

הייבום בפסיקתם של דיני ירושלים במאה הי"ט

אלימלך וסטרייך*

לזכרו של מורי ורבי פרופ' מנחם אלון
ישב על כס המשפט בירושלים
ובירושלים למד והרביץ תורה

מבוא; א. יסודות משפטיים של הייבום; ב. היקף תופעת הייבום; ג. קהיליית הדיינים בירושלים וחיבוריה המשפטיים; 1. הדיינים; 2. היצירה המשפטית; ד. העדפת הייבום בניגוד למסורת האשכנזית; 1. מצוות ייבום קודמת; 2. דיין ירושלמי באיטליה והשבת המסורת האשכנזית; ה. היעדרן של תניות גורפות המחייבות חליצה; 1. פער גילים בין היבם ליבמה; 1. פתיחה; 2. המקורות המשפטיים; 3. האלמנה מג'ורג'יה; ז. ביגמיה וייבום; 1. אבני בניין משפטיות; 2. הגנה מכוח הדין נגד נישואין פוליגאמיים; 3. תנית המונוגמיה והשבועה; 4. המשקל של עמדות הצדדים; 4 א. הסכמתן של האלמנה ואשת היבם מול התנגדות האחים; 4 ב. התנגדותה של אשת היבם; 4 ג. התנגדות האלמנה ושתיקת אשת היבם; ח. חוסר יכולת כלכלית; 1. מקורות משפטיים; 2. חוסר יכולת כלכלית ופער גילים; 3. חוסר יכולת כלכלית וביגמיה; 4. חוסר יכולת כלכלית ותנית המונוגמיה; 4 א. בהיעדר תנית המונוגמיה; ט. ייבום – בין משפט לחברה; י. עשייתם המשפטית של חכמי ירושלים; 1. עשייה שיפוטית; 2. חשיבה משפטית; 3. אקטיביות ויזמות משפטית; 4. המפגש עם האשכנזים; 5. ממשיכים בדרכם – פולמוס הרבנים עוזיאל ויוסף; יא. סיכום.

מבוא

מחקר זה ינתח את הדוקטרינה המשפטית של נושא הייבום וכן יאפיין את דרכם המשפטית של הדיינים כפי שהללו משתקפים בפסקי הדין ובחוות הדעת שנתנו דיני בית הדין הרבני הרשמי בירושלים בראשות החכם באשי בשלהי העידן העות'מאני. שיטת המחקר של המשפט העברי בה אנקוט תעמוד על שלושה יסודות: הטקסט, הקונטקסט והחכם הפוסק.

תחילה אנתח באופן מדויק את התכנים של הטקסט כשלעצמו מנקודת מבט משפטית, ובייחוד את הדוקטרינה המשפטית העולה מן המקורות. אבחן את תוצרי המשפט על רקע גורמי זמן ומקום, ובראשם הגורמים החברתיים שהייתה עשויה להיות להם השפעה ישירה על הוויית האלמנות והיבום. אאתר את מעורבות הממד הביוגרפי של החכם הפוסק בתוך קהיליית הדיינים שבמסגרתה נתן את פסקי הדין, ובכלל זה את חינוכו ומקורות ההשפעה עליו, את המסורת העדתית שאליה השתייכו הוא ועמיתיו לשיפוט, את סמכותם השיפטית של הדיינים בתוך הסדר הפוליטי הקיים ועוד. דרך מחקר זה זו תאפשר לי להשיג את שני היעדים העיקריים שהצבתי לעצמי: ניתוח הדוקטרינה של משפט הייבום וניתוח דרכם המשפטית של חכמי ירושלים.

נושא הייבום מתחיל כבר במקרא, והיבטים שונים שלו נדונו במחקרים של מלומדים שונים לגבי סביבות שונות. אולם מחקרים אלה לא ניתחו באופן מקיף את הדוקטרינה המשפטית במסורת הספרדית ובפרט לא בשלהי העידן העות'מאני בירושלים.¹ דרכו המשפטית של בית הדין הזה, שהיה בעל סמכות שיפוט רשמית² ונהנה החל משנות השבעים של המאה מיוקרה רחבה בירושלים ומחוצה לה,³ גם היא טרם נחקרה, הגם שחוקרים התייחסו אליה אגב עיסוקם במוסד הרבנות בירושלים,⁴ שבית הדין היה חלק ממנו, או אגב טיפולם בחברה היהודית בכללותה בסביבה זו.⁵ דיון משולב בשני הצירים,

- * מאמר זה זכה בפרס תיגר לשנת תשע"ג למאמר המצטיין במשפט עברי, המוענק מטעם הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לעורך פרופ' אריה ארדעי, לקורא החיצוני ולחברת המערכת גב' מיכל יעקב על תרומתם הנכבדה למאמר. אני מודה למרכז-על ע"ש צגלה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב על התמיכה במחקר זה.
- 1 להלן כמה מחקרים בולטים בנושא הייבום והחליצה בתקופות שונות. על תקופת התלמוד ראה מרדכי עקיבא פרידמן "עכשיו אמרו מצוות חליצה קודמת למצוות הייבום" תעודה יג 35 (התשנ"ז). על הייבום במקרא ובתקופת חז"ל ראה Dvora E. Weisberg, *Levirate Marriage and the Family in Ancient Judaism* (2009). על תקופת הגניזה ראה מרדכי עקיבא פרידמן *ריבוי נשים בישראל – מחקרים חדשים מגניזת קהיר* 129-151 (התשמ"ו). מחקרים נוספים יוזכרו להלן בדיון בעניינים השונים.
- 2 אודות האוטונומיה השיפטית בירושלים בתקופת מחקר זה ראה מאמרי Elimelech Westreich, *Jewish Judicial Autonomy in Nineteenth Century Jerusalem: Background, Jurisdiction, Structure*, 22 *The Jewish Law Association Studies*, 303 (2012).
- 3 ראה מאמרי אלימלך וסטרייך "בית הדין הרבני הרשמי בירושלים בשנים 1841-1921: הרכבו החברתי ומעמדו בקרב קהילות יהודיות" 19, *The Jewish L. Ann* 235, 244-260 (2011).
- 4 על הרבנות בירושלים בתקופה הנדונה במאמרי, ראה יעקב ברנאי "מעמדה של הרבנות הכוללת" בירושלים בתקופה העות'מאנית" *קתדרה* 13, 47 (1979).
- 5 על חכמי הספרדים בארץ ישראל, ראה משה דוד גאון *יהודי המזרח בארץ ישראל בעבר ובהווה* כרך ב (התרפ"ח). על היישוב היהודי בירושלים ובארץ ישראל בתקופת זו ראה

ציר נושא הייבוים וציר דרכם המשפטית של הדיינים, ינהיר טוב יותר את כל אחד מהם; הוא עשוי לשפוך אור גם על פולמוס הרבנים ב"צ עוזיאל ועובדיה יוסף, שהתקיים בנושא הייבוים במדינת ישראל באמצע המאה העשרים.⁶ יש לקוות גם כי מחקר זה יוכל לסייע למתעניינים במוסדות החברתיים, ובראשם המשפחה, בתקופה הנדונה, או במוסדות הקהילתיים, ובראשם מערכת השיפוט שהתקיימה בה.

במאמר שלושה חלקים עיקריים. החלק הראשון של המאמר הוא בעל אופי תשתיתי. אדון בו ביסודות המשפטיים הכלליים של הייבוים, בייבוים כתופעה חברתית-דמוגרפית ובביוגרפיה האינטלקטואלית של החכמים שהיו מעורבים בפסיקה. החלק השני מתמקד בדוקטרינה המשפטית. אדון בו בהעדפה העקרונית שהעדיפה הפסיקה הירושלמית את הייבוים על פני חליצה ואת היעדרן של תננות להעדפת החליצה, ואנתח בהרחבה את העילות השונות שעמדו לטובת האלמנה התובעת חליצה: פער גילים, ביגמיה, חוסר יכולת כלכלית. החלק האחרון יוקדש ליחסי הגומלין בין שלושת יסודות המחקר: הטקסט, הקונטקסט והחכם הפוסק. אבחן את הזיקה שבין התופעה החברתית של הייבוים לבין הסדר המשפטי. אבחן גם את הזיקה בין הרקע התרבותי והחברתי של החכמים לבין העמדות המשפטיות שנקטו, ומתוך כך אבקש להעיר על היבטים שונים של עשייתם המשפטית: חשיבה, אקטיביות ויזמות, חדשנות, יחסי גומלין עם אשכנזים והשפעה לדורות מאוחרים.

א. יסודות משפטיים של הייבוים

זיקת הייבוים נוצרת מכוח החוק המקראי בין אלמנה, מן הנישואין או מן האירוסין, לבין אחי בעלה (מאב בלבד), שנפטר ללא ילדים, גם ללא הסכמתה.⁷ בקהילות הספרדיות והמזרחיות נחשב קשר הייבוים – עד אמצע המאה העשרים – לקשר אישות של ממש, אם כי חלש מקשר הנישואין, קשר אישות שרצוי וראוי לממשו לכדי נישואין מלאים

6 מרדכי אליאב ארץ-ישראל ויישובה במאה הי"ט: 1777-1917 (1978).
 ניתוח מקיף של הוויכוח בין הרבנים יוסף ועוזיאל ראה במאמרי: אלימלך וסטרייך "הגנת מעמד הנישואין של האישה היהודיה בישראל – מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות" פלילים ז 273, 319-333 (התשנ"ט). ראה ביתר הרחבה: Elimelech Westreich, *Levirate Marriage in the State of Israel: Ethnic Encounter and the Challenge of a Jewish State*, 37 ISRAEL LAW REVIEW 426, 456-466, 472-494 (2003-2004).
 כללי של שיטתו של הרב עובדיה יוסף ראה צבי זוהר *האירו פני המזרח – הלכה והגות אצל חכמי ישראל במזרח התיכון* 312-352 (התשס"א).
 7 לטיבו ומהותו המשפטיים של הייבוים ראה אלימלך וסטרייך *תמורות במעמד האישה במשפט העברי – מסע בין מסורות* 43-46 (2002).

בעידודה ובסיועה של המערכת המשפטית.⁸ מעמדו של הייבום כקשר של אישות ומידת עוצמתו באו לידי ביטוי באופן מיוחד במקרים שהאלמנה ביקשה לנתק את קשר הייבום. אלמנה שסירבה, ללא סיבה סבירה, לממש את הקשר ולעשותו לנישואין מלאים, נחשבה 'מורדת', והוטלו עליה עיצומים כלכליים כבדים. החל בתקופה הסמוכה לגירוש ספרד גם מצעו בעדה מלהינשא לאדם אחר.⁹ אם הציגה האלמנה סיבה סבירה לסירובה, כי אז הוטל על המערכת המשפטית לבחון אם סיבה זו עולה לכדי עילה לגיטימית לחיוב היבם בחליצה. בעניין זה שונה הייתה המסורת הספרדית לגוניה מהמסורת האשכנזית. המסורת האשכנזית לא אפשרה, החל במאה ה-13 ואילך, לממש את זיקת הייבום לכדי נישואין מלאים, כך שכל התנגדות למימוש הייבום מצד האלמנה נחשבה לגיטימית, והיא לא הוכרזה 'מורדת'. קשר הייבום באשכנז נשא אפוא אופי שלילי בלבד, לאמור, האלמנה נדרשה לעבור טקס חליצה, המנתק את זיקת הייבום, כתנאי לזכייה בכושר מלא להינשא מחדש.¹⁰ אמנם, גם במסורת האשכנזית התפתח ענף משפטי בנושא העילות, אך הרלוונטיות של העילות נגעה בעיקר למידת הלחץ שתפעיל המערכת אם יסרב היבם לחלוץ. זאת בניגוד למסורת הספרדית שנושא העילות היה רלוונטי בה גם לשלב המוקדם של ההחלטה, לאמור: אם תיענה תביעת האלמנה לחליצה.¹¹

בשלב היסטורי מסוים הופיעו במסורת הספרדית מגמות של צמצום הייבום והקלה על האלמנה המעוניינת להשתחרר מקשר הייבום. סמוך לגירוש בשנת תרנ"ד (1594), התקינו המגורשים במרוקו תקנה, שחייבה כל אדם לגרש את אשתו אם יחלה בחולי מסוכן ולאחר פטירתו תהיה אלמנתו קשורה בקשר הייבום.¹² במקומות שונים ברחבי האימפריה העות'מאנית הוסיפו לכתובה תניה בעלת תוכן דומה, שעיקרה התחייבות האיש לתת גט לאשתו אם יחלה מאוד, וזאת כדי למנוע ממנה להזדקק לייבום או לחליצה.¹³ בד בבד החלה רווחת תניה אחרת שהייתה מופנית כלפי היבמים הפוטנציאליים. אחי הבעל התחייבו בכתובה ונשבעו כי אם תיפול האלמנה לפניהם לייבום הם יחלצו לה

- 8 יעקב כ"ץ "ייבום וחליצה בתקופה הבתר תלמודית" הלכה וקבלה – מחקרים בתולדות דת ישראל על מדוריה וזיקתה החברתית 127, 127-174 (1984). מחקר זה הוא המקיף ביותר שנכתב על התקופה הבתר תלמודית.
- 9 ראה מאמרי אלימלך וסטרייך "מצוות ייבום ומורדת – בין צפון-אפריקה לבין ספרד" מנחה ליצחק: קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו 145, 146-151 (א' ברק, מ' שאווה וה' שטיין עורכים, 1999).
- 10 כ"ץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 153.
- 11 לסיכום של ההיבטים המשפטיים של הייבום ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 7. על ההיבטים העדתיים של נושא הייבום ראה שם, בעמ' 215-219; 250-255; 288-300.
- 12 Elimelech Westreich, *Historical Landmarks of the Tradition of Moroccan Jewish Family Law: The Case of Levirate Marriages*, 17 THE JEWISH LAW ASSOCIATION STUDIES 279, 286-292 (2007).
- 13 שם, בעמ' 294-301.

בחינם וללא תנאי.¹⁴ תניה חשובה אחרת העניקה לאישה את הזכות לגבות את כתובתה מיד לאחר שתתאלמן ובאופן בלתי תלוי בעניין הייבום או החליצה. תניה זו הסירה את אחד המניעים החזקים שהגיעו לדרוש ייבום ולא להסכים לחלוץ – הרצון להשתלט על רכוש הנפטר ולהימנע מלשלם את הכתובה לאלמנה, או לפחות לקבל פיצוי תמורת הסכמתם לחליצה.

אין ספק שתניות אלה יכלו לעצב דפוס שונה מאוד של יחסי כוחות בין היבם לאלמנה, לחולל שינוי משמעותי במעמדה של האלמנה במרחב הספרדי ולקרב אותה אל המודל האשכנזי. אלא שתניות אלה, כולן או מקצתן, לא נהגו באופן גורף בכל המרחב הספרדי, ולפי שתיקת המקורות שבידינו הן לא רווחו ככל הנראה בארץ ישראל בתקופה שאנו דנים בה. בשל חוסר האחידות בין המרכזים הספרדיים השונים לא ניתן לערוך השוואות מידיות בין הפסיקה הירושלמית לפסיקות האחרות, בייחוד לא לאלה שבמרכזים הגדולים בסלוניקי, איסטנבול ואיזמיר.

בהיעדר התחייבות כוללת לחליצה, מכוח הדין או מכוון של תניות שונות, נדרשה אלמנה שסייבה להתייבם להצדיק את עמדתה ואת תביעתה. מובן מאליו שאלמנה יכולה הייתה להשתחרר מקשר הייבום בהתקיים אחת העילות שבגינן יכולה הייתה גם אישה נשואה להשתחרר מקשר הנישואין. לדוגמה, מומים ומחלות שלא היו ידועים מראש, היעדר ילדים, אימפוטנציה או אי הספקת מזונות לאישה. אך בשל היותו של קשר הייבום חלש מקשר הנישואין, מן הראוי היה שליבמה תהייה עדיפות על האישה הנשואה ושלרשותה יעמדו עילות ייחודיות נוספות שלא עמדו לרשות האישה הנשואה. אכן, כמה גורמים, הקשורים בהוויה המיוחדת של קשר הייבום המוטל על האלמנה מבלי שנתבקשה לתת את הסכמתה, עלו בפסיקה במהלך הדורות בתור פוטנציאל של עילות, והם: פער גילים בין היבמה ליבם, יכולת כלכלית מוגבלת של היבם והיווצרות משפחה פוליגאמית בעקבות מימוש הייבום. פסקי הדין שנתנו דיני ירושלים, שנעסוק בהם במאמר זה, עסקו בגורמים הללו כשלעיתים התקיים יותר מאחד מהם.

דיונים אינטנסיביים בעילות לחיוב בחליצה תפסו בדרך כלל מקום מרכזי בפסקי הדין שנתנו דיני ירושלים, שכן עיקר עיסוקם היה סכסוכים משפטיים, שנדונו על ידם כערכאה ראשונה או שהונחו לפתחהם לשם מתן חוות דעת. חכמים אלו לא עסקו בדיונים תיאורטיים מופשטים, לפחות לא בפסקי הדין שכתבו, בניגוד לראשי הישיבות בליטא, למשל, שעסקו רבות במסכת יבמות והתמקדו בעיקר בשאלות תיאורטיות. סוג העילות שנדונו היה תלוי בשחקנים המעורבים בסכסוך בשאלת הייבום. באופן ראשוני נוצר העימות בין האלמנה לבין אחד מגיסייה, ואולם במקרים שהיבם היה נשוי נוספו סכסוכים

14 אילת סגל הסכמי קדם-נישואין במשפט העברי – הסדרים להגנת האשה בתקופת הנישואין ולאחריה 206-209 (עבודת דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת בר אילן – המחלקה לתלמוד, התש"ע).

גם בינו לבין אשתו, שהתנגדה בדרך כלל להכנסת אישה נוספת לביתה. זירה אחרת של סכסוכים, פחות שכיחה, הייתה בין היורשים הפוטנציאליים של הנפטר, ובעיקר בין אחיו. לעתים התמקד הסכסוך בשאלה מי ייבם את האלמנה, ולעתים בשאלה מי יחלוץ לאלמנה. נדיר הוא המקרה, וכמוהו נמצא באחד מפסקי הדין שמחקרי דן בו, שאחד האחים ביקש לייבם ואילו אחיו האחרים התנגדו לכך בטיעונים שונים. בכל המקרים הללו מרכז הכובד של הדיונים המשפטיים היה בשאלת קיומה של עילה להתנגד לייבום ולתבוע חליצה בתמורה.

התרכזותם של דייני ירושלים ברובד העילות מתיישבת עם הקביעה שקבע יעקב כ"ץ כי החל מן המאה השש עשרה העדיפה המסורת הספרדית כולה את הייבום על פני החליצה.¹⁵ מפתיע במידה מסוימת שהדיינים בסביבת מחקרנו המשיכו לעסוק בשאלת העדפת הייבום אפילו במקום שלא למנה לא הייתה כל עילה לתבוע חליצה. בסופו של דבר הוביל הדיון תמיד למסקנה כי מצוות ייבום קודמת, ולכן אם לא תהיה עילה לטובת האלמנה היא לא תוכל להשתחרר מקשר הייבום. עם זאת, קיבל הדיון התיאורטי משמעות אקטואלית במקרה אחד שבו נדרש חכם ירושלמי בהיותו באיטליה לשאלת מימושה של זיקת הייבום. הימצאותה על המדף המשפטי של מסורת אשכנזית מגובשת ומושרשת המעדיפה תמיד את החליצה נתנה בידיו כלי רב חשיבות לסטות מן הגישה הספרדית בשל נסיבות הזמן והמקום. אפשר שפסיקה זו קיבלה את הסכמתו של חכם שכיח לימים בתור חכם באשי בירושלים, אך בפסיקת בתי הדין בירושלים לגבי מקרים שהתרחשו בסביבתם הישירה והעקיפה לא היה לה הד.

ההתעלמות הגמורה במישור הפסיקה המעשית מן המסורת האשכנזית יש בה עניין רב נוכח המפגש האינטנסיבי שהתקיים בירושלים בתקופתנו בין שתי העדות. זאת בעקבות עלייה אשכנזית גדולה, שכללה רבנים בולטים בלמדנותם, אשר הפכה את העדה האשכנזית כבר בשנות השבעים לעדה היהודית הגדולה בירושלים.¹⁶ מחקרי ינסה להציע הסברים מדוע לא הותירה המסורת האשכנזית, במיוחד בנושא התנגדותה הנחרצת למימוש קשר הייבום, את רישומה המפורש בפסיקה של דייני ירושלים.

15 כ"ץ, לעיל ה"ש 8.

16 על ההרכב הדמוגרפי של יהודי ירושלים ראה יהושע בן אריה "גידול הקהילה היהודית בירושלים במאה הי"ט" פרקים בתולדות היישוב היהודי בירושלים כרך א 108 (יהודה בן פורת, בן ציון יהושע ואהרן קידר עורכים, התשל"ג); Usiel O. Schmelz, *Some Demographic Peculiarities of the Jews of Jerusalem in the Nineteenth Century*, *STUDIES ON PALESTINE DURING THE OTTOMAN PERIOD* 119, 120 (1975). על הדמוגרפיה של המערביים בירושלים וארגונם החברתי והמוסדי, ראה מיכל בן יעקב עלייתם והתיישבותם של היהודים המערביים (יהודי צפון-אפריקה) בארץ ישראל במאה הי"ט 191-215 (עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית – המחלקה לגיאוגרפיה היסטורית, התשס"א); מיכל בן יעקב "מפקדי מונטיפיורי וחקר היהודים באגן הים התיכון" פעמים 107, 117 (התשס"ו).

ב. היקף תופעת הייבוש

היבמה היא מקרה מיוחד של האלמנה, שהיא תופעה חברתית של אישה שחיי הנישואין שלה נקטעו. ארון עתה בהיבט אחד של הממד החברתי של היבמה, והוא העניין הדמוגרפי. לאחר שאנתח בהמשך הדברים פסקי דין שנתנו דייני ירושלים בתקופה שאורכה קרוב לשבעים שנים, אשוב לקראת סוף המאמר ואבחן קיומן של זיקות אפשריות בין התופעה הדמוגרפית לבין ההסדר המשפטי.

כדי שתיווצר זיקת ייבוש הקושרת אלמנה בקשרי אישות עם גיסה נדרשים שני תנאים עיקריים: (1) לבעלה לא היו ילדים חיים בעת פטירתו. (2) נותר בחיים אח מן האב של הבעל.¹⁷ סקרי אוכלוסין רגילים המתקיימים בעולם במאות השנים האחרונות אינם מציגים מידע ישיר וגלוי הנוגע לייבוש, היינו אם גברים נשואים שנפטרו נותרו ללא ילדים ונשאר אחריהם בחיים אח מאב. משום כך יהיה עלינו לדלות מידע זה בדרכי עקיפין מן הנתונים הקיימים. לגבי ירושלים במאה התשע עשרה קיים קושי נוסף, כיוון שלא נערכו בה סקרים סטטיסטיים מקיפים מטעם השלטון העות'מאני, ורק לקראת סוף התקופה, בשנת 1905, נערך הסקר הרשמי הראשון.¹⁸ עם זאת עומדים לרשותנו סקרים פרטיים שנעשו ביוזמתו של השר משה מונטיפיורי בשנת 1839 ובשנת 1866, וכן חיבורים שונים שכתבו רופאים ומבקרים אחרים הנותנים תמונה דמוגרפית מתקבלת על הדעת. מקורות אלה עוברו במחקריו הדמוגרפיים של פרופ' עוזיאל שמלץ¹⁹ והתפרסמו לפני כמה עשורים, ומתוכם נלמד על פוטנציאל תופעת הייבוש.

בין החוקרים רווחת הדעה שמספר היהודים המשוער שהתגוררו בירושלים היה כמוצג בטבלה לקמן:

שנה:	1840	1856	1872	1880
מספר היהודים:	3000	5700	8000	14000

ממצא מרכזי וחשוב במחקרו של שמלץ הוא כי שיעור התמותה בקרב האוכלוסייה היהודית בירושלים היה גבוה ביותר, והיו שהשוו אותו לממדים של מגיפה בקנה מידה אירופאי.²⁰ גורמים עיקריים לשיעור התמותה הגבוה היו מצב סוציו-אקונומי ירוד מאוד של האוכלוסייה היהודית, על כל השלכותיו בתחום הרפואה הציבורית והפרטית. לשיעור התמותה הגבוה תרם גם המנהג להינשא בגיל צעיר מאוד, באמצע העשור השני לחיי

17 ישנן מגבלות נוספות, כמו שלא יהיו קשרי קרבה מסוימים בין הגיס לבין האלמנה. למשל, במקרה ששני האחים היו נשואים לשתי אחיות, אז היבמה אסורה לגיס בהיותה אחות אשתו. אלא שמצבים כאלה הנם חריגים, ואתעלם מהם בפרק זה.

18 בן יעקב, מפקדי מונטיפיורי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 119.

19 שמלץ, לעיל ה"ש 16, בעמ' 119-141.

20 שמלץ מסתמך על יומנה של גב' פין, אשת הקונסול האנגלי בירושלים, שם, בעמ' 130-131. ראה שם אסמכתאות נוספות לרוב.

בני הזוג. אחד הביטויים לשיעור התמותה הגבוה הוא הנתון שמספרם של היתומים בירושלים נע בין 24% ל-29% מקרב הילדים. היו לכך ביטויים נוספים, שהם הנתונים שלהלן הנוגעים לנושא הייבום.

נתון חשוב לעניין הייבום העולה ממפקדיו של מונטיפיורי הוא שיעורן של האלמנות בקרב הציבור היהודי. הממצאים הם כדלקמן: בשנת 1839 היו 49% מן הנשים היהודיות אלמנות, ובשנת 1866 היה שיעורן של האלמנות בנות העדות האשכנזית והמערבית 36.21%. לעומת זאת, רובם המכריע של הגברים באותה שעה היו נשואים.²² ניתן היה לשער שרוב האלמנות הגיעו לירושלים כשהן כבר בסטאטוס זה, וייתכן שהן באו לעיר הקודש כדי לבלות בה את אחרית ימיהן. אולם שמלץ דוחה באופן החלטי אפשרות זו. לדעתו, רובן המכריע של האלמנות התאלמנו בירושלים, וראיה לדבר היא העובדה ששיעור משמעותי מקרב האלמנות היה צעיר לימים.²³ המסקנה היא שבין שלישי למחצית הנשים בירושלים באמצע המאה התשע עשרה קיימו את אחת הדרישות המקדמיות להיווצרותה של חובת ייבום, דהיינו, הן נותרו אלמנות.

קביעה זו של שמלץ, שהנשים התאלמנו ברובן בהיותן כבר בירושלים, ניתן לעגן בממצא ששיעור גבוה של הגברים נפטרו בגיל צעיר. ממצא זה מסתמך על הנתון הבא: שיעורם של ילדים יתומים בירושלים, שנותרו בלא אב או בלא אב ואם גם יחד, היה 29% בשנת 1839, ו-24% בשנת 1866. אין ספק שמדובר בשיעור גבוה מאוד, המעיד על מספרם הרב של גברים שמתו.

אלא שלעניין ייבום צריכים אנו דווקא מקרים של מוות של גברים שלא הותירו צאצאים אחריהם. עד כמה התקיימה כאן דרישה זו? שמלץ מביא במחקרו נתונים לגבי שיעור הילדים הממוצע במשפחה ולגבי כמות המשפחות שהיו עריריות לגמרי בעת הסקרים. לפי הסקר של שנת 1839 ב-70% מהמשפחות, שבהן האישה השתייך לקבוצת הגיל שבין 15-24, לא היו כלל ילדים (!) וממוצע הילדים למשפחה בקבוצה זו עמד על 0.37.²⁴ בסקר משנת 1866, שנתוניו מתייחסים לעדת האשכנזים והמוגרכים אך לא לספרדים, היו 64%, כשני שלישים, מכלל המשפחות ללא שום ילד, וממוצע הילדים למשפחה עמד על 0.45.²⁵

21 שם, בעמ' 131.

22 שם.

23 "that a considerable proportion of the widows were relatively young" ... שם, בעמ' 132.

24 שם, בעמ' 129-128. זהו ממוצע של קצת יותר מילד אחד למשפחה פורייה. ראה את עדותו של הרופא Tobler שביקר בירושלים בשנים 1845-1846, וכתב כי נדירות המשפחות עם הרבה ילדים "Whereas childless young couples are very frequent".

25 שם. דהיינו, שלישי המשפחות היו פורייות וכל משפחה העמידה כ-1.5 ילד, כך שהממוצע הכולל הוא 0.45.

