

דיני המשפחה מול אתגרי המודרנה: הפולמוס על נישואי ייבום בקרב חכמי מרוקו

אלימלך וסטרייך*

לכבוד מורי וידידי רבי מרדכי עקיבא,
שמחקריו המשתרעים על המרחב שבין
המגרב להודו הרבו להאיר את עינינו
בעשייתם המשפטית הממשית של בתי הדין
היהודיים ובהיותה של התורה משפט חיים.

א. מבוא; ב. הייבום במסורת מרוקו: 1. ציוני דרך בהיסטוריה של משפט הייבום במרוקו; 2. עוצמת הייבום סמוך לחקיקתם של תקנות מרוקו; ג. קולות מחאה והכנות לקראת חקיקה (מועצה ראשונה, תש"ז): 1. ארגון מוסדי והזדמנויות להתמודדות עם אתגרים; 2. קולות מחאה; ד. התעצמות החקיקה לדחיקת הייבום: 1. פתיחה; 2. הוויכוח על כפיית חליצה (מועצה שנייה, תש"ט); 3. חיזוק העיצומים והכרה מלאה בסירוב להתייבם (מועצה רביעית, תשי"ב); ה. נסיגה והתייצבות (מועצה חמישית, תשי"ז): 1. הצלחת מתקפת הנגד של השמרנים; 2. החייאת הלכת המורדת כמענה ללחץ השמרנים; 3. הפנמת החקיקה בפסיקה במרוקו; ו. חקיקה בענייני ייבום – בין מרוקו וארץ ישראל: 1. פתיחה; 2. השפעת חרם ירושלים על תקנות מרוקו; 3. המניעים לתקנות; 4. הרחבת מישור העילות; 5. העיצומים שהוטלו על היבם; 6. התוצאות הרכושיות עבור האלמנה; ז. ביקורת חרם ירושלים על ידי חכמי מרוקו שבארץ ישראל: 1. דחיית חרם ירושלים בידי חכמי מרוקו; 2. קריאת הרב משאש להחייאת מסורת מרוקו; ח. סיכום.

* תודתי למרכז ברג על תמיכתו במחקר זה.

א. מבוא

מחקר זה יבחן כיצד התמודדו חכמי מרוקו במחצית השנייה של המאה העשרים, בארץ מוצאם ובארץ ישראל עם האתגר שהציבה בפניהם המודרניות לגבי המשך קיומו של מוסד הייבום כפי שזה רווח ביניהם דורות רבים. אנתח את התנהלותם של החכמים במרוקו, על הזרמים השונים שהתקיימו בקרבם ועל מערכת היחסים ביניהם; אדון בהשפעה שהייתה לחקיקה במדינת ישראל בתחום הייבום על העשייה במרוקו תוך השוואה מדוקדקת בין ההסדרים כאן ושם; אתן פשר ליחסם המשתנה של כמה מחכמי מרוקו לחקיקה בארץ ישראל לאחר עלייתם לכאן ובעקבות מפגשם עם הרב עובדיה יוסף, שנאבק להחזיר את עטרת הייבום ליושנה.

מוסד הייבום הוא חריג מנקודת המבט של ערכי העידן המודרני בכך שהוא מטיל על אישה קשר של אישות בלי לבקש את הסכמתה ושהוא שולל ממנה את החירות להינשא למי שתחפוץ לאחר מות בעלה. לפי הדין במשפט העברי, אם נפטר אדם בלא להותיר ילד בחיים, נקשרת אלמנתו בקשר אישות המכונה זיקת ייבום עם אחי הנפטר שנותר בחיים. מימוש הייבום נעשה בדרך של חיי אישות, ואינו מצריך, לפחות לפי דין תורה, פעולה משפטית נוספת. קשר הייבום דומה מאוד לקשר הנישואין, אם כי חלש יותר: פוסקים רבים רואים בו קשר של עריות, הגם שיש פוסקים שאינם רואים אותו ככזה. כמו האישה הנשואה, כך האלמנה משתחררת מקשר הייבום באמצעות אקט משפטי שצריך להיעשות בהסכמת האיש, אלא שפעולה זו היא החליצה, בעוד שבנישואין הגט הוא המנתק את הקשר. נישואיה של האלמנה עם גבר זר מבלי לקבל חליצה יניעו בדרך כלל את המערכת המשפטית לגרום לפירוקם באמצעים העומדים לרשותה. עם זאת, בשל היות הייבום קשר חלש יותר, נוקט הזרם הדומיננטי בהלכה שילד הנולד מגבר זר בטרם תקבל האלמנה חליצה – אינו ממזר. כמו כן רווחת הלכה כי ניתן להבטיח הבטחות שווה ליבם ולהטעותו כדי שיחלוץ, וכי החליצה תיחשב למרות זאת כשירה, למרות שאצל נשואה בנסיבות דומות ייחשב הגט לפסול בהעדר יסוד נפשי מתאים.

המסורת המשפטית הספרדית נוקטת כי בדומה לאישה נשואה המסרבת לחיות חיי אישות עם בעלה, גם סירובה של אלמנה להתייבם ולחיות חיי

אישות עם היבם גורר אחריו את הכרזתה כמורדת, על התוצאות הקשות שיהיו לכך הן במישור האישות והן במישור הממון. רק אם עמדה לרשות האלמנה עילה שהמשפט מכיר בה, נמנעת הכרזתה כמורדת ולעתים אף מחייבים את היבם – בחליצה, במזונותיה ובחיוכים ממוניים שונים. רשימת העילות ועוצמתן השתנו בזמן ובמרחב הספרדי-המזרחי, ואף בתוך מסורת מרוקו עצמה ניתן להבחין בשינויים כאלה לאורך הזמן.

צמצום או הרחבה של רשימת העילות בהיסטוריה של המשפט העברי במרוקו נחקרו על ידינו ומתוך רשימה זו משתקפת גישה המחשיבה מאוד את מוסד הייבום.¹ גישה זו הייתה עדיין שרירה וקיימת בשנת 1940, במקרה שבו הטילו חברי בית דין רשמי באחת הקהילות החשובות במרוקו את כל כובד משקלם על אלמנה זקנה שתסכים להתייבם למרות שכל אחיו של בעלה הנפטר היו נשואים לנשים. סירובה של האלמנה להתייבם למבוגר שבאחים, כהוראת הדין, והסכמתה להתייבם רק לצעיר האחים גררו הוצאת פסק דין המכריז עליה כעל מורדת וגרמו לה להפסיד מרכיבים נכבדים של כתובתה. אלא שעם תום מלחמת העולם השנייה השתנתה האווירה הציבורית, ובקרב הקהילה היהודית נשמעו דרישות ליתר חרות אישית, ושל נשים בכלל זה. מוסד הייבום, הפוגע בעליל בחירותה של האלמנה, הועמד תחת ביקורת חזקה, וחכמי ההלכה, שרבים מתוכם מילאו תפקידים רשמיים של דינים, נדרשו לפעול בעניין. לרשותם של החכמים עמד באותה שעה גוף מרכזי שנקרא מועצת הרבנים, וחבריו היו אישים מרכזיים בעולם הדיינות של מרוקו. מוסד זה הוכר סמוך לפני כן על ידי השלטון הצרפתי והוסמך על ידו להציע פתרונות לבעיות הדת של כלל יהדות מרוקו.

חכמי ההלכה במרוקו נענו לאתגר והתמודדו באופן ישיר ומקיף עם נושא הייבום וכן עם בעיות רבות אחרות שנקרו בפניהם באותה שעה. האמצעי המרכזי שאותו הפעילו היה החקיקה, שהיא כלי משפטי לגיטימי במשפט העברי, אלא שהשימוש בה פוחת והולך בדורות האחרונים, בייחוד בסביבה האשכנזית ההולכת ומתכנסת להלכי רוח של יראת הוראה. לא כן נהגה מסורת המשפט העברי במרוקו, לפחות במחצית השנייה של האלף השני לספירה.

1 E. Westreich, 'Historical Landmarks of the Moroccan Jewish Family Law Tradition: The Case of Levirate Marriage', *The Jewish Law Association Studies*, 17 (2007), pp. 279-322.

מאז בואם למרוקו של מגורשי ספרד פותח וטופח קורפוס של תקנות וביניהם כמה תקנות בענייני ייבום, שנודע לאחר מכן בשם 'כרם חמר'. קורפוס זה מילא תפקיד מרכזי במשפט העברי בקהילה זו, ולפי עדותו של הרב החוקר י"מ טולידאנו, שכיחן כרבה של טנג'יר, קהיר ותל-אביב יפו:

היה [הקובץ כרם חמר] אחר כך לאבן פנת היהדות במארוקו בכלל ול'שולחן ערוך' שהכל סמכו עליו... ועל פיו נחתכים רוב דיני ומשפטי הדת בין יהדות מארוקו מבלי להשגיח כלל אם ימצאו חולקים עליו מהפוסקים היותר מפורסמים.²

חשיבות זו שייחסו במרוקו לחקיקה המקומית נוכחה מן הסתם בתודעתם של חכמי מרוקו בבואם להתמודד עם קשת רחבה של נושאים ואתגרים, ועם הייבום בכלל זה. הרב ד"ר משה עמאר, שניתח במבט מקיף את מכלול החקיקה החדשה במרוקו במאה העשרים, אכן סבר שהמסורת המרוקאית לדורותיה הקרינה על עשייה זו ואף הטביעה עליה את חותמה.³ גם פרופ' מנחם אלון, שהיה המשנה לנשיא בית המשפט העליון, נתן דעתו לחקיקת מרוקו מאז גירוש ספרד ואילך. הוא העלה חקיקה זו על נס כמופת של עשייה משפטית אפקטיבית בימינו,⁴ עם שהוא מנגיד אותה לחוסר העשייה של הרבנות הראשית בישראל בתחום הבווער של דיני הירושה המפלים נשים.⁵

2 י"מ טולידאנו, נר המערב – תולדות עם ישראל במרוקו,² ירושלים תשמ"ט, עמ' קו-קז.
3 חיבור מרכזי בנושא החקיקה במרוקו ראו: מ' עמאר (עורך), המשפט העברי בקהילות מרוקו, ירושלים תשמ"ח. חיבור זה הוא בעל חשיבות רבה ביותר למחקרנו, שכן בו התפרסמו כל פרסומי מועצות הרבנים מן הראשונה ועד השישית והאחרונה. מבוא מקיף על החקיקה במרוקו מאז בואם של מגורשי ספרד ועד לחקיקות המאה העשרים ראו מ' עמאר, 'מבוא – תקנות פאס ותקנות מועצת הרבנים במארוקו', שם, עמ' ט-נה. ראו גם מ' עמאר, 'התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות שעה', מ' בר-יודא (עורך), הלכה ופתיחות – חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו, תל אביב תשמ"ה, עמ' 50-52 ולאורך המאמר כולו.

4 מ' אלון, מעמד האישה: משפט ושיפוט, מסורת ותמורה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, תל-אביב תשס"ה, עמ' 418-435. נציין את האכסניה בה נתפרסמו דברים אלה לראשונה: מ' אלון, 'ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גרוש ספרד ועד ימינו', מ' בר-יודא (עורך), הלכה ופתיחות – חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו, תל אביב תשמ"ה, עמ' 15-38.

5 אלון, מעמד האישה, שם, עמ' 262-277; הרב י"א הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, ב, ירושלים תשמ"ט, עמ' 194. הרב הרצוג פנה אל רבה הראשי של מרוקו הרב שאול אבן דנאן בעניין הירושה, והלה הגיב במכתב ארוך ומנומק.

היבט זה של פעלתנות (אקטיביזם) חקיקתית נלווה להיבט הראשי של מחקרנו, העוסק בדרך שבה עוצב נושא הייבום בידי חכמי מרוקו במחצית השנייה של המאה העשרים. אלא שבשל היות החקיקה ערוץ מרכזי לחולל שינויים, העיסוק בממד זה של מידת הפעלתנות הוא חלק בלתי נפרד של הדיון בתוכנו של נושא הייבום והוא ילווה אותו באופן צמוד. נראה כי מדובר בתהליך מורכב ודיאלקטי באופיו שבו מתגוששים שני זרמים בקרב קהיליית החכמים. הזרם האחד, דומיננטי, מובל על ידי ראש הרבנים הרב שאול דנאן⁶ וחותר לשינויים מרחיקי לכת בשלושה מישורים משפטיים: העילות, העיצומים על היבם והזכויות הממוניות של האלמנה. מולו מתייצב זרם שמרני, שבראשו ניצבים אבות בתי דין חשובים במרוקו, ואשר מתנגד בתוקף לשינויים של ממש במסורת המשפטית הנוהגת.⁷ אלה וגם אלה מנהלים זה עם זה דו שיח ענייני ופורה תוך ניסיונות לשכנוע הדדי ולהשגת פשרה המקובלת על כולם, ולא נשמעת כלל פסילתם של יריבים בטענות בעלות אופי אישי ולא ענייני.

ביני לביני הגיעה לידיעת המתדיינים במרוקו עמדתו של הרב הראשי והראשון לציון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שהוביל את הרבנות הראשית בארץ ישראל להתקין תקנה מהפכנית בעניין הייבום. תקנה זו, שכונתה 'חרם ירושלים', אסרה לחלוטין את הייבום על הספרדים ועדות המזרח והשוותה למעשה את מעמד האלמנה הספרדייה לזו של האלמנה האשכנזית.⁸ תקנה זו שימשה את הזרם הדומיננטי במרוקו לחיזוק עמדתם ואף להרחבת החקיקה, אם כי בשום שלב לא אימץ זרם זה את ההסדר שנקבע בארץ ישראל. אלא שאף עמדה זו של החקיקה הישראלית לא היה בה כדי לשכנע את המתנגדים לחקיקה במרוקו בשל השוני, לדעתם, בנסיבות.

6 הרב שאול אבן דנאן מילא תפקיד מרכזי בכל מועצות הרבנים בקשר לחקיקות החדשות במרוקו וביניהן החקיקות בעניין ייבום. ראו מ' עמאר, מבוא (לעיל הערה 3), עמ' מב. על קיומם של זרם שמרני וזרם חותר לשינויים בקרב חכמי ההלכה במזרח התיכון ראו צ' זוהר, מסורת ותמורה: התמודדות חכמי ישראל במצרים ובסוריה עם אתגרי המודרניזציה 1880-1920, ירושלים תשנ"ג. לאורך החיבור כולו (ריכוז הדברים ימצא הקורא בפרק הסיכום, עמ' 283-298) מזהה זוהר את חכמי סוריה הנוקטים גישה שמרנית ולעומתם חכמי מצרים המיישרים פניהם למציאות המודרנית והנוקטים גישה התומכת בשינויים.

8 E. Westreich, 'Levirate Marriage in the Era of the State of Israel: Ethnic Encounter and the Challenge of Modernity', *Israel Law Review*, 37 (2003-2004) pp. 427-500.

בכך לא הגיעה מערכת היחסים בין המרכזים במרוקו ובארץ ישראל לסוף פסוק. בשנות השבעים והשמונים עלו לישראל דמויות בולטות מקרב חכמי מרוקו שנטלו חלק בוויכוח שהתקיים במרוקו. כאן הם פגשו לראשונה בשחקן מרכזי, הרב עובדיה יוסף, שלא היה נוכח בפומבי בזירה בעת חקיקת חרם ירושלים.⁹ תחת השפעתו והשפעת נימוקים שונים שהעלה נסוגו החכמים המרוקאים מתמיכתם בחרם ירושלים וקבלו את עמדת הרב יוסף, האומרת שהתקנה היא חסרת תוקף משפטי מחייב. ואף על פי כן עמד הרב שלום משאש, שכיהן כבר כרבה הראשי של ירושלים וראש אבות בתי הדין בעיר, על משמרת המסורת המרוקאית וקרא להתקין תקנה ברוח תקנת מרוקו, שלא יהיו בה הפגמים שמצא בחרם ירושלים.

השוואה בין שני דברי החקיקה וביחס השונה של חכמי מרוקו אליהן בארצם ובארץ ישראל תתפוש מקום נכבד במחקר ותיתן בידנו הבנה מקיפה על ההסדרים המשפטיים שנקבעו בנושא הייבום בשני המרכזים הפעילים הללו. היא גם תיתן בידנו אפשרות לעקוב אחרי מידת הפעלתנות החקיקתית של חכמי ההלכה במרכזים השונים ולהאיר על מאפייניה הכלליים.

נפתח בהצגת ההיסטוריה המשפטית של נושא הייבום במרוקו, שכללה מרכיבים נכבדים של חקיקה, חקיקה שהיא המצע לקראת תחילתו של העידן החדש.

ב. הייבום במסורת מרוקו

1. ציוני דרך בהיסטוריה של משפט הייבום במרוקו¹⁰

תחילתה של מסורת מרוקו בתקופה הבתר גאונית היא בהכרעה של הרי"ף ובפסיקתו במחלוקת שבין שתי מסורות של גאונים האם מצוות ייבום קודמת או מצוות חליצה קודמת;¹¹ המשכה בחקיקה חזקה המטילה חובה על האיש לתת גט לאשתו, בכדי למנוע עיגון בשל ייבום; בחקיקה נוספת הרוחה את

9 א' וסטרייך, 'הגנת מעמד הנישואין של האישה היהודייה בישראל: מפגש בין מסורות משפטיות של עדות שונות', פלילים ז' (תשנ"ט) עמ' 326-337.

10 פרק זה מתבסס על מאמרי, לעיל הערה 1.

11 על שאלת היחס בין ייבום לבין חליצה במשנה ובתלמוד ראו מ"ע פרידמן, 'עכשיו אמרו מצוות חליצה קודמת למצוות הייבום', תעודה, יג (תשנ"ז), עמ' 35-66.

תוקפה של תניית המונוגמיה בכתובה מפני מצוות הייבום והמביאה לפגיעה באשת היבם ובעקיפין גם באלמנה; סיומה בפרשנות מצמצמת לחקיקה, שנתן בפסק דין ר' יעקב אבן צור (היעב"ץ), אחד הבולטים שבחכמי מרוקו, ואשר הרחיבה במידה מסוימת את ההגנה שניתנה לאלמנה.

השלב הראשון מתאפיין בהכרעה שהכריע ר' יצחק אלפסי במחצית השנייה של המאה האחת-עשרה להעדיף את מצוות הייבום על פני מצוות החליצה כפי אחת מן המסורות שרווחו בשיבות בבל. הכרעה זו העמידה את האלמנה במצב משפטי נחות כל היכן שסירבה להתייבם בלא שתעמוד לרשותה עילה המצדיקה לחייב גבר נשוי בגירושי אשתו הנשואה. סירוב כזה היה עלול לגרור אחריו את הכרזתה כמורדת, ולכך עלולות היו להיות תוצאות קשות הן בתחום האישות והן בתחום הממוני. נראה שתשתית משפטית זו התקיימה במשך מאות שנים ולא ידוע לנו אם חלו בה שינויים.

השלב השני התרחש כשנתיים אחר גירוש ספרד, והיה פרי יוזמתם של חכמי המגורשים ומנהיגיהם שהגיעו לעיר פאס שבמרוקו. הללו נקטו בדרך החקיקה כדי לקדם את מטרתם, שביקשה למנוע עיגון מאלמנות הנזקקות לייבום. לשם כך התקינו תקנה המחייבת כל איש נוטה למות לתת גט לאשתו כדי שלא תזדקק לייבום לאחר מותו. תקנה זו חדשה הייתה, ולא מצאנו כדוגמתה בספרד שלפני הגירוש ולא בקרב בני ספרד שהגיעו למקומות אחרים. רק בשלב מאוחר יותר אנו פוגשים באימפריה העות'מאנית וגם באיטליה נוהג להוסיף את תוכן התקנה בתור התחייבות בכתובה. האמצעי שבחרו המתקינים בפאס להשגת המטרה של גירושין בטרם ימות האיש היה חיוב בגט, שהוא אמצעי קיצוני ומרחיק לכת במשפט העברי. יש לשער שהמגורשים פעלו תחת השראת משנתו של הרא"ש שהטמיע, בקרב בני קסטיליה החל מן המאה הארבע-עשרה משנה משפטית שצמצמה את חשיבותו של הייבום. בד בבד עדיין התקיימו, לפי השערותנו, בדרום ספרד ובצפון אפריקה זרמים שנקטו לפי שיטת הרמב"ם בהלכת המורדת, והלכה זו שימשה מצע לסנקציה שנקבעה בתקנה המחייבת את האיש במתן גט מבלי שניתן יהיה להעמידה על עילה תלמודית מיוחדת.

