישראל” כרך ז’ (תשל”ז) ע’ סדעתי.  
47. ראה דיונו ודשימת כה”י שהשתמש בהם בע’ 160 שם. לדעתו נוסח S מאוחר יותר, אף שבחלקו השני  
של התקנה הוא קרוב יותר, לדעתו, לנוסח המקורי. מפליא לראות שפ’ איננו משתמש דיו בעדויות  
הראשונים על נוסח התקנה, ובנדון זה צריכה עבודתו השלמה רבה. לא עלינו המלאכה לגמור, אך דומה  
כי אין אנו בני תורין מלהעיר על כך — וראה בע’ זה דוגמא לטענה זו.  
48. לנקודה זו נקדיש דיון רחב יותר בסעיף הבא.  
49. ראה דיונו לעיל בע’ 96 ואילך, ובמיוחד שם ע’ 100.



ודומה כי הנוסח המובא במדכ"י<sup>50</sup> יש בידו לפתור גם בעיה זו, שכך היא הגרסה שם:

"... וטלא להערים לכלות הממון רק מן הוצאות עסק קבורתה לפי קבורתה ולא לפי רצונו<sup>51</sup> ועד זמן ב"ד ל' יום".

ברור איפוא שזהו הנוסח ההגיני והנכון: מותר לבעל ליטול מהוצאות הקבורה (כה נתחייב) מן הנדוניא ואין זה "כלוי" אם הוא בגבולות הקריטריון של "כבודה/כבודו", ואת הנותר עליו להשיב תוך שלושים יום.

ב. ליורשי האשה או לנותני הנדוניא?

ראינו למעלה את ההבדל בין הנוסחאות בענין זה: לנוסח N, הנדוניא תוזרת לנותן אותה, ואם נפטר — ליורשיו; ואילו לנוסח S, הנדוניא תוזרת ליורשי האשה או לנותן הנדוניא.

פינקלשטיין רואה בנוסח "או" נוסח קשה ושגוי<sup>52</sup>; לענ"ד אפשר לפרשו בפשטות כאחת משתי דרכים: (1) בדרך כלל, הקרובים הם גם הנותנים את הנדוניא וגם יורשיה; אך אם בתנאים מסוימים הנותנים את הנדוניא אינם הראויים לרשת — הם הזוכים בנדוניא, והתנאי נשנה "לצדדין". (2) אם אין לאשה יורשים ידועים, ויש מי שנתן הנדוניא<sup>53</sup> — הנדוניא חוזרת אליו.

אך האמת היא שכבר נחלקו בענין זה גדולי חכמי אשכנז, והובאו דבריהם הן בתשובות מיימוניות<sup>54</sup> והן בשו"ת הרא"ש<sup>55</sup>. וכבר האיר הרמ"א<sup>56</sup> למחלוקת זו, ואף האחרונים עסקו במחלוקת<sup>57</sup>, ובמיוחד ראויים להזכר דברי הט"ז שם<sup>58</sup> שהקשה קושיא גדולה על נוסח S: אם נקבל את הדעה כי הנדוניא תוזרת לנותניה, מוכנת הפסקה מן התו"כ<sup>59</sup>, שכדי שלא יאבד

50. כתובות פ"ה רמז קנ"ה, פ' מוכירו בע' 43 הע' 2, אך אינו מזכיר הנוסח בפנים.
51. כך הוגת בדפוס (ראם) לפנינו, ובמקור היה "לפי רצונו", ולענ"ד אפשר שכן צריך להיות, ופירושו "לפי כבודה ולפי כבודו (=רצונו)", והיינו לקבורה כגבוה שביניהם.
52. לדעתו, נובעת הטעות מן הקצור "לירשי" שנפשט ל"לירשיה" (במקום — "לירשיו"), ראה שם ראש ע' 162; לענ"ד אין הסבר זה מספיק, שהרי קשה עדיין שנוי הסדר, ואין טעם לפשיטות זו בלא הקדמת היורשים לנותנים, עלינו לטעון איפוא, כי מלבד הטעות בפשיטות גם נשתנה הסדר מכוחה — ואף שהאפשרות קיימת, מכל מקום היא החוקה ביותר.
53. ראה המעשה שהובא באודרוע וממנו בתשובות מיימוניות על הרמב"ם באלכות אישות סימן ל"ה: התשובה מצוטטת ע"י רבינו ברוך בן שמואל (ממגנצה) ועליה דבריו של ר' דוד בן שאלתיאל, עיי"ש.
54. ראה בהערה הקודמת, ומאידך בסימן כ"ו שם (והיא תשובת מר"ם מרוטנבורג, וראה במהדורת הרמב"ם של פרנקל ע' תלד שצ"ן המקבילות בדפוס שו"ת מר"ם).
55. ריש כלל נ"ד.
56. ב"דרכי משה" על הגור אה"ע סימן נ"ה, ואח"כ בהנהותיו על השו"ע שם סימן קי"ח סעיף י"ט.
57. ראה סימן קי"ח שם בב"ש ס"ק כד, וב"תורת אבן העזר" לרב א. קרלין שם.
58. ס"ק ת.
59. ראה לעיל ליד הע' 36, ומבאן ראה לדברינו שם.

אדם הן את בתו (או קרובתו וחכיבתו) והן את ממזנו תקנו חכמי הקהילות את התקנה; אך אם הוא משום ירושה, הכיצד תקנו חכמים וקהל לעקור ירושה מדאורייתא (או אפילו מדרבנן) והעבירה למישהו אחר? ותירץ שם שכיון שבד"כ הקרובים לרשת הם המה הנותנים, כך תקנו חכמים ו"לא פלוג"; וכבר התקשה הרב הרצוג בתירוץ זה<sup>60</sup>, ולא הונח לו אף בסברת התשב"ץ שהוא מכח "הפקר ב"ד"<sup>61</sup>, ותירץ בסוף עפ"י המהרשד"ם<sup>62</sup> והמב"י<sup>63</sup> שלסוברים שהנדוניה חוזרת לנותניה הוא מטעם "תנאי בנשואין";

נמצא איפוא כי המחלוקת בענין זה תלויה בטעם התקנה ובמקור תקפותה: לדעת הסוברים שהוא מכח אמדךדעתיהנותן, הנדוניה אמנם חוזרת לנותניה, ומסתבר שזו היתה דעתו המקורית של רבינו תם — שהרי הוא הוא שפיתח מקור זה<sup>64</sup>; לעומת זאת, היו אחרים שחלקו על דעתו וסברו כי הטעם העיקרי הוא משום "תנאי בנשואין" והאפשרות להתנות ככל שירצו בני הזוג. ולפי טעם זה זכאית היתה האשה לקבוע מי יהיו יורשיה, ולפיכך אפשר להעדיף את יורשיה שלה על פני הבעל, ואף בניגוד לדיןתורה! ושמה תוסבר במחלוקת זו נקודה מעניינת נוספת — מדוע חזר בו רבינו תם?

ג. תורת רבינו תם מתקנתו:

התוספות בסוגית כתובות העירו<sup>65</sup> כי רבינו תם "חזר בו בסוף ימיו מאותה תקנה"<sup>66</sup>, וכבר העיר אסף<sup>67</sup> כי "אמנם אין הדבר ברור". ובאמת צריך עיון מדוע יחזור בו רבינו תם מאותה תקנה שכבר נהגה, כפי שראינו בנרבוניה, והסכימו עליה כל חכמי דורו? ומענין לענין באותו ענין: גם אסף (שם) וגם אברמסון<sup>68</sup> העירו על התופעה המוזרה, שאף כי חזר בו רבינו תם מתקנתו, מכל מקום למעשה נהגו בה ואף חזקוה!<sup>69</sup>

60. במאמרו ב"תלפיות", ראה לעיל ע' 258, ושם עמ' 15-16.

61. ראה לעיל ע' 321.

62. בשו"ת חלק אה"ע"ו סימן קי"א.

63. בשו"ת ח"ג ס" ב.

64. ומכאן שצדק אמנם פינקלשטיין באשר למקוריותו של נוסח N — אך לא מטעמנו; יתר על כן — מנוסח התקנה במדרכי (ראה הע' 50) נראה שקשה לקבל הצעת תיקונו, שכן הגירסה שם "לנותנין לה או ליורשיה" — ולא נשתנה הסדר, והנוסח בשתי האפשרויות הוא בלשון רבים, ועל כרחך שיש כאן נסוח טנטטיבי, ותו לא! וראה עוד בשבליהלקט (ראה לעיל ע' 180) מ"משפטי הכתובה" לראב"ה שגרס להחזיר הכתובה ליורשית.

65. דף מ"ז ע"ב, הוא ככל הנראה ר' אליעזר מטוך, כפי שעולה מן התשובות שפרסם קופרס (הע' 34) בנספח פסקה ד', ע' 421 ואילך (מתכמי אוסטריות), ובוה מתוספת ראה לדעתו של פרופ' אורבך (בעה"ת ע' 490) כי אמנם ר"א מטוך הוא עורך התוספות שלנו למס' כתובות.

66. וכן הוא בריטב"א ובשנויים בשטמ"ק, וראה מש"כ בזה מו"ד ש' אברמסון במאמרו על תקנת ר"ת ב"סיני" (לעיל ע' 324 הע' 35).

67. שם ע' 92 הע' 4 — עפ"י פסקי הרקאנטי סימן תקי"ד ושו"ת בנימין זאב ס"ו ס' (תשובה זו גם מובאת ע"י וולף, דיטרטציה).

68. ראה הע' 66.

69. האריכו את ולותה גם לשנה השניה, וראה אצל פינקלשטיין ע' 58 ואצל אסף ע' 92 הע' 6 — והן

דומה כי ההסבר פשוט בתכלית: תוקפה של התקנה עפ"י "אמדן דעת הנותן" יש בו מקום לבעל דין לחלוק, ומסתבר שהיו חכמים שלא קבלו את התקנה כלשונה, ולא הסכימו לעצם ההנחה שאב גותן מתנה לבתו עם נשואיה על דעת שאם תמות שלא יירשנה בעלה; מכח התעצמויות אלה, סבר רבינו תם בסוף ימיו כי מוטב להשאיר דיךתורה על מכונו, ולעכב את ירושת האשה ולהעבירה לבעלה בלבד. אלא שמנהג שהתחילו לנהוג בו אינו נפסק מעצמו, ובמשך דור או שניים נהגו יהודים בהתורה הנדוניה במקרים אלה, ואע"פ שלא היה בסיס חוקי לנהוג זה; משראו חכמי מגנצא (וקהלות שו"ם), ור' דוד ממניצבורג בראשם, כי הנהוג מקובל ומשתרש, חזרו ומצאו כי יש תוקף למנהג זה מכוחו של "הפקד ב"ד" וסמכותו להכיר ב"תנאי בנשואין" כשהוא מקובל מכללא, מכוחו של הנהוג הרווח. ומשבאו חכמי וקהל שו"ם לחדש את תקנת רבינו תם בתוקף מחודש, כבר היה גם מקום לשנות את נוסחתה ולהעביר את הנדוניה לירשיים.

