

## חלוקת רכוש במורדת

### א. גורמים מסייעים ומעכבים בחלוקת רכוש

במצבים רבים של פרוד בין בני זוג כשהאשה תובעת גירושין והבעל מסרב לגט מהוה חלוקת הרכוש אמצעי עזר חשוב לפתרון הבעיה. כאשר הבעל חויב בגט אזי חלוקת הרכוש הוא דבר מקובל על הכל. כאשר חיוב כזה לא קיים יש מקום לחלוקת רכוש עפ"י תקנה הנקראת "דינא דמתיבתא" (נתבארה בשו"ע אהע"ז סי' עז) שתכנה הוא שאשה הטוענת כי בעלה מאוס עליה ואינה רוצה להיות עמו זכאית בתנאים מסוימים לקבל לידיה את כל רכושה: נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל.

אמנם תקנה זו הובאה להלכה ע"י הרי"ף, מהר"ם מרוטנברג, הרא"ש, הטור והרמ"א אבל הרמב"ם לא הביאה ואף לא המחבר בשו"ע. לפיכך לא נהגו בני עדות המזרח בתקנה זו.

כל זה נכון לגבי נכסי צאן ברזל – בכל ענין – ולגבי נכסי מלוג שהאשה אינה מוחזקת בהם. מאידך, לגבי נכסי מלוג [והם כיום רוב הנכסים שיש לאשה בנשואיה] שהאשה מוחזקת בהם יש מקום לחלוקת רכוש גם בנגוד לרצון הבעל וכפי שיתבאר.

בנכסי מלוג יש לבעל ג' זכויות (המונעות, לכאורה, תביעת האשה לחלוקת רכוש):

א. זכות פרות

ב. זכות של "לוקח ראשון" (המבטלת מכירת האשה בנכסים) מדין "תקנת אשא".

ג. זכות למנוע מכירת הנכסים ע"י האשה (גם כשאינן לו זכות פרות) וכפי שנתבאר בריש "האשה שנפלו". זכות זו כחה רק "לכתחילה" ובדיעבד מכרה קיים.

נברר תחלה זכותו של הבעל לפרות באשה (מורדת) הטוענת מאיס עלי ורוצה גט. (בגוף הדברים נתבאר זכותו של הבעל לפרות בדירה הרשומה בטאבו גם ע"ש אשתו – ולפיכך היא מוחזקת בחלקה – וה"ה לכל נכסים אחרים שהאשה מוחזקת בהם).

### ב. מוחזקות הבעל בספקות של פרות

1. האם יש לבעל פרות במורדת.

במורדת מחמת מאיס עלי יש אומרים דהבעל הפסיד הפרות כמבאר בטור סימן עז עפ"י הרא"ש במורדת דבעינא ומצערנא לאחר יב חודש וה"ה למאיס עלי אפילו בתוך יב"ח שהבעל פטור מפדיונה ולפיכך הפסיד פרות.

עיי ב"ש סימן ע"ז ס"ה ט"ו. הבי"ש שם מביא בשם הרלב"ר שהרשב"א חילק וסובר שיש לבעל פרות אע"פ שפטיר מפדיון. החזון איש (אהע"ז סימן ס"ט ס"ק י"ב) חוכך לומר שהרשב"א אמר את דינו לענין דיעבד, הייני אם הבעל אכל פרות שפטור מלהחזיר אבל לכתחלה אין לו זכות ליטול פרות כשאינו חייב לפדות. יסודו של החז"א כפה"נ בדין פרות שיש ב"שניות". (עיי כתיבות ק, ב במשנה וברש"י ד"ה ולא פרות וביבמות פה, א' יבתוס' ד"ה אלמנר).

2. מוחזק מצד תקנה או מוחזק ד"ידי עדיפא"  
לפנינו א"כ כמה ספקות אם יש לבעל זכות פרות בנכסי האשה ועלינו לברר כיצד לנהוג בספקית אלו. דעת הרמב"ם שהאשה הטוענת שנכסים אלו נתנו לה במתנה ע"מ שאין לבעלה זכות פרות אינה נאמנת לפי שהם בחזקת הבעל. כך סובר גם הרמב"ן בב"ת נא, ב' ד"ה מן האשה ינתן שני טעמים לדבר: הא' : משום תקנה שאל"כ תרבה המחלוקת שעל כל דבר אפשר שתאמר שאין לבעלה פרות. **הטעם השני**: משום שבפירות י"דו עדיפה מידה". אמנם רוב הראשונים חולקים על הרמב"ן והרמב"ם ולדעתם כל זמן שהנכסים במיחזקותה של האשה נאמנת לטעון שניתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות. כך דעת רבנו יונה בב"ת נא, ב' הרשב"א שם נא, ב, ד"ה אין מקבלין וכ"כ שם בשם ר"י הריטב"א בנמו"י שם והני"י עצמו שם. וכך הכריע הבית שמואל סימן פ"י ס"ק י"ג וז"ל: "כבר נתבאר בסימן הקודם שי"ל שלי רם ע"מ שאין לבעלי רשות בהם וכן נראה עיקר דהא הריטב"א ור"י ס"ל כן וכן הרשב"א וכ"כ הרשב"א בשם הרא"ם וכן נוטים דברי התוס' והרא"ש וכ"כ מהרש"ל ובי"ח עין ש"כ חו"מ ס"י סב סק' ו' בשם הדרשיה בס"י פה **שהכל** מודים, דוקא, לרמב"ם והש"כ חולק ומביא הראשונים הנ"ל שחולקים על רמב"ם ימוסיף שכ"כ מהרש"ל ובי"ח. ועדין צ"ע אם בכ"ד נדחו דברי הרמב"ן והרמב"ם באופן שאין המוחזק י"ל קים לי כדעתם שהרי המחבר פוסק כרמב"ן והרמב"ם לפיכך עלינו לברר מי הוא המוחזק בספק דידן. עלינו לדון תחילה אם דעת הרמב"ן והרמב"ם נאמרה גם בספקא דדינא.

**דעת הבית מאיר** בסימן פ' שטעמו של הרמב"ם הוא כטעם הראשון של הרמב"ו (מפני התקנה) ולפיכך זה ש"ד רק במחלוקת בין הבעל והאשה במציאות אבל בספקא דדינא יודה הרמב"ם לרוב הראשונים שהאשה נאמנת כשהיא מוחזקת. אבל טעמו השני של הרמב"ן שהוא משום דידו עדיפה מידה ש"ד גם בספקא דדינא. עפ"י המתבאר שם בבית מאיר עולה שגם המחבר בסימן פ"ה פוסק כטעמו של הרמב"ם (שהרי כתב שאם אמרה אתה נתת לי נאמנת כרמב"ם וכפי שביאר הבי"ב דהרמב"ן לטעמו יחלוק בזה עיי"ש). וא"כ אין לנו **אפילו דעת יחיד** לומר קים לי כיון שהרמב"ן

בעצמו לא החליט איזה טעם עיקר בעיניו. מהחזו"א סימן ע' ס"ק ז' נראה דס"ל שבספקא דדינא גם הרמב"ן מודה (ויש לדחות שהחזו"א התכוון רק היכא שיש ספק בעצם הנכסים אם הם נכסי מלוג).

3. "חזקת הבעל" – חזקה מבררת לספקות שבמציאות לש"כ בסימן סב' ס"ק ו' דרך משלו בבאור הרמב"ם. לדעתו סברת הרמב"ם היא "שכל ממון שביד האשה בחזקת הבעל הוא שיאכל פרותיו אי"כ אע"ג דאית לה מיגו לא מהימנא להוציא מחזקה זו דמיגו במקום חזקה לא אמרינן... ולכן דקדק הרמב"ם וכתב שכל מה שנמצא ביד האשה בחזקת הבעל הוא וכי ור"ל דמסתמא מי שנותן מתנה לאשה הוא נותן סתם מתנה ואינה מוציאו מרשות הבעל אבל הבעל שנותן בעצמו מתנה לאשתו כיון שמוציאו מרשותו לרשותה הרי הוא שלה לגמרי ואין לו בה אפילו אכילת פרות". עולה מדבריו שאין כאן "חזקת הבעל" במובן של "מוחזק" אלא במובן של חזקה המבררת דמן הסתם רוב נכסיה יש לו בהם אכילת פרות ורוב הנותנים לה היינו בסתם ולא ע"מ שאין לבעלה רשות. חזקה מבררת זו לא קימת ביחס לנתינת הבעל לאשתו ולכן כשאומרת אתה נתת לי נאמנת. לפי זה ברור שכל זה בספק של מציאות אבל בספיקא דדינא יודה הש"כ שגם לרמב"ם ושו"ע הנכסים בחזקתה גם לענין פרות עיי"ש בדבריו בכל ס"ק ו'.