שיעור הילדים הגבוה היה במשפחות שבהן האיש השתייך לקבוצת הגיל 35-44. בסקר של שנת 1839 נמצא שב-34%, כשליש מן המשפחות, לא היו ילדים ושממוצע הילדים במשפחה בקבוצה זו עמד על 1.3.²⁶ בסקר משנת 1866 לגבי אשכנזים ומוגרבים היו 22% מן המשפחות בקבוצת גיל זו חסרי ילדים, וממוצע הילדים במשפחה היה 1.6.²⁷ נוכל לומר כי במספר רב של מקרים נפטר האיש ללא ילדים, והאלמנה נותרה כפוטנציאל לייבוש, בכפוף לכך שנתר לבעלה אח בחיים.²⁸

הדרישה הנוספת שלבעל הנפטר יוותר אח חי כדי שתיווצר זיקת ייבוש מורכבת יותר, ומידע לגביה ניתן להסיק רק בעקיפין. לשם הפשטות, נבחן את הנתונים שבידינו לגבי הקבוצה הפורייה ביותר שנבדקה בסקרים, היינו האשכנזים והמוגרבים, שהממוצע המשפחתי שלה עמד בשנת 1866 על 1.6 ילדים. נניח ששיעור הילדים במשפחה וגם שיעור התמותה של ילדים לא השתנו בין דור ההורים לדור הילדים. לפי חישובנו לעיל, הרי שממוצע הילדים במשפחה בקבוצה זו עמד על שניים. המשמעות של נתון זה היא שקיימת הסתברות של 0.5 שלנפטר הייתה אחות, וההסתברות שהאח יהיה גם הוא זכר עומדת אפוא על 0.25. מבלי להיכנס לחישובים סטטיסטיים מסובכים, דומני שלא תהיה זו השערה נועזת להניח שבמקרים לא מעטים נותרו בחיים אחים של האיש הנפטר. נתון אחר שאין בידינו לנקוט עמדה כלפיו הוא מה הסבירות שהאח היבם היה פנוי או נשוי. לנתון זה עשויה הייתה להיות השפעה על ההחלטה של בית הדין, בהתאם לגישה של הרב יעקב שאול אלישר כפי שנראה להלן בפרק על הביגמיה.

מכל מכלול הנתונים עולה כי מצבים של ייבוש היו שכיחים ורווחים במספרים לא מבוטלים בשלהי התקופה העות'מאנית בירושלים. אציין כבר עתה כי מידת השכיחות של מצבים אלה במספרים מוחלטים לא השתנתה מן הסתם לאחר שנת 1866. נכון ששיעור התמותה ירד בהדרגה, כפי שציין שמלץ, אך מצד שני צמחה מאוד האוכלוסייה היהודית (קרוב לפי חמישה בשנים 1840-1880), ביחוד בשל הגירה מסיבית מארצות מזרח אירופה. כל זה יש בו כדי להצדיק את המסקנה שלאורך כל תקופת המחקר היו מקרים רבים של ייבוש, וניתן היה לצפות לעשרות, אם לא מאות, מקרי ייבוש במשך התקופה הארוכה של שמונים שנים. אכן, עיון במקורות המשפט העברי מלמד כי סכסוכים בין האלמנה לבין אחי הבעל רווחו מאוד הן בפסיקה האשכנזית והן בפסיקה הספרדית לאורך כל הדורות.

26 שיעור המשפחות הפוריות היה כשני שלישים. כל משפחה העמידה שני ילדים בממוצע, כך שהממוצע הכולל בקירוב היה ילד ושליש – 1.3.

27 שם, בעמ' 131. דהיינו, כארבע חמישיות מן המשפחות היו פוריות, וכל משפחה העמידה שני צאצאים, לכן הממוצע הכולל היה 8/5, שהן 1.6.

28 צריך לסייג קביעה זו, שכן עדיין ייתכן שלאיש היה ילד מנישואין קודמים והילד לא נותר תחת חסותו. אני משער שמצבים מעין אלה היו נדירים.

ג. קהיליית הדיינים בירושלים וחיבוריהם המשפטיים

1. הדיינים

במהלך המחקר על הדוקטרינה המשפטית בעניין הייבום בירושלים נפגוש חכמים, שדנו בנושא זה, ואשר פסקי הדין שנתנו גם התפרסמו. חכמים אלו עמדו בראש המערכת השיפוטית כמי שמילאו את תפקיד החכם באשי, אבות בתי הדין ודיינים מן השורה, וכולם כיהנו בבית הדין הרשמי בירושלים או מילאו תפקידים שיפוטיים דומים במרחב הספרדי. כפי שנראה מן הביוגרפיות שלהם, לכולם היה רקע תרבותי וחרבתי משותף, היא המסורת הספרדית.²⁹

החכמים הראשונים שעסקו בנושא היו בגיל מתקדם מאוד בתחילתה של התקופה ומילאו תפקידים שיפוטיים במשך כעשור שנים מאז הוכר רשמית ראש הרבנים 'הראשון לציון' (ראש"ל) וזכה בתואר חכם באשי בשנת 1841. ראשון החכמים הוא הרב בנימין מרדכי נבון (רב"מ נבון), שכתב את פסק הדין בפרשת ארבעת האחים משנת תר"ח (1848). רב"מ נבון כיהן כראב"ד בירושלים שנים רבות ונפטר בשנת תרי"ב (1851). הוא היה נצר לשושלת ארוכה של רבנים בירושלים. זקנו, הרב יונה ב"ר חנוך נבון, היה מן המפורסמים שבחכמי ירושלים ונודע לתהילה בשל חיבורו ההלכתי החשוב 'נחפה בכסף'.³⁰ קרובי משפחה אחרים של רב"מ נבון כיהנו אף הם בתפקידי רבנות ודיינות שונים בירושלים, דוגמת ר' משה נבון שכיהן כראש"ל בשנים תקצ"ו-ת"ד (1836-1840), ור' יהודה נבון שכיהן אף הוא כראש"ל תקופה קצרה והודח מתפקידו. בהרכב בראשות רב"מ נבון ישב החכם המפורסם ר' אברהם אשכנזי (ר"א אשכנזי), שכיהן לימים כחכם באשי וראש"ל, ומן הסתם הושפע מרב"מ נבון.³¹ חכם שני בקבוצה זו היה ר' חיים נסים אבולעפיא (חנ"א). הוא ישב בדין עם רב"מ נבון בפרשת ארבעת האחים, ומסר פריטים על פסק דין נוסף שבו היה מעורב, שיכונה להלן "המקרה של חנ"א". חנ"א נולד בטבריה בשנת תקנ"ה (1795) למשפחה ספרדית ארץ ישראלית מפורסמת, וכיהן ברבנות בעיר זו ובדמשק. בהיותו כבן חמישים עבר לירושלים, ולאחר שכיהן כדיין בבית הדין של רב"מ נבון התמנה כחכם באשי. בתפקיד זה כיהן בשנים תרי"ד-תרכ"א (1854-1861).

בדור שלאחר מכן פעל במרחב הירושלמי החכם ר' רחמים פרנקו (החרי"ף).³² הוא נולד בעיר רודוס בשנת תקצ"ה (1835), ובהיותו כבן שלושים ושלוש עלה לירושלים ונמנה עם קהיליית הדיינים. הוא כיהן בהרכב של החכם באשי ר"א אשכנזי וכן בהרכב של הרב יעקב שאול אלישר, שנודע בכינויו יש"א ברכה (יש"א). בשנת תרל"ח (1878)

29 ראה זוהר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 195-222, על החכמים בארץ ישראל ועל תפיסתם העצמית.

30 גאון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 452-453.

31 וביטוי לכך נתן בדברים שכתב לזכרו של רב"מ נבון במבוא לשו"ת בני בנימין.

32 גאון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 567-568.

נשלח על ידי יש"א לכהן כרבה של העיר חברון, שהייתה כפופה לסמכותו של החכם באשי בירושלים,³³ ובה פעל עד מותו בשנת תרס"א (1901). בהיותו בחברון כתב את פסק הדין בנוגע ל'מקרה מחברון'.

חכמים ירושלמים נוספים שכתבו פסקי דין בנושא הייבוש כיהנו בשלב מסויים של חייהם בתפקיד דיינים מחוץ לגבולות ארץ ישראל, ובכלל זה באלכסנדריה של מצרים. בולטים בקבוצה זו שני אישים המשתייכים למשפחת הרבנים חזן, המפורסמת במרחב הספרדי וגם בארץ ישראל, ר' משה ישראל חזן (רי"מ חזן) ור' אליהו חזן (ר"א חזן).³⁴ אבי המשפחה, ר' רפאל יוסף חזן, נולד באיזמיר, כיהן כרבה של הקהילה והתפרסם כאחד מגדולי חכמי ההלכה בדורו. חיבוריו ובראשם חיבורו הגדול 'חקרי לב' נודעו כיצירות מבריקות שהעניקו לו יוקרה רבה. בגיל מבוגר עלה לארץ ישראל וכיהן כרבה של חברון ולאחר מכן כרבה הראשי של ירושלים בתואר ראשון לציון בשנים תקע"ה-תקפ"א (1815-1821). ר' חיים דוד חזן הוא בנו המפורסם של ר' רפאל יוסף חזן. גם הוא כיהן בתור רב באיזמיר ובהיותו ככן שישים וארבע עלה לירושלים בשנת תרט"ו (1855) וכיהן כראשון לציון וחכם באשי בין השנים תרכ"א-תרכ"ט (1861-1869).³⁵

רי"מ חזן היה בן בנו של ר' רפאל יוסף חזן. הוא הגיע לירושלים בשנת תרע"א (1811) בהיותו כבן שלוש, ושהה במחיצת סבו במשך ששת השנים שכיהן כראש"ל בירושלים שאצלו אף התחנך.³⁶ ככל הנראה עבר את מסלול החניכה המקובל בקרב העילית הלמדנית של העדה הספרדית. בשנת תר"ב (1842) נתמנה כדיין באחד ההרכבים של בתי הדין בירושלים ולפי עדותו "בהיותי בעיר הקודש ירושלים תבנה ותכונן נמנה בבית הדין הגדול כנודע".³⁷ בשלב מסוים התמנה לרבה של רומא וכאן דן בהרחבה בפרשת היבמה מאיטליה בשאלת העדיפות של הייבוש על פני החליצה עבור הספרדים. לאחר מכן עבר לאלכסנדריה של מצרים ושם כיהן בשנים תרי"ז-תרכ"ב (1857-1862). קרובו, ר' אליהו חזן (ר"א חזן) (תר"ה-תרס"ח), נולד באיזמיר ועלה לירושלים בהיותו ילד, עם סבו החכם באשי ר' חיים דוד חזן (רח"ד), שסמך אותו להוראה. הוא הצטרף כדיין להרכב של החכם באשי ר"א אשכנזי, שכיהן בתפקיד לאחר מות סבו. בשנים תרל"א-תרמ"ח (1871-1888) כיהן ר"א חזן כחכם באשי בטריפולי שבלוב, שבה כתב

33 באחד מפסקי הדין שכתב בחברון בשנת תרנ"ז (1897) המתין החריף להסכמת ריש"א שכיהן אז בתור חכם באשי, זאת בהתאם לנוהג המקובל בבתי הדין בירושלים עצמה. ראה למשל: שו"ת שערי רחמים, חלק ב, אבן העזר, סימן א.

34 אודות החכמים לבית חזן ראה גאון, לעיל ה"ש 5, כדלקמן: יוסף רפאל חזן – בעמ' 251-250; חיים דוד חזן – בעמ' 249; אליהו חזן – בעמ' 248-247; ישראל משה חזן – בעמ' 251-252.

35 גאון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 249.

36 גאון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 251.

37 שו"ת כרך של רומי, סימן טו, לקראת סוף התשובה.

את פסק הדין בפרשה של 'האלמנה מטריפולי'. לאחר מכן עבר לאלכסנדריה של מצרים וכיהן כרב העיר בשנים תרמ"ח-תרס"ח (1888-1908).

חכם ירושלמי נוסף הוא ר' משה פארדו, שגם הוא כיהן לימים באלכסנדריה, בשנים תרל"א-תרמ"ח (1871-1888). הוא נולד למשפחה ספרדית ירושלמית מכובדת, גדל בעיר זו, ובשנת תרכ"ז (1867) נתמנה לכהן כראב"ד. כנראה שהוא זה שנדרש לנושא הייבום בהיותו באלכסנדריה במקרה של 'האלמנה מאלכסנדריה', שיש"א דן בו בהרחבה בשנות השבעים.

האישיות המרכזית של התקופה, אשר פעל במשך רובה, הוא ללא ספק הרב יעקב שאול אלישר, ומתחת ידו יצא המספר הגדול ביותר של פסקי דין בנושא הייבום. יש"א³⁸ נולד בשנת תקע"ז (1817) בצפת, ולאחר פטירת אביו נישאה אמו בשנית לרב"מ נבון. רב זה גידלו כבן, וגם היה מורו ורבו בתורה ובהתנהלות הרבנית בכלל.³⁹ את מלאכת השיפוט החל בשנת תרי"ג (1853), בהיותו בן שלושים ושש, והתמיד בה למעלה מחמישים שנה. יש"א התמנה לתפקיד אב בית דין, ככל הנראה, בעת שהרב אשכנזי נתמנה לחכם באשי בשנת תרכ"ט (1869), ושיתוף הפעולה ביניהם בתחום השיפוט היה הדוק מאוד. הרב אשכנזי נהג להעביר לעיונו של הרב אלישר שאלות ומקרים וביקש את חוות דעתו, וברב בכתב הרב אלישר פסקי דין מקיפים והמתין לקבלת הסכמה עליהם מאת הרב אשכנזי. בתקופה זו כתב יש"א את פסק הדין בפרשת 'המלמד העני' ואת פסק הדין בפרשת 'האישה מאלכסנדריה'. לאחר פטירת הרב אשכנזי בשנת תר"ם (1880) התמנה יש"א לסגנו של החכם באשי ר' מאיר פניז"ל. בתקופה זו כתב את פסק הדין בעניינה של 'האלמנה מג'ורג'יה', שהועבר אליו על ידי החכם באשי. לפסגת פעילותו הגיע עם מינויו לחכם באשי בשנת תרנ"ג (1883), ובתפקיד זה כיהן עד לפטירתו בשנת תרס"ו (1906). בשלב זה של פעילותו השיפוטית כתב את פסק הדין בעניינה של 'האלמנה מן המזרח'. משך פעילותו הארוכה של הרב אלישר במערכת המשפט הולידה גם יצירה משפטית ענפה, הכוללת כששה ספרי שו"ת. יש"א זכה גם ליוקרה רבה מחוץ לתחום השיפוט

38 הרב אלישר כונה בפי כול בשם "יש"א ברכה", וכך נודע בספרות הרבנית המאוחרת. על תפיסת עולמו של היש"א ברכה ראה זוהר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 223-236.

39 זיקתו של יש"א לרב נבון כרוכה באופן עמוק בממד אישי, בשל קירבה מעין משפחתית הדוקה ביותר שהייתה ביניהם. רב"מ נבון, שהיה חשוך ילדים, נשא לאישה את אמו של הרב יש"א לאחר שנתאלמנה, והוא גידל את יש"א כבן באהבה רבה ובמסירות אין קץ. כמו כן דאג לכל מחסורו, ובכלל זה השיאו אישה וזן ופרנסו עם משפחתו במשך עשרות שנים. דברים חמים ונוגעים ללב אודותיו כתב יש"א במבוא לחיבור הנ"ל, שו"ת בני בנימין וקרב אי"ש. אך בעיקר לימדו רב"מ נבון תורה וחוכמה במשך שנים ארוכות, וניתן לראות בו את רבו המובהק שפסקיו הם חלק ממורשתו הישירה של יש"א. אין זה מפתיע אפוא שבחיבור הנ"ל כרך יש"א יחד את פסקי הדין שלו עם פסקי הדין של רבו. ראה דברים שכתב יש"א ואשר נדפסו מחדש בהקדמה לשו"ת יש"א אי"ש יח-כא.

של ירושלים וחכמים ספרדים ואשכנזים פנו אליו לקבלת חוות דעת הלכתיות, וכדברי לונץ: "וכל רבני קצות ארץ תוגרמה, מערב, איטליה ואשכנז יריצו אליו את שאלותיהם בענייני דת והלכה".⁴⁰ פרשת היתר המכירה מבליטה את המעמד המיוחד שהיה לחכם ספרדי גדול זה גם בקרב גדולי חכמי רוסיה בתקופה.⁴¹ שפע היצירה ומעמדו הרם בעולם היהודי של היש"א ברכה הקרינו גם על המעמד שהיה לבית הדין בתקופת פעילותו במהלך של למעלה מחצי מאה שנים. עם פטירתו של יש"א הסתיימה תקופת הזוהר של מוסד החכם באשי בירושלים.

2. היצירה המשפטית

האחידות החברתית והתרבותית של הדיינים בבית הדין הרשמי בירושלים הובילה לכך שיצירתם המשפטית נשאה אופי דומה מאוד, והוא חיבור השאלות והתשובות (שו"ת) האופייני לחכמים ספרדים בדורות האחרונים. כך נוצר קורפוס רחב-היקף של ספרי שו"ת, שחלקם הגדול הוא פסקי דין שנפסקו בבתי הדין בירושלים או חוות דעת על שאלות משפטיות שהופנו אל דיינים מחוץ לתחום שיפוטם. חשיבות מיוחדת נודעת לעובדה שעריכת ספרי השו"ת והבאתם לבית הדפוס נעשתה בדרך כלל בידי המחברים עצמם בעודם בחיים ולא בידי מלקט מן העיזבון, שמידת האקראיות שולטת בבחירותיו. כך יכולים אנו להניח שפורסמו בעיקר פסקי הדין, שהיו חשובים בעיני המחברים וכאלה שהיה בהם משום חידוש.⁴²

אחידות חברתית ותרבותית זו גם אפשרה לבית הדין בירושלים לתפקד ביעילות, למרות ריבוי עמדות וגישות והיעדר מנגנון הכרעה בהלכה היהודית, שהוא אחת המכשלות הכבדות הרובצות לפתחו של בית דין הדין לפי דין תורה. דייני בית הדין יכלו אפוא לפלס דרך מאוחדת למדי של קביעות משפטיות העולות לכדי מסורת משפטית מגובשת, המדברת אל הציבור בקול מאוחד וברור. בד בבד סייעה היצירה המשפטית הענפה שנתפרסמה ויצאה לאור לגיבושה של דרך משפטית מאוחדת שכל הדיינים צועדים בנתיבותיה.

הסוגה הספרותית של שו"ת שפרסמו דיינים העושים במלאכת השיפוט מזכירה את סדרות פסקי הדין שרווחות בארצות ששלטת בהן שיטת המשפט של ה-Common Law, בראשן אנגליה וארצות הברית וכן במדינת ישראל. סדרות אלה משמשות תשתית לכל עיון ומחקר משפטי. חיבורים אלה שימשו בידי חכמי הלכה ומשפט אחרים כמקור

40 ראה נתיבות ציון וירושלים – מבחר מאמרי אברהם משה לונץ 196 (ג' קרסל עורך, התשל"א).

41 ראה מאמרי לעיל ה"ש 3, בעמ' 256-258.

42 זאת להבדיל מתקופות קודמות, שבמקרים רבים ארגון החומר והוצאתו לאור לא נעשו בידי מחברי התשובות, אלא בידי גורם אחר והוא פרסם חומרים שהגיעו אליו, לעתים באקראי.

וכאסמכתא, וכן שימשו כאמצעי חניכה וגיבוש של קהיליית משפטנים בירושלים. בהיעדר ארכיון משפטי מן התקופה העות'מאנית,⁴³ ממלאים חסר זה חיבורי השו"ת של גדולי הדיינים ונותנים בידי חוקרי משפט והיסטוריונים אפשרות לחקור את העשייה המשפטית של התקופה. כמותם המצטברת של פסקי הדין ורמת פסקי הדין שנתפרסמו מלמדים על מערכת משפטית באיכות גבוהה, דינמית ואפקטיבית. פסקי דין אלה נותנים בידינו פריסה טובה וחדשה של חומר משפטי, מהטובות ביותר שיש להלכה לאורך ההיסטוריה שלה עד הקמת המדינה. היקף היצירה ומגוון הפונים אל רבני ירושלים ודייניה מלמדים על מעמדו הרם של בית הדין בירושלים מחוץ לגבולות השיפוט הרשמיים שלו.

העובדה שכל חברי בית הדין הירושלמי הרשמי נמנו עם העדה הספרדית מביאה להניח שהם אימצו ללא סייג את עמדת המסורת הספרדית בשאלת העדיפות בין הייבום לבין החליצה. בעניין זה נדון בהרחבה בפרק הבא.

ד. העדפת הייבום בניגוד למסורת האשכנזית

1 מצוות ייבום קודמת

ההכרעה שהכריעה המסורת הספרדית בעניין העדפת הייבום על החליצה לא הסירה את הנושא מן הדיון ההלכתי התיאורטי, ובכמה הזדמנויות נדרשו לכך שוב דייני ירושלים בתקופת דיוננו. המקרה הראשון שאדון בו הוא פרשה של ארבעה אחים מאלכסנדריה של מצרים שאירעה בסביבות שנת תר"ח (1848)⁴⁴ ואשר הונחה לפתחו של בית הדין הרבני בירושלים בראשותו של רב"מ נבון.⁴⁵ מקרה זה נדון גם על ידי ר' חיים פאלאג'י, רבה המפורסם של איזמיר,⁴⁶ ואלה פרטיו: ארבעה אחים היו כולם נשואים, והגדול

43 היו רבנים ראשיים שיצרו וטיפחו ארכיון פרטי, כמו ר' חיים אברהם גאגין והרב יש"א ברכה, אלא שהארכיונים הללו לא נשמרו ורק חלקים מהם שרדו והגיעו לדינו. על ארכיונו האבוד של הרב גאגין ראה ב"צ דינבורג ציון: מאסף החברה הא"י להיסטוריה ואתנוגרפיה ספר ראשון 87 (התרפ"ו); על גורלו של הארכיון של היש"א ברכה ראה גאון, לעיל ה"ש בעמ' 67.

44 בכותרת התשובה של ר' חיים פאלאג'י, שו"ת רוה חיים, אבן העזר, קס"ה, נכתב: "מנא אמון חודש תמוז שנת תרכ"ו נחלתו".

45 פסק הדין התפרסם בחיבור שו"ת בני בנימין וקרב איש, סימן ח. ערך את החיבור הרב יש"א, והוא כולל פסקי דין מתוך עזבונו של אביו חורגו הרב"מ נבון, וגם פסקי דין של יש"א עצמו.

46 נראה שמהלך הדברים היה כדלקמן: תחילה עורר המעשה התנגדות אצל הרב המקומי ונעשו ניסיונות מצדו לאלץ את היבם לחלוץ לאלמנה. לאחר מכן נתן בית הדין בירושלים את פסק דינו להיתר הייבום, שבקבותיו ייבם האח הגדול את אלמנתו. בעקבות הייבום, ביקשו בקהילה המקומית במצרים להטיל עיצומים על היבם, ובשלב זה נדרש לכך ר' חיים פאלאג'י וכתב את פסק הדין הזה. ראה דבריו לקראת סוף התשובה (דף נז עמוד ג):

שבהם הלך לעולמו בלי זרע של קיימא. כתוצאה מכך נוצרה זיקת ייבוש בין אלמנתו לבין שלושת האחים הנותרים. הגדול שבין האחים ביקש לייבם את גיסתו, ואילו שני אחיו הנותרים התנגדו.⁴⁷ בפיהם היו שני נימוקים: הנימוק האחד שמצוות חליצה קודמת למצוות ייבוש, והנימוק השני שהאח הגדול נשבע לאשתו שלא יישא אישה אחרת על פניה, ונשיאת היבמה תהווה הפרה של השבועה.⁴⁸ לעומתם השיב האח הגדול כי מצוות ייבוש קודמת, ובתור הגדול שבאחים מצווה עליו לייבם. אשר לשבועה הוא טען כי "אשתו נתנה לו רשות שייבם והודית בפני שלשה מטוב רצונה והשלמת דעתה שייבם את היבמה". לאמור, אשת האח הגדול הסכימה שבעלה ייבם את האלמנה, ומסרה על כך הצהרה מרצונה החופשי בפני שלושה אנשים שנחשבים כבית דין של הדיוטות.

מיוחד הוא מקרה זה בכך שהמתנגדים לייבוש הם האחים האחרים של הנפטר. בדרך כלל, עימות בעניין ייבוש מתרחש בין היבם לבין אחת משתי הנשים: או היבמה המסרבת להתייבם בשל נימוקים שונים וכיניהם עובדת היות היבם נשוי,⁴⁹ או שאשת היבם מסרבת להכניס צרה לביתה.⁵⁰ כאן, באופן נדיר, שתי הנשים מסכימות לייבוש, והאחים האחרים דורשים לכופף את אחיהם לחלוץ, כדי לזכות בחלקם בירושת האח העשיר שנפטר, ירושה אשר תימנע מהם אם אחיהם הגדול ייבם את האלמנה.⁵¹ פרשה מיוחדת זו, שקשה למצוא כדוגמתה בספרות השו"ת הענפה, מתבהרת לאור פרטים נוספים שמופיעים אצל ר' חיים פאלאג'. האח הנפטר והאח היבם היו שותפים בעסקיהם

"והנה אמת נכון כי אם יהיה העניין שהרב מורה הצדק בקהל עדתו נראה לו לאסור היבוש ושיחלוץ ליבמתו כי אליו יש לשמעו [...] ברם לא מפני זה יש לנו לקנסו להוציאה מתחת ידו אחר שנשאה כי בודאי חשוב זה האיש כאנוס בדעתו אחר שדבר זה נשאל לחכמים גדולים שברור והורו לו להיתר, וכיון שכן אין להאשימו כי חשוב שוגג ולא מזיד". אני משער שהחכמים הגדולים שברור הם דייני בית הדין בירושלים בראשות רב"מ נבון, שכן מנוסח השאלה שהופנתה אליהם ברור שהאח טרם ייבם את אלמנתו והשאלה הייתה אקס-אנטה. גם בסוף התשובה פונה רב"מ נבון אל האח, ומדרבן אותו לקיים את מצוות הייבוש: "יקום כגבור שמעון הנזכר לקיים מקרא שכתוב יבמה יבוא עליה לקיים מצוות בוראו".

47 הצגת העובדות משלבת את הנתונים שמופיעים בתשובת רב"מ נבון ובתשובת ר' חיים פאלאג'.

48 רב"מ נבון מציג את עמדתם כך: "חדא, דמפסידים חלקם מהירושה אשר השאיר להם ראובן הנזכר לעיל כיון שהוא מיבמה וזוכה בכל נכסי אחיו כרת של תורה". אצל ר' חיים פאלאג' לעומת זאת מוצגים הדברים כפי שכתבתי בגוף המאמר. סביר יותר להניח שהאחים המתנגדים העלו טענה מהותית ולא נימקו את התנגדותם ברצונם לזכות בנתח מן הירושה של האח הנפטר.

49 ראה להלן בפרשת 'אשת המלמד מירושלים' ובפרשת 'האלמנה מן המזרח'.

50 ראה להלן במקרה של 'אשת היבם מאלכסנדריה'.

51 בהמשך לפסק הדין של רב"מ נבון מובא פסק דינו של חנ"א באותו עניין, ראה שו"ת בני בנימין, סימן ט. בתוך דבריו הוא מציין שהנפטר היה 'מעשירי עם'.

ברמת אמון נדירה. בשל האמון הרב לא הותירו האחים מסמכים המתעדים את חלקו של כל אחד מהם ברכוש. איתור חלקו של האח הנפטר בשותפות והוצאתו מתוך השותפות הייתה עלולה לפגוע אנושות בעסק כולו, ובעקבות זאת ברכושם של שני האחים. לפיכך, אם היה אחד האחים חולץ ליבמה התוצאה הייתה שכל האחים, כולל החולץ, יירשו את הנפטר ורכושו יתחלק ביניהם, דבר שיפגע ללא תקנה בעסק המשותף. לעומת זאת, אם ייבם האח השותף, הרי שלפי הדין העברי הוא היורש הבלעדי של הנפטר, כך שההון ימשיך להיות מרוכז בעסק שבשליטתו כפי שהיה עד כה ושתי המשפחות יוכלו להתמיד בפעילותן הכלכלית וליהנות מרווחה רבה. שתי הנשים הסכימו לייבום: האלמנה מעוניינת בייבום כדי שההון העסקי יישאר בשליטתה ביחד עם בעלה החדש, וגם אשת היבם מסכימה מטעמים דומים.

