

„מצווה לקיים דברי המת“ על תוקפה של הצוואה בספרות חז"ל

אריה אדרעי
אוניברסיטת תל-אביב

“To Fulfill the Wishes of the Deceased” On the Validity of Wills in Rabbinic Literature

ARYE EDREI
Tel-Aviv University

Tannaitic literature widely discusses whether one may bequeath property in a will, overriding the biblical provisions regarding inheritance. Many subsequent scholars researched the reasons for, and the timing of, the infiltration of the will into the realm of *halakha*. The considerable scholarly interest in this issue is probably due to the fact that the laws of inheritance reveal society's values regarding important issues such as the meaning of private property, individual autonomy, family structure, women's status, etc. Change in the laws of inheritance may indicate transformations in these values. Moreover, the debate over the will reveals the manner in which *halakha* adapts itself to change. Surprisingly, however, the rule in *Gittin* 14b, *mitzva le-kayem divrei ha-met* (“it is a *mitzva* to fulfill the wishes [lit: to uphold the words] of the deceased”) was largely ignored in the scholarly discourse regarding the laws of inheritance.

This rule is a significant element in the Tannaitic debate and is implicitly evoked more than is initially apparent. The rule's intent is more radical than previously assumed – rather than being a moral duty, dividing the possessions of the deceased in accordance with his wishes is a normative obligation. In the Amoraic deliberation of this rule there is a consistent trend to restrict its power. A new understanding of the concept of property rights was the major factor in the attempt to legitimize testamentary succession. The biblical notion of rights was familial; in the rabbinic period, however, the idea of individual property reigned, and thus it became necessary to allow one to will his property.

פרק א: מבוא

א. צוואה

צוואה היא מסמך אשר באמצעותו מבקש אדם לייעד את רכושו לאחר מותו! בצוואה מגדיר אדם לפני מותו את הזוכים המועדפים בעיניו.

(1) ככל הנראה מופיע המונח „צוואה“ בהקשר זה לראשונה בספרות הגאונים. ראה: שו"ת הגאונים, הרכבי,

בשיטה משפטית המכירה בתוקפה המשפטי של צוואה יחולק עזבונו של אדם בהתאם להוראות הצוואה. תיתכן כמובן גם שיטה משפטית אשר לא תכיר בתוקפה המשפטי של הצוואה, ותקבע שאין להתחשב בהוראות הנפטר לגבי רכושו, אלא יש לחלק את הרכוש על פי קריטריונים הקבועים בחוק והמושגים על שיקולים וצרכים חברתיים, כלכליים ומוסריים.

שאלה זו – האם להכיר או לא להכיר בתוקפה של הצוואה – יורדת אל השיתין של דיני הקניין בכלל ודיני הירושה בפרט. ישנן שיטות משפטיות וחברתיות הגורסות שמהותה של הזכות הקניינית והאידיאל המרכזי העומד בבסיסה הוא שליטה מרבית של אדם בנכסיו והפקת המרב מהם. שיטה כזו תכיר ללא ספק בצוואה, ואף תראה בה הסדר אידיאלי ורצוי, הצוואה היא פועל יוצא ממהותה של זכות הקניין המתאפיינת בשליטה של בעל הזכות בנכסיו. לשיטה זו, הסדרי הירושה הקבועים בחוק הם פתרון למקרה שאדם לא הביע את רצונו, ובמהותם הם מהווים ניסיון לשחזר את רצונו של הבעלים המת. בקובעו הסדרי הירושה, מבקש החוק לרדת אל סוף דעתו של אדם, להיות בכואה של רצון הבעלים ולחלק על פיו את הרכוש.

מנגד, קיימות תפיסות משפטיות הרואות בזכות הקניין גם מכשיר להשגת אינטרסים קהילתיים וחברתיים שונים. שיטה כזאת, עשויה לעיתים לדרוש מאדם לשותף את הסובבים אותו – משפחתו, קהילתו – בניצול נכסיו, והיא תבקש לראות בהסדרי הירושה הקבועים בחוק שיקוף של אידיאלים חברתיים בדבר צדק, מוסר וחלוקת העושר. שיטה זו תתקשה לתת תוקף מוחלט לצוואה.²

באופן כללי ניתן לומר, כי כיום ברוב שיטות המשפט משקפים הסדרי הירושה דרך ביניים בין הגישות האמורות. הזכות לצוות, אף שהיא מוכרת ללא ספק, איננה מוחלטת, והיא מוגבלת משיקולים חברתיים שונים. כך למשל, מרבית השיטות דואגות להגן על בני משפחה ותלויים אחרים. ישנן שיטות משפט שהגבילו את הזכות לצוות, ושריינו חלק מסוים מהרכוש לבני משפחה קרובים או לתלויים וכן לבני משפחה אחרים אשר מטבע הדברים היו שותפים ליצירת הרכוש. ויש שיטות משפט אשר קבעו לתלויים זכות למוזנות מן העיזבון. מיסי העיזבון המוטלים במדינות שונות, מורים אף הם, על תפיסת העולם הגורסת כי שעת מותו של אדם היא הזדמנות נאותה לחלוקה מחדש של העושר.³

ברלין תרמ"ז, סימן תקיג וסימן תקיז וכן ספר השטרות לרבי יהודה הברצלוני (מהד' האלברשטאם; ברלין: דפוס צ"ח איצקוביץ, תרנ"ח) 78. בספרות חז"ל משמשים המונחים דייתיקי, מתנת בריא ומתנת שכיב מרע. בספרות החיצונית למקרא, יש בדינו מספר יצירות מסוף תקופת הבית השני המכונות „צוואה“ – „צוואות השבטים“ „צוואת אברהם“, „צוואת איוב“ (ראה: א' כהנא, הספרים החיצוניים [שני כרכים; ירושלים: הוצאת מסדה, תש"ך] א: קמב ואילך). יש בכך כדי ללמד אותנו על הוראתו הראשונה של המונח „צוואה“ כציווי מוסרי; דברים שאדם אומר למשפחתו לפני מותו, מצווה ומדריך אותם בשאלות אמונה ודרך חיים, אך בוודאי לא ציווי לגבי רכושו של הנפטר. (על צוואות מוסר בתקופות שונות ראה: אברהם, ישראל בן ברוך בר אברהם, צוואות גאוני ישראל [I. Abrahams, *Hebrew Ethical Wills* (Philadelphia: Jewish Publication Society, 1926)]).

(2) ראה: ח' דגן, „פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת“ עיוני משפט כ (תשנ"ז) 45. דגן במאמרו המאלף סוקר בפירוט את שתי תפיסות הקניין הללו, ומפנה כרוחב דעתו לספרות בעניין. עיין שם במיוחד בעמודים 49-63. בסיכום דברי אחזור לשתי תפיסות אלו כתפיסות קניין מתחרות בין המקרא לחז"ל. (3) על זכות התלויים למוזנות, ראה: J. Dainow, „Limitation on Testamentary Freedom in England“.

Cornell L.Q. 25 (1940) 338. לסקירה השוואתית ראה: ש' שילה, פירוש לחוק הירושה תשנ"ה-1965 (שני כרכים; ירושלים: הוצאת נבו, תשנ"ה) ב: 19. לעמדתו של החוק הישראלי והשוואתו לשיטות משפט אחרות ראה: שילה, הירושה, ב: 108-119. ראה גם: ש' שילה, פירוש לחוק הירושה תשנ"ה-1965 (שני כרכים; ירושלים: הוצאת נבו, תשנ"ד) א: 27. סקירה מפורטת על המשפט בארה"ב והדרכים השונות הננקטות שם כדי להגן על האלמנה ובני משפחה אחרים ראה: Lawrence M. Friedman, „The Law of the Living the Law of the Dead: Property, Succession, and Society“, *Wisconsin Law Review* (1966) 340. S. R. Munzer, *A Theory of Property* (Cambridge, 1990) 380-471. מציע מיסוי עזבון גבוה כאמצעי הטוב ביותר לשכלול חלוקה צודקת יותר של

ב. מן המקרא לחז"ל

במקרא לא מוזכרת הצוואה במסגרת חוקי הירושה. ההוראה המקראית העיקרית בענייני ירושה מובאת אגב הדין בהתנחלות בני ישראל בארץ, ודרישתן של בנות צלפחד לקבל את חלק אביהם:

ויאמר ה' אל משה לאמר. כן בנות צלפחד דברת, נתן נתן להם אחוזת נחלה בתוך אחי אביהם, והעברת את נחלת אביהן להן. ואל בני ישראל תדבר לאמר: איש כי ימות וכן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו. ואם אין לו בת, ונתתם את נחלתו לאחיו. ואם אין לו אחים, ונתתם את נחלתו לאחי אביו. ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לשארו הקרב אליו ממשפחתו וירש אתה, והיתה לבני ישראל לחקת משפט, כאשר צוה ה' את משה.⁴

חכמים, שביקשו לערוך חוק ירושה כללי, אימצו הסדר נחלה זה כחוק ירושה כללי;⁵ וכמו כן טיפלו בשאלות נוספות רבות שדיני הירושה מעוררים⁶; במסגרת דיון זה התעוררה שאלת תוקפה של הצוואה. ברור היה לחכמים שאין היא מוכרת על פי דין התורה, ולפיכך הם התלבטו בשאלה האם מן הראוי להכיר בתוקפה של צוואה, ובשאלה האם וכיצד אפשרי הדבר במסגרת שיטתם המשפטית. דומני שהוכחותיהם של החוקרים שסברו שכבר במקרא אנו מוצאים שנהגה הורשה על פי צוואה אינן משכנעות כלל? ומכל מקום חשיבותן משנית לענייננו. ברור הוא שהחק

העושר בחברה. עמדה קיצונית יותר נוקט PPAF 15 (2) (1986) D.W. Haslett, "Is Inheritance Justified?"
122 הטוען שיש לבטל את מוסד הירושה כליל משום שהוא סותר את עקרונות המשטר הקפיטליסטי, ומנציח חלוקת עושר בלתי-שוויונית.

(4) במדבר, כז, ו-יא. ראה גם במדבר, לו, א-ט, שם נדרשה הבת היורשת להינשא לאיש מאותו השבט: "ולא תסב נחלה לבני ישראל ממתה אל מטה...". לגבי דין כפל בכור, ראה דברים, כא, טו. דיון מסכם למשפט הירושה המקראי ראה: R. H. Hiers, "Transfer By Inheritance and Bequest in Biblical Law and Tradition," JLR 10 (1993-94) 121.

(5) ראה: משנה, בבא בתרא ח, ב; ראה גם תוספתא, בבא בתרא, ז, א. על הדמיון שבין חוקי הירושה שבמשנה ואלו הנהגים ביוון ראה: י' בער, "היסודות ההיסטוריים של ההלכה", ציון כז (תשכ"ב) 132, וביקורתו של א"א אורבך, "הלכות ירושה וחיי עולם", מעולמם של חכמים (ירושלים: הוצאת מגנס, תשמ"ח) 229-256 (= דברי הקונגרס העולמי הרביעי למדעי היהדות לשני כרכים; ירושלים: האיגוד העולמי למדעי היהדות, תשכ"ז) א: 133-141 (141). 231.
(6) כך למשל, קבעו את העיקרון: "הבן קודם לבת, וכל יוצאי ירכו שלבן קודמין לבת" (משנה, בבא בתרא ח, ב). לפי עיקרון זה, כל הקודם בנחלה, אף יוצאי ירכו קודמין; ואם מת הראוי לירש והניח זרע, יש לזרעו עדיפות על פני היורשים האחרים. בספרות המאוחרת יותר כונה עיקרון זה, "ירושה בקבר" לסיכום עיקרון זה ראה רמב"ם, הלכות נחלות, פ"א. כמו כן קבעו חז"ל את סדרי הירושה שבין בני זוג (ראה: בבלי, כתובות, מח, ב; רמב"ם, נחלות, א, ח והשגות הראב"ד, שם. וראה מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית; ירושלים: הוצאת מגנס, תשמ"ח) 470 ואילך, ושם, 677 ואילך; א' וולף, ירושת בני הזוג במשפט העברי והישראלי (ירושלים: דיסטטציה, תשל"א); י' כהן, תקנות חז"ל ביחוס' ממון בין בני זוג (קיבוץ סעד, תשנ"ז) כרך א: ד' פלק, "ירושת הבת והאלמנה במקרא ובתלמוד", תרביץ כ"ג (תשי"ב) 9. כמו כן טיפלו בשאלת האחריות לחובותיו של המוריש (ראה: א' אדרעי, "שעבוד נכסים - מה בין נכסי הלוקח לנכסי היורש" משפטים כה [תשנ"ה] 291; א' אדרעי, "מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, על הכלל התלמודי ומשמעותו המשפטית", עיונים במשפט עברי ובהלכה, א' אנקר וס' דויטש עורכים (בר אילן, תשנ"ט)) שאלת זכויותיהם של התלויים, האלמנה והבנות; ניהול העיזבון (ראה: י"ק רייניץ, האפוסטרופוס ליתומים במשפט העברי, אחיותיו, דרכי הפיקוח והבקורת עליו [ירושלים: דיסטטציה, תשמ"ד]). ועוד.

(7) גולאק טען ש, כבר בתקופה קדומה מאוד היה נהוג אצל היהודים, ששכיב מרע יביע את משאלותיו האחרונות. מנהג זה כבר נזכר במקרא, כשאדם, מצווה אל ביתו לפני מותו" (ראה: א' גולאק, השטרות בתלמוד, מהדורה עברית, בעריכת ר' קצוף [ירושלים: הוצאת מגנס, תשנ"ד] 155). בשיטתו של גולאק תמך פלק, (Falk)

המקראי איננו מכיר במפורש בצוואה, ושעובדה זו הייתה נר לרגלם של חכמים לכל אורך הדיון. לפיכך בדיון שלנו בהלכה ובתיאוריה שלה, בשאלה מדוע חכמים ביקשו לתת תוקף לצוואה, וכיצד עשו זאת, ישנה חשיבות משנית לשאלה ההיסטורית, האם בזמן המקרא נהגו היהודים להוריש את רכושם בצוואה.

כאמור, למרות שברור היה לחכמים, שאין במקרא הוראת חזק המכירה בצוואה, הם ביקשו למצוא דרך להכיר בתוקפה. עובדה זו ריתקה חוקרים רבים, אשר ביקשו לברר מתי חל השינוי בתפיסה המשפטית, ומהם הגורמים שהעלו את השאלה על סדר היום⁸ ריבויים של המקורות בספרות המשנה והתלמוד הדנים בכעיה, וריבויים של המוסדות המשפטיים שבאמצעותם ניסו להתמודד עם השאלה, מעידים על כך שהדיון היה חשוב ומשמעותי ובו בזמן קשה מבחינה הלכתית.

במשנה אנו מוצאים שחכמים התלבטו בשאלת תוקפה ומוסריותה של צוואה המסלקת את בניו של המצווה מן הירושה: „הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אם לא היו בניו נוהגין כשורה, זכור לטוב“⁹ ביכלר הראה שדיון זה הוא תוצאה של נוהג לסלק בנים מן הירושה שרוות עוד בשלהי ימי הבית.¹⁰

שטר צוואה¹¹ תקף המוכר לנו מן הספרות התנאית הוא הדייתיקי: „הכותב דייתיקי יכול לחזור בו, מתנה אין יכול לחזור בו. אי זו היא דיותיקי, דא תהא לי לעמוד ולהיות, אם מתי יינתנו נכסיו לפלני. אי זו היא מתנה, מן היום יינתנו נכסיו לפלני“¹² הבחנה זו מאפיינת את הדייתיקי כצוואה:

לכיתו, כבר הובאו בתלמוד כתמיכה לרעה שמתנן שכיב מרע מן התורה, אך נדחו בנימוק שזוהי „צוואה בעלמא“ (ראה בבלי, בבא בתרא, קמו, א). דומני שבצדק סרב התלמוד לראות כאן ראייה לקיומה של צוואה. הפסוק: „בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו כה אמר ה': צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה“ (מלכים ב, כ, א-ב. וראה גם שמואל ב, יז, כג: ישעיה, לח, א-ב) נראה, שאין לו ולא כלום עם הצוואה שבה אנו עוסקים; צוואה הבאה לקבוע את הזוכים ברכושו של המצווה. מדובר בדברי מוסר ופרידה שאדם אומר למשפחתו ערב מותו (על צוואות מן הסוג הזה ראה גם בראשית, מט, כט ושם, לג. ראה גם בראשית, ג, טז, ז, ועוד. אורבך „ירושה“, 244) וירון (R.Yaron, *Gifts in Contemplation of Death, in Jewish and Ro-* man Law [Oxford, 1960] 7-8) על שינוי מסדרי הנחלה, אך בכלום מדובר בנסיבות מיוחדות שלא ניתן ללמוד מהם כלל. אברהם טילק את בני הפילגשים עוד בחייו: „ולבני הפילגשים אשר לאברהם נתן אברהם מתנת וישלחם מעל יצחק בנו בעודנו חי קדמה אל ארץ קדם“ (בראשית, כה, ה-ו וראה גם בראשית, כא, י). ירון (Yaron, *Gifts*, 5-6). טען שכל שניתן ללמוד מכאן הוא, שבני הפילגשים לא היו שווי זכויות וניתן היה לנשלם. כך גם ראובן הפסיד את חלקו בכבוד משום חטאו. מעשהו של איוב הוא אולי המובהק ביותר: „ולא נמצא נשים יפות ככנות איוב בכל הארץ ויתן להם אביהם נחלה בתוך אחיהם“ (איוב, מב, טו), אך עדיין החלוקה היא בתוך המשפחה. ראה: ש"א לוינשטאם, „ירושה“ אנציקלופדיה מקראית (תשעה כרכים; ירושלים: הוצאת מוסד ביאליק, תשי"ח) ג: 791. ראה גם: ח' טשרנוביץ (רב צעיר), תולדות ההלכה (שלשה כרכים; ניוירק: הוצאת ועד היובל, 1945-1950) ג: 279.

(8) ראה: א' ביכלר, „סקירה תלמודית היסטורית על העברת נחלה מן הבן על ידי האב“ ספר הזכרון לכבוד הרב ד"ר אברהם ביכלר (החלק העברי; לונדון: אוקספורד, תש"ז); אורבך, „ירושה“ בער, „היסודות“ א' גולאק, יסודי המשפט העברי (חלקים א-ד, הדפסה שנייה; תל-אביב: הוצאת דביר, תשכ"ז) ג: 144; Yaron, *Gifts*; Falk, „Testate“: (ראה דיון מפורט יותר בהצעותיהם להלן בפרק ו' ושם בהערה 137).

(9) משנה, בבא בתרא, ח, ה. ראה גם דבריו של שמואל בבבלי, בבא בתרא, קלג, ב.

(10) ראה: ביכלר, „סקירה“ לד, וראה: אורבך, „ירושה“ 238-240 שביקר את דבריו. גם הוצאה בדרך של נדר הייתה מקובלת ואפשרית ראה: משנה, בבא קמא, י, ט; Yaron, *Gifts*, 40.

(11) ראה: גולאק, השטרות, 154; א' גולאק, „דיותימין (דיאיתומין) – אידייתמין“ תרביץ א (תר"ץ) ספר ד: 144-145; Yaron, *Gifts*, 19; D. Sperber, *A Dictionary of Greek and Latin Legal Terms in Rabbinic Literature* (Jerusalem: Bar-Ilan University Press, 1984) 81-82, 84-86.

(12) תוספתא, בבא בתרא, ח, י. וראה ירושלמי, פאה, ג, ט (י"ד). ראה גם בבלי, בבא מציעא, יט, א; בבלי, בבא בתרא, קלה, ב.

תוקפה מותנה ועומד עד למותו של המצווה, ובתנאי שלא יחזור בו קודם מותו; בניגוד למתנה המוקנית לזוכה מיד, ולפיכך ברור שאין הנותן יכול לחזור בו. בצורה ברורה נאמרו הדברים בברייתא המובאת בירושלמי: „תני רבן שמעון בן גמליאל אומר: דייתיקי מבטלת דייתיקי, אין מתנה מבטלת מתנה”¹³ אין אנו יודעים באופן ברור, אם הדייתיקי היא שטר צוואתו של הבריא או שמא רק של אדם חולה. ברוב המקומות שבהם היא נזכרת מתקבל הרושם שהמדובר בצוואתו של אדם חולה, אך יש מקום אחד לפחות שבו היא נזכרת כצוואת הבריא¹⁴ – עובדה שהביאה את החוקרים להציע שבראשיתה הייתה מקובלת הדייתיקי גם לבריא, ורק בשלב מאוחר יותר סווגה כצוואת שכיב מרע בלבד¹⁵ על מידת השפעתה של הדייתיקי היוונית על זו של המשנה נחלקו החוקרים¹⁶ אם כי ברור שבהלכותיה אין היא זהה לדייתיקי היוונית; כך למשל תוקפה של הדייתיקי מותנה במסירתה לזוכה¹⁷ מה שאין כן בדייתיקי היוונית.

מנגד עומדת ההבחנה שבין מתנת בריא למתנת שכיב מרע כשני מוסדות משפטיים שונים¹⁸ בריא יכול לתת מתנה מחיים, אך אינו יכול לצוות שתחול המתנה רק לאחר מותו; ואילו אדם גוסס, שכיב מרע¹⁹ יכול לצוות את רכושו, ולא עוד אלא שיכול לצוות אף בעל פה. הבחנה זו הביאה את החוקרים לראות במוסדות אלו מוסדות מאוחרים לדייתיקי אשר באים למעשה למתן את עוצמתה ולהגבילה, רק השכיב מרע יכול להוריש את רכושו בצוואה. תוקפה של צוואת שכיב מרע מותנה במותו של המצווה מן המחלה, ובכך שטרם מותו לא חזר בו מצוואתו, וכך שנינו:

המחלק נכסיו על פיו, רבי אליעזר אומר: אחד בריא ואחד מסוכן – נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה; ושאין להן אחריות, אינן נקנין אלא במשיכה. אמרו לו: מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה, ואמר: תנו כבינתי לבתי, והיא בשנים עשר מנה, ומתה וקיימו את דבריה. אמר להן: בני רוכל תקברם אמם. וחכמים אומרים: בשבת דבריו קיימין מפני שאינו יכול לכתוב, אבל לא בחול. רבי יהושע אומר: בשבת אמרו קל וחומר בחול²⁰:

אמנם נחלקו תנאים על תוקפו של מוסד זה²¹ אבל בסופו של דבר הוא התקבל ללא עוררין – „דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו”²² – והוסבר בתלמוד שהיא תקנת חכמים: „ורבא אמר

(13) ירושלמי, בבא בתרא, ת, ח (טז, ב). וראה גם בבלי, בבא בתרא, קנה, ב, בשם רב דימי: „דייתיקי מבטלת דייתיקי”

(14) ראה: ירושלמי, פאה, ג, ט (יז, ד).