בהתחדש התקנה, נוסף בה גם ענין אחר: לא רק הבעל מתויר את הנדוניה<sup>70</sup> לירשיי האשה, אלא אף האשה — אם מת בעלה — מתוירה מה שהכניס הבעל כנדוניה; לדעתו של פינקלשטיין<sup>71</sup> ההבדל נובע מן ההבדל במציאות: בעוד שר"ת מנהיג את תקנתו עפ"י מציאות זמנו בצרפת, הנה חכמי שו"ם שמו לב למציאות ששררה בגרמניה בזמנם, שם נהגו הורים להשיא את ילדיהם בקטנותם, ושני הצדדים העניקו מתנות נשואין במשותף לזוג הצעיר; על כן היה מקום להשוות בין הדרישות אל האשה והבעל, והתקנה נהגה בשוה<sup>72</sup>. אעפ"כ, לא נהגה תקנה זו בצרפת — גם בדורות מאוחרים יותר, ותקנת ר"ת היא שהמשיכה לשרור בה; תשובת רבת ענין בנושא זה מצויה לפנינו בהגהותמרדכי בסוף קדושין<sup>73</sup>:

"ראובן השיא בנו ונתן ב' לישרין לנדוניה ומת (- החתן) בתוך שנתו והאשה גבתה הכל בכתובתה, וראובן תובע מכה תקנת ר"ת שתקן להחזיר לאבי הבת אם מתה תוך שנתה משום עגמת נפש<sup>74</sup>, וכל שכן לאבי הבן, דאיכא עגמת נפש טפי!

הנקראות תקנות שו"ם. אמנם יש מקום לומר כי תקנת ר"ת אומצה ע"י קהלות שו"ם עוד לפני שהתקנו שם התקנות בתתק"ף (1220) — ראה נוסחן ודיון אצל פינקלשטיין ע' 218\*250 — שכן איננה נזכרת שם בין התקנות; אך כבר העיד אסף (שם) כי התקנה מובאת בראשונים בשם ר' דוד ממניצבורג ור' ברוך ממגנצא, מראשי הועד בתתק"ף, וצ"ע.

70. לפי תקנת ר"ת המדובר הוא בנדוניה כולה, וכן הוא עפ"י נוסח א' של תקנת שו"ם בשנה ראשונה, ובשנה הב' — המחצית. לפי נוסח ב' של התקנות, בכל השנתיים מחזירים רק המחצית, וראה שם אצל אסף.

71. שם ע' 58\*9.

72. ראה מש"כ בענין זה פרופ' יעקב כץ במאמרו על "נשואין וחיי אישות כמרצאי ימה"ב", ציון כרך י' (תש"ה) (דומני כי זה המאמר הראשון בו ניסח המחבר את המתודה הסוציולוגית-היסטורית שלו) ע' 21 ואילך; בע' 25 שם מוזכר המחבר כי נדונית הכלה היתה ברגיל גדולה משל החתן.

73. בסימן תקנ"א: וראה פינקלשטיין ע' 166\*7 הערה 2.

74. אזכור זה מוכיח, שוב, כי צוטטו של ר"ת מן התו"כ בא לנמק התקנה.

והאלמנה משיבה: (א) אין עונשין מן הדין<sup>75</sup>; (ב) ועוד, היכא דאיתמר — איתמר (- כלומר, במקום שנאמרה התקנה — נאמרה; אך במקום שלא נאמרה, כגון במקרה דידן, אין היא תקיפה); (ג) ואפילו מהלכת אין דנין ק"ו, כלישכן מתקנה; (ד) ועוד, אפילו לר' אלעזר דאמר "זיל בתר אומדנא" וכו'<sup>76</sup> — מכל מקום מן הנשואין גובה הכל, ולא אזל בתר אומדנא. ויש לתת טעם, לפי שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות<sup>77</sup> — גמר ומקנה הכל, אפילו התוספת דאמדינן ליה — סמכה דעתיה.

— נראה (- מכאן ואילך החשובה), 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 שאצלינו באותו דעת, ושלום עזריאל בן יהיאל<sup>78</sup>.

נמצא איפוא שבדור האחרון של בעלי התוספות, עדיין נהגה תקנת ר"ת בצרפת (ודווקא היא ולא תקנת שו"ם), והנסיין ללמוד ממנה ולהרחיב תחומיה נתקל בהתנגדותם של חכמים (על אף שהתל להיות רווח לתת נדוניא גם מצד הבן).  
זה לשונה של תקנת שו"ם<sup>79</sup> בענין זה:

"ומצאתי בתשובת ר"ב<sup>80</sup> ממגנצא ובתשובת ר' דוד מגינצבורג<sup>81</sup> שהקהילות עשו תקנה על כל איש ואשה שעשו נשואין ונפטד לעולמו אחד מהם בלא זרע בתוך שנתיים שיחודו חצי נדוניא ליורשי המת".

75. כלומר, אין להסיק מסקנות הלכתיות מקל וחומר (=דין), וראה בערך זה באנציקלופדיה התלמודית כרך א' ע' שכא ואילך; אך טענה זו כאן מסופקת שהרי סוברים רבים שבמזמן אין כלל זה תופס (ר' באנצ' התל' שם ע' שכג) ולא נאמר אלא לגבי ענישה במיתה או מלקות.  
76. הוא ר"א בן עזריה הסבור, כדלעיל, "שלא כתב לה אלא ע"מ לכנסה", ומסתמך איפוא על אמדךדעתי המתחייב.  
77. ראה בערכו באנציקלופדיה התלמודית כרך י"ג ע' תשב. (בערך חזקה בטבע האדם).  
78. הוא כנראה תלמיד רבינו פרץ והמהר"ם מרוטנבורג, ראה אצל אורבך, בעה"ת ע' 463.  
79. ראה במרכזי הנזכר למעלה הע' 50.  
80. הוא רבינו ברוך בן שמואל ממגנצא, ראה עליו אצל אפטוביצר, מבוא לספר ראב"ה ע' 329, ואורבך בעה"ת ע' 352 ואילך.  
81. הוא רבינו דוד בן קלונימוס (היה ממשפחת הקלונימוסים הנודעת?) ממינצבורג, אפטוביצר שם ע' 335, אורבך שם ע' 302. ור' הערת קופפר שם, ע' 162 הע' 1.

ודומה כי אף שתקנה מחודשת לפנינו, הנה ראו חכמי אשכנז לסמכה על תקנת רבינו תם — ומעין ראייה לדבר מצאנו בתשובה לתלמיד מהר"ם<sup>82</sup>:

"כתב תלמידו של הר"מ וזה לשונו: נראה לי מזה שתקן ר"ת להחזיר הנדוניא לאב, לא על הבת לבדה תקן — אלא אף על מיתת הבן תקן, ומה שלא הזכיר הבן משום דבצרפת נוהגות הבנות ליתן הנדוניא ולא החתן; אבל אם היה הבן נותן הנדוניא ומת תוך השנה — הנדוניא הוזרת גם לאביו, וכן דנתי לפני הר"מ והודה לדברי<sup>83</sup>, עכ"ל".

וראה עוד בענין זה בשו"ת מהר"י<sup>84</sup> סימן ע"ו.

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

תקנת רבינו תם (ותקנת שו"ם הסמוכה עליה) עוררה במאה ה' בעיה חדשה: האם נתכוונה התקנה רק להחזרת הנדוניא שקצב האב לבתו, או שמא הוא הדין גם לנכסים שהכניסה האשה לנשואין מעצמה — כלומר, נכסי מלוג? לכאורה, אם הטעם הוא מחמת אמצדעת'הנותן, הרי שאין הדבר כן בנכסי מלוג, שהרי אלה באו לרשות הבעל מכוחה של האשה, ובוה לא שייך "אמצדעת" שנתקן בו תקנה? והנה מצאנו, למרבית ההפתעה, כי אעפ"כ היו חכמים שסברו כי תקנת ר"ת חלה גם על נכסי מלוג, ולהמחשת הענין הנה תשובתו של המהר"י<sup>85</sup>:

"ובנכסי מלוג דידן, יש מרבותינו הגדולים דסבירא להו דירית להו בעל — כמו פסקי מהר"ח בהג"ה<sup>86</sup> דאפילו ר"ת מודה. ואני בער אומר, דודאי מדינא דגמרא מודה ר"ת דלא שייך בהן אומדנא, אבל תקנת הקהלות שייכא כמ"י<sup>87</sup> בנכסי מלוג.

82. בהגות המרדכי הנספחות לכתובות רמז רפ"ז.

83. וראה שם בהגות אנשי שם (אות ה') בשם מהר"ם (ר' מנחם טיקטין, תלמיד הרמ"א) שהזכיר התשובה החולקת של ר' עזריאל הנוכרת למעלה, וכבר הזכיר את המחלוקת הר"ש אברמסון במאמרו הנ"ל ב"סיני".

על ספר המרדכי, מחברו, הגות המרדכי ועוד — ראה: אברהם הלפרין, ספר המרדכי השלם, מסכת בבא קמא (חיבור לשם קבלת דוקטור לפילוסופיה, אוני' בראילן, רמת'גן תשל"ה) חלק א' — מבוא, עמ' 381.

84. דפוס קראקא תרמ"א (ד"צ תל אביב תש"ד).

85. שו"ת מהר"י'ל החדשות, מהד' סך ירושלים תשל"א, סימן ר' (ע' שכח). וראה מקבילתה בשו"ת הנדפס סימן ס"א, וכיו"ב כתב שם מהר"י'ל בס"י ע"ו ופ' ור' לעיל ע' 142.

86. הגות אשר"י לכתובות פ"ד סימן ט'. המהר"ח הוא ר' חוקיה ממגדבורג, כן דורו של המהר"ם מרוטנבורג (ראה אצל אורבך, בעה"ת ע' 441 ואילך).

87. כנראה שהכוונה ל"כמה", ופירושו "שייכת מאד".

ומנה אמינא לה? דמהר"ם פסק בתשובה שבמיימון<sup>88</sup>, דכיון שלא ירית לה בעל מכח תקנת הקהילות אין חייב לקברה<sup>89</sup> — ואם איתא דירית לנכסי מלוג, חייב לקברה משום ירושת נכסי מלוג, כדאיתא ריש האשה שנפלו דקאמר דתקנת קבורה ג"כ תחת ירושת נכסי מלוג<sup>90</sup>. ואף אם לא היו שם נכסי מלוג בהיא עובדה, מ"מ נתחייב בקבורתה — אטו אי ליכא נדוניא לא מחייב בקבורתה? אלא כיון דראוי היה לירש מתחייב בקבורתה — זכן כל תקנתא המזונות ופרקונה הכי הוא, אפי' ליכא הני דתחתיהן<sup>91</sup>.

ומוסיף מהר"ל ונותן טעם לדבר:

"הלכך נראה לע"ד דתקנת הקהילות הוי נמי מנכסי מלוג, דהוי נמי עגמת נפש דאבל הלא ודאי ויכוזו זרים חילם ואיש נכרי יאכלנו, כיון דלא הגיחה זרע קיימא, והיה דאוי להחזיר למי שנתנם כמו הנדן, אלא דלא שייך לאהרורי לכל חד וחד".

כלומר, גם בירושת נכסי מלוג קיימת עגמת נפש בכך שהאשה הבת-האחות מתה וירושתה מגיעה למשפחת זרים, ועל כן מן הראוי שהירושה תחזור למי שממנה הגיעה, אלא שקשה להחזירה למי שממנו הגיעו הנכסים, ועל כן תחזור ירושת נכסי מלוג לקרוביה של האשה.

מדברי מהר"ל משמע בבירור כי רבינו חם לא תקן על נכסי מלוג, אלא שרק "תקנת הקהילות" (שו"ם) חייבה כן; האם לפנינו השפעה של מקור אחר על קביעת זו? נראה בעיני שהדבר יתכן; בשו"ת הגדפס מזכיר מהר"ל<sup>92</sup> את תקנת טוליטא (= היא היא תקנת טוליטולא, טולידו), ועל פיה חולקים הבעל יורשי האשה את כל נכסיה, צאן ברזל ומלוג גם יחד<sup>93</sup>, וזאת בניגוד לתקנת דמשק, עפ"ה מקבלים יורשי האשה את כל הנכסים, אבל רק צאן ברזל<sup>94</sup>.