**הנתיבות בסימן ס"ב ס"ק ו'** מסביר את שיטת הרמב"ם באופן אחר והוא שנכסים שהיו לאשה בנשואיה והיא באה אחרי נשואין וטוענת שמחל לה הפרות בקנין ובכתיבת דו"ד אין לי וכי אינה נאמנת משום דהוי "כטוען אחר מעשה ביי"ד" ובטוענת שאחר נתנם לי ע"מ שאין לך בהם פרות נאמנת לדעת התוס' משום שהוי כטוענת לא נכנסו נכסים אלו לרשותך מעולם ולא היה לך דין מעשה ביי"ד בהם כלל. לדעת הרמב"ם אינה נאמנת גם בזה משום שאנו אומרים "כאן נמצא כאן היה" ובודאי היו ברשותה מלפני הנשואין ובשעת הנשואין חל בהם לבעל דין מעשה ביי"ד. שמא תאמר קודם נשואין נתנו לה ע"י אחר ע"מ שלא יהיה לבעלה רשות בהם זה אינו דקודם נשואין אמרינן בנכסיה חזקה מה שתח"י של אדם שלו הוא לכל דבר ואינה נאמנת נגד חזקה זו בשום מיגו ועוד משום שחזקת "כאן נמצא כאן היה" אומרת שבאו לה הנכסים מאבותיה ואבות אבותיה ולא מתנה מאחר ע"מ שאין לבעלה רשות. כל זה שיד בטוענת מאחר ניתנו לי, אבל בטוענת שבעלה נתנם לה הרי טענתה בה לגוף ולפרות. בגוף המתנה היא נאמנת בהיותה מוחזקת ואין זה נגד מעשה ביי"ד וכיון שהוא מכחיש המתנה מכל וכל אי"כ אין לו טענה מיוחדת לענין הפרות. לפיכך, כשאנו דנים על הפרות אין כאן מקום להחשיב האשה כטוענת אחר מעשה ביי"ד שהרי אין טענתה עמו בפרות כלל. נמצא לפי"ז שגם לטעם זה אין זה אלא בטענות ודין ודברים

בענין מציאות שבזה נאמר הכלל של הטוען אחר מעשה ביי"ד לא אמר כלום אבל בספיקא דדינא פשיטא שלא נאמר כלל זה. נשוב לדעת הבית מאיר שנראה לכאורה שהוא היחידי שסי"ל שיש מוחזקות לבעל גם בספיקא דדינא.

4. "ידו עדיפה מידה" גם בספקא דדינא לכאורה יש להביא ראיה לדעת הבית מאיר מהא דיבמות לח, ב' – לט, א' דמבאר שם שלגבי זכית יבם בנכסי מלוג שומרת יבם נדונת כספק נשואה וכיון שהבעל היה בבחינת "ידו עדיפה מידה" הרי שאצל היבם ידו כידה. מבאר שגם גבי ספקא דדינא הוי ידו של הבעל עדיפה מידה. עוד למדנו משם שאפי' כשיש ספק כללי אם יש לו בכלל זכות פרות ויש ספק א"כ אם יש לו יד בכלל מ"מ אמרינן בזה ידו עדיפה מידה (ורק היבם גרע דאין ידו כיד הבעל אבל הבעל עצמו בספקות יהיה עדיף ממנה). אלא שא"כ צ"ע למה הרמב"ן בב"ת הוצרך ליתן טעם של תקנה היה לו להסמיך הכל על הסוגיא דיבמות שם. וי"ל שכאשר יש ספק בנכסים עצמם אם הם נכ"מ סבר הרמב"ן שאין בזה ידו עדיפה ולספק זה אין הוכחה מיבמות שם. נמצא שלגבי הנדון שלנו שהנכסים היו עד למרידתה כנכסי מלוג גמורים וספק אם פקע מהם זכות פרות זה דומה לספקות של יבם שלגבי בעל נחשבים כידו עדיפה. אבל יש לדחות הראיה דלפי המתבאר ברמב"ן במלחמות לסוגיא הנ"ל יש לר"י והרמב"ן פרושים שונים מפרוש רש"י בסוגיא ולפרושים אלו אין מקור שגם בית הלל סוברים שידו עדיפה מידה. עי' ר"נפ' האשה שנפלו (כתובות לט, ב' בדפי הריף) שהביא ג"כ פרוש זה של הרמב"ן אליבא דהר"י. נמצא שלפירוש זה אין סיוע מהסוגיא דיבמות לדעת הבית מאיר בענין ספקא דדינא.

עוד י"ל דביבם שאני שבידו ליבמה ואז יזכה בפרות ובנכסים לכו"ע ולכן לא פקע דין ידו עדיפה מידה ע"י מיתת הבעל אף שגרמה מיתתו להיותם ספק נשואים ואע"פ שיש ספק בעצם היד אבל במורדת שע"י מרידתה פוקע דין פרות לחלוטין (לרא"ש) מהיכי תיתי שגם בכה"ג אמרו ידו עדיפה מידה והרי ספק אם יש לו יד כלל, משא"כ ביבם שבכחו ליבמה ולזכות ביד לכו"ע. גם י"ל שביבם אף שלכו"ע אינו חייב לפדותה מ"מ י"א שזוכה בפרות ובנ"מ מכח זכות שהיתה לאחיו (עי' בר"נ שם באריכות) אבל בעניננו שבין להרשב"א ובין לרא"ש פקע דין פדיון ויתכן שלהרשב"א דין הפרות היא מתורת קנס של מורדת א"כ אין המוחזקות הקודמת (שלפני המרידה) נותנת כח "יד" לאחר המרידה כיון שזו זכות פרות חדשה שאינה באה מכח קודמתה. ועוד נוסיף כי הרשב"א הוא הסובר שהיבם אין לו פרות כלל כיון שאינו פודה ואף ביבם לא אמר שזוכה מכח זכות פרות שהיתה לאחיו. דעתו היא כיון שאבדה זכות פדיון אבד גם הוא זכות פרות ועין בר"נ כתובות שם

וא"כ מה שבמורדת חלוק הדין ע"כ משום שמתורת קנס נגעו בה שלא תוכל להפסידו פרות ע"י מרידתה.

גם יש לחלק בין ספיקא דדינא דנדון ביבמות וכדינו של הבית מאיר לבין מחלוקת הפוסקים דבמחלוקת הפוסקים י"ל כיון שלרא"ש אין לבעל זכות פרות וגם לא דין מוחזק א"כ לא נאמר בזה שבספק קבעו חז"ל שידו עדיפה מידה שהרי לרא"ש אין לו כלל יד. מכל הנ"ל עולה שאין מהגמי יבמות ראייה לדינו של הבית מאיר ואדרבה יכולים אנו לומר שאף הבית מאיר יודה בענינו שהוא ספק כללי אם יש לו פרות וספק אם יש לו יד וגם ה"פרות" הוא דין מחודש (כיון שחובת פדיון פקעה) ואין זה המשך המוחזקות הודאית שהיתה לו קודם בפרות. אם נבוא בכ"ז לחוש לדעת הבית מאיר הרי לפנינו לדעת רוב הראשונים שהאשה מוחזקת בחלקה ולדעת הבית מאיר אליבא דהרמב"ן הבעל הוא המוחזק. וכיון שהוא ספק אחרי איזה מוחזק יש לילך פשוט שיש לילך אחרי המוחזק המציאותי היות שלרובא דרובא המוחזק המציאותי הוא הקובע. והנה במקום של ספק מי הוא המוחזק ולרוב הפוסקים המוחזק המציאותי הוא המוחזק (בנדון שלנו האשה בחלקה) ולמיעוט הבעל מוחזק (מכח הלכה של "ידו עדיפא") יש לדון טובא האם נלך בזה אחר הרוב כיון שלדעת הרוב האשה מוחזקת ואין מוציאים ממנה ממון או שכיון שמכל מקום למיעוט פוסקים הבעל הוא מוחזק וכנגד מוחזק לא מהניא הכרעת רוב. אם נלך כצד השני אזי נראה את המוחזקות כשקולה ואולי יאמר בזה יחלוקו.