השלב השלישי אף הוא שלב חקיקתי חזק, אבל תוכנו פועל הפעם דווקא נגד האינטרס של האישה. עיקרה של התקנה קבע כי תניית המונוגמיה שרווחה בין המגורשים תידחה במקרה של ייבום. הוראה זו תאמה לעמדה

שנקט הרמב"ם כמה מאות שנים קודם לכן, אך לא הייתה ידועה למתקינים. מאידך, היא התנגדה לעמדה שנקט ר"י קארו בתשובה שהשיב, הרוחה את התנייה מפני הייבום. נראה שירידת מעמדו של הרא"ש בקרב המגורשים בפאס אפשרה חקיקה מעין זו, הפוגעת גם באשת היבם וגם באלמנה הנוקת לייבום. לא מן הנמנע שלעליית מעמדה של הקבלה הייתה תרומה לחיזוק מצוות הייבום בשל החשיבות שייחסה הקבלה למצווה זו.

השלב הרביעי והאחרון מתאפיין בעשייה משפטית מן הסוג של פרשנות פסקי דין וניתוחם. מנקודת מבט משפטית נודעה חשיבות מרכזית לשלושה נושאים: העילות העומדות לרשות האלמנה לשם דחיית הייבום והעדפת החליצה, אמצעי האכיפה שיש לנקוט נגד היבם שמסרב לחלוץ והתוצאות הממוניות במקרה של סירוב האלמנה להתייבם.

ברור שאם לרשות היבמה עומדת עילה שבגינה ניתן לכופף אדם נשוי לגרש, די יהיה בעילה זו כדי לכופף לחלוץ. לא התעוררה שאלה אלא לגבי אותן עילות שלא הוכרו כשלעצמן אצל נשים נשואות או שהוכרו בעבר ונשחקו ברבות השנים. הרושם החזק הוא שעילות שנשחקו אצל נשואה שרדו טוב יותר לגבי יבמה הן כעילה עצמאית והן כסניף. ביניהן בולטות העילות הבאות: (1) מורדת מאיס עלי, (2) ביגמיה, (3) חוסר יכולת כלכלית.¹² עילת המורדת הלכה ונשחקה במהלך ימי הביניים במסורת בני ספרד, ועם בואם של פליטי קנ"א הלכה ודחקה מסורות מקומיות במגרב. עילת הביגמיה התבססה על תניית המונוגמיה בכתובת אשת היבם והגנה רק בעקיפין על היבמה. עילה זו הייתה שנויה במחלוקת בין שני זרמים, האחד התבסס על תשובת הרמב"ם ודחה את התנייה מכוח המצווה והשני התבסס על תשובת ר"י קארו ודחה את מצוות הייבום מפני התנייה. בסופו של דבר הכריעה תקנה את המחלוקת, תוך אימוץ גישת הרמב"ם ודחיית גישתו של ר"י קארו. חוסר יכולת כלכלית זכה להכרה בתשובות הרא"ש אלא שעמימות המושג הותירה מרחב תמרון גדול לחכמים הפוסקים.

גיבוש תחום העילות לטובת האלמנה נעשה במאה השמונה-עשרה בידי היעב"ץ, שגיבש את קורפוס התקנות של יהודי מרוקו ושפסקיו אף נספחו כקומנטאר לתקנות. באחד מפסקיו צמצם את התקנה שדחתה את תניית

12 על עילות שונות בתקופת הגניזה במקרים של זיקת ייבום, ראו מ"ע פרידמן, ריבוי נשים בישראל: מקורות חדשים מגניזת קהיר, ירושלים תשמ"ו, עמ' 129-151.

המונוגמיה רק למערכת היחסים בין היבם לבין אשתו הנשואה לו ושלל את תחולתה במערכת היחסים בין היבם לבין היבמה. חכם זה נדרש בהרחבה לנושא במקרה של אלמנה שנפלה לייבום לפני יבם נשוי אישה ואב לילדים, שהיה נתון בקשיים כלכליים מרובים וגם היה מאוס בעיני היבמה.¹³ יעב"ץ דן בכל עילה כשלעצמה, מאוס, נשוי ועני. עמדתו העקרונית הייתה שאין בכל אחת מהן כדי לגבש עילה לכופף את האיש לחלוץ, אלא צריך לפחות שתיים מתוך השלוש. מביניהן העדיף שלא להשתמש בעילת המורדת, וזאת כדי שלא להטיל על האלמנה עיצומים כלכליים הכרוכים בשימוש בעילת המורדת. מעמדו הגבוה של יעב"ץ במרוקו עיצב את נושא הייבום כמוסד ממשי ונוהג בצד עילות הכפייה לחליצה בארץ זו במשך דורות רבים. ככל הנראה לא חל בנושא הייבום ובעילות לחליצה שינוי של ממש עד אמצע המאה העשרים.

2. עוצמת הייבום סמוך לחקיקתם של תקנות מרוקו

ביטוי ברור לכך שהייבום היה נושא חי, נוהג ואף בעל עוצמה בחברה ובמשפט במרוקו, ניתן למצוא בפסק דין של בית הדין הרבני במכנאס מתאריך יח אב ת"ש (22.08.40) המצוי בכתב יד של פנקס בית דין זה,¹⁴ שנוסד בידי השלטון הצרפתי בשנת 1918, כשש שנים לאחר שמרוקו הייתה לפרוטקטוראט של צרפת. כמוהו נוסדו בתי דין בערים אחרות, ומעל כולם בית הדין הגבוה לערעורים שישב בעיר הבירה רבאט.¹⁵ ראש אב בית הדין במכנאס היה הרב יהושע בירדוגו ס"ט, שכינה לימים בתור נשיא בית הדין הגדול לערעורים וראש מועצת הרבנים הראשונה בשנת תש"ז (1947).¹⁶ לצדו כיהן הרב רפאל

13 שו"ת משפט וצדקה ביעקב, חלק ב, סימן כד.

14 פנקס בית הדין הרבני בעיר מכנאס (בשנים תרפ"ד-תש"א [1924-1941]) – בית דינו של יהושע, חלק ב, סימן שכז (מהדורת מ' עמאר, טרם פורסם). ראו גם שו"ת שאלו לברוך, אבן העזר, סימן סח, שהוא אוסף פסקי דין של הרב ברוך אברהם טולידאנו. מובא שם פסק דין בעניין יבם בן שמונים שהאלמנה טענה כי אינו יכול לבעול. הרב פסק כי אכן הוא זכאי לייבם אבל הפעיל את השפעתו לחלוץ כיוון שאין זה יאה שזקן יהיה נשוי לצעירה. אני מודה לרב שמעון גולן על שהפנה את תשומת לבי למקור זה.

15 על בתי הדין במרוקו בתקופת הפרוטקטוראט הצרפתי ראו א' בשן, יהדות מרוקו, עברה ותרבותה, תל אביב תש"ס, עמ' 313-316; י' חזן, בתי הדין במרוקו ופועלם, המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 466-468.

16 'מועצת הרבנים במארוק (כך !): האסיפה השנתית הראשונה של תש"ז', המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 215-216.

ברוך טולידאנו ס"ט, לימים מחליפו כראב"ד מכנאס. להלן נראה שהרב טולידאנו התנגד בתקיפות לשינויים בדין הייבום ואילץ את מועצת החכמים לסגת משינויים מרחיקי לכת שהכניסו בדין זה. בבית הדין כיהן הרב יוסף משאש ס"ט, לימים רבה הראשי של חיפה, שהתאפיין בפתיחות לתרבות הכללית ולאתגרים שהציבה המודרניות לעולם המסורת, אליהם נחשף קודם לכן בעת שכיהן כרבה של תלמסאן, אלג'יריה.¹⁷ גם ר' יוסף משאש תמך בפסק הדין, ולימים אף פרסם אותו בספר תשובותיו.¹⁸

ואלה פרטי המקרה: דוד נפטר לבית עולמו בלי ילדים והותיר אחריו אלמנה, ג'אמילה, שהייתה נשואה לו ארבעים ושבע שנים. כן הותיר שלושה אחים נשואים: ימין, הגדול שבאחים, יצחק ויעקב. ימין הגיש תביעה לבית הדין, ולפיה הוא רוצה לייבם את האלמנה. בית הדין מתאר כך את התפתחות הדברים:

הזמננו את היבמה הנזכרת ואמרה שאין לה חפץ בימין הנזכר להתיבם לו. וטרחנו עמה בטר"ח העודף להטותה הדרך להתיבם לו ולא רצתה בשום אופן. וכאשר הרבינו עליה דברי כבושין לקיים המצוה, אמרה שתקיים אותה ביעקב הקטן שבאחים הנזכרים. וכששאלנו אותה הלא כולם יש להם נשים ובנים ובנות ומדוע לבה בחר ביעקב דוקא, השיבה שזוה הוא רצונה ואין טעם לרצון. והמורשה של ימין... אמר יקוב הדין את ההר.

17 קווים ביוגרפיים קצרים אודותיו ראו צ' זוהר, 'כל העוסקת בתורה לשמה זוכה לדברים הרבה: הרב יוסף משאש על זכות האשה להתמסר לתלמוד תורה', פעמים, 82 (תש"ס), עמ' 151-152. זוהר מציין את פתיחותו להשכלה הכללית. כן ראו בשן (לעיל הערה 15), עמ' 323-328. דומה שזוהר מבקש גם לצייר את הרב יוסף משאש כמי שנוקט קו הלכתי פתוח ושונה מהמקובל בקרב החרדים. ראו צ' זוהר, 'ההלכה כשפה דתית לא-פונדמנטליסטית: הרב יוסף משאש ופרשת קצבי תלמסאן', א' שגיא ונ' אילן (עורכים), תרבות יהודית בעין הסערה: ספר יובל למלאת שבעים שנה ליוסף אחיטוב, תל אביב תשס"ב, עמ' 569-591, המציין את שונות פסיקתו ההלכתית לגבי מחללי שבת לעומת מה שרווח אצל הרבנים האשכנזים האורתודוקסים.

18 שו"ת מים חיים לר' יוסף משאש, חלק ב, אבן העזר, סימן יג. אני מודה לרב שמעון גולן על שהפנה את תשומת לבי למקור זה. הרב יוסף משאש דבק לגמרי בערכים החברתיים המסורתיים ובתפישה ההלכתית שרווחה בכל הקשור בנושא הייבום. ראו זוהר, כל העוסקת, שם, עמ' 155, שמציין בדומה לכך שהרב יוסף משאש נקט גישה שמרנית ביחס לתפקידה של האישה ולמעמדה וכן ביחס למבנה המשפחה.

כל הצדדים המעורבים בעניין, האח האלמנה ובית הדין, אינם מפקפקים בחשיבות מצוות הייבום ובצורך להביא למימוש המצווה. כל הוויכוח נסב על השאלה מי מהאחים ייבם את האלמנה, האם המבוגר שבהם, שכן לפי הדין מצווה בגדול לייבם, או הקטן שבהם שבו חפצה האלמנה. מתוך הצגת הדברים עד כה ברור שבית הדין רואה חשיבות רבה בכך שגדול האחים ייבם, משקיע מאמצים רבים לשכנע את האלמנה ומנסה להפעיל עליה לחץ מוסרי בעזרת דברי כיבושין. כל אלה אינם מועילים, והאלמנה עומדת בדעתה שהיא מעדיפה את הצעיר שבאחים מטעמים רגשיים, מבלי לתת נימוק של ממש לסירובה לחבור לאח הגדול.

בית הדין פתח בהצגת המצב המשפטי, ותחילה קבע שמצוות ייבום קודמת למצוות חליצה, וזאת בהסתמך על דברי ר"י קארו בשו"ע: 'מצות ייבום קודמת למצוות חליצה, ואם אינה רוצה להתייבם לשום אחד מהאחים [או לגדול כשרוצה ליבם. הגהת רמ"א] בלא טענה מספקת, דינה כמורדת. ויש אומרים שמצוות חליצה קודמת'.¹⁹ בהתאם לכלל פסיקה שרווח במסורת הספרדית והמזרחית, במקרה שר"י קארו מביא שתי דעות חלוקות, האחת סתמית והשנייה בשם יש אומרים, הלכה כדעה הסתמית הראשונה. התוצאה היא שלא רק סירוב מוחלט להתייבם מטיל על האלמנה מעמד של מורדת, אלא אף אם היא מסכימה עקרונית אך מסרבת להתייבם לאח הגדול חל עליה דין מורדת. נשים לב שלא האלמנה (עד כמה שעמדתה זוכה לפרסום בפסק הדין) ולא בית הדין רואים בעובדה שהאחים נשואים סיבה לקבוע שבמקרה כזה מצוות חליצה קודמת. עמדה זו מעוגנת במסורת המשפטית במרוקו שדחתה את תניית המונוגמיה מפני מצוות הייבום לגבי אשת היבם וכל שכן לגבי היבמה.

אלא שלכאורה יכלה האלמנה להתגונן בטענה שהיא כבר זקנה ושאינה ראויה ללדת, שהרי הייתה נשואה לבעלה במשך ארבעים ושבע שנים! בית הדין נדרש לעניין מיוזמתו, וניסה לשער את גילה של האלמנה בהניחו שלפני תקופת שלטונה של צרפת נהגו להשיא בנות בגיל שבע עד עשר, כך שהאלמנה היום היא בגיל חמישים ושבע – שישים. לעניין זה מצא בית הדין מקור רלוונטי בתלמוד, האומר שאישה שנישאת לפני היותה בת עשרים יולדת

19 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קסה, סעיף א.

עד גיל שישים, ואם כן לאלמנה זו יש עדיין פוטנציאל ללדת.²⁰ מעבר לכך הביא בית הדין את דברי הרמב"ם ואת דברי ר"י קארו בחיבורו בית יוסף שאף עקרה או זקנה ראויות להתייבם אם משום שכך הוא הדין ואם משום ש'כמה עקרות וזקנות נפקדו וראויות להקים להם שם'.

בית הדין אומנם מצא אצל הרשד"ם תשובה שלפיה אישה בגיל ארבעים ושש נחשבת לחסרת כושר ללדת, ולכן רשאי בעלה לשאת אישה אחרת אף לפני שחלפו עשר שנים מנישואיהם.²¹ אולם לדעת בית הדין טעמו של הרשד"ם איננו משום שהוא סובר שבגיל ארבעים ושש אישה אינה יכולה ללדת עוד, וקל וחומר למקרה זה, שהאישה לפחות בת חמישים ושבע. עמדת רשד"ם היא – כך נראה לבית הדין – שרובן של נשים אינן יולדות בגיל ארבעים ושש, אם כי מיעוטן יכולות ללדת. התעלמות הרשד"ם מן המיעוט נובעת מן האינטרס המצוותי, ולכן, כיוון שרוב נשים אינן יולדות בגיל ארבעים ושש, נתיר לאיש לשאת אחרת כדי לקיים את מצוות פריה ורבייה.²² לעומת זאת, במקרה הנוכחי האינטרס המצוותי מצריך להניח שאישה זו עדיין יכולה ללדת למרות שרק נשים מעטות יולדות בגיל חמישים ושבע, ולפיכך נקבע שאלמנה זו ראויה ללדת וכשרה לייבום. אין ספק שדיון זה מחדד את החשיבות המופלגת שהייתה למצוות הייבום בעיני בית הדין עד אשר אף אישה זקנה וכמעט חסרת סיכוי של ממש ללדת נתפשה כמחויבת להתייבם. אכן, כיוון שהאלמנה סירבה להתייבם לגדול שבאחים ללא סיבה מוצדקת, קבע בית הדין שהיא מורדת ומפסידה את רוב הרכיבים הכספיים שבכתובה, שהם עיקר הכתובה והתוספת. אך גם מן הנדוניה שהביאה לנישואין לא תיטול האלמנה אלא רק את הנכסים שנותרו בעין, ואילו את

20 בקרב דיינים בבתי הדין הרבניים בישראל אנו מוצאים עמדות שונות לגבי שייכותה של מימרה זו למישור ההלכתי בימינו. ראו על כך א' וסטרייך, 'רפואה ומדעי הטבע בפסיקת בתי הדין הרבניים', משפטים, כו (תשנ"ו), עמ' 457-458, 480-481.

21 שו"ת רשד"ם, יורה דעה, צא. תשובה זו נדונה אצל א' וסטרייך, 'תביעות האיש בשל ליקויי פריון בפסיקת בתי הדין הרבניים, משפטים, כה (תשנ"ה), עמ' 265. עמדה דומה נקט הרב הרצוג בפסק דין של בית הדין הרבני הגדול, ראו וסטרייך, לעיל הערה 20, עמ' 457-458.

22 ניתוח גישת הרשד"ם בנוגע להיתר נישואין לבעל כדי לקיים מצוות פריה ורבייה ראו א' וסטרייך, 'מצוות פריה ורבייה במשפט העברי באימפריה העות'מאנית במאה השש-עשרה', תעודה, יג (תשנ"ז), עמ' 233-235.

הנכסים שבלו או שאבדו היא תפסיד. ברור לגמרי, ובית הדין אף אינו טורח לציין זאת, כי האלמנה שהוכרזה מורדת אינה זכאית עוד למדור ולמזונות מעיזבון בעלה. גב' ג'אמילה נאלצה אפוא לבלות את אחרית ימיה ללא סעד של בן או בת לעת זקנתה, וללא מרכיבים נכבדים של הרכוש והממון שהובטחו לה בכתובה. לא ברור אם בית הדין הורה לאחים לחלוץ, ומן הסתם לג'אמילה לא היה עניין מיוחד בכך, בין היתר בשל גילה הגבוה שלא הותיר לה סיכוי של ממש ליצור מסגרת משפחתית חדשה. הלחץ הכבד על ג'אמילה להתייבם בכלל והעיצומים הכלכליים הכבדים שמוטלים עליה בשל סירובה להתייבם לגדול האחים דווקא, מוכיחים בבירור עד כמה היה מוסד היבם חי ונוהג בחברה זו ובעל מעמד משפטי גבוה בקרב הדיינים.

ג. קולות מחאה והכנות לקראת חקיקה (מועצה ראשונה, תש"ז)

1. ארגון מוסדי והזדמנויות להתמודדות עם אתגרים

לאחר מלחמת העולם השנייה חלקה צרפת את הריבונות בארץ מרוקו עם הסולטאן המרוקאי. השלטון הצרפתי החליט לאפשר. לקהילה היהודית להקים מוסד מרכזי בשם מועצת הרבנים, שהיה אמור להתכנס מפעם לפעם כדי להתמודד עם בעיות השעה, בין היתר באמצעות התקנת תקנות. מוסד זה התקיים תקופה קצרה והספיק להתכנס שש פעמים בלבד, אך היו אלה כינוסים פוריים שתוצאותיהם ריתקו את תשומת לבם של חוקרים.

ראויה לציון העובדה שמועצת הרבנים הייתה מורכבת מדיינים שכינהו בבתי הדין האזוריים ובבית הדין לערעורים.²³ לכך נודעת חשיבות רבה בקליטת החקיקה הלכה למעשה ובהטמעתה בתוך פסיקתם השוטפת, תהיה החקיקה מהפכנית ככל שתהיה. כתוצאה מכך איננו פוגשים במרוקו מצבים שבהם דיינים מתעלמים באופן שיטתי מן החקיקה של מועצת הרבנים ומסכלים בכך אפשרות של התמודדות רצינית עם בעיות השעה.²⁴ עניין זה

23 ראו רשימת המשתתפים בכינוסים השונים: המשפט העברי בקהילות מרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 215 (מועצה 1); עמ' 232 (מועצה 2); עמ' 253 (מועצה 3); עמ' 285 (מועצה 4); עמ' 361 (מועצה 5); עמ' 407 (מועצה 6).

24 ב"צ אליאש, 'החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית: התעלמות ושברה', דיני ישראל, י-יא (תשמ"ב-תשמ"ג), עמ' קצ.

של הטמעת החקיקה בעשיית הדיינים עלה בהרצאתו של הרב משאש בכינוס דיינים בישראל בשנת תשמ"ג (1983).²⁵ באותה שעה כבר כיהן כרבה הראשי של ירושלים וכראש אבות בתי הדין שלה, אך קודם לכן השתתף באופן פעיל במועצות הרבנים במרוקו ואף כיהן כרבה הראשי. בכינוס בישראל ביקש הרב משאש לחלוק עם הדיינים את הניסיון המוצלח שהצטבר במרוקו בשימוש בחקיקה ככלי להתמודד עם בעיות השעה ובהטמעת השימוש בה כתנאי מוקדם להצלחה. על בסיס הניסיון המוצלח במרוקו הוא הציג גם את הפתרון שעלה שם בעניין הייבום, פתרון אותו נציג בפרקים הבאים.