88. היא התשובה שבראש סימן ל"ה שם.

89. ראה דיונו בסעיף הבא.

90. ראה תוספות כתובות פ' ע"ב ד"ה או, ולעיל ע' 117.

91. ובנדפס בסימן ס"א תוסף שכך פסק גם רבינו יקר (בן שמואל) הלוי (והוא חבירו של מהר"ם רוטנבורג — כהערות ארזב, בעה"ת ע' 452, וכן משמע ממה שהזכיר החיד"א בשה"ג בערכו שנוכר כמה וכמה פעמים בשו"ת מהר"ם, ודלא כדעתו של רח"ם באוה"ח ע' 515 שהיה תלמיד רבינו חם (ו), ואכמ"ל) — בדונו על יתום מאב ואם ונשא ומת ותבעו ע"פ תקנת הקהלות בנכסי מלוג.

92. בסימן פ'.

93. ראה לזה בשו"ת רבינו יהודה בן הרא"ש ("זכרון יהודה", בערלין תר"ז = ד"צ ירושלים תשכ"ח) בסימן נ"ט (ע' יא ואילך), שו"ת רשד"ם אה"ע סימן ק"ג, אסף ע' 87-88, וולף דיסטציני ע' 163, הגרי"א הרצוג ב"תלפיות" ע' 19 ואילך.

94. ראה אצל אסף שם הערות 4,5 בע' 86 — עפ"י שו"ת ר' בצלאל אשכנזי סימן י"ב, ומהר"ם גאלאנטי סימן ק"ב.

נראה כי עם חידוש הקשר הרצוף בין תורת אשכנז וספרד בימיהם של הרשב"א והרא"ש הגיעו הדין של התקנה הספרדית לאשכנז אל חוגו של המהר"ם מרטנבורג וירש"י; העדות הקדומה ביותר להחלטה של התקנה על נכסי מלוג מצויה בפסיקתם של מהר"ח ור"י יקר, שניהם בני תקופתו של מהר"ם; יתכן איפוא כי שוב השפיע הנוהג והנורמה המקובלת על הפסיקה והפרשנות: כיון שראו חכמים שישראל נוהגים בתקנה גם בנכסי מלוג, והלכו והתרכו התיבועות על רקע זה, ראו צורך לקבוע את התקנה עפ"י הנהוג, ובאו ופירשוה כפי שראינו בדברי מהר"ל אע"פ ש"מדינא דגמרא"<sup>95</sup> מסכים מהר"ל שלא לכך נתכוון רבינו תם;

דומה כי מכאן חזק נוסף לטענתנו כי עם חידוש התקנה בשו"ם, נוסף לה מימד של תוקף-חוקי מכת הנוהג, הפקר ב"ד ותנאי בנשואין, ועל כן יכולים היו בדור שלאחר מכן גם להרחיב את חלוצה, מתוקף אותם נמוקים, על נכסי מלוג שלא נכללו בה מלכתחילה. מעין ראייה לדברינו במש"כ בעל כנסת הגדולה, הר"ח בנבנישתי<sup>96</sup> על המחלוקת בשו"ע אה"ע אם נוהגות התקנות בנכסים שהביאה האשה מעצמה<sup>97</sup>. והעיר כי לשיטת הרשב"א שתוקף התקנות "מפני דרכי שלום"<sup>98</sup>, הרי שבאמת הוא הדין לנכסי מלוג כמו לנכסי צאן ברזל; נראה כי הטעם, כאמור, קובע את חלוצה והיקפה של התקנה;

אם כנים דברינו, נראה לנגד עינינו תהליך רב ענין של התגבשות החקיקה-הפנימית מאוחרת בתקנתנו: מתקנה מבודדת של הסכם בין בני הזוג (תנאי ר' יוסי) לתקנה ממוסדת (ומפוקפת!) של רבינו תם בהיקף מצומצם; ממנה הרחבה ע"י התפשטות הנוהג והרחבת הבסיס החוקי וע"י כך גם באשר להיקפה של התקנה (לכן כמו לבת, למלוג כמו לצ"ב, לשנה ב' כמו לשנה א') — ושוא גם מתוך ההשפעה שבאה מכיוונה של טולידו הספרדית<sup>99</sup>.

הבה נבדוק, איפוא, את מערכת הקשרים בין התקנה-התקנות הניידות, וחיוב הקבורה המוטל על הבעל, האם תימצא לנו סייעתא להנחתנו משם?

ה. חיוב הבעל בקבורת אשתו לאור תקנות-הקהל בירושת הבעל:

כיון שחיוב קבורת אשתו הוטל על הבעל בצמוד לזכותו לרשת — "זה תחת זה"<sup>100</sup>, נשאלת השאלה האם עדיין מוטל חיוב הקבורה על הבעל גם לאחר שהופקעה ממנו זכות

95. בלא ספק שזה בטוי משאל, שהרי תקנת ר"ת עכ"פ אינה בבחינת "דינא דגמרא"; הכונה, כנראה, ל"דין היסודי".

96. בן המאה ה"א, רבה של איזמיר. דבריו בכנה"ג לאהע"ז סימן ק"ח הגה ט"ז ס"ק ו, והובאו אף ע"י הרב הרצוג ב"חלפיות" שם.

97. שו"ע אהע"ז סימן ק"ח סעיף ט', וראה שם בהגהת הרמ"א, בב"ש וחי"מ ובהגר"א.

98. ראה לעיל ע' 323 הערה 32.

99. וזאת למרות קביעתו הברורה של המר"ל כי "תקנת טוליטא היתה מבוואר בענין אחר מתקנת הקהילות" (סימן פ' בשו"ת הנדפס).

100. ראה לעיל בפרק הרביעי, ע' 110 ואילך.

הירושה במידה מלאה או חלקית; בדיוגנו למעלה<sup>101</sup> העמדנו על החקירה אם התקנה של "זה תחת זה" היא כתמורה או כנימוק, ותלינו בה כמה מן הדעות השנויות במחלוקת.

אף העמדנו שם על כמה תשובות העוסקות במישרין בכעיה דילן<sup>102</sup>, והרי סכומן בקצרה: לדעת מהר"ם אינו חייב לקבור<sup>103</sup>, וכן פסק בעקבותיו מהרי"ל<sup>104</sup> 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 מכה תקנת חז"ל<sup>105</sup>. לעומת זאת, ראינו כי הרשב"א<sup>106</sup> והתשב"ץ<sup>107</sup> סבורים כי על אף תקנת הקהל או ההסכם בין בני הזוג — חייב הבעל לקבור; בין האחרונים סבור בעל שבות יעקב<sup>108</sup> כי הבעל חייב בכל הוצאות הקבורה אף אם ירש רק חלק, ולעומתו ה"פנים מאירות"<sup>109</sup> סבור שאם אין ירושה אין קבורה; כיו"ב נחלקו הב"ש והה"מ<sup>110</sup> אם חייב הבעל בכל ההוצאות או רק יחסית למה שירש.

שתי שאלות עולות מיד מתוך סכום זה:

(א) מתקנת רבינו תם, שהיא הבסיס לתקנת הקהלות ולדעתם של מהר"ם ומהרי"ל, נראה שהוא מחייב את הבעל בקבורה<sup>111</sup>; קשה לפרש הדברים עפ"י הנוסח "רק מן הנמצא בידו יתעסק בקבורתה" שכוונתו שהקבורה תחול עליו משלו, שהרי בזה אנו מרחיקים לכת מעבר לצדק הטבעי — אך מכל מקום ברור שכוונת ר"ת שעצם החיוב מוטל על הבעל בגופו, וממנונה של האשה. מדוע, אימא, סבורים ר' מאיר בן כרוך מרוטנבורג והמהרי"ל כי מכתה של תקנת הקהילות פקע חיובו של הבעל לקבור את האשה מכל וכל?

ואף שמדברי מהרי"ל נראה כי סיבת הדבר בתוספת שיש בתקנת הקהלות על ר"ת — והיינו בסלוק זכותו של הבעל לרשת את נכסי המלוג, הנה עדיין יש מקום להקשות מדוע נפטור את הבעל מן ההתעסקות בקבורה, ומדוע לא נחייבנו בכך כאשר הוצאות הקבורה יבואו מרכושה של האשה (כתקנת ר"ת)?

שמא יש לומר, כי לדעתם עם תקנת הקהלות לא רק הפקע ממונה של האשה מיד הבעל, אלא אף מעמדו כירוש; וכיון שראינו כי הקבורה חלה בדרך כלל על היורשים, אי"כ בפקוע

101. שם, וראה בסעיף "נימוק או תמורה" בע' 127, ובסעיף "קבורה בלא ירושה", ע' 133 ואילך.
102. ראה שם ע' 141-144 והבא לכאן.
103. עפ"י תשובתו הנ"ל הערה 88.
104. לעיל ע' 331, ובפרק רביעי לעיל ע' 143.
105. ראה שם ע' 143 והערה 9-178.
106. לעיל ע' 143 והערה 180.
107. לעיל ע' 144, הערה 185.
108. שם ע' 144 הע' 192.
109. שם.
110. שם, ובפירוט לעיל 131.
111. ראה בפירקנו למעלה "קושי בטקסט" ע' 325; כנוסח הגרדכי הנזכר שם מצאתי גם בפקס הרא"ש (לעיל ע' 316) ובמשפטי הכתובה לראבי"ה.



זכותו של הבעל לרשת, וכיון שעם המוות גם פקעה השאירות שבין בני הזוג — שוב אי אפשר לחייבו בקבורה, לא מצידה הכספי ואף לא מצידה המעשי<sup>112</sup>

(ב) האם מצטיירת לפנינו מחלוקת אשכנזספרד? מהר"ם ומהר"ל כנגד רשב"א ותשב"ץ — האם מייצגים הם את שיטות הלימוד והפסיקה, הנוהג והתקנה של ארצות-האיזוריהם? דומה כי לפי ההסבר דלמעלה, יתבארו הדברים בפשטות: הרשב"א והתשב"ץ דנים בתקנת טולידו (= טולידולא), ולפיה אמנם נשמר מעמדו של הבעל כירוש — שהרי עדיין יורש הוא את מחצית הנכסים; על כן חייב הבעל בקבורת אשתו. לעומת זאת, מסתבר כי מהר"ם ומהר"ל דנים בתקנת הקהלות המקנה את כל נכסי האשה (בתנאי התקנה — תוך יב"ח, בלא ושב"ק<sup>113</sup>) ליורשיה, ולפיכך באמת אין הבעל יורש ויש לפטרו מן הקבורה!

אלא שעדיין יש מקום גם לשיטת-פשרה: שמא אין הבעל חייב לקבור לבדו, ויש מקום להטיל חלק יחסי מהוצאות הקבורה גם על היורשים מצד האשה? כך נראה מתקנת רבינו תם<sup>114</sup>, והדבר בולט עוד יותר בפסקיהם של אחרונים, לדוגמא:

1. האלשיך<sup>115</sup> דן בתקנת צפת<sup>116</sup> — ופוסק כי הבעל יוריד מן הנדוניא את התכריכים ושאר צרכי קבורה, ובשאר יתחלקו לפי התקנה (שליש לבעל 2/3 ליורשי האשה) — ומכאן איפוא שהקבורה מתחלקת בין היורשים באופן יחסי.

2. כיו"ב פסק הרדב"ז במצרים<sup>117</sup>: אע"פ שלכאורה צריך היה הבעל לקבור מחלקו (שהרי בהיותו מוגדר, כאמור, כירוש — 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 הקבורה<sup>118</sup>, לכן יד התקנה על התחוננה<sup>119</sup> ולא יטלו יורשי האשה אלא את המחצית<sup>120</sup> ממה שישתייר.