##### 5. בספק מוחזק הולכים אחר הרוב

נראה שיש לפשוט ספק זה מסוגיא דסוף פרק קמא דכתובות. שם מפרשת הגמרא כי הבריתא של תינוק הנמצא **שבמחצה על מחצה** חשיב כישאל מיירי לענין דנגח תורא דידיה לתורא דידן. והקשו הראשונים דהא גם א"נ דמיירי **ברוב כותים** אכתי יאמר "הנמצא" אייתי ראייה שלאו ישראל אנא ושקול נזק שלם ולמה רק במחצה על מחצה נדון כישאל. **ותירץ הרמב"ן** שם "דכיון דגופיה דמספקא לן אי ישראל הוא אי כותי הוא, אם רוב כותים כותי הוא וכיון דכותי הוא **לית ליה חזקה דממונא** דנימא אוקי ממונא בחזקת מאריה. אבל בישראל דודאי אית ליה חזקה דממונא לא אזלינן בתר רובא". וכ"כ **הרשב"א** שם "וי"ל דכיון דמספקא לן אי כותי או ישראל אם רוב כותים ככותי חשבינן ליה וכיון דככותי חשבינן ליה לית ליה חזקה דממונא דנימא אוקי ממונא בחזקת מאריה". וכ"כ **הרא"ש** שם: "וכיון דרוב כותים אנו מחזיקים אותו בחזקת כותי ושוב אין חזקת ממון לכותי הלכך אזלינן בתר רובא ואפילו להוציא ממון מידו". וז"ל **הרא"ה** שם "דכיון דאי איתא דהוי כותי לית ליה חזקה דממונא והשתא מספקא לן בגופיה אי הוי כותי לא אמרינן בהא אין הולכין בממון אחר הרוב דלא

אתמר אלא להוציא מחזקתו". כך גם דעת המגיד משנה פ' ט"ו מהלכ' אסוי"ב הל' כו. עולה מדברי כלם שגם היכא שלפי המיעוט "הנמצא" הוא מוחזק וחיב רק חצי נזק מ"מ הולכים אחר הרוב שהוא עכו"ם וחיב נזק שלם משום שלדברי הרוב אינו מוחזק. יש ללמוד מכך לעניננו שבקביעת מוחזק הולכים אחר הרוב ולכן אם לדברי הרוב פקעה מוחזקותו של הבעל וחזרה המוחזקות לאשה אזלינן בזה אחר הרוב.

יש להוסיף דהכא עדיף מהתם. לפי שכאן אנו באים לשלול מהבעל מוחזקות שבאה מכח הדין ולא מכח המציאות י"ל שמוחזק שמכח הדין שאני דברגע שאזלינן בתר הרוב שקובע שלא חשיב מוחזק א"כ מאותו רגע שוב אינו מוחזק כלל. מה שאין כן במוחזק מכח מציאות כמו ב"נמצא" שגם אם נקבע שברוב עכו"ם יש לו דין של עכו"ם ואבדה לו המוחזקות היינו שאבד לו "דין מוחזקות" אבל הוא נשאר לכו"ע מוחזק בפועל. ולפיכך י"ל שמוחזק בפועל שהמיעוט סבור שיש לו כל דיני מוחזק הולכים גם אחר מוחזקותו. הוצרכנו לחילוק זה מפני מחלוקת אחרת בדיני מוחזק. נחלקו האחרונים אם יכול אדם לטעון קים לי במקום שנחלקו הפוסקים בשאלה זו גופא אם תפיסתו מועילה. דעת מהר"י בן לב ספר א' כלל י"ג סי' ע"ד וביתר תוקף במהר"י חל' א' סימן קנ"א מבאר שבכה"ג לא יכול לטעון קים לי שהרי עצם מוחזקותו מוטלת בספק ולכן יש לילך אחר הרוב. לעמתם האריך הש"כ לבאר שגם בכה"ג מועילה תפיסתו של המחזיק בפועל ויכול לטעון קים לי כמיעוט דסברי שהוא תפוס. הש"כ בתקפו כהן סימן ק"א – ק"ד מביא שכך דעת המהר"י בן לב עצמו בספ' א' סימן פ"ז וספר ב' סי' נ"ה וכ"ד מהרד"ך, רמ"א ולבוש וקיבל דעתו גם התומים בקיצור תקפו כהן (חוי"מ סי' נ"ה) ס"ק קא – קד. השב שמעתתא שמעי' ד' פרק ז' נוקט לעיקר כדעת מהר"י ומוכיח כדעתו מן הראשונים הנ"ל דסוף פ"ק דכתובות שדעתם להדיא שאם יש ספק במוחזקות עצמה אזלינן בתר הרוב וכ"כ בקונט' הספקות (שהכריע מסברא כן לפי שברר דמה שאין הולכים אחר הרוב בממון הוא רק כשיש עם המוחזק חזקת מרא קמא אבל בתפוס גרידא ליכא חזקת מר"ק) נמצא לכאורה שהנדון שלנו תלוי במחלוקת האחרונים הנ"ל. אולם לפי מה שכתבנו לעיל י"ל שבעניננו כו"ע מודים. בענין תפיסה בטענת קים לי הרי גם לדעת הרוב המחזיק הוא תפוס בפועל מה שאין כן בעניננו שהבעל לא תפוס מכח המציאות כלל (ואע"פ שהוא גר לבדו בבית מ"מ האשה היא המוחזקת ושולטת בחלקה מכח הטבו וכדלקמן). ועוד שגם הש"כ לא אמר אלא שיש להעדיף בכה"ג את התפוס בפועל על פני חזקת מרא קמא אבל מהיכי תיתי להעדיף "דין מוחזק" על מוחזקות מציאותית שיש לאשה. חזקת מרא קמא היא שנגרעה מול התפוס לדעת הש"כ ולא נתכון לומר כלל שתהיה תפיסתו אלימא לכל מילי. באופן דומה נוכל לישב קושית השב שמעתתא על האחרונים מהסוגיא והראשונים

דסוף פ"ק דכתובות. והוא שברוב עכו"ם אם נלך אחר הרוב אזי אבדה ל"נמצא" תורת מוחזק לחלוטין ולכן לא מהני מה שהוא תפוס בפועל אבל בנדון של קים לי במקום שהמחלוקת בתפיסה עצמה התם גם לדברי הסוברים שלא מועילה תפיסתו לא באו לומר שאינו בר תפיסה אלא שחזקת מרא קמא עדיפא מהתפיסה אבל גם הם יודו שהתפיסה עצמה מילתא היא ותועיל כלפי טוען אחר שאין לו חזקת מרא קמא. לפי דרך זו נמצא כי החולקים על המהרי"ט יודו בעניננו שאין לילך אחר המוחזקות של דעת מיעוט. שכן הרוב שחולקים וסוברים שאין לבעל דין מוחזק הרי לדעתם אין לו כלל תורת מוחזקות לשום ענין ודמי טובא לנדון של הראשונים מסוף פ"ק דכתובות.

