

## כּוֹחַ בִּי"ד וּמוֹסְדוֹת הַצְּבוּר בַּתְּקוּנוֹת לְשִׁינוֹי דִּינֵי יְרוּשָׁה

דִּינֵי יְרוּשָׁה נִקְבְּעוּ בַתּוֹרָה בְּצוּרָה פְּסוּקָה וּמוֹחֲלֶטֶת בַּתוֹרָה „חֻקֹּת מִשְׁפָּטִים“. הֵישׁ כּוֹחַ בְּמִנְהַג הַמְּקוֹמוֹת אוֹ בַתְּקוּנוֹת צְבוּר וּבִי"ד לְשָׁנוֹת אֵת דִּינֵי הַיְרוּשָׁה וּלְקַבֵּעַ סוֹדִים אַחֵרִים בְּמִקּוֹמָם? כִּידוּעַ, בְּעִנְיָנֵי מְמוֹנוֹת יֵשׁ כַּח בֵּיד בִּי"ד לְהַסְקִיר, וְלִזְכוֹת כְּפִי רְאוּת עִינְיָהֶם, הַקִּיּוּמָת אִיפּוּא זְכוּת זֹאת לְבִי"ד גַּם בְּעִנְיַן יְרוּשָׁה, שְׁאֵף הוּא לְכַאוּרָה עִנְיַן מְמוֹנִי, אוֹ דִּינֵי יְרוּשָׁה אַחֵרִים חֵם בְּנִידוּן זֶה, שֶׁנִּקְבְּעוּ בַתּוֹרָה מִבְּלִי אִפְשָׁרוֹת לְהַכְנִיס בְּהֵם שׁוּם שִׁינוֹי?  
מִסְבִּיב לְעִנְיָנֵים אֵלֶּה יִסּוּבוּ הַדְּבָרִים הַבָּאִים לְהַלָּן.

### פֶּרֶק א

חֵישׁ תּוֹקֶף לְמִנְהַג הַמְּקוֹם לְבַטֵּל סוֹד הַיְרוּשָׁה שֶׁבַתּוֹרָה?

א. חֲמַהֲרִי"ק. (שׁוֹרֵשׁ ח') נִשְׁאֵל עַל אֶחָד שְׂרָצָה לְהַפְקִיעַ יְרוּשָׁת בְּגוֹ הַבְּכוּרָה בְּהַסְתַּמְכוֹ עַל מִישׁ מְנַהֵג מִבְּטֵל הַלְכָה, וְהוֹאִיל וְנִהְגוּ בְּאוֹתָהּ אֶרֶץ שֶׁהַבְּכוּר וְהַפְּשׁוּט הוֹלְקִים שׁוֹת בְּשׁוֹת, וְהַשִּׁיב חֵי"ל: לְעַנְיַד נִרְאָה דְּבַר פְּשׁוּט יוֹתֵר מִבִּיעֵתָא בְּכוֹתָתָא שְׁאִין בְּמִנְהַג הַזֶּה מִמֶּשׁ, שֶׁהָרִי כִּי הַמְּרַדְכִי וְכִר, וְכִישׁ כְּמִנְהַג הָרַע הַזֶּה שְׁעוֹקֵר דִּין תּוֹרָה וּמִבְּטֵל יְרוּשָׁת דִּין הַבְּכוּר שְׁאִין לְלַכֵּת אַחֲרָיו חֲלִילָה. וְעוֹד דְּלֹא יֵהָא כַּח הַמְּנַהֵג גְּדוּל מִכַּח שְׁנִתְּנָה תּוֹרָה לְכָל אָדָם לְהַנְחִיל אֵת בְּנָיו וְלְהוֹסִיף לָזֶה וּלְמַעַט לָזֶה, וְאַפְ"ה שְׁנִינוּ פ' יֵשׁ נִחְלִין (קִכ"ו) הָאוֹמֵר אִישׁ פְּלוֹנִי בְּכוּר לֹא יִטוּל פִּי שְׁנִים לֹא אִמֵּר כְּלוּם וְכִר. וְלִתְקַן וְלְהַנְחִיג דְּבַר כּוֹלֵל וְשׁוֹה לְכָל בְּכוּר שְׁלֹא יִטוּל פִּי שְׁנִים, שְׁלֹא תִתְּנָה בְּלִשָּׁן מִתְּנָה פְּשִׁיטָא דְּאִין עִקְרָה מֵה שְׁכַתּוּב בַּתּוֹרָה גְּדוּל מוֹה, עִכ"ל.  
הָרִי לָנוּ מְדַבְּרִיו שְׁאִין בְּמִנְהַג זֶה מִמֶּשׁ, וּמִשְׁנֵי טַעֲמִים: מִשׁוּם שֶׁמִּנְהַג הָעוֹקֵר דִּין תּוֹרָה אִינוּ מְנַהֵג, וּמִשׁוּם שְׁאִין בְּכַח מְנַהֵג יוֹתֵר מִמֶּה שֵׁישׁ בְּכַח בַּעַל הַמִּמּוֹן עֲצוּמוֹ.

ב. כְּדַבְּרִים תְּאֵלֶּה אֲנוּ מוֹצֵאִים גַּם בְּרַדְבִּי"ו (סִי תְּקַמִּיה) שְׁאֵף הוּא נִשְׁאֵל אִם יֵשׁ כַּח בְּמִנְהַג לְהַפְקִיעַ כַּח הַבְּכוּר אוֹ לְבַטֵּל אֵת הַיְרוּשָׁה מִהַיְרוּשִׁים וְהַשִּׁיב: לְכַאוּרָה הֵי נִרְאָה לֹמֵר דְּאִין מְנַהֵג מִבְּטֵל דְּבַר שְׁכַתּוּב בַּתּוֹרָה מְסוּרָשׁ. וְהִכִּי מִשְׁמַע מִלִּשָּׁן הַגְּמָרָא פֶּרֶק הַמְּקַבֵּל עַל הָא דְּאִמְרִינָן בְּגַמִּי פּוֹעֵל בְּכִנְיִסְתּוֹ וּבִיִּצְיָאָתּוֹ שֶׁל בְּעַזְיָב שְׁנֵא' תּוֹרָה הַשְּׁמַשׁ יִאֲסוּן וְכִר יִצֵּא אָדָם לְפַעֲלוֹ וְלְעַבְדוּתּוֹ עַדִּי עֲרִב. אֲלֵמָא מְנַהֵג בְּנֵי הָעִיר דּוּחָה אֵת דִּין חֲכִטִּי הַתְּלַסּוּד, אַעֲפִי שְׁמַצָּא לוֹ סַמֵּךְ מִן הַמְּקָרָא, אֲבָל יְרוּשָׁת הַבְּכוּר אוֹ שְׁאֵר וְיִירוּשִׁים שְׁחֹא מְקָרָא מֵלֵא שְׁכַתּוּרָה אִינוּ דּוּחָה. וְעוֹד דְּלֹא יֵהָא מְנַהֵג זֶה עַדִּיף מִתְּנָאִי גְּמוּר וְכִר. וּמִנְהַג בַּחֲרִיא לְעוֹקֵר דְּבַר

מן התורה, כגון שנהגו להשוות את הבכור או לבטל ירושה של תורה, או להשוות נקבות עם הזכרים, כל כה"ג לאו כלום הוא לפי שעוקר דבר של תורה, עכ"ל. ומבואר שם בדבריו שאפילו אם הי' המנהג עפ"י ותיקים וגדולי חכמי העיר אינו כלום. וכ"ה דבריו בתשובה אחרת של הרדב"ז (סי' ס"ו).