(15) ראה: גולאק, יסודי, ג: 144; גולאק, השטרות, 160; Yaron, Gifts, 20.

(16) ראה להלן בפרק ו ושם בסמוך להערה 139 ואילך.

(17) ראה: משנה, בבא בתרא, ת, ו; תוספתא, בבא בתרא, ח, יא.

(18) ראה: 46; Yaron, Gifts, Jerusalem; S. Shilo, “Wills,” in M. Elon, ed., *The Principles of Jewish Law*

(1997), Keter Publishing, 464.

(19) על הגדרת השכיב מרע ראה: תוספתא, כתובות, ד, טו; ירושלמי, פאה, ג, ט (יז, ד); רמב”ם, זכיה

ומתנה, ח, כד. Yaron, Gifts, 29–31.

(20) משנה, בבא בתרא, ט, ז; ראה גם תוספתא, בבא בתרא, י, יב. על היחס שבין ההלכות הללו שכתוספתא

ושבמשנה ראה: י”נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה (מהדורה שניה; הוצאת המחבר, תשכ”ד) 134; ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, 450.

(21) על מחלוקתו של ר’ אליעזר במשנה זו ראה: אורבך, „ירושה” 134; י”ד גילת, משנתו של ר’ אליעזר

בן הורקנוס ומקומה בתולדות ההלכה (תל-אביב: הוצאת דביר, תשכ”ח) 68; ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא בתרא, י, יב.

(22) בבלי, גיטין, יג, א. ובירושלמי, פאה, ג, ט (יז, ד) בשמו של רב: „עשו דברי שכיב מרע כבריא שכתב

ונתן; והוא שמת מאותו החולי” ראה: ב’ ליפשיץ, אסמכתא, חיוב וקניין במשפט העברי (ירושלים: הוצאת מגנס וספריית המשפט העברי, תשמ”ח) 101.

רב נחמן: מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא טטרף דעתו עליו...²³ לעומת זאת, לצוואתו של הבריא אין כל תוקף. יחד עם זאת הועמדה לרשותו של הבריא האפשרות לתת את רכושו כמתנה מחיים ובו בזמן לשייר לעצמו את זכות השימוש בנכס עד למותו:

הכותב נכסיו לבניו, צריך שיכתוב, מהיום ולאחר מיתה; דברי רב יהודה. רבי יוסי אומר: אינו צריך. הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו, האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב...²⁴

יתרונה הגדול של הצוואה הוא בכך שהמצווה יכול לחזור בו בטרם מותו; חסרונה של המתנה מחיים הוא בהעדרה של אפשרות זו:²⁵

השאלה כיצד יכולה הצוואה לפעול במסגרת שיטתם המשפטית של חכמים, הייתה שאלה לא קלה, ועוררה דיון משפטי נוקב.²⁶ ואולם, דומני שלכל הבעיות המשפטיות שהתעוררו ניתן היה למצוא פתרון, וללא הבעיה העקרונית שהטרידה את חכמים. מן הדיונים בסוגייה, הן בספרות התנאית והן בספרות האמוראית, עולה, לדעתי, בכירור שהבעיה העקרונית אשר מנעה בסופו של דבר את אימוצה המלא של הדייטית, והכרה מלאה בתוקפה של צוואה, הוא החשש מן האיטור שבסטייה מדין הירושה שבתורה, כלשונו של הרמב"ם:

אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש, אף על פי שזה ממון הוא. לפי שנאמר בפרשת נחלות, והיתה לבני ישראל לחוקת משפט; לומר שחוקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה, בין שצוה והוא בריא, בין שצוה והוא שכיב מרע, בין על פה בין בכתב, אינו מועיל.²⁷

דומה שזאת הסיבה שרק צוואת שכיב מרע אושרה, שהרי ניתן להציג זאת כתקנה מקומית ולא כעריער על הדין כולו; זאת גם הסיבה שעל אף שבמהותה מתנת שכיב מרע היא כירושה,²⁸ הסטרמיולוגיה שחכמים משתמשים בה היא כשל מתנה;²⁹ זו גם הסיבה שהלשון שאדם נוקט במתנתו, לשון ירושה או לשון מתנה, מכריעה לעיתים את תוקפה:

(23) בבלי, בבא בתרא, קמז, ב.

(24) משנה, בבא בתרא, ח, ז. על מתנה מהיום ולאחר מיתה, ראה א' אדרעי, „מתנה, מהיום ולאחר מיתה“ במשנה ובתלמוד; שנתון המשפט העברי כ(תשנ"ה תשנ"ז) 1.

(25) ראה: שילה, הירושה, א: 251; ושם, 329 ואילך.

(26) לכאורה אין התלמוד מכיר בהתחייבויות עתידיות אלא בעסקאות ראליות המעבירות את זכויות הקניין בנכס; כיצד אם כן יינתן תוקף משפטי לצוואתו של אדם? ולא עוד אלא שבשעה שאמורה להיכנס לחוקת מת הנותן ואיבד את כושרו המשפטי, „בהיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנותן“ (רשב"ם, בבא בתרא, קלו, א, ד"ה „הכותב נכסיו לבניו“) ראה בעניין זה: ס' דויטש, „גמירת דעת והכוונה ליצור יחסים משפטיים כדיני תרומים כמשפט העברי, האנגלי והישראלי“; שנתון המשפט העברי 1-2 (תשל"ט-תש"ם) 104-171; א' ורהפטיג, למהותו של החוזה במשפט העברי (ירושלים: דיסרטציה, תשל"ח); ליפשיץ, אסמכתא; ב' ליפשיץ, „מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה“; משפטים כה(תשנ"ה) 161.

(27) הלכות נחלות, ו, א.

(28) תוקפה של הצוואה רק לאחר המוות (ראה בבלי, בבא בתרא, קלו, א); הצוואה אינה פוגעת בחובת המזונות (ראה בבלי, בבא בתרא, קלג, א; Yaron, *Gifts*, 130; ראה גם: Shilo, „Wills“; גולאק, יסודי, ג: 116-122).

(29) ראה: ח' פוברסקי, „צוואת שכיב מרע – מהותה ותחולתה“ דיני ישראל ז(תשל"ו) קצא.

האומר: איש פלוני בני בכור, לא יטול פי שנים; איש פלוני בני, לא יירש עם אחיו – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. המחלק נכסיו לבניו על פיו, ריבה לאחד ומעט לאחד, והשוה להן את הבכור – דבריו קיימין. ואם אמר: משום ירושה – לא אמר כלום.³⁰

מסיבה זו גם קבעה המשנה במקורה שמתנת שכיב מרע תקפה, בתנאי ששייר דבר מה ליורשים על פי דין, בשיוורו גרם לכך שלא יעקר לגמרי דין ירושה שבתורה:

שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ושייר קרקע כל שהוא, מתנתו קיימת. לא שייר קרקע כל שהוא, אין מתנתו קיימת.³¹

החשש מסטייה מדין תורה הוא גם הרציונל שבכסיס שיטתו של ר' יוחנן בן ברוקא:

האומר: איש פלוני יירשני; במקום שיש בת, בתי תירשני; במקום שיש בן – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה. רבי יוחנן בן ברוקא אומר: אם אמר על מי שהוא ראוי לירושה, דבריו קיימין; ועל מי שאינו ראוי לירושה – אין דבריו קיימין.³²

ר' יוחנן בן ברוקא סבור שיש תוקף מלא לצוואה המקנה לירוש-על-פי-דין חלק הגדול מהחלק המגיע לו על פי דין. ולמרות העובדה שירוש אחר על פי דין יושל, אין לראות בכך התנאה על דין תורה. התנאה על הדין היא רק במקום שהמצווה מבקש להוריש לאדם שאינו יורש על פי דין; הגדלת חלקו של היורש על פי דין אין בה משום התנאה על הדין. בתוספתא ובברייתא שהובאו בבבלי בשמו של רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקא מפורשים דבריו מעט בצמצום, ולפיהם ניתן להוריש בדרך זו רק לאותו יורש על פי דין הראוי עכשיו לרשת: „ר' יוחנן בין ברוקא אומר: אם אמר על מי שראוי לו לירשו – דבריו קיימין, על מי שאינו ראוי לו לירשו – אין דבריו קיימין.

(30) משנה, בבא בתרא, ח, ה. ראה גם תוספתא, בבא בתרא, ז, יז. תוספתא, כתובות, ו, י: „האומר תנו שקל מנכסי לבני בשבת... אם אמר אם מתו ירשוני אחרים, בין שאמר – תנו, בין שאמר – אל תתנו אין נותנין להם אלא שקל למזון האשה והבנות“ ובירושלמי כתובות, ו, ז (לא, א) הקשו: „מתו – יירשו אחרים, לא כן אמר רבי אבהו בשם רבי יוחנן כל הלשונות אדם מוכה, חוץ מלשון ירושה? – לית כאן ירתון אלא יטלון“

(31) משנה, בבא בתרא, ט, ו (= משנה פאה, ג, ז). אומנם לא כך פורשה המשנה בתלמודים, אך נראה שכן הוא המובן המקורי של המשנה. מסורת פירוש זה נשתמרה היטב בספרות הגאונים, ראה למשל שאילתות, מהדורת מירסקי, ירושלים, תשכ״א, פרשת ויחי, שאילתא לה, עמ' רל-רלא: „... שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים – לא עשה כלום, אלא אם כן שייר כל שהוא“ ראה גם בבלי, בבא בתרא, קג, ב. מירסקי העיר שם בצדק שלפני הגמרא ולפני השאלות עמדה הברייתא המקורית, אך טען שהם פרשו אותה, „בצורה שונה אף כי בתוכן שווה“ אולם, כאמור, אין התוכן שווה כלל; השאלות משמר כאן פירוש שלא נזכר בתלמודים ולפיו אין תוקף לצוואת שכיב מרע ללא שירור. אף מצוואות הגניזה עולה בכירור שכן נהגו. ראה: Yaron, Gifts, 68; ש' אברמסון, עניינות בספרות הגאונים (ירושלים: מוסד הרב קוק, תשל״ד) 177 ואילך ובמיוחד עמ' 181-187; „ר' רבלין, „על החובה לשייר לירשנים“ דיני ישראל יג-יד (תשמ״ו-תשמ״ח) קסז. נראה שהסיבה לחובת השירור איננה הגנה על היורשים החוקיים, שאם כן היה צריך לקבוע סכום מינימלי, אלא הסיבה היא, כפי שציינתי לעיל בגוף הטקסט, שירור מקום לתחלוחל של דין הירושה שבתורה, שלא ייעקר לגמרי (ראה גם תוספתא, בבא בתרא, י, יא). כאותו אופן מצאנו לגבי כתובת בנין דכרין שתיקנו חכמים: ובתנאי שישאר משהו לדין התורה שיחול עליו ראה. משנה, כתובות, י, ב: „מי שהיה נשוי שתי נשים ומתו, ואחר כך מת הוא, והיתומים מבקשים כתובת אמן, ואין שם אלא חתי כתובת – חולקין בשוה. היה שם מותר דינר – אלו נוטלין כתובת אמן, ואלו נוטלין כתובת אמן“

(32) משנה, בבא בתרא ח, ה; בבלי, קל, א. ראה Yaron, Gifts, 38.

כיצד אמר על בת הבן בין הבנים ועל בן הבת בין הבנות – דבריו קיימין, על הבת בין הבנים ועל האח בין הבנות – לא אמר כלום³³ בתלמוד ישנה מסורת פסיקה ברורה כר' יוחנן בן ברוקא.³⁴

ג. מצווה לקיים דברי המת

מנגד לכל האמור עומד הכלל „מצווה לקיים דברי המת“³⁵ החוקרים התעלמו ממנו בדרך כלל משום שראו בו כלל המטיל חובה מוסרית בלבד, ולפיכך אין מקומו בתוך הדיון ההלכתי³⁶ דומני, שגם אם מדובר בכלל מוסרי, הוא חשוב מאוד במסגרת דיון על תולדות הצוואה כמשפט העברי, משום שהוא עשוי להאיר את תפיסת העולם שעמדה ביסוד הדיון ושהניעה אותו.

במאמר זה אני מבקש להתחקות אחרי הכלל האמור, לבדוק האם אכן מדובר בחובה מוסרית או שמא בחובה משפטית; ולברר את מקומה של הלכה זו בתוך הדיון על תוקפה של צוואה בספרות המשנה והתלמוד. בפרק הבא אנסה להראות שהרעיון „מצווה לקיים דברי המת“ כחובה משפטית מלאה, הנאכפת על ידי בית הדין, אף בניגוד לדיני הירושה שבתורה, מופיע במספר לא מבוטל של מקורות חנאיים ואמוראיים, אף אם הלשון „מצווה לקיים דברי המת“ לא מוזכרת בהם במפורש. בפרק שלאחריו אנסה להראות כיצד נדחו המקורות הללו על ידי סוגיות התלמוד ופורשו באופן שניתן יהיה ליישבן עם הדעה המקובלת, ושלפיה אין תוקף לצוואה ולדברי המת אלא במקום שנעשו כמתנה מחיים או כמתנת שכיב מרע.

פרק ב: „מצווה לקיים דברי המת“ – המקורות התנאיים

א. הברייתא

במקום אחד בספרות התנאים שנינו „מצווה לקיים דברי המת“:

„הולך מנה לפלוני“ והלך ובקשו ולא מצאו – יחזרו למשלח. מת משלח – רבי נתן ורבי יעקב אמרו: יחזרו ליורשי משלח. ויש אומרים: ליורשי מי שנשתלחו לו. רבי יהודה הנשיא

(33) תוספתא, בבא בתרא, ז, יח. ראה גם ירושלמי, בבא בתרא, ח, ו (טז, ב). אך ראה אפשטיין, מבוא, 617.

(34) ראה: בבלי, בבא בתרא, קל, א; ירושלמי, בבא בתרא, ח, ו (טז, ב). בבבלי, שם, בדף קלא, א מתעוררת השאלה האם ר' יוחנן בן ברוקא אמר את דבריו בקשר לחולה או גם בקשר לאדם בריא; רבי נתן הבבלי מציע לרבי, שמשנת בנין דכרין הקובעת שבנים יורשים כתובת אמם כתנאי בית דין, היא כדעת רבי יוחנן בן ברוקא; שאף הוא סבור שיש לאדם כוח להוריש לבניו. בסופו של דבר מקבל רבי את דבריו של ר' נתן, ומסקנת הדיון היא: „מאן שמעת ליה דאית ליה האי סברא? ר' יוחנן בן ברוקא, ושמע מינה אפילו כבריא“ למרות דברים אלו קבע הרי"ף שהשאלה לא נפתרה בתלמוד, ולכן לא ניתן לפסוק כר' יוחנן בן ברוקא כבריא. בעל המאור תקף את הדברים על סמך דברי התלמוד המובאים לעיל, והרמב"ן במלחמת ה' יצא לגונן על הרי"ף; אף שהרמב"ן מציע כיצד לפרש את הסוגייה לשיטתו של הרי"ף, הוא מודה שהדברים דחוקים. מסתבר שמחלוקת ישנה היא עוד מזמן הגאונים; רבנו חננאל סבר שהבעיה נפשטה בתלמוד אף כבריא, ואילו רב האי גאון סבר שלא נפשטה. ראה דבריו של הרמב"ן במלחמת ה' במקום. מסתבר גם שמחלוקת זו נובעת ממחלוקת גרסאות (או שמא היא שיצרה את מחלוקת הגרסאות). במסקנת הדיון לעיל: „שמע מינה אפילו כבריא“ או שמא „שמע מינה אפילו כבריא. שמע מינה“ (ראה דקדוקי סופרים, בבא בתרא, קלא, א, בהערה ר).

(35) בבלי, גיטין, יד, א.

(36) ביכלר ואורבך התעלמו מהלכה זו. ירון הקדיש לה מספר עמודים בספרו (ראה Yaron, *Gifts*, 101) ואילן). כבר הכותרת לפרק בספרו מעידה על כך, שהוא יצא מנקודת הנחה ברורה, שהמדובר בחיוב מוסרי: „It is a Moral Duty to Fulfil the Words of the Deceased“. הוא הדין לשילה (ראה Shilo, „Wills“). גולאק, יטורי, ג: 126-127, כתב: „מצווה לקיים דברי המת יש לה לפעמים ערך משפטי“ וכדבריהם של הראשונים, כפי שיבוארו להלן.

אמר משום רבי יעקב שאמר משום רבי מאיר: מצוה לקיים דברי המת. וחכמים אומרים יחלוקו. וכאן אמרו: כל מה שירצה שליח יעשה. אמר רבי שמעון הנשיא: על ידי היה מצוה, ואמרו: יחזרו ליורשי משלח.³⁷

לברייתא זו אין מקבילה בספרות כולה, ובספרות הארץ ישראלית ההלכה, „מצוה לקיים דברי המת“ לא נזכרה כלל.³⁸ מקור דבריו של ר' מאיר והקשרם לא נתבררו לנו, וגם עמדתו של ר' יהודה הנשיא בברייתא אינה ברורה. ייתכן לפרש שהוא תומך בדעת „יש אומרים“ ודבריו באו לברר את טעמם: „יחזרו ליורשי מי שנשתלחו לו“ – משום שמצווה לקיים דברי המת. לפי פירוש זה הוא רואה את המצווה כחובה משפטית מלאה; היורשים מחויבים לקיים את הדברים ולתת את המעות ליורשי מי שנשתלחו לו. ואולם, ניתן לפרש את דבריו של ר' יהודה גם לאידיך גיסא, ולומר שהוא מאמץ את דעת רבי נתן ורבי יעקב, שיחזיר את כסף ליורשי המשלח, אלא שמוסיף בשמו של רבי מאיר, „מצווה“ כחיוב מוסרי משלים, המלצה על דרך הטוב מעבר לדין.³⁹ שני הפירושים אפשריים משום שהמונח „מצווה“ משמש בספרות חז"ל במונחים שונים; מחד גיסא יש מצווה שהיא רשות, חובה מוסרית שאיננה יוצרת זכות ואיננה ניתנת לאכיפה; מאידך גיסא יש מצווה שהיא חובה, נורמה משפטית מלאה המטילה חובה ויוצרת זכות לצד שכנגד וניתנת לאכיפה. כפי שאמר רב שרירא גאון: „... דמצוות תריץ אנפי היאן, מנהון חובה דמאן דלא עביד לה קאים בעון, ומנהון רשות דמאן דעביד לה אית ליה שכר... ובין הא דאיתא רשות ובין הא דאיתא חובה מיצוה אינון.“⁴⁰

הברייתא קובעת מצווה זו ביחס לדברים שאמר אדם טרם מותו והקשורים לרכושו לאחר מותו. לפיכך ברור שבין אם מדובר בברייתא בחובה משפטית ובין אם מדובר בחובה מוסרית,

(37) בבלי, גיטין, יד, ב. על הברייתא ומקורה ראה: היגר, אוצר הברייתות, ח"ח, 151; י"ג אפשטיין, מבואות לספרות התנאים (ירושלים: הוצאת מגנס ודביר, 1957) 245. על המחלוקת הארץ ישראלית בבליית „יחלוקו“ או „כל מה שירצה שליח יעשה“ למשמעותה ראה: H. Ben-Menachem, *Judicial Deviation in Talmudic Law* (Boston: Harvard, 1991) 80 והתלמוד הירושלמי באשר למתותו של ההל"ך השיפוט, אשר הוא מבקש לתאר בספרו. בעוד התלמוד הירושלמי רואה בדין מי שאמור ליישם את הדין על המקרה הקונקרטי שבא לפניו, מבקש התלמוד הבבלי להרחיב מאוד את סמכויותיו ולהקנות לו שיקול דעת רחב; אף לסטות מן הדין על מנת להגיע לתוצאה צודקת. הבעייתיות שכזוהיו של רבי שמעון הנשיא המוזכר כאן היא היסוד לשאלת התלמוד לקמן: „אבעיא להו: ר"ש הנשיא נשיא הוא או משמיה דנשיא קאמר“ (בבלי, גיטין, טו, א. וראה שם, תוספות, ד"ה „או דקאמר משמיה דנשיא“).

(38) ראה דבריהם של היגר ואפשטיין הנזכרים בהערה הקודמת.

(39) במשפט הרומי היה קיים מוסד דומה ה-Fideicommissa. ימיו של מוסד זה במשפט הרומי קדומים, והוא מוכר כבר במשפט בזמן הרפובליקה. המצווה היה מביע את רצונו ומפנה את בקשתו אל היורש החוקי. קיומה של משאלתו של המוריש הייתה תלויה ברצונו הטוב של היורש. ככל הנראה, נוצר מוסד זה כמשפט הרומי כדי לאפשר צוואה תוך עקיפת הדרישות הפורמליות הרבות של הצוואה (ראה: W. W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law* [Cambridge, 1912] 59 [1968] 323 [2 ed.]; London: Butterworths, 1968). בתקופת אוגוסטוס הפך המוסד למחייב, וכיצונו לא היה תלוי עוד ברצונם הטוב של היורשים (ראה: Kaser, *Roman Private Law*, שם; 174). (Buckland, *Elementary Principles*, 101). ירון כבר עמד על הדמיון שבין מוסד זה לבין מצווה לקיים דברי המת (ראה: Yaron, *Gifts*, 101).