אמנם יש לטעון שגם אם אבדה לבעל מוחזקותו המיוחדת עדיין יוכל לזכות בחלק האשה משום שהוא התפוס בפועל בדירה (האשה עזבה את הדירה ומתגוררת במקום אחר) וא"כ דל מהכא המוחזקות של ידו עדיפה ויזכה מכח התפיסה בקרקע אבל זה אינו לפי שנקוט הדבר בבתי הדין ובפוסקים האחרונים שבקרקעות עדיפה חזקת מי שרשום על שמו בטבו על חזקת התפוס בפועל. בחצי שרשום על שמה היא, אפוא, המוחזקות וממילא זוכה בפרות.

#### ג. שיטת ההפלאה בענין תפיסה במורדת

אחר הברור מצאתי חדוש לבעל הפלאה דגם בתוך יב"ח שאז יש לבעל פרות לכו"ע מ"מ אם תפסה אין מוציאים ממנה לפרות. וז"ל בסימן ע"ז סק"י: "ונראה עוד דבין בתוך י"ב חודש לכו"ע ובין לאחר יב"ח לרשב"א אף דיש לו פרות מ"מ אם תפסה א"צ ליתן לו פרות דלא עדיפה נ"מ מנצ"ב דאמרינן בגמרא דאם תפסה אין מוציאים מידה (הוא מפרש כנראה שאפילו לפני גרושין מועילה התפיסה) הרי דמפסיד השמוש בהן זהו הפרות ובאמת כתב הט"ז דאפי' לדינא דמתבתא אין מוציאין מידו נצ"ב עד שיגרש והיינו שלא יאבד הפרות ובנ"מ נראה דתליא בפליגתת הרא"ש והרשב"א דאם הפרות שלה מוציאין מידו כדי שתאכל הפרות ואם הפרות שלו מוציאין מידו אבל אם תפסה מהני". ולשיטה זו הרי בעניננו שהאשה מוחזקת מכח הטבו (דעדיפא מתפיסה בעלמא שיש בקרקעות) א"כ הפרות שלה לכו"ע. וכן משמע בט"ז הנ"ל בסוף סימן ע"ז שאם תפסה אין מוציאים ממנה גם לפני הגרושין ובפשטות שאין מוציאים אפי' לפרות. (הוא מדבר לענין נצ"ב ולענין דינא דמתבתא ויש להקיש מזה לענין נכ"מ דכל היכא שתפסה דמהני היינו אפי' לענין פרות וכדפירש בעל הפלאה). וכן בבית יעקב סימן ע"ז לסעיף ג' אלא שמחלק בין תפיסה שבתוך י"ב חודש דלא מהניא לבין תפיסה לאחר יב"ח דמהניא. בעניננו שטוענת מאיס עלי הרי שאם עברו י"ב חודש מאז העמדה בדין הרי לכו"ע מהניא תפיסתה. [בענין הנדון בענין

מוחזקות המיוחדת של הבעל יש מקום להעיר לכאורה ולומר שהמחלוקת בין הראשונים הן לענין מוחזקות בפרות והן לענין זכות ירושה היא רק כשהבעל טוען שמא והאשה ברי אבל כשהוא טוען ברי או שניהם שמא יודו כו"ע לרמב"ם ולרמב"ן. אבל זה אינו ראשית משום שהדבר אפשרי ושכיח שהבעל יוכל לטעון ברי (כגון שהיה נוכח בשעה שנתנו לאשה את המתנה) וא"כ למה לא חלקו הראשונים בין טוען שמא לטוען ברי אלא ודאי שגם אם הבעל טוען ברי או שניהם שמא לא ישתנה הדין. וכך מבאר להדיא בכנה"ג סימן פ"ה ס"ק ל"ג בד"ה "אמר המאסף". כן משמע גם בב"ש בסימן פ"ה ס"ק כ"ה שכתב שהדין הנזכר בשו"ע בטוענת "ניתנו לי ע"מ שאין לבעלי וכו'" מיירי בטוען שמא שאילו היה טוען ברי היתה חיבת להשבע, משמע שכל ההבדל בין טוען הבעל ברי לטוען שמא הוא לענין שבועה בלבד}. נוסף על זכיתו של הבעל לפרות ישנן זכויות נוספות לבעל המעכבות לכאורה את חלוקת הרכוש. ישנה זכות נוספת לבעל והיא זכותו כלוקח ראשון מכח תקנת אושא וזכות ירושה שמכחה יכול הבעל למנוע בעד האשה את מכירת הנכסים שזכותו לירש. זכות ירושה קימת גם במורדת לאחר יב"ח וכן במורדת של מאיס עלי לכו"ע וא"כ לכאורה יש לכו"ע זכות לבעל לעכב מכירה (שהרי לדעת הר"נ ריש פרק האשה שנפלו עכוב מכירה היא תולדה של זכות הירושה). בב"ש סימן ע"ז ס"ק י"ז נסתפק אם הבעל יכול גם לעכב ולבטל את המכירה מכח זכות זו ולא נתבאר אם ספיקו הוא אליבא דהרשב"א שלדעתו הבעל אוכל פרות במורדת לאחר יב"ח או אליבא דהרא"ש שאינו אוכל. עוד מביא שם הב"ש שאליבא דהרא"ש נחלקו אם יכול לעכב **לכתחילה** שלדעת מהרלב"ח אינו יכול לעכבה מלמכור אפי' לכתחלה ומהרי"ו חולק. נראה שהב"ש חושש למהרי"ו. אמנם בהפלאה בקונט' אחרון סי' ע"ז ס"ק ט' הבין שמחלוקת מהרי"ו ומהרלב"ח היא לענין תוקף מכירתה בדיעבד וצ"ע.

#### ד. תקנת אושא במורדת

1. הקשר בין קנין הפרות ותקנת אושא  
**באבני מלואים** סימן צ ס"ק י"א ובקצוה"ח סימן ק"ג ס"ק ט' נתבאר באריכות כי ישנה מחלוקת ראשונים אם הדין של "לוקח ראשון" (שמכחו יכול הבעל לבטל מכירת האשה בנכסי מלוג) קשור עם קנין פרות שיש לו בנכסיה או שהוא דין בפני עצמו. לדעת רש"י ועוד ראשונים הרי כמו שלמ"ד "קנין פרות כקנין הגוף" בטלה מכירת האשה משום שלבעל יש "קנין פרות כקנין הגוף" כך גם לסוברים קנין פרות לאו בקנין הגוף באה תקנת אושא לתת תוקף ואלימותא לקנין פרות שיחשב כקנין הגוף (לענין בטול מכירת האשה). נמצא לפי"ז שכאשר אין קנין פרות הרי גם מכירת האשה אינה בטילה והבעל אינו "לוקח ראשון". התוס' וראשונים אחרים חולקים על



רש"י וס"ל שדין לוקח ראשון הוא דין עצמאי. לפי זה הרי שבענינו כאשר לדעת הרא"ש אין לבעל פרות בנכסי המורדת ה"ה שאין לו גם דין לוקח ראשון מצד תקנת אושא אליבא דרש"י ודעימיה.

2. לסוף י"ב חדש בטלו כל עניני אישות – גם תקנת אושא **בתשובת מהרלב"ח** סימן ל"ו מבאר שלדעת הרא"ש הסובר שאחר י"ב חדש אין לבעל פרות הרי בטלו כל עניני אישות ביניהם ולפיכך יכולה האשה למכור אפי' לכתחילה את נכסי מלוג שלה ובודאי שמכרה קים. וז"ל שם: "ואם אחר השנה אינו אוכל פרות נכסיה נראה דאין לו כלל רשות עליהם וא"כ יכולה למכור וטעמו ז"ל כאשר כתבתי דכיון דלאחר י"ב חדש נעקר האישות מביניהם שאין לה עליו עוד כתובה ותנאי כתובה הכי נמי אין לו עליה בחייה ולא על נכסיה רשות כלל". אמנם בהמשך דבריו מבאר שהרשב"א חולק על הרא"ש בענין פרות שלאחר יב"ח ונראה שלדעת הרשב"א אכן אינה יכולה למכור. למדנו מדבריו כי שאלת הפקעת המכירה עפ"י תקנת אושא תלויה במחלוקת הרשב"א והרא"ש ולא מכח סברת האבני מלואים הנ"ל אלא משום שבטלו כל עניני אישות מביניהם. המהרי"ו בתשובה כ' (שהב"ש הזכירו באותו ענין כחולק על מהרלב"ח) דיבר אמנם לענין מניעת המכירה ע"י האשה אבל לא הזכיר דבר אם המכירה בטלה בדיעבד וכל דבריו על מניעת המכירה לכתחלה. (יש להוסיף כי המהרלב"ח בתשובה הנ"ל פוסק שיש לנהוג כדינא דמתיבתא וכי הרמב"ם והרשב"א לא חלקו על דין זה (בעניני הממון שבז) והוא מברר באריכות שכל מה שנוטלת בדינא דמתיבתא יכולה לעשות בו כרצונה – למכור, לתת ולכלות).