על פסקו הנ"ל של המהרי"ק, תוך הזכרת הנימוק השני שאין בכח המנהג יותר מאשר בכח הבע"ד עצמו, מסתמך גם המהרי"ב בן לב (תשרי סי' ס"א). וכן נוקט בפשיטות לפסוק המהרש"ם (ח"מ סי' ש"ד) שאין כח במנהג להפקיע דין תכורה ודין הירושה. הוא מוכיר את הנימוק הראשון: מנהג כזה שהוא נגד התורה ממש, אין בו ממש.

## פרק ב

### היש תוקף לתקנה לשנות סדר הירושה?

פסקם של המהרי"ק והרדב"ז והמהרש"ם הם בנוגע למנהג לבטל סדר הירושה של התורה. ומה בנוגע לתקנה, היש בכח תקנה לשנות את הסדר או לא? בסי' חקרי לב (אהע"ז סי' מ"ב) נוטה לומר שכאן הדין אחר, הוא דן בענין התקנה שתקנו רבני א"י לעקור את הירושה מהיורשים הנמצאים בחו"ל, ולהוריש רק ליורשים הראשונים הנמצאים בא"י. ואחרי שמוכיר את דברי המהרי"ק הנ"ל ודברי הרדב"ז והמשפטי שמאל שמנהג לעקור בכורה או ירושה של תורה, אין זה מנהג כלל, הוא מוסיף: שאפשר שאם מנהג זה נתיסד ע"י שהתנו עליו בפירוש לתקן כן מפני הצורך והדחק, יש לצדד דמהני גם לעקור ירושה מדברי תורה. דבשלמא במנהג דחשיב כהתנו בני העיר עליו, י"ל דלא עדיף זה מתנאי המודיש בעצמו וכו'. אבל תקנת והסכמת הצבור ש"ל בזה הפקר בי"ד הפקר, אפשר שגם לעקור ירושה של תורה מהני, עכ"ל.

שמענו דעתו שמצדד לחלק בין מנהג לתקנה ולהעדיף את תקנת הצבור על המנהג מכח הפקר בי"ד. אולם נראה שחילוק זה שרוצה לחלק אינו אלא מסברת עצמה, אבל אין זו דעת המהרי"ק שאותו הזכיר לפני כן, שהרי המהרי"ק הזכיר בלשונו, "ולתקן ולהנהיג דבר כולל ושוה וכו'", הרי שהזכיר בלשונו שגם תקנה אינה מועילה. וכן נראה מהרדב"ז שאינו מחלק בין תקנה למנהג ובשניהם אין כח לשנות הדין, שהרי כפי שהזכרנו לעיל בדבריו מבואר שגם אם הנחיגו המנהג עפ"י ותיקין וגדולי חכמי העיר אינו מועיל. ומכיון שהי' עפ"י חכמי העיר, ברור שיש לו תוקף של הפקר בי"ד כמו בתקנתם. שכן הוא לשון הרמב"ם (פ"א מממרים): "ככל אשר יורוך, אלו התקנות והמנהגות שיורו בהם לרבים כדי לתקן העולם". הרי שנתן אותו התוקף למנהג כלתקנה כל עוד שנעשה ע"י חכמים. שמענו מדבריו שגם תקנה לא תועיל בזה.

וכן נוקט בפירוש בתשו' המבי"ט (סי' קכ"ח) שתובא להלן באריכות, שגם הפקר בי"ד לא יועיל בזה, שכשם שאין המודיש עצמו יכול להנחיל לאיש גכרי בתורת ירושה, כמו כן אין כח זה בידי בי"ד.

יוצא מהנ"ל שלמהרי"ק הרדב"ז והמבי"ט אין לשנות סדר הירושה לא ע"י מנהג ולא ע"י תקנה.

התגבלה בפמכות תקנת הקהל

א. היסוד שנקבע ע"י המהרי"ק והרדב"ז שאין כת בידי תקנה והפקר בי"ד יותר מאשר לבע"ד עצמו מסתבר מהמקור שממנו למדו בגמרא הפקר בי"ד, והוא ממש"ג ואלה הנחלות וכ"כ מה אבות מנחילים וכ"כ אף ראשים מנחילים וכ"כ (גיטין ל"ה). ומכיון שכל המקור אינו מבוטס אלא על התשואה לאבות, במקום שגם האב אינו יכול, ודאי שגם כת בי"ד לא עדיף ממנו.

ב. במיוחד יוסבר הדבר עפ"י מ שביאר הרא"ם בתשובה (סי' ג"ז) שלדעת רוב הראשונים כל הכח לתקן תקנות הוא מצד סמיכות הדעת, שדעת כולם סומכת על ראשיהם שכל מה שיעשו יהא עשוי, וכאילו קבל על עצמו כל אחד מבעלי הדינים, ואעפ"י שהוא עומד וצוות, אין זה אלא כמו שהתנה בפיו בפירוש ושוב חזר בו, וכדבריו מסודר במהר"ם מרוטנברג (ד"ק קרימוניה סי' ר"ל) שכתב בא"ד: וטעמא ג"ל דטובי העיר הוו בעירם למה שהובררו כגדולי חזור בכל מקום, מה גדולי הדור בכל מקום הפקרים הסקר במגדר מילתא ותקנתא, ה"ג טובי העיר דעלייהו סמכי כל בני העיר וכל הנסמכים עליהם וכ"כ וטעמא הוי משום דבתרייהו גירי בע"כ, עכ"ל. וע"י בדומה לזה במס' תענית (כ"ד), א"ל ר"ל לר"י הא לא קבילנא עלן מאורתא, א"ל אנן בתרייהו גרריגן, ופירש"י גרורין ומשוכין אחריהן וכמי שקבלנו עלינו, וקרוב לזה בפ"י ר"ג עיי"ש.

וכ"כ בתשב"ץ (ח"ב סי' ה' וח"ג סי' כ"ד): שהרי הצבור יכולים להפקיר ממון של כל אחד מבני קהלם שהפקר בי"ד הפקר וכ"כ והרי הוא כאילו כל אחד ואחד קבל על עצמו, עכ"ל.

ג. בהתאם להנחה הנ"ל שאין כח התקנה על הצבור שמקורה בהפקר בי"ד יותר מאשר הבע"ד עצמו, באשר כל כח הפקר בי"ד הוא משום שדנים בזה כאילו הסכים הבע"ד עצמו לזה, דן ומסיק הריב"ש (סי' ש"ה) בנוגע לתקנה להתיר רבית. וז"ל: ואף אם הקהל תקנו ששטרות העולים בערכאות של עכ"מ יהו שרירין וקיימין וכ"כ בודאי שיכולים הקהל להתנות בכיוצא בזה, דחנאי שבממון הוא והרי הוא כאילו כא"א קבל כן על עצמו וכ"כ. אבל ברבית שאפ"י כשנותנו מתנה אסרתו מה יועיל תנאו שמתנה ויאמר כל היום קולו, וא"כ כיון שאין הלוה בעצמו יכול להתנות ולהתיר הרבית, גם הקהל אין מועיל תנאו להתיר הרבית, עכ"ל. אם אמנם לעצם השאלה של תקנת להיתר רבית ה"י מקום לדון גם מצד האיטור שבו, הרי יש לראות שריב"ש נימק זאת בעיקר משום שכל עיקר תוקף התקנה הוא משום שרואים בזה את הסכמת הבע"ד, וע"כ במקום שהסכמתו אינה מועילה, גם התקנה אין בכוחה להועיל, ומכאן יש ללמד גם לעניננו.