2. קולות מחאה

בשום שלב, לא לפני התקנת התקנות ולא אחריהן, לא התחבטו חכמי מרוקו בכל הנוגע למישור העקרוני: חשובה היא מאוד מצוות הייבום וראוי להתמיד בה אם רק חפצים האלמנה ואחי בעלה המנוח בייבום. עיקר מעיינם של המתכנסים במועצות הרבנים הופנה למישור המשפטי של מצוות הייבום, המתעורר במקום שיש סכסוך בין האיש החפץ בדרך כלל לייבם לבין היבמה המסרבת לעשות כן.

אכן, עניין הייבום עלה כבר בכינוס הראשון של מועצת הרבנים, והוצגו בו הצעות דברים שנראו לתקן בענין היבום והחליצה המוסמכים על פי הדין.²⁶ אלא שהדיון בהצעה נדחה לכינוס השני, ככל הנראה, בשל רגישות הנושא, בהיותו קשור בענייני איסור והיתר מובהקים ואולי אף עריות, וכן בשל היותו מוסד משפטי-חברתי מושרש בחברה היהודית במרוקו. גם לא מן הנמנע שראשי הכינוס ידעו כי קיימים חילוקי דעות עמוקים בנושא, ולפיכך ביקשו לנהוג באורך רוח. נציין שנוהג זה להציג נושא למחשבה ולעיון בכינוס אחד בכדי שיידון בכינוס מאוחר יותר לא נזכר בתקנון הכינוסים.²⁷ גם בכך יש כדי להצביע על המורכבות הרבה של נושא הייבום ועל רגישותו בעיני המשתתפים השונים.

25 שו"ת שמש ומגן, חלק א, אבן העזר, סימן טז בפתיחת דבריו. הרב משאש שב לכך בסוף נאומו שם, סעיף ג בסופו.

26 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 236.

27 שם, עמ' 213-214.

ראשי הכינוס הראשון לא הסבירו מדוע יש צורך לעת הזאת לתקן בעניין הייבום. הרי סכסוכים בין הגיס לאלמנה התקיימו גם בעבר, ולמעשה חלקם הגדול של הדיונים ההלכתיים בנושא הייבום והחליצה נבע מסכסוכים מעין אלה. נראה שבשעה זו של אמצע המאה העשרים נשתנו דברים יסודיים בחברה היהודית במרוקו, שכן בעקבות כיבוש הארץ בידי הצרפתים וחידרת תרבותם לסביבה היהודית החלו נושבות רוחות מודרניות בקרב הקהילה היהודית במרוקו. אחד הביטויים להלכי הרוח החדשים היה השיפור במעמד האישה והתנגדות נמרצת מצד הנשים להיות קשורות בקשר של אישות שנעשה בלא הסכמתן. למגמות אלה הייתה גם תמיכה רחבה בציבור, או לפחות בחלקים בעלי משקל בקהילה היהודית שלא הניחו להסיר את העניין מסדר היום הציבורי ושלחצו על המערכת הרבנית לתת לו מענה הלכתי הולם.²⁸

אכן, ביטוי מפורש ללחצן של רוחות מודרניות בעניין זה אנו מוצאים כעבור שלוש שנים בדבריו של הרב שאול אבן דנאן, שהחליף את הרב יהושע בירדוגו כנשיא בית הדין לערעורים וישב בראש מועצת הרבנים הרביעית: 'ודא עקא לכוף אשה להנשא בעל כרחה ומה גם בימינו אלה אשר הנשים מתאמרות בדעתן לאמר שאינן כשבויות חרב וכל עם הארץ עונה אחריהן אמן בכל לב'.²⁹ דבריו אומנם התייחסו להצעה להרחיב את התקנה משנת תש"ט (1949) שנדון בה להלן, אך אין ספק שגורמים אלה היו קיימים כבר כרקע להחלטת המתכנסים במועצת הרבנים הראשונה לקיים ישיבה מעשית בעניין שינוי בדיני הייבום.

28 בשן (לעיל הערה 15), עמ' 317. לדברי המחבר: 'בקונגרס השישי של מועצת הקהילות היהודיות במרוקו, שהתכנס ב-1952, הוחלטו ההחלטות והתביעות הבאות: ציפייה מהכינוס השנתי של הרבנים שיחליט על תקנות לזכותה של האשה בירושה, וכן לשיפור מעמדה של האשה'. המחבר אינו מפנה למקור ואף עניין הייבום לא נזכר כאן. אולם מדברי הרב שאול אבן דנאן שנביא להלן עולה בברור, שהייתה תביעה כזו מטעם כינוס ציבורי מסוים.

29 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 303.

ד. התעצמות החקיקה לדחיקת הייבום

1. פתיחה

המציאות החברתית והמשפטית שעולה מפרשת ג'אמילה וימין מסבירה מדוע אחד הנושאים הנכבדים שעמדו לדיון במועצת הרבנים הייתה שאלת הייבום. נראה כי בארבעה מתוך שישה כינוסים שהתקיימו עלה לדיון נושא הייבום, והוא היה מלווה תמיד בוויכוח ער ולעתים נוקב. הדיונים וההחלטות נסבו על שלושת הנושאים המשפטיים המרכזיים בנוגע לייבום: עילות החליצה שעומדות לטובת האלמנה, אמצעי האכיפה נגד היבם והתוצאות הכלכליות עבור האלמנה.

2. הוויכוח על כפיית חליצה (מועצה שנייה, תש"ט)

התמודדות ישירה עם נושא הייבום נערכה במועצת הרבנים השנייה בשנת תש"ט (1948). בפני החכמים המתכנסים הוצגו שתי עמדות: האחת של הרב שלמה הכהן, ראש אב בית דין בעיר אוז'דא, והשנייה של נשיא הכינוס הרב שאול אבן דנאן. הרב שלמה הכהן ביקש למעשה לשמר את המצב הקיים כפי שגובש במשנתו המשפטית של יעב"ץ, שלפיו אין כופין על החליצה בשל אחת העילות כשלעצמה: יבם נשוי, עני, מאוס, או כשיש פער גילים גדול בגיל בין היבם ליבמה. ראשית, שב הרב הכהן והניח שהלכה כסוברים שמצוות ייבום קודמת, וזאת בהסתמך על הכרעת ר' יוסף קארו בשולחן ערוך. על סמך פרשנותו לשולחן ערוך ומקורות נוספים הוא הסיק שאף אם היבמה עקרה או זקנה, מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה. הוא הדין ליבם נשוי, שלפי דעתו אין כופין אותו לחלוץ, וזאת בהסתמך על תשובה של ר' אליעזר בן יואל הלוי (ראבי"ה) שניתנה באשכנז במאה השתיים-עשרה.³⁰ גם לגבי יבם שאין לו כדי לזון את יבמתו ביקש הרב הכהן לצמצם ביותר את הגדרת מי שאין לו, ולא להרחיבה לכל מי שמתקשה בפרנסתו. הרב שלמה הכהן הסתמך על מגוון של מקורות, וביניהם על פסק הדין של היעב"ץ שנתפרסם בכרך ראשון של תשובותיו בסימן שנו.

30 לדיון מקיף בתשובה זו ראו א' וסטרייך, תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות, ירושלים תשס"ב, עמ' 127-129. ברור שעמדה זו מייצגת את המסורת האשכנזית הקדומה שעברה לאחר מכן שינויים רבים עד שבסופו של דבר נדחתה לגמרי מצוות הייבום, ומצוות החליצה הועדפה על פניה. שם, עמ' 190-193.

לעניין יבם שאין לו כדי לזון הפנה הרב הכהן את תשומת הלב לפסק דין שנתן הרב אליהו חזן במצרים בסוף המאה התשע-עשרה ושנודע בספרות ההלכה במזרח.³¹ בפסק דין זה מאפשר לכאורה הרב חזן לכוף יבם שאין ביכולתו לפרנס לחלוץ ליבמתו. ואולם עיון מעמיק בפרטי המקרה ובמסלול החתחתים שעברה היבמה עד אשר ניתן לטובתה פסק דין כלשהו מצביע על מגמה הפוכה מזו שאליה חתר נשיא המועצה, הרב אבן דנאן. מדובר היה ביבם חסר כול ללא עוררין, ולא איש עסקים שנקלע לקשיים חמורים, כפי שהיו עובדות המקרה בפסק הדין של יעב"ץ. חרף נסיבות ברורות וחד משמעיות אלה נמנע הרב אליהו חזן מלתת פסק דין נגד היבם במשך ארבע שנים. רק לאחר הפצרות מרובות ותחנונים מצד האישה, ולנוכח איומו של היבם לעזוב את העיר ולעגן את היבמה, ניאות הרב חזן לתת פסק דין המחייב את היבם בחליצה. משאסרו השלטונות המצריים את היבם כדי לבצע את פסק הדין, נרתע הרב חזן, ואפילו בשלב זה תבע את שחרורו כדי שלא תהיה החליצה מעושה (כפויה). הסתמכותו של הרב שלמה הכהן על תשובה זו, כך נראה מן הדברים האחרים שכתב, מלמדת שעמדתו הייתה שלא להתקין את התקנות המאפשרות כפייה על החליצה בשל מגוון עילות, אלא רק אם היבם אינו יכול לפרנס את היבמה בהתאם לדרישות המחמירות הקיימות לגבי כפייה על הגט. ייתכן מאוד שהרב הכהן התבסס על הכרעת השו"ע האומרת שכופים לגרש את האיש שאין לו במה לפרנס את אשתו, ואם כן קל וחומר ליבמה. הסתייגות נחרצת זו של הרב שלמה הכהן לא נתקבלה על דעת החכמים בכינוס השני. נשיא המועצה הרב שאול אבן דנאן נקט בגישה שביקשה לצמצם את הפגיעה באלמנה המסרבת להתייבם והוביל את הכינוס ברוח זו. לדעתו, העמדה המשתקפת בתקנות שיובאו להלן היא עיקר הדין, ובניגוד לרב שלמה כהן הוא סבר שמדברי יעב"ץ עולה שאכן ניתן לכוף בשל הסיבות הנזכרות. בהתאם לתקנון הכינוסים שביקש להיות יעיל ואפקטיבי לכל דיון, הקצו לדיון זה שעה אחת בלבד, ולאחר מכן הובא הדבר להכרעה בהצבעת רוב. וזה נוסח התקנות שגובש:

1. אם סרבה היבמה מלהתייבם או מפני העוני הנראה לבית דין שאין ביד היבם לספק צרכיה או מפני שהוא נשוי או מפני שהוא מאיס עליה כדינא

31 שו"ת תעלומות לב, חלק א, אבן העזר, סימן ח.

דמאיס עלי דמורדת, באחד משלושה אלה מצות חליצה קודמת וכופין עליה תחילה כאשר נבאר: 2. אם לא רצה לחלוץ חובתו לספק צרכיה במזון וכסות ודירה ורפואה ומעשה ידיה שלה (משך שנים עשר חודש, ואחר כך כופין בעל כרחו). 3. גם תקח כתובתה מנכסי בעלה או חלקה המגיעה בהם כתנאי כתובה עם בעלה. 4. (ואם אין לו או אינו רוצה לזון וכו' כופין אותו בעל כרחו לאלתר).³²

נוסח התקנה מורכב משני טקסטים, האחד עיקר התקנה והשני תוספות בסוגריים. לפי ההערה שבסוף התקנה 'המאמרים המוסגרים הם תוספות מאת הרבנים "במועצה" ונתקבל הכל בהסכמה'.

נבחן תחילה את התקנה הבסיסית, בלי התוספת בסוגריים, ולאחר מכן את השינויים שנוספו ונכתבו בסוגריים. התקנה הבסיסית עצמה מרחיקת לכת מאוד ומהווה שינוי חד במסורת המשפטית במרוקו. לאלמנה נתנו כאן שלוש עילות אלטרנטיביות רווחות מאוד שכל אחת מהן די בה כדי להצדיק את העדפת החליצה על פני הייבום. בכך נטשו המתכנסים את הגישה המרוקאית המסורתית ואף את הגישה הספרדית שייצג ר' יוסף קארו והתקרבו לעמדת המסורת האשכנזית. עילות אלה אומנם גררו בתחילה רק עיצומים כלכליים, אך אלה היו קשים וככל הנראה גם אפקטיביים מאוד. ראשית חויב היבם בסיפוק כל צרכיה של האלמנה, ובכלל זה מזון, כסות, דירה ורפואה. בד בבד הותירו בידי האלמנה את מעשי ידיה, וזאת בניגוד לאישה נשואה או אלמנה הניזונת מן העיזבון שצריכות למסור את מעשי ידיהן תמורת המזונות שהן מקבלות.

החקיקה החדשה לא הייתה שלמה אם חברי המועצה לא היו נותנים את הדעת לשאלת יחסי הממון והרכוש בין האלמנה לבין היבם או משפחתו. שהרי אלמנה המסרבת להתייבם שלא כדין מפסידה מרכיב מרכזי של זכויותיה לפי הכתובה, כפי שאכן נהג בית הדין במכנאס בפרשת ג'אמילה. אכן, משתתפי המועצה נדרשו גם לכך, ובסעיף 3 של התקנות נקבע בעניין זה כי האלמנה זוכה בכל כתובתה או בחלק המגיע לה פי התקנות השונות ונוטלת את המגיע לה מנכסי בעלה, משל הייתה אלמנה רגילה שלא נקשרה בזיקת ייבום. הוראה זו היא משמעותית מאוד לאור העובדה שעקרונות נקטה

32 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 237.

המסורת המרוקאית כי מצוות ייבום קודמת, ולכן לא יכלה האלמנה המסרבת להתייבם לזכות ברכושה שבכתובה אם היא מסרבת להתייבם.

אם נשוב עתה ונתבונן בפרשת ג'אמילה וימין באספקלריה של התקנות, הרי שלו פסק בית הדין במכנאס לפי החקיקה החדשה, הוא היה מחויב להגיע לתוצאה שונה עד מאוד. בשל העובדה שימין היה נשוי, ג'אמילה הייתה רשאית לסרב להתייבם לו, ובשל העובדה שגם יתר האחים היו נשואים, היא אף הייתה רשאית שלא להסכים כלל לייבום. בית הדין היה פוסק אז שמצוות חליצה קודמת ומעניק לה את כל רכיבי הכתובה. סירוב מצד ימין ואחיו לחלוץ לג'אמילה היה גורר בעקבותיו עיצומים כלכליים חריפים על ידי חיובם בסיפוק כל צרכיה והותרת הכנסותיה מעיסוקיה בידיה.

להוראה זו, המעניקה לאלמנה את כל רכושה שלפי הכתובה, השלכה מעשית מרחיקת לכת, משום שעניין רכושה של האלמנה היה אחד ממניעיו המרכזים של הגיס לתבוע ייבום ולא חליצה. בהתקנם תקנה זו עקרו חכמי מרוקו אבן נגף מרכזית בדרכה של האלמנה אל חרותה אף בתחום האישות. ראוי לציין כי החתירה לניתוק בין ממד האישות לבין הממד הכלכלי בקשרי הנישואין עומד בראש מאוויים של הנאבקים אף כיום להיטיב את מצבן של מעוכבות גט בבית דין רבני. כך למשל תוקן לאחרונה חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ד-1974, המאפשר לבית המשפט לאזן את הנכסים בין בני הזוג לפני הגירושין ובלי קשר ישיר למתן הגט.³³

בשלב השני של האסיפה נוספו כמה הוראות הכתובות בסוגריים. תוספות אלה מרחיקות לכת מאוד, שכן הן מורות על כפייה ישירה של היבם כדי שיחלוץ לאלמנה לאחר שזן ופרנס אותה במשך שנים עשר חודש.³⁴ נמצא שבכל אחת מהעילות המנויות ניתן ליבם מרווח של שנים עשר חודש, ולאחר מכן היו כופים אותו במישרין לחלוץ! מרחיקת לכת במיוחד הייתה ההוראה האחרונה, ולפיה אם היבם אינו מפרנס את האלמנה משום שאין לו ממון או משום שאינו רוצה לזונה, כופים אותו לחלוץ מייד מבלי להמתין אפילו שנים עשר חודש. אין ספק שפער עצום יש בין תקנה זו, הכופה יבם לחלוץ מיד במקרה שאינו מפרנס את האלמנה בין ברצון ובין באונס, לעומת פסק ההלכה

33 ס"ח 2186 התשס"ט, עמ' 18-19.

34 תוספת זו כתובה בסוגריים. הערה על כך מופיעה בסמוך לגוף התקנות.

שנתן הרב אליהו חזן במצרים בסוף המאה התשע-עשרה. דומה שדברי הרב שאול אבן דנאן כי 'כמעט שאין צריך לדין זה שום תקנה כלל, רק לתוספת טובה למען השוות דעות הבתי-דין יחד',³⁵ אינם הולמים את האופי המהפכני של התקנות, ואולי נועדו למטרות רטוריות בלבד ולהקהות את עוצמת החידוש בעיני המתנגדים.

הוראה זו מרחיקת לכת מאוד גם משום שהיא חלה במקרה שהאלמנה תבעה חליצה בטענת 'מאיס עלי' שהיא טענת המורדת המובהקת. במקורות ההלכתיים המקובלים במסורת מרוקו, החל מן הרי"ף והיעב"ץ ועד לבית הדין של רבי יהושע בירדוגו במכנאס, ננקט שאלמנה המורדת בטענת 'מאיס עלי' מפסידה את עיקר הכתובה והתוספת. בנוגע לנדונייתה יכלה האלמנה לזכות בה מכוח תקנת הגאונים, וייתכן, כך לפי ר' יהושע בירדוגו ובית דינו, שתזכה רק בחלק הנדוניה שנותר בעין. בעקבות התקנה הנוכחית אף המורדת בטענת 'מאיס עלי' תוכל לזכות בכתובתה על כל רכיביה הכספיים, וזאת בנוסף לחליצה שתיכפה על היבם. בהיות 'מאיס עלי' עילת מסגרת רחבה שאינה מוגבלת לנסיבות מצומצמות ומסוימות, היא עשויה לאפשר לאחוז גבוה מביין האלמנות לטעון כי היבם מאוס בעיניהן ולהשתחרר מכבלי הייבום בצורה מלאה מבלי לסבול הפסדים כספיים. עם זאת, יש לזכור כי לא כל סרבנית בלא נימוק תזכה במעמד מורדת 'מאיס עלי', וכי יש לשער שהאלמנה נדרשה להוכיח במידה זו או אחרת את טענת המאיסות. הרחבת מישור העילות לחליצה כך שיכלול גם אלמנה שסירבה להתייבם מבלי שנתנה נימוק סביר לכך נעשתה בכינוס הרביעי שבו נדון עתה.

3. חיזוק העיצומים והכרה מלאה בסירוב להתייבם (מועצה רביעית, תשי"ב) בטרם הרחיבה מועצת הרבנים את מעגל העילות היא נדרשה להגן על ההחלטה שנתקבלה בכינוס השני, שככל הנראה לא הביאה לסיום הוויכוח. כך עולה מדברי הרב יהושע מאמאן, שכיהן כדיין באספי והיה ממשתתפי הכינוסים. הוא העיד כי 'שוב כמה רבנים מחברי המועצה חזרו וערערו על החלטות הכפיה הנ"ל'.³⁶ בינתיים הובא לידיעתם של חכמי מרוקו דבר קיומה של תקנה שהתקינו הרבנים הראשיים לארץ ישראל ושאסרה את הייבום

35 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 237.

36 שו"ת עמק יהושע, חלק ג, סימן לד.

לגמרי, זולת מקרים חריגים.³⁷ תוכנה של התקנה הגיעה גם לדיעת הציבור הרחב,³⁸ והחלו לחצים על הרבנים 'למנוע היבום מכל וכול'. בעקבות זאת פנה הרב אבן דנאן לפני הכינוס הרביעי לראשון לציון הרב עוזיאל,³⁹ וביקש ממנו הבהרות לגבי התקנה. הלה שלח לו את 'העתקת התקנה אשר בה מבארים נחיצות הענין לתקן מסיבות כאשר אמרנו [הדגשה שלי. א"ו] ועוד מוסיפים שברור הדבר שרוב היבמים אינם מכוונים לשם מצוה'.