כדי לחסום את אחיהם הבכור צריכים היו שני אחיו הצעירים להעלות טיעונים האוסרים על הייבום בנסיבות המקרה. טענה ראשונה שניתן היה להעלותה היא הטענה העקרונית האומרת שבימינו מצוות חליצה קודמת והיא דוחה את מצוות הייבום. רב"מ נבון נדרש לנושא, והוא פותח את פסק דינו המקיף והמפורט בדיון קצר בשאלה זו. בפתח דבריו הוא מצטט את דברי ר"י קארו בשולחן ערוך: "מצות יבום קודמת למצות חליצה. ואם אינה רוצה להתייבם לשום אחד מהאחים, או בגדול כשרוצה לייבם בלא טענה מספקת, דינה כמורדת. ויש אומרים שמצות חליצה קודמת".⁵² העמדה הסתמית בשו"ע היא שמצוות ייבום קודמת למצוות חליצה, אבל נזכר גם שיש אומרים שמצוות חליצה קודמת מבלי להכריע באופן מפורש בין שתי העמדות. רב"מ נבון מסתמך על כלל רווח בפסיקה הספרדית, האומר שכשמובאת בשולחן ערוך דעה אחת באופן סתמי והשנייה בשם יש אומרים, מעדיף ר"י קארו את הדעה הסתמית. סיוע לעמדתו מוצא רב"מ נבון בחיבור 'כנסת הגדולה' לר' חיים בנבנישתי.⁵³ מסקנתו של רב"מ נבון היא שרובם המכריע של הפוסקים סוברים שמצוות ייבום קודמת, אפילו בנסיבות חריגות כגון שהיבם נשוי או שבין הגיס לבין היבמה יש פער גילים גדול או שהאלמנה עברה את גיל הפריון.

למרות מסקנתו שמצוות ייבום קודמת, אין רב"מ נבון משליך לצדי הדרך של המשפט את הגישה האשכנזית. אדרבא, הוא מתייחס אליה וחותר להעמיד את מסקנתו גם לפי גישה זו. הוא סבור שאף לדעת רש"י, שהיה ראש וראשון לנוקטים באשכנז שמצוות

52 שולחן ערוך, אבן העזר, הלכות ייבום, סימן קסה, סעיף א.

53 החיבור כנסת הגדולה הוא אוסף מתומצת ומשוכלל של חיבורי השו"ת שהתחברו בין השנים ש-1640) (1540-1640), המסודר לפי ספר הטורים. החיבור תפיש מקום מרכזי בפסיקה הספרדית החל מן המאה ה"ח ואילך, עד אשר החיד"א כתב עליו "ובלעדו לא ירים איש מורה הוראה הבקי בדרכי הוראה והוא מיראי הוראה את ידו בשום הוראה עד שילך מהרה לבית הכנסת ויראה מה בפיו ומה ירמוז עיני חכמתו". ראה חיים יוסף דוד שם הגדולים, ועד לחכמים מערכת הגדולים אות ח' סג-סד (אייזיק בן יעקב עורך, התשכ"ז).

חליצה קודמת, אם היבם והיבמה מעוניינים בייבוש מן הסתם הם מתכוונים לשם מצווה ואין למנוע בעדם את הייבוש. אסמכתא לפרשנות זו בדברי רש"י הוא מוצא בתשובתו של רבי מרדכי הלוי, שכתב כאב"ד בקהיר במאה ה-17 למעלה מארבעים שנה ונפטר בשנת תמ"ה (1685).⁵⁴ חכם אשכנזי אחר שרב"מ נכון מסתייע בו הוא מהר"ם פאדוואה, שפעל בצפון איטליה במחצית הראשונה של המאה השש עשרה.

בדומה לרבני בית הדין בירושלים, גם הרב פאלאג'י דן בפירוט רב בשאלה אם מצוות החליצה קודמת למצוות הייבוש, תוך סקירה מקיפה של עמדות החכמים שנאמרו בנושא.⁵⁵ כתיבתו של הרב פאלאג'י מתוארת בלשון זו על ידי הרב עובדיה יוסף (רע"י) בפולמוס הגדול שניהל מול הרב עוזיאל לגבי תקנת הרבנות הראשית שביטלה למעשה את הייבוש: "האר"ך הרחיב למעניתו כיד ה' הטובה עליי, ואסף איש טהור כל דברי הפוסקים ראשונים ואחרונים מערכה לקראת מערכה המיימינים והמשמאילים [...] והפליא עצה הגדיל תושיה". מסקנת הרב פאלאג'י לפי ניסוחו של הרב עובדיה יוסף הייתה: "שלענין פסק הלכה העיקר כדעת רוב גדולי הפוסקים הראשונים ואחרונים, שהם רוב מנין ורוב בנין, שפסקו כדברי חכמים דמצות יבוש קודמת. ואילו החולקים עליהם הם מיעוטא דמיעוטא ומתי מספר לעומת הפוסקים דסברי מרנן מצות יבוש קודמת".⁵⁶

עמדת האחים האחרים הייתה שמצוות חליצה קודמת, לפחות בעירם נא אמון (אלכסנדריה של מצרים), והיא מוצאת את ביטוייה גם בפרשת אשת היבם מאלכסנדריה שהופנתה משם אל הרב יש"א בשלב מאוחר של פעילותו.⁵⁷ השואל מציין שם כי "מנהג העיר שלא לייבם כי אם לחלוץ". לא ברור האם בעיר זו דחו את הייבוש מפני החליצה בהתאם למסורת האשכנזית, האם עשו כן בשל קיומה של תניה בכתובה המחייבת את האחים לחלוץ, או שנקטו כך רק במקרה שהיבם נשוי או שלרשותו עילה אחרת. בכל מקרה, בפרשת 'ארבעת האחים' תמך הרב המקומי בעמדה זו, המעדיפה את החליצה, בניגוד לעמדת בית הדין בירושלים והרב פאלאג'י. נציין שעמדה מעין זו של הרב המקומי נדחתה מאוחר יותר בידי ר"א חזן.⁵⁸

נחרץ והחלטי היה גם יש"א, שקבע בפרשת 'אשת המלמד העני'⁵⁹ "כי בעיקר הדין אי [אם] מצות יבוש קודמת או מצות חליצה קודמת בזה אין אנו צריכים להאריך טרחא, כי כבר איפסקא הילכתא [נפסקה הלכה] לדברי הרי"ף והרמב"ם ומרן הקדוש, דמצות

54 שו"ת דרכי נועם, אבן העזר, סימן מב.

55 הרב חיים פאלאג'י היה בעל קשרים הדוקים עם חכמי ירושלים בני התקופה. סבו היה הרב רפאל יוסף חזן מאיזמיר, שבאחרית ימיו היה הראשון לציון בירושלים. דודו, ר' חיים דוד חזן, אף הוא מאיזמיר, כיהן בערוב ימיו כחכם באשי בירושלים.

56 שו"ת יביע אומר, חלק ו, אבן העזר, סימן יד.

57 ראה להלן בדיון בפרשת 'אשת היבם מאלכסנדריה'.

58 ראה להלן דיון בנושא בפרשת 'אשת היבם מאלכסנדריה'.

59 ראה להלן בהרחבה דיון בפרשה זו.

[שמצוות] יבום קודמת, ואנא בתריהו גרירנא ואתורתם סמיכנא [אנחנו אחריהם נגררים ועל תורתם סומכים]. כפי שנראה בסמוך, יש"א אף דחה את הגישות האומרות שמצוות חליצה קודמת במקרים שיווצרו נישואין ביגמיים, זולת אם הייתה קיימת תנית מונוגמיה בנוסח מסוים. הגישה האשכנזית בדבר עדיפות החליצה על פני הייבום נדחתה אפוא לגמרי בידי הרב יש"א ולא נותרה אף לא כ'רעש רקע'.⁶⁰

2. דיין ירושלמי באיטליה והשבת המסורת האשכנזית

לשאלה זו של היחס בין מצוות ייבום למצוות חליצה נדרש רי"מ חזן, ולעומת ההחלטיות העולה מכתביהם של דייני ירושלים בדבר העדפת מצוות הייבום, הוא נקט עמדה הנותנת מקום גם לגישה המעדיפה את מצוות החליצה. זאת בהתחשב בגורמי זמן ומקום פנים יהודיים וחיצוניים נוכריים.

רי"מ חזן, חכם בן התקופה שהתחנך בירושלים, נמנה עם קהיליית הדיינים בירושלים, כדבריו: "בהיותי בעיר הקודש ירושלים תבנה ותכונן נמנה בבית הדין הגדול כנודע".⁶¹ בשלב מסוים של חייו יצא לחו"ל, כיהן בכמה קהילות, ובין השאר גם כרבה של רומא. כאן הוא נדרש לשאלה שהפנה אליו חכם בקהילת פיטליאנו שבאיטליה בשנת תרי"א (1851), על אודות סכסוך בין יבמה לבין גיסה בנוגע לכפיית חליצה ועניינים אחרים הקשורים בכך, כמו ענייני ממון והיתר ליבם להינשא בטרם חלץ ליבמה.⁶² רי"מ חזן השיב תשובה מקיפה מאוד, ודן בפירוט רב בשאלת קדימות הייבום או החליצה. לעניין זה קבע באופן נחרץ "כי רבו למעלה מחמישים פוסקים ולא בדרך גוזמא כולם נקבצו באו לך [...], שכולם הסכימו דמצות ייבום קודמת ואפילו לשם ממון ואפילו לשם נוי, והוא פשיטא דקרא [משמעותו הפשוטה של המקרא] יבמה יבוא עליה". הוא אימץ את גישת המסורת הספרדית ש"אין ספק דמצד הדין הפשוט מצוות ייבום קודמת" לא רק במישור הבסיסי, אלא אף בנסיבות חריגות יש להעדיף את הייבום, "אפילו בב' [שתין] נשים, ואפילו בחרם רבנו גרשום מאור הגולה (חדר"ג)", וזאת משום שרבנו גרשום מאור הגולה (רגמ"ה) "לא החרים במקום מצווה".⁶³ לאמור, בעיני רי"מ חזן מצוות ייבום

60 עמדה זו של הרב יש"א, בעקבות גישת רב"מ נבון, הולמת את המסקנה של יעקב כ"ץ בנוגע להכרעת המסורת הספרדית בסוגיה זו של מצוות ייבום קודמת. ראה לעיל, ה"ש 8.

61 שו"ת כרך של רומי, סימן טו, לקראת סוף התשובה.

62 התאריך מופיע בראש התשובה.

63 רבנו גרשום התקין בראשית האלף השני לספירה הנוכחית באשכנז שתי תקנות בתחום דיני המשפחה, האחת אסרה לשאת שתי נשים והשנייה אסרה לגרש אישה בעל כורחה, והן ידועות בשם חרם דרבנו גרשום (חדר"ג). ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 62-63. תקנות אלה הופנמו במסורת המשפטית והחברתית האשכנזית עד אשר נחשבו כאילו ניתנו למשה מסיני, שם, בעמ' 168. המסורת הספרדית הכירה בתוקפן של התקנות לגבי אשכנזים גם מחוץ לטריטוריות אשכנזיות, אבל בדרך כלל היא ייחסה להן עוצמה פחותה מזו שהאשכנזים

קודמת למצוות חליצה. חשיבותה של המצווה גדולה כל כך עד שהיא מצדיקה היווצרות משפחה פוליגאמית, ואפילו חרם דרבנו גרשום (חדר"ג) נדחה מפניה.

אולם לאחר הקביעה העקרונית הנחרצת ביצע רי"מ חזן תפנית מרחיקת לכת. תחילה קבע את הממצא העובדתי כי "אין מי שיוכל להכחיש דמדינות הלועזים [קרי, איטליה] כבר פשט המנהג לחלוץ ולא ליבם".⁶⁴ האם בכוחו של מנהג כזה לשנות את הדין הראוי האומר שמצוות ייבוש קודמת? לאחר דיון בנושא נתן רי"מ חזן תשובה החלטית כי "על כל זה אם נתפשט המנהג לומר מצוות חליצה קודמת ואינו מתרצה לחלוץ, דינא יתיב לכופו בכל מין כפיה שבעולם לקיים המנהג". לאמור, למרות שבמישור העקרוני מצוות ייבוש עדיפה על פני מצוות חליצה, הרי שבשל המנהג שהשתרש באיטליה לחלוץ ולא לייבם, הלכה למעשה יש לכופו את היבם בכל דרך אפשרית לחלוץ ולא לייבם.

אך רי"מ חזן לא הסתפק בכך, והוסיף הסברים מפתיעים להיווצרות המנהג באיטליה להעדיף את החליצה על פני הייבוש, ולפיכך ללגיטימציה שיש לתת לו. בשל העניין הרב שיש בהם אצטט אותם במלואם:

ולדעתי טעם הדברים הוא באמת, כי תליא [הדבר תלוין] לפי שינוי טבע הארצות בלי ספק. שהנה בארצות ישמעאל, שגויי אותם הארצות נושאים נשים הרבה ומגרשים אותן בעל כורחן קרוב לדיני ישראל, הא ודאי דינא יתיב [הרי זה ודאי שהדין יתישב] בקיום המצוה, והוא מצוות ייבוש קודמת, שהוא דין תורה שתתעלה. ויכולין לכופה כמעט בשוטים ואפילו בערכאותיהם לומר לה עשי מה שדיני ישראל אומרים לך [לך], וליכא [ואין] חילול ה' בדבר, כי גם בדיניהם אין הדבר רחוק. אבל במדינות הלועזים [איטליה], אשר תחת אמונת הנוצרים, שבדיניהם ענין היבוש הוא כפוגע באשת אח, וגם כי נישואי שתי נשים לפי דעתם הוא קלקול קבוץ המדיני כנודע דתיהם שונות, הא [הרי זה] ודאי במדינות האלה אם אין האשה מתרצית להתיבם ומעיזה פניה אין בידינו לכופה בשום אופן שבעולם. כי הא ודאי אם יורדע בעמים, מלבד דאין [פרט לכך שאינם] נותנים יד לדייני הזמן, על זה עוד כה, שיהיה חילול ה' גדול בדבר.

עצמם ייחסו להן. הדוגמאות הבולטות הן במקרים שחדר"ג התנגש במצוות מן התורה, דוגמת מצוות פרו ורבו ומצוות ייבוש. לפי זרמים בולטים בתוך המסורת האשכנזית, חדר"ג דוחה מפניו את שתי המצוות הללו, שם, בעמ' 106-127. אולם המסורת הספרדית נקטה בדרך כלל שחדר"ג נדחה מפני המצוות הללו, ואם האיש טרם קיים מצוות ורביה או שהוא מבקש לקיים מצוות ייבוש כי אז מתירים לו לשאת אישה נוספת או לגרש את אשתו בעל כורחה. שם, בעמ' 171-176.

ראה לעיל ה"ש 61. בעניין התחרות באיטליה בין ייבוש לבין חליצה והעדפת החליצה על פני הייבוש בפסיקה של העדה האיטליאנית המכונים "לועזים", ראה וסטרליך, לעיל ה"ש

וכיון שאין בידינו לכופה להתיבם בעל כורחה וגם השכל גוזר כן לפי העת והזמן, ממילא הוקבע המנהג לחלוץ [...] אחר שהשתדל הבית דין כל צורכו לפייס הצדדים.

מתן תוקף משפטי מלא הלכה למעשה למצוות הייבום תלוי בציוויליזציה שבקרב מתגוררת העדה היהודית. רק בסביבה מוסלמית קיימים התנאים החיצוניים המאפשרים הפעלה מלאה של מצוות הייבום, זאת משום שמוסלמים אינם רואים בנישואים בין האח לגיסתו גילוי עריות, וגם משום ששיטת המשפט שלהם מאפשרת הן ריבוי נשים והן גירושי אישה על כורחה, העושים את הייבום לנורמה משפטית שאיננה חריגה. הרי במקרים רבים היבם נשוי, ומימוש הייבום גורם לריבוי נשים. כמו כן יש בייבום שינוי סטאטוס הנכפה על האישה, בדומה לגירושי אישה על כורחה. יתר על כן, מערכות המשפט במדינות מוסלמיות מסייעות בידי בתי דין יהודיים לאכוף פסקי דין לייבום על כל מרכיביהם, כך שנושא הייבום הוא נורמה משפטית מושרשת הלכה למעשה בחברה היהודית בסביבות אלו.⁶⁵

שונים פני הדברים בארצות נוצריות. ראשית, הנורמה החברתית בקרב החברה הנוצרית מתנגדת לעצם הייבום משום שנשיאת אשת אח, אף לאחר מותו, נחשבת בעיניהם לגילוי עריות. באופן מיוחד קיימת התנגדות נמרצת אם היבם נשוי, שהרי בסביבה הנוצרית דוגמת איטליה נחשבת הפוליגמיה כפגיעה חמורה באושיות החברה. גם מבחינה מעשית אין בידי הקהילה היהודית לאכוף ייבום, שכן אין בתי המשפט של המדינה אוכפים פסקי דין שכאלה. יתר על כן, הסתייגותה של החברה הנוצרית מן הייבום יוצרת סיטואציה של חילול השם במקרה שהחברה היהודית מתעקשת להמשיך לממש את קשר הייבום. נימוק אחר כפי רי"מ חזן הוא כי "השכל גוזר כן לפי העת והזמן" (ההדגשה שלי, א"ו) שלא לייבם. ייתכן שכוונתו שבקרב חברה נוצרית, הרואה בייבום גילוי עריות, תהיה הדבקות במימוש הייבום משום מעשה המנוגד לשכל. בשל גורמים אלה, "הוקבע המנהג [באיטליה] לחלוץ ולא ליבם ככל אופן שבעולם ואפילו בחור ואפילו הני גיל אחת כיון שאין רצונה ביבום כופין אותו לחלוץ אחר שהשתדל הבית דין כל צורכו לפייס הצדדים". רק במקרה חריג יחרוג בית הדין מקו זה וכן יורה על הייבום בניגוד לרצון האלמנה, אם מדובר ביבם שיש עדויות מוצקות לגביו כי כל כוונתו היא לשם שמים בלבד. כזה הוא המקרה שהזכיר החכם האיטלקי ר' יצחק למפרונטי מפיררה בחיבורו 'פחד יצחק' ואשר אירע בשליש האחרון של המאה ה-16.⁶⁶

65 דוגמה לכך בפסק הדין שנתן קרובו הרב אליהו חזן במקרה 'האלמנה מטריפולי', להלן ליד ה"ש 127.

66 "חליצה" פחד יצחק, כרך ג, כא-כו. המקרה אירע באיטליה בסביבות שנת של"ג (1573). היבם היה פנוי, ולא היה פער גילים בינו לבין האלמנה, וכמו כן חכמים שונים העידו עליו כי הוא "ירא אלוהים ומעשיו הטובים מוכיחים עליו" (שם, דף כו 1).

נשאלת השאלה כיצד הושפעה עמדתו של רי"מ חזן מכך שנושא הייבוש הכפוי התנגש ברעיון הנאורות ובערכים ליברליים, דוגמת שוויון בני אדם ובכלל זה שוויון הנשים, שהחלו חודרים בימיו לאירופה. אכן, רי"מ חזן נדרש לכך בהערה שהוסיף בתוך תשובתו, ונראה כי הערכים האירופאים חיזקו אותו בגיבוש עמדתו, אך לא משום הערך שייחס להם, אלא:

ועל כל זאת בדורות הללו צריכה רבה לכוף ליבם. כי הן בעוון יצאה מהמודרנאציון, להבה מקרית הציויליזאציון, אכלה כמה פרשיות שלימות בעוונותינו הרבים ומחתה פיה ואמרה לא פעלתי אוון. אוי לנו שכך עלתה בימינו. ואם כן בדור הזה ובארצות הללו מצוה דקה וגדולה לפסוק כהני רבוותא [כאותם חכמים] ואם מעט המה [הגם שהם המיעוט] דסברי [שסוברים] מצוות חליצה קודמת, ראוי והגון לתפוש במושלם כדעתם וסברתם, ואל יתחלל שם שמים בין האומות ודלת בני עמינו החכמים בעיניהם. וה' הטוב יעשה למען תורתו⁶⁷

ברור מכאן שרי"מ חזן לא ראה במודרניות ובציוויליזציה האירופאית החדשה מקור לערכים שבגינם ראוי לשנות את דיני הייבוש.⁶⁸ אדרבא, המודרניות והציוויליזציה האירופאית החדשה מואשמות בכך שפגעו בכמה נושאים הלכתיים חשובים מבלי שלקחו אחריות על מעשיהן. עם זאת, גם כאן צף ועולה הגורם של חילול השם, ואף ביתר עוצמה, כשיקול לתמוך במנהג שמצוות חליצה קודמת. משקל יתר יש לגורם של חילול השם, שכן בעת הזאת שרי"מ חזן כתב את פסק דינו היו קיימות כבר בקרב העם היהודי קבוצות המזדהות עם הערכים האירופאים ואשר הייבוש נחשב בעיניהן דבר שלילי. קבוצות אלה של משכילים ראו עצמן כמאגדות חכמים, אבל בעיניו של רי"מ חזן הן זכו לתואר "דלת העם".

לעומת ההתייחסות לקבוצה תרבותית שונה, רי"מ חזן לא התייחס לקבוצות עדתיות שונות ולא הבחין ביניהן, אף על פי שעל אדמתה של איטליה התקיים מפגש בין עדות שונות: איטליאנים, אשכנזים וספרדים. מפגש כזה הטביע את חותמו בנושא של ייבוש מול חליצה במאות החמש עשרה עד השבע עשרה, והדבר נדון בהרחבה במחקר.⁶⁹ ברור שבאותה תקופה נמצאו באיטליה גישות שהעדיפו את הייבוש על פני החליצה, ולעתים אף במקרה של יצירת משפחה פוליגאמית. בייחוד נהגו כך הספרדים שהגיעו לאיטליה במספרים גדולים לאחר הגירוש והמשיכו לדבוק במסורת שלהם שהעדיפה את הייבוש,⁷⁰

67 לעיל, הערה 61, דף נה:1.

68 אדרבא, המקור של הפסוקים בתורה שעמם הוא עשה וריאציות הוא סיפור המערכה נגד מלך סיחון ועוג הנתפשים כאויב שבעקבות מפתו שר משה את שירת עלי באר.

69 וסטרייך, לעיל ה"ש 64.

70 וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 217-219.

כפי שנהגו דייני ירושלים ומרכזים אחרים.⁷¹ נראה שרי"מ חזן תפש שבאיטליה התגבשה דרך אחת משותפת לכל העדות שדחתה את הייבום מפני החליצה. רק בעניין מניעת נישואין מיבם המסרב לחלוץ לאלמנת אחיו נדרש רי"מ להיבט הבין-עדתי. הוא החיל אף על הספרדים את הנורמה האשכנזית המונעת נישואין בטרם חליצה משום חרם רגמ"ה, וזאת בנימוק שהאיטליקים היו ברובם אשכנזים או הושפעו מהם, והם שקבעו את מנהג המקום לעניין חדר"ג. לפיכך, "הספרדים שבאו כאן נותנים להם חומרי המקום בלי ספק".⁷² אין לדעת עד כמה היה מוכן רי"מ חזן להחיל את הנורמה האשכנזית על קהילות ספרדיות בסביבות אחרות שלא היו אירופאיות או נוצריות, למשל במדינת ישראל של ראשית שנות החמישים. כמו כן נראה ששיקולים מעין אלה שנקט כאן רי"מ חזן היו יפים רק לשינוי פנים-הלכתי ולמעבר ממסורת משפטית אחת, הספרדית, לטובת אימוצה של מסורת משפטית אחרת, האשכנזית. אבל ברור לגמרי שאם כל הזרמים הקיימים בעם היהודי היו נוקטים שמצוות ייבום קודמת, כי אז נוכחותה של הסביבה הנוצרית או הציוויליזציה האירופאית החדשה לא הייתה מהווה עבור רי"מ חזן גורם לשינוי הדין היהודי. הוא הדין לנושאים אחרים בדיני המשפחה שבהם גישת הנצרות וערכי הציוויליזציה האירופאית היו מנוגדים לכל הזרמים היהודים ללא יוצא מן הכלל.

ה. היעדרן של תניות גורפות המחייבות חליצה

הפסיקה של חכמי ירושלים במאה התשע עשרה בסביבה הספרדית נקטה במישור ההלכתי-העיוני עמדה כי מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה כפי שזו נתגבשה בקודקס שולחן ערוך ורווחה לאחר מכן במסורת הספרדית. אבל במסורת הספרדית התקיים ערוץ משפטי נוסף מעבר לטקסטים הקנוניים הללו, והוא הערוץ החוזי שחשיבותו המעשית, גם אם לא העיונית-התיאורטית, הייתה רבה. מדובר בתניות חוזיות שנלוו לנישואין ונערכו על ידי הצדדים בסמוך לנישואין. בתוכן בולטות תניות שהשפיעו במישורין או בעקיפין על מעמדה המשפטי של האלמנה שבקשה להשתחרר מקשר הייבום או להקל מעליה את הלחץ של היבום. תניות אלה הופיעו במספרים ניכרים שנים אחדות לאחר הגירוש מספרד, ואנו מוצאים אותם במקומות שונים שאליהם הגיעו מגורשים. חשוב לציין כי בדרך כלל גובשה ההתחייבות בתור תניה בכתובה, וחוזקה בשכועה שנשבע האיש או אחיו היבמים הפוטנציאלים לקיים את התחייבותם החוזית.⁷³

71 שם, בעמ' 288-300.

72 לעיל ה"ש 61.

73 איילת סגל דנה בהרחבה בהתחייבות לחלוץ מצד אחי הבעל הן במרחב האשכנזי והן במרחב הספרדי, החל מימי הביניים ועד למאה העשרים. לעיל ה"ש 14, בעמ' 202-225.

דוגמאות של תניות ניתן למצוא ב'ספר השטרות תיקון סופרים' המיוחס לר' שמואל יפה ולר' משה אלמושנינו, שהיה רווח במרחב הספרדי. חיבור זה היה מצוי בכתבי יד שונים החל מן המאה השש עשרה במרכזים היהודיים בסלוניקי, איזמיר, ירושלים וקהיר,⁷⁴ ונדפס לראשונה בליוורנו בשנת 1789 על פי אחד מכתבי היד. אנו מוצאים בו התחייבות של האיש לתת גט לאשתו אם יהיה חולה מסוכן, שתיכנס לתוקף לפני מותו ותאיין לגמרי את זיקת הייבוש.⁷⁵ תניה אחרת, דראסטית פחות, כללה התחייבות של האיש לגרום לכך שאָחיו יישבעו לחלוץ לאלמנה אחר תשעים יום ללא עיכובים.⁷⁶ מתונה יותר הייתה תניה שהתמקדה במימוש הכתובה בידי האלמנה ובכלל זה היבמה: 'ואם יפטר החתן [...] הן ישאר לה ממנו זרע הן לא ישאר, תגבה הכלה הנזכרת כל כתובתה משלם'. לאמור, מתן זכות לאלמנה לגבות את כתובתה באופן בלתי תלוי בחליצה או בייבוש, ובכך לשחרר את האלמנה מחמדנותו של היבם שהייתה אחד הגורמים הנכבדים לעיכובי החליצה.⁷⁷

אין ספק שכל אחת מן התניות, ובוודאי שכולן יחד, הפחיתו באופן משמעותי את מספרם של מקרי הייבוש והורידו את הלחץ מן האלמנה להתייבם. מתן תוקף מלא לתנית החליצה ולהפצתה בקהילה היה מקרב את מצבה המשפטי של האלמנה הספרדייה לזה של אחותה האשכנזייה, שלגביה נדחה הייבוש הן מכוח הדין והן מכוח המנהג. השתרשות דפוס זה של יחסים משפטיים היה הופך בסופו של דבר את קשר הייבוש מקשר בעל אופי אישתי לקשר בעל אופי איסורי, בדומה לתהליך שהתרחש אצל האשכנזים. ניתן להניח שהמערכת המשפטית הייתה מגלה נכונות רבה להיענות לתביעה של אלמנה לחייב בחליצה כשעמדה לרשותה אחת העילות המוגדרות.

עד כמה נפוצו התניות השונות, כולן או מקצתן, במרחב הספרדי? איילת סג"ל במחקרה סבורה שבאיטליה וביוון רווחה התחייבות האחים לחלוץ עד המאה העשרים. לעומת זאת בטורקיה ובארץ ישראל הלך והצטמצם השימוש בהתחייבות האחים לחלוץ החל מן המאה השבע עשרה ואילך. לטענתה, ראייה מכרעת לכך היא העובדה שלא מצאנו

74 ראה מבוא לספר תיקון סופרים לר' יצחק צבאח – הועתק בירושלים בשנת שצ"ה (1635) על ידי הסופר יהודה מרעלי 44-39 (רות למדן מהדירה, 2009).

75 שם בעמ' 84, 86.

76 שם, בעמ' 86. במקורות אשכנזיים ואחרים נהגו להוסיף להתחייבות כי החליצה תיעשה ללא דרישות כספיות מצדם של האחים

77 לא מצאתי תניה זו, שם. אבל ראה שו"ת תורת אמת, סימן כט, על מנהג סלוניקי בעניין זה. ראה גם שו"ת רלב"ח, סימן לו, ובו דן המחבר בתניה מעין זו לגבי מקרה שאירע בסלוניקי בעת שכיחן שם כרבה של אחת הקהילות. התשובה נכתבה כשנה לאחר פטירת אביו, דהיינו בשנת רע"ז (1517). לגופו של עניין דחה המחבר ללא היסוס את תחולתה של התניה בנסיבות המקרה.