112. ולפי זה אין נפקאמינה לשיטתם אם נימוק כאן או תמורה, שכן מכוחה של תקנת הקהילות — לא רק שאין כאן תמורה, אלא אף כוחו של הנימוק פקע.

113. לענין זה, ראה להלן בסעיף הבא, ע' 336 ואילך.

114. דהיינו, שהבעל קובר מממנה של האשה טרם החזירו את הנדוניא.

115. בשו"ת סימן כ"ז (והובא אצל וולף, ע' 137); ר' משה אלשיך היה תלמידו של הר"י קארן, ונפטר בערך ב-1600.

116. ראה אצל אסף ע' 89; תקנה זו עברה שניים, אך בסופו של דבר לא נתקבלה ומנהג דמשק הוא שנתפשט.

117. בשו"ת חלק ד' (לויוורנו ת"כ) סימן רס"ה; וראה בדומה בתשובה קודמת בסימן קמ"ד (שצוטטה לעיל, ע' 118, בהקשר אחר).

118. ומענין לציין, בהקשר זה, שבאף אחת מן התקנות (חוץ מתקנת ר"ח) לא נדון ולא נזכר חיוב הקבורה כלל!

119. שהרי התקנה באה לעקור דין תורה (או תקנה קדומה "דינא גמרא"), ובמקום שלא באה הסכמה מפורשת על עקירה שכזו, נשאר הדין על עומדו ואין לבטלו ע"פ פרשנות או פלפול גרידא. כלל פרשנות זה נוהג, למשל, גם במשפט המקובל באנגליה, ראה Salmond, Jusisprudence, London 1966<sup>12</sup>, p. 138.

120. הרדב"ז דן בשאלה על מי חובת הקבורה עפ"י תקנת דמשק.

ומוסיף הרדב"ז, כי בדומה פסק הרא"ש שאם היו חובות על ירושת האם, יחלקו האב עם הבנים<sup>121</sup> רק לאחר פרעון החובות<sup>122</sup> — ואם כן קל ותומר לנדון שלפנינו: אם חיוב מלוה שבא ממקום אחר פורעים מן האמצע, עאכ"ז בחיוב קבורה שהוא חיוב המוריש בעצמו! ועדיין יש מקום להקשות: לפי אותם מן הראשונים הסבורים שחיוב הקבורה בא במקום מנהמאתיים שמהם נפטר הבעל במותה של האשה<sup>123</sup>, ואת אלה, מכל מקום ולפי כל התקנות, יורש הבעל לבדו, וכן מצינו ביבמה<sup>124</sup> שיורשי הבעל זייבים בקבורתה מחמת כן, מדוע לא נחייב גם לפי התקנה את הבעל בקבורה לבדו?

משיב הרדב"ז: ביבמה, שני הצדדים יורשים — הן יורשי הבעל (=היבם), והן יורשי האשה, ולכן יש מקום לחייב בקבורה את מי שיורש את הכתובה, אבל במקרה שלנו יורשים קרובי האשה מכח התקנה, ומאן לימא לן שלא היתה התקנה שיחלקו אחרי נכחי הוצאות הקבורה? וכיון שאין הדבר מבורר, לעולם יד התקנה על התחונת, וההוצאות מן האמצע<sup>125</sup>.

נסכם איפוא: אף שאין התקנות דנות, בדרך כלל, בחובת הקבורה — מכל מקום נודעה להן השפעה מכרעת על חיוב זה; לשיטת פוסקי אשכנז ועפ"י תקנות שו"ם, הפקע מעמדו של הבעל כיורש והוסרה ממנו חובת הקבורה; לשיטת ראשוני ספרד ועפ"י תקנות טולטולא ודומותיה — נשאר הבעל יורש ומחויב בקבורה לבדו; ואילו לחלק מן האחרונים נראית מועדפת שיטת-פשרה, הגורסת כי יש לנכות את הוצאות הקבורה מכלל הירושה טרם חלוקתה והעברתה<sup>126</sup>.

ו. זרע של קיימא (זש"ק):

בתנאי ר' יוסי<sup>127</sup> נאמר במפורש "אי מיתת בלא בני", ומכאן שאין התנאי חל אלא אם כן

121. תקנת טולטולא, חילק האבהבעל עם הבנים את ירושת אבם (כלומר, התקנת אמורה אף אם יש לאשה זש"ק).

122. ראה בשו"ת הרא"ש כלל ג"ה סימן ו'. וראה בכלל ל"ח סימן ג' שפסק אחרת — משום ששטר הנדוניא קדם לשטר החוב, ואם כן זכו הבנים בנדוניא אמם (עפ"י התקנה) טרם נשתעבדו הנכסים לבע"ה אביהם.

123. ראה לעיל פרק שלישי 2, ובמיוחד שם בע' 116 בטבלת הראשונים.

124. ראה לעיל ע' 195 ואילך וכמ"כ במאמרי "בחיוב קבורת אלמנה ושומרת יבם וירושתן", דיני ישראל כרך ח' (תשל"ז) ע' קצא-קפו.

125. ובכך חולק הרדב"ז? במפורש על התשב"ץ, לעיל ע' 122, שפסק שהקבורה על הבעל משום מנהמאתיים שהוא יורש. (וראה שו"ת תשב"ץ ח"ב רס"ז).

126. ומכאן תימה על השו"ע שבסימן פ"ט (אה"ע) לא הזכיר כלל ענין זה דן בחיוב הקבורה כעומד לעצמו; אך עוד יותר תמוה הדבר לגבי חכמי דורנו — כרב א. קרלין שדן בפירוט בתקנות הקהל (בסוף ספרו "חזרת אבן העזר", סימן קי"ח) אך לא רמז אפילו לפרובלמטיקה המוצגת כאן, ועל ד"ר ב"צ שרשבסקי שבספרו היסודי "דיני משפחה" מדבר על חובת הקבורה והיביטה (ע' 225), אך אינו מזכיר או רומז להלכה המפורשת המטילה חיוב כספי זה על היורשים בשוה; האם משום שאין ספרו דן בירושה רשא המחבר להתעלם מן ההשפעה וההשלכה לדיני הקבורה שמאצילים דיני הירושה?

127. ראה לעיל ע' 155.

מתה האשה ולא הותירה בנים; תנאי זה מפורש אחר כך הן בתקנות האשכנזיות (ר"ת וש"ס<sup>128</sup>) והן בתקנות הספרדיות<sup>129</sup>, והוא מעורר מיד כמה שאלות:

- (1) האם אמנם מוסכם תנאי זה?
- (2) האם הכוונה רק לבנים זכרים, או גם לבנות?
- (3) מהי ההגדרה המדויקת ל"קיימא"?

לשאלה (1) נוכל להשיב בשלילה. יש דיון רביעני בנושא זה בספרות, ולא נוכל אלא לרמוז לו בכמה שרטוטים עיקריים.

בהגהות מיימניות מצינו<sup>130</sup>:

"ומכאן<sup>131</sup> פסק ר"ת שבעל לא יגבה נדונייתו לעולם אם מתה אשתו קודם שבא הממון ליד הבעל, אפילו בנשואין ואפילו יש לו בנים ממנה, דבכל ענין לא זכה כיון שלא בא לידו הממון. וכן היה דן ר"ת היכא דמתה אשה בתוך שנה של חופה שלא יזכה הבעל בנדונייתה והוי של אב. ועוד תקן ר"ת וגזר בהרם ובגרורי, ולא בתורת דין אלא בגזירה היה, שאפילו בא לידו הממון בנישואין ומתה אשתו יש לו לבעל לשלם הממון לחמיו, ואותה התקנה לא עשה אלא בזמן שאין לו בנים הימנה; אבל אם זכה ליבנות ממנה שם לא עשה גזירתו. ובספר המיעויות<sup>132</sup> כתב שלא פטמה גזירתו בכל ישראל".

מדברי ההגה"מ מתברר דבר חדש: לא תקנה אחת תקן ר"ת, אלא שתיים ואולי שלש: (א) שמה שלא גבה הבעל לא יחזור ויגבה אחרי מות אשתו לעולם, ואפילו יש לו בנים ממנה, (ב) כיו"ב בתוך שנה מן החופה; (ג) לא מן הדין אלא כתקנה וגזירה — תקנתנו הידועה.

משמע איפוא כי שתי הראשונות אינן בגדר "תקנה" אלא כהלכה פסוקה, ומבוססת — ככל הנראה — על "אומדן הדעת" שכותו יפה לגבי ההתחייבות מצד האב; כלומר, מה שכתב האב והבטיח לבתו בנדונייתה, כל עוד לא נתן בפועל, הרי שרשאי הוא לטעון כי התחייבות זו "על תנאי" היתה, ומשלא נתקיים התנאי (היינו, במות האשה ואי יכולתה

128. על אף פקוקו של קופפר (הנ"ל, ע' 318 בספרו) אם אמנם תקנת ש"ס היא, דומה עלי כי רשאים אנו לקרותה בשם זה, שכן עצם הסכמתם של רבינו ברוך ממגנצא ור' דוד ממינצבורג שהיו מראשי החותמים על תקנת ש"ס בתתק"ף (לעיל הע' 69) על התקנה, יחד עם עדותו של ר' יהודה בן שניאור משפירא (קופפר שם ע' 163 והע' 14) על "תקנת הקהילות" מוכיחה כי אמנם יש טעם בכך, ואכמ"ל.

129. ראה, למשל, בשו"ת הרשב"א במיוחסות סימן י', בשו"ת הר"ן סימן י"ד, ובתשב"ץ סימן רס"ה בח"ב. 130. לרמב"ם בהלכות אישות פכ"ב ס"ק א', ומשם בתרומת הדשן סימן שכ"א.

131. לעיל מיניה הביא פסק ר"ת כרבנו דר' נתן שהולכים אחרי אמן דעת הגותן והביא הברייתא בת"כ על "זתם לריק כוחכם" שלכאורה קושה ממנה על פסק זה, ותירץ "התם שאני, שכבר נתן זכה בהן הבעל".

132. סמ"ג לאוין סימן פ"א (דל"ג ע"ג בדפ' ונציה).

ליהנות מן ההבטחה, בטלה ההתחייבות; לעומת זאת התקנה מדברת על החזרת הכסף שכבר נתקבל. וכאן אין יפה כוחו של נמוק "אמרו דעתיהנותן", שהלא כבר נתן, ומה לנו תורהאב כי לין על מה שעשהו<sup>133</sup>

ומה שקשה על נוסחת ההגה"מ שכביכול ענין (א) ו (ב) ענין אחד הם, ומדוע הפרידו ביניהם, כבר הציע ליישב בעל גודע ביהודה<sup>134</sup> ע"י שנויים מזעריים במלים וסימני הפסוק כדלהלן: "שבעל לא יגבה נדונייתו לעולם וכו' כיון שלא בא לידו הממון וכן דן ר"ת. והיא שמתה אשתו וכו' והוי של אב — תקן ר"ת וגזר וכו'"<sup>135</sup>.

מדוע הבדיל ר"ת בין ההתחייבות שבטלה לבין התקנה — בענין "זרע של קיימא"? והרי השקול של "זתם לריק כוחכם" כוחו יפה בשוה בשני המקרים? דומה כי לא באה ההסתיוגות של "בלא זש"ק" אלא כדי להבטיח נכונותו של השקול של אמדן הדעת ששימש לר"ת נמוק עיקרי בתקנתו.