3. תקנת אושא תחת קבורתה **הבית יעקב** בסימן עז' האריך לבאר שדין תקנת אושא הוא תחת קבורתה ובמורדת שלאחר י"ב חדש שלדעת הרא"ש אין לה זכות קבורה הרי שהבעל הפסיד ג"כ זכותו שמתקנת אושא ואינו מוציא מיד הלקוחות (מה שאין כן לדעת הרשב"א).

הבאנו לעיל דעת הפלאה ו**בית יעקב** שמורדת שתפסה נכסי מלוג זכתה בהם גם לפני הגירושין ואין הבעל מוציא מהם פרות ולפי"ז יש לפנינו סיבה נוספת שהבעל יפסיד כוחו מתקנת אושא לפי האבני-מלואים הקושר (אליבא דרש"י) את תקנת אושא עם זכות פרות. נמצינו למדים שלענין כוחו של הבעל לבטל מכירותיה של אשתו המורדת לאחר יב"ח (או הטוענות מאיס עלי) הענין תלוי במחלוקת הרא"ש

1. סעיף ב' ד"ה בעלה יורשה

והרשב"א מכח סברת האבנ"מ, מכח סברת הרלב"ח או מכח סברת הבית יעקב:

4. דין מוחזק בספקות שבתקנת אושא בדברנו לעיל הארכנו להוכיח שלענין ספקות בזכות פרות הולכים אחרי המוחזק בפועל ואין לבעל דין מיוחד מכח ידו עדיפא מידה. בש"ס ובראשונים לא מצאנו כלל שדין ידו עדיפא מידה יאמר לענין תקנת אושא. גם ברמב"ן שהוא מרא דהאי שמעתתא לא נזכר להדיא ענין ידו עדיפא אלא לענין פרות. וכך גם בבית מאיר הנ"ל שהאריך בבאור דבריו. נניח, לכאורה, שדברי הרמב"ן קיימים גם לענין תקנת אושא הרי שמ"מ לא יהיה הסתום עדיף על המגולה. ביחס לזכות פרות שהרמב"ן (והבית-מאיר) דבר להדיא כבר הוכחנו לעיל שרוב הראשונים והאחרונים חולקים עליו וכן הראנו שלענין הלכה למעשה יש לילך בספק פרות אחרי המוחזק בפועל לפיכך יש מתורת ק"ו לילך אחרי המוחזק בפועל גם בספק של תקנת אושא.

5. דין מוחזק בספקות שבירושת הבעל אמנם כן, יש להזכיר שענין ידו עדיפא מידה נזכר בראשונים גם ביחס לזכות ירושתו של הבעל. כאשר יש ספק אם הנכסים ניתנו לאשה ע"מ שאין לבעל רשות בהם גם לאחר מותה, כלומר שנתנו ע"מ שלא יירשנה, כתב בעה"ת שער ו' חל' ד' הובא בכס"מ אישות פי' כ"ב הל' ל' שלדעת הרמב"ם הבעל נחשב כמוחזק. יתרה מזו, לדעתו, מה שלדעת הרמב"ם הנכסים בחזקת הבעל לענין פרות זה נובע משום שהם בחזקתו לענין ירושה. כך גם מבאר ברמב"ן בב"ת נא, ב. גם אם נניח כן, הרי כתבנו לעיל שמן הרמב"ם והשו"ע עולה שדין מוחזקות הבעל זו תקנה למנוע הברחה ולכן **בספקא זדינא לא שייכא** תקנה זו וה"ה לספק בירושה. גם לפי ספקו של הרמב"ן שמא יש כאן דין של "ידו עדיפא" הרי כתבנו שרוב הראשונים חולקים בזה ויש לילך אחר המוחזק בפועל. שמא תאמר שזכות ירושה (ואולי גם תקנת אושא) עדיפה וגם החולקים על הרמב"ן יודו בזה (עין בעל התרומות שם) אין הדבר כן. א. לדעת רא"ש, רשב"ם ונמוק"י בסוגיא בב"ת נא, לא נדון כלל ענין זכות הירושה בהקשר הנ"ל משום שלדעתם התנאי של "ע"מ שאין לבעלך רשות בהם" לא מפקיע ירושה.

ב. ברבנו יונה בב"ת נא, ב, וברשב"א שם לדעתו ולדעת ר"י מבאר להדיא שהבעל אינו מוחזק לגבי ספק בירושה.

גם בב"ש סימן פה ס"ק כג, כז ובסימן פ"ו ס"ק י"ג, (ושם ברמ"א) מבאר שדעת רבנו יונה, ר"י ורשב"א שהבעל אינו מוחזק נאמרה גם לענין ירושה. מצאנו אמנם בבעל התרומות שזכות ירושה עדיפה מזכות פרות אבל לא מצאנו שחילק בגלל זה בדין מוחזק ביניהם.

סוף דבר גם אם יש מקום לומר שלענין ירושה תהיה מוחזקתו של הבעל עדיפא הרי שלענין תקנת אושא אין לכך שום יסוד וכמובן שאין להעדיף את הסתום על המגולה כנ"ל.

6. האם הבעל מוציא מלקוחות מחיים? – נפ"מ למוחזקותו נוסף לכל האמור יש עוד ענין חשוב בקשר למוחזקות והזכויות בנדון שלפנינו. דעת הרמב"ם (אישות פ' כ"ב ה"ז) והשו"ע (בסימן צ' סעי' ט') שתקנת אושא נותנת כח לבעל להוציא מן הלקוחות רק לאחר מותה אבל בחיי האשה הגוף נשאר ביד הלוקח. בענינו שהבעל הפסיד פרות בחייה (כדלעיל) נמצא שאין לו בחייה על הלוקח שום זכות לדעת הרמב"ם והמחבר.

יש לזכור **שכל דברנו** בזה הם אליבא **דהרמב"ם והמחבר** שלית להו תקנת דינא דמתיבתא ונמצא מעתה שגם לדידהו אין לו על הלוקח שום דבר בחייה. אמנם לאחר מותה יוכל לתבוע הוצאת הנכסים מיד הלוקח מצד תקנת אושא, אבל לפי מה שנתבאר, הרי זכותו מכח תקנת אושא הוא בספק וכיון שהנכסים היו בחזקת הלוקח בחיי האשה הרי שמצד הסברא הלוקח נחשב כמוחזק בהם.

גם לסוברים שהבעל נחשב מוחזק ביחס לפרות נראה כאן שמחיים לא היה מוחזק והנכסים היו בחזקת הקונה וכל כחו בתקנת אושא מתחדש לאחר מותה שלא נאמר בזה "ידו עדיפא". רחוק מן הדעת לומר שלאחר מותה שאז פקעה האשות ביניהם תתחדש לבעל זכות של ידו עדיפה. עין יבמות ל"ט, א שגם היכא שידו היתה בפועל עדיפא מחיים הרי לאחר מותו יורדת היא בדרגה. ואפשר לומר שמחיים ניתן לו דין מוחזק לצורך לאחר מותה אבל אין לזה שרש ויסוד בסברא ובראשונים. סברא כזו היה נראה לקבל רק אילו ענין מוחזקות הבעל הוא תקנה גרידא וכבר כתבנו שאם הוא משום תקנה כי אז בספקא דדינא, כמו בענינו, לא יהיה מוחזק וכמו שכתב הבית מאיר בסימן פ' לדעת הרמב"ם והשו"ע.