(40) שו"ת גאוני מודח ותעורב, סימן קמא. ראה ש' ליברמן, „רשות-חיוב“ תרביץ ו(תרצ"ה) 111. אורבך טען שבתחילה שימש המונח „מצווה“ בלשון חז"ל לחובה בלבד, אבל אחר כך מצווה משמשת גם לדבר הרשות (א"א אורבך, חז"ל, פרקי אמונות ודעות [ירושלים: הוצאת מגנס, תשכ"ט] 297). על השימוש במונח „מצווה“ למצווה שמן התורה, ולמצווה שמדברי סופרים ראה: ג' אלון, „שבות, רשות, מצווה“ תרביץ ז(תרצ"ו) 135; ב' דה פריז, מחקרים בספרות התלמוד (שני כרכים; ירושלים: הוצאת אברהם ציוני, תשכ"ח) ב: 269-263; בהקשר זה ראה גם מאמרי, מצווה.

בבסיס הדברים עומדת ההכרה בכך שמן הראוי הוא שמשאלתו של אדם תדריך אותנו בחלוקת עזבונו; הוראתיו של אדם באשר לחלוקת רכושו לאחר מותו, חובה, או לפחות ראוי, לקיים. לקמן בפרק ג, נזכר שהתלמוד ניסה לפרש את דברי ר' מאיר באופן מצמצם ככל שניתן, אך גם כאן נשמעו קולות אחרים. בעקיפין עולה שרב פפא מציע להבין את דברי ר' מאיר כקובעים חובה משפטית לקיים דברי המת, ולא רק חובה מוסרית.

„הולך מנה לפלוני“ והלך ובקשו ולא מצאו – תני חדא: יחזרו למשלח, ותניא אידך: ליורשי מי שנשתלחו לו.

לימא בהא קמיפלאגי, דמר סבר „הולך“ כ„זכי“ ומר סבר: „הולך“ לאו כ„זכי“ אמר רבי אבא בר ממל: דכולי עלמא „הולך“ לאו כ„זכי“ ולא קשיא: הא בבריא, הא בשכיב מרע ...

רב פפא אמר: הא והא בבריא, הא דמית מקבל בחיי נותן, הא דמית נותן בחיי מקבל!⁴¹

אמנם, ההתייחסות איננה מפורשות לדברי ר' מאיר, אך היא לאותו מקרה – „הולך מנה“ ולפי הסברו של רב פפא מדובר באדם בריא שאמר לשליח „הולך מנה לפלוני“ את אמירתו „הולך“ אין לפרש כהקנאה, שהרי „הולך לאו זוכי“ ולפיכך לא זכה המקבל, ואולם: למרות זאת סבר רב פפא שבמות הנותן זכה המקבל. בצדק פרש רש"י את שיטתו של רב פפא כך: „לאחר שמסרן לשליח מת ועדיין מקבל חי, הלכך משעת מיתת הנותן זכה בהם המקבל, משום דמצווה לקיים דברי המת ואפילו היה בריא“⁴² חשוב לשים לב לעובדה, שהחובה המשפטית מקבלת כאן משמעות רחבה מאוד, אין המדובר כאן בזכות תביעה לזוכה, אלא בזכות קניינית שקמה לזוכה במות הנותן: „משעת מיתת הנותן זכה בהם המקבל ...“

ב. הלכות התוספתא „כופין את היורשים לקיים דברי המת“

1. בשלוש הלכות שבתוספתא מצינו „כופין את היורשין לקיים דברי המת“⁴³ בתוספתא, בבא בתרא, ט, יב-יג שנינו:

האומר תנו שדה פלונית לפלוני, נתתיה לו, נתונה לו, תהא שלו, והרי היא שלו – הרי היא שלו.

יטול פלוני בנכסיי, ויקנה פלוני בנכסיי, ויזכה פלוני בנכסיי, ויחלוק פלוני בנכסיי – הרי זו כמתנה.

תנתן לו – ר' אומר: זכה, וחכמים אומרים: לא זכה, וכופין את היורשין לקיים דברי המת!⁴⁴

הקשיים שנוסח הלכה זו מעורר מרובים⁴⁵ אך אנו נעסוק בהם רק במקום שהדבר דרוש לברור

(41) בבלי, גיטין יד, ב.

(42) רש"י, גיטין, יד, ב, ד"ה „דמית נותן“

(43) ביטוי זה לא נזכר בגלגולין של ההלכות הללו בבבלי. על גלגולן של ההלכות הללו בתלמוד הבבלי ראה להלן בפרק ג' בסמוך להערה 80 ואילך. במקום אחד בבבלי הובאו דבריו של ר' יוחנן שאמר: „כופין את היורשים“ והתלמוד נימק: „מאי טעמא? מצווה לקיים דברי המת“ (בבלי, גיטין, מ, א. על סוגייה זו ראה דיון מפורט להלן בסמוך להערה 90 ואילך).

(44) ע"פ מהדורת ליברמן (נויארק, תשמ"ח, 162). על חילופי הנוסח ועל נוסח הופעתה של התוספתא בתלמודים ראה להלן בפרק ג, סעיף ב.

(45) ראה בהרחבה ליברמן, תוספתא כפשוטה לבבא בתרא, 439-441. יתכן שגלגולה של הלכה זו, בכתבי היד השונים ובתלמודים, מרמז על הקשיים שבהבנת הברייתא. בירושלמי שנינו כך: „האומר שדה פלוני נתתי לפלוני;

תוכנה של ההלכה. בבבלי הוסיף ר' יוחנן: „וכולם בשטר“⁴⁶ על סמך דבריו אלו פירשו רש"י וראשונים נוספים⁴⁷ שנקודת המוצא של ההלכה שבתוספתא היא, שהקנאה עכשיו או הודאה על הקנאה בעבר יש להם בורדאי תוקף; השאלה שנידונה כאן היא שאלה פרשנית, איזה לשון מתפרש בוודאי כלשון עבר, ואיזה לשון יתפרש כלשון עתיד. רבי וחכמים נחלקו במקרה שנקט לשון „שדה זו נתנן לו“; רבי סבר שכונתו לומר „נתנן לו עכשיו בשטר זה“ ולפיכך זכה, ואילו חכמים סברו שכונתו לומר, שהוא מבטיח שיתן לו בעתיד, ולפיכך לא זכה.⁴⁸ מכל מקום, וזו הנקודה החשובה לעניינינו, מודים חכמים שלמרות שלא זכה „כופין את היורשים לקיים דברי המת“⁴⁹ לשיטתם של חכמים, אף שדבריו לא יצרו זכויות קניין, ולפיכך עברו הנכסים לבעלות היורשים, כופים אותם לקיים דבריו של המת, ולתת את החפץ המובטח למי שהמת הביע משאלתו שיזכה בו. הוא הדין להלכה הבאה שבתוספתא:⁵⁰

האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין, עשיתיו בן חורין, עושה אני אותו בן חורין – הרי הוא בן חורין.
יעשהו בן חורין – ר' אומר: זכה, וחכמים אומרים: לא זכה, וכופין את היורשין לקיים דברי המת.

אף כאן ההבחנה היא בין שחרור העבד או הודאה על שחרורו, ובין הבטחה לשחררו בעתיד; ואף כאן נחלקו רבי וחכמים בשאלה זו; בעבד כבשדה סוברים חכמים שעל אף שאין תוקף לדבריו של האדון ולפיכך זכו היורשים בעבד – כופים אותם לקיים דברי אביהם ולשחרר את העבד. קרובים הדברים בתוספתא גיטין, ואף הם בעניין שחרור עבדים:⁵¹

נתונה לו; תהא שלו; ינחל פלוני בנכסיי; יחזיק פלוני בנכסיי לא אמר כלום. חיתנן לו מתנה, רבי אומר – זכה, וחכמים אומרים – לא זכה, וכופין את היורשים לקיים דברי המת“ (ירושלמי, בבא בתרא, ח, ט, [טז, ג] וראה בירושלמי מהדורת רזנטל [ירושלים: האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, תשמ"ד] 104). „לא אמר כלום“ הוא גם הנוסח במהדורת צוקרמנדל (עמוד 411), וכך גם גרסו חלק מן הראשונים. השאלה מה בין „הרי אלו שלו“ שבבבא הראשונה, לבין „הרי זו מתנה“ שבבבא השנייה, לא מתעוררת לפי הנוסח שביירושלמי, וכמו כן לא מתעוררת השאלה, מדוע, „הרי אלו שלו“; שתי הבבות הראשונות הן אחת, ולגביהן „לא אמר כלום“ אלא שעכשיו קשה עוד יותר מה בין „חיתנן לו מתנה“ שבה נחלק רבי, לבין המקרים דלעיל, ומדוע כאן אמרו חכמים „כופין את היורשים“

(46) ראה: בבבלי, גיטין, מ, א, ובכך חורין הקושי כיצד קנה בדברים.

(47) ראה: רש"י, גיטין, מ, ב, ד"ה „וחכמים אומרים לא קנה“ וד"ה „אמר רבי יוחנן וכולן בשטר“ ראה גם: מאירי לגיטין, מ, ב (מהדורת שלזינגר [מהדורה רביעית; ירושלים: הוצאת המחבר, תשכ"ד] 175); חידושי הריטב"א לגיטין, מ, ב (מוסד הרב קוק, תש"ם).

(48) יש לעיין אם ניתן לפרש את המחלוקת כאן כמחלוקת על תוקפה של הבטחה עתידית, ולא כמחלוקת פרשנית גרידא, כהצעת רש"י. כשאמר „נתתי“ לשון עבר, או „נתונה“ לשון הווה, מסכימים כולם שיש תוקף לנתנתו, ואילו כאשר אמר בלשון עתיד „נתנן“, או „אתננה“, רבי סבר שזכה משום שיש תוקף להבטחה עתידית, ואילו חכמים חלקו עליו. ראה: ליפשיץ, אסמכתא, 38; וראה גם במאמרי „מתנה“

(49) לעניין זה אין חשיבות אם לא זכה משום שהלשון לשון עתיד הוא, או שלא זכה משום שאין תוקף להבטחה. על „דברים“ כהבטחה ראה: ליפשיץ, „הבטחה“

(50) תוספתא, בבא בתרא, ט, יד (ליברמן, 162).

(51) ראה הערה 39 לעיל. עובדה מרתקת היא שבמשפט הרומי שימש מוסד זה כאתחול הדרכים המקובלות לשחרור עבד לאחר מות אדונו. באמצעות ה-Fideicommissa היה האדון מודיע על רצונו לשחרר את העבד לאחר מותו, ובקשתו זו היתה מטילה חובה מוסרית על היורשים לקיים את רצונו של אביהם המוריש, ראה:

Kaser, *Roman Private Law*, 73, ואילך; Buckland, *Elementary Principles*, 129.

זה גיטיך מהיום אם מתי מחולי זה, אם מתי מחולי זה הרי זה גיטיך מהיום – דבריו קיימין.

...

האומר לאשתו הרי זה גיטיך מהיום לאחר מיתה – ר' אומר גט, וחכמים אומרים אינו גט, ואם מת, חולצת ולא מתיבמת.

וכן האומר לשפחתו הילך גט שיחרורך מהיום לאחר מיתה – ר' אומר: גט שיחרור, וחכמים אומרים: שחרורי עבדים כגיטי נשים.

האומר עשו פלוני עבדי בן חורין מהיום לאחר מיתה – לא אמר כלום, וכופין את היורשין לקיים דברי המת.⁵²

כל גט על תנאי תקף בהתקיים התנאי, ולפיכך, „דבריו קיימין“ בהתקיים התנאי.⁵³ יחד עם זאת ברור הוא שאין גט לאחר מיתה; במקום שאמר „מהיום“ ברורה כוונתו שיחול הגט מעכשיו, ואולם במקום שאמר „מהיום ולאחר מיתה“ מתעורר לחכמים הספק האם עיקר כוונתו אכן „מהיום“ ולפיכך תקף הגט, או שמא „לאחר מיתה“ עיקר כוונתו, ואין לגט כל תוקף.⁵⁴ מחמת הספק הזה קבעו חכמים ש„אינו גט“ לחומרא, ולפיכך חולצת ואסורה להתייבם.

כמחלוקתם בעניין גיטי נשים כך מחלוקתם בעניין גט שחרור עבדים; ולפיכך תמוהה הסיפא של התוספתא, מדוע: „האומר לשפחתו הילך גט שיחרורך מהיום לאחר מיתה, ר' אומר גט שיחרור, ואילו אצל: „האומר עשו פלוני עבדי בן חורין מהיום לאחר מיתה“ אין רבי מביע עמדה זהה?⁵⁵ ליברמן נדחק ופירש שכיוון שלא כתב שטר, אלא ציווה בעל פה, אין העדים כותבים, מחמת הספק שבדבריו שאמר „לאחר מיתה“⁵⁶ פירושו אף מחדד את הקושי שבסיומה של ההלכה: „לא אמר כלום, וכופין את היורשין לקיים דברי המת“; אם „לא אמר כלום“ מדוע „כופין את היורשין“? לעניות דעתי מהוות ההלכות הללו שבתוספתא עדות ברורה לתפיסה של „מצווה לקיים דברי המת“ במובן החזק; נורמה משפטית מלאה. למשאלתו של אדם באשר לחלוקת רכושו לאחר מותו יש חוק משפטי ובית הדין יאכוף אותם. אין המדובר בהקנאה מחיים, שהרי למדנו במפורש „לא זכה“ אך למרות זאת „כופין את היורשין לקיים דברי המת“ אין המדובר בחובה מוסרית המוטלת על היורשים, אלא בחובה משפטית מלאה, לזוכים מוקנית זכות לתובע מימוש ההבטחה ובית הדין יאכוף זכות זאת.

2. גם מהלכה אחרת בתוספתא מתחזק הרושם הזה, ומתחזקת ההבנה שכך היא עמדתו של ר' מאיר. כך שנינו:

האומר תנו שקל מנכסי לבני בשבת, והן ראויין ליטול סלע, נותנין להם סלע, ואם אמר אל תתנו להם אלא שקל, אין נותנין להם אלא שקל. אמר אם מתו⁵⁷ יירשוני אחרים, בין שאמר

(52) תוספתא, גיטיך, ה, ב-ג (ליברמן, 263-264).

(53) ראה גם משנה, גיטיך, ז, ה-ט.

(54) ראה גם משנה, גיטיך, ז, ג: „... מהיום ולאחר מיתה – גט ואינו גט; אם מת – חולצת ולא מתיבמת“ במשנת הירושלמי, „מהיום לאחר מיתתי – אינו גט, ואם מת – חולצת ולא מתיבמת“; ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה, גיטיך, 867. דעת רבי שבתוספתא, הסבור שהגט תקף, לא הובאה במשנה.

(55) נראה שגם כאן מעידים חילופי הנוסח על הקשיים שבתוכן. במהדורת צוקרמנדל (עמ' 330, ע"פ כ"י ערפורט) הגרסה היא: „האומר: עשו פלוני עבדי בן חורין לאחר מיתה“; על פי גרסה זו ברור מדוע לא חלק רבי, אלא שגרסה זו קשה מרוב עדי הנוסח (ראה ליברמן, שם, 868). ייתכן שגם כאן יש הרכבה של שתי ברייתות (ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה לבבא בתרא, 440), וייתכן שחכמים מביאים אותה כראיה לשיטתם.

(56) ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה, שם, ד"ה „ובעל כרחינו“

(57) בתוספתא מהדורת צוקרמנדל: „אם אמר, אם מתי“

תנו בין שאמר אל תתנו, אין נותנין להם אלא שקל. למזון האשה והבנות, בין שאמר תנו בין שאמר אל תתנו, נותנין להם סלע. רבן שמעון בן גמליאל אומר: מאיר היה אומר האומר תנו שקל מנכסי לבני בשבת והן ראוין ליטול סלע נותנין להן שקל, והשאר מתפרנסין מן הצדקה. וחכמים אומרים: ניוזנין והולכין עד שיכלו נכסים, ואחר כך מתפרנסין מן הצדקה⁵⁸:

הדיון הוא בחלוקת מזונות ליתומים שאביהם ציווה לפני מותו כיצד לזונם. נקודת המוצא של ההלכה היא שדברי האב קובעים, ואנו מתחשבים בהם לצורך קביעת גובה המזונות. ולכן, אם הם ראוים ליטול סלע למזונותיהם אך אביהם אמר, „אל תתנו להם אלא שקל“ מקיימים את דבריו אף שהם ראוים ליותר. עמדתו של ר' מאיר היא אף ברורה וחד משמעית יותר. השאלה היא, מדוע אמירתו של האב, „תנו“ או, „יירשוני אחרים“ משנה את זכויותיהם הממוניות של הבנים בנכסי האב? מאימתי אמירה יוצרת קניין? ולא עוד, אלא שגוברת על דיני הירושה ועל זכות הבנים למזונות. רב ששת, שהתייחס לרישא, משום שלא הכיר את מחלוקת ר' מאיר וחכמים שבסיפא⁵⁹ נדחק לפרש⁶⁰ שבמתנה מחיים עסקינן; ואילו „יירשו אחרים תחתיהם“ יש להעמיד רק במקרה שאף האחרים הם מיורשיו על פי דין, והלכה זו היא כשיטת ר' יוחנן בן ברוקא במשנה, הסבור שיש תוקף לצוואתו של אדם ובתנאי שאף הזוכה בצוואה הוא מן היורשים החוקיים על פי דין תורה.⁶¹ ראשונים רבים נדחקו אף הם ופירשו שבהלכה זו שבתוספתא מדובר בשכיב מרע, ולפיכך יש לדבריו תוקף⁶²; אך גם לפירוש זה אין כל אחיזה בלשון ההלכה.

לפי דברינו, עמדתם של תנא קמא ושל ר' מאיר ברורה, הם סוברים „מצוה לקיים דברי המת“ ולפיכך ינתן לבניו כפי שציווה אביהם. ככל הנראה כך הביין גם הירושלמי את ההלכה שבתוספתא. לאחר שהירושלמי מצטט את הלכת תוספתא בשלמותה מובא המעשה הבא:

אמר ר' יוסי הדא פשטה שאילתא דחילפי, אמר אייתיבון על גיף נהרא דלא אפיקת מתנייה דר' חייא רבא מן מתניתא וירקוני לנהרא. מה הוה מימר יעשה שלישי מה שהושלש בידו.⁶³

האמורא חילפי איים להטביע עצמו בנהר אם תוכא בפניו הלכה ממשנתו של ר' חייא, והוא לא ימצא לה מקור במשנה. בתגובה הוא אותגר מן התוספתא שהובאה לעיל, המקור שהוא מציע לברייתא זו היא המשנה בכתובות ז. ו: „המשליש מעות לבתו, והיא אומרת: נאמן בעלי עלי-יעשה השליש מה שהושלש בידו; דברי רבי מאיר...“ אף שבמשנה זו אין כל הכרח לומר שהמדובר במקרה שמת המשליש, ואפשר לפרש שהלך לו, מבקש חילפי לזהות בין דברי ר' מאיר שבברייתא לבין דברי ר' מאיר שבמשנה, ולומר שבשניהם עמדתו של ר' מאיר נובעת מהשקפתו ש„מצוה לקיים דברי המת“⁶⁴.

(58) תוספתא, כתובות ו, י (ליברמן עמ' 78).

(59) ראה: הערה 65 להלן, ודין בטקסט ליד הערה 114.

(60) ראה: בבלי, בבא בתרא, קטז, א-ב.

(61) ראה: משנה, בבא בתרא, ח, ה (קל, א). על שיטתו של ר' יוחנן בן ברוקא ראה לעיל פרק א, בסמוך

להערה 32 ואילך.

(62) ראה: רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, יא, כב; רשב"ם בבא בתרא, קטז, א ד"ה „האומר תנו שקל“ ועוד.

(63) ירושלמי, כתובות, לא, א (פ"ו, ה"ז). (מכאן פשט חילפי את שאלתו. אמר אשב על גדת הנהר, אם לא ארציא הלכה של ר' חייא הגדול מן המשנה, יורקוני לנהר. מה היה אומר [על התוספתא שהובאה לעיל]? יעשה שלישי מה שהושלש בידו.)

(64) ראה: ד' הלכני, מקורות ומסורות (תל-אביב: סדר נשים, תשכ"ט), כתובות עמוד יי-ריב. וראה להלן

פרק ד סעיף ב, דיון מפורט.

גם בתלמוד הבבלי מובא המעשה, אלא שכאן הכירו רק את הרישא של הברייתא ולא הכירו את חלקה השני של הברייתא ודברי ר' מאיר שבה, ולפיכך הבינו שהשאלה היתה מן הרישא של הברייתא, ותשובת אילפא היא שהרישא היא כשיטת ר' מאיר בברייתא המובאת בבבלי גיטין יד, שאמר שם במפורש „מצווה לקיים דברי המת“⁶⁵

3. ניתן להציע מקורות תנאיים נוספים אשר מהם משתמע לכאורה הרעיון האמור לעיל, לפיו אמירתו של אדם באשר לרכושו מטילה חובה על יורשיו לקיימה. כך שנינו:

האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי, ומת – לא יתנו לאחר מיתה. תנו מנה לאיש פלוני, ומת – יתנו לאחר מיתה.⁶⁶

התלמוד יצא מנקודת הנחה ברורה שהמדובר במעמד שלשתן או במתנת שכיב מרע, אך אין לפירוש זה כל הכרח,⁶⁷ ולפי פשוטה מטילה המשנה חובה על היורשים לקיים את צוואת המוריש, אף שאין היא יוצרת זכויות קניין בנכסים. הוא הדין להלכה שבתוספתא:

האומר תנו חלק לפלוני בנכסי יירש עם הבנים. בככורה אין נוטל פי שנים. האומר יירשני פלוני – לא אמר כלום. תנו נכסי לפלוני – דבריו קיימין. כתב ירושה מלמטה ומתנה מלמעלה, ירושה מלמעלה ומתנה מלמטה, ירושה מכן ומכן ומתנה באמצע – הואיל והזכיר שום מתנה, דבריו קיימין.⁶⁸

משמע שדבריו קיימין ובלבד שלא אמר בלשון ירושה. גם הלכה זו שבתוספתא הוסברה כעוסקת בשכיב מרע⁶⁹ וגם כאן אין לדבר כל הכרח.⁷⁰

ג. מימרת ר' יוחנן, בבלי, גיטין, מ, א

נראה שאף ר' יוחנן סבר שעל היורשים מוטלת החובה לקיים את הוראות המוריש:

1. כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי אל ישתעברו בה לאחר מותי; כופין את היורשים וכותבין לה גט שחרור.
2. אמרו לפניו רבי אמי ורבי אסי: רבי, אי אתה מודה שבניה עבדים?
3. כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר רבי יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי קורת רוח עשתה לי, יעשה לה קורת רוח; כופין את היורשין ועושיין לה קורת רוח.
4. מאי טעמא מצווה לקיים דברי המת.