ויעיין בתשובת הגודע ביהודה<sup>136</sup> שנשאל על אשה שמתה לאחר שמונהחדשי נשואין והניחה בת שנולדה לשבעה והיה הוגג סמוך על שלחן אחיה של האשה אם זכה הבעל בכגדיה ותכשיטיה שעדיין לא באו לידו; ומקור ספיקו של השואל בדברי ר' שמואל מבווא ור' טוביה משיאן שהובאו במרדכי<sup>137</sup>, שלפיהם אם האשה בבית אביה ואוכלת משל אביה — "זכל של אביה", והספק איפוא אם דבריהם מקושרים לתקנת רבינו תם — ווו לא נתקנה אלא אם אין זש"ק, וכאן הואיל ויש בת זכה הבעל; או שמא המדובר שם בדין שפסק ר"ת, וכמו שהובא בהגהותמיימוניות, ואם כן לא זכה הבעל אע"פ שיש זש"ק.

בתשובתו מוכיר הגודע ביהודה את פסקו של הרמ"א<sup>138</sup> שר"ת פסק אפילו אם יש זרע של קיימא — ומפקפק בו, מכת תשובת מהר"ם<sup>139</sup>; מאידך הוא מזכיר כי בתוספות ובפסקי הרא"ש לא נזכר כלל התנאי של "זש"ק" בתקנת ר"ת — וסבור כי באמת אין בזה צורך, שהרי הסברא נותנת שאם הענין נובע מן הדרשה של "זתם לריק כוחכם", הרי שאם יש זרע אין בזכיית הבעל משום "לריק"! נמצא איפוא שיש מקום להרהר אחרי פסקי הרמ"א והב"ש והח"מ, הן מצד המקור והן מצד הסברא<sup>140</sup>.

133. ואע"כ הגימיק העיקרי לתקנה נשאר להיות אמדן הדעת, ומכוחו בא ר"ת לתקן "הפקעת ממון" זו, וראה לקמן.

134. ראה לקמן הערה 136.

135. אמנם יקשה עדיין כפל הכטוי "מכאן פסק ר"ת... וכן דן ר"ת"; ושמן יש לומר כי בפעם הראשונה אין זה רבינו תם אלא רבינו חננאל (תזכור כבר למעלה בקטע שלנו), וראה בשו"ת חוות יאיר סימן ע' שהעמיד על חלופים תדירים אלה בשל הדמיון בראשיהתיבות ר"ת — ר"ת, ולפי"ז הכל מיושב.

136. בהמדרא תנינא, חו"מ סימן מט.

137. ראה לעיל ע' 284, והרב הרצוג ב"תלפיות" (ע' 12) העלה להעמיד דבריהם בבעל מורד על אשתו.

138. בשו"ע אה"ע סימן נ"ב סעיף ד' בהג"ה, וכן הוא שם בח"מ וב"ש, ומקורם בתשובת תרומתהדשן סימן שכא.

139. על דרמב"ם בהלכות אישות סימן ל"ה, וראה לעיל ע' 331.

140. וראה בשו"ע שם בפתחיתשובה ס"ק ח' שציין לנוכח"י ולספיקו.

(וראה עוד בנודע ביהודה במקום אחר<sup>141</sup> שדן בשאלה אם זרע מאחות אשתו חשוב אף הוא "זרע של קיימא", ואע"פ שיש מקום לזה מצד הסברא, מכל מקום הכריע שהוא דבר מחודש ובלא מקור ואין להחשיבו).

לולא שיראתי, הייתי מעלה על דעתי כי יתכן ובאמת לא היתה בתקנת ר"ת המקורית כל הגבלה והתנאה בדבר זש"ק — וכשם שבפסקו הראשון לא דרש ר"ת זש"ק, וסבר כי התחייבותו של האב היתה ליתן הנדוניא כדי שתיהנה בחו זווקא — הוא הדין והוא הטעם באב שכבר נתן הנדוניא ומתה הבת תוך יב"ח, שבמקרה שכזה לא מן הדין הוא אלא מכוחה של תקנה — אך שוב בלא הגבלה; רק בהשפעת תקנת טוליסטולא (שכבר העמדנו עליה למעלה), נכנסה לתקנת הקהילות ההתנאה בדבר זש"ק, ומכאן חזרה ונכנסה גם לתקנת ר"ת המקורית... ולפי"ז נוסח התוספות והרא"ש שלא הזכירו זש"ק עיקר ולא הנוסח שהובא בספר הישר ובשאר המקורות לתקנת ר"ת, ומכל מקום מידי השערה לא יצאנו.

(הרב הרצוג, במאמרו ב"תלפיות", מזכיר כי מן התשובה על הרמב"ם הגי' 142 משמע שהתקנה היתה אף אם יש זרע של קיימא, ונפלאו ממני דבריו: הסימן שם מחולק לשניים: בחלק הראשון<sup>143</sup>, (בחימת המהר"ם בן ברוך) נזכר בפירוש ש"מתה הבת בלא זרע", וזהו מקור פקוקו של הנובי" הג"ל — שכן כאן זן מהר"ם לא ב"תקנה" אלא ב"דין" של ר"ת, בנדוניא שלא נגבתה ואפילו לאחר כמה שנים; ואילו בחלק השני של הסימן — והיא תשובת ר' דוד בן קלונימוס<sup>144</sup> — הדיון הוא בתקנת הקהלות 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 הנדוניא חוזרת לגותן או ליורש, ומן ההשמטה איפוא אין להסיק כי המגבלה איננה קיימת; ושמא לכך נתכוון גם הרב הרצוג בהמשך דבריו שם<sup>145</sup>).

וטרם נבוא לשתי שאלותינו האחרות, רצוני להזכיר תשובת הגאון<sup>146</sup> שפסק כי התחייבות האב לתת שפחה לבתו אינה תופסת משמתה הבת — "אדעתא דמיתא ביתי ושקלת את, לא כתבין לר'"; ושמא יש כאן מקור קדום לסברת "אמון הדעת" של רבינו תם...

אשר לשאלה (2) אם המדובר גם כבת, הנה ברור כי הבת היא בהחלט "זרע של קיימא" — וכך גם יוצא מתשובת הנודע ביהודה הנזכרת; להגדרתו המדויקת (3) של המושג "של

141. מהר"ת אה"ע סימן צ"ד.

142. בהערה 139.

143. שנוכר למעלה בשאלת הקבורה, ראה ע' 334.

144. לפיניו חתום דוד בן שאלתיאל, אך כבר אפטוביצר (מבוא לספר ראבי"ה ע' 336) הגיה ל"קלונימוס" (והוא ר' דוד ממינצבורג), וכן מוכח מן התשובה שפרסם קופפר בסימן ק"ג, ראה שם ע' 162 הערה 1.

145. ראה שם ע' 134.

146. תשה"ג אסף (תש"ב) סימן נ"ז הובאה לעיל ע' 45 עיי"ש, ואסף מחסה לרה"ג.

קיימא", דנו בו כבר הראשונים: הרשב"א<sup>147</sup> נשאל מה דינו של בעל כשהתינוק נולד ומת תוך ל' יום ללידתו, ופסק כי יד הבעל על העליגה 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 לנפל<sup>148</sup>.

וכן דן בשאלה זו המהרשד"ם<sup>149</sup> וקבע כי הקריטריון ל"קיימא" הוא אם חי הולד 30 יום, ובתשובה אחרת<sup>150</sup> מחלק בין ולד שכלו לו חדשיו לבין נפל, אך מסתבר שבתשובה הראשונה הוא מניח מראש שלא היה זה נפל, וראה שם שהביא דעת הרשב"א<sup>151</sup> שיש מקום לחלק עפ"י הנוסח המדויק שנכתב בכתובה, והיינו אם נכתב במפורש שיחיה הולד 30 יום אם לאו, וכן אם נכתבה הכתובה כך ש"אם ישאר ולד של קיימא" לא יחזיר (הבעל), הרי שנקבע כי הבעל הוא בגדר "מוחזק" ועל יורשי האשה להביא ראיה, אך אם הנוסח היה "אם לא ישאר" וכו' הרי האב מוחזק ועל הבעל להביא ראיה.

אמנם מתשובת הרמב"ם למדנו שאף לענין הזרע הדבר תלוי בניסוח התנאי: שכן הביא שם מקרה<sup>152</sup> בו היה נוסח התנאי כדלהלן: "ועוד קביל עלוהי נמי, דאם חס ושלום תתפטר כלתא פלניא דא בלא ולד יהדר פלגו נדוניתא לירתה מבית אביה"<sup>153</sup>, ובאותו מקרה היה לאשה בן שמת בגיל שלושים שנה בערך, ואעפ"כ פסק הרמב"ם לחלוק את הירושה!<sup>154</sup> אין ספק שהדבר תלוי בניסוח: אם המדובר ב"זרע של קיימא", הרי שהוא מוגדר כניגוד ל"נפל"; אך אם המדובר ב"ולד" סתם, כל שיש לה בן או בת — יורש הבעל, וכל שאין לה — אפילו היה "בר קיימא" — הל עליו דין התקנה.

נסיים סעיף זה, בדבריו של התשב"ץ המזכיר אף הוא את השקול של "אמדודעתהנותן" בהקשר מיוחד: בשאלו<sup>155</sup> מה דין המתנות שנתן אביה לכלה, הוא אומר שכודאי נתן לה

147. שו"ת האלף (ח"א) סימן תתקע"ו. וכן ראה לענין זה תשובת הריטב"א (מהד', קאפח תשי"ח) סימן ס' (ע' ס"ט) [ולענין פירש המהדיר דברי הריטב"א בהיפוך וצ"ע, ואכמ"ל].

148. מכאן משמע שבכל מקרה של ספק נחשב הבעל ל"מוחזק" מכה דירתורה שהוא היורש, ולכאורה מכאן שלשיטת הרמב"ם ודעימיה שהירושה היא דרבנן, יש מקום לומר שהתקנה הוציאה אותו גם מ"מוחזק" זו — וכן העלה המהריט"ץ, וחלק עליו בעל משנה למלך על הרמב"ם בהל' נחלות פ"א הלכה ח', עיי"ש; וראה בשו"ת פנים מאירות א"ב סימן קע"ד, שקבע כי במקרה של ספק בתקנה הבעל נחשב מוחזק והמוציא ממנו עליו הראיה — מפני שהוא זכוי בירושה מדין תורה, וע"ע בתשובת רשד"ם אה"ע סימן קכ"ה, ולקמן בסעיף על ההלכה בזמן הזה.

149. בשו"ת אבן העזר סימן קצ"א.

150. שם בסימן קע"ג.

151. בתשובה המובאת בב"י לאה"ע סימן קי"ח.

152. שו"ת הרמב"ם מהד' פריימן סימן ר', ע' 196.

153. חרגום: ועוד קבל עליו (תחתן) גם כן, שאם ח"י תמות כלה פלגית בלא ולד, יחזור חצי נדוניתה ליורשה מבית אביה.

154. אמנם רק מה שנותר מן הנדוניה, אך אין ענין זה שייך לכאן.

155. בתשובתו הנ"ל כ"פ, בח"ב סימן רס"ה.

ע"מ שתתקשט בהן בפני בעלה, ומכאן שאומדן דעתו שאם מתה שיחזיר הבעל בלאותיה (= היינו הבגדים הללו) במידה שהם קיימים.