מקורות לנימוקי המהרי"ק והרדב"ז

א. שני הנימוקים שבתם משתמשים המהרי"ק והרדב"ז בכדי לקבוע שאין זה במנהג ובתקנה לשנות סדרי תירושה, מוצאים אנו ביסודם בדברי הראשונים.

בתוסי' גיטין (ל"ו. ד"ה מי איכא) כתבו: השתא לא בעי רבא לשנויי אהך קושיא (שמה"ת משמטת שביעית וחכמים תקנו שלא תשמט) הפקר ב"ד הפקר כדמשני בחר הכי, משום דקש"ל דלא הי' לו להלל לעקור שביעית שהיא דאורייתא ופ"י שבסל בסך השמטת מטמים שציותה תורה עכ"ל. וקדוב לזה גם במאירי עיי"ש. חרי שאין לעשות תקנה העוקרת מצות התורה, אשילו מבח הפקר ב"ד הפקר (וע"ע להלן אות ז').

ב. והרשב"א גיטין (י"ג) לענין מעמד שלשחם שאמימר אמר בקעם. חדברי שנעשה כאומר לו בשעת מתן מצות משעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך. רב אשי הקשה שליו מקנין מע"ש לגולדים. עד שלבסוף מסיק. מר זוטרא שהוא מהלכתא בלא טעמא. וכתב הרשב"א בדברי אמימר: ולא שירדו חכמים לדעתן של לחיים דשמו שכך החנה בלבג, אלא לומר תקנה התקינו חכמים כאילו אמר לו כך וכו'. ומיהו ס"ל השתא דאי לא דאפשר לחו לבע"ד בכך מעיקרא ודינא בלא תקנה"ת בדבר כזה לא היו מתקנים חכמים וכו'. והיינו דאקשי ל"י רב אשי אלא. מעתה תקנה לגולדים דהשתא חנאו בטל, אי"כ אף לב ב"ד לא יהגי בדבר זה.

הא. דאמרינן בבב"ב (קל"א) בין למ"ד יסבון בין למ"ד ירתון, תא אין אדם מקנה דשלב"ל, אלא תנאי ב"ד שאנו, דאלמא ב"ד מתנין דבר שין בעת"ד בעצמו. יכולים להתנות, לא למימרא דאין חבשל יכול להתנות עמה כלל, דאף תא אילו רצה מתנות עמה שלא יירשנה, דתנאי שבממון הוא, וכדאיתא בירוש': תלן דכתבין אי מיתת בלא בגים תהדר כל מה דלה לבי נשא תנאי ממון תא וקיי"פ. והלכך אף ב"ד מתנין דתהדר. כתובתה לבנין דכרין דיתוי לה. ואי משום עיקר כתובה ותוסי' — לא סליג רבנן, כיון דעיקר תקנתא משום גרדיא. והתם לישראל דירתון ויסבון קא קשי' ל"י, דאי משום תנאי דידי' וקניני' קא אחית עלה. תא לא מצי לאתנויי לגולדים, אלא משום תנאי ב"ד הוא דאתנו בכך, תואיל ואיתו מצי לאתנויי בהדה דתיחדר לז בכתובתה, כיון דעיקר תקנתא משום גרדיא וכו'. וחכא במסקנא דלא אשכחן טעמא אוקומנא לה בתקנתא גרדיא. בלא טעמא, משום תקנת לחו ומלח, עכ"ל.

ויוצא מדבריה, שאם אמנם יש כח בתקנה לתקן גם באופן שהסכמת הבע"ד עצמו איננה מועילה, הי' רק בגדר יוצא מן הכלל כמו שמסיק הני תלת מילי שריעחו רבנן מהלכתא בלא טעמא. אבל בדרך כלל אין חכמים משתמשים בכח ב"ד גם בעניני סמוכות אלא במקום שהסכמת הבע"ד עצמו מועילה.

ג. ונהי כי כן מתורתם של ראשונים אנו למדים את שני הכללים שפגלו לנו המצורייק והרדב"ז שלפיהם אין מקום לפנהג ותקנה המשנה דעי ירושה של התורה. אלא שעפ"י הנ"ל אריכים אנו לתקן מה שהי' נראה ממשטות דבריהם של המצורייק והרדב"ז שאין כח לתקן דבר זה. אבל לפי מה שנראה מהראשונים שהבאנו. תן לענין שאין לעקור דבר המפורש מן התורה. והן לענין לתקן במה שבע"ד עצמו אינו יכול להתנות, אין הפירוש שאין כח ב"ד לתקן, שבאמת יכולים הם ומכותם וסמכותם לעשות גם זאת, אלא ש"מ אין להשתמש בדבר זה, ובפועל לא מצינו שהשתמשו בסמכות זאת אלא בהני תלת מילי.

בנוגע לעקירת דבר מוח"ת שתבאנו לעיל את התוסי' בגיטין, חרי דקדקו לכתב פלשחם, דלא הי' לו להלל לעקור שביעית ולא כתבו שלא הי' יכול להלל לעשות

זאת. כמו"כ נראה שם לשון המאירי שלחב שבמקום שיש בה ביטול מצוה אף בריד אין דעתם להסקיר. וכן יוצא מתוך דברי הרשב"א שזבאו לעיל לענין מע"ש שיש בה ביד חכמים לתקן גם מה שהבע"ד אינו יכול שמשרו פועילה התקנה של מע"ש גם לנולדים אלא שחכמים לא השתמשו בסמכות זו אלא בשעת דחק כשראו הכרח לתקנה.

ד... ומנימוק זה כנראה אנו מוצאים להאשונים כשדנים על תקנות הקהל הסבירות מטעם קבלת והסכמת הצבור. בתשובות הרא"ש (כלל ו' סי' י"ט) : ומת שעשו הקהל תקנה שאלו העדים יחתמו על כל השטרות ותנאים ודאי אם הסכימו הקהל שיחתמו אף על קרוביהם יכולים להעיד אף על התנאים הללו כיון שקבלום עליהם והכשירום יכולים בני העיר להסיע על קיצתו וכמו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך עכ"ל.

וכן בתשובות הרשב"א (ח"א סי' תשכ"ט וח"ב סי' תל"ח) על צבור שרצו לעשות תקנה שתהא חתימת הסופר מתא כחתימת שני עדים, והשיב בזה: הרשות ביד הקהל לעשות כן שהרי שנינו נאמן עלי אבא וכו', וכ"ש קהל שקבלו ועשו תקנה עכ"ל.

ה... עפ"י חנ"ל צריך לומר שנימוק זה של קבלת הקהל והסכמתו הוא גם בתקנת הקדמונים שהובאה במל בו (סי' קי"ו) : תקנת ר"ג מאור וגולה בכל מקום דאין אנשים רגילים להיות, שם נשים נאמנות וכ"כ מההרי"ק (סי' ק"ט) : תקנת קדמונים היא מר"ת, דאשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בענין הכאת או בזיון ת"ת ובכל דבר שבקטטה שאין רגילים להיות שם עדים מחמנים בדבר, ואין סנאי להזמינם, וח"ה במסירות וכו', עכ"ל.

כאן לא נחפרש במקור כח התקנה, אבל עפ"י חנ"ל נראה שגם כאן הנימוק הוא הסכמת הקהל לקבלתו.