(65) ראה: בבלי, תענית כא, א; בבלי, כתובות סט, ב. בשני המקומות מובא רק חלקה הראשון של התוספתא, ומחלוקת רבי מאיר וחכמים לא מוכרת כלל, לפיכך הקושיה שהקשו על האמורא חילפי איננה מובנת כניסיון למצוא בסיס לדברי ר' מאיר שבברייתא, אלא למצוא מקור לרישא של הברייתא. ראה: ליברמן, תוספתא כפשוטה, כתובות, 284; הלכני, מקורות, כתובות, עמ' רי-ריב וראה דיון להלן בסמוך להערה 114.

(66) משנה, גיטין, א, ו; בבלי (גיטין, יג, א).

(67) התוספות רמו על כך שלפי פשוטה של המשנה, הקונצפציה של מצווה לקיים דברי המת היא המדריכה את המשנה; ראה תוספות, גיטין, יג, א, ד"ה, וראה לא משך.

(68) תוספתא, ב"ב, ז, טז-יז (ליברמן, 155-156). ראה גם משנה, ב"ב, ח, ה.

(69) ראה: ליברמן, תוספתא כפשוטה לבבא בתרא, 420.

(70) וראה גם: משנה, ב"ב, ח, ה. רש"י פירש שמדובר במשנה במתנה מחיים (רש"י, יבמות, לו, א, ד"ה

רב דימי (1) ורב שמואל בר יהודה (3) הביאו מארץ ישראל מסורות שונות בנוגע לדבריו של ר' יוחנן.⁷¹ לכאורה נראה שאין כל הבדל מהותי בין המסורות; שתי המסורות מדברות באדם שמצווה בשעת מותו לגבי עבדו, ובשאלה האם יש חובה לקיים את צוואתו-משאלתו. לשתי המסורות כופים את הירושים, והטעם שנוקט התלמוד, „מאי טעמא מצוה לקיים דברי המת“ תקף לשתי המסורות גם יחד. התקפתם של רבי אמי ורבי אסי את דבריו של ר' יוחנן על פי מסורתו של רב דימי (2) קשורה לנוסח הדברים ולא למהותם, שהרי האב אמר, „אל ישמעבדו“ וניתן לקיים את צוואתו גם בלא לשחררה; „דאל ישמעבדו“ אינו לשון שחרור ולא לשון הפקר, אלא לא יטריחה בעבודתה, אבל וולדות היוצאין ממנה מעכשיו עבדים הם, ואמאי כופין לשחררה ויפסידו ולדות מכאן ולהבא, שלא צוה אביהם כן?⁷² כך בודאי הבין גם הרמב"ם:

מי שצוה בשעת מיתתו ואמר: פלונית שפחתי אל ישמעבדו בה יורשים, הרי זו שפחה כשהיתה ואסור ליורשים להשתעבד בה, מפני שמצוה לקיים דברי המת.
וכן אם אמר: עשו לה קורת רוח, כופין את הירושין ואין משתעבדין בה אלא במלאכה שהיא רוצה בה, צוה ואמר שחררה, כופין את הירושין לשחרר אותה.⁷³

מימרתו של רב דימי היא, כדברי הגמרא לקמן: „טעותא“ ויש לתקנה בערך כך: „מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי שחררה לאחר מותי“ כופין את הירושין לשחרר אותה“ אין הבדל מהותי בין מסורתו של רב דימי לזו של רב יהודה בר שמואל; שניהם מביעים את הרעיון שכופים את הירושים למלא את משאלתו של המת בנוגע לעבדו. ואולם כפי שנראה להלן,⁷⁴ סוגיית הגמרא בהמשך מנסה לטשטש את הרושם הזה.

ד. סיכום

דומני שמן הדברים דלעיל עולה באופן ברור, שישנה מסורת האומרת שאף במקום שלא קנה הזוכה כופין את הירושים לקיים דבריו ורצונו של המת. הלכה זו מבטאת תפיסה הסבורה, שיש להכיר בזכותו ובכוחו של אדם לקבוע מי הזוכים ברכושו במותו, ולקבוע את גורל רכושו גם לאחר מותו. היטיב לבטא את הדברים הרמב"ן, בהתייחסו להלכות התוספתא המובאות לעיל:

„ריבה לאחד“). אך פירושו קשה משום שהמשנה הבחינה בין לשון מתנה לבין לשון ירושה. הרשב"ם לעומתו, פירש שמדובר בשכיב מרע (רשב"ם, ב"ב, קכו, ב, ד"ה, „המחלק נכסיו על פירו“). גם הרמב"ם פירש משנה זו כולה בשכיב מרע (ראה הלכות נחלות, פ"ו). נראה שצמצום דין המשנה לשכיב מרע הוא מאולץ ואין לו אחיזה בלשון המשנה.

(71) רש"י, ד"ה „הכי גרסינן“ כתב: „הכי גרסינן: כי אתא רב שמואל כו'. ולא גרסינן, אלא: ופליג אדרב דימי, ואמר: לא כך אמר רבי יוחנן, אלא כך אמר ר' רש"י הבין שהתקפתם של רב אמי ורב אסי נאמרה בפניו של ר' יוחנן והיא חלק מן המסורת שהביא רב דימי. ראשונים אחרים הבינו ש„אמר לפניו“ הוא לפני רב דימי, ומכוחה של התקפה זו דחו את מסורתו של רב דימי כבלתי אפשרית והעדיפו את מסורתו של רב שמואל בר יהודה, ולכן גרסו „אלא“ (ראה רי"ף, כא א בדפוס וילנא; פסקי הרא"ש, גיטין, פרק ד' סימן כה; וראה הגהות הגר"א לשר"ע יורה דעה, רסז, עז [קלח]). כך היא הגרסא במספר כתבי יד לתלמוד (ראה מ"ש פדבלום, דקדוקי סופרים למסכת גיטין (ניוירוק: הוצאת חורב וישיבה אוניברסיטה, תשכ"ו)).

(72) רש"י, גיטין, שם, ד"ה „אי אתה מודה“ אכן בהמשך הסוגייה („אמר להו מאי טעותא? דלא אמרה בלשון שחרורו וכר“) מוצע לאמץ את מסורתו של רב דימי במקום שאמר במפורש, שחררה; וראה על כך לקמן בניתוח הסוגייה.

(73) רמב"ם, הלכות עבדים, ו, ד.

(74) ראה להלן בפרק ג בסמוך להערה 90 ואילך.

שוב מצאתי בתוספתא במסכת בבא בתרא: „באומר... תנתן לו ר' אומר: זכה, וחכמים אומרים: לא זכה וכופין את היורשים לקיים דברי המת...“ למדנו מכאן, שאע"פ שאינו מוציא שדה מתחת ידו, כיון שאמר, תנתן – מצווה לקיים דברי המת, וכופין במצוה זו את היורשים... אלא מצווה זו נמסרה אף לכ"ד לכופ עליה?⁷⁵

קיימת במקורות מסורת ברורה הסבורה „מצווה לקיים דברי המת“ ולפיכך יש תוקף משפטי לצוואה. מקורה של חובה זו לא נתברר ואף לא נדון בספרות התלמוד. מצווה זו, לא רק שאין לה מקור נורמטיבי, אלא שלכאורה מצווה זו היא מצווה לפעול בניגוד לדין הירושה שבתורה?⁷⁶ נדמה לי שעובדה זו היא מכרעת, ומרמזת על הגורמים להמשכו של הדין.

פרק ג: הפרשנות המצמצמת של התלמוד

כאמור, בפרק זה אני מבקש לעקוב אחרי המקורות שהובאו בפרק הקודם, לבדוק כיצד הוסברו ומה נעשה בהם בתלמוד.

א. הברייתא

ראשית נעיין בברייתא שבה הובאה דעתו של ר' מאיר „מצווה לקיים דברי המת“ כאמור לעיל, מתוך ברייתא זו כשלעצמה קשה לעמוד על כוונתו של ר' מאיר; האם מדובר בחיוב מוסרי או שמא בחיוב משפטי? בהנחה שהמדובר בחיוב משפטי, מהם גרדיו של חיוב זה? האם הוא יוצר זכויות קניין לזוכה וקובע שהוא יהיה היורש? או שמא מטיל חובה על היורשים הזוכים על פי דין למלא את בקשת המוריש? הסברו של רב פפא לדבריו של ר' מאיר, שהובא לעיל, הוצנע בסוגיית התלמוד הבבלי, והוצעו שני הסברים אחרים: ההסבר הראשון מבקש להסיט את הדין אל דיני השליחות, ולהלן נדון בו;⁷⁷ בהסבר השני בולט הרצון להשתחרר כליל מעולה של מצוותה של ר' מאיר:

והכא במאי עסקינן בשכיב מרע, ובפלוגתא דרבי אלעזר ורבנן קמפלגי.

דתנן:⁷⁸ „המחלק נכסיו על פיו, רבי אלעזר אומר: אחד בריא ואחד מסוכן, נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאינן להן אחריות אין נקנין אלא במשיכה. וחכמים אומרים: אלו ואלו נקנין באמירה. אמרו לו: מעשה באמן של בני רוכל שהיתה חולה, ואמרה: תינתן כבינתי לבתי, והיא בשנים עשר מנה, ומתה וקיימו חכמים את דבריה. אמר להם: בני רוכל תקברם אמם“

תנא קמא כרבי אלעזר

ורבי נתן ורבי יעקב נמי כרבי אלעזר, אף על גב דמית לא אמרינן מצווה לקיים דברי המת. ויש אומרים כרבנן.

ורבי יהודה הנשיא שאמר משום רבי מאיר כרבי אלעזר, מיהו היכא דמית, אמרינן: מצווה לקיים דברי המת.

וחכמים אומרים: יחלוקו מספקא להו

(75) חידושי הרמב"ן, גיטין, יג, א (מהדורת הישיריק; ירושלים: הוצאת מכון הרשלר למחקר ולהוצאה של ספרות תורנית והלכתית, תשנ"ה) עמ' פ (הדברים הובאו במלואם להלן בסמוך להערה 136).

(76) ראה לעיל בפרק א', בסמוך להערה 26 ואילך.

(77) ראה להלן בפרק ד.

(78) ראה משנה, בבא בתרא, ט, ז.

וכאן אמרו: שודא עדיף

ורבי שמעון הנשיא, מעשה אתא לאשמועינן.⁷⁹

ר' מאיר שהציע „מצוה לקיים דברי המת” נוקט בשיטתו של ר' אליעזר שחולק אף על תוקפה של מתנת שכיב מרע; אלא שר' מאיר סבור, שאף דברי שכיב מרע אינם ככתובים וכמסורים, ואינם יוצרים קניין, מכל מקום מצווה לקיימם. המסר הוא ברור: כיוון שאנו סוברים כחכמים ונותנים תוקף למתנת שכיב מרע, איבדו דברי ר' מאיר „מצוה לקיים דברי המת” את הרלוונטיות שלהם לגמרי.

ב. הלכות התוספתא

ההלכה שבתוספתא: „האומר תנו שדה... לא זכה, וכופין את היורשין לקיים דברי המת”⁸⁰ הובאה בתלמוד הבבלי בשינויים חשובים, אך העובדה החשובה לענייננו היא השמטתה של הסיפא:

ת”ר האומר: נתתי שדה פלונית לפלוני, נתונה לפלוני; הרי היא שלו – הרי היא שלו; אתננה לפלוני, ר”מ⁸¹ אומר – קנה, וחכ”א – לא קנה. א”ר יוחנן וכולן בשטר.⁸²

ההלכה הבאה שבתוספתא: „האומר: עשיתי פלוני עבדי בן חורין”⁸³ נשנתה בשינויים בשני מקומות בתלמוד הירושלמי ובמקום אחד בתלמוד הבבלי. בבבלי גיטין ובירושלמי בבא בתרא נשמטה הסיפא – „לא זכה, וכופין את היורשים לקיים דברי המת” בבבלי גיטין למדנו כך: „ת”ר האומר: עשיתי פלוני עבדי בן חורין, עשוי בן חורין, הרי הוא בן חורין – הרי הוא בן חורין. אעשנו בן חורין, רבי אומר – קנה, וחכ”א – לא קנה; א”ר יוחנן וכולן בשטר”⁸⁴ בירושלמי, בבא בתרא למדנו כך: „האומר: טבי עבדי עשיתי בן חורין, עשיתיו בן חורין, עושה אני אותו בן חורין, הרי הוא בן חורין, הרי זה בן חורין – הרי זה זכה. ר’ חייה בשם ר’ יוחנן – בלבד בשטר. יעשה בן חורין, ר’ אומר – זכה, וחכמים אומרים – לא זכה”⁸⁵.

בחינת גלגולה של הלכת התוספתא בירושלמי גיטין היא מרתקת:

האומר: טבי עבדי עשיתי בן חורין, עושה אני אותו בן חורין, הרי זה בן חורין – זכה. ר’ אינייא בשם ר’ יוחנן – ובלבד בשטר. יעשה בן חורין, ר’ אומר – זכה, וחכ”א – לא זכה. תנו שטר שיחרור זה לעבדי, ומת, רבי אומר – לא זכה, וחכמים אומרים – זכה. כופין את היורשין לקיים דברי המת”⁸⁶

בגרסה זאת, בין „חכ”א לא זכה” ובין „כופין את היורשים לקיים דברי המת” שבהלכת התוספתא נוסף: „תנו שטר שיחרור זה לעבדי, ומת, רבי אומר – לא זכה, וחכ”א – זכה”⁸⁷ ובכך ניטל העוקץ

(79) בבלי, גיטין, יד, ב-טו, א.

(80) תוספתא, בבא בתרא, ט, יב-יג, לעיל, פרק ב, בסמוך להערה 44.

(81) על החילוף שבין רבי ור’ מאיר ראה ליברמן, תוספתא כפשוטה לבבא בתרא, 440, הערה 39, וראה הגהות הב”ח במקום. ראה גם, פלדבלום, דקדוקי סופרים על המקום.

(82) בבלי, גיטין, מ, ב.

(83) תוספתא, בבא בתרא, ט, יד, לעיל, בסמוך להערה 50.

(84) בבלי, גיטין, מ, ב.

(85) ירושלמי, בבא בתרא, ח, ח (טו, ג; מהדרת רוזנטל, 104).

(86) ירושלמי, גיטין, א, ה (מג, ד).

(87) כמובן, גרסה זו מעוררת קשיים חדשים. ראשית אם „זכה” מה בא „כופין את היורשין” להוסיף?

שבהלכת התוספתא. ההלכה „כופין את היורשים“ מוסבת על דעת חכמים שאמרו – „זכה; וכל זאת ביחס להלכה, תנו שטר שחרור זה לעבדי; שלא נשנית כלל בתוספתא:88 לפי גרסת הירושלמי הזו – „וחכמים אומרים – זכה, כופין את היורשין לקיים דברי המת“ – זכה העבד זכה בחירותו עוד לפני מות האדון, אלא שהשטר טרם היגיע לידי. חידושה של ההלכה הוא שכופין את היורשים לתת לעבד שטר שחרור.89 בגרסת התוספתא, מדובר היה בעבד שאינו משוחרר, בצווי בלא שטר, ולא עוד אלא ש„כופין את היורשים לקיים דברי המת“ היה גם לשיטת האומר „לא זכה“ כך:

תוספתא	ירושלמי
האומר: עשיתי פלוני עבדי בן חורין עשיתיו בן חורין	האומר: טבי עבדי עשיתי בן חורין
עושה אני אותו בן חורין – הרי הוא בן חורין.	עושה אני אותו בן חורין הרי זה בן חורין – זכה.
יעשהו בן חורין ר' אומר – זכה	ר' אינייא בשם ר' יוחנן – ובלבד בשטר. יעשהו בן חורין ר' אומר אומר – זכה וחכ"א – לא זכה.
חכמים אומרים – לא זכה	תנו שטר שחרור זה לעבדי ומת רבי אומר – לא זכה וחכמים אומרים – זכה
	וכופין את היורשים לקיים דברי המת.

ג. מימרת ר' יוחנן – בבלי, גיטין, מ

לעיל ראינו את הדמיון שבין מימרת ר' יוחנן⁹⁰ ובין הלכות התוספתא האמורות. נראה שעריכתה של סוגיית הבבלי גיטין, מ/ היא עריכה המבקשת לצמצם מאוד את דברי ר' יוחנן הללו ולדחות

פרשני הירושלמי נדרשו לבעיה זו, אך תירוציהם דחוקים. קרבן העדה פירש: „וחכ"א זכה משום דכופין את היורשים לקיים דברי המת“ ואילו בעל הפני משה פירש: „ולגירסת האי תלמודא צ"ל: דהא דקאמר: כופין את היורשין אדברי רבי קאי“ ועוד קשה לגרסת הירושלמי להסביר, הן לשיטת רבי והן לשיטת חכמים, מה בין יעשהו בן חורין לבין „תנו שטר שחרור“; מדוע הראשון זכה לשיטת רבי, והשני לא זכה, והיפוכו לשיטת חכמים? בסוגיית הירושלמי שם נדרשו לבעיה: „אמר רבי זעירא בסתם חלוקין. מה אנן קיימין אם באומר שחררו? אף רבי מודה. אם באומר, כתבו ותנו? אף רבנין מודו? אלא כן אנן קיימין באומר, תנו? רבי אומר: האומר, תנו? כאומר, כתבו ותנו? ורבנין אמרין: האומר, תנו? כאומר, שחררו?“

(88) ראה משנה, גיטין, א, ו: „... האומר: תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי, ומת – לא יתנו לאחר מיתה“ והוא מובא כדעת הכל, אף שבראשיתה של אותה משנה שנינו, „האומר, תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי; אם רצה לחזור בשניהן, יחזר – דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים, בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים, לפי שזכין לאדם שלא בפניו...“

(89) בבועיה זו, עבד שאדוניו הפקירו ולא כתב לו שטר שחרור, או עבד שאדוניו שחררו ומת, בלא שכתב לו גט שחרור, עוסקת הסוגיה לדעיל, ובבועיה זו עוסקת מימרתו של אמימר לקמן. ראה להלן סעיף ג' לפרק זה. (90) ראה לעיל, פרק ב, סעיף ג'.

את ההלכה „מצוה לקיים דברי המת“ הסוגייה כולה (מדף לח ואילך) עוסקת בדרכים השונות לשחרור עבד, ובדינו של עבד שאדוניו איבד את הזכויות הממוניות שבו בלא שכתב לו גט שחרור. בשמם של רב ושל ר' יוחנן מובא, שגם עבד כזה צריך גט שחרור. בהמשך הדברים מובאת הסוגייה הבאה:

[א]

1. כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה לאחר מותי; כופין את היורשים וכותבין לה גט שחרור.
2. אמרו לפניו רבי אמי ורבי אסי: רבי, אי אתה מודה שבניה עבדים?'
3. כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר רבי יוחנן: מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי קורת רוח עשתה לי, יעשה לה קורת רוח; כופין את היורשין ועושין לה קורת רוח.
4. מאי טעמא? מצוה לקיים דברי המת.

[ב]

5. אמר אממר: המפקיר עבדו – אותו עבד אין לו תקנה.
6. מאי טעמא? גופיה לא קני ליה, איסורא הוא דאיכא גביה, ואיסורא לא מצי מקני ליה.
7. אמר ליה רב אשי לאממר: והאמר עולא אמר רבי יוחנן, ורב חייא בר אבין אמר רב: אחד זה ואחד זה – יצא לחירות, וצריך גט שחרור.
8. אמר ליה: צריך ואין לו תקנה.

[ג]

9. איכא דאמרי, אמר אממר: המפקיר עבדו ומת – אותו העבד אין לו תקנה.
10. מאי טעמא? גופיה לא קני ליה, איסורא הוא דאיכא גביה, ואיסורא לבריה לא מורית.
11. אמר ליה רב אשי לאממר: והא כי אתא רב דימי אמר רבי יוחנן.
12. דרב דימי טעותא היא.
13. אמר ליה: מאי טעותא – דלא אמרה בלשון שחרור, הא אמרה בלשון שחרור הכי נמי.
14. אמר ליה: אנא כדרב שמואל בר יהודה סבירא לי.

[ד]

15. ההוא דסקרתא דעבדי דאודבן לעובד כוכבים, כלו מרוותא בתראי, אתו לקמיה דרבינא, אמר להו: זילו אהדרו אבני מרוותא קמאי, ויכתבו לכו גיטא דחרותא.
16. אמרו ליה רבנן לרבינא, והאמר אממר: המפקיר עבדו ומת, אותו העבד אין לו תקנה.
17. אמר להו: אנא כרב דימי סבירא לי.
18. אמרו ליה: דרב דימי טעותא היא.
19. אמר להו: מאי טעותא – דלא אמרה בלשון שחרור, הא אמרה בלשון שחרור הכי נמי.
20. והלכתא כרבינא.⁹¹

בחלקה הראשון של סוגייה זו (4-1) דנו לעיל:⁹² וברור היה לנו שהמדובר במסורות שונות בשמועתו של ר' יוחנן (1:3), או בדוגמאות שונות לעיקרון שעליו דיבר ר' יוחנן. לשתי המסורות השאלה הנדונה היא, מה הדין במקרה שבשעת מותו מסר את בקשתו באשר לעתיד עבדו? לשתי המסורות כופים את היורשים לקיים את רצון אביהם. שאלה זו שונה בתכלית מן השאלה שנדונה

(91) חסר בחלק מכתבי היד החשובים ובדפוסים ראשונים (ראה פלדבלום, דקדוקי טופרים). נראה שהוא מן ההלכות שנוספו בידי הסבוראים. לכיביליורפיה בשאלה זו ראה: מ' כהנא, „שלוש מחלוקות מוחלפות בבתי מדרשותיהם של רב ושמואל“ מחקרי תלמוד ב(תשנ"ג) 309, הערה 18.

(92) פרק ב' סעיף ג'.