בכתובות תניה זו בכתובות שנכתבו בתקופה זו באזורים אלה.⁷⁸ ספק אם טענה זו נכונה לגבי טורקיה, שכן מצאנו פסק דין של חכם ירושלמי בעניין תנית החליצה שניתן בעת שהותו בטורקיה, באזור שנהגו להוסיף את התנייה לכתובה כדבר שבשגרה.⁷⁹ לעומת זאת, מסתבר, שכך הוא הדבר לגבי ירושלים במאה ה-19 ובמקומות השונים שהפנו את שאלותיהם לירושלים. בכל פסקי הדין שנתנו על ידי חכמי ירושלים ואשר נדון בהם להלן, לא מצאתי מקרה אחד שבו הופיעה אחת מתניות החליצה. שמא נאמר שבמקרים שבהם התחייבו האחים לחלוץ לא התעוררו דיונים משפטיים? קשה להניח זאת. הרי בסביבה האשכנזית הייתה קיימת הוראה הדומה בתוכנה לתנייה המחייבת את האחים לחלוץ, שנבעה מכוח הדין עצמו ולא רק מכוח התחייבות חוזית, ובכל זאת אנו מוצאים לא אחת עימותים משפטיים בין האלמנה לבין גיסיה.

תניה אחרת שהיה לה פוטנציאל השפעה עקיף על מעמדה המשפטי של היבמה הייתה תנית המונוגמיה. עיקרה של התניה הוא התחייבות כללית של האיש לאשתו הנשואה, שנרשמה בדרך כלל בכתובה, שלא לשאת אישה אחרת על פניה וקביעת סנקציות בגין הפרת ההתחייבות.⁸⁰ שורשיה של התניה קדומים מאוד והיא רווחה ברחבי המזרח הקדום, ואילו בסביבה היהודית התרחב מאוד השימוש בה במצרים בתקופת הרמב"ם וכמו כן בספרד במהלך ימי הביניים.⁸¹ לאחר הגירוש מספרד היא נפוצה בקרב הגולים, ובניגוד לתניות החליצה היא פשטה בכל המרחב שאליו הגיעה השפעה ספרדית אך לא חדרה לקהילות מזרחיות מובהקות דוגמת תימנים, פרסים ובבלים. במקרה שהיבם היה נשוי, ומצבים כאלה היו רווחים למדי, והוא התחייב לאשתו בכתובה שלא לשאת אישה אחרת, יכולה הייתה האלמנה לחסות בצילה של התנייה שניתנה לטובת גיסתה.

טענה מעין זו טען הרב יעקב מאיר, כי הייבום לא רווח למעשה משום שברוב המקרים היבם הוא נשוי ומכוח תנית המונוגמיה והשבועה הוא חייב לחלוץ לאלמנת

78 סגל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 207-208.

79 שו"ת שערי רחמים, אבן העזר, סימן לט. החכם המשיב הוא החרי"ף, שהיה בשליחות בערי טורקיה בשנות השבעים של המאה ה-19. ראה אברהם יערי שלוחי ארץ ישראל: תולדות השליחות מהארץ לגולה מחורבן בית שני עד המאה התשע עשרה 744 (התשי"א). החרי"ף נתן תוקף מלא להתחייבות האח לחלוץ, שנתמכה בשבועה, וכפה עליו באמצעות נידוי לתת חליצה. זאת למרות שלאחר התחייבותו המקורית הוא נשבע שלא לחלוץ. את פסק הדין נתן המחבר בהיותו בטורקיה, ונראה שאף המקרה אירע שם. לפי זה טעונים דבריה של איילת סגל, המניחה שבתורכיה, כמו בישראל, לא רווחה תניה זו במאה ה-19, טעונים תיקון.

80 אודות תנית המונוגמיה ושורשיה ראה פרידמן, ריבוי נשים בישראל – מחקרים חדשים מגניזת קהיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28-32. ניתוח יוריספרודנטיאלי של תנית המונוגמיה, ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26-30.

81 שם, פרידמן, בעמ' 33-53.

אחיו.⁸² אלא, כפי שנראה להלן בהרחבה, צמצום זה של היקף תופעת הייבום בשל שבועת המונוגמיה לא היה חד משמעי בפסיקה הרבנית, ומצאנו בעניין שני זרמים עיקריים בקרב חכמי ירושלים. היו שנקטו שהשבועה נדחית מפני מצוות הייבום ובכך הותירו את שערי הייבום פתוחים גם במקרים הרבים שהיבם היה נשוי. לעומתם היו שנקטו כי שבועת המונוגמיה חלה גם במצב של ייבום, והפחיתו בכך במידה ניכרת את היקף תופעת הייבום.

התוצאה הייתה שחרף השימוש האינטנסיבי בתניות במסורת הספרדית, לא חל בהכרח צמצום חד בדיונים המשפטיים בין האלמנה המסרבת להתייבם לבין היבם. חילוקי הדעות לגבי זכותו של יבם נשוי לייבם את אלמנת אחיו הביאו לכך שתנית המונוגמיה לא מיצתה את פוטנציאל הריסון שהיה טמון בה. בעקבות זאת הנושא העסיק מאוד את הפסיקה הרבנית, וחלק גדול מפסקי הדין שנתנו בתקופת מחקרנו בידי דייני ירושלים דנו בכך. מאחר שלא רווח בסביבה זו השימוש בתניות חליצה למיניהן, עלה הצורך להתמודד עם עילות מיוחדות שיצדיקו את תביעתה של האלמנה לחליצה. בעילות אלה נדון בפרקים הבאים, ונפתח במקרים של פער גילים.

ו. פער גילים בין היבם ליבמה

1. פתיחה

משקבענו כי מצוות ייבום קודמת ושהיבמה איננה יכולה להשתחרר מקשר הייבום ללא עילה מצדה, נפנה לעיין בעילות שעמדו לטובתה של האלמנה. קבוצה אחת של עילות היא כפי שהוזכר לעיל, העילות של אישה נשואה החפצה בגירושין. אולם, בחיבורי השו"ת של דייני ירושלים לא התפרסמו פסקים בעניין עילות אלה ואף אנו לא נדון בכך. קבוצה אחרת של עילות היא קבוצות העילות המיוחדות העומדות לרשותה של היבמה ואשר אינן עומדות לרשות האישה הנשואה. בפרקים הבאים נדון בעילות מקבוצה זו, שהן עיקר הכתיבה של דייני ירושלים, ונפתח בעילת פער הגילים שלה העוגן הקדום ביותר במקורות ההלכה.

2. המקורות המשפטיים

פער גילים בין היבם לבין היבמה הוא תופעה שכיחה למדי בחברה מסורתית שבה קיים לעתים פער גילים גדול בין אחים, הנובע, בין השאר, מחיי נישואין ארוכים של אביהם. כך למשל במקרה לא נדיר של אדם שנישא בשנות העשרה לחייו והוליד בן, ולאחר עשרות שנים נשא אישה אחרת ושוב הוליד ממנה בן, ושני בניו אף הם נשאו נשים בנות

גילם. עתה, אם ימות בנו הראשון ללא ילדים, תיפול אלמנתו לייבום לפני האח הצעיר בשנים רבות ממנה, והוא הדין אם ימות האח הצעיר, תיפול אלמנתו לייבום לפני אחיו המבוגר ממנה בשנים רבות. בחיי הנישואין לא נחשב פער הגילים לעילת גירושין, ואם קידש אדם וקן אישה צעירה ואפילו ילדה, הקידושין תקפים ועוברת הפער אינה מעמידה עילת גירושין לאישה. לא כך הדבר בהכרח לגבי זיקת הייבום, וכבר בתלמוד מובאת ברייתא שמתייחסת באי נוחות לפער הגילים:

'וקראו לו זקני עירו' – הן ולא שלוחן, ודברו אליו – מלמד, שמשאיין לו עצה הוגנת לו, שאם היה הוא ילד והיא זקנה, הוא זקן והיא ילדה, אומרין לו: מה לך אצל ילדה, מה לך אצל זקנה, כלך אצל שכמותך ואל תכניס קטטה לתוך ביתך!⁸³ (להלן: הברייתא של העצה)

ברור שהברייתא ראתה במימוש הייבום, כשבין הצדדים פער גילים ניכר, פוטנציאל לסכסוכים בין בני הזוג, ולפיכך צירפה המלצה להימנע מכך. המלצה זו הוטלה במקרא על הזקנים שהיו חברי המוסד השופט ושמתפקידם היה להביא את הדברים לידיעת היבם באופן בלתי אמצעי. לא ברור מן התלמוד מה טיבה של המלצה זו, האם היא נשאת במישור המוסרי בלבד או שיש בצדה גם סעדים משפטיים לטובת יבמה שתסרב להתייבם בשל פער הגילים ותתבע חליצה.

בתקופת הגאונים ציטט מחבר ספר 'הלכות גדולות', שהוא חיבור מרכזי מתקופת הגאונים, את הברייתא שהובאה לעיל בכמה שינויים, והוסיף: "ואי לא משגח אכפינן ליה".⁸⁴ ברור מכאן שפער הגילים נתפש כעילה משפטית מובהקת שבגינה אף כופים חליצה. במרוצת הדורות שימשה העילה הנזכרת בברייתא זו בניין אב לעילות אחרות.⁸⁵ בקודקסים הספרדיים הגדולים רוחה הגישה המנוגדת, שראתה בברייתא אך מקור מוסרי, כך שאם רצה ליבם אין כופין אותו לחלוץ. הרי"ף, בחיבור ההלכות שלו, מצטט את הברייתא, אך בניגוד לספר 'הלכות גדולות' הוא אינו מוסיף את המסקנה שכופים את היבם לחלוץ אם יסרב.⁸⁶ גם הרמב"ם מותיר הלכה זו בתור עצה שנותנים הדיינים לצדדים: "והן קוראין לו ונותנין לו עצה ההוגנת לו ולה, אם עצה טובה ליבם יועצין אותו ליבם, ואם עצה טובה לחלוץ כגון שהייתה היא ילדה והוא זקן או היא זקנה והוא

83 כבלי, יבמות קא, ע"ב.

84 הלכות גדולות, סימן לא, הלכות ייבום וחליצה, עמוד שכ. עמדה דומה נקט רב הילאי גאון בתשובה המובאת בתשובות הגאונים, שערי צדק, חלק ג, שער א, סימן נב.

85 הפרשנות של 'הלכות גדולות' שימשה מקור נורמטיבי בידי ר' שמעון ב"ר צמח דוראן, מגדולי הפוסקים הספרדים בראשית המאה החמש עשרה שפעל באלג'יריה, להכשיר חליצה שנכפתה על יבם צעיר שבינו לבין האלמנה היה פער גילים גדול, הגם שטענה זו לא הייתה חינונית לצורך הכרעת הדין. שו"ת תשב"ץ, חלק ב, סימן ג.

86 הלכות רב אלפס, יבמות יד, ע"ב (מהדורת זק"ש, כא, ע"א); לה ע"א (זק"ש, מו, ע"א).

ילד יועצין אותו לחלוץ".⁸⁷ בעקבות הרמב"ם הולך ספר הטורים, שמדגים את העצה במקרה של פער גילים,⁸⁸ ואילו ר"י קארו בשולחן ערוך מסתפק בציון העיקרון של עצה טובה ומוותר על הדוגמה של פער גילים.⁸⁹ עמדה זו של הקודיפיקטורים הספרדים מצאה את ביטוייה בדיון במקרה שהתרחש בקנדיה במאה השש עשרה ואשר הסעיר את העולם הרבני.⁹⁰ פרטי המקרה היו כדלקמן: "יבמה בת כ"ב [עשרים ושתיים] שנה נפלה לפני יבם בן ז' [שבע] שנים והמתינה לו עוד שבע שנים אחרות לשיגדיל". גדולי חכמי הספרדים בארץ ישראל, המב"ט, ר' יוסף קארו, וגם הרדב"ז⁹¹ שפעל במצרים ובארץ ישראל, נקטו באופן דומה, לאמור, פער גילים גדול בין אלמנה בת עשרים ושתיים שהמתינה ליבם הקטן שמונה שנים כדי שיגדל אינו מהווה עילה לכפייה על החליצה אלא רק מניע את בית הדין להמליץ בפני היבם לחלוץ. מכאן ואילך לא הרבתה הפסיקה הספרדית לעסוק בעניין ולא התפרסמו פסקי דין בנושא.⁹² כל אלה עמדו בפני דייני בית הדין בירושלים שבפסיקהם נדון להלן.

3. 'האלמנה מג'ורג'יה'

מקרה דומה לזה שאירע בקנדיה נשלח לבית הדין בירושלים מג'ורג'יה. לפי בקשת החכם באשי, הרב מאיר פניז'יל, כתב יש"א את התשובה.⁹³ אלה פרטי המקרה: אשה התאלמנה בלי ילדים בהיותה בת חמש עשרה, ונותר יבם בן ארבע. בהגיע היבם לגיל שלוש עשרה הוא ביקש לייבם את האלמנה, אך היא סירבה בשל פער הגילים וכן בשל העובדה שליבם לא הייתה דירה והאלמנה סירבה לגור עם חמותה שהייתה מעורערת בנפשה. עמדת אבי היבם לא נתבררה לגמרי בפסק הדין. מצד אחד ציין יש"א כי האב הוא זה שלימד את בנו להצהיר כי הוא חפץ בייבום ולא בחליצה. מצד שני נמסר לבית הדין שאבי היבם אמר לאבי האלמנה "בתך אסורה לבני". נעשה ניסיון מצידם של

87 רמב"ם, הלכות ייבום וחליצה, פרק ד.

88 טור, אבן העזר, סימן קסו.

89 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קסו, סעיף א'.

90 מקרה זה נדון בהרחבה בשו"ת בית יוסף, הלכות ייבום וחליצה, סימן ג. פסק הדין הראשון והישיר ניתן בידי ר' יהודה חן, והגיב עליו באריכות ר' יוסף קארו. כמו כן נדרש למקרה ר' משה בן יוסף טראני (המב"ט) בשו"ת מב"ט, חלק א, סימן פ. ראה כ"ץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 163-164.

91 שו"ת רדב"ז, חלק ד, סימן קח.

92 בכנסת הגדולה, אבן העזר, סימן קסו – שהיא תמצית פסיקה ספרדית מאמצע המאה השבע עשרה, נזכר רק מקור זה כמי שדן באופן מעשי בפער הגילים כעילה לכפיית חליצה.

93 שו"ת שמחה לאיש, חלק אבן העזר, סימן יז. חוות הדעת נכתבה לבקשת ר' מאיר פניז'יל בעת שניהן כראש"ל, ונוכל להסיק שהתשובה ניתנה בין השנים תר"ם (1880), שהיא שנת מינויו, לבין שנת תרמ"ח (1888), שהיא שנת הדפסת הספר.

גורמים בקהילה לזמן את שניהם ביחד, אלא שהיבם סרב לחלוץ, ובאותה הזדמנות רקקה האלמנה בפניו כמקובל בטקס החליצה.⁹⁴

השאלות המשפטיות שהעסיקו את יש"א היו שתיים: האחת, האם הרקיקה פסלה את האלמנה לייבום, שכן יש לראות בכך את תחילת טקס החליצה ולכן ניתן לכופף את היבם לחלוץ. ואולי האלמנה עדיין מותרת לייבום ולא ניתן יהיה להפעיל לחץ על היבם המעוניין בייבום. השנייה, האם בן חייב להישמע לדרישת אביו בעניין בחירת בת הזוג לנישואין, והוא הדין לנישואי ייבום. שני עניינים אחרים עשויים היו להידון כאן אך לא נדונו: האחד, האם פער הגילים מצדיק לקבוע שמצוות חליצה קודמת. והשני, האם יש להתייחס ליבם כאל מי שאינו יכול לזון את האלמנה, ולכן יש לכופפו לחלוץ.

מרכז הכובד של יש"א היה במעשה הרקיקה, האם הוא פוסל את האלמנה לייבום במקרה זה. השאלה המרכזית היא האם הרקיקה היא מעשה חד צדדי ודי בכך שהאלמנה תתכוון לפעולה, או שצריך גם את הסכמת היבם כמו בכל עסקה משפטית. לאחר דיון מקיף ומפורט בדעות השונות בקרב הפוסקים, רובם הגדול מן הסביבה הספרדית, הגיע יש"א למסקנה כי הייתה זו רקיקה תקפה, ולכן האלמנה פסולה לייבום והיא מועמדת רק לחליצה. ניתן היה לצפות כי לאחר מסקנת ביניים זו יצעד יש"א עוד צעד ויורה כי ניתן לכוף את היבם לחלוץ במישירין או בעקיפין באמצעות הרחקה דרבנו תם.⁹⁵ אולם צעד כזה לא נצער, אפילו לא במחיר כלכלי שיושת על האלמנה, אלא יש"א עובר למישור ההטפה המוסרית. הוא מצייין בפני היבם ואביו כי לפי הקבלה, החליצה היא צורך ממשי למנוחת נשמתו של האח שנפטר ו"כי קול נפש המת צועקת עליהם מן האדמה רחמנא ליצלן וראוי לחוס ולחמול ולרחם עליו למנוחתו". אך הוא לא אומר דבר וחצי דבר לגבי חיוב וכפייה של ממש. דיון קצר ומהוסס קיים יש"א בעניין הנושא השני, שהוא סירובו של האב לראות את בנו חי עם האלמנה לאחר שייבם אותה. הוא הזכיר בקיצור נמרץ כמה מקורות שרובם מצביעים על כך שיש חובת ציות על הבן כלפי אביו. אמנם אם חשק הבן באישה יש אומרים שהוא רשאי שלא לציית לאביו, אך אין זה סביר לדעת יש"א, במקרה זה של נער קטן ביחס לאישה המבוגרת ממנו בעשר שנים, שאמנם חשק באלמנה על דעת עצמו. לאור זאת הסיק יש"א כי עדיף לבן לבחור בחליצה, שבכך יציית לדרישת אביו. אלא שגם לאחר הדיון בשני הגורמים הללו, הרקיקה והתנגדות

94 יש לשער שמישהו לימד את האלמנה לעשות כן כדי להעלות ספק חליצה, ובכך לחסום את הדרך בפני הייבום. כך גם נהגה כלתו של ר"י קארו, ראה שו"ת מהריט"ץ, סימן לא.

95 הרחקה דרבנו תם היא שורה של סנקציות עקיפות שניתן להפעיל על הבעל הסרבן, הכוללות נידוי חברתי של הסרבן, איסור על עלייתו לתורה, צירופו למניין, לימודו תורה, מילת בניו ושאר איסורים. שימוש בהרחקות רבנו תם בהקשר של ייבום ראה גם אברהם בארי "הרחקות רבינו תם: גישות חדשניות בדרכי אילוף בעל לגרש אישתו" שנתון המשפט העברי י"ח-י"ט, 65 (1994).

האב לנישואין, יש"א לא הלך בתלם החיוב והכפייה, כי אם פנה שוב אל מישור ההטפה המוסרית ואל המצפון של היבם.

אשר לפער הגילים בין היבם הצעיר ליבמה המבוגרת, נושא זה כלל לא עלה לדיון אצל יש"א. אין זאת אלא שהוא היה צמוד לגמרי לתוואי של הפסיקה הספרדית, ובכלל זה עמדת ר"י קארו בשולחן ערוך, שדחו גורם זה מלשמש עילה. לא נותר ליש"א אלא להביע את "תקותנו חזקה שיקבל היבם דברים אלו היוצאים מן הלב ותחשב לו לצדקה, וברכות התורה יחולו על ראשו ושאנן מפחד רעה". ספק רב אם היה בדברי כיבושין אלה להניא את היבם ובני משפחתו, שאינטרסים חומריים עמדו כנראה לנגד עיניהם, להושיע את האלמנה הצעירה במצוקתה.

התעלמותה של הפסיקה בירושלים מן הגורם של פער הגילים באה לידי ביטוי חריף אף יותר במקרה של הפגיעות הכלכליות שנפגעה האלמנה בנסיבות שהיבם היה עדיין קטין. מקרה כזה התגלגל לפתחו של הרב רחמים פראנקו (החרי"ף) בעת שכינה כרבה של חברון.⁹⁶ לפי פרטי המקרה הייתה האלמנה בת עשרים ושלוש והיבם בן שנים עשרה, כמחצית מימי חייה של האלמנה. בשל היותו פחות מגיל שלוש עשרה הוא נחשב קטין ולא כשיר לחלוץ או לייבם, לפיכך התמקדה תביעתה של האלמנה בדרישה לקבל לידיה חלק מנדונייתה או מרכוש בעלה כדי למוכרם ולכלכל עצמה בתמורה שתקבל. האלמנה ציינה בדברי תביעתה, כי לפי דעתה יחלוץ לה היבם בכוא העת בשל פער הגילים הגדול שביניהם.

מאחר שהיבם היה קטין וחסר כושר משפטי, לא ניתן היה לממש את הייבוש ולא ניתן היה לבצע חליצה, וכתוצאה מכך נשארה האלמנה קשורה בקשר הייבוש במצב של מעין עגונה. במיוחד היה מצבה מורכב וקשה כתחום הכלכלי, שכן ערוצי הקיום הרגילים העומדים בפני אלמנה היו חסומים בפניה: היא לא הייתה יכולה להינשא לאיש אחר שיוון אותה; היבם לא היה חייב במזונותיה; היא לא הייתה זכאית למדור ולמזונות מן העיזבון; וגם לא יכלה לתבוע את סכומי כתובתה מעזבון בעלה.⁹⁷ כדי שלא תגוע ברעב ביקשה האלמנה לאפשר לה למכור את הנכסים שהביאה עמה אל הנישואין והוגדרו כנדוניה, או למכור חלק מעזבון בעלה על חשבון גביית הכתובה לכשיגדל היבם ומן הסתם יחלוץ לה בשל פער הגילים.

נושא זה, של שרירותה הכלכלית של האלמנה הזקוקה ליבם קטין, היה כאוב מאוד לאורך ההיסטוריה של המשפט העברי. בתלמוד עצמו התכחשו לפגיעה הקשה

96 שו"ת שערי רחמים (פראנקו), חלק א, שער הנשים, סימן כז. חיבור זה נרפס בשנת תרמ"א (1881), וחר"ף התמנה לתפקיד רב בחברון בשנת תרל"ח (1878). ראה יערי, לעיל ה"ש

79.

97 על מצבה הכלכלי של היבמה ראה טור ושולחן ערוך, אבן העזר, קס.

באלמנה, וראו בכך קנס מן השמים⁹⁸ שהוטל עליה. היו ניסיונות בקרב חכמי הלכה מאוחרים להקל על מצוקתה של האלמנה בנסיבות אלה. אחד מהם נעשה על ידי המבי"ט, שאישר לאלמנה למכור את נכסי נדונייתה. קביעתו של חכם זה עשויה הייתה לשמש אסמכתא ראויה, שכן המבי"ט פעל כאן בארץ ישראל ונמנה עם גדולי החכמים הספרדים בתקופתו. אלא שחרי"ף דחה את דברי המבי"ט, וסבר שאין לאפשר לאלמנה לממש שום רכוש, שלה או של בעלה המנוח, בטרם יחלוץ לה היבם. חרי"ף גם נדרש לטענה כי היבם יחלוץ לה בבוא העת בשל פער הגילים. הוא קבע כי מבחינה משפטית לא מוטלת שום חובה על היבם לחלוץ בנסיבות של פער גילים, וכי מבחינה עובדתית מימוש הייבום בנסיבות של פער גילים הוא תופעה רווחת. לכן, טען, אין יסוד להנחתה של האלמנה כי היבם יחלוץ לה בעת שיגדל. לא ברור אם טענה זו של חרי"ף משקפת את המציאות החברתית באופן מלא או שהיא משמשת בפיו רק כנימוק רטורי. מכל מקום, לאלמנה לא היה שום רווח והצלה במקרה של פער גילים בינה לבין היבם, ואם הוא היה עדיין קטין נגזר עליה לחיות חיים של מצוקה כלכלית.

אם פער גילים לטובת האישה לא נחשב עילה כדי לחייב את היבם בחליצה, על אחת כמה וכמה שפער גילים לטובת האישה לא נחשב לעילה. אכן, במקרה של האלמנה מן המזרח' שנרון בו להלן⁹⁹ היה היבם בן חמישים ואילו היבמה הייתה רק בת עשרים. בנסיבות המקרה לא הייתה לאלמנה עילה של ממש נגד היבם, ויש"א, שביקש למצוא עוגן לחייב את היבם בחליצה, עשה ניסיונות נואשים לדלות עילה משפטית מתוך מסכת העובדות. עם זאת, חרף מאמציו הנואשים כמעט, לא הציע יש"א את פער הגילים כעילה אפשרית, אפילו לא חלשה. דברי הברייטא שבתלמוד בעניין "הוא זקן והיא ילדה" נותרו אפוא המלצה קלושה.

ז. ביגמיה וייבום

1. אבני בניין משפטיות

גורם אחר שהיה בעל פוטנציאל להתגבש כעילה לחליצה היה הגורם הפוליגאמי. לעתים קרובות היו אחיו של הנפטר נשואים בעת מותו, ומימוש הייבום היה יוצר משפחה פוליגאמית. אשת היבם התנגדה כמעט בלי יוצא מן הכלל באופן נמרץ להכנסת גיסתה האלמנה לביתה כאישה נוספת, אך גם האלמנה זקוקת הייבום התנגדה בדרך כלל לחיות במסגרת של משפחה פוליגאמית. לאלמנה שהתנגדה לייבום בנסיבות אלה עמדו כמה עילות הגנה פוטנציאליות, ישירות או עקיפות, שמכוונו עשויה הייתה לזכות בתביעתה. עילת הגנה ראשונה מכוח הדין התבססה על כך שראוי כי השופטים ימליצו בפני היבם

98 בבלי, יבמות מא, ע"ב.

99 ראה להלן ליד ה"ש 135.

להעדיף את החליצה, ואולי אף יחייבו אותו בכך. זאת משום שבדומה לגורם של פער הגילים, גם הכנסת אישה נוספת למשפחה יש בה פוטנציאל עצום של הפרעה לחיים. בעניין זה נדון בסעיף הראשון של פרק זה, שבמרכזו תעמוד שיטת הריב"ש. עילה אחרת היא חזוית ביסודה ועקיפה במהותה. היא התבססה על התחייבות חזוית בכתובה מצד הבעל לטובת אשתו, שאסרה עליו לשאת אישה אחרת והטילה עיצומים בגין הפרת ההתחייבות (להלן: תנית המונוגמיה). בפסיקה הספרדית נחלקו הדעות בין הרמב"ם ור"י קארו האם עומדת תנית המונוגמיה לטובתה של האישה הנשואה גם במקרה של ייבום, ונדון בהן בהרחבה. על נדבך זה של תנית המונוגמיה נוספה בברכות השנים שבועה שנשבע האיש לקיים את התחייבותו, ובכך העניק ממד איסורי להתחייבות החזוית (להלן: שבועת המונוגמיה). נדבך זה של השבועה חורג מן המחלוקת המקורית שבין הרמב"ם לר"י קארו שהתמקדה בתניה החזוית בלבד. גם כאן ניצבה השאלה עד כמה יכולה הייתה היבמה להשתמש לטובתה בהגנה זו של השבועה שהוענקה לאישה הנשואה.

2. הגנה מכוח הדין נגד נישואין פוליגאמיים

המסורת הספרדית המאוחרת, שהתפתחה בספרד הנוצרית ופשטה לאחר הגירוש בקהילות שברחבי אגן הים התיכון, הלכה עקרונית בתלם המסורת שרווחה בספרד המוסלמית, אשר העדיפה את מצוות ייבום על פני מצוות החליצה. חרף העמדה הספרדית להעדיף את הייבום על פני החליצה, נמצאו חכמים בספרד הנוצרית שסייגו את הגישה הזו והעדיפו את החליצה במקרה שהיבם היה נשוי. כך למשל כתב בראשית המאה הארבע עשרה ר' יום טוב אלאשבילי (ריטב"א), בהסתמך על 'הברייתא של העצה', שריבוי נשים הוא גורם המצדיק התנגדות מוסרית לייבום ומתן המלצה חזקה ליבם שיעדיף את החליצה.¹⁰⁰ אבל רק לקראת סוף המאה אנו מוצאים אצל ר' יצחק ב"ר ששת (הריב"ש) ביטוי לעמדה נורמטיבית הרווחת ייבום יוצר ביגמיה. אלא שעמדת הריב"ש אינה החלטית. יש בתשובותיו בנושא זה עמדות שונות, ולעתים מנוגדות. בשל מעמדו החשוב של הריב"ש במסורת הספרדית המאוחרת, הרבו חכמי הלכה ספרדים מאוחרים לדון בשיטתו, וכך גם עשו הדיינים שבירושלים.