ו. אכן מצאתי בסי' כנסת יחזקאל (סי' פ"ג), שהאריך לפרש שתקנה זאת אף היא לא היתה אלא במקום שגוף המעשה ידוע ע"י קלא דלא פסיק או שגם הם עצמם אינם מכחישים עיקר הדבר, וחשאלה היא רק לברר את פרטי המקרה. אבל אם גוף המעשה אינו ידוע וחבע"ד מכחיש לגמרי אין לעשות תקנה שלא כדין תורה אלא בדבר שאין מפורש בתורה, אבל לא לתקן נגד מה שהוא מפורש בתורה באר היטב כגון ע"א דכתיב לא יקום ע"א באיש, וכ"ש קרובים דכתיב לא יומתו אבותי וכו', הרי שהוסיף גם בני"ד את ההגבלה שהזכרה לעיל מההרי"ק וחורב"ו לענין ירושות, שאין לתקן שום תקנה נגד המפורש בתורה.

אלא שרואים אנו בדבריו הדגשה להבדיל בין מה שמפורש בתורה באר היטב למה שאינו מפורש, אעפ"י שגם הוא דין תורה (וכן מוכח ודאי גם מהענין שדן בו עליו שחרי גם כשיש קלא דלא פסיק או שבע"ד מודה בעיקר הדבר ומכחיש הפרטים, גם בזה אין לקבל תפסולים מדין תורה אלא שבוה אין זה כל כך מפורש, כן צ"ל לפאורה).

ז. חב"ל זה בין עקורת דבר מפורש למח שאינו מפורש ממש, מוצאים אנו בדברי תראשונים גם לענין עקירת דבר מצי"ת בשוא"ת, חנה כדוע מצוה שופט ולחלב בטלו חכמים בשבת מחמת גזרה שמא יעבירו, ומכח שיש בזה לבטל דבר מה"ת בשוא"ת (יבמות צ' וש"ג). וכתב המאירי (מגילה ד' :) : יש

שואלים - למה לא נאמר - כן אף במילה - שלא - חרחת - שבת מגורת זו - שמא יעביר את התינוק וכר ויש מתרצים - שלוב - ושופר ומגילה לא נאמר עליהם בפירוש שיהיו נעשים בשבת וכר אבל מילה להדיא הותרה בשבת מדכתיב וביום השמיני ימול, ולא החמירו בקולא הכתובה בתורה להדיא, עכ"ל.

וכן מצינו כיר"ב בתוס' שאפילו להחמיר לא רצו חכמים במקום שמפורש התייר בתורה. בתוס' ב"מ (ס"ד: ד"ה ולא) כתבו: ולפי שהתורה התייר להדיא לא רצו להעמיד שם חכמים דבריהם. וכן שם (ע': ד"ה תשיך) לענין חיתר תרצית מהנכרי, וכן בשט"מ כתובות (י"ד, ד"ה מ"ט דר"י הסנדלר): כיון שהתייר הנאה שמעינן מדכתיב לכם, שלכם יהא, לכך לא גזרו חכמים בה, כיון שתתייר התורה להדיא, עכ"ל.

הרי לנו מכל זה חילוק בין דבר מסורש לדבר שאינו מסורש, שאין לחכמים לעקור, אפילו במה שיש כח בידם, דבר שנתפרש בתורה בהדיא.

### סרקה

#### ירושלם בתור "חוקת משפט" שאינו ניתן לשינוי

א. נימוק נוסף לאי אפשרות לשנות את משפט הירושלם שקבעה התורה ע"י הפקר בי"ד, נותן המב"ט (ח"ב סי' קכ"ח). הוא משיג שם על דעת המהר"י בן לב שכתב תקנת סוליטולא (הזכרת בתשרי הרא"ש כלל ג"ה) שהבעל וקרובי האשה יחלקו בירושלם, הוא מכח הפקר בי"ד, ובין השגותיו שם כתב: ועוד דלענין חירושא הוא חוקת משפט, וכי היכי דאין מוריש יכול להנחיל בתורת ירושלם איש זכרי אפי' ברצון יורש, וכמו שכ' הרמב"ם ז"ל פ"ב מה' אישות דכל תנאי בירושלם בטל, ה"ג בי"ד אינם יכולים להנחיל למי שאינו ראוי לנחול, עכ"ל. רואים אנו בדבריו הדגשה מיוחדת על מה שנכתב בדיני ירושלם, חוקת משפט, הוא מסתמך בזה על הרמב"ם בה' אישות, אך יותר מזה הדברים מסורשים ברמב"ם בפ"ו מה' נחלות וז"ל: אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי לירושלם ולא לעקור ירושלם מן היורש אעפ"י שזה ממון הוא, לפי שנא' בפ' נחלות, והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, שחוקה זו לא נשתנתה, ואין התנאי מועיל בה, עכ"ל הרמב"ם. מכאן שענין ירושלם הוא יוצא מכלל כל דיני ממונות, שקבעה בה התורה דין זוקקה שלא תשתנה (1). וטעם זה, כשם שהוא קיים לענין הבע"ד כן הוא קיים גם לגבי בי"ד.

(1) נראה שהמב"ט בכונה הזכיר את הרמב"ם בה' אישות, כי דבריו בה' נחלות יפולים להתפרש כפשטות הגמרא ב"ב קכ"ז, והובאו בחת"ם ה' אישות הנ"ל שזה רק משום שחירוש לא ידע ולא מחל, אולם בה' אישות מבואר שגם הסכמת חירוש אינה מועילה כפי שהזכיר המב"ט, ובמקרה זה גם בי"ד לא יכולים לתקן, ואין צ"ל משום שכל כח בי"ד הוא סחפת הסכמת הבע"ד, ומנו שסובר הרא"ם ופני שרצוה להטות לדעתו את המהר"ק והרדב"ז והרמ"ח דידן שליט"א (ראה לעיל סרקים א'-ג'), כי מהרשב"א (לעיל פ"ד) נראה שכתב הפקר בי"ד הוא כח עצמי, עיי"ש היטב, אלא וטעם שכיון שהסכמת בע"ד אינה מועילה אין זה מגדרי די"ב, ופי"כ גם הפקר בי"ד ל"ש בזה, והיינו מצד שנאמר בה' חוקת משפט, שלא תשתנה ע"י מי שלא יהי, ונראה שכך יתפרשו גם המהר"ק והרדב"ז.

ב. סמוכים לדבריו שאין במת ביד לתקן תקנות נגד משפטי הירושה שבתורה אפשר להביא מהגמרא כתובות (ג"ב): אר"י משום רשב"י מפני מה התקינו כתובת בנין דכרין, כדי שיקפץ אדם ויכתוב לבתו כבנו. ומי איכא מידי דרתמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואמו רבנן ומתקני דתירות ברתא? הא גמי דאורייתא היא דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים וכו'. הרי לנו מזה שאעפ"י שהמדובר כאן על נתינת האדם לבנותיו בעודו בחיים, שזה ל"ש כלל לענין ביטול דין הירושה שבתורה, מ"מ כיון שבעקיפין זה פוגע בירושה אף בזה הקשו חז"ל שלא היו להם לתקן שזה מנוגד לכונת התורה. ולא נתה דעתם עד שמצאו לזה סמך בדברי הכתובים. הרי לנו עד כמה שהיתה הקפדה על שמירת סדר הירושה שלא לשנותו, אפילו באופן שאין בו משום איסור ישיר.