קודם לכן בסוגיית הבבלי. אנו מדברים בחובת היורשים לשחרר עבד או שפחה שטרם שוחררו, אך הבעלים ביקש שישוחררו לאחר מותו, ואילו השאלה שנדונה לעיל בסוגיית הבבלי היא, האם עבד משוחרר צריך או אין צריך גט שחרור.

בחלקה השני של הסוגייה (8-5) דנים במימרתו של אמימר הסבור, שעבד שאין לו אדון, אין לו תקנה, משום שאין מי שיכתוב לו גט שחרור. כלומר, חוזרים לדון בנושא שנדון לעיל, גט שחרור לעבד שלאדוניו אין בו זכויות ממוניות. למעשה חולק אמימר על דעתם של רב ור' יוחנן בשאלה זו, אף שהוא מנסה לפרשם כדעתו („אמר ליה צריך ואין לו תקנה“). השאלה היא כמובן מדוע מובא עניין זה כאן ולא קודם, כהמשך ישיר לדיון בבעיה זו, או לחלופין מדוע חלקה הראשון של הסוגייה בשאלת קיום רצונו של המת, הובא כאמצע הדיון בשאלת גט השחרור לעבד. דומני שמתוך ה,איכא דאמר' למימרתו של אמימר יתברר לנו מדוע ביקש עורך הסוגייה לקשור את שתי המחלוקות הללו. ל,איכא דאמר' מימרתו של אמימר אינה עוסקת במקרה שהאדון הפקיר את עבדו אבל הוא קיים, אלא במקרה שהאדון מת לאחר ששחרר את עבדו ובטרום כתב לו גט שחרור, והשאלה היא האם במקרה כזה יכולים היורשים לכתוב את גט השחרור. לשיטה זו אמימר איננו חולק על רב ור' יוחנן, אלא מוסיף מקרה חדש שלא דנו בו במפורש, ואשר מעורר שאלה שונה לגמרי, והיא האם הכותב לכתוב גט שחרור לעבד עבר בירושה, אף שהזכויות הממוניות בעבד לא עברו, שהרי האדון הפקירו. אמימר סבר שאין כח כזה ליורשים („איסורא לבריה לא מורית“) ואילו מהמעשה ברבינא (15) משתמע שרבינא חלק על אמימר וסבר שהיורשים יכולים לכתוב גט שחרור.

את המחלוקת הזאת שבין אמימר ורבינא קשרו עורכי הסוגייה (14:17) למחלוקת שבין המסורות השונות שבמימרתו של ר' יוחנן (3-1). נדגיש: לאור דברינו עד עתה נראה שקשרו כאן שתי מחלוקות שונות במהותן, האחת (3-1) עוסקת בחובת היורשים שירשו עבד שאדוניו בטרם מותר הביע משאלתו לגביו. והשנייה (9:15), עוסקת בשאלה האם בכוחם של היורשים לכתוב גט לעבד שלא ירשו, משום שמורישם הפקירו, אך לא כתב לו גט טרום מותו. התוצאה של הקשר הזה שבין שתי המחלוקות, היא שדבריו של ר' יוחנן – הן לשיטתו של רב דימי והן לשיטתו של רב שמואל בר יהודה – הוצאו מהקשרם המקורי, שהיה „מצווה לקיים דברי המת“.

אמימר שאמר: (9) „המפקיר עבדו ומת, אותו העבד אין לו תקנה“ הותקף על ידי רב אשי (11) מדברי רב דימי, ותשובתו היא (14) שהוא איננו מקבל את דברי רב דימי אלא את דברי רב שמואל בר יהודה. ולהגנתו של רבינא שהותקף ממימרתו של אמימר (16) משיבים (17) „אנא כרב דימי סבירא לי“ אמרנו לעיל, שרב דימי ואמימר דיברו על עניינים שונים לגמרי, אך נקודת המוצא הן של התקפתו של רב אשי והן של תשובתו של רבינא היא שמסורתו של רב דימי איננה מתיישבת עם מימרתו של אמימר משום שהיא עוסקת בשאלת כתיבת שטר שחרור לעבד משוחרר, „אל ישתעבדו בה“ (1) פירושו שחרור ממש, ולא כפי שסברנו הבעת משאלה. עורך הסוגייה מבקש לשכנע אותנו שהויכוח שבין רב דימי ורב שמואל בר יהודה איננו ויכוח בדבר הנוסח או הגרסה הנכונה בדבריו של ר' יוחנן, אלא ויכוח בדבר תוכן דבריו של ר' יוחנן. מסורתו של רב שמואל בר יהודה מדברת על קיום משאלתו של המת, ואילו מסורתו של רב דימי עוסקת בדניו של עבד שאדוניו שחררו ומת בלא שכתב לו גט.⁹³

מסקנת הסוגייה היא אם כן כך:

(93) ראה: פלדבלום, דקדוקי סופרים, שם. ודוק: בחלק מכתבי היד וכן בגירסת הרי"ף והרא"ש, הגרסה בדברי רב דימי היא „מי שאמר פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה“ וללא „לאחר מותי“ כבנוסח שלנו. הלבני (מקורות, עמ' תקמז) הציע שכך היא גרסת האמוראים שקשרו בין דברי רב דימי לבין מחלוקת אמימר ורבינא.

1. רב דימי דיבר על כפיית היורשים לכתוב את שטר השחרור לעבד שהאדון שחרר בטרם מותו. רב שמואל בר יהודה דיבר על שחרור עבד שהאדון לפני מותו היביע את משאלתו לשחררו.
2. הריכוח שבין רב דימי ורב שמואל בר יהודה הוא בשאלה: מה אמר ר' יוחנן; לפיכך לא ניתן לאמץ את שתי המסורות גם יחד.
3. לכל האמור לעיל מסכימים גם אמימר וגם רבינא, אלא שאמימר מאמץ את מסורת רב שמואל בר יהודה, ואילו רבינא מאמץ את מסורת רב דימי.⁹⁴
4. „הלכתא כרבינא” היא כנראה תוספת מאוחרת⁹⁵ אבל היא המסקנה המתבקשת מתוך מהלך הסוגייה, גם אם לא נאמרה במפורש. מבנה הסוגייה האמור וסיומה במעשה שעשה רבינא הוא מהלך שמוביל למסקנה זו.⁹⁶

הלכה כרבינא שאימץ את מסורתו של רב דימי שדיבר על כתיבת גט שחרור, ודחה את מסורתו של רב שמואל בר יהודה שדיבר על קיום דברי המת. מהלך דברים זה הותיר אותנו ללא תוקף לכלל מצוה לקיים דברי המת.”

דומני שכך הבין הגאון את מהלך הסוגיה:

... שמעינן מן הלין שמעתתא דכיון דר' יוחנן ורב אשי ורבינא דבתראי אינון הכין קאמרין דכי אמ' בלשון שחרור יצא ליחרות הילכתא כואתיהון וליתה לדאמימר דאמל' לרב אשי אנא כשמואל בר יהודה סבירא לי. הילכך אדם זה שאמר לשני עדים היו עלי עדים ששיחררתי את פלי' עבדי ואת שפחתי זאת יצאו ליחרות וכופין את יורשיו וכותבין להן גט שחרור.⁹⁷

אף שכנראה רוב הראשונים לא קבלו את הקשר הזה של הסוגייה, ואף שקיבלו את מסקנת הסוגייה ופסקו כרבינא (וכרב דימי) שהיורשים כותבים גט שחרור⁹⁸ פסקו גם כרב שמואל בר יהודה וכרב דימי שדברו על קיום בקשתו של המת: „מי שצוה בשעת מתו פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה יורשי, הרי זו שפחה כשהיתה ואסור ליורשים להשתעבד בה מפני שמצוה לקיים דברי המת. וכן אם אמר עשו לה קורת רוח כופין את היורשים ואין משתעבדין בה אלא במלאכה שהיא רוצה בה. צוה ואמר, שחרורה; כופין את היורשין לשחרר אותה.”⁹⁹

(94) מכאן ברור גם מדוע רש"י גרס, „כי אתה רב שמואל בר יהודה” ואין לגרוס „אלא כי אתא רב שמואל בר יהודה” (ראה הערה 71 לעיל). שהרי סוגיית הגמרא מבקשת לאמץ את מסורתו של רב דימי, ולא לדחותה. וראה פלדבלום, דקדוקי סופרים.

(95) ראה הערה 91, לעיל.
(96) ראה: כהנא, „שלש מחלוקות” 308–311, ובמיוחד בטקסט בסמוך להערה 18. על מבנה הסוגייה כמבנה המוביל למסקנה הלכתית – מ' כהנא, „גילוי דעת ואונס בגיטין, לחקר השתלשלות המסורות המוחלפות בעריכתן המגמתית של סוגיות מאוחרות” תרביץ סב(תשנ"ג) 225.

(97) ל' גינצברג, גאוניקה (שני כרכים; ניוירק: Jewish Theological Seminary, 1909) כ: 83 (ב"מ ליוין, אוצר הגאונים [שלשה עשרי כרכים; הוצאת המחבר, תרש"ח–תש"ג] גיטין, חלק התשובות, סימן רד, 78–79). ראה גם דברי רבינו אפרים המובאים במדרכי בבא בתרא סימן תרכו.

(98) ראה: רי"ף גיטין, פרק ד, (כא, א בדפוס וילנא); רמב"ם, הלכות עבדים, ח, יג; פסקי הרא"ש גיטין, פרק ד, סימן כט.

(99) הלכות עבדים, ו, ד (ראה לעיל בסמוך להערה 73). וראה גם רי"ף המובא בהערה קודמת: רא"ש שם סימן כח; טור יורה דעה, רסו; טור חושן משפט, רנו. לוינגר כבר עמד על כך ש„יחסו של הרמב"ם אל המשא והמתן התלמודי כמקור הלכי ממדרגה שנייה משתקף גם בעניין אחר... שהרמב"ם אינו נמנע לפעמים מלהתנכר לגמרי לזיקה ולקשר ששני מאמרים ואפילו שני דינים קשורים בהם זה בזה לפי המשא ומתן התלמודי, בין

לפניהם של בעלי הסוגייה עמדה איפוא עמדתו של ר' יוחנן ולפיה כופין את היורשים להוציא אל הפועל את רצונו ומשאלתו של המת: „מי שאמר בשעת מיתתו, פלונית שפחתי קורת רוח עשתה לי יעשה לה קורת רוח“ כופין את היורשין ועושיין לה קורת רוח“ ובצדק אמר התלמוד, „מאי טעמא מצוה לקיים דברי המת“ ניתן היה לנסות ולברר האם יש הגיון הלכתי לומר שנכונים הדברים רק לגבי עבד או שפחה, או שמא יש ללמוד מכאן עקרון רחב יותר בקשר לקיום רצון המת. תחת זאת העדיפו לצמצם או אף לדחות כליל את מסורת זו שבאה בשמו של ר' יוחנן. הראשונים, אף שרובם נשארו נאמנים לדברי ר' יוחנן כפשוטם, לא העלו לדיון את השאלה מה בין עבד או שפחה לבין מקרים אחרים בהם הביע אדם את משאלתו.

פרק ד: שליחות במות השולח

שתי הסוגיות שיוצגו להלן פירשו את „מצווה לקיים דברי המת“ כדין בדיני השליחות ולא כדין בדיני הירושה. „מצווה לקיים דברי המת“ איננה חרובה המוטלת על היורשים, אלא חרובה המוטלת לעיתים על השליח שלא הספיק להשלים את שליחותו לפני מות השולח.

א. גיטין יד, ב-טו, א

הסוגייה מבררת את משמעותה המשפטית של האמירה „הולך מנה לפלוני“; האם „הולך“ כמוהו כ„זכה“ ולפיכך זכה פלוני ברגע שקיבל השליח,¹⁰⁰ או שמא „הולך לאו כזכי“ ולפיכך יזכה פלוני רק לכשיגיע המנה לידו. במהלך הדיון נשנית כאן הברייתא שהיא במרכז הדיון שלנו:

... לימא „הולך“ כ„זכי“ תנאי היא, דתניא:

„הולך מנה לפלוני“ והלך ובקשו ולא מצאו יחזרו – למשלח.

מת משלח – רבי נתן ורבי יעקב אמרו: יחזרו ליורשי משלח.

ויש אומרים: ליורשי מי שנשתלחו לו.

רבי יהודה הנשיא אמר משום רבי יעקב שאמר משום רבי מאיר: מצווה לקיים דברי המת.

וחכמים אומרים: יחלוקו. וכאן אמרו: כל מה שירצה שליח יעשה.

אמר רבי שמעון הנשיא: על ידי היה מעשה ואמרו יחזרו ליורשי משלח:

מאי לאו בהא קמיפלגי:

דתנא קמא סבר: „הולך“ לאו כ„זכי“

ורבי נתן ורבי יעקב נמי „הולך“ לאו כ„זכי“ ואף על גב דמית – לא אמרינן מצווה לקיים

דברי המת.

ויש אומרים: הולך כזכי,

רבי יהודה הנשיא אמר משום רבי יעקב שאמר משום רבי מאיר: „הולך“ לאו כ„זכי“

מיהו היכא דמית – אמרינן מצווה לקיים דברי המת.

וחכמים אומרים: יחלוקו, מספקא להו ...

שיהיה הקשר פרשני ובין שיהיה קשר ענייני הגיוני“ (” לוינגר, דרכי המחשבה ההלכתית של הרמב”ם [ירושלים: הוצאת מגנס, תשכ”ה] 166).

(100) בניגוד להסבר המובא לקמן בסוגייה, ואשר הובא לעיל בסמוך להערה 79, והמציע להעמיד את הברייתא בשכיב מרע.

לפי הסבר זה לברייתא, השאלה היא בעיקרה שאלה פרשנית: משמעות האמירה „הולך“ מדובר באדם בריא ששלח מנה לפלוני ביד שליח. לסובר „הולך – כזכוי“ זכה פלוני ברגע שקיבלם השליח!¹⁰¹ ולכן יש אומרים שינתנו „לירשי מי שנשתלחו לו“ מותו של הנותן בשלב מאוחר יותר איננו יכול לשנות את מצב זכויות הקניין שבידי המקבל. לשיטת הסובר „הולך – לאו כזכוי“ כל עוד לא השלים השליח את שליחותו, עדיין המעות בבעלות השולח; מותו של הנותן-השולח גורם לביטול השליחות ולכן חוזרים המעות אל יורשי הנותן. רבי מאיר נוקט בדרך ביניים ולפיה רק במקום שמת השולח הולכים המעות אל מי שנשתלחו לו: „הולך לאו כזכוי. מיהו היכא דמית, אמרינן: מצוה לקיים דברי המת“ במקום שאדם נתן מעות ביד פלוני ואמר לו „הולך“ ואחר כך מת, „מצוה“ לקיים דבריו.

מבחינה משפטית מהווה שיטתו של ר' מאיר לפי פירוש זה, חידוש מרתק. בידי של השליח פיקדון שהוא חייב להעביר לידי הנהנה;¹⁰² אומנם המעות הנמצאות ביד השליח עדיין בבעלות השולח. שהרי „הולך לאו כזכוי“ ולכן כל עוד לא מסרן, שמורה לשולח הזכות לחזור בו. אולם במותו של השולח בטלה יכולת החזרה שלו, ולפיכך חייב השליח להשלים את שליחותו.¹⁰³ הקונסטרוקציה המשפטית של רבי מאיר דומה מאוד למוסד הנאמנות במשפט המודרני; המהנה מעביר את הרכוש לידי של הנאמן אשר חייב לפעול לטובתו של הנהנה;¹⁰⁴ מותו של המהנה המקורי אינו מעלה ואינו מוריד.¹⁰⁵

המצווה הזו איננה „חייב מוסרי“; ר' מאיר אינו מערב כאן את הדין עם מה שמעבר לו; דינו של ר' מאיר מטיל על השליח חובה להשלים את השליחות, ואיננו מאפשר לירשים למנוע זאת ממנו. ר' מאיר, לפי הסבר זה, יוצר שטח שדיני הירושה אינם חלים עליו. דיני הירושה אינם חלים על המעות או הפיקדון הנמצאים בידי שליח המצווה להעבירם לאחר.¹⁰⁶ מצוה לקיים דברי המת היא חובתו של השליח להשלים את שליחותו. אף הסוגייה הבאה תבסס את הדברים.

(101) וזאת על סמך הכלל התלמודי „זכין לאדם שלא בפניו“ ראה בהרחבה ש' אטינגר, פרקי שליחות במשפט העברי (ירושלים: הוצאת נבו, תשנ"ט) פרק ד.

(102) אנו מדברים כאן בשליחות לפעולה פיזית מטריאלית ולא בשליחות משפטית. המונח שליחות משמש בספרות חז"ל בשני המובנים, ויש להבדיל ביניהם. על הבחנה זו ומקומה במשפט העברי ראה בהרחבה אטינגר, שליחות, פרק ב.

(103) על פגיעת השליחות במותו של השולח, ראה: נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי (ירושלים: מוסד הרב קוק, תשל"ב) 78 ואילך; אטינגר, שליחות, נספח לפרק שביעי. המחברים נחלקו בשאלה: האם במשפט העברי מקובל הכלל ששליחות פוקעת במות השולח. לדעת רקובר עקרון זה אינו מוסכם על כל הפוסקים, ויש הסוברים שהשליחות ממשיכה להתקיים גם אחרי מות השולח. אטינגר חולק וטוען, שמקובל על הכל שהשליחות פוקעת במות השולח. לאור הדברים האמורים כאן, אני מציע להרהר בדבר מחדש, לשיטתו של רבי מאיר ובמקרה של שליחות פיזית מטריאלית. ר' מאיר סובר לפי דברים אלו, שמשלח שמסר בידי של השליח כסף או מטלטלים להעביר לידי אדם שלישי, אף אם מת המשלח, חייב השליח להשלים את שליחותו.

(104) ראה: י' ריסמן „אבני נגף בחוק הנאמנות“ עיוני משפט ז' (תשל"ט) 285. על היחס שבין שליחות לנאמנות ראה: א' ברק, חזון השליחות (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה, האוניברסיטה העברית, תשנ"ו) 414 ואילך, ועמ' 1121 ואילך, והספרות המצוינת שם.

(105) על יסוד זה יש גם להסביר את מוסד האפוטרופוסות בהלכה. ראה מבואו המאלף של הרב עוזיאל לספרו (הרב בצמ"ח עוזיאל, שערי עוזיאל [ח"א, הלכות אפוטרופוסות; ירושלים: יוצא לאור מחדש ע"י הועד להוצאת כתבי הרב עוזיאל זצ"ל, תשנ"א]).

(106) להשוואה מעניינת למשפט הרומי ראה, A. Watson, *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford

ב. כתובות, סט, ב-ע, א

המשנה בכתובות, ו, ז, דנה בחובת הנאמנות של השליש¹⁰⁷ כלפי שולחו. כך שנינו:

המשליש מעות לבתו, והיא אומרת: נאמן בעלי עלי- יעשה השלישמה שהשליש בידו, דברי רבי מאיר. רבי יוסי אומר: וכי אינה אלא שדה, והיא רוצה למכרה- הרי היא מכורה מעכשיו. במה דברים אמורים? בגדולה, אבל בקטנה- אין מעשה קטנה כלום.

השאלה היא: מה מעמדו של הנהנה (הבת) בטרם השלים השליש את חובותיו כלפי השולח? ר' יוסי מבקש לרדת למהותה של השליחות הזאת, אשר נועדה לטובתה של הבת, ולפיכך הוא מוכן להישמע לבקשתה ולהעביר את הממון לבעלה; ר' יוסי מוכן לראות את הבת כאילו קיבלה את השדה, ועכשיו היא מוכרת אותה. זו גם הסיבה שהגבילו את דבריו של ר' יוסי – „במה דברים אמורים? בגדולה“ – שהרי קטנה אין לה כושר משפטי למכור, ולפיכך לא ניתן לראות אותה כאילו מכרה. ר' מאיר איננו מסכים לפיקציה הזו ודורש מן השליש להשלים בפועל את חובתו. לכאורה אין כל קשר בין משנה זו לבין הדיון שלנו במצווה לקיים דברי המת, שהרי המשנה לא בהכרח עוסקת באדם שמת¹⁰⁸ אכן, מן הסוגייה הראשונה¹⁰⁹ בבבלי משתמע שאין הסוגייה מבינה את המשנה כעוסקת בהכרח במקרה שהאב מת, ואין המחלוקת שבמשנה נובעת מכך¹¹⁰ ואולם לא כך משמע מן הסוגייה השנייה בבבלי. בסוגייה זו מובא המעשה באילפא, שלעיל ראינו אותו בירושלמי¹¹¹ לאחר שהאמורא אילפא התחייב לפתור כל ברייתא, דרבי חייה ורב אושעיא מן המשנה¹¹² הוא הותקף על ידי זקן אחד מן ההלכה שבתוספתא שהובאה לעיל: „האומר תנו שקל לבני בשבת...“¹¹³ אכן, אתגר רציני הועמד בפניו. שהרי, כאמור לעיל, הלכה זו מעוררת קושי רציני: מדוע דבריו של האב משנים את זכויות הילדים בירושתו? ככל הנראה, לא הכיר הבבלי את מחלוקת רבי מאיר וחכמים שבחלקה השני של התוספתא, ולכן הוא הבין שהזקן איתגר את אילפא מחלקה הראשון של התוספתא¹¹⁴ תשובתו של חילפא – אילפא¹¹⁵ בירושלמי הייתה

107) ראה M. Jastrow, *Dictionary of the Targumim, the Talmud Babli and Yerushalmi, and the Mid-* 1584 (2 vols.; New York: Pardes, 1950); *rashic Literature* בן יהודה, מלון הלשון העברית (ירושלים: הוצאת לעם, תשי"ב) 7164.

108) ראה אלבק בפירושו המשנה: „המשליש מעות לבתו המוסר מעות ביד שלישי לצורכי בתו והלך לו“

109) סט, ב, „תנו רבנן“ עד „הלכה כר' מאיר“

110) הסוגייה מבררת את היחס שבין המשנה לברייתא ומפרשת את המשנה על דרך חיסורי מחסרא: „יעשה שלישי מה שהושלש בידו, במה דברים אמורים? מן האירוסין, אבל מן הנישואין – הרשות בידה במה דברים אמורים? בגדולה, אבל בקטנה אין מעשה קטנה כלום“ ומחלוקתם של ר' מאיר ור' יוסי היא בגדולה מן האירוסין. ר' מאיר אומר: „יעשה שלישי שלישותו“; רק בנשואה הרשות בידה לומר לשליש למסור את הכסף ישירות לבעל. אם אכן „מצוה לקיים דברי המת“ הוא הרציונל של המשנה, מה נפקא מינה בין גדולה לקטנה, בין ארוסה לנשואה? ראה גם ירושלמי כתובות ו, ז (ד). ראה: אפשטיין, מבוא, 636; ליברמן, תוספתא כפשוטה, כתובות, 282–283.