#### 4 האם מבטלת תקנת הקהילות את תקנת אושא?

תקנת אושא קבעה<sup>156</sup> כי "האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה — הבעל מוציא מיד הלקוחות", והיינו שלא רק זוכה הבעל בפירות הקרקע כל עוד מקוימים הנשואים — על אף המכירה — אלא אף במותה של האשה, אין הלקוח זוכה בקרקע אלא הבעל יורש אותה כדינו; חדושה של התקנה הוא, שאף כי האשה בעלים גמורים על גוף הקרקע (או הנכס), תקנו חכמים שלא יהא תוקף מעשי למכירה זו אם תקדים האשה ותמות לפני בעלה, כדי שלא תבריא נכסיה מבעלה ע"י המכירה<sup>157</sup>. מעתה: לאור תקנות הקהל, המבטיחות ליורשי האשה חלק בנכסיה לאחר מותה — מתבטל חשש ההברחה; האם תהא, איפוא, האשה מוסמכת ורשאית למכור או לתת במתנה אותו חלק — והיינו שלא תתקיים בו תקנת-אושא?<sup>158</sup>

להמחשת השאלה, אציג כאן תשובה של רבינו חננאל<sup>159</sup> בענין אחר: האם רשאית אשה לתת במתנה (או למכור) מנכסים הראויים לבוא לה מבית אביה? זכור<sup>160</sup> הגבילה ההלכה זכותו של הבעל בירושת אשתו ל"מוחזק" ולא ל"ראוי"; האם אפשר, איפוא, שתמכור אשה נכסים אלה על אף תקנת אושא? ר"ח משיב בחיוב: האם מכאן ראייה שכל מה שאין הבעל יורש — נשאר בבעלותה הגמורה של האשה ונשמרת זכותה למכרו למי שתעדיף?

תשובה בלתי ישירה לשאלתנו, אך מפתיעה במקורותיה, ניתנת ע"י הרמב"ם<sup>161</sup>. במקרה הנידון, הותנה בכתובתה של אשה שאם תמות בלא ולד<sup>162</sup> שיחזרו חצי נכסיה לבית אביה, והלכה ומכרה (או נתנה במתנה) כתובתה לאיש אחר<sup>163</sup> ואף הסכים הבעל למכירה זו. לאחר שמתה האשה, בא קונה הכתובה ותבע את מחצית הנכסים לעצמו:

(אין הרמב"ם מפרט את הוכוח בין הצדדים. שמא נוכל לשחזור בדרך הבאה: הלוקח טוען: קניתי את הכתובה, ולכן זכיתי במה שזכתה בו האשה; אילו מת הבעל ראשון, הייתי זוכה

156. ראה בבלי כתובות דף נ' ע"א, ובדינונו המפורש לקמן בשער המיוחד לתקנה זו.

157. ירושלמי כתובות ל"ב ע"ד, כבא בתרא פ"ח ה"ו (ליברמן, תלמודה של קיסרין ע' 71). וראה להלן שיתכן להציע טעם נוסף לתקנה, ואכ"מ.

158. לא מצאתי מי שהעלת את הספק בהקשר לתקנת ר"ת (או ש"ם), אלא רק בקשר לתקנות הספרדיות, בתקנת טוליטולה ודמשק.

159. מובאת בשבלי הלקט (ח"ב, מהדורת חסידה) ע' 234 סימן קכו.

160. לעיל בפרק השני, ע' 35 ואילן.

161. בשו"ת מהר" פריימן סימן קצט, ע' 194, ונתבארה ע"י הר"ב אשכנזי בשו"ת שלו סימן י"ח.

162. ראה לעיל ליד הע' 153.

163. לא בעלה ולא מבית אביה.

בכל הנכסים כולם — שהרי חזרו, פירות וקרקע, ליד האשה בשלימות: כיון שקדמה האשה ומתה, יורש הבעל את חלקו — והאשה (כמורשה!) את החלק שהוסכם עליו בתנאי, וחלק זה שייך מעתה לי!

והבעל טוען: הסכמתי למכירה — בהסתמך על תקנת אושא: אילו זכתה האשה בנכסיה בנתוק קשר הנשואין (בגט או במיתה) — היית קונה אותם; אך כיון שקדמה היא ומתה, אני יורש הכל כדיני, ומה שמכרה לך האשה — הוציאה מרשותה ומרשות יורשיה, ואיני חייב לאף אחד דבר, והכל יישאר ברשותי).

ופוסק הרמב"ם כי הדין עם הבעל, וכי המכירה מבטלת את התנאי<sup>164</sup>!

משמע איפוא: לא זו בלבד שתקנת אושא ממשיכה לחול גם על הנכסים כולם, גם אלה שהתנאי אמור בהם, אלא שאם הלכה האשה וביקשה לממש זכותה זו בטרם עת, בטל התנאי ולמכירה אין תוקף, כהלכתה המקורית של תקנת אושא, והבעל מוציא מיד הלקוחות<sup>165</sup>.

שלש-מאות שנה אחר כך, נשאלה שאלתנו באלג'יר, בפני אחד מצאצאיו של הרשב"ץ — ר' שלמה צרור<sup>166</sup>: האם, לפי תקנת טוליטולה וכיר"ב, יכולה האשה לתת הנכס במתנה לאיש אחר או למחלו לבעלה<sup>167</sup>? ואם כן, האם יוכל בעלי-חוב של האשה לגבות חובו מן האב (מירושתו את בתו)?<sup>168</sup>

הרשב"ץ פוסק בשלילה: אין האשה רשאית למכור, ואין בע"ח גובה מנכסים אלה בשום פנים, ורק בקושי התיירו הרא"ש והרשב"ץ למחלו לבעלה כדי להעמיד על דירתורה<sup>169</sup>!

הסתמכותו של רשב"ץ על הרא"ש איננה מקרית; הרא"ש ניהל כשאלה זו מאבק קשה ביותר. כידוע, בא הרא"ש לטולידו אחרי בריחתו מאשכנז, ונתקל שם בכמה בעיות בתחום

164. מ"מ אין ראה לנידוד מתשובת הרמב"ם, מפני שבשאלתו שורש הספק בתנאי שבכתובה בין הבעל לאשה; משא"כ בנידוד שורש הספק באומדן דעת האב, או בחלות התקנה שאין למעשה המכירה כל השפעה עליהם. — (א.ב.)

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

166. שו"ת חוט המשולש (חלק ד' בשו"ת תשב"ץ) טור שני סימן כ"ו, והזכירה אסף במאמרו הגדול בלא לדון בהיבט וידן (ע' 87 הע' 5).

על הספר "חוט המשולש", ראה: מ' ויינשטיין, "קהילת אלג'יר וחכמיה במאות ה"ז וה"ח", תולדות מחברי החוט המשולש", ספר בר אילן קובץ ידו (תשל"ח) עמ' 139 ואילך.

167. כלומר, באן אין מדובר בחסכם פרטי, כפי שהיה הדבר אצל הרמב"ם (המדובר על תנאי כנה ב"קצת כתובות). אלא בתקנה כללית: האם יכולה אשה למחול לבעלה, לאחר הנשואין כמובן, על זכותה להריש?

168. שהרי נכסיה משועבדים לבע"ח, ואם על פי התנאי חוזרת שליטתה עליהם — ואין הבעל בכחינת "לוקח ראשון" (ראה בבלי ב"ב קל"ט ב) — מדוע לא יגבה מהם בהגיעם ליד האב?

169. וראה לענין זה עוד בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סימן קפו, אלשיך סימן ט"ז, נוד"ם גאלאנטי סימן צ"ו, מהר"י אדרבי רצ"ג.



התנהגה עפ"י ההלכה שהתקשה להשלים עמך<sup>170</sup>; בין השאר, סער הויכוח על תקנת טוליטולה, אם מאפשרת היא לאשה להנחיל המגיע עפ"י התקנה לכל מי שתוצה או לא: "ותיקי" טולידו, ובראשם ר' ישראל ישראלי, ראו עצמם מומחים לדבר משתי סיבות: (א) בקיאותם בשפה הערבית, שבה נתנסחה התקנה במקורה — ואשר על כן היה הנוסח המחייב הנוסח הערכי ולא תרגומו, (ב) כך היה מנהג הקהל בטולידו עד בא הרא"ש! הרא"ש חוזר על הטיעון שאין בנוסח התקנה זכר לדעתו של ר' ישראל ורואה עצמו בקי דיו בשפה הערבית<sup>171</sup> כדי לפרשה כהלכה; אמנם אם המנהג כך היה, הרי שיש בכוחו לקבוע דין לעצמו<sup>172</sup>; אלא שלאחר בירור נוסף<sup>173</sup> הוא מסיק כי אין בכוח המנהג להפך תקנה שנתקבלה בחרם, ובאסיפת ראשי הקהל ופרנסיו נקבע סופית כדעת הרא"ש<sup>174</sup>.

מבחינה עיונית־הלכתית, דומה כי סלע המחלוקת היה נטוש על השאלה היסודית בהבנת התקנה. האם נתכונו מתקניה לקבוע כי את אותו חלק בנכסים האמור בתקנה אין הבעל יורש, והוא נשאר שייך לאשה מכל וכל והיא מורשה אותו לקרוביה, או שמא ולעולם יורש הבעל את נכסי האשה כדי־תורה, וכאן התקנה והפקיעה ממנו זכיה זו והעבירה לקרובי האשה?

דומה כי שיטת הרא"ש היתה שהבעל יורש כדין תורה; מכאן שאם מזלה האשה לבעלה — המחילה מתקיימת; וכזה אפשר אולי להסביר שיטת הרמב"ם דלמעלה, שראה במכירתה של האשה בטול התנאי — ולא שהמכירה בטלה מאליה! — וזאת משום שלרמב"ם ירושת הבעל היא רק תקנת־חכמים, ולפיכך לכאורה יכולה היתה האשה אמנם למכור זכות־ירושתה לאחר, אלמלא היה בעצם המכירה בטוי ליתורה על התנאי!

וראה כיו"ב בדבריו של הר"ב אשכנזי<sup>175</sup>, שדן באשה שהכניסה לבעלה שלושים אלף כסף והתנתה שאם תמות בחיי בעלה יהיו עשרים־אלף ליורשיה, ואח"כ ציותה מחמת מיתה שיתנו מן העשרים עשרת־אלפים להקדש; בפסקו מפרש רב"א את תשובת הרא"ש ואומר כי עפ"י תק' טוליטולה עקרו חכמים את הנחלה מן הבעל (אחרי מות האשה) ונתנוה לטוב בעיניהם, אבל בחייה לא ייפו כוחה של האשה<sup>176</sup>.

ושמא יש להסביר פסיקה זו בעקבות מה שהעלינו בבירורנו בתקנת אושא כי עפ"י שיטת

170. על הרא"ש בטולידו ראה אצל יצחק בער, תולדות ישראל בספרד הנוצרית, ע' 186, ושם גם על המחלוקת בנושא המובא כאן; כן דן בענין זה הרב אסף במאמרו ע' 85-6 והביא קטעים מן הוכחה להשוואה — בענין אחר לחלוטין — ראה מה שהביא הרש"י וז"ל ב"המועדים בהלכה" (ת"א תשי"ו) ע' קב על הויכוח בין הרא"ש לחכמי זמנו בשאלת מועד שאלת הגשמים (עפ"י תשובתו ככלל ד' סימן י').

171. ומכאן שהוכח התנהל מספר שנים אחרי בואו של הרא"ש לטולידו.

172. ראה למעלה עמ' 322 בדברינו על המנהג.

173. ראה בשו"ת כלל נ"ה סימן ט'.

174. לוכוח זה (ולהבאות ממנו), ר' גם לקמן בסוף שער תקנת אושא.

175. שו"ת רב"א סימן י'.

176. שם סימן י'.

השאלות והבנתו בבבלי יש טעם אחר לתקנה — והוא הטעם של "איבה" שלא תיוצר בין בני הזוג על רקע סכסוכים כספיים<sup>177</sup>; טעם זה כוחו יפה גם לגבי הנכסים שעתידה האשה להוריש עפ"י התקנות לקרוביה, ופשוט.