[אגב, שומעים אנו מדברי הגמרא שתקנה שיש לה סמך בתורה כוחה יסוד אף בעניני ירושה, ובזה יתורץ מה שיש להעיר לכאורה על דברי המהרי"ק והרדב"ן שהובאו לעיל, מירושת הבעל לדעת הסובר שהיא מדרבנן, הרי תקנו לעקור דין הירושה מן הירוששים ולהעבירו לבעל, אלא שהוא משום שגם ירושת הבעל מצאו לה סמך מה"ת. דומה לזה כ"י המאירי (יבמות פ"ט): שלפיכך לא מקשה שם בגמרא למ"ד ירושת הבעל דרבנן, והלא אין ביד מתקן לעקור דבר מה"ת משום דכיון שיש לו סמך מה"ת לא מיקרי עקירה כלל, ועיי' בהערות].

הקפדה מיוחדת בהשוואת הבת לבת הבן בירושה אנו מוצאים בדברי חז"ל (ב"ב ק"ט): אר"ה א"ר כל האומר תירש בת עם בת הבן, אפילו נשיא שבישראל אין שומעים לו שאינן אלא מעשה צדוקים. וכתבו שם התוס': אפי' נשיא שבישראל שרוצה לתקן לפי צורך שעה, לעין שמצינו בבני בנימין שהתנו שלא תירש בת הבן עם אחיו אין שומעים לו משום צדוקים, עכ"ל. כונת התוס' שהזכירו, לפי צורך שעה וכעין שמצינו בבני בנימין, היינו שאפילו למגדר מילתא שזוה מצינו שיכולים חכמים לעקור לכל הדעות דבר מה"ת בחוד חור"ש (עי' יבמות צ'), אעפ"י בניד אין עושים תקנה זו, כיון שהוא מעשה צדוקים. אכן כ"ז המדובר על עקירה פה"ש ולמיגדר מילתא, אבל כל שאין מיגדר מילתא בזה, גם שיבויים אחרים ממשפט הירושה אין לשנות, וכמש"כ לעיל.

## פרק ו

### ירושם שימת המבי"ט

בס' "דברי אמת" (קונט' ט') הביא דברי המבי"ט הג"ל ומשיג עליו: בזה נביא את ההשגות אחד אחד, ונבאר בע"ה מה שיש להשיב עליהן:

א. מסוגית הגמרא ב"ב קל"א שאמרו לענין כתובת בנין דכרין, תנאי ביד שאנ"י.

אולם על שאלה זו כבר עמד הרשב"א (גיטין י"ג) שהובא לעיל (פרק ד' אות ב'). נתעצת. כנ"ל 2.

2. עי' לעיל הערה 1) שלמבי"ט ירושה תנא פג. ממזן מיוחד תנינו תלל מל דיני משונות

ב. חיבתו פ"ט: שהבעל יורש את אשתו קטנה, אף שנשואי קטנה אינם אלא מדרבנן, והבעל יורש רק מכת הפקר ביד.

לזה י"ל שלא היתה זו תקנה מיוחדת בנוגע לירושה, אלא שתקנו לה קדושין וממילא הרי הוא יורש אותה כדרך שבעל יורש את אשתו.<sup>3</sup>

וכבר הערנו לעיל שהי' מקום לשאול מכל דין ירושת הבעל למיד שהיא מדרבנן, אלא שכבר הוסבר שם עפ"י המאירי שכל שיש סמך מן החז"ר, יש מקום לתקנה גם בעניני ירושה.

ועוד י"ל שבעצם הבעל זוכה בנכסים כבר משעת הנשואין, ולא רק בנכסי צאן ברזל, בהם כבר ביאר באבני מלואים<sup>4</sup> (סי' נ"ב סק"א וסי' צ' ס"ק ד'), שאין הבעל זוכה בהם מדין ירושה אלא משום תנאי הכתובה, שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים, והי' כל הכלול בתנאי הכתובה שנכסי צ"ב ג"כ אחד מהם. אלא גם בנכסי מלוג מצינו דעת הרא"ש והטור (סי' צ') שאפילו גוף הקרקע מוציא מיד הלקוחות בחייה, וכ"ה דעת הרשב"א והר"ן בפ' נערה שנתפתחה ועי' בש"ך ח"מ (סי' ק"ג סק"כ), שאע"ג שבהייה אין לו לבעל אלא פירות, וקיי"ל קנין פירות לאו כקה"ג, מ"מ כיון שלאחר התקנה הבעל מוציא מיד הלקוחות; אלמא כשמתה הרי הוא כלוקח למפרע משעת נשואין, והי' לפני תקנת אושא למיד קנין פירות כקה"ג, ובירוש' (ביכורים פ"א ה"ה לפי גירסת הגר"א שם) אמרו שהסובר ירושת הבעל דרבנן סובר שקנין פירות כקה"ג הוא, א"כ אין כאן משום עקירת דיני ירושה כלל שהרי זוכה משעת נשואין.

ג. מהגמ"ר ב"ב (קט"ו): ויאמר ירושת פליטה לבנימן ולא ימתה שבט מישראל (שופטים כ"א) א"ר יצחק מלמד שהחנו על שבט בנימן שלא תירש בת הבן עם האחים, ופי' הרשב"ם שם שהוא מכת הפקר ביד, הרי שגם לענין ירושה שייך הפקר ביד.

בזה י"ל שמהרשב"ם ושיטתו אין שום הוכחה, שהוא מפרש שם התקנה שלא תירש בת הבן עם האחים היינו אחי אביה, תוכן התקנה הי' איפוא להפקיע את הירושה מהבן שמת ולהעבירו לשאר הבנים, אחי המת, ובכנות זה בבן בין הבנים, אף האב עצמו יכול להנחיל, ולפי פיר"ח המובא בשיט"מ שם שפי' "עם האחים" היינו אחי האב המת, יש לומר שהוא אינו מפרש מכת הפקר ביד אלא מכת ביד.

---

משום שהסכמת היורש לא מועילה, ולזה לא יועילנו הרשב"א, כי הרשב"א דן רק מצד שחכמים אינם רוצים לעקור דבר מה"ת, ובוה י"ל שפיר שאם גם הבע"ד יכול לשנות זאת אין זו נקראת עקירה, אבל לפי המבי"ט אין כח ביד יפה כאן לענין הפקר ביד, כי אין זה ענין ממזוי כלל כי היא "חוקת משפט" שאינה משתנית, ומה יועילנו בזה מה שהבעל הי' יכול להסתלק ממנה, טר"ס לא נסתלק, ועכשו מפקיעים ביד דין הירושה שיש בו חוקת ואינו ניתן להפקעה ע"י שום כח בעולם וכנ"ל.

3) עפ"י מש"כ בהערה 2) גם כאן אין כדי דחי' כי עקירת הירושה גם בעקיפין, אי אפשר ול"ד למש"כ הרשב"א כי שם הדיון רק בכדי שלא יתא נראת לעין כעקירת, שמש"כ אם רק באיזה אופן שזוא אפשר לומר, שאין זה נראת לעוקר מספיק, ח"ע ור"ך.



מכין ועונשין שלא מן הדין, דחיינו מצד מיגדר מילתא וצורך שעה, וכן מבואר שם בתוס' (קט"ו: ד"ה אמילו):

ד. משיג עליו שבתשובות הרא"ש הנ"ל בהם מובאת תקנת טוליטולא מפורש טעם תקף התקנה מכת הפקר בי"ד.