111) ראה לעיל, פרק ב, בסמוך להערה 63.

112) על דרכם של אמוראי ארץ ישראל למצוא מקור לברייתא במשנה ראה א. ווייס, מחקרים בתלמוד (ירושלים: מוסד הרב קוק, תשל"ה) 33, ושם בהערה 23.

113) תוספתא כתובות, ו, י. הובאה לעיל, פרק ב, בסמוך להערה 58.

114) ראה הערה 65 לעיל.

115) בירושלמי חילפי או חילפיי, ובבבלי אילפא. ראה ח' אלבק, מבוא לתלמודים (תל-אביב: הוצאת דביר,

בהפניה למשנה: „יעשה שלישי מה שהושלש בידו“¹¹⁶ בבבלי, לעומת זאת, תשובתו של אילפא היא שהברייתא „רבי מאיר היא, דאמר: מצוה לקיים דברי המת“ הבבלי, בניגוד לירושלמי, מכיר את הברייתא שבה ר' מאיר אמר „מצווה לקיים דברי המת“ והוא יוצר כאן קישור משולש:¹¹⁷ בין ההלכה שבתוספתא, משנת כתובות, והברייתא – שלשתם משקפים רעיון אחד. מכיוון שהמשנה מדברת במקרה של שלישי, רומזת לנו הסוגיה שכך יש להבין את שיטתו של ר' מאיר בברייתא „מצווה לקיים דברי המת“: מצווה על השלישי לקיים דברי המת ולהשלים את שליחותו. רש"י פרש את המשנה לאורה של סוגייה זו: „יעשה שלישי מה שהושלש בידו, ואין שומעין לה – דמצווה לקיים דברי המת“¹¹⁸ ובהמשך בפירושו לדברי הגמרא: „הא מני רבי מאיר היא, דאמר: מצווה לקיים דברי המת. רבי מאיר דמתניתין הוא דאמר יעשה שלישי מה שהושלש בידו“¹¹⁹

הירושלמי מקשר בין התוספתא לבין המשנה, ובשניהם ניתן לומר שעמדתו של ר' מאיר היא „יעשה השלישי מה שהושלש בידו“, אך הבבלי יצר קישור גם לברייתא שהוא מכיר – „מצווה לקיים דברי המת“, ומכאן לכאורה משמע שהברייתא עוסקת רק במקום שעל השלישי להשלים את שליחותו. כך קרא גם המאירי את הסוגייה: „וכל שאתה מוצא בתלמוד ר' מאיר היא דאמר מצווה לקיים דברי המת מכאן היא יוצאת לנו“¹²⁰

„מצווה לקיים דברי המת“ היא חובה המוטלת על השלישי ולא על היורשים. „מצווה לקיים דברי המת“ איננה עוד חלק מדיני הירושה, ואיננה קובעת חובה לחלק את הרכוש בהתאם למשאלתו של הבעלים המת. „מצווה לקיים דברי המת“ היא עכשיו חלק מדיני השליחות ומטילה חובה על השליח למלא את שליחותו גם לאחר מותו של השולח. ההבחנה הזו איננה הבחנה סמנטית גרידא. הנותן השלישי, העביר בחייו את החפץ לידי צד שלישי; נאמן המחויב לפעול לפי הוראותיו של הנותן. החידוש בדבריו של ר' מאיר הוא שחייב השלישי לקיים את חובתו ללא קשר לשאלה אם הבעלים בחיים או לא; אך אין בדבריו של ר' מאיר אמירה גורפת הקובעת תוקף משפטי, או אף מוסרי, להוראות של אדם באשר לחלוקת רכוש לאחר מותו.

שתי הסוגיות שהובאו בפרק זה, „מיקמו“ את הלכתו של ר' מאיר „מצווה לקיים דברי המת“ בתחום דיני הנאמנות ומחוץ לדיני הירושה; ובכך ביקשו לצמצם מאוד את המשמעות של ההלכה. אין המדובר בהלכה כללית הנותנת תוקף לצוואה, אלא במקרה פרטי, בנאמן. הרכוש הנמצא בידו בנאמנות מהווה שטח שדיני הירושה אינם חלים עליו; הוא הוצא מן הירושה עוד בחייו של המוריש.

פרק ה – השתקפותו של הדין האמור בספרות הראשונים

ההתלבטות המתוארת שבסוגיות התלמוד באה לידי ביטוי מפורש בספרות הראשונים כיצד לפרש „מצווה לקיים דברי המת“ וכיצד הלכה זו מתיישבת עם מכלול דיני הירושה שבמשנה ובתלמוד. בפני הראשונים המלאכה הייתה אף יותר מסובכת משום שבפניהם עמדו לא רק המקורות התנאיים אלא גם מכלול הסוגיות התלמודיות שהובאו לעיל.

(116) ראה לעיל בסמוך להערה 63.

(117) המעשה מופיע גם בבבלי, תענית כא, א. וכאן אין קשר מפורש למשנת כתובות. ניתן היה לומר שאילפא מסביר את הלכת התוספתא לאור דברי ר' מאיר בברייתא „מצווה לקיים דברי המת“ וללא כל קשר למשנת „המשליש“ אולם לאור הסוגייה בכתובות פירוש זה קשה. פירוש זה קשה גם משום שאם כך לא פשט אילפא את הברייתא מן המשנה, כפי שהבטיח, אלא מברייתא אחרת. על הרקע הרוחני אידאולוגי של סיפור זה ראה: יונה פרנקל, עיונים בעולמו הרוחני של סיפור האגדה (ספריית הילל בן-חיים, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1996) 87.

(118) רש"י, כתובות, טט, ב, ד"ה „יעשה שלישי“

(119) רש"י, כתובות, ע, א, ד"ה „רבי מאיר“

(120) מאירי לכתובות, ט, ט, (מהדורת סופר תש"ז, 295).

בשורות הבאות אינני מתיימר למצות את הדיון בשיטות הראשונים בסוגייתנו. אני מבקש לבחון את האמור לעיל בניתוח הסוגיות התלמודיות, באמצעות העיון בספרות הראשונים¹²¹ המחלוקת המרכזית היא בין שיטתו של ר"ת לבין זו של הרמב"ן, והדיון בהן יהווה את הציר המרכזי לדיון.

א. רבינו תם – חובתו של השליש

התוספות בכתובות שואלים:

„יש מקשין כיון דמצווה לקיים דברי המת, אם כן מאי אהני הא דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין דמו“¹²²

ברור שתמיהתו של התוספות נובעת מהבנה לכאורה שמצווה לקיים דברי המת חלה בכל מקרה¹²³ ושמשמעותה רחבה. ואם כן מתעורר אצלו הקושי, מדוע יש צורך בתקנת שכיב מרע או בכל פיתרון חלקי אחר לשאלת תוקפה של הצוואה? הרי על פי הכלל האמור יש תוקף משפטי מלא להוראותיו של הנפטר? בתשובתו מאמץ תוספות את שיטת רבינו תם: „ואומר ר"ת: דלא אמרינן מצווה לקיים דברי המת; אלא כשהושלש מתחלה לכך“¹²⁴ בדברים אלו אימץ רבנו תם למעשה את פירוש הסוגייה בכתובות סט ובגיטין יד:¹²⁵ מצווה לקיים דברי המת היא חובה המוטלת על הנאמן שהופקד בידו חפץ או כסף, ואיננה חובה המוטלת על היורשים לקיים את הצוואה. רוב הראשונים פירשו שכוונת רבנו תם היא שההשלשה צריכה להיות לכתחילה לדבר שצויה עליו, ואילו במקום שצויה על רכוש שכבר היה לפני הציווי אצל פלוני לא חלה המצווה.¹²⁶ כך סבור גם הרא"ש: „... דלא אמר מצווה לקיים דברי המת אלא בדבר המושלש לכך ביד שלישי, דומיא דהמשליש מעות לבתו, ותנו שקל לבני, וההיא דסוף פירקין הולך מנה לפלוני, ומתני' משמע דלא הושלש מתחילה לכך מדלא קתני חנו מנה זה לפלוני...“¹²⁷ ובעקבותיו הטור: „קיימא לן מצווה

(121) לדיון מפורט יותר בספרות הראשונים ראה: א' שיף, „לתוקפה של מצווה לקיים דברי המת“ חגל

(תשנ"ד) 207.

(122) תוספות, כתובות, ע, א, ד"ה „הא קיימא לן מצווה לקיים דברי המת“

(123) ראה תוספות, שם „... הא קיימא לן מצווה לקיים דברי המת. אפילו בבריא קיימא לן הכי...“

(124) תוספות, שם. ראה דבריו של רבנו תם, ספר הישר, ירושלים תשי"ט, חלק החידושים, סימן קח; וראה

שם, סימן קו. ראה גם תוספות, גיטין, יג, א, ד"ה „דהא לא משך“ בתירוץ השלישי. שיטתו זו של רבינו תם מובאת

בהרחבה בכל ספרות הראשונים (ראה מאירי, גיטין, יג, א, 43 במהדורת שלזינגר תשכ"ד; חידושי הריטב"א

לכתובות, ע, א, מהדורת גולדשטיין, תשמ"ב, עמ' תקנז; ראה גם מרדכי, גיטין, סימן שכט, וכתובות, סימן קצב).

ר"ת דיבר מפורשות על הצורך בהשלשה, אך הדברים כבר עולים מדברי רש"י בבבלי, תענית, כא, א: „האומר

תנו שקל לבני, מי שמת והניח ממונו ביד איש נאמן, ואמר תנו שקל, חצי סלע לבני להוצאה בשבוע“ רש"י

מסביר את ההלכה שבתוספתא בהשלשה, משום שבהמשך הסוגייה שם, הטענה היא שהלכה זו היא מר' מאיר

שאמר מצווה לקיים דברי המת (ראה דיון לעיל בפרק ד' סעיף ב).

(125) ראה פרק ד' לעיל.

(126) ראה גם תוספות, כתובות, ע, א, ד"ה „הא קיימא לן מצווה לקיים דברי המת“ ייתכן שהרשב"א הבין

שיטת ר"ת היא שאין צורך שההשלשה תהיה מלכתחילה לשם כך. ראה חידושי הרשב"א, גיטין, יג, א (מוסד

הרב קוק, ירושלים תשמ"ו, עמוד קיב): „אלא ודאי ש"מ דלא אמרינן מצווה לקיים דברי המת, אלא כמוסר ביד

שליש או ביד שליח או במה שהוא ביד אחרים“ ראה גם מהרי"ט אלגזי, שמחת יום טוב, סימן כא, דף עח.

(127) פסקי הרא"ש, גיטין, פ"א, סימן טו. בכך מסביר הרא"ש את המקרה של איסור גיורא (ראה בבלי, בבא

בתרא, קמט, א). שם לא אמרו, מצווה לקיים דברי המת משום שהכסף לא הופקד מלכתחילה ביד רבא לשם

המטרה שבציווי: „... דאמאי לא נתנם רבא לרב מרי משום מצווה לקיים דברי המת, אלא משום דלא הפקידו

בתחילה ביד רבא לתתם לרב מרי“ (פסקי הרא"ש שם).

לקיים דברי המת אפילו בכריא שצוה ומת. כמה דברים אמורים? שנתנו ביד שלישי לשם כך, אבל אם באו לידו אחר הצוואה או שהיה בידו תחילה ולא לשם כך – לא!¹²⁸ באופן כללי נכון לומר ששיטת ר"ת השתלטה אף בספרד; בטור ובשולחן ערוך הובאה אך ורק שיטת ר"ת הקובעת שמצוה לקיים דברי המת מחייבת רק במקום שהייתה השלשה.¹²⁹ מצווה לקיים דברי המת איננה חובה המוטלת על היורשים, אלא מצוה על השליש להשלים את משימתו.

ב. שיטת הרמב"ן: חובת היורשים לקיים את הצווי

הרמב"ן חולק על שיטת ר"ת:

אבל כל שאמר יטול ויקנה יחזיק ויזכה וכל לשון מתנה שאין בו לשון צוואה לבנים – אין אומרים בו מצוה לקיים... שהוא כמוסר דבריו לעדים, ואינו מצוה אותם לקיים דבריו... אבל צוה ליורשים ליתן משלהם או שמינה לו שליח לקיים דבריו, אומרים: מצוה לקיים דבריו. ואפילו בשחרור – מצוה על היתומים לשחררו לעבד.¹³⁰

הרמב"ן מחזיר את הדיון לחובתם של היורשים. אין הוא מטיל על היורשים חיוב גורף וכללי לקיים צוואת אביהם ואולם, במקום שהמוריש ציווה אותם באופן ישיר ומפורש, חלה עליהם המצווה לקיים את דבריו. השאלה היא, כיצד מנמק הרמב"ן את ההבחנה הזאת ומה מקורה? האם יש בהבחנה היגיון משפטי, או שמא אך ורק אקרויטיקה פרשנית שנועדה לצמצם את תחולת המצווה, ולהעמיד בכך את מכלול המקורות באופן הרמוני? כבר הראשונים התלבטו מאד בשאלה זו, והבינו את החשיבות הטמונה בדברי הרמב"ן הללו. היו מן הראשונים שהבינו שהרמב"ן מדבר על הסכמה שבין המוריש ליורש. אם המוריש הביע את משאלתו אין בכך כלום, שהוא כמוסר לעדים; אבל אם „צוה ליורשים“ יש לראות בשתיקתם הסכמה, כך לשונו של רבנו קרשקש: „לפיכך עיקר דברים אלו כמו שכתב רבינו, דלא אמרינן מצוה לקיים וכו', אלא כשיש בו ג' דברים, שמצווה לאחרים לעשות, כלומר שאינו רוצה לעשות מעצמו. ושקבלו אותן אחרים הדבר על עצמן או ששתקו... וכן נמי שיהא סיפק בידם לעשות כגון שהדבר ברשותן“¹³¹ רבנו קרשקש, כמו ראשונים אחרים, הציג שמצווה לקיים דברי המת, לשיטת הרמב"ן, מקורה בהסכם שבין המוריש והיורשים. היורשים הסכימו, קיבלו על עצמם לקיים, ולכן הם מחויבים. אם לא הסכימו אין להם כל מחויבות.

לפי הסבר זה לשיטת הרמב"ן, האמירות שביטאו באופן המשמעותי ביותר את ההלכה „מצוה לקיים דברי המת“ כגון מימרת רב יהודה בר שמואל או ההלכות שבתוספתא¹³² יהיו קשות הן לשיטת ר"ת, והן לשיטת הרמב"ן. כפי שהצענו לעיל, ההלכות הללו מגלמות תפיסה ברורה המטילה חובה על היורשים לקיים את הוראותיו של המת כאשר לחלוקת רכוש.¹³³

(128) טור, חו"מ, רנב.

(129) טור ושו"ע, חו"מ, רנב. ב. ייתכן שזאת הסיבה שהריב"ש נדחק לפרש את הרמב"ן באופן המקרב את שיטתו מאוד אל שיטת ר"ת, וטוען שלשיטת הרמב"ן רק בשכיב מרע אין צורך בהשלשה, אך בכריא מודה הרמב"ן; ראה שו"ת הריב"ש, סימן רז.

(130) חידושי הרמב"ן, גיטין, יג, א, ד"ה „לעולם“ ראה גם חוספות, בבא בתרא, קמט, א, ד"ה „דקא“

(131) סיכום שיטת הרמב"ן אצל רבינו קרשקש, גיטין, יג, א (מוסד הרב קוק, ירושלים תש"ם עמ' קה). ראה

גם חידושי הריטב"א לבבא בתרא, קמט, א.

(132) ראה דיון לעיל, פרק ב, סעיף ב.

(133) אכן, הראשונים ניסו לפרש גם הלכות אלו כך שיעלו באופן הרמוני עם ההצעות האמורות. ראה

חידושים מכתב יד המיוחסים לריטב"א, גיטין, יג, א (מוסד הרב קוק, תש"מ) עמ' עג; „רי"ל דהתם נמי כבר זכו

המשותף לשיטת ר"ת ולשיטת הרמב"ן כפי שהוסברו לעיל הוא בכך, ששיניהם הוציאו למעשה את הדיון אל מחוץ לדיני הירושה. ר"ת העביר את הדיון אל דיני השליחות או הנאמנות, וכפי שנעשה כבר בסוגיית הגמרא. ואילו הרמב"ן העביר את הדיון אל דיני החוזים, משום שטען שמדובר אך ורק במקום שהייתה הסכמה. כולם חיפשו דרך ליישב את ההלכה, „מצווה לקיים דברי המת“ עם דיני הירושה התלמודיים אשר לא הכירו בתוקפה של הצוואה אלא בחריגים.

ואולם, נראה שקשה מאוד לקבל את דברי רבנו קרשקש המובאים לעיל כהסבר שיטת הרמב"ן. יש לזכור שהרמב"ן לא דיבר במפורש על הסכמה, ודומה שההפך הוא הנכון, הרמב"ן רואה בציווי המת חיוב המוטל על היורשים ללא קשר לרצונם או הסכמתם:

ולדידי אין מצווה לקיים דברי המת אלא ליורשיו, וה"ה למקבלי מתנתו, שיש להם לעשות בשלו כמו שמצווה להם, כענין, עשו לה קורת רוח¹³⁴, ותנו שקל¹³⁵, וכן, משליש מעותיו לבתרי¹³⁴ מכח מתנתו זכתה בהם, אסור להן לעבור על מצותו...¹³⁴

הוראות מפורשות של המוריש מטילות מעין שיעבוד על הנכסים; הן אינן יכולות לשנות את סדרי הירושה, אך הן מטילות על היורשים חובה לפעול על פי ההוראות הללו. הירושה היא ירושה על תנאי: המוריש הוריש ליורשיו בתנאי שיקיימו את הוראותיו. למוריש זכות להטיל על היורשים חובות כיצד לפעול ברכוש¹³⁵ יש לשים לב לעובדה שהרמב"ן בסיום דבריו, מבסס את שיטתו על ההלכה שבתוספתא:

ושוב מצאתי בתוספתא במסכת בבא בתרא באומר... תנתן לו ר' אומר – זכה, וחכמים – אומרים לא זכה, וכופין את היורשים לקיים דברי המת. פירוש: רבי אומר זכה, שהוא כאומר: הריני נותן שדה פלוני ופלוני וכולם בשטר; וחכ"א – לא זכה, שאין זה אלא כמצווה שתנתן לו, אבל הוא אינו נותנה לו עכשיו, ואע"פ כן מצווה לקיים דבריו. למדנו מכאן שאע"פ שאינו מוציא שדה מתחת ידו, כיון שאמר, תנתן¹³⁶ מצווה לקיים דברי המת, וכופין במצווה זו את היורשים, ואפילו בשאר דברים חוץ מן השחרור של עבדים. ולא כמו שהיינו סבורים לדמות מצווה זו למצווה על היתומים לפרוע חובת אביהם, אלא מצווה זו נמסרה אף לב"ד לכוף עליה.¹³⁶

נקודת המוצא של הרמב"ן היא ההלכה שבתוספתא, והרמב"ן אינו מנסה לפרש הלכה זו לאור מקורות אחרים; הוא נאמן ללשון התוספתא: „כופין את היורשים לקיים דברי המת“ על נכסי הירושה מוטלים מעין שעבודים; היורשים חייבים לפעול בנכסים הללו בהתאם להוראות המוריש. דומני שעמדתו זו של הרמב"ן לא זכתה לתשומת הלב הראויה לה. הטענה המקובלת שהמשפט

בה שמיים והרי כמאן דאיתיה ביד אחר¹³⁴ ראה גם מאירי, גיטין, יג, א (עמוד 43 במהדורת שלזינגר תשכ"ד): „ואע"פ, שפלנית שפחתי עדין היא ברשות היתומים הואיל ויש לה דעת לזכות בעצמה, הרי היא כמי שיצאה מתחת ידו...“ ראה גם פסקי הרא"ש, כתובות, פ"ו, סימן כב.

(134) חידושי הרמב"ן, גיטין, שם.

(135) לסקירה השוואתית על בעיית שלטון המת על החי (Dead Hand) ראה: שילה, ירושה, א: 28, 365 ואילך, ובמיוחד 388–400. לבעיה זאת לאור גישת הניתוח הכלכלי של המשפט ראה: R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* (3d ed.; Boston: Little, Brown & Co., 1992) 481 (136) המשך לשון הרמב"ן, שם (ראה גם הערה 75 לעיל).

העברי איננו מכיר בצוואה, אלא מכיר רק במוסדות חלופיים כגון מתנת בריא ומתנת שכיב מרע, אינה מקובלת על הרמב"ן. הרמב"ן סבור שכל מקום שאדם ציווה את יורשיו, נתן להם הוראות אופרטיביות באשר לעתיד רכושו, הם חייבים לפעול בהתאם להוראות הללו. חובתם זו איננה תלויה ברצונם הטוב, אלא היא חובה משפטית מלאה. אומנם הרמב"ן הגביל את החובה אך ורק למקום שאמר במפורש שהוא מצווה אותם לעשות, כמובחן ממקרה שבו הנפטר אך ורק הביע משאלה באופן סתמי.

העולה מן הדברים הוא שבעוד רבנו תם אימץ את הצעת הפשרה של שתי סוגיות התלמוד הבבלי, לפיה, "מצווה לקיים דברי המת" היא חובה המוטלת על השליש להשלים את משימתו, נשאר הרמב"ן נאמן למקורות התנאיים שעמדו לפניו. הוא אימץ את הלכת התוספתא כפשוטה והטיל על היורשים חובה משפטית מלאה לחלק ולפעול ברכושו של מורישם על פי הוראותיו.