עמדה ברורה ומפורשת יש בתשובות הריב"ש סימן ש"ב: "דאפילו לדברי הגאונים ז"ל, שפוסקין דמצות יבום קודמת, בנדון זה, שהיבם הוא נשוי, לכולי עלמא מצות חליצה קודמת [...] שאין לך מכניס קטטה לתוך ביתו כמו נושא אשה על אשתו". המקור לקביעתו של הריב"ש הוא 'הברייתא של העצה', ובדברי הריב"ש שני חידושים חשובים: דברי התלמוד מצויים במישור הנורמטיבי ולא רק במישור המוסרי, שאם לא כן, כיצד זה נתנו חכמים המלצה לאדם להתנהג בניגוד להלכה. המקרים הנזכרים בתלמוד הם

דוגמאות בלבד ולא רשימה סגורה, והעיקרון הכללי העומד בבסיסם הוא שקיומם של גורמים אובייקטיביים לחיים מלווי קטטות בין בני זוג מטה את ההכרעה לטובת העדפת חליצה על פני ייבום. נישואין ביגמיים הם לדעת הריב"ש הדוגמה המובהקת לחיים רצופי קטטות, ולכן במקרה של ייבום היוצר ביגמיה נאמר ליבם: חלוץ ואל תייבם. עמדת זו של הריב"ש נזכרת בתשובה שהשיב רב"מ נבון למצרים בפרשת 'ארבעת האחים', אך היא איננה תופסת מקום מרכזי בדיון. זאת משום הנסיבות המיוחדות של המקרה: הן היבמה והן אשת היבם הסכימו לייבום, ורק אחי היבם התנגדו לו. טעם זה של קטטה שולט אפוא על הכלל של הריב"ש, וכמצב ששתי הנשים מסכימות לייבום לא תעמוד הלכת הריב"ש למחסום ולמכשול בפני הייבום. פרושו של דבר שהלכת הריב"ש לא הייתה להוראה עצמאית השוללת ביגמיה ומנותקת מן הטעם שעליה התבססה בתחילה.

גם יש"א הקדיש דיון מפורט בדברי הריב"ש הללו בכמה פסקי דין שכתב, והסיק שגישת הריב"ש הייתה שמצוות ייבום קודמת גם במקרה של נישואים ביגמיים. בפרשת 'אשת המלמד העני' שהתרחשה בירושלים,¹⁰¹ ואשר בה ישב בראש ההרכב, ייחס לה יש"א משקל נמוך. יש"א ער לתשובת הריב"ש בסימן ש"ב, אך הוא מפקפק אם אכן היא משקפת את עמדתו. לדעתו, אין בתשובות הריב"ש גישה אחידה, ובכמה מתשובותיו נוקט הריב"ש גישה מנוגדת. כך למשל בתשובה בסימן תק"ט התנגד הריב"ש לעמדת בית דין המקומי, שהסתמך על פסיקתם של מקצת חכמי הצרפתים, וחייב יבם נשוי לחלוץ.¹⁰² עמדת ביניים נקט ריב"ש בסימן א', וממנה עולה שייבום יוצר ביגמיה אינו נפסל על הסף וגם אינו מהווה מגן מוחלט עבור אלמנה המסרבת להתייבם. הביגמיה רק מטילה חובה על בית הדין לבדוק את יכולתו הכלכלית של היבם, וייתכן שעל שכמו של היבם תהיה מוטלת ההוכחה כי יש לאל ידו לזון שתי נשים בכבוד וכנדרש. הוראה זו גם אינה אומרת דבר וחצי דבר על מידת הלחץ שנפעיל על יבם המסרב לחלוץ לאלמנה, לאחר שנקבע לגביו כי הוא חסר יכולת כלכלית. רק זאת יודעים אנו מדברי הריב"ש, כי האלמנה לא תוכרז כ'מורדת' ולא תפסיד את זכויותיה הממוניות והרכושיות.

יש"א מסיק שעמדת הריב"ש היא שמצוות ייבום קודמת תמיד, ואילו בתשובה בסימן ש"ב דיבר הריב"ש לפי המסורת האשכנזית, המעדיפה באופן עקרוני חליצה על פני ייבום. אך גם אם לא נקבל פרשנות זו, השומטת לגמרי את הלכת הריב"ש עבור ספרדים הסוברים שמצוות ייבום קודמת, סבור יש"א¹⁰³ כי טעמה של ההלכה שולט ומנווט אותה לאורך כל הדרך. לאמור, החשש שמא יכניס האיש קטטה לכיתו הוא השולט על

101 להלן נדון בהרחבה במקרה זה.

102 לטענת הריב"ש, כפיית יבם נשוי לחלוץ תלויה במחלוקת אם מצוות חליצה קודמת או מצוות ייבום קודמת. העמדה הצרפתית / אשכנזית שכופים יבם נשוי לחלוץ מעוגנת בשיטה הבסיסית שמצוות חליצה קודמת למצוות ייבום. אבל לפי הגישה הספרדית, המעדיפה את הייבום על החליצה, אין מקום לכוף יבם נשוי על החליצה.

103 ובהסתמך על שו"ת משפט צדק.

הלכת הריב"ש וקובע את גבולותיו אם מצוות ייבום קודמת או מצוות חליצה, ולא עצם עובדת היות היבם נשוי. תמיכה בכלל המשפטי שהיסוד הביגאמי כשלעצמו אין בו כדי להכריע את הכף לטובת העדפת מצוות החליצה, מוכחת לדעת יש"א גם מפסקי דין שנתנו גדולי חכמי ההלכה במאה השש עשרה. אסמכתא מוצקה מוצא הרב אלישר בפסק דין של ר' יוסף קארו בפרשה שבה היה היבם ממוצא מערבי (מצפון אפריקה), ואילו היבמה הייתה אשכנזייה,¹⁰⁴ וכן בפסקי דין של ר' שמואל די מודינה (רשד"ם), מראשי החכמים הספרדים במאה השש עשרה ומחשובי הפוסקים בכל הדורות.

תוצאה זו הכבירה על האלמנות הספרדיות, שכן מבחינתן עדיף היה לחסום את הזכות לייבום כבר בשלב העקרוני, שבו ייקבע כי הייבום יוליד קשר ביגאמי. היא גם הכבירה על נשות היבמים שיכלו ליהנות בעקיפין מן ההגנה שנתנה הלכת הריב"ש לאלמנה. דחיית הלכת הריב"ש קשה הייתה במיוחד לנשים שבכתובותיהן לא הוסיפו את תנית המונוגמיה והשבועה. כאלה היו הנשים ברוב העדות המזרחיות, דוגמת תימן, עיראק ואיראן, וכן הנשים שבעדת המקומיים במרוקו.¹⁰⁵ לעומת זאת העניקה המסורת הספרדית לאשת היבם הגנה ישירה ולאמנה הגנה עקיפה בדמות תנית המונוגמיה והשבועה. עד כמה ניתן היה לעשות שימוש בהגנות שנוצרו לטובת אשת היבם ולהחילן בעקיפין על האלמנה נדון בפרק הבא.

3. תנית המונוגמיה והשבועה

התחייבות מכוח תנית המונוגמיה לא היה בכוחה לחסום מראש את האיש מלשאת אישה אחרת, ובכלל זה מלייבם את גיסתו. לשון אחר, האישה לא יכולה הייתה לבקש מבית הדין להוציא צו מניעה נגד בעלה שלא יישא אישה אחרת או שלא ייבם את גיסתו. במקרה של הפרת התחייבות לאחר מעשה, יכול היה בית הדין להעניק לאשת היבם את הסעדים הנקובים בצדה של ההתחייבות בתנית המונוגמיה, שכללו, בדרך כלל, התחייבות לגרש את האישה, תשלום הכתובה ופיצויים נוספים. התחייבות האיש לגרש את אשתו עוררה בעיות משפטיות רבות, בשל החשש מגט מעושה, והחל משלב מסוים נחשבה התחייבות מעין זו לבלתי תקיפה.¹⁰⁶ אבל תשלומי הפיצויים וגם תשלום הכתובה נחשבו כרי תוקף, ועל האיש הוטל לשלם לאישה לאחר שנשא אישה אחרת. חשוב לציין, כי תנית המונוגמיה הייתה התחייבות בעלת אופי חוזי, ולא עמדה לרשות האלמנה המיועדת לייבום אלא רק לרשות אשתו הנשואה של היבם.

104 שו"ת בית יוסף, הלכות ייבום וחליצה, סימן ב. דיון רחב בתשובה זו ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 288-300.

105 אלימלך וסטרייך "תביעות האיש בשל ליקויי פרויון בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל" משפטים כה 241, 245-246 (התשנ"ה).

106 שו"ת התשב"ץ, חלק א', סימן צד.

לתנית המונוגמיה נלוותה לאחר הגירוש מספר שבועה ששיפרה, במישרין ובעקיפין, את יכולתן של האישה והאלמנה להתמודד מול מצבים של נישואין ביגמיים. השבועה חזקה מאוד את ההתחייבות החוזית, בהוסיפה גורם מתחום דיני האיסור והיתר. ברור שהיה בשבועה מרכיב פסיכולוגי חזק שהיה בו כדי למנוע מראש מן האיש לשאת אישה נוספת, וכבר עמד על כך הרדב"ז, מילידי ספרד שהיה מגדולי הרבנים במצרים ובארץ ישראל במאה השש עשרה.¹⁰⁷

מעבר לשיקול הפסיכולוגי הייתה לשבועה חשיבות בזירה המשפטית, שבה תנית המונוגמיה כשלה במתן הגנה. זאת משום שתנית המונוגמיה כפופה לעקרונות דיני החוזים במשפט העברי, ובראשם הכלל שאין תוקף לקניין דברים, שהוא התחייבות עתידית להימנע מלעשות מעשה. לעומת זאת, שבועה חלה גם בתנאים ובנסיבות שבהם תניה חוזית רגילה אינה חלה, ובכלל זה במקרה של קניין דברים. מכאן, שאם נשבע האיש שלא לשאת אחרת, הרי ששבועתו היא בת תוקף באופן עקרוני ומוטל יהיה על בית הדין – לפי פניית האישה או אפילו מיוזמתו – להתערב כדי למנוע מן האיש להפר את שבועתו. על בית הדין הוטל לדון עם האיש ולשמוע את טענתו מדוע לדעתו לא תחול עליו השבועה, או לכל הפחות מדוע יש להתיר לו את השבועה.¹⁰⁸

תנית המונוגמיה נקטה לשון כללית האומרת, שהאיש מתחייב שלא לשאת אישה אחרת, ולא התייחסה באופן מפורש למקרה של ייבום. השאלה שניצבה בפני הפוסקים הייתה האם ההתחייבות תקפה וחלה גם על יבמה, כך שעל היבם יוטלו העיצומים הנקובים בתניה אם ייבם את אלמנת אחרו. אחד הדיונים המוקדמים בנושא תוקפה של תנית המונוגמיה במקרה של ייבום מופיע בתשובת הרמב"ם.¹⁰⁹ עמדת הרמב"ם הייתה, שבלשון ההתחייבות שבתנית המונוגמיה כלולים רק נישואים שהם פרי בחירה חופשית של האיש המתחייב אך לא נישואין שהם מוטלים עליו בתור מצווה, לפי הגישה שמצוות ייבום קודמת. במקרה כזה נאמר שהביטוי נישואין לא כלל התחייבות שלא לייבם. רק אם נאמר שמצוות חליצה קודמת, או אף שמצוות חליצה שווה למצוות ייבום, כי אז גורם הבחירה הרצונית של האיש הוא מכריע ובמקרה כזה ייכלל הייבום במסגרת הביטוי של נישואין.¹¹⁰ ראוי לציין כי לפי טעם זה אם נסבור שמצוות חליצה קודמת, הרי שייבום כלול בהתחייבות האיש שלא לשאת אחרת.¹¹¹

- 107 שו"ת רדב"ז, חלק ד, רכא (אלף רצב). ראה גם וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 263-264.
- 108 על טיבה של שבועת המונוגמיה בזירה המשפטית ראה וסטרייך, שם, בעמ' 243-248; 282-284.
- 109 שו"ת הרמב"ם, סימן שעג (מהדורת בלאו).
- 110 גורם שני מצוי במישור הסובייקטיבי, והוא מניח שהאיש המתחייב לא חשב בעת ההתניה ולא עלה על דעתו כי אחיו ימות ללא ילדים והוא יגיע למצב של ייבום.
- 111 לפי הנימוק הסובייקטיבי לא כלול הייבום בהתחייבות, גם אם נצא מתוך ההנחה שהביטוי נישואין כולל במישור האובייקטיבי התחייבות שלא לייבם. לכך עשויה להיות נפקות

עמדת הרמב"ם לא הייתה נחלת כל החכמים. בראש המתנגדים לו עמד ר"י קארו שדחה אותה בתשובה שכתב.¹¹² ר"י קארו מתפלמס עם הטענות שנוכרו בתשובת הרמב"ם ומכנה אותן "בלתי מכוונות". היבמה אינה אישה שהקנו לאיש מן השמים באופן מלא. עובדה היא שאם תחיה האלמנה חיי אישות עם גבר זר בטרם כניסתה לבית היבם, לא יגרור המעשה עונש מיתה. כמו כן מוטלת על האיש חובה מדרבנן לקדשה לפני שיכניסה לביתו. לכן, אם יכניס האיש את היבמה לביתו הוא יפר את התחייבותו כלפי אשתו. ר"י קארו גם דוחה את הנימוק האחר שהתחייבות של האיש התייחסה לנישואין מרצונו החופשי, ולא לנישואין שהם בעל כורחו, כמו הייבוים. לדעתו, אין לראות בייבוים נישואין שנכפים על האיש, שהרי יש לו ברירה לחלוץ לאלמנה וגם החליצה נחשבת למצווה. מסקנתו היא שתנית המונוגמיה חלה גם במקרה של ייבוים, ולפיכך מוטלת על היבם החובה לחלוץ, שכן זוהי החלופה היחידה הפתוחה בפניו. ברור לגמרי שאם נוספה שבועת המונוגמיה הרי שהיא תקפה, מחייבת ומוסיפה ממד איסורי. אשר לעמדת הרמב"ם, ר"י קארו סבור כי חתימת הרמב"ם זויפה ואין לייחס לו את התשובה. אלא שטענה עובדתית זו של ר"י קארו אינה עומדת במבחן הביקורת ההיסטורית, וגם חכמי הלכה מאוחרים נקטו שתשובת הרמב"ם היא מקורית¹¹³ ומשקפת את עמדתו. אפשרות אחרת מציע ר"י קארו, והיא שהרמב"ם חזר בו בשלב מאוחר יותר. הוכחה לכך הוא מוצא בעובדה "שהרמב"ם עצמו בחיבורו הגדול כתב בהפך כמו שהוכחתי".¹¹⁴ אך גם אם אכן הרמב"ם נקט שהתחייבות אינה חלה והאיש רשאי לייבוים, הדברים נאמרו, לדעת ר"י קארו, לעניין תנית המונוגמיה בלבד. אבל במקרה שהתניה נתמכת בשבועה כמו "בנדון דידן [במקרה הנוכחי שיש"א דן בן] שיש שבועה בדבר, אפשר שאפלו בעל התשובה היא [המיוחסת לרמב"ם] היה חושש לה [מתחשב בשבועה ומחייב את היבם לחלוץ לאלמנה]". זאת משום שבהקשר של השבועה קיימים כמה שיקולים נוספים. ראשית, האם במישור העקרוני קיימת אפשרות שאדם יחסום את הדרך לקיום מצווה באמצעות שבועה שהוא יוזם באופן אישי ועצמאי. שיקול אחר חשוב הוא הזהירות המתחייבת במקרים של התרת השבועה בשל הממד האיסורי שבה והחומרה שבה ההלכה מתייחסת להפרת שבועה.

בעניין זה נחלקו גדולי חכמי ההלכה במצרים, שממנה הגיעו כמה שאלות לחכמי ירושלים. הרדב"ז, מגולי ספרד, אימץ את עמדת הרמב"ם שתנית המונוגמיה נדחית במקרה של ייבוים. לטענתו, שבועת המונוגמיה נסמכת לגמרי על תנית המונוגמיה, ואינה באה אלא להוסיף ממד איסורי להתחייבות החזוית ובכך לתת לה יתר תוקף ומשקל. לכן שבועת המונוגמיה במקרה של ייבוים היא חסרת תוקף, כיוון שהיא מתבססת על תנית

נכבדה אם תקבל עמדת הריב"ש שהיות היבם נשוי מקדמת את מצוות חליצה לפני מצוות הייבוים.

112 שו"ת בית יוסף, דיני ייבוים וחליצה, סימן ד.

113 ר' אברהם סכנרדי המובא בשו"ת גינת ורדים, אבן העזר, כלל ב, סימן ז.

114 הכוונה לחיבורו "משנה תורה". ר"י קארו אינו מצייין היכן לדעתו כתובים הדברים.

חסרת תוקף. עמדה מנוגדת לרדב"ז נקט ר' יעקב קאשטרו (מהריק"ש), שהיה בן תקופתו הצעיר של הרדב"ז ופעל במצרים. לדעתו, אם נשבע היבם את שבועת המונוגמיה, כי אז היא חלה במקרה של ייבום ועל היבם חלה החובה לחלוץ ולא לייבם. חילוקי הדעות בין שתי גישות אלה התמידו במצרים, ולאחר כמה דורות שוב מוצאים אנו ויכוח נוקב בשאלה אם שבועת המונוגמיה חלה ביבמה. בהיעדר מנגנון הכרעה במשפט העברי ובייחוד במסורת הספרדית, נוצרו עד מהרה זרמים וזרמי משנה שונים ומגוונים.

הרבדים המשפטיים הנ"ל נדונו בהרחבה רבה בפסקי הדין של חכמי ירושלים. בפרשת 'ארבעת האחים' נקט רב"מ נבון עמדה ששבועת המונוגמיה אינה חלה במקרה של ייבום. אמנם נתנה האישה במקרה זה את הסכמתה לייבום, ודי היה בכך כדי לבסס את פסק דינו המתיר את הייבום. אך אין נראה שניתן להתייחס אל הדין הארוך שלו כאל אמרת אגב גרידא. אדרבא, בדבריו קבע רב"מ נבון כי בשל נסיבות המקרה כתיבתו המפורטת הייתה רק "לפלפולא בעלמא ולברר ולידע האמת (ההדגשה שלי, א"ו)". דהיינו, לא נדרש דיון קונקרטי בנושא, אבל הוא ניצל את הדין כדי ללכד ולהציג את העמדה הנכונה והאמיתית בעיניו בסוגיה. ברור אפוא שכל דבריו הארוכים משקפים את עמדתו ללא היסוס וסייג, ויש לנו כל היסוד להניח כי אילו נקרה מקרה אחר שבו לא נתנה האישה את הסכמתה, היה רב"מ נבון פועל בהתאם לעקרונותיו.

לפסק הדין של רב"מ נבון בפרשת 'ארבעת האחים' הצטרף חנ"א,¹¹⁵ וכמוהו אף הוא דן באמצעות אותם מקורות בשאלת תחולת השבועה במקרה של ייבום. מסקנת חנ"א הייתה חד משמעית: בנסיבות המקרה יש להתיר את הייבום. מדבריו נראה בבירור, שאף אם האישה לא הייתה נותנת את הסכמתה לייבום הוא היה מתיר לאיש לעשות כן, ובלבד שמבחינה כלכלית הוא יכול היה לכלכל שתי נשים.

עמדה מנוגדת לזו של רב"מ נבון וחנ"א נקט יש"א בפסק דין, שאותו נתן כנראה במחצית הראשונה של שנות השבעים בפרשת 'אשת המלמד העני'.¹¹⁶ בפסק הדין שב יש"א לדון במקורות ששימשו את קודמיו בירושלים, ואף הרחיב את היריעה. בשל העובדה שר"י קארו מעורב בנושא זה, דן יש"א בהרחבה בשאלה האם מעמדו של ר"י קארו בתשובות שקול למעמדו בשולחן ערוך ולפיכך הוא מחייב באופן מוחלט את הספרדים. מסקנתו היא שיש לפסוק בעניין זה לפי ר"י קארו (שהשבועה חלה ודוחה את הייבום) הנתמך על ידי הרשב"א ופוסקים נוספים, וכדבריו: "בפרט בראותי כל ספרי הפוסקים כולוהו הכי סבירא להו [כולם סוברים כן] כדעת מרן נגד הרמב"ם ז"ל זולתי הרדב"ז והרב לב שמח". ולכן שבועת המונוגמיה חלה גם במקום מצוות ייבום,

115 שו"ת בני בנימין, סימן ט.

116 שם, סימן כא. חיבור זה נדפס כאמור בשנת תרל"ו (1876). מתוך הדברים עולה שפסק הדין ניתן בעת שהרב יש"א כיהן כבר כראב"ד, דהיינו אחרי שנת תרכ"ט (1869).

"דוודאי אין שום דיין שיעצור רוחו לפסוק נגד הרשב"א ומרן ז"ל ודעימייהו ויהחכמים שסוברים כמותם)".

דיון רחב הקדיש יש"א לעמדת הרמב"ם בתשובה, שלדעתו היא אותנטית, וזאת מתוך כוונה לאבחן אותה ולהוכיח כי בנסיבות המקרה שבפניו, אף הרמב"ם יודה שהשבועה דוחה את הייבוים. יש"א מניח שתנית המונוגמיה הנזכרת בתשובת הרמב"ם איננה כללית וסתמית, אלא היא מאפשרת לאיש שלא לעמוד בהתחייבותו, ובלבד שישלם את הפיצויים. התחייבות זו מצד האיש הייתה רק למקרה של נישואין מרצונו החופשי, אבל לא לייבוים שהוטל עליו שלא בהסכמתו. לעומת זאת, תניה סתמית, כזו המקובלת בסביבתו של יש"א ובימיו, היא התחייבות מוחלטת של האיש ובלתי תלויה בתשלום פיצויים. לפיכך היא שרירה וקיימת, גם אם היא מתייחסת לנישואין שלא ברצונו של האיש, דוגמת הייבוים. המסקנה המתבקשת אפוא היא: "אבל אם נשבע סתם שלא ישא אחרת (מבלי לתת אופציה לתשלום) יודה הר"ם [הרמב"ם] ז"ל דגם היבמה בכלל השבועה", ועל היבם מוטלת החובה לחלוץ. יש"א התלהב מחידושו זה, ותמך אותו בלשונו של הרמב"ם.

בסופו של דבר לא נזקק יש"א לחידושו, שכן היבם חויב בחליצה על בסיס העילה של חוסר יכולת כלכלית שנדרון בה בהמשך. בפרשת נוספת שנדרון בה להלן, פרשת 'האלמנה מאלכסנדריה', נראה כי מהלך פרשני זה, שגייס אף את הרמב"ם, נותר במישור התיאורטי. נציין שבשתי הפרשות הללו כיהן יש"א כאב בית דין בלבד. שאלה מעניינת שנשוב אליה בהמשך היא עד כמה הייתה עמדתו דומיננטית בקרב הדיינים בבית הדין בעת שכהן כסגן החכם באשי ולאחר מכן בתור חכם באשי, ועד כמה נדחקה לשוליים הגישה שייצגו החכם באשי חנ"א ורב"מ נכון.

4. המשקל של עמדות הצדדים

4 א. הסכמתן של האלמנה ואשת היבם מול התנגדות האחים

נושא זה עלה לדיון בפרשת 'ארבעה האחים' שהזכרנו לעיל בהרחבה. אחד הנימוקים בפרשה זו היה שהאח הגדול נשבע לאשתו שלא יישא אישה אחרת על פניה, ונשיאת היבמה תהווה הפרה של השבועה.¹¹⁷ לעומתם משיב האח הגדול כי מצוות ייבוים קודמת, וכגדול שבאחים מצווה עליו לייבם. אשר לשבועה, טען האח הגדול כי "אשתו נתנה לו רשות לייבם והודית בפני שלשה מטוב רצונה והשלמת דעתה שייבם את היבמה". האחים שהתנגדו לייבוים יכלו לבסס את התנגדותם על שתי טענות: האחת, בנסיבות היווצרותם של נישואים ביגמיים חלה הלכת הריב"ש הקובעת שמצוות חליצה קודמת. שתיים, יש לאמץ את גישת ר"י קארו לגבי שבועת המונוגמיה הדוחה את מצוות הייבוים.

לכך יש לצרף את עמדתו של ר' משה בנבנישתי, השוללת למעשה מן האישה את הכוח למחול על שבועת המונוגמיה בשל החשש ללחץ בלתי הוגן.

החכמים נכון וחנ"א שדנו במקרה התייחסו לכל אחת מן הטענות, וברובן כבר דנו בפרקים הקודמים. הם קבעו באופן החלטי כי מצוות ייבום קודמת. הם דחו את הלכת הריב"ש, המעדיפה את החליצה במקרה של ייבום יוצר ביגמיה, וכן אימצו את עמדת הרמב"ם והרדב"ז שתנית המונוגמיה והשבועה נדחות במקרה של ייבום. אלא שאת ההכרעה ביסס רב"מ נכון בסופו של דבר על כך שבמקרה זה נתנה האישה את הסכמתה לייבום וניתרה על שבועת המונוגמיה:

כי בנדון דידן אין צורך לכל זה [הדיון בטענות האחרות] כלל, מאחר כי בנדון דידן כולוה לטיבותא [הכל לטובת האח הגדול], שאשתו כבר הודית בפני שלושה שמטוב רצונה והשלמת דעתה [הסכמתה] נתרצית שייבם את יבמתו, כאשר מוצג בשאלה. וגם היבמה אינה רוצה להתייבם כי אם לשמעון הנזכר דוקא¹¹⁸

למעשה, רב"מ נכון דחה בכך את עמדת ר' משה בנבנישתי, שאליה אף התייחס בפירושו, וקבע באופן החלטי כי יש לאישה הכוח וגם הרשות לוותר על שבועת המונוגמיה, ולהניח לבעלה לשאת אישה נוספת בדרך של ייבום ובכל דרך אחרת. העובדה שגם האלמנה הסכימה כאן לייבום הקלה מאוד על הכרעה זו, שכן התנגדות מצדה של האלמנה עשויה הייתה לשנות את פני הדברים, כפי שנראה בסעיף הבא.

4 ב. התנגדותה של אשת היבם

אם במקרה של הסכמה מצד האישה לוותר על השבועה הייתה הכרעת הדין פשוטה, שכן רק דעה אחת של ר' משה בנבנישתי תמכה במתנגדים לנישואי הייבום, הרי שבמקרה שבו התנגדה האישה לייבום היה מצב הדברים מורכב יותר. שלושה מקרים שבהם התנגדה האישה לייבום נדונו בפסקי דין של דיני ירושלים. נציג אותם לפי סדר התרחשותם.

המקרה הראשון הופנה לבית הדין בירושלים מן העיר אלכסנדריה במצרים, ויש"א השיב עליה תשובה מפורטת.¹¹⁹ נוכל לקבוע את זמנה של התשובה לשנות השבעים של המאה ה-19 לאור רמזים בדברי הפתיחה של יש"א. יש"א מציין שהוא משיב לבקשת "אחד היה אברהם", שהוא הכינוי שבו כינו את רבי אברהם אשכנזי, לאחר שנתמנה ראש"ל וחכם באשי וכיהן בתפקידו בשנים תרכ"ט-תר"מ (1869-1880). מדבריו בהקדמתו גם עולה שבאותה תקופה כיהן באלכסנדריה החכם משה שכינז'ו הוא מפ"ה, וכוונתו לרבי

118 שם, לקראת סוף התשובה.

119 שו"ת שמחה לאי"ש, אבן העזר, סימן כו.

משה פארדו, שנהג לחתום בסוף תשובותיו מפ"ה ואשר כיהן באלכסנדריה בשנים תר"ל-תרמ"ח (1870-1888). לחכם זה ולעמדתו במקרה הנדון נשוב לאחר הדין בדברי יש"א. ואלה פרטי המקרה וטענות הצדדים: יבם היה נשוי, והוא נשבע לאישתו בכתובתה שלא ישא אישה אחרת. ליבם היו בנים ובנות, כך שקיים מצוות פריה ורבייה. אחיו אירס אישה, ובטרם נשאה נפטר, ואלמנתו מן האירוסין נפלה לפניו לייבוש. לדברי השואל, מנהג העיר אלכסנדריה הוא שלא לייבם כי אם לחלוץ. אשתו תבעה ממנו לחלוץ, בנימוק שהתחייב בכתובה ונשבע שלא לשאת אחרת. תגובת האיש הייתה שאלמנה זו היא אישה שהקנו לו מן השמים, ואין הוא מפר את התחייבותו ושבועתו אם הוא כונס אותה לביתו. כמה נתונים חשובים חסרו בשאלה. כך למשל אין בה מידע אם ידו של היבם משגת לפרנס גם את אשתו וגם את יבמתו, ולתת לכל אחת מהן מדור נפרד.¹²⁰ גם לא נזכרה בשאלה עמדת האלמנה, האם אף היא מתנגדת לייבוש כמו האישה או שמא מסכימה היא לייבוש ורק האישה מתנגדת.