ונו באמת השגה חזקה על דברי המבי"ט. אכן על יסוד דבריו של המבי"ט אין כאן השגה, שכבר הבאנו לעיל (פ"ד אות ב') דברי הרשב"א שעקירת ירושת הבעל הוא דבר שהבע"ד יכול להתנות, שיכול להסתלק מזה בעודה ארוסה (4). באופן שהתנחה, שבדין ירושות לפי משפטי הירושה שבתורה אין כת הפקר בי"ד לשנותה. הנחה זו לא הופרכה, ויש לה יסוד איתן ברמב"ם וכנ"ל.

## פרק ז

### ירושלם כדבר שבאיסור

דעת הרמב"ן וה"חינוך שכל אדם המשנה ממשפטי הירושה להוריש למי שאינו ראוי ליורשו עובר במ"ע, ולדעתם יוצא שענין משפטי הירושות היא לא דבר שבממון גרידא אלא שיש כאן גם ענין איסורי (וממילא יש לדון שכאן ל"ש בכלל הכלל של הפקר בי"ד וכדלקמן בפ' הבא).

דברי הרמב"ן הם בסה"מ (ל"ח י"ב) שמנה במנין חלאוין מש"ג, לא יוכל לבכר וגר. ת"ל שם: בגמרא י"ג (קל"ו) אמרו לא יוכל לבכר את בן האהובה על פני וגר מה ת"ל, לפי שנא' והי' ביום הנחילו את בניו נתנה תורה לאב להנחיל לכל מי שירצה, יכול אף זה כן, ת"ל לא יוכל לבכר. ולא תחשוב שלא יהא זה מניעה אלא שהוא דין מדיני הנחלות שלמדנו הכתוב שאין האב יכול להעביר הירושה ממנו ועל כרחו יירש פי שנים, אבל באמת מניעה הוא, שאם אמר האב כמותו איש פלוני, בני בכור לא יטול פי שנים או שאמר שיקח הפשוט עם הבכור בשוה עובר בלאו זה. ואפי' באמר יירש פלוני בני גכסי דן ר"י ב"ב והלכה כמותו שיתקיימו דבריו במקום שאין בכור, ויתבטלו דבריו במקום הבכור. ומפני מניעתו שמנעהו תורה מעשות כן, דנו בו כמתנה על מה שכתוב בתורה שלא יתקיימו דבריו ומ"מ עבר אהורמנא דמלכא, עכ"ל.

ומתוך שכתב, שמפני מניעתו שמנעתו תורה (כלומר, מפני האיסור שבדבר) דנו בו כמתנה על מה שכתוב בתורה, נראה שגם בפשוט יש איסור תורה להעביר ירושתו בלשון ירושה, שהרי גם לענין ירושת הבן הפשוט אמרו שם חכמים שהוא כמתנה עמש"כ בתורה, ובכור ופשוט כאחד נשנו במשנתנו.

וכן הוכיח הגר"י פר"א בסה"מ לרב סעדי' גאון מדברי הרמב"ן. והביא שם דברי התרי" (הובאו במהרש"א שם), וכן מצאתי מפורש בחדושי הרמ"ה שם, שלרבנן למדים פשוט מבכור מק"ו. ובשט"מ שם בשם תוס' הרא"ש כ"י: לרבנן אתא קרא דלא יוכל לבכר לגלות גם על חלק פשוט שא"י להתנות, עכ"ל. ומדרבנן יכולים אנו לשמוע גם לר"י ב"ב, שלא מצינו שחולק עליהם אלא

(4) גם זו אינה טענה במקום שזכות זאת אינה קיימת לבי"ד וכנ"ל.

בוה שסוכר שבדיעבד דבריו קיימים, ושלא כרבנן שסוכרים שלא אמר כלום. אבל לא מצינו שיחלוק עליהם בנוגע לאיסור שיש לכתחלה. וע"כ מסתבר שגם התורה שעכ"פ איסור תורה יש בדבר. (5)

ובסי' החינוך (מצוה ח') ג"כ מבואר שכל המשנה ממשפט הירושא עובר בעשה. ז"ל שם: אמרו חז"ל שאם צוה המוריש ואמר אל יירשני בני וכו' או בת תירשני במקום הבן וכו', אם אמר משום ירושה לא אמר כלום וכו'. ולפי הדומה אעפ"י שא"ב ממש בדברי האומר לשון ירושה ומעשיו אינם כלום בצואתו כן, הוא מבטל מצות עשה זו של ירושה משום דעבר אהורמנא דר' חננא. וכן אם שמא אחרי מותו קיימו ב"ד את דבריו אלה יש עליהם ג"כ ביטול מ"ע זו. מלבד עונש דלא תסה משפט וכו'. והעובר ע"ז וציוה, בין שכ"מ בין בריא, שאל יירשו הראוי לירשו ביטול מ"ע זו, והוא שציוה כן בלשון ירושה כמו שאמרנו, ואעפ"י שאין בדבריו ממש.

תנח דברי החינוך מבוארים שיש מ"ע בדבר, אלא שהוא שלא כמשי"כ לעיל מהראשונים, שזו גלמוד מדין לא יוכל לבכר, אלא הוא גלמוד מ"ש תורה והיתה לכם חוקת משפט, שהיא לדעתו מ"ע על כל יחיד ויחיד שלא ישנה ממשפט הירושא. וכן היא אזהרה לב"ד שלא יקיימו דבריו אלה, נוסף על האזהרה הקיימת עליהם שלא לחטות משפט, כיון שדבריו לא היו בהם ממש והם מחייבים את הזכאי.

## פרק ח

### דין בשיטות ופיכומן

לפי דברי הרמב"ן והחינוך הללו יש לדון אם שייך תקנת חסקר ב"ד בעניני ירושות מטעם האיסור שיש בשינוי משפט הירושא, שלפ"ז נמצא שהדבר נובל עם עקירת דבר מה"ת. ואין זה צנין ממוני.

מסברא פשוטה הרי הענין דומה לאיסור רבית, אלא שהוא עדיף עוד מאיסור רבית, שכאן האיסור גם על ב"ד לפי דברי החינוך לעיל. ברבית מוצאים אנו מחלוקת הראשונים אם שייך בו דין חסקר ב"ד, שבגמרא (כ"מ ע'), אמרו: רבינא אמר נהי דשליחות לעכרם לית לי מדרבנן אית לי, ובשיט"מ שם: והרמב"ן הקשה ואי מדרבנן אמאי מותר זהא רבית דאורייתא? ואיך אמרו חכמים דאית

(5) זה ודאי לא מסתבר שהכתוב, לא יוכל לבכר" משמעוהו גם איסור גם ללקדנו שאין מעשיו חלים, ואם לענין חלות מעשיו לא נוקל ללמד לגבי שאר אחים שמקרא מלא אמר, ביום הנחילו"ן איך גלמוד ממנו לאיסור, אין שלרי"ב ב"ב. המסוק רק לענין בכור גאמר הן לענין איסור הן לענין החלות, והמשנה שאמרה גם בפשוט מתנה עמשי"כ בתורה לרמב"ן הוא רק אליבא דרבנן, וכן הדבר מסורש ברמב"ן בא"ד שם, וז"ל: ואמנם אמר (הרמב"ם) בדין הנחלות שהיות הבכור יורש פי שנים הוא מכלל הנחלות, ואם יש בו מ"ע מיוחד ואיננו כן בשאר האח"ט בודאי נמנה הוא לעצמו, עכ"ל. הרי בפירושו כן שהיא מ"ע מיוחד רק בבכור ולא בשאר אחים וכמשי"כ.