פרק ו: למהותו של התהליך, מקרא, משנה, תלמוד

כפי שציינתי במבוא, ברור היה לחכמים שהצוואה אינה מוכרת במקרא, ולפיכך הם התלכטו מאוד בשאלה האם רשאים הם להכיר בה, ואם כן, כיצד? עובדה זו ריתקה חוקרים רבים אשר ביקשו לברר מתי חל השינוי בתפיסה המשפטית,¹³⁷ מהם הגורמים שהעלו את השאלה על סדר היום,

(137) ביכלר דיבר על „חילוף ושינוי מתמיה בתעודת משפט הירושה ממשפט המקרא“ (ביכלר, „סקירה“ 10) והראה שעוד בשלהי הבית השני היו מקרים רבים בהם היה אב מנשל מן הירושה את בנו שלא נהג כשורה. על סמך המקרים הללו הסיק: „שהעברת נחלה מן הבנים היה משפט מקובל לחכמים בתחלת המאה הראשונה...“ (ביכלר, „סקירה“ לד). הוא השאיר פתוחה את השאלה מאימתי קיים נוהג זה (ראה דבריו בהערה הבאה). בער (היסודות“ הע' 36) טען לשתי שכבות כמשנה בבא בתרא פרק ח', משנה ב' הקובעת סדרי נחלה איננה מכירה את המשניות בהמשכו של הפרק המתייחסות לדייחיקי כשטר צוואה. אורבך („ירושה“ 238-240) ביקר את מסקנותיהם של ביכלר ושל בער, וטען שיש לעגן את השינוי בדור אושא. כך שנינו: „המחלק נכסיו על פיו, רבי אליעזר אומר: אחד בריא ואחד מוסכן נכסים שיש להן אחריות נקנין בכסף ובשטר ובחזקה, ושאינן להן אחריות אינן נקנין אלא כמשיכה. אמרו לו: מעשה באמן שלבני וכול שהיתה חולה, ואמרה: תנו כבינתי [רדיד, צעף. ראה תוספות, בבא בתרא, קנו, ב, ד"ה „כבינתי“ ראה גם ערוך השלם, ערך „כבינתי“] לבתי, והיא כשנים עשר מנה, ומתה, וקימו את דבריה. אמר להן: בני רוכל תקברם אמם“ (משנה, בבא בתרא, ט, ז). מכאן הסיק אורבך על „התנא השמחה, ר' אליעזר“ סבר עדיין, שאין הבדל בין מתנת בריא למתנת שכיב מרע, ובשני המקרים ניתן להקנות אך ורק על פי דרכי הקניין המקובלות (אורבך, „ירושה“ 233). ואולם, יש לזכור שחכמים חולקים על ר' אליעזר, ולא עוד אלא שאף ר' אליעזר שבמשנה מודה שיש תוקף לסילוקם של בני רוכל מן הירושה, משום „דרשעים היו, והלואי שתקברם אמם; כדמפרש טעמא בגמרא, וקנסא הוא דקנסום רבנן – לקיים מתנת אמם לבתה בלא קנין“ (רשב"ם, בבא בתרא, קנו, ב, ד"ה „אמר להן“). במחקריו על ההליך השיפוטי בתלמוד, ראה ח' בן מנחם במשנה זו דוגמה לסמכותו של הדיין לסטות מן הדין משיקולים מוסריים. (ראה: Ben-Menachem, *Judicial Deviation*, 66-67; ח' בן מנחם, „יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין“ שנתון המשפט העברי ח[תשמ"א] 121-123). דומני שביכלר הראה אל נכון שבזמנו של ר' אליעזר כבר מוכר ומקובל החריג הזה, לפיו ניתן לסלק בן רשע וחוטא מן הירושה. ראה בבלי, בבא בתרא, קלג, ב: „תנו רבנן מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל...“ לפי גרסה זו למעשה, החזיר יונתן בן עוזיאל שליש לבנים; שמאי „בא עליו במקלו ובחרמילו“ על שהחזיר לבנים את מה שהאב רצה לנשל מהם. (גם לפי גרסת הירושלמי הסכים שמאי למעשה האב. ראה ירושלמי, נדרים, ה, ז [לט, ב]). הוא הדין למעשה המפורסם בהורקנוס שרצה להדיר את אליעזר בנו מן הירושה (ראה תנחומא, בובר, לך לך, 68-69). למעשה זה מקבילות רבות בספרות (ראה אורבך, „ירושה“ הערה 33). יש לשער שעובדה זו, שעליה הצביע ביכלר, הובילה להלכתו של רבן שמעון בן גמליאל במשנה: „הכותב את נכסיו לאחרים, והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אם לא היו בניו נוהגין כשורה, זכור לטוב“ (משנה, בבא בתרא, ח, ה). וכך גם להלכה שבמשנה: „האומר לבנו קונם אי אתה נהנה משלי אם מת יירשנו. בחייו

וכיצד יתכן שחז"ל פעלו בניגוד לדין התורה.¹³⁸

השערות שונות הועלו על ידי החוקרים כאשר לגורמים להעלאת השאלה על סדר היום. ירון¹³⁹ ראה בחזירת הצוואה למשפט הישראלי השפעה של המשפט היווני: השימוש שעשו חז"ל במונח היווני „דייתיקי“¹⁴⁰ ובנוסחה של הדייתיקי היוונית¹⁴¹ הם לכאורה הוכחה ברורה לטענה זו.¹⁴² אורבך, אשר תיעד את השינוי לדור אושא¹⁴³ ביקש לראות אותו באור אחד עם שינויים נוספים שחלו באותו זמן בדיני הירושה. לדעתו של אורבך השינוי המשפטי הוא תוצאה של שינוי בעולם האמונות והדעות. התבססותה של האמונה בהישארות הנפש לחיי עולם הבא ובשכר ועונש ותורת הגמול לנפש בעולם הבא, הביאו לכך שניתן יהיה לעקור רכוש מבני המת ולצוותו לכל אשר יחפוץ. מן המקרא עולה שהעברת הנחלה לבנים שימשה להקמת שם המת על נחלתו¹⁴⁴ ולאור האמונה החדשה ששם המת, שעשה מעשים טובים, עומד לו לחיי העולם הבא, אין עוד צורך בהקמת שמו על נחלתו.¹⁴⁵ דבריו של אורבך הם קשים, משום שאין מדובר בסילוק יורשי המת מנחלתו בניגוד לרצונו של בעל הנחלה הנפטר, אלא באדם המבקש מרצונו ומיוזמתו להעביר את בניו מנחלתו. מכל מקום, דומני שנכון יהיה לומר שאף לשיטתו של אורבך, עובדה זו לא היא שהעלתה את העניין על סדר היום, אף אם הסירה קרשי בדרך להכרה בתוקפה של הצוואה. גם לעובדה שהמשפט היווני והרומי הכירו בצוואה הייתה ללא ספק השפעה, אך לדעתי עדיין חסר העיקר מן הספר.

ההשפעה היוונית והסברו של אורבך בוודאי שלא מהווים הסבר להלכה „מצווה לקיים דברי המת“ אשר החוקרים התעלמו ממנה בהקשר זה, או למצער היניחו אותה בשולי הדיון.¹⁴⁶ ההבדל המהותי שבין מושג הבעלות במשפט המקרא, לבין זה שבמשפטם של חז"ל, הוא בעיני הגורם העיקרי לתהליך כולו. העדרה של הצוואה ממשפט המקרא מתאים לתפיסת מושג הבעלות ולמשטר דיני הקרקעות שבמקרא, אך הוא איננו מתאים למשטר דיני הקרקעות ולתפיסת מושג הבעלות בזמנם ובהלכתם של חז"ל.¹⁴⁷

ובמתו אם מת – לא יירשנו ...” (משנה, בבא קמא, ט, י). מעשים והוראות מעין אלו אנו מוצאים לכל אורך חקופת התלמוד (ראה ירושלמי, בבא בתרא, ח, ז [טז, ב]. ר' אבא בר ממל הופקדה בידי ירושה, וסירב לתת אותה משום שהאב הורה שתנתן רק לבנים שיהנהגו כשורה. ראה גם ספרי, דברים, סימן שט, מהדורת פינקלשטיין, 348–349. ראה גם Yaron, Gifts, 41).

(138) ביכלר, שפתח את הדיון, השאיר את השאלה פתוחה וסיים את מאמרו בזו הלשון: „מאימתי נתנו רשות לאב לרחק בנו שלא נהג כשורה מירשה? ואיזה בית דין הסכים לדין הזה? ואיך פרו משפט הירושה בתורה שנעקר ממקומו בהעברת נחלה מן הבן שהוא הירש?״ (ביכלר, „סקירה“ מד).

(139) Yaron, Gifts, 19; שם, 46; ר' ירון, „השפעות הלנסטיות בדייתיקי ומתנה“ תרביץ כז(תשי״ח) 170. (140) על הדייתיקי כשטר צוואה ראה לעיל, בסמוך להערה 11 ואילך.

(141) ראה: גולאק, השטרות, 154; גולאק, יסודי, ג: 142; Yaron, Gifts, 22; ואילך; ירון, „השפעות“ ראה ליברמן, מבוא לתוספתא כפשוטה, חלק ו, נשים (נויארק, תשכ״ז), עמ' יח–יט שהסכים לדברי ירון. ראה גם ב' דה פריז ושאלבך, „הערות למאמרו של ראוין ירון“ תרביץ כח(תשי״ט) 237; אורבך, „ירושה“ 233–234, ושם, הערה 16. (142) על זמנה של הדייתיקי הועלו השערות שונות. ראה: אורבך, „ירושה“ 233; Yaron, Gifts, 22; ואילך; בער, „היסודות“ 132.

(143) אורבך, „ירושה“ על דבריו של אורבך בעניין זה ראה לעיל, הערה 137.

(144) ראה: שמואל ב, יד, ז: „... ונשמירה גם את הירש, וכבו את גחלתי אשר נשארה, לבלתי שום לאישי שם ושארית על פני האדמה“ ראה גם רות, ד, ה.

(145) ראה: אורבך, „ירושה“ 246 ואילך.

(146) ראה לעיל בהערה 36.

(147) ראה: דגן, „פרשנות בדיני קניין“ וראה הערה 2 לעיל.

הבעלות הינה אגד של זכויות וחובות, תרכנו של אגד זכויות וחובות זה שונה הוא בחברות שונות ובתקופות שונות, בכל מקרה ומקרה יש להרים את המסך ולברוק את תוכנו¹⁴⁸ בחברה המערבית, הליברלית-מורדנית, נתפסת הזכות למכור נכס ולהעבירו לאחר, או אף לכלותו, כמרכיב יסודי של זכות הבעלות¹⁴⁹, "עד כי יש הרואים בבעלות שאינה ניתנת להעברה דבר הסתור מתוכו"¹⁵⁰ כאמור, הבנה כזאת את מהותה של הבעלות אינה הכרחית, תיתכן תפיסת בעלות המגבילה את הזכות למכור את הנכס. גם המשפט המורדני מגביל במקרים שונים את זכותם של הבעלים להעביר את הבעלות משיקולים שונים. הדוגמה הטובה ביותר לצורך הדיון במאמר זה היא ההגבלה המצויה בחוק יסוד מקרקעי ישראל הקובע, "הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת."¹⁵¹ קביעה זו נובעת מהשקפה לאומית וציונית אשר לפיה המקרקעין שייכים לעם, ויש לשמר אותם בידי ולחלקם באופן שווה וצודק¹⁵²

החוק המקראי רואה בקרקע רכוש משפחתי שיש להגן עליו ולשמר אותו מפני זרים¹⁵³ הנחלה היא משפחתית, וזכויות הפרט בה מוגבלות. עיקר ההגבלה המוטלת על אדם ביחס לקרקע שבבעלותו היא ביכולתו להעביר את הבעלות לאחר. משפט המקרא מגביל את הזכות להעביר את הקרקע ומבקש לחלק מחדש את הקרקע הלאומית, בכל דור ודור. השאיפה היא ליצור צדק בין הדורות ולפיכך, אין לאפשר לאדם מדור אחד לשלול את הזכות בקרקע מן הדורות הבאים. בהקשר זה יש לראות את ההוראות הקשורות לדיני היובל ולגאולת הקרקע. כל ממכר קרקע הוא ממכר לזמן מוגבל – "כי מספר תבואת הוא מכר לך"¹⁵⁴ בשנת היובל חוזרת הקרקע אל בעליה: "... יוכל היא תהיה לכם ושבתם איש אל אחזתו..."¹⁵⁵ ומשמעות הדברים היא חלוקה מחדש של כל הקרקעות בארץ בכל דור ודור. יתרה מכך, המוכר או אף בן משפחה אחר רשאים לגאול את הקרקע בכל זמן ולהשיבה אל המשפחה עוד קודם לשנת היובל¹⁵⁶ הבעלות, במובן הרחב, היא משפחתית, ולפיכך אין באפשרותו של אדם לנשל את זכויות משפחתו מן הקרקע¹⁵⁷ אדם רשאי להוציא את הקרקע מרשותו רק לזמן מוגבל, לתקופת השימוש המשווערת שלו בקרקע. שימור

- (148) ראה: J. Waldron, "What is Private Property?" *Oxford Journal of Legal Studies* 5 (3) (1985)
- הדבר עשוי להיות נכון גם בתוך שיטה מסויימת אשר מגדירה את הבעלות באופן שונה בהקשרים שונים.
- (149) ראה מאמרו היסודי של A.M. Honore, "Ownership," *Making Law Bind, Essays Legal and Phil.* *osophical* (1982) 161-92
- האוניברסיטה העברית, תשנ"ז) ב:76.
- (150) ויסמן, דיני קניין, ב:77.
- (151) חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ס' 1.
- (152) דיון ומקורות מפורטים ראה אצל י' ויסמן, דיני קניין, א:215-217.
- (153) בשאלה זו ראה: R. Westbrook, *Property and The Family in Biblical Law* (Sheffield: Sheffield Press, 1991)
- טענתו המרכזית של המחבר היא, שבמקרא משמשת הקרקע כמכשיר לשמירת הרציפות המשפחתית. בספר מצויה גם ביבליוגרפיה ענפה לכל מה שנאמר במחקר עד היום בשאלה זו. על הקשר שבין ירושה ויובל ראה גם: Hiers, "Transfer"
- (154) ויקרא, כה, טז.
- (155) ויקרא, כה, י.
- (156) ראה ויקרא, שם, כה-כט.
- (157) יש רגילים לסברא שבהקשר זה, יש להבין את התעקשותו של אברהם לשלם תמורה מלאה עבור קניית מערת המכפלה. על פי חוקי המקום, ברור היה שאם לא יעשה כן, יוכלו יורשי המוכר לתבוע את השבת החלקה. רק תשלום מחירי מלא יכול היה למנוע תביעה כזאת, וזאת משום שהיורשים זכו בתמורה במקום הקרקע. ראה: G.R. Driver, *Westbrook, Property*, 24 ואילך. מסיבה זו, לא הוכרה הצוואה במזרח בכלל, ראה: G.R. Driver and J. C. Miles, *The Babylonian Laws* (Oxford: Clarendon Press, 1952) 343-48

הקרקע במסגרת המשפחה היא גם הסיבה לכך שבנות אינן יורשות¹⁵⁸ ולכן במקום שאין למוריש בנים והבת יורשת, היא חייבת להינשא בתוך השבט: „ולא תסב נחלה לבני ישראל ממטה אל מטה כי איש בנחלת מטה אבתיו ידבקו בני ישראל“¹⁵⁹ – למצער, תישמר הנחלה בתוך מעגל משפחתי רחב יותר, השבט.

הדאגה והאחריות לשמירת הקרקע המשפחתית בחברה המקראית מבצבצת ממקומות רבים במקרא. כך למשל אומר נבות היזרעאלי בסרבו למכור את כרמו, נחלת אבותיו, לאחאב מלך ישראל: „חלילה לי מה' מתתי את נחלת אבתי לך“¹⁶⁰ כבר עמדו החוקרים על כך שהתנגדותו של נבות למכירת כרמו לאחאב, מיוסדת על מסורת המשפחה והשבט, האוסרת הוצאת נחלת המשפחה מרשותה¹⁶¹; אך יתרה מכך, מסתבר שמניעיו של אחאב היו, בין השאר: „החדרת הנוהג של סחר באדמות בישראל, בדומה למנהג המדינות השכנות. מדיניותו של אחאב מייצגת את התפתחות החיים המסחריים והעירוניים, ונסיון לשבור את המסגרות המגבילות, שיסודן במסורת עתיקה“¹⁶² אליהו הנביא קורא לעברו של אחאב, „הרצחת וגם ירשת“ משום שראה בו כמי שפוגע בשני ערכים מקודשים: חיי אדם ונחלת אבות. גאולת הקרקע ושמירתה במסגרת המשפחה היא כנראה בלב הדרמה שבגאולת הקרקע במגילת רות¹⁶³ כאן אף עולה בברור נוהג אשר מרחיב את חוקי הגאולה שכתורה, וקובע שאם נאלץ אדם למכור מחמת דוחקו את נחלתו, חובתו להציע את הקרקע לקרובי המשפחה¹⁶⁴; אף בעז המבקש לגאול את הקרקע מציע אותה קודם לגאול הקרוב ממנו, אם תגאל גאל, ואם לא יגאל הגידה לי ואדע, כי אין זולתך לגאול ואנכי אחריך“¹⁶⁵ בחינה כאמור של דיני הירושה במקרא על רקע תוכנה של זכות הבעלות בקרקע, דיני הקרקעות ויחסם למשפחה, מחזקת את הטענה שיש לראות בחוק הירושה המקראי הסדר מפורש הדוחה כל אפשרות לסטות ממנו ולהתנות עליו¹⁶⁶; זכות הקניין של אדם בקרקע איננה כוללת את הזכות למכור אותה מחיים, וקל וחומר בצוואה. הרציונל שבבסיס הגבלת זכות הממכר היא העובדה שהקרקע היא משפחתית, ויש במכירה משום נישול המשפחה מנחלתה. ברור, אם כן, שבמותו של אדם חוזרת נחלתו אל חיק משפחתו, ואין לאדם כל אפשרות לשנות את סדרי הירושה ובכך לנשל את משפחתו לאחר מותו. זכות הירושה של הבנים איננה נובעת מרצונו של המת להקנות להם אותה או מהעדרו של הסדר אחר; היא נובעת מזכות חוקית מוקנית המעוגנת בהשקפת עולם משפטית חברתית.

לא כן הוא בהלכתם של חז"ל. הקרקע איננה עוד רכוש משפחתי, וחוקי היובל וגאולת הקרקע

(158) ראה: פלק, „ירשת הבת“; ש"א לוינשטאם, „ירושה“ ג: 788.

(159) במדבר, לו ז.

(160) מלכים א, כא ג. ראה גם ירמיה, לב, ו-יד.

(161) ש' אחיטוב, אנציקלופדיה מקראית (תשעה כרכים: ירושלים: מוסד ביאליק, 1978) ח: 738-739. ראה גם צ' בן ברק, „פרשת נבות היזרעאלי לאור תעודה ממיסופוטמיה – ראייה חדשה“ דברי הקונגרס העולמי התשיעי למדעי היהדות, חטיבה א – תקופת המקרא (ירוסלים: הוצאת האיגוד העולמי למדעי היהדות, תשמ"ו) 15.

(162) בן ברק, „פרשת נבות“ 18.

(163) ראה: Westbrook, *Property*, 63 ואילך. וראה ביבליוגרפיה רחבה בשאלה זאת שם, 165.

(164) ראה: מ"צ סגל, מבוא המקרא (מהדורה שביעית: ירושלים: קרית ספר, תשכ"ז) 691; "גיל, „מגילת רות, חוקיה ומנהגיה“ 199 זר כבוד, קובץ מחקרים במקרא (ירושלים, תשכ"ח) 156.

(165) רות ד, ד. הוא הדין לחנמאל דודו של ירמיהו הנביא אשר בא אל ירמיהו ואומר לו: „קנה לך את שרי אשר בענתות, כי לך משפט הגולה לקנות“ (ירמיהו, לב, ז).

(166) יש לזכור בהקשר זה, שבחברה המקראית הקרקעות הם המשאב הדומיננטי ביותר, הם עיקר רכושו של אדם, והם מהווים את אמצעי היצור העיקרי בחברה, לפיכך הגבלת הזכות של אדם לצוות קרקעותיו, הוא הלכה למעשה, הגבלה על זכות הצוואה דרך כלל.

אינם נוהגים עוד?¹⁶⁷ בהלכתם של חז"ל עומד הקניין הפרטי במרכז דיני הקרקעות בפרט, ודיני הרכוש בכלל, והוא בעל משמעות רחבה הרבה יותר. קניינו של אדם בקרקע, על פי המקרא, כולל אך ורק את הזכות להפיק ממנו את מלוא התועלת בימי חייו, ואילו בהלכתם של חז"ל קניינו של אדם בקרקע כולל גם את הזכות למכור ולהעביר את הנכס כרצונו, לצמיתות¹⁶⁸ וללא כל הגבלה,¹⁶⁹ ומכאן התעוררה השאלה, מדוע לא יוכל אדם ליעד את רכושו לאחר מותו.