הרב שאול אבן דנאן לא הביא את נימוקיו של הרב עוזיאל, אך משתמע לכאורה מדבריו שהנימוק הראשון לתקנה שנתן הרב עוזיאל דומה למניע שנתנו חכמי מרוקו, לאמור: התנגדות הציבור בכלל ונשים בפרט לכפיית האלמנה להתייבם, שנוצרה בשל הלכי רוח מודרניים. להלן נראה כי בטקסט של תקנת הרבנות הראשית שנתפרסם מופיע הנימוק של אחדות עם ישראל ולא הנימוק שנתנו החכמים במרוקו. לעומת זאת הגיעו לידינו נימוקיו של הרב עוזיאל ממכתב שכתב אל הרב יהושע מאמאן בעקבות פנייתו לרב עוזיאל כבר בחודש טבת תשי"ב. לדברי הרב עוזיאל, מניע מרכזי של הגיס כיום לתבוע ייבום אינו אלא רצון לסחוט כספים מן האלמנה ולא שום רצון לקיים את המצווה. נימוק אחר היה, שנישואין בין אשכנזים וספרדים הרווחים בארץ ישראל עלולים לגרום מתיחות רבה במקרים של מצבי ייבום. זאת מאחר שהאשכנזים שוללים לחלוטין את הייבום ורואים בו מעשה אסור. מכתב זה הקריא הרב יהושע מאמאן בפני מועצת החכמים הרביעית, ולדבריו בספר השו"ת שלו היא 'מצאה חן בעיניהם' של המשתתפים בכינוס.⁴⁰

אכן, בעקבות תקנת הרבנות הראשית לישראל החליט הרב שאול אבן דנאן על הרחבת מעגל העילות, והציע להכיר בכל מקרה של התנגדות לייבום מצד האלמנה, ולא רק בטענת 'מאיס עלי', כעילה לחיוב בחליצה. אולם חשוב לציין שוב שבשום שלב לא התכוונו חכמי מרוקו לאמץ את האיסור הגורף על הייבום שהטילה הרבנות הראשית בישראל, ולא מצאנו כאן תקנה דומה. את דבריו לקראת התקנה החדשה מתחיל הרב דנאן בדברים הבאים:

37 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 302-303.

38 כנראה המועצה השישית של הקהילות שהתכנסה בשנת תשי"ב. ראו בשן (לעיל הערה 28).

39 הפנייה של הרב שאול אבן דנאן הייתה בסוף חודש ניסן, תשובת הרב עוזיאל הגיעה בתאריך ז' אייר תשי"ב ואילו הכינוס התקיים בתאריך י"ז-י"ח בסיוון תשי"ב. המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 303.

40 לעיל הערה 36.

ותקנה זו אנו מתקנים ברשות קודשא בריך הוא ושכינתיה וברשות בית דין של מעלה ובית דין של מטה וגוזרים ואוסרים על כל יהודי מרוקו ליבם יבמה שלא ברצונה.⁴¹

לאמור, עיקרה של התקנה הוא לאסור את הייבום במקרה שהאלמנה מסרבת להתייבם, אך לא מעבר לכך. נציין שפתיחה זו אינה מצויה בתקנות האחרות של מועצות החכמים במרוקו, ונראה שהצורך לגייס את השמים ואת הארץ מרמז על התנגדות שהייתה לכך בקרב המשתתפים. אכן, בכותרת 'וזה נוסח ההחלטה שנתקבלה' נוסף בסוגריים 'אחרי משא ומתן ממושך' (ההדגשה שלי. א"ו) תוספת שאינה מצויה בתקנות אחרות. וכך נקבע בנוסח הסופי של התקנה לאחר השינויים שהוכנסו בה:

(א) אין ליבם שלא ברצון היבמה בכל אופן אלא לחלוץ. (ב) אם לא רצה היבם לחלוץ אין כופין אותו אבל חייב בכל חיובי הממון הנזכרים בס' ב' ג' ד' של המועצה הב' ש"ש תש"ט דף ז'. ג) היכא שאין ליבמה שום סיבה מג' הסיבות הנז' במועצה הב' ורצה היבם לחלוץ הבחי' [רה] בידו לפרוע הכתובה או לחלוץ.⁴²

המועצה עשתה כאן צעד נוסף קדימה לקראת דחיית הייבום ונתנה לאלמנה את הכוח להתנגד לכל ייבום גם אם לא מתקיימת אף אחת משלוש העילות הנזכרות: מאיס עלי, יבם נשוי, עני. אולם הסעד המשפטי שניתן לה לתמוך בתביעתה מצוי היה כולו במישור הכלכלי הפנימי, שהוא הזכות למזונות מן היבם ובד בבד שמירת מעשי ידיה לעצמה, בדומה לאלמנה שהיו ברשותה אחת משלוש העילות. לעומת זאת, לא קיבלה אלמנה סרבנית את הזכות והכוח לכופף את היבם לחלוץ לאחר שנים עשר חודש, כפי שקבעה התקנה משנת תש"ט (1949) לגבי אחת משלוש העילות. גם במישור חלוקת הרכוש לא השוו בין האלמנה הסרבנית-גרידא לזו שלרשותה עמדה אחת משלוש העילות. בעוד שבהתקיים אחת משלוש העילות הזכות בידי האלמנה לקבל את כתובתה או לתבוע את חלוקת העיזבון, הרי שבסירוב להתייבם ללא עילה זכות הבחירה נתונה בידי היבם. לא ניתן הסבר לתקנה זו, אולם במועצת הרבנים החמישית

41 לעיל הערה 39.

42 שם, שם.

שהתקיימה בתשי"ד (1954) פורטו שני טעמים. האחד: כדי שלא להמריץ את האלמנה לסרב להתייבם רק מטעמים כספיים, והשני: להמריץ את היבם לחלוץ בכך שייתנו בידו חלק גדול יותר בעיזבון אחיו הנפטר.

עם התקנת התוספת הנ"ל הגיעה המסורת המשפטית במרוקו לפסגת האקטיביזם בנושא הייבום, בהעניקה תמיכה מרבית לאלמנה המסרבת להתייבם מכל סיבה שהיא. הגם שבמקרה של סרבנות גרידא, בניגוד למקרים שבהם התקיימה אחת משלוש העילות, לא כפו על החליצה אלא רק הטילו עיצומים כלכליים. מכאן ואילך רק תלך המסורת המרוקאית ותשחק תמיכה זו.

ה. נסיגה והתייצבות (מועצה חמישית, תשי"ד)

1. הצלחת מתקפת הנגד של השמרנים

הגישה שהרחיקה לכת כל כך בדחיקת הייבום לא הייתה נחלת כל החכמים במרוקו. כבר במועצה השנייה (תש"ט) ראינו כי הרב שלמה הכהן נקט גישה מסויגת ושונה מזו של נשיא המועצה. גם התוספת לתקנה במועצה הרביעית (תשי"ב) התקבלה, לפי עדות מתקיני התקנה, רק 'אחרי משא ומתן ממושך', דבר המעיד על כך שלא הכול היו תמימי דעים עמה. אכן, באסיפה החמישית (תשי"ד) פתח מחדש הרב חיים דוד סירירו, ראב"ד פאס, את הדיון בסוגיית הכפייה לחליצה וביקש לשקול את הנושא מחדש, בציינו ש'במועצה שעברה (תשי"ב) הסכמנו על כפיית החליצה. הן אמת כי סמכנו על אלני תקיפי. אבל עם כל זה עדיין הלב מהסס קצת לסברת האוסרים'.⁴³

בדברי התגובה של נשיא המועצה הרב שאול אבן דנאן, שכיהן בתפקיד זה החל מן המועצה השנייה ואילך,⁴⁴ הוא הציג את תוכן התקנה המקורית מן המועצה השנייה (תש"ט), הדגיש ש'הכל נתקבל בהסכמה' וציין כי 'אחר כך רבו הערעורים על דבר הכפייה וכדברי הרב סירירו'.⁴⁵ עדות מפורטת על הוויכוחים הנוקבים והעימותים בסוגיה זו אנו מוצאים גם בתשובה שכתב הרב שלום משאש, שהשתתף במועצה הרביעית (תשי"ב) בהיותו דיין בעיר

43 שם, עמ' 371.

44 שם, עמ' 233.

45 שם, עמ' 371.

דר לבידא.⁴⁶ הוא העיד על התנגדות חריפה ועקבית מצדו של הרב רפאל ברוך טולידאנו, ראב"ד מכנאס, באסיפה השנייה (תש"ט) וגם באסיפה הרביעית (תשי"ב):

צעק על זה וצווח ככרוכיא על תקנה זו, וכתב פסק דין ארוך להוכיח שאין לכופ לא בטענת נשוי ולא בטענת מאיס עלי, ושאסור לתקן תקנה בזה הפך הדת, זולת באין לו לפרנס שתיהן, והודו לו חכמי המועצה, ועל פי זה חזרו מדבריהם ותיקנו שלא לכופ כי אם על ידי מזונות עיין בתקנה אחרונה שנת תשי"ד.⁴⁷

באופן מפורט יותר מובאת עמדתו של הרב רפאל ברוך טולידאנו בחיבורו של הרב יהושע מאמאן וכך הוא כותב:

ושוב עמדו כמה רבנים חברי המועצה ורערו על כך והרה"ג הקדוש כמוה"ר רפאל ברוך טולידאנו זצ"ל ערך מכתב ארוך ומנומק מדברי רבותינו שהחמירו בדבר כפיית חליצה, והריץ אותו לרבנים הראשיים בעיר תהילה ארבאט ולחלק מרבני המועצה הנ"ל וההו"א [וההוא אמר] שאין כאן בכלל לסמוך על התקנה הנ"ל שתקנו בארץ ישראל כי הנימוקים שנתנו לשבח התקנה הנ"ל אינם שייכים כלל אצלינו במרוקו וסכם דבריו וזה לשונו: 'ובכן רבותי! [ההדגשה במקור] רבני המועצה התבוננו בדברי אלה וידעתי נאמנה בזה, שתעמדו לחזור מתקנה זו ראשונה ואחרונה להוריד מעלינו האחריות הגדולה...'⁴⁸

אכן, הרב שאול אבן דנאן נכנע ללחץ, ובהצעתו בפני האסיפה החמישית הציע להכניס את השינויים הבאים: 'להשמיט את המאמר המוסגר שבסעיף ב', לאמור למחוק את התוספת בסוגריים שבתקנה משנת תש"ט, שהורתה לכופ על החליצה בכל אחת משלוש העילות. הצעה זו התקבלה בהסכמת כל הרבנים שהשתתפו באסיפה החמישית. המהפכה החקיקתית במרוקו נסוגה אפוא ומחקה את ההוראה האומרת שיש לכופ יבם לחלוץ בשל היותו נשוי, או בשל טענת מאיס עלי או בשל העוני.

46 שם, עמ' 285.

47 שו"ת תבואות שמ"ש, חלק אבן העזר, סימן קנ. את התשובה כתב הרב משאש בשנת תשל"ד (1974), בשמשו בתפקיד דיין בקזבלנקה.

48 לעיל הערה 36.

הצעה אחרת ביקשה לשנות את סעיף ד' של התקנה משנת תש"ט, ובמקום הכתוב במקור: 'ואם אין לו או אינו רוצה לזון וכו' כופין אותו בעל כורחו לאלתר', להתקין: 'אם איש עני הוא כופין אותו בעל כורחו לחלוץ לאלתר'. בהקדמה להצעה זו ובדברי ההסבר לתקנות לא נאמר דבר לגבי פשר השינוי ומניעיו. נראה שאף שינוי זה נועד לצמצם את היקף הכפייה לפי התקנה המקורית. לפיה כפו לחלוץ לאלתר את מי שסירב לזון באופן סובייקטיבי אך היו לו אמצעים לכך, וכמו כן כפו לחלוץ לאלתר את מי שאין לו האמצעים לזון באופן אובייקטיבי. הנוסח החדש השמיט את סרבן המזונות הסובייקטיבי וגם הגדיר בצורה צרה יותר מיהו יבם שאין לו מבחינה אובייקטיבית. עכשיו נקבע שיכופו רק 'איש עני' לחלוץ לאלתר, ומשתמע מכאן שלא כל מי שמתקשה מבחינה כלכלית ייחשב לכזה. דומה שבניסוח זה ביקשו לשוב להגדרה הקיימת אצל אישה נשואה שאף לגביה כופים – לפי פסק השולחן ערוך לפחות – את האיש לגרש אם הוא עני ואין ביכולתו לזון את אשתו.

בדברי ביקורתו על התקנה המקורית הציע הרב חיים דוד סירירו להעדיף את פיתויו של היבם להסכים לחלוץ באמצעות הענקת חלק גדול יותר בעיזבון אחיו הנפטר, וכן לצמצם את מקצת זכויותיה הרכושיות של האישה. גם הרב רפאל ברוך טולידאנו הציע ללכת בכיוון זה של פיתוי יבם לחלוץ על ידי הגדלת חלקו בעיזבון במקום אמצעי הכפייה שבתקנות מרוקו. הוא הציע להסתמך על דברי הרמ"א לגבי המנהג בפולין 'שיחלקו כל הנכסים בין היבמה ובין החולץ, ובזה שיקח ממון החולץ ודאי שיתרצה לחלוץ בלי כפיה וכל אחד על מקומו יבוא בשלום'.⁴⁹

הרב שאול אבן דנאן התייחס בחלק השני של דבריו להצעה זו 'על דבר חלוקת החולץ עם האחים', ומכאן נראה לכאורה שהגיב על הצעת הרב סירירו. הצעת הרב אבן דנאן הייתה להוסיף את הסעיף הבא: 'האח החולץ יקח לו פי שנים בירושת הנפטר בין במחצית, אם חלק עם היבמה, בין בשאר העזבון, אם פרע לה כתובתה'.⁵⁰ גם בתקנה משנת תשי"ב וגם בתקנה משנת

49 שם, שם.

50 במסורת המשפטית במרוקו רווחו שני מנהגים בנוגע לזכויותיה של האלמנה מן העיזבון של בעלה. לפי מסורת המגורשים (הכוונה למגורשי ספרד וצאצאיהם) שרווחה במרוקו ירשה האלמנה מחצית מן העיזבון ולא קיבלה כתובה. לפי מסורת המקומיים (בני מרוקו

תשי"ד נזכרות שתי צורות החלוקה של העזבון: או שהאלמנה מקבלת את כתובתה או שהיא נוטלת מחצית מעזבון הנפטר. אלא שבתקנה משנת תשי"ב, הדנה באלמנה שלרשותה אחת משלוש העילות, ניתנה בידיה הברירה מה להעדיף, ואילו בתקנה משנת תשי"ד, הדנה באלמנה סרבנית גרידא, ניתנה ברירת ההעדפה בידי האח החולץ.

אומנם בדברי ההסבר לסעיף זה בעניין חלוקת העזבון בין החולץ לבין האחים התייחס הרב דנאן לתקנה מן האסיפה הרביעית (תשי"ב) בלבד. הוא הצביע על כך שמנוסח התקנה עולה לכאורה כי החולץ זוכה בכל החלק שנותר מעזבון הנפטר, וכי ניסוח מדויק יוכל להבהיר אם לכך הייתה כוונת הדברים. אך נראה כי ההצעה והתקנה התייחסו לכל מקרה של חליצה ברוח הצעתו של הרב סרירי, אלא שבמצב הנדון בתקנה משנת תשי"ב היה ניסוח עמום, ולכן הדגיש הרב דנאן שיש לנסח את הסעיף החדש בצורה שתבהיר את העמימות שבו.

מודל זה של שימוש בפיתוי כספי במקום בכפייה ישירה לחליצה התפתח במסורת האשכנזית המאוחרת והיה מוכר היטב בספרות הפסיקה המזרחית. המסורת האשכנזית התכנסה בשלב מוקדם יחסי לגישה שמצוות חליצה קודמת למצוות ייבום, והיו זרמים חזקים בימי הביניים דוגמת אלה שייצג הרא"ש שהורו לכוף על החליצה בכל מקרה ובוודאי כשהיבם נשוי אישה.⁵¹ ואולם הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך, המשקפות את המסורת האשכנזית הרווחת, קבע שאין כופין יבם לחלוץ חרף העובדה שמצוות חליצה קודמת, ורק מטעין אותו או מפתים אותו לכך. בנוסף רווח בקהילות פולין ואשכנז לעשות שטר חליצה לפני הנישואין שעיקרו התחייבות בני משפחת החתן לחלוץ לכלה חנם אם יארע מקרה של ייבום.⁵² אף על פי כן רווח הנוהג

שישבו בה עוד לפני הגירוש וצאצאיהם) גבתה האלמנה את כתובתה לפי דין התלמוד ולא ירשה דבר. בהתאם לכך נקבע כאן, שהאח החולץ זוכה במנה כפולה מתוך מחצית העזבון, במקרה שחל מנהג המגורשים. או שהוא זוכה במנה כפולה מתוך יתרת העזבון שנשאר לאחר גביית הכתובה בידי האלמנה בהתאם למנהג המקומיים.

51 ראו א' וסטרייך, 'הכרעות שיפוטיות של הרא"ש בספרד', מ' בר (עורך), מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל: מוגשים לכבוד הרב פרופ' עמנואל רקמן בהגיעו לגבורות, רמת גן תשנ"ד, עמ' 157-182.

52 ראו ר' שמואל בן דוד הלוי, נחלת שבעה, סימן כב – נוסח שטר חליצה (מהדורת י"א שוורץ, בני ברק תשס"ו), עמ' תפט-תקלה.

לפשר בין היבמה לבין היבם ולהעניק לו מרכוש אחיו על חשבון יורשים אחרים ועל חשבון האלמנה.

אין לנתק את ההוראה לפצות את היבם ברכוש אם יסכים לחלוץ מן ההוראה המחייבת אותו לזון עד אשר ייאות לחלוץ. גם החיוב במזונות הוא במידה רבה יבוא מן המסורת האשכנזית שקבעה שמצוות חליצה קודמת ואין לו צידוק כשלעצמו במסורת הנוקטת שמצוות ייבום קודמת. בשיטה זו של המקל והגזר קיוו חכמי מרוקו להביא לפתרון בעיית הייבום שעוררה מורת רוח אצל יהודי הארץ. על פני הדברים נראה כי שינוי זה הביא להרגעת הרוחות, ובפרוטוקול הדיונים וההחלטות של המועצה השישית (תשט"ו),⁵³ שהייתה גם האחרונה, לא נזכרת התייחסות כלשהי לעניין הייבום. המסורת במרוקו התייצבה על גישה המטילה חובה לחלוץ בכל מקרה של סירוב מצד האלמנה, כשהיא מטילה על היבם חובת מזונות מקיפה מבלי להעניק לו את מעשי ידיה ומעניקה לאלמנה את זכותה לקבלת חלק מרכוש הנפטר. במקרה שעמדו לרשותה אחת משלוש העילות – ביגמיה, מאיס עלי, עוני – אף זכתה האלמנה לפחות במחצית העיזבון של הנפטר ולעתים אף יותר מכך, בהתאם לכתובתה.

אלא שגם שינוי זה בחקיקה, שהטילה רק חיוב מזונות במקום כפייה ישירה, לא נראה, כנראה, לחלק מחכמי מרוקו והם ערערו עליו. כך ניתן ללמוד מתשובה של הרב שלום משאש, שנכתבה לקראת המועצה השישית בשנת 1955 ובה הוא נדרש להגן על תקנה זו.⁵⁴ תשובתו היא למעשה חוות דעת, שאותה התבקש להגיש למועצת הרבנים בשנת תשט"ו 'בענין כפיית החליצה על פי התקנה של מועצת הרבנים לכוף את היבם לתת מזונות ליבמה כל זמן שלא חליץ, אי כשר למעבד הכי (=אם ראוי לעשות כן)'. בסיום דבריו הוא מביע את תקוותו כי 'בזה תנוח דעת המערערים נגדה'.

הרב משאש יצא בדברי תשובתו להגן על התקנה השלישית שהתגבשה באסיפה החמישית (תשי"ד), וקבע באופן נחרץ שיש כוח בידי מועצת הרבנים להטיל חיוב מזונות על יבם כדי לאלצו לחלוץ. הוא דחה את הביקורת העקרונית נגד התקנה בשל סטייתה מן ההלכה הקיימת, שכן:

53 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 405-448.

54 שו"ת תבואות שמ"ש, חלק אבן העזר, סימן מז.