ליה זכיה לקולא להתיר מה שהוא אסור מה"ת. ותירץ דכיון דזוהי לגוי הוא דפרע  
להו והאי רבית נמי לכיסו של עכרים הוא נוסל, דילמא לאו איסור מדאורייתא  
הוא אלא מדרבנן, ואתי דרבנן ומפיק מדרבנן, עכ"ל. מבואר מדבריו שבאיסור  
רבית דאורייתא הי' אסור ולא היו אומרים בזה הפקר ב"ד.

אמנם בשיטתם שם מובא שחריטב"א משיג על הרמב"ן וכתב: ואין תירוץ  
של רבינו ז"ל מחזור ומסתברא דבכל דבר שבממון משום הפקר ב"ד הפקר נגעו  
בה ומתנין לעקור דבר מה"ת כדאמרינן ביבמות פרק הא"ר.

מפשטות דברי הריטב"א נראה כאילו גם ברבית, למרות שיש גם איסור  
ברבית, שייך מ"מ דין הפקר ב"ד הפקר. אולם בתשרי הריב"ש (סי' ש"ה) מובא  
כדברי הריטב"א הללו, בשם הרשב"א וכתב שם, שאילו היתה זו התקנה במיוחד  
לענין רבית או דאי גם לרשב"א הי' זה עקירת דבר מה"ת. אלא שדין זכיה לעכרים  
היא תקנה כללית שתקנו חכמים וע"כ גם לענין הרבית, העכרים זוכה וממילא  
אין כאן רבית.

ונראה שגם דברי הריטב"א בהכרח צריכים להתפרש כן. שכן במ"ש בגמרא  
שם (ב"מ ע"ב) ר"א נכרי שלח מעות מישראל ברבית ונתגייר בין כך ובין כך  
גובה את הקרן וגובה את הרבית. א"ר סחודה אמר ר"ה מ"ט דר"י שלא יאמר  
בשביל מעותיו נתגייר זה. וכתב ע"ז הש"ט"מ וז"ל: י"מ דאע"ג דאיסורא דאורייתא  
דוא יש כח בידי חכמים להפקיר ממון וליתן לזה. ולי נראה דאיסורא דרבנן להוד  
הוא, כיון דחייב הרבית הוא מומן גיורתו, וז"ל. הריטב"א: וכיון דאינו אלא  
איסורא דרבנן מפני מראית העין בעלמא יש לנו להתיר וכו', עכ"ל.

ולכאורה דברי הריטב"א הללו, שהתנה ההיתר בזה שאינו אלא מדרבנן,  
סותר את דבריו שהבאנו לעיל שגם באיסור תורה פועל ההפקר ב"ד. אע"כ כמו  
שהבאנו החילוק מהריב"ש, שכל ההיתר שם הוא רק מטני שלא היתה זאת תקנה  
מיוחדת לענין רבית, אבל אילו היינו באים לתקן רק לגבי רבית הי' בזה באמת  
משום עקירת דבר מה"ת.

וכ"כ מדברי הר"ד דוד שהובא במרדכי (פרק איזהו נשך סי' של"ב). בדין נכסי  
יתומים שמוחר להלוותם ברבית ואמרו בגמרא ויהבינן להי בפני ב"ד. וכתב ע"ז  
המרדכי בשם הר"ד דוד: פירש"י משום דהפקר ב"ד הפקר להפקיע ממון הזאיל  
ולאו רבית דאורייתא היא דאינה קצוצה. נראה מדבריו שאילו ברבית קצוצה גם  
טכח הפקר ב"ד אי' הי' להתיר וכנ"ל (ועי' במל"מ פ"ד מה' מלוה ולוה).

לעומת זאת דעת ה"מ שהבאנו לעיל בשט"מ שאפי' איסור רבית דאורייתא  
התירו ע"י כח הפקר ב"ד. וכ"כ שם הרא"ש בפסקיו סי' נ"ז: "הלכך שקיל מינ"י  
אפילו רבית שעלה עליהן משנתגייר עד שעת חמרעון, אע"ג דאיסורא דאורייתא  
טעבד, יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה".

ובסו"מ שאלה זו נמצאים אנו למדים ששלוש מחלוקות בדבר: א. דעת  
הרמב"ן שבממון שיש בו איסור חרזה אין שייך כח הפקר ב"ד בשום צד, ב. דעת  
הריטב"א והריב"ש המחלקים אם התקנה באה באופן ישיר לדבר זה, או שהיא תקנה  
כללית, ובכל אופן גם דעתם שלעקור אופן ישיר אין בכח הפקר ב"ד. ג. דעת הרא"ש  
ואי"מ שנוקטים שגם בזה שייך הפקר ב"ד.

חידושו של הגר"א זצ"ל ודיון בדבריו

חידוש גדול מחדש הגאון מאוה"ג רבנו יצחק אלחנן זצ"ל, שזמן חתימת התלמוד בטל עיקר כח התקנה המחייב את כולם ללא תנאי, אלא רק מי שידע בתקנה, שאו ודאי סמך עליה והרי זה כאילו חייב עצמו בזה.

דבר זה מבואר בספרו „נחל יצחק“ (בביאור ס' תקנה סעיף י"ג). הוא מבסס זאת על מה שכתב הרמב"ם (פ"טז מה' אישות) והובא בטורח"מ (סי' ק"ז) ובטוה"ע"ז (סי' ק') בענין תקנת הגאונים לגבות ממטלטלי היתומים שהנהיגו לכתב בכל הכתובות מקרקעי ומטלטלי. וכתב שם: הרי שלא כתב בך בשטר הכתובה אלא נשא סתם, אם הי' יודע בתקנה זו של גאונים גובה, ואם לאו או שנכתם לנו הדבר, מתיישבים בדבר. הרבה, שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה אעפ"י שלא נתפרשה כדין תנאי כתובה שהם תקנת הסנהדרין עד שנוציא בהם ממוך מהירושים, עכ"ל הרמב"ם. ובמ"מ שם כתב: דעת רבינו הוא שאין לומר בזה אעפ"י שלא נכתב כמי שנכתב שאין זה תנאי בי"ד, כיון שנתחדש אחר הגמרא. ומסיק מזה הגר"א ז"ל שאם אפילו לענין תקנת הגאונים יש לדון שאי"ת רק אם ידע מזה ומשום שזה כאילו נתחייב בפירוש, מכש"כ בתקנה ומנהג של איזו מדינה ודאי שכל עיקר החוקף של הדבר הוא רק מחמת שידע וחייב א"ע בזה. לפי דבריו אלה יוצא שאין מקום לכל הדיון על אפשרות תקנות לשנות את משפט הירושה בזמננו, שהרי לפי דבריו אין לבא לזה אלא מכת הסכמתו והתחייבותו של היחיד לשנות משפטי הירושה, וזה הרי אין בכוחו כמבואר במשנה ב"ב שהובאה לעיל, שזה כמתנה ע"מ שכתוב בתורה.

אך אילולי דמסתפינא הי' נראה לפרש דברי הרמב"ם שמסתמך עליהם במובן אחר קצת. כי בעצם קשה מאד המושג שהכניס כאן הה"מ בנוגע לתנאי שנתחדש לאחר התלמוד, מנין לנו דבר זה לקבע הבדל בתקנות בין לפני חתימת התלמוד ואחריו, וזה לא נתבאר בשום מקום.