יש להוסיף כי יתכן שגם הרא"ש בפר' נערה סי' י"ז שחולק על הרמב"ם וס"ל שהבעל יכול לבטל את המכירה מחיים מ"מ יודה שאין יסוד להחשיבו כמוחזק. בקנין פרות (ששם מקור הדין של "**ידו עדיפא**") נתבאר שיש לבעל קנין בגוף הקרקע לפחות (תוס' גטין ע"ז, ב ורא"ש פרק ד' בכתובות סי' י"ז) ולפיכך אין האשה יכולה לומר איני נפדית ואיני נותנת פרות ולקנין זה קוראים התוס' בכתובות מז, ב "**ידו כידה**" ואילו לענין להוציא הגוף מחיים מן הלקוחות כו"ע מודים שאין לו קנין **חיובי בגוף** לשום דבר וכשמוציא מהלקוח כחו בזה רק לבטל **מכירת האשה** אבל אין לו שום בעלות חיובית.

יש להוסיף שתקנת אושא לא נתנה לו מחיים וגם לאחר מותה דין של לוקח

לכל דבר ובכמה מקרים שוויוהו רבנן כיוורש ולא כלוקח (מפני פסידא דלקוחות וכיו"ב) וכשהוא כיוורש ברור שאין לו מחיים שום כח. סוף דבר הוא שבענין תקנת אושא במורדת הדבר שנוי במחלוקת הרשב"א והרא"ש ולענין מוחזק יש לילך אחר המוחזק בפועל הן משום שכך הדין גם בספק פרות כדלעיל ואין תקנת אושא שונה ממנו, הן משום שקיימינן אליבא דהרמב"ם וש"ע שהם סוברים שמחיים אינו מוציא מכח תקנת אושא והן משום שלהרמב"ם והשו"ע כל ענין המוחזקות המיוחדת של הבעל אינה אלא תקנה ובספק דדינא לא נאמרה התקנה. והמוחזק בפועל בענינו הוא מי שהבית רשום על שמו – האשה בחלקה – ולא הבעל שאולי יש הו"א ש"ידו עדיפא".

### ה. הדין ד"לכתחילה לא תמכור"

בב"ש סימן ע"ז מבאר שיש מחלוקת בין מהרלב"ח ומהרי"ו אם יכולה המורדת למכור לכתחילה את נכסיה. מדבריו מבואר שדעת מהרי"ו שאינה רשאית למכור היא גם אליבא דהרא"ש שס"ל שבמורדת לאחר יב"ח (או במאיס עליו) אין לבעל פרות. כך כתב גם להדיא הבית יעקב סימן ע"ז. אמנם במהרלב"ח תשובה לו כתב להדיא שלפי הרא"ש יכולה למכור לכתחילה כיון שפקעו כל עניני אישות ביניהם.

#### 1. ביאור שיטת מהרי"ו

ובדעת מהרי"ו יש מקום להסתפק. המעיין בתשובתו יראה שפשט דבריו מורים שהוא בא לחלק הרכוש מצד דינא דמתיבתא וס"ל שלדינא דמתיבתא לא נמסר כח לאשה להפקיע ירושת הבעל ולכן אסור לה לכלות או לתת את הנכסים. אמנם בדבריו שם הוא מתייחס גם לתכשיטים הבאים עמה מבית אביה וכן לשטר חצי-זכר שלפי הידוע לנו יש להם דין נכסי מלוג (והוא מפריד שם בין הנדוניא לבין תכשיטים ושטר חצי זכר משמע שאין שנים אלה כלולים בנדוניא) כמבואר בשו"ע סי' ע"ז סעיף ג' בסוף הגהת רמ"א בשם טור ורא"ש ובסימן צ"ט סעי' ב' בסוף הגהת רמ"א. כיון שדינם כנכסי מלוג אי"כ שייכא בזה דעת הרא"ש במורדת שאין לבעל זכות בפרות ומדלא התיר לה למכור ש"מ שגם אליבא דהרא"ש אסור למכור לכתחילה. יתכן שזו ראית הב"ש אבל אין זה מוכרח ויתכן שמהרי"ו ס"ל כרשב"א ולכן כל דינו שם הוא רק מכח דינא דמתיבתא ולכן יש בזה הלכה של "לא תמכור". יצויין גם שהרמ"א שהביא את דינו של מהרי"ו כלל אותו בתוך פרטי דיני דינא דמתיבתא וצ"ע.

עוד נראה שגם מהרי"ו לא אסר על האשה אלא לתת בחינם או לכלות ולבזבז אבל אם תמכור והכסף ישמר ולא יבזבז לא אמר בזה מידי וז"ל שם: גם מוטל עליה **שלא לבזבז** מנדוניתא ומאשר ישאר בידיה **שלא ליתן**

**מתנה** רק תטול פרנסתה על **הקרן והשבח** והבעל יורש אותה אשר **ישאר אחר מותה**... גם משטר ירושה חצי חלק זכר ואשר דבר גלוי ומפורסם שהוא בידה ובאלה זכות הבעל ישאר בתוקפו ובגבורתו ולא ימוט ואין לצורלין הנזכרת **כח לקורעו ולא לבטלו ולא למחול** עליו. כי באלה זכות הבעל וידו תקיפה ויורש כל זכותה. עכ"ל. משמע בפשיטות **שאם תרצה למכור ולהשקיע** הדמים **רשאית למכור**. ויתרה מזו נראה שלצורך פרנסתה יכולה להשתמש גם **בקרן** (כמו גם בשבח) ובלשון זה – לענין **מתנה ובזבז** גרידא – הובאו דבריו ברמ"א בסימן ע"ז סעיף ג'.

אם נלך לפי משמעות זו של המהרי"ו כי אז תהיה מדבריו ראייה שאינו סובר כלל לאסור מכירה גרידא של נכסי מלוג אלא לאסור בזבז וכילוי שמכח דינא דמתיבא.

## 2. שיטת ההפלאה והר"נ

יסוד הענין שלכתחלה לא תמכור היא בשתי הלכות במשנה ריש פרק האשה שנפלו האי' – דארוסה לא תמכור (בנכסים שלנפלו לה משנתארסה) ואם מכרה מכרה קים. הבי' – דנשואה לא תמכור בנכסים שאינם ידועים לבעל ואם מכרה – מכרה קים. דין בי' נאמר לדעת ר' שמעון וכן הלכה.

הר"נ שם מפרש הטעם שלכתחילה לא תמכור היינו מפני הפקעת הירושה של הבעל ואע"פ שבארוסה אינו יורש מ"מ חששו לזכותו לירש כשישאנה. אמנם בגמרא שם מבואר שהמשנה דנה רק לענין פרות ומחיים ואילו מכירה של "מהיום ולאחר מיתה" שנועדה להפקיע הירושה לא נדונה כלל במשנה. הפקעת קנין של מהיום ולאחר מיתה נובעת מתקנת אושא בלבד ותקנה זו לא נזכרה כלל במשנה. מזה נובע בפשטות שאסור המכירה הנזכר במשנה "לכתחילה לא תמכור" נובע מצד הפקעת זכות פרות (שיהיה לבעל עם הנישואין) ולא מפני זכות הירושה. כך פירש בעל הפלאה בקונט' אחרון לסימן צ' ס"ק כ"ה. [בעל הפלאה מביא מתוך כך ראייה לשיטת הרמב"ן ודעימיה שבנכסים שאינם ידועים יש לבעל פרות שאלי"כ למה נאסרה מכירתם על האשה במשנה. ויש לדחות ולישב דהחולקים על הרמב"ן ס"ל שאסור המכירה הוא כדי שיהיה לבעל פרות לכשיודע לו מקיום הנכסים כמו שבארוסה אסור המכירה כדי לדאוג לפרות שיהיה לו כשתנשא לו. שו"ר שכ"כ האחיעזר בחלק ג' סימן ל"ה ויש לחלק שסתם ארוסה עומדת להנשא משא"כ סתם נכסים שאינם ידועים אינם עומדים להודע לו כדי שנתקן תקנה לצרכו].