אף שאין זה לפי ההלכה הברורה שהיינו נוהגין תמיד לפסוק דמצות יבום קודמת, מכל מקום הלא בכל התקנות תמיד כך הוא, שנוטין מן ההלכה לפי המצב של הזמן, רק שיהיה קצת סמך מן הפוס' א' או אחרונים.⁵⁵ (ההדגשה שלי. א"ו)

בכל תקנה שלושה רכיבים: 1. נטייה מדרך ההלכה. 2. לפי מצב הזמן. 3. קצת סמך בפוסקים ראשונים או אחרונים. ברור שכל תקנה לפי מהותה משנה את הדין הקיים, ואין בעובדה זו כשלעצמה כדי לבטל את חוקיותה ואת תוקפה של תקנה, ובכלל זה את התקנה הקונקרטית לחייב יבם לזון את היבמה עד שיחלוץ. שאלה נכבדה היא מה מידת הנטייה של התקנה מן הדין הקיים כך שתיחשב לגיטימית, למשל במקרה זה של ייבום? האם כפייה ישירה ומיידית או שרק כפייה עקיפה ובאמצעות חיוב במזונות? בעניין זה לא הרחיב הרב משאש את הדיבור, הגם שטכניקת הכתיבה שלו יכולה לרמוז על דרך התמודדותו בעניין זה. נדון בכך בהמשך.

לעניין הסמך מן הפוסקים אין הרב משאש מתקשה למצוא כאלה. הוא מפנה את הקוראים אל תקנת 'רבנן רבני ארץ ישראל', שהיא תקנת הרבנות הראשית המכונה חרם ירושלים ואשר חכמי מרוקו התייחסו אליה כמה פעמים. הרב משאש מוצא אסמכתא נוספת לא רק בטקסט הלכתי בעל סמכות אלא אף במנהג הרווח 'כמעט בכל העולם' להימנע מייבום ולהעדיף את החליצה. טענה מעין זו הועלתה בדברי ההסבר לחרם ירושלים שבה הדגישו המחוקקים כי 'ברוב קהלות ישראל וכן בקהלות האשכנזים שבארץ קבלו עליהם להלכה שמצות חליצה קודמת למצות יבום...'. טענה זו זכתה לקיתונות של ביקורת מאת הרב עובדיה יוסף, ומכוח דברי ביקורת אלה נקט שחרם ירושלים נחקק בחוסר סמכות.⁵⁶

אולם אחד הצידוקים המרכזיים שניתנו לתקנה בארץ ישראל, 'משום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות', לא התקיים כלל במרוקו המאוחדת במנהגה שמצוות ייבום קודמת. כאן נדרש הרב לרכיב השני, 'לפי המצב של הזמן', כדי להצדיק את התקנה. זה התקיים במרוקו, שכן 'לפי רוח הזמן שכל העם מערערים על כפיית הנשים שיהיו לאנשים שאין

55 שם, שם. נראה שהכוונה בסוף הציטוט היא: 'סמך מן הפוסקים ראשונים או אחרונים'.

56 וסטרייך (לעיל הערה 9), עמ' 328-331.

להם חפץ במ שאינם כשבויות להיבעל לשנאוי להם'. השינוי ברוח הזמן הוא אימוץ תפישות מודרניות בדבר חירות הנישואין של האישה, ומכאן נובעת ההתנגדות הציבורית להמשיך ולאלץ נשים לממש קשר של אישות בניגוד לרצונן, שהוא המאפיין של הייבום.

2. החייאת הלכת המורדת כמענה ללחץ השמרנים

מתן לגיטימציה מפורשת להלכי רוח מודרניים השוללים קשר אישות שנכפה על ידי מצווה מן התורה הוא צעד מרחיק לכת מאוד, לפחות בתפישות ההלכתיות המוכרות לנו ובייחוד אלה שמקורן ביראת ההוראה האשכנזית. אפשר שבשל כך הסיט הרב משאש נימוק זה למחוז הלכתי מוכר ומבוסס, הלא הוא דין המורדת הטוענת שבעלה מאוס עליה. הרב משאש משתמש בביטוי 'שאינם כשבויות להיבעל לשנאוי להם', הדומה לביטוי שהרמב"ם משתמש בו כדי לנמק את עמדתו שבמקרה של מורדת 'מאוס עלי' כופים את הבעל לגרשה.⁵⁷ שימוש דומה עשה גם הרב שאול אבן דנאן בהקדמה למועצה הרביעית כששם בפי הנשים המתנגדות לייבום את הטענה 'שאינן כשבויות חרב'.⁵⁸

עמדה זו של הרמב"ם נדחתה בפסיקה המאוחרת 'בבי [שתי] ידיים', כפי שמציין הרב משאש בתחילת הדיון, כך שהיא כשלעצמה מהווה משענת חלשה לסמוך עליה. לפיכך מבקש הרב משאש לבחון את הנימוקים שהובילו את הפוסקים להסתייג מהלכה זו ולנסות לאבחן את דבריהם בהקשר של יבמה. תחילה הוא פונה לטיעון המפורסם של הרא"ש כי תקנת המורדת הייתה צורך שעה ואילו עתה 'נראה העניין בהיפך בנות ישראל שחצניות הן' וכי הכרה בדין המורדת תגרום לנטישה המונית של נשים את בעליהן.⁵⁹ אם כך, התקנה לכוף את היבם אינה פוגעת באינטרס ציבורי זה, 'שהרי אנו מניחין כל בנות ישראל הנשואות לבעליהן כבר, ורק זאת שבאה לינשא לו מחדש יכולה למאן ותתקיים המצווה בחליצה'. לאמור, כל אישה שכבר נישאה אכן לא תוכל להשתחרר בטענת מורדת, ובכך מסולק החשש שהעלה הרא"ש. רק במקרה של זיקת ייבום, כשמדובר באישה שעדיין לא נישאה והיא מבקשת

57 רמב"ם, משנה תורה, הלכות אישות, פרק טו.

58 המשפט העברי במרוקו (לעיל הערה 3), עמ' 303.

59 שו"ת הרא"ש, כלל מג, ח.

שלא להיכנס לקשר נישואין מלא, נפעיל הוראה זו ונכוף את האיש לנתק את הקשר.

גם הטענה השנייה של הרא"ש נגד הלכת המורדת ניתנת לאבחון לדעת הרב משאש. טענת הרא"ש היא כדלקמן: גם אם נקבל את טענת האישה שבעלה מאוס עליה, אין הדבר מצדיק את כפיית הבעל לגרש את אשתו, שהרי היא אשת נעוריו והוא אוהב אותה. כך שהפיתרון הצודק לדעתו הוא שהאישה תישאר במסגרת הנישואין ותותר על חיי אישות. עובדת היות האישה אשת נעורים מצוינת בדברי הרא"ש כמה פעמים, והרב משאש נתלה בכך ומבחיין בינה לבין יבמה, 'שהיא אשה חדשה ולא נשאת לו מעולם'. אלא שכלפי נימוק זה של הרא"ש יש בפי הרב משאש טענה נוספת, חזקה וממשית, מזווית שונה. בימינו, הוא טוען, 'אנו יודעים בבירור שכאשר לא יגרשנה ולא תבעל לו, תלך לזנות ותרבה ממזרים בישראל'. אם כן, צריך דווקא לאפשר את שחרור האישה מכבלי האישות ולא לגרום לכך ש'תוצרר באלמנות חיות' כהצעת הרא"ש.

אומנם בשל ההסתייגות מהלכת הרמב"ם לגבי מורדת במשך דורות רבים אי אפשר לשוב אליה ולאמצה, אך זאת רק לגבי אישה שכבר נשואה ממש, אולם לגבי מי 'שעדיין לא נכנסה בברית הנישואין רק זיקה בעלמא יש לתקן לצורך שעה'. יתר על כן, בנסיבות ימינו, שיש חשש לזנות מצד אלמנות מסורבות חליצה, דומה מצבן של אלה למצבן של נשים בתקופת הגאונים, שמחמת החשש שמא תצאנה לתרבות רעה התקינו עבורן את תקנת המורדת. אשר לעניין הסמכות להתקין תקנות שיש בהם סטייה מדין התלמוד, לטענת הרב משאש עובדה היא שהגאונים התקינו לכוף את האיש לגרש את אשתו המורדת 'היפך ההלכה הברורה של התלמוד', וזאת 'כדי לעשות תיקון לבנות ישראל'. וכאן באה הכרזתו התקיפה של הרב משאש: 'וגם אנן בעקבותיהם נלך וכח בתי דינים יפה לתקן לפי הדור דבר נחוץ כזה ולא להניח בנות ישראל לצאת לתרבות רעה ללכת לזנות...'. סמכות זו היא עקרונית, והרב איננו מציע מהפיכה במסגרת חיי הנישואין אלא רק לגבי יבמה. עוגן לכך הוא מוצא בתשובה של רשב"ץ, מגולי ספרד שנאבק בהלכת המורדת של הרמב"ם בהגיעו לצפון אפריקה.⁶⁰ רשב"ץ סבר שאף לאחר שנדחתה הלכת

60 ראו א' וסטרייך, 'עלייתה ושחיקתה של הלכת המורדת', שנתון המשפט העברי, כא (תשנ"ח-תש"ס), עמ' 144-145.

הרמב"ם, אם טענה האישה שבעלה מאוס עליה עוד בטרם נישואין ורק אמה הכריחה אותה להינשא, אזי כופין בטענה זו. הטעם לכך הוא שכאן ברור שלא מפני שנתנה עיניה באחר היא טוענת טענה זו. אומנם רשב"ץ סייג את דבריו ואמר שלעניין מעשה לא היה מקל לכוף, אבל, סבור הרב משאש, שונה היא היבמה, שגם לעניין מעשה יש לנקוט כך.

כפי שרווח בפסיקה הרבנית, עובר הרב משאש לאסוף הוראות שונות של פוסקים שישמשו אותו כסניפים וכתגבור לעמדתו. ראשית, הוא מסתמך על עמדת בעל הלכות גדולות שבמקרה של סירוב מצד היבמה להתייבם וכאשר רואים בסיס מוצדק לטענתה, כופים את היבם לחלוץ. שנית, רמ"א בחיבורו דרכי משה מסתמך על הריב"ש וקובע כי היכן שיש חשש איסור כופין לחלוץ מיד, וכך נעשה הלכה למעשה. ומעל הכל מרחפת על הרב משאש תחושת צורך השעה הקיימת אף כאן. בסופו של דבר, לאחר שהוא מבסס את טענתו כי יבמה בזמן הזה המסרבת להתייבם ניתן לכוף ולחלוץ אף לאחר שנדחתה עמדת הרמב"ם במורדת 'מאיס עלי', נסוג הרב משאש נסיגה טקטית וטוען ש'כל שכן לדין שהתקנה היתה לכפות על ידי מעות של המזונות ומתוך זה בא לחלוץ', שאין פגם ופסול בתקנה.

אולם הרב משאש לא הסתפק בטענה עקרונית זו בדבר סמכות החקיקה המופלגת שנתונה לחכמים בנסיבות מתאימות, אלא חתר להראות כי הוראת התקנה מעוגנת בדיני הייבום גופם אף לסוברים שמצוות ייבום קודמת. לדעת הרב משאש מוצדק לכוף על החליצה בכל מקרה שהיבמה טוענת 'מאיס עלי' או מסרבת להתייבם בשל היות היבם נשוי, ולכן 'כל שכן לדין שהתקנה היתה לכפות על ידי מעות של המזונות ומתוך זה בא לחלוץ מרצונו'. התקנה לחייב במזונות אינה אפוא אלא חלק ממה שהדין אפשר בנסיבות אלה, ואף כפייה ישירה הייתה ראויה, אלא שחכמי מרוקו העדיפו להסתפק בלחץ עקיף.

3. הפנמת החקיקה בפסיקה במרוקו

ההסדר המשפטי האחרון שעיצבו תקנות מרוקו, לפיו מטילים מזונות על יבם במקרה של סירוב מצד האלמנה להתייבם, הופנם בפסיקה מאוחרת של הרב משאש שניתנה בשנת תשל"ד (1974), בהיותו ראב"ד בקזבלנקה. אלה פרטי המקרה:⁶¹ כחודש לאחר שזוג צעיר נישא במרוקו, נהרג הבעל בתאונת

61 לעיל הערה 47.

דרכים. היבם, שהתגורר בצרפת, היה נשוי ואב לילדים וחסר יכולת כלכלית לזון שתי נשים. האלמנה סירבה בתוקף להתייבם וטענה שהיבם מאוס בעיניה, ואילו היבם דרש לייבם וסירב לחלוץ ובפיו מניע מן התחום המיסטי. לפי דבריו הוא חשש 'שמא ימות אם יחלוץ כאשר אירע להם במשפחה זה פעמיים'. במקרה זה התקיימו שלוש העילות המיוחדות ליבמה: יבם נשוי, קשיי פרנסה ו'מאיס עלי'. בתשובה מקיפה ומפורטת דן הרב משאש במידת ההכרה בהן ובאמצעי הכפייה המופעלים לטובת היבמה. ראשית הוא מתמקד בעובדה שהיבם נשוי, וקובע כי בשל חילוקי הדעות הקיימים בין הפוסקים אין בכך כדי לגבש עילה המצדיקה את כפיית היבם. ואולם אין לראות בכך אף מחלוקת הפוסקים שכן:

מה שמצינו לקצת פוסקים דסבירא להו דבנשוי כופין לחלוץ כנוכר לעיל, יש לומר דהיינו לשיטתייהו דאית להו חרם דרבנו גרשום.⁶²

מכאן שלפי המסורת המרוקאית, כמוה כמסורות מזרחיות וספרדיות אחרות שלא קיבלו על עצמן את חרם דרבנו גרשום, אין כופים, בשל היות היבם נשוי. אין ספק שמבחינה היסטורית הצדק עם הרב משאש, שכן מקור הדברים הוא מסורות אשכנזיות, ובראשן תשובות הרא"ש ופסקיו, שחדרו לספרד ומכאן עברו וחלחלו אל הפסיקה במרוקו ובמקומות אחרים במזרח. ברוח זו אִבְחַן הרב משאש את תשובת המהרי"ק,⁶³ שהיא אחת המרכזיות והמפורסמות בסוגיה זו של כפיית יבם נשוי לחלוץ, וציין בצדק כי שייכותו למסורת האשכנזית, כמו גם האסמכתאות שהביא, הם שהביאו לפסוק שניתן לכופף לחלוץ בנסיבות אלה.⁶⁴

לא נותר לרב משאש אלא להתמודד עם קביעת ר' יוסף קארו בתשובה בעניין היבם המערבי והיבמה האשכנזייה, הרואה בעובדת הנישואין של היבם עילה לכפיית חליצה.⁶⁵ אף כאן ניכר לדעת הרב משאש ההקשר האשכנזי,

62 שם, שם

63 שו"ת מהרי"ק, שורש קב.

64 דיון מקיף בעמדת המהרי"ק ובזיקתה למסורת האשכנזית ראו וסטרייך (לעיל הערה 30), עמ' 215-216.

65 ניתוח מקיף של תשובה זו ושל פולמוס הרבנים במקרה הנדון ראו וסטרייך, שם, עמ' 288-300.

שכן בית הדין שאליו פנה ר' יוסף קארו היה מורכב מדיינים אשכנזים ואף האסמכתא שהביא היא 'מדברי הרא"ש והוא משיטת הפוסקים שקבלו עליהם חרם רבנו גרשום'. מעבר לכך סבר הרב משאש שבחיבור בית יוסף נקט ר' יוסף קארו גישה אחרת מזו שנקט בתשובה, ולפיה נישואי היבם אינם קובעים אלא שמצוות חליצה קודמת אך אינם עילה לכפייה לחלוץ, ובסתירה בין 'בית יוסף' לבין תשובותיו של ר' יוסף קארו יש להעדיף את החיבור בית יוסף, דרך אותם קבלנו עלינו אף נגד פוסקים ולא דבריו בתשובה'.

רק חוסר יכולתו של היבם לזון את אשתו נחשב בעיניו עילה שבגינה ניתן לכופו לחלוץ והוא מרכז הכובד בנסיבות מעין אלה ששלוש העילות מצטברות יחד. אף בכך נאמן הרב משאש לתקנות מרוקו שהותירו את חוסר היכולת הכלכלית כעילה לכפייה ישירה ומיידית. אלא שלדעתו צירוף עובדת היות היבם נשוי הוא 'אף למי שאומר שבאינו זן אין כופים בשוטים אלא בדברים ובהרחקה של רבנו תם (= שהיא כפייה עקיפה. א"ו)'.⁶⁶ משום כך במקרה הנדון ניתן לכופף את היבם לחלוץ לאלתר בכפייה ישירה ללא היסוס ואין צורך להקדים הרחקה דרבנו תם, 'וכן היא התקנה במועצת הרבנים שנת תשי"ד דאם הוא עני כופין אותו לחלוץ'.

ו. חקיקה בענייני ייבום – בין מרוקו וארץ ישראל

1. פתיחה

הצבענו לעיל על קשר ישיר בין חכמי מרוקו שהתקינו את התקנה בארצם לבין הרב הראשי הרב עוזיאל, שיחד עם עמיתו הרב הרצוג התקינו בשנת תשי"י (1950) קבוצת תקנות בענייני משפחה הידועות כחרם ירושלים. אחת התקנות הבולטות עסקה בעניין הייבום והתייחסה לבני כל העדות הנמצאים בארץ ישראל, וזה לשונה:

ברוב קהלות ישראל וכן בקהלות האשכנזים שבארץ, קבלו עליהם להלכה שמצוות חליצה קודמת למצוות יבום, וגם כששניהם, היבם והיבמה, רוצין ביבום אין מניחים אותם ליבם. ובמקום שהיבם נשוי אשה, נהגו בכל

66 בלשונו של הרב משאש: 'אף למאן דאמר דבאינו זן אין כופין בשוטים רק במילי ובהרחקה דרבנו תם'.

המקומות שאין מניחים אותם ליכם. ובהיות ובזמננו ברור הדבר שרוב יבמים אינם מכוונים לשם מצוה, ומשום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות, הננו גוזרים על תושבי ארץ-ישראל ועל אלה שיעלו ויתישבו מעתה והלאה לאסור עליהם מצות יבום לגמרי וחייבים לחלוץ וחייבים במזונות יבמתם כפי מה שיפסקו עליו בית דין עד שיפטרו את יבמתם בחליצה. איסור זה אפשר להתירו רק במסבות מיוחדות ועל פי החלטת המועצה המורחבת בחתימת הרבנים הראשיים לישראל.⁶⁷

בפרק זה נשווה בין דברי החקיקה בשני המרכזים ונדון ביחסי הגומלין שהיו ביניהם בנושא שינוי דיני הייבום.

2. השפעת חרם ירושלים על תקנות מרוקו

היוזמה הראשונה במרוקו לשינוי דיני הייבום יצאה כבר בשנת תש"ז (1947), ובשנת תש"ט (1948) נחקקה התקנה הראשונה והמקיפה. כפי שהראינו הקיפה התקנה שינויים בשלושת המישורים המשפטיים העיקריים של הייבום: הרחבת מעגל העילות, הטלת עיצומים על היבם והטבת מצבה הכלכלי של האלמנה המסרבת להתייבם. חרם ירושלים נחקק עשרה חודשים לאחר מכן, בחודש שבט תש"י (1950), והתייחס רק למישור העילות ולמישור העיצומים. לא צדק אפוא א' בשן שכתב:

בנושא הייבום התקיימו דיונים בשלושה כינוסים, והגיעו למסקנות לאחר התייעצות עם הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל בארץ ישראל, ואלו הן: (א) אם האשה מסרבת להתייבם מפני העוני, או שהוא מאוס או נשוי, אז עליו לחלוץ. (ב) אם סירב לחלוץ, הוא חייב לספק צרכיה במזון, כסות ודירה למשך שנה. (ג) היא מקבלת דמי כתובתה מנכסי בעלה.⁶⁸

רכיבים אלו היו קיימים כאמור כבר בתקנה הראשונה משנת תש"ט, ואף הרחיקו לכת בתוספת שבסוגריים שהורתה לכוף על החליצה כעבור שנים עשר חודש. הרב עוזיאל לא סייע בגיבושם של רכיבי התקנה הללו, שנתרו ללא שינוי גם במועצה החמישית. מבחינה מעשית באו הפניות לרב עוזיאל רק

67 ב' שרשבסקי, דיני משפחה⁴, ירושלים תשנ"ג, נספח ב', סעיף ג, עמ' 452.

68 בשן (לעיל הערה 15), עמ' 319.

בעקבות התנגדותם של רבנים בולטים, וביניהם ראשי אבות בתי הדין שלמה הכהן מאוז'דא, רפאל ברוך טולידאנו ממכנאס וחיים דוד סירירו מפאס. מכאן שליבה של תקנת מרוקו היא פרי תוצר של יוזמה מרוקאית פנימית, וזאת עד לשלב של המועצה הרביעית שבו השפיע המפגש עם חרם ירושלים.