ע"כ נראה שחדברים מכוונים לענין אחר. הנה מוצאים אנו שני מיני תקנות: א. תקנות הנוגעות לכלל כלל ישראל, ותקנות אלה סמכותן היא רק בידי בי"ד הגדול שבירושלים, או בידי גדולי הדור שבכל דור שדעת כל ישראל סומכת עליהם ותקנתם מתפשטת בכל ישראל; ב. תקנה הנוגעת למדינה או לעיר אחת, וכזה די' שתעשה ע"י גדולי וטובי אותו מקום. וכמש"כ המרדכי לבי"ב (ת"ט"תפ"א), „דטובי העיר הוו בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום, וכמו גדולי הדור הפקדם הפקרי“.

וכ"ה בתשרי מיימוני שופטים סי' י': „וטובי העיר הוו בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור וכ"ו דעליהו סמכי כל בני העיר“.

הרא"ם בתשרי (סי' נ"ז) ז"ן בהרחבה בזה, ומוכיח שזוהי שיטת רש"י הראב"יה, הרמב"ן והרשב"א, ומבאר שם שיטתם באריכות, ותוכן דבריו שעיקר הכח שנתנה התורה לתקן תקנות הוא לבי"ד הגדול שבירושלים שעליהם נאמר על פי התורה אשר יורוך וכמש"כ הרמב"ם פ"ב מממרים. וכח זה שניתן לבי"ד הגדול שבירושלים, הי' לגדולי הדור שבכל דור ודור כמו שדרשו רבותינו וקבאת אל

הכחניב וכו'. יפתח בדורו כשמואל בדורו. ועיקר חסעם שניתן להם הכח שא  
גזירות ותקנות יותר מכל שאר בתי דינים, הוא משום שעליהם סומכים כל  
אנשי הדור.

כשם שגדולי הדור הפקרו הפקר ותקנתם תקנה על כל ישראל משום  
שעליהם סומכים כל בית ישראל, כמו כן טובי ונבחרי העיר שעליהם סומכים כל  
בני עירם הפקרו ותקנתם תקנה לגבי בני עירם.

ומכיון שתקנה שהיא לכל ישראל צריכה שתהא ע"י בי"ד שכל ישראל סומכים  
עליה, לכן כתב הרמב"ם, שתקנת הגאונים שתוקנה לא בשביל מדינה אחת אלא  
בשביל הכלל כולו יש להסתפק אם יהא לה תוקף אם האיש לא ידע ממנה. שכן  
כבר כתב הרמב"ם בהקדמתו לס' היד הבדל בענין זה בין לפני זמן חתימת התלמוד  
לאחריו: נמצא רבינא ורב אשי וחבריהם סוף גדולי חכמי ישראל המעתיקים  
תורה שבע"פ ושגורו גזירות התקינו תקנות והנהיגו מנהגות ופשטה גזירותם  
ותקנתם ומנהגותם בכל מקומות מושבותם וכו'. וכל בי"ד שעמד אחרי הגמרא בכל  
מדינה ומדינה או התקין או הנהיג לבני מדינות רבות, לא פשטו מעשיו בכל ישראל  
וכו'. והיות בי"ד של אותה מדינה יחידים, ובי"ד הגדול של שבעים ואחד בטל  
מכמה שנים קודם חבור הגמרא, לפיכך אין כוטים אנשי מדינה זו לנהוג כמנהג  
מדינה אחרת, עכ"ל. ולאלה הדברים המבוארים בהקדמה של הרמב"ם מכוונים  
הדברים שזכרו לעיל מהרב המגיד, שגם תקנת הגאונים, שהיא: לאחר חתימת  
התלמוד אין לה תוקף תקנה לגבי כלל ישראל, כיון שבאותה שעה לא הוכרח  
סמכות אחת שבאיוו שהיא מדינה כמכרעת וקובעת לכל קיבוצי ישראל בגלויותיהם.  
אבל לא הי' דעת הרמב"ם דעת הה"מ כלל לומר שלאחר זמן התלמוד אין בכלל  
תוקף לתקנה, אלא תקנות שנעשו ע"י טובי העיר ודאי שרירין וקיימין לגבי בני  
אותה העיר עם כל הכח חכות של הפקר בי"ד גם לאחר חתימת התלמוד וגם  
בזמננו אנו. ובוה מבואר מה שכל הראשונים והאחרונים דנים על תקנות הקהל  
שלאחר זמן חתימת התלמוד מצד גדרי הפקר בי"ד הפקר.

## פרק י

### שיטת התשב"ץ והרשב"ש

לעומת כל הדעות שהובאו לעיל שאין כח לתקנה לשינוי משפטי הירושות,  
ישנן שתי דעות של התשב"ץ והרשב"ש בנה המחליטים שתנאי בי"ד מועיל גם בזה.  
התשב"ץ (ח"ב, רס"ה) כתב: עוד תקנו שאם תמות האשה בחיי בעלה וזרע  
אין לה ממנו שיירשו קרוביה היותר קרובים שלישי נדוניתה וכו'. ותקנת הצבור  
עדיפא מתנאי שאדם מתנה עם אשתו, כי בחה שאינו מועיל תנאי להפקיע ירושת  
הבעל מועיל תנאי בי"ד כדאמרינן בס' י"ג, תנאי בי"ד שאני, עכ"ל. וכ"כ שם עוד  
במק"א (ח"ב, רצ"ב).

הנה כבר הזכרנו לעיל שהרשב"א (גיטין י"ג) עמד על ראי' זו מונגמרא  
בי"ג ודחאה. אכן גם בדעתו של התשב"ץ יש לציין שאין זה ברוך מהי דעתו  
על אפשרות שינוי כל משפטי הירושות, שכן דבריו סובבים על עקירת ירושת  
הבעל, ובוה י"ל שאף למ"ד ירושת הבעל מן התורה מ"מ אינה מפורשת בתורה.

וכבר הזכרנו לעיל שיש לחלק בין מה שנכתב מעורש, לזה שחוא דין מורה אולם לא נתפרש בפירושו.

אכן ברשב"ש, השאלה על רצון לקחת לטובת הקדש נכסי יהודי, שמת זלא היו לו יורשים בעיר, והשיב בזה (סי' רפ"ז) : איני יודע למה יירש החקדש נכסי הנפטר הזה שאין לך אדם מישראל שאין לו יורשים וכו' וא"כ יש בקהל תקנה קבועה כזו דאלים כח דצבורא בהכי וכדאמרינן סי' יש גחליק גבי בנין דכרין : תנאי ביד שאני, ויהי כח הצבור על יחידיתם. ככח ביד הגדול על כל ישראל, עכ"ל.

הרי שאף הוא מסתמך על אותה סוגיא בי"ג שכבר ראינו שאין ממנה דאם כפי שהסביר הרשב"א, והנידון שלו הרי הוא על עקירה מוחלטת של דין הירושה המפורש בתורה והכנסתו לכלל הציבור והחקדש, ובוה דאי כל אלה חשיטות של ראשונים ואחרונים שהבאנו לעיל אינן נוקטתם כמותו.

ממוצא הדברים אנו למדים שיש מקום לעיון רב לתוקף תקנות לשינוי משפטי הירושות ומן ההאוי להמנע מזה, כי כפי שיוצא מרוב רובן של השיטות אין אפשרות לשנות ממה שקבעת תורה בזה, ויש גם איסור בדבר כי משפט הירושה, חוקת משפט קבוע הוא, שאין לנגוע בו. א"כ למגדר מילתא ולצורך שעה, ואף בזה יש הנבלה בענק השואת הכח שיש בזה משום מעשה צדוקים וכנ"ל.