בקונטרס אחרון שם בסוף סימן צ' הביא ראייה לדבריו מסוגיא דב"ק פט, א שאלמלא תקנת אושא אין שום אסור על האשה למכור נכסיה (מהיום ולאחר מיתה) ולא חיישינן כלל להפקעת ירושת הבעל.

נמצא שבעניננו שאין לבעל פרות ולא תקנת אושא, כדלעיל, הרי שלדעת

ההפלאה אין בזה גם אסור של מכירה לכתחילה (וכדעת מהרלב"ח) ולדעת הר"נ יש בזה אסור מכירה מצד הפקעת ירושתו שכן דין ירושה יש לבעל גם במורדת לכו"ע.

גם ראינו שהמהרי"ו שנחשב ע"י הבי"ש והבית יעקב כחולק על מהרלב"ח לא אסר מכירה והשקעת הדמים אלא רק מתנה ובזבז.

3. ירושת הבעל מדין "קרוב" או מזכויות האישות דעת הר"נ שאסור המכירה הוא כדי להבטיח את הירושה טעונה ברור. שהרי לא מצאנו בירושות בעלמא שיהיה על המוריש אסור למכור או לתת את נכסיו, כל זכות היוורש היא לירש את מה שהותר המוריש. ע"כ צריך לומר שירושת הבעל אינה ככל הירושות ואינה נובעת משום שהוא בבחינת קרובה ושאר של האשה כי אם מזכויות האישות. מרגע הנשואין יש לבעל כחלק מזכויותיו גם זכות ירושה ולכן בזכותו, לדעת הר"נ לעכב הברחת הנכסים ולהבטיח את ירושתו. יתכן ויש לבעל מדאורייתא או מדרבנן גם מעמד של קרוב ושאר אבל זה לא נותן לו זכות לעכב מכירתה ומתנתה. והנה במורדת – לאחר י"ב חודש, או במאס על – מיד, שלדעת הרא"ש אבדה כתובה ותנאי כתובה וכל עניני אישות פקעו א"כ צריך להיות שגם זכותו בירושתה תפקע. מה שבכל זאת מסכם על הפוסקים בסימן ע"ז שזכות הירושה לא פקעה גם אליבא דהראש – עיין ב"ש – היינו דוקא משום שהוא יורשה לא רק כזכות מזכויות האישות אלא בתור קרובה ושאר (וס"ל שעד הגירושין הוא עדיין קרוב ושאר). אם כך הדבר הרי שבמצב זה שכל ירושתו היא מדין קרוב כי אז כשם שבכל ירושת קרובים אין היורשים יכולים לעכב מאומה על מורשיהם כך גם בעינינו. עיין היטב במהרלב"ח ונראה שסברא זו כלולה בדבריו.

אמנם לפי הרשב"א הסובר שלא פקעו עניני אישות אזי גם הירושה שמכח זכות אישות לא פקעה ויוכל לעכב. נמצא לפי"ז מוכרח שענין עכוב מכירה תלוי במחלוקת הרשב"א והרא"ש ומה שכתב הבי"ש והבית יעקב שלדעת מהרי"ו גם לראש יש אסור למכור נראה שד"ז צ"ע. אדרבא נראה שמהרי"ו אמר דינו אליבא דהרשב"א (או אליבא דהרא"ש באופן שלא הפסיד זכותו בנכסי מלוג ואכמ"ל) וכל ענין עכוב גם אליבא דהרשב"א הוא לתת ולבזבז ולא למכור כשהדמים נשמרים.

4. אסור המכירה – לאשה או ללוקח נשאר לנו לברר מה טיבו של אסור זה "דלכתחילה לא תמכור" רש"י בכתובות ע"ח,ב ד"ה "ה"ג ורבי תנינא בן עקביא" כתב וז"ל: "דהא בית הלל אפילו במוכרת באירוסין אמרי לכתחילה לא ואם בא לוקח לבית דין לימלך אמרינן ליה לא תזבון כ"ש משנשאת" משמע מרש"י בפשיטות שאין

האסור חל על האשה אלא שבי"ד מיעצים ללוקח. אבל יש לפרש בדעתו שאכן קים אסור על האשה אלא שאסור זה עשוי שלא להתקיים שהרי כיון שמכירתה חלה בדיעבד יש לחוש שתעבור על האסור ותמכור ומה הועילו חכמים בתקנתן ולפיכך כללו חכמים באסור את הלוקח שהוא אינו חפץ כ"כ לקנות דוקא מאשה זו. ויתכן שסגי כלפי הלוקח ביעוץ של בי"ד ולא באסור.

בהפלאה ריש האשה שנפלו עמד על דברי רש"י הני"ל וכן על כך שרש"י לא הזכיר ענין הלוקח בפרושו למשנה. הוא מפרש כי במשנה דמיירי גבי ארוסה אין מקום להזכיר דין הלוקח. לפי שהארוסה אין לגביה אסור מכירה כיון שהיא ספק נשואה והיא מוחזקת הרי שזכתה בספקה ויכולה למכור. אלא שאם תמכור הרי נמצא שמנעה מהבעל זכותו לפרות בנכסיה מלכתחילה וע"כ הוא פ"טור מפדיונה. לפיכך יש משמעות להוראה שלא תמכור כלפיה לענין דיעבד דהיינו "לא תמכר" אם רוצה שלא להפסיד פדיונה. אבל בגמרא מיירי כלפי אסור מכירה של נשואה התם כיון שהבעל כבר זכה בתחלת נשואין לפרות שוב לא תפקע חובת פדיונה ממנו גם אם תפקיע ממנו הפרות לפיכך פירש שה"לא תמכור" מוסב כלפי הלוקח וכלפי בצוע המכירה לכתחילה. ועיי"ש בהפלאה פרוש נוסף ברש"י ומשני הפרושים משמע בפשטות שבי"ד מורה אסור ללוקח.

בעיקר הדבר שיש אסור כלפי הלוקח כבר קדם התו"י לבעל הפלאה. הוא מפרש (במשנה ר"פ האשה שנפלו) שרש"י ידע לקושית התוס' שכיון שארוסה היא ספק נשואה א"כ אין ספק נשואה מוציא מידי ודאי (שהנכסים בחזקתה) ולכן סבר שהיא רשאית למכור. אלא שחזקתה לא מהניא אלא לעצמה "אבל ללוקח הבא לימלך מוחין אנו לו והוי' לא תמכור" כלומר, 'אינה יכולה למכור' – שאין קונה. שכשבא קונה לקנות ובא לימלך א"ל שלא יקנה שחזקה שלה אינה מועלת ללוקח שהוא כספק. ואם קנה מי שהוא ממנה ולא בא למלך שלא מיחינו בו אין יכולין להוציא ממנו עכ"ל. משמע שאם בא לימלך ובי"ד הורו לו שלא יקנה ועבר על דבריהם המכירה בטלה וצ"ע. נמצא לדברי התו"י שבי"ד מצוה לאסור על הלוקח בהוראת אסור ולא בעצה גרידא. בנוסף לזה לדעתו באשה נשואה שאין בה ספק הרי שהאסור גם עליה.

##### 5. אסור מכירה או עצה

המשנה למלך הלכי זכיה ומתנה שפרק ו' הבין דברי הרש"י הני"ל בצורה שונה. לדעתו משי"כ רש"י "שבא לימלך" היינו שנותנים לו **עצה** ואין בדבר משום **אסור**. לפיכך כאשר האשה נותנת במתנה אין מקום להגביל אפילו את המקבל שהרי לא שיד לתת עצה ללוקח שלא יקבל מתנה. הוא תומך סברתו בדיוק מהמשנה שכתבה בארוסה "לא תמכור" ולא הוסיפה

"ותתן". ועדיין היה מקום לפרש שדבריו נאמרו רק על ארוסה שהיא ספק נשואה ולכן מספק זכתה ונותנת אבל בנשואה ודאי לא תמכר ולא תתן (גם שאין לבעל פרות). אבל זה אינו שהרי בהמשך המשנה מדובר בנכסים שאינם ידועים באשה נשואה וגם שם כתוב "לא תמכור" בלבד ולא כתוב "שלא תתן" ומינה שגם באשה נשואה אין אסור על האשה או על הלוקח אלא רק עצה טובה. (וכ"ז כמובן כשאין לבעל זכות פרות).