מסקנה זו לגבי סדר הזמנים חשובה לא רק לעניין קביעת אופייה האקטיבי של החקיקה במסורת מרוקו אלא גם מנהירה את הלגיטימיות של החקיקה הארץ ישראלית בראשותו של הרב עוזיאל. חקיקה זו זכתה לביקורת מרה ונוקבת מפי הרב עובדיה יוסף, ולהלן נראה כי השפיעה אף על עמדותיהם של חכמים מרוקאים שעלו לישראל. בעיקר שלל הרב יוסף את הלגיטימיות של החקיקה בטענה כי מעשה חקיקה מעין זה בידי חכמים ספרדים מהווה חריגה מסמכות, שכן העדפת הייבום על פני החליצה מושרשת ללא עוררין במסורת הספרדית-המזרחית. בעיני הרב יוסף מעשה זה של הרב עוזיאל אינו אלא הכפפתה של המסורת הספרדית בפני המסורת האשכנזית, שהעדיפה את החליצה על פני הייבום. לאחר שהראינו כי המסורת המרוקאית, שהחשיבה ביותר את הייבום, דחתה מיוזמתה את הייבום במקרים רבים, הרי שהרב עוזיאל לא היה אפוא בודד בעניין זה בזירה הספרדית-המזרחית.

אלא שעדיין יש לבחון עד כמה קרובות היו התקנות זו לזו, כך שנוכל לומר כי חרם ירושלים מצא לו אח ורע בחקיקות מועצות החכמים במרוקו. כן יש לבחון אם השפיע הרב עוזיאל על החקיקה במרוקו בגלגוליה המאוחרים יותר. לשם כך נשווה בין המרכיבים השונים של שתי קבוצות החקיקה.

3. המניעים לתקנות

בדברי ההסבר והרקע לתקנות מרוקו בשלבי החקיקה השונים עולה גורם מרכזי בולט, והוא התנגדות חריפה מצד נשים ועמץ גורמים רחבים בציבוריות היהודית להטלת קשר של אישות על אלמנות שלא ברצונן, התנגדות הנובעת מהלכי רוח מודרניים. אין ספק שהלכי רוח אלה נגדו את מהותו של הייבום, שבו האלמנה נתפשת כאישה שהקנו ליבם מן השמים, ובשום שלב לא נראה שחכמי ההלכה במרוקו הזדהו עם הלכי רוח אלה. עם זאת, החכמים נענו להם והתקינו תקנות שתכליתן הייתה למנוע עד כמה שניתן מצבים שבהם משלמת האלמנה מחיר כבד בגין סירובה להתייבם, כפי שאירע במקרה של ג'אמילה במכנאס.

לעומת זאת, לעניין התקנה של חרם ירושלים ניתנו דברי הסבר שונים שהגיעו לידינו בשתי גרסאות טקסטואליות, שאף אחת מהן לא הייתה רשמית: הגרסה האחת מופיעה בנספח בספרו של המלומד בן ציון שרשבסקי והיא חלק מן התקנה שהותקנה. הגרסה השנייה מופיעה בחיבורו של הרב יהושע מאמאן, המצטט מכתב פרטי ששלח אליו הרב עוזיאל במענה לפנייתו, והיא כוללת רק את עיקרי חרם ירושלים אך לא את נוסחו המלא.

בנוסח של שרשבסקי מופיעים שני נימוקים: (1) רוב יבמים אינם מכוונים לשם מצוה, (2) משום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות. שני הנימוקים בעייתיים וניתנים לביקורת. הנימוק הראשון אינו רלוונטי למסורת הספרדית, המעדיפה את הייבום על פני החליצה, שכן לפי חכמים בתלמוד הסוברים שמצוות ייבום קודמת, רשאי היבם לבוא על יבמתו אף לשם נוי או לשם אישות או לשם דבר אחר ואינו צריך להתכוון לקיים את המצווה. לנימוק השני אין עוגנים במסורת ההלכתית ולא בנורמה החברתית הנוהגת בדורות האחרונים, והוא מבטא בעצם את השקפת עולמו האישית של הרב עוזיאל שהחשיב את גורם הלאומיות כגורם הלכתי ממשי. אלה הם בעצם עיקרי הביקורת של הרב עובדיה יוסף על מניעי התקנה.

מובן ששני הנימוקים אינם נזכרים בדברי ההסבר לתקנות מרוקו והם גם אינם רלוונטיים למסורת המשפטית שהייתה נהוגה שם. חכמי מרוקו לא הוטרדו כלל ממניעיהם של היבמים, ורק התנגדות הנשים היא זו שהמריצה אותם להתקין את התקנה. גם עניין האחדות הלאומית לא היה רלוונטי בעניין זה של ייבום, כיוון שמסורת מרוקו הייתה אחידה והכול דגלו בכך שמצוות ייבום קודמת. עם זאת, חשוב לציין כי אף מועצות החכמים חתרו להביא לאחידות הדין באותם נושאים שבהם התקיימו כמה מסורות זו בצד זו. הנושא האחד הוא הירושה, והנושא השני קשור לבדיקת הריאה של הבהמה הנשחטת בענייני כשרות. גבולות השימוש באחדות לשם התקנת תקנות אצל חכמי מרוקו מחייבים מחקר מעמיק בנושאים אלה החורגים ממסגרת מחקר זה, ולא ארחיב את הדיבור בהם כאן.

אלא שעיון בנימוקים שפרט הרב עוזיאל במכתב ששלח לרב יהושע מאמאן יש בהם כדי להקהות חלק מן הביקורת שהופנתה כלפי הרב עוזיאל ותקנת הרבנות הראשית:

הסיבות היסודיות שבגללן תקננו תקנת החליצה הן: (א) בימים האחרונים

רבים הם שנאחזו במצות יבום, בידועם שהיבמה לא תרצה בכך, והם מנצלים מצוה זו להנאתם, לעגן היבמה עד אשר תרצה אותו בתרקבא דדינרי, וזה מכריח היבמה לבקש לה מנוס בנשואי מרמה או בחיי הפקרות ח"ו [חס ושלום]. (ב) בזמן הזה שרבו העולים ארצה מכל תפוצות הגולה, ורבו הנישואין של שני שבטי ישראל, האשכנזים והספרדים, שהם חלוקים במנהגם בענין זה, והאשכנזים לפי מנהגם מתרחקים ממצות יבום, עד כדי כך שנרמה להם הדבר כאסור, וזה על סמך דברי רבנו הרמ"א ע"ה, דאפילו אם שניהם רוצים להתיבם אין מניחים אותם, לכן במקרי נישואי[ן] שבין ב' השבטים, נוצרת ביניהם מחלוקת שמביאה לידי עגון האשה.⁶⁹

כדי לחדד את ההבדל בין ההנמקה שניתנה במכתב לבין ההנמקה הרשמית נבחיין בין שני מצבים: מצב אחד שבו הגיס מעוניין בייבום כשלעצמו ורוצה שאלמנת אחיו תהפוך לאשתו אך מניעיו אינם עצם קיום המצווה אלא יתרונות-הלוואי שיפיק מכך שיזכה באישה שהקנו לו מן השמים חינוס. מצב שני הוא כשהגיס כלל אינו מעוניין במימוש הייבום ואינו חפץ שאלמנת אחיו תהיה אשתו, אלא כל כוונתו היא לנצל לתועלתו את הדין הכופה על היבמה כך שיוכל לסחוט ממנה כספים. מצב א נחשב במסורת הספרדית המעדיפה את הייבום על החליצה כמצב תקין שאינו מעמיד לאלמנה שום עילת תביעה לחליצה. לעומת זאת, מצב ב נחשב שונה, ולדעת הרב עוזיאל במכתבו הוא מצדיק אף לפי המסורת הספרדית לחייב את היבם בחליצה.⁷⁰

גם הנימוק השני אינו זהה לנימוק שמוצג בנוסח התקנה. בתקנה מופיע הנימוק של אחדות לאומית ברמה מופשטת, ותכליתו למנוע שיתקיימו זה בצד זה שתי מסורות שונות באותו נושא, מצב שעלול לפגוע בהרמוניה הלאומית. הרב עוזיאל מתייחס במכתבו לקונפליקט ממוקד המתעורר במצב מיוחד שבו

69 לעיל הערה 36.

70 דומני שהבחנה מעין זו מצאנו גם לעניין מצוות פריה ורביה שלגביה נחלקו דייני בית הדין הרבני הגדול, אם נכיר בה כעילה משפטית לטובת בעל שאינו שומר מצוות. הרב עובדיה הדאיה, שהכיר בתביעת האיש בנסיבות אלה, נקט שדי אם האיש מעוניין בפריה ורביה כשלעצמה אף על פי שאין לו כוונה לקיים את מצוות פריה ורביה. הרב הרצוג שנקט עמדה מנוגדת ודחה את תביעת האיש, התייחס למצב שהאיש אינו מתכוון לפרות ולרבות ורק מבקש לנצל את המצווה כדי להיפטר מאשתו. ראו וסטרריך (לעיל הערה 16), עמ' 257-258.

נישאים בני זוג, ספרדי ואשכנזייה. במקרה כזה רואה הצד הספרדי בייבום דרך ראויה שהיא בגדר מצווה, ואילו הצד האשכנזי רואה בכך מעשה אסור שאין לממשו אפילו אם שני הצדדים מסכימים על כך, קל וחומר כשהאלמנה מתנגדת. כדי להימנע מחיכוכים במצבים של נישואין בין עדתיים – ולא כדי להביא לאחדות לאומית מופשטת – התקינה הרבנות את התקנה שמטילה על הספרדים למעשה את הנורמה האשכנזית. ברור מאליו שכלפי הנימוק בצורתו זו אין מקום להתריס את הביקורת של הרב עובדיה יוסף ושל אחרים, לפיה רבים הם ההבדלים העדתיים השרירים והקיימים בין העדות בארץ ישראל ולא נעשה דבר לטשטשם ולצמצמם.

בנוסף לשני נימוקים אלה, המופיעים בשינויים בתקנה עצמה, מעלה הרב עוזיאל כמה נימוקים נוספים. ראשית הוא מציין שיש גם פוסקים ספרדיים המאמצים את הנורמה האשכנזית שמצוות חליצה קודמת, תמיד או בנסיבות מסוימות, למשל כשיש פער גילים גדול בין האלמנה לבין הגיס. נימוק אחר הוא סתום: 'בזמננו יש תקלות וקלקלות אחרות שאין לפרטם'. לא ברור למה כוונת הרב עוזיאל, האם לחשש שמא יש לנפטר ילד מאישה שחי עמה חיי אישות בלי נישואין?

ייתכן שהרב עוזיאל התכוון לנימוק אחר שנזכר כמה פעמים בכתביו של עמיתו הרב הרצוג, ועיקרו החשש מפני הלחץ והעוצמה של השמאל הישראלי באותה שעה.⁷¹ בתקופה זו של ראשית המדינה ולאחר מלחמת השחרור היה השמאל בישראל בשיא עוצמתו, והתנהל מאבק חריף בחברה הישראלית סביב דפוסי הנישואין שיאומצו בחוק: האם יימשך המצב שהיה קיים בתקופת המנדט שנישואין וגירושין היו לפי דין תורה, או שיחול שינוי מרחיק לכת של מעבר למודל של נישואין אזרחיים. המוקדים הסטטוטוריים של עימות זה היו חוק שיווי זכויות האישה שנחקק בשנת 1951 וחוק שיפוט בתי דין רבניים שנחקק בשנת 1953. עיון ב'דברי הכנסת', המשקפים את הדיונים הרבים שהתקיימו בנושא, מלמד שנושא מרכזי שעורר מורת רוח רבה בקרב המתנגדים לנישואין וגירושין כדת משה וישראל היה עניין הייבום דווקא, ולא נושא אחר דוגמת הגירושין.⁷²

71 וסטרייך (לעיל הערה 1), עמ' 449.

72 דברי הכנסת, כרך 9, עמ' 2092 (ח"כ עדה מיימון, ישיבה רס"ז, כ"ב סיון תשי"א-).

עניין הייבום היה בעייתי בארץ ישראל בשל מבנה דיני הירושה וחלוקת הסמכויות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית. הצהרה על הירושים וחלוקת העיזבון יכלה להתבצע הן בבית המשפט האזרחי, הן בבית הדין הדתי. אלא ששתי הערכאות נדרשו באופן בסיסי להחיל על ענייני ירושה את הדין הדתי של הצדדים, אבל את הזכויות בעיזבון, כמו זכות האלמנה לרשת את בעלה, היה עליהם לקבוע לפי פקודת הירושה המנדטורית. בשל כך העדיפו אלמנות הזקוקות לייבום לתבוע את חלקן בעיזבון בבית המשפט האזרחי, ורק לאחר מכן לתבוע חליצה בבית הדין הרבני. אלא שהיו יבמים שהעלו בבית הדין הרבני את הטענה כי בטרם יוזמנו לדין בתביעת האלמנה לחלוץ, על האלמנה להשיב את חלקה בעיזבון ולהסכים להישפט מחדש לפי דין תורה. לגבי יבמה ספרדייה, פרושה של דרישה זו הייתה שבהיעדר עילה מוצקה לחייב בחליצה, סירוב מצדה להתייבם היה גורר את הכרזתה כמורדת ואת הפסד זכויותיה בעיזבון בעלה. אכן בכמה מקרים הרחיק הרב הרצוג לכת ונחלץ לסייע בידי אלמנה שגיסיה ביקשו לנשלה מירושתה בה זכתה בבית המשפט האזרחי מכוח פקודת הירושה המנדטורית. את צעדיו הצדיק בכך ש'כל המכיר את המצב כמות שהוא דומני שיודה שאילו היה המצב כך בימי רז"ל היו מתקנים תקנות'⁷³ שהיו מעניקות לאלמנה את החלק שהחוק האזרחי מעניק לה.

הנימוק התוכני, לפיו יש בין חכמי הספרדים הפוסקים שמצוות חליצה קודמת, לא היה רלוונטי במרוקו, שכן פסקו בה מימים ימימה שמצוות ייבום קודמת. גם הנימוק הנוגע לקשיים הכרוכים בירושה לא היה רלוונטי במרוקו, שכן בית הדין היהודי היה מוסמך בלעדית לשפוט בענייני ירושה והוא שפט רק לפי הדין הדתי. כך שבמרוקו לא הייתה מעורבת מערכת מתחרה שפעלה לפי שיקולים אחרים, ובעיקר לא היה קיים במרוקו ציבור אידיאולוגי דומיננטי שהתנער לחלוטין ממרותה של ההלכה וראה את עצמו חופשי לנהל את חייו כיהודי בהתאם להשקפת עולם אחרת.⁷⁴ במרוקו ראה הציבור את עצמו כפוף לעולם המסורת וערכיה, גם אם פרטים שונים לא קיימו אותה במידה זו או

26.6.51; שם, עמ' 2116-2117 (ח"כ שושנה פרסיץ, ישיבה רס"ט, כ"ח סיון תשי"א-

2.7.51; שם, עמ' 2122 (ח"כ פייגה אילנית); שם, עמ' 2129 (ח"כ חנה למדן).

73 ראי"ה הרצוג, פסקים וכתבים, ח, בעריכת ש' שפירא, ירושלים תשנ"ו, סימן רכט, עמ' תתצור.

74 ראו ש"נ אייזנשטדט, הקדמה לחיבורו של זוהר, מסורת ותמורה (לעיל הערה 7) עמ' 3-4.

אחרת. כל שביקש הציבור באמצעות ועד הקהילות היה שיואילו הרבנים להיענות לדרישותיו ולשפר את מצבה של האישה היהודייה בנושאים שונים וביניהם נושא הייבום. חכמי מרוקו לא נדרשו לעמוד מול אויב אידיאולוגי הרואה בדת ובהסדריה דבר שראוי לו לחלוף מן העולם, ולפחות לא להטילה על מי שאינם חפצים בה.

הבעיות השונות שניצבו בפני חכמי מרוקו וחכמי ארץ ישראל הביאו אותם ליצירה חקיקתית שונה, והדבר בא לידי ביטוי כבר במישור העילות.

4. הרחבת מישור העילות

חכמי מרוקו, כפי שראינו לעיל, נקטו גישה פרטנית בחקיקתם וציינו שלוש עילות שמעתה ואילך יעמדו לטובת האלמנה: יבם נשוי, יבם עני, יבם מאוס בעיני האלמנה. לפי דברי הרב שאול אבן דנאן, האישיות המרכזית והדומיננטית במועצה, אין בהכרה בשלוש העילות משום מהפכה, ולמעשה ניתן היה להגיע אליה גם בדרכי פרשנות פסיקתית. כפי שגם ראינו לעיל, היו חכמים, וביניהם הרבנים שלמה הכהן, ברוך רפאל טולידאנו וחיים סירירו, שטענו לעומתו כי הוראות אלה מהוות מהפיכה לעומת הדין הקיים ונאבקו בתוקף נגד התקנה. בעקבות יצירת הקשר עם הרב עוזיאל והמידע על חרם ירושלים הרחיבה המועצה את רשימת העילות, וצרפה כל מקרה של סירוב מצד האלמנה להתייבם כעילה המצדיקה לחייב בחליצה. מבחינה צורנית לא חל שינוי דרמטי בדין במרוקו, אולם למעשה התרוקן מוסד הייבום מתוכן ונותר על כנו רק כאשר שני הצדדים חפצו בכך.

שונה מאוד הייתה טכניקת החקיקה בארץ ישראל. כאן נאסר הייבום לחלוטין והדיינים לא נכנסו לפרוט העילות, ובכלל זה אסרו את הייבום אפילו היבם והאלמנה מסכימים. בכך אימצו את הנורמה האשכנזית הן באופן צורני, הן באופן מעשי. כך כתב בפירוש הרב עוזיאל לרב יהושע מאמאן: '...מצאנו מן ההכרח לתקן תקנה זו ולקבל על עצמנו דעת הרמ"א ע"ה שהיא מקובלת בכל העדות האשכנזיות בארץ ובגולה'.⁷⁵ דומה שחרון אפו של הרב עובדיה יוסף על התקנה יצא בין היתר בשל הכפפת הספרדים והמזרחיים לנורמה האשכנזית, כפי שהרחבנו על כך את הדיבור במקום אחר. התקנה אומנם

75 לעיל הערה 36.

מסייגת את הטוטאליות של האיסור וקובעת שבנסיבות מיוחדות ועל פי החלטת המועצה המורחבת של הרבנות הראשית ובחתימת הרבנים הראשיים לישראל ניתן יהיה להתיר את האיסור לייבום. הוראה מעין זו אינה מצויה במסורת האשכנזית. ניתן היה להתלות בה אם רוצים לטעון שהדין החל על ספרדים עדיין שונה מזה שחל על אשכנזים, אך לא היה בכך די כדי להקשות את הרושם הקשה שהותירה התקנה על מי שמבקש להחזיר את עטרת המסורת הספרדית והמזרחית ליושנה. אין לדעת כיצד היה הרב יוסף מגיב אם היו מחוקקים בארץ ישראל את התקנה שהתקינו במרוקו. גם אין לדעת מדוע לא אימץ הרב עוזיאל, שהיה יוזם התקנה בענייני הייבום, את נוסח מרוקו שהותיר בעיקרו את הייבום אם האלמנה מסכימה לכך. האם חשש שדיינים מזרחיים ינצלו פרצה זו ויבואו להחיות את נושא הייבום על ידי הפעלת לחץ על האלמנה גם במקרים שבהם תסרב להתייבם, ואף כשהיה לה סיבות טובות לכך? אלא ששתי השאלות הללו חורגות ממסגרת הדיון בשלב זה, ונשוב אליהן בהמשך, כשנפגוש חכמים מרוקאים בארץ ישראל.

5. עיצומים שהוטלו על היבום

לקביעת תשובה על השאלה האם קיימת חובה לייבום או לחלוץ יש חשיבות כשלעצמה, בייחוד בחברה סגורה שנשמעה בדרך כלל לקולם של הרבנים ודייניו בתי הדין כפי שהייתה הקהילה היהודית במרוקו. ראינו זאת בסיפור של ג'אמילה ששינתה דעתה בעקבות לחצם של דייני בית הדין וניאותה עקרונית להתייבם, אלא שבחרה את הצעיר שבאחים. אולם חשיבות ממשית יש בראש ובראשונה לעיצום שמוטל על אחד הצדדים במקרה שהוא מסרב להוראות הדין. כאן ניתן להבחין בפער של ממש בין חכמי מרוקו לבין רבני ארץ ישראל. בחרם ירושלים מרכז הכובד הוא שכיום מצוות החליצה מועדפת והייבום נאסר לגמרי. הסנקציה המוטלת על היבום היא חיוב במזונות בלבד במשך כל זמן סירובו, ולא נזכר רכיב של כפייה ישירה לחלוץ. לאמתו של דבר עיצום זה מקורו בתקנת הרבנות הראשית בשנת תש"ג (1943) שחייבה במזונות כל יבם שניתן נגדו פסק דין המחייב בחליצה והוא מעגן את האלמנה.⁷⁶ כאן הורחב העיצום על כל יבם, שכן התקנה אסרה את הייבום וחייבה לחלוץ בכל מקרה.