לעומת כל אלה, נקבע ע"י המב"ט<sup>178</sup> כי עפ"י תקנות דמשק וצפת<sup>179</sup> רשאית האשה לתת מתלקה לכל מי שתוצה, והסיבה לכך נעוצה בלשון התקנה ונוסחה, השונה מתקנת טולטולה; דומה איפוא כי לפנינו מעין שלב של התפתחות: דין תורה — הבעל יורש כל נכסי אשתו, ככל מקרה; בתקופה התנאית והאמוראית — התפתחותם של תנאים בין הבעל לאשה המגבילים זכיהו: אזל ראשוני אשכנז וצרפת — תקנה המפקיעה ירושת הבעל כשנה א' או ב', בספרד — תקנות המחלקות את הירושה בין יורשי האשה והבעל גם כשנים מאוחרות; ובתחילת העת החדשה במזרח — תקנות המשליטות את האשה על "חלקה" בירושה עוד בחייה. האם "חוק שינוי זכויות האשה" תשי"א — 1951 ישמש אף הוא אי פעם ציון דרך בהתפתחותה ההסטורית של ההלכה?<sup>180</sup>

## (5) ההלכה בזמן הזה:

סוגית הירושה העסיקה את ההלכה לכל אורך משך-חייה ההסטוריים, בהיותה שאלה הכורכת עמה היבטים כלכליים נכבדים יחד עם היבטים רגשיים (בתחום היחיד והמשפחה) ואף היבטים בעלי משמעות לאומית (כענין הסבת נחלה משבט לשבט). ראינו כיצד לאורך הדורות פשטה הלכת-ירושתי-הבעל צורה ולבשה צורה, ואף במדינת ישראל הנבנית חזרה השאלה והעסיקה הן את רשויות ההלכה והן את המוסדות המחוקקים והשפוטטיים של המדינה<sup>181</sup>.

רצוננו בשורות הבאות להעמיד על שתי נקודות בלבד, בלא להתיימר למצות את הנושא: (א) האם נותרה רלבנציה כל שהיא לדין-ההלכה במערכת החוקית במדינת ישראל? (ב) האם יש לראות בחוקי ישראל מעין "תקנת קהל" שאפשר לפסוק על פיהם הלכה גם עפ"י המשפט העברי?

177. ראה לענין זה, לפי שעה, במש"כ אלון בכרך ב' ע' 466 (עפ"י רש"י בב"ק פ"ח) ולטעם זה במשמעותו הכללית — שם ע' 516 ואילך.

178. בח"ג ס"ב, וח"ב ס' קכ"ח, וחזרו התשובות ונדפסו אצל שציפאנסקי, א"י בספרות התשובות, ח"ב הדרט.

179. ראה לתקנות אלה אצל אסף (תקנות) ע' 86; לנוסחה המלא של תקנת צפת, ראה שו"ת אלישיך סי' כו.  
180. אילו לא היה המחוקק הישראלי זריו כל כך, ואילו היו כל חלקי הצבור במדינת ישראל סובלניים יותר אהדדי, היתה יכולה אולי "תקנה" זו, בדרכה, להיעגן בתלכה. לצערנו שגה המחוקק בענין זה מכמה פנים, וראה מש"כ בזה ב"נכסי מלוג", ואכמ"ל יותר.

181. ראה סכומי של מנחם אלון ב"חוקיקה דתיח" (הוצאת הקבו"ה-הדתי, ת"א תשכ"ח) ע' 42-3, ולקמן.

לשאלה (א):

בראש וראשונה יש להעיר, כי הפוסקים הדגישו בכמה וכמה מקרים<sup>182</sup> כי בכל מקרה של ספק — יש להעמיד על דירתורה; דומה כי בכך מעין הנחיה לכל מוסד שירצה לשפוט עפ"י עקרונות ההלכה והמשפט העברי<sup>183</sup>, ולפיכך שמורה מידה של משמעות להלכה על כל בחינותיה ובירוריה.

שנית, דין הקבורה מעורר צורך בדיון מיוחד.  
חוק הירושה תשכ"ה — 1965 קובע<sup>184</sup>:

א. הסכומים הבאים יסולקו לפי סדר עדיפות זה:  
(1) ההוצאות הכרוכות בהלוויית המוריש, בקבורתו ובהעצבת מציבה על קברו, לפי הנהוג באותן מסיבות. (עד כאן).

דומה כי בעוד החוק מאמץ את העקרון שהתברר לפנינו במשפט העברי — והיינו קושר את חיובי הקבורה בזכות הירושה, הרי שהוא גם מפריד בין חובת הקבורה לקשר האישות, ומטיל את הוצאות הקבורה כולן על העזבון. האם בכך "נפטר" הבעל מחיוב הקבורה של אשתו? ומה הדין אם לא ירש כלל (כגון שלא היה לאשה מה שתוריש)? שמה יש משום תשובה לכך בסעיף אחר, מאוחר יותר, של החוק הנ"ל<sup>185</sup>:

"חוק זה אינו בא לפגוע ביחסי ממון בין איש לאשתו או בזכויות הנובעות מקשר האישות; אולם על זכויות ירושה ועל זכויות למזונות מן העזבון לא יהול אלא חוק זה".

אין ספק, לדעתי, כי סעיף זה ממשיך להחיל את חובת הקבורה על הבעל, וכך מתאשרים דבריו של ב"צ שרשבסקי (שופט ביהמ"ש העליון לשעבר) בספרו "דיני משפחה"<sup>186</sup>, הכותב כי אע"פ שחובת הקבורה באה "תחת נדוניה" — מכל מקום אינה מדין ירושה אלא כתנאי כנשואין ("תנאי כתובה"), ולפיכך אינה תלויה בגודל העיזבון (או אם יש נדוניה בכלל); שכן הבעל יחוייב לשאת בהוצאות הקבורה מרכושו הפרטי ולא מן העזבון.

182. ראה תשובת מדרש"ם (הנ"ל ע' 29) באה"ע סימן קכ"ה: "...והתקנה הזאת, תקנת שו"ם, באה לעקור ד"ת... וא"כ כל מה שאפשר לחוק וליישב כדי שלא נבטל דינא הוי שפיר טובא", ומוכיח דבריו מתשובות רשב"א, רא"ש ותרומת הדשן, עיי"ש; וכיו"ב אצל ר"ב אשכנזי ס"ס י': "כלל זה בדינינו: בכל דבר שאינו מפורש, יד הדין על העלינה ויד התקנה על התחוננה".

183. בודאי בכמי הדין הרבניים, אך גם בבית המשפט החילוני — אם אמנם ייענה המחוקק לתביעתו של השופט יצחק שילה ב"עיוני משפט" כרך ג' תוברת 1 (אייר תשל"ג) ע' 50, בסוף מאמרו על "חוק הירושה תשכ"ה — 1965 בראי הפסיקה", ויפנה במפורש למשפט העברי כמקור משפטי — ובודאי באותם סעיפים בחוק המבוססים על עקרונות ההלכה. צעד ראשון בכיוון זה יש לראות בהצעה שהגיש לאחרונה שר המשפטים מר' שמיר לכנסת — ועוד חזון למעד.

184. ספר החוקים, תשכ"ה, עמ' 65 ואילך (סעיף 104).

185. סעיף 148, שם ע' 70.

186. ע' 226.

נמצא איפוא, כי דין הקבורה ממשיך להיות "ענין של נשואין", וככה מסוד לשפוטו הייחודי של ביה"ד הרבני, ויבוא לפני בית משפט חילוני בסמכות מקבילה רק אם יתעורר וכוח על הוצאתו מן העזבון ומכה חוק הירושה.

שלישית, יש לתקנות הקהל השפעה ותקיפות גם בהקשר אחר. בשנת תשכ"ד בא לפני ביה"ד האזורי בירושלים<sup>187</sup> מקרה שבו בקשו בני זוג להתגרש תוך השנה הראשונה לנשואיהם ובלא שנולדו להם ילדים, והאשה תבעה כי הבעל יחזיר לה את הנדוניה שקבל מהוריה (דירה); הבעל לעומת זאת טען כי הדירה (ליתר דיוק — מחציתה שנרשמה על שמו) ניתנה לו במתנה<sup>188</sup> ועל כן אינו צריך להחזירה. במסקנותיו קובע ביה"ד כי תקנת ר"ת חלה גם כשנפלה קטטה בין בני הזוג, וזאת בהסתמך על המנהג לכתוב בתנאי זה "מחמת עידור או קטש"<sup>189</sup> ואף שבעל "נחלת שבעה" תמה על מנהג פולין זה<sup>190</sup> — מכל מקום כבר תירץ בעל "בגדי ישע" קושייתו<sup>191</sup> שענין "ותם לריק כוחכם" חל גם במקרה כעין זה.

אך גם בהקשר הישיר של דיני ירושה יש עדיין השלכה ישירה לתקנת ר"ת ותברותיה על המשפט הפוזיטיבי. דוגמא יפה לכך נמצאה לנו בדיונו של ביה"ד הרבני בתל-אביב יפו<sup>192</sup>, שם נפטר הבעל תוך יב"ח בלא זש"ק והתעורר וכוח על ירושה וכספי פצויים, ותביעת-הנגד של האשה כללה דרישה לתשלום דמי הכתובה. בנקודה זו ממקדת התענינותו<sup>193</sup>.

שכן לעיל כבר עמדנו על השאלה אם תקנת רבינו תם חלה דווקא על נכסי האשה ומתנות אביה שעל הבעל להחזיר, או שהיתה התקנה, באופן הדדי, גם על "נדונית" הבעל<sup>194</sup>; מעתה, אם לא היו לבעל הנפטר נכסים משלו, אלא רק ממתנות הוריו, האם רשאית האשה לגבות כתובתה מנכסים אלה? ביה"ד דן בשאלה זו בפירוט<sup>195</sup>, ומסיק כי על אף הספק הנזכר,

187. ה' פד"ר ע' 225-228, תיק 1808/תשכ"ד (הרבנים ולדינברג, יוסף, קאפח — השניים האחרונים נתעלו מאז לביה"ד הרבני הגדול, יבלת"א).

188. צריך להעיר כאן כי אם ניתנה הדירה כנדוניה במפורש — היא מוגדרת כנכסי צאן-ברזל ונרשמת בכתובה ומחזרת ממילא יחד עמה; מדובר כאן איפוא במתנה לנישואין, ולגביה שייך "אמזן הדעת" וכ'.

189. ראה חלקת מחוקק לשו"ע סימן נ"ג ס"ק כ"ב, פד"ר שם ע' 226.

190. נחלת שבעה דיני תנאים אחרונים סימן ט' ס"ק י"ד ט"ו, פד"ר שם ע' 227.

191. פד"ר שם, עפ"י שו"ת בגדי ישע אה"ע סימן ד', והובא בפתחי תשובה לשו"ע שם.

192. ה' פד"ר ע' 238-228, תיק 1947/725 (תשכ"ה), מפי הרבנים ורנר, הלוי-אפשטיין (ז"ל), טנא.

193. ראה שם סעיף ד' (בנימוקי הדיינים) — ע' 235-6.

194. ראה לעיל ע' 331 ואילך.

195. עפ"י שו"ת מהר"ל סימן פ': "...נסתפק אם התקנה היתה גם על האיש שמת תוך שנה אם האשה גובה כתובתה מן הנדון שנתן לו אביו, ומסיק שם דלא ברירה ליה התקנה וכל זמן שלא יברר לא עבדינן עובדה לאפוקי כתובה..." (מצוטט מן הח"מ שם ס"ק ט"ז), ושו"ת חתם-סופר אה"ע סימן קי"ז ("לא סלקא-דעתך שתצא בת ישראל בלא כתובה") ועוד, עיי"ש.