אורבך בודאי צודק באומרו שהנחלה היא הנכס המזוהה יותר מכל עם אישיותו של אדם, ואשר על כן עשויה במותו, לשמש להמשכת שמו בעולם, ושאכן, כאמור לעיל, עובדה זו עולה כבדרך מן המקרא. ואולם, עובדה זו הפסיקה להיות רלוונטית, לא בהכרח משום האמונה בהשארות הנפש, אלא משום שאנשים סחרו בקרקעות באופן חופשי. סחר חופשי בקרקעות משמעותו ביטול המציאות הקודמת שלפיה קרקע היא נכס מכוון ומזוהה יותר מכל עם אישיותו של אדם. במקום שנכס נסחר באופן חופשי ואיננו מזוהה עם אישיותו של אדם באופן מובהק, אין הוא יכול להיות כשם ומצבה בעולם לאחר מותו.¹⁷⁰

הצורך בשינוי דין הירושה היה מחויב המציאות באקלים משפטי שבו התפיסה האמורה של מהות זכויות הקניין הפרטי מעוגנת ומבוססת בה.¹⁷¹ אדם השיג את רכושו במהלך חייו; אדם מכר ונתן את רכושו או קרקעותיו כרצונו, מדוע אם כן לא יוכל לקבוע את הזוכים בו לאחר מותו?¹⁷² כמובן, מתוך היכרותם עם התרבות הסובבת, הם הכירו היטב את הצוואה. עובדה זו חיזקה את הדרישה, אך היא כשלעצמה לא הייתה יכולה להיות הגורם, אלמלא השינוי האמור בתפיסה

(167) ראה: כבלי, ערכין, לב, ב; ירושלמי גיטין, ד, ג (מה, ד). ראה גם: ש"ז צייטלין, „שמיטת קרקעות וכספים בימי הבית השני ובתקופת התנאים“ הנות עברית באמריקה א(תשל"ב) 243; ש"א לוינשטאם, „יובל“ אנציקלופדיה מקראית (תשעה כרכים; ירושלים: מוסד ביאליק, תשי"ח) ג: 578. שלא לדבר על שבירת הגבולות השבטיים לעניין נישואין, ראה למשל, בבלי בבא בתרא קכא: „חמשה עשר באב... יום שהותרו שבטים לבא זה בזה“ (168) ראה: א' גולאק, לחקר תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד (ירושלים: הוצאת י' יונוביץ, חלק ראשון, דיני קרקעות, תרפ"ט) 35 ואילך. הדיון העצום בספרות חז"ל איננו בשאלה אם ניתן למכור, אלא כיצד מוכרים, מהם דרכי הקניין התקפות. ראה ביבליוגרפיה נרחבת אצל נ' רקובר, אוצר המשפט (ח"א: ירושלים: מכון הרי פישל לדרישת התלמוד ומשפט התורה, תשל"ה. ח"ב; ירושלים: ספריית המשפט העברי, תשנ"א) א: 405 ואילך; שם ב: 412 ואילך.

(169) מכאן ברור גם האיסור שקבעו חכמים על מכירת קרקע לנכרי בארץ ישראל. את הפסוק „והייתם... לא תכרת להם ברית ולא תחנם“ (דברים, ז, ב) דרשו בכרייתא: „תניא נמי הכי, לא תחנם; לא תתן להם חנייה בקרקע“ (בבלי, עבודה זרה, כ, א). ראה: ג' אלון, תולדות היהודים בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד (שני כרכים; תל-אביב: הקיבוץ המאוחד, תשל"ז) א: 178-179; ש' ספראי, בימי הבית ובימי המשנה (ירושלים: הוצאת מגנס, תשנ"ד) 640-641.

(170) בתיאוריה של דיני הקניין מקובלת ההבחנה בין נכסים רגילים לנכסים מכוונים, נכסים שאישיות של אדם טבועה בהם, נכס שאנו רואים בו כמזוהה יותר מכל עם אישיותו של אדם. גם בשאלה זו דן חברי ח' דגן וגם כאן סקר כרוחב דעתו את הספרות בעניין, ולפיכך אני מפנה למאמרו, ראה: ח' דגן, „הזכות לפירות ההפרה, אנטומיה של חקיקה שיפוטית“ עיוני משפט כ(תשנ"ז) 640-644. ראה Margaret J. Radin, „Market Inalienability“ 100 (1987) HLR 849. ככל שהנכס נתפס כמכוון אישיות כך המשפט נוהר מלאפשר את עבירותו. (אני מודה לחברי ח' דגן על ההפניה למאמר זה).

(171) ראה Waldron, „Private Property“, 337: לפי תפיסתו של ג' ס' מיל הזכות להעביר את הרכוש בצוואה נגזרת מן הבעלות והקניין הפרטי, אבל חוק שקובע שבמקום שאין צוואה יעבור הרכוש לבנים או לקרובים אחרים, הוא חוק שאיננו נגזר מן הבעלות. בעלות פרטית אינה מחייבת זאת; במהותה אין היא מקנה זכויות לקרובים. החלוקה לקרובים אחר מותו של אדם נובעת מהחלטות החברה לגבי חלוקת רכוש, אבל אין לה כל קשר לזכות הבעלות, לעומת הזכות להוריש בצוואה שהיא אימננטית לבעלות. על הקשר שבין מושג הבעלות וירושה, ראה גם: Friedman, „Property, Succession and Society“.

(172) על טענה דומה בקרב הוגי התיאוריה הכלכלית של המשפט ראה: Gordon Tullock, „Inheritance“.

הכללית את מהות הקניין הפרטי¹⁷³ שליטתו של אדם בנכסיו היא אידיאל ראוי להגנה במחשבתם של חז"ל, ולפיכך ברור מדוע הם חיפשו דרך להכיר בתוקפה של הצוואה, ולאפשר לאדם ליעד כרצונו את רכושו לאחר מותו.

ההתייחסות האמוראית לתוקפה של צוואת שכיב מרע במשנת התנאים¹⁷⁴ היא דוגמה מצוינת לאמור לעיל. התלמוד שואל מניין תוקפה של צוואת שכיב מרע? לאחר מספר ניסיונות למצוא אחיזה במקרא לדין זה, מובא בשמו של רב נחמן כך: „ורבא אמר רב נחמן – מתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו“¹⁷⁵ שני פירושים הוצעו על ידי הראשונים לדברים הללו. אפשרות אחת היא, שהחשש הוא שמא דעתו תטרף עליו מן המחלה, „ולא יוכל להקנות – ונמצאת צוואתו בטלה“¹⁷⁶ אפשרות אחרת היא, שמא תטרף עליו דעתו מתוך כעס ותסכול על שאין תוקף לצוואתו – „כשידע שאין דבריו קיימים“¹⁷⁷ לפירוש הראשון, חכמים חוששים שמא ידרדר מצבו הבריאותי, ולפיכך לא יספיק לתת תוקף לצוואתו: מטרתם היא לאפשר לו להספיק להכין צוואה תקפה. הפירוש השני מתון יותר, אין התקנה נובעת מרצונם של חכמים לתת תוקף לצוואתו, אלא מכך שחכמים מכירים במציאות בה הם חיים, שדעתו של אדם עלולה להטרף עליו אם לא יינתן תוקף לצוואתו. כך או כך, ברור שהשקפת העולם הרווחת, ושלאורה מפרשים האמוראים את דין המשנה, היא, שבמציאות חיה מן הראוי לאפשר לאדם לצוות את רכושו לאחר מותו, והעדרה של אפשרות כזאת משוללת הגיון משפטי או חברתי. ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ אשר עמדה במרכז הדיון במאמר זה, מבטאת באופן ברור ביותר השקפת עולם זו, והיא פועל יוצא של רעיון הקניין בעולמם של חכמים.

לאור כל האמור לעיל מתחזקת השאלה: מדוע בסופו של דבר דחה התלמוד את תוקפה של ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ כנורמה מחייבת, כפי שהראינו לעיל. מובן שעצם הצורך בשינוי והאופן שבו ניתן לשנות הלכה, שתי בעיות שונות הן, ושמא הדיון סביב מעמדה ותוקפה של ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ מושפע ומונע מן המתח סביב השאלה, למי הסמכות ומהי הדרך לשנות הלכה. ההלכה התנאית הציבה בפני חכמי התלמוד פתרונות אחדים, השונים במהותם זה מזה, לבעיה שעמדה על סדר יומם. הפתרון האחד הוא: „מצווה לקיים דברי המת“ והפתרון השני – מתנת בריא מחיים וצוואה תקפה לשכיב מרע. שני הפתרונות חותרים לאותה מטרה, אך הם שונים באופן מהותי בדרך שבה הם הולכים. ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ מציבה פתרון מקיף ושלם, פתרון המתמודד באופן חזיתי עם הבעיה ומציע שינוי מקיף בדין. הדרך השנייה שמרנית יותר, היא מבקשת לפעול במסגרת המוסדות המשפטיים התקפים והמוכרים, כגון שליחות ומתנה,

465 (1971) 14 *The Journal of Law and Economics*, „Justified.“ על הבעייתיות שבחופש הצוואה לאור התיאוריה הכלכלית, ראה Posner, *Economic Analysis*, 481 ואילך.

(173) ודוק: אורבך מדבר על שלושה שינויים בדיני הירושה, אשר, „דומה ששלושתן נתגבשו בתקופה אחת וכי רקע והסבר משותף להן“ (אורבך, „ירושה“ 235). מלבד ההכרה בצוואה, שני השינויים הנוספים הם סילוק בן סורר מן הנחלה וביטול הדרישה מן הבת היורשת את אביה להינשא בתוך השבט או לקרוב משפחה. שלושת השינויים הללו אחד הם, ושלושתם מורים על הסתלקות התפיסה הרואה את הקרקע כנחלה משפחתית, והתבססותה של תפיסה הרואה בקרקע רכוש פרטי.

(174) ראה משנה, בבא בתרא, ט, ו-ז; משנה פאה, ג, ז; תוספתא, בבא בתרא, י, יא-יב. ראה לעיל הערה 22.

(175) בבלי בבא בתרא, קמז, ב.

(176) לשון רשב"ם, בבא בתרא, קמז, ב, ד"ה „מתנת שכיב מרע“ ראה גם מאירי לסוגייה (מהדורת סופר,

619); עליות דרבינו יונה, בבא בתרא, קמז, ב; ר"ם המובא בשטמ"ק.

(177) לשון הרמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, ח, ב. ראה גם רשב"ם, בבא בתרא, שם.

או להציע תקנה, אבל לא תקנה הבאה לעקור לגמרי את דין התורה. העולה מן המאמר הוא, שהאמוראים העדיפו באופן ברור את הדרך השנייה, ולפיכך פרשו באופן מצמצם את ההלכה, מצוה לקיים דברי המת; דחייתה של ההלכה, "מצוה לקיים דברי המת"; המהווה לכאורה פתרון מושלם יותר, והעדפתם של הפירושים האחרים, נובעת, לדעתי, מדרכם העקרונית של האמוראים, כפי שאסביר לקמן.

מפעלם של התנאים כפי שהתגבש ועמד בפני האמוראים מופיע בספרות התנאית בשתי צורות עיקריות, המשנה ומדרש ההלכה. הלכות עצמאיות, העומדות בפני עצמן וללא קשר ישיר למקור מקראי כל שהוא, והלכות המוצגות כנובעות מפרשנות המקרא.¹⁷⁸ מרכיב מרכזי ועיקרי במפעל האמוראי הוא ביצירת הרמוניה בעולם ההלכה; הרמוניה בין המקרא להלכה, והרמוניה בין ההלכות לבין עצמן, שהרי ההלכה התנאית כוללת הלכות שהתגבשו והתקבלו בדרכים שונות ובזמנים שונים, ונמסרו על ידי חכמים שונים.

האמוראים מבקשים לשרטט את תולדות ההלכה מן המקרא ועד ימיהם, ולהראות את מקורה ותקפותה של כל הלכה. העדפתם היא כמובן, לתאר את מקורה של כל הלכה במדרש הכתובים,¹⁷⁹ השאלה "מנלן", או "מנהני מילי" המופיעה בתלמוד בכל עניין ועניין, מהווה כבואה לצורת מחשבתם זו של האמוראים,¹⁸⁰ אשר מנסים כאמור, למצוא כמדרש טעם להלכה המופיעה במשנה או בברייתא, ולנסות להוכיח בכך את תקפותה של ההלכה כנובעת מפרשנותם של כתבי הקודש. במקום שברור היה שלא ניתן להציג את ההלכה כפרי תהליך פרשני, היה צורך לתאר את הדרך שבה התקבלה הלכה זו, עובדה שהצמיחה דיון רחב בסמכות חכמים וגבולותיו. חוקרים רבים כבר הראו שברורות קדומים ראו חכמים את הלכתם ואת דין התורה כחטיבה אחת, ההבחנה שבין דאורייתא ודרבנן היא פרי פיתוח מאוחר, והיא משקפת יפה את התהליך האמוראי.¹⁸¹ כפי שכבר הראו החוקרים, תהליך זה גרם בין השאר לפרשנות מצמצמת להלכות שנראו כסותרות את דין התורה, ושלא ניתן היה למצוא להם סמך במסגרת עקרונית סמכות החכמים שהתגבשו:¹⁸² לענייננו, ברור שקשה מאוד היה לבסס את ההלכה, "מצוה לקיים דברי המת" לאור דין הירושה

(178) כמובן שלצורך הדיון כאן אין לי צורך להיכנס לשאלת היחס ההיסטורי שבין שני טיפוסים הלכות אלו, האם המדרש הוא מאוחר להלכה ובא רק לקיים אותה (ראה אפשטיין, מבואות, 511) או שמא, כרעה המקובלת יותר, ולפיה למדרש גם תפקיד יוצר בהלכה (ראה: ח' אלבק, מבוא למשנה [ירושלים: מוסד ביאליק, תשי"ט] פרק ג; א"א אורבך, "הדרשה כיסוד בהלכה ובעיית הסופרים" מעולמם של חכמים [ירושלים: הוצאת מגנס, תשמ"ח] 50. כ' דה פריז, תולדות ההלכה התלמודית [שני כרכים; תל-אביב: אברהם ציוני, תשכ"ב] פרק א; אלון, המשפט העברי, 243 ואילך). העובדה החשובה לצורך הדיון כאן היא שבספרות התנאים, כפי שקיבלו אותה האמוראים, קיימים שני הטיפוסים הללו.

(179) אורבך טען שהשימוש במדרש ההלכה כמקור יוצר להלכה הוא מאוחר יותר ונובע מירידת מידת הסמכות ליצירת הלכות באופן אינסטיטוציוני (ראה: אורבך, "הדרשה" ראה גם: א' גולדברג, "הדרש הקדום והמדרש המאוחר" תרביץ [תשמ"א] 49. אך ראה: דה פריז, תולדות, פרק א). אף שבתלמוד אנו מוצאים הלכות שנוצרו על ידי מדרש הכתובים, הרי עיקר השימוש במדרש בתקופת התלמוד הוא על מנת להסביר את מקורן של הלכות קיימות (ראה: ז' פרנקל, דרכי המשנה [מהדורת ניסניבורים; תל-אביב: הוצאת סיני, תשי"ט] 17-18; אלון, המשפט העברי, 320).

J. M. Harris, *How Do We Know This? Midrash and the Fragmentation of Modern* (180) ראה בהרחבה: *Judaism* (New York: State University of New York Press, Albany, 1995) בעמודים 48-1. (181) ראה: ג' אלון, מחקרים בתולדות ישראל (הדפסה שנייה; תל-אביב: הקיבוץ המאוחד, תשכ"ז-תש"ל) 104; י"ד גילת, פרקים בהשתלשלות ההלכה (רמת גן: אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ב) 191 ואילך; שם, 87 ואילך ובמיוחד 93-94; גילת, ר' אליעזר, 31; דה פריז, תולדות, 69 ואילך; ש' פרידמן, "האשה ושני בעליה בהלכה התלמודית, ובחוקי המזרח הקדום" שנתון המשפט העברי ב(תשל"ה) 373; ועוד רבים. (182) ראה גילת, פרקים, 200.

שבתורה, הקובע באופן קונגטי סדרי נחלה ולא משאיר מקום לסטות מהם:¹⁸³ לעניות דעתי זאת הסיבה שההלכה הזאת נדחקה מפניו של מהלך משפטי הנובע מאותן סיבות וחותר לאותה מטרה, אך הוא מתון יותר. אימוץ המוסדות החלופיים, מתנת כריא מחיים, ומתנת שכיב מרע, אף שהפתרון שהם מספקים איננו מלא, כפי שראינו לעיל, הוא פתרון עדיף הרבה יותר מבחינת הקוהרנטיות שהוא מציג. מתנת כריא היא חלק מדיני המתנה, ואיננה מערערת כלל על דיני הירושה שבתורה; ואילו דין מתנת מרע מוסבר כתקנת חכמים ועל פי סמכותם, כדי שלא תטרף עליו דעתו. בדרך זו מוצנעת מאוד העובדה שדיני הירושה עוברים שינוי מהפכני. את ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ קשה הרבה יותר להלום כתקנת חכמים, משום שהיא עוקרת לגמרי את דין הירושה שבתורה.

המהלך הפרשני של חכמי התלמוד, כפי שהוצג לעיל, אפשר לא רק את העמדת ההלכה כקוהרנטית עם דין התורה, אלא אפשר גם לפרש באופן הרמוני את מכלול ההלכה התנאית. שהרי, „מצווה לקיים דברי המת“ במובנו „החזק“ מיתר לכאורה את הצורך בתקנת מתנת שכיב מרע; הוא מיתר גם את הצורך במתנה „מהיום ולאחר מיתה“; הוא מיתר גם את הצורך בדבריו של ר' יוחנן בן ברוקא. כל ההלכות התנאיות הללו, נבעו בוודאי מגישה מתונה יותר, הם נבעו מנסיון למצוא פתרון הלכתי הנובע מתוך המוסדות המשפטיים הקיימים וללא הצהרה על שינוי מוחלט בדין. כפי שראינו לעיל, גם ההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ לא נדחתה כנוגדת את שיטתם – ההפך הוא הנכון, הם פרשו אותה באופן צנוע הרבה יותר, ובכך גייסו אותה לטובת מפעלם. בשולי הדיון שרטטתי בקיצור את השיטות השונות בספרות הראשונים בסוגיה הנידונה. העיון הקצר בספרות הראשונים חידד את הבנתנו בהלכות התנאים ובסוגיות התלמוד, והמחיש מאוד את המתח המתמיד השורר בספרות הפרשנות לתלמוד, בין השאיפה לנאמנות לטקסט הספציפי המתפרש, ובין השאיפה לפרשנות הרמונית של מכלול ההלכות.

לאור הדברים האמורים הייתה עמדתו של הרמב"ן מרתקת במיוחד. הרמב"ן פרש את הלכת התוספתא כפשוטה, וכפי שהצענו אותה בראשית המאמר, לאמור: חובה לקיים את דברי המת. אומנם הוא סייג את החובה הזאת רק למקרים בהם האב ציוה באופן מפורש על בניו. משמעות הדברים היא שההלכה „מצווה לקיים דברי המת“ שלכאורה נדחתה בתלמוד, וקיבלה מקום משני ביותר בדין הירושה של התלמוד, שבה ונעורה במשנתו של הרמב"ן, וקיבלה את פרשנותה המקורית כנורמה משפטית מחייבת.

חז"ל דאגו לשמר בספרות ההלכה שלהם את מכלול הדעות, בין אלו שנתקבלו להלכה, ובין אלו שנדחו. עמדתו של הרמב"ן בסוגייה שלנו היא צוהר למחשבה ולעיון על חשיבותה של הדעה הדחוייה בתהליך ההלכתי. על חשיבותה וערכה של דעת היחיד הדחוייה שינוי במשנת עדויות כך: „ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרבין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרבין? שאם יראה בית דין את דברי היחיד ויסמך עליו; שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין...“¹⁸⁴ אין כאן המקום לדון באופן רחב ומסודר בתופעת המחלוקת ובחשיבותה ומשמעותה של דעת היחיד בספרות ההלכה, אולם הנקודה שאני רומז עליה לעת עתה היא, שהתהליך המתואר במשנה אכן מתרחש בפועל בתולדות ההלכה, אף אם לא באופן מוסדי כפי שמתואר במשנה. העובדה שגם הדעה הדחוייה נשארה חלק מן הקורפוס ההלכתי, אפשרה את התהליך הזה שבו דעה דחוייה זו, חזרה ונעורה וקיבלה את הבכורה.

(183) יש לשים לב לעובדה שלאף אחת מן ההלכות שנידונו במאמר אין מקבילה במדרשי ההלכה.

(184) משנה עדויות, א, ה.

מאמר זה נכתב בשנת תשנ"ו והוצג תחילה בסמינר המחלקתי שב- Harvard University, Center for Jewish Studies. המחקר ושהייתי באוניברסיטת הארווארד באותה שנה התאפשרו תודות למלגת Harry Star Fellowship שבה הם זיכו אותי. מורי הדגול פרופ' יצחק טברסקי זצ"ל הקדיש לי זמן רב למשא ומתן ועודדני רבות. אני מודה מקרב לב לראשי המרכז פרופ' רות וויס ופרופ' ג'ימס קוגל על האירוח והתמיכה ברוחב לב, ולמורי וידידי פרופ' ג'י' הריס שהקדיש זמן ועניין לעבודתי. חברים רבים העירוני, כל אחד בתחומו, אני מבקש להודות במיוחד לחבריי ד"ר שמשון אטינגר; ד"ר מנחם בלונדהיים; פרופ' חנינה בן מנחם; ד"ר חנוך דגן; שי וזנר; ד"ר לייב מוסקוביץ; שמעון קומר; ד"ר שאול שטמפפר; ד"ר אהרן שמש. למורי פרופ' שמואל שילה אני חב את רובה של הביבליוגרפיה האנגלית למאמר.

בשלב ההגהה של המאמר יצא לאור ספרו החשוב של פרופ' י' רבלין מאוניברסיטת בר אילן: הירושה והצוואה במשפט העברי, ולפיכך לא יכולתי להתייחס במפורט לדבריו. אך מכל מקום נראה שדרכי הניתוח שלנו בסוגייה הספציפית של מאמר זה שונות במהותן.



Copyright and Use:

As an ATLAS user, you may print, download, or send articles for individual use according to fair use as defined by U.S. and international copyright law and as otherwise authorized under your respective ATLAS subscriber agreement.

No content may be copied or emailed to multiple sites or publicly posted without the copyright holder(s)' express written permission. Any use, decompiling, reproduction, or distribution of this journal in excess of fair use provisions may be a violation of copyright law.

This journal is made available to you through the ATLAS collection with permission from the copyright holder(s). The copyright holder for an entire issue of a journal typically is the journal owner, who also may own the copyright in each article. However, for certain articles, the author of the article may maintain the copyright in the article. Please contact the copyright holder(s) to request permission to use an article or specific work for any use not covered by the fair use provisions of the copyright laws or covered by your respective ATLAS subscriber agreement. For information regarding the copyright holder(s), please refer to the copyright information in the journal, if available, or contact ATLA to request contact information for the copyright holder(s).

About ATLAS:

The ATLA Serials (ATLAS®) collection contains electronic versions of previously published religion and theology journals reproduced with permission. The ATLAS collection is owned and managed by the American Theological Library Association (ATLA) and received initial funding from Lilly Endowment Inc.

The design and final form of this electronic document is the property of the American Theological Library Association.