תשובת יש"א מפורטת ביותר ומקיפה, חרף תלונתו כי הוא זקן וקשה לו ללמוד בלילה וביום מפני טרדות הציבור. אין הוא מתעכב בצומת ההכרעה הראשון, אם מצוות ייבוש קודמת או חליצה, והוא חולף על פניו בתוואי שמצוות ייבוש קודמת, שלדעתו הוא התוואי הסלול שאינו ניתן לערעור. צומת ההכרעה הקריטי מבחינת יש"א הוא המחלוקת הישנה, אם שבועת המונוגמיה חלה במקרה של ייבוש ומחייבת את היבם לחלוץ. כאן מתעכב יש"א, ומציג באריכות רבה את הגישות השונות הקיימות בהלכה תוך שהוא מקדיש תשומת לב מיוחדת לעמדתם של חכמי מצרים בנושא זה, בשל העובדה שהמקרה התרחש במצרים. ככל אלה הרחבנו את הדיבור בסעיף הקודם. עמדתו של יש"א הייתה שיש לפסוק כר"י קארו וכרוב הפוסקים, הנוקטים שבבועת המונוגמיה חלה במקרה של ייבוש. אך גם לעמדת הרמב"ם, שבועת המונוגמיה בנוסח הנהוג במצרים חלה במקרה של יבמה ומחייבת בחליצה.

אלא שלאחר כל התשתית המשפטית המוצקה שהעמיד יש"א, הוא לא היה מוכן לנקוט בצעד תקיף, והודיע כי "לא מלאני לבי להסכים שיעשו לו שום הרחקה רק להפחידו מסיבת חומר השבועה כי רב הוא". יש"א סירב להפעיל נגד היבם סנקציה כלשהי, וכל שהיה מוכן לעשות היה להפחידו בדברים שאין מאחוריהם שום הפעלת כוח. יש"א החזיר את התיק לבית הדין באלכסנדריה כדי שיברר את יכולתו הכלכלית של היבם לזון שתי נשים ולספק לכל אחת מהן מדור נפרד, שהוא למעשה עילה נפרדת שנעסוק בה בפרק הבא. כמו כן דרש לברר מה עמדת האלמנה עצמה, שלפי דבריו, "גם זה הוא מקצוע גדול לכופו לחלוץ אם אינה מרוצית". לעמדת האלמנה עשוי להיות

120 על החובה לתת לכל אישה מדור נפרד, ראה רמב"ם, אישות, פרק יד, הלכה ג. לסיכום הנושא ראה גם פרידמן, ריבוי נשים בישראל – מחקרים חדשים מגניזת קהיר, לעיל ה"ש

אפוא משקל נכבד בהכרעה במקרה הזה אם היא מסרבת להתייבם, אף על פי שהיא אינה מעוגנת בכלל משפטי מוגדר. המשקל המיוחד שמייחס יש"א לעמדת האלמנה יבוא לידי ביטוי בפרשת היבמה מן המזרח שנדון בה בהרחבה להלן.

מכתביו של יש"א אין לדעת מה היה סופו של מקרה זה לאחר שהוחזר לדיון לבית הדין באלכסנדריה. דומה שנוכל לשחזר את הדברים לאור מה שכתב בעניין זה ר"א חזן, שכיהן ברכנות באלכסנדריה לאחר פטירת הרב פארדו. בחיבורו 'נווה שלום' המרכז את מנהגי אלכסנדריה הוא מתייחס למקרה זה וכותב כך:

ומה שכתוב בשאלה הבאה בספר הבהיר שמחה לאיש חלק אבן העזר סימן כו, שמנהג נא אמן לחלוץ ולא ליבם, לא סמכא היא ואיננו מקור מוסמך. ובאותו ענין עצמו יבם היבם את יבמתו בהסכמת הרב הגדול המורה לצדקה וזכרנו לברכה.¹²¹

ראשית, ר"א חזן דוחה את הטענה כי באלכסנדריה נהגו לחלוץ ולא לייבם, כפי שטען השואל בשאלה שהופנתה ליש"א. הוא הביא את עדותם של דיני העיר בפניו, כי נוהגים הם לייבם גם אם היבם נשוי, וזאת לאחר "שיפייס את אשתו הראשונה ויעשה לה תנאים חדשים", והזכיר גם את פסק דינו של הרב פאלאג'י שהתייחס לעיר אלכסנדריה. לגופו של מקרה מדווח ר"א חזן כי היבם באותו מקרה ייבם את האלמנה בסופו של דבר, חרף התנגדות אשתו, וכי הדבר נעשה בהסכמת "הרב הגדול לצדקה".

אני משער כי הכוונה היא לקודמו בתפקיד, ר' משה פארדו, שכיהן בזמן התרחשות המקרה כרבה של אלכסנדריה. כפי שעולה מהקדמתו של יש"א, השואלים לא ציינו מנין נשלחה השאלה אלא יש"א שיער זאת. כמו כן, ברור שהשואל לא היה ר' משה פארדו, וכי רק בעקבות זיהוי המקום עם אלכסנדריה ציין יש"א כי היה צריך לשאול את ר' משה פארדו. חשובה כאן עמדתו של ר' משה פארדו, שכן גם חכם זה נמנה עם דיני ירושלים. אם נזהה אותו כחכם המוזכר בחיבור 'נווה שלום', כי אז יוצא שהרב פארדו חלק על עמדתו של יש"א והזדהה דווקא עם העמדה שנקטו חנ"א ורב"מ נבון, האומרת שמצוות הייבום דוחה את תנית המונגמיה.¹²²

121 נווה שלום, דיני ייבום וחליצה, סעיף א (הוצאת מכון 'טוב מצרים', התשס"ג).

122 בסוף הדברים כותב ר"א חזן כי 'וסחו לו סופרי דבי דינא [וספרו לי סופרי הדיינים] שמתטפלין [שעוסקים] בדבר [בתביעה בין האיש לבעלה] עד שיפייס אשתו הראשונה, ועושה לה תנאים חדשים'. דברים אלה הם ציטוט מקוטע מתוך שו"ת גינת ורדים, אבן העזר, כלל ב, סימן ז, ואינם עדות של ר"א חזן על דברים שאמרו לו סופרי אלכסנדריה בימיו. אעיר כי בסימן ח' שבחיבור גינת ורדים הנ"ל ממשיך המחבר ר' אברהם הלוי את הדיון בנושא זה. עמדתו היא, שבימיו השתנה המנהג במצרים וכי יש עתה לאסור את הייבום ולהעדיף את החליצה. זאת משום שכל ייבום יוצר ביגמיה מלווה בסכסוכים קשים במשפחה. על כך שייבום יוצר ביגמיה מלווה בסכסוכים, ר' אברהם מביא את עדותם של סופרי הדיינים.

4 ג. התנגדות האלמנה ושתיקת אשת היבם

אם אכן לעמדת האלמנה יש חשיבות רבה בעיני יש"א והיא עשויה להוות משקל נכבד בהכרעת הדין במקרה כמו זה של האישה מאלכסנדריה, מה תהיה עמדתו במקרה שהאלמנה מתנגדת, אבל האישה הנשואה אינה מתנגדת? מקרים רבים מעין אלה נדונו בהרחבה בפסיקה הספרדית לדורותיה. כמה גורמים עשויים היו להביא לשיתוף פעולה מעין זה של האישה עם בעלה נגד היבמה. אפשר שהאיש הפעיל לחץ על אשתו או הציע לה פיתויים שונים כדי שתסכים לנישואין ביגמיים. אפשר שהאיש ואשתו עשו יד אחת כדי לדחוק את האלמנה לעמדה סרבנית, כך שתשללנה ממנה זכויות ברכוש בעלה שנפטר. ייתכן שהאישה לא ילדה, ולמעשה רשאי היה האיש בין כך ובין כך לשאת אישה אחרת כדי לקיים מצוות פריה ורביה, כך שהיא העדיפה שיישא את גיסתה היבמה, בין היתר בשל ההוצאות הכלכליות הנמוכות יותר הכרוכות במימוש הייבוש.

בקבצי השו"ת של דיני ירושלים מצאתי דיון בעניין זה במקרה של האלמנה מן המזרח, שבו לא התחייב האיש בתנית המונוגמיה והשבועה. פסק הדין של יש"א באותו מקרה הוא ייחודי, מבחינה זו שאיננו נשען על גורם אחד מוגדר ומוצק כי אם על הצבר של גורמים, הגם שכנראה לגורם של חוסר יכולת כלכלית היה משקל נכבד. נעיין עתה בגורם זה של חוסר יכולת כלכלית שמילא תפקיד מרכזי במקרים של ייבוש וביגמיה.

ח. חוסר יכולת כלכלית

1. מקורות משפטיים

היעדר יכולת כלכלית של היבם, כעילה לחיוב בחליצה, נזכר לראשונה בתשובות הרא"ש בדיונו בפרשה הידועה כפרשת 'נער בער'.¹²³ מדובר היה בנער 'בער' שהיה חסר יכולת כלכלית והוא ביקש לייבם את אלמנת אחיו. הרא"ש הורה שבנסיבות המקרה ניתן לכוף את היבם לחלוץ, והעלה שורה של נימוקים, ובמרכזם הנימוק של חוסר יכולת כלכלית. מכאן ואילך, חדר הגורם הכלכלי לדיון המשפטי בסביבת המסורת הספרדית באגן הים התיכון ונזקקו לו חכמים במרכזים השונים.¹²⁴ מקרה מפורסם אחר שבו עלה הנושא של חוסר יכולת כלכלית לדיון היה פרשת 'היבם המערבי' שהתרחשה בירושלים במאה השש עשרה והיו מעורבים בה ר"י קארו, הרדב"ז, המבי"ט וחכמים נוספים.¹²⁵ ר"י קארו תמך

123 שו"ת הרא"ש, כלל נב, סימן א. דיון בפרשה זו ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 194.

124 ראה למשל: ר"י קארו בפרשת 'היבם המערבי', וסטרייך, שם, בעמ' 288-300. ראה גם אלימלך וסטרייך "דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבוש בקרב חכמי מרוקו" דיני ישראל כו-כז 163, 178-180 (התשס"ט-התש"ע). ראה גם וסטרייך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 317-321.

125 ראה לעיל ה"ש 104.

בעמדת האלמנה שהייתה אשכנזייה, וציידר בעמדת בית הדין לכוף את היבם לחלוץ. בפיו היו כמה נימוקים מצטברים, ואחד מהם היה חוסר היכולת הכלכלית של היבם, שכן לדבריו לא היה ביכולתו להבטיח את כלכלתה של האלמנה מעבר לזמן קצר ביותר. ראוי לציין כי מול ר"י קארו ניצב רדב"ז, והוא התעלם מגורם זה, ומכאן שהוא נתן לכך פרשנות מצמצמת מאוד, אולי דומה לזו שקיימת עבור האישה הנשואה.

2. חוסר יכולת כלכלית ופער גילים

בנסיבות המקרה בפרשת 'האלמנה מג'ורג'יה' שנדון לעיל בהרחבה היו קווי דמיון של ממש לפרשת 'נער בער' של הרא"ש. סבירות גבוהה ביותר שלא היה בידי היבם לכלכל את האלמנה לאחר מימוש הייבום, שהרי מדובר היה בקטין שאף דירת מגורים לא הייתה לו והוא ביקש להתגורר בבית הוריו. לו הלך יש"א בנתיב של הרא"ש כי אז יכול היה, ללא קשיים מרובים, לפרש כך את נסיבות המקרה הזה, ולקבוע כי בשל חוסר היכולת הכלכלית של היבם יש לחייב אותו בחליצה. אולם, כפי שכבר כתבנו, יש"א לא הלך בדרך זו ולא הזכיר את הגורם הכלכלי כעילה אפשרית. ייתכן שסיבת ההתעלמות נבעה מכך שלמעשה הטיעון הכלכלי הוא רלוונטי כמעט בכל במקרה של יבם קטין. אך כיוון שהפוסקים לאורך הדורות לא העלו את הטיעון הכלכלי בהקשר זה ולא חייבו בחליצה יבם קטין, היה בכך כדי להצביע על חוסר רלוונטיות משפטית של הטענה הכלכלית, ובעיני יש"א וחברי בית הדין היה בכך משום הסדר שלילי.

דייני ירושלים לא נתנו אפוא משקל רב לגורם של חוסר יכולת כלכלית בפרשת 'הנער מג'ורג'יה' ולא מיצו את מרחב הגמישות שנותנת ההלכה לגבי האפשרות של חיוב, ללא היסוס, של יבם לחלוץ בנסיבות אלה.¹²⁶ התנהלותם כאן מתחבטת בין זרמי הפסיקה הספרדית מבלי להכריע בעד נתיב מסוים שהוא הנתיב המטיל חובה ברורה לחלוץ. עם זאת נראה בפרק הבא כי בהצטרף גורם כבד משקל אחר, בראש ובראשונה הגורם הפוליגאמי, ניאותר דייני ירושלים, ויש"א ביניהם, לחייב בחליצה יבם החסר יכולת כלכלית.

3. חוסר יכולת כלכלית וביגמיה

מקרה של חוסר יכולת כלכלית וביגמיה אנו מוצאים אצל החכם ר"א חזן. בעת שכיהן כרבה של טריפולי שבלוב, במחצית השנייה של שנות השבעים, הוא נדרש לתביעה של אלמנה נגד יבם שהיה נשוי ואב לארבעה ילדים, היה עני מרוד וחסר כול, "ולית ליה

126 לעמדה שונה מאוד לגופו של נושא ואקטיבית באופייה מצדם של חכמי מרוקו באמצע המאה העשרים, ראה וסטרייך, דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבום בקרב חכמי מרוקו, לעיל ה"ש 124, בעמ' 182-185.

מגרמיה [ואין לו משל עצמו] כלום, ואפילו לפרנס אשתו".¹²⁷ בנסיבות המקרה התקיים גורם נוסף, שהוא פער גילים בין האלמנה שהייתה רכה בשנים לבין היבם, שהיה בעל משפחה. אולם ר"א חזן לא התייחס לגורם זה כאל שיקול להטיל חובת חליצה, מן הסתם בשל התפישה הרווחת שפער גילים לטובת האיש איננו גורם של ממש לחייב בחליצה. הוא גם לא התייחס לגורם הביגמיה כאל עילה של ממש לחיוב בחליצה, ולא הזכיר תנית מונוגמיה, אולי משום שהאיש לא התחייב בתנית המונוגמיה ואולי משום שאשתו נתנה את הסכמתה לייבום מטעמים שונים.

חרף הנסיבות הברורות והחד משמעיות של חוסר יכולת כלכלית, נמנע ר"א חזן מלתת פסק דין נגד היבם כמשך ארבע שנים. ר"א חזן הסתפק בדיבורים, רכים וקשים, נגד היבם, אך זה לא אבה לשמוע. רק לאחר הפצרות מרובות ותחנונים מצד האישה ניאות ר"א חזן לתת פסק דין המחייב את היבם בחליצה, והורה על נידויו של היבם או לפחות על החזרתו. משסירב האיש לחלוץ, פנה ר"א חזן לאחיו הצעיר שאף הוא היה נשוי, והלה הסכים תחילה לחלוץ, אך חזר בו בשל אימויו של היבם להורגו. לנוכח אימויו של היבם לעזוב את העיר ולעגן את היבמה, דרש ממנו בית הדין להעמיד ערב לכך שלא יעזוב. השלטונות העות'מאנים ביצעו את פסק הדין, ומשלא היה לאיש ערב אסרו את היבם. בשלב זה נרתע ר"א חזן מחשש לחליצה מעושה (כפויה), והורה לשחררו. סופו של הסיפור לא ידוע. ר"א חזן אינו מוסר לנו פרטים על כך, ולא על מצבה העגום של האלמנה הרכה בשנים.

4. חוסר יכולת כלכלית ותנית המונוגמיה

גורלן של שתי אלמנות אחרות, בשני מקרים אחרים שבאו בפני דייני ירושלים, שפר עליהן, ובדיון המשפטי הופיע הגורם הכלכלי כגורם כבד משקל, ולעתים אף מכריע, שהוביל לחליצה. מקרה אחד נזכר כבדרך אגב בפסק הדין שנתן חנ"א בפרשת 'ארבעת האחים', וייתכן שהוא הובא לדיון בפניו בעת שכיח בתור דיון בטבריה או בצפת. בפרשה זו דן חנ"א בשאלה אם שבועת המונוגמיה חלה במקרה של ייבום, והסיק כעמדת הרדב"ז ואחרים שאין השבועה חלה ושהיבם רשאי לייבם את האלמנה. בתור אסמכתא לדבריו הביא חנ"א את המקרה הבא: "והוה עובדא בזמנינו והסכמנו אני וחברי להתיר שייבם אלא שנתברר דלא הוה יכול למיקם בסיפוקיהו ומטעם זה פייסנו ליבם שלא יקנה ופטרה בחליצה".¹²⁸ לא ברור מפרטי המקרה מי מן הנשים, האישה או האלמנה, התנגדה לייבום, אך אין ספק שאחת מהן התנגדה, שאם לא כן המקרה לא היה מגיע לדיון בבית דין. ניתן לשער שאשת היבם היא זו שהתנגדה, שכן רק אז עולה לדיון

127 שו"ת תעלומות לב, חלק א, אבן העזר, סימן ח. החיבור נדפס בשנת תרל"ט (1879), ור"א חזן התמנה לתפקיד רבה של טריפולי בסוף שנת תרל"ה (1875).

128 שו"ת בני בנימין, סימן ט.

באופן ישיר עניינה של שבועת המונוגמיה שניתנה לטובתה. בית הדין נקט כאן בגישה דומה לזו של ר"א חזן בטריפולי, לאמור, התערבות אקטיבית וניסיונות של שכנוע שנשא פרי בסופו של דבר.

המקרה השני הוא מקרה ברור של התנגדות לייבום מצד אשת היבום, מבלי שפורטה עמדת היבמה, והוא הובא בפני בית הדין בירושלים בפרשת 'אשת המלמד העני', בעת שיש"א כיהן כראב"ד.¹²⁹ ואלה פרטי המקרה וטענות הצדדים: איש ואישה שהם בני פחות מגיל שלושים ונשואים שבע עשרה שנים (טו"ב שנים), אך זה זמן רב פסק לאישה אורח כנשים. אמנם נולדו להם שלושה בנים, אך זה שבע עד שמונה שנים שפסקה האישה מלדת ובניהם מתו.¹³⁰ בשלב זה נפטר אחיו של האיש בלי ילדים, והאיש ביקש לייבום את גיסתו מאחר שהוא הגדול שבאחים, ולקיים את מצוות הייבום וגם את מצוות פרייה ורבייה. האישה התנגדה בנימוק שבעלה התחייב בכתובה וגם נשבע שלא יישא אחרת, אלא אם כן היא שהתה עמו עשר שנים ולא ילדה. תגובת הבעל הייתה, כפי תגובתם של יבמים רבים בהיסטוריה, שהייבום אינו מהווה הפרה של ההתחייבות והשבועה, וזאת משום שהיבמה היא בגדר אישה שהקנו לו מן השמים. עוד טענה האישה שלבעלה אין יכולת כלכלית, שכן הוא מלמד בתלמוד תורה ושכרו בדוחק ובצמצום. האיש השיב על כך שהוא יוכל לספק את צורכי משפחתו המורחבת בצמצום וכפי המקובל בקרב בני ישראל הבינוניים. תגובת האישה הייתה שאם יתיר לו בית הדין להתייבם היא תובעת דירה נפרדת מן היבמה וסיפוק צרכיה בדירתה הנפרדת.¹³¹ האיש הותיר את ההכרעה בעניין בידי בית הדין.

שתי עילות מרכזיות עמדו כאן לרשות האישה, האחת חוסר יכולת כלכלית של האישה והשנייה ייבום יוצר ביגמיה. כמו כן עלו גורמים נוספים שעשויים היו להשפיע במידה מסוימת על הכרעת הדין, ובראשם הגורם של מניע זר. בפתיחת דבריו התייחס יש"א בקיצור נמרץ לשאלה האם מצוות ייבום קודמת או מצוות חליצה, והכריע ללא היסוס שמצוות ייבום קודמת. את עיקר הדיון הקדיש לגורם של ייבום יוצר ביגמיה, ודן אם בנסיבות המקרה די בכך להכריע את הדין לטובת האלמנה.¹³²

עד כה פעל יש"א כפוסק וכמחווה דעה בנוגע להכרעה הראויה בסוגיה משפטית מורכבת, ועתה הוא עובר להתנהל כדיון, שבפניו ניצבים שני צדדים המבקשים את

129 שו"ת בני בנימין, סימן כא. חיבור זה נדפס בשנת תרל"ה (1875), ויש"א התמנה לתפקיד ראב"ד בשנת תרכ"ט (1869), לאחר שהרכ אברהם אשכנזי התמנה לחכם באשי. ראה באגרת של יש"א אודות תולדותיו שנתפרסמה בלוח ארץ ישראל, תרס"א, וראה גם וסטרייך, לעיל ה"ש 3, בעמ' 240-241.

130 תיאור המקרה הולם לגמרי את הממצאים שהעלה המחקר הדמוגרפי המדובר על תמותה בגיל צעיר. ראה שמלך, לעיל ה"ש 16, בעמ' 119-141.

131 על המדור הנפרד ראה לעיל ה"ש 120.

132 ראה לעיל ליד ה"ש 116.

הכרעתו בסכסוך שלהם. בשלב זה הוא משנה כיוון, ותפקיד מרכזי ממלא דווקא העניין הכלכלי, היינו האם יוכל האיש לפרנס שתי נשים. בשל ייחודם של הדברים אציג במלואה את ההתדיינות בבית הדין:

ומלבד כל זה ישבנו במושב בית הדין צדק ושלחנו אחר היבם וכה אמרנו לו. הלא אתה טענת בבית דין הצדק שאתה מוכן לפרנס את שתייהן וליקח לכל אחת מדור בפני עצמה כמבואר בשאלה. הנה אנחנו מכירים אותך בטיב ההכרה שאין ידך משגת לפרנסת אחת מהנה כי אם בדוחק גדול. תודיענו האם יש אתך כמוס סך עצום שאין אנו רשאים לשמוע פטומי מילי על מגן [פטומי סרק לחינם]. ולפי רוב החקירה והדרישה נתברר לנו ונתאמת שאין ידו [של היבם] משגת לפרנס את שתייהן אפילו בצמצום גדול [...] ועל זה הסכמנו בטרם כל להשיא לו עצה ההוגנת לו שיחלוץ. כי בכגון דא [בכגון זה] שאין ידו משגת לפרנסת שתייהן אפילו הר"מ [הרמב"ם] יודה אפילו שלא במקום שבועה שמצוות חליצה קודמת¹³³

יש"א פעל כאן במסגרת הנורמטיבית שקבעה הברייתא, ולפיה לבית הדין תפקיד אקטיבי להמליץ על חליצה במקרה שמימוש קשר הייבוש יביא לחיי נישואין בעייתיים.¹³⁴ ראוי לציין עם זאת, כי יש"א לא הזכיר בשיג ושיח עם האיש את גורם הביגמיה כמצדיק התערבות של בית הדין, והתמקד רק בגורם של חוסר יכולת כלכלית. פעולת השכנוע של בית הדין השיגה את יעדה, והאיש נאות לחלוץ ליבמה ולוותר על הייבוש, לשביעות רצונה של אשתו. גם יש"א הביע את שביעות רצונו מכך שהאיש "שמע בעצנתו ולא הוצרכנו לעשות לו שום הרחקה ושום כפיה". הרושם הברור העולה מדבריו הוא שבכל מקרה ברור של חוסר יכולת כלכלית מצוות חליצה קודמת, אפילו לדעת הרמב"ם. נראה שיש"א היה מפעיל את הסמכות המוסרית בנסיבות של חוסר יכולת כלכלית, כולל האיום המסווה בהפעלת כוח, גם לטובת היבמה ולא רק לטובת האישה הנשואה. במקרה כזה נדון בסעיף הבא.

4 א. בהיעדר תנית המונוגמיה

מקרה אחר של חוסר יכולת כלכלית וייבוש יוצר ביגמיה הגיע לפתחו של יש"א מארץ מזרחית בשנים תרנ"ג-תרנ"ו (1893-1896), היכן "שבעיר היבם לא קבלו חרגמ"ה ז"ל ואינן נשבעין שבועה שלא ישא אשה אחרת עליה".¹³⁵ בשל היעדר הגנה לאישה מפני

133 שם, דף מ', עמודה ב, בסוף התשובה.

134 עמדת הריטב"א וחכמים נוספים, ראה לעיל ליד ה"ש 100.

135 שו"ת יש"א איש, סימן כ. יש"א אינו מציין שהמקרה הועבר אליו מידי הראש"ל פניזיל, כמו במקרה של האלמנה מג'ורג'יה, או מידי הראש"ל אשכנזי, כמו במקרה של אשת היבם מאלכסנדריה. מכאן שפסק הדין נכתב בעת שיש"א כבר כיהן כראש"ל, והיינו אחרי שנת

הביגמיה, שיכולה הייתה לסייע בעקיפין גם לאלמנה זקוקת הייבום, נרתע יש"א מלדון במקרה, וביקש למשוך את ידו ממנו, וכפי שהעיד על עצמו בפירושו: "קמי שמיא גליא כי בתחילה לא רציתי ליטפל בזה". אולם לאחר שאבי האלמנה הפעיל עליו לחץ כבד, הוא ניאות להיכנס לעובי הקורה ולבחון אם בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה ניתן לכופף את היבם לחלוץ, במישרין או באמצעות הרחקה דרבנו תם.

נציג את פרטי המקרה כפי שנרשמו בשאלה, ואשר שימשו את יש"א ליצירת עילות רבות לטובת האלמנה. האלמנה הייתה בת עשרים והיבם בן חמישים, "והוא נשוי אשה רעה קשת עורף ויש לו ממנה ג' [שלוש] בנות והיא מעוברת". האיש עני ואינו יוכל לעמוד במילוי הצרכים של שתי נשים, ובייחוד לא יוכל לרכוש שתי דירות עבורן. מגורים משותפים של האלמנה ביחד עם האישה הראשונה לא באים בחשבון בשל היות האישה רעה, "ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת". האלמנה הודיעה שהיא מואסת ביבם בשל מידותיו הרעות. בנוסף לכך כתב האיש לחברו בירושלים שהוא רוצה לייבם את האלמנה ולהשתחרר בפועל מאשתו, שהיא רעה ומכוערת ובעלת מידות רעות, אך אינו יכול לגרשה בשל היותה אם ילדיו ומעוברת.

ליש"א היה ברור שעוברת היות האיש נשוי לא יכולה הייתה לשמש עילה עקיפה לטובת האלמנה, שכן לא עמדו לרשותה תנאי המונוגמיה והשבועה. העילה הראשונה המשמשת אפוא את יש"א להצדיק פסק דין המחייב בחליצה היא העילה של חוסר יכולת כלכלית. בהסתמך על עמדת ר"י קארו בפרשיות 'היבם המערבי' ו'האלמנה האשכנזית',¹³⁶ הוא קבע שבמקרה כזה כופין את האיש לחלוץ. יש"א היה ער לכך שהאיש אינו עני גמור וחסר כול, שכן הצליח להתקיים עם אישה אחת והוא יוכל לשרוד זמן מה עם שתי נשים. אולם, בהתבסס על טיעונו של ר"י קארו בפרשת 'היבם המערבי', הוא קבע שיכולת כלכלית נבחנת לא בטווח קצר של שנה אלא בפוטנציאל כלכלי ארוך טווח. כיוון שבמקרה הנדון אין לאיש הוכחה ליכולת כזו, הרי שנראה בו חסר יכולת כלכלית ותוכר עילת התביעה של האלמנה לחליצה.

לאחר מכן העלה יש"א עילות נוספות שניתן לבססן על מסכת העובדות המפורטת. יש"א ציין כעילה אפשרית את העובדה שהאיש הודה שאינו מתכוון לשם מצווה, גם טענת המאיסות של היבמה עשויה להוות עילה לטובתה, וזאת בהסתמך על ר"י קארו שהכיר בה בתורת סניף בפרשת 'היבם המערבי'. הוא הדין לטענת האלמנה בדבר אי נסבלות החיים המשותפים עם האישה הראשונה, שיכולה הייתה להיחשב עילה. אמנם כל שלוש העילות הללו הן רופפות וניתנות לדחייה, ונראה שמעמדן המשפטי הוא של סניף וסיוע

תרנ"ג. מאחר שחיבור נדפס בשנת תרנ"ו, בהכרח שהמקרה נדון בין השנים תרנ"ג לתרנ"ו (1893-1896).