6. מוחזקות הבעל בספקות של אסור המכירה נמצא לפי"ז כשאנו באים לחלוק ברכוש ולהחזיר לידי האשה המורדת את נכסי מלוג שלה עלינו לברר אם מחובתנו לדאוג שלא תמכרם או תתנם לאחר. כבר הראנו בפרק הקודם שתקנת אושא אינה מבטלת את מכירתה או מתנתה ואנו דנים עתה לאור האמור בפרק זה אם עלינו להבטיח שלא תמכור או תתן מפני ההלכה "שלא תמכור לכתחילה" הקשורה בזכות הירושה של הבעל. כבר ראינו שזכותו של הבעל למנוע המכירה לכתחילה תלויה במחלוקת הרא"ש והרשב"א. לדעת מהרלב"ח (וכפי שהוכחנו מסברא והראנו שמהרי"ו אינו חולק) וכמו"כ לדעת הפלאה כל שאין תקנת אושא ופרות אין אסור מכירה על האשה. בנוסף לזה דעת מל"מ בפ"י רש"י שאין כל אסור אלא עצה טובה ללוקח. (בנוסף לכ"ז גם אם נאמר שהעיקר כב"ש אליבא דמהרי"ו שיש אסור גם לרא"ש הרי כתב מהרי"ו שהאסור רק לתת מתנה ולבזבז) בכל הני ספיקות פשוט שהאשה, המוחזקת בפועל, היא המוחזקת כדין ולא הבעל:

א. משום שלגבי זכיות כמו פרות ותקנת אושא בררנו שהבעל לא נחשב כאן מחזק והי"ה לזכות זו שלא נזכר בה כלל דין "ידו עדיפא".  
ב. משום שזו זכות למנוע לכתחילה בלבד ואם תעבור האשה על האסור המכר או המתנה חלים וא"כ פשיטא שהיא מוחזקת וכיצד יחשב הבעל כמוחזק אם מכירתה מפקיעה ממנו כל הזכויות.  
בדברי התו"י וההפלאה בפשט דברי רש"י יצא לעניננו חומרא וקולא. הקולא היא בכך שמבאר בדבריהם להדיא שמוחזקות האשה מועילה לענין אסור מכירה שלה לכתחילה ולא אומרים בזה שהנכסים בחזקת הבעל לענין זה (ומשמע בפשטות מדבריהם שכשם שספק בארוסה מזכה אותה במוחזקות כך גם הדין אם יהיה ספק גבי נשואה).  
החומרא היוצאת מדבריהם היא בכך שלדעתם מוחזקות האשה לא מהניא כלפי הלוקח ונמצא שכל הספיקות שהזכרנו לעיל (וסברנו להקל בהם מחמת היות האשה מוחזקת בנכסים) לא יועילו לנו כלפי הלוקח. חובה על ב"ד למנוע לקוחות גם במקום ספק ולא מהניא בזה מוחזקות האשה. א"כ במקום שיש חשש סביר שהאשה תמכור או תתן יתכן שאסור לביה"ד למסור לידה את רכושה.



נמצא שבדברי רש"י הנ"ל יש סיוע לענין חלוקת רכוש לפי המ"מ ולעומתו לפרוש תוי"ט וההפלאה יש מניעה ממכירת הנכסים. יש כמובן להוסיף שחדשו של רש"י אליבא דהתוי"ט שיש אסור ללוקח או שעל ב"ד להזהירו לא הובא בשו"ע ונו"כ. כמו כן יש להעיר שהחדוש של התוי"ט שמוחזקות האשה לא מהניא ללוקח זהו דבר תמוה שלא מצאנו דוגמתו בספקות של ממונות. דכל זכות ממון אזלין תחלה בתר המתחייב והזוכה והאחרים נדונים רק בתולדה מהם. לכן בנדון שלנו כאשר בדין הספק שבין הזוכה והמתחייב – הבעל והאשה – זוכה האשה מכח מוחזקותה מהיכי תיתי שישאר בזה אסור על הלוקח. אולי נפרש שהאסור על הלוקח אינו מצד לפני עור ומצד שהוא מסיע לגזל או להפקעת זכויות שלא כדין אלא אסור עצמי שכך היתה התקנה לכתחילה גם עליו [וכמו שכתבנו לעיל שהתקנה דלכתחילה לא מהניא לגבי האשה לפי שהיא לא תשמע לנו להפקיע זכויותיה]. ואפ"ה עדיין קשה דהאסור שאסרו על הלוקח בפני עצמו נובע בפשטות מצד הזכויות שיש לבעל ואם מספק האשה מוחזקת א"כ פקעה זכות זו והלוקח רשאי לקנות ממנה. הגע עצמך דכל מי שזוכה מכח הממע"ה כלום יהיה אסור לקנות ממנו?

נוסיף גם שאם מוחזקות האשה לא מסיעת ללוקח מ"מ הרי גם לבעל אין מוחזקות והאסור שלכתחילה הוא בודאי תקנה דרבנן ולית ביה אסור גזל מהתורה א"כ אמאי בספק מחמירים לטובת הבעל? ומ"מ כשיש כמה ספיקות כמו בענינו יתכן שגם לתוי"ט אין אסור כלפי הלוקח. כמובן שבענינו קיל טפי שאין אנו מתירים ללוקח רק אולי גורמים ע"י החלוקה שתמכור בעתיד וזהו גרמא בעלמא ואין לחוש.

## 7. סיכום

סוף דבר נראה שגם אם נרצה לחוש לדעת התוי"ט וההפלאה שיש אסור על הלוקח ולאסור זה אין הולכים אחר המוחזק (וגם בספק אין הולכים בו לקולא למרות שהוא תקנה מדרבנן) ואם נחוש ג"כ לדעת ב"ש הנוטה להכריע כדעת מהרי"ו שיש אסור לכתחילה גם לשיטת הרא"ש נוכל להטיל עקול על נכסי מלוג שהאשה תקבל וע"י כך למנוע את בזבזם ע"י מתנה שזה עיקר האסור לדעת מהרי"ו וי"ל. ולענין מכירה יש מקום להתיר מכירה אם אח"כ יוטל עקול על הכספים שיתקבלו מהמכירה שזה לא חשיב בזבז לדעת מהרי"ו.

ויתכן שגם לתוי"ט והפלאה שחדשו שיש אסור נפרד על הלוקח הרי כל זה כאשר יש חשש הפסד לירושת הבעל אבל אם יוטל עקול על מה שיתקבל מהמכירה או מה שיקנה בכספים אלו בכה"ג לא אמרו את חדושם. לפי יתר המפרשים כבר הראנו לעיל שאין כל צורך לעכב את המכירה מאחר והאשה מוחזקת לענין זה.

כל זה אמור ביחס להעברה לידי האשה של נכסים שהם בבעלותה הבלעדית. באשר לנכסים שהם בשותפות עם בעלה כמו דירה הרשומה ע"ש בני הזוג הרי שדירה היא בד"כ דבר שאין בו כדי חלוקה ומעיקר הדין החלוקה בו היא ע"י גוד או אגוד ונמצא שאנו נותנים לאשה זכות לקנות חלקו של הבעל ואם לא תקנה זכותו של הבעל לקנות את חלקה בצורה כזו של חלוקה לא בא ביי"ד לכלל מכירה בפועל של נכסי האשה כלל ונשאר רק החשש הרחוק יותר שמא בעתיד האשה תמכור או תתן וכבר ראינו שמעיקר הדין אין לחוש לזה ואם באנו לחוש אפשר להטיל עקול באופן שהוא ישוחרר כאשר האשה תרצה למכור ע"מ להשקיע הדמים והעקול ימנע רק מתנה ובזבז.