76 שרשבסקי (לעיל הערה 67), נספח א, סעיף ב, עמ' 448.

לעומת זאת במרוקו נקטו חכמי מועצת הרבנים בעיצומים חזקים יותר ומרחיקי לכת. כבר בשלב הראשון של דיוני המועצה השנייה הטילו חובת סיפוק צרכים רחבה שכללה קשת רחבה של רכיבים. בהמשכה של אותה מועצה קבעו שלאחר שנים עשר חודש כופים במישרין לחלוץ. בד בבד הוסיפו והורו שאם אין ליבם כדי לכלכל את האלמנה או שאינו רוצה לייבם, כופים אותו מייד לחלוץ. לאחר המפגש עם חרם ירושלים הורחב מעגל העילות, וכלל כל מקרה של סירוב מצד האלמנה, אלא שבמקרה זה רק הטילו חובת מזונות על היבם ולא הורו לכופו לאחר שנים עשר חודש. אומנם בשל התנגדות חריפה לקביעות אלה הוחלט במועצה החמישית להסיר את סנקציית הכפייה הישירה לאחר שנים עשר חודש וצומצמה העילה של חוסר יכולת לזון למי שהוא עני ביותר. בסופו של דבר, אף תקנת מרוקו כללה בעיקר עיצום של הטלת חובת מזונות בדומה לחרם ירושלים, ורק במקרה של עני כפו לחלוץ מה שלא מצינו בחרם ירושלים.

אלא שעיון בתקנת מרוקו הראשונה מגלה שבד בבד עם חיוב היבם במזונות נקבע גם שהאלמנה זכאית לשמור לעצמה את מעשה ידיה.⁷⁷ הוראה זו באה בעקבות הכלל הבסיסי במשפט העברי שחובת האישה במזונות אשתו או חובת היתומים במזונות האלמנה גורר בעקבותיו את חובת האישה להעביר את מעשי ידיה לנותני המזונות. הותרת מעשי הידיים בידי האישה מהווה אפוא הגברת הלחץ הכלכלי על היבם, שכן עתה חובת המזונות המוטלת עליו אינה מתקזזת אף לא בחלקה בהכנסות האישה ממעשה ידיה. אומנם בעידן המסורתי הייתה הכנסת האישה ממעשי ידיה נמוכה מהיקף המזונות שנוקקה להם, ולכן גם בהטלת מזונות היה יסוד חזק של כפייה. אולם משקלו של רכיב זה רק הלך וגבר עם ההתקדמות במעמדה הכלכלי של האישה והעלייה המתמדת בשיעור ההכנסות שלה. המשמעות של מציאות זו היא שאם יוותר הכלל התלמודי בדבר קיזוז מעשי ידיים מהיקף המזונות כי אז במקרים רבים לא תקבל האישה דבר מבעלה. קושי זה קיים כיום במקרים רבים של מסורבות גט, שהרי לא ניתן להפעיל כלפי הבעל הסרבן את נשק המזונות בשל הכנסות האישה. ניסיונות נואשים לפתור מצוקה זאת נעשו על ידי פרופ' אריאל רוזן-צבי המנוח, אך הם לא הצליחו להשיג פריצת דרך של ממש.⁷⁸ כאן

77 ראו לעיל טקסט ליד הערה 32.

78 א' רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל בן קודש לחול, תל אביב תש"ן, עמ' 415-425.

השכילו חכמי מרוקו להציע פתרון שהיה יפה כבר לשעתם ומקומם אך הוא בעל פוטנציאל רב ביותר להתפתחות העתידית במעמדה של האישה.

6. התוצאות הרכושיות עבור האלמנה

בעוד שהטלת המזונות או הכפייה הישירה היוו את המקל כלפי היבם, הרי שהענקת זכויות רכושיות לאלמנה בעיזבון בעלה היוו את שלילת הגזר שעשוי היה להיות מניע של הגיס לתבוע ייבום. לפי דין התלמוד זכאית אלמנה לקבל את סכומי הכתובה מעיזבון בעלה, והיא קודמת ליורשים בהיותה נחשבת לבעלת חוב של העיזבון. דין זה רווח בקרב יהודי מרוקו, שכוננו 'המקומיים'. לעומת זאת, אצל מגורשי ספרד שהגיעו למרוקו רווח המנהג, שעוגן בתקנות, להגבות את האלמנה מחצית מעיזבון הבעל. סירוב של האלמנה להתייבם שלל ממנה רכיבים נכבדים של הכתובה, וביניהם את עיקר הכתובה, תוספת הכתובה והנדוניה שלא נותרה בעין, כפי שאכן נפסק במקרה של ג'אמילה.

כבר בתקנה הראשונה משנת תש"ט נקבע כי האלמנה זוכה בכל רכיבי הכתובה או בחלקה בעיזבון לפי התקנה ובכך נשללה מן היבם המוטיבציה שלא לחלוץ. שחיקה מסוימת בזכותה של האלמנה נקבעה במועצה הרביעית לגבי אלמנה המסרבת להתייבם בלי עילה, שקבעה כי ליבם הברירה לתת לאלמנה את כתובתה או חלקה בעיזבון בעלה. צעד זה נעשה כתמריץ חיובי ליבם שיסכים לחלוץ, וכך בכך כתמריץ שלילי ליבמה שלא תחתור לחלוץ רק בשל שיקולים כלכליים. תיקון אחר, שאף הוא בא להמריץ את הגיס לחלוץ, היה הענקת מנה כפולה בעיזבון הנפטר לאח החולץ בפועל. אין ספק שהסדרת העיצומים על היבם מצד אחד והענקת הזכויות הממוניות לאלמנה מצד שני אפשרו לחכמי מרוקו לבנות הסדר מקיף ויעיל מבלי שייוצרו פרצות של ממש. כל זה היה אפשרי במרוקו, משום שכאמור לפי חוק המדינה הוענקה לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בענייני ירושה והדין שהוחל בדיוניו היה המשפט העברי.

בניגוד לכך לא מצאנו בתקנת חרם ירושלים שום התייחסות למישור זה של הסדרת זכויותיה הממוניות של האלמנה, הסדרה שהיא כה חשובה לפתרון בעיית עיגון האלמנה המסרבת להתייבם. אלא שלא חולשת הרבנים הייתה הגורם לכך, כי אם המציאות החוקית ששררה בארץ ישראל ואשר הייתה שונה בתכלית מזו שבמרוקו. כפי שכבר כתבנו לעיל, לבית המשפט

האזרחי הייתה סמכות לדון בענייני ירושה, ואם חפצה האלמנה להתדיין שם לא ניתן היה למנוע בעדה. בית המשפט האזרחי הטיל אמנם את הדין הדתי החל בענייני ירושה, אך העניק לאלמנה חלק בעיזבון מכוח החוק האזרחי, וחשוב מכך: הוא לא התחשב בהוראות הממוניות הקשורות ליחסי יבם ויבמה. אם הגיעו היבם והיבמה לבית הדין כדי לפתור את בעיית החליצה יכול היה בית הדין להתערב רק בעקיפין בהחלטות בית המשפט בענייני ירושה אם האלמנה נאותה לוותר על החלק שקיבלה. אם סירבה האלמנה מצא עצמו בית הדין לכוד בין החוק במדינה שנתן תוקף לחלוקת העיזבון על ידי בית המשפט האזרחי לבין דין תורה שבמקרים רבים שלל מן היבמה חלקים מזכויותיה בעיזבון. פיצול זה היה בעוכרי הרבנים הראשיים והיה מן הגורמים שמנעו, בסופו של דבר, מתן מענה מקיף לבעיה.

ז. ביקורת חרם ירושלים על ידי חכמי מרוקו שבארץ ישראל

1. דחיית חרם ירושלים בידי חכמי מרוקו

כעבור כמה עשרות שנים, בעקבות עלייתם של רבנים ממרוקו לישראל, החל מפגש מחודש בין מסורת מרוקו לבין חרם ירושלים בעניין הייבום. הבולט בין רבנים אלה היה הרב שלום משאש, שהגיע לישראל בשנת 1978 ונתמנה לרבה הראשי של ירושלים ולראש אבות בתי הדין בעיר. בהיותו חבר מועצת הרבנים במרוקו ידע בוודאי על ההשפעה שהייתה לחרם ירושלים ולעמדת הרב עוזיאל על הרב שאול אבן דנאן, כמו גם על השינויים שנוספו בתקנות מרוקו בעקבות זאת. הרב משאש עצמו ראה בחרם ירושלים עוגן מספיק להצדקת תקנת מרוקו, המשנה מן הדין הקיים, והגן עליה בתקיפות מול הרבנים המתנגדים. הוא גם העלה טענה דומה לזו שנזכרת בחרם ירושלים, ולפיה ברוב המקומות נהגו שלא לייבם. גם הרב יהושע מאמאן שהזכרנוהו לעיל עלה לארץ ישראל וכיהן כדיון בבאר שבע. אף הוא הכיר היטב את עמדת הרב עוזיאל שנשלחה אליו במכתב אישי, וכמי שהקריא אותה לאסיפת החכמים נראה שתמך בה בלב מלא. אך מעל לכול, חכמים אלה הזדהו עם גישתם של חכמי מרוקו שהניחה שקיימת בעיה רצינית בהמשך קיומו של הייבום כמוסד שכופה קשר נישואין על האלמנה במציאות המודרנית. עתה, בבואם לירושלים, פגשו לראשונה באופן בלתי אמצעי בגישה מנוגדת באופן קוטבי, שמייצגה היה הרב עובדיה יוסף.

עמדתו העקרונית של הרב עובדיה יוסף⁷⁹ ניתנה כבר בפסק דין משנת תשי"ג, סמוך מאוד לאחר התקנת חרם ירושלים, אולם התפרסמה בדפוס רק בשנת תשל"ד (1974), לאחר שהרב יוסף נבחר להיות רב ראשי לישראל וראשון לציון. הרב עובדיה יוסף התנגד בשצף קצף לחרם ירושלים שדחה למעשה את הייבום בכל מקרה ודבק בתוקף במסורת הספרדית והמזרחית הקובעת שמצוות ייבום קודמת. מכאן נגזרו גם תוצאות משפטיות נוספות, כמו הכרזתה של אלמנה המסרבת להתייבם כמורדת ופטור היבם מתשלום מזונות. לשיטתו של הרב יוסף, אין בנימוקים שנתן הרב עוזיאל לתקנה כדי לשמש לה בסיס, שכן אין השיקול הלאומי של אחדות ישראל מצדיק ביטול מסורות עדתיות מושרשות דוגמת הייבום. בנוסף לכך אין ממש בטענה העובדתית שרוב היהודים דוחים את הייבום ומעדיפים את החליצה. אשר לטענה בדבר חוסר תום לב של היבמים בזמן הזה, לדעתו טענה זו איננה רלוונטית משום שלפי העמדה שמצוות ייבום קודמת אין זה משנה מהו המניע האמיתי של היבם. מכאן מסקנתו של הרב יוסף כי תקנת חרם ירושלים של הרבנות הראשית מהווה חריגה מסמכותם של מתקיני התקנה ואיננה תקפה. אך מעבר לטענותיו הספציפיות כלפי חרם ירושלים וכלפי הרב עוזיאל שיזם את התקנתו, בולט ביותר שבכל כתיבתו הענפה של הרב יוסף אין ביטוי, ולו רמז קל, לכך שבעיית הייבום הניצבת בפני חכמים הנה בעיה אנושית וחברתית של ממש במציאות המודרנית. כל שראה הרב יוסף הוא ניסיון לכופף על הספרדים והמזרחיים את המסורת האשכנזית תחת המעטה של אחדות לאומית שנחשבה ביותר בעיני הרב עוזיאל.

מסקנה זו לא נותרה במישור העיוני. הרב יוסף נתן לה ביטוי מעשי כבר בהיותו רבה הראשי של תל אביב, וביתר שאת כשעבר לכהן כרבה הראשי של מדינת ישראל.⁸⁰ בכמה פסקי דין שנתן ואשר נדונו בהרחבה הוא הורה בפירוש כי יש לקיים את הייבום כאשר שני הצדדים מסכימים, ובמקרה אחד אף הפעיל את השפעתו ללחוץ על האלמנה להסכים לייבום. בשל עמדתו של הרב יוסף, ואולי אף בשל לחציו, נסוגו אף ראשי אבות בתי דין אשכנזים מן התקנה והורו לאפשר את הייבום לבני עדות המזרח. לפי מה ששיערת במקום אחר, אף הרב חיים דוד הלוי, שהיה רבה הראשי של תל אביב-יפו, נמנע

79 ראו וסטרייך (לעיל הערה 9).

80 שם, עמ' 334-336.

מלצעוד בעקבות רבו הרב עוזיאל בשל לחציו של הרב הראשי לישראל הרב עובדיה יוסף.⁸¹

הזדמנות של ממש לנקוט עמדה בישראל בנושא ניתנה לרב משאש בעת שניהן כרבה הראשי של ירושלים וראש אבות בתי הדין בעיר.⁸² הופנה אליו מקרה שפרטיו קצרים וברורים: 'עמדו לפני יכם ויבמה שניהם צעירים, והיבם רווק ומסכימים שניהם לקיים מצוות ייבום ודורשים לסדר להם חופה וקידושין'. מקרה זה עומד מחוץ לחיתוך שבין שתי התקנות: בעוד שלפי תקנת מרוקו לא הייתה שום מניעה לממש את הייבום, אדרבא, המתקנים היו מקדמים בברכה מעשה כזה, הרי שלפי חרם ירושלים אף כאן נאסר הייבום, וכדי להתירו נדרשה החלטה מיוחדת של הרבנים הראשיים שתצדיק את ההיתר בשל נימוקים מיוחדים.

הרב משאש אכן דבק כאן בעמדה שהייתה נקבעת במרוקו לפי התקנה שם, וסבר שיש להתיר לצדדים להתייבם ללא היסוס. הרי בקרב הספרדים בארץ ישראל ובעולם כולו רווחים מני אז ועד עתה המנהג ומסורת הפסיקה להעדיף את הייבום על פני החליצה ולהורות כן הלכה למעשה. אומנם בעידן המודרני (= 'התחדשות הזמן' בלשוננו) יש הרבה נשים שאינם רוצים (כך!) ביבום ובפרט אם היבם נשוי בעל אשה ובנים, או זקן או לא יכול למינם בסיפוק שתי נשים...'. וקיים חשש מתמיד שהאלמנה תצא לתרבות רעה אם תיוותר קשורה בזיקת ייבום, בייחוד אם היא צעירה. לכן, במקרים מעין אלה שיש לאלמנה סיבה מוצדקת, כפו את היבם לחלוץ, בעיקר באמצעים כספיים על ידי חיוב במזונות האלמנה הן מכוח הדין והן מכוח תקנת מרוקו. אולם במקרה זה, כשבני הזוג מתאימים זה לזה כבעל ואישה ומסכימים להינשא, אין כל הצדקה לחסום בפניהם את הייבום. אדרבא, מדובר במצווה גדולה שבאי קיומה יש בזה עלבון לחיים ולמתים כמו שאמר בועז שלא יכרת שם המת מעם אחיו'. נימוק נוסף הוא שלעתים זו גם טובת האלמנה, 'שלא תשאר עגונה, ובפרט החלוצה הרבה מתרחקים ממנה מטעם הדמיון'. לעתים זהו אף אינטרס של היבם, שאף שהוא פנוי לא בטוח כלל שיעלה בידו להינשא.

81 א' וסטרייך, 'פסיקת הרב חיים דוד הלוי בענייני משפחה: בין הרב עוזיאל לבין הרב עובדיה יוסף', א' שגיא וצ' זוהר (עורכים), יהדות של חיים: עיונים ביצירתו ההגותית-הלכתית של הרב חיים דוד הלוי, ירושלים תשס"ז, עמ' 129-174.

82 הרב שלום משאש עלה ארצה בשנת תשל"ח.

מסקנת הרב משאש לגבי חרם ירושלים של הרבנות הראשית בישראל היא: 'פשיטא שאין ראוי לקרות זה בשם תקנה כלל שאין יוצא ממנה שום תיקון כי אם קלקול'.

קביעה גורפת זו מרחיקת לכת מאוד וקשה להולמה. הרי ברובה פתר חרם ירושלים את מצוקתן של האלמנות שסירבו להתייבם בשל עילה מוכרת או ללא מתן הסבר משכנע והגנה עליהן מפני גיסים שכל חפצם היה לזכות בעיזבון הנפטר ולעתים אף לסחוט ממון מן האלמנה. בכל אלה לא הייתה מחלוקת בין הרב משאש לבין מתקיני חרם ירושלים וייתכן שהרב משאש אף היה מוכן להרחיק לכת מהם בנחישות המאבק נגד היבום. אמנם, בפי הרב משאש נימוק פורמאלי לדחיית התקנה של חרם ירושלים והוא שבעבר תקנה הייתה מקבלת תוקף לאחר 'שהיו מכריזים עליהם בבתי כנסיות ומסכימים עליהם שבעה טובי העיר ואז יש להם תוקף'. שונה הדבר בחרם ירושלים לעניין הייבום 'שהרב [עוזיאל] זצ"ל לבדו נמשך אחר האשכנזים וטעמו משום אחדות וסוף דבר הטעם לא נתקיים'. נימוק זה של הרב משאש נראה כסניף בלבד⁸³ ובדין, שכן הנתון העובדתי שעליו נשען הנימוק, דהיינו, שהרב עוזיאל החליט על דעת עצמו מבלי לזכות בתמיכתם של רבנים ספרדים אחרים אין לו על מה שיסמוך.⁸⁴

ייתכן שקצפו של הרב משאש יצא על ההנמקה של חרם ירושלים שנמקה את התקנה ברצון להביא לאחדות לאומית ואף חמור מכך על הכפיפות שכופף הרב עוזיאל את המסורת הספרדית למסורת האשכנזית. כלפי טיעון האחדות הלאומית קבל הרב משאש על כך שבפועל לא קיימת אחדות בין העדות וכל עדה משמרת את מסורותיה בעניינים שונים הקשורים בהלכות אורח חיים ויורה דעה. ניתן להשיב על ביקורת זו של הרב משאש שאינה אלא הביקורת שהשמיע הרב עובדיה יוסף ובמקום אחר הרחבתי עליה את הדבור. בכל מקרה ברור שטענה זו לקוחה מתוך פסק הדין של הרב עובדיה

83 הפרסומים של מועצות הרבנים שרוכזו בחיבור המשפט העברי במרוקו אינם מציינים שהתקבלה הסכמת הציבור הרחב לתקנות שנחקקו בעניין הייבום. לדברי עמאר החל מן המועצה השלישית ואילך השתתפו בכינוסי הרבנים גם נציגים של מועצת הקהילות במרוקו שחיו דעתם לגבי התקנות המוצעות (עמאר, מבוא [לעיל הערה 3], עמ' מא). מכל מקום, התקנה הבסיסית בנושא הייבום נחקקה קודם לכן, במועצה השנייה, לפני שנציגי הקהילות נטלו חלק בדיונים.

84 ראו דברי הרב עובדיה הדאיה, וסטרייך (לעיל הערה 1), עמ' 466-471.

יוסף, והיא מלמדת בבירור על ההשפעה הניכרת שהייתה לרב יוסף על הרב משאש.

2. קריאת הרב משאש להחייאת מסורת מרוקו

העובדה שהרב משאש אימץ את הביקורת כלפי חרם ירושלים ונקט שלתוכן התקנה בעניין הייבום אין תוקף, אינה מלמדת שהוא אימץ את מכלול עמדתו של הרב יוסף לגבי הייבום. בפסק הדין הנ"ל הוא חידד את עמדתו בסוגיית היבמה המסרבת להתייבם והבחין היטב בין תפישתו שגובשה במסורת מרוקו לבין תפישת הרב יוסף. בעוד ש'אמת שמה שנראה מדברי הראש"ל הגר"ע יוסף שליט"א לפסוק כן גם בלא הסכימה האשה להתייבם...', לאמור שפוסקים שמצוות ייבום קודמת אף אם האלמנה מסרבת להתייבם. מכאן, שאלמנה סרבנית ייבום תפגע פגיעה קשה ברכושה ובממונה מחמת סירוב זה ותיוותר עגונה בלא גורם שילחץ על גיסה לתת לה חליצה. אך גם אם האלמנה לא תוכרז כמורדת, לא נוכל לחייב את הגיס במזונותיה וזאת בניגוד לחרם ירושלים ולתקנת הרבנות הראשית משנת תש"ד.