ועל אף העובדה כי תקנת ר"ת לא נתפשטה בכל גבול ישראל<sup>196</sup>, ועם העובדה כי בהרבה מקומות נהגו בזה כתקנת טוליסולא ("שאם כתובתה מרובה מחצי הנכסים אין לה אלא חצי הנכסים והחצי האחר ליורשים"<sup>197</sup>), נראה לביה"ד כי:

"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... מעל לכל ספק שהיינו מזכים אותה בחלק מהכתובה בתורת פשרה".

ודומה כי עפ"י חוק הירושה תשכ"ה-1965 (שנתקבל לאחר פס"ד זה), הורחבה בענין זה סמכותו של ביה"ד הרבני; שכן בעוד עפ"י החוק<sup>198</sup> ביה"ד הרבני כפוף אף הוא להוראות חוק-חילוני זה<sup>199</sup> — מכל מקום סעיף מיוחד בחוק דן בחיובי הכתובה, וזה לשונו<sup>200</sup>:

"(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 הוא, כי חוק הירושה אינו מכטל את זכותה של האשה לגבות כתובתה מן העובד ואף אינו מגביל זכות זו משום צד; אם יש הגבלות כל שהן — אין אלה אלא הגבלות הנובעות מעצם זכותה של האשה לכתובה, וענינים אלה נשארים להיות נתונים להכרעת ביה"ד הרבני ועפ"י ההלכה; נמצא שאף אם לא תחולק הירושה עפ"י דיני ישראל, מכל מקום שמורה לאשה הזכות לתבוע כתובתה מן העובד טרם חלוקתו, ונצטרך איפוא להתחשב במידה מכרעת בתקנת רבינו תם ושאר תקנות הקהל בענין זה:

עם קבלת "חוק יחסי ממון בין בני זוג תשל"ג-1973" (סה"ח עמ' 712) — האם נשתנה המצב בתחום דידן?

דומני כי התשובה שלילית. ראינו כי חוק הירושה מתייחס לכתובה כתוב, ובדומה לכך הוא כבר בהלכה לענין חיוב העובד בהוצאות הקבורה, כפי שהבאנו לעיל בשם הרדב"ז ועפ"י הרא"ש, וכך הוא באשר לכלל הכתובה שכל נכסי הבעל משועבדים לה כשאר תובות שיש עליהם שעבוד נכסים. חוק יחסי ממון הנזכר, לעומת זאת, בדבריו על "איזון המשאבים"

196. עפ"י תשובת בנימין זאב סימן ס', והוסף לזה קובץ תשובות חכמי אוסטריה שפרסם קופפר (הני"ל הע' 34) בנספח ג' שם, ע' 316 ואילך.

197. עפ"י שו"ע אה"ע סי' ק"ח סעיף א' וח"מ ובי"ש שם; תקנה זו באה להשוות בין הבעל לאשה בירושה, ואכמ"ל בה.

198. סעיף 155 לחוק.

199. ובכך לא אמרנו כי "הורע המצב" מאז, שורי לפני קבלת חוק הירושה קבלו בתיה"ד הרבניים על עצמם את חוק הירושה העוסמני — שהיה רחוק פי כמה מדין תורה, וראה לזה דינו של אלון ב"חקיקה דתית" הני"ל בעה' 180.

200. בהמשך סעיף 104 הנזכר לעיל ליד הע' 183.

(לאחר היתק קשר הנשואין) מהייב חלוקת הנכסים רק לאתר סילוק כל החובות — וראה סעיף 6(א) שם:

"משווי הנכסים האמורים של כל בן זוג, יש לנכות את סכום החובות המגיעים ממנו..."

וכך אין החוק הנידון אלא מאשר את דברינו, והכתובה נגיבת כדינה וכהלכותיה, ואף בלשון החוק גופו נתפרשה הלכה זו, שכן כך נאמר שם (בסעיף 17):

"אין בחוק זה כדי לגרוע... מזכויות האשה לפי כתובתה".

לסכום נקודה זו, העלינו כי בארבעה תחומים רלבנטית תקנת-הקהל כיום הזה: (א) כללית, כי בכל מקרה של ספק יש להעמיד על דין תורה; (ב) בדין הקבורה — הנשאר להיות "ענין של נשואין"; (ג) במקרה של ניתוק קשר הנשואין תוך יב"ח משום קטטה (גירושין); (ד) בענין זכותה של האלמנה (תוך יב"ח ובלא זש"ק) לגבות כתובתה מן העובד<sup>201</sup>.

לשאלה (ב)<sup>202</sup>:

השאלה חורגת מגבולות דיונונו, ובעלת השלכות רבות בתחומים שונים<sup>203</sup>; אך במיוחד בהקשר דהכא, דומה כי כבר הוכרעה השאלה: שהרי קבלו על עצמם בתיה"ד הרבניים עוד בשנת תש"ג לנהוג (לגבי נכסי "מירי") עפ"י "חוק הממשלה הקיים"<sup>204</sup>, ולא נסוגו מאז מהחלטתם זו. נראה איפוא כי הכרעה זו נבעה מראיית החוק כ"תקנת צבור" מתייבת, ולפיכך גם "חוק הירושה" המודרני נכנס בגדרה של אותה קטיגוריה, וככל הנראה כך נוהגים גם בתיה"ד הלכה למעשה<sup>205</sup>.

201. לאמור יש להוסיף, עפ"י סעיף 155 הנ"ל, כי "אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך", מוסכם ביה"ד הרבני לנהוג לפי הדין הדתי (וראה בהמשך הסעיף שם גם הגבלה בענין זה), ומכאן כי בכל מקרה של הסכמה הדדית רשאי ביה"ד לפסוק עפ"י ההלכה המקורית בלא הגבלה (מלבד זו הנזכרת שם בחוק), וממילא שבמקרה כזה ההלכה היא "רלבנטית".

202. ראה לעיל ע' 344.

203. ראה דיונונו בסוף שער תקנת פירות, ומש"כ בזה ב"ביטול זכות הבעל לפירות נכסי מלוג במשפט הנהוג ותוצאותיו", דיני ישראל כרך ו' (תשל"ה) ע' 134\*8.

204. מ' אלון, חקיקה דתית ע' 42.

205. יש אמנם מקום לערער על הסבר זה, יתכן כי תקנות הרבנות הראשית בתש"ג קבלו דין חוק-הממשלה מפני שנכסי "מירי" הם מעיקרא ועפ"י הגדרתם רכוש הממשלה והמחוקקים בהם זוכים רק בקרקע לפירותיה — ולפיכך יש מקום להחיל את הנראות הממשלה הנוגעות לירושתם — ואין זה בניגוד לדין-תורה!

אעפ"כ גם לאחר שנתקבל חוק שווי זכויות האשה (שסעיף 4 בו מבטל את האבחנה בין נכסי מירי לנכסי מולק — ראה אלון שם ע' 43) בתשי"א, המשיכו בתיה"ד לקבל את הכרעותיהם עפ"י חוקי הירושה המקובלים במדינה. מאידך, יש מקום ברור להעדיף את חוקי המדינה על הנראות ממשלת טורקיה או אנגליה — שהיו חוקי עם זר וקשה לראות בהם "תקנת הצבור" (ולכל היותר — "דינא דמלכותא"), בעוד שחוקי ישראל מתקבלים ע"י נציגות מוסמכת-נבחרת ע"י העם כולו.

(ושמא יש לראות בהכרעה זו של בתיה"ד בחינת הסכמתו של "אדם חשוב", שהיא תנאי הכרחי לקבלתה של "תקנת קהל"<sup>206</sup>, ומקורה ותוקף סמכותה הן ב"אמזן הדעת" ואולי עוד יותר "מפני דרכי שלום", ומתוך שכך נראה להיות המנהג הרווח והמקובל — הרי שבני הווג הנישאים מקבלים אותו על עצמם מכללא).

דומה, על כן, כי ראוי היה למוסדות הרבניים לכבד את רצון הצבור ולהעלות את קרנה של ההלכה בכך שהיו קובעים במפורש כי חוקי הירושה כפי שנחקלו בכנסת ישראל ראויים להיחשב "תקנת הקהל" ומחייבים איפוא את הצבור כולו גם מבחינת ההלכה; לעניות דעתנו כך ראוי היה לנהוג דרך קבע וכלל בכל מקום שאין תקנת הקהל (הכנסת) מנוגדת לתורה ולהלכה ולרוח<sup>207</sup> — ומעצם הסכמה אשר כזאת היתה נשכרת גם מלאכת החקיקה שבדרך טבעית היתה מתחשבת ביסודות ההלכה והמשפט העברי אפריורי הרבה יותר ממה שהיא מתחשבת כיום, והיו כל הצדדים — הצבור והמוסדות השפטיים, הכנסת ונציגי המפלגות גם יחד — נהנים ולא חסרים, מונעים מראש כמה איידיאולוגיות וזיכוחים מיותרים (שהרי לא היה צורך במשא ומתן פוליטי להכרעות חקיקה), וחינושה של החקיקה המקורית שלנו נעשה בדרך המלך של הסכמת הצבור יחד עם הדרכת תורת קדשנו והכוונת חכמינו וזכר צדיקים לברכה, ומלאה הארץ דעה את ה' כמים לים מכסים, ומציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים, אמן כן יהי רצון.

206. ראה בבלי בבא בתרא דף ט' ע"א ודינו המפורט של אלון בכרך ב' ע' 607-614.

207. כגון בשאלת ה"ידועה בצבור" או ברישום מי שאינו יהודי וכיו"ב. והרב הרצוג ז"ל (ב"חולפיות" הנ"ל ע' 245, והביאו וולף, דיסטציה, בסיום דבריו ע' 344) הציע להוסיף על הכתובה שטר התחייבות על פיו מבטיח הבעל שבמותו תקבל האשה וירושה מחצית מכל הנכסים, וכמובן שאפשר לכלול בהתחייבות כזאת כל מה שיירצה ע"י הצבור וכו', ולפי זה ייתכן ש"חוק הירושה" מזהה תנאי אשר כזה שמחמת שנהגו בו למעשה אף אין צריך לכתבו במפורש בכתובה, וכמ"ש בעל "נחלת שבעה" (הנ"ל הע' 189).

"ואותה תקנה נתפשטה, וממילא כמו תנאי ב"ד, ועל כן אין צריך להזכיר התקנה בכל פעם..." (פ"ד הנ"ל ע' 227), וכן להלן שם מפי הדיינים: "והתקנה נתפשטה בכל ישראל עד שהיא כמו תנאי ב"ד, עד שאין צורך בקבלת קנין מן החתן על כך וגם אין צריך כבר להזכירה בפירוש". יצויין כאן עוד, כי כב' הראשון לציון, הרב עובדיה יוסף שליט"א, ניסח הצעה לתקנות חדשות בירושת האשה והבת למען קהילות ישראל באיראן (את הצעה קבלתי מר"ד נחום רקובר, ותודתי נתונה לו כאן על כך) — במכתבו ליורד הקהילה חביב אלקאניאן (שנהרג בינתיים על קדוש השם) בין השאר נקבע בתקנות אלה כי הבת תירש עם הבנים כ"חצי זכר" (היינו מחצית החלק המגיע לבן פשוט); כי האשה ירשת את בעלה כ"חצי זכר" (כבת), וכי אם מת האיש בלא זש"ק — תקבל האשה, מעבר לנדונייתה, כירש זכר, והשאר יתחלק בין האחים והאחיות; כי אם מתה האשה בחי בעלה, יירש זה רק את מחצית נכסיה, ובחצי השני יירשו הבנים והבנות. הצעה כללית עוד הרבה פרטים ופרטי פרטים, ואכ"מ להאריך בה יותר; ומכאן, איפוא שיש מקום גם כיום להוסיף ולתקן תקנות חדשות דיני הירושה, להרבות צדק ושלום בישראל.