בלבד לעילה המרכזית שהיא חוסר יכולת כלכלית. בסופו של דבר הכריע יש"א כי יש לכוף את האיש לחלוץ בשל הצָבֵר העילות, ובראשן העילה של חוסר יכולת כלכלית. קיים הברל בולט בין המזג השיפוטי הנמרץ שהפגין יש"א במקרה זה, לבין המזג המהסס שהפגין בפרשת 'האישה מאלכסנדריה'. האם הדבר נבע בשל עילת חוסר יכולת כלכלית, שנחשבה בעיניו לגורם כה מכריע? האם הברל יש"א בין תביעת האישה הנשואה לחלוץ לבין תביעת האלמנה שלה הוא נעתר יותר? ואולי פעל כאן גורם אישי ומוסדי שהכריע כאן לטובת כפייה לחלוץ, ושם – לטובת זהירות ואיפוק. בפרשה הנוכחית כיהן כבר יש"א כחכם באשי, וביטחונו האישי ותחושת הסמכות שבידיו הובילו אותו להכריע באופן נחרץ יותר. לעומת זאת, בפרשה מאלכסנדריה הוא לא ניצב עדיין בראש הפירמידה ואף לא כיהן כסגן החכם באשי, ולכן היסס להכריע באופן נחרץ. ייתכן גם שבאלכסנדריה כיהן באותה שעה כראב"ד ר' משה פרנקו (מפ"ה), מחכמי ירושלים שנחשב בעיני יש"א ובית דינו אשר סמכו על שיפוטו.

ט. ייבוים – בין משפט לחברה

בחיבורי השו"ת של דייני ירושלים, שעליהם התבסס ניתוח שיטתם המשפטית, פורסם מספר מצומצם מאוד של פסקי דין, וגם אלה יועדו ברובם אל מחוץ לגבולות השיפוט של בית הדין ואף מחוץ לגבולות ארץ ישראל. בהנחה שפסקי הדין בקבצי השו"ת הללו ומידת תדירות הופעתם משקפת בקירוב סביר את המציאות של ההתנהלות המשפטית הממשית, עולה השאלה מדוע זה לא התעוררו סכסוכים משפטיים בירושלים שהצריכו התמודדות מעמיקה מצדם של החכמים? מדוע זה רק שני מקרים של סכסוכים מירושלים נתפרסמו בחיבורי השו"ת של דייני בתי הדין, במשך קרוב לשמונים שנים של פעילות רצופה? הרי לפי מסקנת הניתוח הדמוגרפי לעיל ניתן היה לצפות למספר ניכר של סכסוכים בין האלמנה לבין היבם.

נראה שהפתרון לתמיהה זו טמון בבחינה משולבת בין גורמים דמוגרפיים, סוציו-אקונומיים ומשפטיים. אלמנות הגיעו בדרך כלל אל הזירה המשפטית משום שהתנגדו לייבוים וביקשו לזכות בחירותן להינשא, על ידי השגת חליצה או משום שביקשו לזכות במשאבים הכלכליים הראויים לאלמנה מכוח הכתובה. לעומתן היבם עשוי היה להיות מעוניין באלמנה כאישה בשל טעמים שונים: קיום מצוות ייבוים, קיום מצוות פריה ורביה, קבלת אישה צעירה ויפה או השגת יתרונות כספיים. במקרים רבים אחרים דרישתו של היבם לממש את זיקת הייבוים הייתה צעד טקטי בלבד כדי לזכות ברווחים כספיים שיופקו מסירובה של האלמנה להתייבם. מאבקים משפטיים בין האלמנה לבין היבם הזינו את המערכת המשפטית, ותוצאותיהם התפרסמו בספרות המשפטית דורות רבים במרחבים הערתיים השונים. נראה שרק נסיבות מיוחדות היו עשויות לגרום לכך שאלמנה לא תסרב להתייבם ולהיות אישה לאיש שלא היא בחרה בו כבן זוג.

מיעוט הדיונים בפסיקה הירושלמית, כפי שנתפרסמה בספרי השו"ת, מצביע לרעתה על כך שבירושלים במאה ה-19 הייתה תופעה רחבה של אלמנות שניאותו להתייבם, או לפחות לא גילו התנגדות נחרצת ולא ניהלו מאבקים משפטיים. ההסבר לתופעה נמצא בממצאים של שמלץ, שמחצית מן הנשים בירושלים היו אלמנות בגיל הנישואין ואילו רוב הגברים היו נשואים.¹³⁷ בשוק נישואין שכזה הייתה זיקת הייבום בגדר ברכה לאלמנה, ובכל מקרה לא בגדר של פגיעה קשה בה. שכן מיד עם כניסתה לסטאטוס האלמנות היה מצוי גבר, שהייתה לו זיקת אישות איתה, ואשר הדין והמנהג החברתי ציוו עליו לממשו. דבר זה אף נתן לה יתרון יחסי על פני שאר האלמנות הפנויות בשוק הנישואין. ניתן אפוא להניח שברוב המקרים של המקרים תסכים האלמנה לייבום או לפחות לא תתנגד לו בתוקף.

עמדה זו של השלמה, לפחות, עם זיקת הייבום ומימושה הייתה קיימת כל עוד היה היבם פנוי ובעל יכולת כלכלית סבירה. אולם התייחסותה של האלמנה השתנתה בניסיונות דוגמת פער גילים גדול לטובת האלמנה, היווצרות משפחה פוליגאמית או העדר יכולת כלכלית. בייחוד יש להניח, שבמקרה שהייבום יצר נישואין ביגאמיים, רובן של האלמנות סירכו לפתרון של ייבום, גם במחיר של חיי בדידות ועוני רב. בהקשר זה עלינו להבחין בין שתי תקופות המשנה שהזכרנו, וכן עלינו לתת את הדעת להבדלים בין הספרדים לבין עדות מזרחיות. בחלקה הראשון של התקופה (1840-1880) שלטה מן הסתם גישתם של רב"מ נבון ושל החכם באשי חנ"א, שדחתה את תנית המונוגמיה והשבועה מפני מצוות הייבום. גישה זו פתחה לכאורה את הדלת בפני היבם לדרוש את הייבום, והתנגדות ברורה של האלמנה הייתה אמורה להוליד מספר רב של סכסוכים משפטיים.

אלא שהמציאות הכלכלית-החברתית של עוני ודלות, שעליה הצבענו לעיל, היוותה משקל נגד ובלם רציני מול תביעות הייבום, בייחוד במקרים של ביגמיה. ראינו לעיל, כי חנ"א ובית דינו דחו תביעה לייבום בנימוק של חוסר יכולת כלכלית, ושכך נקט גם יש"א בפסק הדין בעניין 'המלמד העני' שניתן בתקופה זו. זאת בניגוד למשל לפרשה 'האלמנה מאלכסנדריה' שבה לא התערב יש"א, ובית הדין המקומי שם בראשות המפ"ה התיר את הייבום. התוצאה המעשית הייתה שגם במצב של ייבום יוצר ביגמיה נקטה המערכת המשפטית עמדה שלילית כלפי תביעות ייבום גם בחלק הראשון של התקופה, והביאה מן הסתם לצמצום היקף התביעות.

במחצית השנייה של התקופה, החל משנת 1880 ואילך, השתנו פני הדברים אך התמונה הסופית בתחום המשפטי לא השתנתה. נכון שחל שיפור של ממש במצב הסוציו-אקונומי של החברה היהודית, וכמו כן התרחש גם גידול דמוגרפי. שני גורמים אלה היו בעלי פוטנציאל להגדיל את מספרן של התביעות לייבום יוצר ביגמיה ולהיענות לתביעות מצדה

137 ראה שמלץ, לעיל ה"ש 21. ראה גם בן יעקב, מפקדי מונטיפיורי, לעיל ה"ש 16, הכותבת כי "בקרוב המערכים בערי הקודש היו כמעט פי שניים נשים מגברים, מחציתן אלמנות".

של המערכת המשפטית. אלא שבשלב זה חל שינוי ממשי בזירה המשפטית. יש"א החל לכהן כסגן החכם באשי, והיה למעשה האישיות הדומיננטית בזירה במשך עשרים ושש שנים עד לפטירתו בשנת תרס"ו-1906. כפי שהראינו לעיל בהרחבה, גישתו ההלכתית הייתה שתנית הביגמיה והשבועה דוחות את מצוות הייבוש, ולפיכך דינה של תביעת יבם נשוי הייתה להידחות. תביעה למימוש ייבוש כזה הגורר בעקבותיו ביגמיה נבלמה אפוא על הסף בשל שיקולים הלכתיים ולא נזקקה לגורם החברתי-הכלכלי שיצדיק זאת.

קשה לדעת על סמך הנתונים הדמוגרפיים עד כמה השפיעה גישה משפטית זו על היקפה של תופעת שוק הייבוש, שכן לא עלה בידינו לקבוע את היקף התופעה של יבמים נשואים. אולם פתרון לכך ניתן למצוא בעדותו החשובה של הרב יעקב מאיר, שכיהן תקופה קצרה כחכם באשי, ולאחר החלת המנדט כיהן כרב ראשי ספרדי. במענה לשאלה עד כמה רווח הייבוש אצל הספרדים, שהפנה אליו פרופ' שלמה רב גויטיין, ענה הרב מאיר כי הייבוש למעשה אינו קיים, שהרי "אין ריבוי נשים אצלנו, מפני שאנו מתנים בשעת הנישואין שלחתן אסור לקחת אשה על אשתו ומכיוון שאדם מבוגר הוא בדרך כלל נשוי, מן הסתם אין מקום לייבוש".¹³⁸ הרי לנו עדות על כך שבכרום המכריע של המקרים מימוש הייבוש היה יוצר ביגמיה, ולפיכך, לדברי הרב מאיר, דחייתו בנסיבות אלה הביאה להיעלמותו למעשה. עדות זו חשובה, שכן הרב יעקב מאיר נולד בירושלים, התחנך בה וכיהן כדיין בבית הדין הספרדי ואף הגיע לכהן במשרה הרמה של החכם באשי.¹³⁹ אין ספק שהיכרותו עם החיים בקרב העדה הספרדית הייתה מקיפה ומעמיקה, וכך גם עם המסורת המשפטית שלה.

אין ספק שעמדת הרב יעקב מאיר נשענת על שיטתו של יש"א, שדחה את הייבוש מפני תנית המונוגמיה והשבועה. אלא שבעניין זה של ייבוש יוצר ביגמיה עלינו להבחין בין ספרדים לבין עדות מזרחיות. זאת משום שאצל עדות המזרח לא הוגבלה הביגמיה מבחינה משפטית, בעוד שאצל הספרדים הגבילה תנית המונוגמיה והשבועה ריבוי נשים. נמצא שהגנה זו שהעניק יש"א מפני ייבוש יוצר ביגמיה עמדה רק לרשותן של נשים ספרדיות, שבכתובתן נוספה תנית המונוגמיה ובעליהן נשבעו לקיים התחייבות זו. לא כך הדבר לגבי נשים מעדות המזרח, שתוספת זו לא רווחה ביניהן, כך שגם אשת היבם וגם האלמנה נותרו חשופות לנישואין ביגאמיים ללא יכולת להתגונן.

אינני יודע מה היה המצב המשפטי אצל עדת המוגרבים, שנוסדה בירושלים כבר בשנת 1856.¹⁴⁰ זאת משום שבמרוקו היו קיימות שתי קבוצות בעלות מסורות שונות:

138 שלמה רב גויטיין התיימן: היסטוריה, סדרי חברה, חי רוח – מבחר מחקרים 306 (מנחם בן ששון עורך, התשמ"ג).

139 גאון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 361-371.

140 שמלץ, לעיל, הביא פרטים דמוגרפיים אודות העדה המערבית. ראה גם בן יעקב, מפקדי מונטיפיורי, לעיל ה"ש 16.

האחת של המגורשים הנוהגים כמנהג הספרדים להוסיף את תנית המונוגאמיה, והשנייה של המקומיים שנוהגים כפי המסורת המזרחית ואינם מוסיפים את תנית המונוגאמיה. לאור קביעתה של מיכל בן יעקב כי רבים מן העולים היו בני העיר מקנס,¹⁴¹ ולאור זה שבעיר זו נהגו כמנהג המגורשים, הרי שאף האלמנות המערביות יכלו להתגונן מפני ייבום יוצר ביגמיה. ואולם, בניגוד לגישת יש"א, מסורת מרוקו דחתה את שבועת המונוגמיה והתניה מפני מצוות הייבום,¹⁴² ואין בידינו מקורות משפטיים שיגלו לנו כיצד הגיבו בני העדה המרוקאית למפגש עם העמדה שייצג יש"א.

י. עשייתם המשפטית של חכמי ירושלים

בפרק זה אצביע על קווים המאפיינים את דרכי הפסיקה של חכמי ירושלים בתקופת המחקר כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסקי הדין ובחוות הדעת שנתנו. אתמקד במישורים הבאים: עשייה שיפוטית, חשיבה משפטית, יזמות ואקטיביות משפטית, ויחסי גומלין עם המסורת האשכנזית. אפתח ברובד הישיר שבו באה פעילותם לידי ביטוי, הרובד של העשייה השיפוטית.

1. עשייה שיפוטית

דייני ירושלים הפגינו מעורבות ישירה ופעלתנות רבה בתפקידם השיפוטי כדיינים בעת שהתנהל דיון בתביעות לחליצה שהוגשו נגד יבם. ייתכן שמקור ההשראה לדרך זו הייתה 'הברייתא של העצה', ממנה למדו כי על דייני בית הדין להיות אקטיביים ולדחוק ביבם שיימנע מייבום, אם מימוש קשר הייבום יוביל לקשר נישואין בעייתי. אבל מקור זה אינו מפרט את דרך ההתנהלות הראויה, וגם במקורות הירושלמיים לא מצאנו התייחסות מפורשת לכך. ניסוח תוואי התנהלות אנו מוצאים בתשובה שכתב חכם בן התקופה, ר' אברהם גאטיניו (רא"ג), שפעל בסלוניקי ובסביבתה, והוא ישמש בידינו כמערכת ייחוס.¹⁴³ לאחר שהכריע רא"ג כי בנסיבות המקרה שנדון על ידו כופים את היבם לחלוץ, הוא כותב:

הטוב והישר לעשות הקל, הקל תחילה והוא לעשות טצדיקי (תחבולות) להטעותו שתתן לו ממון ואחר כך לא תתן לו וחליצה מוטעית כשרה. ואם לא יוכלו להטעותו עושין לו הרחקת רבנו תם [...] ואי גם בזו יעמוד במרדו כופין אותו בשוטים לחלוץ כסדר הזה ראוי לעשות.

141 שם, בעמ' 143.

142 וסטרייך, לעיל ה"ש 12, בעמ' 310-315.

143 שו"ת צל הכסף, חלק א, סימן יד.

החכם מציע שלושה שלבים של התנהלות, מן הקל אל הכבד. תחילה היא דרך ההטעיה, הנחשבת כתקינה בעיני התלמוד והפוסקים, ולפיה מציעים ליבם כסף תמורת החליצה, ולאחר מכן אין נותנים לו. אם דרך זו איננה מעשית אזי נוקטים באמצעי כפייה עקיפים הידועים כהרחקה של רבנו תם.¹⁴⁴ רק אם דרך זה מתגלית כבלתי יעילה, אזי עושים שימוש באמצעי כפייה ישירים דוגמת כפייה בשוט.

ראוי להוסיף כי רא"ג קבע ללא היסוס שבמקרה והיבם מנוע מלייבם בשל תנית המונוגמיה שהתחייב ונשבע לטובת אשתו, או בשל תנית החליצה שהתחייב ונשבע לאלמנה עצמה, כי אז כופים את היבם בשוטים עד שיחלוץ לאלמנה ולא תישאר עגונה. טעמו של דבר הוא הרגישות הגבוהה שהפגינו חז"ל לבעיית העגונות שאותה יש ליישם, "ובפרט בדורות הללו שפרוץ מרובה אין לנו מקום פטור לברוח מלדון בכפייה".

חכמי ירושלים לא ניסחו את מדיניותם בצורה מפורשת כפי שעשה החכם הנ"ל. הם גם לא התחילו בשלב הראשון של ניסיון להטעות את היבם באמצעות פיתויים כספיים. לפחות לא מצאנו לכך ביטוי בפסקי הדין שנתפרסמו. דרכם הייתה לקבוע את עמדתם התיאורטית במקרה הנדון, ולאחר מכן לנהל את הדיון מול היבם. במהלך הדיון הם ניסו להשפיע עליו, כדי שייאות מרצונו החופשי לחלוץ לאלמנה, כשבצד הצעתם הנמרצת הם מוסיפים איום של שימוש באמצעי כפייה, בדרך כלל הרחקה של רבנו תם ולא כפייה בשוט. כך נהגו חנ"א ובית דינו במקרה של יבם נשוי, שההכרעה נגדו התבססה על חוסר יכולת כלכלית. קרוב לכך נהג יש"א בפרשת 'אשת המלמד העני'. הוא פתח בהפעלת לחץ מוסרי ואיום בהפעלת כוח כדי שהיבם ייתן חליצה מרצונו, והשיג את התוצאה המבוקשת ללא צורך בהפעלת עיצומים. בדומה לכך נהג גם ר"א חזן בפרשת 'היבם בטריפולי', אך שם, בניגוד לניסיון הירושלמי, לא הצליחה דרך זו במשך כארבע שנים. משגלש הלחץ והפך להיות לכפייה ישירה בצורת מאסר של היבם שהטילו עליו השלטונות הנוכריים, נסוג בו ר"א חזן ודרש את שחרורו.

דרך זו התגלתה כיעילה בירושלים, במקרים שהדיינים ישבו בדין בתור ערכאה ראשונה שבפניה מובא העניין לדיון והצדדים היו בני הקהילה. דייני ירושלים התמידו באסטרטגיה זו גם בעת שנתנו חוות דעת לבתי דין בקהילות מחוץ לתחום סמכותם הישיר, כדוגמת פרשת 'האלמנה מג'ורג'יה'. אלא שספק אם גישתם הייתה אפקטיבית במקרה מג'ורג'יה, כשהיבם לא ניצב בפניהם באופן ישיר ולא היה בידם להפעיל עליו לחץ מוסרי ממשי. מסובך יותר הוא המקרה של אשת 'היבם מאלכסנדריה', אלא ששם התחמק יש"א מלנקוט עמדה ברורה, ולפי השערותנו אפשר שביקש להותיר את ההכרעה בידי בית הדין המקומי בראשות מפ"ה. בסופו של דבר, התיר מפ"ה לאיש לייבם, ולא שעה לעמדתו התיאורטית של יש"א כי תמיד נדחית המצווה מפני התניה והשבועה וכי מצוות חליצה קודמת בנסיבות אלה אף לדעת הרמב"ם. רק בפרשת 'האלמנה מן

המזרח' חרג יש"א מדפוס זה ונאות לקבוע באופן נחרץ כי יש לכפות את היבם לחלוץ לאלמנה. התנהלותו של יש"א אף הייתה מרחיקת לכת, שכן ההכרעה לכוף נשענה על תשתית עיונית רופפת בהיעדר הגנה משפטית מפני ביגמיה לטובת אשת היבם, ופרט לטענת המאיסות לא הוכחה עילה אחרת. לא מן הנמנע, כי עמדתו הנחרצת של יש"א נבעה מכך שבאותה שעה הוא כיהן כבר כחכם באשי ופעל מתוך תחושת ביטחון עצמי שהייתה אופיינית לו.¹⁴⁵ המשך הספור לא ידוע לנו, אך סיכוי גבוה שלאחר פסק דין כזה נאות בית הדין המקומי להפעיל לחץ של ממש, ושהיבם מצדו נאות להיענות ללחץ.

2. חשיבה משפטית

ההכרעה של יש"א במקרה של 'האלמנה מן המזרח', שנשענה כאמור על תשתית עיונית רופפת, מביאה אותנו לדיון בדרכי החשיבה המשפטית שלו ושל דיינים אחרים בירושלים. ראשית אציין כי העניינים השונים שנדונו בפסקי הדין וחוות הדעת, רובם ככולם, סובבים סביב מקורות בתר תלמודיים. המקור התלמודי היחיד שנעשה בו שימוש ממשי הוא 'הברייתא של העצה'. אך גם לגבי מקור זה לא מצאנו שהחכמים פנו במישרין אל התלמוד והם גם לא הציעו רעיונות חדשים או פירושים מיוחדים להתמודדות עם הבעיות שניצבו בפניהם. הדיינים הסתמכו כאן על הפרשנות המקובלת לברייתא שרווחה בקרב חכמי ההלכה בספרד ובמרחב הים התיכון, ונשארו צמודים לקו שהתוו קודמיהם. עיקר פעולתם הייתה להמשיך את שרשרת הפסיקה לה היו מחויבים באופן מלא, מבלי לחרוג מן התוואי המרכזי.

אחד מנושאי המשנה העיקריים שנדונו בסוגיית הייבום היה עניין הביגמיה ומידת השפעתו על כוחו וזכותו של היבם לממש את הייבום. חכמים רבים במסורת הספרדית לאורך הדורות עסקו בנושא זה, וכך גם חכמי ירושלים בתקופת מחקרנו. אצביע להלן על הדרך החשיבתית שבה נקטו, ואפתח דווקא במה שלא עשו. ראשית, הם לא הכלילו את פרטי הפסקים וההוראות שנתנו חכמי הספרדים לדורותיהם. שנית, הם לא המשיגו את שפע המקורות ולא הציעו תיאוריה מקיפה לנושא. התנהלותם היא קוואיסיטית מובהקת ופרטנית. היא נעה ממקרה למקרה, ומתמרנת בין המקורות השונים החלוקים ביניהם, ולעתים אף הסותרים זה את זה. בתנועתם בין המקורות נזקקים החכמים לאמצעי האבחון. דוגמה בולטת לכך היא חידושו של יש"א כי שבועת המונוגמיה והתניה הנהוגת באלכסנדריה תקפות אף לשיטת הרמב"ם, שהעדיף באופן עקרוני את הייבום על תנית המונוגמיה. ראוי להעיר כי היעדר יצירה משפטית תיאורטית עומד בניגוד לפרץ היצירה שאפיין את חכמי ישיבות ליטא בסמוך לתקופתם של חכמי ירושלים ובדור שלאחר מכן, בייחוד בבתי המדרש של ר' חיים סולובייצ'יק (תרי"ג-תרע"ח (1853-1918))

145 ביטוי לכך ראה בעימות שהיה בינו לבין הרב בורלא, ושנדון במאמרי: וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 328.

בוולוז'ין ובבריסק, ושל ר' שמעון שקופ (תר"ך-ת"ש 1860-1939)) בטלז ובגרודנה. נושא הייבוש העסיק מאוד את החכמים בישיבות ליטא, שכן מסכת יבמות הייתה אחת משמונה המסכתות שנלמדו בהן. הללו שבו ופנו אל התלמוד עצמו, וכתביהם מלאים ברעיונות חדשים ומקוריים.¹⁴⁶

שאלה מעניינת היא האם נקטו חכמי ירושלים בגישה של יראת ההוראה המאפיינת יותר ויותר זרמים הלכתיים בעידן המודרני.¹⁴⁷ ליראת ההוראה כמה מאפיינים בולטים, ואציין שניים שיש ביניהם קשר הדוק. אחד, היצמדות ללשון הטקסט הקובע כלל משפטי. שניים, נקיטת עמדה אנטי אקטיבית בנוגע לכללים הלכתיים קיימים. אקדים ואעיר, כי לעתים מגדירים חכמי הלכה את עצמם כיראי הוראה, אך הם אינם כאלה לפי האפיון שאפיינתי קודם לכן. דוגמה יפה לכך הוא רא"ג שהזכרתיו לעיל, ואשר נקט גישה החלטית הכופה חליצה על יבם אם קיימת מניעה לייבם מחמת שבועת המונוגמיה או שבועת החליצה. החכם הזה כותב כי הוא מיראי ההוראה, אך מכאן רק נגזרת דרישתו ששני חכמים נוספים יצטרפו לפסק דינו, כדי לוודא שלא נפלה טעות בטיעונו – הא ותו לא. דומה שבפסק הדין המאוחר ביותר שנתן יש"א, במקרה של 'האלמנה מן המזרח', משתקפת גישה ברורה של היעדר יראת הוראה. לרשות האלמנה לא עמדה אף עילה של ממש שתצדיק את כפיית היבם לחלוץ. מדובר היה בסביבה שלא נהגה חדר"ג, וגם לא התחייבה ונשבעה את שבועת המונוגמיה. עמדת הריב"ש, האומרת שייבוש יוצר ביגמיה כשלעצמו מהווה עילה לחייב בחליצה, נדחתה על ידי יש"א בפרשת 'המלמד העני'. כמו כן, העילות הנוספות שנזכרו בפסק הדין: פער גילים, טענת המאיסות, טענת חוסר יכולת כלכלית והטענה של קיום מניע זר, לא השתכללו כפי שהוסבר לעיל לכדי עילות המחייבות חליצה.¹⁴⁸ חרף העובדה שכל אחד מן הגורמים הללו לא היווה עילה כשלעצמו, הרי שלדעת יש"א הצטברותם יחד הופכת אותם לעילה המצדיקה כפייה לחליצה. דרך זו איננה הולמת כלל את יראי ההוראה שהיו חומקים מכפייה ומיצירת כלל חדש בנימוק שאין לאלמנה שום עילה מגובשת.

146 ראה לדוגמא בלוח המפתחות לחיבור של ר' שמעון שקופ, **חידושי רבי שמעון יהודה הכהן שקאפ – על מסכתות יבמות וכתובות** 239 (התשל"א). בנו של מהדיר הספר, משה בן מרדכי הכהן שקאפ, כותב בהקדמה לחלק שעוסק במסכתות בבא קמא, בבא מציעא ובבא בתרא כי רובם של החידושים נרשמו בשנים תרנ"ד-תרס"ה (1894-1905), שהוא העשור האחרון לפעילותו של יש"א.

147 על גישה זו כתבו רבים, ואחד הראשונים בהם היה יעקב כ"ץ.

148 לעיל, ה"ש 136.

3. אקטיביות ויזמות משפטית

היעדר יראת הוראה מביאה בכנפיה אקטיביות משפטית, שאחד מביטוייה הוא חתירה לפתרון צודק של המקרה, בשונה מהסתפקות בגזירת מסקנה באופן מכאני מטקסטים קיימים. ערוץ הפעולה של האקטיביות המשפטית הוא דרך פסקי הדין והפרשנות הרגילה האופיינית לשיטות משפט של Common Law. כאן יכולים דינים לחולל שינויים בעלי אופי אבולוציוני במהותם, שהם בדרך כלל קטנים בהיקפם בהשוואה לשינויים שניתן לחולל באמצעות החקיקה או המנהג הציבורי. האקטיביות יכולה לבוא לידי ביטוי לא רק במישור המעשי כי אם גם במישור התיאורטי בלבד. כך, למשל, בפסק הדין בפרשת 'האלמנה מאלכסנדריה' חולל יש"א תפנית וסטה מדרכם של חכמים ירושלמים שקדמו לו, וביניהם מורו ורבו רב"מ נבון, בכך שקבע כי תנית המונגמיה כפי שנוסחה באלכסנדריה תקפה אף לשיטת הרמב"ם. נכון שבמקרה הנ"ל לא הייתה נפקות מעשית לעמדה החדשה, אבל לא מן הנמנע שהיא חוללה את השינוי מרחיק הלכת בנוגע לצמצום היקף תופעת הייבום בירושלים, שהרב יעקב מאיר דיווח עליו לפרופ' גויטיין.

יזמות משפטית היא עשייה שמשנה את המצב המשפטי הקיים באופן ניכר ולעתים אף מרחיק לכת, מעבר לאקטיביות משפטית גרידא, ובתור שכזו גם היא מנוגדת ברוחה ובמהותה ליראת ההוראה. יזמות יכולה לבוא לידי ביטוי בשלושה ערוצים שונים: החקיקה, התנהגות הציבור, ובית הדין, לעומת אקטיביות הנשארת בתחום הפעולה של בית הדין כמוסד שיפוטי בלבד. תחום החקיקה הוא ערוץ בולט ומרכזי שדרכו אפשר לחולל שינויים מרחיקי לכת. שלא כמקובל במדינות מודרניות, עניין החקיקה במשפט העברי נתון גם הוא לסמכותם של חכמי הלכה. דוגמה לכך בתחום הייבום ניתן למצוא באמצע המאה העשרים בעת שהרב הראשי הספרדי למדינת ישראל, הרב עוזיאל, ביחד עם עמיתו האשכנזי, הרב הרצוג, התקינו תקנה הידועה כחרם ירושלים, שביטלה למעשה את הייבום בקרב הספרדים והמזרחיים והעדיפה על פניה את החליצה.¹⁴⁹ גם חכמי מרוקו נקטו באמצע המאה העשרים בדרך החקיקה וחוללו שינויים מרחיקי לכת בתחום הייבום, בהתקנים תקנות לטובת האלמנה המסרבת להתייבם.¹⁵⁰

ניתן לחולל שינויים רציניים בדין גם בדרך לא ישירה, וזאת באמצעות השפעה על המנהג הציבורי, למשל על ידי שימוש בענף של דיני החוזים. לשם כך נדרש היה שקהיליית החכמים הירושלמים תעודד שימוש בתניות חליצה בכתובות או בשטרי תנאים נפרדים, מן הסוג שרווח במרחב הספרדי ועדיין היה מצוי כנראה על המדף בבלקן. כוונתי לתניות החליצה שדנתי בהם בפרק השישי, בייחוד לתניה שלפיה מתחייב האח, שהוא יבם פוטנציאלי, כבר בעת הנישואין לחלוץ לאלמנה, אם תיווצר ביניהם זיקת ייבום.