לא כן עמדת הרב משאש. ברור לו שאם היבם 'נשוי או זקן או חולה' כי אז אנו מורים שהאלמנה איננה מורדת והיא אינה נפגעת ברכושה. גם אלמנה המסרבת להתייבם ללא סיבה מוגדרת לא תיחשב למורדת אך זאת רק מכוח תקנה שתהיה דומה לתקנת מרוקו. לגבי כולן נוכל להפעיל לחץ על היבם לתת חליצה על ידי חיובו במזונות האלמנה זאת מכוח תקנה שתהיה דומה לתקנת מרוקו. מכאן, שבנושאים הקריטיים שהעיקר על המערכת הרבנית בארץ הזדהה הרב משאש באופן עקרוני עם עמדת הרבנים עוזיאל והרצוג שהתקינו את חרם ירושלים ואולי אף היה מוכן להרחיק לכת מהם להלכה ובוודאי למעשה.

ביטוי לכך נתן הרב משאש בכינוס דיינים שהתקיים כשנתיים לאחר מכן בשנת תשמ"ג (1983) ואשר נדונו בו נושאים שונים מדיני המשפחה. נציג תחילה את עיקרי תפישת עולמו של הרב משאש לגבי הצורך בהתקנת תקנות בתחום דיני המשפחה:

אני מאחל הצלחה רבה בכל העניינים ושיעלה ביד הרבנים ישצ"ו לעשות תקנות טובות לטובת העם והעיקר הוא לקבוע אותם להלכה קבועה ולדון בהם בכל הבתי דינים כדין הנפסק בשולחן ערוך ומי שלא יפסוק כמותם

אזי בבואם לחיקו"ד [לחיקור דין, ערעור] יתנו לב להם ויכריעו לפסוק כמו התקנה שהיא לטובת העם. שצריכים אנו לדעת שאנחנו עומדים בזמן שהחירות והדעת נפתחה ונרחבה ויש דינים שאי אפשר לקיים לרוח היום...⁸⁵

רוחה של מסורת מרוקו שורה על כל משפט שנאמר כאן ובייחוד האומץ להביט היישיר אל המציאות ולומר כי יש נושאים שאי אפשר להגן עליהם כמות שהם בשל 'רוח היום'. אכן, לקראת סוף הנאום הוא פונה לעניין מצוות היבום ומציע את הדברים הבאים:

עוד בענין מצות יבום. ראוי לבטל אותה תקנה שנתקנה בקרוב בימות הראש"ל הרב בן ציון חי עוזיאל זלה"ה, לבטל כליל מצות יבום מן הספרדים, אפילו בשניהם רווקים ושניהם מסכימים להתייבם, שאין זה על פי ההלכה לבטל מצוה אחת מן התורה ויש להניח זכות לספרדים הסוברים שמצות יבום קודמת לקים מצות יבום כאשר הענין מתאים ואין יוצא מזה שום נזק לשום אחד מהצדדים.⁸⁶

הרב משאש מפנה בהמשך דבריו לפסק הדין הנ"ל שנתן בניגוד לתקנה ומציין כי פסק הדין קיבל את אישורו של הרב יוסף וכי הצדדים נשואים באושר ונולדו להם ילדים. אמנם, אין בהצעה זו התייחסות למקרים שהאלמנה מסרבת להתייבם אימתי נגן עליה מפני הכרזתה כמורדת ועד כמה נפעיל לחץ על היבם כדי שיחלוץ. אולם קודם לכן בחלק המרכזי של הצעתו הוא התמודד עם בעיית מעוכבות הגט וביקש למצוא מזור לכך באמצעות החייאת הלכת המורדת שאפשרה לכוף את הבעל לתת גט. לדבריו הצעותיו בעניין המורדת

יועילו גם כן לענין חליצה כשאין היבמה רוצה ביבם, או נשוי ויש לו בנים או זקן וכיוצא בזה. דבלאו הכי גם כפי הדין יש הרבה סוברים לכוף אותו לחלוץ דודאי עם טעם של השתנות פני הדור [הדגשה שלי. א"ו] דודאי יש לפסוק כדעת הסוברים לכופו...⁸⁷

85 שו"ת שמש ומגן, חלק א, אבן העזר, סימן טז.

86 שם, סעיף ג.

87 שם.

הטכניקה החקיקתית דומה למה שכבר פגשנו. מוצגת העמדה שאליה חותר החכם ותחילה מציין הוא שגם לפי עיקר הדין יש פוסקים לסמוך עליהם לעשות כפי העמדה המוצעת. בוודאי שיש הצדקה מלאה להתקין תקנה בנסיבות, שחל שינוי עמוק בציבור היהודי אשר אינו מוכן יותר להסכין עם הוראות ההלכה הקיימות. אבל גם זהו איננו סוף פסוק והרב מבצע נסיגה טקטית בציינו שעמדה עקרונית זו 'ועיל לבוא בעקיפין למצוא דרך להקל ולהביא אותו לחלוץ על ידי קביעת מזונות של היבמה לחייבו בהם כל זמן שלא יחלוץ. ובמארוקו עשינו תקנה להטיל מזונות על היבם שלא רצה לחלוץ'.

הצעתו מצטמצמת אפוא לתקנה הראשונה שהתקינו הרבנים הראשיים בתקופת המנדאט שעליה חזרו בחרם ירושלים ולפיה יבם שמסרב לחלוץ חייב במזונות האלמנה. דא עקא, שבתשובתו הנ"ל של הרב יוסף הוא יצא בתוקף אף נגד רכיב זה בתקנה וקבע כי חיוב יבם במזונות יביא לפסילת חליצה שתבוא בעקבות החיוב בתור חליצה מעושה. במציאות הפוליטית והארגונית של הרבנות הראשית ובתי הדין הרבניים נותר המרחק בין דבריו וכוונותיו הטובות של הרב משאש למציאות כמרחק שבין מרוקו לירושלים.

לעומת הרב משאש שביקש להחיות את תקנת מרוקו נראה שהרב יהושע מאמאן התיישר לגמרי עם העמדה שייצג הרב יוסף. בתשובה שכתב בשנת תשמ"ז הוא סומך את ידו על עיקרי טענותיו של הרב יוסף ומסקנתו בדבר בטלותה של תקנת הרבנות הראשית. אלא, שהרב מאמאן אף מרחיק לכת וחוזר לתקנות מרוקו וקובע:

לכן לאור כל האמור למעלה מראש ועד סוף [הביקורות של הרב שלמה הכהן, הרב רפאל ברוך טולידאנו והרב עובדיה יוסף] נראה לענ"ד אני הימ"ן [יהושע מאמאן] שגם במקרים הנ"ל בחוברות מועצות הרבנים במרוקו, דהיינו או מפני העוני או מפני שהיבם נשוי או מפני שהוא מאיס עליה הכל יהיה רק כפי ההלכה הברורה שגזרו אומר רבותינו ע"ה הראשונים כמלאכים.⁸⁸

פירושו של דבר, נסיגה גמורה מתקנות מרוקו שחוללו שינוי בדין הקיים ודרישה לנקוט בכל שלושת העילות שנוכרו בתקנות כפי הדין שהתגבש קודם לתקנות במקורות ההלכה המחייבים. לא נותר לרב אלא ליעץ לדיין המתמודד עם מקרה של ייבום גם לנסות להשפיע על היבמה בדרכי נועם היכא דאפשר'. עם עמדה שכזו לא נותר לרב מאמאן אלא לסיים את דבריו בתפילה ובתקווה 'ויהי רצון מלפניו יתברך שלא תבואנה בנות ישראל לא לידי חליצה ולא לידי יבום'.

אין ספק שזו לא הייתה דרכם של חכמי מרוקו בארץ מכורתם בעת שנקטו בדרך של חקיקה ברורה וממשית כדי להתמודד במציאות המודרנית עם דרישתה של האלמנה לחלוץ ולא להתייבם. חכמים אלה גם לא התנערו בשום שלב מחובתם לצבור הנשמע להם על ידי שהשליכו את ייבום על חסדי שמים שימנעו מצבי ייבום.

ח. סיכום

דייני בתי הדין במרוקו וחכמיה, באמצעות מוסד מועצת הרבנים שהוכר בידי השלטון הצרפתי, הישירו מבט למציאות לקראת אמצע המאה העשרים והתמודדו עם דרישות מצד הציבור להיטיב את מעמדה המשפטי של האישה ברוח מגמות השוויון המודרניות. אחד הנושאים המרכזיים שהעסיקו אותם היה נושא הייבום: לפי המסורת המשפטית והחברתית המרוקאית כפופה הייתה האלמנה לאחר שבעלה נפטר ללא ילדים לקשר אישות עם אחר, מבלי שתיתן לו את הסכמתה, וסירוב מצדה לממש את הקשר גרר כלפיה עיצומים כבדים במישור האישות ובמישור הכלכלי. חכמי מרוקו המשיכו להזדהות עם עולם הערכים הישן שהחשיב מאוד את מצוות הייבום, אך סברו כי מוטלת עליהם החובה להתמודד בגלוי עם אתגר זה של המודרניות. בכך הם נבדלו מעמיתיהם במדינת ישראל שהתמודדו אף הם באותו זמן עם נושא הייבום, אך המניעים שהציגו היו חוסר כוונה לקיום המצווה וכן השיקול של אחדות לאומית.

שישה כינוסים קיימה מועצת הרבנים, וברובם נדון בהרחבה עניין הייבום. האישיות הדומיננטית בכינוסים אלה היה הרב שאול אבן דנאן, ראש אב בית הדין הגדול לערעורים ברבאט, ונלוו לו דיינים וחכמים אחרים, ביניהם הרב

שלום משאש והרב יהושע מאמאן. חכם זה הוביל קוו אקטיבי שחתר לחולל שינויים מרחיקי לכת במשפט הייבום כך שמידת הפגיעה בחירותה האישית של האלמנה תצטמצם למינימום. אמצעי השינוי המרכזי שבו נקט הרב שאול אבן דנאן היה החקיקה, שהמסורת המרוקאית התייחדה באינטנסיביות השימוש בה מאז בוא מגורשי ספרד לארצם. מהלך המחקר הראה בבירור, כי שלא כמסורת האשכנזית בדורות האחרונים שבשל יראת ההוראה קפא בקרבה השימוש בחקיקה, במרוקו של אמצע המאה העשרים לא דעך כלל השימוש שנעשה בחקיקה.

האקטיביזם של הרב שאול אבן דנאן וסיעתו בתחום החקיקה בא לידי ביטוי בשלושת המישורים המשפטיים המרכזיים של נושא הייבום: העילות, העיצומים שהוטלו על היבם והתוצאות הכלכליות עבור האלמנה. אלא שמתברר כי בקרב קהיליית הדיינים התקיים זרם שמרני, שעמו נמנו שלושה אבות בתי דין בקהילות חשובות: הרבנים רפאל ברוך טולדאנו במכנאס, חיים סירירו בפאס ושלמה הכהן באוז'דא. הללו התנגדו בתוקף לקו שייצג הרב שאול אבן דנאן ולפרטי החקיקה שלו בכל שלושת המישורים, ובעיקר במישור השני של הטלת עיצומים על היבם.

בין שני הזרמים התנהל דו שיח מתמיד, הגם שלעתים היה נוקב וחרף, אשר ליווה באופן קבוע את תהליך החקיקה. התהליך נע באופן דיאלקטי והתייצב רק לקראת המועצה האחרונה, השישית. תחילה הלכה וגברה הקצאת האמצעים המשפטיים לטובת האלמנה חרף התנגדות הזרם השמרני שאף העלה הצעות נגדיות לפתור את הבעיה. באמצע הדרך קיבל הזרם האקטיבי חיזוק מן המפגש עם חרם ירושלים של הרבנות הראשית בארץ ישראל ומן העידוד המפורש שנתן הרב עוזיאל ליוזמותיו של הרב שאול אבן דנאן. אלא שבשום שלב לא הרחיקו לכת חכמי מרוקו ולא קיבלו את הפתרון הישראלי שנקבע בחרם ירושלים, פתרון המבטל באופן מוחלט את הייבום ומעדיף את החליצה על פניו. הם גם לא אימצו את ההתנהלות של כמה מעמיתיהם בישראל שלאחר חקיקת חרם ירושלים, שערערו על חרם ירושלים מחוץ למסגרת המוסדית המחוקקת, הרבנות הראשית לישראל. בייחוד הם לא בחרו בדרכו של המבקר החרף של התקנה, הרב עובדיה יוסף, שהחל לתקוף אותה בפסק דין שנתן ובו ערער על עצם הלגיטימיות של התקנה ועל מניעיו של הרב עוזיאל, עד שעלה בידו לבטלה למעשה עם הגיעו למשרת הרב הראשי.

העימות בין שני הזרמים במרוקו פרץ כבר ברובד החקיקה הראשון, שנעשה במועצה השנייה (תש"ט). הרב דנאן ביקש לקבוע כי שלוש הן העילות המצדיקות דרישה לחליצה מצד האלמנה: היות היבם נשוי, עוניו של היבם ומאיסותו של היבם בעיני האלמנה. לעומתו טען הרב שלמה הכהן כי אין עילות אלה מצדיקות לחייב את היבם בחליצה אלא רק אם הוא עני ביותר, אזי כופין אותו כפי שכופים בנסיבות אלה גבר נשוי. עמדת הזרם האקטיבי נתקבלה והיא הורחבה בחקיקה השנייה, שנעשתה במועצה הרביעית (תשי"ב). תחת הרושם של חרם ירושלים ועידודו של הרב עוזיאל הוסיפו רבני מרוקו לרשימת העילות כל מקרה של סירוב מצד האלמנה להתייבם. גם בשלב זה ביקרו השמרנים את החקיקה שנתקבלה, ומוביל המערכה היה הרב רפאל ברוך טולדאנו ממכנאס.

דומה שמרכז הכובד של העימות בין הזרמים שאליו התכנסה התנגדותם של השמרנים היה במישור העיצומים. גם במישור זה ניכרת אקטיביות רבה מצדו של הרב שאול אבן דנאן, והיא הגיעה לשיאה כבר בחקיקה הראשונה בתהליך דו שלבי.

בשלב הראשון מרכז הכובד של העיצומים התמקד בלחץ עקיף בצורת חיובו של היבם במזונות ובכל צרכי הקיום של האלמנה, בד בבד עם הותרת מעשי ידיה שלה ברשותה. גורם זה של מעשי ידי האישה יהפוך להיות גורם חשוב ככל שנשים תצאנה יותר ויותר למעגל העבודה ואף תגענה להישגים בקריירה המקצועית. חיוב במזונות אנו מוצאים גם בחרם ירושלים של הרבנות בארץ ישראל, אולם אין אנו מוצאים את החלק של הותרת מעשי הידיים בידי האלמנה.

בשלב השני מתווספת כפייה ישירה על החליצה בכל אחת משלושת העילות אם היבם עומד בסירובו לחלוץ במשך שנים עשר חודשים. מרחיקת לכת מאוד היא ההוראה שאם היבם חסר יכולת כלכלית באופן אובייקטיבי או שהוא מסרב לזון את האלמנה, כי אז כופים אותו מיד. עיצומים אלה מרחיקים לכת הרבה מעבר למה שנחקק בחרם ירושלים, שכלל לא עסק בערוץ זה של כפייה ישירה על החליצה. דוברי הזרם השמרני הרבו לבקר את עניין הכפייה הישירה על החליצה, תוך שהם מדגישים את החומרה שבכפייה שלא כדין בנושא מעין זה שחותם של עריות טבוע בו. הצעתם הנגדית, שאותה העלה הרב חיים סירירו מפאס, הייתה לנקוט ברוח המנהג שרווח במסורת האשכנזית

להעדיף את פיתוי היבם על פני כפייתו, להציע ליבם כפליים מעיזבון הנפטר אם ייאות לחלוץ.

בסופו של דבר נסוג הזרם הדומיננטי, ובשלב השלישי (המועצה החמישית, תשי"ד) בוטלה הכפייה לחליצה ונותר רק חיוב המזונות. כמו כן אימצו הרבנים בשלב זה את הצעת הפיתוי להעניק ליבם שיסכים לחלוץ כפליים מעיזבון הנפטר.

גם במישור שעניינו מצבה הכלכלי של האלמנה נקטה המועצה ביוזמת חקיקה. נקבע שבכל העילות שהזכרנו אין היא מפסידה דבר מזכויותיה הממוניות על פי הכתובה. אלא שנערכה הבחנה בין שלושת העילות המובהקות: ביגמיה, עוני, מאיסות, לבין סרבנות סתמית, בכך שבמקרה האחרון הרשות בידי היבם להעניק לאלמנה את סכום כתובתה או מחצית העיזבון לפי ראות עיניו. לא הגיעו לידינו כתבים משל הזרם השמרני שהתייחסו לשינויים במישור זה ואין לדעת אם הסכימו שלא להחיל על האלמנה את דין המורדת בהתקיים אחת העילות החדשות ואולי אפילו בסתם סירוב מצדה. עניין זה של זכויותיה הממוניות של האלמנה מסורבת החליצה לא הוסדרו בידי הרבנות הראשית בארץ ישראל משום שענייני ירושה היו נתונים לסמכות שיפוט מקבילה של בית המשפט האזרחי. מצב זה העיק ביותר על המערכת הרבנית בישראל ומנע ממנה לתת פתרון ראוי לסכסוכים שבין האלמנה לבין גיסה, פתרון שסוכל לאחר מכן לגמרי בשל עמדת הרב עובדיה יוסף.

שלא כעמדת הרב יוסף והתנהלותו, הזרם האקטיבי שהיה דומיננטי במועצות הרבנים ביקש לשכנע את הזרם השמרני ולהניא אותו לקבל את החקיקה בעניין הייבום. עדיין הוטל, לקראת המועצה השישית בשנת תשט"ו, על הרב שלום משאש, שהיה אז דיין בקזבלנקה, לנמק ולבסס את אמצעי הכפייה שנקבעו בתקנות. במאמר מקיף שפרסם לאחר מכן בספר תשובותיו ביסס הרב משאש את התקנה גם על עקרונות כלליים הלקוחים בעיקרם מדין המורדת וכן הסתמך על חרם ירושלים כעוגן להצדקת חקיקה. לפי דברי הרב משאש שנאמרו בכנס דיינים בארץ ישראל שהתקיים עשרות שנים לאחר מכן הופנמו תקנות מרוקו בקהיליית הדיינים, ולפיהם פסקו הלכה למעשה. פריחת החקיקה במשפט העברי לא נמשכה זמן רב, בעקבות עזיבתם של רוב יהודי מרוקו, וביניהם דמויות מרכזיות במחקרנו, את ארץ מולדתם, ועלייתם לארץ

ישראל. הרב שאול אבן דנאן הגיע לירושלים אך לא מילא בה תפקיד רבני ציבורי. לעומת זאת מילא הרב יהושע מאמאן תפקיד של דיין בבאר שבע והרב שלום משאש היה לרב הראשי של ירושלים וראש אבות בתי הדין בה. שני החכמים האחרונים הצטרפו למעשה לעמדת הרב יוסף ששלל את תוקפה המחייב של הוראת חרם ירושלים בעניין הייבום. הרב מאמאן הזדהה עם טיעוני הרב יוסף והתרחק לגמרי מן העמדה שנקט בשנות החמישים בעת שהתכתב עם הרב עוזיאל. מורכבת יותר הייתה עמדתו של הרב משאש. בניגוד מפורש לעמדת הרב יוסף ולטיעוניו הוא סבר שראוי לחוקק תקנה שתאמץ את הכללים שנקבעו בתקנות מרוקו, אך למעשה הסכים עם שלילת תוקפו של חרם ירושלים בעניין הייבום, הגם שמכוח נימוקים שונים מאלה שהעלה הרב יוסף. בכך החזירו הרבנים משאש ומאמאן את עטרת הייבום ליושנה, כפי שהייתה עמדת המסורת המשפטית במרוקו בפרשת ג'אמילה ממכנאס בטרם החל עידן החקיקה החדש.