149 וסטרייך, לעיל ה"ש 6.

150 וסטרייך, דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבום בקרב חכמי מרוקו, לעיל ה"ש 124.

הטמעתן של תניות אלה ועמידה על תקפותן המשפטית המלאה הייתה יכולה לחולל שינוי מרחיק לכת במידת הנפוצות של זיקת הייבוש ובמימושה. הערוץ של בית הדין מתאים יותר לשינויים שניתן לאפיין אותם כאקטיביות משפטית. עם זאת, לעתים, אולי נדירות, השינוי הוא מרחיק לכת ומשתווה באיכותו לשינוי חקיקתי, ולפיכך ראוי הוא לתואר יזמות משפטית. כזה הוא פסק הדין שנתן רי"מ חזן באיטליה, ולפיו יש לאמץ בסביבה נוצרית את עמדת המסורת האשכנזית המעדיפה תמיד את החליצה. השינוי שחולל החכם בפסק דין זה הוא עמוק ומרחיק לכת הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי. שינוי מעין זה מתאים להיעשות באמצעים חקיקתיים, כפי שנעשה הדבר כעבור שלושה דורות בידי הרבנים הראשיים עוזיאל והרצוג במדינת ישראל.

אין ספק, שהעשייה של חכמי ירושלים נעדרת יזמות משפטית, אולם היא אינה מלמדת בהכרח על עמדה עקרונית הרוחה אפשרות של שינוי הדין באמצעות חקיקה או באמצעות הטמעת תניות בעלות אופי חוזי במנהג הציבור. ייתכן מאוד שבתקופה הנדונה לא היו שינויים מרחיקי לכת במרחב הספרדי, הן מבחינת ריבוי מקרים של קשרי ייבוש מעיקים – מאחר שאלמנות רצו בייבוש בשל שוק הנישואין – והן מבחינת שינוי התודעה בקרב הציבור ובייחוד בקרב ציבור הנשים. עובדה היא, והצבענו עליה לעיל, שבספרי השו"ת הרבים שהדפיסו דייני ירושלים מצאנו מספר מועט של פסקי דין, וגם אלה ניתנו בחלקם הגדול כחוות דעת לקהילות ספרדיות שמחוץ לירושלים.

ייתכן, וזו השערה בלבד, שגילם המופלג של החכמים שעמדו בראש המערכת מנע מהם את הגמישות הנדרשת ליזום שינויים במוסד משפחתי והלכתי ותיק כל כך. כך, למשל, ר"א אשכנזי נתמנה לתפקיד החכם באשי בשנת תרכ"ט (1869) בהיותו בגיל חמישים ותשע; ר' מאיר פניז"ל נתמנה כחכם באשי בשנת תר"ם (1880) בגיל שבעים ושש; יש"א התמנה לסגן החכם באשי בגיל ששים ושלוש, ולמשרת החכם באשי הוא התמנה בשנת תרנ"ג (1893), בגיל שבעים ושש. קשה לצפות שאנשים בגיל מבוגר שכזה, יהיה שיעור קומתם האינטלקטואלי אשר יהיה, ישנו את השקפת עולמם ודפוסים של פסיקה.¹⁵¹ לא מן הנמנע שהגורם הביוגרפי, גילם הגבוה של ראשי הרבנים בירושלים, קשור גם להיעדר השפעה אשכנזית, שנדון בה בפרק הבא.

4. המפגש עם האשכנזים

ניתן היה לצפות לקיומו של אתגר רציני עבור דייני ירושלים נוכח המפגש עם העדה האשכנזית הגדולה והחזקה, שהתנגדה באופן נחרץ למימוש הייבוש תוך העדפה מלאה של החליצה. עמדה זו הופנמה עמוקות בתוך החברה האשכנזית, ואף בירושלים בתקופת

151 דוגמה יפה לכך ראה אצל ר' יהודה מינץ בעת שעבר מאשכנז לאיטליה. וסטרייך, לעיל ה"ש 7, בעמ' 208-210.

מחקרנו הייתה התנגדות חברתית נמרצת למימוש קשרי הייבום.¹⁵² היה מקום לצפות לתגובה מצדם של החכמים בכיוון של הגברת ההיענות לתביעותיהן של אלמנות גם לאור התגברות הנוכחות של המערב ורעיונותיו, בייחוד לאחר תחילת בואם של ראשוני החלוצים. אך לא כך קרה, וחכמי ירושלים הספרדים התמידו בדרך שסללו קודמיהם במשך דורות רבים.

ייתכן שהסיבה להיעדרה של השפעה אשכנזית נעוצה בכך שהדיינים בירושלים היו, רובם ככולם, ממוצא ספרדי ולא נקלטו בקרבם דיינים אשכנזים.¹⁵³ קבוצה זו שלטה במוסדות השיפוט והרבנות במשך כל תקופת קיומה של משרת החכם באשי עד לאחר מלחמת העולם הראשונה,¹⁵⁴ חרף השינויים הדמוגראפיים הגדולים בהרכב הציבור היהודי. קיומם של מוסדות שיפוט אשכנזיים נפרדים, הדבקים במסורת משפטית מוגנת, לא היווה אתגר לדיינים בבית הדין הספרדי הרשמי. ראשית, משום שהדיינים הספרדים לא ניסו כלל להכתיב את הנורמה הספרדית לאשכנזים, בהתאם למסורת הספרדית העתיקה וכפי מנהגם של בתי הדין בירושלים, בנושאים אחרים.¹⁵⁵ ולכן הם אף לא הטו אוזן למסורת אחרת ההולכת ומתעצמת בקרבם. שנית, משום ש'בתי הדין' האשכנזיים היו מוסדות לא רשמיים וחסרי סמכות אכיפה. בנוסף, גם חלק גדול של ציבור היעד שלהם היה כפוף לסמכות השיפוט הישירה של הקונסולים בירושלים.¹⁵⁶ בית הדין הספרדי, לעומת זאת, זכה במעמד רשמי בעת שהכיר הסולטאן בראש"ל הספרדי כחכם באשי, וכפועל יוצא היה בית הדין בירושלים שבראשותו למוסד שיפוט רשמי באימפריה

152 סיפור מקרה של התנכלות קשה ובלתי פוסקת עד יום מותו, לאשכנזי שייכם, ראה יצחק יעקב ילין אבותינו, פרקי היסטוריה והווי – דמויות וסיפורים מחיי בוני הישוב הראשונים קכה-קל (התשכ"ו).

153 וסטרייך, לעיל ה"ש 3, בעמ' 236-244.

154 על השליטה הספרדית בבית הדין הרשמי ראה וסטרייך, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253-255.

155 וסטרייך, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253. על התנהלות בית הדין בעניין חרם דרבנו גרשום, ראה דברים שכתב רי"מ חזן בסוף תשובתו הנ"ל בעניין הייבום: "ובהיותי בעיר הקודש ירושלים תוב"ב נמנה בבית הדין הגדול כנודע, בא מעשה לפנינו באשכנזי שהיה לו אישה שוטה ואני אחד ממאה החתומים בהיתרו". לאמור, בית הדין הספרדי דרש לנהוג לפי נוהל ההיתר האשכנזי – היתר מאה רבנים – ולא לפי המסורת הספרדית שהתירה לשאת אישה נוספת ללא שום נוהל ודרישה. ראה גם תשובה שכתב ר' אברהם אשכנזי בשנת תרי"ב (1851), לימים החכם באשי, בנוגע לאשכנזי שלא קיים מצוות פריה ורביה והמבקש לשאת אישה נוספת נוכח סירובה של אשתו להתגרש (שו"ת מהר"א אשכנזי, סימן ה). תחילה סירב המחבר לרדן בדבר בנימוק ש"למעלת בית הדין צדק של הרבנים האשכנזים להם יאותה לרחק או לקרב". אך הוא נכנע ללחץ של האיש, וכתב תשובה מנומקת ומפורטת מתוך עמדת מוצא שחדר"ג חל על אשכנזים. ראוי לשים לב כי בתקופה זו עדיין היו האשכנזים קבוצת מיעוט קטנה בירושלים, ובכל זאת לא ניסו הספרדים להשתרר עליהם.

העות'מאנית, כפי שהיה המצב במרכזים חשובים נוספים.¹⁵⁷ העובדה שבית הדין כמוסד שיפוטי היה מעוגן בסדר העות'מאני הישן, שבו העדה הספרדית היא המובילה בקהילה היהודית, הקהלה בתודעת הדיינים את גודל המהפכה הצפויה לחברה היהודית בארץ ישראל, מהפכה שתביא לעלייתם של האשכנזים למעמד דומיננטי של גורם מכריע. לא מן הנמנע שאף כאן מנע מהם גילם הגבוה של הדיינים לראות ולהפנים את השינויים העומדים להתרחש. שינויים אלה יבואו לידי ביטוי עם שינוי הסדר הפוליטי בעקבות כיבוש הארץ בידי הבריטים והקמת מדינת ישראל, שהעלו למעמד דומיננטי את התנועה הציונית המבוססת על הציבור האשכנזי. בשלב היסטורי זה יבקש הרב הראשי הספרדי, הרב עוזיאל, שהיה דיין צעיר מאוד בתקופת מחקרנו, לחולל שינויים בגישה הספרדית תחת השפעה אשכנזית. בעניין זה יעסוק פרק הסיום של מחקרי.

5. ממשיכים בדרכם – פולמוס הרבנים עוזיאל ויוסף

מצב זה של סטטיות בכל הנוגע למעמדה המשפטי של מצוות הייבוש בקרב חכמי ירושלים במאה ה-19, שנעדר יזמות משפטית או השפעה אשכנזית, אך גם נעדר התנגדות מפורשת לשינויים, מעלה את השאלה המסקרנת מי מן הרבנים הראשיים הספרדים – בן ציון עוזיאל או עובדיה יוסף – ממשיך בדרך המשפטית שנהגה בבית הדין הרשמי בירושלים במאה ה-19. הוויכוח בין שני הרבנים הללו נסב אודות תקנת הרבנות הראשית בשנת תש"י (1950), שאותה יזם והנהיג הרב עוזיאל בשיתוף הרב הרצוג, אשר ביטלה למעשה את מימוש הייבוש בקרב ספרדים ועדות המזרח וכפתה עליהם את האלטרנטיבה של החליצה, כמקובל במסורת האשכנזית.¹⁵⁸ הנימוקים שהוצגו בדברי ההסבר לתקנה היו שניים: אחדות עם ישראל והיעדר כוונה אמיתית לקיום מצוות הייבוש אצל היבמים בימנו. הרב עובדיה יוסף (רע"י) התנגד בחריפות לתקנה, וטען שהיא סוטה באופן קיצוני מן המסורת הספרדית ומהווה חריגה מסמכותם של מתקיני התקנה, ולפיכך איננה תקפה.¹⁵⁹ בנוגע לנימוקים שהעלו מתקיני התקנה, השיב הרב יוסף כי הכוונה לקיום המצווה איננה מיסודות המצווה, וגם מי שמבקש לממש את הייבוש לשם מניע זה, כמו כסף או יופייה של האלמנה, פועל במסגרת הדין. אשר לטענה בדברי הצורך באחדות ישראל הוא השיב כי יש לגיטימציה מלאה לריבוי מנהגים במסורת היהודית, ואף בימים אלה של התקנת התקנה ישנן דוגמאות רבות לכך.

על פני הדברים, אין ספק שתמונת המצב המשתקפת בפסקים של יש"א וחכמים ירושלמים אחרים בני התקופה הולמת את גישת רע"י והייתה מתקבלת בזרועות פתוחות על ידו. בכל פסקי הדין שניתנו בתקופת המחקר, זולת פסק הדין של רי"מ חזן ברומא,

157 וסטרייך, לעיל ה"ש 2, בעמ' 304-330.

158 וסטרייך, לעיל ה"ש 6, בעמ' 315.

159 שם, בעמ' 328-332.

העמדה הברורה היא כי חשובה היא מצוות הייבום עבור עדות ספרד והמזרח, ולא עלה בדעת איש להמירה בחלופה של החליצה. עמדה זו מפורשת גם אצל ר' חיים פאלאג'י בפרשת 'ארבעת האחים', שיש"א הסתמך עליו בזמנו, ושגם רע"י הסתמך עליה ותמך בה את עמדתו הרואה בייבום מצווה חשובה ולא נִטָּל שיש לעקוף אותו. לא מן הנמנע, שיש"א אף היה מעודד את הייבום בדומה לרבו ולאביו חורגו רב"מ נבון. הלה סיים בפרשת 'ארבעת האחים' את פסק דינו בקריאת עידוד ליבם לממש את הייבום ולהנות מכל טובות ההנאה שדין תורה מעניק לו. באופן דומה נהג רע"י שקבע: "ולכן גם בנידון דידן יש לבית-הדין להשפיע על היבמה להסכים לבקשת היבם ולהתייבם כדי להקים שם המת על נחלתו".¹⁶⁰ לא מן הנמנע שרע"י ראה ביש"א דמות מופת וקשר לו כתרים רבים גם בשל העמדה שהלה נקט בנושא הייבום.¹⁶¹

עם זאת, אינני סבור שהעמדה שנקט יש"א ובני דורו בנושא הייבום אינה מתיישבת בהכרח עם עמדתו העתידית של הרב עוזיאל, שבסביבתם התחנך בנעוריו ועיצב את עולמו ההלכתי והרוחני.¹⁶² עלינו לזכור כי בימיו של יש"א לא אותגרה עדיין המסורת הספרדית בנוגע למימוש קשרי הייבום, לפחות לא בתודעתם של החכמים היושבים בדין ויש"א בראשם, וזאת בשל הגורמים שהזכרנו לעיל. אמנם החלו להופיע בתקופת מחקרנו גורמים שלימים יניעו את הרב עוזיאל להתקין את תקנת הייבום במדינת ישראל המתחדשת: רוב מוחלט של אשכנזים בציבור הישראלי השולט במוסד הרבנות ובתי הדין, וביוחד קיומו של רוב חילוני ואף אנטי דתי, השולט שליטה מלאה במקדמי הכוח במדינה החדשה. עבור האשכנזים שומרי המצוות היה מוסד הייבום תופעה זרה ורחוקה שיש לדחותה, ועבור המרכיב החילוני היה הייבום תופעה שראוי לדחותה בשל פגיעתה בחירות האישה שנתאלמנה. בני הדור של יש"א, שעל ברכיהם התחנך בצעירותו בירושלים, הניחו ללא קושי שהעולם הספרדי כמנהגו נוהג והתעלמו לחלוטין מגישת רי"מ חזן. הגישה הירושלמית איננה מתנגשת אפוא עם העמדה שנקט הרב עוזיאל, אבל הוא גם לא יכול היה למצוא בסביבה זו עוגן פוזיטיבי ליזמות המשפטית שבה נקט לאחר מכן. הד למשקל של גורמים שהניעו אותו יכול היה הרב עוזיאל למצוא בפסק דינו של קרובו, רי"מ חזן, בהיותו ברומא הנוצרית, שבשל הסתייגות הסביבה ממוסד הייבום קבע

160 שו"ת יביע אומר, ו, אבן העזר, סימן יד, סעיף ט (לקראת סוף התשובה).

161 ראה וסטרייך, *Levirate Marriage in the State of Israel: Ethnic Encounter and the Challenge of a Jewish State*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 489-495. דומה שיש בכך גם תמיכה בהשערת כי אל העטרה שעטרה את ראשם של הספרדים תחת הנהגת יש"א ובתקופתו מבקש הרב יוסף לשוב.

162 הרב ב"צ עוזיאל נולד בירושלים בשנת תר"מ (1880). בעת שיש"א התמנה לתפקיד סגן החכם באשי ובעת שיש"א נפטר בשנת תרס"ו הוא היה כבר בן עשרים ושש. אימו של הרב עוזיאל הייתה נכדה של החכם באשי רח"ד חזן, ואביו היה ראב"ד של אחד ההרכבים בבית הדין.

שיש להעדיף את החליצה ולדחות את מימוש הייבום. העובדה שלא שמענו הסתייגות מזקנו של הרב עוזיאל, רח"ד חזן, בעת תגובתו לרי"מ חזן בעת שניהן כרב באיזמיר, אף היא מצביעה על כך שעמדת רי"מ חזן היא אפשרית בהחלט.¹⁶³ אפשר אפוא שבסביבה ספרדית אחרת, למשל בבלקן, שם מצויים שורשיה של משפחת חזן, יכול היה הרב עוזיאל למצוא עוגן מסוים לשיטתו. אך במאבק בין שני אישים אלה גברה, לעת עתה, ידו של מי שביקש להחזיר ליושנה את עטרת חכמי ההלכה הספרדים בשלהי התקופה העות'מאנית, שבמשנתם בנושא הייבום עסק מחקר זה.

יא. סיכום

מחקר זה ניתח לעומק ובפירוט רב פסקים וחוות דעת בתחום הייבום שנתנו דינים ספרדים ירושלמים בשלהי התקופה העות'מאנית. מטרת המחקר הייתה כפולה: האחת, לעמוד על הדוקטרינה המשפטית בנושא הייבום שהתגבשה בסביבה זו. השנייה, לאפיין את טיבה של העשייה המשפטית של קהיליית הדינים המסוימת. הזמן והמקום שהמחקר מתמקד בהם מיוחדים הם בכך שהעדה הספרדית היא הדומיננטית בקרב הקהילה היהודית, אם כי במהלך התקופה הולכת העדה האשכנזית ומתעצמת. בית הדין שבו פעלו החכמים שכתביהם נחקרו על ידי היה מוסד שיפוטי רשמי ללא מתחרים של ממש בקהילה היהודית בכללותה. תקופה זו היא גם השלב ההיסטורי האחרון שבו מתנהל בית הדין במתכונת זו, ולאחר מכן יוקם בית דין שונה מאוד בחסות השלטון המנדטורי והישראלי. חשיבות מיוחדת נודעת לניתוח מדויק של הדוקטרינה המשפטית שפותחה בידי קהיליית הדינים הירושלמית, משום שעשייתה השיפוטית כמעט שלא נחקרה.

בתשתית הדוקטרינה המשפטית עומדת השיטה הספרדית, הקובעת שמצוות ייבום קודמת למצוות חליצה. משום כך נדרשת אלמנה המסרבת להתייבם להציג סיבה שתוכר כעילה משפטית המצדיקה חיוב בחליצה. המקורות שנבחנו על ידי התמקדו בעילות מיוחדות לאלמנה זקוקת הייבום, עילות שאינן עומדות לרשותה של אישה נשואה המבקשת להתגרש. המקור לעילות הללו היא ברייתא המופיעה בתלמוד הבבלי, ושלושה גורמים נדונו על ידי חכמי ירושלים כפוטנציאלים להיחשב עילות: פער גילים, חוסר יכולת כלכלית והיווצרות נישואין ביגמיים. ברובם ככולם של המקרים שנדונו התקיים יותר מגורם אחד.

163 בסוף תשובת רי"מ חזן, לעיל ה"ש 37, הוא כותב את הדברים הבאים: "פסק דין זה שלחתי לגאון האמיתי הרב מורי ורבי דודי המלך דוד חזן אב"ד ק"ק איזמיר והשיב לי בכתב פסק דין ארוך על כל קוץ וקוץ ומרוב טירדת לימודי ועסקי הציבור נאבד ממני. חבל על דאבדין". מאחר שתשובת רח"ד חזן נעלמה, קשה לדעת מה הייתה בדיוק עמדתו. אבל ניתן לשער בוהירות כי לפחות הוא לא דחה אותה בתוקף רב, מעין הדחייה שדחה הרב יוסף את תקנת הרבנות הראשית, אחרת קשה להניח שרי"מ חזן היה מזכיר אותה בכלל.

הגורם של פער הגילים מופיע במקרים הבאים: 'האלמנה מג'ורג'יה' (חוות דעת של יש"א בשנות השמונים); 'המקרה מחברון' (פסק דין של חר"ף בסוף שנות השבעים); 'האלמנה מן המזרח' (חוות דעת של יש"א בין השנים אמצע שנות התשעים); 'האלמנה מטריפולי' (פסק דין של ר"א חזן בטריפולי, במחצית השנייה של שנות השבעים). גורם זה התגלה כגורם חלש. הוא לא הוכר כעילה העומדת בפני עצמה, וגם לא כגורם מסייע לעילה אחרת.

הגורם של חוסר יכולת כלכלית התפתח לכדי עילה המצדיקה חיוב בחליצה, ונדרון במחקרנו בפרשיות הבאות: 'המקרה של חנ"א' (פסק דין של חנ"א בשנות הארבעים); 'אשת המלמד העני' מירושלים (פסק דין של יש"א במחצית הראשונה של שנות השבעים). הוא נדרן גם בשתי פרשות שנזכרו לעיל, 'האלמנה מטריפולי' ו'האלמנה מן המזרח'. בכל המקרים הללו הופעל לחץ כבד על היבם לחלוץ לאלמנה, תוך נכונות מוצהרת מצד הדיינים להרחיק לכת ולהפעיל עיצומים על היבם אם יסרב לעשות כן.

הגורם הביגמי מורכב יותר, ונדרן באינטנסיביות רבה. התשתית המשפטית להכיר בגורם הביגמיה כבעילה היה הלכת הריב"ש, העומדת במישרין לטובת האלמנה. כמו כן עמדו לרשותה בעקיפין תנית המונוגמיה ושבועת המונוגמיה, שנוצרו לטובת אשת היבם. אנו מוצאים בעניין זה חילוקי דעות בין החכמים השונים. בדור הראשון שלטה העמדה שגורם הביגמיה אינו מהווה עילה לחייב בחליצה. כך נקט חנ"א ב'מקרה של חנ"א', וכך הוא נקט ביחד עם רב"מ נבון בפרשת 'ארבעה האחים' (אלכסנדריה, 1846). גם ר"א חזן נקט כך, ככל הנראה, בפרשת 'האלמנה מטריפולי' וגם מפ"ה נקט כך בפרשת 'אשת היבם מאלכסנדריה'.

לעומת זאת, יש"א סבר שתנית המונוגמיה והשבועה מעמידות עקרונית עילת חליצה לטובת האלמנה. אמנם בשלבים שונים של תפקידיו השיפוטיים הוא נמנע מלתרגם את הגורם הביגמי לעילה של ממש שבגינה כופים על היבם לחלוץ. בשני מקרים שאשת היבם דרשה את החליצה, בפרשת 'המלמד העני' ובפרשת 'האלמנה מאלכסנדריה', יש"א לא נענה לדרישתן. הזדמנות תיאורטית לבחון את עמדתו הייתה בעת שכיהן כחכם באשי, בפרשת 'האלמנה מן המזרח'. אלא שבמקרה זה לא עמדה תנית המונוגמיה לרשות אשת היבם, ולפיכך לא ניתן היה לבסס עליה פסק דין המחייב בחליצה. עם זאת, אפשר שעמדת יש"א הוטמעה בפסיקה הירושלמית ובנורמה החברתית, ועדות על כך מצאנו בדברי הרב יעקב מאיר. לדבריו, המנהג הרגיל בירושלים היה לחלוץ ולא לייבם, וזאת משום שבדרך כלל היבם הוא נשוי, ובשל תנית המונוגמיה והשבועה נחסמה בפניו האפשרות לממש את הייבוים.

עמדתו זו של יש"א לא הייתה מהפכה בדוקטרינה המשפטית, ואף לא שינוי עמוק בה. במסורת הספרדית היו קיימים זה דורות רבים שני זרמים: האחד, הקשור בר"י קארן, מתבטא בעמדה שיש"א נקט. השני קשור ברמב"ם, והוא מתבטא בעמדת רמ"ב נבון. גם בנוגע לעילות האחרות הלכה הפסיקה של חכמי ירושלים בתוואי של המסורת הספרדית

עם תנודות קלות שהיא מאפשרת. רק פסק דין אחד של רי"מ חזן, שאותו נתן באיטליה, משקף שינוי עמוק בדוקטרינה, שינוי הקרוב להיות מהפכה. עמדתו העקרונית הייתה שיש לפסוק שמצוות ייבוש קודמת בהתאם לעמדה הרווחת במסורת הספרדית. אבל, הוא סבר כי בנסיבות הקיימות באיטליה, של חיים בקרב אוכלוסיה נוצרית המסתייגת בחריפות רבה ממוסד נישואי הייבוש, יש הצדקה למנהג המקומי שהעדיף תמיד את החליצה לפי המסורת האשכנזית.

רובה המכריע של פסיקת חכמי ירושלים לא ראתה שום צורך לשנות את המסורת הספרדית בתחום עדיפות הייבוש. התגברותה של הנוכחות האשכנזית בירושלים והתעצמותה, ובייחוד הופעתם של רבנים גדולים, לא היוו שום אתגר עבור חכמים אלה, למרות שהמסורת האשכנזית דחתה לגמרי את הייבוש מפני החליצה. גם התחזקות הנוכחות האירופאית בארץ ישראל בכלל ובירושלים בפרט לא עוררה מחשבות בנוגע להמשך קיומו של מוסד הייבוש. הצעתי במאמר כמה הצעות להסביר את פשרה של הגישה הזו. האחת קשורה בכך שכל הדיינים בבית הדין הרבני היו ספרדים במוצאם ובחינוכם, ולכן לא נחשפו למסורת האשכנזית החיה. הצבעתי גם על גילם הקשיש של העומדים בראש מערכת השיפוט, כגורם שחוסם עירנות לשינויים שמתרחשים ומונע נכונות לשינוי. גורם אחר קשור דווקא בקהיליית האלמנות שנוקקו לייבוש. העובדה היא, וגם דבר זה עורר את תהיית, שבכל הפסיקה שנתפרסמה לא מצאנו מקרה של אלמנה התובעת חליצה. רק שני מקרים של תביעות לחליצה, שאירעו בירושלים ובארץ ישראל, נזכרים בפסיקה, אבל בשניהם התובעת הייתה אשת היבש, שהתנגדה לייבוש וליצירת משפחה ביגאמית. ההסבר שהצעתי התבסס על הממצא הדמוגרפי בדבר שיעורן הגבוה של אלמנות שחיו בירושלים. מצב זה עשה את הייבוש לפתרון רצוי עבור האלמנות, ולכן לא מצאנו תביעות של אלמנות. מאליו מובן שבמצב שכזה לא הופעל לחץ על קהיליית הדיינים לנקוט צעדים לצמצום הייבוש.

אך גם אם מהפכה דוקטרינרית לא הייתה בפסיקה הירושלמית, הרי שאקטיביות שיפוטית אנו מוצאים גם מוצאים, בייחוד בפסק הדין של יש"א בפרשת 'האלמנה מן המזרח'. לרשות האלמנה שם עמד הצבר של גורמים, שכל אחד מהם כשלעצמו לא נחשב לעילה של ממש, בייחוד נוכח העובדה שלרשות אשת היבש לא עמדה תנית המונוגמיה. בכל זאת הורה יש"א לכופף את היבש לחלוץ על בסיס הצבר הגורמים, מבלי שתהיה תחת ידו ולו עילה אחת מוגדרת. אקטיביות מעין זו מבטאת עמדה מנוגדת לזו של הנוקטים בדרך של יראת ההוראה. הללו היו דוחים בנסיבות מעין אלה את התביעה בנימוק שאין כאן שום עילה מוגדרת. אלא שטווח השינוי שנדרש לחולל בדין הקיים בנסיבות אלה היה מצומצם למדי. לפיכך לא נדרשה יזמות מרחיקת לכת בצורה של תקנה או שינויים בנוסחי הכתובה, שתחולל שינויים בדין הקיים, וניתן היה להסתפק במרחב התמרון הפרשני ברובד הפסיקה.

רק כשניים-שלושה דורות מאוחר יותר, בעת הקמתה של מדינת ישראל, תעמוד המסורת הספרדית בפני אתגר גדול הרבה יותר בנוגע להמשך קיומו של מוסד נישואי הייבום. הרב עוזיאל, ששחרותו עברה עליו בתקופת מחקרנו והיה צאצא של גדולי חכמי ירושלים הספרדים וממשיך ישיר של המסורת שלהם, בחר בדרך של יזמות חקיקתית. לעומתו, הרב עובדיה יוסף, שגדל בירושלים בשנות העשרים והשלושים, התריס במפגיע כי יש להחזיר עטרה ליושנה ולאמץ את הדפוס שנהג לדעתו בתקופת מחקרנו. שני הרבנים כאחד לבטח סברו כי הם ממשיכים נאמנים של חכמי ירושלים הספרדים ובראשם יש"א, הנערץ במיוחד על הרב יוסף. מחקרנו זה פרש את כל היריעה האפשרית, והבוחר יבחר.